慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	対抗要件主義に関するボワソナード理論
Sub Title	La théorie de Boissonade sur le mécanisme de "l'inopposabilité"
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.12 (1991. 12) ,p.195- 274
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	人見康子教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19911228-0195

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.

対抗要件主義に関するボワソナード理論

七戸克彦

一　序
二　フランス民法典の宣明する諸原則と対抗要件主義の関係
(一)　所有権ないし物権の絶対性と対抗要件主義
(二)　意思主義と対抗要件主義
(三)　〈Nemo plus juris…〉原則と対抗要件主義
三　公示・対抗要件制度の目的と対抗要件主義の内部構造
(一)　対抗不能の「不法行為」構成
(二)　第二譲受人の「善意」
(三)　善意に関する「法律上の推定」
四　結びに代えて

一　序

我が民法一七六条は、物権変動が「当事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生ス」る旨を規定する。右条文を単純

に理解するならば、二重譲渡の第一譲受人は、既に売買等の意思表示の時点において所有権者たる地位に就き、譲渡人は無権利者となっていなければならない。ところが、一七七条は、前条によって既に生じているはずの物権変動が「登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定する。従って、無権利者であるはずの譲渡人から二重に譲渡を受けた第二譲受人は、登記を具備することによって所有権者たる地位に就くことになる。このように、一見すると相容れないように思われる両条の関係を、どのように理解するかについては、周知の如く、古くから学説の激しい対立の存するところである。

この問題に関して、筆者はかつて、ボワソナード旧民法が、対抗要件主義を、登記の欠缺から第一譲渡行為(acte)に関する第二譲受人の善意(bonne foi)を推定し（「私益に関する覆滅し得ない法律上の推定（présomption légalle irréfragable）」、右善意を隠れた要件として、意思主義により既に契約時において第一譲受人に移転していた物権の対外的効力（＝絶対性ないし対抗可能性）が、第二譲受人との間で否定される（＝対抗不能性）と構成していること、そして、かかる対抗要件主義の構造理解は、現行一七七条についても同様に成り立ち得る旨を主張したことがあった。[1]

もっとも、右論文においては、プリミティヴなミスや、論じ足りない部分も少なくなく、内心忸怩たる思いを感じていたところ、その後の卓越した研究によってボワソナードにおける二重譲渡理論の解明は更なる進展を見るに至った。[2]他方、フランスにおいても、近時、ボワソナードの在欧時代の論文[3]を積極的に援用しつつ対抗要件主義の構造を明らかにする、注目すべき論稿が登場した。[4]そこで本稿では、ボワソナードにおける対抗要件主義の構造理解を、前示在欧時代の論文を中心に、いま一度確認しておくことにしたい。[5]

さて、前示ボワソナード論文の主張は、次の二点に分けることができる。その第一は、意思主義をはじめとするフランス民法典の宣明する諸原則と対抗要件主義の関係をどのように理解すべきか、という点に関するものであり、第二は、右の点を前提として、対抗要件主義それ自体の内部構造をどのように理解すべきか、という点に関するもので

ある。以下、順次検討を加えることにしよう。

二　フランス民法典の宣明する諸原則と対抗要件主義の関係

まず、意思主義をはじめとする諸原則と対抗要件主義の関係について。ここでは、両者が実定法上確立された時期のずれに注目しておく必要がある。[6]

既に知られているように、フランスにあっては、実定法において先行するのは対抗要件主義の方である。これは、共和暦七年霧月一一日（一七九八年一一月一日）抵当貸付法（Loi de crédit hypothécaire）[7]によって確立された原則であるが、この時点においては、後に民法典によって宣明される意思主義等の諸原則は、未だ実定法上確立されてはいない。その結果として、同法成立後―民法典成立前の判例・学説は、成立要件主義的あるいは相対的効力説的な発想に流れ易かったといわれる。[8]

しかるに、一九〇四年民法典は、所有権の絶対性と、その意思のみによる移転を宣明する一方、先の共和暦七年法によって定立された対抗要件主義の適用領域を、大幅に縮小・後退させた。[9]即ち、民法典は、所有権移転に関する謄記（transcription）について、種々の所有権移転原因契約のうち、謄記をなすべき（従って対抗要件主義に服すべき）契約の種類を、無償行為たる贈与及び補充指定に限定して認めるに過ぎない。[10]他方、民法典における不動産先取特権・抵当権の登記（inscription）に関する規定[11]は、共和暦七年法の原則をほぼ完全に承継したものと見うるが、所有権移転に関する一般的公示制度が確立されていない以上、抵当権対所有権という対立をめぐって、公示・対抗要件主義の原則は不完全なものとならざるを得ない。[12]

だが、民法典成立後の産業革命による土地取引の頻繁化と、それに伴って生じた取引安全・第三者保護の要請は、

民法典において不徹底のまま中断されていた共和暦七年法の原則を、不動産に関する一般原則として再確立させる。一八五五年三月二三日法[13]がそれであって、同法は、謄記の対象につき、一条において「所有権及び抵当権の目的となり得る物権の全て」という形で共和暦七年法二六条の範囲を再現し、二条において、更にこれを不動産質権・地役権・使用権・居住権・一八年以上の長期賃借権にまで拡大した。そして、これを受けた三条が、右諸権利に関する謄記による優先順位決定の原則を宣明し[14]、これによって、民法典において不完全であった公示・対抗要件主義が、不動産に関する一般原則として再び確立されるに至ったのである[15]。

一九世紀フランスにおける、意思主義をはじめとする諸原則と対抗要件主義の関係をめぐる学説の対立は、右の歴史的経緯と密接に関連している。即ち、一八五五年法によって、共和暦七年法と同様の対抗要件主義が不動産物権変動の一般原則として再確立された以上、これによって民法典の原則は変更を余儀なくされ、共和暦七年法下におけると同様の解釈――相対無効ないし所有権の相対的帰属――が再び導かれる、というのが、当時の判例・学説の一般的傾向であったのである[16]。この点については、ボワソナードも、「抵当権の謄記の最初の確立〔共和暦七年法を指す〕以降、また、一八五五年におけるその再確立以来、所有権は、合意のみによって『当事者間で（*entre les parties*）』移転されるが、謄記（transcription）によってのみ『第三者に対して（*à l'égard des tiers*）』移転されるに過ぎない、との表現が、止むことなく繰り返されている」ことを指摘している[17]。

しかしながら、右一九世紀判例・学説の一般的理解に対して、ボワソナードは次のように反論するのであって、これが、前掲ボワソナード論文における第一の命題である。即ち、

《所有権は、〔一八五五年登記法の制定後も〕「絶対的な（*absolue*）」権利のままでいる。それは、謄記の不存在にも関わらず、合意のみによって「万人に対する関係で（*erga omnes*）」移転される。それ故、買主のみが譲渡ないし処分する権利を有する。前売主による譲渡は、「無権利者により（*a non domino*）」なされたものとして、無効であり効力を有さない》。

このことは、一八五五年法によって何ら廃止されていないところの、〔民法〕五四四条、一一三八条及び一五九九条の、当然かつ必然的な帰結である。[18]

一八五五年法は民法典の宣明する諸原則を何ら変更するものではないとする右命題は、次の三つの部分に分けることができる。㈠その第一は、民法典五四四条の所有権の絶対性との関係である。即ち、同条によって宣明された所有権の絶対性は、一八五五年法によって変更されておらず、従って、判例・学説にいうような所有権の相対的帰属ないし相対的所有権概念を認めることはできない。㈡第二は、一一三八条に代表される意思主義との関連であって、絶対的な所有権は、売買等の（債権）契約締結時において、即ち、未だ謄記を備えていない段階において、「万人に対する（erga omnes）」関係で移転する。従って、未謄記段階での所有権の相対的帰属ないし不完全な物権変動といった観念は、認められない。㈢第三は、他人物売買を無効とする一五九九条の背後に控えるローマ法以来の原則――《Nemo plus juris ad alium transfere potest, quam ipse habet.》（何人も自己の有する以上の権利を他人に譲渡することを得ない）――との関係である。この原則によれば、二重譲渡においては、第一譲受人のみが完全な所有権を有するのであって、譲渡人による第二譲渡は、無権利者によりなされたものとなるから、第二譲受人は所有権を有することがない。右原則は、一八五五年法以後においても原則たる地位を維持しており、一八五五年法三条の対抗要件主義は、右原則に対して、いわば限局された範囲で例外を加えたものに過ぎない。

以下、右ボワソナードの主張につき、順次検討することにしよう。

(一) 所有権ないし物権の絶対性と対抗要件主義

1 所有権の絶対性＝対抗可能性

一九世紀フランスの古典的学説は、物権・債権の区別を、物上権（jus in rem, droit *sur* une chose）と対人権（jus ad personam, droit *contre* une personne）、絶対権（droit absolu）と相対権（droit relatif）という、ローマ法以来の二重の基準に求めていた。即ち、物権は、内部関係においては、人の物に対する直接支配権であって、他方、外部関係においては、契約当事者以外の万人に対して、自己の権利の円満な実現を主張し得る性質――具体的には追及権（droit de suite）と優先権（droit de préférence）――を有すると定義された。ボワソナードも、右通説的立場を次のように確認している。即ち、

> 法律、学説及び判例において、所有権に関する観念自体を探索する場合、次のような説明を見出す。即ち、法律においては（五四四条）《所有権は、最も絶対的な（la plus absolue）方法で物を享受し処分する権利である》とされ、学説においては、所有権は最高の『物』権（droit *réel*）、即ち、人の物に対する無媒介（immédiat）かつ直接（direct）の関係を構成するものであって、絶対的な（absolue）、『万人に対する（*erga omnes*）』、即ち、万人に対して対抗可能（opposable à tous）な、つまり、所有者以外のあらゆる者が消極的主体（sujet passif）となる点において、純然たる『相対的な（*relatif*）』、特に限定された消極的主体たる、単独あるいは複数の債務者に対してのみ対抗可能（opposable）であるに過ぎないところの債権（droit personnel）に対立する、とされる。判例に関していえば、所有権の一般的性質についてもその定義についても、これに全く異議を唱えていない。[19]

ここでは、ボワソナードが、所有権ないし物権の「絶対（absolu）」性の用語を「対抗可能（opposable）」性の用語と同義と捉え、かつ、その内容を「所有者以外のあらゆる者が消極的主体（sujet passif）となる」としている点に注目しておきたい。これは、物権の絶対性ないし対抗可能性の前提として、今日のフランス法学説にいうところの第三者の「尊重義務（devoir de respecter）」ないし「不可侵義務（obligation d'inviolabilité）」を念頭に置くものであり、[20] ボワソ

ナードは、別の箇所において、「我々が他人の所有権を尊重しなければならないという固有の意味での義務、即ち、我々がそれに侵害を加えてはならない責任があるという一般的かつ普遍的な義務（devoir général et commun）」があり、その結果、第三者が他人の物を侵奪した場合には、彼は右不可侵義務ないし尊重義務に違背する者として、所有権返還訴権（revendication）による制裁という効果が発生する旨を述べている。[21]

他方、先のボワソナードの記述からも窺われるように、一九世紀古典学説は、右物権の性質――対内関係における直接支配性、対外関係における絶対性（＝対抗可能性）――に対応する形で、債権は、対内関係において、人の人に対する一定の行為（＝作為・不作為）を請求し得る権利であるとする一方、[22] 第三者との関係においては「対抗不能」であるとしていたが、ここで援用されていたのは、「第三者に対する合意の効力（De l'effet des conventions à l'égard des tiers）」の節下に置かれた次の規定であった。

【仏民法一一六五条】

合意は、契約当事者の間でなければ、効力を有しない（n'avoir d'effet）。合意は、第三者を何ら害さない（ne nuire）。合意は、第一一二一条[23]によって定められる場合でなければ、第三者の利益とならない（ne profiter）。

だが、「債権」の「対抗不能性」を一一六五条から説明しようとする右一九世紀学説の解釈には、二つの問題が潜んでいた。その第一は、第三者「効力（effet）」と「対抗可能性（opposabilité）」ないしは「相対性（relativité）」と「対抗不能性（inopposabilité）」の同一視であり、第二は、「合意（convention）」と「債務（obligation）」の同一視である。

まず、第一の問題について。今日いわゆる契約ないし債権の「相対性」とは、「請求可能性（exigibilité）」の側面の問題、即ち、当事者が本来的に意図した契約の「直接的効力（effet direct）」ないしは「債務的効力（effet obligatoire）」[24]――例えば、売買契約ならば、契約当事者間で発生した引渡義務や代金支払義務等の本来的な効力（effet）それ自体を、右契約に関与していない第三者は負うことがない、という事理を指していわれる。これは、契約ないし債権の内部的

側面、即ち、契約ないし債権が未だ侵害されていない状態において、当事者が本来的に意図した債務内容それ自体を第三者に拡張することができるか、という次元の問題であって、物権において、この部分に対応するのは、物権の外部的側面における「絶対性」即ち「対抗可能性」ではなくして、物権の内部的側面における「物上権」たる性質、即ち、人の物に対する直接支配性でなければならない。

これに対して、先にも触れたように、物権の「絶対性」と同義とされるところの「対抗可能性」とは、第三者が、契約ないし権利を尊重し、その実現に対する妨害を差し控えることを内容とする「尊重義務」ないし「不可侵義務」を負い、彼が右義務に違背する場合には、当該契約ないし権利に相応する制裁が発生する、というものであった。従って、債権の「対抗不能性」とは、債権に関しては、第三者が右「尊重義務」ないし「不可侵義務」を負わず、それ故、第三者の債権侵害に対して、当事者は、損害賠償請求も原状回復請求もなし得ない、という事理を意味する。即ち、「対抗可能性」の側面は、権利の円満な実現が第三者によって侵害されたとき、彼に対して何らかの制裁を課すことができるかという、「間接的効力（effet indirect）」ないし外部的側面の問題であって、契約時において当事者が債務内容として定めていた直接的効力ではあり得ない。

ところが、一九世紀学説は、一一六五条を、右の両者を規律する極めて広汎な規定と捉えた。即ち、同条の適用領域の広狭は、具体的には、同条にいう《avoir d'effet》《nuire》《profiter》の文言の意味内容をどのように解釈するかにかかっているが、一九世紀の判例・学説は、これらの単語を広義に捉え、契約という事実が、第三者に対して、何らかの現実の利益ないし不利益を及ぼすこと、という日常的な用語の意味に理解したのである。[25] 右解釈の故に、契約の直接的効力たる請求可能性（＝契約ないし債権の内部的側面における「相対性」）の問題と、間接的効力たる不可侵性（＝外部的側面における「対抗可能性」）の問題とは、何ら区別されることのないまま、一律に一一六五条の規律に服することとなり、その結果、「相対性」の用語と「対抗不能性」の用語は、権利の内部的側面と外部的側面ないし

直接的効力と間接的効力を、相互に包摂し合う広い概念として同一視され、物権の「絶対性」ないし「対抗可能性」の用語に対比されることとなったのである。[26]

第二の問題は、一一六五条の文言が「合意」と規定し「債権」とは規定してないにも関わらず、学説が「債権」の相対性ないし対抗不能性の根拠として、同条を援用していた点である。コード・シヴィル自体が「合意（convention）」とその効果たる「債務（obligation）」の用語を区別していないことからも知られるように、フランスにおいては、従来より、債権の発生原因契約の相対性と、そこから発生した債権それ自体の相対性が、同一視される傾向にあった。[27] しかしながら、周知の如く、フランス法においては、物権契約・債権契約の区別は存在しない。従って、一一六五条にいう「合意」が、債権の発生・変更・消滅を目的とする契約のみならず、物権のそれを目的とする契約をも含む概念である以上、後者に関しては、一一六五条によって相対的効力しか生じないはずの契約から物権の絶対的効力（＝対抗可能性）が発生する、という矛盾が生ずる。[28] けだし、債権の相対性と対抗不能性を同一視し、かつ、債権と原因契約とを同一視する右古典学説の論理に従えば、物権の絶対性（＝対抗可能性）は、原因契約の絶対性（＝対抗可能性）を前提としなければならないからである。そこで、一九世紀古典学説は、物権（ないし物権変動）を発生させる契約それ自体が、それが公示された場合には、一一六五条の原則に対する明白な例外として、第三者に対して絶対的効力を有すると考えた。[29] この点も、一九世紀学説が対抗要件主義を効力要件的に理解していた理由の一つとして挙げることができよう。

さて、右相対効原則に関していえば、ボワソナードの理解も、右一九世紀学説のそれと変わるところはない。先の彼の記述が、債権の特性を「債務者に対して対抗可能（opposable）であるに過ぎない」と表現していることからも知られるように、ボワソナードにおける「対抗可能」性の用語も、請求可能性と不可侵性の両側面を曖昧なまま包摂する概念である。旧民法財産編も、合意に関する「第三款　合意ノ効力（De l'effet des conventions）」「第二則　第三者ニ

対スル合意ノ効力（De l'effet des conventions à l'égard des tiers）」の冒頭に、コード・シヴィル一一六五条を継受し、合意の「効力（effet）」の相対性の原則を宣明した次のような条文を設置した後、

【財産編三四五条】

合意ハ当事者及ヒ其承継人ノ間ニ非サレハ効力ヲ有セス（n'être d'effet）ト雖モ法律ニ定メタル場合ニ於テシ且其条件（conditions）ニ従フトキハ第三者ニ対シテ効力ヲ生ス（produire effet）

これに対する「例外（exception）」として、動産・債権・不動産の対抗要件主義の規定を配置している（三四六条、三四七条、三四八条以下）[30]。ここにおいても、当事者間「効力（effet）」の第三者への拡張の問題と、第三者の契約の不可侵・尊重義務に基づく「対抗可能性」の問題が、峻別されないまま位置づけられていることが知られる。

一方、右財産編三四五条の文言からも理解されるように、ボワソナードは、動産物権変動・債権譲渡・不動産物権変動の公示方法を、合意が例外的に第三者効力ないし対抗可能性を有するための「条件（condition）」と捉えている。今日の我が国における対抗「要件」あるいは対抗「要件」主義の用語法は、おそらくは右用語に由来するものであろう。しかしながら、かかる論理に従った場合に問題となるのは、未登記物権の法的性質であって、対抗「条件」ないし第三者効力「条件」を備えない契約はコード・シヴィル一一六五条ないし財産編三四五条の相対効原則に服し、その結果、右契約からは、相対性を有するに過ぎない権利、即ち債権しか生じないことになる。だが、右論理の原則・例外関係――契約の相対効を原則とし、対抗「条件」を備えた契約（ないしそこから生じた権利）をこれに対する例外とする位置づけ――は、後述する彼の主張、即ち、物権の絶対性（＝対抗可能性）を原則とし、登記の欠缺が例外的に対抗不能をもたらすとの論理との間に、跛行性を来さざるを得ない。

もっとも、右の点を取り上げてボワソナードを批判するのは酷であろう。というのは、フランスにおいて、一一六五条の適用領域を、先述の契約の直接的効力たる「請求可能性」の側面に限定し、間接的効力たる「不可侵性」の側

面を、同条の適用領域外とすることによって、「対抗可能性」概念と「相対性」概念とを峻別し、対抗要件主義の構造を論ずる際に、同条を問題とする余地はないとする見解が登場するには、今世紀の到来を待たなければならなかったからである。[31]

2　所有権の絶対性の原則の不変更

かような時代的限界はあるものの、一八五五年法により一般原則として再確立された公示・対抗要件制度の存在は、民法典により宣明された所有権の絶対性（＝対抗可能性）それ自体を変更するものではないとする、ボワソナードの主張は極めて明確である。即ち、

霧月法による謄記の確立と、贈与及び補充指定に関するコード・シヴィルにおけるその維持、そして、一八五五年法による、有償行為に関するその再確立が、所有権の性質それ自体を変えたといえるのであろうか。

答は否である。それは、法律自体が獲得することができず、合理的に追及することができないという結論から生ずる。なぜなら、法律は、事物の本性（nature des choses）を変更し得ない。即ち、『事物の本性に反するものは、いかなる法律によっても認められない（*Que rerum natura prohibentur nulla lege confirmantur.*）』からである。所有権が、純然たる法律上かつ民事上の制度であるとすれば（この点は私は否定するが）、法律は、所有権を絶対権（droit absolu）として『創設し（*créer*）』、そして所有権は専らこの点によって『定義される（*définir*）』と見るわけであるから、従って、所有権という名称及びその特質を排斥することなしに、ないしは、これを対人権ないし債権に変更することなしに、約言すれば、これを破棄することなしに、単なる相対的な権利（droit simplement relatif）とすることはできない。ましてや、所有権が原始的かつ自然的な権利（droit primordial et naturel）である以上、法律はこれを承認し、保護し制裁を認めなければならない、ということになる。[32]

即ち、ボワソナードによれば、絶対性（＝対抗可能性）をその本質的属性とする所有権は、前実定法的な自然法上の権利であって、民法典は、右性質を実定法上追認したものに過ぎない。[33] 従って、絶対的所有権概念を実定法によって変更することは不可能であり、共和暦七年法あるいは一八五五年法の対抗要件主義によって、所有権の相対的帰属

ないし相対的所有権概念が認められるに至ったと解釈することはできないのである。

(二) 意思主義と対抗要件主義

次に、意思主義と対抗要件主義の関係について。ボワソナードによれば、右所有権ないし物権の絶対性（＝対抗可能性）は、権利の変動過程においても、その性質を変ずることはない。即ち、ボワソナードは、意思主義の理解につき、絶対権たる所有権ないし物権は、既に契約段階において、譲受人に「万人に対する関係で（erga omnes）」完全に移転していると主張する。

1 引渡主義の発展形態としての意思主義

この点に関するボワソナードの説明は、今日のフランス法学説やフランス法を援用する我が国の学説におけると全く同様に[34]、意思主義の歴史的生成経緯から説き起こされる[35]。即ち、ローマ法原則においては、「絶対的」な、即ち「万人に対して対抗可能な」所有権ないし物権は、目的物の引渡（traditio）によって移転した。その結果、「引渡までは、所有権は『万人に対する関係で（*erga omnes*）』売主の許に残り、彼が、唯一これを取り戻す（revendiquer）ことができ、彼が不誠実な場合を除き（『許されていることの全てが誠実なことではない（*Non omne quod licet honestum est.*）』）、法律的には唯一、譲渡その他による処分ができる。他方、買主は、対人権（droit personnel）、即ち売主に対する債権（droit créance）、を有するに過ぎない[36]」。

しかるに、フランス民法典の意思主義の原則（principe de *solo consensu*）は、右ローマ法の引渡主義が、観念的引渡（tradition feinte）で足りるとされたその延長線上にある。即ち、当初要求されていた現実の引渡（tradition matérielle）に対して、引渡済条項の行為証書（acte）への挿入という便法を用いた、証書による引渡による所有権移転が肯定され、

