

1804年フランス抵当法の基本的性格 (3)

香山高広

目次

第1章 序論

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 ビゴ・プレミアムヌウ報告

第2款 レアル報告 (以上『商学討究』第51巻第1号)

第3款 雨月12日

第4款 雨月19日

第5款 まとめ (以上, 本号)

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

第3款 兩月12日

本款と次款では、プレミアムヌウとレアルの2つの報告後の議論から、コード・シビルの採用する基本的な抵当観が決定される経緯を概観してゆく。その際の視点を、ここで予め述べておくことが便宜的であろう。

すでに先行した2つの報告中において、妻の法定抵当権が、結果として「無能力者保護」(この表現の本稿での厳密な意味については本節第5款(ハ)参照)とは異なる機能を担っており、そのことを前提とした議論を見いだすことができた¹⁷⁹⁾。次款の最後で法定抵当権の近世法的性格の維持が正式に決定されるのであるが、近世において妻の抵当権が無能力者保護以外の機能を有し、かつ議論の参加者がその認識を有していたとすれば、無能力者保護以外の要因も、その性格付けに一役買っていたと言うことになる。そこで、以下では妻の抵当権が、いかなる機能を担っていたかという点に注目しつつ議論を分析していくことになるであろう。そして、この作業は後に重要な意味を有するようになる。と言うのも、後の学説は、コード・シビルの起草者達が法定抵当権の意義を専ら無能力者保護に求めていたとして19世紀の実務(代位)を起草者の予測外のものとして評価するからである。しかし、その前提が崩れるのであれば、19世紀実務の評価も変わり、さらにはコード・シビルの法定抵当権の意義も修正を余儀なくされるであろう。次に、妻の法定抵当権がいかなるものであるにせよ、それが(漠然とした意味で)「妻の保護」を担うものであることに疑いの余地はない。問題は、妻の保護の具体的な意味内容なのである(本稿では「妻の保護」という表現を多義的な意味で用いており、「無能力者保護」は「妻の保護」の一内容でしかないという理解を前提としている)。そして、何をもって妻の保護と捉えるかは各メンバーの個人的な夫婦観と密接に絡んでいる。従って、ここでも可能な限り各人の抵当観とともに夫婦観を明らかにしておきたい。最後

に、本節で決定される抵当観を基礎としてトレヤールによって新草案が起草されるのであるが、この草案の正確な趣旨を明らかとするために、草案起草を委ねられる以前の彼の個人的な抵当観を明らかにする必要がある。後に見るように、彼の草案は、国務院決定の抵当観に表面的に従いつつ、実際には、それと矛盾するような規定を、実に巧妙な方法で盛り込んでいる。これらの規定の真意を探るためには、本款・次款で表明される、いわば「本音」を知らねばならない。そして、ここでの本音が、後の彼の草案と民事訴訟法の「ねらい」を白日の下に曝すことになるであろう。

このような視点を念頭に置きつつ、まず本款では、抵当権の原理がほぼ確定する雨月（プリュビオーズ）12日（2月2日）の審議を検討していこう。

(イ) プレームヌウ報告の直後、論争の口火を切ったのはトレヤールであった（トレヤールの経歴については本章第3節参照）。彼は共和暦7年法の優越性を論じ始める（同日の彼の個人的抵当観については本款（ホ）でまとめて論じる）。このトレヤールの発言の直後、カンパセレスが彼の見解を非難するが、それは彼の次のような発言部分であった。

「全ての金主が、法定抵当権を確認し得るために、それは登記される方がよい。[さらに、]国務院は、…法定抵当権が…登記によって特定されることが要求されることが望ましいか否かを検討しなければならない。登記が特定されねばならないことを…決定した時、後見人は抵当権を課されていない自己の財産上に信用を見出すであろう。[しかし、]登記が非特定のでなければならない時、[金銭を]借用することは、彼にとって不可能になるであろう[傍点は引用者による]。」¹⁸⁰⁾

彼は共和暦7年法の支持を表明しているが、同法は法定抵当権の登記に「目的物の特定」を要求していなかった。つまり、抵当目的物は、設定時のアロンディスマン内の全不動産に及んでいたのである（共和暦7年法第4条第3項）。また、破毀裁判所案は、夫婦財産契約時に目的物・債権額が特定された場合には、その登記を認めていたが、特定は義務的なものではなかった¹⁸¹⁾。しかし、

ここでの彼の発言は、目的物の特定を義務づけようとするものであり、とすれば、彼の理論は、共和暦7年型の抵当原理を、さらに貫徹させようとするものであり、これまでにはない新たな見解であった。

このように、抵当法の審議自体が、法定抵当権の公示、さらには（登記上の）特定の是非から始まるのである。議論が、ここに集中するであろうことは、何ら不思議なことではなかった¹⁸²⁾。

(ロ) この見解に対してカンバセレス Cambacérès が批判を加える。彼は革命前期から法典編纂 Codification に最も熱意を示した者であり、そこでの彼の抵当観・夫婦観の変遷を追うことは、コード・シビルの性格自体の推移を知る上でも重要であろう（彼の見解の変遷とその意義については、第4章で詳しく検討する）。現に、我々は彼の言説の変化に、コード・シビルに対する基本的な「考え方」の変遷を見ることになる。

かつて自らの第1草案で法定抵当権の廃止を決定した張本人が彼である¹⁸³⁾。しかし現在の彼は、当時の見解とは大きく異なっていた。カンバセレスによれば、法定抵当権は「公的な利益」の問題であるので、これを登記手続に従属させるか否かに国家は大きな利害関係を有している。そして、共和暦7年法に従えば、「抵当権は登記手続から生じる」¹⁸⁴⁾ので、妻等の権利は危険に曝される恐れがあり、この不都合は回避されねばならない。では、共和暦7年当時、立法者は、なぜ「公的な利益」を危険に曝すことを敢えて行ったのであろうか。この点についてカンバセレスは次のように述べる。

「抵当権に関する新制度を当惑させる全ての困難は、[共和暦7年の]法律の作成者達が、[不動産]取得者と金主の利益のみを気にかけてことに由来する。[しかし、]…全ての利益への気配り・保護が行われねばならず、そして、一方の安全で、他方を犠牲にしてはならない。」¹⁸⁵⁾

カンバセレスは、法定抵当権を承認したという意味で、自己の見解を大きく修正している。では、この発言は、トレヤールに対する批判であると同時に、

過去の自分の見解との決別を宣言する意味があったのであろうか。そして、カンパセレスの3つの草案は、まさに「取得者と金主の利益」を中心に置いていたことを告白するものなのであろうか。そのように理解することも可能であるが、この点に関しては慎重な検討が必要である。

(ハ) カンパセレスとトレヤールの発言の後、先に見たレアルの報告が行われる。このレアル報告の直後、トロンシェとポルタリスが立て続けに自己の見解を表明する。両者共に共和暦8年委員会のメンバーであり、コード・シビル全体との関連で彼等の見解は注目に値するであろう¹⁸⁶⁾。

(A) まず、トロンシェ Tronchet¹⁸⁷⁾。彼は、共和暦7年法を収税目的¹⁸⁸⁾の法律であると断罪し、また、次のような理由で、抵当制度としても不十分なものであると主張する。

まず、彼は謄記制度に反対する。なぜなら、「取得者の保証は、取得の日付の[時間的]先行性の結果として生じるのであり、この日付は、契約[書]によって確定される」¹⁸⁹⁾からである。しかし、謄記に関する批判は、それほど激しいものではない。恐らく、(プレミアムヌウ報告同様)この点は、この日の中心的論点と考えられていなかったためであろう。

次に、抵当権登記の制度を非難する。ここでも批判の中心は妻の法定抵当権に登記を要求することに対してである。その理由を見てみよう。

「父親は、常に、不動産を数多く所持する者に娘を[妻として]与えるわけではない。多くの場合、父親は、[夫となる者の]善行・身分・産業が十分な保証を提供すると思われる者に、娘を与えるのである。…[登記の支持者達は、]その夫が不動産所有者でない時、…共和暦7年ブリュメール11日法は後に[夫が]取得した不動産上に…登記する保証を妻に与えたと答えるであろう。[しかし、]そのような保証は全く実体のないものである。[なぜなら、]浪費家である夫に対してこそ[法定抵当権による]保証は打ち立てられるのであるが、そもそも、そのような夫は、妻に自己の財産に生じた増加を知らせないように気を付けるからである。」¹⁹⁰⁾

婚姻後の不動産を事実上、抵当目的物にし得ないことに対する批判であり、草案支持者が口を揃えて強調する点である。そして、この点こそが後にナポレオンが法定抵当権に登記を課さないことを決定する理由となるであろう（本節第4款（二）参照）。

そして「特定」に対しても批判を展開する。まず法定抵当権の被担保債権の（登記上の）特定について、「夫は妻が取得した財産を無限に返還する義務を負う」¹⁹¹⁾以上、不可能である。では、返還額を事前に評価して被担保債権を特定することは可能であろうか。しかし、これを義務付けると夫婦間で訴訟が行われるので好ましくないし、また、債権額を事前に予測することはできないので、実際問題として、それは無理であろう¹⁹²⁾。

