

一九世紀フランス法における抵当権の「滌除」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/10.15017/1650650>

出版情報 : 法政研究. 82 (4), pp.45-92, 2016-03-15. 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抵当権の「滌除」の概要(二)
— オブリーローの所説をよりどころに —

香山高広

五 クレデイ・フォンシエ
六 むすびにかえて

三 既登記抵当権の滌除

1 概要

目次

- 一 はじめに
- 二 滌除権者・滌除費用(以上、『法政研究』第八二巻第一号)
- 三 既登記抵当権の滌除
 - 1 概要
 - 2 取得証書の謄記
 - 3 既登記抵当権者に対する通告
 - 4 弁済申込み
 - 5 増価競売申立て
 - 6 有効な増価競売がされなかった場合の効果
 - 7 増価競売申立ての効果
 - 8 競売判決の効果(以上、本号)
- 四 登記免除・未登記法定抵当権の滌除

一一 一八〇四年法は三種類の抵当権を認める。「法定抵当権」、「裁判上の抵当権」及び「合意による抵当権」である(二一一六条・二一一七条)。そして、「債権者間においては、法定抵当権、裁判上の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債権者が保存吏の帳簿にした登記の日付の前後による」(二一三四条)。しかし、例外的に、「未成年者及び禁治産者の抵当権」及び「妻の抵当権」は「登記とは無関係に成立する」(二一三五条柱書)。つまり、これらの法定抵当権については、登記を對抗要件としない。このように、一八〇四年法においては、登記を對抗要件とする抵当権と、登記を對抗要件としない抵当権の二種類がある。そして、登記を對抗要件とし、かつ実際に登記された抵当権は、「所有権からの先取特権

及び抵当権の滌除方法」の表題において第三編第三章第八節（二一八—二一九二条）が規定する手続に従い、滌除される（↓一）。しかし、これに限られず、登記免除法定抵当権のうち一八〇四年法（↓「登記」四・同三—三〇）又は一八五五年法（↓「登記」九—一六）に従い登記された抵当権も、第八節の規定に従い滌除されなければならない（そして、それで十分である）（↓一・六八⁵¹⁾。したがって、法定抵当権の滌除手続を理解するためには、登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続（↓六八—八二）のみならず、既登記抵当権の滌除手続（↓一一—六七）についても、みなければならぬわけである（↓一）。なお、不動産が既登記抵当権と登記免除・未登記法定抵当権の双方の目的となっているときは、第三取得者は、既登記抵当権の滌除手続と登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続の双方をしなければならない⁵²⁾。

一 二 トレヤールは、立法院での立法理由開示において、既登記抵当権を滌除する手続が必要とされる理由と、その制度化にあたって腐心すべき点を、次のように説明する。曰く、「抵当権の保存のためには登記が必要である。したがって、新所有者 (possesseur) は容易に不動産の負担を調べるのできるので、不動産 (heritage) は、それと

ともに限り第三者に移転する。しかし、第三者には、所有権を抵当権から解放 (libérer) する方法を与えるべきである。不動産は、それが有する現実的な価値を超えて、担保を提供することはできない。したがって、その価値が債権者に提供されたときは、不動産は、抵当権から解放されなければならないのである。しかし、債権者が現実に保証され、債権者が売主と買主の間でされた秘密的で詐欺的な行為の犠牲者とならないよう、注意しなければならない。草案は、そのことに留意した⁵³⁾。

一三 既登記抵当権の滌除手続の概要は以下である（↓①—⑦）。

- ① 第三取得者（↓七）は取得証書 (titre d'acquisition) を膾記する（↓一四—一七）。
- ② 第三取得者は、既登記抵当権者に対して、通告をする（↓一八—三二）。
- ③ 第三取得者は、通告（↓②）と同時に、弁済申込みをする（↓三三—三八）。
- ④ 弁済申込み（↓③）に対して、既登記抵当権者は、増価競売の申立てをすることができる（↓三九—五五）。
- ⑤ 有効な増価競売がされなかった場合には、不動産の代価が確定し、かつ第三取得者による代価の弁済又は供託

を条件に既登記抵当権は滌除される(↓五六)。

⑥ 増価競売申立て(↓④)により、競りによる再売買がされる(↓五七—五八)。

⑦ 競り手が現れないときは、増価競売申立人は、契約代価(又は宣言代価)に一割を加えた額で競落人となる(↓五九)。競売判決の効果は、誰が競落人となるかにより異なる(↓五九—六七)。

(15) Civ. 21 août 1833, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n°2196, S. 1833. I. 612. Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, pp. 508-509, *texte et notes* 38 à 39; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2391, pp. 620-621 et n°2535, pp. 744-745. したがって、妻が二一九四条・二一九五条の期間(↓七四)内に登記をしたときでさえ、第三取得者は二一八三条の通告(↓一八)をする義務を負わない(Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 509, *texte et note* 42.) (↓七八②)。なお、一八五五年法においては、婚姻解消から一年を経過したときは、妻は、第三取得者の謄記以前に法定抵当権を登記しなければ、それを第三取得者に対抗することができない(一八五五年法六条一項・八条)(↓「登記」九—一六)。したがって、婚姻解消から一年以上を経過した登記免除・未登記法定抵当権については、第三取得

者は、滌除手続をする必要はない。(Aubry et Rau, t. III, §

293 bis, p. 508, note 39; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2391, p. 621.)

(22) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 509, *texte et note* 41.
(23) Renet, t. XV, pp. 471-472.

2 取得証書の謄記

(1) 謄記の必要

一四 「第三取得者が先取特権及び抵当権を滌除する場合においては、不動産所有権又は不動産物権の移転契約書は、その内容のすべてにつき、財産所在地の郡の抵当権保存吏により謄記される」(二一八一条一項)。すなわち、第三取得者は、抵当権の滌除にあたり、取得証書を事前に謄記しなければならない。もともと、謄記は滌除の要件の一つに過ぎず、「所有権移転証書が…謄記されただけでは、不動産の抵当権…は滌除されない」(二一八一条一項)。

一五 事前の謄記が必要とされる理由は、年代に依じて異なる(↓①—③²⁴)。

① 一八〇四年法は謄記を所有権取得の対抗要件としな

いので、不動産の売買の場合においては、第三取得者は売買契約のみで不動産所有権の取得を第三者（売主の抵当権者）に対抗することができる。そうであれば、第三取得者は売買契約のみで滌除手続をすることができるはずであり、事前の謄記を必要とする論理的必然性はない。したがって、一八〇四年法において滌除のために謄記が必要とされる説得的な理由をあげることは難しい。⁽⁵⁵⁾

② 一八〇六年民法は、謄記を所有権取得の對抗要件とすることなく、謄記に重要な機能を付与する。八三四条一項（一八五五年法廃止）曰く、「民法第二一二三条、第二二七条及び第二二八条の抵当権を有するが、抵当不動産の譲渡以前に証書を登記していない債権者は、所有権移転行為以後、所有権移転証書の謄記から一五日以内に登記がされたことを証明したときに限り、民法第三編第一章第八節の規定に従い競売の申立てをすることができる。」つまり、売主の抵当権者は、第三取得者の取得証書の謄記から一五日間については、買主の不動産に対して、抵当権の登記をすることができる。⁽⁵⁶⁾したがって、取得証書謄記から一五日経過時点までに登記された抵当権が、滌除対象既登記抵当権である。このように、一八〇六年民法においては、謄記は、滌除対象既登記抵当権を確定させる機能を

有する。

③ 一八五五年法においては、「謄記がされるまでは、前二条に規定する証書及び判決から生じる権利は、不動産に権利を取得し、かつ法律の規定に従いそれを保存した第三者に対抗することはできない」（一八五五年法三条一項）。したがって、第三取得者であることを売主の抵当権者に対抗するために、買主は、謄記をしなければならぬ。また、一八五五年法六条一項は「謄記がされたときから、…先の特権者又は抵当権者は、前所有者に対して有効に登記をすることができない」と規定する。したがって、買主の謄記により売主の抵当権者は抵当権の登記をすることができなくなるので、謄記は、滌除対象既登記抵当権を確定させるために必要である。

(2) 前主以前の取得証書謄記の要否

一六 甲不動産がAからB、BからCへと順次売却され、Cは取得証書を謄記したが、Bは、それをしていない場合において、Aの抵当権者は、Bの取得証書が謄記されていないことを理由に、Cの滌除手続終了後に甲不動産に抵当権を登記することができるのかどうか問題となる。これが肯定されるのであれば、Cは、甲不動産から抵当権を滌

除するにあたり、自己の取得証書ならず、B(前主又は前主以前)の取得証書も併せて謄記しなければならない(↓①—②)。

① 一八〇四年法においては、謄記に滌除対象既登記抵当権を確定する機能はない(↓一五①)ので、A・B間で売買契約が締結された時点でAの抵当権者は、登記をすることができない。また、一八〇六年民法八三四条一項(↓一五②)は、滌除対象既登記抵当権をCの証書の謄記から一五日以内に登記された抵当権に限定するので、Cの証書の謄記から一五日以後については、Aの抵当権者の抵当権登記は認められない。したがって、Cは、自己の取得証書を謄記して滌除手続をしさえすれば、以後、A以前の所有者の抵当権者の抵当権により追行されることはない。⁽⁵⁸⁾

② 一八五五年法以降においては、次のように解される。⁽⁵⁸⁾

一八五五年法六条一項は「謄記がされたときから、…先取特権者又は抵当権者は、前所有者 (precedent propriétaire) に対して有効に登記をすることができない」と規定するが、「前所有者」は単数形であるので、謄記により登記ができなくなる抵当権者は、転得者(C)の前主(B)の抵当権者に限られる。すなわち、Cが謄記をしたとしても、Bが謄記をしない限り、Aの抵当権者は登記をす

ることができる。このことは滌除がされた場合についても妥当し、したがって、Bが謄記をしていなければ、Cの滌除手続終了後であっても、Aの抵当権者は有効に抵当権を登記することができる。その結果、一八五五年法以降において、すべての抵当権を滌除するためには、Cは、自己の取得証書のみならず、前主(又は前主以前)の取得証書も謄記しなければならない。

(3) 謄記が不要とされる場合の有無

一七 所有権取得を第三者に対抗するために謄記が必要とされない場合においても、滌除にあたっては、第三取得者は謄記をしなければならないのかどうか問題となる。具体的には、特定遺贈 (legs particulier) がされた場合においては、特定名義受遺者(↓七③)は、滌除にあたり遺言書 (testament) を謄記しなければならないのかという問題である。二一八一条一項は謄記の対象は「移転契約書」であると規定すること、一八五五年法は遺言処分に適用されないことを理由に、特定名義受遺者は未謄記のまま滌除手続をすることができると考えることもできる。⁽⁵⁹⁾しかし、判例は、第三者對抗要件として謄記が必要とされない場合であっても、滌除の要件として謄記が必要であると

資料 解する⁽⁸⁰⁾。その理由につき、ボードリー・ラカンヌリ＝

ト・ロフヌ曰く、「贈記は滌除の本質的条件 (condition essentielle) であるから、特定名義受遺者に未贈記のままでの滌除権を認めることはできない。この「贈記」手続は、第三者に「特定」遺贈を知らせ、かつ第三者に「滌除」手続を警告する目的を有するのである⁽⁸¹⁾。したがって、滌除手続にあたっては、特定名義受遺者は遺言書を贈記しなければならぬ⁽⁸²⁾。

(54) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2393, pp. 622-623.

(55) トレヤール草案は贈記を所有権取得の對抗要件とする規定を設けていた(トレヤール草案九一条)(香山)「基本的性格(4)二〇〇—二〇一頁)。したがって、トレヤール草案においては、事前の贈記が要求される(トレヤール草案九〇条)趣旨は一八五五年法と同じである(↓③)。しかし、トレヤール草案九一条の削除とともにトレヤール草案九〇条も削除されるべきであったが、起草者の不注意から、トレヤール草案九〇条(後の二一八一条)は残ってしまった(Planjol et Ripert, t. XIII, n°1217, p. 530)。二一八一条の趣旨が不明確であるのは、このような起草過程を原因とする。

(59) 星野「概観」二五—二七頁参照。

(62) Civ. 14 janv. 1818, S. 1818, I. 300. Aubry et Rau, t. III, § 272, p. 326, texte et note 7 et § 294, p. 510, note 1; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2394, p. 624.

(68) Aubry et Rau, t. II, § 209, pp. 315-319, texte et notes 99 à 103, t. III, § 272, p. 329, texte et note 11 et t. III, § 294, p. 510, note 1; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1555, pp. 688-689 et t. III, n°2077, pp. 323-324 et t. III, n°2394, p. 624.

(65) Planjol et Ripert, t. XIII, n°1218, p. 532.

(69) Civ. 6 fév. 1889, D. 1889, I. 299, S. 1889, I. 385.

(66) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2395, p. 626.

(63) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2396, p. 627.

