

不動産公示の消極的效果としての「不知」の推定（二・完）

——フランスの不動産公示における「認識」の位置付け——

吉 井 啓 子

目 次

- 一、はじめに
- 二、公示による推定の発生
 - (1) 「対抗可能性」の一般理論 (théorie générale de l'opposabilité)
 - (2) 公示による推定の発生
- 三、不動産公示の消極的效果としての「不知」の推定
 - (1) 「不知」の推定に関する近時の立法の動向
 - (2) 「不知」の推定の性質をめぐる学説の対立——覆滅不可能説と覆滅可能説
 - (3) 「現実の認識」の内容
 - (4) 「不知」の推定の性質をめぐる判例の展開（以上二四〇号）
- 四、「不知」の推定の性質をめぐる近時の学説状況
 - (1) 一九六八年以降の判例に対する近時の学説の分析
 - (2) 「現実の認識」に関する証明原則
- 五、終わりに（以上本号）

四・「不知」の推定の性質をめぐる近時の学説状況

(1) 一九六八年以降の判例に対する近時の学説の分析

① 新たな理論構築の試み

悪意の第三者による不動産公示原則(公示による優先順位決定原則)の援用を排除することができるか否かという問題をめぐる対立は、本稿における理解からすれば、公示の欠缺から生じる第三者の「不知」の推定は覆し得るものか否かという問題をめぐる対立にほかならない。このように考えるならば、破毀院第三民事部一九六八年三月二二日判決による悪意者排除への方向転換は、第三者の「認識」を証明することにより、不動産公示がなされなかった場合に第三者について生じる「不知」の推定を覆し得ることを破毀院が認めたものと評価できるだろう。

しかし、この方向転換は、以前の判例が不動産取引の安全を保護するものとして多くの学説の支持を得ていたことを考えると、不意に現れたものであり、⁽¹⁾ 実際当初は数多くの批判が寄せられた。⁽²⁾ 「一九六八年に始まり一九七四年に維持された判例は、留保付きの同意をなしたグボー氏を除く全ての評釈者によって批判されている。⁽³⁾」とゴベールが述べたほどであった。一九六八年以降の判例の展開は、仏民法一一六七条の債権者取消権(action paulienne)におけるフロード要件の緩和⁽⁴⁾とともに、形式的・画一的処理を要請する不動産公示のメカニズムに危険をもたらすものとして批判されていたのである。⁽⁵⁾ もちろん、このような批判に対して、一九六八年判決の理論的基礎となった民事責任(フォート)説の立場からは、三、(2)で述べたような反論がなされた。

しかし、一九六八年以降の破毀院判例をめぐってここで取り上げるべき最大の問題は、「不知」の推定を覆滅するために仏民法一三八二条の民事責任原則に基づくという破毀院の理論構成の妥当性である。まずは、民事責任原則に基づく判例理論の矛盾点を指摘する見解に目を向けよう。「民法一三八二条は、不動産公示制度を破壊するには至らなかったとしても、フランス法に非常に大きな損害をもたらしてきた。」⁽⁶⁾ という一九六八年判決についてのブルダンの言葉は、不動産公示メカニズムへの民事責任原則の侵入を批判するに際して、数多くの論者が引用するものである。彼らの判例理論への批判は以下のとおりである。

第一に、裁判所において、第二譲受人にフォートが存在するとの判断が極めて簡単に行われ、単なる過失であつてもフォートと判断されるのではないかという危惧である。⁽⁷⁾

第二に、一九六八年判決の解決に従えば、第二譲受人が第一契約を認識していたという事実により、第一譲受人は義務的公示を怠つたとしても自動的に公示義務の懈怠に対する制裁（未公示証書の第三者への対抗不能）を免れることができる。⁽⁸⁾

第三に、判例がとる民事責任理論を突き詰めれば、場合によっては、第二譲受人のフォートだけでなく正当な理由なく義務的公示を懈怠した第一譲受人のフォートをも認め、ケースに応じた制裁を課さなければならぬはずである。⁽⁹⁾ 売買契約の公正証書を作成することが困難であつた場合等、第一譲受人が公示の不履行を正当化し得る場合を除き、裁判官は第一譲受人の公示の懈怠を第二譲受人の責任を軽減させるものと評価することができるはずである。⁽¹⁰⁾ その結果、責任分配 (partage de responsabilité、過失相殺 compensation des fautes) が生じ、現実に認識していた第二譲受

人による第一譲受人への賠償は、第一契約が第二譲受人に完全に対抗可能となるという内容をもった現物賠償の形式をとることは不可能になり、代わりに割合的な金銭賠償の形式をとることになるのではないかとの指摘がなされている⁽¹¹⁾。しかし、判例では割合的な金銭賠償の可能性は否定されており、第二譲受人が未公示先行契約の存在を知らなからなした不動産取得はフォートを構成し、未公示契約は第二譲受人に完全に対抗可能となるとされている。このような点に民事責任構成の破綻が見られるとして批判されているのである。これに対して、レヴィは、③で紹介するように、判例により徐々に民事責任原則は放棄されてきており事実審により賠償方法が判断されるべき民事責任原則は現在では放棄されていると分析しているが、民事責任構成を採用したとしても、第一譲受人に金銭賠償義務を課すのと同時に第二譲受人に現物賠償義務を課することもできると説いている⁽¹⁴⁾。

民事責任原則に基づく悪意者排除の解決は、以上のような問題点を指摘されながら大きく称賛されることのないまま判例に定着してきたのであるが、破毀院による解決の結果的妥当性を評価した上で、民事責任原則によることなく、悪意者排除の結論に理論的基礎を与え調和をもたらそうとする試みが何人かの論者によりなされてきている。従来の論争の対立の中心点は、公示を信頼し又は第一譲受人の未公示を奇貨として取引に入り適法に公示をなした者と、先に権利を取得したが公示をしなかった者あるいはできなかった者のどちらの権利を保護すべきかという価値判断の問題であったと言えよう⁽¹⁵⁾。そこから、悪意者排除への判例の方向転換は、不動産公示の効力そのものを明らかにする理論の発展の結果ではないととらえられてきた⁽¹⁶⁾。これに対して、不動産公示制度・対抗要件主義そのものの構造、さらには「対抗可能性」理論との関連において第三者の主観的要件の問題の分析を進める学説が現れている。以下では、

一九六八年以降の破毀院判決に対する近時の学説の分析を通して、「不知」の推定は覆し得るものであるという判例の解決がどのように理論づけられるのかについて検討を進めて行きたい。

② デュクロの見解

既に見たように、デュクロは、第三者の保護と法律関係の安全のため、第三者の「認識」を法律行為・権利等の法的要素の「対抗可能性の発動」の要件と位置付け重視していた。そして、社会秩序の要請から、公示が存在する領域においては、公示がなされることにより生じる第三者の「推定される認識 (connaissance réputée)」が基本になると説いていたが、さらに、全ての法的要素は等しく対抗可能性を有するとする『対抗可能性』の一般理論⁽¹⁷⁾の立場から、以下のように一九六八年以降の判例を評価している。

すなわち、物権が本来即時に (d'emblée) 万人に対して対抗可能であることは広く認められているが、物権を目的とする契約には公示が義務づけられているため、物権を目的とする契約の対抗可能性は第三者の「認識」に左右されることになった。その結果、物権の対抗可能性の特質は変質し、契約により設定・移転せしめられる物権自体も第三者の「認識」があつて初めて対抗可能なものとなった。

ところが、一九六八年判決前は、本来即時に万人に対して対抗可能なはずの物権に、不動産公示制度の安定のためさらにより厳格な「詐害的協働」という要件が課されていた。その限りにおいて、物権は認識している第三者にのみ対抗可能な債権⁽¹⁸⁾（なお債権がしばしばそれを生ぜしめる契約と同一視されていたことについては既に述べた。）よりも不利な制度を採用していたと考えられる⁽¹⁹⁾。デュクロは、これが『対抗可能性』の一般原則とは矛盾する点を考慮し

て、一九六八年に破毀院が、公示制度に服する物権を第三者に対抗するには第三者がそれを認識していれば足りるとの判断を下したと見る。そして、この判例の方向転換の結果、債権および未公示の不動産物権の「対抗可能性の発動」にはともに第三者の「認識」で足りることになり、これらの二つの権利の実質的な差異は急速に縮まったと分析する。⁽²⁰⁾