次いで、右引渡済条項が契約証書中に明記されていなくても、当然にこれを含むものと認識されるに至った。そして、近代法における意思尊重原理は、右証書の背後に隠れてしまった引渡を「不要なもの」と位置づけるに至り、その結果、民法典において意思主義の立場を宣明する諸条文が設置されることとなったのである。[37]

但し、ここでは、民法典における意思主義原則の宣明の背後には、公証人慣行と証拠法における書証優越原則が存したことに留意すべきである。即ち、右に見た引渡主義の簡易化から意思主義へと至る歴史的過程は、公証人を介在した契約締結慣行を背後に発展したものであり、[38] 意思主義ないし諾成主義の有する欠陥[39]は、契約締結段階における公証人の後見的介入と、不可争性を有する公正証書という明確な証拠方法の具備によって、ある程度解消されている。また、フランスにおいては、証拠法上、訴額が一定金額を越える契約に関しては（現行法では五〇〇〇フラン）証書の作成が要求され、右証書以外の証拠方法（証人等）は受理されない。訴額が右金額以下の場合であっても、証書が存在する場合には、これと矛盾する人証は排斥される（一三四一条）。右証書の事前設定の要求と書証優越の原則（「書証は人証に優る（Lettres passent témoins.）」）は、一五六六年のムランの王令（Oldonnance de Moulins）以来、四世紀以上の伝統となってフランスの裁判制度を支配しているのであり、フランス法においては、意思主義原則の宣明にも関わらず、証拠法の領域において間接的な形式強制が行なわれていると見うる。[40] 更に、公示・対抗要件制度もまた、右公証人慣行及び書証優越原則と密接な関係に立つのであって、一方において、フランスの公示制度が、契約ないし行為証書（acte）の謄本ないし抄本の公示システムであるという事実は、右背景に基づき証書による契約締結が一般的であることに由来するものであり、他方において、公示・対抗要件制度は、公示されていない契約証書の対抗不能というサンクションを提示することにより、意思主義原則に対して、間接的な証書強制を行なっているのである。[41]

以上の如き法制度は我が旧民法においても予定されていたのであるが、[42] 要するに、フランス法（及び旧民法）における意思主義は、公証人慣行と書証優越原則及び証書の公示・対抗要件制度のもつ間接的な証書強制を念頭に、原則

として証書（とりわけ公正証書）作成時に物権が変動すると解する立法なのであって、これは、実質的には要式主義ないし（証書を成立要件とする）成立要件主義の立場に近いものといわなければならない。即ち、フランス法・旧民法における物権変動の基準時は何時かといえば、それはいうまでもなく売買等の契約時であるが、その契約の締結時は何時かといえば、それは原則として証書（とりわけ公正証書）作成時と見ることができるのである。

2　契約時における物権の完全な移転

さて、かような構造をもつコード・シヴィルの意思主義規定に関しては、我が国におけると同様、対抗要件主義との関係をどのように整合的に説明するかの問題を背景とした、次のような解釈論上の争いが存在した。

その第一は、意思主義の宣明規定たる九三八条・一一三八条・一五八三条にいう「完全となる（être parfait）」の文言が、引渡義務の発生あるいは贈与・売買契約ないしそれに基づく（債権的な）所有権移転義務の発生を意味するのか、それとも、引渡ないし所有権移転の履行の完了を意味するのか、という点である。[43]

ここで、前者の見解に立ち、所有権移転義務という観念を認めることは、債権行為・物権行為の峻別論の承認につながる点に注意しなければならない。けだし、右債権的義務の未履行の段階での存在を肯定することは、純理的には、その後に続く、物権的効果を発生させる何らかの行為（＝物権行為）の存在を当然に想定することになるからである。即ち、この見解は、ローマ法（あるいはドイツ法）におけるように、まず右債権的義務を発生させるところの行為（＝債権行為）がなされ、次いで、右債権的義務の履行行為として、所有権移転効果を発生させるところの物権行為たる引渡（あるいは物権契約と登記）が行なわれる結果、所有権移転効果が発生する、という二段の論理構造を念頭に置いて初めて実益をもつものである。

しかしながら、この点に関して、ボワソナードは後者の見解をとり、所有権移転義務の履行行為たる引渡が、売買契約の時点において既に完了していると解する。[44] かかる理解の下においては、ローマ法における物権行為たる引渡は、

売買等の債権行為中に完全に埋没し、従って、そこに債権的な所有権移転義務という中間項を媒介させる必要はない。その結果、債権行為と物権行為の峻別という論理はもはや認められず、所有権は、売買契約の段階において即時に譲受人に移転すると理解すべきことになる。[45] 右の如き理解に立つとき、我が一七七条に関する債権的効果説の如き立場、即ち、譲受人は未登記段階では債権的地位しか有しておらず、登記を具備することによって所有者たる地位を取得するとの立場は、明確に否定されることとなろう。

第二の問題は、売買に関する一五八三条の文言について生じた。即ち、同条は、「売買は……当事者間において(entre les parties)完全であり、買主は、売主に対する関係で(à l'égard du vendeur)当然に所有権を取得する」と規定する。しかしながら、同条の文言は、次のようにも読み取れる。即ち、売買ないしその結果移転した所有権は当事者間では完全であるが、しかしながら、右所有権移転効果は、未だ第三者に対しては対抗できないという意味で不完全である。換言すれば、譲受人は、売買の時点においては、売主との関係においては所有権者であるが、第三者との関係では未だ所有権者ではない。従って、この時点での所有権移転(ないし移転した所有権)は、不完全(incomplet)、不充分(imparfait)ないし相対的(relatif)である、と。そして、一五八三条に関する右の如き解釈が、対抗要件主義に関する一九世紀の通説たる相対的効力説的な解釈の有力な論拠となっていたのであった。[46]

しかしながら、この見解に対して、ボワソナードは、シェークスピアに仮託しつつ次のように反論する。

同時に全ての人との関係において所有者たり得ずして、特定の人との関係において物の所有者たり得るということを理解することは、およそ不可能である。所有権は合意によって移転されるか、移転されないかである。即ち、所有権が移転されると同時に、移転されないなどということはあり得ない、つまり、『*to be or not to be!*』である。買主は、その時代あるいはその国の立法に従って、意思の合致の直後に、《その物は私の物である》と述べることができるか、あるいはもはや述べることができないかである。これに対して、彼は《その物は私の物であって私の物ではない》と述べることは全くできないのであって、これを述べればナンセンスと評価される。〔売買の〕後、物を最も絶対的な方法で処分できるのは買主であって、もはや売主ではない

か、あるいは、それが売主であるとすれば、買主にはそれができないのである。[47]

右記述から知られるように、ボワソナードは、我が国の相対的効力説あるいは不完全物権変動説におけるような、双方未登記の二重譲受人が共に相対的物権あるいは不完全な物権を取得するという発想を明確に否定し、契約時において、万人に対して対抗可能な物権が第一譲受人に完全に移転している旨を明言している。けだし、相対的物権あるいは不完全物権という概念は、民法典の宣明する所有権ないし物権の絶対性（＝対抗可能性）に反するからである。[48]

なお、民法典の意思主義規定から導かれる右結論を、破毀院が早期より確認している点には留意しておきたい。即ち、一八一〇年五月八日判決は、売買の時点以降、買主は所有権の「完全性（plénitude）」を有するが故に、自己の権利を行使し、売主の債権者からの攻撃に対して、自己の取得を守るための権利ないし訴権を有する旨を判示する。[49]その後も破毀院は右立場を繰り返し判示しているが、[50]売主の債権者との紛争においてこれが示されたということは、契約による完全なる物権の移転という前提が、不法占拠等の「物理的侵害（atteinte matérielle）」事例のみならず、次に述べる二重譲渡の如き「法的侵害（atteinte juridique）」の場合においても成り立つ、ということを意味しなければならない。[51]

㈡ 《Nemo plus juris…》原則と対抗要件主義

1 民法典における《Nemo plus juris…》原則の継受

ところで、ローマ法においては、『何人も自己の有する以上の権利を他人に譲渡することを得ない（Nemo plus juris ad alium transfere potest, quam ipse habet.）』。[52]右原則は、その派生的命題として、次の二つの下部原則をもつ。その第一は、『何人も自己の有しない物を譲渡することを得ない（Nemo dat quod non habet.）』という原則であって、[53]これは

二重譲渡について次のような結論を帰結させる。即ち、譲受人は、物権行為たる引渡（traditio）を具備することによって、万人に対して対抗可能な絶対権たる所有権を取得し、譲渡人は完全に無権利者となる。従って、その後、無権利者たる譲渡人が同一不動産を第三者に二重譲渡した場合には他人物売買となり、債権契約の限りでは有効となるが、しかし、たとえ右第三者が引渡を具備したとしても、彼は所有権を取得することはない。換言すれば、譲渡人と第二譲受人との間で行なわれた譲渡行為は、物権的には無効である。《Nemo plus juris :》原則の第二のコロラリーは、『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.）』というものであり[54]、従って、二重の物権設定が行なわれた場合には、物権行為において先行する方が万人に対する関係において所有権を取得し、これに劣後する者は万人に対する関係において非所有権者であることになる。

コード・シヴィル及びボワソナード旧民法は、右ローマ法の立場を基本的に承継する。ただ、前示の如く、コード・シヴィルにおける意思主義は、ローマ法における物権行為たる引渡が、それに先行する売買等の債権行為中に埋没した結果として宣明されたものであったから、物権行為に関する右ローマ法原則は、コード・シヴィル（及び旧民法）においては、物権行為を包摂するところの債権契約に関する原則として宣明されることになる。即ち、仏民法一一〇八条は、合意の有効性（validité）の基本的条件の一つとして「約定（enagement）の内容を形成する確定した目的（objet）」（ボワソナード草案三二五条第三を経て成立した財産編三〇四条第二によれば「確定ニシテ各人ヵ処分権（disposition）ヲ有スル目的」）を要求しており、従って、目的物に関する処分権なき者によってなされた合意は無効となる。また、遺贈に関する仏民法一〇二一条は「遺言者が他人の物（chose d'autrui）を遺贈したときは、遺贈は、遺言者がその物が自己に属しないことを知っていたか否かを問わず、無効（nul）である」と規定し、これを継受したボワソナード草案六五〇条は「個別的に確定した物の遺贈は、その所有権（propriété）が、死去の際に遺言者に属していない場合には無効（nul）である」と規定する[55]。更に、仏民法一五九九条は「他人物の売買は、無効である」旨を宣明し[56]、ボワ

ソナード草案六七九条、及び、これを受けた財産取得編四二条も「他人ノ物ノ売買ハ当事者双方ニ於テ無効ナリ」と規定している。

このようにして、ローマ法からコード・シヴィル（及び旧民法）に継受された《Nemo plus juris…》原則とそのコロラリーは、いまやその基準時を、売買等の債権契約締結〔＝証書作成〕時に置くこととなる。これを、《Nemo dat…》原則に即していうならば、二重譲渡において、第一譲渡契約の締結〔＝証書作成〕の後、譲渡人は無権利者となり、その結果、右無権利者たる譲渡人と契約した第二譲受人は、右契約が無効とされることによって、物権を取得することができない。また、《Prior tempore…》原則に即していうならば、二重譲渡における物権の優先順位は、設定契約〔証書作成〕時の先後により決せられるのである。[57]

なお、レヴィによれば、先述の所有権の「完全性」を宣明する諸判決[58]の結果、「コード・シヴィルの制度の下、即ち、共和暦七年霧月法の廃止から一八五五年法の採用までの間において、二人の承継取得者間の紛争は、《Prior tempore…》原則の適用のみによって規律されることが、支配的学説によって承認されていた」という。[59]

2　《Nemo plus juris…》原則と対抗要件主義の原則・例外関係

右の如く、フランス民法典が、契約〔証書作成〕の先後で物権の優先順位を決定する建前に立っているとすれば、問題は、これと、一八五五年法以降再確立された登記の先後で優先順位を決定する対抗要件主義とは、いかなる関係に立つのか、あくまでもローマ法以来の《Nemo plus juris…》原則とそのコロラリーが原則で、対抗要件主義が例外であると捉えるのか、それとも、対抗要件主義の採用の結果、契約〔証書作成〕順優先原則は基本的に排斥されたと見るべきなのか、という点である。

この点に関するボワソナードの見解は、もはや明白であろう。一八五五年法によって、民法典の宣明する所有権絶対の原則及び意思主義原則が破棄されていないとする以上、右二つの原則の論理的帰結ともいうべき[60]《Nemo plus

juris…》原則及びそのコロラリーもまた、一八五五年法以降も基本的に維持されていると見なければならない。

まず、対抗要件主義が、あくまでも限定された領域においてしか適用されず、それ以外の領域に関しては《Nemo plus juris…》原則が依然として維持されていることにつき、ボワソナードは、次の諸点を指摘する。①第一に、共和暦七年法及び一八五五年法においては、登記なくして対抗し得ない第三者の範囲につき、我が国にいわゆる制限説がとられている。即ち、共和暦七年法二六条においては、未謄記の譲受人が対抗できない相手方は「売主と契約した第三者」に限定されている。同法の再確立であるところの一八五五年法においては、第三者の範囲は条文上明確ではないが、学説はその範囲を制限的に解しており、未謄記の譲受人といえども、「不法占拠者、及び、『無権利者から(*a non domino*)』物を譲り受けた善意の占有者に対しては、所有物返還訴訟(revendication)という、最も直接的な方法で、対抗可能である」[61]。②第二に、未謄記の譲受人であっても、所有者たる義務が課せられている。即ち、彼は、未謄記段階において、相隣関係法上の義務を負担し、目的物につき確定日付を有する賃借人がいる場合には、一七四三条により取得時以降賃貸人たる義務を負う[62]。また、取得者は、未謄記段階において、税金その他所有権に課せられた負担を、国家公共団体に対して支払わなければならない[63]。③第三に、一八五五年法の立法者は、民法典の宣明する諸原則を破棄する意図を全く有していない[64]。

更に、ボワソナードは、民法典の宣明する諸原則と公示・対抗要件主義の関係を、次のような比喩を用いて説明する[65]。公道を車で往来することは自由である。しかしながら、車が、他人に損害を生ぜしめた場合に備えて、法律は、所有者及び住所の表示を要求する。また、夜間走行に際しては、点灯を要求する。あるいは、公道に資材を置いたり、縁石を設けるために穴を掘ったり、市町村に命じられて作業を行なう者は、周囲を柵で囲い、夜間には照明を灯さなければならない。即ち、往来の自由といい、作業の自由といい、公物の使用の自由といっても、その自由ないし権利の行使は、第三者の利益を害さないように規制される。右の事理は、所有権に関しても同様であって、民法典が絶

対的権利として宣明する所有権も、その行使の側面において、他人の利益との関係で合理的な規制を受けることは、民法典の所有権の章を見れば明らかである。公示・対抗要件主義もまた、その一環として捉えられるのであって、「謄記に関する二つの法律〔公和暦七年法及び一八五五年法を指す〕は、所有権の行使（exercice）に関する新たな規制(réglementation)を設けたものに過ぎないのである」[66]、と。

以上の如く、ボワソナードによれば、一八五五年法の下においても、民法典の宣明する諸原則――絶対的所有権概念、意思主義、《Nemo plus juris…》原則とそのコロラリー――は、依然として原則たる地位を維持しており、公示・対抗要件制度は、一定の合理的目的に従い、所有権の行使に加えられた例外的な制限に過ぎないとされる。では、ボワソナードにおいて、右例外的制限を正当化させるところの、公示・対抗要件制度の目的とは何か。この点は、次に述べる対抗要件主義の構造理解との関係において問題となる。

三　公示・対抗要件制度の目的と対抗要件主義の内部構造

民法典の宣明する諸原則と対抗要件主義の関係につき、上述の如き前提に立った上で、ボワソナードは対抗要件主義それ自体の構造を論じており、この点に関するボワソナードの論理を、レヴィは、次の三つに整理している。即ち、「公示されていない行為（acte）の対抗不能性は、謄記（あるいは公示）義務（devoir de transcrire (ou de publir)）の不遵守(inobservation)に対する制裁(sanction)である(1)。右義務の基準は、第三者が有するべきであった認識(connaisance)によって与えられる(2)。そして、この点に関して、法律は推定(présomption)の制度を設置した(3)」[67]と。

以下では、右の整理に従い順次考察を加えるが、右ボワソナードの主張は、フランスにおける公示・対抗要件制度の制度趣旨ないし目的の理解と、密接に関連している点に留意したい。

滝沢教授も指摘するように、「ナンティスマン慣習法以来の公示の進展は、当事者間での隠れた取引を公開し第三者に知らしめるという意味における登記の機能の推進であり、この『第三者に知らせる』という点にフランス法における公示の意義は尽くされたとみうる。これは一八五五年法に関しても全く同様である」[68]。即ち、フランス法における公示制度の目的が、隠れた先行譲渡につき不知（ignorance）（＝善意（bonne foi））の第三者に対して、これに関する認識（connaissance）を与える（＝悪意（mauvaise foi）に転換する）ことによって、彼が無権利者と取引する危険から未然に回避させる点にあることは、多くの学説によって再三確認されてきたところである。ボワソナードの理解もまた、これと異なるところはない。後述の如く、彼は、「公示は、『知らない者に教示する（*instruire*）』ためになされるもの」であり、「過去の所有者との間に無効な契約を結ぶ危険のある、『善意の』買主の保護を有する目的を有するものである」と述べている[69]。

しかしながら、右公示を当事者の申請に委ねざるを得ない以上、公示の懈怠に対して何らかのサンクションを加えなければ、公示は促進されず、従って、公示の目的も達成され得ない。そこで問題は、いかなる形でのサンクションを課すかという点になるが、その方法には種々のものがあり得る。ドイツ型の成立要件主義も、その一つの方法であって、公示を具備しなければ物権も変動しないという不利益を当事者に提示することによって、公示を促進させる右立法を、ドイツの学説は「直接的な登記強制（unmittelbarer Eintragungszwang）」と呼んでいる[70]。一方、これに対する「間接的な登記強制（mittelbarer Eintragungszwang）」にも種々のものがあり得る。フランス一八五五年謄記法の起草委員会において提出された、専ら公証人に対して公示の懈怠に対する民事罰（amende civil）を課すべきとの意見[71]も、その一つとして理解されるであろう。しかしながら、委員会は、右意見を排斥し、公示に非協力的な当事者に対して、公示されていない行為を一定の第三者との関係において対抗不能とする、というサンクションを提示することで間接的な公示強制を行なう共和暦七年法の方法を採用した[72]。後に見るように、ボワソナードもまた、対抗不能の制裁を、

公示を促進させるために一般に対して提示された「威嚇（*menace*）」であるとしている。[73]

ところが、かかるフランス型の間接的公示強制方式を「対抗要件主義」と呼び、そこにおける登記の効力を「対抗力」と呼称する我が国の用語法は、少なくとも学説の現状を見る限り、公示の具備を要件として、第三者に対する対抗可能性という効果が発生するかの如き誤解を招きやすいようである。先にも触れたように、ボワソナードにおける公示の効力に関する論理は、これと全く逆であって、民法典の原則に基づき、本来的には公示とは無関係に万人に対して対抗可能な物権に対して、公示の懈怠を要件として対抗不能という例外的効果がもたらされる、というものである。[74] その意味において、「対抗力」なる用語は必ずしも適切ではないし、本稿でここまで用いてきた「対抗要件主義」なる用語も、正確には「対抗不能要件主義」と言い換えなければならない。

(一) 対抗不能の「不法行為」構成

1 現物による損害賠償

そこで問題となるのは、右の如き対抗不能ないし「権利の本来的な対抗可能性の『失効（*déchéance*）』」[75] のメカニズムをどのように法律構成するか、という点である。

ボワソナードの命題の第二は、この点に関するものであって、彼は、第一譲受人の謄記の懈怠は、第二譲受人に対する準不法行為（quasi-délit）を構成するとし、対抗不能という効果を、「〔第一譲受人の謄記の〕懈怠（négligence）によって損害を被った者に対する、最も完全（complèt）で最も直接的（direct）な方法での『賠償義務（*obligation d'indemniser*）』」[76]、言い換えれば、一三八二条のフォート（faute）に基づく「現物による（en nature）」[77] 損害賠償責任と構成する。即ち、

《謄記をしなかった取得者は、準不法行為（quasi-délit）を犯している。その結果、彼は、その取得後に前所有者と当該不動産

につき取引して、その権利を承継する形で物権を取得した第三者、あるいは、第一譲渡人以前になされた行為〔証書〕に適法な公示を具備した第三者に対して、生じた損害を賠償することになる》。

私の右第二の命題は、要するに、コード・シヴィルの最も適当な条文の単純な適用に過ぎないということができる。即ち、

《他人に損害を生じさせる、人の行為はいかなるものであっても全て、フォートによってそれをもたらした者に、これを賠償する義務を負わせる》（一三八二条）[78]。

しかしながら、右命題については、ボワソナード自身も述べるように、次のような疑問が生じてこよう。

この第一は、何故、一三八二条に基づく第一譲受人の第二譲受人に対する賠償が、第一譲受人による『不動産の放棄（*abandon*）』という特異な賠償方法」によってなされ、「金銭によってなされないのか」という点である[79]。この点について、ボワソナードは、次のように説明する。「賠償は、それが現物で（en nature）提供することができない場合にのみ、金銭で支払われるに過ぎない。損害賠償は、被った損失（perte）及び失われた利益（gain）の塡補において、不完全であってはならない。しかるに、この場合に、無効な契約（一五九九条）を不幸にも結んだ第二買主に不動産を委ねることは、考え得る限りで、最も直接的、最も自然、かつ最も完全な賠償（réparation）である[80]」。

周知の如く、フランスにおける「不法行為の損害賠償の内容や方法については民法に規定がなく債務不履行による損害賠償にのみ関する第一一四六条以下の規定は適用がないので裁判所が専権的に定むべきものと解される[81]」。従って、事実審裁判官は、最も望ましいと思われる方法での賠償を命ずることができることになるが、第一譲受人が登記を懈怠した結果、第二譲受人が無効な契約を結んだ場合には、現物による賠償を認めることが最も合目的的、とボワソナードは主張するのである。

一方、第二の問題は、次のようなものである。即ち、第二譲受人が一三八二条に基づく不法行為債権を有するに過ぎないとすれば、彼は、本来、債権者平等の原則に服すべき一般債権者たる地位に立つはずである。にも関わらず、

彼が、他の債権者に先んじて目的物を保持し得る優先権（préférence）を享受するという結果を、どのように説明するのか。[82]

