

《資 料》

ジュリアン・ブロードーとクロード・ド・フェリエールのパリ慣習法第170条注釈*

藤 田 貴 宏 (訳)

ブロードー『パリのプレヴォ区並びに副伯領の慣習法』
第二巻第二版 (1669年) 405-408頁

「動産は抵当権によって追及されない」と規定していた旧慣習法の第77条と第168条（後者の条文は余分であり、前者の繰り返し以上の内容ではない旨デュ・ムーランがその傍注において述べている）に、改訂者たちはその敷衍としてこの文言（「動産が債務者の占有の外に存する場合には」）を付加した。「広く通用しパリのシャトレ裁判所においてもそのように判示されている諸慣習法」と題された私の手元にある古い写本はその第23条において、1365年頃にシャトレ裁判所の弁護士によって証拠として提示された慣習周知証明書に言及しており、そこには「動産が追及を受けることはなく、動産が正当な権原に基づいて善意で担保に供されたとしても同じであるので、仮に債権者の誰かが執行手続を介して自己の債務者の財産を売却し引き渡し、その債権について異議申立がなかった場合には、取得者の下にそれらの財産を追及しあるいは差し押

* 以下は、ジュリアン・ブロードー Julien Brodeau (1585-1653年) 著『パリのプレヴォ区並びに副伯領の慣習法 *Coutume de la prevosté et vicomté de Paris*』第二巻 (1658年初版) とクロード・ド・フェリエール Claude de Ferriere 著『パリ慣習法の新旧注釈者全集成 *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*』第二巻 (1685年初版) の何れも第二版による第170条注釈部分の訳語である。両注釈の学説史上の意義については拙稿「法定抵当権から先取特権へ」のVを参照されたい。

さえることはできないという慣習は真正である」との文言が見え、この写本には「当該慣習は弁護士によって周知のものと証明された」とある。また、ピトゥがその『トロワ慣習法』第72条注釈の冒頭において言及している「不動産の売り立てが可能な定期市の諸慣習並びに特権」と題された別の古い写本には、「如何なる債務者の動産も、追及権や特権はなく安全であり追及を受けることはない」とある。

動産が債務者の占有の外に存する場合には、抵当権が約定明示のものであれ黙示法定のものであれ、「動産は抵当権によって追及されない」という本条に定められた一般的な準則乃至法則は、一種の法格言つまり実務に関わる諺のようなものであり、ジャン・デ・マール評定官も『法院判決集』の第165判決においてこれに言及し、その一節には、「動産は追及を受けないので、動産が正当な権原に基づき善意で担保に供されているとしても、債権者が執行手続を介して異議もなく然るべき方式に従って債務者の財産を売却し引き渡してしまった場合にはそのように解すべきである」、とある上、前記「広く通用している諸慣習法」第23条や、ロワゼル『慣習法提要』第3巻第7章「質並びに抵当について」第5条に従えば、当該準則乃至法則はフランスの慣習法地域のほとんど全域において通用していると言える。

〈1. 動産が抵当権によって追及されない理由。〉本準則の正確な意味とは、ルエ閣下の『法院判決集』Rの項第31番に対して私が詳細に論じたとおり、「時において先んずる者が権利において優先する」との準則並びに抵当権が、耐久性や安定性に乏しく、確実な所在地を持たず、強固永久恒常的な存続を欠き、それ故、それらが帰属し付随していると考えられる身体乃至人に随伴することになる動産については、妥当しないということである。それはまた、法文〔学説彙纂第41巻第2章第47法文の趣旨〕に「動産の占有は価値が低く無視できる」とあるように、動産が、不動産、つまり、土地や家屋と比べて、価値や重要性において劣るのが通常であるからでもある。

以上の点は、親族による取戻が動産の売買に及ばないことの理由でもあって、第144条には明文化されていないけれども、たとえ高価な動産の売買についても同条について既に述べた通り同じであり、また、第97条によれば異議申

