

1804年フランス抵当法の基本的性格 (2)

香山高広

目次

第1章 序論

第1節 課題

第2節 コード・シビル

第1款 抵当法

第2款 夫婦財産関係法との関係

第2章 国務院

第1節 序説(以上『商学討究』第50巻第2・3合併号)

第2節 抵当観の確定

第1款 プレアムヌウ報告

第1項 合意による抵当権－特定の原則

第2項 合意による抵当権－登記

第3項 妻の法定抵当権

第4項 小括

第2款 レアル報告(以上, 本号)

第3款 雨月12日

第4款 雨月19日

第3節 トレヤール草案

第3章 妻の抵当権の機能

第4章 検討

結語

第2章 国務院

第2節 抵当観の確定

コード・シビルは、いかなる抵当観を採用するのであろうか？。共和暦8年草案が提案した包括・非公示の抵当制度か、あるいは共和暦7年法が採用した特定・公示のそれか。そしてそれは、いかなる理由によるものなのか？。国務院はブリュヴィオーズ（雨月）12日（2月2日）と同19日（2月9日）の2度の会議で、それを決定することになる。本節では国務院が、基本的な抵当観を決定するまでの議論を見ていくことにする。順序として、まず2月2日に行われたプレミアムヌウの報告（第1款）とレアルの報告（第2款）¹⁰⁶⁾を、次に、その報告直後の議事（第3款）、そして最後に7日後の2月9日の議事（第4款）を検討する。そのことによって本節は、包括的・非公示的な法定抵当権が1804年法の性格を基底していく経緯を明らかにするであろう。なお、その原因については、第3章・第4章で検討する。

第1款 プレミアムヌウ報告¹⁰⁷⁾

革命期の議論は、近世法の否定を前提に行われたため、そこでは包括的・非公示の抵当権の優越性と特定の・公示的抵当権の問題点が正面から主張されることはなかった。また、共和暦8年の抵当草案が近世法の外見的延長物（近世型抵当権）であったために、各裁判所の意見書は、特定・公示の抵当制度を支持する陣営からの草案批判が中心である。「意見書 observation」というものの性質から、共和暦8年委員会と意見を同じくする裁判所が、それを支持する積極的・説得的な理由を提示していなかったのは当然のことと見てよいであろう。したがって2月2日の冒頭で行われるプレミアムヌウ報告は、共和暦7年型抵当権（以下では、合意による抵当権の公示・特定と、法定抵当権の公示を基礎とする抵当観〔つまり共和暦7年法と破毀裁判所案の共通部分〕を「共和暦7年型抵当権」と表現する場合がある）に対する、包括的・非公示的抵当権の

卓越性を論じた、最初で（結果的には）最後のものである（もっとも実際には共和暦7年型抵当権に対する批判に重点が置かれている）。この報告は非常に長大であるが、恐らくこのことは、国務院が公示制度に関する議論を留保していたにも拘わらず、実際には、その採用の方向に大きく傾いていた¹⁰⁸⁾ ことに対する危機感に由来するものであろう。そこで、ここでは草案起草者と思われるプレアムヌウの報告の中から、いくつかの論点を見ていくことにする¹⁰⁹⁾。本款の検討は、基本的には、合意による抵当権、妻の法定抵当権の順番で行うが、草案は、後者が前者を基底しているために、実際には、法定抵当権に関する理論が、合意による抵当権の検討の随所で現れることになるであろう。

ところで、彼の草案自体は、最終的には全面的に破棄される運命にある。しかし、このことは本款の検討が全く実際の意味を持たないことを意味するわけではない。消極的には、共和暦8年のコード・シビル草案全体が、この抵当観（もしくは債務観¹¹⁰⁾）を前提として構成されているので、草案全体の性格を把握するためには、プレアムヌウの抵当観の理解が不可欠であるとの理由が挙げられる。しかし、より積極的な理由は、共和暦8年の抵当草案の精神が、トレヤール草案との融合によって、一部はフランス抵当法の中に生き続ける点に求められる。とすれば、形式的な破棄を理由に、プレアムヌウの抵当観の検討を怠ることは、フランス抵当法自体の評価を見誤ることになるであろう。

共和暦7年ブリュメール11日法・破毀裁判所案・共和暦8年抵当草案—これら3つの抵当法の全体像と、その評価については、すでに別稿で検討した¹¹¹⁾ が、便宜のために、ここで簡単に説明しておく。

① 共和暦7年法—本法の最大の特徴は「特定の原則」と「公示の原則」を採用した点といわれる。3つの抵当類型の全てが登記によってのみ順位を取得し（法定抵当権も例外ではない）、また、不動産取得を第三者に対抗するためには登記が要求される（もっとも登記を所有権移転の効力要件と捉える余地あり）。この意味で「公示の原則」は貫徹されている。しかし「特定の原則」は、コード・シビルが後に採用するそれとは異なっている。というのも、抵当権設定契約上では、抵当目的物を

特定しなければならないが、被担保債権の特定は要求されないからである。確かに、登記申請書で被担保債権の特定は要求されるが、これは「登記上の特定」の要請に由来するものであって厳密には「特定の原則」とは異なる。また、「特定の原則」には広範な例外が承認される。例えば、妻の法定抵当権は登記時の（アロンディスマン内の）夫の全ての現在財産を目的とすることができ、また債権額は、登記申請時でさえ要求されない。

② **破毀裁判所案**—後のトレヤール草案の基礎となる同案は、基本的には共和暦7年法の抵当観を継受するが、2つの点で基本構造に大きな修正が加えられている。まず所有権移転の対抗要件（もしくは効力要件）としての謄記規定が消滅しており「公示の原則」は一步後退している。次に合意による抵当権に関して設定契約時の債権額の特定という新たな観念が採用されている。なお、法定抵当権に関しては大きな修正はないが、同案は、夫婦財産契約で目的物と債権額が特定された場合に、その登記を承認している。

③ **共和暦8年抵当草案**—3種類の抵当権は、いずれも包括性・秘密性（非公示性）・名義成立日主義の原則を貫徹している。つまり、合意による抵当権は、公正証書によって設定され、債務者の現在・将来の全ての財産を目的とし、かつ登記は要求されない。配当は、公正証書の日付によって決定されるのである。また、夫婦が共通制もしくは別産制を採用した場合、妻には法定抵当権が認められるが、登記の必要性はない。抵当権の順位は、婚姻時に夫婦財産契約が存在すれば当該契約時に、それがなければ挙式時に決定される（ローマ法上の特権付抵当権の否定）。もちろん抵当目的物は、夫の全ての財産である。第三取得者は、裁可状による滌除制度によって、抵当権の追行から事後的に保護されるに過ぎない（ただし、これは法文の形式的理解に過ぎず、その他の方法がなかったのかという点は、ここでは留保する）。なお、この滌除手続のプロセスにおいて、抵当権者は裁可状押印前に故障申立を行わねば権利を保全できず、法定抵当権もその例外ではない（1771年6月王示との重要な相違点）。従って妻は、法定抵当権保全のために、被譲渡不動産に対して自ら故障申立を行わねばならない。

彼の報告書の全体的内容は、次の発言によって要約される。

「公示と特定の新制度は、債務者の資産の認識・貸手の安全・借手の信用の完全性の何れをも与えない。…公共の秩序の考慮に基づく法定抵当権は、単なる手続に〔その存在を〕従属させてはならない。そして、あらゆる所有の権利を維持する抵当制度が、好まれねばならない。なぜなら、フランスは、〔このような制度の下でこそ、〕数世紀前からの高度な繁栄の段階に達したからである〔傍点は引用者による〕。」¹¹²⁾