判例に批判的な見解に対しては、公示がなされていない場合に第三者の「認識」を証明することは容易ではないし、さらには、裁判官が厳密な評価をなすことにより、判例の解決は不動産公示メカニズムの画一性・形式性を直ちに破壊してしまうものではないと応え、判例を評価している。

③ レヴィの見解

引き続き、レヴィによる詳細な検討であるが、物権の対抗可能性の特性を債権さらには契約のそれとの質的差異を念頭に入れて明確化しようとするレヴィは、法的要素間の接近を説くデュクロとは全く反対の方向で議論を進めることになる。⁽²¹⁾

デュクロによって、対抗可能性は全ての法的要素に等しく付与されているが、その発動は受動主体(対抗される者)の「現実の認識」又は「推定される認識」によって左右されると考えられていた。そこでは、物権と債権は、第三者に認識を与える形式においてしか区別されていなかった。⁽²²⁾ すなわち、物権と債権の唯一の相違は、債権よりも物権の方が容易にその存在を認識することができるという点にある。⁽²³⁾

これに対して、レヴィは、物権の対抗可能性の特性として、侵害する第三者の主観的態様を問わずに、つまり「認

識」を必要とせず、「無条件の(inconditionne)」制裁が課せられる点を指摘している。彼は、第三者の「現実の認識」又は「推定される認識」に関係なく第三者に対抗できるという物権の対抗可能性の特性を、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から導く。これに対して、債権に関しては、判例が、債権者に生じた現実の損害そして侵害者の主観的態様を問題にしていることが認められるとレヴィは述べる。⁽²⁴⁾これら二つの点に関しては、フランスの学説においてほぼ異論はない。

しかし、物権については、排他性のため、その存在を第三者に知らせるための制度として不動産公示制度が設けられた。この目的を達成するために、公示に非協力的な者を制裁する必要が生じ、例外的に当事者の公示義務の懈怠を要件として一定の第三者との関係で本来的な対抗可能性を「失権(déchéance)」させる規定が作られたと説明する。レヴィは、このようにして生み出された不動産公示原則に関する規定が実体規定であったとしても、この実体規定の中に、実体規定に非常に近い「結晶化させられた推定(presomption cristallisee)」を見ることは容易であると説く。不動産公示制度は民法典制定後に創設されたものであり、公示がなされなかったことに対する対抗不能の制裁は、それが宣告される場合にのみ基本原則を修正する例外規定にすぎない。ならば、不動産公示原則の内部に「便法又は人為的技術(expédients ou artifices)」であると考えられている法律上の推定の存在を認めることは可能ではないか、さらに、法律上の推定がこのように人為的なものにすぎないのならば、いかなる証明力でも認めることができるのではないか、と説くのである。⁽²⁵⁾

一九六八年判決について、多くの論者は、第二売買がフォートを構成するとしても不動産は依然第二買主の手中に

あるとした破毀院の判断に注目していた。彼らは、この判断は、第二買主からの善意転得者の保護を否定した破毀院民事部一九四九年五月一〇日判決⁽²⁶⁾の変更を意味し、善意転得者を保護する可能性を示すものであるとして同判決を重視していたのである。民事責任説がフロードという概念を放棄したのは、まさに、善意転得者の権利の尊重に主眼がおかれていたためであった。⁽²⁷⁾

しかし、レヴィによれば、この判決で着目すべきは、①悪意の第三者に対する制裁の内容と、②破毀理由であるという⁽²⁸⁾。彼は、一九六八年判決の原審が悪意の第二譲受人のフォート⁽²⁸⁾を認定しながらこのフォートのために第二売買を無効とする必要はないと判断していたことから、原審が現物賠償は当然不可能であると見なしていたと考える。これに対して、破毀院は、①第三者に対する制裁の内容について、現物賠償の可能性を認めているが、民事責任原則にしたがってその判断を事実審に委ねている。②破毀理由として、悪意の第二譲受人のフォートを認定しながら何らの制裁をも課さない原審の判断は法的根拠を欠くものであると述べている。

これら二つの点に注目して、レヴィはさらに一九七四年一月三〇日⁽³⁰⁾と一九七九年五月二〇日⁽³¹⁾の二つの破毀院第三民事部判決を検討している。彼によれば、両判決はともに仏民法一三八二条に基づき判決を下しているが、制裁の内容の面では一九六八年判決を基本的に修正し、次のような制裁の原則を確認している点で明らかな違いが見られるという。すなわち、①第二譲受人が悪意の場合には、事実審において何が最も適切な制裁手段を判断する必要はなく、現物制裁が必然的かつ義務的制裁である。②事実審が現物制裁を命じなかった場合には、法的根拠の欠缺 (*manque de base légale*)⁽³²⁾ではなく法令違反 (*violation de la loi*)⁽³²⁾を理由として破毀がなされる。③この現物制裁は、第二譲渡

の無効又は第三者への対抗不能ではなく、自らのために不動産公示原則を援用する権利自体の失権である。したがって、不動産公示原則を援用する権利が失われる結果、もはや不動産公示によって優先関係は決定され得ず、民法典の《Prior tempore, potior jure》原則に従って、第一契約が優先する。

レヴィは、このように物権侵害に対する制裁の特徴である「現物の(en nature)」「義務的な(obligatoire)」制裁を破毀院が命じていると分析している。故に、破毀院は、悪意の第三者を排除するために、契約侵害に対する民事責任という構成をもちや採用していないと結論づけるのである。⁽³³⁾では、物権侵害に対する制裁の特徴として、レヴィがもう一つ指摘している「無条件の」(すなわち、第三者の主観的態様に左右されない)制裁と、一九六八年判決の悪意の第三者排除の解決とはどのような関係に立つのであろうか。

グボーは、かつて、一九七四年判決の評釈において、以下のように述べていた。「ある者が自らのため、不動産所有権の譲渡をもたらす〔先行〕証書が対抗不能であると主張し得るには、この者は、1°) 同じ前主の特定承継人であり、2°) 同一不動産上に競合する権利を有し、3°) この権利が公示に従う証書に基づくものであり、4°) 対立者が公示する前にこの証書を公示していなければならない。……そして判例により今後もう一つの要件が加えられたのである…善意でなければならない。⁽³⁴⁾」

レヴィは、このグボーの評釈を引用して、破毀院の一九六八年の判例変更を次のように説明している。破毀院は、その一連の判決において、実は、第三者が不動産公示原則を援用するための要件を明らかにしていたのである。要件の一つである「善意」の要件が満たされていないために、第三者には不動産公示原則を援用する権利がない。した

がつて、第三者の「善意」は物権の対抗可能性の要件ではない。⁽³⁵⁾ このことにより、なぜ制裁が義務的であるのかも説明できる。「《Prior tempore, potior jure》原則を覆すこと、すなわち不動産公示をなすことによつて本来前主が無権利者であるため取得できなかったはずの所有権を取得することができるという法外な利益は、その必要がある者つまり善意の第三者以外には認められるべきではない。」⁽³⁶⁾のである。

これには「問いをもつてする問いへの返答(*répondre par la question à la question*)」でしかないのではないかとこの批判がある。⁽³⁷⁾しかし、このような批判に対しては、法律がしていない善意悪意の区別という判例による法創造ともいふべきものを正当化するのが、不動産公示制度の目的であると答えている。それは、ボワソナードがかつて説いたように、秘密の譲渡から第三者を前もつて保護することである。したがつて、第三者が実際は先行譲渡の存在を知つていた場合、この者を保護する必要はない、という訳である。

しかし、なぜ破毀院は一九六八年判決以来、一三八二条を常に援用し続けているのであろうか。これは、一三八二条に基づいて悪意の第二譲受人にフォートありとすることにより、破毀院はその判例変更には条文上の基礎を与えようとしたためではないか、と考えられている。⁽³⁸⁾

さらに、この問題について、理論面で踏み込んだ検討をするために、レヴィは、スタルク論文から以下の部分を引用している。「第二契約者の責任は、第一契約が第二契約に対抗できる場合にしか生じ得ないことは明らかだ。さらに、たいいていの場合、契約の第三者への対抗可能性は公示にせよ、第二契約者の現実の認識にせよ、それらに従属することになるだろう。以上が、一般に、この〔第二〕契約者のフォートは、自らの合意と相容れない先行する合意の存在

