

## 所有権譲渡の「意思主義」と「第三者」の善意・悪意 (一)

松 尾 弘

はじめに

- 一 意思主義理論の生成と構造
  - 二 フランス民法の合意主義 (以上本号)
  - 三 日本民法の意思主義 (以下一一一巻一号)
- むすび

はじめに

民法一七七条および一七八条における「第三者」の主観的要件については、法文上はなら規定がないにもかかわらず、とくに不動産の場合に関して古くから悪意者排除説が唱えられ、最近では公信用説と並んで、登記の公示機能に着目した別系統の悪意者排除説も唱

えられてきている<sup>(3)</sup>。かかる展開に対しては、善意・悪意不問を原則とする背信的悪意者排除説も根強い一方<sup>(4)</sup>で、背信的悪意者と単純悪意者の区別が判例においては不明確になっており、背信的悪意者概念はもはや実際には機能していない旨の指摘もみられる<sup>(5)</sup>。

かかる状況を踏まえて本稿は、そもそもわが一七六条の意思主義が、一七七条および一七八条の「第三者」の主観的要件に関するいかなる解釈論と適合しうるのかというプリミティブな問題関心から、意思主義理論の沿革を辿り(以下一)、わが民法の母法とされるフランス民法および旧民法の合意主義(以下二、三一)との対比において現行民法の意思主義の特色を検討する

(以下三二)。そして結論的には、《善意(・悪意)不問》説の根拠づけを試みるものである(「むすび」)。

(1) 鎌田薫「対抗問題と第三者」『民法講座2』(有斐閣、一九八四)七四頁以下参照。

(2) 鎌田・前掲(注1)一〇〇頁注81に引用の諸文献参照。

(3) 石本雅男「二重売買における対抗の問題」『民商七八巻(臨増1、一九七八)一五六頁以下、七戸克彦「不動産物権変動における対抗要件主義の構造」私法五三号(一九九二)二三九頁以下。なお、梅謙次郎『民法要義・巻之二・物権編』(明治四四年版復刻、有斐閣、一九八四)八頁参照。

(4) 舟橋諄一『物権法』(有斐閣、一九六〇)一八三頁以下、吉原節夫『注釈民法(6)』(有斐閣、一九六七)三四二頁以下(「悪質者排除説」の表現を用いる)、好美清光『Jus ad remとその発展的消滅』一橋大学研究年報・法学研究3(一九六二)四〇六頁以下、同「物権変動論をめぐる現在の問題点」書齋の窓二九九号(一九八〇)二六頁、滝沢律代『物権変動の理論』(有斐閣、一九八七)九頁、二〇七頁、二五七頁以下(「悪意者包含・背信的悪意者排除」二六五頁)とも表現される)、鈴木祿弥「不動産二重譲渡の法的構成」『幾代

献呈論集・財産法学の新展開』(有斐閣、一九九三)一七七頁以下など。

(5) 松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について(一)」『龍谷法学一六巻四号(一九八四)八一頁以下、半田吉信「背信的悪意者排除論の再検討」ジュリスト八一三号(一九八四)八一頁以下など。

### 一 意思主義理論の生成と構造

1 ローマ法理論とその変容 (1) 所有権譲渡の意思主義(voluntarisme)ないし合意主義(consensus, Konsensprinzip)は、近代自然法の理論に遡り、ローマ法の引渡主義を克服対象として成立したとみられている<sup>(6)</sup>。そこで最初に、この引渡主義の構造を簡単に確認しておこう。

六世紀のユスチニアヌス法典に至ってローマ法上唯一の譲渡方法となった引渡(traditio)は、①《社会的に承認された適法な原因に基づいて獲得された現実的な物支配》ともいふべき所有(dominium)観念を背景にして、②先行する「売買またはその他の適法原因」

に物の占有移転が付け加わることにより、所有物の移転を認めたものである。<sup>(8)</sup>③このうち適法原因としての売買は、すでに二世紀には諾成契約とみられていたが、<sup>(9)</sup>目的物が引き渡されない場合にも、買主は売主の義務を強制的に履行させることはできず、履行利益の賠償を訴求しうるとどまり、<sup>(10)</sup>引渡後であっても買主の権限は、目的物を「所持し、使用し、収益すること」であり、これが追奪などによって妨げられた場合にのみ売主の責任を追及しえなすぎない。<sup>(11)</sup>こうして、売買の効果は所有権の移転ではなかったことから、いわゆる他人物売買も可能であり、いわば「自己のもつ以上の権利を他人に与えること」も、<sup>(12)</sup>真の所有者からの追奪の可能性を孕みつつ、有効な譲渡でありえた。<sup>(13)</sup>④以上の点はそもそも、ローマ法では所有（*dominium*）と物（*res*）とが同一視され、また権利概念も未成熟であったことから、譲渡の対象は所有権（権利「*ius*」）ではなくて物そのものであったことに究極的には規定されていた。<sup>(14)</sup>⑤また、証書の交付などによる象徴的引渡はまだ認められていなかった。<sup>(15)</sup>⑥諾成契約としての売買

