

一九世紀フランス法における抵当権の「滌除」の概要(三)：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/10.15017/1786468>

出版情報：法政研究. 83 (1/2), pp.83-109, 2016-10-03. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

資料

一九世紀フランス法における抵当権の「滌除」の概要(三)
— オブリーローの所説をよりどころに —

香山高広

四 登記免除・未登記法定抵当権の滌除

1 法定滌除

六八 妻の法定抵当権は登記を對抗要件としない(二一三五条)(↓「登記」四)が、実際にはそれが登記されている場合は少なくない。すなわち、一八〇四年法(二一三六条・二二三八条・二一三九条)は、登記促進措置(↓「登記」二二二八)を講じるので、これに従い法定抵当権が登記されることがある。また、一八五五年法(六条一項・八条)においては、婚姻解消から一年を経過したときは、第三者に法定抵当権を對抗するために、それを登記しなければならぬ(↓「登記」九一―一六)。そして、このような登記された登記免除法定抵当権を滌除するためには、第三取得者は、既登記抵当権の滌除の準則(↓一一―六七)

1 評価

2 グルラン法案

3 ド・ロフヌの法案評価

4 委員会法案

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(以上、『法政研究』第八二巻第四号)

四 登記免除・未登記法定抵当権の滌除

1 法定滌除

2 手続

3 効果

五 クレディ・フォンシエ

1 登記免除・未登記法定抵当権の滌除

2 手続

3 効果

六 むすびにかえて

に従わなければならない、かつ、それで十分である(↓一・一一)。しかし、登記免除抵当権が未登記であり、かつ、そのままの状態では第三者対抗力を有する場合は、それに対して既登記抵当権の滌除手続をすることはできない。なぜなら、既登記抵当権の滌除においては、第三取得者は抵当権者に対して通告をしなければならない(↓一八)が、第三取得者は、通告をしなくとも、法定抵当権者の居場所のみならず、その存在すらも知ることができない場合があるからである。そこで、一八〇四年法は、第三編第一八章第九節(二一九三—二一九五条)において、「夫及び後見人の財産を目的とする未登記抵当権の滌除方法」の表題で、登記免除・未登記法定抵当権を滌除するための特別な方法を定めた(↓一)。これに従いされる滌除を「法定滌除(purge legale)」⁽³⁶⁾という。そして、夫婦が婚姻にさいして採択した財産制の種類を問わず、すべての登記免除・未登記法定抵当権を滌除するためには、第三取得者は、この手続をしなければならない⁽³⁶⁾。もっとも、第三取得者は、この手続さえすれば、登記免除・未登記法定抵当権を滌除することができるのかどうかについては、見解が分かれる(↓七八⁽²⁾)。

第三編第一八章第九節の立法趣旨につき、トレヤールは

国務院での立法理由開示で次のように説明する。曰く、第三編第一八章第八節(二一八一—二一九二条)が規定する「所有権解放方法は、すべての登記抵当権の滌除については、十分なものであろう。しかし、これでは十分ではないものがある。すなわち、妻…の抵当権である。他のものと同様、これらの抵当権も滌除することができなければならない。…そして、この点についての規定がなければ、諸君に示した草案は完全なものとはいえないであろう。われわれは、二つの利益を両立させなければならない。すなわち、取得者の利益と抵当権者の利益である。一方で、抵当権から解放する手続により取得者の利益に留意し、他方で、売買を公示することにより抵当権者の利益に留意した。その結果、法定期間内に実際に登記がされなかったときは、売却財産上の抵当権の存在を認めることはできないであろう」。第三編第一八章第九節が規定する、「とても単純であるがとても効果的な、この方法により、われわれは、すべての当事者の対立する利益を両立させることができた⁽³⁶⁾」。

(36) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 498, note 7. これに対して、既登記抵当権の滌除は「通常滌除(purge ordinaire)」と呼ばれる場合がある。

- (264) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n^o 536-1, p. 746. 嫁資制の妻の有する法定抵当権もその例外ではな^こ。
- (265) Fenet, t. XV, pp. 472-473.

2 手続

(1) 取得証書の謄記の要否

六九 第三取得者は、登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続をするにあたり、その前提として、取得名義を謄記しておかなければならないのかどうか問題となる。これに対する解答は、年代に応じて異なる(↓①—②)。

① 一八五五年法以前においては、取得名義の事前の謄記は必要とされない⁽²⁶⁶⁾。というのも、第三取得者に事前の謄記を要求する二一八一条(↓一四)は、既登記抵当権の滌除を定める第三編第一八章第八節(二一八—二一九二条)の規定であるので、事前の謄記は、既登記抵当権滌除のために要求されるに過ぎないからである。

② 一八五五年法以降においては、登記免除・未登記法定抵当権を滌除するにあたり、第三取得者は事前の謄記を

しておかなければならない⁽²⁶⁷⁾。滌除権者であるためには「新所有者」でなければならぬ(↓六①)が、一八五五年法三条一項は、謄記をしない限り第三取得者は所有権の取得を抵当権者に對抗することができないと規定するからである。

(2) 所有権移転契約書謄本の寄託

七〇 登記免除・未登記法定抵当権の「滌除をするときは、取得者は、財産所在地の民事裁判所の書記課に所有権移転契約書の正式に照合された謄本を提出し」なければならぬ(二一九四条)。すなわち、登記免除・未登記法定抵当権の滌除のためには、所有権移転契約書謄本の、書記課への寄託が要求される(↓①—③)。

① 寄託の対象となる謄本は、取得証書の原本に基づき作成されたものでなければならぬ⁽²⁶⁸⁾。したがって、謄本の謄本(たとえば所有権移転証書の謄記の謄本)の寄託は認められず、書記は、そのような謄本の寄託を拒否することができる⁽²⁶⁹⁾。また、そのような謄本の寄託に基づき滌除手続が進行したとしても、その滌除手続は規則違反であり、それにより手続のすべてが無効となる⁽²⁷⁰⁾。

② 寄託の対象となる謄本は、「正式に照合された謄本」

でなければならぬ。原本と謄本の一致の照合は、原本が公署証書 (acte authentique) の場合においては、(証書を受理した) 公証人又は(競売調書を作成した) 裁判所書記 (greffier) がこれをする⁽²⁶⁾。問題は、売買が私署証書 (acte sous seing privé) によりされた場合(一五八二条一項)である。デュラントン (Alexandre DURANTON, 1783-1866) は、この場合においても寄託の対象となる謄本は、公証人が照合したものでなければならぬと解する⁽²⁷⁾。したがって、この見解においては、登記免除・未登記法定抵当権の濫除のために第三取得者は常に私署証書を公証人に寄託しなければならぬ。もちろん、このような謄本が寄託の対象として認められることは明らかである。しかし、「これを第三取得者に義務づけることは、法律の要件を加重することに他ならない」⁽²⁸⁾。そこで、オプリー＝ロー及びボードリー・ラカンチヌリッド・ロフヌは、私署証書の謄本の寄託も認められ、その場合は当事者による照合でよいと解する⁽²⁹⁾。なお、第三取得者は、私署の取得証書の原本を寄託することもできる⁽³⁰⁾。

