

フランスにおける

不動産取引と公証人の役割(一)

——「フランス法主義」の理解のために——

鎌 田 薫

序章 何故「公証人の役割」を研究するのか

一 フランスの市民生活と公証人

二 不動産取引と公証人

三 本稿の課題と構成

第一章 フランス法主義の成立と公証人

一 意思主義の成立と公証人慣行

1 意思主義に関連する規定

2 旧体制下の不動産譲渡法

3 意思主義の成立と公証人実務の変化(以上本号)

序章 何故「公証人の役割」を研究するのか

一 フランスの市民生活と公証人

(1) パンタダグリユエルは、パニユルジュに向かって、次のように語っている。「そもそも我々人間の性命及び存在は、靈魂、肉体、財宝の三つにかかわる。この三つのものの各々を、それぞれ護持いたすために、今日では、三種類の人間がこれに当って居る。神学者は靈魂に、医師は肉体に、法曹家は財宝に對してだ」と。⁽¹⁾これら三種類の人間は、ごく普通のフランス人の日常生活においては、それぞれ教区付の司祭 (prêtre)、かかりつけの医師 (médecin de famille) それにかかりつけの公証人 (notaire de famille) と言いかえるのが、とりわけ一七世紀から一九世紀にかけては、ふさわしい。ラブレールにおいてはほとんど全く活躍の場を与えられていない公証人も、モリエールの笑劇の中では、医者ほど徹底的にはないが、もっぱら揶揄されるために登場してくる。⁽²⁾一九世紀に至ると、バルザックのそれを初めフランス文学中に登場してくる公証人の数はさらに増す。わが国の公証人については何も知らないが、フランスの公証人については何らかのイメージを抱いている日本人も決して少なくはないだろうと思われるし、わが国の公証人によって作成された不動産売買契約証書は見たことがないが、ドーデの出世作「風車小屋だより」⁽³⁾を通じてフランスのそれ——その時代の典型的証書であるとはいえないがを目にした人は、さらに多数にのぼるだろう。文学作品の序文に公正証書をほぼ全文引用して、爾後の舞台の中心となる風車小屋の形状とその由来を語らせるというのは、その特異な文体がもたらす効果をねらったものなのであろうが、不動産売買に際して公証人証書を作成

することが相当に普及していなければ、生まれえない発想なのではないだろうか。笑劇に登場させて愚弄の的とすることは、人々の間に共通のイメージが存在して初めてよくなしうるところであるだろう。

(2) フランスにおける市民生活の世俗的・法的側面への公証人の係り方は、日本におけるそれからは想像がつかない程幅広くそして深いものである。中世において既に、「公証人の職務は極めて広範である、何物もその範囲の外にはなかった——政治も、芸術も、商業も、工業も、公的な活動も、家庭生活も」と語られている⁽⁴⁾、そうした結びつきの強さを、ナポレオン三世の時代の「公証人は、誇らしげに次のように述べている。「公証人の職務は、公証人を聖職者と対等の位置に置いている。なぜなら、」世俗的生活において、公証人は、宗教的なことからにおける司祭のように、すべての事物の始まりから終結に至るまでに立会うからである。夫婦財産契約において、家族の基礎を、最初の結びつきを設けるのは、公証人に他ならない。今際の際に在る者が最後の意思を託さんとしてその枕頭に呼ぶのも、公証人なのである。すべての利益の保護者、この上なく秘匿された意図の聴納者、大部分の交渉における仲裁人、所有権と資本との変動についてのほとんど必要な仲介者たる公証人は、必然的に、家族の友となり・裁判官となり・後見人となるのである。公証人が公証人の資格で行なうことのできる善きことがら——血族間での細分を回避し、貪婪・強欲な債権者の無理強を抑え、不運な債務者を完膚なきまでの破滅から救うこと。財産目録で、勘定で、分割で、被後見子を、妻を、生死不明者を保護すること。⁽⁵⁾ 要するに、あらゆるところで、法律と正義を体现すること——はすべて、誰の目にも納得しうるのである」と。⁽⁶⁾

このように、フランスにおいては、公証人が市民の日常生活に深く係っているため、市民の一生において公証人の

果たす役割を法社会学的に研究してみたり⁽⁷⁾、これとは逆に、アカデミー・フランセーズ会員ジャン・ドゥレイ氏の最新の著作のように、公証人証書原本を基礎にして、三世紀にわたる一家族の社会史を描いてみたりする⁽⁸⁾ことを可能にしているのである。

(3) 公証人および公証人証書が極めて重要な役割を果たしているのは、フランスのみの特色ではなく、南欧および南米のラテン系諸国に共通に見られるところであり、その重要性はアングロサクソン系の人々の目にはより一層顕著に映るものようである。アモス及ウォルトンの著名な仏法入門書も、フランスの法律職に関する記述の中で「極めて重要なのは公証人 (notaire) である。それは、イギリスの公証人 (notary public) とは大いに異なり、アメリカのそれとは更に一層異なっている。彼らは不動産取引ならびに夫婦財産制および相続に關係する事件について、真の意味での実務上の独占権を有している⁽⁹⁾」と述べ、さらに公正証書および公証人証書に特別の節を割いている⁽¹⁰⁾。

著名な法制史家ホルズワースは、大著「英国法史」の中で、大陸法において商法および海商法が発達しえ、イギリスではこれが為しえなかったことの理由を説くに際して、中世南欧においては、どんな証書であれほとんどすべて公証人によって作成され、公証人はローマ法の原則の下で南欧全体に共通する方式を創りあげ、商法分野に大きな影響を及ぼしたことを述べた後、「イギリスにおいては、公証人が諸外国で得ているような重要な地位を決して占めることがなかったという注目すべき事実」の理由を、中世イギリスの経済条件の後進性とコモン・ローの偏狭さがローマ法およびカノン法上の官職をコモン・ロー上は決して必要とせず、これを承認しようとしなかったこと、ならびに一六世紀の宗教改革と一七世紀におけるコモン・ローの勝利がローマ法と教会法を従属的地位に落としめ、その結果そ

これらによって認められていた官職に公証人職の運命もそれに応じたものになったことによると説明している。⁽¹²⁾

ともあれ、フランスにおいて、実務上も、市民の法意識の中においても、公証人の占めている役割は極めて重要なものであり、そのような存在を知らない諸国民にとって注目に価する存在であることは確かなようである。オックスフォードの歴史家ゼルディンは、ブルジョワとは何か、ブルジョワはどこまでフランスを支配しているのか、という問題を解くために、その冒頭部分で医師に続けて、公証人を詳細な検討の対象としている。曰く「公証人という職業も〔医師と〕同様に、社会・政治・経済活動の要の地位を占めているとみなされていた。伝統的な公証人のイメージは、裕福で、尊敬に値し、保守的で、バランスのとれた人物で、大衆に深く・疑うべからざる影響を及ぼしている、というようなものである。実際、公証人はしばしば彼の村の村長であったし、今日でも彼らのうち二〇〇人程はそうである。」⁽¹³⁾「公証人は、世論を背景として、法律を近代化させてきた。これに対し、議会は、法律の近代化については、委員会を設け、そこからは何も生み出されてこないのが常であった。驚くべきことに、公証人の立法活動は、殆んど全く研究されてこなかった……公証人は、小市民の投資に対するコントロールを通じて、地方の経済発展に決定的影響力を有していた……人が借金をしようと思つたとき、仲介者となつたのは公証人であり、公証人が融資者を見つければ、一般に抵当権付の貸付が行われた。一九一二年に、公証人が斡旋した金融が七億四八〇〇万フランにのぼるのに対して、フランス土地信用銀行は一億二四〇〇万フランの貸付しかしなかつたと評価されている」⁽¹⁴⁾等々。

(4) 翻つて、わが国の公証人を見てみよう。わが国の公証制度の確立は、明治一九年八月一日法律第二号公証人規則によると見てよい。これは、フランス法およびオランダ法になつたものであるが、やがてドイツ法学の隆盛と

相俟って、公証制度も、明治四一年四月一三日法律第五三号公証人法により、プロシア法に則ったそれに改正され、若干の手直しを経ながら今日に至っている⁽¹⁵⁾。こうしてわが国は、ラテン系公証制度を導入したのであり、現に日本公証人連合会は、ラテン系公証人国際連合⁽¹⁶⁾に加盟しているのである。しかし、その実態はどうだろうか。文学作品に頻繁に登場する程に庶民の身近にいるだろうか。家族の友ないし裁判官たりえているだろうか。公証人または公証人証書を通じて社会史を描き出すことができるだろうか。何らかの取引について公証人が普遍性をもった慣行を作り出したのだろうか。公証人の立法活動は注目すべき程のものだろうか。

我々の知っている公証人とフランスのそれとの違いを象徴するものとして、最後に、二、三の数字をあげておこう。わが国の公証人は、退任判検事によってその地位を占められており、昭和五二年現在四一三名在職し、公証事件数は〈表1〉のとおりである。

これに対して、フランスでは、一八世紀末に約四万人、一八五五年に九、七六五人、一九一二年に八、一六四人となっており、今日でも、日本の約半分の人口に対して〈表2〉に示すような多数の公証人およびその被傭者がかかえている。この数はラテン系諸国の中でもひとときわ際立ったものである。

(5) ところで、わが国のフランス法学は、少なくとも民法学の範囲でこれを見たとき、ドイツ法学に比して実用性が少なかったといわざるをえないが、その故にであろうか、比較文化論的な、あるいは比較法社会学的な観点が強く意識されてきたといえる。そのような観点からするとき、我々は、ただ漫然と書かれた法律を紹介し、あるいは解釈することに甘んじてはいられない。また、仮に、所謂機能的比較法を行なうにしても、書かれた法律が現実にとのよ

