

## カトリーヌ-テレーズ・バロー-サリュウ著『法定公 示：公の情報と行為の証明』

七戸，克彦  
慶應義塾大学法学部：助教授

<http://hdl.handle.net/2324/5521>

---

出版情報：法學研究. 65 (10), pp.163-171, 1992-10-28. 慶應義塾大学法学研究会  
バージョン：published  
権利関係：



## 紹介と批評

Catherine-Thérèse Barreau-Salou,

### *Les publicités légales.*

#### *Information du public et preuve des actes,*

Préface de Jacques Ghestin, Collection «Droit des affaires» dirigée par Georges Flecheux et Jacques Ghestin, Ed. L. G. D. J., Paris, 1990, pp. 213.

カトリシーヌ・テレーズ・バローサリニー 著

#### 『法定公示——公の情報と行為の証明——』

一

## 紹介と批評

本書は、パリ第一（マンテオノン・ソルボンヌ）大学債務法研究所における「第三者に対する契約の効力 (Les effets du contrat à l'égard des tiers)」に関する研究プログラム、及び、右研究所とヘルギーのルーヴァン・カトリック（ルーヴァン新）

大学債務法研究所による上記テーマに関する共同研究（一九九二年完了予定）の成果の一つである。著者は、レンヌ第一大学法律・政治科学学部助教授であり、夫婦共有財産の会社への出資に関する論文 (Barreau, *L'apport en société d'une valeur de communauté*, thèse Rennes, 1988) 及び、公証人最高会議 (Conseil Supérieur du Notariat) の学位論文賞を受賞している。

このテキストは、そのテーマ「対抗可能性（一般理論の研究）」 (José Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, Préface de Didier Martin, Bibliothèque de droit privé, t. CLXXIX, Ed. L. G. D. J., Paris, 1984) によらず、一定の法律要件の対抗可能性の有無は、それに関する第三者の現実の認識 (connaissance réelle) あるいは推定的ないし仮定的な認識 (connaissance présumée ou supposée) に従属するとし、これを、物あるいは人という自然的な外観それ自体から得られる自然的な認識 (connaissance naturelle) と、法制度として体系化された法定公示 (publicité légale) によって得られる組織化された認識 (connaissance organisée) に分けて考察した (Duclos, n.° 245 et suiv., pp. 281 et suiv.)。ローサリニー女史の本研究は、このうちの法定公示に関するものであって、次の二点において、デュクロの命題を更に深化させたものといえる。

その第一は、当該法律要件に関する推定的な認識が、右要件と結合した法律効果に影響を及ぼすという法構造を、民事上の

公示と商事上の公示の両者に共通の一般原則として敷衍した点である。従来の学説において、法定公示、即ち、不動産公示や戸籍等の民事上の公示と、商業・会社登記簿(RCS)(*Registre du commerce et des sociétés*)や工業所有権の公示等の商事上の公示は、それぞれ独立別個に論じられており、そこに存する構造上のメカニズムを統一的に理解し、これらを「法定公示法(*droit de la publicité légale*)」の一般的枠組みの中で捉えようとする試みは、必ずしも一般的なものではなかった(Barréau-Salou, n° 1, pp. 1 a 2)。本書における体系化の試みは、フランス国内法における公示に関する民法と商法の接近・融合傾向(①, pp. 1 a 2)や、不動産公示ないしは商事上の公示に関してEC加盟国間の法制の調整・統一化を促すEC指令(Directive)の動向(n° 4, pp. 5 a 7)を念頭に、法定公示一般に共通する指導原理を抽出し、法定公示法としての統一的理解を図るという実践的な意図に基づくものである。

第二に、本研究は、公示の内部的メカニズム——とりわけデュクロにいわゆる第三者の認識あるいは不知の「仮定(*supposition*)」という命題に関して、これを更に深化させている。従前の学説においては、公示の効力は、第三者の善意・悪意とは無関係に、公示の存在あるいは欠缺からいば自動的(*automatique*)に発生する、あるいは、公示の効力が第三者の善意・悪意と関係するとしても「公示された行為は全て認識されているものと推定されなければならない、公示されていない行為は不知

