

## 「対抗」のフランス法理解－不動産物権を中心に－

七戸，克彦  
慶應義塾大学法学部博士課程三年

<https://hdl.handle.net/2324/6270>

---

出版情報：慶應義塾大学大学院法学研究科論文集．26，pp.65-86，1987-09．慶應義塾大学法学研究会  
バージョン：  
権利関係：



# 「対抗」のフランス法的理解

——不動産物権を中心に——

七 戸 克 彦

(後期博士課程三年)

## 一 問題の提起

### 二 一九世紀の学説

#### (一) 物権の絶対性(『対抗』)

#### (二) 契約(『債権?』)の相対性(『対抗不能?』)

#### (三) 物権の対抗と一一六五条の關係

### 三 今世紀の学説

#### (一) 一一六五条の解釈の變化

#### (二) 近時の学説

### 四 結びに代えて——我が国の解釈論への架橋——

#### (一) 「対抗」の意義・効果

#### (二) 「対抗」の要件

## 一 問題の提起

不動産物権の「対抗」の法構造の理解に関して、学説が依然として鋭い対立を続けるなか、我が民法の種々の条文に規定された「対抗スルコトヲ得ス」ないし「対抗することができない」との表現を横割に觀察した注目すべき論稿が現れた。加賀山茂「対抗不能の一般理論について——対抗要件の一般理論のために」<sup>1)</sup>がそれであり、右論稿は、フランスの学説を積極的に援用しつつ「対抗不能」概念の統一化を図るという画期的な手法を用いている。

一方、右加賀山論文と相前後して、既に発表当初から極めて高い評価を得ていた滝沢聿代教授の論稿が、論文集としてまとめられた。そこで提示された周到な解釈論は、今日の我が国の物権變動論の到

達した一つの頂点と言っても過言ではない。が、教授は、フランス

における「対抗」の用語を次のように批判され、この点で加賀山論文の基本視点と真つ向から対立する結果となった。即ち、フランスにおいて「物権は物に対する直接の支配権であるから、第三者は全て物権取得者のこの権利を消極的に受忍する義務を負うことになる。これは *opposabilité* の中で説明される。〔原文改行〕右のように、

フランス法の *opposabilité* の効果は、わが国の学説によって権利の共通の性質たる不可侵性の効果として論じられてきたところに極めて近い。ということは、わが国の『対抗』もまた、物権、債権を問わず全ての権利につきその効力を規定する用語として極めて広範囲に用いられることを意味するであろう。日本民法における対抗の用語が多義的で不明確なものとなっているのは、この点の反映とみることができ<sup>(6)</sup>る。そこで、ここにおいて改めて問題となってくるのは、「多義的で不明確」とされる「不可侵性の効果」対抗<sup>(7)</sup>という構造の具体的内容である。本稿における筆者の関心の対象も、まさにその点にある。

さて、確かに、両論文も説くように、我が国における「対抗」概念は極めて不明瞭という他はない。本稿の対象とする物権領域を取り上げても、滝沢教授のいわれる物権（及び債権）の「不可侵性」の意味における対抗<sup>(4)</sup>の他に、「二重譲渡紛争を『対抗問題』と呼び、登記を具備する譲受人が優先する」という事理を『登記による「対抗』と呼ぶのが通常である。更に、ここでは、通常『物権変動』の対抗』なる用語が用いられているが、そこで登記によって対抗さ

れるのが「契約」か「物権」かが明確ではない<sup>(6)</sup>。

他方、非常に興味深いことに、かかる「対抗」概念の混迷は、フランスにおいても、ほぼ同様である。「対抗」という名詞自体が一九世紀後半に創造された新語であり、その登場時において、この用語が厳密に確定された統一概念ではなかったことが、混乱の原因となったようである。後に見るように、この用語は、矛盾した使用に好都合で体系化に馴染まない、漠然とした概念として用いられる<sup>(8)</sup>。その意味では、滝沢教授の先の指摘は至当である。

しかしながら、少なくとも不動産、物権変動の領域においては、既に一九世紀以来、登記による対抗の構造を「法律行為 *acte juridique*」の「認識 *connaissance*」に関する「法律上の覆滅不能推定 *présomption légale inébranlable*」とする見解が存在し、ボワソナードもまた、それがフランスにおける通説であるとの前提の下に、旧民法の登記の構造を「推定」と構成しており、これが、先の「不可侵性」の意味における対抗の内部構造の一端を担うものと推察された<sup>(9)</sup>。ところが、滝沢教授は、かかる理解が「目新しいものではない<sup>(10)</sup>」ことを承認しながらも、右の構造把握には批判的である<sup>(11)</sup>。

以上の問題意識に立脚して、本稿では、今日のフランスの「対抗」理論を検討するが、「対抗」なる名詞が一九世紀の後半になって登場したという指摘は、ある意味で象徴的な事実を暗示している。これを知るためには、一九世紀半ば以降の産業革命を背景とした、物権・債権の区別をめぐる議論と、契約（*convention*）の相対性を規定したC。一六五条の解釈の変化を探る必要がある。本稿

の最終目標である登記による「對抗」も、そこでの議論の一環として理解されることになるからである。結論の一部を先取りすれば、「相対性 relative」の規律するものが債務の履行その他当該法律関係から生じる直接的效果 *effet direct* であるのに対し、「對抗」は右直接的效果の及ぶ人的範囲を越えて拡大される間接的效果 *effet indirect* であるとする点で、今日の学説は一応の一致を見て(21) 520。

## 二 一九世紀の学説

### (一) 物権の絶対性(＝對抗)

物権・債権の区別に関する一九世紀の古典的学説は、物権 *droit réel* の本質を、ローマ法以来の直接支配性(人と物との間の直接支配関係)の觀念に求め、物権の属性 *attribut* たる追及権 *droit de suite*・優先権 *droit de préférence* をもって、その外部的発現と捉えた。(15) ところで、右物権の外部的側面たる追及権・優先権をもつて、物権の「對抗」と呼ぶこと(《万人に対する對抗 *opposabilité à tous*》)な(16)し《絶対的對抗 *opposabilité absolue*》は、フランスにおいて従来から確定した用語法であり、その訴権レビューでの発現形態である所有物返還訴権 *action en revendication, rei vindicatio* が右「對抗」の効果である点で、既に、本稿で問題とする物権の對抗の意義及び効果は明白である。(17) しかし、ここでは、かかる物権の對抗の構造が、後の「對抗」の一般概念形成の際に常に原型観として

参照され、概念構成のコアとなった点を問題としなければならない。即ち、当初、一九世紀の古典的学説にとつて、右「對抗」の存在は、まさに物権・債権の本質的な識別基準であった。しかも、後に明確化される古典的学説の「内部関係＝直接支配性」「外部関係＝絶対性」の区別は、「契約」と「債権」との同一視と相俟つて、人との関係を当事者関係に對比させた形で、次に述べる一二六五条に関する一九世紀的理解——「当事者の内部関係＝權利義務発生」「外部関係＝對抗不能」の図式に影響を与えたといわれる。(18)

### (二) 契約(＝債権?)の相対性(＝對抗不能?)

#### 1 一二六五条の解釈

右物権の絶対性(對抗可能性)に對比する形で、一九世紀古典学説は、債権は第三者に対して何ら効力を有さないとしたが、そこで援用されたのは、契約(合意)の相対性に関するC. 一二六五条であり、相対性 *relative* と對抗不能 *impossibilité* の同一視は、ここに始まった。(22) 問題は、一二六五条の同条の文言「効果を有しない」「何ら害さぬ」「利益をもたらさぬ」の意味内容をどう解釈するか、という点に現れる。即ち、この時代の学説は一致してこれを広義に捉え、これらの文言を、一定の契約が第三者に何らかの利益ないし不利益を惹起させること、という非法律的な日常の用語の意味に理解するのである。右解釈の結果、契約は当事者以外の者に対しては存在しないものと看做され、契約の直接的效果と間接的效果との間には何らの差異も生じない。即ち、合意の当事者になるこ

とによって自己の自由を自発的に制限した場合でなければ、何人も完全な法的自立状態 *autonomie juridique* にある——以上が、一九世紀の大半の間採用された一一六五条の解釈であつた。<sup>(24)</sup>

右理解は要するに、一一六五条を、合意の一般的效果に関する一一三四条、自己のためにする約定の効力を規定した一一一九条と並んで、何人もその自発的な意思に基づかなければ何らの権利義務も負わされることはない旨を宣明した徹底的な契約相対主義の条文と考えるわけであるが、その背後には、立法者及び一九世紀註釈学派 *École exégétique ou l'exégèse* 学説を一般的に特徴付けるところの、意思自治の原則 *principe de l'autonomie de la volonté* の重視の論理、即ち、意思自治原則を媒介として個人の活動の自由に対する他者からの干渉を極力排除しようとする思想が看取される。<sup>(25)</sup>

### (三) 物権の対抗と一一六五条の關係

#### 1 契約とその効果（物権・債権）の混同

更に、フランスでは、従来より、「契約」の対抗とその効果である「債権」の対抗とが同一視される傾向にあった。C c 自体が「台意 *convention*」とその効果たる「債務 *obligation*」とを区別してゐないことから知られるように、この時代（債権を目的とする）契約の相対性と、そこから発生した債権の相対性とは同義であり、しかも、そこにいう相対性は（物権の絶対性との対比における）対抗不能と同義であり、要するにそれら全てが、未分化のまま一一六五条の下に規律されたわけである。もっとも、後述の「第三者の『契約』