を認識して取引をしたことであるとの説明だ。」⁽³⁹⁾ 対抗可能性理論は民事責任理論と深く結び付いているため、「認識」をどちらのレベルで位置付けるかが問題となる。しかし、スタルクによれば、契約の対抗可能性は、そのみでは問題となり得ず、契約が侵害される場合に民事責任というフィルターを通して発現すると考えられている。彼によれば、「……責任は常に対抗可能性を透写されている。民事責任の根源たるフォートの要素を構成するものは、契約〔の種類〕により異なる対抗可能性の要件」⁽⁴⁰⁾なのである。

このような民事責任と対抗可能性との結び付きから、レヴィは「先行譲渡を知ってなした不動産の取得は、不動産公示原則の適用を排除するフォートを構成するということと、認識が——この原則〔不動産公示原則〕の援用の要件たる——善意の不存在を明らかにするということとはほぼ同じものと考えられる。」⁽⁴¹⁾と説いている。結局、先程の判例分析の結論として得られた、「認識」を不動産公示原則援用の一要件と位置付けることによる解決は、効果面のみをとらえるならば、民事責任原則による解決とは大差が無い。これをもって、判例が民事責任原則とのつながりを断てないでいる一つの理由とレヴィは考えるのである。

④ バロー・サリウの見解

バロー・サリウも、民事責任という問題の多い理論構成へ遠回りすることなく不動産公示の枠内で原則を確立することが可能であり、この原則により悪意者を排除するという同じ結論に達することができるのではないかと説いている。⁽⁴²⁾ 彼女も、レヴィ同様、公示がなされなかったことにより生じる「不知」の推定が覆し得るものであることを理論づけるために判例が一三八二条を援用することの不当性を指摘している。

但し、バロー＝サリウは、判例が民事責任原則に基づく解決を徐々にではあるが放棄してきたというレヴィの分析に対して、最近の破毀院第三民事部一九九〇年五月二二日判決⁽⁴³⁾では、再び民法一三八二条と一九五五年法三〇―一条の両方に基づいて判決がなされていることを指摘し異論を唱えている⁽⁴⁴⁾。さらに、同判決が、法令違反ではなく再び法的根拠の欠缺を理由として、原審を破毀していることも指摘している。この判決をどのようにとらえるべきであろうか。バロー＝サリウは、この判決を、破毀院第三民事部が、これまでの判例により採用されてきた以下の三つの原則を維持しようとする意思を示したものであると評価している⁽⁴⁵⁾。①「第三者」の範囲からは単なる悪意の第二譲受人であっても排除される。②この悪意は一三八二条のフォートを形成する。③このフォートに対する制裁は、第一譲受人への第二売買の対抗不能・第一譲受人により一九五五年法三〇―一条に従ってなされた公示の無効である。

また、レヴィがスタルク論文を引用しつつ判例の一三八二条への言及を説明することに対して、バロー＝サリウは、スタルクはあくまでも *terce complicité* (第三者による契約侵害) について述べていたのであり、対抗可能性についてではないということを指摘して批判している⁽⁴⁶⁾。スタルクは民事責任の独自性を否定しただけであり、その実は契約侵害の一要件として「認識」をとらえていたのではないか。確かに *terce complicité* の前提として、契約が第三者に対抗し得るものである必要がある。この場合契約を第三者に対抗し得るために、第三者の契約に関する個人的認識は必ずしも必要ではないが、第三者が認識しつつその契約を侵害した場合には、契約はこの者に確実に対抗し得る。

このような批判の趣旨は、あくまでも「認識」は *terce complicité* の要件であり対抗可能性のそれではないことを

強調することにあると思われる。契約を第三者に対抗し得るために、第三者がそれを認識していたことは必要ないとバロー・サリウは説く。反対に、第三者がそれを認識していながら相容れない行為をなした場合には、フォートを犯しているのである。このように、契約の対抗可能性の技術が暗には民事責任のメカニズムに基づいているということにより、「認識」の要求は説明される。民事責任の発生は、契約が既になされていることを完全に認識しつつそれを侵害するというフォートが存在することによるのである。

⑤ ヴィラサミイの見解

ヴィラサミイも、近時発表された「認識と対抗可能性⁽⁴⁷⁾」と題された論稿において、一連の破毀院判決を検討している。それは、物権を目的とする契約について契約証書が公示されていない場合、契約はこの契約の存在を現実に認識していた第三者に対抗することができるのかという問題に答える形で提示されている⁽⁴⁸⁾。そして、この問題が《Prior tempore, potior iure》原則により解決することができるのか、それとも債権と同様に第三者の「現実の認識」を考慮することより解決することができるのかについて、一連の破毀院判例の検討を通じて、以下のように結論づけている⁽⁴⁹⁾。

一九六八年判決は、先行契約により譲受けたが未公示の物権を第三者に対抗するためには、第三者がその契約の存在に認識していたことが必要であることを明らかにしている。契約により設定・移転される物権の対抗可能性は、契約を義務的に公示しなければならない場合には、第三者がその契約の存在を認識していたか否かにかかっている。不動産の現実の権利関係に関する認識を与えることを目的とする不動産公示制度は、公示される契約により設定・移転される権利の「対抗可能性」と「認識」との関係に大きな影響を与えないではいられなかったのである。確かに、

物権は第三者の主観的要件とは全く関係なく対抗可能である。ところが、物権を目的とする契約は一九五五年法により義務的公示の対象となつていくものが多く、公示がなされていないという事実により物権の対抗可能性の特性は急速に変質せしめられ、もはや認識がなければ発動しない対抗可能性しかもたなくなつてしまふのである。しかし、これは、全ての契約から生ずる物権に当てはまるものではなく、売買証書のような義務的公示に従う契約から生じる物権についてだけ妥当すると考えられていることには注意を要する。

ヴィラサミイは、所有権留保条項 (clause de réserve de propriété) に関する判例と信用賃貸借 (credit-bail)⁽⁵⁰⁾ に関する判例を引用して説明している。

破毀院第三民事部一九八九年一〇月三日判決⁽⁵¹⁾は、所有権留保条項は、その存在を知っていた第三者に対抗することができ、知らなかった第三者には対抗することができないことを明らかにしている。これは、次の信用賃貸借に関する一九七二年七月四日のデクレ (以下一九七二年法と呼ぶ) 八条の適用によるのと同じ解決である。

一九七二年法によって初めて、全ての信用賃貸借について商事裁判所への公示が義務づけられたのであるが、一九七二年法以前に締結されたため公示の対象となつていなかった契約が第三者への対抗不能という公示の欠缺の制裁を受けるのか否かという問題に関して、破毀院商事部一九七五年二月二五日判決⁽⁵²⁾は、「一九七二年七月三日のデクレの発効以後しか存在しない公示制度は、以前に締結された信用賃貸借の効力を及ぼさず、信用賃貸借会社により取得された所有権の対抗可能性に影響を与えることはない。一九七二年五月一二日にX会社に賃貸された物件上にY会社が有する所有権の対抗可能性は一九七二年法に規定された手続がなされたか否かによるとする控訴院の判断は、民

法二条に違反している。」と述べた。破毀院は、どの時点の法律が適用されるかという問題を解決しただけでなく、公示制度が存在していない場合に信用貸借により貸借人に留保された所有権の対抗可能性は第三者の主観的態様とは関係のないものであるということを示したものである。

これに対して、全ての信用貸借について公示を義務づける一九七二年法発効後の破毀院商事部一九八八年四月一二日判決⁽⁵³⁾は、「信用貸借目的物について信用貸借人が有する所有権は、規定された公示がなされていない場合、信用貸借人の債権者が〔信用貸借人の〕破産手続開始以前にこの権利の存在について認識していたことを信用貸借人が証明しなければ、信用貸借人の債権者に対抗することができない。」と判断した。破毀院は、一九六八年判決により示された解決と同様の第三者の認識により制限される公示の概念を、そのまま信用貸借の公示の領域に移したのであった。

これらの判例より、物権を目的とする契約が義務的公示に服する場合、物権は、即時に万人に対抗可能なものから「認識」に従属するものへと変質し、債権と同一の制度に従うことになる⁽⁵⁴⁾とヴィラサミイは説く。所有権は通常意思表示のみによって取得されるが、このようにして、取得された権利は「全ての者、すなわち認識していなかった者にさえ対抗できる完全な権利」である。レヴィが述べたように「法規に従って公示された証書は、本来それ自身のものである完全な対抗可能性を保持している…これは法律の恩恵でも謄記又は公示の効果でもない⁽⁵⁵⁾」のである。しかし、公示がなされない場合、売買さらにはそこから生じた権利は第三者に対抗することができなくなる。このことは、公示が、対抗可能性の性質を修正する効果を有すること、物権の対抗可能性を「認識」の有無により左右される対抗可

