慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	登記の推定力 (二) : 比較法的考察
Sub Title	Die Vermutung des Grundbuchs : Eine rechtsvergleichende Untersuchung (2)
Author	七戸, 克彦(Shichinohe, Katsuhiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.1 (1990. 1) ,p.35- 97
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900128-0035

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・六二巻一一号掲載）
三　ドイツ法……（第二回・本号掲載）
(一)　物権法部分草案
(二)　第一草案
(三)　第二草案
(四)　民法典
四　日本法……（第三回・六三巻三号掲載）
(一)　日本法の構造
(二)　学説の検討
五　結　語
(一)　登記の推定力の位置づけ
(二)　今後の課題

三　ドイツ法

ドイツ法においては、登記の権利推定力に関して、民法典（以下BGBと略記）八九一条に明文規定が存し、我が国の従来の学説は、同条を念頭に推定力を論ずるのが常であった。では、法八九一条は、いかなる制度趣旨に基づき立法されたものであるか。また、推定力が不動産実体法の建前あるいは登記法の構造と密接な関係にあるとすれば、立法に際しては、推定力は、いかなる制度との関連が問題とされたのか。かかる観点に基づき、以下では、主として同条の立法過程[101]を辿ることによって、ドイツ法における登記の推定力の内容及び機能を探ることにしたい。

(一)　物権法部分草案(Teientwurf (1880); zit. TE)[102][103]

1　制度趣旨――「悪魔の証明」の救済

BGB八九一条は、物権法部分草案（TE）一九八条に由来するが、起草者ヨホフ（Johow）による部分草案理由書[104]の記述からは、同条の立法趣旨が、フランスの学説が問題としていたのと同様に、「悪魔の証明」から真の権利者を救済する点にあったことが明らかになる。即ち――

所有権的請求権(Eigentumsanspruch)を行使する者は、彼の所有権を、それが争われた場合には、証明しなければならない。抽象的な観念からすれば、このことは、必然的に、物の最初の原始取得及びそれ以来原告に至るまでの所有権移転の全ての証明、ということになる。かかる証明は、通常、実行不可能（unausführbar）であるので、それ故、立法は以前から、所有権証明を積極的規定によって救済しようと努めてきた。このためには、次の二つの異なる方法が用いられた。即ち、一つは、真の所有権者から信頼要件の下に(unter gewissen Voraussetzungen)所有権を取得できるような法文を設けることであり、いま一つは、法律上の所有権推定(gesetzliche Eigentumsvermutung)を設けることである。[105]

ここでは、更に、「実行不可能（unausführbar）」な「悪魔の証明」から権利者を救済する方法として挙げられている、二つの方策の内容に注目したい。

このうちの第一の救済方法とは、いうまでもなく公信力を指し、これによって、当事者は、所有権の「立証のために移転経緯を遡る必要を免れる。即ち、物の所有権を得る（verschaffen）ような取得（Erwerbung）が存する場合には、前主が所有者でなかった場合にも、当該取得以前の時点はもはや問題とはならないのである」[106]。不動産法における公信力の採用は、第一委員会（1. Kommission）において決定されていた基本方針であり[107]、ヨホフはこれに従い、部分草案中に複数の条文を設置している[108]。公信力の制度趣旨もまた、右の如き所有権証明の軽減（Erleiterung des Eigenthumsbeweis）に求められていたことは、公信力について通常いわれる「取引安全」あるいは「登記への積極的信頼保護」の意味内容を考えるうえで留意されてよいであろう[109]。

他方、第二の救済方法、即ち、法律上の推定を設ける方法に関しては、ヨホフは、更に、二つの立法例の存在を指摘している。その第一は、「相対的物権（relatives dingliches Recht）」を導く「覆滅し得ない法律上の推定（praesumtio juris et de jure）」を規定する立法であり、第二は、「蓋然性の高い絶対権（wahrscheinliches absolutes Recht）」を帰結するところの「覆滅し得る法律上の推定」を規定する立法である[110]。

このうち、覆滅し得ない法律上の推定が、相対的物権ないし「相対的なより良い権利（relatives besseres Recht）」を導く、というのは、ヨホフによれば、次の事理を意味する。即ち、相対的物権とは、個々の事例において、当事者双方の権利を相互に衡量し、一方当事者が相手方よりも「多いもの（Plus）」を有している場合に、右の者との関係において、彼を権利者として取り扱うものであるが[111]、右〔実体〕法規範（Rechtsregel）は、実際には「裁判規範（Gerichtsregel）の衣を纏って現れる」[112]。即ち、相対的権利は、両当事者が各々所有権を基礎付ける訴訟資料を援用し、裁判所が、右提出された事実から、何れの当事者が所有権者らしいかを相対的に判断する、という手続によって認定される

ことになるが、かかる認定は、一定の事実から所有権の存在を推定し、しかもこれに対する反対証明を認めない旨の条文を置くことによってなされる。その結果、右の如き「法律上認められた立証の転換は、権利に非常に近くなる」のであり、「右の如き立証を法律上認めることは、それがいわゆる覆滅し得ない法律上の推定（praesumtio juris et de jure）を規定するものであり、覆滅し得ない権利の外観を権利自体とみなすことは、権利それ自体の承認を包摂することになる」[113]のである。

しかしながら、ヨホフは、相対的なより良い権利の構造を完全に取り払うことによって、所有権の曖昧な紛い物（dunkle Nachbildung des Eigenthums）ではなくして、物の完全な支配権（Recht auf vollständige Beherrschung）としての所有権が論じられると考えたのである。[114]

ところで、彼によれば、絶対権たる所有権に基づく請求権（Eigentumsanspruch）と相対的なより良い権利（relativ besseres Recht）に基づく請求権の違いは、次の点に現れる。即ち、前者によれば、「所有者は、彼の権利を相手方の権利と衡量するのではなくして、単に相手方との関係に留まらず、あらゆる者との関係において、唯一の所有者であると主張しているのである」から、彼が、全ての者との関係で所有者と認められる程度の高い蓋然性（Wahrscheinlichkeit）を有している場合にのみ、彼が勝訴するのに対して、両当事者の権利の相対評価による後者においては、かかる高度な蓋然性は要求されず、被告が、原告と同等ないしは原告より優越的な法的地位を証明できなかった場合、あるいは第三者が所有者であることが判明した場合にもなお、貫徹される余地がある。[115]従って、相対的なより良い権利を観念する余地を排斥するためには、第一に、「覆滅し得ない法律上の推定」ではなくして、相手方が、原告に蓋然性の高い絶対権（wahrscheinliches absolutes Recht）が存せず、他の者にこれが存することを証明した場合には覆滅されるものでなければならない。[116]また、第二に、右蓋然性には、法律上の所有権推定を特徴づけ、これによって困難な所有権証明を充分に保護する程度に軽減する、合理的な根拠（Anhaltepunkte）が存しなければならない。[117]

2　部分草案一九八条の内容

かかる見地からヨホフは、「所有権的請求権（Eigenthumsanspruch）」の節（Titel）中の「物の不法占有に対する所有権的請求権（Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache）」（＝所有物返還請求権）の項において[118]、次のような規定を置いた。

【ＴＥ一九八条】

不動産登記簿（Grundbuch）に所有者として登記されている者は、反対証明（Gegenbeweis）があるまでは、彼の側に（zur Seite）所有権の推定（Vermuthung des Eigenthums）が働く。

同条起草に際してヨホフが参照したのは、プロイセン一八七二年所有権取得法（ＥＥＧ）七条の規定であった。

【ＥＥＧ七条】

登記された所有権者は、右登記により、あらゆる所有権者としての訴権（Klagerechte des Eigentümers）を行使する権能を与えられる。

……〔二項略〕[119][120]……

(1)　ヨホフによれば、右ＥＥＧ七条の立法趣旨は、所有権者として登記された者に対して、取得原因（Erwerbungsgrund）の証明を免除する（befreien）ことにあったとされる[121]。また、右プロイセン法に規定されているのは、相対的物権を導く覆滅し得ない推定ではなくして、相手方の反対証明によって覆滅し得る推定であるとされる。即ち、「これは、被告が原告以外の者の所有権を証明する利益を有する場合、例えば、被告自身が真の所有権者であった場合、あるいは、真の所有権者に対する正当な抗弁を有する場合には、被告の、原告が登記にも拘らず所有権者ではない（即ち、そもそも所有権を取得していないか、あるいは、一旦取得した所有権をその後他の者に――登記なき所有権移転によって――譲渡したか）との反論を排斥する意図を有し得ない[122]」。

TE一九八条は、ヨホフの言によれば「右に引用したプロイセン法の規定が目的とするところのもの、表現を改めたものに他ならない」[123]。「反対証明（Gegenbeweis）」の許容というTE一九八条の文言は、かかる経緯に基づくものであり、それ故、部分草案においては、ヨホフにいう相対的所有権概念を排斥するための第一の条件――法律上の推定が反対証明を許容するものであること――が、充足されていることが知られる。

しかしながら、同条にいう《Gegenbeweis》が、今日いわゆる「反証」を指すものかどうかは、かなり疑わしい。というよりも、それ以前に、右《Gegenbeweis》を、推定に対する「反対証明」（その程度が本証か反証かを別にして）と呼んでよいかどうかすら問題がある。けだし、今日いわゆる反対証明ないし推定覆滅が、推定権利と相容れない権利状態の証明とされ、それは、純理的には「現在の状態に至る迄あらゆる可能な発生原因に該当する事実の不存在又は何らかの消滅原因に該当する事実の存在を証明せねばなら」ないと理解されているのに対して[124]、右TE一九八条における被告の反論は、前示の如く、特定の発生原因事実の不存在ないしは特定の消滅原因事実の存在の証明で足りるとされているからである。これはまさに推定の前提事実の不存在・消滅に関してのみ反論を許すゲヴェーレの推定力の理解そのものであるが[125]、何れにせよ、右の如き反対証明（？）の理解の下では、推定覆滅の困難性の問題は、およそ生ずる余地がなかったのである[126]。

(2) 他方、ヨホフによれば、法律上の推定が、原被告の権利者らしき外観の相対評価ではない、とされるためには、第二に、登記が、単に相手方との関係のみならず、万人との関係において権利者らしいといえるだけの高い蓋然性が、法制度上担保されていなければならないとされていた。この点に関して、ヨホフは次のようにいう。登記簿更正（Grundbucheinrichtung）請求権[127]によって、登記と実体的権利関係の不一致はある程度是正されるとはいえ、公信力は、第三者の信頼要件が充足されて初めて発動するに過ぎず、登記を取得した者が直ちに所有者と看做されるわけではないから、登記名義人が真の権利者ではない場合を否定できない。しかしながら、部分草案第三章において成立要件主義（＝登記

主義(Eintragungsystem))が採用された結果、登記名義人が真の所有者であるとの高い蓋然性(hohe Wahrscheinlichkeit)は確保されている。即ち、相続の場合を除いて、所有権移転のためには登記が要求されており、この場合には、公信力が働くのが通常であるから、かかる基礎に基づき、土地所有権者に所有権証明のために、登記名義人が真の所有権者であるとの法律上の推定という保護を認めることには、問題がないように思われる[128]、と。ここでは、推定の根拠としての「蓋然性」という要素が、成立要件主義及び公信力の存在に係らしめられている点が注目される。その意味においては、我が国の登記の推定力に関する事実上の推定説の主張は、全く正当であったといえよう。しかしながら、先述の如く、部分草案において、登記の推定力を設置した積極的根拠は、証明の困難性救済に求められていた。これに対して、成立要件主義・公信力の採用により登記が所有権を反映する蓋然性が高いことは、推定規定の設置を「絶対的所有権」概念との関係で正当化する、いわば消極的な根拠に過ぎない。しかも、蓋然性の低い場合になされる所有権の相対的判断は、実体法領域における「相対的所有権」概念それ自体を導くという認識は留意されてよいであろう。

(二) 第一草案（1. Entwurf (1887); zit. EI）[129]

1 第一委員会の本審議

(1) 右TE一九八条の如き一般規定を、第一委員会は、一八八四年三月二八日の全体会議において、不可欠の規定と評価し、更に、同年四月九日会議における起草委員の提案（Antrag）に基づき、この規定は、次の如き表現で検討されるべき旨が決定された。

権利ないし権利の放棄（Aufhebung）が不動産登記簿に登記された（eintragen）者は、彼のために（für sich）その権利の有効な取得（Erwerbung）あるいは放棄（Aufhebung）の推定（Vermuthung）を受ける。[130]

ここでは、第一に、推定の対象につき、部分草案にいう「所有権の推定（Vermuthung des Eigenthums）」の用語が、

「権利の有効な取得あるいは放棄の推定（Vermuthung gültiger Erwerbung oder Aufhebung）」に変化した点が興味深い。右決定の表現は、後の第一草案と同様、「権利取得（Rechtserwerbung）」を推定したものとみられるが、しかしながら、かように、推定の対象が、部分草案にいう「所有権」（これは表現上は権利状態推定のように見受けられる）から、右決定にいう権利の有効な「取得・放棄」に変化した点につき、第一委員会では取り立てて議論にならなかったようである。

なお、右決定は、部分草案とは異なり、権利の取得のみならず権利の放棄の推定も規定しているが、右「放棄（Aufhebung）」とは、いうまでもなく、権利者の意思に基づく物権の喪失を意味する。従って、抹消登記から推定されるのは、当該登記を抹消した当事者の権利放棄の意思であって、現時の権利の不存在ではない点に注意を要する。[131]

更に、第一委員会は、登記（Eintragung）の効力に関するTE一二五条、一二六条の審議の際に、先の決定における《für sich》の語の間に《und gegen》の語を付加する旨を決定し、[132]これにより、登記の推定力は、部分草案とは異なり、登記名義人の利益・不利益の両面において働く旨が明らかにされた。

(2) 右決定の趣旨は、議長パーペが起草部会での議論のために整えた、「所有権」に関する暫定案一九条において、次のように明確化される。

権利が不動産登記簿に登記された者は、権利を取得した（erwerben）ものと推定され、権利の放棄（Aufhebung）が不動産登記簿に登記された者は、権利を放棄した（aufheben）ものと推定される。[133]

他方、ヨホフは、起草部会において、起草者案八一五条として次のような案を提出した。

権利が不動産登記簿に登記された者は、権利を取得した（erwerben）ものと推定され、不動産登記簿から抹消された（löschen）権利は、放棄した（aufheben）ものと推定される。[134]

右二つの案は、起草部会における物権法最終決定案八二七条の審議の際に、その後半部分を次のように修正され、

最終決定案八一五条として成立する。

……その放棄（Aufhebung）が不動産登記簿に登記（抹消（Löschung））された権利は、放棄した（aufheben）ものと推定される。[135]

(3) 右最終決定案は、委員会草案（KE）八一五条として、再び全体審議にかけられた後、第一草案八二六条として成立するが、この段階では、内容面に関しては、何らの変更も加えられていない。[136]

以上の経緯を要約するならば、部分草案から第一草案起草に至る間の変化は、①規定が「所有物返還請求権」の項から「土地に関する権利の一般規定」の部分に移された結果、[137] 適用範囲が不動産訴訟一般に拡大されたこと、②その文言において、推定の対象が「所有権」から「権利取得・喪失」へと変化していること、③抹消登記により権利喪失の推定がなされる点が明らかにされたこと、④推定が利益・不利益の両面について働くとされたこと、である。ここではとりわけ、②推定の対象の変化が興味深い。先述の如く、ヨホフは、TE一九八条における反対証明の対象を、取得原因事実の不存在ないし消滅と捉えていたのであるが、ここで推定されるものが権利の「取得」ないし「喪失」であるとされたとき、反対証明の対象が右事実の不存在であることが、条文構造上明確になる。しかも、TE一九八条における「所有権」の推定においては、右の如き事実の証明は、推定の前提事実の不存在の証明＝推定規定の適用排除と位置づけられるのに対して、推定の対象が権利「取得」ないし「喪失」とされる以上、右証明は、今日いわゆる「反対証明」（推定事実と相容れない事実状態の証明）として理解されるのである。

2　第一草案八二六条の内容

かくして成立した第一草案の規定は、次のようなものであった。

【EI八二六条】

土地に関する権利あるいは右権利上の権利を不動産登記簿に登記された者は、右権利を取得したものと推定され、その消滅（Erlöschen）が不動産登記簿に登記（抹消（Löschung））された権利は、放棄した（aufheben）ものと推定される。

(1)

まず、同条の立法趣旨ないし推定の根拠につき、第一草案理由書は次のように述べる。

不動産登記制度の主たる目的は、土地上に存する権利の確定にある。かかる権利の登記は、もちろん、法律が登記簿の内容に形式的確定力（formale Rechtskraft）を付与しない以上、権利の存在につき異議を唱える余地なく（unanfechtbar）確定することができない。しかしながら、登記は、右の目的に合致するためには、その記載内容を援用するいかなる者に対しても、真正の証明自体を免除する（überheben）ことに、重要な意義を見出されなければならない。即ち、かような関係を推定する旨の規定の設置により、物権的追及（dingliche Rechtsverfolgung）[138]は非常に容易なものとなるのである。とりわけ、所有権者の所有物返還請求権（Vindikation）、あるいは抵当権・土地債務の実行は、極めて軽易化され、これによって不動産所有権は強固なものとなり、不動産信用は高められるのである。[139]

ここでも、ヨホフの部分草案理由書と同様、登記に法律上の推定力を認めた直接の目的は、所有物返還訴訟における所有権証明の軽減に存し、これを通じて取引の安全・登記への信用保護が間接的に担保されると理解されていることが知られる。この点は、我が国の従来の学説にいう推定の根拠を整理する上で考慮されてよいであろう。もっとも、ヨホフも述べていたように、「悪魔の証明」から当事者を救済する方法としては、種々の方策が存在する。理由書の述べる形式的確定力の原則（Prinzip der formalen Rechtskraft）[140]もその一つであり、物権変動の要件として登記のみを要求し、当事者の合意を必要としない右原則の下においては、登記名義人が直ちに権利者と確定されるから、証明の困難性の問題は生ずる余地がない。しかしながら、先述の如く、右形式的確定力を採用せず、プロイセン法に従い、物権変動の要件として、登記の他に当事者の合意をも要求することは、第一委員会において当初より確定されていた基本方針であったから、[141]合意が有効性を欠く場合には登記にも拘らず物権は変動せず、従って、形式的確定力原則におけるように、登記名義人が必ずしも権利者であるとは限らないことになる。その結果、登記名義人は、自己が真の権利者である旨を、前主との間の合意、前主―前前主間の合意……と順次遡ってその有効性を証明する必要に迫られる。形式的確定力不採用によって生ずるかかる不当性を回避するために、第一草案は、権利推定規定と公信の原則の

二つの方策を採用したのであった。[142]

(2) 他方、理由書は、登記の法律上の推定力を認めるだけの基盤として、次の諸点を挙げている。

その第一は、実体法領域において、成立要件主義及び登記の公信力が採用されていることから、不動産登記簿が実体関係を反映する蓋然性が高い点である。即ち——

所有権移転の要件は、BGB及び不動産登記法（GBO）[143]で定められるであろうが、その結果、登記には、この登記によってあるいはそれ以前に、権利を取得できなかった者を、権利者であることを証明するに充分な、高い蓋然性（hohe Wahrscheinlichkeit）が与えられることになろう。このことは、不動産登記簿の公信力が機能する場合には、登記簿の内容の真正が問題なく確定されるだけになおさら、本条の推定規定の設置を正当化するに充分である。[144]

