

## Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Systeme im Sachenrecht (2)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/46094">http://hdl.handle.net/2297/46094</a>

# 物権法上の諸制度に関する比較法的考察（二）

舟橋秀明

- 一 はじめに
- 二 物権変動論
  - 1 ベトナム民法（以上、金沢法学五八卷一号）
  - 2 ドイツ民法
  - 3 フランス民法（以上、本号）
  - 4 日本民法
  - 三 即時取得
  - 四 用益物権
  - 五 抵当権
  - 六 むすび
- (1) 2 ドイツ民法
- 序論

本節では、ドイツ民法における物権変動準則について考察する。ドイツ物権法にはいくつかの特徴的な

点があるが、とりわけ物権変動に關していうならば、①物権行為概念を承認し、②外部的に認識可能な特定の形式（登記又は引渡し）を伴ってはじめて物権が変動する、という物権変動準則を採用していることである（形式主義<sup>1</sup>）。とくに不動産物権変動について、かかる物権変動準則を採用することにより、刑罰その他の強制手段を用いることなく、高い蓋然性をもって不動産物権についての真実の権利関係を完全に（vollständig）登記簿上に再現することに成功していると評価される<sup>2</sup>。

物権行為（あるいは物権契約）は、直接に物権の変動のみを目的とした、一方当事者の「権利変動の意思」と他方当事者の「権利取得の意思」が合致することによって成立する物権契約としての物権的合意（Einigung）<sup>3</sup>と物権変動の形式としての登記又は引渡しから構成される<sup>4</sup>。とくに登記の場合、物権的合意に後れて、つまり時を異にして行われるのが通常であるが、その場合でも意思的要素と事実的要素（物権変動意思の告知作用）の二要素が備わった時にはじめて物権変動が生じると解されている<sup>5</sup>。また、物権行為は、売買契約など単に債権債務関係を生ぜしめる効果のみを有する債権行為（あるいは債権契約）とは厳格に區別別れ（Trennungsprinzip）<sup>6</sup>、さらに物権変動の原因にすぎないと解されている債権行為が無効又は取り消されても、原則として物権変動の有効性に何ら影響を及ぼさない（Abstraktionsprinzip）<sup>7</sup>。これらの原則により、処分行為たる物権行為に絶対的な物権変動効果を付与することが可能となり、物権変動の法的安定性及び明確性を確保するという目的が達成される<sup>8</sup>。他方で、物権行為が物権変動に限定されたものであるとはいえ、意思表示を要素とした法律行為あるいは契約であることから、物権的合意につき法律行為及び契約に關する民法総則の規定が適用されることについて異論はない。それゆえ、債権契約とは別個独立の存在を有するものの、物権法上の特別規定がない限り、物権行為に対しても民法総則の規定が当然に適用され<sup>9</sup>、その結果、債権行為に連動して物権行為も無効・取り消されることがある（Fehleridentität）<sup>10</sup>。

(2) 不動産物権変動

(ア) 前提

ドイツ民法は、物 (Sachen) を動産と不動産に区別していることから、物権法上の規定には動産にも不動産にも共通に適用されるものがあるが、両者でその扱いを異にする規定も多い。その典型例が物権変動法であり、動産物権変動と不動産物権変動はまったく異なる条文によって規律されている<sup>10</sup>。以下では、まず不動産物権変動について考察する。

ドイツにおける不動産物権変動法を考察するのに先立って、あらかじめ確認しておくべきことが二点ある。その第一点目は、不動産概念についてである。これまで安易に「不動産」という言葉を使ってきたが、日本法が土地と建物を別個独立の不動産と扱うがゆえに、不動産と言えば、土地と建物という二つの対象を想定するのに対して<sup>12</sup>、ドイツ法ではそのような扱いがされていないことについては、周知のとおりである。実際に、不動産物権変動の一般規定とされる物権編第二章の見出しは「土地を目的とする諸権利に関する一般規定 (Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken)」とされており、要するに、ドイツ法においては「土地物権変動」と表現するのがより正確であるといえる。そこで、まずは土地と建物の関係、とりわけ建物の法的処遇について一瞥しておく<sup>13</sup>。

ある物には物の本質的構成部分<sup>14</sup>のすべてが含まれるため（ドイツ民法典九三条。以下、独民と略記）、ある物の所有者であれば、当然にその物の本質的構成部分の所有者にもなる。土地については、土地に定着したすべての物が土地の本質的構成部分となり、その典型例として建物が挙げられる（独民九四条一項）。要するに、建物は土地の本質的構成部分であるため独立した権利の客体とはなりえず、それゆえ土地の所有権は当然に建物にも及び、土地所有権と別個独立の建物所有権は成立しえないことになる。しかし、土地

所有権を温存し、建物だけを譲渡する可能性が否定されたわけではない。その場合、敷地たる土地に地上権（Erbbaurecht）が設定され、この地上権の譲渡を通じて建物が譲渡される<sup>15</sup>。ところが、この場合においてもやはり、建物は地上権の本質的構成部分として扱われるため、法律上、建物所有権が取引の客体になることはない<sup>16</sup>。

第二点目は、「物権的合意＋形式」という物権変動準則は、法律行為による物権変動に限定されるということである。これは、物権的合意が物権変動に関する意思の合致を予定していることからの当然の帰結であり、不動産物権変動であれば、所有権譲渡（独民八七三条一項・九二五条）、担保権の設定及び移転（八七三条一項）、制限物権に対する担保権の設定（八七三条一項）、権利内容の変更（八七七条）、権利の放棄（八七五条・八七六条）<sup>17</sup>につき、物権的合意＋登記を要することになり、動産物権変動であれば、所有権譲渡（九二九条）、用益権の設定（一〇三二条）、質権の設定（一二〇五条）につき物権的合意に物の引渡しを要することになる。他方、法律行為によらない物権変動、例えば、法律の規定による場合（相続）<sup>18</sup>、行政機関の行為の場合（公用徴収）、裁判所の行為の場合（競売）、事実行為による場合（付合など）については、登記・引渡しに伴わなくても物権変動が当然に生じる<sup>19</sup>。

#### (イ) 債権行為

債権設定行為とも呼ばれる債権行為は、ある者が相手方に対して、拘束力をもって一定の行為をする又はしないことの意欲があることを表明する法律行為である<sup>20</sup>。それゆえその効果は、その名の通り、給付義務及び債権債務関係の発生でしかなく、債権行為によって物権変動が生じることはない。

他方で、何の根拠（原因）もなしに他人に物を譲渡することはないだろう。まさに、売買契約等の債権行為が物権変動の原因を構成するので、通常は物権変動につき債権行為が伴うものである<sup>21</sup>。ところが、物権

行為の分離・無因主義により、極論すれば、物権行為さえ存在すれば債権行為がなくても物権変動自体は生じると考えるのがドイツ法の特徴である<sup>22</sup>。

ドイツ民法においては、契約締結に際して形式を要求しない。つまり、口頭で締結された契約であっても有効に拘束力を生ずるのが原則であるが（形式自由の原則）、独民三二一b条は、いくつかの契約類型につき一定の形式を備えることを要求する。同条一項一文によれば、「契約の一方当事者に土地所有権を移転し、又はその取得を義務付ける契約」すなわち土地の売買契約締結につき公正証書の作成が要求されている（要式契約）。

契約締結に際して形式を伴わせるのは、契約がいかなる内容で成立したかを明確にし、契約が確かに存在することの証拠とすること（証拠保全）、そして軽率な契約締結から当事者を保護することを目的とする<sup>23</sup>。さらに公正証書の作成まで要求することで、上記の目的を達成するためだけでなく、公証人が公正証書の作成を通じて契約締結に関与することにより、当事者の真の意思を探索し、法的な状況を説明し、取引の法的範囲に関する情報を提供するなどして助言・教示すること<sup>24</sup>、契約の有効性を確保し、取引上の事故を未然に防止することが期待されている<sup>25</sup>。

(ウ) 不動産物権変動の一般準則

不動産物権<sup>26</sup>の変動すなわち設定、移転及び内容変更のためには、原則として物権的合意と土地登記簿への登記を要し（独民八七三条）、換言すれば、法律行為による不動産物権変動のすべてについて登記を効力要件とし（登記主義）<sup>27</sup>、不動産の引渡しは法的には全く意味を持たない。なお、土地所有権の譲渡等については特則（独民九二五条）が設けられているので、後述する。

