Title	法におけるフィクション
Sub Title	Les fictions en droit
Author	Biquet, Christine(Ko, H i d e n a r i) 高, 秀成
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2013
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.26 (2013. 6) ,p.229- 265
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	法科大学院開設10周年記念号 講義：2012年度大陸法財団寄附講座「法学方法論」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20130620-0229

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

法におけるフィクション

クリスティーヌ・ビケ*

高 秀 成／訳

〔はじめに〕

I. 広義のフィクション

- A. フィクションと法律上の推定
- B. フィクションと用語法上の迂回
- C. フィクション：法の權威の基礎？
- D. 法における現実、事実としての現実：親子関係を例として
- E. 基本権により緩和される立法者の至上権——再び、親子関係を例として

II. 法的フィクション

- A. 法人の法人格
- B. 代理
- C. 表見委任と外観
- D. 遡及効
- E. 代位弁済
- F. 代襲相続

* 〔訳者注〕リエージュ大学教授。本稿は、大陸法財団の招待により、慶應義塾大学法科大学院にて2012年11月17日および19日に開催された講演会のために執筆されたものである。本講演開始に際して、ビケ教授より、「伝統ある慶應義塾大学にお招きいただき、大陸法講座を担当させていただけることを大変光栄に思います。慶應義塾大学法科大学院長の片山直也教授ならびに企画の責任者であられる同法科大学院の金山直樹教授、そして、通訳という非常に困難な任にあたる金沢大学の高秀成准教授に心より感謝を申し上げますと思います。そして、この大陸法講座をより良いものとするために、準備に熱心かつ丁寧に取り組み、貴重な時間を割いてくださった皆様にも、心より感謝を申し上げます」との挨拶をいただいた。なお、本文中の〔 〕内の記述は訳者が付したものである。

G. 用途による不動産化
〔おわりに〕

〔はじめに〕

1. ジャン・ルイ・ボードワン教授は、「フィクション、それは現実に対置されるものであるが、このフィクションによって育まれる法は、嘘を公認し、意図的な誤謬を創出するものである」¹⁾と述べる。

しかし、いかなるフィクションが法を育むフィクションとなるのであろうか。この概念によって何が示されるのであろうか。

法におけるフィクション (fiction en droit) を定義するにあたり、二つのアプローチが存在する。第一のものはフィクションという単語に共通する意味から出発して、法におけるフィクションを定義することからなる。第二のものは、法律用語としてこの用語に与えられている意味から出発して、法におけるフィクションを定義することからなる。

ラールス辞典によれば、フィクションという単語に共通する意味は、「空想上の創作物；空想、非現実の領域に属するもの」²⁾とされる。このようにフィクションというものは現実に対置される。このような定義から出発して、法におけるフィクションは法と現実、そして法における真実と現実世界における真実との間の大きなズレとして定義することが試みられるであろう。このような非常に広い意味において、法が現実を、否定ないし歪める度に、法的フィクション〔ないし法的擬制〕(fiction juridique) が生じることとなる。例えば、民法典の条文からは、近親間で生まれた子は法的局面においては父を有し得ない一方、生物学上は父を有しているという例が挙げられる。

しかしながら、法律用語上においては、フィクションの概念にはより限定的

1) J.-L. BAUDOIN, « Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes - Aspects nouveaux », in *La vérité et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant 1987, t. 38, Paris, Economica, 1989, p. 22.

2) <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fiction>.

な定義しか与えられていない。アンリ・カピタン協会のジェラルド・コルニユ教授の監修のもと出版された有名な法律用語辞典を参照してみるとしよう。そこでは、フィクションは次のように定義されている。つまり、「ある法的効果を付与すべく、『あたかもそうであるかのように扱う *« faire comme si »*』こと、もしくは、現実とは異なる事実または状況を想定することからなる『法律の嘘 *« mensonge de la loi »*（およびその効用）、または（原則として立法者にだけ許容されている）法技術』³⁾と定義されている。例えば、一定の権利、とりわけ相続人の権利を享受するために、胎児は既に生まれたものとみなされる。ここから、ある法的効果を生み出すために「立法者が意図的に真実ではなく虚実を述べる」⁴⁾ことが生じる。

説明の必要上、法におけるフィクションについての以下の二つの定義を示すこととしよう。一つは、フィクションという単語に共通する意味から引き出された広範に法性決定される定義であり、もう一つは、法律用語として与えられている、技術的に法性決定される定義である。

これら定義のいずれにおいても、いかなる例によって法におけるフィクションが説明されるかとともに、法的フィクションの概念そのものが議論的となっている。

それ故、フィクションの概念は、ある種の否定、または、多かれ少なかれ、広義においては、法によって現実を迂回することを意味するものとして理解される。しかし、現実あるいは真実ほど把握することが困難な概念は存在しない。我々の視角がどこに位置づけられるかに応じて、現実は複相的なものとなる。現実というものは、我々が抱く諸々の表象 (*représentations*) に依存するものであり、それは時間と共に推移する。フィクションという観念の把握における相対性はこの点に由来するものである。法実証主義および自然法主義にお

3) G. CORNU (sous la direction de) et Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 6^{ème} éd., Paris, Quadriga, Presses Universitaires de France, 2004, p. 402.

4) P. DELNOY, *Eléments de méthodologie juridique*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 273, n° 77.

ける論争はさておき、法そのものが、フィクションを伴う概念、分類、規律による構築物、そして少なくともフィクションを伴う技術による産物であることは否定できないであろう。従って、法は、法そのもののなかで相反し、そしてフィクションによって形成される。それゆえ、法と、法自身が規律しようとする外的現実との間の隔たりのなかに、そして法的システムの内部における矛盾のなかにも、諸々のフィクションが存在していることとなる。どちらの場合においても同様に、フィクションは議論的となっている。法的真実だけでなく、事実の真偽ですら、しばしば把握が困難であり、一定の推移を見せる傾向にある。ここからの説明は二部に分けられる。第一部（Ⅰ）においては、広義において理解されるフィクションの概念に関する様々な考察を行うこととしよう。第二部（Ⅱ）においては、技術的意味におけるフィクションの概念を説明するために最も頻繁に引証される様々な法的メカニズムを説明することとしよう。

I. 広義のフィクション

2. 早速、広義のフィクションに割かれた第一部（Ⅰ）に取り掛かることとしよう。まず第一に、推定概念との関係においてフィクションの概念を位置付けることとしよう（A）。次に、フィクションは用語法上の迂回により生じることが観察されることとなろう（B）。とりわけ、それは法そのものの権威を示すことが必要となる場合に見いだされるものである（C）。そこでは、親子関係を題材として、しばしば複相的な現実を把握することの困難性、同時に法律が政策判断を実行することの必要性が描き出されることとなろう（D）。また、立法者の至上権が、基本権の飛躍的増加によって今日では緩和されていることが観察されるであろう（E）。

A. フィクションと法律上の推定

3. 法律用語において与えられているようなフィクションの技術的概念は法律上の推定概念とは区別される。フィクションを表明する場合において、立

法者は真実の代わりに意図的に虚実を選ぶこととなる。他方、法律上の推定を規定する場合には、なお立法者は真実の範疇にとどまることとなる⁵⁾。

例えば、「*« Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur »*という法諺が述べるが如く)「胎児はその利益が問題となる度に出生したものとみなされる」と立法者が決定した場合、そこにはフィクションが存在することとなる。胎児に一定の権利、とりわけ相続人としての権利を与えることが問題となる。つまり、立法者は、それが事実ではないにも拘らず、胎児は既に出生したものとみなされるものと決定するのである。このような手段によって、胎児が既に出生しているかのように装われる。

反対に、母の夫は〔母の子の〕父であるという推定を規定する場合には、立法者は蓋然性、あるいは確からしさに立脚していることとなる。実際、この世で、婚姻中の女性が子を出産した場合には、多くの場合、他の男性を要因としてではなく、その夫を要因として懐胎している。推定は、ある事実の一般性の観点から描かれることにより、反証不可能とされる場合と同様に、真実の範疇に存在する。以上のものが、推定がフィクションとは区別されることの理由として挙げられる。

それでもなお、一定の事実のもとにおいて推定事実が現実には適合しないことが明白であるにも拘らず、立法者が推定を覆すことを許容しない場合において、推定はフィクションの様相を呈することとなる。立法者が意図的に反対の証明を妨げる場合においては、より一層、推定はフィクションであるように思われる。もちろん、広義のフィクションにおいては、証拠によって証明できる諸事実によって、もはや反証され得ない推定をフィクションの概念のなかに整理することは可能である⁶⁾。立法者が決して反対の証拠を認めないような、反証の余地のない推定のほか、反対の証拠を提出する可能性を意図的に限定し

5) Voy. J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruylant, Bruxelles, Sirey, Paris, 1935, p. 275.