〈表1〉 公証事件の内訳—日本

		昭和48年	昭和49年	昭和50年	昭和51年	昭和52年
法律行為		154 万件	135 万件	129 万件	127 万件	127 万件
内 訳	売 買	29 "	18 "	14 "	13 "	12 "
	消費貸借	61 "	52 "	47 "	49 "	44 "
	賃貸借	7 "	7 "	7.1 "	7.4 "	7.8 "
	遺 言	2 "	2.3 "	2.3 "	2.5 "	2.6 "
	その他	53 "	54 "	56 "	54 "	56 "
認 証		18 "	17 "	14 "	14 "	14 "
定 款		12 "	11 "	9 "	10 "	11 "
確定日付		322 "	298 "	310 "	326 "	320 "
正 謄 本		216 "	191 "	177 "	177 "	168 "
執 行 文		8.9 "	8.9 "	8.8 "	9.2 "	9.4 "
計		732 "	663 "	650 "	666 "	658 "

(「公証」50号176頁より作成)

〈表2〉 公証人等の数—フランス
(1979年1月1日現在)

公 証 人 数	6,585(注)
官 職 数	5,145(注)
専門職民事組合数	1,085
組合員たる公証人数	2,538
証 書 作 成 件 数	4,294,929(注)
書 記・被 備 者 数	41,171
女 性 公 証 人 数	118

出典：Le Notariat, Histoire, Actualité, sous le haut patronage de M. Jean-Philippe LECAT, Ministre de la Culture et de la Communication, Paris, 1979, p. 18.

(注) フランス公証人高等評議会(Conseil Supérieur du Notariat)の未刊資料によれば、1980年1月1日現在5,134役場に6,686公証人が在職し、1978年中に4,421,311件の証書を作成したとされている。また、公証人としての開業時の平均年齢は34歳である。

うに適用され、機能しているかを知らずしては、良くその目的を達することができない。勿論、今日のわが国フランス法学は、単なる立法や教科書の紹介にとどまっているわけではなく、判例の詳細な検討等を通じてよりダイナミックに法と現実の関わり方を明らかにしようとしている⁽¹⁸⁾。しかし、その場合でも、裁判所の判断を通じて社会の実情をすべて把握しうるものでないことを認めねばなるまい⁽¹⁹⁾。いずれの観点からしても、公証人によってどのような法が適用されているか、言易えれば当事者の即目的欲求が公証人の手によってどのような法的構成と法的表現を与えられ、それによってどのような法形成が行なわれているかを知ることが、少なくともフランス法の特定の分野については、不可欠である⁽²⁰⁾と思う。さらに可能であるならば、公証人とはそもそもいかなる存在であり、そのような存在を数世紀にわたって保持し続けてきたフランス社会とはいかなるものであるかを明らかにすべきであるとも思う。フランス市民の日常生活において果たしている公証人の役割の重要性と、それにも拘らずわが国でその本格的研究がなされていないこと⁽²¹⁾、これらのことが「公証人の役割」を検討すべきであると考えるに至った第一の理由であり、それを明らかにすることが公証人研究の究極の目的となる。

しかし、残念ながら、今の私には、これらのことのすべてを直ちに為しうるだけの知識と能力が決定的に欠けている。そこで、従来から研究を続けている不動産譲渡法の分野での公証人の役割を検討することで、究極の目的に向かつてのささやかな第一歩を記したい。

- (一) François RABELAIS, *Le Tyers livre des faits et diets héroïques du bon Pantagruel*, Paris, 1546, chap. xxix. (渡辺一夫訳「ラブレール・第三之書パンタグリュエル物語」〔岩波文庫版〕一七五—一七六頁)。

- (2) たよんせ⁴ MOIÈRE, *L'Ecole des femmes*, 1662, acte IV, scène II; *Le Malade imaginaire*, 1673, acte I^{er}, scène VII.
- (3) Alphonse DAUDET, *Lettres de mon moulin*, 1866, avant-propos (森田佐助〔岩波文庫〕七一八頁)。
- (4) BLANCARD, *Documents inédits sur le commerce de Marseilles au Moyen âge*, t. 1, xxxvii.
- (5) 民権雑誌一―三巻参照。
- (6) Edouard CLERC, Président de la Chambre des notaires de Besançon, *Théorie du notariat pour servir aux examens de capacité*, 3^e éd., 1861, xxii, cité par Théodore ZELDIN, *Histoire des passions françaises (1848-1945)*, t. 1, *Ambition et Amour*, Paris, 1979 (traduit par Paule BOLO et Denise DEMOY de la "France 1848-1945", 2 vols, Oxford, 1973 & 1977), p. 59 et 60.
- (7) Jean DOAT, *Essai sur le rôle du notaire dans la vie juridique d'aujourd'hui, Illustration à travers le droit des gens mariés (Etude de sociologie juridique)*, Thèse Toulouse, 1968.
- (8) Jean DELAY, *Avant Mémoire*, t. 1 et 2, *D'une minute à l'autre (Paris, 1555-1736)*, Paris, 1979.
- (9) AMOS and WALTON, *Introduction to French law*, 3rd ed., Oxford, 1967, p. 23.
- (10) AMOS and WALTON, *op. cit.*, p. 24 et s.
- (11) Sir William HOLDSWORTH, *A history of English law*, vol. V, 2nd ed., London, 1937, p. 65 et s. notamm. 78.
- (12) Sir William HOLDSWORTH, *op. cit.*, vol. V, p. 114 et s.
- (13) Théodore ZELDIN, *op. cit.*, t. 1, p. 59.
- (14) ZELDIN, *op. cit.*, t. 1, p. 65 et 66.
- (15) わが国の公証制度史については『さしあたり』日本公証人連合会「日本公証制度沿革史」(一九六八)、『わが国公証人制度の歴史と現状』公証法学創刊号(一九七二)一頁以下参照。
- (16) 同連合会の編纂でじゅうせ Union Internationale du Notariat Latin, *L'Entreprise et le Droit (Rapport de synthèse des Travaux des Coordinateurs Internationaux et des Rapporteurs Nationaux du XV^e Congrès à Paris, par Me*

ROQUE), Paris, 1979, Titre I. および荻野鐘一郎「ラテン系公証人国際連合について」公証四〇号（一九七四）一〇一頁以下。

(17) ZELDIN, *op. cit.*, t. 1, p. 60.

(18) 「わが国の制度の起源に存するフランスのそれを内在的に理解し、破毀院の活動原理をそれ自体として知ることを有用と考へ」所与の問題について「日本法上の考察はもとより対象とせず、比較法的な観点をも含ま」ず、「もっぱらフランス法自体の内在的な理解に努め」た、北村一郎「契約の解釈に対するフランス破毀院のコントロール(1)——(10・完)」法学協会雑誌九三卷一二号（一九七六）——九五卷五号（一九七八）は、最近のわが国フランス法学の一つの傾向を代表する秀作であるといえよう。

(19) こうしたことがらについて、たとえば北川善太郎「法解釈学における理論と法形成」法哲学年報一九七一（法的推論）四三頁以下など参照。

(20) たとえば、一八〇四年のフランス民法典第一七四三条は、不動産賃貸借について、貸主が賃貸不動産を売却した場合、買主は、賃貸借契約中で解除権が留保されていない限り、公正証書または確定日付ある私署証書による小作人・借家人に当該不動産の明渡を請求できないと規定し、確定日付なき私署証書もしくは口頭による賃貸借または特約付の賃貸借契約には対抗力なきものとしているが、実際には、大革命以前から不動産売買契約の公証人証書中に、買主において賃借権の存続を引受ける旨の条項を設ける慣行が存し、今日までこの慣行は維持されている。法律の文言と社会的現実の齟齬およびそこにおける公証人の役割を示す顕著な一例であろう。Jean-Louis SOURIOUX, *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*, Paris, 1967, n° 63 et s.; Cf. Jean DERURPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, 1952, n° 8 et s.; をよびより詳細に、原田純孝「近代土地賃貸法の研究」(一九八〇) 九六頁以下。

(20) 寡聞にして、フラン公証制度に関するわが国での研究をあまり多くは知らない。江藤价泰「司法書士制度について」(一九三〇)「日司連だより」六二号、六四・六五合併号、三堀博「フランス公証制度の歴史」東京公証人会会報昭和四十六年八

月号一頁以下、同「各國公証制度の沿革と現状」公証法学創刊号（一九七二）二〇頁以下、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（一九七二）一三〇頁以下、内田實「フランス公証制度の一考察（CRIDONの組織・運営に関する調査研究を中心として）」公証五五号（一九八〇）一五〇頁以下など。ドイツにおける公証制度の発展を論じたものとして久保正幡「公証人と法律学の歴史」公証法学二号（一九七三）一頁以下がある。

二 不動産取引と公証人

(1) フランスの公証人は、前節で触れたように、市民生活の世俗的・法的な側面のすべてに深く関わっていたのであるが、伝統的に、不動産その他の重要な財産の処分、⁽¹⁾ 抵当権の設定、⁽²⁾ 夫婦財産契約および相続⁽³⁾ については、殆んど必ず要的に関与していた。こうした伝統を踏まえて、現行法のもとでも、たとえば次のような行為については、法律上、公証人の関与が義務付けられている。⁽⁴⁾

(4) 公証人証書の作成を要件とする要式行為⁽⁵⁾

- ① 夫婦財産契約の締結（民法典第一三九四条第一項）およびその変更（同第一三九七条第一項）。
- ② 公正証書遺言（同第九七一条）。
- ③ 遺言の撤回（同第一〇三五条）。
- ④ 贈与（同第九三一条）およびその承諾（同第九三二条第二項）。
- ⑤ 抵当権の設定（同第二二七条）。
- ⑥ 抵当権・先取特権の登記の抹消の合意（同第二一五八条第一項）。