合意による抵当権の目的物の特定について、それは将来財産の抵当権設定を妨げるので、全ての契約の本質を破壊する。つまり、プレミアムヌウ報告で見られたように¹⁹³⁾、それは「債務」概念を破壊すると言うのである¹⁹⁴⁾。

このようにトロンシェの抵当観は基本的にプレミアムヌウのそれと同じであったと考えて良いであろう。

(B) 抵当観と同様にトロンシェはプレミアムヌウに酷似した夫婦観を持っていた点は興味深い。曰く。

「婚姻とは2人の結合であって、[夫婦は]互いに幸福になるために可能な限り親密に結合しあう。そのような結合は当然に、両者の利益を混ぜ合わせるように仕向けねばならない。…それに反するような慣行は、自然に反する原則からしか生じない。ローマ人は、家長に妻子に対する専制的な影響力を示したが、幸運にも、このような権威は我々の風俗の中には存在しない。我々の間では、夫婦は協力者 *associés* でしかないからである。」¹⁹⁵⁾

ここでも協力の観念が前面に押し出されていることが注目されねばならない。

(二) 次に、ポルタリス Portalis¹⁹⁶⁾。そして、ここでの彼の発言が、抵

当法の骨格を事実上作り上げることになる。

一般的に彼はローマ法の抵当制度（裁可状制度導入前の近世型抵当権）の支持者と考えられおり¹⁹⁷⁾、実際、彼自身も、そのように語っているが、これを額面通りに受け取ってよいかは疑問の余地がある。

まず、彼は自らの見解が全く支持者を有さないであろうことを知りつつ、証書の日付のみに根拠を置く（つまり故障申立も登記も必要としない）抵当制度の利点を説く。

「この[純粹に証書の日付による]制度は事物の本質に根拠を置くものである。社会は、互いに取引を行う人間で構成されるが、この取引は、相互に知り合いである個人の間でのみ行われる。彼等は、自らの資産と各々の誠実さに基づいて、慎重が求める全ての情報を取得する。…それゆえ、最も自然で最も単純な制度は、各々が、自らで自らの利益に気を配り、そして何よりも、契約を締結する者の道徳の中に、その安全を探し求めるのにまかせることである。」¹⁹⁸⁾

彼をローマ法支持者と根拠づける部分は、恐らくこの部分と思われるが、しかし、ポルタリスは、自らの見解が理想論でしかないことを認識していたと思われる。なぜなら、彼の発言は、すぐさま現実的な問題、つまり、裁可状制度と登記制度のいずれが優れているかと言う問題に移るからである。そして、驚いたことに、彼は条件付きで共和暦7年法を選択する。

「1771年王示は十分なものではない。…なぜなら、抵当権を保存する手段を提供したとしても、契約の際に存在する抵当権を警告するわけではないからである。ブリュメール11日法によって設けられた公示は、それを絶対的な原則にすることを欲するわけではないが、[1771年王示に比べて、]より有利である。[ただし、]婚姻・後見から生じる債務負担に拡張してはならない。」¹⁹⁹⁾

ポルタリスは公示の利点を述べるが、特定の問題について、ここでは何ら触

れられていない。恐らく、彼にとって、「特定」とは「登記上の特定」を意味し、公示を採用するということは必然的に登記上、それを特定することを意味していたのであろう。そのために、特定の利点を個別に論じる必要がなかったものと思われる。いずれにせよ、この段階では、いまだ「特定の原則」が明確に概念化されていないことが伺える。

しかし、非公示の法定抵当権の存在で、取引の安全が害されることはない。なぜなら、曰く、婚姻の事実²⁰⁰⁾は公知なものだからである。

注目すべき点は、彼の登記と租税の関係についての検討部分であろう²⁰⁰⁾。トロンシェは共和暦7年法の収税主義を猛烈に批判し、またポルタリス自身も、かつて『民法典序論』で同様の批判を展開していた²⁰¹⁾。ところが、彼の見解は一転する。

「税金は必要なものであり、恐らく好ましいものである。…[不動産を]購入する者は、明らかに僅かであるが生活にゆとりを持っている。[また、][金銭を]借りる者は、好都合な立場に自らを置く救済を受け取る。[したがって、]どちらもが犠牲[=税金-訳者註]を払い得るのである。…税金の見地からブリュメール11日法が攻撃されてはならない。」²⁰²⁾

このように、ポルタリスは、法定抵当権に「公示の原則」と「特定の原則」を拡張しないことを条件に、共和暦7年法の支持を表明している。これは新たな展開であった。これまでの議論は共和暦8年草案と共和暦7年法のいずれを採択するかというものであったが、ポルタリスによって、両者を折衷すると言う方向性が示唆されたからである。また、常に共和暦7年法に付きまとった収税主義の汚名も、ここで払拭されている。このように、彼のここでの発言が、今後の国務院の方向性を大きく変えることになるであろう。実際、ここでのポルタリス発言以降、トロンシェもプレミアムヌウも、合意による抵当権に対しては非公示性・包括性を強く主張していない²⁰³⁾。

ところで、ポルタリスの抵当観は『民法典序論』のそれを大きく変更したも

のであることは明らかであろう。その背景には財源確保という当時の政策的判断が色濃く反映されているのかもしれない。しかし、本稿との関係で興味深いのは、彼の見解の変更は、抵当観だけでなく、夫婦観にも、もたらされていたということである。すなわち、『民法典序論』では、妻の夫への従属はそれほど強調されていなかったが、立法院段階では、明らかに妻の従属性は強められていた²⁰⁴⁾。直接には触れられていないが、この見解の微妙な変更が、夫婦財産管理の面に与えるであろう影響は明らかである。そして、ここでの抵当観の変更。確かに彼は法定抵当権に関しては草案維持の立場を主張しているので、抵当観と夫婦間の関係は、他のメンバー程明確な形で前面にはでてこないが、しかしそれでも、このことは両者に密接な関係があることを推測させるのではなかろうか。

(ホ) ポルタリスとトロンシェに対してトレヤールが反撃する²⁰⁵⁾。彼は、この日、プレミアムヌウ等による共和暦7年型抵当権に対する批判に回答しており、それを、ここでまとめて見ておこう。

(A) まずは「特定の原則」について。ここでは主として「目的物の特定」に対する批判に答えている。

まず、債務者の信用は不動産のみで構成されている訳ではないので、特定の財産でしか責任を負わないというのは不道徳であるという批判が、「特定の原則」に対してなされていた²⁰⁶⁾。この点に関しては次のように答える。確かに債務者の信用は、債務者の「良き行い」等によって構成されるものであるが、それらの外観は人を惑わすものであるので担保としては不確実であり、それゆえに抵当制度が必要とされる²⁰⁷⁾。仮に信用を人の善意にのみ基礎付けるのであれば、そもそも抵当制度自体が不要であるということになり、包括抵当権理論には、内在的矛盾がある²⁰⁸⁾。

では、「特定の原則」は将来財産への抵当権設定を妨げ、結果、信用を圧迫するとの批判についてはどうか²⁰⁹⁾。これについては、相続財産を念頭に置いた抵当権設定は不道徳であることが述べられるが、すでにプレミアムヌウは、トレヤールの回答を予測し、それは反論として論理的ではない旨を主張していた。

そこでトレヤールは、仮に相続財産の取引の可能性が反論として成立しないとしても、そもそも、共和暦7年法は、将来財産への抵当権設定を禁止するものではないとする。ただ、将来財産に登記を要求するだけであると反論するのである²¹⁰⁾。

さらに、そもそも債権者は全ての現在財産に登記するので、「特定の原則」を強制しても結果的には包括抵当権と変わらないとも言われていた²¹¹⁾。トレヤールは、その可能性を否定しない²¹²⁾というよりも、むしろ積極的に、それを肯定している。なぜなら、現在財産全てに抵当権を設定する権利は、所有者が当然に保持すべき権利だからである。

(B) 抵当権登記制度全般の利点は、あまりにも自明のことと思われたためであろうか、それほど詳しく論じられていない。むしろ公示の問題は次の法定抵当権の問題に吸収されている。ただ、プレミアムヌウの登記制度に対する批判に対しては、次の点に関して回答を行っている。すなわち、登記は（既得権の存否を手續に従属させるという意味で）「所有権の原則」に反するとの²¹³⁾発言に対して、身体拘束 *la contrainte par corps*²¹⁴⁾の例を持ち出して、それを否定している²¹⁵⁾。つまり法定制度を、一定の手續に従属させることは、コード・シビルが既に認めた原則だと言うわけである。

(C) やはり、彼の主張の中心は、法定抵当権の問題であった。彼は法定抵当権にも登記上での「特定」を厳密に適用しようとしていた。それは目的物だけでなく被担保債権²¹⁶⁾についてもである。しかし、仮に「特定」が採用されないとしても、公示だけは、絶対に採用されるべきと主張する²¹⁷⁾。一つでも公示に例外が認められれば、全てが無意味になることを感じていたからである。すなわち、ポルタリスが合意による抵当権の公示を承認した後に、トレヤール曰く「公示が有用であるとすれば、そこから何もかすめ取ってはならない」²¹⁸⁾。