能性に変質せしめることを示しているのである。結論として、債権を目的とする契約と同様に物権を目的とする契約についても、「認識」は、第三者への対抗可能性の要件であると言える。ヴィラサミイは説く。

- (1) P. THÉRY, *Droit civil. Sûretés et publicité foncière*, P. U. F., 1988, n° 387.
- (2) J.-D. BREDIN, *obs. préc.* — A. PLANCQUEL, *obs. préc. etc.*
- (3) M. GOBERT, *chr. préc.*, 228, note 76.
- (4) フランスの債権者取消権におけるフロード要件の緩和については、松坂佐一「Action Paulienne について」『債権者取消権の研究』(有斐閣、一九六二年)九三頁以下、山口・前掲・二(1)注(17)二六八頁以下、佐藤岩昭「詐害行為取消権に関する試論——その効果を中心として——」(法協一〇四巻二二号一七四六頁(一九八七年)、片山直也「フランスにおける詐害的貸借排除の法理——民法三九五条但書の解釈にむけて——」(法学研究(慶応大学)六四巻二二号二七五頁(一九九一年)、同・前掲・二(1)注(4)「一般債権者の地位と『対抗』」等を参照のこと。
- (5) ペノは「不動産公示の本質的な目的は、同一前主から同一権利又は競合する権利を得た承継取得者間の全ての紛争を短く断つて、公の平和を保証することである。……」の目的を達成するために厳格な形式主義が公示の働きを支配することが不可欠である。」と説く(J. PENNEAU, *note préc.*, 430)。「同旨のものとして」M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Servitude et grandeur de la publicité foncière en droit français*, D. 1988, Chr. 247.
- (6) J.-D. BREDIN, *obs. préc.* 5. 不動産公示メカニズムへの民事責任原則の侵入を批判するものとして、この他に、A. FOURNIER, *Les méandres de la publicité foncière pour l'information des usagers*, *préc.*, n° 16. — A. PLANCQUEL, *note sous Civ. 3^e 22 mars 1968, préc.* — M. DAGOT, *note sous Civ. 3^e 30 janv. 1974 et 3 oct. 1974, préc.* — J. PENNEAU, *note sous Civ. 3^e 30 janv. 1974 préc.* — M. GOBERT, *art. préc. 666^o.*
- (7) J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 432 et 433. 「この点では、ノート説を以て「プランクボー」も指摘している。
- (8) J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 434. — C.-T. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 230. 434^o M. GOBERT, *chr. préc.*, 229-230 434^o

ロード説に立ちつつこの点を指摘するが、フォート説に立つ G. GOURBEAUX, note sous Civ. 3^e 30 janv. 1974, préc. も同様の指摘をしている。本来、対抗要件主義は、第二譲受人側の事情よりも、第一譲受人側の公示義務の懈怠を責めるといふ側面が強調された理論構成であり、このような指摘は我が国においても既になされたことを想起してほしい（星野英一『民法概論Ⅱ』（良書普及会、一九七八年）四〇頁、同「日本民法の不動産物権変動制度」『民法論集（第六卷）』（有斐閣、一九八六年）一一二頁、滝沢・前掲・一・注（一）二六五頁）。

(9) J. DUCLOS, loc. cit.

(10) 滝沢・前掲・一・注（一）二四八頁は、不法行為的衡量は責任分割という難点を抱えており、現物賠償を実現させ得ないそのような理論を援用することは無意味であると批判される。しかし吉田・前掲・一・注（一）五七九頁は、過失相殺は民事責任説の利点であるとの見解を示されており対照的である。松岡・前掲・二・（1）注（18）一六頁も参照のこと。

ところで、滝沢教授の指摘されるように、それとも対抗可能性概念と金銭による割合的な賠償とは相容れないものではないかとの疑念が生じる。しかし、デュクロは、損害賠償による制裁は、第一契約の「弱められた対抗可能性（*opposabilité atténuée*）」であると考える。しかし、論者らは、通常、対抗可能性の形式による現物制裁—デュクロによれば「完全な対抗可能性（*opposabilité pleine*）」—と損害賠償の形式による金銭賠償とを区別する（J. DUCLOS, op. cit., n° 434, note 140）。

(11) J. DUCLOS, op. cit., n° 434. — C. - T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n° 230. 第三者が未公示の先行譲渡を知ってなした不動産取得は、未公示の先行証書であってもそれ第三者に完全に對抗することができるといふ制裁を伴ったフォートを構成するとされている。但し、一九七四年一〇月三日判決では、未公示の先行譲渡についての認識は「フォートを構成し得る」にすぎないことを示し、この原則にニュアンスを持たせた。これは、破毀院が特定承継人間の責任分配を完全に否定するものではないことを明らかにしたのではないかと解釈する者もいる。しかし、その後の判決で、第一譲受人のフォートに言及しているものはない。

(12) M. LÉVIS, op. cit., n^{os} 225 et s.

(13) M. LÉVIS, op. cit., n^{os} 222 et s.

不動産公示の消極的效果としての「不知」の推定（二・完）

- (14) M. LÉVIS, op. cit., n^{os} 209 et s.
- (15) 鎌田・前掲・一注(1)「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全」二二頁。
- (16) 同右。
- (17) J. DUCLOS, op. cit., n^{os} 432 et s.
- (18) J. DUCLOS, op. cit., n^o 47-1, 171 et 172, 438 et 439.
- (19) J. DUCLOS, op. cit., n^o 47-2, 138 et s.とところで、物権を対象とするか債権を対象にするかにかかわらず、あらゆる契約が對抗可能性を有するにしても、原初の状態においては、それらの契約の間に優劣は存在しないと考えられている。對抗可能性そのものに契約を優先させる力はなく、契約に優先的効力を付与するためには、何らかのプラスアルファが必要である。それは、原則としては時間的先後であるが、この原則は緩められて承継人の心理状態(知・不知)が考慮に入れられることになったのである。承継人は、先行行為を知り得なかったという場合には自らの不知を主張でき、反対に知ることができたに違いなかった場合には時間順優先原則が適用されるが、これは、公示制度に服する領域においては公示の先後による。
- (20) J. DUCLOS, op. cit., n^o 436.
- (21) G. VIRASSAMY, La connaissance et l'opposabilité, dans Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belges sous la direction de M. FONTAINE et J. GHESTIN, 1 et s., 1992, L. G. D. J., n^o 1は、デュクロとレヴィによって議論が全く反対の方向で進められたことから、對抗可能性理論構築の困難性を説いている。
- (22) M. LÉVIS, op. cit., n^o 19.
- (23) J. GHESTIN, Introduction, dans Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belges sous la direction de M. FONTAINE et J. GHESTIN, 4 et s., 1992, L. G. D. J.
- (24) M. LÉVIS, op. cit., n^{os} 27 et s. レヴィの理解は、かつてカラストロンが、合意および物権に関する「絶対的對抗」と、債権に関する「相対的對抗」とを区別し、前者については原則としていかなる第三者にも對抗可能であるのに対して、後者は認識していた第三者にのみ對抗可能であると説いていたことと通ずるものがあると考えられる(S. CALASTRANG, op. cit.,

386 et s.)°

- (25) M. LÉVIS, op. cit., n° 210, 215, 216 et 218 note 70.
- (26) Civ. 3^e 10 mai 1949, préc.
- (27) 鎌田・前掲・一・注(1)「不動産の二重売買における第二買主の悪意と取引の安全」九三頁。なお、近時、民事責任構成により善意転得者を保護する判例が現れた (Civ. 3^e 11 juin 1992, préc.)°
- (28) M. LÉVIS, op. cit., n° 225.
- (29) 『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)三二三頁によれば、不法行為による損害賠償の内容や方法(現物賠償か金銭賠償か)については仏民法に規定がなく、また債務不履行による損害賠償に関する仏民法一一四六条以下の規定も適用がないので、裁判所が専権的に定めるべきものとされている。
- (30) Civ. 3^e 30 janv. 1974, préc.
- (31) Civ. 3^e 20 mai 1979, préc.
- (32) 一九七〇年八月一六―二四日の法律以来、フランスにおいては、判決を理由づける義務が裁判官に課されており、新仏民事訴訟法四五条一項後段にこの点が明確に規定されている。法的根拠の欠缺という概念は、判決理由が不十分であって、正しい法適用がなされているか否かを検討することができない場合であると考えられている。この点については、A. PERDRIAU, La pratique des arrêts civils de la cour de cassation, 1993, LITEC, n° 30 et s. 徳田和幸『フランス民事訴訟法の基礎理論』(信山社、一九九三年)四五頁以下を参照のこと°
- (33) M. LÉVIS, op. cit., n°s 221 et s. 物権の対抗可能性の特性については、n°s 12 et s.を参照のこと°
- (34) G. GOUBEAUX, note préc. — M. LÉVIS, op. cit., n° 226.
- (35) M. BILLIAU, L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel, dans Les effets du contrat à l'égard des tiers, comp. raison franco-belges sous la direction de M. FONTAINE et J. GHESTIN, 190 et s., 1992, L. G. D. J.
- (36) M. LÉVIS, op. cit., n° 227.

