

## フランス民法典における夫婦財産集中管理の帰趨

香山, 高広  
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/7590>

---

出版情報 : 法政研究. 72 (3), pp.51-114, 2006-01-25. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# フランス民法典における夫婦財産集中管理の帰趨

香山 高 広

## 目次

- 一 はじめに
  - 1 課題
  - 2 法定抵当権の共同管理機能
- 二 法定抵当権の目的物の範囲
  - 1 序論
  - 2 共通財産放棄の場合
  - 3 共通財産承認の場合
  - 4 小括
- 三 検討
  - 1 序論
  - 2 妻の利益の保護

3 信用手段としての法定抵当権

4 二つの抵当観と夫婦財産管理の所在

四 むすび

## 一 はじめに<sup>(1)</sup>

### 1 課題

(イ) 一八〇四年のフランス民法典<sup>(2)</sup>によれば、夫婦財産の「管理」(administration)<sup>(3)</sup>は夫に集中的に帰属する。しかしながら、(後述のように)一九世紀のフランスにおいては、夫婦間に存在する不動産は実際には夫婦の共同管理に服していたと言われている。これは事実なのであろうか、そして、それが事実であるとすれば、その原因は何か。本稿は、夫婦財産制と密接な関係を有する抵当制度の側面から、このことを検証し、よって一八〇四年法下における夫婦財産管理及び抵当取引の実態の一端を明らかにする。もちろん、これにより初めて、一九世紀中葉以降本格化する抵当法改革及び夫婦財産関係法改革を正しく評価することができるであろう。以下、この本稿の課題を詳述しよう。

(ロ) 一八〇四年法は、夫婦財産契約を締結することなく婚姻した夫婦に対して、夫婦財産制として「動産後得財産共通制」(communauté des meubles et acquêts)<sup>(4)</sup>を課している(一二九三条)。夫婦が婚姻時に所有する動産、夫婦が婚姻後に取得した動産(一四〇一条<sup>(5)</sup>一号)、夫婦の固有財産及び共通財産の収益(juissance)(同条二号)並びに相続及び贈与以外の方法で夫婦が婚姻後に取得した不動産(同条三号、一四〇四条<sup>(6)</sup>一項及び一四〇五条<sup>(7)</sup>)が、「共通財産」

(biens communs) の内訳である。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) となる。したがって、夫婦間には三つの財産群が存在する。すなわち、共通財産、夫の固有財産及び妻の固有財産である。これらの財産は、一八〇四年法の規定によれば、すべて夫により管理される。まず共通財産について、一四二一条は、その管理が夫に専属することを明言している。したがって夫は共通財産を売却する場合であっても、妻の参加なしに、それを行うことができるわけである。<sup>8)</sup>

「一四二一条 夫は共通財産を単独で管理する。

夫は、妻の参加なしに (sans le concours)、共通財産の売却、譲渡及び抵当権設定を行うことができる。」

夫の固有財産の管理については、明確な規定は存在しない。しかしながら、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している。そして、妻の固有財産については、一四二八条一項により、その管理は夫に属する。もともと妻の固有財産に対する夫の権限は、共通財産に対するそれほど広いものではない。実際、夫は妻の固有財産を単独で譲渡することはできない（一四二八条三項参照）。

確かに、一八〇四年法は夫に無制限な管理を認めているわけではない。しかし、夫の管理は、夫婦財産全体に及んでおり、したがって、法文上、夫婦財産の管理は夫に集中しているといつて差し支えないであろう。本稿では、このような一八〇四年法の夫婦財産管理の在り方を「夫婦財産集中管理」と呼ぶことにする。

い 一八〇四年法が採用する夫婦財産集中管理に対しては、様々な分野から、様々な評価がなされている。そして、これに対する評価は、夫婦財産関係法に対する評価に留まらずコード・シビル (Code civil) 全体の評価（つまり法典の家父的性格）と関連づけられることになる。

ところで、一八〇四年法は、なぜ夫婦財産集中管理を採用したのであるか。フランス革命期の夫婦平等の理念は(少なくとも形式的には)一八〇四年法においては完全に消滅し、夫権 (*puissance maritale*) の復活が明瞭であることは否定しがたい。したがって、夫婦財産集中管理を夫権の効果に求めることも十分可能である<sup>(10)</sup>。また、その根拠を、妻の財産管理能力の欠如や、「夫は共通財産の領主であり主人である (*le mari est seigneur et maître de la communauté*)」の伝統 (パリ慣習法二二五条参照) の中に見いだすこともできるかもしれない。しかしながら、これらにその根拠を求めることは、一八〇四年法の理解としては、正確ではないように思われる。なぜなら、一八〇四年法は、近世法の伝統とは異なり、夫の権限に重大な制限をもたらしているからである (一四二二条参照)。

そこで、稲本は、夫婦財産集中管理を、取引から生じる煩雑さを排除することを通して近代社会に要求される簡易迅速な資本流通を実現するシステムと理解する。曰く、「妻は…無能力者とされ、取引社会との関係において消極的に保護されると同時に、夫による経営に積極的にも消極的にも関与し得ない<sup>(11)</sup>」、「そしてこのことによつて家族—経営に帰属する財産を資本として統一的に把握することが可能となる<sup>(12)</sup>」、「法典上の夫婦財産制は、このように、もはや個人にしか帰属しない資産を、法人の觀念に依らずに、取引社会において統一的に運用するに適合した自己完結的なシステムである<sup>(13)</sup>」、「この法典が以後のフランス私法の近代法的成熟を基本的に規定した<sup>(14)</sup>」。

(二) では、夫婦財産集中管理は、一九世紀のフランスにおいて有効に機能したのであるか。従前のフランス夫婦財産制研究は、この点に言及していないように思われるが、これを明らかにしておくことは極めて重要である。なぜなら、この点を認識することにより始めて、二〇世紀以降の夫婦財産関係法改正を正当に評価することができるからである。この点について、明確な記述はないが、稲本は、少なくとも一九世紀においては夫婦財産集中管理が有効に機能していたと考えていたようである<sup>(15)</sup>。

しかしながら、近年のフランスの論者は、夫婦による夫婦間不動産の「共同管理」(*cogestion*)<sup>(16)</sup> が既に一九世紀に存

在していたことを指摘する。例えば、エネス＝クロク（Aynès et Crocq）<sup>(17)</sup> は次のように述べている。<sup>(18)</sup>

「夫が不動産取引を欲することに、妻は、自分の有する抵当権を放棄するか、夫の契約相手方をそれに代位させるか、しなければならなかった。そうしなければ、夫は取得者も貸手も見いだすことはない。つまり、法定抵当権は、不動産を目的とする重大行為について、間接的ではあるが、共同管理（cogestion）を課したわけである。〔傍点は引用者による〕。」

この引用部分の意味するところは次節で検討を加えるが、この論者は、夫婦が所有する不動産は間接的共同管理の下にあったことを指摘する。しかし、このことは明らかに一八〇四年法が採用する原則（夫婦財産集中管理）と矛盾する。では、一九世紀、夫婦財産集中管理は一八〇四年法の原則として有効に機能したのであるうか。そして、仮に、（先に引用した論者が指摘するように、）条文の存在にも拘わらずそれが機能していなかったとすれば、その原因は何であろうか。本稿の課題は、このことを明らかにすることにある。

(ホ) ところで、夫婦財産集中管理の有効性は、実際には妻の法定抵当権（*hypothèque légale de la femme*）（以下、単に「法定抵当権」と記した場合には、本稿においては、全て妻の法定抵当権を指す）の目的物の範囲により決定される（その詳細は本章第二節参照）。一方において、ある財産が法定抵当権の目的物であれば、妻は、夫の処分後であっても、その財産を追行することができる。これは、法が認める夫の管理を、妻が事実上事後的に否定することに他ならない。他方で、このことを回避するために、夫は法定抵当権の目的物を処分するに際して妻に法定抵当権を放棄させるようになる。これは、事実上、不動産管理を妻の同意に服させることである。このように、法定抵当権の目的物とされた財産は夫婦財産集中管理の対象から除外されることになる。そこで、本稿は、第二章において、法定抵当権の目的物の範囲を明らかにすることを通して、夫婦財産管理の所在を明らかにする。この分析により、夫婦間に存在する不動産

は全て、事実上の共同管理に服することが明らかになるであろう。次に、学説及び判例が、なぜ一八〇四年法の原則に抵触するような解釈を打ち立てたのかが問題となる。本稿は、第三章において、その理由を分析する。

もちろん、この作業により、一九世紀の夫婦財産管理の有り様についての従前の理解は一定の修正を余儀なくされる。そして、このことは二〇世紀の夫婦財産関係法改革（具体的には一九六五年七月二三日法、以下、単に「一九六五年法」と呼ぶ）の（真の）意義を明らかにするであろう。しかし、本研究の意義は夫婦財産関係法に留まるものではない。なぜなら、この問題は、後に詳述するように、抵当制度の在り方（抵当観）についての理解と密接な関係を有しているからである。実際には、この分析を通し、われわれは一九世紀の支配的な抵当観を知ることになる。なお、本稿は検討の対象を一八五五年以前の学説及び判例に限定する。それは、（一九世紀最大の抵当法改革である）一八五五年三月二三日法（以下、単に「一八五五年法」と呼ぶ）の意義を明らかにすることこそが、一九世紀乃至二〇世紀の抵当法改革全体の意義を正しく評価する大前提に他ならないからである。もっとも本稿はこれらの改革法の再評価にまで触れるものではない。しかし、後日の再評価の作業にあたっての、重要な資料となることであろう。

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

・ 仏語文献—**AYNÈS (L.) et CROCCQ (P.)**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Defrénois, 2003; **BERTAULD (A.)**, *De la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées*, Paris, 1853; **BERTAULD (A.)**, *De l'hypothèque légale des femmes mariées sur les conquêts de la communauté*, Paris, 1852; **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, 4<sup>e</sup>éd., Paris, P. U. F., 2003; **DELVINCOURT**, *Cours de Code civil*, 3 vol., Paris, 1824; **Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont été proposées**, publiés par ordre de M. MARTIN (DU NORD), 3 vol., Paris, 1844; **DURANTON**, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 22 vol., Paris, 1825-1842; **DUVAL (A.)**, *Essai sur les origines et le développement de l'hypothèque légale de la femme mariée en pays coutumier*, thèse, Paris, 1910; **GIDE (P.)**, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne*, Paris, 1867; **GRENIER (J.)**, *Traité des hypothèques*, 2 vol., 2<sup>e</sup>éd., 1824; **HALPÉRIEN (J.-L.)**, *Histoire du droit privé*

français depuis 1804, Paris, P. U. F., 1996; **LEFEBVRE** (G.), *Cours de doctrat sur l'histoire du droit matrimonial français, le droit des gens mariés*, 1908; **MALAURIE** (Ph.) et **AYNÈS** (L.), *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Defrénois, 2004; **MÉRIGNHAC** (L.) et **MÉRIGNHAC** (A.), *Traité théorique et pratique des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, 2<sup>e</sup>éd., Paris, 1903; **NERSON** (R.), *La publicité des hypothèques légales de la femme mariée et de l'incapable en tutelle*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1958, pp.161 et s; **OLIVIER-MARTIN** (Fr.), *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, 2 vol., réimpression complétée par des additions bibliographiques, Paris, Édition Cujas, 1972; **OUDINOT** (P.), *De l'hypothèque légale de la femme mariée sur les conquêts de communauté*, thèse, Paris, 1913; **PERSIL** (J.-C.), *Questions sur les privilèges et hypothèques, saisies immobilières et ordre, faisant suite au régime hypothécaire*, 2 vol., 1812; **PERSIL** (J.-C.), *Régime hypothécaire : ou Commentaire sur le XVIII<sup>e</sup> titre du livre III<sup>e</sup> du Code civil, relatif aux privilèges et hypothèques: contenant les décisions ministérielles, la jurisprudence de la Cour de cassation, et les arrêts et jugements des cours et tribunaux du royaume: suivi des formules et bordereaux nécessaires pour les inscriptions*, 3<sup>e</sup>éd., 2 vol., 1820; **PIÉDELIEVRE** (A.), *Les règles particulières à l'hypothèque légale des époux*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1968, pp.229 et s; **PLANIOU** (M.) et **RIPPERT** (G.), *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., Paris, 1924-1934; **POTHIER**, (R.J.), *Traité de la communauté*, *Œuvres de Pothier*, t. VII, par Bugnet (M.), 1845; **RENUSSON**, *Traité de la communauté de biens, entre l'homme et la femme conjoints par mariage*, *Œuvres de M. de Renusson*, nouvelle édition, t. I, Paris, 1760; **RODIÈRE** (A.) et **PONT** (P.), *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux relativement à leurs biens*, 1<sup>er</sup>éd., 2 vol., 1847; **THÉRY** (Ph.), *Sûretés et publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., P. U. F., 1998; **TOULLIER** (C.-B.-M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre de code; ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, 15 vol., 5<sup>e</sup>éd., 1830-1842; **TROPIONG** (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*, 4 vol., 4<sup>e</sup>éd., 1845; **TROPIONG** (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, du contrat de mariage et des droits respectifs des époux, commentaire du titre V du livre III du code civil*, 4 vol., 1<sup>er</sup>éd., 1850; **VALETTE** (A.), *Traité des privilèges et des hypothèques*, t. I, Paris, 1846; **WABLE** (A.), *Traité théorique et pratique des renonciations par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur, loi du 13 février 1889 portant modification de l'article 9 L. 23 mars 1855*, Paris, 1892; **ZACHARIAE** (C.-S.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand sur la cinquième édition (1839), et revu et augmenté avec l'agrément de l'auteur par AUBRY (C.) et **RAU** (C.), 2<sup>e</sup>éd., 3 vol., Bruxelles, 1850.*

・邦語文献—ジャン・マンベール (三井哲夫・菅野一彦訳) 『フランス法制史』(白水社 一九七四年) 稲本洋之助 『フランスの家族

法』(東京大学出版会、一九八五年)、犬伏由子「フランスにおける夫婦財産関係法と夫婦の平等——一九六五年法から一九八五年法への歩み——」(五)『山形大学紀要(社会科学)』第一八巻第一号(一九八七年)一九七二頁・第一九巻第一号(一九八八年)一九七—二四六頁・第二〇巻第二号(一九九〇年)四三—八二頁・第二二巻第二号(一九九一年)二二七—三三八頁・第二二巻第二号(一九九二年)八三—一二二頁、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)『社会科学研究』第三七巻第六号(一九八六年)一—五二頁・第三八巻第一号(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)一一三—二五一頁・第五二巻第一号(二〇〇〇年)一一五—一四三頁・第五三巻第二・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—二二三頁・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「第一次総裁政府における抵当法『構想』——共和暦七年法研究序論——」『法政研究』第七〇巻第一号(二〇〇三年)一一五—一八頁、関口晃「妻の法律的地位」『フランス民法の一五〇年(上)』(有斐閣、一九五七年)一六六—三三八頁、高橋朋子『近代家族団体論の形成と展開——家族の団体性と個人性』(有斐閣、一九九九年)、橋本真「抵当権の処分(フランス法)」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』(社団法人商事法務研究会、一九九五年)二七〇—二七四頁、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二一日の抵当制度に関する法律——フランス担保法の翻訳(一)——」『法政研究』第六九巻第四号(二〇〇三年)八〇七—八二五頁。

(2) 以下、単に「一八〇四年法」と呼ぶ。なお、本稿において単に条文数だけを示した場合には、それは全て一八〇四年法のそれである。

(3) フランス法において「管理」(administration)は、管理行為だけでなく、処分行為を含む広い意味でも用いられる(Cf. Cornu, p.30)。本稿も「管理」をこのような意味で用いている。

(4) 本稿は、夫婦財産制と抵当制度の関係の分析を通じ、フランス民法典の性格の一端を明らかにしようとするものである。したがって、本来であれば、法定制である動産後得財産共通制だけでなく、他の財産制も検討の対象とすべきであろう。特に、本稿の主たる検討対象である法定抵当権は、沿革的にはローマ法の嫁資制と密接な関係を有する以上、嫁資制との関係の分析は不可欠であると思われる。しかしながら、本稿が法定制だけを検討の対象としたのは、もちろん一八〇四年法が、嫁資制でなく動産後得財産共通制を夫婦財産制の理念型として想定し、それを前提に(夫婦財産制以外の)民法上の諸制度を構築しているからに他ならない。したがって、本稿は、所期の目的のために、動産後得財産共通制と抵当制度の関係を分析することで十分であると考えた。実際、夫婦財産共同管理機能を担う抵当権代位は、主として共通制の下で機能することになる(後掲一八五二年二月二八日デクレ二〇条・一八五五年法九条参照)。したがって、動産後得財産共通制だけを検討の対象とすることは、抵当権代位を抵当制度の史的発