3 既登記抵当権者に対する通告

(1) 通告

一八 滌除のためには、取得証書の贈記(↓一四—一七)の後、「新所有者は、追行前又は最初の催告から一ヶ

月以内に、債権者が登記において選定した住所に宛てて、書類を債権者に通告しなければならない(二一八三条柱書)。第三取得者は、通告と同時に、「債務の弁済期が到来したかどうかを問わず代価を限度として抵当債務及び費用を直ちに弁済する旨の」申込みをしなければならぬ(二一八四条)(↓三三三)が、これに対して既登記抵当権者は、増価競売の申立てをする(↓三三九)かどうか(↓五六)を決定しなければならない。そこで、「債権者(既登記抵当権者)に「第三」取得者の立場を認識させ、かつ、事情をわきまえた上で二つの選択肢から一つを選ぶことができるのに必要な情報を提供することを目的とし」て、第三取得者に通告が課される。通告すべき書類は、三種類である(二一八三条)(↓①—③)。

① 「新所有者の証書の抄本」(一号)。「その抄本には、証書の日付及び性質、売主又は贈与者の氏名及び正確な指示、売買又は贈与の目的物の性質及び所在地、財産が複数個からなるときは土地及び土地が所在する郡の一般的名称、代価及び売却代価の一部をなす負担又は贈与の場合は目的物の評価額が、記載される」(同号)(↓二五)。

② 「売買証書の謄記抄本」(二号)。もともと、二号の規定する「売買証書の謄記抄本」は、一号の規定する「新

所有者の証書の抄本」と同一のものであるので、条文を字義通りに解釈するのであれば、第三取得者は同一証書を二通通告しなければならない。しかし、これは無意味であるので、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロフ又は、二号の規定する「売買証書の謄記抄本」は、第三取得者が謄記をしたことを証明する「謄記証明書(certificat de transcription)」のごとであると解する。⁽⁶⁵⁾

③ 「三つの欄からなる表」(三号)。「第一欄には抵当権の日付及び登記の日付、第二欄には債権者の氏名、第三欄には登記された債権の額が、記載される」(同号)。この情報により抵当権者は、自己の抵当権順位を認識した上で、弁済申込額で十分な弁済を受けるのかどうか、受けなければは増価競売の申立てをすべきかどうかを判断する。⁽⁶⁶⁾

(2) 期間

一九 第三取得者は、取得証書の謄記(↓一四—一七)をしさえすれば、そのときから、それだけで通告をすることができ⁽⁶⁶⁾る。債権者の請求を待たなければならないわけもなく、また通告に先立ち第三取得者は前主に対して登記の解除(mainlevée)を請求する必要もない。⁽⁶⁷⁾

二〇 いつまで通告ができるのかについては、第三取得

資料
者が率先して滌除手続をする場合と、既登記抵当権者の追
行に対して滌除手続をする場合とで、異なる（↓①―②）。

① 既登記抵当権者の追行がないにもかかわらず第三取
得者が滌除手続をする場合には、通告は期間制限に
服さない。したがって、既登記抵当権者が競売手続を開始
しない限り、第三取得者は、いつまでも通告をすることが
できる。⁽⁶⁸⁾

② 第三取得者の通告に先立ち既登記抵当権者が追行し
てきた場合については、「新所有者は、…最初の催告から
一ヶ月以内に、…通告しなければならぬ」（二一八三条
柱書）。すなわち、通告は期間制限に服する。複数の抵当
権者が催告をしたときは、最初にされた催告時が、期間の
起算点となる。⁽⁶⁹⁾

二一八三条の「催告」は、二一九九条が規定する「弁済
又は…委付催告 (sommation..de payer..ou de délais-
ser)」のことである。⁽⁷¹⁾したがって、抵当権者は弁済又は委
付催告から「三〇日経過後に」（二一九九条）抵当不動産
の売却手続に着手することができ、第三取得者は、その期
間内に滌除手続をするかどうかを決定しなければならない。
二一八三条は「一ヶ月」と、二一九九条は「三〇日」と規
定するが、二一八三条の「一ヶ月」は「三〇日」のこと

ある。⁽⁷²⁾

三〇日の期間内に通告がされなかったときは、第三取得
者は滌除権を失う。⁽⁷³⁾

(3) 相手方

二一 通告は、謄記前に登記をし、かつ謄記後に抵当権
保存吏が第三取得者に対して交付する謄抄本 (état) (二
一九六条参照) に記載された抵当権者の全員に対して、さ
れなければならぬ。⁽⁷⁴⁾したがって、謄記後に登記した抵当
権者、又は謄記前に登記をしたが抵当権保存吏による脱漏
で謄抄本に未記載の抵当権者に対しては、第三取得者は通
告する必要はない。⁽⁷⁶⁾これらの者は、いずれも第三取得者に
対する追求権を有さないからである（二一九八条・一八五
五年法六条参照）。また、通告は登記上の選定住所（↓
「登記」三二〇・同三二〇）に宛てたものでなければならぬ
（二一八三条）（↓二三）ので、選定住所未記載の既登
記抵当権者に対しても、通告は必要とされない。⁽⁷⁵⁾

数名で一つの債権を有するような場合においては、すべ
ての既登記抵当権者に対して通告をしなければならない。
選定住所が一つである場合についても、同様である。⁽⁸⁰⁾

二二 複数の既登記抵当権者がいるにもかかわらず、そ

の全員に対して通告がされなかったとしても、滌除手続全体が無効となることはない。⁽⁸¹⁾ 通告されなかった既登記抵当権者(以下「未通告既登記抵当権者」という。)の処遇は、未通告の原因が誰にあるかに応じて、異なる(↓①—②)。

① 謄抄本に記載され、かつ選定住所を有する既登記抵当権者に対する通告がされなかったときに、未通告の原因が第三取得者にあるときは、滌除手続は、通告された既登記抵当権者に対する関係では有効であるが、未通告既登記抵当権者に対する関係においては無効である。⁽⁸²⁾ したがって、未通告既登記抵当権者の抵当権は滌除されず、未通告既登記抵当権者は滌除手続終了後においても追求権を行使することができる。

② 抵当権保存吏が謄抄本に記載しなかったときに、未通告の原因が抵当権保存吏にあるときは、未通告既登記抵当権者の抵当権は滌除される(二一九八条)⁽⁸³⁾。しかし、未通告既登記抵当権者は、抵当不動産の代価分配のために開始された順位配当において優先的な順位決定を請求すること(二一九八条)、又は抵当権保存吏に対して損害賠償を請求することができる(二一九七条二号・二一九八条)。

二三 通告は「債権者が登記において選定した住所に宛

て」しなければならぬ(二一八三条)。しかし、抵当権者の現住所(domicile réel)に対してされた通告も、有効である。⁽⁸⁴⁾ 実際、「選定住所は、もつぱら抵当権者に対して送達をすべき第三者のために求められるに過ぎないので、第三者が、この利益を放棄ししつ、抵当権者にすべき送達を抵当権者個人又は抵当権者の現住所(domicile général)にすべきことが否定されることはない」。⁽⁸⁵⁾

(4) 形式

二四 「第二一八三条…に規定する通告…は、…これがされる郡の第一審裁判所長が選任した執行吏が、これをさる。これらの通告…は、増価競売及び順位配当の届出がされる裁判所の代訴士の選任を含む」まなければならぬ(一八四一年改正民法八三二条一項)。「第八三二条…に規定する手続が遵守されない場合は、すべて無効とする」(一八四一年改正民法八三八条三項)。

(5) 取得証書抄本記載事項

二五 第三取得者は、「新所有者の証書の抄本」(以下「取得証書抄本」という。)、⁽⁸⁶⁾ 「売買証書の謄記証明書」及び「三つの欄からなる表」を通告しなければならぬ(↓一

八)。そして、取得証書抄本には、「証書の日付及び性質、売主又は贈与者の氏名及び正確な指示、売買又は贈与の目的物の性質及び所在地、財産が複数個からなるときは土地及び土地が所在する郡の一般的名称、代価及び売却代価の一部をなす負担又は贈与の場合は目的物の評価額が、記載されることを要する（二一八三条一号）（↓①③）。

① 取得証書抄本には、「贈与の場合は目的物の評価額」が記載されなければならない。二一八三条は贈与の場合につき目的物の評価額の記載を要求するが、この規定は、取得証書に代価が明記されない場合のすべてに適用される。⁽⁸⁶⁾

したがって、第三取得者が交換により不動産を取得したときにも、目的物の評価額が記載されなければならない。⁽⁸⁷⁾ 記載すべき評価額は、第三取得者が適切であると考えた額でよい。かりに評価額が低廉であったとしても、抵当権者は増価競売により保護されるからである。⁽⁸⁸⁾

② 「売買代価の一部をなす負担」は、「不動産の所有者となるにあたり、取得者が、厳密な意味での売買代価に乗せして、売主：に弁済又は提供しなければならなかった金銭又は給付のすべて」⁽⁸⁹⁾のことをいう。したがって、本来は売主が負担すべき既登記抵当権の滌除費用（↓九）⁽⁹¹⁾、又は契約により取得者が負担すべき享受開始（*entrée en*

jouissance）以前の租税債務は、取得証書抄本に記載されなければならない。しかし、第三取得者が負担すべきものについては、「売買代価の一部をなす負担」ではない。売買費用⁽⁹³⁾、代価の利息又は享受開始後の保険料（*primes d'assurance*）⁽⁹⁵⁾などが、これにあたる。もつとも、第三取得者が「売買代価の一部をなす負担」とそうでない負担の双方を負う場合には、第三取得者は、通告において、双方を区別して記載する義務を負うわけではない。⁽⁹⁶⁾

③ 売買代価（又は売買代価の一部をなす負担）が現物給付であるとき、又はそれが終身定期金（*rente viagère*）⁽⁹⁷⁾である場合につき、判例は、代価を金銭で評価する必要はないと解する。確かに、二一八三条は代価の金銭的評価を第三取得者に義務づけていないが、それがなければ、既登記抵当権者は、二一八四条による「代価を限度として：弁済する旨」の申込み（↓三三）に対して増価競売の申立てをすべきかどうかを、判断することができない。そこで、オプリーロー及びボードリー・ラカンチヌリッド・ロワ又は、この場合において代価の金銭的評価のない通告を無効と解する。⁽⁹⁸⁾

(6) 規定違反通告

二六 規定違反の通告の効力については、規定がない。

そこで、規定違反通告の効力は、「潜在的無効 (nullité virtuelle)⁽⁹⁵⁾」の理論により決定される。すなわち、規定違反通告により法律がそれを第三取得者に義務づけた目的が達せられるかどうかを、裁判官が事案毎に評価し、そのような通告では既登記抵当権者は正確な判断を下すことはできないと判断したときは、その通告は無効となる。

二七 潜在的無効理論(↓二六)を適用すると、以下の結果となる(↓①—②)。

① 代価の記載に誤りがある場合において、通告記載代価が取得証書記載代価を下回るときは、通告は無効となる。既登記抵当権者は、過小の通告記載代価により増価競売申立て(↓三九)を余儀なくされる場合があるからである。

② 代価の記載に誤りがあつたとしても、通告記載代価が取得証書記載代価を上回るときは、通告は無効ではない。第三取得者の弁済申込額は通告記載代価であり、かつ既登記抵当権者は通告記載代価を要求できるので、この場合においては既登記抵当権者の利益が害されることはないからである。⁽¹⁰⁾

二八 規定違反通告無効の主張権者は、規定違反通告を

された既登記抵当権者に限られる。⁽¹⁰⁾ すなわち、規定違反通告無効は相対無効 (nullité relative) である。したがって、適正な通告をされた既登記抵当権者又は売主は無効主張権者ではない。

無効主張権者は、無効主張権を放棄することができる。⁽¹⁶⁾ それにより無効原因は治癒される。しかし、無効主張権者による増価競売申立て(↓三九)は、無効主張権の放棄とはみなされない。⁽¹⁰⁾

通告が無効となつた場合であっても、第三取得者は、有効期間内に再度の通告をすることができる。⁽¹⁰⁾

(7) 特則⁽¹⁰⁾

二九 以下の四つの場合(↓①—④)で、かつ譲渡が「単一の代価」でされたときは、第三取得者は、通告において、「証書において表明された総額の評価割当て」(二一九二条一項)を記載しなければならぬ。すなわち、第三取得者は、「単一の代価」を不動産毎に振り分けて、不動産毎の代価を通告に記載することが義務づけられる。

① 「新所有者の取得証書」に「不動産及び動産」が同時に含まれる場合。

② 「新所有者の取得証書」に「複数の抵当権保存所の

管轄郡に所在する」複数の不動産が含まれる場合。なお、これらの不動産が「同一の経営に属するかどうか」は、問われない。

③ 「新所有者の取得証書」に「同一の抵当権保存所の管轄郡に所在する」複数の不動産が含まれ、かつ、そこに「抵当権の目的である不動産と目的でない不動産」が混在する場合。

④ 「新所有者の取得証書」に「同一の抵当権保存所の管轄郡に所在」する複数の不動産が含まれ、その不動産のすべてが複数又は一人の債権者により「個別に登記」された抵当権の目的となっている場合。一人の抵当権者による登記の場合においては、この者が複数の債権を担保するために登記をした場合であっても、一つの債権を担保するために複数回の登記をした場合であっても、構わない。

三〇 評価割当てが第三取得者に課される理由は二つある(↓①—②)。

① かりに評価割当てをしないまままでの弁済申込み(↓三三)が認められるのであれば、濛除対象不動産の抵当権者は、弁済申込額を知ることができず、したがって増価競売申立て(↓三九)をすべきかどうかを判断することができない。

② 評価割当てをしないまま濛除手続がされたときは、順位配当において、混乱が生じる。

三一 評価割当ての方法は、四つの場合(↓二九)に応じて異なる(↓①—④)。

① 「新所有者の取得証書」に「不動産及び動産」が同時に含まれる場合には、不動産の代価部分が通告に記載されなければならない。

② 「新所有者の取得証書」に「複数の抵当権保存所の管轄郡に所在する」複数の不動産が含まれる場合には、濛除がされる管轄郡内の不動産の代価部分が通告に記載されなければならない。

③ 「新所有者の取得証書」に「同一の抵当権保存所の管轄郡に所在する」複数の不動産が含まれ、かつ、そこに「抵当権の目的である不動産と目的でない不動産」が混在する場合には、抵当不動産の代価部分が通告に記載されなければならない。