この点についてボワソナードは、「一三八二条は、ここでは、私見によれば、『生じた損害の賠償』の原則として援用されるものではなく、不法行為あるいは準不法行為を行なおうとしている者に対する『威嚇（*menace*）』として援用されるものである」[83]とし、これは、刑罰論における一般予防の観点と同様であるとする。[84]その結果、ボワソナードは、「民事法は、犯された害悪（mal）に対する処罰及び賠償を命じている。そのこと自体によって、民事法は、とりわけ、各人に対して、彼が威嚇されているところの害悪を、差し控えるよう命じているのである。賠償（indemnité）は、右害悪が避けられなかった場合に対する、補充的な救済に過ぎない」[85]と結論づける。即ち、ボワソナードは、通常の民事責任が、専ら損害の塡補のための制度であるのに対して、対抗不能のサンクションは、第一次的には公示促進のための行為規範である点が、先の効果の相違をもたらすと考える。

では、以上の効果論に対して、右対抗不能の効果を発生させるための要件として、ボワソナードはどのようなものを想定しているか。それは、第一譲受人側の公示義務違反、第二譲受人側の登記の具備、及び、第二譲受人の善意の三つである。以下順次考察を加えよう。

2　譲受人の「公示義務」

我が国においては、登記は物権変動の成立要件ではないから、当事者は登記をするもしないも自由であり、ただ、第三者保護の観点から、右第三者との関係で物権変動の効果を対抗し得ない危険を負担するに過ぎない、と説明されることがある。しかしながら、ボワソナードのような民事責任構成に立脚するとき、対抗不能の具体的な法律構成は、右の如き第三者保護の側面からではなくして、登記を具備しなかった当事者の側の懈怠を咎める、という側面から構成される。ボワソナードは次のようにいう。

第一買主は所有者であるが、しかし、彼は、第三者の利益のためになすべき用心（précaution）を行なうべきであった。彼はそれを行なわなかった、彼は謄記を懈怠した。彼のフォートは、第三者の契約を害する（nuire）危険にさらす。謄記法がなければ、この点に関する、つまり、フォートという観点での、義務（obligation）は存在しなかったであろう。従って、彼は、『合法的に（*jure*）』〔目的物を〕回復し（revendiquer）〔第三者の〕損害（dommage）を生ぜしめることができたであろう。しかし、謄記法は、新たな義務（devoir）を彼に課した（所有者は他にも多くの義務をもっている！）、即ち、謄記法は、不注意（imprudence）による新たな準不法行為を創設することによって、その用心を、彼に命じたのであり、謄記法は、それ自体、準不法行為を犯すことを彼に禁じたのであり、謄記法は、侵害される第三者に対する所有物返還請求（revendication）を第一買主から剝奪する（enlever）ことによって、〔第三者の〕損害を予防している（prévenir）のである。[86]

即ち、謄記法を抜きにした民法典の原則のみによれば、第一譲受人は隠れたる譲渡の結果、第二譲受人に不利益を及ぼしても非難されなかったが、謄記法は、公示の要請に基づき、第一譲受人に新たに謄記義務ないし公示義務を課し、第一譲受人の右義務の懈怠に対して対抗不能という効果が発生する旨を定めた、とされるのである。[87]

右ボワソナードの論理のうち、対抗要件制度が、民法典の諸原則を維持しつつ、これに一定範囲で法律によって例外を加えたものであるとする部分、及び、対抗不能の法律構成を、第三者の信頼保護の側面からではなくして、登記を懈怠した当事者に対する非難可能性の側面から捉える部分については、我が国においても、いわゆる法定制度論あるいは法定取得―失権説によって主張されていたところである。だが、我が国の学説は、右非難可能性の側面を、ボワソナードにおけるような第一譲受人の「謄記義務」違反という観念を用いて説明するわけではない。これに対して、フランスの学説は、民事責任構成それ自体に関しては――それが悪意者排除説と結合して主張されたこともあって――争いがあったものの、少なくとも譲受人の謄記義務ないし公示義務という観念については、これを異論なく承認しているように思われる。[88]

3　譲受人双方未登記の場合の処理

一方、ボワソナードは、第二譲受人の側における登記の具備を、対抗不能の効果発生のための要件としている。[89] 周知の如く、今日の我が国においては、譲受人双方が未登記の場合に何れが優先するかに関して、両譲受人は共に物権取得を主張できないとする判例・通説に対して、近時、物権変動の生じた時期の先後によって決する（＝第一譲受人が勝つ）とする見解が有力に主張されているが、ボワソナードはここで、第二譲受人が勝つとする見解の存在を指摘する。[90] この見解の論拠は、第一譲受人が第一契約の公示を怠ったために、第二譲受人が取引関係に入ってしまった以上、第二譲受人は損害を被っているのであり、これは第二譲受人の登記の有無に関わらない、という点にあるという。[91]

しかしながら、ボワソナードは、右見解に対して、次のように反論する。①その第一は、双方未登記の譲受人間の紛争などというものは、実際にはおよそ考えられない、という点である。「なぜなら、第二譲受人は、謄記（あるいは〔債権譲渡の〕通知（signification））をする前において、自己の優先性を確定するための訴訟を提起するような不注意を有するはずがない。さもなければ、彼は、公示につき先を越される危険があるからである」。[92] ②もっとも、両譲受人が双方未登記のまま訴訟を追行した場合の結論を、理論的に明確化しておく必要はある。理由の第二は、この点に答えるものであって、「第二譲受人は、同一権利に関して、更に他に謄記ないし登記が存在しないことを確かめた後で謄記を行なうのであって、必要な公示によって自己の権利が強化された（consolider）後でなければ契約を履行しない以上、何らの危険（risque）も被っていない」[93] とされる。③また、第三に、第二契約者自身が、謄記を規定した法律を遵守していないにも関わらず、これを遵守しなかった第一契約者を非難するのは、より良識に悖ることである。[94] ④更に、第一契約後、その公示以前に第二契約が結ばれ、その後第一契約の公示・第二契約の公示が順になされた場合には、本来ならば当然、公示の先後で優先順位が決定されるのに、先の見解によれば、第二譲受人が勝つといわなければならなくなる。[95]

以上の如き理由から、ボワソナードは、双方未登記の場合には、第二譲受人は対抗不能の効果を享受し得ず、その

結果、謄記法制定以前の《Prior tempore…》原則に還って第一譲受人が優先すると説く。即ち、

両譲受人が共に不動産に関する権利を謄記せず、あるいは債権譲渡を通知せず、あるいは有体動産の引渡を受けないで、裁判所に出頭した場合には、判決は、第一契約者のためのものとならなければならない。なぜなら、時間的先行性（priorité）は、謄記法が優先権（préférence）を付与する前の、優先措置（avantage）であったからである。この優先措置は、両当事者が、右謄記法の提供する救済を自発的に無視した場合であっても、付与されなければならない。[96]

なお、この点に関しては、ボワソナード説と今日のフランスの判例・学説の間には、もはや対立は存在しない。今日の判例・学説もまた、対抗不能の効果を享受するためには、第三者の側でも登記が必要であること、また、双方未登記の場合には《Prior tempore…》原則に復帰する旨を確認している。[97]

(二) 第二譲受人の「善意」

ボワソナード理論において、対抗不能の効果発生のために、第三者側に要求されるいま一つの重要な要件は、第一契約に関する彼の「善意（bonne foi）」であって、レヴィの分類によるボワソナードの主張の第二点は、これに関するものである。即ち、

《第二買主は、彼が他の何らかの方法で譲渡に関する認識（connaissance）を有していた場合には、第一買主に対して登記の欠缺を対抗する（opposer）権利を失う》[98]

これに対して、フランスの判例・学説は、比較的最近まで、公示の効力、即ち、第一譲受人の登記の懈怠に基づく対抗不能という効果の発生は、第三者の善意・悪意といった主観的要件とは無関係であると解していた。その根拠としては、①一八五五年法三条が、謄記の欠缺を主張する者の善意・悪意を問題としていないこと、②同法の立法者が、

第三者の善意・悪意に関する争いを排除することによって、取引の安全を保護しようとしたと解されること、③補充指定の謄記に関するコード・シヴィル一〇七一条[99]が、悪意の不顧慮を明言していること、が挙げられている[100]。

1 「フロードの通謀（concert frauduleux）」と単純悪意

もっとも、一八五五年法の立法者は、右善意・悪意不問の原則に対して、重大な例外を付与していた。即ち、第二譲受人が「フロード（fraude）」ないし「詐欺（dol）」を行なった場合には、第一譲受人は、公示なくして対抗可能である、というのである。一八五五年法の立法委員会理由書において、スアン（Suin）は次のように述べる。「原則は、同一所有者によって二個あるいはそれ以上の譲渡が同一不動産ないし同一物権につきなされた場合には、第一に謄記を具備した者が、他の者を排斥するというものである。但し、第一に右形式を具備したが、フロード（fraude）に加担した者は除く[101]」。一方、フランスの証書公示型登記制度の下では、一九五五年法により公示の連続の原則が確保される以前においては、第一譲受人が未謄記で、彼からの転得者が謄記を備えている場合が生じた。この場合の転得者は、本来ならば、第一譲受人の未謄記を理由に排斥されるが[102]、委員会審議においてスアンは、右の如き状況を奇貨として第二譲受人が取引関係に入った場合、「このような詐術（manœuvre）は、裁判官が必ずや排斥するところの詐欺（dol）ないしフロード（fraude）を構成する」と述べている[103]。右例外的制裁は、「我が国の民法九〇条、一条二項、三項と同様の機能を果たす[104]」――ボワソナードの表現によれば「正義（juste）と自然法（droit naturel）の原則[105]」たる――『フロードは全てを害する（Fraus omnia corrumpit.）』という一般条項の適用であり、我が国にいわゆる「背信的悪意者」排除論に相応する。

だが、問題は、右立法者にいう「フロード」ないし「詐欺」の具体的内容をどのように理解するか、という点である。判例・学説は、これを、第二譲受人が譲渡人との間で「フロードの通謀（concert frauduleux）」を行なった場合と定義した。即ち、第二譲受人の単なる悪意ないしは単独のフロードでは足りないとされたのである。しかしながら、

右《concert frauduleux》という基準は、判例が、第二譲受人単独のフロードを認めるに至って破綻した。なぜなら、そこには、右理論の本質的部分たる「通謀」という要素が欠けているからである。[106]

ボワソナード論文のそもそもの問題提起は、まさにこの点から始まる。即ち、彼は、判例・学説を詳細に検討した後、そこにおける《concert frauduleux》概念が、必ずしもフロードの通謀を意味しておらず、単純悪意との区別が恣意的なものに過ぎないと批判した後、かかる現状においては、買主の単独の悪意に対しても、今まで通謀フロードに対してなされてきたと同様の解決を与えなければならない、との視点から論を進めるのである。[107]

2　公示の目的と対抗要件主義の関係づけ

一方、先に掲げた通説の形式論的根拠（①一八五五年法三条が、謄記の欠缺を主張する者の善意・悪意を問題としていない）の背後には、おそらく、公示の効力を成立要件的に理解しようとする発想が控えていたと解される。[108] しかしながら、前示の如く、ボワソナードは、右成立要件的な理解を明確に否定し、意思表示段階での物権の完全な移転を明言している。かような理解に立つとき、登記を有する者が画一的に権利を有することが当然という、成立要件主義的な発想は、もはや採用することはできない。

もっとも、ここで、二重譲渡における登記名義人優先法理は、登記を物権変動の成立要件とするものではないが、少なくとも登記法が登記に対して付与した法定効果である、と述べることは可能であろう。先に見たように、ボワソナードも基本的には、これを登記法によって新たに創設された謄記義務の懈怠を要件とする法定効果と捉えているのであって、不法行為構成は、単にその内部的メカニズムを説明したものに過ぎない。しかしながら、そのように解した場合、右法定効果は、先述の公示制度の目的ないし根拠と公示の効力（＝対抗要件主義）の間に存する目的・手段の関係からみて、登記法の目的に必然的に影響されると解するのが自然であろう。しかるに、登記法ないし公示制度の目的は、善意の第三者に対して第一契約の存在を認識させる点にあった。

ボワソナードの悪意者排除論の特色は、右公示の目的を、公示の効力の限界づけに用いるところにある。即ち、彼は、一八五五年法の立法者の言を詳細に援用しつつ、公示の目的が「不知の者に認識させる」点に存し、対抗要件主義が右公示の目的を達成するための手段たる制度である以上、右制度の保護の対象となるのは、善意者に必然的に限定されると説く。彼の言を引用するならば、

忘れてはならないのは、公示が、『知らない者に知らせる』ためになされるものであって、知っている者に対してなされるものではない、という点である。即ち、『知っている者は、更に知らされることはない（*Qui certus est amplius certiorari non potest.*）』。公示は、過去の所有権者と無効な契約を結ぶ危険のある『善意の（*bonne foi*）』買主を保護する目的を有する。この点は、立法の審議、理由書及び議事録において再三繰り返されている。即ち、

……〔略〕……

ここで、謄記の目的が、フロードと錯誤（erreur）を予防する点に存したことは、何らの疑いもない。ところで、もし第二買主が第一売買を『別の方法で認識していた』場合には、彼の側には錯誤は存在せず、謄記は彼にとって無用のものとなる。彼は、それ故、彼のためになされたものではない形式の欠缺を援用することはできない。[109]

これに対して、善意・悪意不問の立場、例えば、リヨンーカンは、右ボワソナードの主張に対比させる形で、先に掲げた通説の実質的根拠（②紛争の画一的処理による第三者保護・取引安全）を強調している。即ち、

ここでは、次のように表現される一種の格言（adage）の適用があるだろう。即ち、『知っている者は、更に知らされることはない（*Qui certus est, amplius certiorari non potest.*）』。しかし、これは、立法者の意思、即ち、彼が創設した形式によって、あらゆる紛争を断ち切ろうとしたと解される点と矛盾するであろう。この紛争は、第三者が先行する譲渡の事実を認識していたか（connaître）否かの点に関して多数生ずるであろう。[110]

もっとも、右通説においても、公示の目的を「第三者に認識（connaissance）を与える」とする点に違いはないから、[111]

これと、対抗要件主義における紛争の画一的処理という目的とを、どのように関係づけるかが問題となる。この点に関して、善意・悪意不問説の側からのロジックを立てるとすれば、「登記法の目的は特定の第三者、言いかえれば第二譲受人の救済にあるというよりも、むしろ単純に、登記簿を組織して取引を公開せしめること、これにより不特定の第三者の便宜に供することにある」[112]ということになるであろう。つまり、善意の第三者に認識を与える、という登記制度の目的は、専ら、これから取引関係に入ろうとする「不特定の第三者」を念頭に置くものではない。従って、「特定の第三者」に関する対抗要件主義における要件論、即ち、善意の第三者のみを保護するか、それとも紛争の画一的処理の要請に基づき善意・悪意不問とするかという問題は、「不特定の第三者」に関する公示制度の目的とは没交渉である、というのである。

しかしながら、少なくともボワソナードの目するところの通説は、公示の目的における「『善意の』第三者保護」と、対抗要件主義における「『善意の』第三者保護」の問題を、右の如き没交渉のものとしては理解していない。即ち、ボワソナードによれば、通説もまた、本来的には第二譲受人の善意を要件としているとされる。しかしながら、通説は、紛争の画一的処理によって取引の安全・迅速という公益ないし一般的利益を図るため、右善意の要件を、後発的にカットしている。そして、この側面に至ってはじめて、ボワソナードは通説と袂を分かつのである。この点は、彼の「法律上の推定」構成を検討する際に改めて論じよう。

3　抵当権登記に関する例外

なお、ボワソナードが、抵当権登記に関しては、通説と同様、善意・悪意不問の結論を維持している点[113]には注意を要する。何故、所有権謄記に関しては第二譲受人の善意を要求しておきながら、抵当権登記に関してはこれを要求しないのか。

ボワソナードは次のように説明する。まず、所有権謄記の場合、即ち、同一不動産に関する二人の承継取得者間の

紛争においては、『同一の性質』を有し、『二人の異なる者』によって主張されている」ところの「両立し得ない（incompatible）」権利が問題となっている。その結果、必然的に、一方当事者は、他方当事者の利益の犠牲とならなければならない。また、ここでは、一方当事者が勤勉（diligent）で、他方当事者に懈怠がある（negligent）か、あるいは、一方当事者に懈怠があるに過ぎないのに対して、他方当事者に悪意（mauvaise foi）がある場合が問題となる。[114]

これに対して、抵当権登記の場合、即ち、二人の抵当権者間あるいは抵当権者と目的物件の譲受人間の紛争においては、右の如き「両立し得ない状態（incompatibilité）」は存在しない、とボワソナードはいう。[115] 即ち、①まず、先取特権ないし抵当権の二重設定の場合には、担保権者は何れも一般債権者たる地位を有しているから、これに基づき別個の抵当権を設定し、あるいは債務者の任意の弁済を受け、あるいは人的保証によって満足を得ることができる。従って、担保権者間の紛争においては、一方の権利は他方の権利を完全に排斥する（exclure）ものではない。他方において、第一担保権者の登記の懈怠は、彼が他に何らかの担保を有するため、と後続の担保権者によって評価されてもやむを得ない。[116] ②一方、担保権者と目的物の譲受人の衝突の場合には、譲受人の売主への代金の支払いと、登記を具備せず他の方法でも弁済を受け得る担保権者に与えることによる満足との間には、何ら「両立し得ない状態（incompatibilité）」は存在しない。[117] 以上の視点に立って、ボワソナードは、担保権登記に関して、第三者の「悪意の証明は『事実上』も『法律上』も不可能である」と結論づけ、第三者は常に善意となるが故に、ここでの善意・悪意不問の結論は、所有権謄記における善意の要求と矛盾しない、と主張する。[118]

右ボワソナードの論理は、次の二点において非常に特徴的である。

その第一は、《incompatibilité》なる用語の用いられ方である。今日の我が国においては、いわゆる対抗問題は、「両立し得ない物権相互間の優先的効力の問題」[119] ないし「食うか食われるかの関係」[120] と定義された。これに対して、ボワソナードは、抵当権に関する紛争においては《incompatibilité》がない、と主張する。しかしながら、右論理を

我が国の学説に当てはめると、そもそも抵当権に関しては、対抗問題が生じないことになってしまう。ところが、ボワソナードにおいては、右《incompatibilité》の有無が、第三者の善意・悪意の側面に反映されている。

そこで第二に問題となるのが、右「善意」「悪意」の用語法である。高橋良彰氏は、右抵当権登記に関するボワソナードの記述につき「『善意』や『悪意』という議論が、ここでは、『知らないこと』や『知っていること』という法律上のテクニカルタームとして使われているというよりも、より実質的な意味で、『善』であるか『悪』であるか、という意味で使われている」とされる。[121] 更に高橋氏は、右担保権に関する記述を、ボワソナードの自然法思想を引きつつ公示制度一般に敷衍され、「『善意の』第三者の保護」という公示の目的における「善意」もまた倫理的な「善」の意味である、と主張される。[122]

高橋氏の研究は、ボワソナードの二重譲渡論において「善意」が要求される制度趣旨を、その背後に控える法思想的側面にまで掘り下げて検討されている点において、極めて重要である。ただ、「善意」概念において倫理的・道徳的側面を強調するのは、フランスの学説一般についていえる事柄であって、ボワソナードの特質として理解すべきかどうか、必ずしも即断しかねる。フランス法の随所に見られる「善意」の用語は、「対抗可能性」や「フォート」などと同様、非常に多様性に富んだ概念であって、フランスでは、それ自体独立した研究テーマとなっている。[123] ゴルフェによれば、「善意」の用語は「道徳的に善良な意思(bonne volonté morale)」の法的等価物であるとされるが、[124] 右「善意」は、次の二つの機能をもつ。[125] その第一は、コード・シヴィル一一三四条三項(「合意は善意(bonni foi)にて履行されなければならない」)に代表される、「法律行為における履行の誠実(loyauté)」の意味における「善意」であり、これはドイツ法における《Treu und Glauben(信義誠実)》に対応するものであるとされる。第二は、「誤った、しかし無理もない信頼(croyance erronée et excusable)」の意味における「善意」であり、これはドイツ法における《guter Glaube(〔善意取得ないし公信力にいう〕善意)》に対応するものであるとされる。

ボワソナードにおける「善意」の用例も、これとほぼ同様と見てよいであろう。即ち、仏民法一一三四条三項をボワソナード草案三五〇条二項経由でそのまま引き継いだ旧民法財産編三三〇条「合意ハ善意(bonne foi)ニテ之ヲ履行スルコトヲ要ス」にいう《bonne foi》は、まさに《Treu und Glauben》と読み替えるべきものである。一方、《guter Glaube》の意味における《bonne foi》にあっては、当該信頼が《excusable》かどうか、という価値判断が必然的に付随するものといわなければならないであろう。即ち、ここにいう《bonne foi》は、正確には「合理的な信頼」とでも訳すべきものであり、右信頼の基礎をそもそも欠く場合や信頼することにつき合理性のない場合（とりわけ第三者の過失・無過失の問題）を考慮の対象に取り込んでいる点において、単に「知らないこと」という意味での「善意」概念よりも広いものと解される。[126] 担保権に関して善意・悪意を不問とするボワソナードの記述は、担保権に関してはそのような信頼の基礎がないとしたもの、と解すべきではなかろうか。もっとも、本稿での引用からも知られるように、ボワソナードの記述においては、《bonne foi》と《ignorance (ignorer, ignorant)》、あるいは《mauvaise foi》と《connaissance (connaitre)》《savoir》等の表現を、取り立てて問題とすることなく置き換えている個所も見られることから、結局、ボワソナードにおいて《bonne foi》の用語が何れの意味で用いられているかは、個別的に判断していく他ないように思われる。

㈢ 善意に関する「法律上の推定」

1 実体法的構成と証拠法的構成

以上の如く、ボワソナードによれば、第二譲受人優越のためには、彼の「善意」が要件になっているとされるのであるが、善意・悪意不問説が主張していたように、フランス法における対抗要件主義の条文は、我が現行一七七条と

同様、登記（謄記）の欠缺から対抗不能の効果が発生する、と規定しているのであって、第三者の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、ボワソナードにあっては、どのように説明されるのか。

これを、ボワソナードは、対抗要件主義の規定が、登記の欠缺から第一譲渡に関する第二譲受人の善意を推定する、という「法律上の推定（présomption légale）」を黙示的に包摂しているため、と理解する。[127] 即ち、対抗不能の効果発生のためには、本来ならば、第三者側において自己の善意を主張・立証しなければならないところ、対抗要件主義の条文に含まれている法律上の推定の結果、第三者は、相手方の登記の欠缺を援用することで、自己の善意の証明に代えることができる。ただ、法律上の推定の通常の規定の仕方ならば、「登記の欠缺から第三者の善意を推定する」という形で、「前提事実―推定事実」の関係が条文上明記されるところを、登記の欠缺という置換された後の証明主題のみを提示する形で規定されているために、推定事実である善意の存在が条文上隠れてしまったに過ぎない、というのである。これは、対抗要件主義の条文を、登記の欠缺から善意を推定し、右善意を要件として対抗不能の効果が発生する、という二段構えの構造として理解するものであり、その限りでは、対抗要件主義の条文をいわば「証明規定（règle de preuve）」[128] と捉えるものである。