物権的合意は、土地所有権の譲渡の場合（独民九二五条二項）を除き、条件・期限を付すことができ、

証書作成等の形式を要せず、公証人等の法律専門職の関与なく有効に成立しうる。ただし、登記申請時には登記義務者 (Betroffener) による登記許諾書 (Eintragungsbewilligung)<sup>28</sup>を提出せしめ (独不登法一九条)、これを公正証書又は公的に認証された証書<sup>29</sup>によって作成することが義務付けられる (独不登法二九条一項一文)。この段階で初めて公証人が物権変動過程に関与するが、これはもっぱら登記の真实性を確保することに資するのであり<sup>30</sup>、当事者の物権的合意を確かなものにするものではない<sup>31</sup>。そこで、物権的合意がないのに登記許諾に基づいて登記された場合には、物権変動は生じず、登記も無効となるが、物権的合意があれば、登記法上の要件が充足していなくても、物権変動は有効に生じると解されている。物権変動が生じるか否かは、民法上の要件である「物権的合意+登記」の有無にかかっており、登記法上の有効要件充足の如何は物権変動に影響を与えない<sup>32</sup>。

物権的合意は、登記による物権行為の完了に至るまで自由に撤回できるが<sup>33</sup>、債務不履行責任を負うことになる。物権的合意後に譲渡人に破産手続きが開始した場合、目的物が差押えられた場合、譲渡人は処分制限を受けるが、その場合でも、物権的合意が拘束力を持ち (独民八七三条二項)、すでに登記申請がされていた場合には、物権変動は妨げられない (八七八条)。

#### (エ) 土地所有権の譲渡<sup>34</sup>の特則

土地所有権の譲渡についても、物権的合意及び登記が要件となり、登記時に所有権が移転することになるが、独民九二五条一項は、物権的合意につき、内容的には八七三条所定の合意と変わりはないけれども、より厳格な方式を要することを規定する。これをアウフラッスンク (Auflassung) と呼び、八七三条の物権的合意と区別する。すなわち「より厳格な方式」とは、譲渡の両当事者 (本人又は代理人) が公証人又は裁判所<sup>35</sup>の面前に同時出頭し<sup>36</sup>、所有権譲渡の意思を表示することを要することを意味する (同条一項一文)。

アウフラッスンクは、ドイツ古法時代に固有に発展した儀式的（*Feierlich*）かつ象徴的な権利移転方法（*ゲヴェーレ*の取得方法）に起源を有する。はじめは譲渡対象の土地上で行われたが、その後、簡便化されて教会や裁判所でも行われるようになり、とくに裁判所で行われる場合には（裁判上のアウフラッスンク<sup>37</sup>）、譲渡の当事者は、実際には法律上の争いがないにもかかわらず、アウフラッスンクを行うための仮装訴訟を提起して<sup>38</sup>、アウフラッスンクの判決を取り、この判決書面をもつて所有権移転の証拠（不可争の文書）とした<sup>39</sup>。ドイツの登記所が区裁判所に置かれていることの所以であると言われている。

条件付又は期限付所有権取得を排除するため、条件や期限を付したアウフラッスンクは、無効とされる（独民九二五二条二項）。ただし、実務では、代金債権担保のために、登記申請に条件を付したり、アウフラッスンクと同時に担保権を設定するなどして条件・期限付アウフラッスンクの禁止による弊害を克服している<sup>40</sup>。

ドイツ民法は、アウフラッスンクの公正証書化を実体法上の要件としていないので<sup>41</sup>、公正証書のないアウフラッスンクも有効であるが、登記手続上、その存在を証明する方法として公正証書又は公的に認証された証書の作成が義務付けられるため（独不登法二九条参照）、結果として実務上アウフラッスンクが公証人の手を経ないでなされることはない。

アウフラッスンクは登記前に行われるのが通常であるが、登記後に行われる場合もある。その場合、登記は原則として無効であるが、登記内容と一致したアウフラッスンクが事後的に行われれば、無効登記は遡及的に治癒される<sup>42</sup>。また、登記申請後から実際に登記がなされるまでの間、譲受人は期待権取得という形でその地位が保護される<sup>43</sup>。

原因行為の公正証書（独民三二一b条一項一文）が存在するか、同時に作成される場合にしかアウフラッスンクは受理されない（独民九二五a条）。これにより、原因行為の不存在・無効による不当利得返還請求

事実をできるだけ回避することができる。

登記申請に際しては、上述の登記許諾書の提出だけでは足りず、アウフラッスンク公正証書が要求されるが、実務では、原因行為（売買契約）、登記申請、アウフラッスンク一枚の公正証書の作成で済ませてしま<sup>44</sup>。そのため、登記官はすべて公正証書化された一件書類を表面審査するだけで足りることになる（形式的審査）。物権変動の実体的要件がすべて公証人の関与による証書で証明されることで、登記申請段階ですでに実質的審査は公的に完了しており、それゆえに登記官の形式的審査だけでも物権変動の実質的真実性は十分に保障されるよう制度構築されている。

### (3) 動産物権変動<sup>45</sup>

#### (ア) 物権変動準則

ドイツ民法は、制限物権の設定を含む動産物権変動についても物権行為を要求し、それは物権的合意と引渡しから成る（引渡主義<sup>46</sup>）。この点、形式が登記から引渡しに代わっただけで、不動産物権変動準則と全く変わりはない。例えば、不動産売買契約に基づく代金の支払い（金銭所有権の移転）についても動産物権変動準則が適用されるので、金銭所有権の移転に関する合意と金銭の引渡しを要することになる<sup>47</sup>。

動産所有権移転に関する独民九二九条によれば、物権的合意の当事者は所有者と取得者であるが、占有補助者や代理占有者の存在を前提とする限り、これらの者も考慮されることになる<sup>48</sup>。物権的合意は、証書等の形式を伴わなくても有効に成立し、原則として自由に撤回できる。債権行為とは法的に分離されるが、債権行為時にすでに物権的合意が存在するものと解され<sup>49</sup>、さらに所有権移転の意思が引渡時まで存続していなければならぬと解されている<sup>50</sup>。条件・期限付の物権的合意も許される（独民四四九条一項）。物権的合意は、所有権移転の合意はもちろん、所有者側が直接占有を放棄し、取得者側が占有を受け入れることも

含意するが、引渡しは、占有の放棄を意味する法的事実にすぎない。物権的合意は、特定の物について行われなければならないが、在庫商品のような集合物 (Sachgesamtheit) については、その存在が特定可能であれば足りると解されている。<sup>51。</sup>

(イ) 引渡し

動産物権変動準則の一要素たる「引渡し (Übergabe)」については、元来現実の引渡し (Tradition) が予定されていたが、動産所有権の移転に関しては、取得者がすでに物を占有している場合には、所有権移転の合意だけで足りる (独民九二九条二項)。いわゆる簡易の引渡しが認められている。

また、従前の所有者が物の占有を維持したいときには、代理占有関係の合意をもって引渡しに代えることができる (独民九三〇条)<sup>52。</sup> いわゆる占有改定による引渡しである。譲渡担保の場合には、債権者が占有改定によって間接占有を取得することをもって引渡しとする。さらに、譲渡すべき物が第三者の占有にある場合には、所有者の返還請求権を取得者に譲渡することによって引渡しに代えられる (独民九三一条)<sup>53。</sup> 日本法における指図による占有移転である。

以上、引渡し (公示機能) ばかりでなく物権的合意も含めて、動産物権変動準則は完全に形骸化しているのが実情である。<sup>54。</sup>

(4) 小括

不動産物権変動については、条文上、所有権譲渡の特則とそれ以外の物権変動の一般準則に区別されているが、それは物権的合意の方式の違いを反映したものにすぎず、「物権的合意 + 登記」の物権変動準則は共通する。所有権譲渡につき、公証人の関与を前提とした、公正証書化された債権行為とアフラスンクという方式及びその公正証書化を要する点で、制度的に厳格に過ぎるようにも感じるが、むしろ、債権行為の

段階から公証人を関与させることによって実体法上生じうる瑕疵を可能な限り排除し、これを登記手続きに直結させることで登記の真实性確保も高い蓋然性をもって実現している点をより重視すべきであろう。また、所有権譲渡以外の物権変動に関しても、最低限、登記申請段階に公証人を関与させることを義務付けることによって、登記の真实性を担保している。

