

# 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——

鎌田 薫

## 目次

### 一、序説

(一) はじめに

(二) 法令

二、一九六八年までの判例

(一) フロードの協働

(二) 第二買主のフロード

(三) 第二買主の悪意

(四) フロードの効果

(五) まとめ

三、破毀院民事部民事第三課一九六八年三月二日判決

(一) 紹介

(二) 検討

不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

(三) フロード説と民事責任説

(四) その後の判例

四、総括

(一) 問題の所在

(二) 取引の安全

(三) 公信力説

(四) むすび

一、序 説

(一) はじめに

民法第一七七条は、不動産の物権変動は登記をしなければ第三者に対抗することができない旨を定めている。しかし、ここでいわれている第三者とはいかなる第三者を意味するかについては明文の規定が存在せず、解釈上争いの多いところである。今日では、ここでいう第三者は、一般原則どおりに当事者およびその包括承継人以外のすべての者であるとする説<sup>(1)</sup>(無制限説)をとる者はいない。しかし、それではその第三者の範囲をいかなる基準によって制限するかという点については見解の一致を見ていない。制限の基準に関する論争の最も激しく展開されているのは、第三者の主観的態様に関する部分<sup>(2)</sup>においてである。

従来の支配的見解は、第三者の善意悪意は問わないとする説<sup>(3)</sup>であった。これに対し、かなり早い時期から悪意の第

三者は民法第一七七条にいう第三者から排除されるという説が主張され、今日までその影響力は失われていないと思われる。その後、いわゆる背信的悪意者排除説が主張され、これが今日の通説でありまた判例であると評価される。<sup>(5)</sup>しかし、最近では、いわゆる公信力説が力を増して来ているようであるし、悪意者および重過失のある者を第三者の範囲から排除すべきであるとする説なども主張されており、学説や判例の状況は未だ流動的であると評しうる。

ところで、ここでの問題は、不動産物権変動の原則や不動産登記制度に関する基本的な考え方と深い関りを有するのであるが、それらの点について我國の法制度に大きな影響を与えたフランス民法の下でも、やはり古くからこの点が問題とされてきている。

フランスでは、既に一五三九年に贈与に関して一種の公示制度 (insinuation) が採用されて以来、この問題が論じられていた。<sup>(9)</sup>しかし、現行民法典のもとで近代的な形の公示制度が不動産物権変動一般について設けられたのは一八五五年の登記法によってである。<sup>(10)</sup>本稿で検討の対象とするのはこの登記法制定以後の事情である。また、その対象は、典型的な対抗問題である二重売買に関するものに限ることにする。<sup>(11)</sup>一八五五年に売買契約に関する登記制度が採用された直後から最近に至るまでの判例の基本的な考え方は次のようなものであった。「同一不動産の二重譲受人の間では、最初にその取得〔名義〕を登記した者に優先〔権〕が与えられる。この原則には、第二譲渡が第一譲受人から権利を奪うことを目的とする詐欺的操作によって特徴付けられたフロードの協働の結果であることが立証された場合の外に例外はない。」<sup>(12)</sup>そして学説は、判例が単なる悪意 (知) とフロードの協働とに区別を設けていると理解しており、その点を明確に示す判例も存在した。<sup>(13)</sup>しかし、一九六八年三月二日に、破毀院民事部民事第三課は、「第二買主

にフォート（過失）<sup>(15)</sup>があり、かつ、目的物が第二買主の手許にある場合は、第二売買は第一買主に対抗することができる旨判決した。この判決によって、判例理論はフロードの法理からフォートの法理へ大きく転換した。この判例の転換は何故にもたらされ、また、何を意味するであろうか。また、従来の判例は売主と第二買主とのフロードの協働を認定するのに第二買主の単なる悪意ではならず、更に何らかの詐欺的操作（術策）<sup>(16)</sup>の存することを必要としていたが、新しい判例は、第二買主の悪意のみでフロードを認定するようになっていると紹介されていたが、この判決によって、その傾向に理論上または実際上何らかの変化が生じたと解しうるか<sup>(17)</sup>ということが問題とされるべきであろう。そこで、本稿では、まず、従前の判例の採っていた「フロードの法理」とはどのようなものであったか、また、そこでは具体的にいかなる場合にフロードが認定されていたかを観察する。次に、そのような従来の判例の考え方との関係で一九六八年の前掲判決がどのような意味を有するかを検討し、最後に我国における問題状況との関連を論ずることにする。

法の解釈は、制定法による一定の枠組の中で、学説や判例の集積によって形成される一種の学問的風土とでも呼ぶべきものを基礎として行なわれると解されるので、学説や判例の紹介に先立って、本稿に必要な範囲内でフランスの法令を紹介することが必要であろう。

## (二) 法 令

フランス民法典制定前に、贈与や補充指定に関する *insinuation*<sup>(18)</sup> や、革命暦七年ブリュメール一日（一七九八年一月一日）の「抵当制度に関する法律」に基づく謄記制度が存在した<sup>(19)</sup>。それらの公示制度に関して第三者の善意悪

意の問題が論じられはしたが、それらの制度は無償譲渡の特殊性に基づく制度であったり、あるいはまた、民法の制定によって当然に失効した制度であるので、ここでの検討の対象とはしない。<sup>(21)</sup>

フランス民法典は、売買に関する第一五八三条で、「所有〔権〕は、売主に対す、関係で法律上当然に買主に取得される」と規定し、対第三者関係での所有権の移転に関する規定を別に設けるかの如き体裁を示しているが、結局、先取特権および抵当権の登記の外には、贈与および補充指定等に関する若干の特殊な登記制度を設けたにすぎない。<sup>(22)</sup>したがって、不動産の二重売買の場合には、第二買主の善意悪意を問わず常に第一買主が優先すると解されていた。<sup>(23)</sup>

一八五五年三月二三―二六日の「抵当権に関する登記についての法律」は、一定の範囲の証書および判決は、登記されなければ第三者に対して対抗できない旨を規定した。<sup>(24)</sup>この法律によって不動産売買契約が民法典の下ではじめて登記されうるようになった。ここでは、登記されるのは証書または判決であること、およびその証書は私署証書でも良いことに注意を要する。<sup>(25)</sup>また、日本の登記制度と異なる点として、年代順編成主義を採っており、不動産一登記用紙の原則および登記連続の原則を採用していないので、二重売買のばあいには登記も二重になされうる点に気を付けないければならない。第三者の範囲に関しては、条文中、同一不動産上の権利を有する者であることと、法律にしたがって権利を保全していること（登記していること）との二つの要件が規定されているにすぎない。しかし、立法理由は次のように述べている。「同一の所有者によって同一の不動産または同一の物権の二重またはそれ以上の譲渡が行なわれた場合は、最初に登記をした者がその他のすべての者を排除するのが原則である。ただし、最初にこの方式を履践した者がフォードに参加していない場合に限る。」<sup>(26)</sup>これは従前の通説・判例の見解を踏襲したものであるが、

爾後の判例・学説に有力な基礎を与えたものであるといえよう。その他、第三者の範囲に関しては、贈与の謄記に関する第九四一条および、補充指定の謄記に関する第一〇七一条が、一八五五年法によって創設された贈与・補充指定以外の謄記についても適用されるか否かが問題とされる。<sup>(27)</sup><sup>(28)</sup><sup>(29)</sup>

一五三五年一〇月三〇日の「謄記制度を改正するデクレ」については謄記されうる証書の形式が、確定判決、公正証書および署名後三月内に公証人原本順位欄に寄託された私署証書に限定されたこと、および証書作成後または判決確定後一定期限内に謄記されなければならない、とされたことに注意すれば良いであろう。<sup>(30)</sup>

一九五五年一月四日の「土地公示制度の改革に関するデクレ」および同年一〇月一日の「土地公示制度の改革に関する一九五五年一月四日のデクレの適用に関するデクレ」は、従来の公示制度を、その根本原則を維持しつつ全体に再編したものであって、現行公示制度はこれらのデクレによって<sup>(31)</sup>、これらのデクレによって、従来先取特権および抵当権に関する公示を登記 (inscription)、その他の権利に関する公示を謄記 (transcription) と呼んで区別してきたのだが、両者を包括する名称として土地公示 (publicité foncière) または単に公示 (publicité ou publicité) という名称が採用され、謄記の語は廃された。ただし、本稿では混乱を避けるため一九五五年法以後の事例についても原則として「謄記」の語を用いる。

また、これらのデクレによって、抵当権および先取特権以外の不動産物権の譲渡または設定をもたらし、またはそれを証明する生存者間のすべての証書および判決は、停止条件付のものであっても、不動産所在地の抵当権事務所<sup>(32)</sup>に、義務的に、公示されねばならないとされ、公示さるべき証書の形式はすべて、原則として、公正証書の形式で作

成されたものでなければならぬとされた<sup>(33)</sup>。

登記なくして対抗しえない第三者について一月四日のデクレ第三〇条は詳細な規定をおいている。

第三〇条「一① 第二八条第一号の適用によって公示に服する証書および判決は、それが公示されなかった場合は、同一の不動産について、同一の前主から、同様の公示の義務に服する証書または判決によって互に相容れない権利を取得し、かつ、その証書を謄記した「第三者」、または先取特権または抵当権を登記した第三者に対抗できない。それら「の証書または判決」は、それが公示されていたとしても、第三者の援用する証書、判決、先取特権または抵当権がそれより前に公示されていた時には、同様に、対抗できない。

② ただし、自らが互に相容れない権利を公示させる義務を負っている第三者、またはその者の包括名義の承継人は、この規定を利用することができない。」

右の一九五五年一月四日のデクレ第三〇条第一款の規定は、民法第九四一条および一八五五年謄記法第三条の解釈についての通説的見解を明文の規定としたものである。しかし、そこでも、第三者の善意悪意の問題には言及されず、相変わらずこの問題の解決は解釈に委ねられている。

そこで次に、判例がこの点についてどのような解釈を行っていたかを見ることにする。

(1) 梅・民法要義巻之二(物権編) 第二十版六頁以下、富井・民法原論第二巻物権上六一頁以下、横田・物権法(第二版) 五四頁以下、三浦・物権法提要上(全訂版) 三九頁以下。大判明治三八年一〇月二〇日民録一一輯一三七四頁、同明治四〇年二月二七日民録一三輯一八八頁、同明治四〇年一月二六日民録一三輯一一七四頁、同明治四一年四月六日民録一四輯三九

五頁。

(2) その他の部分での論争については注釈民法六卷三一七頁以下(吉原節夫)参照。

(3) 鳩山「不動産物権の得喪変更に関する公信主義及び公示主義を論ず」債権法における信義誠実の原則三七頁以下、末弘・物権法上一五七頁、我妻・物権法一〇一頁、末川・物権法一〇六頁、柚木・高木・判例物権法総論(補訂版)二三六頁、石田(文)・全訂改版物権法論一四七頁。

(4) 舟橋「登記の欠缺を主張しうべき『第三者』について」加藤選層祝賀論文集六八二頁以下、田島・物権法一〇六頁、末弘・債権総論二三六頁注三五、柚木・判例物権法総論(昭和九年)一二九頁、谷口・新民法演習Ⅱ三四頁以下。

その他、岡村「民法第一七七条ニ所謂第三者ノ意義ヲ論シ不可侵性ニ及フ」法学志林一七卷六号一頁以下、同「對抗スルコトヲ得ス」の意義」法学志林二五卷一一号四三頁以下、同「一物一所有権の公理と不動産登記の効力」法学志林五四卷四号一頁以下、半田「不動産二重譲渡へのひとつのアプローチ」北大法学一六卷四号四三一頁以下、同「不動産所有権の二重譲渡に関する諸問題(三)」民事研修一五九号九頁以下などがある。しかし、これらは、むしろ、後述の「公信力説」に近似した内容を有する。

(5) 牧野・民法の基本問題四編一九六頁以下、舟橋・不動産登記法七五頁以下、同・物権法一八二頁以下、杉之原・新版不動産登記法一〇八頁、川島・民法Ⅰ一七〇頁、鈴木・物権法講義(改訂版)一二五頁、柚木・高木・判例物権法総論(補訂版)二四二頁。川井「不動産の二重売買における公序良俗と信義則」判タ一二七号二頁、好美「*Jus ad rem*とその発展的消滅」一橋法研三号四一〇頁、幾代「物権変動と悪意の第三者」続学説展望六八頁、吉原「二重譲渡と公序良俗」民法の判例(第二版)五四頁、同・注釈民法(6)三四二頁以下等。

最判昭和三十六年四月二七日民集一五卷四号九〇一頁、同昭和四〇年一月二二日民集一九卷九号二二二一頁、同昭和四三

年八月二日民集二二卷八号一五七一頁、同昭和四三年十一月五日民集二二卷二二号二六七頁、同昭和四四年一月一日民集二三卷一号一八頁、同昭和四四年四月二五日民集二三卷四号九〇四頁、同昭和四五年二月二四日判時五九一号五九頁。

(6) 篠塚「物権の二重譲渡」法学セキナー一三三号四四頁以下、同・民法セキナー二一〇〇頁以下、篠塚・月岡「対抗力問題の原点」登記研究二七〇—二七一号、篠塚・月岡「不動産登記における公信力説の形成と展開」登記研究二七二—二七四号、月岡「不動産物権変動と対抗問題」沖大論叢四八年九月号。

なお、石田「取得時効と登記」民法の判例(第二版)六〇頁、同・民商六〇卷四号五四三頁などがこれに賛意を示す。また、槇・物権法一一五三頁以下も注目に価する。

(7) 米倉「債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問」(3)北法二三卷三号五八一頁注⑥。

(8) Ordonnance sur le fait de la justice, Villers-Cotterets, août 1539, l'art. 132 et 133, Rec. gén. des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789, par Isembert, t. 12, n° 188. V. Les art. 57 et 58 de l'ord. de Moulins; les déclar. du roi des 10 juill. 1566, mai 1645, et 17 nov. 1690; l'édit du mois de déc. 1703; les art. 19, 20, 21 et 22 de l'ord. du mois de fév. 1731, et l'art. 1 de la déclar. de 17 fév. 1731.

(9) Cf. J. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, 1957, p. 283 et 284. なお、一七三一年のオキソナンメンゴウツツ、Pothier, Traité des donations entre vifs, sect. 2, art. 3, § 4, Oeuvres posthumes de M. Pothier (éd. De Bure), t. 2, 1778, p. 481. Cf. Pothier, Traité du contrat de vente, n° 319, Traité de droit civil et de jurisprudence française (éd. De Bure), t. 1, 1781, p. 586.

(10) 民法典制定前の「いわゆる中間法の時代に、革命暦七年ブリュメール一日の法律が「近代的」な公示制度に関する規定、不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

不動産二重売買における第一買主の悪意と取引の安全

四〇

をおこなったが、民法典の制定に伴って当然に失効したと解されたら (Duviergier, Collections complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'état, de 1789 à 1830 inclusivement, t. 11, p. 20 (4))。

(11) 質借権、抵当権あるいは売買予約等の對抗については、それぞれ特殊な問題が含まれていると思われるが、実際にもフランスの判例や学説がそれらの場合に通常の二重売買の事例と異なる取扱うをしようとするならば、本稿では、典型的な抗問題としての二重売買の問題を限定した。

(12) Cass. civ. 7 déc. 1925, S. 1925. 1. 340, D. P. 1926. 1. 185 (2<sup>e</sup>) note R. Savatier, Gaz. Pal. 1926. 1. 242, Rev. trim. dr. civ. 1926. 431 obs. Solus.

(13) Ch. Lyon-Caen, note S. 1894. 1. 385; H. Solus, Rev. tr. dr. civ. 1922, p. 918; R. Savatier, note précitée etc.

(14) Grenoble, 11 déc. 1869, D. P. 1870. 2. 151 (2<sup>e</sup>), S. 1870. 2. 35 (2<sup>e</sup>); Cass. civ. 7 déc. 1925 précitée; Trib. civ. de Grasse, 20 juill. 1948, Gaz. Pal. 1948. 2. 209; Nancy, 17 mars 1955, D. 1956, somm. 27; Paris, 17 avr. 1956, D. 1957, somm. 27; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1957, Bull. Civ. 1957, 1, n° 478, p. 387; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1960, Bull. Civ. 1960, 1, n° 160, p. 128.

(15) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1968, D. 1968, 412 note J. Mazeaud, J. C. P. 1968, II, 15587 obs. A. Plaqueol.

(16) 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」阪大法学五一号九頁以下。 Cf. E. du Pontavice, Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers, Rev. trim. dr. civ., 1963, p. 657 et s.

(17) 上井長久「フランス判例法における表見所有権について」法律論叢四六卷四号一二二頁注(一二)参照。

(18) 前注(8)参照。

(19) 革命暦七年ブリュメール十一日の法律第二六条「①抵当に服する財産および権利の譲渡証書は、その財産の所在地を管轄

する抵当権保存事務所の帳簿に騰記されなければならない。②それまでは、それらの証書は、その売主と契約を締結し、かつ、本条の規定に従っている第三者に対して対抗されることができない。」

(20) 前注(6)参照。なお、Cass. 3 therm. an XIII, S. Chr. Jur. Gén., v. Vente, n. 165, cité par Duvergier, t. 11, p. 20 (4) etc.

(21) 前注(10)参照。

(22) 詳細は星野英一「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概観」民法論集第二卷一八頁以下。

なお、民法典委員会草案第九一条について、同書一六頁を参照されたい。

(23) Duvergier, t. 11, p. 20 (4); Balleydier, note sous Orléans, 4 mars 1896, S. 1898, 2, 28.

(24) 同法第一条、第三条。星野・前掲五〇頁以下参照。

(25) フランスにおいては共同申請主義が採られていないようである。したがって、証書さえ作成されていれば、当事者の一方からの申請によって騰記することが可能とされる (cf. Mazeaud, note, D. 1968, 413)。それ故、未騰記買主には常に「ネグリジュンス」を認めることが可能となるであろう。

(26) D. P. 1855, 4, 28, col. 3.

(27) 民法典第九四一条「騰記(公示)の欠缺は、利益を有するすべての者によって対抗される。ただし、騰記(公示)をする義務を負っている者、またはその者の承継人、および贈与者を除く。」

(28) 民法典第一〇七一条「騰記(公示)の欠缺は、債権者または第三取得者が騰記(公示)以外の方法によってその処分についての知識を有していたことによっては、補填されることも、治癒されたとみなされることもできない。」

(29) 第一〇七一条の適用を明示的に認めた判決として、Poitiers, 17 nov. 1938, Gaz. Pal. 1938, 2, 879, S. 1939, 2, 44, J. C. 不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

P. 1939, 2, 1230. cf. Cass. civ. 5 juil. 1882, D. P. 1883, 1, 350.

(30) 星野・前掲八三頁以下。

(31) 一九五五年法については、伊藤道保「一九五五年、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、星野英一「フランスにおける一九五五年以降の不動産公示制度の改正」民法論集第二卷、浦野雄幸「フランスの不動産物権公示制度における公示《Publicité》の効力について」民事月報一八卷九号、鎌田薫「フランスの土地公示制度」不動産登記の諸問題などを参照されたい。

(32) 一九五五年一月四日のデクレ第二八条第一号 a。

(33) 一九五五年一月四日のデクレ第四条第一項。

## 二、一九六八年までの判例

### (一) フロードの協働

革命暦七年ブリュメール一日の抵当法のもとで、破毀院は「既に他人に売却されていることを知っている不動産を買った者は、第一売買が登記されておらず、それ故、所有権が移転していない限り、フロードによって非難されることはない」と判示しており、一八五五年三月二三日の登記法の立法者は、第二買主がフロードに参加している場合には、最初に登記しても優先することができないと説明していた。<sup>1)</sup> 一八五五年法によって登記制度が採用されるから、破毀院が同様の解釈を示すまでに長い期間は要しなかった。<sup>2)</sup>

破毀院審理部は一八五八年一月八日の判決<sup>(3)</sup>で、「同一の所有権の善意の二重譲受人の間では、最初に自己の契約を騰記した者が他の者に勝るべきである。しかし、フロードはすべての規則に例外をなす。騰記が売主と譲受人との間のフロードの協働 (concert frauduleux) によって行なわれた場合は、その騰記は何らの効果も生じない」と判示した。

さらに、破毀院民事部は一九二五年一月七日の判決<sup>(4)</sup>で、「同一の不動産の二重譲受人の間では、最初に取得〔名義〕を騰記した者が優先される。この原則には、第二譲渡が第一譲受人から権利を奪うことを目的とする詐欺的操作 (manoeuvre dolosive) によって特徴付けられたフロードの協働の結果であることが立証された場合を除いて例外はない」と判示して、第二買主の悪意 (知) を理由として第二売買およびその騰記を無効とした原判決を破毀した。

これらの判決は、二重譲受人の間では最初に騰記をした者が優先され、単に第二譲受人が第一譲渡を知っていたこと (悪意) を理由としてはこの原則は排除されないが、第二譲渡またはその騰記が「第一譲受人の権利を奪う目的」の「詐欺的操作」に特徴付けられた「売主と第二譲受人との協働」によって行なわれた場合には、当該譲渡契約または騰記がフロードとされ、その効力を否認されるとするものである。こうした考え方が、一九六八年三月二二日の破毀院判決<sup>(5)</sup>に至るまでの判例のすべてに共通する基本的な考え方であるといえる。