第二は、登記法の領域において、登記官は法の要求する要件の存在を審査した上でなければ登記手続をなし得ないとされている点である（いわゆる合法主義ないし適法主義（Legalitätsprinzip）[145]）。但し、ここでは、若干の補足を要しよう。先に触れたように、我が国の登記の推定力に関する事実上の推定説は、法律上の推定説への批判として、ドイツでは実質的審査主義がとられているのに対して、日本法では形式的審査主義しか採用されていない、と主張していた。しかしながら、右ドイツ法にいう合法主義とは、登記申請に際して登記官が何らかの審査をなし、適法と認めた場合にのみ登記申請を受理する主義を指すものであって、[146]これは、おそらくあらゆる国の登記制度において認められるであろう。もっとも、問題はその審査基準、即ち、いかなる範囲で、また、いかなる方法をもって審査を行なった結果、合法と認められ、登記申請が受理されるか、という点であり、かかる観点から合法主義は更に、実質的合法主義（materielles Legalitätsprinzip）（債権関係にまで審査権の範囲を及ぼしかつ実質的な内容審査を行なうもの）と、形式的合法主義（formelles Legalitätsprinzip）（債権関係に関する審査を行なわず、審査の方法も窓口的・形式的なものとするもの）とに分類されている。[147][148] 現行ドイツ法は、形式的合法主義をとるプロイセン法の立場を継受したものであ

り、従って、我が国において通常いわれる「実質的審査主義」「形式的審査主義」の用語が、右ドイツにおける「実質的合法主義」「形式的合法主義」を指すものだとすれば、ドイツ法が「実質的審査主義」をとるとの理解は全く正当ではない。少なくとも審査方法が形式的・窓口的審査であって裁判官的ではない、という点を捉えていえば、ドイツ法と日本法は「形式的合法主義」ないし「形式的審査主義」と採用する点において同一主義をとるといわなければならないのである。[149][150] このことは、現行ドイツ法が範とするプロイセン法が、同時に、我が不動産登記法の窓口的審査・書面主義の規定（不登法三五条・四九条）の母法でもあったことを想起すれば自明であろう。[151]

かように、日本の登記が実体関係を反映する蓋然性が低い理由を、形式的審査主義の採用に求めることができないとすれば、右事実は、どこから説明されるべきか。ここでは、審査の対象ないし範囲は問題となり得ない。けだし、我が国においては審査の対象が債権関係まで及ぶということは、むしろ現行ドイツ法より広汎で立ち入った調査が行なわれている、ということを意味するからである。日本の登記の有する蓋然性の低さは、むしろ窓口的・形式的審査に供される書面の種類ないしその正確さの相違に求められるべきである。[152] というのも、フランス法と同様、ドイツにおいては、公証人を介在させた要式主義が徹底しており、その結果、登記申請に供される書面は、真実性の高い公正証書とされているからである。[153]

さて、第一草案理由書に立ち戻ろう。前示の如く、第一草案が登記の推定力を採用した根拠は、「悪魔の証明」から当事者を救済する必要性、及び、登記が実体関係を反映する蓋然性が高い点に求められていた。しかしながら、第一に、所有権証明の困難性救済の観点が、推定規定設置のいわば積極的根拠というべきものであるのに対して、成立要件主義・公信力・形式的合法主義の結果、登記が高度の蓋然性を有する点は、右の趣旨に基づき法律上の権利推定という救済策を選択したことを正当化する、いわば消極的な理由でしかないことが明らかになる。これは、ヨホフの部分草案理由書と全く同様である。しかも、第二に、ここでの問題の中心は、専ら、登記が、推定規定の設置を正当

化するだけの高い蓋然性を有するか、という点に存し、右高度な蓋然性を確保するための方策として、実体法において成立要件主義・公信力を採用しなければならない、あるいは登記法において合法主義を採用しなければならない、といった論理必然性は見出されないように思われる。[154] 更に、第三に、ここにいう「蓋然性」という要素自体、今日の解釈論との関係では、強調され過ぎてはならないであろう。というのは、この時代のドイツにおいてもまた、法律上の推定を法定証拠法則と解するのが通常だったからである。右見解に立つとき、法律上の推定は、経験則の法規化と解されるから、それを理由あらしめるものは、高度の蓋然性以外にはあり得なくなる。しかしながら、先にも述べたように、ドイツ（及び日本）における今日の通説は、法律上の推定は法定証拠法則ではないと解しているから、[155] そこにおける蓋然性は、法律上の推定にとって決定的な要素ではなく、むしろ蓋然性を越えてまで（あるいはこれに反してまで）推定すべきことを求める目的的要請の有無（ないし強さの程度）だけが問題となるのである。従って、今日の議論との関係では、証明の困難性救済の必要性という観点こそが、問題の中心になるべきものである。

(3) ところで、右の如き根拠から設置されたＥＩ八二六条に対しては、次のような問題が存したことが、理由書から知られる。その第一は、「推定（Vermutung）」の一般的定義との間の調節問題であり、第二は、占有の推定力との衝突問題である。

第一の問題というのは、次のようなものである。即ち、第一草案は、総則編（Allgemeiner Teil）一九三条以下に、フランス法と同様の証明責任に関する一般規定を設けていたが、右章下には、法律上の推定に関する次の規定が存在した。

【ＥＩ一九八条】

法律がある事実（Thatsache）が推定される（vermuten）旨を規定している場合には、その事実が証明された（erweisen）ものと看做す（gelten für）。但し、他に特段の規定が存しない限り、反対の証明（Beweis des Gegentheils）は許される。[156][157]

同条は、その文言からも知れるように、ローマ法と同様「事実（Thatsache）」推定を念頭に置くものであったが、他方、登記の推定力に関するEI八二六条は、推定の対象を「権利取得（Rechtserwerbung）」ないし「権利の放棄（Aufhebung eines Rechts）」と規定するため、その間に矛盾が生じないかが、問題となったのである。しかしながら、この点につき理由書は次のようにいう。

なるほど、一九八条によれば事実（Thatsache）のみが推定されるのに対して、八二六条の推定は、事実によって発生するところの権利変動（Rechtsänderung）にまで及ぶ。しかしながら、原則的には、八二六条の場合にも、推定の固有の対象が、権利の取得ないしは放棄に必要な事実であることが理解される。本条は、専ら、かかる考えに出た表現をとるものである、というのは、本条は、権利変動が、それを生ぜしめる事実の証明によってではなくして、単なる消極的関係人（der passiv Beteiligte）〔＝我が国にいわゆる登記義務者〕の許諾（Bewilligung）のみによって不動産登記簿に登記されるような場合にも、妥当しなければならないからである。[158]

右説明は、登記が何を公示する制度か、従って登記によって何が推定されるかに関する議論に、重要な視座を提供する。

まず第一に、理由書によれば、EI九二六条の推定の対象となっている「権利取得ないし喪失」とは、現在の権利状態そのものではなく、「権利変動（Rechtsänderung）」の発生原因となっている「権利の取得ないしは放棄に必要な事実（Thatsache）」と理解されている点に留意したい。その結果、EI八二六条は、法律上の「事実」推定を定めた規定と解され、EI一九八条に定める「事実」推定概念に矛盾しないのである。

しかしながら、第二に、右物権変動原因事実たる「取得」ないし「喪失」の推定とは、債権行為と物権行為とを峻別するドイツ法においては、物権契約の推定を意味する点に注意したい。先に触れた如く、第一委員会は、①物権変動の成立要件から売買等の債権的合意を除外すること（＝無因性原則（Abstraktionsprinzip））、これに対して、②物権変

動の要件たる物権行為（dingliches Geschäft）の内容としては、(i)登記を要求すべきこと（＝登記主義（Eintragungsprinzip））、(ii)登記のみで物権変動を生ぜしめる立法（＝形式的確定力原則）は採用せず、登記の他に当事者の合意をも要求すること（＝合意主義（Konsensprinzip））を、審議の当初より決定していたが、[159] しかしながら、ヨホフの部分草案は、物権変動の要件として「登記」のみを掲げ（TE二六条一項）、当事者の意思的要素に関しては、右登記申請の手続要件の側面において、権利喪失者側の「登記の許諾（Bewilligung der Eintragung）」として規定するに過ぎなかった（TE三〇条）。[160] 即ち、部分草案においては、物権変動を生ぜしめる実体法的な意思は、手続法的有効要件たる登記申請意思の中に、未分化のまま包摂されていたのである。だが、かかる部分草案の立場は、第一委員会において、形式的確定力原則の如く、登記のみで物権が変動するかのような印象を与えると批判され、新法典においては、登記の有効要件たる登記申請に向けられた意思から、物権変動の実体要件たる意思を分化・峻別し、前者はGBOに委ねる一方、後者については、一方当事者の意思表示ではなくして両当事者の合意を要求しつつ、これを登記と並列して明示的に規定すべきことが決定された。即ち、第一委員会は、従来未分化であった合意主義の二つの側面、即ち、①形式的（手続〔法〕的）合意主義（formelles Konsensprinzip）（ないし許諾主義（Bewilligungsprinzip）、＝我が国にいわゆる共同申請主義）と、②実質的合意主義（materielles Konsensprinzip）（今日ではこれを単に合意主義と呼ぶ場合が多い）を峻別したのである。[161] その結果、BGB第一草案においては、物権変動の実体的効果は、債権契約から切断された「物権契約（dinglicher Vertrag）」と「不動産登記簿への登記（Eintragung）」の二者から発生する旨が明定され（EI八二八条）、[162] 他方、一八八八年GBO第一草案においては、次の如き規定が設置されるに至った。

【GBO第一草案二一条】

登記されるべき物権変動に対して〔物権〕契約（Vertrag）が要求される場合においては、契約者たる地位にある者の登記申請の理由としては、登記名義人たる権利者の一方的な登記許諾（Eintragungsbewilligung）で足りる、但し、右契約が登記官の面

前で締結されるべき場合に関しては、その限りではない。[163]

同条にいう「〔物権〕契約が登記官の面前で締結される場合」とは、先述したように、所有権移転に関するアウフラッスングの形式を指す（EI八六八条）[164]。従って、所有権移転に関しては、物権変動の実体的成立要件たる物権契約は、登記の手続有効要件たる共同申請の合意と同一の行為として、登記官の面前で同時的になされ、その結果、登記官は、登記申請の手続的合意の存在を審査する際に、所有権移転の実体的合意の存在も認知し得ることになるが、これに対して、所有権移転以外の物権の設定・移転等に関しては、物権契約は、登記者の面前での締結が要求されない。換言すれば、この場合に登記官によって審査され、正当性が保障されるのは、あくまでも登記の手続的有効要件たる登記申請意思（しかもこの場合には共同申請は必要ではない）に限定されるのである。

さて、登記の推定力に関する先の第一草案理由書の説明は、右の如き物権変動の法構造と関係する。即ち、EI八二六条は、物権契約が登記官の面前で提出される場合（＝所有権移転の場合）のみならず、その他の物権変動一般の場合、即ち、登記官に対しては「単なる消極的関係人の許諾のみ」が提出されるに過ぎず、従って、実体的物権変動の存在（それは登記が実体的権利関係を反映する蓋然性に他ならない）が登記官の審査によって担保されていない場合にも適用されるのである。[165]

だがしかし、右の如きドイツ法の構造を、我が国の登記の推定力をめぐる議論と照合するとき、推定の対象につき、とりわけ「抽象的な物権変動」が推定されるとする見解あるいは「権利取得」推定説[166]に対して、さしあたって次の如き疑問が生じてこよう。即ち、物権行為の独自性を認めない我が国の通説の下においては、物権変動ないし権利取得の推定とは、売買・贈与等の債権契約の推定を指すものに他ならず、仮にこれをおよそ何らかの債権契約が存在したことの推定（＝包括的な事実推定）と解したとしても、右債権契約の内容は、当該登記の援用により、登記原因事実に必然的に特定されてくる。従って、右見解は、いわゆる事実推定説と何ら変わるところがないのではないか。ある

いは、右学説は、我が国においても債権行為・物権行為の独自性を認め、債権契約とは別個・独立の物権契約の存在が推定されるとするのであろうか。それとも、右物権契約の母体であった、登記の手続的有効要件たる共同申請意思の存在が推定されるというのであろうか。

(4) 一方、理由書の述べる問題点の第二は、登記の推定力と占有の推定力との関係であった。登記の推定力に関するEⅠ八二六条は、部分草案とは異なり「不動産上の権利に関する一般規定（Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken）」（EⅠ八二六―九一七条）の章（Abschnitt）下に置かれていたが、ところが、前条EⅠ八二五条には、物の滅失毀損の場合の損害賠償請求に関して、次の如き規定が存在した。

【EⅠ八二五条】

物の占有が失われたときには、占有者の財産はその物の価値だけ減少したものと推定され、また、占有中の物が毀損されたときには、その物の価値の減少分だけ減少したものと推定される。[167]

本条は、条文上は、登記の推定力に関するEⅠ八二六条と並んではいるが、これは、八二六条とは異なる章――「占有及び所持（Besitz und Inhabung）」（EⅠ七九七―八二五条）――の下の規定であり、動産・不動産に共通の原則となっている。[168] 従って、この一般規定と、不動産登記に関するEⅠ八二六条とは、物の滅失毀損に基づく損害賠償請求の場合に関して、衝突（Kollision）を来たす可能性が生ずる点が問題となったのである。[169] 右問題は、登記の推定力と占有の推定力の衝突をめぐる、今日の我が国の解釈論における対立を想起させるが、[170] この点について、理由書は、「所有権関係の証明に関しては、八二六条の推定が八二五条の推定に打ち勝ち（überwinden）、従って、不動産占有者に対しては、他の者が不動産登記簿上所有者として登記されている場合には、所有権の欠缺（Mangel）の証明がなされることになる」[171]、あるいは、登記の推定力の方が占有の推定力よりも「より強い（stärker）」と述べている。[172][173]

(三) 第二草案 (2. Entwurf (1895); zit. 1 E II)[174]

1 第一草案への批判

第一草案の内容に対しては、その公表直後からおびただしい数の批判が提起されたが、登記の推定力に関するEI八二六条に対しては、次の如き批判がなされている。

(1) まず、一八八八年一一月二二日及び三〇日付ロシュトック新聞 (Roschtocker Zeitung) は、形式的確定力原則を採用すべきことを理由に、EI八二六条の規定を拒絶した。同紙は、次のようにいう。もし、八二六条が、民事訴訟法 (CPO) 三八三条の予定する事実推定、即ち、権利の発生ないし消滅原因事実に対する推定を規定しようとするならば、次のような表現を用いるべきであった。即ち、「それに基づき権利が登記されるような取得原因事実 (Erwerbstatsachen) が生じたことは、推定される」と。しかしながら、八二六条は、推定の対象として、右の如き取得ないし消滅原因事実の推定ではなくして、権利変動 (Rechtsänderung) それ自体を念頭に置くものである。そうであるとすれば、むしろ次の如き表現の方が、推定の対象が明確であった。即ち、「登記された権利は存在し (bestehen)、抹消された権利は存在しない (nicht bestehen) ことは、推定される」と。だがしかし、右の如き規定の前提には、登記された権利は、それが現に登記されているが故に存在している、という認識がある。これは、推定によるものではなくして、擬制 (Fiktion) によるものであり、従って、ここでは端的に、登記のみによって物権が変動するという形式的確定力原則を採用すべきである、と。[175] 右主張にいうCPO三八三条との関連は、先のEI一九八条との整合性と同様の問題であるが、この点については、後の第二委員会においても議論されているので、そこで改めて検討することにしたい。他方、権利推定が、CPO三八三条にいう本来的な意味での推定（＝事実推定）ではなくして、擬制に他ならない、という主張の前提には、おそらく、右推定の覆滅が、推定の前提事実たる登記の不存在・無効によってのみ可

能であり、有効な登記が存在する以上は、もはや権利の存在は覆滅を許すことなく確定される、というゲヴェーレの推定力の理解が存するのであろう。

(2) 一方、シュトローハルもまた、第一草案の如き「推定」という訴訟法的な構成に反対し、これを実体法的に構成しようとする点において、ロシュトック新聞と同様の立場に立つ。しかしながら、彼の見解の特徴は、登記された権利の存在に対する相手方の反論を、取消権（Anfechtung）の行使と構成する点に存する。即ち、彼は、ＥＥＧ九条[176]を参照しつつ、一旦なされてしまった登記は、――仮にそれが無効であったとしても――、相手方が取消権を行使するまでは有効と看做される（ansehen）、と解するのである。しかも、右取消権は、物権的効力（dingliche Wirkung）を有し、従って、物権変動の当事者間のみならず、第三者に対しても行使し得るとされる[177]。

(3) 右シュトローハルの見解と類似するのが、ベールの見解である。但し、ベールは、その前提となる物権変動論において、実体的権利（materielles Recht）たる所有権は既に物権契約の段階において移転し、登記は、右実体的権利に第三者効力を付与するところの形式的権利（formales Recht）を補完するものに過ぎないとする点において特徴的であり、そこにはフランス法との間に明らかな類似性が認められる、といわれている[178]。さて、右見解によれば、登記は、第三者に対する外形的な「形式的権利」を表章することになる。しかしながら、右形成的権利は、実体的権利の有効な存在を前提とする。それ故、右実体的権利が不存在ないし無効であった場合には、形式的権利も取消される、と解すべきであり、第一草案の如く、反対証明によって覆滅される「推定」という訴訟法上の概念を基礎とすべきではない、とされたのである[179]。だが、この見解は、その前提たるフランス法的な法律構成それ自体が、「実体的権利」と「形式的権利」という二重所有権（doppeltes Eigentum）を承認するものであるとして、シュトローハル、ギールケ、クレッフ、マイボム等により非難されていた[180]。

(4) 他方、キンデルは、ゲヴェーレの推定力あるいはプラケンティヌスの推定の理解そのままに、不動産に関しても

占有の推定力により処理すべきことを主張した。もっとも、そこでは、登記への顧慮がなされており、不動産に関して占有の権利推定力は、登記の具備を要件として発生するものとされた。その根拠としてキンデルは、次の二点を主張する。第一に、EI八二六条の下では、真の権利者たる占有者が、無権利者たる登記名義人に対して、自己の権利の証明を強制されることになるが、右証明は、占有が長期になればなるほど不可能になり、また、不動産に関して取得時効制度が否定されるとなれば、[181] 占有者には極めて酷な結果をもたらす。[182] これに対して、キンデルの見解によれば、占有の推定力は、登記名義人たる占有者に対してのみ認められるから、右の如き占有と登記の衝突問題は、もはや生ずる余地がない。第二に、第一草案の立場によれば、登記名義人たる非占有者は、確認訴訟（Konfessoriche klage）において、彼が現実に役権（Servitut）を行使しあるいは行使の様態をとっていなくても、役権者と推定されることになってしまう、とされた。[183] 否認訴訟についても同様のことがいえるであろう。これに対して、占有と登記が同一人に帰属する場合にのみ推定力が問題となるキンデルの見解によれば、確認訴訟の訴訟要件たる原告あるいは被告の役権行使ないしその様態は、まさに彼の占有そのものから判断されることになる。もっとも、右主張の前提には、普通法学以前の物権的請求権の理解[184]が控えていることに注意したい。

(5) 更に、フィッシャーは、ここでの登記の効力を「権利推定（Rechtsvermutung）」と解することは、死亡宣告（Todeserklärung）の制度と同様、不当なものと考えた（なお、周知の如く、ドイツの死亡宣告の制度は、我が国の失踪宣告におけると異なり、その効力は「推定」である）。そこには、右効力が相手方の反対証明によって容易に覆滅される訴訟法上の効力に過ぎないとすれば、一旦なされた登記の効力を余りにも微弱に解することにならないか、との懸念が存する。[185]

以上の如く、EI八二六条に対する批判は、批判者の依拠する基本的立場の相違によって多岐に分かれているが、しかしながら、そこからは、批評者たちの目が、登記の実体法上の効力と訴訟法上の効力の密着した関係に向けられ

ていたことが、如実に看取されるであろう。

2　ライヒ司法省準備委員会

しかしながら、ライヒ司法省準備委員会（Vorkommission des Reichsjustizamtes, 1890–1893）は、一八九三年一月三日第九三回会議において、ＥＩ八二六条の規定を妥当と判断した。右結論は、とりわけ、登記の形式的確定力の原則（Prinzip der formalen echtskraft）の採用の方向での草案の変更が問題とならなかったことと対応して、正当視されている。[186] 更に、この規定は、大略次の表現でなされるべきことが決定された。