のものとして推定されなければならない、この二つの推定は覆滅不能(*irréfragable*)である」と説かれてきた(n° 10, p. 15)。これに対して、本書は、デュクロと同様、法定公示は第三者の善意・悪意に從属するとの立場を採るのであるが、本書の特徴は、法定公示を、その機能の違いに基づき、①純粹に情報提供的な公示(*publicité informative*)、②強化的な公示(*publicité confortative*)、③設定的な公示(*publicité constitutive*)の三つに分類し、その各々において生ずる推定の内容・効力の違いを検討している点である。

このうちの①「情報提供的な公示」とは、その目的が、専ら第三者に対して一定の法律要件に関する情報を与える点に存する公示であり、その結果、右公示の存否は、公示されるべき要素そのものの効力に影響を与えない点において、後二者の公示と区別される。もっとも、右公示を怠った当事者に対しては、民事罰・刑事罰等が課される場合がある(n° 7, pp. 9 a 10; n° 131 a 136, pp. 83 a 88)。これに対して、②「強化的な公示」とは、その存否が、公示されるべき事項の第三者に対する対抗可能性の有無に影響を与えるところの公示を指す。従って、右公示は、当事者間での効力に影響を与えないのみならず、第三者との関係においても、右公示を対抗可能性の成立要件と理解してはならない。対抗可能性は、公示されるべき事項が本来的に有しているものであって、公示の具備によってそれが強化され確定的になる、というに過ぎない。従って、場合によって

は、当該事項が、公示の欠缺にも関わらず第三者に対して対抗可能であったり、公示の具備にも関わらず対抗不能である余地が存在する(n.° 7, pp. 10 à 11; n.° 137 à 139, pp. 137 à 90)。

一方、③「設定的な公示」とは、公示されるべき権利あるいは行為を設定する性質を有する、成立要件となっているところの公示を指す。従って、公示の具備によってはじめて、公示されるべき事項は、当事者間においても第三者間においても有効ないし対抗可能となる(n.° 7, p. 11; n.° 138 à 148, pp. 90, à 98)。

右三種類の法定公示につき、本書は、公示がなされた場合の「積極的效果 (effet positif)」（第一部）と、公示がなされなかった場合の「消極的效果 (effet négatif)」（第二部）の両者に関して、そこに認められる推定の法的性質を考察している。以下、順次その内容を概観してみよう。

二

本書の第一部は「法定公示の積極的效果の相対性 (relativeité)」と題されている。不動産公示の領域においては、公示の「相対的效果 (effet relatif)」とは、一般に、前主の権原が公示されていなければ、これに続く権利者の権原は公示され得ない、という事理を指すが、これはむしろ公示の「連鎖的效果 (effet de chaîne)」というほうが適切である (n.° 15, p. 27) (我が国にいわゆる公示の連続性の原則)。従って、本書にいう公示の積極的效果の「相対性」とは、右公示の存在から生ずる効果が

原則的に反対証明によって覆滅し得る (étrangère) ことを意味する。本書において、右「積極的效果」は、更に、(1) 公示された事項の「真実性 (vérité)」に関する推定 (第一章) と、(2) 公示された事項に関する第三者の「認識」の推定 (第二章) に分けて考察される。

(1) まず、公示が具備された場合に、公示された事項の真実性が当事者及び第三者に対して争い得ないならば、法定公示の積極的效果は絶対的なものであって、フランス法はいわゆる「積極的公信の原則 (principe de la foi publique positive)」を認めているということになる。しかしながら、そのためには、第一に、公示の具備が公示された事項の瑕疵を治癒する旨が承認されていなければならず、第二に、公示の真実性を担保するため、一定の機関による公示段階での事前の審査——とりわけ内容面に関する実質的審査が必要となる (n.° 16 à 18, pp. 27 à 29)。

