

Title	登記の推定力(一) : 比較法的考察
Sub Title	Die Vermutung des Grundbuchs : Eine rechtsvergleichende Untersuchung (1)
Author	七戸, 克彦(Shichinohe, Katsuhiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1989
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.62, No.11 (1989. 11) ,p.28- 82
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19891128-0028

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

登記の推定力(二)

——比較法的考察——

七 戸 克 彦

- 一 序 論
 - (一) 学説の現況
 - (二) 問題解決の指針
- 二 フランス法
 - (一) 契約当事者間における訴訟
 - (二) 所有物返還訴訟……………(以上、第一回・本号掲載)
- 三 ドイツ法……………(第二回・六三卷一号掲載)
 - (一) 物権法部分草案
 - (二) 第一草案
 - (三) 第二草案
- 四 民法典
 - (一) 日本法……………(第三回・六三卷三号掲載)
 - (二) 日本法の構造
- 五 学説の検討
 - (一) 学説の検討
 - (二) 登記の推定力の位置づけ
 - (三) 今後の課題
- 六 結 語

一 序 論

(一) 学説の現況

不動産登記には、その記載内容に即応した実体関係の存在を推認させる効力がある、といわれる。この効力は「登記の推定力（推定的効力・推測力）」と呼ばれ、登記にかかる効力が認められること自体については、学説上ほとんど争いはない。しかしながら、その具体的内容をいかに捉えるかに関しては、周知のように、激しい対立がみられる⁽¹⁾。その第一は、登記の推定力の効果は「法律上の推定」か「事実上の推定」か、という問題である。両者の相違は、証明責任の轉換の有無、及び、相手方のなすべき推定覆滅のための反対証明 (Beweis der Gegenteil) につき「本証 (Hauptbeweis)」の程度が要求されるか、「反証 (Gegenbeweis)」の程度で足りるか、という点に存することというまでもない。ところで、自由心証主義が妥当する我が民事訴訟制度のもとでは、不動産に関連する訴訟において、登記が多かれ少なかれ何らかの証拠となり得ることは疑いがない。従って、登記の推定力を事実上の推定と解した場合にも、登記の有する証拠力（証明力・証拠価値）が、単独で裁判官の心証を形成する程度のもの（今日いわゆる「一応の推定」）か、それとも、単独では心証形成に不十分であるか、という問題が生ずる。それ故、登記の推定の効果をめぐる選択肢は、①法律上の推定、②一応の推定、③単独では心証形成に不十分な証拠力の低い事実上の推定の三つということになる⁽³⁾。

第二は、登記の推定力の根拠を何れに求めるか、という問題であり、これは更に、形式的根拠（条文根拠）と実質的根拠とに分かれる。まず形式的根拠に関しては、法律上の推定が文字通り「推定すべきことが法律上要求されているもの」である以上、登記の推定力を法律上の推定と解するためには、これを定めた何らかの条規の存在が必要とな

る。一方、実質的根拠の問題は、先述の推定の効果の側面と密接に関係する。即ち、事実上の推定においては、経験則の有する蓋然性の程度のみが裁判官の認定を左右するのに対して、法律上の推定は「単に事物の蓋然性のみに基づくものではなく、個々の場合に於て異なるにしろ、举证責任の分配の法則などと同様に、訴訟当事者の訴訟追行上の地位の均衡を計る公平の要求、事案の迅速なる解決なる合目的考慮、或は当該法規の適用に付き何れの当事者をより多く優遇することが正義感情に適合するか等に出づるもの」とされ、従って、法律上の推定であり得るためには、単に蓋然性の高いことでは足りず、これに加えて何らかの目的的要請の存在が必要となるからである。

第三は、登記によって何が推定されるのか、即ち、所有権その他物権の存否が推定されるのか（権利推定）、登記原因その他登記に記載された事実あるいは記載されていない事実が推定されるのか（事実推定）という問題である。

さて、以上の点に関する我が国の学説の流れは、大略次のようにならう。

(1) 管見の及ぶ限り、我が国において登記の推定力に最初に言及した文献は中島玉吉『民法積義』と解されるが、しかしながら同書は、登記の推定力を独立して論ずるのではなく、一八八条の占有の推定力に関する部分で、同条を不動産に関して適用を制限すべき論拠としてこれを援用したものである。⁽⁵⁾同様に、初期の物権法教科書の多くは、一八八条の適用制限について触れた部分になって、いささか唐突な形で登記の推定力を論じ始める。⁽⁶⁾これは、我が国において、登記の推定力の問題が、それ自体独立に論じられ始めたのではなく、一八八条（占有の推定力）を不動産について適用すべきか否かという問題意識を起点として登場したことを示している。その意味では、我が国の登記の推定力に関する議論は、当初より占有の推定力に関する一八八条の解釈に左右されていたといつてよい。

(2) 右学説の傾向に対して、登記の推定力につき初めて独立した項目を割いたのは末弘巖太郎『物権法』⁽⁷⁾であり、同書は「登記の効力」の節において、これを更に「登記の実質的効力」と「登記の形式的効力」に分ち、前者の内容として「対抗力」を、後者の内容として「推測力」と「公信力」の二つを各々位置づけている。昭和期に入ると、か

かる叙述方法をとる文献は次第に一般的になり、それが今日の学説へと連なることになる。⁽⁸⁾

ところで、登記の推定力を対抗力や公信力と並ぶ「登記の効力」の一態様と位置づける右理解は、推定の効果を法律上の推定と解する見解を導いてしかるべきである。ただし、もし登記の推定力を事実上の推定と解するならば、それが自由心証主義下ではいわば当然の事理である以上、敢えて登記の「効力」と呼ぶには値しないからである。⁽⁹⁾ しかしながら、昭和三〇年代までの実体法学説においては、推定の効果につき——それが証明責任の転換をもたらす旨を明言するにも拘らず——「法律上の推定」なる用語を用いる見解は、ほとんど存在しない。⁽¹⁰⁾ これは、この時代の実体法学説が一般に、証明責任の所在をはじめとする訴訟法上の効果につきさほど関心を払っていなかったこと、また、登記の推定力を直接定めた明文が存在しないことにもよろうが、しかし、この時代の判例・学説の前提とする証明責任論及び「推定」概念それ自体が、今日のそれと異なっていた点も見過ごすわけにはいかない。⁽¹¹⁾

一方、推定の根拠に関してはどうか。まず形式的根拠に関しては、この時代の学説は必ずしもこれを明言していない。⁽¹²⁾ 他方、推定の実質的根拠に関しては、①登記が実体関係を反映する蓋然性が高い⁽¹³⁾ ことに加えて、②公簿ないし公文書上の記載であること、⁽¹⁴⁾ ③不動産物権の公示方法ないし徴表であること、⁽¹⁵⁾ ④公の制度であるが故に一般に信用が厚いこと、⁽¹⁶⁾ ⑤厳格な手続が要求された登記の連続性が確保されていること等、⁽¹⁷⁾ 種々の論拠が単独あるいは複合的に挙げられているが、しかし、それらの差異が何れにあるのかは「必ずしも判然としない」と評されている。⁽¹⁸⁾

更に、推定の対象に関しては、ドイツ法の多大な影響を受けた従前の学説は、現在の権利の存否そのものが推定される（ドイツの学説にいう権利状態 (Rechtszustand) の推定）ことを当然の前提としつつ、右推定力が登記原因にまで及ぶか否かで①肯定説・②否定説に分かれ、⁽¹⁹⁾ ③更に、権利状態推定と並んで、物権変動（＝権利取得及び喪失）の成立の推定（ドイツの学説にいう権利取得 (Rechtswerbung) の推定）を認める見解も有力に主張されていた。⁽²⁰⁾

(3) 以上の実体法学説に対して、訴訟法領域においては、比較的早期から、登記の推定力が事実上の推定に過ぎない

旨を明言する見解が存在した⁽²¹⁾。しかしながら、右主張が本格化するのには、昭和三〇年代になって登場した判例⁽²²⁾以後であり、昭和四〇年代以降、判例が「事実上の推定」を宣明したこともあつて、今日ではこの見解が多数説を形成している⁽²⁴⁾。

右事実上の推定説の論拠は、次の諸点に要約できる。即ち、①ドイツにおいて登記に法律上の権利推定力が認められているのは、不動産実体法ないし登記法の領域において、成立要件主義・公信力・実質的審査主義が採用されているためであり、従つて、フランス法的な意思主義・対抗要件主義を採用し、また公信力及び実質的審査権を認めない我が法制度においては、ドイツ法系の法律上の権利推定力は認められない⁽²⁵⁾。②登記の推定を法律上の推定と理解した場合、これに対する反対証明は極めて困難なものになるが、相手方にさような困難性を負わせてまで登記名義人を保護しなければならぬ合理的理由に乏しい⁽²⁶⁾。③従前の学説にいう推定の根拠は何れも、詰まるところは蓋然性を指すものに他ならず、従つて、それは事物の蓋然性に基づく推定たる事実上の推定に他ならない、⁽²⁷⁾というのである。更にここでは、昭和四〇年代以降、占有の推定力につき、一八八条は証明責任の転換規定ではない、との見解が有力に展開されたことも無視し得ないであらう⁽²⁸⁾。

もっとも、事実上の推定説の内部においても、推定の対象に関しては見解が分かれており、①現在の権利状態そのものが推定されるとする説⁽²⁹⁾、②登記原因にのみ推定力を認めれば足りるとする説⁽³⁰⁾、③現在の権利状態及び権利取得が推定されるとする説⁽³¹⁾が対立している。

(4) 以上の新たな展開に対して、実体法学説の教科書レベルでの対応はさほど敏速ではなく、今日においても、登記の推定力が「証明責任の転換」をもたらすとしつつ、右推定覆滅を「反証」とするものが少なくない。しかしながら、専門論文の領域では、登記の推定力が法律上の推定である旨を明言しつつ、先の事実上の推定説の批判に対する反論が展開されるに至っている。右法律上の推定説による反論は、次の如くである。

即ち、まず反対証明の困難性の問題に関しては、これを回避するための種々の覆滅方法が提言されるに至った。①その第一は、法律上の権利推定の対象が「現在の権利状態」であるとすると従来からの命題を維持しつつ、反対証明の方法ないし程度を軽減しようとする見解であるが、これもニュアンスの異なる数説に分かれる。(i)まず、民事訴訟法学説の中には、法律上の権利推定一般につき「推定される事実と相容れぬ権利状態を——どんな事実を通じてでもよい——証明することが権利推定の覆滅を意味する」と解する見解があり、右見解は、占有の推定力に關してしばしば採用されていた⁽³²⁾。一方、登記の推定力に關しては、(ii)「当事者の主張により訴訟上問題となった発生原因又は消滅原因の不在のみを証明すれば足りる」とする見解の他に、(iii)現在の訴訟法学説にいう「法律上の推定」概念そのものを変更し、これを法定証拠法則と解する見解が見られる。⁽³⁴⁾②第二は、推定覆滅の困難性の問題は、推定の対象を「現在の権利状態」の推定と考へたことからくるものであるとして、動産占有の推定力に關するドイツ民法(BGB)一〇〇六条を参照しつつ、推定の対象につき権利取得推定説をとる見解である。もっとも、この見解においても、具体的な推定覆滅方法の側面で差異が見られ、(i)基本的には先述①(i)説に立脚しつつ、その具体的内容を、過去の登記名義人に由来する有効な取得原因事実の連続を証明することにより、過去の登記の推定力により現在の登記の推定力が覆滅される、とする見解⁽³⁵⁾、(ii)先の①(ii)説と同様、相手方は、登記名義人の主張する所有権取得原因(通常は登記原因となるであろう)の不在または無効を証明すれば、推定は覆滅されるとする見解が存する。⁽³⁶⁾ここにおいて、推定の効果をめぐる議論は、推定の対象をめぐる議論と密接に關連することが明らかにされた。

一方、推定の根拠に關する先の事実上の推定説の主張、即ち、今日の我が国においては、証明責任の轉換を認めてまで登記名義人を保護すべき合理的根拠に乏しく、結局蓋然性以外にその根拠は存在し得ないとの論拠に対しても、蓋然性を越えてまで登記名義人を保護する必要性が存在する旨の反論が近時有力に展開されており、⁽³⁷⁾学説は、占有の推定力との権衡論をも取り込んで、依然として鋭い対立状態にある。⁽³⁸⁾

（二） 問題解決の指針

ところで、登記の推定の効果を法律上の推定と解するか、事実上の推定と解するか、あるいは事実上の推定の中でも一応の推定とみるべきか否か、という問題は、阿部教授も言われるように、「論理的にどちらかにきまるといいうりは、むしろ政策的な価値判断にかかわる問題」であり、「したがってそこでは、どちらに解するかによって各当事者にいかなる利害得失が生ずるか（利益衡量）、および、そのこととの関連で、どちらに解するのが登記制度のあり方（とりわけ、登記の効力をどう考えるか）や登記の実態（登記と実体の一致する『蓋然性』の程度）により即することになるか、が検討されなければならない」^{39）}。

同様の事柄は、推定の対象に関する議論についてもいえるであろう。即ち、登記が「何を」推定するかは、そもそも我が国の登記が「何を」公示すべき制度目的を有しているのか、また、現実に「何を」反映する蓋然性が高いのか、を検討してはじめて明らかになるものである。^{40）} 推定の根拠に関する議論もまた、右の検討と必然的に結びつく。先述の如く、法律上の推定であり得るためには、事物の蓋然性を越えて登記名義人を保護すべき何らかの目的的要請が存在しなければならぬ。従って、事実上の推定説のいうように、推定の根拠は蓋然性に尽きるものであって、証明責任を転換してまで登記名義人を保護すべき要請は存在しないのか、それとも何らかの要請が存在するのか、という点もまた、我が国の登記制度のあり方を、物権変動論その他の不動産実体法あるいは不動産手続法（＝登記法）の建前との関係において検討されるべきこととなるろう。

この点との関連で重要となるのが、事実上の推定説が、法律上の権利推定は成立要件主義・公信力及び実質的審査主義を採用するドイツ法系の法制度において認められるものであり、従って、不動産実体法においてフランス法を継受した我が国においては右理解は採用し得ない、と主張していた点である。この主張の前提にもまた、登記の推定力

が、その国の不動産実体法あるいは不動産手続法（Ⅱ登記制度）の内容と密接な関係に立つ、という認識の存するところが知られるだろう。

しかしながら、さような前提に立脚する限り、日本法がフランス法制度の承継であることを重視する右主張は、登記の推定力に関するドイツ法的な解釈の否定のみならず、フランス法的な解釈の採用を導かざるを得ないはずであるところが、我が国においては、フランス法において、登記が訴訟上どのような役割を担っているかに関しては、ほとんど検討が行なわれてこなかった。他方、従前の学説に多大な影響を及ぼした、ドイツ法における登記の推定力に關しても、未だ本格的な研究はなされていない。そこで、次章以下では、右の如き視点を念頭に、フランス法・ドイツ法における登記の推定力ないし証拠保全機能を、不動産実体法あるいは登記法の構造との関連において考察することにしよう。

(1) 登記の推定力の問題は、物権法・不動産登記法・証拠法の一般概説書や、物権変動論・所有権訴訟に関する専門研究において論及されることは多いが、推定力を自己を主題としたモノグラフィは比較的少ない。古くは、兼子一「推定の本質及び効果について」『民事法研究（第一巻）』（酒井書店、昭和一五）二九五頁（初出・法協五五卷一頁一頁（昭和一二））が登記の推定力に論及する他、浅井清信「登記の効力に関する一考察」『判例不動産法の研究』（立命館出版部、昭和一三）七九頁（初出・法と経済（立命館大）一〇卷一頁六二頁、二四四二頁（昭和一二））、山中康雄「占有の理論」（日本評論社・法律学体系第二部・法律理論篇64、昭和二六）、天島惣平「抹消登記請求訴訟における挙証責任の分配」『司法研修所報二二卷五二頁（昭和二三）』、萩大輔「登記の推定力と占有の推定力」『鹿児島大社会科学報告七号二二頁（昭和三五）』が、比較的詳細な検討を行っている。しかし、昭和三〇年代になって、最（二小）判昭和三四年一月八日民集一三卷一頁（本件評釈として、金山正信①・民商四一巻二七七八頁（昭和三四）、三淵乾太郎①・法曹時報一一卷三三〇一頁（昭和三四）、同②・最判解民昭和三四年度（一事件）一頁（昭和四二）、星野英一①・法協七七卷一七九頁（昭和三六）、加藤永一『不動産取引判例百選（増補版）』八六頁（昭和五二）、大阪高判昭和三八年二月二八日高民集一六卷一四二頁（上告審）（本件評釈として、原島重義・民商五〇巻一四一四五頁（昭和三五）、最（二小）判昭和三八年一〇月一五日民集一七卷一一号一四九七頁（本件評釈として、金山正信②・民商五一巻二二〇六頁（昭和三五）、星野英一②・法協八四卷七号一〇八頁（昭和四二）、所収・『民事判例研究

第二卷(総則・物権) (有斐閣、昭和四〇) 五七頁)、森網郎①・法曹時報一六卷二九一頁(昭和三九)、同②・最判解民昭和三八年度(九三事件) 三五四頁(昭和四一) 等の諸判例が登場し、これを機縁として登記の推定力に関する本格的研究が相次いで現れた。間中彦次①「登記の記載と推定——最高裁判所判決の検討——」判タ一六五号四三頁(昭和三九、所収・近藤完爾) 浅沼武編『民法法の諸問題II——実務的研究——』(判例タイムズ社、昭和四一) 復刊・昭和六三) 一頁、同②「登記の推定力」判タ臨増『不動産登記の諸問題』通卷一七七号一三六頁(昭和四〇)、神田孝夫①「登記の推定力について」北大法学論集二〇巻一号八八頁(昭和四四)、同②「登記の権利推定機能(一)完」民事研修一五五号二九頁、一五七号七頁、一五八号五頁(昭和四五)、同③「登記の推定力」遠藤浩・川井健『西原道雄編『演習民法(総則・物権)』(青林書院新社・演習法律学大系4、昭和四六) 三八九頁、同④(改訂版) 新演習法律学講座4、平成元) 四二八頁、大沢巖①「登記の推定力」中川善之助・兼子一監修『不動産法大系I(売買)』(青林書院新社、昭和四五) 二四四頁、同②(改訂版・昭和五〇) 二五一頁、石田喜久夫「登記の推定力」奥田昌道・玉田弘毅・米倉明・中井美雄・川井健・西原道雄『有地亨編集『民法学2』(物権法の重要問題)』(有斐閣双書、昭和五〇) 九八頁、阿部徹「登記の推定力」幾代通・宮脇幸彦・賀集唱・枇杷田泰助・吉野衛・浦野雄幸編『不動産登記講座I(総論①)』(日本評論社、昭和五一) 二一九頁、伊東秀郎「登記の効力(その五)」登記研究三八五号三七頁(昭和五四)、信濃孝一「登記抹消請求と登記の推定力(上)(下)」判時一三〇二号八頁、一三〇五号一頁(平成元)。その他、不動産登記法分野では、吉野衛「註釈不動産登記法総論(新版・上)」(金融財政事情研究会、昭和五七) 二二七頁以下、藤原勇喜「登記原因証書の理論と実務」(金融財政事情研究会、昭和六一) 二二頁以下、訴訟法分野では、住吉博「法律上の推定」『民事訴訟読本(第二版)』(法学書院、昭和五一(初版・昭和四八)) 三五一頁、上野芳昭「所有権の立証について」法学(東北大) 四九巻六号一頁(昭和六一)、松本博之「証明責任の分配——分配法理の基礎的考察——」(有斐閣・大阪市立大学法学叢書41、昭和六二) 二一六頁以下が、立ち入った考察を行なっている。