現在のフランスの基礎を作り上げたものは共和暦8年草案がベースとした近世型抵当制度であるという確信が、その基礎に横たわっている。その確信があまりにも強すぎたために、共和暦8年型の抵当制度が、いかにして（自称）堅固な金融法体系を構築したかという点は、報告の中で、ほとんど触れられていない。報告書の内容は、先の要約の他の部分、すなわち、特定・公示・法定抵当権の問題に、ほぼ限定されている。そこで以下では、これらの点についてのプレミアムヌウ報告を検討していこう。

第1項 合意による抵当権—特定の原則

共和暦7年法は目的物¹¹³⁾を、破毀裁判所案は目的物と債権額の2つ¹¹⁴⁾を抵当権設定契約で「特定」することを要求していた。まずは「特定の原則」に対するプレミアムヌウの見解を検討する。

特定の原則—コード・シビルは、抵当権設定契約上で目的物と被担保債権の特定を要求しており、「特定の原則」は厳密にはこの行為を指す。そこにおいて「登記上の特定」は、むしろ「公示の原則」からの要請であるに過ぎない。しかし、このような理解は、コード・シビル制定の全過程を通して明確化されるため、本章が検討する段階では、その概念は、コード・シビルのそれと同一ではない。つまり、「特定の原則」と「登記上の特定」とが未分化なのである。その傾向は、次款で検討す

るリアルにおいて顕著であり、むしろ「特定の原則」を否定するプレミアムヌウの理解の方が、コード・シビルのそれに近い。

(イ) プレミアムヌウは、抵当目的物を特定するという理念を、明確に否定する。まずは、その理由を見ていこう。

(A) 「自ら義務を負った者の信用というものは、自らの不動産と現在財産だけでなく、自らの良き行い・事業・相続の自然的順序が期待させ得るもので構成される」¹¹⁵⁾という考えが、常にプレミアムヌウの抵当観の中心に据えられている。彼にとって、目的物の「特定」は、この基本原理に反するものと考えられたのである。つまり、債務者が全ての現在・将来財産で責任を負うことは理の当然であり、特定の限定された財産でしか責任を負わないと主張することは「非道徳的であり、公の秩序に反する」¹¹⁶⁾とすることになる。

実際的にも目的物の「特定」による信用の圧迫が懸念されている。なぜなら、この原則は必然的に将来財産への抵当権設定を禁じるものだからである。

「僅かばかりの不動産しか有さない者、…あるいは、[不動産を] 少しも所持しない者は、自らの現在財産とともに将来財産に抵当権を設定し得る場合と同様に、容易に金主を見つけるのであろうか。」¹¹⁷⁾

将来財産の抵当権設定は破毀裁判所が最も嫌悪することであった。なぜなら、相続財産を期待して抵当権を設定することは、自らの家族の死亡を期待するに等しい行為だからである¹¹⁸⁾。しかし、プレミアムヌウは、この不都合は「相続財産に基づく取引の禁止」の規定(第1130条第2項)によって回避し得るので、将来財産抵当目的物化一般を禁止する理由とはならないと反論する¹¹⁹⁾。

また、プレミアムヌウによれば、そもそも、債権者というものは債務に見合った価値の不動産に抵当権を設定することで満足することはない。したがって、債権者は様々な事情を考慮して、「少なくとも[債務の] 2倍の価値の不動産」を担保として要求するのが普通であり、そうであれば、目的物の「特定」を強

制しても、債権者は全ての現在財産上に登記する方法によって包括抵当権と類似の効果をしようとするであろう。その結果、「信用の節約」という目的物の「特定」の利点は機能しないと主張する¹²⁰⁾。確かに、このプレミアムヌウの主張は、目的物の「特定」が19世紀に骨抜きにされる現実¹²¹⁾を、見事に予見している。なお、ここでプレミアムヌウは、「特定の原則」の機能を「信用の節約」に求めている点が注目に値する¹²²⁾。

(B) 以上のようなプレミアムヌウの見解に対しては、現代の我々は、「債務 Schuld」と「責任 Haftung」の概念上の混同がある、との批判が可能である¹²³⁾¹²⁴⁾。実際、立法院での理由開示(3月15日)の際に、トレヤールは包括抵当権の観念が債務 obligation と抵当権の概念的混同に基礎を置いていると指摘している¹²⁵⁾。このような見解に対してプレミアムヌウは次のように答えている。

「抵当権設定能力を現在財産に減少させるという理念を有する者は、債務 obligation の性質を十分に理解していない。…財産が、債務者によって取得された瞬間に、その時に存在する〔無担保〕債権者達の共同の担保であらねばならないと主張することは誤りなのである。…〔そして、〕この誤りを一掃するためには、次の点を思い起こすことで足りる。〔すなわち、〕債務の性質自体によって、この将来財産が条件付きで将来所有権〔＝抵当権－引用者註〕に充当され、そして、それが充当された以上、同じ衡平の準則が、債権者間の優先権のために、現在財産と同様に将来財産上に存在しなければならない。」¹²⁶⁾

彼の反論が的を得たものであるか否かは別として、このような「債務」概念が包括抵当権を正当化する基礎として用いられたことは無視することはできないであろう。特に、彼が『契約・債務』(第3編第3章)の起草担当者であった以上、なおさらである。

(ロ) 彼の共和暦7年型抵当権に対する批判は、当然に被担保債権の特定にも向けられる。では、その理由は何か。

(A) まずプレミアムヌウは、抵当制度を利用する階層を想起させる。彼によれば、当時のフランスにおいて、抵当制度は商取引・産業取引等の信用の授受に用いられることはなく¹²⁷⁾、主として本質的に債権額を特定することが不可能な債権を担保するために用いられる。ここから、彼が抵当制度の中核に法定抵当権を据えていることが窺える。すなわち、抵当権は、「数人の者だけでなく、市民の全ての階級」¹²⁸⁾が用いる制度なのである。

共和暦7年法・破毀裁判所案の何れもが、法定抵当権の債権額の特定を義務づけていなかったので¹²⁹⁾、ここでの議論の対象は専ら合意による抵当権に限定される。そして、プレミアムヌウは、債権額の特定を要求しない抵当類型が存在する以上、合意による抵当権のみを特定しても意味はないというのである。曰く。

「非特定のな抵当権の量が膨大で、…重要なものであるということを否定することはできない。…最終的で確定的な結果は、不動産の大部分が恒常的に非特定のな抵当権の目的となっているということである。そして、この理由によって、大多数の所有者の資産の状況は伺い知ることはできない。このような新計画への障害物は、克服しがたいものである。」¹³⁰⁾

確かに、プレミアムヌウの主張は、論理的には正当なものであろう¹³¹⁾。とすれば、共和暦7年型抵当権が、制度自体の基礎を揺るがしかねない例外を、なぜ承認したのかという基本的な疑問が沸いてくる。この問いに対する一定の解答は、破毀裁判所の意見書によって示されていた¹³²⁾が、あまり説得的なものではなかった（この点について、さらに本款第3項（ロ）（C）参照）。

(B) このように、いくら合意による抵当権の債権額を特定したところで、法定抵当権のそれが特定されなければ、「特定の原則」は十分に機能しない。そこで、立法論として法定抵当権の債権額を特定することはできないのか、という点が問題となる。この問いに対してプレミアムヌウは、それは不可能であるとして拒絶する。

「婚姻の全期間中、夫の財産上の抵当権によって保証される、妻の[様々な]権利を、どのようにして評価 [=特定-引用者註]するのであろうか。悪しき管理の結果、時効取得するままにした権利、相続等によって妻が取得する財産、夫が異議申立を行わず保存もしなかった財産を、どのように予測するのであろうか。つまり、夫が責任を負う全ての種類の過ち *faute* を、どのように予測するのであろうか。」
133)

では、法定抵当権者と債務者、言い換えれば妻と夫の間で、債権額を特定する契約を締結することは可能なのであろうか？（破毀裁判所案第21条・第24条は、この可能性を認めている）。この点についても彼は明確に否定する。なぜなら、法定抵当権は、「法律と公共の秩序の考慮によって創設されるので、契約に依拠してはならないからである」¹³⁴⁾。

