九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

不動産物権変動における対抗要件主義の構造

七戸，克彦
慶應義塾大学法学部 ： 助教授

https://hdl.handle.net/2324/6297

出版情報：私法. 53, pp.239-246, 1991-04. 日本私法学会
バージョン：
権利関係：

不動産物権変動における対抗要件主義の構造

七戸克彦

一　問題の提起

周知の如く、民法一七七条の構造理解に関する従来の議論は、(1)意思主義を宣明した一七六条との関係をどのように説明するか、という問題を中心に展開しており、近時では、両条をフランス法の立場を直接継受した規定と解し、従って、今日のフランス法学説の立場が我が民法の解釈においても基本的に妥当する、とする見解が有力に主張されている。一方、我が国の今日の学説は、ボワソナード旧民法の立場が、(2)第三者の善意を要求しているが故に、フランス法・現行民法とは断絶した立法と理解している。しかしながら、ボワソナードの立場は、(1)意思主義をはじめとする他の法制度と対抗要件主義の関係・(2)対抗要件主義それ自体の内部構造の両側面において、今日のフランス法学説の先駆的な意義を有するものである。本報告においては、右ボワソナード理論の再評価を行なった後、今日のフランス法学説がその延長線上にあることを確認し、更に、そこにおける対抗要件主義の構造理解が、我が現行一七七条の解釈についても成り立ち得る旨を提示したい。

二　一九世紀フランス法学説及びボワソナードの理解

(1)　まず、意思主義をはじめとする他の法制度と対抗要件主義の関係につき、一九世紀フランスの判例・学説は一般に、我が国にいわゆる相対的効力説と同様の理解をとっていた。これは、民法典の宣明する諸原則と、登記法の規定する対抗要件主義の確立時期の違いに起因する。即ち、まず、対抗要件主義は、民法典成立前の共和暦七年法によって確立された原則であるが、この段階では、後に民法典によって宣明される諸原則は未だ確立されていない。その結果、対抗要件主義の理解は、成立要件的な発想あるいは所有権の相対的帰属といった発想に流れ易かった。ところが、民法典は、①所有権の絶対的帰属と、②その意思のみによる移転、及び、③ローマ法以来の《Nemo plus

juris ad alium transfere potest, quam ipse habet.（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ない）》の原則を宣明する一方、共和暦七年法の立場を大幅に後退させた。しかるに、その後、一八五五年登記法は、共和暦七年法の立場を不動産法の一般原則として再び確立させたのであり、その結果、先の民法典の諸原則は破棄されて、共和暦七年法下の相対的効力説的な解釈が再び成り立つのではないか、という疑問が生じてきたわけである。

これに対して、ボワソナードは、一八五五年法によって再確立された対抗要件主義は、民法典の宣明する諸原則を何ら変更するものではない、と主張する。即ち、①所有権の絶対性の原則は一八五五年法によって変更されておらず、従って、所有権の相対的帰属ないし相対的所有権といった観念は認められない。②一八五五年法は、右絶対的所有権が、既に売買等の契約締結時（"公正証書作成時）において、「万人に対する関係で（erga ommes）」完全に移転するとする意思主義の原則を変更するものではない。③その結果、一八五五年法下においても、《Nemo plus juris……》原則は維持され、物権は、その絶対性を変ずることなく、契約の時点において第一譲受人に完全に移転し、従って、第二譲受人は本来無権利者といわざるを得ない。となれば、一八五五年法によって再確立された対抗要件主義は、右民法典の原則を基本的に維持しながら、本来無権利者であるはずの第二譲受人が権利を取得し、完全な物権者であるはずの第一譲受人が権利を喪失する、という例外的な制度を法律が新たに創設した、と理解すべきことになる。右ボワソナードの理解は、我が国にいわゆる法定制度論や法定取得―失権説の主張と、全く同様であることが知られる。

(2) しかしながら、そうなると次の問題は、右「法定制度」ないし「法定取得―失権」と理解される対抗要件主義の内部的な法構造をどのように理解するか、という点になる。

