

一九世紀フランス法における「妻の法定抵当権」の概要(二)  
— 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
- 二 成立要件
- 三 被担保債権（以上、「法政研究」第七三巻第一・二合併号）
- 四 目的物
  - 1 夫の財産
  - 2 共通制の後得財産
- 五 制限・縮減
  - 1 目的物の限定
  - 2 制限
  - 3 縮減
- 六 夫破産時における法定抵当権の制限
  - 1 破産債権者の保護

- 2 目的物の限定
- 3 被担保債権の限定
- 4 要件（以上、本号）
- 七 順位取得日
- 八 消滅
- 九 むすびにかえて

四 目的物

1 夫の財産

(1) 夫の固有財産

三〇 法定抵当権の目的は「夫の財産」(二二二一条) 又は「夫の不動産」(二一三五条二号イ) である（以下「夫の財産」という）。したがって、「夫の固有財産」は「夫の財産」であるから、それは当然に法定抵当権の目的となる。また、「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」(二二二二条本文)。すなわち、法定抵当権は、現在財産及び将来財産のすべてを目的

とする、包括抵当権である。法定抵当権の目的物を特定しない理由につき、トロンシエ (Francois Denis TRONCHET, 1726-1806) は一八〇四年法の制定過程において次のように述べる。曰く、「法定抵当権が包括抵当権であるべきであるという点では、一致している。…ところで、妻…の法定抵当権につき、「その目的物を」特定することは不可能といわざるをえない。…[というのも]、婚姻が始まった時点においては、しばしば夫は不動産を所有していない以上、「法定」抵当権の対象物が存在していないからである」。

三 一 法定抵当権の目的となる(又は、ならない)、夫の固有財産は具体的には以下である(↓①―⑥)。

① 夫が婚姻挙式時に所有していた不動産は、法定抵当権の目的となる。

② 夫が婚姻中に所有するに至った不動産は、法定抵当権の目的となる。交換により取得した不動産についても同様である。これらの不動産は取得の瞬間から法定抵当権の目的となるが、一八五五年法以降においては、妻は、夫が不動産の譲渡証書 (acte d'alienation) を謄記する前に(夫の)前主から権利の設定を受けた第三者に対して、法定抵当権を対抗することができない(一八五五年法三条一

項・六条一項)。

③ 夫が婚姻解消後に取得した不動産は、法定抵当権の目的となる。婚姻解消後においては、夫はすでに夫ではないので、これは厳密には「夫の財産」ではない。しかし、二二二条の文言、又は一八〇四年法が「夫」という表現を「前夫 (ex-mari)」の意味で用いる場合がある(一五七一条)ことを理由に、この結論は一般に肯定されている。

④ 夫の相続人の固有財産は、法定抵当権の目的とならない。

⑤ 夫が婚姻挙式前に譲渡した不動産は法定抵当権の目的とならない。ただし、一八五五年法以降において、夫から不動産を譲り受けた者が夫の婚姻挙式後に謄記をしたときは、この限りでない(一八五五年法三条一項・六条一項)。

⑥ 夫が婚姻挙式前に譲渡した不動産であっても、その譲渡が解除条件付であり、かつ、婚姻挙式後に解除条件が成就したときは、その不動産は、法定抵当権の目的となる。

(2) 解除条件付取得財産

三二 夫の固有財産は、夫がその「奪われることのない所有者 (propriétaire incommutable)」となったときに限

り、法定抵当権の目的となる。したがって、夫が解除条件付で不動産を取得したときは、解除条件成就により、その不動産は遡及的に法定抵当権の目的ではなかったことになる(二二二五条参照)。しかし、一八〇四年法は、この原則に対して二つの例外を認める(↓①-②<sup>87</sup>)。

① 「贈与者は、受贈者だけの先死の場合又は受贈者及びその卑属の先死の場合につき、復帰権 (*droit de retour*) の合意をすることができる」(九五一条)。この贈与者の権利は約定復帰権 (*retour conventionnel*) といわれるが、これが行使されるまでに受贈者が目的財産に抵当権を設定したときは、復帰権の行使により、それを目的とする抵当権は遡及的に消滅する(九五二条本文)。しかし、「嫁資及び夫婦財産制約定の抵当権については、受贈者たる夫婦の一方の他の財産が十分でなく、かつ贈与がこれらの権利及び抵当権が生じたのと同じ夫婦財産契約でされているときは、この限りでない」(九五二条但書)。つまり、夫の財産が不十分であり、かつ、嫁資設定及び夫婦財産制約定が贈与と同一の夫婦財産契約でされているときは、例外的に、復帰権の目的不動産は、嫁資(↓二一二二)及び夫婦財産制約定(↓二三一二五)を被担保債権とする範囲で、法定抵当権の目的とされるままである。

② 「受贈者、指定相続人 (*Mériter institué*) 又は受遺者 (*Legataire*) が、与えられた物を保持し、かつそれを第三者に返還する義務を負う処分」(八九六条二項)のことを「補充指定 (*substitution*)」という。ここで、財産を与えられ、それを第三者に返還する義務を負う者は「継伝義務者 (*grave*)」と、継伝義務者から財産を返還される者は「継伝指定者 (*appelé*)」と呼ばれる。そして、このような処分は、「すべて、受贈者、指定相続人又は受遺者に対する関係において無効である」(八九六条二項)。すなわち、「補充指定は禁止される」(八九六条一項)。しかし、例外的に、処分者が父母、継伝義務者が子、継伝指定者が子の子(つまり処分者の孫)である場合(二〇四八条)、及び継伝義務者が処分者の兄弟姉妹、継伝指定者が処分者の兄弟姉妹の子(つまり処分者の甥姪)である場合(二〇四九条)は、有効に補充指定をすることができる(八九七条)。そして、このような場合において、継伝義務者は、補充指定により所有権を取得した補充指定財産 (*biens substitués*) を抵当権の目的とすることができるが、その抵当権は補充指定開始とともに消滅し、継伝指定者は負担のない財産の返還を受ける。というのも、継伝義務者は、解除条件付で所有権を取得したに過ぎないからである。<sup>(89)</sup>し

かし、「継伝義務者の妻は、嫁資金銭の元本につき、その担保のために継伝義務者の財産が十分でなく、かつ遺言者がそれを明確に命じた場合に限り、返還すべき財産に補助的請求 (recours subsidiaire) をする」とがぶ<sup>87</sup>」(一〇五四条)。つまり、夫が継伝義務者となじた場合において、夫の補充指定財産以外の財産が不十分であり、かつ、遺言者が補充指定財産が法定抵当権の目的となることを明確に命じていれば、妻は、例外的に、嫁資金銭の元本の返還のために、継伝指定者(すなわち夫の子)の所有に帰した補充指定財産に対して法定抵当権を有する。なお、一〇五四条は「遺言者」と規定するが、この規定は遺贈による補充指定だけでなく、生前贈与による補充指定にも適用される<sup>88</sup>。

- (75) Fenet, t. XV, p.321.  
 (76) Aubry et Rau, t. III, § 264, p.201, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1000, p.111.  
 (77) Aubry et Rau, t. III, § 264, p.202, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1000, p.111.  
 (78) Aubry et Rau, t. III, § 264, p.202, texte et note 4.

Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1000, p.111.

- (87) Aubry et Rau, t. III, § 264, p.202, texte et note 6.  
 (88) Req. 17 juill. 1844, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n°879, S.1844. 1. 641. Aubry et Rau, t. III, § 264, p.202, texte et note 3; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1000, pp.111-112.  
 (89) Aubry et Rau, t. III, § 264, p.202, note 3.  
 (90) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1000, p.112.  
 (91) Aubry et Rau, t. III, § 264, p.202, texte et note 5; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1002, pp.113-114.  
 (92) Aubry et Rau, t. III, § 264, pp.202-203, texte et note 7.  
 (93) Aubry et Rau, t. III, § 264, p.203, texte et note 8.  
 (94) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.225, texte.  
 (95) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.225, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1001, p.112.  
 (96) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.225, texte et note 28; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1001, pp.112-113.  
 (97) Aubry et Rau, t. VII, § 696, p.350, texte.

(90) Aubry et Rau, t. VII, § 696, pp.350-351, note 72.

2 共通制の後得財産<sup>(91)</sup>

(1) 妻の選択権

三三 共通制における後得財産は共通財産であり(一四〇一条三号)(↓四①)、したがって、これは厳密には夫婦の不動産である。そこで、「夫の財産」を目的とする法定抵当権が後得財産を目的とするのかどうか問題となる。

共通制解消後、妻は共通財産を放棄するか、又は承認するか、しなければならず(一四五三条)(↓四③)、それに応じて後得財産は異なる性格を取得する。そして、法定抵当権が後得財産を目的とするかどうかは、妻の選択権行使の結果により後得財産が得た性格により決定される(↓三四―三五)。

(2) 共通財産の放棄

三三 一八〇四年法は、「相続財産を放棄した相続人は、相続人でなかったものとみなされる」(七八五条)と規定する一方、共通財産の放棄の効力を規定しない。しかし、

相続放棄と同様に、共通財産放棄の遡及効により妻は共通財産の所有権を有さなかったものと解される<sup>(92)</sup>。その結果、共通財産放棄により、後得財産は夫の固有財産と混同され、法定抵当権は、夫の固有財産と同様に後得財産を目的とする<sup>(93)</sup>。この結論は、共通財産解消前に夫が第三者に後得財産を処分(抵当権設定又は譲渡)していたかどうかを問わず、認められる。ただし、妻が第三者に対して後得財産を目的とする法定抵当権を対抗することができるためには、法定抵当権の順位が第三者の権利に優先することに加え、妻が夫による処分に参加(*concours*)していない場合でなければならぬ<sup>(94)</sup>。

(3) 共通財産の承認

三五 一定の事由(↓四③)が生じた場合は、妻は共通財産を承認したことになる。その後、共通財産の積極財産は分割され、消極財産の分担が決められる(一四六七条)。この場合において、後得財産が法定抵当権の目的となるかどうかについては、以下のように解される(↓①―④)。

① 共通制解消前に夫が後得財産を処分したときは、処分行為に妻が参加したかどうかを問わず<sup>(95)</sup>、妻は、後得財産が法定抵当権の目的であることを第三者に対抗することは

できない<sup>96)</sup>したがって、共通制解消以前に夫が後得財産を第三者に売却した場合においては、妻は、共通財産の承認により、第三取得者の所有となつた後得財産に対して法定抵当権を行使することはできない。また、共通制解消以前に夫が後得財産に合意による抵当権を設定した場合については、妻の共通財産の承認後の共通財産の分割により夫がその後得財産を取得したとしても、法定抵当権は、夫が設定した抵当権に劣後する。その理由を、オプリーローは次のように説明する。曰く、「共通財産を承認することにより、妻は常に共通財産の所有者であつたとみなされ、夫は共通財産についての管理行為や処分行為のすべてにつき妻の代理人であつたとみなされるからである」<sup>97)</sup>。

② 共通制解消後に夫が後得財産を処分したとしても、夫が、その後得財産を共通財産の分割により取得しさえすれば、その処分は有効である。しかし、この場合においては、妻は、共通財産を承認したとしても、第三者に対して後得財産が法定抵当権の目的であることを対抗することができる<sup>98)</sup>。

③ 共通制解消前に夫が後得財産を処分しておらず、かつ、その後得財産を共通財産の分割により夫が取得したときは、この財産は、常に夫の財産であつたとみなされる。

したがって、それは法定抵当権の目的となる。この場合において、妻は、夫又は共通財産の一般債権者に対して、後得財産が法定抵当権の目的であることを対抗することができる<sup>99)</sup>。

④ 共通制解消前に夫が後得財産を処分しておらず、かつ、その後得財産を共通財産の分割により妻が取得したときは、この財産は常に妻の財産であつたものとみなされる。したがって、これは法定抵当権の目的とならない<sup>100)</sup>。

#### (4) 共通制解消以前に順位配当が開始された場合

三六 共通制解消以前に夫の固有財産につき順位配当が開始されたときは、妻は、順位決定を請求することができる。又は仮の順位決定しか請求することができない場合もあるが、次々稿で詳説するように被担保債権の種類及び性質に応じては、終局的順位決定を請求することができる場合がある。これに対して、後得財産が法定抵当権の目的となるか又は後得財産が法定抵当権の目的となることを第三者に対抗することができるかどうかは共通制の解消後に明らかとなる(↓三三―三五)に過ぎないので、共通制の解消以前に後得財産が強制的所有権移転の対象となつたとき、又は、それにつき滌除手続がされたときであっても、その

代価の分配のための順位配当において、妻は終局的順位決定を請求することはできない。もつとも、後得財産につき順位配当が開始された場合であっても、妻が夫の固有財産に対する順位配当で終局的順位決定又は仮の順位決定を請求することができる債権を有するときは、妻は、その債権を保全するために仮の順位決定を請求することができる。

そのさい、妻に分配される可能性のある金額は供託され、共通制解消後に妻が共通財産を放棄したときは妻が、それを妻が承認したときは他の抵当権者が、それぞれ、その金額を受領する。<sup>(10)</sup>

三七 後得財産が順位配当の対象となったとき、共通制解消以前の妻は仮の順位決定を請求することができる場合があるに過ぎない(↓三六)。しかし、妻の債権者については、この順位配当において、自己の債権を回収するために、妻の債権につき終局的順位決定を請求することができる場合がある。

「夫の事業の不振により、夫の財産が妻の権利及び取戻し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)(↓七)。しかし、「妻の債権者は、妻の承諾がなければ、裁判による別産制を請求することが

できない」(一四四六条一項)。したがって、夫の支払不能の場合においても、妻の債権者は、妻の権利を行使して裁判による別産制を請求し、共通制を解消した上で、法定抵当権を行使して自己の債権を回収することはできない。そこで、「妻の債権者に裁判による別産制の請求を禁止したことの緩和物(*correctif*)」として、一四四六条二項は、「妻の債権者は、夫が破産した場合又は支払不能になった場合においては、自己の債権額を限度として債務者である妻の権利を行使することができる」ことを認める。このように、夫が破産した場合又は支払不能になった場合は、妻の債権者は、共通制を解消しない状態のまま、「共通制が解消され、かつ妻が共通財産を放棄した」<sup>(11)</sup>さいに妻が有する権利を行使することができる。したがって、この場合の妻の債権者は、妻が共通制解消後に共通財産を放棄した場合と同様に、終局的順位決定を請求することができる。<sup>(12)</sup>

(91) 香山「帰趨」五二三—五四五頁参照。

(92) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1006, p.116.