6) Voy. L. BERGEL, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de droit de McGill*, 1988, p. 362, n° 4.

ているような、反証の余地のある推定についても事情は同じである。それが現実には適合しないことが明らかであるにも拘らず、推定に対して反証の余地がない場合においては、推定は広義のフィクションの一部に含まれることとなる。

B. フィクションと用語法上の迂回

4. フィクションや推定が、それそのものとして直接的に表明されうる一方、諸々の実体原則〔ないし法の実体問題に関する原則〕(règles de fond) がフィクションまたは推定による迂回によって表明されることとなる。

例えば、「無効」と表明すれば足りるところを、「書かれざるものとみなされる」と規定する場合がそうである。ある制裁が失権という形式で表明されるところ、ある条件が「成就したものとみな」される場合がそうである。恵与(libéralité) に関して、ある規定が〔受贈〕無能力の形式で表明されるところ、人の介在の推定によって規定される場合がそうである。法の不知がその適用の障害とならないことを規定すれば足りるところ、「何人も法を知らざるものとはみなされず」と規定される場合がそうである。さらに、既判事項の「権威 « autorité »」の語で語れば足りるところ、既判事項の「真実性 « vérité »」によって語られる場合がそうである。

用語法上の迂回を用いた規定の表明はそれぞれ異なる目的を追求することがありうる。ある場合は、メタファーによってある規定の帰結を理解させることが目的とされている。ある場合は、当該規定そのものと、当該規定の存在意義を表明することが目的とされている。またある場合は法の権威を基礎づけることが目的とされている。

5. 用語法上の迂回(détour de langage)は、まず第一に、規定の適用結果を最も良く理解させるためのメタファーから構成されうる。ここでは、規定が到達しようとする帰結が目的とされているのであり、規定の存在意義を説明することが目的とされているのではない。

法律が、契約(または単独行為)において、ある条項を「書かれざる « non

écrite »] ものと「みなす « répute »] 場合には、まさにこのような用語法上の迂回を用いていることとなる。これにより、立法者は当該条項は「無効 « nulle »」、または、より端的に、濫用条項に関するヨーロッパの立法者の表現を借りるならば、当該条項は「当事者を」[拘束しない « ne lie pas »] ものであり、従っていかなる義務的拘束力をも有しないものであるということを示している⁷⁾。

さらに、その実現を妨害した者が、当該条件によって義務付けられる債務者である場合に、民法典が停止条件を「成就したものとみなす « répute accomplie »] 場合がそうである（ベルギー民法典1178条）。例えば、融資を得ることの停止条件は一般的に不動産売買の場合における買主のために存在すると考えられる。もし買主が融資を申し出ることを差し控えたならば、または要求された情報を提供することを差し控え、その結果、最終的に融資が拒絶されたならば、当該買主が条件の実現を妨害したこととなる。同様に、この場合、その融資が得られたかのように、条件が成就した、いわば、売買が無条件であるものとみなされるであろう。実際、その制裁は、条件の利益の喪失からなる失権である。それ故、この条文は次のように規定されうる。つまり、「条件によって拘束される債務者は、条件成就を妨害した場合においては、条件の不成就を主張する権利を喪失する」⁸⁾ と。成就したとみなされる条件というフィクションを用いることは、端的に制裁の効果をメタファーによって説明することを可能にするものである。つまり、債務者はあたかも条件が成就したかのように義務を負うというのである。フィクションは規定の帰結を理解させるための

7) これら様々な概念（無効な条項、拘束しない条項、書かれざるものとみなされる条項）によって覆い隠されている区別については、P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générales des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 327, n^{os} 333 et sを参照のこと。

8) Comp. ISSA-SAYEGH, *Les Fictions en droit privé*, Thèse de doctorat soutenue en 1968 à l'Université de Dakar, p. 90, n^o 207 (<http://sist.sn/gsd/collect/butravau/archives/HASHb119.dir/THD-15.pdf>にて入手可能) は、民法典1178条を「もし債務者が当該条件の成就を妨げた場合には、当該条件のもと拘束されることに同意していた債務を負う」と書き直すことを提案している。

教育的な価値を有している。

学説もまた同様に教育的観点からこのような類型のフィクションの助けを借りることとなる。たとえば、死亡した人が相続人を媒介として生存していることの擬制的な観念もまた、メタファーによって規定を説明することを可能とするものである。当該規定によれば、原則として相続人は（共通する使命として）被相続人の（たとえ積極財産を超えていようと）消極財産を含む全ての資産（*patrimoine*）を相続するものとされる。

6. 用語法上の迂回を用いた規定の表明によって、規定の存在意義を示すことが可能となる場合も存する。反証の余地のない推定（*présomption irréfragable*）という迂回によって、規定それ自体と同時に規定の存在意義も表明することが可能となる。

〔受贈〕無能力のケースに関し、民法典が表明している規定を補完する、人の介在の推定（*présomption d'interposition de personne*）の例が想起される。医師は、その患者が最終的に死亡した場合、その最後の病の間に行った贈与について、受け取る能力を有していない（ベルギー民法典909条）。

このような贈与は、もし当事者が、医師自身の代わりに医師の近親者を介在させて、人の介在による仮装を用いたならば、無効である。従って、医師の近親者になされた贈与を取り消そうと望む相続人は、人の介在を証明する必要がある。つまり、全ての当事者の意図において、当該贈与が実際には医師に向けられていたことが証明されなくてはならない。このような証明は決して容易なものではない。もちろん、相続人の負担を減らすために、患者が医師の配偶者、若しくは父、母、子、または他の卑属に贈与がなされた場合、人の介在があるものとみなされる（ベルギー民法典911条）。フランスにおいては長らく反証の余地のない推定であった⁹⁾。ベルギーでは今なお反証の余地は存しない。反証の余地がない性質ゆえ、患者が医師その人ではなく、真実、医師の近親者

9) 相続および恵与に関する2006年6月23日の法律第728号によって改正された、フランス民法典911条を参照。この改正に際して、人の介在の推定は反証可能となった。

に惠及する意図を有していたことを証明することをもってしても、このような推定を覆すことはできない。従って、このような規定は、より直接的に、医師の配偶者、父、母、子、その他の卑属は受贈者となる能力を有しないと宣言することにより、定式化されうる¹⁰⁾。

しかしながら、規定が表明される形式が直接的であれ、間接的であれ、たとえそれが医師自身に惠及する意思を有していなかったことが証明された場合においては、次のような政策的判断の妥当性の問題が残る。この場合の政策的判断とは、医師の配偶者、父、母、子その他の卑属が除外されることは決して許されないか否かに関わるものである。もちろん、たとえ規定が、用語法上の迂回を用いることなく、直接的に定められる場合であっても、規定の存在意義とその客観的射程との間で不整合性が生じる度にフィクションが生じる。

まさにフランスの立法において、人の介在に関する推定の反証不可能性が廃止され、いまやこの推定は単純に反証の余地のある性質のものとされていることは、いくつもの不整合性を考慮した結果であることが注目されてしかるべきであろう。

C. フィクション：法の權威の基礎？

7. より根本的に、法の構成要素である、法律と判決の二つにおいて、法の權威を確立するためにフィクションが用いられる。そこでは次のような法格言が示される。つまり、「何人も法を知らざるものとはみなされず *« nul n'est censé ignorer la loi »*」、そして「既判事項は真実とみなされる *« Ce qui a été jugé doit être tenu pour la vérité »*」である。ここでのフィクションはまさに「目が眩むほど」のものと言い得よう¹¹⁾。

「何人も法を知らざるものとはみなされず *« Nemo censetur ignorare jus »*」と

10) G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 13, n° 3.2.

11) O. CAYLA, « Le jeu de la fiction entre 'comme ci' et 'comme ça' », *La fiction, Droits - Revue française de théorie juridique*, n° 21, P.U.F., 1995, p. 11.