(37) *Ibid.*

(38) このように、破毀院が「一三八二条によることは、判例を条文に基づかせようとする伝統的な思考により正当化される。しかし、このこと〔一三八二条によること〕は、公示はフォートを問題とすることなく、それ自体無効であるという事実を考慮してゐなう。」(A. ROAUST, note sous Seine 16 juill. 1943, D. C. 1944, 20. — E. DU PONTAVICE, op. cit., 662.) 民事責任構成をとることにより、ただでさえ多くの反対の声が上がった方向転換を無駄に人目を引くものにするだけではないかとレヴィも批判する (M. LÉVIS, op. cit., n° 230.)。

(39) B. STARCK, Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui, J. C. P. 1954, I, 1180, n° 69. 但し、これは一九六八年判決による判例変更前の見解であり、以下のように続く。「不動産〔に関する契約〕についてのみ、フロードの場合に未贍記〔未公示〕契約であっても贍記〔公示〕をなした第二取得者に対抗することができる。この場合、責任は、対抗可能性と同じくフロードを前提とする。」

(40) B. STARCK, loc. cit. 吉田・前掲・一・注(1)四三七頁は、従来紛争の解決を導いてきたのが民事責任原則ではなく契約の強制力・権利の対抗力・公示・外観といった概念であるとして民事責任の独自性を否定した点で、スタルクの業績を評価される。

(41) M. LÉVIS, op. cit., n° 229.

(42) C.-T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n° 225.

(43) Civ. 3^e 22 mai 1990, préc.

(44) C.-T. BARREAU-SALIOU, loc. cit.

(45) C.-T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n° 223.

(46) C.-T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n° 226 et s.

(47) G. VIRASSAMY, La Connaissance et l'opposabilité, préc.

(48) G. VIRASSAMY, op. cit., n° 21. ヴィラサミイは、契約の対抗可能性について、契約が生ぜしめる権利が債権か物権か分け

て考察している。

- (49) G. VIRASSAMY, op. cit., n^{os} 22 et s.
- (50) G. VIRASSAMY, op. cit., n^o 25 et 26. フランス法における所有権留保条項および信用賃貸借について詳しくは、滝沢・前掲・三(1)注(19)「フランス法における所有権留保条項」を参照のこと。
- (51) Civ. 3^e, 3 oct. 1989, Bull. civ. IV, n^o 244, 163; J. C. P., 1990, II, 21454, note BEHAR-TOUCHAIS.
- (52) Com. 15 déc. 1975, D. 1976, 407, note LUCAS DE LAYSSAC. — Com. 15 déc. 1975, D. 1976, 678, note CAPORALE. ♀同旨。
- (53) Com. 12 avril 1988, Bull. civ. 1988 IV, n^o 127, 90.
- (54) M. LÉVIS, op. cit., n^o 236.
- (55) Ibid.

(2) 「現実の認識」に関する証明原則

① 判例による「善意」要件の創設

以上の四人の論者による判例分析から、公示は公示すべき契約に対抗可能性を付与するのではないという点に立ち戻って考えることが必要となるだろう。対抗可能性が問題となる場面では、一方に必ず優位を与えなければならない契約間の対立が存在する。所有権を目的とする契約をめぐる紛争は原則として《Prior tempore, potior jure》原則により解決されるが、不動産公示が義務づけられている契約をめぐる紛争については公示の先後により解決される。しかし、第一契約の公示がなされなかった場合には、第三者は未公示契約の存在を知らないと推定されるため、第三者には既に存在していた契約を無視するというフォートはあり得ない。したがって、未公示契約は第三者に対抗するこ

とができなくなるのである。

しかし、この未公示契約の對抗不能は、一九六八年判決により、第三者が契約の存在を認識しているという一定の状況においては生じなくなった。公示がなされていないことにより生じる「不知」の推定は、第三者の「認識」の証明により覆され得るものであることを破毀院が肯定したのである。一九六八年判決に関して、レヴィは次のように説く。不動産公示原則を援用することができる第三者の要件として、一九五五年法三〇―一条が明白に規定している要件の他に、グボーが明らかにしたように「善意でなければならぬ」という要件が破毀院により付け加えられた⁽¹⁾。このような不動産公示原則を援用することができる第三者の要件は不動産公示の枠組みの中で論じられるべきであるが、不動産公示制度の内部構造からして第三者の「善意」が本質的要件となっている。すなわち、公示がなされていないことにより「善意」の第三者に第一譲受人の権利が對抗できなくなるとしても、この「善意」は、第一譲受人の権利が第三者に対抗不能となるための要件ではなく、不動産公示原則を援用するための第三者の要件と位置付けることができる、というのである⁽²⁾。確かに、一九五五年法三〇―一条に明確に規定されている要件の他にさらに要件を破毀院が付け加えたとするレヴィの見解には異論の余地があるだろう。しかし、このような取扱いは、一九五五年法三〇―一条について「詐害的協働」という例外を認めた段階で承認されていたことであり、レヴィのように第三者の「善意」を不動産公示原則援用の要件と解することもできると思われる。

しかし、バロー＝サリウは、不動産公示原則を援用できる第三者について、「善意でなければならぬ」あるいは「フォート⁽³⁾を犯してはならない」という要件を要求することの危険性を指摘している。これらの表現には、破毀

院が、第二譲受人に第一契約について不知であったことの証明を要求し、さらには第一契約についての過大な調査義務を負わせる恐れがあるというのである。⁽⁴⁾

同様の不安は、既に幾人かの論者により表明されていた。⁽⁵⁾「フォートを犯してはならない」という表現には、たとえ善意であつても過失を理由として第三者（第二譲受人）の権利が否認される可能性が含まれている、という不安である。仏民法一三八三条によれば、民事責任は懈怠や不注意による過失によつても生じることがある。このことから、フォートの認定が緩和され第二譲受人の調査義務が拡大するために、第一譲受人が所有権を失う機会が減少し公示の強制力が失われるのではないかとの危惧がかねてより存在していたのである。

そのため、民事責任説の立場に立つマゾにあつても、第二譲受人が第一契約の存在を知っていた場合にはフォートが存し賠償責任が認められるが、この第二譲受人が特別な調査をしなかつたからといつてフォートは存しないと説き、フォートの内容を制限的に理解しようとしていた。⁽⁶⁾なぜ調査義務が要求されないのかという点については、第三者は自己の利益に関係のない点についてまで売主の権利に関する調査をする必要はなく不動産公示による情報だけを信じればよいのであり、第三者に調査義務を認めることは一八五五年法および現行法たる一九五五年法の趣旨に反するからであると説明していた。

これに対して、バロー・サリウは、「善意でなければならぬ」あるいは「フォートを犯してはならない」という表現自体が適切ではないと主張するのである。⁽⁷⁾これらの表現には、商業公示を中心としたその他の法的公示制度から、不動産公示制度を孤立させる恐れがある。その他の法的公示制度については、公示義務者が第三者の「認識」

を証明する場合にのみ対抗不能という制裁を免れることができるとの規定がおかれている。すなわち、そこでは、未公示事項を認識している場合には第三者は対抗不能を主張することができない、あるいは、未公示事項はそれを認識していた第三者には対抗することができ、との要件が規定されており一切の曖昧さが無い。不動産公示においても、第三者は、不動産公示原則を援用するために必ずしも善意である必要はなく、悪意つまり「現実の認識」が証明された場合には第一契約の対抗不能を主張し得ない純粹に受動的な立場にあると解すべきである、とバロー・サリウは説くのである。