以上の検討によってプレミアムヌウは、「一方で不動産の大部分は非特定の抵当権の目的とされ、他方でこの抵当権の[被担保債権の]全ての評価 [=特定]は不可能、かつ不公正なのである」¹³⁵⁾という結論に達する。

第2項 合意による抵当権—登記

次に、公示制度に対するプレミアムヌウの考えを検討するが、彼の報告には所有権登記に関する叙述は含まれていない（この点で第2款で検討するリアル報告と議論が噛み合っていない）。このことは、本報告の重点を、共和暦7年法よりも、破毀裁判所案批判に置こうとしていた¹³⁶⁾ことに、その原因を求めることも可能であるかもしれない。実際に、彼は破毀裁判所案を共和暦7年法支持者の提出した修正案と捉えており¹³⁷⁾、従って、登記は撤回されたものと理解したとも考えられる。しかし、贈与での議論の敗北によって、彼は、登記に関する議論は既に終了したと思うようになっていたと考えることもできるであろう。いずれにせよ、ここでの彼の批判は「抵当権の登記」に限定されている。

(イ) まず、彼は、登記制度が、「債権額の特定」との関係で理論的基礎を欠いているとの主張を行う。すなわち、登記は債務者の義務の範囲を第三者

に認識させることを目的とするが、そもそも多くの抵当権は債権額を特定し得ないため、登記制度を導入しても無意味であるとする¹³⁸⁾。

次に、登記制度は、個人の自由権の1つである「家族の事業の秘密を保持する権利」を侵すものである、と主張する¹³⁹⁾。しかし、実際には秘密を濫用して詐欺的な行為を行う者が存在することを否定できず、登記制度はまさにこのための制度なのであるが、この点に関して、プレミアムヌウは、どのように反論するのであろうか？。

「そのような秘密を濫用する借手が存在することを理由に、…一般的な[自由の]権利を犠牲にしなければならないのか？。詐欺師達が一般的であり、誠実な人々が例外をなすと言うような、市民達を侮辱する者に、耳を傾けねばならないのであろうか？。そのような理論に基づいて法律を作成しなければならないのであろうか？。」¹⁴⁰⁾

同様の見解は、ポルタリスによる『民法典序論』の中でも言及されていた¹⁴¹⁾。

(ロ) さらに、プレミアムヌウは登記制度が「所有権の原則」と両立し得ないと説く。ここで彼の述べる所有権とは「抵当権を所有する権利」の意味であるが、プレミアムヌウは、仮に登記制度が債権者の安全のために必要な制度であったとしても、それが「所有権の原則と両立することができないのであれば、そのような手段を用いてはならない」¹⁴²⁾と力説するのである。

「一方で、抵当権が法律あるいは合意の結果として生じる所有権であることを承認するにも拘わらず、他方で、どのようにして、この権利を手続に従属させることができるのであろうか。」¹⁴³⁾

彼は、特に法定抵当権を登記手続に従属させる立場を強く非難する。共和暦7年法等のように妻に登記を課すことは、法律自体に理論的な矛盾があるというわけである。すなわち、「一方で、抵当権が特定の債権に内在的であること

を公共の利益が要求するのに、他方で、法律は、無意識あるいは意識的に省略され得る登記に「法定抵当権を」従属させる。これは一方の手で作るものを、片方の手で壊すことに他ならない¹⁴⁴⁾。このように、妻の登記義務は、これまでに作成されたコード・シビルの他の部分、言い換えるならばナポレオンの言う「市民的正義の原則」とも矛盾するものと捉えたのであろう。

このように、プレアムヌウには、登記手続がコード・シビルの基本原理の1つである「所有権の絶対性」と矛盾するものと感じられた。とすれば、彼にとって、登記というものは、『民法典序論』でポルタリスが語ったように¹⁴⁵⁾、税制上の手段でしかないということになる¹⁴⁶⁾。

(ハ) ところで、公示の支持者達の一部は、ナンティスマン *nantissement*¹⁴⁷⁾こそがベルギー地方の繁栄をもたらしたと主張していた¹⁴⁸⁾ (本節第2款(イ)参照)。プレアムヌウは、この見解に対しても反論をなしている。彼によれば、ベルギーの繁栄は、「その土地の肥沃さ、運河と河川が与える運送の容易性、対内取引と同様に対外取引のための幸運な所在地に負っ¹⁴⁹⁾」たものであり、ナンティスマンが原因というわけではない。むしろ、包括抵当権の理論こそが、フランスの繁栄を導いたのである¹⁵⁰⁾。

第3項 妻の法定抵当権

このように、プレアムヌウに「特定の原則」と登記制度の採用を否定させる原因の1つ(しかし、それは大きな1つである)が、法定抵当権の存在にあったことは明白であろう。では、共和暦7年型抵当権における法定抵当権の問題点は何か？。

(イ) プレアムヌウにとって合意による抵当権でさえ目的物が包括的であるので、法定抵当権の目的物を特定するという見解(実際、このような見解自体が存在しなかったのであるが…)に個別的批判を加える必要性は感じられなかった。したがって、目的物の特定に関して特別な検討はなされていない。被担保債権の特定に関する批判は、既に述べたので繰り返さない(本款第1項(ロ)

(B) 参照)。

(ロ) 次に妻の法定抵当権の登記の是非について。理論的問題点については既に述べた(本款第2項(ロ)参照)ので、ここでは実際の問題を見ていく。

(A) コード・シビルは、夫婦財産関係法において共通制を法定制としたが、法定抵当権の登記は、この原則と矛盾するという。つまり、共通制下での妻は単独で登記費用を捻出する能力を有さないので、妻は登記を行いたくとも、それができない状態に置かれるというのである(もっとも立法技術としては登記費用を課さないという方法も考えられるが、プレミアムヌウの念頭には、そのような考えはない。というのも、前述のように彼にとって登記は収税目的ではないので、無償の登記などというものは考えられないからである)¹⁵¹⁾。

(B) 問題は、妻が登記を行い得る場合にも生じる。共和暦7年法(第4条)・破毀裁判所案(第20条)は、いずれも妻の法定抵当権を包括抵当権と構成したが、その包括性を登記時に存在している不動産に限定していた¹⁵²⁾。したがって登記後に夫が不動産を取得した場合に、その不動産を抵当権の目的物とするためには、更なる登記が要求される。まさにプレミアムヌウは、この点を非難する。つまり、仮に妻が登記を行い得るとすれば、それは婚姻時であろうが、一般的に夫は婚姻時に不動産を有さず、後に相続によって両親から不動産を承継するものである。この不動産は、妻の抵当権の目的とすべきであるが、共和暦7年型抵当権によれば、この不動産は、相続開始後に妻が再度登記を行うことによってしか、抵当目的物となし得ない。妻の登記が少しでも遅れば、この不動産は、夫の他の債権者の引当となってしまう可能性があり、これは不公正であると¹⁵³⁾。

(C) 要するにプレミアムヌウは法定抵当権の効果を登記に従属させることを激しく嫌うわけであるが、しかし実際問題として、非公示の法定抵当権の存在が取引の安全を害する恐れはないのであろうか?。確かに、彼は合意による抵当権の公示さえ要求しないので、法定抵当権にそれを要求しないのは当然である。また、土地を重要な信用手段と捉えないのであれば、仮に非公示性が取引安全を害したとしても、それは些細なことなのであろう。しかし、彼は、この点に関しては特別な考察を行っている。

「登記を要求する理由は、後順位債権者達の利益のためである。[しかし、] 法定抵当権に関しては、それは無用な手続である。[なぜなら、] 妻の状態は、挙式と同居によって完全に周知なものである。」¹⁵⁴⁾