(2) 今日の訴訟法学説における「推定」の意義及び種類に関しては、兼子・前掲注(一)・二九五頁、三ヶ月章①『民事訴訟法』(有斐閣・法律学全集35、昭和三四) 四一五頁以下、岩松三郎・兼子一編『法律実務講座 民事訴訟編(第四巻)』(有斐閣、昭和三六) 一一〇頁以下、兼子一『民事訴訟法体系』(酒井書店、増補版・昭和四〇) 二六一頁以下、斎藤秀夫編著『注解民事訴訟法(4)』(第一法規、昭和五〇) 三七四頁以下(斎藤秀夫)、小山昇①『民事訴訟法(三訂版)』(青林書院新社・現代法律学全集22、昭和五四) 三三一頁以下、同②(五訂版) (平成元) 三三四—三三五頁、新堂幸司『民事訴訟法(第二版)』(筑摩書房・現代法学全集30、昭和五〇) 三五四頁、三ヶ月章②『民事訴訟法(第二版)』(弘文堂・法律学講座双書、昭和六〇) 四五五頁以下、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『民事訴訟法講義(補訂第二版)』(有斐閣大学双書、昭和六一) 三二八

頁以下〔青山善充〕参照。

(3) その意味では、登記の事実上の推定力とは、証拠力（証明力・証拠価値）の言い換えに他ならないとされる（加藤・前掲注(1)・八七頁、阿部・前掲注(1)・二二五―二二六頁）。もっとも、学説の中には、右「一応の推定」を指して事実上の推定と呼び、登記が単独で裁判官の心証を形成し得ない場合には、事実上の推定が認められない、と述べるものもある（信濃・前掲注(1)・一三〇二号一〇―一頁注(15)）。登記の推定力に関する従来の学説においては、むしろ後者の見解が一般的であったように思われる。

(4) 兼子・前掲注(1)・三〇九頁。「法律上の」推定の内容は概して事実上の推定としても成立し得るものであるが、之のみに止まるならば裁判官の自由心証に任せれば足り、何も法規の内容とする必要はない筈であり、随って法律上の推定をば経験法則の法規化乃至は徴憑の推測力の法定として考へることは正当でない（兼子・同所、(1)内は七戸、以下同様）。もっとも、民事訴訟法の教科書では法律上の推定を「経験則の法規化」とするものが存する（新堂・前掲注(2)・三五四頁）。このことは、しかし、法律上の推定が蓋然性を基礎として成り立っていることを述べるに留まり、これを蓋然性のみを根拠とする証拠法則と解する趣旨ではないであろう。即ち、今日の訴訟法学説においては、蓋然性は、法律上の推定の必要条件ではあるが十分条件ではない。

(5) 中島玉吉『民法積義（卷之二物権篇上）』（金刺芳流堂、大正三）一六二―一六三頁。なお七四頁参照。

(6) 三潜信三『物権法提要（第二冊）』（有斐閣書房、大正六）三一四頁、早川彌三郎『物権法要論（完）』（明治堂書店、大正一三）六三―六四頁、中島弘道『民法総則物権法』（清水書店、訂正三版・昭和三（初版・大正一四）三三九頁、鳩山秀夫『物権法』（国文社、昭和四）六〇頁、入江真太郎『物権法要論（上巻）』（大同書院、昭和四）一八六頁、奈良正路『物権法新釈』（法錚閣、昭和九）四三―四四頁以下、川添清吉『民法講義（物権）』（巖松堂書店、再版・昭和一三（初版・昭和一〇）一八頁も同様である。更に、占有の推定力に関する文献で、登記の推定力に論及したものとしては、岡村玄治「占有権ノ本体」完）法協三九卷一〇号二一頁以下（大正一〇）、石田文次郎「ドイツ固本法に於ける Gewere の觀念（五・完）」法学論叢一六卷四号五三一―五三二頁（大正一五）。戦後の文献では、我妻栄「有泉亭」民法総則・物権法《民法I》（日本評論社・法律学体系系コンメンタール篇2、昭和二五）三〇五頁、片山金章『物権法』（評論社・法律学全書15、昭和二五）七五―七六頁、吾妻光俊『民法・物権法（完）』（弘文堂・法律学講座Ⅺ、昭和二八）九二頁、吉田久『日本民法論（物権篇）』（日本評論新社、昭和三三）五六頁、宮川澄『民法講義（物権・担保物権）』（青木書店、昭和三三）六八頁。

(7) 末弘巖太郎『物権法（上巻）』（有斐閣書房、大正一〇）一七〇頁以下（再刊書（一粒社、昭和三五）・一二六―一二七頁）。

- (8) 山下博章『物権法論(上巻上冊)』(文精社、四版・昭和四(初版・昭和二))一三三―一三四頁、我妻栄①『物権法』(日本評論社・現代法学全集、昭和五)第二二卷一五一頁以下、我妻栄②『物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、増補版・昭和一七(初版・昭和七))一一九―一二〇頁、石田文次郎①『物権法論』(有斐閣書房、昭和七)一三一―一三二頁、近藤英吉『物権法論』(弘文堂書店、昭和九)二二―二三頁、柚木馨①『判例物権法総論』(巖松堂書店、昭和九)一六二頁、長野潔『物権法』(非凡閣・大衆法律講座第二巻、昭和一〇)五三―五四頁、田島順『物権法』(弘文堂書房、昭和一〇)九六―九七頁、柚木馨②『民法概要(物権)』(巖松堂書店、昭和一一)三〇―三二頁、末川博①『物権法』(日本評論社・新法学全集、昭和一二)一七一頁、浅井清信①『物権法』(三笠書房・新法律学全集3、昭和一七)七四頁、不動産登記法教科書では、杉之原舜一①『不動産登記法』(日本評論社、昭和一四)九二頁以下、舟橋諄一①『不動産登記法』(日本評論社・新法律学全集、昭和一四)八一―八二頁。更に、石田文次郎②『ドイツ法に於ける不動産登記の公信力』(法時六巻一四〇頁(昭和九、所収)、『民法研究(第一巻)』(弘文堂書房、昭和一一)一七二頁)参照。戦後の物権法教科書では、柚木馨③『物権法』(真日本社・新法律学全書、昭和二三)五五頁、勝本正晃『物権法概説(上巻)』(巖松堂書店、改訂版・昭和二四(初版・昭和二三))一一四―一一五頁、浅井清信②『物権法略説』(法律文化社、昭和二五)二八―二九頁、林良平『物権法』(有斐閣、昭和二六)六六頁、一四九頁、勝本正晃②『物権法』(創文社、一九五二年訂正版・昭和二七)九二頁、九六―九七頁、宗宮信次『池田浩一』『物権法論』(有斐閣、訂正六版・昭和二九(初版・昭和二五))四四頁以下、松坂佐一『民法提要(物権法)』(有斐閣、昭和三〇)四五頁、末川博②『物権法』(日本評論社、昭和三二)一五〇―一五一頁、永田菊四郎『新民法講義(第二巻・物権法)』(帝國判例法規、改訂版・昭和三四(初版・昭和三二))一〇四―一〇五頁、柚木馨④『物権法』(青林書院新社・青林全書、昭和三五)三二頁、舟橋諄一②『物権法』(有斐閣・法律学全集18、昭和三五)二二―二三頁以下、薬師寺志光『物権法概論』(法政大学出版局、第三版・昭和三八(初版・昭和三六))二八頁、金山正信『物権法(総論)』(有斐閣、昭和三九)二四―四頁以下、於保不二雄『物権法』(有斐閣、昭和四一)一四三頁以下。不動産登記法教科書では、幾代通『不動産登記法』(谷口知平『幾代通』戸籍法・不動産登記法』(有斐閣・法律学全集25、昭和三二)一六三頁以下、杉之原舜一②『増補・不動産登記法』(一粒社、昭和三八)一〇三―一〇四頁。
- (9) 吉野衛『登記抹消請求の要件事実』(宮川種一郎『賀集唱編』『民事実務ノート(第一巻)』(判例タイムズ社、昭和四三)九一頁、吉野・前掲注(一)・二三三頁。
- (10) 前掲注(5)(6)(7)(8)に掲げた実体法学説において、『法律上の推定』なる表現を用いる見解は全く存在せず、僅かに、訴訟法領域において、兼子一・判例評釈『大判昭和一一年一〇月六日民集一五巻二二号一七七―一頁』・判例民事法昭和

一 一年度(一・二〇事件)四五二頁(所収・『判例民事訴訟法』(弘文堂、昭和二五)二〇九頁)、兼子・前掲注(一)・三二六頁が、占有の推定力と並んで登記の推定力が「法律上の権利推定」である旨を明言していたに過ぎない。この傾向は、占有の推定力についても同様であって、先に掲げた実体法学説の中では、僅かに田島・前掲注(八)・三〇一頁が、占有の推定力の根拠を蓋然性に求めつつ「法律上の推定 Rechtsvermutung は、何時も事実上の推定の支持を受けるときに其正当性を基礎付けられて来る」と述べるのを見出すに過ぎない。なお、この時代の学説が、法律上の推定の根拠を蓋然性のみに求めていることに關しては、後掲注(11)(d)参照。

(11) (a) 第一に問題となるのは、「立証責任の転換」なる用語法である。というのは、昭和二〇年代までの判例・学説は、「立証責任」の概念を、専ら弁論主義の下における主観的な行為責任(主観的証明責任。学証実施責任、証拠提出責任とも)と理解していたからである(この点については、三ヶ月・前掲注(二)①・四〇五頁以下、『注解民事訴訟法(4)』(斎藤)・前掲注(二)・三六〇頁以下、竜寄喜助『証明責任論——訴訟理論と市民——』(有斐閣、昭和六二)一一九頁以下、並木茂『民事訴訟における主張と証明の法理(上)』判タ六四五号四頁(昭和六三)、船越隆司『実定法秩序と証明責任(一)——裁判官による法規範の具体的実現と人間の認識作用』判例評論三四七号一六五頁(昭和六三)参照)。今日の学説にいう「証明責任」とは、口頭弁論終結時に至ってもなお判決の基礎となすべき事実(ないし権利)が存否不明である場合に、いかなる判決を下すべきかを裁判官に示すために予め準備された法条適用の原則であって、弁論主義とも、自由心証主義とも無関係である(客観的証明責任)。

これに対して、主観的証明責任は、事実の主張と証拠の提出を当事者に委ねた弁論主義の下で、敗訴の危険を避けるために当事者は現実には証拠を提出しなければならない、という事理を示す。換言すれば、過去の時代における「証明責任」の意味するところは、当事者の事実上の立証の必要性以上の意味をもつものではないのであり、それ故、過去の判例・訴訟法學説の中には、事実上の推定の結果、証明責任が転換されるとするものが少なくない(松岡義正『民事証拠論』(巖松堂書店、大正一四)一〇九頁、岩本勇次郎『三カ尻好人』『新民事訴訟法要論(下巻)』(巖松堂書店、四版・昭和四(初版・昭和三)八〇八頁、細野長良『民事訴訟法講義(第三卷)』(巖松堂書店、第七版・昭和一三(初版・昭和六)三六八頁。一方、判例がしばしば立証責任(学証責任)という言葉を実上の立証の必要の意に用いていることについては、田中和夫①『証拠法』(有斐閣、昭和二七)六一頁、田中和夫②『立証責任判例の研究』(巖松堂書店、昭和二八)八一頁、田中和夫③『新版証拠法』(有斐閣、昭和三四)八一頁、三ヶ月・前掲注(二)①・四〇七頁、『注解民事訴訟法(4)』(斎藤)・前掲注(二)・三六四頁参照)。従って、登記の推定力に関する過去の判例・学説が、「証明責任の転換」なる表現を用いる場合にも(大判明治三十一年六月三日民録四輯六卷二四頁、大判明治三十六年四月一五日日民録九輯四一七頁、大判明治三十九年六月一日民録一二輯九〇九頁、大判明治四〇年六月

一八日民録二三輯六七二頁、大判大正五年一月一日民録二二輯二二二四頁、中島（主）・前掲注（5）・一六二頁、三瀧・前掲注（6）・三一四頁、岡村・前掲注（6）・二二頁、早川・前掲注（6）・六四頁、山下・前掲注（8）・一二四頁、鳩山・前掲注（6）・六〇頁、入江・前掲注（6）・一八六頁、石田（文）・前掲注（8）②・四〇頁、永田・前掲注（8）①・一〇四―一〇五頁、金山・前掲注（8）・二四五頁等）、これを今日いわゆる法律上の推定と即断することはできないのである。

(b) 第二に問題となるのが、過去の判例・学説が、登記の推定力につき「一応の推定」なる用語をしばしば用いていた点である。大判明治四四年五月二日民録一七輯六七二頁、大判大正五年三月二四日民録二二輯六五七頁、大判大正五年一月一日民録二二輯二二二四頁、東京地判昭和五年九月一七日法律新報二五四号二二頁、朝鮮高等法院判昭和十五年七月二日法律評論一九卷一―二号六六頁〔民法九六二頁〕、末弘・前掲注（7）・一七〇頁、中島（弘）・前掲注（8）①・三三九頁、石田（文）・前掲注（6）・五三一頁、長野・前掲注（8）①・五四頁、末川・前掲注（8）①・一七一頁、同②・一五一頁、浅井・前掲注（1）・一三六頁、同・前掲注（8）①・七四頁、杉之原・前掲注（8）①・九二頁、同②・一〇四頁、勝本・前掲注（8）①・一一四頁、同②・九七頁、松坂・前掲注（8）①・四五頁、吉田・前掲注（6）①・五六頁等。かかる傾向は、占有の推定力に関しても同様である。右用語の起源は、法律上の推定における「覆滅し得ない推定 (praesumptio iuris et de iure, unwiderlegbare Vermutung, présomption irréfragable)」と「覆滅し得る推定 (widerlegbare Vermutung, présomption réfragable)」の区別と関係する。両者の違いは、言うまでもなく反対証明を認めるか否かにあるが、かつてドイツ普通法は右の区別を認め、フランス法・英米法においては今日もこれを維持している。我が旧民法も、フランス法を継受して、右の区別を認めていた（証拠編七四条以下）。ところが、ドイツ法においては、「覆滅し得ない法律上の推定」とは、「擬制 (fictio, Fiktion, fiction)」に他ならない、換言すれば、前者における推定の「前提事実―推定事実」の関係は、実体法上の「要件―効果」の関係として理解すべきであるとされ、かかる分類は、否定されるに至った。この点についてはさしあたり、兼子・前掲注（1）・三二六―三二七頁、ROSENBERG (Leo), *Beweislast auf der Grundlage der Bürgerlichen Gesetzbuch und der Zivilprozessordnung*, 5. Aufl., 1965, §15 I, 5, S. 213 f.（なお、同書の翻訳として、レオ・ローゼンベルク（倉田卓次訳）『証明責任論（全訂版）』（判例タイムズ社、昭和六二））があり、参照した。二五五―二五六頁。我が現行民法は、フランス法・旧民法の立場を捨て、右ドイツ法の立場に従ったが（立法過程での議論につき石田稜『証拠法の再構成』（東京大学出版会、昭和五五）二〇九―二一〇頁）、立法直後の学説は、新民法にいう「推定」の用語が、従来の推定のうちの「覆滅し得る推定」であることを、「覆滅し得ない推定」即ち「擬制」から明確に区別するために、「一応の推定」という用語を用いたのである。松波仁一郎『仁保龟松』仁井田益太郎『帝國民法正解（第二巻）』（日本法律学校・有斐閣、明治三〇）二四〇頁以下、梅謙次郎『民法要義（卷之二・物権編）』（有斐閣・

訂正増補改版三二版・明治四四、復刻版・昭和五九)四四頁、なお、江南・後掲注(28)・三三頁。もつとも、その後の学説の中には、依然として「覆滅し得ない推定」「覆滅し得る推定」の区別を維持する見解も存する。鶴見守義『民法物権編講義(第一章至第七章)』(明治大学出版部・講法会出版、出版年不明)一一一一―一二頁、中島弘道『登記責任の研究』(有斐閣、昭和二四)一四〇頁以下、一五六頁以下。今日の学説はしばしば、過去の判例・学説にいう「一応の推定」なる用語の意味内容が不明瞭であると説くが、その起源は、おそらく右立法直後の学説に求めることができる。従って、登記の推定力に関する過去の判例・学説が「一応の推定」なる用語を用いるとき、それは覆滅し得ない推定(Ⅱ擬制)との対比においてこれを述べたものであって、右用語は、今日いわゆる事実上の推定のコララーリとしての「一応の推定」を指すものではない。その意味では、この時代の学説が「登記には推定力が認められるか」という問題設定を行なうこと自体、今日いわゆる法律上の推定と事実上の推定の中の「一応の推定」とを区別せず、両者を一括して理解していたと見ることもできる。この点との関係では、更に、前掲注(3)参照。

(c) 第三に問題となるのが、「反証」の用語法である。先に見たように、今日の学説は、推定に対する反対証明の程度が「本証」か「反証」かを厳密に区別しているが、過去の判例・学説においては、右の区別が一般化しておらず、法律上の推定に対する反対証明についても、「反証」の用語を用いるのが通常であったといわれる(田中・前掲①・八〇頁注(三)、同②・六七頁、菊井維大・村松俊夫『民事訴訟法Ⅱ』(法律学体系コンメンタール篇11―Ⅱ、昭和三九)二二七―二二八頁、三ヶ月・前掲注(2)①・四一六頁)。登記の推定力に関する判例・学説においても、反対証明につき「反証」の用語を用いるものが少なくない(大判大正二一年一月二〇日民集一卷四頁、大判大正一五年二月二五日民集五卷一―二号八九七頁、大判昭和七年四月一五日法学(東北大)一卷一〇号四三二頁、最(二小)判昭和三八年二月二八日民集一七卷一―一四九七頁、石田(文)・前掲注(8)②・四〇頁、柚木・前掲注(8)①・一六二頁、末川・前掲注(8)①・一七一頁、②・一五〇頁、浅井・前掲注(1)・一三六頁、杉之原・前掲注(8)①・九三頁、同②・一〇四頁、舟橋・前掲注(8)①・八二頁、同②・二一三頁、浅井・前掲注(8)①・七四頁、同②・二八頁、幾代・前掲注(8)・一六三頁、永田・前掲注(8)・一〇四頁、金山・前掲注(8)・二四五頁等)。しかしながら、この点を単に用語の未成熟として片付けることはできない。ただし、この時代の訴訟法学説の中には、今日いわゆる本証・反証の区別を意識しつつ、法律上の推定に対する反対証明は、今日いわゆる反証の程度で足りるとする見解が存するからである(松岡・前掲・二〇―二二頁、前野順一『民事訴訟法論(第二編乃至第五編)』(松華堂、昭和一二)一一五―一一五七頁、中島(弘)・前掲・一五五頁)。かかる結論は、過去の学説が法律上の推定を経験則の法規化(Ⅱ法定証拠法則)と解することから導き出されるものである。即ち、この見解においては、法律上の推定もまた経験