この点につき、ボワソナードは、まず、公示制度の目的を、隠れた行為（acte）（権利ではない）を知らない第三者に対して知らせることにあるとする。これは、一八五五年法の起草者以来、今日に至るまで一般的な理解である。ところが、右公示の目的達成のためには、当事者に対して何らかの形で公示を強制する必要がある。そのための手段として設けられたのが対抗要件制度であって、ボワソナードは、対抗要件制度を公示促進のために当事者に対して提示された威嚇的な制裁であり、これは刑法における一般予防と同様のものである、と述べる。この点も、フランスにおいては一般的な考え方といってよいであろう。

さて、以上の前提に立った上で、ボワソナードは、対抗要件主義の内部構造を次のように理解する。

① 前示の如く、対抗不能という効果は、公示の要請に非協力的な者に対する制裁と解される。従って、条文が要求する登記の欠缺という要件は、一方で、公示に非協力的な第一譲受人に対する帰責性の問題として捉えられる。即ち、ボワソナードによれば、登記法によって第一譲受人に対して新たに「登記（謄記）義務（devoir de transcrire）」なるものが課され、右登

記義務の懈怠を要件として、対抗不能という効果が発生する。そして、これは民法一三八三条の定めるフォートに基づく不法行為上の効果（＝第一譲受人の第二譲受人に対する「現物による（en nature）」損害賠償）である、とされる。

② 他方において、ボワソナードは、対抗不能という効果発生のためには、第三者側の要件として善意（bonne foi）が要求される、と主張する。そして、この点が、従来、ボワソナード旧民法が異色の立法と理解される由縁であったが、この点に関するボワソナードの説明は、次のようなものである。即ち、前示の如く、公示制度は、そもそも隠れた譲渡行為を知らない第三者に知らせるための制度であって、既に知っている者に対して知らせるための制度ではあり得ない。一方、対抗要件主義は、右の如き公示の目的を促進するための手段として設けられた制度である。それ故、このような目的と手段の関係からすれば、対抗要件制度の適用を受ける者の範囲は、公示制度が保護しようとする者の範囲、即ち善意者に必然的に限定される。即ち、右公示・対抗要件制度の関係からすれば、対抗要件主義は、本来的には第三者の善意を要件としているといわざるを得ない、と。

③ これに対して、一九世紀の通説は、善意・悪意不問の結論をとっていたが、その根拠は次のようなものであった。即ち、(a)対抗要件主義の規定は、第三者の善意を条文上要求していない。(b)登記法の立法者は、第三者の善意・悪意に関する争いを排除することによって、取引の安全を保護しようとしたと解される。(c)補充指定の登記に関する民法一〇七一条は、第三者の悪意に関する反対証明の不許を規定している、というのである。

しかしながら、ここで通説が一〇七一条を援用している点(c)は、善意・悪意不問説自体が、対抗要件主義が本来的には第三者の善意を要件としていることを自認するもの、といわざるを得ない。けだし、一〇七一条の規定の背後には、もし同条がなければ、第一譲受人は、第三者の現実の悪意を主張・立証することによって、当該譲渡を第三者に対抗できる可能性がある、という前提が存しなければならないからである。

では、対抗要件主義の条文それ自体が第三者の善意を要求していない点(a)は、どのように説明されるのか。この点は、対抗要件主義の規定が、登記の欠缺から第三者の善意を推定する、という「法律上の推定（présomption légale）」を黙示的に包摂しているため、と理解される。即ち、第三者としては、対抗不能の利益を享受するためには、本来ならば自己の善意を主張・立証しなければならないが、対抗要件主義の条文の結果、相手方の登記の欠缺を援用することで、自己の善意の証明に代えることができるのである。換言すれば、対抗要件主義の条文中に含まれている法律上の推定の結果、証明主題が善意から登記の欠缺へと置換されている。ただ、法律上の推定の典型的な規定の仕方ならば、「登記の欠缺から第三者の善意を推定する」という形で、条文上明確に規定されるところを、登記の欠缺という置換された後の証明主題のみを提示する形で規定されているために、推定事実である善意の存在が条文上隠れてしま

