

ボアソナード「帝国民法草案註解」(4)

Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon*
accompagné d'un commentaire, tome 1-4 (4)

ボアソナード民法研究会
(代表 清水 元)*
訳 高 橋 智 也**

第5章 抵 当 権 DES HYPOTHÈQUES

第3節 抵当権の公示 DE LA PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES.

第1款 登記の条件, 手続及び期間 DES CONDITIONE, DE LA FORME ET DE LA DURÉE DE L'INSCRIPTION

Art. 1232. Lorsque le conservateur a porté sur le registre des inscriptions le contenu des bordereaux, il certifie sur chacun le fait, le lieu et la date de l'inscription avec l'indication du volume et du folio où elle se trouve, ainsi que du numéro d'ordre de la présentation porté sur le registre des récépissés ; puis, il frappe les deux bordereaux conjointement d'un même sceau sur chaque feuillet. [2150.]

L'un des bordereaux est rendu au requérant avec le titre de l'hypothèque ; l'autre est gardé par le conservateur pour sa garantie.

Un Règlement pourra décider que les bordereaux ainsi visés et timbrés

* 所員・中央大学法科大学院教授

** 嘱託研究所員・大阪大学大学院高等司法研究科准教授

et réunis par année, constitueront les originaux des inscriptions et qu'un registre en contiendra seulement le répertoire.

[試訳]

申請書の内容が登記台帳に記載された場合、抵当権保存吏は、台帳に記載されている受領書の提出順位の番号と同様に、登記がある巻数及び丁数を表示し、登記の事実、場所、日付の全てを査証する。また、抵当権保存吏は、二通の申請書のそれぞれの葉に同時に同一の押印を行う。

申請書のうちの一通は抵当権の設定を証する名義とともに申請者に対して返還される。他の一通は、その保証のために抵当権保存吏によって保管される。

第一項の定めに従って査証され、証印を押され、年ごとに編綴された申請書が登記原本となり、台帳はその目録のみを含むことを規則により定めることができるものとする。

N° 460

ここでは、保存吏に対する申請者の補充的な保証と同時に、申請者に対する保存吏の保証が問題となっている。申請書が原本の写しという形で提出されることを利用して、各当事者はそれぞれにとって必要な証拠を手にすることになる。すなわち、申請者は、登記が行われたことの証拠、ならびに主たる台帳または受領書の台帳における登記の日付及びその順位番号の証拠を得る。保存吏は、申請者が自らに登記の申請をしたことの証拠、自らが原文通りに申請書に従ったが故に、申請書に存在し得る不正確さや脱漏について責任を負わないことの証拠を手にする。

各葉に同一の押印を行うこと¹⁾は日本の優れた慣行である。一方の写しのそれぞれの葉は、上部の余白部分を用いてもう一方の写しに対応する葉に関連づけられ、それぞれの葉に半分の印章を残すようにして接着部分に

1) これは、本文における後の叙述からして割印のことを意味するものと思われる。

押印が行われる。これにより、多少ともある葉を他の葉に取って代わらせることが不可能となる。一般には、各頁の綴部分に押印される^{(3)*}。

[原註(3)*] 本条の最終的な規定は謄記に関する368条の2に類似しているところ、それは修正に際して付け加えられたものである。しかし、368条の2が承認されることはなかったため、第2巻N°201.の脚注でしかそれを取り上げなかった。

***フランス民法 2150条**

抵当権保存吏は登記台帳に申請書の内容を記載し、名義または名義の謄本と申請書の一通を、その下部に登記を行ったことを査証して申請者に返還する。

Art. 1233. La nullité de l'inscription peut être prononcée pour omissions, insuffisances ou inexactitudes dans les bordereaux, des mentions ci-dessus prescrites, sur la demande des tiers qui justifient d'un préjudice résultant pour eux de ce que l'inscription incomplète leur a laissé ignorer quelque élément substantiel de l'hypothèque qu'ils avaient intérêt à connaître.

[試訳]

登記の無効は、先に定めた記載事項が申請書において脱漏、不十分または不正確であったことを理由として、第三者の請求に基づき宣告することができる。第三者は、不完全な登記により、自ら了知することに利益を有する、抵当権の何らかの本質的要素を知らなかったことに基づく損害を証明しなければならない。

N° 461

法律は、先に定めた記載事項が申請書において脱漏または不十分であったことを理由として、絶対的なやり方で無効を宣告することはできない。この点に関しては、無限のヴァリエーションが存在し得る。法律はそれらの規定に対していかなるサンクションも結びつけることはできない。唯一の可能な解決は、以上の脱漏の重大さや、登記がその者に対して注意喚起を行うことを目的としているところの第三者につき生じ得る損害の重要性

を評価する権限を裁判所に委ねることである。さらに、これは、条文を欠いていてもフランスの判例において認められた解決である。

脱漏の中で最も重大なものは、抵当権付債権の金額、または、債務者が同一の郡の中に複数の不動産を有している場合における不動産の指示に係る脱漏である。これに対して、債務の原因、日付、弁済期に関する情報が完全に与えられなくても、第三者にとってはあまり損害はない。

一般的に、申請書が保存吏に提出された時点で、その者の経験が以上のような障害を予防するであろう。

Art. 1234. Les inscriptions d'hypothèques, légales, conventionnelles ou testamentaires, ne conservent leur effet que pendant trente ans, après lesquels elles sont périmées, lors même que la prescription de la créance a été interrompue ou suspendue.

Ce délai court contre les incapables, sauf leur recours contre leur représentant.

Toutefois, si l'inscription est renouvelée avant l'expiration des trente ans, avec relation précise à la date de la précédente, elle conserve à l'hypothèque son rang à la même date.

Le renouvellement après la péremption ne vaut qu'à sa date comme une inscription ordinaire. [v.2154 ; C.it., 2001.]