則、即ち事物の蓋然性に基づく推定である点で、事実上の推定と変わるところがない。従って、法律上の推定に対する反対証明の程度もまた、事実上の推定と同様、反証の程度で足りるとされるのである。なお、ドイツにおいても、ローゼンベルク以前は、法律上の推定を法定証拠と解する右見解が一般的であった点には注意を要する。中村英郎「法律上の推定と自由心証主義」『法学教室(第一期・第五巻)』(昭和三七)一六四頁、Roskensberg, Beweislust, § 15 I 5, S. 210 f. (ローゼンベルク・前掲(b)・二五二頁)。更に、後に見るように、我が国の登記の推定力につき、右学説に立脚することによって反対証明の困難性を回避しようとする見解が存在する点にも留意したい(後掲注(34))。

(d) 右の点と関連して第四に問題となるのが、推定の実質的根拠である。先述の如く、過去における少なからぬ学説は、法律上の推定を、経験則の法規化(『法定証拠法則』)と解したのであるが、この見解によれば、法律上の推定の根拠もまた、事実上の推定と同様、専ら事物の蓋然性に求められることになる。後に見るように、この時代の判例・学説の多くは、登記の推定力の根拠を「蓋然性」に求めているのであるが、右の如き推定の定義からすれば、右見解をして直ちに事実上の推定と理解すべきものでもない。

(e) 第五に、そもそも実体法学説は、「推定」の用語を訴訟法の側面から捉えていなかったのではないか、との疑問も生ずる。これは、占有の推定力に関してもいえる事柄であって、田尾桃二「占有の推定力について」『司法研修所創立十周年記念論文集・上(民事編)』(司法研修所報特集号、昭和三二)二八〇頁以下は、一八八条の解釈の方向としては、次の如きものがあり得るとする。即ち、その第一は「民法第一八八条を占有制度を支える一の原理を表現した条文だと見て同条から直ちに一定の法律効果の発生を予想しない」という考え方であり、第二は「民法第一八八条を個々の訴訟に直接関係のない規定だと解することである。すなわち訴訟においての立証責任の規定だとは考えないでもっぱら実体的な規定だと考えるのである。その意味で同条を生活規範ではあるが裁判規範ではないと考えるのである」。しかも、我が国の学説・実務は、「つきつめてゆくと、推定力を訴訟上の立証責任に関する規定とはせず、一の生活規範としてのみ考えていることになると思う」とされる。かかる認識は、田中整爾教授においても同様と思われ、教授は、一八八条に関するこの時代の通説の立場、即ち「占有の……権利表象の機能の結果、占有して本権行使の外観をそなえる者は多くの場合適法な本権を有する者である」という蓋然性を基礎とする」ことから「本条の推定規定により占有者は本権の立証責任を免れる」とする見解を「実体法説」と呼称し、これに対して、昭和四〇年代以降に現れた有力説の立場、即ち「本条にこのような実体法上の推定という積極的な意味をみないで、たんに訴訟法上、占有者が所有者から占有物の返還を請求された場合に、原告が所有権の証明をなさないときは占有者である被告は自己の権利を立証するまでもなく勝訴するにいたるという消極的なもの、いいかえると、証拠法上当然の事理を述べたものに

過ぎない、とする見解」を「訴訟法説」と呼んでおられる（川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』（有斐閣、昭和四三）四六頁。なお、右「訴訟法説」に関しては後掲注(28)参照）。更に、花田政道判事も、「占有の」権利推定を実体法の見地から「扱可能性の存する旨を示唆した上で、これに異論を唱えている（花田・後掲注(22)・五七頁注(15)（一二三頁注(15)）。かように、従前の学説は、一八八条の占有の推定力を、厳密な訴訟法上の用語法からは理解せず、むしろ同条を、占有が権利表象手段である旨の宣言規定あるいは生活規範として理解していたと解されるのであるが、右の如き理解は、登記の推定力を占有の推定力との対比において論ずる学説の手法からすれば、そのまま登記に移行されることになったであろう。要するに、この時代の実体法学説は、占有あるいは登記の推定力を、訴訟法上の効果を越えて、より広く公示機能ないし権利表象機能の意味で捉えていた可能性がある。即ち、過去の実体法学説における「推定力」なる用語は、いわば公示力ないし権利表象力の言い換えに過ぎず、訴訟法上の効果は、その訴訟における一発現形態に過ぎないとして理解されていた可能性が否定できないのである。——以上の如く、過去の学説にいう「推定」の意義ないし内容は、今日における用語法と著しく異なっており、この点が、登記（及び占有）の推定力の根拠及び効果をめぐる従来の議論を整理する上で、大きな障害になっていたものと解される。

(12) これに対して、後の学説は、過去の見解が登記の推定力の形式的根拠を一八八条に求めている、と理解するようである。例えば、神田・前掲注(1)②・一五五号三九頁注(14)は、「占有の推定力との対比の下で登記の推定力を是認してきた多数の学説は、その推定力が訴訟上どのように機能するのかという問題意識をほとんど持っていないのが実状であったと思われるが、すくなくとも、登記につき民法一八八条の類推適用を考えていたであろうことはほぼ間違いないところでありしたがって、占有の推定力と同等同質の推定力を登記に認めようとしているのだ、と憶測することが許されるであろう」と説く。更に、星野・前掲注(1)①・八一頁、阿部・前掲注(1)・二一九頁参照。我が国における登記の推定力に関する議論が、一八八条の適用制限の問題を発し、常に一八八条との権衡において論じられてきた経緯に照らすとき、一八八条の類推適用を考えることは自然な帰結ではあろう。もっとも、後述するように、そもそも占有の推定力を法律上の推定と解すべきか、また、占有の推定力を法律上の推定と解した場合、登記の推定力も法律上の推定と解さなければ論理が一貫しないのか、という点については問題がないではない。

(13) この点は、この時代のひとつの学説の指摘するところである。なお、登記の推定力を一八八条の適用制限の側面で論ずる初期の学説においては、占有の推定力の根拠を蓋然性に求める結果、登記の推定力の根拠に関しても、これを蓋然性のみを求める点が特徴的である。この点は、「不動産占有に推定力を認める民法一八八条が単に蓋然性のみ基礎を置いているとは思われないことを見過ごしている（蓋然性の問題に過ぎないのであれば裁判官の自由心証に任せれば足り何も法規の内容

とする必要はないはずである」と批判されているが(神田・前掲注(1)③・三九〇頁)、しかしながら、当時の訴訟法学説が主観的証明責任論に立脚し、また、法律上の推定を法定証拠法則と理解する以上、推定の根拠を蓋然性のみ求めたのは、むしろ当然であった(前掲注(11)(d)参照)。

(14) 末弘・前掲注(7)・一七〇頁、石田(文)・前掲注(6)・五三二頁、石田(文)・前掲注(8)①・一三三頁・②・四〇頁、柚木・前掲注(8)①・一六二頁、②・三二頁、③・五五頁、田島・前掲注(8)・九二頁、杉之原・前掲注(8)①・九二頁、舟橋・前掲注(8)①・八一頁、吉田・前掲注(8)・五六頁。ところで、ここで登記が公簿ないし公文書であることを強調するならば、公正証書・固定資産台帳等の推定力と同様の効果を帰結することになるが、留意すべきは、この時代には、公文書の真正な成立に関する民訴法三二三条につき、これを法律上の推定と解する見解が一般的であり、しかも「公文書の真正を推定する範囲に付ては、学者の説は必ずしも一致していないが、真正の推定は常に文書の由来(Herkunft der Urkunde)即ち文書の作成自体が真正であるばかりでなく文書の全趣旨の真正にも及ぶものである」とする見解が存したことである(竹野竹三郎「新民事訴訟法釈義(中巻)」(有斐閣、昭和六)九八六頁)。右見解によれば、登記の推定力は、まさに民訴法三二三条を根拠として認められる法律上の推定ということになる。しかしながら、周知の如く、今日の学説は、同条は法定証拠法則であつて法律上の推定規定ではなく(従つて相手方のなす反対証明は「反証」の程度で足りる)、しかも、同条は文書の真正な成立(形式的証拠力)に関する規定であつて、文書記載の内容の真正に関する証拠力(実質的証拠力)に関するものではないとしている。かかる学説の変化も、登記の推定力の根拠及び効果に関する議論に影響を与えたものと推断される。なお、この点に関しては、更に、後掲注(24)参照。

(15) 岡村・前掲注(6)・二二頁、我妻・前掲注(8)①・一五二頁、②・一一九頁、柚木・前掲注(8)①・一六二頁、同②・三一頁、同③・五五頁、長野・前掲注(8)・八二頁、杉之原・前掲注(8)①・九二頁、我妻・前掲注(8)②・一一九頁、浅井・前掲注(8)②・三八頁、片山・前掲注(8)・七五頁、山中・前掲注(1)・七一頁、林・前掲注(8)・一四九頁、勝本・前掲注(8)・九二頁、吉田・前掲注(8)・五六頁。かかる見解に立つとき、動産に関する公示方法ないし徴表である占有との権衡が図られることになる。

(16) 末川・前掲注(8)①・一七二頁、同②・一五一頁、松坂・前掲注(8)・四五頁。もっとも、登記を信用した者の保護という観点、公定力と推定力とを連続して論ずるこの時代の学説一般についていえる事柄であろう。

(17) 石田(文)・前掲注(8)①・一三三頁、同②・四〇頁、末川・前掲注(8)①・一七一頁、同②・一五〇頁、松坂・前掲注(8)・四五頁、永田・前掲注(8)・一〇五頁、舟橋・前掲注(8)②・二二二―二二三頁、金山・前掲注(8)・二四一

頁、於保・前掲注(8)・一四四頁。具体的には、不登法二六条(共同申請主義)、三五条(登記申請に際しての書面の要求)、四九条(要件を欠いた申請の却下)等の条文が挙げられている。

(18) 神田・前掲注(1)③・三八九頁、同④・四二八頁。

(19) (a) 否定説は圧倒的多数説といつてよいであろうが、その論拠は、例えば浅井・前掲注(1)・一三六―一三七頁の次の記述に顕著である。

「登記法は登記手続において、登記原因——物権変動の原因——の表示を要求してゐる(不登法三五・三六・五〇条参照)。だが、これは若し登記原因が真実のものと合致しないときには、登記は無効であるといふ意味において登記原因の表示を要求してゐると思はれぬ。登記制度の指導原理となつてゐる取引安全保護といふ立場から見れば、登記を現時の有効な不動産物権関係を表示するもの以上に出でしむるいはれない。公信力の認められてゐない吾国の登記の信頼を高めるためには出来るだけ登記の効力を外部から認識し得ないやうな事実から抽象することが必要である。これらの点から見ても登記原因を登記の本質から離して考へることがより合目的であらう。斯うしたところから、真実は贈与原因であるのを売買原因とした登記、中間省略登記、抹消すべき場合に売買原因を仮装してなされる移転登記等の効力を認めようとするのが従来の学説判例の支配的傾向である。斯やうなところから見ると、登記自体から登記原因の真实性を推定する前示の判例の態度の正当性が疑はれる。むしろ登記による推測力はそれが表示する物権関係に止まらしめ、登記原因にまでは及ぼさしむべきではない。」

(b) これに対して、肯定説に立つ見解としては、山中・前掲注(1)・七四頁、於保不二雄『物権法』(有斐閣、昭和四一)一四四頁等が挙げられるが、その根拠として山中教授は次のようにいう。

「登記官吏の審査権原の範囲について形式的審査主義がとられていること(不動産登記法四九条)および登記は不動産物権変動の動的状态を如実に反映するということが原則であり理想でもあるが、しかし現在の真実なる権利状態を公示しておれば、右の如実の反映なき登記をも無効とはしないとする有権的理解がおこなわれていること——たとえば中間省略の登記、虚偽表示その他の無効なる登記原因による移転登記を回復するための移転登記、贈与を売買とする登記も有効とされる——すれば、疑問もあるが、真実の権利変動の動的状态と登記は原則として一致すべきものとされていること、登記という占有よりは帳簿上の表象——そのなかには登記原因の記載をふくむ——を通じてする支配であること、占有においても不動産物権変(動)の動的状态を如実に反映するということの原則的事実にたいする例外のありうることなどによりて、私は肯定的に解する。」

右の議論からも知られるように、両者の対立は、我が国の登記制度の理想・建前をどのように捉えるか——「登記を現時の有効な不動産物権関係を表示するもの」とみるべきか、「不動産物権変動の動的状態を如実に反映するということが原則であり理想でもある」とみるべきか——という点、及び、右理想・建前との関連において、物権変動の過程が必ずしも正確に反映されていないという現実をどのように評価するのか、という点に存する。

(20) 舟橋教授は、既に前掲注(8)①・八一—八二頁において、先の否定説の立場に対して、「しかし、それ〔「登記原因」〕が売買であるか贈与であるかは別として、とにかく物権変動が有効真実に行はれたことの推定は、なさるべきではあるまいか」と主張されていたが、この見解は、更に、前掲注(8)②・二二二頁以下において次のように発展的に主張された。

「それ〔「登記の推定力」〕は、かような実質的關係の内容に応じて、(a)権利の現存ないし帰属についての推定力（下民八九一条参照）と、(b)権利変動の成立についての推定とにわかれる。たとえば、ある不動産が甲の所有として保存登記がされおれば、甲の所有に属すると推定され（前記(a)の推定）、ある不動産が甲から乙に譲渡されたものとして移転登記がされておれば、甲乙間に所有権の移転があったものと推定され（前記(b)の推定）、同時にまた、現在の所有名義人乙が所有者だと推定される（前記(a)の推定）」。

右にいう(a)の推定が、現在の権利状態 (Rechtszustand) の推定であることは疑いがない。これに対して、(b)の推定、即ち「物権変動が有効真実に行はれたことの推定」ないし「権利変動の成立についての推定」とは、それが登記原因事実たる売買・贈与等の債権契約でないことは明らかである。この点につき、神田・前掲注(1)①・九三頁は、「いわば無因の物権変動自体を推定するものといえる」と理解しておられる（更に、神田・前掲注(1)②・一五五号三八頁注(5)、一五七号一四頁）。なお、近時、石田喜久夫『物権法』（日本評論社・Basic University Library、昭和五二）二九頁がこの見解に賛成されている。一方、我妻栄『有泉亭補訂 新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、昭和五八）一四八頁が「登記には、對抗要件としての効力だけでなく、登記されている権利の変動は一応有効に成立している——のみならず、それが本登記である場合には当該の権利変動が登記以前に生じている——と推定される」という推定力がある」と述べるのは、同趣旨であろうか（これは補訂版において新たに付加されたものであるが、他方、二四五頁においては「登記があればこれに伴う実質的な権利があると推定すべきである」との従来からの表現が存置されている）。

(21) その嚆矢を放ったのは訴訟法學説であり、既に田中・前掲注(11)(b)②・九三—九四頁が、大審院時代の判例を事実上の推定説に立つものと理解しており、更に、天島・前掲注(1)・七二頁、小中信幸『所有権訴訟に関する二、三の問題（その一）』判タ八五号一四頁（昭和三三）、所収・近藤完爾『淺沼武編『民事法の諸問題（第一巻）』判例タイムズ社、昭和四一）一

○(一頁)、花田政道『所有権訴訟に関する二、三の問題(その二)』判タ八八号五六頁(昭和三四、所収・前掲『民事法の諸問題(第一巻)』一二〇頁)も、登記の推定力が事実上の推定に過ぎない旨を明言していた。

(22) 前掲注(1) 参照。

(23) 京都地判昭和四四年一〇月二日判時五八七号六二頁・判タ二四二号一九〇頁・金融法務事情五六四号三三頁、最(三小)判昭和四六年六月二九日判時六三五号一〇頁・判タ二六四号一九七頁・金融法務事情六二二号三七頁〔本件評釈——貝田守・法時四三卷一四号一〇頁(昭和四六)〕、最(二小)判昭和五〇年七月一〇日金融法務事情七六五号三七頁。

(24) 星野・前掲注(1) ①・八四―八五頁、原島・前掲注(1)・一五五頁、間中・前掲注(1) ①・四七頁、同②・一三七頁、舟橋諱一編『注釈民法(6)物権(1)』(有斐閣、昭和四二)一八五頁〔山田晟、大沢・前掲注(1) ①・二四九頁、同②・二五六頁、槇梯次『物権法I』(有斐閣、昭和四六)二九九頁、幾代通①『不動産登記法』(有斐閣・法律学全集25・II、昭和四六)三八五頁、同②(第三版、平成元)四四―一二頁、貝田・前掲注(23)・一一二頁、後藤勇『民事裁判における事実認定と経験則(一)』判タ三〇〇号二頁(昭和四九)、生熊長幸①・判例評釈〔最(三小)判昭和四九年二月七日民集一八卷一五二頁〕・民商七一巻六号一六二頁(昭和五〇)、同②・判例評釈〔前掲・最(三小)判昭和四九年二月七日〕『不動産取引判例百選(増補版)』(昭和五二)二二九九頁、西岡清一郎・判例評釈〔前掲・最(三小)判昭和四九年二月七日〕・法学研究四八巻六号一一九頁(昭和五〇)、加藤・前掲注(1)・八七頁、村上博巳『民事裁判における証明責任』(判例タイムズ社、昭和五五)二四七―二四八頁、二四九頁以下、井上繁規『不動産の所有権移転経過の認定と弁論主義』判タ四六五号三三頁注(2) (昭和五七)、小山・前掲注(2) ①・三三一頁、同②・三一〇頁注(1)、三三四―三三五頁注(1)、吉野・前掲注(9)・九二頁、鈴木禄彌『物権法講義(三訂版)』(創文社、昭和六〇)一一八頁、広中俊雄『物権法(第二版・増補)』(青林書院新社、現代法律学全集6、昭和五七)四八頁、田中整爾編『現代民法講義2物権法』(法律文化社、昭和六一)七六頁〔山川一陽、藤田耕三・小川英明編『不動産訴訟の実務(三訂版)』(新日本法規、昭和六三)一三五―一三六頁〔小林克巳〕、三四五頁〔満田忠彦〕もつとも、これらの見解にいう「事実上の推定」なる用語が、今日いわゆる一応の推定か、それとも登記が単独では心証形成に不充分とされる程度に蓋然性の低い推定かは、必ずしも明らかではない。

