

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

七戸，克彦
慶應義塾大学法学部博士課程一年

<https://hdl.handle.net/2324/6267>

出版情報：慶應義塾大学大学院法学研究科論文集．23，pp.71-95，1986-03．慶應義塾大学法学研究会
バージョン：
権利関係：

不動産物権変動における対抗力の本質

——ボアソナードを起点として——

七 戸 克 彦

(博士課程一年)

一 序に代えて——現行民法起草者の理解——

二 旧民法の構造

(一) ボアソナード説の全容と対立点

(二) 「登記—推定」説の麥選

三 現行法解釈論へ向けて

(一) 「推定」と「擬制」

(二) 対抗の実体法的側面と訴訟法的側面

四 結びに代えて——残された課題——

一 序に代えて

——現行民法起草者の見解——

石本教授は、梅謙次郎「民法要義」の検討を通じて、登記の対抗力の本質に関する現行民法起草者の見解につき、次の如き重要な確

不動産物権変動における対抗力の本質

認を行なわれた。梅博士は一七七条の規定の説明に際し、登記の性質に関する各国の立法例及び学説として次の三種の主義を挙げておられる。第一はドイツ法にみられる成立要件主義であり、第二は「登記ヲ以テ一ノ公示方法ニ過キサルモノトシ」登記の存在から第三者の悪意を推定し・登記の欠缺から第三者の善意を推定し、かつかかる「推定」に対して反対証明を許すものである。そして第三は、第二の主義と同様登記を「公示方法ト認ムルニ拘ラス」「第三者ノ善意、悪意ヲ問ハ」ないもの、即ち登記の存在から第三者の悪意を擬制し・登記の欠缺から第三者の善意を擬制し（看做シ）これに対する反対証明を許さない結果「畢竟第三者ニ対シテハ登記ノ有無ニ因リテ權利確定スヘキモノトセル」主義である。ここにいう第二の主義とは旧民法の、また第三の主義とはフランス法・現行一七七条の採用するところと解せられるが、石本教授によれば、両者は登

記を専ら第三者の善意・悪意に関する証明手段とし、従って對抗の本質的構造・要件として善意を要求する点では共通するも、現行民法起草者は、善意・悪意の反対証明という不確実な要素を排斥し画一的処理を行なうことが第三者保護・取引安全に資するとの見地から、第二の主義を棄て第三の主義を採用したのであった。³⁾

石本教授によって明らかにされた現行一七七条の構造は、以下の二点において対抗力の本質論に重要な影響を及ぼす。

第一は、対抗の要件論に関し、起草者にいう推定ないし擬制が本来の要件事実(要証事実)を一定の政策的見地に基づき他の要件事実へと置換する法技術であるという事実を直視するとき、いわゆる対抗問題において一方当事者の優先的效果を導くところの本来的な要件は、登記それ自体ではなくして、それによって推定ないし擬制されることころの善意・悪意であったという点である。そして、現行一七七条が、善意を要件として所有権取得効果が発生するとの基本構造では旧民法と共通の基盤に立ちつつ、具体的妥当性を追うか・画一的処理を求めるかという政策的価値判断が反対証明の許容の可否という形で後発的に被せられた結果とすれば、かかる価値判断の再検討を通じ解釈論上——「擬制」されることころの抽象的・画一的善意ではなくして——具体的善意を要件とすると解しても、何ら一七七条の基本構造を改変することにはならないともいえそうである。これは、通説である悪意者包含説にとっては重大な問題提起であると同時に、悪意者排除説にとっては立法者意思という最大の弱点が転じて有力な論拠ともなりうることとなる。⁴⁾

第二は、対抗の効果論につき、現行民法起草者のなす登記を専ら証拠方法とみる理解、あるいは善意・悪意の「推定」ないし「擬制」という法律構成は、裁判規範説や法定証拠説といった対抗力の本質を裁判規範性ないし訴訟法(証拠法)的側面から捉える見解に⁵⁾とつて、極めて有力な論拠となりうる。と同時に、従来その具体的理論構成が不明瞭であるとの批判が加えられていたこれらの学説に、より緻密な法律構成を構築させる材料が提供されたと解せられるのである。

石本論文の提起した以上のような問題点は、しかしながら、滝沢助教授によって次のように反論された。⁶⁾

第一に、一七七条の要件論——善意・悪意の問題に関して滝沢助教授は「説明の方法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」とされ梅博士の先の理解が登記の本質的構造とは異別の単なる説明概念にすぎない旨を示唆されると共に、対抗力の本質と善意・悪意の問題は別次元であることを強調される。⁸⁾

第二に、その効果論については、現行民法起草者の登記を物権変動の立証手段とみる考え方——ないしは「推定」「擬制」という法律構成——がポアソナード旧民法を承継している点は承認されつつ、⁹⁾しかしポアソナードのかかる見解はフランスにおいては見出されず、従って彼の創見にかかるものであろうと推測される。¹⁰⁾そして、旧民法と現行民法とはその根本的構造において断絶しているとの認識に

立たれた上で、現行民法とフランス法とを、旧民法の構造と対置せられるところの、同一の法構造の承継と位置付けておられる。⁽¹²⁾

かような学説の対立状況を踏まえつつ、本稿では、従来の問題意識が主として要件論——善意・悪意の問題——に集中し、對抗の効果論——推定ないし擬制というこの意味——にはさほど関心が払われてこなかった点に鑑み、登記の効力を善意・悪意の推定ないし擬制と捉え、悪意者排斥の可否を反対証明の許否の問題として理解する、という構造に焦点を当てて検討を加えることにしたい。

二 旧民法の構造

悪意者排除説を採るとされている、旧民法の条文構造は、次のようなものであった。

第一に、所有権及び用益物権に関する對抗の要件は、①取得原因に関する善意、及び、②自己の登記、である（財産編三五〇条一項）⁽¹⁴⁾。

第二に、右二要件のうち、①善意、は、相手方の登記の欠缺から推定される（私益ニ関スル完全ナル法律上ノ推定）（証拠編八六条一項第三）⁽¹⁵⁾。

第三に、右推定に対する反対証明の方法は、①単純悪意の場合には自白のみに限定されるが（財産編三五〇条二項・三四七条四項前段）、②通謀の場合には通常の証明方法によりこれを覆滅することができる（三五〇条二項・三四七条四項後段）⁽¹⁶⁾。

第四に、以上に対し、担保物権に関しては、善意悪意不問とされ、

不動産物権変動における對抗力の本質

現行一七七条と同様の規定が置かれるのみである（債権担保編一一九条・一七七条・一八八条・二二三条）⁽¹⁷⁾。

ここで前三者の条文構造において極めて特徴的と思われるのは、一方で「善意」を実体法上の要件として明定しておきながら、他方、第一に相手方の登記の欠缺からこれを推定するとともに、第二に右推定に対する悪意の反対証明の方法を限定している点である。これは、実質的にいかなる結果を導くものであろうか。また、その結論は、今日どのように理解されるべきか。

以下では、まず旧民法にいう「推定」の意義を明らかにした後、主として財産編三五〇条の基である草案三七〇条に関するポアソナードの説明の中から、「善意」を論じた部分を拾いつつ、検討を加えてゆくことにする。⁽¹⁸⁾

(一) ポアソナード説の全容と対立点

1 「推定」の意義

ポアソナードは、フランスの法制に倣い、法定証拠主義を根幹とする証拠法を「証拠編第一部 証拠」として民法典中に規定した。 「推定」はその第三章「間接証拠」の表題の下に規定されているが、ポアソナードは、推定の定義及び種類に関してはフランスの学説に依拠する旨を言明する⁽²⁰⁾。そこで、フランスの学説を参照しつつ推定の意義を明らかにするならば、「推定」とは、書証等の直接証拠を用いた証拠方法に対置せられるところの、間接事実（徴表）を用いた証拠方法と定義され、これは、まず、法律上の推定と事実上の推

定とに分類される。

事実上の推定が裁判官の自由心証に基づく推論形式であり、各訴訟ごとに個別的に繰り返されるのに対し、法律上の推定は一定の政策的・合目的の見地から法が特別に付与するもので、その実質的作用は、本来直接証拠によって証明されるはずの事実から・推定規定によって呈示された前提事実への証明主題の置換である。⁽²⁴⁾ また、事実上の推定における推定の前提事実と推定事実の関係は、必ず「蓋然性 *probabilite*」を基礎としなければならないのに対し、法律上の推定におけるそれは、推定規定が一定の政策的・合目的の見地に立脚して立法されているが故に、必ずしも蓋然性に基礎を置くものではない、とされる。⁽²⁵⁾

第二に、法律上の推定は更に、反対証明を許さない「覆滅し得ない法律上の推定」と、これを許す「単純なる法律上の推定」に分類される。そして学説は、法律上の推定の本質は、フランス民法一三五二条二項の条文構造⁽²⁶⁾とあり、反対証明の原則的禁止にあり、それ故覆滅し得ない法律上の推定こそが法律上の推定の本則であると説く。また、両者の機能的差異は、単純推定が証明責任を負う当事者の立証を容易にする目的を有するのに対し、覆滅し得ない推定は証明の困難性救済よりも、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⁽²⁷⁾とされている。

ポアソナードは、フランスにおいては講学上の分類にすぎなかった右の区別を立法に反映させ、覆滅し得ない法律上の推定を「公益ニ関スル完全ナル法律上ノ推定」及び「私益ニ関スル完全ナル法律

上ノ推定」として、また単純なる法律上の推定を「輕易ナル法律上ノ推定」の表題の下に各々規定した。⁽²⁸⁾ 前二者と第三の推定の違いは、いうまでもなく原則的に反対証明を許すか否かにあり、また第一の推定と第二の推定の差異は、それによって導かれる結果が和解による変更を許さぬ公益的なものか、あるいはこれを許す程度に私益的なものかの違いに基づき、自白（及び宣誓）によってかかる推定を覆滅できるか否かにある。⁽³⁰⁾ そして、先に掲げた公示の効力に関する証拠編八六条の規定はその第二のもの、即ち「私益ニ関スル完全ナル法律上ノ推定」とされているわけである。

