九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

一九世紀フランス法における「妻の法定抵当権」の概要(一)：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/10.15017/25410

出版情報：法政研究. 79 (1/2), pp.73-101, 2012-10-16. 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「妻の法定抵当権」の概要(一)
―オブリー＝ローの所説をよりどころに―

香山高広

目次

一　はじめに
　1　本稿の目的と対象
　2　夫婦財産制
　3　関連規定
二　成立要件
三　被担保債権
　1　包括性
　2　二一三五条二号列挙債権（以上、本号）
四　目的物
五　制限・縮減
六　夫破産時における法定抵当権の制限
七　順位取得日
八　消滅
九　むすびにかえて

一　はじめに

1　本稿の目的と対象[1][2][3]

一　本稿は、オブリー（Charles AUBRY, 1803-1878）＝ロー（Charles-Frédéric RAU, 1803-1877）の『フランス民法講義（Cours de droit civil français）』（第四版）をよりどころに、一九世紀フランス法における「妻の法定抵当権（hypothèque légale de la femme mariée）」の概要を明らかにすることを目的とする。

妻の法定抵当権とは、一八〇四年のフランス民法典（以下「一八〇四年法」という。）に規定される、妻が夫に対して有する債権を担保するために、夫の不動産に対して有する、法律の規定により認められる抵当権のことである。このような抵当権は、日本法には存在せず、また、現在においてはフランスにおいても重要な機能を果たしていないので、これを研究の対象とする意義を、まず明らかにしな

ければならない。

一八〇四年法においては、妻の法定抵当権は、被担保債権（⇓**一六**）及び目的物（⇓**三〇**）につき包括的（非特定的）であり、かつ登記（inscription）を対抗要件とするものでない（⇓**五八**）ために、この存在は、法定抵当権者である妻を配偶者とする夫の、妻以外の抵当権者、又は、この夫から不動産を買い受けた者（第三取得者）にとって、脅威となる可能性があった。確かに、第三取得者は、それを滌除（purge）することができる（二一八一-二一九五条）が、これは手間と費用を要する。また、次々稿で詳説するようにクレディ・フォンシェ（Crédit foncier de France）以外の債権者は、滌除手続を利用することはできない。そこで、実務においては、既婚男性に融資をする、又は既婚男性から不動産を買い受けるにさいして、取引の相手方は、妻に対して、「法定抵当権の譲渡又は放棄（céder leur hypothèque légale ou y renoncer）」（一八五五年三月二三日法九条一項）（以下「一八五五年法」という。）を求めた。しかも、「常に（toujours）」[4]。妻の「法定抵当権の譲渡又は放棄」のことを一般的に「妻の法定抵当権の代位（la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée）と呼ぶ（一八五五年法九条一項後段参照）（以下「法定抵当権代位」という。）が、取引の主体が主として既婚男性であったことを考えると、これが一九世紀の抵当取引又は不動産取引において極めて重要なものであったことは容易に想像できる。したがって、法定抵当権代位を無視したままで、一九世紀におけるフランスの信用取引又は不動産取引を正確に理解することはできない。また、法定抵当権代位は、わが国の民法とも、けっして無関係ではない。というのも、これは、わが国の転抵当の直接的な起源にあたるものだからである。このように、法定抵当権代位は、一九世紀フランスの抵当制度研究若しくは不動産取引研究又はわが国の転抵当研究において不可欠であるが、これらを扱う従前の研究において、これに言及するものは少ない。したがって、法定抵当権代位の研究が必要であるが、これを理解するためには、その前提として、妻の法定抵当権の理解が不可欠である。そこで、本稿は、法定抵当権代位研究の前提として、妻の法定抵当権の概要を描く。

二　本稿の執筆するにあたっての留意点は以下である（⇓①-⑦）。

①　妻の法定抵当権の概要を明らかにするにあたり、それを一つの論稿でするとなると、大部なものとなる。そこで、本稿は、妻の法定抵当権の登記及び滌除については、

それを次稿・次々稿[5]に委ねた。

② 本稿は、「一九世紀フランス法における」という表題を付しつつも、実際には一九世紀末期における妻の法定抵当権の概要を描く。もっとも、執筆にあたっては、できる限り一九世紀全般を通しての妻の法定抵当権の変遷に触れる。

③ 妻の法定抵当権の概要を明らかにするにあたり、本稿は、主としてオブリー＝ローの著作をよりどころにした。実際、本稿の内容は、オーブリー＝ローの著作の当該部分の紹介の域を出るものでない。オブリー＝ローの著作をよりどころとした理由は、これが一九世紀を代表するものだからである。もっとも、オブリー＝ローの叙述は全体的に簡潔であり、また、その内容は、本稿が利用した第四版出版以前のものに限られる。そこで、オブリー＝ローの説明の不十分な部分又は第四版以降の判例及び学説を補うために、補助的に、ボードリー・ラカンチヌリ（Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, 1837-1913）＝ド・ロワヌ（Paul de LOYNES, 1841-1914）の著作を利用した。もっとも、補助的といいつつ、ボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌの著作に依拠した部分は少なくない。また、基本的にオブリー＝ローの著作をよりどころにしつつも、意図的に、説明の便宜上、それとは異なる体系を採用した部分もある。なお、執筆にあたっては一九世紀及び二〇世紀に出版されたそれ以外の著作も多数利用しているが、脚註で典拠としてあげる文献は原則的にこの二著に留める。学説の詳細は、すべてボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌの該当箇所に委ねる。そのために、本稿の脚註においては、オブリー＝ローの該当箇所をあげるだけで充分な場合であっても、あえてボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌの該当箇所をあげている。また、参照する判例は破毀院のものに限定した。このように判例及び学説を限定したのは、それを網羅的に引用するとなると、あまりにも大部になりすぎるからである。

④ 本稿は、一九世紀の妻の法定抵当権の概要に加え、「まとめにかえて」において、一九世紀末期における妻の法定抵当権の現状に対する、当時の一般的評価をみる。

⑤ フランス法において法定抵当権が認められるのは妻だけではない（二一二一条参照）。しかし、本稿は妻の法定抵当権だけを対象とするので、以下「法定抵当権」と記した場合は、特記のないかぎり、それはすべて「妻の法定抵当権」を指す。

⑥ 本稿中で単に条文数を挙げているときは、それはす

ぐて一八〇四年法のそれである。

⑦　トレヤール（Jean- Baptiste TREILHARD, 1742–1810）が立法院でなした立法理由開示（exposé des motifs）で立法理由を語っている場合については、それを引用するが、一八〇四年法制定時の議論の詳細は別稿[6]に譲り、本稿においては、原則として、それを割愛する。[7]

（1）　本稿で引用する文献を、ここで一括して掲げておく。以下、太字体で表記した部分のみで引用する。

仏語文献—**AUBRY** (C.) et **RAU** (C.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, 1re **éd.**, 5 vol., Strasbourg, 1839–1846; **AUBRY** (C.) et **RAU** (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4e éd., 8 vol., Paris, 1869–1878; **BAUDRY- LACANTINERIE** (G.) et **DE LOYNES** (P.), *Traité théorique et pratique de Droit civil, du nantissement, des privilèges et* ***hypothèques*** *et de l'expropriation forcée*, 2e éd., 3 vol., 1899; **DE LOYNES** (P.), *Le projet de loi sur la réforme du régime hypothécaire*, Paris, 1897; **FENET** (P. A.), *Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil*, 15 vol., Paris, 1827, réimpression Osnabrück, 1968; **GARSONNET** (E.) et CÉZARBRU (Ch.), *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, 3e éd., 9 vol., 1912–1925; **GRASSET** (J.), *Les projets de réforme hypothécaire depuis le Code civil, étude historique et critique*, Paris, 1907; **GUILLOUARD** (L.), *Traité des privilèges et* ***hypothèques***, 2e éd., 4 vol., Paris, 1897–1900; *Journal* ***officiel*** *de la République française*, ***Documents parlementaires***, **Sénat**; **HUC** (T.), *Le* ***Code civil italien*** *et le Code Napoleon*, t. II, *Traduction du code civil italien*, 2e éd., Paris, 1868; **PLANIOL** (M.) et **RIPERT** (G.), *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., Paris, 1924–1934; **RAYNAUD** (P.), *Hypothèque légale, Répertoire de Droit civil*, t. II, Paris, 1952; **THALLER** (E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1898; **TROPLONG** (R.- T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, des privilèges et* ***hypothèques***, *ou commentaire du titre XVIII du livre III du code civil*, 4e éd., 4 vol., 1845.