不動産登記簿によって、土地に関する権利または登記された権利上の権利が登記された者は、この権利を取得し（erwerben）、登記簿に消滅（löschen）が登記された権利は、存在しない（nicht bestehen）との推定がなされる。

ここでは、抹消された権利に関して、第一草案までの「放棄（Aufhebung）」の表現が「不存在（nicht bestehen）」に変更されている点に注目すべきである。かかる表現の変更は、不適法に登記された権利の抹消（Löschung）の場合を考慮したものである。即ち、先述の如く、ここにいう「放棄」とは、権利者の意思に基づく物権の喪失を意味し、取得の場合と同様、登記を成立要件とする。しかしながら、当初より無権利の登記名義人に対して、真の権利者が登記薄更正請求権を行使し、その結果、抹消登記がなされた場合にも、権利放棄の推定がなされるとすれば、全くの無権利者につき自己の意思に基づく物権の喪失を推定することになり不都合である。従って、権利変動の過程を捨象した現在の権利の不存在が端的に推定される必要がある、とされたのである。[187] その結果、推定の対象は、少なくとも抹消登記による推定に関しては、従来の「権利変動」推定、即ち、債権契約から抽象された無因的な物権変動原因事実、即ち物権契約の推定から、「権利状態」推定へと変化したことになる。

3　第二草案八〇九条の内容

一方、第二委員会の本審議においては、登記の法律上の推定に関するＥＩ八二六条に対して、次のような提案がな

されている。

1 a　八二六条の文言を、次の如く変更すること。

「不動産登記簿への登記は、その内容の真正（Richtigkeit ihres Inhalts）を推定する。」

b　あるいは、

「自己のために権利が不動産登記簿に登記されている者は、その権利を取得した（erwerben）ものと推定され、登記簿から抹消された（löschen）権利は、存在しない（nicht bestehen）ものと推定する。」

2　八二六条を削除し、次の条項を不動産登記法（GBO）中に規定すること。

「不動産登記簿は、不動産に関する権利及びその権利上の権利の存在（Bestehen）ないし消滅（Erlöschen）を（公に（öffentlich）証明する（beurkunden）。（但し、登記の記載に対する反対証明（Gegenbeweis）は、認められる。）」[188]

以上の動議のうち、第二委員会は、修正案1a及び2を拒絶し、第一草案の表現を修正しただけの、修正案1bを承認した。

第二委員会の議事録によれば、修正案1bの表現は、権利不存在にも拘らず不当に登記された場合の、抹消について顧慮したものである。[189] また、成立要件主義や公信力に関する審議と同様、不動産登記簿に法律上の推定力を付与すること自体には、全く異議が唱えられなかったが、これは、とりわけ、第一草案が不動産登記の形式的確定力の原則を認めたものではない、という理由に基づくものであった。[190] これらは、何れも、第一草案理由書の所見及び先のライヒ司法省準備委員会の決定を受けたものである。

もっとも、拒絶された修正案1a及び2の提案理由中には、ドイツ法系の登記制度が、それぞれ「何を」公示する制度なのかを検討するうえで、興味深い視点が含まれている。

(1)　まず、拒絶された修正案2の提案の理由は、次のようなものであった。

〔第一〕草案は、条文の真の意図を適切な形で表現していない。けだし、八二六条は、本来、何のために登記が設けられてい

るか、という点を明確化することを目的とするものだからである。この点に関する規定は、〔第一〕草案にも不動産登記法草案にも欠落している。不動産登記簿は、一つの公文書（öffentliche Urkunde）ないしは公文書の集成（Sammlung öffentlicher Urkunden）なのであって、その特質は、単なる公証官庁（beurkunde Beamte）の管掌（Wahrnehmung）のためのものではなくして、その管掌から、最終的な効果（Schlußfolgerungen）を証明する（bezeugen）ためのものである。かかる不動産登記簿に関する規定は、不動産登記法中に明定すべきものであり、また、右不動産登記簿に関する規定に従って、不動産登記簿への登記が証拠力（Beweisklaft）を有するという点については、ＣＰＯ三八三条一項から、また、反対証明（Gegenbeweis）が認められることに関しては、同条二項から、明らかな事柄である。[191][192] 従って、公文書たる不動産登記簿への登記について、八二六条のように、登記の内容の真正に関する単純推定（bloße Vermutung）という概念に基礎を置いて、これを述べることは、不適切である。[193]

要するに、この提案は、登記は公文書（öffentliche Urkunde）ないし公文書の集合体であるから、公文書の実質的証拠力に関するＣＰＯ三八三条が働くので、民法典中で推定規定として設置する必要はない、というものであり、かかる主張は、我が国における、推定の根拠につき、登記が公の帳簿の記載である点に求める見解[194]あるいは、登記の推定力を公文書の実質的証拠力の問題として捉える判例[195]・学説[196]の立場と類似することが知られる。

しかしながら、第二委員会の多数意見は、登記をＣＰＯ三八三条にいう「公文書」としては位置付けていない。しかもそれは、登記が何を公示する制度か、という観点と密接に関連する。即ち——

八二六条における「推定（Vermutung）」〔原文ゲシュペルト〕という用語は、確かに、一九八条において定義した意味とは異なっている。しかしながら、かかる形式的な相違は、実際上の差異がなく、また、理論的にも正当である。何れにせよ、八二六条は、不動産登記簿への登記が、単に事実（Thatsachen）を証明するものであるのみならず、反対証明（Gegenbeweis）を留保しつつ、登記された権利変動（Rechtsänderungen）をも証明するものである、という趣旨を、明確に表明している。しかし、この点は、修正案2が提案する規定及びＣＰＯ三八三条からは、引き出すことができない、というのは、ＣＰＯ三八三条の規定は、公文書から推認される「事実（Thatsachen）」〔原文ゲシュペルト〕に関するものに過ぎないからである。従って、右三八三条は、不動産登記簿が、仮登記（Vormerkung）あるいは処分制限（Verfügungsbsschränkung）の登記の場合といった、事実を証明す

る（beurkunden）場合に限って、適用があるに過ぎない。修正案2が提案するような、教科書的な文言（lehrbuchmäßiger Satz）は、不要であり、不動産登記簿への登記のいかなる部分が規律されるのかは、〔第一〕草案の規定から、充分明らかになる。[197]

右多数意見の論理を整理すれば、次のようになろう。

まず第一に、多数意見は、推定の対象につき、登記が「事実（Thatsachen）」のみならず「登記された権利変動（Rechtsänderungen）」の推定を認めるものである、という。だが、ここにいう「権利変動」なるものが「事実」の対立概念であるとすれば、法（権利）と事実を厳格に峻別する民事訴訟制度の二元論からみて、それは「権利」そのものを指しているとしか考えられない。しかしながら、先に見たように、第一草案理由書においては、「権利変動」の推定とは、つまるところ「権利変動原因事実」の推定と理解され、その結果、「事実」推定を定めたＥＩ一九八条の規定と矛盾しないと説明されていた。かかる「権利変動」ないし「物権変動」の用語の二義性は、我が国においても同様であって、右用語は、ある場合には「物権変動原因事実」と理解され、またある場合には「権利」それ自体と同一視される。[198] これと同様の用語の混乱が、第一委員会と第二委員会の間に存在したことが知られるのである。

第二に、ＣＰＯ三八三条の公文書の実質的証拠力の規定は、証明対象が「事実」である場合に適用されるに過ぎず、「権利」の証明に関しては適用がない。けだし、ローマ法を継受した民事訴訟法制度の下では、「事実」のみが証明対象となり、「権利」は証明対象とならないからである。それ故、仮登記・処分制限登記を除き、[199] フランスにおけるような契約（＝「事実」）公示システムではなくして、「権利」を公示するシステムである登記につき、「権利」に関する証明力を認めるためには、ＣＰＯ三八三条の規定では不可能であり、新たに推定規定を設けなければならない、と多数意見は説くのである。右主張からすれば、同様に「事実のみが証明の対象となる」という訴訟法上の命題を固守する我が国の学説が、登記により「権利」が推定されるとしつつ、公文書の証拠力を推定の根拠に求めるのは、正確ではないことになる。[200]

しかしながら、第三に、推定の対象が、権利変動原因「事実」ではなくして「権利」であるとすれば、法律上の事実推定を定めたＥＩ一九八条との整合性が改めて問われなければならない。けだし、先述の如く、第一草案理由書は、ＥＩ八二五条が登記から権利変動原因「事実」を推定するもの、即ち「事実」推定であるから、ＥＩ一九八条に反しないと述べていたのであり、これを「権利」推定と解した場合には、右の論理が成り立たなくなるからである。だが、右に見たように、多数意見は、ＥＩ八二五条の権利推定がＥＩ一九八条の事実推定と異なっていることを自認しながらも、両者の間には「実際上の差異がなく、また、理論的にも正当」と考えた。即ち、総則規定たるＥＩ一九八条の構造が、登記に関する特別規定に関しても当然に当てはまると解し、従って、修正案２ｂにおけるように、権利推定である旨を明記しつつ、覆滅し得ない推定と区別するために反対証明の許容を但書で規定する方法を、いかにも「教科書的」と批判したのである。

だが、そもそもゲルマン法のゲヴェーレの権利推定力は、推定の前提事実に対する反対証明（これを反対証明と呼ぶかどうかは用語の問題であるが）は認めても、前提事実の存在が証明された以上は、もはや推定覆滅を許すことなく権利の存在を確定するところにその本質があった。[201] これに対して、ローマ法系の事実推定は、推定の前提事実が証明された場合にも、なおも推定事実と相容れない事実状態の証明による推定覆滅を認めるものであり、かかる総則規定の構造が、登記に関する特別規定にもそのまま妥当するとされたとき、ここにローマ法系の事実推定の構造を、ゲルマン法系の権利推定の構造に移植したことからくる矛盾が生ずる。第二委員会は、この段階で、推定事実と相容れない事実状態の証明は比較的容易であるが、推定権利と相容れない権利状態の証明が極めて困難であることに気づくべきであった。[202]

(2) 一方、第二委員会の多数意見が、修正案１ａを否決した理由は、次のようなものであった。

動議１ａの推す表現は、それによれば、事実状態（thatsächliche Umstände）（例えば、地積（Größe）及び地目（Lage））に

関する不動産登記簿への登記までも含まれてしまう点で、広きに失するのであり、推定が登記の内容の真正（Richtigkeit ihres Inhaltes）それ自体を有するところまで、不動産登記簿は規定するものではないのである。[203]

右記述からも、登記制度の目的と推定の対象との、密着した関係が見て取れる。先に見たように、第二委員会の予定する登記制度は「権利」公示制度であって、「事実」公示制度ではなく、かかる理由から（仮登記あるいは処分制限の登記といった例外的場合を除いて）「事実」は推定されない、とされていた。地目・地積の推定が否定された理由もこれと同様であり、不動産登記が専ら「権利」を公示する制度であり、従って、「権利」に関してのみ推定力が働くことは、第二委員会における前提となっていたのである。この点は、我が国の従来の学説が、登記の推定力が登記原因等の「事実」まで及ぶか否かで争っていたこととの関連で留意されてよい。[204]

(3) かくして、修正案1bが、委員会決定暫定案八二六条として、第二委員会内部の起草部会で討議されることになるが、起草部会は、抹消登記による権利「不存在」の推定に合わせる形で、条文の前半部分を、従来の権利「取得」の推定から「存在」の推定に改めた上で、全体委員会に提出し（起草部会決定案八三六b条）、これは、第二草案八〇九条として成立する。[195]

【EⅡ八〇九条】

不動産登記簿にある者のために権利が登記された場合には、右の者に該権利が帰属する（zustehen）ものと推定する。

土地登記簿中に登記された権利が抹消された場合には、該権利は存在しない（nicht bestehen）ものと推定する。

右第二草案は、全く変更を加えられないまま、第二読会修正草案（E II rev.）（＝いわゆる連邦参議院案（Bundesratsvorlage））八七六条、更に、ライヒ議会案（Reichstagsvorlage）（＝いわゆる第三草案（3. Entwurf, zit. E III））八七五条を経て、BGB九八一条として成立した。[206]

㈣　民法典（BGB(1900)）

さて、以上のような経緯を経て成立したＢＧＢ八九一条につき、今日の学説はどのような理解をとっているか。その詳細に関しては、既に先学の優れた研究が存するので、本稿では重複を避け、その概略のみを示すならば、次のようになろう。

(1)　まず、推定の目的ないし根拠に関して、今日の学説の述べるところは、立法過程における議論とほとんど変わらない。即ち、形式的確定力原則の不採用により、登記と実体関係の不一致が生ずる可能性が生ずるが、しかしながら、これを極力一致させるべく、登記原因（Eintragungsgrundlage）に関する書面の要求（Formbedürftigkeit）とそれに対する国家的手続（staatliches Verfahren）による周到な審査が存在する[207]、ないしは、登記官に対する強い命令規定（とりわけＧＢＯ一九条・二九条・三九条）が存在する[208]結果、登記と実体関係の一致しない場合は極めて稀である。一方、法取引も登記の正当性を基礎として成り立っている。それ故、かかる取引安全を確保するために、「権利外観の担い手（Rechtsscheinträger）」ないし「権利外観（Rechtsschein）[209]」たる登記簿に登記ないし抹消された権利の存在ないし不存在に関する証明の軽減を行なうものである、と。しかも、ここでは、推定力に関するＢＧＢ八九一条と、公信力に関する八九二条とが、右同一根拠に基づき正当化され、取引安全という同一目的のための制度と理解されている点に留意したい[210]。

(2)　一方、推定の効果に関しても、これが専ら訴訟法上の効果を意図したものであって、かつ、ＺＰＯ二九二条が適用ないし類推適用されるところの、「本証」によって「覆滅し得る（widerlegbar）」「法律上の推定（gesetzliche Vermutung）」の一種である点につき、今日ほとんど異論がない[211]。

(3)　もっとも、この点と関連して多少問題があるのが、推定の対象、即ち、登記により推定されるのは現在の権利状

態の推定か、権利取得の推定か、という点である。まず、立法直後の学説は、第一草案理由書の理解と同様、権利ないし物権変動の推定というのは、右権利ないし物権変動を生ぜしめた何らかの原因事実の推定（＝包括的事実推定）を指すと考いたようである。[212] これは、おそらく、推定の覆滅方法を、当該登記をなさしめた原因事実の不存在ないし消滅の立証と捉えるゲヴェーレの推定力の系譜がア・プリオリに存在したため、振り返って、推定の対象を右原因事実の側に引き寄せざるを得なかったことに由来するのであろう。

しかしながら、その後、事実推定を規定したＺＰＯ二九二条との対比において、「権利推定」概念が厳格に理解されるに至り、今日では、同条は「事実（Thatsachen）、とりわけ、登記簿に登記あるいは抹消された権利の成立・移転要件（Tatbestand der Entstehung oder des Untergangs）が推定されるのではなく、あらゆる具体的な成立ないし消滅原因事実を捨象した、当該権利の現在の存在ないし不存在（gegenwärtige Bestehen oder Nichtbestehen）が直接推定される」とする見解（権利状態推定説）が、圧倒的多数説を形成している。[213] だが、ゲヴェーレ起源の権利推定に、ローマ法起源のＺＰＯ二九二条の事実推定を当てはめるとき、先に述べた反対証明の困難性が生ずる。この点は、まず、一〇〇六条の占有の権利推定に関して問題となり、今日の学説は、占有の推定力に関しては、現在の権利状態（Rechtszustand）ではなくして権利取得（Rechterwerbung）原因の推定であると説くに至った（権利取得推定説）。[214] そこで、かかる傾向を受けて、登記の推定力に関しても、占有の推定力と同様、権利取得（原因事実）が推定されるとする見解が、近時有力に主張されるに至ったのである。[215]

両説の違いは、推定覆滅方法において現れる。即ち、例えば権利の存在に関する推定（八九一条一項）を覆滅するためには、推定の相手方は、まず手続法上の許諾主義（形式的合意主義）（ＧＢＯ一九条）により要求されている「許諾」の不存在を主張・立証する必要がある。これは即ち、実体法上の（実質的）合意主義により要求される物権的合意あるいは処分制限の意思表示（八七三条・八七五条）が不存在ないし無効であることあるいは瑕疵があることを主張・証[216]

明することであって、右主張・証明を必要とする点では、両説に相違はない。しかしながら、権利取得推定説に立つ場合には、右事実の主張・証明で充分とされるのに対して、権利状態推定説に立つ場合には、これに加えて、現在登記されている権利状態が、登記後あるいは登記原因以外の方法で登記簿に記載され得るようなことがなかったことの主張・証明が要求されるのである。[218] しかも、右証明は、登記簿の不真正に対する「完全な証明（voller Beweis）」でなければならないとされる。[219]

しかしながら、今日の通説は、占有の推定力と異なり、登記の推定力に関しては、権利状態推定説の維持を確認している。その根拠は、第一草案における「取得する（erwerben）」「喪失する（aufheben）」の表現が、現行法においては「帰属する（zustehen）」「存在しない（nicht bestehen）」に変更されている点、[220] 及び、抹消登記による権利不存在の推定（八九一条二項）の存在にも拘らず、権利取得推定説によれば権利の放棄が推定されてしまい、これは当初より無権利の登記名義人に対して抹消請求がなされた場合に不合理な結果を生む点に求められている。[221] 更に、権利取得推定説の批判にも拘らず、反対証明の難易の点からいえば、両説の間に結果的相違はほとんど生じないことが問題とされる。というのは、権利状態推定説によれば、純理的には、当該登記の基礎となった物権的合意の他に、あらゆる可能な限りの権利取得原因事実の不存在ないしは権利消滅原因事実の存在の証明が必要となるが、判例・通説によれば、推定の相手方は、登記簿それ自体から明らかになる。あるいは推定の相手方の主張する、あるいはその他諸般の事情から推測される、可能な限りの取得・喪失原因の不存在を証明すれば足りるとし、反対証明の対象を特定の取得・喪失原因に限定する方向にあるからである。[222] これは、占有と異なり、登記原因となった特定の物権的合意の不存在が証明された場合には、当該登記が不適法である蓋然性が極めて高くなることによるものであり、それ故に、権利状態推定説は、占有の推定力を「権利取得」推定と解することと登記の推定力を同様に解すべきこととは、必ずしも結合しない、と主張している。[223]

なお、推定の対象となるのは、登記された権利の存在（八九一条一項）または抹消された権利の不存在（二項）であって、公示の原則の基盤たる部分、換言すれば、当事者の私的取引における信頼の対象となるべき部分、即ち権利の登記に限定される。従って、公法関係に関する記載、公道・河川の表示等については推定力は働かない。[224] また、地目（Lage）・地積（Größe）・建築物の存在（Baulichkeiten）・収益率（Reinertrag）・価格（Wert）等の事実の記載に関しても推定力は働かない。[225] 登記簿の記載事項以外のもの、例えば、当事者の法人格（Rechtsfähigkeit）[226]、行為能力（Geschäftsfähigkeit）[227]、処分権（Verfügungsbefugnis）[228] 等についても、推定力は働かない。ドイツにおける登記は、現在の権利の所在を公示するものであって、これらの事実を公示すべく予定された制度ではないからである。

(4) 更に、我が国の議論との関連では、推定の人的範囲につき、譲渡人と譲受人との間で譲渡行為（＝物権的合意）の有効性が争われた事案につき、八九一条は働かないとした判例がある。[229] しかしながら、学説は、八九一条が個々の譲渡行為を捨象した権利の存在・不存在を端的に推定するものであるが故に、この場合にも同条の適用があるとしている。[230]