フランスにおける不動産取引と公証人の役割（一）（鎌田）

⑦ 認知（同第三三五条）、養子縁組への同意（同第三四八条の三第一項）、完成時一括移転方式での建築予定不動産売買における所有権移転（同第一六〇一条の二）など。

(四) 第三者に対抗するために公正証書が必要とされる行為

- ① 公示の対象となるすべての不動産物権変動（一九五五年一月四日の土地公示の改革に関するデクレ⁽⁶⁾第四条）。
- ② 債権譲渡の債務者による承諾（民法典第一六九〇条）。
- ③ 弁済資金の貸付を行なった者による代位⁽⁷⁾（同第一二五〇条第二号）。
- ④ 株式の引受および払込の申告（一九六六年七月二四日の商社会社に関する法律七八条・第八五条）。
- ⑤ 死亡者とその相続人の一人との間で欺罔⁽⁸⁾なしに行われた組合の設立〔その条件を公正証書によって定めていたときは、持戻しの義務はない〕（民法典第八五四条）。

⑥ アルコール飲料販売店の賃貸借の間接税徴収権者への対抗（租税一般法典第五〇四条）。

⑦ 国に対する定期金債権を譲渡するための委任状、貯蓄金庫の記名証券譲渡証書またはその預金債権の相続にともなう所有権証明書なども、その目的額が一定額以上である場合には、公証人によってのみ作成されうるとされている。

その他、五〇フランを超える価額を有する事件については原則として証書による証拠でなければ受理されず（民法典第一三四一条以下）、公正証書には完全な証明力が備わっていること（同第一三一九条）にも注意しておこう。

(2) こうした法制上の裏付けと伝統の力によって、公証人の業務に占める不動産取引の割合は極めて高いものにな

〈表3〉 類型別証書作成件数—
フランス1978年

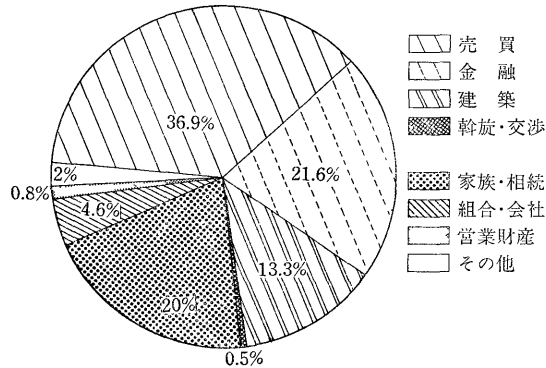
	証書作成件数	百分比 (%)
不動産売買	1,936,000	44
家族法	968,000	22
建築	198,000	4.5
消費貸借・抵当 権・債務	748,000	17
担保物権登記抹 消の合意	228,800	5.2
組合・会社	26,400	0.6
貸貸借・営業財 産	184,800	4.2
その他・斡旋・ 交渉	110,000	2.5
計	4,400,000	100.0

出典：Statistique dressée et fournie
par le CRIDON-Lyon (1979)

っている。その重要性を示すために若干の資料をあげておこう。もっとも、フランス公証人高等評議会(Conseil Supérieur du Notariat)のプタス理事(M. Pourhas)によれば、各公証人の独立性が強く、それぞれの公証人の許で作成される証書の詳細については把握しきれない(証書総数と収入については把握できている)ということであり、私の経験でも自らの事務所で作成された証書の内訳についての明確な資料を持っている公証人に出会ったことはない。したがって、以上に掲げる資料も一応の目安としての価値以上のものを期待してはならないだろう。

〈表3〉は、リヨンの公証人情報資料検索センター⁽⁸⁾(Centre de Recherches d'Information et Documentation Notariales)の所長ラペール公証人(André Lapeyre)とルヴィヤール研究員(Marie-L. Revillard)から提供された未公開資料である。「家族法」の項には、遺産分割、贈与分割(donation-partage)、相続人の共有持分等を証明するための所有権証明などを含み、「建築」の項には区分所有、わが国での建築協定ときの宅地分譲に類する分画(touissement)、建築組合、建築用金銭消費貸借およびそれらと不可分に結びつく売買に関する証書を含んでいる。したがって、公証人によって作成される証書の少なくとも約七割が不動産に関係し、約半数が不動産取引に関連しているといえる。

〈表4〉 公証人証書の類型別分布—パリ



出典：Extrait de Bulletin de la Chambre des Notaires de Paris, mai 1977, cité par Jean-Louis MAGNAN, *Le Notariat et le monde moderne*, Paris, 1979, p. 162.

〈表4〉は、一九七七年にパリの公証人同業組合 (Compagnie des Notaires de Paris) が発表した調査結果であり、〈表3〉に見られる結果とはいくつかの点で異なっているが、その相違は、パリとその他の地方とでの傾向の相違の他、集計方法のちがいに由来していると思われる。しかし、いずれにしても、不動産取引とりわけ不動産売買契約が公証人業務の中で占めている重要性は疑いのないところであるし、わが国におけるそれとの相違は、〈表1〉との比較から、一見して明らかであろう。⁽⁹⁾

(3) しかしながら、公証人業務に占める不動産売買の比率の高さは、不動産売買における公証人の役割の重要性を直ちに意味しない。不動産売買契約全体のうちどれ程のものが公証人によって行われているかを示す資料はおそらく存しないであろう。不動産売買の公示申請総数のうち公証人によって行われるもの⁽¹⁰⁾、または特にその中で公証人自らが実質的に証書を作成したものの割合を示す資料も、不幸にして、見出すことができないでいる。しかし、フランスでは、わが国と違って、全国土の隅々まで不動産業者の手が及んでいくというようなことはなく、大都市以外では、公証人以外に不動産の売却または購入を望む者についての情報を有す

る者がいないのが一般的状況であり、最近では、後に見るように、公証人の側から意識的に斡旋・交渉 (négociation) の業務を発展させようとする動きが顕著であり、売買契約の交渉から完結まで公証人が実質的に関与したものの比率は相当高いものと推測される。公証人高等評議会のクルヴェ (Jean Clouet)、『ドゥヴォス (Maurice Devos) 両理事は、印象論ではないがとの留保のもとで、公示の申請総数のうち、公証人によるものが八五パーセント、弁護士によるものが五パーセント、国・県または市町村によるものが一〇パーセントといった比率であろうとの数字をあげられた。行政行為「証書」(acte administratif) に関するものを除いて、通常の売買契約および任意の競売⁽¹¹⁾については公証人が、強制競売等裁判所の命令による売却⁽¹²⁾ (vente judiciaire) については弁護士 (avocat) 一九七二年の一元化以前は代訴士 (avoué) が、それぞれ公示申請について事実上の独占権を有していること⁽¹³⁾の反映である。また、エピナルの抵当権保存所 (Bureau des hypothèques d'Epinal) の受付審査によれば、公証人証書以外での公示申請は極めて稀で、殆んど出会うことがないということであった。口頭または私署証書のままで公示もされない不動産売買契約 (もつとも、後に見るように、通常この段階は仮契約 compromis とか売買予約 promesse de vente とよばれており、売買契約が成立しているか否かが問題となる。「二重譲渡」が問題となるのは第一売買がこの段階にとどまっている場合が多い⁽¹⁴⁾) や、公証人原本棚に寄託された私署証書による公示申請の存在を考慮しても、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と評価して良いと思われる。そうだとするならば、我々は、フランスの不動産売買法を研究するにあたって、公証人によって実際にどのように法が適用され、あるいは創造されているか、そしてそれは何を指摘しているのかを検討することなしにすまずことはできないであろう⁽¹⁵⁾。これらのことを少し

でも明らかにしようとするのが本稿の直接の目的である。まことに「翻訳臭の生々しい理論的な結論ばかりを聞かされてもその具体的な適用の実相とその解決が生み出された問題状況自体とがどういふものか少しも判然とし⁽¹⁶⁾ない」のである。

- (1) 原田純孝「近代土地賃貸借法の研究」(一九八〇)は、公証人証書を素材として農地賃貸借の実態を明らかにしている。
- (2) 池田恒男「フランス抵当権改革前史」(一)「社会科学研究三〇巻五号、三一巻二号(一九七九)は、公証人慣行についても詳細な検討を加えている。
- (3) 稲本洋之助「近代相続法の研究」(一九六八)は、公証人証書の詳細な検討を通じて、近代相続法の形成過程を史的・論理的に分析している。稲本洋之助・原田純孝・渡辺洋三の三教授と共に一九七九年一〇月から翌年二月にかけてコウトドオル県およびドルドメニュ県で行なった農家相続の実態調査においても、法的構成に関する部分はおそらく公証人証書の記載によって確認したといつて過言でないというのが私の個人的印象である。
- (4) 以下の分類は、我々の目から見ると疑問の余地がないわけではないが、フランスにおいては、公正証書の作成が必要とされている行為を狭い意味での要式行為と解するか、公示の必要から、言易えれば第三者に対抗するために公正証書の作成が必要とされているにすぎないと解するかにつき議論の存するところである(ここでの分類についても若干の行為につき異説がある)。L'acte est à l'origine de la classification en catégories de base. Jean YACRE, *Droit professionnel notarial*, Paris, 1976 p. 78 et s. Cf. Marie-Antoinette GUERRERO, *L'Acte juridique solennel*, Paris, 1975, p. 157 et s.; Jean-Louis MAGNAN, *Le Notariat et le monde moderne*, Paris, 1979, p. 143 et s.
- (5) *acte authentique* を公署証書と訳し、*acte notarié* を公正証書と訳すのが、わが国においてはほぼ定着した訳し方のようであり、私も参加している東京フランス法研究会でもこの訳語を用いている(法務省大臣官房司法法制調査部編「フランス民法典——家族・相続関係」(一九七八)など)。しかし、本稿では、「前者を「公正証書」、後者を「公証人証書」と訳す。なぜなら、*acte authentique* 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」ものをいうとされているのであり(民法典第一三二七条)、この定義は、わが国における公正証書のそれとはほぼ同じであり、公証人の作成した証書の他、判決や権限内の行為につき知事・市町村長等の作成した証書を含む概念である点もわが国のそれと共通しているからである。acte notariéを「公証人証書」と訳すことには何ら疑問はなからう。繰返しになるが、わが国においても、フランスにおいても、公証人が権限内において適式に作成する証書は「公正証書」であるが、公正証書を作成しうるのは公証人に限られないのである。なお、本文(イ)④の承諾と⑦だけは、条文の文言上、公正証書であれば足り、公証人証書であることは要求されていない。