以上の如きフランス法・旧民法の推定の意義は、ドイツ法・現行日本法におけるそれとはかなり懸け離れており、特に登記の効力がそうであるとされる「覆滅し得ない法律上の推定」は、今日我々が理解するところの「擬制」に極めて近い。そして、かような推定の意義の違いが、旧民法と現行一七七条とを比較検討する上で極めて重要な意味を有することは、いうまでもない。

2 ポアソナードの学説の理解

右で明らかにされた「推定」概念を踏まえつつ、ポアソナードの「対抗」の理解に立ち戻る。彼は、ベルギー法・イタリア法・フランス法の規定に触れた後、⁽³¹⁾ まず、フランスにおける善意悪意不問説の立場を次のように説明する。即ち、この見解は、一方では「*Fraud*」は全ての原則を変更する「*fraus omniū corruptio*」という点を法諺の如く承認しておきながら、これを原則に据えようともしない。その理由は、善意悪意を辿って複雑な訴訟が生ずること

を防止し、これによって当事者の権利を確固たるものとする点にある⁽³²⁾、と。法律関係の画一的処理という右学説の実質的根拠は、ポアンナードによっても正確に捉えられている⁽³³⁾。

次いで右学説の法律構成に関しては――

〔右の実質的根拠から〕この学説は、この点〔善意悪意〕に関しては次の二つの反対証明を許さぬ法律上の推定が存する、と主張する。

第一に、第一譲受の登記が存する場合、第二譲受人は登記された行為 *acte* につき善意と推定し、あるいは、もし第二譲受人が実際にこれについて善意であった場合には、彼には懈怠 *negligence* があったものと推定する。そして、この場合には何人たりとも右の両刀論法的、即ち *l'enfer dilemme* の推定に対しては反対証明が許されない、……

第二に、〔第一契約の〕登記が存しない場合、法律上の推定は、第二譲受人の善意について働き、登記以外の方法で彼が第一契約に関し悪意となるに至ったと証明することはできない。学説は右の点につき適切な（まさに妥当する）フランス法の規定（一〇七一条）を引用する、即ち「登記の欠缺は、債権者または第三取得者が登記の方法以外の方法によって処分を知ることができたということによって、補充することも、治癒されたとみなすこともできない」。また、未登記の行為に関する善意の推定は、登記された行為に関する悪意の推定と同様の効力を持つ、とされている⁽³⁴⁾。

右のポアンナードの説明は、当時の登記法に関する著作として權威のあったムルロンの概説書を念頭に置くものである⁽³⁵⁾。一方ポアンナードは、わゆる「通謀フロード *concert frauduleux*」⁽³⁶⁾ 説に立つ学説として、ムルロンの他に、デュヴェルジェ、ヴァレット、トロロン、オーブリーロウ、ドゥモロンブ等を挙げているが、これら

不動産物権変動における対抗力の本質

の著作は、未登記の第一譲受人は第二譲受人の通謀フロードを証明することによって登記なくして対抗しうる、と述べるに留まり、推定という法律構成を明言するものは存在しないようである。しかしながら、このことは、学説が登記―推定説に反対していた、というよりは、むしろ当時の議論の未成熟を物語るものであろうし、その中であつて唯り具体的な法律構成を提示した権威ある著作にポアンナードが焦点を当てたようにも思われる⁽³⁷⁾。もつともビュフノワによれば、登記―推定という理解は贈与の登記に関する古法においては支配的であつた、とされること⁽³⁸⁾から、右理解は当時全く馴染みがなかつたというわけではない。ともあれ、ポアンナード・プロジェクトが当時の学説―とりわけムルロン説を対象に展開されていることには注意が必要である。ただし、後述の如く、ポアンナードの叙述の前提となつていたこの学説自体が、フランスにおいては排撃されることとなつたからである。

3 ポアンナードの学説批判

右学説の把握に続けて、ポアンナードは、登記制度の目的（従つてまたその限界）という観点から、かかる立場に批判を加えている⁽³⁹⁾。即ち、契約の存在を知らない者に対し、これを知らせることが公示制度の目的である以上、契約の存在を知る可能性のない者・あるいは既に知っている者については、制度のそもそも予定していないところであり、それ故右制度の適用を受ける余地はない、とするのがポアンナードの基本的主張であり、右の論理は先の学説にいう二つの推定の双方に向けられる。第一は、登記の存在から悪意を推定

すべきではない、という点であり、第二は、登記以外の事情で第一契約につき悪意となった第二譲受人は、登記法による保護を与えられるべきではなく、従って、登記の欠缺から善意を推定する点についても例外を設けるべきである、という点である。

(1) 悪意の推定

まず、第一の批判に関してポアソナードは、登記以外の事情によって第一契約の存在を知った第二譲受人は取引関係には入らないから、これによって登記法の目的とするところは既に充足されていると説き、他方、第一譲受人に関しては、次のように述べている。

法が一定の行為に対し特定の公示を要求している場合、右公示の欠缺から、この行為をこれを知るにつき利害を有する者の善意を推定するのは、当然である。しかし法は、右と反対の推定、即ち要求された公示を具備した場合の右行為についての悪意の推定は、規定しない。なぜなら、このことは即ち、利害関係人は常に自己に関するあらゆる事柄について調査すべき注意と警戒をしていなければならない、と規定していることと同じだからである。もつとも、日常の経験は右と反対の事態を証明することもあろう。しかしながら、右の場合彼には過失 *faute* が存するのであり、それ故に自己の善意を主張することができないのである。

右の説明はいささか分りにくいが、おそらくは、第一譲渡が未登記のうちに第二譲渡が登記された場合を想定するものであろう。この場合、第二譲受人の登記の存在から第一譲受人の悪意を推定するものとすれば、これは、第一譲受人は第一契約後も自己が取得した不動産につき他人が契約を結んではいないかを常に注意を払ってい

なければならぬ、と規定していることに他ならず、第一譲受人につきかような注意義務を想定するわけにはいかない、というのがその理由のようである。しかれば、第二譲渡につき善意の第一譲受人がかかる推定が働かないことよって善意を立証して優先することができるか、といえはそうではなく、この場合には、「対抗」の効果を導くところの二要件、即ち①善意と②自己の登記のうち、後者の要件を懈怠によつて欠缺しているが故に、登記を具備した第二譲受人に優先し得ない。相手方の登記から悪意が推定されることにより、前者の要件が欠落するとみるべきではない、というのがポアソナードの説明である。ここでは、第二譲受人の登記から第一譲受人の悪意を推定することが時系列からみて「蓋然性」に反するか否か、という形での争いにはなっていないことに注意すべきであろう。即ち、先に確認したように「覆滅し得ない法律上の推定」は一定の目的の見地から蓋然性を無視してまでも一定の結論を確定するものであり、従って、かかる合目的的要請の有無こそが、右推定を認めるか否かの分かれ目となる。ポアソナードはかかる見地に立脚し第一譲受人の帰責性に照して右推定を働かせるわけにはいかない、とするのである。

(2) 善意の推定

ポアソナードの批判の第二は、登記の欠缺による善意推定についても反対証明が認められるべきである、というものである。しかしここでは、反対証明を認めるか否かの問題と、認められるとすればそれは限定された方法によつてのみか・それともあらゆる反対証明

を許すかという問題とを、明確に区別しなければならぬ。

譲渡の公示を規律する法律は第一契約に関し既に悪意である者に対しては不要であり、また右の者が、法が登記の欠缺につき利益を有すると認める者に該当しないことは明らかである。さて、ここで一〇七一条を援用する反対説に立ち戻れば、この説の主張は未登記の譲渡に関する善意の推定は完全〔推定〕即ち反対証明を許さないものである、というものであった。これは論者によれば一三五二条「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、又は裁判上の訴権を否定するときは、法律上の推定に対するいかなる証明も認められない」の適用である。しかし、同条は次の文言で結ばれていることに注意すべきである。「裁判上の宣誓及び自由について定めたものに関しては、その限りではない。」もつとも、第一契約の登記が存しない場合に第二契約者の悪意を証明するためには、本草案では右の二種類の証拠〔方法〕が認められているのみである（本条二項及び三六七条）。

……（中略）……

しかし、自由及び宣誓の適用につき反論する学説は、右の証拠方法は、公の秩序 *ordre public* に関する推定を覆すような場合には許されぬという点を引き合いに出す。そのこと自体は正しい。しかしこの見解によれば、所有権移転の公示は全て公の秩序に関するということになる。

ここに新たな誤解がある。法が公示制度を制定するとき、それが予め一般的に契約者に保護を与えようとする目的に出るものであることは疑いを容れない。即ち、法は悪意を排斥し、善意を保護し、信用を強固にせんと欲するのである。勿論この法律の一般的な目的には、公の秩序あるいは一般の利益といった観念がある。しかし、裁判所において行為の登記の有無につき利益の衝突が生じた場合、そこで問題となっているのは二個の私益にすぎないのであり、そして法の目的は悪意の当事者を保

不動産物権変動における対抗力の本質

護するために法を適用しないということで、充分に達せられたというべきである。⁴⁴⁾

右の説明からは、第一に、ポアソナード説と反対説との差異が、公示制度の目的を一般的・抽象的意味で捉えるか、個別具体的な意味で捉えるかの理解の違いに起因することが明らかになる。⁴⁵⁾ 即ち、公示制度の目的をこれから取引関係に入ろうとする第三者の便益（ポアソナードにいう「公の秩序あるいは一般的利益」という一般的意味のみならず、登記の欠缺から第一契約の不存在を信頼して取引関係に入った第三者の保護という具体的意味に捉えた場合、①「対抗」の効果は登記の懈怠あるいは登記の有無に関する調査の懈怠の結果である、という直接的な責任原理によって導かれ、また②一般的・抽象的意味での「信頼」ではなくして、特定の第三者の「信頼」を問題とせざるを得ないため、第三者保護要件として「善意」を要求する結果となる。これに対して、公示制度の目的を一般的・抽象的意味に捉えた場合には、①「対抗」の効果は当事者の懈怠の結果とみることができなくなり、そこには別個の論理を必要とする。⁴⁶⁾

