九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

一九世紀フランス法における妻の法定抵当権の「登記」の概要(二)：オブリー＝ローの所説をよりどころに

香山，高広
九州大学大学院法学研究院 ： 准教授

https://doi.org/10.15017/1445853

出版情報：法政研究. 80 (4), pp.511-537, 2014-03-13. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

一九世紀フランス法における妻の法定抵当権の「登記」の概要(二)
―オブリー＝ローの所説をよりどころに―

香　山　高　広

目次

一　はじめに
二　登記
　1　一八〇四年法
　2　一八五五年三月二三日法
　3　婚姻中の登記必要事由
　4　登記促進措置
三　登記申請書記載事項
　1　共通法
　2　妻の法定抵当権の特則
四　むすびにかえて
　1　評価
　2　ダルラン法案
　3　ド・ロワヌの法案評価
　4　委員会法案

二　登記

3　婚姻中の登記必要事由

(1)　三つの事由

一七　登記免除・未登記法定抵当権の滌除（⇓**一八**―**一九**）、強制的所有権移転（⇓**二〇**）及び公用収用（⇓**二一**）の場合においては、妻は、婚姻中又は婚姻解消後一年の法定期間満了前であっても、法定抵当権の登記をしなければならない。[60×61] これらの事由が、法定期間満了後に生じたときは、法定抵当権は他の抵当権と同一の準則に服する（⇓**二二**）。

(2)　滌除

一八　夫が抵当不動産を第三者に任意に譲渡し、第三取得者が登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続（二一九三―二一九五条）をしたときは、妻は、二ヶ月以内に法定抵当権を登記しなければならない（二一九四条・二一九五

条）。しかし、「二ヶ月以内に妻…のための登記が売却された不動産に対してされなかった場合は、妻の嫁資、取戻し及び夫婦財産制約定…のための負担のない不動産として、それは取得者に移転する」（二一九五条）。したがって、婚姻中又は婚姻解消後一年の法定期間満了前であっても、登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続がされたときは、妻は、二ヶ月以内に法定抵当権の登記をしなければならず、それをしなければ、妻は、法定抵当権の追求権（⇓**六**）を失う。[62]

一九　問題は、妻は、追求権とともに、売却代価に対する優先権（⇓**六**）も失うのかどうかという点である。

一八五八年改正民訴法以前の判例は、妻は追求権とともに優先権も失うと解した。[63] しかし、一八五八年改正民訴法は、従前の判例を否定し、優先権の存続を肯定する（⇓**一六③**）。[64] この点につき、一八五八年改正民訴法七七二条五項[65]本文は次のように規定する。すなわち、「民法第二一九五条の定める期間内に抵当権の登記をしなかった法定抵当権者は、代価に対して優先権を行使することができる」。

しかし、一八五八年改正民訴法は、妻による無制限な優先権行使を認めない。優先権の存続が認められるためには、「民法第二一九五条の定める期間満了から三ヶ月以内に順位配当が開始され、[66] かつ第七一七条第七項[67]［後段］の定める条件を満た」さねばならない（一八五八年改正民訴法七七二条五項但書）。すなわち、「民法第二一九五条の定める期間満了から三ヶ月以内に順位配当が開始され、かつ」、その「順位配当が裁判上のものであるときは第七五四条[68]が規定する期間満了前に届出（produire）をする」か、「順位配当が和解によるときは…その終結（clôture）前に権利を行使する」か、しなければならない（一八五八年改正民訴法七七二条五項但書・一八五八年改正民訴法七一七条七項後段）。

(3)　強制的所有権移転

二〇　強制的所有権移転に基づく競売の場合においては、登記免除・未登記法定抵当権は登記されなければならない。もっとも、登記がされるべき時期及び登記がされなかったときの効果は、年代に応じて異なる（⇓①―③）。[69]

①　一八〇六年の民事訴訟法（以下「一八〇六年民訴法」という。）は、登記免除・未登記法定抵当権に対する競売の効果を規定しない。[70] そこで、初期の判例は、ロワゼル（Antoine LOISEL, 1536-1617）の有名な格言「売却命令はすべての抵当権と権利を洗い流す（décret nettoie

toutes hypothèques et droits)[71]」に従い、強制的所有権移転に基づく競売は登記免除・未登記法定抵当権を滌除すると解した[72]。この当時の判例は、滌除により妻は優先権及び追求権を失うと解した（⇓**一九**）ので、順位配当において優先権を行使するためには、妻は、競売判決前に法定抵当権の登記をしなければならない[73]。

② 破毀院は、一八三三年六月二二日の連合部判決（arrêt des chambres réunies）において、競売による登記免除・未登記法定抵当権の滌除を否定する[74][75]。したがって、競落人は、登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続（二一九三―二一九五条）により法定抵当権を滌除しなければならない[76]。これを競落人が開始したときに、妻は、二ヶ月以内に登記をしなければならないが、その期間内に登記がされなかったときは、妻は、追求権及び優先権を失う（⇓**一八―一九**）。

③ 一八五八年改正民訴法七一七条七項[77]前段は、「正式に謄記された競売判決は、その種類を問わず、抵当権を滌除し、それ以後においては債権者は［競売］代価に対する訴権のみを有する」と規定する。したがって、強制的所有権移転の場合においては、妻は、婚姻中又は婚姻解消後一年の期間満了前であっても、競売判決謄記前に、法定抵当権の登記をしなければならない[78]。妻が新聞などの記載により競売の開始を知り、競売判決謄記前に登記をしたときは、妻に対して順位配当への名義の届出の催告（一八五八年改正民訴法七五三条）がされる[79]。

競売判決謄記前に法定抵当権の登記がされなかったとしても、妻は、競売「代価に対する訴権」（一八五三年改正民訴法七一七条七項前段）を有する。すなわち、妻は、優先権を失わない（⇓**一六③**）[80]。もっとも、優先権を行使するためには、妻は、「順位配当が裁判上のものであるときは第七五四条[81]が規定する期間満了前に届出をする」か、「順位配当が和解によるときは…その終結前に権利を行使する」か、しなければならない（一八五八年改正民訴法七一七条七項後段）。なお、登記免除・未登記法定抵当権者に対しては名義届出の催告をする必要はない[82]ので、妻の優先権行使は事実上制限される[83]。

(4) 公用収用

二一 夫の不動産が公用収用の対象となったときは、収用判決の「謄記から一五日以内に、…法定抵当権は登記され」なければならない（一八四一年法一七条一項[84][85]）。

謄記された収用判決は、すべての抵当権を滌除する[86]。し

かし、妻が一五日の期間内に登記をしたとき[87]は、妻は、公用収用委員会（jury d'expropriation）に補償額の決定を要求することができる（一八四一年法一七条三項但書）。また、公用収用委員会による補償額決定にさいして、妻は、それに参加することが認められる。さらに、妻は、補償金に対して優先権を行使することができる。

この期間内に登記がされなかったときは、妻は、公用収用委員会に対する補償額決定請求権を失うが、補償金に対する優先権を失わない（⇒**一六③**）[88]。ただし、妻は、補償金の支払が終了するか、それに対する順位配当が終了する前に、優先権を行使しなければならない（一八四一年法一七条二項但書）。

(5)　婚姻解消後一年の期間満了後の登記必要事由の発生

二二　滌除、強制的所有権移転及び公用収用が、婚姻解消から一年の法定期間満了後にされた場合は、妻は、他の抵当権者と同様に取り扱われる。したがって、滌除の場合においては譲渡証書の謄記前に、強制的所有権移転の場合は競売判決の謄記前に、公用収用の場合は公用収用判決の謄記から一五日以内に登記がされなければ、妻は、優先権及び追求権を失う。優先権の喪失は、夫の他の抵当権者だけでなく、一般債権者も、それを主張することができる。[89]

(60)　Aubry et Rau, t. III, §269, pp. 308-309, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1520. pp. 652-653.