③ 謄本寄託は、第三取得者又は第三取得者の代理人によりされる。そのさい、代訴士の援助 (assistance) は必要とされない⁽³¹⁾。

(3) 寄託証書の送達

七一 登記免除・未登記法定抵当権の「濫除をするときは、取得者は、…妻…及び民事裁判所付政府委員に対して送達による書面で謄本の寄託を証明する」(二一九四条)。すなわち、第三取得者は、裁判所書記の作成した寄託証書を、妻及び民事裁判所付政府委員の双方に送達しなければならない(↓①—②)⁽³²⁾。

① 送達は、執行吏によりされなければならない⁽³³⁾が、二一八三条の通告(↓二四)とは異なり、選任執行吏 (huissier commis) によりされる必要はない。というのも、一八四一年改正民法八三二条一項は「民法第二一八三条及び第二一八五条に規定する通告…は、…第一審裁判所長が選任した執行吏が、これをする」と規定しており、二一九四条は除外されているからである。

② 送達の相手は妻である⁽³⁴⁾。夫ではない⁽³⁵⁾。夫婦間には利害の対立があるからである。また、送達は「民事裁判所付政府委員」に対してもされなければならない。なお、一八〇四年法は「民事裁判所付政府委員」と規定するが、二一九四条の当該部分については時代により「帝国検事正」、「国王検事正 (procurateur du Roi)」又は「共和国検事正 (procurateur de la République)」と読み替えられる(↓

「法定抵当権」四六。

七二 第三取得者が妻の存在を知らない場合においては第三取得者は妻に対する寄託証書の送達(↓七二)をすることができないので、一八〇四年法成立直後の実務は、民事裁判所付政府委員(又は帝国検事正)に対してのみ送達をしており、かつ、それで十分であると考えられていた。

しかし、これでは妻は保護されないために、一八〇七年五月一日―六月一日国務院答申(avis du conseil d'Etat)(以下「一八〇七年答申」という⁽²⁶⁾)は次の措置を講じた⁽²⁶⁾。

すなわち、「帝国検事正に対してすべき送達において、第三取得者は、…「売主の妻につき、」不知であることを宣言⁽²⁶⁾し、その上で、「第三取得者は、民事訴訟法六八三条の形式で、この「送達」の公示を⁽²⁶⁾しなければならぬ(一八〇七年答申)。そして、一八〇六年民法六八三条は次のように規定する。「前条に規定する抄本は、差押人(saisissant)の追行に基づき、差押えの追行がされる裁判所が所在する場所で印刷される新聞に掲載される。そこに新聞がなく、県に新聞がある場合は、その抄本は、県で印刷される新聞一紙に掲載される。この掲載は、市町村長が証明し、かつ印刷者の署名を伴った、抄本掲載紙面により証明される」。要するに、第三取得者は、送達を新聞紙上

に掲載しなければならない。なお、「県内に新聞がないときは、取得者は、帝国検事正から、その旨の証明書の交付を受ける」(一八〇七年答申)。

一八〇七年答申は送達の新聞紙上の掲載をもって二一九四条の送達に代えることを認めるが、このことは、国務院答申の手続さえすれば、妻に対して送達をせずとも、滌除手続が常に有効となることを意味しない。すなわち、この手続で足りるのは、第三取得者が実際に妻を知らないとき又はそれを容易に知ることができないときに限られ、そうでないときは、国務院答申の手続に従ったとしても、滌除は二一九四条違反を理由に無効となる⁽²⁶⁾。

(4) 所有権移転契約書抄本の揭示

七三 「契約日、契約当事者の氏名、職業及び住所、財産の性質及び所在地の指示、売買代価及びその他の負担を記載した「所有権移転」契約書の抄本は、二ヶ月間、裁判所講堂に掲示され」なければならない(二一九四条)。この抄本は、裁判所書記が、これを作成する(一八五四年五月二四日デクレ一条)。裁判所書記は手続終了を確認し、その証明書を交付する。

- (96) Aubry et Rau, 1^{re} éd., t. II, § 293 bis, p. 235, texte et note 9; Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 510, texte et note 43.
- (97) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 510, note 44 et § 295, p. 540, note 1; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2537, pp. 746-747.
- (98) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2538, pp. 747-748.
- (99) Civ. 14 juill. 1868, D. 1868. 1. 329, S. 1868. 1. 384.
- (100) Req. 19 janv. 1891, D. 1891. 1. 341, S. 1892. 1. 49.
- (101) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 540, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2540, p. 748. 競売判決の場合におこる代訴士による照合が認められるかという点については議論があるが、ホルズリー・リカンチヌリーユ・ロヴヌスがそれを肯定する (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2541, p. 749)。
- (102) Duranton, t. XX, n°416, p. 676, note 1.
- (103) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 540, note 3.
- (104) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 540, texte et note 3; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2540, pp. 748-749.
- (105) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 540, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2540, p.

- 749.
- (106) Req. 31 mars 1840, *J. G., v°Priu. et hyp.*, n°2237-1°, S. 1840. 1. 306. Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 540, texte et note 4; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2543, p. 750.
- (107) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 541, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2544, p. 751. 上のように「登記された登記免除法定抵当権の除去のためには第三取得者は二一八三条の書類を通告しなければならぬ (→一八) が、「登記免除・未登記法定抵当権の除去のためは、所有権移転契約書謄本の寄託証書の送達に足りる。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こそ、第三取得者は、二一八三条の通告をする義務を負わぬ (→一一)」。もともと「これには有力な反対説がある (→七八②)。
- (108) Pont, *hypothèques*, t. II, n°1409, p. 644.
- (109) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 541, note 5; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2544, p. 751.
- (110) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 541, texte et note 6; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2545, p. 751.
- (111) もともと「妻に対して送達をした執行吏は、妻の財産の管理を有する夫に対して、その謄本を交付する慣行が

3 効果

ある。しかし、このような配慮には条文上の根拠がなく、したがって不必要なものである」(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2546, p. 752.)°

(282) もともと、裁判による別産制(↓「法定抵当権」七)が認められたかどうかを問わず、夫婦の住所(domicile conjugal)に対しておられた送達も有効である(Req. 14 juill. 1830, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n°2258, S. 1831. 1. 54. Aubry et Rau, t. III, § 295. p. 541, note 6; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2545, p. 752.)°

(283) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2551, p. 755.

(284) Guichard, t. III, pp. 209-211.

(285) Aubry et Rau, t. III, § 295, pp. 541-542, texte et notes 8 à 9; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2551, pp. 755-756.

(286) 一八〇六年民訴法六八三条は一八四一年改正民訴法六九六条及び一八五八年改正民訴法六九六条により改正される。改正後の条文については割愛する°。

(287) Civ. 24 janv. 1817, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n°2249-1°. S. 1817. 1. 146. Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 541, notes 8; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2551, p. 756.