②他方、善意を辿る問題については、ここでは法律上の推定に関するフランス民法一三五二条を基軸に論理が展開されていることに注意を要する。即ち、ポアソナードによれば、反対説においても「登記—善意推定」という構造は承認するものであるから、問題は右法律上の推定に対し反対証明が認められるか否かという点に帰着し、反対説は、右推定は（一般的・抽象的意味での）「信頼保護（公の秩序）を根拠に認められたものであるから自由・宣誓による反対証明

も許されない、とするのである。「法律関係の画一的処理」という
 反対説の論拠も、かかる構造の許において理解されなければなら
 ない。

右のポアソナードの説明から了解される第二点は、彼は第二譲受
 人が自己の悪意につき自白ないし宣誓した場合に限って排斥される
 としており、それ以外の場合には——他の推定覆滅方法を認めない
 ことから——単純悪意の第二譲受人は自白しない限り未登記の第二
 譲受人に対抗しうる結果となつてゐる点である。従つて、ポアソナ
 ード説と反対説の間の真の対立点は、自白・宣誓の効力を認めるか
 否かという点にのみ存し、今日我が国でいう悪意者を排除するか否
 かという形での争いにはなつていない。これは、フランス法・旧民
 法の採用する法定証拠主義においては、実体法的な要件の問題と訴
 訟法的な証拠方法の限定の問題とが極めて密着した関係に立つ一例
 ということができ、自由心証主義を採用し、かつ実体法と訴訟法と
 を峻別する我が現行法の視点から法比較を行なう際には、この点に
 関する考慮も忘れられてはならないであらう。では、ポアソナード
 によつて導かれたかかる結論は、現行法の視点に引き直した場合、
 どのように理解されるべきか。これは次章において検討されるであ
 ろう。

(3) 背信的悪意者

以上のように、ポアソナード旧民法は、善意の推定の覆滅方法を
 自白に限定することにより今日の解釈論でいう悪意者包含説と同様
 の結果を導いてるのであるが、もつとも、ポアソナードといわ

ゆる背信的悪意者までも保護しようとするものではない。

フランスにおいて右に掲げた私見に反対する学説は、自説のために以
 下の如き極めて煩瑣な譲歩をなさざるを得なくなつてゐる。即ち、学説
 は、第二譲受人が売主と通謀した *conceite* 場合、即ち共謀 *collusion*
 のある場合には第二譲受人の悪意の「反対」証明を認め、そしてこの場
 合には、自白及び宣誓によつてのみならず、証人及び単なる事実上の推
 定（フランス民法一三四八条一号及び一三五三条）によつても右通謀の
 証明を認めるのである。この、二つの詐欺 *fraude* の存する場合と一個の
 詐欺の存する場合の区別は重要であり、従つて草案においても規定して
 いる（三六七条）。しかしながら、右の区別は、推定に対してあらゆる
 反対証明を認めるべきではなく、一個の詐欺ないしフロードのみが存す
 る場合には、これを認めるべきではない。私見が批判する右学説におい
 て、この区別は一つの破れ目 *brèche* なのであつて、いつか恐らく右に
 述べた学説全体に及ぶものと思われる。通謀フロードが本条末尾に規定
 された唯一の差異を生ぜしめた場合、通謀フロードは全ての証拠方法に
 よつて第二譲受人に対し証明されうる。即ち、「譲渡当事者である」譲
 渡人は決して「登記による」法律上の推定によつて保護されず、また右
 フロードは直接譲渡人に対し証人及び単なる事実上の推定によつて証明
 することができるから、彼の共謀者（たる第二譲受人）に対しても、同
 様の証拠方法をもつて証明することができる。

右の説明から理解されるように、ポアソナードは背信的悪意者の
 認定基準を、譲渡人と第二譲受人が通謀した場合と第二譲受人にの
 み悪意ないしフロードが存する場合に求め、前者についてのみ通常
 の証明方法によつて排斥しうるとしてあり、この基準は、当時のフ
 ランスの判例・学説に合致するばかりか、フランスにおけるフロ

ド概念の拡大からフォート理論への転換へと至る趨勢や、今日の我が国の背信的悪意者排除論に比すれば、その認定基準はむしろ嚴格ですらある。⁽⁵⁰⁾

(二) 「登記—推定」説の変遷

以上がポアソナードの説明に基つて、当時の学説とポアソナード説の全貌である。ここでは両説の対立点が、①公示制度の目的を一般の意味に捉えるか具体的意味に捉えるか、②登記の存在から悪意の推定を認めるか否か、③登記の欠缺から善意を推定する場合に、これに対して「(自白・宣誓による)」反対証明を認めるか否か、の三点であることが明らかにされた。

一方、「登記—推定」という理解はムルロン説に由来し、ポアソナードがこれを念頭に論を進めていたことは、前述した如くである。

1 排撃

しかしながら、両者の議論の前提であつた右の理解そのものが、リヨーンカンによつて徹底的に批判されることとなつた。彼は、①ムルロン説に対しては、一八五五年法の立法過程における議論を引きつつ、同法における登記は第三者に対する本質的な有効要件であつて、他のもの(善意)に置き換えることはできず、従つてこれは証明の問題ではないとする一方、②ポアソナード説に対しては、仮に登記の効力を推定と解しても、かかる推定は公の秩序に関する覆滅し得ない法律上の推定であり、従つて自白・宣誓による反対証明も許されないとする。⁽⁵¹⁾ 右の批判のうち、後者については先述の如

不動産物権変動における対抗力の本質

く既にポアソナード自身が反論を加えていたが、他方、前者についてはビュフノワが更に詳細な批判を唱えている。即ち——

ポアソナード氏の第一の主張の正当であることは疑いを容れない。所有権は万人に対する意味で ergo omnes 移転されるのである。しかし、この権利は公示のない場合には、少なくとも「一八五五年法」三条に規定された一定の第三者に対しては、無効と評価されるのである。その点では所有権は効力のないままであり、第三条は登記の欠缺を対抗する者の善意と悪意とに従つたいかなる区別もしていない。また同条は損害の問題でも填補の問題でもない。同条は信頼に関する規定でもない。またこれは、証明問題ではなくして公示されていない権利の無効の問題なのである。謄記が法律上の単純推定を生ぜしめ、その結果、これが欠缺する場合には逆の意味の推定を生ぜしめ、また第三者を考慮した回復の方法をもつばら意図している右見解は、一八五五年法の目的及び射程を完全に曲解するものである。未登記の譲渡は一定の者に対しては無効な行為であり、法によつて認められた推定の効力によるものではなくして、法がかくあるべしと欲し、また信用がそう要求するからに他ならない。それ故、法に推定の概念を置いて、原則に対する一定の例外を認めるわけにはいかないのである。推定(概念)は、法の射程とその目的のあらゆる対象とを恣意的に拘束することになるだろう。⁽⁵²⁾

右の説明からも理解されるように、この学説においては、反対証明の可否と「推定」という法構造の採否とが同一次元の問題と捉えられており、一八五五年法下における善意悪意不問の原則が、「推定」説及びフォート説の排斥といわゆる法定制度論の主張される機縁となつているといひうる。

しかしながら、第一にかような批判はそもそも正鵠を射たものと

はいえない。ただし、先に検討したように「覆滅し得ない法律上の推定」が蓋然性を無視してまでも一定の政策的見地から特定の結論を導き、反対証明を許すことなく確定するものである以上、反対証明の余地がないから・あるいは蓋然性に反するから推定と解すべきではないとの論は成り立たないからである。⁽⁵³⁾「登記」覆滅し得ない推定」という構造は元来純理的には蓋然性や反対証明の可否とは全く無関係に成り立ち得るものであり、ムルロン説と右学説の間には善意悪意不問という同一の効果を実体法の側面のみから捉えるか訴訟法の側面からも捉えるかの視点の差があるにすぎない。両者は共に正当な理解であって、一方の側面のみを肯定し他方を否定するのは片面的にすぎず。

にも拘らず学説は反対証明の可否を基軸に展開した。これは右学説にあっても「フロード」の反対証明によって登記なくして對抗できるといふ点を承認したためであり、ここに右批判の抱える第二の問題点がある。即ち、ポアソナードが「善意」要件を定めるにつき参照したベルギー法が、条文上は「フロード」でありながらその具体的内容は「悪意」と解されていることから知られるように、「フロード」は本来的に曖昧な概念であるところ、右学説が「フロード」の反対証明を認めたため、問題はその「フロード」の具体的内容如何という点に引き移されることになったのである。⁽⁵⁵⁾一八五五年法の起草者は右「フロード」の内容を「通謀フロード」と解していたようであり、判例・学説もこれに影響されたものであった。⁽⁵⁶⁾さて、さように解した場合、第二譲受人の責任根拠はフォート説とは

全く別個のところ求めうる。即ち、第二譲受人は二重譲渡を行なつた譲渡人の共犯 *complicé* であり、従つて第一譲受人は譲渡人に対して有する責任追及の方法を彼と同等の地位に立つ第二譲受人に対しても行使しうるという論理である。かかる第二譲受人を譲渡人と同視する論理は、実質的にはそもそも右場合を二重譲渡の関係とみないことに外ならず、かように「フロード」の反対証明を二重譲渡の域外に置くことによつて、對抗問題内部での善意悪意不問の結論は維持しうる。換言すれば、「フロード」の内容を「通謀」に限定した場合には、對抗問題の処理に対して例外的にその構造の外から修正を加えるとみることが出来る。「フロード」は全ての原則を変更する」の法諺通り、信義則と同様超法規的（一般条項的）に制度を修正するものと位置付けられるのである。⁽⁵⁸⁾

2 復活

ところが判例にいう「フロード」概念は右「通謀フロード」理論の補いうる範囲を超えて拡大を続け、第二譲受人を譲渡当事者と同視するとの論理は実質的に維持が困難となつてきた。⁽⁵⁹⁾第二譲受人との関係を譲渡当事者関係になぞらえる論理が機能しないとすれば、第二譲受人に対する責任原理を別のところに求め、従つてまた端的に二重譲渡—對抗問題の枠内でこれを構成する方向が模索されなければならぬ。そして一九六八年破毀院判決は遂に右責任原理を不法行為に求め、第一譲渡につき悪意でありながら契約を締結した第二譲受人は民法一三八二条のフォートを構成するとして第一譲受人が登記なくして對抗できる旨を判示した。⁽⁶⁰⁾ここで右フォート説に立