だが、フランス法においては、公示の具備は、原則的に、公示された事項に付着する瑕疵を治癒せず、従って、第三者は、公示された事項の不真正を争うことができる (第一節)。もっとも、右公示の瑕疵に関する不保護の原則に対しては、会社法の領域において例外が存在する (n.° 38 à 40, pp. 35 à 36)。また、公示内容の審査に関しても、公示内容に関する書面作成に公証人等が介入することにより、間接的な審査が行なわれていると見られる (n.° 42 à 48, pp. 38 à 41)。更に、公示機関のなす

直接的な審査に関しても、商業・会社登録簿への公示及び工業所有権の公示については、その効果が今次第に強化されつつあるのに対応して、実質的審査がなされるに至っている(註。72 & 104, pp. 52 & 68)。

(2) このように、フランスにおいては原則として公信の原則が認められず、従って、公示された事項の真实性に関する絶対的でないし覆滅し得ない推定が働かない。にも関わらず、それが第三者に対して対抗可能であるのは、第三者は公示の存在を認識して取引関係に入ったはずである、との推定が働くからである。即ち、公示制度が存在する以上「何人も法律を知らないとは看做されない(Nemo censetur ignorare legem)」のであり、

右認識の推定は、第三者は公示に関する調査義務(Devoir de s'informer)を負っている、との前提によって基礎づけられる(註。107, p. 70)。従って、ある者が当該公示の想定する「第三者」に含まれないならば、この者に関しては認識の推定が及ばず、あるいは、当該公示の性格が第三者に対して調査義務を課す性質のものでないならば、そこに認識の推定を認めることはできないということになる(第一節)。

そこで、第一に、右認識の推定を受ける第三者の範囲が問題となるが、第三者の概念は、各公示制度によって一様ではない(註。110 & 124, pp. 71 & 80)。但し、一般的にいえば、第三者は「当事者(asujettis)に『対する』権利ある者は当事者の権利と『競合する』権利を有する」者であり、「公示の履行の

欠缺を援用することができ、また、公示の履践から生ずる認識の推定を対抗される可能性のある、特別に保護された者」ということができる(註。126, p. 81)。

一方、公示の性格は、その機能の違いにより、①情報提供的な公示・②強化的な公示・③設定的な公示の三つに分類された。その各々は更に、条文が(a)「公示されなければならない(doit être public)」と規定しているところの義務的(obligatoire)な公示と、(b)「公示することができず(peut être public)」と規定しているところの任意的(facultative)な公示とに分類される。著者によれば、認識の推定の有無ないしその内容は、右二つの分類の相関において決せられる。

即ち、①(a)情報提供的かつ義務的な公示においては、当事者に対して民事ないし刑事罰をもって公示義務(Devoir de publier)が課されることの反映として、第三者は右公示に関する調査義務を負い、その結果、認識に関する法律上の推定(Présomption légale)が認められると解される(註。152 & 153, p. 101)。これに対して、①(b)情報提供的かつ任意的な公示については、第三者に調査義務を課すことはできず、従って、右公示の効果として第三者の認識に関する法律上の推定を認めることはできず、右公示は第三者の悪意に関する徴表(Indice)として、事実上の推定(Présomption de fait)の資料となるに過ぎない(註。154, pp. 101 & 103; 註。174, p. 120)。一方、②強化的かつ義務的な公示が、認識に関する法律上の推定を生ぜしめる

ことは疑いが無い。②③強化的かつ任意的な公示に關しても、その欠缺が当事者あるいは第三者に對して對抗不能という不利益を提示していることから、第三者は調査義務を負っているといふべく、従つて、右公示からは認識に關する法律上の推定が生ずると解すべきである(n. 155 a 159, pp. 103 a 111; n. 170, p. 118)。④設定的公示は、それが当事者間における有効要件であると同時に、第三者に對する對抗可能性の利益をもたらしめるのであるから、それが(a)義務的であると(b)任意적であることに關わらず、常に認識に關する法律上の推定を生ぜしめる(n. 160 a 161, pp. 111 a 112)。なお、会社設立の場合のように、複数の公示がなされる場合、何れの公示が認識に關する法律上の推定を生ぜしめるか、という問題が生ずるが(n. 162 a 165, pp. 112 a 116)、一般的にいえば、個々の公示は、その効果及び對象とする第三者を異にする相互に独立的なものであり、従つて、当該紛争との關係で問題となる公示につき、その認識の推定を考へれば足りる(n. 166, p. 116; n. 171, p. 118)。更に、公示から生ずる種々の効果が、公示の時点ではなく、公示から一定期間満了後に生ずるとされている場合、認識の推定は、右期間満了後におきて生ずる(n. 167 a 169, pp. 116 a 118; n. 172, p. 118)。