他方、動産物権変動について、法律上は三つの要素（債権行為・物権的合意・引渡し）からなる一連の動産取引においては、証書の作成や公証人など法律専門職の関与がまったく義務付けられておらず、また觀念的な引渡方式を是認することで、民法が規定する物権変動準則は完全に形骸化している。これにより、動産物権変動に要するコストが下がり、取引の迅速性を確保できる一面はあるものの、その分、瑕疵ある物権変動が生ずる可能性も高くなる。しかし、それについては別途公信の原則によって補完されることになる（独民九三二条）。

ドイツ民法は、不動産物権変動についても公信の原則を採用するが（独民八九二条）、実際のところ、手続きが極めて厳格な所有権譲渡について公信の原則が発動する場面はほとんどなく、仮に譲渡人の物権変動過程に瑕疵があったとしても、最終的には取得時効（独民九〇〇条）によって補完されているようである。他方、所有権譲渡以外の物権変動については相対的に手続きが緩いことから、制度上無効な登記が出現しやすくなっているため、公信の原則には一定の存在意義があるといえる。

1 鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続きの実務―日本の『フランス法主義』の特質―」不動産登記をめぐる今日的課題（昭六二年・法務省法務総合研究所）六二頁は、いわゆる「ドイツ法主義」物権変動論の特色として、物権変動には必ず形式を伴い、物権行為の独自性を肯定し、さらに無因性をも肯定し、不動産物権変動については登記が、動産物権変動については引渡しが

物権変動の成立要件とされる点を挙げる。

2 Baur/Stürmer, Lehrbuch des Sachenrechts, 18. Aufl. 2009, § 14 I, Rz. 8, S. 169.

3 当事者の意思の合致という点では契約であるが、物権変動のみに向けられた特殊な合意ということと契約 (Vertrag) ではなく合意 (Einigung) の用語が使われている。Baur/Stürmer, a. a. O. § 5 I, Rz. 2, S. 43.

なお、わが国では、とくに債権的な合意と区別するために Einigung の語をもって「物権的合意」の訳語を当てており、本稿もそれに従う。

4 権利の譲渡に関する一般法は独民四一三条であり、三九八条が準用される結果として、譲渡当事者間における法律行為上の意思行為が権利移転の要件となる。独民八七三条・九二五条はその特則と位置付けられる。

5 物権的合意後に登記されるのが通常であるが、登記が物権的合意に先行する場合、物権的合意の前提を欠くので当該登記は無効、物権変動も生じないが、後に物権的合意が補充されることによって事後的に登記は有効となり、この時に物権が変動する。

6 分離主義。わが国における議論では「物権行為の独自性肯定」にあたる思考である。債権行為については、「債務設定行為 (Verpflichtungsgeschäft) という用語が、物権行為については「処分行為 (Verfügungsgeschäft)」という用語が当てられ、物権行為と形式を組み合わせた複合的な行為としても処分行為の用語が当てられる。他方、債務設定行為は、物権変動効果をもたらす処分行為の原因にあたることから、原因行為 (Grundgeschäft) 又は Kausales Geschäft) とも呼ばれる。

物権契約概念に関するわが国における研究業績は多数存在するが、さしあたり有川哲夫「物権契約に関する学説史的考察」福岡大学法学論叢二〇巻四号二八三頁、同「物権契約理論の軌跡―サヴィニー以後一世紀間―」原島義重編『近代私法学の形成と現代法理論』（一九八八年・九州大学出版会）三〇三頁、石田喜久夫「引渡主義について―物権行為の理解のために―」民法雑誌三九巻一・二・三合併号一八三頁、原島重義「債権契約と物権契約」『契約法体系Ⅱ』（一九六二年・有斐閣）一一一頁、大場浩之「物権行為に関する序論的考察―不動産物権変動の場面を基軸として―」早法八四巻三三二五頁、同「物権行為概念の起源：Savignyの法理論を中心に」早法八九巻三三〇一頁、拙稿「一九世紀におけるドイツ所有権譲渡理論について―学説史的考察―」早稲田法学会誌五〇巻二四三頁。

7 無因主義。Karl Larenz-Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, § 23, Rz. 84, S. 459 は、この無因主義をもって、他のほとんどの法秩序において採用されていないドイツ民法の特異な点 (Eigentümlichkeit) であると評する。

物権契約概念に関する研究業績と同様に、無因性概念に関するわが国における研究業績も多数存在するが、さしあたり原島重義「無因性」概念の系譜について―「無因性」概念の研究その一―九州大学法学部創立30周年記念論文集『法と政治の研究』

(一九五七年・有斐閣) 四五頁、同「無因性」確立の意義について—「無因性」概念の研究その二—」法制研究二四卷一號七一頁、広瀬稔「無因性理論についての一考察—ドイツ普通法学における所有権譲渡理論を中心として」法学論叢七七卷二號四四頁。

8 *Larenz/Wolf, a. a. O., § 23, Rz. 85, S. 459*に、無因主義が取引の安全に資することを指摘するが、取引の安全は公信の原則によって保護されることから、無因主義を否認する学説が夙に主張されている。Philip Heck, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, 1937, この紹介として、我妻栄「ヘック著『無因的物権行為論』」『民法研究Ⅲ物権』(昭四一年・有斐閣) 八一頁以下。

9 具体的には、行為能力、意思の瑕疵、法律行為の形式、意思表示の完成、契約の成立、契約の解釈、法律違反の効果、相対的処分制限、追認、代理の規定など独民一〇四条乃至一八五条の規定である。

10 「瑕疵の同一性」という。売買契約の際に詐欺がなされ、その状態のまま物権的合意、さらに登記・引渡しが行われた場合、売買契約だけでなく物権的合意も取消可能となり、取消権行使により両行為とも無効となりうる(独民一二三条、一四二条一項)。登記や引渡しが残存していたとしても、登記名義人や占有者が所有権を保持することはなく、結果として、実体的権利関係の伴わない虚偽の形式だけが残ることになる。その点で、物権行為の無因性をもって取引安全の確保や物権変動の法的安定性を強調することには、あまり意味はないことになる。

11 不動産物権変動につき独民八七三条以下、動産物権変動につき独民九二九条以下参照。

12 法律上の明確な規定は存在しないが(あえて言えば日民三七〇条か)、日本の不動産登記法が、土地登記と建物登記を個別に制度構築している点はその証左である。それに対して、ドイツにおける不動産がもつばら土地を意味することから、登記法の正式名称も「土地登記法」(*Grundbuchordnung*)以下、独不登法と略記)となり、住居所有権登記を除き、独立した建物登記も制度上存在しない。

13 そもそも土地とは、一般的には、外見上認識可能な方法で区画された地表の一部であるが、法的意味における土地とは、土地の公的記録たる土地台帳を基準として、地籍調査による測量を通じて地番が付された地表の一部であり、かつそれが登記簿上「土地」として登記されたものである。そのため、まだ登記簿が設定されていない土地についてはそもそも土地取引の対象にならないとされる。*Baur/Stüner, a. a. O., § 15 III, Rz. 18, S. 175.*

14 本質的構成部分とは、本体たる物との関係で、いずれかを破壊したりその性質を変えたりすることなくそれぞれを分離することができない部分であり、物の所有権と別個の所有権の対象となりえない部分である。

