民法一七七条における悪意者の問題（一）

滝沢聿代

一　はじめに

不動産の二重譲渡に民法一七七条を適用する場合に、未登記の第一譲渡の存在について事実上悪意であった第二譲受人もその登記の欠缺を主張しうる第三者に含まれるとすべきか。この問題は、フランス法主義ないし意思主義・対抗要件主義の下では依然重要な論点の一つである。先に物権変動論に関する拙稿[1]を発表して以来、同じ問題をこの第三者の主観的要件という角度から整理し直してみることは、わたくしにとって少なからず魅力的な課題であった。拙稿中でわたくしが論じた立場は、第三者を善意者に限るというかたちでうち出された公信力説[2]とこの点において最も明瞭な対立を示しているからであり、見解の相違のよって来たる所以を十分明確にすることは、今後の議論の発展のために不可欠であろうと思われたからである。しかし、問題は既に先の論稿で一応のスペースを割い

て検討済みであり、[3] 基本的なところにおいてこれにつけ加えうる程のものを持ちえなかったし、わたくしの関心を他に向けるような諸般の事情もあった。今、改めて当面のテーマに立ち戻るについては、次の二点を理由とする。

第一に、フランス法主義の母国フランスにおいては、一九六八年の破毀院判決[4]によって伝統的な fraude（欺罔、詐害的行為）の理論から不法行為責任を援用する faute（故意・過失）の理論への転換がみられ、第一譲渡の存在を知りつつ第二契約を締結することは民法一三八二条の faute を構成するとして、それまでの悪意者をも第三者に含める立場から悪意者排除説への注目すべき判例変更がみられたのであるが、学説はこれに対し賛否両論であり、破毀院のその後の動向も少なくとも拙稿の執筆当時は必らずしも十分明らかではなかった。これに対し、現在は新判例が定着している一方、学説においては、当面の問題に言及し、判例を批判する新たな論稿もいくつか現われており、ここで再びフランス法との接点を確認しておくことの意義は少なくないと思われる。

第二に、二重譲渡の理論構成如何というわが国の民法解釈の古典的課題の一つをテーマとした拙稿に対しては、発表後若干の方々から疑問やご批評をいただいた。多少時を経てはいるものの、一度はこれらにお答えしておくことがご教示に報いることであり、あるいは表現の不十分の故にお分り頂けなかった点を補うことにもなるかと思われる。また、もちろん、悪意者の問題を対抗の理論構成と無関係に論じることは到底不可能であろう。

そこで、右のような本稿の目的に出来るだけ添うようなかたちでフランス法における議論の現状を分析し（二）、次いで、これと対応させつつ対抗の理論に関するわたくしの立場を再論する（三）。

（1）滝沢聿代「物権変動における意思主義・対抗要件主義の継受――不動産法を中心に――（一）～（五完）」法協九三巻九、一一、一二号（昭和五一年）、九四巻四、七号（昭和五二年）参照。

（2）公信力説と呼ばれる諸説の間でのニュアンスの相違は無視しえないが、一般の見方に従って、一七七条の第三者を善意者に限る立場を指して公信力説と概括しておく。旧稿でとり上げたのは主に半田、篠塚説であるが、石田、米倉教授、鎌田助教授らがこの立場を支持される。文献としては、半田正夫「不動産所有権の二重譲渡に関する諸問題(一)～(四)」民

事研修一五〇、一五一、一五九、一六〇、一六四号、同・不動産取引法の研究所収（同書には、「不動産所有権の二重譲渡に関する諸問題・補論」（昭和五四年）が書き加えられた。以下、半田論文の引用は本書による）他、篠塚昭次「物権の二重譲渡」法学セミナー昭和四〇年八月号、同・論争民法学I所収、同・民法セミナーII物権法第二分冊、石田喜久夫「対抗問題から公信力説へ」追手門学院大学経済論集七巻一号、同「現代の物権変動論—民法一七七条の第三者につき善意・悪意を問題としない判例・通説の根拠を問う—」法学セミナー一九七八年七月号、いずれも同・物権変動論所収（以下、石田論文は本書により引用する）、米倉明「債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問(3)」北大法学論集二三巻三号五八一頁註(9)、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」比較法学九巻二号一一八頁以下、同『二重譲渡』の法的構成」ジュリスト増刊民法の争点八四頁以下が代表的なものといえよう。なお、古くは岡村玄治、田島順両博士による公信力説の展開がみられるが（滝沢・前掲論文(一)法協九三巻九号六六頁注(24)参照）、本稿では最近の学説に焦点をあてる。

(3) 滝沢・前掲論文(四)、(五)法協九四巻四号一一〇頁以下、九四巻七号一二四頁以下参照。

(4) Civ. 3e, 22 mars 1968, D.S. 1968, 412, note J. Mazeaud.

二 フランス法の状況

(1) 判例の発展

フランス民法の意思主義の原則は、引渡主義の観念化を前提とする公証人慣行を背景としつつ、そこで行なわれていた事実上の意思主義を理論的に確認するというかたちで一八〇四年の民法典と共に確立され、以後一貫してフランス法理論の中心をなして来ている。これに対し、民法典起草者は贈与、補充指定の登記(insinuation)、不動産先取特権、抵当権の登記（inscription）以外の有償の所有権移転の謄記（transcription）を制度化しなかったため、一般的な不動産譲渡の公示は半世紀後の一八五五年三月二三日法によってはじめて実現されたわけである。「(不動産上の権利は）謄記までは不動産上に権利を取得しかつ法律の規定に従ってこれを保持する第三者に対抗しえな

い。」という一八五五年法第三条の規定は、民法典の意思主義に対する根本的な修正であり、また登記法自体が制度上解釈上の種々の問題点を含んでいたため、[1] これに対する批判を含めてドイツ的な登記主義採用の主張も少なからずみられた。しかし、一九五五年一月四日デクレによる詳細かつ全面的な改革を経て、今日この意思主義・対抗要件主義のシステムは、フランス法中に根を下ろしむしろ積極的な評価さえ受けている。[2]

ところで一九五五年改正法の一つの中心は、一八五五年法が法文上何ら言及しなかった第三者の要件を詳細に明文化した点にあって、同デクレ三〇条の一は次のような規定となっている。「第二八条一号の適用によって公示に服する証書及び裁判所の判決は、公示されなければ、同一の不動産について、同一の前主から、同じ公示の義務に服する証書又は判決に従って競合する権利を取得し、公示をするか又は先取特権もしくは抵当権の登記をした第三者に対抗しえない。」これにより、同一前主の承継人として競合する権利取得を争いかつ自ら公示した者を優先させるという対抗要件主義の基本原則が立法的に確認されたのであるが、ここでも一八五五年法におけると同様、第三者の善意・悪意に関しては何も言及されていない。そこで、当面の問題は、専ら解釈と判例法の領域に委ねられて来た。

登記法成立後から一九六八年の破毀院の判例変更に至る間の判例法はほぼ一貫しており、第三者の善意・悪意は問わないが、第一譲受人の取得した権利を奪う目的で譲渡人と concert frauduleux（詐欺的共謀）が行なわれた場合には、第二譲渡は無効となるといういわゆる fraude の理論が形成されていた。[3] 破毀院が当初からためらわず、悪意者も第三者たりうるという結論を採用した背後には、一八五五年登記法の前身をなす共和暦七年霧月一一日法の下での判例理論の影響を認めることが出来、またこのごく初期の登記法の下では、「第三者に対抗しえない」という立法形式に対して、登記がなければ所有権移転が生じないという登記主義的な理解を与える傾向がみられたために、登記による画一的な解決という考え方がごく自然に導かれ得たものとわたくしは見ている。[4] しかし、フラン

ス法は他方で「fraude は全てを害する (Fraus omnia corrumpit)」という法の一般原則の適用を認めており、登記法にも当然これが及ぶのであるから、fraude の名の下に、例外的に一定の譲渡の効果を否定する可能性は常にありえたわけである。問題は fraude の中味であった。

