

一九世紀フランス法における妻の法定抵当権の「登記」の概要(一)：オブリー＝ローの所説をよりどころに

香山, 高広

<https://doi.org/10.15017/1398491>

出版情報：法政研究. 80 (2/3), pp.55-75, 2013-12-11. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

一九世紀フランス法における妻の法定抵当権の「登記」の概要(一)
 — オブリーローの所説をよりどころに —

香山高広

目次

- 一 はじめに
- 1 本稿の目的
- 2 関連規定
- 二 登記
 - 1 一八〇四年法
 - 2 一八五五年三月二三日法(以上、本号)
 - 3 婚姻中の登記必要事由
 - 4 登記促進措置
- 三 登記申請書記載事項
- 四 むすびにかえて

一 はじめに

1 本稿の目的⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾

一 一八〇四年のフランス民法典(以下「一八〇四年法」という。)における妻の法定抵当権(hypothèque légale de la femme mariée)は「登記(inscription)とは無関係に成立する」(二三五条柱書)。すなわち、妻は、法定抵当権の登記を免除され、かつ未登記のまま、それを第三者に対抗することができる(↓四)。本稿は、このような性質を有する法定抵当権を「登記免除法定抵当権」と、登記免除法定抵当権のうち実際に未登記のそれを「登記免除・未登記法定抵当権」という(↓「法定抵当権」五八)。もともと、一八〇四年法は、妻の法定抵当権につき登記を免除するにすぎず、登記をすることができないというわけではない。むしろ、一八〇四年法は、登記免除・未登記法定抵当権が取引安全を脅かすことを理解した上で、その登記を促進する措置を講じる。また、一八〇四年法及び特別法により登記が必要とされる場合もある。したがって、登記免除法定抵当権であるにもかかわらず、法定抵当権の登記に関する規定は少なくない。本稿は、前稿・次稿⁽⁴⁾

資料と相まって、一九世紀フランス法における妻の法定抵当権の全体像を明らかにするために、法定抵当権の登記の規定をみる。実際、法定抵当権に対する否定的評価は、一八〇

四年法の法定抵当権の登記に対する態度についてのものである⁵⁾、これを正確に理解しなければ、妻の法定抵当権と、それに対する評価を充分に理解することはできないはずである。

本稿の目的及び方法については、その内容につきオプリー (Charles AUBRY, 1803-1878) = ロー (Charles Frédéric RAU, 1803-1877) の『フランス民法講義 (Cours de droit civil français)』(第四版)をとりこむべしとして、それをボーズリー・ラカンチヌリ (Gabriel BAUDRY-LACANTINIERE, 1837-1913) = ユ・ロンス (Paul de LOYNES, 1841-1914) の著作を補つて、その間を始め、前稿で述べたこと (↓「法定抵当権」) がそのまま妥当する。

(一) 本稿で引用する文献を、この一括して掲げよう。
以下、太字体で表記した部分のみで引用する。

仏語文献—AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachar-*

iae, 1^{re} éd., 5 vol., Strasbourg, 1839-1846; AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd., 8 vol., Paris, 1869-1878; BAUDRY-LACANTINIERE (G.) et DE LOYNES (P.), *Traité théorique et pratique de Droit civil, du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 2^e éd., 3 vol., 1899; DE LOYNES (P.), *Le projet de loi sur la réforme du régime hypothécaire*, Paris, 1897; FENET (P. A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1827, réimpression Osnabrück, 1968; GRASSET (J.), *Les projets de réforme hypothécaire depuis le Code civil, étude historique et critique*, Paris, 1907; *Journal officiel de la République française, Documents parlementaires, Sénat, LOCRÉ (J. G.)*, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français*, 16 vol., Bruxelles, 1836-1838; LOISEL (A.), *Institutes coutumières, ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences, et proverbes tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, Paris, 1608; PLANNIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., Paris, 1924-1934; PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code civil, Commentaire traité des privilèges et hypothèques et de l'expro-*

privation forcée, 3^e éd., 2 vol., Paris, 1876; RAYNAUD (P.), *Hypothèque légale, Répertoire de Droit civil*, t. II, Paris, 1952; TROPIONG (R.-J.), *Privilèges et hypothèques, commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, 2^e éd., Paris, 1864; HUC (T.), *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, t. II, *Traduction du code civil italien*, 2^e éd., Paris, 1868; VINCENT (J.) *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1976; *inscription hypothécaire, Répertoire de Droit civil*, t. II, Paris, 1952.

邦語文献—香山高広「一八〇四年フランス抵当法の基本的性格(1)―(5)」小樽商科大学『商学討究』第五〇巻第二・三合併号(二〇〇〇年)二一三―二二二頁・第五一巻第一号(二〇〇〇年)一一五―一四三頁・第五二巻第二・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「一九世紀フランス法における『妻の法定抵当権』の概要(一)―(三・完)―オプリーローの所説をよりどころに―」九州大学『法政研究』第七九巻第一・二合併号(二〇一二年)七三―一〇一頁・第七九巻第四号(二〇一三年)九六三―九八九頁・第八〇巻第一号(二〇一三年)一六五―一九六頁、山口俊夫『概説フランス法・上』(東京大学出版会、一九七八年)。(2) 本稿においては、条文等の翻訳にあたって、以下の文