侵害」法理が極めて例外的であつたこの時代においては、少なくとも債権を目的とする契約に関しては、右論理の斉合性は保たれた。

しかしながら、債権契約・物権契約を峻別しないフランスにおいては、債権の発生・変更・消滅を目的とする契約と、物権のそれを目的とする契約とは、一律に一一六五条の法理に服する。また、物権を目的とする契約とその効果との關係は有因的であるから、物権の絶対性（『万人に対する対抗』<sup>(26)</sup>）は、契約の対抗可能性を論理的前提としなければならない。ここにおいて、右物権を目的とする契約につき、「古典的学説は、『純然たる相対的行為』（契約）から絶対的効果（物権）を発生させるという矛盾を露呈することとなつた。<sup>(27)</sup>」この点に関して、古典的学説は、公示された物権に関する契約それ自体が、一一六五条に対する例外と考えたようである。<sup>(28)</sup>では、未登記物権に関してはどのように理解されていたのであろうか。

#### 2 登記による契約の対抗

滝沢教授も指摘されるように「ナンテイスマン慣習法以来の公示の進展は、当事者間での隠れた取引を公開し第三者に知らしめるという意味における登記の機能の推進であり、この『第三者に知らせる』という点にフランス法における公示の意義は尽くされるとみうる<sup>(29)</sup>」。即ち、フランスの登記は、契約（正確には『行為 *acte*』）の証書を登録するシステムであり、かつ、これから契約を結ぼうとする第三者に右契約を認識 *connaître* させることにより、二重契約を防止しようとする制度である。しかし、かかる登記の構造理解には、当初、次の二点において不完全なところがあつた。第一は、次述の

《Nemo plus juris...》原則との論理的関係であり、第二は、登記が公示するものが「契約」なのか・そこから生じた「物権」なのかという点である。

(1) 《Nemo plus juris...》原則の例外

一般的な登記制度の登場前、それ自体には瑕疵のない契約（ないし権利）が衝突した場合には、ローマ法以来の基本原則——《何人も自己の有する以上の権利を他人に譲渡することを得ず Nemo plus juris ad alium transferre, quam ipse habet》<sup>(33)</sup>《何人も自己の有しなす物を与えることを得ず Nemo dat quod non habet》<sup>(34)</sup>《時間におおして先行する者が権利において優先する Prior tempore potior jure》<sup>(35)</sup>が妥当した。右原則の適用領域の一つである、不動産物権の設定・移転契約に関しては、古法においては、ローマ法以来の traditio を受けて現実の占有移転時とされていたが、占有というモメントは、証書取引慣行の延長線上にある、C c の意思主義 principe de solo consensu の宣明の背後に隠れ、二重契約は、その成立の早い方が優先し、劣後する契約は、他人物売買を無効とする C c 一五九条の結果、相対無効の結論が導かれた。<sup>(36)</sup>しかしながら、元来《Nemo plus juris...》原則の正当性は、占有という公示によって担保されていたものであり、公証人慣行と証拠法における公正証書優越原則の存在は無視できないといえ、<sup>(37)</sup>契約（証書作成）時で優先関係を決することは取引関係を阻害する。登記は、かかる考慮から、契約証書の陰に隠れた、占有の役割を置換したものである。<sup>(40)</sup>

かかる登記の論理構造は、中間法及び C c 立法当時においては、未だ充分に理解されていなかったが、一八五五年法以降には、登記が rei vindicatio 内部の部分原則たる《Nemo plus juris...》原則に対する例外措置であることが明確に意識され、二重契約以外の場合には登記による優先原則が働かず、また、双方未登記の二重譲渡については、契約時優先の原則に復帰することが確認されている。<sup>(41)</sup>

(2) 未登記物権に関する「相対無効」の論理

しかしながら、「契約」と「権利」の同一視は、完全には解消されていない。即ち、この時代には、「第三者に対抗し得ない権利はほとんど債権に等しい」といった説明がなされたが、<sup>(42)</sup>かような未登記不動産に関する相対無効的な論理は、物権・債権を対抗可能性の有無により峻別しようとするこの時代の一一六五条の解釈の反映なのであり、「当事者間」有効「対第三者」無効」という、いかにも矛盾する表現は、前者（相対効）と後者（対抗可能性）を同一物と見た結果である。そこで以後の学説は、右の矛盾を一一六五条の解釈の側面で解消しようとする。章を改めて論ずることにしよう。

三 今世紀の学説

(一) 一一六五条の解釈の変化

1 社会経済的背景

さて、一一六五条に関する一九世紀的な理解は、静的安全を重視する一九世紀前半までの農業社会においては妥当しても、一九世紀

後半以降の、産業革命による社会全体の都市化・産業化と、種々の社会集団の生成に伴う個人の相互依存の度合の増大、更にそれらに対応した新たな契約類型の発展に対しては、もはや適合的ではない<sup>(13)</sup>。

かかる社会経済状態の変化を反映し、既に一九世紀後半から、契約が契約外の第三者に対して何らかの影響力を及ぼすことを承認する種々の立法あるいは判例法理が新たに生成されてくることになるが、ここにおいて、右立法・判例は、一一六五条の従来の解釈との間に抵触関係を来す。これに対して、学説は、右新傾向を理論的側面から補強し、あるいは先導しつつ、従来の個人主義的・意思主義的理論の欠陥を指摘し「社会的 social」「団体的 collectif」法律関係の顧慮を説くに至った。<sup>(14)</sup> ここにおいて、一一六五条の拘束を受けていた契約は、万人がその存在を尊重すべき「社会的事実 fact social」<sup>(15)</sup>と考えられることになる。さゆゆる archaïsmes とこれに続く科学学派 Ecole scientifique に属する学説がこれであり、右学説は、新たに生じた種々の法現象を、一一六五条と斉合せようとして腐心した末、一つの用語をキー・ワードに、同条との抵触関係を回避しようとした。『対抗』なる単語がそれであり、その用語法が漠然として統一性がないというのも、それが、主として、多岐に互る法現象の追認と理論的補強を目的として登場したからに他ならない。

## 2 一一六五条の限定解釈

さて、これらの学説が一一六五条との抵触関係を回避するために採った手法は、同条の文言の厳格・限定的な解釈であった。これは、

要するに同条にいう「害する」ないし「利益をもたらず」の表現を、それまでの通説の採る事実上の有利・不利という日常的意味に代えて、当該契約に基づき生じた権利義務の付与という法的意味に理解することにある<sup>(17)</sup>。その結果、一一六五条は、一一三四条の意思自治原則とは一心切り離され、専ら債務的效果を当事者間に制限する技術的規定と解されることになる<sup>(18)</sup>。かかる限定的な解釈は、反面において、契約の「対抗」の存在の余地を承認することを意味する。ただし、同条の相対性原則に服するのは契約当事者の意図した直接的效果のみであって、間接的效果、即ち対抗はもはや同条の直接規律するところではないからである。こうして前世紀末以降分離した「相対性」と「対抗」は、更に、今世紀前半の学説により、次のように体系化された。即ち、契約は、それが直接的に債権を発生させる限りに対して当事者に相対的なものであり、これが契約の債務的效果の相対性の原則である。他方において、契約は、その存在が間接的に第三者に損害ないしは利益を与えるところの、法規範の要素を構成するものとして対抗可能であり、これが対抗の原則である<sup>(19)</sup>。

ところで、先述の如く、債権契約と物権契約とを峻別しないフランス法においては、両者は等しく一一六五条の規律の下にあり、物権・債権、ないしは契約とその効果（権利）の同一視の結果、物権の対抗を認めるためには、物権を目的とする契約自体を同条の例外と解さなければならず、他方、未登記物権は一定の第三者との間で対抗力を否定されるため、一一六五条の相対性原則との間に抵触関係を生ぜしめていた。しかしながら、同条の限定的解釈の結果生じ

た相対性と対抗の峻別の下では、契約の相対性と物権の絶対性とは全く矛盾を来さない。ただし、一一六五条は、専ら《契約当事者間 inter partes》における債務的效果を規律する対内的原則と理解され、対外関係たる対抗を——それが「契約」の対抗であれ「権利」の対抗であれ——何ら規律するものではなくなったからである。<sup>(50)</sup>

### 3 対人権説・第三者の「契約」侵害法理の影響

かかる解釈論の変化の背後には、とりわけ、対人権説と第三者の「契約」侵害に関する判例法理の影響が大きい。

一九世紀末以降主張された対人権説 *théorie personaliste* は、物権につき「一般的不作為義務 obligation passive universelle」を認めることにより、物権・債権を共に人に対する権利義務関係として統一的に理解しようと試みた。結局、右対人権説の主張は、古典的学説の通説的地位を覆すには至らなかったが、しかしながら、これが古典的学説に与えた影響には少なからざるものがある。その第一は、物権には内部的側面（直接支配性）と外部的側面（絶対性）<sup>(51)</sup> 追及権・優先権とがあることを、古典的学説に自覚させた点であり、第二は、右外部的側面の構造理解を深化させた点である。<sup>(52)</sup>