一方、訴訟法学説の多くは、登記の推定力の問題を、公文書一般の実質的証拠力の側面から捉え、その証拠価値はもとより裁判所の自由心証によって決すべき問題であり、右証拠力は反証によって覆されると解している。近藤完爾『書証の証拠力』民事訴訟法学会『民事訴訟法講座(第二巻)』(有斐閣、昭和二九)六〇七頁、田中和夫『書証の証拠力』『総合判例研究叢書・民事訴訟法(5)』(有斐閣、昭和三七)一一四頁、一一五頁、菊井・村松・前掲注(11) ①・三九八頁、斎藤秀夫編著『注解民事

- 訴訟法(5)〔第一法規、昭和五二〕一七二—一七三頁〔小室直人〕、兼子一「松浦馨」新堂幸司「竹下守夫」条解民事訴訟法〔弘文堂、昭和六一〕一〇四四頁注(12)〔松浦馨〕。「登記は契約証書や固定資産台帳などと同じ程度の証拠力をもつ立証手段」とみられ、その推定力に独自の意義をみとめる必要はないであろう」とする加藤・前掲注(1)・八七頁、「登記は」訴訟上は独自の存在意義を有せず、他の公簿などと同じ程度の証拠力をもった一の証拠方法でしかない」とする大沢・前掲注(1)①・二五二頁注(16)、同②・二五九頁注(15)も同様の見地に立つものである。なお、公文書の実質的証拠力の問題が、自由心証の問題とされるに至った経緯については前掲注(14) 参照。
- (25) 星野・前掲注(1)①・八五頁、原島・前掲注(1)・一五六頁以下、間中・前掲注(1)①・四六頁、同②・一三七頁、大沢・前掲注(1)①・二四八—二四九頁、同②・二五五—二五六頁、住吉・前掲注(1)・三六五—三六六頁、藤原(勇)・前掲注(1)・二三—二四頁。なお、この点は、既に川島武宜『所有権法の理論』(岩波書店、昭和二四)二六四頁において主張されていたところであった。
- (26) 星野・前掲注(1)①・八四頁、原島・前掲注(1)・一五七頁、間中・前掲注(1)②・一三七頁、貝田・前掲注(23)・一一二頁、藤原(勇)・前掲注(1)・二五頁。もっとも、この点は、既に法律上の権利推定説に立つ兼子・前掲注(1)・三三—三三一頁によって自認されていた。
- (27) 間中・前掲注(1)①・四六一—四七頁、同②・一三七頁。更に、星野・前掲注(1)①・八四頁、原島・前掲注(1)・一五六頁、幾代・前掲注(24)①・三八五頁、同②・四四二頁、生熊・前掲注(24)①・一六二頁、同②・二三九頁。
- (28) 藤原弘道①「占有正権原の立証と占有の推定力」、時効と占有(日本評論社、昭和六〇)二〇九頁(初出・判タ三〇二号六四頁(昭和四二))、同②「占有の推定力とその訴訟法上の機能」、時効と占有(一七九頁(初出・司法研修所論集一九六八年一号一七頁(昭和四三)))、江南義之「所有物取戻ノ訴(Cai vindicatio)の法律構成について——占有論研究序説——」民商八五巻四号五〇三頁以下(昭和四三)、石田(穂)・前掲注(11)・二一〇頁以下、上野・前掲注(1)・四頁以下。
- (29) 『注釈民法(6)』(山田)・前掲注(24)・一八五頁、幾代・前掲注(24)①・三八六頁、同②・四四三頁、広中・前掲注(24)・四八頁、上野・前掲注(1)・二四頁以下。しかしながら、この見解に対しては、事実のみが主張・証明の対象となる我が民事訴訟法制度のもとでは、「事実上の権利推定」なる概念を認める余地はない、との批判がなされている。間中・前掲注(1)①・四七—四二頁、西岡・前掲注(24)・一一七頁、住吉・前掲注(1)・三五五頁。事実上の権利推定は「内容不明のもの」とする原島・前掲注(1)・一五五頁も同趣旨であろう。
- (30) 小中・前掲注(22)・一四頁(二〇一頁)、花田・前掲注(22)・五六頁(二二〇頁)、間中・前掲注(1)①・四七頁、四

二頁、同②・一三七頁、大沢・前掲注(1)・二四九—二五〇頁、同②・二五六—二五七頁、西岡・前掲注(24)・一一七頁、藤原(勇)・前掲注(1)・二五頁、二九頁以下、『不動産訴訟の実務』(満田)・前掲注(24)・三四五頁(なお、「実務も概ね右見解によって処理されていると思われる」とされる)。

(31) 鈴木・前掲注(24)・一二八頁(なお、鈴木教授は、同書の改訂版(昭和四七)・一四二頁、二訂版(昭和五四)・一一三頁において既にこの立場をとっていたが、推定の効果につき事実上の推定説に立つ旨を明らかにされたのは三訂版においてである)、更に浦野雄幸①『新不動産登記読本(新訂第六版)』(商事法律務研究会、昭和五九)五四—五五頁、同②(全訂版)(平成元)六七頁。

(32) 花田・前掲注(22)・五五頁(二—三頁)、三ヶ月・前掲注(2)①・四一七頁、岩松兼子・前掲注(2)・一一二頁以下、広中・前掲注(24)・四七頁。

(33) 吉野・前掲注(1)・二四二頁。右見解は、ドイツ法に関するローゼンベルクの所説(Rosenberg, Beweislast, §16 II, S. 232 ff. (ローゼンベルク・前掲注(11)・二七八頁以下)を日本法に持ち込んだものである。法律上の権利推定一般につき、斎藤・前掲注(2)・三七四—三七五頁も同旨。もっとも、吉野判事自身は「わが国の登記に推定力を認める必要はない」と述べておられる(吉野・前掲注(9)・九二頁)。これは、事実上の推定の中でも、登記が単独では裁判官の心証を形成し得ない蓋然性の低い推定と解するものであろう。

(34) この見解は、事実上の推定説の登場以前に、萩・前掲注(1)・三六頁により主張されていたもので、「登記の推定力を法定の証拠法則と考えれば、登記によって推定される権利の不存在を立証する相手方の努力は登記によって推定される権利存在の具体的な蓋然性、確実性、即ち、心証に見合ったものであれば宜しいと解すべきだから、推定の覆滅は通説の場合より余程楽なる筈である」とされる。

(35) 神田・前掲注(1)①・一一九頁以下、同②・一五七号—一三頁以下。教授は、まず、推定の対象につき「占有者は占有取得時に権利を取得しその権利を現在まで保有しているとの推定をうけると同じく、現名義人は、登記取得時に権利を取得し、その権利を現在まで保有している」と推定される」とする(同①・一一九頁、同②・一三—一四頁)。一方、推定覆滅の具体的方法は、占有の推定力に関する花田・前掲注(22)・五五頁(一—三頁以下)の見解を、そのまま登記に移行させたものである(神田・前掲注(1)①・一二二頁注(1)、同②・一五七号—一二二頁注(52))。

(36) 松本・前掲注(1)・二三三頁以下。教授は、占有の推定力に関するドイツ法(BGB一〇〇六条)の議論を紹介した後、推定の対象に関しては、「占有の推定力の内容と同様、登記名義人は、登記の抹消と共に、登記された権利を取得したことが

法律上推定され、また、自己の登記を抹消された登記名義人は登記の抹消と共に権利を失ったことが推定される、と解すべきである。登記と共に物権変動が生じたことは、法律上推定されるが、その後この権利状態が現在に至るまで存続していることは法律上推定されるのではない。後者は、事情によって事実上推定されるにすぎない」とされる（二三三頁）。その結果、推定覆滅の具体的方法に関しては、相手方は、登記名義人の主張する所有権取得原因（通常は登記原因となるであろう）の不在または無効を証明すれば推定は覆滅される、と結論づけておられる（二二五—二二六頁）。

(37) 神田・前掲注(1)③・三九一頁、同④・四三三頁は、占有の推定力の根拠に関する兼子・前掲注(1)・三二七頁の主張（権利者は占有を得れば最早安心して其の取得の証拠方法等を紛失する虞があるから何時迄も之に証明を負担せしめるのは酷であり、殊に伝来取得であると順次に前主の権利の証明迄廻らねばならぬことは之に不能の証明（悪魔の証明 *probatio diabólica*）を強ひる結果となり、衡平を失する）を受けて、この理は、不動産物権においてはまさに登記名義人について妥当とする。同旨、阿部・前掲注(1)・二二〇—二二二頁。更に、松本・前掲注(1)・二二二頁以下も、「登記の推定力が軽視され、その結果、権利取得原因事実について証明責任を負う登記名義人たる当事者がその証明に失敗して（真偽不明のため）敗訴するケースや、登記名義人たる当事者が勝訴するにしても権利取得原因につき困難な証明をしなければならぬため」として、かかる証拠散逸による証明不能から登記名義人を救済するために、登記の推定力を法律上の推定と解すべきである、としている。

(38) まず、我が国において登記の推定力の論じられる契機となった、占有の推定力と登記の推定力の「衝突」問題は、依然として解決されていない（学説の詳細に関しては後述する。他方、登記の推定力は契約当事者間あるいは登記の由来する前主との間で働くか、という問題に関しては、肯定説と否定説との間で鋭い対立が存する。この問題は、最（一小）判昭和三八年一月一五五民集一七卷一一号一四九七頁を契機として俎上に載せられたものであるが（同様の事案としては、千葉地判昭和四〇年六月一五日判タ一七九号一五六頁がある）、この議論もまた、占有の推定力が契約当事者間あるいは登記の由来する前主との間で機能するか、という問題との対比において論じられる傾向にある（学説の詳細に関しては、後掲注(47)参照）。

(39) 阿部・前掲注(1)・二二五頁。大沢・前掲注(1)①・二四八頁、同②・二五五頁も「登記の推定力にどの程度の訴訟法上の効力を認めるかという問題は、その国の登記制度の内容いかんによって決せられる、もしくはそれが非常に重要な決定要因である、といえるであろう」と述べられる。

(40) 登記の推定力が登記原因にまで及ぶか否かに関する議論（前掲注(19)）を参照。

二 フランス法

フランスにおける登記の証拠保全機能⁽⁴¹⁾を論ずるためには、その前提として、フランスの民事訴訟制度を特徴づけるところの、訴権 (action) 体系と法定証拠主義 (système de la preuve légale) について触れておく必要がある。

まず、訴権は、行使される権利の性質に応じて、対物訴権 (訴訟) (action réelle)、対人訴権 (訴訟) (action personnelle)、混合訴権 (訴訟) (action mixte) に分類される⁽⁴²⁾。いうまでもなく対物訴訟⁽⁴³⁾では物権 (droit réel) が、対人訴訟では債権 (droit personnel) が行使されるのであるが、一方、同一の法的関係から物権と債権が生じた場合、これを同時に行使用する訴訟が混合訴訟⁽⁴⁴⁾であり、これは不動産についてのみ存する⁽⁴⁵⁾。

もっとも、契約に基づく訴訟 (action contractuelle) においては、専ら契約関係の立証が問題となり、所有権の存否は立証の対象とならないとされているから⁽⁴⁶⁾、所有権の証明が問題となるのは、専ら契約関係で結ばれていない者の間の訴訟 (＝対物訴訟、なかでも所有物返還訴訟) に限定されてくることになる。

従って、フランスにおける登記の証拠としての効力を考察する場合、(一)契約に基づく訴訟においては専ら「契約」に対する推定力ないし証拠力が問題となり、(二)契約関係で結ばれていない者の間の訴訟においてのみ「所有権」に対する推定力ないし証拠力が問題となることになる⁽⁴⁷⁾。

(一) 契約当事者間における訴訟

1 書証優越原則

まず、契約関係で結ばれた当事者間における訴訟について見てみよう。

ここで問題となるのが、フランス民法典（以下C.と略記）が、債権関係に関する証明については、書証優越原則の支配する法定証拠主義を採用している点であり、これが訴権体系と並ぶフランス法の大きな特徴となっている。⁽⁴⁸⁾即ち、C.一三四一条は、デクレ (décret) によって定める金額（現在一九八〇年七月一五日デクレにより五〇〇〇フラン）以上の契約に関しては、証書の作成を要求すると共に、金額がそれ以下の場合にも、証書が存する場合には、その内容に反する人証を排斥する旨を規定している。一方、事実上の推定は、人証が許容されている場合にのみ認められるに過ぎないから（C.二三三条、結局、当事者は契約に際して証書——とりわけ合意に関してそれ自体で完全な証明力を有する公正証書（C.一三一条）——を具備しておくことが、極めて重要な意味をもつ。右の如き証書の事前設定の必要性と書証優越原則（「書証は人証に優る (Lettres passent témoins)」は、一九六六年のムランの王令 (Ordonnance de Moulins) 以来、現在に至るまで、実に四世紀以上の伝統となつて、フランスの証拠法を支配しているのである。⁽⁴⁹⁾

さて、先に本稿の問題意識として提示した証拠力と実体法上の法制度との関連という観点からみれば、右書証優越原則は、アンシャン・レジーム以来の公証人を介在させた公正証書取引慣行と表裏一体的な関係に立っており、また、かかる公正証書の間接強制が、振り返って、フランスにおける物権変動に関する意思主義を背後から担保する重要な要素となつていることが明らかになる。既に多くの研究の指摘するように、⁽⁵⁰⁾フランス民法典における意思主義 (principe de solo consensus) の宣明は、ローマ法の引渡 (traditio) 主義の延長線上にある。即ち、ローマ法以来の現実の占有移転による所有権移転の原則は、古法時代、公正証書に引渡済条項 (clause de dessaisine-saisine) を挿入することにより観念的引渡 (traditio facta, traditio feinte) へと変化し、次いで、右引渡済条項がいわば当然の事理として公正証書上に明記されなくなり、更に、自然法学者及び革命期の法思想により形成された意思尊重原理（意思自治の原則 (principe de l'autonomie de la volonté)）の結果、民法典において意思のみによる所有権移転の原則が宣明されたのである（引渡

債務一般につきC。一一三八条、売買につき一五八三条)。

以上のような史的展開の末に成立した意思主義は、右経緯からすれば擬制的な引渡主義(Ⅱ証書に化体された占有移転)というべきものであり、他方、書証優越原則・公証人慣行との関係でいえば、原則として公正証書作成時に所有権が移転する疑似的な要式主義とでもいうべきものである。けだし、民法典における意思主義の宣明にも拘らず、公正証書が証拠方法として決定的であるということは、当事者の実際の権利行使の可能性が公正証書の具備の有無に左右されるということであり、その結果、当事者は、自己の権利確保のために、公正証書による契約を行なうことが通常になるからである。⁽⁵¹⁾かように、書証優越原則及び公証人慣行の存在は、意思主義原則にも拘らず、公正証書が契約関係の存在を反映する蓋然性を極めて高いものにし、それが再び書証優越原則を正当化させる要因となっている⁽⁵²⁾である。

2 債権関係に関する登記の証拠力

右のように、フランスにおいては、債権関係の証明に関しては、証書(とりわけ公正証書)が決定的な意味を有しているのであるが、では、フランスの登記は、債権関係の証明に対していかなる機能を有するか。

ここでは、フランスにおける登記制度の構造上の特質を説明しておかなければならない。フランスにおける登記制度は、厳密には、①抵当権・先取特権に関する、契約証書(acte)の記載事項のうち必要事項のみを抜き書きして行なう「登記(inscription)」と、②所有権その他の権利に関する、契約等の法律行為証書(acte)の全文をそのまま公示する「謄記(transcription)」とに分かれ、現在では両者を総称して「土地公示(publité foncière)」の用語が用いられている。⁽⁵³⁾かかる構造の帰結として、右登記及び謄記(以下特段対比しない場合には一括して「登記」の用語を用いる)は、それ自体が契約証書の抄本ないしは謄本たる性質を有し、しかも、それによって公示されるのは、「権利(droit)」それ自体ではなくして「(法律)行為(acte)」である。⁽⁵⁴⁾この点は、我が国の登記制度が「何を」公示すべき制度であるのか、

という点との関連で留意されておいてよい。

さて、かように（権利ではなくして）契約を反映すべく整えられた制度であるフランスの謄記ないし登記は、実際にも、契約を反映すべき蓋然性が高いはずである。とりわけ、契約証書の全文謄写である謄記は、契約証書の抜き書きに過ぎない登記に比して実体関係を反映する蓋然性が高いものと考えられる。ところが、フランスにおける謄記ないし登記は、債権関係の証明に関しては、極めて微弱な証拠価値を有するに過ぎない。民法典は、謄記に関して次の如き規定を置くに留まる。

【C。一三三六条】

① 公の登録簿への証書の謄記 (transcription) は、書証の端緒 (commencement de preuve par écrit) としてでなければ用いることができない。そのためには、更に、次の要件が必要である。

一 行為証書 (acte) が作成されたと思われる年の公証人の全ての備付け原本 (minute) が喪失したことが確かであること、または右行為証書の備付け原本の喪失が特別の事故によって生じたことが証明されたこと

二 行為証書が同一の日付で作成されたことを確定する公証人の正規の台帳 (registre) が存在すること

② 右二つの事情の競合によって人証が認められるときは、証書の証人であった者がなお存在する場合には、その者の意見を聞くことが必要である。⁽⁵⁶⁾

ここにいう「書証の端緒」の意義に関しては、C。一三四七条に規定がある。同条によれば、謄記を初めとする書面 (écrit) が書証の端緒として援用された場合には、先の書証優越原則に関する一三四一条が排斥され、人証及び推定による証明が許されることになるのである。⁽⁵⁷⁾

確かに右書証の端緒は、先の書証優越原則（Ⅱ証書不存在の場合の他の証拠方法の排斥）に対する重要な例外ではある。⁽⁵⁷⁾しかし、第一に、右一三三六条の文言からも知れるように、その要件は厳格であり、書証の端緒としての謄記の援用は、公正証書原本の喪失が止むを得ない事情に基づく場合に限って認められるに過ぎない。しかも、第二に、

謄記のみでは、契約関係に関する裁判官の心証は、確信には至らないのであり、債権関係の存否は、更に人証その他の証拠をも含めて総合的に判断されることになるのである。⁽⁵⁸⁾