15 地上権は「土地と同様に扱われる権利(*Grundstücksgleiche Rechte*)」とされるため、地上権の設定に際しては、地上権登記簿

- が設定され(地上権法一条、一四条、独不登法六条a参照)、土地と同じ準則で譲渡され、担保に供される。また、わが国の建物区分所有権に相当する住居所有権(Wohnungsseigentum)もこの種の権利であり、住居所有権登記簿の設定(住居所有権法七条一項)に伴い、土地登記簿は閉鎖される(同条一項三文)。
- 16 住居所有権が設定された場合にはむしろ、土地ではなく、住居所有権自体が取引の対象となるが、住居所有権の譲渡については、民法における土地所有権の譲渡と同じ準則(独民三二一b条一項、八七三条、九二五条)に従うことになる(住居所有権法四条)。
- 17 権利の放棄については、権利者による一方的な放棄の意思表示で足りるので、物権的合意までは要しないが、権利抹消の登記は必要である。
- 18 取得時効による物権変動も法律行為によらない物権変動の一例であるが、もちろん物権的合意は必要ないが、原則として登記を要する(登記簿取得時効・独民九〇〇条。なお、ドイツ法における不動産取得時効制度に関する研究として、良永和隆「ドイツ法上の取得時効における登記の機能(一)(二)」民商法雑誌九〇巻六号八六二頁以下、九一卷二号一七七頁以下参照)。
- 19 登記なくして物権変動が生じたとしても、その後の土地所有権移転の登記の際には譲渡人の登記名義が必要のため(登記義務者の先行登記(Vorregistung)原則)、結果的には登記主義が間接的に強制され、これにより、実体的権利状態が正しく登記に反映され、物権変動過程のあらゆる段階において明確に再現されなければならない(BGHZ 16, 101)、という理想が実現できると解される。Baur/Stinner, a. a. O. § 16 I. Rz. 1. S. 189.
- 20 Larenz/Wolf, a. a. O. § 23, Rz. 32, S. 449ff.
- 21 用益物権や担保物権の設定については、債権行為がその原因となることはない。
- 22 ただし、所有権譲渡の場合を除き(独民九二五条二項)、債権行為の有効性を物権行為の効力発生条件とすることが合意できる(独民一五八条)。
- 23 Larenz/Wolf, a. a. O. § 27, Rz. 5, S. 517.
- 24 これは、公証人に課された法律上の義務である(BankG証書作成法一七条以下、BNoto連邦公証人法二四条参照)。
- 25 土地所有権の譲渡につき独民九二五条、夫婦財産契約につき一四〇八条、相続契約につき二七六条は、当事者の同時出席のもとで意思表示がなされなければならないと規定することによって、さらなる厳格性を要求する。Larenz/Wolf, a. a. O. § 27, Rz. 35, S. 524以下。Larenz/Wolf, a. a. O. § 27, Rz. 1, S. 518以下、公正証書に記載された契約内容について有効に合意がされたものとみなすこと(26)、登記所による内容審査等の規制が軽減化・短縮化できることを指摘する(登記申請における形式的審査の実現)。

- 26 上述のように(前掲注15参照)、正確に表現するならば、「土地及び土地と同様に扱われる権利」となる。
- 27 *Baur/Stiner, a. a. O. § 19 A. I. Rz. I. S. 235*は、「不動産物権変動が当事者の財産にとって非常に重大な意味を有するため、ドイツ古法以来の伝統として、このような物権変動準則が採用されていると解する。
- 28 登記許諾とは、ある特定の登記を了解するという内容の、登記所に向けられた、一定の形式を要する、条件が許されない登記義務者による一方的意思表示(形式的合意主義)であり、物権的合意(実体的合意主義)とは全く別の意思表示である。*Hans Prütting, Sachenrecht, 34. Aufl., 2010, Rz. 280, S. 108*。又*Baur/Stiner, a. a. O. § 16 I. Rz. 4, S. 189*は、「登記許諾を物権行為の有効性を推定し得る「代用品(Surrogat)」と評す」。
- 29 公的に認証された証書(Offentlich beglaubigte Urkunde)とは、ある意思表示が書面でなされた場合に、その表意者の署名又は署名の代わりの符号が本人のものに相違ない旨を公証人によって認証された私文書である(独民一二九条、独民訴四一六条参照)。
- 30 わが国では、登記の真实性確保のために共同申請主義(日不登法六〇条)が採られているが、ドイツ法では、登記義務者が法的に不利な登記を許諾するのは、物権的合意が本当に存在している場合だけであるとの経験則に基づき、共同申請主義を採らない(独不登法一三条参照)。*Prütting, a. a. O. Rz. 278, S. 107*は、「これにより登記手続きの迅速性が図られると評する。
- 31 登記許諾を登記手続上の要件とすることにより、物権的合意についての紛争を回避し、登記官による審査対象を実体関係に及ぼさず、登記申請と登記許諾のみを形式的に審査することと定めることを可能にし、登記手続きの簡素化が実現される。ただし、登記官が、物権行為が無効であることを知っているときは、登記申請を却下しなければならない(BGHZ 35, 135, 140=NiW 1961, 1301)。
- また、登記官は、形式的審査として処分者の先行登記の存在を確認する(独登記法三九条一項参照)。これにより、登記義務者が処分権限を有しているかの審査は省略されるが、これは、登記の推定力(独民八九一条)が登記官にも及ぶと解することと正当化される。*Baur/Stiner, a. a. O. § 16 I. Rz. 5, S. 190*。
- 32 *Prütting, a. a. O. Rz. 278, S. 107*。
- 33 物権的合意が公正証書化され、又は登記官の面前でなされるか登記官に提出され、あるいは登記許諾書が交付された場合には、登記前であっても当事者は物権的合意に拘束され、もはや撤回できなくなる(独民八七三条二項)。
- 34 正確に言えば、土地所有権の譲渡だけでなく、建物所有権の移転を伴う地上権及び住居所有権の譲渡もその対象となる。
- 35 土地所有権の譲渡が裁判上の和解による場合には、裁判所がアフラスンクを受理することになる。

- 36 判例は、時間的に接している意思表示であっても同時になければ、独民二二五条により無効であると解する（BGHZ 29, 10）。
- 37 一〇一―一二世紀頃から、裁判上のアウフラッスンクが土地所有権移転にとつての強制的方式となった。Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrecht im 19. Jahrhundert, 1968, S. 193. なお、都市部では裁判所に代わつて都市参事会（Stadtrat）におつてもアウフラッスンクが行われるようになった。
- 38 *Hilber*, Grundzüge des Deutschennprivatrechts, 2. Aufl., 1913, S. 218. は、所有権譲渡証書の確認訴訟という形式で行われたと解する。
- 39 *Mitteis/Lieberich*, Deutsches Privatrecht, 8. Aufl., 1978, S. 93.
- 40 *Baur/Stürner*, a. a. O. § 22 II 3, Rz. 6f. S. 286f. 実務では、アウフラッスンクと売買契約が同時に公正証書化される際に、譲渡人の利益確保のため、当事者は登記申請が代金支払い後になされるよう公証人に指示するようである。Pritting, a. a. O., Rz. 357, S. 144.
- 41 BGH NJW 1983, 2933.
- 42 *Pritting*, a. a. O., Rz. 359, S. 145.
- 43 登記申請時に期待権が生ずると解するのが判例・通説であるが（BGHZ 49, 197 = NJW 1968, 493. MünchKommKanzleiter, § 925 Rz. 34. 独民八七八条や独不登法一七条も根拠となりうる）、仮登記によつて保全される。
- 44 アウフラッスンク公正証書の記載例として、石川清・小西飛鳥『ドイツ土地登記法』（二〇一一年・三省堂）七一頁参照。
- 45 ドイツにおける動産物権変動論につき、亀田浩一郎「ドイツ動産譲渡法理における引渡・占有改定」法論七九卷二・三号一二九頁以下参照。
- 46 動産所有権の譲渡につき九二九条乃至九三二条、用益権の設定につき一〇三二条、質権の設定につき一二〇五条参照。ただし、制限物権の消滅につき、動産物権変動準則は適用されない。
- 47 *Larenz/Wolf*, a. a. O., § 23, Rz. 60, S. 455.
- 48 *Baur/Stürner*, a. a. O., § 51 C I, Rz. 12, S. 640.
- 49 現実売買がその例である。物権の合意は、実務上、暗黙の裡に行われることがよくあり、理論的には売買等の債権行為と物権行為が分離していることを、法律の素人が理解することは難しく、むしろ現実離れしたものと考えられている。Pritting, a. a. O., Rz. 372, S. 151. なお、引渡しが債権行為に遅れて行われる場合、引渡時に物権の合意もなされると解するのが判例である（RGZ 102, 38, 40）。*Baur/Stürner*, a. a. O., § 51 B I, Rz. 6f. S. 638f.
- 50 *Baur/Stürner*, a. a. O., § 51 C I, Rz. 12, S. 640.
- 51 *Baur/Stürner*, a. a. O., § 51 B I, Rz. 8, S. 639.

52 占有改定の合意は、物権的合意と同時に行為されるのが通常であり、これにより譲渡人の占有が自主占有から他主占有に変更す<sup>29</sup> (BGH NJW 1959, 1537.)。Pritting, aa.O., Rz. 379, S. 155.

