

Title	マルク・レヴィ著 『物権の対抗可能性： 権利の裁判上の制裁について』
Sub Title	Marc Lévis, L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits
Author	七戸, 克彦(Shichinohe, Katsuhiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1991
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.2 (1991. 2) ,p.152- 165
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19910228-0152">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19910228-0152</a>

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.

# 紹介と批評

Marc Lévis,

## *L'opposabilité du droit réel.*

### *De la sanction judiciaire des droits.*

Préface de Pierre Raynaud, Collection droit civil dirigée par Christian Larroumet, Série: Études et recherches, Éd. Economica, Paris, 1989, pp. 320.

マルク・レヴィ著

### 『物権の対抗可能性

——権利の裁判上の制裁について——』

一 我が民法典の随所に見出される「対抗スルコトヲ妨ケス」「対抗スルコトヲ得」あるいは「対抗スルコトヲ得ス」「対抗することができない」の文言をめぐっては、周知のように、学説の間に理解の相違が見られる。もっとも、右用語がフランス法に由来することに関しては異論がなく、従って、近時の学説は、母法フランス法における《opposabilité(対抗可能性)》ないし《in-

opposabilité(抗対不能性)》概念の検討を通して、我が民法における「対抗スルコトヲ得(得ス)」の内容を明確化しようとしてみている。

既に知られているように、フランスにおける対抗可能性あるいは対抗不能性の用語は、当初においては、我が国におけると同様、個々の事例ごとに個別的に理解される、多義的で曖昧な概念として用いられていた。しかしながら、今日のフランス法学説は、それら個別的事例の帰納的解釈によって、対抗可能性ないし対抗不能性の用語を、統一的・一義的な概念として位置づけようとする。「対抗可能性の一般理論(theorie générale de l'opposabilité)」あるいは「対抗不能性の一般理論(theorie générale de l'inopposabilité)」と呼ばれるものが、それであり、本書は、主として前者の問題を扱うものであるが、この問題をめぐる著者のアプローチは、従来の学説におけると多少異なっている。本書の構成を示せば、次の通りである。

#### 緒言 [ビエール・レイノー]

#### 序論

#### 序章 物権の排他性

#### 第一部 物権の対抗可能性と権利侵害の制裁

##### 第一章 実定法における物権の排他性

##### 第二章 実定法における物権の排他性の原則の承認

##### 第三章 排他性原則の領域

#### 第二編 物権の排他性の射程距離

第一章 債権の制裁

第二章 権利の制裁と対抗可能性

第一部の結論

第二部 物権の対抗可能性と権利の衝突の解決

第一編 所有権移転における権利の対抗可能性

第一章 公示を抜きにした、本来的な対抗可能性

第二章 所有権移転における公示の影響

第二編 担保物権の対抗可能性

第一章 不動産担保物権の対抗可能性

第二章 動産担保物権の対抗可能性

総括

文献目録

索引

細目次

以下では、従来の学説と対比する形で、本書におけるレヴィの主張を紹介することにした。

二 フランスにおける「対抗可能性の一般理論」は、我が国における「権利一般の不可侵性」論とはほぼ同様のものであり、学説は、全ての権利は等しく第三者に対して不可侵義務 (*obligation d'inviolabilité*) なし尊重義務 (*devoir de respect*) を課し、第三者の右義務違背に侵害に対しては、被侵害法益に相応した制裁が加えられる、と主張している。この理論は、歴史的には、物権・債権の区別の基準を絶対権・相対権に求める一九世紀古

典学説の理解を撤廃し、物権の絶対性（≡対抗可能性）を契約ないし債権にまで拡張する形で発展してきたものである。しかしながら、物権の対抗可能性が債権のそれに比して強力な内容を有することは、今日もなお認めざるを得ない。それ故、今日の学説の関心は、右差異を説明し得るような、新たな物権・債権の区別の基準を何れに求めるか、という点に再び向かう傾向にある。他方、この理論は、契約の相対性の原則（公民一六五条）との関連を基軸に展開したものであったから、学説の問題意識の中心も、一一六五条の規律する契約の直接的效果 (*effet direct*)（≡債権的効力 (*force obligatoire*) なし請求可能性 (*existibilité*)) の相対性あるいは既判力の相対性といった、隣接する概念との対比において、「対抗可能性」概念を確定することに存した。支配的学説における不可侵性 (*inviolabilité*) の構造理解も、これを通じて明確化されたものである。