[試訳]

法定抵当権、約定抵当権または遺言抵当権の登記は30年間しかその効力を有しない。30年が経過した後は、債権の時効が中断または停止した時であっても、登記は無効となる。

前項の期間は無能力者に対しては停止しない。ただし、その者の法定代理人に対する求償を妨げない。

前項の規定にかかわらず、登記が、従前の登記の日付を正確に記載して、30年の期間満了前に更新されたときは、抵当権は同一の日付において

その順位を保存する。

期間満了後の更新は、通常の登記と同様に、更新の日付からしか効力を生じない。

N° 462

フランス [民] 法典は、登記が10年毎に更新される必要があるとしている (2154条)。また、ベルギー [民] 法典は15年毎、イタリア [民] 法典は30年毎の更新を求めている。[これに対して] オランダ [民] 法典は更新を要求していない。

登記の存続期間を短縮することについて付される理由は真に法的な理由ではなく、事実上または実務上の理由に過ぎない。登記があまりに長期間にわたって効力を有すると、保存吏によって行われるべき調査が極めて骨の折れるものになる。というのは、かかる調査は膨大な数の台帳に及ぶべきことになるからである。以上の理由は、せいぜい、農村部よりも所有権が凝集し、大抵の場合に抵当権の目的になっている大都市に妥当し得るに過ぎない。しかしながら、農村部においても登記事務所は増加するのであり、適切な目録によって調査を容易にすることができるようになる。

以上のことから、本草案は、登記が30年間その効力を保持することを認め、その後は効力を失うものとした。それは同時に、抵当権が付与されている債権の消滅時効の、あり得る最長期間となる。

N° 463

以上のような、登記の期間制限と債権の消滅時効の組み合わせはいくつかの注意を必要とするので、複数のケースを提示する。

1° 債権の消滅時効が30年であり、中断も停止もされなかった場合、債権は消滅し (ただし、債務者が消滅時効を援用した場合)、その結果として抵当権も消滅する (1305条参照)。この場合においては、登記が [債権や抵当権の消滅と] 同時に消滅すると指摘することには何の意義もない。

2° 債権の消滅時効が30年未満である場合、債権と抵当権は同時に消滅し、登記はもはや効力を有しなくなるが、厳密には登記が失効したわけではない。

3° 債権の消滅時効は30年であるが、中断または停止されている場合、30年によって登記の失効が生じることに変わりはない。登記の失効は無能力者のために停止することはなく(2項)^(a)、更新によってしか中断され得ないからであるが、かかる更新が生じることは想定されていない。

4° さらに、消滅時効が30年であり、停止も中断もされていない場合、たとえ30年の期間満了前に登記が更新されていたとしても、債権は時効によって消滅し、それと同時に抵当権も消滅する。というのは、登記またはその更新は消滅時効を中断しないからである([本草案]1311条及びフランス民法典1130条を参照)。

5° 消滅時効が30年未満で中断されている場合、債権は保全され、登記はそれ自体としての効力を持ち続ける。というのは、失効期間は30年だからである。

結論として、更新の効力が失効の前後でどのような効力をもつかは条文により明らかにされている。すなわち、登記がその効力を失う前に更新されれば、抵当権はその登記によって元々の順位を保全する。登記がその効力を失った後に更新された場合、それは、実際には新たな登記であって、その日付からしか効力を有しない。

[原註(a)] 5年以上の消滅時効は、未成年者の利益のために、最後の一年間しか停止しない。これは、限定的な停止である(1467条²⁾)。

*** フランス民法 2154条**

登記はその日付から10年間抵当権または先取特権を保存する。登記が10年の期間満了前に更新されなかったときは、その効力を失う。

*** 旧民法債権担保編 221条**

法律上、合意上又ハ遺言上ノ抵当ノ登記ハ三十个年間其効力ヲ有ス三十个年後ハ

2) 旧民法証拠編131条2項がこれに該当する。

旧民法証拠編131条2項(1項は省略)

②五個年ヲ超ユル時効ニ関シテハ其期間ハ成年ニ達シタル未成年者又ハ精神ノ回復シタル禁治産者ヲシテ常ニ其権利ヲ行フ猶予ヲ得セシムル為メ最後ノ一个年停止ス

債権ノ時効カ中断又ハ停止ニ係リタルトキト雖モ其登記ノ効力ヲ失フ

②右抵当ノ時効ハ無能力者ニ対シテ停止セス但其代人ニ対スル求償ヲ妨ケス

③然レトモ三十个年ノ期間満了前ニ登記ヲ更新シ旧登記ノ日附ヲ精確ニ記載シタルトキハ抵当ノ順位ハ旧登記ト同一ノ日附ニテ存ス

④登記ノ効力ヲ失ヒシ後ノ更新ハ新登記ニ同シク其更新ノ日附ニ於テノミ効力ヲ生ス

Art. 1235. Le renouvellement de l'inscription dans le délai de trente ans est permis, nonobstant la faillite, la déconfiture ou le décès du débiteur survenus depuis l'inscription primitive ; mais les mêmes événements empêchent le renouvellement de l'inscription périmée, comme il est dit à l'article 1220.

[試訳]

30年の期間における登記の更新は、当初の登記後に債務者の破産、無資力または死亡が生じたとしても、行うことができる。ただし、1220条に定めるように、前段の事由により、失効した登記の更新を行うことはできない。

N° 464

1220条にあるように、抵当権設定登記は、債務者に対して、その者の破産が生じた後、宣告されたまたは明白な無資力が生じた後、または、相続が単純承認された場合には債務者の死亡の後には取得することはできない。

以上の事由が登記前から生じていた場合には、それは30年内の登記の更新の妨げとはならない。というのは、その場合には、登記は常に同一日付を持ち続けるからである。

登記が失効した場合、更新はもはや不可能である。というのは、当初の登記が認められない1220条のケースに該当するからである。

***旧民法債権担保編 222条**

三十个年ノ期間ニ於ケル登記ノ更新ハ旧登記後ニ起リタル債務者ノ破産，無資力又ハ死亡ニ拘ハラス之ヲ為スコトヲ得

Art. 1236. Le conservateur opère le renouvellement sur la production d'une réquisition en double original se référant à la précédente inscription ; l'un des originaux est rendu au requérant avec le sceau et la déclaration du renouvellement fait et de sa date.

[試訳]

保存吏は，正本二通の申請書類の提出に基づき，先行する登記を参照して更新を行う。正本のうちの一通は，捺印し，更新とその日付を記載して申請者に返還される。

N° 465

更新の申請またはその実行は，最初の登記の場合と同様に，申請者及び保存吏それぞれの保証を必要とする（1232条参照）。法文はこの点に関して十分に明瞭である。

Art. 1237. Les frais d'inscription sont par moitié à la charge du débiteur et du créancier si la créance a été acquise à titre onéreux et s'il n'y a convention contraire. [Secùs 2155.]