特に、後者に関しては、第三者の「契約」侵害に関する判例の展開も見逃すわけにはいかない。<sup>(53)</sup> 一一六五条の相対性原則には、同条以下の明文規定の他に、《フロードは全てを損なう *Fraud omnia corrumpit*》の一般原則に基づき、既存の「契約」を「認識」しつつ「フロード *fraude*」をもって侵害した第三者に対して、不法行為的な制裁を加えることが認められていた。右「フロード」理論は、

「契約」を尊重しない第三者に対して、契約の本来的な効果以外の効果を生じせよという点において、一一六五条の注目すべき例外であり、その適用領域の一つである不動産二重譲渡に関しては、一八五五年登記法の立法者もこれを予定し、同法制定直後から判例もこれを承認してきた。<sup>(54)</sup> 一方、一般領域において、右「フロード」要件は漸次緩和され、今日通常説かれている見解によれば、「契約」の存在を現実認識 *connaitre* しつつこれを侵害した第三者は一一三八二条のフォート *faute* を形成し、不法行為責任（損害賠償または原状回復）を追及し得るとされる。<sup>(55)</sup> もっとも、二重譲渡による未登記の「契約」侵害事例に限って言えば、右厳格要件は近時まで維持され、フォートへの緩和によつて「契約」侵害法理内部の統一化を図った一九六八年破産院判決に対しても、学説の反対は少なくともいとされている。

かかる判例の発展は、理論的側面にも大きく影響した。先に触れたように、二重契約による「物権」侵害の場合には、*rei vindicatio* 法理と契約法理との二重性が存するが、ここで古典的学説のように、対抗の根拠として物権の属性のみを単に強調することは「債権」の対抗の否定を演繹する虞れがある。<sup>(56)</sup> 従つて、ここで「契約」一般の当事者以外の者に対する効力（「対抗」を認める以上は、「対抗」に関する物権・債権を包摂する共通理論が提示されなければならなかった。これを受けて、今日においては古典的学説もまた、対人権説の一般的不作為義務の主張を、物権の外部的側面（追及権・優先権）の法構造を明確化したものと評価し、法的共同体の全体が物権



者による物権の実行に対し尊重義務を負うことを承認している。<sup>(57)</sup>

## (二) 近時の学説

### 1 契約の「対抗」の意義

さて、かかる経緯を踏まえて、近時の学説は、契約につき「対抗」の用語の使用される種々の場合を類型化しつつ、一一六五条の例外としての「対抗」の統一理論を形成しようと試みている。例えばベルトランは、「対抗」の用語が用いられる諸事例を、請求可能性 *exigibilité* の意味における対抗、証拠方法 *mode de preuve* の意味における対抗、不可侵性 *inviolabilité* の意味における対抗の三つに分類する。<sup>(58)</sup> かかる分類は、デュクロにおいてもほぼ同様であり、彼は、契約当事者以外に当該契約の債務的效果を直接帰属させる立法及び解釈において「対抗」の用語が使用されることを指摘する一方、一一六五条の文言の限定的な解釈によって生じた二つの「対抗」の類型をそれぞれ、証明的対抗 *opposabilité probatoire*、実質的対抗 *opposabilité substantielle* と呼んでいる。<sup>(59)</sup> 具体的事例の分類に若干の差異があるものの、前者の三分類は後者の各々に対応し、しかもその最後のもの、即ち不可侵性としての対抗ないしは実質的対抗が固有の意味での対抗とされるべき点でも、両者は軌を一にする。<sup>(60)(61)</sup>

さて、本稿で問題となる契約の「不可侵性」の意味における対抗「ないし」「実質的対抗」とは、権利または法律状態の創設・変更・移転ないし消滅それ自体をもたらしことを目的として契約が援用

される場合を指す。学説によって、本来的な意味での対抗と目されているこの類型においては、第三者に対して、契約ないしその効果たる権利を尊重すべきことが強制される。<sup>(62)</sup> 換言すれば、ここにいう「契約」の対抗の効果とは、第三者に対して、当事者によって意図された契約上の効果の実現を承認し、契約の実行に対する妨害を差し控えることを内容とする「不可侵義務 *obligation d'inviolabilité*」ないしは「尊重義務 *devoir de respecter*」の発生に他ならない。<sup>(63)(64)</sup> しかも、ここで、契約は（物権を目的とすると債権を目的とするとに拘わらず）原則的に万人に対して「対抗可能」であり、「対抗不能」な事態は例外と位置付けられるとされている点は注目に値する。<sup>(65)</sup>

### 2 「契約」の対抗・「権利」の対抗

更に、近時の学説は、従来曖昧であった「契約」の対抗とその効果たる「権利」の対抗とを、厳格に区別している。即ち――

権利の実質的対抗は、契約の対抗の効果発生を前提とし、これに従属している。ただし、契約の正当性があってこそ、これに基づき発生した権利の正当性が承認されるのであって、その逆はあり得ないからである。<sup>(66)</sup> 従って、当事者は、第一次的には契約を、権利を正当化する根拠として対抗し、右契約の正当性が承認された後に、必要とあれば右契約から生じた権利を対抗することになる。換言すれば、契約の対抗は、第三者が未だ契約ないし権利の尊重義務を侵害していない次元、即ち、キャラスランにいう「平穩状態 *repos*」において<sup>(67)</sup>、第三者に対し契約の存在・実行を尊重させるという側面で働く。<sup>(68)</sup>

しかしながら、一たび第三者によって尊重義務が破られてしまえば、第一段階の対抗でその目的を実現することは不可能であり、この者に対しては「権利」をもって対抗するしかない。そして、現実の紛争の多くはまさに段階に属する。従って、債権あるいは物権を目的とする「契約」侵害の場合には、第一次的には、契約の対抗（契約の尊重義務の発生の有無）が問題となるが、最終的には、右契約から発生した債権あるいは物権が対抗されることになる<sup>(69)</sup>。

物権を例に取れば、次のようになる。即ち――

#### (1) 二重譲渡における「物権」の対抗

第三者により所有権を侵害された所有権者は、まず、自己の所有権を対抗するためには、所有権を基礎付ける契約の正当性を主張しこれを対抗することを考えるであろう。ここで当事者双方が所有権原として契約（証書）を援用し、それが同一前主に由来する場合、即ち、二重譲渡ケースにおいては、先に見たように *«Memo plus jurs...»* 原則に対する例外措置として、登記により優先順位が決められる。確かに、この場合には、登記による「契約」の対抗、即ち第三者の契約の尊重義務の有無が問題となる。しかしながら、もしここで契約のみが対抗されているとすれば、所有権者は一般債権者たる地位に留まり、目的物を第三者の他の債権者たちに優先して追及することができないはずである。従って、二重譲渡の場合に登記を具備した所有権者が優先的地位を享受し得るのは、物権に固有の追及権と優先権に基づくからであり、それ故、この場合に最終的に対抗されるのは「契約」ではなく「物権」と見なければならな

<sup>(70)</sup> 逆に登記欠缺の場合には、登記の欠缺により第一次的には契約の対抗不能（尊重義務の不発生）が帰結されることによって、結果的に物権それ自体の対抗不能が導かれることになる。

既に従来より、フランスの学説は一致して、二重譲渡における登記による優先規範を、*rei vindicatio* 内部の証拠準則の一つとして位置付けており、二重譲渡の場合に登記を具備する譲受人が主張するのが物権的請求権であることは争いがない<sup>(71)</sup>。一方、未登記物権における、フロードないしフォート要件とした不法行為による原状回復においても、第一次的には「契約」が対抗されるが、最終的に対抗されるのは、契約から発生した「物権」であるとされ、要するに、二重譲渡における「物権」の対抗の効果は、既登記物権の場合には *rei vindicatio* の発生、未登記物権の場合には、不法行為による原状回復請求権の発生ということになる<sup>(72)</sup>。

#### (2) 二重譲渡以外の場合の「物権」の対抗

しかしながら、先述の如く *«Memo plus jurs...»* 原則はそれ自体に瑕疵のない重複契約を規律するに過ぎず、*rei vindicatio* の全域では機能しない。従って、右原則の例外である登記による優先原則も二重譲渡紛争以外では働かず、この場合には、当事者は必ずしも自己の権原（契約等の所有権取得原因（証書）*titre*）を援用する必要があるとされている<sup>(73)</sup>。即ち、フランスの訴訟は我が国と同様、事実のみが証明対象となる原則にも拘わらず、この場合、当事者には「事実上の推定 *présomption de l'homme ou du juge*」の方法による、所有権の直接的な証明が許されているのであり、自己の所有

権取得原因契約は所有権を「推定」させる間接事実 indice の一つに過ぎない。従って、二重譲渡紛争以外の場合には直接の証明対象（主要事実）となっていない「契約」が對抗されるということは考えられず、この場合には、端的に、物権の尊重義務違反を前提として、rei vindicatio が発生することになる。そして、かように登記が物権それ自体に関する「完全な」証明力 force probante（ないしは覆滅不能推定）を有しないことが、今日の学説が、登記が「権利」それ自体ではなくして「契約」を公示するものであるとする理由である。<sup>(75)</sup>