これに対して、一九世紀通説は、善意・悪意が不問とされる以上、そこに右に見るような善意を中間項とする二段の論理を想定する必要はなく、登記の欠缺は端的に、対抗不能という効果に対する直接の要件と解されるのであり、従って、対抗要件主義の条文は「実体規定（règle de fond）」と見るべきであるとしていた。[129]

ここで問題となるのは、通説が善意・悪意不問の根拠としていた補充指定の謄記に関するコード・シヴィル一〇七一条の規定である。同条は、謄記の欠缺を理由に第三者が第一譲渡を否定し得る旨を定めた一〇七〇条を受けて、右第一譲受人の謄記の欠缺は、第三者の「認識（connaissance）によって、補完することも、治癒されたと看做すこともできない」旨を規定する。同条は、無償権原たる補充指定に関する規定であるが、しかしながら、通説は、補充指定

と一八五五年法によって謄記に服する法律行為とを区別して扱う理由は何ら見出されないとし、同条における善意・悪意不問の結論は、売買をはじめとする有償権原に関しても適用があると説く。[130]

一方、ボワソナードもまた、同条が、贈与及び補充指定いっとた無償権原の登記のみならず、売買等の有償権原に関しても適用がある点に関しては、これを承認する。[131] だが、ボワソナードによれば、一〇七一条の解釈論の領域においては、同条を法律上の推定規定と解するのが一般的な理解であるという。となれば、同条を善意・悪意不問の根拠として援用する通説は、対抗要件制度の一般的法構造それ自体について、ボワソナードと同様の「推定」構成を自認している、といわなければならない。

ところで、我が旧民法の草案注釈において、ボワソナードは、登記の効力を実体法的に解すべきか証拠法的に解すべきかという議論を、もはや問題にはしていない。そこでは、当時のフランスの通説＝善意・悪意不問説の立場もまた、登記の欠缺（ないし存在）から第三者の善意（ないし悪意）を推定する、という構造理解の側面では自説と同様である、との前提に立った上で、右通説の立場に対して反論が展開される。即ち、彼によれば、通説は「次の二つの反対証明が全く許されない絶対的な法律上の推定が存する、と主張する」。[132] その第一は、第一譲受人の登記の存在を推定の前提事実とする、第二譲受人の認識ないし悪意の推定であり、第二は、第一譲受人の登記の欠缺を前提事実とする、第二譲受人の不知ないし善意の推定である。そして、ボワソナードによれば、通説は、両推定が同一の性質及び証明力を有するものと理解しているが、ボワソナードの反論は、その双方に向けられる。即ち、悪意の推定については、これを認めるべきではなく、また、善意の推定については、自白（宣誓）の方法による反対証明を認めるべきである、というのである。

2　悪意の推定

まず、第二譲受人の悪意の推定に関して、ボワソナードは、当初、（彼にいわゆる）通説の立場に全面的に従って

いた。これを彼の在欧時代の論文は、次のように説明する。

謄記がなされると、あらゆる後続の取得者は、過去の所有者と取引する余地がもはやないことを『知っていた(*savoir*)ものと推定される』。逆に、彼がそれを知らなければ、それは、彼に懈怠(négligent)があったということである。彼は、それ故、自己の主張を、打ち勝ち難いジレンマによって、拒絶される。即ち、《あるいは、汝が謄記によって譲渡を認識して、なおも承知の上で無効な行為を行なったか、あるいは、汝がこれを知らずに(ignorer)、フォートによって公簿(registre public)を調査しなかったかである》。ここには、何人においても問題は存しない。[133]

右記述は、プロジェの註釈においては、通説の説明としてほぼそのままの形で転用されているのであるが、[134]ところが、ボワソナードは、プロジェにおいては、右悪意の推定を認める通説の立場を否定するに至る。法律上の推定に関する草案一四二三条の注釈部分において、彼は次のように述べる。

法律が一定の行為に対して特定の公示方法を要求している場合には、法律が、要求される公示の欠缺の場合に、右行為が、これを認識することにつき利益を有していた者に対して、知られていないものと推定することは当然である。

法律は、これと反対の推定、即ち、要求される公示が具備された場合に、右行為は知られていたものと看做す、という、悪意の推定を規定しない、なぜなら、これは、利害関係人(les intéressés)は、自己に関係する事柄を調査する(s'enquérir)ために必要な用心(prudence)と警戒(vigilance)を常に有している、と推定していることになるからである。ところで、日常の経験は、これと反対の事態が存することを明らかにする。しかるに、この場合、彼ら(ils)には、フォートが存するのであり、彼らは、自己の不知(ignorance)を主張することはできないのである。[135]

右主張は、要するに、第二譲受人が、第一契約の登記の存在につき現実に善意であった場合には、これに対して悪意を推定することによって対抗要件主義の規定の適用を排除することは不合理であり、ここでは、むしろ第二譲受人のフォートを理由に彼の善意の主張を排斥すれば足りる、というものであろう。[136]

3　善意の推定

以上の悪意の推定に対し、第一譲受人の登記の欠缺を前提事実とする、第二譲受人の善意の推定に関しては、ボワ

ソナードは、当初より一貫して、彼にいわゆる通説の立場を批判している。即ち、右善意の推定は、通説の主張するような「覆滅し得ない推定（présomption irréfragable）」ではなくして、第二譲受人が実際には悪意であった、との第一譲受人の反対証明（preuve contraire）によって「覆滅し得る推定（présomption réfragable）」である、というのである。

既に知られるように、フランスにおける法律上の推定は、ローマ法以来の伝統に従い、これに対する反対証明を許さない「覆滅し得ない法律上の推定〔ないし完全推定〕」と、反対証明を認める「覆滅し得る法律上の推定〔ないし単純推定〕」に分けられる。[137] 現在の我が国の用語法からすれば「覆滅し得ない推定」なる概念はいささか奇異であるが、これは、我が国にいう「擬制（看做ス）」に相応すると考えてよい。というのは、我が国にあっては、現行民法の立法過程において、「覆滅し得ない推定」なる概念は「擬制」に他ならないとするドイツ法の影響を受け、旧民法において認められていた「覆滅し得ない推定」の用語を「擬制」に改めたからである。[138]

さて、この点に関する通説＝善意・悪意不問説の立場に関するボワソナードの説明は、次のようなものである。即ち、通説によれば「公示という法律上の方法は、『公の秩序（*ordre public*）』に関するものとされる。公示の不記載（omission）は、あらゆる利害関係人に利益をもたらす。即ち、謄記の欠缺の場合、そこには『不知に関する法律上の推定（*présomption légale d'ignorance*）』が存し、これに対しては、何らの〔反対〕証明も法律によって認められていない。そして、ここでは、一三五二条が援用されている。[139]」。

法律上の推定の定義規定たる仏民法一三五二条は、次のような規定である。

【一三五二条】

① 法律上の推定は、その利益を受ける者に対して全ての証明を免除する。

② 法律が、法律上の推定を根拠として一定の行為を無効とし、または裁判上の訴権を否定するときは、この推定に対するいかなる証明も認められない、但し、法律が反対証明（preuve contraire）を留保している場合はその限りではなく、また、宣誓

(serment) または裁判上の自白 (aveu judiciaire) に関する規定の適用を妨げない。

二項の文言からも知られるように、フランスにおける法律上の推定は「覆滅し得ない推定」を原則とし、一定の場合に限られた証明方法によってのみ反対証明を許す、という形をとる。即ち、自由心証主義を採用する我が国においては、法律上の推定に対する反対証明の方法は、いうまでもなく無限定であるが、法定証拠主義を採るフランスにおいては、右一三五二条二項の文言からも知られるように、反対証明の方法も極めて限定されており、人証 (preuve testimoniale)・事実上の推定 (présomption de fait ou de l'homme)・職種で付託される宣誓 (serment déféré d'office) の方法による反対証明は認められない。従って、仮に対抗要件主義において第二譲受人の善意が要件とされ、登記の欠缺から右善意に関する法律上の推定が働くとしても、これに対する第一譲受人側からの悪意の反対証明が認められないことから、結論的には善意・悪意不問となる。これが、ボワソナードの説明によるところの通説＝善意・悪意不問説の立場である。[140]

では、これに対するボワソナードの見解はどのようなものか。彼は、一三五二条二項末尾の「宣誓及び裁判上の自白に関する規定の適用を妨げない」の文言に注目する。即ち、登記の欠缺による善意の推定に対しては、少なくとも宣誓及び裁判上の自白による悪意の反対証明は認められるべきである、というのである。彼は、これを、フランスにおける自白・宣誓の機能の側面から説明する。即ち、フランスの法定証拠主義下における自白及び宣誓（ここでは決訟的宣誓 (serment décisoire)）は、一般に、他の証明が禁じられている場合にも許容されることが通常である。その理由は、当事者が自発的意思に基づき自己に不利益な証言をしている以上、その内容が真実であると認めざるを得ないことによる。[141] それ故に、法律は、「自白はそれを行なった者に対して完全な証拠力 (pleine foi) を有する」（仏民法一三五六条二項）とし、「決訟的宣誓は、いかなる種類の紛争についても、付託することができる」（一三五八条）と規定しているのであり、ここに、過去の学者がこれらを「証明の中の証明 (probationes probatissimæ)」と看做していた理由が

存するのである[142]、と。

しかしながら、そうであるからといって、法律上の推定に関して、自白・宣誓の方法による反対証明が常に認められるか、というと、必ずしもそうではなく、「自白及び宣誓は、公の利益（intérêt public）に基づく法律上の推定を覆すため、あるいは法律が、その証明が公の秩序（ordre public）にとって危険と看做している事実を証明するためには、認められない[143]」。従って、善意・悪意不問説とボワソナード説の対立点、即ち、公示による善意（あるいは悪意）の推定に対して、自白・決訟的宣誓の方法による反対証明が認められるかどうかは、公示・対抗要件制度が「公の利益」ないし「公の秩序」に関するか否かの判断にかかっていることになる。では、この点をボワソナードはどのように考えているか。ここでは次の二点が問題とされる。

その第一は、公示の目的ないし根拠との関連である。先に述べたように、ボワソナードは、通説と同様、公示制度の目的が、「『一般的な利益』、『一般的な信用』に対する『一般的な保証[144]』」にある、即ち、「公の利益」「公の秩序」に関わるものであることを承認している。となれば、公示に関する善意の推定は、公益・公序に関するものであるから、自白・宣誓による反対証明も認められない、と言わざるを得なくなる。

しかしながら、これに対してボワソナードは、少なくとも二重譲渡紛争の側面においては「公の利益」「公の秩序」は問題となっていない、と主張する。即ち、

第一売買の謄記がなされた場合には（これは、私の基本的前提とは反対である）、一般に周知であることに基づく、あるいは、知るべきことは知らなかった第二買主側のフォートに基づく、覆し得ない（invincible）推定が存する。この場合には、懈怠ある（négligent）第三者の右不知（ignorance）に関する、『謄記した』買主の自白も、彼の宣誓拒絶も、第三者を害する可能性はない。公の秩序（ordre public）は、彼が覆滅の余地なく（invinciblement）保護されることを望むのである。このことは全く明らかである。第三者の危険の予防のために全てを行なった買主が、更に第三者の無謀さ（témérité）の責任を負うとすることは、異例ではないだろうか。このことは、（私が先に挙げた比喩を用いれば）、その作業を照明で照らした（éclairer）請負業者が、盲人あるい

は酔払いが不注意にもそこに入り込み負傷したことに対して責任を負うのと、同様である。

反対に、謄記がなされなかったが（これは私の前提である）、しかし、第一取得者が新買主に対して、彼がその取引を締結する以前に、第一契約に関する認識を個人的に与えていた場合に、新買主が、これを自発的に自白し、あるいは、その不知を宣誓するよう要求されて、彼が宣誓を拒絶したとする。この場合において、公の秩序が関わっているであろうか。この場合において、公の秩序は、右不誠実な人間が、懈怠ある、あるいは他人の誠実を信用し過ぎた者に勝訴することを、要求するであろうか。ここには、法律を起点とした、謄記の有用性（utilité）という一般的観念における公の利益（intérêt public）に対する専らの関心（préoccupation）が存するにしても、同一物に関する二人の順次の買主の直面する紛争においては、依然として私益（intérêt privé）のみが問題となっている。[145]

第二は、前述した善意・悪意不問説の実質的根拠（紛争の画一的処理による第三者保護・取引の安全）との関連である。先述の如く、通説は、善意・悪意不問の条文根拠を一〇七一条に求めていたが、ボワソナードによれば、「そこには、第二買主の善意（bonne foi）ないし不知（ignorance）に関する『法の法による（*juris et de jure*）』〔＝覆滅し得ない〕法律上の推定が存する」[146]とされる。だが、ここで同条が「覆滅し得ない」推定を定めた規定であるとされるのは、同条の制度趣旨ないし目的が、第二譲受人が一律に「第三者が譲渡に関して有していた可能性のある『外来的な（*extrinseque*）』認識をめぐる訴訟から免れる」[147]ことにより登記中心の取引へと誘導しようとする、まさに「公の利益」ないし「公の秩序」に関するものだからである。そして、右一〇七一条が無償行為・有償行為の何れにも適用があるとされる以上、結局、二重譲渡紛争一般について、自白・宣誓による反対証明が許容されないと言わざるを得ないのではあるまいか。

だが、これに対して、ボワソナードは、一〇七一条の制度趣旨たる紛争の画一的処理という観点の正当性は承認しつつ、次のようにいう。

これ〔紛争の画一的処理という制度趣旨〕は、思うに、一〇七一条の非常に良い部分である。しかしながら、一旦この犠牲が、

買主の保護（sécurité）、ないしは、訴訟を拒絶する公の利益（intérêt public）においてなされるとなれば、それは、彼が第一売買に関して有していた認識につき「直接に自白し」、あるいは自己の不知につき「宣誓を拒絶した」者に対して勝訴を与えることを、専ら是認し得る理由となるであろうか。自己の訴訟を裁く立場に任じられていた彼は、自ら非を認めた（se condamner）のであり、法律上の推定に値しないことを示したのである。[148]

ここでは、次の二点を指摘しておきたい。

その第一は、今日の我が国におけるボワソナード理論の位置づけに関するものである。我が国の従来の学説は、単に条文に「善意」の文言が見られるという理由から直ちに、ボワソナード旧民法の立場を悪意者排除説と位置づけていたように思われる。しかしながら、右に見たように、ボワソナード説と、彼が通説と目するところの見解の間の対立の内容は、我が国にいわゆる「悪意者排除説」対「背信的悪意者排除説」の対立とは、全く異なるものである。なぜなら、ボワソナードによれば、対抗要件主義の保護を受ける者は本来的には善意者に限定されているとする点（換言すれば、対抗不能の効果発生のためには善意が本来的な要件となっている点）、及び、紛争の画一的処理の要請に基づき登記の欠缺から第三者の善意に関する法律上の推定が働いているとする点において、通説＝善意・悪意不問説はボワソナード説と同様である、と理解しているからである。両説の対立点は、右法律上の推定に対する反対証明を全く認めないか、それとも自白・宣誓に限って認めるか、という部分に存するに過ぎない。自由心証主義に立つ我が国における悪意者排除説にあっては、悪意の証明方法につき何らの制約も設けられない。だが、ボワソナードの見解においては、あらゆる証拠方法を用いた反対証明が認められるフロード通謀の場合を除けば、[149] 悪意は、第三者側が自らこれを認めた場合以外には証明不能であり、従って第一譲受人が勝訴することはできないのである。この観点からみれば、ボワソナードの見解は、我が国にいわゆる背信的悪意者排除説に近い。あるいは、ボワソナードにいわゆる通説とボワソナード説の対立は、いわば背信的悪意者排除説の内部的対立と見ることもできる。何れにせよ、右ボワ

ソナードの見解を、少なくとも我が国にいわゆる悪意者排除説として位置づけることは困難であるように思われるのである。[150]

だが、そこで第二に問題となるのは、自白・宣誓に限定して反対証明を認める、という処理それ自体の妥当性である。

まず、先のボワソナードの記述の限りでは、かかる処理が、自白・宣誓の優越性の根拠——当事者の自発的意思の尊重——と公示・対抗要件制度の目的の何れを重要視するか、という微妙な価値衡量に基づくものであるように窺われるが、その説明の仕方は、「覆滅し得ない推定」か「覆滅し得る推定」かの認定基準を「公の秩序」「公の利益」に関わるか否かに求める限り、いかにも苦しい。というのは、レヴィも述べるように、公示に関する規定は、多かれ少なかれ「公の秩序」「公の利益」に関連するからである。[151] むしろ、ここでは、「覆滅し得ない推定」か「覆滅し得る推定」かの一般的な認定基準を、専ら、当該推定に対する反対証明を認めないことによって達成される目的が、どの程度強い要請となっているか、という実質的側面に求めていれば、説明として足りていたように思われる。[152]

一方、単純悪意の場合には自白・宣誓による反対証明を認める、という処理は、結果において、彼の論文のそもそもの問題意識ないし基本主張との間に矛盾を来す。というのは、先に述べたように、彼の主張は当時の判例・学説における《conceit frauduleux》要件の曖昧さを批判し、第二譲受人の単純悪意の場合にもフロード通謀と同様の解決を与えるべきである、という点から出発していたからである。ボワソナード自身も指摘していたように、フランスにおいては、フロードに関しては、その証明の方法は無限定であり、事実上の推定をはじめ、あらゆる証明方法が許容されている。となれば、彼がフロード通謀と単純悪意の区別が曖昧であると主張する以上は、反対証明の方法に区別を設けることもまた不可能なはずである。かかる不徹底さの故に、ボワソナードの見解は、当時の通説＝善意・悪意不問説のみならず、今日のフランスの多数説たるフォート説、即ち、悪意の証明方法につき制約を設けない立場（これ

が我が国にいわゆる悪意者排除説に相応する）からも批判されることとなった。その余の部分ではボワソナード説に賛成するレヴィも、この点に関しては、「その駁論する学説が満場一致であることに動揺したボワソナードは、理論を貫徹できなかった」とし、「かかる妥協的解決は、ほとんど説得力がない」と評している。[153][154]

四　結びに代えて

対抗要件主義に関するボワソナード理論は、母国フランスにおいても、長い間少数説たる地位に留まっていた。彼の理論のうち、本稿「二」で紹介した民法典の宣明する諸原則と対抗要件主義の関係については、学説は、比較的早期からボワソナードと同様の理解を示すに至っていたが、他方、本稿「三」で検討した対抗要件主義それ自体の内部構造――とりわけ第二譲受人の「善意」を要求する点に関しては、これに批判的な見解が支配的であった。しかしながら、レヴィも述べるように、ボワソナードの見解は、今日のフランス法学説にとって先駆的な意義を有するものである。[155] 既に知られるように、破毀院は、《concet frauduleux》要件の破綻を機縁として、一九六八年になって従来のフロード説からフォート説へと転換し、この立場は、一九七四年判決、一九七九年判決により確定したと見うるからである。[156]《concet frauduleux》要件の曖昧さが、やがて判例・学説におけるフロード通謀と単純悪意の同一処理への「突破口（brèche）」となる、と指摘したボワソナードの予見[157]は、まさに的中したのである。

一方、我が国における物権変動論の歩みも、あたかもフランスにおける発展と同じ経緯を辿りつつあるように思われる。

1　意思主義をはじめとする諸原則と対抗要件主義の関係

我が国の従来の議論は、本稿にいうボワソナードの二つの命題のうちの前者、即ち、本稿「二」で検討したフラン

ス民法典の宣明する諸原則、なかんずく意思主義と対抗要件主義の関係をどのように説明するか、という点を基軸に展開した。

まず、議論の前提として、①所有権ないし物権の絶対性、②意思主義、③《Nemo plus juris…》原則それ自体について。これらは、我が現行民法においても基本的に維持されていると見てよいであろう。①即ち、このうちの所有権ないし物権の絶対性に関しては、「対抗可能性」の一般理論＝権利一般の不可侵性論に立つか否か、という問題はあるものの、少なくとも事を物権に限定する限り、相対的所有権概念を極力否定しようとする点において、我が国もフランスと同様であろう。②また、意思主義は、旧登記法と共に制定された公証人法により企図された公証人介在型の証書取引が定着せず、更に、現行民法制定時において証拠法における書証優越原則を削除したため、母法とは似て非なる極端な諾成主義の立法となってしまっているが、しかしながら、この点は、対抗要件主義との関係そのものを改変するものではなかろう。[158] ③更に、《Nemo plus juris…》原則に関していえば、我が国においては他人物売買は無効ではないが、これは単に債権的な有効を意味するに過ぎないものであって、無権利者からの譲受人が物権を取得できない点において、日本法とフランス法との間に同視し難い差異があるとは思われない。[159]

一方、フランスにおいては、これら諸原則と対抗要件主義の成立時期のずれが、両者の関係の理解に影響を与えているが、我が国においては、両者が実定法において同時期に確立されている。しかしながら、この点もまた、右諸原則と対抗要件主義の間に存する関係を、日本法において変質させる要因とはならないであろう。[160]

となれば、今日の我が国においても、これら諸原則と対抗要件主義の関係につき、ボワソナード及びフランス法学説の説明を越える論理を考えることは困難なように思われる。即ち、我が国においても、右諸原則はあくまでも原則たる地位にあるという点を確認した上で、対抗要件主義が右諸原則に対する限定された例外をなす、という基本構造に立脚した論理構成をする必要がある。かかる観点に立つとき、相対的効力説は、所有権ないし物権の絶対性それ自

体を改変するものであるが故に、採用し難いものがある。また、債権的効力説は、少なくともそれがドイツ型の物権契約・債権契約の区別を前提とする限り、意思主義原則との間に抵触関係を来す。更に、不完全物権変動説あるいは「なし崩し」的変動説は、意思表示の時点での「万人に対する」完全な物権の変動を否定している点において、物権の絶対性及び意思主義原則と相容れない。更に、公信力説は、少なくともそれがドイツ法と同様の法構造を前提としているならば、《Nemo plus juris…》原則の全面的否定を意味するという点において賛同し得ない。その意味で、いわゆる法定制度論、あるいは滝沢教授の法定取得―失権説の登場は、従来の物権変動論に新たな地平を拓くものであった。というのは、両者は、対抗要件主義が、本来の時間順優先主義の原則に対する例外として、法律により付与された特別の効果であることを明らかにするものであり、また、とりわけ法定取得―失権説は、既に意思表示の時点で第一譲受人に確定的に移転した万人に対して対抗可能な物権を、一定の場合に限って例外的に対抗不能にする、というボワソナード及びフランス法学説と同様の理解を、明快に打ち出したからである。