しかし、プレミアムヌウは、そもそも法定抵当権は婚姻事実によって公示されていると述べていた²¹⁹⁾。実際、雨月19日のポルタリスの同様の発言が、法定抵当権の非公示性を決定付けることになる（本節第4款（イ）参照）。これに

対しての反論として曰く。

「未婚者と思われている者が既婚者であるという例がないわけではない。このように、婚姻の有無は十分に知られ得ないのである。」²²⁰⁾

では、妻は夫の財産上に抵当権を事実上登記し得ないという批判²²¹⁾には、どのように答えるのであろうか。トレヤール曰く、登記の費用は僅少であるので、妻が財産管理権を有さずとも、その程度の費用は捻出できる。また、妻自身が登記を行えないとしても、夫婦財産契約には妻の親族が出席するので、彼らが夫の財産を認識し、そして、登記を行うので問題はない²²²⁾²²³⁾ (この発言は次第と具体化されてゆき [本節第4款 (ロ) 参照], 後の草案で重要な意味を持つ)。確かに、婚姻時に夫が不動産を有する場合には、トレヤールの主張はもっともであると言い得るかもしれない。しかし、プレミアムヌウヤトロンシェは、夫が婚姻時に不動産を有さず、その後取得したケースを問題としていた²²⁴⁾。しかし、この点に関するトレヤールの反論は歯切れが悪い。彼は、この場合の迅速な登記を専ら公証人に期待していたようである²²⁵⁾。

ところで、トレヤールは共和暦7年法の法定抵当権が妻の権利を害することがないと主張しつつも、そもそも彼は、法定抵当権制度の存在自体に疑念を抱いているようである。19世紀にコード・シビルの法定抵当権制度は、夫が不動産所有者でない時に無能力者保護制度としては無意味であるとの批判を被るが²²⁶⁾、トレヤールは、このような考えを既に有していた。

「夫が常に保証に適した不動産を有しているとは限らない。その時、父と娘は、どのような抵当制度の下であっても、担保を見いだすことができないので、夫となる者の道徳を担保として婚姻し、また、それで満足なのである。」²²⁷⁾

このような法定抵当権に対する懐疑的態度は、雨月19日の発言中にも見られるであろう (本節第4款 (二) 参照)。

(D) さて、ここでもトレヤールの夫婦観を見ておこう。確かに、この点に関して彼は一方では進歩的とも思われる発言を行っている²²⁸⁾。しかし彼の夫婦観は、コード・シビル第1388条の議論時の、次の発言によって端的に表明されていると考えるべきであろう。

「夫は事物の性質自体によって会社の支配者であり長となる。なぜなら、全ての結合において、夫だけが命令を下さねばならず、そして、この権利は、その結合を十分に統治するために最も良い手段を自然が与えた者に属さねばならないからである。それゆえ、夫からこの権利を奪い得ないのは、それを行えば自然の秩序が破壊されるからに他ならない。」²²⁹⁾

ここでは明白に夫権の絶対性が語られている。そして、この観念が、後のトレヤール草案・民事訴訟法の根底にあることを銘記しておくべきである。

(ハ) ポルタリスの転向後、議論は法定抵当権に登記を課すか否かという1点に集中されていた。そして、トレヤール発言の直後、ナポレオンが発言する²³⁰⁾。彼の結論は基本的にポルタリスのそれと同一であった。しかし、新たな理論が付け加えられていた点は見逃してはならない。ここでの第1執政の発言が、コード・シビルの基本的な抵当観を確定したといっても過言ではないであろう。

まず彼は、これまでの議論を再確認した後、自問自答する。「これらの異なった制度を両立させることは不可能であろうか」、「全ての抵当権のために登記の存続性を要求することは不可能であろうか」²³¹⁾と。しかし、彼は法定抵当権に登記を課すことには反対する。「なぜなら、法律は、自ら身を守ることができない者を、守らねばならないからである」²³²⁾。ボナパルトは、取引の安全によって妻の保護が疎かになることを非常に懸念していた。次の発言は、抵当法のみならず、コード・シビル全体の性格を表しているものと思われる。

「コード[・シビル]が市民的正義の深い印象をもたらすために、これらの異なっ

た制度を両立させることは不可欠である。[その際に、]市民的正義は、妨げることが自己の権力にない懈怠[=登記の欠缺-訳者註]の結果を、妻・未成年に移すことに反対する。取引を安全にする望みは確かに賞賛に値するが、[この望みで、]この[市民的正義の]原則が、犠牲にされてはならない[傍点は引用者による]。』²³³⁾

ナポレオンは、この日、合意による抵当権に対して特定と登記を要求するが、法定抵当権にはそれらを要求しないという自らの見解を表明する²³⁴⁾。そして、ここで彼は、重要な提案を行う。

「妻の合意を条件に、[妻の債権を担保するのに]十分な部分に、[夫の財産上の]法定抵当権を制限することが、夫に認められても良い。…[ただし、]このように夫の…一部の財産に法定抵当権を制限したために、[抵当目的]財産が[債権担保のために]不十分となる時には、取得者は、抵当権の負担付きで購入するであろう。」²³⁵⁾

つまり、妻の債権が害されない範囲での法定抵当権の制限を認めるのである。この提案は後にトレヤール草案で大きな意味を持つことになるであろう。すなわち、トレヤール草案第49条・第53条・第54条は、この提案を根拠に考案され、本章第3節で見ると激しい議論（特に第49条）を経て、それぞれコード・シビル第2140条・第2144条・第2145条となる。

ところで、後の2条文は、婚姻後に（論理的には不動産取引とは無関係に）法定抵当権を制限する方法を規定するものであるが、コード・シビル制定過程では、これらの条文こそが、近世上の（不動産取引毎の）妻の抵当権の放棄（本稿第3章第2節参照²³⁶⁾）を条文化したものと認識が、一部のメンバーにはあったようである。しかし、コード・シビルの趣旨はそのようなものではなく²³⁷⁾、トレヤールも、そのようには考えていなかったであろう。問題は、ここでのナポレオンの発言が、近世上の妻の抵当権放棄の процедуруを明文化する旨の趣旨であったのか、あるいは、後のトレヤール草案のような規定を作ることの指示したのかという点である。仮に前者であれば、ナポレオンも、この慣

行を認識していたと言うことになる²³⁸⁾。そして、この日の最後の発言は些か不明確であるが、前者を推測させる。

「[夫の]財産を目的とする包括抵当権を特定することによって、[特定の財産を法定抵当権から]免れさせる方法が提案された。恐らく夫を財産の浪費ができない状態に置くことに多くの不都合はないであろう。なぜなら、夫が必要な借金を欲した時のみ、妻が[抵当権の特定化に]合意することを拒まないことは確実だからである。」²³⁹⁾

この発言は、夫の不動産取引毎に妻の介入（合意）を要求するシステムを是認しているかのように読むこともできる²⁴⁰⁾。というのも、ここで彼は法定抵当権の特定（放棄）を夫の浪費を妨げるものと捉えているが、この理解は、明らかに近世法上の妻の抵当権放棄の一効果だからである²⁴¹⁾。とすれば、後のトレヤール草案は、ナポレオンの提案を根拠としつつも、それとは異なったものを起草したということになる。が、いずれにせよ、ナポレオンが法定抵当権の放棄（彼の表現を用いれば「特定」）を承認し、そのこと自体に一定の有用性を認めていたことが、ここから伺えることは確実である。

すでに我々は1804年抵当法のアウトラインをこの日の会議に見る。最終的な抵当観の決定は次に持ち越されるが、既に結論は見えていた。

179) 本稿が法定抵当権の中で、特に妻のそれを取り上げた理由は、これが革命の前後を通して特殊な機能を担っており、結果、コード・シビル全体に少なからぬ影響を与えているからに他ならない（国家等の法定抵当権を検討の対象としない理由については本稿「基本的性格(1)」217頁参照）。ところで、国務院では、未成年者・禁治産者の（後見人に対する）法定抵当権の審議に、かなりの時間が費やされているのも事実である。それにもかかわらず、本稿がこの種の法定抵当権を検討の対象としなかったのは、これが専ら「無能力者保護機能」を担わされており、コード・シビルの父権（コード・シビルの父権法の成立の経緯と、その性格について田中通裕『親権法の歴史と課題』（信山社・1993年）33-50頁参照）の

原理に修正を加えるものではなく、まして、コード・シビル全体に大きな影響を与えてはいないと思われたからである（というのも、本稿は、妻の法定抵当権の処分可能性の承認が、それに特殊な性質（機能）を付与したと考えるのであるが、妻の法定抵当権とは異なり、未成年・禁治産者の法定抵当権は一貫して処分の対象とはならなかったからである）。しかし、例えば未成年の法定抵当権が、「父権制限機能」とも言うべき機能を担わされていたであろうことは容易に想像できるが、この点については、後日の課題としたい。