ったに過ぎない、と解される。

以上の如き理解を前提とするとき、当時の通説・善意・悪意不問説とボワソナード説の対立は、右「結晶化された」法律上の推定に対して、悪意の反対証明が認められるか否か、という問題として捉えられる。周知の如く、フランス法における「法律上の推定」は、ローマ法以来の伝統に従い、反対証明を認めない「覆滅し得ない推定（présomption irréfragable）」と、反対証明を許容する「覆滅し得る推定（présomption réfragable）」に分けられるが、「覆滅し得ない推定」か「覆滅し得る推定」かは、一九世紀学説及びボワソナードによれば、当該推定が「公序（ordre public）」ないし「公益（intérêt général）」に関わるか否かによって定まるとされる。従って、条文の形式論理に関する先の通説の(a)・(c)の主張は、つまるところ、右の点に関する実質的価値判断(b)に帰着するのであって、善意・悪意不問説もまた、対抗不能の効果発生のためには第三者の善意が要件となっている、という点ではボワソナードと共通の前提に立ちつつ、公示・対抗要件制度が公序に関する規定であることを理由に現実の悪意の反対証明を認めないのに対して、ボワソナードは、少なくとも二重譲受人間の紛争では「私益」のみが問題となっていることを理由に、反対証明を許容するに過ぎない。

三　今日のフランス法学説の理解

(1)　以上のボワソナード理論のうち、①所有権ないし物権の絶対性・②意思主義・③《Nemo plus juris……》原則と対抗要件主義の関係については、今日の学説は、ボワソナードと全く同様の理解をとるに至っている。ここでは、とりわけ「『対抗可能性』の一般理論（théorie générale de "l'opposabilité"）」の形成を看過するわけにはいかない。

一九世紀の判例・学説における所有権ないし物権の絶対性（absolutité）なる用語は、物権・債権の区別を絶対権・相対権に求める古典学説に対応しており、当時の学説は一般に、物権は絶対権であるから万人に対して対抗可能（opposable）であるが、債権は相対権であるから第三者に対しては対抗不能（inopposable）である、と説明していた。つまり、「対抗可能性」という用語は、一九世紀古典学説によれば、物権の絶対性、即ち、我が国にいわゆる物権的請求権をはじめとする対物訴権を行使し得る地位を意味していた。一方、債権の対抗不能性の根拠は、「債権（obligation）」と「契約（convention）」の用語の混同の結果、「契約」の相対性（relativité）ないし相対的効力（effet relatif）に関する一一六五条に求められた。だが、右解釈を前提とするとき、物権の設定・移転を目的とする契約の場合、相対性原則に服するはずの契約から絶対性を有する物権が発生する、という矛盾が生じてくる。そこで、当時の学説は、物権の設定・移転を目的とする契約は、原則的には相対性原則に服するが、例外的に登記を条件として対抗可能になると考えた。この点も、一九世紀学説が、対抗要件主義を効力要件的に理解していた理由の一つとして挙げられよう。

この問題を解消したのが「『対抗可能性』の一般理論」であって、右理論は、まず、一一六五条の規定する相対効は、当事者間で意図された契約ないしそれから生ずる権利の本来的な内容（＝債務的効果（effet obligatoire）ないし直接的効果（effet direct））を問題としているのに対して、対抗可能性は、契約外の第三者が契約ないし権利を侵害してはならないという不可侵義務（obigation d'inviolabilité）ないし尊重義務（devoir de respecter）を前提とし、右第三者の不可侵義務違反に対して制裁が加えられるという間接的効果（effet indirect）を意味する、という形で、一一六五条の適用領域を契約の直接的効果に限定した。そして、さような形で同条の適用領域から切り離された対抗可能性に関しては、およそ契約ないし権利は一般に、万人に対して対抗可能である、という形で、本来物権にしか認められていなかった対抗可能性を、債権あるいは契約それ自体にまで拡張したのである。これは、我が国における権利一般の不可侵性論に対応する理論ということができる。

その結果、今日の学説は、右契約の相対効との関係でも、効力要件的な発想を明確に否定し、物権は、原則的には既に契約段階において万人に対して対抗可能であって、登記の欠缺によって例外的に対抗不能となるに過ぎない旨を確認している。また、上述の如く、「対抗可能性」という用語は、第三者の不可侵義務を前提とした契約の間接的効果を意味するから、「対抗不能性」なる用語は、その逆、即ち、右第三者の不可侵義務の否定ないしそれを基礎として生ずる間接的効果の否定を意味する。従って、当事者間に存在する契約の直接的効果（＝債務的効果）の方は有効のまま残る、ということになる。