は、二重売買の類出を推測させるが、引渡主義の下では先に引渡を受けた者が所有物を取得した。<sup>(15)</sup>その際、売主には詐欺の罰（*poena falsi*）が課されたのに対し、第二買主の主観的態様はとくに問題にされていなかった。<sup>(16)</sup>

(2) かかる引渡主義の体系は、その後次第に緩和されてゆく。例えば、一二世紀の注釈学派では、適法原因（物取得の遠因 [*causa remota*] ないし権原 [*titulus*]）は誤想原因（*causa putativa*）でもよいとしてより主観化された。そして、教会および慈善財団にはたんなる売買または贈与による用益所有権（*dominium utile*）の取得が認められ、第一買主たる教会等による代金支払後に、第二買主に目的物が引き渡された場合には、教会等に第二買主に対する上位の利権用直接訴権（*praelata utili actione directae*）が認められた。<sup>(17)</sup>

また、一四世紀の註解学派では、与える債務（*obligatio dandi*）に関し、売主が目的物を占有しかつその所有者であった場合には、買主による現実執行が認め

められるに至り<sup>(18)</sup>、さらに、二重契約によって第二契約者がすでに引渡を受けてしまった場合でも、この者が詐害 (fraus) に関与していたか、贈与を受けた (Fuit donata) のであれば、第一契約者は第二契約者に返還請求する (revoco) ことができる<sup>(19)</sup>とされた。これは羅馬法のパウルス訴権 (actio Pauliana) を用いたものであるが、債務者への執行が無駄に終わったことの証明はもはや要件とされなかった。

2 近代自然法の理論 (1) しかしながら、引渡主義からの本格的な離脱は、一六世紀以降の近代自然法において原理的なレベルから行われた。これをとくに明確にしたグロチウスの所有権譲渡理論の骨子を整理すると、以下のようになる。

① 所有権 (dominium) とは、物が特定の人格に固有に帰属すること (proprium) を本質とする (絶対的帰属)。② かかる所有権の譲渡は、譲渡人および譲受人の意思およびその外部的表示によって行われる。③ その際、売買などにおける与える約束 (promissio dandi) は、所有権それ自体よりは小さい、「所有権を

移転する権利」の移転であるから、所有権譲渡そのものとは概念的に区別される (債権行為と物権行為の区別の萌芽)。④ もっとも、両者は一つの行為の中で行うこともでき、それによって所有権は、引渡 (traditio) なしに、契約 (contractus) の時点から移転しうる。なぜなら、所有権の移転は、目的物そのものとは区別された、権利 (res) の移転を意味するからである<sup>(21)</sup>。⑤ 他方、自然法に反しないかぎり、人意志は自然法以上に規定しうることから、国家法は引渡、政務官等の面前での意思表示、登録簿への記入などを売買完成の要件としたり、不動産所有権の譲渡に必要な裁判所等での手続、土地台帳への登録、登録料の支払などを行わなかった場合には「罰」として所有権移転を無効とし、また、動産に関して代金支払時、担保提供時もしくは売主が買主に信用を与えた時を所有権移転時期とすることなども認められる<sup>(22)</sup>。⑥ 二重売買の場合には、「二つの売買のうちで、引渡またはその他の方法により、それ自身のうちに現実の所有権移転を含むもの」つまり、「たんなる約束」ではなく、それによっ

て「物における権利 (facultas moralis) が買主から離れる」ものが有効である。すなわち、二重譲渡は論理的に否定されるが、二重売買は必ずしも否定されず、しかも第一売買優先主義ではなく、所有権の決定は「引渡またはその他の方法」に関する国家法に委ねられている。<sup>(23)</sup>

⑦もっとも、国家法上の方式を具備することは所有権譲渡の絶対かつ十分な要件ではない。そもそも所有権譲渡の意思主義は、約束の拘束力に関する意思主義と並んで、市民社会の存立基盤が個人々の自律的意思にあることの端的な表現にはかなならない。そして、国家法もかかる意思主義と抵触しない範囲で効力をもつにすぎないことから、さらにつきの二つのコロラリーが導かれる。第一に、国家法に規定された形式を欠く譲渡方式でも、それが取引慣習として普及し、社会的承認に支えられるに至った場合には、当該社会の自律的方式として国家法に代わる効力が認められる。しかし第二に、国家法上の形式的要件を具備した譲渡行為であっても、それが当該社会の取引倫理の枠を逸脱す

る場合には、所有権取得は効力をもちえない。<sup>(24)</sup> これは、そもそも権利 (ius) というものが、人びとが何かを所持したり行為したりすることが社会的に承認されることを意味する間主観的性質 (qualitas moralis) をもつことの当然の帰結でもある。<sup>(25)</sup>