このように、情報提供的かつ任意的な公示を除けば、法定公示は認識に關する法律上の推定を発生させる。だが、法律上の推定は、更に、反対証明によつて「覆滅し得ない推定」(presomption irrefragale)

「presomption irrefragale」と「覆滅し得る(單純)推定」(presomption refragale ou simple)」とに分かれる。認識に關する法律上の推定は、その何れと解すべきか(第二節)。

ここでも著者は、認識の推定の強度の差は、当事者が公示義務の履行によつて得られる利益ないしは第三者が調査義務の履行によつて得られる利益によつて定まるとして、法定公示に關する先の分類に従い、次の二つの指導原理を導き出す。第一に、(a)義務的な公示は、それが①情報提供的であると②強化的であると③設定的であるとを問わず、認識に關する覆滅し得ない推定を発生させる。第二に、②強化的あるいは③設定的かつ(b)任意的な公示もまた同様に、覆滅し得ない推定を発生させる、というのである(n. 169, 128 a 129)。

ところで、学説においては、右推定が覆滅を許さないものである以上、反対証明を認める可能性を暗示する「推定」(presomption)という用語そのものの使用を避け、代わりに「仮定」(supposition)という表現を用いるべきである(デナッコ)。あるいは、不動産公示に關して、それが推定という制度を基礎を置くことそれ自体を疑問視し、公示に關する規定は証明規定(règle de preuve)ではなくして実体規定(règle de fond)と見らるべきである(ド・マンワール)。あるいは、実体規定に近いという意味で「結晶化した推定」(presomption cristallisée)である(レヴィ)とする見解と、自由・宣誓による反対証明の余地があることを念頭に「推定」の用語を用いる見解(ポワソナー

ド)が対立していた(n° 173, p. 119; n° 177, p. 121)。この点に関して、著者は、不動産公示は、それが公の秩序(ordre public)に関する覆滅し得ない推定であるとして、これを私益に関する覆滅し得ない推定と解するポワソナードの見解を排斥し、法定公示一般に関しても、自由あるいは宣言による右推定の覆滅を認める判決が見出せない以上、それは認識の仮定、即ち、実体規定と見るべきであって、証明規定と見るべきではないとしている(n° 177, pp. 121 à 122; n° 189, 129)。もっとも、著者は、不動産公示における認識の推定は、固有の効果をもたらさないとする見解(レヴィ)には組み込まない。レヴィは、認識の推定が、二重譲渡の場合において「第一譲受人が第二譲受人に優先する」という基本的な原則を強化するものに過ぎない。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」(Prior tempore, potior jure)の原則と重複する「無駄である」としているが、右学説に対して、著者は、第一に公示をした者が第一譲受人であるとは限らず、あるいは、訴訟が専ら第一譲受人と第一に公示をした者との間で生ずるとは限らない、と反論している(n° 177, p. 121)。

### 三

第二部で検討される法定公示の消極的効果は、登記の欠缺から生ずる不知の推定をその内容とするが、ここでも著者は、先の法定公示の機能の相違に着目する。

即ち、まず、①情報提供的かつ(b)任意的な公示は、認識の法律上の推定を生ぜしめないことに対応して、不知の推定も生ぜしめない。従って、右公示の欠缺は、証明の一般法に従い、せいぜい事実上の推定の際の資料として援用されることになるが、それが利益をもたらすことはほとんどない。また、右公示の欠缺は、当事者のフォート(Faute)を構成しないから、第三者の民事責任訴訟の基礎となり得ない。これに対して、①情報提供的かつ(a)義務的な公示の欠缺は、不知に関する覆滅し得る単純推定を生ぜしめると解される。一方、この場合には、当事者が公示義務を負っていることから、公示の欠缺を彼のフォートと見ることができ、第三者の損害賠償請求は、理論的には可能となる。もっとも、この場合の賠償は、右公示の性質からみてさほど重要なものではない(n° 191, pp. 133 à 134)。