(93) Civ. 8 nov. 1813, S. 1820.1.120; Civ. 9 nov. 1819, J. G., v° *Priv. et hyp.*, n°928, S. 1820.1.118; Req. 16 nov. 1847, D.

- 1848.1.46, S. 1848.1.25; Civ. 4 fév. 1856, D. 1856.1.61, S. 1856.1.225; Civ. 26 janv. 1876, D. 1876.1.62, S. 1876.1.241; Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.226, texte et note 30; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1006, pp.116-117.
- (75) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1006, pp.117-118.
- (76) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1007, p.119.
- (79) Req. 16 fév. 1841, S. 1841.1.550; Req. 16 nov. 1847, D. 1848.1.46, S. 1848.1.25; Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 227, texte et note 31; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1007, pp.120-121 et n°1008, p.122.
- (75) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.227, texte.
- (80) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.228, texte et note 32; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1009, p.123.
- (85) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, pp.228-229, texte et note 33; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1008, p.122.
- (90) Civ. 4 fév. 1856, D. 1856.1.61, S. 1856.1.225; Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.229, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1008, p.122.
- (101) Civ. 19 nov. 1872, D. 1873.1.38, S. 1873.1.193; Aubry

et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.229, texte et notes 35 à 36; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1010, p.123 et t. III, n°2574, pp.773-774.

(80) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.231, note 39.

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

(101) Civ. 4 fév. 1856, D. 1856.1.61, S. 1856.1.225; Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.230, texte et note 39; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1011, p. 124.同様の場合はなごう、妻の債権者が、夫から後得財産を譲り受けた第三取得者に対して妻の法定抵当権を行使する( Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.231, note 40.)’ 又は後得財産の第三取得者が濫除をしたとき増価競売 (surenchère) の申立てをなす( Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.231, texte.)’

五 制限・縮減

1 目的物の限定

三八 妻は夫の現在財産及び将来財産のすべてに対して法定抵当権を有し(→三〇)’ かつ、そのことを未登記の

ままで第三者に対抗することができる(↓五八)ので、これにより第三者は夫との取引を躊躇する。また、妻の債権額が僅少であり、かつ夫が複数の不動産を所有するときは、法定抵当権による妻の保護は過剰である。そこで、法定抵当権の目的物を限定することが認められる(二二二条但書)。目的物を限定する方法は二つある。夫婦財産契約でする法定抵当権の「制限(resstriction)」(二一四〇条・二一四二条)(↓三九―四四)、及び婚姻中に裁判上でする法定抵当権の「縮減(réduction)」(二一四四条・二一四五条)(↓四五―四九)である。<sup>(105)</sup>

(105) ボードリー・ラカンチヌリッド・ロフヌは、事前の目的物限定を「制限」と、事後の目的物限定を「縮減」という(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n. 1017-I, pp.133-134)。このような呼び分けは一般的であるので、本稿も、これに従う。もともと、一八〇四年法は、事後の目的物限定を二一四四条では「制限」と、二一四五条では「縮減」と呼んでおり、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロフヌのような使い分けをしない。オプリーローにおいても、同様に、使い分けはされていない。

## 2 制限

### (1) 意義

三九「夫婦財産契約において、成年当事者「は、」：夫の一つ又は複数の不動産に限り登記することを合意」することができる(二一四〇条)。これを法定抵当権の「制限」という(↓三八)。

立法理由開示において、トレヤールは、この制度の趣旨を次のように説明する。曰く、「妻…の弱さの保護が望まれるとしても、それ以外の市民をすべての不意打ちから保護することもまた立法者の厳密な義務であるということも、われわれは理解している。さらに、われわれは、必要以上に、夫…を拘束してはならないとも考えた。これは、夫…の義務を不愉快なものにしない、唯一の方法に他ならない。法律の実施を確実なものにするすべての方法のうちで、間違いなく最も効果的なのは、その効果を強めすぎないことである。この精神にしたがい、もちろん妻の利益も考慮して、われわれは、夫婦財産契約の保証のための登記を特定不動産に限定し、それ以外の夫の不動産を抵当権の目的としないとする契約を、婚姻にさいして成年に達した夫婦が締結することを認めた。この規定は新規に採用されたも

のではない。それは、夫婦財産契約において夫に不動産の一部の自由譲渡を認める現行規定を繰り返しただけである。二つの家族が永続的な姻族関係を結ぼうとするにさいして、かれらは自己の意思と利益に応じた条項を定める権利を有する。…このような夫婦財産契約自由の慣行は、妻にとっても極めて有益な場合が多々ある。というのも、その方法により、妻は、夫の商売や活動を活発にするからである<sup>(10)</sup>。

## (2) 要件

四〇 制限が認められるためには以下の要件を具備しなければならぬ(二一四〇条)(↓①→②)。この要件が満たされれば、夫婦財産制の種類は問わず認められる<sup>(10)</sup>。

① 「夫婦財産契約において」(二一四〇条本文)されること。ただし、夫婦財産契約の内容は、婚姻挙式前であれば一三九六条・一三九七条の要件を備えた「修正証書(contre-lettre)」により変更することができるので、夫婦財産契約後であっても、これにより制限をすることはできない<sup>(10)</sup>。夫婦財産契約以前においては、たとえ公署証書によつたとしても、法定抵当権の制限をすることはできない<sup>(10)</sup>。

② 「成年当事者」(二一四〇条本文)であること。ところで、一三九八条は次のように規定する。すなわち、「婚

姻を締結することができる未成年者は、夫婦財産契約において、すべての契約(conventions)に同意することができる。未成年者のした契約及び贈与は、婚姻が有効であるために必要とされる同意を与えるべき者が契約締結にあたり扶助(assistance)をした場合に限り、有効である<sup>(10)</sup>。したがって、一三九八条によれば、同意権者の同意さえあれば、未成年者は夫婦財産契約において法定抵当権の制限をすることができるはずである。しかし、二一四〇条は、これを認めない。このような例外を設けた理由につき、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロフヌは次のように説明する。曰く、「法定抵当権制限の効果は、贈与の効果と同様に即座に生じるものではない。「未成年の」妻やその両親の洞察力をもつてしては、その結果を容易に予測することはできない。「そこで、」法律は妻をより一層保護したわけである<sup>(10)</sup>。もつとも、法定抵当権の制限は夫に不利益を与えないので、夫が成年である必要はない。したがって、二一四〇条は将来の夫婦の双方が成年であることを要求するが、オプリーロー及びボードリー・ラカンチヌリッド・ロフヌは、妻が成年でありさえすれば、将来の夫婦は法定抵当権の制限をすることができる<sup>(10)</sup>と解する。