献を参考にした。神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書 仏蘭西民法(Ⅰ―Ⅴ)(復刻版)』(有斐閣、一九五六年)、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書 仏蘭西民法(Ⅰ―Ⅱ)(復刻版)』(有斐閣、一九五七年)、フランス民事訴訟法典(翻訳委員会「フランス民事訴訟法典の翻訳(2)」『法学協会雑誌』第八九巻第六号(一九七二年)六九五―七二〇頁、法務大臣官房司法法制調査部『法務資料第四四一号 フランス民法―物権・債権関係―(一九八二年)、山本和彦『フランスの司法』(有斐閣、一九九五年)、若林安雄「一八〇六年フランス民事訴訟法典(仮訳)(一)―(四)」『近代法学』第三〇巻第三・四号(一九八三年)七三―九七頁・第三二巻第二・三・四号(一九八五年)四三―九七頁・第三四巻第三・四号(一九八七年)七七―九四頁・第三七巻第一・二号(一九八九年)八五―一四二頁。(3) 本稿では、前稿と同様に、その全体にわたり、通し番号(ヌメロ)を付している。以下、「(↓四)」とある場合は「本稿のヌメロ四を参照せよ」と、また、「(↓)法定抵当権(四)」とある場合は「香山『法定抵当権』のヌメロ四を参照せよ」ということを意味する。なお、引用文中の亀甲括弧(〱)内は著者による註であり、角括弧(〔 〕)内は著者による補足部分である。また、本稿で単に条文数を掲げているときは、それはすべて一八〇四年法のそれである。

(4) 前稿(香山「法定抵当権」)は妻の法定抵当権のうち

登記と滌除 (purge) を除く部分の概要をみた。次稿は、「一九世紀フランス法における抵当権の『滌除』の概要——オプリーローの所説をよりどころに——」と題して滌除の概要を明らかにする。

(5) 「法律の規定に従い債務者の現在財産又は将来財産につき登記をする権利を有する債権者が、合意による制限をすることなく、債権担保に必要な限度を超えて土地につき登記をしたときは、債務者は、登記の縮減訴権又は不適切な部分の抹消訴権を有する」(二一六一条一項前段)。これを「登記の縮減 (réduction des inscriptions)」⁽⁶⁾と云い、二一六一条乃至二一六五条が、その詳細を規定する。これらの規定は、妻の法定抵当権には適用されず (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°916, p. 186)、妻の法定抵当権については、(妻の法定抵当権の) 縮減 (réduction) (二一四四条・二一四五条) の準則に従う。(妻の法定抵当権の) 縮減は、登記の縮減の特則であるとして、オプリーローは、(妻の法定抵当権の) 縮減を登記の縮減とともに検討する (Auby et Rau, t. III, § 282, pp. 400-403)。オプリーローに従うのであれば、(妻の法定抵当権の) 縮減は、本稿で取り扱うべきであるが、(妻の法定抵当権の) 縮減については、ボードロー・ラカンチヌリッド・ロワヌにしたがいがい、(妻の法定抵当権の) 制限 (restriction) とともに前稿でみた (↓「法定抵当権」四五一四九)。したがって、本稿では、それを割愛す

る。

2 関連規定

(1) 一八〇四年法

二 一八〇四年法第三編第一八章「先取特権及び抵当権」の法定抵当権関連規定中、本稿に関連する規定は、以下である (↓「法定抵当権」一〇)。

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

第二一三五条 次に掲げる抵当権は登記とは無関係に成立する。

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

二⁽⁶⁾ イ 妻の抵当権。この抵当権は、嫁資 (dot) 及び夫

婦財産制約定 (conventions matrimoniales) については、婚姻日から夫の不動産に成立する。

ロ 妻は、婚姻中の相続又は贈与から生じた嫁資金銭 (sommés dotales) 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。

ハ 妻は、夫とともに負担した債務の補償金 (indemnité) 及び譲渡された固有財産 (propriété) の買換え (rachat) 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。

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

第二一三六条 夫及び後見人は、自己の財産を目的とする抵当権を自己で公示しなければならず、そのために、自己の所有する不動産及び将来所有する不動産につき遅滞なく保存所に登記を申請しなければならない。

前項の登記の申請を怠った夫及び後見人が、自己の所有する不動産が妻及び未成年者の法定抵当権の目的となつていふことを明示することなく、その不動産に先取特権又は抵当権を合意し、又はそれらを取得するがままにさせた場合は、これらの者は、詐欺的担保提供者 (stellionataire) とみなされ

民事拘留 (contrainte par corps) される。

第二一三八条 夫、後見人及び後見監督人が第二一三六条及び第二一三七条の登記をしない場合は、夫及び後見人の住所又は財産所在地の民事裁判所付政府委員 (commissaire du Gouvernement près le tribunal civil) は、その申請をしななければならない。

第二一三九条 夫又は妻の親族及び未成年者の親族、又は未成年者に親族がない場合はその友人は、登記を申請することができる。妻及び未成年者についても、同様とする。

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

第二一四八条 登記をするにあたり、債権者は、自己又は第三者により、先取特権又は抵当権の原因となる判決又は証書の原本 (original en brevet) 又は公署謄本 (expédition authentique) を抵当権保存吏 (conservateur des hypothèques) に提出する。

印紙貼付書類 (papier timbré) に記載された申請書 (bordereaux) が二通、これに添付される。そのうちの一通は、証書の謄本に、それを記載することができる。各申請書の記載事項は以下である。

一 債権者の氏名、住所、有職者であるときはその職業、及び保存所のある郡 (arrondissement) 内での選定住所 (élection d'un domicile)。

二 債務者の氏名、住所、知られたる職を有するときはその職業、保存吏が抵当権設定者を識別することができる個別的で特別な指示。

三 証書の日付及び性質。

四 証書に記載された債権の元本額、元本の従たるもの (accessoires) の額及び弁済期 (époque de l'exigibilité)。定期金 (rentes) 及び給付 (prestations) 又は未確定 (éventuels) 条件付き (conditionnels) 若しくは不特定 (indéterminés) な権利については、その評価が命じられるすべての場合につき、登記申請者が評価した債権の元本額。

五 先取特権又は抵当権の保存をすべき財産の種類及び所在地の指示。

この号の規定は、法定抵当権又は裁判上の抵当権には、これを適用しない。これらの抵当権については、合意のない限

り、一つの登記が保存所のある郡内に所在するすべての不動産を目的とする。

第二一五三条 会計官の財産を目的とする国、市町村及び公施設の純然たる法定抵当権 (hypothèque purement légale)、後見人の財産を目的とする未成年者又は禁治産者の純然たる法定抵当権、夫の財産を目的とする妻の純然たる法定抵当権は、次の事項を記載した二通の申請書の提出に基づいて、登記される。