展過程の重要な一要素と位置づけようとする本稿の立場からも正当化されるであろう。

(5) 「一四〇一条 共通財産の積極的構成部分は次に掲げるものである。

一 夫婦双方が婚姻挙式日に有する動産のすべて及び婚姻期間中に相続又は贈与により取得した動産のすべて。ただし、贈与者が反対の意思を表明したときは、この限りでない。

二 婚姻中に取得又は受領され、及び婚姻挙式日に夫婦に属していた財産又は名義を問わず夫婦が婚姻中に取得した財産から生じた、果実、所得、利息及び定期金のすべて。

三 婚姻中に取得した不動産のすべて。」

(6) 「一四〇四条 夫婦が婚姻挙式日に有した不動産又は婚姻中に相続名義で取得した財産は、共通財産に組み込まれない。

夫婦の一方が、共通制の合意を含む夫婦財産契約から婚姻挙式までの期間に不動産を取得したときは、この期間中に取得した不動産は共通財産に組み込まれる。ただし、不動産の取得が夫婦財産契約の約款の履行としてなされたときは、この限りでない。この場合において、共通財産は契約に従って決定される。」

(7) 「一四〇五条 婚姻中に不動産が夫婦の一方に贈与されたときは、その不動産は共通財産に組み込まれず、受贈者の所有に帰する。ただし、贈与において贈与物が共通財産に属することが明示されているときは、この限りでない。」

(8) しかしながら、一八〇四年法は、無制限な夫の管理を認めているわけではない。夫は、不動産の贈与、動産の包括的贈与、用益権留保付きの動産贈与（一四二二条）（ただし、共通子の独立〔*établissement*〕のためであれば、夫は、これらの贈与を行うことができる（一四二二条））及び共通財産中の夫の持分を超えた遺贈（一四二三条一項）を行うことができなければならないからである。

ところで、すでに一九世紀前半の判例 (*Req. 5 févr. 1850, D. 50. 1. 97.*) 及び学説 (*cf. Troplong, marriage, t. II, nos 903-906.*) は、不動産贈与の禁止が妻の利益保護を目的としたものであることを理由に、妻が夫の贈与行為に参加した場合の当該贈与の有効性を承認している（詳しくは *Planiol et Ripert, t. VIII, n° 554* 参照）。夫婦財産の一部共同管理を導入した一九六五年法（同法につき、詳細は、稲本一五五頁以下参照）一四二二条は、この準則を公認したものに過ぎない。

(9) 「一四二八条 夫は妻の個人財産のすべてについて管理を有する。

夫は妻に属する動産及び占有訴権のすべてを行使することができる。

夫は妻の承諾なしにその個人不動産を譲渡することができない。

夫は保存行為の欠如により生じた妻の個人財産の毀損につきその責めに任ずる。」

(10) 関口一八三頁。

(11) 稲本一六四―一六五頁。

- (12) 稲本三五一頁。
- (13) 稲本三七七―三七八頁。
- (14) 稲本三二九頁。
- (15) 稲本一六九頁参照。
- (16) 一九八五年一月二三日法は共通財産管理に対する夫婦の平等を実現するが、同法の下においては、三つの管理方法が存在している (cf. Malaurie et Aynès, *régimes matrimoniaux*, n°s 402-404.)。すなわち、夫婦双方が共通財産全体に対して管理を有する「競合管理」(*gestion concurrente*)、夫婦が二人で管理する「共同管理」(*cogestion*)、夫婦の一方だけが特定の共通財産を単独で管理する「独立管理」(*gestion séparée*)である(詳しくは犬伏「夫婦の平等(四)」九五―九九頁参照)。本稿は、「共同管理」という概念を、一九八五年法における《*cogestion*》の意味で用いている。
- (17) Aynès et Crocq, *sûretés*, n° 704.
- (18) 同趣旨の指摘として、アンブール一六―一七頁、Malaurie et Aynès, *régimes matrimoniaux*, n° 410 (「妻が享受する法定抵当権のために、夫は、実際には、妻の協力なしに共通財産中の不動産を譲渡することができなかつた」); Piedelievre, p.232 (「妻の法定抵当権は有害であるどころか、有用であった。なぜなら、それは非常に広い方法において夫の不動産取引への参加及び規制 (*participer et contrôler*) を、妻に認めたからである」); Halperin, n° 53, p.91 (「妻の法定抵当権の譲渡性を認めながら、実務は、夫が自己の財産の売却又は抵当権設定を行う毎の、妻の介入 (*intervention*) を奨励した。この法定抵当権の放棄は、…夫婦の結合 (*association conjugale*) における「夫婦の」平等を回復したのである」) 参照。

## 2 法定抵当権の共同管理機能

- (イ) 夫婦財産の管理の帰属は、法定抵当権の目的物の範囲と関係する。これは具体的にはどういう意味なのであろうか。中心的課題の検討に先立ち、この点を明らかにしておかねばならないであろう。<sup>(19)</sup>
- (ロ) 一八〇四年法は、一方で妻を無能力者とし、他方で夫に共通財産だけでなく妻の固有財産に対してまで広範な権

限を付与した。そこで、夫の悪しき財産管理から妻を保護する必要が生じ、一八〇四年法は、そのための制度を複数準備している<sup>(20)</sup>。法定抵当権はその一つである<sup>(21)</sup>。極めて簡潔にはあるが、法定抵当権制度の内容を見ていこう。

妻は、夫に対して有する債権（被担保債権の種類については二二二条一項及び二二三五条<sup>(22)</sup>参照）の担保のために、「夫の財産」(les biens de leur mari) (二二二条) 又は「夫の不動産」(les immeubles de leur mari) (二二三五条一項二号) に、法定抵当権を有する。この法定抵当権の順位は一樣ではない(二二三五条二項及び三項参照) が、原則的に婚姻日 (jour du mariage) である(二二三五条一項二号)。また、法定抵当権は夫の現在及び将来の全不動産を目的とする(二二二二条<sup>(24)</sup>)。

この法定抵当権は登記 (inscription) を対抗要件としない(二二三五条一項)。したがって、妻は、未登記の状態でも夫の抵当権者又は第三取得者に法定抵当権を対抗することができる。もともと、不動産取引安全の観点からは法定抵当権を公示することが望ましい。そこで、一八〇四年法は夫らに登記義務を課している(二二三六条、なお併せて二三八条参照)（もともと夫らが法定抵当権を登記することは、あまりなかったようである）。

法定抵当権の目的不動産を購入した者は、それを滌除 (Druge) により消滅させることができる。法定抵当権が登記されている場合はそれは通常の滌除手続(二二八条—二一九二条) に従い、又、それが未登記の場合には特別手続(二一九三—二一九五条) に従い滌除される。

(イ) このような非公示型法定抵当権が不動産取引の障害物となるであろうことは、容易に理解されるであろう。不動産取得者は、不動産購入後しかも購入からかなりの時間が経過した後、法定抵当権により追行される恐れがある。また、合意により抵当権を設定した債権者は、抵当権実行段階に至り、優先的順位を有する妻の出現により不動産競売代価の大部分を奪われることになる。もちろん、一八〇四年法は滌除制度を用意しているが、これを利用することができるのは第三取得者に限られる(二二八一条及び二一九三条参照)。また、滌除手続は、それを利用することができる第

三取得者にとつても、費用と時間の面から好ましいものではなかつた。そこで公証実務は、不動産取引毎に、妻に法定抵当権を放棄又は譲渡させる手法を用いる。これが後に「妻の法定抵当権への代位」(la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées) (以下、本稿においては単に「抵当権代位」と呼ぶ)と呼ばれるものに他ならない。

抵当権代位は法定抵当権を対象とする契約の総称であり、この用語自体は一九世紀中葉頃から一般的に用いられるようになる。したがって、一九世紀前半には、様々な名称で呼ばれていた。また、その有効性・要件・効果についても学説上激しい対立がある。したがって一九世紀前半の抵当権代位を正確に定義することは極めて困難であるが、本稿においては、さしあたり次のように定義しておく。すなわち、抵当権代位とは、妻が夫の債権者又は第三取得者に対して法定抵当権の利益を放棄又は譲渡する契約のことである。

抵当権代位の手法を用いることにより、法定抵当権は機能不全の状態に陥ることになる。したがって、債権者も取得者も、安心して不動産に抵当権を設定し、又はそれを譲り受けることができる。

しかしながら、そもそも一八〇四年法は、このような契約の有効性を認めているのであろうか。一八〇四年法は、妻が夫婦財産契約で法定抵当権を全面的に放棄することを禁止している(二一四〇条<sup>25</sup>)。また、婚姻後においては、妻は、妻の最近親者四名の合意と裁判所への請求を条件に、特定不動産の法定抵当権を放棄することができるに過ぎない(二一四四条<sup>26</sup>及び二一四五条<sup>27</sup>参照)。そうであるとするれば、夫による不動産取引毎に、妻が合意のみで法定抵当権を放棄又は譲渡することはできないのではなからうか。恐らく一八〇四年法の草案起草者は、法定抵当権の個別放棄に二一四四条及び二一四五条の手続を課すべきであると考えていたと思われる<sup>28</sup>。そして、実際、初期の判例(破毀院一八二二年一月九日判決<sup>29</sup>)は抵当権代位にこれらの規定を適用していた。しかし、学説も判例も、これらの手続を要しない抵当権代位契約の有効性を認めるようになる。では、この点について、学説は、どのような論理を用いて、これらの手続を不要とする結論を導き出したのであろうか。この点について、トロロン(Tropiong)の意見を聞いてみよう<sup>30</sup>。

「妻が第三者のために法定抵当権を放棄するとき、妻は、この第三者と直接的に取引を行っている。多くの場合において、妻は法定抵当権を第三者に与えるためにそれを手放している。妻は、買手を決定するため又は金銭貸主を決定するために、その優先権を第三者に譲渡するわけである。妻が夫のために法定抵当権を放棄する場合は異なっている。夫のための放棄は常に純然たる放棄である。つまり、その放棄により法定抵当権が移転するわけではない。放棄は抵当権を移転させるわけではなく、それを消滅させるわけである。∴法律は第三者のための抵当権の移転にいかなる形式も課していない。確かに、放棄する妻が夫のためという理由でそれを決心する場合もあるが、それは、あまり重要なことではない。実際、夫のために、そして、夫を救うために、妻はそのような放棄に合意するのであろう。しかし、第三者は、そのような理由を調査する必要はない。この第三者は、能力者と取引を行っている。つまり、彼は共通法を信頼したわけであり、法律が妻が夫に合意した抵当権解除及び登記抹消のためにだけ要求した手続を、法定抵当権の譲渡に適用することは、この者の善意を裏切り、かつ契約法を冒瀆することなのである。」

つまり、一八〇四年法が要求する手続は、妻が夫のために法定抵当権を放棄する場合に限り課せられるものであり、第三者のために放棄又は譲渡する場合にまで、それは要求されないと言うわけである。

(二) 法定抵当権の目的不動産が取引対象となる場合に、第三者が常に抵当権代位を要求するようになるのであることは、容易に想像できる。したがって、実際には、夫は単独で不動産を管理することはできず、常に妻の参加が必要とされたわけである。つまり、事実上、法定抵当権の目的不動産は、共同管理下にあったということになる（法定抵当権の共同管理機能）。

しかしながら、夫婦間の全ての不動産が当然に共同管理に服したというわけではない。共同管理に服するのは、あくまで法定抵当権の目的不動産である。そこで、当然に、法定抵当権の目的物が何かが重要となる。この点については、一八〇四年法は「夫の財産」（二二二一条）又は「夫の不動産」（二二三五条一項二号）（以下、単に「夫の財産」と呼

ぶ)が法定抵当権の目的となることを規定するに過ぎない。問題は「夫の財産」の意味である。つまり、一八〇四年法は、第三編第一三章(先取特権及び抵当権)中のこの概念が、同編第五章(夫婦財産契約及び夫婦相互の権利)中のどの概念に対応するのかを明確にしておらず、<sup>(31)</sup>したがって、これを明確にしない限り法定抵当権の目的物は決定されないわけである。

さて、以上の点を念頭に、第二章においては、法定抵当権の目的物の範囲をめぐる一九世紀の学説及び判例の態度を検証していこう。

(19) フランス法における「抵当権代位」については、後日別稿で詳述する予定である。これについての邦語文献としては橋本二七

〇—二七四頁がある。仏語文献は枚挙に遑がないが、さしあたり *Planiol et Ripert, t. XIII, nos 1366-1431* を挙げておく。

(20) cf. *Planiol et Ripert, t. VIII, n° 517*.

(21) 簡単にはあるが香山「基本的性格(1)」二二二—二二五頁参照。

(22) 「二二二条 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。

未成年及び禁治産者の権利及び債権につき、後見人の財産に対して。

国家、市町村及び公施設の権利及び債権につき、収入吏及び会計吏の財産に対して。

(23) 「二二五条 次に掲げる抵当権は、すべての登記とは無関係に成立する。

一 未成年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に属する不動産上に成立する。

二 妻の抵当権。この抵当権は、嫁資及び夫婦財産契約のために、婚姻日から夫の不動産上に成立する。

妻は、婚姻期間中の相続又は贈与から生じた嫁資金銭については、相続開始又は贈与が効力を生じた日から限り、抵当権を有する。

妻は、夫とともに負担した債務の補償及び譲渡された固有財産の再運用については、債務負担日又は売却日から限り、抵当権を有する。

いかなる場合においても、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。」

- (24) 「二二二二条 法定抵当権を有する債権者は、債務者に属する不動産及び後に債務者に属するであろう不動産のすべてにつき、権利を行使することができる。ただし、以下で掲げる制限があるときは、この限りでない。」
- (25) 「二二四〇条 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ついてのみ登記することを合意したときは、登記のために指示されなかった不動産は、妻の嫁資並びに取戻及び夫婦財産契約上の合意のための法定抵当権から解放される。ただし、まったく登記がなされないことを合意することはできない。」
- (26) 「二二四四条 夫は、妻の合意と家族会に集った最近親者四名の意見を聞いた後、嫁資、取戻及び夫婦財産契約上の合意を担保するためのすべての不動産上の包括抵当権を、妻の権利の完全な保全のために十分な不動産に制限することを請求することができる。」
- (27) 「二二四五条 夫及び後見人の請求に基づく判決は、政府委員の意見聴取後、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減殺を宣言したときは、それ以外の登記は抹消される。」
- (28) 香山「基本的性格(5)」三四六頁。ただし、国務院審議において、個別放棄に、これらの規定を課さないことを前提に発言している者(トロンシエ)もいる(香山「基本的性格(5)」三四一頁)。
- (29) Reg. 9 janv. 1822, S. 23. 1. 148.
- (30) Troplong, *hypothèques*, t. II, n° 643 bis, pp. 576-578.
- (31) 一八〇四年法の起草者は法定抵当権と共通制の關係に無自覚であった(Lefebvre, p. 569, note 1.)。それは草案起草者であるトレヤールの思惑(香山「基本的性格(4)」二〇三—二〇四頁)に由来するものと思われる。

## 二 法定抵当権の目的物の範囲

### 1 序論

- (イ) 法定抵当権の目的物は、事実上、共同管理の対象となる。もちろん、抵当権は不動産のみを目的とする物権であ

る(二一一条)ので、共通財産中の動産については一八〇四年法の原則(夫婦財産集中管理)が常に妥当する。問題は、夫婦間に存在する不動産のうち、どの不動産が法定抵当権の目的となるかである。この点について、一八〇四年法は「夫の財産」(二二一条)と記すのみで、それが第三編第五章中の諸概念の何を指すのかを明らかにしていない。したがって、この点については、全て学説及び判例に委ねられることになる。

夫婦間には三種類の不動産が存在している。夫の固有財産、妻の固有財産及び後得財産(acquests)である。妻の固有財産が法定抵当権の目的でないことは言うまでもない。

また「夫の財産」が夫の固有財産を意味することについても、問題はない。夫の固有財産は夫の財産以外の何ものでもないからである。したがって、夫の固有財産は、妻が共通財産を承認したか放棄したかを問わず、常に法定抵当権の目的となり、妻は、夫からの固有財産の譲受人又は抵当権者に対して、法定抵当権を對抗することができる。その結果、夫は事実上それを単独で管理することはできない<sup>(32)</sup>。

(四) 問題は後得財産の取り扱いである<sup>(33)</sup>。相続及び贈与以外の方法で夫婦が婚姻中に取得した不動産(後得財産)はすべて共通財産となる(一四〇一条三号)が、この後得財産は厳密には夫婦の不動産に他ならない。したがって、夫の不動産を目的とする法定抵当権は、後得財産を目的としないのではないかとの疑義が当然に生じる。そこで、後得財産が法定抵当権の目的となるのが問題となる。

夫婦財産集中管理に従順であるためには、法定抵当権の目的物は狭く解されるべきである。したがって、後得財産は法定抵当権の客体から除外されるべきであるということになる。そして、実際、一八〇四年法の厳密な文理解釈は、そのような結論を十分に正当化するであろう。

そうであるにもかかわらず、後得財産が常に法定抵当権の目的物とならないとする見解は、管見の限りでは存在しない<sup>(34)(35)</sup>。なぜなら、後得財産が法定抵当権の目的物となると解したとしても、夫婦財産集中管理に抵触しない場合が存在するか

らである。では、学説は、どのような場合にそれを肯定するのであろうか。

(い) 法定抵当権は本来的に婚姻解消後に機能するが、婚姻解消後、後得財産の運命は妻（又は妻の相続人）の意思に従属する。すなわち、妻は相続財産の放棄又は承認を行う選択権を有する（一四五三条）が、その態度決定により後得財産は、その選択に応じた性質を取得するからである。そして、後得財産を目的とする法定抵当権も、その影響を受けることになる。また、この財産上に他の利害関係人（具体的には夫からの物権取得者）が存在するか否かも、この問題を考察するにあたっての重要な要素となる。

そこで、以下では、妻が共通財産を放棄した場合（第二節）と、それを承認した場合（第三節）とに分けて、この問題を検討する。また、この二つの事案は、婚姻解消時に後得財産が共通財産を構成し続けている場合（第二節第一款及び第三節第一款）と、それが既に処分されてしまっている場合（第二節第二款及び第三節第二款）とに再区分されるべきである。以下、この四つのケースについて、法定抵当権の目的物を検証していく。

(32) cf. *Planiol et Ripert*, t. VIII, n° 574.