(101) 興味深いことに、ドイツにおいては、BGB成立過程に関する本格的研究は、その一般的成立についても、あるいは個々の法制度の形成過程についても、比較的最近まで全く行なわれてこなかった。一九六〇年代までは、教科書・コンメンタール等において、一般・概説的記述は見出されても、専門的研究としては、わずかにヴィーアッカーによる法典の精神史的研究（Wieacker (Franz), Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 1952; 2. Aufl, 1967.）が存在したに過ぎないのである。その主たる理由としては、ドイツの解釈論において、我が国にいわゆる法律意思説的な立場が支配的であったために、立法者意思に対する関心が失われていた点が挙げられている（Vormbaum (Thomas) [Hrsg], Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation, Munsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 24, 1977, Einleitung (Vormbaum), S. XXIII ff.）。しかし、一九六〇年代以降、占有及び所有権移転に関するシューベルトの研究（Schubert (Werner), Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung. Eine Beratung zur Entstehungsgeschichte des BGB, Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissnschaft. Heft 10, 1966.）を嚆矢とし

て、成立史への関心は高まり、今日では、シューベルトを中心としてＢＧＢ成立過程に現れた諸草案とその理由書、あるいは各委員会における審議内容が出版・紹介されると共に、個々の法制度に焦点を当てた数多くの論稿が登場するに至っている（例えば、(Meertens (Hans-Georg), Die Entstehung der Vorschriften der BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 16, 1970; Schubert (Werner), Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des § 119 BGB, AcP 175, S. 430 ff., 1975; Vormbaum (Thomas), Die Rechtsfähigkeit der Vereine im 19. Jahrhundert, Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 21, 1976.)。

一方、我が国においても、前掲シューベルト論文発表直後、新田敏「ドイツにおける附合法の生成――土地・建物を中心として」法学研究四一巻一二号一五頁（昭和四三）を皮切りに、ＢＧＢの一般的立法史、あるいは、それを基軸に個別的法制度の構造を解明しようとする論稿が現れている。例えば、田山輝明「内地植民地問題を通じてみたドイツ民法施行法の一側面」早稲田法学会誌一九巻四九頁（昭和四三）、田山輝明「ドイツ民法の形成と営業令――ＢＧＢ六一八条論――」早稲田法学会誌二一巻七三頁（昭和四六）、石部雅亮「外国法の学び方――ドイツ法(11)(12)」法学セミナー一九七五年六月号（通巻二四〇号）一二七頁、八月号（通巻二四二号）一五九頁（昭和五〇）、月岡利男「ドイツ法における登記主義と公信主義」松山商大論集二九巻四号一五三頁（昭和五三）、田中克志「ドイツ民法典における不動産担保法の形成過程(1)～(4)完」富山大学経済論集二四巻二号二〇六頁（昭和五三）、三号三八頁（昭和五四）、二五巻一号二六頁（昭和五四）、二五巻三号八八頁（昭和五五）、平田公夫」ドイツ民法典を創った人びと(1)～(3)完」岡山大学教育学部研究集録五六号六三頁、五八号二三頁（昭和五六）、六〇号二八一頁（昭和五七）、中田邦博「ドイツ民法典における意思表示法の形成過程――第一草案に対する諸批判を中心に――(一)～(三)完」立命館法学一九四号五一頁、一九五号二六頁、一九六号四〇頁（昭和六二）、田口勉「ドイツ不動産法上の公信の原則についての史的考察」早大院法研論集四二号一二五頁（昭和六二）、マンフレート・ハーダー（佐々木有司訳）「ドイツ民法典の成立と発展」河上倫逸＝Ｍ・ハーダー編『ドイツ法律学の歴史的現在』（ミネルヴァ書房、昭和六三）一頁等。なお、筆者も、同様の視点からの分析を試みたことがある。七戸「ドイツ民法における不動産譲渡契約の要式性――『ドイツ法主義』の理解のために――」法学研究六二巻一二号（平成元）。

(102) ここでは、統一民法典編纂の着手段階から部分草案完成までの経緯を簡単に触れておく。Schubert, Entstehung, S. 3 ff.; Jakobs (Horst Heinrich) = Schubert (Werner) [hrsg.], Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB — Einführung, Biographien, Materialien — [Schubert], 1978, S. 27 ff.; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 1978,

Einleitung (Säcker (Franz-Jürgen)), Rz. 6 ff.; S. 4 ff.; Soergel-Kommentar (Kohlhammer-Komm.), 11. Aufl., Bd. 1, 1978, Einleitung [Schultze=von Lasaulx (Hans)], S. 3 ff.

① 北ドイツ連邦憲法は、連邦の立法権限として、民事訴訟法・破産法・商法・手形法債務法を認めていたに過ぎなかった。しかし、ドイツ・ライヒ成立（一八七一年）後の一八七三年一二月四日、連邦参議院（Bundesrat）は、憲法改正によるライヒ政府の立法権限拡大と、民法典起草のための委員会設置を決議、これによって民法典作成への動きが本格化する。

② 一八七四年二月二八日、連邦参議院は、五名の法律家からなるいわゆる準備委員会（Vorkommission）に、民法典作成に際して準拠するべき計画と方法に関する意見書作成を命じ、提出された意見書は、司法委員会（Justizausschuß）の検討の後、同年六月二二日、連邦参議院の承認を得た。これにより、BGBの内容については、現行法のみをその素材として立法すべき、との基本方針が確定された。また、編纂手続に関しては、次の手順でなされるべきものとされた。まず、連邦参議院は、学者及び実務家からなる委員会を設置する。右委員会は、部分草案（Teilentwurf）の起草委員（Redaktor）を選出し、各部分草案は単独の起草委員が担当する。完成した部分草案は、主任担当委員（Hauptreferent）によって統合された後、委員全員の第一読会（erste Lesung）によって確定され、理由書と共に公表する。その結果得られた批判は、第二読会（zweite Lesung）において審議し、最終的に確定された草案は、連邦参議院に提出される。

右手続において重要な点は、BGB起草が委員会審議の形式をとるべきものとされたことである。ラントの集合体であるドイツ・ライヒにおいて、統一民法典の規定が自国の法制度と合致するか否かは、各ラントにとっては重要な関心事であったが、右手続は、各ラントに対して審議参加の途を開くことによって、各々の主張を反映させようとの意図に出たものである。その結果、各ラントにとっては、自国ないし同一法域の利益代表をどの程度起草に関与させることができるかが最大の関心事となるが、結局、この点は、次にみるように、各ラント間の力関係によって決定されている。

③ 決定された基本方針に基づき、一八七四年、連邦参議院は、一一名からなる委員会設置を採択した。これがいわゆる第一委員会であり、その構成メンバーは、職能別にみれば、裁判官六名、官僚三名、学者二名からなる。即ち、コルマー出身の控訴裁判所判事（後にライヒ裁判所判事）デルシャイト（Derscheid (Gustav)）、ベルリン出身の高等法院判事（後にカンマーゲリヒト判事）ヨホフ（Johow (Reinhold)）、シュトゥットガルト出身の高等法院長官（後に上級ラント裁判所判事会議長）フォン・キューベル（von Kübel (Franz Philipp Friedrich)）、ライプツィヒ出身のライヒ上級商事裁判所長官パーペ（Pape (Heinrich Eduard)）、ツェレ出身の上級控訴裁判所判事（後にゲッティンゲン大学教授）プランク（Planck (Gottlieb Karl George)）、ドレスデン出身の控訴裁判所長官フォン・ヴェーバー、（von Weber (Anton)）、カールスルーエ出身の省参事官

（後にフライブルク大学教授）ゲプハルト（GEBHARD (Albert)）、ベルリン出身のプロイセン司法省参事官クールバウム二世（KURLBAUM II (Karl Dietrich Adolf)）、ミュンヘン出身のバイエルン本省参事官（後に上級ラント裁判所長官）フォン・シュミット（VON SCHMITT (Gottfried)）、ミュンヘン出身の正教授フォン・ロート（VON ROTH (Paul Rudolf)）、ハイデルベルク大学正教授ヴィントシャイト（WINDSCHEID (Bernhard)）である。これを、ラント別にみれば、普通法域三名（フォン・シュミット、フォン・キューベル、プランク）に対して、バイエルン二名（フォン・ロート、フォン・シュミット）、バーデン二名（ヴィントシャイト、ゲプハルト）、ヴュルテンブルク一名（フォン・キューベル）、ザクセン一名（フォン・ヴェーバー）、エルザス・ロートリンゲン一名（デルシャイト）となる。他方、法域別にみれば、普通法域三名（フォン・シュミット、フォン・キューベル、プランク）、ALR法域三名（パーペ、クールバウム二世、ヨホフ）、フランス法域二名（デルシャイト、ゲプハルト）、ザクセン法域一名（フォン・ヴェーバー）であり、残り二名の正教授に関しては、ヴィントシャイトがロマニストであるのに対して、フォン・ロートがゲルマニストという構成になっている。なお、ヴィントシャイトは、一八八三年に第一委員会を抜け、一八八四年、フォン・キューベルの逝去に伴い、テュービンゲン大学ローマ法教授フォン・マンドリー（VON MANDRY (Johann Gustav Karl)）（ヴュルテンブルク出身）が参加している。各メンバーの略歴及び第一委員会で果たした役割に関しては、SCHUBERT, Entstehung, S. 20 ff.; Ders, Beratung, Einführung-Biographien-Materialien, S. 69 ff. (JAHNEL (Rosemarie)) 参照。

④ 右第一委員会は、一八七四年九月一七日から九月二七日まで準備会議を開き、部分草案の起草委員と審議の手順を決定した。まず、民法典は、総則と各論（物権法、債務法、親族法、相続法）の五編から構成されるべきものとされ、各々の部分草案は、ゲプハルト（総則）、フォン・キューベル（債務法）、ヨホフ（物権法）、プランク（親族法）、フォン・シュミット（相続法）が担当することになった。右起草委員の配分も、各ラント間のバランスをとったものとなっており、プロイセン二名（ヨホフ、プランク）に対して、他の有力ラントであるバイエルン、ヴュルテンブルク、バーデンが各々一名を立てている。

(103) 前注と関連して、BGB成立以前のドイツにおける不動産法の分裂状態を示しておこう。SCHUBERT, Entstehung, S. 95 ff.

① まず、普通ローマ法の引渡（traditio, Tradition）主義によれば、土地の所有権移転のためには、引渡に際して当事者間で物権契約が締結されなければならないとされていたが、それが適用された領域は顧慮に値しないほど僅かであり、プロイセン領ホムブルク区裁判所管轄地域、及びメクレンブルク・シュトレーリッツを挙げ得るに過ぎない。

② これに対して、フランス法主義、即ち、売買契約等の債権契約の時点で物権変動が生じ、取得権原（証書）を謄記（transcription）ないし登記制度（inscription）によって公示する主義は、バイエルン領プファルツ、バーデン、ヘッセン領ライン〈

ッセン州、エルザス・ロートリンゲン、プロイセン領ライン州において適用されていた。とりわけ、エルザス・ロートリンゲンでは、BGB起草時において、フランス一八五五年登記法が適用されていた。

右ローマ法主義・フランス法主義に対して、多くのラントは、不動産物権変動の成立要件として登記を要求し、かつ右登記に公信力を認めていたが、しかし、これも、特定の権利（とりわけ担保権）に関してのみ登記を要求する担保権登記簿（Pfandbuch）（抵当登記簿（Hypothekenbuch））制度を採用するラントと、不動産に関する全ての権利につき登記を要求する不動産登記簿（Grundbuch）制度を採用するラントに分裂していた。

③ 担保権登記簿制度は、一八八〇年時点では、バイエルン、ヴュルテンブルク、メクレンブルク騎士領、ワイマール、シュヴァルツブルク、ルドルシュタット、プロイセン領ラウエンブルク公爵領において採用されていた。なお、これらのラントにおいては、担保権設定以外の物権変動（とりわけ所有権移転）に関しては、先のローマ法の引渡主義に従っていた。また、バイエルンとヴュルテンブルクにおいては、土地譲渡契約に関して公証が要求されている。

④ 以上に対して、プロイセンは、一八七二年五月五日所有権取得法（Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, vom 5. 5. 1872; zit. EEG）以降、不動産登記簿制度を採用しており、この制度は、その後、大多数の北部・中部ドイツのラントで採用されるに至っている（EEGに関しては、有川哲夫「土地所有権取得法（一八七二年）の研究――所有権譲渡理論を中心として――㈠～㈣完」名城法学一九巻三＝四号一一一頁、二〇巻三＝四号七六頁、二二巻二号一頁、二四巻一号一九頁（昭和四四―四九）が詳しい）。もっとも、右不動産登記簿を採用の結果、所有権移転についても登記を要件とする諸ラントにおいても、次の二点において、立法の相違がみられる。その第一は、所有権移転の要件として、登記以外に当事者の物権的合意（アウフラッスング（Auflassung）、実質的合意（materieller Konsens））を必要とするか否かの点であり、プロイセンをはじめ多くのラントにおいては、右合意を要求していたが（合意主義（Konsensprinzip））、これに対して、ザクセン、メクレンブルク、ハンブルク法においては、右合意を物権変動の要件としていなかった（形式的確定力の原則（Prinzip der formellen Rechtskraft））。第二は、登記官の審査権の範囲に関するものであり、ザクセン、ヘッセン・ナッサウ、ヘッセン・ダルムシュタット等のラントにおいては、登記申請に際して、公証人あるいは裁判官によって公証された債権契約証書原本を提出すべきことが要求されていた（合法主義（Legalitätsprinzip））。これに対して、ハンブルク、メクレンブルク、プロイセンにおいては、右の如き債権契約に関する審査は行なわれなかった。

⑤ 以上の立法のうち、一八八〇年当時のドイツにおいて、地域的に最も広く普及していたのは、プロイセンの不動産登記簿制度であり、これは、北部・中部・東部ドイツのほぼ全域にわたり、三〇五〇万人の人口に適用されていた。これに対して、

フランス法主義あるいは担保権登記簿は、南部及び西部ドイツの一五〇〇万人を対象に適用されていたが、不動産登記簿制度が、近代的な法取引に最も適合的であることはいうまでもなく、例えば、バイエルン一八六一―一八六四年民法草案が、不動産登記簿制度を予定していたことからも知れるように、時代の趨勢は不動産登記簿制度へと流れつつあった。かかる趨勢を踏まえて、第一委員会は、既に、一八七五年一〇月一五日・一六日の会議において、プロイセンの不動産登記簿制度とそこで認められた諸原則、即ち、合意主義・登記主義・公信主義の採用を決定し、右決定は、後の物権法の本審議においては、もはや問題に上がらなかった。

(104) ヨホフは、上級ラント裁判所判事（後にライヒ裁判所判事）アヒレス（Achilles (Alexander)）、メクレンブルク大法院判事（Kanzleirat）マルティニ（Martini (Karl)）、ブラウンシュヴァイク上級ラント裁判所判事（後にライヒ裁判所判事）フォン・リーベ（von Liebe (Viktor Friedrich August)）を補助委員として、六年がかりで五六五条からなる部分草案を完成させた。その内容は、全般的にみて、後の第一草案よりも、当時通用していた法に近く、表現も理解しやすいものとなっていた。

ヨホフは、右草案と同時に、後の第一草案理由書のほぼ三倍に当たる、二二四八頁に及ぶ理由書を作成しているが、そこからは、土地法部分に関しては、先の第一委員会の決定を受け、プロイセン一八七二年所有権移転法（EEG）を範としたことが明らかになる。一方、ドイツの一部の領域で適用されているコード・シヴィルについては、ほとんど参照していない。右部分草案理由書は、後の第一草案理由書の内容に大きな影響を与えた点でも重要である。Schubert, Entstehung, S. 25 ff.; Schubert (Werner) [hrsg.], Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs (Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB), Sachenrecht, Teil 1, Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum, 1982, Einleitung (Schubert), S. XI ff.

(105) Johow (Reinhold), Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ... Buch, Sachenrecht, Begründung (zit. Begründung TE), Bd. 2, 1880, S. 957; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1091.

(106) Johow, Begründung TE, S. 957 f.; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1091 f.

(107) 動産と異なり、不動産法における公信の原則は、既にドイツのほとんど全てのラント法において採用されており、先に見たように、第一委員会会議においても、全く争われることなく承認されていた。前掲注(103)⑤参照。

(108) TE二四条、二五条、八八条参照。ドイツ法における公信力の成立過程に関しては、月岡・前掲注(101)・二五頁以下、田口・前掲注(101)・一二五頁以下に詳しい。TE二四条・二五条の訳文に関しては、田口・一四〇頁を参照されたい。

(109) Vgl. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12.

Aufl., 3. Buch Sachenrecht, §892 (Gursky (Karl-Heinz)), 1986, RZ. 1. なお、我が国においては、従来、真の権利者のなす証明問題はいわば「静的安全」の問題であるとして、無権利者の譲受人保護という「動的安全」の側面と対比的に論じられる傾向があったように思われる。しかしながら、現行ＢＧＢ八九二条が無権利者のみならず、権利者もこれを行使し得るとされていることからも明らかなように、公信力は、無権利者であることが証明された場合になってはじめて行使し得るのではなくして、相手方が自己の権利取得の有無を争う段階において（即ち自己が権利者であるか無権利者であるかが確定していない段階において）、右紛争を断ち切ることにこそ意味があるというべきである。なお、公信力が専ら無権利者の信頼保護と位置づけられる理由は、この制度が、取得者の信頼要件を不可欠の要素としていることに由来するものである。即ち、今日の公信力は、ゲヴェーレの推定力の構造に、ローマ法の善意（bona fides）思想が時効経由で組み込まれた延長線上にあり、善意要件の組込みの結果、「所有権の取得は、善意に対する報酬、占有への信頼に対する報酬として、その故に原始取得として」構成されるに至ったのである（ミッタイス・前掲注(64)・二三一頁）。それ故、公信力もまた、ゲヴェーレの訴訟上の効力、即ち真の権利者を保護する機能の構造をよく維持しており、ゲヴェーレの推定力において「瑕疵ある占有」の証明が占有喪失者側の立証事項であるのと同様、公信力においても、相手方が公信力主張者の「悪意」を立証すべきことになる（この点に関しては、田口・前掲注(101)・一二七頁以下参照）。

(110) Johow, Begründung TE, S. 958 ff.; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1092 ff.

(111) Johow, Begründung TE, S. 958; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1092.

(112) Johow, Begründung TE, S. 958; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1092.

(113) Johow, Begründung TE, S. 958; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1092.

(114) Johow, Begründung TE, S. 960; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1094. なお、この点と関連して、ヨホフが、プブリキアーナ訴権は真の所有者を保護するための制度であり、より所有者らしい外観を有する者を保護するための制度ではない、と述べている点が注目される（Johow, Begründung TE, S. 959; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht, Teil 1, S. 1093.）。これに対して、フランスの学説は、所有権証明の問題に関する古法以来のプブリキアーナ訴権説を、相対的所有権概念を導くものと批判し、実体法分野における相対的所有権と、証拠法の側面における相対的証明の峻別を試みていた。前掲注(84)(88)参照。

(115) Johow, Begründung TE, S. 958 f.; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1092 f. かかる理解からすれば、フランス法における《より良い（推定）ないしより〔所有権を〕特徴づけるような推定（présomptions meilleurs et mieux caractérisées）》

という処理は（前掲注(88)）、まさに相対的所有権概念を導くものとして理解されることになるであろう。

(116) Johow, Begründung TE, S. 959 f.; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1093 f.

(117) Johow, Begründung TE, S. 961; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1095.