破毀院は一八五八年一二月八日判決[5]において、「謄記が売主と譲受人との間の concert frauduleux によって行なわれた場合がこれにあたる」と判示したのであるが、事案は、不動産の第二買主が第一譲渡の存在を知りつつこれの未登記を確かめ、よりよい代価を提供して売主を説得し二重売買をさせたケースであった。このように、売主と第二買主との間に第一買主の権利を奪うための協力関係が認められる場合に限り、例外的に第二買主の登記の効果を否定するという趣旨の判例が登記法成立の直後から蓄積されていく。しかも、例外は徐々に拡大の傾向を示し、結局、協力関係の有無を問わず第二取得者の側における fraude の認定のみで十分とするに至ったほか、fraude の内に単なる悪意のケースをもとり込む場合が認められるようになる。[6] 実際、concert frauduleux と単なる悪意との区別は非常に難しいため、一八五八年判決の判旨も他方では、「二重譲受人が共に善意の場合には登記を先にした者が優先する」とつけ加えている。[7] もう一歩進んで、単なる悪意は concert frauduleux に含まれないという点が明確にされるためには、一九二五年一二月七日判決を待たねばならなかった。[8] ここで破毀院は、第一譲渡の存在につき認識 (connaissance) があったことを理由に第二譲渡を無効とした原判決を破毀し、「不動産の買主が先に第三者に売却されたことを知りつつ先に謄記しても何ら fraude を犯すものではなく、より勤勉な (あるいは注意深い) 取得者に法が与える利益 (avantage) を行使するにすぎない。」と明言している。

破毀院の悪意者包含説を確認した右の一九二五年判決に対して、最も体系づけられた悪意者排除説を主張するサヴァティエ評釈[9]が書かれていることは大へん興味深い。faute の理論はこの評釈と共にはじまったとみてよいであろう。サヴァティエは、一八五八年判決以後の concert frauduleux を認定した判例のほとんどが、内容的にみれば

悪意者排除の実質を持つかあるいは両者の区別を混同しており、単なる悪意のみでは concert frauduleux にならないとする学説の建前との間にずれがあることを指摘し、批判の出発点を悪意と concert frauduleux の区別が実際上不可能であることにおく。更に、一八五五年法の立法趣旨も、二重売買は常に fraude であり、第一契約を知りつつこれに参加することは即ち fraude に加担することであって、第二買主の登記の効力を無効とする趣旨であったと論じ[10]、登記によって保護されるべきであるのは欺かれる危険のある者であって、他人を欺く者は制裁すべきであるという道義主義的な立場から、登記による優先主義が適用されるのは善意の譲受人間においてのみであると主張している。悪意の譲受人は、客観的に不正不法な二重譲渡にそれと知りつつ加担することにより、民法一三八二条の faute を犯し、民事賠償責任を負う。賠償は現物賠償が原則とされるため[11]、faute による行為の結果を破棄し、奪った権利を返還することとなる。サヴァティエは、右のような解釈が、動産の二重譲渡、指名債権譲渡におけるフランス法の解決とも一致して妥当であり[12]、逆に補充指定の登記に関する一〇七一条が悪意の第三者も登記の欠缺を主張しうると規定しているのは、これの公示に特有な例外的事情によると論じている[13]。

しかし、批判にもかかわらず、concert frauduleux の理論は一貫して判例とされ続けた。では、一九六八年の判例変更を導いた原因は何であったのか。直接の契機は、やはり破毀院が善意転得者の保護の問題に直面したことにあるとみるべきであろう。破毀院民事部一九四九年五月一〇日判決[14]の事案は、第一売買の謄記が売主の怠慢のため遅れていた間に、売主が架空会社を設立して目的不動産を出資し、善意の第三者に転売したというものである。転得者は売主の権限を一応調査しているのに、第一買主の謄記の存在については、登記吏の過誤があったため知り得なかった事情がある。即ち、転得者は善意無過失であった。しかし破毀院は、一、二審と同様に、fraude にあたる第二譲渡（会社への出資）は無効であり、謄記が権利設定的（constitutif）な効力を持たない以上、転得者は無権利の会社から不動産を取得し謄記しても所有権者とはなりえないと判断せざるを得なかった。「何人も自己の有す

る以上の権利を他人に譲渡しえない (Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet)」という原則を無視しえないからである。一九六一年に再び fraude による第二譲受人からの転得者の地位が争われた際にも、破毀院は先例と同様の立場をとって転得者の保護を認めなかった。[15]

右のような解決に対する学説の批判として、一九四九年の事例については、二審判決に対するアメル評釈、一九六一年判決についてはビュルテ評釈が書かれており、いずれも faute の理論に立脚しつつ善意の転得者を保護する必要性を説いている。[16] もっとも、続く一九六八年判決の事案は、直接には転得者がからんだケースではない。破毀院は、不動産の第二譲受人が第一契約の存在を知っていたというだけでは第一売買の無効（対抗不能）は導かれないとする原審判決を破毀し、悪意の第二譲受人は民法一三八二条の faute を犯すものであることを確認した上で、第一譲受人に対する目的不動産の返還を示唆したにすぎない。しかし、学説も指摘しているように、[17] 将来の転得者保護にそなえた判例変更であったとみることが自然である。

その後、破毀院の立場は、若干の動揺をみせたものの、一九七四年に出された二つの判決[18]によって先の判例変更が再確認され、更に数件の同趣旨の判決が加えられている。そのうちには、faute を犯さないためには第二譲受人は第一譲渡の存在に関して調査義務を負わざるを得ないとみる多くの学説の議論に反して、これを否定する結論を明らかにした一九七九年五月二八日判決が含まれている。[19] 即ち、破毀院のこの問題に関する立場は、登記しなければ対抗しえない第三者は善意者に限られるが善意であることについて過失の有無を問わない、悪意の第三者は第一譲受人に対し faute を犯すことになり、目的不動産が手許にある限り現物賠償としてこれを返還すべきである、但し、善意転得者の行為は faute にあたらないから賠償責任を免れる、という論理に要約される。

(1) 死因変動及び共有分割、和解等の確認行為 (actes déclaratifs) が公示の対象とされていないこと、取消、解除、無効の効果に対する第三者の保護が極めて不十分であること等の他、登記によって対抗すべき第三者の範囲が明確でない

ことがあり、第三者の主観的要件をどうみるかも含まれる。滝沢・前掲論文㈢法協九三巻一二号九八頁以下参照。

(2) Michelle Gobert, La publicité foncière française, cette mal aimée, Mélanges Flour, 1979, p. 247 et s.

(3) この点を含め、フランスの判例に関する研究としては、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」阪大法学五一号一頁以下、星野英一「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概観」民法論集第二巻六二頁以下、鎌田・前掲論文比較法学九巻二号三一頁以下、滝沢・前掲論文㈣法協九四巻四号一一〇頁以下がある。

(4) 登記の起源をなすナンティスマン慣習法がローマ法の引渡理論により把握されたためと解される。滝沢・前掲論文㈠法協九三巻一一号一二八頁、一三二頁註(21)参照。

(5) Req. 8 déc. 1858, D.P. 1859, 1, 184.

(3) Emmanuel du Pontavice, Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers, Rev. trim. dr. civ. 1963, p. 657 et s.; Gilles Goubeaux, note sous Civ. 3e, 30 janv. 1974, Rép. Defrénois 1974, art. 30631, p. 641 et s. しかし、これらのフランスの文献以上に鎌田・前掲論文比較法学九巻二号四二頁以下の検討が詳細である。

(7) 他にも、concert frauduleux の理論に依る一方で、登記は善意の取得者のみを保護すると論じている Req. 27 nov. 1893, D.P. 1894, I, 342. がみられ、この時期の判例が当面の問題に確信を得ていないことを示している。

(8) Civ. 7 déc. 1925, D.P. 1926, 1, 185, note R. Savatier.

(9) Note R. Savatier, précitée.