④ 「新所有者の取得証書」に「同一の抵当権保存所の管轄郡に所在」する複数の不動産が含まれ、その不動産のすべてが複数又は一人の債権者により「個別に登記」された抵当権の目的となっている場合には、「個別に登記」された抵当不動産毎の代価部分が、通告に記載されなければ

ならない。

三二 評価割当ての欠缺により、通告は無効となる。⁽⁸⁵⁾ すべての抵当権者が無効主張権者であるが、売主は無効主張権者ではない。⁽⁸⁶⁾ しかし、評価割当てが不動産の代価部分を正確に反映していないときは、⁽⁸⁷⁾ 抵当権者だけでなく、⁽⁸⁸⁾ 売主も、⁽⁸⁹⁾ 評価割当てを批判 (critique) することがある。⁽⁹⁰⁾

- (85) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2402, p. 630.
- (86) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2412, p. 640. 実際、共和暦七年ブリュメール一日法(以下「共和暦七年法」という)。(三〇条一号)は、「⁽⁹¹⁾ 騰記証明書」を通告すべきであるとして規定する(フランス担保法研究会八一九頁)。
- (87) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2413, p. 640.
- (88) Planiol et Ripert, t. XIII, n°1216, p. 529.
- (89) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 511, texte et note 2; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2403, p. 631.
- (90) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2357, p. 584 et n°2403, p. 631. これに対して、共和暦七年法は一ヶ月の期間制限を設ける。三〇条柱書曰く、

「契約で表明された代価がすべての負担及び抵当権を返済するために不十分であるときは、取得者は、その全額の返済を免れ、かつ、第一四条に認める追行の効力から免れるために、譲渡証書の騰記から一ヶ月以内に、債権者に対して、債権者の選定住所に、次に掲げるものを通告しなければならぬ」(フランス担保法研究会八二九頁、引用にあたり一部改訳)。

- (89) Civ. 29 nov. 1820, S. 1821. I. 151; Civ. 30 juill. 1822, J. G., v° *Priv. et hyp.*, n°2074, S. 1822. I. 350. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 512, note 5; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2403, p. 632.
- (90) 「第二一六九条 第三取得者が前条(二一六八条)の義務の一つを完全に履行しないときは、各抵当権者は、債務者 (débiteur originaire) に対する弁済催告 (commandement) 及び第三取得者に対する弁済期到来債務の弁済又は抵当不動産 (héritage) の委付催告から三〇日経過後に、第三取得者に対して抵当不動産を売却させる権利を有す。」
- (91) Req. 25 nov. 1862, D. 1863. I. 209, S. 1863. I. 149. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 512, texte et note 4; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2403, p. 631. 抵当権者が第三取得者に濫除手続をすることを促すべくする「濫除催告」のことではなく (Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 511, note 4)。⁽⁹²⁾ したがって、⁽⁹³⁾ 抵当権者が弁済又

は委付催告をする前に滌除催告をしたとしても、それだけで三〇日の期間が数え始められることはない。というのも一八〇四年法は「滌除催告」というものを「そもそも認めないからである」。

- (72) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 511, note 3; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2128, pp. 369-370 et n°2403, pp. 631-632. 一八〇四年法制定時のフランスにおいては共和暦が用いられており、共和暦においては一ヶ月は常に三〇日であった。したがって、一八〇四年法の起草者は、二一六九条の期間と二一八三条の期間を同一と考えていた。

- (73) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 512, notes 6 à 7; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2403, p. 632.

- (74) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 512, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2404, p. 632.

- (75) 一八〇六年民法八三四条一項は、「第三取得者の登記後であっても、前主の抵当権者は一五日以内に有効に登記することができる」と規定しており、これによれば登記後に登記された前主の抵当権者の抵当権も滌除対象となる(↓一五②)が、「一八〇六年民法八三五条前段は「前条(一八〇六年民法八三四条)の規定において、新所有者は、証書の謄記以前に登記をしていない債権者に対して、民法

第二一八三条及び第二一八四条に規定する送達をする義務を負わない」と規定するので、謄記後に登記をした前主の抵当権者に通告をする必要はない。したがって、本文で述べた原則は、一八〇六年から一八五五年の期間においても妥当である(Cf. Baudry-Lacantinerie de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2404, p. 633.)。

- (76) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 512, note 8; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2404, p. 633.

(77) 「第二一九八条 抵当権保存吏が、不動産につき登記された負担の一個又は数个を証明書(certificat)に記載することを脱漏したときは、新所有者(nouveau possesseur)が名義の謄記以降に証明書を請求したときに限り、新所有者は脱漏された負担を免れた不動産を取得する。ただし、抵当権保存吏は、責任を負う。脱漏された債権者は、取得者が代価を支払っていない又は債権者間の順位配当が承認(homologation)されていない限り、自己の有する順位に従い順位決定を請求する権利を失わない。」

- (78) オプリーロー及びボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、選定住所が登記に未記載であっても、これにより登記は無効とならないとする(Aubry et Rau, t. III, § 276, pp. 350-351, texte et note 21; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1694, p. 837)。「これに対し、一八六三年以前の判例は、選定住所未記載の登記を無効と

- 雖ホモ (Req. 2 mai 1816, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n°1527-1°, S. 1816. I. 245; Civ. 27 août 1828, S. 1835. I. 5 à la note; Civ. 6 janv. 1835, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n°1527-1°, S. 1835. I. 5; Civ. 12 juill. 1836, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n°1527-2°. S. 1836. I. 556; Civ. 11 déc. 1843, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n°1527-2°, S. 1844. I. 46; Civ. 26 juill. 1858, D. 1858. I. 354, S. 1858. I. 812; Civ. 28 mars 1882, D. 1883. I. 125, S. 1882. I. 263.) ° したがって一八六三年の轉任論評文 (Ch. réun., 14 janv. 1863, D. 1863. I. 101, S. 1863. I. 73.) 中の「抵当権は住所の管轄に現住所があり、かつ、それが記載された場合に、それがその管轄住所に代えることができない」とは、たゞ「鑑定住所未記載の登記は無効とみなさるべきこと」である。
- (25) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 512, texte et note 9; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2404, p. 633.
- (26) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 512, texte et note 10; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2404, pp. 633-634.
- (27) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 513, texte et note 11.
- (28) Req. 22 juill. 1812, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n°2087; Req. 28 mai 1817, S. 1818. I. 297; Civ. 25 avril 1888, D. 1889. I. 102, S. 1889. I. 49; Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 513, texte et note 12; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2405, pp. 634-635.

- (33) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2405, p. 635.
- (34) Req. 26 nov. 1884, D. 1885. I. 115, S. 1886. I. 63; Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 513, texte et note 13; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2404, p. 634.
- (35) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 513, note 13.
- (36) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2410, p. 638.
- (37) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 513, texte et note 14; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2410, p. 638.
- (38) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2410, p. 638.
- (39) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 514, texte.
- (40) Civ. 15 mai 1811, *J. G., v° Surenchère*, n°193-1°, S. 1811. I. 257; Civ. 25 nov. 1811, *J. G., v° Surenchère*, n°191-1°, S. 1812. I. 85; Civ. 2 nov. 1813, *J. G., v° Surenchère*, n° 207, S. 1814. I. 11; Civ. 3 avril 1815, *J. G., v° Surenchère*, n°191-3°, S. 1815. I. 207; Req. 13 mai 1872, *J. G., Suppl., v° Surenchère*, n°159, S. 1872. I. 244; Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 514, texte et notes 16 à 17; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2407, p. 636.
- (41) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 514, texte et note 18;

- Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2407, p. 636.
- (56) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 514, texte et note 19; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2407, p. 636.
- (57) Req. 26 fév. 1822, *J. G.*, v° *Surenchère*, n° 195-1°, S. 1822. 1. 305.- Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 514, texte et note 20; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2407, p. 637.
- (58) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 514, texte et note 21; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2407, p. 637.
- (59) Civ. 14 nov. 1894, D. 1896. 1. 513, S. 1896. 1. 137.- Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 514, texte et note 22; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2407, p. 637.
- (96) Civ. 2 nov. 1813, *J. G.*, v° *Surenchère*, n° 207, S. 1814. 1. 11.- Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 515, texte et note 23; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2409, pp. 637-638.
- (97) Civ. 3 avril 1815, *J. G.*, v° *Surenchère*, n° 191-3°, S. 1815. 1. 207; Req. 11 mars 1829, *J. G.*, v° *Surenchère*, n° 205, S. 1829. 1. 89; Civ. 14 nov. 1894, D. 1896. 1. 513, S. 1896. 1. 137.

- (98) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 515, texte et note 24; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2410, p. 638 et n° 2411, pp. 638-639.
- (99) ある規定に違反する行為がされたときにおいては、それを無効とする規定がない場合であっても、裁判官は「法律の精神 (l'esprit de la loi)」をめぐり、その行為の無効を宣言するにたがひざる。このような場合の無効を「潜在的無効」とし、「法規違反が要件又は手続に関するものである」その要件を満たすこと又はその手続を遂げることが立法者の期待した目的の完全な実現に不可欠であれば、法規違反行為は潜在的無効となる」(Aubry et Rau, t. I, § 37, p. 120, texte)。
裁判官が潜在的無効を宣言するためには、その行為が規定に違反することを確認することに加え、この規定違反行為が法律の精神に従ったことと無効とされるべきかどうかの法的評価をしなければならぬ (Aubry et Rau, t. I, § 37, pp. 119-120, texte et notes 8 à 10.)
- (100) Req. 14 mars 1853, S. 1853. 1. 261.- Aubry et Rau, t. III, § 294, pp. 515-516, texte et note 25; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2417, p. 644.
- (101) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 516, texte et note 26; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2417, pp. 644-645.

- (80) Civ. 3 avril 1815, *J. G.*, v° *Surenchère*, n°191-3°, S. 1815. 1. 207; Req. 21 mars 1820, *J. G.*, v° *Louage*, n°324-2°, S. 1820. 1. 327; Civ. 4 fév. 1857, D. 1857. 1. 83; Civ. 9 avril 1878, D. 1878. 1. 372, S. 1878. 1. 319. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 516, texte et note 27; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2417, p. 644.
- (81) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 521, texte et note 44; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2419, p. 645.
- (82) Civ. 9 nov. 1858, D. 1858. 1. 440, S. 1859. 1. 49.
- (83) Civ. 4 mai 1892, D. 1894. 1. 84, S. 1892. 1. 575. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 521, texte et note 45; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2420, p. 646.
- (84) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 521, texte et note 46; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2420, p. 646.
- (85) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 521, texte et note 47.
- (86) オブリーローは、二二二条の全体を附登記抵当権の繰除の最後の部分で、ある検査(Aubry et Rau, t. III, § 294, pp. 537-540, texte et notes 118 à 126.)。しかし、二二二条一項は、通告の特則であるから、取り扱う方が合理的であろう。したがって、この部分については、オブリーローの体系にしたがわなう。
- (87) したがって、「新所有者の取得証書」の同一の抵当権保存所の管轄郡に所在する複数の不動産が含まれる不動産のすべてが、抵当権の目的となつてゐる場合には、その抵当権が包摂抵当権 (hypothèque générale) のやうな同一の特定抵当権 (hypothèque spéciale) のやうな二二二条一項は適用せられぬ(Civ. 14 nov. 1894, D. 1896. 1. 513, S. 1896. 1. 137. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2421, pp. 647-648.)°
- (88) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 538, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2422, pp. 648-649.
- (89) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 538, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2423, p. 649.
- (90) Civ. 6 nov. 1894, D. 1896. 1. 225, S. 1896. 1. 185. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 538, texte et note 120; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2425, p. 650.
- (91) Aubry et Rau, t. III, § 294, pp. 538-539, texte et notes 121 à 122; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2425, p. 650.
- (92) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 539, texte et note 123; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2424, pp. 649-650.