いう法格言は、それ自身を正当化すると同時に、実際にその適用を免れるために法の不知を主張しようとするのが禁止されるという規律を表明するものである。ところが、今日、限られた生活領域と活動領域のなかにおいてでさえ、全ての市民が法を知悉しているものと真剣に考えられているとは到底言えない。諸々の法律は様々な段階にある権力によって発せられ、その数はますます増加しており、目まぐるしい速さで制定・改廃がなされ、その読解および構造把握は、最も熟練した法律家達にとってさえ日々、困難なものとなりつつある。フィクションに拠って立ちつつ、これらの法律を知っていたと言い張るだけでは、実際に法律を知らない者にそれを適用することは何ら正当化されるものではない。

しかしながら、それを知らない者にさえ法を適用することは法の權威を守ることの必要性から正当化される。結局、ある法律の適用を免れるためにそれを知らないことを援用することで足りるのであれば、法システムの機能は危険に曝されるであろう。すなわち、現行の立法の無秩序は、システムの内部崩壊につながる現実的な危険を伴うものである。

刑法においては、法律の回避不可能な不知 (*l'ignorance invincible de la loi*) が有罪を回避させる性格を有し、法の不知の正当化理由として認められている限りにおいて、微修正が認められている。法の不知の回避不可能な性格は、一般的には、公的機関〔の回答など〕によって引き起こされた〔法律の〕錯誤 (*erreur*) について問題となるものであるが、裁判所によって厳格に判断される。つまり、同様の状況に置かれた合理的で思慮分別のある人の皆が行政による〔法律の〕錯誤を発見することができなかったか否かを証明する必要があるのである。

さらに、契約法の分野においては、法の錯誤 (*erreur de droit*) を理由とした合意の瑕疵が認めらる。この場合、契約の無効が認められているに過ぎない。つまり、不知であった法の適用を免れることが問題となっているのではない。従って、「何人も法を知らざるものとはみなされず」という法格言が適用されるのではない。

8. 「既判事項は真実とみなされる *« Res judicata pro veritate habetur »*」という法格言は既判事項の権威〔ないし判決の既判力〕(autorité de la chose)に関する規律を表明する。救済手段の余地を残しつつも、既に判断された事項を再び裁判所に持ち出すことは禁止されているのである。既判事項の権威の規定を推定に分類しつつ(ベルギー民法典1351条)、民法典の起草者はあらゆる裁判所の判断に関する真実について、反証の余地のない推定とすることによって、以上のことが正当化されるものと理解していた¹²⁾。

しかしながら、裁判官が基礎となる事実を正確に評価しないことがありうる。また、裁判官が適用される法規の選択や解釈を誤ることがありうる。実際にそのような場合には、判決に関する真実の推定は、ある種のフィクションであり、このようなフィクションだけでは、それに反する判断に影響を及ぼすような過誤を当事者が援用することの禁止を正当化することはできない。既判事項の真実性はせいぜい規定の帰結を理解させることを可能にするメタファーとして考えられうるくらいである。もし真実が明らかにされたとしても、判決に異議を申し立てることはできないのである。しかし、既判事項の真実性はフィクションを構成するものの、法の存在意義を正当化することを可能にするものではない。

それでもなお、一定の救済手段とは別に裁判所の決定に異議を申し立てることを禁止することは、再訴の手續を回避する必要性によって正当化される。審理が尽くされたならば、法律関係の安定性および、社会平和を確保することが必要となる。健全な裁判行政、ひいては法システムの良好な機能〔の確保〕の問題が存する。このような一般利益と裁判を受ける個人の利益の調和は、前段階として高水準の判事を登用することも然ることながら、均衡のとれた救済手段のシステムを通じて模索されなくてはならない。これは、裁判の迅速性と同時に判決の質を確保するためにも必要なものである。

12) R. PERROT et N. FRICERO, « Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », in *JurisClasseur Code Civil*, Art. 1349 à 1353, Fasc. 20, août 2010, n° 3.

D. 法における現実、事実としての現実：親子関係を例として

9. 法は一つの現実を、あるいは少なくとも複数成立しうる現実のうちの一つを考慮することを拒否することがありうる。貨幣価値の下落という経済的現実を否定する名目主義（principe du nominalisme monétaire）の場合がそうである。この名目主義は、法律関係の単純化を目的とした理由によるものであり得、また経済政策を理由としたものでもありうる。いまから検討しようとする、生物学上の親子関係を考慮に入れることを拒否する場合における法律上の親子関係の場合も同様にそうである。

一つの現実を、あるいは少なくとも複数成立しうる現実のうちの一つを考慮しようとすることを法が拒否することは、政策的選択によって説明されうる。このことは、法律用語として与えられているような、技術的な意味におけるフィクションではなく、広義におけるフィクションに該当する。ただし、政策的選択と法技術的選択とは完全に区別されるものではない。

法が事実としての現実に適合するか否かに関したフィクションの把握は、現実そのものの把握と同様に困難である。現実が〔いかなるものであるかが〕明白であることは滅多になく、いかなる視角から観察するかに応じて複相的でありうる。また、法がありうる複数の現実の認識のうちの一つに合致しないことの確認は、必ずしも複数の現実の認識のうち他の一つにも合致しないことを意味するものではない。フィクションの概念も相対的たりうる。親子関係の例はこの点を説明することを可能とするものである。

10. 法律上の親子関係は必ずしも生物学的な親子関係と合致するものではない。このような法律上の親子関係と生物学上の親子関係の矛盾関係は養子の例に見出すことができる。養子は、純粹に意思的な方法によって（裁判所に承認され）、二人の人との間で（原則的に）それぞれ生物学的には異なる親子関係を作り出すものである。今日では最も頻繁であるところの完全養子が問題となる場合には、新たな親子関係は、元の親子関係に付け加わるのではなく、純粹かつ単純に元の親子関係と入れ替わるものとされる。

完全養子 (adoption plénière) の場合においては、まず第一に二重のフィクションの存在を見出すことができる。つまり、家族と養親との間の関係の創設と、元の親子関係の完全な消滅である¹³⁾。しかしながら、もし親子関係が生物学的な秩序だけではなく、同時に社会感情的 (socio-affective) でもありうることを認めるならば、一つ目の、家族と養親との間の親子関係の創設はフィクションとは言えない。翻って、二つ目〔の元の親子関係の消滅〕はフィクションと考えうる。何故なら、子の生物学的な親子関係を法的に消滅させることが問題となっているからである。しかしながら、社会感情的または生物学的な親子関係の現実のうちのいずれ〔の現実〕が法的に承認されるかの選択は立法府の判断に委ねられている。それがフィクションと性格づけられようとされまいと、このような規律は政策的判断の帰結である。しかし、周知の通り、今日において、立法府の政策的判断はもはや司法的コントロールを免れ得ない。

11. 法律上の親子関係と生物学的な親子関係の矛盾は養子の例とは別に存在しうる。たとえ、ある子供が婚姻している女性から生まれた場合であっても〔このような矛盾が生じうる〕。民法典は婚姻している女性から生まれた子の父が当該女性の夫であることについての推定を打ち建てている。このような法律上の推定 (présomption légale) は、多くの場合、婚姻している女性の子の父は、当該女性の夫であるという事実に基づいている。しかしながら、子の父が、その母の夫ではないという場合も存する。姦通によって、母が夫とは別の男性を要因として子を懐胎した場合がそうである。

家族の平和を維持することを配慮して、1804年の民法典〔ナポレオン法典〕は、夫が父子関係に異議申立てができる場合を極めて厳格に限定していた。そ

13) Voy. Cl. NEIRINCK, « Filiation adoptive - Généralités », in *JurisClasseur Code Civil*, Art. 343 à 370-2, Fasc. 10, février 2003, n° 1. ベルギーにおいては、完全養子縁組は遡及効を有していない。過去の実親子関係は維持されるのである。この点については、Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 659, n° 723 ; p. 652, n° 704を参照のこと。

の当時は、申立権者は夫だけに限られ、加えて、夫が父子関係に異議申立てをすることの可能性は厳格に限定されており、実際にはほぼ不可能に近かった。（母の夫との）法律上の親子関係が（母の愛人との）生物学上の親子関係と一致しないことが明白な場合が存しうる。従って、まず第一に、この推定は広義のフィクションと言いうる。

今日では、立法者は、とりわけベルギーの立法者を想起するならば、婚姻関係の破綻を示すような状況（事実上の離婚、別居状態等）において、純粹かつ単純に父子関係の推定が機能しなくなっている場合、ひろく夫の父子関係に異議申立てをする途を開いている。また、異議申立権者が、夫自身だけではなく、母及び子、少なくともベルギーにおいては、さらに生物学上の父にまで広げられているのである¹⁴⁾。

それでもなお、（母の夫との）法律上の親子関係および（母の愛人との）生物学上の親子関係が一致しない場合が存する。一つは、申立権の行使期間が定められていることにより生じる。もう一つは、夫に関する子の身分占有（*possession d'état*）が、夫の父子関係についての異議申立ての障害となっていることによる場合である。つまり、身分占有によって、これまで子は母の夫によってその子として扱われてきたし、また逆に子は常に母の夫を父として考えてきたという事実が存在し、母の夫は近親者および社会によって完全そのようなものとして考えられてきたという事実が存在する場合である。

身分占有は、あらゆる異議申立ての障害となり、生物学上の親子関係を黙過して法律上の親子関係を強固にするものである。しかし、ここでフィクションは問題となるであろうか。もし親子関係が生物学上のものでしかないというのであれば、フィクションが問題とならう。しかし、身分占有が示すような社会感情的な現実が存する場合、もし親子関係は生物学的な事実とは別の事実をも包含しうるというのであれば、フィクションは問題とならないであろう¹⁵⁾。しかしながら、これまで見てきたように、あらゆる場合において、政策的選択

14) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 583, n^{os} 610 et s.

15) Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 599, n^o 627.

に由来する解決は、副次的な規制を受けている¹⁶⁾。

12. 父に関する法律上の親子関係と生物学上の親子関係の二重性を説明するために、さらに、医療的補助による出産の場合に、夫とは別の男性の精子、すなわちドナーの精子による人工授精を用いた婚姻女性の例を挙げることができよう。法的には母の夫が父となる一方、生物学上は精子のドナーが子の父となる。

もし夫が人工授精に対し同意をしたならば、その父子関係は、夫自身によっても、他の者によっても異議申立てをすることはできない。ここでも、フィクションが問題となるのであろうか。この問題も全ては父子関係をいかに理解するかにかかっている。つまり、父子関係とは排他的に生物学上のものであるか、社会感情的なものでもありうるか、にかかっているのである。ただし、出産に際して父の同意で十分なのであるから、ここでの社会感情的な現実は予定されている状態に過ぎない。

13. 母に関して言えば、同様に、親子関係の概念は、様々な現実を包含しうる。つまり、遺伝学的な意味における生物学上の親子関係、子を懐胎したという事実が考慮に入れられる出産による親子関係、社会感情的な親子関係、予定されている状態としての社会感情的な親子関係などである¹⁷⁾。ベルギー民法典は母子関係を出産による親子関係と定義している。つまり、母とは子を懐胎し、分娩した者である。医療補助による出産の場合において、ある者が卵母細

16) 身分占有を、その子の母の夫の父子関係の異議申立てに対する絶対的な障害となした規定に対する批判については、C. Const., arrêt n° 20/2011, 3 février 2011 (<http://www.const-court.be/public/f/2011/2011-020f.pdf>にて入手可能)を参照のこと。この点について、「民法典318条1項によれば、もし子が母の夫について身分占有を有している場合には、父子関係の確認請求が受け入れられないため、同条は、憲法22条、そしてヨーロッパ人権条約8条に反するものである」と述べられている。

17) Voy. J.-L. BAUDOUIN, « Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes - Aspects nouveaux », in *La vérité et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant 1987, t. 38, Paris, Economica, 1989, p. 26.

胞の提供を受け、子を懐胎すると、その者は法的には〔その子の〕母と考えられるが、他方において、生物学的、あるいは遺伝学的には、その子は卵母細胞の提供を行った女性の子ということになる。

反対に、子を望む母が代理母の助けを借りて、ないし子を望む女性の卵母細胞によって子を懐胎した場合には、子を懐胎した母は法的には母であるが、しかしながら、生物学上は、その卵母細胞を提供した者が子の母となる。このようなモデルケースにおける態度決定において、明白に、法が裁定すべき倫理的問題に直面している。

E. 基本権により緩和される立法者の至上権——再び、親子関係を例として

14. 立法者は、非常に強力であり、阻止しようとする状況や、確立しようとする秩序を混乱させる状況を法的に承認することを拒絶しようとされる。1804年の民法典〔ナポレオン法典〕は婚姻制度を家族の基盤として考えていた。このような理由により、非嫡出子〔あるいは自然子、私生子〕と呼ばれる、未婚の母から生まれた子を差別的な地位にとどまらせていた。さらに、民法典は〔姦通により生まれた〕姦生子および〔近親間で生まれた〕乱倫子について、親子関係が確立されることを拒絶していた。

まず、非嫡出子（*enfants naturels*）のケースを説明してみよう。かつての〔ナポレオン法典における〕法文においては、未婚女性が子を出産した場合においては、婚姻女性とは異なり、ただちに出産した子の母として考えられることはなかった。母との親子関係が法的に確立されるためには、その子の認知の手続を経る必要があった。しかし、その母に認知された場合であっても、非嫡出子は母の婚姻中に生まれた子と同様の権利を享受することはできなかった。母の親戚は、非嫡出子と、その母の家族ではない人と親戚関係が確立されることを許容しなかった。以上がフランスの立法者およびベルギーの立法者の選択であった。

しかしながら、そうこうする内に、それぞれの国はヨーロッパ人権条約に批准した。同条約の遵守は、ストラスブールに本拠を置くヨーロッパ人権裁判所

によって確保されている。ヨーロッパ人権裁判所はヨーロッパ人権条約の8条および14条を根拠として以上の制度を非難した¹⁸⁾。未婚の母に子の認知を義務づけ、その母を超えて非嫡出子から親戚を奪い、非嫡出子の相続権を限定するという制度につき、ヨーロッパ人権裁判所は、このような制度は私のおよび家庭生活に関する権利（8条）を無視したものであり、出生を理由とする正当化されない差別の原因となるものと判断した。こういうわけで、ベルギーは糾弾されたのである。

ヨーロッパ諸国はこれに引き続き、ヨーロッパ人権裁判所の判例と適合させるべく、それぞれの立法を修正してきた。こうして非嫡出子の概念は法文から消え去った。

15. それでは姦生子 (*enfant adultérin*) の例について説明することとしよう。生物学上の父もしくは母の姦通の結果として生まれた子、または婚姻している人と、その配偶者とは異なる人との間で生まれた子が、姦生子とされる。1804年の民法典〔ナポレオン法典〕のもとにおいては、姦生子の親子関係は法的に確立され得ない。ものの見方が変化した今日、とりわけフランスおよびベルギーにおいて、姦生子の親子関係を確立することは、完全に可能である。

反対に、乱倫子 (*enfant incestueux*) に関して言えば、法文における差別が残っている。端的に言うならば、尊属との間、卑属との間、または兄弟姉妹間において生まれた子が乱倫子とされる。以上は、絶対的近親婚とされるものである。実際の法文においては、フランスにおいてもベルギーにおいても、民法典は、子の親子関係の第二の関係を確立する可能性を拒絶する。この第二の関係の確立によって近親婚が明らかになってしまう場合がそうである。

まず第一に、母との関係において、その出生により親子関係が確立される。それゆえ、近親婚により生まれた子は生物学上の父に関して親子関係が確立され得ない。家族秩序および公序に関わる理由の故、乱倫子は法的に父を有する

18) Voy. C.E.D.H., *Marcks c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979.

ことができない。ここでは、公序良俗を維持するための、広義におけるフィクションが問題となる。しかし、非嫡出子および姦生子に関する差別と同様に、このようなフィクションは、何ら非のない子から父子関係を奪う結果となる。ベルギーにおいては、憲法における平等原則および差別禁止を理由として、乱倫子に関する差別は憲法裁判所によって糾弾された¹⁹⁾。

立法が、とりわけヨーロッパ人権条約または憲法を判断基軸とした規制の対象となりうるからには、立法者は、現実を把握したうえで、それを法的に承認することを拒絶できるほど強力であるわけではない。法律の創出は政策的選択の結果ではあるが、この政策的選択はより上位の規範によって枠づけられるに至っている。

II. 法的フィクション

16. 第二部（II）では、包括的にという訳にはいかないが、法技術上の技巧（*artifice de technique juridique*）の一つとして用いられるフィクションの概念を説明するために最も頻繁に引用される法的メカニズムについて説明することとする。法人の人格（A）、代理（B）、表見委任と外観（C）、遡及効（D）、代位弁済（E）、代襲相続（F）、そして用途による不動産化（G）が順次、想起されるであろう。ただし、大部分のメカニズムはそもそもこのような技巧の内に入るのか否かが議論の対象となっている。

A. 法人の法人格

17. 法は、自然人と同様に、法人と呼ばれる自然人の集団またはその他の存在に、法人格（*personnalité juridique*）、言い換えれば法主体性、つまり権利義務の享有主体性を認めている。

歴史的には、ローマ法が一定の自然人（奴隷など）に法主体性を認めること

19) C. Const., arrêt n° 103/2012, 9 août 2012 (<http://www.constcourt.be/public/f/2012/2012-103f.pdf>にて入手可能)。

を拒否していたものの、今日、法はあらゆる自然人および法人に法主体性を与えている。法人格は（もし子が出生して生まれ、生存可能であれば）出生に始まり、死亡と同時に終了する。「胎児はその利益が問題となる度に出生したものとみなされる *« Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur »*」という法諺におけるフィクションは、人間の開始を把握することの困難性との関係において位置付ける必要がある。このフィクションは、その出生とともに自然人の法人格が開始するという規定の例外をなすものである。

また、法は、法人と呼ばれる、人の集団またはその他の存在に法人格を認めている。これらが法人格を認められる場合、法人は法主体性を享有する。これらは直接、資産 (patrimoine) を保有することができ、権利義務の享有主体となり、契約によって拘束され、合意された債務について責任を負うこととなる。第三者は、その構成員の集団とは区別された、単独の法主体を相手方とすることができる。これにより、社会的かつ経済的な関係形成が容易になされる。

法人擬制説と法人実在説それぞれの陣営による論争が存するが、これをいかに考えるべきか。法人は虚構であるのか。その実在性、さらには社会的実在を構成する集団または存在を考慮に入れるならば、法人は虚構たりえない。もし法人に法人格を付与していることが、虚構的な自然人との同一視によるものと考えれば、反対に法人はフィクションを構成するものとなる。しかしながら、法は、法人を自然人と考えることなくして、集団その他の存在に法人格を完全に付与しうる²⁰⁾。

フィクションが生じるのは、まさに、擬人主義 (anthropomorphisme) の誘惑に屈して、人を模倣し、法人には、それを構成する自然人としての、個人または集団の意思を超越する意識と固有の意思が与えられているものと確信するときである²¹⁾。法人はそれ自身で行動するのではなく、必ず自然人の介在のもと行動するのである。法人の利益はその構成員の個々の利益と完全に区別されるものではない。

20) Voy. L. FRANÇOIS, « Les syndicats et la personnalité juridique », note sous Cass., 28 avril 1966, *Rev. Crit. Jur. B.*, 1968, spéc. pp. 39 et 40, note 1, p. 48, n° 9.

