

フランス法における一般的表見理論
との関係における表見委任制度 (二)

——表見委任の法的根拠を中心として——

Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie
générale de l'apparence en Droit Français

——Le fondement de la théorie du mandat apparent——

西^{にし}山^{やま}井^せ依^い子^こ

目次

- はしがき
- (一) 一般的表見理論 *la théorie générale de l'apparence* の発展
- (二) 一般的表見理論と表見委任 *le mandat apparent* の関係
表見理論の法的根拠 *le fondement de la théorie de l'apparence*
- (A) *la faute* (過責ある違法な行為・容態) (以上四号)
- (B) *la maxime* : 《*Error communis facti ius*》(法諺「世間共通の錯誤は権利を創造する」)
- (四) *Error communis* (世間共通の錯誤) から *l'erreur légitime* (正当な錯誤) へ
あ と が き

説

(B) *la maxime* : 《*Error communis facit jus*》(法諺「世間共通の錯誤は権利を創造する」)

一、さて、判例は、人を誤らす外觀 *une apparence trompeuse* の幻影に捕えられた善意の第三者を保護するために、民事責任の準則 *les règles de la responsabilité civile* に広く訴えてきたのだが、すでに述べたように、技巧 *artifice* なしに *une faute* の特徴を示すことは必ずしも可能でなかった。そこで、久しい前から、民法典一三八二条の適用と平行して、真正権利者の態度が非の打ちどころのないものであったときでさえ、表見 *l'apparence* に効果を付与する一つの流れが存在した。⁽¹⁾ しかし、そのような判例はまれにしかなく、その上不明瞭なものであった。⁽²⁾ ところが、ついに、そのような解決が、表見委任 *le mandat apparent* に関して、一九六二年一月三日破毀院民事連合部により正式に確認された。⁽³⁾ 即ち、

「受任者の権限の範囲についての第三者の信頼 *la croyance* が正当 *légitime* であるならば、委任者に非難され得る *une faute* が無くとも、委任者は表見委任 *un mandat apparent* を根拠に拘束され得る。そして、この正当 *légitime* という色合いは、第三者が受任者の権限の正確な範囲を確かめないことを許す状況において、推定される。⁽⁴⁾」(傍点引用者)

本判決理由が破毀院民事連合部における裁判官の和合一致によるものであること、⁽⁵⁾ 又本判決理由が簡潔で一般的であることが、本判決に原則的判決 *un arrêt de principe* の様相を与えていると言えらる。⁽⁶⁾

かようにして、表見 *l'apparence* は、法律効果を生ぜしめるために民事責任のパイプ *le canal* を必要としなくな

った。権利者の行動 *le comportement* は本質的要素ではなく、事実の調査を信用した者のその信頼 *la croyance* で十分である。表見の觀念は *faute* の觀念の介入なしに保持されるだろう。⁽⁷⁾ 但し、確かに表見的状态を生ぜしめる *une faute* は必要でないとしても、それにもかかわらずそれが存在するときは第三者の犯した錯誤 *l'erreur* を正当化するためにそれは考慮に入れられねばならない。⁽⁸⁾ 一九六六年と一九六七年の破毀院商事部の判決は、表見委任に関して、委任者の *la faute* は表見委任の存在を確証するのに必要ではないが、しかし、もしそれが存在するならば、それは表見委任を援用する者の錯誤を釈明しかつ正当化し得ることを示したものと解される。かくの如くにして、先述の一九六二年の破毀院民事連合部の判決は補足された。⁽¹⁰⁾ 結局、表見理論は、委任者の現実の *une faute* が無いのに、是非ともそれを保持するための技巧を無用にする利益を、何よりも提供することになるだろう。人を誤らした外觀を創造しただけで何時もそれ自体 *une faute* があると主張することは、もはや必要としないだろう。そのような問題の調整は代理人の越権の責に任ずべき法人には何よりも身にしてみるもので、裁判官は、代理人を信任するその行為だけで *faute* があると言う羽目に追い込まれることはなくなるだろう。⁽¹¹⁾

現代の学説は以上のような解決に賛同している。⁽¹²⁾

二、ところで、表見理論はその法的根拠を *la faute* に見出さないと、それでは何に見出すのか。今日、権利あるいは身分を表見的に有する者がなした行為の有効性を説明するのに、「世間共通の錯誤は権利を創造する *Error communis facti ius*」と、⁽¹³⁾ 法諺に訴える傾向がある。判例も、外觀 *l'apparence* を作り出した者に負わすべき *une faute* を指摘することが不可能な仮定においては、この古い法諺を援用するのを嫌わない。⁽¹⁴⁾ この法諺は、特に表見相続人の監督における *une faute* を判別するのが困難なときに、しばしば利用された。同様に教団の清算 *liquidation des*

説 congregations についても役立つ⁽¹⁵⁾。

三、ところで、この法諺はローマ法 *le droit romain* あるいはフランス旧法 *l'ancien droit* から伝わった諸法諺の一つである⁽¹⁶⁾。ローマにおいて、法諺「*Error communis facit jus*」は、くつかの適用を受けたが、衡平が何時も文句なしに本法諺に役を演じさせた。それ故、余りにもしばしばその厳格性が過大評価されているローマ法も、*Celsus* が与えた見事な定義「法は善と正との術なり *Jus est ars boni et aequi*」に信じられている以上に近似しており、本法諺を容認したのである。しかし、この法諺はローマ法の何処にもはっきりとは表示されていない。本法諺の作者はローマ法テキストの注釈者である。注釈者はローマの法律全集 *le Digeste* の中に本法諺を発見すると主張したが、その文字においてではなくまさしくその精神においてであった⁽¹⁷⁾。

そのようにローマ法の威光を笠に着た法諺「*Error communis*」は、フランス最高法院 *Parlements* の判例により文句なしに採用された。それ故、法典起草者は確固として確立された法諺に直面したのである。しかしながら、ローマの法律家にならって、おそらくその逆説的な、立法者には幾分屈辱的なその形式を理由に、本法諺を不問に付した。このようにして法文が何も触れていないことから一つの問題が生じた。即ち共和暦一二年風月三〇日の法律 *la loi du 30 vent. an XII* の第七条が、「ローマの諸法律、(フランスの)諸王令、一般的あるいは地方的慣習法、政令、条例を……現行法典を構成する諸法律の対象となる事実においては」廃止した。その結果、準則「*Error communis facit jus*」は法律としての力を持たなくなったと結論するのが論理的に見えるだろう。しかし実際の所、起草者は「*Error communis*」を何処にも考察しておらず、その時まで異議を申し立てた者のないその法諺を退ける意思を少しも示していないのであって、まさにそこには、一八〇四年の立法者が放置した一主題があるのである。それ故

(二) 委任制度における表見との関係と一般的表見理論におけるフランス法

その時点ではそのフランス旧法は廃止されなかった。それに、共和暦一二年の法律第七条が重要視され過ぎではないか。それを確信するのに、フランス裁判所により日毎援用される非常に多くの諸法諺を読み直すだけで十分だろう。民法典の革新的役割が少し過大に考えられたのであり、今日では民法典をそのフランス旧法に接合する何か深い絆が再認されている。民法典は過去を一掃しなかった。一八〇四年の立法者は法諺「*Error communis*」を投げ棄てる積りはなかったと確かに言える。法典公布により、本法諺にその全効力は委ねられたのである。そして、法典公布の三年後一つの立法的効力を有す説明文である、即ち共和暦八年憲法により法律の効力を有す解釈上の見解である、一八〇七年七月二日の國務院の見解「*avis du Conseil d'Etat du 2 juill. 1807*」が、次のように本法諺の有効性をはっきりと認めた。「どんな時代にもすべての国の法律において、*l'erreur commune*（世間共通の錯誤）と *la bonne foi*（善意）が、諸行為において又裁判においてさえも当事者が予測することも防止することもできなかった反則 *les irrégularités* をかき消す *couvrir* のに十分であったことにより。」（*Duvergier, Lois et décrets, t. XVI, p. 153*）と。確かにそこには理由 *un motif* しかなく、主文 *le dispositif* にしか法的効力 *la force légale* を認めないのであるから、それに法的効力を与えるのを拒む（*Demogue, Traité des obligations en général, t. I, n. 279; Wahl, note sous Cass., 17 juill. 1907, S. 1907, I, 403*）のも理由なくはない。しかしながら、一八〇七年のその解釈的見解は、「どんな時代にもすべての国の法律において」真正正銘のその法諺「*Error communis facit jus*」の効力が、民法典の公布により少しも弱められなかったことを、はっきりと示した。⁽¹⁸⁾

いずれにしても、フランス最高法院バルルマンの判例を継承するフランス裁判所は、絶えず増大する事件に本法諺の適用をすることを止めなかった。即ち、一八三五年八月二七日の判決において、ポー裁判所により「法諺『*Error*

communis facit jus』はフランスにおいて何時も法律 la loi として遵守された故に」と確認された。又一八七四年

一月一六日パリ裁判所⁽²⁰⁾は「準則『Error communis facit jus』は、立法者の言葉によれば法律を真に補充するものと絶えずみなされてきた諸法諺の層 ce dépôt の一つである。」と宣言した。⁽²¹⁾

論

四、このようにして、法諺『Error communis』は、表見的肩書を持つ者 le titulaire apparent がなした行為を存続させるのを正当化させる。即ちある人が権利の表見的所持者としか取引していないのに権利の真正な所持者と取引しているものと、世間共通の錯誤を根拠として正当に légitimement, sur la foi d'une erreur commune 信じたとき、その取引が存続させられ、同様に一定の条件が実現されていないのに、ある人がある行為の有効性についての世間共通の信頼を根拠として善意に de bonne foi sur le fondement d'une croyance commune その行為を行ったとき、その行為が存続させられるのを正当化する。破毀院は、表見所有権に関する訴訟において次のように宣言することによりこの構想を完全に確認したように見える。⁽²²⁾ 即ち

「世間共通の錯誤 l'erreur commune に動かされて行為する善意の de bonne foi 第三者は、その権利を表見所有者からも真正所有者からも受けつがえない。法律(の効力)により, par l'effet de la loi 授与される。」⁽²³⁾ (傍点引用者)

本判例評釈者 Mazeaud は、右の「法律(の効力)により」を「あるいはより正確にはフランス実定法の一部をなす慣習(の効力)により, par l'effet d'une règle coutumière」⁽²⁴⁾ (傍点引用者) と言ひ直している。⁽²⁵⁾

従って、フランス法体系(広い意味での「法律 loi」)には、善意の第三者の誤った信頼が法律効果を生むという、

諸条文 *les textes* はその散らばった適用しかしていないところの不文の原則 *un principe non écrit* が存在すると理解せねばならぬ。真正肩書人は何も譲渡する積りはなかった、表見肩書人は何も譲渡することができなかったところに、外観 *l'apparence* を信用した者の信頼 *la croyance* という唯一の基礎に基いて諸権利が創造される⁽²⁶⁾。押収すべき掠奪品のむなししい外観 *l'ombre d'une proie à saisir* が、巧みな変身により真の権利に姿を変え⁽²⁷⁾。そのような原則是法律関係の安全性の要求にかなう。事実を調査することにより当然のことながらその存在を信じ得たところの法律状態の結果として取得した権利が、再び問題になるような目にはあわないと確信するならば、人は行動するのをためらわ⁽²⁸⁾ないだろう。それ故、かくの如くにして得られる安全性は、活動のてこ *un levier d'activité*、行動する個人に履行される奨励金 *une prime* である⁽²⁹⁾。

しかし、活動を押し進める故に「動的 *dynamique*」とあえて呼ぶところのこの安全性の概念作用のかたわらに、「静的 *statique*」とあえて呼ぶところの、動的安全性の必然的相対物であるもう一つの安全性の概念作用がある。それは、自明の真理の特性を有すように見える法諺「*nemo dat quod non habet* (人は自分自身が所有するより以上の権利を譲渡することはできない)」により、容易に表現される⁽³⁰⁾。しかし、これはすでに行為しある権利の所持者の状態にある人の安全性である。これは、据えられた財産 *la fortune assise*、既得権 *le droit acquis* 《*beata possessio*》(祝福された占有)《の安全性である⁽³¹⁾。従って、それは資本の固定化を引起す恐れがあり、ある点では社会的にそれほど有用でない。逆に危険 *le risque* が権利 *le droit* に結びつけられるとみなす一定の学者 (M. Louis Crémieu, *op. cit.*, p. 39. — J. Calais-Auloy, *thèse précitée*, n. 11.) が言い表わしたものは、まさしくそのような静的安全性の拒否である⁽³²⁾。しかしながら、このように言い表わしたにもかかわらず、表見理論の中に、今度はもはや *la faute* にはなく危険

説

論

に基いた責任のメカニズムを見ることはできないだろう。実際前景に置かれるのは、権利の真正所持者に場合によってはのしかかる負担よりも、外観により誤らされた人の信頼の保護である。その危険は発動要素というよりもこの保護の結果である。いずれにしても、技術的に表見理論はそれがどのようなものであれ責任体系に帰結することはできないように見える。民事責任の適用は個人の利益の平面に位置し、権利の所持者に強いられる犠牲は自分の *faute* により引起した損害の賠償方法である。それに反して自律の表見理論はその論戦を一般的平面に置く。即ち「根は生活についての二つの概念作用である」とこの法的安全性についての二つの概念作用の間の」(R. Demogue, op. cit., p. 74) 争いである。⁽³²⁾

(1) J. Chestin et G. Goubeaux, *Traité de Droit Civil*, 1977, p. 664, n° 781.

(2) V. G. Cornu, *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, p. 572. この中の判例として 表見委任に関する G. Cornu, *ibid.* 211 の判例 *Cass. req.*, 21 mars 1910, S. 1913, I. 297; *Cass. req.*, 11 mai 1936, S. 1936, I. 223. また J. Calais-Auloy, *note sous Cass. ass. plén. civ.*, 13 décembre 1962, D. 1963, 278. また の判例 *Cass. req.*, 21 mars 1910, D. P. 1912, I. 285, *concl. av. gén.* Feuilletoy, *note L. Lacour*; S. 1913, I. 297, *note E. Naquet.* また P. Esmein, *note sous Cass. ass. plén. civ.*, 13 décembre 1962, J. C. P. 1963, II. 13105. また の判例 *Cass. civ.*, 15 décembre 1926, *Gaz. Pal.* 1927, I. 311; *Cass. req.*, 11 mai 1936, S. 1936, I. 223. また の判例 表見理論一般に関するもの F. Derrida, *Encycl. Dalloz, Répertoire de Droit Civil*, 2^e éd. 1970, v° *Apparence*, n° 22. また の判例 *Cass. civ.*, 26 janvier 1897, D. P. 1900, I. 33, *note L. Darrut*; Bordaueux, 13 novembre 1890, D. P. 1892, 2. 364; *Cass. req.*, 21 mars 1910, D. P. 1912, I. 285, *précité*; *Cass. req.*, 14 décembre 1931, *Gaz. Pal.* 1932, I. 391; *Cass. req.*, 4 et 11 mai 1936, J. C. P. 1936, II. 777. また J. Chestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 664, n° 781, *note 20.* また の判例 *Cass. civ.*, 26 janvier 1897, *précité*; *Cass. req.*, 21 mars 1910, D. P. 1912, I. 285, *précité*; *Cass. req.*, 14 décembre 1931, *précité*; *Cass. req.*, 4 et 11 mai 1936, *précité.* また の判例

また の判例 この中の判例のなかで P. Esmein また の判例 *Cass. civ.*, 15 décembre 1926. また F. Derrida と J. Chestin et G.