4 弁済申込み

(1) 内容

三三 第三取得者は、二一八三条の通告(↓一八)と同時に、既登記抵当権者に対して、「債務の弁済期が到来したかどうかを問わず代価を限度として抵当債務及び費用を直ちに弁済する旨の」申込み(以下「弁済申込み」という。)をしなければならない(二一八四条)(↓①—③)。「贈与の場合は目的物の評価額」(二一八三条一号)が、弁済申込額となる。⁽¹¹⁶⁾

① 第三取得者が代価を限度として弁済を申し込むべき債務は、弁済期が到来したかどうかを問わない。⁽¹¹⁶⁾ すなわち、第三取得者は、売主(債務者)の有した期限の利益を享受することができない。このことは、抵当権の被担保債権が終身定期金であり、その元本の弁済期が未到来の場合についても、同様である。⁽¹¹⁷⁾

② 二一八四条の「代価」は、二一八三条一号の「代価及び売却代価の一部をなす負担」(↓二五②)のことである。⁽¹¹⁸⁾

③ 弁済申込みは、「無条件かつ全面的(pure et simple, et integrale)」なものでなければならぬ。したがっ

て、第三取得者は、弁済申込みに期限又は留保を付することはできず、また申込みにあたり控除(deduction)を主張することもできない。⁽¹¹⁹⁾ すなわち、第三取得者が売主から代価の支払いにつき期限を許与されたとしても、第三取得者は、滯除にあたり、その利益を放棄したことになる。また、第三取得者が売主に債権を有する場合において、その債権と代金債権を相殺する旨の合意があつたとしても、第三取得者は、そのことを抵当権者に対抗することはできない。

三四 二一八四条(↓三三)に反する内容の弁済申込みは無効である。そして、弁済申込みの無効により、二一八三条の通告(↓一八)も無効となる。⁽¹²⁰⁾

三五 弁済申込みの文言は、かならずしも二一八四条の表現通りのものである必要はない。弁済申込みの内容が二一八四条の趣旨に沿ったものであれば、それで十分である。⁽¹²¹⁾

(2) 弁済申込みの効果

三六 第三取得者は、弁済申込みを一方的に撤回(retraction)することはできない。⁽¹²²⁾ 二一八五条一項一号は既登記抵当権者に対して増価競売の申立てをすべきかどうかを決定することにつき四〇日の期間を与える(↓四五)が、このことは、この期間中の弁済申込みの維持を第

三取得者に義務づけていることを意味する。売買代価の減額を理由とした弁済申込額の修正又は縮減も認められない。これは事実上の一部撤回だからである。

第三取得者は、これに対して、再通告 (*nouvelle notification*) という方法で、弁済申込額を訂正 (*rectification*) することができる。⁽¹⁵⁾ この場合においては、二一八五条一項一号の規定する四〇日の増価競売申立期間(↓四〇五)の起算点は再通告時である。したがって、これにより既登記抵当権者の利益が害されることはない。また、一部追奪 (*eviction partielle*) を受けたときは、増価競売申立期間(↓四〇五)満了後でも、第三取得者は、順位配当において弁済申込額の縮減を請求することができる。⁽¹⁶⁾

三七 弁済申込みにより第三取得者は、既登記抵当権者に対して、「個人的債務 (*engagement personnel*)」を負う。⁽¹⁷⁾ しかし、第三取得者は、これにより第三取得者の地位を失わない。したがって、第三取得者が負うべき義務の範囲は、抵当権の被担保債権額に限定される。⁽¹⁸⁾ また、第三取得者は、既登記抵当権者に対して有する「検索の抗弁権 (*exception de discussion*)」(二一七〇条)を失わな⁽¹⁹⁾。さらに、善意 (*bonne foi*) か「正当な権原 (*juste titre*)」を有しさえすれば、第三取得者は、既登記抵当権者に対して

一〇年又は二〇年の時効による抵当権の消滅を主張することができ(二一八〇条一項四号・同条三項・二二六五条参照)。⁽²⁰⁾

三八 既登記抵当権者からの催告を契機に第三取得者が滌除手続を開始したとき(↓二〇②)は、第三取得者は、催告日から、既登記抵当権者に対して代価の利息の支払義務を負う。⁽²¹⁾ これに対して、第三取得者が率先して滌除手続を開始したとき(↓二〇①)は、第三取得者が既登記抵当権者に対して代価の利息の支払義務を負担するのは、弁済申込日からである。⁽²²⁾

売買契約において売主が第三取得者に対して代価の利息の支払いを免除したときであっても、その合意は既登記抵当権者には対抗できず、したがって第三取得者は既登記抵当権者に対する関係で代価の利息の支払義務を負う。⁽²³⁾ もつとも、代価の利息の支払免除が一定期間に限定されている場合は、この限りでない。⁽²⁴⁾ というのも、「このような場合においては、免除された利息は、代価に含まれているものとみなされなければならないからである」。⁽²⁵⁾

(15) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2414, p. 641.

- (111) これに対して、共和暦七年法（一五條一項・三〇條三号）にならば、第三取得者は、弁済期未到来の債権を被担保債権とみなす抵当権を繰除するものではない（Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2414, pp. 640-641.）一八〇四年法制定時の議論はこうである（「基本的性格」三三〇—三五一頁註(12)④参照。
- (112) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 516, texte et note 28; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2414, p. 641.
- (113) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 516, texte et note 29.
- (114) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 517, texte.
- (115) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 517, texte et notes 30 à 32; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2415, pp. 641-643.
- (116) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 517, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2418, p. 645.
- (117) Req. 28 mai 1817, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n° 2151, S. 1818. I. 297. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 517, texte et note 33; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2416, p. 643.
- (118) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 517, texte et note 34; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2427, p. 652.
- (119) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 517, texte et note 36; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2428, p. 654.
- (120) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 518, texte et note 37; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2428, p. 655.
- (121) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 518, texte et note 38; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2428, p. 655.
- (122) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 517, texte.
- (123) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 518, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2429, p. 656.
- (124) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 518, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2429, p. 656.
- (125) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 518, texte et note 39; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2429, p. 656.
- (126) *Priv. et hyp.*, n° 2523-1°, S. 1840. I. 809. Aubry et Rau, t. III, § 294, pp. 518-519, texte et note 40; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2304, pp. 526-527, et n° 2429, p. 656.°

- (181) Civ. 9 août 1859, D. 1859. I. 346, S. 1859. I. 785; Civ. 23 juin 1862, D. 1863. I. 243, S. 1863. I. 205; Civ. 25 fév. 1863, D. 1863. I. 147, S. 1863. I. 65; Civ. 1^{er} mars 1870, D. 1870. I. 262, S. 1870. I. 193; Civ. 6 mars 1900, D. 1902. I. 305, S. 1901. I. 281. Aubry et Rau, t. III, § 287, pp. 449-450, texte et note 54, et § 294, p. 519, note 41; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2434, p. 660.
- (182) Aubry et Rau, t. III, § 294, pp. 519-520, texte et note 42; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2434, p. 660.
- (183) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 520, texte et note 43; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2435, p. 660.
- (184) Req. 17 fév. 1820, S. 1839. I. 435 à la note; Req. 24 mars 1841, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n° 2184-2°, S. 1841. I. 366; Civ. 24 nov. 1841, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n° 2184-3°, S. 1842. I. 333; Civ. 4 nov. 1863, D. 1863. I. 471, S. 1864. I. 121. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 520, texte et note 43; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2435, p. 661.
- (185) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 520, texte.

5 増価競売申立て

(1) 増価競売申立権

三九 「証書が登記されたすべての債権者は、「新所有者の申立てによる通告(↓一八)から四〇日以内に、「不動産の競りによる公の競売の申立てをすることができ(二一八五条一項柱書)」。この競売申立てにあたっては、申立人(↓四一)は、「契約において定められた代価又は新所有者が宣言した代価に加えて一〇分の一を加えた値を付けること又は付けさせること(二一八五条一項二号)を引き受けなければならない(↓四六)」。このような引き受けを伴った競売を「増価競売」という(↓四三)。

増価競売申立権が認められる理由につき、オプリーローは次のようにいう。すなわち、増価競売申立権は、不動産が有する「本当の価値を下回る価格で「不動産の」譲渡が合意されることで、⁽¹⁸⁶⁾ 抵当権の目的物の担保「価値」が目減りしてしまうことを妨げるため」に認められる。そして、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、⁽¹⁸⁷⁾ 増価競売申立権は⁽¹⁸⁸⁾ 涤除の「本質 (essentiel)」であることによつて、

四〇 増価競売申立権は、⁽¹⁸⁹⁾ 第三取得者の涤除権の「緩和物 (correctif)」である。したがって、増価競売申立権は、

資料
第三取得者による通告（↓一八）後にはじめて、認められる。⁽¹⁶⁾

(2) 増価競売申立権を有する者

四一 「証書が登記されたすべての債権者」(二一八五条一項柱書) は、増価競売申立権を有する。したがって、既登記抵当権者は、当然に、増価競売申立てをすることができ。しかし、これ以外の者であっても、以下の者は、増価競売申立権を有する（又は、有さない）（↓①—⑧）。

① 増価競売申立ては、抵当権の有する追求権の行使方法の一つであるので、追求権を有する抵当権者は、すべて、増価競売申立権を有する。⁽¹⁶⁾したがって、二一八五条一項柱書にかかわらず、既登記抵当権者だけでなく、登記免除・未登記法定抵当権者も増価競売申立権を有する（↓七八⁽¹⁶⁾①）。しかも、登記免除・未登記法定抵当権者は、未登記のまま、増価競売申立てをすることができる（↓七八③）。

② 「登記された：債権者」であっても、第三取得者に交付された謄抄本（二一九六条参照）に抵当権保存吏の脱漏により記載されていない未記載既登記抵当権者は増価競売申立権を有さない。⁽¹⁶⁾というのも、この者は追求権を有さないからである（二一九八条）（↓二二一）。

③ 抵当権付債権の譲受人、⁽¹⁶⁾ 抵当権代位者 (le subrogé a son hypothèque) ⁽¹⁶⁾ 又は抵当権者の一般債権者（一一六六条参照）⁽¹⁶⁾ は、増価競売申立権を有する。

④ 抵当権により担保される債権の保証人は増価競売申立権を有さないが、保証人が弁済により抵当権者に代位したときは、この限りでない。⁽¹⁶⁾

⑤ 抵当権付債権の用益権者は、⁽¹⁶⁾ 虚有権者が登記をしているに過ぎなければ増価競売申立権を有さない。⁽¹⁶⁾ しかし、用益権者が自分のために登記をしているのであれば、用益権者は、増価競売申立権を有する。⁽¹⁶⁾

⑥ 未通告既登記抵当権者（↓二二二）、⁽¹⁶⁾ 被担保債権の弁済期が未到来の抵当権者若しくは条件未成就の抵当権者、⁽¹⁶⁾ 又は増価競売がされた場合であっても配当を受ける見込みのない抵当権者も、⁽¹⁶⁾ 増価競売申立権を有する。追求権を有する「すべての債権者」が増価競売申立権を有するからである。第三取得者の弁済申込額が、すべての抵当権者に弁済をするにつき十分な額である場合であっても、⁽¹⁶⁾ 抵当権者の増価競売申立権は否定されない。⁽¹⁶⁾

⑦ 第三取得者が服する追奪につき保証義務を負う者は、⁽¹⁶⁾ 増価競売申立権を有さない。⁽¹⁶⁾ なぜなら、「追奪につき保証義務を負う者は、みずから権利を行使したとしても、保証

の抗弁により排除される (Quem de evicione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio) からである。したがって、売主は増価競売申立権を有さない。

⑧ 明示又は黙示により、増価競売申立権を放棄した者は、増価競売申立権を有さない。

(3) 申立能力

四二 増価競売の申立てにあたっては、増価競売申立人は、他の競り手が契約代価(又は宣言代価)に一割を加えた値をつけないときは自らがその額で不動産を購入することを引き受ける旨の申述をしなければならない(二一八五条一項二号)(↓四六)。したがって、増価競売の申立てをするためには、債務負担能力(capacité de s'obliger)が必要とされる。これに加えて、訴訟能力(capacité d'ester en justice)も要求される。

四三 債務負担能力及び訴訟能力が要求される(↓四二)結果、妻が増価競売の申立てをするためには、夫又は裁判所の許可の許可が必要である(二一五条・二一七条参照)。別産制(régime de séparation des biens)(↓「法定抵当権」七)の場合についても同様である。ただし、一八九三年二月六日法改正三二一条三項は「別居により妻は完

全な民事能力を行使することができ、夫又は裁判所の許可は必要とされない」と規定する(↓「法定抵当権」四七②)ので、同法以降、別産制が別居による(三二一条)(↓「法定抵当権」七)ときは、この限りでない。

嫁資制(↓「法定抵当権」八)の場合において、妻の有する抵当権付債権が嫁資財産の一部であるときに、夫は単独で増価競売の申立てをすることができるのかどうかという問題については、見解が分かれる。この点につき、オプリーローは、一五四九条一項が「夫に限り、婚姻中の嫁資財産の管理を有する」と規定する(↓「法定抵当権」八)ことを根拠に、それを肯定するが、ボードリー・ラカンをヌリード・ロフヌは、嫁資制においても夫は妻に債務を負わせる権限を有さないことを理由に、それを否定する。これに対して、共通制(régime en communauté)(↓「法定抵当権」四)の妻の有する抵当権付債権については、それが固有財産であれば、増価競売の申立てをすることができるのは、妻に限られる。

四四 増価競売申立権を有さない者が増価競売の申立てをしたときは、第三取得者を含むすべての者が、増価競売の無効を主張することができる。しかし、許可を得る必要がある妻(↓四三)が無許可で増価競売の申立てをしたと

しても、第三取得者は増価競売の無効を主張することはできない⁽¹⁰⁾。というのも、二二五条は「許可の欠缺による無効は、妻、夫又はこれらの者の相続人に限り、これを主張することができ」と規定（併せて一一二五条参照）するので、この無効は相対的なものに過ぎないからである。したがって、無許可の妻による増価競売の申立ての後、二一八五条一項一号が規定する四〇日の期間（↓四五）内又は当該期間満了後に許可を得たときは、増価競売は適法なものとなる。

(4) 申立期間

四五 増価競売申立ては、「新所有者の申立てによる通告から四〇日以内」に、されなければならない（二一八五条一項一号本文）。この期間を徒過すると、代価は確定し（二二八六条）（↓五六）、増価競売申立権は失われる⁽¹¹⁾。

四〇日の期間の起算時は既登記抵当権者に対する通告（↓一八）時であり、それは既登記抵当権者毎に異なる。したがって、ある既登記抵当権者に対する通告が遅れたことを理由に、他の既登記抵当権者は、自己の期間の延長を請求することはできない⁽¹²⁾。

「この期間は、各「増価競売」申立人の選定住所と現実

の住所の距離に応じて、五万メートルにつき、二日が付け加えられる」（二二八五条一項一号但書）。なお、一八六二年五月三日法は、二日の延長期間を一日に短縮する⁽¹³⁾。

期間起算の初日は、一般原則（*Dies a quo non computatur in termino*）（一八〇六年民法一〇三三条参照）に従い、期間に算入されない⁽¹⁴⁾。しかし、期間満了の最終日（*vis ad quae*）は最後の有効日である⁽¹⁵⁾。なお、最終日が休日ときは、この期間は翌日まで延長される（一八九五年四月一三日法改正民法一〇三三条⁽¹⁶⁾）。