かかる帰結は、先に述べたフランスの登記制度の構造上の特質に由来するものである。フランスの登記制度は、契約(証書) (acte) の全部または一部を公示するシステムであり、それ自身が契約証書の謄本ないしは抄本たる地位を有するに過ぎない。従って、これが契約証書原本の有する証拠力に劣後し、しかもその証拠価値が微弱なものとなるのは当然であろう。⁽⁵⁹⁾

(二) 所有物返還訴訟

以上の契約当事者間の訴訟に対し、所有権の証明が問題となる所有物返還訴訟につき、民法典は、その証明責任及び証拠方法に関して、全く規定を置いていない。唯一存在するのは、一定期間存続した占有から所有権を推定し、しかもそれに対する反対証明を禁止する制度、即ち取得時効 (prescription, usucapion) のみである (C. 1350条二号)⁽⁶⁰⁾。ここにおいて、フランスの学説が問題としてきたのは、いわゆる「悪魔の証明 (probatio diabolica, preuve diabolique)」問題であった。これは、原始取得が存在しない限り無限に続く証明の論理的な不能性 (impossibilité) の問題と、証拠の散逸による証明の事実上の困難性 (difficulté) の問題の二つの側面を有する。⁽⁶¹⁾

このうち所有権証明の論理的不能性とは、次のような事理を指す。即ち、所有権の承継取得の証明の場合、原告と前主との間の所有権取得の原因行為 (売買・贈与など) の証明では足りず、前主が所有権者であったことも証明されなければならない。なぜなら、不動産につき公信力を認めないフランス法においては、「何人も自己の有する以上の権利を譲渡することを得ない (Nemo plus juris ad alium transferre, quam ipse habet.)」からである。⁽⁶²⁾ しかし、前主の所有権を立証するためには、更に前主と前前主間の所有権取得原因行為の証明に加えて、前前主が所有権者であったこ

とも証明しなければならず、この連鎖は、原始取得のない限り無限に続くことになる。

一方、証明の事実上の困難性とは、我が国の学説が時効制度の根拠論の側面で主張する採証の困難性と同様のものであり、長期にわたる時の経過により、証書の散逸・証人の死亡等の事態が生じ、当事者―前主間、前主―前前主間……の個々の権利変動原因事実（契約・相続等）それ自体に関する証明が困難になることを指す。従って、前主・前前主……と遡って順次承継取得の過程を証明すべしとされた場合には、仮に当事者が自己の所有権を基礎づける原始取得者を発見することができたとしても、そこに至るまでの承継取得原因事実を証明することができずに敗訴する可能性が高いのである。

1 占有による「悪魔の証明」救済

右「悪魔の証明」に対して、かつて一九世紀の学説は、これを占有制度によって解消しようと試みた。即ち、古法におけると同様、(1)現在の占有に付与される権利推定力（*présomption*）、(2)一年間継続した占有に付与される占有訴権（*action possessoire*）、(3)長期間の占有に付与される取得時効（*usucapion, prescription*）の三つが「占有の効力（*effet*）」として位置づけられ、これが「悪魔の証明」から真の所有権者を保護する制度として理解されたのである。⁽⁶³⁾

(1) このうち、第一の権利推定力は、所有物返還訴訟における証明責任の所在と関連する。即ち、フランスの判例は早期から、右訴訟において証明責任を負うのは原告であり、被告は現在の占有者は自己の所有権につき証明責任を負わないとしていた。しかしながら、先述の債権関係におけると異なり、民法典は物権関係に関する証明責任の所在につき何ら述べるところがないため、その根拠を何れに求めるかが問題となった。そこで一九世紀学説は、右結論を導くために、所有物返還訴訟における被告は占有者は、その占有から所有権が推定される結果、自己の所有権に関する証明責任を免除される、という古法以来の命題⁽⁶⁴⁾を採用したのであった。⁽⁶⁵⁾

だが、かかる見解に立つならば、原告は、被告の占有が瑕疵ある占有であることを証明することによって、右推定

を覆滅し、所有物返還訴訟に勝訴できることになるとされ、この結論は、原告は被告の占有が瑕疵ある占有である旨を証明するだけでは足りず、進んで自己の所有権を立証しなければならぬとする判例の立場と矛盾する、と批判された。⁽⁶⁶⁾ その結果、今日の学説は、所有物返還訴訟において被告の占有者が所有権に関する証明責任を負わない根拠を、「証明責任原告により (Actor incumbit probatio)」の一般原則に求めている。⁽⁶⁷⁾ 我が国においても、右の経緯を参照しつつ、一八八条は証明責任の一般原則が所有物返還訴訟に関しても適用される旨を明示した注意規定に過ぎないとする立場が有力に展開されていること、先述した通りである。⁽⁶⁸⁾

さて、右の如く、所有物返還訴訟において所有権に関する証明責任を負うのは原告であるが、しかしながら、右結論は、今度は、占有を失った真の所有者に対して過酷な証明の負担を負わせる危険性を生ぜしめる。かかる不利な立場に置かれた真の所有者保護のための制度として機能するのが、次に述べる占有訴権制度と取得時効制度である。

(2) まず占有訴権に関しては、フランスの学説は今日に至るまで一貫して、占有訴権を本権訴訟における不利な立場から真の所有者を保護する制度と理解している。即ち、占有訴訟においては所有権は証明対象とならないから、占有を侵奪された真の所有者は、まず占有訴権を行使することによって「悪魔の証明」を負う本権訴訟を回避し、証明の困難性に陥ることなく容易に占有を回復することができ、また、占有訴訟の勝訴者は、後の本権訴訟において所有権につき証明責任を負わない被告たる有利な地位に立つことができる、と説かれる。⁽⁶⁹⁾ 右の如き占有訴権制度の理解は、我が国にいわゆる本権保護説に対応するものであるが、かかる制度趣旨を担保するため、フランスにおいては、占有訴訟と本権訴訟の併行禁止の原則 (《non-cumul du possessoire et du pétitoire》)⁽⁷⁰⁾ が徹底されている点には留意すべきである。

一方、占有訴権制度の認められる根拠もまた、占有が所有権を反映する蓋然性が高いことに求められる。即ち、過去の一定期間占有していた者がその占有を意思に基づかずして喪失した場合、彼が真の所有権者である蓋然性は現在

の占有者よりも高く、従って、後の本権訴訟において有利に扱われるべき、とされるのである。もっとも、占有訴権は、その行使期間に制限があるため、真の所有権者を「悪魔の証明」による敗訴の危険から完全に救済できるわけではない。⁽⁷²⁾

(3) これに対して、取得時効制度は、所有物返還訴訟内部において、一定期間継続した占有から所有権それ自体を証明する。その結果、所有権取得の無限連鎖は切断され、当事者は「悪魔の証明」から解放される。この制度の根拠もまた、長期間物を占有する者は所有者である蓋然性が高いことにあり、従って、フランスの学説は、取得時効制度の目的ないし通常の機能（*role normal*）は、無権利の占有者による「侵奪（*usurpation*）」の保護にあるのではなくして、真の所有権者に対して、彼の権利の証明を容易にすることにあり⁽⁷³⁾と説く。これは、我が国の時効学説におけるいわゆる訴訟法説、即ち、時効制度を証明の困難性から真の権利者を救済する制度とみる見解に一致するものである。⁽⁷⁴⁾

さて、不動産に公信力を認めないフランス法において、不動産所有権の絶対的証明を可能にするのは、実定法上、右取得時効制度以外に存在しない。従って、当事者は、自己の所有権保護のためには、契約に際して取得時効をなし得るような占有、即ち一定期間継続した瑕疵なき占有（ \parallel 有効な占有）を具備しておくことが必要条件となる。そして、右占有という証拠を具備することは、同時に、所有権保護の十分条件でもある。即ち、先述の如く《*Nemo plus juris*》：原則が支配するフランス法においては、譲渡契約を結ぼうとする者は、譲渡人が所有権者であるかどうかを確かめるために、売主の前主・前前主……と遡ってその権利取得原因事実（ \parallel 契約等）の存在を調査する必要に迫られるが、右調査の範囲は、時効期間を越えるところまでで充分である。けだし、最長期時効期間である三〇年を越えて連鎖する取得権原を確認しておれば、第三者との間で所有権をめぐる紛争が生じた場合にも、取得時効を援用することによって、困難な所有権証明を行なうことなく、相手方を退けることができるからである。また、右調査の結果、権原の連鎖が時効期間に満たない場合には、当事者は契約を控えればよい。

2 取得時効活用のための制度

しかしながら、当事者に対して、三〇年の期間の権原連鎖に関する調査義務を課し、時効取得のための証拠を整えさせることもまた容易ではないように思われる。そこで、フランスにおいては、この問題を、(1)公証人を介在させた証書取引慣行と、(2)登記制度によって、ある程度回避してきた。即ち――

(1) 先述の如く、フランスにおいては、不動産譲渡契約は公証人を介在して行なわれるのが通常であるが、公証人は、右譲渡契約に際して、最長期取得時効期間である三〇年よりも前の権原まで遡って、譲渡人の権原を調査すべきものとされている。⁽⁷⁶⁾

また、証書取引慣行の存在により、権原の連鎖は、証書という有形物によって容易かつ明確に証明し得るのであり、権原証書が存在する限り、取得時効における自主占有の承継の立証は比較的容易である。これに対して、公証人慣行と書証優越原則を欠く我が国の法制の下では、訴訟において、契約証書が単一で裁判官の心証を確信に至らせるだけの証拠力を有しない結果、自主占有承継の証明は困難なものとなり、従って、取得時効により真の所有者が保護される余地は、フランス法に比して狭くなる、といわなければならない。

(2) では、公証人は、右権原証書の連続性を、どこから知ることができるか。ここで重要となるのが登記制度である。先に述べたように、フランスの登記制度は、権原証書ないしその一部を時間順にストックしてゆく方式（いわゆる年代順編成主義）をとっており、⁽⁷⁶⁾公証人は、登記所（＝*bureau de la conservation des hypothèques*）に照会することによって、時効期間以上に互る権原証書の連鎖の有無を知ることができるのである。⁽⁷⁷⁾かように、フランスにおいては、権原の連鎖に関する煩瑣な調査義務を、法律の専門家である公証人が負い、また、その調査の結果も、権原証書という確実な証拠として現れる。この点は、我が国における権利関係の調査が、当事者の責任においてなされていることと対照的である。

だが、フランスにおいて、右の如き構造が維持されるためには、その前提として、登記制度の構造において、信用における権原証書が連続して公示されていることが必要である。この点は、一九五五年一月四日デクレ三条によって、前主の権利取得証書が公示されていなければこれに続く権利証書の公示が受理されないとされ（「公示の連続の原則 (effet relatif de la publicité foncière = Prinzip der fortgesetzten Kette der Eintragungen)」⁷⁸）また、同デクレ四条一項により、公示される証書は公正証書の形式によらなければならないとされることによって、一層徹底されることとなった⁽⁷⁸⁾。

以上の如き時効主張を容易化する方策の存在により、フランスにおいては、時効期間に満たないために当事者が「悪魔の証明」に直面する可能性は実際には少ないといわれているが、⁽⁷⁹⁾ここにおいて再び、フランス法と日本法の等質性を強調する事実上の推定説の主張は困難性に突き当たる。登記に公信力が認められない以上、当事者は、自己の権利保護のために、時効取得の要件を備えておく必要性が存するが、右要件具備を容易化するためフランス法の用意した諸制度は、現行日本法においては、ほとんど承継されていないように思われるからである。また、我が国における取引の実状をみても、当事者は契約に際して、登記簿に現れた権原の連鎖を取得時効期間まで遡って調査しているとは考えられない。判例・学説により中間省略登記の対抗力・無効登記流用等が承認され、また、登記原因が実体関係を反映する蓋然性が低いとされるのも、かかる実状を前提とするものであろう。こうしてみると、時効制度による権利者保護は、日本法においてはほとんど期待できそうにない。

3 事実上の権利推定による「悪魔の証明」救済

この点との関係では、更に、右の如き時効主張を容易化するための方策を講じるフランス法においてすら、取得時効制度は、証明の困難性を完全に救済し得ない、と説かれている点に留意したい。ただし、書証優越原則による間接的な証書強制が存するとはいえ、意思主義の建前を堅持する以上、公証人の介在しない無方式の所有権移転原因契約

の有効性を認めざるを得ないからであり、一方、對抗要件主義は、公示を懈怠した当事者に対して二重契約という極めて限局された場合に限ってサンクションを課すものに過ぎず、⁽⁸¹⁾かような形での間接的な公示強制もまた、公示なき(ないしはその前提となる証書なき)契約を完全に駆逐することができないからである。その結果、当事者としては、占有権原の立証の側面において、困難性に直面する虞れがある。

(1) かつて、一九世紀の学説の中には、民法典が取得時効以外に所有権証明のための明文を置いていない以上、取得時効が成立しない場合には、所有権につき証明責任を負う当事者は敗訴を免れない、と説く見解も存在した。⁽⁸²⁾だが、この見解は、真の所有者保護の見地からみて余りにも妥当性を欠くと批判され、取得時効が成立しない場合にも、証明責任を負う当事者に所有権に関する何らかの証明の余地を認めるべきであるとの主張が、古くから一般的であった。⁽⁸³⁾即ち、民法典の用意する「悪魔の証明」救済制度が不充分であることは、早期から意識されていたのである。もっとも、いかなる形での証明を認めるかに関しては、一九世紀から今世紀初頭までの学説は多岐に分かれており、プブリカーナ訴権(*actio Publiciana, action Publicienne*)⁽⁸⁴⁾を行使し得るとする古法以来の見解が通説的地位を占めた一方、債権関係に関する書証優越原則の規定を準用し、権原証書による所有権の証明を認める見解も存在した。⁽⁸⁶⁾

(2) しかしながら、今世紀初頭以降の判例・学説は、債権関係の証明に関する民法典の法定証拠主義の規定は所有権の証明については適用がないとしつつ、⁽⁸⁷⁾原告が被告よりも「より良い(権利) またはより蓋然性の高い権利(*droit meilleur et plus probable*)」を有するとの証明で足りるとする見解を承継し、⁽⁸⁸⁾事実審裁判官(*Juge du fond*)は、権原・占有等あらゆる証拠資料の蓋然性を基礎とした「事実上の推定(*présomption de fait*)」により、自由心証に基づき、原告被告の何れが所有権者らしいかを相対的に判断すべきものとしている。⁽⁸⁹⁾これは、前主の所有権、前前主の所有権……と無限に続く連鎖を、「事実上の権利推定」という概念を認めることによって解消するものであり、我が国の学説の中には、右フランス法の処理を援用しつつ、登記の推定力についても、これを「事実上の〔権利〕推定」と解する見

解が存する⁽⁹⁰⁾。

もつとも、右「事実上の権利推定」という処理においても、個々の証拠に現実にとどの程度の証拠力を認めるか、という問題が生ずる。この点につき、フランスの判例は、所有権証明が事実上の権利推定による旨を承認した後も、従前より形成されてきた各証拠の間の複雑な優先関係を、若干の変更を加えつつ維持しているが、右判例準則からは、権原証書及び占有が、依然として所有権に関する高い証拠力を有していることが知られる。

先に見たように、フランスにおいては、古法以来、占有及びこれを化体したところの権原証書が、所有権移転における最も重要な要素であった。まず、占有は、既に早期から所有権移転の表象としての地位を証書に譲っていたといえ、先の権利推定力・占有訴権・取得時効に関する学説の理解からも知られるように、所有権保護のための諸制度は全て占有と結合し、占有が所有権を反映する蓋然性が高いことを基礎として認められたものであった。他方、先述の如く、古法以来の公証人慣行及び書証優越原則に裏打ちされた権原証書は、実際には所有権移転の成立要件に等しい機能を有している。かかるフランス法において、権原証書は、契約関係を反映する蓋然性が高いのみならず、所有権を反映する蓋然性もまた極めて高いといえることができる。かような基盤に基づき、フランスにおいては、権原証書あるいは占有が単独で、所有権に関する裁判官の心証を形成し得る場合が認められているのである。

4 所有権に関する登記の証拠力

では、フランスにおける登記は、所有権に関して、具体的にどの程度の証拠力を有するか。

先の判例準則からも知られるように、フランスにおける登記は、両当事者が共に権原証書を援用し（即ち双方の取得原因事実が証書によって証明され）、かつ、右権原が同一前主に由来する場合、という極めて限定された局面でしか機能しない（對抗要件主義⁽⁹²⁾）。勿論、所有権に関する証明が全証拠関係に基づき裁判官の自由心証により行なわれる以上、登記もまた、その判断材料の一つとなることは疑いがない。しかしながら、先述の如く権原証書並びに占有

が単独で裁判官の心証を形成し得るのに対して、登記は、権原証書の推定力を側面から強化する補充的徴表 (*indices supplémentaires*) となるに過ぎないのである。⁽⁹³⁾

かかる事理もまた、フランス法の公示制度が権原証書の謄本ないし抄本たる構造を有していることに由来する。

まず、對抗要件主義の妥当する場合、即ち、権原が同一前主に由来する場合とは、前主の所有権につき当事者間に争いのない場合に他ならないから、弁論主義の建前上、この場合には、所有権証明の問題は生ぜず、専ら二つの契約の何れが優先するかが問題となる。ところで、この場合には本来、*«Nemo plus juris...»* 原則のコロラリーたる「時において先んずる者が権利において優先する (*Prior tempore potior jure*)」の原則に従い、権原 (証書の日付) の古い者⁽⁹⁴⁾ 第一譲受人が優先するのがローマ法以来の原則であった。しかし、右権原証書の先後の基準では、第三者は第一契約の存在を覚知し得ず、その結果、取引の安全が阻害される。この点は、公証人を介在した証書取引慣行により、第三者は、譲渡人のホームドクター的な立場にある公証人に対して、譲渡の有無を照会することで、ある程度回避されてはきたが、しかし、それでは、頻繁化した土地取引にとって、いかにも不充分である。そこで、一八五五年登記法は、当事者間での隠れた契約を公開し、これを第三者に認識させることとし、右公示の要請を促進させるために、権原証書の先後の基準を、権原証書の公示 (≡登記) の先後へと置換したのであった。⁽⁹⁵⁾

右の経緯からも知れるように、フランスにおける登記が証書の写しであるという事理は、隠れた契約 (権利ではない) を第三者に認識させようとする對抗要件主義の本来の趣旨からくる当然の帰結であり、對抗要件主義と証書公示システムとは、元来一体的な関係にあった。また、ここに対抗要件主義の限界が存するのであって、同一前主を起点とする場合以外の場合、即ち、前主の所有権につき当事者間に争いがあり、所有権の証明が問題となる場合においては、對抗要件主義は働かないことになる。フランスにおける登記は、契約を公示する制度であっても、権利それ自体を公示する制度ではないからである。従って、当事者が登記を援用したとしても、それが所有権に関して有する蓋然