Ils sont à la charge du créancier seul si la créance est à titre gratuit.

Les frais du renouvellement sont à la charge du créancier seul.

[試訳]

登記費用は，債権が有償で取得されたものであって，かつ反対の合意がない限りは，その半額につき債務者と債権者の負担とする。

債権が無償である場合には，登記費用は債権者だけがこれを負担する。

更新費用は債権者だけがこれを負担する。

N° 466

本条はフランス〔民〕法典とは異なっている。フランス〔民〕法典は、何らの区別なく、登記費用を完全に債務者の負担としている（2155条参照）。

これは、本草案によって既に承認された準則である（353条3項及び671条）。すなわち、双務契約または単に有償に過ぎない契約において、契約費用は、〔双務契約については〕両当事者が等しく利益を得ることを理由として各当事者がその半分について負担し合うこと、また有償契約については専ら債権者によって負担されるという準則がそれである。ここでは契約それ自体ではなく契約の結果しか問題になっていないとはいえ、法律は〔契約費用の負担に関するのと〕同一の原則を適用している。

第三者によって設定される抵当権については、1217条によって設けられている、多少込み入った区別を考慮に入れなければならない（N°431参照）。

更新費用については、法律は、全ての場合について登記費用を債権者の負担としている。フランス〔民〕法典が規律していないのはまさにこのケースである。〔フランス民法典〕2155条をこのケースに適用しなければならないと考えることに躊躇を覚えたのである。

Art. 1238. Les contestations relatives aux inscriptions sont portées au tribunal de la situation du bien hypothéqué et les citations ou notifications au créancier sont faites au domicile élu dans l'inscription. [2156, 2159]

〔試訳〕

登記に関する訴えは、抵当財産が所在する地の裁判所に対して行われる。債権者に対する召喚または通知は登記のために選定された住所に対して行われる。

N° 467

登記に関する訴えについての管轄が財産所在地の裁判所にあるのは当然

である。というのは、これらの訴えは対物的な性格 *caractère réel* を有するからである。

債権者に対する通知については、必然的に、登記のために債権者が選定した住所に対して行われる(1228条)。住所選定の目的は何にもましてそこにあるからである。債務者または抵当権を設定した第三者に対して行われるべき通知については、法律は共通法 *droit commun* の適用を除外していない。すなわち、かかる通知はそれらの者の現住所に対して行われる^(d)。

[原註(d)] 法文におけるフランス語の「réel」という言葉の利用は十分な注意を必要とする。本註釈においては、同一の語源(res, chose)を有しているとはいえ、異なる二つの意味がある。第一の場合においては、「対物権、対物訴権(droit réel, action réelle)」におけると同様の技術的な意味であり、第二の場合においては、言ってみれば「擬制的な(fictif)」特別住所と対照される「実際の(veritable)」住所という日常用語的な意味である。最後に、要物契約 *contrat réel* に言及される場合には、さらにまた別の意味においてである。これは、物の引渡しによって締結される契約を意味する。

*** フランス民法 2156条**

登記に関して債権者に対して生じることがある訴権は、債権者自身に対して行われる召喚、または台帳上に選定された住所のうち最後の住所に対して行われる召喚によって、管轄裁判所に提起される。債権者の死亡の場合であれ、債権者がそのもとに住所を選定した者の死亡の場合であれ、同様である。

*** フランス民法 2159条**

同意によらない抹消は、登記を行った区域を管轄する裁判所に請求される。ただし、その登記が未必または未定の[給付を命じる]有責判決の担保のために行われたときで、その履行または数額の確定について債務者及び債権者と称する者が他の裁判所において係争中である場合、または他の裁判所において裁判がなされなければならない場合には、この限りでない。この場合には、抹消の請求は、その裁判所に対して行われ、または移送されなければならない。

②ただし、争いがある場合には、債権者と債務者が指定する裁判所に対して請求

をするという合意がそれらの者の間で行われているときは、その合意は債権者と債務者の間で履行される。

***旧民法債権担保編 223条**

登記ニ関スル争ハ抵当財産所在地ノ裁判所ニ之ヲ訴フ可シ

第2款 登記の抹消, 縮減及び更正 DE LA RADIATION, DE LA RÉDUCTION ET DE LA RECTIFICATION DES INSCRIPTIONS.

Art. 1239. Il y a lieu à radiation de l'inscription :

1° Lorsque la créance à laquelle elle se rapporte est nulle ou annulable ou lorsqu'elle se trouve éteinte en totalité ;

2° Lorsque l'hypothèque en vertu de laquelle ladite inscription a été prise n'a pas été valablement constituée ou n'existe pas d'après la loi ;

[2160]

3° Lorsque l'inscription elle-même est annulable, en vertu de l'article 1233.

Le tout, sans préjudice de la radiation de l'inscription sur certains immeubles, comme il est dit à l'article 1245.

[試訳]

次の場合には登記の抹消が行われる。

1° その登記に関連する債権が無効または取消し得るものであるとき、または債権全体が消滅したとき

2° その結果として登記が行われたところの抵当権が有効に設定されなかったとき、または法律により存続しなくなったとき

3° 登記自体が1233条に基づき無効となるとき

以上は、1245条に規定するように、特定の不動産に関する登記の抹消を妨げない。

N° 468

本条は登記の抹消に関する三つの原因を示している。前二者は債権また

は抵当権から導かれ、結果的に登記に影響を与えるに過ぎない。

この点に関しては敷衍を必要としないので、法文は極めて明瞭である。

ただ、債務の消滅に関しては注意を要する。すなわち、抹消が行われるのは、消滅が全体的である場合だけである。部分的にしか消滅していない場合には、後に言及される登記の縮減の事例となる。

もう一つの抹消の事例については1245条の参照があるが、ここで言及する必要はないであろう。

***フランス民法 2160条**

法律にも名義にも基づかずに登記を行ったとき、または、不適式の名義、消滅した名義もしくは決済された名義に基づいて登記を行ったとき、または、先取特権もしくは抵当権が法律上の方法によって消滅するときは、裁判所によって抹消が命じられなければならない。

***旧民法債権担保編 223条**

登記ノ抹消ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ為ス

第一 債権カ無効タリ若クハ銷除ス可キモノタルトキ又ハ其全部ノ消滅シタルトキ

第二 抵当カ有効ニ設定セラレサルトキ

②右ハ第二百三十条ニ記載シタル如ク或ル不動産ニ付テノ登記ヲ抹消スルコトヲ妨ケス

Art. 1240. La radiation d'inscription doit être prononcée en justice, sur la demande du débiteur ou de ses ayant-cause, à moins qu'elle ne soit autorisée par le créancier en la forme réglée ci-après. [2157.]