(5) 一割増引受け

四六 増価競売申立てにおいては、「契約において定められた代価又は新所有者が宣言した代価に一〇分の一を加えた値を付けること又は付けさせること」の、「増価競売」申立人による引き受けを含む「まなければならぬ」（二一八五条一項二号）。その結果、増価競売において他の競り手が契約代価（又は宣言代価）に一割を加えた値をつけないときは、増価競売申立人は、その引き受け額で不動産を購入する義務を負う（↓五九）。

増価競売申立人は「契約において定められた代価：に一〇分の一を加えた値」の引き受けをしなければならないが、

この「代価」は「売却代価の一部をなす負担」(二一八三条一号) (↓二五②) を含む⁽¹⁶⁾。したがって、代価が六万フラン、代価の一部をなす負担が二万フランのときは、増価競売申立人の引き受け額は六万六〇〇〇フランではなく、八万八〇〇〇フランである。

四七 二一九二条一項が規定する「評価割当て」がされるとき(↓二九―三一)は、「増価競売申立人は、いかなる場合においても、動産及び自己の債権のために抵当権の目的となる不動産以外の同一郡内に所在する不動産につき、その引き受けを強制されない」(二一九二条二項本文)。したがって、第三取得者は、増価競売申立人に対して、動産又は抵当権の目的でない不動産についての一割増引き受けを要求することはできず、また、抵当不動産であっても、抵当権保存所の他の管轄郡に所在する不動産については、増価競売申立人は一割増しでの引き受けをする義務を負わない⁽¹⁶⁾。

増価競売申立人が同一管轄郡内の複数の不動産に抵当権を有する場合において、増価競売申立人は、増価競売の申立てをすべき不動産につき選択権を有する。したがって、第三取得者は、増価競売申立人がそのすべてにつき一割増しで引き受けをべきことを要求することはできない。この

ことは、増価競売申立人が特定抵当権者であっても、包括抵当権者であっても、変わらない⁽¹⁷⁾。

「取得物の分割又は経営の分割により損害を被ったときは、その賠償につき、新所有者は前主に対して請求することができる」(二一九二条二項但書)。また、第三取得者は一六三八条により売買契約を解除することもできる⁽¹⁸⁾。

(6) 保証人の提供

四八 増価競売申立てにさいして、増価競売申立人は、「代価及び負担を限度として、保証人を提供」しなければならぬ(二一八五条一項五号)。そして、増価「競売申立書は、保証人の指示…を含む」ことを要する(一八四一年改正民法八三二条二項前段) (↓①―⑥)。

① 保証人は、「代価及び負担」だけでなく、それに一割を加えた額(↓四六)についても責任を負わなければならない⁽¹⁹⁾。

② 増価競売申立人は、複数名の保証人を提供しても良い⁽²⁰⁾。

③ 保証人は、二〇一八条・二〇一九条の要件を満たした者でなければならない(二〇四〇条一項)⁽²¹⁾。したがって、保証人には、「契約締結能力」、「債務の保証のために十分

な財産」(すなわち支払能力)及び「控訴裁判所管轄内住所」⁽⁸⁰⁾が必要である(二〇一八条)。また、保証人が支払能力を有するかどうかは所有「不動産(propriétés foncières)」の価値から判断される(二〇一九条)。しかし、不動産を有さないときは、保証人は、現金(somme d'argent)又は国債(rente sur l'Etat)の提供で、支払能力を証明(établissement)することができる。⁽⁸¹⁾一八四一年改正民法訴訟法八三二条三項は、現金又は国債の提供をもって保証人に代えることを認める(↓⑤)ので、当然に、これによる保証人の支払能力の証明が承認されるべきだからである。

④ 保証人の支払能力は書面により証明されなければならない。④ この書面は書記課に寄託される(一八四一年改正民法訴訟法八三二条二項後段)⁽⁸²⁾。オプリーローは、増価競売申立てが認められる四〇日の期間(↓四五)満了後であっても、保証人の受諾の判決までは、この書面の寄託は認められるべきであるとする。⁽⁸³⁾なぜなら、増価競売申立てにおいて指示された保証人の支払能力が十分でないときは、四〇日の期間満了後であっても、保証人の変更又は追加が認められて然るべきだからである。しかし、判例は、この書面は四〇日の期間満了までに寄託されなければならないと解する。⁽⁸⁴⁾その理由につき、ボードリー・ラカンチヌリド・

ロフヌ曰く、「追加の「保証人の」届出が「保証人の受諾の」判決まで認められるとすれば、「利害関係人は保証人の支払能力を」確認することができない。また、それによる当該判決の遅延は、立法者の意思に反する」。⁽⁸⁵⁾

⑤ 保証人を提供することができないときは、増価競売申立人は、「民法第二〇四一条の規定に従い現金又は国債で担保を提供」する(一八四一年改正民法訴訟法八三二条三項)ことで、保証人提供義務を免れることができる。国債は、記名国債であっても、持参人払国債であっても、構わない。⁽⁸⁶⁾増価競売申立人は、現金又は国債を実際に預金供託金庫(La Caisse des dépôts et consignations)に寄託しなければならない⁽⁸⁷⁾。この寄託確認証書の謄本は送達される(一八四一年改正民法訴訟法八三二条三項)。

一八四一年改正民法訴訟法八三二条三項は限定列举である。したがって、増価競売申立人は抵当権をもって保証人に代えることはできない。その抵当権が何ら負担のない不動産を目的とする場合であっても、同様である。⁽⁸⁸⁾

⑥ 一八二七年二月二日法は、国家が増価競売申立人である場合に限り、保証人提供義務を免除する。⁽⁸⁹⁾

四九「競り手は、自己の競りが他の者の競りにより上回られたときは、後者の競りが無効を宣言されたときでも、

自己の義務を免れる」(一八四一年改正民法八三八条二項準用一八四一年改正民法七〇五条二項)。したがって、増価競売において、他の競り手が契約代価(又は宣言代価)に一割を加えた額以上の競りをしたときは、増価競売申立人はすべての義務を免れ、それとともに、保証人の保証債務も消滅する。このことは、増価競売申立人以外の第三者が競落人となった場合に限られず、さらなる競りにより増価競売申立人が競落人となった場合についても妥当する⁽¹⁵⁾。なぜなら、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌ曰く、「保証人は、…増価競売から生じる義務のすべてを保証し、かつ、それしか保証しない」が、増価競売申立人が競りにより競落人となった場合において「増価競売申立人が負うべき義務は、この者のために宣言された競売から生じたもの過ぎず、増価競売から生じたものではないからである⁽¹⁶⁾」。したがって、保証人が保証債務を履行しなければならなくなる恐れが生じるのは、他の競り手が契約代価(又は宣言代価)に一割を加えた値をつけなかったために増価競売申立人が競落人となった場合に限られる⁽¹⁶⁾。

(7) 送達

五〇 増価競売申立ては「新所有者に送達され」なければ

ばならない(二一八五条一項一号)。この送達は、第三取得者の既登記抵当権者に対する通告(↓一八)において選任された代訴士(↓二四)の住所に対して、されることを要する(一八四一年改正民法八三二条二項中段)。第三取得者の現住所に対する送達は無効である⁽¹⁷⁾。

送達は、新所有者に対するのと「同一の期間内に前所有者である主たる債務者に」対しても、されなければならない(二一八五条一項三号)。増価競売により第三取得者の所有権が追奪された場合は、前所有者は担保責任を負わなければならないので、前所有者は増価競売がされるかどうかを知ることにつき、利害を有するからである。前所有者に対する送達は、前所有者の現住所又は前所有者個人に対してされなければならない⁽¹⁸⁾。一八〇四年法は前所有者が債務者であることを前提とするが、前所有者が物上保証人又は抵当不動産の第三取得者であるときのように、そうでない場合もある。このようなときは、送達は前所有者と債務者の双方に対してされなければならない⁽¹⁸⁾。

複数の者が共同 (conjointement) 又は連帯 (solidairement) で不動産を購入又は売却したときは、送達は、各々に対して個別にされなければならない⁽¹⁹⁾。不動産を複数名で購入した者全員が、一つの証書で既登記抵当権者に対

料
資
する通告をし、しかも、そこで選定された代訴士が同一人であったとしても、送達は個別であることを要する。²⁰⁾

五 一 「第二一八五条に規定する通告…は、単純申請に基づき、これがされる郡の第一審裁判所長が選任した執行吏が、これをする」(二八四一年改正民訴法八三二条一項前段)。送達される増価競売申立てには、「増価競売及び順位配当の届出がされる裁判所の代訴士の選任」(一八四一年改正民訴法八三二条一項後段)及び「保証人の受諾のための、裁判所への三日以内の召喚」(一八四一年改正民訴法八三二条二項前段)が含まなければならない。また、それと「同時に、保証人の引受書の謄本及び保証人の支払能力を確認する証書の書記課寄託書の謄本が、交付される」(一八四一年改正民訴法八三二条二項後段)。「保証人を欠くために、増価競売申立人が…現金又は国債で担保を提供したときは、…担保の提供を確認する証書の謄本が通告され」なければならない(一八四一年改正民訴法八三二条三項)。

(8) 署名

五 二 増価「競売申立書の原本及び謄本」は、増価競売「申立人又は明示の委任状を有する代理人により署名され」

なければならず、代理の場合においては、代理人は、委任状の謄本を提出しなければならない(二一八五条一項四号)。

(9) 手続違反の効果

五 三 二一八五条一項が規定する増価競売申立手続(↓四五—五二)に違反した場合は、増価競売は「すべて無効」となる(二一八五条二項)。一八四一年改正民訴法八三二条(↓四八・五〇・五一)に違反したときについても、同様である(一八五八年改正民訴法八三八条三項)(↓①—③)。

① この無効は絶対無効 (nullité absolue) であり、すべての利害関係人がそれを主張することができる。²¹⁾したがって、第三取得者は、自らに対しては適法な送達(↓五〇)がされていたとしても、売主に対する送達(↓五〇)の規定違反を理由に増価競売の無効を主張することができる。²²⁾なぜなら、増価「競売申立ての手続は、そのすべてが本質的 (substantial) なものであり、かつ、そのすべてが不可分 (indivisible) なものだからである」²³⁾。その逆の場合についても、同様に無効の主張が認められる。

② 「増価競売の宣言及び召喚に関する無効の申出は保

証人の受諾についての判決の前に、これをしなければならぬ。これに違反する場合は、失権する」(一八五八年改正民訴法八三八条四項)。

③ 増価競売が無効の場合であっても、増価競売申立人は再度の申立てをすることができる。ただし、再度の申立ては、増価競売申立てが認められる四〇日の期間(↓四四五)内にされなければならない。⁽¹⁰⁾

(10) 増価競売申立ての取下げ

五四 既登記抵当権者のうちの一人が有効な増価競売申立てをしたときは、増価「競売申立人の「増価競売の」取下げは、「増価競売の申立てをした」債権者が引き受け額を弁済したときであっても、公の競売を妨げることはできない」(二一九〇条本文)。一旦誰かによって有効な増価競売申立てがされると、その申立ては、すべての既登記抵当権者にとって「共通のもの(commun)」となるからである。⁽¹¹⁾したがって、第三取得者は、増価競売申立人だけに弁済をしたとしても、それにより増価競売の続行を妨げることはできない。⁽¹²⁾また、増価競売申立人が第三取得者から弁済されたとしても、この増価競売申立人は、増価競売を続行することができる。⁽¹³⁾第三取得者が増価競売の続行を妨げ

るためには、すべての既登記抵当権者に弁済をしなければならない(↓五八①⁽¹⁴⁾)。

「他のすべての抵当権者の明示の同意があるときは、この限りでない」(二一九〇条但書)。すべての既登記抵当権者の明示の同意さえあれば増価競売の取下げは認められるが、この場合において、第三取得者の同意は必要とされない。⁽¹⁵⁾第三取得者は増価競売の取下げに異議を唱えることにつき、正当な利益を有さないからである。

(11) 代位追行

五五 増価競売申立人による増価競売の取下げにより増価競売の続行は妨げられない(二一九〇条)(↓五四)が、増価競売を取り下げるような増価競売申立人が、その後の増価競売の継続に勤勉であるとは思えない。そこで、このような場合を考慮して、民訴法は、他の既登記抵当権者が、増価競売申立人に代位して、増価競売を続行することを認める(一八四一年改正民訴法八三三条)。代位追行という(一八五八年改正民訴法八三八条一項参照)。すなわち、「増価競売が「一八四一年改正民訴法」八三二条の召喚とともに通告された場合において、増価競売申立人又は新所有者が増価競売の申立てから一ヶ月以内に手続を開始しな

資料
かつたときは、各登記債権者は、これらの者に代位して、
追行をすることが出来る」(一八四一年改正民訴法八三三
条一項)。また、「追行期間中において、追行者の共謀、不
正又は怠慢があるときも、登記債権者は代位権を有する」
(一八四一年改正民訴法八三三条三項)。「すべての場合に
おいて、代位は増価競売申立人の危険とする。増価競売申
立人の保証人は、その義務を免れない」(一八四一年改正
民訴法八三三条四項)。

(136) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 522, texte.
(137) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t.
III, n°2438, p. 663.
(138) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 522, texte.
(139) Civ. 17 août 1869, D. 1869. 1. 464, S. 1869. 1. 386.
Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 522, texte et note 48;
Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°
2439, pp. 663-664.