そして、このことから法人に関する法制度に関連する困難な問題が提起される。なかでも、今日、複数の国々で認められている、法人に関する刑事罰の問題は些細なものではない。法が、最終的に、潜在している自然人、なかでも（例えば少数株主など）善意の者でさえ罰するからには、法人の刑事罰と自己行為責任の原則との間を両立させる方法を問う必要があることに疑う余地はない。

B. 代理

18. 同様に、代理のメカニズムにも関連してフィクションの観念が展開された。実際に同意を行った者〔代理人〕とは別の者〔本人〕が、法律行為または契約によって拘束されることがありうる。ここでは、この別の者〔本人〕の名義および計算のもと同意がなされている。これが代理のメカニズムである。機関としての法人の代表を捨象するならば、代理のメカニズムは契約、つまり委任契約 (contrat de mandat [ベルギー民法典1984条]) においても、法律においても、さらには裁判所の決定にもその原因を見出すことができる。このように、代理のメカニズムによって、委任者、未成年、無能力状態に置かれた制限能力者、破産者などは、当人が同意の対象とすることができない法律行為または契約の当事者たりうる。その名義および計算によって同意できるのは、受任者、後見人、臨時管理人 (administrateur provisoire)、保佐人といった者である。

ここではフィクションが問題となっているのであろうか。もし、その代理人の意思が本人の意思として考えられる結果、本人が当事者となるのであれば、フィクションの問題となろう。代理人の意思を本人の意思と同一視することは、教育的配慮によるフィクションである。このようなフィクションにより、学生または非法律家に、代理のメカニズムの射程およびそこから生じる状況を

21) L. FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 152, n° 88, note 32, p. 240, n° 141 ; V. WESTER-OUISSSE, « Dérives anthropomorphistes de la personnalité morale : ascendances et influences », *J.C.P.*, éd. G., 2009, n° 16, I, 137 ; R. AYDOGDU, « Conflits d'intérêts et sociétés commerciales : la déontologie dépasse la fiction », in *L'avocat et les conflits d'intérêts*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 101 et s.

理解させることが可能となる。そのイメージの有効性を超えて、代理人の意思を本人の意思と同一視することによって、ある人が他の人の意思によって法的に拘束されることが正当化されるわけではない。確かに、フィクションは、〔代理権限を付与する〕委任契約の場合においては、緩和される。何故なら、この場合、たとえ〔受任者に〕自由裁量の余地があるにしても、委任者 (mandant) の意思に基づいて、受任者 (mandataire) に他人の名で行為する権限 (pouvoir d'agir au nom d'autrui) が授与されるからである。反対に、法律または裁判所の決定によって代理が設定される場合においては、本人の意思と代理人の意思とを同一視するということは、完全にフィクションのままである²²⁾。

しかしながら、代理権限を強調することによりフィクションの段階を克服することができる。もし本人が代理人の行為によって拘束されるとすれば、それは、それが自己の意思によるものであれ、法律または裁判所の決定によるものであれ、その代理人に、これら特権 (prérogatives) を行使する権限 (pouvoir) が与えられているからである。従って、法律行為の形成に意思が必要であるところ、この意思は必ずしも当該行為の基礎となる主観的権利 (droit subjectif) の保持者の意思である必要はないということを認めるべきであろう。法律行為に必要な意思は第三者の意思からも発することができる。当該第三者は、代理のメカニズムの適用によって、主観的権利に関連付けられた特権を授与されている者である²³⁾。

C. 表見委任と外観

19. ある人が他の人から委任されたわけでもなく、他の人を代理するいかなる権限を有していないにも拘らず、受任者として現れる場合がある。つまり、

22) または、多数派のために決定がなされた場合には、利益相反代理が問題となる。この点については、Ch. HANNOUM, « Les fictions en droit économique », *Droits - Revue française de théorie juridique*, n° 21, P.U.F., 1995, p. 86を参照のこと。

23) Voy. G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997, spéc. p. 69, n° 62, p. 78, n° 73.

当該受任者は、代理を必要とする者によって授与されたいかなる代理権も有しておらず、いかなる法規や、裁判所の決定によっても代理権限が与えられていないのである。

この僭称受任者（*prétendu mandataire*）は、代理しようとする者の名義および計算において、売買契約や役務提供契約などを締結する。代理権限を欠くため、これら契約は成立し得ない。ある人は、他の者が代理権限を行使するのでない限り、その者によって拘束され得ない。ただし、その者が、自身の名義を称して締結された売買契約または役務提供契約に対して、追認することは自由である。その者と締結された契約の外観が存するにとどまる場合は、追認する、または追認しない自由がなお存する。

20. しかしながら、偽装受任者（*pseudo mandataire*）が名義を用いて行動しているところの売主または役務提供者〔本人〕と契約したと信じた買主または顧客〔相手方〕を保護するために、当該契約の外観（*apparence de contrat*）に基づき権利を有するに至る場合がある。取引をした者〔偽装受任者〕の代理権限の存在に対する契約当事者の正当な信頼（*croyance légitime*）に基づき、この代理権限の外観を真正の代理権限として考えることが可能となる。こうして、締結された契約の外観を、有効に締結された契約と考えることができる。本来無関係にとどまるところの、自称受任者（*soi-disant mandataire*）がその名で行動したところの売主または役務提供者〔本人〕は、売買契約または役務提供契約によって拘束されるに至る。当該契約は、決して（この場合、不存在であるところの）代理権限を基礎として有効に締結されたものと考えられるわけではなく、代理権限の外観を基礎として有効に締結されたものとみなされるのである²⁴⁾。外観ゆえに、被害者であるところの契約の相手方の利益は、同じ

24) ベルギーにおいて、被棄院は契約相手方のただ正当な信頼のみを要件とするのではなく、委任の外観は、表見委任者の責めに帰すべきものであることも要件としている。ただし、この帰責事由の要件は表見委任者のフォートまでも要求するものではない（*Cass., 20 janvier 2000, Rev. Dr. Comm. B., 2000, p. 483, note P.A. FORIERS*）。

く被害者であるところの自称委任者 (soi-disant mandant) の利益を犠牲として、保護される。

法が真の権利の保持者の利益を犠牲として外観を考慮するその他の場合が存在する。つまり、表見債権者 (créancier apparent) に対する弁済、表見相続人 (héritier apparent)、善意、つまり、売主が所有者でなかったことを知らなかった場合の占有者による有体動産の所有権の取得、一定期間の経過を前提とした usucapion と呼ばれる〔継続的占有による〕取得時効による所有権の取得などである。

法が外観を考慮するこれら全ての場合はフィクションを構成するものであろうか。法によって外観を考慮することは、もし考慮に入れるべき唯一の現実が原則的な規定の適用から生じる現実だけであるとするならば、フィクションを構成するものとなる。例えば、弁済は、もし第三者ではなく債権者になされた場合でなければ有効ではない、あるいは所有権の移転は、もし売主自身が所有者でなければ生じないと考えるのであれば、そうである。翻って、もし外観もまたそれ自身、現実であることを認めるのであれば、法による外観の承認はフィクションではないこととなる。既に述べたように、いかなる視角から観察するかに応じて、現実は多様でありうる。それぞれをいかに裁定し、原則的な規定の存在にも拘らず、それを妥当なものとして外観から生じた現実を承認するか否かは立法者にかかっている²⁵⁾。規定の創設が、まず第一に立法者の権限にかかっているシステムにおいては、法規が存しない場合における裁判官による外観の考慮は、この点についてある問題を提起する。つまり、表見委任 (mandat apparent) の場合のような、判例による法創造についての問題である。

D. 遡及効

21. ある行為または法律事実が、当該行為または事実が介在した過去の日時から効力を生じる度に、そこに遡及効 (rétroactivité) が生じていることとな

25) Voy. J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruylant, Bruxelles, Sirey, Paris, 1935, p. 147.