(2) かかる意思主義理論の諸命題は、以後の近代自然法論でも基本的に共有された。もっとも、二重契約はしばしば消極的に評価され、第二契約が「不法」または「無効」とされることもあった。<sup>(26)</sup> しかし、そこで問題にされているのは、二重契約行為それ自体に対する消極的評価、および権利を他人に譲渡した以上は二重譲渡は不可能であるという論理の確認である。それゆえ、いったん行われた二重契約の結果としては、第二契約者による権利取得の可能性も否定されていない。例えばブーフエンドルフは、二重売買において、目的物がまだ何れの者にも引き渡されていない場合、第一買主が優越する (plaevaleo) が、反対に、目的物が第二契約者に引き渡された場合には、「市民法の理性に基づいて」第二契約者が優先する (praetero)

とした。「なぜなら、適法権原に基づいてその物を所有者から受領したからである」<sup>(27)</sup>。また、ヴォルフも、最初の約束によって受約者に所有権ではなくて物への権利(Recht zur Sache)が与えられたにすぎないときには、約束者が行なった別の者への譲渡も有効であるとした。<sup>(28)</sup>

- (6) とりあえず、松尾弘「テロチウスの所有権論(二・完)」一橋研究一四巻四号(一九九〇)一三三頁一三八頁、一四二頁参照。
- (7) 松尾弘「ローマ法における所有概念と所有物譲渡法の構造」横浜市立大学論叢・社会科学系列四一巻三号(一九九二)二一七頁以下、三四九頁以下参照。
- (8) Paulus D. 41. 1. 31 pr.; cf. Iulianus D. 41. 1. 36; Ulpianus D. 12. 1. 18 pr.; D. 12. 5; Ulpiani epitome, 19. 7; Gaius, Inst., II. 20.
- (9) Gaius, Inst., III. 139-141; D. 18. 1-7; Inst. 3. 23; C. 4. 38-58.
- (10) Ulpianus D. 19. 1. 1 pr.; Gaius, Inst., IV. 48.
- (11) Cf. Ulpianus D. 19. 1. 11. 2.
- (12) Ulpianus D. 18. 1. 28. ちなみに、しばしば援用される「何びとも自由の以上の権利を他人に移転す

ることはできなら」(Ulpianus D. 50. 17. 54)との法命題も、元来は、債務を負う法定の相続人は、相続しうる財産を債務から切り離して譲渡することはできないことを意味した(Gaius, Inst., II. 35; 松尾・前掲(注7)一三六頁注18参照)。

- (13) 松尾・前掲(注9)(一)一四巻三号(一九八九)一一一頁以下、一二三頁以下、同・前掲(注7)一一七頁以下参照。
- (14) S. Max KASER, *Das römische Privatrecht*, 2. Abs. [2. Auf], 1975, C. H. Beck] S. 283.
- (15) C. 3. 32. 15 pr. 2. 売主が所有者でなかった場合にも、同一売主による二重売却であれ、別々の売主による売却であれ、「物が先に引き渡された者が優先する」(Ulpianus D. 6. 2. 9. 4-5)。もっとも、第一買主が引渡を受けた後に占有を失う、第二買主が売主から引渡を受けた場合、後者の所有物所得は必ずしも否定をわびせぬ。(cf. Pomponius D. 21. 3. 2; Ulpianus D. 44. 4. 4. 32; Gaius, Inst., 4. 36; Papinianus D. 6. 2. 16; Neratius D. 6. 2. 17)。
- (16) Paulus D. 48. 10. 21.
- (17) S. Ernst LANDSBERG, *Die Lehre des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum* [1883, F. A. Brockhaus], bes. S. 102 ff., 108 f.

- (81) かかる現実執行は物権の譲渡ではなくて占有付与にすぎず、すでに引渡前に物権契約的なるものが認められたこととの解釈がある (Gustav EISEL, *Beiträge zur Geschichte des ius ad rem im neueren deutschen und französischen Recht* [1935, August Kleemann Schöningh] S. 3)。
- (91) Baldus ad Cod. lib. VII tit. rev. his quae in fraud cred.; EISEL, *a. a. O.* (n. 18), S. 3. 佐美・龍興 (注4) 法学研究30・113-16頁以下参照。
- (92) Paulus *D. 22. 1. 38. 4*; cf. Ulpianus *D. 42. 8. 1 pr. -1*; Ulpianus *D. 42. 8. 10 pr.*; C. 7. 75. 5.
- (12) Hugo GROTIUS, *De iure praedae commentarius* [1604-5] XII: id., *Mare liberum* [1609] V: id., *De iure belli ac pacis libri tres* [1625] II (6) 1. 1-2, (6) 2, (11) 1. 3, (11) 4. 1, (12) 15. 1: id., *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* [1631] II (5) 1. 13, III (1) 12-13. 松尾・龍興 (注9) 111-1頁以下参照。
- (22) GROTIUS, *De iure belli*, II (3) 6, (6) 1. 2, (12) 15. 1: id., *Inleidinge*, II (5) 2, 13, 14.
- (23) GROTIUS, *De iure belli*, II (12) 15. 2: cf. (15) 13. 4.
- (24) Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* [2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 1967] S.