- 180) Fenet, t. 15, p. 275. 非常に慎重であるが、兩月19日のベルリエ発言も、これに賛同している (Fenet, t. 15, pp. 318 - 319.)。また、兩月19日のジョリベの同様の見解 (Fenet, t. 15, p. 321.)。
- 181) 拙稿「意義(1)」354頁。
- 182) cf. Maleville, t. 4, p. 231.
- 183) 拙稿「意義(1)」326頁註32・註33参照。
- 184) Fenet, t. 15, p. 274. 登記を抵当権の効力要件と考えているため、このような表現を用いたと思われる。
- 185) Fenet, t. 15, p. 276.
- 186) なお、マルビル Maleville の抵当観は国務院でも彼の著書の中でも全く表明されていない。ロクレは、彼は草案の制度も共和暦7年法も、いずれも支持していなかったと指摘する (Locré, t. 8, p. 112.)。もっとも、彼は非公示型の法定抵当権に基因する妻の連帯債務負担には、妻の保護の観点から、否定的であることにつき本稿・註262) 参照。では、なぜ妻は保護の対象でしかないのか?。彼は夫による保護と妻の従属の必要性 (コード・シビル第213条) をキリスト教的観念に求めている。曰く、「保護と従属。この表現は[妻にとって]厳しいものであるが、しかし、これは聖パウロに由来するものである。そして、[聖パウロの]權威は、他の權威に匹敵する」(Maleville, t. 1, p. 225.)。この「他の權威」とは聖書のことを指しているのであろう (ニコル・アルノー＝デュック (建石真公子訳) 「法律の矛盾」ミッシェル・ペロー＝ジュヌヴィエーヴ・フレス編『女の歴史IV 19世紀I』(藤原書店・1996年) 168頁参照)。
- 187) Fenet, t. 15, pp. 287 - 294.
- 188) トロンシェの租税観について Fenet, t. 15, pp. 288 - 289. なお, Maleville, t. 4, pp. 211 - 212. も併せて参照。
- 189) Fenet, t. 15, pp. 289 - 290.
- 190) Fenet, t. 15, p. 292.
- 191) Fenet, t. 15, p. 293.
- 192) Fenet, t. 15, pp. 292 - 293. 同様にプレアムヌ発言 (Fenet, t. 15, p. 277.)。
- 193) 本節第1款第1項 (イ) (B) (本稿「基本的性格(2)」121頁)。
- 194) トロンシェ発言に対して、債務が私署証書から生じることを例に挙げ、包括

- 抵当権理論が債務と抵当権を混同していると言う反論を展開する兩月19日のトレヤール発言 (Fenet, t. 15, p. 307.) と, トレヤール発言に対する兩月19日のカンパセレスの反論 (Fenet, t. 15, p. 312.) 参照。
- 195) Fenet, t. 13, p. 531. 有地氏は, 本文での引用部分を「きわめて進歩的な家族感情を披瀝し」ていると評価している (有地亨『家族制度研究序説—フランスの家族観念と史的展開—』(法律文化社・1966年) 355頁)。
- 196) Fenet, t. 15, pp. 294 - 296. なお, Maleville, t. 4, pp. 222 - 231. には Fenet と Locré には収録されていないポルタリスの見解が掲載されている。
- 197) Locré, t. 8, p. 111.
- 198) Fenet, t. 15, pp. 294 - 295.
- 199) Fenet, t. 15, p. 295.
- 200) 当時, ナポレオンは, 農民層の支持獲得のために, 租税政策において, 税収入の大部分を占めた地租の恒常的軽減を行っていた。その一方で軍事費は年々増加するばかりであったので, 地租に代わる新たな財源を模索していた (ナポレオン期の租税政策について森恒夫『フランス資本主義と租税』(東京大学出版会・1967年) 72頁以下参照)。本稿が対象とするのと丁度同時期, (旧体制を想起させる) 間接税 (droit reunis) の導入の是非という微妙な政治的問題が国務院で議論されており (cf. MARION (M.), *Histoire financière de la France depuis 1715*, tome IV, 1797 - 1818, Paris, 1925, pp. 262 et s.), 抵当法審議過程で, 租税の問題に度々言及されたのは, このような事情によるものであろう。本文中で述べたように, 共和暦8年委員会のメンバー中でも登記税に対する観念は異なっており, これは税制観全体の違いによるものであろう。後に見る謄記制度の導入の可否との関係で, 各メンバーの間接税観を明らかにすることは非常に重要なのであるが, この点については著者の能力から後日の課題とせざるを得なかった。
- 201) ポルタリス・前掲註85) 84頁。
- 202) Fenet, t. 15, p. 296.
- 203) ポルタリスはマルビルに次のように語ったという。曰く「合意による抵当権の公示と特定の原則は多数によって採択された。しかも, 激しい反論を被ることはなかった」(Maleville, t. 4, p. 230.)。
- 204) 本稿「基本的性格(1)」241頁。
- 205) Fenet, t. 15, pp. 296 - 300.
- 206) 本節第1款第1項(イ)(A)(本稿「基本的性格(2)」120頁)。
- 207) Fenet, t. 15, p. 274.
- 208) Fenet, t. 15, p. 300.
- 209) 本節第1款第1項(イ)(A)(本稿「基本的性格(2)」120頁)。
- 210) Fenet, t. 15, p. 300.
- 211) 本節第1款第1項(イ)(A)(本稿「基本的性格(2)」120 - 121頁)。

- 212) Fenet, t. 15, pp. 273 et 279 et 300.
- 213) 本節第1款第2項(口)(本稿「基本的性格(2)」124-125頁)。
- 214) 債権者の請求で、債務者を禁固する制度(コード・シビル第2059条-第2070条参照)。詳しくは森田修『強制履行の法学的構造』(東京大学出版会・1995年)90-91頁, その歴史について同122頁註122参照。
- 215) 曰く「恐らく法律こそが抵当権を与えるのであろう。しかし、法律が救済を与える時、法律は、人々が無為のままであることを前提とするわけではない。例えば、法律は身体拘束を認めるにもかかわらず、それを請求することを怠らなかった者だけが、この保証を享受するのである」(Fenet, t. 15, p. 300.)。兩月19日の同様の主張も参照(Fenet, t. 15, p. 310.)。
- 216) 「債務の性質・額が特定されることが決定された時、…夫との取引を欲する者は、最も完全な安全を有するであろう」(Fenet, t. 15, p. 278.)。なお兩月19日の同様の発言参照(Fenet, t. 15, p. 309.)。また、兩月19日のジョリベ(Fenet, t. 15, p. 321.)・クレテ(Fenet, t. 15, p. 324.)も同旨。
- 217) Fenet, t. 15, p. 297. 兩月19日の同様の発言(Fenet, t. 15, p. 315.)も、併せて参照。
- 218) Fenet, t. 15, p. 297. 同様の認識は、兩月19日のジョリベ発言(Fenet, t. 15, p. 321.)。
- 219) 本節第1款第3項(口)(C)(本稿「基本的性格(2)」126-128頁)。
- 220) Fenet, t. 15, p. 297. また、兩月19日には夫婦が分かれて生活する可能性を理由に、婚姻事実が公示の機能を果たさないことを主張(Fenet, t. 15, p. 309.)。同日、ジョリベも同様の指摘(Fenet, t. 15, p. 304.)。加えてジョリベは、法定抵当権は妻の死後、彼女の相続人に移転するが、この場合には、夫(であった者)の状態から、全くその存在を伺い知ることができないとする(Fenet, t. 15, p. 309.)。
- 221) 本節第1款第3項(口)(A)(本稿「基本的性格(2)」126頁)。
- 222) Fenet, t. 15, p. 278. この点に関する批判としてカンバセレス発言(Fenet, t. 15, p. 276.)参照。
- 223) なお、トレヤールは、草案の制度であっても、妻は故障申立を怠ることによって法定抵当権を失ったので、登記欠缺に由来する危険は、どの制度でも存在するとの、草案批判を行っている(Fenet, t. 15, pp. 277-278.) (同様に兩月19日の発言[Fenet, t. 15, p. 310.]参照)。草案に対する同様の批判は、かつて破毀裁判所も行っていたが、これは批判は不正確であることはかつて述べたので、ここでは省略する(拙稿「意義(1)」348頁参照)。同様に、この反論に根拠がないことにつき同日のプレナムヌウ発言(Fenet, t. 15, p. 277.)・兩月19日のトロンシェ発言(Fenet, t. 15, p. 311.)参照。
- 224) 本節第1款第3項(口)(B)(本稿「基本的性格(2)」126頁)。同様の批判は、