(61)　追求権が失われた後に優先権の存続が認められる場合（⇒**一九—二一**）であっても、代価が支払われた場合、又は代価債権が譲渡若しくは指図（délégation）されたときは、代価に対する優先権は消滅する（Aubry et Rau, t. III, § 283, p. 405, texte et note 5; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2240, p. 467.）。

(62)　二ヶ月の期間内に法定抵当権の登記がされたときは、妻は、増価競売申立権（la faculté de surenchérir）を有する（Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 543, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2579, pp. 777-778.）。増価競売申立権は、追求権の行使方法の一つである（Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 522, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2440, p. 664.）から、二ヶ月の期間内に法定抵当権の登記をしなかった妻は、追求権の喪失により増価競売申立権を失う（Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2228, p. 452.）。

(63)　Civ. 8 mai 1827, *J. G.*, v°*Priv. et hyp.*, n° 2204; Civ. 11

août 1829, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n° 2204, S. 1829. 1. 342; Civ. 15 déc. 1829, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n° 1684-3°, S. 1830. 1. 62; Civ. 18 juill. 1831, S. 1831. 1. 301; Civ. 1er août 1837, S. 1837. 1. 662; Civ. 5 mai 1840, S. 1840. 1. 523; Civ. 6 janv. 1841, S. 1841. 1. 336; Civ. 3 fév. 1847, D. 1847. 1. 79, S. 1847. 1. 212; Civ. 11 mars 1851, D. 1851. 1. 55, S. 1851. 1. 320; Ch. réun., 23 fév. 1852, D. 1852. 1. 40, S. 1852. 1. 82; Req. 5 juin 1855, D. 1855. 1. 388, S. 1856. 1. 229; Req. 1er juin 1859, D. 1860. 1. 381, S. 1861. 1. 223; Civ. 21 juill. 1863, D. 1863. 1. 339, S. 1863. 1. 489. これに対して、オーブリー＝ロー（第一版）は、追求権は消滅するが、妻は代価に対する優先権を失わないと解していた（Aubry et Rau, 1re éd., t. II, § 295, p. 252, note 10. Cf. Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 310, texte et note 27.）。

(64) Aubry et Rau, § 283, p. 406, texte et note 7 et § 295, p. 542, texte et note 10; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2560, p. 762.

(65) 「一八五八年改正民訴法第七七二条第五項　民法第二一九五条の定める期間内に抵当権の登記をしなかった法定抵当権者は、代価に対して優先権を行使することができる。ただし、民法第二一九五条の定める期間満了から三ヶ月以内に順位配当が開始され、かつ第七一七条第七項の定める条件を満たしたときに限る。」

(66) 代価分配のための順位配当が開始されなかったときは、優先権の喪失を避けるために、妻も、順位配当の開始を請求することができる（Aubry et Rau, t. III, § 283, p. 406, texte; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2242, p. 469.）。

(67) 「一八五八年改正民訴法第七一七条第七項　正式に謄記された競売判決（jugement d'adjudication dûment transcrit）は、その種類を問わず（toutes）、抵当権を滌除し、それ以後においては債権者は［競売］代価に対する訴権のみを有する。法定抵当権者が競売判決の謄記前に法定抵当権の登記をしなかったときは、順位配当が裁判上のものであるときは第七五四条が規定する期間満了前に届出をすること、順位配当が和解によるときは第七五一条及び第七五二条に従いその終結前に権利を行使することにより、［競売］代価に対して優先権を行使する。」

(68) 「一八五八年改正民訴法第七五四条　前条の催告〔登記債権者に対する債権名義届出の催告〕から四〇日以内に、すべての債権者は、順位決定請求を含む、代訴士署名の届出証書とともに、自己の名義（ses titres）の届出をしなければならない。裁判官は調書にその届出を記載する。」

(69) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 309, texte et note 25; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2373, pp. 596-597.

(70) 競売により、登記された抵当権は当然に滌除される。一八〇六年民訴法は規定しないが、判例は、これを認めた

(Vancint, n°272, p. 359.)。一八四一年六月二日法改正民訴法（以下「一八四一年改正民訴法」という。）は、草案中に存在した、滌除を認める規定を削除する（Garnonnet, t. V, n°458, p. 100.）が、これも従前の手続を否定する趣旨ではない（Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2370, p. 549.）。一八五八年改正民訴法（七一七条七項）は、これを明文をもって定める。

(71) Loisel, liv. VI, tit. V, n°15.

(72) Civ. 27 nov. 1811, S. 1812. 1. 171; Civ. 21 nov. 1821, *J. G.*, v°*Priv. et hyp.*, n°2200, S. 1822. 1. 214; Civ. 30 août 1825, S. 1826. 1. 65.- Aubry et Rau, 1re éd., t. II, § 269, pp. 150-151, texte et note 7; Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 309, note 25.

(73) オブリー＝ロー（第一版）は、これに対して、登記をしないことにより妻が失うのは追求権に限られ、優先権は失わないと解する（Aubry et Rau, 1re éd., t. II, § 269, pp. 151-152, texte et note 8.）。

(74) Ch. réun., 22 juin 1833, *J. G.*, v°*Priv. et hyp.*, n°2201, S. 1833. 1. 448; Civ. 30 juill. 1834, S. 1834. 1. 625; Req. 26 mai 1836, S. 1836. 1. 775; Civ. 18 déc. 1839, S. 1840. 1. 137; Civ. 27 mars 1844, S. 1845. 1. 20.

(75) 一八四一年改正民訴法草案は競売による登記免除・未登記法定抵当権の滌除を認める規定を設けたが、議会は、これを削除して、判例の立場を追認する（Garnonnet, t. V, n°462, pp. 108-109.）。オブリー＝ロー（第一版）は、この判例の立場に批判的である。曰く、「強制的所有権移転が、それ自体により競売判決時に未登記の妻の法定抵当権…を滌除しないとすれば、競落人は、二一九三条・二一九四条が規定する［登記免除・未登記法定抵当権滌除の］手続をしなければ法定抵当権から解放されない。ところで、これらの条文を見ると、これが任意譲渡に基づく取得者にのみ適用されることは明かである。…さらに、二一九三条・二一九四条は登記をすることに利益のある者に対して警告することを目的とするが、多くの場合において、強制的所有権移転にともなう公示があれば、この手続は必要ない。立法者が、この手続を任意譲渡に基づく取得者に対してのみ課した理由は、これにより説明される」（Aubry et Rau, 1re éd., t. II, § 269, p. 151, note 7.）。

(76) Aubry et Rau, 1re éd., t. II, § 269, p. 151, note 7.

(77) **一九**註(67)参照。

(78) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 309, texte et note 25.

(79) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2375, p. 598.

(80) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 310, texte et note 27; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1520, pp. 653-654, t. III, n°2228, p. 452 et t. III, n°2375, p. 598.

(81) **一九**註(68)参照。

(82) Planiol et Ripert, t. XIII, n°1053, pp. 360-361.
(83) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2375, p. 598.
(84) 「一八四一年法第一七条［収用判決の］謄記から一五日以内に、先取特権及び合意、裁判上又は法定抵当権は登記される。
　前項の期間内に登記がされないときは、収用不動産は、その性質を問わず、すべての先取特権及び抵当権から解放される。ただし、補償金に対する妻、未成年者及び禁治産者の権利については、補償金が支払われたとき又は債権者間の順位配当が終局的となったときでない限り、それを害することができない。
　いかなる場合においても、登記債権者は、増価競売申立権を有さない。ただし、登記債権者は、補償金が第四節に従い決定されることを要求することができる。」
(85) Aubry et Rau, t. III, §269, p. 309, texte et note 26; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1520, p. 653.
(86) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2367, p. 592.
(87) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2367, p. 593.
(88) Aubry et Rau, t. III, §269, p. 310, texte et note 27; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2228, p. 452 et n°2368, p. 593.
(89) Aubry et Rau, t. III, §269, pp. 310-311, texte et notes 29 à 30; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1520, p. 654.