邦語文献—**今村**与一「一九世紀フランスの**抵当改革**—その理論史的考察（一）（二）—」『社会科学研究』第三七巻第六号（一九八六年）一–五二頁・第三八巻第三号（一九八六年）四五–一二二頁、**香山**高広「一八〇四年フランス抵当法における『特定の原則』と『公示の原則』の**意義**（一）」『東京都立大学法学会雑誌』第三八巻第二号（一九

九七年）二九五-三五九頁、**香山**高広「一八〇四年フランス抵当法の**基本的性格**（1）-（5）」小樽商科大学『商学討究』第五〇巻第二・三合併号（二〇〇〇年）二一一三-二五二頁・第五一巻第一号（二〇〇〇年）一一五-一四三頁・第五一巻第二・三合併号（二〇〇一年）一五一-一八三頁・第五二巻第一号（二〇〇一年）一八七-二一三頁・第五二巻第二・三合併号（二〇〇一年）三三九-三六九頁、**香山**高広「フランス民法典における夫婦財産集中管理の**帰趨**」九州大学『法政研究』第七二巻第三号（二〇〇六年）五〇九-五七二頁、**星野**英一「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の**概観**」『民法論集第二巻』（有斐閣、一九七〇年）一-一〇六頁、**フランス担保法研究会**「試訳・共和暦七年ブリュメール一一日の抵当制度に関する法律―フランス担保法の翻訳（一）―」九州大学『法政研究』第六九巻第四号（二〇〇三年）八〇七-八二五頁、**宮崎**孝治郎「**仏蘭西婚姻法**」台北比較法学会編『比較婚姻法第二部―婚姻の証明及効果―』（岩波書店、一九四二年）二四一-三七七頁、**宮崎**孝治郎「**フランス婚姻法**」宮崎孝治郎編『新比較婚姻法Ⅲ』（勤草書房、一九六二頁）七二四-七四三頁、**山口**俊夫『**概説**フランス法・**上**』（東京大学出版会、一九七八年）、**山口**俊夫編『フランス法**辞典**』（東京大学出版会、二〇〇二年）。

（2）本稿においては、条文等の翻訳にあたって、以下の文献を参考にした。神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書 仏蘭西民法（Ⅰ-Ⅴ）（復刻版）』（有斐閣、一九五六年）、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書 仏蘭西商法（Ⅰ-Ⅱ）（復刻版）』（有斐閣、一九五七年）、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典―家族・相続関係―』（一九七八年）、法務大臣官房司法法制調査部『法務資料 第四四一号 フランス民法―物権・債権関係―』（一九八二年）。

（3）本稿では、その全体にわたり、通し番号（ニュメロ）を付している。以下、「（⇓**四**）」とある場合は、「本稿のニュメロ**四**を参照せよ」という意味である。また、引用文中の亀甲括弧（〔〕）内は著者による註であり、角括弧（[]）内は著者による補足部分である。

（4）Planiol et Ripert, t. XII, n°469, p. 441.

（5）次稿は「一九世紀フランス法における妻の法定抵当権の『登記』の概要―オブリー＝ローの所説をよりどころに―」と題して妻の法定抵当権の登記を、次々稿は「一九世紀フランス法における抵当権の『滌除』の概要―オブリー＝ローの所説をよりどころに―」と題して滌除の概要を明らかにする予定である。

（6）香山「基本的性格（1）-（5）」参照。

（7）一八〇四年法第三編第一八章「先取特権及び抵当権（Des privilèges et hypothèques）」は次のような過程を経て成立する。別稿で詳説した（香山「意義（一）」三三〇-三三一頁、香山「基本的性格（1）」二三八-二三九頁）

が、ここで簡単に記しておく。

一八〇四年法成立までは、抵当権に関しては、「特定の原則」及び「公示の原則」を採用した共和暦七年プリュメール一一日法（詳細は、フランス担保法研究会参照）（以下「共和暦七年法」という。）が現行法として用いられていた。しかし、ナポレオン（Napoléon BONAPARTE, 1769-1821）の命により民法典起草を委ねられた四人の法律家が共和暦九年プリュヴィオーズ一日（一八〇一年一月二一日）に国務院（Conseil d'État）に提出した民法典草案中の抵当権関係規定（第三編第六章「先取特権及び抵当権」、同編第七章「裁可状」）は、共和暦七年法の基本原則を全面否定するものであったために、公表当時から猛烈な批判に曝される。特に破毀裁判所（Tribunal de cassation）の批判は激しく、破毀裁判所は独自の試案（Fenet, t. II, pp. 649-673.）を公表する。国務院での草案審議は難航が予想されたので、国務院は、抵当権関連部分の草案審議に先立ち、当該部分の起草者であるビゴ・プレアムヌウ（Félix Julien Jean BIGOT-PRÉAMENEU, 1747-1825）と、現行法の維持を求めるレアル（Pierre- François RÉAL, 1857-1834）に別個の報告させるという異例の方法を決定し、それに基づき共和暦一二年プリュヴィオーズ一二日（一八〇四年二月二日）に二つの報告がなされる。審議の結果、現行法を基礎とした新草案への全面差し替えが決定され、新草案提出の任を負ったトレヤールは、同年ヴァントーズ三日（一八〇四年二月二三日）、破毀裁判所の独自試案に修正を加えた草案（以下「トレヤール草案」という。）（Fenet, t. XV, pp. 326-351.）を国務院に提出する。そして、審議の上、これに修正を加えたものが、同年ヴァントーズ一二日（一八〇四年三月三日）に国務院草案となる。この国務院草案は、翌一三日（一八〇四年三月四日）に護民院（Tribunat）立法部に非公式伝達（la communication officieuse）され、そこでなされた指摘を盛り込み、同年ヴァントーズ二二日（一八〇四年三月一三日）に国務院最終草案が完成する。国務院最終草案は、同年ヴァントーズ二四日（三月一五日）に立法院（Corps Législatif）に提出され、このときにトレヤールが立法理由開示をする（Fenet, t. XV, pp. 448-476.）。翌二五日（三月一六日）、立法院は護民院に対して国務院最終草案の公式伝達（la communication officielle）をなし、翌日（三月一七日）に護民官グルニエ（Jean GRENIER, 1753-1841）が護民院総会で報告をし、同日中に国務院最終草案は護民院で採択される。その後、同二八日（三月一九日）に国務院最終草案は立法院に送られ、同日、採択・成立に至る。

2　夫婦財産制[8]

(1)　四つの類型

三　法定抵当権は夫婦財産制と密接な関係を有する。したがって、法定抵当権を理解するにあたっては、一八〇四年法第三編第五章「夫婦財産契約及び夫婦相互の権利（Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux）」（一三八七-一五八一条）の理解が不可欠である。しかし、その全体を説明することは、本稿の目的を遙かに逸脱するので、ここでは、一八〇四年法が規定する夫婦財産制の内容を簡単に説明する。

一八〇四年法は四種類の夫婦財産制を規定する。すなわち、共通制（régime en communauté）（一三九九-一五二八条）（⇓**四-五**）、無共通制（régime sans communauté）（一五三〇-一五三五条）（⇓**六**）、別産制（régime de séparation des biens）（一五三六-一五三九条）（⇓**七**）及び嫁資制（régime dotal）（一五四〇-一五八一条）（⇓**八-九**）である。夫婦は婚姻にあたり自由に夫婦財産契約（contrat de mariage）を締結することができる（一三八七条）ので、これ以外の夫婦財産制の採択も認められるが、この点については割愛する。

(2)　共通制

四　共通制は、夫婦の財産の全部又は一部を共通財産（biens communs）とする夫婦財産制である。夫婦が夫婦財産契約において「共通制に従い婚姻する旨の単純な申述」をしたとき、「又は夫婦財産契約のないとき」は、法定共通制（communauté légale）の規定（一四〇〇-一四九六条）が適用される（一四〇〇条）（⇓①-③）。