二一四〇条は一三九八条の例外規定であるから、制限的<sup>(10)</sup>

に理解される。したがって、法定抵当権を制限する条項が目的物の限定を含まないときは、二一四〇条は適用されない<sup>(11)</sup>。両親から嫁資を設定された未成年の妻が、夫婦財産契約において、夫の債権者が債権を回収した後に限り法定抵当権を行使するとの条項を盛り込んだとしても、この条項は有効である<sup>(12)</sup>。

### (3) 方法

四一 法定抵当権の制限は、「特定 (specialisation)」又は「排除 (exclusion)」のいずれかによりされる (↓①→②<sup>(13)</sup>)。

① 「特定」の方法。これは、夫が夫婦財産契約時に不動産甲・乙・丙を有する場合に、甲不動産だけを法定抵当権の目的とするというような方法での、法定抵当権の制限である。これにより甲不動産以外の不動産は、夫が婚姻挙式後に取得する不動産を含め、法定抵当権の目的とならない。すなわち、法定抵当権は特定抵当権となる。

② 「排除」の方法。これは、夫が夫婦財産契約時に不動産甲・乙・丙を有する場合に、甲不動産だけを法定抵当権の目的から除外するという方法での、法定抵当権の制限である。この場合においては、甲不動産以外の不動産は、

夫が婚姻挙式後に取得した不動産を含め、すべて法定抵当権の目的となる。したがって、「特定」(↓①)の場合とは異なり、法定抵当権は包括抵当権の性質を失わない<sup>(14)</sup>。

四二 妻の有する特定の債権に限り法定抵当権の目的物を制限することもできる<sup>(15)</sup>。したがって、妻が夫婦財産契約から生じた債権 (↓二三―二五) についてのみ法定抵当権の目的物を甲不動産に制限するという条項も、有効である。この場合において、夫婦財産制約定から生じた債権以外の債権を被担保債権とする法定抵当権は包括抵当権である。なお、この場合の法定抵当権の制限の範囲は、裁判所がそれを決定する<sup>(16)</sup>。

### (4) 全面放棄の禁止

四三 「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」(二一四〇条但書)。したがって、法定抵当権の全面放棄の合意は無効である。法定抵当権の全面放棄が禁じられるべき理由を、一八〇四年法の成立過程において、ナポレオンは次のように説明する。曰く、法定抵当権の全面放棄を認める「規定は、法定抵当権を完全に消滅させる。なぜなら、「全面」放棄は決まり文句となるからである。そして、その結果を理解することなく「全面放

棄の」合意をした妻は、後になって、自分の意思に反してすべての担保が奪われてしまったことに驚くであろう」<sup>(11)</sup>。

法定抵当権の目的物を夫の特定不動産に制限する条項（a条項）とともに、婚姻中に法定抵当権の目的物を等価値の別の不動産に変更することができるという内容の条項（b条項）を、将来の夫婦が夫婦財産契約に盛り込んだとする。このような場合において、b条項は二一四〇条に反し無効である。その理由を、オプリーローは次のように説明する。曰く、「妻の法定抵当権は：公の秩序のためのものであるから、将来の夫婦が法定抵当権を修正することができるのは、それを法律が明確に認めた場合に限られる。したがって、二一四〇条が将来の夫婦に認めた能力は、法律が定めた範囲に限定されなければならない。ところで、二一四〇条は、将来の夫婦に法定抵当権の目的物の縮減〔制限〕を認めているに過ぎず、一旦決められた抵当権の目的物を婚姻中の新たな契約により変更する権限の留保を許容するものではない。〔実際〕それを認めることは、妻の法定抵当権の性質を不安定にするものであり、かつ法定抵当権の運命を婚姻中の夫婦の裁量に委ねるものであるから、法律からの権限剝奪を意味することになる。さらに、そのような権限の留保は、妻にとって危険に満ちている。

というのも、二一四四条の保護手続がされていないために妻の家族の監視の目の行き届かないところで妻の権利と取戻しが危険に曝されるからである。このような理由で、二一四〇条が明確に規定しておらずとも、本条の精神により、そのような権限の留保は拒絶される」<sup>(12)</sup>。しかし、b条項とともに、a条項が無効となることはない。なぜなら、二つの条項は完全に独立したものであり、a条項自体は適法なものだからである。実際、a条項とともに無効となると解すると、a条項により法定抵当権の目的から除外された不動産の第三取得者又は抵当権者は、後日における法定抵当権の復活により、不測の損失を被ることになる。もつとも、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、当事者が二つの条項を不可分なものとして合意をしたときは、a条項も無効と解すべきであるとする」<sup>(13)</sup>。

#### (5) 効果

四四 制限により、法定抵当権の目的物は限定される  
(↓①②)。

① 夫婦財産契約時に不動産甲・乙・丙を有する夫が甲不動産だけを法定抵当権の目的とする合意をしたとき(↓四一①)は甲不動産の指示の記載をして、又は甲不動産だ

けを法定抵当権の目的としない合意をしたとき(↓四一②)は法定抵当権の目的から除外される甲不動産を指示しつつ包括的な記載をもって、法定抵当権は登記される(一二四二条)<sup>(10)</sup>。しかし、法定抵当権の制限がされた場合であつても、法定抵当権は、登記を免除され、かつ未登記のまままで第三者に対抗することができるという性質(↓五八)を失わない。したがつて、夫が法定抵当権の登記をしなかつたとしても、妻は、甲不動産だけを法定抵当権の目的としたときは甲不動産に対して、甲不動産だけを法定抵当権の目的としなかつたときは甲不動産以外の不動産(つまり不動産乙・丙)に対して法定抵当権を行使することができる<sup>(11)</sup>。

② 法定抵当権の目的物が妻の債権を担保するために不十分であれば、制限をしたときであつても、妻は、目的物の追加を請求することができる(一二三一条参照)。ただし、それにより第三者の権利を害することはできない<sup>(12)</sup>。

- (96) Fenet, t. XV, p. 469.  
 (97) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, pp.231-232, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1020, pp.136-137.