(33) 本稿第三章は、一八四一年の政府アンケートの結果（意見書）を用いて、事実上の共同管理の原因を検討する。では、このアンケートの結果において、本章の問題は、どのように論じられていたのであろうか。この点につき、意見書中、法定抵当権の目的物について触れたのは、アミアン控訴院、ドゥエー控訴院、ディジョン控訴院、ポー控訴院及びカーン法学部の五つの機関である。これらの見解については、本章の脚註の中で紹介する。もともと、ポー控訴院は、妻が共通財産を放棄した場合に、妻は後得財産の第三取得者に法定抵当権を対抗することができ旨を述べるに過ぎず、それ以外の事案については何も触れていない（*Documents*, t. II, p.327）。また、カーン法学部も、後得財産に登記を行うことができることを記すだけであり、その他詳細については何も述べない（*Documents*, t. II, p.385.）

(34) cf. *Oudinot*, p.22.

(35) ただし、一八四一年アンケートにおいては、ドゥエー控訴院が、一四二一条を根拠に、後得財産全てを法定抵当権の目的物か

ら除外することを提案している (Documents, t. II, p.239.)。

## 2 共通財産放棄の場合

前述(第一章第二節(ロ)参照)のように、一八〇四年法は妻に対して複数の保護的措置を付与した。共通財産放棄 (*renonciation à la communauté*) は、その一つである。

共通制の解消(解消原因については一四四一条参照)後、共通財産の清算及び分割が行われることになる。しかしながら、共通制存続中の夫の悪しき財産管理は妻を危険に曝す恐れがある。そこで、一八〇四年法は、清算及び分割に先立ち、妻(又は妻の相続人)に選択権 (*un droit d'option*) を付与した。すなわち、妻は、共通財産を承認 (*acceptation*) することもできるが、共通財産が多く債務を抱えている場合などには、三ヶ月と四〇日以内の夫の住所の第一審裁判所の書記課に対する申述(一四五七条)により、それを放棄することもできる(一四五三条)。共通財産を放棄した妻(以下、単に「放棄妻」と呼ぶ)は、共通財産に対する全ての権利を失う(一四九二条一項)が、それにより、共通財産の債務の分担から免れることになる(一四九四条)。

では、放棄妻は後得財産上に法定抵当権を有するのであるか。この問題を考察するにあたっては、先に述べたように、後得財産が共通制解消時に共通財産を構成している場合(第一款)と、それ以前に処分されている場合(第二款)とに分けて論じなければならない。

(1) 後得財産が共通制解消時に共通財産を構成している場合

(イ) 相続人が相続を放棄した場合、この相続人は初めから相続人でなかったものとみなされる。一八〇四年法は、このことを明確に規定している(七八五条)が、では、共通財産を放棄した妻は法的にどのように取り扱われるのであるか。この点について、相続の場合と異なり、一八〇四年法は何らの規定も設けていない。しかしながら、学説は一般的に相続放棄の場合と同様に考えている。つまり、共通財産放棄の遡及効により、妻は全く共通財産の所有権を有さなかつたものとみなされるわけである。<sup>36)</sup> その結果、後得財産は夫の固有財産と混同されることになり、法定抵当権は夫の固有財産と同様に当然に後得財産を目的とすることになる。

後述するように、ヴァレット (Vallette) は法定抵当権の目的物の範囲を極めて厳格に解する論者の一人であるが、その彼でさえ、このケースにおいては後得財産に対する法定抵当権を肯定する。<sup>37)</sup>

「妻が「共通財産を」放棄した場合、共通財産の不動産はすべて、常に夫に属したものと見なされる。したがって、それらは全て、法定抵当権の目的とならねばならない。妻の放棄は、妻が共通財産上に有する共同所有権について、解除条件成就に結びつけられた効果を生み出すことになる。したがって、夫は、新名義ではなく、夫婦財産契約中の約款から生じる原初的権利として、全ての財産を保持する。」

ヴァレットは、この結果を、共通財産放棄の遡及効ではなく、<sup>38)</sup> 夫婦財産契約の約款に求める。この点で一般的な見解とは異なるが、いずれにせよ、彼が、この事案で法定抵当権を承認していることは疑いの余地がない。

(ロ) 以上の結論につき、全く争いが<sup>39)</sup>ない。あまりにも自明な結論であるので、この問題に触れない論者もいるくらいである。

後述するように（本節第二款）、後得財産が共通制解消以前に処分されている場合に後得財産に対する法定抵当権の対抗力を承認すると、一四二一条に抵触する恐れがある。しかし、本款の場合には、そもそも後得財産が処分されていないわけであるから、法定抵当権を承認したとしても一四二一条との抵触は問題とならない。そのため、学説は法定抵当権を承認することに躊躇がないわけである。

(2) 後得財産が共通制解消以前に処分されている場合

(イ) 共通制解消以前に、夫が後得財産に抵当権（合意による抵当権）を設定した場合、放棄妻はこの抵当権者に対して法定抵当権を対抗することができるのであろうか。<sup>(40)</sup> また、同じく解消以前に夫が後得財産を売却した場合、放棄妻は第三取得者に法定抵当権を対抗することができるのであろうか。<sup>(41)</sup> ここでは第一款の問題と異なり第三者が出現するので、難しい問題が生じることになる。

(ロ) 共通財産放棄の遡及効を貫徹するのであれば、本款の事案と、前款（本節第一款）の事案とを区別して取り扱う理由はない。したがって、妻は、抵当権者又は第三取得者に対して法定抵当権を対抗することができるはずである。しかしながら、この結論は、明らかに夫婦財産集中管理の原則に抵触する。なぜなら、抵当権者又は第三取得者は、単独管理権限を有する夫から抵当権又は所有権を譲り受けたにも拘わらず、共通制解消後の妻の選択（共通財産放棄）により、管理に介入することができないはずの妻から、抵当権又は所有権を奪われるからである。これは法が右手で与えたものを左手で奪うことに他ならない。また、この結果を回避するために第三者は妻を不動産取引に参加させるであろう（抵当権代位のために）。これは明らかに一四二一条を空洞化させることになる。

そこで、この場合については、後得財産に対する法定抵当権の第三者対抗力を否定すべきであるとの見解が唱えられることは必然的であった。<sup>(42)(43)</sup>

法定抵当権と夫婦財産制の原則との矛盾点を鋭く指摘し、この事案において法定抵当権の第三者対抗力を否定することを最初に提唱したのは、デルヴァンクール (Delvincourt) であつた。<sup>(44)</sup> ここでは法定抵当権否定についての彼の見解を見ていこう。

法定抵当権の対抗力を肯定する最大の理論的根拠は、共通財産放棄の遡及効に他ならない。これにより、妻は全く共通財産の所有権を有さなかつたものと擬制されるのである。デルヴァンクールは、この擬制を痛烈に批判する。彼によれば、沿革的に、共通財産放棄は夫の甚大な債務負担から妻の固有財産を保護するためのものに過ぎない（パリ慣習法二二七条及びオルレアン慣習法二〇四条参照）。そして、一八〇四年法も基本的にこの近世法の立場を承継している（二四九二条及び一四九四条参照）。したがって、この擬制は、この効果を導き出すためにのみ認められるべきである。<sup>(45)</sup> つまり、夫の抵当権者又は第三取得者を害する目的で、この擬制を援用すべきではない。

このように、第三者保護のために共通財産放棄の遡及効は制限されることになる。しかし、共通財産放棄の遡及効は法定抵当権の対抗力を肯定する理論的根拠とはなりえても、その遡及効制限が当然に対抗力を否定する理論的根拠となりえるわけではない。そこで、デルヴァンクールは法定抵当権の対抗力を否定する積極的根拠を挙げていく。<sup>(46)</sup>

「夫が婚姻中に譲渡した後得財産について、妻は夫の共同売主 (co-venderesse) と見なされるので、妻は取得者に対して保証人となる…。したがって、妻は、取得者に対して抵当訴権を行使することができない。…これに反する見解は、共通財産とそこに属する財産についての旧法及び新法の制度全てを覆すものに他ならない…。実際、一四二一条は、夫は妻の参加なく単独で、これらの財産を売却し、譲渡し、抵当権を設定することができることを規定している。…これらの明確なテキストの存在にも拘わらず、私の反対する見解は、必然的に、夫に、妻を譲渡及び抵当権設定に参加させることを余儀なくさせる。なぜなら、そうしなければ、取得者は追奪され、抵当権は無に帰せしめられるからである。」

一八〇四年法は夫を共通財産の所有者としたわけではない。夫に管理が付与されるのは、夫が妻の受任者 (mandataire) だからである。したがって、妻自身も売主であり、かつ放棄後も売主であり続ける (遡及効制限) わけであるから、妻が第三者を害することなどできるはずがない。また、法定抵当権の対抗力肯定は、妻の介入を必然化するもので、夫婦財産集中管理に明らかに反する。デルヴァンクールが法定抵当権の第三者対抗力を否定する理由は、以上の点にある。

ところで、この見解によれば、夫は夫の固有財産を単独管理することはできない (本節第一款(イ)参照) にも拘わらず、共通財産の単独管理は認められることになる。つまり、夫は、共通財産に対して、自己の固有財産以上の権限を持つことになるわけである。これは極めて奇妙ではなからうか。デルヴァンクールは、この状態を次のように理論的に説明する。<sup>(47)</sup>

「夫の固有財産について、夫は専ら所有者として行動する。つまり、夫は、夫の名だけで取引を行うのである。したがって、夫が譲渡した固有財産は、法律が妻に与えた全ての権利の行使に従うことになる。しかし、共通財産について、夫は、この財産の所有者として単独で行動するわけではない。夫は、妻の受任者として取引を行っている。∴夫がこの委任に従い不動産の売却又は抵当権設定を行ったにも拘わらず、妻が取得者を追奪する又は債権者に優先することを認めることは、委任に関する全ての原則に反するのではなからうか。」

いずれにせよ、この見解によれば、放棄妻は、第三取得者に対して法定抵当権を行使することができず、また抵当権者に対してはこの抵当権者が優先弁済を受けた後に限り法定抵当権を行使することになる。

なお、この見解は、後にヴァレットにより支持されることになる。

(イ) しかしながら、一般的な学説は、共通財産放棄の遡及効を根拠に、後得財産に対する法定抵当権の第三者対抗力を承認する。<sup>(48)</sup>つまり、共通制解消時に後得財産が共通財産を構成している場合（本節第一款）と、その解消以前に処分されている場合との間に区別を設けないわけである。

その理論的根拠は多岐にわたるが、本稿との関係で重要であるのは、この場合に法定抵当権の対抗力を承認することは夫婦財産集中管理を否定することに繋がるのではないかという点である。この点について、デュラントン（Duranton）は次のように言う。<sup>(49)</sup>

「夫の「共通財産」管理が麻痺させられるという異議に反論することは容易である。…この異議は、その証明のために何も証明していない。なぜなら、夫の個人財産が法定抵当権の目的であることについて異論がない以上、その異議は同様に夫の個人財産についても当てはまることになるからである。ところで、法定抵当権の存在により、夫が夫の固有財産の管理を有さないと主張するものはない。」

一八〇四年法によれば、夫は、あたかも自己の固有財産のように共通財産を管理することができる。ところで、一八〇四年法が夫婦財産集中管理を採択したことを根拠に、法定抵当権が夫の固有財産を目的としないと主張する見解は存在しない。そうであれば、それを根拠に、後得財産が法定抵当権の目的とならないと主張することはできないはずである。<sup>(50)</sup> おおむね通説は、このようなロジックにより、一四二一条との抵触を回避しようとする。

いずれにせよ、この立場によれば、放棄妻は、後得財産の取得者又は抵当権者に対して法定抵当権を対抗できることになる。

(二) では、判例はどのような立場を採用するのであろうか。判例の立場については既に別稿において詳細に紹介して

いるが、重複を恐れまい。

破毀院は、この点についての初めての判断である一八一三年一月八日判決<sup>52</sup>以降、一貫して後得財産に対する法定抵当権の第三者対抗力を承認している（この立場は二〇世紀に入ってから変更されることはない）。一八一三年判決は実質的な理由を示していないが、それに続く破毀院民事部一八一九年一月九日判決<sup>53</sup>には詳細な理由が付されている。引用する。

「二二二条及び二二三条によれば、夫の現在及び将来の財産のすべてが、妻の法定抵当権の目的となる。もちろん、共通財産の後得財産も、これに含まれる。その半分は実際に夫に属し、もう半分は妻が共通財産を承認しなかつたときに夫に属することになる。従つて、放棄の場合には、後得財産は適法に妻の取戻権に充当される。どの法律も、共通制継続中に夫が譲渡した後得財産を、この充当から除外していない。従つて、後得財産を除外することは、これらの条に違反することになる。「確かに、「共通制継続中、夫は妻の合意なくこれらの財産を売却する権利を有している。「しかし、」取得者が法定の方法により「法定抵当権を」滌除しない以上は、妻が「共通財産を」放棄したのであれば、妻は夫が解消前に譲渡した財産に対して法定抵当権を行使することができるはずである。実際、夫の権利は、妻が「共通財産の」承認を欲さないのであれば、一四五三条が妻に付与した共通財産放棄権に従うことになる。この条から当然に、放棄の場合には、夫が共通制継続中に行つた行為はすべて夫の個人的な行為となり、したがつて夫の行為が妻の抵当権とその行使の障害物とはなることはない。これに反する見解は、妻の取戻権を危険に曝すことになる。「他方で、」夫が譲渡した後得財産上の抵当権が共通制が存続する限り妻に保証されているとしても、そのことが第三者を害することはない。なぜなら、法定抵当権が過剰であれば、それを減殺 (reduction) させることができるからである。「しかし、」夫と契約を締結した者が、自由に「減殺を」行うことができるわけではない。取得者が不動産から法定抵当権を滌除することを欲するのであれば、この点に關して確立された法定の方法を用いて、それを行わねばならないのである〔傍点は引用者による〕。」

婚姻継続中に夫が処分した後得財産が法定抵当権の目的となるのは、妻の共通財産放棄により、夫が共通制継続中に行った行為の全てが「夫の個人的な行為」となるからに他ならない。つまり、破毀院は、共通財産放棄に絶対的・遡及・効を承認しているわけである。

ところで、学説は、法定抵当権の第三者対抗力を肯定する形式的理由を述べるに過ぎず、その実質的理由を述べていない。しかし、破毀院は、この点にまで踏み込んだ理由を述べている。すなわち、法定抵当権の第三者対抗力を肯定する実質的理由は、そのように解さねば「妻の取戻権を危険に曝す」からである。学説も、明言こそはしないが、このことを実質的な理由としているものと思われる。

- (36) Troplong, *marriage*, t. III, n° 1811, p.320.
- (37) Valette, *hypothèques*, pp.252-253.
- (38) ヴァレットは、後得財産が共通制解消以前に処分されている場合につき、共通財産放棄の遡及効を制限して、法定抵当権の対抗力を否定する（本節第二款(ロ)参照）。そこで彼は、論理を一貫させるために、ここでも遡及効にその根拠を求めないわけである。
- (39) Delvincourt, t. III, notes et explications, p.321; Toullier, t. XIII, n° 286; Bertauld, *conquêts*, n° 51, pp.68-69. もっとも、デルヴァンクールは、法定抵当権は夫の抵当権者に対する関係で制限されるだけでなく、一般債権者に対する関係でも制限されると解している（Delvincourt, t. III, notes et explications, pp.324-325）。したがって、彼によれば、夫が後得財産を処分している場合であっても、法定抵当権が制限される場合がある。
- (40) ここでは法定抵当権の本来的順位が合意による抵当権の登記日以前である場合を当然の前提として議論を進める。順位が逆の場合には、合意による抵当権が優先するのは当然であるので、このような問題は生じないからである。
- (41) ここでは夫の抵当権設定行為及び売却行為に妻が全く関与していないことを前提とする。妻が何らかの形でそれらに関与した場合には抵当権代位が生じる場合があるからである。
- (42) Persil, *Régime hypothécaire*, t. I, pp.267-271, *Questions*, t. I, pp.187-192; Delvincourt, t. III, notes et explications, pp.321-327; Valette, *hypothèques*, pp.254-259; cf. Rodière et Pont, t. I, n° 888.