①　「夫婦が婚姻挙式日に所有する動産のすべて、及び婚姻中に相続又は贈与により取得した動産のすべて」（一四〇一条一号）、夫婦の固有財産及び共通財産の「すべての果実」（同条二号）並びに相続又は贈与以外の方法で「婚姻中に夫婦が取得した不動産のすべて」（同条三号）（一四〇四条一項及び一四〇五条）（これらを「後得財産（acquêts）」という）が、共通財産となる。そして、これら以外の物は、すべて夫婦双方の固有財産（biens propres）である。このような法定共通制は、一般的に「動産及び後得財産共通制（communauté de meubles et acquêts）」といわれる。そして、これがフランスの法定夫婦財産制である（一三九三条）。

②　「夫は、単独で共通財産を管理する」（一四二一条一項）。「夫は、妻の参加（concours）なしに、共通財産の

売却、譲渡及び抵当権設定をすることができる」（一四二一条二項）。夫の固有財産の管理の規定はないが、一八〇四年法はそれを夫だけが有することを当然の前提とする。さらに、「夫は、妻の固有財産（biens personnels）のすべての管理を有する」（一四二八条一項）。もっとも、「夫は、妻の同意（consentement）なしに、妻の固有財産（immeubles personnels）を譲渡することはできない」（一四二八条三項）。

③　共通制は、「自然死（mort naturelle）」、「民事死（mort civile）」、「離婚」、「別居（séparation de corps）」又は「［裁判による］別産制（séparation de biens［judiciaire］）」により解消される（一四四一条）。解消後における共通財産の清算及び分割に先立ち、「妻…は、共通財産の承認（acceptation）又は放棄（renonciation）をすることができる」（一四五三条前段）。

「共通財産に介入（immixtion）した」とき（一四五四条）、「証書に共同所有者の資格を記載したとき」（一四五五条）、「夫の死亡から三ヶ月以内に、共通財産のすべての忠実かつ正確な目録を作成し」なかったとき（一四五六条一項）、又は「共通財産を横領（divertissement）又は隠匿（recel）したとき」（一四六〇条）、妻は、共通財産を承認したことになる。「妻…による共通財産の承認の後、…積極財産（actif）の分割及び消極財産（passif）の引受けがなされる」（一四六七条）。

共通財産を放棄するためには、「生残妻（femme survivante）は、夫の死亡から三ヶ月と四〇日以内に、夫の住所地の郡内の第一審裁判所の書記課に対して」、それをしなければならない（一四五七条前段）。「放棄をした妻は、共通財産に対する権利のすべてを失う」（一四九二条一項前段）が、「共通財産の債務の分担（contribution）のすべてを免れる」（一四九四条前段）。

五　夫婦は夫婦財産契約により法定共通制とは異なる共通制を採択することもできる。これは「約定共通制（communauté conventionelle）」といわれる（一四九七-一五二八条）。そのバリエーションは無限にあると思われるが、一八〇四年法は、頻繁に用いられることが予想される八種類の条項（clause）を規定する（一四九七条）（⇓①-⑧）。

①　「夫婦［は、］…夫婦間において後得財産に限り共通財産とすることを合意」することができる（一四九八条一項）。この場合に成立する夫婦財産制を「後得財産共通制（communauté réduite aux acquêts）」（一四九八-一四

九九条）という。夫婦財産契約を締結する夫婦のほとんどが、この財産制を選択するといわれる。[9] 後得財産共通制においては、法定共通制（⇓**四①**）とは異なり、夫婦が婚姻時に所有する不動産だけでなく、夫婦が婚姻時に所有する動産並びに夫婦が相続及び贈与で取得した動産も、共通財産ではない。[10]

② 「夫婦は、現在及び将来の動産のすべてを共通財産から除外することができる」（一五〇〇条一項）。このさいに用いられる条項は「不動産みなし条項（clause de réalisation）」といわる（一五〇〇-一五〇四条）。

③ 「夫婦の双方又は一方［は、］…現在及び将来の不動産の全部又は一部を共通財産に」（一五〇五条）することができ、このための条項を「不動産の動産化条項（clause d'ameublissement）」という（一五〇五-一五〇九条）。

④ 「夫婦が各自の個人債務を分離して弁済することを合意」（一五一〇条一項）する条項を「債務分離条項（clause de séparation des dettes）」（一五一〇-一五一三条）という。この条項が存在するにもかかわらず、夫の個人債務が共通財産により弁済されたようなときは、夫は婚姻解消にさいして共通財産に対して償還金（récompense）を支払わなければならない。

⑤ 共通制の解消時に妻が共通財産を放棄したときは、これにより妻は、共通財産の債務の負担を免れるが、持寄財産（apport）も失う（一四九二条一項）。そこで、このような不都合を回避するために、「債務負担のない持寄財産の取戻しの条項（clause de reprise d'apport franc et quitte）」（一五一四条）が用いられる。これを利用すれば、「共通財産の放棄の場合において、妻は、婚姻時又は婚姻中に持ち寄った財産の全部又は一部を取り戻す」（一五一四条一項本文）ことができる。

⑥ 「無償先取条項（clause de préciput）」は、「生残配偶者（époux survivant）が、分割に先立ち、一定金額又は一定量の現物動産を先取りすることを許す」（一五一五条一項本文）条項である（一五一五-一五一九条）。この条項に基づき妻が先取権（préciput）を行使するためには、共通制の解消にあたり、「妻は共通財産を承認」（一五一五条一項本文）しなければならない。しかし、「夫婦財産契約において、共通財産を放棄をした場合においても妻は当該権利を留保すると定めたときは、この限りでない」（一五一五条一項但書）。

⑦ 共通制が解消されたとき、共通財産は「夫婦…間に

おいて折半で分割される」（一四七四条）が、「不均等持分条項（clause de parts inégal）」（一五二〇-一五二五条）により分割の比率を修正することができる。修正の方法は三つある（一五二〇条）。すなわち、夫婦の一方「に対して共通財産の二分の一以下を与える」方法、夫婦の一方が他方「に対して共通財産のすべての権利から一定金額を与え」ることを条件に共通財産の全部を取得する方法、又は「共通財産のすべてを…夫婦の一方に帰属させる」方法である。

⑧「夫婦は、夫婦財産契約により、現在及び将来の動産及び不動産につき、現在財産のすべてにつき、又は将来財産のすべてにつき、包括共通制（communauté universelle）の合意をすることができる」（一五二六条）。

(3)　無共通制

六　夫婦は、夫婦財産契約において、夫婦間に共通財産を作らないことを合意することができる。この条項により成立する夫婦財産制を無共通制という。この場合において、婚姻挙式前から所有する財産及び婚姻中に取得した財産の所有権は、夫婦のそれぞれに属する。しかし、妻は、「自己の財産を管理し、かつ、その果実を収取することはできない」（一五三〇条前段）。「夫は、妻の動産及び不動産の管理を有する」（一五三一条）が、妻の不動産を譲渡することはできない。「嫁資不動産（immeubles constitués en dot）は、夫の同意又は夫が拒絶したときは裁判所の許可のない限り、それを譲渡することはできない」（一五三五条二項）。

「婚姻の解消後又は裁判による別産制の後において、夫は、［妻の財産を］返還しなければならない」（一五三一条但書）。消費された動産については、「夫は、評価に基づく価格を返還しなければならない」（一五三二条）。なお、無共有制はほとんど利用されない。[11]

(4)　別産制

七　夫婦間で共通財産を作らないために、夫婦財産契約で別産制を選択することができる。これを特に「約定による別産制（séparation de biens conventionnelle）」という。これに対して、別産制は婚姻後において裁判によっても認められる（「裁判による別産制」）。すなわち、「夫の事業の不振により、夫の財産が妻の権利及び取戻し（reprises）を担保するために不十分となったときは、嫁資を危険に曝された妻に限り、裁判による別産制を請求することができ