(6) 同条第一項は「抵当権保存所における公示に服する証書はすべて、公正〔証書〕の形式で作成されなければならない」と規定する。その結果、公示を予定するすべての不動産物権変動および賃貸借に関する証書は、原則として公正証書の形式を採ることになる。詳細は、一九五五年一月一日のデクレ第六八条を参照せよ。

(7) 債務者が自己の債務を弁済するために金員を借り入れた場合に、借金の証書と弁済の証書とともに公証人の面前で作成され、前者には弁済のための借入である旨が、後者には新債権者からの借入金による弁済である旨が記されると、債権者の意思に関係なく、有効に代位が生ずるとの趣旨である。この規定があるため、借入金による不動産購入の場合なども、一般に抵当権を設定することなく、融資者による売主先取特権の代位の方が好んで用いられていることである(公証人高等評議会における Clouët, Devos 両名誉公証人からの聴き取り)。

(8) 内田實・前掲公証五五号一五〇頁以下参照。

(9) なお、わが国の公証人の業務の大半を占めている認証および確定日付については、フランスの公証人は、これをアングロ・サクソン系公証人業務の中心をなすものであり、ラテン系公証人は、そのような機械的業務は行わない旨を強調する。しかし、フランスにも、認証に相当する公正証書原本棚への寄託(dépôt au rang des minutes)の制度が存在する。これについて、リヨン控訴院管内公証人評議会議長ドゥシウ氏(François Decieux)は「不動産業者や法務コンサルタントの作成した私署証書を公証人のもとに寄託する傾向は生じつつあるかのようであるが、公証人は、その場合に、新証書の作成と同額の手数を徴することになっているので、一般にこの費用の余計にかかる方法は選択されないと説明した。

フランスにおける不動産取引と公証人の役割 (一)(鎌田)

(10) 一九五五年一〇月四日の「一九五五年一月四日の土地公示の改革に関するデクレ」第六七条の三第一項は「一九五五年一月四日のデクレ第二八、三五ないし三七および三九条に該当する証書または判決の公示を行うためには、当事者の双方または一方が、同デクレ第三四条第一にしたがって、不動産所在地の抵当権保存所に、当事者自身で、または第三者を通じて、公示さるべき証書または判決の謄本、抄本または写しを二通寄託する。〔それら二通のうち〕抵当権保存所に保存されるための謄本、抄本または写し〔一通〕は、行政庁によって供される特定の様式〔用紙〕の上に作成される。これに反する場合は、その寄託は拒否される」と規定しており、わが国の如き共同申請の原則（不登法第二六条第一項）を採らないことを示している。

しかし、同時に、一九五五年一月四日のデクレ第三二条は、「①公証人、代訴士（弁護士）、執達吏および行政官署は、当事者の意思に拘らず、第三三条に定める期間内に、彼らによって作成され、または彼らの関与の下に作成された第二八条第一、二および四ないし九号に該当する証書または判決を公示しなければならない。②公証人は、第二八条第三号に該当する証明書の作成を当事者から請求されたときは、それを公示しなければならない。公証人は、相続財産の全部または一部の帰属に関する証書の作成を当事者から請求されたときも、同一の義務に服する。その場合には、相続権者は、有用な情報および証拠のすべてを公証人に提供しなければならない」と規定しており、前述の如く公示の申請には公正証書の形式を踏むことが義務付けられていることと相俟って、実際には、不動産売買契約の公示申請はもっぱら公証人によって行われることになる。また、伝統的に公示の申請は公証人の職務であると意識されていたともいわれている（SOURIOUX, *op. cit.*, n° 104, p. 88）。これらのことがらとの関連では、後述の「フランスでは単独申請だから云々」の議論に注意せよ。

(11) 任意の競売（*adjudication volontaire*）とは、所有者自身のイニシアチブでせり売り（*vente aux enchères*）にかけるものを言い、債権者のイニシアチブによって行われる強制競売と対立する概念である。わが国に所謂任意競売とは異なることに注意されたい。

(12) 破産（*faillite*）や不動産差押（*saisie immobilière*）の場合のほか、共有者中に未成年者が含まれている場合の分割のための換価処分（*licitation*）の場合などにも行われることがある。なお、公証人にその執行が任されることもありうる。

(13) 前頁注(10) 参照。

(14) 鎌田「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全——フランスにおける判例の『転換』をめぐる』比較法学九巻二号(一九七四)三一頁以下、同「二重売買における買主の注意義務(フランス判例研究11)」判例タイムズ四二二号(一九八〇)三六頁以下参照。

(15) たとえば、Sourroux, *op. cit.*, n. 19 は、不動産売買契約において、当事者はその原則ないし主要な部分のみを定め、あとは全部公証人によって定められるのが実際であると述べている。前述の農家相続調査においても、私は、多くの事例において同様の印象を受けた。

(16) 北村一郎・前掲法協九五巻五号六八頁。

三 本稿の課題と構成

(1) わが民法第一七六・一七七条は、物権変動における「意思主義」と、不動産登記についての「對抗要件主義」を規定しており、これらがフランス民法典の原則を受け継いだものであることについては殆んど疑いがない。⁽¹⁾ 意思主義に関しては、周知の如く、物権行為の独自性を認めるか否か、不動産売買における所有権移転時期はいつかといった問題について議論の存するところである。⁽²⁾ そこで、一方でフランスにおける在り方がわが国においても採らるべき解釈であるとする説が主張されるところにも、他方でフランスにおいてどのようなものであるかは別に、わが国の日常取引における実際に則した解釈を探るべきであるとの説が有力に主張されている。⁽⁴⁾ いずれの見解を採るにしても、その前提として、そもそも「フランス法主義」とはどのようなものであるかが正確に認識されている必要がある。現実の取引慣行や民衆の法意識との関係で法の在り方を把握しようという考え方は、フランスやドイツについても

そのような観点からの研究がなされねば、比較の基礎を得ることもできないし、「一般意思」を探りあてることもできまいと思われる。フランス法主義とドイツ法主義がそれぞれの社会の発展段階に応じたものであるとの広く認められている認識からすれば、現代のフランスも依然として一八〇四年の段階にとどまっていると言うのでない限り、現代フランス社会はフランス法主義をどのように運用しているかを見ることが、さらに一層強い理由で必要とされるであろうし、わが国における解釈はどのようにあるべきかという実践的課題の解決にも寄与するであろうと思う。所有権移転時期の問題については、フランスにおいては「売りました・買いました」の意思の合致があったその瞬間に所有権が移転するものとされているが、これはわが国の実情には合わないとするのがわが国における一般的理解であると思われる。しかし、現代フランスにおける不動産売買の実際は単純にそのようなものと言い切れないというのが、本稿で明らかにしようとする第一の点である。そうした現実には、物権行為の独立性なる概念を知らないフランスにおいてさえ、売買契約の成立と同時に履行されるという一元的考え方（conception moniste）の現実不適合性を指摘する見解を生んでいる。勿論、そこにおいても公証人の果たしている役割が重視されていることは言うまでもない。

(2) フランスにおける意思主義・對抗要件主義の概念が我々が用いているものと同一であるか否かについてはかねてから疑問を抱くむきのあったところであり、私自身そのような疑問にもとづいて修士論文⁽¹¹⁾においてフランス法主義の成立した由縁を探ってみた。この論文は、全く未熟なものであり訂正されねばならない箇所も多く含むけれども、その基本的な発想は今日もなお維持されて良いと思っている。しかし、最近のフランス抵当権史についての労作⁽¹²⁾中で

私の「公証人慣行についての、あたかも民衆間に全く自生的に生成されたかのような手放しの評価」⁽¹³⁾に疑問が呈せられている。その他の批判点も含めて同稿から教えられるところは多数あるが、右の点については本稿の意図とも密接な関連を有するが故に、フランス法主義の成立にあたって公証人の果たした役割の重要性について重ねて繰返しておく必要性が存しよう。同時に、フランス民法典が成立してから一八五五年法によって一般的な對抗要件としての謄記(transcription)⁽¹⁴⁾制度が導入されるまでの約半世紀間の不動産取引の「安全」がどのようにして担保されていたかを見ることも必要であろう。

(3) 對抗要件主義については、ドイツ法系の登記主義に比しての後進性を指摘するのが一般であり、たとえば最近の著作が、日本・ドイツ・スイスを「登記国家」⁽¹⁵⁾に、フランスを(若干の疑問を留保しつつも)アメリカとともに「非登記国家」の一種としての「不完全登録国家」に分類しているのも、意外と——フランス法の内容に不明な点が少なくないために疑問を留保せざるをえない点も含めて——一般的な意識の大胆にして素直な代弁なのではないだろうか。⁽¹⁶⁾これに対して、私は、ある部分では、フランスの公示制度は日本よりもはるかに「完全」であると思っている。この「完全さ」も、フランスの不動産公示法制を繰返し読み返すことによつてではなく、そこにおいて果たしている公証人の現実の役割を含めて考えて初めて理解できるものであることを明らかにすることも本稿の課題である。⁽¹⁷⁾