彼は合意による抵当権の公示は不要というのであるが、法定抵当権については、そうは言っていない。基本的に公示は必要であるが、法定抵当権は、婚姻事実を通して公示されているというわけである。ところで、現代的観点からの抵当権の公示の意義は、本来観念的な権利を可視的なものにするによって第三取得者・後順位抵当権者の取引安全を保護しようとする点に求められる¹⁵⁵⁾。そしてこの目的のために、公示は登記という形式を採るようになり、その内容も法定されるようになる。つまり、目的物・債権額等の抵当権の内容が公示される必要がある。このように、抵当権の公示は「登記上の特定」と融合することによって、初めて第三者保護を貫徹することになる（「特定の原則」との融合ではない¹⁵⁶⁾）。したがって、ここでプレミアムヌウが問題とする公示は、一般的な「公示の原則」とは異なるということは、明らかである。では、プレミアムヌウが「公示の原則」の意義を理解していなかったと評価すべきであろうか？。法定抵当権の公示を婚姻の事実的公知性と同一視する理解は、抵当法成立の過程で、後にも多くの者によって主張される。とすれば、法定抵当権の公示は、合意による抵当権の公示とは異なる目的で要求されたために、その形態が必ずしも登記である必要はないと理解されていたのではないかの疑問が生じてくる。

実を言えば、このような推測を行う理由は、他にもある。共和暦7年法・破毀裁判所案は、法定抵当権の存在自体の登記上での公示を要求するが、目的物・債権額の特定を基本的に免除するので、理論的に抵当権の公示としては、はなはだ不完全である¹⁵⁷⁾（プレミアムヌウが、このことを根拠として「特定の原則」と登記制度の導入を無意味と結論付けたことは、既に確認した）。しかし、共和暦7年型抵当法の支持者達は、この程度の公示で十分と考えたからこそ、これ以上の厳格性を要求しなかったのであろう。実際、登記上で認識できるのは

その存在程度で、これは婚姻事実の周知性から得られる情報と大差はない。とすれば、いかなる抵当観を採用するにしても、法定抵当権はその存在のみが何らかの方法で公示されていれば十分であると考えられていたのではなかろうか？。

また、かつて破毀裁判所は、その意見書の中で、被担保債権額の非特定性は近世型抵当法でも存在したので、破毀裁判所案が妻の法定抵当権の被担保債権を特定しないことは本案に反対する理由とはなり得ないと主張していた¹⁵⁸⁾。このことは破毀裁判所案が、近世型抵当権と同一の難点を含むことを認めていることに他ならない。というよりもむしろ、近世法上の非特定性を、さほど難点と考えていなかった為に、破毀裁判所は積極的な解決を行わなかったと考えることもできる。とすれば、我々には難問と思われることが、そう思われていなかった理由は何であるかという点が問題となる。いずれにせよ、プレミアムヌウのいう公示、共和暦7年型抵当権のそれ、そして、その折衷形態である1804年法での法定抵当権の公示の意義を探るには、近世法での法定抵当権の意義を探る必要がありそうである。この点については章を改めて再び検討することになるであろう。

(ハ) 破毀裁判所案は、法定抵当権登記の裁判所に対する減殺手続（この制度は共和暦7年法には存在しない）を規定しており、コード・シビルも、この制度を採用することになる¹⁵⁹⁾。プレミアムヌウは、これに対しても批判を繰り広げる¹⁶⁰⁾。仮に法定抵当権の登記が承認されたとしても、この制度の導入だけは断固として反対するのである。何故か。法定抵当権の登記は妻単独で行い得るものであるが、実際には、共通制の下では登記費用の捻出のために夫の同意が必要とされる。減殺手続は、この夫の同意の撤回を認めることに他ならず、これを承認すると必ず「家族の平和 la paix des familles」¹⁶¹⁾が乱されてしまうからである。

ところで、減殺制度の抵当法における位置付けは、本稿との関係で、非常に大きな問題を含んでいる。夫は新たな与信者を探す前提として減殺請求を行うのであるが、では、減殺を否定するということは、妻の保護の観点から夫が新

た不動産信用を得られなくとも良いと考えていた為であろうか?。ここで結論は述べないが、このような疑問を提示したのは、滅殺手続の問題点は、法定抵当権の制限が裁判所の決定で行われ、そこに妻の関与が何ら要求されない点にあったと考えることができるからである。この問題については、後に触れることになるであろう。

(二) また、彼は、共和暦7年法下で実際に行われた不都合を指摘する。これは重要な指摘である。

「社会の半数をなす階級 [= 妻のこと - 引用者註] は、それまで保護されていたにも拘わらず、[共和暦7年以降、] 決定的に大部分の財産を奪われてしまった。…妻は、自ら持参した資産を奪われる。[妻は、] 夫のために [彼の債権者に対して、] 自ら [抵当] 債務を負う結果、[その資産が、] [夫の] 債権者に引き渡されたからである。[しかし、実際には、] 夫と [その債権者は] 共謀している可能性がある。」¹⁶²⁾

これまでの本稿の叙述からは、プレアムヌウの言説の意味は理解しがたいものであろうが、これは言い換えると次のようなことである。夫が債務負担をする時、妻を同時に債務者とする慣行が既に革命前に発展するのである (第2135条第3項参照) が、この目的は、決して妻の不動産を夫の債務の担保に充当するためではなく、妻の抵当権の優先的順位を夫の債権者が利用する為に他ならない (妻の抵当権への抵当権設定)。ところが、法定抵当権の事実上の制限 (登記による存在自体の制限と、名義成立日主義否定による優先性の剥奪) は、旧来からの夫婦の債務負担の慣行から生じる結果を、変質させてしまった。つまり、今後は、妻の抵当権ではなく、妻の不動産そのものが、抵当権の目的とされるようになったのである (なぜなら、法定抵当権が登記されなければ、その存在が否定されるので、債権者は、妻の不動産を差し押さえるしかないから)。そして、この結果は、債権者が妻の不動産を夫の債権の担保目的物とするというように、妻の債務負担の目的自体を変化させた。また、夫は、初めからこの目的の為に、悪意で、妻に債務を負担させるようになったというのである。プ

レアムヌウが法定抵当権を登記に従属させないのは、このような事態を回避する為でもあった。

この慣行に関しては、後に章を改めて検討するが、ここでは次の2点を確認しておく。①プレミアムヌウが、この慣行の存在自体を認識していたこと（というのも、認識の有無が19世紀に議論されるからである）。②この慣行を否定的に捉えてはいないこと。

(ホ) 以上のように、プレミアムヌウは、妻の保護を重視したために、法定抵当権を抵当制度の中核に据えようとしたことは明らかであろう。問題は「妻の保護」の意味である。そもそも、なぜ妻は保護されねばならないのか。プレミアムヌウ報告は、この最も基本的な疑問に何ら言及していない。しかし、この問いへの解答が、多分に彼の「夫婦」観と密接な関係を有しているということは、容易に想像できるであろう。かつてポルタリスは妻の夫への服従を語っていた¹⁶³⁾。ポルタリスのように妻の服従義務を前提とするのであれば、法定抵当権を、その対価としての保護権（夫の権限濫用の可能性からの保護）として法的に位置付けることが論理的に可能であるかもしれない。では、プレミアムヌウは、夫婦というものを、どのように捉えていたのであろうか。約4ヶ月前（共和暦12年ヴァンデミエール6日〔1803年9月29日〕）、彼は次のような発言を行っている。国務院で共通制と嫁資制の何れを法定制として採用するかが議論の対象となった時のそれである。本款の検討対象を逸脱するが、非常に重要であるので、ここで引用する。

「今日、様々な〔夫婦財産に関する〕制度の間で、社会秩序に最も適切と思われるものを選択しなければならない。〔確かに、〕成文法地域同様に、慣習法地域においても夫に権威を付与しなければならない。〔なぜなら、〕それがなければ、家族内には秩序も風紀も存在しなくなるからである。しかし、それに達するために、婚姻のような親密な会社 *société*¹⁶⁴⁾ の公平 *équité* と本質 *nature* に嫌悪を抱かせるような権利を、夫に与えるべきではない。むしろ、不都合のない範囲で、妻が会社に参加することを承認することによって、この会社の成功の利益に妻をあずからせるこ