Goubeaux が挙げている Cass. req., 4 mai 1936. の二判例は使用者責任に関する一三八四条五項を適用したものである。従って P. Lescot, Le mandat apparent, J. C. P., 1964, 1826, n° 13. の言うように、除外すべきものと思われる。

- γ) G. Cornu と J. Calais-Auloy と F. Derrida と J. Chestin et G. Goubeaux が挙げた判例 Cass. req., 21 mars 1910. 及び同判例の脚注に於いて L. Lacour により、「不正にも一三八二条に準拠するものと評釈された(傍点引用者(J. Calais-Auloy, ibid.) のところである。確かに、次席検事 M. Feuilleley の意見 les conclusions から推断するならば、原審では一三八二条が適用されたが、しかし破毀院は une faute のことは何も述べられておらず、従って一三八二条に準拠したものと断言せられたと解される。M. H. Mazeaud, La maxime "Error communis facti jus", Rev. trim. de dr. civ., 1924, p. 957. を同じ見解である。次に G. Cornu と P. Esmein と F. Derrida と J. Chestin et G. Goubeaux が挙げている Cass. req., 11 mai 1936. に関しては P. Lescot, ibid. が次のように述べている。「破毀院審理部は、控訴院と共に、『こんなぐあいだから、取引慣行に従いかつ第三者を警戒させる明白な処置がないので、(第三者たる) Balbarie は自分が通常の権限の範囲内で行為している農業組合の商事事務局長と取引しているものと信ぜざるを得ない』と付言するよう気を付けている。これは、商事事務局長の委任された権限にもたらされた制限を第三者に知らせることを怠った委任者の la faute を指摘する一つのやり方であった」と。しかし P. Lescot 自身「付言する」という言葉を使っているように、本判例において la faute に関するこの部分は判決理由中補充的役割を演じているにすぎないと見えよう。この点 F. Derrida と J. Chestin et G. Goubeaux が挙げている判例 Cass. req., 14 décembre 1931. についても同じようなことが言えるだろう。しかし問題は P. Esmein, ibid. の言うように、「代理人を雇う人ならどんな人でもする軽率な行い、又、それをしないためには代理しつてもらうのを断念する以外にはなほであろう軽率な行いが、faute になるのか」とどうかということであろう。最後に F. Derrida と J. Chestin et G. Goubeaux が挙げている判例 Cass. civ., 26 janvier 1997. は、表見相続人に関するものであるが、M. H. Mazeaud, op. cit., p. 954. によると、表見相続人に関しては、本判例以前のものとして Trib. Chiron, 21 mars 1877, D. 1877, I. 429; Cass., 3 juill. 1877, D. 1877, I. 430. がある。
- ε) J. Chestin et G. Goubeaux, ibid.
- (4) Cass. ass. plén. civ., 13 décembre 1962, D. 1963, 277, note J. Calais-Auloy; J. C. P. 1963, II, 13105, note P. Esmein, Rev. trim. dr. civ., 1963, 572, observ. G. Cornu, Rev. trim. dr. com., 1963, 333, n° 5, observ. R. Houin.
- (5) 「破毀院民事第一部に本件の判定が委ねられたのであるが、民事第一部は、一九六〇年一月十一日、意見が二分したこと を表明する判決を下した。民事第一部の裁判長は、その二分した判決のために、一九六〇年一月二〇日の決定により、本

件上告が民事連合部において法律に従って判決されるべく民事連合部に移送されるよう指令したのである。」(J. C. P. 1963, II, 13105, précité.)

- (6) J. Calais-Auloy, note sous Cass. ass. plén. civ., 13 décembre 1962, D. 1963, 277.
- (7) J. Chestin et G. Goubeaux, *ibid.*
- (8) F. Derrida, *ibid.*
- (9) Cass. com., 29 mars 1966 et 25 mai 1967, J. C. P. 1967, II, 15310, note R. L., Rev. trim. dr. civ., 1968, 169, obs. G. Cornu.

(10) R. L., J. C. P. 1967, II, 15310; G. Cornu, Rev. trim. dr. civ., 1968, p. 169.

(11) G. Cornu, Rev. trim. dr. civ., 1963, p. 573.

(12) F. Derrida op. cit., n° 23.

(13) F. Derrida, op. cit., n° 26. そのような傾向を示すものとして F. Derrida, *ibid.* 及び Planiol et Ripert, t. 3, n° 245; Beudant, t. 4, n° 360; t. 5 bis, n° 620; Ripert et Boulanger, t. 3, n° 2312; Josserand, Cours de droit commercial, 1961, p. 26, français, t. 3, n° 1025. 参考として J. Calais-Auloy, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, 1961, p. 26, note 1. 及び Planiol et Ripert, III, n° 245; Ripert et Boulanger, I, n° 2739 et III, n° 2312; F. Derrida, *ibid.* 及び 参考として 8°.

(14) J. Calais-Auloy, thèse précitée, p. 26, n° 15. *Ibid.*, note 2. 及び そのような判例として 三〇 Paris, 12 juillet 1905 (D. 07. 2. 140). — Lyon, 22 juin 1906 (S. 07. 2. 234). — Paris, 29 mars 1958 (D. 58. J. 679). 参考として 8° 及び 参考として 表見所有者に関するものについては M. H. Mazeaud, op. cit., p. 957. 及び 表見委任者に関する判例として Cass. req., 21 mars 1910, 所有者に關するものについては同法議の注には直接には触れられよう。 及び 本稿(四)一注の参考。

(15) Jean-Ch. Laurent, L'Apparence dans le problème des qualifications juridiques, Caen, 1931, p. 12. 及び 参考として 8° の点に於いて、上井長久・「フランス民法法における表見所有権について」・法律論集(明治大学法律研究所発行)・四六巻・四号・一九七三年・一〇一頁以下を参照。

(16) Jean-Ch. Laurent, op. cit., p. 12, 13; M. H. Mazeaud, op. cit., p. 929. V. aussi M. Louis Crémieu, De la validité des actes accomplis par l'heritier apparent, Rev. trim. dr. civ., 1910, p. 57, 58.

(17) M. H. Mazeaud, op. cit., p. 933. V. aussi J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 666.

(18) M. H. Mazeaud, op. cit., p. 933-935. V. aussi F. Derrida, op. cit., n° 26. Cf. M. Louis Crémieu, op. cit., p. 75;

- Jean-Ch. Laurent, op. cit., p. 13.
- (19) Pau, 27 août 1835, S. 1839, I. 654. 本件は遺言の立会人の資格についての錯誤に関するものであった。
 - (20) Paris, 16 janvier 1874, S. 1874, 2. 137. 本件も遺言の立会人の資格についての錯誤に関するものであった。
 - (21) M. H. Mazeaud, op. cit., p. 935.
 - (22) F. Derrida, op. cit., n° 26. V. aussi J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 664.
 - (23) Cass. civ., 3 avril 1963, D. 1964, 306, note J. Calais-Auloy, J. C. P. 1964, II. 13502, note J. Mazeaud, Rev. trim. dr. civ., 1964, 346, n°2, observ. Jean-Denis Bredin.
 - (24) J. Mazeaud, note précitée, J. C. P. 1964, II. 13502.
 - (25) V. F. Derrida, ibid. V. aussi J. Calais-Auloy, note précitée, D. 1964, 307, I.
 - (26) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 664-665.
 - (27) R. Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, 1911, p. 71.
 - (28) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 665.
 - (29) R. Demogue, op. cit., p. 71-72.
 - (30) Ibid.
 - (31) J. Calais-Auloy, thèse précitée, p. 24, n° 12.
 - (32) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 665 et note 28. J. Calais-Auloy は次のように述べている。「我々の意見では、表見状況の源に在る人はその取引生活に参加することにより危険を冒したが故に義務がある。この人は必ずしも仮装 simuler しなかったし、必ずしも une faute を犯さなかった。しかしながら義務を負う。それはきちしく、この人が危険人を誤らす外観を自分の活動により引起す危険を冒し、そしてこの危険が実現したからである。この危険の観念は二〇世紀の初めから MM. Morin (La sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime «error communis...») Ann. Fac. Aix, 1906, I, et Crémieu (op. cit., p. 39.) に既に認められた。」この危険と動的安全性の関係を決定的に示したのは Demogue (op. cit., p. 78 et note 2.) や後述の V. aussi A. Weill, La relativité des conventions en droit privé français, Paris, 1939, nos 310 et 348, J. Calais-Auloy, thèse précitée, p. 23-24 et note I.) 表見相続人に関する論説において、M. Crémieu は次のように述べた。「社会生活は危険 des risques とともに責任 des responsabilités を人に負わす。この責任は、これら危険と責任の二つの観念のうち、何れが真正所有者の権利の喪失を正当化し得る観念であ

るか。ある学者は *la faute* に基礎を置く責任の觀念に基き得ると思つた。真正所有者は、*une faute* を犯したが故に、作爲によつてせよ不作爲によつてせよ他人が必要とした信頼を裏切つたが故に、責任を負うと彼等は言つた。M. Lévy, *Responsabilité et contrat*, Rev. crit. 1899, p. 361 et s. は次のように言つた。『社会集団の中では、如何なる人でも他人が行動するのに自分を信用する必要があつた限りその他人に対して責任がある。』それ故所有者の権利の喪失を正当化するやうなその所有者の責任は、『社会関係の維持継続に必要な信頼を裏切らない、一般的義務にそむくこと』に根拠を置く。 *une faute* から生じる責任もあるだろう。(しかし)この所謂社会関係の維持継続に必要な信頼を裏切らない義務にそむくことから生じる責任は、我々にはすこぶる抽象的觀念であるように見える。この義務はフランスの諸法律の中に如何なる明確な基礎も持たない。この義務は法的義務というよりは良心的義務、純粹に道德的義務である。法律は我々に如何なる不法行為も第三者に対してしないよう強いることができても、もっぱら第三者の利益において行為するよう強いることはできないだろう。従つて、真正所有者の権利の喪失は責任の觀念には基礎づけられ得ないだろう。危険の觀念にこそ結びつかざるを得ない。』(M. Louis Crémieu, op. cit., p. 78-79.) 更に M. Crémieu は M. Morin について次のように述べてゐる。『M. Morin は自分は M. Lévy と同じように真正所有者の責任という觀念の支持者であると公言してゐる。しかし、M. Lévy がこの責任を *faute* の觀念に、即ち民法典一三八二条の規定に基礎付けてゐるのに、M. Morin は、真正所有者と、取得者がその犠牲者であつたところの錯誤との間に存する因果関係にこの責任を基かせてゐる。ところで、第三者と真正所有者との間に持ち上る争いにおいて選ぶべきは第三者である。何となればその困つた事は第三者の行為からではなく真正所有者の(故意又は過失の)行為から生じたのであるから。』法諺 *error communis facti jus* は所有者の客観的責任 *responsabilité objective* の觀念により補足されるべきだ。』(M. Morin が言つてゐる。M. Morin の結論は我々に近い。實際客観的責任の理論は危険の觀念の外延に通ずる。』(M. Louis Crémieu, op. cit., p. 78-79, note 1.) 又 Demogue は次のように述べてゐる。『*une faute*、*imprudence* (無思慮) あるいは *négligence* (懈怠) はそれを犯した者を非難せしむるに十分である。しかし *la faute* が重大 *grave* なときは文字通り申し分のないその (*la faute*) の理論も、犯される *la négligence* がより一層軽く *léger* なるにつれて、段々適當とみなされなくなることを注意しよう。権利の所持者が非常に軽く *une faute* のためにもしかしたら非常に重大な *lourde* 責任を課せられるとき、あらゆる安全性を奪うことになる。何となればより一層捉えどころのない *faute* が問題になるにつれて、*faute* を回避し又そのために必要な注意力を提供することがそれだけできなくなると、誰でも感じるからだ。軽い *fautes* についての完全な責任の理論、一世紀前から判例が *faute* の觀念を精製しながら悪化させたその理論は、それ故すでに不安全の原因である。これ以上この点を力説せずに、*la faute* 自身無限に拡張し得る觀念では

ないことを確認せねばならない。私が銀行業者に寄託した無記名証券が彼により売渡されたならば、私はその所有権を奪われる。私が不誠実な男にその証券を信頼して預けたのが間違っていたと言えるか。しかし買主もまた相手方売主を正直な人従って所有者であると信じたように、私もしばしば外観を信用しただけではないか。買主も余り良心的でない銀行業者からその証券を買ったのは間違っていないか。もし *faute* があるならば、その *faute* は二者両方相等しいものだ。その上、実際上そのような寄託が必要な沢山の場合があるのでないか。証券の書換え、代金引換等のために実際に証券を預けざるを得ないのではないか。それ故、不可避的に法律および裁判官が動的安全性と静的安全性、取引の利益と持てる人の利益の中から選ばねばならない場合がある。現代の傾向は勿論前者の方を選ぶことである。……本当のところこの見方はもう一つの傾向、即ち活動による危険 *un risque d'activité* を確認する傾向により補足される。ある程度この活動による危険は動的安全の観念と矛盾するが、それはもう一つの観念、即ち危険を負担する者は最も保証され得る者であるという観念により説明され得る。実際の諸要求はこのように一連の概算により満たされる。(R. Demogue, *op. cit.*, p. 77-79)「より以上に軽い *faute* を考慮に入れることにより *faute* の観念を精製するにつれて、今日非常に重要なもう一つの観念である危険の観念に近づくことを指摘しよう。この危険の観念はどのように適用されているか。本文ですでに示したように、ある時は持てる人に不利に(動産、証券の取得者のための処置「*error communis facti ius*」という処置の適用等)、ある時はある立場の対価による維持に有利に、即ち事故の危険、老朽の危険、恐らく後には労働者を襲う廃疾又は休業の危険を雇主に負わすとき、自動車操縦者、動物の所有者にその物が引起した危険を正当の権利をもって負わそうとするときである。しかし、その立場に従って同じ人をこの広大な危険の理論の受益者および犠牲者にするところのこの表面上の矛盾は、一方では金利生活者 *le rentier* に比べれば実業家 *l'homme d'affaires* を、他方では余り苦痛なしに負担を引受け得る者に比べれば大きな損失を負担する財力を持たない者即ち労働者を優遇する願望により説明される。」(R. Demogue, *op. cit.*, p. 78, note 2.)