立もまた認められておらず、単なる合意だけでは動産が抵当権の特性や効果に服することはない。ただし、動産が実際に占有される場合、つまり、動産を自ら手放しその占有外に置く債務者によって債権者へと質物として交付される第181条所定の場合はこの限りではないし、また同じく例外的な扱いをしなければ、主に市民の生活を支えている動産や可動物品の取引も、市民の生活の下では動産が何らの証書も作成することなくしばしば持ち主や所在が変わる以上、極めて不便なものとなって、完全に妨げられ無に帰するであろう。以上は、ラ・マルシュ慣習法第153条についてカラエウスが考慮している理由である。同条には、「農奴貸与地あるいは世襲不能不動産を保有する者は一旦自らの不動産を手放すならば、領主の許可無しにそれらの不動産を再び保有地に組み入れ集めることで領主の継承権を害することは許されないが、自らの動産のみを手放した場合には、領主の許可が無くともそれらの動産を従前通り全て取り戻すことができる」とあり、「なぜなら(と著者は言う)動産は評価額は低いからであり、動産が追及を受けない理由はそこにあるし、正当価格の半額以下を理由とする取り消しは動産には認められず、またもちろん、動産が処分自由で不動産のみが世襲不能なもののためである」とされる。ところで、「動産は抵当権によって追及されない」というこの準則がパリ慣習法や同様の規定を有する他の諸慣習法においてもたらしている二つの重大な帰結が指摘されている。一つ目の帰結とは、包括的であれ特定のあれ債務者の現在並びに将来の全ての動産と不動産に及ぶ抵当権をもたらず契約によって、債権者が、動産の差押えと売却に際し、その代価について自らの契約の締結日や日付に従って順位付けられるべく、動産上に抵当権や物的権利を取得するわけではないという点である。もう一つの帰結とは、同じく債権者が動産上に追及権を取得することで、債務者が売買その他により有効に動産を処分して債権者を害することのないようにしたり、あるいはまた、動産が売却され現実の引渡が為され、しかもそれが詐害無く公然と為された場合に、善意の取得者や、それらの動産を弁済として提供され自らのものとして受領した後続の債権者が、原状回復や不当利得返還請求、「債権者への詐害として為されたもの」の廃罷訴権や、第99条、第101条、第102条、第114条に述べられている地所その他の不動産の場合

のように抵当権の主張によって、請求され追及を受けるようになるわけでもないという点である。このように、抵当権も存在せず、処分の禁止あるいは動産に対する不動産と同様の追及権も存在しないが、少なくとも、優先の特権及び権利は存していて、第86条、第161条、第162条、第163条、第176条、第177条、第181条の場合のように一種の黙示で法定の抵当権が付与されるか、あるいは、差押え、処分差止め、執行上の優先権は存していて、先取特権が存しなければ、第178条において優先権が認められている。ただし、破産の場合はこの限りではなく、この場合、各債権者は、現存し債務者の占有の下にある動産について按分配当を受けることになる。当該準則を一層明解に提示して、「動産は抵当権の実行によって追及されず、また強制執行に際しても、抵当権によって追及されない」と述べる諸慣習法もあり、これは上に示した二つの帰結を表示し含意している。

この一般的な慣習は我がフランスの諸博士及び実務家たちによって遍く承認されている。例えば、マズユエ『法廷実務論』第30章「強制執行並びに競売について」第9番には、「譲渡された動産が差し押さえられ売り立てられることはないし、抵当権がそれらの動産に及ぶこともなく、それ故フランス語では<動産は追及されない>と言われる」とあり、ポエリウス『ベリー慣習法』第7章「抵当の慣習について」第2条注釈末尾には、「当該慣習はフランス王国における一般的な慣習でありパリ高等法院にも登録されている。ただし、動産が相続権によって占有者の下に移転した場合はこの限りではないと当慣習は解釈される。というのも、この場合には追及可能であるから云々」とあり、アエグイナリウス・パロー『法学提要注解』第2巻所収第3巻第14章「要物契約は如何にして締結されるのか」及び第4巻第6章「訴権について」注釈も同旨、デュ・ムーランがベリー慣習法第9章「強制執行について」第9条について述べるところでは、「動産は<第三取得者に対して>抵当権により追及されないという当該慣習はほとんどあらゆる地域で一般的に通用している」とされ、カッサネオ『ブルゴーニュ慣習法注解』第5章「買戻特約付きで売却された定期金について」第3条前書注釈第1番では、首都パリでも、ブルゴーニュニヴェルネの慣習法においても、フランスのほぼ全域において同様であるとさ