つ場合には通謀フロード説と異なり通謀と単純悪意は連続した程度の差と捉えられ「フロード」の内容に質的相違はなくなる結果、登記による推定とこれに対する「フロード」の反対証明という構造は極めて明瞭なものとなる。そしてかかるフォート説を機縁として「登記—推定」という構造は、バステリアン⁽⁶¹⁾、ベッケ、ギノサル⁽⁶²⁾、J・マゾー⁽⁶⁴⁾、らにより再認識されることとなったのである。かつてポアソナードが「通説は『フロードは全ての原則を変更する』との点を法諺の如く承認しながら、これを原則に据えようとはしない」との疑問を投げ、「通謀フロードと単独フロード及び単純悪意の区別は通説の破れ目であって、いつの日か通説全体に波及するものであろう」と予言したところのものは、まさに現実のものとなったといえよう⁽⁶⁵⁾。もっとも「登記—推定」という構造自体は、通謀フロードを認める場合は勿論、完全な善意悪意不問説に立つたとしてもこれを承認しうるのであり、フォート説を採ると否とに関わらないことは、既に確認した通りである。

三 現行法解釈論へ向けて

ここまでの考察から、登記の対抗力は善意悪意不問説を採るとフォート説を採るとに拘らず、フランス法・旧民法の意味における「覆滅し得ない法律上の推定」と解する余地のあることが明らかにされた。しかしながら、前章では、ポアソナードという自白のみによって悪意者を排斥できる、という構造が、果たして現行法下での

不動産物権変動における対抗力の本質

背信的悪意者排除説と同一であるか、という点を留保していた。また、右「覆滅し得ない法律上の推定」が、梅博士が現行一七七条について述べる「擬制」といかなる点において異なるのか、という問題も残されていた。更に、現行法の解釈論として「登記—推定」という理解が成り立ちうるかの問題も存する。以上の三点——現行法制度に引き直しての旧民法の構造把握・旧民法と現行法の沿革的斉合性の有無・現行法解釈論としての成立可能性——を検討するためには、何よりもまず、現行法における「推定」及び「擬制」の意義及び相違点を明らかにしておかねばならない。

(一) 「推定」と「擬制」

いうまでもなく現行法下の「推定」及び「擬制」概念はドイツ法継受の一所産である。従って我々は、ドイツにおける学説の検討を通じて両者の相違を明らかにすることができるであろう。

今日いわゆる「擬制」概念の基礎を築いたのはサヴィニーであり、彼の「擬制」とは新しい法形式を既存の法形式に結合するものであり、その目的が裁判官の法的判断の画一性に向けられていることを初めて明らかにした⁽⁶⁶⁾。彼に続いて、イエーリンクは、ローマ法における擬制の、裁判所の画一的判断の要請が裁判官の一次的判断の蓄積と相俟って、立法技術上の簡易化の手段にまで高められた経緯を明らかにし、ここに擬制を実体的概念として捉える今日の見解は確立された⁽⁶⁷⁾。即ち、擬制とは、本来なら新たに「要件B—効果A」なる実体法規を創設すべきところを、これと同一の法律効果を有する既

存の実体法規の法形式「要件 a—効果 A」を利用して、「要件 b がある場合には要件 a があるものと看做す」という形で規定された簡易な立法形式であり、これは実体法上の要件 a を他の要件 b へと置換するものに他ならない。⁽⁶⁸⁾

「法律上の推定」はこれに対し、あくまで訴訟における具体的認定を前提とし、訴訟当事者の証明の困難性救済を目的とするものであり、従ってそこをいう「前提事実 b—推定事実 a」の関係はあくまで訴訟法的なものであって、証明の困難性救済といった訴訟法的観点を既に捨象した擬制における実体的な「前提事実 b—擬制事実 a」の関係とは全く異質なものと捉えられるに至った。⁽⁶⁹⁾

一方、法定証拠主義を採る普通法下では、フランス法と全く同様「法律上の推定」の下部概念として「覆滅し得ない法律上の推定」なる概念が存在した。⁽⁷⁰⁾これは今日、どう位置付けられているか。

通説は次のように考える。擬制の中に含まれる推論は覆滅を許さずに確定されるのであって、かかる推論に対しては反対証明の認められる余地がない（擬制が実体法上の要件の置換を規定する以上このことは当然である）。一方、覆滅し得ない法律上の推定もまた、推定の前提事実が認定されれば推定事実が反対証明を許さず直ちに確定されるのであるから、かかる推定の本質は擬制に他ならない、と。⁽⁷¹⁾かようにして覆滅し得ない推定は実体法上の概念である擬制に取り込まれ、一般に姿を消すことになったのである。

これに対し、擬制と覆滅し得ない推定とは異なる概念であり、フランス法と同様「推定」のカテゴリーの中に、従って訴訟法上の概

念として留め置く見解も、少数説ながら主張されている。この説の論拠は、擬制が「蓋然性」や「証明の困難性救済」といった基礎とは全く没交渉であるのに対し、覆滅し得ない推定は少なくともこれらの観点を基盤としている点で、両者を区別できるというにある。⁽⁷²⁾

覆滅し得ない推定を実体法的な擬制と解するか・訴訟法的な推定と解するかという右の対立のもたらす結果的な差異は、次の二点にあると考えられていた。第一に、覆滅し得ない推定における推定事実は要証事実たる主要事実であることから、訴訟においては証明責任を負う当事者がこれを主張しなければならないのに対し、擬制は実体法規の適用問題であるが故に裁判官の専権事項に属し、従って当事者の主張を俟たずに裁判所がこれを斟酌すべきことになる。第二に、覆滅し得ない推定を「推定」という訴訟法上の概念に留め置く見解に立つ場合には、訴訟外の関係において実体法上の権利は発生しない、と。⁽⁷³⁾

しかしながら、ライボルトは後者は正当ではないとする。けだし、右覆滅し得ない推定においては、立法者が推定事実の不存在が明白な場合においてもなお一定の結論を推論すべきことを欲する場合も含まれているが故に、擬制と同様何らかの訴訟外の意味における結論も導くことを規律しているというべきだからである。即ち、覆滅し得ない法律上の推定の効果には、一定の事実を他の事実から推断するという訴訟法（証拠法）的側面と、ある事実を要件として実体法上の権利を発生させるといふ実体法的側面の二つがあることされるため、たとえ推定と解しても擬制との間に結果的差異は存しない。

では、フランス法・旧民法にいう「登記—覆滅し得ない法律上の推定」という理解は、現行法に引き直した場合、どう捉えられるべきか。覆滅し得ない法律上の推定を擬制の範疇に含める通説によれば、証拠編八六条は、「善意を要件として対抗という効果が導かれる」という従来の立法形式に代わって、「登記の欠缺を要件として対抗という効果が導かれる」と規定したもので、即ち純然たる実体法上の要件—効果関係を定めたものということになり、他方、覆滅し得ない法律上の推定を擬制とは別個の概念として維持する少数説によれば、同条は登記の欠缺を前提事実とし・善意を推定事実とする

証明責任の転換規定であると同時に、その反射的效果として登記を要件とし対抗という実体法上の効果を導く規定ということになるが、多数説においても訴訟法的效果まで否定するものではないから、結局両説の対立は講学上の分類の相違に留まり、実質的には差異がない。従っていずれの見解に立っても、旧民法の規定は財産編三五〇条が善意を要件としているにも拘らず、「原則的に」善意を不問として登記の欠缺を要件として対抗という実体法上の効果が発生すると捉えられ、これは現行一七七条の善意悪意不問の構造と全く同様とみられるのである⁽⁷⁵⁾。以上のような旧民法と現行民法の「推定」概念の相違を看過して、ポアソナード旧民法を今日いわゆる悪意者排除説と評価した従来の学説の理解は改められなければならない。

しかしながら、ポアソナード旧民法の右のような構造が見失われる兆しは、既に旧民法下においても存在していた。これは、ポアソナード説がフランスの学説と異なり、自白（及び宣誓）の場合に限

って推定覆滅を認めるといふ折衷的方向を採用したためと思われる。即ち、例えば井上正一博士の明治法律学校における講義録は、先に掲げた財産編三四七条四項について次のように述べる。

而シ此筆証ノ方法ヲ自白ニ制限シタル所以ハ第三者カ自己ノ行為前ニ於テ譲受人ノ為メ債権ノ譲渡アリタルヲ自白スルキハ之ニ優レル確証アリト雖モ其他ノ証拠方法例ヘハ人証若クハ事実ノ推定ヲ以テ第三者カ前ノ譲渡ヲ知リタルヤ否ヤヲ証スルハ事体危険ナルノミナラス総テ通常ノ証拠方法ヲ以テ其悪意ヲ証ストスルキハ事実上判断シ難キ許多ノ訴訟ヲ若起スルノ恐アリ⁽⁷⁶⁾

右の説明は、第一に、自白の対象を（「悪意」ではなくして）「第一譲渡」とみている点、第二に、画一的処理の要請の働く場を自白という限定された反対証明に留まるか・他のあらゆる反対証明を認めるかという局面で捉える点において、ポアソナードの説明との間に顕著な差異を示す。

まず第一の問題は、悪意に関する自白という構造を、今日いわゆる「相手方の承認」という問題に変質させる契機を孕んでいたものといわざるを得ない。「相手方が物権変動の事実を承認した場合に登記なくして対抗できる」という今日の学説の説明は、それ自体をみれば全く不可解である。けだし、これが自己の物権の放棄の意味ならば、それは権利一般論の問題であって、あえてここで論ずる必要もないからである。従ってこの問題は、ポアソナード旧民法のように自白の問題（従って弁論主義に服するか否かの問題）として捉えるべきであり、他方、かかる自白の効力が現行法解釈論において認

められているということ自体、翻って旧民法と現行一七七条の構造が全く同一であることを物語るものといわなければならない。

次に第二の点に関しては、前章でみたように、画一的処理の要請を辿るポアソナード説とフランスの通説との対立は、自白・宣誓の効力を認めるか否かという点に存した。ところが井上博士の説明は、（ポアソナード説を含めた）善意悪意不問説と悪意者排除説の対立として、この問題を捉えている。かような視点のずれが、ポアソナード旧民法の特徴を見失わせる一契機となつていられるように思われる。旧民法から現行民法への移行の際、善意悪意を辿つてきたる議論も生じなかつたのは、旧民法と現行法とが悪意者包含という点では同じと認識されたからではあるまいか。