53 判例 (BGH NJW 1959, 1538.) は、独民九三二条の返還請求権は、九八五条の物権的請求権ではなく、占有の返還を求める債権的請求権であると解する。

54 Pritting, aa.O., Rz. 371, S. 151.

### 3 フランス民法

#### (1) 序論

引き続き本節では、フランス民法における物権変動準則について考察する。

わが国及びドイツにおける民法典は、法典編纂方式としてパンデクテン体系を採用したため、物権変動に関する規定が基本的には「物権編」にすべて集約されている。他方、フランス民法典はこれとは異なる編纂方式、すなわちインステイトゥティオネス体系を採用しているため、物権変動に関する規定が法典のいたるところに散在するとの印象を受ける。それゆえ、各条文の意味を整合的に確定することはかなりの困難を要する作業となるが、それでもフランス民法典の基本とするところは「意思主義（あるいは合意主義）」<sup>1</sup>、すなわち代金の支払いも、登記や物の引渡しなどの形式も要することなく、ただ単に当事者間に合意（convention）が成立しただけで物権変動が生ずるということであり、これが揺るぎない大原則であると理解されていることについて異論はない<sup>20</sup>。したがって、所有権の移転を目的とする契約類型である売買をはじめ、贈与や交換という契約は、その契約上の効果として債権的效果（債権債務関係の発生）のほかに物権的效果をも併せ持つことになる。

しかしながら、事はそれほど単純ではなさそうである。例えば、ある不動産の売買契約に際して、売主と

買主が売主所有の不動産について「売りましょう」「買いましょう」との意思が合致したその瞬間に契約が成立し、その効果として買主に当該不動産の所有権が移転する、そう解するのが意思主義だとしても、実際には、契約交渉段階から公証人をはじめとする法律専門職が契約の締結プロセスに積極的に関与し、最終的に契約が成立するに至るまでに前契約（avant-contrat）が締結され、それがすべて書面化され、最終的な契約は公証人証書の作成をもって締結されるのである。

以下では、売買契約を前提としたうえで、売買契約の成立過程における前契約の存在、法律専門職の関与、そして合意の書面化というフランスの実務における特徴的な点を浮き彫りにしながら、フランス民法における物権変動準則について考察する。

フランス民法典では、不動産物権変動と動産物権変動を区別することなく、両者を同じ準則によって規律している。強いて言うならば、登記・引渡しという物権変動の形式（公示方法）が両者で異なるくらいであるが、それらはいずれも物権変動準則とは直接的な関係のない制度（對抗要件など）として位置づけられている。それゆえ、以下の記述では、特に必要のない限り、不動産物権変動と動産物権変動は区別することなく考察することとする。

## (2) 前契約

前契約とは、契約当事者が将来において締結される契約（後述の終局契約）の実現のためにする準備的な合意、つまり一つの契約である<sup>3</sup>。

フランスにおいては、民法典制定以前から契約成立時期の問題が議論されていたが、フランス民法典は、後述のように、合意の成立時をもって契約が成立すると規定した（売買契約につき民法典一五八三条）。ところが、物及び代金に関する合意の時に売買契約が成立するとの規範は、必ずしも契約当事者の意図に合

致するものではないとの理解が広く受け入れられるようになり、これに伴い、契約成立前に当事者間でなされたさまざまな合意について議論されるようになった。つまり、契約の締結を慎重に行おうとする側面と、契約成立まで当事者間に何らの拘束力（債権債務関係）もなく、自由に契約関係から離脱することを非難するとの側面から、一定の拘束力を有する前契約が注目されるようになったのである。

前契約とは、その法的性質をめぐっては議論があるものの、実務慣行上は、公証人証書の作成による終局契約よりも前になされた当事者間のさまざまな合意を包括する概念といえる<sup>4</sup>。したがって、この概念のもとに、基本契約 (contrat-cadre)、部分契約 (contrat partiel)、一時契約 (contrat temporaire)、基礎的合意 (accord de principal)、暫定契約 (contrat provisoire) として売買予約が包摂され、さらに売買予約には、当事者の一方のみが契約を締結する債務を負担する片務予約 (promesse unilatérale de vente)<sup>5</sup>と、当事者双方が契約を締結する債務を負担する双務予約 (promesse synallagmatique de vente)<sup>6</sup>があると解されている<sup>7</sup>。予約を行わない不動産売買契約は、今日ではめったにない (rare) と言われている<sup>8</sup>。

フランス民法典一五八九条は「売買の予約は、物及び代金について両当事者の相互の同意が存在するとき、売買に値いする」と規定するが、その内容は通常の売買契約と変わりがないため、売買契約本体との関係が問題となる。売買の予約が合意される理由や思惑はさまざまであろうが、一般的に、売買契約の一つないし複数の要素が売買の予約には欠けており、それが本質的かそれとも二次的なものに過ぎないかに応じて、多かれ少なかれ売買契約の本体に接近するものであると理解されている<sup>9</sup>。したがって、前契約と契約は、内容的には重なる部分が相当程度存在するものの、法制度上はまったく別個の行為である<sup>10</sup>。しかし、契約の有効な実現を目的とした一工程である前契約は、契約準備を合意する合意であり、当事者間に一定の権利義務を生じさせる効果を有すると解されている<sup>11</sup>。

不動産の売買契約締結に際して、これらの前契約は、売買契約の諸条件についてはじめに私署証書をもって合意され、またこのときに、後日公署証書（公証人証書）によりあらためて締結する売買契約の時に契約の効果、すなわち物権変動が生ずる旨の決まり文句が挿入されることが頻繁に行われる。

(3) 終局契約 (*contrat définitif*) の成立

フランスにおいては、とりわけ不動産の売買契約など、契約の成立までに交渉など一定の期間を要する契約は、その間、当事者間でなされた小さな合意をいくつも積み重ねていってはじめて締結されるものと解されている。つまり、この小さな合意が前契約であり、この前契約が積み重ねられたあと、最終的に当事者が目的とする契約が正式に締結されるのである。この契約本体のことを、前契約との関係で終局契約 (*contrat définitif*) とする。

(ア) 原則

フランス民法典は、原則として、終局契約（合意）の成立に所有権移転の効果を直結させており<sup>12</sup>。また、そのことは同時に「合意のみによる移転の原則」 (*principe du transfert « solo consensu »*) を意味するものでもある。一般規定として、フランス民法典七一条及び一一三八条を、特則として、贈与につき九三八条、売買につき一五八三条、交換につき一七〇三条を挙げることができよう。

たとえば、フランス民法典七一条は、「財産権の所有権は、相続、生前又は死因贈与、及び債務の効果として取得され、移転される」と規定し、契約に関しては「債務の効果によって」 (*par l'effet des obligations*)、その他何らの行為を要することなく、当然に所有権が移転する旨を規定する。

元来、債権契約とは、債権債務関係の発生をその効果とする行為であるが、その意味でいえば、売買契約の成立により売主には物の所有権を移転する債務が課され、その履行行為（引渡しなど）を通じて買主

に所有権が移転すると解するのが理論的な帰結と言えるだろう<sup>13</sup>。その点、フランス民法典一五八二条は、「(売買の)当事者の一方が物を引渡す義務を負い、他方がこれに代金を支払う義務を負う」旨規定し、物を引渡す履行行為を要するような規定ぶりとなっている。しかしながら、フランス民法典七一条は、履行行為がなくとも所有権を移転する債務の効果として、所有権が移転することを規定し<sup>14</sup>、またフランス民法典一一三八条一項も、物の引渡債務 (obligation de livrer) が契約当事者の合意のみによつて完成する (est parfaite) こと<sup>15</sup>、すなわち所有権移転の効果が発生することを規定する、と解されている<sup>16</sup>。

また、前述のフランス民法典一五八二条の後を受けた一五八三条によれば、売買目的物が引き渡されておらず、代金が支払われていない場合であっても、目的物と代金について合意されるとその時に売買は完全なものとなり (est parfaite)、売主との関係で買主は直ちに所有権を取得することになる<sup>17</sup>。つまり、民法典によれば、物の所有権移転は売主の義務ではないことになる。他方で、売主の義務としては「目的物を引き渡す (delivrer) 義務<sup>18</sup>」と「それを担保する義務」が規定されている (仏民法典一六〇三条)。

なお、売買契約の成立時に所有権 (危険も) は完全、に買主に移転するので、売買契約成立後に行った売主のあらゆる行為 (第三者への譲渡や担保権設定など) は無効であり (いわゆる無権利の法理)、売主が契約後も物の占有を継続した場合には、売主は、買主に対してその利用の対価 (謝礼) を支払わなければならない (remunerer) と解されている<sup>19</sup>。