れ、イムベルトゥス『法廷実務教程』第1巻第55章も同旨、ワツラ『論争集』最終章末尾には、「<動産は抵当権によって追及されない>という点には、財産上の包括的抵当権や動産上の特定の抵当権によって動産の処分や引渡が妨げられないという効果がある」とあり、レブッフス『王令集』第2巻「債務証書について」の項第4条の第2注釈第38番以下、ベシアヌス『オーヴェルニュ慣習法』第17章「時効について」第1条注釈冒頭並びに第24章「強制執行について」第52条注釈冒頭、プブリキウス『オーヴェルニュ慣習法』同条注釈、ピトゥ『トロワ慣習法』前掲第72条注釈、ラベ『ベリー慣習法』第9章「強制執行について」第9条、グセ『ショーモン慣習法』第65条注釈、パボン『ブルボネ慣習法』第116条注釈、アンジュー慣習法についてロモー『フランス法学』第2巻第504条及び第3巻142頁、同『フランス法の一般諸原則』第3巻第4条、コッピウス『フランス共通慣習法』第2部第1章第4番、ダルジャントレ『ブルターニュ慣習法』第13章「強制執行について」第245条第1注釈第1番、コッピヌス『パリ慣習法』第3巻第3章第5番、同『アンジュー慣習法』第3巻第3章第13番、ロワゾー『官職論』第3巻第5章第22番、第27番以下、フィリッピ『法院判決集』判決101、ステファヌス『法院判決集』判決31第5番、ロベルトゥス『判決集』第4巻最終章末尾、コキーク『ニヴェルネ慣習法』第31章「強制執行について」第14条注釈冒頭、バケ『裁判法論』第21章第264番、ラゴー『王国法索引』「動産」の項371頁及び「追及」の項539頁、同『ユスティニアヌス勅法彙纂注解』第1巻の第5巻第12章「嫁資の権利について」第31法文第1節注釈、ゴドフロワ『ノルマンディ慣習法注解』「動産と見なされるのは何か」の章の表題注釈冒頭も同旨である。

〈2. 動産のみを遺した死亡者の相続人は相続債務について抵当権によって追及されるのか。〉以上の点からは更に帰結するのは、動産のみを遺した死亡者の相続人は相続債務の弁済について人的のみ追及され抵当権による追及を受けないという点である。というのも、抵当権は動産には及び得ないからである。この点は第333条から導かれる。同条の文言「不動産の取得者」について述べたところを参照せよ。

にもかかわらず、ブルターニュ、ノルマンディー、アンジュー、メーヌの慣

習法のように、当該準則が、抵当権という第一の帰結について通用せず、そのような抵当権の優位が不動産のみならず債務者の占有下に存する動産についても維持され、その結果、動産や可動財産を最初に差し押さえた者が優先されないことになる慣習法が幾つか存在している。この点については第178条の注釈で更に詳しく論じた。まず、ブルターニュ慣習法〔旧〕第245条〔=新231条〕においてそうであり、同条についてダルジャントレが次のような注解を付している。すなわち、「我々はこれらのもの（すなわち動産）について抵当権を通常かつ原則的な法に従って行使する。しかし、それらが命令によって売却された場合には、不動産の場合のように債権者の召喚が行われなため、売却が為された日から一週間以内に限り、市民法【学説彙纂第15巻第1章「特有財産について」第52法文第1節】に従い、行使する」、と。メーヌとアンジューの慣習法においても同様であることは、ロモー『フランス法学』第2巻第504条末尾に言及されているとおりであるし、ショパン『アンジュー慣習法』第3章第3節第13番欄外の「動産の競売申立から一週間以内であれば、アンジューでは、何れの債権者も異議を申し立てられる」との文言にもそれは見て取れ、この点については私も後述第178条の注釈で詳細に論じ法院判決も紹介した。更に、ノルマンディ慣習法第596条でも、債権者はその債務者の占有下に存する動産について、不動産の場合と同様に、抵当権の順位に従い、優先権を有するとされ、ロワゾー『官職法論』第3巻第5章第27番、ペロー『ノルマンディ慣習法』第596条注釈も同旨であり、同書522条注釈の冒頭によれば、当準則は少なくともこの慣習法の下では別の効果をもたらすとされ、すなわち、抵当権や債務の保証は、動産について、債務者によって詐害無く行われた売却その他の譲渡や処分によって消滅し失われ、既に動産の移転、つまり、動産の現実の引渡を受けた善意の第三者に対しては、たとえそれが債務の弁済として当該動産を引き渡した相手であってしかも後続の債権者であったとしても、もはや債権者に追及権はなく抵当権の主張は認められない、とされている。なお、成文法地域の諸高等法院においても当準則は以上のように運用されており、とりわけボルドー高等法院においてはそうである。フェロン『ボルドー慣習法』第2巻第8章「封について」第20節前書注釈には、「我々の実務家たちは、動産が追