との方が良い [傍点は引用者による]。』¹⁶⁵⁾

以上の言説は、ポルタリスのものとは明らかに異なるものではなからうか。ここでは服従よりも協力という観念が強調されているからである。とすれば、プレミアムヌウの夫婦観は決してし支配=従属というものではないので、夫の権限濫用の可能性からの保護を法定抵当権の根拠として据えることは理論的に困難と思われる。このようなプレミアムヌウの夫婦観と法定抵当権の関係という問題は、フランス抵当法における法定抵当権の意義という、本稿の中心的課題に繋がると思われるので、詳しくは後に検討することになるであろう。ここでは、プレミアムヌウが妻の法定抵当権の強化を主張したことと、夫権を承認しつつも夫婦間に協力的関係を望んだことの、2点を確認するに留める。

第4項 小括

(イ) 長大かつ詳細なプレミアムヌウ報告の全てをここで紹介することはできないが、彼の特定観・登記観のエッセンスは、以上のようなものであった。もっとも、不明瞭な部分も少なくなく、本稿は、あえてその詳述を避けた。例えば、法定抵当権などは、当時の実際の運用が明らかとされていないために、プレミアムヌウの発言に対して十分な理解を得られないような箇所もあったからである。また、法定抵当権と夫婦観との緊密な関係は推測し得るとしても、実際、両者間には、どのような関係があるのかは明らかとはされていない。しかし、これらの点は、いずれ本稿の検討の過程で明らかとされるであろう。

(ロ) ところで、プレミアムヌウ報告の検討から生じた大きな疑問が、われわれの頭から離れない。ここでは、この点を指摘して本款を締め括りたいと考える。

彼の報告は、力強く理論的で、説得力のあり、かつ確信と自信に満ちたものであった¹⁶⁶⁾。「特定の原則」と「公示の原則」を絶対視する現代的観点からは、この彼の自信が、何に由来するものなのか容易に理解しがたい。彼は革新的な法律家であったとは言い難いとの評価もあり¹⁶⁷⁾、確かに報告中にも革命前の

法律への懐古も見られないわけではない。しかし、彼の確信を、それだけで説明し尽くせるわけではないであろう（確かに、彼の確信は、近世型抵当権が、コード・シビルの既に完成した部分と整合的であるという点によっても裏付けられていたであろう）。というのも、仮に妻の保護が重要であったとしても、次款でリアルが主張するように（本節第2款（イ）参照）近世法での抵当制度が現実に産業の発展を阻害していたとすれば、プレミアムウが、これほどまでに強い確信とともにその正当性を主張し得たのであろうか、という疑問が残るからである。

確かに、彼の抵当観は、法定抵当権を中核に据えようとするものであったし、また抵当権が信用手段として用いられることがないと明言する場面さえあった。ここから、彼が信用手段としての抵当権なるものを全く観念していなかったと結論付け、抵当制度と産業の発展を無関係なものと捉えていたと考えることも可能であろう¹⁶⁸⁾。とすれば、（両者が無関係である以上、）そもそもリアルのような主張は当を得たものではないので、このような反論はプレミアムウの確信を揺るがすものではなかったことになる。しかし、このような仮説は誤ったものと言わざるを得ない。なぜなら、本款の冒頭で確認したように、近世法こそが、妻を保護したのと同時に、フランスを「高度な繁栄の段階」に導いたとする確信が、彼にはあったからである。とすれば、決して不動産信用に無関心であったわけではないということになる。つまり、彼の抵当観は、妻の利益と土地信用を天秤に掛けて、専ら前者に重きを置いたというような単純なものではないのである。その結果、次のような疑問が生じるのは、当然であろう。すなわち、近世法上の抵当権（特に法定抵当権の非公示性・包括性）が本当に信用取引の足枷となっていたのか？。そして、妻の保護の貫徹と、不動産信用の確立という2つの目的は、二者択一的なものなのであろうか？。

恐らく、これらの疑問に答えるためには、彼が前提とした近世法上の妻の抵当権の実際の運用を明らかにする作業が必要とされると思われる。また、この作業によって本報告の不明瞭な部分も明確になるであろう。いずれにせよ、ここではプレミアムウ報告に対する疑問点を指摘するに留め、この点に関する解

答は後に検討する。

(ハ) 彼の草案は形式的には全面的に破棄される。しかし、法定抵当権が登記から独立した存在として位置付けられるという点で1804年法の抵当観に大きな足跡を残している。とすれば、彼の理念がヴァントーズ28日法に大きな影響を与えていることは、やはり否定できないであろう。

106) レアルによれば、ブリュヴィオーズ7日(1月28日)に、国務院立法部 la section de législation du conseil d'état で抵当法の議論が行われ、それに参加した8人のメンバー中の4人が共和暦7年法を、2人が草案を支持し、残りの2人は態度を留保したとされる(Fenet, t. 15, pp. 282 - 283 [なお, Fenet, t. 15, p. 223. には、この日に抵当法に関する議論が行われた旨の記載はあるが、議事の内容は収録されていない])。恐らく、その場で激しい議論が行われたのであろう。「執政」(この日はカンパセレスだけでなく、ナポレオンも登院しているので、これが誰を指すかは不明)の提案で5日後に2つの報告が行われることになった。ロクレ(Loché, t. 8, p. 112.)によれば、草案を支持した2人というのはトロンシェとプレアムヌウ、態度を留保した2人というのはポルタリスとマルビルである(トロンシェとマルビルは国務院構成員ではなかったが、共和暦8年テルミドール24日アレテ第7条[Loché, t. 1, p. 41.] [アレテの邦語訳としてポルタリス・前掲註85) 96頁]に基づいて、議論に参加していた)。共和暦7年法を支持した4人中の2人はレアルとトレヤールであるが、他の2人は特定できなかった(この日には、コード・シビルの他の部分の議論が行われているので、国務院登院者のリストを作成することは可能である。cf. Fenet, t. 11, p. 56; t. 13, p. 313; t. 14, pp. 62 et s.; t. 14, pp. 268 et s.; t. 14, pp. 526 et s.; t. 15, pp. 31 et s.; t. 15, pp. 549 et s.)。

107) Fenet, t. 15, pp. 223 - 271.

108) 本稿「基本的性格(1)」243-246頁参照。

109) プレアムヌウ報告は、共和暦7年法と破毀裁判所案の双方に対する反論という形を取っている。

110) 実際、共和暦8年草案第3編第2章『契約・債務』(Fenet, t. 2, pp. 159 - 200.)