一 債権者の氏名、職業及び現住所並びに郡内の選定住所。

二 債務者の氏名、職業、住所又は正確な指定。

三 保存すべき権利の性質及び特定している場合はその価値の額 (montant de leur valeur)。ただし、それが条件付き、未確定又は不特定な場合は、それを確定する必要はない。

第二一九四条 滌除をするときは、取得者は、財産所在地の民事裁判所の書記課に所有権移転契約書の正式に照合された謄本 (copie dûment collationée) を提出し、かつ妻又は後見監督人及び民事裁判所付政府委員 (commissaire civil près le tribunal) に対して送達 (signification) による書面を謄本の寄託を証明する。契約日、契約当事者の氏名、職業

及び住所、財産の性質及び所在地の指示、売買代価及びその他の負担を記載した契約書の抄本は、二ヶ月間、裁判所講堂 (auditoire) に掲示される。この期間中、妻、夫、後見人、後見監督人、未成年者、禁治産者、親族又は友人及び政府委員は、抵当権保存所に対して、譲渡された不動産に登記するよう申請し、かつそれを登記させることができる。この登記は、夫婦財産契約日又は後見人の管理開始日にされた登記と同一の効果を有する。婚姻又は後見により不動産が抵当権の目的となつてゐることを宣言することなくそれに対して第三者のために抵当権を合意した場合は、第二一三六条に従い、夫及び後見人に対して訴追 (poursuite) することが出来る。

第二一九五条 契約書の展示 (exposition) から二ヶ月以内に妻、未成年者又は禁治産者のための登記が売却された不動産に対してされなかつた場合は、妻の嫁資、取戻し及び夫婦財産制約定又は後見人の管理のための負担のない不動産として、それは取得者に移転する。ただし、夫及び後見人に対して請求することができる。

妻、未成年者又は禁治産者のための登記がされたが、不動産代価の全部又は一部を受け取ることのできる古い債権者 (créanciers antérieurs) がある場合は、取得者は、有効順位

(ordre utile) にある債権者に対してした代価の全部又は一部の弁済で、その責任を免れる。この場合において、妻、未成年者又は禁治産者の登記はその全部又は支払額を限度に抹消される。

妻、未成年者又は禁治産者のための登記が最も古い場合は、取得者は弁済によりこれらの者の登記を害することはできない。その登記は、第二一九四条に従い、夫婦財産契約日又は後見人の管理開始日の日付を有する。この場合において、有効順位にない他の債権者の登記は抹消される。

(2) 一八五五年法

三 一八〇四年法は、一八五五年三月二三日法(以下「一八五五年法」という。)により修正される。一八五五年法中、本稿に関連する規定は、以下である(↓「法定抵当権」一二)。

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

謄記されていない賃借権は、一八年を超える期間について

は、それを対抗することはできない。

二 登記

1 一八〇四年法

第六条 贈記がされたときから、先取特権者又は、ナポレオン法典第二一三三条、第二一七条及び第二一八条の抵当権者は、前所有者に対して有効に登記をすることができない。

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

民事訴訟法第八三四条及び第八五条は、これを廃止する。

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

(6) 二一三五条二号中のイ〜ニは、著者が便宜的に付したものである。原文には存在しない。

(1) 登記免除法定抵当権の承認

四 「債権者間においては、法定抵当権、裁判上の抵当権又は合意による抵当権の順位は、法律に規定する手続に従い債権者が保存吏の帳簿にした登記の日付の前後による」(二一三四条) が、例外的に、「未成年者及び禁治産者の抵当権」及び「妻の抵当権」は「登記とは無関係に成立する」(二一三五条)。すなわち、妻の法定抵当権も登記されなければならないが、妻は、未登記であったとしても抵当権が有する効力を失わない。このような状態は、一般的に、法定「抵当権は登記を免除される (hypothèques [égales] sont dispensées d'inscription)」と表現される。なお、法定抵当権は順位取得日を登記の日付で決定することができないので、二一三五条二号が、その順位取得日を法定する(↓「法定抵当権」五八一七六)。

五 妻に対して登記を免除した理由につき、トレヤール (Jean-Baptiste TREILHARD, 1742-1810) は立法理由開示 (exposé des motifs) において次のように説明する。

曰く、「法定抵当権の効果を保証するために、登記は必要なのであるか。妻は一人で行動することができないので、多くの場合において、法律が公示のために課した手続を自己で踏むことはできない。この手続が踏まれなかったことを理由に、妻は抵当権を失うのか。このことを過ちとして、妻を罰することが正当なのか。われわれは、妻が抵当権を失うことはないと考えた。なぜなら、「妻に代わり」登記すべき者が登記をしなかったからである。そして、われわれは、確固たる理由により、この結果に至った。妻は一人で行動することができない。したがって、登記の欠缺につき、妻が非難されるいわれはない。では、夫の取引相手は、登記の欠缺から保護されるのか。かれは、夫の状態を調査すべきであった。そうすれば、自身の取引相手が夫であることを知ることができた。したがって、調査を怠ったことにつき、かれには僅かばかりの落ち度がある。そうであるとすれば、夫に対する請求権は、夫の取引相手が行使すべきであり、かれのために妻が抵当権を失うべきではない。というのも、妻には落ち度はないからである」⁽⁸⁾。