[試訳]

登記の抹消は、債務者またはその承継人の請求に基づき、裁判にて宣告しなければならない。ただし、次条に定める方式によって債権者が抹消を許したときはこの限りではない。

N° 456

利害関係のある第三者が登記を存在しないものとみなすことが可能となるようにする必要があるので、登記の抹消は軽率にまたは錯誤の危険をもって行われるべきではない。従って、1247条以下に予定されているように、両当事者の合意がない限り、登記の抹消は裁判上請求され、獲得されなければならない。

抹消の方法は1250条に規定される。

抹消請求に関して判断されなければならない問題はしばしば極めて重要なものとなる。というのは、かかる問題は次のような点に関係することがあり得るからである。第一に、いわゆる抵当権付債権の存在それ自体、その有効性、法定の方法の一つによるその消滅に関して。第二に、法定抵当権、約定抵当権ないしは遺言抵当権の存在に関して。第三に、登記の有効性に関して。

管轄裁判所は、当然に、1238条により財産所在地の裁判所となる。しかしながら、能力の問題、または結果的に登記が関係するに過ぎないそれ以外の問題についての判断が必要となる場合には、一般法に基づいて、被告たる債権者の住所地の裁判所が管轄権を有する。移送を得るためには、被告が〔財産〕所在地の裁判所の管轄権を否認するだけで十分である（フランス民法典2159条と対比せよ）。

***フランス民法 2157条**

登記は、そのための能力を有する利害関係当事者の同意によって、または終審としての判決若しくは既判力を生じた判決に基づいて抹消される。

***旧民法債権担保編 223条**

登記ノ抹消ハ債務者又ハ其承継人ノ請求ニ因リテ之ヲ宣告スルコトヲ要ス但下ニ規定シタル方式ニ於テ債権者ヨリ抹消ヲ許シタルトキハ此限ニ在ラス

Art. 1241. Lorsque l'hypothèque légale de la femme mariée n'a pas été limitée à certains immeubles, ou lorsque la créance n'a pas été évaluée à

une somme fixée, soit par le contrat de mariage, soit par une convention spéciale entre les époux, et qu'il a été pris des inscriptions sur plus d'immeubles qu'il n'est nécessaire à la garantie éventuelle de la femme, ou pour une somme plus forte que la justice évaluation de la créance, le mari ou ses ayant-cause peuvent demander, en justice la réduction desdites inscriptions, soit quant aux immeubles³⁾, soit quant à la somme évaluée.
[2144.]

[試訳]

妻の法定抵当権が特定の不動産に限定されていないために、妻の不確定な担保として必要以上の不動産について登記が行われた場合、または、夫婦財産契約もしくは配偶者間の特別の合意によって債権が一定額に評価されなかったために、債権の正当な評価額を超過する額について登記が行われた場合、夫またはその承継人は、特定の不動産についてまたは評価された額について登記の縮減を行うように裁判上請求することができる。

N° 470

法律は登記の縮減に言及している。法文は三種類の抵当権を相次いで規定している。

妻の〔抵当権の〕登記は二つの原因を理由として縮減され得る。第一に、登記が、担保のために必要な不動産を超える不動産を対象としている場合である。第二に、登記が、妻の債権の正当な評価を超過する額について行われている場合である。

縮減の第三の事例が存在しているが、それは、全ての抵当権に共通するが故に、特別な条文の対象となっている。すなわち、債務が部分的に消滅したという事例がそれである（1244条の2）。

従って、縮減が行われ得るためには、第一の原因については、抵当権が、夫との合意によって一ないし複数の不動産に未だ限定されていないこ

3) 原文では「immeublss」となっているが、「immeubles」の誤植であろう。

とが必要である。また、第二の原因については、同じく合意によって債権の評価が行われていないことが必要である。

***フランス民法 2144条**

前条と同様に、夫は、妻の同意を得て、かつ親族会に参集した、妻の最近親者4名の承諾を得て、嫁資制、夫婦財産に関する取戻権またはその合意を理由として夫の全ての不動産に関する一般抵当権を、妻の権利を完全に保全するのに十分な不動産に限定するよう請求することができる。

***旧民法債権担保編 226条**

婦ノ法律上ノ抵当ヲ或ル不動産ニ制限セサル場合ニ於テ其債権ノ担保ニ必要ナルヨリ多キ不動産ニ付キ登記アリタルトキ又ハ婚姻契約若クハ配偶者間ノ特別合意ニ因リテ婦ノ債権額ヲ評価セサル場合ニ於テ其債権ノ正当ナル評価ヨリ更ニ多キ金額ノ為メニ登記アリタルトキハ夫又ハ其承継人ハ不動産又ハ金額ニ関シ裁判上ニテ此登記ノ減少ヲ請求スルコトヲ得

Art. 1242. Pareillement, le tuteur ou ses ayant-cause peuvent demander la réduction des inscriptions prises au-delà de ce qui est nécessaire à la garantie du mineur ou de l'interdit, lorsque la limitation de l'hypothèque à certains immeubles ou l'évaluation de la créance à une somme fixe n'a pas été faite par délibération du conseil de tutelle, soit au moment de l'entrée en fonctions du tuteur, soit postérieurement. [2143.]