（二） 對抗の実体法的側面と訴訟法的側面

以上の考察から、ポアソナード旧民法は、従来いわれるような悪意者排除説に立つものではなく、今日いわゆる背信的悪意者排除説に立つものであること、現行法下においても相手方の自白の効力を認めることから、旧民法と現行民法とは完全に同一のものと評価しうる事が確認された。

かかる沿革的評価に加えて、登記—覆滅し得ない推定という構造の解明は、現行法解釈論における種々の対立に充分な解答を与えうるものである。即ち、相手方の承認を自白と構成すべき点のほか、双方未登記の場合の処理は、一七七条という推定規定を当事者双方が援用しなかつた結果と理解することができる。従つて、仮にポア

ソナードのいう第一譲受人優先（もつともそれは契約証書の日付の先後の意味である）という結論を採らず原告敗訴という判例の処理に賛成するにしても、原告の訴却下という構成はあり得ず、証明責任に基づき *non liquet* 判決（請求棄却）が下されることにならう。⁷⁸⁾

更に、——そしてこれが最も重要な点と思われるが——「覆滅し得ない推定」概念は、對抗力の本質を訴訟法的に捉える見解と実体法的に捉える見解の双方が陥っていた矛盾点を調和的に解決しうる。即ち、まず大前提として、当事者間の意思のみで物権が完全移転するという意思主義原則を貫く以上、第二譲受人が登記を具備する以前は第一譲受人が物権者であるとの結論を動かすことはできない。⁷⁹⁾ ①ここで第一に、法定証拠説を初めとする訴訟法説は、何故第二譲受人が登記具備によつて実体法的な権利を取得できるのかの説明に窮していた。覆滅し得ない推定の理解に従えば、右推定による反対証明不許の反射的效果により、実体法的な権利が第二譲受人の許に発生することになる。②また、右とまさに表裏の關係に位置する事態、即ち、登記を具備する第一譲受人が未登記の第二譲受人に——意思主義の結果ではなくして對抗要件主義の結果として——優先するという場合を、法定取得—失権説を初めとする実体法説は説明できない。なぜなら、登記を要件として実体法上の権利が新たに発生すると解するこの説からは、既に所有権者であるところの第一譲受人について登記を要件として重ねて所有権が移転する（自己の物の法定取得！）と解するのは不合理だからである。右の場合においては對抗の訴訟法的理解の側に長のあること疑いを容れまい。即ち、

第一讓受人は本来ならば自己の契約の存在と相手方の契約の存在について善意であることの二点を争わねばならないところ、後者が登記に置換わることによって証明を容易化し、これを通じて真の権利者の権利保護が図られることになるのである。右の二つの場合から明らかかなように、登記の對抗力の本質を実体的なものか・訴訟法的なものかという形で二者択一的に捉えるのは不合理であり、對抗力の内容には、第二讓受人の権利創設機能と第一讓受人の立証機能の二面があるというべきである。そして、かかる実体法と訴訟法の二つの効果を同時にもたらすものとして民法起草者の提示した「覆滅し得ない法律上の推定」概念は、今日なおも有用であるといわねばならない。登記―覆滅し得ない推定という民法起草者の理解と今日の学説の各々との対比を論ずる余裕はないが、法定取得―失権の例として滝沢助教が挙げられる取得時効や善意取得が、覆滅し得ない推定と捉えられていることは留意されてよいであろう。⁽⁸¹⁾

四 結びに代えて

――残された課題――

本稿では、ポアソナードの記述の検討を通じて、従来善意者排除説と理解されていた旧民法が実質的には背信的悪意者排除説に立つものであること、登記の効力を善意に関する覆滅し得ない法律上の推定と捉えており、かかる理解はフランス民法から現行民法に至るまで一貫して保たれていることを明らかにするとともに、「登記―

推定」という理解が現行法の解釈論にとって有用である点を示唆しておいた。しかしながら、對抗力の本質の解明のためには、なおも次の二点が検討されなければならないであろう。

第一は、何故「善意」が對抗の（換言すれば第三者との間での所有権取得の）要件とされているのか、の構造解明である。右構造はグロス・サトーレン・カノン法に端を発し中世ヨーロッパ全域を席捲したとされる、二重譲渡における *trius et modus*（取得権原と善意）理論の承継と推測され、かくして問題は相対的所有権概念 *jus ad rem* の検討をも取り込んで、広く物権と債権の峻別論の領域まで波及せざるを得ない。⁽⁸²⁾

第二に、意思主義と對抗要件主義の関係如何。本稿における考察からも明らかかなように、この点についても訴訟法的観点からの検討が不可欠であるように思われる。フランス法・旧民法においては訴権体系と法定証拠主義を採る結果、譲渡当事者間では対人訴権が、また二重讓受人間では対物訴権が行使され、前者の訴訟手続は書証優越原則に支配されるのに対し、後者においては右原則が働かず、所有権の証明問題との関連でフランスでは複雑な証拠の準則が定立されている。⁽⁸³⁾ このことは意思主義を書証優越原則を担保とした隠れた要式主義（ないし引渡主義）と捉え直す可能性を示唆するとともに、意思主義を（そのイデオロジックな側面を別にすれば）対人訴権（＝債権の請求権）内部の一原則、對抗要件主義を対物訴権（＝物権的請求権）が行使される類型の一つを規律する原則と捉え、両者を分断して理解することも可能となってくる。⁽⁸⁴⁾

しかし遺憾ながら、本稿で右の点につき詳論する紙幅は残されてはいない。他日その詳細を発表する機会の与えられることを希望しつつ、本稿の内容についても御教示・御批判を賜われるならば幸いと考えている。

- (1) 石本雅男「二重売買における對抗の問題——忘れられた根本の理論」末川博追悼論集・法と権利(1)（昭五三）一五六頁以下。
- (2) 卷之二物権編（明四四版・昭五九）八頁以下。
- (3) 前掲注(1)一六三頁。
- (4) 紙面の関係上、学説の詳細を網羅的に紹介できない。第三者の主観的要件を辿る学説を整理したものと、鎌田薫、「對抗問題と第三者」民法講座2物権(1)（昭五九）六七頁以下と同所に掲げる文献参照。
- (5) 對抗の効果に関する学説を整理するものとしては、さしあたって、滝沢隼代「物権変動における意思主義・對抗要件主義の継受(一)——不動産を中心にして」法協九三巻（昭五二）四号五三頁以下、松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について(完)」龍谷法学一七巻（昭五九）一号一頁以下。
- (6) 滝沢「民法一七七条における悪意者の問題(完)」成城法学一四号（昭五八）五〇頁以下。
- (7) 滝沢・前掲注(6)五一頁。
- (8) 滝沢・前掲注(5)「四」法協九四巻（昭五二）四号一一七頁。
- (9) 滝沢・前掲注(6)五一頁。
- (10) (登記)推定という理解を含めて、ポアソナード旧民法は極めて独自性に富む立法である、とするのが、今日の一般的理解である。滝沢・前掲注(8)一一八頁、同・前掲注(6)五一頁、鎌田「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」比較法学九巻（昭四九）二号六〇頁注

(10)、同・前掲注(4)七五頁以下、有川哲夫「二重譲渡と悪意の第三者(一)」福岡大学法学論叢二四巻（昭五五）四号四二〇頁以下。

- (11) 滝沢・前掲注(8)一三三頁は「現行一七七条の規定には旧民法からの影響はほとんど窺われず、むしろ旧登記法の承継とみた方が適當」とされる。宮崎俊行「民法制定より神戸先生に至る物権変動論」法研三八巻（昭四〇）一号九九頁以下は、旧民法における悪意者排除の結論と現行一七七条の善意悪意不問の結論の間の歴史的連続性を不可解なものとする。
- (12) 滝沢・前掲注(8)一二八頁以下。
- (13) 石本・前掲注(1)は前者の視点から検討を加えたものである。後者に関しては、鎌田・前掲注(10)一二五頁以下注(19)が「對抗という考え方は、証拠法との関連で出てきているように思われる」とし、証拠法の研究の必要性を説かれ、また、有川・前掲注(10)二四頁も、旧民法の「法律上の推定」につき検討を要する、とされていた。しかしながら、推定という構造自体に立ち入って論及されたのは、滝沢助教が初めてと思われる。なお、滝沢「取得時効と登記(一)——二重譲渡ケースを中心に」成城法学一九号（昭六〇）三一頁以下参照。
- (14) 【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權ハ其登記ヲ為スマテハ仍ホ名義上ノ所有者ト此物權ニ付キ約束シタル者又ハ其所有者ヨリ此物權ト相容レサル權利ヲ取得シタル者ニ對抗スルコトヲ得ヌ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從ヒテ之ヲ証スルコトヲ得

本条は、一項を本文・但書の関係に改めた点を除けば、草案三七〇

条と性質同一である (Projet, Art. 370, 1^{er} al.: Jusqu'à la transcription, les droits réels acquis, modifiés ou recourus par l'effet des actes sus-énoncés, ne peuvent être opposés aux ayant-cause qui ont traité de bonne foi, au sujet des mêmes droits, avec la partie qui était restée titulaire apparent, ou qui ont acquis d'elle ou de son chef des droits incompatibles avec les premiers, et qui ont eux-mêmes fait faire la transcription ou l'inscription de leur titre, quand elle est requise)。また、売買に関しては、財産取得編四五条に同条に従う旨の注意規定がある。

