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 (三・ 完) : 比較法的考察
Sub Title	Die Vermutung des Grundbuchs : Eine rechtsvergleichende Untersuchung (3. Ende)
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.3 (1990. 3) ,p.43- 80
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900328-0043

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（三・完）

――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
(一)　物権法部分草案
(二)　第一草案
(三)　第二草案
(四)　民法典……（以上、第二回・六三巻一号掲載）
四　日　本　法……（第三回・本号掲載）
(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

四　日本法

(一)　日本法の構造

前章までの考察からは、以下の如き知見が得られた。即ち、フランス法学説あるいはドイツ民法制定過程における議論において、不動産をめぐる証明問題についてア・プリオリに存在したのが、ローマ法の《Nemo plus juris…》原則の下では必然的に生ずる「悪魔の証明」問題であり、独仏両国の議論は何れも、右問題を起点として展開していた。右所有権証明の無限連鎖の問題を解消するためには、古来より種々の方法ないし法制度が考案されたが、フランス法は、占有を基軸とした法制度（占有訴権・取得時効）によって右問題を解消しようとするローマ法以来の伝統的方法に従った。一方、これに対立する方法としては、産業革命後頻繁化した土地取引の安全を念頭に、占有に代わる制度として新たに整備された登記制度を、ゲルマン法秩序の中で活用しようとする立法が存した。しかしながら、これには、更に、形式的確定力原則を採用することによって登記と実体的権利関係の不合致を完全に解消する方向と、合意主義(Konsensprinzip)をとりながらも、公信力と権利推定力の二つの方法を採用することによって、証明の困難性を可及的に排除しようとする方向があり、ドイツ民法は、その立法過程の当初より後者の方策を採用することを決定していた。

さて、物権変動の実体法領域においてフランス法の立場を基本的に承継した日本法は、本来、母法と同様占有を中心とした証拠保全制度の整備を図ることによって、「悪魔の証明」問題を解消すべきものであった。この点は、今日の学説においても再三確認されているところであり、例えば星野教授は次のようにいう。

わが国では、登記には公信力がない。明文はないが、公信力を認めるのは先の第一原則〔=《Nemo plus juris…》原則を指す〕

に反する特殊のことだから、規定が必要であり、これに関する規定がないから、このように解される。従って、不動産を買ったり、これに抵当権をつけるにさいしては、売主・抵当権設定者の名義の登記があっても、安心できず、さらに売主・抵当権設定者が所有者か否かを調査しなければならないわけである。どこまで調査すればよいか。これは、時効に関係してくる。売主・抵当権設定者が時効取得していればよいわけであるから、その要件を考えて、その有無を調べればよい（つまり過去二〇年間の所有権移転を調べればよい）[231]。

しかしながら、既述の如く、登記の権利推定力・公信力を認めない結果、権原の連鎖を、所有権証明が問題とならない起点まで（即ち取得時効等の原始取得あるいは二重譲渡の共通前主にまで）遡って証明する必要がある、と解した場合、所有権証明の困難性を回避するためには、第一に、当事者に対して右権原連鎖を覚知させるような手掛り（＝公示方法）を整備しておくことが必要であり、第二に、右公示方法によって覚知された権原連鎖を確実に証明できるだけの証拠方法を整えておくことが必要である。先に見たように、フランス法は、右「公示」と「証拠」の二つの側面を、証書謄写型登記制度と、公証人の作成する公正証書（これは更に書証優越原則を通じて高い証拠力を担保される）によって確保していた。また、そもそも取得時効制度は、右所有権証明の起点を新たに創設することによって、それ以前の権原の連鎖を不問に付す制度と理解され、占有訴権制度も、「悪魔の証明」を回避する制度と位置づけられていた。かように、フランス法において、ドイツ法におけるが如き登記の権利推定力・公信力が認められていないのは、それに代わる「悪魔の証明」救済のための代替措置が、ある程度確保されていたためである。そこで問題は、今日の我が国において、右の如きフランス法の構造が維持されているのか、という点になる。

1　書証優越原則の破棄・公証人制度の欠缺

まず第一に問題となるのが、現行民法において、書証優越原則の支配する法定証拠主義に関する条文が喪失している、という点である[232]。

先述の如く、フランス法は、古法時代の（証書による簡易の）引渡主義が、観念的所有権の宣明と実体法・訴訟法の峻別を前提として、実体法領域における意思主義と、証拠法の領域における書証優越原則という、二つの側面に理論的に分化したものである。しかしながら、両者が密接な補完関係に立つことには変わりなく、書証優越原則は、訴訟の側面でのサンクションを当事者に提示することを通じて、証拠法の側面から間接的な証書強制を行ない、紛争の防止と証拠具備を促す機能を有していた。従って、訴訟法の側面において右制度を採用しないのならば[233]、当事者保護のためには、BGB三一三条のように不動産譲渡の債権契約を要式契約とし、あるいはアウフラッスングのように公正証書を物権変動の成立要件とすることで、実体法の側面において直接的な証書強制を行なうべきであった[234]。