る」（一四四三条一項）。別産制は裁判によるものがほとんどであり、約定によるものはまれである。[12] なお、「別居は、常に別産制をもたらす」（三一一条）。

別産制においては、無共通制（⇓**六**）とは異なり、「妻は、自己の動産及び不動産の完全な管理を有し、かつ、その収入（revenus）を自由に収益（jouissance）することができる」（一五三六条）。しかし、「妻は、夫の特別な同意又は夫が拒絶したときは裁判所の許可のない限り、自己の不動産を譲渡することはできない」（一五三八条一項）。

(5) 嫁資制

八 「夫婦は、…嫁資制で婚姻することを申述することができる」（一三九一条一項）。夫婦が夫婦財産契約において単に嫁資制を採択する旨の表示しかしなかったときは、一五四〇条乃至一五八〇条が適用される（一三九一条三項）。嫁資制は別産制（⇓**七**）の一種であるが、嫁資財産（biens dotaux）に対する夫の権限と嫁資の不可譲渡性（inaliénabilité）により、純然たる別産制と区別される（⇓①-②）。

① 嫁資制においては、妻の財産は二種類に分けられる。嫁資財産と嫁資外財産（biens paraphernaux）である。嫁資外財産だけでなく、嫁資財産も、その所有権は妻が有する。ただし、「嫁資又は嫁資の一部が夫婦財産契約により価格を定めた動産であるときは、…夫が、その所有者となる」（一五五一条）。

嫁資財産は「婚姻費用を負担するために妻が夫に持ち寄った」（一五四〇条）財産であり、「夫に限り、婚姻中の嫁資財産の管理を有」（一五四九条一項）し、かつ、「果実及び利息を収取することができる」（一五四九条二項）。しかし、「夫…は、婚姻中においては、嫁資不動産（immeubles dotaux）の譲渡又は抵当権設定をすることはできない」（一五五四条本文）。「妻又は夫婦共同」（一五五四条本文）でも、これをすることはできない。ただし、一五五五条乃至一五五九条の「定める例外については、この限りではない」（一五五四条但書）。「妻若しくは夫又は夫婦共同で嫁資不動産（fonds dotal）を譲渡したときは、妻…は、婚姻解消後において譲渡を取り消す（revocation）ことができる」（一五六〇条一項前段）。嫁資動産（meubles dotaux）の処遇についての規定はないが、判例は、夫は動産嫁資を処分することができるが、妻はそれをすることができないと解する。[13]

② 「嫁資財産でない妻の財産は、すべて嫁資外財産で

ある」（一五七四条）。そして、「妻は、嫁資外財産の管理及び収益を有する」（一五七六条一項）。ただし、「妻は、夫の同意又は夫が拒絶したときは裁判所の許可のない限り、嫁資外財産を譲渡…することはできない」（一五七六条二項）。

婚姻が解消されたとき又は裁判による別産制が認められた場合（一五六三条）は、夫は、嫁資を返還しなければならない。嫁資不動産及び妻が所有権を有する嫁資動産についてはその現物（一五六四条）を、夫が嫁資動産の所有者となる場合についてはその価格（一五六五条）を、夫はそれぞれ返還する。

九　夫婦は、嫁資制を採択しつつ、夫婦財産契約により婚姻中の後得財産に限り共通財産とすることができる（一五八一条）。このような嫁資制は「後得財産組合条項付嫁資制（régime dotal avec société d'acquêts）」といわれる。

（8）　詳細は宮崎「仏蘭西婚姻法」、宮崎「フランス婚姻法」、山口『概説・上』四〇八-四二九頁参照。

（9）　Planiol et Ripert, t. VIII, n°398, p. 436.

（10）　Planiol et Ripert, t. VIII, n°413, p. 451.

（11）　Planiol et Ripert, t. IX, n°990, p. 403.

（12）　Planiol et Ripert, t. IX, n°1006, p. 426.

（13）　Civ. 29 août 1848, D. 1848. 1. 214, S. 1848. 1. 721; Req. 18 fév. 1851, D. 1851. 1. 81, S. 1853. 1. 729; Civ. 26 août 1851, D. 1851. 1. 283, S. 1851. 1. 805; Civ. 4 août 1856, D. 1856. 1. 335, S. 1857. 1. 216; Civ. 6 déc. 1859, D. 1859. 1. 501, S. 1860. 1. 644; Req. 1er août 1866, D. 1866. 1. 446, S. 1866. 1. 363. Cf. Planiol et Ripert, t. IX, n°1106, pp. 552-555 et n°1166, pp. 648-650.　香山「基本的性格（1）」二二八頁参照。

3　関連規定

(1)　一八〇四年法

一〇　一九世紀全体を通して、一八〇四年法の法定抵当権関連規定の修正は、少ない。一八〇四年法第三編第一八章「先取特権及び抵当権」の法定抵当権関連規定中、本稿と関連する規定は、以下である。

第二一一六条　抵当権は法定抵当権、裁判上の抵当権又は合意による抵当権のいずれかである。

第二一一七条　法定抵当権は法律から生じる。

裁判上の抵当権は判決又は裁判上の行為から生じる。

合意による抵当権は合意及び契約証書の形式（forme extérieure des actes et des contrats）を備えた抵当権である。

第二一二一条　法定抵当権が付与される権利及び債権は次に掲げるものである。

妻の権利及び債権につき、夫の財産に対して。

未成年者及び禁治産者（interdits）の権利及び債権につき、後見人（tuteur）の財産に対して。

国、市町村及び公施設の権利及び債権につき、収入役及び会計吏の財産に対して。

第二一二二条　法定抵当権者は、債務者が所有する不動産及び債務者が将来所有する不動産のすべてにつき、その権利を行使することができる。ただし、これを修正する規定があるときは、この限りでない。

第二一三四条　債権者間においては、法定抵当権、裁判上の抵当権又は合意による抵当権の順位は、法律に規定する手続に従い債権者が保存吏の帳簿になした登記の日付の前後による。

第二一三五条　次に掲げる抵当権は登記とは無関係に成立する。

一　未成年者及び禁治産者の抵当権。この抵当権は、財産管理のために、後見受諾日から後見人が所有する不動産に成立する。

二[14]　イ　妻の抵当権。この抵当権は、嫁資（dot）及び夫婦財産制約定（conventions matrimoniales）については、婚姻日から夫の不動産に成立する。

ロ　妻は、婚姻中の相続又は贈与から生じた嫁資金銭（sommes dotales）については、相続開始又は贈与が効力を生じた日からに限り、抵当権を有する。

ハ　妻は、夫とともに負担した債務の補償金（indemnité）及び譲渡された固有財産（propres）の買換え（remploi）については、債務負担日又は売却日からに限り、抵当権を有する。

ニ　すべての場合において、本条の規定は本章公布以前に第三者が取得した権利を害することができない。

第二一四〇条　夫婦財産契約において、成年当事者が夫の一つ又は複数の不動産に限り登記することを合意したときは、登記のために指定（indication）されなかった不動産の法定抵当権は、妻の嫁資並びに取戻し及び夫婦財産制約定につき消滅する。ただし、夫の不動産のすべてに登記しないことを合意することはできない。

第二一四二条　第二一四〇条及び第二一四一条の場合において、夫、後見人及び後見監督人は、指定された不動産についてのみ登記を申請しなければならない。

第二一四四条　夫は、前条と同様の場合につき、妻の合意を得た上で、家族会に集った最近親者四名の意見を聞いた後、嫁資、取戻し及び夫婦財産制約定を担保するためのすべての不動産の包括抵当権を、妻の権利の完全な保全のために十分な不動産に制限（restriction）することを請求することができる。

第二一四五条　夫及び後見人の請求に基づく判決は、政府委員（commissaire du Gouvernement）の意見を聴取した後、対審形式で下される。

裁判所が数個の不動産への抵当権の縮減（réduction）を宣言したときは、それ以外の登記は抹消される。

(2)　一八三八年法

一一　一八〇七年の商法典（以下「一八〇七年商法」という。）は、夫の破産（faillite）時における法定抵当権の処遇を規定する。もっとも、それらの規定を納めた商法典第三編「破産及び破産犯罪（Des faillites et des banqueroutes）」は、一八三八年五月二八日法（以下「一八三八年改正商法」という。）により大きく改正される。一八〇七年商法の規定は必要に応じて引用するに留め、ここでは一八三八年改正商法の関連規定を見る。