及を受けることはないので、ある者の財産が複数の債権者のために担保に供されたとしても債権者は平等と解されると主張しているが、後続の債権者である者が動産を自らの債権の弁済として受領した場合には、動産が追及不能である以上、それらを取り戻すことはできないし、同じことは売却物にまで当てはまり、それらに取戻権は及ばない。ただし、動産が債務者の支配下に存する限りは、動産についての債権者の異議申立てを受理すべきものと解されており、執達吏に差押えられた場合であっても、裁判官の命令が出され執達吏によって売り立てられるまでは同様に解される」、とある。また、トゥールーズ高等法院においても同様であることは、メナール閣下の『成文法の著名で重要な諸問題』第1部第3巻第8章に報じられているとおりであり、その箇所でも閣下が述べるには、「動産は追及を受けない」との一般慣習法が妥当するのは、動産が売却あるいは競落され、当該動産の所有者であった債務者の支配の外に出た場合に限られ、動産が債務者の占有に留まる限りは、たとえ後続の抵当債権者の一人によって差し押さえられたとしても、先行の債権者が優先され、実際にも、トゥールーズ高等法院の幾つもの判決においてその旨判示されており、その一つは閣下自身が報告判事となった1594年11月の判決である。エキスプリ閣下の『弁論集』第12弁論第4番、第5番、第6番によれば、ドーフィネでもこの点は同じように遵守されているとされる。成文法によって規律されている当[グルノーブルのドーフィネ]高等法院管轄の諸地方、つまり、リヨネにおいても、「動産は抵当権によって追及されない」という一般慣習法は同様の仕方でも運用されている。以上のような次第であるので、当慣習法第179条注釈の末尾で指摘したとおり、無担保債権者に優先する抵当債権者に関しては、動産の按分配当は行われず、抵当債権者が弁済を受けた後に、無担保債権者の間においてのみ按分配当が行われることになる。

〈3. 「動産は抵当権によって追及されない」という一般準則の二つの例外。〉当慣習法は「動産は、債務者の占有の外に存する場合、抵当権によって追及されない」との一般準則について二つの例外を設けている。第一の例外は次条に見出され、その条文では、執行されあるいは搬出された賃借人の動産に対する追及権が所有者に与えられている。第二の例外は第176条に見出され、

同条は、自らの物品を支払期限の定めなく売却した者に、当該物品がどこに移転されようと追及することを認めている。これらの場合を除くと、動産の売却と譲渡、あるいは、動産の差押と執行の後、抵当権による追及は一切認められない。〈4. 官職の売買に関しては抵当権による追及は認められるのか。〉なお、官職譲渡が国王によって承認され第三者のために保証金が納入されると抵当権によって追及されることのない官職に関して、印璽が如何に作用するのかについては、前述第95条注釈において述べた。また、地所その他の不動産についても、適切適法になされた命令による競売が成年未成年何れの者との関係においてもあらゆる抵当権を消滅させることについては後述第355条を、債権証書の譲渡が差押えを受けた第三債務者へと通知され有効に為されると、債務者の債権者はこれについてもはや異議を申し立てられないことについては第108条を、設定済み定期金もまた不動産と同様に抵当権によって追及されることについては第101条の文言「何らかの不動産」注釈で述べたところを、それぞれ参照されたい。

「債務者の占有の外に」。この文言は、特定の権原に基づいて動産を享受する外部者について当てはまり、相続による包括的な権原に基づいて動産を保持し、死亡者に代わった相続人には当てはまらないと解される。つまり、相続人は、「遺産と一体であると見なされる」人格において動産を保持するのであって、「死者は生者に得させる」が故に占有者に如何なる変更も生じないのである。また実際、前条は、債権者に、その債権の確保のため、相続人に対して契約の執行が申し立てられる前に、死亡者の財産を差し押さえることを許しており、この場合、相続財産は相続債務の負担のためにのみ相続人に帰属するのである。

〈5. 相続人が死亡者の動産を占有しているが、その動産は相続人が死亡者から取得したものである場合はどうなのか。〉ただし、相続人が、財産調査の結果、外部者のように動産を占有しており、相続という権原ではなく、死亡者から詐害無く動産を取得した場合にはこの限りではない。そのような動産の取得が公の入札で最高額入札者による落札であった場合には確かにその通りである [準則通り追及されない] が、死亡者に帰属していた動産を

占有する相続人が、何も書面を提示せず、ただ随意的な売買や贈与の事実を主張するに留まる場合には、近親者間には詐害行為、仮装行為、虚偽表示が容易に推定されるため【勅法彙纂第8巻第53章「贈与について」第27法文、学説彙纂第38巻第2章「被解放者の財産について」第50法文第2節】、問題がある。債務者の相続人の占有下に存する動産が追及される旨定める諸慣習法が実際にも存在しており、例えば、アンジュー慣習法第421条やメヌ慣習法には、「動産が債務者あるいはその相続人の支配の外に存する場合」との文言が見える。更に、前述第97条にあるとおり、包括的権利を伴う諸動産の個々の物体と、動産全体とを区別する必要もある。本条は前者に関するものであって、後者に関するものではないと解される。というのも、債務者が自己の全動産について行った売却は明らかに詐害的で、その債権者たちを害するために為されたと言え、後述第334条によれば、包括的贈与は受贈者に債務の弁済を義務づけるとされ、受贈者は相続人と扱われ見なされるからであり、同条では、動産の包括的贈与乃至遺贈の受贈者は、特有財産の相続人と共に、贈られた分にに応じて、配当に与ることになる。デュ・ムーラン『教皇法注解』別書第2巻第2章「裁判管轄について」第20節の文言「動産」注解は、「それがたとえ動産であっても、依然その場所に存する限り、合意された財産について訴えられるが、その場所に存しなければ訴えられない」と述べて、旧パリ慣習法第77条への注解草稿を引用しているが、残念ながら、該当箇所がこの問題が扱われているところを見出すことはできなかった。