(1) 登記

七四 二一九四条の規定する手続(↓六九一七三)終了とともに、妻に認められた登記の免除は終了する。そして、妻又は妻の代理人は、二ヶ月の期間(以下「法定期間」という。)内に法定抵当権の登記をしなければならぬ(二一九四条・二一九五条)°。

法定期間の起算日は、第三取得者が妻に対して寄託証書の送達をしたとき(↓七一)は裁判所講堂における揭示日(↓七三)であり(二一九四条)、第三取得者が売主の妻を知ることができないために一八〇七年答申の方法で送達に代えたとき(↓七二)は「民事訴訟法六八三条に従いされた公示日、又は県内に新聞がない旨を記載した帝国検事正の証明書交付日」(一八〇七年答申)である。妻の住所が不動産所在地からどれだけ離れているとも、期間延長は認められない。というのも、二一八五条一項一号但書(↓四五)のような期間延長を認める規定がないからである(28)°。

(2) 登記がされなかった場合

七五 「契約書の展示から二ヶ月以内に妻…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。すなわち、妻は法定抵当権の追求権(↓「登記」六)を失う。増価競売により第三取得者以外の者が競落人となった場合においても、同様である。したがって、第三取得者以外の競落人は、法定抵当権の滌除のために、再滌除をする必要はない。②)

七六 問題は、妻は、追求権(↓七五)とともに、売却代価に対する優先権(↓「登記」六)も失うのかどうかという点である(↓「登記」一九)(↓①—②)。

① 一八五八年改正民法以前の判例は、妻は追求権とともに優先権も失うと解した。デュラントンは、これに賛同する。曰く、「法定抵当権が滌除された以上は、もはや法定抵当権は存在しない。…ところで、もはや抵当権が存在しないのに、どのような名目で、妻は売却代価：に対して優先権を要求するのだろうか。これに対して、オプリー＝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する。曰く、こ「の見解は…滌除の性質と目的に基づいたものであり、かつ二一三五条と二一九五条の組み合わせの結果であることは、明か

あると思われる。二一九五条は『負担のない不動産として、それは取得者に移転する：』と規定するに過ぎず、優先権につき規定する二一三五条：を暗黙にはあるが維持している。その上、これに反する見解は、何の役にも立たず、妻の権利を害する」。

② 一八五八年改正民法は、従前の判例(↓①)を否定し、優先権の存続を肯定する。この点につき、一八五八年改正民法七七二条五項(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、かつ第七一七条第七項「後段」の定める条件を満たさなければならぬ(一八五八年改正民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が規定する期間満了前に届出 (produce) をする」か、「順位配当が和解によるときは…その終結 (close) 前に

権利を行使する」か、しなければならぬ(一八五八年改正民法七七二条五項但書・一八五八年改正民法七七一七条七項後段)。

(3) 登記がされた場合

七七 法定期間(↓七四)内に法定抵当権の登記がされたときは、法定抵当権は優先権及び追及権を保持する。二一九四条は「この登記は、夫婦財産契約日^(前)にされた登記と同一の効果を有する」(二一九四条)と規定するので、この場合の妻は、二一三五条二号が規定する順位取得日(↓「法定抵当権」五八一七六)で法定抵当権を享受する。

法定期間内に登記がされた場合につき、妻は増価競売申立権を有するのかどうか(↓七八)、順位配当において妻の権利と他の債権者の権利をどのように調整するのか(↓七九―八二)が問題となる。

(4) 増価競売申立権

七八 法定滌除を規定する第三編第一八章第九節(二一九三―二一九四条)には、増価競売の規定がない。また、増価競売は、第三取得者の弁済申込み(↓三三)を基礎として進行するが、第九節には第三取得者の弁済申込みの規

定もない。これらのことから、妻は、登記免除・未登記法定抵当権の登記をしたときであっても、増価競売申立権を有さないのではないかが問題となる(↓①―④)。

① オブリーロー及びボードリー・ラカンチヌリド・ロワヌは、妻の増価競売申立権を肯定する^(前)。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。妻に増価競売申立権を認めない「見解は、法律の原則に反する。なぜなら、増価競売申立権は滌除において本質的なものだからである。「また、」その見解は、立法者の意思に反する。なぜなら、この見解を是とするのであれば、法定抵当権者は、滌除により抵当権の登記を強制されたにもかかわらず、庇護のないままに数多の危険に曝されるからである。「実際、」法定抵当権者は、不正、とりわけ代価の一部隠蔽の犠牲者となりかねない。「さらに、」譲渡が贈与によるものであるときは、法定抵当権者は一切の権利を失う。というのも、法定滌除をするにあたり、取得者には、「弁済」申込みをすべき義務は課されていないからである。法律は、増価競売を認めることで、抵当権者の権利を保護する。この保証が登記を免除された法定抵当権者に認められないとすれば、無能力ゆえに法律が最も保護すべき抵当権者を、法律が最も邪険に扱っているということ

になる。したがって、法定抵当権者は、増価競売の申立てをすることができる⁽³⁰⁾。

② 増価競売申立権が認められたとき(↓①)、妻は、いつまでに増価競売の申立てをしなければならないのかが問題となるが、この点については見解が分かれる。

デュラントンは、次のように解する。すなわち、妻が法定期間(↓七四)内に登記をしたときは第三取得者は二一八三条の通告(↓一八)をすべきであり、妻は、既登記抵当権の滌除の場合(↓四五)と同様に、この通告から四〇日間、増価競売の申立てをすることができる。なぜなら、妻の法定「抵当権は、法定抵当権の滌除を試みるために二一九四条が規定する手続の終了だけで滌除されることはないからである。そのためには、取得者は、二一八三条及び二一八四条が規定する条件と手続を遵守しなければならぬ」⁽³¹⁾。

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、これに対して、次のように解する⁽³²⁾。すなわち、二一八五条一項一号は、増価競売の申立ては第三取得者の通告(二一八三条)(↓一八)から四〇日以内にされなければならないと規定する(↓四五)が、第三取得者は謄記前に登記をしていない抵当権者(妻)に対して通告する義務

を負わない(↓二一)ので、二一八五条一項一号は適用されない。したがって、妻は、法定期間(↓七四)内に増価競売の申立てをしなければならない。すなわち、法定期間と増価競売申立ての期間は一致する。

これは、登記免除・未登記法定抵当権を滌除するためには、法定滌除の手続をしさえすればよいのか、それとも、それに加えて既登記抵当権の滌除手続もしなければならないのかという問題である。そして、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、「登記が免除され、かつ実際に未登記の法定抵当権を滌除するためには、二一九四条の定める特別手続をすれば、それで十分である⁽³³⁾」⁽³⁴⁾と考えるので、増価競売申立期間につき、このように解する。登記免除・未登記法定抵当権を滌除するにあたり第三取得者に二一八三条・二一八四条の手続を課さない理由につき、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、次のように説明する。曰く、「単純であり、かつ迅速であるという実際的な利点の他に、われわれの見解は、次のような考慮により正当化することができる。第九節の手続は、その表題が明確に述べるように、滌除である。ところで、滌除は、…抵当権を消滅させる方法に他ならない(二一八〇条)。既登記抵当権の滌除については、間違いなく、そ