は、プレアムヌウによって作成されており(詳しくは淡路剛久『連帯債務の研究』(弘文堂・1975年)91頁参照)、彼の債務観(cf. Exposé des motifs par Bigot - Préameneu, in Fenet, t. 13, pp. 215 - 311.)は、コード・シビル全体に大きく影響している。とすれば、彼の(債務観と密接な関係を有する)抵当観は、コード・シビルに無関係という訳でないということになる。

111) 共和暦7年法について拙稿「意義(1)」318-321頁、共和暦8年抵当草案について拙稿「意義(1)」332-345頁、破毀裁判所案について拙稿「意義(1)」346-359

頁参照。

- 112) Fenet, t. 15, p. 271.
 - 113) 拙稿「意義 (1)」319頁参照。
 - 114) 拙稿「意義 (1)」350-356頁参照。
 - 115) Fenet, t. 15, p. 224.
 - 116) Fenet, t. 15, p. 254.
 - 117) Fenet, t. 15, p. 253.
 - 118) 拙稿「近代抵当論における『目的物拡張』論の意義 (下)」『東京都立大学法学会雑誌』第37巻第1号 (1996年) 309-310頁参照。
 - 119) Fenet, t. 15, p. 254.
 - 120) Fenet, t. 15, pp. 258 - 260 et 269.
 - 121) 1804年法下でも公証実務は全ての現在財産を担保化する方法で、事実上、包括抵当権類似の状況を作り出していた (cf. Grenier, t. 1, pp. XXV-XXVIII. なお、グルニエは、この方法に決して否定的ではない)。詳しくは星野・前掲註28) 23頁註7参照。
 - 122) 破毀裁判所が「特定の原則」を「公示の原則」の論理的前提と把握していたにすぎない点について、拙稿「意義 (1)」353頁参照。
 - 123) TANAGHO (S.), *L'hypothèque des biens à venir*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, pp. 465 et s.
 - 124) ただし、フランス法学は債務 obligation を、債務 devoir と責任 contrainte の2つの要素に分けて説明するドイツ的思考に対して伝統的に批判的なようである (GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, P. U. F., 1992, n° 8, p. 19.)。なお、フランスにおける両概念について山野目章夫「物上債務論覚書 (中)」『亜細亜法学』第23巻第2号 (1988年) 39頁以下参照。
- ところで、このような概念上の混同と言われる現象は、抵当権概念と債務概念を明確に区別したはずのトレヤール草案を基礎とした1804年抵当法の中にも、その例を見いだすことができる。特に、滌除 (第2167条参照)・弁済 (第2168条参照)・委付 délaissement (第2168条参照)・差押甘受 (第2169条参照) は、コード・シビルにおいては第三取得者の選択的義務として構成されている点は注目に値する。つまり、第三取得者は債務を負っているという理解が前提となっているのである。共和暦7年法においても、この理解を前提としている部分が存在しており (共和暦7年法第30条 [cf. Cazenavette, *supra* note 72, p. 133.]), 恐らく、これは立法者の誤りというような簡単な問題ではないと思われる。1804年抵当権法の性格を明らかにするためには、フランスにおける「債務と責任」の問題は不可避であるが、この点については将来の課題としたい。
- 125) Exposé des motifs par Treilhard, in Fenet, t. 15, pp. 463 - 464.
 - 126) Fenet, t. 15, pp. 252 - 254.

- 127) Fenet, t. 15, pp. 232 - 233.
- 128) Fenet, t. 15, p. 233.
- 129) もっとも、プレアムヌウは、法定抵当権の被担保債権を特定することを前提に共和暦7年法に対する批判を展開している (Fenet, t. 15, pp. 234 et s.) が、そのような規定は共和暦7年法 (第21条第2項第3号参照) ・破毀裁判所案 (第62条第3号参照) の何れにも存在しない。
- 130) Fenet, t. 15, p. 234.
- 131) なお、プレアムヌウは、コルベール (Jean-Baptiste COLBERT, 1619 - 1683) の計画 (詳しくは池田・前掲註96) 193-198頁) が挫折した原因を、無数の非特定の債権の存在を無視した点に求めている (Fenet, t. 15, pp. 231 - 232.)。
- 132) 拙稿「意義 (1)」354-355頁参照。
- 133) Fenet, t. 15, p. 235.
- 134) Fenet, t. 15, p. 237.
- 135) Fenet, t. 15, p. 237.
- 136) 破毀裁判所案が所有権移転对抗要件としての謄記の条文を削除していることにつき、拙稿「意義 (1)」349頁・357頁、拙稿「意義 (2)」505-506頁参照。
- 137) cf. Fenet, t. 15, p. 251.
- 138) Fenet, t. 15, p. 237.
- 139) Fenet, t. 15, p. 237.
- 140) Fenet, t. 15, pp. 237 - 238.
- 141) ポルタリス・前掲註85) 84頁 [拙稿「意義 (1)」336頁参照]。
- 142) Fenet, t. 15, p. 238.
- 143) Fenet, t. 15, p. 249. 引用部分は抵当権に関する叙述であるが、同じ理論は所有権謄記にも当てはまるであろう。
- 144) Fenet, t. 15, p. 242.
- 145) ポルタリス・前掲註85) 84頁 [拙稿「意義 (1)」335頁参照]。
- 146) Fenet, t. 15, pp. 232 et 265.
- 147) ナンティスマンについて詳しくは拙稿「意義 (1)」314-316頁参照。
- 148) 拙稿「意義 (2)」490-491頁。
- 149) Fenet, t. 15, p. 267.
- 150) Fenet, t. 15, p. 226.
- 151) Fenet, t. 15, p. 243. なお、この部分は、プレアムヌウが法定抵当権制度と共通制の問題を論じた唯一の部分である。
- 152) 詳しくは拙稿「意義 (1)」354頁参照。
- 153) Fenet, t. 15, pp. 243 - 244 et 255.
- 154) Fenet, t. 15, p. 245.
- 155) 池田恒男「公示・登記」稲本洋之助他編『土地法の基礎』(青林書院新社・1978

- 年) 52頁参照。
- 156) 本稿の「特定の原則」の理解について、詳しくは拙稿「意義 (1)」300頁参照。
- 157) 破毀裁判所の意見書では、この点が明確に意識されていたが、被担保債権を「特定の原則」に従属させようという結論には至らなかった(拙稿「意義 (1)」354-355頁)。
- 158) 拙稿「意義 (1)」355頁参照。
- 159) 破毀裁判所の減殺制度について拙稿「意義 (1)」356頁、コード・シビルのそれについて本稿「基本的性格 (1)」223頁参照。
- 160) Fenet, t. 15, pp. 255 - 257.
- 161) Fenet, t. 15, p. 256.
- 162) Fenet, t. 15, p. 243.
- 163) 本稿「基本的性格 (1)」241頁参照。
- 164) フランス法は伝統的に共通制を société の一種と捉えている。例えば、ポチエ曰く「婚姻による夫婦間の共通制は、夫と妻が婚姻時に締結する一種の財産の société である[傍点は原文イタリック]」(Pothier, *supra* note 22, n° 1.)。また、コード・シビル制定過程でも、第1832条以下の「société」と共通制との関係が、頻繁に議論されている(e. g. Berlier, *in* Fenet, t. 13, pp. 525 et s.)。この問題は、共通財産の法的性質をめぐる議論として19世紀に論争の対象になる(詳しくは、高橋・前掲註14) 75頁以下、PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. VIII (*régimes matrimoniaux*, 1^{er}), Paris, 1925, n°s 155 et s.) が、その点は本稿の検討外である。問題は société の訳語であるが、本稿は、かなり違和を感じつつも全て「会社」と訳している(société 概念と「会社」という訳語について、奥島孝康「フランス私法人基本法制」『フランス企業法の理論と動態 [企業法研究・第1巻]』(成文堂・1999年) 63頁以下参照)。但し、société d'acquêts については「後得財産組合」という訳語が一般的であると思われるので、これを用いている(本稿「基本的性格(1)」236頁参照)。
- 165) Fenet, t. 13, p. 533.
- 166) アルノーは、プレミアムヌウを「魅力的であると同時に高慢」(Arnaud, *supra* note 68, p. 33.) な人物と評している。確かに、本報告も、読者にこのような印象を与えるものであった。
- 167) Poughon, *supra* note 68, p. 15.
- 168) 確かに、近世法において抵当制度の(近代的)発展を妨げた要因の1つとして、ラント rente が信用手段の一翼を担っていたと言う点があげられる(池田・前掲註96) 209-210頁)。したがって、現代的意味での抵当信用なるものは存在しなかったと言うことも可能であろう(森田修「16世紀フランスにおける担保権実行 - rente 契約を素材として -」『日仏法学』第21巻(1998年) 1頁以下参照)。

第2款 レアル報告

プレミアムヌウ報告に対する若干の討議の後、レアル¹⁶⁹⁾170) 報告に入る。2つの報告の間で行われた議論は、まとめて本節第3款で検討するとして、ここではレアル報告を概観する。