(2) 一方、対抗要件主義の内部構造の理解に関してはどうか。

① まず、対抗不能の効果を不法行為として構成するボワソナードの見解は、長い間賛同を得られなかった。しかしながら、登記方が新たに登記義務を創設したとする点、及び、右登記義務の懈怠に対して対抗不能という制裁的効果が発生するという点に関しては、反対説も認めるところであった。そして、周知の如く、一九六八年になって判例はフロード説からフォート説へと転換し、今日の学説の多くもフォート説に立つに至っている。

② 判例・学説のフォート説採用の直接の機縁となったのは、フロード構成の根幹ともいうべき「詐害的協同（concert frauduleux）」要件の破綻である。即ち、右要件は、現実には、単純悪意と同程度まで緩和されてしまったのであり、その結果、第一譲受人は、第三者の現実の悪意を立証することによって、対抗不能の効果を免れ得ることになる。これは、対抗不能の効果発生のためには、第三者の善意が要件とされる、というに他ならない。

③ 更に、右悪意の立証を、登記の欠缺から推定された善意に対する反対証明と構成する点についても、これを明確に論ずる学説が現れてきた。もっとも、学説は、次の二点においてボワソナード説に修正を加えている。第一に、ボワソナードは、反対証明の方法を自白と宣誓に限定していた。第三者が自発的

に自白あるいは宣誓した場合にしか悪意が証明されないとする右主張は、結果的には、悪意者排除というよりは背信的悪意者排除に近いものと考えられるが、これに対して、今日の学説は、反対証明の方法の無限定を主張している。第二に、覆滅し得ない推定か否かの基準を公序に求める点についても反論が提起されており、近時の学説の中には、反対証明の不許によって達成される目的が、どの程度強い要請となっているか、という実質的考慮によって決められる、と主張する見解も存する。

四　一七七条の解釈への導入の可能性

では、以上の如きボワソナード及び今日のフランス法学説の立場を、我が現行一七七条の解釈論に導入することは可能か。

(1)　まず、①所有権ないし物権の絶対性・②意思主義・③《Nemo plus juris……》原則と対抗要件主義の関係について。

このうち、①物権の絶対性に関しては、「『対抗可能性』の一般理論」に立つか否かという問題はあるが、少なくとも事を物権に限定するならは結論的に差異は生じてこない。即ち、相対的所有権概念は極力排除する、という点において、フランスも日本も変わるところはないと考えられるのであり、従って、相対的効力説・不完全物権変動説のような発想は否定されなければならない。

他方③《Nemo plus juris……》原則は、フランス法においては他人物売買の無効等の条文により具体化されているのに対して、我が国では他人物売買は無効ではない。しかしながら、それは、債権的な有効を意味するに過ぎないのであって、無権利者からの譲受人が物権を取得できないという事実には変わりがない。従って、この点に関してもフランス法と日本法との間に同視し難い差異があるとは思われず、それ故、《Nemo plus juris……》原則それ自体の全面的破棄を前提とするドイツ法に依拠した形での公信力的発想は、採用することはできない。

これに対して、②意思主義に関しては若干問題がある。というのは、第一に、フランス法は、売買等の契約の効果として物権が移転する、と規定しているのに対して、我が現行民法は、パンデクテン・システムの物権編の中で意思主義を規定しているからである（BGB制定過程において、パンデクテン・システムは、物権・債権及びその取得原因を峻別する目的を有していた）。第二に、不動産登記法がドイツ法の影響を受けている点も問題になる。ドイツ法における物権契約は、登記申請手続における共同申請の意思から理論的に分化したものであるが、我が不登法二六条（共同申請主義）の立法過程からは、同条がドイツ法の「こんぜんす・ておりー」の継受であることが知られる。即ち、我が不登法は、ドイツ法的な物権的合意を念頭に立法されている。となれば、仮に民法一七六条をフランス法の全面的継受と仮定しても、新法たる不登法が旧法たる民法に優先する、あるいは、不動産に関する特別法たる不登法が、動産・不動産の一般法たる一七六条に優先する、という形で、一七六条の意思表示を物権的意思表示と解した上で、これを共同申請意思の中に見出すことも、解釈論的には可能となる。そして、仮にこのような解

釈をとった場合、二重譲渡が行なわれる可能性は、時間的に極めて僅かなものとなるから、一七七条の対抗要件主義の現実の適用領域は、非常に限られたものになる（共同申請意思以前に、当事者が特段の意思表示をした場合に限定されてこよう）。もっとも、これは、一七六条固有の解釈問題であって、一七七条それ自体の構造理解に影響を与えるものではない。