(33) J. Chestin et G. Goubeaux, *ibid.* 「外観の創造者の負担に置かれる危険は、結局行為しようとしている者のためにすで行われた者を犠牲にする。……それは民事責任の理論において知られているような危険に關していない。何となればここでは損害賠償が問題ではないからだ。従って我々の意見では、フランス法は無過失責任 *une responsabilité sans faute* に好意的でないと主張することにより危険の観念を退けることはできない。何故なら責任が問題ではないからだ (Cf. Derrida, *loc. cit.*, n°20. Derrida, *ibid.* 224-225) 『Crémieu, *ibid.* と Morin, *ibid.* の二人の理論体系は共通の非難を、権利の表見所持者によりなされた行為の維持を真正所持者の所謂客観的責任に基かせるということについての非難を受ける。ところでフランス法は無過失責任に全体として好意的でない。』(ということである)。損害は中景に行き、問題になるのは創造された

外観である。受動的主体は他人に損害を引起したから責任を負わされるのではない。彼は民事上責任を負うのではない。彼の活動が人を誤らす外観を生ぜしめたから、彼はかかり合わされるのだ。彼はこの外観の及ぶ限りで拘束されるのであって、この外観から場合によって生ぜしめられる損害の及ぶ限り責任を負わされるのではない。従って能動的主体である第三者は、相手方の行為で相手方には現実に反する目に見える要素の存在しか立証する必要がないのである。」(J. Calais-Auloy, thèse précitée, p. 24-25, n.°12 et note 1.)

四 Error communis (世間共通の錯誤) から Perreur légitime (正当な錯誤) へ

一、実際の簡易さと容易さとは、しばしば余りに精緻な法の奥義 *Les arcanes d'un droit parfois trop subtil* と互に対立する強力な要請である。どんな仮定においても法的論理を尊重するならば、真相をつかむのが余りにむづかしいときには活動を停滞さすことになるだろう。しかし、無秩序は避けねばならないし、法律を軽率に嘲弄しないようにせねばならない。誤った信頼が諸権利の源であるとすれば、進取性 *l'initiative* を後援するどころか軽率性 *l'imprudence* を奨励することになってしまう危険がある。それ故に外観により引起される錯誤は一定の特性に符合せねばならない。古くからの慣例はそれを *l'erreur commune* (世間共通の錯誤) と評した。ずっと最近の傾向は *l'erreur légitime* (正当な錯誤) で満足している。判例はこれら二つの概念の間でためらっている。⁽¹⁾

二、實際上、法諺「*Error communis facit jus*」は非常に明確な意味を有している。即ち「*l'erreur*」はそれが「*commune*」である限りにおいてのみ権利を創造するということである。その基準は初めは客観的で、その錯誤 *l'erreur* が世人全体により共有 *partagée* されたかどうかを知るのが問題であった。⁽²⁾ このようにその錯誤を共有され、世間共通 *commune* であることを要求することは、一般的利益の中で法律関係の安全を保護する心遣いを持ち出すこ

とにより理解される。⁽³⁾

しかし、そのような客観的基準は比較的単純ではあるが、あまり十分でない。粗雑な錯誤 *une erreur grossière* は、多くの人により共有されても、なんら保護に値しない。それ故主観的要素が加わらなければならない。⁽⁴⁾ 表見理論の救済に浴することを欲する者は、自分自身だまされかつ自分の態度が無理もない *excusable* のみならず全く道理にかなった *raisonnable* のでなければならぬ。⁽⁵⁾ このようにして、法的観念の洗練と共に、客観的基準の代りに主観的基準たる不可避性 *invincibilité* の基準が置かれた。⁽⁶⁾ 「動的安全」の定言的命令が諸法規に逆うのを正当化するのは、外観の異^なを避けるのが人間として不可能なときだけである。従って *l'erreur commune* は誰もが普通避けることのできない「不可避的 *invincible*」錯誤である。⁽⁷⁾ そこで、表見的権利を信じた人の数から成る客観的側面は、事実状態により示唆された誤った表象の不可避性のしるしにすぎない。錯誤が *commune* (世間共通)であるのはその錯誤が *invincible* (不可避的)であるからだ。⁽⁸⁾ 沢山の判例がこの見地を採った。⁽⁹⁾ *l'erreur commune* の評価において、その不可避性があるときははっきりと呼び起されるときは不問に付されるというように微妙な差があるが、その推論は何時も同じであることはほとんど疑いない。⁽¹⁰⁾

三、以上のように、法諺「*Error communis facit jus*」は諸権利の源としての表見 *l'apparence* について相当厳格な構想を強いる。往々この厳格さは取引関係の安全性には過度であり、都合の悪いものと感じられた。それ故それほど厳しい要求をしないもう一つの観念である *l'erreur légitime* (正当な錯誤)に訴えられた。⁽¹¹⁾

しかしそれにもかかわらず、表見理論の法的基礎 *le fondement de la théorie de l'apparence* が変えられたようには見えない。⁽¹²⁾ そして、このような緩和は、表見 *l'apparence* に与えられる諸効果の最上の正当化の放棄を表示しな

い。相変わらず「動的安全」と「静的安全」の間の衝突にかかわる。しかし後者よりも前者が勝利することがずっと多い。個々人の権利を保証するために彼等の正当な信頼 *leur croyance légitime* で十分であるという安心感を彼等に与えることにより、個々人が更に一層行動するように仕向け、又不可能ではないが複雑な一定の警戒をするのをやめることにより、個々人が迅速に行動するのを可能ならしめる。判例はこれらの実際の利益を感じ取り、表見に効果を生ぜしめるのに再三 *Perraut légitime* で満足した。⁽¹³⁾

かくして、一方で錯誤 *Terreur*、他方でこの錯誤の正当性 *l'égimité* が、表見 *l'apparence* により創造される権利の基礎を構成する。先ず、表見を利用するためには、錯誤を犯したのでなければならぬ。表見の状況が真の状況であると信じたのでなければならぬ。この錯誤が正当性の如何なる問題とも関係なしにそれ自体で取上げられるならば、*de bonne foi* (善意で) という流布している觀念に帰結する。⁽¹⁴⁾ 実際、錯誤が世間共通 *commune*、あるいは不可避的 *invincible* であるならば、その錯誤は結局みなにより共有される。それ故、考察される第三者が実際に思い違いをしたことを要求しても何の意味もないだろう。何故ならば、彼が思い違いをしないことはあり得なかったからである。それに反して、表見理論における錯誤が不可避的なものではないとすると、第三者が表見に由来する権利を持つためには実際に思い違いをしたことを要求せねばならない。何故ならば、彼が思い違いをしないことも十分にあり得るだろうから。これが第三者が表見の利益を受けるために善意で *de bonne foi* なければならぬと言ふことにより言い表わされることである。⁽¹⁵⁾ しかし、以上のように権利が表見から生じるにおいて錯誤が演じる決定的役割は満場一致で認められているのではない。ある考えによれば表見は更にもっと進み、錯誤を犯さなかった人の利益のためにさえ権利を創造することになるだろう。この考えは詐欺行為取消権の詐欺 *la fraude paulienne* について債権者を害する意思

l'intention de mire aux créanciers を要求する考えに結びつく (Cf. Zosserand, Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé, n° 191)。表見については、この考えは目に見える要素が方式 *la forme* や公示 *la publicité* から生じるときに特に支持された。行動するにおいて真の肩書を有する者を害することを目的とした人のみが表見の利益を奪われるであろう。もしその時にも表見の準則を適用するならば法諺「詐欺は一切を無効にする *Fraus omnia corrumpit*」にぶつかるだろうから。ところで、次のような一例がこれら二つの考えの間の実際の相違を把握するのを可能ならしめるだろう。ある人が表見受任者と契約を結ぶと仮定しよう。前者の錯誤の考えでは、問題の人が受任者と契約を結ぶものと信じた限りにおいてのみその虚偽の委任者は義務を負うだろう。それに反して錯誤の役割を否認する考えでは、委任の外観の下に隠れた現実を知っていたであろう人に対してさえもその虚偽の委任者は義務を負わされるだろう。この第二の考えにおいて虚偽の委任者が義務をまねがれる相手は、表見受任者と契約しながらその表見委任者を害する意思を持っていた者だけだろう。しかし、このような表見に関する客観的構想はフランス法を支配する人格主義の思想 *les idées personalistes* と両立するのは困難である。取引生活に都合がよいように外観が現実には勝つことは同意されるが、しかしそのためには行為した者自身の錯誤がその外観から生ぜしめられたことが是非とも要求される。単なる客観化だけでは十分でない。更にそれがそれを援用する者の心に反映したのでなければならぬ。ゲルマンやアングロ・サクソン型の法では古代法で方式 *la forme* が有した効果と類似の効果を外観 *l'apparence* が持つのを許容し得るとしても、そのような解決はフランス法の精神とは相容れないように思われる。従って判例もほとんどの仮定で表見を利用する人の善意 *la bonne foi* を要求している。しかし、他国の客観的考え方もフランスの商法には影響を及ぼさずにおかなかった。何となれば、手形の所持者に必要な善意は、錯誤 *l'erreur* というフランスの考

説
えと詐欺 *la fraude* というアングロ・サクソンの考えの中間のものだからである。⁽¹⁶⁾

次に、錯誤は、それが外観からその正当性 *légitimité* を引出す故にしか権利を創造しない。「表見理論は怠慢な人や軽率な人向きの頼みの綱ではないのであって、正当な信頼 *une croyance légitime* の犠牲者に保留された保護手段である」⁽¹⁷⁾。実際に現実が現実とは思ひ違ひを許される。それ故、錯誤の觀念だけでは表見から生じる権利をすることを許され、外観を現実と思ひ違ひをすることを許される。それ故、錯誤の觀念だけでは表見から生じる権利を説明するのに十分でなく、更にこの錯誤の正当性 *la légitimité* も示す必要がある。この正当性から、表見理論における錯誤の觀念の自立的性格が生じる。錯誤に訴える他の諸假定においては錯誤は権利を創造しない。何となればその錯誤は必ずしも *légitime* (正当) でないからである。⁽¹⁸⁾ 表見については錯誤はもっと先に行く。というのはその錯誤は人が信じたものを実際にそうであるとみなすのを許すからである。この解決は外観が錯誤を正当なものにするが故に可能である。⁽¹⁹⁾ ところで、錯誤は、換言すれば心理学的要素 *élément psychologique* である。錯誤の正当性は、換言すれば表見の物的要素 *élément matériel* である。⁽²⁰⁾ 従って、錯誤の特性は、錯誤が根拠を置くところの客観的外観の物的構成要素に従って評価される。不可避性 *l'invincibilité* を要求するならば、外観は非常に嚴格に限定される。即ち外観は最も注意深い人をも誤らす性質のものでなければならぬ。正当性 *la légitimité* で満足するならば、外観の限定においてもっと寛大で、普通に注意の行き届いた人を誤らすにすぎない外的表示も含まれる。錯誤の不可避性と同様その正当性は、隠れた現実と違った目に見える要素を前提としている。不可避性と正当性の両者の相違は現実と目に見える要素が一致しないことを多かれ少かれ決定するその性格に存する。⁽²¹⁾ しかしながら、錯誤の正当性は、それを援用する者の性格 *la personnalité* に何ら依存しない専ら客観的要素の存在に根拠を置くものと思つてはなら

ないだろう。錯誤の正当性を評価することは、契約当事者たる第三者の振舞を判断し、この第三者が思い違いをするについて過ち *faute* を犯さなかったかどうかを自問することに帰着する。⁽²²⁾ 確かに、第三者の振舞の評価は典型的平均人を参照して抽象的になされるべきである。⁽²³⁾ しかし、責任 *responsabilité* についてと同様表見 *apparence* についても、抽象的评价はその平均よりすぐれた諸素質も考慮に入れることによりニュアンスがつけられるべきである。⁽²⁴⁾ 換言すれば、参照する群団は必ずしも善良な家父 *le bon père de famille* のそれではなく、第三者が自分の職務の執行において *dans l'exercice de sa profession* 行為したときは、その職業の範ちゅうに限定されるべきである。⁽²⁵⁾ ところで、この物的要素たる錯誤の正当性の存在は、その結果としてその錯誤を推定させる。即ち原告の第三者が隠れた現実と異った目に見える要素の存在を明らかにした以上は、この第三者は欺かれたと推定される。それ故、表見についての責任を引受ける者が、自分の相手が錯誤に陥らなかったことを反証することになる。民法典二二六八条により占有 *la possession* について認められた善意の推定は表見の全仮定に拡大されるべきである。⁽²⁶⁾

四、ところてしかし、判例は、場合に依じて、*terreur commune* を要求したり *terreur légitime* を保持したりしている。*terreur légitime* の觀念が成功を収めたにしても *terreur commune ou invincible* の觀念に全く準拠しななくなったわけではなく、現代の諸判決は両方の系統に結びついているようである。⁽²⁷⁾ 従って、両觀念の共存がそれら各々の境界を決定する問題を提出した。現在その問題に答えるのは非常に困難である。⁽²⁸⁾

terreur légitime を呼び起す非常に多くの判決が表見委任 *mandat apparent* について下されたことは、議論の余地がない。その時、当事者の一方が自分の相手は第三者の名においてかつ第三者のために行為しているものと信じたような状況において、契約は結ばれている。表見理論の緩和のためにその権威が確かに決定的であったところの前述

の一九六二年一月二三日の破毀院民事連合部の判決が特に言渡されたのも、表見委任に関してであつた。⁽²⁹⁾ 確かに、不動産を売る表見委任に関する後日の判決⁽³⁰⁾において、破毀院は *Terreur commune* を要求した。その時、それが判例の急激な変動に関するものか、あるいは不動産の売却にかかわっていたという事実が真正所有者にとってこの極めて苛酷な処置を正当化しなかつたかどうか自問し得た。⁽³¹⁾ しかし、真の説明は、恐らく、具体的に考察される *Terreur légitime* が事実承審官 *les juges du fond* により終審的に判断されるときに、表見理論の適用条件を自ら監督しようという破毀院の意図にあつた。⁽³³⁾ 新たな判決⁽³⁴⁾において破毀院第一民事部が、錯誤 *Terreur* の性格付けを自ら監督しながら、表見委任について *erreur légitime* の觀念に復帰したとき、この解釈は確認された。⁽³⁵⁾ 従つて、表見委任の領域においてはもはや *Terreur commune* は要求されないが、しかし、*Terreur légitime* は、類似の事実上の状況に置かれた分別のある、慎重な人が取るであろう態度に従つて、抽象的に評価されねばならないと考えることができる。⁽³⁶⁾

他方 *Terreur commune* は表見所有権 *la propriété apparente* に関して最もしばしば取上げられた。この時、ある人は、全てのの人に所有者と考へられている人と取引することにより、自分はある不動産を買う、あるいはその財産に対してある権利を取得すると信じている。⁽³⁷⁾ 一方から言うところの判例の態度は大いに理解し得る。不動産の取引は急いでなされることはなく、伝統的にまじめに慎重になされる。その上、表見所有権は、全ての人の目に見える事実状態、通常占有によつて表わされている。最後に、不動産所有権を証拠立てることが非常に困難である。このことが真の法的状況を発見するのを現実的に不可能にするだろう。こんな具合だから、*erreur commune invincible* があるだろうし、ただその時は外観の証拠力が普通になされる用心を無効にする。これに反して、表見委任の場合には、普通、徹底的探究とはおうかた相容れない一定の迅速性を要求する取引関係に関する。委任の関係は委任契約の当事者