以上のような今日の学説の一般的状況からすれば、物権の本質的属性あるいは対抗可能性の定義に関して、本書がいかなる立場をとるかは、極めて関心の高いところであるが、しかしながら、レイノーも緒言で指摘するように、「本書において、学説上の華々しい研究対象である、物権及び対抗可能性の基本的概念に関する判断が見出されないことには驚かされる」(a.7)。即ち、序章において、レヴィは、従来の学説の採用する演繹的な方法論、つまり、物権の一般的定義をア・プリオリに設定した上で、これを具体的事例に当てはめる手法は成功していない

とし、現に実定法において定められている「物権の対抗可能性の最も明示的な特性(protective)」を明らかにすることによってこそ、物権・債権の対抗可能性の相違を明確化し得ると説く(5. 6. p. 16)。同様に、対抗可能性と他の隣接概念との比較論もまた、問題解決にとって大きな助けとはならないとし、対抗可能性の観念は、これが現実には制裁として発動するところの「訴訟の検討によって明らかになる」と主張する(6. 7. p. 17)。我が国の議論に引き寄せていうならば、要するに、レヴィは、物権の請求権の訴訟上の行使の事例の検討を通じて、物権の対抗可能性の内容は明らかになる、またその限りで充分であると考える。

かかる観点から、著者は、破毀院判例に現れた対物訴訟の事例を系統的に考察することによって、そこから物権の対抗可能性の特性を帰納的に導こうとする。著者によれば、破毀院判例に現れた対物訴訟の事例は、次の二つの類型に集約される。その第一は、物権の客体に対する物理的な侵害(atteinte)の場合であり、具体的には、他人の土地の侵害、あるいは、地役権を侵害した建築の事例等が挙げられる。第二は、物権が他の権利と衝突(contradiction)した場合であり、これは、我が国にいわゆる二重譲渡紛争の事例である。前者は「第一部・物権の対抗可能性と権利侵害の制裁」において、後者は「第二部・物権の対抗可能性と権利の衝突の解決」において、各々考察されることになる。かかる手法は、レイノーも指摘するように「非常にプラグマテ

ィック」(5)なアプローチの仕方であり、また、とりわけそこで判例の検討において「著者は卓越した才能を発揮」(6)する(ちなみに、著者は本テーマの審査後、コンセイニユ・データ及び破毀院付アウツカ(auxiliaires)に就任している)。

なお、付言するならば、我が国では、前者の事例は、物権的請求権の問題として扱われているが、しかしながら、これを指して、物権の「対抗可能性」とは一般にいわない。他方、後者は、我が国においては「対抗問題」と呼ばれるが、しかしながら、そこにいう「対抗」なる用語は、物権的請求権の行使という意味では用いられてはいない(そして、後述の如く、かような用語法のずれが、我が国において対抗要件主義の基本的構造を見誤らせる素地となっている)。

三 さて、右の如き基本視点に基づき対物訴訟の判例から帰納された、物権の対抗可能性の特性を、著者は、「現物による(en nature)」「無条件の(inconditionnée)」「強行的な(obligatoire)」制裁という三つの要素として示している(6. 12. p. 21 et passim)。第一の「現物による」制裁とは、金銭等の「代替物による(par équivalent)」制裁の反対語であって、具体的には、権利侵害の事例においては、侵害建築の取壊や目的物の返還、権利衝突の事例においては、法律行為の無効ないし対抗不能あるいは担保物権の優先効等が挙げられる。これに対して、債権に関しては、フランスの不法行為法が金銭賠償の原則をとらないため、我が国におけるような、債権に基づく妨害排除請求は認められ

