

## 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

七戸，克彦  
慶應義塾大学法学部博士課程二年

<https://hdl.handle.net/2324/6268>

---

出版情報：慶應義塾大学大学院法学研究科論文集．24，pp.121-144，1986-09．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意思主義の本質

——売買契約を中心として——

七 戸 克 彦

(博士課程二年)

## 一 序 論

### 二 フランス法

- (一) 諾成主義・物権変動における諾成主義(意思主義)
- (二) 間接的な形式強制<sup>1)</sup>——書証優越原則
- (三) 間接的な形式強制?——公示制度
- (四) 公証人制度
- (五) 小 結

### 三 日本法

- (一) 旧民法
- (二) 現行民法

## 四 結 語

## 一 序 論

別稿において筆者は、不動産物権変動における登記の「對抗 opposabilité」が「法律行為 acte」の「善意(悪意)」に関する「覆滅し得ない法律上の推定 praesumptio iuris et de iure, unwid-erlegliche Vermutung, présomption légale irréfragable」であり、<sup>1)</sup> 対抗力の本質の理解の差異は右「覆滅し得ない推定」を「推定」の範疇(従って訴訟法上の概念)に位置付けるか・擬制のカテゴリーとして(従って実体法上の概念として)位置付けるかの違いに存することを指摘するとともに、他方、フランス法・旧民法における「意思主義」が、書証優越原則を根幹とする法定証拠主義 *system de la preuve légale* によって文えられてきたことを示唆しておいた。<sup>1)</sup> 本

稿は、右論文の続編として、主として不動産売買契約を念頭に、「意思主義」を支える諸制度の全体像を明らかにすることに努める。

我が民法一七六条の「意思主義」に関しては、周知のように、物権行為の独自性を認めるか否か、また不動産売買における所有権移転時期はいつか、という問題について、激しい対立がみられる<sup>2)</sup>。この点に関する学説は、次の二つの方向に集約される。その第一は、同条がフランス民法典（以下C.c.と略記）の原則を継受した立法経緯に鑑み、フランス法の解釈と同様、物権行為の独自性を否定し、売買契約の効果として売買契約時に所有権が移転するとみるべきである、という主張であり、この見解は近時再び有力になりつつある。第二は、フランス法の継受という立法沿革はさておき、現代取引により適合的と考えられるドイツ法主義を導入し、あるいは我が国今日の取引の實際に照らして、物権行為の独自性を肯定し、あるいは独自性は否定しつつも所有権移転時期は何らかの外部的徴表（代金支払・登記・引渡）に係らしめるものである。

だが、右二つの見解のいずれの方向を探るにしても、議論の前提として、第一に、そもそもフランスにおける意思主義とはいかなるものが正確に認識されなければならず、第二に、我が旧民法並びに現行民法の成立過程において右フランス法的な意思主義が、果してそのままの形で導入されたと言い得るかが検討されなければならない。本稿の基本的な問題意識と目的は、まさにこの点に存する。

しかしながら、フランス法の法構造の何れの側面をもって「意思主義」の本質と解するかは、困難な問題である。そこで本稿では、

比較法的な見地からフランスの譲渡法を考察したドイツの文献も利用した<sup>3)</sup>。右諸文献の基本視点は、——言うまでもないことであろうが、種々の側面でドイツ法の用語法と解釈論、更には解釈方法論の多大な影響を受けた——我が国の現在の議論と極めて類似しており、フランスの文献の直接引用からは逆に見えにくかった、フランス法主義の本質の抽出と理解を助けてくれることになるであろう。

ここでは、ひとまず、フォン・ホフマンの比較法的研究をもって問題の提起に代えよう。

彼の分類に従えば、不動産譲渡に関する近代法の諸体系は、売買契約の当事者が自律的に所有権移転の効果を生じさせることができるもの（私法主義 *Privatrecht*）と、一定の公的な行為、即ち公簿への登記が物権の取得要件となつてゐるもの（登記主義 *Grundbuchsystem*）に分けることができる。このうち、私法主義は、所有権移転の効果を、1 引渡、2 譲渡証書の引渡、3 契約締結のいずれかに結合させるもので、第一の主義はスペイン法が、第二の主義はアングロ・アメリカ法が採用するもの、他方、3の契約締結による所有権移転という主義を採るのは、いうまでもなくフランス法である<sup>4)</sup>。

しかし、ここで、不動産売買法上、具体的にはいかなる行為が、C.c.一五八三条にいわゆる「売買契約」と理解されるかに関しては、全く問題がないというわけではない、とフォン・ホフマンはいう。というのも、フランスの実務は、古来より、不動産売買に際しての契約締結を、まず第一に、両当事者が合意し、それについて私署の記録を作成し、その後、最終的な契約が公証人の面前で書式化さ

れ公証されるという形で、二段階に分けて行ってきたという経緯が存するからである<sup>(5)</sup>。フォン・ホフマンは続けて言う。「また、C. c. は売買予約 (promesse de vente, C. c. 二五八九条) と固有の売買とを區別している。このことは、私署証書による契約が一五八九条一項にいう売買予約の性格を有するものであり、後の公証行為こそが本契約の性格を有するものと理解される」と。

一方、彼は、契約締結の方式に関する諸主義を、次のように分類している。第一は、完全なる方式の自由を採る立法で、スペイン法、オーストリア法がこれに属する。第二は、私署証書による形式を強制する立法で、これは更に、イタリア法のように証書作成が実体法上の厳格要件となっている場合と、訴訟法上の制裁を通じた間接的な証書強制がなされる主義に分かれ、フォン・ホフマンはイギリス・アメリカと並んで、今日のフランス法をひとまずこの範疇に属せしめている。第三は、公正証書による契約締結を強制する主義で、フォン・ホフマンはこれについて、公正証書作成を実体法上の厳格要件とする場合 (ドイツ法、スイス法) の他に、先の立法例においても、当事者意思の推定により公正証書作成に当事者の法律効果発生の意思を認定する場合や、ある種の契約については公正証書の作成を実体法上の要件とする場合があることを指摘している。

ここで我々は、フランス法が債権行為と物権行為を区別せず (独自性の否定)、また、債権契約の効果として所有権が移転する主義を採っており、意思の他に何らの形式も要求していない (意思主義) という従来の理解を改めて考え直す必要に迫られる。右比較法的研

究に従えば、フランス法は「売買予約」債権行為、「売買の本契約」物権行為」という形で物権行為の独自性を肯定するものと理解され、他方、本契約が公正証書によってなされることは、実質的には形式主義と解されるからである。

一方、我が国においても「意思主義」が、当事者の意思の他に何らの形式も必要としない、というような単純な構造と、理解すべきではないことも、次第に明らかにされつつあり、フォン・ホフマンの指摘のうち、フランスにおいては、私署証書による契約が売買予約の性格を持ち、公正証書による契約が売買の本契約の性質を有し、しかも、売買予約は債権的合意に、売買契約は物権的行為に対応すると考えられる、との指摘は、既に伊藤教授、鎌田教授によりなされていた<sup>(10)</sup>。また、諾成契約原則に対して、書証優越原則が重大な制限を課していることは、来栖教授、山口教授ら、多くの研究において触れられているところである<sup>(11)</sup>。

以上の先学の鋭い指摘から、本稿で考察すべき対象は自ずと明らかである。それは即ち、契約法における「形式主義 formalisme から台意主義 (諾成主義) consensualisme」という歴史的な流れの中で、書証優越の法定証拠主義を基盤とした公正証書の間接強制の下での「意思主義」とはいかなるものか、という問題であり、また「私署証書による契約」「売買予約」「債権行為」「公正証書による契約」「売買の本契約」「物権行為」という比較法的な基本認識は、我が国の「意思主義」の理解にどのように影響してくるか、という問題である。

## 二 フランス法

### (一) 諾成主義・

#### 物權變動における諾成主義(意思主義)

#### 1 諾成主義の原則

フランス法の物權變動における意思主義が、証書による觀念的引渡理論を架橋とした「現実的支配權たる占有から抽象的支配權たる所有權へ」という流れ、及び契約一般における「形式主義 formalisme から諾成主義 consensualisme」という流れの中に形成され、これが、思想的には約束の重視(契約は守られなければならない *Pacta sunt servanda*) というカノン法の伝統を受け、自然法学者及び革命期の法思想により形成された個人意思の尊重(意思自治の原則 *principe de l'autonomie de la volonté*) を基盤とすることは、既に多くの研究によって指摘されているところである<sup>(12)</sup>。

所有權移轉契約における諾成主義、即ち、意思主義に関する C. c. の条文は、次のようなものである。

まず、所有權取得の一般的方法を列挙した七二一条は、「財産の所有權は、……債務の効果として *par l'effet des obligations* 取得され、移轉される」と規定する<sup>(13)</sup>。ここで「所有權が債務の効果として取得・移轉する」ということの意味は、ごく一般的に「契約の効果として *par l'effet des conventions*」と読み代えてよとされる<sup>(14)</sup>。即ち、債權契約たる売買等と物權行為たる引渡とは、証書引渡慣行

によって、同時的になされる結果、債權的義務の発生とその履行とを峻別する意味はなくなり、あたかも現実売買と同様、端的に右売買の結果として所有權が移轉すると理解されるのである。