以上、フランス民法典における物権変動準則である「意思主義」(合意のみによる移転の原則) についてまとめよう。

意思主義とは、所有権の移転をはじめとする物権変動が、何らの形式も要せず、契約の効果 (意思) によつて即時に観念的に発生し、物の引渡しや代金の支払いとは無関係に行われることを意味する。いわば、買

主へ引渡しが行われたかどうか、売主が代金の支払いを受けたかどうかは、物権変動にとって何の重要性もない。かかる規範は、所有権を移転する契約類型すべてに共通である<sup>20</sup>。

フランス民法典の立法者は、フランス古法以来、民法典の成立前まで行われてきた「引渡主義」を前提とした諸制度を無用なもの（*inutile*）と判断し、民法典において、契約の成立と物権変動を完全に一致させたのである<sup>21</sup>。

(イ) 意思主義の拡張

上述のように、原則として、物の所有権は、契約当事者による契約意思の合致の時に、その合意のみによって移転するが、このように、契約の物権的効果が契約当事者の意思に基づいている以上、その当然の帰結として、契約の効果を変更すること、すなわち所有権の移転時期を契約の合意時とは異なる時点に移動させることも契約当事者の意思によつて自由に行われうることになる。原則として、契約の効果発生時・契約成立時と所有権の移転時期が一致すると解されていたところ、契約の効果発生時と所有権の移転時期が分離するという例外的な結果を承認せざるを得なくなる。とりわけ不動産取引にはよくある事態と言われ、例えば、最後の割賦金が確定的に支払われた時にはじめて買主は所有権を取得する旨の合意がされるが、このような合意は意思主義を前提としても有効である（分割払売買の場合の所有権留保条項）<sup>22</sup>。

契約成立時に物権変動が生ずるという規範は、いわばデフォルト・ルール（推定規範）であり、これと異なる時点を物権変動時とする合意があれば、その合意が優先し、これに従って物権変動が生じることになる。ある意味では、意思主義を基本とする限り当然の帰結であろう。

(ウ) 意思主義の弊害

意思主義によれば、原則として、物権変動は、契約当事者による契約意思の合致の時に、その合意のみに

よって、すなわち目的物の引渡しや登記の移転とは関係なく生じることになる。売買契約を例にとれば、売買契約が成立すると、物の所有権は売主から買主に完全に移転するので、その時点で売主は完全に無権利者となる。たとえ売主が契約後も物を占有し続けたり、登記名義を保有し続けたとしても、売主は無権利者であることに変わりがない。したがって、売主が無権利者であることを知らない、善意の第三者が売主と売買契約を締結した場合であっても、第三者は所有権を取得できず、常に権利者からの追奪の危険にさらされることになる。つまり、物権変動とその公示が乖離することによって、権利の外観に対する信頼や取引の安全が大いに害されることになる<sup>23</sup>。なお、動産取引については、即時取得制度が採用されているので（民法典二二七六条）、実際に問題となるのは不動産取引の場合だけである。

また、意思主義を前提とすれば、物権変動が生じるためには、当事者間に有効に契約（合意）が成立していることが必要となる。つまり、有効な契約なしに物権変動は生じないのである。たとえば、売買契約に瑕疵がある状態で、目的物を引き渡したり、登記を移転したとしても、買主は所有権を取得することはない。この問題を解消する方法としては、契約と物権取得形式とを分離することが考えられる。つまり、物権の取得形式が有効に行われればそれによって物権変動は有効に生じうると解するのである。ドイツ法における物権行為の無因主義がその例である<sup>24</sup>。

#### (4) 意思主義の弊害の回避

意思主義を採用した場合に想定される上記の二つの弊害は、契約を書面化することで、さらに、契約締結過程に当事者以外の第三者、とくに法律専門職を関与させることによって相当な程度まで回避できると考えられる。法律の知識に乏しい契約当事者だけでは気がつかなかった契約上の不備、契約法あるいは意思表示法上の瑕疵を、法律専門職を契約締結過程に関与させることによって契約を書面化する過程で露見させ、瑕

疵を事前に解消することが可能になるからである。また、公示手続きに際しては、公正証書の形式で契約証書が作成されることが義務付けられていることから、通常、公証人の関与が予定され、これにより間接的に公示強制を受け、結果的に公示が確保されることになる。

(ア) 法律専門職の関与

法律専門職の契約締結過程への関与につき、契約交渉段階では必ずしも義務ではないので、関与しない場合もありうるが、実際には多くの場合で関与するようである<sup>25</sup>。とくに、従来から、不動産売買契約の交渉ばかりでなく、その斡旋業務をも含めて業務を発展・拡大させようとする積極的な動きが公証人の側にあり、不動産売買契約の交渉開始から契約の締結及びその公示に至るまで公証人が実質的に関与した契約の割合は非常に大きいと言われる。不動産売買契約の大部分は公証人の手を経て締結されるのがフランスの現状である<sup>26</sup>。そこで、以下では、不動産売買における公証人の関与について概観しよう<sup>27</sup>。

不動産の売買契約であっても、諾成契約がフランス民法典の原則であるため、公署証書が作成されても、それは契約が成立したことを確認するほどの意味しかなく、反対に、公証人が関与しない、つまり公証人証書が作成されない売買契約が締結されたとしてもそれは実体法上有効であり、これによって当然に所有権は移転する。ただし、公示手続きとの関係で公正証書の形式での証書作成が義務付けられているため<sup>28</sup>、不動産の売買契約は、事実上、要式契約となっている<sup>29, 30</sup>。

契約交渉に関与する公証人は、契約当事者との関係で公平・中立な立場を維持しつつ、助言義務を尽くすことにより、紛争を予防することを任務とする。助言義務は、公証人のところに来る前に既に交渉され、合意された内容についてまで射程が及ぶと解されている<sup>31</sup>。公証人が売買契約の有効な成立を調査確認するためには、フランス民法典一一〇八条において規定される当事者Ⅱ人と目的物に関するあらゆる情報を収集し

なければならぬ<sup>32</sup>。当事者が公証人の面前で合意内容を陳述する際に、契約の有効性、実効性に関する助言義務が尽くされ<sup>33</sup>、公証人がこの陳述を聴取し、書面に記載することで公証人証書の作成が完了する<sup>34</sup>。

代金の支払い、買主から代金の預託を受けた公証人によって行われるが、契約証書が公示された時にその公示に優先する抵当権の登記がないことを確認するまで、代金は売主に支払われない<sup>35</sup>。なお、公証人には、自己が作成した書面を公示する義務<sup>36</sup>があるため、公示申請の際に公証人が登録税を支払うことになるのだが、代金が公証人に予納されるときに、登録税のほか契約費用、立替金、報酬等を含めた金額が支払われることになる<sup>37</sup>。

(イ) 書面の作成

前述のように、書面の作成は、契約の実体法上の要件ではない。あくまで意思主義である<sup>38</sup>。

他方、フランスでは普通法以来の伝統として、法定証拠主義が採用されている。つまり、裁判の場では一定の場合に書証などの方式が要求される。フランス民法典一三四一条は、「デクレ<sup>39</sup>によって定められた金額又は価値を超える物については、公証人証書又は私署証書によらなければならない」と定める。不動産は通常この金額を超えるので、原則として書証が要求されることになり、証拠法のレベルで書面の作成が義務付けられることになる。とりわけ公署証書には公権力の委託を受けた者によって作成されたことを根拠に、完全な証明力が付与され（仏民法典一三一九条）、常に人証に優先する。不動産取引が、実質的に要式行為となった証左である。

(5) 物権変動と公示の関係

(ア) 不動産物権変動<sup>40</sup>

フランス民法典においては、意思主義ゆえに不動産物権変動準則に公示（登記）<sup>41</sup>は組み込まれていない。

民法典起草当時は、抵当権の登記と不動産贈与の謄記しか存在せず、もちろんドイツ法のような効力要件ではなく<sup>42</sup>、現在でも第三者対抗要件にすぎない<sup>43</sup>。したがって、二重譲渡の処理方法としては、わが国における場合と同様に、先に登記をした者が優先する。しかし、第一買主と第二買主がともに公示をしなかった場合には、両すくみ状態になるのではなく、第一買主が優先すると解するのが通説的見解である。これは、意思主義により第一買主は公示がなくても完全な所有者になり、第二買主は無権利の売主から買い受けたために無権利者であることを理由とする<sup>44</sup>。まさに意思主義を貫徹した帰結と言えよう。