### 3 公示による「認識」の「推定（推認）」

#### (1) 現実の認識・抽象的認識

そこで次に、右對抗が現実が発動するための要件を考えてみよう。人と物との間の、あるいは人と人との間の内部関係を、第三者に尊重させ、これらの侵害を不可侵義務違反として構成するためには、彼が当該内部関係を「認識」していることが必要である。<sup>(76)</sup>先述の如く、「契約」侵害による物権または債権の對抗においてはこれが端的に現れ「現実の認識」が要求される。しかしながら、「對抗」の統一理論の下では、右「契約」侵害以外の「物権」の對抗の場合にも、對抗の要件として、同一の構造が承認されなければならない。だが、我が国と同様、フランスの所有物返還訴権においては、有体物に対する侵害がありさえすれば所有権者は侵害者の悪意を証明する必要がなく、反面、侵害者は、その善意を主張して責任を免れることはできない。<sup>(77)</sup>この点は、どのようにして斉合的に説明されるか。

既に、従来の見解は、有体物が（無主物が例外的である以上）何人かに帰属していることは外部から認識することが容易であって、内密性 clandestinité が存在しないという点から説明してきた。<sup>(78)</sup>ここには、有体物に対する直接支配権たる物権は、その性質上「占有」という「公示 publicité」と必然的に結合していることから、万人が認識している筈でありまた認識すべきであるという規範が存する。<sup>(79)</sup>これを敷衍するならば、占有に限らず、このような「公示」のある場合には、一定の法律関係に関して「不知の者は、多くの場合、まず、十分な調査をしなかったことにつき非難されなければならない。そこにおける一層の用心と勤勉とが、蓋然性からみて、對抗される要素の存在を認識させることができたはずだからである」。<sup>(81)</sup>従って、公示の存在につき「調査義務 devoir de s'informer」があり、これを懈怠した第三者は、「抽象的な認識」があるとして、「現実の認識」があったと同様と評価してよいことになる。——かかる事理は、我が国ならば、単に「過失」とだけ表現すべきところであろう。しかしながら、これは、公示に関する調査義務の懈怠を、現実の認識と同様と「看做す」（『推定 présomption』）ということに他ならない。要するに「推定」とは、「過失」に代わる、公示の調査義務の懈怠の、フランス法的な法律構成に過ぎないといえよう。<sup>(82)</sup>さて、右「公示」のうち、少なくとも登記に限って言えば、既に一九世紀半ば以来、登記の欠缺が「契約」の善意を「推定」とするという主張がなされており、「推定」という構造理解自体は、物権と債権の統一理解、あるいは後述の近時の悪意者排除説と、必ずしも

論理的に結合してはいたわけではない。もっとも、フロードからフォートへと展開する不動産二重譲渡における「契約」侵害法理が、登記の「推定」という構造の有する覆滅可能性の側面を全面に押し出した例からも知れるように、制度化された公示一般の有するかかる認識のフィクションに対して「推定」の用語を用いることは、右公示に対する反対証明の可能性を常に連想させる虞れがある。そこでデュクロは、右「推定」の用語を避け、「推認 *notion d'appréhension*」なる用語を意図的に用いている<sup>(83)</sup>。しかしながら、何れの用語を用いようとも、その基本構造が変わるところはない。要するに、対抗の要件としては、「現実の認識」を必要とするのが本則であるが、公示がある場合には、第三者に対し公示された法律関係に関する調査義務が課される結果、現実の不知は右調査義務を怠ったことにつき過失ありとされ、現実の認識がある場合と同様と「看做す」。これが、公示による認識の「推定」の実質的内容である。

## (2) 契約の推定・権利の推定

ところで、先に見たように、右公示により調査義務が課される法律関係には、契約の場合と権利それ自体の場合が考えられる。この点に即して、右公示による「推定」の構造を整理し直してみよう。

(i) 「契約」の公示である登記に関していえば、その構造を「推定」とする理解は、一九世紀以来、基本的には異なるところはないが、今日の判例・学説の一般的傾向は、大略次のように要約し得るだろう<sup>(84)</sup>。即ち、「契約」は、基本的には万人に対して対抗可能な存在であるが、しかしそれは通常外部からの認識が困難であるが故に、取

引の安全という公益 *ordre public* 目的に基づき、第三者に対して先行する契約を「認識」させ、尊重義務を課す例外的な制度として登記が要求される。その結果、登記が存在する場合には、その調査義務を媒介として、契約に関する第三者の悪意につき覆滅不能推定が働く一方、登記の欠缺する場合には、第三者は契約の認識の不能を理由にその存在を無視し得る。即ち、第三者は、先行する契約につき登記の調査以上の調査義務はなく（但し争いあり）、それ故（原則として）善意と推定される<sup>(85)</sup>。このことによって、公益目的に非協力的な当事者の懈怠を咎めて第三者に対する効力が否定される。先述の如く、かつてはこの事理を「無効」（相対無効）と表現したが、一一六五条の解釈の変化により、今日では、これが、第一次的には、契約の「対抗不能」（尊重義務の不発生、その結果、現実の紛争においては、右契約の対抗不能の結果たる物権それ自体の「対抗不能」 *trai vindicatio* 及び不法行為に基づく原状回復請求権の不発生）、という表現に置き換わるわけである<sup>(86)</sup>。

フランス法におけるフロード説・フォート説の対立は、共にかかるとする構造理解を前提とした上での、登記制度の要請と第三者の悪性の評価・衡量の違いに過ぎない。ただし、両説は共に、先行する契約関係を認識しつつ取引関係に入り、未登記の第一譲受人を侵害した悪性を問う目的を、未登記の契約の善意推定の原則に対する覆滅可能性の可否の問題として反映させているからである<sup>(87)</sup>。

(ii) 他方、右契約の推定の場合以外の、物権・債権それ自体に関しても、次のように解される。即ち、物権に関しては、有体物の直接

支配における占有という公示の存在故に、物権に関する第三者の悪意の推定が働く。逆に、債権の場合には、契約と同様、第三者の認識は困難であるから、善意の推定が働き、それ故、当事者は第三者の現実の悪意に関する主張・立証責任を負うことになる。<sup>(88)</sup>

#### 四 結びに代えて——我が国の解釈論への架橋——

さて、以上のようなフランスにおける「対抗」の理解は、我が国の「対抗」をめぐる議論に、どのような影響を及ぼすか。

##### (一) 「対抗」の意義・効果

先述の如く、フランスにおける「対抗」概念は、当初物権の絶対性を意味し、その効果は物権的請求権の発生とされていたところ、これが漸次拡大したものと見受けられた。これに対して、我が国における「対抗」概念は、全く逆方向に展開する。即ち、旧民法から現行民法立法当時にかけては、フランスにおける理解と同様、物権の本質を「直接支配性」に求め、その属性として「追及権」「優先権」の二者を挙げ、かかる属性(絶対性)をもって「万人に対する『対抗』」と説かれており、また、登記は右対抗力の「制限」であるとする点で、学説はほぼ一貫していた。<sup>(89)</sup>それ故、今日の対抗をめぐる混乱の一端は、立法者も予期しなかった、以後の学説の用語法の二七七条への限定という、特殊事情に基づくものに他ならないのである。

かように「対抗」なる用語は、第一義的には、広く物権の行使(「物権的請求権の発生」と定義付けられるべきものである。しかしながら、この用語を一七七条の「対抗問題」に限定する今日の理解も、あながち理のないことではない。ただし、かかる理解は、フランスの近時の学説にいう「契約の対抗」にほぼ相応してくるからである。その意味では、一七七条を第三者の「契約」侵害と同列の二重契約の側面から捉え、まず、登記を具備した契約が対抗(「先行する契約に関する尊重義務が賦課」されるとし、現実の紛争の段階では、そこから生じた物権が対抗される(物権的請求権の発生)とする段階的な構造理解が、ある程度参照可能となるであろう。

なお、ここで「物権の対抗」即ち物権的請求権の行使は物権の事実的侵害の側面働くのに対して、登記が機能するのは取引法的領域であるという峻別論は、その想定において、紛争の実体を見誤らせる。けだし、不法占拠者といえども何らかの所有権原(契約、相続、時効取得等)を主張しているのであり、ただその権原が結果的に無効であったり不存在であったりするに過ぎないからである。<sup>(90)</sup>登記が本来的に機能するのは、右「物権の対抗」の効果たる物権的請求権のカヴァーする全領域のうち、当事者の有する権原が有効でかつ共に同一前主に帰属した場合(「契約」衝突の場合)に過ぎない。

##### (二) 「対抗」の要件

一方、契約ないし権利の尊重・不可侵義務違反を基軸としたフランスの「対抗」の理解は、我が国の解釈論において参照可能か。

富井政章博士の対人権説、あるいは末弘巖太郎博士の「權利一般の不可侵性」の主張は、今日必ずしも一般に承認されているとはいえない。その意味では、契約一般の不可侵性（万人により、「契約は尊重されねばならない」）を根拠とするフランスの近時の対抗理論を、