297 mit Fn. 56-57, S. 521 mit Fn. 29. 松尾・龍興 (注

9) 113頁以下および同所注21~24参照。

(22) 松尾・龍興 (注12) 112-113頁以下参照。

(29) Thomas HOBBS, *De cive* [1642] II. 17; Samuel von PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo* [1672] III (7) 11; Christian Freyherr von WOLFF, *Grundsätze der Natur- und Völkerrechts* [1754] §§ 413, 421, 594.

(27) PUFENDORF, *op. cit.* (n. 26), V (5) 5. 以下の点については、ローマ法理論の残存がみられる。この点については、松尾弘「プーフェンドルフの所有権論と法理論の展開」『歴史と社会のなかの法(ヒストリア・ユリス2号)』(一九九三、未来社) 三五八頁以下参照。

(28) WOLFF, *a. a. O.* (n. 26), §§ 413, 594.

## 二 フランス民法の合意主義

1 觀念化された引渡主義の伝統 こうして形成

された意思主義は、一八世紀末以降の法典編纂の中で、各国の慣習法、学説、ローマ法などとの相克の中で変容されて実定化されたため、必ずしも自然法における原型をなめてはならない。この点を、わが民法の母法

とされるフランス民法について確認してみよう。

フランスでは慣習法上早くから引渡が觀念化され、証書による引渡ないし公正証書中に引渡済条項を記載することによって引渡とすることが認められていたことから、証書という方式に化体された引渡主義が、意思主義と混同される素地があったと解される<sup>29)</sup>。また、民法典の編纂に影響を与えた学説においても引渡主義が維持された。例えば、売買は「両当事者のたんなる同意によって完成される」としたドマも、二重売買の場合には、より遅く売却を受けていても最初に引渡を受けて占有を獲得した者が優先するとした<sup>30)</sup>。さらにポティエに至っては、ローマ法の引渡主義に自覚的に回帰し、グロチウスの契約時移転説を批判した。もっともその一方で、契約証書中に引渡済条項を記載した仮装引渡を認めた<sup>31)</sup>。

かかる觀念化された引渡主義は、カムバセレス草案に承継された。その第三草案(一七九六年)では、「所有権を取得する方法」として、先占、添付、贈与、相続、時効と並んで引渡(tradition)が列挙される一方

(五〇六条)、「不動産の引渡は、それによって所有権を移転するという証書(acte)によって行われる」(五三四条)とされた。したがって、「もし二人の買主または受贈者の間に競合(concours)が存在する場合には、不動産の現実的引渡が第二の者にされていても、優先(preference)は第一の者に与えられる。……」(五三五条)。もっとも、「商品(marchandises)または動産物件(effets mobiliers)に関しては、引渡は現実的引渡(délivrance réelle)によって行われる」(五三六条)。こうして基本的には引渡主義がとられ、不動産の場合のみ証書の引渡による觀念化が認められた<sup>32)</sup>。

2 合意主義の導入 これに反し、カムバセレス草案が議会で否決された後に民法典を準備したポルタリスは、積極的に自然法の意思主義の導入を試みた。

ポルタリスはまず、財産の取得方法として契約(contrats)と相続(successions)の二つを挙げたうえで、「契約を取り扱うに際してわれわれは……すべてに適用されうる自然法の諸原理を展開した」と宣明する。そして、契約における方式に言及し、「なるほど人



間が一緒に交渉する際に、互いに欺かれてもよいというべきではない。しかし、信頼 (confiance) や善意 (bonne foi) に対してはいくらかの幅を残しておく (laisser quelque latitude) ことが必要である。不安を抱かせるような、そして出すぎた方式 (formes) は、詐欺 (fraudes) を根絶させずに、信用 (crédit) を失わせる」とした。<sup>(33)</sup> かかる反方式主義の背後には、ポルトリスの自由主義的な人間観および社会観が窺われる。結果的に民法典には、七一条および一一三八条の一般規定のほか、九三八条 (贈与)、一五八三条 (売買)、一七〇三条 (交換) などの各契約に関して、合意主義規定が設けられた。とくに、一五八三条では、「売買は、物がいまだ引き渡されておらず、代金がいまだ支払われていない場合であっても、物および代金について合意した時から当事者間において完全であり、買主は売主に対する関係で当然に所有権を取得する」として合意主義が採用され、引渡主義は放棄された。<sup>(34)</sup>

合意主義採用の理由についてポルトリスは、ローマ法のシステムには「原始的な観念から生まれる数多く

の煩瑣なこと」が見出され、「フランス法の原則においては契約で十分である」とする。それは、「理性と合致し、社会にとって望ましい」のみならず、「契約それ自体とその履行が区別される結果、契約自体は契約者の意思 (volonté) によって成立する」からでもある。すなわち、「約束するかしないかは自由であるが、約束を引き受けたなら、それを履行するかしないかは自由ではない」。かかるフランス法のシステムは「人間の間に存在するにちがいない道德的関係」(rapports de moralité) をその基礎にもつ。「さらにフランス法のシステムは取引 (commerce) にとってより好都合」でもある。こうして、「われわれは、われわれの意思のたんなる表示により (par la seul expression de notre volonté)、われわれ自身のために取得し、われわれの合意の客体たりうる物を他人に移転する。……そうして、人間の意思 (volonté de l'homme) は、法律のあらゆる力を借りて、すべての間隔を飛び越え、すべての障害を乗り越え、法律それ自体のように至る所に存在するようになる」と自然法の意思主義命題を敷衍