(43) 一八四一年アンケートのうち、マシマン控訴院 (*Documents*, t. II, p.169.) 及びデイション法学部 (*Documents*, t. II, pp.409-413.) が、デルヴァンクールと見解を共有している。特にデイション法学部は「二二二一条(意見書では二二二〇条と書かれていたが、これは明らかな誤記)を次のように改正すべきであるとする。「妻は夫の財産及び共通財産の後得財産上に法定抵当権を有する。ただし、後得財産に関して、夫が共通制の継続中に合意した譲渡又は抵当権を害することはできない」(*Documents*, t. II, p.413.)。

(44) cf. Duranton, t. XIX, n° 330, p.474.

(45) Delvincourt, t. III, notes et explications, pp.322-324 et p.327.

(46) Delvincourt, t. III, notes et explications, p.325.

(47) Delvincourt, t. III, notes et explications, p.326.

(48) Grenier, t. I, n° 248; Duranton, t. XIV, n° 516 et XIX, n° 330; Troplong, *hypothèques*, t. II, n° 433 *ter* et *marriage*, t. III, n° 1816; Berauld, *conquêts*, n° 51.

(49) Duranton, t. XIX, n° 330, p.477.

(50) cf. Berauld, *conquêts*, n° 53.

(51) 香山「基本的性格(1)」二三四—二三七頁註(52)(53)(54)参照。

(52) Civ. 8 nov. 1813, D. 1812-1814, 460.

(53) Civ. 9 nov. 1819, *Jur. gén.*, v° *Priv. et hyp.*, n° 928.

### 3 共通財産承認の場合

妻が証書に共同所有者 (*commune*) である旨を記載した場合(一四五五条)、共通財産に干渉 (*simmiscer*) した場合(一四五四条)、妻が三ヶ月の期間中に財産目録を作成しなかった場合(一四五六条一項)又は妻が共通財産を横領 (*divertissement*) 若しくは隠匿 (*recel*) した場合には、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 (partage) やれ、消極財産の分担が決められる（一四六七条）。

では、共通財産を承認した妻（以下、単に「承認妻」と呼ぶ）は、後得財産に対して法定抵当権を行使することができるだろうか。妻が共通財産を放棄した場合でさえ、法定抵当権の対抗力承認は一四二一条に抵触する恐れがあった。しかしながら、妻の取戻権保護の観点と、共通財産放棄の遡及効から、それを肯定することは比較的容易であった。ところが、妻が共通財産を承認した場合は、事情が大きく異なる。まず、妻の取戻権保護という観点（その観点は全く否定されるわけではない）は、大きく後退する。なぜなら、放棄の場合と異なり、妻は共通財産の債務を免れることはないからである。また言うまでもなく、共通財産に対する妻の所有権の遡及的消滅は共通財産放棄特有の効果に他ならない。さらに、共通財産を放棄したわけでもないのに妻が第三取得者又は抵当権者に対して法定抵当権を対抗することができるとなれば、夫の夫婦財産集中管理が害されることは、放棄の場合の比ではない。では、このようなにも拘わらず、承認妻は放棄妻同様に後得財産上に法定抵当権を有するのであるか。

ここでも、妻が共通財産を放棄した場合（本章第二節）と同様に、二つの場合に分けて論じねばならない。

- (1) 後得財産が共通制解消時に共通財産を構成している場合
  - (イ) 共通制継続中、夫が、後得財産を譲渡することもなければ、それに抵当権を設定することもなかったとする。このような場合、妻は後得財産に対して法定抵当権を行使することができるのであろうか。この点について、後得財産が分割により妻の取分 (lot) となった場合と、夫のそれとなった場合とに分けて考える必要がある。
  - (ロ) 共通財産分割により、妻が後得財産を取得したとする。この場合において、分割の確認的效果 (effet déclaratif du partage) により、この財産は常に妻の所有物であったものと見なされる。つまり、その財産は一度として夫に属さなかつたわけであるから、「夫の財産」を目的とする法定抵当権は当然にこの財産を目的としないことになる。この点

については異論はなからう。<sup>(54)</sup>

(イ) では、共通財産分割により、夫が後得財産を取得した場合、これは法定抵当権の目的となるのであろうか。分割の確認的効果の論理的帰結によれば、この財産は常に夫の財産であったことになるわけであるから、これは当然に法定抵当権の目的となるはずである。そして、そのように解したとしても、一四二一条との抵触は生じない。したがって、学説は一般的に、妻に法定抵当権を承認する<sup>(55)</sup>。この結論は、夫（又は共通財産）が一般債権者に対して債務を負っている場合であつても変わらない。

しかしながら、後得財産に対する承認妻の法定抵当権を一切否定する見解も有力に主張される<sup>(56)</sup>。特に、共通財産を法人と解する立場（法人説）から、トロロン<sup>(57)</sup>はこの結論を導こうとする。

「後得財産に対する抵当権を妻に与えることが、いかに難しいかを理解したのであれば、共通財産が第三者（*tierce personne*）であり、共通財産がその第三者に属することだけを考慮すればよい。共通財産が夫に属すると、露骨に述べてはならない。共通財産は、妻の放棄により初めて、夫の財産となるに過ぎないのである。しかし、この放棄が行われない場合には、共通財産は夫の財産ではない。ところで、二二二一条は、夫の財産に対してのみ、妻に法定抵当権を与えている。」

この結論が、あまりにも妻に酷なのではないかという点は、ここでは問題としない<sup>(58)</sup>。ただ、これが法人説の論理的帰結というわけではないことは指摘しておこう。実際、デュラントン<sup>(59)</sup>は共通財産を法人と解しつつ、この事案で、妻に法定抵当権を肯定しているからである。いずれにせよ、トロロンの見解は、その前提とする理論自体が少数説に留まったため、多くの支持を得ることはなかつた。<sup>(60)</sup><sup>(61)</sup>

(ニ) この問題につき、破毀院は、分割により妻が取得した後得財産は法定抵当権の目的とならないが、夫が取得した

後得財産は有効に法定抵当権の目的となると解している。<sup>(62)</sup>

(2) 後得財産が共通制解消以前に処分されている場合

(イ) 夫が共通制継続中に単独で後得財産に抵当権を設定したとする。<sup>(63)</sup> 承認妻は、共通財産を承認したにも拘わらず、後得財産上の抵当権者に対して法定抵当権を対抗することはできるのであるか。また、同じく夫が共通制継続中に単独で後得財産を譲渡した場合、承認妻は第三取得者に対して後得財産上の法定抵当権を主張することができるのであろうか。

(ロ) 放棄妻の法定抵当権の第三者対抗力でさえ否定するヴァレット、<sup>(66)</sup> デルヴァンクール及びペルシ（Persil）<sup>(67)</sup>（本章第二節第二款（ロ）参照）並びに法人説に立脚しつつ全ての承認妻に法定抵当権行使を認めないトロロン<sup>(68)</sup>（本節第一款（イ）参照）が、この事案で法定抵当権の対抗力を否定することは当然であろう。しかしながら、彼ら以外の多くの論者も、本款の事案においては、法定抵当権の対抗力を否定する。<sup>(69)</sup> では、学説は、どのような理論を用いて法定抵当権の対抗力を否定するのであろうか。

この点について、学説は二つの理論を用いて法定抵当権の対抗力を否定する。「追認理論（la théorie de la ratification）」と「保証抗弁理論（la théorie de l'exception de garantie）」である。<sup>(70)</sup>

まず、学説は、法定抵当権が第三者対抗力を喪失するのは、妻が共通財産の承認により共通制継続中の夫の行為全てを追認したからに他ならないとする。例えばトロロンは次のように言う。<sup>(71)</sup>

「夫が「後得財産を」譲渡したとき、又は「それに」抵当権を設定したとき、夫は、これらの行為を自分のためだけでなく妻のためにも行っている。夫は妻を代理しているわけである。…妻の承認は、売却又は抵当権設定に与えられた認証（approbation）に他

ならない。つまり、「承認により、」妻は夫の処分行為を自らのものとするわけである。…妻が承認するや否や、すべてのことが共通でかつ揺るぎないものとなる〔傍点は引用者による〕。

トロロンの法人説を前提とするのであれば、このような説明を要することなく、法定抵当権を否定することができるはずである（本節第一款（イ）参照）。したがって、以上のような彼の説明は蛇足の感を否めない。また、妻による共通財産承認を、夫の個別処分に対する妻の追認と解することは、いささか理論的に苦しいと言わざるをえない。<sup>(72)</sup>なぜなら、譲渡及び抵当権設定の有効性は妻の追認とは無関係であり、それは一四二一条の結果に他ならないからである。<sup>(73)</sup>したがって、この追認理論は、法定抵当権の対抗力を否定する理論的根拠としては、いささか弱いように思われる。

そこで、学説は、もう一つの理論、すなわち保証抗弁理論を強調するようになる。これによれば、売主としての夫の保証義務は共通財産の負担であり、そして妻の承認により妻はこの保証義務（の一部）を負担することになるわけであるから、「保証義務を負う者は追奪することができない」の原則により、妻は第三者に法定抵当権を対抗することはできない。この見解は古く、すでにペルシの著作（二八一二年）の中に見いだすことができる。<sup>(74)</sup>

「妻の要求を排除することは容易である。妻は、「共通財産の承認により、」あらゆる追奪から第三取得者を保証する義務を負うので、第三取得者を追奪することはできない。なぜなら、第三取得者に対して抵当訴権を行使したとしても、その後、妻は、第三取得者に対して賠償義務、より正確には第三取得者に不動産を享受させる義務を負うことになるからである。ところで、原則的に、保証義務を負う者は、決して第三占有者を追奪することができない。それを仮に欲したとしても、それは固有の義務の結果として生じる抗弁により排斥されることになる。」

この保証抗弁理論に対しては有力な批判もあるが、これが法定抵当権の対抗力を否定する理論的根拠として、一般化するようになる<sup>(76)</sup>。

もちろん、この見解は、反対の結論が夫婦財産集中管理の原則に反することを、その実質的な理由としてあげる。例えば、ペルシは次のように述べている<sup>(77)</sup>。

「後得財産の」譲渡が婚姻継続中、共通財産解消前になされたとき、妻は：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。：一四二一条は妻の参加なしに夫に共通財産中の不動産を譲渡し抵当権を設定する権利を与えている。かりに妻が常に法定抵当権を有するのであれば、この条文は麻痺させられてしまう。なぜなら、夫は、抵当権の負担とともにしか譲渡することができないので、夫は妻の合意を得ることを余儀なくされ、かつ第三者も必ず妻の合意を要求することになるからである（傍点は原文イタリック）。

(i) しかしながら、このような一般の見解に対して、法定抵当権の対抗力を全面的に承認する見解も有力に唱えられている<sup>(78)</sup>。ここではベルト（Bertaud）の見解を概観する。

ベルトの主張は以下のようなものである。法定抵当権の対抗力を否定する見解は、法定抵当権の追及効承認が抵当権者の権利を害することを、その理由とする。しかしながら、実際には、抵当権者はそれにより損害を被ることはない。なぜなら、妻は抵当権者の抵当権の消滅を要求しているわけではなく、単に妻が以前から有する権利の維持及び尊重を主張しているだけだからである。つまり、「妻は自分の権利を犠牲に抵当権者を遇することを強制されないことを要求している<sup>(79)</sup>」に過ぎない。確かに、妻は夫と共通財産を共同所有している。しかし、妻は同時に夫の債権者でもあり、この事実は共同所有者であることにより否定されない。したがって、妻は他の債権者と全く同じ取り扱いをなされるべき

である。そして、共通財産承認が法定抵当権放棄の意思を含むものではない以上、妻は他の抵当権者と同様に自己が本来有する権利を保持し続けることになる。<sup>(80)</sup>

このことは、第三取得者に対する関係でも変わらない。<sup>(81)</sup>つまり、妻は第三取得者の所有権を否定しているわけではなく、単に法定抵当権の尊重を主張しているだけである。<sup>(82)</sup>そして、第三取得者は事前に法定抵当権の存在を知ることができる以上、それを尊重しなければならない。

しかしながら、多くの論者が指摘したように、この見解は一四二一条に反するのではなからうか。この点につき、ベルトは次のように主張する。<sup>(83)</sup>妻が共通財産を承認した場合に、夫の抵当権者の優先順位を認めるとすることは、夫の抵当権の有効性は、妻の態度（つまり放棄又は承認）により決定されると言うことになる。しかし、「抵当権の有効性は妻の承認とは関係がない。なぜなら、その有効性は原則的に一四二一条の結果として生じるものに他ならないからである」<sup>(84)</sup>。つまり、夫は一四二一条に従って抵当権を設定するので、妻による共通財産の放棄又は承認は抵当権の運命とは関係がなく（つまり放棄と承認の間に区別を設ける必要はない）、したがって、放棄妻の法定抵当権承認が一四二一条に反しない以上、承認妻の法定抵当権承認もそれに抵触することはない。

(二) この問題につき、破毀院は、極めて特殊な事案において法定抵当権の対抗力を承認したものもある。<sup>(85)(86)</sup>しかしながら、既に破毀院は、一八四一年二月二六日の判決<sup>(87)</sup>において、夫が共通制継続中に売却した不動産は、承認妻の法定抵当権から解放される旨を判示している。<sup>(88)</sup>

(54) 妻が法定抵当権を夫の抵当権者に譲渡していた場合（抵当権代位）であっても、この結論に代わりはない。なぜなら、譲受人（代位者）は、妻が有する以上の権利を有するものではないからである（Req. 1<sup>er</sup> aout 1848, S. 48. I. 727.）。

(55) Persil, *Régime hypothécaire*, t. I, p. 268; Duranton, t. XIX, n° 328, p. 471; Valette, *hypothèques*, p. 252.

- (56) Troplong, *marriage*, t. III, n° 1646, p. 163.
- (57) トロロンは、共通財産の法的性質を夫婦とは独立した法人と理解する (v. Troplong, *marriage*, t. I, n° 302.)。トロロンの法人説につき詳しくは高橋『団体論』七七―七八頁参照。
- (58) 実際、トロロンは妻の保護を蔑ろにしているわけではない。一四七〇条及び一四七一条は夫婦双方の固有財産取戻と償還 (récompense) を規定している。まず、妻は分割に先立ち固有財産を先取り (prélèvement) することができる (一四七〇条一号)。これは純粹に所有権に基づくものに他ならない (cf. Planiol et Ripert, t. IX, n° 806 et n° 830.)。問題は、一四七〇条二号及び三号並びに一四七一条の先取権の法的な性質である。もちろん、これを純粹な債権と捉えるのであれば、妻が夫 (又は共通財産) の債権者に優先することはない。しかし、その先取権自体が何らかの物権的性質を有するのであれば、前者は後者に優先することになる。この点につき、学説は一般的に先取権者 (つまり妻) の (動産及び不動産に対する) 優先権を否定する (Rodière et Pont, t. I, n° 834.) が、トロロンは、その法的性質を所有権と理解し (Troplong, *marriage*, t. III, n° 1621.)、妻の (動産及び不動産に対する) 優先権を肯定する (Troplong, *marriage*, t. III, n° 1635.)。つまり、通説は一四七〇条二号及び三号の債権自体に優先権を認めないが、それを法定抵当権の被担保債権とすることにより、その債権を保護しようとする。しかし、トロロンは、法定抵当権の客体を制限するが、これらの債権自体に優先権を認め、それを保護しようとするわけである。トロロンは、このような手法により、妻の債権を保護しようとする。
- なお、この問題は一九世紀に激しく争われた (cf. Planiol et Ripert, t. IX, n° 835.) が、一八五六年一月一六日の破毀院判決 (Cass., 16 janv. 1858, D. 58, I, 5.) は、明確に先取権者の優先権を否定する。そして、一九六五年法はこの判例の態度を明文化する。
- (59) Duranton, t. XIV, n° 96.
- (60) また、ヌルトは、トロロンの論理矛盾を指摘する (Bertaud, *conquêts*, n° 3.)。法定抵当権が共通財産 (後得財産) を目的としないとするのであれば、当然に、同じく包括抵当権である「裁判上の抵当権 (l'hypothèque judiciaire)」(二二二三条) も共通財産を目的としないことになる。しかしながら、トロロンは、裁判上の抵当権が後得財産を目的とすることを明言している (Troplong, *marriage*, t. III, n° 1676.)。
- (19) Rodière et Pont, t. I, n° 834 及び 結論につき、トロロンと同旨。
- (32) Req. 1<sup>er</sup> aout 1848, S. 48, I, 727.
- (63) 後得財産譲渡又は抵当権設定に妻が参加した事案は、本款の検討の対象外である。この場合、妻が法定抵当権を第三取得者又は抵当権者に対抗することができないことについて、異論はない。なぜなら、抵当権代位が生じるからである (Bertaud, *con-*

quets, n° 27.)。

(64) 本款では夫が合意により、抵当権を設定した事案だけを検討の対象とする。夫が合意によらず、抵当権の負担を甘受する場合（つまり後得財産に裁判上の抵当権を課された場合）については、妻は当然にこの抵当権者に法定抵当権を對抗することができる (Bertauld, *conquêts*, n° 20.)。なぜなら、法定抵当権の第三者対抗力を否定する見解は、後に見るように、承認により妻が夫の意思を追認したことを論拠とするが、そもそも裁判上の抵当権の場合には、抵当権設定は夫の意思に由来するものではないからである。裁判上の抵当権の前提である債務負担が夫単独のものであるか、夫婦が連帯して負担したものであるかは、この結論に影響しない。

(65) Valette, *hypothèques*, pp.254-259.