る。その結果、過去の事実は決して存在しなかったものとみなされる²⁶⁾。契約が取り消されたり、解除された場合がそうである。

AとBとの間で契約がなされた場合を例としよう。続いて、この契約はその締結に関わる問題を理由として取り消されうる。例えば、買主側の強迫を理由として、売主の同意に瑕疵が存する場合である。また、契約は有効に締結されたものの、続いて、買主によって代金が支払われないことを理由として解除されることがありうる。さらに、買主が売主よりも先に死亡することを解除条件として財産を売却する場合があります。この場合、買主が売主よりも先に死亡することにより、解除条件が成就し、その結果、売買は消失する。

これら三つの場合において、それぞれのAB間の契約は遡及効によって消失する。契約の取消し、フォートある不履行による解除、そして解除条件の成就により、その締結の当時に遡って契約が消失することとなる。つまり、「契約は過去に遡って消失する」のである。場合によっては、当事者間において返還がなされることがある。

22. 遡及効は第三者を害することがありうる。売買といった、所有権の移転を伴う契約が存する場合、契約の取消または解除は、遡及効とともに、契約から生じた所有権の移転の消失をもたらす。ところが、当該所有権が消失する前に、買主Bが当該財産を転得者Cに売却している場合があります。もし、この第二売買の後に、AB間の第一の売買が取り消されたり、解除されたならば、遡及効とともに所有権の移転が消失してしまう。買主Bは決して財産の所有者ではなかったこととされてしまう。決して所有者ではなかったため、Bは転得者Cに所有権を移転することはできなかったこととなる。このように、AB間の第一売買について第三者であるところの転得者Cは、後発的に、買い受けた財産の所有権を取得することはできなかったとみなされる。言い換えれば、「所有権を有しなかったことをでっち上げる」²⁷⁾のである。

26) G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 245, n° 255.

このような事態に直面し、たとえ第三者が常に所有権を失うわけではないとしても、遡及効によって、過去に遡って契約が消し去られることとなる。しかし、時間を遡らせ、過去を消失させることは物理的に不可能である。やはり遡及効はフィクションであると思われる。

締結された契約との関係において、あるいは、少なくともその外観との関係において、そこにはフィクションが存在することとなる。ある契約が締結され、その契約に引き続き、買主は取得した財産の所有者となる。契約の遡及的消去は、この現実を否定し、あたかもこの現実が存在しなかったかのように扱うのである。従って、過去に存在した事実状態を否定するというフィクションが認められる。

23. しかしながら、遡及効というフィクショナルな観念は、遡及効が介在する制度に関して相対化されている。契約の取消しの場合がそうである。取消しは契約締結に際しての〔合意の〕瑕疵について制裁を課すものである。売主の同意が強迫によってもたらされた場合、契約の取消しは売主の同意の瑕疵について制裁を課す。売主の同意は強迫のもとにあり、自由になされたものではないからである。売主の同意に関し、契約の本質的要素に影響を及ぼす瑕疵が存在する。フランスおよびベルギーの体系において、契約は自動的に無効となるわけではなく、裁判官によって無効を宣言してもらう必要がある。しかしながら、契約を取り消す裁判官は、契約締結の際に欠缺が存し、その結果、契約は有効に締結されなかったことを確認するのみである。従って、論理的には、取消しの原因は契約締結時点に起源を有することとなる。法的には、遡及効は存しないのである。

もし締結された契約の現実に関してフィクションの存在を問うならば、そこにはフィクションは存しないと言わなければならない。というのも、契約は、その本質的要素に瑕疵があったのであるから、有効に締結されなかったからで

27) Voy. J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruylant, Bruxelles, Sirey, Paris, 1935, p. 335.

ある。反対に、締結された契約の外観を考慮するならば、間違いなくフィクションが存在する。

よく言われるように、この外観はしばしば立法者によって考慮されるものである。立法者は、第三者が、この場合、当初の売主Aが第一売買の遡及的消失に基づいて転得者Cに返還請求権を行使することを妨げるために、外観を考慮することがある。これは、転得者Cが取得時効、さらには、一定の期間の経過（ベルギーの場合においては10日から30日程度）を前提とするものではあるが、*usucapion*と呼ばれる〔継続的占有による〕取得時効を主張しうる場合を留保する必要に基づく。有体動産については、期間経過は不要である。もし転得者Cが善意、いわば売主が所有権者でなかったことを知らずに占有を開始したならば、法律の効力によりただちに当該財産の所有権者となることができる。

24. 反対に、遡及効というフィクションは、フォートある不履行（*inexécution fautive*）に基づいた契約解除の場合において、容易に否定し去ることはできない。取消しが契約の締結の際の瑕疵に制裁を課す一方、解除はその履行段階における問題に制裁を課すものである。解除の場合においては、いかなる瑕疵も契約の締結に影響を及ぼさない。その解除に先立ち、契約は当然に存在しており、買主Bは有効に財産の所有権を取得している。契約も、契約から生じた所有権の移転も、外観どころか、実際に存在しているのである。もちろん不履行の被害者たる当事者は、解除をなすのではなく、あくまでも契約の履行を請求することを選択することができる。確かに、解除による制裁、そして本来の状態へ回帰することは、契約の双務性と、一方の給付がそれぞれ他方の給付の対価となっている事実によって正当化される。また、フォートある不履行による解除という事態はあらゆる双務契約において生じうる。しかしながら、このような事態の存在は、解除の遡及的性質を、またそこから生じるフィクションを否定し去る性質のものとは思われない²⁸⁾。あらゆる場合において、一方の、弁済を受けることができないためその財産を取り戻そうとする売主Aの利益、他方の、Bの財産を取得し、それを保持することを望む転得者Cの利益の双方

の調整について裁定する権限は立法者に属する。解除の遡及的効力は「原則として」売主Aの利益を保護するものである。ここで「原則として」と述べたのは、例外として、法が、とりわけ有体動産が問題となる場合に、やはり転得者に所有権を認める場合を留保する必要があるからである。

同様に、解除条件のもと締結されたあらゆる契約において、この解除条件の成就および、それによる遡及効〔ベルギー民法典1179条〕による消失の危険が生じうる。確かに、解除条件のもと取得された権利は脆弱なものである。加えて、転得者は、先だって解除条件のもと権利を取得した売主から取得しており、当該売主が有する権利以上の権利を取得することはできない。しかしながら、解除条件の成就も、それに続く契約の消失の遡及的性格も、そこから生じるフィクションも、改めて問題とするべき性質のものであるようには思われない。条件が常に暫定的であるにも拘らず、解除条件において、純粹かつ単純な権利があったと考えるフィクションを想定するのではない限り、そうであろう。

遡及効の概念およびそこから生じるフィクションを説明するために、さらに遺産分割の確認効 (*effet déclaratif du partage*) の例を挙げることができる。各相続人は分割によってその者に帰属した財産を単独かつ直接に被相続人から取得したものと「みなされる」(ベルギー民法典883条)。これにより、最終的に他の共同相続人に帰属した財産に関する、分割期間内に共同相続人によって行われた処分行為は、遡及効によって消失することとなる。〔当該財産が最終的に帰属したところの〕共同相続人は、他の共同相続人によってその持分に基づいて作り出されたであろう債務の負担なくして、これら財産を取得することができる。

また、停止条件の成就の遡及効〔ベルギー民法典1179条〕の例や、権限なくして遂行された法律行為の追認による遡及効の例を挙げることができよう。

28) Comp. G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 283 et s., n^{os} 301 et s., は、契約の履行の場面にまで延長されるコースの概念に照らして見ると、遡及効はフィクションでもなく、解除の場合、そして解除条件の成就の場合においても同様に、フィクションでないと説明する。

E. 代位弁済

25. さらに、フィクションが問題となるものとして、代位弁済 (paiement subrogatoire) が存する。代位弁済について説明する前に、人的代位の概念を定義しておく必要がある。

人的代位 (subrogation personnelle) は、「法的関係において、ある者が他の者に代って、後者に属する権利の一部または全部を行使すること」²⁹⁾ と定義されている。代位弁済は人的代位の一つである。

代位弁済は債務者とは異なる者によってなされた弁済を前提としている。この場合において、第三弁済者と名付けられるところの、この弁済した第三者は、債務者との関係において、既に関心が失われた（既に債務が履行された）債権者の権利に代位することとなる。第三者によってなされたあらゆる弁済が代位をもたらすわけではない。ある弁済が代位をもたらすためには、合意もしくは、特別の法規が必要となる。法による代位弁済のケースとして、保証人の例を挙げることができる。保証人は保証債務の履行によって、直接、主債務者に対し、債権者の権利に代位することとなる。また、保険者の例を挙げることができる。保険者は付保された損害金を支払うことにより、直接、災害（保険事故）について責任のある第三者に対して、被保険者の権利に代位することができる。代位弁済の効果として、第三弁済者は、弁済された債権に関して債権者の地位に取って代わることとなる。債務者に対して弁済された債権さえも行使することが認められる。

代位弁済は、もし弁済の特殊形態と分析されるならば、フィクションを構成するものとなろう。弁済はその性質上、債権消滅効を有する。従って、第三弁済者の利益のために、代位の効力によって、弁済された債権が即座に再生すると考えることはフィクションとなる。ここには法システム内部における論理的破綻が生じている。債権は消滅しているか、消滅していないかのいずれかしかない。

29) G. CORNU (sous la direction de) et Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 6^{ème} éd., Paris, Quadriga, Presses Universitaires de France, 2004, p. 873.