[試訳]

前条と同様に、後見人またはその承継人は、後見会議の決議によって特定の不動産に対する抵当権の限定または一定額での債権の評価が行われなかったときは、後見人の職に就いたときであれ、その後であれ、未成年者または禁治産者の担保に必要な範囲を超えて行われている登記の縮減を請求することができる。

N° 471

本条においてはさらに、未成年者及び禁治産者の法定抵当権は妻の法定

抵当権と完全に同視されている。登記の縮減に関する二つの同じ原因が存在しており、それらは二つの同一の条件のもとにある。すなわち、抵当権または登記が、家族会または後見会議の決議により合意的な性質を有していないこと、すなわち後見人の同意を得ていないこと、がそれである。

***フランス民法 2143条**

抵当権が後見人の任命行為によって制限されていない場合において、その者の不動産に対する一般的な抵当権が業務の執行のために十分な担保を明らかに超過するときは、後見人は、抵当権が、未成年者のために完全な担保となるのに十分な不動産に限定されるべきことを請求することができる。

請求は後見監督人に対して行われ、親族会の決議に先行されなければならない。

***旧民法債権担保編 227条**

右ニ同シク後見人又ハ其承継人ハ未成年者又ハ禁治産者ノ担保ニ必要ナルモノノ外ニ為シタル登記ノ減少ヲ請求スルコトヲ得但親族会議ノ決議ニ因リテ抵当ヲ或ル不動産ニ制限セス又ハ債権額ヲ評価セサルトキニ限ル

Art. 1243. Lorsque l'hypothèque est conventionnelle, le débiteur ne peut demander en justice la réduction des inscriptions que si l'hypothèque, étant générale sur les biens présents, est excessive, comme il est prévu à l'article 1213.

Le débiteur peut, dans tous les cas, demander la réduction de l'évaluation de la créance faite par le créancier dans l'inscription, à défaut d'évaluation dans le titre constitutif ou par acte séparé. [Secùs 2160, infine ; comp. 2163, 2164.]

Art. 1244. L'inscription de l'hypothèque testamentaire peut être également réduite, sur la demande de l'héritier, lorsqu'elle a été prise sans limitation quant aux immeubles de la succession ou sans évaluation quant à la créance. [Comp. 2161.]

[試訳]

1243条

約定抵当権については、債務者は、1213条に定めるように、現在の財産全体に及ぶ抵当権が過大である場合にしか裁判上縮減を請求することができない。

債務者は、全ての場合について、設定名義または別の証書において評価がなされていない場合に限り、登記において債権者が行った債権の評価の縮減を請求することができる。

1244条

遺言抵当権の登記もまた、相続不動産についての限定がなくまたは債権についての評価がなく登記されたときは、相続人の請求に基づいて縮減することができる。

N° 472

約定抵当権は、特定されなければならないので、その性質上、不動産については縮減することができないように思われる。これは、フランス[民]法典2161条が定めるところである。しかしながら、既に1213条において見たように、フランス[民]法典ほど厳格ではない本草案は、何らの指示をせず現在の財産の全部または一定の持分に抵当権の設定をすることを認めている。従って、以上のような事例においては、担保として過剰性がある場合に登記の縮減が許される。第二の縮減の原因は、過大な評価に基礎を置くものであり、当該の評価が債務者との合意によらずに行われた場合に認められる。

N° 473

遺言抵当権についても同様の解決と条件が存在する。

***フランス民法 2161条**

債権者が行った登記が、法律に従い、制限に関する合意がないために債務者の現在または将来の財産について行うこと、債権の担保にとって不必要な異なる土地を対象としているときは、登記の縮減訴権または適当な割合を超える部分についての

抹消訴権が債務者に対して与えられる。[この場合] 2159条に定められる管轄に関する準則が適用される。

前条の規定は約定抵当権には適用されない。

*** フランス民法 2163条**

担保のために設定された抵当権に関して、合意によってその額を定めなかった条件付債権、未必の債権または未定の債権につき、債権者が行う評価に基づいて行われた登記もまた、過大なものとして縮減することができる。

*** フランス民法 2164条**

前条の場合、過大性 *excès* は、諸状況、蓋然性、事実上の推定に従って、債権者の表見的な権利と、債務者に残しておくべき合理的な信用の利益とを両立させるように、裁判官がこれを判断する。ただし、未定の債権が、ある事由によって非常に高額となったときは、その日付からの抵当権を伴う新たな登記を行うことを妨げない。

*** 旧民法債権担保編 228条**

合意上ノ抵当ハ債務者ノ現在ノ総財産ニ関シ過度ナルトキニ非サレハ第二百七条ニ記載シタル如ク債務者其減少ヲ請求スルコトヲ得ス

②債務者ハ債権者ノ登記シタル債権ノ評価ノ減少ヲ請求スルコトヲ得但設定証書又ハ別証書ヲ以テ評価ヲ為ササルトキニ限ル

*** 旧民法債権担保編 229条**

遺言上ノ抵当ハ相続ノ不動産ニ付キ遺言者其制限ヲ為サス又ハ債権ヲ評価セスシテ之ヲ設定シタルトキハ相続人其減少ヲ請求スルコトヲ得

Art. 1244 bis. Il y a encore lieu à la réduction de l'inscription des trois sortes d'hypothèques, mais seulement quant à la somme inscrite, si la dette est éteinte pour plus de moitié.

Le débiteur peut toujours faire mentionner à ses frais, en marge de l'inscription, les paiements partiels quelconques qu'il a faits.

〔試訳〕

債務が半額以上消滅したときは、登記された金額についてのみ、三種の抵当権の登記の縮減を行わなければならない。

債務者は常に、自ら行った何らかの部分的な弁済を、自らの費用で登記の欄外に付記させることができる。

N° 474

抵当権の不可分性の故に、債務の一部消滅を理由とするいかなる登記の縮減も不可能であると考えることができそうである。しかし、そこには、法律が予防することを欲する考え方の混乱が存在している。登記の縮減は債権者の担保を何ら減少させるものではない。というのは、法文が注意深く示しているように、かかる場合には、抵当不動産の縮減ではなく、登記に記載されている金額の縮減だけが生じるからである。従って、それは、債務者にとっては、過大な登記によって自らの信用が不当に害されないようにする手段に過ぎない。

法律はまた、どのような一部弁済についても縮減が請求され得るということ認めてはいない。すなわち、債務は半額以上消滅しなければならないのである。ただし、債務者が行ったなにがしかの一部弁済を、完全に自分だけの費用で、登記の欄外に付記させる権利は除かれる。これは、それが真実である限り自らの信用を保全するためのものである。

一部消滅の場合における登記の縮減に関するフランス〔民〕法典の沈黙は、少なくとも約定抵当権については、以上のような解決を採用することについての障害とはならないように思われる。

***旧民法債権担保編 230条**

債務カ半額以上消滅シタルトキハ債権者ハ債務者ノ要求ニ因リ三種ノ抵当ニ付キ金額ノミノ登記ヲ減少ス可シ

②債務者ハ一分ノ弁済ヲ為シタルトキハ常ニ自費ニテ登記ニ之ヲ附記スルコトヲ得

Art. 1245. Le jugement ou la convention qui fait droit, en tout ou en partie, à la demande du débiteur, indique les immeubles qui sont affranchis de l'hypothèque, s'il y a lieu, ou la somme à laquelle l'évaluation est ramenée.