るか、といった問題は生じてこない。もっとも、物権の對抗可能性が、現物による制裁の方法のみを内容とするのに対して、債権の場合には、必ずしも現物による制裁が命じられるわけではない、という点において、両者は区別される。

第二の「無条件の」制裁とは、制裁が、現実の損害の発生の有無や、侵害者の主観的態様(フォート(Faute)、悪意(mauvaise foi)等)を要件としない、という事理を指す。これに対して、債権に関しては、フランスの判例が、債権者の現実の損害あるいは侵害者の主観的態様を問題にしていることが確認される。これは、我が国において、物権の請求権と不法行為請求権の差異を論じた個所、あるいは、債権に基づく妨害排除請求を論じた個所において説かれるところと、ほぼ同様である。

第三の「強行的な」制裁とは、物権に関しては、事実審裁判官は、上述の現物による制裁を必ず命じなければならず、これに違背した判断は、破毀院のコントロールに服する、というものであり、著者が、物権の對抗可能性の特性は、専ら破毀院判決を検討することによって割り出すことができるとする理由も、この点にある。これに対して、債権の場合には、現物による制裁を命ずるか金銭賠償を命ずるかの選択は、当該債務の履行が不能か否かという基準に求められ、右認定は、事実審裁判官の専権に属する。ちなみに、債権者の現実の損害の有無あるいは債権侵害者の主観的態様に関する判断もまた、事実審裁判官の専権事項である。

以上の如く、物権の制裁の特徴を、債権のそれとの質的差異を念頭に明確化しようとするレヴィイの態度は、およそ全ての権利は對抗可能性を有するとし、両者の違いをいわば程度の差に過ぎないとする對抗可能性の一般理論の方向性とは、基本的態度において異なっているように見受けられる。しかも、レヴィイは、右物権の三つの特性は、一言でいうなら、物権の「排他性(exclusivisme)」という用語で示すことができる、と主張する(12 et suiv., pp. 21 et suiv.)。これは、結論的には、我が国における、古典的な物権・債権の峻別論を基本的に維持する見解と非常に近いものといえよう。もっとも、右レヴィイの主張については、以下の点に留意しておく必要がある。その第一は、フランスにおいては、立法者も判例も、物権の對抗可能性を示す表現として「排他性」という用語は用いておらず、むしろ一般的といえるのは、古典学説以来の「絶対性(absolute)」の用語であった点である(しかしながら、レヴィイは、絶対性の用語法は極めて多義的であり、對抗可能性の内容を逆に不明瞭なものにする、と批判して見な(14, pp. 22-23))。第二に、レヴィイにいう「exclusivisme」を、我が国にいう「排他性」と同視してよいかの問題がある。例えば、その想定する事例を取り上げてみても、レヴィイの用語法は、彼にいわゆる権利「侵害」事例と権利「衝突」事例の二者を念頭に置くのに対して、我が国にあっては、専ら後者、即ち我が国にいわゆる對抗問題ないし取引行為の事例のみを念頭に「排他性」の用語を用いる見解が少なくない。ともあ

れ、我が国において従来不明瞭であった「排他性」概念の内容確定にとつては、レヴィの見解は大いに参考となるであろう。

四 我が民法の解釈論との関係では、更に、権利「衝突」事例における、公示・對抗要件制度に関する記述が非常に興味深い。というのは、レヴィは、ここで、我が旧民法起草者ボワソナーの見解を積極的に援用しているからである(No. 209 et suiv., p. 188 et suiv.)。著者は、従来の学説によって無視あるいは批判されてきたボワソナーの見解が、判例におけるフォード説からフォート説への転換——もっとも著者は、今日の判例は「現物による」「無条件の」「強行的な」制裁を命じているが故に、もはや民事責任構成に立っていないとしているが(No. 221 et suiv., pp. 193 et suiv.)——にとつて、先駆的な意味を有しているとし、その基本視点を次の三つに整理する。即ち、第一に、公示されていない「法律」行為(acte)の對抗不能性は、当事者の公示義務(Devoir de publier)の不遵守(Imobservation)に対する制裁(sanction)である。第二に、右公示義務の基準は、第三者が行為に関して有する認識(Connaissance)の側面と密接に関連する。第三に、公示制度は、右認識に関する推定(Presomption)の制度を基礎としている、というのである。