我が国の現時の解釈論にそのままの形で導入することには問題がないではない。<sup>(93)</sup>しかしながら、少なくとも「物権の対抗」に関する尊重・不可侵義務の存在という点においては、我が国の学説はフランスの通説と異ならない。ただし、多くの学説は、右物権の外部的効力たる「対抗」は、内部的関係たる直接支配性の確保のためにあるとしながらも、これが物支配に対する「社会全体の尊重承認」<sup>(94)</sup>と不可侵とに根差すものであるとしているからである。<sup>(95)</sup>しかも、ここでは「他人の所有権の尊重は……所有権範囲の明確化ということを前提し、これと深く関連している」とされる一方、物権という「權利そのものが社会にあるため」「權利者自身のために彼の支配そのものを確保する」ため、即ち「第三者に対抗せらるる」ためには、第三者の「認識」の手段、即ち「ひろい意味での『公示』」の存在が必要であるとされており、右認識手段たる「公示」が第三者の物権の尊重・不可侵義務の前提となることは、一般に承認されている事柄である。<sup>(96)</sup>

では、公示に関する「調査義務」については、どうであろうか。ごく一般的には第三者の登記の調査義務の懈怠を問題とするのは我が国においても当然の前提と思われるが、こと二重譲渡の領域においては長らく『自由競争』論の神話<sup>(97)</sup>が支配したためか、登記の

有する第三者への便益の側面のみが強調され、第三者の登記の調査の懈怠に対する非難、あるいはこれを媒介としての第一譲受人の權利確保という側面には目が向けられていない。しかしながら、一七七条につき元來想定すべきなのは、第一譲受人が登記を具備している場合という、実社会においてノーマルなケースではないだろうか。この場合には、彼の登記を調査した第三者はこれを尊重し取引関係に入らない。仮に右第三者が第二契約を結べば、彼は登記の調査によつて先行譲渡を認識しこれを尊重すべきものにも拘わらずこれに敢えて違背したか、あるいは登記の調査を懈怠したと評価されるであらう。登記による譲受人の權利確保と第三者の調査義務の側面を看過するとき、右通常のケースを説明できないという不可解な結果を導く。<sup>(98)</sup>

以上、我が国でも認められている物権の構造——公示による契約ないし權利に関する「調査義務」の発生、これを媒介とした第三者の「認識」、右認識に基づく「不可侵義務」の発生、不可侵義務違反としての物権的請求権の発生、という図式——は、フランスの「対抗」理論と、基本的には共通の基礎に立つことが理解される。

物権の公示・對抗要件制度の実質的構造のフランス法的理解は、以上のようなものである。しかしながら、二重譲渡における悪意者・背信的悪意者の問題に関しては、遺憾ながら、未だに定見を有していないことを告白せざるを得ない。本稿で提示した登記の構造理解に立脚して、登記欠缺の場合に「不可侵義務」違反として「契約」に関する「善意」の「推定」を覆滅するような、第三者の態様

を割り出すこと、それが筆者にとつての今後の課題である。

- (1) 判タ六一八号六頁（昭和六一）。
- (2) 滝沢幸代『物権変動の理論』（昭和六一）。
- (3) 滝沢・前掲注(2)・一九三—四頁。その結果、教授は「日本民法における『対抗スルコトヲ得ス』の意義は、それぞれに独自の特色を持ち、これらに一律の理解を与えることは、規定の本来の趣旨をあいまいにする。むしろ民法典における対抗の用法を、個々の法文の趣旨に従つて正確に分類し直すことが民法解釈の一つの課題ではないかと考えられ、ここでもそうした観点に立つて一七七条の検討を進めるつもりである」とされる（滝沢・前掲注(2)・一九四頁）。
- (4) もっとも、滝沢教授は、「不可侵性」の厳密な法律の意味にさほど注目しておらず、右用語法が「基本的には共通することば的枠組」（滝沢・前掲注(2)・一九四頁）に過ぎないと考えられるようである。が、私見によれば、「権利一般の不可侵性」という点がまさに「対抗」の用語の理解のキー・ポイントである。
- (5) 一般に、『対抗問題』とは『公示の前後によつて優先順位を決める』問題……公示（登記）のない者が負ける問題であると理解され（加賀山・前掲注(1)・六—七頁）、右「対抗問題を物権変動の問題に限定し、かつ、『登記の有無による紛争解決を目指すときは二重譲渡類似の関係があると説明して一七七条を適用し、未登記権利者の保護を目指す場合には、真正権利者と無権利者からの譲受人との争いであるとして、一七七条の適用を排除（する）』という……手法は……わが国の近時の学説にほぼ共通のものとなっている」（加賀山・前掲注(1)・七頁）。

(6) そもそも登記は「何を」公示する制度であり、「何が」対抗されるのであろうか。後述のようにフランス法は、物権それ自体ではなく、

物権変動原因たる「行為 acte」（『契約等』）を公示・対抗する。ポワンナード旧民法も、公示・対抗の対象が「行為」であること右と同様である。一方、現行民法の「不動産ニ関スル物権ノ得喪及変更」の表現は、プロイセン土地所有権取得法・BGBに類似し、しかも、起草者においては、BGBと同様「物権」が公示され、これが対抗されると考えているふしがある（『不動産ニ関スル物権ト云フモノハ悉ク登記ヲシナケレバ絶対的ニ効力ハ生ゼヌ』（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I、昭和五八）五八四頁（穂積陳重発言）、五八七頁（同））。

- (7) J. Ducros, L'opposabilité (Essai d'une théorie générale), 1984, Bibl. dr. privé, t. CLXXIX, n° 1, p. 21 note (1) によれば、「対抗する opposer」という動詞は一一七五年に既に登場しているが、「対抗し得る opposable」という形容詞は一八四六年に、また「対抗可能性 opposabilité」という名詞は一八六五年になって登場する。

(8) Ducros, op. cit., n° 1, p. 22.

(9) Ducros, op. cit., n° 1, p. 21.

- (10) この点については、七戸「不動産物権変動における対抗力の本質」慶大院法学研究科論文集三三七頁（昭和六一）参照。

(11) 滝沢・前掲注(2)・七頁。

(12) その詳細は、後掲注(64)（85）（86）（87）参照。

- (13) なお、滝沢教授の提唱される「法定取得—失権」説についていえば、これが「真正権利者の権利喪失—無権利者の権利取得」といった形での、純粹に実体法的な構成ではないとされるならば、筆者は、その証拠法的沿革と、日本法への「継受」段階での疑問（後掲注(40)）、そして本稿で問題とする不可侵性の構造を留保して、右見解に些かも異論を唱えるものではない。ちなみに、教授が「法定取得 acquisition

légal」の例として挙げられる時効取得・動産の善意取得(滝沢・前掲注(2)・一二三頁注(122)・一三九頁以下)は、周知の如く、フランス法においては「所有権」の「推定」と構成され、真正権利者も行使し得る(時効取得につき、滝沢三代「取得時効と登記―二重譲渡カーズを中心に―」(成城法学一九九七頁以下(昭和六〇))。また、「失権」についても、それが「*fin de non-recevoir* (失権効)」を指すものだとすれば、ボティエは債権債務の失権効を、権利それ自体の消滅ではなくして「債権消滅の推定 *présomption de l'extinction de créance*」であるとす( R. J. Porrière, *Traité des obligations*, éd. M. BUGHET 1969, t. II, p. 147.)。

- (14) テオクロは「法秩序の要素が直接的活動領域 *cerce d'activité directe* を越えて間接的に *indirectement* 拡大する *rayonner*」によって認められた資格」を定義する (Duclos, op. cit., n° 2-1, p. 22.)。

- (15) *V° par ex. C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français*, 4<sup>e</sup> éd., t. II, 1869, § 172, pp. 49 et s.

- (16) Duclos, op. cit., n° 139 et s., pp. 171 et s.

- (17) 既に、我が国でも「フランスの学説が『用いている』『対抗可能性 *opposabilité*』という概念は、我が国にいわゆる『対抗問題』における『対抗力』とは区別されるべき、広義における一般第三者への対抗力を意味する」(佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察」(二)論叢九卷二号四頁(昭和五二))ことが指摘されていた。

- (18) 吉田邦彦「『第三者の債権侵害』に関する基礎的考察」(法協二〇三巻七号一五八頁(昭和六一))。

- (19) フランスでは「債務関係の発生・消滅・変更を目的とする複数者の意思の合致をもとく約定を『*convention*』とよび、そのうちその発

生を目的とするものを『*contrat*』とよぶ」(山口俊夫『フランス債権法』一二頁(昭和六一))。一六五条の規定するのは前者であるが、以下では、便宜的に、前者を「契約」と呼ぶことにする。

- (20) 同条は「合意は、契約当事者の間でなければ、効果を有しない。合意は、第三者を何ら害さず、一一二条によって定められる場合でなければ、第三者の利益とならない」と規定する。これは、ローマ法諺「*Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodere potest*」(Cod. Just. 7, 60, 1 a A.; 7, 56, 4(Dioctetian))を承継したものとされよう。この格言は、ローマ法においては、訴訟行為 *acte judiciaire* に関しても、ラレルに反映されており(《*Res inter alios judicata*...》Dig. 48, 2, 72 (Ulpian))、かかる並列的關係は既判力の相対効に関する一一五一条に承継されよう。なお、一一二一条のごくつは、後掲注(20)(1)参照。

- (21) Duclos, op. cit., n° 21, p. 46 et n° 47-1, pp. 69-70. 更じ、J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, 1981, *Bibl. dr. privé*, t. CLXXI, n° 32, p. 33.