フロード (fraude) とは、形式的には適法であるが、実質的には法律または契約から生ずる一定の義務規則 (régie obligatoire) を免れる目的で行なわれる行為に対する反道徳性の評価であると言って良いであろう<sup>(6)</sup>。フロード的行為は、「フロードはすべてを破る (Fraus omnia corrumpit)」あるいは「フロードはすべての規則の例外をなす (la

fraude fait exception à tous les règles」という法諺で示されているように、超法規的に（一般条項的に）無効または對抗不能（inopposable）とのサンクションをうける。パウリアナ訴権（詐害行為取消権<sup>(7)</sup>）は、右の原則の一つの具体的適用の事例であるとされている。したがって、不動産の二重譲渡においては、直接に問題とされるべきは第一譲受人に完全な所有権を与えるという契約上の義務を履行せず、却って第二譲渡を行ない、しかも第二譲受人に先に登記させることで（形式的には）確定的に第一譲受人の権利を喪失させた譲渡人の行為である。しかし、譲渡人の右のような行為は第二譲受人の関与なくしてあり得ないし、それに対する制裁は第二譲受人の権利の喪失を結果する。したがって、第二譲渡またはその登記をフロードと評価し、無効とするためには、第一売買から生ずる債務を負ってはいない、第二買主もまた売主と同等の責任を負うべしとする論理的説明を必要とする。そのために学説は一般に「共犯（complicite）」の理論を用いる。つまり、第二買主が、売主の行なう第二売買が第一買主に対する関係でフロードであることを知りながら、そのフロードに意図的に加担したことに第二買主の責任の根拠を求め<sup>(8)</sup>。これが、判例が「フロードの協働」を要件としていることの理論的な根拠であると考えられる。

それでは、判例はいかなる場合に「フロードの協働」があると認定しているであろうか。いくつかの場合にわけて判例を紹介する<sup>(9)</sup>。

(イ) 第二売買が仮装行為ないし虚偽表示と同視しうる場合。

この場合、判例はフロードと虚偽表示とを特に区別せず共に適用して第二売買の無効または登記の援用不可を命じている<sup>(10)</sup>。

① 破毀院審理部一八八五年七月二一日判決<sup>(11)</sup>

A ↓ B ↓ C と未騰記の私署証書によって不動産が転売された直後に、A は同一不動産を公正証書 (acte authentique) で B の父 D に二重に売り渡し、その証書を騰記し、B は損害賠償を免れるため自己の資産を売却したという事件について、A B D が C からの無効訴訟を排斥するために一八五五年法を援用することはできないと判決した。

② 破毀院審理部一九二二年六月一五日判決<sup>(12)</sup>

A は、自己所有不動産を六月一日付私署証書で B に売り渡して内金を受領し、六月一八日には同一不動産を公正証書で息子 C に売り渡して騰記した後、A B 間の売買を六月一九日に騰記したとの事件について、C から A への代金支払の事実が不明瞭である等の事実から第二売買がフロードおよび虚偽表示であると推定した原審判決は正当と判決した。

③ 破毀院民事部民事課一九四九年五月一〇日判決<sup>(13)</sup>

A B 間の売買予約に基づいて B は予約完結の意思表示をし、A に対し証書作成のため八月一日に公証人事務所に出頭する旨催告したところ、A はこれに 응 ぜ ず 当 該 不 動 産 を 現 物 出 資 し て C 会 社 を 設 立 す る 旨 C と 七 月 三 一 日 に 合 意 し、八月一日にそれを騰記し、さらに翌年七月に同一不動産を D に転売し騰記させたとの事件について、右出資行為はフロード的かつ仮装行為的性質を帯び、C 社に譲渡されたすべての不動産物権は消滅させられ、その騰記も無効・不存在であるとし、さらに、D は善意であっても前主のフロード的騰記を利用することができないと判決し

た。

(四) 売主が第一売買の実現の回避を企図し、第二買主がそれに積極的に参加した場合。

この場合が前に述べたフロードの協働に関する論理構成に最も良く適合する場合であろうと思われる。判例はこの種の事例について第二売買およびその謄記を無効としている。

① 破毀院審理部一八九三年一月二七日判決<sup>(14)</sup>

MがAの受任者としてA所有不動産をBに売り渡す旨の仮契約 (compromis) を三月三十一日に締結し、四月一日に公正証書を作成し、四月二日に右証書を謄記したところ、AはBに対して好感を持っておらず、その悪感情を満足させるためにかねてから本件不動産の取得を希望していた悪意のCに売り渡すこととし、公証人を欺き四月一日に公正証書を作成させ、同日中に謄記したとの事件について、第二売買およびその謄記を無効とした。

② 破毀院民事部民事課一九五〇年四月二四日判決<sup>(15)</sup>

Aは自己所有不動産を一九四五年七月一七日にBに売り渡したが、この売買は一九四〇年十一月一六日の法律によって必要とされていた知事の許可を得ておらず証書が作成されていなかった。Aは、同一不動産を同年七月一日付の私署証書でBに売り渡し、その証書が一月二四―二五日に公正証書とされ謄記されたとの事件につき、七月一日付証書は前日付 (antidate) であること、AはBが知事の許可を得るのに必要な資料を提供しなかったこと、Bへの許可を与えさせないためにAおよびCが知事に働きかけたことなどからフロードの共謀を推定した原審の判断を正当とし、第二売買の謄記の抹消を命じた。

③ 破毀院民事部民事第一課一九六〇年三月一六日判決<sup>(16)</sup>

公証人NがAの受任者と称して本件不動産をBに売却し、Nが証書作成を拒絶したので、BはAに対して売買の確認および実現を求める訴を提起したところ、Aは控訴審継続中に係争不動産をCに売却しCは直ちにそれを騰記したとの事件について、AN間の黙示の委任契約を認定した上で、AC間の売買のフロード的性格を推定した原判決を正当と判示した。ただし、原判決がAの控訴自体がBの第一審勝訴判決の騰記を妨げたことのみをフロード推定の基礎としていたのではない旨付言している。

④ 破毀院民事部民事第一課一九六五年七月七日判決<sup>(17)</sup>

Aが受任者Cを通じて自己所有不動産をBに譲渡し、BがAおよびCに対し公正証書の作成を訴求したところ、AおよびCはあらゆる手段を用いて訴訟の遅延を計り、判決に至る前に大急ぎでAC間で第二売買を行ない騰記したとの事件についてフロードの共謀(collusion)ありと認定して、第二売買を無効とし、Cに損害賠償を命じた。

(ハ) 第二買主が第二売買を勧誘し、売主がこれに応じた場合。

この場合は、(ロ)と較べて、第一買主の権利を奪う目的をもって行動するのが主として第二買主である点が異なり、「違法」評価が(ロ)の場合には売主に直接与えられ第二買主がそれに従属する関係にあると見られるのに対し、この場合には、第二買主の行動が独自の非難の対象となっているかの如き傾向が見られる。この傾向が、後に見るように、共謀や協働の存在を格別に認定しなかったり、第二買主の独自の「フロード」のみで第二売買を無効と判断する判例の流れに連なっていくものと考えられる。しかしながら、ここに紹介する事例は、未だ先に述べた判例の基本的考え

方と矛盾する程のものではない。

① 破毀院審理部一八五八年二月八日判決<sup>(18)</sup>

Aが自己所有の不動産をBに売り渡したところ、CはBの未騰記を確認し、第一売買の対価よりも高い価額を提示して第二売買を勧誘し、Aがこれに応じたとの事件について、Cは詐欺的転売<sup>(19)</sup>(Stellionat)およびフロードの共犯<sup>(20)</sup>(complice)であり、その騰記を援用することができないと判示した。

② グルノーブル控訴院一八六九年二月一日判決<sup>(20)</sup>

Aは自己所有の製粉場(moulin)の交換(売買)<sup>(21)</sup>の交渉をBC兩名と並行して進めていたが、結局Bとの間に契約を締結した。CはBが騰記をするまでは自己の立場は護られていると信じ従前の交渉過程で示されていた清算金額をはるかに上まわる金額を提示して第二譲渡を決意させ、大急ぎで証書を作成し騰記した。その結果BとCの名義は同じ日に騰記されたがCの方が若干早く騰記されたとの事件について、第二譲渡はフロードによるものであり無効であるとした。

右に見てきたように、判例は、売主と第二買主とが共同して第一買主に対する義務を免れ権利を奪うべき行動をした場合、売主の行動を第二買主が幫助した場合、および第二買主が売主を教唆して第二売買をなさしめた場合に「フロードの協働」の存在を認めている。これらの各場合は、刑法上の共犯の種類に準じていうならば、それぞれ共同正犯、幫助犯、教唆犯に類する場合であるということができよう。そして、その場合に重要なことは、「実行行為」を行なう者は、「共同正犯」の場合には売主および第一買主であり、「幫助犯」および「教唆犯」の場合には売主であっ

て、第二買主はそれに従属することである。つまり、いずれの場合にも売主の行為が「実行行為」であり、かつ、「違法」であることを前提として、第二買主の行為に「違法」評価が加えられるのである。<sup>(22)(23)</sup>この事情は、判例が明示的に共謀もしくは協働の存在を認定していない場合についても同様であると解する。右に紹介した判例のように共謀ないし協働の存在が何らかの形で明示的に認められている場合には、売主と第二買主とが共に第一買主に対する義務を免れ権利を奪って第二買主を確定的権利者しようとの「目的」を有していることは疑いない。そして、かような目的を有する限り、第一売買の謄記よりも第二売買の謄記を先にしようと努力するのは当然であろう。そのために、売主または第二買主は第一売買の謄記の実現を妨げたり、<sup>(24)</sup>第二売買の謄記を「異常な早さ」で実行したりすることになる。<sup>(25)</sup>こうした結果としての行為をもって判例は「詐欺的操作」と認定しているように窺える。<sup>(26)</sup>したがって、「第一買主の権利を奪う目的の詐欺的操作に特徴付けられていること」という要件は「フロードの協働が存すること」という要件とトートロジーであるといえよう。判例の中には、「謄記の異常な早さ」から「第一買主の権利を奪う目的をもった詐欺的操作」の存在を認定し、そのことから「フロードの協働」を導いていると解されるものや、「第二売買の価額の高さ」から、第二買主の勧誘を推定し、「フロードの協働」を導き出していると思われるものがある。たとえば、第二買主が急いで謄記をしたことからフロードの協働を認定した破毀院審理部一九二五年四月六日判決、<sup>(27)</sup>第一買主が係争不動産を占有しており、第二買主は同じ村 (Touar) の住人であることから悪意を推定し、さらに第一譲渡と第二譲渡の間 (約三年半) の通常の価額の上昇分よりもはるかに高い価額で第二売買が行なわれたこととあわせてフロードの協働を認定した破毀院民事部民事第一課一九五二年一月二八日判決、<sup>(28)</sup>公証人が証書を受理したその日

に登録し騰記したという手続の「異常な早さ」からフロードの協働を導いた破毀院民事部民事第一課一九六二年二月四日判決<sup>(29)</sup>などがあげられる。これらの判決が格別に「協働」の存否自体を判断の対象としていないとしても、論理的には、前に紹介した判例の法的構成と矛盾する要素を何ら有するものでないといえる。それらは、いかなる事実から「フロードの協働」を推定するかという次元での問題にしかすぎないと解しうるからである。<sup>(30)</sup>

これに対し、第二買主が売主を欺いたため、売主は自己に第二譲渡の権原があると誤信し、その結果第二売買が行なわれた場合<sup>(31)</sup>や、売主が第一売買を適法に解除したと信じて第二売買を行なった場合<sup>(32)</sup>、さらに、売主は第一売買を実現しているつもりで実は第二売買を行なっていたような場合には事情は別であると考える。そのような場合には、売主が第一買主に対する債務を免れあるいは権利を奪う目的をもって詐欺的操作を行なったということはできないであろう<sup>(34)</sup>。それにも拘らずフランスの判例のうち後掲のものは、このような場合にも、第二売買は「フロード」によるものであるとしている。先程のように、刑法における共犯理論に準じてこの場合を説明するならば、「間接正犯」の場合だということになるであろう。ここではもはや、売主の行為に独自の「違法性」を認めることはできないし、意味もないであろう<sup>(35)</sup>。問題とさるべきは、第二買主に固有の「フロード」が存すると判例が考えているか否かである。そうであるとすれば、その場合の論理構成は「フロードの協働」の法理ではありえないであろう。

(1) Cass. 3, therm. an XIII précité.

(2) Exposé des motifs du projet de loi sur la transcription, n° 7, D. P. 1855, 4, 28, col. 3.

(3) Cass. req. 8 déc. 1858, D. P. 1859, 1, 184, S. 1860, 1, 991.

- (4) Cass. civ. 7 déc. 1925, S. 1925, 1, 340, D. P. 1926, 1, 185 (2<sup>e</sup>) note R. Savatier, Gaz. Pal. 1926, 1, 242, Rev tr., dr. civ. 1926. 431 obs. H. Solus.
- (5) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1968, D. 1968, 412 note J. Mazeaud, J. C. P. 1968, II, 15587 obs. A. Planqueel, Rev. tr. dr. civ. 1968, 564 obs. Bredin, Recueil général des lois et de la jurisprudence et répertoire commalle, 1968, Jur. n° 444, p. 401, obs. R. Désiry.
- (6) V. J. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, 1957; G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4 éd., 1949, n° 157 et s. Cf. J. Mazeaud, L'adage «frus omnia corrupti» et son application dans le domaine de la publicité foncière, Rép. Notariat Défrénois, 1962, art. 28. 265 (米田); E. du Pontavice, Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers, Rev. trim. dr. civ. 1963, p. 649 et s.; A. Rouast, La fraude en matière de mesures de publicité dans le droit civil français, Mélanges Simonius, 1957, p. 333 et s. (米田).
- (7) フランス民法典第一一六七条第一項「債権者は、自己の名をおこすべし、その者の債務者となりてその者の権利を害すべし (en fraude de leur droits) にたむるた行爲を攻撃するの権利あり。」
- (8) Vidal, op. cit., p. 137 et s.; cf. Ripert, op. cit., n° 167, 170 et 171; Savatier, note D. P. 1926, 1, 187.
- (9) ノローンは、それ自身が直接立証せざるべしなべし、事件の状況から、事実審裁判官が推定をたすべしなりと認むるべし。この認定は事実審裁判官の専権事項とあり、破産法のノンローンは及ばざらん。 Cf. Art. 1353 c. civ.; Cass. req. 15 juin 1922, D. P. 1922, 1, 180, S. 1924, 1, 181, Gaz. Pal. 1922, 2, 280, Rev. tr. dr. civ. 1922, 918 obs. Solus; Cass. civ. 13 nov. 1929, D. P. 1929, 1, 131, Gaz. Pal. 1929, 2, 930; J. Mazeaud, note précitée; etc.

不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

- (10) ソリトンは、第二売買が仮装であると主張することを、ローレンの共謀を以てその第二買主の積極的参加による要件が充たされざるを考へてうる (obs. Solus, R. T. 1922, 921)。
- ノランヌとキルは虚偽表示 (Simulation) のごつぱは、編本姓之助・荘親民法③一五二頁以下を詳し。
- (11) Cass. req. 21 juill. 1885, D. P. 1886, 1, 327, S. 1887, 1, 175.
- (12) Cass. req. 15 juin 1922, D. P. 1922, 1, 180, Gaz. Pal. 1922, 2, 280, S. 1924, 1, 181, Rev. tr. dr. civ. 1922, 918 obs. Solus.
- (13) Cass. civ. 10 mai 1949, D. 1949, 277 note R. Lenoan, S. 1949, 1, 189 note H. Bulté, J. C. P. 1949, II, 4972 note E. Becqué, Rev. tr. dr. civ. 1950, 76 obs. H. Solus, cf. H. Capitant, A. Weill et F. Terré, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 6<sup>e</sup> éd., 1973, n° 201; Paris, 11 mai 1945, D. 1947, 62 note J. Hamel, Rev. tr. dr. civ. 1945, 201 obs. Solus; Tr. civ. Seine, 16 juill. 1943, D. C. 1944, 19 note A. Rouast, J. C. P. 1945, II, 2743 obs. E. Becqué, Rev. tr. dr. civ. 1944, 187 obs. Solus.
- (14) Cass. req. 27 nov. 1893, D. P. 1894, 1, 342, S. 1894, 1, 385 note Ch. Lyon-Caen, Gaz. Pal. 1894, 1, 30.
- (15) Cass. civ. 24 avr. 1950, Bull. Civ. 1950, 1, n° 101, p. 76, D. 1950, 449, J. C. P. 1950, II, 5813, Rev. tr. dr. civ. 1950, 521 obs. Solus.
- (16) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 janv. 1960, Bull. Civ. 1960, 1, n° 15, p. 13.
- (17) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 juill. 1965, Bull. Civ. 1965, 1, n° 460, p. 344.
- (18) Cass. req. 8 déc. 1858, D. P. 1859, 1, 184, S. 1860, 1, 991.
- (19) 詐欺的転売 (stellionat) とは、不動産の所有者でない者が、所有者でないことを知りながらその物を売却し、あるいは

それら抵当権を設定するような行為をいう。民法典一五九九条および削除以前の民法典第二〇五九条参照。

(20) Grenoble, 11 déc. 1869, D. P. 1870, 2, 151 (2°), S. 1870, 2, 35 (2°)

(21) 本判決は、この契約をある場所では交換 (échange) とする、他の場所では売買 (vente) とする。製粉場の対価として何らかの物と一定額の金銭とを合して交付する契約があるかと推測される。

(22) 団藤重光・刑法綱要(総論)二八一頁参照。

(23) したがって、たとえ、被毀院審理部一九二〇年四月一五日判決 (Gaz. Pal. 1920, 2, 118, S. 1921, 1, 172) が、売主が善意であることのなきを理由として、第二買主について何ら審理するものなべ、ノロードの移動の成立を否定しようとする。

(24) Cass. civ. 24 avr. 1950, Bull. Civ. 1950, 1, n° 101, p. 76, D. 1950, 449, J. C. P. 1950, II, 5813, Rev. tr. dr. civ. 1950, 521 obs. Solus; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 juill. 1965, Bull. Civ. 1965, 1, n° 460, p. 344. Cf. Nancy, 17 mars 1955, D. 1956, somm. 27; Paris, 17 avr. 1956, D. 1957, somm. 27.

(25) Grenoble, 11 déc. 1869, D. P. 1870, 2, 151 (2°), S. 1870, 2, 35 (2°); Cass. req. 6 avr. 1925, D. P. 1926, 1, 185 (2°) note R. Savatier, S. 1925, 1, 101; Cass. civ. 10 mai 1949, D. 1949, 277 note Lenoan, S. 1949, 1, 189 note Bulté, J. C. P. 1949, II, 4972 ods. Becqué; Paris, 11 mai 1945, D. 1947, 62 note Hamel; Tr. civ. Seine, 16 juill. 1943, D. C. 1944, 19 note Rouast, J. C. P. 1945, II, 2743 obs. Becqué; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1961, Bull. Civ. 1961, 1, n° 467, p. 370, J. C. P. 1962, II, 12758 ods. Bulté; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 fév. 1962, Bull. Civ. 1962, 1, n° 98, p. 86; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juill. 1965, Bull. Civ. 1965, 1, n° 460, p. 344.

(26) ノロードは、あるまな具体的事実から「推定」されることから、このようになることは必然的であると解される。なお、前注(9)参照。

不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

- (27) Cass. req. 6 avr. 1925, S. 1925, 1, 101, D. P. 1926, 1, 185 (1<sup>re</sup>) note R. Savatier
- (28) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 1952, Bull. Civ. 1952, 1, n° 278, p. 228, Gaz. Pal. 1952, 2, 411, Rev. tr. dr. civ. 1953, 129 obs. Solus.
- (29) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 fév. 1962, Bull. Civ. 1962, 1, n° 98, p. 86.
- (30) Cf. J. Vidal, op. cit., p. 146, 287, 434 etc. たがたノノマンズが買主が単独で登記を申請せよとの旨を指し示す要たる。
- (31) Grenoble, 14 août 1869, D. P. 1870, 2, 151 (1<sup>re</sup>), S. 1870, 2, 35 (1<sup>re</sup>); Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1951, Bull. Civ. 1951, 1, n° 298, p. 232.
- (32) Poitiers, 17 nov. 1938, Gaz. Pal. 1938, 2, 879, S. 1939, 2, 44, J. C. P. 1939, II, 1230, Rev. tr. dr. civ. 1939, 193 obs. Solus; Trib. civ. Melle, 8 févr. 1938, S. 1938, 2, 97 note M. Garraud. Cf. Cass. req. 15 avr. 1920, Gaz. Pal. 1920, 2, 118, S. 1921, 1, 172.
- (33) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1961, Bull. Civ. 1961, 1, n° 467, p. 370, J. C. P. 1962, II, 12758 note H. Bulté.
- (34) J. Mazeaud, note D. 1968, 413, cf. J. Vidal, op. cit., p. 286 et s.
- (35) 団藤・前掲一〇三頁以下、二一九〇頁注(17)参照。

(二) 第二買主のフローズ

次に掲げる各判決については売主が第一買主に対する義務を免れ、あるいは第一買主の権利を奪う目的を有していたと解するのは困難であらう。

① グルノーブル控訴院一八六九年八月一四日判決<sup>(1)</sup>

Aが、自己の所有権を有しかつMがその一部に用益権を有する不動産のすべてを未騰記の証書でBに売り渡したところ、MはCに話をもちかけ、Cはそれに答えて能動的に行動し、Aをして、第二譲渡の権原を有し、かつ、第二譲渡の方が利益が多いと誤信せしめて、自己に対する第二売買を行なわせ、その証書を騰記したとの事件について、第二売買は詐欺的転売(stellionat)であり、かつ、詐欺的フロード的協働の結果であり、無効であると判決した。

② 破毀院民事部民事第一課一九五一年一月一三日判決<sup>(2)</sup>

Aが自己所有不動産をBに売却したがその売却に当時必要とされた知事の許可を得ていなかったところ、約一ヶ月後にCは受任者Mを通じて同一不動産をAから買受け、許可を得て登録し騰記したとの事件について、CがMと協力して第一買主の受任者を買収し、売主に対しては第一売買は無効であったと信じこませたとの事実に基づいて、第二売買はCとMとのフロード的協働による詐欺的操作の結果でありBに対しては不発生(inopérante)であるとした。

③ 破毀院民事部民事第一課一九六一年一〇月一七日判決<sup>(3)</sup>

Aは一九四六年五月二四日の私署証書によって本件別荘をCに売り渡し、Cはそれを自己またはCの指定する第三者のために受領し、その後、当該証書にBの計算において買い受けた旨記入した(結局買主はB、CはBの受任者ということになる)。Aはその後一九五〇年一月二四日の公正証書によって再びCに対して同一不動産を売り渡