うである。「とすれば、」登記免除抵当権の滌除についても、そうでなければならぬ。この二つの滌除は、別の節に規定されていることから分かるように、異なった準則に服する。そうであるとはいえ、これらは、いずれも同一の効果を生じさせる。そして、一種類の抵当権のために、第三取得者が両方の手続を累積的に (cumulativement) しなければならぬとするのは、法律の原則に反するのと同じ時に、立法者の意思に反する。…このことは、二一九五条からも明らかである。同条は、二ヶ月以内に登記がされた場合は、順位に応じた弁済を債権者に行うことで、取得者は有効に「抵当権から」解放されると規定する。したがって、不動産を解放するために、新たな手続は必要とされない⁽⁹⁾。

③ 妻は法定期間内に登記をすれば増価競売申立権を有する(↓①)が、これは登記をしなければ増価競売の申立てをすることができないことを意味しない。二一九五条は法定期間内に登記をしなければ妻は追索権を失うと規定する(↓七五)ので、妻は、法定期間内であれば未登記のまま追索権を行使すること、すなわち、追索権行使の一方法である増価競売申立てをすることができ(↓四一①)⁽¹⁰⁾。

④ 「増価競売判決後においては、法定抵当権の滌除が

されなかったときは、法定抵当権の滌除は任意譲渡の場合と同様にされなければならぬ(一八五八年改正民法八三八条八項)。すなわち、既登記抵当権の滌除手続において増価競売がされたとしても、それだけで登記免除・未登記法定抵当権が滌除されることはなく、それを滌除するためには、かならず法定滌除の手続をしなければならない⁽¹¹⁾。しかし、既登記抵当権の滌除手続における増価競売後に法定滌除の手続がされる場合には、妻は、その法定滌除手続において増価競売の申立てをすることはできない⁽¹²⁾。

その理由をボードリー・ラカンヌリッド・ロワヌは次のように説明する。曰く、最初の「増価競売は、代価の確定という観点において、妻に対して十分な保証を提供している。『また、』これは、「増価競売後の増価競売は無効である』の準則の適用に他ならない。この準則は、われわれの法においては、今日においても例外なき準則なのである」。

(5) 妻の権利と他の抵当権者の権利の調整⁽¹³⁾

七九 妻が法定期間(↓七四)内に登記をしたとき、妻は、順位配当において、売却代価から弁済を受けることができる。問題は、その順位配当において、妻の権利と、法定抵当権者(妻)の夫を債務者とする他の抵当権者の権利

を、どのように調整すべきかという点である。この問題につき、妻の法定抵当権の順位が第一順位でない場合（↓八〇）と、第一順位である場合（↓八一）とで、分けて考えなければならぬ。また、妻の順位が第一順位である場合であっても、妻の債権者が妻の権利を行使するときにおいては、妻が権利を行使する場合と異なる処理がされる場合がある（↓八二）。

八〇 法定抵当権が他の抵当権よりも後順位である場合につき、妻は、不動産代価から分配を受けることができず、先順位抵当権者が配当を受ける一方、法定抵当権の登記は抹消される。すなわち、「妻…のための登記がされたが、不動産代価の全部又は一部を受け取ることのできる古い債権者がいる場合は、取得者は、有効順位にある債権者に対してした代価の全部又は一部の弁済で、その責任を免れる。この場合において、妻…の登記はその全部又は支払額を限度に抹消される」（二一九五条一項）。

八一 「妻…のための登記が最も古い場合は、取得者は弁済により…「妻の」登記を害することはできない」（二一九五条三項前段）。すなわち、妻の法定抵当権が第一順位の場合においては、後順位抵当権者への弁済は認められない。しかし、このことは、代価の分配のための順位配当

において、妻が順位決定額 (le montant de la collocation) を即時に受領することができることを意味しない。そうすることができるとか否かは、被担保債権の種類・性質に応じて異なる（↓①—④）。

① 夫が譲渡した不動産も法定抵当権の目的となるが、その不動産は、妻が譲渡時に有さない債権を担保しないので、第三取得者の所有権取得時（一八五五年法においては贍記時）に妻が夫に対して有さない債権については、妻は、後順位抵当権者に対する弁済又は供託を禁ずることはできない。したがって、順位配当最終後に妻が金銭を相続する蓋然性があつたとしても（↓「法定抵当権」二六）、妻は、これを理由に弁済を要求することはできない。なぜなら、「相続開始により…妻の権利が発生したときは、不動産は、すべてのものに対する関係で、もちろん妻に対する関係においても、終局的に夫の資産から逸出しているからである」。

② 順位配当時に既存であり、かつ何の条件にも服さない債権、すなわち現存債権 (créances actuelles) を、妻が夫に対して有するときには、妻は、代価を分配すべき順位配当において、終局的順位決定 (collocation définitive) を請求することができる。したがって、妻の夫に対

する債権が、「嫁資」(二一三五条二号イ) (↓「法定抵当権」二一一二(二))、「夫とともに負担した債務の補償金」(二一三五条二号ハ) (↓「法定抵当権」二七一一八)⁽²¹⁾、又は「買換え」(二一三五条二号ハ) (↓「法定抵当権」二九) などにあたるときは、このようである。

被担保債権額が確定 (liquide) している必要はない。未確定のさいには、裁判官が、それを評価して、額を確定する。⁽²²⁾

終局的順位決定の請求が認められるとしても、妻は、即時に配当を受けることが常に認められるというわけではない。これが認められるのは、裁判による別産制 (↓「法定抵当権」七) が認められた後又は婚姻解消後に限られる。⁽²³⁾

そして、供託をするのでない限り、裁判による別産制が認められる又は婚姻解消までは、第三取得者が、妻が受領すべき代価を保管する。⁽²⁴⁾

③ 妻が、夫とともに第三者に対して債務を負担した (↓「法定抵当権」二七) が、また第三者に対して債務を履行していない場合においては、妻が夫に対して取得する「補償金」(二一三五条二号ハ) 請求権は条件付債権 (créances conditionnelles) である。また、夫婦財産契約中の条項で妻に認められた生残配偶者利益 (gains de sur-

vie) (↓「法定抵当権」二五②) についても、同様である。このような条件付債権については、妻は仮の順位決定 (collocation provisoire) を請求することができるに過ぎない。⁽²⁵⁾したがって、終局的順位決定は、条件成就後に限られる。

仮の順位決定を請求することができるに過ぎないので、妻は、実際に配当を受けることはできない。配当を受けることができるのは、後順位抵当権者である。しかし、そのためには、後順位抵当権者は、条件成就時に妻が配当を受けた後順位抵当権者に対して取得する償還請求権を保証するに十分な担保を、提供しなければならない。しかも、この担保は、保証人ではならず、抵当権でなければならない。⁽²⁶⁾