(10) 一二三一条が規定する《contre-lettre》は一般的に「反対証書」と訳される(山口「辞典」一二六頁参照)が、一三九六条・一三九七条の《contre-lettre》と、一二三一条のそれは、まったく異なる。一三九六条・一三九七条の《contre-lettre》は、単に夫婦財産契約の内容を修正する証書の $\text{C. J. P.}$  (Planiol et Ripert, t. VIII, n°62, p.81, note 1.)であり、したがつてこれを「修正証書 (acte modificatif)」(Raynaud, n°56.)と訳した。

(98) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1018, p.134.  
 (99) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1018, p.134.  
 (100) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1018-I, p.136.  
 (101) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.231, texte et note 41; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1018, p.135.  
 (102) Civ. 19 juill. 1820, *J. G.*, v° *Pris. et hyp.*, n°2595-1°, S. 1820.1.356; Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.231, note 42; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1018-I, p.135.  
 (103) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1019, p.136.  
 (104) Req. 25 janv. 1859, D. 1859.1.407, S. 1860.1.353-



3 縮減<sup>(13)</sup>

(1) 意義

**四五** 夫婦財産契約で法定抵当権の制限をしなかったときであっても、夫は、婚姻中に法定抵当権の目的物の限定を裁判上で請求することができる(二一四四条・二一四五条)。これを法定抵当権の「縮減」という(↓三八)<sup>(13)</sup>。なお、これがされることは、実務では、ほとんどなかったようである(↓八七<sup>(1)</sup>)。

婚姻中における法定抵当権の目的物の限定を認める理由につき、トレヤールは立法理由開示で次のように説明する。曰く、「夫婦財産契約<sup>(14)</sup>において、されるべき登記の数を制限しなかったときは、その一部だけで担保として十分なときでさえ、常に夫<sup>(15)</sup>の財産すべてが登記さなければならぬのか。たとえば、ある人が婚姻したとき<sup>(16)</sup>、かれは一つの不動産だけを所持していたとする。…その後、かれは、他の複数の不動産を、相続、商売その他の方法で取得した。取引において不動産の譲渡が不可欠なときであっても、この者は、不動産の一部でさえ処分することはできないとすべきなのであろうか。われわれは、そのようには考えなかつた。むしろ、われわれは、すべての財産を目的とする

抵当権が妻<sup>(17)</sup>にとつて明らかに必要以上のものであるときは、滅殺を認めるべきであると考えた<sup>(18)</sup>。

(2) 要件

**四六** 縮減が認められるためには以下の要件を具備しなければならぬ(二一四四条)(↓①―⑤)<sup>(19)</sup>。この要件さえ満たせば、夫婦財産制の種類を問わず認められる<sup>(20)</sup>。また、この要件を満たさなければ、別産制(↓七)の場合であっても、縮減は認められない<sup>(21)</sup>。

① 夫婦財産契約で法定抵当権の制限(↓三九―四四)がされていないこと。この要件は、二一四四条が、妻の法定抵当権の縮減は「前条(二一四三条)と同様の場合(parallellement)」に認められると規定することから導き出される。未成年者は後見人の財産に対して法定抵当権を有しており(二二二条二号)、これは後見人の有する不動産のすべてを目的とする包括抵当権である(二二二条)。そこで、その弊害を除去するために、指名証書(acte de nomination)における未成年の法定抵当権の制限が認められる(二一四一条)。しかし、後見人は、「後見人指名証書において抵当権が制限されなかつたとき」(二一四三条)であっても、後見期間中に未成年者の法定抵当権の縮減を

請求することができる。つまり、未成年者の法定抵当権の縮減が認められるのは、未成年者の法定抵当権が指名証書において制限されていない場合に限られる。そして、二二四四条が規定する「前条（二二四三条）」と同様の場合」とは、妻の法定抵当権については、夫婦財産契約で法定抵当権の制限がされていない場合を意味する。したがって、妻の法定抵当権の縮減は、夫婦財産契約において法定抵当権の制限がされている場合は認められない。

縮減は、一度限りしか認められないわけではない。再度の縮減も認められる。<sup>(17)</sup>

② 夫の不動産の価値が、妻の権利を担保するために必要とされる価値を上回ること。<sup>(18)</sup> 後見人は、「後見人の不動産を目的とする包括抵当権が、後見人による財産管理の担保として過剰 (excedat) であることが明確である場合」(二二四三条) に限り、未成年の法定抵当権の縮減を請求することができる。そして、夫が妻の法定抵当権の縮減を請求できるのは、「前条（二二四三条）」と同様の場合「(二二四四条) に限られるので、この要件は、妻の法定抵当権の縮減にも妥当する。

③ 「妻の合意」があること。<sup>(19)</sup> 二二四〇条は法定抵当権の制限の要件として妻が成年であることを要求する(↓四

〇②)。二二四四条はこのことを規定しないが、オペリーロー及びボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、妻の法定抵当権の縮減の場合においても、合意をするためには、妻は成年でなければならぬと解する。<sup>(20)</sup> その理由につきボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌ曰く、「法定抵当権の制限(二二四〇条)のためには、妻は成年でなければならぬ。そうであればなおさら、婚姻中の縮減についても同様でなければならない。というのも、婚姻中であっても、妻にとって、もはや親族の助言は当てにはならないからである」。<sup>(21)</sup>

成年に達した妻が禁治産の場合は、後見監督人の合意が必要とされる。<sup>(22)</sup> 妻の合意は条件付でもよい。この場合は、条件が成就しなければ縮減の効果は生じない。<sup>(23)</sup>

④ 「家族会に集まった「妻の」最近親者四名の意見」があること。<sup>(24)</sup> もっとも、家族会の意見は、裁判所を拘束しない。<sup>(25)</sup> 後見の場合についての家族会の構成員を規定する四〇七条・四〇九条は、二二四四条の家族会の構成員を決定するにさいしても適用される。<sup>(26)</sup>

⑤ 裁判所に対して請求すること。<sup>(27)</sup> 妻は縮減に合意しているので、訴訟の相手方は妻ではない。<sup>(28)</sup> 訴訟の相手方は

「政府委員」(二一四五条一項)である。なお、帝政期には「帝国検事正 (procureur impérial)」が、王制期には「国王検事正 (procureur du Roi)」が、共和制期には「共和国検事正 (procureur de la République)」が、それぞれ訴訟の相手方となる。

法定抵当権の縮減は夫婦の合意に基づくものであるので、裁判所の役割は要件が具備しているかどうかを確認するにとどまる。したがって、要件の具備が確認されたときは、裁判所は、判決により縮減を宣言しなければならない。裁判所は、夫婦の合意を修正することもできない。つまり、縮減を宣言する判決は承認判決 (jugement d'homologation) に類似する<sup>(15)</sup>。

判決の既判力 (autorité de la chose jugée) は当事者に争いがある場合に下される判決に与えられるものであるから、夫婦に争いのない縮減を宣言する判決に既判力は与えられない。したがって、オプリーローは反対するが、一般的に、それは控訴 (appel) の対象とはならないと解されている<sup>(16)</sup>。もともと、要件が具備していないとき又は合意が有効でないときは、妻は判決の無効を主張することができる<sup>(17)</sup>。

### (3) 別居

四七 別居により別産制となった場合(三一一条)(↓七)において、夫が縮減を請求するためには、二一四四条の要件(↓四六)を具備しなければならないのかどうかについては、検討を要する(↓①—②)。

① 一八〇四年法においては、二一四四条の要件が満たされなければ、夫は、縮減を請求することができない(↓四六)。

② 一八九三年二月六日法(以下「一八九三年法」という。)改正三一一条三項は、「別居により妻は完全な民事能力を行使することができ、夫又は裁判所の許可は必要とされない」と規定する。そのために、この法律以降については、見解が分かれる。