- 同日（本稿・註190）参照）・雨月19日（Fenet, t. 15, pp. 311 et 321-322.）のトロンシエ発言、カンバセレス発言（Fenet, t. 15, p. 313.）。
- 225) Fenet, t. 15, p. 299.
- 226) cf. Planiol et Ripert, *supra* note 18, n° 469.
- 227) Fenet, t. 15, p. 299.
- 228) Fenet, t. 13, p. 529.
- 229) Fenet, t. 13, p. 541. 有地・前掲註195) 355頁参照。
- 230) ナポレオンの女性観・夫婦観については、すでに様々に指摘されているので、本稿では省略する（宮崎孝治郎『ナポレオンとフランス民法典』（岩波書店・1937年）60頁以下、ラポー（加藤康子訳）『フェミニズムの歴史』（新評論・1987年）106頁、デュック・前掲註186）168-169頁参照）。ただし、多くの論者による彼個人に対する非難は、抵当法の審議に限ってではあるが、的外れなものも少なくはないのではなかろうか。
- 231) Fenet, t. 15, p. 301.
- 232) Fenet, t. 15, p. 301.
- 233) Fenet, t. 15, p. 302.
- 234) Fenet, t. 15, p. 303.
- 235) Fenet, t. 15, p. 302.
- 236) この慣行は第3章第2節で詳しく見るが、簡単には、すでに本節第2款（二）（本稿「基本的性格(2)」140頁）で触れているので、参照。
- 237) 本稿「基本的性格(1)」224頁参照。というも、不動産取引時に当該不動産上の権利を妻に放棄させる手続に、コード・シビル第2144条の手続履行を義務づけるのであれば、事実上、夫の不動産取引は常に家族会の合意が必要であるということになる。しかし、本条の趣旨がこのようなものでないことは明らかで、したがって、コード・シビル第2144条は、不動産取引毎の妻の放棄を規定したものではない。しかし、19世紀の初期の学説・判例中には、妻の個別的放棄に、これらの条文の手続を要求するものがあったが、この点については後述。
- 238) 本節第2款（二）（本稿「基本的性格(2)」140頁）のリアル発言は、このポナバルト発言に対する反論である。ここからも、ナポレオン発言が、不動産取引毎の放棄（妻の不動産取引への介入）を許容する趣旨であったことを推測させる。
- 239) Fenet, t. 15, p. 304.
- 240) 雨月19日のナポレオンの次の発言も、近世法下での妻の抵当権放棄の慣行の認識を推測させる。曰く、1771年王示の下で、夫の不動産が「法定抵当権の目的となっていたとしても、担保権を設定することは可能であった…。なぜなら、簡単な手続あるいは妻の合意によって、この抵当権を特定化することが認められていたからである」（Fenet, t. 15, pp. 306-307.）。たびたび彼は「特定化」という表現を用いているが、恐らく、これは「放棄」のことを指していると思われる。

241) 後述するように、近世法上、夫の債務負担毎に金主は妻に抵当権の放棄を求めるが、妻がその債務負担が不要と考えたと放棄の合意を与えないので、金主は抵当権によって凌駕される恐れのある不動産に基づいて貸付を行わない。その結果、夫の浪費が回避されることになる。他方で、コード・シビル第2144条・第2145条は、理論的には不動産取引とは無関係に法定抵当権を制限するために、近世法のように、夫の浪費を妨げる手段を妻に与えるものではない。

第4款 兩月19日

兩月12日の審議で、すでに抵当法の方向性は決まっていたと言っても過言ではなからう。しかし、最終的な決定は兩月19日（2月9日）に持ち越された。本款では、兩月19日の抵当観の確定に至るまでの議論を概観する。なお、この日の発言の多くは、すでに兩月12日の繰り返しでしかなく、従って、本款では、特に重要と思われる発言に注目していただくに留める。

(イ) この日の会議で最初に発言したのはポルタリスであった。彼は前回のナポレオンの問いに答え、「ブリュメール11日法と法定抵当権に関する諸原則とを両立させることは可能である」²⁴²⁾と冒頭で発言する。

では、どのように両立させるのであろうか。共和暦7年法の重要な原則は「抵当権の公示」であるが、法定抵当権の存在は、婚姻事実の公知性 *la notoriété* によって公示されているので、登記による公示は不要であるとポルタリスは主張する。

「第三者が既婚者を見るとき、第三者が夫婦財産契約が存在し得ることを予想しないことは、許し難いことである。」²⁴³⁾

トレヤールは、そもそも契約相手が既婚者であるか否かが判然としない場合があると主張していたのであるが、この点については何ら回答していない。

では、仮に法定抵当権は婚姻の事実によって公示されるとして、債権額の特定はどのように考えるのであろうか。この点に関しては、プレミアムヌウが主張したように「それは不可能である」²⁴⁴⁾と回答する。目的物の特定については

明確な言及はないが、恐らく、被担保債権が特定できない以上、それに見合った担保目的物を決定（特定）することができないと考えるのであろう。

しかし、彼によれば、合意による抵当権については事情が異なる。なぜなら、「合意による抵当権は偶発的な事実であり、その存在を警告しなければならない」²⁴⁵⁾からである。このように、合意による抵当権に関しては、登記の必要性を肯定する。ところで、プレミアムヌウと異なり、ポルタリスは抵当権の公示の有用性を一定の範囲内であるが承認していた。そうであるにも拘わらず、彼は一つの例外を認めることによって、全体の基礎が揺るがされることを予測しなかったのであろうか？。ここでも、プレミアムヌウ報告の検討時に有した疑問²⁴⁶⁾が、再び頭に擡げてくる。

(ロ) トレヤールは引き下がろうとしない。ポルタリス等の主張するように仮に法定抵当権が婚姻事実によって公示されているとしても、それによって被担保債権額が公示されているわけではない²⁴⁷⁾として、公示とともに特定を諦めない。さらに、彼は、ポルタリス等と反対に、今度は、登記こそが法定抵当権を強固なものすると主張するのである。そして、妻は実際には登記をなし得ないという批判に対して、彼は、次のような新たな提案を行う。

「まず最初に、夫に登記を取得する責務を課さねばならない。…夫の登記義務が十分でないと思うのであれば、夫婦財産契約の認容と、その登録を行う公証人に、登記が行われるように気を配る責務を課す。…[さらに、]登録所官吏 *receveur de enregistrement* に、その責務を課す。」²⁴⁸⁾

破毀裁判所案は、妻が未成年である時に、父母等に登記義務を課していた（破毀裁判所案第26条²⁴⁹⁾）が、トレヤールはこの義務を夫に転嫁することを提案するのである。この提案は、後のトレヤール草案第45条を介して、コード・シビル第2136条へと受け継がれることとなるであろう。

もっとも、このような提案に対して、プレミアムヌウは、公証人や登録所官吏が、夫の婚姻後に取得する財産を認識し得るはずがないとして非難する²⁵⁰⁾。

また、トロンシェも、そもそも法定抵当権は浪費癖のある夫に対して必要なものであるが、このような夫は所有権取得の事実を隠蔽するので、誰も登記を請求し得ないと批判している²⁵¹⁾。

(ハ) さらにカンバセレスも、このようなトレヤールの見解を猛烈に批判する。その批判点は、これまでの議論の繰り返しでしかないが、この中で、カンバセレスは興味深い発言を行う。彼は革命期と現在では社会情勢が異なり、共和暦7年法の目的自体が維持し得ないと主張するのである。その目的とは何か。彼は次のように発言する。

「ブリュメール11日法は、…[土地]所有権を動産化 mobiliser し、その譲渡を迅速・容易にする制度である。しかし、そのような制度は、国家に何らの利益ももたらさない。なぜなら、反対に、国家は、同じ家族への所有権の固定に、その保証を見出すからである。」²⁵²⁾

この発言は謄記制度を批判したものではないが、このロジックはカンバセレスの謄記観にも当てはまるものであろう。そして、「土地所有権の動産化」は、謄記制度を支持するトレヤールでさえも明白に拒絶している²⁵³⁾。

(ニ) 議論は平行線をたどるだけであった。誰かが、終局的な抵当観を確定しなければならなかった。それが可能であるのはナポレオンだけである。そして、ついに彼は次の理由で法定抵当権の登記を終局的に否定する。

「妻の担保は…夫が[婚姻]後に取得した財産に基礎を置いている。[多くの場合、]婚姻の際に[登記の目的となる]財産は存在しないので、あらゆるものが、将来についての希望に帰するのである。」²⁵⁴⁾

法定抵当権を公示に従属させることに対する批判の中心が、婚姻後の財産の取扱にあったことは繰り返し述べた。そして、ナポレオンは、この財産を最も効果的に抵当目的物となしえる制度は、非公示型の法定抵当権であると判断し

て、このような結論を下したのである。

では、法定抵当権を公示しないことから生じる不都合について、彼はどのように考えるのであろうか。ナポレオンも非公示性の結果として生じる諸問題を意識していないわけではない。しかし、彼によれば、これは「矛盾する法律がもたらす不都合と、立法に全く不安定性の印を押すという不都合に比べて」「軽微な困惑」²⁵⁵⁾でしかない。そして、彼は、この点を除いて、共和暦7年法の原則の支持を表明する。

(ホ) 大勢は既に法定抵当権の非公示に固まりつつあったが、それでもトレヤールは諦めようとしな。この日、最後のトレヤールの告発は、彼の後の行動を評価するに当たって重要なものとなるであろう。