④ 現在は未発生であるが、何らかの事由で将来において債権が発生したときは、それを担保する法定抵当権の順位取得日が婚姻日である債権があり、これを未確定債権 (créances éventuelles) という。財産管理にあつての非行により認められる、妻の夫に対する補償金請求権 (↓「法定抵当権」一八①・同六九) などが、これにあたる。そして、未確定債権については、妻は、終局的順位決定はもちろん、仮の順位決定さえも請求することはできない。⁽²⁷⁾したがって、条件付債権 (↓③) の場合に認められる保全措

置も、妻には認められない。ボードリー・ラカンチヌリド・ロワヌは、その理由を次のように述べる。曰く、「順位配当が開始される現時点においては、妻は、夫に対して何の債権も有していない。：「このような場合において、債権額の」評価は、まったくもって不可能である。「実際、債権額の」評価は基礎を欠くものであり、かつ、「それを義務とする」と恣意的なものとなってしまう。そして、「債権額の」過大な「評価」は、夫の信用を完全に害するであろう⁽¹⁹⁾。もつとも、オープンローは、未確定債権であつても、動産譲渡や妻の債権の回収 (recouvrement)

により妻が夫の債権者となるような場合においては、裁判官が債権額を評価した上で、妻は仮の順位決定を請求することができる⁽²⁰⁾と解する。しかし、ボードリー・ラカンチヌリド・ロワヌは、これも併せて否定する⁽²¹⁾。

八二「債権者は、債務者の権利及び訴権のすべてを行使することができる」(一一六六条本文)ので、妻の債権者は順位決定を請求することができるが、この場合は原則として八一の準則に従う。しかし、夫が破産 (faillite) した場合又は支払不能 (déconfiture) になった場合においては、妻の債権者は、妻自身は即時に配当を受けることができない場合 (↓八一②) であつても、終局的順位決定

を請求することができ、かつ即時の配当を受けることができる⁽²²⁾。というのも、一四四六条二項は「妻の債権者は、夫が破産した場合又は支払不能になった場合においては、自己の債権額を限度として債務者である妻の権利を行使することができる」と規定するが、この規定は、夫が破産した場合又は支払不能になった場合は共通制を解消しない状態のまま妻の債権者は「共通制が解消され、かつ妻が共通財産を放棄した⁽²³⁾」さいに妻が有する権利を行使することができることを認める趣旨だからである⁽²⁴⁾。

(28) 「契約書の抄本は、二ヶ月間、裁判所講堂に掲示される。この期間中、妻、夫、…親族…及び政府委員は、抵当権保存所に対して、譲渡された不動産に登録するよう申請し、かつそれを登記させることができる」(一一九四条)。また、「契約書の展示から二ヶ月以内に妻…のための登記が売却された不動産に対してされ」なければならない(一九五条)。

(29) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 542, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2554, p. 758.

(20) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2555, p. 758.

- (161) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 310, texte et § 295, pp. 542-543, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1520, p. 653 et t. III, n°2557, p. 759.
- (162) Req. 1^{er} juin 1859, S. 1861, I. 223. Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 543, texte et note II; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2557, p. 759.
- (163) 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, I. 342; Civ. 15 déc. 1829, J. G., v° *Priv. et hyp.*, n°1684-3, S. 1830, I. 62; Civ. 18 juill. 1831, S. 1831, I. 301; Civ. 1^{er} août 1837, S. 1837, I. 662; Civ. 5 mai 1840, S. 1840, I. 523; Civ. 6 janv. 1841, S. 1841, I. 336; Civ. 3 fév. 1847, D. 1847, I. 79, S. 1847, I. 212; Civ. 11 mars 1851, D. 1851, I. 55, S. 1851, I. 320; Ch. réun., 23 fév. 1852, D. 1852, I. 40, S. 1852, I. 82; Req. 5 juin 1855, D. 1855, I. 388, S. 1856, I. 229; Req. 1^{er} juin 1859, D. 1860, I. 381, S. 1861, I. 223; Civ. 21 juill. 1863, D. 1863, I. 339, S. 1863, I. 489.
- (164) Duranton, t. XX, n°421 bis, p. 688.
- (165) Aubry et Rau, 1^{re} éd., t. II, § 295, p. 252, note 10.
- (166) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 542, texte et note 10; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2560, p. 762.
- (167) 「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つた法定
- 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。」
- (168) 代価分配のための順位配当が開始されなかつたときは、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ない」(Aubry et Rau, t. III, § 283, p. 406, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2242, p. 469)°
- (169) 「一八五八年改正民訴法第七一七条第七項 正式に騰記された競売判決は、その種類を問わず、抵当権を濚除し、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騰記前に法定抵当権の登記をしなかつたときは、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。」
- (170) 「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) の届出をしなればならない。裁判官は調書にその届出を記載する。」
- (171) 妻の法定抵当権は「登記とは無関係に成立する」(二

- 一三五条柱書)が、かりに夫婦財産契約日に登記されたのであれば、妻は当然に二一三五条二号が規定する順位取得口で法定抵当権を享受するところである。
- (206) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 543, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2579, pp. 777-778.
- (207) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2579, pp. 777-778.
- (208) Duranton, t. XX, pp. 691-692.
- (209) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 543, texte et note 14; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2580, pp. 779-780.
- (210) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 509, texte.
- (211) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2580, pp. 779-780.
- (212) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 302, texte et note 9, § 294, p. 522, texte et note 49 et § 295, p. 543, texte et note 13; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1455, pp. 570-571, t. III, n°2081, pp. 328-329, t. III, n°2440, p. 665 et t. III, n°2582, p. 781.
- (213) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 497, texte et note 7; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2381, p. 606 et n°2388, p. 617.
- (214) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, p. 497, note 7 et § 295, p. 543, texte et note 12; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2388, pp. 617-618 et n°2583, p. 781. 妻は競売代価に対して優先権を行使する(一八五八年改正民法八三八条八項)(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2381, p. 606 et n°2388, p. 617.)。一註(∞)参照。
- (215) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2583, p. 781.
- (216) 一九一八二の準則は、濫除の場合に限られず、順位配當時の法定抵当権の処遇一般に妥当である(⇒「法定抵当権」二七註(二))。
- (217) 法定抵当権代位(⇒「法定抵当権」一)により妻に代位した者(以下「法定抵当権代位者」という。)は、妻が法定抵当権を行使することのできるのと同じ時期にのみ妻の法定抵当権を行使することができるのが、原則である。しかし、例外的に、法定抵当権代位者は、妻の権利(⇒八一)以上の権利を行使することが認められる場合がある(Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 546, texte et note 21; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2577, pp. 775-776)。
- 法定抵当権代位者は、裁判による別産制(⇒「法定抵当権」七)が認められる前であっても、妻が裁判による別産制が認められた後に受領することができるに過ぎない順位決定額(⇒八一②)を受領することがある。

妻が夫とともに第三者に対して債務を負担しつゝ、この第三者が妻に代位した場合には、妻は「二〇三二条の場合(↓「法定抵当権」二七註(71))を除き、夫に代わり義務を履行する以前においては仮の順位決定を請求することができない(過ぎなき)(↓八一③)が、法定抵当権代位者は終局的順位決定を請求することなく(Civ. 24 mai 1869, D. 1869. 1. 276, S. 1869. 1. 345; Civ. 26 janv. 1875, D. 1875. 1. 52.)。