一方、債務の効果に関する一一三八条は、与える債務 *obligation de donner* たる目的物引渡義務につき、次のように規定する。

#### 【C.c. 一一三八条】

① 物を引渡す債務は、当事者の合意 *consentement* のみによって完全となる。

② この債務は、引渡 *tradition* がなんら行われなかつた場合でも、物を引き渡すべきであつたときから直ちに債權者 *créancier* を所有者とし、その物を債權者の危険 *risque* におく。但し、債務者 *debiteur* がその物を引き渡すことについて遲滞がある場合には、その限りではない。この場合には、その物は、債務者の危険にとどまる。

同条においても、自己の物の所有權移轉を専ら問題とする限りでは、物權行為たる引渡 *traditio* が証書による觀念的引渡理論によって事実上諾成契約化し、債權契約と一体化したために、義務とその履行の分裂を前提とした債權契約・物權契約の峻別は不可能となつているが、しかし、「引渡をなすべき時」という文言には、売買等の債權契約によってまず物權行為履行義務(引渡義務)が発生し、次いで右債權的義務の履行行為である引渡の結果所有權が移轉するというローマ法原則の名残が認められる。もつとも、締結と履行とが同時になされることを前提とする限り、このような思考方法を迎ふ必要はないといえる<sup>(15)</sup>。

このことは、売買の意義・効力を規定した一五八二条・一五八三

条においても変わるところはない。

#### 【C. c. 一五八二条】

① 売買は、一方がある物を引き渡す義務を負い、他方がその物（の代金）を支払う義務を負う合意である。

② 売買は、公署証書または私署証書によって行うことができる。

#### 【C. c. 一五八三条】

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時から当事者間において完全であり、買主は売主に対する関係で所有権を取得する。

このように、物権行為をなすべき債権的義務は直ちに履行された物権的效果が発生することを前提とする立法例においては、そもそも右のような思考上の操作が不要であり、債権契約・物権契約の区別も必要ない。ところが、後述の如く、フランスの判例・学説は、今日、特約の存在を広汎に認めており、かかる例外の一般化は、事実上債権契約・物権契約の再度の分化の可能性をもたらすことになる。

### 2 諾成主義の例外

C. c. における諾成主義の宣明は、形式主義を通じてなされてきた封建的拘束への警戒心の現れという歴史的な産物である。しかしながら、形式主義の全てが封建的拘束に由来するものでないことは明らかであり、C. c. は既に、贈与・夫婦財産契約・婚姻等について、書面による契約を義務付けている。これらは家産維持等の合理的根拠に基づく、進歩的な近代的形式主義の<sup>(16)</sup>皆である、とされる。

C. c. 成立後、近代法的・合理的な形式強制の傾向は強まり、要式

不動産物権変動における意思主義の本質

主義あるいは間接的な形式強制の範囲は拡大する。いわゆる「形式主義のルネサンス *renaissance de formalisme*」である。<sup>(17)</sup>

不動産売買に関する要式契約への移行現象としては、建築のための不動産売買契約を公正証書によるとした一九六七年一月三日法を挙げる<sup>(18)</sup>ことができる。

右のような個別的な契約における要式契約化による形式強制に対し、間接的な形式強制を通じて、諾成主義は修正が加えられている。即ち、一つは、書証優越原則であり、いま一つは、不動産の公示・對抗要件制度である。これも右の直接的な形式強制と同様、近代の合理的根拠を有することは言うまでもない。前者は、当事者間における権利（対人訴権 *action personnelle* ≡ 債権的請求権）行使を事実上不能とすることにより間接的な証書強制を行い、証書の公示シテムである後者は、一定の第三者との間における対物訴権 *action réelle* ≡ 物権的請求権の行使を不能にさせることによって、同様に間接的な形式（公示 *publicité* 及び証書）強制を行う。<sup>(19)</sup> 後者は実体法上の問題とされるが（その場合には要式契約それ自体の問題となる）、証書あるいは登記が強力な証拠力を有し、これに対する覆滅が不可能であるという点において、両者の構造は同一と言える。<sup>(20)</sup> 節を改めて順次考察しよう。

#### (二) 間接的な形式強制 1——書証優越原則

##### 1 一三四一条

C. c. 一三四一条は、次のように規定する。

## 【C. c. 一三四一条】

① デクレによって定める金額または価格を超える全体的ものについては、……公証人の面前で、または私署によって証書を作成しなければならぬ。より少ない金額または価格に関する場合であっても、証書の内容に反し、またはその内容以外のかかる証人による証拠も、証書の「作成」前、「作成」時または「作成」後に述べられたと主張される事柄についても、受理されぬ。

……二項略……

先のC. c. 一五八二条二項の文言において、証書作成が成立要件とされていないことから理解されるように、今日のフランス法においては、不動産売買契約は、規定の上においては、もはや、要式主義と呼ぶべきものではない。しかしながら、その一方で、右C. c. 一三四一条により、不動産売買のみならず、価格が五〇〇フランを超えるあらゆる契約について、その締結は訴訟において証人によっては証明することができないのであり、過去の形式主義の時代と同様、口頭の契約は依然として強い制限を加えられているのである。

## 2 歴史的概観

右書証優越原則は、歴史的には契約法における諾成主義の形成と表裏一体であったことが注意されなければならない。フランクの裁判所における所有権移転が、証書による引渡へと移行していった過程は、ローマ法の影響を受けつつ、右仮装訴訟の手續が簡易化し、当事者が作成・提出した私文書に対し、裁判官が公証行為を行うという形式に変化した経緯と一体的である。即ち、歴史的には、裁判証書が公正証書へ、裁判官が公証人へと進化・発展したのである。

他面において、「証人を介在させた所有権移転から証書を介在させた所有権移転へ」という展開過程は、次の流れに対応している。

ごく初期の時代における証拠手続は、フランク・ゲルマン法の部族的信仰に由来する、原始的・非合理的な証拠手続によっていた。しかしながら、一二世紀以降の教会法の伸長は、従来の非ローマ的な証拠方法を、合理的証拠原則（証拠は理性に基づく *Ratio faciens Probem*）に基づき排除し、証拠の階層化（法定証拠主義）によって合理性を保とうと意図するようになる。<sup>(24)</sup> かようにして確立した法定証拠主義は、当初においては、証人が最も優越的な証拠として位置付けられていた。<sup>(25)</sup> キリスト教信仰が厚かったこの時代には、宣誓は証人に対して十分な威力を持つており、証人尋問は実際にも極めて有効な証拠方法であったから、当事者は契約締結に際しても、証人を介在させることを重要視したのである。<sup>(26)</sup> このことから、カノン法により形成された契約法における意思尊重原理（契約は守られなければならない）<sup>(27)</sup> は同一の宗教的・道德的理由に基づく証拠力の確保によって、実質的に保障されていたことが理解される。

だがしかし、証人証拠は、元来、その性質上、証書ほど長期に互って正確性を維持しておくことが困難である上に、おそらくは教会権力の衰退に対応して、次第に証人に対する買収・強迫が横行し、聖書は偽証を担保しなくなってきた。<sup>(27)</sup> かかる証人の腐敗 *corruption des témoins* は、遂に、法定証拠主義における証書と証人の地位を入れ換える結果となり、シャルル九世 Charles IX 治下の一五六六年二月のムランの王令 *Ordonnance de Moulins* 第五四条は、

一〇〇リール Livres を越える契約については、この王令の表現によれば、《公証人及び証人の面前での par devant notaires et temoins》行為 acte によってなされなければならず、この契約をめぐる訴訟に関しては、証人による証拠が禁止することを規定した。<sup>28</sup>

右の王令によって確立された公正証書の事前設定の必要性と書証優越原則——「書証は人証に優る Lettres passent témoin」——は、一六六七年四月、ルイ一四世 Louis XIV によりサン・ジェルマン・アン・レイにおいて発布された訴訟手続の改正に関する王令 Ordonnance civile touchant la réformation de justice 第一〇章第二條を経て、金額の点を除き殆どそのまま民法第一三四一條に受け継がれ、現在に至るまで実に四世紀の伝統となつて、フランスの裁判を支配しているのである。<sup>30</sup>

勿論、意思自治原則、諾成主義の下では、意思の表示方法は無限定であり、証書強制は右意思の単なる認定方法の問題に過ぎない。実体法上の有効要件の問題——有効性のための ad solemnitate 形式要求——と、訴訟法上の証拠の不利利益の問題——証明のための ad probationem 形式要求——とは、理論的に峻別されなければならぬ。<sup>31</sup> しかしながら、公正証書が、権利の事実上の行使の不能という強力な効力を持ち、これを具備することが彼の権利行使にとつて決定的である以上、当事者は契約に際して公正証書を具備することが通常であろうし、また、公正証書の作成時が（債権的合意・物権的合意を含むところの）売買契約の成立時と当事者は意図し、一方、裁判所もさような認定を行うことが通常と思われる。

不動産物権変動における意思主義の本質

このように、諾成主義は書証優越原則の担保を得て成り立つており、形式主義においては実体法上の問題として捉えられていた権利行使要件の確保が、諾成主義においてはそのまま証拠法の領域に移行したとも見える。形式主義と、諾成主義プラス書証優越原則という処理とは、今日我々が考えるほど懸け離れたものではない。