「妻に法定抵当権を与えたとしても、それは彼女にとって不幸な贈り物でしかない。なぜなら、夫が浪費家であることが前提とされる時、夫は自らとともに妻に連帯債務を負わせるからである。この時、法定抵当権は、妻の役に立つのであろうか?。」²⁵⁶⁾

興味深い発言である。近世法での妻の抵当権が、妻の連帯的な債務負担によって、夫の債権者の抵当目的物となっていたことは、プレミアムヌウ報告にも見られ、この慣行の認識をトレヤールも共有していたことが以上の言説から明らかとなる。問題は、この慣行の評価である。プレミアムヌウは、非公示型の法定抵当権が存在しなければ、妻の債務負担は、妻の固有財産自体を夫の抵当権者の担保目的物とすることになり、結果、妻の財産が奪われてしまうことを懸念していた²⁵⁷⁾。そして、彼は、この連帯的な債務負担の慣行自体には、否定的態度を示さず、このような結果を回避するために共和暦7年型の抵当権を批判することになる。ところが、トレヤールは、そもそも、このような慣行があるので、妻の法定抵当権は、妻を保護する機能を担っていないというわけである。そして、ここにも法定抵当権自体に対する懐疑的態度を垣間見ることができる。

もっとも、プレミアムヌウ自身も、妻の債務負担に危険が伴うことを認めない

わけではない²⁵⁸⁾。しかし、すでにコード・シビルは、妻の連帯債務負担を承認しているので、非公示・非特定の法定抵当権を認めねば、より大きな危険(固有財産自体の喪失)が妻を襲うというのであろう。確かに、夫婦財産関係法中には、妻が夫の連帯債務者となり得ることを前提とした規定が存在している²⁵⁹⁾。そこで、2人の議論を受けてカンパセレスは妻の連帯債務負担自体を禁じる提案を行う。曰く。

「夫が妻に債務を負担させるであろうこと…を禁止しなければならない。なぜなら、家族は嫁資が安全な状態にある場合にのみ堅固だからである。」²⁶⁰⁾

法定抵当権を公示の法理に従属させた場合、不動産が登記を課されていないということは、即ち、何らの抵当権の目的となっていないということなので、当該不動産に抵当権のみを設定すればすみ、妻に連帯債務を負担させ、結果、妻の法定抵当権を機能不全状態にする必要はない。しかし、カンパセレスが直後に提案するように法定抵当権を登記から独立した存在として位置づけるのであれば、近世法下での実務同様に、妻の連帯債務負担が行われる。そこで、カンパセレスは、妻の連帯債務負担自体を禁止することによって、批判を回避しようとするわけである。もっとも、彼が、自らの提案を真面目に実現させる意図を有していたかは、かなり怪しい。というのも、今日、兩月2日は、護民院で夫婦財産関係法の採決が行われる日²⁶¹⁾で、すでに事実上修正の不可能な段階に達していたからである。

このように、法定抵当権の非公示性に起因する慣行の評価は²⁶²⁾、法定抵当権観そのものと決して無関係ではない。とすれば、カンパセレス提案の今後の取扱が、抵当法全体の評価に大きな影響を与えることになるであろう。

ベルリエ Berlier²⁶³⁾・ジョリベ²⁶⁴⁾・クレテ Cretet²⁶⁵⁾がトレヤールを援護するが、すでにナポレオンは彼らの発言に耳を貸す気はなかった。

結局、カンパセレスが折衷案を提示する。彼は、法定抵当権の登記は認めるが、それは抵当権保存の条件ではない、言い換えるならば、登記が忘却されて

も妻・未成年は抵当権を失わないという案を提示するのである²⁶⁶⁾。そしてナポレオンも、このカンバセレスの提案に賛成する²⁶⁷⁾。

国務院は遂に、この審議の終了の際に次の3点を決定する。

「[①]全ての抵当権が公示的であること。[②]合意による抵当権は常に特定のであること。[③]妻・未成年の担保は、[不動産]取得者・金主の担保に優先しなければならぬこと。」²⁶⁸⁾

(へ) コード・シビルでの基本的な抵当観は、このようにして確定する。そして、この決定事項に沿って国務院は、共和暦8年草案でも共和暦7年法でもない「第3の案」を作成することになる。その作業は、トレヤールに委ねられるのであるが、同案の検討は次節で行うことにして、本節の最後では、これまでの議論をまとめておこう。

242) Fenet, t. 15, p. 304.

243) Fenet, t. 15, p. 304.

244) Fenet, t. 15, p. 304.

245) Fenet, t. 15, p. 304.

246) 本節第1款第3項(ロ)(C)(本稿「基本的性格(2)」127頁)。

247) Fenet, t. 15, p. 309.

248) Fenet, t. 15, p. 310.

249) 拙稿「意義(1)」348頁参照。

250) Fenet, t. 15, p. 316.

251) Fenet, t. 15, p. 322. 同様の発言は、すでに本節第3款(ハ)(A)(本稿・註190)参照)。

252) Fenet, t. 15, pp. 314 - 315. このような不動産観は、その後の議論でも繰り返されることになるが、その後の学説によるコード・シビルの土地観理解(土地所有権商品化思想)(例えば稲本氏は「民法典が不動産に関する規定を数多くおいているのも、土地所有権の独自性を肯定するためではなく、むしろそれを可能なかぎり動産と共通する普通法に服せしめるためのものであり、総じて、土地所有権を独自の存在たらしめないための特制的構成とみられるものである」(稲本洋之助「フランスにおける近代的所有権の成立過程」『所有権思想の歴史』(有斐閣・

1979年) 105頁)とは異なるものである(なお、本稿「基本的性格(1)」249頁註83)参照)。

253) Fenet, t. 15, p. 315.

254) Fenet, t. 15, p. 320.

255) Fenet, t. 15, p. 320.

256) Fenet, t. 15, p. 322.

257) 本節第1款第3項(二)(本稿「基本的性格(2)」129 - 130頁)。

258) Fenet, t. 15, p. 323.

259) たとえば、コード・シビル第1431条(「共通財産もしくは夫の事業のために夫と連帯的に債務を負担した妻は、夫に対して、保証人としてのみ債務負担を行ったともに見なされる。妻は、自らが締結した債務について、夫に求償することができる。’)・第1487条(「妻は、共通財産の債務について個人的に債務を負担した場合であっても、その債務の2分の1についてしか追行され得ない。ただし、連帯債務である場合は、この限りではない。’)・第1494条(「[共通財産を]放棄した妻は、夫及び債権者に対して、共通財産の債務の分担を全て免除される。ただし、妻が夫と共同して conjointement 債務を負担した時、あるいは、共通財産の債務が専ら妻に起因する時、妻は債権者に対する義務を免れることはできない。この場合、夫あるいは彼の相続人に対して求償を行うことができる。’) (傍点は著者による)。

260) Fenet, t. 15, p. 325.

261) Locré, t. 6, p. 291.

262) 例えば、抵当観の確定には全く関与しなかったマルビルは、後に抵当法審議過程を回顧する中で、次のように述べている。「恐らく、ブリュメール法の制度は、…妻に好意的であろう。なぜなら、取得者や金主が登記の方法で妻の債権を知り得ない時、彼等は、妻を夫の連帯債務者にするからである」(Maleville, t. 4, p. 235.)。ここでは非公示型法定抵当権の存在が、妻を夫の連帯債務者のように運命付けることを否定的に捉えており、抵当観の優劣が、このような側面からも吟味されている。

263) Fenet, t. 15, pp. 317 - 319.

ペルリエ (Théophile BERLIER, 1761-1844) は、ディジョン Dijon の弁護士 (cf, Turard, *supra* note 68, p. 200 ; Arnaud, *supra* note 68, p. 303 ; *Grand dictionnaire*, *supra* note 68, t. 2, p. 589.) で、国民公会に選出される。そこでは国王の処刑に賛成する。政治的には重要な役割を果たしていないが、カンパセレス草案の起草に参加。ブリュメール18日に賛同し、共和暦8年ニヴオーズ4日(1799年12月25日)に国务院構成員となる。コード・シビル制定過程においては、ジャコパンの立場を堅持し続けた例外的存在であった。また、レジオン・ドヌールにも反対する。アルノーは、トレヤールと並んで、彼をコード・シビルの職人の1

人に数えている (Arnaud, *supra* note 68, p. 38 [なお, 大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣・1995年) 103頁註70参照])。

ベルリエは当初から共和暦7年法の支持を表明しており, 抵当観確定後は, 原則としてトレヤール草案を支持することになる。抵当法制定過程全体で, それほど重要な役割を果たすわけではないが, 審議中での彼の発言(法定抵当観)は興味深いものがある。