(10) 一八五五年登記法の理由書は fraude が登記による優先の原則の例外となるとのみ言及しているが、この fraude が単なる悪意による二重譲渡を念頭におくものか、それ以上の害意を指すのかは明確でない。サヴァティエは前説をとるが、共和暦七年法の下での判例法を前提とするならば、後説である可能性も十分あり、その趣旨の学説もみられる。Lyon-Caen, note sous Req. 27 nov. 1893, S. 1894, I, 385.

(11) 契約責任に関する民法一一四四条（履行の強制を認める規定）などが根拠とされ、判例、学説の定説である。H., L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. II, vol. I, 1978, n° 621, 933 à 935; G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, t. II, vol. I, 1962, n° 511.

(12) 動産の二重譲渡に関しては、善意で先に占有を取得した者が優先するという民法一一四一条の規定がある（動産における対抗の問題は、滝沢・前掲論文㈣法協九四巻四号一〇四頁以下でとり上げている）。指名債権譲渡の対抗要件は債務

者に対する通知 (signification) であるが (民法一六九〇条)、サヴァティエは、悪意の第三者は通知の優先を主張しえないとする判例法の存在を指摘する。

(13) 民法一〇七一条は、補充指定の公示に関して、「公示の欠如は、債権者又は第三取得者が、公示以外の手段によって処分を知り得たであろうことをもって、補完されえないし、また治癒されたとみなされない。」と規定する。この条文は悪意者包含説の論拠の一つとされる一方、悪意者排除説からは特殊例外的規定として斥けられて、論点の一つを形成している。

(14) Civ. 10 mai 1949, D. 1949, 277, note Lenoan; S. 1949, 1. 189, note Bulté; J. C. P. 1949, II, 4972, note Becqué.

(15) Civ. 1re, 17 oct. 1961, J. C. P. 1962, II, 12758, note Bulté.

(16) 不法行為理論によるならば、悪意の第二買主は第一買主に対し自己の faute の損害賠償をしなければならないが、faute を犯していない善意の転得者は賠償責任を免れると論じられる。他にも、詐害行為取消訴権 (action paulienne)、表見相続人の理論 (Error communis facit jus) 等を援用して善意転得者を保護する途が検討されているがいずれも難点を含む。Hamel, note sous C. de Paris, 11 mai 1945, D. 1947, 62; Bulté, note précitée.

(17) Mazeaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 727; Marty et Raynaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 697; J. Mazeaud, note précitée; Plancqueel, note sous Civ. 3e, 30 janv. 1974, Gaz. Pal. 1974, II, 570.

(18) Civ. 3e, 30 janv. 1974, D. S. 1975, 427, note Penneau; J. C. P. 1975, II, 18001, note Dagot; note Goubeaux, précitée; note Plancqueel, précitée; obs. Giverdon, Rev. trim. dr. civ. 1975, 569; Civ. 3e, 3 oct. 1974, note Dagot précitée; obs. Giverdon précitée. 但し、一月三〇日判決が「第一譲渡の存在を知りつつ不動産を取得することは faute を構成する」と単純に明言したのに対し、一〇月三日判決では「faute を構成しうる」として、pouvoir が加えられているため、faute の判断はより柔軟に事実審の評価に委ねられるかにみえた。学説はこの点を把えて、破毀院が faute の理論に自信を欠くからであると評しているが (Dagot, note précitée; Gobert, op. cit., p. 225)、pouvoir はその後一九七八年二月一五日判決(Civ. 3e, 15 fév. 1978, Gaz. Pal. 1978, I, Somm. 175; Rev. trim dr. civ. 1979, obs. Giverdon) に現われたのみで消滅しており、余り大きな意味はない。これら最近の判例の動向は、鎌田薫「二重売買における買主の注意義務」判例タイムズ四二二号三六頁以下に詳細である。

(19) Civ. 3e, 28 mai 1979, Bull. civ. 1979, III, n° 116, p. 88; D. S. 1979, I. R. 409. 鎌田・前掲論文判例タイムズ四二

二号四〇頁以下参照。

(2) 学説の対応

破毀院一九四九年判決の論理が善意の転得者を救済しえなかったことに対しては、前述のような批判的見解が書かれたのであるが、もちろん判例理論を支持するルアスト、ベケ、ルノアン、ソリュス等の評釈、ポンタヴィス論文等がみられ、[1] 数の上でも後者の方がはるかに多数であったことは改めて確認しておくに値しよう。実際に faute 説への判例変更を実現した一九六八年判決が現われたのに対しては、これに賛成する評釈としてJ・マゾーのもの[2]がみられるのみであり、むしろブルダン、プランクエルによる不法行為理論の適用そのものに対する批判の方がより本質的な問題提起を含むとみうけられた。[3] わたくしの旧稿が一九六八年判決に疑問を投じた時点における学説の状況は右のようなものであった。ここでは、より最近の学説の議論に焦点をあて、破毀院判決に対する評価を明らかにしておきたい。

不法行為説は、先のサヴァティエ評釈の議論の上に立ち、それに新しく登場した善意の転得者の保護という利点を加味することによってJ・マゾー評釈により完成されている。破毀院一九七四年一月三〇日判決が先の一九六八年判決の踏襲を明らかにした後、これらの faute 説の立場を承継し、新たに判例賛成の評釈をつけ加えているのはグボーである。[4] グボー評釈は、かつて一九六八年判決の論理に対して述べられたブルダンの批判、「一三八二条は、われわれの法の中をすっかり荒しまわったので、またも不動産公示を破壊することが許されるのであろうか。」[5]という一節の正当性を十分認めた上で、不法行為理論の導入自体に対する不安さえ超えるならば、破毀院の議論には否定し難い利点があるとして、次の諸点を賛成の理論的根拠として指摘する。[6]

第一に、既に譲渡を受けた他人の権利を無視して登記の優先を主張することは当然 faute にあたるはずであり、

不動産登記は、先行する譲渡の存在に対し不動産取得者を保護することによって取引の安全を目指すものであるから、悪意の取得者に不動産登記の恩恵を与える必要はない。

第二に、善意の転得者を保護しうる実務上の利点が大きい。不法行為理論は、fraudeによりなされた登記それ自体の無効という機械的な制裁から、関係当事者の個人的行動の評価に視点を移すことによって、善意の転得者だけを保護することを可能にする。

第三に、売買一方の予約を無視して譲渡がなされた場合の解決と調和が可能である。判例は債権侵害の共犯者である第三者に不法行為責任を認めており、悪意の取得者に対しては現物賠償させるため売買を無効としている。単なる債権者である予約の受益者と不動産取得者である者とにこのような取扱いの差異があるのはおかしい。(7) 加えて、動産二重譲渡において、善意の第二譲受人のみが保護されることと同一の解決になるのも望ましい結果である。

グボーは批判の余地があることを留保しつつも、右のように判例理論を積極的に評価する一方、破毀院の論理がもたらす危険に対して注意を喚起することも怠っていない。即ち、悪意の立証を容易に認めることによって意思主義の原則を優先させるという運用をしてはならないと警告し、民法二二六八条によって善意は推定されること、悪意の立証は確実でなければならないことを強調する。更に、先例となる破毀院判決についてもその射程距離を厳格に解するべきであるとし、この観点から次のような注目に値する指摘をしている。①第三者が先譲渡の存在を知りつつ不動産を取得することが fautte と評価されるのであるから、不動産取得後公示前に悪意になったとしても、登記をすることが fautte になると考える必要はない。適法に取得した権利を立法者の認める勤勉さによって確保することは許されるべきである。②不動産を取得しようとする者は、登記簿によって先譲渡の有無を確認すれば足り、それ以上の注意義務を負わない。不動産登記簿への信頼は保証されるべきである。先譲渡の存在を知りつつ契約することは fautte にあたるが、登記簿にない譲渡の存在を知らないことは何ら fautte を構成しない。③登記しなかっ