2　対抗要件主義の内部構造

しかしながら、そうなると、検討すべき次なる問題は、本稿「三」で検討したところのボワソナードの第二命題、即ち、「法定効果」ないし「法定取得―失権」と目される対抗要件主義の内部構造をどのように理解するか、という点になるが、意思主義と対抗要件主義の関係論という従来の対立に焦点を当てた従来の学説にあっては、結局のところ、これは特に法が定めた制度であるから、という説明以上のものは見出されない。もっとも、我が国においては対抗要件主義の内部構造が論議されてこなかったかというと、そうではなく、周知の如く、この点は専ら「悪意者」問題との関連において――一七六条と一七七条の関係論とは一応切り離された形で――考察が加えられている。だが、そこにおける個別的な議論を見る限り、この側面においてもまた、今日の我が国の学説は、ボワソナード理論をある程度追認する方向に進行しつつあることに気づかされる。

① まず、対抗不能の効果を、第一譲受人の登記の懈怠による過失不法行為と構成する点について。我が国の不法行為法は、フランスと異なり金銭賠償の原則をとるため、ボワソナードにおけるような民事責任構成それ自体を認めることには、おそらく異論があるであろう。しかしながら、ドイツの公信力が、専ら第三者の信頼保護という側面のみを問題とするのに対して、[101] 対抗要件主義が、登記を懈怠した当事者の帰責性を考慮する、あるいは、専らこれを中心に構成される、という指摘は、既に我が国においてもなされているところであった。[102] ただ、我が国においては、右当事者の帰責性を、ボワソナード及びフランス法学説におけるような第一譲受人の「謄記義務」ないし「公示義務」違反という概念を用いて説明するわけではない。むろん不法行為構成を考えない以上、その前提要件となるべき「公示義務」という観念を想定する必要がないともいえようが、そのために、我が国においては、当事者は公示の要請に基づき登記をすべきである、という規範意識が薄弱なようにも思われる。従って、ここでは、我が現行法の解釈論においても、一七七条は公示の要請に基づき当事者に公示義務を課しており、この公示義務違反に対して対抗不能という不法行為的制裁が発生する、という理解を端的に打ち出すべきではあるまいか。

② 次に、右対抗不能の効果発生のためには、第三者の善意が要求される、という点について。これは、背信的要意者排除説の側からは、おそらく異論の存するところであろう。勿論、先に見たようにボワソナードは、登記の欠缺から右善意に対する法律上の推定が働き、これに対する反対証明をほとんど認めないことから、現実の紛争においては、背信的悪意者排除説とほぼ等しい結論が導かれることになる。だが、まさにフランスの学説がボワソナード説を批判して述べていたように、善意・悪意を問うことなく画一的処理が行なわれる場合に、登記の欠缺から善意が推定され、右善意を要件として対抗不能の効果が発生する、という二段の構成をとることは、迂遠にして不要な議論であるようにも思われる。この点に関するボワソナードの通説の理解、即ち、通説もまた対抗不能の効果発生のためには第三者の善意を要件としており、ただ、これに対する推定を「覆滅し得ない推定」と解しているのだとする説明には、いさ

さか議論を自分のフィールドに誘導しようとする傾向が見られなくもない。しかしながら、公示制度の目的が「知らない者に知らせる」ことにあるとする点、また、対抗要件制度が右公示の促進のための手段として採用された間接的な公示強制方法であるとする点は、フランス法学説のみならず、我が国においても概ね承認を得ていると見てよいであろう。[163] となれば、公示制度と対抗要件制度の間に存する右の如き目的・手段の関係を前提とする以上、対抗要件制度が想定する者は、公示制度が想定する者、即ち「善意」者に限定されるとするボワソナードの理解は、我が一七七条についても成り立つというべきではあるまいか。従って、善意・悪意不問説あるいは背信的悪意者排除説の側でも、対抗不能の効果発生のためには、第三者の善意が本質的要件となっていることを承認した上で、右要件を後発的にカットする法構造を考えるべきではないだろうか。

③　そこで、登記の欠缺から第三者の善意が推定されるとする点、及び、背信的悪意者排除説と悪意者排除説との間の対立は右推定に対して反対証明が認められるか否かにあるという点について。ここでは、梅謙次郎『民法要義』の一七七条に関する次のような記述が興味深い。

> 登記ノ性質ニ付テハ各国ノ立法例及ヒ学説未タ一定セス或ハ之ヲ以テ権利ノ得喪変更ノ絶対ノ条件トシ当事者間ニ於テモ登記アルマテハ権利ノ得喪変更ナキモノトセルアリ或ハ登記ヲ以テ一ノ公示方法ニ過キサルモノトシ登記アレハ第三者之ヲ知レルモノト推定シ登記ナケレハ之ヲ知ラサルモノト推定シ尚ホ反証ヲ許セルアリ或ハ同シク之ヲ公示方法ト認ムルニ拘ハラス第三者ノ善意、悪意ヲ問ハス登記アレハ何人ト雖モ之ヲ知ラスト云フコトヲ得ス登記ナケレハ何人モ之ヲ知ラサルモノト看做シ畢竟第三者ニ対シテハ登記ノ有無ニ因リテ権利確定スヘキモノトセルアリ……本条ニ於テハ右ノ第三ノ主義ヲ採リタルナリ[164]

ここにいう第一の主義はドイツ法の成立要件主義、第二の主義は旧民法を指すものと理解されるが、ここでは、第二の主義が、登記の欠缺ないし存在から第三者の善意・悪意を「推定シ尚ホ反証ヲ許セル」立法であるのに対して、第三の主義が、登記の欠缺・存在から第三者の善意・悪意を「看做シ」、結果的に善意・悪意不問とする立法である

としている点が注目される。先にも触れたように、ここにいう「推定」と「看做」スの違いは、フランス法における「覆滅し得る法律上の推定」と「覆滅し得ない法律上の推定」の区別に対応しているから、少なくとも梅にあっては、一七七条においては、第三者の善意が隠れたる要件となっており、これに対する反対証明が認められないことから、結論的に現実の善意・悪意に関わらず登記のみにより権利関係が確定される、と考えていることになる。即ち、ボワソナードと同様の対抗要件主義の法構造は、梅においても意識されていた、ということである。[165]

ところで、ボワソナードにおいては、「覆滅し得ない推定（＝擬制）」か「覆滅し得る推定」かは、それが「公の秩序」「公の利益」に関わるか否かにより決せられた。だが、先に述べたように、この点は、当該推定に対する反対証明を認めないことによって得られる利益保護の要請が、どの程度強度なものか、という実質的考慮のみによって決せられるというべきであろう。そして、右要請が今日低下しているとすれば、覆滅し得ない推定（擬制）の合理性は失われ、フランス法におけると同様、これに対する反対証明を認めることが是認されるといわねばなるまい。背信的悪意者排除説と悪意者排除説の対立は、右のような実質的観点から理解すべきものではなかろうか。少なくとも、一七七条が条文上善意・悪意を問題としていないことから、対抗要件主義の内部構造として善意は本質的要件となっていない、という形式論理は、同様に善意・悪意を条文上要求していない母法フランス法における議論と対比するとき、説得力をもたないように思われる。

では、梅において、悪意の反対証明を認めない実質的根拠は、どのようなものであるか。この点に関して、梅は次のようにいう。

> 実際ニ於テ善意、悪意ヲ分ルコト極メテ難キノミナラス同シク第三者ニシテ甲ハ権利ノ発生、移転ヲ認メ乙ハ之ヲ認メサルコトヲ得サルカ如キハ頗ル法律関係ヲ錯雑ナラシムルモノニシテ実際ノ不便尠カラス是レ本条ニ於テ此主義〔第二の主義〕ヲ採用セサリシ所以ナリ[166]

ここでは、次の二点を指摘しておきたい。

まず第一に、右記述のうちの前半部分、即ち、善意・悪意という当事者の内心をめぐる認定は困難なものである、との理由は、フランスの学説のいう紛争の画一的処理の要請と同一の視点に立つものであろう。既に先学も指摘しているように、現行民法起草者においては、善意・悪意不問の根拠として、今日の学説の述べるような「自由競争の原理」なるものを考えていない。[167] 従って、少なくとも梅の見解を前提とする限り、背信的悪意者排除説に立つか悪意者排除説に立つか、換言すれば、善意の推定に対して反対証明を認めるか否かの判断は、フランスと同様、紛争の画一的処理の要請が今日どの程度強い要請となっているか、という実質的基準に求められることになる。だが、フランスにおける《concet frauduleux》要件が破綻に陥ったのと同じ状況が、背信的悪意者排除論において生じていることからも知られるように、今日の我が国においては、紛争の画一的処理の要請は、個々の紛争当事者の利益状況を比較衡量し、結論の具体的妥当性を確保しようとする傾向が重視されるにつれ、相対的に低下しているといわざるを得ないであろう。[168] にも関わらず、背信的悪意者排除説が当事者の主観的要件の原則的不顧慮に拘泥する実質的理由が、悪意者排除では広すぎる、あるいは歯止めが効かなくなってしまう、という危虞に基づくものならば、一七七条の保護を受ける者は善意者に限られるとした上で、右善意の認定を比較的厳格に解する、あるいは右善意につき無過失を要求する、という形で絞りをかければ足りることであろう。[169] もっとも、従来の背信的悪意者排除説の主張の根幹は、一七七条が文言上善意・悪意を問題にしていないことから、対抗要件主義の内部構造として善意は本質的要件となっていない、という原理論ないし形式論理にあり（それがもはや説得力をもたないことは先に述べた）、その激しい対立にも関わらず、背信的悪意者排除説と悪意者排除説とでは、結果的に保護される者の具体的範囲に関しては、さほどの差異が見出されないように思われる。

一方、先の梅の記述の後半部分――「同シク第三者ニシテ甲ハ権利ノ発生、移転ヲ認メ乙ハ之ヲ認メサルコトヲ得

サルカ如キ」場合というのは、ボワソナードにいう第三者が自白（宣誓）をした場合を指しているように思われる。ところで、今日の学説は、物権変動の事実を第三者が「承認」した場合には、登記の欠缺にも関わらず右第三者に物権変動の効果を対抗し得るとしている。だが、右「承認」の問題が自己の権利放棄の主張の問題であるとすれば、それは、およそ権利一般の問題として位置づけられるはずであって、敢えて一七七条についてのみこれを取り上げて論ずることに、どれほどの意味があるのか疑わしい。[170] にも関わらず、従来の学説が伝統的に、右「承認」問題を一七七条に限って独立したテーマとして扱ってきた理由は何なのか。それは、第三者が自白した場合には対抗要件主義の規定は排除される、というボワソナード旧民法の残滓が、本来の意味を離れて一人歩きしたためであろう。学説によれば、判例に現れた「承認」の事例には、「たんなる物権変動の事実の承認」の場合と、「対抗要件欠缺を主張する利益の放棄」の場合があるとされる。[171] このうち後者は、一七七条の援用権の放棄なるものを、あたかも時効の援用権の放棄などと同様に認めてよいのかの問題はあるものの、この類型は、一七七条プロパーの問題というよりは、あらゆる条文の援用に際して考えられる事柄であり、もはやボワソナードや梅の前提から懸け離れたテーマとなっている。これに対して、前者はまさにボワソナードや梅の前提とする事例であるが、しかしながら、学説はこれを「いわゆる権利自白の一種」[172] であるとする点において、ボワソナード及び梅から乖離している。というのは、右学説が「『物権変動の事実』の承認とは、物権変動の要件事実たる『意思表示』の存在とその法律効果たる物権変動をあわせてみとめること」[173] と解しているのに対して、ボワソナード及び梅における「物権変動の事実の承認」とは、物権変動の事実につき悪意であることの自白、即ち、一七七条の本来的な要件であるところの「善意」が欠落していることを自ら認めることを意味するからである。即ち、これは、学説の述べるような「権利」自白ではなくして「事実」に関する通常の自白なのであり、従って、これを権利自白としたことから生ずる諸問題、即ち、裁判所が右自白に拘束されるか、あるいは、当事者はこれを自由に撤回することができるか、といった問題[174] は、およそ生ずる余地はないのである。更に、今日の

学説は、右「承認」の問題と、対抗要件主義の構造理解の問題とは無関係であるとしているが、[175] 先の梅の説明からも知られるように、善意・悪意不問の立場に立つ以上は、第三者が承認したことによって、一七七条の適用を排除すべきではない。それは、まさに現行民法起草者自身が挙げていた、紛争の画一的処理という一七七条の立法趣旨に反する典型例を認めていることになるからである。[176]

なお、右と関連して、最後に、登記の有無に関する主張・立証責任の所在について触れておくことにしたい。従来の学説は、概ね次の三説に分かれる[177]（原告X、被告Y、譲渡人をAとする）。その第一は、否認権説ないし請求原因説といわれるものであり、原告Xにおいて、AX間譲渡の事実に加えて、自己の登記の存在に関する主張・立証責任がある、というものである。従って、Yのなす登記欠缺の主張は、証明責任を負わない事実に関する主張、即ち否認に過ぎないことになる。第二は、抗弁説といわれるものであり、Xが単にAX間譲渡の事実を主張・立証すれば足りるのに対して、Yは、自己が一七七条の「第三者」であること（即ち、同一前主Aから譲り受けたこと）、及び、Xの登記の欠缺、の二点に関する主張・立証責任を負うとするものである。第三は、再抗弁説といわれるものであり、Xは、さしあたってはAX間譲渡の事実のみを主張・立証すればよく、これに対してYが同一前主Aからの譲受を主張・立証した場合に限り、自己の登記の存在に関する主張・立証責任を負うとするものである。

このうち第一説は、論理的には、登記を成立要件的に解する立場と結びつきやすく、第二・第三説は、これを否定する立場と親和性があるが、実際の学説の対応関係は、必ずしもそのようなものにはなっていないようである。[178] しかしながら、一七六条の意思主義を原則とし、一七七条の対抗要件主義は右原則に対して一定範囲で例外を加えたもの、という理解に立脚するとき、もはや第一説の立場は採用することはできない。一方、我が国においても、意思主義及び《Nemo plus juris…》原則が基本的に維持されていると見るとき、両者の関係は、まずXが、AX間の意思に基づく物権変動を主張し（意思主義原則）、これに対してYが、右AX間譲渡に時間的に先行するAからの譲渡の事実を

主張・立証することができればXに優越する（《Prior tempore…》原則）という形をとることになろう。そして、対抗要件主義は、右《Prior tempore…》原則に対する更なる例外をなすわけであるから、右原則によれば本来的には敗訴するところのXが、第一譲受人であることが判明したYの登記の欠缺を主張・立証することにより、右第一譲渡に関する善意が推定され、右善意を要件として第一譲受人の対抗不能という例外的な救済を受ける、ということになる。かかる段階的な論理構造を明らかにしている点において、第三説は第二説よりも優れているといえよう。もっとも、第三説が、Xのなす再抗弁の内容を「自己の登記の存在」と解している点は、必ずしも賛成し難い。というのは、対抗要件主義の構造を、第一譲受人（ここではY）の登記の懈怠のために、第一譲渡を知らずに取引関係に入った第二譲受人（ここではX）に対して現物による損害賠償を行なう、という形で理解するならば、ここでXが証明すべき事実は、本来的要件である自己の善意を推定せしめるところの、Yの登記の欠缺でなければならないからである。もっとも、ボワソナードもいうように、対抗要件主義の保護を受けるためには、善意に加えて、第三者の側でも登記を具備していなければならないと解され、また、現行の物的編成主義の登記簿においては、「自己の登記の存在」の主張は即ち「相手方の登記の欠缺」を意味するから、ここでの再抗弁の内容を「自己の登記の存在」とするか「相手方の登記の欠缺」とするかでは、理論的にはともかく、結果的に差異が生ずるわけではない。

なお、現実の訴訟においては、当事者は、自己が第一譲受人か第二譲受人かを問うことなく、自己の登記を援用することにより、一気に決着をつけようとするのが通常と思われる。ここで彼が実際に第二譲受人であった場合には、まさに対抗要件主義の規定の結果、彼が保護されたと見ることになるが、右当事者が現実に第一譲受人であった場合には、ボワソナードによれば、第一譲受人の登記の存在から第二譲受人の過失が認定されることにより、あるいはフランスの通説及び梅によれば、第二譲受人の悪意が推定されることにより、《Prior tempore…》原則ないしは対抗要件主義の規定によって第一譲受人勝訴の結論が導かれる、ということになろう。もっとも、かかる適用法規の違いも

また、実際上の差異をもたらすものではない。[179]

では、譲受人双方が未登記であった場合にはどうなるか。この場合には、善意と並んで要求される第三者側での登記の具備という要件が欠落するため、例外規定たる対抗要件主義の規定は効果が発生せず、その結果、本則たる《Prior tempore…》原則に還って譲渡の先後で優先関係が決せられる、換言すれば、第一譲受人が勝つと考えるのがボワソナード及び今日のフランス法学説のとるところであり、また、両者の原則・例外関係に素直な解釈ではあろう。[180] これに対して、周知の如く、我が国の今日の判例・学説は、未登記の二重譲受人間では、相互に物権変動の効果を主張できないとしている。実質的観点からみれば、右見解にも理のないわけではない。けだし、この見解は、《Prior tempore…》原則に還るとする説によれば勝訴できるはずの第一譲受人に、未登記であることからくる不利益を課しているのであって、これは当事者に対する間接的な公示強制機能ないしは公示促進機能をある程度果たすものであろうと考えられるからである。もっとも、学説の理由づけは、未登記の二重譲受人間では相互に優劣関係がないから、という原理論に終始しており、かかる形式論理のみを取り上げて比較するならば、《Prior tempore…》原則に還るとする説の有する明快さには、到底及ばないように思われる。

(1) 七戸①「不動産物権変動における対抗力の本質――ボワソナードを起点として――」慶大院法学研究科論文集二三号七一頁（一九八五年）、同②「不動産物権変動における意思主義の本質――売買契約を中心として――」慶大院法学研究科論文集二四号一二一頁（一九八六年）、同③「『対抗』のフランス法的理解――不動産物権を中心に――」慶大院法学研究科論文集二六号六五頁（一九八七年）。

(2) 池田真朗「ボアソナードにおける『第三者』の概念――不動産物権変動と指名債権譲渡とを中心に――」法学研究五九巻六号一頁（一九八六年）、高橋良彰①「ボアソナードの不動産公示制度――『証書の登記』の概念とその史的検討のために――(一)・(二)完」東京都立大法学会雑誌二九巻一号四四九頁、二号二七三頁（一九八八年）、同②「ボアソナードの二重譲渡論について――『倫理（morale）』・『自然法（droit）』・『実定法（loi）』をめぐる覚書――」東京都立大法学会雑誌三〇巻一号六三五頁（一九八九年）、同③「旧民法草案における保証人の代位のための欄外記載（mention en mage）」東京都立大法学会雑誌三〇巻

二号三〇三頁（一九八九年）、小柳春一郎①「賃借権の対抗要件としての登記」山梨大学教育学部研究報告三五号五四頁（一九八七年）、②「ボアソナード草案とフランスにおける賃借権物権論」山梨大学教育学部研究報告三六号九〇頁（一九八八年）、③「旧民法ボアソナード草案の賃借権規定について」法制史研究三九号一二一頁（一九八九年）。

(3) Gustave Émile BOISSONADE, *Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaires*, Revue pratique de droit français, t. 30, 1870, pp. 537-579. 及び、右論文を批判した、E. GARSONNET, *De la transcription et spécialement de la mauvaise foi de celui qui invoque le défaut de transcription, Réponse à M. BOISSONADE*, Revue pratique de droit français, t. 31, 1871, pp. 244-259. に対する反論であるところの、*Réponse de M. BOISSONADE*, Revue pratique de droit français, t. 31, 1871, pp. 259-271. なお、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――フランスにおける判例の『転換』をめぐって――」比較法学（早大）九号六〇頁注(10)（一九七四年）が、その概要を簡潔に紹介している。

(4) 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. Économica, Paris, 1989. なお、同書の書評として、七戸「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――』」法学研究六四巻二号一五二頁（一九九一年）。

(5) その概略については、七戸「不動産物権変動における対抗要件主義の構造」私法五三号二三九頁（一九九一年）を参照いただければ幸いである。

(6) この点は、我が国では星野英一教授が早期より主張されていたところである。星野英一①「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概念」『民法論集（第二巻）』（有斐閣、一九七〇年）五〇頁以下、同②「フランスにおける一九五五年以降の不動産物権公示制度の改正」『民法論集（第二巻）』一二二頁以下、同③「取得時効と登記」『民法論集（第四巻）』（有斐閣、一九七八年）三三二―三三三頁、同④「日本民法の不動産物権変動制度」『民法論集（第六巻）』（有斐閣、一九八六年）九八頁以下。

(7) 同法に関しては、星野・前掲注(6)①、九頁、滝沢聿代『物権変動の理論』（有斐閣、一九八七年）九〇―九三頁参照。後の諸法律との比較のために、ここでは、謄記（transcription）の対抗要件主義を定めた同法二六条の規定を参照しておく。

【共和暦七年法二六条】

抵当権を認める余地のある物及び権利の移転行為〔証書〕（actes translatifs）は、謄記されなければならない。それまで

は、右行為は、売主（vendeur）と契約した第三者で本条の規定に従った者に対して、対抗することができない（ne peuvent être opposés）。

(8) 滝沢・前掲注(7)・九二頁によれば、学説における共和暦七年法二六条の解釈は、次のようなものであったとされる。「譲渡人が譲受人に対して所有権を主張するには謄記を要しないが、第三者に対しては譲渡人の権利の謄記によりはじめて生ずる。従って、謄記までは譲渡人は第三者に対する関係では依然所有者とみなされ、第三者はこの者から同一権利を有効に取得することができる」。一方、判例も、「売主の許に権利が存するとして効力要件的理由づけをとる」傾向にあったとされる（滝沢・前掲注(7)・一二六頁）。

(9) これは、立法者が、公示制度を通じた国家の関与による封建的拘束の復活を警戒したためとされる。この点は、民法典起草者の一人ビゴープレアムヌの「公示制度は家族に対してその財産に関する秘密の保持を禁止する結果となる」との危虞に端的に現れている。Gabriel Marty et Pierre Raynaud, *Droit civil*, t. III, vol. 1; Les sûretes. La publicité foncière, 1971, Sirey, Paris, n° 584, p. 367.