レヴィもバロー・サリウも、公示がなされなかったことにより生じる「不知」の推定が覆滅し得るものであることを認める点では同じである。しかし、バロー・サリウは、推定構成を徹底させ、公示がなされていない場合には第三者について「不知」の推定が生じるのであるから、これを覆すのは公示義務を怠った第一譲受人であることが明確にわかるような表現を用いるよう求めるのである。このような指摘は、以下で見る「不知」の推定覆滅の要件に関して、重要な原則を提示していると思われる。

② 立証責任

「不知」の推定の覆滅の問題、つまり、未公示契約に関する第三者の「現実の認識」の証明の問題には、わずかの論者しか興味を持たなかったし、判例もはつきりとした態度を示している訳ではない。だが、レヴィは、この問題に対する判例の基本的な立場は次のように要約することができるという。⁽⁸⁾ ①不動産公示に関する規定は、「善意」すなわち未公示契約についての「不知」の推定を含む。②この「不知」の推定は絶対的に（すなわち自白・宣誓によって

も)覆し得ないものではない。

レヴィは、破毀院第三民事部一九七九年五月二八日判決⁽⁹⁾は、判例のこのような立場を特に明白に示していると説く。この判決では、証明責任は公示義務を怠った第一譲受人に課せられ、その証明対象は公示をなした第二譲受人の悪意であることがさらに明らかされている。したがって、第二譲受人には不動産公示簿を調査することだけが要求され、この者が第一契約の存在についてその他の調査をなしたか否かを探求する必要はない⁽¹⁰⁾。これは、第三者が未公示契約について「不知」であつたと推定されること、そして《Actor incumbit probatio (証明責任原告にあり)》原則適用の当然の帰結であると考えられている⁽¹¹⁾。

このような判例の基本的立場は、破毀院第三民事部一九七九年三月二〇日判決⁽¹²⁾および近時の破毀院第三民事部一九九〇年五月二二日判決⁽¹³⁾においても、明確に示されている。したがって、判例においては、バロー「サリウラが危惧していたような証明責任と証明対象の「漸進的緩和」、すなわち第二譲受人に証明責任が課せられて自らの悪意だけでなく過失がないことまで立証しなければならない」という事態はいまだ生じていない。

③ 証明方法

次に明らかにされなければならないのは、第三者の「現実の認識」を証明する方法、すなわち「不知」の推定に対する反対証明の方法である。

この問題に関しては、かつて、ボワソナードが、「不知」の推定を覆滅し得ない推定であるとした上で、二重譲渡紛争においては、それは第一譲受人・第二譲受人の二人のみの私益に関するものであり、仏民法一三五二条二項に明

確に規定された自白・宣誓のみにより反対証明が認められると説いていた。⁽¹⁴⁾ボワソナードは、反対証明が認められるか否かは、当該推定が「公序」あるいは「一般的利益」に関わるか否かによって定まると考え、彼の時代の通説的見解たる善意悪意不問説が「不知」の推定の反対証明を決して認めようとするのは、不動産公示に関する規定を「公序」あるいは「一般的利益」に関するものと見なしているためであるとした。これに対して、ボワソナードは、公示制度が「公序」あるいは「一般的利益」に関するものである点については承認したが、少なくとも二重譲受人間の紛争では私益のみが問題になっているとして自白・宣誓による反対証明は許容されると説いたのである。

以上のようなボワソナードの見解を、妥協の産物であるとして、レヴィは以下のように批判している。⁽¹⁵⁾レヴィによれば、ボワソナードは、推定は本来法律上のものであるとした上でさらに法律上の推定の概念を覆滅し得ない推定と同一視していた。そのため、覆滅し得ない推定を念頭にこの問題を論じることになった。そして、覆滅し得ない推定の内部で「公序に関する覆滅し得ない推定」と自白・宣誓による反対証明が認められる「私益に関する覆滅し得ない推定」とを区別したのである。しかし、このような区別は大変繊細でありまず不可能である、とレヴィは批判する。さらに、ボワソナードが覆滅し得るか否かの基準を「公序」あるいは「一般的利益」に求める点についても、人為的技術であり非常に重大な事情によってのみ正当化される法律上の推定は常に「公序」に関するものであり、その内部でこのような区別ができるとは考えられないであろうと批判している。レヴィは、覆滅の可否の基準は、結局、推定の結果得られた結論についての「自由な討論」すなわち反対証明をなすことが法の最終的目標（不動産公示制度であれば、第三者を隠れた取引から保護すること）を保障するために重要であるか否か、不可避的であるか否かという点

に求めるべきであると述べている。

では、判例は、第三者の「現実の認識」の証明方法すなわち「不知」の推定に対する反対証明の方法についてのどのように判断しているのだろうか。少なくとも、破毀院第三民事部一九七四年一〇月三日判決⁽¹⁶⁾は、右のボワソナードの見解とは矛盾しないものであると思われる。争点は、準備手続裁判官は売買契約締結時の第二譲受人の善意悪意を評価するために証拠調べ手続 (mesure d'instruction) を命じることができるといふ点であったが、同判決はこれを肯定している。証拠調べ手続の中でも特に当事者の本人出頭 (comparution personnelle) は当事者の一方の自白 (aveu) と同じ効果を生じさせ得るため、これはボワソナードの見解と矛盾するものではない⁽¹⁷⁾。しかし、その後の破毀院判例は、第三民事部一九七四年一月三〇日判決⁽¹⁸⁾も、同判決の再度の破毀申立にかかる第三民事部一九七六年一月一六日判決⁽¹⁹⁾もこの点について全く確認していない。

これに対して、破毀院第三民事部一九七九年三月二〇日判決⁽²⁰⁾は、ボワソナードの見解とは明らかに相容れない判断をなす。これは、第二買主が共同買主の一員として第一売買に関与していたが、他の共同買主の知らない間に共有不動産全体について売主と自らのための売買の公正証書を作成し公示したという事案である。破毀院は、「不知」の推定は覆滅し得る推定であると明確に判断しており、この点で既にボワソナードの見解とは相容れないのであるが、さらに、第二買主が自白・宣誓をなしたか否かを考慮することなく、第二買主が共同買主の一員として第一売買に関与していたという取得証書の内容 (teneur des acte d'acquisition) そのものから第二買主の悪意が証明されたとして、第一譲受人を勝訴させた点でボワソナードの見解と全く異なっている。

以上のように、判例においては、第三者の「現実の認識」の証明方法に関する問題は明確にされないままであり、不動産公示における「不知」の推定の覆滅方法に関する原則と呼べるものはいまだ存在していないと言えよう。そこで、バロー・サリウは以下のような検討を加える。

彼女はまず、民法に規定された「不知」の推定に対する反対証明の方法に着目している。⁽²¹⁾そこでは、「不知」の推定の覆滅を認める身分に関する公示が取り上げられている。二・(1)でも既に見たが、一つは夫婦財産契約に関する公示であり、もう一つは後見に付された者に関する公示である。しかし、これらは全く異なった覆滅方法を採用している。夫婦財産契約の公示に関する一三九四条三項および一三九七条三項は、夫婦が第三者と締結した証書において夫婦財産契約を行ったこと又はそれまでの夫婦財産制を変更したことを宣言していた場合にのみ、第三者の当該契約の存在・変更についての「不知」の推定は覆滅することができることを規定している。これに対して、後見に関する判決の公示に関する四九三―二条は、証明方法についていかなる制限も設けていない。したがって、これらの規定からは、「不知」の推定の覆滅方法に関する一般原則を見い出すことは困難である、とバロー・サリウは説く。

そこで、次は、民法典における証明方法に関する一般原則に立ち戻って考える必要がある。フランス法は、既知のとおり法定証拠主義をとっており、法律行為の存在および内容の証明については、書証が証人や推定よりも優先されている。錯誤が発生しやすく、相手方への追従や買収が起り得るといった危険性の故に、法律は人証を例外的に認めるにすぎない。⁽²²⁾しかし、ここで問題となっている第三者の「現実の認識」の証明は、法律行為以外の法律事実 (*fait juridique*) についての証明であるため、民法典の原則に立ち戻れば、法律事実の証明は全ての方法によりできること