4　登記促進措置

(1)　立法理由

二三　一八〇四年法は、未登記のままで妻は法定抵当権が有する効力を失わないことを認めるが、法定抵当権が未登記のままであることを積極的に是認するものではない。実際、一八〇四年法は、法定抵当権の登記を促進する措置を講じる。すなわち、登記をすることができない妻に代わり、夫（⇒**二四**）及び民事裁判所付政府委員（⇒**二六**）は登記を申請する義務を課され、また親族（⇒**二七**）は登記を申請する権限を与えられる。これらの者が登記を申請しなかったときは、一定の者については、一定の責任が課せられる（⇒**二九**―**三〇**）。

　トレヤールは、立法理由開示において、登記促進措置を講じる理由を次のように説明する。曰く、「妻…に対する

登記欠缺の主張を認めない規定に加え、われわれは、法律が命じる登記取得を義務づけるために、夫…に対する強制手段を規定した。…妻の弱さを保護することは当然であるが、第三者が欺かれない措置を講ずることが望ましく、かつ、それが必要だからである。〔改行〕夫…が命じられた登記をせず、かつ…婚姻を理由として財産に課せられた負担を取引相手に告げなかったときは、夫…は詐欺的担保提供者として追行される。妻…の親族は、登記がされることにつき、気を配らなければならない。この義務は政府委員にも課される。このように、夫…の不動産を目的とする負担の状態が抵当権保存吏の帳簿に公示されることにつき、まったく手抜かりはない。したがって、登記は常にされるであろうし、われわれは、そう期待することにつき、しかるべき理由を有する」[90]。もっとも、このような起草者の期待にもかかわらず、登記促進措置により法定抵当権の登記がされることは、ほとんどなかった[91]。

(2)　夫

二四　「夫…は、自己の財産を目的とする抵当権を自己で公示しなければならず、そのために、自己の所有する不動産及び将来所有する不動産につき遅滞なく保存所に登記を申請しなければならない」（二一三六条一項）。夫の登記申請義務は、期間制限に服さない[92]。

二五　「夫婦財産契約において、成年当事者が夫の一つ又は複数の不動産に限り登記することを合意したときは、登記のために指定（indication）されなかった不動産の法定抵当権は、妻の嫁資並びに取戻し及び夫婦財産制約定につき消滅する」（二一四〇条本文）（⇓「法定抵当権」**三九**―**四四**）。そして、「第二一四〇条…の場合において、夫…は、指定された不動産についてのみ登記を申請しなければならない」（第二一四二条）。すなわち、夫は、夫婦財産契約時に不動産甲・乙・丙を有する夫が甲不動産だけを法定抵当権の目的とする合意をしたときは甲不動産の指示の記載をして、又は甲不動産だけを法定抵当権の目的としない合意をしたときは法定抵当権の目的から除外される甲不動産を指示しつつ包括的な記載をもって、法定抵当権を登記しなければならない（⇓**三四**・「法定抵当権」**四四①**[93]）。

(3)　民事裁判所付政府委員

二六　「夫…が…登記をしない場合は、夫…の住所又は財産所在地の民事裁判所付政府委員は、その申請をしなければならない」（二一三八条[94]）。一八〇四年法は「民事裁判

所付政府委員」に登記申請義務を課すが、登記申請義務者は政体に応じて異なる。すなわち、帝政期には「帝国検事正(procureur impérial)」、王制期には「国王検事正(procureur du Roi)」、共和制期には「共和国検事正(procureur de la République)」が、この規定の登記申請義務者である(⇓「法定抵当権」**四六⑤**)。

抵当権保存吏は職権で登記をすることはできない。[95] しかし、抵当権保存吏がした登記は無効ではなく、第三者が登記の抹消(radiation)を請求することができるだけである。[96]

(4) 親族

二七 「夫又は妻の親族…は、登記を申請することができる」(二一三九条前段)。未成年者の法定抵当権については、親族がいないときは、未成年者の友人が登記をすることができる(二一三九条前段)が、妻の友人は、それをすることができない。[97]

夫又は妻の親族でない者が、これらの者から委任されることなく登記をしたときは、夫をはじめ、すべての利害関係人は、その登記の抹消を請求することができ、場合によっては登記申請者に対して損害賠償を請求することもできる。[98]

(5) 妻

二八 妻は、登記を申請することができる(二一三九条後段)。そのさいにおいて夫の許可は必要とされない。[99]

(6) 登記申請をしなかった場合の責任

二九 親族(⇓**二七**)は、登記申請義務を負わないので、登記の申請しなくとも、これにより何らかの責任を負うことはない。[100] 民事裁判所付政府委員(⇓**二六**)は登記申請義務者であるが、一八〇四年法は、この者の責任を規定しない。[101] これに対して、登記申請義務者である夫(⇓**二四**)は、登記申請不履行に対して責任を負わないが、「自己の所有する不動産が妻…の法定抵当権の目的となっていることを明示することなく、その不動産に先取特権又は抵当権を合意し、又はそれらを取得するがままにさせた場合は、…詐欺的担保提供者とみなされ、民事拘留される」(二一三六条二項)(⇓①—⑥)。

① 一般的に、詐欺的担保提供者とみなされるためには、事実と異なる宣言をしなければならない(二〇五九条)が、法定抵当権については単なる事実の隠蔽(réticence)で

足りる。[102]

②　法定抵当権の存在を隠蔽しつつ、夫が自己の所有する不動産を他の法定抵当権又は裁判上の抵当権の目的としたとしても、夫は詐欺的担保提供者とみなされない。[103]

③　夫が詐欺的担保提供者とみなされるのは、法定抵当権の存在を隠蔽しつつ、夫が自己の所有する不動産を先取特権又は合意による抵当権の目的としたときに限られる。したがって、法定抵当権の存在を隠蔽したまま第三者に不動産を売却したとしても、夫は、二一三六条二項により詐欺的担保提供者とみなされない。[104] もっとも、法定抵当権の目的でないことを宣言して自己の所有する不動産を第三者に売却した場合は、夫は、二〇五九条の詐欺的担保提供者である。[105] このように、一八〇四年法は、第三取得者に抵当権者並の保護を与えないが、その理由をオブリー＝ローは次のように説明する。すなわち、「夫の抵当権者は…自らを妻の法定抵当権から護るための術を持たない」が、「夫からの財産取得者は、二一九三条・二一九四条〔登記免除・未登記法定抵当権滌除の規定〕の手続をすることにより、自己の利益を完全に守ることができる」からである。[106]

④　夫は、「自己の所有する不動産が妻…の法定抵当権の目的となっていることを明示す」れば免責されるが、自分の資格（自分が誰かの夫であること）を宣言しただけで免責されることはない。[107] その理由につき、オブリー＝ローは曰く、「第三者は…取引の目的不動産が、合意又は裁判上の縮減〔⇓「法定抵当権」**三八―四九**〕の効果により抵当権の目的ではないとの推測の下で、…夫と取引をする場合があるからである」。[108]

⑤　二一三六条の存在を知らない場合であっても、夫は免責されない。[109] しかし、自己の所有する不動産が法定抵当権の目的でないと信じるにつき正当な理由を有するときは、夫は詐欺的担保提供者とみなされない。[110]