- (22) 先の法格言からも知れるように、ローマ法は、合意の直接的効果を契約当事者に限定していたが、第三者に対して間接的効果(『対抗』)が及ぶことを承認しており、その意味では、合意の効果が相対的であることと第三者に対して対抗できないことは、同義ではなかった。この点はフランス古法においても同様である(A. Weil, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1938, pp. 66 et s.; S. Carastrenu, *La relativité, des conventions*, thèse Toulouse, 1939, pp. 9 et s.; Duclos, op. cit., n° 21, pp. 46-7. 但し、後掲注(23)参照)。



- (23) Duclos, op. cit., n° 26, p. 50.
- (24) Duclos, op. cit., n° 27-1, p. 51.
- (25) かかる徹底した契約相対主義は、*「モト＝プレアム× Bior-Pramenu」* 次の言に端的である。「第三者が同意してゐない行為を彼に対して抗 *opposer* せよとのは「不当 *injuste* である」(cité par M. Poujol, *Traité, des obligations* t. I, 1946, p. 327)° 更に Poujol, op. cit., p. 328; Auzary et Rau, 4<sup>e</sup> éd., t. IV, § 346, p. 327; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, 1869, n° 38 et s., pp. 40 et s. *V<sup>e</sup> Goutral*, op. cit., n° 32, p. 33, note(22); Duclos, op. cit., n° 22, p. 47.
- (26) 註釈学派とその背景に「*山口俊夫「フランス法学」碧海純*」= 伊藤正己=村上淳一(編)『法学史』一九八頁以下(昭和五二)°
- (27) 「C」の第三部第三編第三章は「契約の効果 *l'effet des conventions* の問題であるにも拘わらず、*「債務の効果 *l'effet des obligations*」の規定に「*5<sup>e</sup>」*」(Duclos, op. cit., n° 47-1, pp. 69-70)°*
- (28) Duclos, op. cit., n° 142, p. 173.
- (29) Duclos, *ibid.*
- (30) *V<sup>e</sup> par ex.* Demolombe, t. XXV, n° 45, pp. 45-6; L. Josseland, *Cours de droit civil positif français*, 2<sup>e</sup> éd., 1932, t. I, n° 1562, p. 776; t. II, n° 260, p. 126. 明確に契約の対抗を主張する学説は R. Savatier, *Le principe de l'effet relatif des contrats*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1934, 528. *V<sup>e</sup> aussi* Duclos, op. cit., n° 142, p. 173. 滝沢・前掲注(2)・一二三頁注(17)°
- (31) 滝沢・前掲注(2)・一二四頁。フランスの登記制度に関する研究は少なくない。同書に掲げる文献を参照。
- (32) 本稿では、便宜的に全ての不動産公示につき「登記」の用語を用ゐるが、フランスにおける「従前の用語法では、公示方法の違いを反映して、必要事項のみを抜き書きして行つた抵当権・先取特権の公示を『登記 (inscription)』、契約書の全文を公示の対象とするその他の権利に関する公示を『謄記 (transcription)』と称していたが、現行フランス法は両者をあわせて『土地公示 (publicité foncière)』と称し、とくに抵当権等の公示のみを示す場合に『登記 (inscription)』の用語を併用してゐる」(鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続の実務—日本的『フランス法主義』の特質—」民事研修三六〇号二〇頁注(5)(昭和六二))°
- (33) Dig. 50, 17, 54 (Ulpian). ローマにおいては、他人の物の売買は債権契約の限りでは有効とする一方、所有権移転のためには一定の方式(握取行為・法廷譲与・引渡)を必要としたが、*«Nemo plus juris...»* 原則は後者一般を規律した。かかる要式性(それは同時に譲渡の公示であつたが)との密着した関係故に、権利は右物権契約時において「万人に対して *erga omnes*」移転し、フランス法におけるような特定の第三者に対する対抗不能とさう結果は生じなかつた(A. Roullier, *La maxime "Nemo plus juris..." en droit français. Etude synthétique et critique*, thèse Rennes, 1964, *dactyl.*, n° 1, p. 2; n° 124 et s., pp. 201 et s.)° 前掲注(28)°
- (34) *«Nemo plus juris...»* 原則のコロラリーであるこの格言は「純粹なロー法起源ではなく、中世の法学者ジャン・フォール Faurer (1270-1340), *Institutes de Justinien*, l. 5, fr. 5, pr. に於けるものとして *5<sup>e</sup>」* (Roullier, op. cit., n° 3, pp. 4 et s.)°
- (35) この有名なテキスト(Cod. Just. 8, 18, 4)は「当初、同一物上の抵当権者間の優先関係を決するものであつたが、後には、権利が目付において劣後する権利者に対して対抗するあらゆる紛争に用ゐられた

(Roullier, op. cit., n°3, p. 7 et n°124, pp. 201-2.)。

- (36) 《Nemo plus juris...》原則は「不動産物権の設定移転に固有の原則ではない。動産及び債権譲渡にも適用があり、従って、三者における対抗要件制度との原則・例外関係は、同一構造を取るようになる。」

Roullier, op. cit., n. 237, pp. 456 et s.; n. 539 et s., pp. 993 et s. 旧民法の構造も同様であることから、当時、かかる理解がフランスにおいて一般的であったかが問題となろう。

- (37) その詳細は、鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察(一) 商六六卷三二六号(昭和四七)・滝沢・前掲注(2)・六四頁以下。」

- (38) 滝沢・前掲注(2)・一三三頁。

- (39) フランスの意思主義において、C.c.一三四一条の書証優越原則の存在を無視できないことにつき、七戸「不動産物権変動における意思主義の本質」慶大院法学研究科論文集、二四号一二二頁(昭和六一)。

- (40) Roullier, op. cit., n° 127 et s., pp. 205 et s. 滝沢・前掲注(2)・一三三頁、二六四頁。なお、我が国では他人物売買は有効であるため、第一譲受人には譲渡の権利が残されており、フランス法の構造のそのままの持込みは不可能であることが指摘されている(松岡久和「不動産所有権二重譲渡について(一・完)」龍谷法學一七卷一號一二頁(昭和五九)、滝沢・前掲注(2)・二三三頁注(a)。更に、現行民法の売買の規定における所有権移転「義務」の存在についてもフランス法を参照する上で障害となる(滝沢「物権変動の時期」民法講座2物権(1)四三頁(昭和五九)、その立法沿革上の断絶につき、七戸・前掲注(39)・一三六頁以下参照)。

- (41) 滝沢・前掲注(2)・一二七―八頁。

- (42) 滝沢・前掲注(2)・一二六頁。

- (43) Ducros, op. cit., n° 23, p. 48. 山口・前掲注(61)・二〇〇頁。

- (44) Ducros, loc. cit., note (31). 吉田・前掲注(18)・一六二頁以上。

- (45) V° Ducros, op. cit., n° 23, pp. 47-8.

- (46) arétistes・科学学派につき、山口・前掲注(19)・二〇〇頁以下。

- (47) Ducros, op. cit., n° 27-2, p. 52.

- (48) Ducros, op. cit., n° 28, p. 52.

- (49) Ducros, op. cit., n° 24, p. 49.

- (50) 今日の学説は「未登記物権の性質につき、物権は意思主義により既に契約時において、契約の効果として《万人に対する関係で erga omnes》発生しているが、特定の第三者に対しては対抗できないと説明するに留まり、それ以上の説明を加えていないが、これはおそらく従来議論されてきた「対抗(不能)」と一六五条の「相対性」の結果たる「無効(訴権 action en nullité の発生)」との相違を説明したことによって、当面の目的は達成されたと見るためであろう(V° par ex. A. Weill et F. Terré, Droit civil, Introduction générale, 4<sup>e</sup> éd., 1979, n° 335, p. 331 et Les obligations, 3<sup>e</sup> éd., 1980, n° 288, p. 334; H. L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. I, vol. 1, 7<sup>e</sup> éd. par F. Chabas, 1980, n° 267, pp. 328-9, n° 271 et s., pp. 332 et s.; n° 348, p. 409)。

- (51) 佐賀・前掲注(17)「一」論叢九八巻五号五〇頁(昭和五一)。

- (52) この点に関しては、吉田・前掲注(18)・一七九頁以下に詳し。

- (53) フロードのこの側面での適用に関しては、吉田・前掲注(18)・一七九頁以下、浜上則雄「フランス法における不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意」阪大法學五一号一頁(昭和三九)、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全——フランスにおける判例の「転換」をめぐる」比較法學(早大)九巻二号三二頁(昭和五六)、滝沢・前掲注(2)・一五〇頁以下、一三五頁以下。