Au premier cas, l'inscription prise sur les immeubles dégrevés est radiée ; au second cas, elle est réduite. [2145, 2^eal.]

La radiation et la réduction des inscriptions ne peuvent être effectuées qu'en vertu d'un jugement devenu irrévocable.

[試訳]

債務者の請求の全部または一部を正当とする判決または合意は、必要があれば、抵当権から免れる不動産を指示し、評価を改めた金額を指示する。

前項の第一の場合には、抵当権を免れた不動産について行われた登記を抹消する。第二の場合には、登記が縮減される。

登記の抹消及び縮減は確定判決によるのでなければ行うことができない。

N° 475

債務者が行った縮減請求につき判断した判決が、必要があれば、どの不動産が抵当権から解放されるのか、または、どれだけの額が登記によって担保され続けるのかを明確に宣言するのは当然のことである。1239条によって明示されていない抹消が行われるのは前者の場合であり、同条が本条を参照しているのはそのためである。その結果、1239条は、債務者の全ての不動産を完全に解放する抹消に限定されたままである。

*フランス民法 2145条2項

裁判所が特定の不動産への抵当権の縮減を宣告した場合、他の全ての不動産について行われた登記は抹消される。

*旧民法債権担保編 231条

債務者ノ請求ヲ正当トスル判決ニハ抵当ヲ免カレタル不動産又ハ評価ヲ改メタル

金額ヲ指示ス

②右第一ノ場合ニ於テハ抵当ノ登記ヲ抹消シ第二ノ場合ニ於テハ之ヲ減少ス

***旧民法債権担保編 233条**

登記ノ抹消又ハ減少ハ確定判決ニ依ルニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス又証書ヲ以テスルニ非サレハ債権者之ヲ承諾スルコトヲ得ス

Art. 1246. Dans le cas de réduction de l'inscription à certains immeubles, d'après les articles précédents, si lesdits immeubles deviennent, même par cause fortuite ou par force majeure, insuffisants à la garantie du créancier, celui-ci peut demander un supplément d'hypothèque. [Comp. 2131.]

[試訳]

前数条に従って特定の不動産への登記の縮減を行った場合において、不動産が債権者の担保として不十分になったときは、債権者は、偶発的な事由または不可抗力による場合であっても抵当の補充を請求することができる。

N° 476

債務者の行為による担保の減少の場合（1207条）において提供すべき抵当の補充に関して、本草案はフランス [民] 法典（2131条）と距離を置いたにもかかわらず、それに抵当権が限定されたところの不動産がその価格を減じたときには、それがたとえ偶発的な事由または不可抗力による場合であっても、その債務（いわゆる増担保を提供する債務——高橋註）から債務者を解放する理由は存在しない。ここでは、債務者の事前的な行為が存在することを見失ってはならない。債務者は、抵当権の制限を引き起こしたのであり、事後的な不足を間接的にもたらしたのである。

***フランス民法 2131条**

前条と同様に、抵当権の対象となっている現在の一または複数の不動産が滅失した場合、または債権者の担保として不十分となる程に損害を被った場合、債権者

は、即時に債権の償還を求めることも、抵当の補充を得ることもできる。

***旧民法債権担保編 232条**

前数条ニ従ヒ或ル不動産ニ抵当ノ登記ヲ減少シタル場合ニ於テ其不動産カ債権者ノ担保ニ不十分ト為リタルトキハ意外ノ事又ハ不可抗力ニ因ルト雖モ債権者ハ抵当ノ補充ヲ請求スルコトヲ得

Art. 1247. La radiation et la réduction de l'inscription ne peuvent être consenties par le créancier que dans un acte en forme authentique.

[試訳]

債権者は公署証書をもってしか登記の抹消及び縮減を承諾することができない。

N° 477

登記の縮減が行われるときは、債権者がそれを承諾すること、遅延と費用を生じさせる裁判を利用する負担を債務者に負わせないことが望ましい。しかしながら、登記の縮減はそれ自体として重大な行為であり、安定的に築き上げられている状況を変更するが故に、法律は私署証書には甘んじていない。たとえ約定抵当権が問題になっていなくても、合意が抹消や縮減に介在する以上、合意によって抵当権それ自体が設定される時と同様に、抹消や縮減が厳格な形状を呈することは当然である。

***旧民法債権担保編 233条**

前出

Art. 1248. Si la radiation ou la réduction volontaire est fondée sur l'extinction totale ou partielle de la dette, il suffit pour la consentir que le créancier ait la capacité d'en recevoir ou d'en reconnaître le paiement.

Si elle est fondée sur une des autres causes portées à l'article 1239, il faut au créancier la capacité de transiger.

Si elle a le caractère d'une renonciation gratuite à l'hypothèque ou d'une remise conventionnelle, il est nécessaire que le créancier ait la capacité de disposer gratuitement de la créance. [2157.]