(118) 物権法部分草案「第三章(Abschnitt)・所有権」「第五節・所有権的請求権」は、更に「I・物の不法占有に対する所有権的請求権」（TE一七八―二〇四条）と「II・所有権自由保護(Eigenthumsfreiheitsschutz)〔請求権〕」（TE二〇五―二〇九条）とに分かれている。前者は所有物返還訴権(rei vindicatio)の系譜を、後者は否認訴権(actio negatoria)の系譜を受け継ぐものであるが、両者の位置づけは、ドイツにおいては、ローマ法・フランス法におけるそれから大いに乖離し始める（後掲注(138)参照）。また、後の第一章案においては、登記の推定力が右「所有権的請求権」の項ではなくして、「土地に関する権利の一般規定(Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken)」の部分に収められている点にも留意したい。なお「所有権的請求権(Eigentumsanspruch)」の呼称は、第二草案において「所有権に基づく請求権(Ansprüche aus dem Eigenthume)」に変化した。

(119) Johow, Begründung TE, S. 962; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1096. Vgl. Gierke (Otto), Deutsches Privatrecht, Bd. 2, 1905, § 119 VII, S. 325 Anm. (98). 同条の表現は、オルデンブルク一八七六年四月三日法六条、ブラウンシュヴァイク一八七八年三月八日法八条に継受されている。

(120) なお、我が現行不動産登記法（一八九九（明治三二）年）立法の際、政府は基礎資料としてEEGを参照している。この当時のドイツ土地法の司法省訳を『法務図書館蔵・貴重書目録（和書）』（法務図書館、昭和四五）から拾い出してみると、(a)『孛漏西土地登記法』（EEGを指す）・『孛漏西地簿規則』（司法省写本、半紙）、(b)『独逸登記法草案　附理由書』（司法省写本、半紙）、(c)『独逸土地登記法』（司法省写本、半紙）があり、村上三男「不動産登記法に関する立法資料誌（三）」民事月報一六巻一〇号一二七頁以下（昭和三六）が、これを掲載している。ちなみに、右政府提出資料の訳文（司法省訳）における、EEG七条の表現は次のようなものであった（村上・前掲・一二七頁）。

【「孛漏西（独逸）土地登記法」七条】

登記所有者ハ登記簿ノ登記ニ由リ所有者トシテ有スヘキ一切ノ訴権ヲ行ヒ及ヒ所有者トシテ受クヘキ一切ノ訴権ニ応ス所有取戻ノ訴ニ対シテハ被告ハ時効ヲ以テ抗弁ト為スコトヲ得ス又被告所有権ノ取得ヲ目的トセル契約ニ拠リ原告若クハ原告ノ前主ヨリ土地ノ占有ヲ得タルトキハ其契約ニ因リ生スル一切ノ権利ハ被告本訴若クハ反訴ヲ以テ之ヲ行フコトヲ得ヘシ但シ抗弁ヲ以テ之ヲ行フコトヲ許サス

(121) Johow, Begründung TE, S. 962; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1096. けだし、登記名義人が所有者としての訴権を有するということは、彼が真の所有者であると評価するのと同一だからである。ブラウンシュヴァイク法の立法趣旨も同様であったという。

(122) Johow, Begründung TE, S. 962; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1096.

(123) Johow, Begründung TE, S. 962; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1096.

(124) 兼子・前掲注（1）・三三〇—三三二頁、兼子・前掲注（10）・四五二頁、野田宏「所有権訴訟における立証責任」兼子一編『実例法学全集・民事訴訟法（上巻）』（青林書院新社、昭和三八）一七一頁。

(125) ゲヴェーレの推定力に関する反対証明が、厳密にいえば推定の前提事実に対する反論であったこと、また、フランス法における議論において、Ｃｃ二二七九条の推定の前提事実の不存在の証明を「推定覆滅」と呼称されることがあったことにつき、前掲注（66）参照。

(126) なお、《Gegenbeweis》なる用語は、後に見るように、立法過程での議論においてしばしば登場するが、それが今日いわゆる「本証」「反証」の区別を念頭に右用語が用いられたことはない。以上の点を確認した上で、本稿では右《Gegenbeweis》に、さしあたり「反対証明」の訳語をあてることにする。

(127) 我が国にいわゆる登記請求権である。ＢＧＢは、明文でこれを規定しており（ＢＧＢ八九四条）、右規定は、部分草案四六条、第一草案八四三条、第二草案八一三条、連邦参議院案（Bundesratsvorlage）八七九条、ライヒ議会案（Raichstagsvorlage）八七八条に由来する。なお、これに相応する規定は、ＥＥＧ九条及びこれを継受するプロイセン法域のラントが有するに過ぎない。というのも、先述の如く（前掲注（103）④）、プロイセン法においては登記の他に当事者の合意が成立要件とされ（合意主義）、右合意の不存在ないし無効による登記簿の不真正が生じたのに対して、形式的確定力をとるラントにおいては、かかる意味での不真正が生じないからである。もっとも、右ＥＥＧの規定は、部分草案にみられるような登記簿「更正請求権（Berichtigungsanspruch）」という表現を用いていたわけではない。同条の成立の経緯に関しては、Schubert, Entstehung, S. 114 ff.; 129 f.; 140 ff. 参照。更に、登記の推定力が、右登記簿更正請求権と同様、形式的確定力原則の不採用とワンセットであることについては、後掲注(142)参照。これに対して、対抗要件主義及びこれと必然的に結合した契約証書の謄本・抄本公示システムを採用するフランス法においては、二重登記が許容される点につき、鎌田・前掲注（49）・六九頁参照。

(128) Johow, Begründung TE, S. 961; Schubert, Vorentwürfe, Sachenrecht I, S. 1095.

(129) ここで、第一委員会の本審議の手順について説明しておく。

一八八一年一〇月四日の会議において、第一委員会は、議事規則（Geschäftsordnung）を決定し、審理の進行は、基本的には右議事規則に従った。議事規則一条によれば、第一読会（＝第一委員会）の審議は、二回なされるべきものとされた。物権法に関する現実の審議の流れは、次の通り。

① まず、第一回目の全体審議においては、各部分草案の主として実体法的側面について、暫定的な確定が行われた。

② 右審議の内容に従って、部分草案起草者と第一委員会議長パーペからなる起草部会（Redaktionsausschuß）は、条文の確定と全体草案への統合を行なった。ここで重要な意味をもったのが、第一回審議での決定につき、パーペが個別的テーマごとにまとめた暫定案（Vorläufige Zusammenstellung; zit. VorlZust）と、部分草案起草者ヨホフが新たに提出した起草者案（Redaktionsvorlage; zit. Redvorl）である。これらは、起草部会において検討の末、物権法公式最終決定案（Zusammenstellung der sachliche beschlossenen Bestimmungen des Sachenrechts nach den Beschlüssen des Redaktionsausschusses der 1. Kommission（1884-1885）; zit. ZustSachR）として確定され、更に、各部分草案が統合されて、第一回審議における決定を反映した委員会草案（Kommissionsentwurf; zit. KE）となる。

③ 以上の実質的内容の確定作業は、一八八一年一〇月四日から一八八七年九月三〇日まで行なわれたが、これを受けた第二回目の全体会議においては、右委員会草案の用語的・形式的側面が検討された。この作業は、一八八七年九月三〇日から一二月一六日まで行なわれ、その結果、最終的に確定されたものがいわゆる第一草案である。右第一草案確定後、第一委員会は引続き民法施行法（Einführungsgesetz）、不動産登記法（Grundbuchordnung, vom 24. 3. 1898; zit. GBO）、強制競売及び強制管理に関する法律の草案を作成し、一八八九年三月九日第八七三回会議をもって終了した。Schubert, Entstehung, S. 29 ff.; Schubert, Vorentwürfe, Sachrecht I, Einleitung, S. XIII ff.; Jakobs = Schubert, Beratung, Einführung-Biographien-Materialien, S. 40 ff. なお、不動産登記法の成立過程に関しては、後掲注（143）参照。

(130) Protokolle der〔1.〕Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches（1881-1889; zit. Prot I）, S. 3725; Jakobs = Schubers. Beratung, Sachenrecht I, 1985, S. 361.

(131) これは、不動産物権の放棄に関しても、取得の場合と同様、成立要件主義が採用され、権利者の放棄の意思表示と並んで、抹消登記が要求されたこと（不動産物権一般につきTE四二条、EI八三四条・EII七九六条・BGB八七五条、不動産所有権につきTE一二八条、EI八七二条・EII八四一条・BGB九二八条、その他抵当権・土地債務に関しても特別規定がある）に対応するものである。更に、ここでは、放棄の側面においても公信力が働くとされたことにも注目しておきたい。

(132) Prot. I, S. 3725; Jakobs = Schubert, Beratung, Sachenrecht I, S. 361.

(133) VorlZust §19; Jakobs = Schubert, Beratung, Sachenrecht I, S. 361. なお、当初、バーベは、「不動産登記法（Grundbuchrecht）」に関する暫定案一条で、「権利ないし権利の放棄が不動産登記簿に登記された者は、彼のために（für sich）、前者の場合には権利が彼によって取得され、後者の場合には権利が放棄されたとの推定を受ける。」との規定を置いていた。

(134) Redvorl §815; Jakobs = Schubert, Beratung, Sachenrecht I, S. 361.

(135) ZustSachR §815; Jakobs = Schubert, Beratung, Sachenrecht I. S. 361.

(136) Jakobs = Schubert, Beratung, Sachenrecht I, S. 361.

(137) 前掲注（118）参照。

(138) ここで、フランス法（前掲注（43））と対比するために、ドイツ法における所有物返還訴訟の位置づけの変化について確認しておく。

(a) 普通法時代のドイツにおいても、フランス法と同様、所有物返還訴訟は、原告の所有権主張に対して、被告が同様に所有権を主張した場合の争いと観念され、かつ、被告の所有権行使の有無は、自主占有の有無によって決せられた。他方、被告が役権の存在を主張した場合の否認訴訟は、役権者が原告となって役権の確認を求める確認訴訟の対応物として位置づけられ、その結果、所有物返還訴権と否認訴権とは、統一的な所有権保護のための制度として理解されていなかった。

(b) しかしながら、一八世紀後半から一九世紀にかけて、ハイゼ（Heise（Georg Arnold））、フーゴー（Hugo（Gustav））、プフタ（Puchta（Georg Fridrich））、ティボー（Thibaut（Anton Friedlich Justus））、ヴィントシャイト等は、被告の侵害の態様を、所有権主張・役権主張といういわば権利次元での侵害に留めず、広く事実的侵害にまで拡大しつつ、従来確認訴権の対応物とみられていた否認訴権を、所有物返還訴権の対応物として位置づけた。その結果、両者は統一的な所有権保護制度として理解され、両者の差異は単に侵害の種類の差として捉えられるに至ったのである。

(c) 先述の如く、ヨホフの物権法部分草案は、その第三章第五節に「所有権的請求権」を設け、これを更に「物の不法占有に対する所有権的請求権」と「所有権自由の保護」に分けて規定していたが（前掲注（118））、しかしながら、その内容ないし本質が所有権確認ないし役権不存在である点において、むしろローマ法への退行であった（なお、部分草案における「占有」概念もまたローマ法・フランス法と同様「自主占有（Eigenbesitz）」であった）。

(d) これに対して、第一草案は、ヴィントシャイトの理論に従い、両者を事実的侵害に対する保護にまで拡大し、広く妨害一般に対する所有権保護の制度として位置づけた（EI九二九―九四五条）。例えば、所有物返還請求権を定めたEI九二九条は、該訴訟の被告を「所持人（Inhaber）」にまで拡大し、他方、EI九四三条は「占有または所持の侵奪もしくは留置以外の

方法で所有権を妨害する(beeinträchtigen)者」及び妨害の虞れのある者に対して行使される。そして、かかる理解が、第二草案「所有権に基づく請求権」（EⅡ八九九条以下）を経て、現行九八五条以下の規定として結実したのである（更にここでは、第一草案までの古典的な「自主占有」概念が、占有意思の客観化を通じて拡大した点にも留意したい）。以上のドイツにおける物権的請求権概念の生成に関しては、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』（創文社、昭和五四）一七六頁以下、伊藤高義「民法一八九条以下における『占有者』『回復者』の意義㈠――物権的返還請求権の実体法的理解への疑問――」名大法政論集四二号六九頁以下（昭和四三）、所収・『物権的返還請求権論序論――実体権的理解への疑問として――』（滋賀大学経済学部研究紀要法学篇第一冊、昭和四六）、玉樹智文「妨害排除請求権の機能に関する一考察」林良平還暦記念『現代私法学の課題と展望㈠』（有斐閣、昭和五七）一三五頁以下、占有論の変化に関しては、Schubert, Entstehung, S. 57 ff.; 73 ff.; 88 ff. 参照。

(e) ところで、我が現行民法典は、物権的請求権に関して何らの規定も置いていない。そこで問題となるのは、起草者が、物権的請求権に関して、フランス法とドイツ法の何れの構成に依拠していたか、という点であるが、起草者及び立法直後の学説は、フランス法・旧民法と同様の「対物訴権」体系をとっていたようである。ところが、明治四〇年代以降のドイツ法学の継受により、訴権体系が請求権体系へと移行すると共に、「対物訴権」も「物権的請求権」へと変化し、今日へと至っている（七戸・前掲注（41）③・八五頁以下参照）。一方、占有意思については、既に立法段階において、フランス法・旧民法におけるような所有者意思説から、自己のためにする意思説へと変化している。

さて、かかる「物権的請求権」体系においては、被告の侵害態様が事実的侵害にまで拡大されているが故に、所有権訴訟は、フランス法におけるような「所有権者対所有権者」の紛争という形で捉えることは不可能であり、従って、原被告の提出する証拠資料から、何れが所有権者らしいかを相対的に判断する、というフランス法の処理は、もはや妥当しないように解せられる。この点においても、現行日本法の解釈論において、フランス法を参照しつつ、登記をはじめとする種々の証拠による「事実上の権利推定」を認めるべきとする見解は、障害に突き当たらざるを得ない。

(139) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (zit. Motive EI), Bd. 3, Sachenrecht, 1888, S. 153-154; Mugdan (Benno), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III, Sachenrecht, 1899 (Neuausdruck 1979), S. 85.

(140) ハンブルク土地所有権及び抵当法（Gesetz über Gruneigenthum und Hypotheken für Stadt und Gebiet mit Ausnahme des Amtes Pergedorf, vom 4. 12. 1868）二条、三条、六条、二八条、メクレンブルク都市登記令（Revidierte Stadtbuchor-

dnungmit auf sie bezüglichen Nebenverordnungen, vom 21. 12. 1848) 三六条、三七条、ザクセン民法 (Bürgerliches Gesetzbuch, vom 2. 1. 1863) 二七六条以下、バイヱルン草案 (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, 1861) 第三章五六条以下、前掲注 (103) ④参照。

(141) 前掲注 (103) ⑤参照。

(142) Motive EI, Bd. 3, S. 154, MUGDAN III, S. 85. この点につき、原島・前掲注 (1)・一五七頁は、右理由書を援用しつつ、次のようにいう。

「ドイツ民法は登記についてザクセン国法典などのいわゆる形式的確定力の原則 (Prinzip der formalen Rechtskraft) を採用しなかったが、このことと登記による権利推定規定は密接な関連をもつ。形式的確定力の原則はもともとゲヴェーレ的な考え方に由来しながら、公信原則と同じ結果をもたらしたが、そこでは、登記がそれ自体、原因行為や物権行為からも独立した・権利の創設・移転の過程であるから、まさに登記が権原に価するといえるのであって、公信力によって与えられる地位と登記の推定力によって与えられる地位との区別を知らない。したがって、このような形式的確定力の原則を捨てて、登記が物権の設定・移転のための要件の一つとなるとき、この登記の効力とは別に、登記に対する信頼を保護する公信原則と、登記による権利推定規定が分化して設けられる必要がある。つまり、登記による権利推定規定は、あくまでもゲヴェーレ的な考え方の伝統の下で、登記の形式的確定力の方向ではなく、今日みるような公信原則を採用する方向をとるとき、この公信原則との関連の下に設けられたものである。」〔傍点原文〕

(143) 不動産登記法 (Grundbuchordnung, vom 24. 3. 1897; zit. GBO) は、ヨホフの起草した準備草案 (Vorentwurf) (もうともこれには、彼が物権法部分草案と共に起草した一八八三年のいわゆる第一準備草案 (zit. GBO-VE I) と、その後第一委員会の審議結果に合わせて修正した一八八八年のいわゆる第二準備草案 (zit. GBO-VE II) がある) に基づき、第一委員会が起草した第一草案 (sog. 1. Entwurf, vom 22. 6. 1888; zit. GBO-EI)、その後の第二委員会による第二草案 (sog. 2. Entwurf, vom juli 1896; zit. GBO-E II) (連邦参議院提出は七月一五日) を経て、一八九七年三月二四日 (RGBl. 1897, 139) に成立したものであり、概ねプロイセン法依拠にしている。現行法は、一九三五年の大改正を受けた後のものである。立法の審議の詳細に関しては、HEDEMANN (Justus Wilhelm), Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Teil 2, 2. Hälfte: Die Entwicklung des formellen Bodenrechts, 1935, §16, S. 278 f.; JAKOBS = SCHUBERT. Beratung, Sachenrecht III Grundbuchordnung, 1982, S. 1 ff.

(144) Motive EI, Bd. 3, S. 154; MUGDAN III, S. 85.

(145) Motive EI, Bd. 3, S. 154; MUGDAN III, S. 85.

(146) ドイツ法における「合法主義」ないし「適法主義」の理解につき、我が国の学説は一様ではない。鈴木禄弥「不動産登記における実質的および形式的審査主義」『抵当制度の研究』（一粒社、昭和四三）九七頁以下によれば、「合法主義」とは、「登記官吏が登記申請を受理しうるためには当該申請が適法 legal なることを要するとする原則をいう」とされる（一〇二頁）。もっとも、歴史的には、担保権登記薄制度をとるラント法の審査方法を指して、合法主義と呼ぶことが少なくない。

(147) 審査の対象（債権関係の審査を行なうか否か）の問題と、審査の方法（実質的な内容審査か形式的・窓口的審査か）の問題とは、理論的には別物ともいえるが、藤本秀麿「独逸法系不動産登記簿の公信力に就いて(一)」法学協会雑誌五三巻四号一一四頁以下（昭和一〇）、鈴木・前掲注（146）・九七頁以下によれば、両者が密着した関係にあった点に、ドイツ法の歴史的特殊性が存するとされる。

(a) 即ち、かつて多くのラントが採用していた担保権登記簿制度の下では、物権変動の要件として有効な原因契約の存在が要求されていたため、これに対応して、登記の真正を担保するために、登記申請に際して、登記官は債権契約の有効性まで職権をもって審査しなければならないとされた（実質的審査主義）。しかしながら、かかる裁判的審査は、登記制度が当初の租税徴収という公法目的を払拭できなかったことの反映であり、次第に、私的取引に対する公権力の不当介入と意識されたのみならず、実際問題としても、登記手続の著しい遅延を招き、取引が阻害されることとなった。

(b) かかる経験を踏まえて、EEGをはじめとする立法は、審査の対象及び方法の二点において、旧来の制度を緩和するに至った。即ち、まず、審査の範囲・対象に関しては、これを登記義務者の登記許諾（Bewilligung）の意思表示に限定し、債権的な原因契約に関しては審査を行なわないこととし、一方、審査の方法に関しては、従来の裁判的審査に代えて、形式的な書面審査を中心とする窓口的審査が採用されたといわれる（形式的合法主義）。

(c) もっとも、担保権登記薄制度をとるラント法においては、原因関係に関する審査が、当事者の提出する公正証書の審査を通じて行なわれた点において形式的であり、これに対して、プロイセン法・BGBの原始規定は、登記官の面前でのアウフラッスングを要求していた点において、裁判官的審査を行なっていたともいえる。しかしながら、BGBの現行規定は、もはやかかる立場をとらない。後掲注(153)参照。

(148) 更に、ここでは、「実質的ないし形式的審査主義は、実体法上の物権変動理論におけるいわゆる有因主義及び無因主義とに、必然的にあい伴う」（鈴木・前掲注（146）・一一〇頁）に留意すべきである。けだし、登記法の側面において、債権的な原因契約を審査の対象から除外し、登記許諾の意思表示のみを審査の対象とすることは、実体法の側面において、右登記許諾の

意思表示を独立した物権変動の要件（物権的合意）として認める一方（独自性（Selbständigkeit））、債権契約を右物権変動の要件から除外して（無因性（Abstraktkeit））はじめて成り立つからである。なお、「物権契約」概念が登記申請手続から生じたことにつき、七戸・前掲注（101）参照。