(4) フランスにおいて公証人の果たしている役割の重要性、とりわけ不動産取引についてのそれを前提とし、右に述べたようなわが国における問題状況を意識して、本稿では、まずフランス法主義の成立にあたって公証人の果たした役割とフランス法主義の成立による公証人実務の変化を概観し(第一章)、次に現行法のもとで公証人の果たして

いる役割を少しく詳細に紹介し（第二章）、それらを踏まえて今後の研究のあり方について若干の意見を述べてみたい（第三章）。

本稿では、事実の紹介や問題の提起に係る部分が多く、理論的な検討は多く将来に託される。これは、主として私が必要とされる大胆さと能力と充分な準備を有しないことに由るが、本稿の性質からくる制約でもある。⁽¹⁸⁾ それでも、「現地に行かなければ分らないこと」をできる限り多く伝えることによって、本稿に要求される要素を充たすよう努めた積りである。今後の研究のための予備的作業として受け取られれば幸甚である。

(1) 本条の起草者穂積陳重も、「本案ニ於テハ既成法典ノ矢張り主義ニ拠リマシテ……合意主義トデモ申スベキモノ、意思デ之ヲ移転スルコトガ出来ルト云フ方ノ理論ヲ採ツタノデアリマス此理論ハ御承知ノ通り仏蘭西英吉制伊太利其他ノ所ニ於テ採ツテ居ル」と述べている（法典調査会「民法議事速記録」〔日本学術振興会刊〕第六卷二一丁表）。もつとも、ドイツ法主義（引渡主義）とフランス法主義（意思主義）を対立的に扱っている穂積も、右の説示に続けて「最早意思ト云フモノデ權利ヲ移転スルト云フコトハ法律ノ許ス所、唯併ナカラ其意思ヲ表明スル方法カナケラネハ往カスト云フコト丈ケノ方デアリマシテ他ノ形式ヲ主トシテ居ルノモ意思表明ノ一ツノ方法タルニ過キナイ」（二二丁裏）として、両者を意思表明の方法に於いてのみ対立する主義であると扱っているかに見える。わが固の物権行為独自性説もこのような把握の上に成り立っている。ローマ法の *traditio* やゲルマン法の *investitura* なども物権移転の意思をあらわすものと解しうることを論証しようとするものとして、石田喜久夫「物権変動論」（一九七九）一五頁以下。

(2) これらの論争について、鎌田「意思表示による物権変動」石田喜久夫編「判例と学説2」民法1（一九七七）一七二頁以下、同「二重譲渡」の法的構成」民法の争点（一九七八）八四頁以下およびそこで引用した諸文献参照。

(3) 末弘敏太郎「物権法上巻」（一九二二）八六頁を嚆矢とし、我妻栄「物権法」（一九五二）五〇頁以下等に連なる。

(4) 末川博「契約総論」（一九三二）二二九頁以下、同「物権法」（一九五六）六二頁以下および近時の登記・引渡・代金支払

時所有権移転説の多くのもの。最近のものとして、たとえば宮崎俊行「私の物権法講義」(一九七九)一六四頁以下は、「フランス民法式意思主義」と「日本民法式意思主義」とを区別する。

(5) 川島武宜「所有権法の理論」(一九四九)二二二頁以下。

(6) ただし、ドイツ法主義とりわけ無因性概念が成立した事情の特殊性を論ずるものとして、たとえば Hans KLEINE, *Die historische Bedingtheit des Abstraktion von der causa*, 1953 (加藤一郎『クライネ『無因主義の歴史的制約』(紹介)——東ドイツ法学への手がかりとして』法学協会雑誌七二卷三号(一九五五)二八一頁以下)、石田喜久夫・前掲三六頁以下。さらに、原島重義『無因性』概念の系譜について』法と政治の研究(一九五七)四五—一頁以下、同『無因性』確立の意義について』法政研究二四卷一号(一九五七)七一頁以下等参照。

(7) このように解するのがわが国における一般的理解であると思う。最近の労作、滝沢聿代「物権変動における意思主義・対抗要件主義の継受」(3)『法協九三卷一—二号(一九七六)七二頁は、「原則として所有権移転時期は当事者の合意により決定される」とのゴンの説を支持し、「特定物移転の原則的な場合には、契約成立時に引渡もなされることが通常である」として当事者の黙示の合意を推定することが可能となる」としている。ゴク(François GORE)の所説は動産売買を念頭においたものであること、および少なくとも不動産売買については売買契約の成立時期それ自体について留意すべきことのみを付言しておこう(滝沢女史は「売買契約の成立と合意の内容」について判例研究をされている。判タ四〇四号四二頁以下)。

(8) Christian ARIAS-LETERREY, *Le Transfert conventionnel de propriété immobilière*, 2 vols. Thèse Poitiers, 1974.

(9) ATIAS-LETERREY, *op. cit.*, 1er vol. viii.

(10) 篠塚昭次「書評・星野英一著民法論集(第二卷)」民商六四卷六号(一九七二)一六三頁以下。

(11) 鎌田「フランス不動産譲渡法の史的考察(一)——(四・完)」民商六六卷三—六号(一九七二)。

(12) 池田恒男「フランス抵当権改革前史(一)」社会科学研究三〇卷五号、三一—二二号(一九七九)。

(13) 池田恒男・前掲社研三〇卷五号一八頁。

(14) 一九五五法以前は、担保物権に関する公示を登記(Insription)とよび、担保物権以外の権利に関する公示を騰記と称し

フランスにおける不動産取引と公証人の役割(一)(鎌田)

ていた。前者は公の帳簿上に当事者の約定等のうち公示されるべき事項のみを書き込んだことに由来し、後者は公示されるべき証書の全文が公簿上に書き写されたことに由来する表現である。現在ではどちらも法定の用紙に、あるいは法定の登記事項を、あるいは証書の全文を記載したものを申請者が作成し、これを編綴することで公示が行われている。これに対し、ベルギーでは、今日でも、公簿上に手書きで証書を謄記する方法が採られており、そのために数多くの専門的に筆写をするための職員を雇い、それらの職員が担当権保存所や自宅において多くの時間を費しているという（ベルギー担当権保存吏連盟会長 F. WERDEFROY 氏からの聴き取りによれば、アントワープで一〇〇人の筆記係を要している）。なお、フランスでは、一九五五年法以後謄記の語は捨てられ土地公示（publicité foncière）の語が用いられている。ベルギー法については DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 7, Bruxelles, 1957; GENIN, *Répertoire du droit belge*, t. 6, Bruxelles, 1935; GENIN, *Mécanisme de la publicité hypothécaire, principes essentiels de l'organisation hypothécaire et comparaison avec des pays étrangers, Recueil Général de l'Enregistrement*, n° 17230 etc. また、ラテン系公証人連合ヨーロッパ委員会では、ベルギーの公証人 Michel THUYSSAERT 氏らの手によって、ドイツ・イングランド・オーストリア・ベルギー・スコットランド・スペイン・フランス・ギリシャ・アイルランド・イタリア・日本・ルクセンブルク・オランダ・ポルトガル・スイスおよびトルコにおける不動産売買および不動産登記と公証人の役割に関する内部資料 *Le Déroulement des ventes immobilières dans certains pays d'Europe et au Japon, 1980* を作成している。

(15) 田代有嗣「不動産の『関係的所有権』と『黙認的所有権』(1)」登記研究三八〇号（一九七九）一頁以下。

(16) このことについては私自身も責任の一端を負っているようである。田代有嗣・前掲一五頁以下では、他の諸碩学の業績とともに拙稿「フランスの土地公示制度」香川保一編・不動産登記の諸問題上（一九七四）一一九頁以下をも引用して、フランスが「不完全登録国家」たることを論証しているからである。田代氏が「両者の相違を無視して、平板的に両法を比較し、フランス法の理論を日本法にそのまま導入するようなことは問題であって、場合によっては危険である」（登研三八〇号一八頁）とする点には賛成だが、フランス法の理解については反対であり、より正確に理解しようよう情報を提供しなければならぬ責任を感じる。

(17) 對抗要件主義に關係する重要問題である「第三者の範圍」については四九頁注(14)に掲げた文献で既に一部論じた。

(18) 本稿は、一九八〇年六月二日に行なつた早稲田大学比較法研究所主催の「帰国報告会」での講演原稿に加筆したものである(筆者は、一九七八年四月から一九八〇年二月まで早稲田大学長期在外研究員としてパリ第二大学に留学した)。

第一章 フランス法主義の成立と公証人

一 意思主義の成立と公証人慣行

1 意思主義に關連する規定

(1) 一八〇四年のフランス民法典(ナポレオン法典)によって、意思主義の原則が確立されたと言われているのであるが、ここで予め、同法典中意思主義に關連する主な規定を見ておこう。

第七二一条 財産の所有權は、相続によって、生存者間の、または遺言による贈与⁽¹⁾によって、および債務の効果によって(par l'effet des obligations)取得され、移轉される。

第一一三八条 ① 物を引渡す債務は、契約当事者の合意のみによって完全となる(L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractants)。

② この債務は、引渡(tradition)がななら行われなかつた場合でも、その物が引渡されるべきであつた時から直ちに(dès l'instant où elle a dû être livrée)債權者を所有者とし、その物を債權者の危険におく。ただし、債務者がその物を引渡す(livrer)することについて遲滞にある場合には、この限りでない。この場合には、その物は、債務者の危険にとどまる。