第四四六条　債務者が裁判所が支払停止（cessation des paiements）と定めた時期以降又はこの時期の前一〇日以内に次に掲げる行為をしたときは、その行為は、債権者団体（masse）に対する関係においては、無効（nuls et sans effet）とする。

無償名義による動産所有権又は不動産所有権の移転行為のすべて。

弁済期の到来していない債務のためにする現金、譲渡、売

買、相殺その他の方法による支払いのすべて、及び弁済期の到来した債務のためにする現金又は商業証券以外の方法による支払いのすべて。

既存の債務のために債務者の財産に設定された、合意による抵当権又は裁判上の抵当権のすべて、及び不動産質又は質権のすべて。

第五六三条　婚姻挙式時に夫が商人であるとき、又は婚姻挙式時に他の一定の職を有さない夫が挙式から一年以内に商人となったときは、次に掲げる権利につき、妻の法定抵当権の目的物は、婚姻挙式時に夫が所有していた不動産、又は婚姻挙式時以降に夫が相続、生前贈与若しくは遺言贈与により取得した不動産に限る。

一　妻が嫁資として持参した金銭及び動産、又は、婚姻挙式後に相続又は生前若しくは遺言贈与により取得した金銭及び動産のうち妻がその引渡し又は支払いを確定日付付証書により証明したもの。

二　婚姻中に譲渡された財産の買換え。

三　妻が夫とともに負担した債務の補償金。

第五六四条　婚姻挙式時に夫が商人であるとき、又は婚姻挙式時に他の一定の職を有さない夫が挙式から一年以内に商人となったときは、妻は、破産の場合において、夫婦財産契約に記載された利益につき権利（action）を行使することができない。この場合においては、妻の債権者も、同一契約において妻の夫に対する利益を行使することはできない。

(3)　一八五五年法

一二　一八五五年三月二三日法（以下「一八五五年法」という。）は、一八〇四年法の法定抵当権の準則を修正する。関連規定は以下である。

第三条　謄記（transcription）がなされるまでは、前二条に規定する証書及び判決から生じる権利は、不動産に権利を取得し、かつ法律の規定に従いそれを保存した第三者に対抗することはできない。

謄記されていない賃借権は、一八年を超える期間については、それを対抗することはできない。

第六条　謄記がなされたときから、先取特権者又は、ナポレオン法典第二一一二三条、第二一一二七条及び第二一一二八条の抵当権者は、前所有者に対して有効に登記をすることができ

ない。

前項の規定にかかわらず、売主又は共同分割人（copartageant）は、売買行為又は分割行為日から四五日以内であれば、この期間内に証書の謄記がなされたとしても、ナポレオン法典第二一〇八条及び第二一〇九条の先取特権の登記を有効にすることができる。

民事訴訟法第八三四条及び第八三五条は、これを廃止する。

第八条　寡婦（veuve）、成年に達した未成年者、禁治産（interdiction）を解除された禁治産者及びこれらの相続人又は承継人が婚姻解消又は後見終了後一年以内に登記をしない場合は、これらの者の抵当権は第三者に対する関係においては後に登記がなされた日からに限り日付を取得する。

第九条　妻が法定抵当権の譲渡又は放棄をすることができる場合において、この譲渡又は放棄は、公署証書（acte authentique）[15]によってなされなければならない。譲受人は、抵当権登記又は先行登記余白への代位の記載による限りで、それを第三者に対して取得する。

登記又は記載の日付は、譲渡又は放棄を得た者が妻の抵当権を行使する順位を決定する。

（14）二一三五条二号中のイ・ロ・ハ・ニは、著者が便宜的に付したもの。原文には存在しない。

（15）著者は、別稿において《acte authentique》を「公正証書」と訳した（香山「基本的性格（1）」二二二頁）。しかし、本稿は、それに、より一般的な「公署証書」の訳語（山口『辞典』一〇頁参照）を充てた。また、本稿は、《acte notaié》を「公証人証書」と訳した。

二　成立要件

一三　法定抵当権は、婚姻の事実の結果として妻に認められる権利である。したがって、法定抵当権が成立するためには、婚姻が有効でなければならず、かつ有効でさえあればよい。[16]

婚姻が無効となったときは、法定抵当権は遡及的に消滅する。ただし、妻が無効原因を知らずに婚姻をしたとき、つまり誤想婚（mariage putatif）[17]のときは、法定抵当権は、妻が婚姻無効の宣言日までに夫に対して取得した債権を担保するために存続する（二〇一-二〇二条）[18]。

一四　法定抵当権の成否に夫婦財産制の種類は関係ない。

つまり婚姻時に夫婦がどのような種類の夫婦財産制を選択しても、法定抵当権は認められる。約定による別産制（⇓**七**）の場合は勿論、裁判による別産制（⇓**七**）の場合も、妻は法定抵当権を有する。[19] したがって、裁判による別産制が認められた後に、妻が夫に対して取得した債権も、法定抵当権の被担保債権となる。なぜなら、裁判による別産制が認められたとしても、それにより婚姻が解消されるわけではないからである。嫁資制を選択して婚姻した妻も当然に法定抵当権を取得するが、この法定抵当権は、近世法において認められたような特権的抵当権ではない（一五七二条）。したがって、嫁資制の妻が有する法定抵当権も一般の法定抵当権と同一の準則に服する。

一五　妻が商人を夫とし、その夫が破産した場合であっても、法定抵当権の成立は否定されない。もっとも、一八〇七年商法四四三条は「破産開始前一〇日以内においては、誰も破産者の財産に先取特権及び抵当権を取得することはできない」と規定する（支払停止後又はその前一〇日以内の期間は「疑わしき期間（période suspecte）」といわれる）ので、この期間中に商人と婚姻をした妻については、法定抵当権の成立が認められないのではないかが問題となった。[20] が、一八三八年改正商法四四六条は、債権者団体に対して効果を主張できない抵当権は、疑わしき期間中に「設定された…合意による抵当権又は裁判上の抵当権のすべて」であると規定したので、この問題は立法的に解決された。[21] すなわち、疑わしき期間中の婚姻であっても、法定抵当権の成立は妨げられない。

(16)　Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 216, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°974, p. 75.

(17)　誤想婚の詳細については山口『概説・上』四〇三-四〇四頁参照。

(18)　Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 217, texte et note 3; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°974, p. 75.

(19)　Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 217, texte et notes 4 à 5; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°973, p. 74.

(20)　Cf. Aubry et Rau, 1re éd., t. II, § 264, pp. 126-127, note 19.

(21)　Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 217, note 1; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°979, p. 81.

三　被担保債権

1　包括性

一六　二一三五条二号は、法定抵当権の被担保債権を列挙する。しかし、二一三五条二号は法定抵当権の順位取得日を定める規定でしかなく、何が被担保債権であるかについてを定めるのは、専ら、二一二一条である。したがって、夫に対する「妻の権利及び債権」であれば、二一三五条二号列挙債権以外のものであっても、すべて法定抵当権の被担保債権となりうる。[22] すなわち、被担保債権は包括的である。もっとも、二一三五条二号に列挙された債権以外のものを被担保債権とする法定抵当権の順位取得日については、議論がある（⇓**五八**–**七六**）。

一八〇四年法においては、被担保債権の種類だけでなく、その数額についても限定はない。つまり、夫婦財産契約における被担保債権及び被担保債権額の特定は要求されない。その理由は、一八〇四年法の成立過程におけるプレアムヌウの次のような言説の中から窺い知ることができる。曰く、「非特定的抵当権（hypothèques indéterminées）［の被担保債権］については、たとえ概算的であっても、それを［事前に］評価（évaluation）することはできない。婚姻の全期間にわたり、夫の財産に基づき妻の抵当権により保証されうる権利を、どのようにして評価するというのだろうか。悪しき管理の結果、時効により失うに至る権利、相続その他により妻が取得する財産、夫が異議を申し立てず又は保存もしなかった財産を、どのように予想するというのだろうか。要するに、夫が責任を負うべき、すべての過ち（fautes）を、どのように予測するというのだろうか。…見てくれ（apparance）で夫のことを評価すると、確実に妻…は危険に曝されるのではないか。というのも、婚姻…開始時においては、［夫の］見てくれは決して悪くないからである。［妻の］現有財産に基づき［被担保債権額の］計算をすることも、［同様に］妻を危険に曝すのではないか。なぜなら、婚姻中においては常に増加する一方の［妻の］資産は、より強力な保証を要求することになるからである。…したがって、抵当権［の被担保債権額］は、評価の対象とはなりえない」。[23]