し、CはそれをD会社に転売し、A↓C、C↓Dの売買契約がそれぞれ騰記されたとの事件について、原審はCはBに対する関係でフロードを犯しており、自己の取得をBに対抗できないと判決した。Dは、Aが本件訴訟に招致されておらず、A・C間の共謀が認定されていないとして破毀を申立てた。これに対し破毀院は、「一九四六年の証書の執行のためにCとBとの間に争訟が生じたので、Cは、受任者としての義務に反し、その悪意を《露わにし éclater》、本件不動産の自己のための売買を、当該訴訟に対する第一審判決の前である一九五〇年に為さしむるために、フロード的に、その委任者の地位を奪い、《大急ぎで avec précipitation》それを転売し、《驚くべき早さで avec une célérité étonnante》二つの騰記を実行した」ことによって、Cのフロード的操作は特徴付けられ、CはBに対して騰記を援用することができず、また、Cの取得のBに対する対抗不能は、CからDへの転売のBに対する対抗不能を導くと判決した（なお、本判決の注釈者ビュルテは、Aはかつて私署証書で取引をしたCとの間に公正証書を作成したのであるからCのフロードを全く知らなかっただろうと言っている<sup>(4)</sup>）。

右の三つの判決の事実関係からは、「フロードの協働」があったと結論付けることは難しい<sup>(5)</sup>。「フロードの協働」の法理は、売主の行為自体が「反道徳的」であることを前提とし、第二買主がそれに意図的に参加した時に作用するものであった。反道徳性の評価には主観的要件が不可欠である。右のいずれの場合にも売主は反道徳的な目的を有していたとはいえない。したがって、グルノーブル控訴院判決が「フロードの協働」を理由としたことは、論理的に誤っているといわなければならない。むしろ、売主が第一売買から生ずる債務から解放されたと信じて第二売買を行なった事件について、「売主の善意」のみを理由として（第二買主を問題とせずに）フロードの成立を否認した破毀院審

理部一九二〇年四月一五日判決<sup>(6)</sup>の方が論理的に正当であるといえる。もっとも、右に掲げた破毀院民事部民事第一課の判決は、より慎重な態度を示しているように思われる。一九四六年の判決は第二買主とその受任者の間の「フロードの協働」を理由としており、一九六一年の判決は第二買主の固有の「フロード」を理由としている。ところで、フロードとは、義務規定を免れようとする行為に対して道德的見地からする否定的評価であった。したがって、第二買主の側の、あるいは、第二買主独自のフロードをこれらの判例が認めているということは、第二買主が何らかの「義務」を負っていることを前提としているのでなければ筋が通らないであろう。<sup>(8)</sup>一九六一年の判決の場合には、第一買主に対する受任者としての義務にそれを求めることも可能であろう。<sup>(9)</sup>しかし、一九四六年判決の場合にはいかなる義務が存するであろうか。グルノーブル控訴院判決が論理的に成り立ち得ないであろうことは前述のとおりであるが、それではその実質的価値判断は何によってなされていたのであろうか。これらの疑問に対する解答を判例自らは用意していない。結局、判例は、事実上、第二買主に固有の「フロード」を認めているが、その論理的根拠を明らかにしてはおらず、反射的に「フロードの協働」という論理構成を仮構性の強いものにしていて、その論理的根拠を明らかにして、第二買主固有の「悪性」に基づいて騰記の優先の主張を否認する法理が存しうるかどうかが検討すること、何故に「フロードの協働」という法理に判例が執着せざるを得なかったのかを考えることが課題として残されていることになるであろう。学説の中には、第二買主の行為が第一買主に対して不法行為 (délit civil) を構成することにその理由を求めようとするものがあつた。<sup>(10)</sup>

(1) Grenoble, 14 août 1869 précité

不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

- (2) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1951 précité
- (3) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1961 précité
- (4) H. Bulté, note J. C. P. 1962, II, 12758
- (5) 同註 Bulté, op. cit. (III); J. Mazeaud, note D. 1968, 413; J. Vidal, op. cit., p. 286.
- (6) Cass. req. 15 avr. 1920 précité
- (7) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1951 et Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1961 précités.
- (8) サムチュハは「フロードのサンクシヨンが課せられるのは第二買主に対してだけであるから、フロードの成否は第二買主についてのみ検討すれば良い」とし、既に売却済の財物を悪意で取得する行為は権利の行使ということなから、フロードとなる」としている。しかし、サムチュハは「同じ論稿の中で、悪意の第二買主の行為は不法行為を構成するとも言っており、キートンフロードを特に区別せず考へてゐることは思われる。」Savatier, note D. P. 1926, I, 186.
- (9) この場合の第二買主は「民法典第九四一条および一九五五年一月四日のデクレ第三〇条第一款第二項の規定される「公共化する義務を負う者」に該当すると解するよりも可能であろう。」同註 Bulté, op. cit.
- (10) R. Savatier, note D. P. 1926, I, 186; Traité de la responsabilité civile en droit français, t. 1, 2<sup>e</sup> éd. 1951, n° 144 et s.; Colin, Capitant et de la Morandière, Droit civil, t. 1, 10 éd, n° 1192; II éd, n° 1274; Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil, t. 1, 4<sup>e</sup> éd. 1948, n° 3285; J. Hamel, note D. 1947, 65; H. Bulté, note J. C. P. 1962, II, 12758 (V); note S. 1949, I, 190. Cf. Planiol, Ripert et Esmein, Traité pratique de droit civil français, t. 6, 1952, n° 349 et 590; G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4<sup>e</sup> éd., 1949, n° 169 et s.; H. et L. Mazeaud et A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. 1,

6<sup>e</sup> éd., 1965, n.° 144.

民事責任説が成立せざるものは「ノランヌにおいては」債権侵害は一般に不法行為となるとされてあり、しかも「不法行為による損害の賠償方法として現物賠償が認められているからである」と解される。したがって「我國のノランヌと同様に民事責任説（不法行為説）を採用することは難い」とも思われる。cf. B. Starck, Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui, J. C. P. 1954, I, 1180; Savatier, Le prétendu principe de l'effet relatif du Contrat, Rev. trim. dr. civ. 1934, p. 525 et s.; R. Dallant, Le respect des contrats par les tiers, J. C. P. 1939, I, 86; Lalou, L'article 1382 contre l'article 1165, D. H. 1928, Chron. p. 69; L. Ripert, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, thèse Paris, 1933; E. Gaudemet, H. Desbois et J. Gaudemet, Théorie générale des obligations, 1937, réimp. 1965, p. 322 et s.; R. Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., 1951, n.° 593 et s.; H. et L. Mazeaud et A. Tunc, Traité de la responsabilité, t. 3, 5<sup>e</sup> éd., 1960, n.° 2303 et s.; Ph. le Tourneau, La responsabilité civile (Ancien Lalou et Azard), 1972, n.° 624 et s.

民事責任説に対する批判のうち最も基本的なものは次のような批判である。すなわち「民事責任はフォートによって生ずる損害の回復を目的とする制度であるから、フォートのサンクションは損害賠償とされる。これに対し「フォードは règle obligatoire の免脱を抑制し、社会秩序の混乱を回避することを目的として認められた概念であるから、そのサンクションは「フォードによって免脱された règle obligatoire を強制的に実現すること」つまり「フォードによる行為から法的効力を剝奪する」とであった。その結果の回復（賠償）ではない」とする批判もある（Vidal, op. cit., p. 363 et s.; Ripert, op. cit., n.° 170）。その他「解釈論上の批判は幾つも存在する（cf. du Pontavice, op. cit., p. 661 et s. 浜上・前掲民法五一

不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

六〇

号一七頁以下)。

民事責任説以外のものとして G. Boissonade, *Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaire*, *Rev. pratique*, 1871, t. XXX, p. 337 et s. (cf. Lyon-Caen, note S. 1894, I, 386 et *Bulnoir*, op. cit. *infra*, p. 122 et s.) がある。また、賃借権や抵当権の對抗についてのヴェイユの考え方も特色を有する。A. Weil, note sous *Toulouse*, 7 nov. 1950, D. 1952, 234.

ボワソナードの考え方は次のようなものである。一八五五年法が、未登記の所有権を対世的でない所有権とするのであるならば、それは事物の本性に反し、矛盾をもたらす。したがって、一一三八条の原則(意思主義)を尊重して、登記の意義と効力を制限的に解することが必要である。つまり、第一売買によって、所有権が第一買主に移転していることを先ず認めなければならぬ。しかし、登記をしないことはネグリジェンスでありフォートを構成する。したがって、第一買主は、このフォートによって第二買主に生ずる損害を賠償しなければならない。法律は、第一買主に *revendication* の訴権を否認する。第二買主は、未登記の物権変動について不知であるとの法律上の推定を受けるので原則として常に保護される。登記は、この法律上の推定をくつがえすための手段である。また、この法律上の推定は、絶対的推定であるが、本人の自白または宣誓によって「知」が証明される場合に限って、推定を破ることができる(民法典一三五二条)。したがって、自白または宣誓によって「知」の証明された悪意の第三者は、登記の欠缺を主張することができない。

この考え方が我国の旧民法財産編第三五〇条の基礎である。しかし、ボワソナードの考え方は、フランスにおいては全く賛成者を見ることのなかった説のようである。リヨン・カンおよびビュフノワールの前掲書はこの説を根底から批判している。他にボワソナード説に論及したものを見ることはできない。我旧民法は、フランスにおける全くの少数説ないし異説に依拠したものであったということができよう。しかし、その考え方には捨て難い魅力があるようにも想われる。

(三) 第二買主の悪意

右に見てきたように、「フロードの協働」の法理は、売主が第一買主に対する債務を免れる目的をもって第二売買を行ない、第一買主より先に第二買主のための騰記を行なって、結局第一買主の権利を第二買主に対抗し得ないものにしてしまうことに「フロード」を認めるが、第二売買全体を無効とすることで、第一買主の権利を保護し、第二買主の権利を否認するためには、更に、売主のフロードの実現に第二買主が一定の関与をした場合に限るとの論理構造を有していると解される。従って、「フロードの協働」を理由として、第二売買の効力を否認するか否かを決定するのは、もっぱら、第二買主の第二売買への関与の仕方、に依るといえることができるであろう<sup>(1)</sup>。また、「フロードの協働」の法理は、次第に、フィクションとしての意義しか有しなくなってきたと解しうるような傾向があり、中には、第二買主固有のフロードによって第二買主の権利を否認する判例もあった<sup>(2)</sup>。このような場合には、第二買主が騰記の優先を主張しうるか否かは、全面的に第二買主の主観的態様と行動に対する評価で決定されるということができよう。そこで、判例は、どのような第二買主について権利を否認し、どのような第二買主には権利を認めているかを検討してみることにする。なお、この場合に、検討の視点を第二買主の第二売買への関与の仕方、どの程度の「悪性」があれば権利が否認されているかという点に限定し、判例の論理構成との関係は個々の場合においてのみ考慮に入れることにする。これは、我国の学説の整理の仕方の一つに、論理構成における異同を問題とせず、その「悪性」の程度に応じて、背信的悪意者排除説、悪意者排除説などに分類する方法や、さらに細かな段階付けをする方法があると同様である。具体的解決の基準という観点からはこのような整理の仕方も認められるであろう。

(イ) 第一に、第一売買の時に第二売買が計画されていたような事例があるとされる。私はそのような事実を認定している判例は存在しないと考えるが、ある論文は、初期の判例はそれを要件としていたと言う<sup>(3)</sup>。そのような事例があるとすれば、第一売買と第二売買を合わせた総体が一つの犯罪を構成していると考えられ、第二売買の効力を認めることはできないであろう。

(ロ) 第二に、第二売買が仮装行為ないし虚偽表示と認められるような場合がある<sup>(4)</sup>。この場合の第二買主は、第一買主の権利を侵害するために売主と協力して積極的に行動したということができ、「害意者」との評価が可能であろう。判例はすべて第二買主の権利を否認する。

(ハ) 第二買主が、自分自身の債務を免れるために第二売買を行なわせた場合、あるいは、自分自身の第一買主に對する義務に違反して第二売買を行なわせた場合がある<sup>(5)</sup>。このような場合の第二買主も「害意者」ないし「背信的悪意者」ということができるであろう。判例はすべて第二買主の権利を否認している。なお、このような場合には、第二買主を「第三者」の範囲から排除する明文の規定の適用があるとも考えられる<sup>(7)</sup>。

(ニ) 第二買主が売主を欺罔して第二売買を行なわせた場合<sup>(8)</sup>。この場合も、判例はすべて第二買主の権利を否認している。「自由競争の原理」をもってしても、このような第二買主は正当な取引を行なった者とはいえないであろう<sup>(9)</sup>。

(ホ) 第二買主が第一売買またはその騰記の実現を積極的に妨害した場合<sup>(10)</sup>にも、判例は第二買主の権利を否認する。このような第二買主の行動は「自由競争」の範囲を逸脱しており「害意者」との評価が可能であろう。

(ヘ) 第二買主が第一売買より有利な条件を提示して第二売買を決意せしめた場合<sup>(11)</sup>。この場合にもフランスの判例は

第二買主の権利を否認する。この場合には、単に第一売買の存在を知つていながら第二売買に参加したにすぎない場合と比べて、第二買主の「悪性」がより強いと考えられているようである。学説の中には、悪意の第二買主が第二譲渡を積極的、積極的に勧誘した場合には「フロード」が成立し、第二譲渡の勧誘を受容れたにすぎない場合等第二売買の実現に消極的役割しか果たしていない場合には、第二買主の権利は保護されるとして、このような場合を第二買主の権利否認の限界とするものがある<sup>(13)</sup>。しかし、我国のある種の学説のように「自由競争の原理」に基づいて第二買主の権利を認容する立場からはフランスの判例の結論は認められないであろう<sup>(13)</sup>。なお、フランスの判例の中には、傍論と解されるが、第二買主がイニシアチブを有していたことをもって「フロード」の成立要件とする趣旨と理解される説示を含むものがいくつかある<sup>(14)</sup>。また、単に第二売買の価額が著しく高いことのみを理由としている判決も、ここに分類することができるのではなからうか。

(h) 次に、第二買主が第一売買の存在を知らずながら第二売買に参加した場合、つまり、単なる悪意の場合が問題とされる。この場合には、前述の破毀院民事部一九二五年一月七日判決<sup>(16)</sup>が、第二買主の悪意のみを理由として第二譲渡およびその騰記を無効とした原判決を破毀しているのが注目される。右判決は「既に第三者に売却されていることを知っている不動産を買い受けて、その名義を最初に騰記した者は、法律が最も勤勉な買主に与えている特典を享受しているにすぎず、何らのフロードを犯すものでない」として、革命暦一三年テルミドル三日の判決を踏襲している<sup>(17)</sup>。その他にも、第二買主が悪意であったことのみを理由として未騰記の第一売買を優先させることはできない旨を説示する判決は多い<sup>(18)</sup>。したがって、フランスの判例は、未騰記の第一売買が既騰記の第二売買に優先するためには、

第二買主の単なる悪意のみではならず、その他に何らかの詐欺的操作の存することを必要としていると、一応、理解することができる。そして、詐欺的操作の存する場合として、右の(イ)から(ハ)の場合をまず挙げるができる。

しかし、その他に、判例の中には、証書の作成や謄記の実行が異常に早かったことのみをもって、要件が充足されているとするものや、<sup>(19)</sup>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が存する。<sup>(20)</sup>このような場合と単なる悪意とを区別することが妥当かどうかについて私は疑問を有する。なぜなら、未謄記の第一買主の存在を知らながら敢えて第二売買を行なった第二買主が、第一買主より先に、できるだけ早く第二売買を謄記しようと努力するのは全く当然なことだと思われるからである。つまり、悪意の第二買主が第二売買に参加することは、急いで謄記することを当然の結果として予定しているといえるであろう。したがって、第二買主が急いで証書を作成して謄記したとの事實は、第二買主の悪意を推定させる事實ではあるが、それ以上の意味を有するものではないということになる。<sup>(21)</sup>判例は、実質的には、単なる悪意の第二買主も謄記の優先を主張しえないとしており、論理的にのみ、単なる悪意では不十分で「フロード」の存することが必要であるとしていると理解することが妥当であろうと考える。<sup>(22)</sup>「フロードの協働」という論理は、不動産公示制度は当事者の善意悪意の調査という困難を回避するための制度であるから、<sup>(23)</sup>第三者の悪意によって謄記の欠缺を補填することはできない、しかし、謄記の優先を主張する第三者がフロードを犯しているときはこの限りでない、<sup>(24)</sup>との考え方をその基礎に有していると理解される。そのために、判例は、少なくとも論理的には、第二買主の悪意を理由として謄記の優先の主張を否認することはできないと考えているように思われる。しかし、実質的には、判例は、論理の出発点と矛盾する結論を出していることになり、「フロード」

の法理がフィクションでしかないことが明らかにされると解する。

なお、第二買主が第二売買についての売主のフロードの企図を知っている場合には、単なる悪意以上の要件を要しないことは「フロードの協働」の法理によって当然に説明されうるのであろう。<sup>(26)</sup>

(4) 次に、第二買主が不注意によって第一売買の存在を知らなかった場合、つまり、第二買主が「過失ある善意者」である場合が問題とされる。このような場合に、第二買主を「悪意」と同視したと解される判決がある。破毀院民事部民事第一課一九六〇年一月七日判決<sup>(26)</sup>がそれである。

Aは一九五三年六月二五日に自己所有不動産を終身定期金を条件としてB市に譲渡する旨の予約を行なった。その予約は、一九五四年三月二五日まで効力を有するものであり、B市は、行政法上必要とされている許可を得て一九五四年三月二二日に予約を完結し、公正証書を作成すべくAに催告した。しかし、Aは既に一九五四年二月六日に本件不動産をCに売却しており、Cはその売買を三月二九日に騰記した。この事件でCはA B間の予約を知っていたが、その帰趨についてD県知事（B市の不動産取得について許可の権限を有する者であろうと思われる）に照会した結果その予約は約定期間を徒過して失効したものと誤信していた。このような事例について、Cが売買予約の存在を知っていたこと、《当事者》に対する照会<sup>(27)</sup>の懈怠によりその失効を誤信したこと、および売買契約の後にB市の予約権行使を知らずながら騰記の実行を断念しなかったこと等を理由として、第二売買を無効とした。

この事件は、典型的な二重売買と若干異なる要素を含んでいるが、当事者への照会を怠ったことによって第一売買を不存在と誤信した第二買主は、悪意の第二買主と同視されるとした事例として理解することが可能であろう。

また、前述のように、判例は第二買主の悪意のみをもって「フロードの協働」の法理を適用していると解しうるのであるが、その「悪意」の認定は、第一売買は締結されるや否や村中に知れわたり、第二買主はその村の住人であった、とか第一買主は目的物を占有しており、第二買主は目的物の所在する村の住人であったとかいふ事実から推定される<sup>(27)</sup>ことができる<sup>(28)</sup>とされている。その他の判例でも、悪意の存在は価額の高さや謄記の早さから推定しているといふことも可能なように思える。つまり、悪意の認定は極めて客観化されているといふことができる。客観化された悪意と「過失」との間には殆んど距離が無いといいうるであろう。したがって、フランスの判例は、過失ある第二買主の権利を否認している、あるいはそれに極めて近い位置にある、と評価することも不可能ではないように思われる。<sup>(29)</sup>

右に見てきたように、「フロードの協働」または「フロード」という法理によって、先に謄記を備えた第二買主が、未謄記のまたは謄記の劣後する第一買主に謄記の優先を主張しえないとする判例は、その適用範囲を第二買主の単なる悪意の場合、さらには第二買主が過失ある善意者の場合にまで広げていると解することができる。しかし、判例をこのように評価することは、第二買主が第一買主に謄記の優先を主張しうるとされた事例の検討を行なわないう限り正確なものとはいえないであろう。<sup>(30)</sup>

破毀院審理部一九二〇年四月一五日判決<sup>(31)</sup>は、売主が第一買主に対する債務から解放されていたと信じて第二売買を行なった場合に、売主の善意のみを理由として第二買主の善意悪意について何ら判断することなく第二買主を優先させた。これは、「フロードの協働」の理論を最も完全な形で適用した場合の当然の帰結であると解されるが、このような場合には、第二買主が悪意であることも殆んどないであろう。また、本判決の注釈者は、売主と第一買主の間に

は完全な売買契約は成立しておらず単なる交渉 (pourparlers) しか存しなかったと評価せざるをえないとしている<sup>(32)</sup>。いずれにしろ、既に述べてきた判例の評価に影響を与えうる判決ではないと思われる。

破毀院民事部一九二五年二月七日判決<sup>(33)</sup>は、前述のとおり、売主と第二買主が悪意であったことのみを理由として、売主と第二買主の間のフロードの協働の存在を認定することなしに第二売買を無効とした原判決を一八五五年騰記法第一条および第三条に違反するとして破毀した。この判決は、単なる悪意はフロードを構成しないと明言している<sup>(34)</sup>と理解され、右に述べた判例の評価に抵触するように思われる。しかし、この判例のみが若干異例である<sup>(34)</sup>と、その後判例は変更された<sup>(35)</sup>とか考えることも可能であろう。さらに、破毀院は純粹の法律審であり、かつ、フロードの存否は、事件の情況全体から、「厳格、適正かつ整合的な推定 (présomptions graves, précises et concordantes)」によって事實審裁判官が「専権的に (souverainement)」評価すべきものであって、<sup>(36)</sup>その推定の当否は法律審のコントロールに服さない<sup>(37)</sup>ことを勧案するならば、この判決は、原審が「フロードの協働」を理由としなかった点のみを破毀の理由としており、悪意のみによって「フロードの協働」を認定することが妥当でないと言っていないと解釈することもできよう。「フロードの協働」という構成が一種のフィクションでしかないことは前述のとおりであるから、このように理解することも不可能ではないと思われる。この判決によっても、既に述べたところを変更する必要は生じないと考える。