(15) 【証憑編八六条】

① 法律上ノ推定ハ左ノ場合ニ於テハ私益ニ関スル完全ノモノタリ

第一 法律カ人ノ身分ニ関スル或ル資格ヲ付与シ又ハ拒絶スルトキ

第二 法律カ或ル所為ヲ其規定ニ背キタルモノト推定シテ取消ストキ

第三 法律カ制規ノ公示ナキニ因リ第三者ニ知レサルモノト推定シテ或ル權利ノ行使ヲ拒絶スルトキ

② 此法律上ノ推定ハ法律ノ明示シテ定メタル場合及ヒ方法ニ定フニ非サレハ反对ノ証憑ヲ許サス

③ 然レトモ和解ヲ許ス場合ニ於テハ此推定ハ口頭ノ自白ヲ以テ何時ニテモ之ヲ覆ヘスコトヲ得

本条は、草案一四二三条三項に認められていた「宣誓及びその拒絶」を削除した点に大きな特徴がある。なお、有川・前掲注(10)に一頁参照。

(16) 【財産編三四七条】

……(前三項略)……

④ 当事者ノ悪意ハ其自白ニ非サレハ之ヲ証スルコトヲ得ス然レ不動産権変動における對抗力の本質

トモ譲受人ト通謀シタル詐害アリシトキハ其通謀ハ通常ノ証憑方法ヲ以テ之ヲ証スルコトヲ得
……(五項略)……

本条は債権譲渡に関する規定。草案三六七条に認められていた「宣誓及びその拒絶」が削除されたこと、証憑編八六条と同様である。

(17) 【債権担保編一一九条】

……(前二項略)……

③ 不動産質ハ之ヲ設定スル証書又ハ遺言書ニ依リ財産編第三百四十八条ニ従ヒテ登記シタル後ニ非サレハ之ヲ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス
……(三項略)……

【債権担保編一七七条】

前款ニ掲ケタル(不動産特別)先取特権ハ下ニ定メタル方法、条件及ヒ期間ヲ以テ公示シ且保存シタルトキニ非サレハ之ヲ以テ他ノ債権者ニ対抗スルコトヲ得ス(「」括弧内七戸。以下同様。)

これに続く一八八条は、抵当権の登記の規定を準用する旨を定めたもの。

【債権担保編一二三条】

① 凡ソ法律上、合意上又ハ遺言上ノ抵当ハ下ニ定メタル条件ニ従ヒ其不動産所在地ノ登記所ニ於テ登記ヲ為シタルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス
……(二項略)……

なお、旧民法においては、所有権・用益物権・質権と、先取特権・抵当権とは、登記に関する規定そのものが別立てになっっている点に注意を要する。

(18) ポアソナード草案

……(8) 一二八頁以下がその概要を紹介され、有川・前掲注(10)が「ポアソナード氏起稿・

註民法草案財産編入権之部」(出版年不明)による訳文を載せておられる。本稿では、Boissonade, *Projet de code civil pour Japon accompagné d'un commentaire*, 2^eéd., t. 2, 1983 及び t. 5, 1989 を用いる。また、ボアンナードにはパリ大学時代の論文 *Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription a l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaires*, *Rev. prat.*, t. 30, 1870, p. 537 et s. (右論文に対する批判及びボアンナードの再反論と)に Garsonnet, *De la transcription et spécialement de la mauvaise foi de celui qui invoque le défaut de transcription*, *Réponse a M. Boissonade*, *Rev. prat.*, t. 31, 1871, p. 244 et s. (*Réponse de M. Boissonade*, p. 259 et s.) があり、その概要は、鎌田・前掲注(10)六〇頁注(10)が紹介しておられる。内容的には *projet* と殆ど変わらな。

(19) その他、旧民法及びボアンナードの説明において特徴的な点を列挙すれば——、①動産物権変動・債権譲渡・不動産物権変動の對抗要件をバラレルな関係として捉えている(滝沢・前掲注(8)一三七頁注(22)、鎌田・前掲注(4)七六頁)。②当事者の登記申請にも拘らず登記官の過誤によって右登記がなされなかった場合、当事者に懈怠が認められな、との理由から対抗力を肯定する(*Projet*, t. 2, n°205, p. 209)。③意思主義に基づき売買契約時に所有権が「万人に対する意味」*ergo omnes*」移転することを強調する(*Projet*, t. 2, n°216, p. 220 et s.; *Rev. Prat.*, t. 30, p. 548)。④従って、「二重譲受人以外の者——例えば不法占拠者に対しては、登記なくして対抗し得る(*Projet*, t. 2, n°221)」。⑤他方、二重譲渡ケースにおいて双方未登記の場合には、第一譲渡人が優先する。二重譲渡の処理に関する原則は、本来契約(証書)の先後であったところ、後発的に登記法の要求する

登記の先後によるとの規準が被せられているから、というのがその理論的根拠である(*Projet*, t. 2, n°206, p. 210 et s.)。⑥しかし実際には、そのような事態は生ずる余地がな、とする。当事者は何時でも自己の契約証書を登記できるからである(v. H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2, 7^eéd. (par Juglart), n°1642, p. 329. なお、滝沢・前掲注(6)三八頁注(8)参照)。⑦転得者の問題は、今日我が国の議論とは全く異なり、第一譲渡人が登記をなさずして転得者とその権利を譲渡し、転得者のみが登記を具備した場合と捉えられ、この場合、第二譲渡人に登記が存するならば彼が優先すると説かれる(*Projet*, t. 2, n°208, p. 212)。⑧更に、解除、無効、取消、債権者取消権と登記の関係につき、これらが行使された後に現われた第三者に対しては、登記なくして対抗できない、とする(財産編三五二条・三五三条)。これに対し、時効取得は、何時にても登記なくして第三者に対抗しうる(*Projet*, t. 2, n°194, p. 201 et s.)。

以上のうち、②の結論はフランスの学説と反対であるが(v. *Projet*, t. 2, n°209, p. 213 et s.)、③以下の説明は、そこでの議論とほぼ一致する。特に③④⑤は、意思主義と対抗要件主義の関係についてのボアンナードの見解を知るうえで重要である(フランス法に關しては、さしあたって滝沢・前掲注(6)「三」法協九三卷一、二号七頁以下)。また、⑥⑦の説明からは、ボアンナードがフランス法と同様の「契約証書」公示システムと単独申請主義を予定していたことが推測される。前者は公証人を媒介した証書取引慣行を基盤とし(その史的経緯と意義につき鎌田「フランス不動産譲渡法の史的考察」(『圓完』民商六六卷(昭四七)三号五五頁以下、四号六四頁以下、五号一七頁以下、六号七五頁以下、同「フランスにおける不動産取引と公証人の役割」(『フランス法主義』の理解のために)『早法五六卷

- (昭五五) 一号三二頁以下・二号一頁以下)、他方、その構造の特性上、年代順編成主義を採用することとなり(かかる構造と制度改正による物的編成主義への傾斜につき、星野英一「フランスにおける不動産公示制度の沿革の概観」(初出昭三三)民法論集第二巻一頁以下、同「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」(初出昭三四)同一〇七頁以下)、更に、重複登記を本来的に許容する構造であることから、対抗要件主義は、二重登記間の日付の先後で優劣を決する制度と特徴付けられる(鎌田・前掲注(10)三五頁)。
- その一方、単独申請主義は、登記の欠缺を直ちに当事者の懈怠と評価し失権の効果に結びつける責任原理を正当化する(この点を指摘するものとして滝沢・前掲注(5)「国光」法協九四巻七号一一七頁以下)。かかる構造の上に成り立っている対抗要件主義が、ドイツ型の「権利」公示システムと共同申請主義を採る現行登記法と(後者は既に旧登記法において採用されていた。滝沢・前掲注(8)一一三頁以下)5かに齊合しうるかが改めて問われなければならないであろう。
- (20) *Projet*, t. 5, no216, p. 211 et s.
- (21) フランスの証拠法に関する邦語文献として、ジエオン・デ・ロンツレー(野田良之訳)「証拠 La Preuve」法協八四巻(昭四二)二号一〇頁以下、若林安雄「フランスにおける立証責任(序説)」判タ三三三四号(昭五一)一九頁以下がある。
- (22) Boissonade, *Projet*, t. 5, n°216, p. 211: Dupichot, *PRÉSENTATIONS*, Dalloz Encyclopédie juridique, Répertoire de code civil, 2^e éd, 1974, t. 5, n°s 2 et s., p. 1: Goubeaux et Bihl, *PREUVE*, Encyclopédie précitée t. 6, n°s 67 et s., p. 10. 若林・前掲注(25)二〇頁。
- (23) Dupichot, *op. cit.*, n°s 22 et s., p. 3: Goubeaux et Bihl, *op. cit.*, n°71, p. 10 et s.; 若林・前掲注(21)二〇頁。
- (24) Dupichot, *op. cit.*, n°5, p.1. 若林・前掲注(21)二二頁。
- (25) Dupichot, *op. cit.*, n°78, p.7: Goubeaux et Bihl, *op. cit.*, n°72, p.11. 若林・前掲注(21)二〇頁。
- (26) 後掲注(35)参照。
- (27) Dupichot, *op. cit.*, n°s 74 et s., p. 6 et s.: Goubeaux et Bihl, *op. cit.*, n°73, p. 11. 若林・前掲注(21)二〇頁。
- (28) 証拠編七四巻以下。Boissonade, *Projet*, t. 5, n°219, p. 214.
- (29) Boissonade, *Projet*, t. 5, n°219, p. 214.
- (30) Boissonade, *Projet*, t. 5, n°220, p. 218 et n°s 245 et s., p. 251 et s.
- (31) *Projet*, t. 2, n°209, p. 213. 草案三七〇条は「ベルギー一八五一年一月一六日抵当法とフランス一八五五年三月三日登記法の両者の影響を受けて成立したものと推測される(有川・前掲注(10)一四頁)。これに対し、滝沢・前掲注(8)一二四頁は「善意の要件が加えられている点を除けばほぼ一八五五年法第三条の再現となっている」とされる。しかし「ベルギー法の表現(Tous actes entre vifs à titre grauit ou onéreux, transcrits ou déclaratifs de droit réels immobiliers autres que les privilèges et les hypothèques, seront transcrits en entier sur un registre à ce destiné, au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là ils ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude.)」フランス法の表現「Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugement énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conform-

ant aux lois.) とでは、對抗の対象が「行為」か「権利」かでは差はあるものの、「登記をするまでは第三者に對抗できない」という構造においては一致しており、従って、草案三七〇条をいずれの再現と解するかを決めるのは困難と思われる。前掲注(14)参照。