⑥　第三者が、夫の不動産が法定抵当権の目的であることを知っていたときは、第三者は、夫が法定抵当権の存在を隠蔽したことを主張することはできず、したがって、夫は詐欺的担保提供者とみなされない。[111]

三〇　一八六七年七月二二日法は民事拘留制度を廃止する。これにより二一三六条二項は事実上の空文と化す。[112] もちろん、法定抵当権の存在を明示しなかったために第三者が損害を被ったときは、夫は第三者に対して損害賠償義務を負うが、多くの場合において、第三者が損害賠償請求をする時点で夫は無資力となっているので、これにより第三者が救済されることはない。[113]

(90) Fenet, t. XV, p. 457.
(91) Planiol et Ripert, t. XIII, n°772, p. 4.
(92) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 312, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1524, p. 657.
(93) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 317, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1529, pp. 661-662.
(94) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 312, texte et note 31.
(95) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 313, texte et note 33; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1528, p. 661.
(96) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1528, p. 661.
(97) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 313, note 32; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1537, p. 672.
(98) Req. 29 juin 1870, S. 1871. 1. 29; Civ. 4 août 1874, D. 1875. 1. 163, S. 1874. 1. 462.- Aubry et Rau, t. III, § 270, pp. 321-322, texte et note 18; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1538, pp. 672-673.
(99) Aubry et Rau, t. III, § 275, p. 342, texte et note 2; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1537, p. 672.
(100) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 313, texte et note 34.
(101) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 313, texte et note 34. 一八〇六年九月一五日の通達（circulaire）は、夫以外の登記申請義務者が登記を申請することに慎重であるべきであることを求める（Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1527, pp. 659-660.）。したがって、夫以外の登記申請義務者が、実際に法定抵当権の登記を申請することはない（Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1527-I, pp. 660-661.）。通達曰く、「検察官（ministère public）は職権で抵当権登記を申請しなければならないと規定しつつも、法律は、抵当権登記を取得しなければならない者、又はその権限を有する者が、登記を懈怠したとき、又はそのための行動を起こさないときに、それを補うことのみを目的とする。…したがって、検察官の介入は、純粋に補助的なものであり、かつ当事者の勤勉さ次第ということになる。とりわけ重要なことは、事情を十分にわきまえた上で、かつ、登記をすべき理由があることを確認した後に限り、検察官は介入をすべきである〔傍点は原文イタリック〕」（Locré, t. VIII, p. 290.）。
(102) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1530, p. 662.
(103) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 314, texte et note 39; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1532, p. 664.

(104) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 314, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1531, p. 662.

(105) Civ. 25 juin 1817, *J. G.*, v°*Contrainte par corps*, n°156, S. 1818. 1. 13; Req. 7 janv. 1863, D. 63. 1. 242, S. 63. 1. 175.- Aubry et Rau, t. III, § 269, pp. 314-315, texte et note 40; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1531, pp. 662-663.

(106) Aubry et Rau, t. III, § 269, pp. 314-315, note 40. Cf. Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1531, p. 663.

(107) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 315 texte et note 41; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1533, p. 666.

(108) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 315, note 41.

(109) Civ. 20 nov. 1826, *J. G.*, v° *Contrainte par corps*, n°170-1°, S. 1827. 1. 170.- Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 315, texte et note 42; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1533, p. 666.

(110) Civ. 21 fév. 1827, *J. G.*, v° *Faillite*, n°1093, S. 1827. 1. 336.- Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 315, texte et note 43; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1533, p. 666.

(111) Civ. 26 juin 1844, *J. G.*, v°*Contrainte par corps*, n°171-3°, S. 1845. 1. 77.- Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 315, texte et note 44; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1534, p. 667.

(112) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 313, note 35; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1530, p. 662.

(113) Planiol et Ripert, t. XIII, n°775, p. 8.

三　登記申請書記載事項

1　共通法

三一　「純然たる法定抵当権」（二一五三条柱書）以外については、「登記をするにあたり、債権者は、…抵当権の原因となる判決又は証書の原本又は公署謄本を抵当権保存吏に提出」（二一四八条一項）しなければならない。そのさい、「印紙貼付書類に記載された申請書が二通、これに添付される」（二一四八条二項柱書前段）。各登記申請書の記載事項は、以下である（⇒①—⑤）。共通法は、妻の法定抵当権については適用されない（⇒三二）が、比較のた

めに、みる。

① 「債権者の氏名、住所、有職者であるときはその職業、及び保存所のある郡内での選定住所」（二一四八条二項一号）。

② 「債務者の氏名、住所、知られたる職を有するときはその職業、保存吏が抵当権設定者を識別することができる個別的で特別な指示」（二一四八条二項二号）。

③ 「証書の日付及び性質」（二一四八条二項三号）。

④ 「証書に記載された債権の元本額、元本の従たるものの額及び弁済期。定期金及び給付、又は未確定、条件付き若しくは不特定な権利については、その評価が命じられるすべての場合につき、登記申請者が評価した債権の元本額」（二一四八条二項四号）。

⑤ 「抵当権の保存をすべき財産の種類及び所在地の指示」（二一四八条二項五号前段）。

2 妻の法定抵当権の特則

(1) 妻の法定抵当権登記申請における記載事項

三二 「夫の財産を目的とする妻の純然たる法定抵当権」（二一五三条柱書）については共通法（⇓**三一**）の適用はなく、「次の事項を記載した二通の申請書の提出に基づいて、登記される」（二一五三条柱書）（⇓①―③）[14]。したがって、登記申請にさいしては、通常必要とされる「抵当権の原因となる判決又は証書の原本又は公署謄本」（二一四八条一項）（⇓**三一**）を提出する必要はない[15]。

① 「債権者の氏名、職業及び現住所並びに郡内の選定住所」（二一五三条一号）。

② 「債務者の氏名、職業、住所又は正確な指示」（二一五三条二号）。

③ 「保存すべき権利の性質及び特定している場合はその価値の額」（二一五三条三号）。

(2) 目的物

三三 「純然たる法定抵当権」（二一五三条柱書）以外については、登記申請書に「抵当権の保存をすべき財産の種類及び所在地の指示」（二一四八条二項五号前段）を記載しなければならない（⇓**三一**⑤）。しかし、「法定抵当権」（二一四八条二項五号中段）の登記申請書には、この記載は必要とされない。登記申請書には、法定抵当権は夫の現在及び将来の不動産の全体を目的とする、又は夫の財産のすべてを目的とするというような、包括的な記載がされて

いれば、それで足りる。[116] そして、このような記載だけで、夫が登記時に所有する不動産及び夫が登記後に取得する不動産のすべてにつき、法定抵当権の登記がされたことになる。したがって、夫が登記後に不動産を取得したとしても、妻は、そのたびに新たな登記を申請する必要はない。[117]

もっとも、法定「抵当権については、合意のない限り、一つの登記が保存所のある郡内に所在するすべての不動産を目的とする」（二一四八条二項五号後段）に過ぎず、したがって、登記の効果は抵当権保存所の管轄内に限定される。[118]

三四　将来の夫婦又は夫婦が、目的物の「制限」（二一四〇条・二一四二条）（⇓「法定抵当権」**三九—四四**）又は「縮減」（二一四四条・二一四五条）（⇓「法定抵当権」**四五—四九**）により、特定の不動産のみを法定抵当権の目的としたときは、共通法（⇓**三一**）に従い、「抵当権の保存をすべき財産の種類及び所在地の指示」（二一四八条二項五号前段）が登記申請書に記載されなければならない。[119] これに対して「制限」又は「縮減」により特定の不動産のみを法定抵当権の目的から除外したときは、登記申請書の目的物の記載は、包括的な記載（⇓**三三**）で足りる。ただし、法定抵当権の目的から除外される不動産の指示の記載がされなければならない（⇓**二五**・「法定抵当権」**四四①**）。[120]