二一四四条は無能力者である妻に許可を与えるために裁判所の介入を要求したと理解するのであれば、一八九三年法が別居後の妻に「完全な民事能力」を認めた以上、二一四四条の要件を満たさずとも縮減は認められる。実際、ギルアード (Louis Vincent GUILLOUARD, 1845-1925) はそのように解する<sup>(18)</sup>。

これに対して、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、一八九三年法以降においても、二一四四条の要件を満

たさなければならぬと解する。曰く、「裁判所の介入は、「妻に」許可を与えるためのものではなく、縮減のための必要な要件が満たされているかどうかを確認するためである。許可が問題となっていない以上、一八九三年法を適用することはできない〔傍点は原文イタリック〕」。

#### (4) 効果

**四八** 縮減により、第三者の権利を害さない範囲で、法定抵当権の目的物は限定される(↓①―③)。

① 不動産甲・乙・丙を有する夫が縮減により法定抵当権の目的物を甲不動産に限定した後、不動産の価値の下落等の事情により甲不動産だけでは妻の債権を担保することができなくなったとしても、妻は不動産乙・丙に対して法定抵当権を主張することはできない。

② 法定抵当権の目的物を甲不動産に限定する合意をした後に、合意時に知ることのできなかった被担保債権の存在を知った場合につき、判例は、縮減を宣言する判決後においては、妻は法定抵当権を主張することはできないとする。これに対して、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、妻が錯誤(erreur)に基づき縮減を宣言する判決の無効を主張(↓四六⑤)することを認める。

③ された縮減の撤回は認められる。したがって、縮減後の法定抵当権の目的物が妻の債権を担保するために十分であれば、妻は、目的物の追加又は包括抵当権の復活を求めることができる。ただし、追加請求により法定抵当権の目的となる不動産は、追加請求が認められた日から限り、法定抵当権の目的となる。ただし、そのことを第三者に對抗するためには登記が必要かどうかという点については、見解が分かれる(↓四九)。

**四九** 縮減により、登記を免除され、かつ未登記のまま第三者に對抗することができるという法定抵当権の性質(↓五八)は失われない。したがって、不動産甲・乙・丙を有する夫が縮減により法定抵当権の目的物を甲不動産に限定した場合において、妻は、未登記のままで甲不動産が法定抵当権の目的であることを第三者に對抗することができ。縮減後の妻の追加請求(↓四八③)により乙不動産が再び法定抵当権の目的となった場合につき、オプリーローは、登記をしなければ乙不動産が法定抵当権の目的となることを第三者に對抗することができず、かつ、登記がされた場合に乙不動産を目的とする法定抵当権の順位取得日は登記日であると解する。これに対して、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、未登記のままで乙不動産が

法定抵当権の目的であることを第三者に対抗することができる<sup>(130)</sup>と解する。

夫が不動産甲・乙・丙を有し、そのすべてに法定抵当権の登記がされていた場合において、「裁判所が数個の不動産〔不動産甲・乙〕への抵当権の縮減を宣言したとき、それ以外〔丙不動産〕の登記は抹消される」(二一四五条二項)。

(130) オブリーローは、二一四四条・二一四五条の縮減を制限とともに簡単に触れ (Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.234)、『その詳細を二一六〇―二一六五条が規定する「登記の縮減 (réduction des inscriptions)」で検討する (Aubry et Rau, t. III, § 282, pp.400-403)』。しかし、『縮減は制限とともに扱われるべきか』と思われる (cf. Raynaud, n°71) のび、『本稿は、ボードリー・ラカンチヌリード・ロヴヌの著作の体系に従い、それを制限とともにみる。』

(131) 実務では法定抵当権の「制限 (cantonement)」と呼ばれる (Planiol et Ripert, t. XII, n°499, p.470)。

(132) Fenet, t. XV, p. 471.

(133) 縮減のための五つの要件にうけてはボードリー・ラカンチヌリード・ロヴヌに従う (Baudry-Lacantinerie et de

Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1027, pp.144-145)。

(134) Req. 20 avril 1826, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n°2625-1°, S. 1826.1. 439; Req. 6 nov. 1860, D. 1861. 1. 84, S. 1861. 1. 25; Civ. 18 juill. 1893, D. 1894. 1. 113, S. 1894. 1. 335. Aubry et Rau, t. III, § 282, p. 401, texte et note 15; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1029-1, pp. 147-148 et n°1035-1, p.153.

(135) Civ. 26 avril 1864, D. 1864. 1. 181, S. 1864. 1. 396; Aubry et Rau, t. III, § 282, p.402, texte et note 19.

(136) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1027, p.144. オブリーローは、『法定抵当権の制限がなかった場合であっても、縮減の手続により、法定抵当権の目的物を変更する場合は、縮減を解する (⇨四三三(四)) のび、この要件を課せないと思われる。』

(137) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1027, p.144.

(138) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1027, pp.144-145. オブリーローは、『縮減は二一四三条と「類似の状況にある」 (dans des circonstances analogues)」認められるべき (Aubry et Rau, t. III, § 282, p.400, texte)』のび、『この要件を課せないと思われる。』

(139) Req. 9 déc. 1824, *J. G., v° Priv. et hyp.*, n°2607-1°, S. 1825. 1. 213; Civ. 2 juin 1862, D. 1862. 1. 358, S. 1862. 1. 661; Civ. 23 juin 1868, D. 1868. 1. 318, S. 1868. 1. 393; Civ. 9

- mars 1886, D. 1886. I. 353, S. 1888. I. 241. Aubry et Rau, t. III, § 282, p. 400, texte et note 11; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1027, p. 145 et n°1028, p. 145.
- (四〇) Aubry et Rau, t. III, § 282, p.401, texte et note 16; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1029, pp.146-147.
- (四一) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1029, p.147.
- (四二) Aubry et Rau, t. III, § 282, p.401, texte et note 17; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1030, pp.148-149.
- (四三) Civ. 2 juin 1862, D. 1862. I. 358, S. 1862. I. 661. Aubry et Rau, t. III, § 282, p.402, texte et note 18; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1028-I, p. 146.
- (四四) Aubry et Rau, t. III, § 282, pp.400-401, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1027, p.145 et n°1031, p.149.
- (四五) Civ. 2 juin 1862, D. 1862. I. 358, S. 1862. I. 661. Aubry et Rau, t. III, § 282, p.401, note 12; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1031, p.149.
- (四六) 四〇七条・四〇九条は以下各条°  
「第四〇七条 家族会 (conseil de famille) は、治安判

事 (juge de paix) を除き、六名の血族 (parents) 又は姻族 (alliés) をもつて構成する。構成員は、後見開始地の市町村内及び二〇キロメートルの範囲内の者でなければならず、かつ、父方及び母方から半分ずつ父系及び母系の親等の近い者から選任される。

親族は同一親等の姻族に優先する。同一親等の親族間においては、年長者が年少者に優先する。」

「第四〇九条 父系又は母系の血族又は姻族の数が、当該場所又は四〇七条が規定する範囲内において不十分のときは、治安判事は、遠隔地に住所を有する血族又は姻族、同一市町村内において未成年の父母と日常的に交友関係があると思われる市民を招集する。」

- (四七) Aubry et Rau, t. III, § 282, p.401, note 13; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1031, p. 150.
- (四八) Aubry et Rau, t. III, § 282, p.401, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1027, p. 145.
- (四九) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1033, p.150.
- (五〇) Civ. 2 juin 1862, D. 1862. I. 358, S. 1862. I. 661; Civ. 9 mars 1886, D. 1886. I. 353, S. 1888. I. 241. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1034, p. 151.