(32) *Projet, t. 2, n°209, p. 213.*

(33) 学説がしばしば指摘してきたように、そこには「自由競争の原理」といった根拠付けは存在しない。他方、ポアソナード旧民法は担保物権に関しては善意悪意不問とするが、その根拠は、所有権・用益物権と異なり担保物権は、たとえ不對抗の結果第二担保権者に劣後したとしても、債権者に対しては他の財産や人的担保に攝取することが可能であり、これによって満足を受けることから、第一担保権者の未登記は即ち彼が弁済につき他の担保を有するためと評価して、悪意の第二担保権者は取引関係に入ることが許される、というものである(*Projet, t. 2, n°214, p. 219*)。かかる、他の手段による填補可能性の考慮は、悪意者あるいは背信的悪意者排除の可否を判断する際に、新たな視点を提供するものと思われる。

(34) *Projet, t. 2, n°209, p. 213 et s.* 傍点イタリック。条文は法務大臣官房司法法制調査部編「フランス民法典一家族・相続関係」(昭五三)三二五頁を参照した。また、フランス法に関する叙述については、通常の用語法に従って「騰記」の語を用いた。以下全て同様。なお、一〇七一条は、一九五九年一月七日オールドナンヌ七一号二五条により「騰記」の語が「公示 publicite」に改正された。

(35) *Boissonade, Rev. prat., t. 30, p. 543 et s.*「あらゆる未登記の売買は、そのこと故に、法的には第三者が知らないものと評価し、その結果、第三者に対しては無効と評価される。即ち、『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ている場合には、右法律上

の推定に対するいかなる証明も認められない。ただし、法律が反対証明を留保している場合にはその限りではない(フランス民法二三二条)のである」(Mounin, *Traité théorique et pratique de la transcription et des innovations introduites par la loi du 23 mars 1855 en matière hypothécaire, t. 2, 1852, n°451, p. 78*)。

(36) *concret frauduleux* は通常「詐欺(欺)的協働」と訳されることが多いが、本稿では、単独フロードとの対比、及び「フロード」概念の不明確さに照し、本文の用語を用いる。

(37) *Boissonade, Rev. prat., t. 30, p. 540.*

(38) しかしながら、富井政章博士も「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バ一般学者ハ主トシテ民法二三二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「情ヲ知り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」法協三七号(明二〇)一七頁。なお有川・前掲注(10)一六頁以下が右討論の内容を紹介している)。フランスに留学していた二人の日本人学者が共に同様の見解を示しているという事実は、ポアソナードの影響とみるべきか。

(39) *Bulnoir, Propriété et contrat, 2^e éd., 1924, p. 124.*

(40) 周知の如く、贈与の騰記をはじめ民法典における對抗要件の条文と一八五五年法三条とは、規定の仕方が逆になっている。即ち、贈与に関する九四一条・債権譲渡に関する一八九〇条の規定が「對抗要件を具備してはじめて對抗できる」という表現をとるのに対し、先述の如く一八五五年法三条は「登記を具備するまでは(一)応権利は有しているが(二)對抗できない」と規定する(滝沢・前掲注(19)「四」八三頁以下注(6)は、民法典の規定が効力要件的であり一八五五年法の對抗要件主義と明瞭な対比を示す、とされる)。もっとも、ポアソナ

ードも引用する一〇七二条の規定は、民法典の對抗要件主義の善意悪意不問の根拠としてもしばしば援用されることを考えると、民法典と一八五五年法の構造が全く異なることと断定できるかは確信が持てない(なお、両規定の結果的な差異については Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'impossibilité*, 1929, p. 59 et s.)。ポアソナードが債権譲渡と不動産物権変動の對抗要件をバラレルに規定していることとも関連して、検討の余地があろう。

(41) *Projet*, t. 2, n^{os} 210 et s., p. 215 et s.:

(42) *Projet*, t. 2, n^o 210, p. 215.

(43) *Projet*, t. 4, n^o 244, p. 251.

(44) *Projet*, t. 2, n^{os} 210 et s., p. 215 et s. (なお *Projet*, t. 5, n^o 245, p. 252. 参照)。

(45) かかる観点から悪意者排除の問題を捉えようとするものとして、鎌田・前掲注(10)一〇七頁以下。また、滝沢・前掲注(8)一一〇頁以下も、後述の通謀フロード説とフォート説の対立を公示制度の目的の見地から論じており、大いに示唆を受けた。

(46) 我が国においては公信力説がこれに該当する。フランスにおける議論は我が国のそれとは単純に同視し得ないが、悪意の第二買主の行為が第一買主に対して不法行為 *deiti cini* を形成する場合には對抗を認めるフォート説(民事責任説・不法行為説)がこの範疇に属することになる(鎌田・前掲注(10)一〇八頁以下)。もともと、後述の如く、背信的悪意者排除論あるは通謀フロード理論を認めた段階において既に当事者の帰責性を不對抗の根拠に求める萌芽は存していたのであり、両国における右例外の範囲拡大は、對抗という効果そのものを当事者に対する責任原理から説明する学説を全面展開させる契機となったといえる。

不動産物権変動における對抗力の本質

(47) 我が国の学説においては、通常——当事者の懈怠の有無とは無関係に——権利の優先関係を決する必要があるから、と説かれる結果、右権利の性質論に問題が引き移され、排他性説・不可侵性説等の学説が主張されることとなる。他方フランスにおいても、對抗の効果は(「一般的意味での」)公示の要請がかくあるべしと求めた結果に他ならないとするいわゆる法定制度論が主張され、これは近年我が国に少なからず影響を与えるところとなった(その機縁として滝沢・前掲注(5)論文の意義は大きい)。もともとフランスの一般教科書は——我が国においてもそうであるように——具体的な法律構成としてではなく、「一般的説明として」對抗とは公示の要請に基づき法によって賦与された効果である」と説明する場合が多い。従って、多くの教科書は具体的な法律構成については沈黙しているとみえ方が良好であろう(むしろ、しばしばみられるのは当事者関係と第三者関係で効果を分けて論ずる相対的効力説である。滝沢・前掲注(6)三四頁参照)。他方、具体的法律構成として主張される法定制度論(例えばビュフノワ・後掲注(52)参照)は、反対証明の可否、従ってまたフォート説との対比の上に成り立っているといえることができる。

(48) 他方、フランスの学説の側でも、ポアソナード説をさように理解していることは、さうまじぶな S. Garsonnet, *op. cit.*, p. 245; Lyon-caen, *note sous Cass. req. 27 nov. 1893*, S. 1894, I, p. 336 et s.; *Bulhoir, op. cit.*, p. 122 et s.

(49) *Boissonade, Projet*, t. 2, n^o 213, p. 218.

(50) フランスにおける判例・学説の推移については後掲注(59)該本文及び同所引用文献参照。我が国の背信的悪意者排除論については松岡「判例における背信的悪意者排除論の実相」林良平選歴記念論文集・現代私法学の課題と展望(中)(昭五七)六五頁以下参照。松岡助教

- は、背信的悪意者の類型を準当事者型と不当競争型に分ち、前者については第二譲受人の主観的態様は大きな意味を持たず、後者については少なくとも悪意者排除の結論が採られているとされ、背信的悪意者という概念は、既に別の基準で下されている判断を事後的に正当化する機能しか有していない」と結論づけておられる(前掲一二四頁)。
- (51) Lyon-caen, op. cit., p. 385 et s.:
- (52) Buinoir, op. cit., p. 124. ビュノワの理解に従うならば、ポアンナードもまたフォート説に立脚するものと評価しうる (v. Boissonade, Rev. prat., t. 30, p. 546 et s.).
- (53) 従って「第一買主が未登記で第二買主が登記しているような状況にこの議論(登記—推定)をあてはめるならば、むしろ事実上反する推論とならう」(滝沢・前掲注(13)(三三頁))との批判は、ムルロン説に対しても当たらない。なお、前述の如くポアンナード説は悪意の推定を否定しているので、右の批判はもとより当たらない。
- (54) Dekkers, Précis de droit civil belge, t. 1, 1954, n°1492, p. 833.; de Page, Traité élémentaire de droit civil belge, 2^e éd., t. 7, 1957, n°1069 et s., p. 953 et s.; 有川・前掲注(10)一五頁 鎌田・前掲注(4)七一頁。
- (55) 「問題は fraude の中味であった。」(滝沢・前掲注(6)「一」)成城法學一三号一九三頁)。
- (56) D.P. 1855, 4, 28, col. 3. 鎌田・前掲注(10)三五頁、滝沢・前掲注(8)一一頁、同・前掲注(55)一九二頁。
- (57) Savatier, note sous Cass. civ. 7 déc. 1925, D. 1926, I, 185; Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe «fraus omnia corrumpit», 1957, p. 137 et s.; J. Mazeaud, note sous Cass. civ. 22 mas 1968, D. 1968, p. 413. ポアンナード・前掲注(49)該当本文、鎌田・前掲注(10)四四頁。なお、この場合に第一譲受人のなす反対証明の方法は自由・宣誓に限られず、あらゆる通常の証明方法が許される。
- (58) 鎌田・前掲注(10)四四頁、滝沢・前掲注(55)一九三頁。
- (59) 判例の推移とその分析については、鎌田・前掲注(10)及び滝沢・前掲注(55)がフランスの文献以上に綿密に詳しい。結論的には滝沢助教授が通謀フロード説維持に賛同されるのに対し、鎌田教授はフォート説に好意的である。フランスにおける両説の対立は、我が国の法定取得—失権説と公信用力説(鎌田説)に反映されていると見える。
- (60) Cass. civ. 22 mas 1968, D. 1968, p. 412, note J. Mazeaud; J.C.P., 1968, II, 15387, obs. Planqueel.
- (61) バステイアンは「対抗の消滅(対抗力取得)は法によって要求された形式が遂行されたことの証明の結果である。(公示の)援用は〔そのみで〕充分であって、第三者の実際の悪意の証明を必要としない。即ち、右悪意は取得時効が斟酌される場合には法によって推定されるが、それ以外の場合には、これは形式〔それ自体〕の問題に帰し、従って悪意の証明は禁止される」と説く(Bastian, op. cit., p. 82)一方、フロードないし悪意者排除の問題を、具体的な善意を要求するか・それとも「善意悪意に関する法律上の推定が要求された形式を具備する以前の第三者を考慮する以上、右形式を調査できないことに基き善意の覆滅し得ない推定とすべきであるか」の問題と捉えて 58 (op. cit., p. 90 et s.)。
- (62) Bequgué, note sous Cass. civ. 10 mai 1949, J.C.P. 1949, II, 4972.
- (63) Ginossar, Liberté contractuelle et respect des droits des tiers, Emergence du délit civil de fraude, 1963, n°21, p. 52. 「方式の覆