(66) Delvincourt, t. III, notes et explications, p.321.

(67) Persil, *Questions*, t. I, pp.186-187, *Régime hypothécaire*, t. I, pp.268-271.

(68) Troplong, *marriage*, t. III, n°, 1646, pp.162-163.

(69) Grenier, t. I, n° 248; Rodière et Pont, t. I, n° 834; Duranton, t. XIX, n° 329.

(70) cf. Valette, *hypothèques*, p.258.

(71) Troplong, *marriage*, t. III, n° 1646, pp.162-163.

(72) cf. Valette, *hypothèques*, p.258.

(73) cf. Bertauld, *conquêts*, n° 21.

(74) Persil, *Questions*, t. I, pp.186-187.

(75) この理論に対して批判がないわけではない。例えばヴァレットは次のように主張する (Valette, *hypothèques*, p.257.)。妻が共通財産を承認した場合であっても、「真正かつ忠実な財産目録 (bon et fidele inventaire)」を作成した場合には、妻は自己が受け取る積極財産の限りにおいてしか共通財産の負債を負担しない（一四八三条）。したがって、妻の取得分が全くないときには、夫が共通財産の負債全てを負担することになる。そうであるとすれば、妻が保証義務を負わない以上、妻は第三取得者又は抵当権者に対して法定抵当権を行使することができるのではなからうか。このように、ヴァレットは保証抗弁理論では妻による法定抵当権行使を封じることができないとする。

(76) cf. Oudinot, pp.74-78.

(77) Persil, *Régime hypothécaire*, t. I, p.268.

(78) Aubry et Rau, t. III, § 264, p.281; Bertauld, *conquêts*, n° 19.

- (79) Bertauld, *conquêts*, n° 22.
- (80) Bertauld, *conquêts*, n° 24.
- (81) Bertauld, *conquêts*, n° 28.
- (82) Bertauld, *conquêts*, n° 29.
- (83) Bertauld, *conquêts*, n° 21.
- (84) Bertauld, *conquêts*, n° 21.
- (85) Civ. 28 juin 1847, D. 1847. 1. 299.
- (86) 詳しうは香山「基本的性格(1)」二三七—三三八頁註(59)参照。
- (87) Req. 16 févr. 1841, D. 41. 1. 126.
- (88) 一八四七年以降の判例としては Req. 16 nov. 1847, D. 48. 1. 48 がある。

#### 4 小括

(1) 本章の冒頭で述べたように、法定抵当権の目的不動産は、事実上、共同管理の対象となる。なぜなら、夫から所有権又は抵当権を取得した第三者は妻の追行に曝されることになるので、それを免れるために第三者は不動産取引に妻を介入させるからである（第一章第二節参照）。そこで、何が、その目的物であるかが問題となる。この点につき、夫の固有財産が法定抵当権の目的となることについては異論はない。問題は後得財産の取り扱いであり、この点については異論もあるが学説及び判例は概ね次のように解していた。

共通制解消時、後得財産が共通財産を構成しているとき（つまり夫が第三者に譲渡していない場合又はそれに合意による抵当権を設定していない場合）は、妻が共通財産を放棄したか否かを問わず、後得財産は法定抵当権の目的となる。

共通制解消時、後得財産が夫により処分されている場合については、法定抵当権の運命は共通制解消時における妻の態度決定に左右される。つまり、妻が共通財産を放棄したときは、放棄の遡及効により妻は後得財産の第三取得者又はその抵当権者に法定抵当権を對抗することができる。しかし、それを妻が承認した場合には、妻は彼らに対して法定抵当権を對抗することができない。

以上の結果、①夫の固有財産に物権（所有権又は抵当権）を取得した第三者は、夫とのみ契約を締結した場合には妻の追行に曝されることになる。そこで、第三者は、夫に対して妻の参加を求めることになる（つまり夫の固有財産は夫婦の共同管理に服する）。②第三者が後得財産に物権を取得するとき、妻が共通財産を承認することが予測される場合には、第三者は一四二一条に従い夫とのみ契約を締結すればよい（つまり、理論上、この種の後得財産については夫婦財産集中管理が機能する）。しかしながら、③妻が共通財産を放棄することが予測される場合には、第三者は後の法定抵当権による追行から免れるために妻の参加を求める（つまり、この種の後得財産については事実上共同管理が妥当する）。

妻が共通財産を放棄する事案はさほど多いとは考えられないので、第三者は後得財産に物権を取得するにあたっては夫とのみ契約を締結すればよい。また、実際、第三者が一四二一条に従い妻の参加なしに物権を取得したとしても、第三者が妻の追行に曝される事案は、それほど多くはなからう。したがって、理論的には、一四二一条は十分機能している。つまり後得財産は夫の集中管理に服し、共同管理は極めて例外的でしかないということになる。しかしながら、学説と判例が認めた唯一の例外（放棄時における法定抵当権の第三者対抗力の肯定）は、この原則を覆すに十分なものであった。なぜなら、事案としては少ないとはいえ、妻の共通財産放棄の可能性を完全に否定できない以上、慎重な第三者は、法定抵当権の目的物以外の不動産に物権を設定するに際しても、必ず夫に対して妻の参加（つまり抵当権代位）を要求することになるからである。つまり、一四二一条に反し、実際には、夫は妻の参加なしに共通財産の売却、譲渡

及び抵当権設定を行<sup>う</sup>こと<sup>が</sup>でき<sup>な</sup>いわけである。このように、夫婦間に存在する不動産は、全て、事実上の（又は間接的な）共同管理に服することになる。

(四) このことにより、一八〇四年法の基本原則である夫婦財産集中管理は完全に骨抜きにされることになる。ここで一つの疑問が生じる。一九世紀フランス法学は、なぜ夫婦財産集中管理を放棄するような解釈を、あえて打ち立てたのか（又は夫婦財産集中管理を否定する解釈を強く否定しなかったのか）という疑問である。確かに、どのような理論操作を試みても、夫の固有財産を法定抵当権の目的物から除外することはできない。したがって、法定抵当権の非公示性を立法的に承認した時点で、一八〇四年法は夫婦財産集中管理を事実上瓦解させていたということになる。しかし、放棄妻の法定抵当権の第三者対抗力を解釈上否定しさえすれば、少なくとも後得財産については夫婦財産集中管理は機能することになる。そして、実際に、そのような解釈は理論的に可能であった（本章第二節第二款(四)参照）。しかし、一九世紀前半の支配的見解は、そのような解釈を採用することはなかった。なぜであろうか。

確かに、法定抵当権は放棄妻のためにこそ最も有効に機能することが期待されるので、放棄妻の法定抵当権の第三者対抗力を認めないことは、法定抵当権制度全体を否定することに等しい。しかし、このことは、当時の支配的見解が、妻の利益の保護を欲していたことを意味するのであろうか。実際、この場合に放棄妻に法定抵当権を認めたとしても妻の利益を保護することにはならない。なぜなら、多くの場合、法定抵当権は抵当権代位により既に妻に帰属していないからである。そうであるにもかかわらず、学説及び判例は、なぜ一四二一条への抵触を恐れず、妻の取戻権の保護を謳うのであろうか。この点については、次章で検討する。

## 三 検討

## 1 序論

(イ) 前章において、われわれは、夫婦間に存在する不動産が、その性質を問わず全・事実上の共同管理に服していたことを明らかにした。その原因は、一八〇四年法が法定抵当権に非公示的性質を付与したからに他ならない。このような財産管理の方法は集中管理を規定する一四二一条に抵触すると思われるが、一九世紀の支配的見解は、この結論を是認することになる。もつとも、一四二一条違反が積極的に歓迎されていたわけではない（学説は、この結論が一四二一条に反しなことを頻りに強調する）ので、この結論は実際には黙認されたに過ぎない。しかし、解釈的手法により、（限定的にはあるが）この結論は十分に回避されるものであった。具体的には、デルヴァンクルのよう、放棄妻の、後得財産に対する法定抵当権の第三者対抗力を否定しさえすればよいのである。そうであるにもかかわらず、学説及び判例は、この見解を断固として否定する。では、その原因は何であろうか。本章では、この点を検討する。

もつとも、事実上の共同管理を黙認した原因を一つに限定することはできないであろう。実際、夫婦間不動産の共同管理がフランスの伝統の所産であることは否めない<sup>89)</sup>。すでに革命以前においても法定抵当権は夫婦間不動産の共同管理を担保するものとして機能しており（近世においても、法定抵当権は夫の固有財産だけでなく全ての後得財産を目的としていたため<sup>90)</sup>、第三者は、妻を不動産取引に介入させていた<sup>91)</sup>）、したがって、フランス法学は（自覚的又は無自覚的に）単にこれに従ったに過ぎないのかもしれない。

しかし、一・九・世・紀・フ・ラ・ン・ス・法・学・に・固・有・な・原・因・も・あ・る・よ・う・に・思・わ・れ・る。夫婦間不動産の共同管理は非公示型法定抵当権の所産であるが、一・九・世・紀・中・葉、デルヴァンクルの見解を支持するヴァレット（詳しくは本章第四節(ロ)参照)は、非

公示型法定抵当権に否定的な観点から、法定抵当権の目的物の範囲を制限（したがって共同管理を制限）する<sup>(92)</sup>。そう、一九世紀においては、この問題は、非公示型法定抵当権に対する評価と切り離して考えることはできないのである。すなわち、事実上の共同管理の黙認は、少なくとも、一九世紀のフランス法学が非公示型法定抵当権に否定的でなかったことの証左であるように思われる。では、なぜ、非公示型法定抵当権に否定的でなかったのでしょうか。この点を明らかにすることにより、フランス法学が事実上の共同管理を黙認した原因の一つに迫ることができると思われる。

(ロ) ところで、この点を明らかにするためには、一九世紀前半の抵当改革関連文献を詳細に検討しなければならないが、この作業は本稿の目的を逸脱するものである（また同時に著者の能力を遙かに超えるものでもある）。しかし、一八四一年に政府が行った抵当改革についての調査結果は、われわれに一九世紀前半の抵当観（非公示型法定抵当権についての評価）を見事に伝えている。そこで本稿は、主として、この資料を通して、この時期の抵当観を探ることにする。

(88) cf. Olivier-Martin, t. II, pp.280-281 [260]-[261].

(90) ここでも四つの事案に分けて近世期の学説の態度を概観しておこう。

① 妻が共通財産を放棄した場合で、かつその際に後得財産が共通財産を構成している場合、後得財産は法定抵当権の目的となる (cf. Oudinot, p.22.)。例えば、ポチエ (Pothier) はこのことを明言しているわけではないが、次のような記述から、その結論を容易に推測することができる。曰く、「妻又は妻の相続人の「共通財産の」放棄の効果は、彼らを共通財産から排除することには他ならない。したがって、夫又は夫の相続人は、その全体の所有者であったことになる」(Pothier, *communauté*, n° 568.)。つまり、妻の放棄により共通財産は夫の固有財産となるので、それは当然に法定抵当権の目的となるわけである。

② 妻が共通財産を放棄した場合で、放棄時に既にそれが処分されている場合について (cf. Duval, pp.130-132; Oudinot, pp.25-29.)、ポチエの見解は明確でない(ただし Pothier, *communauté*, n°757 参照)。しかし、この点についてルニヤン (Renusson) は明快である。曰く、「取得者は、夫は共通財産の主人であり、かつ夫は共通制存続中に取得した物を自由に転売することができる」と言うかもしれない。…しかしながら、…妻は、取得者の利益に反する行動を行うことができる。…妻は、嫁資金及びその他の夫婦財産約定書のために、夫の現在及び将来財産に対して、抵当権を有している。抵当権は夫婦財産契約日に取得される。

夫婦財産契約後、夫が不動産 (héritages) を取得したとき、その不動産は妻の抵当権の目的となる。妻は、共通財産を承認することもでき、またそれを放棄することもできる。そして、妻が共通財産を放棄した場合、妻は、すべての抵当目的物に対して、嫁資金及びその他の夫婦財産約定書の弁済を進行する権利を有している。抵当権は、物に内在する物権だからである」(Rensson, *communauté, 2<sup>e</sup> partie*, chap. 3, n<sup>os</sup> 43-44, p. 135.)。

③ 妻が共通財産を承認した場合で、かつその際に後得財産が共通財産を構成している場合、共通財産分割の結果、妻が取得した後得財産については、法定抵当権は問題とならない(つまり、それは妻の法定抵当権の目的物ではない。なぜなら、分割の宣言的效果により、その財産は当初から妻の固有財産とみなされるからである)。また、それが夫に帰属した場合については、分割の宣言的效果により、この後得財産は夫の固有財産とみなされるので、これが法定抵当権の目的物となることにも異論はないと思われる (Duvai, p. 132.)。

④ 妻が共通財産を承認した場合で、承認時に既にそれが処分されている場合については、理解が別れる (cf. Oudinot, pp. 55-57; Duvai, pp. 132-136; Bertauld, *conquêts*, n<sup>os</sup> 49-50)。ヴァレットは、ルニユソンが放棄妻についてのみ言及している (②引用部分参照) ことを根拠に、この場合に、法定抵当権の対抗力は否定されたと結論付けている (Valette, *hypothèques*, p. 254.)。しかし、この理解は極めて乱暴である (Oudinot, p. 56.)。またトゥーリエ (Toulier, t. XIII, n<sup>o</sup> 262.) やデュニル (Duvai, p. 136.) は、ポチエの次の一節を根拠に、ヴァレットと同様の結論に達している。ポチエ曰く、「共通財産を承認した妻は、夫が共通制存続中に共通財産の長として行った全てのことを、共同で (en sa qualité commune) 行ったものとみなされる。…「したがって」夫が、債権者に対して、共通制存続中に共通財産の長として共通財産中の後得財産全てに抵当権を設定した場合においては、妻は、共通財産分割により妻が取得した部分に妻自身が、共同で抵当権を設定したものと見なされる」(Pothier, *communauté*, n<sup>o</sup> 752.)。この一節によれば、妻が共通財産を承認したとき、妻自身が共通財産に抵当権を設定したことになる。したがって、妻は後得財産上の抵当権者に対して優先権を主張することができないわけである。しかしながら、ポチエがこの事案の場合に法定抵当権の対抗力を否定したと解する見解は、一般的ではない。むしろ、多くの論者は、ポチエの次の一節を根拠として、法定抵当権の対抗力を承認する (Bertauld, *conquêts*, n<sup>os</sup> 25; Oudinot, p. 57.)。曰く、「妻は、共通財産に対する債権のために、夫婦財産契約日から抵当権を有しており、しかも、その抵当権は、原告の抵当権に優先する」(Pothier, *communauté*, n<sup>o</sup> 757.)。

(91) ポチエ曰く、「妻を債務者とする債権者は、妻の権利を行使して、副順位配当 (sous-ordre) において順位決定されるはずである。…この方法により、この債権者は、…先行債権者に優先して弁済されることになる。重要なことは、夫と契約を締結するにさいしては、妻が夫とともに債務を負担するように、妻を介入させることである」(Pothier, *communauté*, n<sup>o</sup> 766.)。

(92) Valette, *hypothèques*, pp. 251-261.