### 3 意思表示解釈論における一三四一條の意味

なお、このような書証優越原則の下では、意思表示解釈論が、我が国と多少異なつてくることに注意しなければならぬ。<sup>32</sup> サレイユ Saleilles によつて紹介されたドイツの表示主義学説は、結局フランスの通説とはならなかったが、これには、判例が、一三四一條の厳格な適用により、証書により表示された意思を他の方法で表示された意思に優越させることによつて、妥当な解決を図ってきたからである<sup>33</sup>とされている。即ち、フランスの意思表示論における意思主義は、当初より、一定の外部的徴表から意思の存在を見出す表示主義的な手法を採っている<sup>34</sup>のであり、我が国におけるように、まず内心的効果意思を想定し、次いでこれに対応する表示を考へるといふ思考がなされるわけではない。このことを反映して、形式主義は右意思表示の構成要素たる「表示」を特定のもの——例えば公正証書——に限定する主義、諾成主義はこれを全く限定せず当事者の自由に委ねる主義と理解されている。<sup>34</sup>

### 4 書証優越原則の例外

さて、先述の「要式主義から諾成主義プラス書証優越原則へ」という歴史的経緯からも明らかのように、書証優越原則が絶対的なもの



のであれば、意思は証書以外の表示行為によって意思表示を完成できないから、それは要式主義と呼ぶ他はない。しかしながら、これが逆に広汎な例外を認めているならば、諾成主義は実質的に確保されていると言える。問題は右書証優越原則に対する例外の存在がどの程度広汎かという点であって、要式主義と諾成主義とは、言うなれば、質的相違ではなくして例外の広さという量的な相違といえる。

#### (1) 書証の端緒

例外の第一は、C. c. 一三四七条であり、人証は、被告によって、証明を要する事実を真実と思わせる書面（書証の端緒 *commencement de preuve par écrit*）が援用された場合には許される。学説は、通常、被告の自白・宣誓については書証優越原則が働かないことと共に、右書証の端緒の制度の存在をもって、一三四一条が要式主義を採るものではないことの根拠としている<sup>35)</sup>。

更に、一九七五年には、「書証の端緒」と同様の制度が採用され、これによって、契約に対する間接的な証書強制は、一層の低下をみた。C. c. 一三四七条改正三項がそれであり、同項は、訴訟における一方当事者の言動（積極的陳述、沈黙、弁論への不出頭）もまた、人証許容の基礎となし得るとしている<sup>36)</sup>。

「右改正以後、契約の間接的な形式強制をもってしてフランス法を説明することは、もはや正当とは認められない。なるほど、証書の欠缺は原告に、相変わらず訴訟上の困難性をもたらす。しかしながら、このことは、それ以上の、人証の排斥を必然的に結果するものではない」とフォン・ホフマンは言う<sup>37)</sup>。だが、少なくとも、この

ようなフランスの法制度を、日本におけるような完全な自由心証の下での「意思主義」と同視するのは、やはり不可能であろう。

#### (2) 判例における意思の認定——売買予約

更に、判例もまた、公正証書以外の表示に売買契約成立（従って所有権移転効果の発生）の意思を認定することにより、右証優越側面での間接的な形式強制を低下させるに至っている。この点は、先に見た、C. c. の立法を諾成主義を中心に捉えるべきか・書証優越原則を中心に捉えるべきかの重要な試金石となるのだが、実際の事案においては、私書が売買契約締結の意思の「表示」となっているか否かという点を争った事案が多い<sup>38)</sup>。これは実際において、私書による契約が後に公正証書を作成するという条件が付されている場合が普通であることの反映であり、その一方において、売買の効果が否定された場合には、右、私書による契約は停止条件 *condition suspensive*、付売買、即ち売買の双方予約 *promesse réciproque de vente* と解されるため、学説は私署証書による売買は特段の意思のない限り売買予約と解すべきか、あるいは特段の意思のない限り売買契約そのものと解すべきかという観点から問題にしている<sup>39)</sup>。

かつて形式主義の時代においては公正証書が契約締結ないしは所有権移転効果発生の要件であったという歴史の経緯を見る限り、公正証書の作成行為が契約締結の意思の表示であった筈であるが、既にアンシャン・レジームの時代において、これに先立つ私書による合意が、単なる債権契約か・物権的效果を発生させるものかについて争いがあった<sup>40)</sup>。一方、C. c. 一五八九条は「売買の予約は売買の効

力を有する「La promesse de la vente vaut vente」と規定するが、起草者が、私署証書による契約が債権的效果を導くところの売買予約に過ぎないか・それとも所有権移転効果をも発生せしめることを前提としていたかは、明らかではないとされる<sup>(41)</sup>。

かような、売買予約と本契約の区別の曖昧さを受けて、C. c. 成立後の学説にも、変化が見られる。

かつては、私書による契約からは、物権行為たる本契約の履行拒絶の場合の損害賠償請求権あるいは端的に履行請求権が発生するが、所有権、従ってまた危険負担は、売買予約の締結をもって買主に移転するのではなくして、公証された売買契約をもって初めて買主に移転するとされた<sup>(42)</sup>。ところが、一九世紀の後半において、売買予約と売買の本契約の間には一般に何らの差異が認められず、所有権は売買予約の段階で移転する、という見解が支配的になった。即ち、売買予約の締結の時点で既に所有権移転を含めて売買の効力が発生し、ただ事実行為である履行が未だなされていない、というのである<sup>(43)</sup>。一方、判例も、不動産売買に関して、買主の頭金の受領証<sup>(44)</sup>あるいは、土地及び売買代金の確定した約束のなされていることを述べ公正証書の準備を申請した公証人宛の手紙<sup>(45)</sup>を、売主に対する口頭の売買締結の書証として認めている。

しかしながら、かような争いが起こること自体、フランスの意思表示の認定が、依然として証書、とりわけ公正証書中心の表示主義的解釈論に立脚していることの証左と言えるのみならず、公正証書が実質的に所有権移転の成立要件となっていると解し得る根拠とし

て、更に、次節以下の事柄を挙げ得るであろう。

### (三) 間接的な形式強制<sup>2</sup>——公示制度

C. c. の審議の際に、登記制度の採用は私人間の法的取引の自由への許されぬ干渉であるとして拒絶された<sup>(46)</sup>。これもまた、登記という形式の要求が、過去の時代において、私人に対する封建的拘束として働いていたことへの警戒心の現れであり、いかに形式主義が、個人意思の自治の原則からみて是認できなかったかを、如実に示す一例ともいえよう。従って、この時点では、無方式の契約から第三者との間での所有権移転効果も発生することが、C. c. の上では認められていたといえる。もともと、このことは、公証人を介在した証書による取引という実情を割り引いて考えなければならぬ。

一八五五年になつて初めて一般的な土地登記制度が採用され、そのなかで、有償の法律行為及び不動産物権の譲渡が登記され得ることとなつた<sup>(47)</sup>。もともと、同法は、諾成主義の原則を貫き、登記はあくまで任意のものであるという前提に立ちつつ、ただ単に登記を具備しない結果、一定範囲に限定された第三者との関係で *rei vindicatio* を行使する際に不利益を蒙る（對抗要件主義 *inopposable aux tiers*）という間接的なサンクションを認めただけであった。

この限りで諾成契約たる売買の効果として所有権が移転するという原則は守られているのであるが、しかし、一定の場合には登記を具備しなければ、これを主張できないとすることは、実質的には、売買の所有権移転効果の発生を後の登記の段階に係らしめ、売買契約

からは右所有権移転効果を発生させる行為の履行義務（債権的效果）が発生するに過ぎないことに他ならない。問題は、右對抗の効果は、どの程度広汎かという点であり、法が当事者に対する登記義務を認め、また、對抗の効果を広汎なものとするならば、それは実質的にみて成立要件主義を採用のものと呼ぶのではない。即ち、登記なくして對抗しうる第三者の範囲如何が実質的に成立要件主義を採るものか否かを決定するのであって、C. c. の原始規定における意思主義、登記法による對抗要件主義採用後の意思主義と成立要件主義の三者もまた、質的相違ではなく、登記なくして所有権移転効果が完全に発生するか、人的に制限されて発生するか、全く発生しないかという量的相違に過ぎない。

この点、一九三五年法においては、登記事項の拡大が図られることよって對抗の範囲も拡大し、一方、私署証書の謄記について公証人への寄託が義務付けられることで、書面の強制は強化された<sup>48</sup>。更に、一九五五年法は、登記の完全性が法取引一般に関する利益であるという原則（民事警察 *police civile*）に基づくものであるとし、また、この点から登記義務を説明し、しかも右義務違反に対し民事罰をもって対処している<sup>49</sup>。このことは、登記具備をあくまで当事者の任意とする一八五五年法に比し、公正証書のみが登記されるという原則により売買契約から公正証書作成義務が発生することと並んで、成立要件主義への傾斜は一步進められたと見てよい<sup>50</sup>。

#### (四) 公証人制度

諾成主義にも拘らず、債権的合意及び物権的合意が、共に公正証書によって行われるということは、公証人制度との関係においても論じられる必要があり、この点は、鎌田教授が、つとに指摘される<sup>51</sup>ところである。公正証書が裁判証書であり、公証人が起源的には国王あるいは領主の代理人たる裁判官であったという系譜は、一七世紀のロワゼル *Loyseau* の慣習書をして「公正証書を通じて語るのには常に裁判官である」とされるように、現在に至るまで、公証人の、あくまで中立的・公正な見地を有する法律専門家として、当事者の作成した私署証書における不明瞭な表現を訂正し、紛争を未然に回避することに努める、という地位に承継されている<sup>52</sup>。