ところが、現行民法起草者は、取引の簡易・迅速化の側面のみを重視し、証拠確保による実質的な権利保護の側面について非常に楽観的な予測をしたために[235]、フランス法・旧民法の全体構造のうち、書証優越原則を看過したまま、意思主義の部分のみを採用するという、極めて不完全な立法を行なう結果となってしまった。また、証書による取引の不可欠の前提となる公証人制度も、我が国においては、結局定着しなかった。フランス法主義とは、公証人を媒介した証書取引を念頭に、意思主義プラス書証優越原則からなる疑似的な要式主義なのであって、法律構成はともあれ、結果的には、むしろドイツ法と大差のない立法である[236]。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意思主義は、もはや母法とは全く異なる制度へと変容したのであり、現行民法は、比較法的に見ても類を見ない極端な諾成主義をとる立法となってしまったのである。かかる書証優越原則と公証人慣行の欠落は、証書の契約関係（あるいは権利）の存在を反映する蓋然性を低下させる。登記の証拠力が微弱な代わりに、証書に高い証拠力が認められる、というフランス法・旧民法における補完関係は、既にこの時点で崩れているのである。登記の推定力に関する事実上の推定説の主張するような、現行日本法とフランス法の等質性は、もはや強調できる程度には存在しない。

2　ドイツ法系登記制度の採用

更に、我が国においては、右の如きフランス法からの乖離と並行して、ドイツ法への傾斜が進行していった点も見落としてはなるまい。

その第一は、我が現行不動産登記法が、プロイセン法・ドイツ法を継受した点である。これは、登記簿の形式と登記手続という相互に牽連する二つの側面において問題となる。

(1)　まず、登記簿の形式については、もはや多言を要しないであろう。即ち、契約証書の謄本ないし抄本の公示システムを採用するフランスにおいては、その構造上、登記は「契約」を公示するものであって、「権利」を公示するものではなかった。対抗要件主義は、かかる証書公示システムを前提として初めて成り立つものであって、フランスにおける対抗要件主義は、不可侵性に基づき原則として第三者に対抗し得る(opposable)「契約」を、例外的に対抗不能(inopposabilité)に陥らせる制度として理解されている。これに対して、我が現行不動産登記法は、プロイセン法を範とする権利帳簿制度を採用した。[237] 右権利帳簿制度において公示されるものは「権利」であって、フランス法におけるような「契約」ではあり得ない。[238] 従って、先の意思主義と同様、我が国における対抗要件主義も、母法とは似て非なる制度とならざるを得ない。

(2)　他方、登記手続に関してはどうであろうか。

前章で述べたように、BGB制定のための第一委員会は、プロイセン法・部分草案において未分化であった「形式的」ないし「手続〔法〕的」合意主義(formelles Konsensprinzip)と「実質的」ないし「実体〔法〕的」合理主義(materielles Konsensprinzip)の区別を明確化し、前者をGBOに委ね、後者をBGBにおいて規定する旨を決定した。一方、我が現行不動産登記法二六条（共同申請主義）の立法過程において、田部芳委員は、原案三〇条につき次の如き趣旨説明をしている。

此登記ニ付テハ承諾主義ヲ採用シタリ即独逸ノ「こんぜんす、ておの一」[2]ノ主義ヲ倣ヒタリ登記権利者ノ名義ニテ登記ヲ申請スルモ現ニ登記上所有者トナリ其他ノモノノ知ラザル中ニ負担ヲ生ズルコトナトナルハ不都合ナリ利益ヲ受クル人ト一方ノ人ト承諾上ニテ為スガ本条ノ主義ナリ例ヘバ売買ノ場合ニハ売主ガ義務者買主ガ権利者ナリ売主ハ売買ノ契約ノ結果トシテ登記ヲ申請スルノ義務ヲ有スル故義務者ナリ買主丈ケニテハ登記ヲ為スコトヲ得ズ買主売主双方ヨリ売買登記ヲ申請スルノ主義ヲ採レリ[239]

即ち、我が国の共同申請主義は、ドイツの合意主義（Konsenstheorie, Konsensprinzip）――より正確にいえば「形式的合意主義」、即ち、登記申請の手続的有効要件として両当事者の合意を要求する主義――をそのまま承継したものであることが知られるのである。[240] 一方、右説明にいう「登記権利者」「登記義務者」の用語は、旧登記法においては存在しなかった。[241] この用語の由来もまた、右原案三〇条に先行する原案二九条[242]に関する井上正一委員の説明から[243]ドイツ法の承継と同定される。[244] それ故、田部委員にいう「承諾」の用語に関しても、ドイツ法的な「登記許諾（Eintragungsbewilligung）」を意味することが確認される。