(2) 登記免除・未登記法定抵当権の効力

六 優先権 (droit de préférence) 及び追求権 (droit de suite) は、すべての抵当権が備えるべき「特徴 (trait caractéristique)」である。⁽⁹⁾ 優先権は、「抵当不動産の代価につき、一般債権者及び後順位抵当権者に優先する」権利のことをいう。二一四条は、⁽¹⁰⁾ 抵当権が優先権を有することを規定しないが、⁽¹¹⁾ 抵当権は、これを当然に備える。追求権は、「⁽¹²⁾ 抵当不動産が誰の手に渡ろうとも、それを売却し、かつその代価から弁済を得るために、その不動産を追行することのできる」権利のことである。二一四条三項は、⁽¹³⁾ 抵当権がこの権利を備えることを規定する。抵当権の種類を問わず、原則として、登記されなければ、⁽¹⁴⁾ 抵当権は、これらの権利を享受することはできない。しかし、登記免除法定抵当権に限っては、未登記のままでも、⁽¹⁵⁾ 優先権及び追求権を有する。もともと、法定「⁽¹⁶⁾ 抵当権は登記とは無関係に成立する」と規定する二一三五条は、⁽¹⁷⁾ 第一八章第三節第四款「⁽¹⁸⁾ 抵当権相互の順位」の規定であるため、この規定により登記が免除されるのは優先権に限られる。しかし、「⁽¹⁹⁾ 夫及び後見人の財産を目的とする未登記抵当権の滌除方法」と題する第一八章第九節 (二一九三—二一九五条) は、⁽²⁰⁾ 妻が未登記のままでも法定抵当権を第三取得者に対抗すること

資料
ができることを前提とするので、これを根拠に、登記免除・未登記法定抵当権は追求権を備えたと解される⁽¹⁴⁾。

七 妻は、未登記のまま、以下のことをすることができ(↓①—③)。

① 順位配当 (ordre) において、法定抵当権の順位取得日(↓「法定抵当権」五八—七六)に応じた順位決定 (collocation) を請求することができる⁽¹⁵⁾。

② 第三取得者が涤除手続を開始したときは、増価競売 (surenchère) の申立つをする⁽¹⁶⁾ことができる。

③ 抵当不動産の第三取得者に対して抵当権による追行をすることができる⁽¹⁷⁾。

八 登記が免除される範囲に限定はない(↓①—③)。

① 法定抵当権の目的となる財産(↓「法定抵当権」三〇—三六)は、すべて、登記を免除される。婚姻日に夫が

所有する不動産だけでなく、夫が婚姻中に取得した不動産又は婚姻解消後に取得した不動産についても、同様である⁽¹⁸⁾。

② 登記が免除される法定抵当権は、妻が有する法定抵当権のすべてである。二二三—二五二号に列挙された債権を被担保債権とする法定抵当権だけが、登記を免除されるわけではない⁽¹⁹⁾。

③ 登記が免除されるのは、法定抵当権に限られる。し

たがって、嫁資の取戻しを担保するために、夫の父が自己の不動産に抵当権を設定した場合においては、それが夫婦財産契約の条項によりされたとしても、この抵当権は合意による抵当権であり、したがって登記は免除されない⁽²⁰⁾。

(7) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 301, texte.

(8) Fenet, t. XV, pp. 455-457. 香山「基本的性格」(4) 一一〇八—一〇九頁註(20)参照。

(9) Aubry et Rau, t. III, § 283, p. 404, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°892, p. 1.

(10) Aubry et Rau, t. III, § 283, p. 404, texte.

(11) 「第二一四条 抵当権は、債務の履行のために充当される不動産につき存する物権である。

抵当権は、その性質上不可分であり、充当される不動産のすべて、その不動産のそれぞれ、その不動産の各部分の全体を目的とする。

抵当権は、抵当不動産が誰の手に渡ろうとも、これに追求める。」

(12) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°892, p. 1.

(13) Aubry et Rau, t. III, § 283, p. 404, texte.

(14) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 302, note 7; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1455, p.

570.
 (15) Civ. 14 déc. 1863, D. 1864. I. 111, S. 1864. I. 36. Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 302, texte et note 8; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1455, p. 571.
 (19) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 302, texte et note 9; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1455, p. 571.
 (17) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 303, texte et note 10; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1455, p. 571.
 (20) Req. 17 juill. 1844, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n°879, S. 1844. I. 641. Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 303, texte et note 11; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1456, p. 571.
 (21) Civ. 11 juin 1822, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n°881-2°, S. 1822. I. 379; Civ. 28 juill. 1828, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n°881-2°, S. 1828. I. 297; Civ. 5 nov. 1832, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n°881-2°, Civ. 5 déc. 1832, *J. G.*, v° *Priv. et hyp.*, n°881-2°, S. 1833. I. 113; Req. 9 août 1852, D. 1853. I. 155, S. 1853. I. 197. Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 303, texte et note 12; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1458, pp. 572-574.
 (22) Civ. 23 août 1837, *J. G.*, v° *Faillite*, n°331-6°, S. 1837.

1. 873. Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 303, texte et note 13; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1457, p. 572.

2 一八五五年三月二三日法

(1) 登記免除の終了

九 一八〇四年法においては、婚姻中のみならず、婚姻解消後についても妻は登記を免除され、かつ、妻の相続人又は承継人 (ayant cause) も、登記免除の特権を享受すること⁽²⁾がである。

一〇 一八〇四年法が妻に法定抵当権の登記を免除したのは、妻が無能力者だからである(↓五)。したがって、妻が無能力者でなくなれば、妻に登記を免除すべき理由は失われる。そこで、一八五五年法は、この場合につき、登記の免除を制限する。すなわち、「寡婦…及びこれらの相続人又は承継人が婚姻解消…後一年以内に登記をしない場合は、これらの者の抵当権は第三者に対する関係においては後に登記がされた日から限り日付を取得する」(一八五五年法八条)。したがって、婚姻解消後においては、妻、