## 2 妻の利益の保護

(イ) フランス国璽尚書 (Garde des Sceaux) であったマルタン・デュ・ノール (Martin de Nord) が一八四一年に行った抵当制度改革に関する大アンケートについては、すでに詳細な研究が存在するので、その全体的傾向についてはすべて先行研究に譲る。<sup>(93)</sup> われわれは、法定抵当権について本稿の目的と関係する範囲でその資料を分析するに過ぎない。一八四一年五月七日付けの通達 (circulaire)<sup>(94)</sup> は、破毀院 (Cour de cassation) 並びにフランス全土の控訴院 (Cour royale) 及び法学部 (Faculté de droit) に伝達される。そして、政府は、その通達の中で法定抵当権の公示の是非についての意見を各機関に求めている。<sup>(95)</sup> なお、政府自身は、初めから法定抵当権の非公示性に否定的であった。そのことは、この通達の内容から容易に理解できる。<sup>(96)</sup>

「コード・シビルは、抵当権の公示の原則を制限付きで認めたとに過ぎない。妻と未成年に与えられるべき保護は、一般準則を譲歩させてしまった。これらの例外は、原則が有する有用な効果を激減させ、著しく取引の安全を衰えさせてしまった。そうであるにも拘わらず、この例外は維持されねばならないのであろうか。…それとも、抵当権が付与される債権がいかに厚遇されるべきものであっても、何らの手加減も加えることなく、全ての抵当権を絶対的に登記手続に従属させねばならないのであろうか〔傍点は引用者による〕。」

デュ・ノールの通達は、非公示型法定抵当権が取引安全の障害物であること、そして妻の保護と取引安全が両立しないことを当然の前提としている。恐らく政府は、法定抵当権の公示に向けての改革の後ろ盾を、このアンケートの結果に期待したのであろう。しかし、その期待に応えたのは、この点につき意見書を提出した三三の機関（破毀院、二五控

訴院、七法学部)のうち、六つの控訴院(バスティア控訴院<sup>(97)</sup>、デイジョン控訴院<sup>(98)</sup>、リヨン控訴院<sup>(99)</sup>、ニーム控訴院<sup>(100)</sup>、ポワティエ控訴院の数名の裁判官及びリオン控訴院<sup>(102)</sup>)と三つの法学部(グルノーブル法学部教授の半数<sup>(103)</sup>、パリ法学部及びレンヌ法学部の多数の教授<sup>(105)</sup>)の九つの機関に過ぎなかった。本稿は一九世紀前半の法定抵当権公示の論理に深入りするつもりはない。ここではバスティア控訴院の見解を紹介するに止める。

「コード「シビル」の起草者らは無能力者の利益のために土地信用を犠牲にした。…実際には、土地の信用は、各不動産の貸借対照表(bilan)の周知性のみ基礎を置く。その創設を欲すると同時に隠れた負担の存在を望むことは、両立することのない二つの理念を併せ持つことであり、かつ絵空事(chimère)を追い求めることに他ならない。したがって、法定抵当権はフランスの大部分の土地に一種の禁治産を課すことになった。…それは夫の…土地を麻痺させたのである。」「この不愉快な状態に対する唯一の治療法は、共和暦七年ブリュメール一日法<sup>(106)</sup>の原則への復帰だけである。すなわち、法定抵当権登記の復活である。…「しかし、」法定抵当権が、その黙示で隠れた性質を失うだけでは十分ではない。…法定抵当権の特定かつ義務的な登記(inscription déterminée et obligatoire)の原則…の利点は明らかである。」<sup>(107)</sup>

現代のわれわれの目から見れば、この主張は至極当然なことのようと思われる。しかしながら、政府の思惑は、大きく裏切られることになる。二一の裁判所<sup>(108)</sup>と四つの法学部<sup>(109)</sup>が全種の法定抵当権の公示に、そして、グルノーブル法学部教授の半分<sup>(110)</sup>とポワティエ法学部<sup>(111)</sup>が妻の法定抵当権の公示に反対したからである。

(四) では、なぜ、これほど多くの裁判所や法学部が、一見して不動産取引の障害物でしかないとと思われる非公示型法定抵当権の維持を主張したのであろうか。その論拠は多岐に渡る。しかし、それは破毀院が掲げる次の一点に集約される<sup>(112)</sup>。

「妻の利益は、同時に子の利益であり、家産の利益であり、国家の利益であるので、それは第三者の利益に優先する。」

妻の利益。これが登記を法定抵当権の對抗要件としない最大の理由である。しかし、これは唯一の理由なのであるか。法定抵当権を公示から独立した存在と位置づけるだけでは、実際には妻を保護したことにはならない。なぜなら、すでに見たように（第一章第二節参照）、非公示型法定抵当権の存在により、常に抵当権者及び取得者は妻に抵当権代位を求めることになるので、しばしば妻が法定抵当権を行使する時点には妻は法定抵当権を有していないからである。したがって、妻の利益保護を非公示型法定抵当権存続の唯一の理由とするのであれば、それと同時に法定抵当権に関する合意（抵当権代位）を禁止するか、又は少なくともその合意に二一四四条及び二一四五条の手續を課すべきであろう。

この点につき、非公示型法定抵当権を承認する機関のうち、メッツ控訴院<sup>(15)</sup>とポー控訴院<sup>(16)</sup>は抵当権代位に二一四四条及び二一四五条の手續を課すが、それ以外の機関は抵当権代位を事実上無制限に承認する。つまり、妻（もちろん妻は無能力者であるから、この合意をするために夫の同意が必要である）は、取得者又は抵当権者との合意のみで、法定抵当権を譲渡又は放棄することができるわけである。

(イ) そうであるとすれば、そもそも法定抵当権は妻を保護するために有効に機能していたのであろうか、又は、そのために有効に機能することが期待されていたのであろうか。このような根本的な疑問が生じる。実際、法定抵当権の公示に好意的な機関は、一八〇四年法の法定抵当権制度が妻の保護として全く機能していないことを、法定抵当権公示の論拠の一つとして掲げる。例えば、パリ法学部<sup>(17)</sup>は、法定抵当権の公示及び特定を要求するとともに、妻に新たな効果的保証を与えることを提案するが、そのような提案の前提として現行法が妻を全く保護していないと批判する<sup>(18)(19)</sup>。

「妻、未成年及び禁治産者は、「隠れた法定抵当権により、」完全な安全の利点を手に入れたのであろうか。われわれは、とりわけ

妻に関して、そのようには考えない。…嫁資の非譲渡性を保証する嫁資制以外の制度下で婚姻した女性の抵当権は、実際には、現実性のない抽象的存在 (abstraction sans réalité)、真の空想物 (véritable chimère) となってしまった。現行の立法は、妻が他人や夫のために債務を負うことを禁止していない。「その結果、」夫と取り引きする債権者は、ほとんど常に、妻を共同債務者及び連帯債務者の資格で「取引に」参加させるようになる。「それにより、妻は、」法定抵当権に内在する追求権を放棄するだけでなく、個人的に債務を負担してしまう。…夫から不動産を購入する第三者も同様に、ほとんど常に、売買証書への妻の参加を要求する。」

すなわち、パリ法学部によれば、<sup>(12)(13)</sup> 抵当権代位の實務は、法定抵当権を消滅させるだけでなく、妻の債務負担を必然化するるので、極めて有害なのである。

非公示型法定抵当権の維持を主張する見解も、抵当権代位が妻にとって危険な實務であることを否定するものではない。そうであるにもかかわらず、彼らは抵当権代位を禁止しない。このことは非公示型法定抵当権の根拠が妻の利益保護のみにあるわけではないことを証明しているように思われる。したがって、法定抵当権を登記から独立した存在として位置づける理論的根拠は、妻の利益と同時に、他のものにも求めねばならないことになる。

- (93) 今村「抵当改革(一)」二七一—二九頁、星野「概観」三五一—四〇頁参照。
- (94) Documents, t. I, pp. CCXIX-CCXXVII.
- (95) Documents, t. I, p. CCXXII.
- (96) Documents, t. I, pp. CCXXII-CCXXIII. 併せて香山「基本的性格(3)」一七九頁参照。
- (97) Documents, t. II, pp. 200 et s.
- (98) Documents, t. II, pp. 218 et s.
- (99) Documents, t. II, pp. 263 et s.
- (100) Documents, t. II, pp. 302 et s.

- (101) *Documents*, t. II, pp.334 et s, notamment, pp.335-336.
- (102) *Documents*, t. II, pp.350 et s.
- (103) *Documents*, t. II, pp.413 et s.
- (104) *Documents*, t. II, pp.443 et s.
- (105) *Documents*, t. II, pp.462 et s.
- (106) もともと、リヨン控訴院とパリ法学部は、妻に新たな他の保証を与え、法定抵当権を補助的なものにすべきことを提案しているので、単に法定抵当権の公示を提案する他の機関と同列に論じることができない。しかし、この二つの機関も補助的な法定抵当権に公示及び特定を課しているので、ここに列挙した。
- (107) *Documents*, t. II, p.201.
- (108) 共和暦七年ブリュメール一日法につき、フランス担保法研究会「(一)八二一八二五頁参照。
- (109) *Documents*, t. II, p.203.
- (110) 破毀院 (*Documents*, t. II, pp.131 et s.)' アンジャン控訴院 (*Documents*, t. II, pp.137 et s.)' エクス控訴院 (*Documents*, t. II, pp.144 et s.)' ノリマン控訴院 (*Documents*, t. II, pp.168 et s.)' アンジエ控訴院 (*Documents*, t. II, pp.171 et s.)' ノサンノン控訴院 (*Documents*, t. II, pp.208 et s.)' ホルズー控訴院 (*Documents*, t. II, pp.211 et s.)' コルマル控訴院 (*Documents*, t. II, pp.212 et s.)' ヴェナー控訴院 (*Documents*, t. II, pp.235 et s.)' ノルノーブル控訴院 (*Documents*, t. II, pp.242 et s.)' リモーラン控訴院 (*Documents*, t. II, pp.258 et s.)' メニン控訴院 (*Documents*, t. II, pp.276 et s.)' モンリュエ控訴院 (*Documents*, t. II, pp.279 et s.)' ナンシー控訴院 (*Documents*, t. II, pp.297 et s.)' オルヌマン控訴院 (*Documents*, t. II, pp.315 et s.)' ハリ控訴院 (*Documents*, t. II, pp.318 et s.)' ホー控訴院 (*Documents*, t. II, pp.323 et s.)' ホフテイト控訴院 (*Documents*, t. II, pp.334 et s.)' ノンヌ控訴院 (*Documents*, t. II, pp.348 et s.)' ルーアン控訴院 (*Documents*, t. II, pp.359 et s.) 及ビトゥールズ控訴院 (*Documents*, t. II, pp.369 et s.)。
- (111) カーン法学部 (*Documents*, t. II, pp.376 et s.)' デイション法学部 (*Documents*, t. II, pp.386 et s.)' ストラスブール法学部 (*Documents*, t. II, pp.464 et s.)' ノンヌ法学部 (ただし少数意見) (*Documents*, t. II, pp.462 et s.)。
- (112) *Documents*, t. II, pp.413 et s.
- (113) *Documents*, t. II, pp.451 et s.
- (114) *Documents*, t. II, p.133.
- (115) *Documents*, t. II, p.278.

- (116) *Documents*, t. II, p.330.
- (117) 後述のように、本稿は、法定抵当権の非公示性の根拠の一つを抵当権代位の有用性に求める。しかしながら、非公示型法定抵当権を肯定的に解する機関のすべてが、抵当権代位に好意的であったわけではない。実際、この二つの控訴院は抵当権代位に否定的であった。つまり、これらの機関は、法定抵当権の非公示性の根拠を専ら妻の利益保護に求めるわけである。ポー控訴院曰く、妻が夫のために法定抵当権を放棄する場合と「同じ保証が、妻が第三者のために抵当権の利益を放棄する行為についても、必要なのではなからうか。なぜなら、この行為は、「妻を」破滅させ、子の将来を失わせるものだからである」(*Documents*, t. II, p.330.)。
- (118) ただし、後述のように、非公示型法定抵当権を承認する機関のうち、オルレアン控訴院 (*Documents*, t. II, pp.315-316.) とポワティエ法学部 (*Documents*, t. II, p.458.) が、抵当権代位契約に公署性を求めている。しかし、これも抵当権代位を制限する趣旨ではない。オルレアン控訴院曰く、「この「抵当権の」譲渡は真の抵当権設定であるので、それを共通法に含ませることが合理的である。つまり、それを二二二七条〔抵当権設定契約に公署性を要求する条—引用者註〕が規定する手続に従わせるべきである」。抵当権代位は近世における「抵当権の抵当権」の近代的発展形態に他ならない。だから、抵当権代位に公署性を求めるのは当然であると考えられるわけである。
- (119) *Documents*, t. II, pp.443-451.
- (120) *Documents*, t. II, pp.445-446. 同様の指摘としてバステリア控訴院 (*Documents*, t. II, p.202.) 及びリオム控訴院 (*Documents*, t. II, pp.353-354.) の意見書参照。
- (121) もっとも、すでに一八〇四年法制定時において、法定抵当権の公示を主張する論者は、非公示型法定抵当権が妻を全く保護しないことを指摘している。リアル (Real) の指摘につき香山「基本的性格(2)」一四〇頁、トレヤール (Treilhard) の指摘につき香山「基本的性格(3)」一七二頁参照。
- (122) そこでパリ法学部は、裁判所の許可を条件としてのみ、妻の債務負担、法定抵当権放棄又は代位を認めるべきことを提言する (*Documents*, t. II, pp.450-451.)。
- (123) また、パリ法学部は、取得者が抵当権代位を得なかった場合でさえ実際には妻が保護されることはないことを指摘する。取得者は、不動産取得後、滌除手続により法定抵当権を消滅させるわけであるが、妻が取得者による滌除に対抗するためには、取得者による滌除申立後に法定抵当権を登記しなければならない (二一九四条)。しかし、「妻が法定期間内に登記することは、ほとんどない」(*Documents*, t. II, p.446.)。したがって、この点においても、現行法は妻を保護していない。

### 3 信用手段としての法定抵当権

(イ) ここまでわれわれは抵当権代位を法定抵当権の非公示性から生じる不都合を回避するための手法、つまり「弥縫策」(expédients)<sup>(24)</sup>と位置づけてきた。もちろん、この理解は、法定抵当権の非公示性を制度的欠陥と捉えることを当然の前提としている。しかし、前款で確認したように、一九世紀前半においては、法定抵当権の非公示性は否定的に解されていなかった。そうであるとすれば、抵当権代位も当然にこれとは異なる位置づけを付与されることになる。では、非公示型法定抵当権に肯定的な抵当観においては、抵当権代位はどのようなものとして把握されるのであろうか。この点につき、例えば、メリニャック (Merignhac) が一九〇二年に出版した、抵当権代位研究の集大成とも評価することのできる著書には、次のように記されている。<sup>(25)</sup>

「時として、新たな必要性の下で、ある制度が、当初の目的から離れるような場合がある。∴法定抵当権により、夫の陰謀から妻を保護することが期待された。もともと、すぐに、この保証が不愉快な障害物でしかないことに気付かされることになる。しかし、その時、新しく、しかも多産な理念が現れた。すなわち、これまで法定抵当権は無数の障害物でしかなかったが、今後は、信用の道具 (instrument de crédit) に変化し、家族の利益の発展を容易にするわけである。〔傍点は引用者による〕。」

つまり、ここでは抵当権代位は法定抵当権を「信用の道具」に変える手段と理解されている。また、一九三〇年に出版されたプラニオル＝リペール (Planiol et Ripert) の著書にも、同様の一節を見いだすことができる。<sup>(26)</sup>では、この一節が意味するところのものは何であろうか。

夫の抵当権者が妻の追行を免れるためだけの目的で抵当権代位を利用するのであれば、この抵当権者は抵当権設定に

あたつて妻に法定抵当権を単純に放棄 (renunciation abdicative) させればよい。しかし、その不動産上に (法定抵当権に劣後するが自分よりも優先的な順位を有する) 他の抵当権者が存在する場合には、妻から単純放棄を得るよりも、妻から法定抵当権の譲渡 (cession ou renonciation translatif) を得る方が、より得策である。したがつて、夫の抵当権者は、妻との合意 (抵当権代位契約) により、法定抵当権の優先順位を譲り受けるわけである。<sup>(17)</sup>そして、このような合意の有効性 (つまり先順位抵当権者を凌駕することができる合意の有効性) が一度認められると、法定抵当権は夫にとつて信用獲得手段として機能するようになる。なぜなら、夫は妻に法定抵当権を譲渡させそれを担保に金員を借り受けることができるからである。つまり、誤解を恐れずに言えば、法定抵当権は夫婦にとつての所有者抵当のような機能を営むようになる。

また、この方法は、債権者だけでなく、夫の固有財産又は後得財産の取得者にもメリットを与える。確かに、取得者は、(抵当権者とは異なり) 妻から法定抵当権の単純放棄を得られれば十分なように思われる。そして、これにより除外に要する手間と費用を回避することができる。しかしながら、実際には、取得者も法定抵当権を譲り受けた方が良い場合がある。それは、譲り受けようとした不動産が、すでに法定抵当権以外の抵当権の目的となつていているような場合に他ならない。このような場合、仮にこの抵当権が実行され、取得者が不動産を奪われてしまったとしても、取得者は、妻から譲り受けた法定抵当権を用いて、少なくとも夫に払い渡した売買代金を優先的に回収することができる。<sup>(18)</sup>