した。<sup>(35)</sup>

ただし、動産の二重契約に関しては、「権原の日付が後であっても、占有が善意 (bonne foi) であるかぎり、二人のうち現実の占有 (possession réelle) を付与された者が優先し、所有者にとどまる」(一一四一条)とされた。起草者によれば本条は、「引渡 (tradition) が行われた者の利益を考慮して、所有権は合意によって移転されるとの原則に反する」合意主義の例外規定である。かかる例外を設けた理由としては、①取得者の善意、②動産の自由な流通を維持する必要性、③動産を第三者の手中まで追及し、識別することの困難さなどが列挙されている。<sup>(36)</sup> とりわけ、本条の基礎には「動産は追及されない」(les meubles n'ont pas de suite)との原則があり、本条に付加された善意要件も、右原則に合意されるところの、占有が「詐欺 (dol)、詐欺 (fraude) または悪意 (mauvaise foi)」に基づくことが立証された場合には追及制限は妥当しないとの内在的限界に相当すると捉えられている。<sup>(37)</sup> この点は、即時取得に関する二二七九条一項と共通の基

礎の上に立つと解されている。<sup>(38)</sup> こうして本条からは、動産所有権譲渡は当初より合意主義原則から除外されていたことが窺われる。<sup>(39)</sup>

3 合意主義の変遷 こうして、所有権移転時期 (前掲注34参照) や動産所有権譲渡に関しては、フランス民法の合意主義は当初から全面的には貫徹されえなかったとみられるのであるが、その他の合意主義規定に関しても、民法典成立後の学説、判例、立法などにより、解釈上の意味内容は独特の変遷を示している。

第一に、一五八三条に表明された合意主義は、売買契約が、①当事者相互のたんなる同意によって完成する (諾成主義) とともに、②相互の同意によって所有権移転を生じさせるという二つの意味内容をもち、②が所有権譲渡の合意主義 (le transfert de la propriété solo consensu) と呼ばれる。しかしながら②の合意主義に関しては、「売主に対する関係で」との文言や、合意の相対効に関する一一六五条との関係で、なぜ当事者間での相対効しかもたない契約から、すべての者に對抗可能な物権 (droit réel) が生じるのかが問題にさ

れた。学説では変遷の末、契約の相対効は当事者間における契約の拘束力 (effet obligatoire du contrat) の問題として限定解釈される一方、契約の拘束力と、契約によって創設された法律的な状況 (situation juridique) とが区別され、後者は一つの事実としてすべての者に対抗可能であると考えられた。ここに、契約の拘束力とは異なる、契約の対抗可能性 (opposabilité du contrat) の概念が形成されるに至った。<sup>(40)</sup> これは判例によっても実質的に認められている。<sup>(41)</sup> こうしてフランス法では、意思自治の原則 (autonomie de la volonté) の妥当領域も合意当事者間に限定されて相対効の原則が維持される一方で、合意という (事実) 状況の対抗可能性により、合意 (契約) による所有権移転の効果が説明される点に大きな特色がある。<sup>(42)</sup>

第二に、所有権移転効果が契約の対抗可能性をとおして間接的に認識されることは、所有権の完全な証明は理論上は契約の前主を順次無限に遡ってのみ行われうる、いわゆる「悪魔の証明」(probatio diabolica)

であるとの観念と密接に結びつく。もちろん実際には、占有者には返還請求訴訟で被告の地位が与えられるほか、最長期三〇年の時効 (二二六二条) により、証書上の所有者記載を三〇年以上遡ることによって所有権証明が可能にされているが、これは結局のところ占有を重視する結果に戻っている。他方、時効が援用されない場合には、売買契約などの権原 (証書) によって所有権を証明することが認められ、この場合に一一六五条の適用がないことは現在の判例・学説上問題ないが、ここで援用される権原は、第三者に対しては所有権のたんなる推定として、証明力ないし証明上の対抗可能性 (opposabilité probatoire) をもつにすぎない。<sup>(43)</sup> ここにも、所有権帰属が争われ、時効によっても解決されない場合には、権原 (証書) からの推定によってしか捉ええないと観念されるフランス法上の所有権概念の特色が表れている。

第三に、かかる権原 (証書) の対抗可能性は、理論上は公正証書 (acte authentique) にも私署証書 (acte sous seing privé) にも認められ、またその公示は必ず