にしか関係がないので、それは第三者に知られていないだろう。しかし、何らかの方法を取れば正確な情報が得られないことはめつたにない。即ちこの点について問われたら、委任者は委任の存在を確認できるはずである。従って、*Terreur commune et invincible* を要求するならば、委任の領域においては表見理論の適用をほとんど完全に排除することになるだろう。それ故、日常の取引関係の安全を確保するために *Terreur légitime* で満足せねばならない。⁽³⁸⁾

以上の確証からして、原則的解決は *Terreur commune* を要求し、*erreur légitime* の観念は表見委任の場合にのみ例外的に認められるとみなすべきか。⁽³⁹⁾ あるいは、これに反し最も柔軟な *Terreur légitime* の体系が原則であり、専ら表見所有権についてだけ *Terreur commune* の抵抗の小島が残存するとみなすべきか。⁽⁴⁰⁾ 恐らく、その解決は、これら二つの観念のそれほどはっきりとした分割の中にはない。判例にとって多分原則も例外もなく、個々の事例それぞれの要求に応じた解答があるだけである。この点で、二つの種類の考察が重要な役割を演ずべきように思われる。

第一に、法律関係の迅速性の至上命令 *les impératifs de rapidité des relations juridiques* が重要視されることである。取引活動のリズムが速くなればなるほど、不意打ちを避けるのが困難になる。用心は遅滞の源であり、それは競争状況が手早く捕えることを余儀なくさせる諸機会を取逃がさすだろう。従って、直接に覚知できる事実状態を信頼することを正当化する表見理論が、家族の資産の保護のために編成された民法の一定の分野よりも、商取引関係にずっと容易に *Terreur légitime* の柔軟な概念を迎え入れるのももっともだと思ふ。商法と民法の区別が、*Terreur légitime* の領域と *Terreur commune* の領域の十分明瞭な分割基準を与えるだろう。しかし判例はこのような厳格な区別を受入れることに同意しない。⁽⁴¹⁾ 「静的安全」と「動的安全」との間の調停は規律により全体としてはなされる。しかしながら、商取引について迅速性の要求が一般により一層大きいことは本当であり、従って表見理論が柔軟

になったのも商取引の領域へその適用がなされてから後である。⁽⁴²⁾第二に、人を誤らす事実状態が構成されたであろうその仕方 *la façon* が、恐らくそれほど重要ではないが無視できない役割を演ずる。真正権利者がこの事実状態の作出に全く無関係のときは、彼自身が(自分の *faute* によってでないにしても)自分の行為 *fait* によってその誤った信頼を生ぜしめるのに寄与した場合よりも、彼にその表見 *l'apparence* の結果を背負い込ますことはずっと困難である。民事責任 *la responsabilité civile* の軌道にはそれにもかかわらず戻ることなしに、外観を自ら作出あるいは許容する者は、「動的安全」の要求に直面して「静的安全」の至上命令による抵抗を弱める危険を自ら犯すことになることを、⁽⁴³⁾ 少くとも認めねばならない。

しかし、究局において、すべては裁判官がなす判断にかかっている。とにかく、裁判官は表見理論が合理的な枠内に取り込められ、軽卒あるいは怠慢の奨励とならぬよう警戒するだろう。⁽⁴⁴⁾

- (1) J. Chastin et G. Goubeaux, op. cit., p. 665-666, n° 781. V. aussi F. Derrida, op. cit., n° 26, 49 et s.
- (2) J. Calais-Auloy, thèse précitée, p. 27, n° 15.
- (3) J. Chastin et G. Goubeaux, op. cit., p. 666, n° 783. 「二人だけが利害衝突する私的利益の主題においては一人の人の善意に注目することが許されることは容易にわかる。……(しかし)ここでは社会的利益を保護することが問題となっている。公的利益にかかわっており、公的利益はひたすら一人の人のみに注目することは許されないだろう。公的利益は、一個人ではなく非常に大勢が錯誤に陥ったあるいは陥る可能性のあった場合しか、おびやかされない。なんとなければその時誰もが当然のことながら信用したのであるよう表見の状況が創造されたのであるから。従って有名な *Montrouge* の婚姻事件における *Barbier* 検事総長の言葉によれば、一種の集団的善意 *une sorte de bonne foi collective* (*Demogue, Traité des obligations en général, t. 1, n° 218.*) 『大なる善意 *grande bonne foi*』に遭遇するに違いなく (Cf. *infra*, p. 943.)。これが、法諺が『commune』という言葉において暗に示すものである。錯誤は『commune』でなければならぬ。それは次のように明確化すべきである。『*terror communis*』の法的性質を探究するにおいて、『commune』という言葉そのものだけにし

ておくならば、誤らされた多くの人から引出される専ら客観的な基準を固守すべきように思われる。即ち錯誤はすべての人によってでなくとも大部分の人によって共有されるとき *commune* である。実際、錯誤は「あまねく *universellement* 共有されることは望めないだろう。何故なら実にしばしば外観を作り出した者自身が悪意であり、彼は完全に真実を知っているからだ。……判例はそれにもかかわらずその場合法諺を適用している。社会の安全がおびやかされるからである(Civ., 26 janv. 1897, D. 1900. 1. 33; Req., 21 mars 1910, S. 1913. 1. 237; Req., 14 janv. 1920, S. 1920. 1. 272; Crim., 3 mars 1923, Gaz. Pal., 1923. 1. 618.)。それ故 *l'erreur commune* を *une erreur universelle* (すべてに適用される錯誤) にすることは決して考えられなかった。即ち客観的な基準を採用するならば、『*l'error communis*』は大勢 *la masse* により犯される錯誤である。注釈者がそれについて与えた定義はそのようのものであった。注釈者は数の問題にのみ集中し、それ故にこの特別の錯誤に『*error "communis"*』と命名したのである。(M. H. Mazeaud, op. cit., p. 935-937.)

- (4) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 666-667, n° 783. 「専ら客観的な基準が不十分であることはかなり早くから明瞭になった。錯誤を犯した人の数を数えるよりも、この錯誤の事情 *la cause* を探究するほうがもっと法律的事実であるとともに衡平であることが了解された。公の秩序はだまされた人に保護が与えられることを強く要求するとしても、その錯誤が分別のある人 *un homme raisonnable* により犯され得たものであることはならない。それどころかそれは、法規を理由なく犯し又わずも間拔けな錯誤に効力を発生させるのは公序を保護することにはならない。それどころかそれは、法規を理由なく犯し又わずかな人とは言え誤らなかつた人の利益を侵害するにおいて、公序をひどく危険にさらすだろう。Pohier が書いているように、世人が『信じる正当な理由 *un juste sujet de croire*』(Pohier, *Traité de la puissance du mari*, 2^e partie, n° 28.) がある場合しか公序、社会の安全はおびやかされない。それ故探究すべきは錯誤の理由であり (Loniewski, *Rôle actuel de la maxime* 『*Error communis facti ius*』, thèse Aix, 1905.) 「専らすべきは専ら主観的な探究である。」(M. H. Mazeaud, op. cit., p. 937.)

- (5) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 667, n° 783.

- (6) J. Calais-Auloy, thèse précitée, p. 27, n° 15. 「主観的探究において数個の基準が提出された。ある者にとっては、その錯誤が無理もない *excusable* だけで、その錯誤を犯した者がいわば善良な家父の注意をもって *en bon père de famille* 行動しただけで十分である。判例はもっと厳格な態度を示した。錯誤に陥った者は『その錯誤を予測することも防止することもできなかつた』(Labbé, note sous Civ., 7 août 1883, S. 84. 1. 5.) 『如何なる人間の慎重や *aucune prudence humains* もそれに備えることができなかった』(Cass., 3 juill. 1877, D. 77. 1. 430.) のでなければならぬ」と判決は確認している。

錯誤は『それからわが身を守るのが不可能』(Montpellier, 29 avr. 1873, D. 74, 1. 412.)であったように、『最も慎重な最も注意深い人でも』——これは秀でた excellent 『家父 pater familias』である——『その錯誤を有利に解釈することを要求している者と同じくその錯誤を犯し、彼としてはそれを避け得る筈が moralement なかったような』(Seine, 10 juin 1905, Gaz. pal., 1905. 2. 119.) ものべなければならぬ。『筈が moralement』という言葉の使用は十分は『きり意味を表わす。これ以上は『きり』と主観的基準を確認することができらるだろうか。かくして判例にとっては、錯誤は無理もない excusable のみならず強制的 obligatoire 必然的 nécessaire でなければならぬ。即ちそれは『不可避的 invincible』(Req., 4 févr. 1850, S. 50, 1. 180; Cass., 3 juill. 1877, D. 77. 1. 430.) でなければならぬ。この言葉は諸判決の真意 l'esprit を十分正確に要約してゐる。(M. H. Mazeaud, op. cit., p. 937-938.)

(7) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 667, n° 783. 「この厳格さは十分に正当化されると我々は理解する。法律の強制力の原則 le principe de la force de la loi に例外をあたらずことが問題である。その錯誤をまぬがれるのが全く不可能であった場合『作り出された外観が不可避的 invincible であった場合しか、公の秩序は関係がないし、社会の安全はおびやかされない。』(M. H. Mazeaud, op. cit., p. 938.)

(8) J. Chestin et G. Goubeaux, ibid. 「この主観的基準の採用は注釈者により引出された専ら客観的な基準がもはやこの問題とは無関係であることを意味するのか。そのように思うのは間違いだらう。實際上非常に沢山の客観的な意見に過度の価値を与えるべきではないとしても、それにもかかわらずその錯誤がほとんどあまぬく犯されているときはその錯誤は避けられなかったと推定されるだらう。それ故錯誤が一般に共有されて communément partagé いたという事実是不可避性 invincibilité の推定を生ぜしめる。『terror communis』を楯にとることを欲する者はこの錯誤がほとんど一般的であったことを示すだけで十分である。その法諺の適用を避けるためにその錯誤は一般に共有されたが不可避的ではなかったことを立証するのは相手方のすることである。しかし更に進んで客観的基準にもっと多くの重要性を与えてはならない。即ち錯誤は、それが最大多数の人により犯されなくとも『terror communis』の構成要素となる。錯誤は不可避的 invincible であれば足りるのである。」(M. H. Mazeaud, ibid.)

(9) J. Chestin et G. Goubeaux, ibid. 「それでは何時錯誤は不可避的 invincible であるのだろうか。破毀院が事実承審官 les juges du fait がこの点についての最高の権限を有するものと幾度も宣言したのはもっともである。破毀院は所謂もっともらしく見える証書の理論 la théorie du titre coloré を何時も退けてきた。法典の初期の注釈者達は、錯誤はそれがもっともらしく見える証書、換言すれば官庁の発した証書に基く場合しか不可避的でない、宣言した。外観は官庁自身により

- 創造されたのでなければならぬのである。……『主務官庁の証書は l'erreur commune の言訳になり又それを正当化するところのもっともらしく見える証書である』と Merlin, Rép. v° Témoins testamentaires, § 2, n° 3. は書いた。……これは過度の厳格さを誇示するものだ。全くしばしば不可避性は官庁の如何なる証書とも無関係な状況から生じる。又破毀院は如何なる条件も提出しなかった。錯誤が不可避的であるかどうかを知る問題は純粹に事実の問題である。それ故事実承審官が自身の良心の助けによってその問題を解決する。従って、彼等は、自らを思い違をした人の立場に置いてみて自分自身その錯誤を免れなかっただろうと推測するとき、その錯誤は不可避的であると宣言する。彼等はそのとき社会の秩序がおびやかされ、社会の安全が危くなると宣言する、と書くのが恐らく素直である。優秀な『家父 pater familias』『最も慎重な le plus avisé et le plus averti』人は裁判官自身である、と判断された。『もっともらしく見える証書』があるときは錯誤はほとんど例外なしに commune であると宣言されるだろう。……現在の慣行 les usages courants も考慮に入れねばならぬ。……周知性 la publicité も優れた役割を演じているだろう。……』(M. H. Mazeaud, op. cit., p. 938-940.)
- (10) J. Chestin et G. Goubeaux, *ibid.* 『それ故判例によつては『l'erreur communis』は不可避的外観 une apparence invincible から生じた錯誤である。そして錯誤が commune であつたかどうかを知るために事実承審官がその事情 cause を探究し、この探究において事実承審官が最高の権限を持つ。法に反する事実状態が保持されるのは、社会の安全がそれを要求する場合だけである。ところで法律の厳格な適用が社会の安全をおびやかすのは、法規の違反が不可避的、必然的である場合においてだけである。』(M. H. Mazeaud, op. cit., p. 940-941.) V. aussi F. Derrida, op. cit., n° 58 et J. Calais-Auloy, *thèse précitée*, p. 27, n° 15.
- (11) J. Chestin et G. Goubeaux, p. 667-668, n° 784.
- (12) F. Derrida, op. cit., n° 26. 『程度 degré の違ひで質 nature の違ひでなから』(J. Calais-Auloy, note sous Cass. civ., 3 avril 1963, D. 1964, 308, II.) 『実際』不可避的錯誤 l'erreur invincible を要求しながら正当な錯誤 une erreur légitime で満足することにより、共通の錯誤 l'erreur communis の存在要件を軽くすることを考えることが出来るだろう。その時表見 l'apparence についての真の構想にならぬだろう。……しかし同時に法諺 (Error communis facit jus.) の伝統的意味を修正することになる(とも言うる)だろう。この知的な考え方は、(その法諺が)法規に関するならば文字通りに正当化され得、表見理論は類推法により容認されることになるだろう。しかし、その法諺を強制的準則とみなさないで、現にあるところのもの、換言すれば単なる条理的論拠 un simple argument de raison、散らばった諸解決を綜合するものとみなすならば、そのような修正は全く無用である。取引生活上の近代的諸要求が強いる解決をせひともラテン語で説明しよう』