た第一譲受人の faute も十分考慮すべきであるから、法定の期間内に登記をしなかったこと[8]、公正証書取得のために努力しなかったこと等は民事責任の分割（過失相殺）をもたらし、現物賠償を不適当にする。この場合は、金銭賠償による部分的賠償に帰する。

以上が破毀院の新判例に対し最も理解ある立場をとる学説の評価である。このグボー評釈の後に書かれたゴベール論文[9]は、一九六八年判決以来の判例の悪意者排除説を批判するに際して、破毀院の理論は唯一グボーを除く全ての評釈者によって批判されており、グボー自身の意見も留保付の賛成であるため結論的にはどちらともいえないと評している[10]。当事者の意識や心理状態を考慮にとり込むならば、不動産登記のメカニズムの自律性は害され、取引安全に反するという点がこの反対説における基本的主張とみられ、判例理論は、「不動産公示の否定であり、一八〇四年の民法典へのずるいがしかし確実な復帰となる[11]」という指摘に批判の趣旨は極まっている。

しかしゴベールも、concert frauduleux の理論によって例外的に登記の優先を主張しえない第三者を排除して来た伝統的な判例には賛成であり、悪意者排除は concert frauduleux の例外を認めたことの必然的な移行現象(glissement)であったとみる立場に反論している点は注目に値する[12]。ゴベールによれば、一八五五年法以後の判例中二例のみを除く全ての事案において、詐欺的共謀を特徴づけるような事実の存在は疑いえず、それ故に一九六八年判決は全くの判例変更としか解しえないものであった。ただ、この判例変更は、次の二点において従来の理論に優るものを持つことが認められる。

一つは、concert frauduleux の認定が事実審の専権に委ねられるのに対し、faute の有無に対しては破毀院のコントロールが及ぶという点である。しかし、この破毀院のコントロールも事実審の認定した事実を左右しえない以上あまり大きな意味はない。むしろ、悪意の立証の過程において、グボーが危惧しているような悪意の推定→立証責任の転換といった移行現象が生じる恐れの方が重要であると述べ、ゴベールは次のようにつけ加えている。「優

柔不断、怠慢、のろまな人々にとって何たる報償であろう。我々は勤勉にしてその法的地位を出来るだけ早く正規のものとしようと望むことに疑いを持つに至るのではなかろうか。」[13]と。

判例変更のもう一つの利点は、言うまでもなく善意転得者の保護にあった。この問題に対するゴベールの反論は、極めてユニークである。即ち、一九四九年の破毀院判決において、《Nemo plus juris…》の原則が適用された結果転得者の権利が覆えされたことは、第二譲渡が「架空の会社への出資」という本来的に無効・不存在であるようなものであったという事案の特殊性によってのみ説明される。通常の第二譲渡の対抗不能においては、このような結果は決して必然的ではなく、対抗不可能性が根本的に個人的なものであることを考えるならば、第二譲渡は第一譲受人に対抗しえないが、にもかかわらず、転得者はこの者に対抗しうるという結論を導くことができるはずである。従って、転得者保護のためだけに理論体系全体を巻き添えにする必要は全くなかったというわけである。[14] ゴベールの意図するところは、結局、転得者をも通常の対抗関係にとり込み、第一譲受人と同次元で登記の優先を争わせるという解決であって、恐らくフランスの学説においてこの考え方が明確に主張されたのははじめてであろうと思われる。後述するようにわたくしはこの解決に疑問を持っているが、転得者保護にひきずられて理論をつくるべきではないという限りでは賛成であり、またゴベールが不法行為理論を無用の迂回であるとみる理由としては十分理解しうる。

加えて、グボーも指摘したように、第一譲受人の過失を考慮して責任の分割を認めるならば、不法行為の結果は現物賠償よりむしろ金銭賠償の方が通常となるであろうから、結局求められている現物賠償を実現させ得ない不法行為理論を援用すること自体が無意味に帰すると論じている。

一九六八年判決の論理に右のような批判を加えたゴベール論文の後半は、優先契約 (pacte de préférence) 及び抵当権への代位 (subrogation) の公示に関する破毀院判例の検討にあてられている。[15] 一九五五年登記法は優先契約

の公示については何も言及していないが、登記法の構想からみて、これを売買一方の予約と同様に三七ー一条の規定する制裁を伴わない任意的公示に服せしめることが最も合理的な解釈となると考えられる。にもかかわらず破毀院は、優先契約の受益者の保護に傾いた結果、一九七一年判決でこれらの公示に通常の物権取得の公示と同様の効力を付与し、学説の議論を呼んだ。[16] ゴベールはこの判決を批判して、本来は民事責任の理論が適用されるべきである領域にあえて公示の規定を拡張していると指摘し、先取特権及び抵当権への代位の公示に関する民法二一四九条の解釈についても同様に、破毀院が無用に対抗力の拡張という判断傾向を示していると分析する。[17]

これらは、破毀院判決が一九五五年法の法文に正確に対応する解決となっておらず、破毀院の恣意的解釈によって不動産公示の基本的メカニズムが歪曲されていることのもう一つの例証にほかならない。しかも、第三者の悪意の問題について意思主義への傾斜を示したのに対し、ここでは逆に公示の対抗力の過度の強調がみられるのであって、破毀院自身の論拠も一貫していない。いずれにしても、「もし破毀院が不動産公示は改革されるべきであると考えるのであれば、それを知らせる別の方法がある。役割と権限を混同することはよいやり方ではない。それをやり過ぎて破毀院が権威を失墜するのは不幸なことであろう。」[18] とゴベールは結んでいる。われわれがフランスの判例にのみ注目しえない所以である。優先契約の公示に対抗力を認めるという解決に関しては、ゴベール、ダゴを中心とする学説の批判の前に破毀院が後退を示しており、一九七九年には事実上の判例変更に近い判断が出されていることは特記しておくに値しよう。[19]

不法行為説を再確認した一九七四年判決に対しては、更にダゴ、ペノ、プランクエル、ジベルダンらによる反対説が書かれている。[20] ダゴ評釈は、二重譲渡が必ずしも常に不道徳と考えるべきではなく、感傷を捨てること（dé-sentimentaliser）が必要であるとし、錯誤があったり売主が処分権の存在を信じている等、第一譲渡の認識が当然に faute とは結びつかない場合があることを強調する。かくして、正義と取引安全の抗争において前者に傾斜しす

ぎるならば、やがて不動産公示を失効せしめ、裁判所の意向とは逆に登記主義を導入せざるを得なくなるであろうと警告する一方、不法行為の規定である民法一三八二条を援用する結果、公示義務を負う者とその包括承継人を第三者から除外する三〇―一条二項の存在は無意味となることからも不法行為説は正確な議論ではないと重要な指摘をしている。ペノも、不法行為理論を適用した場合悪意の認定が拡大され易いという批判に同調し、登記簿による情報が第三者の取引の安全を保障するのであるから、この目的達成のためには厳格なformalismeが必要であると論じる。プランクエルの議論の中心も第一譲渡の認識の有無を問うことが取引の安全に反するという点にある。善意転得者の保護については、ペノがやむを得ない限界と認容するのに対し、プランクエルは《Error communis facit jus》の原則を適用すべきであると主張する。

右のように、フランスの学説の議論は、多岐にわたっている上必ずしも論理体系的ではないので網羅的な引用は難しい。そこで、ここでは学説による判例批判の事実を確認すると共に、私見の観点から、これらの議論を整理することによって、フランス法における不動産登記の考え方を出来るだけ明確にしておきたいと考える。

第三者の悪意の問題をめぐるフランス法の議論は、次のように三つの主要な論点に分析されうる。即ち、先ず第三者から悪意者を排除すべきであるかという極めて実際的な問題提起があり、次いで、これとの関連で不法行為理論を援用すべきかという理論的な面の問題が存在する。最後に、善意の転得者保護をどう考えるかが議論の方向に大きな影響を持つことになろう。