(140) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 522, texte; Baudry-
Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2440, p.
664. したがって、' 滌除の局面における増価競売のしる
通常の増価競売と異なり、一般債権者は申立権を有せぬ
(Planiol et Ripert, t. XIII, n°1247, p. 566.)。'

(141) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 302, texte et note 9 et
§ 294, p. 522, texte et note 49; Baudry-Lacantinerie et de
Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2440, p. 665. このよ様に、
増価競売申立権を有する者は既登記抵当権者に限られない
が、以下、本章においては、既登記抵当権者が増価競売申
立をすることを念頭に、' 滌除手続をみる。'

(142) 一五九五条は夫婦間売買 (ventes entre époux) を禁
止するので、夫の不動産が売却された場合においては、' 妻
は増価競売の申立てをすることはできないのではないかが
問題となる。' というのも、増価競売申立人は、' 競落人とな
る場合があるからである。' しかし、二一八五条一項柱書は
「すべての債権者」に増価競売申立権が認められると規定
するので、' 妻の増価競売申立権は否定されぬ」(Baudry-
Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2441, p.
665.)。

(143) Civ. 9 nivôse an XIV, J. G., v°*Surenchére*, n°53, S.
1806. 2. 763. Aubry et Rau, t. III, § 293, p. 494, texte et
note 19, et § 294, p. 522, texte et note 50; Baudry-
Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2442, p.
668.

(144) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 522, texte et note 51;
Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°
2441, p. 667.

(145) Civ. 30 mai 1820, S. 1820. 4. 382. Aubry et Rau, t. III,

- § 294, pp. 522-523, texte et note 52; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2441, p. 667.
- (㉔) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 523, texte et note 53; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2441, p. 667.
- (㉕) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 523, texte et note 54; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2441, p. 668.
- (㉖) Cf. Planiol et Ripert, t. III, n°758, p. 714.
- (㉗) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 523, texte et note 55; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2441, p. 668.
- (㉘) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2440, p. 665.
- (㉙) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 523, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2441, p. 666.
- (㉚) Civ. 14 nov. 1881, D. 1882. 1. 168, S. 1882. 1. 257.- Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2441, p. 667.
- (㉛) Aubry et Rau, t. III, § 294, pp. 523-524, texte et note 58; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2441, p. 667.
- (㉜) Req. 4 mai 1824, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°71-1°, Civ. 8 juin 1853, D. 1853. 1. 209, S. 1853. 1. 508; Req. 18 janv. 1860, D. 1860. 1. 172, S. 1860. 1. 225; Req. 30 janv. 1861, D. 1861. 1. 211, S. 1861. 1. 337.- Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 523, texte et note 56; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2445, p. 670.
- (㉝) 三〇『雜載』大正四甲°
- (㉞) Req. 30 janv. 1861, D. 1861. 1. 211, S. 1861. 1. 337.- Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2445, pp. 670-671.
- (㉟) Req. 9 avril 1839, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°92, S. 1839. 1. 276; Req. 15 mars 1876, D. 1878. 1. 64, S. 1876. 1. 216; Civ. 4 mai 1892, D. 1894. 1. 84, S. 1892. 1. 575.- Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 523, texte et note 57; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2446, p. 671.
- (㊱) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 524, texte et note 61; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2448, p. 673.
- (㊲) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 524, texte et note 61; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2448, p. 673.
- (㊳) Civ. 14 juin 1824, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°64-4°, S. 1824. 1. 321.- Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 524, texte et note 62; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2449, p. 674.

- (161) もっとも、裁判による別産制(→「法定抵当権」七)の場合においては、判決の中に黙示的許可が含まれるの「妻は、夫が売却した不動産につき増価競売の申立をすることをたゞ、再度の許可を得る必要はない」(Civ. 29 mars 1853, D. 1853. I. 103, S. 1853. I. 442. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 524, note 62; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2449, p. 674.)。
- (162) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2449, p. 674.
- (163) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 525, texte et note 68 et t. V, § 535, pp. 546-547, texte et note 8.
- (164) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2451, p. 677.
- (165) Req. 16 déc. 1840, *J. G.*, v° *Contr. de mar.*, n°2564, S. 1841. I. 11. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 524, texte et note 69; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2451, pp. 676-677.
- (166) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2453, p. 679.
- (167) Req. 11 avril 1842, *J. G.*, v° *Contr. de mar.*, n°1994; Civ. 14 juin 1843, *J. G.*, v° *Contr. de mar.*, n°1997, S. 1843. I. 465. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 524, texte et note 63; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2452, pp. 678-679.
- (168) もっとも、第三取得者は、無許可を理由に保証人の受諾のための召喚(一八四一年改正民法八三二条二項)(→五二)で保証人を拒絶することができ、これをもって増価競売を無効とするのがである(同条四項参照)。また、第三取得者は、裁判所が決定した期間内に許可が得られなくとも増価競売申立は却下(rejet)されることなく、裁判所に於て請求する権利を失わない。Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 524, texte et note 64; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2452, p. 679.
- (169) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2455, p. 682.
- (170) Req. 10 mai 1853, D. 1853. I. 153, S. 1853. I. 702. Aubry et Rau, t. III, § 294, pp. 525-526, texte et note 70; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2455, p. 680.
- (171) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 526, note 71; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2455, p. 681.
- (172) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 526, texte et note 73; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2455, p. 681.
- (173) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 526, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2455, pp.

- 681-682.
- (77) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2455, p. 682.
- (78) Civ. 3 avril 1815, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°191-3°, S. 1815. 1. 207; Req. 6 juill. 1881, D. 1882. 1. 449, S. 1882. 1. 51. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 526, note 76; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2456, p. 683.
- (79) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 539, texte; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2457, pp. 684-685.
- (80) Civ. 21 nov. 1843, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°43, S. 1844. 1. 60. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 539, texte et notes 125 à 126; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2457, p. 686.
- (81) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 540, texte; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2518, p. 734.
- (82) Civ. 10 mai 1820, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°179, S. 1820. 1. 358; Req. 31 mai 1864, D. 1871. 1. 222, S. 1870. 1. 305. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 527, texte et note 77; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2459, pp. 687-688.
- (83) Req. 4 avril 1826, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°154-2°, S. 1826. 1. 353. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 527, texte et note 79; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2459, p. 688.
- (84) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 527, texte; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2460, pp. 688-689.
- (85) 「總論に於て」總論に於て 讓渡に於て 譲渡者 譲渡者 譲渡者 譲渡者 (Civ. 22 fév. 1853, D. 1853. 1. 52, S. 1853. 1. 275. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 527, note 80; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2460, p. 689.)
- (86) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 527, texte et note 81.
- (87) Civ. 3 avril 1832, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°139-2°, S. 1832. 1. 444; Req. 18 janv. 1834, S. 1834. 1. 8; Req. 15 mai 1877, D. 1877. 1. 397, S. 1877. 1. 262; Req. 19 mai 1890, D. 1891. 1. 370, S. 1890. 1. 329. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 527, texte et note 82; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2460, p. 689.
- (88) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2461, p. 690.
- (89) Aubry et Rau, t. III, § 294, pp. 527-528, texte et notes 83 à 84. ノドニテ 田圃 田圃 田圃 田圃 (Req. 6 nov. 1843, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°161-3°, S. 1843. 1. 867.)
- (90) Civ. 29 août 1855, D. 1855. 1. 369, S. 1856. 1. 33; Civ. 17 août 1869, D. 1869. 1. 464, S. 1869. 1. 396.

- (82) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2462, p. 691.
- (83) Req. 4 janv. 1865, D. 1865. 1. 172, S. 1865. 1. 179.- Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 528 texte et note 85; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2464, p. 692.
- (84) Req. 15 nov. 1821, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°162, S. 1823. 1. 128.- Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 528, note 86; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2465, p. 692.
- (85) Req. 16 juill. 1845, D. 1845. 1. 332, S. 1845. 1. 817; Civ. 7 août 1882, D. 1883. 1. 220, S. 1882. 1. 457.- Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 528, texte et note 87; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2465, p. 692.
- (86) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 529, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2465, p. 693.
- (87) Civ. 2 août 1870, D. 1870. 1. 344, S. 1871. 1. 17.
- (88) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2466, pp. 693-694.
- (89) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2466, p. 694.
- (90) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 529, texte et note 91; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2469, p. 695.
- (91) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 529, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2469, pp. 695-696.
- (92) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 529, note 88; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2468, p. 695.
- (93) Civ. 12 mars 1810, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°104-1°, S. 1810. 1. 208; Ch. réun., 14 août 1813, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°104-1°, S. 1813. 1. 443.- Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 529, texte et note 89; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2468, p. 695.
- (94) Civ. 28 août 1882, D. 1883. 1. 240.- Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 529, note 90; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2468, p. 695.
- (95) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 530, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2473, p. 698.
- (96) Req. 8 (ou 18) mars 1809, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°244-1°, S. 1809. 1. 328; Civ. 22 juill. 1828, *J. G.*, v°*Surenchère*, n°244-2°, S. 1828. 1. 291; Civ. 13 mars 1865, D. 1865. 1. 123, S. 1865. 1. 233.- Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 530, texte et note 94; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2473, p. 698.

- (203) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 530, note 94.
 (204) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 530, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2474, pp. 698-699.
 (205) Aubry et Rau, t. III, § 294, pp. 530-531, texte et note 96; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2479, p. 702.
 (206) Req. 18 janv. 1860, D. 1860. I. 172, S. 1860. I. 225-2479, p. 702.
 Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 531, texte et note 96; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2479, p. 702.
 (207) Civ. 31 mai 1831, *J. G.*, v° *Surenchère*, n° 51-3°, S. 1831. I. 412; Req. 18 janv. 1860, D. 1860. I. 172, S. 1860. I. 225-2479, p. 702.
 Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 531, texte et note 97; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2479, p. 702.
 (208) Civ. 3 fév. 1808, *J. G.*, v° *Surenchère*, n° 266, S. 1808. I. 129; Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 531, note 96 et p. 532, texte et note 104; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2480, pp. 702-703 et n° 2493, p. 711.
 (209) Req. 24 avr. 1855, D. 1855. I. 202, S. 1857. I. 137-2476, p. 700.
 Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 531, texte et note 98; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2476, p. 700.

6 有効な増価競売がされなかった場合の効果

五六 「債権者が第二一八五条の定める期間内に同条の形式に従った「増価」競売の申述をしなかったときは、不動産の価値は、終局的に、契約において定められた代価又は新所有者が宣言した代価に定まる」(二一八六条前段^⑩)。すなわち、既登記抵当権者が、通告から四〇日以内に増価競売申立て(二一八五条一項)(\Downarrow 三九)をしなかったとき、又は、既登記抵当権者が四〇日の期間内に増価競売を申し立てたが二一八五条一項の手續に違反したために増価競売申立てが無効とされたとき(\Downarrow 五三)は、「不動産の価値は、終局的に、契約において定められた代価又は新所有者が宣言した代価に定まる」(\Downarrow ①—②)。

① 不動産の代価が「契約において定められた代価又は新所有者が宣言した代価」に確定した場合、既登記抵当権者は、それを超える額を第三取得者に請求することはできない^⑪。また、第三取得者の所有に帰した抵当不動産が競売され、弁済申込額を上回る値が付いたとしても、既登記抵当権者は、順位配当において、超過額に対して優先権(droit de préférence)を主張する^⑫はできない^⑬。

しかし、代価の一部隠蔽(dissimulation)がされた場

料 合については、この限りでない。この場合においては、既
登記抵当権者は、有効な増価競売がされなかった場合で
あつても廃罷訴権 (action paulienne) (一一六七条) に
より譲渡契約の無効を主張することができる。また、代価
の隠蔽を証明した上で抵当権順位に従つた隠蔽代価の再分
配を要求することも認められる。⁽¹⁰⁾

② 代価の確定だけで抵当権は滌除されない。抵当権が
滌除されるためには、第三取得者は、「代価の弁済又は供
託」(二一八六条後段・一八五八年改正民法七七七条五
項)をしなければならぬ。⁽¹¹⁾ 第三取得者は供託義務を負わ
ず、弁済するか、供託するかにつき、⁽¹²⁾ 選択権を有する。

(10) オプリーローは、一八〇四年法の条文(二一八六
条)に忠実に、代価確定を、有効な増価競売がされなかつ
た場合の効果と理解する。本稿も、これに従つた。これに
対して、ボードリー・ラカンヌマリード・ロフヌは、代価確
定を、第三取得者の弁済申込み(↓三三)に対する既登記
抵当権者の承諾の効果と位置づける (Baudry-
Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2426, pp.
651-652 et n°2484, p. 705)。なお、ボードリー・ラカンチ
マリード・ロフヌによれば、承諾の方法は三つある
(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°

2436, p. 662)。すなわち、既登記抵当権者が第三取得者に
対してする明示の承諾である明示的承諾 (acceptation ex-
presse) (明示的承諾がなれることは、ほんごなどない) (既
登記抵当権者が通告から四〇日以内に増価競売申立て (二
一八五条一項) (↓三九) をしなかったときに既登記抵当
権者が弁済申込みに対して承諾をしたものとみなす黙示的
承諾 (acceptation tacite) (既登記抵当権者が四〇日の期
間内に増価競売を申し立てをしたが二一八五条一項の手續
に違反したために増価競売申立てが無効とされたときに既
登記抵当権者が承諾をしたものとみなす強制的承諾 (ac-
ceptation forcée) である。

(11) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t.
III, n°2485, p. 705.

(12) Req. 23 nov. 1885, D. 1887. I. 213, S. 1888. I. 325.
Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°
2485, p. 705.

(13) Req. 14 fév. 1826, J. G., v° *Priv. et hyp.*, n°2114-3°, S.
1826. I. 342; Req. 19 août 1828, S. 1828. I. 425; Req. 2 août
1836, S. 1836. I. 657; Req. 18 fév. 1878, D. 1878. I. 291, S.
1878. I. 165. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 532, texte et
note 101. Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothé-
ques*, t. III, n°2486, p. 706.