このように、抵当権代位理論の展開により、理論的には不動産取引の障害物と考えられる法定抵当権は、夫と第三者の双方にとつて重要な意義 (夫にとつての重要な信用獲得手段、第三者にとつての重要な保証) を有するようになる。つまり、法定抵当権は、不動産取引の障害物ではなく、不動産取引の保証として機能するわけである。われわれは、このような法定抵当権の機能を「法定抵当権の信用手段機能」と呼ぶことにする。

(四) 法定抵当権に対するこのような認識が、一九世紀中葉の抵当権代位の立法化 (後述) の結果であることは否めな

いであろう。では、それ以前において、「信用手段としての法定抵当権」という観念は一般的に存在したのであるか。この点につき、学説においては、抵当権代位を初めて体系的に論じた一八五三年のベルトの著作の中に、このような観念を見いだすことができる。<sup>(129)(130)</sup>

「法律が妻に与えた保証は、実務家の努力と取引安全の絶対的要請の下で、しばしばそれが害すると思われた利益を保護する方法となった。法定抵当権は、合意の結果により、法定抵当権が当然に妨害すべき取引を助成し、かつそれを容易なものとするようになったのである。…この契約による放棄は、今日においては、あまり怠られることのない配慮となっている。それは、公証人と伝統と実務の習慣に深く根付いているのである〔傍点は引用者による〕。」

ところで、一九世紀前半においては、抵当権代位は大きな欠陥を有するものと認識されていた。この点につき、例えばエクス控訴院は次のように指摘する。<sup>(131)</sup>

「判例は、譲渡により妻の権利に代位した者が、登記なしで妻と同じ利益を有することを認めている。しかし、この事物の状態は混乱の源であり、その治癒が望ましい。なぜなら、妻が法定抵当権を譲渡した後に、再びそれを譲渡することが頻繁に見られたからである。」

十九世紀前半においては、法定抵当権の譲受人（代位者）は未登記のまま法定抵当権を第三者に対抗することができた。<sup>(132)(133)</sup> また、同一法定抵当権に複数の者が代位した場合には、順位配当は按分比例ではなく代位名義日に従う。そのため、代位者は、後日、先行代位者の突然の出現により法定抵当権の順位配当のすべてを奪われる恐れがあった。実際、

抵当権代位の合意を繰り返す詐欺的取引が、この当時横行していたと言われている<sup>(134)</sup>。そこで、この問題を立法的に解決することが、最重要課題として認識されていた。例えば、トロロンは、所有権謄記及び法定抵当権公示の是非の問題を抵当法改革の中心論点としつつも、<sup>(135)</sup> 抵当権代位公示の問題の重要性を強調する<sup>(136)</sup>。

「副次的なものでしかないが、<sup>(137)</sup> 抵当制度に導入すべき他の改革として、非常に容易に意見の一致するものがある。その第一順位に、法定抵当権であるか否かを問わず、<sup>(138)</sup> 抵当権譲渡の登記を置かねばならない。…その必要性はフランスでも極めて一般的に認められてゐる。」

法定抵当権の登記免除は妻に（妻だけに）与えられた特権であり、この特権は、この抵当権に代位した第三者に与えられるべきではない。したがって、代位者は、この法定抵当権を登記し、かつ代位を登記するのでなければ、抵当権代位を第三者に対抗することができないようにすべきである（もちろん、この見解は、代位の登記を他の代位者に対する対抗要件とするが、代位者による法定抵当権の登記を他の抵当権者に対する対抗要件とすべきである旨を主張するものではない）。このような見解が、トロロンが指摘するように、この当時の一般的見解であった。実際、一八四一年アンケートで非公示型法定抵当権を支持した二一の裁判所と（グルノーブル法学部とポワティエ法学部を含む）六つの法学部の意見書中、一一の裁判所<sup>(139)</sup>と三つの法学部<sup>(140)</sup>が、代位者による抵当権代位の公示を求めている。また、その他の機関も、この点について何も言及していないに過ぎず、<sup>(141)</sup> 抵当権代位の公示に積極的に反対の意見を表明しているわけではない（<sup>(142)</sup> 抵当権代位の公示に反対する機関は一つもない）。例えば、ナンシー控訴院は次のように言う。

「われわれが治癒の必要を提案する、他の非常に大きな不都合は、法定抵当権譲渡の結果として生じるものである。立法と判例の

現状においては、それは悲しむべき失望（*deceptions déplorables*）でしかない。妻に代位した債権者は、譲渡日で順位配当に達することになる。この債権者は、譲渡を登記する、言い換えると譲渡に公示を与える義務を負うものではない。このことは、既に知らないうちに使果たされた法定抵当権への参加という、妻が他の貸手に提供し続ける魅力で、妻に偽りの信用を作り出す方法を与えることに他ならない。…これら全てのことを予防する方法は、法定抵当権を譲り受けた債権者が登記を行い、かつ登記日に順位を取得するよう義務づけることを要求することである。…このことは、貸手の信用を増大させ、かつ土地信用の更なる発展を助成させるために、認識しておくべき数多くの重要な証書に、光を照らすことになる〔傍点は原文イタリック〕。〕

このように、一八四一年アンケートの結果においては、多くの機関が、抵当権代位の合理化（公示法理への従属）を唱えている。このことは、法定抵当権が、すでに重要な信用手段として機能していたことの証左ではなからうか。そして、非公示型法定抵当権が抵当権代位を介して信用手段としての機能を担っているとの認識を有していたからこそ、一九世紀の支配的見解は、法定抵当権の公示ではなく、抵当権代位の公示を熱望したものと思われる。もちろん、法定抵当権を信用の道具として位置づけるのであれば、法定抵当権自体は非公示的かつ包括的性質を有し続ける方が、代位者にとつては都合がよい。なぜなら、法定抵当権が特権的な性質を有するからこそ、第三者はそれを譲り受けることにより多くの利益を有するからである。

実際、一九世紀の抵当立法は、このような方向で改革を進めていくことになる。一八五五年法は、妻に未登記法定抵当権の特権を認めつつ、抵当権代位を公示法理に従わさせるからである。

「九条 妻が法定抵当権の譲渡又は放棄を行うことができる場合において、この譲渡又は放棄は、公正証書によつて行われねばならない。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、讓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。」

(イ) その一方で、法定抵当権の公示を求める見解は、法定抵当権がこのような機能を担うことはない主張する。例えば、パリ法学部の意見書を実際に執筆したとされるヴァレット<sup>(14)</sup>は、抵当権代位の問題点を次のように指摘している。<sup>(15)</sup>

「非公示型法定抵当権」制度が引き起こす不都合について、われわれは度々言及してきた。確かに、その制度を擁護するために、夫と取引する者は関係する行為に妻の介入 (intervention) を要求することにより妻の抵当権から保護されることが、しばしば引き合いに出された。「また、」後得財産の買主や第三取得者は法定滌除の救済を有することを付け加える。しかし、これらの弥縫策は、少なくともわれわれによれば、悪しき事柄を收拾するために十分なものとはいえない。まず最初に、その方法に助けを求めることができない第三者がいる。それは後得財産に法定抵当権又は裁判上の抵当権を取得した第三者である。おそらく合意による抵当権を得る者は妻の介入を要求することであろう。実際、通常、合意による抵当権者はそれを要求する。しかし、その結果として、何が生じるのであろうか。妻が全ての法定抵当権を失うことは、妻の状態が悪くなることに他ならない。「さらに、」妻は法定抵当権を失うだけでなく、妻は個人的に義務を負担することになる。後日の共通財産の放棄は、妻を債務負担から解放しないからである (一四九四 条参照) [傍点は引用者による]。」

抵当権代位の方法は、全ての抵当権者がそれを用いることができるわけではないので、信用取引にとって有効な手段となるわけではなく、又それにより妻の利益が害される (この点は先に引用したパリ法学部意見書でも言及されていた) したがって、この方法が信用手段として有効に機能することはないと言うわけである。

ヴァレットの言説は、抵当権の公示を当然視する現在のわれわれから見た場合には、極めて正確である。しかし、彼

の見解は、一九世紀においてはむしろ例外的であつた。このことは、非公示型法定抵当権が信用取引又は不動産取引を助成するという観念が一般的であつたことを裏書きしているように思われる。

(二) このように、数多くの機関は、単に妻の利益保護のみを念頭に法定抵当権の公示に反対したわけではない。それと同時に、法定抵当権が抵当権代位を介して現実に有用な信用手段として機能していると考えたので、法定抵当権の公示に否定的だつたのである。

当時の支配的見解は、妻と第三者（抵当権者又は取得者）の（両立し難いと思われる）二つ利益を両立させる方法を模索した<sup>(14)</sup>。しかし、一方で、革命期の短期間の経験は、（近代抵当権の一つの理念型である）共和暦七年ブリュメール一一日法のシステムが第三者の利益だけを保護し妻の利益を害することを明らかにした。他方で、一八〇四年法のシステムは、極めて巧妙な方法（抵当権代位）で、両者の利益をバランス良く調整することができる。そうであるからこそ、多くの裁判所及び法学部は、非公示型法定抵当権に賛意を示したわけである。

「近代抵当」論の一般命題によれば、抵当制度は非公示型から公示型へと発展していく。確かに、フランス抵当法改革史を巨視的に眺めるのであれば、この命題はフランスでも妥当する。なぜなら、一九五五年一月四日デクレ（以下、単に「一九五五年法」と呼ぶ）は非公示型の法定抵当権を廃止する（つまり以降、法定抵当権は「公示の原則」に従う）からである<sup>(15)</sup>。しかし、一九世紀の立法だけを考察するのであれば、フランス抵当制度は、このような発展性を有するものではない。実際には、前述のように、フランス法は抵当権代位を合理化する方法で抵当制度の整備を進めていくからである。そして、この改革の道程は一九世紀の支配的な抵当観の反映に他ならない。このことは一八四一年アンケートの結果からも明らかであろう。

(14) Valette, *hypothèques*, p.260.

- (125) Merignhac, n° 1.
- (126) 「これらの合意〔抵当権代位の合意—引用者註〕は法定抵当権の本来的効果を徹底的に修正した。∴法定抵当権は、夫の取引を書するふところか、夫にとって類似希な信用の源である」(Planiol et Ripert, t. XIII, n° 1367.)。
- (127) cf. Planiol et Ripert, t. XIII, n° 1373.
- (128) cf. Planiol et Ripert, t. XIII, n° 1372.
- (129) Bertauld, *subrogation*, p.1.
- (130) 一八四一年アンケートにおいても、少数ではあるが、このような観念を明確に表明する機関がある。例えば、リモージュ控訴院曰く、「絶対的公示の支持者が恐れたように、「現行制度の下で」資本が不動産から離れることはなかった。反対に、不動産は高い資本価値を取得し、貸付はそれを超えてなされた」(Documents, t. II, p.259.)。この一節は、直接には抵当権代位に言及しないが、抵当権代位が信用貸付において一般化していた事実を鑑みれば、この一節が抵当権代位のことを述べていることは明らかである。
- (131) Documents, t. II, pp.161-162.
- (132) Civ. 24 janv. 1838, S. 38. 1. 97.
- (133) なお、この当時、抵当権代位は私署証書によっても可能であった。そして、これが不正な代位契約が結ばれる原因でもあった。そこで、一八四一年アンケートにおいては、バステティア控訴院 (Documents, t. II, p.207.)、デュシモン控訴院 (Documents, t. II, p.213.)、オルネアン控訴院 (Documents, t. II, pp.315-316.) 及びポフティエ法学部 (Documents, t. II, p.458.) が、抵当権代位契約に公署性を求めている。
- (134) cf. Planiol et Ripert, t. XIII, n° 1389.
- (135) Troplong, *hypothèques*, t. I, p.xlix et p.lx.
- (136) Troplong, *hypothèques*, t. I, p.lxxvij.
- (137) マンジャン控訴院 (Documents, t. II, p.144.)、エクス控訴院 (Documents, t. II, pp.161-162.)、ヌイマン控訴院 (Documents, t. II, p.168.)、サンソン控訴院 (Documents, t. II, p.211.)、ヌルノーブル控訴院 (Documents, t. II, p.251.)、ナンシー控訴院 (Documents, t. II, pp.300-301.)、オルネアン控訴院 (Documents, t. II, p.316.)、パリ控訴院 (Documents, t. II, pp.321-322.)、ポー控訴院 (Documents, t. II, p.330.)、ポフティエ控訴院 (Documents, t. II, pp.344-348.) 及びノンス控訴院 (Documents, t. II, pp.349-350.)。
- (138) デュシモン法学部 (Documents, t. II, pp.405-408.)、ポフティエ法学部 (Documents, t. II, p.458.) 及びストラスブール法学部

(Documents, t. II, pp.471-473.)。

(139) なお、公示型法定抵当権の導入により抵当権代位のメリットは激減するので、抵当権代位の公示に拘泥する必要はなくなる。しかし、理論的には、公示型法定抵当権への代位も可能であるわけだから、その公示が要求されることになる。公示型法定抵当権を支持する機関中、抵当権代位の公示を要求するのはディジョン控訴院である (Documents, t. II, p.231.)。

(140) Documents, t. II, pp.300-301.

(141) このような意見に基づき、実際に、条文案を提出する機関もある。例えば、グルノーブル控訴院は、次のような案を提出している (Documents, t. II, p.254.)。曰く、「共通制の妻又は嫁資外財産を有する妻が、抵当権代位又は抵当権譲渡をもたらす債務を負担したときは、この行為は、妻の複数の承継人においては、これらの者が夫の財産に行った登記の日から限り、その効果を有する」。同じく、ディジョン法学部の意見書 (Documents, t. II, p.408) 参照。

(142) その証拠に、法定抵当権に公示を義務づけた一九五五年法の成立とともに、抵当権代位はほとんど利用されなくなる (cf. Thery, n° 217.)。

(143) 抵当権代位を初めて立法的に承認するのは、フランス・クレディ・フォンシエ (Crédit foncier de France) についての一八五二年二月二八日デクレ八条及び二〇条である (クレディ・フォンシエにおける抵当権代位につき、詳しくは Merignhac, n°s 232-238.)。二〇条曰く、「妻が貸付契約に居合わせたときには、妻は、貸付額を限度に、法定抵当権代位に合意することができる。ただし、妻が嫁資制で婚姻した場合には、この限りでない」。そして、一八五二年デクレを修正する一八五三年六月二八日法 (五条) が、それを再確認し、ついには一九世紀最大の抵当権改革立法である一八五五年法がそれに確固たる地位を与える。さらに、一八五五年法九条に関する解釈的疑義に終止符を打つべく、一八八九年二月一三日法 (同法は一八五五年法九条に三項から八項を付け加える) が成立する (一八八九年法につき、詳しくは、Wable 参照)。

(144) この点につき今村「抵当改革(一)」三五—三九頁参照。

(145) Valette, *hypothèques*, pp.260-261.