しも所有権移転の要件ではないはずである<sup>(44)</sup>。しかし、周知のように不動産所有権の譲渡などに関しては、民法典制定前後から公示の要請に基づく合意主義の制限が試みられ<sup>(45)</sup>、一九五五年の「不動産公示を改革するデクレ」では、不動産所有権の移転の証書(acts)は「公示されなければ、同一不動産に関し、公示(pub-licite)の義務に服しかつ公示された証書によって競合する権利を取得し、または先取特権もしくは抵当権を登記させた第三者(tiers)に対抗しえない(inopposables)」(三〇条一項)とされた。しかも公示に服するすべての証書は公正証書の方式(forme authentique)に限定された(四条)。そして、このようなかから学説では、公示法の「対抗しえない」旨の規定と民法典の合意主義との関係につき、所有権の相対的帰属、段階的移転、債権的把握<sup>(46)</sup>、公示(謄記)義務懈怠者への制裁<sup>(47)</sup>など、さまざまな形の対抗不能(inopposabilité)理論が形成されてきたことが注目される。

もっとも、対抗不能の効果が及ぶ範囲は、同一権利

者からの承継人(les ayants cause)間などに限定され、公示(謄記)されない原始取得(時効)に対して権原が対抗される場合には公示(謄記)は考慮されず<sup>(48)</sup>、また、遺産分割の証書は公示されなくとも第三者に対抗可能であるなど<sup>(49)</sup>、意思主義の制約自体もフランス法上は限定的である点に留意する必要がある。

4 フランス法的合意主義の特色　ここでフランス法の合意主義の特色を、自然法論の意思主義の諸命題(前述一2①①⑦)と対比する形で整理してみよう。

①所有権(propriété)概念は、物(choses)の収益および処分権能の面では絶対的とされているが(五四四条)、所有権の存在が契約(証書)を介して間接的に觀念される結果、所有権帰属の絶対性は、「悪魔の証明」とも言われるように、懷疑的に觀念されている。

②所有権譲渡の要件が同意(consentement)または合意する(convenir)こと(一一三八条、一五八三条)である点も、意思とその外部的表示を要件とする自然法と厳密には異なる。③所有権譲渡行為と所有権譲渡を

義務づける行為との概念的区別はされていない(七一一条、一五八三条)。<sup>④</sup>所有権の移転や取得には引渡は不要とされているが(七一一条)、目的物と区別された権利の移転という観念はそれほど明瞭ではなく(一三八条二項)、解釈論上は相対的な拘束力をもつ契約(一一六五条)によって創設された(事実)状況の對抗可能性を介して権利移転が観念される。さらに、動産所有権譲渡は現実的引渡と密接な関係にある(一一四一条、二二七九条一項)。<sup>⑤</sup>また、公示法に特別規定がある場合につき、民法典の合意主義規定との実体法上の関係は明確ではない。<sup>⑥</sup>契約の對抗可能性を介したフランス法の合意主義は、二重譲渡に関しては、第一契約優先主義ないし先行性の對抗可能性(*opposabilité antérieure*)<sup>(50)</sup>に帰着する。しかし他方で公示法は、とくに一定の場合に限り、公示を先に行った者が優先する旨規定する。その結果フランス法では、先行権原優先の原則と公示法規との緊張度が比較的強いものと見受けられる。周知のように、この点に関する判例の現在の到達点は、「第二取得者が第一

譲渡について認識(*connaissance*)をもっていったことが立証されないかぎり、不動産公示の原則に従い、取得証書の公示の先行によって規律されなければならない」というものであるが、悪意者排除を前提にする点<sup>(51)</sup>で、合意主義をなお重視したものと解されている。<sup>(52)</sup>そして、悪意の第二取得者はその行為がフォート(*faute*) (一三八二条)を構成するゆえに、「公示の原則を自己のために援用することができない」などとして、第二契約の「對抗不能」(*inopposabilité*)<sup>(53)</sup>に権利取得の否定という制裁を受ける。こうした傾向は、わが国の悪意者排除説の有力な論拠にもなっている。<sup>(54)</sup>

しかしここでは以下の点に注意される。第一に、フランスの悪意者排除説は、あくまでも第二取得者の《行為態様》がフォートを構成するか否かという倫理的価値判断を介しており、この意味では、同じく取得行為が取引倫理に反する点を問題にするわが国の背信的悪意者排除説とも判断枠組としてはむしろ共通性をもつ。<sup>(55)</sup>第二に、フランス判例について指摘されるフロード(*fraude*)<sup>(56)</sup>構成からフォート構成への移行も、実

体的な価値判断のレベルに変化が生じたというよりは、より直接的には転得者保護を念頭に置いた理論構成の転換という色彩も強い。と言うのも、判例はフォート説への転換以前にも、たんなる悪意の第二譲受人についてフロードの成立を認めていたからである。<sup>(58)</sup> 第三に、フランスの不動産取引は、公証人(notaire<sup>(59)</sup>)や不動産仲介業者(agents immobiliers)といった専門家の関与の下に、売買予約、仮契約などの準備契約(証書)作成の段階を経て、公正証書作成までの間には実質的な自由競争はすでに終了し、公示は文字どおりの機能を担う場合が多いと解される。<sup>(59)</sup> したがって、かかる取引慣行の下においては、公示以前の第一契約に対するたんなる認識(悪意)といえど、自由競争ルールや取引倫理に反するものと観念される可能性は、そうした手続段階をもたない取引慣行の下におけるよりも増大するであろう。<sup>(60)</sup> こうしてみると、フランスのフロード説とフォート説の対立は、わが国の悪意者排除説と背信的悪意者排除説の対立とは必ずしもパラレルには捉えきれないように思われる。