- オプリーローは、妻の債権の弁済期以前であっても、法定抵当権代位者は、妻の債権を行使することができるとする (Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 546, texte.)。しかし、繰除の場合においては、第三取得者は弁済期が到来したか否かを問わず、抵当権者に弁済しなければならぬ(↓三三④)わけであるから、このことは当然である (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2577, p. 776.)。
- (34) Aubry et Rau, t. III, § 295, pp. 543-544, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2562, p. 763.
- (35) 二一九五条のいう「古い債権者」は、妻に優先する先順位の抵当権者のことである (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2562, p. 763.)。
- (36) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2564, p. 764. なお、「この場合において、有効順位

のない他の債権者の登記は抹消される」(二一九五条三項後段)。

- (37) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1004, p. 114.
- (38) Req. 21 juill. 1847, D. 1847. 1. 326, S. 1847. 1. 653; Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 544, texte et note 16; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2569, p. 768.
- (39) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2569, p. 768.
- (40) Civ. 24 juill. 1821, *J. G.*, v° *Contr. de mar.*, n°3811, S. 1821. 1. 422; Civ. 19 nov. 1872, D. 1873. 1. 38, S. 1873. 1. 193; Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 545, texte et note 17; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2570, p. 769.
- (41) もっとも、夫が破産した場合又は支払不能になった場合は、妻が夫に代わって弁済をしたときだけでなく、弁済前であっても、妻は、補償金請求権を取得し、かつ終局的順位決定を請求することができる(↓「法定抵当権」二七註(71))。すなわち、「妻が夫と連帯して債務を負担したときは、「妻は夫に対する関係においては保証人として債務を負担したものとみなされる」(一四三一条)ので、妻は保証人の有する権利を行使することができる。そして、保証人は、このような場合は、弁済前であっても、主たる債

- 務者に対して補償金を請求することができ(二〇三二条)ので、妻は、順位配当において終局的順位決定を請求するようが認められ(Civ. 24 mai 1869, D. 1869. 1. 276, S. 1869. 1. 345; Civ. 26 janv. 1875, D. 1875. 1. 52; Civ. 22 août 1876, *J. G.*, *Suppl.*, v° *Contr. de mar.*, n°343, S. 1877. 1. 54; Req. 11 juill. 1894, D. 1896. 1. 113. - Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2570, pp. 769-770。) それに対し、夫がそのような状況にならぬのは、妻の債権は条件付債権(④)であり、妻は、債務を履行した場合に限り、終局的順位決定を請求するようが得られ(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2570, p. 770。)
- (22) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2570, p. 769.
- (23) 「法定抵当権」ニテ註(二)° Civ. 24 juill. 1821, *J. G.*, v° *Contr. de mar.*, n°3811, S. 1821. 1. 422; Civ. 19 nov. 1872, D. 1873. 1. 38, S. 1873. 1. 193. - Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 545, texte et note 18; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2571, p. 770.
- (24) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2571, p. 770. ホードリー・ラカンチヌリ・ロムヌは言及しないが、増価競売がされ、第三取得者以外の者が競落人の場合には、この者が、競売代価を保管することにならざるべし。
- (25) 夫が破産した場合又は支払不能になった場合において、妻は終局的順位決定を請求することがある(①入一⑥註(25)) (①「法定抵当権」ニテ註(二))°
- (26) Civ. 4 avril 1815, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n°2330-2, S. 1815. 1. 275; Civ. 16 juill. 1832, *J. G.*, v° *Contr. de mar.*, n° 1054, S. 1832. 1. 833; Req. 25 mars 1834, *J. G.*, v° *Contre. de mar.*, n°1054, S. 1834. 1. 272; Req. 2 janv. 1838, *J. G.*, v° *Canon*, n°265-2, S. 1838. 1. 560; Req. 21 juill. 1847, D. 1847. 1. 326, S. 1847. 1. 653. - Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 545, texte et note 19; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2572, p. 771.
- (27) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 545, texte et note 20; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n° 2572, p. 772. 後順位抵当権者な十分な担保を提供しないものは、代価の預金供託金庫 (Caisse des dépôts et consignations) への供託が認められ(Planiol et Ripert, t. XIII, n°1277, p. 608。)
- (28) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 546, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2573, p. 772.
- (29) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2573, p. 772.
- (30) Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 544, note 16.
- (31) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t.

II, n°2573, p. 773.

(326) Civ. 4 fév. 1856, D. 1856. I. 61, S. 1856. I. 225. Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 546, texte et note 22; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2576, pp. 774-775.

(333) Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 389, texte.

(334) 「法定抵当権」二七註(71)。

五 クレディ・フォンシエ⁽³³⁵⁾

1 登記免除・未登記法定抵当権の滌除

八三 「クレディ・フォンシエは、第一順位の抵当権に基づく貸付けに限り、これをする事ができる」(改正一八五二年法六条。したがって、クレディ・フォンシエは、借主が所有する不動産を目的とする既存の抵当権を消滅させてからでなければ、融資をすることができない。そこで、既登記抵当権については、クレディ・フォンシエは、借主に代わり既登記抵当権者に弁済をした上で、借主の不動産に抵当権の設定を受ける⁽³³⁶⁾。しかし、登記免除・未登記法定

抵当権については、この方法により抵当権を消滅させることはできない。そこで、一八五二年法は、登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続を規定する⁽³³⁷⁾。そして、クレディ・フォンシエは、「法定抵当権」が存在する場合においては、この「手続を終了した後に限り、貸付けをすることができ」(改正一八五二年法八条柱書・一号⁽³³⁸⁾)。本稿は、一八五三年法により改正された一八五二年法、すなわち改正一八五二年法における登記免除・未登記法定抵当権の滌除の概要をみる。

(335) この部分についてはオプリーローの著作に記述はない。以下、専らボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌの著作 (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2584-2595, pp. 781-788.) に従う。

(336) Planiol et Ripert, t. XIII, n°1295, pp. 634-635.