反対に、弁済に基づく特別な債権の移転形態であると分析するのであれば、代位弁済はフィクションを構成するものではないこととなる。この分析は今日において優勢なものである。弁済から生じる債権の移転によって、第三弁済者を利する形で、当初の債権者は債権者としての資格を失い、第三者がその地位に取って代わる。代位弁済の移転的性質を強調する見解において、第三弁済者が弁済された債権の保持者となる点について何ら非論理性は存しないこととなる³⁰⁾。

F. 代襲相続

26. 法そのものがフィクションを用いていることを示す場合が存する。代襲相続 (représentation successorale) の場合がそうである (ベルギー民法典739条)。このフィクションの目的は相続による権利帰属における親等の優先順位に関する規定の例外をなすことである。1804年の民法典〔ナポレオン法典〕において、端的に言えば、先に死亡した相続権者の卑属に、この相続権者が被相続人よりも長生きしていたならば受け取れたであろう相続分を帰属させることを可能にすることが問題となっていた。このメカニズムによって、孫たちは、その父がもし祖父より先に死亡するようなことがなければ、祖父の相続に際して受け取れたであろう相続分を受け取ることができる。このような親等の優先順位の規定に関係する例外があるため、生存中の他の子たちが相続に呼び出されるといふ事実によって、先に死亡している父の子である孫たちが排除されるという結果はもたらされない。

このような誰も異論を唱えることのできない目的に達するために、民法典は代襲相続 (représentation successorale) というフィクションを用いる。当然のこととして、先に死亡した相続人はもう存在しない。従って、ここでは債務法において理解される意味における代理 (représentation) が存するわけではない。死亡した人の名義および計算において行動することは問題とならないこと

30) J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 698, n^{os} 639 et 640.

は明白である。卑属たちが先に死亡した相続人によって空白となった地位を占め、その結果、もし生存していたならば先に死亡した前主に帰属したであろう諸々の権利を、自ら行使することが問題となるのである。

フランスにおいては、生存しているが欠格した相続人の卑属も考慮されており、生存しているが相続を放棄した相続人の卑属もまた考慮されているものと理解される。後者の場合において、世代を超えた資産の移転を可能とすることが問題となっている。しかし、卑属が、欠格相続人または放棄した相続人の権利を行使し、その地位を占めると主張することは、新たなフィクションによるものである。この点について、「いかにして、欠格相続人または放棄した相続人の子がその者の権利を行使することができるだろうか。これらの者は相続権を喪失しているか、もしくは放棄したというのに」³¹⁾と述べられている。

また、現に用いられている技術として、フランスにおいては株分け〔代襲相続の場合に、共通の承祖と子孫の系統ごとになされる相続分割〕(partage par souche) または親系〔連続する世代からなる一連の親族〕による分割 ((partage) par ligne) の規定をそのまま承認することにより、代襲相続というフィクションを放棄することが提唱されている³²⁾。このような修正によって、代襲相続というフィクションを用いることは不要となる³³⁾。

G. 用途による不動産化

27. 最後に法的フィクションの概念を説明する際にしばしば挙げられる、用途による不動産化 (immobilisation par destination) について論じることとしよう。民法典は不動産と動産を区別している (ベルギー民法典516条)。そこでは

31) Voy. M. GRIMALDI, « La représentation de l'héritier renonçant », *Defrénois*, 2008, art. 38698, p. 28, n° 5.

32) まさにこのような場合に、フィクションが適用されてきた。

33) Voy. M. GRIMALDI, *op. cit.* ; S. GAUDEMET, « La représentation successorale au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *Defrénois* 2006, art. 38447, p. 1379, n° 21 et s. ; A. BERTRAND-MIRKOVIC, « La représentation de l'héritier renonçant - À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Droit de la famille*, n° 12, Décembre 2006, étude 56, n° 47 et s.

物理的基準が参照される。不動産は分離することができない（土地、土地に付着した建築物など [fonds de terre, construction incorporée au sol, ...]）一方、動産はある場所から別の場所に移動することができる。

これに続いて民法典は直前に表明した区別について論理的破綻をもたらしている。土地および建築物に加えて、用途による不動産と呼ばれる、いくつかの動産は、容易に移動できるにも拘らず、不動産に分類される（ベルギー民法典517条）。ここでは経済的用途によって不動産化した動産の場合³⁴⁾のみを対象とする。例として次のようなものを挙げることにしよう。職業動産 (mobilier professionnel)、情報処理機器、装備 (outillage)、生産物を運搬するための車両類である。農家の場合であれば、トラクター、刈取り脱穀機、乳用の雌牛、その他の畜産動物などである。所有者が収益・利用 (exploitation) に充てるこれら動産は、とりわけこのような目的を有する設備として土地に存置せられているのであり、この場合には経済的用途による不動産 (immeubles par destination économique) に分類されるものである。

利用されるのが動産であろうと不動産であろうと、同一の所有者に帰属するのでなければ、以上に挙げられた動産も経済的用途によって不動産となるものではないということを強調する必要がある。これは所有者の単一性 (unicité de propriétaire) の要件と呼ばれるものである。反対に、もし商人、職人、農業者などが所有者ではなく、利用される不動産の単なる賃借人であるならば、職業用の動産、情報処理機器、工具一式、生産物を運搬するための車両類、トラクターなどは用途により不動産化するものではなく、動産のままにとどまる。このように、職業設備 (équipement professionnel) としての財産の（動産であるか不動産であるかの）法性決定は、それら動産を職業活動の用途に充てる職業者が、行使される不動産の所有者であるか否かによって変化しうる。

34) 経済的用途により不動産化した動産に加えて、常設的に付着させた (attache à perpétuelle demeure) ことにより不動産化する動産も存する。用途による不動産については、P. LECOCQ, Manuel de droit des biens, t. 1, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, n^{os} 19 à 39を参照のこと。

28. 完全に運搬可能な動産を不動産と考えるという事実は、明白にフィクションである。当時の立法者は、所有者の単一性が存する場合には、これら動産はあたかも不動産であるかのように扱われ、その結果、不動産と同じ法的制度に服するものと考えていた。より正確に言えば、このように不動産における収益・利用に充てられるこれら動産は、所有者の単一性が存する場合には、そこで用途による不動産化がなされる場所の不動産と同じ制度に服するものと理解していたのである。このようなフィクションの存在理由は、収益・利用がなされる不動産と、所有者がこのように整備された不動産のために用いている諸々の動産との間に存する経済的一体性（*unité économique*）を基礎とするものである。

不動産の売買において〔その具体的内容が〕明確に合意されていない場合において、売主は、性質上の不動産（*immeuble par nature*）だけでなく、そこで用途によって不動産化される諸々の動産、とりわけ職業設備一式についてもまた、引渡す義務を負うこととなる。このように、不動産化（*immobilisation*）は、当事者が沈黙している場合に、売買の目的物〔の範囲〕を確定することを可能とする。

また、その性質上、不動産に設定される抵当権が、当該不動産のなかで、用途により不動産化した動産、または不動産化される動産にも拡張されるということとなる。抵当権の実行の場合においては、抵当権者は土地およびそこに組み込まれた建築物だけでなく、所有者が不動産の利用に充てた職業設備一式についても優先権（*droit de préférence*）を行使しうる。このような抵当権の拡張によって、債務者はより容易に融資を得ることが可能となる。

反対に、職業者が、そこで職業活動を遂行する場所の不動産の所有者である場合には、このような不動産化のフィクションは、動産質の対象となる職業設備一式を排除するに至る。この事実により、職業設備一式は、擬制的に不動産となるため、その名が示すように動産にしか設定することができない、動産質の対象とすることができないこととなる。しかしながら、法律が、そして法律が沈黙している場合においては、判例がこのフィクションの帰結の例外をな

す場合がある。つまり、構成内容³⁵⁾ に応じて、あるいは一定の要件の充足により、フィクションの効果として用途による不動産となった動産についての動産質の保護³⁶⁾ がなされるのである。性質上の不動産と不動産化した動産との間に存する経済的一体性を保護する必要性には、このような動産質に関するいくつもの例外が存する。これらの例外によって、立法者は抵当権との間に生じうる優先順位の衝突を解決しなくてはいけないのである。