判例が悪意者排除を志向するのは、基本となる意思主義の原則とそれに伴うモラルの要請を否定し難いからであり、この点は多くの学説が確認している。(21) 一個の物権変動のうちに意思主義と公示主義という本来相矛盾する要素をとり込んだフランス的な対抗要件主義の避け難い宿命がそこに反映されているといえよう。加えて、フランスの

判例が formalisme 一般に対して反情を持つという指摘があり、この面から登記による解決を回避する傾向も認められるようである。[22] これらに対し、批判説は、不動産登記により取引の安全を維持するためには制度の機械的な運用が必要であることをくり返し力説して来た。その趣旨は、詰まるところ悪意者を排除することによって登記の強制力が失なわれるであろうという警告にほかならない。この点はゴベール、ダゴによって最も的確に論じられているが、他方悪意の認定が安易になされることを戒めるとき、グボーあるいはJ・マゾーさえもが危惧した問題点でもあった。また、それ故にこそ破毀院は、学説の警告を容れて第三者に登記外の調査義務を課さないという新たな判断をつけ加え、悪意者排除の効果を最少限にくい止めることを意図しているのである。

右の点との関連では、取引の安全を保護するという不動産公示制度の目的にもう少し立ち入った検討を加えてみる必要がある。例えば前述のようにグボーは、これを隠れた先譲渡の存在に対し不動産取得者を保護することであると解しており、そうであるならば、偶々悪意者となっていた第三者に登記の欠缺を主張させて登記法による保護を与える必要はないという彼の議論は容易に肯定される。しかし、果してそれでよいであろうか。

初期の concert frauduleux による判例理論を支持して書かれたリヨン＝カーン評釈は、問題をもう少し別の角度から次のように論じている。「一八五五年法の目的は、善意の取得者と悪意の取得者の間に何ら区別がなされるべきではないことを予想している。立法者は何を望んだのか。不動産信用と不動産取引の利益のためにこれらの財産の生存者間での移転を公にすることであった。そのために何をしたのか。この種の移転の全てを第三者に知らしめるという目的を持った一つの方式を決定したのである。この方式は、所有権が第三者に対して移転されるために必須のものである。[23]」彼は続けて、第三者の善意・悪意についての争いは多数あろうから、これらを断ち切るのが立法者の意思であったと述べているが、ここでわたくしが強調したいのは、登記法の目的は特定の第三者、言いかえれば第二譲受人の救済にあるというよりも、むしろより単純に、取引を公開せしめ登記簿を組織すること、これ

により不特定の第三者の便宜に供することにあるという点である。

確かに、フランス法主義の下で両者は密接にからみ合っており、その限りで悪意者排除説ひいてはわが国の公信力説を正当化する余地もありうる。しかし、登記法が意思主義の原則を修正したということは、当然それに代わって公示と結合する新たな物権変動の方式が設定されたことを意味するはずであり、その原理が登記による順位優先主義であるならば、第二譲受人の保護は当然にその中にとり込まれて改めて論じる必要はなくなるであろう。このように解するときはじめて、第三者の善意・悪意を問わない機械的な運用が必要であるという趣旨を明確に把握することが出来るのである。

右の理解の立つならば、concert frauduleux はあくまでも法の一般原則に基づく例外的な制裁として性格づけられる。即ち、《Fraus omnia corrumpit》の法理は、わが国の民法九〇条、一条二項、三項と同様の機能を果すのであり、それ故に同じ内包を持つ背信的悪意者の概念は、concert frauduleux とパラレルな観察を許すものであるとわたくしは解して来た。[24] しかし、もう一つ大きな問題がここにあり、単なる悪意と concert frauduleux ないし背信的悪意との区別が困難であるという指摘は、日仏法に共通であって、悪意者排除の重要な論拠をなしている。区別は実際不可能なのであろうか。

前述のようにゴベールはこれに異論を唱えているが、そこでの具体的な判例分析の視点は必ずしも明確ではない。[25] 単なる悪意者は第三者に含まれるとした一九二五年判決の先例的意義を評価し、以後の破毀院判例は一貫して詐欺的共謀の事実を明示しているというその論旨によれば、単なる悪意との境界が問われているような自由競争的二重譲渡に concert frauduleux をも認めるのがゴベールの見解であろうかという疑問も残される。他方、ダゴ、プランクエルらが、売主の錯誤による二重譲渡、あるいは解除可能な二重譲渡、第一買主の履行遅滞がある場合の二重譲渡等の存在を強調していることをも勘案するならば、[26] これらの悪意者包含説の立場が念頭におく concert frauduleux

は、自由競争的な例を含めたかなり緩やかな内容のものに帰着する可能性も否定しえない。

しかし、その場合の問題はどこに区別の線を引くかであって、区別が不可能であることではなかろう。この種の法的判断は、本来事実認定を含めた裁判所の評価に大きくかかっており、ボーダーラインにおける判断の難しさはひとり当面の問題にのみ固有のものではないはずである。[27] 従って、単なる悪意と concert frauduleux の境界をどこにおくかという基準の点を仮に留保するとしても、それ故に両者をストレートに同一視しようとする悪意者排除説が正当化されることにはならない。学説には concert frauduleux の例外をも認めず一律に登記法を適用すべきであるとの主張もみられたようである。[28] しかし、意思主義の原則が一方にある以上、登記の主張にある程度歯止めをかけることは必要であり、ただ、そのためには、公示の実効性を害しない範囲において、正義の要請を満たすという微妙な判断が要求されるのである。fraude となる例外を厳格に認定するほど、意思主義のモラルは自由競争の原理に侵蝕されることも確かである。公示の要請故にこれは積極的に肯定されなければならない。このような問題の本質を裁判所が十分自覚するならば、登記法の運用が正道を見出すことは容易であろう。しかし、その場合にも悪意者排除の原則が妥当となることはない。

然るに、破毀院はあえてこの悪意者排除を実現するにあたって、不法行為の理論を導入したのであるが、実際には両者は不可分に結合するものではないとみうる。例えば、concert frauduleux を支持する先のリヨン＝カーン評釈は、これを一三八二条によって理由づける可能性に言及しているし、[29] 逆に fraude の中味として悪意者排除が考えられている場合もある。[30] 従って、悪意者排除の結論をはなれても、《Fraus omnia corrumpit》のような条文上の根拠を持たない補充的法理に代えて、不法行為理論を持ち込む方がベターであるという評価も可能であり、実際破毀院のコントロールが及ぶという利点も指摘されていることは前述した。しかし、転得者保護を視野に納めた破毀院の意図にもかかわらず、結局この領域における不法行為説の破綻は否定しえないようである。

第一譲受人が登記しなかったことによる過失を考慮すると責任分割が不可避となり現物賠償の原則と相容れないこと、自ら登記義務を負う第三者に先登記の利益を主張させない規定（一九五五年法三〇―一条二項）の存在が無意味になること、現物賠償の場合第一譲受人の損害賠償債権のみが優遇される結果になること、判例が第二譲受人に全く注意義務（調査義務）を認めていないこと、指摘されているこれらの批判点だけを考慮しても、通常の不法行為の枠を超えており、不動産公示は不法行為理論の介入を許さない独自の領域であるという主張の正当性を認めざるを得ない。[31] こうした理論の逸脱は、フランス法においてもなお、不動産登記ないしは一九五五年法に対する理論的裏づけが十分ではないことを意味すると共に、転得者保護という新たな課題に対処する必要があったからである。

実際、転得者の問題は、フランスの不動産登記の理論的基礎を根本から問い直すものである。先の破毀院一九四九年判決の結論は、多数の学説によってフランス法理論の正当な帰結であると肯定されており、そこでは登記簿を調査しかつ自らは登記していても、concert frauduleux の被害者である第一譲受人の取得に対して転得者が保護されることはない。登記には公信力（force probante）がない、登記は権利設定的（constitutif）ではない等の伝統的理論と共に、この解決には、背信的な第二譲受人と転得者が結託する危険を回避せしめるという実質的な利点も確認されていた。[32] 更に、第二譲受人の concert frauduleux を厳格に認定するならば、転得者の権利が覆えされる可能性は相対的に減少するのであるし、例外的にこの者が特に苛酷な結果を負うような場合の救済の法理がないわけではない。