一七　夫に対する「妻の権利及び債権」であっても、その債権が、妻が妻の資格で夫に対して取得したものでなければ、法定抵当権の被担保債権となることはできない。[24] したがって、以下の債権は、法定抵当権の被担保債権とな

ない（⇓①-③）。

① 妻が婚姻挙式前に夫に対して取得した債権。しかし、婚姻挙式前の債権であっても、妻が婚姻にあたりこの債権を持寄財産としたときは、この限りでない。[25]

② 財産管理と無関係な、通常の不法行為（délit）により、妻が夫に対して取得した損害賠償請求権。[26]

③ 妻が婚姻解消後に夫に対して取得した債権。しかし、例外が認められる。すなわち、一八九一年三月九日法改正二〇五条は「先死配偶者（époux prédécédé）の相続財産は…生残配偶者を扶養する義務を負う。それを請求する期間は死亡から一年に限られるが、分割の場合は分割終了時まで延長される。扶養定期金（pension alimentaire）は相続財産から控除される」と規定しており、判例は、この扶養定期金債権が法定抵当権の被担保債権となることを認める（⇓**一九**②）。

一八 二一三五条二号が列挙する債権（⇓**二〇-二九**）の他、法定抵当権の被担保債権となるものの例として以下のものがある（⇓①-⑦）。

① 妻の固有財産管理における、夫の汚職行為（malversations）又は非行（fautes）を原因として、妻が夫に対して取得する補償金請求権。[27] より具体的には、妻の財産を毀損した又は妻の財産の維持管理を怠ったために妻の財産価値が低下したとき、[28] 夫婦財産契約により第三者又は夫が妻に対して不動産を贈与したが当該不動産の謄記（一八五五年法三条一項・六条一項）を夫が怠ったとき、[29] 妻の嫁資財産につき夫が時効を中断しなかったために第三者がそれを時効取得してしまったときなどにおいて、妻が夫に対して取得する補償金請求権が、これにあたる。

② 妻が裁判による別産制（⇓**七**）を請求した場合に要した訴訟費用の償還請求権。[30]

③ 別居又は離婚[31][32]のさいの訴訟費用の償還請求権。

④ 「妻は、共通制を採択しなかった場合又は別産制を採択した場合においても、贈与、譲渡、抵当権設定、有償又は無償取得をするにさいしては、当該行為への夫の協力又は書面による同意が必要である」（二一七条）。夫が同意を与えなかった場合は、「妻は共同住所の郡内にある第一審裁判所に夫を直接召喚させることができる」（二一九条）。そして、これに要した費用の償還請求権は法定抵当権の被担保債権である。[33]

⑤ 婚姻解消時における妻の権利及び取戻しの保全及び清算（liquidation）に要した費用の償還請求権。[34]

⑥ 嫁資制（⇓**八**）の場合において、嫁資外財産につき

妻が夫に対して取得する債権（一五七七-一五七九条参照）[35]。

⑦　別産制の夫は妻の財産の管理を有さない（⇓**七**）が、妻が自己の財産につき夫に対して債権を取得する場合がある。この点につき、一五三九条は次のように規定する。「別産制の妻（femme séparée）が、夫に自己の財産の収益をなさしめたときは、夫は、妻の請求又は婚姻解消により、現存果実を提出しなければならない。この場合において、夫は、その時までに消費した果実については、計算することを要しない」。そして、この債権は法定抵当権の被担保債権となる[36]。

一九　婚姻中の夫婦は互いに扶養義務を負う（二一一二条）ので、別居訴訟中、離婚訴訟中又は別居後でさえも、妻は判決により扶養定期金債権を取得する。また、離婚後（三〇一条）又は夫死亡による婚姻解消後（一八九一年三月九日法改正二〇五条）（⇓**一七**③）であっても、妻に扶養定期金債権が認められる場合がある。これらの扶養定期金債権が法定抵当権の被担保債権となるかについては、議論がある（⇓①-②）。

①　オブリー＝ローは、法定抵当権は夫による財産管理の結果生じた債権を保証するものであり、かつ扶養定期金債権は財産管理と無関係であることを理由に、扶養定期金債権が法定抵当権の被担保債権となることを否定する[37]。

②　判例は、これに対して、扶養定期金債権が法定抵当権の被担保債権となることを肯定する[38]。ボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌは、次のような理由で、これに賛同する[39]。曰く、「二一二一条の文言は包括的であり、そこにはなんらの区分も設けられていない。法律が保護しようと考えているのは、妻の資産だけではない。法律は、夫に対して妻が取得する債権のすべてを保護したいと考えているのである。したがって、二一二一条は妻の資格に起源を有する債権の、すべてを含む[40]」。

(22)　Civ. 25 fév. 1891, D. 1891. 1. 201, S. 1891. 1. 157.-Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, pp. 217-218, texte et note 7; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°980, p. 82.

(23)　Fenet, t. XV, p. 235.　香山「基本的性格（2）」一二三頁参照。

(24)　Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 218, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°980, p. 82.

(25)　Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°980, p. 82.

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

n°980, p. 82.

(27) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 219, texte et note 8. Cf. Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°984, p. 89.

(28) Req. 27 déc. 1859, D. 1860. 1. 105, S. 1861. 1. 87.

(29) Civ. 10 mars 1840, S. 1840. 1. 217.

(30) Civ. 4 fév. 1868, D. 1868. 1. 57, S. 1868. 1. 113; Civ. 10 fév. 1892, D. 1892. 1. 118.- Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 218, texte et note 9; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°996, p. 106.

(31) Civ. 25 juin 1895, D. 1897. 1. 553, S. 1895. 1. 348.- Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 218, texte et note 10; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 981, pp. 85-86 et n°996, p. 106.

(32) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°981, pp. 85-86 et n°996, p. 106.

(33) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 219, texte et note 11; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 996, p. 106.

(34) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 219, texte et note 12; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 996, p. 106.

(35) Civ. 11 juin 1822, *J. G.*, v°*Priv. et hyp.*, n°881-2°, S. 1822. 1. 379; Req. 6 juin 1826, *J. G.*, v°*Priv. et hyp.*, n°881-2°, S. 1826. 1. 461; Civ. 28 juill. 1828, *J. G.*, v°*Priv. et hyp.*, n°881-2°, S. 1828. 1. 297; Civ. 5 déc. 1832, S. 1833. 1. 113; Req. 9 août 1852, D. 1853. 1. 155, S. 1853. 1. 197; Civ. 4 fév. 1868, D. 1868. 1. 57, S. 1868. 1. 113; Civ. 31 mars 1879, D. 1879. 1. 425; Req. 1er mai 1893, D. 1894. 1. 57, S. 1894. 1. 281.- Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 219, texte et notes 13 à 14; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°996, p. 107.

(36) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1492, p. 622. Cf. Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, pp. 245-246, texte et note 78.

(37) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 218, note 6.

(38) Civ. 25 juin 1895, D. 1897. 1. 553, S. 1895. 1. 348.

(39) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°981, pp. 84-85.

(40) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°981, p. 84.