(3)　被担保債権

三五　「純然たる法定抵当権」（二一五三条柱書）以外については、登記申請書に、被担保債権額が確定しているときは「証書に記載された債権の元本額」を、「定期金及び給付、又は未確定、条件付き若しくは不特定な権利については、その評価が命じられるすべての場合につき、登記申請者が評価した債権の元本額」を、それぞれ記載しなければならない（二一四八条二項四号）（⇓**三一④**）。しかし、「夫の財産を目的とする妻の純然たる法定抵当権」（二一五三条柱書）については、「特定している場合はその価値の額」を記載しなければならない（⇓**三二③**）が、「それが条件付き、未確定又は特定されていない場合は、それを確定する必要はない」（二一五三条三号）。すなわち、「登記申請者が評価した債権の元本額」（二一四八条二項四号）の記載は不要である。

三六　「純然たる法定抵当権」（二一五三条柱書）以外については、登記申請書に「証書の日付及び性質」（二一四八条二項三号）を記載しなければならない（⇓**三一③**）が、「純然たる法定抵当権」については、その必要はない。な

ぜなら、「抵当権の発生名義（titre générateur）は、法律の中にあるからである」[121]。確かに、第三者は、法定抵当権の順位取得日を決定する名義の日付の情報を知ることに重大な利益を有するが、これらの情報提供は、すべて免除される。その理由をボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌは次のように説明する。曰く、「立法者は、第三者は婚姻挙式日を容易に知ることができると考えたからである」[122]。

しかし、登記申請書に「保存すべき権利の性質」（二一五三条三号）を記載しなければならない（⇓三二③）。具体的には、債権者の資格（妻であること）を記載しなければならず、かつ、それで足りる[123]。

被担保債権の「弁済期」（二一四八条二項四号）（⇓三一④）を記載する必要はない。なぜなら、妻は婚姻解消の時期を事前に知ることはできないからである[124]。

三七　「特定している場合はその価値の額」（二一五三条三号）が登記申請書に記載されねばならず（⇓三二③）[125]、これを欠く登記は無効である[126]。したがって、婚姻解消又は裁判による別産制後にされる清算により債権額が確定する前であれば、登記申請書に債権額を記載する必要はないが、清算による債権額の確定後においては、登記申請書への債権額の記載が必要とされ、その記載がなければ登記は無効とされる[127]。問題は、清算以前の妻が債権額の確定した債権[128]と未確定の債権の双方を有する場合において、登記申請書に債権額の確定した債権の額が記載されねば、登記は無効となるのかどうかという点であり、これについては見解が分かれる（⇓①―②）[129]。

①　オブリー＝ローは、清算以前の登記においては、妻の有する債権に債権額の確定した債権が含まれるときであっても、その債権額を記載する必要はないと解する[130]。したがって、この場合の債権額の記載のない登記は有効である。その理由は明かでないが、オブリー＝ローが脚註で参照するポン（Paul PONT, 1808-1888）は、その根拠として、起草者の言説を引用する[131]。共和暦一二年プリュビオーズ一二日（一八〇四年二月二日）、トロンシェ（François Denis TRONCHET, 1726-1806）曰く、法定抵当権は、「夫が浪費者（dissipateur）であるときに、このような夫に対抗するために、ある。ところで、そういう夫は、自分の財産につき生じた変化を妻に気づかれないように心がけるものである。妻が何らかの方法で夫の財産上の変化に気づいたとしても、妻が、その利益に浴することは極めて難しい。というのも、妻は、名義となる夫婦財産契約書も、登記費用も、持ち合わせてはいないからである。…しかし、

あり得ないこととは思われるが、登記がされたとしよう。［その場合に、］どのようにして登記を特定するのだろうか。［というのも、］妻の取り戻しは特定されていないからである〔傍点は、引用にあたりポンが原文をイタリックにした部分〕[132]」。同日、ビゴ・プレアムヌウ（Félix Julien Jean BIGOT- PRÉAMENEU, 1747-1825）曰く、「被担保債権額を決定するために、訴訟が必要となる〔傍点は、引用にあたりポンが原文をイタリックにした部分〕[133]」。共和暦一二年プリュビオーズ一九日（一八〇四年二月九日）、ビゴ・プレアムヌウ曰く、「どのような方法を考えつこうとも、それにより確実なことは何もない。むしろ、法定抵当権が本質的に不特定的であり、この性質が取り除かれたときは、法定抵当権は無用なものとなってしまうことを認めなければならないであろう〔傍点は、引用にあたりポンが原文をイタリックにした部分〕[134]」。さらに、同日、クルテ（Emmanuel CRETET, 1747-1809）曰く、「妻の取戻しの額が登記されなかったとしても、公衆は、常に、それにより夫の…財産が責任を負っていることを知ることができる。不特定的抵当権の登記に、これ以外の効果は期待されていない〔傍点は、引用にあたりポンが原文をイタリックにした部分〕[135]」。つまり、ポンは、清算以前に妻が有する債権は、たとえ債権額が確定しているように思えても、実際には未確定であると考えるわけである。[136]

②　判例は、妻の有する債権に債権額の確定した債権が含まれるときは、その額が記載されねば登記は無効となると解する。[137] また、判例によれば、登記に記載された債権額が実際の債権額を下回るときは、法定抵当権は記載額を限度としてのみ第三者対抗力を有する。[138]

ボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌは、判例の立場を支持する。[139] 曰く、「妻は、夫に対して、婚姻中に被担保債権額が知られている債権を有する場合がある。もっとも、このような債権［の存否］は、その後の事情（éventualités）の影響を受ける。…このように不確実なものであったとしても、そのことは、この債権が特定の対象となることを妨げるものではない。［確かに、］債権が未確定のときは、申請者に不特定債権の評価を課すべきではない。しかし、［被担保債権額が知られているときは、］その額の記載を要求することこそが、法律の精神に与することであり、かつ条文に従うことでもある」。[140] また、ポンが引用する起草者の言説は、法定抵当権の順位取得日の単一日付が否定される日（共和暦一二年ヴァントーズ一三日、一八〇四年三月四日）[141] 以前のものなので、法定抵当権の順

位取得日が単一日付であることを前提とするが、この前提が否定される（⇓「法定抵当権」**五九**）以上、この問題を解決する手掛かりとはならない。[142] というのも、法定抵当権の順位取得日が単一日付であれば、妻が夫に対して有する複数の債権が一つの法定抵当権により担保されると考えることができ、したがって、妻の有する債権の額が一つでも未確定であれば、被担保債権全体の額が未確定と理解することもできるが、法定抵当権の順位取得日の単一日付が否定された以上、このように理解することはできないからである。

(114) このことは、登記免除終了事由発生以前にされる登記だけでなく、登記免除終了事由発生以後にされる登記（⇓**一六①**）についても妥当する（Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1516, p. 649, n°1679, p. 817 et n°1685, p. 826.）。

(115) Aubry et Rau, t. III, § 275, p. 342, texte et note 2; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1679-I, p. 817. 名義は、「法律そのものの中にあり、かつ、周知とみなされる事実に結びついているからである」（Aubry et Rau, t. III, § 275, p. 342, note 2.）。

(116) Aubry et Rau, t. III, § 273, p. 336, texte et note 1; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1666, p. 806 et n°1688, p. 828.