彼は共和暦7年法を（共和暦8年の抵当草案の代わりに）コード・シビルに盛り込むことを主張するのであるが、彼の報告はプレミアムヌウのそれと比べると量的・質的に見劣りするものである。また破毀裁判所の意見書と比べて斬新な部分は何もない（その理由については前述した）。しかし、ナポレオンは、この日の会議の終盤で、2つの原理の折衷を求めるわけであるから、レアルの報告が、彼に少しの影響も与えなかったというわけではないであろう。そこで、共和暦7年法支持の論拠を、いくつか見ていこう（本報告は、破毀裁判所案ではなく共和暦7年法の維持が主張されているので、所有権の移転に謄記を要求することが、当然の前提となっている）。

（イ） レアルが報告で最も強く主張することは、近世法上の抵当制度が、現実に商工業発展の足枷となっていたという点である。その証拠として、パリを初めとするフランスの先進的商・工業地域に所在する控訴裁判所¹⁷¹⁾と破毀裁判所が、草案不支持の態度を表明したことをあげる¹⁷²⁾。また、彼によれば、ベルギー等の所謂ナンティスマン地域の繁栄は、共和暦7年型抵当権の所産に他ならない¹⁷³⁾。とすれば、現行法の廃止を試みる必要性が、全く感じられないということになる。なお、この事実認識のプレミアムヌウとの違いをどのように捉えるのが問題となるという点は、先に述べた（本節第1款第4項参照）。

（ロ） そこで本題、つまり理論的な点を話を移そう。彼によれば、良き抵当制度というものは、次の8つの要件を満たすものでなければならない¹⁷⁴⁾。

①不動産取得者が容易かつ安全に土地取引に参加できること。②自ら売却を欲する不動産が、抵当目的物でないことを容易に証明できること。③取得者が迅速に抵当権を消滅させる手段を備えていること。④土地所有者が抵当権設定を欲する時に、所有不動産が抵当目的物ではないことを容易に証明でき、完全な信用を享受し得ること。⑤すでに不動産が抵当権の目的となっている時、残余

価値が存在すれば、再度、それが信用授受に用いられることを可能にすること。

⑥与信者が債務者の財産状態を確実に認識し得ること。⑦ひとたび与信者の獲得した担保が、後日に覆されることがないこと。⑧自己に属さない土地を、売却もしくは抵当権の目的となしえなくすること。

不動産取引の安全は「特定の原則」と「公示の原則」の両者が完全に備わって初めて保証されるとの理解を前提とすると、以上の8点の何れが、どの原則を採用するための論拠であるかを分析することは困難であるが、概ね次のようになるであろう（なお、ここで彼が話題とする「特定の原則」とは「登記上の特定」のこと）。すなわち①⑧が謄記、②③⑦が登記、④⑤が登記・特定（もっとも本稿の「特定の原則」の理解に従えば、これらは何れも登記制度採用の結果でしかない）、⑥が登記・謄記の採用を要求するのである。そして、この要件を備えた抵当制度が実現される時、次のような効果が期待される¹⁷⁵⁾。すなわち、土地取引の安全化は、複数の取得者の競争を引き起こし、下落した不動産価格を回復する。そして、安全な信用手段の提供は、農業への資本の流入を促し、さらに利息の低下を惹起する。

もっとも、彼は共和暦7年法が以上の要件全てを満たすものではないことを告白している。ただ他の法律と比較すると「より少ない不都合 *beaucoup moins d'inconveniens*」¹⁷⁶⁾を備えるのみであるので、それが良いというのである。しかし、その不都合が何かという具体的な発言はない。

(ハ) このように彼の主張は、「特定の原則」と「公示の原則」の支持者達の決まり文句が繰り返されているだけで、そこに新たな理論を見いだすことはない。また「特定の原則」と「公示の原則」は不可分一体的なものと理解され、「特定の原則」の独自の意義というものは厳密に概念化されていない。

ところで、本報告は、これまでの、そして、これからの抵当権に関する論争の中で、非常に異質なものと言えるのではなからうか。というのも、法定抵当権に関する発言が全くないからである。もっとも、彼は共和暦7年法が若干の「不都合」を包含していることを認めていたが、これが法定抵当権を指すのであれば「全くない」というのは不正確であったかもしれない。では推測される不

都合は何か。8つの点のうち、共和暦7年法が実現し得ないのは⑤であろう。というのも、不動産が法定抵当権の目的となっている時、その存在自体は公示されるが、債権額は登記上で特定されない(第21条第2項第3号参照)ために、正確な残余価値は把握されえないからである(この点に関する共和暦7年法の問題点について本節第1款第3項(ロ)(C)参照)。仮にそうであれば、彼自身は、妻の法定抵当権の被担保債権の登記簿上の特定免除には、批判的であるということになる。したがって、レアルの試みは、法定抵当権を、合意による抵当権と完全に同一の公示理論に従属させ、それによる土地取引・抵当取引の安全を抵当法の基本理念として構築しようとしたと捉えることが可能である。そのために、法定抵当権を特に取り上げて論じる必要性は、彼にはなかったであろう。

以上のような抵当観が妻の法定抵当権に与える影響は明らかで、そのことをここで改めて論じる必要性はないであろう。とすれば、プレミアムヌウとの決定的な相違は、「特定の原則」と「公示の原則」を採用するかという問題以上に、むしろ何が抵当制度の中核かという、より根元的なところにあると言えるのではなかろうか。しかし、「何が中核か」との問いに対する解答が、「抵当制度の目的は何か」と言う問いに対するそれを、機械的・必然的に導くわけではないことは、留意すべきである(法定抵当権を中核に置くことが必然的に不動産信用を犠牲にしたという結論をもたらすのか否かという点については、ここでは留保する〔本節第1款第4項(ロ)参照〕)。

(二) このように、彼の念頭には、明らかに法定抵当権による妻の保護という観念は存在しない。そこで当然に、彼の妻・夫婦観が如何なるものかという疑問が生じてくる。当然、彼が本報告中で、そのようなことを論じるはずがないので、コード・シビル制定過程の他の場所で表明された見解から、それを推測しなければならない。しかし、この点に関する素材は実に乏しい。彼は『夫婦財産契約』(第3編第5章)の議論の過程では、それほど積極的な発言は行っていないので、プレミアムヌウのように、ここに彼の夫婦(妻)観を見いだすことはできない。また、妻の法的地位に関する重要条文を含む『婚姻』(第1編

第5章)の修正草案は、まさに彼によって国務院に提出されている¹⁷⁷⁾が、議論の過程で、レアルの個人的な夫婦観を推測させるような部分は見いだすことはできなかった。ただし、後の第213条は、共和暦8年草案段階では存在しなかったが、レアルによる提出時に盛り込まれていたということは、同条は、彼による起草ということになるのであろうが、この1条文だけで、彼の夫婦観の全てを推測するような危険は犯せない。抵当制度と夫婦観に密接な関係を見いだそうとする本稿の立場からは、彼の夫婦観を知り得なかったことは非常に残念である。

しかし、自らの報告直後の議論で、彼は興味深い発言を行っている。次款の検討対象を先取りするようであるが、ここで紹介するのが最も適切であろう。

先にプレミアムヌウは、妻が夫のために債務を負う慣行があり、共和暦7年法が、この慣行の結果を歪曲させたとして、同法を批判していた。しかし、プレミアムヌウは、妻がこのような形で夫の取引に関与する慣行自体を批判の対象とはしていない。反対に、レアルは、近世型抵当権が必然的に導き出す(この意味については後述)妻の関与を、共和暦8年草案批判の論拠として掲げている。曰く。

「[不動産] 取得者が際限なく妻の[包括的で隠れた] 抵当権に従うのであれば、取得者は、妻が[取引に] 参加するか、彼女が夫と連帯的に債務を負うという条件でしか、夫と取り引きしないであろう。」¹⁷⁸⁾