になる。

④ 固有の証明原則の確立へ向けて

しかし、民法典における証明方法の原則に立ち戻って、全ての方法により第三者の「現実の認識」の証明を認めること、すなわち「不知」の推定の反対証明を認めることは、訴訟の煩雑化や人証の有する多大な危険性のため、画一的・形式的な解決を要請する公示制度の役割を無に帰することになり、極度に危険であると多くの学説が指摘してきた。⁽²³⁾ 破毀院第三民事部一九七四年一月三〇日判決で、原審ナンシー控訴院の判決と破毀移送後のランス控訴院の判決が、第二譲受人の主観的態様について、正反対の評価を下したのがその良い例であると考えられている。⁽²⁴⁾ ナンシー控訴院は、第二譲受人は先行する売買契約を認識して係争不動産を購入したと評価していた。これに対して、ランス控訴院は、第二譲受人が先行契約を認識していたことを第一譲受人は証明していなかったとして、原審とは全く異なった評価を下したのである。

かつてマゾは、フォートはフロード同様証明が容易であるので、裁判所は、善意が常に推定されていることを忘れてはならず、悪意の証明については厳格であることを要すると警告を発しつつ、民事責任説を主張した。⁽²⁵⁾ また、グボーも、悪意の証明を容易に認めることによって民法典本来の解決たる意思主義原則を優先させるといふ運用をしてはならないと警告し、仏民法二二六八条によって善意は常に推定されること、⁽²⁶⁾ 悪意の証明は確実なものでなければならぬことを指摘していた。⁽²⁷⁾

このことから、レヴィは、先程の破毀院第三民事部一九七九年三月二〇日判決、さらにそれより前の判決等を参考

に、不動産公示に「固有の証明制度(*régime de preuve intrinsèque*)」が確立されなければならないと説く。⁽²⁸⁾ 例えば、トゥルーズ控訴院一九五〇年一月七日判決は「謄記はいかなる等価物によっても補完され得ない法律上の手続であるとの原則には、譲受人が当該不動産についての三〇年の賃貸借契約の存在を認識していたことを取得証書 (*titre d'acquisition*) そのものが示している場合には、例外が認められる。」と判示した。この判決も、一九七九年判決と同様に、第三者が先行契約の存在を認識していたことが取得証書において表現されている場合にのみ、「不知」の推定の覆滅を認めるものである。

このように、不動産公示による「不知」の推定の覆滅のためだけに認められる証明方法が存在しなければならぬことは、バロー・サリウも述べるところであるが、彼女も、第三者の「現実の認識」の証明は、自白・宣誓を別にすれば、第一譲受人と第二譲受人の取得証書の内容そのものにしかよらないであろうと結論している。⁽³⁰⁾

だが、推定を覆すためには取得証書においていかなる程度の「認識」が表現されていけばよいのかが、客観的に明確にされている必要があるだろう。したがって、最終的には取得証書に表現された「認識」の内容の類型化がなされなければならないと考えるが、判例は豊富でも首尾一貫したものでもなく類型化には困難が伴うと思われる。

このように不動産公示に固有の証明原則を確立すべきであると説かれるのは、結局、不動産公示原則は「公序」あるいは「一般的利益」に関するものであると考えられているからであろう。⁽³³⁾ 例えば、ゴベールは、不動産公示によってもたらされる「第三者への情報は、取引の安全であり、故に必然的に社会的又は一般的利益である。」⁽³¹⁾と説いた。バロー・サリウが説くように、確かに判例によれば、「不知」の推定を覆滅し得ない推定と見るほどの絶対的な

要請は不動産公示にはなかったことが推断される⁽³²⁾。しかし、そのような絶対的な要請がなかったとしても、不動産公示は多少なりとも「公序」あるいは「一般的利益」に関するものであることを考慮して、不動産公示の領域に固有の証明制度を確立することはやはり必要であると言わねばなるまい。

- (1) G. GOUBEAUX, note sous Civ. 3^e 30 janv. 1974, préc., 645.
- (2) M. LÉVIS, op. cit., n^o 236.
- (3) Juris-Class. civ., Annexe, 《Publicité foncière》, fasc. 8, par F. MAGNIN, n^{os} 26 et s.
- (4) C. - T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n^o 229.
- (5) M. DAGOT, note sous Civ. 3^e 30 janv. 1974 et 3 oct. 1974, préc. — G. GOUBEAUX, note préc., 645. — M. GOBERT, chr. préc. 228.
- (6) J. MAZEAUD, note préc.
- (7) C. - T. BARREAU-SALIOU, loc. cit.
- (8) M. LÉVIS, op. cit., n^o 231. — C. - T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n^o 233 et 239.
- (9) Civ. 3^e 28 mai 1979, préc.
- (10) G. GOUBEAUX, note préc., 646.
- (11) M. LÉVIS, op. cit., n^o 232. — C. - T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n^o 239.
- (12) Civ. 3^e 20 mars 1979, préc.
- (13) Civ. 3^e 22 mai 1990, préc.
- (14) 但し、前主と第二譲受人の間に共謀がある場合には、あらゆる方法によりこの共謀は証明され得ると説く。「不知」の推定に関するポワソナードの見解を詳しく検討するものとして、七戸・前掲・一・注(2)(二三三頁以下があり、本稿でのポワソナードの見解についての記述もこれを参照させていただいた。

(15) M. LÉVIS, op. cit., n° 218. なお、第三者の主観的要件に関するポワソナードの見解については我が国の論者によっても評価が分かれている。

(16) Civ. 3^e 3 oct. 1974, préc.

(17) M. LÉVIS, op. cit., n° 233.

フランスにおいて、裁判官は、法律で認められている全ての証拠調べ手続を職権で命じて証拠を収集する権限を広く有する(仏新民訴一〇条、準備手続裁判官については七七一条五号)。裁判官は、終局判決をなすために十分な資料が当事者により提出されていない場合には、職権又は一方当事者の申立により(これが一般的である)、係争事実に関して法律で認められている全ての証拠調べ手続を命じることができる(同法一四三・一四四条)。さらに、裁判官は、いつでも命じた証拠調べ手続の範囲を拡大若しくは縮小し、又は判決をするのに必要な他の証拠調べ手続を既に命じた証拠調べ手続に加えることができる(同法一四八・一四九条)。証拠調べ手続は、ある事実を主張する当事者がその証明に十分な証拠を提出しない場合にのみ命ぜられ、いかなる場合においても証拠の提出に関する当事者の懈怠を補うために命ぜられることはない(同法一四六条)。本人出頭はいつでもどのような事項に関しても命じられる(同法一八四条)。本人出頭を命じられた当事者が出頭や答弁を拒否したりする場合には、自白の効果が生じることがある(同法一九八条)。証拠調べ手続について詳しくは、H. GROZE et C. MOREL, *Procédure civile*, P. U. F., 1988, n° 228 et s., n° 231を参照のこと。

(18) Civ. 3^e 30 janv. 1974, préc.

(19) Civ. 3^e 16 nov. 1976, Bull. Civ. III, n° 407 et 310. 本判決は、一九七四年一月三〇日判決の再度の破毀申立に応えたものである。Xが、Y₂は他に譲受人が存することを前提とした発言をしており、少なくとも懈怠によるフォートスを犯しているはずであるとして破毀申立をなしたのである。破毀院は、Y₁Y₂間の売買の公正証書作成時にY₂が売買予約の存在を知っていたとの証拠は提出されていないのだから、当該売買はXに対抗でき、Y₂の損害賠償義務も生じないとした原審フランス控訴院判決を支持した。

(20) Civ. 3^e 20 mars 1979, préc.