[試訳]

任意の抹消または縮減が債務の全部または一部の消滅に基づくときは、債権者がそれを承諾するには、弁済を受領しまたは追認する能力が債権者にあれば足りる。

抹消が1239条に定めのある原因の一つに基づくときは、和解をする能力が債権者になければならない。

抹消または縮減が抵当権の無償での放棄または合意による清算の性質をもつときは、債権者は債権を無償で処分する能力を有する必要がある。

N° 478

抹消または縮減を承諾するために債権者に要求される能力に関して法律が設けている区別は当然のものであり、かつ容易に正当化することができる。債務の全部または一部の消滅が生じた場合、債権者は、債務の弁済を受領することまたは従前の弁済を追認することができれば十分である。というのは、かかる場合、抹消または縮減の承諾は弁済の承認にその基礎を置いているからである。それ以外の抹消または縮減の原因の一つが問題になる場合、それは常に係争的な性質をもつので、債権者には和解を行う能力が求められる。というのは、その場合の債権者は、自らの権利と債務者の権利をそれぞれに判断する者となるからである。最後に、登記の利益の全体的または部分的な純然たる放棄がある場合、債権者は債権の利点のうちの一つを無償にて処分していることは明白であり、従って、債権者は債権を譲渡する能力を有していなければならない。

***フランス民法 2157条**

登記は、利害関係がありそれにつき能力を有する当事者の合意により、また最終審もしくは既判力のある判決に基づいて抹消される。

***旧民法債権担保編 234条**

任意ノ抹消又ハ減少カ債務ノ消滅ニ基クトキハ其抹消又ハ減少ヲ承諾スルニハ債権者其債務ノ弁済ヲ受ケ又ハ之ヲ追認スル能力ヲ有スルヲ以テ足レリトス

②抹消カ右ノ外第二百二十四条ニ記載シタル原因ノ一ニ基クトキハ債権者和解スルノ能力ヲ有スルコトヲ要ス

③抹消又ハ減少カ抵当ヲ無償ニテ抛棄スル性質ヲ有スルトキハ債権者無償ニテ債権ヲ処分スル能力ヲ有スルコトヲ要ス

Art. 1249. La procuration à l'effet de consentir la radiation ou la réduction de l'inscription doit également être donnée par un acte authentique.

Toutefois, si la radiation ou la réduction est fondée sur l'extinction totale ou partielle de la dette, elle peut être consentie par tout mandataire qui avait le pouvoir d'intervenir à la libération du débiteur.

S'il y a transaction ou renonciation gratuite, la procuration doit être expresse.

[試訳]

登記の抹消または縮減を承諾するための委任もまた公署証書によって与えられなければならない。

ただし、抹消または縮減が債務の全部または一部の消滅に基づくときは、債務者の解放に介入する権限を有する受任者がこれを承諾することができる。

和解または無償の放棄については、委任は明示的でなければならない。

N° 479

抵当権 [の設定] を合意するための委任は公署形式に服するのであるから（1211条参照）、抵当権を制限するための委任も同一の形式に服するのは当然である。

受任者の能力についても、同じように、抹消または縮減の原因に従って規律される。

*旧民法債権担保編 235条

登記ノ抹消又ハ減少ヲ承諾スル為メノ委任ハ証書ヲ以テ之ヲ与フルコトヲ要ス

②然レトモ抹消又ハ減少カ債務ノ消滅ニ基クトキハ債務者ノ免責ヲ承諾スル権限ヲ有シタル代理人ニ於テ其抹消又ハ減少ヲ承諾スルコトヲ得

③和解又ハ無償ノ抛棄ニ付テハ委任ハ明示タルコトヲ要ス

Art. 1250. La radiation et la réduction sont effectuées par la mention en marge de l'inscription, soit de la convention qui les a autorisées, soit du jugement qui les a ordonnées.

Le conservateur n'opère ladite mention que sur la production d'une expédition authentique de l'acte notarié ou du jugement ; dans ce dernier cas, il faut qu'il soit certifié par le greffier, sur l'expédition, que le jugement est devenu inattaquable. [2158.]

Les articles 1225, dernier alinéa, et 1304 sont applicables au refus du conservateur et à sa responsabilité.

〔試訳〕

抹消及び縮減は、それを認める合意またはそれを命じる判決を登記の欄外に付記することによって行われる。

保存吏は、公証人証書または公署された判決謄本が提出された場合でなければ前項の付記を行わない。

1225条5項及び1304条は保存吏の拒否及びその者の責任につき適用される。

N° 480

抹消が登記の取消し *cancellation*⁴⁾でないことは当然である。登記の抹消

4) 山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002年）66頁によると、「*cancellation*」とは、「[文書とくに遺言書の記載事項につき線などを引いてなす] 取消，抹消」を意味する。「*radiation*」との混同を避けるために、本稿で

は線を引いて行うものではない。というのは、抹消それ自体が取り消されなければならないような状況、または登記がその効力を再び回復しなければならないような状況が生じ得るからである(次条を参照)。それ故、抹消は、それを認める合意またはそれを命じる判決を登記の欄外に付記することである。その結果、当該の付記が抹消の原因とその正当性を同時に示すことになる。

縮減については、それが付記としてしか存在しないことはさらに明白である。というのは、縮減は、登記から解放された不動産または縮減された金額を示さなければならないからである。

保存吏は、合意または判決の公署された証拠に基づくのでなければ付記を行うことを義務づけられない。後者についてはさらに、争う余地がなくなっていることの証明が必要である。というのは、控訴または破棄申立てにより取り消される可能性がある抹消または縮減を行うことは危険だからである^{(a)*}。

1225条の準用には何らの困難もない。同一の危険に対しては同一の救済手段を必要とする。

[原註(a)*] 民事訴訟法典は、フランス法と同様に、民事に関しては、破棄申立てが執行を停止しないものとした。裁判所が上告理由の暫定的な許容性に関して事前の判断を行った後にしか執行を認めないようにしたのであろう。

*** フランス民法 2158条**

いずれの場合においても、抹消を申請する者は、保存所に対して、合意が記載された公署証書の謄本または判決の謄本を提出する。

*** 旧民法債権担保編 236条**

抹消又ハ減少ヲ為スニハ其合意又ハ判決ヲ登記ニ附記スルコトヲ要ス

Art. 1251. Si la radiation ou la réduction est annulée ou résolue ultérieurement, par une convention ou un jugement, ladite convention ou

は、「cancellation」に対して暫定的に「取消し」の訳語を当てることにする。

ledit jugement sont mentionnés à leur tour, en marge de l'inscription, laquelle reprend son effet à l'égard des anciens créanciers, mais sans pouvoir être opposée aux tiers qui ont acquis dans l'intervalle des droits sur l'immeuble et les ont inscrits avant la seconde publication.