相続人又は承継人は、法定抵当権が有する効力（↓六―八）を維持するために、婚姻解消から一年以内に法定抵当権の登記をしなければならぬ（↓①―②）。

① 一八五五年法八条の立法理由を、スアン (Victor SUNN, 1797-1877) は次のように説明する。曰く、「登記とは無関係な法定抵当権の存在は、際限のない議論の源であつた。われわれは、そのような議論を繰り返す口実を、ほんの少しでも残さないようにしたいと考えた。「登記免除の」特権 (grande faveur) が維持されるのは、その存在理由が認められる場合に限られる。すなわち、妻が夫の支配下にあるときでなければならぬ。…しかし、妻…に訴訟能力 (capacité d'action) が認められるようになったときは、妻の権利のすべてにつき公示が必要となる。後は、共通法が規定する手続をするために、どれだけの間を付与すべきかが問題となるに過ぎない」⁽²²⁾。

② オブリーローは、一八五五年法八条を次のように評価する。曰く、妻の法定抵当権に対する登記の「免除は、常に激しい批判的であつた。「しかし、」登記免除者の状態から、このことは、正当化されるべきものと思われる。「実際、」社会と法律が…妻に保証として法定抵当権を認めた以上は、法定抵当権の効果を登記に結びつけることは、

矛盾に他ならない。もつとも、ナポレオン法典は、度を越えるものであつた。というのも、登記免除の利益を…「妻に」限定せず、かつ、法定無能力の期間に限定しなかつたからである。「したがって、登記免除の期間を」制限し、かつ免除者の範囲を限定する、一八五五年三月二三日法八条の規定は、賞賛に値する」⁽²³⁾。

(2) 登記免除終了事由

一一 妻の登記免除は「婚姻解消」(二八五五年法八条)とともに終了する。一八五五年法八条は「寡婦」と規定するが、登記の免除を終了させる事由(以下「登記免除終了事由」という)は、夫の死亡による婚姻の解消に限定されない。夫の死亡による場合のほか、以下のものが、登記免除終了事由である(又は、ない)(↓①―⑤)。

① 妻の死亡による婚姻解消⁽²⁵⁾。この場合においては、妻の相続人(↓一三)が登記をする⁽²⁶⁾。

② 離婚による婚姻解消⁽²⁷⁾。一八五五年法制定当時、離婚が認められなかつたために、一八五五年法は、これを規定しない。離婚が再承認された一八八四年七月二七日法以降、離婚は登記免除終了事由である。

③ 婚姻の無効⁽²⁹⁾。法定抵当権は、誤想婚 (marriage

putatif) のときにも認められるからである(↓「法定抵当権」一三)。

④ 婚姻中における裁判による別産制 (séparation de biens judiciaire) (↓「法定抵当権」七) の承認は、登記免除終了事由ではない。³⁰⁾ なぜなら、裁判による別産制の承認により婚姻が解消されるわけではなく、また、妻は完全な能力を回復するわけではないからである(一五三八条)(↓「法定抵当権」七)。実際、裁判による別産制の承認を登記免除終了事由と解するのであれば、約定による別産制 (séparation de biens conventionnelle) (↓「法定抵当権」七) の妻は常に登記を免除されないことになるが、これは、夫婦財産制の種類を問わずすべての妻に登記の免除を認める二一三五条に反する。

⑤ 離婚原因(二二九—二三三条)が存在するときは、夫婦は、離婚に代えて別居 (séparation de corps) を請求することができる(三〇六条)。しかし、離婚(↓一一②)とは異なり、別居は登記免除終了事由ではない。³¹⁾ なぜなら、別居により婚姻が解消されるわけではないからである。

「別居…の効果により、妻は、夫又は裁判所の許可を得ることなく、完全な民事能力を行使することができる」と規定する一八九三年二月六日法改正三一一条三項(以下

「一八九三年法」という)は、この結論を否定しない。確かに、一八〇四年法は妻の無能力を根拠に登記を免除し(↓五)、また、一八五五年法は婚姻解消による妻の能力回復を根拠に登記の免除を終了させる(↓一〇)ので、一八九三年法以降の別居後の妻は登記を免除されないと解することもできる。しかし、ボードリー・ラカンチヌリは、このように解さない。その理由につき、曰く、「一八五五年法の起草者が別居後の妻に法定抵当権の登記を強制しようと考えなかったことは、明かである。他方で、一八九三年法の起草者は、一八五五年法を修正する意思を表明していない。したがって、一八五五年法の規定はそのままであり、別居後の妻は抵当権を公示する義務を負わないと結論づけなければならない」³²⁾。また、ボードリー・ラカンチヌリド・ロワヌは、実質的な理由も挙げる。³³⁾ すなわち、別居を登記免除終了事由と解した場合は、第三者は、別居後の妻が法定期間内に登記をしなかったとき、抵当権の存在を考慮せずに不動産を取得する(↓一六①)。しかし、その後、夫婦が和睦 (réconciliation) をし、妻が、回復した法定抵当権を第三取得者に行使することができるとすれば、第三取得者は不測の損害を被る。したがって、別居を登記免除終了事由とすべきではない。もっとも、和睦による法

定抵当権の回復を制限すれば第三取得者の保護は図れるが、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、これを否定する。なぜなら、「それを行うことができるのは、立法者ただ一人だからである」³⁴⁾。

(3) 登記期間

一 二 法定抵当権は「婚姻解消：後一年以内に登記」されなければならない（一八五五年法八条）。この期間（以下「法定期間」という。）の延長（↓一三）又は短縮（↓一五）は認められない。法定期間内であれば、夫の不動産が第三者に任意に譲渡され、第三取得者が登記をした後でも、登記をすることができる。法定期間の起算点は、婚姻解消原因に応じて異なる（↓①—③）³⁵⁾。

① 妻又は夫の死亡による婚姻解消のとき（↓一—①）は、法定期間の起算点は妻又は夫の死亡日である³⁷⁾。

② 離婚を認める「判決 (jugement ou arrêt) 主文は婚姻準式地の身分登録簿 (registre de l'état civil) に騰記される」(一八八六年四月一八日法改正二五一条一項)。離婚による婚姻解消のとき（↓一—②）の法定期間の起算点は、判決主文騰記日である³⁸⁾。