(337) したがって、一八五二年法の手続は既登記抵当権に適用されない (Planiol et Ripert, t. XIII, n°1295, p. 634)。

(338) 一八五二年法八条は、クレディ・フォンシエに滌除を義務づけており、また改正一八五二年法においても、この規定は原始規定のままである。しかし、一八五三年法二条は、滌除を任意のものとする (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2584, p. 782.)。すなわち、

「一八五二年二月二八日デクレ第八条によりクレデイ・フォンシエに義務づけられた滌除は、今後においては、任意とする」（一八五三年法二条）。

2 手続

(1) 二種類の手続

八四 一八五二年法は、登記免除・未登記法定抵当権を「知られた法定抵当権」（↓八五―八六）と「知られていない法定抵当権」（↓八七―八八）の二つに分け、それぞれにつき異なった滌除手続を規定する。

(2) 知られた法定抵当権

八五 法定抵当権者（妻）を知っているとき、クレデイ・フォンシエは、「知られた法定抵当権を滌除するため」、「**「抵当権設定証書の抄本」**を、「妻及び夫」に対して送達」しなければならない（改正一八五二年法一九条）
 (↓①)③。

① 送達されるべき「**「抵当権設定証書の抄本」**には、契約日、借主の氏名、借主の職業、借主の住所、不動産所在地

の指示及び貸付額の記入を記載」（改正一八五二年法二〇条一項前段）しなければならない。「これに違反する場合は、送達は「無効」（改正一八五二年法二〇条一項後段）である。それに加えて、**「抵当権設定証書の抄本」**には、クレデイ・フォンシエに対して法定抵当権の順位を保持するためには妻は送達から：一五日以内に法定抵当権を登記しなければならない旨の警告を：記載」しなければならない（改正一八五二年法二〇条二項）。

② 「借主が夫であるときは、送達は妻本人に交付されなければならない」（改正一八五二年法二一条一項）。妻の住所に対する送達では不十分である。しかし、「妻が貸付契約に居合わせ」、かつ、妻が「クレデイ・フォンシエに対して法定抵当権の順位を保持するためには：一五日以内に法定抵当権を登記しなければならない旨の警告を：公証人から受けたとき」（改正一八五二年法二一条二項）については、妻の住所に対する送達で足りる。なお、この「警告は、貸付証書に：記入」されなければならない（改正一八五二年法二一条三項前段）。「これに違反する場合は、妻に対する滌除は無効」である（改正一八五二年法二一条三項後段）。

③ 「妻が「貸付」契約に居合わせなかった又は公証人

から警告を受けなかったにもかかわらず「妻の」住所に対する送達」がされたに過ぎないときは、知られた法定抵当権であっても、それを滌除するためには、「知られていない法定抵当権の滌除のために必要な手続が、…されなければならない」(改正一八五二年法二二二条)。

八六 妻は、「クレディ・フォンシエに対して法定抵当権の順位を保持するためには…送達から…一五日以内に法定抵当権を登記」しなければならない(改正一八五二年法二〇条二項)。

(3) 知られていない法定抵当権

八七 法定抵当権者(妻)を知らないときは、クレディ・フォンシエは、「知られていない法定抵当権を滌除するために」、「抵当権設定証書の抄本」を、「借主の住所の郡の裁判所付帝国検事正及び不動産所在郡の裁判所付帝国検事正に通告」しなければならない(改正一八五二年法二四一条一項)。通告されるべき「抄本は、送達の記入とともに、司法公告の公示のために指名された、不動産所在郡の新聞一紙に掲載される」(改正一八五二年法二四二条一項)。

八八 妻は、新聞一紙への「掲載から四〇日以内に」法定抵当権の「登記」をしなければならない(改正一八五二

年法二四二条三項)。

(339) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2586, pp. 782-783.

3 効果

(1) 登記がされた場合

八九 法定期間(↓八六・八八)内に法定抵当権の登記がされたときは、既登記抵当権と同様の処理(↓八三)がされる。すなわち、クレディ・フォンシエは、妻に弁済をし、法定抵当権を消滅させた上で、融資をする⁽³⁴⁰⁾。

(2) 登記がされなかった場合

九〇 法定期間(↓八六・八八)内に法定抵当権の「登記がされなかったときは、滌除が生じる」(改正一八五二年法二五一条一項)。しかし、滌除の効果は、通常の登記免除・未登記法定抵当権の滌除の場合(↓七五―七六)とは異なる⁽³⁴¹⁾。一八五二年法の滌除の効果は、「クレディ・フォンシエに対して、法定抵当権に対する優先権を与える」に過

料 資
ぎない（改正一八五二年法二五條二項）。すなわち、滌除により、妻は、クレデイ・フォンシエに対して優先順位を主張することができなくなる。したがって、妻は、クレデイ・フォンシエ以外の抵当権者に対する関係では、優先順位を失わず、クレデイ・フォンシエが夫の不動産から債権を回収した後は、妻はその不動産から優先的に被担保債権を回収することができる。このように、クレデイ・フォンシエ以外の「第三者は、」一八〇四年法「の手續に従わない限り、滌除の利益を享受」することはできない（改正一八五二年法二五條三項）。

(340) Planiol et Ripert, t. XIII, n°1298, p. 636.

(341) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2594, p. 787.

六 むすびにかえて

1 評価

九一 本稿は、前稿・前々稿と同様に、むすびにかえて、

一九世紀末期の滌除に対する、当時の一般的評価をみる。そのための素材として、前稿・前々稿と同様に、一八九六年一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)。(↓九二—九三)、ダルラン法案を検討したド・ロワヌの論稿 (↓九四)、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)。(↓九五—九八) を用いる (↓「法定抵当権」七八)。

2 ダルラン法案

九二 ダルラン法案⁽³⁴²⁾には、滌除に関する規定はない。しかし、ダルラン法案中、以下の規定は、実際には本稿と関係する。

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 designés) に限り、それを行うことができ

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、かつそれを法律に従い保存した第三者に対して、それを對抗することができない。

民法第二一二三条、第二二九条及び第二二三〇条は、これを廃止する。

第四〇条 本法に反する民法の規定は、これを廃止する。

九三 ダルラン法案は、既登記抵当権の滌除に関する一八〇四年法の準則(↓一―六七)を、そのまま維持する。他方で、ダルラン法案は、「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)と規定し、登記免除・未登記法定抵当権を認めないので、一八〇四年法の登記免除・未登記法定抵当権の滌除に関する規定(二一九三条・二一九四条・二一九五条)(↓六八―八二)は廃止される(ダルラン法案四〇条)。

(32) *off., Doc., parl., Senat, 1896, annexe n°2, pp. 335-336.*

3 ド・ロワヌの法案評価

九四 ダルラン法案が滌除の規定を盛り込まないことが原因と思われるが、ド・ロワヌは、ダルラン法案の検討⁽³³⁾において、滌除について言及しない。もともと、ド・ロワヌは、法定抵当権の登記につきダルラン法案の立場を支持する(↓「法定抵当権」八六・「登記」四二)ので、一八〇四年法の登記免除・未登記法定抵当権の滌除に関する規定(二一九三条・二一九四条・二一九五条)(↓六八―八二)は、当然に廃止される。

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

4 委員会法案

九五 委員会法案⁽³⁴⁾(↓「法定抵当権」八九)中、本稿と関係する規定は、以下である。

第一〇条 すべての金銭貸主は、クレディ・フォンシエに

関する一八五二年二月二八日デクレ第一九条以下の規定に従い、抵当権の濫除をすることができる。

第一条 任意譲渡に基づく取得者は、登記抵当権及び先取特権の前に、隠れた法定抵当権を濫除しなければならない。これに違反する場合には無効とする。

民法第二一九五条が定める期間内に法定抵当権の登記をしなかった法定抵当権者は、不動産に対する追求権及び代償に對する優先権を失う。

民事訴訟法第七七二条第五項は、これを廃止する。

九六 委員会は、法定抵当権の効力を維持するために婚姻解消後については婚姻解消から一年以内に登記が必要であるが婚姻中はそれを免除する、という現行法の立場を肯定的に評価する(↓「登記」四四)ので、委員会法案は、一八〇四年法における既登記抵当権の濫除手続及び登記免除・未登記法定抵当権の濫除手続の二本立てを維持する。実際、委員会を代表して法案提出時に報告をしたテザール(Leopold THEZARD, 1840-1907)は、「ロード・シペルの規定は、「二つの濫除制度の」いずれについても、全般的に非常に合理的に立案されている」と、一八〇四年法の