第一五八三条 売買は、目的物が未だ引渡されず、代金が未だ支払われていない場合でも(quoique la chose n'ait pas encore

フランスにおける不動産取引と公証人の役割(一)(鎌田)

été livrée ni prix payé) 目的物および代金について合意された時から、当事者間で完全となり (elle est parfaite entre les parties)、所有権は、法律上当然に、売主に対する関係で、買主に取得される。

(2) これらの規定は、しかしながら、必ずしも明確なものではなく、フランスにおいてもなんらの疑問もなしに、債権契約が締結されれば直ちに物権も変動すると解されてきたわけではない。第七十一条は、その表現が不適切であると指摘され、第一一三八条が所有権の移転と危険負担の移転とを合わせて規定し、履行遅滞の場合の危険負担の問題にまで言及していることの拙劣さが指摘されたりしているが、重要なことは、売買契約から与える債務 (obligation de donner) が発生するの否か、与える債務と物を引渡す義務 (obligation de livrer la chose) はどのような関係なのか、所有権移転方式としての引渡 (tradition) と占有移転方式としての引渡 (livraison, délivrance) とはどのような関係なのか等々の問題をどのように整合的に説明するかである。そこでの考え方如何によって、売買契約に基づく所有権または占有の移転義務が、概念上または實際上存在しうるか否か、および所有権移転時期はいつかの問題について結論の相違を招きうるのである。そして、この問題を考える際に、「完全となる (être parfait)」という表現が、債権が成立することを示すためにも、債務が履行されたことを示すためにも用いられてきた曖昧な表現であること、および「その物が引渡されるべきであった時から (des l'instant où elle a dû être livrée)」という表現が「その物が引渡されることが義務付けられた時から」とも読めることがその解決を著しく困難にしているのである。

民法典制定直後の所謂「注釈学派」(École de l'exégèse)の時代には立法者意思の探究が盛んに行われているが、

そこに我々は極めて多様な「立法者意思」を見出すことができるのである。⁽⁸⁾ こうした事情が、少なくとも私には、我々日本人が安易にフランス民法典はかく解すべきであるといった断定を下すことの恐ろしさを教えているように思われる。

(3) それはともかく、前掲の諸規定は、一見して、ローマ法以来の伝統⁽⁹⁾に反するものであり、カムバセレスの三つの草案における態度とも異なっているように見える。一七九三年八月八日のカムバセレス第一草案 (*premier projet de Cambacérès*) 第三編(契約編)第二章第一条は、債務は所有権を取得するための方法として用いられうるが、それ自体としては当然に所有権を移転せず、引渡 (*tradition*) のみが所有権移転の効果をもたらすことができる旨を規定し、革命暦二年フルクテドール八月(一七九四年八月二五日)のカムバセレス第二草案第二編(財産編)第五章第八八条および同四年プレリアル一六日(一七九六年六月四日)の第三草案第二編第五章第五〇六条は、所有権の取得方法として、先占・添附・贈与・相続・時効とともに引渡 (*tradition*) を掲げている。これに対して、ナポレオン法典第七十一条は、前示の如く、相続・贈与・債務の効果を掲げ、第七十二条が添附および時効を掲げるに止まる。制定過程においてカムバセレスが引渡 (*tradition*) を所有権取得原因としていないことの理由を問うたのに対し、トロンシュはそれは履行の態様であるし、不動産にはなじまない旨を答えているのが引渡をめぐる殆んど唯一の一般的議論であり、第九三八条および第一一三八条は明文で引渡は不要である旨を規定している。

しかし、より仔細にこれらの草案を見てみると、ナポレオン法典との連続性をうかがわせる規定が見出される。第一草案第三編第三章第三条が「売買の履行は、一方で目的物の引渡 (*tradition*) によって、他方で代金の支払によっ

て行なわれる」と規定しながら、同時にその第一五条は「契約が締結された時から、所有権は買主に移転する。〔現実の〕引渡 (livraison) の時まで、売主はその物を買主のために保全しなければならない。その期間中に、売主のフォートによらずして、その物が滅失した場合には、その滅失は、全面的にその買主に帰す」と規定している。この一見矛盾する二ヶ条を媒介するのはおそらく、不動産の引渡 (tradition) は、常に仮装 (fictive) のものであり、その所有権の譲渡を目的とする債務の証書の交付 (délivrance) によって行なわれるとする第三編第二章第四条である。第三草案第三編（債務編）第六章第一節第八三四条は「売買は物と代金について合意された時に完全となる」と規定し、同第八四七条は「売買が完全となると直ちに、目的物は、未だ買主に引渡されて (livrée) いなくとも、買主の危険に帰す」と規定している。

(4) これらの諸草案をも考慮に入れて、ナポレオン法典の起草者の考え方を体系的に整理するならば、マルカデに従って次のように言うことが適切である。⁽¹¹⁾ すなわち①売買の合意から与える債務が生じ、②与える債務は引渡す義務を伴ない、③この引渡す義務の履行によって所有権は移転する。④ただし、この引渡は現実のものである必要はない。売買の合意そのものが仮装の引渡を法律上当然に内包しており、仮装の引渡も現実の引渡と同一の効力を有するからである。⑤したがって、売買の合意に含まれる仮装の引渡が物権の変動をもたらすのである。マルカデ自身も主張するように、⁽¹²⁾ 今日ではこのように煩瑣な議論をする必要もなく、またそうする者もないのであるが、この構成から、意思主義は引渡主義のひとつの発展形態であり、それに対する単純な反発として結果したものではないことが理解されよう。同じく引渡主義の発展形態とみなされるドイツ法主義との決定的な相違は、売買契約締結の意思表示が

同時に引渡の意思表示をも含んでいるとされている点と、所有権の移転に対して公権力が一切干渉しない点とである。フランス法主義のこのような特色をもたらしたひとつの、そして極めて重要な要素として、アンシアン・レジィム下での公証人慣行の存在を、前掲の修士論文で、強調したのである。

- (1) フランス民法典においては、生存者間の贈与は契約(債務)一般とは別に考えられている。贈与の効果に関する第九三八条は「適法に承諾された贈与は、当事者の合意のみによって完全となる。贈与物の所有権は、格別の引渡(tradition)の必要なしに、受贈者に移転する」と規定し、これもフランス法主義の具体的適用を示す条文と解されている。
- (2) 民法典第一五八二条は、「売買契約からは、物[の占有]を引渡す(hiver une chose)義務と代金を支払う義務が生ずるものとする。また、第一六〇三条は、「売主は物を引渡す(délivrer)義務と担保する義務(担保責任)を負うとする。」
- (3) 第一一三六条は、「与える債務には、物を引渡す義務と、引渡(hyraison)までその物を保存する義務とが含まれるとする。」
- (4) 第一六〇四条は、「引渡(délivrance)とは、売却物を買主の支配・占有に移すことであるとし、第一六〇五条は、「不動産を引渡す(délivrer)義務は、建物の鍵または所有権の権原証書(les titres de propriété)を交付した時に履行されるとする。」
- (5) ATIAS-LETREMY, *op. cit.*, n° 28, p. 44 et s. 及び Jean-Philippe LÉVY, *Cours d'histoire des institutions privées. La propriété. Les biens*, Cours de Droit (Licence 3^e année), 1970-1971, p. 304 は「履行された」の意に解す^①。Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, nouv. éd., Paris, 1713, liv. I, tit. 2, sect. 2, art. 10 (p. 35) が売買契約は合意のみによって完結する(債務の発生)とともに「引渡によっても完結する(債務の履行)として、完結に二段階があることを明記していたことにつき、鎌田・前掲民商六六巻六号八〇頁参照。
- (6) たとえば C.-B.-M. TOULLIER, *Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code*, 5^e éd., Paris, 1857, n° 202, p. 214

フランスにおける不動産取引と公証人の役割 (一) (鎌田)

n. (1). その他の註説は、François GORÉ, *Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer, Rev. trim. dr. civ.* 1947, n° 6, p. 161.

(7) Voy. Julien BONNECASE, *L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd. Paris, 1924, etc.

(8) V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, t. 4, 5^e éd., Paris, 1855, art. 1138 (p. 387 et s.)に、この問題をめぐる当時の議論が活々と描き出されている。

(9) 石田喜久夫「物權變動論」一五頁以下、LÉVY, *op. cit.*, p. 273 et s. など参照。

(10) P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827 (réimp. 1968), t. 12, p. 4.

(11) MARCADÉ, *op. cit.*, t. 4, n° 485, p. 393.