③ 誤結婚の要件を満たした婚姻無効の場合（↓一—

③）については、婚姻無効を宣言する終局判決 (jugement définitif) が下された日が、法定期間の起算点である³⁹⁾。

一 三 妻の死亡による婚姻解消のときは、妻の相続人が、妻の死亡日（↓二—①）を起算点として、法定期間内に登記をする（↓一—①）。しかし、未成年者の法定抵当権の登記は後見終了日から一年間免除される（一八五五年法八条）ので、妻の相続人が未成年者である場合については、未成年相続人 (héritiers mineurs) の法定期間の起算点は後見終了日（未成年相続人の成人到達日）として、法定期間の延長を認めるべきではないかが問題となる（↓①—②）。

① 生残夫 (mari survivant) 以外の者が後見人である場合は、期間延長は認められない⁴⁰⁾。というのも、一八五五年三月二三日法八条の目的は第三者の利益の保護にあるので、…妻…の相続人の個人的状態はすべて取捨され⁴¹⁾なければならぬからである。実際、この場合においては、後見人による登記を期待できるので、このように解したとしても、未成年相続人の利害は害されない。

② 生残夫が後見人である場合は、生残夫が登記をしないということが考えられる。そこで、学説には、この場合

については、法定期間の起算点を後見終了日まで延期すべきであると解する見解がある⁽⁴²⁾。しかし、判例、オプリーロー及びボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、この場合についても法定期間の延長を認めない⁽⁴³⁾。その理由につきボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは次のように説明する。曰く、「立法者は、「登記の」免除を、債権者が無能力である期間又は精神的に自己の権利を保護することができない期間に限定したいと考えた。ところで、この場合の無能力又は精神的不可能 (*impossibilité morale*) の源は婚姻である。妻の相続人と妻の状況は、たとえ相続人が未成年者であったとしても、異なっている。したがって、妻の相続人は、婚姻を基礎とする登記免除の利益を主張することはできない。確かに、無能力が終了したとしても、その後、さらなる無能力が続く。すなわち、精神的不可能が終わったとしても、同一の性質を有する他の不可能が、それに代わる。しかし、病には、それぞれ固有の治療法というものがある。一方には妻の法定抵当権、他方には未成年者の法定抵当権。いずれも等しく登記を免除されている。一方の抵当権の順位は債権の日付に応じて様々であるが、他方の抵当権の順位は後見開始日と定められている。しかし、この二つの無能力の原因は別のものであり、それぞれ

が互いに影響を及ぼしあうことはないはずである。「したがって、「一つの無能力が終了したときは、その無能力に認められた登記の免除を主張することはできない」⁽⁴⁴⁾。

(4) 登記申請中止事由

一四 抵当権者は、一般的に、「登記申請中止 (*arrêt du cours de inscriptions*)」事由が生じたときは、登記をすることができない。登記申請中止事由は、債務者の破産 (*faillite*) (二一四六条一項)⁽⁴⁵⁾、後に限定承認 (*benefice d'inventaire*) されるに至る被相続人の死亡 (二一四六条二項)⁽⁴⁶⁾ 及び後に相続放棄により相続人不存在 (*vacance de succession*) に至る被相続人の死亡⁽⁴⁷⁾ である。一八五五年法以前においては、登記申請中止事由の発生が法定抵当権の効力に影響を与えることはない⁽⁴⁸⁾。

一五 問題は、一八五五年法において、婚姻解消後の登記申請中止事由の発生により、法定抵当権の登記をすることができなくなるのかどうかという点である。この問題については、一般的に、法定期間内であれば、登記申請中止事由発生後であっても有効に登記することができる⁽⁴⁹⁾ と解される。すなわち、登記申請中止事由の発生は、法定期間を短縮しない。その理由につき、ボードリー・ラカンチヌリ

Ⅱド・ロワヌは次のように説明する。二二四六条は、対抗力を有さない抵当権が、登記申請中止事由発生後に対抗力を得ることを否定するものであるが、法定抵当権は未登記で対抗力を有するので、法定期間内の登記については、「対抗力を有さない抵当権に対抗力を付与することが問題とされているわけではない。」「一八五五年法」八条の登記は、すでに抵当権が有する効果と、それに法律が付与した順位を抵当権に保存することを目的とするにすぎないのである⁽⁵⁶⁾。したがって、登記申請中止事由発生後の登記も認められる。

(5) 登記欠缺の効果

一六 婚姻解消から一年以内に法定抵当権の登記がされない場合、以下の効果が生じる(↓①—④)。

- ① 法定期間内に登記がされなかったとしても、それにより法定抵当権は消滅しない⁽⁵⁷⁾。すなわち、法定抵当権は第三者対抗力を失うにすぎず、したがって、法定期間満了後においても、二一五三条(↓③二)に従い、登記をすることができ。しかし、法定期間満了後に登記申請中止事由(↓一四)が生じたときは、妻の登記は認められない⁽⁵⁸⁾。
- ② 法定期間満了後に登記がされた法定抵当権の順位取

得日は、二二三五条の定める日付ではなく、登記日(二二三四条)である⁽⁵⁹⁾。

③ 一定の事由が生じると、抵当権者の権利は物から物の代価に移転する。これを「抵当権の法定効果 (effet legal)」という。そして、法定期間満了前に法定効果が生じたときは、妻は、法定期間内の法定抵当権の登記を免除される。この場合においては、妻は、一定の条件の下で、未登記のままで優先権を行使することができる(↓一九・二〇③・二一)⁽⁵⁹⁾。

④ 法定期間内の登記の欠缺を主張することができる「第三者」(一八五五年法八条)は、夫の不動産の第三取得者及び夫の抵当権者並びに夫の一般債権者である⁽⁶⁰⁾。夫又は夫の相続人は「第三者」ではない⁽⁶⁰⁾。