目的物を限定するための手続（二一四〇条・二一四二条・二一四四条・二一四五条）（⇓「法定抵当権」**三八—四九**）を経ていないにもかかわらず、法定抵当権の登記申請において特定の不動産のみが法定抵当権の目的となる又は特定の不動産が法定抵当権の目的から除外される旨の記載がされたとしても、法定抵当権の登記が免除される期間においては、これにより法定抵当権の目的物が限定されることはない（Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1666, p. 806 et n°1688, pp. 828-829.）。しかし、婚姻解消から一年以内に登記をしなければならないとき（一八五五年法八条）（⇓**九—一六**）、又は婚姻中に登記必要事由（⇓**一七—二二**）が生じたときについては、登記において指示の記載のされた不動産以外については、登記欠缺の効果（⇓**一六—一八—二一**）が生じる（Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1666, p. 806 et n°1688-I, p. 829.）。

(117) Civ. 3 août 1819, *J. G.*, v°*Priv. et hyp.*, n°1388, S. 1819. 1. 359.- Aubry et Rau, t. III, § 273, pp. 336-337, texte et note 2; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1666, p. 806 et n°1688-I, p. 829.）。

(118) Aubry et Rau, t. III, § 273, p. 336, texte; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1666, p.

807.

(119) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1666-I, p. 807. 二一四八条二項五号後段の「合意のない限り」という文言は、このことを規定している（Aubry et Rau, t. III, §273, p. 337, note 3.）。

(120) Aubry et Rau, t. III, §269, p. 317, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1529, pp. 661-662.

(121) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1647, p. 786.

(122) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1679-I, p. 818. トレヤール草案は、法定抵当権の順位取得日を婚姻挙式日と規定する（⇓「法定抵当権」**五九**）。したがって、第三者は婚姻挙式日を知ることができれば、法定抵当権の順位取得日を知ることができる。しかし、一八〇四年法は、法定抵当権の順位取得日を単一日付に固定しない（⇓「法定抵当権」**六二―七六**）ので、婚姻挙式日を知ることができたとしても、第三者は、それにより法定抵当権の順位取得日を知ることはできない。したがって、本当であれば、二一三五条の修正にともない、二一五三条も修正されるべきであった。しかし、「そうすることが忘れられてしまった」(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1679, p. 818.)。したがって、本文中で引用したボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌの起草趣旨説明は、厳密には、一八〇四年法の規定の説明としては妥当ではない。

(123) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1647, p. 786.

(124) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1680, p. 818.

(125) Req. 13 nov. 1889, D. 1891. 1. 483.- Aubry et Rau, t. III, §276, p. 345, texte et note 11; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1683, p. 820.

(126) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1684, p. 821.

(127) Aubry et Rau, t. III, §276, pp. 345-346, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1684, p. 821.

(128) 二一三五条二号が規定する「嫁資」の返還請求権（⇓「法定抵当権」**二一―二二**）、二一三五条二号ロが規定する「婚姻中の相続又は贈与から生じた嫁資金銭」の返還請求権（⇓「法定抵当権」**二六**）、二一三五条二号ハが規定する「譲渡された固有財産の買換え」から生じた債権（⇓「法定抵当権」**二九**）などが、これにあたる（Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1684, pp. 821-822.）。

(129) 一八五五年法以前においては登記が無効となっても妻の利益が害されることはないが、一八五五年法以降は事情が

異なる。というのも、一八五五年法においては、婚姻中又は婚姻解消後一年以内にした登記が無効となると、妻は、法定抵当権を第三者に対抗することができなくなるからである（Planiol et Ripert, t. XIII, n°794, p. 29.）。

(130) Aubry et Rau, t. III, § 276, p. 346, texte et note 12.

(131) Pont, *hypothèques*, t. II, n°997, pp. 360-361. 本文中の引用は、Fenet から直接にしている。したがって、ポンが引用する部分と、本文中での引用部分は、若干異なる。

(132) Fenet, t. XV, p. 292.

(133) Fenet, t. XV, p. 277.

(134) Fenet, t. XV, p. 316.

(135) Fenet, t. XV, pp. 323-333.

(136) Cf. Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1684, p. 822.

(137) Req. 27 juin 1899, D. 1900. 1. 194, S. 1900. 1. 229.

(138) Req. 20 mars 1872, D. 1872. 1. 401, S. 1872. 1. 164; Civ. 25 avril 1882, D. 1882. 1. 371, S. 1882. 1. 441.

(139) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1685, pp. 824-826 et n°1687, p. 828.

(140) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1685, pp. 824-825.

(141) 国務院は、共和暦一二年ヴァントーズ一三日（一八〇四年三月四日）の護民院立法部の指摘（Cf. Fenet, t. XV, p. 414.）にしたがい、法定抵当権の順位取得日の単一日付を否定する（香山「基本的性格(4)」一九五頁）。

(142) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1685, p. 824.

四　むすびにかえて

1　評価

三八　本稿は、前稿と同様に、むすびにかえて、一九世紀末期の妻の法定抵当権の登記に対する、当時の一般的評価をみる。そのための素材として、前稿と同様に、一八九六年一〇月二七日に当時の司法大臣（Ministre de la Justice）ダルラン（Jean- Baptiste DARLAN, 1848-1912）が元老院（Sénat）に提出した抵当改革法案（以下「ダルラン法案」という。）（⇒**三九**―**四一**）、ダルラン法案を検討したド・ロワヌの論稿（⇒**四二**）、及びダルラン法案の検討を委ねられた委員会が提出した修正法案（以下「委員会法案」という。）（⇒**四三**―**四四**）を用いる（⇒「法定抵当権」**七八**）。

2　ダルラン法案

三九　ダルラン法案[143]は、法定抵当権の登記につき、現行法の立場に否定的である。ダルラン法案中、本稿と関係する規定は、以下である。

第一七条　法定抵当権又は合意による抵当権は、すべて、財産所在地の抵当権保存所に登記されなければならない。

登記は、特定金額（somme fixe）につき、指定された不動産（immeubles désignés）に限り、それをすることができる。

登記がされないときは、抵当権は、不動産に権利を取得し、かつ法律に従いそれを保存した第三者に対抗することができない。

民法第二一二二条、第二一二九条及び第二一三〇条は、これを廃止する。

第一八条　民法第二一三四条を次のように改正する。

「債権者間においては、法定抵当権又は合意による抵当権の順位は、法律に規定する手続に従い保存吏の帳簿にした登記の日付の前後による。」

民法第二一三五条は、未成年者及び禁治産者の法定抵当権並びに妻の法定抵当権につき登記を免除する限りで、これを廃止する。

第一九条　すべての夫婦財産契約は、嫁資及び夫婦財産制約定を理由に妻が夫の不動産につき有する法定抵当権の額を決定する。

夫婦財産契約は、法定抵当権の目的となる夫の不動産を指定する。指定がないときは、法定抵当権は、夫の現在財産のすべてを目的とする。

夫婦財産契約は、登記を延期することができる。ただし、登記がされないことを合意することはできない。

公証人（notaire）は、登記をしなければ抵当権は効果を生じさせないことを、当事者に予告（prévention）しなければならない。予告は、夫婦財産契約書に記入される。

婚姻が成立（accomplissement）しなかったときは、登記の抹消は、夫婦財産制約定の解除（résilitation）を確認する公証人証書（acte notarié）又は単純申請（simple requête）に基づき被告の住所の裁判所評議部（chambre du conseil）が下した判決の提出により、される。

第二〇条　婚姻中に要求される登記は、不動産に対して特定金額（sommes déterminés）につき、夫又は妻がすべてこれをする。妻が登記をするときは、夫の許可は必要ない。