フェリエール『パリ慣習法の新旧のあらゆる注釈者集成』
第二巻第二版(1692年) 224-226頁

〈1. 抵当権の順位は、ローマ法の規定によれば、動産において保持されるのか。〉本条の解釈にあたっては、財産には二種類、つまり、動産と不動産が存在し、ローマ法によれば、何れの財産も抵当権に服する結果、最も先行する抵当債権者が動産と不動産双方について後続の他の債権者に優先するという点に注意すべきであろう。学説彙纂第20巻第1章「質乃至抵当について」第34法

文〔前書〕は以下のような文言においてその旨明白に述べている。すなわち、「債務者が店舗を債権者に質入れた場合に問題となるのは、そのような行為では何もしたことにはならないのか、それとも、店舗という表現によってそこに存する商品が担保に供されたと解すべきなのか、そしてまた、その時々商品に商品を売り、仕入れて店舗に搬入し、その内に死亡した場合、当該店舗に見出されるあらゆるものを債権者は抵当訴権によって訴求し得るのかどうか、である云々」と。また、勅法彙纂第8巻第14章「質について」第15法文に、「債務者は売却にせよ贈与にせよ遺贈にせよ信託遺贈にせよ債権者の立場を不利にしてはならないのは全く当然である。従って、汝に物が担保に供されたことの証明を請け合うのであれば、汝は質物を追及すべきである」とあるとおり、動産上に約定された抵当権によって債権者は、当該動産が債務者の手元に存しその占有に服している場合だけではなく、債務者が動産を第三者に引き渡した場合であっても、動産を追及できた。勅法彙纂第8巻第18章「質物の売却について」第12法文にも以下のような文言で同趣旨の規定が存する。すなわち、「債務者が物を汝に質権の負担の下に供し、汝の同意無くその物を売却した場合、所有権を質の原因とともに買主へと移転したことになる」と。

〈2. フランスにおいて動産は抵当権によって追及されるのか。〉しかし、フランスの一般的慣行によれば、動産は抵当権によって追及されない。つまり、債務者の財産が動産不動産問わずに担保に供され包括的あるいは特定の抵当に供された場合であっても、債権者は、抵当訴権によって債務者の動産の第三取得者にそれらを放棄するよう訴え、動産を差し押え執行し、その後にかかるべき日時及び場所で売り立てることができない。

〈3. 動産を最初に差し押さえる者が優先されるのか。〉また、動産が債務者の占有下にあっても、債権者によって差し押さえられ処分を差し止められていても、異議を申し立てる債権者が他にいても、最初に差し押さえた者が優先される。ただし、破産に際してはこの限りではなく、この場合には、第178条、179条、180条にある通り、全ての差押債権者及び異議申立債権者は按分の配当を受ける。

〈4. ノルマンディ慣習法において動産は抵当権によって追及されるの

か。我々の諸慣習法は何れもこの点においてローマ法とは異なっており、既に第三者の手に渡りその占有下に存する動産上に抵当権による追及を認める慣習法はない。ノルマンディ慣習法第593条は抵当権による追及を認めているが、それは、動産が債務者の占有の下にある場合に、差押債権者と異議申立債権者の間で認められるもので、第三取得者から動産を追奪するためではなく、債務者の動産が差し押さえられ売却される際に、抵当権の順位が、不動産自体の価額におけると同様に、彼らに保持されるためのものであり、そのような意味で、動産が抵当権によって追及されると言われているにすぎない。第178条に関して後述する通り、アンジュー慣習法及びメーン慣習法の規定も同様である。というのも、動産の取得者が自ら購入した動産上に抵当権の追及を受けるというのは酷であり、商取引を混乱させ妨げるばかりか、個々人から彼らの動産を処分する自由を奪うことにもなるからである。我々の慣習法の本条が「動産は、債務者の占有の外に存する場合、抵当権によって追及されない」という明確な文言で定めているのはこれであり、その根拠は幾つも指摘できる。