性ないし証拠力もまた、オリジナルである証書に劣後し、単にその証拠力を補充する意義を有するに留まることとなる。⁽⁹⁶⁾

かように、フランスにおける登記は、所有権に関してもまた微弱な証拠価値しか有さない。更に、現時点において、登記に所有権に関する完全な証拠力 (*force probante*) を認め得ない理由としては、特に地方部においては、非常に多くの小土地所有者が、物の売買の際に無方式の契約をなすに留まり、その結果証書公示制度は機能せず、未登記土地が数多く存在すること、⁽⁹⁷⁾ 権利に関する法定証拠 (*preuve legale*) ないし国家により公認された権原証書 (*titre officiel*) をもたらすところの土地帳簿 (*livre foncier*) 制度が採用されていないこと、⁽⁹⁸⁾ 登記官に実質的審査権が認められていないため、不真正な登記がなされる可能性が否定できないこと等が挙げられている。しかしながら、学説は、取得時効以外に所有権を直接証明する方法の存在しないフランスの現行法制度の欠陥を説き、また「事実上の権利推定」という処理では「悪魔の証明」の不当性を排除することはできないとして、立法論的には、登記に所有権に関する覆滅し得ない推定力 (*présomption irréfragable du droit de propriété*) (≡ 公信力) を付与することによって「悪魔の証明」問題を解消すべき旨を強調している。⁽⁹⁹⁾ 即ち、フランスにおいても、所有権に関する証拠保全は、占有を基礎とした法制度によってではなくして、登記によって図るべきことが確認されているのである。かかるフランス法の趨勢との対比において、登記の証拠保全機能を微弱に解そうとする我が国の事実上の推定説は、その基本的方向性において、果たして妥当性を有するのであるうか。

(41) フランスの所有権法と証拠法との関連については、筆者は既に別稿で触れたことがある。七戸①「不動産物権変動における対抗力の本質——ポフソナードを起点として——」慶大院法学研究科論文集二三号七一頁(昭和六一)、②「不動産物権変動における意思主義の本質——売買契約を中心として——」同二四号二二頁(昭和六一)、③「我が国における『物権的請求権』概念の推移——旧民法から現行民法に至るまで——」同二五号七九頁(昭和六二)、④「『対抗』のフランス法的理解」同二六号六五頁(昭和六二)、⑤「所有権証明の困難性(いわゆる『悪魔の証明』)について——所有権保護をめぐる実体法と

訴訟法の交錯——」同二七号七三頁(昭和六三)。従って、本稿では、その概略の確認と補充を行なうに留める。詳細は、右論稿を参照いただきたい。

(42) *Sorus (Henry) et Pernor (Reger), Droit judiciaire privé, t. I, 1961, n°s 122 et suiv., pp. 119 et suiv.*

(43) 対物訴権は、本権訴権 (*action pétitoire*) と占有訴権 (*action possessoire*) に分けられ (*Sorus et Pernor, t. I, n° 150, pp. 139-140*)、本権訴権は、更に、(a) 所有物返還訴権 (*action en revendication*)、(b) 確認訴権 (*action confessoire*)、否認訴権 (*action négatoire*)、(c) 一九〇二年六月二五日法 (*loi*) に基づく長期賃借人の対物訴権 (*action réelle au preneur emphytéotique*)、(d) 抵当訴権 (*action hypothécaire*) の四者に分けられる (*Sorus et Pernor, t. I, n° 129, pp. 123-124*)。

(a) このうち、所有物返還訴権は我が国にいう所有権に基づく返還請求権に対応するが、しかしながら、訴権体系をとるフランス法と、今日請求権体系をとる日本法とは(なお現行民法起草者の理解は訴権体系に基づくものであった。七戸・前掲注(41)③・八六頁)、次のような構造上の差異が生ずる。即ち、訴訟と請求権の分離が存在しない訴権体系の下においては、所有物返還訴訟の提起は、返還を求める実体法上の請求権に基づくものではなくして、所有権それ自体の行使と評価される。換言すれば、右訴訟における請求原因は、日本法においては返還請求権の存在であるのに対して、フランス法の場合には所有権そのものとなる。それ故、被告に対して物の返還を求める判決は、フランス法においては、原告の所有権の確認を前提とすることになり、既判力によって確定されるものも、(返還請求権の存在ではなくして)原告の所有権そのものである。これを要するに、フランスにおける所有物返還請求訴訟の本質は、所有権の確認にあり、目的物の返還命令は、これに付帯する二次的効力に過ぎないことになる(松本・前掲注(一)・一九五頁)。

ところが、訴訟物が(返還請求権ではなくして)所有権それ自体とされた場合には、「当事者に争いのある事実のみが主張・証明の対象となる」との弁論主義の命題の帰結として、この訴訟は、原告のみならず、被告もまた自己が所有権者である旨を主張した場合にのみ維持される。ただし、原告の所有権主張に対して、被告が、地役権・用益権・使用権・居住権——換言すれば他主占有——を主張した場合には、被告の右主張は、原告に所有権が存在する旨は争わず、自己に役権が存在する旨の主張を行なうものとなり、従って、所有物返還訴訟の本質たる原告の所有権の確認がなされないからである。

なお、フランス法において「占有 (*possession*)」とは、所有の意思をもってする所持、即ち自主占有を指し、所有の意思なき占有——単なる所持 (*détention*) または他主占有 (≡ 容保占有 (*possession précaire*)) ——には、真正の占有に付与される効果は与えられない(藤原(弘)・前掲注(28)②・一九五頁注(17))。従って、この訴訟を被告の占有の側面から見るならば、この訴訟は、被告が自己の占有が自主占有である旨を主張した場合にのみ維持される、ということになる。フランスにお

いては、占有者のみが所有物返還訴訟の被告適格を有する、とは、かかる事理を指す。これは、我が国において、物権的返還請求権が、占有侵奪の形での所有権侵害者に対して行使される、と理解されているのとは、かなり様相を異にする。

(b) 一方、原告の所有権主張に対して、被告が役権の存在を主張する訴訟が、否認訴訟である（なお、これが契約当事者間の紛争であった場合に関しては、後掲注(46)参照）。この訴訟における争点は、被告の役権の存否であって、原告の所有権ではない。既判力によって確定されるのもまた右役権の存否であり、かように役権の存否の確認をその本質とする点において、否認訴訟は、所有物返還訴訟の対応物というよりは、むしろ役権者が原告となって所有権者を相手に役権の確認を求める訴訟——確認訴訟——の対応物であるとされる（Solus et Parror, t. I, n° 129, pp. 123-124; CARONNIER (Jean), Droit civil, t. 3, Les biens, 6^e ed., 1969, n° 68, p. 235.）。この点は、我が国における妨害排除請求権が、占有侵奪以外の形で所有権侵害者に対して行使される、と理解されていることと、顕著な対比を示す（若林英雄「本権の訴と占有の訴——日本法の場合——」

判タ三五五号五二頁以下（昭和五三）、七頁・前掲注(41)③・八三頁以下）。

——かように、フランス法における本権訴訟の意義・内容は、今日我が国にいう物権的請求権のそれと大きく異なっている。そして、後に見るように、このことが、我が国における登記（あるいは占有も）の推定力をフランス法に近づけて解釈しようとするとき、大きな問題となるのである。

(44) 混合訴訟は、更に次の二つの場合に分けられる。第一は、ある法律行為が不動産物権の創設ないし移転を生ぜしめると同時に、債権的義務をも発生させた場合に、右効果の履行を要求する場合であり、例えば、不動産の売買契約に基づいて売買の目的物の引渡を要求する場合がこれにあたる。第二は、不動産物権を創設ないし移転した法律行為の無効（annulation）、解除（résolution）等を要求する場合であり、例えば、不動産の売買契約を解除し、目的物を返還を買主に請求する訴訟がこれにあたる（Solus et Parror, t. I, n° 133, pp. 126-127. 上野・前掲注(1)・一〇頁以下）。

(45) Solus et Parror, t. I, n° 132, p. 125-126. 野田良之「紹介」H・ソリュス、R・ペロ『民事裁判法第二卷管轄』法協九二巻一〇号一四二頁（昭和五〇）、法務省司法法制調査部編『註釈フランス新民事訴訟法典』（法曹会、昭和五三）八五頁注(三)・上野・前掲注(1)・一〇頁。

対物訴権・対人訴権・混合訴権の区別の実益は、(a)裁判管轄と、(b)訴訟の相手方の二点にある。

(a) まず、権限管轄（compétence d'attribution）（＝事物管轄）に関しては、対人訴訟は、請求の性質及び訴額により、小審裁判所（tribunal d'instance）・大審裁判所（tribunal de grande instance）・商事裁判所（tribunal de commerce）・労働裁判所（conseil de prud'hommes）の何れかに属する（Solus et Parror, t. I, n° 125, p. 120. 各裁判所の組織及び特徴に関しては、

山口俊夫『概説フランス法(B)』(東京大学出版会、昭和五三・二九四頁以下、三〇八頁以下、滝沢正「フランスの裁判制度について」判タ五二二号一七〇頁(昭和五七)、江藤价泰「フランス民事訴訟法制度の動向」『フランス民事訴訟法研究』(日本評論社、昭和六三)五頁以下参照)。これに対して、対物訴訟は、不動産本権訴訟である場合には、大審裁判所が専属管轄を有する(Sorus et Pannor, *ibid.*、なお、動産対物訴訟は、小審裁判所の管轄である。江藤・前掲・一六頁注(6)、前掲『註釈フランス新民事訴訟法典』七六頁注(二))。土地管轄(competence territoriale)に関しては、対人訴訟は被告の住所地の裁判所が原則として管轄権を有し(新民訴四二条・旧民訴五九条一項、但し、例外として新民訴四六条)、不動産対物訴訟は不動産所在地の裁判所が専属管轄を有する(新民訴四四条・旧民訴五九条五項)。他方、混合訴訟は、原告の選択により、被告の住所地・不動産所在地の何れかの裁判所に提起し得る(新民訴四六条・旧民訴五九条六項)(Sorus et Pannor, *ibid.*、前掲『註釈フランス新民事訴訟法典』八二頁以下)。

(b) 第二に、対人訴訟は、債権者(créancier)から、債務(obligation)を有する者に対して提起されるのに対して、対物訴訟は、係争物上に物権を有する者から、右物権を無視ないしは侵害する者を名宛人として提起される(Sorus et Pannor, t. I, n. 126, pp. 120-121.)。

(46) 「所有者が第三者に対して、——貸借(pret)、賃貸借(louage)、寄託(dépôt)、委任(mandat)等の——契約に基づき自己の物を回復する場合には、所有者は、この物の返還を拒絶する所持人(détenteur)に対して所有物返還訴訟(action en revendication)(対物訴訟権(action réelle))を行使するのではなくして、専ら契約に基づく訴権(action née du contrat)(対人訴訟権(action personnelle))を行使しなければならない。従って、彼は自己の所有権(propriété)の証明をする必要はなく、専ら、契約の相手方が彼に物を回復することを義務づける契約(contrat)を証明すればよい」(Mazeaud (Henri, Léon et Jean), *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 2, 6^e éd. (de Juglart (Michel)), 1984, n. 1629, p. 322.)。更に、上野・前掲注(1)・二二頁注(23)。なお、契約当事者間において対物訴訟権を行使せず、対人訴権たる契約に基づく訴権を行使することは、実質的には、極めて困難な所有権証明を回避する実益を有している(Mazeaud, *ibid.*)。

(47) 一方、我が国においては、推定力の及ぶ人的範囲をめぐって、登記の由来する当事者に対しては、推定力が及ばないとする判例があり(前掲注(38)参照)、他方、学説は否定説と肯定説に分かれて対立している。このうち否定説の論拠は、(i)占有と同様登記は権利の帰属の表象であって権利の変動の表象ではないから、登記の推定力は前者についてしか働かない(森・前掲注(1)①・九三頁、同②・三五六頁)、(ii)登記の推定力の根拠はそれが第三者に対する公示方法であることに存するから、推定力の妥当領域も対第三者間に限られ当事者間では働かない(金山・前掲注(1)②・一〇八頁、神田・前掲注(1)③・

三九七頁、同④・四三五―四三六頁)、(iii)推定力が意味を持つのは契約関係にない当事者間で物権的請求訴訟が提起された場合であって、何らかの契約関係の存否・効力が争われる当事者間では、登記の推定力は働かない(星野・前掲注(1)②・一一頁、上野・前掲注(1)・二二頁注(27))等に分かれるが、右諸説のうち(ii)説は、フランス法と同様、債権的請求権と物権的請求権とを法条競合の関係に立たせていることになる。もっとも、契約当事者間の訴訟において、物権的請求権を行使し得るとしても、この場合には、譲渡人の所有権につき当事者間に争いはないから、弁論主義の建前上、所有権の存否が証明対象となることはないであろう(住吉・前掲注(31)・三六四頁、信濃・前掲注(1)・一三〇五号一二頁)。また、登記に法律上の権利推定力を認め、取得原因を捨象した譲渡人の所有権が端的に推定されると解したとしても、学説の提唱する覆滅方法からすれば、これに対する反対証明は、当該契約関係の存否に絞られてくるであろう。なお、推定力の人的範囲は、法律上の推定説をとった場合にのみ問題となる、とされているが、契約当事者と第三者とは、登記の有する証拠力の程度に相違が生ずる可能性がある以上、事実上の推定説においても、一応の推定が働くか否かの問題が生じてこよう。

(48) 民法典は、債権関係に対する証明対象及び証明責任の所在を定めた明文規定を有しており(C。一三二五条、同条によれば、債務の履行を要求する者は、右債務の存在を証明し、債務の不存在を主張する者は、弁済その他債務の消滅原因事実の存在を証明しなければならないとされる。この結論は、我が国の通説たる法律要件分類説と全く同様であるが、右事実の証明の方法に関して働くのが法定証拠主義である。周知のように、法定証拠主義とは、一定の証明対象に関する証明手段(証拠方法)(*moyen de preuve*)を限定し、その証明力(証拠力・証拠価値)(*force probante = efficacité d'un moyen de preuve*)を予め法定しておく主義をいうが、フランスにおいては、右証明手段ないし証拠方法は、書証(*preuve littérale*)、人証(*preuve testimoniale*)、自白(*aveu*)、宣誓(*serment*)、推定(*présomption*)の四種に分けられ(C。一三二六条以下)、前四者を直接証明(ないし直接証拠)(*preuve directe*)と云い、これに対して、徴表(*indice*) (≡我が国にいう間接証拠)を用いた証拠方法たる推定間接証明(ないし間接証拠)(*preuve indirecte*)と呼称する。推定は、法律上の推定(*présomption légale*)と事実上の推定(*présomption de l'homme ou du juge*)に分けられ、法律上の推定は更に、覆滅し得ない推定(*présomption irréfragable ou absolue*)と覆滅し得る推定(≡単純推定)(*présomption réfragable ou simple*)に分けられる。フランスの証拠法の展開に関しては、GARROUX (Paul), *Droit romain. Des preuves en droit privé: Droit français. Essai sur les présomptions légales en matière civile*, thèse Paris, 1891, 三井哲夫「フランスに於ける民事訴訟の基本構造とその実態」判タ一一七号一一頁(昭和三七)、「シヤオン・デ・ロングレー」(野田良之訳)「証拠の証明」法協八四卷二号一〇頁(昭和四二)、「若林安雄」フランスにおける立証責任(序説)判タ三三四号一九頁(昭和五一)、「七戸・前掲注(41)①・七三頁以下、八一頁以

下(昭和六二)参照。

(49) 三井・前掲注(48)・一一頁、山口・前掲注(45)・三九—四〇頁、山口俊夫『フランス債権法』(東京大学出版会、昭和六〇)五三—四頁、鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続の実務——日本的『フランス法主義』の特質——」不動産登記制度一〇〇周年記念論文集『不動産登記をめぐる今日的課題』(日本加除出版、昭和六二)八〇—八一頁注(19)、七戸・前掲注(41)②・一二六—七頁、徳田和幸「フランス法における書証優先主義」比較法研究五〇号一—七頁(昭和六三)。

(50) 意思主義と公証人慣行の密接な関係については、鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割——『フランス法主義』の理解のために——」(一)、「二」早稲田法学五六卷一—三頁、二号一頁(昭和五五)、鎌田・前掲注(49)・七三頁、七戸・前掲注(41)②・一三〇頁以下、意思主義と書証優越原則の密着した関係については、七戸・前掲注(41)①・八五頁、七戸・前掲注(41)②・一二五頁以下参照。

(51) 鎌田・前掲注(49)・七二頁以下、七戸・前掲注(41)②・一二五頁以下。

(52) なお、旧民法は、フランス法に倣い、書証優越原則の支配する法定証拠主義を採用していた(書証優越原則につき証拠編六〇条以下)。また、旧民法起草者ボワソナードも、意思主義が、古法における引渡主義・証書引渡慣行の延長線上にある旨を説く(BOISSONADE DE FONTARABIE (Gustave Emile), *Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 2^e éd., t. II, 1883, n^{os} 124 et suiv., pp. 134 et suiv.)。更に、彼は、証書引渡による不動産占有移転に関する草案三五三条(財産編三三三條)の注釈において、公証人制度の整備、及び、証拠としての証書(instrumentaire)の必要性を強調し(Projet, 2^e éd., t. 2, n^{os} 132-133, pp. 143 et suiv.)。また、売買の諾成契約性を宣言した草案六六二條(財産取得編二五條)の注釈において、書証優越原則と對抗要件主義の採用により証書作成が間接的に強制される結果、意思主義原則にも拘らず、当事者は証書を作成するのが通常である、と述べていた(Projet, 2^e éd., t. 3, 1888, n^o 149, pp. 189 et suiv.)。なお、七戸・前掲注(41)②・一三五頁参照。ところが、我が国において公証人慣行は定着せず、また、現行民法への移行の際に、証拠法に関する規定は訴訟法に委ねるものとされ、結局、法定証拠主義は採用されずに終わった。結果において、我が国の意思主義は、母法フランス法とは似て非なる極端な諾成主義をとる立法となってしまうたのである。これは、フランス法と日本法の法制度上の建前の等質性を強調する事実上の推定説にとつて、不利な材料といえるであろう。

(53) フランスの登記制度に関しては、伊藤道保「フランス不動産登記制度の改正について」比較法研究一六号三五頁(昭和二三)、浦野雄幸「フランスの不動産物権公示制度における公示」(Publicité)の効力について」判例不動産登記法ノート(第二卷)』(テイハン、平成元)一頁(初出・民事月報一八卷九号二六頁(昭和三八))、星野英一「フランスにおける不動産物権公