(14) Civ. 29 avril 1839, J. G., v° *Priv. et hyp.*, n°2112-3°, S.
1839. I. 435; Req. 21 juill. 1857, D. 1857. I. 404, S. 1858. I.

103. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 532, texte et note 102; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2486, p. 707.

- (25) 「一八五八年改正民訴法第七七七条第五項 強制的所有権移転による譲渡以外の譲渡の場合において、滌除手続の実行後に供託の方法によりすべての先取特権及び抵当権の終局的解放を希望する取得者は、事前に現実の提供 (offres réelles) をすることなく、供託をする。この場合においては (A cet effet) 取得者は、売主に対して、一五日以内における登記 (inscriptions existantes) の解除 (mainlevée) を催告し、かつ、供託すべき元本及び利息の総額を知らしめることを催告する。この期間の満了後、供託がなれ、その日から三日以内に取得者又は競落人は供託金庫 (caisse de consignations) の受領書 (récépissé) を提出して順位配当の開始を申請する。順位配当は、この申請に基づき、順位配当についての規定に従いされる。」
- (26) Civ 24 août 1847, D. 1847. I. 329, S. 1848. I. 33; Req. 11 janv. 1881, D. 1881. I. 242, S. 1883. I. 468. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 531, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2487, p. 707.
- (27) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 531, note 100; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2487, p. 707.

7 増価競売申立ての効果

(1) 競りによる再売買

五七 適法な増価競売申立て (↓**三九—五五**) がされると、「競りによる再売買」(二一八七条一項) がされる⁽²⁸⁾。そして、「競りによる再売買」は、強制的所有権移転について定める形式に従い、される」(二一八七条一項)。

「競りによる再売買」は、「増価競売」申立人又は新所有者」(二一八七条一項) が、これをする。「増価競売申立人又は新所有者が増価競売の申立てから一ヶ月以内に手続を開始しなかったとき」(一八四一年改正民訴法八三三条一項)、又は「追行期間中において、追行者の共謀、不正又は怠慢があるとき」(一八四一年改正民訴法八三三条三項) は、増価競売申立人でない既登記抵当権者も、増価競売申立人に代位して、再売買をすることができる (↓**五五**)。

(2) 第三取得者の法的地位

五八 増価競売申立ての効果により、第三取得者は増価競売不動産の所有権を失うわけではない。競売判決までは、第三取得者が、その所有者である⁽²⁹⁾。このことは、以下のことを意味する (↓①—②)。

① 第三取得者は、競売判決まで、すべての既登記抵当権者に対して被担保債権及び増価競売費用の弁済又は供託をすること、増価競売の続行を妨げることができ(↓五四)。

② 増価競売申立てから競売判決に至るまでの増価競売不動産の減失 (perte) 又は価値低下 (deterioration) についての危険は、第三取得者が、これを負担する。⁽¹⁹⁾したがって、このような場合においては、増価競売申立人は、増価競売申立てを撤回することができる。また、オプリーローは、この場合においては増価競売申立人は引き受け額の縮減を求めることができると解する。しかし、ボードリー・ラカンヌリッド・ロフヌは、縮減を認めることは引き受け最低額を規定する二一八五条一項二号(↓四六)に反すること、また第三取得者が負うべき危険を既登記抵当権者に負担させるべきではないことを理由に、それを否定する。⁽²⁰⁾

(28) 増価競売手続については、二一八七条二項に加え、一八四一年改正民法八三六条・同八三七条・一八五八年改正民法八三八条が、それを規定する。その詳細については、本稿は、これを割愛する (Cf. Plantol et Ripert, t. XIII, n.

1264, pp. 590-594.)。

(19) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 532, texte et note 103; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2493, p. 711.

(20) Civ. 12 fév. 1828, *J. G.*, v° *Surenchère*, n° 270, S. 1828, I. 147; Aubry et Rau, t. III, § 294, pp. 532-533, texte et note 105; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2493, pp. 711-712.

(21) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 533, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2477, p. 701 et n° 2493, p. 712.

(22) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 533, texte et note 106.

(23) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2477, p. 701.

8 競売判決の効果

(1) 競売判決

五九 「証書に記載された代価又は宣言された価値及び増価競売の額は、競りに代わる」(一八四一年改正民法八三七条三項)。すなわち、「契約において定められた代価

又は新所有者が宣言した代価に一〇分の一を加えた値」(二一八五条一項二号)が、最初の競りとなる。そして、一八四一年改正民法七一条の規定する場合を除き、すべての者が競落人となることができる。第三取得者も例外ではない。しかし、「増価競売申立人は、競売のために定められた日に他の競り手が現れなかったときは、競落人と宣言される」(一八五八年改正民法八三八条一項前段)。

そして、この場合においては、増価競売申立人は、「証書に記載された代価又は宣言された価値及び増価競売の額」(一八四一年改正民法八三七条三項)で、その競落人となる。競売判決により抵当不動産の代価が確定する。その結果、「任意譲渡に基づく増価競売は、他の増価競売により取り消されない」(一八五八年改正民法八三八条七項)。競売判決の効果は、第三取得者が競落人となった場合(↓六〇)と、増価競売申立人又は第三者が競落人となった場合(↓六一―六七)とで異なる。なお、六〇―六七の内容は、既登記抵当権の滌除だけでなく、登記免除・未登記法定抵当権の滌除(↓六八―八二)の場合にも妥当する。⁽²¹⁾

(2) 第三取得者が競落人の場合

六〇 第三取得者は、競りで最高値を付けることで、増

価競売不動産の競落人となることができる(↓五九)。しかし、第三取得者の所有権取得は、競売判決の効果ではない。⁽²²⁾すなわち、第三取得者の「所有権は、取得契約に由来するものとみなされなければならない。増価競売判決は「取得契約による所有権取得を」確認する(confirmar)だけである」。⁽²³⁾このことは、以下のことを意味する(↓①―⑤)。

① 「取得者又は受贈者が競りに付された不動産を競落人となることにより保存したときは、その者は、競売判決を謄記する義務を負わない」(二一八九条)。第三取得者は当初の取得名義により所有権を保持するからである。したがって、第三取得者は、最初の謄記をもって、所有権の取得を第三者に対抗することができる。もつとも、謄記を所有権取得の第三者対抗要件としない一八〇四年法においては、滌除の前提として取得名義の謄記が必要とされる理由(↓一五①)と同様に、この規定の存在理由を説明することは困難である。⁽²⁴⁾

② 「競落人となった取得者は、証書に定められた代価を超える部分の償還及び超過分の利息について、各弁済日から売主に対して請求権を有する」(二一九一条)。すなわち、第三取得者が不動産を保持するにあたり契約代価以上の支出を余儀なくされたことは、一種の追奪に服したこと

に他ならず、したがって、第三取得者は、担保責任に基づく請求権 (recours en garantie) を有する⁽²³⁾。

③ すべての抵当権者が競売代価から弁済を受けた後の残額は、第三取得者に属する⁽²³⁾。前所有者の一般債権者は、それに対して何の権利も有さない。

④ 取得契約から競売に至るまでの間に第三取得者が不動産につき設定した権利は、すべて、その不動産を目的とし続ける⁽²³⁾。

⑤ 売買代価の支払いについての保証人は、競売判決後においても、保証債務を免れない⁽²³⁾。もつとも、保証債務の範囲は、売買契約のさいに負担した額に限定される。

(3) 第三取得者以外の者が競落人の場合

六一 第三取得者以外の者が競りで最高値を付けたとき、又は、競り手が現れず増価競売申立人が競落人となったとき(↓五九)は、第三取得者以外の者が競落人となる(以下、第三取得者以外の者が競落人となった場合の競落人のことを「第三取得者以外の競落人」という。)。この場合において、第三取得者は所有権を失い、競売判決の効果により第三取得者以外の競落人が所有権を取得する。したがって、この場合の競売判決は、所有権を移転する効果を

生じさせる⁽²³⁾。そして、第三取得者以外の競落人は、第三取得者が競落人となった場合(↓六〇①)と異なり、競売判決を騰記しなければならない(一八五五年法一条四号)⁽²³⁾。

第三取得者以外の者が競落人となった場合においては、第三取得者以外の競落人は競売判決により第三取得者の承継人となるのかどうか(↓六二—六三)、競売判決により所有権を失った第三取得者は不動産の取得に要した費用を誰かに対して請求することができるのかどうか(↓六四)、第三取得者は必要費・改良費の償還を誰かに対して求めることができるのかどうか(↓六五—六六)、第三取得者以外の競落人が代価の利息の支払義務を負うのはいつからか(↓六七)という問題が生じる。

(4) 取得名義解除の有無

六二 競売判決により第三取得者以外の競落人が所有権を取得したとき、第三取得者以外の競落人は、債務者の承継人 (ayant cause) であるのか、又は第三取得者の承継人であるのかにつき、見解が分かれる(↓①—②)。

① 判例は、原則的に、競売判決により第三取得者の取得名義は解除されると解する。したがって、解除の遡及効により第三取得者は債務者から一度も所有権を取得しな

かつたものとみなされ、第三取得者以外の競落人は、競売判決により、債務者から直接に所有権を取得する。すなわち、第三取得者以外の競落人は、債務者の承継人である。

この結論は、「競落人は、競売代価に加えて、契約の正当な費用、： 謄記費用、 通告費用及び再売買に至るための費用を、所有権を奪われた取得者：に返還」しなければならぬと規定する二一八八条(↓六四)から導き出される。⁽²⁰⁾

すなわち、競売判決により所有権が第三取得者から第三取得者以外の競落人に移転するのであれば、第三取得者は、これらの費用の返還を債務者に求めるべきであるが、二一八八条は、これを第三取得者以外の競落人の負担であると規定するので、この規定は、競売判決により所有権が第三取得者から第三取得者以外の競落人に移転しないことを前提とする。

ところで、滌除手続をしないとき、又は抵当不動産を委付(二一七二条)したときは、第三取得者は強制的所有権移転により所有権を奪われる。そして、この場合の、第三取得者以外の競落人は第三取得者の承継人であると解されており、⁽²¹⁾取得名義は解除されない。したがって、判例の立場によれば、第三取得者が滌除をするかどうかにより、競売判決の効果は異なる。判例は、この差異を次のように正

当化する。強制的所有権移転の場合と異なり、増価競売申立てにおいては、「債権者は、第三取得者の所有権を承認せずに、所有権の取得名義を真つ向から否定している(s'attaquer)。そして、債権者の行動(action)は、取得名義を否認し(tomber)、それを債務者から競落人に直接に所有権を移転させる新契約に置き換えることを目的とする」。すなわち、強制的所有権移転は取得契約の有効性の承認を前提とするが、増価競売申立ては取得「契約に対する異議(protestation)」である。したがって、強制的所有権移転においては競売判決により取得名義は解除されないが、増価競売においては取得名義は解除される。

② オブリーロー及びボードリー・ラカンチヌリド・ロワヌは、競売判決による取得名義の解除を否定する。したがって、所有権は第三取得者から第三取得者以外の競落人に移転する。すなわち、第三取得者以外の競落人は第三取得者の承継人である。その理由を、オブリーローは次のように説明する。「第三取得者が増価競売の効果で所有権を奪われる場合と、第三取得者や委付財産管理人(curatour au délaissement)に対する強制的所有権移転により所有権を奪われる場合とで、何らかの差異を認めることに、合理的理由がまったくない。いずれの場合において

も、第三取得者が服する追奪は常に抵当権の結果に他ならず、かつ、その原因は第三取得者が抵当権の目的物の所有者となる契約に内在するものではないからである。：「また、」増価競売の申立てにより、債権者は、第三取得者の取得名義の結果である所有権移転に異議申立て (contestation) をしているわけではない。債権者は、申出額をもって第三取得者を義務から解放することを拒絶しているだけである。また、債権者には、申出額に一〇分の一の額を上乗せすることを条件に、この不動産を売却する権利があるに過ぎない。このことは、滌除がされなかった場合に債権者ができることと、何も変わらない⁽²⁰⁾。

取得名義解除を肯定する根拠として二二八八条が掲げられるが、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、競売判決による取得名義解除を否定しても、この規定を合理的に説明することはできるとする。曰く、二二八八条は「法的 (de droit) な考慮と衡平 (equité) の考慮により正当化される。法的には、競落人は、証書の費用その他の付属する費用を負担しなければならない (二五九三条⁽²¹⁾)。ところで、増価競売は滌除の結果である。したがって、譲渡と滌除のための費用はすべて、競売の準備費用に他ならない。そうであるとすれば、これらの費用は、売買に付属する費

用であり、競落人が負担すべきものである。「また、」法準則は、衡平の観点からも正当化される。取得者は追奪に服する。有償取得のさいには、取得者は前主に対して担保責任に基づく請求権を有する (一六三〇条)。：「とはいえ、」取得者の有する訴権は、多くの場合において、支払能力のない者に対するものである。：しかし、そこから取得者は何の利益も得ていない以上、これを取得者の負担とすることは、正義の望むところのものではない。そこで、法律は、それを競落人の負担とした⁽²²⁾。

六三 競売判決により第三取得者の取得名義が解除されるかどうかで、具体的には次のような問題の処理の違いが生じる (↓①—⑤)。判例は、第三取得者の取得名義の解除を肯定する (↓六二①) が、この立場を貫徹しているわけではない (↓③—⑤)。

① 競売代価から抵当権者が債権を回収した後の残額につき、競売判決により第三取得者の取得名義は解除されると解するのであれば、それは債務者に属することになる。そして、実際、判例は、このように解する⁽²³⁾。これに対して、オプリーロー及びボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、残額は第三取得者に属するべきであるとする⁽²⁴⁾。その実質的な理由につき、オプリーローは次のように述べる。