- (14) Aubry et Rau, t. III, § 282, p.401, texte et note 14.  
 (21) Civ. 9 mars 1886, D. 1886. I. 353, S. 1888. I. 241.  
 Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1034, pp.151-152 et n°1035, pp.152-153.  
 (22) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1035, pp.152-153.  
 (25) Guillaouard, *hypothèques*, t. III, n°1493-1, p.392.  
 (26) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1035-1, pp.153-154.  
 (27) Aubry et Rau, t. III, § 282, p.402, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1036, p.154.  
 (28) Req. 6 nov. 1860, D. 1861. I. 84, S. 1861. I. 25. Aubry et Rau, t. III, § 282, p.402, texte et note 22; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1036, p.155.  
 (29) Req. 6 nov. 1860, D. 1861. I. 84, S. 1861. I. 25. Aubry et Rau, t. III, § 282, p.402, texte et note 21.  
 (31) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1036, p.155.  
 (32) Aubry et Rau, t. III, § 282, p.403, texte et note 24; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1037, p.155.  
 (33) Aubry et Rau, t. III, § 282, p.403, texte et note 26;

Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1037-1, p.156.

(34) Aubry et Rau, t. III, § 282, p.403, texte et note 25.

(35) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1037-II, p.157.

## 六 夫破産時における法定抵当権の制限

### 1 破産債権者の保護

五〇 商法は、夫が破産した場合につき、法定抵当権の目的物(↓五二―五五)及び被担保債権(↓五六)を限定する(一八三八年改正商法五六三条・五六四条)。ただし、これらの限定がされるのは、「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」に限られる(↓五七)。

五一 一八三八年改正商法四四六条又は四四七条に違反して疑わしき期間(↓一五)中に設定された抵当権の無効の主張権者は、債権者団体を代表する管財人(syndic)に

資料 限られる。<sup>(161)</sup>これに対して、一八三八年改正商法五六三条・五六四条の妻の権利の制限は、すべての利害関係人が、それを主張することができる。<sup>(162)</sup>一八三八年改正商法四四六条は「債権者団体に対する関係において」と限定を付すが、

一八三八年改正商法五六三条・五六四条は、そのような限定を付さないからである。したがって、破産者 (failli) (夫) の抵当権者も、法定抵当権の制限を主張することができる。

(161) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1352, p.448.

(162) Civ. 8 déc. 1897, D. 1898. I. 161, S. 1898. I. 273. Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, pp.234-235, texte et note 50; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n° 1013-I, pp.126-127.

## 2 目的物の限定

五二 一八〇七年商法によれば、「夫が婚姻挙式時に商人であるときは、妻は、妻が嫁資として持参したことを公

署証書により証明することのできる金銭又は動産、婚姻中に譲渡された財産の買換え、及び妻が夫とともに負担した債務の補償金につき、婚姻挙式時に夫が所有していた不動産に限り抵当権を有する」(一八〇七年商法五五一条)。また、「夫が婚姻挙式から一年以内に商人となったとき」(一八〇七年商法五五三条)についても、同様である。このように、一八〇七年商法は、「夫が婚姻挙式時に商人であるとき」又は「夫が婚姻挙式から一年以内に商人となったとき」で、かつ夫が破産した場合につき、「妻が嫁資として持参したことを公署証書により証明することのできる金銭又は動産、婚姻中に譲渡された財産の買換え、及び妻が夫とともに負担した債務の補償金」の三種の債権を被担保債権とする法定抵当権につき、目的物を「婚姻挙式時に夫が所有していた不動産」に限定する。したがって、夫が婚姻挙式後に取得した不動産は、すべて、三種の債権を被担保債権とする法定抵当権の目的とされない。

一八〇七年商法が妻の権利を過剰に制限するものであることを理由に、一八三八年改正商法は、法定抵当権の目的物の範囲を拡大する。すなわち、「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」(一八三八年改正商法五六三条)。したがって、法定抵当権の目的から除外される不動産は、夫が婚姻挙式後に有償で取得した不動産に限られる。<sup>(10)</sup> 有償取得不動産を法定抵当権の目的から除外する根拠は、夫が有償で取得した不動産は債権者の担保となるべき金銭を用いたものであるとの推定にあるので、夫が無償で取得した不動産については、それを法定抵当権の目的から除外する理由はないからである。<sup>(11)</sup> なお、一八三八年改正商法は、法定抵当権の目的物を拡大する一方で、目的物を限定される法定抵当権の被担保債権として「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)を加える。

**五三** 夫が婚姻挙式時に所有していた不動産に、婚姻挙式後、何らかの改良を施したとき又は建物を建築したときは、法定抵当権の効力は原則的に価値増加分に及ぶ。なぜなら、「抵当権は抵当不動産につきされた改良のすべてに拡張する」(二二三三条)からである。しかし、一八三八

年改正商法五六三条は婚姻挙式後の有償取得部分の法定抵当権を否定するので、オプリー・ロワヌは、この規定の要件を具備したときについては、一八三八年改正商法五六三条を適用して、価値増加分に対する法定抵当権の効力を認めない。<sup>(12)</sup> その理由につき、ボードリー・ラカンヌリッド・ロワヌ曰く、「法律は、価値増加分 (valeur) が夫の債権者の金銭を利用した結果であることを恐れている。法律は、債権者に損害を与えてまで、夫が法定抵当権の目的物の価値を増加させることを望まない。ところで、このような場合につき、「法定」抵当権が新建物を目的とするとなれば、債権者に損害を与える結果となる。したがって、二二三三条は適用されない」。

**五四** 婚姻中に無償で取得した不動産は、夫が破産したときであっても、法定抵当権の目的となる(一八三八年改正商法五六三条)(↓五二)。したがって、他の相続人とともに夫が婚姻中に不動産を相続したときは、夫の不分割部分 (part indivise) は法定抵当権の目的である。分割により夫が不動産全体の所有者となった場合、又は換価処分 (licitation) による売却で夫が不動産の競落人となった場合につき、法定抵当権の効力が不動産の全体に及ぶのかど

うかという点については、二つの場合に分けて考察される

(1) (117)。  
(2) (118)。

① 相続財産 (biens héréditaires) の現物分割 (partage en nature) の結果として夫が不動産全体を取得したときは、この不動産の全体が法定抵当権の目的となる<sup>(117)</sup>。なぜなら、「このような場合においては、夫は債権者の金銭でそれ取得したとの法的推定が働かないからである」<sup>(118)</sup>。