しかしながら、先に見たBGB部分草案と第一草案の体裁の違いからも知られるように、右形式的合意主義（＝共同申請主義）と、物権変動の実体的成立要件として、登記の他に、当事者の合意（＝物権契約）を要求する実質的合意主義とは、いわば表裏一体の密接不可分の関係にある。即ち、ドイツ法における両者の分化・峻別は、実体法たる民法と手続法たる登記法の峻別というドグマティッシュな思唯に基づく理論上の産物に過ぎず、両者は、我が不動産登記法起草者が参照したBGB・GBOの立法段階あるいはBGBの原始規定においては、実際には、登記官の面前で同時的になされる一個の意思表示であることが通例であった。従って、右の如きドイツ法における形式的合意主義が担保するのは、直接には、共同申請の合意と一体的な物権契約の存在、あるいは、その効果としての抽象的な物権変動の存在ないしは真正の登記名義人の連続性なのであって、物権契約と債権契約の無因性によって切断された、売買等の登記原因事実の有効性は何ら担保されないのである。それ故、右ドイツ法の形式的合意主義を承継した我が不

動産登記法の共同申請主義によって担保されるものもまた、原因契約を捨象した真正権利者それ自体の連続性ないしは抽象的な権利変動であって、売買等の登記原因の有効性は、少なくとも共同申請主義が直接保障するものではない、といわざるを得ない。

ところで、登記の推定力に関する事実上の推定説の主張に限らず、従来の学説は、不動産実体法たる我が民法典の規定（とりわけ一七六条・一七七条）がフランス法起源であることを理由に、物権変動一般あるいは登記の効力に関するドイツ法的な解釈論の余地を直ちに排斥してきたのであって、手続法たる不動産登記法がドイツ法起源であることを、さほど重要視してはこなかった。しかしながら、ここでは、先の不動産登記法原案三〇条の審議に際して参照された規定の中に、形式的合意主義を定めたＧＢＯの条文のみならず、実質的合意主義を規定したＢＧＢ第一草案及び第二草案の条文が挙げられていることにも注目しておきたい。[245] というのも、「物権契約」概念を念頭に置く右実質的合意主義の条文がここに挙示されていることは、「物権契約」概念を認めないフランス法を承継したはずの民法一七六条との間で、いかにも矛盾を来すからである。問題は、現行日本法において、フランス法系の民法典の建前と、不動産登記法の規定するドイツ型登記制度の前提となっていたドイツ法的な実体法原則の何れが優越するか、という点である。この点に関する起草者の意図は、実は必ずしも明白にはならず、例えば、民法起草者の一人であった富井政章は、そもそも民法一七六条それ自体が必ずしもフランス法の立場を全面的に承継したものではなく、同条にいう「意思表示」は、売買等の債権的意思表示とは別個の物権的意思表示であると解している。[246] 更に、仮に一七六条がフランス法を全面的に承継した条文であると仮定したところで、現行民法の建前が、不動産登記法の背後に控えるドイツの不動産実体法の諸原則に当然に優越する、という結論は必ずしも生じない。むしろ逆に、動産・不動産に共通の一般法たる現行民法の立法後に、不動産に関する特別法たる不動産登記法が施行された点に着眼するならば、「新法は旧法に優先する」あるいは「特別法は一般法に優先する」の原則に基づき、我が不動産登記制度の前提たるドイツ

法の物権変動理論が、少なくとも不動産については民法典の建前を修正ないしは優越するとみることも不可能ではない。この点に関する詳細を論ずることは、本稿の主題から離れるため、ここでは差し控える。[247] しかしながら、少なくとも、我が国の不動産実体法の建前がフランス法の意思主義・対抗要件主義の全面的承継であることを理由に、ドイツ法的な解釈論の介在する余地がないとする、登記の推定力に関する事実上の推定説の主張は、その前提において、必ずしも説得力を有するものではない点を強調しておきたい。

一方、登記官の審査方法に関する現行三五条（書面の要求）・四九条（要件を欠いた申請の却下）の規定もまた、プロイセン法・ドイツ法における形式的審査主義を継受したものであることは、既に述べた。[248] 更に、我が国にいわゆる「登記の連続の原則」ないし「登記手続における形式的確定力」も、ドイツ法の立場を承継したものであり、従って、我が国の登記が、登記名義人の連続性は確保しても、フランスにおけるような登記原因契約の連続性を確保していない点も、日本法が、債権関係から抽象された物権的合意ないしは真正の登記名義人の連続性を確保するドイツ法を継受したためと理解される。[249]