踐が、公示を表現した者の善意を証明し、かつ、一種の争い難い推定をもたらすべきである。逆に、履踐されている方式は、あらゆる反対の証拠に拘らず、公示されている権利を第三者に知られたものとする効果を有しなければならぬ」(鎌田・前掲注(10)九八頁の紹介による)。

(64) 「フォート説の」唯一の危険——しかしそれは通謀フロードなしフロードの効果を認めた瞬間から存するのであるが——は証明の容易さである。フォートはフロードと同様あらゆる方法によって証明されることになるからである。従って裁判所は悪意に関しては嚴格に解さねばならず、また善意が常に推定されることを許されてはならぬ」(J.Mazeaud, note précitée, p. 414)。

(65) もっとも、既に考察したようにポアンナード説は通謀フロードと単独フロード及び単純悪意とを分かち、後者については反対証明の方法を限定するという形で、通謀フロード説とフォート説の折衷的方向を採った。これは法定証拠主義に特有の処理の仕方であり、ポアンナード旧民法の特色はむしろ、「フロード」の具体的内容を明文で規定した点、及び単純悪意の反対証明の方法を自由に限定した点にこそ求められよう。

(66) Savigny, *Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., s. 32 (Herring, *Geist des römischen Rechts*, 5. Aufl., 1906, t. 3^e, s. 302 以下)。

(67) Herring, a.a.O., s. 301 ff.

(68) Hedemann, *Die Vermutung nach des Deutschen Reiches*, 1904, S. 238 ff.; Rosenbergs, *Die Beweislast*, 5. Aufl., 1965, S. 213 (第四版たつき倉田卓次訳「証明責任論」昭四七)があり参照した。二四九頁)。兼子「推定の本質及び効果について」(初出昭一二)民事法

不動産物権変動における対抗力の本質

研究第一卷三二六頁以下。

(69) Rosenberg, a.a.O., S. 213; Winkler, *Die Rechtsvermutung aus dem Besitz*, Diss. Zürich, 1969, S. 9. 兼子・前掲注(8)三二六頁。

(70) その詳細は Hedemann, a.a.O., S. 80 ff.

(71) Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl. (von Köpp), I. Bd., 1906, S. 680; Rosenberg, a.a.O., S. 213; Winkler, a.a.O., S. 10. 兼子・前掲注(8)三二六頁。

(72) Pagesteher, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, 1905, S. 188 ff.; Biermann, *Bürgerliches Recht*, 1908, I. Bd., S. 93; Leibold, *Beweisregeln und gesetzliche Vermutungen*, 1966, S. 103 ff.

(73) Leibold, a.a.O., S. 103 f.

(74) Leibold, a.a.O., S. 104 f.

(75) 一方、フランス一八五五年法における登記を実体法上の要件とみる見解と覆滅し得ない推定とみる見解の対立も、これと同様のものと捉えられるのではあるまいか。なお後掲注(81)②参照。

(76) 井上正一・民法財産編講義第二部卷之一(出版年不明)五二八頁以下。

(77) 有川・前掲注(10)二五頁は相手方の承認は自白とは異なると説き、滝沢・前掲注(19)「(四)完」二四頁は相手方の承認を認めなす。

(78) 登記の有無が証拠審理の問題であり、これが既に本案審理の次元である以上、訴却下とさう処理はあり得なす。

(79) Boissonade, *Projet*, t. 2, n°216, p. 220 et s.; *Rev. prat.*, t. 30, p. 257 et s.

(80) もっとも、その前提として「覆滅し得ない法律上の推定」と「擬制」の異同を明確化しておく必要がある。しかしこれは訴訟法と実体

法の両法域に及ぶ一般問題であるため、本稿で軽々に論断することはできない。今後の検討課題として留保しておく。

(81) ①取得時効はフランス法・旧民法においては条文上「覆滅し得ない法律上の推定」と規定され（フランス民法一三五〇条二号・旧民法証拠編七六条第二）、またフランスの学説は取得時効の機能として権利取得機能と立証機能の二つを挙げる（フランス法に關してはさしあたって滝沢・前掲注（13）一〇頁以下、ポアソナード旧民法については内池慶四郎・出訴期限規則略史「明治時効法の系譜」（昭四三）二二二頁以下参照）。一方、星野教授は現行法解釈論として法定証拠「推定説を提唱しておられる（星野「時効に關する覚書」その存在理由を中心として）」（初出昭四四一四九）民法論集第四卷一六七頁以下）。

②他方、BGB八九二条「登記の公信力」につきドイツの学説は、前条「登記の推定力」に認められていた反対証明を遮断する規定と捉えており、更に、同条を辿って擬制説と覆滅し得ない推定説の対立がみられる（後説に立つ見解をヨッ Wacke, Münchener Komm., 4, Bst., 1981, § 892 RdNr. 2, S. 239）。しかし、両説とも公信力が権利取得機能と立証機能を有すると解する点では一致しており、従って両説の間に結果的差異はないとされる（Wacke, aa.O.）。

もっとも、対抗力と取得時効・公信力とでは推定の対象が異なる点に注意を要する（前者は契約に關する善意悪意・後者は所有権それ自体）。右差異は、第一に、対抗力が何故時効取得や公信力と異なり二重譲受人間でしか働かないのかという問題に示唆を与える（二重譲受人間訴訟では前主の所有権に關しては当事者間に争いがないため証明対象とならず、従って所有権証明の困難性 probatio diabolica が生じない）。また第二に、BGB立法過程における議論は、登記法がフランス型の契約証書公示システムを採用せず権利公示システムを採る結

果登記が「契約」ではなくして「権利」を反映する蓋然性が高いことを登記原因に關する推定力の否定及び権利推定力・公信力肯定の基礎とみており（Prot. 3, S. 3376）、登記の覆滅し得ない推定が蓋然性を捨象できないことを示唆すると共に、対抗要件主義を採るか公信主義を採るかの選択が公示システムの違いに左右されることを示している。なお前掲注（19）参照。

(82) この問題に關しては好美清光「Jus ad remとその發展的消滅」特定物債権の保護強化の一断面——橋大学研究年報・法学研究三三（昭三六）一七九頁以下、生熊長幸「仮登記に關して——物権・債権と」の概念との關係におらて——法学三六卷（昭四七）三三頁以下、佐賀徹哉「物権と債権の區別に關する」考察（一）——フランス法を中心に——論叢九八卷（昭五二）五号二七頁以下・九九卷（昭五二）二二号三六頁以下・四号六二頁以下が示唆に富む。なお、フランスにおける jus ad rem のことは Violet, Histoire de droit civil français, 3^e éd., 1905, n°553, p. 599 et s.; Eisfeldt, Beiträge zur Geschichte des jus ad rem in neuen deutschen und französischen Recht, Diss. Kiel, 1935 参照。

(83) Aubry et Rau, Droit civil français, 7^e éd. (par Esmein), 1962, t. 2, n°316, p. 505; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français 2^e éd., t. 3 (par Picard), 1952, n°351, p. 348; Mazeaud, op. cit., n°1629, p. 322. 従って、いわゆる請求権競合問題は生ずる余地がない。

(84) フランス民法一三四一条。同条によれば、譲渡当事者は①目的物の価額が五〇〇フランを超える契約については専ら証書によってこれを基礎付けねばならず、証書のない場合には他の証規方法不受理により敗訴の不利を受ける。②価額がそれ以下の場合にも証書の内容と

矛盾する他の証拠は排斥される。従つて意思主義原則にも拘らず、当事者は証書（とりわけ不可争性の認められる公正証書）を具備しなれば現実の権利行使は不可能である。同様の規定は旧民法にも存する（証拠編六〇条・六三条）。

(85) 藤原弘道「占有の推定力とその訴訟上の機能」（初出昭四三）時効と占有一八七頁以下、滝沢・前掲注（8）一〇一頁。

(86) 江南義之「意思表示ノミニ因ル所有権移転について——一七六条の解釈に関する一提案——」民商六二巻（昭四五）二号三八頁以下はローマ法の検討を通じて一七六条が隠れた引渡主義であるとする。鎌田・前掲注（19）「史的考察」は周到な史料分析に基づきフランス法における意思主義が現実的引渡から証書に化体した観念的引渡へ発展した終点であることを明らかにする。一方、先の一三四一条「書証は人証に勝る *Letters passent remoins*」の原則は一五六六年のムランの王令 *Ordonnance de Moulins* 五四条によって確立され、一六六七年訴訟手続に関する王令第一〇章第二条を経て今日に至っており（Viollet, *op. cit.*, n°601, p. 647）、証書の事前設定の必要性はアンシャン・レジームの時代から四世紀以上に渡ってフランスの裁判制度を支配してきた根本原則とも評される。従来フランス法の意思主義は公証人を媒介した証書引渡慣行に担保されるとみられてきたが、右経緯に照らすならばむしろ直接的には書証優越原則の支配する法定証拠主義に支えられているといへべきである。

(87) 過去には意思主義と対抗要件主義の関係を既判力の相対効から説明する見解が存した（Mourton, *op. cit.* n°421, p. 12 を参照 Garsonnet, *op. cit.*, p. 251 を参照）*ジュリス・注目と値々*。

不動産物権変動における対抗力の本質

【追記】

脱稿後、Duclos, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, 1984 を入手し得た。同書は Bastian 前掲注（40）と共に「対抗 *opposabilité*」一般に関する詳細な研究であり、我が国でもかような視点から、従来全く異別の法構造とみられてきた不動産物権変動・動産物権変動・債権譲渡その他「対抗」の用語の見出される条文一般につき、改めてその法構造の異同を問い直すことが求められよう。それと同時に、Vidal 前掲注（57）のようなフロードの一般理論に関する考察も、背信的悪意者排除論と他の法領域（九四条二項類推、詐欺・強迫、債権者取消権等）との関係を探るうえで忘れられてはならないであろう。