では、②強化的な公示、③設定的な公示についてはどうか。これは、第一章及び第二章で考察される。

(1) まず、②強化的な公示から生ずる不知の推定について、著者は、それが原則的に反対証明によって覆滅可能であるところの相対的な性格を有すると説く(第一節)。即ち、強化的な公示に関して、公示の具備に第三者の個人的な認識が代替し得るという「等価性の原則(Principe d'équivalence)」が妥当するのである。これに対して、学説はかつて、補充指定に関する民法一〇七一条を根拠に、「あらゆる公示制度は、第三者の善意あるいは悪意から完全に独立的なものである」と主張していた

(n° 214, p. 147)。しかしながら、今日の立法の多くは、公示の欠缺から生ずる對抗不能の効果が、第三者の現実の認識の証明によって覆滅し得ると規定する傾向にあり (n° 197 a 213, pp. 136 a 147; n° 215, pp. 148 a 149)。また、判例によって、その覆滅可能な性格が確定された領域もある。その典型例が不動産公示であって、一九六八年以降、破産院は、公示の欠缺から生ずる對抗不能を定めた規定が、第三者の現実の認識を証明することによって覆滅可能な、不知の推定を隠し持っていることを明らかにした (n° 223, pp. 152 a 154; n° 239, p. 163)。ただ、ここで破産院が示した民事責任構成、即ち「第一譲渡の存在を認識してなされた不動産取得は、第二譲受人に対して不動産公示の規定の援用を許さないとこのフォートを構成する」との論理に関しては、著者は批判的であり、レヴィと同様、この場合には對抗要件主義の規定が働かない結果、本来の時間順優先主義 (Prior tempore... 原則) に復帰して、第一譲受人が本来有する對抗可能性が悪意の第三者に対して及ぶと解すれば足りるとしている (n° 225 a 230, pp. 155 a 156)。また、悪意の反対証明の方法に関しても、著者は、不知の推定は公序に關しない覆滅し得ない推定であり、自由・宣誓によって覆滅し得るとするポワソナードの見解を排し、原則としてあらゆる方法による推定覆滅を認めている (n° 233 a 242, pp. 161 a 167)。

もっとも、例外的に、強化的な公示の欠缺が、不知に関する

覆滅し得ない法律上の推定をもたらす絶対的な性格を有する場合がある(第二節)。その例として、民事上の公示においては抵当権登記 (n° 244 a 248, pp. 168 a 170)。民事上の公示においては一九八四年三月三〇日デクレ六五条、一九五六年三月二〇日法律八条、一九五三年九月三〇日デクレ、一九〇九年三月一七日デクレ、一九八五年一月二五日法律の存在を挙げることができる。

(2) これに対して、③設定的な公示は、公示と結合した一定の法律効果に対する成立要件たる地位に立つことから、ここにはもはや對抗可能性と結合した第三者の認識の問題ないし不知の推定という効果は存在し得ない。即ち、設定的な公示の欠缺から生ずる消極的效果は、原則的に反対事実によって覆滅し得ない絶対的性格を有しているのであり、これには、公示されるべき事項の不存在 (Inexistence) が導かれる場合 (法人格の不存在、工業所有権やいわゆる商事所有権 (propriété commerciale) の不存在) と、無効 (Nullité) が導かれる場合 (営業権の担保) とがある (第一節)。但し、条文あるいは判例が、設定的な公示に代わる他の方法によって法律効果が発生し得る旨を認めている場合には、右公示は例外的に相対的性格を有する(第二節)。もっともそれは、著名な商標の権利者や一九八七年七月一日以前に設立された民事会社といった、極めて限定的な領域に留まるものに過ぎない。