(29) 鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察(三)」民商六六巻五号(一九七二)一三一頁以下、同「フランスにおける不動産取引と公証人の役割(一)」早稲田法学五六巻一号(一九八〇)六二頁、滝沢・前掲(注4)七六頁、九七頁参照。

(30) これはブーフェンドルフの理論と近似する(前述注27および該当本文参照)。

(31) ドマおよびポティエの理論については、鎌田・前掲(注29)(四)民商六六巻六号七九頁以下参照。

(32) Jean-Jacques Régis CAMBACÈRES, *Projet de Code Civil* [à Paris, Chez Garnery, 1796; réimp., 1977, Librairie Edouard Duchemin, Paris] pp. 215, 219 et s., 285.

(33) Discours préliminaire du projet de code civil de la commission, par Jean-Etienne-Marie PORTALIS, dans: LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français*, tome 1 [Bruxelles, 1836], pp. 176, 180.

(34) もっとも、合意主義の理解は起草者間でも必ずしも一致しておらず、所有者となるには物の現実的引渡(tradition réel)は不要とする一方で、所有権移転時期は合意時ではなく「物を引き渡すべきであった時」と規定する一一三八条二項なども、やや不徹底な印象

を与えらる (V. Henri et Léon MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, tome II, vol. 2 [6<sup>e</sup> édition, 1984] n<sup>os</sup> 1616-7)。もつとせういひは、危険負担の所有者主義 (物は所有者にとつて滅失する) [res perit domino] に前提にあつたため、合意時の危険移転は取得者=所有者にもまつて歸せざるべし配慮が加えられたらざるを看明せざる (Exposé de motifs fait par BIGOT-PRÉAMENEU, dans: LOCRÉ, *op. cit.* [n. 33], tome 6, pp. 11, 153)。

(55) Exposé de motifs fait par PORTALIS, dans: LOCRÉ, *op. cit.* (n. 33), tome 7, n<sup>o</sup> 6, pp. 4, 70 et s. など、契約證書の方式自由に關し、V. *ibid.*, n<sup>o</sup> 5, p. 70.

(98) Exposé de motifs fait par BIGOT-PRÉAMENEU, dans: LOCRÉ, *op. cit.* (n. 33), tome 6, n<sup>o</sup> 36, pp. 140, 154. など、滝沢・前掲 (注4) 一四五頁以下参照。

(37) Rapport fait au tribunal par FAVVARD, dans: LOCRÉ, *op. cit.* (n. 33), tome 6, n<sup>o</sup> 33, pp. 190, 195. 〇此の「いひ」は善意をまつたに、動産追及が許されるほどの悪意はなき、とらう租税の意味をゆいじらねばならぬ。

(88) V. Jacques CHESTIN et Bernard DESCHÉ, *Traité des contrats, la vente* [L. J. D. J., 1990], n<sup>o</sup> 540,

pp. 603 et s. ちなみに起草者は、二二七九条一項は動産に限り、「占有というたんなる事実を権原とみなし」、「所有権に基づく訴えとは區別された占有訴権を認めず」、「動産はたんなる引渡 (tradition) によつて譲渡せれる」との認識を前提にこつた (Exposé de motifs fait par BIGOT-PRÉAMENEU, dans: LOCRÉ, *op. cit.* [n. 33], tome 8, n<sup>o</sup> 44, p. 355; Discours prononcé par GOUPIE-PRÉFELIN, *ibid.*, n<sup>o</sup> 14, p. 360)。ちなみに、二二七九条一項の「いひ」は「解釈し、善意が要求せらるるが、占有者は善意の推定を受けしからぬ」の推定は覆滅せえざる (irréfragable) と解せらるる (CHESTIN et DESCHÉ, *ibid.*, n<sup>o</sup> 541, p. 604. など、善意の推定と悪意の反証に關する二二六八条参照)。なほ現在では、一九七五年法により占有は権利本体 [fond du droit] とは別に保護され、占有訴権が認められる (二二八二条、二二八三条)。

(39) しかし本文②にも示されてゐるように、本条は「取引 (commerce) の原則に少くも反しな」とみられつた (Exposé de motifs fait par BIGOT-PRÉAMENEU, dans: LOCRÉ, *op. cit.* (n. 33), tome 6, n<sup>o</sup> 37, pp. 140, 154)。