まず、第一の点について。ここでは、意思主義をはじめとする民法典の諸原則と、一八五五年登記法によって確立された公示・對抗要件制度の関係が問題となる。レヴィは、まず、民法典成立後一八五五年法成立前における——換言すれば、公示・

對抗要件制度を抜きにした、民法典の原則のみによる——「本来的な對抗可能性(opposabilité originarie)」の内容を明らかにする(No. 180 et suiv., pp. 149 et suiv.)。即ち、この時代の判例は、民法典の原則が、売買の時点以降、買主は「自己の所有権の完全性(plénitude)」を享受し、従って、買主は「売主の債権者」(「第二譲受人を含む」)の攻撃(attaque)から、自己の取得を守るための権利及び訴権を有する」ものである旨を判示している(No. 183, p. 151)。即ち、この時代、二重譲渡紛争は「時において先んずる者が権利において優先する(Prior tempore, potior jure)」の法格言に従って処理された。換言すれば、二重譲渡紛争においては第一譲受人が勝つ、というのが、民法典の建前だったわけである(No. 163 et 164, p. 152)。

しかしながら、右民法典の原則に従うとき、隠れた第一譲渡によって、これから取引に入ろうとする第三者が、不測の損害を蒙る危険が生ずる。そこで、一八五五年法は、右当事者間で結ばれた行為(acte)に関する認識(Connaissance)を第三者に与えるため、公示制度を確立したのであった。だが、右公示の目的促進のためには、公示に非協力的な当事者に対して制裁(sanction)を課すことによつて、間接的に公示を強制する必要がある。その方法として採用されたのが、對抗要件制度である。もっとも、「一八五五年法は、所有権移転が、当事者間においても対第三者間においても、契約締結の時点で発生するという、民法典の基本原則を維持している」(No. 210, p. 186)。即ち、対

抗要件制度は、民法典の原則の結果、契約時において第一譲受人が有する万人に対する対抗可能性(レウィにいわゆる「本来的な対抗可能性」)を前提としつつ、例外的に、当事者の登記義務(Devoir de transcrire)の懈怠を要件として、一定の第三者との関係で右本来的な対抗可能性を「失権(Déchéance)」させる制度として理解される(G. 211, p. 187)。従って、右対抗不能の例外に該当しなければ、民法典の原則に還って処理される。一八五五年法後の判例も、双方未登記の場合には、《Prior tempore...》の一般法に還って、第一譲受人が優先する旨を判示している(G. 165-167, pp. 153-154)。この点は、既に我が国でも、滝沢津代教授らにより紹介されているところである。

だが、ここで問われなければならないのは、右「失権」の法的性質である。(G. 212, p. 187)。ボワソナードは、これを、当事者の登記義務の懈怠を要件とする、コード・シヴィル一三八三条の準不法行為(quasi-délit)と構成した。しかしながら、レウィは、実定法が新たに登記義務を創設し、右義務違反を要件とする対抗不能という効果を定めている場合に、その法的性質を論ずる意味はないとしている(G. 212, p. 187)。これは、我が国の学説にいわゆる法定制度論あるいは法定取得—失権説の主張に類似する(もっとも我が国の学説は、当事者の登記義務の点に触れてはいない)。