四

以上のようなバロー・サリユー女史の分析を、我が国の不動産登記及び商業登記に関する議論と引き比べてみよう。

まず、民法一七七条の定める不動産登記の効力に関して、我が国の従来の学説の多くは、同条の効力は第三者の善意・悪意とは無関係に、登記の存否から自動的に発生すると解していた。しかしながら、本書も引用する旧民法起草者ポツソナードは、登記の欠缺の効果として、①第一譲受人が意思表示の時点以降本来的に有していた対抗可能性の失権と、②第一譲渡に関する第二譲受人の善意の推定の二つを挙げ、①の効果は、②に関する悪意の反対証明によって覆滅されると説いていた。このうち、①の点は、滝沢聿代教授によって現行一七七条の解釈論として主張され次第に有力化しつつあるが、②の「推定」構造を現行民法下においても承認し得るか否かに関しては、依然として争いがある。更に、近時においては、今日のフランスの商業・会社登記簿にも影響を与えたドイツの商業登記の消極的公示効果を参照しつつ、一七七条の構造を明らかにしようとする試みも多田利隆助教授によってなされており、このような我が国の学説の現況を見ると、本書の、とりわけ強化的公示の積極的あるいは消極的効果に関する記述は、我が国の対抗要件主義の構造理解にとって有益なものとなる。

一方、商法一二条の定める商業登記の対抗力に関する学説の

展開は、不動産登記に関する民法学の議論よりも進んだところにあった。即ち、既に明治四三年、竹田省博士は、ドイツ法を参考に、①商業登記においては、対抗力なるものは公示とは無関係に当初より存在し、それが一二条の定める公示の欠缺によって「善意ノ第三者」に対して対抗不能となるに過ぎないとして、公示の欠缺の場合には未だ対抗力が発生していないとする成立要件説的な発想を排斥し、②他方、公示が存在する場合に、第三者は（たとえ公示事項に関して善意であっても）悪意を「擬制」され、その結果、本来の対抗可能性が善意の第三者にも及ぶこととなると主張され、これが今日の通説となっている。ただ、右通説においては、同条をドイツ法的な権利外観理論ないし第三者保護法理の一つとして捉える結果、登記がなされた場合の積極的効果を中心に同条の目的・機能を捉える傾向にあった。これに対して、近時、フランスの商業登記簿研究の第一人者たる加藤徹助教授から、①商法一二条の定める効力は、公示の欠缺の場合の消極的効果を中心に理解されるべきであって、それは、商人の登記義務の懈怠に対して、法が対抗不能という民事制裁を課したものと考えるべきであり、②他方、公示が存在する場合には、通説の述べるように第三者の悪意が擬制されると理解すべきではなく、単に一二条の定める対抗不能という効果が発生しなくなるだけであって、その場合には、本来の対抗可能性が維持されるに過ぎない、との反論が提起されている。

右加藤説の主張のうち、①の点は、對抗要件主義の規定を、登記がなされなかった場合の本来的な對抗可能性の失権という効果を中心に理解すべき点において、我が国においても不動産登記と商業登記を統一理論の下に論ずる可能性を示唆している。ただ、本書をはじめフランスの学説においては、この場合に、登記の欠缺から第三者の善意が「推定」される旨を明言するのに対して、我が国の判例・学説は、——登記をなすべき者において第三者の悪意につき証明責任があると解しながらも——、これが登記の不存在による「善意の法律上の推定」に基づく旨を明言する見解は一般に存在しないようである。しかしながら、公示・對抗要件主義の規定を、当事者の登記義務の懈怠に基づく本来的な對抗可能性の失権という効果を中心に捉える以上、その内部的なメカニズムとして、登記の欠缺に基づく「善意の法律上の推定」の存在を明示すべきであろう。

他方、②の点に関しては、先に見たように、フランスにおいても対立が見られた。即ち、レヴィ説は、加藤説の述べるが如く、これは本来的な對抗可能性が維持されただけのことであって、悪意の推定を問題とする必要がないとしていたのに対して、パロー・サリュエ説によれば、この場合にもなお悪意の推定を並行的に認める実益は存するとされる。なお、ボワソナードも、不動産公示に関してこれと異なる考え方を示しており、法定公示から生ずる認識・不知の推定の構造理解を深化させるためにも、本書は大きな助けとなるであろう。

七戸 克彦