破毀院民事部民事第一課一九五七年一月九日判決<sup>(38)</sup>およびパリ控訴院一九五六年一月一七日判決<sup>(39)</sup>は、私署証書による売買契約を締結し、手付 (arrhes) を支払った後に、第一売買の存したことを知らされた第二買主が、公正証書を作

成し、かつ、騰記を実行したとの事件について、第二買主は善意で取得した権利を強化 (consolidation) したにすぎないとして「フロードの協働」の存在を認めなかった。フランスの判例は、第二売買自体の「フロード」を判断の対象としており、騰記自体の「フロード」ということを殆んど問題にしていなと解することが可能となるであろう。<sup>(40)</sup>

第二買主を優先させた裁判例の中で注目すべきものとしてメル民事裁判所一九三八年二月八日判決およびその控訴審判決であるポワチエ控訴院一九三八年一月一七日判決を挙げることができる。<sup>(42)</sup>

MがAの受任者としてA所有の不動産を一九三五年一月七日付私署証書でBに売却したところ、Aは、一九三五年一月四日の書面でMに対していかなる代金であってもBと取引する意思はない旨通知して、同一不動産を一九三六年一月一日付私署証書によってCに売り渡した。Bは二月七日の私署証書を公正証書にする旨請求したが拒まれたので一九三六年二月二十八日にAに対して訴を提起し、一九三六年五月五日メル民事裁判所判決および同年一月二十七日ポワチエ控訴院判決によって勝訴判決を得、その結果A B間の売買の有効であることが確定した。一方、Cは一月一日付私署証書を三月一五—一六日に公証人原本に寄託し、一九三六年三月二十八日に騰記していた。そこでBはCを相手取って三月二十八日の騰記の無効を宣言する判決を求めて本訴を提起した。メル民事裁判所は、次のように判決した。

A B間の売買はA本人ではなくMとBの間で行なわれたこと、第二売買が行なわれた日およびそれが騰記された日には未だ第一売買の有効性を確認する判決は下されていなかったこと、およびBのAに対する訴が提起されたのは第二売買の私署証書の作成された後であったことに予め注意を喚起した上で、まず、Aについて、第二売買を行

なつた時点で本件不動産を処分する権利を有すると信じていたであらうとし、そのような争うことのできない錯誤 (erreur incontestable) に陥っていたとするなら、その態度から悪意 (mauvaise foi) を推定することはできないとした。

そして、「フロードの存否を評価するために特に考慮しなければならないのは、第一譲受人に対して自己の取得証書の謄記を援用している第二譲受人の行動 (agissement) である」として、第二買主 C の事情について次のように判断した。C が本件不動産を取得しようとしたのは、本件不動産がかつて自分の母親の所有であつて、一九二二年以来 C 自身がそれを賃借していることに基づく「正当な利害関心」であつて、B を害する目的で行動したとは思えないとした。また、B がそれ取得する以前に C は本件不動産の買い受けを M に申出たことがあるが、その時には第二売買によつて実際に支払つた代金を著しく下まわる額しか提示しなかつたとの事実については、より良い条件を引き出すために通常用いられる手段であるとし、C の謄記については、特別に急いだわけでもなく、法律によつて与えられた権利を行使したにすぎないとした。

こうして、C のフロードを特徴付ける何らの事実も立証されていないとした上で、さらに、B について次のように述べている。一九三五年一月七日の証書を謄記するために、一九三五年一月三〇日の法律の規定する「寄託」を単独で実現する権利を有したのに、一九三六年三月二十八日においてその謄記がなされていなかったことは、B のネグリジエンスによつてでなければ説明できず、B はそこから生ずる結果を甘受するより外はない、と。

ポワチエ控訴院もほぼ全面的にメル民事裁判所の判決文を受け継いで、フロードの存否を判断するには何よりも

第二買主の行動を考慮しなければならぬとした上で、Aが善意であったこと、Cが「真面目な動機」を有していたこと、Cが善意であったことを認定し、フロードは立証されていないとした。Bについては、一九三五年の法律との関係でその未登記を必ずしも非難しえないし、Aが無資力で損害賠償を得ることもできない点は同情に価するとしつつも、それらの事情がBの立場を有利にしないと判示している。

この判決は、下級審判決ではあるけれども、さまざまの意味で注目しに価すると思われる。第一に、この事件は売主が善意であつて、第二買主固有の「フロード」が問題とされている点である。第二に、第二買主の善意が認定され、さらに、動機の真面目さや登記の実行が異常に早くないことを認定して、フロードの成立を否定した点である。しかし、この点については、第二買主が保護されるためには善意以上の保護事由を必要とする趣旨であると解する必要はないように思われる。動機、登記等に関する部分は善意の認定を補強するに過ぎないと解することも可能だからである。第三に、売買契約締結後登記前に悪意となつたことが、前掲の判例と同様、フロードを構成するものと解されない点である。第四に、第一審判決が、第一買主のネグリジェンスを帰責原因としている点に特色を有する。この第四点を最も注目すべき点と考える。特に、学説の中に、第二買主の権利を保護するか否かを第一買主側の事情と第二買主側の事情との比較衡量で決定すべきであるとの主張と解しうる発言をするものが存する<sup>43)</sup>ことを考えると、第一買主側の帰責事由を問題とする考え方が明示されていることの意義は大きいと思われる。もつとも、大部分の判例は、第一買主の未登記、あるいは、第一買主の登記の劣後の事情に殆んど全く無関心であるように思われる。したがって、本判決は、判例の一つの傾向を示しているとか、その後の判例に影響を与えたものとして評価されることはで

きない。しかし、我々がこの問題を考える上では、本判決の示している考え方は多くの示唆を含んでいると思われる。

- (1) Trib. civ. Melle, 8 févr. 1938, S. 1938, 2, 97 note M. Garand; Poitiers, 17 nov. 1938, Gaz. Pal. 1938, 2, 879, S. 1939, 2, 44, J. C. P. 1939, II, 1230; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1951, Bull. Civ. 1951, 1, 298, p. 232; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 1952, Bull. Civ. 1952, 1, 278, p. 228, Gaz. Pal. 1952, 2, 411.
- (2) Cass. req. 15 avr. 1920, S. 1921, 1, 172, Gaz. Pal. 1920, 2, 118; Trib. civ. Melle, 8 févr. 1938; Poitiers, 17 nov. 1938 précités; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1961, Bull. Civ. 1961, 1, 467, p. 370, J. C. P. 1962, II, 12758 note Bulté.
- (3) E. du Pontavice, Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers, Rev. trim. dr. civ. 1963, p. 657. 添上・前掲・阪法五十一号九頁。
- (4) Cass. req. 21 juill. 1885, D. P. 1886, 1, 327, S. 1887, 1, 175; Cass. req. 15 juin 1922, D. P. 1922, 1, 180, S. 1924, 1, 181, Gaz. Pal. 1922, 2, 280; Cass. civ. 10 mai 1949; Paris, 11 mai 1945; Trib. civ. Seine, 16 juill. 1943 précités.
- (5) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1961 précité; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 juill. 1965, Bull. Civ. 1965, 1, 460, p. 344.
- (6) 民法典第九四一条、一九五五年一月四日のマニユ第三〇条第一款第二項。
- (7) 同註 Bulté note J. C. P. 1963, II, 12758.
- (8) Grenoble, 14 août 1869, D. P. 1870, 2, 151 (1<sup>re</sup>), S. 1870, 2, 35 (1<sup>re</sup>); Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1951, Bull. Civ. 1951, 1, 298, p. 232; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1960, Bull. Civ. 1960, 1, 160, p. 128.
- (9) 自由競争の原理の妥当する範囲の限界は社会通念によつて決定せざるを得ないであろうが、売主を何らかの術策によつて欺罔して第二売買を行なさせたような場合には、もはや通常の取引の態様といふことにはきかないであろう。結果を客観的に不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

評価すれば第二売買の方が有利な取引であったとしても事情は変わらないであろう。

- (10) Cass. civ. 24 avr. 1950, Bull. Civ. 1950, 1, 101, p. 76, D. 1950, 449, J. C. P. 1950, II, 5813; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 juill. 1965 précité. Cf. Nancy, 17 mars 1955, D. 1956, somm. 27 (傍論).
- (11) Cass. req. 8 déc. 1858, D. P. 1859, 1, 184, S. 1860, 1, 991; Grenoble, 11 déc. 1869, D. P. 1870, 2, 151 (2<sup>e</sup>), S. 1870, 2, 35 (2<sup>e</sup>); Cass. req. 29 févr. 1904, S. 1904, 1, 216, D. P. 1905, 1, 7.
- (12) M. Garand, note sous Trib. civ. de Melle, 8 févr. 1938, S. 1938, 2, 97.
- (13) 自由競争の原理とは、既に締結された契約(債権契約)にとまづてゐることを要すか否かに問題が存する)よりも高い利益を収めうる条件を提示して、第一の契約を「侵害」しても良いとする「原理」であるから、このような場合こそ、その典型的事例であるといえよう。この場合に第二契約が第一契約に対して優先できないとするならば「自由競争の原理」の妥当する範囲は、契約締結前の「交渉」の段階に限られることになる。私は、それで良いと考える。
- 自由競争の原理を悪意者を包含させるための論拠として、例えば、舟橋・物権法一八三頁、於保・物権法(上)一三八頁、鈴木・物権法講義(改訂版)一二六頁、広中俊雄「対抗要件と悪意の第三者」民法の基礎知識(1)五七頁。なお、川島博士は、「法律政策」の観点から右の理を必ずしも自明のことではないと指摘されている(民法一七〇頁)。
- (14) Trib. civ. de Melle, 8 févr. 1938; Poitiers, 17 nov. 1938; Nancy, 17 mars 1955; Paris, 17 avr. 1956; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1957 précités.
- (15) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 1952, Bull. Civ. 1952, 1, 278, p. 228, Gaz. Pal. 1952, 2, 411, Rev. tr. dr. civ. 1953, 129 obs. Solus.

(9) Cass. civ. 7 déc. 1925, S. 1925, 1, 340, D. P. 1926, 1, 185 (2e) note Savatier, Gaz. Pal. 1926, 1, 242, Rev. tr. dr. civ. 1926, 431 obs. Solus.

(17) 破毀院革命暦一三年ナルミドール三日判決「既に売却されていることを知っている不動産を買い受けた者も、第一売買が登記されていなければ、すなわち、所有権が移動していかざり、フロードによって非難されることはない。なぜなら、法律はいつて与えられた特典を利用することにはフロードは存しないからである。証書を登記するという相折の注意義務を及ぼさなかつた第一買主こそが責められるべきである。」

ただし、サビチエは、一九二五年一月七日の破毀院判決（前掲）は、従前の判例を変更したと評価する。サビチエによれば従前の判例で第二買主が勝訴しているものはすべて第二買主が善意である事例であったと云ふ（Savatier, note précitée）。

(8) Grenoble, 14 août 1869 ; Grenoble, 11 déc. 1869 précités ; Cass. req. 27 nov. 1893, D. P. 1894, 1, 342, S. 1894, 1, 385 note Ch. Lyon-Caen, Gaz. Pal. 1894, 1, 30 ; Cass. req. 24 juin 1929, Gaz. Pal. 1929, 2, 567, J. C. P. 1929, 1, 102, S. 1930, 1, 22, Rev. tr. dr. civ. 1929, 1124 obs. Solus ; Paris, 17 avr. 1956, D. 1957, Somm. 27 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1957, Bull. Civ. 1957, 1, 478, p. 387 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1960, Bull. Civ. 1960, 1, 160, 1, p. 128.

(9) Cass. req. 6 avr. 1925, S. 1925, 1, 101, D. P. 1926, 1, 185 (1<sup>re</sup>) note R. Savatier ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 févr. 1962, Bull. Civ. 1962, 1, 98, p. 86. 彼の親の事業を継ぎやうとフロードを認定するもの（Grenoble, 11 déc. 1869 ; Cass. civ. 1, 17 oct. 1961 ; Cass. civ. 7 juill. 1965 précités.

(20) Cass. req. 27 nov. 1893 ; Cass. req. 24 juin 1929 ; Cass. civ. 1, 16 mars 1960 précités.

(21) V. J. Mazeaud, note D. 1968, 413.

不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全



- (18) Cass. req. 15 avr. 1920, *Gaz. Pal.* 1920, 2, 118, S. 1921, 1, 172.
- (19) Note anonyme S. 1921, 1, 172.
- (20) Cass. civ. 7 déc. 1925 précité.
- (21) Savatier, note D. P. 1926, 1, 185. 前注(17)参照。なき、本件は第一売買が口頭の契約でしかなかったようである。
- (22) Cf. Vidal, op. cit., p. 146 et s.; du Pontavice, op. cit., p. 658; J. Mazeaud, note D. 1968, 413; Dagot, Note J. C. P. 1972, II, 16983.
- (23) Cass. req. 15 juin 1922 précité; Cass. req. 6 avr. 1925 précité; Cass. civ. 24 avr. 1950 précité; Vidal, op. cit., p. 146 et 434; Solus, 1922, 1, 180.
- (24) J. Mazeaud note précitée; cf. Besson, *Rép. pr. civ.*, v° Cassation, n° 1998 et s.
- (25) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc 1957 précité
- (26) Paris, 17 avr. 1956 précité.
- (27) Ripert, *La règle morale*, n° 171.
- (28) Trib. civ. de Melle, 8 févr. 1938, S. 1938, 2, 97 note M. Garraud.
- (29) Poitier, 17 nov. 1938, *Gaz. Pal.* 1838, 2, 879, S. 1939. 2. 44. J. C. P. 1939, II, 1230, *Rev. trim. dr. civ.* 1939, 193 obs. Solus.
- (30) Bulté, notes, S. 1949, I, 189; J. C. P. 1962, II, 12758; Savatier, note précitée; G. Morin, *La sécurité des acquereurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières*, 1902, p. 60 et 61 citée par E. du Pontavice, op. cit., *Rev. tr. dr. civ.*, 1963, p. 660, n. 65.

(四) フロードの効果

第二売買が売主と第二買主の「フロードの協働」もしくは第二買主の「フロード」によって行なわれたものである場合に、それに対してどのようなサンクションが加えられるかという問題がある。それを、若干正確さを欠く表現かと思われるが、便宜「フロードの効果」と呼ぶことにする。判例の多くは、第二売買は無効である、あるいは、謄記は無効であるといっている。その他、第二売買を對抗することはできないとか、謄記を援用できない、あるいは謄記を對抗できないとするものも多い。しかし、判例が「無効」と「對抗不能」の間に明確な区別を設けているように思えない。判例の中には、その双方の表現を共に用いるものもあるからである。また、判例は、謄記の効力の問題としてこれを扱っているというよりもむしろ、第二売買の効力の問題としてこれを扱っているように思われる。判例には、売買契約を無効とするもの、または、売買契約と謄記とを共に無効とするものが最も多い。<sup>(1)</sup><sup>(2)</sup>

フロードの効果が「無効」なのか「對抗不能」なのかという問題は、第一買主と第二買主との関係で論ずる限りあまり実益はない。問題となるのは、第二買主からの善意の転得者もまた、第一売買の瑕疵を受継ぐのか否かという点についてである。第二売買自体が無効であるなら、転得者は無権限の者からの譲受人となり、当然には所有者となることができない。これに対し、第二売買が第一売買に對抗できないとするのであるならば、第二買主からの転得者については別の考慮を要することになると解する余地があろう。また、売買契約そのものが無効なのか、謄記のみが無効なのかという問題も、同じように第二買主からの転得者をめぐって顕在化させられるであらう。

この点に関する判例は少ない。その最初の事例は、係争不動産の名称を採って「マラント島事件」とか「コロンブ

「島事件」とか呼ばれている事件であって、学界に大きな反響をもたらした事件である。これについて本稿でも既に触れた<sup>(3)</sup>、浜上論文もかなり詳しく紹介している<sup>(4)</sup>。しかし、この事件は、極めて有名な事件であるし多くの論点を含むものであるので、あえて重ねて紹介しよう。

破毀院民事部民事課一九四九年五月一〇日判決<sup>(5)</sup>

Aは一九二九年三月五日の証書によって本件不動産について、Bとの間に売買予約 (promesse de vente) を結んだ。Bは一九三〇年五月二日に適式に予約を完結 (levée d'option) し、七月二日にAに対して、売買証書を作成するため八月一日に公証人事務所に出頭するよう催告した。しかし、八月一日にAは出頭しなかったため、売買予約および予約完結に関する調書を公証人に作成させ、それを八月八日に騰記した<sup>(6)</sup>。一方、AはBからの催告を受けた後七月三一日に本件不動産を出資してC会社を設立する旨Cと合意して、八月一日に右証書を騰記した。C会社は、本件不動産を一九三二年七月二七日にD (パリ市) に転売し、その証書は八月一八日に騰記された。なお、その際に、Dは抵当権概要書 (état hypothécaire) を抵当権保存吏に請求して権利関係の確認を行なったが、それには保存吏の過誤により一九三〇年七月三一日の証書の騰記のみが記載され、八月八日にBのした騰記に関する記載は脱漏していた。このような事実関係の下でBからDを相手どって所有権確認、騰記抹消の訴が提起されたのが本件である。

第一審裁判所であるセーヌ民事裁判所は、一九四三年七月一六日に次のような判決を下した<sup>(8)</sup>。Dの一九三一年八月一八日の騰記はBのした一九三〇年八月八日の騰記に劣後しているのでこれをもってBに対抗することができ

ず、Dは、Cの一九三〇年八月一日の謄記をもってBに対抗することになる<sup>(9)</sup>。そして、DはCの有した以上の権利を有しえないのである。ところで、AC間の譲渡および謄記はBの取得を妨げようとの意図のみを有するフロード的操作の結果であり、フロードは一八五五年法第三条の適用を不能とする。判決によって無効とされた謄記は、すべての者の目に不存在である。Dは、無過失であり、フロード的行為の無効は善意の第三者に対して言い渡されることはできない旨主張しているが、パウリアナ訴権、二二七九条による動産返還請求権、虚偽表示、忘恩行為による解除の場合には第三者の善意が考慮されるが、それらの特別の規定のある場合以外の場合に不動産物権を取得した第三者の善意は何らの利益も有しない。したがって、DはCによってなされた謄記の優先を援用しえないし、Cの権利取得の無効の結論に服さなければならぬ。

パリ控訴院一九四五年五月一日判決も<sup>(10)</sup>、ほぼ同様の論理でセーヌ民事裁判所の結論を維持した。AC間の契約のフロードによる無効は、それによってCの取得した物権のすべてを無効とする。民法二一八二条第二項の原則(Nemo plus iuris……)は一般的かつ絶対的であり、取得者の権利は売主の権利の存在と有効性に従属する。したがって、Dが、パウリアナ訴権や民法一三八二条に基礎をおくフロードの場合の善意取得者に認められている解決を援用することは無意味であり、追奪担保責任の追及、または、誤った謄記概要書(état de transcription)を交付した者の責任の追及をすべきである。

さらに、破毀院も<sup>(11)</sup>、フロード的操作の結果として謄記が行なわれた場合には、その謄記は効力を生じない。謄記の方式は、権利を補強するもの(confortatif)であって、それを創設するもの(constitutif)ではなく、前主が所

有権を取得しなかったと看做される不動産について、善意の転得者を所有者とすることはできない。本件においては、出資行為のフロード的かつ仮装的性質によってCの物権〔取得〕および謄記が無効とされており、転得者は、善意であったとしてもその前主のフロードによる謄記を援用することはできない、とした。

この判決は、第二買主からの転得者が善意で、しかも買主として通常尽くすべき注意を尽くして（無過失）取得し、謄記した場合であっても、第二売買が「フロードの協働」によって行なわれたものである限りは、権利を取得することができないとした事例として評価すべきであろう。つまり、この事件で裁判所は、「フロードの効果」は、それによって行なわれた契約の無効、それも絶対無効（*nullité absolue*）であると判断している。<sup>(13)</sup>そして、更に、転得者が第二買主の謄記を信頼していたとしてもそれを保護することはできないとしている。その理由は、いわゆる「無権利の法理」であるし、謄記に「設権的効力」ないし「公信力」の存しないことである。

しかしながら、フロードの協働という論理構成は、売主のフロードによって行なわれた第二売買に対する制裁が第二買主の権利を奪う形で行なわれるためには、第二買主がその制裁を受けるにふさわしい「悪性」を備えていること、つまり、フロードを知りつつ参加した、またはそれと相応の行動をしたことを要するという考えに基礎を置くものであると理解できる。<sup>(15)</sup>このような考え方を延長していくと、何故に「フロード」に係わりの無い、それ故帰責原因を持たない善意（無過失）の転得者にも「フロードの効果」が及ぶのかという疑問が生ずる。フランスの学説の中には、先に謄記を備えた第二買主が謄記の優先を第一買主に対して主張できないのは、第二買主のフロードが第一買主に対する関係で不法行為（*délit civil*）を構成し、そこから生ずる損害を賠償する義務を負うからである、とするも

のがある<sup>(16)</sup>。この考え方は、不法行為に基く損害賠償は原則として金銭賠償であるが、それが可能な場合には現物での賠償を請求することもできるというフランス民事責任法の原則<sup>(17)</sup>に基づくものであって、善意転得者に取得されてしまった財産はもはや現物賠償になじまないという結論を導く。また、この考え方は、フロードの法理を民事責任の一般原則（過失責任主義と解して良いと思われる）の中に包摂しようとするものであるから、第一買主に対して何らの責任も負わない善意転得者にその賠償の責が負わされることを認めない。このような考え方からは、第一買主と転得者との争いでは、転得者が第一買主に対する関係でフロードないし不法行為を犯しているかどうかを判断すれば足りるということになり、フロードの判断が相対化<sup>(18)</sup>されることとなって「フロードの協働」の法理とは全く異質の法律構成をとることとなる<sup>(19)</sup>。こうした考え方に対しては、「フロード」の法理は、法諺ないし慣習法に基礎を置くものであって、民事責任法の一般原則とは異なる性質のものであるという論理上の批判<sup>(19)</sup>や、転得者は前主の権原を調査する義務を負っているという批判<sup>(20)</sup>、または、善意転得者へのフロードの追及を遮断することは藁人形への転売によってフロードが法的保護を受けることになって妥当でないという実質的配慮に基く批判<sup>(21)</sup>が存する。本判決は、この点について、フロードに民法第一三八二条（民事責任の一般原則）に基礎を置くフロードとその他のフロードという区別をすること<sup>(22)</sup>で、民事責任法の原則による解決を排除している。そして、破毀院は、学説の間に批判が存するにも拘らず、その後<sup>(23)</sup>も、前掲の破毀院民事部民事第一課一九六一年一〇月一七日判決によって、同一の結論を維持している。すなわち、第二買主による係争不動産のフロード的な取得の第一買主に対する対抗不能は、第二買主から転得者への転売の第一買主への対抗不能を導く、として、転得者に固有の権利について判断する必要を認めなかったのである。一九六八年

の判決に至るまでの学説の争いは、ノロードを民事責任の一般原則に包摂されるものと解するか否かを最大の争点としていた。

(1) たゞさだ Cass. civ. 7 juill. 1965, Bull. civ. 1965, I, 460, p. 344.