- 「Calais-Auloy, thèse précitée, p. 28-29, n°16.) V. aussi J. Calais-Auloy, note sous Ass. plén. civ. 13 décembre 1962, D. 1963, 278, II A, et note précitée, D. 1964, 308, II.
- (13) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 668, n° 784. V. aussi F. Derrida, op. cit., n° 49 et s.
- (14) J. Calais-Auloy, thèse précitée, p. 31, n° 19 et 20.
- (15) *Ibid.*, p. 28, n° 16. 「表見理論は、権利を創造する錯誤が必ずしも不可避的 *inévitable* でない以上、第三者は表見の利益を受けるためには実際にその外観にのみ誤らされたことが肝要であり、この第三者が善意で *de bonne foi* あることが肝要である。そこで、この仮定を権利の発生が善意 *la bonne foi* の存在に從属した他の諸仮定に近づけ、そして善意が一般に創造的効力を有すと結論してみたい気になるだろう。その時は表見理論は善意に認められた創造的効力の特別の適用例でしかないことになろう。更にこのように理解するならば、何故善意の觀念が権利を創造し得るのかを説明するために、善意の觀念を明確にせねばならない。この問題に身を傾けた大部分の学者 (Breton, *Les effets civils de la bonne foi*, RCLJ, 1926, 86.—Lyon-Caen, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, RTD Civ., 1946, 75.—Vouin, *La bonne foi*, Thèse Bordeaux, 1939. それともこの觀念の統一のために身を傾けた学者としては Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Thèse Paris, 1928.—Volansky, *Essai d'une définition expressive du droit basé sur l'idée de bonne foi*, Thèse Paris, 1929.) がこの觀念の多形現象を特徴づけた。表見に由来する権利の根拠として當てられる善意は十分明確な意味を帯びている。即ちそれは誤った信頼 *une croyance erronée* を示す。権利はある人が思い違いをしたが故にその人の利益のために創造される。……Lévy (Articles de la RCLJ, 1899, 161, RTD Civ., 1924, 59.) は根は類似の理論を異った形で示した。この学者にとっては諸権利は信頼 *des croyances* である。各個人は自分の活動の正常性 *la régularité* に正当な信頼 *une confiance légitime* を有しているだろう。たとえ自分の正当な信頼が誤ったものであることが分かったとしても、自分が當てにしていた権利を行使することができる。ここでも権利を創造するのは誤った信頼 *la croyance erronée* である。(ところで) このような構想は表見理論において個人の錯誤が演じる重要な役割を示す長所がある。しかしこの善意を表見から生じる権利の十分な説明とみなすのは行き過ぎである。当面の理論においても、それを要求する他の仮定におけると同様、善意は権利の基礎でない。M. Vouin, op. cit., n° 239. が示しているように、『善意は原則としてある状態や行為の法律上の不_レ存在又は無効を償うのに十分でない。』善意は必要ではあるだろうが、決して十分ではない。表見理論によって権利が思い違いをした人の利益において創造される。しかしそのことはどんな錯誤からでも権利が生ずるということを意味しない。更にこの錯誤は隠れた現実と違った目に見える要素からその存在の正当性を引き出さねばならぬ。それ故善意こそが表見に基

いて効力があるようになるのであって、表見が善意に基くのではない。(Vouin, loc. cit.)。勿論、善意 la bonne foi をある外観から生ずる正当な錯誤 Terreur légitime と定義することにより、言葉を観念と一致をすこともできるだろう。この意味に解された善意は確かに思い違いをした人の権利の基礎となるだろう。しかしそのように術語を明確にしても、善意理論 la théorie de la bonne foi に関して広がっているすべてに大きな混乱を増すだけだろう。何故ならそのように術語を明確にすることは善意の語句に通常の意味とは違った補充的意味を与えることになるだろうから。より新しい解決には新しい言葉を採用する方がよい。」(Ibid., p. 29-30, n° 17-18.)

- (16) Ibid., p. 31-32, n° 21.
- (17) P. Voirin, note sous Bordeaux, 10 déc. 1928, D.P., 1929, 2, 82, I.B. a).
- (18) J. Calais-Auloy, thèse précitée, p. 33, p. 23. 「かくして更に、不動産の占有についての善意は、果実の取得、所有権取得の期間の短縮を許すにすぎない、かくしてかきぎなご。かくして更に、不動産の占有についての善意は、果実の取得、所有権取得の期間の短縮を許すにすぎない(動産の占有に反して不動産の占有は犯された錯誤を正当化 légitimer するのに十分な所有権の外観を創造しない)。」(Ibid.)
- (19) Ibid.
- (20) Ibid., p. 36, n° 27.
- (21) Ibid., p. 35, n° 25.
- (22) J. Calais-Auloy, note sous Cass., civ., 29 avril 1969, D. 1970, 24, IB. この点については F. Derrida は次のように述べている。「(Terreur légitime による) 第三者は de bonne foi (善意) なければならぬ。その上、この錯誤が保持され得るためには第三者は如何なる faute (過失) も犯さなかったものでなければならぬ。……善意の第三者、換言すれば表見の状況について現実だと思った第三者のみが保護される (V. Req. 23 mai 1870, D. P. 72, 5, 310; 4 août 1836, D. P. 97, 1, 605; Poitiers, 22 févr. 1897, sous Civ. 14 déc. 1898, D. P. 99, 1, 137; Req. 5 mai 1925, D. H. 1925, 367; 20 mai 1935, D. P. 1935, 1, 97; 12 févr. 1941, S. 1941, 1, 68; Civ. 9 avr. 1964, Bull. civ. 1, n° 170; 4 janv. 1965, D. 1965, 218; 8 juin 1966, Bull. civ. 1, n° 354, Rev. trim. dr. civ. 1967, n° 4, obs. Chevalier)。……(かく) 第三者が自分の善意を利用し得るためには、表見の状況について現実だと思っただけでは十分でない。更に、何よりも自分の錯誤が許せる excusable、換言すれば過失を犯さなかつたことが必要だ。……諸判決は、表見理論を適用するとき、第三者が過ちに陥らなかつたことを指摘するよう気をひたす (Ass. plén. civ. 13 déc. 1962, D. 1963, 277, note Calais-Auloy; Paris, 19 nov. 1964, J. C. P. 1965, IV, 8; Trib. grande inst. Nice, 30 juin 1966, Rép. Defrénois 1967, 441, note Rouillier)。」

- 破毀院は、受任者の通常の権限内に入る行為を前にして第三者の la faute (過失) を指摘せずに表見理論を斥ける判決を「正しくない」と宣告するのをためらわぬ (Soc. 12 nov. 1954, Gaz. Pal. 1955. 1. 113.)」(F. Derrida, op. cit., n° 64, 65, 73.) 「la croyance légitime (正当な信託)」破毀院は、第三者の la bonne foi (善意) の必要なくして第三者の faute (過失) の不存在とは別の要素を要求しているのか。必要な吟味に取りかからなければ第三者が犯した過失は、彼の錯誤の正当性 la légitimité de son erreur と相容れなければ確かである (V. Civ. 6 déc. 1967, D. 1968, Somm. 33, Bull. civ. 1, n° 359; Civ. 29 avr. 1969, D. 1970, 23, note Calais-Auloy, précité; 5 janv. 1970, D. 1970, 130; adde les réf. citées supra. n° 50.) それ故如何なる保護も彼に与えるべきを拒まれる。しかしこの見透しにならば la croyance légitime に準拠する(表見委任)に関して我々が達するのは「Perteur commune に関する条件の抑止 la suppression である。他の人が現実の状況について知っていたことを考慮に入れなければ、その第三者の行動を評価するに限られる。それ故「la croyance légitime は une bonne foi caractérisée (特有の善意) こそは帰する。しかしながら、一九六九年四月二十九日の破毀院判決が委任に関する表見理論の發展を『急に制止するもの coups de frein』とみなされたことは、留意するがよい (V. Lindon, note, J. C. P. 1969, II. 15972; adde : rapport C. cass. présenté au grande des Sceaux en exécution des art. 12 et 13, Décr. 22 déc. 1967, p. 21; et dans le même sens restrictif : Civ. 5 janv. 1970, D. 1970, Somm. 45.)」(Ibid., n° 55.)
- (23) N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto*, nos 239 et 240, cité par J. Calais-Auloy, *ibid.* なぞの点については本稿本節の四参照。
- (24) N. Dejean de la Batie, *op. cit.*, nos 54 et 107, cité par J. Calais-Auloy, *ibid.*
- (25) J. Calais-Auloy, *ibid.*
- (26) J. Calais-Auloy, *thèse précitée*, p. 36, n° 27. V. aussi J. Calais-Auloy, *note précitée*, D. 1963, 279, II B. 「表見理論に関する大部分の事件において、裁判官は第三者が実際に錯誤を犯したかどうかを探究する冒険をしていない。善意を仮定しながら、裁判官はその結果がずっと確実な探究、即ち犯された錯誤が正しく legitimate であつたかどうかを自問することに専心している。」(J. Calais-Auloy, *note précitée*, D. 1970, 24, I B.)
- (27) J. Chestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 669, n° 785. V. aussi F. Derrida, *op. cit.*, n° 52.
- (28) J. Chestin et G. Goubeaux, *ibid.* 「現在の判例は、ある時は *erreur commune* の觀念、ある時は *croyance légitime* の觀念に準拠しているように見えるが、学説は、それらの觀念の各々の領域を明確にしようと努めた。先ず、最初のものを民法に第二のものを商法に適用することが提案された (V. notamment Calais-Auloy, *thèse préc.*, p. 27 et s., et notes, D.

1963, 277 préc. et D. 1964, 307 préc.; Schumacher, *La mauvaise foi en droit privé positif*, thèse daect., Aix, 1967, p. 256 et s.)。こゝに於て「上級審は民法に於ていふ亦 croyance légitime の觀念に諸般の事情が明瞭になつた (Civ. 4 janv. 1965, D. 1965, 218 ; 30 mars 1965, D. 1965, 559 ; 16 juill. 1965, Bull. civ. 1, n° 474 ; adde : Montpellier, 16 juin 1964, D. 1965, 101.)。されど、別の区別の根拠が提案された。即ち Terreur commune なる不動産権の譲渡の爲に設定行爲に關する Terreur légitime なる他の行爲に關する (Calais-Auloy, note D. 1966, 449 ; Roullier, note Rép. gén. notariat 1967, 443, et 1968, 395.)。こゝに於て「一九六五年七月十六日 (Civ. 16 juill. 1965, Bull. civ. 1, n° 474 préc.) となるや、民事部は不動産の売買に於て erreur légitime の觀念を適用した。そして一九六二年一月十三日に民事連合部が使用した文言そのものに準拠した。多数の他の判決をもちに後述同じ立場を採らうとした (Civ. 13 juin 1967, J. C. P. 1967 II, 15217, note R. L., Rép. gén. notariat 1967, 394, note Roullier, Rev. trim. dr. civ. 1968, 169, obs. Cornu ; Civ. 6 déc. 1967, Bull. civ. 1, n° 359, D. 1968, Somm. 33 ; Com. 21 mai 1968, Bull. civ. IV, n° 165 ; Civ. 22 mai 1968, Bull. civ. 111, n° 234 ; 8 nov. 1968, Bull. civ. 111, n° 455 ; 29 avr. 1969, préc., D. 1970, 23, note Calais-Auloy ; adde les autres réf. de ces décisions citées supra, n° 50 ; Civ. 5 janv. 1970, D. 1970, Somm. 45 ; adde : Paris, 19 nov. 1964, J. C. P. 1965, IV, 8 ; Pau, 18 avr. 1966, D. 1967, Somm. 70.)」(F. Derrida, op. cit., n° 52.)

(62) J. Chestin et G. Goubeaux, p. 669, n° 785 et note 39. 「商事上の表見委任に關する諸判決は、以前は包み隠されず (par exemple : Civ., sect. com., 3 mars 1953, Rev. trim. dr. com. 1954, 135, obs. Hénard.) 今更には明瞭に (Civ., ass. plén., 13 déc. 1962, précité ; V. sur ce point Lescot, *Le mandat apparent, précité.*) erreur légitime の觀念に準拠して居る。…… Terreur légitime の適用は Terreur commune の適用より更に明白なものである。判例は第三者に対して表見委任がその選ばれたる領域を成す。こゝに於て表見委任が唯一のその適用の場ではない。かゝる真正の誤りから諸効果を引出すのを暗に Terreur légitime に準拠して居る (par exemple, Civ., sect. Soc., 1 déc. 1944, S. 1946, I, 105, note R. Plaisant ; Civ., sect. com., 9 juin 1958, S. 1959, 29, note J. Autesserre ; Gaz. Pal. 1958, 2, 112.)。控訴院は「近頃、商人の外観を帯びた人に關してそれを援用した (Rouen, 16 janv. 1959, D. 1960, 177, et notre note ; S. 1960, 207, note A. Dalsace et J. Schnapira.)。会社の管理に干渉する出資者の責任 (art. 8 de la loi du 20 mars 1956) のような一定の法準則が Terreur légitime に基礎付けることが出来る。それだけ更に、為替手形に對して抗弁を對抗し得ない原則も第三者たる所持人の Terreur légitime に對して説明されると主張し得るか。」(J. Calais-

Auloy, note précitée, D. 1964, 308, II.) 「……委任は、表見理論の拡張に最も有利な領域……を決定的に構成する。一九六二年一月二三日破毀院連合部により言渡された判決 (D. 1963, 277, note J. Calais-Auloy; S. 1963, 199; J. C. P. 1963, II, 13105, note Esmein; Rev. trim. dr. civ. 1963, 572, obs. Cornu; Rev. trim. dr. com. 1963, 333, obs. Houin.) 以来、向い合った諸利益の釣合は *erreur légitime* の觀念の中に発見された。即ち、契約当事者たる第三者は、もしも彼の錯誤が正当 *légitime* であったならば、偽委任者の犯した *la faute* を探究するに及びず、表見理論に基づいて保護される資格がある。この原則が上に挙げられた (一九六九年四月二十九日) の二つの判決により再び確認された。」(J. Calais-Auloy, note précitée, D. 1970, 23.)

(20) Cass. civ. I^{re}, 30 novembre 1965, D. 1966, 449, note J. Calais-Auloy, J. C. P. 1966, 14631, note R. L.

(21) J. Chestin et G. Goubeaux, p. 669, n° 785, note 39, 「この点について J. Calais-Auloy は次のように述べている。『……上に挙げられた判決 (Cass. civ. I^{re}, 30 novembre 1965, précitée.) によつて……与えられた判決理由は、『第三者は、une *erreur commune* の存在を確証した場合しか、表見受任者を取引したと主張することはできないだろう。』と、いうことである。……別の事件で、破毀院は異った解決をもたらした。かくして、一九六二年一月二三日連合部により言渡された重要な判決における……判決理由は、受任者の権限の範囲についての第三者の信頼 *la croyance* が正当 *légitime* であったということだ。……類似の文言が、後日の幾つかの民事部の判決により、特に一九六五年一月四日 (D. 1965, 218, I^{re} espèce.) と一九六五年三月三〇日 (D. 1965, 559.) の判決により再び用いられた。この区別を如何に説明するか。三つの仮説が提唱される。第一の仮説では、上に挙げられた判決 (Cass. civ. I^{re}, 30 novembre 1965, précitée.) は、一九六二年一月二三日の連合部の判決により引出された原則を別の事件に忠実に適用したものとす。第二の仮説は、それに反して、上に挙げられた判決 (Cass. civ. I^{re}, 30 novembre 1965, précitée.) の中に、判例の真の急激な変動を見る。最後に、我々には一番もっともらしく思われる第三の仮説によれば、一九六二年一月二三日の判決に近いところの上に挙げられた判決 (Cass. civ. I^{re}, 30 novembre 1965, précitée.) は、表見理論によつて作用するべき区別のはかな輪廓を含んでゐる。……この数年 *l'erreur commune* を要求した判決だけが民事行為の非常に限られた部類、即ち不動産物権の譲渡あるいは設定行為に関しているように見える。上記判決 (Cass. civ. I^{re}, 30 novembre 1965, précitée.) は、委任の外観によりたまされ、農地を取得すると信じた第三者の例を提供している。一九六三年四月三日民事部により言渡された先の判決 (D. 1964, 306, note Calais-Auloy.) も、彼の利益のために不動産抵当権が表見所有者により設定されたところの第三者の *l'erreur commune* を援用した。不動産物権の譲渡あるいは設定行為は現代生活の迅速性の浸透するのが最も少なかった行為である。不動産を購入し、抵当権の

利益を受ける前に、細心の用心、堅固に身を護るのが、今日でも慣習である。外観によりだまされた人は、人間として可能ならゆる調査に従事して現実を発見しようと試みた場合しか、保護を受ける資格がない。l'erreur《commune》のみが善意の第三者の権利を創設し得る。それに反して、他の全ての行為においては、迅速性の要求が現代では多かれ少かれ感じられる。この迅速性の要求が余りに吟味に手間取ることを禁ずる。それ故 *une erreur commune* の被害者たる第三者のみでなく、単なる *une erreur légitime* の被害者たる第三者も、換言すれば徹底的探究をすれば現実を発見することもできたのであろうが、取引生活の迅速性と相容れないこれらの探究をなおざりにするのを状況が許すところの第三者も、保護することが必要である。第三者のなした行為の性質が民事あるいは商事のいずれであらうと (Ass. plén. 13 déc. 1962, Civ. 1^{re}, 4 janv. 1965, 30 mars 1965, précités) 、「ただその行為が不動産物権の譲渡又は設定でも設定でもなくであれば、そのようであると思われる。今までに言渡された判決の中では、この(不動産物権の譲渡又は設定に関する)か否かによる)区別が破毀院の裁判官の意思に合致するということは何も明白には示されていない。しかしながら、諸判決について最も満足すべき解釈を与え得るのはこの区別である。」(J. Calais-Auloy, note précitée, D. 1966, 449-450.)