(10) 民法典の規定する、贈与・補充指定に関する対抗要件主義の原始規定（Décret du 3 mai 1803）は次の通り。民法典の訳文に関しては、『現代外国法典叢書(15)・仏蘭西民法〔II〕（物権法・財産取得法(1)）』（有斐閣、一九五六年復刊版、一九八八年復刻版）、法務大臣官房司法制調査部編『フランス民法典――家族・相続関係』（法曹会、一九七八年）を参照した（以下同様）。なお、民法典における「謄記（transcription）」の用語は、現行一九五五年法に伴う一九五九年一月七日オルドナンス（Ordonnance 59-71, 7 janv. 1959）により、「公示（publication）」の用語に改正されている。

【九四一条】

謄記の欠缺（défaut de transcription）は、利害関係を有する全ての者によって、対抗することができる（pourra être opposé）。

【一〇七〇条】

処分を含む行為〔証書〕（acte）の謄記の欠缺は、債権者及び第三取得者によって、未成年者または後見に付された成年者に対しても、対抗することができる（pourra être opposé）。但し、返還義務者に対する及び執行のための後見人に対する訴を妨げず、また、未成年者または後見に付された成年者は、返還義務者及び後見人が支払い不能の場合であっても、謄記の欠缺に関して復権する（restituer）ことができない。

【一〇七一条】

謄記の欠缺は、債権者あるいは第三取得者が謄記以外の方法で処分に関して有し得た認識（connaissance）によって、補完することも、治癒されたと看做すこともできない。

【一〇七二条】

受贈者、受遺者は、処分を行なった者の嫡出の相続人であっても、また、それらの者の受贈者、受遺者または相続人であっても、いかなる場合においても、返還権利者に対して、謄記または登記の欠缺を対抗することができない（ne pourront… opposer）。

(11) 不動産先取特権・抵当権に関する対抗要件主義の原始規定（Décret du 19 mars 1804）は、次の通り。

【二一〇六条】

債権者間においては、先取特権は、法律によって定められた方法で、抵当権保存所の登簿（registre）への登記によって公示された場合に限って、その登記の日より、不動産に関して効力を生ずる（produisent d'effet）。

【二一三四条】

債権者間においては、抵当権は、法定のものであると、裁判上のものであると、約定のものであるとを問わず、法律によって定められた形式及び方法で、債権者によって行なわれた抵当権保存所の登簿への登記の日からでなければ、順位を有さない（n'a de rang）、但し、以下の条文によってもたらされる例外については、その限りではない。

なお、両条は、一九五五年一月四日デクレ（Décret 55-22, 4 janv. 1955）によって改正されている。現行規定に関しては、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典――物権・債権関係――』（法曹会、一九八二年）三一三頁、三二一―三二二頁参照。

(12) かかる、民法典の抵当権登記の抱えていた問題点については、滝沢・前掲注(7)・一〇七頁以下に詳しい。

(13) 同法の内容の詳細に関しては、星野・前掲注(6)①・四一頁以下、滝沢・前掲注(7)・一二二頁以下参照。

(14) その内容は、次の通り。なお、滝沢・前掲注(7)・一二五頁参照。

【一八五五年法三条】

謄記までは、前二条に掲げた行為（acte）及び判決から生じた権利は、不動産に関する権利を有する者及び法律に従ってこれを保持する者に対して、対抗することができない（ne peuvent être opposés）。

(15) なお、一八五五年法は、その後、一九三五年一〇月三〇日デクレ－ロワによる改正を受け、更に、現行一九五五年一月四日デクレは、謄記・登記の両者につき、公示・対抗要件主義の内容を精緻化している。一九三五年デクレ－ロワに関しては、

星野・前掲注(6)①・八三頁以下、滝沢・前掲注(7)・一三二―三頁、一九五五年デクレに関しては、星野・前掲注(6)②・一〇七頁以下、滝沢・前掲注(7)・一三三頁以下、浦野雄幸「フランスの不動産公示制度における公示《Publicité》の効力について」『判例不動産登記法ノート(一)』（テイハン、一九八九年）一頁以下。

(16) 判例・学説の詳細については、さしあたり、滝沢・前掲注(7)・一二六頁、二六三頁参照。

(17) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 15, p. 547. 彼は、特定物移転の合意に関する草案三五一条（財産編三三一条）の注釈部分においても、「今日では一般に『不動産所有権は当事者間では合意のみにより移転し、第三者に対しては登記によって移転する』といわれている」とし、「この図式は全く正確なものではない」とする。Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, (*1re édition*), Libre II.- IIe Partie; Des obligations, Tokio, Imprimerie impériale, 1882, p. 139; *Projet*, *2e éd.*, t. 2; Des droits personnels ou obligations, 1883, Tokio. Kokubunsha, n° 127, p. 138; *Projet, nouvelle éd.*, 1891, t. 2, n° 127, p. 161. 更に、彼は対抗要件主義を定めた草案三七〇条の注釈部分においても、同様の指摘を繰り返す。*Projet*, *1re éd.*, t. II-II, p. 217; *Projet*, *2e éd.*, t. 2, n° 215, p. 220; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 215, pp. 251-252.

(18) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 21, p. 553.

(19) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 15, p. 548. 右の如き物権の定義は、旧民法にも継受されており、財産編二条は、物権の定義を次のように規定する。「物権ハ直チニ (directement) 物ノ上ニ行ハレ且総テノ人ニ対抗スルコトヲ得ヘキ (opposable à tous) モノニシテ主タル有リ従タル有リ」。原文は、Boissonade, *Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un exposé des motifs, Tradiction officielle*, Tokio, Kokubunsha, 1891, t. 1: Texte, p. 2. により補った（以下同様）。

(20) Voy. Florence Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse Paris II, dactyl., 1979, nos 115 et suiv., pp. 169 et suiv.; José Duclos, *L'opposabilité* (*Essai d'une théorie générale*), Bibliothèque de droit privé, t. CLXXIX, Paris, Librairie Jénérale de Droit et Jurisprudence, 1984, nos 45 et suiv., pp. 68 et suiv. なお、滝沢・前掲注(7)・一九三頁、七戸・前掲注(1)③・七二頁以下、吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、一九九一年）四四〇頁参照。

(21) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 18, pp. 550-551.

(22) ちなみに、旧民法財産編三条は、債権の定義につき次のように規定していた。「人権即チ債権ハ定マリタル人ニ対シ法律ノ認ムル原因ニ由リテ其負担スル作為又ハ不作為ノ義務ヲ尽サシムル為メ行ハルルモノニシテ主タル有リ従タル有リ」。

(23) ここにいう一一二一条は、第三者のためにする契約に関する次のような規定。「それが自己のために行なう約定 (stipulation) または他の者に対して行なう贈与の条件である場合には、同様に第三者のために約定することができる。この約定を行

なった者は、右第三者がその利益を欲する意思を表示した場合には、これを撤回することができない」。

(24) Duclos, *op. cit.*, n° 27-2, p. 52. なお、七戸・前掲注(1)③・八二頁注(61)(1)参照。

(25) Duclos, *op. cit.*, n° 27-1, pp. 50-51. 七戸・前掲注(1)③・六七―六八頁。

(26) 右解釈は、要するに、一一六五条を合意の、一般的効果に関する一一三四条、自己のためにする約定の効力を規定した一一一九条と並んで、何人もその自発的な意思に基づかなければ、いかなる形の義務をも負うことはない旨を宣言した規定と解するものであり、その背後には、民法典の立法者及び一九世紀註釈学派の一般的特徴であるところの、意思自治の原則(principe de l'autonomie de la volonté)の重視、即ち、個人意思の尊重を媒介項として、個人の活動の自由に対する他者からの干渉を極力排除しようとする思想が看取される。Duclos, *op. cit.*, n° 22, p. 47. 七戸・前掲注(1)③・六八頁。

(27) Duclos, *op. cit.*, n° 47-1, pp. 69-70. 七戸・前掲注(1)③・六八頁。

(28) Duclos, *op. cit.*, n° 142, p. 173. 七戸・前掲注(1)③・六八頁。

(29) Duclos, *ibid.* 七戸・前掲注(1)③・六八頁。

(30) 両者の原則・例外関係に関しては、高橋・前掲注(2)②・六三六頁以下に詳細な検討がある。

(31) この点に関する今日のフランス法学説の状況、とりわけ「『対抗可能性』の一般理論(théorie générale de "l'opposabilité")」については、滝沢・前掲注(7)・一九三頁、七戸・前掲注(1)③・六九頁以下、吉田・前掲注(20)・四四〇頁以下、鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続の実務――日本的『フランス法主義』の特質――」法務省法務総合研究所編『(不動産登記制度一〇〇年記念論文集)不動産登記をめぐる今日的課題』(日本加除出版、一九八七年)六六―六七頁、高畑順子「フランスにおける契約の相対性原則をめぐって」法と政治(関西学院大)三八巻二号一四二頁以下(一九八七年)参照。

(32) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 16, p. 548.

(33) 旧民法において所有権の内容を定めた財産編三〇条の基となった草案三一条の注釈において、ボワソナードは、所有権が「実定法(loi positive)」に基づくものではなくして、「自然法(droit naturel)」に基づく観念であることを説く。Boissonade, *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 52, pp. 78-79; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 52, pp. 80-82. ボワソナードにおける「自然法」思想と、その実定法秩序への反映に関しては、高橋・前掲注(2)②に詳しい。更に、池田真朗「ボアソナード『自然法講義(性法講義)』の再検討」法学研究五五巻八号一頁(一九八二年)参照。なお、フランスにおける所有権の「絶対性」概念に関しては、吉田克己「フランス民法典五四四条と『絶対的所有権』」乾昭三編『土地法の理論的展開』(法律文化社、一九九〇年)一九二頁参照。

(34) フランス法における意思主義の成立の歴史的経緯に関しては、鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察㈠～㈣完」民商法雑誌六六巻三号五五頁、四号六四頁、五号一一七頁、六号七五頁（一九七二年）、滝沢・前掲注(7)・六四頁以下参照。

(35) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 17, pp. 549-550. なお、特定物を授与する合意に関するプロジェ三五一条（財産編三三一条）の注釈部分にも、ほぼ同様の説明がみられる。Boissonade, *Projet*, 1re *éd.*, II-II, pp. 136 et suiv.; *Projet*, 2e *éd.*, t. 2, nos 124 et suiv.; pp. 134 et suiv.; *Projet*, *nouvelle éd.*, t. 2, n° 124, pp. 157 et suiv.

(36) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 17, p. 550.

(37) コード・シヴィルは、我が民法一七六条のような一般原則の形で、これを規定しているわけではない。所有権の取得方法に関する七一一条、贈与に関する九三八条、引渡債務に関する一一三八条、売買に関する一五八三条、交換に関する一七〇三条が、当事者の合意のみによる物権の移転を個別的に規定するに過ぎない。各条文の内容は次の通り。

【七一一条（Décret du 19 avril 1803）】

財産の所有権は、相続によって、生存者間または遺言による贈与によって、及び、債務の効果によって（par l'effet des obligations）、取得され、移転される。

【九三八条（Décret du 3 mai 1803）】

適法に承諾された贈与は、当事者間の合意のみによって完全となる（sera parfaite par le seul consentment des parties）。目的物の所有権は、別段の引渡（tradition）を要せずに、受贈者に移転される。

【一一三八条（Décret du 7 févr. 1804）】

① 物を引渡す債務は、契約当事者の合意のみによって完全となる（est parfaite par le seul consentment）。

② この債務は、引渡（tradition）が何ら行なわれなかった場合でも、物を引渡すべきであったときから直ちに債権者を所有者とし、その物を債権者の危険におく、但し、債務者がその物を引渡すことについて遅滞にある場合には、その限りではない。この場合には、その物は、債務者の危険に留まる。

【一五八三条（Décret du 6 mars 1804）】

売買は、物が未だ引渡されておらず代金が未だ支払われていない場合であっても、物及び代金について合意するときから当事者間において完全であり（est parfaite entre les parties）、買主は、売主に対する関係で（à l'égard du vendeur）当然に所有権を取得する。

【一七〇三条（Décret du 7 mars 1804）】

交換は、売買と同様の方法で、合意のみによって(par le seul consentment)行なわれる。

なお、旧民法においては、特定物引渡債務に関して財産編三三一条(草案三五一条)、売買に関して財産取得編二五条(草案六六二条)、交換に関して財産取得編一〇七条(草案七五四条)が、右コード・シヴィルの立場を承継している。

【財産編三三一条】

特定物ヲ授与スル合意ハ引渡ヲ要セスシテ直チニ其所有権ヲ移転ス但合意ニ附帯スルコト有ル可キ停止条件ニ関シ下ニ規定スルモノヲ妨ケス

【財産取得編二五条】

① 売買ハ当事者ノ承諾ノミヲ以テ完全ニ成立ス

② 然レトモ当事者ハ売買ノ成立ヲ各自ノ証拠ニ供スル公正証書又ハ私署証書ノ調製ノ条件ニ繋ラシムルコトヲ得

【財産取得編一〇七条】

① 交換ハ当事者ノ一方カ或ル物ノ所有権其他ノ権利ヲ他ノ一方ヨリ取得シ又ハ之ヲシテ諾約セシメ其対価トシテ或ル物ノ所有権其他ノ権利ヲ他ノ一方ニ移転シ又ハ移転スルコトヲ諾約スル契約ナリ

……〔二項、三項略〕……

他方、所有権の取得の一般的方法に関するコード・シヴィル七一一条の規定は、ボワソナード草案四三条を経て、財産編四一条に受け継がれているが(「所有権ハ当事者ノ間ニ於ケルモ第三者ニ対スルモ本編及ヒ財産取得編ニ記載シタル原因及ヒ方法ニ依リ之ヲ取得シ保存シ及ヒ転付ス……〔二項略〕……」)、同条においては、七一一条におけるような「債務の効果によって」という表現は見出されない。

なお、贈与に関するコード・シヴィル九三八条の規定は、旧民法においては、要式契約に改められている(財産取得編三四九条「贈与トハ当事者ノ一方カ無償ニテ他ノ一方ニ自己ノ財産ヲ移転スル要式ノ合意ヲ謂フ」)。

(38) この点に関しては、鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割(一)〜(二)完——『フランス法主義』の理解のために——」早稲田法学五六巻一号三一頁、二号一頁(一九八〇年)に詳細である。なお、七戸・前掲注(1)②・一三〇頁以下参照。

(39) ホフマンによれば、不動産売買契約に私署の形式を直接強制する目的は、①契約の締結の明確性の確保、②内容の明確性の確保、③軽率な契約締結の防止の三つにあるという(Bernd von Hoffmann, *Das Recht des Grundstückskaufs*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationalen Privatrecht, Bd. 47, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1982, S.

134.)。封建的拘束の復活への警戒心から諾成主義の原則を採用したフランスにおいては、契約締結の簡便性による取引の迅速化という利点と引換に、契約成立の不明瞭、内容の不明確性あるいは慎重さを欠いた契約の成立に基づく紛争の生起という、大きな問題を抱えることになる。この点に関しては、七戸・前掲注(1)②・一三二―一三三頁参照。

(40) この点に関しては、七戸・前掲注(1)②・一二五頁以下、徳田和幸「フランス法における書証優先主義」比較法研究五〇号一一七頁（一九八八年）参照。なお、横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権移転(二)完」早稲田法学六五巻三号九一頁注(4)（一九九〇年）も、「証拠のために証書の作成を要求することは、論理的には契約の有効性に何ら変化をもたらすものではないが、契約の締結に証書を要求することと実質的には同じになる」とするフランスの学説を紹介している。更に、鎌田・前掲注(31)・八一頁注(19)参照。

(41) この点に関しては、七戸・前掲注(1)②・一二九頁以下参照。

(42) まず、書証優越原則に関しては、旧民法証拠編六〇条以下に、フランス法と同様の規定が設置されている。一方、ボワソナードは、証書引渡による不動産の占有移転に関する草案三五三条（財産編三三三条）の注釈において、フランス及び日本の証書取引慣行について触れた後（もっとも、日本法の立場として説明されるのは「県令(*Kenrei*)」による証書の交付、即ち地券制度である。Boissonade, *Projet, 1re éd.*, II-II, p. 145. Voy. *Projet, 2e éd.*, t. 2, n° 132, pp. 143-144; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 132, p. 167.)、公証人制度が旧民法の制度とワンセットになることを示唆している（*Projet, 2e éd.*, t. 2, n° 133, p. 144; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 133, p. 167.)。これは、旧民法とほぼ同時期に起草されつつあった〔旧〕登記法（一八八八（明治一九）年八月一一日法律第一号）及び公証人規則（同日付の法律第二号）を指しているものであろう（なお、一八八二年出版の《*1re éd.*》には、この点に関する記述はない）。更に、ボワソナードは、売買の諾成契約性を宣明した草案六六二条（財産取得編二五条）の注釈においても、そもそも証人に比して書証による証明の方が確実であることに加えて、書証優越原則と対抗要件主義の採用によって、証書作成が間接的に強制される結果、意思主義原則にも関わらず、当事者は契約に際して証書を作成するのが通常であることを強調している（Boissonade, *Projet, 2e éd.*, t. 3, n° 149, pp. 189 et suiv.; *Projet, nouvelle éd.*, t. 3, n° 149, pp. 192 et suiv.)。

(43) ボワソナード氏起稿（加太邦憲＝一瀬勇三郎＝藤林忠良訳）『民法草案財産篇講義二（人権之部）』（司法省、刊年不明）二三三頁以下（第一〇七回講義・明治一五（一八九二年）三月三日）。

(44) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 16, pp. 548-549.「〔一一三八条〕第一項ニ曰ク『物ヲ引渡ス可キ義務ハ契約ヲ結ヒタル双方ノ承諾ノミヲ以テ完全ス』ト（民法ニ完全スト云ハスシテ生シタルモノトスト訳シアルハ誤リナリ）此完全スノ語辞

ニ付キ疑団アリ抑〻此語辞ハ成立スノ意ナルヤ果シテ然ラハ契約ノ承諾ノミニテ成立スルハ勿論ノ事ナレハ第一項ノ法文ハ実ニ無用ナリ然レヒ完全ストハ蓋シ成立スノ意ニアラスシテ承諾ノミニテ義務ノ執行ヲ完全セシモノト看做スノ意ナル可シ是レ余カ信スル所ナリ」(『民法草案財産篇講義二(人権之部)』二三三頁)。

(45) フランス法の中に債権契約・物権契約の区別を求めるとすれば、それは、むしろ売買契約と本契約の関係の中に見出される。伊藤道保「フランス不動産登記制度の改正について」比較法研究一六号四〇頁注(5)(一九五八年)、鎌田・前掲注(34)・「(四)完」九六頁注(7)、七戸・前掲注(1)②・一二二—一二三頁、なお、横山・前掲注(40)は、フランスにおける所有権移転時期を予約法理との関連において詳細に検討した労作であり、その考察は極めて示唆に富む。

(46) 前掲注(17)参照。Voy. Lévis, *op. cit.*, n°s 161 et suiv., pp. 150 et suiv.

(47) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 16, pp. 548-549. Voy. *Projet, 1re éd.*, t. II-II, p. 217; *Projet, 2e éd.*, t. 2, n° 215, p. 220; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 215, p. 252.

(48) ボワソナードは、一八五五年法以降所有権はもはや「相対的な」権利 (droit relatif) に過ぎないとするムルロンの「相対的所有権 (*propriété relative*)」の主張に明確に反論する。Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 16, p. 549, note (1).

(49) Cass. civ., 8 mai 1810, S. 1810, I, 265.

(50) Cass. civ., 16 oct. 1810, S. 1811, I, 25; Cass., 19 août 1818, S. 1819, I, 24. Voy. Lévis, *op. cit.*, n° 163, p. 151.

(51) Lévis, *op. cit.*, n° 163, pp. 151-152.

(52) Dig. 59, 17, 54 (Ulpian). 右原則については、Allain Roullier, *La maxime "Nemo plus juris..." en droit français. Étude synthétique et critique*, thèse Renne, 1964, dactyl., n°s 1 et suiv., pp. 1 et suiv.; n°s 124 et suiv., pp. 201 et suiv.

(53) この格言は、純粋なローマ法起源ではなく、中世の法学者 Jean Faure (1270-1340), *Institutes de Justinien*, I, 5, fr. 5, pr. によるものであるという。Roullier, *op. cit.*, n° 3, pp. 4 et suiv.

(54) この有名なテクスト (Code. Just., 8, 18, 4) は、当初、同一物上の抵当権者関係を決する原則であったようであるが、その後、一般的な先日付優先主義の原則として確立したもののようである。Roullier, *op. cit.*, n° 3, pp. 7; n°s 124 et suiv., pp. 201-202.

(55) なお、同条は、旧民法においては規定されなかった。Voy. *Projet, nouvelle éd.*, t. 3, n° 119, p. 155, note (h).

(56) フランス法における他人物売買に関しては、田村耀郎「フランス民法典における他人の物の売買(一)(二)」名大法政論集六二号一頁(一九七四年)、六九号六七頁(一九七六年)参照。

(57) Lévis, *op. cit.*, n° 163, p. 152.
(58) 前掲注(49)・(50)参照。
(59) Lévis, *op. cit.*, n° 163, p. 152.
(60) Lévis, *op. cit.*, n° 164, p. 152. は次のようにいう。「物権の衝突に関する本来的な〔＝民法典の原則による〕解決は、二つの基本原則、つまり、『意思のみ (*solo consensu*)』による移転の原則と、物権の排他性 (excluvisme) の原則の組み合わせ (articulation) から生ずるものである。即ち、それは、『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.*)』の原則の無条件の適用に存する」。なお、レヴィにおける《excluvisme》の用語法は、通常いわれる「絶対性 (absolutisme) の用語に対応する。七戸・前掲注(4)・一五五頁参照。
(61) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 20, p. 552.
(62) Boissonade, *ibid.*
(63) Boistonade, *ibid.*
(64) 一八五五年法の立法者たちは、繰り返し次のように言明している。「ナポレオン法典に『冒瀆的な手 (*main sacrilège*)』を伸ばすことは、問題とはならない」。「〔一八五五年法〕草案が、我々の〔現行〕法の構造に冒瀆的な手を伸ばし、調和を乱すと考えることはできない」。「〔民〕法典 (Code) の規定は、手つかずのまま、その完全な調和を留めている。完成されたものは破壊されていない」。「新法は、ナポレオン法典に全く反対しない。〔民〕法典は、どのように売買が当事者間で完全であるかを述べているのであり、この点は、全く変更されていない」。「この改革は、〔民〕法典の精神あるいは条文と衝突するような性質のものではない。反対に、調和ないし一致を壊すことなく、諸原則を乱すことなく、〔民〕法典のあらゆる規定によって、この改革は期待され、その地位は前進として示されると思われる。一つの文言あるいは一つの条文すら変えることなくして、満足を見出すことは空虚である」。Cité par Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 21, pp. 553-554.
(65) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 22, pp. 554-555.
(66) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 23, p. 555.
(67) Lévis, *op. cit.*, n° 209, pp. 185-186.
(68) 滝沢・前掲注(7)・一二四頁。
(69) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 35, p. 562. 高橋・前掲注(2)②・六四三頁は、プロジェの記述を詳細に検討しつつ、次のように述べる。「ボアソナードが法律によって命じるとする公示の必要性は、公示による『一般的な利益』、『一般的

な信用』に対する『一般的な保証』からのものである」。「この『一般的な保証』とは、合意が『秘密』であることによる危険性を、それを『公開』することによって保証する、という意味での保証であり、これが、ボアソナードが公示を必要として規定した理由なのである」。

しかしながら、高橋氏は、「一八五五年法律が、いわば善意の第三者の保護の問題として取り扱われており、謄記の必要が、この善意の第三者の保護をめざしたものであることに注目しておきたい。草案で検討したような、一般的利益の一般的保証ということではなく、『善意の』第三者の保護のために謄記が問題とされているのである」とされる（六五七頁）。この分析には賛成できない。一八五五年法とボワソナード草案とでは、公示の目的において変わるところはなく、高橋氏にいわゆる「『善意の』第三者の保護」と「一般的利益の一般的保証」とは、同一物である。むしろボワソナードの見解において特徴的な点は、我が国の学説が、公示の目的の側面での「登記への信頼保護」ないし「『善意の』第三者の保護」と対抗要件制度における「『善意の』第三者保護」を別物と考えるのに対して、ボワソナードにおいては、両者が同一次元のものとして捉えられている点である。この点に関しては、後掲注(112)参照。

(70) Hoffmann, *a. a. O.*, S. 50-51.