(2) たゞさだ Grenoble, 14 août 1869 précité; Grenoble, 11 déc. 1869 précité; Cass. req. 27 nov. 1893 précité; Cass. civ. 10 mai 1949 précité; Cass. civ. I, 7 janv. 1960 précité.

その他「騰記が、または売買契約と騰記を「対抗不能」とするものなり」 Cass. civ. 13 nov. 1951; Cass. civ. I, 16 mars 1960; Cass. civ. I, 17 oct. 1961 précités.

第二売買の騰記の未済を命ずるものなり Cass. civ. 24 avril 1950 précité.

(3) 前掲四五頁参照。

(4) 浜上・前掲・阪法五一号一四頁。しかし必ずしも正確ではない。

(5) Cass. civ. 10 mai 1949, D. 1949, 277 note R. Lenoan, S. 1949, I, 189 note H. Bulté, J. C. P. 1949, II, 4972 obs. E. Becqué, Rev. tr. dr. civ. 1950, 76 obs. H. Solus; Paris, 11 mai 1945, D. 1947, 62 note J. Hamel, Rev. tr. dr. civ. 1945, 201 obs. Solus; Tr. civ. de Seine, 16 juill. 1943, D. C. 1944, 19 note A. Rouast, J. C. P. 1945, II, 2743 obs. E. Becqué, Rev. tr. dr. civ. 1944, 187 obs. Solus. Cf. H. Capitant, A. Weill et F. Terré, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 6 éd. 1973, n° 201; E. Mezger, Rôle comparé de la transcription immobilière française et de “prénotation” du droit allemand, Rev. int. dr. comp. 1949, p. 324 et s.; E. du Pontavice, op. cit.

(6) 本件紛争の生じた一九三〇年当時は、一八五五年法が適用されており、一八五五年法は、売買予約の騰記およびその完結に関する公証人調書の騰記に関する条文をおいてはいない。したがって、本件における騰記がいかなる法条を根拠にして行

不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

なわれたかは不明である。一九五五年法のもとでは、売買予約の公示（一九五五年一月四日のデクレ第三七条第一款一号）も、公正証書の作成が拒絶された旨の調書の公示（一九五五年一月四日のデクレ第三七条第二款）ともに認められていゝ。我國の仮登記制度と対比してみる必要がある。なお、生熊長幸「仮登記について」法学三六号二四九頁参照。

- (7) 抵当権概要書もしくは後掲の謄記概要書ということばは、法文上の呼称ではない。实体は、現に効力を有する公示の謄記（抄）本というようなものであらうと推測される。なお、フランスでは公示簿の閲覧は許されておらず、謄抄本等の交付の請求のみしかできない点に注意を要する。したがって、抵当権保存吏（登記官）の過誤によつて、第三者が権利の存在を知ることができない場合が生ずる危険が大きいといえるであらう。第三者の権利の「外観」に対する信頼とか、第一買主の未謄記に対するネグリジエンスの非難とは別の考慮を要する点であらう。

(8) Trib. civ. de Seine, 16 juill. 1943 précité.

(9) Cf. Dijon, 10 juin 1891, D. P. 1892, 2, 469.

(10) Paris, 11 mai 1949 précité.

(11) Cass. civ. 10 mai 1949 précité.

(12) 本件判決は「仮装行為」についても言及しているが、そのことに特別の考慮を払う必要はなく、フロード認定の基礎として位置付ければ良いであらう。前掲五二頁注(10)参照。

(13) Ripert, op. cit., n. 170; du Pontavice, op. cit., p. 659. これらに対し、Vidal, op. cit., p. 380 et s. は、フロードの効果は對抗不能であり、對抗不能の訴権 (action en inopposabilité) は、無効訴権 (action en nullité) とは類型を異にし、それ故、絶対無効、相対無効の問題を生じないとしている。しかし、これは少数説といえよう。パウリアナ訴権に関する一六七条のように明文の規定のある場合を除いて絶対無効と解する説が多いようである。cf. Becqué, Rouast, Lenoan

(14) フランス法主義のもとでは、契約の無効は物権変動の無効を意味し、その契約の騰記は何らの効力を有しないと解されている。したがって、第二売買をフロードの協働によると認定した場合には、二重売買が成立していないということになり、對抗問題を生じないのであるから、騰記の効力には何らの変化を及ぼさないと解すべきことになる。同様に、我国における背信的悪意者排除説も、「登記法」の視点から見ると、善意悪意不問説と同じく、第三者の善意悪意に係り無く、登記によって画一的に對抗問題を処理する説として評価される可能性がある。問題は、第二売買を有効と見るか否かという、すぐれて「実体法」上の問題となるであろう。吉原節夫・民法の判例(第二版)五〇頁は、民法九〇条に關してこの理を認める。吉原教授は背信的悪意者排除説の中に民法一条、九〇条の理念が混在しているとされ、結局背信的悪意者排除説を、登記の援用を契機として第三者の主観的態様が問題とされる構造を有するが、第二売買契約ないし第二物権変動自体の有効・無効を問題とする性質の学説であると主張されていることにならう。

(15) cf. Vidal, op. cit. p. 142 et s.

(16) Ch. Lyon-Caen, note S. 1894, I, 385; But noir, op. cit., p. 119; Ripert, op. cit., n° 172 etc.

この説は、後に述べるフォートル民事責任説と区別される必要がある。フォートル民事責任説は、第一売買の存在を知りながら第二売買を行ったという事実のみから不法行為の成立を認める(悪意者排除)のに対し、この説は、第二売買がフロードによる場合に第二買主の責任が生ずるとするのである(cf. J. Hamel, note précitée)。フォートルとフロードを明確に段階付ける考え方のものでは、第二買主にフォートルは存するが、フロードは無いとして、第一買主に対する金銭賠償を認めるが、第二売買自体および所有権の移転は有効とすることが可能とならう(cf. Aix, 20 fév. 1950, J. C.P. 1950, II, 5501 note E. Becqué; Cass. req. 12 juin 1954, D. 1954, 588, J. C. P. 1954, II, 8225)。そして、サンチェの説などは、不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

八四

ートとノキートを完全に同視してゐる (cf. Savatier, note précitée)。

- (17) R. Savatier, *Traité de la responsabilité*, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., 1951, n° 593 et s.; H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité de la responsabilité*, t. 3, 5<sup>e</sup> éd., 1960, n° 2303 et s.; Lalou, Azard et Ph. le Tourneau, *La responsabilité civile*, 1972, n° 624 et s.

- (18) これらの見解の中で、特に、モランが、第一買主に、ネグリジュンスが存する場合には、第二買主からの善意転得者は保護されるとしていることに注目したい (G. Morin, *loc. cit.*)。フメルは、本件について、転得者が公示を信頼していたのに対し、第一買主は未登記であり、ネグリジュンスを犯していたのだから、転得者が保護されるべきだと主張する (Hamel, *note précitée*)。また、ビュルテは、本件では、第二買主のフロードに対する制裁の結果を、第一買主に負担させるか、転得者の負担とするかが問題とされており、両者とも善意であり、しかも、フロードとは全く無関係であるので、その選択は難しいとしている。しかし、代金を支払い、数年に亘って占有を続けてきた転得者を、予約を完結しただけで代金も払っていないと思われる第一取得者のために犠牲とすることが正しいかどうか疑わしい、さらに、第二買主が所有者としての外観を有しているので、転得者には過失が無いのに対し、予約権者には自己の権利を第三者に知らしめる極めて簡易な方法が与えられていることも考慮すべきであるとも言ふ (Bulté, *obs. précitée*)。

しかし、メッガーは、第一買主のした登記をドイツ法上の仮登記と類似の機能を有するものと評価し、転得者がその登記を知らなかったことが保存吏(登記官)の過誤によるものであることを重視する。また、フランス法の登記が補強的であり、設権的効力を有しないことは、本件の解決に何らの影響も与えず、ドイツ法のもとでもフランス法と同一の結論に達するであろうことを示唆している (Metzger, *op. cit.*)。

なお、パウリアナ訴権(詐害行為取消権)の法理によって善意転得者を保護しようとする説として、Grouber, *L'Action*

paulienne en droit civil français contemporain, thèse Paris, 1913, n° 268 et s., critiqué par Vidal, op. cit., p. 288.

(19) E. Bequé, obs. J. C. P. 1945, II, 2743, J. C. P. 1949, II, 4972; Lenoan, note précitée; Vidal, op. cit.

(20) A. Rouast, E. Bequé, Lenoan, notes précitées.

(21) Bequé, J. C. P. 1945, II, 2743; Lenoan, note précitée. Cf. J. Flour, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *Mélanges Ripert*, t. 1, 1950, n° 13.

(22) この点について、フロードに第二三二条に基礎を有するものとそうでないものがあるなどと考えられないとする批判がある。Bulté, *Hamel, notes précitées*.

(23) *Cass. civ. 1re*, 17 oct. 1961, *Bull. Civ.* 1961, 1, 467, p. 370, *J. C. P.* 1962, II, 12758 obs. H. Bulté.

#### (五) まとめ

一八五五年に謄記法が制定されて以来、一九六八年の破毀院判決に至るまでの判例の状況は右に紹介してきたようなものであった。一九六八年判決を判例の流れの中に位置付け、その論理的な意義と限界を論ずる前に、これまで紹介して来た判例を簡単に整理して、問題点を明確にしておくことにする。

フランスの判例の基本的な考え方は、次のようなものであったと理解される。不動産謄記制度は、当事者の善意・悪意を調査するという困難を避けるためのものであるから、第二取得者が第一売買の存在を知っていたことによつて謄記の欠缺が補われることはない。しかし、第二売買が売主と第二買主とのフロードの協働によつて行なわれた場合には、フロードによつて行なわれた第二売買は無効とされ、第二買主は謄記の優先を主張することができない。<sup>(1)</sup> 右のように考えることから、当然に、第二売買が無効とされるためには第二買主が単に第一売買の存在を知っていたこと

のみでは不十分であり、何らかのフロードを特徴付ける事実の存することを要するということになる。<sup>(2)</sup> また、フロードに対する制裁は、その行為が行なわれなかった状態に復することにあるから、フロードによる第二買主からの転得者は、善意であつても権利を取得することはできない。<sup>(3)</sup>

しかし、右のような基本的な考え方は、判例の流れの中で、様々な点での修正を加えられ、ある場合には、それは論理矛盾を招来する程のものとなっている。第一に、フロードの協働の理論は、第二買主固有のフロードが認められるに至つて破綻した。<sup>(4)</sup> 第一買主が善意の場合であっても、第二買主固有のフロードによつて第二売買が無効とされる判決を論理的に説明するためには、フロードの協働以外の法理が用いられなければならないであろう。さらに、学説の中には、民法第一三八二条によつて、民事責任の一般原則が確立されているのであるから、フロードは独自の存在意義を有することなく、民事責任の一段原則に包摂されるべきであるとの批判が存する。<sup>(5)</sup> 謄記において優先する第二買主が謄記の優先を第一買主に対して主張しえないとする場合の論理的根拠の再検討が迫られているということができらるであろう。

第二に、判例理論は、第二買主の単なる悪意とフロードは質的に相違するということ为前提として成り立っていたが、実際の判断においては、第二買主が単なる悪意でしか無い場合にもその権利を否認していると理解できた。<sup>(6)</sup> ここでもまた、判例の採用するフロードの法理は破綻しているといえるであろう。単なる悪意の第二買主も謄記なくして對抗しえない第三者の範囲から除外されているということは、一方で、フロードの法理に再検討を迫るものであるし、他方で、判例理論の論理的な出発点であると解されるところの、謄記制度は元来第三者の善意悪意を問うことな

く権利関係の優劣を形式的に決すべきものであるとの認識が再検討されることを必要とする性質のものであろう。学説の中には、古くから悪意の第二譲受人に騰記の優先の主張を許さないと主張するものがあつたし、第二買主の権利を否認する根拠を民事責任の一般原則に求めるものの多くは、悪意の第二買主によって行なわれた第二売買は第一買主に対する不法行為を構成すると主張して<sup>(8)</sup>いた。また、単なる悪意とフロードとの区別は、実際になしうる性質のものではなく単なる論理上の区別ではないとする認識はかなり広まっていたといえる<sup>(9)</sup>。このように、悪意とフロードとの間に実質的な、あるいは法律上の区別が認められないということになると、それは直ちに、騰記制度は当事者の善意悪意を問わない性質のものであるとの前提をくつがえすことになる。騰記制度の趣旨ないし性質に関する議論は一八五五年法制定の後しばらくの間は盛んに行なわれたようであるが、その後はあまり論議されていないようである。しかし、この点が、我々にとって重要な問題点であることは間違いないであらう<sup>(11)</sup>。

第三に、善意転得者の処遇について、判例は一貫して「無権利の法理」を用いて、権利取得を否認している<sup>(12)</sup>。この点について判例の流れに何らの変化はない。しかし、学説の中には、判例の立場に批判的な見解が強い。その第一のもの、第一買主に対して有責な者のみが第一買主の権利回復を義務付けられ、善意の転得者が権利を否認される理由には無いとするものである<sup>(13)</sup>。第二の批判は、共通の錯誤の法理によって、あるいは、パウリアナ訴権等に見られる善意者保護の原則によって、前主の無権利に対する攻撃から保護を受けるとするものである<sup>(14)</sup>。これらの批判に対して何らかの回答を準備することが判例に迫られていたといえることができるであらうし、我々にとってもそこでの問題の検討が一つの課題とされているであらう<sup>(15)</sup>。

このように、一九六八年当時の判例理論は多くの問題を抱えており、判例を批判する学説も相当有力であった。そうした判例・学説の状況の中で、破毀院民事部民事第三課一九六八年三月二二日判決が下されたのであるが、その判決が上述の問題点についてのほうに対処したかを見ることが次の課題である。

- (1) Cass. req. 8 déc. 1858, Cass. req. 27 nov. 1893 précités etc.
- (2) Cass. civ. 7 déc. 1925, Cass. req. 24 juin 1929 précités etc.
- (3) Cass. civ. 10 mai 1949, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1961 précités.
- (4) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1961, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 juill. 1965 précités.
- (5) Bufnoir, loc. cit.; Collin, Capitant et de la Morandière, loc. cit.; Ripert et Boulanger, loc. cit.; Ch. Lyon-Caen, Savatier, Hamel, Bulté, notes précitées.
- (6) Cass. req. 24 juin 1929, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1960 précités etc. cf. du Pontavice, op. cit., p. 657 et s.
- (7) Cf. Extrait de rapport de M. le conseiller Marignon présenté à la chambre des requêtes, S. 1894, 1, 388; Ch. Duverdy, Observation sur le projet de loi portant rétablissement de la transcription, Rev. historique, t. 1, 1855, p. 99 et s.
- (8) Savatier, note précitée; Planiol, Ripert et Esmein, Tr. de droit civil, t. 6, n° 349.
- (9) Flour, op. cit., n° 13; Ripert, op. cit., n° 171 et 172; Solus, obs. R. T. 1922, 922; R. T. 1926, 431; R. T. 1953, 130; G. Ripert et J. Boulanger, Traité de droit civil, t. 3, 1958, n° 349, etc.
- (10) Extrait du rapport de M. le conseiller Marignon, loc. cit.; Boissonade, op. cit. etc.

- (11) 我国における善意悪意不問説と悪意者排除説の間にも、登記制度を、登記名義人の善意悪意に拘らず権利の存否を画一的に決するための制度と理解するか、善意の第三者を保護するための制度と理解するかとの相違が存するように思われる。
- (12) Cass. civ. 10 mai 1949; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1961 précités.
- (13) Ch. Lyon-Caen. S. 189, 1, 385; Bufnoir, op. cit. p. 119; Ripert et Boulanger, op. cit., t. 1, 4 éd. n° 3285; Colin, Capitant et de la Morandière, op. cit. t. 1, 10 éd. n° 1192; G. Lyon-Caen, De l'évolution de la notion de bonne foi, Rev. trim. dr. civ. 1946, p. 75; Bulté, Hamel, notes précitées.
- (14) Vidal, op. cit. p. 330 et s.; Bulté, Hamel, notes précitées.
- (15) 我国の背信的悪意者排除説の中にも、善意転得者を保護するために、相対的無効を主張する説や、詐害行為取消権の準用を主張するものが存する。また、必ずしも善意転得者を保護する必要はないと主張するものもある。舟橋・物権法一八五頁、川井・判タ一二七号二一頁、広中・民法の基礎知識五八頁、三和一博「民法一七七条の第三者の範囲と信義則の適用」東洋法学九卷二・三号四二頁、好美清光「不動産の二重処分における信義則等の効果」手形研究六卷六号八頁以下、石本・民商四五卷五号七五一頁。
- なお、篠塚・前掲法学セミナー一一三号四六頁（論争民法学Ⅰ二三頁）、半田・前掲民事研修一五九号一三頁、石田・民商五〇巻二号三〇六頁など参照。

### 三、破毀院民事部民事第三課一九六八年三月二二日判決

#### (一) 紹介

不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

この事件の事実関係は次のとおりである。<sup>(1)</sup>

Bは、M会社の仲介によって、A所有不動産を一九四四年四月四日の私署証書(acte sous seing privé)によって買い受けた。しかし、BがAに対して公正証書(acte authentique)の作成を要求したところ、Aはこれに応ぜず、却って一九四六年二月九日の公証人証書(acte notarié)によって同一不動産をM会社の取締役であるCに売り渡し、Cはその証書を五月四日に謄記した。Bは第二売買およびその謄記はCとAの受任者との間のフロードの協働によって行なわれたと主張して、第二売買およびその謄記がBに対抗できないことの宣言を求めた。パリ控訴院一九六六年一月二七日判決は、次のような理由でBの請求を却けた。

Cは、AのBに対する契約上の債務を知っており、責任を生じせしめる性質のフォートを犯しているように見えるが、しかし、そのことから一九四六年の売買を無効とする必要は生じない。

これに対して、破毀院は次のように判示して、原判決を破毀し、アミアン控訴院に移送した。

原判決は、Cのフォートを認定し、かつ、不動産が未だCの手中にあることも認定していながら、何ら理由を付することなく、Bによって主張されている執行方法(mode d'exécution)を無視している。執行方法は、第二売買の第一買主に対する対抗不能(inopposabilité)であるとして、民法第一三二条を引用し、原判決は法的基礎を欠くと判示した。

(1) Cass. civ. 3, 22 mars 1968, D. 1968, 412 note J. Mazeaud, J. C. P. 1968, II, 15587 obs. A. Plaqueol, Rev. trim. dr. civ. 1968, 564 obs. Bredin, Rec. gén. loi et jur. 1968, Jur., 444, p. 601, obs. Désiry.