(149) ドイツにおける形式的合法主義を念頭に、我が国における形式的審査主義なる用語を理解するとき、それは「審査の方法については妥当する（＝窓口的である）が、審査の対象については妥当しない」（鈴木・前掲注（146）・一一〇頁）。けだし、「我が民法が物権変動においては無因主義をとりえないと解する限り、登記法上も実質的審査主義をとらざるをえない」のであり、また、現に「不動産登記法三五条は、登記申請に際し『登記原因ヲ証スル書面』の提出を要求しており、したがって、登記官吏の審査権限は原因関係に及ぶ」からである（鈴木・同所）。

(150) ところで、審査の対象については原因関係まで及ぶが、審査の方法に関しては形式的・窓口的書面審査しか行なわない、という構造は、フランスにおいても同様である。鎌田・前掲注（49）・七〇頁は次のようにいう。「登記官は行政官であるから、その契約の実体法上の効力等にまで立ち入った裁判的審査をする権限を有しないものとされている。しかしながら、ここで注意すべきことは、登記官の審査権限に対する上述の制約の意味するところは、その審査の対象ないし方法が登記官に提出された書面についての窓口的・形式的に限られているということであって、登記官はその範囲では、登記するに値する実体関係があるか否かについての実体的審査をする職責を免れていないという点である。登記申請には契約書の提出を要するとの原則は、それがなければ登記官は登記の可否を決せられないという意味で、登記官の審査権限ないし登記の真正担保機能と密接に関連している」。登記官の有するかかる真正担保機能に関しては、我が国においても同様であるように思われる。

(151) 現行四九条が、一八八八年GBO第一草案）四八条を参考に起草されたことについては、吉野衛『注釈不動産登記法総論〈新版〉下』（キンザイ、昭和五七）二九二頁以下に詳細な説明が存する。同草案の司法省訳については、村上・前掲注（120）・一六巻一一号一八三頁参照。

他方、現行三五条の基となった原案三六条の参照条文としては、旧登記法一四条一項、一五条一項、登記法取扱規則六条一項、七条の他、GBO三九条、四〇条、四三条、ザクセン一八六五年一月九日勅令一六八条、一七〇条、一七三条が挙げられている（法務大臣官房司法法制調査部編『法典調査会・不動産登記法案議事速記』（商事法務研究会・日本近代立法資料叢書26、昭和六一）七八頁）。なお、同条には、「登記義務者」の語が見出されるか、この用語がドイツ法固有の用語法である点につき、後掲注（238）参照。GBO三九条の現行規定については後掲注（208）参照。

(152) 幾代・前掲注（24）②・一六五頁も、我が国における審査主義の内容自体に問題があるわけではなく、「もし、登記のよ

り一層の正確を期するために検討の余地ありとすれば、それは、登記官の審査の素材・手段たる提出書類についてであろう」とされる。

(153) 訴訟法において自由心証主義をとるドイツ法においては、フランス法におけるように、証拠法の領域で証拠力を階層化させ、高い証拠力を有する方法の具備を間接的に強制するという方法はとれない。従って、契約に際して、当事者に証拠方法を具備させるためには、実体法領域において証拠方法を権利変動の成立要件とすることにより、直接的な証拠強制を行なう必要が生ずる。以下、さしあたり現行ＢＧＢを念頭に、具体的にこれを述べるならば——

(a) まず、物権契約（dinglicher Vertrag）ないし物権的合意（Einigung）（その生成過程と用語法の相違については後掲注(162)参照）に関しては、ＢＧＢは、原則として、その方式を要求していない。但し、これには例外が二つある。

(i) その第一は、特に所有権移転の合意に関するもので、この場合に限っては、アウフラッスング（Auflassung）と呼ばれる厳格形式によるべきことが、民法上要求されている（ＴＥ一一七条・一一八条一項、ＥＩ八六八条、ＥＩＩ八三八条、ＢＧＢ九二五条一項）。しかしながら、右アウフラッスングを受領する管轄官庁は、立法過程において二転三転する。まず、ＥＥＧ二条に依拠して起草された部分草案においては、登記官の面前でアウフラッスングをなすべきものとされ、第一委員会も右見解を維持し、裁判所あるいは公証人（Notar）の面前でのアウフラッスングを認めよ、との提案を拒絶した。しかしながら、右第一草案の態度は、南ドイツの諸ラント（とりわけ一八六一年以来公証義務を不動産譲渡契約全般に導入してきたバイエルン）及び右諸ラント出身の批評者らに批判され、裁判所・公証人の面前でのアウフラッスングを認めるべしとする主張が有力に展開された。その根拠は、公証人という専門家が介在することにより紛争が未然に防止されることは、当事者及び国家にとって有益であること、及び、債権契約とアウフラッスングが同時に公正証書化される結果、時間・経費が節約される、というものであった。そこで第二委員会は、右諸ラントの実状を配慮し、その結果、ＥＩＩ八三八条では「裁判所、公証人あるいは登記官の面前で」なされるとの表現に変更された。ところが、連邦参議院は、（プロイセンをはじめとする北部・中部ドイツ諸ラントの提案に基づき）第二草案の規定を否決し、第一草案の表現に復帰すべきことを決定したのである。その結果成立したＢＧＢ九二五条一項一文（原始規定）の表現によれば、アウフラッスングは「当事者双方が登記官庁（Grundbuchamt）に同時に出頭して」これを表明すべきものとされた。しかしながら、ここでは、連邦参議院が、民法施行法第三草案（Einführusng-gesetz zum BGB, 3. Entwurf）一四四条（現行一四三条）により、ラント政府に対して例外規定の設置権限を容認していた点に留意したい。これを基点として、一九三四年アウフラッスング等に関する命令一条は、公証人のアウフラッスング受領事務を全面的に許容するに至った。そして、かような趨勢を受けて、遂に今日においては、先のＢＧＢ九二五条一項一文の文言

は「所轄官庁（zuständige Stelle）」に変更され、これに加えて更に、二文（「アウフラッスングの受領（Entgegennahme）については、その他の管轄権限を留保して、公証人（Notar）に認められる」）、三文（「アウフラッスングはまた和解官庁（gerichtlicher Vergleich）においても、これを表明することができる」）が追加されるに至っているのである。この点に関しては、於保不二雄『外国法典叢書(3)・独逸民法[Ⅲ]（物権法）』（有斐閣、復刊版・昭和三〇、復刻版・昭和六三）九四―五頁、山田晟＝村上淳一編『ドイツ法講義』（青林書院新社、昭和四九）一七八頁、山田晟『ドイツ連邦共和国法の入門と基礎――西ドイツの憲法及び民法――』（有信堂、昭和六二）一六九頁、村上淳一＝ハンス・ペーター・マルチュケ『外国法入門双書・西ドイツ法入門』（有斐閣、昭和六三）一〇六頁等、多くの文献が指摘しているのであるが、しかしながら、我が国の物権変動論の研究において、ドイツにおける公証人の有するかかる重要な役割に関しては、フランス法に比して、あまり強調されていないように思われる。先述の如く、従来の学説が、ドイツでは「実質的審査主義」がとられていると述べているのも、アウフラッスングの受領権限を有する者として登記官のみを掲げるＢＧＢ九二五条の原始規定を、特別法とその後の改正を参照せずに、その限りで解釈した結果と思われる。なお、以上の経緯に関しては、七戸・前掲注（101）参照。

(ii) 第二に、ＧＢＯは、全ての物権変動の登記に際して、物権的合意が公文書または公証人による公正証書によって証明されない限り、登記官は、登記申請を受理しない旨を規定している（ＧＢＯ二九条）。これによって、当事者としては、先の所有権移転の場合に限らず、登記具備（＝物権変動の成立）のためには、公証人の許へと赴かざるを得ない。これは、直接には登記の真正を担保する機能を有すると同時に、当事者に対して間接的な証書強制の機能を果たすものであり、フランスの公正証書による登記の機能と類似する。なお、ＧＢＯ二九条については、後掲注（208）に訳文を掲げた。

(b) 一方、右物権契約に先行する債権行為も、原則として方式自由の原則に服するが、しかしながら、これにも重大な例外があり、所有権を移転すべき債務を負う契約（これは売買に限らず、贈与・遺産分割・組合契約等も含まれる）に関しては、公正証書による締結が要求されている（EⅠ三五一条、EⅡ二六五条、ＢＧＢ三一三条）。右規定は、第一委員会の審議において新たに提出されたもので、先のアウフラッスングにおけると同様、バイエルン法域の影響が強い。Jakobs-Schubert, Beratung, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 404 ff. 柚木馨『外国法典叢書(2)・独逸民法[Ⅱ]（債務法）』（有斐閣、復刊版・昭和三〇、復刻版・昭和六三）一六二頁以下、椿寿夫＝右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社、昭和六三）一九六頁以下（尾崎三芳）、山田＝村上・前掲書・一七八頁、山田・前掲書・一六九頁、村上＝マルチュケ・前掲書・一〇六頁）。このように、債権行為に対して、公正証書の直接強制を行なう趣旨は、不動産の重要性に鑑み、軽率な契約締結と、契約の内容の不明瞭による紛争生起を防止することにあるとされる。

ここでは、更に、先述のアウフラッスングに際しては、右債権証書を提示するか、または同時に右証書を作成しなければならない、とされている点に留意すべきである（原始規定は前掲一九三四年アウフラッスング等に関する命令二条、現行ＢＧＢ九二五ａ条追加）。その結果、当事者は、公証人の許で、債権契約と同時に物権契約を行なうのが通常となる。我が国の学説は、ドイツ法における物権契約・債権契約の理論的峻別の側面を強調するが、現実においては、公証人を介在した証書取引という側面において、ドイツ法主義は、フランス法主義と、ほとんど差異のないことが知られるであろう。なお、ドイツの登記手続における真実性の担保に関しては、VASSEL (Jens), Das Grundbucheintragungsverfahren und die materielle Richtigkiet des Grundbuchs, Diss. Marburg, 1970.

(154) 松本・前掲注（1）・二三五頁も、「わが民法上登記に公信力が存しないことは、登記の推定力を法律上の推定と解することの妨げとはならないであろう。登記の推定力と公信力とはその適用範囲を異にするからである。また、公信力を認め、推進力を否定することは首尾一貫しないが、公信力が否定される場合に、推定力を認めることは、可能というべきである」とされる。もっとも、「推定力と公信力とはその適用範囲を異にする」か否か、また「公信力を認め、推定力を否定することは首尾一貫しない」か否かは、なおも検討の余地があるように思われる。

(155) 以上の経緯に関しては、前掲注（11）(a)参照。更に、ＢＧＢ立法当時の証明責任概念が、行為責任としての主観的証明責任論に立つものであり、これを真偽不明の場合の結果責任と位置付ける客観的証明責任論がドイツにおいて一般的になるのは、今世紀に入ってからである点につき、竜嵜・前掲注（11）(a)・七頁以下参照。

(156) 同条は、ゲプハルトの総則部分草案の次の規定に由来する。

【総則部分草案二一一条】

「法律上の推定（gesetzliche Vermuthung）が明らかにする（sprechen für）事実（Thatsache）は、証明されたものと看做す（gelten als bewiesen）。この推定は、反対の証明（Beweis des Gegentheils）によって覆滅される、但し、右〔反対の〕証明は、特段の規定により排斥されていない場合に限られる。」

同条の特質は、法律上の推定を「覆滅し得ない推定（unwiderlegliche Vermutung）」と「覆滅し得る推定（widerlegliche Vermutung）」に分け、前者を本文・後者を但書の形で規定している点である。かかる立場は、フランス民法及びドイツ普通法学説を承継したものとされ、ゲプハルトは、民事訴訟法草案一六条一項、ザクセン民法一七一条、コード・シヴィル一三五〇―一三五二条、バーデン・ラント法追加一三五二ａ条を挙げている。GEBHALD (Albert), Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ... Buch, Allgemeiner Theil, [Begründung zum] Vierten Titel, 1881, S. 111 ff; SCHUBERT

(Werner) [hrsg.], Vorentwürfe, Allgemeiner Teil, Teil 2, 1981, S. 535 ff.

(157) なお、右部分草案の規定は、総則最終決定案（ZustAT）一七三条、委員会草案（KE）一九七条を経て、EI一九八条となるが（Motive EI, Bd. 1, S. 385 f.; MUGDAN I. S. 562 f.）、同条は、後の第二委員会において、民事訴訟法（Civilprozeßordnung vom 30. 1. 1877; zit. CPO）二六四a条（現行民事訴訟法（Zivilprozeßordnung vom 20. 5. 1898; zit. ZPO）二九二条）として規定すべきものとされ、民法総則規定から削除されるに至った。JAKOBS (Horst Heinrich)=SCHUBERT (Werner) [hrsg.], Beratung, Allgemeiner Teil, Teil 2, 1985, S. 1242 ff. なお、EI一九三条以下の証明責任に関する規定の削除理由一般に関しては、竜嵜・前掲注（11）(a)・二二頁注（17）参照。

(158) Motive EI, Bd. 3, S. 155; MUGDAN III, S. 86.

(159) Protokolle der 7. Situng vom 15. 10. 1875 und 8. Situng vom 16. 10. 1875; JAKOBS=SCHUBERT, Beratung, Sachenrecht I, 1985, S. 69 ff.; Prot. I, S. 3641; JAKOBS=SCHUBERT, Beratung, Sachenrecht I, S. 233. Vgl. SCHUBERT, Entstehung, S. 25; S. 99-100; S. 101. 前掲注（103）⑤参照。

(160) これはEEG一条の立場を継受したものである。SCHUBERT, Entstehung, S. 102 f. 同条の司法省訳につき、村上・前掲注（120）・一六巻一〇号一二七頁参照。

(161) 「合意主義には、二つの意義が存する。その第一は、手続的（formell）な意義であり、義務を負う側の許諾が、不動産登記簿への登記のために要求され、またそれで足りるとされるものである。第二は、実体的（materiell）な意義であり、右の者の登記に向けられた意思が物権契約の形式で表示されなければならず、これによって、意図された権利移転（Rechtsvergang）（権利変動（Rechtsänderung））が成立する、というものである」（Motive EI, Bd. 3, S. 158; MUGDAN III, S. 87）。Vgl. Prot. I, S. 3633; JAKOBS=SCHUBERT, Beratung, Sachenrecht I, S. 227-230; SCHUBERT, Entstehung. S. 103.

(162) 後に第二委員会は、第一草案に向けられた多数の批判を受けて、第一草案における「契約」なる表現を「〔物権的〕合意（Einigung）」なる表現に後退させ、その法律構成を解釈に委ねる立場をとったが（EII七九四条、BGB八七三条）、周知の如く、今日のドイツにおいて、物権変動行為もまた「契約」であると解することには、ほとんど異論がない。EI八二八条とこれに対する批判及び第二草案の審議に関しては、さしあたり SCHUBERT, Entstehung, S. 118 ff.; S. 132 f. 参照。

(163) 同条は、一八九六年GBO第二草案一九条を経て、一八九七年GBO一九条として成立する。同条の立法過程に関しては、JAKOBS=SCHUBERT, Beratung, Sachenrecht III Grundbuchordnug, S. 277, Anm. 4, 5 und 6, S. 289. 参照。なお、現行GBO一九条の条文については、後掲注（208）に訳文を掲げた。

(164) 前掲注（153）参照。

(165) なお、鎌田・前掲注（49）・八八頁は、「『当事者出頭主義』および『共同申請主義』は、〔我が現行民法〕起草者が説明するように、その当時のドイツにおける原則を承継したものであるが、彼の地においては、登記裁判官の面前において譲渡当事者が登記申請を伴う物権的合意をなすことによって所有権が移転するとされていたのだから、当事者出頭主義および共同申請主義によって登記官は完全に物権変動の事実を現認することができる仕組みとなっている。むしろ、登記官が直接に確認しうるのは、登記官の面前で行なわれる物権的合意あるいは当事者の登記申請意思でしかないから、それだけを確認しさえすれば登記の真正が保たれるようにする（同時に、登記官がそれ以上の審査をする義務を負わないようにする）ために、物権行為の無因性の理論を採用したとさえいいうるのである」とされている。しかしながら、既に明らかなように、ドイツにおいては、BGBの原始規定の下でも、物権契約は、所有権移転の場合を除けば、登記官の面前での締結が要求されていなかったのみならず、現行規定においては、所有権移転に関しても、物権的合意は、いわゆる我が国にいう登記官の面前で行なわれるわけではなく、フランス法と同様、公証人を介在させた形に変更されているのであって、登記官は、右公証人によって整えられた物権契約ないし物権的合意を証する公正証書を形式的・窓口的に審査するに過ぎない。先にも述べたように、日本法の欠陥は、裁判官の審査主義に存するのではなくして、審査に供される書面の側にあり、公証人制度と証書による契約締結の不存在に起因するものなのである。

(166) 舟橋・前掲注（20）、鈴木・前掲注（31）、神田・前掲注（35）、松本・前掲注（36）。

(167) 同条の訳文については、藤原（弘）・前掲注（28）②・一九九頁、松本・前掲（1）・一九〇頁を参考にした。

(168) 同条は、しばしばゲルマン法起源と説かれることがあるが、基本的には、所有権推定に関するイェーリングの理論に対応するもので、ローマ法の窃盗に関する不当利得返還請求（condidtio furtiva）及びアクィーリウス法上の訴権（actio legis Aquiliae）への回帰であったとされる。KIEFNER, supra (64), S. 288 ff.; 291 ff.; SCHUBERT, Entstehung, S. 70.

(169) Motive EI, Bd. 3, S. 155, MUGDAN III, S. 86.

(170) この問題に関して、我が国の学説は多岐に分かれる。

(a) 第一に、占有の推定力は不動産についても適用があるが、登記の推定力と衝突した場合には、両者は打ち消し合って効力がなくなり、その結果通常の証明責任の所在に従う、とする見解がある（中島・前掲注(5)・一六二頁、三潴・前掲注(6)・三一四頁、鳩山・前掲注（6）・六〇頁、入江・前掲注（6）・一八六頁、江南・前掲注(28)・三九頁注(27)）。これは、あたかもフランス法において、「占有」と「権原証書」が衝突した場合、その他の全証拠関係により決せられるとする判例準則の

立場を想起させる（前掲注（91）(ii)(b)）。

(b) 第二に、占有の推定力が動産・不動産の別なく適用されるという点では、(a)説と同様であるが、既登記不動産については、登記の推定力が占有の推定力に「優先する」あるいは登記の推定力の方が「強い」とする見解がある。右「優先」ないし「強い」なる表現を用いる見解を拾うならば、岡村・前掲注（6）・二一—二二頁（「打破セラレ制限セラルル」）、柚木・前掲注（8）①・二〇八—二〇九頁、柚木・前掲注（8）②・四九頁、柚木・前掲注（8）③・七〇頁、柚木・前掲注（8）④・一一七頁、川添・前掲注（8）・一一八頁、長野・前掲注（8）・八二—八三頁、勝本・前掲注（8）①・一一五頁（註三）、二〇四頁、勝本・前掲注（8）②・九七頁注（2）、一七二頁、吉田・前掲注（8）・五六頁、杉之原・前掲注（8）①・九三頁、杉之原・前掲注（8）②・一〇四頁（しかし同書は末弘・我妻博士の見解を「同説」とする）、薬師寺・前掲注（8）・二八頁、五八頁、今泉孝太郎『物権法論』（泉文堂、昭和四二）六六頁、石田（喜）・前掲注（20）・二九頁、稲本洋之助『民法Ⅱ（物権）』（青林書院新社・現代法律学講座10、昭和五八）一〇九頁。

(c) 第三に、現行ドイツ法と同様（後掲注（173）参照）、一八八条の適用範囲を動産に限定し、同条は不動産に関しては適用がない、とする見解がある。表現上そのように読み取れるものとして、我妻・前掲注（8）・二二巻一五二頁（しかし三一巻三六二頁は「占有の推定的効力は登記ある場合には及ばず」という）、松岡・前掲注（8）・二二五頁、田島・前掲注（8）・三〇一頁、兼子・前掲注（10）・四五一頁、片山・前掲注（8）・七五—七六頁、吾妻・前掲注（8）・九一頁。

(d) (b)説・(c)説のいわば中間に属する見解として、一八八条は未登記不動産には「及ばない」「適用がない」あるいは「適用を排除される」とする見解がある。末弘・前掲注（7）・一七一頁、二五二頁（復刊書・一二八頁、一八八頁）、早川・前掲注（6）・六三頁、石田（文）・前掲注（8）①・三〇九頁、山下・前掲注（8）・一二四頁、中島（弘）・前掲注（6）・三三九頁、近藤・前掲注（8）・四四頁、浅井・前掲注（8）①・一二八頁、浅井・前掲注（8）②・九三頁、我妻・前掲注（8）②・一二一頁、我妻＝有泉・前掲注（8）・三〇六頁、浅井・前掲注（8）③・三八頁、宗宮＝池田・前掲注（8）・八九頁、林・前掲注（8）・一六六頁、松坂・前掲注（8）・四五頁（しかし同書は七三頁においては「優る」とする）、末川・前掲注（8）①・一七一頁、二四一頁、末川・前掲注（8）②・一五一頁、二二六—二一七頁、宮川・前掲注（8）・六八頁、永田・前掲注（8）・一四四頁、舟橋・前掲注（8）②・二一三頁、於保・前掲注（19）(b)・一四四頁、一九五頁、中村宗雄＝高島平蔵『改訂増補・物権法』（敬文堂、昭和四三）一一六頁、広中・前掲注（24）・四七頁、山川・前掲注（24）・七七頁（「もっとも、登記の推定力が崩れた場合には占有の推定力が機能する」という）。

(e) 更に、占有の推定力を優先させるとする見解もある（奈良・前掲注（6）・四三四頁）。

(b)(d)説と(c)説の違いは、理論的には、未登記不動産について現れる。即ち、証明責任を負う当事者が未登記不動産の占有者であった場合、(b)(d)説によれば、占有の推定力により証明責任が転換されるのに対して、(c)説によれば、証明責任は転換されない。しかしながら、とりわけ初期の学説は、右の違いにさほど注目していない。一方、(b)説と(d)説の違いは必ずしも明らかではない（同一の事理に対する表現の相違のようにも思われるが、どうであろうか）。以上のような理由から、過去の学説の分類は、論者によって一様ではない。

(171) Motive EI, Bd. 3, S. 135. MUGDAN III, S. 75.