(146) アジャン控訴院 (Documents, t. II, p.141.) 及びアンジエ控訴院 (Documents, t. II, p.181.) 参照。

(147) 一九五五年法における法定抵当権改革について、詳細は、Nerson, pp.161 et s 参照。

## 4 二つの抵当観と夫婦財産管理の所在

(イ) 取引安全のために全ての抵当権を公示すべきであるという抵当観、すなわち非公示型法定抵当権を否定的に捉える抵当観によれば、抵当権代位は、一八〇四年法の制度的欠陥を補う弥縫策でしかなく、又それ以外の何ものでもない<sup>(14)</sup>。そして、この抵当観を前提とした場合、必然的に法解釈のレベルにおいては、法定抵当権の目的物の範囲は制限されることになる。なぜなら、法定抵当権の目的物以外の不動産は一八〇四年法の下においても「公示の原則」に服することになるので、その目的物を限定することにより、抵当権改革（つまり法定抵当権の公示）を行うことなく、抵当権の「公示の原則」が妥当する範囲を拡大することができる（つまり不動産取引の安全を実現することができる）からである。

妻が共通財産を放棄した場合に後得財産に対する法定抵当権の第三者対抗力を否定する見解（第二章第二節第二款（口参照））は、このような抵当観を、その理論的前提とする。この見解によれば、すべての場合において妻は後得財産上の抵当権者又はその第三取得者に法定抵当権を対抗することができないので、事実上、すべての後得財産が妻の非公示型法定抵当権から免れることになる。したがって、夫の固有財産以外の財産については、不動産上の抵当権は、基本的に全て公示されるわけである<sup>(15)</sup>。

もちろん、この結論は、後得財産の管理を夫に付与することになるので、一八〇四年法の大原則（夫婦財産集中管理）にも適合する。実際、法定抵当権の公示を強く求めるディジョン控訴院は、この観点から非公示型法定抵当権に批判を加える<sup>(16)</sup>。

「この立法は他の不愉快な結果を生み出した。…共通制の長である夫は…個人財産の処分につき、一種の無能力とされ、夫は契約

にあたって妻の合意を得ることにより初めて、その無能力から解放される。これは正当ではない。」

もつとも、放棄妻の法定抵当権の第三者対抗力を否定する見解が、全て、以上の点を明言しているわけではない。いや、むしろ反対に、すでに見たようにアミアン控訴院とディジョン法学部<sup>(15)</sup>は非公示型法定抵当権に賛意を示しつつ放棄妻の法定抵当権の第三者対抗力を否定している<sup>(16)</sup>。しかしながら、これはむしろ例外であり、一般的には、法定抵当権の非公示性に肯定的な見解が、法定抵当権が最も有効に機能することが期待される局面（つまり妻の放棄時）において、取引安全を口実に法定抵当権の第三者対抗力を否定するとは考えにくい。やはり、この見解は、基本的に、その前提において法定抵当権の非公示性自体に否定的であったと考えるべきであろう。

実際、ヴァレットは、法定抵当権の非公示性と、それが必然化する抵当権代位に否定的な観点から、法定抵当権の目的物の範囲の制限を主張する<sup>(17)</sup>。すでに見たように（本章第三節（イ）参照）、彼によれば抵当権代位は法定抵当権の非公示性から生じる問題の全てを收拾するものではない。また、後得財産に対する法定抵当権の第三者対抗力承認は一四二一条に反している<sup>(18)</sup>。さらに、それへの第三者対抗力承認は「第三者の安全を破壊するのと同時に共通財産の信用を破壊する<sup>(19)</sup>」。以上の理由から、彼は、妻が共通財産を承認したか否かを問わず、夫が共通制存続中に後得財産を処分したときには、それに対する法定抵当権の第三者対抗力を承認すべきではないと結論付ける。

このように、法定抵当権の非公示性を否定的に捉える抵当観は、「公示の原則」の観点から、法定抵当権の目的物の範囲を制限する。もちろん、夫婦間不動産の事実上の共同管理は法定抵当権の目的物の範囲を拡大した場合に生じるわけであるから、この抵当観は抵当権代位が必然化する夫婦間不動産の共同管理に対しても否定的態度を示すようになる。  
 (ロ) しかしながら、一八四一年アンケートの結果は、一九世紀前半の支配的見解が法定抵当権の非公示性に肯定的な抵当観を有していたことを明らかにした。その原因は、一八〇四年法のシステムが妻の利益を保護すると同時に抵当

権代位を介して信用取引又は不動産取引を助成すると考えられた点にあった。つまり、法定抵当権は、それ自体、一種の信用手段として機能していたのである。数多くの機関が、法定抵当権の公示でなく、抵当権代位の公示を要求したことは、このことを十分に証明しているであろう。では、この抵当観は、法定抵当権の目的物の範囲をどのように解するのであろうか。

夫の債権者の抵当権又は抵当権代位が最も有効に機能することが期待されるのは、もちろん、夫が債務超過の状態に陥った場合である。そして、この場合は、まさに妻が共通財産を放棄するときに他ならない。したがって、妻が共通財産を放棄したときに、後得財産上の第三者の存在を理由に法定抵当権の第三者対抗力が否定されると、この法定抵当権を譲り受けた第三者の利益が著しく害される。つまり、法定抵当権は信用手段として全く機能しない。したがって、法定抵当権が信用手段として有効に機能するためには、少なくとも妻が共通財産を放棄した場合には後得財産に対する法定抵当権の第三者対抗力を承認する必要があるわけである。そして、学説及び判例が一四二一条の原則への抵触を黙認しつつこの結論を承認した（第二章第二節第二款(二)参照）理由は、妻だけではなく、抵当権代位者の利益をも考慮してのことであると思われる。

実際、すでに一九世紀前半において、抵当権代位は、不動産信用取引の根幹を担うものであった。そのことは、クレイ・フォンシエの設立に際して、抵当権代位を立法的に承認せざるを得なかった事実からも明らかであろう。そして、夫の債務超過状態において抵当権代位を否定する余地のある解釈は、抵当権代位実務そのものを否定することに他ならない（そのことは不動産信用を根底から破壊することになる）。学説及び判例は、このような観点から、放棄妻の法定抵当権の全面的な第三者対抗力を承認するわけである。もちろん、法定抵当権の第三者対抗力を認めたとしても、（一九世紀の多くの法定抵当権公示論者が懸念したように）第三者が不動産取引から離れるようなことはない。なぜなら、夫との取引を望む第三者は、むしろ実際には法定抵当権を当てにして不動産取引に入るからである。

このように、法定抵当権を信用手段の一つと捉える抵当観においては、法定抵当権は不動産取引の障害物ではないので、ヴァレットトらのように、その目的物を限定する必要はない。したがって、この当時の支配的見解は、信用取引及び不動産取引安全の観点から、夫婦間不動産の事実上の共同管理を必然化する解釈を選択したわけである。

(イ) もっとも、法定抵当権を安全な信用手段として確立するためには、放棄妻だけでなく、承認妻のためにも、後得財産に対する法定抵当権の第三者対抗力を承認すべきである。そして、この問題についてのベルトの見解（第二章第三節第二款(イ)参照）は、まさに、この観点から表明されたものであろう。<sup>(19)</sup> しかしながら、当時の支配的見解は、承認妻の法定抵当権の第三者対抗力を否定する（第二章第三節第二款(ロ)参照）。確かに、妻が共通財産を承認するのは、共通財産の積極財産が消極財産を上回っている場合であろうから、夫の抵当権者は抵当権代位が否定されたとしても十分に債権を回収することができるであろう。したがって、承認妻の法定抵当権の第三者対抗力の否定（つまり抵当権代位の否定）が実際に第三者に与える影響は、さほど大きくないと思われる。そして、そうであるからこそ、この当時の支配的見解は共通制の準則に最も適合的な理論に従ったわけである。しかしながら、共通財産が債務超過の状態にあるにも拘わらず、妻が共通財産を承認する場合も十分に考えられる。いや、実際には、このような場合は決して例外的ではないかもしれない。したがって、抵当権代位により法定抵当権を譲り受ける方法が、実際には与信手段として極めて不安定であることは否めない。

そうであるとすれば、一九世紀前半の学説が事実上の夫婦間不動産の共同管理を黙認した理由を、抵当権代位を介しての「信用手段としての法定抵当権」の確立だけに求めることはできない。確かに、それを安全な信用手段とするのであれば、法定抵当権の目的物の範囲は広ければ広いほど良い。また、その目的物の範囲を共通制解消時における妻の態度決定に従わせるべきではない。しかしながら、支配的見解は、代位権者保護の観点から放棄妻の法定抵当権の全面的な第三者対抗力を承認するが、承認妻のそれを制限する。この一貫性の欠如を、どのように理解すべきなのであろうか。

本章の冒頭で述べたように、夫婦間不動産の事実上の共同管理は、フランスの伝統的な夫婦財産管理の方法であった。したがって、まさに、この結果（つまり共同管理）を導き出すためだけに、学説は放棄妻の法定抵当権の全面的な第三者対抗力を承認したと考えることも十分に可能であると思われる。つまり、夫婦による夫婦間不動産の共同管理を実現するために、法定抵当権の目的物の範囲を拡大したというわけである。そして、この目的のためだけであれば、放棄妻の法定抵当権の第三者対抗力を認めれば、それで十分と言うことになる。もつとも、この仮説は、極めて大胆なものである。したがって、この点については、法定抵当権についての、慎重かつ詳細な歴史研究が必要であると思われる。

(148) この抵当観によれば、抵当権代位は弥縫策でしかないので、それは公示型法定抵当の導入により、消滅すべきものであるということになる。ヴァレットはこのことを明確に述べているわけではない。しかし、彼は、パリ法学部意見書において、現行の抵当権代位が詐欺的取引の温床であることを指摘しつつ (*Documents*, t. II, p.446) も、抵当権代位の公示については何ら言及していない。これは、公示型法定抵当権の実現により抵当権代位はその意義を失うのだから、あえてその公示に触れる必要がないと考えたためでなからうか。

(149) もちろん、妻以外の法定抵当権も存在するので、全ての抵当権が公示されるわけではない。しかしながら、これらの法定抵当権は、妻のそれに比べ、さほど不動産取引の障害物となるわけではない。

(150) *Documents*, t. II, p.219.

(151) これら二機関の見解は、本稿の提示した理論的枠組みから外れるものである。しかしながら、ディジョン法学部は、公示の是非についての抵当観と法定抵当権の目的物の範囲の問題との間に密接な関係があることを、われわれに示している。なぜなら、次のような理由を掲げ、法定抵当権の後得財産に対する第三者対抗力を否定するからである。曰く、「われわれは、隠れた抵当権：の原則を維持しつつ、コード・シビルにおいて指し示された手続よりも確実な方法で、この抵当権の公示を手に入れねばならない」 (*Documents*, t. II, p.408.)。

(152) この点につき本稿註(110)及び註(111)参照。

(153) この点につき本稿註(43)参照。

(154) Valette, *hypothèques*, pp.251-261.

(155) Valette, *hypothèques*, p.256.

(156) Valette, *hypothèques*, p.259.

(157) 後に、メリニャックは、ベルトと同様の観点から、彼の見解を支持することになる (Méginhac, n° 105.)。

#### 四 むすび

(イ) 一八〇四年のフランス民法典の規定は夫婦財産の管理を夫に集中している。したがって、夫は、妻の合意なしに夫婦間にある財産を管理することができるはずである。しかしながら、法定抵当権の非公示的性格は、夫婦間の不動産の事実上の共同管理を強いる結果となった。つまり、実際には、夫は、後得財産だけでなく自己の固有財産についても妻の参加なしにそれを管理することはできないのである。

この結論は明らかに一八〇四年法の大原則に抵触する。もともと、理論的に夫の固有財産が共同管理に服することは仕方のないことであるが、後得財産については、それを共同管理の対象から除外することは解釈により十分に可能であった。すなわち、放棄妻は後得財産上の第三者に法定抵当権を對抗することができないと解すればよいだけなのである。しかし、一九世紀前半の学説及び判例は、そのような解釈に否定的であった。それは、なぜか。この点につき、われわれは次のような結論を導き出した。すなわち、①妻の利益保護という観点から、一九世紀前半のフランス法学は非公示型法定抵当権に肯定的であったこと。②第三者は抵当権代位により妻の追行を免れたこと。③抵当権代位の定着により、非公示型法定抵当権は信用を害するのではなく信用を助長すると考えられるに至ったこと。④この観点においては、放棄妻の後得財産に対する法定抵当権の対抗力否定は、抵当権代位に対する信頼を失わせることになること。この

時期の支配的見解は、このような理由で、夫婦間の不動産の事実上の共同管理を黙認することになる。

つまり、この当時の支配的見解は、抵当権代位を不動産信用取引の中核に置こうとしたために、法定抵当権の目的物を制限することに否定的となり、その結果、夫婦間の不動産の事実上の共同管理を黙認せざるを得なかったわけである。

(四) われわれは法定抵当権が三つの機能を兼ね備えていることを明らかにした。妻の利益を保護する機能、夫婦間不動産の共同管理を必然化する機能、信用手段機能である。では、このことは抵当法及び夫婦財産関係法改革に何らかの影響を与えているのであろうか。この点については、改革諸立法の詳細な分析が必要であることは言うまでもない。しかしながら、ある程度の理論的仮説を提示することは十分に許されるであろう。

一般論として、非公示型法定抵当権の存在は抵当信用にとって脅威以外の何ものでもないはずである。しかしながら、フランスは一九五五年にそれを実現するに過ぎない。では、フランスにおいて抵当法改革がこの時期まで遅れた原因は何であろうか。その原因は法定抵当権が多義的な機能を有していたからに他ならない。一八五五年法が法定抵当権の公示を実現しなかった理由の一つは、明らかに、抵当権代位を信用取引の根幹に据える方が良いとする一般的観念があったからであろう。そして、法定抵当権の公示実現が一九五五年まで遅れた原因も、まさにフランスにおいては抵当権代位を中心とした信用取引が一般化していたために、それを根底から覆す改革が疎まれたためであると思われる。また、法定抵当権が夫婦間の財産管理の在り方を規定していたことも、抵当権改革を遅らせた原因の一つであろう。近代における女性の地位向上は、財産管理への妻の参加を必然的なものとする<sup>(58)</sup>。しかし、夫婦財産関係法の改正を待たずしての法定抵当権改革は、妻を不動産管理から完全に排除することになるので、明らかに法の近代化に逆行したものとなる。したがって、非公示型法定抵当権の廃止のためには、その理論的前提として、夫婦財産関係法において正面から夫婦財産の共同管理を認める必要があったわけである。そして、遅々として進まぬ夫婦財産関係法改正が、結果的に抵当法改革を遅らせてしまうことになる。もつとも、実際の改革の順序は逆転することになるが、抵当法改革（一九五五年）と

夫婦財産関係法改革（一九六五年）の時期の近接は、まさに、この理論的仮説の正当性を証明するものなのではなからうか。<sup>(18)</sup>

このように考えると、一九世紀乃至二〇世紀の改革諸立法については、従前とは異なった評価が可能となるように思われるが、この点についての詳細は、将来の課題としたい。

(イ) ところで、われわれは法定抵当権の非公示性が「原因」であり、事実上の共同管理は「結果」に過ぎないことを当然の前提として議論をすすめたが、実を言えば、この点についても検討の余地がある。確かに、これら一連の事柄が一八〇四年法の構造の結果としてのみ生じたものであるとすれば、夫婦間不動産の共同管理は結果でしかない。しかし、すでに革命以前から、法定抵当権は非公示的性質を有するものであり、又、夫婦間不動産は抵当権代位の前身である「副順位配当」<sup>(19)</sup>を介して事実上の共同管理に服していた。もちろん、一八〇四年法の起草者らは、このことを意識しつつ、非公示型抵当権を導入したわけであるから、理論的には、夫婦間不動産の共同管理を実現するために、法定抵当権に非公示的性質を付与したとの理解も十分に可能であると思われる。事実、共和暦八年草案の抵当権部分の起草者であるプレアムヌウ (Preameneu) は、夫婦を（支配従属関係でなく）ともに協力し合う関係と捉え、妻の財産管理への介入に肯定的な夫婦観を表明している。<sup>(20)</sup> また、彼らは、非公示型法定抵当権が実際には妻の保護に役立たないことも十分に認識していた。<sup>(21)</sup>

法定抵当権の三つ機能は極めて複雑に絡み合い、実際には、どれが主たる機能で、どれが従たる機能であるかを断定することはできない。したがって、事実上の共同管理が原因であり、非公示性が結果であるのかもしれない。いずれにせよ、この点については、革命以前の夫婦財産制及び法定抵当権制度の詳細な歴史研究が必要であり、後日の課題としたい。最後に、本稿を締めくくるにあたり、一九世紀中葉のジード (Gide) の言説を引用しておく。彼はフランスの伝統は夫婦の平等であり、法定抵当権がそれを担保していたとする。<sup>(22)</sup> 彼の指摘は、われわれに大きな示唆を与えてくれ

るものと思われる。曰く。

「法定抵当権が、共通制の下で特に不可欠であるのは、法定抵当権だけが、夫婦の組合 (société) において、夫婦の平等…を確立することができるからである。…私は、共通制の本質であると、思い切って述べる。」

(158) 一八〇四年法成立から一九五五年頃までの妻の法的状態につき、関口一六七―二三八頁参照。

(159) 一九六五年法は、夫婦財産について、一部共同管理を実現することになる。改正一四二四一条一項曰く、「夫は、妻の同意のない限り、共通財産に属する不動産、営業、経営、譲渡不能社員権及び譲渡が公示に服する有体動産につき、それを譲渡すること又はそれに物権を設定することができない。夫は、妻の同意のないかぎり、これらの取引から生じる元本を受領することができない」。これは、一九五五年法が否定した、それ以前の夫婦財産管理方法を、単に条文化しただけに過ぎない。

(160) この点につき本稿註(91)参照。「副順位配当」について、簡単には、香山「総裁政府」四八一―五〇頁参照。実際には、抵当権代位は、一八〇六年民事訴訟法七七八条が廃止した近世型の副順位配当の代替物ではない。この点については後日別稿で触れる。

(161) プレアムヌウにつき、香山「基本的性格(2)」一二九頁参照。

(162) 香山「基本的性格(2)」一三〇―一三一頁参照。

(163) この点についてのレアルとトレヤールの指摘につき本稿註(12)参照。

(164) Gide, p.543.

【付記】 関西フランス法研究会合宿(二〇〇五年九月三日、於・同志社びわこリトリートセンター)におきましては、

報告の機会を与えられただけでなく、大変有益なご示唆をいただきました。この場を借りてお礼申しあげます。