では、この従来の結論が妥当ではないとして、本来の登記法の枠内で採られるべき新たな解決はどのようなものであろうか。ゴベールの提案は、転得者と第一譲受人との間にも原則的な登記の順位優先主義を拡大することであり、[33] ドイツ的な公信力の考え方よりも一見よりフランス的な名案のように思われる。しかし、ゴベール説のように

第三者に悪意者をも含める立場をとる以上、そこでは悪意の転得者に対しても先登記の主張を許すことになるが、果して妥当であろうか。背信的な第二譲受人からの悪意の転得者も保護されるという結論が、学説、判例の支持を得ることは難しいであろう。[34] 問題となっているのはやはり善意の転得者の保護なのであり、その本来の解決は登記に公信力を認めることに帰着するよりない。これを最もフランス的に実現するのが、等しく対抗（opposabilité）の概念によりつつ、登記によって不動産取得を対抗しなければならない第三者の範疇に、新たにこの転得者をとり込むことである。それも、従来の登記法三〇―一条一項の解釈としてではなく、この度は第三者の要件が、同一前主の厳密な意味での承継人ではない転得者であること、善意者でなければならないことを明示した新しい条文の追加によって立法的になされることが最も望ましいにちがいないとわたくしは考えている。[35]

（1） Rouast, note sous Trib. civ. Seine, 16 juill. 1943, D. 1944, 20; note Becqué, J. C. P. 1945, II, 2743; Lenoan, note sous Civ. 10 mai 1949, D. 1949, I, 277; note Becqué, J. C. P. 1949, II, 4972; obs. Solus, Rev. trim. dr. civ. 1944, p. 188; 1945, p. 201; 1950, p. 76; Pontavice, op. cit., Rev. trim. dr. civ. 1963, p. 4 et s.

（2） J. Mazeaud, note précitée.

（3） obs. Bredin. Rev. trim. dr. civ. 1968, p. 535; note Plancqueel, J. C. P. 1968, III, 15587.

（4） Goubeaux, obs. précitée.

（5） Bredin, obs. précitée, p. 565.

（6） 以下、グボーの評釈を要約する。

（7） 売買一方の予約や優先契約などの債権的契約の侵害と物権の二重譲渡とに同一の解決をもたらすという観点から、グボーに従い判例の不法行為理論に賛成する見解もみられる。Alain Fournier, Le malaise actuel dans la publicité foncière, Rép. Defrénois, 1980, art. 32401, p. 1118 et s. わが国では鎌田助教授が同様の問題提起をしておられるが（鎌田・前掲論文判例タイムズ四二二号四〇頁参照）、後述するように破毀院判例は債権的契約の公示にも対抗力を付与する方向を目指しており、これらには仮登記というかたちで逆に二重譲渡の方に準ずる効力を与えるべきではないかとわたくしは考えている。

(8) 一九五五年法三三条は登記すべき期間を法定しており(通常の契約はその日付から三ヶ月以内)、過料(amende civile)の制裁を伴う。

(9) 前節註(2)参照。この論文は、フランスの不動産登記の歴史に遡ってその特徴を確認することからはじめ、一九五五年登記法の立法趣旨に立脚しつつ、最近の破毀院判例にみられる登記法の運用状況に鋭い分析を加えた労作であり、不動産登記関係では久々の貴重な論稿である。

(10) Gobert, op. cit., p. 228, note (76).

(11) Gobert, op. cit., p. 228.

(12) Gobert, op. cit., p. 227 et s.

(13) Gobert, op. cit., p. 229.

(14) Gobert, op. cit., p. 230 et s.

(15) Gobert, op. cit., p. 232 et s.

(16) この問題については、拙稿「優先契約の公示」判例タイムズ四六七号五一頁以下参照。

(17) 破毀院は、第三者が関与しない場合にも抵当権への代位の公示を義務的とし、被代位者と代位者の間の争いを登記の対抗力によって解決している。Civ. 3e, 5 nov. 1970, D. S. 1971, 86, note Frank; Civ. 2e, 20 nov. 1973, Bull. civ. III, n° 589, p. 429; Civ. 3e, 18 mars 1974, Bull. civ. II, n° 126, p. 96. しかし、二二四九条は公示をしなかった場合の制裁には何ら言及していないのである。

(18) Gobert, op. cit., p. 250.

(19) Civ. 3e, 3 mars 1979, D. S. 1979, 546, note Frank. 拙稿・判例タイムズ四六七号五一頁以下参照。

(20) Civ. 3e, janv. 1974, D. S. 1975, 427, note Penneau; Gaz. Pal. 1974, II, 570, note Pancqueel; Civ. 3e, 3 oct. 1974, J. C. P. 1975, II, 18001, note Dagot; Rev. trim. dr. civ. 1979, p. 160, obs. Giverdon.

(21) Gobert, op. cit., p. 249; Dagot, note précitée; Jacques Flour, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Mélanges Ripert, t. 1, 1950, p. 95 et 114. また、判例賛成説がこぞって指摘する点でもある。

(22) Flour, op. cit., p. 106 et s. 登記の他にも、初例が私署証書に容易に証明力を認めたり、立証規則に例外を設けた民法二三四七条、二三四八条の解釈を緩和する傾向が指摘されている。

(23) Lyon-Caen, note précitée, p. 385.

(24) 滝沢・前掲論文(四)法協九四巻七号一二五頁参照。

(25) concert frauduleux を要するという判旨の言語的表現を重視するようでもあるが、「二例を除きどの判決においても事案の詳細は concert frauduleux の存在に疑問を残さない」と述べて、最近の破毀院公式判例集から数件が引用されている。Gobert, op. cit., p. 227 et s. 当面個別的検討が不可能であるが、うち一例について鎌田助教授は、「第二買主の悪意以外の事実を特に明示しないで、フロードを認定したもの」(鎌田・前掲論文比較法学九巻二号六四頁参照)とみておられる。

(26) Dagot, note précitée; Plancqueel, note précitée.

(27) 同じことが善意・悪意の区別についてもいえる。事実は無限のニュアンスに富んでおり、第一譲渡の存在の気配を伴う事案は沢山あるとペノは指摘している。Penneau, note précitée.

(28) 例えば Mourlon の学説が挙げられており (Lyon-Caen, note précitée, p. 386)、フルールも concert frauduleux の例外を認めることに対して、不動産取引の安全が公示の厳格な運用にかかっていることを強調して反対する。Flour, op. cit., p. 106.

(29) Lyon-Caen, note précitée, p. 386.

(30) 一八五五年法の理由書が fraude の例外に言及したことをサヴァティエは悪意者排除と解している。Savatier, note précitée.

(31) Penneau, note précitée. 一般的にフランスの判例は民事責任の理論を民法の中心に据え、あらゆる領域に民法一三八二条を拡大適用していく傾向があるという指摘とそれに対する警告も以前からみられた。H. Mazeaud, L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile, D.H. 1935, chr. p. 5 et s.

(32) Solus, obs. précitée, Rev. trim. dr. civ. 1944, p. 188.

(33) Gobert, op. cit., p. 231.