(172) Motive EI, Bd. 3, S. 155, MUGDAN III, S. 86.

(173) なお、占有の推定力に関するEI八二五条は、後の第二委員会において、同条の「物」の文言を「動産」に修正すべき旨の提案がなされ、これが承認されたことにより、登記の推定力との「衝突」問題は解消されるに至っている（Protokolle der 2. Kommission für die zweite Lesung des Wntwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (1890–1896, zit. Prot. II), S. 3370 ff, MUGDAN III, S. 518 ff.）。同条は、第二草案九一八条、連邦参議院案九九一条、ライヒ議会案（第三草案）九九〇条を経て、BGB一〇〇六条として成立する。一〇〇六条の成立過程に関しては、藤原（弘）・前掲注（28）②・一九〇頁以下、松本・前掲注（1）・一八九頁以下参照。

ところで、先の「衝突」問題につき、不動産（ないし既登記不動産）に関しては一八八条は排斥されるとする見解は、占有に推定力を与えることは、沿革上動産について発達したものである点を挙げるのが通常である。これは、その条文引用からみて、Ｃｅ二二七九条あるいは現行BGB一〇〇六条を念頭に置いた立論であろうが、まず、二二七九条についてはそれが公信力に関する規定であって、推定力に関する規定ではないのは先述した通りであり（前掲注（66））、また、BGB一〇〇六条に関しては、占有の推定力を動産に限定したのが、その沿革の故ではないことは、先のEI八二五条の規定の存在からみても明白である。

(174) 第二委員会組織から、BGB成立までの経緯は大略次の通りである。SCHUBERT, Entstehung, S. 45 ff.; Ders, Beratung, Einführung-Biographien-Materialien, S. 27 ff.; S. 91 ff. (JAHNEL).

① 一七八四年の準備委員会の答申通り、連邦参議院は、一八九〇年一二月四日、第一草案の第二読会（2. Lesung）を開催すべく、そのための委員会（いわゆる第二委員会（2. Kommission））の設置を決議し、右決議に基づき、常任委員一一名と、議長の特別の命令により会議に参加する非常任委員一三名が選出された。各委員の氏名・身分は次の通り。

まず、常任委員は、ディトマー（DITTMAR (Emil Gerhard)）（ヘッセン本省参事官議長）、アイヒホルツ（EICHHOLZ (Hermann

Gustav)）（バイエルン上級法律顧問官）、ハナウアー（HANAUER (Johan Josef Edward)）（ライヒ司法省長官）、ヤクベツキー（JACUBEZKY (Karl August)）（バイエルン上級行政参事官、後に本省参事官）、キュンツェル（KUNZEL (Oscar Rudolph)）（プロイセン上級行政参事官）、大ヴォルフゾン（WOLFFSON (Isaac)）（弁護士・ハンブルク出身）、ゲプハルト、フォン・マンドリー、ブランク（以上三教授は第一委員会から継続）、ライヒ政府任命委員として、アヒレス（カンマーゲリヒト裁判官）、ベルナー（BÖRNER (Karl Heinrich)）（ザクセン司法省報告参事官）、シュトルックマン（STRUCKMANN (Hermann Carl Sigismund)）（ライヒ司法省報告参事官）（以上三名は第一委員会において補助委員を務めている）、更に、第二委員会議長は、当初、ライヒ司法省国務次官が任めるものとされたため、エルシュレーガー（VON OELSCHLÄGER (Otto Karl)）（一八九〇年一二月―一八九一年四月）、ボッセ（BOSSE (Jurius Robert)）（一八九一年四月―一八九二年三月）、ハナウアー（一八九二年四月―一八九三年四月）が、各々その任に当たった。なお、その後、議長職と国務次官職とは切り離され、それまで議長代理であったキュンツェルが議長に任命されている。

一方、非常任委員は、フォン・クニー（CUNY (Ludwig von)）（ベルリン大学教授・国家自由党（Nationalliberale Partei）議員）、ゾーム（SOHM (Rudolf)）（ライプツィヒ大学教授）、コンラッド（CONRAD (Johannes Ernst)）（ハレ大学教授）、ホフマン（HOFFMANN (Jurius Adolph)）（裁判官・プロイセン）、シュペーン（SPAHN (Peter)）（裁判官・プロイセン）、ヴィルケ（WILKE (Richard Karl)）（弁護士・マグデブルク出身）、フォン・ガーゲルン（VON GAGERN (Friedrich Baldium Freiherr)）（騎士領領主・中央党（Zentrum）議員）、フォン・ヘルドルフ（VON HELLDOLFF-BEDRA (Otto Heinrich)）（騎士領領主・保守党（Konservative Partei）議員）、フォン・マントイフェル（VON MANTEUFFEL-CROSSEN (Otto Carl Gottlob Freiherr)）（騎士領領主・保守党議員）、ロイシュナー（LEUSCHNER (Ernst)）（上級鉱山参事官兼冶金業長官・帝国党（Reichspartei）議員）、ゴルトシュミット（GOLDSCHMIDT (Friedrich)）（醸造業者・ドイツ自由進歩民族党（Deutse Freisinnge Partei）議員）、ダンケルマン（DANCKELMANN (Bernhard Engelbert Joseph)）（森林監督官）、ルッセル（RUSSELL (Emil)）（ベルリン手形割引会社頭取）。

第一委員会においては、裁判官が強いメンバー内集団を形成していたのに対して、第二委員会においては、現職の裁判官が一人も常任委員として所属してない。他方、第一委員会とは異なり、第二委員会においては、世論の影響を受けて、非法律職出身の政治政党からの代表者も参加させていた。但し、彼らは、上述の如く貴族的大土地所有層あるいは大資産階級出身であったので、中間階級あるいは労働者階級の利益を代表するものではなかった。

② 一八九〇年一二月一五日の準備会議において、議長エルシュレーガーは、プランクを草案全体を統括する一般担当委員（Generalreferent）に、また債務法以下の各論を担当する特別担当委員（Spezialreferent）にヤクベツキー（債務法）、キュ

ンツェル（物権法）、フォン・マンドリー（親族法）、リューガー（相続法）（彼の辞任後はベルナーが担当）を任命し、議長及び右委員によって、起草部会（Redaktionskommission）が構成された。右起草部会の役割は、本会議で決定された規定の最終的な表現を決定することにあった。

③ 第二委員会は、一八九一年四月一日に第一草案の内容審議を開始し、第一草案の修正を一八九五年三月二七日に終了、表現確定の後、五月六日から六月九日まで審議の結果を校閲・確定した。これが第二草案（2. Entwurf; zit. E II）ないし第二草案aといわれるものである。この後、起草部会は、右第二草案を更に検討し、最終的な表現の確定を行なった後、右草案は、一八九五年一〇月二一日、ライヒ首相に提出された。これがいわゆる修正第二草案（Revision des E II; zit. E II rev.）といわれるもので、右草案は、連邦参議院案（Bundesratsvorlage）として、同年一〇月二四日、連邦参議院に提出された。

④ 連邦参議院は直ちに右草案を司法委員会に付託し、右委員会は、ライヒ司法省国務次官ニーバーディンク（Niebberding (Arnold)）を議長として、草案全体に修正を加えた後、再び連邦参議院に提出され、翌一九八六年一月六日、満場一致で可決された。こうして成立したのが、第三草案（3. Entwurf; zit E III）といわれるものであり、これが、いわゆるライヒ議会案（Reichstagsvorlage）として、同年一月一七日、ライヒ議会に提出された。

⑤ ライヒ議会は、右草案を、民法施行法草案と共に、二一名のメンバーからなる委員会（第一二委員会）に付託し、同委員会は、同年二月七日から六月一二日までこれを審議した後、修正された草案の第二読会が同年六月一九日から二七日までライヒ議会において開催され、続いて六月三〇日から七月一日にかけて第三読会が開かれた後、全体投票が行なわれた。投票では二八八名の出席議員のうち、賛成二二二票（主として中央党・国家民主党による）、反対四八票（社会民主党四二票・保守党二票・ハノーファー選挙区議員三票）、棄権一八票（ドイツ社会主義改革党（Deutsch-Soziale Reformpartei）七票・保守党二票・無党派九票（うちハノーファー選挙区議員七票））であった。

⑥ 同年七月一四日、連邦参議院は、これに憲法上の承認を与え、同年八月一八日、皇帝ヴィルヘルム二世がこれを批准した後、同年八月二四日、「民法典」としてライヒ法令集において公布され、一九〇〇年一月一日より施行された。

(175) Vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines bürgerichen Gesetzbuchs gesertigt im Reichs-Justizamt, Bd. III Äußerungen zum Sachenrecht, Als Manuskript gedruckt, 1890 (Nerudr. 1967), S. 81-82.

(176) 同条の規定は次の通り（村上・前掲注（120）・一六巻一〇号一二七頁の紹介する司法省訳による）。

「所有権移転ノ登記及ヒ此登記ニ依リテ生シタル結果ニ対シテハ民法ノ規定ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得但シ未タ不服申立アラサル間第三者カ有償ニテ且ツ登記簿ノ公正ヲ信認シテ取得シタル権利ハ有効トス但シ是カ為メニ生スヘキ損害ニ

対シテハ不服申立人ハ受訴判事ノ命令ニ因リテ為スヘキ仮登記ニ因リ自ラ保全スルコトヲ得ヘシ」

(177) Vgl. Gutachtliche Äußerungen zum BGB, Bd. III. S. 82.

(178) Schubert, Entstehung. S. 124.

(179) Vgl. Gutachtliche Äußerungen zum BGB, Bd. III, S. 82.

(180) Vgl. Gutachtliche Äußerungen zum BGB, Bd. III, S. 82. ゾールの見解の難点、及び、これを後の第二委員会が全く顧慮しなかった点につき、Schubert, Entstehung. S. 124-125. 参照。

(181) ドイツ法における取得時効制度の制度趣旨及び成立過程に関しては、良永和隆「ドイツ法上の取得時効における登記の機能(一)～(三)完」民商法雑誌九〇巻六号六四頁、九一巻二号一七頁(昭和五九)に詳しい。ここでは、まず、ヨホフ及び第一委員会が、フランス法学説におけると同様、「取得時効の目的を真の所有者の所有権の証明の困難を救済することだけにあると捉え」つつ（九〇巻六号八三―八四頁）、右機能は、土地登記簿制度と、そこにおいて採用された登記の推定力（八二六条）等の諸規定によって代替されているため、「所有権の証明の軽減のための手段としての取得時効は、不必要なものと結論づけられた」（八三頁）点に注目したい。その結果、第一草案においては、公示催告取得時効（Aufgebotsersitzung）に関するEI八七三条の規定が設けられたに過ぎなかった。もっとも、後の第二委員会は、登記簿取得時効（Buch oder Tabularsitzung）を採用し（EII八一五条）、両規定が、現行BGB九〇〇条・九二七条へと連なるが、右制度の下では、登記名義人と占有者が対立するという事態がほとんど生じない。

(182) Vgl. Gutachtliche Äußerungen zum BGB, Bd. III, S. 83.

(183) Vgl. Gutachtliche Äußerungen zum BGB, Bd. III, S. 83.

(184) 前掲注（138）参照。

(185) Vgl. Gutachtliche Äußerungen zum BGB, Bd. III, S. 83.

(186) Protkolle der Vorkommission des Reichs-Justizamts (1891-1893; zit. Prot-RJA) S. 629; Jakobs-Schubert, Beratung, Sachenrecht I, R. 362.

(187) Prot-RJA, S. 629; Jakobs=Schubert, Beratung, Sachenrecht I, S. 362. なお、前掲注(131) 参照。

(188) Prot II, Bd. 3, S. 3375; Mugdan III, S. 520.; Jakobs=Schubert, Beratung, Sachenrecht I, S. 362.

(189) Prot. II, Bd. 3, S. 3376-3377, Mugdan III, S. 521.

(190) Prot. II, Bd. 3, S. 3375, Mugdan III, S. 520-521.

(191) 【ＣＰＯ三八三条】
① 三八〇条及び三八二条に掲げた以外の内容を有する公文書（öffentliche Urkunden）は、その中に記載された事実（Thatsachen）につき、完全な証明（voller Beweis）をなす。
② 右証明された事実が不真正（Unrichtigkeit）であるとの証明は認められる、但し、ラント法が、この証明を排斥あるいは制限している場合はその限りではない。
③ 証書（Zeugnis）が、官庁あるいは文書作成者の管掌（Wahrnehmung）に基づくものでない場合には、第一項の規定は、書証の証拠力が右管掌とは無関係に生ずることが、ラント法の規定から明らかな場合にのみ、適用される。
公文書の実質的証拠力に関する同条は、現行ＺＰＯ四一八条にそのまま引き継がれている。斎藤常三郎＝中田淳一『現代外国法典叢書(10)・独逸民事訴訟法Ⅰ』（民事訴訟法総則及第一審訴訟手続）（有斐閣、復刊版・昭和三〇）五七四頁参照。

(192) なお、登記の推定力の問題を離れて述べるならば、右ＣＰＯ三八三条（現行ＺＰＯ四一八条）の存在は、フランス法の書証優越原則におけると同様、訴訟の側面における公正証書の利益ないしは、証書不存在の場合の不利益を提示することによって、契約に際して書面化を間接的に強制し、契約関係の紛争を未然に防止する機能を有している。ちなみに、今日のドイツの学説によれば、同条は法定証拠法則であって推定規定ではないと解されているが、しかし、公文書が高い証拠力を有し、訴訟においてこれを援用する者が極めて有利な状況に置かれることには変わりがない。
これに対して、我が国においては、公文書の形式的証拠力に関しては、大正一五年改正により、ＣＰＯ四〇二条（＝ＺＰＯ四三七条）の規定を継受し、三二三条の規定（公文書の真正な成立の推定）が設けられるに至ったが、実質的証拠力に関する規定は承継されなかった。また、先に述べたように、かつて我が国では同条の「推定」が公文書の内容の真正にまで及ぶとする見解も存在したが、今日かかる理解は完全に否定されるに至っている（前掲注(14)(24)）。その結果、我が国においては、契約の書式化に対する訴訟法的側面からの間接強制の存在しないことになり、当事者は証書具備を切実に願うことがなくなる。かかる無方式な契約の容認が、紛争を徒らに生起させる素地となる点については、von Hoffmann, supra (57), S. 134 ff. 七戸・前掲注（41）②・一三二―一三三頁参照。加えて、ドイツ法・フランス法においては、公証人を介在させた証書引渡が、不動産譲渡の不可欠の基礎となっているのに対して、日本法においては、かかる基礎をも欠いている点に留意したい。もっとも、このことと、登記をここにいう公正証書に含ましめるかという問題とは別物である。

(193) Prot. II, Bd. 3, S. 3375-3376, Mugdan III, S. 521.

(194) 前掲注（13）参照。

(195) 登記の推定力を公文書（公正証書）の証拠力の問題として位置付ける判例としては、大判明治三二年一二月一一日民録五輯一一巻四五頁（被相続人を共通前主とする家督相続人と譲受人間の紛争において、家督相続後も残っていた被相続人名義の登記の推定力が争われた事案）がある。

「普通ノ場合ニ於テハ記名公債証書其他不動産ノ如キハ其記名者若クハ公簿ノ所有名義者ヲ以テ所有者ト推定スルハ普通ノ法理ナリ」

また、大判明治三四年五月一八日民録七輯五巻一〇五頁（貸金返還請求訴訟において、右債務の記載ある登記簿の推定力が争われた事案）は、次のようにいう。

「登記簿ノ謄本ハ登記官カ其職務上作成スヘキ文書ニシテ所謂公正証書ナレハ相手方ノ否認ノミニ因リ直ニ其証拠力ヲ失ウヘキモノニ非サルコトハ本上告論旨ノ如シ随フテ原判決カ甲第四号証登記簿謄本ニ記入アル旧貸借ハ〔被告借主〕カ之ヲ絶対ニ否認スルノ理由ニ依リ真正ニ成立シタルモノト認ムルコトヲ得サル旨ヲ説示シタルハ其当ヲ得ス」

(196) もっとも、我が国の学説における登記と公文書の実質的証拠力の関係の捉え方は、必ずしも一様ではない。

(a) まず、おそらくは主観的証明責任論と法定証拠的な推定の理解に立って、登記の推定力を他の公文書の証拠力と同列に論ずる見解がある。例えば、早川・前掲注（6）・六三―四頁（現行民訴法三二三条設置前の文献）は、占有の推定力との対比において、次のように述べていた。

「登記簿ニ登記セラレタル不動産ハ其名義人ヲ以テ正当ノ権利者ト推定スヘキコトハ独逸民法第八百九十一条ノ規定ナリト雖モ我民法ニハ斯ノ如キ規定ナキカ故ニ第百八十八条ノ規定ハ不動産ニ付テモ之ヲ適用スヘキモノト言ハサルヘカラサルカ如シ然レトモ不動産ニシテ既ニ登記簿ニ登記セラレタルモノニ付テハ其登記簿ノ記載ハ偽造又ハ変造ノ証拠ナキ限リ公正ノ効力ヲ有スルカ故ニ一般公正証書ノ信憑力ノ原則ニ従ヒ其記載事項ハ真正ナリトノ推定ヲ受ク従ツテ第百八十八条ノ推定ハ登記アル不動産ニ付テハ其適用ナキモノト解スルヲ相当トスヘシ」〔傍点七戸〕

(b) 他方、中村＝高島・前掲注（170）・六〇頁は、「公文書一般としては、その成立につき真正の推定あるに止まる（民訴三二三条）」が、これと異なり「登記簿の記載には、『公証力』があり、その記載には、それ真実に合致するとの推定を伴う」とし、三二三条の「推定」が記載内容の真実性については働かないことを明示しつつ、登記に関しては、他の公文書とは異なり、内容に関する推定力が認められると説く。

(c) しかしながら、今日の民事訴訟法学説においては、三二三条が内容の真正には及ばないことは、むしろ登記の証拠としての価値を、他の公文書一般と同様、自由心証に従って判断されること、即ち登記の推定力が事実上の推定に過ぎないことの理

由づけとなっている。前掲注（24）参照。

(197) Prot. II, Bd. 3, S. 3376, MUGDAN III, S. 521.