- (54) 吉田・前掲注(18)・一六頁。
- (55) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1968, D. S. 1968, 412, note J. Mazeaud. 右判決の立場は「一旦動揺したが、一九七四年の二つの判決(Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 janv. 1974, D. S. 1975, 427, note J. Penneau; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 3 oct. 1974, J. C. P. 1975, II, 18001 note M. Dagot) に比べて再確認され、破毀院の立場は今日確定したとみられている。
- (56) Duclos, op. cit., n<sup>o</sup> 42, p. 66.
- (57) 佐賀・前掲注(17)・四三頁。川島武宜「物權的請求權に於ける『支配權』と『責任』の分化(三)」法協五五卷九号四八頁(昭和一二)。
- (58) F. BERTRAND, L'opposabilité du contrat aux tiers, thèse Paris II, 1979, dactyl., n<sup>os</sup> 115 et s., pp. 169 et s.
- (59) Duclos, op. cit., n<sup>o</sup> 25, pp. 49 et s.; n<sup>os</sup> 61 et s., pp. 86 et s.
- (60) 佐賀・前掲 J. Dabin, Le droit subjectif, 1952, pp. 93 et s.; P. Rouner, Droits subjectifs et situations juridiques, 1963, n<sup>o</sup> 3, pp. 29 et s. は不可侵性と請求可能性の二つに分類。Weill et Terré, Les obligations 3<sup>e</sup> éd., 1980, n<sup>os</sup> 516 et s., pp. 516 et s. 6<sup>e</sup> 對抗「*à l'égard d'autres personnes*」の例外の二分類も同様。
- (61) 以下、前二者の意義・内容について触れておくことは「フランスにおける「對抗」概念形成の特殊事情を知る上で不可欠であろう。(1)「請求可能性」の意味における對抗——契約の直接的效果それ自体を当事者以外の者との間に拡張させる種々の立法・解釈の例としては、事業者協定や労働協約・組合契約等の団体契約 *contrat collectif* や、契約当事者と第三者との間に連帯債務関係を創設する種々の立法、あるいは保険契約・物品運送契約といった第三者のためにする契約及び直接訴権 *action directe* における解釈論の展開等を挙げ得る。初期の時代においては、これら新たな法現象を、一一六五条の相対性原則

との関係でどのように位置づけるかが問題となったが、この点に関する学説の混迷 (V<sup>o</sup> Duclos, op. cit., n<sup>o</sup> 62, pp. 87-8) と相俟って、「對抗」の用語は、およそ何らかの法律効果が当事者以外の者へ拡大する場合一般に用いられる結果となった。例えば、団体契約において、多数者のなした合意が少数者に対して「對抗し得る」といった表現がしばしば用いられるのであり、ここにおいて「對抗」は合意の間接的效果と拡大した直接的效果とを漠然と包摂する曖昧な概念となっている。今日のフランスにおける「對抗」概念の多義性の一端は、かかる「對抗」の用語の無差別な使用に起因するといわれる。しかしながら、一一六五条の限定解釈の下では、右一連の法現象が同条の相対性原則に対する明白な例外となるのに対して、對抗はこれと直接には関係しない点で、両者は厳密に区別し得る (Duclos, op. cit., n<sup>os</sup> 61 et s., pp. 86 et s.)。

(2)「証拠方法」の意味における對抗——一方、証拠方法の意味における對抗(「証明的對抗」とは、一定の事実ないし権利の存在あるいは内容を立証するための純然たる証拠事実として契約を援用する場合であり (BERTRAND, op. cit., n<sup>os</sup> 119 et s., pp. 173 et s.; Duclos, op. cit., n<sup>os</sup> 29, pp. 53 et s.))、右の場合に関する判例・学説の展開もまた、先述の一一六五条の限定的解釈の機縁となった。即ち、判例は当初、訴訟において当事者の一方が自己の主張の証拠として相手方が関与していなかった契約を援用した場合に、契約の第三者たる訴訟の相手方は同条の契約の相対性に関しこれを否定することができるとしていたのであり、所有物返還訴訟に関して言えば、一九世紀前半の判例は、右訴訟において所有権を基礎付けるために契約を援用することは、一一六五条に反し許されないとしていた (例えば、Cass. civ. 27 avril 1846, D. P. 1846, I, 142)。しかし、Cass. civ. 22 juin

1864, D. P. 1864, I, 412; S. 1864, I, 349 において右の態度は変更され、右破毀院判決は、当事者は援用する契約から発生する権利義務を第三者たる訴訟の相手方に直接帰属せよと企図するものではなく、当事者間でのみ合意の効果を付与するに過ぎない一六五条の適用はないとして、証拠としての契約の援用を認めた。今日の判例・学説は、かかる証拠としての側面での契約の援用は相対性の原則に反するものではないとする点で全く異論がなく (Aubry et Rau, 7<sup>e</sup> éd. par P. Esmein, t. II, § 218, n° 318, pp. 508 et s.; M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2<sup>e</sup> éd., t. III par M. Picard, 1952, n° 362, pp. 358-9; Bertrand, op. cit., n° 119, p. 173; Duclos, op. cit., n° 42, p. 64.)

(32) しかし、右証明的対抗の基礎は、専ら証明対象たる事実ないし権利に対して契約の有する直接関連性 *pertinence* にあり、次述の実質的対抗におけるような第三者の契約の尊重にはない。学説は、本質的対抗と証明的対抗とはこの点において峻別されなければならないことを強調している (Duclos, op. cit., n° 31, p. 55.)

(33) Bertrand, op. cit., n° 126, pp. 181-2; Duclos, op. cit., n° 45, p. 68.

(34) 契約の不可侵・尊重義務を説く学説としては、前掲注(30)の文献の他、J. LIMPENS, De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers, Mélanges P. Roubier, t. II, 1961, n° 1, et s., pp. 89 et s.; Bertrand, op. cit., n° 126, pp. 181-2; Mazeaud (par Chabas), t. I, vol. 1, n° 272 et s., pp. 333 et s., t. II, vol. 1, n° 758 et s., pp. 854 et s.; Duclos, op. cit., n° 45, p. 68.

(35) 我が国では、滝沢教授がこの点を強調される。しかしながら、ここにいう第三者の尊重義務は、先述の社会化傾向を受けて登場してきた

概念というべきであり、ここにいる「契約は尊重されなければならない」という規範は、古典的意思主義モラル (一般的には滝沢・前掲注(2)・一七六頁、デュクロの見解に対する評価として同・八頁参照) ではない。古典的意思尊重原理は一六五条の限定的解釈の下では当事者間で機能するに過ぎず、これと、一九世紀末以降の現代的論理——当事者以外の者との関係における契約尊重原理——とは、厳格に峻別する必要があるのではないだろうか。

(36) R. Demogue, Traité des obligations en général, t. VII, n° 703, p. 1933; Bertrand, op. cit., n° 3, pp. 5 et s.; n° 131 et s., pp. 191 et s.; Goutal, op. cit., n° 39 et s., pp. 39 et s.

(37) Duclos, op. cit., n° 46, pp. 68-9. 鎌田・前掲注(32)・一一頁。

(38) Calastreng, op. cit., p. 387. V° Duclos, op. cit., n° 48, p. 73.

(39) 例えば、債務者がある者と契約を結ぶことにより、他の一般債権者には、債務者の一般財産に対する一般担保権 *droit de gage général* の減少という間接的效果が生ずることになるが、この場合の第三者たる一般債権者は、債務者と他の者との間で締結された「契約」を「対抗」されることになる (Mazeaud (par Chabas), t. II, vol. 1, 1978, n° 764, p. 856.) 契約の対抗が問題となる他の例としては、不当利得 *enrichissement sans cause* における利益転用物訴権 *action de in rem verso* により、第三者に対して契約当事者の負う損害賠償責任を挙げ得るが、これらもまた、社会経済の変動に対応して判例・学説により承認・展開された法理であり、一六五条の相対性と対抗とを峻別する契機となった一領域である。右何れの場合においても、その効果の内容が当事者間契約の直接的效果ではないという点で、先述の「請求可能性の意味における対抗」と峻別することが出来る。Weill et Terré, Les obligations, n° 519 b), pp. 603-4, n° 520, pp.