近世法下での不動産取得者は、妻を不動産取引に関与させることによって妻に自らの抵当権を放棄させていた(取得者が妻を連帯債務者にするものの利点については後に詳説するので省略)。つまり、夫の債務負担行為だけでなく、土地売却行為にも妻は関与を余儀なくされており、結果、不動産取引全般にわたって妻の関与が要求されていたのである。ところが、レアルの発言は、プレミアムヌウと異なり、この慣行を明らかに否定的に捉えている(後述のように、債務負担行為への妻の関与と土地売却行為へのそれは、目的と効果は異なるが、

基本的には同一の法的性質を有している。従って、プレミアムヌウが前者を肯定的に捉えることは後者も同時に肯定的に捉えることを、同様に、リアルが後者を否定的に捉えることは、前者もそのように捉えるであろうことを容易に推測させる)。その理由として、(実際には不可分である) 2つのことが考えられるであろう。不動産取得者が夫単独から購入し得ないことの取引上の不便さ(あるいは婚姻の事実を知らずに夫単独から購入した場合に生じる取引安全に対する障害)(先の8つの要件の①を欠く)。そして、妻が夫の不動産取引に介入することへの疑問(単独管理原則に反する慣行の否定)。そして、仮に後者であるとすれば、「妻が会社に参加すること」を勧めるプレミアムヌウの夫婦観とは異なるそれを持っていたということになる。

いずれにせよ、詳しい検討は後に行うが、最後に①リアルがこの慣行を認識していたこと、②それを否定的に捉えていたこと、の2点を確認しておく。

さて、この2つの報告に基づいて、国務院は、基本的な抵当観を確定していく。この確定の経緯については、次款以下で検討していく。

169) Fenet, t. 15, pp. 280 - 287.

170) レアル (Pierre- François RÉAL, 1757 - 1834) は、シャトーの密偵監視人の息子で、革命直前には、シャトレ裁判所の代訴士。革命期にはショメット (Pierre- Gaspard CHAUMETTE, 1763 - 1794) の片腕としてエベール Hébert 派に属し、個人的にもロベスピエール (Maximilien de ROBESPIERRE, 1758 - 1794) とは対立関係にあったが、恐怖政治下を生き抜く。総裁政府時代は、バラス (Paul François Nicolas BARRAS, 1755 - 1829) の信頼を得て、パリの警察権力を手中に収める。ブリュメール18日では、バラスとナポレオンの仲介役を果たし、また、クーデターの際には、警察を用いてナポレオンの手助けをする。この功績を買われ、国務院のメンバーに拔擢される。ルフェーブルによれば、穏健派の集団であった国務院において、例外的存在であった (Lefebvre, *supra* note 68, p. 82.)。彼は、総裁政府以降、ナポレオンの最終的な失脚まで常に警察組織で重要な地位を占めていたが、フーシェ (Joseph FOUCHÉ, 1759 - 1820) の存在により、ナンバーワンになることはなく、その陰は薄かったと言われる。ワーテルローの敗戦後もナポレオン帝国再興のためにパリで活動を行ったため、国外追放となる。1827年にアメリカより帰国、1834年5月6日に急死 (cf. Tulard, *supra*

note 68, p. 1443 ; Soboul, *supra* note 68, pp. 887 et s ; *Grand dictionnaire, supra* note 68, t. 13, p. 752.)。なお、彼の死後、Desclozeaux の名前で、自伝的書物が出版されている (DESCLOZEAU, *Indiscrétion, 1798-1830, souvenirs anecdotiques et politiques tirés du portefeuille d'un fonctionnaire de l'empire*, 2 vols, 1835.)。

なお、本章第3節で検討するように、新草案起草はトレヤールによって行われるが、それはリアルが立法部を離れたためである (マルビル曰く「他の委員会によって引き抜かれた」(Maleville, t. 4, p. 191.))。抵当法制定が行われた共和暦12年ブリュヴィオーズは、カドゥーダル (Georges CADOU DAL, 1771 - 1804) 等によるナポレオン暗殺の大陰謀の発覚した時期 (アンリ・カルヴェ (井上幸治訳)『改訳ナポレオン』(白水社・1966年) 80頁参照) であり、当時、実質的に警察権力を握っていた彼は、ブリュヴィオーズ11日 (リアル報告の前日!)、《*Le Conseiller d'État, spécialement chargé de l'instruction et de la suite de toutes les affaires relatives à la tranquillité et à la sûreté intérieures de la République*》の肩書を付与され、その調査に当たることになる (詳しくは、BIGARD (L.), *Le comte Réal, ancien Jacobin (De la commune révolutionnaire de Paris à la police générale de l'empire)*, 1937, pp. 138 et s.)。コード・シビルどころではなかったのであろう。

彼は、非常に多忙であったにもかかわらず、國務院立法部での立法事業に熱心に参加したといわれている (Bigard, *op. cit.*, p. 130.)。抵当制度自体に、どの程度の造詣があったかは詳らかではないが、彼は、全制定過程において、実務家としての経験を遺憾なく発揮したと言われている (もっとも Arnaud, *supra* note 68. には、彼に関する記述が全くないが、これはアルノーが、コード・シビルに彼の影響をほとんど見いださなかったためであろうか)。なお、彼の重要な業績の1つに、公証人組織に関する共和暦11年ヴァントーズ25日法があることは、本稿との関係で興味深い (cf. Bigard, *op. cit.*, p. 130, note 1.)。

ちなみに、総裁政府時代の共和暦5年ニヴォーズ11日 (1796年12月31日)、五百人会議に提出された抵当草案 (séance du 11 nivôse, *Gazette nationale ou le moniteur universel*, 13 et 14 nivôse an V.) にリアルの名が付せられており (cf. Caznavette, *supra* note 72, p. 23.)、この草案は後に共和暦7年法に多大の影響を与えることになるが、このリアルは Guillaume - André RÉAL (1755 - 1832, cf. *Grand dictionnaire, supra* note 68, t. 13, p. 752.) という人物で、ここでのリアルとは別人。後者は、この当時、グルノーブル控訴裁判所判事の職にあった (グルノーブル控訴裁判所判事の職が共和暦7年法を支持していたことにつき拙稿「意義 (2)」477頁・486頁参照)。

171) 共和暦7年法の抵当観を原則として支持する控訴裁判所意見書について拙稿「意義 (2)」484-496頁参照。

- 172) Fenet, t. 15, p. 280.
- 173) Fenet, t. 15, pp. 285 - 286.
- 174) Fenet, t. 15, pp. 284 - 285.
- 175) Fenet, t. 15, p. 285.
- 176) Fenet, t. 15, p. 285.
- 177) Fenet, t. 9, pp. 1 et s.
- 178) Fenet, t. 15, p. 302.

(未完)

[追記] 第50巻第2・3合併号の本稿を以下のように訂正します (誤→正)。

- ・ 215頁16行目 「合意による抵当権 hypothèque conventionnelle」
→ 「合意による抵当権 hypothèque conventionnelle」
- ・ 221頁 8 行目 「*Législation civil, commercial et*」
→ 「*Législation civilè, commercialè et*」
- ・ 234頁27行目 「cf. Pothier, *supra* note 22, n° 568.」
→ 「cf. Pothier, *supra* note 22, n° 757 .」
- ・ 236頁 3 行目 「sociète d'acquêts」
→ 「société d'acquêts」
- ・ 241頁16-17行目 「民法典序論 discoure périliminaire」
→ 「民法典序論 discoure préliminaire」
- ・ 247頁15行目 「LEFEBRE (G.)」
→ 「LEFEBVRE (G.)」
- ・ 250頁 1 行目 「拙稿 「(1)」 328頁」
→ 「拙稿 「意義 (1)」 328頁」