示制度の沿革の外観』、『民法論集(第二巻)』(有斐閣、昭和四五)一頁、星野英一「フランスにおける一九五五年以降の不動産公示制度の改正」、『民法論集(第二巻)』一三〇頁、鎌田薫「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』(『帝国判例法規、昭和四九』)一一九頁、滝沢律代「物権変動における意思主義・對抗要件主義の継受」、『物権変動の理論』一五頁(有斐閣、昭和六二)。なお、登記すべき行為証書は、かつての共和暦七年霧月一日法・一八五五年三月二三日法においては私署証書の謄記が認められていたが、一九三五年一月三日デクレ・ロワにより私署証書の謄記に際しては、予め公証人の事務所に右私署証書を寄託すべきことが義務づけられ、更に、現行一九五五年一月四日デクレにおいては、公示される証書を公正証書に限定するに至り、かくして不動産に関する契約に際しては、公証人の介入が法律上不可欠なものとなった。

(54) この点を強調されるのは、鎌田・前掲注(49)・六六頁以下。これに対して、日本法の議論においては、公示・對抗されるものが、「物権」ないし「物権変動」である、とするのが通常である。かかる食い違いが、「物権変動」なる用語の多義的ないし漠然とした使用と相俟って、我が国の公示・對抗要件制度の理解を困難なものにしている。同様の事理は、登記の推定力をめぐる議論についてもいえる事柄である。

なお、右の如き登記制度の特質もまた、法技術的には、先述の書証優越原則及び公正証書引渡慣行と密着した関係にある。というのは、右制度の結果、当事者が契約に際して証書を作成することが通常ないしは一般的であることを基礎として、右証書をそのまま利用して公示の要請を満たせんとする意図に出たものだからである。この点に関しては、七戸・前掲注(41)④・六八頁参照。

(55) 法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典——物権・債権関係——』(法曹会、昭和五七)一一九頁、神戸大学外国法研究会編『仏蘭西民法』(財産取得法②)。(有斐閣・現代外国法典叢書16、復刊版・昭和三一、復刻版・昭和六三)二六九頁〔小野木常〕を参照した。なお、全く同様の規定が旧民法にも存する(証拠編五九条)。

(56) Encyclopédie juridique, répertoire de de droit civil, 2^e éd., t. VI, 1979, V^o PREUVE par Gouveraux (Gilles) et Birn (Philippe), n^{os} 351 et suiv.; n^{os} 1073 et suiv. なお、小野木・前掲注(55)・二七五頁参照。

(57) フォン・ホフマンによれば、かかる例外の存在は、その拡大の結果、フランス法を証書の間接強制による疑似的な要式主義とみることを不可能にするところ(von Hoffmann (Bend), Das Recht des Grundstückskaufs. Eine rechtsvergleichende Untersuchung. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht Bd. 47, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 1982, S. 119)。だが、このようなフランスの法制度を、日本法の如き完全な自由心証主義下での「意思主義」と同視することはできなうように思われる。七戸・前掲注(41)②・一一八頁。

(58) 書証の端緒たる書面それ自体は、厳密な意味での書証 (preuve littérale) ではない。けだし、第一に、裁判官は、書証の端緒として援用された書面の内容にいささかも拘束されず、また、第二に、書証の端緒として援用された書面は、不完全な (incomplet) 証拠の一つにしか過ぎないのであって、それ自体で裁判官の確信 (conviction) を形成するには至らないからである (Gouveaux et Birn, *supra* (56), n° 1073)。ボワソナードも、先の証拠編五九条の基となった草案一三九五条の注釈において、証拠の端緒として援用された書面には「事実上の推定 (présomption de fait)」が認められるとしてゐる (Projet, 2^e éd. t. 5, 1889, n° 182-183, pp. 171 et suiv.)。なお「*commencement de preuve par écrit*」を「書証の端緒」と訳出するのは必ずしも適切ではなく、むしろ単純に「書面による〔他の〕証明〔許容〕の端緒」と理解されるべきである (旧民法はこれを「書面ニ依ル証拠端緒」と規定していた)。ここでは、用語法の混乱を避けるため、さしあたり定訳に従ふことにしたい。

(59) 藤原(勇)・前掲注(1)・四六四頁以下は、登記申請に際して登記原因証書の要求を厳格化することにより、フランス法と同様に「生の取引実体が登記に反映され、権利変動の過程と態様についての公示性が高められるならば、登記に対する信頼性はますます高まることになり、本来の不動産登記法の使命である動的な権利変動に対抗力が付与され、同時に、権利変動の原因たる登記原因に推定力が認められることによって、不動産取引の安全と円滑を図る不動産登記制度の目的をより充分に足すことができるものと考えられる」とされる。ここには、我が国の登記制度が、フランス法と同様(物権ではなくして)物権変動原因契約を公示・対抗する制度である、との前提が存する。しかしながら、右理解に対しては、第一に、我が国の登記制度を、フランス法と同様、契約証書の公示システムと理解すべきか否かの問題がある。また、第二に、フランス法の構造からも知られるように、契約証書公示型登記の証拠力は、契約証書原本に劣後すると見なければならぬ。その結果、訴訟において、証書と登記が衝突した場合、証書援用者が勝訴し、登記名義人が敗訴する可能性が高くなるが、かかる結論は、今日の我が国において、果して妥当するであろうか。

(60) 民法典起草者が、(i)物権関係の証明に関しては、古法以来の原則に従う趣旨であったのか、(ii)債権関係に関する規定が、そのまま物権関係に適用されるとみたのか、(iii)それとも右沈黙は、単なる立法の懈怠であるのかは、判然としないとされている(七戸・前掲注(41)⑤・七九頁参照)。その結果、(i)の見方は、後に見るブブリキアーナ訴権説(後掲注(85))を、また、(ii)の見方は、債権関係と同様、証書により所有権の証明をなし得るとの見解(後掲注(86))を、それぞれ導いたのである。

(61) 藤原(弘)・前掲注(28)②・一八六頁、七戸・前掲注(41)⑤・八五頁。

(62) Dig. 50, 17, 54 (Ulpian), 右法諺の歴史的發展経緯に關しては、Roussier (Alain), *La maxime "Nemo plus juris..." en droit français. Etude synthétique et critique, thèse dactyl. Rennes, 1964, n° 1 et suiv., pp. 2 et suiv.* に詳し。なお、

七戸・前掲注(41)・八〇頁注(33)参照。

(63) 藤原(弘)・前掲注(28)②・一九〇—一九一頁、七戸・前掲注(41)⑤・八三頁以下。

(64) 占有の本権推定力の歴史的発展経緯は、(a)ゲルマン法のケヴェーレの訴訟法上の効力の(b)ローマ法体系への移植とその変容(ドイツ法の場合には、更にケヴェーレ体系への復帰)という図式として理解される。即ち、(a)ゲルマン法の所有物返還訴訟は、盗物回復訴訟の淵源故に、原告が自己の自由意思に基づき占有を失った場合にはもはや提起し得なかったが(《Hand wahre Hand》)これは、証明の側面では次のように反映された。即ち、(i)被告の現在の占有から現在の所有権が推定される(防衛的効力(Verteidigungswirkung)ないし権利防衛(Rechtsverteidigung)効果)、その結果、原告は、自己の所有権の他に、被告の占有が(原告の自由意思に基づかない占有喪失に由来する)瑕疵ある占有であることを証明することによって、右推定を覆さなければならぬ。(ii)他方、原告は、過去に占有していた事実を立証することにより、右過去の占有から過去の所有権が推定され、それが先の被告の占有の推定力の覆滅により、現在まで継続しているものと推定される(ケヴェーレの攻撃的効力(Angriffswirkung)ないし権利実現(Rechtsverwirkung)効果)というのである。Gierke(Otto), Deutsches Privatrecht, Bd. 2 Sachenrecht, 1905, S. 203 ff. 石田(文)・前掲注(6)・一六卷一号九二頁以下、我妻・前掲注(8)①・三二卷三三三—三三三頁、ハインリッヒ・シュタイン(世良晃志郎=広中俊雄訳)『ドイツ私法概説』(創文社、昭和三六)一七一頁以下、オイゲン・フリーバー(堀浩訳)『ドイツ物権法におけるケヴェーレの意味』(白完)神戸法学雑誌二二卷二号二〇八頁、三三三—三五頁(昭和三七)、四号五七六頁(昭和三八)。(b)中世ローマ法学者は、所有物返還訴訟における「悪魔の証明」問題を解消するために、右ケヴェーレの推定力をローマ法体系に導入した(プラケンティヌス(Placentinus)の推定)。ところが、右効力のうち、攻撃的効力の部分は早期に失われ、古法においては、防衛的効力の部分のみが残存していた。しかもそれは、ローマ法体系における証明責任の所在と関連づけられたのである。そして、フランス一九世紀学説が援用したのは、まさにケヴェーレの効力のうちの右部分であった。兼子・前掲注(一)・三二六—三二七頁注(四四)、藤原(弘)・前掲注(28)②・一九〇—一九七頁、七戸・前掲注(41)⑤・七六頁以下。なお、プラケンティヌスの推定以降、現行ドイツ法・フランス法に至るまでの史的経緯に関しては、Kierner(Hans), Qui possidet esse praesumitur. Untersuchungen zur Geschichte der Eigentumsvermutung zugunsten Besitzers seit Placentinus, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 79, romanistische Abt., 1962, S. 239 ff. が、極めて詳細である。

(15) MONTAGNE (Gabriel), De l'action en revendication en droit romain: De l'action en revendication des immeubles en droit français, thèse Potiers, 1879, n° 542 et suiv, pp. 198 et suiv. 藤原(弘)・前掲注(28)②・一九〇—一九一頁、七

戸・前掲注(41)⑤・八三一―八四頁。かかる推定の基礎には、占有が所有権を反映する蓋然性(probabilitas)が高いことに鑑み、真の所有権者らしい概観を呈する占有者を、この訴訟において困難な所有権証明から免れる被告たる有利な地位に立たせようとする考慮が存する。

(96) Mazeaud t. II, vol. 2 (de Juguar), n° 1635, pp. 325-326. これは、ゲヴェーレの防衛的効力と表裏一体的な関係にあって、攻撃的効力、即ち、原告の過去の占有による原告の所有権の推定の部分が、判例には継受されていないことを示している。なお、付言するならば、右ゲヴェーレの推定力(Ⅱ防衛的効力と攻撃的効力)の構造は、今日いわゆる推定力よりも、公信力の側に、より忠実に受け継がれている。ただし、ゲヴェーレの推定力においては、被告の占有に基づく現在の所有権の推定に対して、原告が「瑕疵ある占有」の証明に失敗した場合には、右推定は、もはや覆滅を許すことなく確定されてしまうからである。しかも、ここにいう「瑕疵ある占有」の証明は、推定事実(Ⅱ所有権)の存在と相容れない事実の証明ではなくして、推定の前提事実の不存在の証明であり、これは我が国においては、「推定の覆滅ではなく、むしろ推定規定の適用排除である」といわれている(三ヶ月・前掲注(2)・四一七頁)。即ち、ゲヴェーレの権利推定力は、前提事実の不存在の証明がなされなければ(それを推定覆滅と呼ぶかどうかは用語の問題である)、権利が直ちに確定されるところにその本質が存するのであって、右の如き「覆滅し得ない法律上の推定」は、ドイツ法・日本法においては、実体法的な権利の「擬制」即ち公信力に他ならない(前掲注(11)(b)参照)。これに対して、今日いわゆる権利推定力は、推定権利と相容れない権利状態の証明により推定を覆滅し得るという点で、右ゲヴェーレの推定力の本質から大きく乖離してしまっている。ゲヴェーレの推定力という「推定」とは覆滅し得ない推定を指すものであって、今日いわゆる推定(Ⅱ覆滅し得る推定)を指すものではない。かかる乖離が生じたのは、権利の直接証明を認めないローマ法系の民事訴訟制度の中に、これを認めるゲルマン法制度を取り込み、しかもローマ法体系における事実推定の推定覆滅の理解——推定事実と相容れない事実状態の証明——を、そのまま権利推定にスライドさせて、推定権利それ自体に対する反対証明ができるとしたためである(この点は、後にドイツ民法制定過程を参照する際にも明らかにする)。かように、ゲルマン法の権利推定概念と、ローマ法の実事推定の理論との間には、そもそも相反する部分が存在したのであり、従って、現行法制の下で、権利推定覆滅の方法に関して一定の修正を加えることは、両者の調和を図るためには、むしろ必然的な措置といわなければならない(兼子・前掲注(1)・三三二頁、田尾・前掲注(11)④・二八二頁、小中・前掲注(22)・一三三―一四頁(二〇〇―二〇一頁)、花田・前掲注(22)・五七頁(二二二―二二三頁)、岩松Ⅱ兼子・前掲注(2)・一一三頁、三ヶ月・前掲注(2)①・四一七頁)。

ところで、右の如き「権利推定」概念の難解さの故か、我が国の占有及び登記の推定力に関する学説の中には、動産占有の

公信力(Ⅱ即時取得)に関するC・二二七九条の規定を、(今日いわゆる)推定力に関する条文として援用するものがある(末弘・前掲注(7)・二五二頁、復刊書・一八八頁註(六三)、末川・前掲注(8)①・二四一頁、同②・二二七頁、柚木・前掲注(8)①・二〇八頁)。しかしながら、ここには、ゲヴェーレの推定力にいう「推定」(Ⅱ覆滅し得ない推定)と、今日我々のいう「推定」(Ⅱ覆滅し得る推定)の用語の混同がみられる。同様に、松本・前掲注(1)・一九八一―一九九頁は、二二七九条の推定は「争いえない (irrefragable) ものではない」として、返還請求訴訟の原告は、被告の占有が(i)容假占有であること、(ii)盗取・遺失物拾得に基づくものであること、(iii)瑕疵ある占有であること、を証明することによって、推定を覆滅し得ると説くが、右証明は何れも、推定の前提事実に向けられたものである。この点につき、『仏蘭西民法』V〔財産取得法(4)〕(有斐閣・現代外国法典叢書18、復刊版・昭和三一、復刻版・昭和六三)三五二―三五三頁〔柳瀬兼助〕は、「判例では本条の推定は反証に依り覆され得るかの如き口物も見られるが、それは占有者が上述の要件〔上記(i)(ii)を指す〕を充すにも拘らず、所有権者に於て尚占有者は所有権を取得しないとの主張を認めるものではなく、その所謂要件が今尚完全でないことの立証を許す」という意味に解すべきで、学説と判例では根本に於て不一致がある訳ではない」としている。即ち、二二七九条の推定は、ゲヴェーレの推定力(Ⅱ覆滅し得ない推定)そのものなのであるが、一方、同条が、「ドイツ民法」一〇〇六条の定める占有の所有権推定に対応するものである」との理解(松本・前掲注(1)・一九九頁)は、ある意味では正当である。というのは、BGB立法段階においては、ゲヴェーレの推定力と同様の「反対証明」の理解がとられており、また、現在一〇〇六条に関しては推定の対象が「権利取得」推定に変更された結果、反対証明の対象もゲヴェーレの推定力と同様に解されることになったからである。この点については、ドイツ法に関する考察の部分で改めて触れることにしたい。

(25) Mazeaud, t. II, vol. 2 (de Juelart), n° 1634, pp. 324-325; n° 1635, p. 325. 藤原(弘)・前掲注(28)②・一九二頁、七戸・前掲注(41)⑤・八三一―八四頁。

(68) 前掲注(28)参照。右見解も明らかにするように、我が現行一八八条は、右一九世紀学説の立場を、ボワソナード草案二〇五条、旧民法財産編一九三条經由承継したものであるが、もっとも、後述の如く、旧民法から現行民法への移行の際に、その内容が実質的に変容した可能性も否定できない。この点に関しては、梅謙次郎の記述を引用する田中・前掲注(11)⑥・四七一―四八頁参照。

(26) Marry (Gabriel) et RAYNAUD (Pierre), Droit civil, t. II, vol. 2, 1965, n° 206, p. 217; Mazeaud, t. II, vol. 2 (de Juelart), n° 1634, p. 325. 藤原(弘)・前掲注(28)②・一九〇頁、上野芳昭「日本法における占有訴訟の役割について」『広中俊雄遺曆記念』法と法過程——社会諸科学からのアプローチ——(創文社、昭和六一)八一―九頁注(5)、大塚直「フラン

ス法における *action possessoire* (占有訴権) に関する基礎的考察——わが国における生活妨害の差止に関する研究を機縁として——」学習院大学法学部研究年報二三年三二四頁(昭和六三)、七戸・前掲注(41)⑤・八四頁。ボワソナードの見解も同様であつて、彼は、所有物返還訴権に関する草案三七条(財産編三六条)の注釈において、次のように述べる(Projet, 2^e éd., t. I, n^o 67, p. 93.)。

「不動産の所有者は、自己の物の占有を奪われた場合には、必ずしも所有物返還訴を提起する必要はない。所有物返還訴は、証明の困難性(*difficulté de preuve*)を生じ、その結果、軽率にこれを提起した場合には、危険が生ずる。所有者は、占有訴権もまた行使し得るのであり、これは本条で認められ、また、占有の部分において詳細に定められる。」

ボワソナードは更に、占有の効力を論じた部分においても、「占有訴訟において(*au possessoire*)」勝訴した者は、後の「本権訴訟において(*au pétitoire*)」被告たる有利な地位を占めることになるが、これは原告たる地位よりも優越的な(*supérieur*)ものである」と述べてゐる(Projet, 2^e éd., t. I, n^o 266, p. 335.)。

(70) 本権保護説に立つ見解としては、田中整爾①『占有論の研究』(有斐閣、昭和五〇)一〇八頁、同②『占有制度には、今日どのような意義・役割があるのか』奥田昌道・玉田弘毅・米倉明・中井美雄・川井健・西原道雄・有地亨編集『民法学2』《物の重要問題》(有斐閣双書、昭和五〇)一五九頁以下、上野・前掲注(69)・八一七頁。

(71) 占有訴権と本権訴権の両者を有する原告が、本権訴権を選択した場合には、占有訴権は失権する。また、原被告とも、占有訴訟が開始された後は、それが終了して初めて本権訴権を提起することができる。更に、占有訴訟の敗訴被告は、判決で命じられた占有の原告への移転が履行された後でなければ、本権訴訟を提起することができないのである(フランス旧民法二五五、二六条、二七条一項)。この構造は、新民訴法下においても維持されている。また、右『*non-cumul*』原則は、我が旧民法にもそのまま承継された(財産編二〇七条、二〇八条、二〇九条、二一二条。フランス法・日本法における『*non-cumul*』原則の詳細は、三ヶ月章「占有訴訟の現代的意義——民法二〇二条一項の比較法的・系譜的考察——」『民事訴訟法研究(第三卷)』(有斐閣、昭和四一)二二頁以下(初出・法協七九卷二号(昭和三七)参照)。