彼は夫婦財産関係法の草案提出者であり, 共和暦12年ヴァンデミエール(葡萄月)6日(1803年9月29日)の審議の冒頭で共通制を法定制とする趣旨を説明している。そこにおいて彼は絶対的な夫権に対して消極的な態度を示す(なお, 彼が絶対的な父権に対しても消極的であったことにつき有地・前掲註195) 356頁・田中・前掲註179) 37頁参照)。法定抵当権に関する彼の言説を見る前に, この点を確認しておくことが望ましいであろう。曰く「妻が, 夫単独の事業に由来する利益の半分を得ることは許されないとされている。しかし, 婚姻の結合を富ます行為への妻の不参加 non participation は, 非常に危険な状態ではなからうか?。なぜなら, 大部分の妻は, 金銭・労働・儉約によって夫と同様に, 時には夫以上に世帯の幸福に貢献しているからである。社会の大部分を構成する職人と農民にとって…、まさしく, そのことは真実である」(Fenet, t. 13, p. 525.)。ここで彼は, 夫権を過度なものとしないうちに共通制を採用する言うわけである。

この夫婦観は, トレヤールとは異なり, プレアムヌウ・トロンシェ等のそれと酷似するものであった。そして, 後に詳しく検討するように, 彼らが, 近世型の法定抵当権の中に「妻の参加」を法的に保証する機能を見出したことが, 共和暦7年型抵当権を否定する一つの理由となる。逆に, トレヤールは, 妻の従属(無能力)を強調することによって夫への財産管理権の一元化を図ろうとするが, 近世型法定抵当権が, この目論見への障害物となるために, 法定抵当権を公示・特定原則に従属させようとする(もちろん, このことは彼が公示・特定を支持する理由の一つでしかない)。とすれば, 妻の参加を主張しながらも, それを法的に保証する近世型法定抵当権を否定するベルリエの態度には, 矛盾があるというべきであろうか?。

そこで, 彼の次のような発言(法定抵当権観)が目される。曰く, 「無能力の結果としての法定抵当権は, 被後見人に関しては完全なものでなければならない。なぜなら, 法律は, 彼等自身が自らの利益を維持するような手段 [= 登記能力のこと - 訳者註] を与えなかったからである。しかし, 共和暦7年ブリュメール11日法は, 妻にその手段を与えている。というのも, 妻は, 夫の許可なしに…登記を行えるからである。…それゆえ, 妻は, この点に関しては, 夫権から解放されている。もはや, 法的無能力 *incapacite de droit* は存在しないのである [傍点は原文イタリック]」(Fenet, t. 15, p. 317.)。

20世紀の抵当権改革は, 夫婦財産関係法の改革とパラレルに行われることにな

る(吉井・前掲註17) 175頁以下参照)。そこにおいて論理的に法定抵当権の制限を正当化するものは、妻の法的能力の回復であったと思われる。つまり、法定抵当権を公示の法理によって制限しても、夫権自体が法的に制限(あるいは妻の行為能力が保証)されているので、妻の権利は害されないという論理である。そして、先のベルリエの言説には、このような進歩的な発想を読みとることが可能と思われる。要するに、ベルリエは、そもそも妻は無能力者ではないので、法定抵当権を公示の法理で制限したとしても、夫権が絶対的なものになること(あるいは、財産管理権が夫に独占されること)はないと考えたのではなかろうか(恐らく、共和暦7年法自体が、このような観念を前提に起草されていたのであろう。もっとも、当時のコード・シビル草案は、すでに夫権を復活させようとしており、この意味で、共和暦7年法は当時の民事法全体の中でアンバランスな存在であった〔拙稿「意義(1)」341頁参照〕)。

264) Fenet, t. 15, p. 321.

265) Fenet, t. 15, pp. 323 et s.

クレテ(Emmanuel CRETET, 1747 - 1809)は、ナポレオン帝国の基礎を作った重要人物の1人である。グルノーブルを中心都市とするイーゼル Isère で、裕福な商人の息子として誕生(Tulard, *supra* note 68, pp. 549 - 550; *Grand dictionnaire, supra* note 68, t. 4, p. 504.)。革命前夜にはパリで火災保険金庫 *caisse d'assurances contre l'incendie* の取締役の地位にあり、また、革命初期においては国有財産の購入によって巨万の富を築く。1795年10月に元老議会 *Conseil des Anciens* の議員に選出、共和暦5年ブリュクテドール(実月)18日(1797年9月4日)のクーデタ後は、同議会の議長を務める。ブリュメール18日では、金銭的側面からナポレオンを援助したと言われている。1799年、この功績から国務院のメンバーに選出。1801年7月のコンコルダ *Concordat* ではフランス代表として活動する。1804年5月にレジオン・ドヌール、コマダン章。1807年8月9日には内務大臣となる。

彼の国務院での存在は、(少なくとも議事録上は)抵当原理の決定に大きな影響を与えていないが、次の2点は、指摘に値する。特に後者は、抵当法史全体との関係で、より詳細な研究が必要であるように思われる。

まず、不動産上の先取特権に関するトレヤール草案第12条第4号(Fenet, t. 15, p. 329.)は、「建物の建築、改造、もしくは修繕」に従事した者に先取特権を与えているが、クレテは、建物工事だけでなく、運河 *canal* 工事に従事した者にも与えられるべきであると主張する(Fenet, t. 15, p. 356.)。この提言がトレヤールによって受け入れられて、それが後に第2103条第4号となる。ところで、彼は土木関係には全く無知であったにも拘わらず、1801年から(フランス銀行総裁に就任する)1806年まで、土木・台帳局 *Ponts - et - Chaussées et le Cadastre* の運営を委ねられる。この仕事に熱心に取り組み、港湾整備・街道整備・運

河整備・都市計画等の職務を精力的にこなしていく。そして、内務大臣就任後も、積極的に運河建設を勧めている。彼の発言と草案の修正は、このような事情が背景にあったからであろう。

次に、彼は法定抵当権の登記を強く主張していたが、そのことは彼が金融の専門家であったことと無縁ではなかろう。クレテはフランス銀行 Banque de France 史を語る上で欠かすことのできない人物なのである。1800年に私的機関としてフランス銀行は誕生するが、当初からナポレオン政策と緊密な関係を有する国策的色彩を帯びていた。彼は、この両者の架橋の役割を一貫して果たしたのである（詳しくは、RAMON (G.) , *Histoire de la Banque de France d'après les sources originales*, Paris, 1929, pp. 27 et s.). 彼は、その設立を国務院構成員として支援し (Tulard, *supra* note 68, p. 159.), また、当初からの株式保有者でもあった。さらに、1806年、ナポレオンはフランス銀行の国家管理を決意し、1806年4月22日法によって、総裁任命権を政府の手中に収めることになるが、このとき、初代総裁としてフランス銀行に送り込まれたのがクレテであった。

266) Fenet, t. 15, p. 325.

267) Fenet, t. 15, p. 325.

268) Fenet, t. 15, pp. 325 - 326.

第5款 まとめ

(イ) 異例の2つの報告。この事実からだけでも、抵当法審議が難航するであろうことは十分に予見できた。実際、条文の逐条審議に入る前に、2度目の会議で多大の時間が費やされることになる。論点は多岐にわたっていた。本稿は、その全てを対象としたわけではないが、やはり、その問題の中心は、法定抵当権の公示の有無であった。特に、夫が婚姻後に取得するであろう不動産をいかに効果的に抵当目的物とするかという点が争点となっていたことが度々確認されている。確かに、合意による抵当権の特定・公示も問題とならなかった訳ではないが、早い段階からポルタリスが委員会草案不支持の態度を表明していたために、その点の議論は収束に向かっていた。また、トレヤールは法定抵当権の登記上での(目的物・債権額の)「特定」を要求するが、公示の問題ほど強硬に主張するものではない。結果、国務院は、2つの抵当観を折衷するような方法で、基本的な抵当観を決定したのである。すなわち、合意による抵当権については共和暦7年型であること(なお謄記に関する決定は何ら行われ

ていない)、法定抵当権を登記から独立した存在とすること。そして、この抵当観は、最終的にコード・シビルの中で生き残ることになるであろう。

(ロ) もっとも、法定抵当権の非公示性は、抵当制度全体の中で、あくまでも例外的存在でしかない。しかし、この例外は、あまりにも重大であり、抵当法全体の性格を基底付けてしまう程であった。そもそも、抵当権の公示の問題に「折衷」などという玉虫色の解決があるわけがなく、そのために、1804年抵当法は、折衷といいつつも実際には近世法上の性格を色濃く残してしまう。そうであるからこそ、19世紀以降の議論は、この問題を機軸の1つとして展開していくのである。しかし、これは我々の想像する以上に難解な問題であった。例えば、本稿の冒頭で紹介したマルタン・デュ・ノールの通達 *circulaire* は、ジレンマに陥った苦悩を次のように告白している。

「抵当権の公示の原則がコード・シビルによって認められたが、それには制限が伴っていた。妻と未成年に与えられるべき保護が、一般的な準則を譲歩させてしまったからである。これらの例外は[抵当権を公示する]原則の有用な効果を極めて軽減してしまい、著しく取引の安全を衰えさせた。それにも拘わらず、それは維持されねばならないのであろうか？。それを廃止しながら、それが保護しようとする利益に、他の保証を与える方が望ましいのではないか？。あるいは、[法定]抵当権が付与された債権がいかに優遇されねばならないとしても、絶対的に、そして何らの手加減をも加えることなしに、登記手続に従うことを決定しなければならないのではなかろうか？」²⁶⁹⁾