(二) 検 討

本件判決は、第二買主の「フォート」のみによって第二売買を無効とすることはできないとした原判決を破毀して、「フォート」ある第二買主は第一買主に対抗することができないとしている。したがって、本判決によって、従来「フロード」のある場合でなければ第二買主の権利取得は否認されないとしていた判例は、正面から否定され、変更されたと見ることができであろう。「フォート (faute)」の語は、「通常「過失」と訳されている。したがって、従来の判例が、第二買主の主観的態様に関する要件を緩和し、単なる悪意の第二買主を排除し、さらには、「過失ある善意者」たる第二買主にも臆記の優先の主張を否認する傾向にあったこととの関係で、本判決は、「過失ある善意者」も第三者の範囲から除かれることを宣言したと評価することが可能であるかのように思える。<sup>(2)</sup>しかし、本件では、第二買主は「第一売買を知らなくはなかった」あるいは、「売主の第一買主に対する債務を知っていた」と認定されているのであって、右のような評価は誤りであるといわざるを得ない。ここでいわれている「フォート」とは、フランス民法典第一三八二条にいう「フォート」、すなわち、民事責任を生ぜしめる要件としての「過失」である。

「フォート」の概念については、様々な説明が行なわれており、ここではそれを紹介する余地もなければ、その当否を断すべき場所でもない。<sup>(3)</sup>フォートの概念一般をどのように解するにしろ、本件判決の採っている論理構成は次のようなものとして理解される。すなわち、契約はすべての第三者によって尊重されるべきものであり、何人も当事者による実現を妨げることはできず、したがって、契約の存在を知らながらそれを侵害した場合、その者の悪意は「フォ

「ト」を構成し、その行為は不法行為 (délit civil) である<sup>(4)</sup>。不法行為者は、それによって生じる損害を賠償する義務を負い、最も望ましい賠償方法は原状の回復であるから、それが可能な限り、現物賠償 (réparation en nature) が命ぜられる<sup>(5)</sup>。そして、不動産売買については謄記 (公示) が対抗要件とされていることは、右の原則に何らの影響を与えない<sup>(6)</sup>。したがって、本判決は、第二買主の取得名義およびその公示が第一買主に対抗できないと判示するについて、もはや「フロードの協働」の法理を用いることをせず、第二買主の単なる「フォート」を理由とする、と宣言したものであって、「第一買主の主観的態様に関する要件 (exigence quant à la mentalité) を変更するものではない」と解される<sup>(7)</sup>。

従前の判例を整理し、その問題点を明きらかにした時、第一に指摘されたのが、第二買主固有の「フロード」を認めることによって、「フロードの協働」の法理の破綻が顕著なものとなり、第二買主の権利を否認する論理的根拠の再検討が必要とされるに至ったことであった。この点について、本判決は、売主の善意・悪意を検討の対象外におき、第二買主が第一買主に対する関係で「フォート」を犯しているか否かによって問題を決するとの態度を示した<sup>(8)</sup>のである。

第二に、第二買主の主観的態様に関する問題点が指摘されていた。本判決はこの点で従前の判例と異なるものではないといわれている<sup>(9)</sup>。確かに、本判決は、第一売買の仲介者と第二買主とに特殊な関係があり、従来判例の線においても「フロード」の成立が認められたであろうことは疑いない<sup>(9)</sup>。しかし、従来判例が単なる悪意からフロードを導いていたことには前述の如き論理上の難点が存したのに対し、本判決のように民事責任の法理を採用すれば、

単なる悪意の第二買主を排除することに論理上の難点が存しないことになり、今後は、常に何らの疑問なく悪意の第二買主が排除されることになるであろう。しかし、民事責任の法理の採用が過失ある善意者たる第二買主を排除することになるか否かは更に検討される必要があるし、<sup>(10)</sup> 謄記制度の趣旨を再検討する必要がある。

第三に、本判決が民事責任の法理を採用したことによって、将来、第二買主からの善意の転得者の処遇が問題とされた場合には、従前の判例とは逆に、その権利が保護されるであろうことが予想される。<sup>(11)</sup> フロード説とフォート説の結論の顕著な相違はこの点に存するのである。報告者 (rapporteur) としてこの判決の審理に参加したジャン・マゾは次のように述べている。「第二売買の第一買主に対する対抗可能性を排除するについて、本判決は、もはやフロードの協働に基礎を置かず、第二取得者の単なる『フォート』に基礎を置く。しかし、第二買主の主観的態様に関する要件は全く変更されていないことが見られるであろう。そして、第一三八二条を援用し、フロードというあいまいな概念を放棄したことは、善意の転得者の権利の尊重を確実にすること以外に結論を有しないことに気付かれるであろう」と。<sup>(12)</sup>

しかし、本件は、転得者の存在しない事例であって、この点の判断は本件に固有の意味を有するものでないとも言える。したがって、それぞれの問題点について見た場合、本判決は、事案の解決という点に限るならば、あえて、「フォート」の理論を採用しなくても良かったと言ふこともできよう。本判決の意義は主として論理上のそれであると言ふことができる。このような判決を下すところにフランスの裁判官の特色が現れているであろうか。<sup>(13)</sup> 古くから、この問題について、フロードに固有の存在意義を認める説と、民事責任の原則による解決を主張する説との間に争い

が存した。本判決は、従来の判例を変更して民事責任説を採用することを宣言したものである。ここで、フロード説とも言うべき説と、民事責任説との争いを概観し、それぞれの説の主張と対立点とを明きらかにしておく。

- (1) 前掲六五頁以下参照。
- (2) 上井長久「フランス民法における表見所有権について」法律論叢四六巻四号一二二頁注⑨。
- (3) フランス法におけるノートの概念については、野田良之「フランス民法における *faute* の概念」損害賠償法の研究上 一〇九頁以下が詳しい。
- (4) Starck, op. cit., J. C. P. 1954, I, 1180 etc. cf. Planqueel, obs. précitée I.
- (5) Savatier, op. cit., t. 2, n° 593 et s.; Mazeaud et Tunc, op. cit., t. 3, n° 2303 et s.; Lalou, Azard et le Tourneau, op. cit., n° 624 et s.
- (6) Cf. Starck, op. cit.; Ripert, op. cit. n° 166; Planqueel, obs. précitée.
- (7) J. Mazeaud, note précitée.
- (8) J. Mazeaud, loc. cit.
- (9) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 juill. 1965 précités.
- (10) Cf. Bredin, R. T. 1968, 564.
- (11) J. Mazeaud, note précitée; Marty et Raynaud, Droit civil, t. 3, 1<sup>er</sup> vol, 1971, n° 697; cf. H. L. et J. Mazeaud, Leçon de droit civil, t. 3, 1<sup>er</sup> vol, 1968, par de Jaglart, n° 727; Ripert et Boulanger, op. cit., t. 3, n° 349.
- (12) J. Mazeaud, note précitée.
- (13) Cf. R. David, Le droit français, t. 1, Les données fondamentales du droit français, p. 49 et s.

(三) フロード説と民事責任説

本判決の審理に報告者として参加したJ・マゾが、本判決の評釈を書いている<sup>(1)</sup>。それは本判決の「解説」とも言うべきものであって、本判決の基礎となっている民事責任説の主張を要領良くまとめたものになっている。これを基にしつつ民事責任説を紹介する。

不動産公示制度は、第三者に絶対的な安全を付与することを目的としているので、謄記をしないことで第三者を錯誤に陥れた第一譲受人のネグリジエンスはサンクションに価する<sup>(2)</sup>。しかし、公示制度は、譲受人から権利を奪おうとする背信的な者 (personne déloyale) の武器とされてはならない。謄記の欠缺は、しばしば、本件の如く、公正証書の署名を得ることができない場合に生ずる。一八五五年法の立法者および判例は、極めて明瞭に反道徳的な結論に導く場合に、謄記の原則に例外を認めた。それが「フロードの協働」の法理である。

しかし、これに対しては、契約侵害の共同行為を適法と認めることはできない、あるいは、悪意とフロードの協働との区別は不可能であるとの批判が存する<sup>(3)</sup>。また、判例は、謄記の異常な早さや第二売買の価額の高さから協働を認め、売主が善意の場合にも協働を認めているが、それらの場合に何故に協働が認められるかを説明するのは不可能であろう<sup>(4)</sup>。実際には、第二買主の単なる悪意が謄記の効力を失わせていると言うべきであり、第二買主の単なる悪意からフロードが生ずることとなり、フロードの協働の概念は無用となっている。それでもなおフロードの概念を用いることは必要であろうか。悪意の第二取得者がフォートを犯していることは明きらかである。

今日では、悪意の第二譲受人が法の与える権利を行使しすぎない<sup>(7)</sup>と主張する者は誰もいないのであるから、そ

の者にフォート<sup>(8)</sup>を認めるべきである。多くの判例が、意図的に契約侵害に加担した第三者の責任を認め、労働契約については、立法者がこの原則を採用している。<sup>(9)</sup> しかも、フロード説は法諺に基くものであるが、法諺は補充的に適用されるべきであつて、制定法による訴権の与えられている場合にはそれに依るべきであるし、<sup>(10)</sup> フロードの概念は次のような危険性さえ有している。すなわち、フロードの要件特に侵害の意思の要件については、破毀院のコントロールが及ばない。<sup>(11)</sup> これに対し、フォートについてはその総てにコントロールが及ぶ。このコントロールは第三者保護のために不可欠である。また、フロードによると転得者が保護されない。<sup>(12)</sup> これに対し、フォートの効果は、民法一三八二条に基く賠償責任の発生である。被害者は、実現が可能な限り、現物賠償を請求することができる。<sup>(13)</sup> したがつて、不動産が第二買主の手中にある限り、現物での賠償（騰記の對抗不能）を請求することが可能である。転得者が悪意の時も事情は同じである。しかし、転得者が善意ならば、フォートの責を負わず、現物賠償は不可能である。被害者たる第一買主は、等価物の賠償で満足しなければならない。本判決は「不動産が未だCの手中にある」という要件によつて、転得者の存否によるサンクションの違いを暗示している。悪意の第二譲受人はできるだけ早く転売しようとするであろうが、<sup>(14)</sup> 不動産公示制度の主たる目的は第三者の安全であることを忘れてはならない。したがつて、善意転得者を第一譲受人に勝たせることは何ら不正でない。

また、民法第一〇七一条に基く本判決の批判が考えられるが、<sup>(15)</sup> その批判は、フォートによる判例同様フロードの協働を理由とする判例にも向けられるべきであり、民法第一〇七一条は、無償譲渡であり、かつ、譲渡権制限の問題である補充指定に特有の規定であり、有償譲渡に関する場合で、かつ、譲渡の對抗が問題とされている場合には適用さ

れるべきでない<sup>(16)</sup>と解される。

フロードからフォートへの転換によって、サンクシヨンの課される範囲が広げられたかどうかが問題とされる<sup>(17)</sup>。この点について、マゾは、第二譲受人が第一譲渡の存在を知っていた場合にはフォートが存し、賠償が認められるが、特別な調査をしないで取得した場合にはフォートは存しないとしている。なぜなら、第三者は自己の利益に関すること以外の点についてまで売主の権利に関する調査をする必要はないし、第三者は土地公示による情報を信ずる権利があり、調査義務を認めることは一八五五年法、一九五五年法の趣旨に反するからである<sup>(18)</sup>。

以上のような考え方に基いて、マゾは、フォートはフロード同様証明が容易であるので、裁判所は、善意が常に推定されていることを忘れてはならず、悪意の証明について厳格であることを要すると警告を発しつつ、フォートと民事責任説の主張を行なっている。

これに対し、プランケルは、外観を信じて契約をした者の保護を強めようという裁判所の配慮は是認せざるを得ないとしながらも、本判決の基礎であるマゾらの考え方に二つの疑問を投じている。第一は、第一譲渡を知りながら契約を締結したことのみによってフォートを認定するのは行き過ぎていないかという点であり、第二は、善意転得者を保護するためには本判決のように土地公示制度を根本的に覆す以外に方法はないのかという点である<sup>(19)</sup>。

契約上の権利 (drois contractuels) はすべての者によって尊重されなければならない。したがって、故意または過失 (imprudence, négligence ou témérité) によって債権を無視した者はフォートを犯す<sup>(20)</sup>。この基盤の上に、債権侵害は不法行為責任を負うとの判例が積み上げられてきた。しかし、第三者に対抗するためには公示を要するとさ

れている権利についても同様であろうか。<sup>(21)</sup> 公示制度は取引の安全を目的としており、この目的は取得を公示した者が取引の時点で悪意であったかどうかという議論を封じなくては達せられない。したがって、ここでは、裁判官が方式の履踐を援用する者の善意・悪意を調べることを認めてはならない。つまり、方式の履踐が、公示を実現した者の善意を証明し、かつ、一種の争い難い推定 (présomption irréfragable) をもたらすべきである。逆に、履踐されている方式は、あらゆる反対の証拠に拘らず、公示されている権利を第三者に知られたものとする効果を有しなければならない。したがって、第三者対抗問題を公示によって決すべき性質の権利が問題とされている場合には、善意・悪意の問題は一切論じられるべきでない。<sup>(22)</sup> それ故、第一売買の存在を知りながら第二買主となった者を「悪意者」とすることに慎重であることを要している。

しかし、判例が《fraus omnia corrumpit》という法諺によって公示の原則の適用を緩和している点については、対立者間の利害を調整するものとして是認する。ただし、公示を信頼して権利を取得した第三者は、最大限の保護を受けなければならない。原則に対する例外は、「フロードの協働」の認定される場合に限られなければならない。すなわち、詐欺的操作と謄記の優先との間の因果関係が立証された場合に限られることを要し、その証明は、その具体的内容において、裁判官の誤まてる判断から公示を信頼した者を最大限保護する性質のものでなければならぬとす<sup>(23)</sup>る。なお、第一譲受人については、何らかのネグリジェンスによって非難されうる範囲内においてのみその権利を失<sup>(24)</sup>うとしている。

要するに、従来の判例の基本的な考え方を支持し、一九六八年判決を批判するのであるが、転得者の処遇について

は、従前の判例に反対し、フロードの法理によりつつも善意転得者を保護すべきであるとしている。

フロードの法理によりつつ転得者の保護をはかる第一の考え方は、謄記の無効(對抗不能)は、フロードの構成する不法行為に対する賠償の一態様でしかなく、パウリアナ訴権の例にならって、悪意の転得者でなければ賠償を強制できないとするものである<sup>(25)</sup>。この考え方の結論は、結局フォート民事責任説と同一の結論となる。この説は、公示制度の原則の適用を除外する要件においては、単なる悪意ではならず、「フロードの協働」の存在を必要とするしつつ、フロードが成立した後は民事責任の一般原則によるものであって、フロード民事責任説と称することが可能であろう。この説に対しては、フロードは不法行為とは異なる法原則であり、そのサンクションも異なるとする説<sup>(26)</sup>が対立する。これを狭義のフロード説、ないし法諺説と称することにする。ブランケルは、フロードは民事責任の一般原則に過失責任主義が成立する以前から認められており、固有のサンクションを有していたとしても、そのことは今日では歴史的意義しか有しておらず、フロードが主観的法つまり権利に対して向けられている限り不法行為と<sup>(27)</sup>考えられるべきであり、フロードが民事責任理論から離脱することはできないとして、フロードが他人の権利を侵害する限り、それはフォート理論(théorie de la faute)の一部分として以外に考えようがないとしている。

さらに、善意転得者は表見理論(théorie de l'apparence)によって保護されるべきであることも主張している。フランスには、「共通の錯誤は権利を創る『error communis facit ius』」<sup>(28)</sup>という法諺があり、これに基づいて、いわゆる「表見所有権(propriété apparente)」の理論が展開されている。ブランケルは、この法諺の機能する条件は緩和され、今日では錯誤が避け難い(invincible)ことを必要とせず、外観が注意深い者(sujet diligent)をまどわす

程度のものであれば良いとされているのであるから、詐欺(dol)の故に第一譲受人に対抗しえない第二譲受人からの転得者がこの発展の恩恵に浴さないとする理由は無いとしている。かつて、転得者には調査義務があり、共通の錯誤を主張できないとする学説があったが、これに對して、フロードの犠牲者たる第一買主が何もしていない時に転得者がフロードを知ることがどうしてできようかと反論している。また、フランス法主義の公示制度が補強的(confortatif)であって、設権的(attributif)でないとの説に對して、公示を履行した者が不動産上の権利を占有していた場合には、その占有が権利創設効を付与されるべき外、觀の一要素であるべきことを否定することはできまいと主張している<sup>(32)</sup>。また、共通の錯誤の法諺は、それと相容れない明文の規定(例えば民法二二二五条)が存する場合に機能することとはできないが、慣習法起源の規則(règle)等と衝突した場合には、それによってより衡平な解決が得られると解される限りそれが優先されるべきであるとして、今日では、フロードによって権利を奪われた第一譲受人よりも第二譲受人からの善意転得者の利益を優先させることが望ましいので、《fraus omnia corrumpit》の射程を《error communis facti jus》が制限すべきであると主張する<sup>(33)</sup>。以上二つの立論の可能性を指摘して、善意転得者に関する部分では、不動産取引の安全が個人の利益に優先すべきであることを主張し、本判決による従来判例の変更(の示唆)を支持している。

また、ブルダン<sup>(34)</sup>は、次のような理由で本判決を批判している。本件では第二買主のフォートは疑い無い。第二買主が悪意である場合にフォートの存することは認められる。しかし、フォートは悪意の場合に限定されない。明日には、十分に慎重ではなかった買主や、通常の注意を尽くさなかった買主の不注意、というフォート(faute d'imprudence)

に同一のサンクションが課されることになるのではなからうか。その時に、不動産公示制度を基礎付けている安全性は存続しうるだろうか。裁判所においていつもそうであるように、法の諸原則は、衡平の要請に適合されんがために、事件から事件へと、緩められていく。その道の端には、不衡平があり、厳格性のない法原則による復讐が存するのである。本判決は、一三八二条を適用することで、フォートのサンクションを危険なものに歪曲した。フォートに基づく賠償は、金銭賠償で充分である。民法第一三八二条は、我国の法を存分に荒らしまわってきた。ここでもまた、それが不動産公示制度を破壊することを認めてはならない。

本判決によっても、結局、フロード説と民事責任説の間の論争に終止符を打つことはできなかったということである。論争点は、第一に、単なる悪意の第二譲受人も贈記の優先を主張しえないとすることが妥当か否かという点にある。この点の問題の解決は、不動産公示制度の趣旨をどのように考えるか、あるいは、不動産取引の安全を確保することと具体的紛争の衡平な解決を計ることとはどのような関係に立ち、どのように調整されるべきかという問題に係っているであろう。第二に、善意転得者の保護をどうするかという点が問題とされる。この点については一九四九年の判決をめぐる論争と異なり、明確な意見の対立は無いように思われる。しかし、この問題の解決も、論理的にも実質的にも、第一の論争点と密接に結びついているであろう。しかも、ここでの問題の解決に際して、動的安全と静的安全のどちらを尊重すべきかという価値判断が直接に問われることとなるであろう。これらの諸問題について、その後注目すべき論稿は著されていない。

(1) J. Mazeaud, note D. 1968, 412.

- (2) Cf. Projet de loi sur la transcription, D. P. 1955, 4, 28, col. 3, n° 7; Ripert, op. cit. n° 171; H. L. et J. Mazeaud et de Juglart, op. cit. t. 3, 3 éd. n° 727.
- (3) Projet de loi, précité.
- (4) 前掲四二頁以下参照。
- (5) Savatier, note précitée; Solus, R. T. 1929, 1124; Ripert, op. cit. n° 172; Ripert et Boulanger, op. cit. t. 3, 1958, n° 349 etc. Cf. Extrait de rapport de M. le conseiller Marignou, précité.
- (6) Vidal, op. cit., p. 286 et s.
- (7) Cf. Cass. civ. 7 déc. 1925, Cass. 3 therm. 13 précités.
- (8) Starck, op. cit. 衆議院録以の517' Cass. civ. 10 avr. 1948, J. C. P. 1948, II, 4403 obs. E. Bequé, D. 1948, 421 note Lenoan.
- (9) 労働法雑誌編輯三三三三(一九三三)年五月五日(英譯)。
- (10) Desbois, La notions de fraude et la jurisprudence française, thèse Paris, 1927, p. 293; J. Mazeaud, L'adage "fraus omnia corrumpit" et son application dans le domaine de la publicité foncière, Rép. Defrénois, 1962, 28265 critiqués par Vidal, op. cit., p. 381 et s.
- (11) Cf. Besson, Rép. pr. civ., v° Cassation, n 1998 et s. cité par J. Mazeaud, note précitée.
- (12) Cass. civ. 10 mai 1949, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1961 précités.
- (13) H. et L. Mazeaud et Tunc, op. cit. t. 3, 5 éd. n° 2304 et s.; H. L. et J. Mazeaud, op. cit., t. 2, n° 621; Savatier, note précitée. Ctr. Vidal, op. cit., p. 363 et s.; du Pontavice, op. cit., p. 662 et s.; Lenoan, Rouast, notes précitées.

- (14) Cf. Lenoan, Rouast, Becqué notes précitées; Planiol, Ripert et Picard, op. cit., n° 650.
- (15) Cf. Trib. civ. de Melle, 8 févr. 1938, Poitiers, 17 nov. 1938 précités. Bufnoir, op. cit. p. 118 et 121.
- (16) Cf. Savatier, note précitée.
- (17) Cf. Plaqueel, Bredin obs. précitées.
- (18) 転得者についてであるが、ノリス法主義のもとでは、権利を取得しようとする者が厳格な注意義務を負うべきであると主張するものがある (Lenoan, note précitée etc.)°
- (19) Plaqueel, obs. J. C. P. 1868, II, 15587.
- (20) 故意による侵害の場合を *faute délictuelle*、過失による侵害の場合を *faute quasi délictuelle* と区別する°
- (21) 同様の問題のたゞ方をこつとせつて Starck, op. cit.; Ripert, op. cit. 等°
- (22) De Vatismeni, Le discours dans la séance de l'Assemblée législative du 15 fév. 1851, *Monit. Univ.* 16 fév. 1851, p. 496 cité par Ch. Lyon-Caen note précitée; Bufnoir, op. cit., p. 118 et s.; Bulté, obs. J. C. P. 1962, II, 12738; Marty et Raynaud, op. cit., t. 3, I vol. n° 696.
- (23) Becqué, obs. sous Cass. civ. 10 avr. 1948, J. C. P. 1948, II, 4403.
- (24) Cf. Morin, op. cit.
- (25) Bufnoir, op. cit., p. 119; Hamel, note précitée.
- (26) Vidal, op. cit.; Becqué, Rouast, Lenoan notes précitées; du Pontavice, op. cit.
- (27) 客観的法に向けられたフロードも存する。脱法行為と言いつるであろう。リベールの分類するところによれば、フロードには、「他人の権利の意図的侵害によるフロード」「他人を害する企図によるフロード」および「国際法に対するフロード」

「国内法に対するフロード」が存する。フロードの機能は、我が国における民法九〇条及び一条の機能と類似のものであると評価することができるであろう。

(28) これについては、上井・前掲が極めて詳細な検討を行なっている。

(29) 上井・前掲法律論叢四六巻四号一三五頁以下参照。

ヴェイユは、外観の作出について真実の所有者が責を負う場合とそうでない場合とを区別する。前者の場合が虚偽表示(simulation)の場合であり、後者の場合が共通的錯誤の場合である。そして、後者の場合には、「取引に通過している者(un type idéal d'homme rompu aux affaires)」をまどわすような外観の存することが必要であるとされている。これが「不可避」の要件の意味である。その理由として、外観を理由として所有権に重大な「侵害」を加えるのであるから、無効原因について全く知らなかったことを必要とすること、および、単なる共通的錯誤は善意(bonne foi)と同義であり、その場合に善意の第三者は取得時効の保護を受けることで充分であることを挙げている。真実の権利者が外観を作出するについて原因を与えていなかった場合に外観を信頼した者が保護される要件を考える上で参考になるであろう。A. Weil, *Droit civil, les biens*, 1970, n° 342 et s. notam. 347.