29. 不動産の差押手続において、用途による不動産化が保護しようとする経済的一体性を理由として、不動産化された動産と一体となった不動産を差し押さえることができることについて異論は唱えられていない。しかしながら、不動産の差押手続は、長期間を要し、費用がかかり、差押によって取り立てられるべき債権が不動産の価値よりも遥かに劣る場合には認められない。そして、同様のケースにおいて、債権者が、いくつかの設備一式に対する動産差押えに専念する、いわば、その債権の〔清算手続における〕弁済に必要な差押えの対象を限定することが可能であるか否かについて問題が提起されている。伝統的な多数説に従い、ベルギー破産院は、経済的用途によって不動産化された職業設備一式、例えば運搬用具などが動産差押えの対象となることを否定した。また、不動産化された設備一式および運搬用具は、その利用のために充てられたところの不動産と共に、不動産差押えの対象としかなり得ない³⁷⁾。

差押えのケースについては、経済的一体性を保護する妥当性について問う必

35) ベルギーにおいては、営業財産質 (gage sur fonds de commerce) は、性質による不動産の一部をなすものではなく、経済的用途により不動産化した場合においても、設備・施設 (le matériel et l'outillage) を包含する。

36) ベルギーにおいては、動産の売主または、動産の保存のために費用を支出した債権者には、法律により、売却した財産または当該債権者が保存のために貢献した財産に対する優先弁済権が付与される。この優先弁済権は、買主または顧客のもとで不動産化した場合には消滅する。しかしながら、これら買主または顧客は、当該優先弁済権が職業設備に関係するものであれば、不動産化の場合に、この優先権を保つために、手続を実行することができる。

37) Cass., 15 février 2007 (<http://www.cassonline.be>にて入手可能)。

要があろう。その価値を保護するために、性質上の不動産とそこでの収益・利用に充てられた動産を切り離して実行することを禁止する必要があるだろうか。より多額の対価を得るために、集合体についての不動産差押えは切り離された個別部分の売却にさえ、及ぶことがある³⁸⁾。また、不動産化された職業設備の相対的な差押不能性を創出することが必要となろうか。しかしながら、このような優遇は、債務者が活動を行っているところの不動産の所有者である場合にだけ留保され、同様にそこで活動を行っているものの、債務者がその不動産の所有者ではない場合が除外されることは認められないであろう。些少な額の債権者による差押えを不動産および職業設備全体へ拡大することを強制することは必要であろうか。このことはむしろ債務者からその収益・利用を遂行する可能性を奪ってしまうため、逆効果となるであろう。

不動産所有権とは離れて、営業財産または企業財産 (*fonds de commerce ou d'entreprise*) の概念は、これら概念が創出されて以来、同じく経済的一体性に基礎づけられている。しかしながら、営業財産から独立した部分の差押えを禁止することや、あるいは営業財産の一部を差し押さえようとする債権者によるその差押えを、これらの部分によって構成される全体にまで拡大させることを誰も考えてはいない。

また、経済的用途による不動産化のフィクションが、確かに1804年当時において、職業設備一式（当時は主に農業用）が、これら一式がその用途に役立てられるところの不動産（当時は主に農地）から独立して差し押さえられることを禁止する目的を有していたとしても、今日ではこのような帰結はもはや正当化されるものとは思われない。このようなフィクションによる諸々の帰結は、動産質に関して相対化されてきたのと同様に、差押えに関しても相対化されるべきであろう。

38) この点につき、M.-C. de LAMBERTYE-AUTRAND, « Biens - Immeubles par destination - Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent », in *JurisClasseur Code Civil*, Art. 522 à 526, janvier 2012, n° 132を参照のこと。ここでは、工場の不動産の差押えの範囲内で、機械群の個別部分の競売が問題とされている。

用いられる技術の性質上、用途による不動産化のフィクションは、民法典だけでなく、他の法律における、動産および不動産を規律するあらゆる規定の適用領域に拡散しうるため、横断的な性格を有しているということを強調したい。しかしながら、立法があらゆる領域で日々増加し、法律家の知識が抗し難くますます細分化していく時代において、このような立法技術はもはや時宜を得ていないように思われる。このような広範なフィクションは、人工的であると同時に、拡散的な性格を有しているため、それが参照される規定において繰り返されない場合においては、法に対するアクセスを困難にしてしまう。

〔おわりに〕

30. 最後に、フィクションの混淆的な性格について確認する必要がある。ある場合には、フィクションは、その基盤を説明するものではなく、ある規定の効果を説明するためのメタファーを構成するに過ぎない場合がありうる。例えば、書かれざるものとみなされる条項や、妨害により成就したものとみなされる条件、相続人を通じて死者が生存していること、代理人が本人の意思をも表明するものとみなされること、などである。単なるメタファーとして説明されるため、これらのフィクションは何ら問題を提起しない。少なくとも最後に挙げたものについて、あくまでフィクションに過ぎず、現実ではないと考える限りにおいてはそうであろう。つまり、法人格を承継することができるが、死者はその相続人を通じて再生するわけではない。本人は代理人を通じてその意思を表明するものではない。法人の擬人的な表現についてもそうである。法人は、たとえ現実に適合しているとしても、意識と固有の意思を有する「人」というわけではない。

また、フィクションには、「何人も法を知らざるものとはみなされない」、そして「既判事項の真実性」といった法格言に関する、いわゆる法の權威に基づくものがある。これらの定式に対しては、不平を言い連ねることしかできない。これらが表明する規定、すなわち、その適用を免れるための法の不知を主張することの禁止や、既判事項の權威は、フィクションそのものに基礎を置く

ものではなく、法システムが良好に機能することを確保する必要性に基礎を置くものである。もっとも、それぞれには若干の相違があろう。

フィクションは、たとえ唯一の現実でないとしても、少なくとも複数成立しうる現実のうちの一つを承認することを法が拒絶することからも生じる。従って、複相的なフィクションの確認は、複数成立しうる現実のうちの一つを拒絶することの基礎にある政策的選択の妥当性の問題につながる。金銭債務に関する名目主義の原則の場合がそうである。そして、法律上の親子関係および生物学上の親子関係との間に存しうる二分法の例がそうである。生物学上の親子関係は、親子関係の多様な面のうちの一つでしかない。親子関係は同様に社会感情的でもあり得、この社会感情的な親子関係は懐胎に基づくものでありうる。立法の背景にある政策的選択においては、平等原則および差別禁止とともに、基本権が尊重されなくてはならない。さもなければ、ヨーロッパ人権裁判所によって糾弾されるリスクが存する。

それが真正のフィクションであれ、不真正のフィクションであれ、フィクションは法技術に関係するものである。これらが提起する諸々の問題が純粹に技術的なものである場合が存する。これら問題において承認されている帰結そのものが議論の対象となることはない。例えば、ある胎児の利益が問題となっている局面で、当該胎児が既に生まれたものとみなされるという場合がそうである。また代位弁済もそうである。しかしながら、単なる技術を超える問題提起がなされることがある。つまり、遡及効と第三者の保護、経済的用途による不動産化、そして、このように不動産化された動産を切り離して差し押さえる可能性、といった問題群である。政策的選択と法技術の選択の間を完全に仕切り分けることはできないのである。

【参考文献一覧】

- Travaux de l'Association Henri CAPITANT pour la culture juridique française, *Le problème des fictions en droit civil*, Journées de droit civil de Liège, 24 et 25 novembre 1947, t. 3, Paris, Dalloz, 1950, pp. 235-323.

- *La fiction, Droits - Revue française de théorie juridique*, n° 21, P.U.F., 1995, pp. 3-103.
- J.-L. BERGEL, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de droit de McGill*, 1988, pp. 358-386.
- J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles, Bruylant, Sirey, Paris, 1935, pp. 275-345.
- P. DELNOY, *Eléments de méthodologie juridique*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 270-273.
- R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé - Essai critique*, Paris, Rousseau, 1911, pp. 238-251.
- F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Paris, Sirey, 1921, pp. 360-447.
- J. ISSA-SAYEGH, *Les Fictions en droit privé*, Thèse de doctorat soutenue en 1968 à l'Université de Dakar, disponible sous le lien : <http://www.sist.sn/gsd/collect/butravau/archives/HASHb119.dir/THD-15.pdf>
- Jean-Jacques SUEUR (sous la direction de), *Le faux, le droit et le juste*, Actes du colloque international des 13 et 14 novembre 2008, Faculté de droit de Toulon, Centre d'études et de recherches sur les contentieux, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 442.
- G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 441.
- G. WICKER, V° Fiction - *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS - Lamy, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, pp. 716-720.