② 分割において夫が補足金 (soutie) を支払って不動産全体を取得した場合、又は不動産全体の取得が換価処分による場合については見解が分かれる。

一八〇四年法八八三条は、「各共同相続人は、自己の取分 (lot) となった財産 (effets) 又は換価処分により取得した財産を、単独かつ直接 (immédiatement) に相続したものとみなされ、それ以外の相続財産については、初めから所有権を有さなかつたものとみなされる」と規定する。判例は、この規定により夫は不動産の全体を婚姻中に無償で取得したものとみなされることを理由に、法定抵当権の効力が不動産全体に及ぶことを肯定する<sup>(119)</sup>。ポードリー・ラカンヌリッド・ロワヌは、これを支持する。その理由につき、曰く、一八三八年改正商法五六三条は「婚姻挙式後に夫が相続…により取得した不動産だけが法定抵当権の目

的となると規定する。したがって、相続財産の分割において夫が補足金を支払って取得した不動産又は換価処分による競売で取得した不動産が、相続により取得した不動産にあたるのかどうか、検討されなければならない。その答えは八八三条の中に二つも記されている。八八三条によれば、夫は、自己の取分となった財産又は換価処分により取得した財産のすべてにつき、被相続人 (défunt) を相続したものとみなされる。したがって、夫は相続により不動産を取得する。さらに法律は、夫は被相続人を単独かつ直接に相続したものとみなされると規定する。相続人である夫と被相続人との間に、仲介者は存在しないのである。ところで、遺言が存在しない以上、相続は、もはや存在しない者の財産の所有権を取得する唯一の方法に他ならない。したがって、夫は相続により不動産を取得しているのである。そして、商法五六三条によれば、相続により取得した不動産は法定抵当権の目的となる〔傍点部分は原文イタリック〕<sup>(120)</sup>。

これに対して、オプリーローは、八八三条の適用を否定した上で、夫による他の相続人の不分割部分の取得は有償取得であり、一八三八年改正商法五六三条は有償取得部分の法定抵当権を否定するので、不動産全体に法定抵当権

の効力が及ぶことはない<sup>(17)</sup>と解する。その理由につき、曰く、「この問題に八八三条は適用されないと解すべきである。夫が自己の金銭をもって共同相続人の不分割部分を取得した場合において、かつて夫が不分割部分だけを有していた不動産の全体を法定抵当権の目的とする場合は、八八三条の原則を不必要に拡大することであり、かつ商法五六三条の特別規定に穴を開けることになる。実際、夫が自己の金銭を用いて取得した不分割部分を、夫が相続により取得した不動産とみなすことはできない」<sup>(18)</sup>。

**五五** 一八三八年改正商法五六三条により法定抵当権の目的から除外される不動産は、夫が破産時に所有する不動産に限られず、破産以前に譲渡した不動産を含む<sup>(19)</sup>。破産以前に譲渡した不動産が法定抵当権の目的となるとすれば、破産債権者の利益は、法定抵当権行使により不動産所有権を失った第三取得者が行使する、担保責任に基づく請求権(re cours en garantie)により害されることになるからである。

- (19) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.234, note 49.  
 (19) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.235, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1012, pp.

125-126.

- (18) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.235, texte.  
 (19) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.235, texte et note 51; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1014, p.129.  
 (17) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1014, p.129.  
 (17) 夫が婚姻準式以前に不分割部分を有し、婚姻準式後に分割又は換価処分して不動産全体の所有者となしたときにも、同様の問題が生じる。  
 (17) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1015, pp.129-132.  
 (17) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.236, texte et note 52; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1015, p.130.  
 (17) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.236, note 52.  
 (17) Civ. 10 nov. 1869, D. 1869, I. 501, S. 1870, I. 5.  
 (17) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1015, p.131.  
 (17) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.236, texte et note 52.  
 (17) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.236, note 52.  
 (17) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.238, texte et note 60; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1013, p.126.

## 3 被担保債権の限定

五六 「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を行使することができない」(一八三八年改正商法五六四条)(一八〇七年商法五四九条・五五三条参照)。したがって、夫が破産したときは、妻は、夫婦財産契約で夫が妻に与えた婚姻上の利益(↓二五)を被担保債権とする法定抵当権を行使することはできない。<sup>(181)</sup>婚姻中に夫が妻に対してした贈与は婚姻上の利益ではないが、それは婚姻上の利益と同視されるべきであるから、妻は、その履行請求権を被担保債権とする法定抵当権を行使することはできない。<sup>(181)</sup>

(181) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.235, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°987, pp.92-93.

(181) Req. 2 mars 1881, D. 1881. 1. 401, S. 1881. 1. 145. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°987, p.93.

## 4 要件

五七 一八三八年改正商法五六三条・五六四条は、「婚姻挙式時に夫が商人であるとき、又は挙式時から一年以内に商人となったとき」に限り、適用される(↓①—③)。

① 夫が商人であることの可否は、夫婦財産契約における夫の資格(qualité)ではなく、挙式時における夫の現状から判断される。<sup>(182)</sup>したがって、夫婦財産契約において商人の資格を得ていなくとも、夫が婚姻挙式時に商行為(acte de commerce)をしてさえいれば、それだけで、これらの規定の要件は具備する。また、公証人のように、商行為をすることが認められない職にある場合であっても、夫が実際に商行為をしていれば、これらの規定は適用される。<sup>(182)</sup>

② 夫婦財産契約において夫が商人の資格を有していたとしても、夫が実際に商人でなかったとき、又は挙式時から一年以内に商人とならなかったときは、これらの規定は適用されない。<sup>(182)</sup>

③ 「事実上の破産(faillite du fait, ou faillite non déclarée)」の理論により、これらの規定は「破産宣告(déclaration de la faillite)」がされておらずとも、夫が支

払停止の状態に有れば、それだけで適用される。<sup>(86)</sup>しかし、これらの規定は、実際に破産宣告が可能な場合に限り適用されるので、夫の死亡から一年以上が経過しているとき(一八三八年改正商法四三七条参照)、又は、すでに夫が商人でなくなっているときは、適用されない。<sup>(87)</sup>

- (86) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.237, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°983, p.87.  
(87) Req. 5 juill. 1837, *J. G., v° Commerçant*, n°89, S. 1837. 1. 923; Req. 24 janv. 1872, D. 1872. 1. 93, S.1872. 1. 231. Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.237, texte et note 53; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°983, p.87.  
(88) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.237, texte et note 54.  
(89) Cf. Thaller, n°s 1051-1056, pp.833-836.  
(90) Civ. 28 déc. 1840, *J. G., v° Faillite*, n°1085, S. 1841. 1. 31; Req. 29 avril 1889, D. 1890. 1. 19, S. 1889. 1. 425. Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.237, texte et notes 55 à 56; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1012, p.125.  
(91) Req. 4 déc. 1854, S. 1855. 1. 298; Req. 14 avril 1858, S. 1858. 1. 670. Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p.237, texte et note 57.

(未完)

【付記】 拙稿「一九世紀フランス法における『妻の法定抵当権』の概要(一)ーオプリーローの所説をよりどころにー」九州大学『法政研究』第七九巻第一・二合併号(二〇二二年)を以下のように訂正します(誤→正)。

・ 八八頁下段七行 《acte notarié》→《acte notarié》