(32) 「受任者が自分に与えられた権限を越えてなしたおそれのあることについて、原則として委任者は義務がないとしても、事実承審官により、終審的に確認されかつ判断された情状の結果、受任者は委任に従ってこの委任の限界内で行為しているものと第三者が正当に信じ得たときは、事情は全く別である。」(傍点引用者) (Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1965, précité.)

(33) J. Chestin et G. Goubeaux, *ibid.* この点について R. L. は次のように述べている。「……最も学問的論評の対象であり (M. Esmelin, J. C. P. 1963, II, 13105; M. le premier Président Lascot, J. C. P. 1964, I, 1826; M. Jean Calais-Auloy, D. 1963, 277) 委任者の *la faute* の必要性を排して、第三者の信頼の正当性 *la légitimité de la croyance* しか要求しなかったところの連合部の重要な判決 (13 déc. 1962, préc.) 以来、破毀院第一部によりその他の諸判決が言渡された。先ず、一九六五年三月四日の判決 (J. C. P. 1965, II, 14016)。……本判決は連合部の文言を又用いた。即ち、『受任者の権限の範囲についての第三者の信頼が正当であるならば、委任者は表見委任を根拠に拘束され得る。そして、この正当という場合は、第三者が受任者の権限の正確な範囲を確かめないことを許す情状において、推定される。同日、同第一部はもう一つの判決を言渡し……事実承審官は、自ら分析した本訴訟事件の諸要素を考慮して、第三者の悪意は確実であり、そのことが第三者が……表見委任を利用する可能性を必然的に排除すると終審的に確認した』と宣言した (D. 1965, 218)。最後に、一九六五年三月三〇日 (D. 1965, 559)。同第一部はその重要性が強調されるべき言葉で次のように判示した。『……原則として、受任者が自分に与えられた権限を越えてなしたであらうことについて委任者は第三者に対して責任がないとしても、事実承審

官により終審的に確認されかつ判断される情状の結果、受任者は委任によりかつ委任の制限内で行為しているものと第三者が正当に信じてきたときは、事情は別である。』この理由を提示する項目の中に *croissance légitime* の観念を再び見出す、その上そこに、この正当性 *légitimité* を弁明する情状が確認の見地よりしても判断の見地よりしても事実承審官の最高の権限に従属しているというを観察する。それ故、我々はこれらの原則の非常に重大な結果に気づく。連合部の判決の結果、一破毀院がその監督をする—*la faute* が排除されかつ事実承審官が *la légitimité* を自由に判断し得る以上、もはや破毀院の監督はなく、結局表見委任はもはや事実の問題でしかなかったということである。しかしそのような組織体系の不都合が間もなく現われ、上に挙げられた判決 (*Cass. civ. I^{re}, 30 novembre 1965, préc.*) によって反動が示された。本件は不動産所有者の公証人が署名した不動産売買契約に直面していた。事実承審官はその買主は表見委任の理論を援用することはできないと判断した。そこで本判決に対する上告理由は次の如くであった。『第三者が該受任者の権限の正確な限界を確かめないのを情状が許す結果としての受任者の権限の範囲に関する第三者の錯誤の正当性を判断しなかつたこと、そしてその受任者は売主の何時もの公証人であり、この売主の子供の後見人代理と一致してその売買取引をしたことを確認しながら、破毀院を表見委任の存在についてその監督権を行使できるようにしなかつたこと。』このようにして監督の問題がはっきりと提出された。破毀院の答えは二点で注目すべきである。一方、『*légitime*』又は『*légitimité*』の語がそこに見出されず、『*l'erreur commune*』のような古くからの用語によって表見委任の基礎がそこに明示されているということ。恐らく破毀院は次のように考えた。即ち、錯誤が無理もない又は理解し得るものであり得るならばその正当性 *la légitimité* は錯誤 *erreur* の観念よりも真実 *vérité* の観念と一致するから、使用上『*l'erreur légitime*』の文言は論議を免れないものであることが示されると。他方、特に破毀院は、自らなした検証からして、控訴院は表見委任がなかつたと推論する『権利があつた *en droit*』と宣言することにより、この *erreur commune* の判断に自らの監督権を確認した。この後者の点について、破毀院が用いているのだが、その重要性を多くの法実地家は見逃がしているところの重要ないくつかの表現が力説されるだろう。かくして、破毀院の前で彼の判決が異議を唱えられている裁判官が某事項を決定したのは『正当 *à bon droit*』であつたと、破毀院はしばしば宣告している。この『正当 *à bon droit*』というのは、一方、事実承審官は彼がしたように裁定する権利があつた *en droit*』そして、他方、事実承審官はそのように裁定したことを認可 *approuver* されると、監督をする破毀院が判断を下すことを意味する。更に、しばしば破毀院は、事実承審官は彼がしたように判決を下すことが『でき *a pu*』と決定している。この『でき *a pu*』の意味は何であるか。商事部と同じく民事第一部および第二部で、それは、破毀院が監督をする、換言すれば事実承審官の裁決は考察された点で破毀院の監督に服すということの意味する。……上に

挙げられた判決 (Cass. civ. I^{re}, 30 novembre 1965, préc.) において、破毀院は「この際特にうまく着想を得たと考えられるのだが、明確に監督の行使を示すところの『権利があった en droit』という表現を用いた。かくの如くにして、連合部により立てられた原則、即ち委任者の側の une faute の探究は無関係であるという原則は何も変更されていない。しかし、第一に『erreur commune』の文言が『croissance légitime』の代りに置かれ、第二にこの『erreur commune』に対する破毀院の監督権が確認されたのである。」(R. L., note préc., J. C. P., 1966, II, 14631.) この点について更に G. Cornu は次のように述べている。「民事第二部の判決 (30 nov. 1965, D. 65. 449, note J. Calais-Auloy, J. C. P. 66. 14631, note R. L.) は……表見 l'apparence を une erreur commune の存在に基かせ、第三者の正当な信頼 la croyance légitime にもはや基かせない。この信頼の正当性は情状次第である、あるいは少くとも最初方式化するに於いてはそのようなものとして提出されるので、破毀院は、表見委任が事実問題にしてしまわれ、事実承審官の終審的判断に委ねられるのではないかと恐れられた (V. la note signée R. L., J. C. P. 66. 14631, préc.)。特に表見が債務の第二次的ではあるがはつきりした源であると認められるならば、破毀院はその法觀念の上に自分の監督を、完全に正当化された先占を確立することを欲した。……それにもかかわらず croyance légitime の觀念は放棄せねばならないか。……もしも事実承審官に la croyance légitime をその種々の要素によって十分に特色付けるよう強要するならば、破毀院は実効のある監督を行うことにならう。つまり、破毀院は、古い体系において委任者の la faute 上に持っていた監督そのものを、第三者の faute の不在の上に再び見出すだろう (Cf. note R. L. préc.)。……従ってその限定において客観的かつその適用において色合の差のある croyance légitime の觀念が、表見の卓抜な基準、しかも柔軟な基準であり、破毀院の必須の監督と事実承審官の当を得た判断とを調和させようと思われる。」(G. Cornu, Rev. trim. dr. civ., 1966, p. 830-831.)

(34) Cass. civ. I^{re}, 23 avril 1969, (2 arrêts), D. 1970, 23, note J. Calais-Auloy; J. C. P. 1969, II, 15972, note R. Lindon.

(35) J. Chestin et G. Goubeaux, ibid. の点について J. Calais-Auloy は次のように述べている。「委任について、一九六二年一月二三日の破毀院連合部により erreur légitime の觀念が認められた。上記判決 (Cass. civ. I^{re}, 23 avril 1969, arrêts précités) による本原則の再確認は、一九六二年の判決後の諸判決において本原則を立てることが確実でなかったから、一定の重要性を帯びている。表見委任について言渡されたときか一つの判決 (Civ. I^{re}, 30 nov. 1965, précité) において、破毀院は l'erreur légitime を要求する代りに l'erreur commune を要求した。それこそ要求を増強することであったように見える。l'erreur commune は誰も免れることのできないものである。即ち最も慎重な、最も注意深い人でさえもそれに陥ったであろう。l'erreur commune よりも寛大な l'erreur légitime は、同じ状況に置かれた普通の人ならどんな

人でも犯したであろう錯誤である。この一九六五年の判決の後で、表見理論が不動産物権を動かすたびに判例は *l'erreur commune* を要求し、その他の場合には *l'erreur légitime* で十分だと判断されるのではないかと、我々は自問した。今日この解釈は間違ったものであることが示された。即ち上に挙げられた判決 (*Cass. civ. 1^{re} 29 avril 1969, (2 arrêts)*) の一つにおいて、受任者は越権してある不動産を売ったにもかかわらず、破毀院は買主たる第三者に有利に決すべく *une erreur légitime* で満足することを示した。それ故過去を顧みて、一九六五年の判決は次のように説明され得る。即ちこの時期に破毀院は *l'erreur légitime* の判断は破毀院の監督を免れると考えた。そこでこの監督を可能ならしめるため、破毀院は恐らくその要求を増強する積りなしに *l'erreur légitime* の代りに *l'erreur commune* を置いたのである (*en ce sens, note R. L., obs. Cornu, préc.; note R. Lindon au J. C. P. 1969, II. 15972, préc.*)。しかし後で、破毀院は *l'erreur commune* に帰せしめるのは表見委任の理論を余りに狭い限界内に閉込めることにならうと了解した。そこで、初めの中はおすおすと (*Com. 29 mars 1966, J. C. P. 1967, II. 15310, note R. L., Rev. trim. dr. civ. 1968, 169, obs. Cornu; Civ 1^{re}, 13 juin 1967, J. C. P. 1967, II. 15217, note R. L.*) のごく非常にはっきりと一九六二年連合部により提出された原則をほとんど逐語用いた上記二つの判決 (*Cass. civ. 1^{re} 29 avril 1969, (2 arrêts)*) において、破毀院は *erreur légitime* の觀念に復帰した。同時に破毀院は *l'erreur légitime* の判断を監督していることを示している。第一の事件において、破毀院は錯誤の正当性 *la légitimité de l'erreur* の判断を監督していることを示している。第二の事件において、破毀院は *l'erreur* が正当 *légitime* であると思つたが、その判決は法的根拠が無いということ破毀された。第三の事件において、控訴院は錯誤 *l'erreur* は正当 *légitime* でないと判断したが、破毀院はその判決は十分根拠があることを認めた。従つて、表見理論に関する破毀院の監督は決定的に承認されたように見える。我々はそのことを喜ぶばかりである。何となればかくの如くにして表見理論は合理的限界内に保持されるだろうから。しかしながら、その現在の解決は叙述するのが適當である進展の結果である。(前述の)一九六二年一月三日の連合部判決により破毀院が *l'erreur légitime* の創造的力を承認したとき、破毀院は表見理論を眞の法準則 *veritable règle de droit* とする以外のことはしなかつた。この準則の源 *la source* (こゝには議論を招くだろうが) (地方的慣習法 *coutume* か、法諺 *maxime* か、判例 *jurisprudence* か)、その存在は疑うべからざる事だ。それ故表見理論の違反は、法律 *la loi* のあらゆる違反と同じように、破毀院への上告の可能性の一場合を構成する。しかしここでも他と同じように、破毀院の監督は法準則の適用 *l'application de la règle de droit* に制限され、事実 *les faits* にまで拡大され得ないだろう。事実の終審的確認は事実承審官に属する。こゝで(前述の)一九六二年一月三日の判決において、破毀院連合部は、錯誤の正当性 *la légitimité de l'erreur* の探究は事実問題を構

成し、従つて破毀院の監督権内に入らないものとみなした。後の諸判決も同様であった (Civ. 1^{re}, 4 janv. 1965, 1^{re} espèce, préc.; 30 mars 1965, préc.)。やがて、破毀院はそのような自由主義の危険を覚った。監督をしないならば、*erreur légitime* の観念は無秩序な発展をし、表見理論は留まるべき從属的位置から脱することになる (Cornu, obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1966, 830, préc.)。そこで、初めて、一九六五年一月三〇日民事第一部により言渡された判決 (Civ. 1^{re}, 30 nov. 1965, préc.) によつて、破毀院の監督が行われた。しかし *erreur légitime* の観念は如何なる監督とも相容れないように見えたので、一九六五年一月三〇日の判決はその代りに *erreur commune* の観念を用いた。(しかし) 最後には極度の變動をして、破毀院は最も満足な現実的解決に達した。即ち、破毀院はその監督権を完全に保持しながら、*erreur légitime* の観念に復帰した(上にその理由述べた)。それは事実承審官に伝統的に留保されている領域を破毀院が侵蝕するということになるか。そう断言するのは甚だ大げさであらう。事実承審官が最高権限を持つ領域である事実の具体的確認と破毀院の監督下に置かれる法準則の適用との間に、非常に重要な中間帯が存在し、それは事実の性格付け *la qualification* や更には事実の包摂 *la subsumption* の地帯であり (G. Marty, *La distinction du fait et du droit*)、又具体的に確認された事実が法準則の適用に必要な条件を満たしているかどうかを決定することにある。これは正しく裁判官が表見についてその錯誤 *l'erreur* が正当 *légitime* かどうかを自問するときになすことである。ところで、事実に関する性格付けと法に従属した性格付けとの間を満足に区別するのが不可能なため、学説は性格付けの全てが破毀院の監督権に服すと考えた (G. Marty, op. cit., n. 115; Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse, Lyon, 1948, p. 154; F. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, 1966.)。判例に関しては、その解決をまた一般化してしまわずに次第にその性格付けの監督を承認する傾向にある。例えば民事責任について一九世紀の終り以来行われていた *la faute* の監督を思い起すだけで十分である。損害を引起した人の挙動を判断することに慣れている破毀院は、外観を信用して契約を結んだ人の挙動を判断する自身の権利を論理的に認め、錯誤の正当性 *la légitimité de l'erreur* の監督は進展の方向に行つており、他の主題における性格付けの監督の新たな拡大を恐らく予告している。事実承審官の最高権限の何が残るか。その領域は疎略にし得ない。即ちそれは事実の具体的確認の領域である。例えば、契約当事者たる第三者がした、あるいはなおざりにした調査について、破毀院は監督をする必要がない。第三者が犯した錯誤の存在あるいは不存在を、破毀院は監督することさえできないだろうと思われる (en ce sens, Cornu, obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1966, 830.)。一九六五年一月四日破毀院民事第一部により言渡された判決 (2^e espèce, préc.) はこの点を全く尊重した。即ち、破毀院は契約当事者たる第三者の悪意 *la mauvaise foi* を確認する最高の権限を事実承審官に残して置いた。本当は、この平面において事実