妻の直系親族及び兄弟姉妹叔伯父母までの傍系親族は、夫の住所の裁判所長の許可を得て、登記の申請をすることができる。

第三〇条　民法第二一四八条第三項は、これを廃止する。

第三二条　第二一五三条第三号を次のように改正する。

「保存すべき権利の性質及びその価値の額。」

第四〇条　本法に反する民法の規定は、これを廃止する。

四〇　ダルラン法案は、登記免除法定抵当権を認めない。すなわち、「法定抵当権…は、すべて、財産所在地の抵当権保存所に登記されなければならない」（ダルラン法案一七条一項）。そして、「登記がされないときは、抵当権は、不動産に権利を取得し、かつ法律に従いそれを保存した第三者に対抗することができ」ず（ダルラン法案一七条三項）、かつ、「債権者間においては、法定抵当権…の順位は、…登記の日付の前後による」（ダルラン法案一八条一項修正二一三四条）（⇓①―⑤）。

①　二一三四条の修正にともない、法定抵当権の順位取得日（⇓「法定抵当権」**五八―七六**）を法定する「民法第二一三五条は、…妻の法定抵当権につき登記を免除する限りで、」廃止される（ダルラン法案一八条二項）。

②　法定抵当権が登記されたとしても、「婚姻が成立しなかったときは、登記の抹消は、夫婦財産制約定の解除を確認する公証人証書又は単純申請に基づき被告の住所の裁判所評議部が下した判決の提出により、される」（ダルラン法案一九条五項）。

③　当事者は、夫婦財産契約で「登記を延期する」旨の合意をすることができる（ダルラン法案一九条三項本文）。しかし、一切の「登記がされないことを合意することはできない」（ダルラン法案一九条三項但書）。

④　夫婦財産契約にさいして、「公証人は、登記をしなければ抵当権は効果を生じさせないことを、当事者に予告し」、かつ、その「予告」を「夫婦財産契約書に記入」しなければならない（ダルラン法案一九条四項）。しかし、公証人は、登記を取得する義務を負わない。ダルラン法案が公証人に登記取得義務を課さなかった理由につき、立法

理由開示は、次のように説明する。曰く、登記「延期権（faculté de sursis）〔⇒③〕を認めた以上、われわれは、どの時点で登記を申請するかについては、当事者に任せなければならないと考えた」[144]。

⑤　婚姻中に妻の被担保債権額が増大したために、被担保債権額が目的物の価値を上回ったときは、「妻又は夫」は、「婚姻中に」「登記」を「要求」することができる（ダルラン法案二〇条一項前段）。「妻が登記をするときは、夫の許可は必要ない」（ダルラン法案二〇条一項後段）。「夫が登記をしない場合、又は夫が［登記］手続の履行を妨げるために妻に対して影響力を行使する場合」[145]は、「妻の直系親族及び兄弟姉妹叔伯父母までの傍系親族は、夫の住所の裁判所長の許可を得て、登記の申請をすることができる」（ダルラン法案二〇条二項）。

四一　ダルラン法案は、登記申請書における被担保債権額及び目的物の特定を課す（⇒①―②）。

①　一八〇四年法においては、「純然たる法定抵当権」（二一五三条柱書）以外については、登記申請書に「抵当権の保存をすべき財産の種類及び所在地の指示」（二一四八条二項五号前段）を記載しなければならない（⇒**三一**⑤）が、二一四八条二項五号中段は、法定抵当権の登記申請書に、この記載を要求しない（⇒**三三**）。しかし、ダルラン法案三〇条は、「民法第二一四八条第三項は、これを廃止する」と規定するので、法定抵当権についても登記申請書に「抵当権の保存をすべき財産の種類及び所在地の指示」が記載されなければならない。

②　一八〇四年法においては、「夫の財産を目的とする妻の純然たる法定抵当権」については、「特定している場合はその価値の額」を記載しなければならないが、「それが条件付き、未確定又は特定されていない場合は、それを確定する必要はない」（二一五三条三号）（⇒**三五**）。つまり、被担保債権額の特定は義務的でない。しかし、ダルラン法案は、被担保債権額の特定を義務づける。すなわち、登記申請書には、常に「保存すべき権利の性質及びその価値の額」（ダルラン法案三二条）が記載されねばならない。

(143)　*off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1896, annexe n°2, pp. 335–336.
(144)　*off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1896, annexe n°2, p. 334.
(145)　*off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1896, annexe n°2, p. 334.

3　ド・ロワヌの法案評価

四二　ド・ロワヌ[146]は、登記免除法定抵当権を認めないダルラン法案の立場（⇓**四〇**）を支持する（⇓「法定抵当権」**八六**）。その理由については、次のように述べるに留める。すなわち、法定抵当権の「秘密性（clandestinité）は、第三者を、この者が知ることのできない追奪の危険に曝すことになる」[147]。その上で、ド・ロワヌは、ダルラン法案の問題点を指摘する（⇓①―⑤）。

①　ダルラン法案一七条三項は「登記がされないときは、抵当権は、不動産に権利を取得し、かつ法律に従いそれを保存した第三者に対抗することができない」と規定するので、この規定によれば、抵当権者は、一般債権者に対しては、登記をすることなく抵当権を対抗することができる。しかし、ダルラン法案一八条一項修正二一三四条は「債権者間においては（entre les créanciers）、法定抵当権又は合意による抵当権の順位は、…登記の日付の前後による」と規定するので、この規定によれば、未登記の抵当権者は、一般債権者に対して抵当権を対抗することができない。このように、二つの規定には矛盾がある。未登記の抵当権者は一般債権者に対して抵当権を対抗することができないとすべきであるなら、ダルラン法案一七条三項は削除されるべきである。反対に、未登記の抵当権者は一般債権者に対して抵当権を対抗することができるとすべきであるなら、修正二一三四条の「債権者間においては」の文言は、「抵当権者間においては（entre les créanciers hypothécaires）」に変更されなければならない[148]。

②　一八〇四年法においては、登記の効力を維持するために、抵当権者は、登記を一〇年ごとに「更新（renouvellement）」（二一五四条）[149]しなければならない。ダルラン法案は、法定抵当権の登記と、それ以外の抵当権の登記を同じ準則に従わせるので、法定抵当権の登記も一〇年ごとに更新されなければならない。ところで、クレディ・フォンシェの設立に関する一八五二年二月二八日デクレ四七条は、「クレディ・フォンシェのためにされた抵当権登記は、貸付期間中においては、民法第二一五四条が規定する一〇年ごとの更新を免除される」と規定して、クレディ・フォンシェに対して登記更新を免除する。そこで、ド・ロワヌは、ベルギー法[150]及びイタリア法[151]も併せて参照しつつ、妻に対して登記更新を免除すべきであるとする。なぜなら、「わたしは、法案起草者が、法律が…婚姻中に保護すべき…妻を、クレディ・フォンシェ以上に厳しく処遇

する理由を理解することができない」からである。[152]

③　ダルラン法案は、当事者が「登記がされないことを合意すること」を禁じるが、夫婦財産契約に「登記を延期する」条項を盛り込むことを認める（ダルラン法案一九条三項）（⇓**四〇**③）。しかし、ド・ロワヌは、これに批判的である。曰く、「まさに登記をする権利の放棄に等しいほどに、［登記が］延期される場合がある。そのようなときは、裁判所は、条項の無効を宣言しなければならないのか。かりに、そうであるとすれば、この準則は、夫婦間の訴訟の源となる。［しかし、］訴訟を予防することが賢明なのではないか。さらに、［登記の］延期により、妻の権利は、取り返しがつかぬほど、危険に曝される。というのも、［法定］抵当権の効果は公示次第であり、かつ登記の日付次第だからである[153]」。

④　ダルラン法案は、公証人に登記取得義務を課さない（ダルラン法案一九条四項参照）（⇓**四〇**④）。しかし、ド・ロワヌは、イタリア民法一九八二条にならい、この義務を公証人に課すべきであるとする。[154] この点につき、イタリア民法一九八二条一項は次のように規定する。すなわち、「妻に属する法定抵当権は、夫及び嫁資設定証書を受理した公証人の注意の下で、証書の日付から二〇日以内に登記されなければならない」。

⑤　ダルラン法案は、婚姻中に妻が夫に対して債権を取得したために、当初の目的物では被担保債権を担保しきれなくなったときは、「妻又は夫」又は「妻の直系親族及び兄弟姉妹叔伯父母までの傍系親族」が「婚姻中に」「登記」を「要求」することを認める（ダルラン法案二〇条）（⇓**四〇**⑤）。しかし、ド・ロワヌは、この場合についても、公証人に登記取得義務を課すべきであるとする。[155]

(146)　De Loynes, pp. 1-44; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. I, pp. LX-LXXXVIII.