- (21) C.-T. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n^{os} 198 et s., 240. 仏民法一三九四条、一三九七条および四九三二二条の条文は、二二(2)の本文を参照のこと。
- (22) J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, I, P. U. F., 1988, n^o 178. フランスにおける書証優先主義については三井・前掲・二二(2)注(22)「フランスにおける民事訴訟の基本構造とその実態・Ⅲ」三八三頁、若林・前掲・二二(2)注(22)一九頁、徳田・前掲・四(1)注(32)一一九頁以下を参照のこと。
- (23) C.-T. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n^o 239.
- (24) M. LÉVIS, *op. cit.*, n^o 234, note 101.
- (25) J. MAZEAUD, note sous Civ. 3^e mars 1968, *préc.*
- (26) 仏民法二二六八条の条文については、二二(2)注(17)を参照のこと。
- (27) G. GOUBEAUX, note *préc.*, 646.
- (28) M. LÉVIS, *op. cit.*, n^o 234.
- (29) Toulouse 7 nov. 1950, D. 1950, 234, note WEILL; *Rev. trim. dr. civ.* 1950, 498, obs. SOLUS.
- (30) C.-T. BARREAU-SALIOU, *loc. cit.*
- (31) M. GOBERT, *chr. préc.*, 222. — M. LÉVIS, *op. cit.*, n^o 235, note 103.
- (32) C.-T. BARREAU-SALIOU, *loc. cit.*

五. 終 わ り に

本稿では、フランスの不動産公示において、公示の欠缺から一定の第三者について生じるとされる「不知」の推定の内容・性質およびその意義を検討した。これは、フランス法を母国法として不動産物権変動について對抗要件主義

を採用する我が国の不動産登記制度の理解に何らかの示唆を得られるのではないかと考えたからである。ここでは、検討を通して得られた幾つかの問題を指摘して結びに代えたい。

一九六八年以降の判例により民事責任原則に基づいた悪意者排除の結論がとられたことにより、公示がなされていないことにより生じる「不知」の推定は覆滅し得るものであることが判例上承認されたといえよう。

デュクロは、一九六八年判決の判例により、債権および未公示の不動産物権の「対抗可能性の発動」にはともに第三者の「認識」を必要とすることになり、これらの権利の実質的な差異は急速に縮まった、と分析していた。したがって、未公示の場合には対抗不能という制裁が課せられる権利強化的公示に服する証書(不動産物権を設定・変更・移転する証書がここに含まれる。)も、純粹にインフォメーションとしての公示に服する証書と同様に、公示なくして悪意者に対抗し得ることになり、実体的な面において両者は接近することになった。

しかしながら、悪意の第三者に対する制裁の性質如何という視点より、判例の民事責任原則による解決には多くの異論がある。レヴィは、物権と債権の対抗可能性の性質の相違を強調する立場から、判例の分析を通して、不動産二重譲渡紛争問題は、契約侵害に対する民事責任原則に基づく制裁の問題ではなく、第一契約により第一譲受人に完全に移転せしめられた物権(所有権)の侵害に対する制裁の問題ととらえるべきであると述べている。その上で、彼は、「認識」を、物権の対抗可能性の要件(判例理論に従えば民事責任を引き起こすフォートの要件)の中にはなく、第三者が不動産公示原則を援用するための要件の中に「善意でなければならぬ」という形で組み入れることが可能であると説く。バロー・サリウも、民事責任という問題の多い理論構成へ遠回りすることなく不動産公示制度の枠内

で不動産公示固有の原則を確立することが可能であり、この原則により悪意者排除という同じ結論に達することができるのではないかと説いている。しかし、一九九〇年判決を見る限り破毀院は民事責任原則を明白には放棄しておらず、今後も同様の判断が続くのかという点が問題となる。

また、本稿の後半では専ら不動産二重譲渡紛争をめぐる判例と学説を中心に見てきたが、権利強化的公示ではあるが任意的なものとして規定されている担保物権の公示に関して、その「不知」の推定が例外的に覆滅し得ないものであると解されていることにも注意を促しておきたい。

抵当権の登記に関して、近時、破毀院第三民事部一九八六年七月一七日判決⁽¹⁾は、公示の実現は担保物権の有効性の要件であることを明らかにした上で、第三者の主観的要件に関して不動産二重譲渡紛争とは異なった善意悪意不問の結論を導いている。本判決の評釈者は、この破毀院の判断は、一九六八年判決変更の前兆ではなく、一九六八年判決の限界を示したものであると考えている。すなわち、「それ（一九六八年判決により確立された原則）は、抵当権と先取特権以外の権利にのみ適用される。」⁽²⁾しかし、判決はそのような取扱いの差異の根拠が何なのかについては答え⁽³⁾ておらずこの点が問題となる。

これに対して、バロー・サリウは、担保物権の二重設定と不動産の二重譲渡のそれぞれの問題に適用される規定の違いから、公示の不履行に課せられる制裁の性質の違いを指摘している。⁽⁴⁾一九五五年法は権利強化的公示の不履行に対して、対抗不能の制裁を規定する。対抗不能は不動産に関する正確な情報を公示しなかったことに対する制裁であり、第三者が当該事項を知っていた場合は、不動産公示の目的は最終的に達成されたのだから、制裁が排除されるこ

とは当然である。したがって、権利強化的公示については、「不知」の推定は、第三者が現実に認識していることを証明することにより覆される。これに対して、抵当権に関する仏民法二一四七条一項⁽⁵⁾は登記期間を設けており、登記期間を過ぎれば登記することができないのだから、同条は制裁が未公示の権利の失効である権利設定的公示の手續を規定していると考えられるのではないかと、とバロー⁽⁶⁾は説く。そのように考えるならば、登記の欠缺から生じる「不知」の推定は覆滅し得ず、自白・宣誓による場合を除いて、登記義務者は仏民法一三五二条に規定された公示の欠缺に対する制裁を避けられないことになる。権利設定的公示について、「第三者の現実の認識と公示との代替原則」は認められないのである⁽⁶⁾。そこで、本判決は、(狭義の)公示に対する登記の特殊性を示していると考えられる。しかし、一九六八年判決は公示制度の一般法を設定したという理解に基づいて、本判決は二つの公示制度の接近の兆しではないかと考える論者もいる。

従来から、不動産物権変動論は、物権の典型としての所有権を念頭において、二重譲渡問題を中心に考察されて来た。所有権以外の物権については、各々の権利の特殊性に応じて、所有権とは異なった取扱いがなされるべきであるという。しかし、不動産物権変動、特に對抗問題を論じるに際しては、制限物権、特に担保物権の問題を抜きにすることはできないであろう。また、母国法たるフランス法の沿革からして担保物権(特に抵当権)に関する事例が、本来的な對抗問題の事例であると考えられており、このような担保物権の公示をめぐるフランス法の状況については、稿を改めて検討する必要がある⁽⁷⁾。

(一) Civ. 3^e 17 juill. 1986, Bull. civ., 1986, III, n° 118; Rép. Def. Not., 1987, 1178, obs. AYNÈS; Rev. trim. dr. civ., 1987, 368.

obs. GIVERDON et SALVAGE-GEREST. 本判決の事案は次のとおりである。X銀行は、A会社の不動産について、売主と不動産取得のための金員貸主の先取特権（仏民法二一〇三条一・二号）を登記したが、その後、当該登記は存続期間（同二一五四条二項）を過ぎても更新されず無効となっていた。「悪化して法定抵当権に変化したその先取特権」（先取特権は登記期間満了後も登記できるがその場合には抵当権としてである。）をXが登記する前に、第三者Yが当該不動産を取得しその取得証書を公示した。これに対してXは、YはXによる貸付と担保権の存在を認識していたため民法二一四七条の「第三者」とは見なし得ず対抗不能を主張することができないと主張して訴えを提起した。しかし、破毀院は「Yのために〔当該不動産の〕譲渡を命じた判決が公示された一九八一年一月五日にX銀行の最初の担保権は失効していたことに鑑みて、……この機関についてなされた一九八一年二月一日の登記は第三取得者に対抗することができない。」との表現で、ここでは、悪意の第三者に対する未公示権利の失効ではなく、登記が更新されなかった権利自体の失効が問題であることを明らかにした。その上で、Yの個人的な「認識」は「登記、すなわち唯一の法定の公示方法を補完しない。」と判断し、Xの主張を退けた。

(2) C. GIVERDON et P. SALVAGE-GEREST, obs. préc.

(3) 本判決の評釈者によっても「未公示の先行譲渡を知っていたという単なる事実により、第二譲受人が、先行証書が対抗不能であると主張し得なくなる場合と……譲受人が、先に設定されていたが未公示の担保物権を知っていた場合とはなぜ同じではないのか。」との疑問が呈せられる（C. GIVERDON et P. SALVAGE-GEREST, ibid.）。

(4) C.-T. BARREAU-SALIOU, op. cit., n° 247.

(5) 仏民法二一四七条「①先取特権債権者又は抵当債権者は、第三者のために行われた移転の公示後は、前所有者に対する権利に基づいて有効に登記を行うことができない。売主、「不動産」取得のための金員の貸主および共同分割人は、この公示にかかわらず、二一〇八条および二一〇九条に定める期間内に、二一〇三条がそれらの者に付与する先取特権を有効に登記することができる。」

②相続が限定的にのみ承認され、又は「相続人の」不存在が宣言される場合で、死亡後初めて相続債権者の一人が登記を