2　二二三五条二号列挙債権

(1)　例示列挙

二〇　二二三五条二号は、法定抵当権の被担保債権のう

ち、以下の五つを列挙する。すなわち、「嫁資」（⇓**二一**-**二二**）、「夫婦財産制約定」（⇓**二三**-**二五**）、「婚姻中の相続又は贈与から生じた嫁資金銭」（⇓**二六**）、「夫とともに負担した債務の補償金」（⇓**二七**-**二八**）、「譲渡された固有財産の買換え」（⇓**二九**）。二一三五条二号は例示列挙に過ぎない（⇓**一六**）が、いずれも被担保債権として重要なものである。法定抵当権の被担保債権となりうる債権のうち、ある債権が、これら五つのいずれにあたるか、又は、いずれにもあたらないかにより、法定抵当権の順位取得日に違いが生じる（⇓**五八**-**七六**）。

(2)　嫁資

二一　二一三五条二号イが規定する「嫁資」は、嫁資制（⇓**八**）における嫁資財産だけでなく、婚姻費用を負担するために妻が夫に持ち寄った財産、すなわち持寄財産のすべてを指す。ただし、その取戻請求権が法定抵当権の被担保債権となるためには、その取戻しが明示又は黙示で合意されている場合でなければならない。[41][42]

二二　二一三五条二号イが規定する「嫁資」に含まれるものは、そう多くない（⇓①-⑤）。[43]

①　夫は妻の固有財産を単独で譲渡することはできない（⇓**四②**）ので、夫が妻の不動産を無断で処分したとしても、妻は、その固有財産自体を取り戻すことができる。[44] したがって、法定抵当権の成否は問題とならない。夫による譲渡にあたり妻が同意を与えたときは、妻は夫に対して売却代金の返還を求めることができるが、これについては二一三五条二号ハが規定する（⇓**二九**）。

②　取り戻すべき財産が現物で存在しているときは、妻は、その現物を取り戻すことができるので、法定抵当権は機能しない。[45] したがって、法定又は約定共通制（⇓**四**-**五**）においては、現存の固有財産は現物取戻し（reprises en nature）の対象となるに過ぎない（一四七〇条一号）。[46]

③　持寄財産が共通財産の一部となった場合は、その持分（part）の取戻しが問題となるが、この取戻請求権は妻の夫に対する債権ではなく、妻の共通財産に対する債権である。したがって、この場合の持分は二一三五条二号イが規定する「嫁資」に含まれず、持分の取戻請求権は法定抵当権により担保されない。[47] 妻の権利は共同分割人の先取特権（二一〇三条三号）により保護される。[48]

④　夫婦が婚姻にあたり無共通制（⇓**六**）又は嫁資制（⇓**八**-**九**）を選択しかつ嫁資が金銭であるとき、[49] 共通制において妻が金銭を固有財産として留保したとき（⇓**五②**）、[50]

後得財産共通制（⇓**五**①）を選択した妻が婚姻にさいして金銭（債権）を有していたとき[51]などにおける、返還の対象となる金銭は、二一三五条二号イが規定する「嫁資」にあたる。

⑤　嫁資から生じた果実又は嫁資の利息は、二一三五条二号イが規定する「嫁資」に含まれる[52]。

(3)　夫婦財産制約定

二三　「夫婦財産制約定」の概念は多義的であり、それを最広義の意味で用いた場合には、妻が夫に対して取得する権利のすべてが「夫婦財産制約定」から生じた債権ということになる。しかし、二一三五条二号は、これをそのような意味で用いていない。なぜなら、二一三五条二号は、「夫婦財産制約定」から生じた債権と、それ以外の債権とを明確に区別しているからである[53]。そこで、二一三五条二号イが規定する「夫婦財産制約定」から生じた債権は次の二類型の債権のことを意味すると解される[54]。すなわち、夫が妻の固有財産の管理を有する場合において妻が夫に対して取得した債権（⇓**二四**）と、婚姻上の利益（avantages matrimoniaux）（⇓**二五**）である。

二四　夫婦財産契約中の条項又は採択された夫婦財産制についての法律の規定により夫が妻の固有財産につき管理を有し、かつ妻が自己の財産の管理者である夫に対して取得した債権は、二一三五条二号イが規定する「夫婦財産制約定」から生じた債権である（⇓**二三**）[55]。

二五　婚姻上の利益とは、夫婦財産契約中の条項又は採択された夫婦財産制についての法律の規定により妻に与えられた利益のことをいう。婚姻上の利益は二一三五条二号イが規定する「夫婦財産制約定」から生じた債権である（⇓**二三**）（⇓①-③）。

①　法定抵当権の被担保債権となるためには、婚姻上の利益が夫の固有財産を目的とし、かつ妻が夫（又は夫の相続財産）の債権者となる場合に限られる[56]。したがって、共通制の妻が共通財産を承認した場合（⇓**四**③）において妻が共通財産に対して行使することのできる権利、又は持寄財産が共通財産の一部となった場合の妻の持分の取戻請求権（⇓**二二**③）は、二一三五条二号イが規定する「夫婦財産制約定」から生じた債権ではない。また、無償先取条項に従い共通財産を承認した妻に認められる先取権（一五一五条一項本文）（⇓**五**⑥）についても同様である[57]。もっとも、この先取権が共通財産を放棄した妻にも認められる旨の合意が夫婦財産契約でなされていたとき（一五一五条一

項但書）は、この限りではない。[58] というのも、「この場合においては、妻は夫に対する債権を有している」[59] からである。

② 婚姻上の利益は、現実のもの（actuel）であっても、未確定なものであってもよく、また、夫の現在財産を目的としても、将来財産を目的としてもよい。[60] したがって、夫婦財産契約においてなされた夫の妻に対する現在財産を目的とする贈与（一〇八一条）又は生残配偶者利益（gains de survie）[61] にとどまらず、「夫婦財産契約により夫婦が死亡時に所有する財産の全部又は一部を夫婦のために…処分」（一〇八二条一項）した場合、すなわち将来財産贈与（donation de biens à venir）又は契約による相続人設定（institution contractuelle）がなされた場合[62] の履行請求権は二一三五条二号イが規定する「夫婦財産制約定」から生じた債権に含まれる。なお、将来財産贈与については、法定抵当権の目的物が制限される場合がある。一〇八三条は「贈与者は、贈与の目的である物を無償で処分することができない」と規定するので、夫が贈与の目的物を有償で処分したときは、妻は、その物の第三取得者又は抵当権者に対する関係では、法定抵当権を対抗することはできない。[63] つまり、「妻は、夫が所有し続ける財産に対してのみ法定抵当権を行使することができる」。[64]

③ 夫婦財産契約に条項がなくとも、法律の規定により妻が取得する未確定な権利は、二一三五条二号イが規定する「夫婦財産制約定」から生じた債権である。[65] すなわち、夫婦財産制の種類を問わず「妻の喪服（deuil）費用は先死夫の相続人の負担である」（一四八一条一項）（一五七〇条参照）が、この喪服費用は、これにあたる。[66] また、嫁資制において「夫が死亡したときは、妻は、一年間の喪の期間中の嫁資の利息を要求するか、又は同一期間中夫の相続財産の負担で扶養料を給付させるかを選択することができる」（一五七〇条二項）が、妻が扶養料を選択したときは、これについても同様である。[67]

(4) 婚姻中の相続又は贈与から生じた嫁資金銭

二六 法定共通制においては「夫婦が婚姻挙式日に所有する動産のすべて、及び婚姻中に相続又は贈与により取得した動産のすべて」（一四〇一条一号本文）は共通財産である（⇓**四①**）が、「贈与者が反対の意思を表明したときは、この限りでない」（同条同号但書）。したがって、遺贈者又は贈与者が共通財産の一部とならないことを条件に妻に金銭を与え、かつ、それを夫が受領したときは、その金

銭が、二一三五条二号ロが規定する「婚姻中の相続又は贈与から生じた嫁資金銭」にあたる。[68]

(5) 夫とともに負担した債務の補償金

二七 「共通財産又は夫の事務につき夫と連帯して（solidairement）債務を負担した妻は、…妻が負担した債務につき、夫に対して補償金を請求することができる」（一四三一条）。そして、この補償金が、二一三五条二号ハが規定する「妻が夫とともに負担した債務の補償金」にあたる。[69] また、妻が夫の既存の債務を任意で弁済したときに妻が夫に対して取得する補償金についても、同様である。[70][71]