(72) 『所有物返還訴訟の被告は、通常は、有効な占有(*possession utile*)の有する利益(「占有訴権」)を受けるような占有者である。しかしながら、それは常にそうであるとは限らない。即ち、物を回復しようとする当事者が占有訴権を行使し得ないような場合、——例えば、彼が占有を喪失してから一年以上が経過したような場合——、相手方が、有効でない(*non utile*)、即ち、瑕疵ある占有(*possession vicie*)しか援用できなかった場合でも、彼は、自己が原告となるころの、所有物返還訴訟に直接頼らねばを得ない」(Mazeaud, t. II, vol. 2 (DE JUGLART), n^o 1634, p. 325.)。

(73) Mazeaud, t. II, vol. 2 (see Juglart), n° 1636, p. 326. 七戸・前掲注(41)⑤・八四頁参照。もっとも、フランスの学説においても、無権利者からの権利取得という効果を否定するものではない。滝沢肆代「取得時効と登記(一)——二重譲渡ケースを中心に——」成城法学一九号七頁(昭和六〇)参照。七戸・前掲注(41)⑥・七三頁。フランスの取得時効制度に関しては、金山直樹「フランス民法典制定前の時効理論(中)(下)」判タ五四三号五一頁、五五一号一八六頁、五五八号一三六頁(昭和六〇)。

(74) ボワソナードは、時効制度の存在理由につき、次のようにいう。「時効は、法(arbitr.)及び法律(loi)の与えた大きな恩恵(bienfait)である、というのは、時効は、真正正当な所有者及び真実免責された債務者の安全(tranquillité)を保障するからである。時効がなければ、彼らは、より新しい自己の権原(証書)(titre)を提出することができない場合には、譲渡した所有権あるいは消滅した債権に関する過去の権原証書を保存していた者より提起された訴訟によって、際限なく紛争に巻き込まれる虞れがある」(Projet, 2^e éd., t. 5, n° 262, p. 266. なお、星野英一「時効に関する覚書——その存在理由を中心として——」『民法論集(第四巻)』(有斐閣、昭和五三)一八六頁参照)。

(75) 「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、信頼に足る調査機関も国家によって用意されていなかった。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)』との表題の下で、少なくとも取得時効期間である三〇年を遡って、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、如何なる原因で、誰から誰に譲渡されたか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)』との表題の下に、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」(鎌田・前掲注(50)・五六巻一号六七—六八頁)。なお、七戸・前掲注(41)②・一三〇頁。

(76) かかるフランス法の編別方式は、ドイツ法の物的編成主義と対比される形で、人的編成主義と呼ばれることもあるが、編成の内容を的確に捉えている点では年代順編成主義の用語の方が優れている。なお、フランス法においても、一九五五年一月四日デクレ一条により、ドイツ法系のアルサス・ロレーヌ法を参照した不動産票箱(Gehier immobilier)の制度が整えられるに至っている(一九九三年頃には全国的に完了するという)。不動産表箱の制度に関しては、星野・前掲注(53)②・一四七頁

以下に詳しい。

(77) 七戸・前掲注(41)②・一三一頁。公証人は、登記を個人的に調査することはできず、登記所のなす書面形式での照会を待たねばならないとされるが、右照会は時間を要し、その結果、取引行為の履行に非常な遅延をもたらす点が、比較法的観点から批判されている (von Hoffmann, *supra* (57), S. 90; S. 136. 七戸・前掲注(41)②・一三一頁、一三三頁)。「世界の不動産取引——その英知を探る——」(海外視察レポート・フランス編②)「月刊司法書士二〇六号四二頁(平成元)の、フランス公証人へのインタビューによれば、公証人が登記所から登記簿謄本を取り寄せるのには、三週間から数カ月かかるという。

(78) 星野・前掲注(53)②・一五六—一五七頁、一六二頁以下、滝沢・前掲注(53)・一三五—一三六頁、七戸・前掲注(41)②・一三〇頁。なお、この点は、登記官の審査の内容・対象の側面とも関係する。フランス法においては、我が国と同様、形式的審査主義がとられている、としばしばいわれるが、登記官に提出される書面は、公証人によって作成された公正証書なのであり、それが契約の真正を担保する機能は、我が国における登記原因証書の及ぶべくもない。換言すれば、フランスにおいては、形式的審査主義をとる代わりに、公証人が、かつてドイツの諸ラントで認められていたような実質的審査権を有する登記官たる地位に代替しているのである (かかる公証人の当事者からの独立性は、一九五五年法三二条により明定されている。七戸・前掲注(41)②・一三〇頁)。更に留意すべきは、この点は、現行ドイツ法においても同様である、という点である。

(79) 「自己またはその前主による時効取得のために要求される期間の占有を有さないような場合にのみ、所有者は、他の方法によって、自己の権利の存在を証明しなければならない。もっとも、このような状況は、実際には稀にしか生じない。むしろ問題となる多くの場合は、当事者の何れも瑕疵なき占有を援用できなかった場合、例えば、双方の占有が無効の疑いのあるような場合、即ち、二筆の土地の隣接した部分が問題となるときに、両当事者が占有を援用したような場合である」 (Mazaud, t. II, vol. 2 (de Juglar), n° 1636, p. 326.)

(80) 滝沢・前掲注(53)・一一二頁以下、とりわけ私署証書の効力に関する一一三—一一四頁参照。私署証書による契約締結の許容は、そこに法律の専門家が介在しないが故に、内容の不明確な契約の軽率な成立をもたらす。しかも、かようにして成立した私署証書に基づき法律関係を確定することができないとして、裁判所が右書面の内容に対する反論を許容するとなれば、私署証書による契約締結は、紛争生起の好ましからざる素地となる。フォン・ホフマンは、フランス法の意思主義の下では、かかる危険が生じていることを指摘する (von Hoffmann, *supra* (57), S. 134; S. 137. 七戸・前掲注(41)②・一三一—一三二頁)。完全に無方式な我が国の意思主義の下では、右危険性は更に強い。

(81) 後掲本文() 4 参照。

- (82) LAURENT (F.), Principes de droit civil français, 3^e éd., t. VI, 1878, n° 156, pp. 211-212; n° 159 et suiv., pp. 26 et suiv.; MONTAGNE, supra (65), n° 338 et suiv., pp. 193 et suiv.; NAUDET (Emile), note sous Aix 29 fév. et 15 mars 1872, S. 1873, 2. 49; WAHL (A.), note sous Cass. Req. 15 nov. 1897, S. 1898, 1, 338. 七戸・前掲注(41)◎・八一頁。
- (83) 学説の詳細に関しては、七戸・前掲注(41)◎・八一頁以下参照。なお、ロー古法のように、時効期間が比較的短かつたならば、「悪魔の証明」問題を全て取得時効の成否で処理することによって、取得者保護と真の所有者保護の権衡を図ることは可能であったかもしれない。しかしながら、既にローマにおいても、時効期間の長期化に伴い、取得時効の成否で所有権の有無を決することは、不当とみられるようになっていた。この点に関しては、七戸・前掲注(41)◎・七五頁と同所に掲げる文献参照。
- (84) プブリキアーナ訴権とは、時効期間を満たさないにも拘らず、取得時効に必要な他の要件（正権原と善意を有する瑕疵なき（自主）占有）を満たした場合には、時効取得したものと看做すことによつて、取得者を保護しようとする。いわば擬制的な所有物返還訴権である。しかしながら、右プブリキアーナ訴権は、原被告の態様によつて相対的な判断がなされ、その意味において、右訴権は相対的所有権概念を導くものであったとされる。この訴権に関しては、七戸・前掲注(41)◎・七五―七六頁と同所に掲げる文献参照。更に、プブリキアーナ訴権が相対的所有権概念を導くか否かに関するドイツ民法の立法過程における議論が興味深い（後掲注(11)）。
- (85) ホテ・ド・ドメーヌを明言しつづけた(Ротник (Joseph-Robert), Traité de droit de domaine de propriété, Œuvres de Rotnik (Bugner), t. IX, 1846, n° 292, pp. 202-203; n° 324, p. 212. 七戸・前掲注(41)◎・七九頁)。ド・ドメーヌは「一九世紀の学説で、立法の沈黙は、右古法以来の見解を維持するものと理解した」(Thompson (R. T.), Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De la vente, t. I, 1834, n° 235, pp. 381 et suiv.; De la prescription, t. I, 1857, n° 230, p. 370; DURANTON (A.), Cours de droit français suivant le Code civil, t. IV, n° 233 et suiv., pp. et suiv.; t. XVI, n° 21, pp. et suiv.; DENUSSOURT (A.), Cours de Code civil, t. VI, n° 21, pp. et suiv.; MERLIN (Ph. Ant. Cte.), Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, v° Revendication, § II, n° 2 et suiv.; Демоломъ (C.), Cours de Code Napoléon, t. IX, 1852, n° 481, p. 385; Molitor (J. P.), La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain avec les rapports entre la législation romaine et le droit français, 2^e éd., 1868, n° 82, p. 154; Appultron (C.), Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne, 1889, vol. 2, n° 374 et suiv., pp. 331 et suiv. ㊦㊧㊨㊩「一九世紀学説によつて」「正権原」と「善意」要件は不要とされ、「瑕疵なき占有」を有する者は、それだけで右訴権を行使し得るとされた。七戸・前

掲注(41)⑤・八一—八二頁参照。

(86) Lévy (Emmanuel), *Preuve par titre du droit de propriété immobilière* thèse Paris, 1922, pp. 65 et suiv., pp. 114 et suiv. 七戸・前掲注(41)⑤・八一—八三頁参照。

(87) 学説が、債権関係に関する書証優越原則を所有権証明に準用することを否定した理由は、書証以外の証拠方法の排斥が、一三四一条の要求する証書の事前設定を懈怠したことへのサンクションとして正当化されるのに対して、債権関係で結ばれていない者の間で行使されるところの所有物返還請求訴訟においては、かかるサンクションが正当化され得ないという点にある。Mazeaud, t. II, vol. 2 (De Juglar), n° 1637, p. 326. 七戸・前掲注(41)⑤・九六頁注(114)。

一方、フゾーは、「契約 (contrat) の効力 (effet)」（日本法にいう「対外的効力」ないし「第三者効力」論に相当する）と「契約の對抗 (opposabilité)」（日本法にいう「不可侵性」論に相当する）の相違を説き、所有物返還訴訟の原告と被告は、契約関係で結ばれていないため「契約の効力」は主張できないが、「契約の對抗」(「不可侵性」の主張は可能である、とする。だが、ここでは更に、次のような問題提起が行われる。即ち、契約(証書≠権原証書)の對抗が可能であるならば「権原証書 (titre) を援用した係争人の相手方は、絶対に勝訴できなくなるであろうか。仮にこれを肯定的に解するならば、不動産の所有権証明は、容易なものとなる。ただし、買主にしてみれば、それによって目的物を彼が買い受けたところの売買契約を援用するだけで、また、受贈者にしてみれば、贈与契約を提出するだけで充分だからである。ところが、かかる証明は、『悪魔の証明 (probatio diabolica)』と呼ばれるような、困難なものとなる。これは即ち、自己が不動産を取得したことの証明によつては、必ずしも自己が所有権者となったことを証明したことにはならない、ということである。つまり自己は、自己の売主自身が所有権者たる実質を有している場合にのみ、所有権者となり得るに過ぎない。同様に、自己が、自己の前主が目的物を取得したところの権原を援用することでも不十分である。ただし、更に彼の前主が所有権者であったことを証明しなければならぬからである。」(Mazeaud, t. II, vol. 2 (De Juglar), n° 1637, p. 326)。ここには、契約証書が「契約」を對抗ないし証明するものであつても、権利それ自体を對抗・証明するものでないことからくる限界が、明確に示されている。即ち、所有物返還訴訟における原告が、当事者—前主間に存する契約等の取得原因事実を對抗ないし証明したとしても、もう一方の要証事実たる前主の所有権が証明されない以上は、「悪魔の証明」は解消されない、というのである。かかる事理は、我が国の登記(あるいは占有)の推定力につき、契約等の登記原因事実(取得原因事実)について推定力を認めれば足りるとする見解にも当てはまつてこよう。なお、フランスにおいて、契約の対外的効力(第三者効)から、「對抗」が区別されるに至つた経緯については、七戸・前掲注(41)④・六五頁以下参照。

(88) Aubry (C.) et Rau (C.), *Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd. t. II, 1869, § 219, pp. 390 et suiv. 「悪魔の証明」による敗訴とどう帰結が極めて不当である以上、現実的要請 (exigences pratiques) と衡平 (équité) の見地から、かかる処理もやむを得ないとする。へより良い (権利) またはより蓋然性の高い権利 (droit meilleur et plus probable) の証明という相対的な処理は、先のプブリキアーナ訴権と同様の基礎の上に立つものであるが、しかしながら、この見解は「プブリキアーナ訴権説のように、これを実体的な権利自体の相対性と捉えるのではなくして、「単なる証明の問題 (simple question de preuve)」として理解する。だが、この見解に対しては、依然として相対的所有権概念から脱却していない」との疑問が提起されていた。七戸・前掲注 (41) ⑤・八二頁参照。

(89) 今日の学説の立場については、藤原 (弘)・前掲注 (28) ②・一八七頁、滝沢・前掲注 (53)・一四二頁、上野・前掲注 (1)・一四頁、七戸・前掲注 (41) ⑤・八五頁。

(90) 上野・前掲注 (1)・三二頁。この見解によれば、「登記のみを立証しても (被告の占有に問題のある場合を除いて) 原告は勝訴することはできず、被告の現占有をめぐる諸『事実からの推定』と、原告の登記をめぐる諸『事実からの推定』とを比較・吟味したうえで、所有者は誰であるか、が決定される——なお、誰が所有者であるか、につき裁判官の心証が固まらなかったときには、現占有者である被告が勝訴する——、ということになるわけである」とされる。更に、上野・前掲注 (69)・八二六—八二七頁。

(91) それは、次の三つの類型に分けられる。即ち——

(i) 両当事者が共に権原 (titre) を援用した場合

(a) 両権原 (証書) が同一前主に由来する場合、即ち、二重譲渡の關係に立つ場合において、①両当事者が共に右権原証書を公示 (＝謄記または登記) していない場合には、権原証書の日付の古い者＝第一譲受人が優先する。②両当事者が共に公示している場合には、對抗要件主義の原則が適用され、公示の日付の古い者が優先する。

(b) 両権原 (証書) が異なる前主に由来する場合、かつて判例は、権原 (証書) の古い方が優先するとしていたが、今日では、その他の証拠資料につき「より良いかつ」「所有権を」より特徴づけるような推定 (présomptions meilleurs et mieux caractérisées) を有する側が優先するとされている。

(ii) 当事者の一方のみが権原 (証書) を援用した場合

(a) 一方当事者が権原 (証書) を援用した場合、即ち、原告あるいは被告が、権原 (証書)、及び、彼または彼の前主の占有を援用した場合には、その者が勝訴する。

(b) 一方当事者が権原（証書）を援用し、他方当事者が占有を援用した場合、即ち、権原（証書）と占有が衝突した場合に、かつては権原（証書）の日付と占有開始の先後で決せられたこともあったが、今日では、全証拠関係を斟酌した自由心証により決せられる。

(iii) 両当事者が共に権原（証書）を援用しなかった場合

この場合に判例は、原告の（過去の）占有あるいは被告の（現在の）占有が「より良いあるいは「所有権を」より特徴づける」占有、即ち取得時効の要件たる「瑕疵なき占有（possession sans vice ou non vice）」であるかを、全証拠関係に照らして判断している。

(a) 当事者が瑕疵なき占有を援用した場合、①このうち、被告が瑕疵なき占有を援用し、原告がこれを援用し得なかった場合には、被告が優先する。②これに対して、原告が瑕疵なき占有を援用し得た場合には、原告が優先する。

(b) 両当事者とも瑕疵なき占有を援用し得ない場合、当事者は、不完全な占有を補強するために補充的徴表（indice supplémentaire）を援用することができ、右徴表を用いた「より良いかつより「所有権を」特徴づけるような所有権推定」により、優先関係が決せられる。

右証拠準則に関しては、藤原（弘）・前掲注（28）②・一八六頁以下、滝沢・前掲注（53）・一四一頁以下、上野・前掲注（1）・一五一―一六頁、七戸・前掲注（41）⑤・七九頁以下を参照されたい。

(92) 前掲注（91）(i)(a)②。なお、先述の如く、オプリーロウ以後の学説は、実体法と訴訟法の峻別を念頭に、所有権の相対的証明は相対的所有権概念を導くものではないとしているが（前掲注（88））、對抗要件主義が証明の問題ではなくして、実体法上の問題であるとされた場合には、相対的所有権概念を導かざるを得なくなる。例えば、ZACHARIA VON LINGENTHAL (Karl Salomo), Handbuch des französischen Zivilrechts, 8. Aufl. (Choise (Carl)), 1894, Bd. 1, § 200, S. 613. 47 「謄記（transcription）の原則により、何れがより良い権利（besseres Recht）を有するかを決定する」としていた。七戸・前掲注（41）⑤・八六頁、九六頁注（12）。

(93) Mazeaud, t. II, vol. 2 (de Juglar), n° 1640, p. 328. 滝沢・前掲注（53）・一四四頁。

(94) Cod. Just. 8, 18, 4. 右法格言「関じつ」²⁴ Rouleau, supra (92), n° 3, pp. 4 et suiv. 参照。なお、これを、前掲注（16）の判例準則に対比させていうならば、(i)(a)①が、(i)(a)②の場合にも適用されていたのである。七戸・前掲注（41）④・六九頁。

(95) 滝沢・前掲注（53）・一二四頁、七戸・前掲注（41）④・六九頁。

(96) 「登記の対象は契約その他の物権変動原因たる法律行為以外にはありえない」以上、對抗されるものが（権利ないし物権変

動ではなくして（契約（＝証書）(acte)であることにつき、鎌田・前掲注（49）・六六頁以下、更に、前掲注（54）参照。証書公示システムの有する限界については、更に、契約関係に関する前掲注（59）参照。もっとも「少なくとも一九五五年法以後は、公正証書による公示が義務づけられているため、事実上登記の権利推定力はかなり高くなったとは考えられる」（滝沢・前掲注（53）・一四三頁）。

- (97) PLANIOL (Marcel) et RIPPERT (Georges), *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. III (Picard (Maurice)), 1952, n° 356, p. 352. 滝沢・前掲注（53）・一四五頁注（四）。
- (98) MARRY et RAYNAUD, t. II, n° 221, p. 228; WEHL (Alex), *Droit civil, les biens*, 2^e éd., 1974, n° 534, pp. 461-462; n° 538, p. 463.
- (99) MAZEAUD, t. II, vol. 2 (DE JUGLART), n° 1640, p. 328. 七戸・前掲注（41）・九六頁注（III）。
- (100) MAZEAUD, t. II, vol. 2 (DE JUGLART), n° 1645, p. 331. その他の学説に関しては、七戸・前掲注（41）⑤・八五頁参照。