しかし、このような問題が生じるであろうことは、抵当法制定過程で予測することは十分に可能であり、また実際に、トレヤール等は何度もそのことに警鐘を鳴らしていた。そうであるにも拘わらず、このような例外を認めねばならなかった理由は何であろうか？。本稿の中心的課題は、まさに、この点にある。

(ハ) コード・シビルは、妻を無能力な存在と位置づけ、同時に妻の固有財産に対してさえ、夫に強大な権限を付与したので、夫の悪しき管理は、妻の

財産を危険に曝す恐れがあった²⁷⁰⁾。そこで、事後的ではあるが、このような事態から妻を保護する必要があり、法定抵当権がこのような妻の法的無能力に基因する債権を担保する機能（無能力者保護機能）を有していたこと（あるいは、そのような機能を担わせようとしたこと）は、国務院の議事録中からも明らかである。そして、一般的な理解では、法定抵当権の機能は、それに尽きるというものであった。しかし、基本的な抵当観の確定に至るまでの議論において、明示的ではなかったが、非公示型の妻の抵当権が、それ以外の機能を担っていたことを推測させる発言を数多く確認している。例えば、夫の債務負担時に債権者が妻を関与させ、妻の抵当権に抵当権を設定する慣行があったことを暗示させた発言（プレミアムヌウ²⁷¹⁾・トレヤール²⁷²⁾）、不動産売買に妻を参加させ法定抵当権を放棄させたという発言（リアル²⁷³⁾）、法定抵当権が夫の浪費を妨げたという発言（ナポレオン²⁷⁴⁾）などがあった。これらの発言は、法定抵当権が夫の財産管理に妻を参加させる機能を担っており、事実上、夫婦財産の共同管理を担保する機能を有していたのではないかとの推測を可能にする。仮に、この仮説が正当であるとすれば、夫は共通財産のみならず自己の固有財産でさえ、事実上、単独で処分し得なかったということになる。なぜなら、妻の取引への参加は（取得者あるいは金主のために）法定抵当権を機能不全にする目的を有するものと思われるが、そうであれば、法定抵当権の目的物として異論のない夫の固有財産の取引にこそ、妻の参加が強く要求されるからである。実際、非特定・非公示型の法定抵当権の支持者達が、（夫による）夫婦財産単独管理の理論的基礎である夫権の強化には消極的であったことは、この推測を裏付ける1つの根拠となっている。現段階では、これは単なる仮説でしかない。また、これは非公示型法定抵当権が生み出した偶発的な結果でしかなく、ここに1つの（歴史的）存在理由を見いだそうとすることは本末転倒と言われるかもしれない。しかし、仮に近世の妻の抵当権が夫婦財産の共同管理機能のようなものを担っていたとすれば、国務院が法定抵当権の近世法上の性質に手を加えなかった原因の1つは、夫婦財産管理の「在り方」全体に修正を加えることを拒んだためであるとの推測も、また成り立つのではなからうか。言い換

えるならば、法定抵当権を公示の法理に服せしめようとする試みは、近世法上の夫婦財産管理方法に修正を加えるという意図を同時に伴っていたのではなからうか。実際、妻の取引への参加に対する評価が、抵当観と無関係でないことは明らかであると思われる。

いずれにせよ、兩月19日の最後、トレヤールは、妻の（近世の）抵当権が無能力者保護機能を果たしていないと告発していた。この発言が正しいとすれば、妻の抵当権が、どのような機能を担っていたのかが自問されねばならない。つまり、國務院のメンバーが議論の当然の前提とした（そのために明示的な議論を行わなかった）近世法上の妻の抵当権理解を顕在化させる必要がある。そして、それによってはじめて、法定抵当権自体の意義、コード・シビル中での位置づけ、さらには抵当法全体の評価が可能になるのではなからうか。

すでに本節の検討によって我々は法定抵当権の意義を探るための「手掛かり」を得ている。そう、これまで意図的に不明確な形でしか論じてこなかった「妻の債務負担」と「妻による抵当権の放棄」を検討することである。起草者達が、この慣行を認識しつつ、法定抵当権の公示の是非を論じたことは本節の至る所で確認している。確かに、この慣行に否定的態度を露わにした者も存在した。特に、カンバセレスが、その禁止を提案していたことは注目に値する。しかし他方で、この法定抵当権の「無能力者保護機能」を反古にしかねない実務に、一定の意義さえ見いだす者が存在していたのも事実である。むしろ、議事全体の流れでは、抵当観確定の前には、このような（当該取引に好意的な）見解が一般的で、それに危機感を感じたトレヤールが、この実務の弊害を主張し、カンバセレスがやむなくトレヤールの発言を封じるために、その禁止を提案したといった感がある。とすれば、我々は、この慣行とその意義を探るのであれば、抵当法全体の中で「法定抵当権の非公示性」という大例外を認めた真の理由を知り得ないということになる。そして、この点を明確にする作業が、上記の仮説を証明していくことに繋がるであろう。

(ホ) また、法定抵当権に公示を免除したことは、抵当法全体に近世型抵当権の属性を強く残してしまっただが、このことから、1804年法が不動産金融の

問題を蔑ろにしたとの評価は、あまりにも短絡的なものと思われる。確かに、マルタン・デュ・ノールの先の引用部分は、このような認識を前提とするものであったが、この同時期には後述するように全く逆の認識も存在していた。また、既述のように、プレミアムヌウが不動産信用の問題に全く無関心であったとは思われない²⁷⁵⁾。とすれば、一見すると不動産信用を阻害するような要素であっても、それを上手く回避する手段が近世法上に存在し、それゆえに、それが不動産信用に対してデメリットであるとは考えられていなかったと推測することはできないであろうか。だからこそ、例えばポルタリスなどは、登記の有用性を認めつつも、法定抵当権の非公示性という大例外を設けることに抵抗がなかったのではなからうか。この点については、すでに指摘した(本節第1款第4項)のであるが、この疑問点を明らかにするためにも、上述の作業が有用なものとなるであろう。

(ハ) 実際に成立するであろう1804年抵当法は、全く、この基本的抵当観に沿ったものであった。もっとも、これまでの議論から明らかなように、トレヤールは、この決定事項に不満を感じていたに違いない。そして、その彼こそが、この決定を基にした新草案の起草を委ねられることになる。案の定、彼は実に巧妙な手段で自己の抵当観に基づいた抵当法の実現を試みようとする。この試みは結果的に挫折し、雨月19日の抵当観に回帰するので、本稿では、続けて以上で指摘した問題点、つまり法定抵当権の機能を論じる方が良いのかもしれないが、この点は、トレヤール草案の検討後に行うことにする。実際の1804年法は、トレヤール草案の部分的修正によって完成したものであるために、これからの逐条毎の個別的審議こそが、法の趣旨を知るために重要であるということは言うまでもない。しかし、理由は、それに留まらない。というのも、彼の試みと挫折の経緯が、1804年法の性質をより明瞭に示すことになるからである。また、雨月19日のカンパセレスの重要な提案(妻の連帯債務負担の禁止)²⁷⁶⁾が、その後の審議(トレヤール草案の逐条審議)で、どのように議論されるか、あるいは議論されないかは、コード・シビルの採用した抵当観を評価するに当たって非常に重要である。

そこで最後に、雨月12日・19日の審議で表明されたトレヤールの抵当観を簡単に確認しておこう。彼は共和暦7年法の支持者であることを表明していたが、さらに、その原則を貫徹させようとするものであった。すなわち、法定抵当権に目的物と債権額の両面からの（登記上での）「特定」を要求するのである。このような法定抵当権に対する厳格な態度の背景には、それが「無能力者保護機能」を担っていないという認識があった。彼にとって、近世上の法定抵当権は、本来の機能を果たさずに、ただ取引の安全を害するためだけに漫然と存在しているに過ぎないと感じられたのであろう。また、法定抵当権に起因する問題を回避するために妻の取引への参加が必然化し、結果、取引全般が煩雑化したと考えるのであれば、彼の夫婦観・取引観からすれば、そのような法定抵当権を、このままの形で見逃すはずがないであろう。

以上のような彼の信念が、彼の草案中でどのように反映しているであろうか。興味は尽きない。さあ、そこで次節ではトレヤール草案を検討していこう。

269) *Documentants, supra* note 2, pp. CCXX II - CCXX III.

270) このことはプレミアムヌウ報告中で述べられていた(本節第1款第1項(ロ)(B)〔本稿「基本的性格(2)」123頁〕)。

271) 本節第1款第3項(ニ)(本稿「基本的性格(2)」129頁)。

272) 本節第4款(ホ)(本稿・註256)参照。

273) 本節第2款(ニ)(本稿「基本的性格(2)」140頁)。

274) 本節第3款(ヘ)(本稿・註239)参照。

275) 本節第1款第4項(ロ)(本稿「基本的性格(2)」132頁)。

276) 本節第4款(ホ)(本稿・註260)参照。

(未完)