(40) この區別は今日の学説上覆へ認めらるる (V. CHESTIN et DESCHÉ, *op. cit.* [n. 38], n<sup>os</sup> 530-531,

pp. 593 et s.)。

(41) 「契約の条項は第三者に対する関係で一つの事実状況 (situation de fait) を創設する」(Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 1972, *Bull. civ.*, III, n° 193, p. 136)°。また「契約当事者の一方による債務不履行は、第三者に対する関係で「準不法行為としてのフォート (faute quasi-délictuelle) を構成し、不履行者の責任をあたらしうる」(Cass. com., 16 janvier 1973, *Bull. civ.*, IV, n° 28, p. 22)°。

(42) かかる対抗可能性は、それが一つの(事実)状況であることを根拠にするのであるから、理論的には公示 (publicité) や第三者の認識 (connaissance) に依存しない。(GHESTIN et DESCHÉ, *op. cit.* [n. 38], n° 531, p. 595)°。

(43) V. GHESTIN et DESCHÉ, *op. cit.* (n. 38), n° 534-535, pp. 596 et s.

(44) 前掲注35、42参照。

(45) この間の事情は、鎌田・前掲(注29)(二)早稲田法学五六巻二号(一九八一)五頁以下、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)所収六頁以下、四二頁以下、八三頁以下、一〇七頁以下、滝沢・前掲(注4)九五頁以下、一三一頁以下、その他これ

らに引用の諸文献に詳しい。

(46) 滝沢・前掲(注4)一二六頁参照。

(47) 旧民法の起草者ポアンソナードの見解である(本稿(二)注63参照)°。

(48) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 mars 1954, *D.* 1954, p. 362.

(49) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 avril 1981, *Bull. civ.*, III, n° 80, p. 58, et al. なお、同一所有者から土地の分割譲渡を受けた二人の譲受人の各所有権の客体に重複部分がある場合(の境界争い)は、公示(騰記)の先後ではなく、

権原(証書)の先後によって判断すべきとされている(もっとも、これは第三者との対抗問題としてはなく、各当事者間における契約の効力の認定問題として捉えられ、一三四条、一三四一条および一三三三条が援用される)°。Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 octobre 1972, *Bull. civ.*, III, n° 495, p. 362)°。

(50) V. GHESTIN et DESCHÉ, *op. cit.* (n. 38), n° 537, p. 600.

(51) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 28 mai 1979, *Bull. civ.* 1979, III, n° 116, p. 88, *D.* 1979, I, R., p. 409, なお、鎌田薫「二重売買における買主の注意義務」判タ四二二号(一九八〇)三六頁、吉田邦彦『債権侵害論再考』(有斐閣、一九九一)四五二頁参照。

(52) 滝沢・前掲(注4)一五六頁。



- (35) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1968, *D.* 1968, p. 412, *J. C. P.* 1968, II, 15587, *Rev. trim. dr. civ.* 1968, p. 564; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 20 mars 1979, *Bull. civ.* 1979, III, n<sup>o</sup> 71, p. 52, *J. C. P.* 1979, IV, 187, *D.* 1980, I, R., p. 386; et al. 鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全」比較法学九巻二号(一九七四)九〇頁、同・前掲(注51)三九頁参照。
- (54) 鎌田・前掲(注53)比較法学九巻二号一〇七頁以下参照。
- (55) ちなみにドイツの判例についても、登記を得た第二買主の行為態様が不法行為の一類型である故意の良俗違反による財産侵害(ドイツ民法典八二六条)に該る場合に未登記の第一買主を保護するに際し、良俗違反の判断基準が第二契約者の認識ないし悪意に近いところまで緩和されてきているとの指摘があるが(好美・前掲(注4)法学研究3・三九八頁、吉田・前掲(注51)五一四頁)‘こゝでも不法行為構成は第二買主の悪意(認識)を直接の理由とするものではなく、最近の判決にも示されているように’「その『第二買主の』行動が契約秩序(Vertagsordnung)に対して客観的に不適切であるがゆえに、たとえ契約を詐害しようという意向がない場合であっても、良俗に違反しうる」とされている点に注意すべきであろう(BGH
1981. 6. 2, *NJW* 1981, Heft 40, S. 2184)°。その「フキート」や良俗違反にせよ、背信的悪意にせよ、具体的に「フ・プリオリ」な基準を内包するものではなく、その内容は取引慣習や倫理観念の変化によって変容しうるものと解される。
- (56) 鎌田・前掲(注51)三七頁、同(注53)四二頁以下参照。
- (57) 滝沢・前掲(注4)一五三頁以下参照。
- (58) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1960, *Bull. civ.* 1960, I, 160, I, p. 128; et al. なお、浜上則雄「フランスにおける不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意」阪大法学五号(一九六四)一一頁、一二三頁、鎌田・前掲(注53)比較法学九巻二号六四頁参照。
- (59) V. CHESTIN et DESCHÉ, *op. cit.* (n. 38), n<sup>os</sup> 179 et s., pp. 207 et s.
- (60) 二重譲渡に関して判例が、劣後する権原は先に創設された法的状態を一方的に変更しえないとすることの実質的な背景には、かかる取引慣行の存在が看過されえないであろう(V. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 janvier 1979, *D.* 1979, I, R., p. 240)。

(横浜市立大学助教授)