(30) Lenoan, Rouast, Becqué, notes précitées.

(31) Cass. civ. 10 mai 1949, D. 1949, 277 et note R. Lenoan.

(32) 不動産物権における占有の「公示力」を考える上で興味ある指摘であろう。

(33) Cf. Hamel, note précitée. Contr. Lenoan, note précitée.

(34) Bredin, Rev. tr. dr. civ. 1968, 564.

(35) Cf. H. Mazeaud, L'《absorption》des règles juridiques par le principe de responsabilité civile, D. H. 1935,

(四) その後の判例

一九六八年の判決は、フロード説からフォート説への論理上の転換を行なったのであるが、この転換はその後の判例に殆んど実質的な影響を与えていない。学説においても、もはや、かつてほどに精力的な議論は行なわれていない。本判決以後の判決は僅かに二つを数えるのみである。

① 破毀院民事部民事第三課一九七〇年二月五日判決<sup>(1)</sup>

AがBにアパルトマンを売り渡し、その騰記がされない間に、Aは本件アパルトマンを含む不動産を出資してC会社を設立したとの事件について、破毀院は次のように判示した。

事実審裁判官は、売主及び第三者による会社設立が、意図的に、Bの権利を害して (*en fraude des droits*) 行なわれたことを専権的に認定し、そのことから、本件出資行為およびその騰記は第一取得者に対抗できないと判決した。したがって、原判決は正当であり、かつ、第一売買が騰記されていないとの主張、および、訴の相手方は売主およびその他の社員とは別人格のC会社のみであって、Cは第三者とみなされるべきであるとの主張にすべて答えている、とした。

この判決は、一九六八年判決と同じ民事第三課のものであるが、原判決の用いたフロードの語を承継しており、事案は一九四九年のマラント島事件<sup>(2)</sup>と同様に仮装会社の設立と見ることでできる事例であるので、フロード説の判例であると評価することも可能であろう。もっとも、第二買主であるC会社の悪意が認定されているのでその余の点につ

いて判断するまでもなく第二譲受人の騰記を對抗不能とした事例と見て、フォート説による判決だと評価することも可能であつて、フロード説かフォート<sup>(2)</sup>民事責任説かという視点からはあまり重要なものとはいえない。

② リヨン控訴院一九七二年二月九日判決<sup>(3)</sup>

第一買主は私署証書による買主であり、第二買主は公正証書による買主で騰記を備えているとの事例について、第二買主は善意が推定されるので、第一買主は、第二買主が公正証書に署名した時に第一売買の存在したことを知っていたことの証拠を提出しなければならないとした。

この判決は、第二買主の悪意を立証する責任は第一買主にあるとしたもので、その限りでは、当然のことを判示したに過ぎず、それ以上の事実是不詳であり、価値の高い判決とは言えない。もっとも、この判決が、第二買主の悪意のみを立証すれば充分であるとする趣旨であるならば、フォート説による判決との評価をすることもできよう。

いずれにしろ、善意転得者と第一買主との對抗関係を争点とした事例について、民事責任の原則(第一三八二条)を理由として善意転得者を勝訴させる判決の下されることが期待される。

(1) Cass. civ. 3, 5 fév. 1970, somm. 139.

(2) Cass. civ. 10 mai 1949, Paris, 11 mai 1945, Tr. civ. de Seine, 16 juill. 1943 précités.

(3) Lyon, 9 fév. 1972, J. C. P. 1973, IV, 192.

#### 四、総括

##### (一) 問題の所在

一八五五年贈記法の立法者および初期の破毀院判決の基本的な考え方は、次のように理解することができた。同一不動産の二重買主の間では第二買主の善意悪意に拘らず贈記を先に備えた者が優先される。この原則は、第二売買が売主と第二買主とのフロードの協働によって行なわれた場合のみを例外とする。したがって、フロードの協働が認められるためには、第二買主の単なる悪意では不充分であって、第一買主の権利を侵害する目的をもった詐欺的操作によって特徴付けられた売主と第二買主の協働の存することを要する。また、フロードの協働によって行なわれた第二売買は無効とされ、第二買主は所有権を取得することができない。したがって、フロードの協働を認められた第二買主からの転得者は、善意であっても所有権を取得することはできない。

これに対し、破毀院民事部民事第三課一九六八年三月二二日判決は、次のように考えている。第一譲渡の存在を知りながら第二譲受人となり、第一譲受人より前に贈記を実現した者は、第一譲受人に対して不法行為責任を負う。不法行為によって生じた損害の賠償はできるうる限り現物で行なわれるべきであるので、係争不動産が第二譲受人の手の中にある場合には、第二譲受人の贈記は第一譲受人に對抗できないものとされる。この考え方は、三つの点で従前の判例の基本的考え方と異なる。第一に、売主と第二買主の協働を要しないとするとする点である。第二に、単なる悪意の第二買主も贈記の優先を主張しえないとされたことである。第三に、善意転得者は保護される旨が示唆されている点であ

第一点および第二点は、従来の判例も、事実上、認めていたと解される点である。しかし、論理的には、本判決によって初めて充分説明のつくものとなったといえる。第三点は、本判決の事案に直接関係のない問題であるが、従来の学説がフォートロッド民事責任説つまり不法行為説を善意転得者の保護をはかるために主張していたことから、このように理解しうる。

しかし、一九六八年判決によって、これらの問題のすべてが決着したと断ずることはできない。一九六八年判決に反対する論稿が存在するし、従来不法行為説に反対していた学者の改説を証明する資料は存在しないからである。私は、それらの学説をフォートロッド民事責任説（不法行為説）、フロード民事責任説、狭義のフロード説（法諺説）と分類することが可能であろうと考える。それら諸説の間には解釈論上の論争点が数多く存する<sup>(1)</sup>。しかし、それらの一つ一つを検討し、当否を断ずることが、我々にとつて有益であるとは思わない。我国とフランスでは、学問的な風土が異なり、ここで論じている問題についても、問題状況が同一ではないからである。

私の考えでは、フランスにおけるさまざまな論争のうち次の二点に注目することが必要であろうと思われる。その第一点は、謄記なくして対抗しえない第三者を制限する基準に関する論争である。第二点は、善意転得者の処遇をめぐる論争である。

第一の論争については、フォートロッド説とフロード説の対立が存するが、その二説を対立させているところのものは、不動産公示制度は第三者の善意・悪意に拘らずその具備の先後によって形式的・画一的に問題を決することで取引の安全を保護している公益上の制度である、との考え方を採るか否かであると解される。この考え方は、一八五五年法

の立法者の明言するところであり、また、我民法の起草者の考え方でもある。<sup>(3)</sup>この考え方を尊重する限り、単なる悪意の第二買主を排除することは許されないであろう。それが、フランスの判例が、論理の上では、フロード説に固執し続けた理由であると解される。フォート説への転換は、右の考え方の放棄を意味するであろう。フロード説とフォート説の対立は、この点で、我国における背信的悪意者排除説と悪意者排除説の対立とパラレルな関係にあると解される。<sup>(4)</sup>

第二点については、さらに細かい分類をすることができる。第三者制限の基準をフォートに求める説は、その効果も不法行為者と被害者の関係に限定するので、常に善意転得者を保護することになる。第三者制限の基準をフロードに求める説は、さらに三つに分かれる。第一のものは、フロードもまた民事責任の一般原則に服するとして、効果の面においてはフォート説と同一の結論を採る。第二説および第三説は、第三者の範囲の制限は、第二売買の違法性が特に高い場合に例外的に認められるので、その場合、第二売買は存在しなかったものとみなされる必要があるとする。しかし、第二説は、表見所有権の法理等の適用を主張し、第三説は、いかなる場合も善意転得者を保護すべきでない」と主張する。ここでの論争は、結局、公示を信頼して取引に入った善意転得者と公示を行なわなかった（行なえなかつた）第一買主のどちらを保護すべきかという価値判断の問題に帰着するのであるが、その際に、第二買主の権利の否認が特に違法性の高い場合に例外的に認められるものであることを斟酌すべきであるとか、第三者の範囲の制限は常に騰記を援用する者と権利を失う者の間で相対的に決定されるべきであるとかいう形で、第一の論争点に係る問題が密接に結びついていることに注意を要する。第二点での論争は、騰記の優先を主張する者と未騰記の権利を主

張する者のどちらを保護するかという問題であるという意味で第一の論争点と同視することができ、また、その場合の価値判断を行なうに際して不動産公示制度の趣旨ないしそれと取引の安全との関係に対する考慮が重要な役割を担っているという意味で第一の論争点と共通する。

結局、いずれの論争点においても、実質的に問題とされているのは、登記を信頼し、あるいは第一買主の未登記を奇貨として取引に入り適式に登記を履行した者と、先に権利を取得したが登記を履行しなかった者、あるいは実行できなかった者との、どちらの権利を保護すべきかという価値判断であろう。この点の判断は第一買主側、第二買主側のそれぞれの諸事情を天秤にかけて衡量することによって行なわれていると解されるのであるが、個々の判断要素に「重さ」を与え、あるいは、「外的な力」として天秤をどちらか一方の方向に傾ける作用を果たしているものとして、何よりも、不動産公示制度の趣旨を、あるいはそれと不動産取引の安全との関連を法的にどのように評価しているかという点を挙げることでできると考える。フランスにおけるフロード説とフォート説を対立させ、我国における善意悪意不問説と悪意者排除説を対立させてきたものは、登記（登記）を備えた第三者の善意・悪意を問うことが「取引の安全」を害するか否かの点に関する考え方の相違であると理解する。したがって、以下では、この点について若干の検討を加えることにする。

- (1) これらの点については、浜上・前掲<sup>1)</sup>法五十一号一四頁以下にポントヴィスの整理に基づく紹介がなされている。
- (2) *Exposé des motifs, précité, D. P. 1855, 4, 27 et s.*
- (3) 法典調査会民法議事速記録六卷二八丁裏（穂積重遠）

(4) 背信的悪意者排除説は、第三者の善意悪意を問うことが取引の安全を害することを基本的に認め、悪意者排除説は善意者を保護することに登記制度の趣旨を求めて取引の安全は悪意者を排除することによつては害されないと考えていると解される(注民(6)三三七頁「吉原」参照)。したがつて、背信的悪意者排除説は、「登記の効力」という観点からは善意悪意不問説と同視してよい。善意悪意不問説に一般条項の適用のある場合を付記したにすぎず、「アウフヘーベン」したという程のものではないであろう(注民(6)三四三頁以下「吉原」参照)。

## (二) 取引の安全

実質的な価値判断の問題に関しては、フランスの一部の学説や判例が、第一買主のネグリジェンスを考慮に入れていることに注目したい。これは、元来、不動産二重売買について登記制度が導入された時に、先に譲り受けたにも拘らず第一買主の権利が奪われることの理由を説明するために持出された考え方である<sup>(1)</sup>。しかし、民事責任説のように、ここでの問題の解決を騰記の優先を主張する者と未騰記の権利を主張する者との間の相対的な衡量に委ねようとする傾向が有力になってくると、別の意義をもつようになると解される。それは、従来の考え方のように第二売買がそれ自体として「反道徳的」であるか否かを判断する場合には、第一買主の事情を具体的に判断する必要は無かつたであろうと解されるのに対し、第一買主と第二買主または転得者との間で相対的に問題を解決する場合には、第一買主側の事情が具体的な判断の対象となるべきであると解されるのであつて、その判断の対象として、第一買主のネグリジェンスが挙げられていると解することができる、との意味においてである。

不動産公示制度と取引の安全との関係については、不動産公示制度は権利の存否を画一的・形式的に決することに

よつて取引の安全と敏活をはかるため、公益に基づいて設けられた制度であつて、具体的場合に第三者の悪意の主張を許すことは法律関係を紛糾させ取引の安全を害し、公示制度の目的に反するとの見解が存する。この見解は、フランスおよび日本の立法者に共通の基本的な考え方である。<sup>(2)</sup>しかし、この見解を厳格に維持すると、具体的事件の解決として極めて不当な結果の生ずる場合が存する。そのような場合に、右の原則を維持しつつ、できるだけ衡平な結論を導こうとする裁判官及び学者の努力がフランスにおいてフロード説を生み、日本において背信的悪意者排除説を生んだものと理解される。<sup>(3)</sup>これらの説においては、悪意者を直ちに排除するものではないとすることによつて、不動産公示制度の趣旨との抵觸を回避し、原則の厳格な適用によつて生ずる不都合な結果は、より上位の一般条項的な原則を適用することと回避して、少なくとも論理的には、不動産取引の安全の要請と衡平の実現の要請を矛盾・対立させることなしに「調整」することに成功しているように思われる。これに対し、フォート説や悪意者排除説においては、当事者間での衡平を実現することに急であつて、不動産取引の安全という公益的要請が無視されているかのよう<sup>(4)</sup>に思われる。不動産取引の安全という要請が重要なものであり、不動産公示制度が取引の安全の実現を目的とした制度であることを否定することはできないのであるから、フォート説ないし悪意者排除説がその正当性を主張するためには、フロード説等の採る考え方が妥当でないこと、あるいは、フォート説等によつても取引の安全は害されないことが論証される必要が存すると考える。この点について、フランスの学説や判例が充分に明確な解答を準備していると言ふことはできない。しかし、次のように考えることができるであらう。

騰記（登記）を備えた者の善意・悪意を問題とするということが、新たに取引を行なおうとする者は前主が権利を

取得した時に善意であったか否かを調査しなければならぬことを意味するならば、それは、不可能を強い、不動産取引を危険なものとし、かつ、停滞させてしまうであろう。しかし、ここで問題とされているのは、既に生じている紛争に対して裁判官が具体的に妥当な解決を与える際に、第二買主の善意・悪意を問うことの当否なのであるから、そのことよって直ちに不動産取引一般が危険なものになると断ずることはできないであろう。つまり、既に生じている個々の具体的紛争の事後的判断において第三者の善意・悪意を問題とすることが将来の取引一般を不安なものにするというためには、その素直性が具体的に論証される必要があると考へるのである。<sup>(4)</sup>この点については、次の各点を検討することが必要となるであろう。

第一に、紛争ないし訴訟が頻発して取引市場一般が混乱するのではないかという点である。<sup>(5)</sup>これに対しては、このような危険は、フロード説や背信的悪意者排除説を採ることによって既に、観念的には存在しているのであって、フォート説・悪意者排除説に固有の批判とならないとの反論、および、不動産は、個々の事件における具体的な衡平の実現を犠牲にしてまで賑々流通を促進させるべき性質の財産ではないとの反論が存するであろう。

第二に、公示と実体権の存否との齟齬が生ずることによって第三者が害されるとの批判が考へられる。その第一の例として、権利を取得したと確信して、所有者として行動していた第二買主が、後になって、悪意を理由として権利を否認されたというような場合が想定される。しかし、この場合は、第二買主の期待<sup>(6)</sup>予測可能性の問題であって、悪意者排除の原則が確立しているならば、何ら問題とならない。ただし、「過失」を理由として第二買主の権利が否認されるとするならば、実際には、取引に入ろうとする者の注意義務が加重されることになり、その限りで、取引の「敏活」

が害されることになるであろう。<sup>(7)</sup>しかし、民事取引、特に不動産取引においては、前主の処分権限を調査する義務を課すことに、一般に、問題は存しないであろう。問題となるのは、調査義務に注意義務の具体的内容であって、それについては、一般には、公示と占有に限定されるべきであろう。したがって、第一買主と第二買主との関係にとどまる限り、この点での危険は存しないことになる。

問題となるのは、第二買主の公示を信頼した「転得者」の取扱いである。第二買主が悪意であったことを理由として、その権利取得を否認された場合に第二買主からの転得者の権利取得も否認されるとしたら、確かに取引の安全は著しく害される。しかし、この問題は、善意転得者の保護の問題として、独自の考察の対象となりうべき問題であって、第二買主の善意・悪意の問題とは必ずしも直結しないものである。善意悪意不問説が転得者の保護を考慮して、転得者のいない場合であっても<sup>(8)</sup>、公示あるところに権利ありとの原則をたてようとしているのならば、それは未熟な解釈論といわざるを得ないであろう。さらに、フォート説や我国のいわゆる「公信力説」が、元来、善意転得者の保護を目指して構成された解釈論であったことを考えるならば、この点でも、取引の安全は全く脅かされていないということが可能となるであろう。我国の悪意者排除説も、登記は善意者保護のための制度と理解するのであって、事情は変わらないであろう。

第三に、公示なくして対抗しうる場合が認められることによって、未登記の物権変動が広範に存することになるとの心配が考えられる。確かに、すべての物権変動が正確に公示されていることは好ましいことである。フランスおよび日本の立法者らが、「公益」を理由として、公示を怠った者に厳格なサンクションを課すべきであると主張したの

はこの趣旨であらう。また、フランスの騰記法が、民事罰金 (amende civile) の制裁を課してまでも、騰記 (公示) を強制するのもその趣旨であらう。<sup>(9)</sup> さらに、私が右に述べて来たところも、第一買主が未騰記であることから生ずる二重売買という事件は例外的事件であることを前提にしてでなければ、充分に説得的ではないであらう。しかし、この問題は、現実の騰記 (登記) 慣行の定着の度合との関連で考えられるべきであらう。公示制度の創設期にあっては、公示制度自体が市民間取引にとって外在的であることから、何らかの形で「強制」が必要とされ、公示を怠った者に一切の救済を拒むこともその一つの手段として用いられる必要があつたであらう。<sup>(10)</sup> しかし、現在の我国において、そのような「強制手段」を採ることが妥当か否かは疑わしい。公示をすれば権利が確定的に保護されるとすることによって公示が「奨励」され、それを怠るならば善意者との関係で権利を喪失する危険にさらされるとすることによって懈怠に「制裁」が課されることで充分であらう。また、未登記の物権変動の存在することが、一般的に、公益の見地からして、好ましくないことであるとしても、売主のもとに残されている公示を信頼した第三者が保護されるという原則さえ確立していれば、それによる具体的危険は存しないことができるであらう。したがって、現在の我国における登記慣行の実態に照らして見るならば、この点での心配も杞憂であるということになるであらう。

このように考えてくると、少くとも裁判官の視点からは、<sup>(11)</sup> 善意者排除説が取引の安全を害するということではできないことになるし、フロード説・背信的善意者排除説のみが取引の安全を確保するということもできないことになる。したがって、論理上も、事実上も、第三者の善意・悪意を問うことは取引の安全を害し、公示制度の趣旨に反すると考える必要は無いといえよう。フランスの判例が、フロードの法理を用いて、公示制度の形式主義的運用を一定程度

制限し、紛争当事者間の衡平を実現しようと試みた時から、悪意者排除の原則へ向かうことはほぼ必然的になっていったといえよう。それが、公示の履踐の慣行の定着等、客観情勢の変化に伴って現実化して、一九六八年判決で一応の到達点に達したと評価することが可能であろうと思われる。さらに、不法行為的構成の採用と、悪意の認定の客観化ないし抽象化の傾向を合わせて考えるならば、過失ある善意者を第三者から排除することにもはや、大きな障害は無いとさえ言うことができるのではなからうか。<sup>(13)</sup>

もっとも、右の様に言うことは「取引の安全」という観点からは、悪意者を排除することを否定する必要は無いということの主張にしかすぎず、<sup>(14)</sup>その積極的な基礎を与えることでもなければ、法的構成における優越性を示していることでもないとの批判が考えられる。悪意者排除説を積極的に理由付けることが必要とされる。

(1) *Exposé des motifs, précité, D. P. 1855, 4, 28, col. 3, n° 7.*

(2) 前掲一〇頁注<sup>(2)</sup>③。

(3) *cf. Four, loc. cit.; du Pontavice, op. cit., p. 650 et s. etc.*

(4) この考え方は、フルール、デュ・ポントヴィス、リペールらが立法者と裁判官の役割および性向の相違を指摘している点からヒントを得ている。それらの論稿では、フロードの協働に関する判例をめぐってこのことが論じられているのであるが、私見の範囲まで拡張することも許されるであろう。

なお、同様の問題意識から書かれていると思われる最近の論稿として高島平蔵「取引安全観念の機能について」早稲田法学四九卷一号三頁以下がある。

(5) 末弘・物権法上一五八頁、鳩山「債権法における信義誠実の原則」七五頁はこの趣旨を説くのであろうか。

- (6) 鳩山「法律生活の動的安全及び静的安全の調節を論ず」民法研究第一巻によれば、法的安全とは「予測可能なこと」である(七頁)。
- (7) 高島教授のいわゆる「将来の社会的反応の予測」としては、この点が最も重要であろうと解する(前掲・早法四九卷一号七頁以下参照)。但し、同誌二二頁参照。
- (8) 同旨、半田・前掲民事研修一五九号一六頁参照。
- (9) 前掲四二頁注(3)引用の諸論稿を参照されたい。
- (10) ポルタリス(野田良之訳)「民法典序論」八一頁以下参照。
- (11) 鳩山博士が、不動産登記の公信主義が早晚問題とされるであろうが、その時には「国民が登記制度に慣れたりや否やの点」を較量せよとしているのも示唆に富むであろう(前掲民法研究第一卷四四頁注四)。
- (12) 解釈学者の視点も、原則として裁判官のそれと同じく、具体的紛争の事後的解決に公平の維持であろう。高島教授は、そこに取引安全観念の持ち込まれること、その予測的機能を重視した規範定立のなされるべきことを主張される。本稿で私が行ってきたのは、従来持ち込まれていた取引安全観念が、具体的、実益なしに、「公平の維持」を妨げていたことを明らかにすることである。この作業は、おそらく、高島教授の立場からも是認されうるものであろう。
- (13) Cf. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 1952, précité.
- (14) 公示制度の趣旨に関しては、本来それは善意者の保護を目的としたものであるが、善意悪意を問うことで取引の安全が害されるとの「予測」によって、画一的権利確定の機能を営むべきとされているとの理解が一般のようである。善意悪意を問うことで取引の安全が害されないとするならば、本来の目的に立返って、善意者保護のためのみに機能すればよいのだから、公示制度の趣旨との関係においても善意者排除説を否定すべき理由はないということになろう。

Cf. *Bulnifoir*, op. cit., p. 118 et s.; *Ripert*, op. cit., n° 171. Cf. *Savatier*, *Traité de la responsabilité*, n° 146; *Rev. tr. dr. civ.* 1934, p. 525 et s.; *D. P.* 1926, 1, 185.