(21) Civ. 9 nov. 1813, S. 1814. 1. 7. Aubry et Rau, 1^{re} éd., t. II, § 269, p. 150, texte et note 5; Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 303, texte. このような一八〇四年法の理解は、国務院答申 (avis) (一八二二年五月八日)の理解でもある。曰く、「夫が死亡したときであっても、妻の登記取得のための特別期間を定める必要はない」(Cité par Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1499, p. 631.)。

- (22) Suin (V.), *Exposé des motifs du projet de loi sur la transcription en matière hypothécaire présenté au corps législatif par M. Suin, Troplong, transcription*, p. 15.
- (23) Aubry et Rau, t. III, § 269, pp. 301-302, note 6.
- (24) 一八〇四年法は、生死不明者 (absent) を死亡者とみなすことなく、生死不明者の法律関係につき詳細な規定を設ける (一一二—一四三条)。生死不明者が音信を絶つて四年を経過したときは、利害関係人は、生死不明宣言 (déclaration d'absence) を請求することができる (一一五条)。また、生死不明者が代理人を置きつつ音信を絶つたときは、その請求のためには一〇年の経過が必要である (一一二条)。裁判所は、この請求から一年以上経過して生死不明宣言判決を下す (一一九条)。この判決により、推定相続人に対して、生死不明者の財産の「仮占有付与 (envoi en possession provisoire)」が認められる (一一〇条)。つまり、推定相続人において、相続財産の仮の分配がされる。しかし、仮占有付与を認められた者は生死不明者の不動産を処分することはできない (一一八条)。仮占有付与から三〇年経過したとき、又は生死不明者の出生から一〇〇年が経過したときは、すべての権利者は「終局的占有付与 (envoi en possession définitif)」を裁判所に請求することができる (一二九条)。そして、終局的占有付与が認められることにより、消失日又は最後の音信日に相続が開始する (Aubry et Rau, t. I, § 157, p. 622, texte.)。

したがって、相続人は処分行為が認められ (一二三条)、また夫婦が共通制 (régime en communauté) で婚姻していたときは最終的な共通財産 (biens communs) の分割がされる (Aubry et Rau, t. I, § 157, p. 623, texte.)。問題が、夫又は妻の死亡 (↓一一①) に加え、夫又は妻の生死不明 (absence) が登記免除終了事由にあたるのかどうかについてである。終局的占有付与により、生死不明者は死亡者のように扱われるが、死亡とみなされるわけではない (Aubry et Rau, t. I, § 148, p. 594, texte.) ので、婚姻は解消されない (Aubry et Rau, t. I, § 159, p. 633, texte et note 1)。そして、生死不明により婚姻が解消しないという点に着目するのであれば、生残配偶者が生存している限り、妻は登記を免除され続ける。しかし、ボードリー・ラカンチヌリッド・ロワヌは、終局的占有付与を登記免除終了事由と解する。というのも、終局的占有付与については、「法律は、あなたも生死不明者が死亡したものであるかのよう」に、当事者の権利を調整しているからである (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1509, p. 642.)。

これに対して、死亡は確実であるが死体が発見されないようなときにされる裁判上の死亡確認 (constatation judiciaire du décès) (一八九三年六月八日法) は、当然に登記免除終了事由と解される (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1510, p. 642.)。

- (25) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 304, texte et pp. 304-305, note 17; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1513, pp. 644-645.
- (26) Req. 2 juill. 1877, D. 1878. 1. 408, S. 1877. 1. 415. Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 304, texte et pp. 304-305, note 17; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1513, p. 645.
- (27) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1508, p. 641.
- (28) 一八〇四年法は「離婚を承認するが、それは一八一六年五月八日法により廃止される。しか、一八八四年七月二十七日法が、それを再承認する（山口『概説・上』四三〇頁）。
- (29) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1508, p. 641.
- (30) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1511, pp. 642-643.
- (31) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1511, pp. 642-643.
- (32) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1512, p. 643.
- (33) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1512, p. 644.
- (34) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1512, p. 644.
- (35) *inscription hypothécaire*, n°79.
- (36) 生死不明の場合（→一註24）は、終局的占有付与日又は終局的占有付与の請求可能日が、法定期間の起算点となる（Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1509, p. 642）。また、裁判上の死亡確認（→一註24）の場合も、身分登録簿にされる死亡宣言判決（*judgement déclaratif de décès*）の騰記（一八九三年六月八日法改正一八〇四年法九二条）の日が法定期間の起算点となる（Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1510, p. 642）。
- (37) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1508, p. 641.
- (38) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1508, p. 641.
- (39) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1508, p. 641.
- (40) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 305, texte et note 18; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1514, p. 645.
- (41) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 305, note 18.
- (42) Pont, *hypothèques*, t. II, n°809, pp. 226-231.
- (43) Civ. 2 mai 1866, D. 1866. 1. 241, S. 1866. 1. 233; Civ. 22 août 1876, D. 1878. 1. 212, S. 1876. 1. 471; Req. 2 juill. 1877,