「増価競売は抵当権者のために認められるものに過ぎないので、再売買による代価の残額から「債務者の」一般債権者が利益を得ることは、制度の目的に反する。「実際」債務者が適法に売却した不動産に対して、債務者の一般債権者が何らかの権利を有するわけがなからう」⁽²⁶⁾。

② 所有権取得から競売判決までの間に第三取得者の不動産を目的とするに至った抵当権の、競売判決後の処遇につき、第三取得者の取得名義は競売判決により解除されると解するのであれば、論理的には、この抵当権は競売判決とともに消滅するはずである。このことを判例は明確に述べるわけではないが、「判例が遡及的解除の理論を認めるに至った理由の一つ」⁽²⁶⁾は、この結論を肯定するためであると評されている。というのも、このように解するのでなければ、第三取得者を債務者とする債権者の抵当権は滌除手続後も存続するので、第三取得者以外の競落人は再度の滌除をしなければならなくなるからである。これに対して、オプリーロー及びボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、この抵当権の、競売判決による消滅を否定する⁽²⁶⁾。なぜなら、「第三取得者の権利を堅固にするためにされるべき「滌除」権の行使が、第三取得者の抵当権者「の利益」に反することになるからである」⁽²⁶⁾。そして、このように解

したとしても、少なくとも一八五八年改正民法以降においては、第三取得者以外の競落人が再度の滌除をしなければならなくなるという心配は、多くの場合に杞憂に終わるというのも、一八五八年改正民法八三八条八項は「任意譲渡に基づく増価競売の効果は、売主及び競落人に関しては、第七一七条の規定により定める」と規定するが、一八五八年改正民法七一一七条七項は「正式に騰記された競売判決は、その種類を問わず、抵当権を滌除」と規定する(↓「登記」二〇③)からである。したがって、競売判決騰記時の既登記抵当権は、すべて滌除される⁽²⁶⁾。しかし、第三取得者を債務者とする抵当権者は、債務者(売主)の抵当権者が弁済を受けた後に抵当権順位に従い競売代価を受領することができる。

③ 不動産を売却した後に債務者(売主)が第三取得者の所有権に帰した不動産を自己の債権者の抵当権の目的とした場合における、この抵当権の、競売判決後の処遇につき、取得名義の解除を肯定するのであれば、競売判決までは債務者(売主)が所有者なのだから、論理的には、この抵当権は競売判決後も有効に存続するはずである。しかし、判例は、「増価競売による売買の解除は、遅れて登記をした債権者の権利を復活させない」として、この抵当権の

有効性を認めない。⁽²³⁾ ボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、判例の論理矛盾を批判しつつ、この結論に賛同する。⁽²⁴⁾

④ 売買から競売判決に至るまでの間に第三取得者が取得した果実につき、第三取得者は返還義務を負うのかどうかという問題につき、競売判決による第三取得者の取得名義の解除を肯定するのであれば、果実は債務者（売主）の抵当権者間で分配されるべきであり、したがって、第三取得者の返還義務は肯定されるべきである。⁽²⁵⁾ しかし、判例は、オプリーロー及びボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌと同様に、第三取得者の果実返還義務を否定する。⁽²⁶⁾

⑤ 競売判決の効果により所有権を失った第三取得者は、債務者（売主）に対して担保責任に基づく請求権を有するかどうかという問題につき、競売判決による取得名義の解除を肯定するのであれば、論理的には、この請求権は否定されるはずである。⁽²⁷⁾ しかし、判例は、オプリーロー及びボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌと同様に、第三取得者の担保責任に基づく請求権を肯定する。⁽²⁸⁾

(5) 費用返還義務

六四 第三取得者以外の「競落人は、競売代価に加えて、契約の正当な費用、抵当権保存吏の謄記簿への謄記費用、

通告費用及び再売買に至るための費用を、所有権を奪われた取得者又は受贈者に返還」しなければならない（二一八八条）。二一八八条の理解については、競売判決による第三取得者の取得名義の解除を認めるかどうかで、異なる（↓六二）。

(6) 必要費・改良費償還請求権

六五 売買による所有権の取得から、競売判決による所有権の喪失までに支出した必要費（impenses）及び改良費（ameliorations）につき、第三取得者は、その償還を求めることはできるのかどうか問題となる。

一八〇四年法は、増価競売による所有権喪失後の費用償還の是非について何も規定しない。しかし、第三取得者が委付又は強制的所有権移転により所有権を失った場合につき、二一七五条但書は、「第三取得者は、改良による値上がり額（plus-value）⁽²⁹⁾を限度として、必要費及び改良費の返還を求めることができる」と規定する。そこで、オプリーロー及びボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、増価競売による所有権喪失と委付又は強制的所有権移転による所有権喪失の類似性を根拠に、この規定を類推適用すべきであると解する。⁽³⁰⁾したがって、競売判決により所有権

を失った第三取得者は、費用償還を請求することができる。

六六 第三取得者の費用償還請求が認められる場合において、その相手方は以下である(↓①—③²⁰⁾)。

① 増価競売において、物件明細書 (cahier des charges) に競落人が値上がり額の償還義務を負うべき旨の条項(以下「競落人負担条項」という。)が盛り込まれているときは、第三取得者は、第三取得者以外の競落人に費用償還を求めることができる。実際、そのことが物件明細書に明示されている以上、このように解したとしても、第三取得者以外の競落人が不測の損失を被ることはない。もつとも、このような場合においては、競り手は競りを躊躇するので、そのような条項を盛り込むことにつき既登記抵当権者は積極的ではない。²⁰⁾

② 物件明細書に競落人負担条項が盛り込まれず、かつ増価競売申立人が引き受け額で競落人となったときは、増価競売申立人(競落人)が費用償還義務を負う。この場合においては増価競売申立人の引き受け額が配当額であるから、これにより増価競売申立人以外の既登記抵当権者はまったく利益を得ていない。なぜなら、改良されたかどうかにかかわらず、増価競売申立人以外の既登記抵当権者は、増価競売申立人の引き受け額を配当額とすることは常に保

証されており、実際、その額が配当額となったからである。他方で、増価競売申立人は、改良されていない状態で引き受け額での競落人となることを覚悟していたにもかかわらず、同額で改良により値上がりした不動産を購入することができたので、これにより利益を得ている。したがって、専ら改良から利益を得ている増価競売申立人(競落人)が、費用償還義務を負うのが妥当である。

③ 物件明細書に競落人負担条項が盛り込まれず、かつ競り手(第三者又は増価競売申立人)が(増価競売申立人の引き受け額を超えて)最高値を付けたときは、配当額が改良による値上がり額のみだけ増加したわけであるから、これにより抵当権者が利益を得ている。したがって、この場合においては、抵当権者が費用の償還義務を負う。具体的には、順位配当において、第三取得者は、償還額につき分離 (distriction) 又は先取控除 (prélevement) を請求することができる。もつとも、償還額は、増価競売申立人の引き受け額と、実際の競売価格の差額を限度とする。

(7) 代価利息支払時期

六七 第三取得者以外の競落人は、競落人と宣言された日以降についてのみ、代価の利息の支払義務を負う。ただ

資料
し、物件明細書に反対の条項が盛り込まれているときは、この限りでない。⁽²²⁾

(22) Planiol et Ripert, t. XIII, n°1283, p. 615.

(25) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 533, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2495, p. 712.

(26) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 533, texte.

(27) 二一九九条は「取得者…が…競落人となる…ときは、その者は、競売判決を騰記する義務を負わない」と規定するので、この規定を反対解釈するのであれば、第三取得者以外の者が競落人となったときは、この者は、競売判決を騰記しなければならない (Maleville, t. 4, p. 285)。そこで騰記を所有権取得の第三者対抗要件としない一八〇四年法において、なぜ第三取得者以外の競落人は騰記をしなければならないのかが問題となる。トレヤール草案(九一条)は騰記を所有権取得の第三者対抗要件とした(香山「基本的性格(4)」(二二〇頁)がこの規定は、国務院草案段階で突如削除されてしまった(香山「基本的性格(5)」三四八頁)。かりに、トレヤール草案に二一九九条に該当する条文が存在し、トレヤール草案九一条の削除にもかかわらず国務院草案に二一九九条該当条文が残存したのであれば、二一九九条は、起草者の手違いで削除されるべき条

文が削除されずに残ってしまったと説明することができる。しかし、実際には、そうではない。トレヤール草案には二一九九条に該当する条文は存在せず (Cf. Fenet, t. XV, p. 348)。⁽²⁸⁾それが現れたのは国務院草案(九八条)においてである (Fenet, t. XV, p. 409)。すなわち、国務院草案は、騰記を所有権取得の第三者対抗要件とする規定(トレヤール草案九一条)を削除する一方で、第三取得者以外の者が競落人となったときは競売判決を騰記しなければならないとの規定(国務院草案九八条)を設けた。したがって、二一九九条は、⁽²⁹⁾けて起草者の誤りによるものではない。二一九九条(又は国務院草案九八条)が、どのような趣旨で一八〇四年法(又は国務院草案)に盛り込まれたのかは不明といわざるをえないが、⁽³⁰⁾そもそも、一八〇四年法は騰記を所有権取得の第三者対抗要件とすることを否定していなかったとする理解も、十分可能であるように思われる (Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2495, p. 713)。⁽³¹⁾

(28) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 533, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2497, pp. 714-715.

(29) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 533, texte et note 108; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2495, p. 712 et n°2502, pp. 716-717.

(30) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t.

- II, n°2495, p. 712.
- (181) Civ. 9 fév. 1881, D. 1881. I. 208, S. 1881. I. 104. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2496, pp. 713-714.
- (182) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2503, p. 718.
- (183) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2503, p. 718.
- (184) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2503, p. 718.
- (185) レノルブノ抵当不動産の当初の所有者が債務者によらずにその前提の擔保者たる也。 Civ. 10 avril 1848, D. 1848. I. 160, S. 1848. I. 357; Req. 15 déc. 1862, D. 1863. I. 161, S. 1863. I. 57; Civ. 19 avril 1865, D. 1865. I. 209, S. 1865. I. 280; Req. 13 déc. 1887, D. 1888. I. 337, S. 1889. I. 473; Civ. 26 juill. 1894, D. 1896. I. 281.
- (186) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2504, pp. 718-719.
- (187) Planiol et Ripert, t. XIII, n°1158, p. 483.
- (188) Req. 15 déc. 1862, D. 1863. I. 161, S. 1863. I. 57.
- (189) Aubry et Rau, t. III, § 294, pp. 533-534, texte et note 109; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2515, pp. 727-730.
- (190) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 534, note 109.
- (191) 「第一五九三条 証書の費用その他の売買に付屬する費用 (les frais d'actes et autres accessoires à la vente) 不動産の買取に於て」
- (192) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2515, p. 729. Cf. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 536, note 115.
- (193) Req. 12 nov. 1834, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n°366, S. 1835. I. 811; Civ. 28 mars 1843, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n° 2302, S. 1843. I. 297; Req. 15 déc. 1862, D. 1863. I. 161, S. 1863. I. 57.
- (194) Aubry et Rau, t. III, § 294, pp. 534-535, texte et note 110; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2505, p. 720 et n°2516, p. 731.
- (195) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 535, note 110.
- (196) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2516, p. 731.
- (197) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2516, p. 731.
- (198) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 535, texte et note 111; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2508, pp. 724-725 et n°2516, pp. 731-732.
- (199) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 535, note 111.
- (200) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2516, p. 732.
- (201) 登記免除・未登記法定抵当権は濫除されない (一八五

八年改正民訴法八三八条八項（↓七八④）。

(52) Civ. 26 juill. 1894, D. 1896. I. 281.

(53) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2507, pp. 722-724 et n°2516, p. 730.

(54) 田判例の古蹟の登記 (Civ. 10 avril 1848, D. 1848. I. 160, S. 1848. I. 357.)°

(55) Civ. 19 avril 1865, D. 1865. I. 209, S. 1865. I. 280.

Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 536, texte et note 112;

Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°s 2509-2512, pp. 725-726 et n°2516, p. 730.

(56) Cf. Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2506, p. 721.

(57) Civ. 11 mai 1808, S. 1808. I. 358; Req. 12 nov. 1834, *J.*

G., v° *Priv. et hyp.*, n°2366, S. 1835. I. 811; Civ. 28 mars 1843, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n°2302, S. 1843. I. 297; Req. 15

déc. 1862, D. 1863. I. 161, S. 1863. I. 57; Req. 18 mars 1895,

D. 1895. I. 505, S. 1896. I. 313. Aubry et Rau, t. III, § 294,

p. 536, texte et note 113; Baudry- Lacantinerie et de

Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2506, pp. 721-722 et n°2516,

p. 730. その内容は「追奪の場合にのみ担保責任 (la

garantie en cas d'éviction)」の準則（一六二六条以下）

に従ふ。

(58) 本来『plus-value』は「増価」と訳するべきと思われ

る（山口『辞典』四三五頁）がこの訳語を充てるに「増

価競売」の「増価」との混同が生じてしまう。そこで本稿では、あまり適切とは思われないが、「値上がり額」の訳語を充てよう。

(59) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 537, texte; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2175, p. 734.

(60) Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 537, texte et note 116;

Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°s 2519-2520, pp. 735-736.

(61) Planiol et Ripert, t. XIII, n°1290, p. 623.

(62) Req. 14 août 1833, S. 1833. I. 609. Aubry et Rau, t. III, § 294, p. 537, texte et note 117.

(未完)