公示は、物権変動に関する契約証書（権原証書）又は判決その他の書面を、年代順に編綴したものである<sup>45</sup>。公示される権原証書につき公署証書の形式が要求されるため、登記の真实性はほぼ完全に保障されるとともに<sup>46</sup>、真実の権利関係に合致しない登記や登記申請意思のない登記が出現する可能性を最小化することに成功している<sup>47</sup>。

登記官たる抵当権保存吏は、人ごと及び物ごとにファイル (Fichier) を作成するが（人的・物的編成）、財務省下の特殊な行政官であるがゆえに証書の形式的適法性のみを審査し、その実体法上の有効性等にまで立ち入った裁判官的な審査をする権限を有しない。

登記連続性の原則を採用することにより、譲受人は公示がなければ転売できないことになり、事実上、登記が強制されることになる。また、権利移転の過程を完全に公示に反映させ、調査資料としての機能を充実せしめうる。

なお、アルザス・ロレーヌ地方においては、一九二四年以来、フランス民法が予定するものとは異なつた、ドイツ法的色彩の強い登記制度が行われている (Livre foncière)。興味深い研究対象である。

## (イ) 不動産物権変動

基本構造は、不動産物権変動の場合と同じであるが、動産が二重譲渡された場合には、権原証書の日付は後でも、善意で現実の占有を先に取得した第二買主を優先させる。真実の権利状態を認識している悪意者は法の保護に値しないと解されているからである。

また、保護要件として現実の占有 (possession réelle) を取得することを要するが、簡易の引渡し (tradition de brève main) は許容されるものの、占有改定 (constitut possessoire) は、現実の引渡しと同視されない。というのは、第一譲渡の際に売主はすでに無権利者になっており、それゆえ第二買主も本来であれば権利を取得できないのであるが、即時取得 (仏民法典二二七六条) の適用によって第二買主は保護されうると解されているため、即時取得の要件たる現実の引渡しと善意という二要件を充足する必要があると解されるからである<sup>48</sup>。

以上、動産取引につき理論的には二重譲渡は問題にならない。この点、不動産の二重譲渡を処理する論理とは全く異なる。即時取得の問題については、別稿に譲ることにする。

## (5) 小括

フランス民法典においては、動産・不動産の区別なく、合意のみで物権変動が生じるとする意思主義が物権変動準則として採用されており、不動産取引における公示や動産取引における引渡しは、物権変動の効力要件ではなく、對抗要件であったり、即時取得の要件であったりした。公示のない物権変動が必然的に発生してしまう点で、ドイツ法とはまったく対照的な制度が構築されている。

とりわけ不動産物権変動に関しては、公示制度の脆弱性が指摘されるところであるが、少なくとも実務上は、取引の全過程を通じて、社会的信用の高い法律専門職たる公証人の関与のもとで、契約締結と契約上の

債務の履行、そして登記申請が一体として行われており、当事者間の利害調整ばかりでなく、登記の真实性までも十分に確保されている。法律専門職の関与及び公正証書の作成とそれを登記手続きに直結させている点で、ドイツにおける物権変動準則と結果において顕著な相違を示しているとは思われない。むしろ、両国における物権変動理論の近似性を感じさせるのである<sup>49)</sup>。

フランスにおいては、意思主義・對抗要件主義を採用したがゆえに、理論上、二重譲渡の問題が浮上してくるはずであるが、どうもわが国におけるほど問題視されていないようである。上述のように、そもそも二重譲渡のような問題は公証人を関与させることで未然に防止できているのかもしれない。あるいはフランス民法典一五八三条は、「売買は、…当事者間で（entre les parties）完成し、買主は売主に対する関係（l'acheteur à l'égard du vendeur）で法律上当然に所有権を取得する」と規定するように、実は、意思主義はもともと契約当事者間においてのみ効果を有する原則であり、対第三者との関係においては意思主義を前提に考える必要はない、そのような機能を意思主義は担っていない、とも解釈できよう。深読みしすぎでないことを祈るばかりである。

1 篠塚昭次「物権の変動と不動産登記―その動的側面と静的側面―」『不動産登記をめぐる今日の課題』（昭六二年・法務省法務総合研究所）四六頁は、意思主義はポチエの学説であるとして、私的自治の法的形態であり、公権力とくに課税権からの私権の開放を意図したものではなからうかと評する。

2 H et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçon de Droit Civil*, Tome II, 2<sup>me</sup> vol., Biens, 8<sup>e</sup> éd., 1994, no 1612, p. 346. は、民法典の完成が、ローマ法に由来しフランス革命期まで引き継がれてきた「引渡主義」のフランス法における終焉をもたらしたと評する。

- 3 前契約についての業績として、横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転(一)(二・完) —フランスにおける売買の双務予約を手がかりとして—」早法六五巻二号一頁以下、六五巻三号八五頁以下、同「不動産売買契約の成立過程と成立前の合意の法的効力」私法五四号一九三頁。
- 4 しかしながら、前契約なる用語はあいまいであり、その概念も不確かなものであると評される。P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2003, n° 108, p. 79.
- 5 目的物、代金、日付など売買の本質的要素は合意されたが、当事者の一方がその決定を留保した場合に、買うか買わないか(売るか売らないか)の選択を熟慮する期間を欲する場合がこれにあたる。MALAURIE-AYNÈS-GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, n° 108, p. 79. 選択権が付与された受益者には一定の利益が生じるが、それは物権(droit réel)ではないので、公示による保護(第三者対抗力)を受けないが、契約の相対性原則を根拠に悪意の第三者には対抗できると解されている。なぜなら、悪意の第三者は予約者の債務不履行の共犯者であるとして解されるからである。MALAURIE-AYNÈS-GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, n° 113, p. 83.
- 6 売買契約の各当事者が売る・買うの意思を決定したが、法律上の規定や当事者が「本質的である」と考える要素(たとえば、許認可の取得や先買権の排除など)が欠けているために、売買の終局的な成立が留保される場合がこれにあたる。MALAURIE-AYNÈS-GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, n° 108, p. 79.
- 7 双務予約は、実務上、compromis(仮契約)と呼ばれているが、公正証書に先立って締結される契約を社会事象としてとらえたことばであり、法律用語でなくと解されている。横山・前掲(3)早法六五巻二号六頁。
- 8 MALAURIE-AYNÈS-GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, n° 107, p. 79.
- 9 MALAURIE-AYNÈS-GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, n° 102, p. 73.
- 10 Frédérique COHET-CORDEY, *Les droits de l'acquéreur d'un bien immobilier*, L'Harmattan, 2003, p. 23は「当事者の合意によって契約成立日を変更した停止条件付売買と評する。
- 11 契約当事者は、契約交渉期間中に合意された前契約によって一定の義務を設定することができ、これを根拠に契約責任を追及することができるようになる。また、合意がない場合であっても、交渉にある当事者には誠実に行動することが求められ、契約成立のための条件を成就するための協力義務(為す債務)が課されるため、当該義務の違反につき、損害賠償責任が課されると解するのが判例である。COHET-CORDEY, op. cit., p. 18 et s.
- 12 民法典第三編は「所有権を取得するさまざまな方法」(Des différentes manières dont on acquiert la propriété)との見出しのもの