〈5. なぜ動産は、債務者の占有の外にある場合に、抵当権によって追及されないのか。〉第一の根拠は、抵当権が物的な権利であり、永続的で確実な実体を全く有さず、ある場所から別の場所へ容易に移動され得る動産上にそのような権利を設定するのは容易ではないからである。学説彙纂第41巻第2章「占有の取得あるいは喪失について」第47法文において法律家〔パビニアヌス〕が、動産の占有は無価値で一時的なものであり、確実なところがほとんどないと述べているのもこのためである。

第二の根拠は、動産の占有の移転を受け、当該動産について質入れさせることで、債権者は、動産の横領や、債務者による動産の処分を防止できたからである。

第三の根拠は、もし常に抵当権による追及されるとの危惧の下に動産が存しているとすれば、安心して動産を購入できる者などいないことになってしまうからである。このように、動産が、債務者の占有の外に存する場合には抵当権によって追及されないというのは公共の利益にも適っている。

本条が、フランスの全ての慣習法地域において、つまり、その旨を明示して

いる諸慣習法だけでなく、この点について規定していない諸慣習法の下でも通用していることについて、我々の慣習法の注釈者たちは全員一致しており、ロワゼルがその著書『慣習法提要』の質並びに抵当に関する章で、我々の慣習法の本条と一字一句違わない準則を立てているのもそのためである。

〈6. 成文法地域において動産は抵当権によって追及されるのか。〉成文法地域においても、[ローマ]法の規定が明確であるにもかかわらず、動産が第三者との関係で抵当権による追及を受けないという点は、ショパンが本章注釈第5番において指摘している通りであり、彼によれば、トゥールーズ高等法院の判決によって1594年11月にその旨判示されたとされ、メナール評定官がその『法の問題集』第3巻第8章で伝えるところによれば、同高等法院の他の諸判決によってもその旨判示されているとされる。

〈7. 幾つかの慣習法の下で動産が抵当権によって追及されるのは何故か。〉トロンソンは本条に関して、反対の規定の存するアンジュー、メーヌ、ノルマンディの諸慣習法は除外すべきと述べているが、これは正しくはなく、この著者は先に述べたような区別をすべきであった。すなわち、これらの諸慣習法は、第178条について後に述べる通り、それぞれの抵当権の優先順位に従う債権者間での抵当権による追及を認めているだけで、第三者との関係において抵当権による追及を認めているわけではなく、この点については我々の慣習法の当第170条を参照しなければならないのである。

〈8. トロンソンが主張するように、慣習法地域において有効に動産を抵当に供することは可能なのか。〉また、同じこの著者が、この第170条に幾つもの例外が存すると述べているのも極めて不適切である。第一の例外とされるのは、勅法彙纂第8巻第14章第26法文並びに同第15法文に従って動産が特定の抵当に供された場合である。これは隠しようのない誤りであり、ローマ法に依拠して、第三者に対する抵当権による追及を可能にするために有効に動産を抵当に供し得る旨主張したり、また、そのような特約が既に抵当に供されている動産上に更に抵当権を生じさせ、当該動産について自らのために抵当権を設定した者が他の全ての債権者に対して当該動産に対する優先権を正当に主張し得るなどと述べたりする者が慣習法地域にいまだかつていたであろうか。これ

は、この著者以外にこれまで提示されたことのない見解であり、そのような見解はフランスにおいて全く通用していない。公証人が債務負担やその他債務契約の中に挿入する抵当条項の、「某は、その全ての財産を、動産不動産、現在将来を問わず何であれ包括的に担保に充て抵当に供したものとす」という文言やこれに相当する文言によって、動産と不動産双方に言及していることに気付かない者などいないし、これが動産との関係では全く無益であることは、トゥルネが本条の注釈の冒頭で的確に指摘している通りである。

〈9. 動産上の抵当の特約は債権者にとって役立つのか。〉ブロードーは本条注釈第1番において、本条に含まれる準則は二つの重大な帰結をもたらすと述べている。一つ目の帰結とは、債務者の全ての動産と不動産について現在並びに将来に渡り包括的であれ特定の抵当権を成立させる契約は、動産の差押えや売却の際に、債権者たちがそれぞれの契約の締結日や日付に従って順位付けられるように、動産上の抵当権乃至物的権利を債権者に取得させるわけではない、という点である。もう一つの帰結とは、同じく債権者は、債務者が売買その他の手段で動産を有効に処分して債権者を害することのないようにしたり、あるいはまた、動産が売却され、売買に続いて物的で現実の引渡が詐害無く公然と為された場合に、善意の取得者や、当該財産を弁済として引き渡され自らのものとして受領した後続の債権者が、原状回復や不当利得返還請求、あるいは「債権者への詐害として為されたものの」廃罷訴権や、地所その他の不動産の場合のような抵当権の主張によって請求を受け訴えられるようになるべく、動産に対する追及権を得るわけではないという点である。この著者は、この点が王国全域における確実な準則であり原則であると主張する著者たち全てを引用しているが、この場でそれを引用するのは冗長に過ぎよう。