[試訳]

抹消または縮減が、合意または判決によって後に無効となりもしくは解除されたときは、その合意または判決をさらに登記の欄外に付記する。この場合、登記は従前の債権者のためにその効力を回復する。ただし、その間（抹消または縮減が欄外に付記されてから、その無効または解除が付記されるまでの間——高橋註）に不動産に権利を取得し、後者の（抹消または縮減の無効または解除にかかる——高橋註）公示の前に登記した第三者に対しては、抹消または縮減の無効または解除を対抗することができない。

N° 481

本条が規律しているのは、フランスにおいて民法典の沈黙の故に困難が生じている点である。おそらく、登記の抹消または縮減を命じる判決が取り消されることは稀である。というのは、台帳において付記が行われるのは、判決が争う余地のないものとなった場合だけであることは認めただけだからである。しかし、破棄申立てが、執行、換言すれば、なされるべき付記を停止するかどうかという問題は消極的に解されており、判決の破棄及びそれに後続する変更が起こり得る。再審申請 *requête civile*, 第三者異議 *tierce opposition*, 裁判官相手取り訴訟 *prise à partie* のような、その効力として付記を停止しないことが確実な特別の申立ても存在している。従って、本条は以上のような場合に適用されることになる。

その上、本条は、抹消または縮減を可能にする合意に対しては何らの困難もなく適用されることになる。抹消または縮減は、無能力または合意の瑕疵を理由として取り消されることがあり得るし、条件の不履行によって解除されることもある。

N° 482

提案されている解決は、その権利が回復される従前の債権者の利益と、抹消や縮減を信用して抵当権を承諾し、あるいは利益があると考えて自ら登記を行った新しい債権者の利益を同時に調和させている。

次のような事例を想定しよう。すなわち、Primusの抵当権が、ある不動産について抹消されたところ、Secundusが当該不動産に第二順位の抵当権を有している。次に、Tertiusが登記を行い、最後にPrimusの登記が回復された、という事例がそれである。この場合、PrimusはSecundusに優先し続ける。というのは、Secundusは、その者が元々置かれていた状況よりも悪い状況に陥っているわけではないからである。しかし、PrimusはTertiusに優先される。Tertiusは、自己の登記に先行するSecundusの登記しか認識していなかったからである。

フランスにおける複数の論者は、そこには袋小路が存在しており、かかる制度のもとでは、最優先で弁済を受ける債権者が誰かを断言することは不可能である、と主張している。その説明は次の通りである。それ（最優先で弁済を受ける債権者——高橋註）はPrimusではない。なぜなら彼はTertiusによって優先されるからである。しかし、Secundusによって優先されるTertiusでもない。さらに、Primusによって優先されるSecundusでもない。

我々の見地からは、一見すると調和することが不可能な、以上のような様々な権利に調和をもたらす方法がある。例えば、3人の債権者がそれぞれ1,000円について登記を行っているとする。不動産は2,500円でしか売却されない（不動産が全ての債権者に弁済するのに不十分であると仮定しなければならない。さもなければ、実益のない問題となってしまう。）。従って、500円の損をする債権者が一人いる。Secundusは確実に1,000円を受領する。というのは、最初に1,000円を受領するのがPrimusであれTertiusであれ、Secundusは損害を受けることも利益を得ることもあり得ないからである。第一順位の者に支払われる1,000円については、PrimusとSecundusはTertiusに対する優先権を持つことはできない。Tertiusに

対して優先する登記はもはや Secundus の登記一つしかない。従って、Tertius が1,000円を受領することになり、第一順位の1,000円が控除されて500円となり、その500円は Primus に支払われる。結局のところ、原資が不足するのは Primus についてである。

しかし、非常に興味深いケースがある。

抹消され、再設定された Primus の抵当権（の被担保債権——高橋註）が2,000円だったと仮定する。Primus が中断なく登記を保持し続けていたならば、原資が不足しているのは Secundus についてであった。もはや Secundus の登記一つしかない時点で、Tertius が1,000円について登記を行ったので、彼は確実に弁済を受ける。後に、Primus の登記が回復された。Tertius は損害をうけるべきではないから、1,000円の弁済を受けることになる。Primus はもはや第一順位では1,000円しか有しておらず、Secundus は、常に、彼が専ら予測した金額であるところの500円に縮減されることになる。

***旧民法債権担保編 237条**

抹消若クハ減少ヲ後日ノ判決又ハ債務者トノ合意ニテ削除若クハ解除シタルトキハ其判決又ハ合意ヲ更ニ登記シ又ハ前登記ニ附記ス此場合ニ於テハ前登記ハ前債権者ノ為メ其効力ヲ回復ス然レトモ抹消若クハ減少ノ後ニ於テ不動産ニ付キ権利ヲ取得シ抵当ノ復旧ノ公示前ニ其権利ヲ登記シタル第三者ニハ此登記ヲ以テ対抗スルコトヲ得ス

Art. 1252. Si L'inscription première ou renouvelée, la radiation ou la réduction, présente des inexactitudes ou des omissions insuffisantes pour la faire annuler, elle est rectifiée par jugement, à défaut d'accord des parties.

Ledit jugement ou l'acte portant ledit accord est mentionnée en marge de l'inscription ou de la mention rectifiée, sans effet rétroactif au préjudice des tiers.

[試訳]

最初のまたは更新された登記，抹消，縮減について不正確さまたは脱漏が存在していても，それらが取消しを行うために不十分であるときは，両当事者の合意がなければ判決によってその更正を行う。

前項の判決，または，合意の記載がある証書は，更正された登記または付記の欄外に付記される。ただし，その遡及効は第三者を害することができない。

N° 483

既に規定したように (1233条)，一定の不正確さまたは脱漏は登記を取り消させるのに十分ではない。しかし，過誤は常に修正されなければならないから，それは修正判決の原因となり，判決自体が修正証書の欄外に付記されることになる。

本条は，最初の登記における過誤だけではなく，更新，抹消または縮減における過誤も想定している。

同様の保証は第三者に対しても与えられる。更正は第三者に対しては遡及しない。

***旧民法債権担保編 238条**

登記，更新，抹消又ハ減少ニ訛誤又ハ脱漏アルモ此カ為メ銷除ヲ為スニ足ラサルトキハ当事者ノ協議又ハ判決ヲ以テ正誤ヲ為ス