以下では、かような地位に立つ公証人が、いかなる形で不動産売買に介入しているかを概観してみよう。

##### 1 権利関係に関する調査

フランスの公証人は、不動産売買の公正証書作成前に売主の所有権の起源 *origine de propriété* を精査しなければならない。その際には、売主及び彼の前主らの取得権原（例えば、相続、売買）が遡って証明されなければならない。かかる取得者の連鎖は、通常、取得行為の三〇年以上前に存する取得行為まで遡って辿られる<sup>53</sup>。売買契約が売主の取得原因であった場合には、あるいは存在するかもしれない彼の処分権の制限を発見するために、前主の人的または物的状況が調査され、時には売買代金の支払の証明も要求される<sup>54</sup>。買主の登記への消極的信頼は、かような、公証人による権利関係の調査と買主への通知によって担保されるのであり、我が国におけるように、

法律の素人である当事者自らの調査によるものではないのである。

過去においては、公証人は、売買契約が登記されて初めて、登記状況を調査することが通常であり、また、買主の保護にとつては、右登記の時点での登記状況を知ることが、必要と解されていた。なぜなら、後述のように、登記移転は売買代金支払と同時に履行関係に立てられているのが通常だからである。しかしながら、今日の判例・学説は、公証人に對し、これに加えて、契約締結時以前に既に登記状況を調査すべき義務を課している<sup>58</sup>。

かかる詳細な調査は、買主保護と紛争の予防にとつては極めて効果的であるが、しかし、この点は強調され過ぎてはならない。ただし、取引行為の実行にとつては、非常な遅延をもたらすからである<sup>59</sup>。また、公証人は、登記を個人的に調査すべきではなく、登記所からの書面による正規の照会を待たなければならぬとされるが、これには、一ヶ月もの時間を要するといふ<sup>58</sup>。

## 2 当事者との密接性及び独立性

また、フランスの公証人は、歴史的・慣習的に、土地所有権と密接な関係にあることが、繰り返し指摘されている<sup>59</sup>。一方、売主は、いつも公証をしてもらうところの、いわばホーム・ドクター的な公証人を有しており、不動産の売買の公証行為も、売主の財産につき知悉した、彼の手によって行われることが通常である<sup>60</sup>。

他面、先述の如く、一九五五年の改正によって登記のためには公正証書による契約のみが受理されるものとされることに対応して、公証人は、自己の公証した不動産売買契約につき登記義務を負うこ

ととなり、その結果、公正証書作成義務は当事者の契約上の義務として、登記義務は公証人の職務上の義務としてそれぞれ分裂して帰属することになったが、右公証人の義務は「当事者の意思から独立 indépendamment de la volonté des parties」したものとされる<sup>61</sup>。

その結果、公証人は契約を専ら当事者の利益に基づき登記していると理解するわけにはゆかず、公の利益の国家的な推進者として登記をしなければならぬ<sup>62</sup>。右公益的・中立的な地位は、言うなれば過去の時代における裁判官の系譜の復活であり、ドイツにおいて、当事者の登記申請行為を受けて実質的審査主義に基づき実体的な権利関係の調査を行うところの、登記官の地位に對比し得る。他方、公証人は、ドイツの登記官と同様、譲受人に對し、登記の遅滞に關しての職務上の責任を負う<sup>63</sup>。

## 3 代金支払への介入

先述の如く、公証人は、買主に對して土地に付着した負担の有無を知らせ、右の情報に基づいて買主は不動産の状態を知ることになるため、売買代金の支払はこの時点以降となる<sup>64</sup>。通常、売買代金は、登記手続の終了によって負担のない取得が保障されるまで、公証人に供託される<sup>65</sup>。公証人への供託は、勿論、買主に、売主の債権者による右売買代金の差押からの保障をするものではないから、より確実な方法は、契約と同時に、代金は係争物保管人としての公証人の許に委ねられる旨の附款の付いた、売主による買主に對する、売買代金についての担保権設定を行うことであり、かようにして当事者間あるいは当事者と彼の債権者間の利益バランスは、公正証書作成

時をもって保たれているのである。<sup>(66)</sup>

以上のような公証人実務は、先に触れたように、公証人の歴史的な役割にも適合的であり、実際上も、不動産売買に際して公証人を介在させることが通常であろうし、法もそのことを当然の前提としていると解される。このことは、逆に、裁判所においても、通常、公正証書作成時に物権の合意がなされている、との認定を導き易いであろう。また、公証人の地位は、ドイツにおける登記官のそれと対比され、一方、私署証書による契約・公正証書による契約・登記の三者の流れが、あたかもドイツ法の債権契約・物権契約・登記の流れと同様の法構造をとることが理解されよう。

## (五) 小結

### 1 証書の間接的強制の上に立つ意思主義

以上の考察から、フランス法の意思主義は、我が国におけるそれと異なり、公正証書の間接的強制主義の上に立つ、疑似的な要式主義<sup>(67)</sup>と言って差し支えないであろう。しかも、フランスの公証人は、あたかもドイツにおける登記官のように、公益的・中立的見地から実質的審査を行った上で登記具備を図ると共に、当事者間あるいは当事者と彼の債権者との間の利益バランスも、公証人・公正証書によって保たれている。また、諾成主義の理論的な帰結があくまで当事者の意思の表示方法の無限定にあることを確認しながらも、所有権移転の意思は公正証書という「表示」の中に認められることが通常、という意思表示論領域での強い表示主義的態度を取っている。

### 2 フランス法の欠陥

だが、かようなフランス法の処理は、比較法的に見た場合、決して進んだものとは言いがたい、とされている。<sup>(68)</sup>

#### (1) 口頭の契約の欠点

一般に、近代法における証書強制は、契約の締結の明確性の確保、内容の明確性の確保及び軽率な契約締結の防止の三つの目的に基づき認められるものとされる。<sup>(69)</sup> 言うまでもなく、これらは専ら当事者保護の見地に立つものであるが、封建的拘束に対する警戒心から、諾成主義を採ったフランス法は、債権的效果の側面において、証書を具備しない者に対して、これに対する人証の排斥という極めて微弱なサンクションしか与えていない。その結果、当事者は無方式の合意によって契約を成立させることもできることになるが、このことは一見すると当事者に有利のように見えて、実は契約内容の不明確さによる紛争の生起と慎重性を欠いた契約の成立という点において、当事者に多大な不利益をもたらす。<sup>(70)</sup>

#### (2) 私署証書による契約の欠点

右の問題は、私署証書によっても十分に回避できない。たかだかそれは、締結の明確性を生ぜしめるにすぎない。法律を知らない当事者の状況からすれば、通常の場合、口頭での取決めを、内容的に完全に紛争の生ずる余地のない文書にすることはできないからである。<sup>(71)</sup> かようにして成立した不完全な私文書によって法律関係を確定することはできないとして、裁判所が右書面の内容に関する広汎な人証による反論を認めるとなれば、私文書は無効原因の好ましから

ざる素地となる。先に見たように、フランスにおいても、人証の許容による書証優越原則の緩和により、かかる危険が生じている。<sup>(73)</sup> 他方において、私署証書による契約の締結は、当事者間の地位に差が認められる場合——例えば、保険に加入している専門家（不動産仲介業者、建築業者）と一般人との間の契約——において、一方当事者に著しい不利益がもたらされる危険がある。<sup>(73)</sup>

### (3) 公正証書による契約

以上に対して、法律の専門家が公益的・中立的見地から公証を行う形式は、契約締結の明確性に担保を与え、当事者の軽率な契約締結の防止に効果があることは言うまでもない。<sup>(74)</sup>

諾成主義の原則を採用するフランス法においても、公正証書による契約締結が原則であり、他の方法が例外であることは繰り返し述べたところである。しかしながら、先に述べたように、フランスの公証人は、売買契約の公証以前に登記関係の調査をしなければならず、このことは公証行為自体に重大な遅延をもたらすのみならず、間接的にも登記の遅滞による対抗力具備の遅れを生ぜしめる。<sup>(75)</sup>

「ドイツにおいては、証書作成の強制によって課された〔法律関係の〕調査期間は短い。登記簿の調査には、多くの時間を費やすことを必要としない。また、公法的な許可と先買権の公示は、契約締結後直ちに得ることができる。これに対し、フランス及びイギリスにおいては、長々とした物権法的な関係の調査を必要とする。また、公法的な関係についての照会が、契約締結前に行われる。それ故、ドイツにおける、契約締結への法律顧問の介在の法律的な強制が満

場一致で効率的と理解され、他方、フランス及びイギリスにおける強制は努力の価値に値しないことは、疑う余地がない」とフォン・ホフマンは結論付けている。<sup>(76)</sup>

以上のように、フランス法は、たとえそれがベストの状態で働いたとしても、近代法取引に完全に適合的とはいえない。

物権変動契約における諾成主義（「意思主義」の有する、封建的拘束からの解放と取引の簡易化という歴史的意思是忘れられてはならないが、しかし、前者については、今日、国家その他の公的機関につきこれを想定することが無意味であり、また後者は、形式具備の手續促進によって十分に回避できる。従って、契約の締結は特定の形式に係らしめる方向に進めてゆくことが望ましく、書証優越原則を欠き、公証制度すら未発達の我が国において、フランス法への回帰を主張し、単に当事者の意思によって自由に所有権移転時期を定めることができることを強調するのは、紛争の予防・契約当事者保護の見地から見ても、フランス法における以上に危険がある。