(71) Voy. Lévis, *op. cit.*, n° 210, p. 186.

(72) Lévis, *ibid.*

(73) 後掲注(83)該当本文参照。

(74) 今日のフランス法学説も、この点を再三確認している。例えば、レヴィは次のようにいう。「公示が、第三者に対する対抗可能性の、必要的ないしは設定的な要件として現れるのではない。対抗不能性が、公示の欠缺に対する制裁として現れるのである」（Lévis, *op. cit*, n° 210, p. 186.）。我が国でも、鎌田・前掲注(31)・六七頁が、「登記の効力は、本来、『対抗力』の側面からではなく、『対抗不能（inopposabilité）』の側面から問題とされるべきである」としている点が注目される。加賀山茂教授、浜上則雄教授の「否認権」説も、それが「対抗不能訴権（action en inopposabilité）」の翻案であるという意味で、同様の構造をもつ（加賀山茂「対抗不能の一般理論について――対抗要件の一般理論のために――」判例タイムズ六一八号六頁（一九八六年）、浜上則雄「不動産の二重譲渡」阪大法学一四五＝一四六号一五頁（一九八八年））。なお、フランスにおける『対抗不能』の一般理論（théorie générale de "l'inopposabilité"）」に関しては、片山直也「フランスにおける詐害行為取消権の法的性質論の展開――二〇世紀前半における『対抗不能』概念の生成を中心に――」慶大院法学研究科論文集二六号三頁（一九八七年）に詳しい。

(75) Lévis, *op. cit.*, n° 211, p. 187. ここにいう《déchéance》は、法定取得—失権説にいう「失権」とはほぼ同じものである。この用語は、ボワソナード論文の中にも見出される。Boissonade, *Réponse à M. Garsonnet*, n° 13, p. 265.

(76) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 24, p. 556.

(77) 後掲注(88)該当本文参照。

(78) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 24, pp. 556-557. なお、「取得者が懈怠（négligence）によってではなく、害する（nuire）意図に基づき、『害意によって（*per malitiam*）』謄記をしなかった場合には、もはや準不法行為ではなくして、『不法行為（*délit civil*）』が存することになる」（*ibid.*, note (1)）。なお、フランスにおいて、「délit とは故意不法行為、quasi-délit とは過失不法行為を謂ふ」（『現代外国法典叢書(16)・仏蘭西民法〔Ⅲ〕（財産取得法(2)）』（有斐閣、復刊版一九五六年、復刻版一九八八年）三〇七頁〔谷口知平〕）。

(79) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 25, p. 557.

(80) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 26, p. 557.

(81) 『現代外国法典叢書(16)・仏蘭西民法〔Ⅲ〕』三一三頁〔谷口〕。

(82) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 25, p. 557; n° 27, pp. 557-558.

(83) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 28, p. 558.

(84) Boissonade, *ibid.*

(85) Boissonade, *ibid.*

(86) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 29, pp. 558-559.

(87) 高橋・前掲注(2)②・六五七—六五八頁も、ボワソナードが、『公示制度は、自然法から直接には導かれるものではなく、二重譲渡や不動産信用において生ずる問題に対する保護として」実定法が特に創設したもの、と理解していることを指摘される。

(88) 例えば、ボワソナードの見解に真っ向から反対するリヨン—カンにおいても、対抗要件主義を「謄記義務（obligation de transcrire）に基づくサンクション」と表現している（Ch. Lyon-Caen, note sous Cass. req. 27 nov. 1893, S. 1894, I, 385.）。今日の学説では、例えばレヴィは「一八五五年法の起草者は、幾つかの行為の当事者に対して謄記義務を課すことを望んだ」と説明する（Lévis, *op. cit.*, n° 210, p. 186.）。

(89) 草案三七〇条を経て成立した、財産編三五〇条は、次のように規定する。

【財産編三五〇条】

① 第三百四十八条ニ掲ケタル行為、判決又ハ命令ノ効力ニ因リテ取得シ変更シ又ハ取回シタル物権ハ其登記ヲ為スマテハ仍ホ名義上ノ所有者ト此物権ニ付キ約束シタル者又ハ其所有者ヨリ此物権ト相容レサル権利ヲ取得シタル者ニ対抗スルコトヲ得ス但其者ノ善意ニシテ且其行為ノ登記ヲ要スルモノナルトキハ之ヲ為シタルトキニ限ル

② 悪意及ヒ通謀ニ付テハ第三百四十七条ノ規定ニ従ヒテ之ヲ証スルコトヲ得

また、売買に関する財産取得編四五条一項は、次のように規定する。「売買ノ目的カ不動産ナルトキハ其契約ヲ以テ買主ノ特定且善意ノ承継人ニ対抗スルニハ財産編第三百四十八条以下ノ規定ニ従ヒテ登記ヲ為スコトヲ要ス」

(90) Boissonade, *Projet*, 2e *éd.*, t. 2, n° 206, p. 210; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 206, pp. 241–242. この点に関する記述は、《1re *éd.*》には存在しない。ボワソナードによれば、「近時このような反論がなされた」という(*ibid.*)。

(91) Boissonade, *Projet*, 2e *éd.*, t. 2, n° 206, p. 210; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 206, p. 242.

(92) Boissonade, *Projet*, 2e *éd.*, t. 2, n° 206, p. 211; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 206, p. 242. 我が現行法においても、我妻栄＝有泉亨『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、一九八三年）一五二頁は、争いが決着しない間に一方当事者が登記またはこれに替わる措置、例えば仮登記仮処分をすれば、彼が勝つことになり、従って、この議論には、あまり実益がないとする。

(93) Boissonade, *Projet*, 2e *éd.*, t. 2, n° 206, p. 211; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 206, p. 242.

(94) Boissonade, *ibid.*

(95) Boissonade, *Projet*, 2e *éd.*, t. 2, n° 206, pp. 211–212; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 206, p. 243.

(96) Boissonade, *Projet*, 2e *éd.* t. 2, n° 206, p. 210; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 206, p. 243.

(97) G. Goubeaux, note sous Cass. civ., 30 janv. 1974, Rép. Défrénois 1974, art. 30631, p. 637. は「ある者が、不動産所有権移転をもたらす行為の、彼に対する対抗不能を援用することが認められるためには、その者は、(1)同一前主に由来し、(2)同一不動産に関する競合する権利を主張し、(3)その権利が公示に従う行為に基づくものであり、(4)右行為につき相手方が公示する前に公示していなければならない」とする。Voy. Lévis, *op. cit.*, n° 226, p. 196. もっとも、ここでは、フランスの登記制度が証書公示システムをとるため、対抗要件主義は、二つの証書の公示が援用された場合に、その優先関係を決する制度と見られる点には注意を要する。一方、双方未登記の場合に第一譲受人優先の結論が導かれる点に関しては、滝沢・前掲注(7)・一二七―一二八頁。

(98) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 31, p. 560.

(99) 一〇七一条については前掲注(10)参照。Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 385. によれば、本条は、補充指定に関する一七四七年の王令（ordonnance）第二章（titre）三三条の規定の再現である。他方、C. Bufnoir, *Propriété et contrat. Théorie des modes d'aquisition des droits reels et des sources des obligations*, 2e éd., 1924, p. 124. によれば、「この理論〔＝善意・悪意不問説〕は、贈与の登簿（insinuation）に関する古法において支配的であった見解に一致する。即ち、受贈者は、登簿の欠缺を援用する利害関係人が、他の方法で贈与を知っていたことを主張することができないのである」としている。

(100) 一方、ボワソナードは、自説に対して想定される通説側からの反論として、以下の五点を指摘している（Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 32, pp. 560-561.）。

その第一は、「謄記の目的は、自己の取得を謄記した者を、取得を認識させることを懈怠した者から、エネルギッシュに保護することにある」が、第二譲受人の悪意をめぐる主張が認められるとなれば、「右保護は『その力の全てを失い、法律はその有用性の全てを失うことになろう』」というもので、先の通説の根拠の②に相応する。

第二は、「公示という法律上の方法は、一般に、そしてこの場合には特に、『公の秩序（ordre public）』からなる。従って、右法律上の形式が具備されていない以上、全ての者は、これに反駁する権利を有する。即ち、謄記の欠缺の場合、そこには譲渡の不知に関する法律上の推定が存し、これに対しては、『何らの反対証明（*preuve contraire*）』も認められない（一三五一条）」というものである。右主張のうち、「推定」に関する部分は、次節で検討される。

第三は、「自己の権利を行使したに過ぎない者には、詐欺（dol）の罪はない」というフランダンの主張である。右主張は、我が国における「自由競争の原理」を強調する立場を想起させるが、しかしながら、フランダンもまた、フロードある第三者の排斥を認めている。従って、問題は、やはりフロードと単純悪意の区別の困難性に帰着する（n° 39, p. 566.）。

第四は、通説の根拠の③、即ち、一〇七一条の規定の存在である。この点も、「推定」構成と関連して次節で検討しよう。

第五は、善意・悪意不問の結論は、《insinuation》に関する過去の学説、贈与に関する一七三一年王令二七条、補充指定に関する一七四七年王令三三条について認められていたという点である。これに対して、ボワソナードは、学説の立場は必ずしもそのようには解されず、また、一七三一年・一七四七年王令は成立要件的であって、現行法の構造とは相容れない（n° 33, pp. 561-562.）。更に、現行法は、ナンティスマン慣習法に由来するが、アルトワ、フランドル、エノーの慣習書及び判例によれば、悪意の第二買主は保護されていなかった（n° 34, p. 562.）、と主張している。

(101) Cité par Boissonade *Explication nouvelle*, n° 6, p. 542.

(102) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 4, p. 539; n° 6, p. 542. この点は、ボワソナード草案においても同様であり、ボワ

ソナードは、右結論を、「実際には、第一取得が未だ公示されない場合には、旧所有者は第三者のために新たな譲渡を有効に行なう権能（faculté）を失っていないから」と理由づける（Boissonade, *Projet, 1re éd.*, t. II-II. p. 210; *Projet, 2e éd.*, t. 2, n° 208, p. 212; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 208, p. 244.）。しかし、この説明は、不完全物権変動説的である。

(103) Cité par Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 6, p. 542.

(104) 滝沢・掲前注(6)・二五一頁。

(105) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 3, p. 539.

(106) 「悪意者」問題をめぐるフランスの判例・学説の流れに関しては、浜上則雄「フランス法における不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意」阪大法学五一号一頁以下（一九六四年）、鎌田・前掲注(3)・三一頁以下、滝沢・前掲注(7)・二三五頁以下、吉田・前掲注(20)・四五〇頁以下に詳しい紹介がある。

(107) Boissonade, *Explication nouvelle*, n°s 3-14, pp. 539-547.

(108) この点は、既に滝沢教授も指摘されるところであり、教授は、「ごく初期の登記法〔＝共和暦七年法を指す〕の下では、『第三者に対抗し得ない』という立法形式に対して、謄記がなければ所有権移転が生じないという登記主義的な理解を与える傾向がみられたために、登記による画一的な解決という考え方がごく自然に導かれ得たものとわたくしは見ている」と述べておられる（滝沢・前掲注(7)・二四〇頁）。

(109) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 35, pp. 562-564.

(110) Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 385.

(111) Lyon-Caen, *loc. cit.*

(112) 滝沢・前掲注(7)・二五一頁。更に、二〇九頁参照。しかしながら、滝沢教授が、先の記述に続けて述べておられるように「フランス法主義の下で両者は密接にからみ合っており」、公示制度は「不特定の」第三者、対抗要件主義は「特定の」第三者を対象とする、という峻別論は、少なくともフランスにおいては一般的ではないように思われる。Voy. Lévis, *op. cit.*, n° 213, p. 188. 公示の目的を『『善意の』第三者保護」に求めつつ、対抗要件主義において善意・悪意不問の結論を導こうとするとき、両者は想定する次元が別、という形で、前者の目的論が後者の要件論に流れ込まないような手当をするのも、一つの論理ではあろう。しかしながら、善意・悪意不問の結論を導くための論理は他にも存在する。後に見るところの、ボワソナードの紹介する通説の立場がそれである。

(113) Boissonade, *Explication nouvelle*, n°s 53 et suiv., pp. 574 et suiv.

(114) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 53, p. 574. なお、プロジェにおいても同様の記述が見られる (Voy. Boissonade, *Projet*, 2e éd., t. 2, n° 214, p. 213; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 214, p. 251. ちなみに《1re éd.》にこの部分の記述はない)。プロジェの内容については、高橋・前掲注(2)②・六五〇頁参照。

(115) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 54, p. 574.

(116) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 55, pp. 574–575.

(117) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 56, pp. 575–576.

(118) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 57, p. 576.

(119) 於保不二雄「公示なき物権の本質」法学論叢（京大）五八巻三号一頁（一九五三年）。

(120) 我妻栄『聯合部判決巡歴 I（総則・物権）』（有斐閣、一九五八年）一三七頁。

(121) 高橋・前掲注(2)②・六六〇頁。

(122) 高橋・前掲注(2)②・六五七頁、五七八頁注(35)、六六〇—六六一頁。

(123) J. Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi*, thèse, Paris, 1899; André Breton, *Des effets civils de la bonne foi*, Rev. crit., t. XLVI, 1926, p. 86; F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, thèse, Paris, 1928; Alexandre Al. Volansky, *Essai d'unedifinition expressive du droit basée sur l'idée de la bonne foi*, thèse, Paris, 1929; Robert Vouin, *La bonne foi, notion et rôles actuels en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1939; Gérard Lyon-Caen, *D'évolution de la notion de bonne foi*, Rev. trim. dr. civ., t. XLIV, 1946, p. 75.

(124) F. Gorphe, 《Bonne Foi》, Dalloz, Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, (1re éd.), t. I, 1951, n° 2, p. 487; 2e éd., 1970, n° 2.

(125) Gorphe, *Encyclopédie*, n° 3, p. 487; 2e éd., n° 3.

(126) ただ、我が国においては一般に、「登記くの信頼保護」の表現を「善意者保護」と単純に読み替え、あるいは、《Erwerb von guten Grauben》を「善意取得」と訳出しており、《guter Glaube》の意味における「善意」という用例に関して、日本とフランスではさほどの違いがないようにも思われる。

(127) Boissonade, *Explication nouvelle*, nos 40 et suiv., pp. 566 et suiv. なお、「法律上の推定」の定義に関する七戸・前掲注(1)①・七四頁の記述につき、高橋・前掲注(2)②・六七六—六七七頁は、次のように批判される。「七戸⑧七四頁では、『覆滅し得ない法律上の推定』を『立法政策上望ましいとされた結論を確定することに重点を置くとされている』とする。しかし、

この推定が『蓋然性』によって生ずるものではないことについては同意できるが、このことにより、ボアソナードが推定を『法政策』的な『合目的的要請の有無』によって決定しているという点については、否定的に解したい。ボアソナードは、『法政策』的な『合目的的要請の有無』については一言も述べておらず、むしろ、草案が『自然法』に適することを強調しているからである」。

高橋氏の批判される拙稿の記述は、今日のフランスの学説に関する若林安雄「フランスにおける証明責任(序説)」判例タイムズ三三四号二一頁(一九七六年)を引用した部分である。一方、ボワソナードは、推定の意義及び種類については、フランスの学説に原則的に従う旨を述べているから(*Projet*, 2*e éd.*, t. 5, n° 216, p. 211; *nouvelle éd.*, t. 4, n° 216, p. 810.)、高橋氏の批判は、①そもそもフランス法に関する若林教授の理解を誤りとされるのか、②法律上の推定に関するフランスの理解が一九世紀と今日とで異なるとされるのか、③少なくとも法律上の推定に関しては、ボワソナードが右フランスの学説に従わなかったとされるのか、④あるいは、公示による法律上の推定のみが、その他の法律上の推定と異なる論理に服するとされるのか、の何れかである。しかしながら、①若林教授の記述が正当であるのは勿論のこと、②一九世紀と今日とで、この点に関するフランス法学説の理解にさしたる変動はなく、③プロジェの該当個所において、ボワソナードが、フランスの学説の「法律上の推定」の理解に異論を唱えた部分も見当たらず、④更に、公示の法律上の推定のみが自然法に依拠し、その他の法律上の推定は『『法政策』的な『合目的的要請の有無』」に依拠すると述べた部分も存在しない。後に見るように、ボワソナードは、仏民法一〇七一条の制度趣旨(紛争の画一的処理という合目的的要請)との関係で、同条が覆滅し得ない推定とされていることを正当化しているのである。高橋氏は、「草案が『自然法』に適することを強調している」とされるが、逆に、プロジェの「法律上の推定」に関する記述部分には、「自然法」なる単語は一言も出てきていない。

(128) Voy. Lévis, *op. cit.*, n° 215, p. 189.

(129) Lévis, *ibid.*

(130) Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 385.

(131) Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 51, p. 573.

(132) Boissonade, *Projet*, 1*re éd.*, t. II-II, p. 211; *Projet*, 2*e éd.*, t. 2, n° 209, p. 213; *Projet*, *nouvelle éd.*, t. 2, n° 209, p. 245.

(133) Boissonade, *Réponse à M. Garsonnet*, n° 14, p. 266.

(134) Boissonade, *Projet*, 1*re éd.*, t. II-II, pp. 211-212; *Projet*, 2*e éd.*, t. 2, n° 209, pp. 213-214; *Projet*, *nouvelle éd.*, t. 2, n°

209, p. 245. 七戸・前掲注(1)①・七六頁。

(135) BOISSONADE, *Projet*, 2e *éd.*, t. 5, n° 244, p. 251; *Projet, nouvelle éd.*, t. 4, n° 244, pp. 852-853. 七戸・前掲注(1)①・七六頁。

(136) 高橋・前掲注(2)②・六七五頁注(21)が指摘されるように、七戸・前掲注(1)①・七六頁は、ここにいう「利害関係人」を第一譲受人と誤解した。撤回し、本文で述べたように修正する。但し、「七戸氏が指摘する、ボワソナードの反論として引用している箇所は、草案七一一条〔追奪担保責任における買主の悪意の証明〕を念頭に置いたものである」とする高橋・前掲注(2)③・三三六―三三七頁の分析には、賛成できない。なぜなら、本文で引用した草案一四二三条の注釈部分で、ボワソナードが債権譲渡に関する草案三六七条四項及び不動産譲渡に関する三七〇条を参照していることからも知られるように、ここでボワソナードが、二重譲受人間の優先関係決定原則を念頭に置いていることには、何らの疑問の余地も存在しないからである。

(137) フランスにおける「推定」の意義に関しては、若林・前掲注(127)・二〇―二一頁、七戸・前掲注(1)①・七三頁以下参照。

(138) この点に関しては、七戸・前掲注(1)①・八一頁以下参照。

(139) BOISSONADE, *Explication nouvelle*, n° 37, p. 564.

(140) BOISSONADE, *Réponse à M. GARSONNET*, n° 14, p. 266.

(141) BOISSONADE, *Explication nouvelle*, n° 41, pp. 567-568.

(142) BOISSONADE, *Explication nouvelle*, n° 40, p. 567; *Réponse à M. GARSONNET*, n° 14, p. 267. なお、旧民法においては、宣誓の制度は、それが日本に馴染みが薄いことを理由に削除された。

(143) BOISSONADE, *Explication nouvelle*, n° 42, p. 568.

(144) 前掲注(69)参照。

(145) BOISSONADE, *Explication nouvelle*, n° 43, pp. 568-569.

(146) BOISSONADE, *Réponse à M. GARSONNET*, n° 15, p. 267.

(147) BOISSONADE, *Réponse à M. GARSONNET*, n° 14, p. 266.

(148) BOISSONADE, *Réponse à M. GARSONNET*, n° 15, p. 267.