次に、第二点について、フロード説の論者は、登記による優先関係決定原則は、第三者側の善意・悪意とはそもそも無関係

である、と主張していた。我が国の背信的悪意者排除論の中にも、登記制度の目的は、これから取引関係に入ろうとする不特定の第三者の保護に存するのに対して、対抗要件制度は、既に取引関係に入ってしまった特定の第三者の救済を目的とし、従って両制度は適用領域を異にする、という理由から、善意・悪意不問の結論を導く見解が存する。しかしながら、ボワソナード及びこれを引用するレウィは、右主張に対して、次のように反論する。即ち、公示制度は、そもそも隠れた譲渡を、これを知らない第三者に知らせるための制度であって、知っている者に対して知らせるための制度ではあり得ない。一方、対抗要件主義は、このような公示の目的を促進するための手段として設けられた制度である。それ故、かかる目的と手段の関係からすれば、対抗要件制度の適用を受ける者の範囲は、公示制度が保護しようとする者の範囲、即ち善意者に必然的に限定されてくる(G. 213, p. 189)。

以上の如く、公示・対抗要件制度の各々の目的、及び、両者間に認められる密着した関係を正確に理解するとき、第一譲渡の対抗不能という効果発生のためには、第三者の善意が要件となっている、といわざるを得ない。しかしながら、我が民法一七七条と同様、フランス法における対抗要件主義の規定は、登記の欠缺を要件として対抗不能の効果が発生する、と規定しているのであって、善意を要件として対抗不能の効果が発生する、とは規定していない。この点は、どのように説明されるか。こ

こで援用されるのが、第三の「推定」構成であって、ボワソナード及びレヴィは、對抗要件主義の条文が、本来的な要件であるはずの善意ではなくして、登記の欠缺と規定しているのは、「第一譲受人の登記の欠缺から第三者の善意を推定する」という推定規定を、黙示的に——レヴィの言に依拠するなら「結晶化された(*crystallisé*)」形で——包摂しているためと考える(頁215、218)。右理解に立つとき、フロード説とフォート説の対立は、右結晶化された善意の法律上の推定(*présomption légale*)に対する、悪意の反対証明の可否の問題として把握される。周知の如く、フランス法における「法律上の推定」は、反対証明を認めない「覆滅し得ない推定(*présomption irréfragable, praesumptio juris et de jure*)」と「反対証明を許容する「覆滅し得る推定(*présomption réfragable*)」(「単純推定(*présomption simple*)」とも)という、ローマ法以来の区別を維持しているが、ボワソナードらによれば、覆滅し得ない推定か単純推定かは、当該推定が「公序(*ordre public*)」ないし「一般的利益(*intérêt général*)」に関わるか否かによって定まるとされる。即ち、フロード説は、公示・對抗要件制度が公序に関する規定であることを理由に、悪意の反対証明を認めないのに対して、ボワソナードは、少なくとも二重譲受人間の紛争では私益のみが問題となっていることを理由に、反対証明を許容するのである。もっとも、著者は、ボワソナード説に全面的に賛成しているわけではない。まず、ボワソナードが、反対証明の方法を自白及び宣誓に限定してい

る点について、著者は、ボワソナードが、法律上の推定の概念を覆滅し得ない推定と同一視した結果、専ら覆滅し得ない推定を念頭にこの問題を論じていると批判する(頁218、219)。他方、覆滅し得ない推定か否かの基準を公序に求める点についても、レヴィは批判的である。というのは、法律上の推定は、多かれ少なかれ常に公序に関するものだからである(頁219、219)。  
そこで彼は、右基準に代えて、「立法理由」及び「推定の結果に関する自由な討論を認めることが不可避的か否か、重要か否か、危険なほど強力か否か、法律の最終目的の保証がなされるか否か」との基準を提示し、反対証明の可否は、公示の要請が、右基準の程度まで到達しているか否かという観点から決せられると主張する(頁218、219; 頁219、219)。

ところで、我が国において、旧民法下では認められていた「覆滅し得ない推定」概念は、現行民法立法過程において、ドイツ法の影響を受け、「擬制(看做ス)」の用語に置き換えられたが、梅謙次郎は、一七七条の構造につき、登記から第三者の善意・悪意を「看做ス」と述べている。従って、以上の如き、對抗要件主義の「推定」構成は、現行一七七条についても充分成り立つ余地があると考えられるのであって、その意味においても、本書におけるレヴィの主張は、我が国の解釈論にとって重要な素材となり得るであろう。