濫除制度を肯定的に評価する。しかし、他方で、かれは、三つの点につき現行法の修正を要求する。⁽³⁶⁾すなわち、債権者に登記免除・未登記法定抵当権の濫除権を認めること(↓九七)、二つの濫除手続の相互調整をすること(↓九八)、濫除手続を簡略化すること。もつとも、委員会は、第三の点(濫除手続の簡略化)については、より慎重な検討が必要であることを理由に、修正案を法案に盛り込むことを断念する。⁽³⁶⁾

九七 「すべての金銭貸主は、クレディ・フォンシエに関する一八五二年二月二八日デクレ一九条以下の規定に従い、抵当権の濫除をすることができる」(委員会法案一〇条)。

すなわち、委員会は、金銭貸主に、登記免除・未登記法定抵当権の濫除権を付与することを提案する(↓①―②)。

① 法案の文言を見ると、すべての抵当権が濫除の対象となるかのようにも読めるが、これはそういう趣旨ではない。委員会法案は「一八五二年二月二八日デクレ一九条以下の規定に従い」抵当権の濫除をすることを認めるものであり、かつ、一八五二年法(↓八三―九〇)は登記免除・未登記法定抵当権の濫除手続を規定するものに過ぎないので、実際には、委員会法案において金銭貸主が濫除することのできる抵当権は、登記免除・未登記法定抵当権に限られる。

すなわち、既登記抵当権は、委員会法案においても、滌除の対象とはならない。

② 金銭貸主に登記免除・未登記法定抵当権の滌除権を認めるべき理由につき、テザールは次のように説明する。曰く、「クレディ・フォンシエ」は、…金銭貸主として滌除権を有する…。このような特権をクレディ・フォンシエに限定する理由はなからう。滌除権者の範囲をすべての金銭貸主に拡げること、競争が生み出されることになり、そのことは債務者にとって好ましい。その上、「それを認めたとしても」クレディ・フォンシエの利益が著しく害されることはなからう。…この改革は、単純なものとはいえず、非常に重要である。「というのも」、それは、複雑な抵当権の状態を清算し、偶然の事情から将来のために不動産を解放し、かつ、既得権を害することなく信用取引を堅固なものとするからである」。

九八 不動産が既登記抵当権及び登記免除・未登記法定抵当権の双方の目的であるときは、現行法上、滌除権者は、既登記抵当権の滌除手続(↓一一―六七)と登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続(↓六八―八二)の双方をしなけばならない(↓一一)。しかし、そのさい、相互調整の不備から、二つの不都合が生じる。委員会は、これに対処

すべく、改正案を提示する(↓①―②)。

① 不動産が既登記抵当権及び登記免除・未登記法定抵当権双方の目的である場合において、滌除権者が、既登記抵当権の滌除手続のみをしたとする。滌除権者は、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」申込みをしなければならぬ(二一八四条)(↓三三)が、この弁済申込額が被担保債権額を上回るときは、既登記抵当権者は、弁済申込額が不動産の価格を正確に反映していなくとも、増価競売の申立てをしないであらう(↓五六)。ところで、登記免除・未登記法定抵当権は、既登記抵当権の滌除手続がされただけで滌除されないもので、これを滌除するために滌除権者は、再度、登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続をしなければならぬ(↓一一)。そこで、滌除権者が既登記抵当権の滌除手続終了後に登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続をし、妻が法定期間内に法定抵当権の登記をした場合(↓七四)は、妻の法定抵当権の順位が既登記抵当権者の抵当権順位よりも先順位であり、かつ滌除権者の(既登記抵当権の滌除手続のさいにした)弁済申込額が法定抵当権者及び既登記抵当権者の被担保債権額の総額を

下回るのであれば、既登記抵当権者は、被担保債権全額を回収することができるとの見込みで増価競売の申立てをしなかったにもかかわらず、被担保債権全額を回収できない。この結論は、既登記抵当権者に酷である。しかし、登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続が既登記抵当権の滌除手続に先立ってされさえすれば、既登記抵当権者は増価競売の申立てをするはずであるから、それを回避することができる。実際、「通常の実務は、「登記免除・未登記」法定抵当権の滌除を最初にすることで、この弊害を予防している⁽³⁴⁾」。もつとも、「この方法は、法的な義務があつて、それをしていくわけではない⁽³⁴⁾」。したがつて、既「登記抵当権の滌除に先立ち、「登記免除・未登記」法定抵当権の滌除を命じる規定⁽³⁴⁾」を設けなければならない。そこで、委員会法案は次の規定を設け、この問題を解決する。すなわち、「任意譲渡に基づく取得者は、登記抵当権及び先取特権の前に、隠れた法定抵当権を滌除しなければならない。これに違反する場合は無効とする」（委員会法案二一条一項）。

② 登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続が開始し、妻が法定期間（↓七四）内に法定抵当権を登記しなかったとき、妻は追求権を失う（二一九五条）（↓七五）。それとともに、妻は優先権も失うのかどうか問題となるが、一

八五八年改正民法七二条五項（本文）は優先権の存続を認める（↓七六）。ところで、登記免除・未登記法定抵当権の滌除手続において妻が法定期間内に登記をしないときは、滌除権者の弁済申込額が自己の被担保債権額を上回るのであれば、既登記抵当権者は、弁済申込額が不動産の価格を正確に反映していなくとも、弁済申込みに対して増価競売の申立てをしないであろう（↓五六）。このような場合において、その後に至り妻が弁済申込額に対して優先権を行使することができるとするれば、妻の法定抵当権の順位が既登記抵当権者の抵当権順位よりも先順位であり、かつ滌除権者の弁済申込額が法定抵当権者及び既登記抵当権者の被担保債権額の総額を下回るのであれば、既登記抵当権者は被担保債権全額を回収できない。そこで、委員会は、法定期間内に登記をしなかった妻は追求権及び優先権の双方を失うとすべきであると主張する。すなわち、「民法第二一九五条が定める期間内に法定抵当権の登記をしなかった法定抵当権者は、不動産に対する追求権及び代価に対する優先権を失う」（委員会法案二一条一項）（委員会法案二一条三項参照）。

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

- 284.
- (96) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, n°143, p. 280.
- (97) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, n°145, p. 281.
- (98) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, n°144, p. 281.
- (99) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, n°145, p. 281.
- (100) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, n°145, p. 281.
- (101) *off.*, *Doc.*, *parl.*, Sénat, 1904, annexe n°111, n°145, p. 281.

(42)