(12) MARCADÉ, *op. cit.*, t. 4, n° 486, p. 393 et s. は与える (donner) 債務、引渡す (livrer) 債務、「所有権を」移転する (transférer) 債務は「単一の同じものであり」、この債務 *obligatio dandi* は「特定物売買においては、今日では最早、存在しない」。

(13) ATIAS-JERREMY, *op. cit.*, n° 32, p. 49 et s. は「一九世紀の学説を検討・整理し、多数説は与える債務は一般的な場合に最早存在せず、とりわけ不動産所有権の譲渡の場合にそうであるとし、少数説は与える債務は発生するのであり、その履行方法のみが特殊であると解し、その中間に与える債務は最早極めて付随的しか登場してこない」と考える説が存したとして、結局、フランスにおいては「所有権の取得原因 (titre à l'acquisition) とその手段 (moyen à acquérir) の区別は認められない」との考え方が勝利したとする。

2 旧体制下の不動産譲渡法

(1) 封建法の原則によれば、封土 (fief) や貢祖地 (censive) は、封建的身分関係の反映として、領主から封臣ま

たは貢納義務者にその職分に応じた使用・収益権が付与されているにすぎない。したがって、封臣や貢納義務者は、その保有地に対する権利 (saisine = Gewere) を自由に処分することはできず、それを領主に返還することのみが可能とされていた。後に封建的な保有地の相続や譲渡ができるようになってからも、この基本的な枠組は崩されず、譲渡人から領主へのセジィヌの返還 (dessaisine, devest) と、譲渡当事者の懇請にもとづく領主から譲受人へのセジィヌ付与 (ensaisinement, vest) という三角関係的な法律構成をとっていた。⁽¹⁾ 領主は、封土取戻権 (retrait féodal) または貢租地取戻権 (retrait censuel) によって、当該譲渡を否認することも、譲渡税を徴収することによって譲渡人にセジィヌを付与し、新たな封建的主従関係を結ぶことも、自由に選択できた。この手続 (investiture seigneuriale) は、地方によっては、自由地 (alleu) にも及ぼされ、⁽²⁾ ここでは、この方式を通じて、領主の上級所有権ではなく、裁判権の存在が示されていると解される。この手続は、当初、第三者に対する関係でも絶対的効力を有していたようであるが、一三世紀以後「自己および第三者の権利を留保して」セジィヌを付与することが一般となる。⁽³⁾

(2) 右に見たような領主による investiture の方式は、フランスの大部分の地方で、領主制の衰退とともに変質してゆく。

一五二〇年の旧バリ地方慣習法第五四条は、貢租地の売買について、契約の日から八日以内に取得者から領主に対して契約を通知し (ensaisinement)、代金額の一二分の一を売買税として支払わねばならないと規定した。⁽⁴⁾ しかし、この手続を怠った場合でも、もはや以前のように当然に領主がその手続が履践されるまで目的不動産の果実を取⁽⁵⁾ 取しうるわけでもなくなった。⁽⁶⁾ 現実の占有を取得しさえすれば、セジィヌは取得され、⁽⁶⁾ investiture の手続は任意の

ものになっていったのである。⁽⁷⁾ 封土についても、同様の変化が見られる。

このようにして、従来不動産を保有する権利は *investiture* の儀式によって、譲渡人↓領主↓譲受人という経路を通じて移転するとされていたものが、譲渡人から譲受人に直接「私的」な引渡によって移転せられ、領主との関係は譲渡税の支払などの「私的」ではないことがらに減縮され、領主に対する義務の不履行は不動産保有権の譲渡という「私的」行為の効力とは直接関係を有しないものとされたのである。⁽⁸⁾ こうしたプロセスを封建的な土地保有権の「私的所有権化」の反映と解することができるであろう。

このような譲渡方式の変化を媒介したのは、公証人慣行である。一四世紀以降、フランスのほとんどの地方で、不動産譲渡証書中に引渡済条項 (*clause de desaisine-saisine*) を挿入することが一般となった。⁽⁹⁾ そして、公証人と証人との面前で行われた *dessaisine-saisine* の合意は——言易えれば、公証人証書中に挿入された引渡済条項は——*tradition* に相当し⁽¹⁰⁾、譲渡人が現に占有する真正権利者である限り、⁽¹¹⁾ 譲受人に土地保有権（所有権）と占有を取得せしめるものであることが、一三七二年以後バルマンによって認められはじめ、やがて前述の如く慣習法上明文で認められるようになったのである。⁽¹²⁾

こうした慣行が、一七一—一八世紀のグロチウスやプフェンドルフの自然法思想の影響を受けながら、デュムラン、ドマ、ポチエなどの手によって論理化・体系化され、ナポレオン法典に受け継がれていくのである。⁽¹³⁾ 民法典の起草者達が、フランス民法典はそれまで現実に行われてきたところをなんら変更するものではないと強調するの⁽¹⁴⁾も、このような理由による。フランス法主義の成立にあたって決定的に重要な役割を果たしたのは、公証人慣行なのである。

(3) フランスにおける抵当制度の発達史を、公証人慣行と結びつけながら、極めて詳細に検討・分析した池田恒男氏は、拙稿の立場に理解を示しながらも、前述の如く、若干の疑問を呈されている。その批判の要点は、「共通慣習法と王令との親和性」に注目せず、もっぱら両者の対立面を強調して、公証人慣行に「あたかも民衆間に全く自生的に生成されたかのような手放しの評価」を与え、共通法形成の上での王権の果たした役割には消極的評価しか与えていない、という点にある。⁽¹⁵⁾

前掲修士論文の意図は、池田氏によって正當に理解されているように、ナンティスマン慣習法地帯(pays de nan-tissement)においては、ナンティスマンの手続を経なければ当事者間においても物権変動は生ぜず、単に債権関係が生ずるに止まるとされていることや、ナンティスマン手続は裁判所の公簿を通じて公示されることなど、ブルターニュにおける特殊な公示催告と失権手続⁽¹⁷⁾とともに、ドイツ法に類似した「近代的」な不動産讓渡法制を有していたかに見えるが、それらは、実は、封建的な、土地保有権は領主によって下附されるという考え方の遺物であり、そうであるが故にナポレオン法典においては公証人慣行を基礎とした意思主義的構成が採られなければならないかとするところにある。⁽¹⁸⁾したがって、池田氏が詳細な研究の結果「公証人慣行によって担われてきた土地『所有権』の名義性は、土地の現実的占有ないし利益権能中心の土地『所有権』概念を前提として形成された。そして、そのことは、封建領主制解体の正常な表現形態であったと考えられる」とされていることは、拙見が大筋において間違っていないことを追認するものであると理解する。

問題は、「王権の果たした役割」の評価であるが、この点については、池田氏の批判に反論する十分な準備を有し

ないと言わざるをえないが、前稿において明確な評価を下しえなかった理由を述べるならば、何よりも、右に述べた問題意識に関連する範囲内で、公証人慣行の形成に王権が直接関与した事実を裏証しえなかったことがあげられる。王権が公証人制度を近代的に再編したことは事実であり、国内法の統一を目指したことも事実であり、さらに公証人慣行を前提として、幾度か不動産譲渡への介入を試みたことも事実である。しかし、国内法の統一も、登録制度の導入も不成功に終わったことや、革命後の法制の展開を考え合わせると、公証人慣行の形成に果たした王権の直接的役割をさ程大きいものとは評価しえないように思われる。公証人慣行は主として土地所有関係の変化に基盤を有し、王権はそれを前提として自らの利益を波及したと考えて良いであろう。その限りで、「あたかも民衆間に全く自生的に生成されたかのような手放しの評価」との批判も、当面、甘受するに吝でない。しかし、ことは公証人の制度と役割についての歴史的・社会的評価一般に係り、公証人制度史についてのより一層の研究に最終的決論を委ねたい⁽¹⁹⁾。

(1) 封建法上の不動産「譲渡」については、鎌田・前掲民商六六卷四号六五頁以下。

(2) 後にはこれが領主の主要な関心事となる。売買税収入が貢租収入の二倍を越えている領地の例も報告されている（二宮宏之「領主制の『危機』と半封建的土地所有の形成」西洋経済史講座Ⅲ（一九六〇）九〇頁）。Cf. Marcel GARAUD, *Histoire générale du Droit privé français (de 1789 à 1804), La Révolution et la propriété foncière*, Paris, 1959, p. 17 et s.

(3) Jacques d'ARLEIGES, *Grand Coutumier de France*, 1388 (réimp. 1868), II, 23, p. 266 et s. しかし、アンヌ・マステ・イテュールを受けていない第一買主の権利は「当然」「留保」を認めることがなく（LÉVY, *op. cit.*, p. 300）。

(4) *Ancienne Coutume de Paris* (éd. BOURDOR de RICHEBOURG, 1724), art. 54; Cf. *Nouvelle Coutume de Paris*, art. 77; *Ancienne Coutume d'Orléans*, art. 108. 鎌田・前掲民商六六卷五号一三〇頁以下に引用された法条は本稿で抵觸する範囲内で補充・訂正される。

- (5) N. C. Paris, art. 74, 75 et 81.
- (6) A. LOYSEL, *Institutes Constitutionnes*, 1607 (éd. REULOS, 1935), n° 733.
- (7) LOYSEL, *op. cit.*, n° 732; A. C. Paris, art. 56; N. C. Paris, art. 82.
- (8) たたじ親系買戻権 (Retrait lignager) につき、鎌田・民商六六卷四号八〇頁以下。
- (9) HUMBERT, *Nouvelles observations sur la loi relative à la transcription, Revue historique de droit français et étranger*, t. 1, 1855, p. 474, n. 3; etc.
- (10) LOYSEL, *op. cit.*, n° 734; A. C. Orléans, art. 218; Robert Joseph PORNIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, 1761, n° 213.
- (11) 《Nemo plus iuris……》の原則の適用である。しかし、売主が真実の所有者でないことから直ちに、売買契約は無効とされたり、解除されたりしないことにつき、鎌田・民商六六卷六号八一、八八頁。占有の方が重視されていたといえる。
- (12) LEVY, *op. cit.*, p. 302.
- (13) 以下の学説につき、鎌田・前掲民商六六卷六号七五頁。なお、より一般的には André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969.
- (14) たかえは *Rapport fait par le Tribun FAVART, dans P. A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, p. 320.
- (15) 池田恒男・前掲社研三〇卷五号一七一―一八頁。
- (16) 鎌田・前掲民商六六卷五号一二六頁以下、滝沢律代・前掲法協九三卷一一号一〇五頁以下。Emmanuel BESSON, *Les idées foncières et de la réforme hypothécaire, Etude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, Paris, 1891, p. 57 et s.
- (17) 鎌田・前掲民商六六卷五号一一九頁以下、滝沢・前掲法協九三卷一一号一〇八頁以下。BESSON, *op. cit.*, p. 62 et s.; Marcel PLANIOL, *Les appropriations par bannies dans l'ancienne province de Bretagne, Nouvelle revue historique*

フランスにおける不動産取引と公証人の役割 (一) (鎌田)

de droit français et étranger, 1890, p. 433 et s.