## 三 日本法

### (一) 旧民法

#### 1 諾成主義

フランス法の契約法における意思自治原理、諾成主義、及びその一領域たる物権変動契約における意思主義の立場、そして書証優越の法定証拠主義と一八五五年法における対抗要件主義は、旧民法に

ほぼ同一の形で承継されたが、細かい点では修正が加えられている。

まず、意思自治原理——「形式」からではなく、当事者の意思に基づいて法律効果が発生するとの原則——については、財産編三〇四条がC.c.一一〇八条と同様の規定となっている。しかし、同条二項において「……要式ノ合意ハ、必要ノ方式ヲ遵守シ要物ノ合意ハ返還セラル可キ物ノ引渡ヲ為シタルニ非サレハ成立セス」という、C.c.には見られない規定が付加されているのが特徴的であり、「近代のような、法律行為につき特別の必要の認められる以外は形式を不要とする時代にあつては、承諾のみによって契約をなすに十分である」とのポアソナードの記述と考え併せるとき、かつてC.c.においては徹底的に排撃された要式主義への一定範囲での顧慮が看取され、旧民法は、いわゆる「形式主義の復権」傾向が進行した段階での立法と言ふことができよう。

更に、ポアソナードは、契約の区別に関してC.c.にはない条文を創設している。諾成契約・要物契約の区別に関する財産編二九九条及び要式契約・不要式契約に関する同三〇〇条がそれである。右の要式・不要式契約の区別は、意思表示論との関係において重要であつて、三〇〇条は、フランス法において見たのと同様、意思の表示方法が公正証書に限定されている契約を要式契約とする。ポアソナードもまた、契約の成立のために形式が必要とされる場合と契約証拠のために形式が必要とされる場合とは、混同されてはならないと説き、両者を区別する基準として、自白・宣誓が許されるか否かという点を挙げて<sup>(78)</sup>いる。

## 2 物権変動における諾成主義（意思主義）

まず、与える債務につき、旧民法は、ローマ法の引渡 traditio の名残を留めた、先述のC.c.一一三八条の「引渡す債務」という表現を「与える債務」に改めると共に「所有権の移転」という端的な表現を用い、かつ特定物・不特定物の区別に従い財産編三二一条・三二二条に分けて規定した。前者が合意の効果として直ちに所有権移転効果が発生するのに対し、後者においては単に所有権移転義務が発生するに過ぎない点<sup>(79)</sup>が、別個に規定した根拠であるが、これは、フランス法と同様、専ら追奪担保責任と他人物売買の効力との関係において説明されており、債権契約・物権契約の独自性の問題とは直接的には無関係と見うる。

特定物に関する三二一条の規定は、次のようなものである。

### 【財産編三二一条】

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權ヲ移転ス但合意ニ附帶スルコト有ル可キ停止条件ニ関シテ規定スルモノヲ妨ケズ興味深いのは、但書が、右所有権移転の合意に停止条件を付すことを認めている点であつて、ポアソナードはこれを、当事者が合意をもって所有権移転時を約定しなかつた場合の規定であるとしている。即ち、所有権移転の時期は原則として当事者の意思により定められるが、かかる特段の意思（それが但書の停止条件である）のない場合には、本文に還つて契約成立時に所有権が移転する<sup>(80)</sup>というのである。即ち、同条は、所有権移転時期が当事者の契約の時点であるという原則と共に、特約がある場合にはそれが優先するという例外

を端的に宣明した条文である。

次に売買に関する規定を見てみよう。

#### 【財産取得編二四條】

- ① 売買ハ当事者ノ一方カ物ノ所有權又ハ其支分權ヲ移轉シ又ハ移轉スル義務ヲ負擔シ他ノ一方カ其定マリタル代金ノ弁済ヲ負擔スル契約ナリ
- ② 売買契約ハ下ノ規定ニ從フ外有償且双務ナル契約ノ一般ノ規則ニ從フ

#### 【財産取得編二五條】

- 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憑ヲ供スル公正証書又ハ私署証書ノ調製ノ条件ニ繫ラシムルコトヲ得

二五條の基となつた草案六六二條に関するポアソナードの説明は、極めて興味深い。売買の諾成契約性を承認した場合、当事者は権利行使に際して、これさえあれば十分といえるだけの決定的な証憑を持ち得ないという不利益が生ずるが、しかし、書証優越原則が、当事者間の紛争において人証を排斥する結果、証書を具備しておくことによってかかる危険は排除できる一方、証書を具備しない者は、公示・對抗要件制度により第三者関係において物権を行使する際にも不利益を蒙るのみならず、証書の有する売買契約の成立の有無及び内容の明確化の利益を享受し得ず、紛争を未然に防止できない。従つて、証書の直接強制をしなくとも、当事者が証書による契約締結を行うことが通常である。ポアソナードの説明は、大略このようなものであるが、前章でフランス法について考察したところの事柄は、右の説明に尽きている。

不動産物権変動における意思主義の本質

以上のような前提に立った上で、ポアソナードは、同条二項が、通常は証書作成の時点で売買が成立すると解すべき旨を定めた規定（推定規定）としつつ、同項は法律上の推定を認めただけではなく、事実上の推定に過ぎないとする<sup>(82)</sup>。しかしながら、事実上の推定においてもまた、先述のフランス法的な意思表示論と相俟つて、証書作成時に所有権が移転するという認定、換言すれば、証書作成が実質的な所有権移転の要件となつているという認定を、広く行方方向へ動くことは疑いない。ここでも、要式主義という処理と諾成主義プラス証憑法による処理とが、一見かけ離れているようにみえて、実はほとんど差異がないことが知られるであろう。

以上の如く、旧民法における意思主義も、フランス法と同様公正証書の間接強制の上に成り立つ疑似的な要式主義であつて、意思のみで所有権が移転するというだけの単純な構造を採るものではない。

### 3 売買予約

また、売買予約の効力に関しては、C. c.と異なり、双方予約に加えて一方予約の場合が規定されている<sup>(84)</sup>。ここで、興味深いのは、双方予約に関して、ポアソナードが、フランスの双方予約において多数説となつた、予約の時点で売買の効果が発生するという見解に反対し、本契約締結の作為義務が生ずるに過ぎないとする過去の見解に賛成していることであり、従つて、旧民法においては、売買予約は債権契約、本契約は物権契約という理解が、端的に承認される<sup>(86)</sup>。



## (二) 現行民法

ところが、現行民法への移行に際しては、意思主義を背後から担保していた種々の法構造は、崩れ始める。立法過程における議論を追ってみよう。

## 1 一七六条の立法過程

## (1) 証拠法との関係

旧民法における書証優越原則に関しては、証拠編が、民事訴訟法の領域へ移され<sup>(87)</sup>、そこでは法定証拠主義に代わって、自由心証主義が採用されたことで消滅する。自由心証主義の下では、証拠方法の階層化という処理が不可能であるため、紛争予防・軽率な契約締結の防止を図るためには、BGB三一三条のように、売買契約に際して公正証書作成を実体法上の要件として規定することが不可避であるが、現行民法起草者は、形式主義が、証拠保全の目的を有することを認識しつつも、証拠方法を有さない当事者の陥る不利益については、非常に楽観的な考えを持っていた。このことは、現行一七六条(原一七七条)の立法過程において、「近世ニ於テハ既ニ一方ニ於テハ証拠法モ完備シテ居リマシテ又取引ト云フモノガ頻繁ニナツテ居リマス<sup>(88)</sup>」との穂積陳重委員の発言に、端的に現れている。

## (2) 意思表示論との関係

他方、意思表示論との関係においては、立法過程において若干の説明が見られ、穂積委員の発言「最早意思ト云フモノデ權利ヲ移転スルト云フコトハ法律ノ許ス所、唯併ナガラ其意思ヲ表明スル方法

ガナケラネバ往カスト云フコト丈ケノ方デアリマシテ他ノ形式ヲ主トシテ居ルノモ(形式主義の立法例を指す——七戸注)意思表明ノ一ツノ方法タルニ過ギナイ<sup>(89)</sup>」という説明から理解されるように、起草者は、形式主義は意思表示論の内部において意思の表示方法を特定のものに限定する主義、意思主義はこれを限定しない主義という、フランス法・旧民法と同様の理解をしているようであり、また、物権変動が「意思」によってではなく意思の「表示」によって生ずることを確認・強調していることから、右の意思を確定的に生ぜしめていると見られる表示のなされた時点で、物権が変動するというフランス法・旧民法流の手法も、馴染まないわけではないだろう。

## 2 五五五条の立法過程

次に、売買の規定について見てみよう。

## (1) 財産取得編二四條の修正

まず、特定物については直ちに所有権移転効果が発生し、不特定物については所有権移転義務が発生するとしていた財産取得編二四條の規定は修正され、何れの場合にも、まず五五五条の効果として所有権移転義務が発生し、特定物の場合には、右義務が直ちに履行せられ一七六條の効果として所有権が移転するものとされた。ここには、他人物売買を無効とせず、所有権移転義務が履行不能に陥った段階で損害賠償義務に転化させる規定と並んで、ドイツ法への傾斜が認められるものの、起草者がこれを物権契約・債権契約の独自性の問題にまで連ねて理解していたかは不明である<sup>(92)</sup>。