は法から完全には区別されない。何故なら事実承審官が第三者は *erreur légitime* を犯さなかったことを示すとき、その判決を基礎付けたのは錯誤 *erreur* の不在か正当性 *légitimité* の不在かを必ずしも明確にしないからである。それ故、破毀院は性格付の監督だけをするのが非常に困難となる。そこで破毀院は、*la mauvaise foi* (悪意) から引出された論拠と *l'ilégitimité de l'erreur* (錯誤の不当性) から引出された論拠との間を選択することなしに、その判決全体に自らの権限を行使することになる。上に挙げられた第二の判決 (Cass. civ. I^e, 29 avril 1969, 2^e espèce, préc.) はこの曖昧の良例である。それは破毀院の監督権の新たな拡張—不当な拡張—に通ずる危険がある。」(J. Calais-Auloy, note précitée, D. 1970, 24-25, I A, II)

(36) J. Chestin et G. Goubeaux, *ibid.*

(37) J. Chestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 669, n° 785. 「時々判例は、古い法諺《*Error communis facit jus*》が実施されなくなったことは決してないことを我々に思い出させる。事の勢へ、表見相続人の理論 *la théorie de l'héritier apparent* がその最も頻繁な適用を構成している。上記判決 (Cass. civ., 3 avril 1963, préc.) は、表見相続人の理論が唯一ではないのであって、所有権に関する権利の全てに適用されるべき表見理論がその法諺から生じていることを全く正当に我々に示した。……所有権に関する表見理論は法諺《*Error communis facit jus*》の純然たる適用を構成する。共通の *commune* 従って不可避的 *inévitable* な錯誤によって、ある人が所有者であるように第三者に見えたならば、その第三者のために、あたかもその人が実際に所有者であったかのように全ては起るだろう。……*l'erreur commune* は善意の占有 *la possession de bonne foi* と比較し得る。即ち法律は、真正所有者と取引していると誤って *à tort* 信じた人に所有権(あるいはもっと一般的には物権)を取得させる。しかし、もっと詳細に類似点を明確にするのが面白いであろう。これらの二つの理論は一致しない。占有者 *le possesseur* は、自分の錯誤 *son erreur* (自分の善意 *sa bonne foi*) が、*une erreur commune et inévitable* と似ていなくにしても、所有者となる。これに反して、*l'erreur commune* の被害者たる第三者は占有者でないにしても所有者となる。一方では事実状態(占有)から法的状态(所有権)への変化がある。他方では現実を知る何の手段も持っていなかった第三者の保護が問題である (V. H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, n°s 1404 et 1411)。表見理論において重要なことは、誤って *par erreur* 虚偽の所有者から取得した人の占有ではなく、虚偽の所有者自身の占有である。この占有は、虚偽の所有者を表見所有者にすると同時に、取得者の錯誤 *l'erreur* を共通かつ不可避的 *commune et inévitable* にするのを実際に寄与する。表見理論においては、占有が占有者に所有権を授けるのでなく、その占有者と取引した人に所有権を授けることができるのである。實際上、表見理論が有形の動産 *les meubles corporels* に適用されること

はほとんどないであろうことは本当である。いわば防止的役割を演ずる二二七九条(動産)に関しては占有は権利に相当する)が占有と所有権とを即刻一致させることにより、人を誤らす外観を停止する。しかし、表見理論は不動産についてはその全有用性を失わない。不動産については、少くとも十年の期間の終りにしかその占有は所有権に変えられない。従って、この期間の間第三者は占有者を真正所有者と思ひ違ひをする危険を冒す。いわんやその占有者が外観上有効な権利証書 *un titre* を有し、その権利証書が正規に発行されたものならば、そうである。こんな具合だから、一九世紀以来、表見不動産所有権があの一連の判決を生じさせたのは不思議でない。現在まで、大部分は、表見続人によりなされた行為に関し (Civ. 26 janv. 1897, D. P. 1900. I. 33, note L. Sarrut; Req. 20 mai 1935, D. P. 1935. I. 97, rapport Pilon, note Capitany) 時折無権限の教団 *les congrégations* の名義人によりなされた行為に関し (Req. 19 mars 1946, J. C. P. 1946. II. 3125, note E. Becqué. — 但し、本判例は表見株式会社 *une société anonyme* に関するもので、引用の手違ひがあったと思われる)。上記判決 (Cass. civ., 3 avril 1963, préc.) は、それが表見所有権の全ての場合に拡大されるべきことを我々に示した。(J. Calais-Auloy, note préc., D. 1964, 307.)

(88) J. Chestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 669-670, n° 785. この点について、更に F. Derrida (*op. cit.*, n° 54) は次のように述べている。「この区別は承認されるべきである。受任者が参加しないときは、仮りにも真正権利者とは全く無関係な人と第三者は取引する。真正権利者が、自分の知らぬ間に、又それに少しも率先して着手することなしに行われた行為を守る義務を負わされるためには、表見的情況が真実のように見え、世間共通に *communément* そのようであることが必要である。従って *terreure commune* が真正権利者の保護と成り、同時に第三者の宥恕と成る。これに反して、委任又は偽委任があるとき(一九六九年四月二十九日の前述の判決 *Cass. civ. I^{re}, 23 avril 1969, préc.* において、破毀院により委任の不存在 *l'absence de mandat* が越権 *l'excess de pouvoirs* と同じに扱われた。V. rapport C. cass. au garde des Sceaux en *exécution des art. 12 et 13, Décr. 22 déc. 1967, p. 21.*) 第三者はその受任者を引入れるものと信じている。提出されるのはもはや権限の問題でしかない。即ち第三者は権限の範囲を確かめねばならないか。情状が確かめるのを免除するときは否であると判例は答えた。その時受任者の権限の存在や範囲についての第三者の信頼 *croiance* は正当 *légitime* である。実際、第三者を委任者に対抗させる争いにおいて、如何なる *faute* も(両者に)無い場合、委任者が犠牲にされるのがもっともだと思ふ。信頼するに値しない人に委任をし、あるいは委任の追認をする様子することにより、委任者は危険 *un risque* を作り出したのであり、彼はその結果を背負い込まねばならない。民法典二〇〇五条、二〇〇八条、二〇〇九条において、立法者はそのように解決した。二二七九条一項に關しても立法者は別の考慮に従わなかった。この点で、表見理

論は危険に基礎付けられていることを認めねばならない。実際、表見的状況が作り出されるままに任せることにより、委任者は、自分がその結果を自分の責任として引受け、第三者はその犠牲にならないという態度を取ったのである。」

- (39) J. Chestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 670, n° 785. この立場に立って F. Derrida, *op. cit.* は、その第三節表見理論の適用条件、第一款表見の構成要素、第一項表見の物的要素 *élément matériel*、第二項表見の心理学的要素 *élément psychologique* のうち、第二項表見の心理学的要素として *l'erreur commune* を挙げ、次のように述べている。「実際には、破毀院は専ら表見委任についてだけは *croiance légitime* の觀念に準拠した。……しかし、委任に関しない以上、個人の善意 *la bonne foi individuelle* の上に *l'erreur commune*、即ち一種の共同の善意 *bonne foi collective* を破毀院は要求する。……全ての場合に、表見委任のみが上の n° 55 に述べた (*la croiance légitime* による) 解決に服す。それを他の表見の事例に拡大することはできないだろう。それら他の場合にはもっと厳しい要求をせねばならぬ。特に、時効による所有権取得の準則 *les règles de l'usucapion* を完全にひっくり返さなければ、表見所有権について第三者の善意で満足することはできないだろう。時効による所有権取得は、善意の上に一定期間の占有を要求する。他方表見理論は即時の取得を実現するのを可能ならしめる。善意と結び合わされた *l'erreur commune* のみがこの結果に達し得る。」(Ibid., n° 53, 56.)

- (40) J. Chestin et G. Goubeaux, *Ibid.* の立場に立って J. Calais-Auloy は次のように述べている。「この数年、*l'erreur commune* を要求した判決だけが、民事行為の非常に限られ部類、即ち不動産物権の譲渡あるいは設定行為に関しているように見える。……不動産物権の譲渡あるいは設定行為は現代生活の迅速性の浸透するのが最も少かつた行為である。……それに反して、他の全ての行為においては、迅速性の要求が現代では多かれ少かれ感じられる。この迅速性の要求が余りに吟味に手間取ることを禁ずる。それ故、*une erreur commune* の被害者たる第三者のみでなく、単なる *une erreur légitime* の被害者たる第三者も保護することが必要である。」(J. Calais-Auloy, *note préc.*, D. 1966, 450. これについては本注(16)参照。)「表見委任のために認められる *erreur légitime* の觀念は表見理論の適用の全てに拡大されるべきでないか。確かに、表見所有権の場合に判例は伝統的法諺 *Error communis facti ius* に忠実なままで見えるように見える (Civ. 1^{re} 3 avr. 1963, *préc.*)。しかしながら、ある人がその所有者であるように見えるところの不動産を売るときは *l'erreur commune* を要求し、受任者が表見的権限によって不動産を売るときは *l'erreur légitime* で満足すべき本当に決定的な理由は何ら存在しない。その判断が情状にかかっている *l'erreur légitime* は全ての仮定に適用されるに十分順応性に富んでいる。それについてなされるかもしれない濫用に関しては、破毀院がその時以来自らに認められた監督権によりそれらは除去される。 *erreur légitime* の觀念の利益のため *erreur commune* の觀念が無くなること、上記判決 (Cass. civ., 29 avril 1969, *préc.*) の理論の中

「さめるよつに思われる。」(J. Calais-Auloy, note préc., D. 1970, 24.)

(41) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 670, n° 785 et note 43. この区別の基準を提唱した J. Calais-Auloy (thèse préc.; notes préc., D. 1963, 278, D. 1964, 308.) の後程この基準を断念した (note, D. 1966, 450.)。

(42) J. Chestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 671, n° 785, note 43.

(43) Ibid., p. 670-671, n° 785. V. aussi G. Cornu, observ. à la Rev. trim. dr. civ., 1963, p. 574.

(44) J. Calais-Auloy, note préc., D. 1964, 308.

あとがき

表見理論は、現実には反しているにもかかわらず真の状態であるような外的特徴を示す法律状態により誤らされた人がなした行為を、全く正常な状態にその基礎を有す行為と同じように取扱うものである。このような表見理論は社会的必要性により強いられる。しかしそれは従来からの諸原則、即ち合意の自由(民法典一一三四条)、契約の相対的効力(民法典一六五条)、人は自分自身が所有するより以上の権利を譲渡することはできない *nemo dat quod non habet* という準則等々に明白に矛盾するように見える。勿論、条文は何時も法原則の例外を予測するものであるから、法律が以上の諸原則に反することを規定することは何ものも禁じ得ない。しかし、法律が何も規定していない場合にもそれを許容するのは余りに大胆不敵であるように思われる。それは法規そのものの権威を損ねるだろう。このようにして当然のことながら立法規定の中に表見理論の支点が拽されたのである。最大部分の学説と非常に多くの判決は民法典一三八二条および一三八三条により確立された *faute* に関する民事責任の原則に表見理論を基礎付けようとした。かくして *faute* の觀念が表見に関するあらゆる種類の判決において指導動因となった。しかし、實際上民事上の

faute の観念は、はっきり捉え得る輪廓を持たない捉えどころのない観念であり、人が批判し得ない態度はほとんどないのでほとんどの状態に適用される観念である。又 *faute* が道理上明らかに存在していない、あるいは *faute* が非常に軽いので、その制裁は道徳上も不均等であることがある。そのような場合には *faute* の観念はもはやこのような術策なしには強い得ない判決を合法化するためにしか参加していないことは明らかである。このようにして判例は *faute* の観念を完全に変質させてしまった。確かに判例は *faute* でない行為又は不行為をそのようなものだと称することをためらわなかった。しかし、人は自分に何らの *faute* もないならば不行為あるいは準不行為の責任を自身で負うものではないと考えられている。そこで、そのような場合、表見委任に関しては、多くの他の判決は民法典一三三四条五項の使用責任に訴え、同一三三二条および一三三三条の不行為責任によって自らを正当化しなかった。そのような解決は不忠な代理人が表見受任者と被用者の二つの資格を兼任しているときには理解されるのだが、被用者の資格は彼と使用者との間の従属関係を前提としているので、非常にしばしば受任者が被用者でないことがある。そこで、他方、久しい前から民法典一三三二条の適用と平行して、真正権利者が非の打ちどころのない場合でも表見に効果を与えるもう一つの流れが存在した。しかし、そのような判例はまれにしかなく、その上不明瞭なものであったのだが、ついにそのような解決が、表見委任に関して、一九六二年一月三日破毀院民事連合部により「委任者に非難され得る *faute* が無くとも委任者は表見委任を根拠に拘束され得る」と正式に確認された。かようにして、表見は法律効果を生ぜしめるために民事責任のパイプを必要としなくなった。但し *faute* は必要でないにしても、それが存在するときは第三者の犯した錯誤を正当化するためにそれを考慮に入れねばならない。結局、表見理論は委任者の現実の *faute* が無いのに是非ともそれを保持するための技巧を無用にする利益を何よりも提供することに