(2) では、一七七条それ自体の構造論について、ボワソナード説ないし今日のフランス法学説の導入は可能か。

① まず、一七七条が《Nemo plus juris……》原則に対する——あくまでも限定的な——特則として創設された法定効果である、という点では、法定制度論ないし法定取得—失権説の主張が正当であろう。しかしながら、真に問われるべき問題は、右法定効果の法的性質である。我が国の不法行為法は、フランス法と異なり金銭賠償の原則をとるため、ボワソナードのような民事責任構成それ自体を認めることには異論があるかもしれない。ただ、公示の要請に基づき、一七七条は、当事者に対して登記義務を課しており、この登記義務違反に対して対抗不能という制裁が発生する、という点においては、不法行為と同様の義務違反の構造をもっている、といって差支えないように思われる。

② 一方、ボワソナード及びフランス法学説も述べるように、公示制度は、譲渡を「知らない」第三者に知らせるための制度であって、知っている者に知らせるための制度ではあり得ない。他方、対抗要件制度は、この公示の目的達成のために採用された手段である。従って、一七七条の対抗要件制度による保護の対象もまた、公示制度が想定する「知らない者」即ち「善意者」に限定される、といわなければならない。換言すれば、一七七条もまた、第三者の善意を隠れたる本質的要件としている、といわざるを得ない。

③ 更に、「推定」構成との関係では、梅謙次郎が『民法要義』の中で、フランス法及び現行一七七条の立場を、登記から第三者の善意・悪意を「看做ス」即ち「擬制」する立法である、と述べている点が注目される。ドイツにおいては、普通法時代には、フランス法と同様、法律上の推定を「覆滅し得ない推定」と「覆滅し得る推定」の二つに分けていたが、その後、覆滅し得ない推定は擬制に他ならないとされるに至った。現行民法は右ドイツ法の影響を受けたもので、それ故、少なくともここでの「覆滅し得ない推定」か「擬制」かの違いは、単なる用語の違いに過ぎないと考えられ、従って、前示のフランス法における「推定」構成は、現行一七七条に関しても同様に成り立ち得るものと解される。即ち、一七七条もまた、本来的には第三者の善意を要件としているが、同条の「登記ヲ為スニ非サレハ」という文言中には、「登記の欠缺から善意を推定する」という趣旨が結晶化した形で包摂されている結果、第三者は「登記の欠缺」を援用するだけで、自己の善意の証明に代えることができる。そして、かかる第三者の利益に対応するところの、当事者側の証明責任上の不利益それ自体についても、これを登記義務違反に対する制裁と捉えることができるであろう。

以上の理解に立つとき、一七七条をめぐる悪意者排除説と背信的悪意者排除説の対立もまた、フランス法におけると同様、右善意の推定に対して、悪意の反対証明が認められるか否か、という問題として捉えられることになる。即ち、ここにいう「擬制」即ち「覆滅し得ない推定」か否かは、反対証明を許さないことによって達成される目的が、どの程度強い要請となっているか、という実質的考慮によって決められるから、右要請が今日低下しているならば、ここにいう「擬制（＝覆滅し得ない推定）」の合理性は失われ、反対証明を認めなければならなくなる。一七七条の場合、右要請は、画一的処理によって紛争の蒸し返しや遅延を防止し、ひいては取引の安全・迅速を図る点に求められているが、かかる要請は今日的には低下している、といわざるを得ないであろう。従って、私見は、結論的には悪意者排除説をとるが、もっとも、以上の如き一七七条の構造論それ自体は、論理的には、悪意者排除説・背信的悪意者排除説の何れに立っても成り立つものである。そして、このような構造理解を前提としてこそ、一七七条の主張・立証責任の所在や、物権変動の事実を相手方が承認した場合、といった問題を、矛盾なく説明できるように思われる。

【参考文献】 Marc Lévis, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Collection Droit Civil, Série: Études et Recherches, Éd. Economica, Paris, 1989.〔書評・七戸・法学研究六四巻二号（一九九一年）〕七戸「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――」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二三号七一頁（一九八六年）、同「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――」同二四号一二一頁（一九八六年）、同「『対抗』のフランス法的理解」同二六号六五頁（一九八七年）。

（慶応義塾大学助教授）