(34) 背信的な第二譲受人に対する制裁としては、損害賠償を厳格に算定することで足りるとゴベールは述べているが、これも転得者の善意を前提とするべきものであろう。他にも、第一譲受人と転得者は同一前主の承継人ではなく対抗関係にならないと従来論じられて来た点 (Solus, loc. cit.) を単純に無視しうるかという問題がある。更につけ加えるなら

ば、ゴベールが、一九四九年判決の事案では第二譲渡が架空会社の設立という本来的に無効・不存在の効果を伴うものであったため破毀院の結論が正当化されるのに対し、通常の concert frauduleux による対抗不能の場合には、転得者が一応の譲渡を受けることになるため《Nemo plus juris…》の原則を適用しなくてすむと解する点も従来の議論に反し問題である。登記の優先を主張しえない第二譲受人は何も取得しえないのであり、その限りでは、一九四九年判決の事案との間に差異を認めるべきではない。

(35) 滝沢・前掲論文(五)法協九四巻七号一四八頁参照。

(3) わが国の議論との接点

公信力説の基本的な視点をなす悪意者排除の主張は、当然フランスにおける一九六八年以後の判例の展開に重要な支持を見出している。(1) しかし、先ず第一に、破毀院判決は辛うじて判例変更を維持しているものの、前述のような学説の批判の前に、既に実質的な後退を示しているという事実を確認しておく必要がある。(2)

フランスの判例が悪意者排除に傾斜したのは、くり返し述べたように、伝統的な意思主義理論がその基盤をなす思想と共にフランスの判例ないし裁判所に深い影響を与えているからである。この点は、わが国の判例、学説との間にはむしろ顕著な対立があるといえよう。例えば、意思主義の基礎理論をなす「契約と同時に所有権が移転する」の命題は、学説の大勢によって批判され続けており、現実にもわが国の取引慣行にはそのような契約意識は認められないという無視しえない指摘がある。(3) また登記との関連では、一方に登記共同申請の原則をおきながら、登記に協力を得られない第一譲受人の保護があまり論じられていないこと、(4) 登記によって対抗すべき第三者の範囲がフランス法よりずっと広く観念されていること等(5)にドイツ的な登記主義への傾斜を認めることが出来るし、更に、これらを背景として、民法九四条二項の類推適用のようなかたちで公信力的解決が拡大されている事情もある。それ故に、わが国の判例においては、フランス法の concert frauduleux に準ずる背信的悪意者論が定着しており、

また学説も自由競争に肯定的であって、意思主義のモラルは余り説かれないのである。[6]

わが国の悪意者排除説は、周知のように二重譲渡の法的構成をどう説明するかという純然たる理論的関心の下に、学説の側から提唱されている。意思主義と公示主義との結合という内在的矛盾を含んだ対抗要件主義は、日本法の場合、民法一七六条、一七七条に一括して規定されているため、直接その論理構造を問うというかたちでの問題提起を避け難い。[7] この点に答える多数の学説の試みの中では、公信力説は、第二譲受人の取得を無権利者からの取得であると解する点の明快さにおいて最も注目に値するとわたくしはみて来た。そこに、物権の排他性を踏まえた上での意思主義の原則の正当な評価を認めうるからである。しかし、日本法において軽視され勝ちな意思主義の復権に公信力説が寄与しうるとしても、最終的にはこの立場は、不動産公示制度の否定につながるという本質的な批判に直面せざるをえないことを、フランス法の教訓として知るべきであろう。

公信力説の契機となっている「対抗」の理論構成如何という問題の検討は、次節において論じる。

次に、背信的悪意者と悪意者の区別が困難であるという指摘は、フランスの議論と軌を一にするものであるが、この点もわが国では公信力説からの問題提起であった。わが国の判例については、研究も豊富であり事案の詳細に十分接しうるため、より具体的な検討が可能である。[8] 先ず、単なる悪意以上の背信性が認められるケースが存在することは、判例にも顕著に示されており、否定し難いと思われる。[9] 問題はどの程度の悪意者にまで背信性を認めるかという境界の画定にあり、とりわけ自由競争的な二重譲渡をどうみるかに絞られてくる。[10]

判例のうちには、これに背信的悪意を認めるものとそうでないものとがみられ、その間に確かに明確な基準は認め難い。[11] しかし、わたくしは境界の設定は可能であり、単に第一譲渡の事実を知って、相当な、あるいはよりよい代価を提供して買受けるようなケースは、背信的悪意者から除外してよいと考えている。即ち、正当な自由競争という基準を一応設定するならば、第二譲受人の取得価格が不当に安価であったり、或いは悪徳不動産業者が介入し

ているようなケースを背信的悪意者の方に含めることは正当化されうるのであり、わが国の判例の現状はこのような趣旨のものとして肯定しうるのではなかろうか。[12] もちろんそこにも判断の難しさは伴う。しかし、仮にこれを緩和して悪意者排除の方に近づけたとしても、新たに第一契約の解除の可能性がどの程度あったかとか、履行遅滞の場合には何故二重譲渡が許されるかというかたちで問題が生じ、この方がより煩雑な議論になると思われる。のみならず、意思主義のモラルに注目する結果、悪意者排除に移行しやすい点も問題となる。

右の点と関連して、わが国では第二譲受人の悪意の内容如何が若干論じられている。[13] フランス法の場合、契約と同時に所有権が移転するという原則が明確であり、第一契約者の存在自体を問題とすることで足りるのであるが、所有権移転時期をずらすというわが国の修正説の立場からは、所有権移転の有無を悪意認定の基準とすべきであるという主張に当然導かれ、また背後には、所有権移転前であれば債権契約として二重譲渡も許されるという理解があるために、これが「対抗」の考え方自体にも影響を及ぼすことになる。しかし、わたくしは、二重の債権契約は法的に成り立ちうるが、物権の譲渡は一度限りのものであるという理論的な次元の問題と、当面の善意・悪意の問題は一応切り離すべきであろうと考える。第一契約者を侵害するかどうかの観点からは、債権侵害に制裁が必要となる場合も当然生じるのであり、むしろこれと物権の二重譲渡とは同じ契約侵害の問題として類似の解決を考えてゆく方が妥当であるように思われる。従って、悪意の基準はやはり第一契約についての認識の有無におき、所有権移転の時期等は背信的悪意者を認定する場合の一要素として考慮されれば足りると考えておきたい。一般論としても、所有権がいつ移転するかといった極めて法的な判断を第三者に要求する結果になることは、議論をいっそう複雑にし適当でないと思われるからである。

悪意と背信的悪意の基準については、学説はこれを判例から帰納的に抽出することに期待し、事案の分析や類型的整理が度々試みられて来たわけである。そうした研究は、判例法を知るという意味でもちろん有意義ではある

が、実は背信的悪意の基準が客観的に存在するわけではなく、公示の機能と取引のモラルの調和をどこに求めるかという問題の本質を踏まえた上で、むしろあるべき基準を学説の側から設定し、判例に助言を与えるという類の研究も必要とされているはずである。

判旨の言葉的構成の上では、フランス法の concert frauduleux よりも背信的悪意者の方がより判断の実体に即していることは先にも言及したとおりであり、この点でも判例を支持しうる。

転得者保護の面でも、日仏法には同一の議論がみられる。背信的悪意者からの転得者の権利を覆えさないために、「対抗」を個別的な関係と把える試みは、フランス法の不法行為説に対し、わが国では信義則＝相対的無効を援用する学説となって現われており、(14)またゴベール説のように、第一譲受人と転得者の間にまで通常の登記による対抗の原則を拡張するという主張もみられる。(15)従って、フランス法のこれらの学説に対する批判は、そのまま日本法においてもあてはまることになろう。即ち、フランス法主義の下では、本来転得者保護は予想されていないのであって、前述したような理論的、実質的不都合を伴うことの他に、背信的悪意者自体が例外的存在であるという事情を考慮しなければならない。しかし、現実には善意の転得者の保護を必要とする場合が生じることは否定しえないようであり、またわが国においては、とりわけ動的安全は重視される傾向にある。そこで、これを実現する手段としては、フランス法については善意転得者を第三者に含ましめるための特別規定をおくことが適当とみたのであるが、第三者の範囲が専ら解釈論に委ねられている日本法の下で同様の解決を論じることは無理である。求められているのが登記に公信力を認めると同様の解決であることを明確にした上で、善意の転得者には対抗しえないという卒直な判例法の形成に当面は期待しつつ、部分的、限定的に登記に公信力を付与するという立法論を含めて、公信力的な理論的枠組を探ってゆくべきであろうと考える。(16)いずれにしても、転得者保護に注目する余り、公示の理論体系全体を巻きぞえにすることの不都合は、既にフランス法の中に十分看取されるのであり、われわれとしては