〈10. 詐害的な売却は債権者の申立てによって取り消され得るのか。〉とはいえ指摘しておくべきなのは、債務者が債権者を害する目的で取得者も承知の下に動産や商品を売却した場合、債権者たちは彼らを訴え、ローマ法上の廃罷訴権によって既に為された売買を取り消し、詐害的に処分された動産や商品を債務者の下に取り戻させて、当該処分が為されなかった場合と同じように、それらの動産や商品が原状のまま存する場合には債権者たちのためにそれらを売

却させ、そうでなければ、彼らの債権額を取得者から返還させることができるであろう【学説彙纂42巻8章「債権者を害して為された事柄は回復されるべきこと」及び勅法彙纂7巻75章「詐害行為によって処分されたものの取戻について」第5法文】。なお、この訴権を法律家たちは「パウルス訴権」と呼んでいる【法学提要4巻6章「訴権について」第11節 [学説彙纂22巻1章「利息、果実、事変、あらゆる付随義務、遅滞について」第38法文4節?】】。

〈11. 賃貸人による動産の追及は善意の取得者に対しても通用するのか。〉トロンソンは本第170条について他に二つの例外を指摘している。その一つとは、彼が言うには、家屋の賃貸借で動産が取得され持ち込まれた場合であり、そのような場合、所有者は第171条によって優先される。このような例外は一般的に当てはまるわけではない。というのも、賃貸人による動産への抵当権の追及は善意の第三取得者には通用しないからである。そのように一般的な決めつけは、第171条に通じていない人々を誤解させる可能性がある誤った見解であり、読者には第171条と同条について私が述べたところの参照を請う。

〈12. 債務者が債権者から占有改定あるいは容仮占有によって動産を保持する旨表明した場合には、債権者は債務者の動産を追及することができるのか。〉もう一つの例外は更に一層支持しがたい。なぜなら彼は次のように述べているからである。すなわち、「債務者が容仮占有条項によってその債権者のためあるいは債権者に代わって動産を保持する旨自らの債務の保証のために表明した場合、債権者は、勅法彙纂第8巻第14章第15法文及び学説彙纂第20巻第2章「如何なる場合に質乃至抵当は黙示に成立するのか」第9法文に基づき、抵当権によってそれらの動産を追及することができる」、と。このような条項が債権者に第三者に対する追及権だけでなく他の債権者に対する追及権を付与する結果、債権者に他の全ての者に対する優先権を認めて、第181条で質について定められているのと同様に、動産が按分配当に付されるのを妨げることになるともし言っているのだとすれば、そのような命題を提起できる者はトロンソン以外にはいない。

従って、フランスにおいて動産は、例えばタピスリー、蔵書、絵画その他のように如何にその価格や価値が高くとも、動産が抵当権の追及を受けることは

決してないという点は確実であり疑う余地のない原則とみなされるべきである。〈13. 動産のみを遺した死亡者の相続人は相続財産中の負債のために抵当権による追及を受けるのか。〉同様に、親族取戻は動産が如何に高価であっても動産の売却を妨げる理由にはならないし【第144条】、不動産競売命令や差押異議申立も同様である【第97条】。従って、動産のみを遺した死亡者の相続人は相続債務の弁済のために人的に追及されるに留まり、抵当権が不動産上のみ成立する以上、抵当権による追及を受けることはない。それ故、ブロードが本条注釈第2番で指摘している通り、相続人が複数存する場合、自ら相続分を有している死亡者の動産の占有者となっている相続人は、自らが相続人となっている割合乃至部分についてのみ人的に追及を受けるにすぎない。

〈14. 「動産が債務者の占有の外に存する場合」という文言は如何なる趣旨か。〉「動産が債務者の占有の外に存する場合」という文言が意味するのは、動産が債務者の占有の下にある場合にはそれらの動産が抵当権によって追及され、その結果、債務者の抵当債権者たちが差し押さえられた動産の売却に基づく価額上にそれぞれの抵当権の順位に応じて配当に与するというのではない。これは先に述べた通りであり、また、第178条について後に述べるところでもある。というのも、「反対解釈」という論法は一般に上手く行かないものであり、そこからしばしば不当な帰結が導かれるからである。上記文言の真の意味とは、債務者が動産について行った物的かつ現実の処分によって当該動産が債務者の占有の外に存する場合、債権者はそれらの動産を差し押さえることはできないが、債務者の占有の下に存する限り、債権者は自らの債権の弁済を求めてそれらの動産を差し押さえて強制執行をおこなうことができるということである。我々の慣習法、そしてまた、その改訂の際に「それらの動産が債務者の占有の外に存する場合」との文言を付け加えた改訂者たちの精神に照らしても、フランスのほぼ全域に及ぶ慣行に照らしても、本条を別の意味に解釈することはできない。