(147)　Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. I, p. LXXIV.

(148)　De Loynes, p. 36.

(149)　「第二一一五四条　登記は、登記日から一〇年間、抵当権及び先取特権を保存する。期間満了前に登記が更新されないときは、登記の効力は終了する。」

(150)　「一八五一年一二月一六日ベルギー抵当法第九〇条第一項・第二項　登記は、登記日から一五年間、抵当権及び先取特権を保存する。期間満了前に登記が更新されないときは、登記の効力は終了する。

ただし、本法第三節第一款第一目及び第二目に従い、未

成年者、禁治産者、精神病施設収容者（personnes placées dans des établissements d'aliénés）及び妻のためにされた登記は、後見若しくは一時的管理の終了又は婚姻解消から一年につき、すべての更新を免れる。」

(151) 「イタリア民法第二〇〇四条　妻の法定抵当権の登記は、婚姻中及び婚姻解消から一年については、登記の更新がされなくとも、その効果を維持する。」

イタリア民法の翻訳にあたっては、オルシェ（Joseph François ORSIER, 1843-1923）（Huc, *Code civil italien.*）による仏語訳を参考にした。

(152) De Loynes, p. 37. Cf. Grasset, n°52, p. 641.

(153) De Loynes, pp. 39-40.

(154) De Loynes, p. 40.

(155) De Loynes, p. 40.

4　委員会法案

四三　委員会法案[156]（⇓「法定抵当権」**八九**）中、法定抵当権の登記に関するものは一箇条のみである。

第一条　抵当権謄記に関する一八五五年三月二三日法を次のように改正する。

「…

第一三条（旧第八条）　寡婦、成年に達した未成年者、禁治産を解除された禁治産者及びこれらの相続人又は承継人が婚姻解消又は後見終了後一年以内に登記をしない場合は、これらの者の抵当権は第三者に対する関係においては後に登記がされた日からに限り日付を取得する。[157]

…」

四四　委員会法案一条は、現行一八五五年法八条の条文数を代え、それをそのまま転載したものにすぎない。つまり、委員会は、法定抵当権の登記について、現行法の立場を肯定的に評価した上で、その維持を主張する（⇓①—③）[158]。

①　登記免除法定抵当権を維持すべき理由として、テザール（Léopold THÉZARD, 1840-1907）は次のように説明する。曰く、「公示の免除は、…家庭内での妻の状態を考慮した結果である。［法定］抵当権の効果を保証するために登記が必要であるとすれば、夫からすれば、妻による登記は、自分への不信の証であり、自分が第三者となそうとする契約を妨げる方法であり、かつ家庭内の不和の原

因となる。…［つまり、］妻は、［登記をしないことで］効果的な保護を放棄するか、［登記をすることで］夫婦間に不和を生じさせるか、いずれかを選択しなければならない[158]。曰く、「妻の法定抵当権の制度を承認する理由そのものが、登記の免除を妻に認める結果を導くのではなかろうか。［妻による登記は］夫の計画した取引を明確かつ自発的な行為により妨げるので、妻の率先した［登記］は家庭の不和の原因となるのではなかろうか。家庭の不和が予想されるのであれば、妻は、弱ければ弱い程、又保護に値すれば値する程、［登記を］尻込みするのではないか。そして、［そうであるとすれば、］今後は法定抵当権は登記されないもの又は存在しないものと扱われるので、法定抵当権は事実上廃止されたことになるのではないか[159]」。さらに、曰く、「特定と公示を課すことは、法定抵当権を破壊することである。そして、この結果は、最良の知性（les meilleurs esprits）を後退させることに他ならない。…要するに、解決策は、次のいずれかであって、その折衷（milieu）という処理は、ありえないと思われる。すなわち、妻の法定抵当権を全面的に廃止する…か、コード・シビルの特権的状態を維持するか[160]」。

② ダルラン法案は、「夫」又は「妻の直系親族及び兄弟姉妹叔伯父母までの傍系親族」が婚姻中に登記を要求することを認める（ダルラン法案二〇条）（⇓**四〇⑤**）が、テザールは、これらの者が法定抵当権の登記をすることはないと指摘する。曰く、法定「抵当権の登記をすることにつき、夫を当てにしてはならない。最も登記が必要とされるとき、つまり、夫が妻の取戻しを危険に曝すかもしれない取引をしようとするときは、とりわけそうである。さらに、妻の近親者も当てにならない。［なぜなら、近親者は、］登記をしなかったとしても、何も責任を負わないからである。［また、］近親者は、それをすることで面倒に巻き込まれることがあり、そもそも、裁判所長の許可を申請する義務を負っているわけでもない[161]」。そこで、ド・ロワヌが主張（⇓**四二④⑤**）したように、公証人に登記取得義務を課すべきではないかが問題となる。しかし、テザールは、これも否定する。なぜなら、「そのような制度は、重大な実務的問題点（difficultés pratiques）を抱えているからである[162]」。もっとも、テザールは、「実務的問題点」の具体的内容を語らない。

③ テザールは、登記免除法定抵当権を認めたとしても、それにより第三者の利益は害されないとする。曰く、「第三者の不知による危険は、それほど深刻なものだろうか。

実際には、そのような危険は、非常に希なものであった。というのも、婚姻の事実は、多くの場合には周知の事実であり、かつ［婚姻の］解消は非常に困難だからである。［とりわけ、］一八九七年八月一七日法以降においては、十分に警戒しさえすれば、［婚姻事実の不知は、］あり得ないことになったといわれる。［なぜなら、］夫婦双方の出生証書（acte de naissance）の余白に、婚姻の記載が要求されたからである（民法七六条）。［したがって、］契約の相手方の状態に僅かばかりでも疑義があれば、出生証書の提出を要求すれば足り、それにより直ちに［法定抵当権の］情報を得られるであろう」[164]。つまり、一八九七年以降は、第三者が法定抵当権の存在を知らないということはことはないので、第三者の利益が害されることはない。なお、一八九七年八月一七日法は一八〇四年法七六条を修正し、次の三項を設ける。すなわち、「夫婦の出生証明余白に対しては、婚姻挙式の記載がされる」。

(156) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, pp. 282-284.

(157) 一八五五年法八条と同一。

(158) もっとも、委員会は、実際には、現行法の維持を積極的に主張したというよりは、むしろダルラン法案の改革を時期尚早ととらえ、現行法を消極的に支持したに過ぎないと思われる（⇒「法定抵当権」**九四**）。

(159) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, n°126, p. 277.

(160) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, n°131, p. 278.

(161) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, n°132, p. 278.

(162) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, n°131, p. 278.

(163) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, n°131, p. 278.

(164) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, n°132, p. 278.

（完）