なった。ところで、表見理論はその法的根拠を *faute* に見出さないとして何に見出すのか。一般に、「世間共通の錯誤は権利を創造する *Error communis facti jus*」と云うローマ法あるいはフランス旧法から伝わった諸法詔の一つに訴える傾向があった。ローマ法の威光を笠に着た本法詔はフランス最高法院パルルマンの判例により文句なしに採用され、パルルマンの判例を継承するフランス裁判所も絶えず増大する事件に本法詔の適用をすることを止めなかった。このようにして、本法詔は表見的肩書人のなした行為を存続させるのを正当化させた。そして、破毀院は、一九六三年四月三日表見所有権に関する訴訟において、「*erreur commune* (世間共通の錯誤) に動かされて行為する善意の第三者はその権利を表見所有者からも真正所有者からも受けつがない。法律(の効力)により授与される。」と宣言することにより、そのような構想を完全に確認した。ところで、法詔「*Error communis facti jus*」は非常に明確な意味を有している。即ち「*erreur*」はそれが「*commune*」である限りにおいてのみ権利を創造するということである。その基準は初めは客観的で、その錯誤 *erreur* が世人全体により共有 *partager* されたかどうかが問題であった。しかし、法的観念の洗練と共に客観的基準の代りに主観的基準たる不可避性 *invincibilité* の基準が置かれた。しかしそのような厳格さは取引関係の安全性には過度であり、都合の悪いものと感じられた。そこで、それほど厳しい要求をしないもう一つの観念である *erreur légitime* (正当な錯誤) に訴えられた。しかし、表見理論の法的根拠が法詔「*Error communis facti jus*」とは変えられたようには見られなかった。そして、*erreur légitime* の観念が成功を収めたにしても *erreur commune ou invincible* の観念に全く準拠しなくなったわけではなく、判例は両方の系統に結びついた。但し、*erreur légitime* を呼び起す非常に多くの判決が表見委任について下されたことは議論の余地がない。もっとも不動産売買の表見委任に関する一九六五年一月三〇日の判決において、破毀院は *erreur commune* を要

求した。その時、それが判例の急激な変動を示すものか、あるいはそれが不動産売買に関するものであったから *erreur commune* を要求したのか自問された。しかし、真の説明は、具体的に考察される *erreur légitime* が事実承

審官により終審的に判断されるときに、表見理論の適用条件を自ら監督しようという破毀院の意図にあったことが、一九六九年四月二九日の判決において、破毀院が錯誤の性格付けを自ら監督しながら表見委任について *erreur légitime* の觀念に復帰したとき、確認された。他方 *erreur commune* は表見所有権に関して最もしばしば取上げられた。そこで、原則的解決は *erreur commune* を要求し、*erreur légitime* の觀念は表見委任の場合にのみ例外的に認められるとすべきか、これに反し *erreur légitime* が原則で、*erreur commune* は専ら表見所有権についてだけ残

存するものとみなすべきかについて、説が別れた。しかし判例にとっては原則も例外もなく、個々の事例の要求に応じた解答があるように思われる。この点で次の二点が重要な役割を演ずるように思われる。第一は法律関係の迅速性の至上命令、第二は真正権利者が外観作出に寄与したか否かである。そして、すべては裁判官がなす判断にかかっているのだが、しかし、破毀院の確固とした監督により表見理論は合理的な枠内に取り込められるだろう。

さて、以上のような表見理論の判例、学説上の歴史的展開は、法律行為の解釈における裁判官の役割についてのグノーの論述⁽¹⁾により、その妥当性が確認され、かつ補充されるように思われる。即ち、法律行為における当事者の「意思」の代りに表見取引における真正権利者の「faute」を置くならば、グノーの論述がほとんどそのまま、あるいはより以上に表見理論に妥当すると思われる。即ち「問題のすべては、裁判官は表見取引について自分の果すべき積極的役割をそれを擬制的 *faute* の背後に包み隠すことによってより良く果すかどうか、又フランスの古典的学説の技術的方法が裁判に付せられるべき者に最も堅固な安全性と確実性の保証を付与するか」ということである。しかし、「ど

んなに不条理又は不適法に見えようとも、少しの技術的手腕により想像上の何等かの『faute』から容易に演繹し得ない判決はない。」他方、錯誤又は信頼の正当性 *légitimité* の判断は結局衡平や一般的利益をその判断基準とすると思われるが、「衡平や一般的利益の偉大な観念を使用するにおいて裁判官が不可避的に感じるであろうところの、一般的意識の主張に従うことの必要性が、裁判官に対して、あらゆる悪用の気持に対するためになる予防物を構成するだろうと考えることが許される。不当な判決でも『faute』から生じたものとして示すならば、恐らく世論も容易にその判決に服するだろう。しかし衡平の名において不公平な判決を下し、又は一般的利益の名において反社会的判決を言渡すことも、世論は容易に黙許するだろうか。そのようには思わぬ。」それに、「非常に恐れられている(裁判官の)専断に対しては、破毀院の規制的介入が最も有効な救済手段となろう。そのお陰で、類似の訴訟が、明らかに擬制的『faute』の名の下に種々の裁判所により相反する方向に解決されるのをはや見ないだろう。破毀院のみが、慎重だが広範な確固とした監督により、法の一般的適用に統一性、確実性、不動性をもたらさだろう。」

そこで、残された問題は、判例の具体的検討を通して、表見理論とりわけ表見委任制度の適用に破毀院により統一性、確実性、不動性がどのようなにもたらされているかを見ることであるように思われる。そして、フランスの判例上表見委任に関して用いられている「正当な錯誤又は信頼 *l'erreur ou la croyance légitime*」の観念が、日本民法上表見代理の原則的規定とも解されている一〇条の「信ずべき正当の理由」の判例上の観念と如何なる異同性を有するかを、比較検討してみる必要があると思われる。これらの点に関する検討は、次の稿において行う予定である。

(1) 「明らかに裁判官の第一の任務は、当事者の現実の意思……に効果を与えることだ。……しかしながら、意思の尊重は、それをいくら強調しても……当事者は決してすべてを考え、すべてを予測し、すべてを規整しないことを認めねばならぬ。

将来の細部の事まで当事者は予測し、彼等の契約上の用語そのものの中に可能な困難のすべての解決が見出されるという見解は……民法典の注釈者の見解であった。……(しかし)このような概念作用は偽りそのものだ。エールリッヒが非常に適切に識別しているように、不確実性や曖昧さは一定の問題について意思が不完全に表示されていることからでなく、この問題について意思が存在しなかったことから生じる。それはフランス判例が余りにもしばしば忘却していることだ。我々が判例を非難するのは……ほとんど決して予測されなかったことを予測されたとかく仮定するに於て、余りにもしばしば想像的意図を採用するからであり、何もない所に何かを見出し、契約当事者がお互いに提出しなかった問題に如何なる答えを与えたかを知ることが出来る程十分洞察力が鋭いと自負するからだ。フランス裁判官には、少くとも表面は、意思が契約上 *Droit* (権利) の唯一の源であり、従ってあらゆる判決の唯一の適法な基礎であるという原則が非常に浸み込んでいるので、現実の意思を持ち合わせぬときは擬制的意思を作り出すが必要なようだ。……(しかし)明らかに存在しない「共通の意思」以外の基礎を有さぬ判決は「理由」のない判決であり、従って破毀院の厳しい批判を受けるに値いする。……それではそのような場合裁判官はどうか。共和暦八年の民法草案は次のように述べた。『民事事件に於て明確な法律が無い場合は裁判官が衡平遂行の機関だ。』意思は無言、不可知、又は相矛盾し、如何なる補足的法律も、十分に確立された慣習も採用され得ぬとき、契約の解釈者が問い合わすべきは衡平だ(二一三五条参照)。衡平について、……最も明瞭な定義はアリストテレスの定義だ。……法律は一般的かつ抽象的正義を示すのに反して、衡平は具体化されかつ個別化された正義である。しかしいづれにしても同じ正義だ。それ故全く当然のこととして、衡平に従って裁定する裁判官のことを「具体的事件の立法者」であると言うことができよう。……一言にして言えば、主観的意図が存在し又は疑わしいとき、裁判官は客観的正義を探究する。裁判官は単なる記録装置でなく、立法者と同じように *Droit* (法) の活動的代弁者だ。又立法者同様、裁判官は単なる個人意思の受任者でない。即ち衡平に従って裁定する裁判官は法律の代表者、より以上に *Droit* (法) と正義の代表者だ。……我々はここで一つの異議、契約の解釈についてドイツ学説が提起したもので見かけは最も重大な異議にぶつかる。次のように言われている。『判例が慣れ親しんでいる黙示の意思や共通の意思を放棄することは十分警戒しよう。確かに時としてこれらは擬制だが、これらの擬制は有用だ。即ちこれらは裁判官を拘束し、裁判官の解釈の仕事に何よりも法生活が必要とする正確性と厳格性を与える。衡平や一般的利益のような曖昧で一貫性のない観念から裁判所が公然と着想を得るのを許すことは、すべての専断への道を開き、又法律関係を無秩序と不安全に委ねることにならう。』このような異議は裁判官の役割についての古典的構想から生じている。即ち専断の恐れから、裁判官の如何なる固有の活動も否定し、彼の個人的考えを無用にしようと試み、法律と契約の機械的記録が彼の全任務を構成するとする。……しかしこのような構想はも

う役に立たぬ。歴史も、裁判官が決して厳密に立法意思や契約意思の機械的解釈者の職分に帰せしめられなかったことを、はつきり示している。すべての諸国民の間で、裁判官は、立法者と同じく又しばしば立法者以上に『社会的争いの仲裁人』、『社会の進歩の調整者』、『droit (法) の不可欠な念入りな作成者』であった。この司法当局(者)の積極的役割、『判例の親衛隊の力』は、通常その権化とされるローマの司法官裁判所、又はフランス古代の *parlements* (パルルマン) やイギリスの *equity* (エークイティ) 裁判所にだけ見出されるのでなく、成文の法典編纂現象もそれを局限することなく、民法典後のフランスにも見出され、……人がどんな風に振舞おうと、裁判官は決して単なる機械とはならぬだろう。何時も法律の欠缺や曖昧さや契約上の予測の不可能性が一定の『専断』を避けられなくするだろう。……そこで、問題のすべては、裁判官は契約について彼の果すべき積極的役割を、それを擬制的意思の背後に包み隠すことにより、より良く果すかどうか、又フランスの古典的学説の技術的方法が、裁判に付せられるべき者に最も堅固な安全性と確実性の保証を付与するかどうかを知ることだ。我々の意見はそのようでない。擬制的意思の中には裁判官が正にそこに置こうと思うものしかない)、……確かに無言の意思に衡平の方向に喋らすためにしか擬制を用いぬ限り、自由しいことは何も無い。しかし、想像上の意思の名に於て、往々完全に尊重すべき現実の意思の行動を阻害する恐れがある。その時それは最大の専断となろうし、又この危険に対して古典的学説は何等の頼みになる手段も与えぬ。専断が擬制の覆いの下に滑り込むとき、それは裁判官の技術的手腕の限界以外にはや限界を有さぬ。裁判官が鋭敏で抜目なく、適切に擬制的意思を案出し、それを組み合わせ、非常に適切な何等かの技術的構成に訴えるすべを心得ているとき、裁判官は思う存分専断を享樂し得、彼の権能は如何なる障害にもぶつからぬ。何故なら、どんなに不条理又は不適法に見えようとも、少しの技術的手腕により、想像上の何等かの『共通の意思』から容易に演繹し得ない判決はないから。それ故、裁判官を抑制し、あらゆる専断を予防するだけのものを古典的擬制の中に発見すると思うのは、当てにならぬ幻想によつてでしかない。……實際、最も危険な専断は己れを知らぬ、又は知らぬ振りをする専断だ。裁判官は演すべき積極的役割を有し、不存在の意思の解釈者でなく、*droit* (法) の代弁者、衡平の代表者であると平直に言うとき、裁判官は、彼の権能の範囲をよりはつきりとう覚し、彼の倫理的社会的責任についてより強い自覚を得るだろう。他方、『学説』も、意思の問題はわからなくてよいという尤もらしい口実の下に、判例を鼓吹するという学説の自然な機能を放棄する代りに、衡平や一般的利益の要求の積極的分析により、裁判の準備工作をするようにもつ意を決して努力するだろう。他方、衡平や一般的利益の偉大な観念を使用するに於て、裁判官が不可避的に感じるだろうところの、一般的意識の主張に従うことの必要性が、裁判官に対して、あらゆる悪用の気持に対するためになる予防物を構成するだろうと考えることが許される。不当な判決でも、『共通の意思』から生じたものとして示すならば、恐らく世論も容易にその判決に服するだろう。しか

し、衡平の名に於て不公平な判決を下し、又は、一般的利益の名に於て、反社会的判決を言渡すことも、世論は容易に黙許するだらうか。そのようには思わぬ。最後に、何よりも、裁判官の専断は、破毀院のより広範で積極的な監督の中に一つの限界を、又裁判に付せられるべき者は必要な安全を見出すだらう。……当事者の所謂共通の意思の背後で、非常にしばしば裁判官が討議しかつ一刀両断に解決しているものは、事実問題でなく droit (法) 問題である……法律行為の解釈を対象とした多くの訴訟に於て、『如何なる種類の如何なる事実も争そわれていない』ことは明白だ。係争問題は『当事者は何を意図したか』でなく、『当事者は何を意図すべきだったらうか』、又はより正確には『事実はどうであり、又認知し得る意思はこうである』ので、droit (法) 的見地よりすればそれから如何なる結果が出て来るか、如何なる判決を衡平は強いるか』ということだ。ところでこれはもはや事実でなく droit (法) に関する。……ところで、法的問題に関わる至る所で、破毀院は監督をする権能を有する。確かに、フランス最高裁判権は、その制度を支配していた最初の觀念に従つて、制定法の条文そのものを明らかな侵害から守るためにしか介入しなうと言つていた時があった。しかし、實際的要求の圧力下に、堅固な法的組織をフランス国に保証するべく、フランス最高裁判権は如何にその任務を拡大し、私法の全領域にその規制力を少しづつ拡大せねばならなかつたかは喚起するに及ばぬ。……破毀院の所謂意思の探究を根拠とした系統的権力行使の回避は、正義の否定とは言わぬが正義の放棄とならう。實際、半世紀来、フランス最高裁判所が進むべき方向を見出したように思われるのは、この法律行為解釈のより有効な監督の道だ。当事者の意思の尊重を確かなものにするという口実の下に、各裁判所が『明確な条項の意味を曲解する』のを防止することに於て、最高裁判所は眞の droit (法) 問題を何度も解決し、その意見を下級審裁判官に強いて来た。……係争点について当事者の現実の意思を確定することは何時も事実問題だ。……しかしし意見が沈黙している場合、最も正当で、衡平で、信用性の要求と一般の利益に最も合致した解決を探究するのは、次にこの解決の方向に擬制的意思を想定することはさて置き、droit (法) 問題を討議することだ。それ故破毀院は必要なときは『droit (法) を示す』のをためらつてはならぬ。非常に恐れられている専断に対し、破毀院の規制的介入は最も有効な救済手段とならう。そのお陰で、類似の訴訟が、明らかに擬制的『共通の意思』の名の下に種々の裁判所により相反する方向に解決されるのを、は見ないだらう。……破毀院のみが、慎重だが広範な確固とした監督により、droit (法) の一般の適用に統一性、確實性、不動性をもたらすだらう。そして、最近ドイツの著名な哲学者が次のような表現で評したその豊かな仕事を破毀院が貫徹するのは、このように拡大された場に於てだ。即ち『ドイツ帝國裁判所が droit (法) を述べるときはドイツのためにしかそれをせぬが、フランス破毀院の場合、全世界のために droit (法) を述べる』(傍点引用者(西山・「グノーの法律行為論」(一)・大阪経済法科大学論集三号・一九七五年・三八頁以下))