〈15. 買主が動産を売主に貸し与えあるいは賃貸していた場合にそれらの動産を差し押さえることが可能なのか。〉債権者がその債務者の動産を差し押さえ不能となるためには、動産が物的かつ現実には債務者の占有の外に存している

必要があり、それ故、債務者が動産を売却し買主が当該動産を占有改定や容假占有を介して債務者に貸し与えあるいは委ねていた場合には、動産が債務者の債権者によって差し押さえられ、それら差押債権者への借入金の返済がなければ売却され得ることに変わりはない。その理由は、売却された処分された動産について全く移転がなければ、債務者の側の詐害行為、並びに、債務者と当該動産の買主あるいは別の権原による取得者との間の通謀を推定する必要があるからであり、それ故、債務者の債権者に対する背信を助長しないように、裁判官も、通謀虚偽表示や詐害行為がなかったとの反証を認めることはない。例えば、シャロンダその他の注釈家によって報じられている1567年2月4日のタルボワという男に対する判決において、高等法院は、債務者の占有の下に存する動産で、以前に既に債務者の親類の一人に贈与しその者から債務者が賃借していたものに対して行われた差押えを有効と判示し、この親類からの異議申立ては当判決によって却下された。

動産を所有する者によって債務者に対して真に貸し与えられている動産や、賃貸借に基づいて債務者に引き渡されている動産についてはこの限りではない。というのも、これらの場合、使用借人あるいは賃借人の債権者たちは、詐害行為の推定がここでは全く成り立たない以上、それらの動産を差し押さえられないからである。

〈16. 占有改定乃至容假占有に関わる動産と不動産の違い。〉また、債務者が動産が処分された後も賃貸借、使用貸借、占有改定、容假占有その他同種の権原によって動産を占有を保持していて、しかも、それらの動産が双方の債権者によって同時に差し押さえられた場合、動産を処分しながらそれらをその占有下に置いていた債務者の債権者が、詐害行為の推定故に、当該動産を取得しながらそれらを売主の占有に委ねていた者の債権者よりも優先されることになる。後述第275条によれば、このことは、用益権、占有改定、容假占有の負担の下に処分され得る不動産には当てはまらない。この違いの理由は、債務者がその動産を処分すると同時に取得者が当該動産を債務者の占有に委ねているような場合、取得者がそれらの動産を取得しても無意味で取得によって何らの利益も得ていない点に鑑みれば、詐害行為についてほとんど疑いの余地はない

が、用益権留保、占有改定、容仮占有といった諸条項は、我々の慣習法の第275条にあるとおり、不動産の処分においてはごく当たり前に見られるからである。

〈17. 買主の債権者は、動産が未だ自らに属しており売買は見せかけで仮装のものであると言い張る売主の異議申立にもかかわらず、買主に対して売却された動産を差し押さえることができるのか。〉自ら処分した動産を依然として占有し続けている債務者の債権者が、それらの動産を取得した者の異議申立てにもかかわらず、動産を有効に差し押さえ売却させることができるのは確かだとしても、取得者の債権者もまた、動産を売却しあるいはその他の権原によって処分した者自身が当該動産を差し押さえられた者として行う異議申立てにもかかわらず、動産を差し押さえ売却させることができ、[債務者自身が] 動産について行った処分が詐害的であり、動産への債権者の執行を妨げることを目的とするものであったと主張することは許されない。理由は、「何人にとっても自らの悪意は口実にはならず、悪意が他人を害することはあってはならない」【学説彙纂42巻8章第9法文】からであり、また、学説彙纂第44巻第4章「悪意の抗弁並びに強迫の抗弁について」第1法文第1節にある通り、「何人にとっても自らの悪意が法の無力を口実に自然的衡平に反して利益となつてはならない」からである。

〈18. 動産が追及を許される他の場合。〉本条には動産が債務者の占有外のあるとしても追及される幾つかの例外を許している。第一の例外は、賃借人の動産に対して所有者に追及権を与える次条において、同条に対して我々が為した解釈に照らして認められるものである。第二の例外は、第175条において、客の馬や衣服上に宿での賄い料金のために認められている。第三の例外は、支払期限を定めずに物を売却した者に当該物がどこに移転されたにせよその場所に追及することを認める第176条に見られるものである。