- D. 1878. I. 408, S. 1877. I. 415. Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 305, texte et note 19; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1514, p. 645.
- (44) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1514, p. 647.
- (45) 「登記が破産開始前の行為が無効と宣言される期間内にされたときは、その登記の効果は生じない」(二一四六条一項後段)。したがって、一八〇四年法においては、疑わしき期間 (*période suspecte*) (⇨「法定抵当権」一五) 以後の登記は無効である。しかし、一八三八年五月二八日改正商法(以下「一八三八年改正商法」という。)四四八条は、この規定を修正する。すなわち、「(二項)有効に取得された抵当権及び先取特権は、破産宣告判決日まで、これを登記することができぬ」(二項)ただし、支払停止の時期以降又はこの時期の前一〇日以内になされた登記は、その登記が抵当権又は先取特権設定行為日から一五日以上経過してされたものであるときは、その無効を宣言することができぬ」(三項)前項の期間は、抵当権が取得された場所と登記がされた場所との距離五万メートルにつき、一日が付け加えられる」。したがって、一八三八年改正商法(四四八条一項)においては、破産宣告判決後の登記だけが無効である (Aubry et Rau, t. III, § 272, p. 331, note 20)。
- (46) 「相続債権者の一人が相続開始後に登記をし、かつ相続が限定承認されたときについても、相続債権者間においては同様とする」(二一四六条二項)。したがって、債務者が死亡し、かつ、その相続人が限定承認をしたときは、債務者の死亡も登記申請中止事由となる。
- (47) オブリーロー及びボードリー・シカンチヌリッド・ロワヌは、二一四六条が規定する二つの事由に加え、「後に相続放棄により相続人不存在に至る被相続人の死亡」も登記申請中止事由とする (Aubry et Rau, t. III, § 272, p. 336, texte et note 39; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1581, p. 717)。
- (48) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 307, note 21.
- (49) Civ. 17 août 1868, D. 1868. I. 398, S. 1868. I. 377. Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 306, texte et note 20; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1515, pp. 648-649 et n°1590, p. 727.
- (50) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1515, p. 649.
- (51) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 306, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1516, p. 649 et n°1679, p. 817.
- (52) Civ. 17 août 1868, D. 1868. I. 398, S. 1868. I. 377. Aubry et Rau, t. III, § 269, pp. 306-307, texte et note 21; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1517, pp. 649-650 et n°1590, pp. 727-728.
- (53) 法定抵当権につき、一八三八年改正商法四四八条(⇨

一四註(45))一項が適用されることについては異論はない(Aubry et Rau, t. III, § 269, pp. 307-308, note 21; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1517, pp. 649-650 et n°1590, pp. 727-728.)⁵⁾したがって「有効に取得された「法定」抵当権…は、破産宣告判決日まで、これを登記することがである」に過ぎない。しかし、「支払停止の時期以降又はこの時期の前一日以内にされた登記はその登記が抵当権…設定行為日から一五日以上経過してされたものであるときは、その無効を宣言することができ」と規定する一八三八年改正商法四四八条二項の「法定抵当権への適用の是非については、見解が分かれる。この規定の適用が肯定されるのであれば、法定期間満了後の登記のうち、「設定行為日から一五日以上経過」して疑わしき期間(↓「法定抵当権」一五)中にされたものは、無効とされる。

オプリーローは、この規定の適用を肯定する(Aubry et Rau, t. III, § 269, pp. 307-308, note 21.)。曰く「婚姻解消…から一年が経過すると、法定抵当権者は、それ以外の抵当権者と同じように扱われる」。実際、「法定抵当権登記の遅滞により、第三者は夫…の支払能力を見誤ることになる。むしろ、登記が「元夫婦の」共謀(concert frauduleux)により遅らされることも否定できない」。もつとも、登記を無効とするためには、それが「設定行為日から一五日以上経過」したものでなければならぬ。そ

こづ、どの時点を法定抵当権の「設定行為日」とするかが問題となるが、オプリーローは「一年の期間満了時が当然に一五日の起算点となる」と解する。

ボードリー・ラカンチヌリット・ロワヌは、これに対して、これを否定する(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1591, pp. 728-730.)。曰く「無能力者の法定抵当権は、その成立のときから、登記を免除される。そして、この特権は、いくつかの事由の発生とともに終わる。ところが、この事由を設定行為(titre constitutif)とみなすことはできない」。[「というのも、法定」抵当権は、すでに発生しているからである。すなわち、法定抵当権は、婚姻…の結果から発する。したがって、「一八三八年改正」商法四四八条「二項」の要件は満たされない」。もつとも、ボードリー・ラカンチヌリット・ロワヌは、反対説の結論を正当と考える。しかし、「法律が沈黙している以上、解釈者は、そのような決定をすることはできない」。

(5) Req. 2 juill. 1877, D. 1878. 1. 408, S. 1877. 1. 415; Req. 27 juin 1899, D. 1900. 1. 194, S. 1900. 1. 229. Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 308, texte; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1502, p. 635 et n°1516, p. 649. (5) Aubry et Rau, t. III, § 269, p. 306, texte et p. 308, texte et note 22; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1518, p. 650.

(56) 法定効果は、次の場合において、次の時期に生じる。

登記免除・未登記法定抵当権の濫除の場合は、一八五八年五月二日法改正民法(以下「一八五八年改正民法」という。)以後においては、第三取得者が妻に對してした送達(二一九四条)時(Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°2578, p. 776.)°

強制的所有権移転(expropriation forcée)の場合は、

一八五八年改正民法以後に於て競売判決騰記時(Req. 22 janv. 1877, D. 1877. I. 249, S. 1877. I. 115; Civ. 4 mai 1891, D. 1892. I. 9, S. 1891. I. 373.-Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°1791, pp. 87-88.)°なお、オプリーローは、一八五八年改正民法における法定効果発生時期を競売判決時と解する(Aubry et Rau, t. III, § 280, p. 375, texte et pp. 375-376, note 14.)°

公用収用(expropriation pour cause d'utilité publique)

の場合は、判例は、収用判決騰記時を法定効果発生時とする(Civ. 30 janv. 1865, D. 1865. I. 75, S. 1865. I. 141.)°しかし、オプリーロー及びポードリー・ラカンチヌリ⁷²・ロフヌは、一八四一年五月三日法(以下「一八四一年法」という。)一七条一項(↓二一註(8))が騰記日から一五日間の法定抵当権登記を認める(↓二一)ことを理由に、法定効果発生時を騰記から一五日の期間満了時と解する(Aubry et Rau, t. III, § 280, p. 377, texte et note 17; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. III, n°s

1797 à 1799, pp. 94-97.)°

(75) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1519, p. 651.

(82) Civ. 17 août 1868, D. 1868. I. 398, S. 1868. I. 377.- Aubry et Rau, t. III, § 269, pp. 311-312, note 30; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1519, pp. 651-652.

(92) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *hypothèques*, t. II, n°1519, p. 652.

(未完)