(149) ボワソナードは、通謀フロードに関しては、当時のフランスの判例・通説と同様、自由な反対証明を許容していた。もっとも、この点に関して、ボワソナードの見解には若干の変遷がみられる。即ち、彼は、当初、通謀フロードを構成する二つの

フロードのうち、譲渡人のフロードの部分については自由な証明を認めるが、第二譲受人のフロード部分に関しては、善意の推定が働くため、自白・宣誓以外の反対証明が認められないと解していた。即ち、「『売主のフロード』の証明が問題となっている場合には、懈怠ある第一取得者が債権者取消権（action Paulienne）の成功を収めるために、人証及び事実上の推定を認める。謄記は売主に対してもその相続人に対しても警告を与えるものではないから、新たな売買から身を守ろうとする取得者は、不法行為と同様、あらゆる可能な〔証明〕方法によって『売主』のフロードを証明し、他方、第二『買主』の共謀（complicité）については、専ら宣誓及び自白によって、証明する、というのは、第二買主は不知に関する法律上の推定が存するからである」（Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 45, p. 570. Voy. n° 10, 545; *Réponse à M. Garsonnet*. n° 15, note (1), p. 267.）。これは、我が国における背信的悪意の証明よりも、遥かに厳しい。

しかしながら、この立場は、プロジェにおいては、次のように緩和された。「通謀フロードは、新取得者に対しても、あらゆる通常の証明方法によって証明することができる。なぜなら、実際には、譲渡人は、法律上の推定によっては何ら保護されないからであり、従って、フロードは、彼と彼の共謀者（complice）〔＝第二譲受人〕に対して、人証及び単純なる事実上の推定によって証明することができる」（Boissonade, *Projet, 1re éd.*, t. II-II, pp. 216-217; *Projet, 2e éd.*, t 2, n° 213, p 218; *nouvelle éd.*, t. 2, n° 213, p. 250. 七戸・前掲注(1)①・七八―七九頁、高橋・前掲注(2)②・六五二―六五三頁）。

(150) 高橋・前掲注(2)②・六六五頁は「ボアソナードにあっては、第二譲受人の『善意』は、第二譲受人が所有権を得るに際しての絶対の要件である」とし、「この点において、池田真朗・七戸克彦の評価、つまり、ボアソナードの理論をその機能面から『背信的悪意者論』として評価する態度には同意できない」（六七九頁注(44)）とされる。しかしながら、既に見たように、ボワソナードは、通説においても第二譲受人の善意が要件とされており、ただ、これに対する推定が覆滅し得ない推定とされる結果、善意・悪意不問の結論を導いている、と考えた。先述の如く、実際には通説は、最終的に善意・悪意不問とされる以上、その思考経路において善意とその推定を考える必要はないとしていたようであるが、仮にボワソナードの述べるような見解があるとすれば、高橋氏の論理によれば、それは悪意者を全く排除しない悪意者排除説ということになる。

(151) Lévis, *op. cit.*, n° 219, p. 192.

(152) Lévis, *op. cit.*, n° 218, p. 191; n° 219, p. 192.

(153) Lévis, *op. cit.*, n° 219, p. 192.

(154) かかるボワソナードの不徹底さは、何に由来するものか。それはまさに善意・悪意不問説の主張していた実質的根拠（紛争の画一的処理）を顧慮したためである。彼は、善意・悪意をめぐる訴訟を認めると、この点に関する「数え切れないほどの

異議に門戸を開くことになり、右事実の評価を人証の有するあらゆる危険に曝すことになる」との批判に対して、「私は、この点に関して人証を認めるべきだと主張しているわけではない」と反論する（Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 36, p. 564.）。他の個所でも、彼は次のようにいう。「謄記法の利益の消失（détuire）を受けないために、弁論において、第一売買に関して新買主が有していた認識に関する、あらゆる証拠方法を許すことは、認承されないであろう（一三五二条）。まず、私は、この点に関して、人証を認めない。なぜなら、人証は、法律が疑惑の目で見ている証明であり、そこにおいては錯誤が容易に発生するが故に、また、相手方への追従（complaisance）や買収（subornation）の虞れの故に、法律は、これを例外的に認めるに過ぎないからである。私は、同様に、事実上の推定も排除する、というのは、それは、《人証が許容される場合にのみ》、裁判官の熟慮（prudence）に委ねられるに過ぎないからである（一三五三条）」（Boissonade, *Explication nouvelle*, n° 40, pp. 566-567.）。ボワソナードが反対証明の方法を自白・宣誓に限定した理由も、結局、右証明方法が、通説の危虞する訴訟の煩雑化をもたらさないと判断したからに他ならない。

(155) Lévis, *op. cit.*, n° 209, p. 185.

(156) 前掲注(106)に掲げた文献参照。なお、一九六八年判決以降の判例の流れに関しては、Lévis, *op. cit.*, n°s 221 et suiv., pp. 193 et suiv. の分析が興味深い。

(157) Boissonade, *Réponse à M. Garsonnet*, n° 7, p. 261; *Projet, 1re éd.*, t. II-II, p. 216; *Projet, 2e éd.*, t. 2, n° 213, p. 218; *Projet, nouvelle éd.*, t. 2, n° 213, p. 250.

(158) 滝沢・前掲注(7)・一七五頁以下は、一七六条に関しても、フランス法の立場がそのまま承継されていると見る。これに対して、私見は、少なくとも一七六条の解釈に際しては、ある程度ドイツ法に接近した処理も可能ではないか、との仮説をもっているが（この点に関しては、七戸・前掲注(5)・二四四―二四五頁において若干触れたことがある）、ここで検討する紙幅がない。稿を改めて論ずることにしたい。

(159) ここでは更に、フランスにおける他人物売買の無効が相対無効とされている点も、両法制度の間の距離を縮めている。滝沢・前掲注(7)・一一九―一二〇頁注(6)、一八一頁。

(160) 星野・前掲注(6)④・九七頁以下は、フランスにおける意思主義と対抗要件主義の成立時期の違いが、意思主義を原則とし、対抗要件主義を例外とする構造に影響を与えているとされながら、「明治の初めから、そして民法において、一七六条と一七七条が同時に並んで規定された」（一〇二頁）日本法においては、かかる原則・例外関係はもはや成り立たず、単に「両条をあわせて理解すればよい」とされ、その結果、不完全物権変動説に近い理解、即ち、「〔第二買主〕乙は登記をしない限り第

二の買主丙に破れるのですから、乙には完全なものがいっておらず、〔売主〕甲には丙に売って登記をすれば丙が完全な所有権を取得させうるなにものかがある、といえば足りる」との理解をとられる（一〇七頁）。しかしながら、「本条〔現行一七七条〕及ビ次ノ箇条〔現行一七八条〕ハ謂ハバ前条即チ第百七十七条〔原案＝現行一七六条〕ノ但書トデモ申スベキモノデアリマス」との穂積陳重委員の趣旨説明からも知られるように（法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会・民法議事速記録・一』（商事法務研究会・日本近代立法資料叢書I、一九八三年）五八三頁）、両条が並んで規定された趣旨は、一七六条を原則、一七七条を例外とする構造を明らかにするためではなかったのだろうか。更に、『民法修正案理由書』の一七七条の説明部分（「本条ハ第百七十六条ノ例外トモ称スヘキモノニシテ」）参照（広中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、一九八七年）二二八頁）。

(161) ドイツの学説によれば、登記の公信力においては、真の権利者が登記簿の内容の不真正を知っていたか否か、あるいはこれを防止することができたか否か、という点が顧慮されない。即ち、専ら虚偽の外観を信頼した第三者の保護という側面のみが重要視され、当事者側の帰責性という点が問題とされないのである（これを、ヴェスターマンは「純粋権利外観法理（reines Rechtsscheinprinzip）」と呼ぶ。Harry Westermann, *Die Grundlagen des Gutglaubensschutzes*, JuS, 1963, 1, S. 5; S. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. neubearbeitete Aufl., 1986, J. Schweizetzer Verlag KG Walter de Gruyter & Co., Berlin, § 892 [Karl-Heinz Gursky], Fn. 6.）。更に、ここにいう「信頼」というのも、登記に対する第三者の「主観的信頼（subjektives Vertrauen）」ではなくして、登記簿それ自体の有する「客観的な信頼性（objektive Verläßichkeit）」を意味する。即ち、登記簿に記載があるというだけで、第三者は右記載を信頼して取引関係に入ったものと看做されるのであり、第三者が、実際に登記簿を調査し、その内容を認識して取引関係に入ったかどうかは、問題とされないのである（Staudinger-Kommentar, § 892 [Gursky], Fn. 6.）。更に、登記の公信力においては、第三者の主観的要件は、ほとんど顧慮されない。第三者は、結果的に登記簿の記載に合致した取引をしたというだけで、基本的に公信力の保護を受けるのであり、ただ、第三者の登記の不真正に関する積極的認識が、効果発生を妨げる障害事由となるに過ぎない。それ故、公信力においては、第三者が善意に関する証明責任を負うのではなくして、真の権利者が第三者の悪意に関する証明責任を負う（Staudinger-Kommentar, § 892 [Gursky], Fn. 114.）。また、第三者の「主観的信頼」が問題とされない以上、第三者はあらゆる注意義務から解放されており（Staudinger-Kommentar, § 892 [Gursky], Fn. 6.）、従って、第三者の過失という点は、およそ問題となる余地はない。

こうしてみると、ドイツにおける登記の「公信力」なるものは、我が国の従来の理解とは非常に異なった概念であることに

気づく。「登記を『信頼』した第三者の保護」という用例における「信頼」の具体的内容も含めて、いま一度検討し直す必要があろうが（この点に関する近時の優れた研究として田口勉「ドイツ不動産法上の公信の原則についての史的考察」早大院法研論集四二号一二五頁（一九八七年）がある）、ここでは、いわゆる公信力説との関係で多少触れておきたい。公信力説の特徴は、第二譲受人の取得を端的に無権利者からの取得と理解する点、及び、第二譲受人の善意を要求する点に求められるが、しかし、この見解は、第二譲受人の善意（bona fides）（＝《bonne foi》!）ないし信頼の具体的内容を、ドイツ法の公信力の如く考えるわけではないから、結局この見解は、無権利者からの（a non domino）取得であることの比喩ないしは説明概念として、「公信力」の用語を借用しただけのように思われる。だが、そうであるとすれば、この見解は、実は法定取得―失権説やボワソナード説あるいは今日のフランス法学説と変わるところがない。あるいは第三者の善意を要求する点にその特徴があるのだとすれば、それは、ボワソナード説及び今日のフランスにおけるフォート説と異ならない。その意味において、鎌田教授がフランス法を基盤に公信力説をとっておられるのは象徴的であるが（鎌田・前掲注(3)・一一八頁以下、鎌田「『二重譲渡』の法的構成」ジュリスト増刊『民法の争点Ⅰ（総則・物権・親族・相続）』（有斐閣、一九八五年）一〇二―一〇三頁）、しかし、ここで「公信力」なる用語を用いることが、立法沿革の連続性を欠いた、また、ドイツ法の公信力そのものの導入を目的とするものでもない、単なる比喩ないし説明の道具に留まるものならば（鎌田・前掲注(3)・一二一頁は「公信力主義という時の公信力概念（ドイツ法主義）と公信力説にいう「公信力」とは異る」とされるが、異なる概念であるにも関わらず「公信力」の用語を用いたからこそ「我が国では公信力原則がとられていない」といった批判がなされてきたのではなかったか）、公信力説はむしろボワソナード説あるいはフォート説の中にこそ発展解消してゆくものではあるまいか。

なお、ドイツ法との関連では、近時、ドイツ法の消極的公示規定を参考にしつつ、一七七条をドイツ法にいう消極的信頼保護の規定と解する見解が唱えられている（多田利隆①「公示方法に関する消極的信頼保護法理の分析」北九州大学法政論集一八巻一号一一一頁（一九九〇年）、②民法一七七条の『対抗』問題における形式的整合性と実質的整合性㈠～㈢完――消極的公示主義構成の試み――」民商法雑誌一〇二巻一号二三頁、二号一五〇頁、四号四〇九頁（一九九〇年）。なお、後者に関しては松岡久和教授の書評がある。法律時報六三巻二号八六頁（一九九一年））。この見解は、まず、「形式的整合性の問題すなわち『対抗』のメカニズム論」（＝本稿の表現でいうならば、「二」で検討した意思主義をはじめとする諸原則と対抗要件主義の関係論）に関しては、「一七六条により意思表示のみによって完全に物権は移転しており、それが、一七七条を通じて覆されるとする立場」（直列型）を妥当とされる点において、ボワソナード説や今日のフランス法学説、あるいは公信力説や法定―取得失権説と同様の立場に立つ。一方、「実質的整合性の問題」とは、一七七条の法的性質論、換言すれば、対抗要件主義が民法体系におけ

る何れの法制度の一種として位置づけられるか、という問題であるが、多田教授は、この点に関する従来の学説を、①一七七条による取得を実質的権利関係に依拠した（＝譲渡人に何らかの譲渡権能が残されている）ものと解する見解（「真の権利関係合致構成」）と、無権利者からの取得法理と見るものに分かち、後者を更に、②一七七条を信頼保護法理（外観優越の法理）の規定と解する見解（「信頼保護構成」）、③登記を懈怠した者に対する権利喪失の制裁と見る見解（「権利喪失構成」）、④既成の法原理や権利変動のメカニズムのいずれにも妥当しない法定のものとして位置づけるべきであるとする見解（「法定構成」）に分類した上で（前掲②・「㈡」一五一頁以下）、②「信頼保護構成」を妥当とされる。

だが、ここでは、以下の点を疑問として提起しておきたい。

その第一は、沿革的理由である。対抗要件主義を登記を懈怠した第一譲受人に対する不法行為的制裁と捉えるボワソナード及び今日のフランス法学説の立場は、③「権利喪失構成」に分類されることになるが（なお、法定―取得失権説を④「法定構成」に分類する点には賛成できない。星野教授、鎌田教授の見解と同様、③「権利喪失構成」に分類されるべきであろう）、多田教授は、条文の沿革についてどの程度考慮されるのか。解釈論にとって沿革的理由のみが全てであるとは考えないが、教授自身も、一七七条が「規定の形式上は、権利喪失者の側に比重が置かれている」ことを承認しておられる（前掲②・「㈡」一六五頁）。にも関わらず、「権利喪失と権利取得とが表裏一体の関係にある場合には、権利取得面の方に即して法律構成するのが通常」（前掲②・「㈡」一五九頁）という理由のみで、同条の規定を信頼保護規定と見ることに、果たして説得力があるのだろうか。

疑問の第二は、当事者の帰責要件である。信頼保護法理は、少なくとも多田教授の前提とするドイツ法においては、先に公信力について見たように、また教授自身も確認しておられるように、当事者の「帰責性の有無を問わないというのが伝統的な取扱いになっている」（前掲②・「㈡」一七八頁注(54)）。だが、多田教授は、当事者の帰責事由と第三者の保護事由の相関衡量がなされるのが妥当とする立場から、一七七条を「帰責の側面の比重の大きな信頼保護法理」と理解される（前掲②・「㈡」一六五頁）。ここでの帰責性の内容として、当事者の「登記義務」違反という概念を設定する点は、ボワソナード及びフランス法学説と同様であり、私見もこれに賛成したい。だが、一七七条においては、当事者の「帰責の側面の比重が大き」いことを認められるならば、むしろ端的に右帰責性を基軸とした構成、即ち「権利喪失」構成に立つべきではなかろうか。

疑問の第三は、第三者の「善意」要件である。多田教授によれば、「信頼保護法理とは、いうまでもなく『信頼』すなわち『善意』を保護するもの」であり「それゆえにこそ、公信力説は、その帰結として第三者の善意（無過失）要件を説く」（前掲②・「㈡」一六五頁）。ところが、一七七条は文言上第三者の「善意」を要求していない。ここで、多田教授は、一七七条が善意を

要求しないのは、紛争の画一的処理の要請から第三者の信頼の抽象的・定型的取扱いを図ったため、と理解される。ここまでは、ボワソナード及びフランス法学説の主張とほぼ同様である。ところが、ボワソナードが「推定」構成を通じて「善意」を対抗要件主義の本質的要件として維持するのに対して、多田教授にあっては、第三者の主観的態様の問題は対抗要件主義の構造論と基本的に無関係なものとして取り扱うかのようである。しかしながら、信頼保護構成にとって第三者の「善意」は、権利喪失構成における以上に無視できない本質的要素のはずであり、ここで「『信頼』すなわち『善意』」要件なき信頼保護法理なるものを想定することは、信頼保護法理の自己矛盾である。「第三者の主観的態様の問題に回答を出さない『理論』にはあまり意味がない」との批判（松岡・前掲・八八頁）は、多田教授が信頼保護構成に立つだけに一層厳しいものとなるであろう。

(162) 星野・前掲注(6)④・一一二頁は、「一七七条は、第三者保護という目的のための規定であるけれども、その目的を達成するための手段としての同条の技術的構造は、登記を信頼した第三者を保護するというものではなくて、登記をしないものが負けるという構成をとっている」とされ、ボワソナード及びフランス法学説と同様の理解をとる。この点は、滝沢教授においても同様である（例えば、滝沢・前掲注(7)・二六五頁「その〔対抗要件主義の〕機能の中には、登記しなければ失権するという制裁によって不動産取引を登記簿上に公開させることと並んで、二重譲受人の保護が含まれる」）。

(163) 星野英一「物権変動における『対抗』問題と『公信』問題」『民法論集（第六巻）』一三九―一四〇頁は次のようにいう。「公示の効力にはいろいろあり得るわけです。逆にいうと、公示をしなかった場合にどうなるかということです。とにかく、公示をしてあれば、たとえばここの土地には地上権があるのだということがわかれば、その土地を借りて〔買って？〕家を建てようとする人は、土地を買わないはずです。そういう意味で、公示は、物権の存在ないし変動を第三者に知らせるという意味を持ちます。しかし、公示をしなくても、何もサンクションがなければ、めんどうくさくて公示などしないでしょうから、公示をさせる方法を考えることが必要になります。その方法、逆にいえば公示をしないことに対するサンクションにはいろいろありうるのです。……そこで、公示をしなければ物権を主張できないということにするのです。つまり公示を物権変動の効力要件または対抗要件とするのです」。

(164) 梅謙次郎『〔訂正増補〕民法要義（巻之二物権編）』（有斐閣、訂正増補版・一九一一年、復刻版・一九八四年）八頁。

(165) 更に、富井政章も「仏国法律ニ於テハ此論題〔＝悪意者を排除するか否か〕ヲ決定シタル明文ナケレヒ一般学者ハ主トシテ民法一三五二条ニ基キ悪意ノ反証ヲ挙クルコトヲ許サス」と述べている（討論筆記「情ヲ知リ不動産ヲ後ニ買受ケ先ニ登記シタル者ノ所有権有無ノ件」法学協会雑誌三七号一七頁（一八八九年））。なお、有川哲夫「二重譲渡と悪意の第三者(一)」福岡大法学論叢二四巻四号四二八頁（一九八〇年）参照。

なお、梅における右構造を初めて明らかにしたのは、石本雅男「二重譲渡における対抗の問題――忘れ去られた根本の議論――」民商法雑誌七八巻臨時増刊号(1)『末川博先生追悼論集・法と権利1』一五六頁以下（一九七八年）である。石本教授の主張は、対抗要件主義の内部構造の側面において、一七七条においても善意が隠れたる要件となっており、また、右善意に対する擬制を廃し、悪意の反対証明を認める余地も存するとする点で、極めて示唆的である。但し、対抗要件主義と他の諸原則との関係論の側面において、教授が、ボワソナードが排斥しようとした相対的（関係的）所有権概念を想定する点に関しては（一七〇頁）、賛成し得ない（同旨、滝沢・前掲注(7)・二七八―二七九頁）。なお、対抗要件主義の内部構造の問題は悪意者問題と切り離して考えるべきであるとする滝沢教授は、「説明の仕方として善意の擬制という表現をとったとしても、これが実質的に善意・悪意不問説であることに変わりなく、それだけで登記の本質が解明されるわけではない」とされる。右批判は、ボワソナード説に対してフランスの善意・悪意不問説が唱えた反論と全く同様のものであり、この点においても、我が国の物権変動論が、フランスでの議論をトレースする形で進行していることに気づかされる。

(166) 梅・前掲注(164)・一一頁。

(167) そもそも他人の落度を出し抜いて自己が有利な地位に立つことが、資本主義社会の当然のルールとは考えにくく、そこにモラルの次元での非難可能性があることは否定できないのではあるまいか。ただ、右モラルの次元での非難可能性があるか否かという問題と、右モラル違反を全てそのまま法制度に反映させるか否かという問題は別物であり、善意・悪意を問わないとする立法は、法律関係の画一的処理を重視する結果、モラル違反の程度が極めて重い場合を除いて画一的処理を覆さない、という態度をとったものと考えられる。従って、「自由競争の原理」なる用語は、法の次元において画一的処理の要請を覆すに至らない、モラル違反の程度の軽い場合を、極めて能動的・肯定的な形で言い換えたものに過ぎないように思われる。

(168) この点に関しては、鎌田・前掲注(3)・一一一頁以下に詳細な分析が見られる。

(169) 善意につき無過失を要求する旨を言明する学説としては、「私は、対抗問題の具体的な最大の論点である第三者の主観的態様の問題を中心に考え、第三者の権利取得の根拠は一七七条自体にあるが、その資格については不法行為的衡量も入れて、善意・無過失でなければならない、と考えている」とする松岡教授の見解があり（松岡・前掲注(161)・八八頁）、私見もこれに全面的に賛成したい。なお、先に述べたように、ボワソナードあるいはフランス法学説にいう「善意」の用語は、ドイツ法の《guter Glaube》に対応する概念であって、無過失を包摂する概念と解される。

(170) 「第三者の側から完全な物権変動の効果を承認することは、対抗の意義についてどのような論理的説明をしようとも、また登記の有無についての主張・立証責任をどのように解しようと、自己の利益放棄についての当事者処分権主義からいって当

然に認められるところである」（『注釈民法(6)（物権(1)）』（有斐閣、一九六七年）二五四頁〔原島重義〕）。

(171) 『注釈民法(6)』二五四頁以下〔原島〕。

(172) 『注釈民法(6)』二五六頁〔原島〕。これに対して、有川・前掲注(165)・四三八頁は、「第三者の方から、未登記の所有権移転を積極的に認めた場合と、自白とは異なるであろう」とされる。

(173) 『注釈民法(6)』二五六頁〔原島〕。

(174) 『注釈民法(6)』二五七頁〔原島〕。

(175) 『注釈民法(6)』二五四頁〔原島〕。

(176) その意味で、基本的に善意・悪意不問の立場に立脚する滝沢教授が、「物権の帰属決定の明確さを損なう」として第三者の「承認」の効力を否定するのは（滝沢・前掲注(7)・一九六―一九七頁）、筋として一貫している。

(177) 学説の詳細に関しては、『注釈民法(6)』二五〇頁以下〔原島〕。

(178) 『注釈民法(6)』二五一―二五二頁〔原島〕。

(179) Lévis, *op. cit.*, n° 217, p. 191. によれば、「この推定〔第二譲受人の悪意の推定〕は、固有の効果をほとんどもたず、それが単純〔推定〕か覆滅し得ない〔推定〕かを宣明することは、ほとんど重要ではない、というのは、右推定は、第一取得者が第二取得者に優越するという基本的な原則を強化するに過ぎないものだからである。即ち、右推定は、ここでは、『時において先んずる者が権利において優先する』の原則と重複して用いられるのである」とされる。

(180) この点を最も明確に論ずるのは、滝沢・前掲注(7)・一九四―一九五頁。

【追記】

七戸・前掲注(1)①・②は、私の修士論文である。いかにも拙い論稿ではあるが、私には過去の記憶を呼び起こす鍵のようなものであるらしく、読み返していると、大学院時代の昔話ばかり頭に浮かんでくる。その頃の思い出と共に、深い感謝の意を込めて、敬愛してやまない人見先生に本稿を捧げる。