問題の本質を見失うべきではなかろう。

(1) 鎌田・前掲論文比較法学一一八頁以下、同「不動産登記の効力に関する一考察」私法四〇号一五七頁以下、石田・前掲書一二頁等参照。

(2) 公信力説のうち、篠塚、鎌田説は善意無過失の保護を志向されるが（篠塚・前掲書一〇一頁、〈研究会〉不動産物権変動の法理(6)ジュリスト七二七号一一〇頁篠塚発言、鎌田・前掲論文比較法学九号一一八頁以下参照）、フランス法は過失の有無を不問としてしまった。これに対し、半田、石田教授は無過失の要件を従たるものとされるか（半田・前掲書七六頁以下参照）、あるいはこの点を留保される（石田・前掲書二一六頁以下参照）ので、依然破毀院判例の線に近いが、悪意者排除の理論的根拠自体に疑問があることは、日仏法のいずれに対してもいえる。他方、鎌田助教授は、フランス法について、公示制度の創設期には悪意者包含説が必要であったが、公示の慣行が定着した時点ではその意義は薄れ悪意者排除が望ましくなるとしばしば論じておられるが（鎌田・前掲論文比較法学九号一二七頁、同・前掲論文判例タイムズ四二二号四一頁等参照）、前述のようにフランス法にもそのような安心感は決してみられないのである。但し、鎌田助教授の右の指摘は、善意・悪意の問題が登記の強制力と密着するものであることを明確に把握される点で貴重な発言である。

(3) 「所有権移転の時期」の問題としてくり返し論じられたところであり、私見については、滝沢・前掲論文(四)法協九四巻四号一四一頁以下、同「物権変動の時期—特定物売買の過程での所有権確認請求の可否」別冊ジュリスト民法判例百選Ⅰ一一二頁以下参照。

(4) 滝沢・前掲論文(五)法協九四巻七号一一五頁以下、一五七頁註（4）等参照。仮登記の活用が一応考えられるのであるが、これも共同申請の原則がある以上そう容易ではない。これに対し、フランスの一九五五年法は、登記のために不可欠である公正証書の作成に協力を得られない場合の仮の登記を後から追加した結果（一九五九年一月七日デクレによる）、ほぼ伝統的な単独登記主義に近い実質が確保され、しかも判例は仮の登記には直ちに対抗力を認めている（但し、期間内に本登記がなされないことを解除条件とする）。滝沢聿代「仮登記の対抗力——フランス法からの考察——（一）」成城法学三号四〇頁以下参照。

(5) 第一に、賃借人に解約申入れ、賃料請求をする場合、不法行為者に損害賠償請求する場合等にも登記による対抗を要

求し、第二に、相続、時効、取消・解除等の場合にまで広く登記が要求されており、判例・通説である。フランス法が典型的な二重譲渡の場合だけに第三者を限定しているのと対照的である。

(6) 二重譲渡における自由競争は資本主義の要請であるという議論もわが国ではみられるが（舟橋・前掲書一八六頁、谷口知平「二重譲渡」判例演習物権法〔増補版〕六〇頁等参照）、フランス法にはそのような見方はない。自由競争に対立する契約のモラルを強調される見解としては、石田・前掲書一八二頁以下、二〇二頁以下参照。

(7) また、法解釈中心の伝統、ドイツ法学的に明確な理論体系を追求するという学風等の故もあろう。もちろん、それらは必要に裏付けられて形成されているのであるが。

(8) 判例評釈の他に、網羅的な判例の整理を試みる研究もある。北川弘治「民法一七七条の第三者から除外される背信的悪意者の具体的基準(1)～(4)」判例評論一二〇号～一二三号、星野英一・最判昭和四四年一月一六日評釈法協八七巻六号五七頁以下、鈴木重信「民法一七七条と背信的悪意者」不動産登記の諸問題上四八三頁以下、半田正夫「民法一七七条における第三者の範囲」民法総合判例研究叢書⑦九二頁以下、松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」林教授還暦記念・現代私法学の課題と展望中六六頁以下等参照。また、湯浅道男「物権変動論のための覚え書（一）——背信的悪意者をめぐって——」愛知学院大学法学研究一八巻一号一頁以下は学説を中心に理論面の分析をされる。

(9) 最判昭和三六年四月二七日民集一五巻四号九〇一頁、最判昭和四三年八月二日民集二二巻八号一五七一頁、最判昭和四四年四月二五日民集二三巻四号九〇四頁、最判昭和四八年四月一二日金融商事判例三六九号八頁等参照。

(10) 例えば前者の例として、東京地判昭和三九年六月二九日判例時報三八九号七一頁、後者として、東京地判昭和四九年三月一九日判例時報七四八号七一頁、大阪高判昭和五四年三月一六日判例タイムズ三八四号一〇五頁等がある。また、第二譲受人を背信的悪意者でないとした最判昭和四〇年一二月二一日民集一九巻九号二二二一頁、背信的悪意者であるとした最判昭和四四年一月一六日民集二三巻一号一八頁も判断が微妙なケースであるが、結論的にはそれらの事案における複雑な当事者関係において、自由競争を肯定しうるかどうかという問題に帰着する。

(11) わが国の判例においては、第一契約自体の尊重というよりは、第一譲受人の占有ないし利用利益の保護が重視される結果、第二譲受人の背信性の基準が相対的に緩和される傾向があるためであろうか。松岡・前掲論文現代私法学の課題と展望中一二〇頁、〈研究会〉不動産物権変動の法理(6)ジュリスト七二七号一一六頁等参照。

(12) 同時に訴訟に至らない多くのケースにおいて、登記を得られなかった（あるいは得なかった）第一譲受人が自由競争

の前に敗退している事情をも見落すべきではなかろう。

(13) 〈シンポジウム〉「不動産物権変動と登記の意義」私法三七号六三頁幾代発言、石田・前掲書二一七頁以下、〈研究会〉不動産物権変動の法理(6)ジュリスト七二七号一〇七頁以下参照。また、松岡・前掲論文現代私法学の課題と展望中六五頁以下は、悪意の基準を「前主の処分権限の欠缺を知ること」という厳格なものとして背信的悪意者排除の判例を分析される。従って、判例の実質を悪意者排除であると評価されるが、従来の悪意者がかなり善意の方にずれ込んでいる点は注意を要する。

(14) 川井健「不動産の二重売買における公序良俗と信義則」判例タイムズ一二七号一五頁以下、三和一博「民法一七七条の『第三者』の範囲と信義則の適用」東洋法学九巻二・三合併号四一頁以下、好美清光「不動産の二重処分における信義則違反の効果」手形研究六巻六号八頁以下等参照。

(15) 吉原節夫「民法一七七条における背信的悪意者」ジュリスト増刊民法の争点一〇一頁、同「背信的悪意者と登記」〈研究会〉不動産物権変動の法理(6)ジュリスト七二七号一〇五頁参照。同様の解決の可能性とそれに対する批判は、滝沢・前掲論文(五)法協九四巻七号一二六頁でも言及した。この他、転得者保護については、詐害行為取消権を援用する説(舟橋・前掲書一八五頁参照)がみられるのも日仏法に共通する。

(16) 判例は「登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者」というごく一般的な基準を持つのみであるから、善意の転得者をこの意味の第三者に含めることは極めて容易であり、あとは実質的理由が述べられれば足りるといえる。より明確な理由づけとしては、ここでも民法九四条二項の類推適用が主張されており(鈴木・前掲論文不動産登記の諸問題上五〇九頁参照)、注目される。しかし、虚偽の外形の作出という制度本来の要件からみて飛躍がありすぎるようである。結局、最終的にはフランス法と共に、要件を明確に限定した上で登記に公信力を付与するという立法的解決を展望することになろう。日本法の下での公信力の可能性については、滝沢・前掲論文(五)法協九四巻七号一三〇頁参照。

(未完)