(2) 財産取得編二五条の修正

一方、財産取得編二五条についても、梅委員は「取得編第二五条ハ売買ノ成立ノ時期ヲ定メテ居ル是ハ本案ニ於テモ矢張り同ジ主義ヲ取ツテ居ル『当事者ノ承諾ヲ以テ完全ニ移転ス』トアルノヲ一方カ或ル権利ヲ相手方ニ移転スルコトヲ約シ其相手方カ代金ヲ支払フコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」ト斯ウ書イタノト同ジ意味デアラウト思ヒマス」と述べている。五五五条は、財産取得編二五条を承継し、売買契約時に所有権が移転する旨を宣明したものの、というのが、少なくとも起草者の意思であつたわけである。

しかしながら、一方で、梅委員は「同条第二項ニ『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』斯ウ云フ規定ガアツテ是ハモンテネグロ白耳義民法草案ニ矢張り同ジ様ナ事柄ガアリマスガ如何ニモ知レ切ツタ事柄デワザ々々当事者ガ売買ノ成立ハ証書ヲ造ツタトキニ仕様ト言ヘバ無論ソレハ有効デアアル如何ニモ言フヲ俟タヌコトト考ヘマシタカラ之ヲ掲ゲヌコトニ致シマシタ」と述べる。<sup>(94)</sup>ポアソナーDの説明によれば、同項は、原則として証書作成時に売買が成立する、との当事者の意を推定することによって、フランス法・旧民法に固有の表示主義的な意思表示論の見地から、所有権移転時期を証書作成時に認定する旨の規定であり、梅委員のいうような「如何ニモ知レ切ツタ事柄」ではなかつたのだが、ともかくも、同項削除により、証書作成時を所有権移転時期とする条文は姿を消した。

3 五五六条の立法過程

不動産物権変動における意思主義の本質

一七六条・五五五条による契約時移転の原則に対し、当事者の特約が認められることに關しては、起草者は再三明言している。<sup>(95)</sup>その結果、債権契約と物権契約が別個独立になされ得ることを、現行法は承認していることになるが、問題はこのことと売買予約の關係である。梅委員は、先のフランスの学説の変遷を引きながら、そこで多数説の見解に立ち、売買の双方の予約といわれるものは、効果を留保する旨の明示のない限り売買と認定して構わないとして、これを完成した合意の解釈論に委ねる。即ち、双方予約は意思表示論固有の問題である。一方、売買の一方の予約に關しては、右のような完成した合意の解釈の問題ではなく、合意の要素である申込、あるいは承諾の段階の問題であることが、五五六条の規定を置いた理由であるとして<sup>(97)</sup>いる。即ち、双方予約においては、特段の意思表示がない限り所有権移転効果が発生するが、一方予約においては、逆に、特段の意思表示をもって初めて、申込と承諾の合致に向けての、予約完結権という債権的效果が発生するのである。しかしながら、ここでもやはり、右意思が実際にはどのような表示から認定されるのかという点に關しては、関心が払われていない。

以上を要するに、現行民法においては、契約時に所有権が移転するとのC.c.・旧民法の意思主義を承継しながら、これを背後から担保していた書証優越主義が脱落しており、右原則下での客観的意思解釈論という手法もさほど意識されていない結果、所有権移転時期が意思の外形的表示である証書作成時に求められるというC.c.・旧民法の帰結から乖離してしまつている。

## 四 結 語

以上見てきたように、フランス法・旧民法における「意思主義」

は、書証優越原則と証書の公示・對抗要件制度の持つ間接的なサンクション、及び歴史的伝統に根差した公証人制度を基盤とした公正証書による取引を念頭に、原則として公正証書作成時に所有権が移転すると解する立法なのであって、我が国において従来考えられているような、当事者の無方式の合意から所有権が移転する主義と理解すべきものではない。<sup>98</sup>しかも、フランス法主義は、それが最も望ましい形で機能したとしても、登記を成立要件とする立法には及ばない旨の比較法学者の指摘があった。いわんや、かような基盤を欠く我が国において、一七六条をフランス法と同一の方向に理解しようとする試みは極めて険しい。しかしながら、フランス法の実体法的部分のみを継受した日本法の構造を無視して、直ちにドイツ法的に解釈することもまた、いかにも困難との批判を免れ得まい。

ここで本来ならば、現行法における具体的な解釈論を展開すべきところであるが、遺憾ながら、与えられた紙幅を大幅に超過してしまっている。従って、その詳細は他日に委ね、大まかな概略のみを示すならば、あるべき方向は、意思表示の解釈論の領域において、徹底した客観主義的・表示主義的意思解釈を行い、推定という操作によって所有権移転の意思の表示を一定の外部的な徴表に集中させることである。<sup>99</sup>右徴表は、売買契約書であつてもよいが、登記であ

ることが公示の上からも最も望ましい。<sup>100</sup>それ以前の当事者の保護は、売買の一方ないし双方予約の法理で図られるべきである。もつとも、それとて、書証優越原則下における表示主義的意思解釈論には到底及ばないのであるが……。

なお、最後に、「所有権移転時期」という問題の立て方自体に關して、比較法的見地から、契約当事者間 (inter partes) における危険負担・果実収取権の問題、当事者と第三者との間 (erga omnes) での物権的請求権行使の問題、及び契約当事者とその債権者との間の利益バランスの問題という三つの異なる法律関係が「ある統一的な基準に従って決定されることは、思想上必然のことでもなければ、大抵の法規範に合致することでもない」とする見解が存在することを指摘して、本稿を閉じることにした。

(1) 七戸克彦「不動産物権変動における對抗力の本質——ポアンナードを起点として——」慶大大学院法学研究科論文集三三号七一頁。

(2) 学説の詳細については、山本進一・注釈民法(8)一一〇頁、滝沢圭代「物権変動の時期」民法講座2物権(1)三二頁を参照。

(3) 紙面の制約上本稿では、注及び文献引用を大幅に削除せざるを得なかった。他日別稿をもって補うこととし、ひとまず次のものを挙げておく。Plesmann, Der Eigentumsübergang beim Kauf im französischen Recht, Diss. Göttingen, 1929; Tancreé, Die vertragliche Übertragung von Grund und Boden im französischen Recht. Eine rechtsgeschichtliche Abhandlung, Diss. Köln, 1935; Baumer, Der Eigentumsübergang im französischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Ausnahmen vom Vertragsprinzip, Diss. Köln,

1954: Blanke, Die Reform des französischen Liegenschaftsrechts im Jahre 1955 und das deutsche Liegenschaftsrecht, Diss. München, 1963; Weber, Typengestaltung, Begründungs- Wardand Verfügungsmöglichkeiten in französischen Immobilienarschenrecht. Ein Beitrag zur Entwicklung des französischen Grundstücksrechts seit dem Code civil im Vergleich zum geltenden Recht, Diss. München, 1964; von Hoffmann, Das Recht des Grundstückskaufs. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht Bd.47, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 1982. \*お、本稿の分析は、最後のものに依るところが大き。また、動産に關しては、Schefold, Der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs beim Kauf Beweglicher, körperlicher Gegenstände nach französischem Recht, Diss. Tübingen, 1968 があ。\*

- (4) von Hoffmann, aao, S.16 ff. なせ、フォン・ホフマンの定義は、von Metzler, Das anglo-amerikanische Grundbuchwesen, 1966, S.71 以下を参照せよ。
- (5) von Hoffmann, aao, S. 23.
- (6) von Hoffmann, aao, S. 23.
- (7) von Hoffmann, aao, S. 111 ff.
- (8) 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(6)。
- (9) 鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察(例示)」民商六六卷六号九六頁注(7)。
- (10) しかしながら、その一方で、かかる理解はフランス法の意思主義の立場に反しているとの指摘も見られる(滝沢「物権変動における意思

不動産物権変動における意思主義の本質

主義・對抗要件主義の継受——不動産法を中心に——(三)法協九三卷一一号一二頁)。

- (11) 米栖三郎・契約法四八頁、山口俊夫・後掲注(28)。
- (12) この点に關する周到な歴史研究として、鎌田・前掲注(6)、滝沢・前掲注(10)。
- (13) この条文に關しては、法務大臣官房司法法制調査部編・フランス民法典——物権・債権關係————家族・相続關係——を参考にした。
- (14) 滝沢・前掲注(10)「三」七六頁注(26) (Pianol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 3 par Picart を引用される)。
- (15) 鎌田・前掲注「例示」九六頁注(7)は、前者の理解を、滝沢・前掲注(10)七頁は後者の理解を採られるようである。
- (16) Vollet, Histoire du droit civil français, accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques, 1966 (réimpression de la 3<sup>e</sup> éd. 1905), p. 646.
- (17) renaissance de formalisme について、ヤシタリ、Flour, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Etudes Ripert, t. 2, 1950, p. 93 et s.; Nerson, La «solenisation» de la vente d'immeubles, Etudes Jullior de la Morandière, 1964, p. 401 et s. あるいは「先祖返り」の傾向は、ドレイツの比較法研究でおもつても指摘される。Süß, Das Traditionsprinzip — Ein Axiom des Sachenrechts, Festschrift für M. Wolff, 1952, S. 141 ff.
- (18) Art. 7 AL 2, Loi n° 67-3 du 3 janv. 1967.
- (19) 両者は、同じ「所有権」という用語を用いながら、その想定する内容が全く異なっており、一方の「所有権」が認められたからといって、他方の「所有権」が認められるというものでもな。従って、両者は、