- 604-5; Duclos, op. cit., n° 48 et s., pp. 72 et s.
- (69) Duclos, op. cit., n° 46 et s., pp. 68 et s.
- (70) Duclos, op. cit., n° 47-2, p. 71.
- (71) PLANIOL et RIPERT, t. III (par PICARD), n° 369, pp. 365 et s.; AUBRY et RAU (par ESMAN), t. II, § 219, n° 320, p. 511; G. MARTY et P. RAYNAUD, t. II, vol. 2, Les biens, 1965, n° 285, p. 232; MAZEAUD, t. II, vol. 2, 5<sup>e</sup> éd. par M. de JUGLART, 1976, n° 1642, pp. 328-9.
- (72) BERTRAND, op. cit., n° 189, p. 289.
- (73) PLANIOL et RIPERT, t. III (par PICARD), n° 366 et s., pp. 362 et s.; AUBRY et RAU (par ESMAN), t. II, § 219, n° 317 et s., pp. 506 et s.; MARTY et RAYNAUD, t. II, n° 221 et s., pp. 228 et s.; MAZEAUD (par de JUGLART), t. II, vol. 2, n° 1637 et s., pp. 326 et s.; DUCLOS, op. cit., n° 47-2, p. 71.
- (74) DUCLOS, op. cit., n° 47-2, p. 71. 換言すれば「この種の契約(証書)あるいは登記の援用は、先述した(前掲注(61)(2))「証拠方法の意味における対抗」に過ぎないのである。
- (75) MAZEAUD (par de JUGLART), t. II, vol. 2, n° 1640, p. 328; DUCLOS, op. cit., n° 43, p. 67. なお「ユース法のような土地帳簿制度 livre foncier (『物的編成主義』)を採用した場合には、登記が所有権に関する完全な証明力—公信力を有し得るとされている点は、我が国の登記法がプロイセン土地帳簿制度の継受であることとの関係で、非常に興味深い。」 Duclos, op. cit., n° 40, p. 62.
- (76) Duclos, op. cit., n° 248, p. 283.
- (77) 佐賀・前掲注(17)・四四頁。
- (78) Duclos, op. cit., n° 251, pp. 286-7.
- (79) S. GROSSER, Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, 1960, n° 33, pp. 81 et s.; Duclos, op. cit., n° 251, p. 286.
- (80) テュクロは「抽象的認識手段たる公示を、次のように類型化してゐる。その第一は「『自然的な』外在化 exteriorisation』ないし『外觀 appearance』であり、物の占有、あるいはこれと結合した「立人禁止」の立札・境界標・建物・耕作状況等から物権を認識したり (n° 251 et s., pp. 285 et s.)、人それ自体の存在から彼の生存権等を認識する場合がこれに属する (n° 255 et s., pp. 288 et s.)。第二は「私的・法律的な『制度化された』『外在化』ないし『外觀』であり、これには営業財産の公示 (n° 269 et s., pp. 301 et s.)、婚姻契約の公示 (n° 277 et s., pp. 309 et s.)、夫婦財産権の公示 (n° 280 et s., pp. 312 et s.)、不動産公示 (n° 289, pp. 320 et s.) 等が挙げられる。
- (81) Duclos, op. cit., n° 249, p. 284.
- (82) フランスにおける「推定」概念、及びそこにおける「法律上の覆滅不能推定」が、ドイツ法・日本法における「擬制」に相応することにつき「前掲注(10)参照。
- (83) Duclos, op. cit., n° 248, p. 283, note (3) は「『認識』手段である公示一般について次のように言う。「……『推定 présomption』という用語は、第三者に対して現実の不知 ignorance の証明を認める可能性を連想する虞れがある。しかしこれは、全く異なる。真実が例外的に隠れていたため、認識が『不可能であった』ことを証明することによって、その根拠を打破すること、この推認 supposition から免れることはできないのである。勿論、覆滅不能な推定の存在を考へることが可能なのは、疑いもない。しかしながら、かかる形容は、今

や採用することはできない。特にいわゆる「実質的な substantiële」公示〔登記等を指す——七戸注〕に関しては、第三者に影響を及ぼすこととなる認識の推認は、これに反対する自由にも宣言にも、代えることができないのである。』

- (84) V<sup>e</sup> par ex. F. MOURLON, Traité théorique et pratique de transcription, t. II, 1862, n° 451, p. 78; G. E. BOSSONADE, Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, 2<sup>e</sup> éd., 1883, t. II, n° 205 et s., pp. 209 et s.; D. BASTIAN, Essai d'une théorie générale de l'impossibilité, thèse Paris, 1929, pp. 86 et s.; J. CHESTIN, Traité de droit civil, Les obligations — Le contrat, 1980, n° 347, pp. 270 et s.; Duclos, op. cit., n° 289 et s., pp. 320 et s. 兼田・前掲注(32)・一一頁。学説の詳細については、七戸・前掲注(10)・七一頁以下参照。

(85) 例えば、Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 28 mai 1979, Bull. Civ. 1979, III, 116 は、第二譲受人が登記の調査以上の調査義務を負わず、また、第一譲受人が、契約に関する第二譲受人の現実の認識に関する証明責任を負うことを判示する。同判例については、兼田薫「フランス判例研究」二重売買における買主の注意義務」判タ二二二号三六頁(昭和五五)、滝沢・前掲注(2)・二四二頁。なお、滝沢教授は「登記と共に第三者の認識が看做されると論じうるのであれば、登記がなされない場合には第三者の善意が看做されるとして事実上の認識を排除することも可能ではないか」という疑問を禁じえない」とされる(滝沢・前掲注(2)・八頁)が、登記によって契約が公示されない場合には、契約の存在が外部的に認識困難であるが故に、これに対する第三者の善意が推定されることは、これに対する反対証明の可否を別にすれば、判例・学説一般の承認するところであろう。

(86) 滝沢教授は「登記の機能を論者(デュクロ)のように特定の第三者の保護という観点からのみ把握することは、登記の意義を個別的具体的な取引の次元だけに限定させ、公示制度の全体的把握を困難にする」と批判される(滝沢・前掲注(2)・七八頁)。しかしながら、既に明らかのように、デュクロは、「対抗」を取引関係に既に入った第三者との間に想定しているわけではない。ただし、公示(登記)を通じての認識の結果、既存の法律関係を尊重して、右法律関係と社会的接触を持たなかった「不特定の」「抽象的な」第三者もまた、不可侵義務を遵守した第三者として、先述の「契約の対抗」を受けているからである。

(87) この点については「対抗の概念そのものから悪意者排除が必然的に導かれるとみることは早計である」(滝沢・前掲注(2)・八頁)とされるが、右批判は「認識の推定」という登記の構造自体を否定される趣旨ではないものと解される。なぜなら、再三述べてきたように、背信的悪意者排除説に立つ一九世紀の学説もまた「認識の推定」という理解を採っているものであり、デュクロも、先述の如く、公示一般については、反対証明の原則的不許を説いているからである。

(88) GROSSER, op. cit., p. 84; BERTRAND, op. cit., n° 189, pp. 288-9. Duclos, op. cit., n° 47-1, p. 70.

(89) この点については、七戸「我が国における『物権的請求権』概念の推移」慶大院法学研究科論文集二五号七九頁(昭和六二)。

(90) 例えば、「不法占拠者と登記」の例としてしばしば引かれる最三小判昭和五五年二月一九日民集四卷二二号六六〇頁。更に、取得時効と登記の問題に関して、実際の紛争においては、当事者は、契約等による有効な取得と、右取得権原を自主占有の判断要素とした時効取得とを選択的に主張するのが通常であり、裁判所はその何れかを任意に

判断すれば良いことを想起せよ。

(91) 七戸・前掲注(89)・八七頁以下と、同所に掲げる文献参照。

(92) 末弘巖太郎『末弘著作集Ⅱ・民法雑記帳(上)』二一〇頁以下（昭和二八）。

(93) ここでは更に、フランスにおける右「不可侵性」の議論は、ドイツ法における少数説の影響を受けたものであろう、との指摘が注目される（吉田・前掲注(18)・一六八頁）。

(94) 物権の請求権の根拠に関する舟橋諄一『物権法』二三頁以下（昭和三五）、稲本洋之助『民法Ⅱ（物権）』六五頁（昭和五八）、我妻栄『有泉亭（補訂）』『新訂』物権法』二二頁（昭和五八）。

(95) 川島武宜『所有権法の理論』六七頁（昭和二四）。

(96) ここでは更に、滝沢・前掲注(2)・二二三頁注(19)の指摘が重要である。即ち——日本法でも「対抗力」は「すでに成立した権利関係を他人に対して主張できる力」（我妻編・新法律学辞典）と定義され、更に「対抗することが出来ない」ということは、法律上一般的にはある法律事実又は法律的効力の存否をもって、当方からは積極的に主張することを許さないが相手方又は第三者からはその存在を肯定しようと否定しようとそれは自由である、という意味に解されている。」

（於保・物権法「一八頁参照」という説明がほぼ通説として定着している。この点は古くは富井・民法原論下五九頁に遡る、——（傍点七戸）。即ち、我が国における「対抗」概念は、系譜的にも、富井博士以来の対人権説的な権利の「不可侵性」の意味に確定していた、ということがある。

(97) 川島・前掲注(95)・六七頁。

(98) 「」内は全て川島・前掲注(95)・二六一頁。

(99) 一物一権主義の根拠及び慣習法上の物権承認につき「公示」を要求

するものとして、舟橋・前掲注(94)・一一頁以下、星野英一『民法概論Ⅱ』一一頁以下（昭和五二）、我妻『有泉・前掲注(94)・一五一頁、鈴木祿彌『物権法講義（三訂版）』二九九頁（昭和六〇）。

(100) もっとも、多くの見解は、公示制度と対抗要件制度の関係を一応切り離し、対抗要件制度における「優先関係を決する必要性」は、公示の要請とは別個の次元であるとするようである。しかしながら、*rei vindicatio* の部分規範である優先関係を決する *«Zeno plus juris...»* 原則は元来、*traditio* を基準時としていたのであり、優先原則と公示とは密着した関係にあった。登記はそこにおける占有の機能に置き換わったのであり、一七七条の優先原則と「公示」とを切り離すことは、沿革的に見ても不合理であることが理解される。

(101) 磯村保『二重売買と債権侵害——『自由競争』論の神話——』神戸法学雑誌三五卷二号、三六卷一—二号（昭和六〇—一）。

(102) この点に関しては、更に、七戸・前掲注(10)・八四—五頁。

(103) 我が国は物的編成主義（権利公示システム）を採り公証人制度も未発達であることから、これと契約証書公示システムを基盤とするフランス法主義とが調和し得るかが問題である。この点に関する一つのモデルを提示するものとして、鎌田・前掲注(32)・四五頁以下。

【追記】 本稿は、同名の未発表論文の一部を要約したものである。