二八 妻が商人を夫とし、かつその夫が破産した場合において、妻が疑わしき期間（⇓**一五**）中に夫とともに債務を負担したときであっても、法定抵当権の行使は妨げられない。確かに、一八〇七年商法四四三条（⇓**一五**）は疑わしき期間中の抵当権取得のすべてを禁じるので、一八〇七年商法においては、法定抵当権は否定される余地がある。しかし、一八三八年改正商法四四六条は、疑わしき期間に設定された合意による抵当権又は裁判上の抵当権に限り、債権者団体に対する抵当権の効力を否定するに過ぎないので、疑わしき期間中に妻が夫とともに債務を負担したとしても、妻は法定抵当権を取得し、かつその行使を債権者団体に主張することができる。しかし、夫の既存の債権者が、疑わしき期間中に、債務者の妻を夫の保証人にし、妻に夫に対する法定抵当権を取得させ、この法定抵当権を妻との合意により代位行使することができるとすれば、これにより、債権者は、一八三八年改正商法四四六条が認めないにもかかわらず、疑わしき期間中に債務者の不動産に物的担保を取得をすることができる。したがって、このような場合においては、代位の有効性は認められるとしても、妻が夫の支払不能の状態を認識し、かつ夫の他の債権者を害することを承知の上で特定の債権者を代位させたときについては、代位者による法定抵当権の行使は認められない。[72]

(6) 譲渡された固有財産の買換え

二九 買換えとは、夫婦各自の固有財産の売却から得た金銭をもってする、他の財産の購入のことである。買換え後の財産は夫婦各自の固有財産となる。しかし、「夫婦の一方に属する不動産が売却され、…買換えがなされることなく、その代価が共通財産に払い込まれたときは、売却された不動産の…所有者は、この代価につき共通財産からの先取控除（prélèvement）が認められる」（一四三三条）。

そして、「妻又はその相続人は、共通財産が不足するときは、夫の固有財産に対して取戻しを行使する」（一四七二条二項）ことができ、この債権が、二一三五条二号ハが規定する「譲渡された固有財産の買換え」から生じた債権である。[73]

嫁資制の場合において、夫が妻の嫁資不動産を売却したが、夫が買換えをしなかった場合は、妻は夫に対してその売却代金の返還を請求することができ、かつそれは法定抵当権により担保される。[74] この債権が二一三五条二号ハが規定する「譲渡された固有財産の買換え」から生じた債権にあたるのかについては争いがある（⇒ヤ〇）。

(41) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 219, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°982, p. 86.

(42) 法定抵当権を行使するためには、妻は、「妻の権利及び債権」（二一二一条）の存在を証明しなければならない（Civ. 16 juill. 1817, *J. G.*, v°*Priv. et hyp.*, n°851, S. 1819. 1. 40.- Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, pp. 219-220, texte et note 16.）。その証明は、確定日付付証書によりなされる必要はない（Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 220, texte et note 17.）。しかし、夫が破産した場合においては、「妻が嫁資として持参した金銭及び動産、又は、婚姻挙式後に相続又は生前若しくは遺言贈与により取得した金銭及び動産のうち妻がその引渡し又は支払いを確定日付付証書により証明したもの」（一八三八年改正商法五六三条一号）のみが法定抵当権の被担保債権となる（Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, pp. 219-220, texte et note 18; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°983, pp. 87-88.）。

(43) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°982, pp. 86-87 et n°1476, pp. 598-601.

(44) Aubry et Rau, t. V, § 510, p. 347; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1476, p. 600.

(45) Raynaud, n°125.

(46) Planiol et Ripert, t. IX, n°807, p. 167.

(47) Req. 15 juin 1842, *J. G.*, v°*Priv. et hyp.*, n°689-4°, S. 1842. 1. 631; Civ. 9 janv. 1855, D. 1855. 1. 28, S. 1855. 1. 125.- Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, pp. 221-222, texte et note 21; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°984, pp. 89-90.

(48) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 221, texte et note 20; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°984, p. 90.

(49) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1476, p. 598.

(50) Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1476, pp. 598-599.

(51) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°982, p. 86.

(52) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°982, p. 87.

(53) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 221, note 19; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 984, p. 88.

(54) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, pp. 220-221, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 984, p. 89.

(55) オブリー＝ローは、この類型に属する債権の具体例を示さない。これに対して、ボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌは、**一八①**に挙げた債権を、この類型に属する債権の例としてあげる（Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°984, p. 89.）。もっとも、ごずれと解したとしても、順位取得日は「婚姻日」である（⇒**六四・六九**）。

(56) Aubry et Rau, t. III, § 264 *bis*, p. 211, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°984, p. 89.

(57) ただし、妻の当該権利は共同分割人の先取特権による保護の対象となる（Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 221, texte et note 20.）。

(58) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 221, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°984, p. 89.

(59) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°984, p. 89.

(60) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 222, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°985, p. 90.

(61) Req. 27 déc. 1859, D. 1860. 1. 105, S. 1861. 1. 87.-Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 222, texte et note 22; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 985, p. 90.

(62) Req. 19 août 1840, *J. G.*, v°*Priv. et hyp.*, n°886, S. 1840. 1. 849.. Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 222, texte et note 23; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°985, p. 91.

(63) Req. 16 mai 1855, D. 1855. 1. 245, S. 1855. 1. 490; Civ. 12 mai 1875, D. 1875. 1. 347, S. 1876. 1. 77.-Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 223, texte et note 24; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°985, p. 91.

(64) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 223, texte.

(65) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 223, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°986, p. 92.

(66) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 223, texte et note 25; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 986, p. 92.

(67) Civ. 29 août 1838, *J. G.*, v°*Cont. de mar.*, n°4202, S. 1838. 1. 769.-Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 223, texte et

note 26; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°986, p. 92.

(68) Civ. 28 janv. 1879, D. 1879. 1. 83, S. 1879. 1. 214.-Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 988, p. 93.

(69) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 224, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°989, p. 94.

(70) Civ. 29 août 1870, D. 1870. 1. 353, S. 1871. 1. 157.-Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 989, p. 94.

(71) 共通制の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、法律が保証人に付与した権利を行使することができる。したがつて、保証人は、主たる債務者が破産した場合又は支払不能（déconfiture）になつた場合は、弁済前に主たる債務者に対して補償金を請求することができる（二〇三二条）ので、これらの事由の発生後に夫の固有財産につき順位配当（ordre）が開始されたときは、同じく弁済前であつても、妻は、その手続において法定抵当権を行使することができる。しかも、順位配当においてなされる、妻の順位決定（collocation）は終局的なもの、すなわち終局的順位決定（collocation définitive）である（Civ. 24 mai 1869, D. 1869. 1. 276, S. 1869. 1. 345; Civ. 26 janv. 1875, D. 1875. 1. 52; Req. 11 juill. 1894, D. 1896. 1. 113.）。ボードリー・ラカンチヌリ＝ド・ロワヌは、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とする（Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°989, p. 94.）が、この部分は、単なる誤記と思われる（Cf. Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2570, p. 769.）。もつとも、終局的順位決定後に妻が実際に配当を受けるためには裁判による別産制（⇒**七**）が認められておかなければならず、そうでない場合は、妻は、裁判による別産制が認められた後又は婚姻解消後に配当を受けるに過ぎない（Aubry et Rau, t. III, § 295, p. 545, texte et note 18.）。なお、順位配当時の法定抵当権の処遇は、次々稿で詳説する滌除のさいの順位配当における法定抵当権の処遇についての準則が、そのまま妥当する（Garsonnet, t. 5, n°675, note 6.）。

(72) Req. 7 nov. 1848, D. 1848. 1. 241, S. 1849. 1. 122; Civ. 15 mai 1850, S. 1850. 1. 609; Civ. 25 juill. 1860, D. 1860. 1. 330, S. 1861. 1. 93; Civ. 24 déc. 1860, D. 1861. 1. 71, S. 1861. 1. 538; Req. 9 déc. 1868, D. 1869. 1. 5, S. 1869. 1. 117; Civ. 27 avril 1881, D. 1881. 1. 295, S. 1881. 1. 393; Req. 18 avril 1887, D. 1887. 1. 155, S. 1887. 1. 173.-Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 224, note 27; Baudry- Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°s 990-999-I, pp. 95-106.

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

n°989, pp. 93-94.

(74) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°989, p. 94.

（未完）