(3) Cf. J. Étienne-Marie PORTALIS, Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du Gouvernement, dans FENER, *op. cit.*, t. 1, p. 516 (野田良之訳「ポルタリス・民法典序論」八五頁)。

(19) 公証人制度の一般的な歴史については、国際公証制度史研究所の機関誌“*Le Gnomon*” *Revue internationale d'histoire du Notariat* で扱われているが、「もしあたり Kieber VEYSSER, *Panonceaux et enseignes du notariat*, Paris, 1979, p. 21 et s. 参照。

3 意思主義の成立と公証人実務の変化

(1) フランス民法典成立以前には、公証人の作成する不動産譲渡証書中に引渡済の文言を挿入することが、前述のように、一般的慣行であったが、民法典の成立により、そのような文言の有無に拘らず、契約の成立と同時に所有権が移転するものとされることになった。そのため、最早、擬制的な引渡に関する条項を挿入する必要もなくなった。これに代えて、あたかも「フランス法主義」の下での所有権移転時期は契約成立時である旨を確認するかのよう⁽¹⁾に、公証人証書中に、「所有権——使用・収益(propriété—jouissance)」という標題の下で「取得者は、本日より、完全な所有権が自己に属する物として、行為し、かつ処分する。ただし、来たる何年何月何日からでなければ、本件家屋の使用・収益を開始し、その賃料を収取しない」といったような文言を記すのを通例とするようになった。この文言は、今日に至るまで基本的に同一であり、一九七九年に作成されたある不動産売買証書には「本証書における取得者A夫妻は、本日より、本証書によって売却された不動産および不動産たる権利の所有者となる。彼らは、同様に本日より、現実の占有取得により、その使用・収益をなす。当該財産は、〔第三者による〕すべての占有(Occupation)

から自由である」という記載が見られる。

(2) 売買契約の締結と同時に所有権が移転するとの原則は、単に法文上のそれにとどまらず、革命前の実務慣行であり、民法典成立後にも実際にそのようなものとして運用されていると言える。しかし、ここで注意すべきは、「売買契約の成立時」とは、実務慣行上、公証人証書の作成された時になることである。⁽²⁾かつては、当事者間での「売りましよう・買いましよう」の合意の成立した時点から証書の作成までにあまり長い時間がおかれぬ例が多かったようであるが、今日では、都市計画規制に伴う諸手続やローン利用率の増加などの理由から、売買の合意の成立から証書の作成までに相当長期間を要することが通常となっている。それにも拘らず、ある意味では従来以上に強く、所有権の移転時期は公証人証書の作成された時である⁽³⁾と意識され、かつ、そのような効果を生ずべく細心の注意が払われている。こうした現実を前にしてもなお、従来の我々の「フランス法主義」の理解を、そのままのかたちで維持しうるかは疑問である。この点については、後に、より詳細に実務を紹介し、検討を加えよう。

(3) ナポレオン法典第一五九九条は、ドマヤポチエの所説⁽⁴⁾とは反対に、「他人の物の売買は無効である」と規定した。⁽⁵⁾その結果、売買契約を有効に成立させるためには、売主が真実の所有者であることを確かめねばならない。そして、売買契約証書作成の任にあたる公証人は、その作成する証書の適法性と有効性につき責任を負うべきものとされているが故に、証書の作成を依頼されたときには、売主の権原を調査する義務を負うことになる。しかし、所有権の証明は一般に「悪魔の証明」であるうえに、一九世紀初頭のフランスにおいては、信頼に足る調査手段も国家によって用意されてはいなかった。⁽⁶⁾そこで、公証人は、「所有権の証明 (établissement de propriété)」または「所有権の

由来 (origine de propriété)」との標題の下で、少なくとも取得時効期間である三〇年間を遡って、あるいは過去三〇年内に物権の変動のない場合にはさらにそれ以前の変動時まで遡って、当該不動産所有権が何時、何如なる原因で、誰から誰に譲渡され、その証書は何人によって作成され、謄記・登録が何時・何処に何人によって為されたかを記載したうえで、それらの権原証書のうち現存のものを譲渡人から譲受人に交付せしめ、「権原証書の交付 (remise des titres)」との標題の下に、交付された証書を列挙し、譲受人の受領文言等を記載するのを慣例とした。このことにより、買主は、三〇年を超える占有の継続による時効取得を立証するための手段を得るのである。このような慣行は、革命前から存したものであるが、民法典第一五九九条の規定によって、必要的なものとなったと言えよう。この慣行は今日も維持されている。

(4) その他、ナポレオン法典の規定と一八〇七年および一九六〇年の公証人証書書式例とを比較するというスウリウ氏の興味深い試み⁽⁷⁾によって明らかにされた点の幾つかを掲げておこう。第一七四三条によって対抗力なきものときされる賃借権も、既に触れた革命前の公証人慣行におけると同様に、買主において引受けられるのが実際である。第一六三八条は隠れた地役権が存在した場合には買主は解除または損害賠償を請求できると規定するが、免責約款を付するのが実務慣行である。瑕疵担保責任についても免責約款が付されるが、判例は悪意の売主は免責されないとしている。改正前の第二一三五条は妻および被後見子の法定抵当権は公示なくして第三者に対抗できるとされ、買主においてこれを免れようとするならば面倒な滌除手続によらなければならなかったが、公証人慣行は、夫の不動産の売買に ついても妻を契約当事者として、「すべての抵当権」について担保責任を負う旨を約させ、結果的に法定抵当権を放

棄せしめていた。ナポレオン法典は、一般的には謄記を必要ないとしていたが、一八〇七年一月一日より民法法典第八三四―八三五条が施行されたことに伴ない、買主の費用で謄記をなす旨の条項がほぼ常に設けられるようになったが、公証人は古くから謄記申請を自己の職務と考えており、判例は黙示の委任の存在をも認定していた。代金の支払時期や不払の場合の制裁についても多くの興味深い条項が設けられているが、ここでは、代金は謄記手続完了まで公証人のもとに寄託されるのが一貫した実務慣行であることだけを挙げておこう。

ここでも、フランスにおける不動産売買法の研究にとって、公証人慣行がその不可欠の一要素をなしていることが明らかにされている。⁽⁸⁾

(1) 旧体制下の公証人証書書式例は De FERRIÈRE, *La science parfaite des notaires ou le moyen de faire un parfait notaire*, éd. 1786 etc. が、ナポレオン法典制定直後のそれは MASSÉ, *Le nouveau parfait notaire*, 1807; LORET, *Elements de la science notariale ou recueil complet de toutes les formules d'actes notariés adaptés à la législation du Code civil*, 1807 が、現行法のもとでのそれは 'Juris-Classeur 中の『Formulaire annoté et commenté des actes des notaires, par Lib. du Journal des Notaires et des Avocats; Pierre LASGLEIZES, *Formalités notariales*.』などが知られている。

(2) もっとも、常に必ず公証人証書が作成される訳ではない。一九三五年法で謄記申請は公正証書または公証人のもとに寄託された私署証書によらなければならないとされたが、その直前の時期に登録(enregistrement)および謄記の申請のために用いられていた私署証書の標準書式にも、同様の条項が不動文字で記されている。いずれの場合でも証書作成の時に所有権が移転することになると言えるのだが、将来公証人証書を作成することを約束しておきながら、これに売主が協力しない場合などに問題が生ずる。この場合に、証書が作成されていなくとも最初の合意成立の時に所有権が移転すると解する判決の存在が指摘されている(滝沢幸代・前掲法協九三卷一二号八八頁)。

フランスにおける不動産取引と公証人の役割(一)(鎌田)

(3) René VERDOT, Le «Compromis de vente» sous seing privé dans la vente d'immeuble, dans *L'immeuble urbain à usage d'habitation*, Études de Droit privé sous la direction de Jean CARBONNIER, Paris, 1963, p. 340 は「仮契約 (compromis) により売買またはその予約の私証書作成の時に確定的に売買契約が成立したものと意識されていたと説く。これに対し」LEVY, *op. cit.*, p.304 et s. は「意思表示のみによる譲渡の原則は、それ程深く民衆の意識に浸透しているわけではない……〔危険負担の債権者主義についても〕法律の素養のない者で、何故そうなるのかを理解しうる者は皆無に近いといえる」と説いている。私自身の数少ない経験でも「まだ公証人証書に署名していないから、本当には自分の物にはなっていない」との趣旨の発言に接する機会が多かった。現行法のもとの実務とそれを必然たらしめている法律制度の詳細については後述する。

(4) DOMAT, *op. cit.*, liv. I, tit. 2, sect. 2 et 4; Robert Joseph POTIER, *Traité du contrat de vente*, 1762, n° 7 et 48 鎌田・前掲民商六六卷六号八一頁、八八頁。

(5) Cf. FENET, *op. cit.*, t. 14, p. 112 et s. (PORTALIS).

(6) ただし、公示制度が存在であったと考えるはならぬことと後述のとおりである。

(7) SOURIOUX, *op. cit.*

(8) より一般的に「公証人実務の「法形成」機能をめぐって論ずるもの」として Jacques AUDINERT, Réflexion sur la pratique notariale, *J. C. P.* 1957. I. 1361 や E.-S. De LA MARNIERRE, Quelques observations sur la pratique contractuelle comme source de droit positif, *J. C. P.* 1957. I. 1376 の論争が興味深い素材を提供している。

その他、個別的制度については P. KAYSER, *Le régime dotal dans la pratique notariale*, Paris, 1950; L'évolution de la communauté réduite aux acquêts dans la pratique notariale, *Mélanges Ripert*, t. I, p. 478 など参照。

(未完)