(198) 我が国における「物権変動」の用語の使用は、次の三つの側面に分けることができよう。

(a) まず、債権契約その他の物権変動原因事実一般の総称として「物権変動」の用語が用いられる場合がある。例えば、一七七条において「登記を要する物権変動」という場合、そこで取り上げられるのは、売買・贈与等の契約、相続、時効取得といった物権変動原因事実であって、「物権変動」なる用語は、右契約をはじめとする種々の事実を単純に一括したものに過ぎない。従って、「物権変動」なる用語が、右の意味において訴訟上主張された場合には、包括的事実主張と評価されることになろう。

(b) 他方、物権変動の用語を、物権そのものと理解する場合もある。この点に関しては、「物権変動の対抗」と「物権の対抗」が区別なく使用されている例が想起される。

(c) これに対して、厳密な法律概念としてではなく、物権が動的に推移してゆくさまを表現するいわば日常用語的な説明概念として、「物権変動」ないし「物権の変動」なる用語が用いられる場合がある。しかしながら、この用語が、法律要件（＝事実）―法律効果（＝権利）という実体法上の条件・結果関係の何れにも当てはめられないことからも知られるように、右用例は、厳密な法解釈を前提とした用語法ではあり得ない。それ故、かかる概念を、そのまま推定力に関する議論において用いるとき、証明責任分配に関する通説たる法律要件分類説との関係上、推定の対象をめぐって混乱を来すのは当然の帰結である。従って、この場合には、右「物権変動」の意味するところが(a)包括的事実を意味するのか(b)権利を意味するのかが、具体的事案との関係で確定されなければならない。

(199) ドイツ法における仮登記・処分制限登記の発展に関しては、生熊長幸「仮登記について――物権・債権という概念との関係において――」法学（東北大）三六巻三号一頁（昭和四七）が極めて詳細である。BGB立法過程に関する議論に関しては、更に、SCHUBERT, Entstehung, S. 115-117; S. 129-130; 141-143. 参照。立法過程における議論からは、右仮登記が、普通法時代の《jus ad rem》排斥と、物権・債権の徹底した峻別というドグマティッシュな思想の上に、（本）登記と区別されて成立したことが知られるが、登記の推定力との関係では、物権から峻別された債権の公示は、債権の発生原因事実（契約等）に関する「事実」推定を導き、物権の公示制度が「権利」推定を導くことに対置されるという、多数意見の論理に注目しておきたい。

(200) 既に我が国の少なからぬ学説は、「事実上の権利推定」説に対して、事実のみが証明対象となるとの訴訟法上の命題に反

する、との批判を加えていた（前掲注（29））。

(201) 前掲注（66）参照。

(202) では、占有の推定力についてはどうであったか。第二委員会における議論は専ら、動産所有権に基づく返還訴訟において、原告が自己の所有権取得原因の証明に成功した場合を念頭に、被告がその後の原告の所有権喪失原因事実につき証明責任を負うことは妥当か、という点をめぐって対立している（Prot. II, Bd. 3, S. 4052 ff., Mugdan III, S. 520. 藤原（弘）・前掲注（28）②・二〇〇頁以下、松本・前掲注（1）・一九〇頁以下）。即ち、この場合に、通常の証明責任分配法理よりすれば、被告側の抗弁事実となるべき原告の権利喪失原因事実につき、証明責任を転換することが、占有の推定力の機能であると理解されているのである。しかも、右推定が、即時取得に関するコード・シヴィル二二七九条及び商法（HGB）三〇五条の趣旨に合致するとされているところよりすれば、第二委員会は、ゲヴェーレの推定力と全く同様の「反対証明」の構造を考えていたように思われる。

(203) Prot. II, Bd. 3, S. 3376-3377, Mugdan III, S. 521.

(204) 我が国の登記制度が、現時の物権状態の公示を目的とするものと理解し、登記原因にまでは推定力は及ばないとする見解（前掲注（19）ⓐ）は、右多数意見の立場に相応する。これに対して、登記制度の建前・理想を物権変動の過程の公示と解し、登記原因にまで推定力が及ぶとする見解（前掲注（19）ⓑ）は、一見フランス法の立場に類似するが、しかしながら、登記原因の推定の他に、現在の権利状態の推定を当然に認めている点において、フランス法の立場から決定的に乖離している。けだし、フランス法における登記が物権変動の過程を反映する制度と理解されたのは、登記制度が「契約（証書）」を公示するシステムを採用しているからであって、そこで公示されるのはあくまでも契約のみであり、権利の存在は右契約証書の連鎖から間接的に推認されるに過ぎないからである。従って、我が国の登記制度の建前がフランス法的なものであるとするならば、むしろ権利状態の推定は、登記原因の推定よりも弱く解してしかるべきである。しかしながら、かかる結論は、我が国の登記の実状よりすれば到底容認され得ないであろう。

(205) Jakobs=Schubert, Beratung, Sachenrecht I, S. 362.

(206) Jakobs=Schubert, Beratung, Sachenrecht I, S. 362.

(207) Westermann (Harry), Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl., 1956, § 72 I, S. 334.

(208) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 1981, § 891 (Wacke (Andreas)), RZ. 1, S. 230. ハハに挙げられた条文の現行規定の内容は次の通り。

【GBO一九条（許諾主義）】

「登記（Eintragung）は、当該権利に関係する者が、これを許諾した（bewilligen）場合に、なされる。」

【GBO二九条（登記に要する証明）】

「登記は、登記許諾その他登記に必要な意思表示（Erklärung）が公文書（öffentliche Urkunde）ないし公正証書（öffentlich beglaubige Urkunde）によって証明された場合にのみ行なわれる。その他の登記のための要件は、登記官に周知でない限り、公文書によって証明しなければならない。

② 削除

③ 登記をなすことを求める官庁の意思表示あるいは依頼は、署名され、かつ、封蠟（Siegel）ないしは捺印（Stempel）がなされなければならない。」

【GBO三九条（登記簿の連続の原則）】

「(1) 登記は、当該権利に関係する者が、権利者として登記されている場合にのみ、なされなければならない。

(2) 抵当権、土地債務（Grundschuld）、定期土地債務（Rentenschuld）につき、証券（Brief）の授与されたものに関しては、担保権者（Gläubiger）の登記は、その者が証券の占有をなし、かつその担保権が民法一一五五条により証明された場合、同様になされる。」

これらの条文の立法過程に関しては、前掲注（153）(a)(ii)・(163) 参照。

(209) Medicus (Dieter), Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 10. Aufl., 1981, RZ. 543, S. 264.

(210) Wolff (Martin) = Raiser (Ludwig), Sachenrecht. Ein Lehrbuch, Enneccerus (Ludwig) = Kipp (Theodor) = Wolff (Martin) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 3, 10. Aufl., 1957, § 44 I, S. 139; Westermann, § 72 III, S. 334; Rosenthal (Heinrich) = Kamnitzer (Bernhard) = Bohnenberg (Heinrich), Bürgerliches Gesetzbuch. Erklläutert unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse des täglichen Lebens, 17. Aufl., 1965, § 891, RZ. 3080, S. 997; Peck'sche Kurz = Kommentar, Bd 7, Palandt (Otto), Bürgerliches Gesetzbuch, 47. Aufl., 1988, § 891 (Bassenge (Peter)) Anm. 1 a, S. 1053. グルスキーは、推定力と公信力とが「土地法において相互に補完し合う公示（＝公信）原則（Publizitätsprinzip）の二側面である」という。Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 1.

(211) RGZ, 116, 117, 181; JW 1912, 145; HRR 1929 Nr. 1303; KGJ 35 A 303; 40 A 294, 296; OLGE 26, 328; Wolff =

RAISER, § 144 II, S. 141; § 45, S. 141; HEDEMANN (Justus Wilhelm), Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft Bd. 3, 2. Aufl., 1959, § 16 I, S. 95; WESTERMANN, § 72 IV 2, S. 336-337; ROSENTHAL-Kommentar, § 891, RZ. 3081, S. 997; Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kolhammer-Kommentar (SOERGEL-Kommentar), Bd. 5 Sachenrecht, 1978, § 891 (BAUR (Fritz)), RZ. 2, S. 129; RZ. 14, S. 130-131; Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besondere Bericksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs. BGB-RGR-Kommentar, 12. Aufl., Bd. III, Teil 1, 1979, § 891 (AUGUSTIN (Georg)), RZ. 20 ff; Münchener-Kommentar, § 891 (WACKE), RZ. 1, S. 230; RZ. 17 b, S. 234; STAUDINGER-Kommentar, § 891 (GURSKY), RZ. 38; JAUERNIG (Othmar) [hrsg.], Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl., 1981, § 891 (JAUERNIG), Anm. 4 c, S. 975; PALANDT-Kommentar, § 891 (BASSENGE), Anm. 1 b, S. 1053. EI一九三条に由来するZPO二九二条がBGB八九一条にも適用されるという点では、現在の学説は、立法段階での理解と全く同様ということになる。

(212) PLANCK (Gottlieb), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 3 Sachenrecht, 1. und 2. Aufl., 1902, § 891, Erl. 2, S. 106; 3. Aufl., 1906, § 891, Erl. 2, S. 131. は次のようにいう。「推定の対象は、ZPO二九二条によれば『事実(Thatsachen)』〔原文ゲシュペルト〕のみが推定されるのに対して、一項の場合には権利の存在、二項の場合には不存在である。しかしながら、両者の違いは表現上のものに過ぎない。けだし、八九一条もまた、つまるところは、いったん登記ないし抹消された場合に、登記された権利の存在あるいは抹消された権利の不存在を生ぜしめるところの、事実(Thatsachen)が生じていることを前提とするからである」。一方、推定の覆滅方法については、三版になって次のような記述が付加された。「しかしながら、推定力は、直接に『権利変動(Rechtsänderung)』〔原文ゲシュペルト、以下同様〕まで広がっているので、覆滅は、これを試みる者が、事実状態(Sachlage)を完全に明らかにすること、即ち、一項の場合には権利が登記にも拘らず発生していないか消滅したこと、二項の場合には抹消が不適法であって、それ故権利が未だ存続していることを、明らかにさせるような『事実(Thatsachen)』を主張することを、必要とする。右事実は、立証(Beweisführung)の対象を形成し、それ故、ZPO二九二条、四四五条以下の詳細な規定による宣誓強制(Eidszuschiebung)によって証明され得る。登記あるいは抹消の『形式的』要件の欠缺の証明では充分ではない」(3. Aufl., 1906, § 891, Erl. 4, S. 132. なお、宣誓強制の制度は一九三三年のZPO改正前に認められていた制度である)。右第三版を参照しつつ、田尾・前掲注(11)(e)・二七五頁は「Planck は権利推定と事実推定は表現の差異にすぎないといっておるのであり、……権利推定となしているものの、反証の面から考えると、現実に考えられる権利の個々の取得原因事実に対する反証をなせばよいとしているのであるから、推定されるのは、権利そのもの

の存在不存在ではなく、むしろ、その権利の発生について、もっとも可能性の多い取得原因事実あるいは発生原因事実の存在ないしは適法ではないかと思われる」とされる（更に二七三頁参照）。同様に、神田・前掲注（1）①・一〇四頁補注も、「（八九一条において）真に推定の対象となるのは権利の取得を理由づける事実である……権利推定と事実推定は表現の差異に過ぎない」と述べる。一方、兼子・前掲注（1）・三二八頁も指摘するように、かつては、法律上の権利推定一般を「概括的乃至は省略的な事実の推定に過ぎぬと為す見解」が多かったようである。

(213) Kuttner (Georg), Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtbarkeit, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 61 (2. Folge, Bd. 25), 1912, S. 109, 141 ff.; Rosenberg, Beweislast, § 16, S. 225 ff.（ローゼンベルク・前掲注（11）(b)・二七〇頁以下）; Soergel-Kommentar (Kolhammer-Komm.), § 891 (Baur), RZ. 10, S. 130; BGB-RGR-Kommentar, § 891 (Augustin), RZ. 18; Münchener-Kommentar, § 891 (Wacke), RZ. 1, S. 230; Wolff = Raiser, § 44 I, S. 139; Westermann, § 72 III, S. 335; Hedemann, § 16 I, S. 94 f.; Baur (Fritz), Lehrbuch des Sachenrechts. 14. Aufl., 1987, § 10 III, S. 79; Schwab (Karl Heinz), Sachenrecht. Ein Studienbuch, 22. Aufl. des von Lent (Friedrich) begründen Werks, 1989, § 16 III, S. 75. 本文の表現は、Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 2. による。更に、田尾・前掲注（11）(e)・二七二頁以下、神田・前掲注（1）①・一〇三―一〇四頁補注参照。

(214) この点に関しては、松本・前掲注（1）・二一一頁に詳細である。更に、田尾・前掲注（11）(e)・二七五頁以下、神田・前掲注（1）①・九五頁参照。

(215) Medicus (Dieter), Ist das Schweigen Gold? Zur Widerlegung der Vermutungen aus §§ 891, 1006 BGB, Festschr. für Baur (Fritz), 1981, S. 63 ff.; S. 71 ff.; 81 f. なお、同論文に関しては、田辺誠「（外国文献紹介）沈黙は金か？――ドイツ民法八九一条・一〇〇六条に基づく権利推定の覆滅について」季刊実務民事法七号一二五頁（昭和五九）が存する。我が国においても、右メディクスの見解に依拠しつつ、占有及び登記の推定力につき権利取得推定説に立つ学説がある。松本・前掲注（36）参照。

(216) RG WarnR 1936, 149; OLG Kiel SchlHA 1936, 223. Vgl. Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 38.

(217) 判例に現れた事案としては、土地の当該部分に関する物権的合意が存在しなかった場合（OLG Oldenburg SeuffA 75 Nr 25; OLG Hamburg HansGZ 1917 Beibl 86）、必要な後見的許可が存在しない場合（BGH LM § 891 Nr. 7; OLG Stuttgart WürttZ 1925, 82）、物権的合意につき代理人が代理権なくして代理行為を行なった場合（RG SeuffZ 87, 229; BGH NJW 1980, 1047, 1048）等がある。Vgl. Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 38.

(218) RGZ 92, 68, 71 f.; RG 127, 251, 261; RG Gruchot 57, 987, 989; RG SeuffA Nr. 62; 87 Nr. 146; JW 1922, 489 m. Anm. Siber; BGM LM § 891 BGB Nr. 3 Bl. 2; Nr. 5; Nr. 7 Bl. 1 R; Rosenberg, Beweislast, § 16 II, Anm. 4 a, S. 232 ff.（ローゼンベルク・前掲注（11）(b)・二七八頁以下）; Münchener-Kommentar, § 891 (Wacke), RZ. 18, S. 234; BGB-RGR-Kommentar, § 891 (Augustin), RZ. 22; Soergel-Kommentar, § 891 (Baur), RZ. 14, S. 130-131; Palandt-Kommentar, § 891 (Bassenge), Anm. 5, S. 1054; Jauernig-Kommentar, § 891 (Jauernig), Anm. 4 c, S. 975.

(219) Soergel-Kommentar (Kolhammer-Komm.), § 891 (Baur), RZ. 15, S. 131; Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 40. 田尾・前掲注（11）(e)・二七四頁。

(220) Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 2. なお、既に兼子・前掲注（1）・三二九頁注（五二）は、「第一草案では登記された発生原因に基く発生の推定であったが、後に〔権利状態の推定に〕改められた」ことを指摘していた。

(221) Wolff = Raiser, § 44 I, S. 140; Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 2. この点も、既に立法過程において意識されていたところであった。前掲注（177）参照。我が国の解釈論においても、当初より無権利である者に対して、抹消登記請求権が行使された場合、一旦取得した権利が喪失したとの推定がなされるのでは不都合であろう。

(222) Rosenberg, Beweislast, § 16 II, Anm. 4 a, S. 233 ff.（ローゼンベルク・前掲注（11）(b)・二八〇頁以下）; BGB-RGR-Kommentar, § 891 (Augustin), RZ. 22; Münchener-Kommentar, § 891 (Wacke), RZ. 18, S.; Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 39. もっとも、学説によって細かなニュアンスの相違がみられる。兼子・前掲注（1）・三三一—三三二頁参照。

(223) Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 2. は次のようにいう。「BGB八九一条一項は——一〇〇六条とは異なり——権利取得推定（Rechtserwerbsvermutung）（即ち、登記された権利が当該登記によって取得されたとの推定）の意味に解釈することはできない。BGB一〇〇六条の場合には、右の如き修正的解釈は避けられないことが知られる、というのは、現在の自主占有という単純な事実に結び付けられた所有権状態推定（Eigentumsbestandsvermutung）は、現実には、ほとんど覆滅が不可能であり、推定の相手方に大きな負担を課すことになるからである。しかしながら、不動産法においては、権利取得推定と権利状態推定の区別は、そもそも、ほとんど決定的な意味をもたない、というのは、ここでは、権利取得を個々具体的な登記〔行為〕（Eintragung）との関連なしに考えることは、ほとんどありえないからである。従って、現実には、推定の相手方は、当該登記〔行為〕による取得を覆滅し、その後の物権的合意（Einigung）の可能性を否定すれば足りる。」

(224) BGZ 80, 366; JW 1910, 813; GruchB 57, 987, 989（公共の河川に関するもの）; GruchB 58. 947, 949 = WarnR 1914 Nr. 283; HRR 1935 Nr. 1408; BayObLG 1960, 447, 453. Vgl. Westermann, § 72 II, 2, S. 335; BGB-RGR-Kommentar,

§ 891 (Augustin), RZ. 9 u. 16; Soergel-Kommentar (Kolhammer-Komm.), § 891 (Baur), RZ. 6 u. 8, S. 130; Münchener-Kommentar, § 891 (Wacke), RZ. 8, S. 231.

(225) RGZ 73, 125; RG JW 1910, 813; 1911, 458. Vgl. Westermann, § 72 II 2, S. 335; BGB-RGR-Kommentar, § 891 (Augustin), RZ. 11–17; Soergel-Kommentar (Kolhammer-Komm), § 891 (Baur), RZ. 8, S. 130; Münchener-Kommentar, § 891 (Wacke), RZ. 11, S. 232. 但し、境界 (Grenzverlauf) については争いがあり、多数説は推定力を認めている。

(226) 団体の法人格につき多少争いがあるが、推定力を否定するのが多数説である。Schwab, § 16 III, S. 75; Westermann, § 72 II 3, S. 335; BGB-RGR-Kommentar, § 891 (Augustin), RZ. 31; Soergel-Kommentar (Kolhammer-Komm.), § 891 (Baur), RZ. 9, S. 130; Münchener-Kommentar, § 891 (Wacke), RZ. 12, S. 232; Palandt-Kommentar, § 891 (Bassenge), Anm. 4 a, S. 1054; Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 28.

(227) RGZ 91, 15; RG JW 1929, 2592. Vgl. Westermann, § 72 II 3, S. 335; BGB-RGR-Kommentar, § 891 (Augustin), RZ. 30; Soergel-Kommentar (Kolhammer-Komm.), § 891 (Baur), RZ. 9, S. 130; Münchener-Kommentar, § 891 (Wacke), RZ. 12, S. 232; Palandt-Kommentar, § 891 (Bassenge), Anm. 4 a, S. 1054.

(228) BGB-RGR-Kommentar, § 891 (Augustin), RZ. 30; Münchener-Kommentar, § 891 (Wacke), RZ. 12, S. 232; Palandt-Kommentar, § 891 (Bassenge), Anm. 4 a, S. 1054.

(229) BayObLGZ 22, 37. Vgl. Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 42.

(230) Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 42. なお、既にギールケは、八九一条が対物訴訟のみならず、対人訴訟にも適用がある旨を明言していた。Gierke, supva(119), § 119 VIII, S. 326.