(三) 公信力説

悪意者排除説が成りたちうるためには、単に、公示制度は善意者を保護するための制度であると言うのみでは足りないであろう。そのためには、他人のための権利（物権または債権）の存することを知りながら、それと相容れない内容の契約を締結した場合、右契約は法的保護に値しないという「実体法上の」<sup>(1)</sup>一般原則が存することが前提とされなければならぬであろうし、<sup>(2)</sup>また、右に述べてきたところから明らかなように、悪意者排除説が「取引の安全」を害さないとするためには、公示（外観）を信頼した者（特に善意転得者）は保護されるとの「実体法上の」<sup>(3)</sup>原則の存することを必要としていた。これらの原則が一般に存すること、あるいは、存すべきことが認められたならば、その時にはじめて悪意者排除説を積極的に主張することが、法体系に整合的であり、許されると解して良いであろう。

フランスでは、他人のための権利（債権）を害して締結された契約は、第一契約の受益者に対して、その効力を主張されることができないとする原則が広く認められている。<sup>(4)</sup>かつては、この原則が、不動産公示制度などの厳格な公示に服する権利関係については適用されない、と理解されていた。<sup>(5)</sup>しかし、判例が単なる悪意の第二買主についても「フロード」を認定するに至ったことは、事実上、右の一般原則が不動産物権変動についても適用されるに至ったことを意味していたのであろうし、一九六八年判決は、明確に、右の一般原則が不動産物権変動にも適用されることを宣言したものと理解しうるであろう。悪意者排除説の成立は、「騰記の効力」に関する理論の内在的發展の結果では

なく、悪意者排除の一般原則を妨げていた「謄記の効力」に関する政策的配慮の後退による結果であるということが出来るであろう。

また、公示（外観）を信頼した者を保護する原則として、フランスには表見所有権の理論などが存するが、フランスの判例は、第二買主からの善意転得者については民事責任の原則を用いることによって、第一買主と第二買主の間の争いの結果を善意転得者に及ぼさないための配慮を行なうようになったと解される。したがって、フランスでは、悪意者排除の一般原則の存在を前提とし、かつ、善意転得者保護の原則によって補助されて、不動産公示制度に関して悪意者排除説が採られることになったと評価することができるであろう。

これに対し、我国では、「実体法上」一般に悪意者排除の原則が確立しているといふことは困難であろう。<sup>(6)</sup>第二売買が、第一買主に対する関係で、第二買主の不法行為を構成することさえ、一般に認められているとはいえない。<sup>(7)</sup>さらに、不法行為の成立を認めたとしても、現物賠償の考え方は我国では殆んど受け入れられていない。そこに、信義則や公序良俗に基礎を置いて問題の解決をはかろうとする背信的悪意者排除説の通説化する要因が存するのである。また、善意転得者保護の法理も、さまざまな形での努力にも拘らず、成功しているとはいえない（ただし、この問題との関係では、民法九四条二項または一〇条の適用範囲の拡張が注目に値する）。このような、我国の学説の状況が、悪意者排除説の通説化を妨げる要因となっていたと考えることができる。

しかし、ここで、いわゆる「公信力説」に注目する必要がある。「公信力説」は、論理上の出発点を売主の「無権原」に置き換えている。つまり、第一売買によって、売主の有していた所有権は、確定的に、第一買主に移転するので、

「悪意者排除」の原則を持ち出すまでもなく、第二買主が所有権を取得できないことは明きらかであるとする。<sup>(8)</sup> ただし、第一買主が未登記である場合には、売主に権利者としての外観が残されることになるので、それを信頼した者（第二買主）には、何らかの保護が与えられる必要があるとする。そして、この場合に、通謀虚偽表示、表見代理、準占有者への弁済さらには動産即時取得など、権利者としての外観を信頼した者を保護する諸制度と同一の原則を適用しようとするのである。その原則とは、権利者としての外観を作り出すことについて、真実の権利者に帰責事由がある場合には、過失なくしてその外観を信頼した者は、真実の権利者と取引したのと同一の保護を受けることができるとの原則である。<sup>(9)</sup> 「公信力説」の主張者は、右のような原則を「公信の原則」と理解しているのである。この一般原則の適用によって、善意無過失の第二買主のみが、第一買主に帰責事由のある場合に限り、登記の欠缺を主張することができるとされる。また、右の原則によって、当然に、善意転得者は保護を受けることができることになる。

私は、フランスにおける判例および学説の検討を通じて、ここでの問題の解決は、特殊に「登記（謄記）法上の」問題として試みられるべきではなく、悪意者排除の「実体法上の」一般原則の作用の問題として考えられるべきであること、および、そのためには、善意転得者が保護されるという原則の存することが必要とされることを、一応の結論として得た。「公信力説」は、論理構成において特殊な要素を含んではいるものの、基本的には右の結論の内容と同一の構造を有する主張であると理解することができるであろう。さらに、フランスの学説・判例の中に見られたあの種の考え方、つまり、ここでの問題は実質的には、第一買主と第二買主（善意転得者）のどちらを保護すべきかの問題であるとの考え方、および、第一買主の権利喪失の理由としては、謄記懈怠Ⅱネグリジェンスを挙げ、第二買主

の権利保護の理由としては、右未騰記による錯誤Ⅱ外観の信頼を挙げる「過失責任主義」的な考え方を、そのまま法的構成のレベルに引き上げたものであると理解することもできるであろう。フランスの判例・学説が「フロード」の法理を導入した時から既に、「公信力説」的な考え方に行き着くことが示唆されていたとさえ言うことができるようにも想われる。

しかし、「公信力説」にも、なお、さらに解決さるべき多くの問題点が残されている。たとえば、第一に、我民法が「公信力主義」でなく「對抗要件主義」を採っていることとの関係をどのように説明するかという問題が存する。しかし、これに対しては、公信力主義という時の公信力概念（ドイツ法主義）と公信力説のいう「公信力」とは異なる内容を有していることが理解されるならば、そのことを理由とする批判が「名称」に対する批判でしかないことが明らかになるであろう。さらに、民法九四条二項および一一〇条を不動産取引の場合にも適用することに何らの疑問は存しないのであって、第一売買によって売主が無権利となることを認めるならば、この場合を九四条二項および一一〇条の適用される一場合<sup>(10)</sup>と考えることに何らの疑問は存しなくなるであろう。

また、「公信力説」は動的安全を重視しすぎた見解であるとの批判も存する<sup>(11)</sup>。しかし、この批判は全くの誤解に基づくものであって「公信力説」は今日までのあらゆる学説の中で、第二買主との関係では、最も静的安全を保護することのできる学説であるということになる。転得者との関係では、ある場合に、他の学説よりも動的安全に有利に働くことがあるが、それは妥当な範囲内にあるといえよう<sup>(12)</sup>。

さらに、第二買主に善意無過失を要求することが「自由競争」の原理に反するとの批判が考えられる<sup>(13)</sup>。しかし、

「自由競争」の原理自体、どこまで貫徹されるべきものであるかは疑わしく、悪意者を保護すべきか否かは社会通念および政策的配慮によって決定されるべき性質のものであらうと想われ、この点の批判も「見解の相違」以上の意味を有しないであらう。また「過失」については、客観化・抽象化された悪意であり、悪意の認定（推定）の方法如何によっては当然に含まれるべきものという事にならう。また、「公信力説」においては、第一買主が登記を備えている場合についても、同一の説明を用いることを予定しているが故に、登記を調べなかつた第二買主の保護を遮断するためにも「無過失」を要求することが当然必要となるのであらう。実質的にも、登記と占有についての調査義務を第二買主に課すことに不都合はないであらう。<sup>15</sup>この点について、所有権と賃借権の「本質」の相違を理由として、個別の扱いを主張する見解も見られるが、賃借権の無い不動産、つまり、所有者自身が投資し、収益し、あるいは、生存の基礎として利用している土地について、借地権の場合と所有権の場合を区別すべき理由があるかは疑わしい。

「公信力説」が第一売買によって確定的に所有権が第一買主のものとなる点と最大の問題とならう。所有権の排他性、一物一権主義、意思主義等の原則からして、右の考え方は当然のことのように想える。<sup>17</sup>その他の諸説はすべて説明に難点の存することを否定することはできないであらう。しかし、右のように言ってしまうことは、一七七条の独自性、つまり「対抗」という考え方の独自性を否定することになってしまうであらう。そのために、多くの学説は、「所有権」の關係で苦しい説明を試みているといえよう。結局、それらの学説は、二重譲渡等の対抗問題については、独自の存在価値を有する紛争類型であり、登記を手掛りとして解決すべきであることをア・プリオリに認めて、「所有権」の法理については、それにつじつまを合わせていると見ることが許されよう。<sup>18</sup>したがって、この点に

ついで、一方で、「對抗」という概念を、その起源に遡り、かつ、債権譲渡の「對抗」などの場合などを含めて、再検討することが必要とされるであろうし、<sup>(19)</sup>他方で、對抗問題の「独自性」を認める実質的理由があるか否かを検討することが必要とされるであろう。稿を改めて論じたい。

その他にも、「公信力説」については、さらに幾つかの解釈論上の問題点が存するであろう。たとえば、民法一七八条と一九二条を同義反復と見てしまうのか否か、民法一六二条第二項の存在意義をどう考えるか、またその規定と一九二条との関係をいかに説明するか、第二買主が権利を取得するためには登記を備えていることが常に必要とされるのか、などがその例として考えられるであろう。更に一層の検討を必要としている点である。

(1) ここで「実体法上の」というのは、公示制度の帰結としての原則ではないという意味においてである。つまり、公示制度の有無あるいはその内容の如何とは係りなしに民法上の一般原則として、というような意味である。表現は適切でないがその意味を理解されたい。

(2) 悪意者排除説を採りうるか否かを問題とすること自体、悪意者を排除することが妥当であるとの考慮の存しうることを出發点としていであろう。妥当であるか否かの判断は、法律的には、法の一般原則からして、悪意者を排除するとの結論に達すべきであるのか否かの判断たらざるを得ないであろう。悪意者排除説を採っても「取引の安全」が害されず「公示制度の趣旨」に反しないと結論付けることは、悪意者排除説を採るための主要な「障害」がなくなったことのみを意味しており、悪意者排除の原則が一般に存在していること、または、存在すべきことを意味しない。

(3) ここの意味も前注(1)と同様である。この場合には、特に、それがドイツ法のそれと同じ意味での「登記公信力」ではないことが注意されるべきである。

不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全

一一四

(4) 前掲五八頁注(10)、八〇頁等参照。

(5) 前掲九八頁参照。

(6) 雇傭契約の競合の場合や、売買予約の目的物を悪意で取得する場合、あるいは債権の二重譲渡の場合など、我国ではすべて、原則として第二契約は有効であるとされている。

(7) 大判明治四四年二月二五日民録一七輯九〇九頁、同大正一〇年二月一〇日民録二七輯二一〇三頁。なお最判昭和三〇年五月三一日民集九卷六号七四七頁、我妻・新訂債権総論八〇頁など参照。

(8) 篠塚・前掲論争民法学一四頁以下、同・民法セミナーII五六頁以下。同旨、米倉・前掲北法二三卷三号五八一頁注(9)。

(9) 篠塚・民法セミナーII一〇〇頁以下、月岡・前掲沖大論叢四八年九月号。

なお、篠塚・柳田「準占有と代理資格の詐称」判タ一三九号二頁、篠塚・民商四八卷六号八七一頁、同「準占有について」論争民法学一一二頁以下等参照。この説は真実の権利者に帰責事由のあることを要件としている点に特色がある。これに対し、判例・通説は、特に帰責事由を要件とはしていないと解される。しかし、実際の判例に現れた事案では、殆んどすべて帰責事由の存在が認定しうるようであるし(例えば表見代理に関する最判昭和三四年二月五日民集一三卷一六七頁)、最近の学説の多くは、第三者(相手方)の正当な理由や無過失の認定に際して、真実の権利者の帰責事由の有無を考慮すべきであると主張している(幾代・民法総則三八四頁、星野・民法概論1二二八頁、四宮・民法総則二六七頁、二七二頁等)。

また、いわゆる「公信力説」は、通常表見理論とか外観理論とかいわれている法理を、二重譲渡の成立根拠の説明ないし第一七七条の第三者の範囲の確定の場合に適用しようとするものであると理解することができ、この点で、米倉説と共通の考え方に基いているということが出来る(好美・前掲一橋法研三号四〇九頁以下は、「不信義な者は保護に値しない」との

原則の適用の問題であり、公示制度の本質、機能の問題ではないとする。米倉説は、「公信力」という概念の持込みを嫌い、表見責任の観点から、具体的には九四条二項の適用の問題として、これを把える点、および、第三者側の主観的要件を善意・無重過失とする点でいわゆる「公信力説」と異なる（米倉・前掲北法二三卷三号五四五頁以下参照）。

なお、真実の権利者側の帰責事由の有無に応じて第三者側の過失の要否を区別する考え方を示す説として、A. Weil, *droit civil*, loc. cit. 最判昭和四七年一月二八日民集二六卷九号一七一五頁（藤原・民商六八卷五号一四〇頁、四宮・法協九一卷五四二頁）。

(10) 公信力制度の意義を嚴格に解するものとして、奥田昌道・判例演習民法総則（増補版）二七四頁以下。

(11) たとえば、米倉・前掲北法二三卷三号五八一頁注(9)。

(12) 九四条二項を働かすならば、転得者保護の範囲は「公信力説」とほぼ同一になるであろう。

(13) 舟橋・物権法一八三頁、鈴木・物権法講義（改訂版）一二六頁、広中・民法の基礎知識(1)五七頁等参照。

(14) 川島・民法Ⅰ一七〇頁。

(15) 重過失か軽過失かという問題は、何を通常の調査義務の範囲におくかによって、具体的な適用の場面では殆んど差のないものになるのではないだろうか（米倉・前掲北法二三卷三号五八三頁参照。なお、この点につき高島・前掲早法四九卷一号二二頁以下を参照されたい）。

(16) 広中・前掲。

(17) 前注(8)。ただし、注釈民法(6)二四三頁以下（原島）、半田・前掲民事研修一五〇号―一五九号など参照。

(18) 星野・民法概論Ⅱ三八頁以下など参照。

(19) その場合に証拠法の研究が必要とされるであろうと思う。対抗という考え方は、証拠法との関連で出てきているように思

われる。鎌田「フランス不動産譲渡法の史的考察(四)」民商六六卷六号九〇頁注(2)参照。

#### (四) むすび

本稿では、一八五五年法制定以降の二重売買に関するフランスの判例のうち、第二買主の善意悪意を問題としているもので、私の直接見ることのできたすべてのものを検討し、それとの関係で学説を紹介し、検討してきた。ここで問題が、実質的には、公示を怠った第一買主と善意または悪意の第二買主ないし転得者のどちらを保護すべきかという問題であることに疑いは存しないであろうし、フランスの学説の中にはその点を明確に意識するものが存在した。また、二重売買の場合に第一買主が所有権を喪失する理由を、第一買主のネグリジェンスに求めるのがフランスの立法者の考え方であり、それに対する反論は存在しない。意思自治の原則ないし過失責任主義の原則からして、権利を奪われる者に、自らの意思によってそれを妨げる可能性の与えられていることが必要と考えられるのは当然のことであろう。したがって、右の二点を合わせて考えた時に、ここでの問題の解決を、第一買主の側のネグリジェンスと第二買主または転得者の側の膳記に対する信頼との比較衡量によって決定すべきであるとの考え方に導かれるであろうことが容易に想像できる。現に、フランスの判例は、悪意の第二買主は第一買主に対して不法行為責任を負い、その賠償の形式は第二売買の第一買主に対する對抗不能である、とするに至っており、そこにおいて、第一買主側の事情と第二買主側の事情を相対的に衡量する基盤を形成しているといえることができる。

しかし、フランスの判例が右の考え方に転換するまでには、一八五五年法以降に限ってみても一〇〇余年を要したということになり、さらに、なお現在でも反対説が存在することを重視する必要がある。その理由を、私は、不動産

の権利関係は公示制度によって形式的画一的に決定されることが必要であり、それによって取引の安全と敏活が保障されるのであるから、第三者の善意悪意を公示の効力に係らしめることは許されない、との考え方の存在に求めた。フランスにおけるフロード説および我国の背信的悪意者排除説は、右の考え方（つまり公示の効力における善意悪意不問説）を基本的に是認した上で、紛争当事者間に具体的に衡平な解決を与えるために、一般条項的な原則を援用しつつ、悪性の程度の強い第二買主のみを對抗力の作用すべき場面から排除しようとする考え方であると評価した。

右の諸説において、取引の安全を将来的に保障し紛争を予防しようとする立法者の意向と、紛争当事者間に具体的衡平を実現しようとする裁判官の意向は相対立することがあり、それぞれの立場から別個の考慮を働かすことができる点が示唆されていることを高く評価した上で、先に述べた公示制度の趣旨と取引の安全に関する考え方（公示の効力における善意悪意不問説）が、裁判官の視点ないし解釈学者の視点からしてもなお、維持されるべき実質的理由が存するか否かを検討した。そして、悪意の第二買主との関係でも常に第一買主に法的保護を拒否するとの考え方は、公示制度の創設期など登記（謄記）の実行を強制し一般に不動産物権は公示されているという状況を強権的に作り出す必要のある時期、ないし、「動的安全」の保護を意識的に強調し、取引市場を形成することに法律学および裁判所までが関与せざるを得なかった時期には一定の意義を有したのであるが、ある程度公示を備える慣行が定着し、取引市場の形成が一応成功した時点においては、もはやその意義は薄れ、公示の効力に関して悪意者包含説を採らなければならぬ実質的理由は殆んどなくなったと評価することができた。

しかし、悪意者を登記なくして對抗しえない第三者から排除することによっても取引の安全が害されることはな

い、とすることは、悪意者排除説を採るための消極的理由にしかならないであろうと考える。考え方としては、民法の一般原則からして悪意者排除説を採ることが可能であり、かつ、不動産公示制度の存在が不動産物権変動の場面に於いて悪意者排除説を採ることを妨げるものでないことを明きらかにすることが妥当であろう。しかも、悪意者排除説を採ることによつても不動産取引の安全は害されないのでするためには、善意転得者が保護されるとの原則が存することが必要であつた。

フランスにおける悪意者排除説つまりフォートⅡ民事責任説（不法行為説）は、他人の権利を侵害して締結された相容れない内容の契約は被侵害者に対抗できない、との一般原則を、不動産公示制度の存在とは関係なしに、不動産二重譲渡の場合にも適用しようとするものであつたし、その論理構成が、紛争当事者間での相對判断によつて不法行為の成否を断じ、その効果も両当事者間に限られるとするものであるが故に、善意転得者の地位を揺がすこととはなかつた。

このような観点から、私は、いわゆる「公定力説」に極めて大きな魅力を感じる。実質的価値判断と法的構成とが整合的である点、および第一買主のネグリジェンスを明確に判断要素としている点において、フォートⅡ民事責任説と同一の方向に向かいつつ、それよりも更に一步を進めていると言ふこともできるのではないだろうか。<sup>(1)</sup>しかし、「公定力説」にも、解決すべく残された問題が無いとは言えない。これらの問題の解決が課題とされるべきであろう。

また、本稿では意思主義と対抗要件主義との関連について殆んど触れることができなかった。しかし、意思主義は対抗要件の存在によつて大きく制約されているのであるが、その対抗要件が、公定力説のもとでは、権利に一定の外

観を付与する以上の機能を有しないものと解されることになってしまふことは、不動産對抗問題、特に二重売買の場合の意思主義の貫徹の仕方に大きな影響を与えるであろうことは推認できるのである。<sup>(2)</sup> フランスにおける民法典制定時から一八五五年法までの意思主義の理解と、一八五五年法による解釈の変更を見ることが必要とされよう。

その他、本稿での研究過程を通じて、立法者の視点と裁判官の視点を意識的に区別し、その両者の実質的關係の考慮を行ない、解釈論を組み立てていく手法を発見することができたのは、私にとって、一つの収穫であった。また、ポワソナードの見解がフランスにおいて殆んど支持されることの無かった見解であることを明きらかにできたことは、旧民法の研究にとって何らかの寄与をすることができるとであろうと信ずる。さらに、フランス法における公示制度の機能主義的な理解の仕方が、フランスにおける「仮登記制度」の研究や、我国の子告登記ないし仮登記の研究を今後行なう上での一つのヒントになるであろうと思われる。今後、本稿で留保された問題を説明していくと同時に、本稿によって明きらかにした公示制度の運用の一面面を、これまでに明きらかにしてきたフランス民法典成立前史<sup>(3)</sup>や一九五五年の不動産公示制度の改革<sup>(4)</sup>と合わせて考えることによって、フランス民法典編纂史および一八五五年法成立史の研究を行ない、意思主義、對抗要件主義の本来の意義と体系上の位置を明きらかにする仕事を進めたいと考えている。

(1) この点では、米倉説も全く同一の評価に値するものと思われる。なお、我国の学説・判例についてはさらに詳細な検討を要することは疑いない。本稿によって得られた視点をふまえて、新たな解釈の可能性を目指したいと思う。別稿に譲ることとする。

(2) その場合、二重譲渡を特定物債権の対抗の問題と考えるべきか、物權變動の対抗の問題と考えるべきかも論じられる必要があろう。好美・前掲一橋法研三号一七九頁以下、同「債権に基づく妨害排除についての考察」一橋法研二号一六五頁以下等が検討の対象とされよう。

(3) 鎌田「フランス不動産譲渡法の史的考察」(四)「民商六六卷三号」六号。

(4) 鎌田「フランスの土地公示制度」不動産登記の諸問題(登記研究三〇〇号記念論文集)一一九頁以下。