- に相続、贈与に続き、同編第三章以下で各種の契約又は合意に関する諸規範を規定している。
- 13 金山直樹『現代における契約と給付』(二〇一三年・有斐閣)二二九頁は、仏民法典一一三六条を根拠に「与える給付」と「引渡給付」を区別し、合意のみによって完全となるものは与える給付ではなく、もっぱら引渡給付であると解する。
- 14 契約の成立により与える債務 (obligation de donner) が発生しても、その発生と同時に履行され、その結果、債務は当然に消滅する<sup>21</sup>と解されている。P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, n° 129, p. 33.
- 15 所有権移転のためにはなお物の引渡しを要することを前提に、合意が履行行為に代わることも解されよう。その点を金山・前掲書(三)二二九頁は、「引渡主義の残滓」と評する。
- 16 仏民法典一一三八条は、その二項一文において、目的物の引渡しがなされなかった場合でも、契約当事者間に合意が成立すればそれによって債権者(譲受人)はその所有者になることから(同条一項)、引き渡すべきであった時から直ちに危険が移転することを規定する。意思主義は、所有者危険負担の原則の理論的基礎となっている。
- 17 ただし、物の所有権移転が売主の義務にならず、即時に移転すると解されるのは、売買であってもそれが特定物の売買か一括売買 (vente en bloc) の場合に限定されることに留意すべきである。
- 18 仏民法典一一三八条及び一五八二条に規定される引渡義務 (obligation de livrer) と一六〇三条に規定される引渡義務 (obligation de délivrer) は、邦語訳では同じでも、まったく性質の異なる義務であることが見て取れる。すなわち、意思主義の適用により履行行為がなく効果が発生し当然に消滅するのは前者であり、後者は意思主義の射程外にある別異の引渡義務である点に留意すべきであろう。
- 19 MALAURIE-AYNÈS-GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, n° 251, p. 191.
- 20 仏民法典一一三八条参照。
- 21 MALAURIE-AYNÈS-GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, n° 252, p. 192. 他方で、金山・前掲書(三)二二九頁は、意思主義は引渡主義の発展の一形態であって、その単なる否定でない<sup>22</sup>と評する。
- 22 MAZEAUD-CHABAS, *Tome II*, 2<sup>ème</sup> vol., n° 1618, p. 351. そのほかに、種類物の売買や将来物の売買の場合も、合意時とは異なる時点で目的物の所有権が移転する<sup>23</sup>ことになる。
- 23 MAZEAUD-CHABAS, *Tome II*, 2<sup>ème</sup> vol., n° 1619, p. 352. は、ドイツ法のように、物権変動につき引渡主義や登記主義を採用することにより、あるいは公信の原則を採用することによって、この種の問題は一気に解消することを指摘する。
- 24 即時取得の規定は(仏民法典二二七六条)、本条が契約の瑕疵を治癒する機能を有していないことから、ここでは機能しない。

MAZEAUD-CHABAS, Tome II, 2<sup>ème</sup> vol., n° 1619, p. 352.

- 25 契約交渉段階において関与する資格者としては、一九七〇年一月二日の法律 (La loi Hoguet) によって規律される不動産仲介業者 (agents immobiliers) のこの法律に規律されない専門職として公証人がいる。COHET-CORDEY, op. cit., p. 14 et s.
- 26 本稿においては、不動産取引に関与する法律専門職として公証人に焦点を当てているが、フランス社会に深く根付く公証人慣行と法制上の裏付けから、不動産取引に限らず、生活上のあらゆる場面に公証人が関与する余地があるといわれる。
- 27 フランス公証人制度に関する主要な邦語文献として、以下のものを参照。井上治行「フランスにおける公証人の民事責任」公証法学創刊号一三〇頁、江藤价泰「比較法からみた公証(人)制度のあり方—フランス公証人制度の一端—」自由と正義三三卷一四号一三頁以下、鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割—「フランス法主義」の理解のために—」(二)「完」早法五六卷一三頁以下、五六卷二二頁以下、同「フランスの公証制度と公証人」公証法学一一号一頁以下、松川正毅「フランスにおける公証人と紛争予防」公証法学三三卷一頁以下、横山美夏「フランスの公証人制度をめぐる最近の動向」みんけん六四一—二頁以下。
- 28 一九五五年一月四日の土地公示の改革に関するデクレ四條一項参照。
- 29 *acte authentique* を「公署証書」と訳し、*acte notarié* を「公正証書」と訳す場合もあるが、本稿においては「公証人証書」と訳した。仏民法典一三二七条によれば、公署証書とは、「その証書が作成された地において文書を作成する権限を有する公の吏員によって、かつ、必要とされる厳格な方式をもって受理されたもの」と定義される。これには公証人証書のほか、判決や知事あるいは市長村長の作成した証書も含まれる。
- 30 公証人証書の作成を要件とする代表的な要式行為として、生前贈与(仏民法典九三一条)、公正証書遺言(九七一条)、遺言の撤回(一〇三五条)、夫婦財産契約(一三九四條一項)、抵当権の設定(二四一六条)などがある。
- 31 COHET-CORDEY, op. cit., p. 60.
- 32 人に関しては権利能力・行為能力の有無、代理権などの権限の有無、目的物とくに不動産に関しては台帳及び土地公示の調査から抵当権の有無、共有持分、先買権の有無、公法上の許認可や利用制限の有無などが調べ上げられ、公証人証書が作成されるまでに早くても数か月を要するようである。COHET-CORDEY, op. cit., p. 60 et s.
- 33 不動産が期待していた性質を有していないことが判明した場合、免責特約等により売主に責任追及ができなくても、関与した公証人に対して責任追及できると解されている。COHET-CORDEY, op. cit., p. 18.
- 34 結果的に契約の適法性、有効性が担保され、買主保護に資すると解されている。COHET-CORDEY, op. cit., p. 17.

- 35 COHET-CORDEY, op. cit., p. 72. 公証人は売買の有効性を確認するために必要な二か月間、新たな抵当権が設定されないかどうか、公示の状態を観察する。
- 36 一九五五年一月四日のデクレ三二条一項参照。
- 37 COHET-CORDEY, op. cit., p. 72.
- 38 実定法と証拠の關係につき、吉井啓子「証拠編とは何か」法時七〇巻九号四五頁、今村与一「意思主義と書証主義」日仏法学二二号一四二頁参照。
- 39 一九八〇年七月一五日のデクレ一条は、一五〇〇ユーロと定める。
- 40 鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続きの実務―日本的『フランス法主義』の特質―」不動産登記をめぐる今日的課題（昭六二年・法務省法務総合研究所）六二頁は、「フランス法主義」物権変動論の特色として、意思主義、物権行為独自性否定、対抗要件主義を挙げると。
- 41 一九五五年一月四日の土地公示の改革に関するデクレが、現行のフランス登記法にあたるが、一九五五年のデクレ以前は公示手続の方法の違いを反映し、抵当権・先取特権の公示を「登記」(inscription)・一八五五年三月三日の法律によつて導入された、所有権など抵当権・先取特権以外の権利の公示を「謄記」(transcription)と称し、両者を区別していたが、一九五五年のデクレ以降、謄記の語は廃され、現在では土地公示 (publicité foncière) の語が使用されている。フランスにおける登記法の変遷に関して、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外観」星野『民法論集第二巻』（昭四五年・有斐閣）一頁、同「フランスにおける一九五五年以降の不動産物権公示制度の改正」星野『民法論集第二巻』（昭四五年・有斐閣）一〇七頁、滝沢律代『物権変動の理論』（昭六二年・有斐閣）七一頁以下参照。
- 42 ドイツ登記法との比較につき、L. AYNIES et P. CROCO, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2003, n° 634, p. 246 et s.
- 43 一九五五年一月四日のデクレ三〇条第一項。MAZEAUD-CHABAS, Tome II, 2<sup>ème</sup> vol., n° 1625 p. 357. は、第二買主は公示されていない所有権移転を無視する権利を有すると評する。
- 44 共同申請主義が採られていないので、第二買主の出現は実務上ほとんど生じないようである。H et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçon de Droit Civil, Tome III, 1<sup>er</sup> vol., Les sûretés, La publicité foncière*, 6<sup>è</sup> éd., 1988, n° 707, p. 637. なお、わが国におけるような「二重譲渡の法的構成論」は、問題にならないようである。
- たとえば、いずれもが公示をした場合（二重登記）には、公示の早い方、同日申請の場合には、権原証書の日付（仏民法典一三二八条の確定日付）の古い方が優先する（一九五五年一月四日のデクレ三二・一条参照）。

- 45 横山美夏「競合する契約相互の優先関係」大阪市立大学法学雑誌四二巻四号九一四頁、四三巻四号六〇七頁、四五巻三二四号四六四頁、四七巻一号四一頁、四九巻四号八一五頁参照。
- 46 それゆえ、一九五五年一〇月一四日の『一九五五年一月四日のデクレの適用のためのデクレ』六七条の三第一項によれば、共同申請主義は採られていない。
- 47 鎌田・前掲(40)七〇頁。
- 48 MAZEAUD-CHABAS, Tome II, 2<sup>ème</sup> vol., n° 1623p. 355.
- 49 滝沢・前掲書(41)一三六頁も、登記手続きのレベルで公示の真実性を確保することによって、実際には登記主義を基礎とした公示制度に近い機能を果たし得るものとなっていると評価する。

〔未完〕