基本的に分けて考察しなければならない。なお、後掲注(102)に掲げた文献参照。

- (20) 登記の対抗力を実体的に解するか、訴訟法的に解するかに関して、は、さしあたり、七戸・前掲注(1)七九頁以下。そこでも、実体法の要件と訴訟上の証拠の問題とが、交錯することが理解される。
- (21) 口頭の契約にかかる制約の存することを一般的に述べたものとして、Req. 21 nov. 1898, D.P. 1898, I, 257; Civ. 17 juil. 1930, S. 1831, I, 297, obs. Hobert. 特に不動産売買に関しては、Civ. 11 mars 1964, I, Bull. Civ. 1964, I, 113 n° 150. S. von Hoffmann, a.o., S. 119. これに対し、滝沢・前掲注(10)「三」八八頁以下は、書証優越原則の存在を示唆しながらも、C.c.の原則が口頭の契約も有効であることを強調される。問題は何れが原則ないし通常か、という点である。
- (22) この点の経緯は大略次の通りである。未だ諸成契約概念が発達していない時代においては、一般に契約成立のためには仮装訴訟の方式により、不可争性を有する裁判証書を得ることが必要であった。ところがポーマノワールの時代(十三世紀)になると、当事者の私書が例外的に拘束力を有するようになる場合として、次の三つが認められた。第一は国王・封建領主(ないしその代理人)による公証を得たもの、第二は当該地域の裁判所の認証を得たもの、第三は何ら司法権を有さない郷紳の私署を得たものである。右例外の拡大により、売買ないし所有権移転行為は裁判所の外へと移り始めるが、フランスにおいては、その第一のものが発展した。Brissaud, A History of French Private Law, 1968 (translated from the 2nd French ed. by Rapelje How-ell), § 378, p. 507 et s.
- (23) Brissaud, op. cit., § 378, p. 510. これに対して、ドイツでは逆に、先の裁判証書による契約成立が進展した。即ち、裁判所は登記所へ、
- 裁判官は登記官へ、裁判証書は登記へと移行したのである。
- (24) この点の経緯について触れた邦語文献として、ジュオン・デ・ロングレ(野田良之訳)「証拠」法協八四卷三号二二五頁。
- (25) Weill et Terré, Droit civil, Introduction générale, 4<sup>e</sup> éd., 1979, n° 416, p. 402. ロンツレ・前掲注(24)二二二頁。
- (26) 三井哲夫「フランスに於ける民事訴訟の基本構造とその実態」判タ一一七号一一頁。
- (27) 三井・前掲注(26)「三」一一頁。Brissaud, op. cit., § 378, p. 511.
- (28) Goubeaux et Bihl, «PREUVE», Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, 2<sup>e</sup> éd., t. VI, 1977, n° 172 et s., p. 22 et s.; Viollet, op. cit., p. 646 et s.; Plantol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 7 par Esmein, n° 1515 et s.; Weill et Terré, op. cit., n° 416, p. 402. ノオン・ジュリオ・ド・ラ・モラン・ディエール(石崎政一郎・福井勇二郎訳)「法律行為論に関して仏国判例に及ぼせる社会的思想の影響」現代法の諸問題一四三頁、一八〇頁、一八五頁、三井・前掲注(26)「三」一一頁以下、山口俊夫・概説フランス法(上)四〇頁、同・フランス債権法五二頁以下。
- (29) 金額は、C.c.の原始規定において一五〇フラン、一九二八年四月一日法101により五〇〇フランに改正、続いて一九四八年二月二十一日法により五〇〇〇フランに改正され、これが五〇新フランとなってきたのを、一九八〇年七月二二日法(n° 80-535)はこれをデクレ・ド・cret 事項とし、同年七月一五日デクレ(n° 80-533)により五〇〇〇〇フランに改正された。Weill et Terré, loc. cit.; Chesnin et Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, 1982, n° 597, p. 507 et s. なお、同条を継受した我が旧民法においては五〇円(註編編六〇条以下)。

(30) 一方、イギリスの詐欺防止法 Statute of Frauds も、ムランの王令の影響を受けて成立したものである。詐欺防止法の書面強制の効果は訴求可能性の否定である点は、フランス法との比較において留意されよう。Rabel, The Statute of Frauds and Comparative Legal History, The Law Quarterly Review, 1913, 26, 329; von Hoffmann, aaO., S. 114.

(31) Bufoir, Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations, 2<sup>e</sup> éd., 1924, p. 466 et s. を始め、多くの学説がこの点を強調する。しかしながら、このことは逆に、C.C.における書証優越原則が、いかに要式主義に近き結果となつてゐるかを示す証左に他ならない。滝沢・前掲注(10)八八頁の引用される破毀院判決も、さような趣旨に解すべきものと思われる。更に、本稿本文後述4(2)参照。

(32) フランス法における意思表示論に関する邦語文献としては、さしあたり、北村一郎「契約の解釈に対する破毀院のコントロール」(一)完「特に「一」法協九三卷一一号三三頁以下、「二」九四卷一六九頁以下)。

(33) これを言明するものとす。Chabas, De la déclaration de volonté en droit civil français, 1931, p. 83.

なお、この点は、我が国の物権変動論においても考慮に入れられなければならない。ただし、我が国の契約時移転説は、所有権が売買等の契約の成立した時点で移転するということは答えても、右売買等の「意思」に対応して売買の意思表示を完成させるところの「表示」はどうか、という点に全く答えていないからである。その意味では、何らかの外部徴表がある時に所有権が移転すると解する反対説もまた、右外部徴表の時点で売買等の契約自体が成立していると認定する余

不動産物権変動における意思主義の本質

地を残す。問題は、意思表示を完成させる表示が通常は何か、という点なのである。

(34) C.C.の意思自治原則及び形式主義から諾成主義への移行との関係では、Guerrero, L'acte juridique solennel, Bibliothèque de droit privé, t. 137, 1975, p. 13. が、次のように述べる。「ナポレオン法典によつて認められた意思の自治は、古法における形式主義のアンチテーゼである。意思のみが法主体に義務を負わせる。しかも、意思の表明 s'exprimer は自由である」というのが原則である。意思の表明 manifestation の形式は自由なのである」。V. aussi p. 30 et s.; Chabas, op. cit., p. 48 et s.; Weill et Terré, op. cit., Les obligations, 3<sup>e</sup> éd., 1980, n<sup>os</sup> 128 et s., p. 150 et s.

(35) Bufoir, op. cit., p. 467; H., L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. 1, vol. 1, 6<sup>e</sup> éd. par Chabas, 1980, n<sup>o</sup> 392, p. 455; Chastin et Coubeaux, op. cit., n<sup>o</sup> 604-1, p. 519 et s.

(36) Loi n<sup>o</sup> 75-596 du 9 juill. 1975.

(37) von Hoffmann, aaO., S. 119.

(38) この点は既に滝沢・前掲注(10)八八頁が指摘しておられる。

(39) せじめたり Boyer, 《PROMESSE DE VENTE》, Encyclopédie précitée, t. 6, 1974, n<sup>os</sup> 166 et s., p. 14 et s.

(40) Brissaud, op. cit., § 401, p. 547 et s. これには、売買の履行を拒絶した場合の損害賠償請求権しか発生しないとす説(Ducius)の本契約の履行請求権という債権的效果が発生するとす説(Jason)の契約の要素が整つてゐる場合には売買と同一の効果、即ち所有権移転という物権的效果が発生するとし、かつ「現在の de praesenti」予約と「将来の de futuro」予約を分けて、それが将来なされるべきことが特約により定められていたなら、何らの効果も生じないとす説

- (Dunoulin 及び Alexandre) があつた。一方、実務においては、最後のものが支配的であつたとさう。
- (41) von Hoffmann, aao, S. 24.
- (42) Toullier, Le droit civil français, t.9, 3<sup>e</sup> éd., 1821, p. 136 et s.; Troplong, Le droit civil expriqué suivant les articles du Code civil; De la vente, 2<sup>e</sup> éd., 1836, p. 75 et s. S. von Hoffmann, aao, S. 24. 従つてこのことは売買予約≠債権行為、売買≠物権行為とさう關係が認められた。
- (43) Baudry et Lacaninerie, Traité théorique et pratique de droit civil français, De la vente et de l'échange, t. 17, 2<sup>e</sup> éd. par Tisser, 1900, p. 39; Beudant, Cours de droit civil français, La vente et le louage, 1908, p. 28. Aix-en-Provence 12 janv. 1965, J.C.P. 1965, II, 14312; Orléans 26 fevr.1970, J.C.P. 1970, IV, 278. S. von Hoffmann, aao, p. 24.
- (44) Cass. civ.13 juin 1956, Bull. civ.1956, I, 224, J.C.P. 1956, IV, 114.
- (45) Cass. civ. 1<sup>er</sup> avr. 1971, J.C.P. 1972, II, 1998, note Ghestin.
- (46) この起草者の一人 P. H. F. のプロレタムヌスは次のように言う「公示制度は家族に対してその財産の秘密の保持を禁止することにならぬ」Mary et Raynaud, Droit civil, t. III, vol. 1, 1968, p. 367.
- (47) その詳細については、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」民法論集第二巻五〇頁以下、滝沢・前掲注(10)「三」九八頁以下。
- (48) 星野・前掲注(47)八三頁以下、滝沢・前掲注(10)一一〇頁以下。
- (49) 星野「フランスにおける一九五五年法以降の不動産物権公示制度の改正」民法論集第二巻一〇七頁以下、滝沢・前掲注(10)一一一頁以下。
- (50) しかしながら、不対抗の効果は一層拡大したとはいへ、その例外は未だ無視できるほど少なくなつておらず、従つて、右改正は、形式的には勿論、実質的にみても、成立要件主義への移行をもたらすものではなくして、対抗要件主義の維持及び間接的制裁の一層の強化に甘んずると言う他はない。この点、ドイツの二部学説が、一九五五年法が成立要件主義を採用したものと誤解したことは、両法制度を比較検討する上で興味深し。S. von Hoffmann, aao, S. 25.
- (51) 鎌田「フランスにおける不動産取引と公証人の役割」『一』早法五六巻一号三二頁以下、二号一頁以下。
- (52) Brissaud, op. cit., § 378, p. 510.
- (53) これは、所有権の觀念化に対応して、他人物売買が無効とされた結果、(C. J. 一五九条)取得時効を主張し得る証拠方法を確保して置く必要があるからである。鎌田・前掲注(51)「一」六七頁。Cass. civ.6 juin 1894, D. 94, I, 359; von Hoffmann, aao, S. 90.
- (54) von Hoffmann, aao, S. 90.
- (55) von Hoffmann, aao, S. 90.
- (56) Cass. civ. 4 janv. 1966, D. 1966, 227, note Mazeaud; 11 mars 1968, Bull. civ. 1968, I, 72; 28 janv. 1975, J.C.P. 1975, II, 18161, note Dargot; von Hoffmann, aao, S. 90.
- (57) また、滝沢・前掲注(10)一一四頁は、一九五五年法の公正証書による登記強制が、公示内容の正確性を高める反面、契約当事者に費用の増大と面倒とを課し公示の推進にマイナスに働く危険を指摘する。
- (58) von Hoffmann, aao, S. 90; De Poupiquet, La responsabilité civile et disciplinaire des notaires, Bibliothèque de droit privé t. 136, 1974, n° 124, p. 141 et s.;
- (59) 鎌田・前掲注(51) von Hoffmann, aao, S. 90.

- (60) Savatier, *Le bon et le mauvais usage des formulaires notariaux*, Rép. Not. Defr. 1975, p. 785; von Hoffmann, aaO., S. 97.
- (61) 一九五五年法第<sup>三三</sup>条。De Pouliquet, op. cit., n° 61, p. 66; von Hoffmann, aaO., S. 101.
- (62) De Pouliquet, op. cit., n° 62 et s., p. 66 et s.; von Hoffmann, aaO., S. 101.
- (63) Cass. civ. 9 dec. 1975, J.C.P. 1977, 18560, note Dagot; von Hoffmann, aaO., S. 102.
- (64) Cass. civ. 8 nov. 1890, D.1900, 122; 18 mars 1914, D. 1916, I, 31; De Pouliquet, op. cit., n° 121, p. 134 et s.
- (65) von Hoffmann, aaO., S. 104.
- (66) von Hoffmann, aaO., S. 104.
- (67) 勿論、フランスにおいては意思主義の原則が繰り返し確認されており、従って、一九五五年法改正以降も、双方予約と売買の関係を、物権契約・債権契約の関係とみるべきではないとする滝沢助教の主張は、フランスの議論を反映させた正当な理解であり、フォン・ホフマンや鎌田教授、伊藤教授の理解は妥当ではないとも言える。しかしながら、比較法的に見た場合、完全な諾成主義ないしは完全な形式主義という立法例は存在せず、フランスもまた両者の中間を採るのであるから、問われるべきは、日本法を視点的基盤とした場合、フランス法主義は両者の何れに近々とみることができるか、日本法と比較してより意思主義に傾斜しているのか、あるいは形式主義に傾斜しているのか、という問題のほずである。以上の考察から、その答えは明らかであろう。
- (68) 以下の分析・評価は、von Hoffmann, aaO., S. 134 ff.によらる。なお、ここでは、当事者間での所有権移転の問題のみを想定し、第三者不動産物権変動における意思主義の本質
- との関係における所有権移転効果の問題、即ち、公示・對抗要件制度については扱わなす。両者は基本的に分けて考えるべきだからであり、また、フランスの公示制度が不完全なものであることについては、既に先学の指摘により明らかである。
- (69) von Hoffmann, aaO., S. 134, V. Guerriero, op. cit., p. 38 et s.
- (70) von Hoffmann, aaO., S. 134 f.
- (71) von Hoffmann, aaO., S. 134 f.
- (72) von Hoffmann, aaO., S. 134 u. 137.
- (73) von Hoffmann, aaO., S. 135.
- (74) von Hoffmann, aaO., S. 135.
- (75) この点を回避するためには、私署証書による売買契約、即ち、売買予約につき、万人に対する erga omnes 効力を有する仮登記を採用する必要があるが、フランスにおきつて、一般的な仮登記制度は存在しない。von Hoffmann, aaO., S. 161. フランスの仮登記制度については、滝沢「仮登記の對抗力」(「完」)成城法第<sup>三</sup>号<sup>二七</sup>頁、四号<sup>三</sup>七頁に詳しく。
- (76) von Hoffmann, aaO., S. 136.
- (77) Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 2<sup>e</sup> éd., t.1, 1883, n° 26, p. 53 et s.
- (78) Boissonade, op. cit., t. 1, n° 30, p. 56 et s.
- (79) Boissonade, op. cit., t. 1, n° 124, p. 184 et s.
- (80) Boissonade, op. cit., t. 1, n° 134, p. 195 et s. これは、証明責任及び意思表示の解釈の問題として重要である。
- (81) Boissonade, t. 3, 1898, n° 148 et s., p. 188 et s.
- (82) Boissonade, t. 3, n° 150 et s., p. 190 et s.
- フランス法・旧民法における法律上の推定は、一定の公益的要請か



ら蓋然性に反してまで一定の事実を確定してしまふことに意義があり、我が国では実体的な概念である擬制の領域と重なり合う。従つて、売買契約が証書作成時に成立しているとの法律上の推定を行うことは、要式主義に近づくものであり、売買の合意の表示方法を無限定とする諸成主義を維持するためには是認できないと、ポアンナードは見たのであろう。フランス法・旧民法の推定概念については、さしあたり、七戸・前掲注(1)と、そこに掲げる文献参照。

(83) ポアンナード旧民法が、フランス法的な書面中心の意思解釈を想定していることは、法典の随所から明らかになる。例えば、合意の解釈に関する財産編三五六条以下を参照。

(84) 財産取得編二六条・二七条（売買の一方の予約）、同二八条（売買の双方予約）。

(85) Boissonade, t. 3, n. 156, p. 196 et s.

(86) なお、この点と関連して、井上正一博士が、形式主義の立法においては、債権契約が売買予約であり物権契約が本契約に相当する、という端的な理解を明言しているのが注目される。井上正一・民法財産編講義第二部卷之一・三四八頁。

(87) 学振版・法典調査会民法主査委員会議事速記録一卷七七七。

(88) 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（日本近代立法資料叢書一）五八〇頁。

(89) 前掲法典調査会民法議事速記録一・五八〇頁。

(90) 前掲法典調査会民法議事速記録一・五八〇—一頁における種積、土方章、梅謙次郎委員の各発言。

(91) 前掲法典調査会民法議事速記録三・六四四頁（富井政章発言）、八一頁（梅発言）、八六八頁（梅発言）。

(92) これに対し、滝沢・前掲注(2)四三頁は、「同条の予想する売買契約

はまさに債権契約であつて、所有権の即時移転を予想するものではないことにならう」とされている。

(93) 前掲法典調査会民法議事速記録三・八六九頁。

(94) 前掲法典調査会民法議事速記録三・八六九頁。

(95) 前掲法典調査会民法議事速記録三・六四四頁（富井発言）、七六〇頁（富井、土方発言）、七六八頁（土方発言）。

(96) 前掲法典調査会民法議事速記録三・八七六頁以下。

(97) 前掲法典調査会民法議事速記録三・八七七頁（梅発言）、八七九頁（土方発言）。

(98) 来栖・前掲注(11)四八頁は、我が民法が極端な諸成主義を採っていることを鋭く指摘する。

(99) この点は、既に既存の学説が、取引慣行あるいは有償性バランスとつた客観的判断材料を持ち込むことによって、採つてきた方向である。

(100) その際には、当事者間の有償性バランスの問題が考慮されなければならない。フランスにおいては、売主の先取特権制度が機能していることを、滝沢・前掲注(2)五五頁が示唆している。なお、この点については、von Hoffmann, aaO., S. 168 ff. に、比較法的な分析がみられる。

(101) 売買予約、及びこれと意思表示論との関係についても考慮が必要であらう。

(102) von Hoffmann, aaO., S. 15; Friedrich, UEBERENIGUNG, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, hrsg. Schlegelberger, Bd. 6, 1938, S. 608 f.