ところで、ドイツの学説は、BGB八九一条の基礎として、GBO一九条（形式的合意主義）・二九条（書面の要求）・三九条（登記の連続性の原則）の存在を挙げていた。[250] これは、我が国の従前の学説の挙げる根拠――「たとえば、不登二六条（共同申請主義）・三五条（登記申請に要する書面）・四九条（要件を欠いた申請の却下）、など」[251]――と全く同一であることが知られる。しかも、右の条文が何れもドイツ法起源であることが確認された以上、我が国の登記の推定力に関しても、登記の推定力をドイツ法と同様に解釈する基盤は、充分に整っているというべきではあるまいか。少なくとも、事実上の推定説の主張、即ち、我が国の法制度はフランス法を継受したものであって、ドイツ法的な権利推定力は認める余地が全くない、との立論は、如上の如き現行不動産登記法の系譜からみて、必ずしも正当ではないことが知られる。

もっとも、我が国の登記にドイツ法的な権利推定力を認める基礎がある、ということと、現実に権利推定力を認める必要性がある、という問題とは、次元の異なる事柄である。従って、問題は、今日の我が国において、ドイツ法的な登記の権利推定力を敢えて主張しなくとも、証明の困難性は回避されているのか、という点であり、換言すれば、今日の我が国においても、フランス法・旧民法と同様、占有を通じた証明の困難性救済制度、即ち占有訴権と取得時効制度が充分機能しているのか、という点である。

3　占有訴権の機能不全

まず、占有訴権についてはどうか。

既述の如く、フランス法・旧民法における占有訴権は、真の所有者を困難な所有権の証明から解放し、占有を回収させることによって、後の本権訴訟において証明責任を負わない有利な立場に立たせる点に、その制度目的が存した（今日の我が国にいわゆる本権保護説）。そして、フランス法・旧民法は、占有訴権の右目的を貫徹させるために、占有訴訟と本権訴訟の併行禁止（《non-cumul…》原則）を制度的に徹底させていた。

ところが、今日の我が国においては、本権保護説に対して、次のような批判がなされるのが通常である。

……権利の救済は本来その権利自体の主張によってなされるべきだが、本権（たとえば所有権）があるという証明自体は困難だから（「悪魔の証明 probatio diabolica」）、証明しやすい占有にもとづく占有訴権により本権者が救済を受けうるようにするのが占有訴権の目的である、とする説がある（本権保護説）。……ローマ法におけるように占有による本権推定が認められない法制のもとでは、本権の証明はたしかに困難で、上述の説明が妥当する。しかし、わが民法のもとでは、占有ないし登記による本権の推定（一八八条）の制度があって、本権の証明はさして困難ではないから、この説もまた、占有訴権制度の存在理由を充分に説明するものとはいいがたい。[252]

ここでは、登記に推定力が認められることが、本権保護説否定の論拠となっている点に注目したい。右主張は、ド

イツにおいて、イェーリングの本権保護説に対してなされた反論に、そのまま依拠したものである。[253] しかしながら、我が国においては、かかる主張をなす学説の少なからぬ数が、登記の推定力につき事実上の推定説をとっているのは、[254] 論理が一貫しないといわなければならない。ドイツ法における議論に依拠する以上、本権保護説をとらないならば、占有訴権に代わって所有権証明の困難性を救済し得る程度に、登記の推定力を強化すべきであろう。逆に、登記にドイツ法におけるような権利推定力を認めないならば、占有訴権の側面において本権保護説をとり、これを起点として「悪魔の証明」から当事者を保護するための具体的解釈論を導かねばならない。

では、我が法制度の進む道は、占有訴権制度の強化・登記の推定力の強化の何れなのか。ここでは、現行民法起草段階において、本権保護の構造を担保するための不可欠の制度であった《non-cumul…》原則が破棄されている点に留意したい。しかも、右破棄が行なわれた理由は、先学も指摘するように、法典調査会での審議段階においては、既にドイツ法系の民事訴訟法典が存在しており、この訴訟法典のもとで、「『訴の併合の禁止』とも『反訴の禁止』とも異るところの『訴の併行の禁止』などという観念は、もはや〔ドイツ式〕訴訟法に親しんでいた実務家にとって理解し難い観念となりおわって」いたためであった。[255] 即ち、「現行民法典の規定の成立の過程を評価するならば、それは、旧民法への繋縛とフランス法への傾斜の度合が一歩一歩減少し、その反面にドイツ法的占有訴訟への接近が一歩一歩明確化する歩みといってよい」[256] のである。

ところで、ドイツ法における占有訴権制度の機能は、今日即決仮処分制度によって代替されており、従って、占有訴権の実際的意義は極めて小さいとされる。[257] それ故、かようなドイツ法系の占有訴権制度を採用した現行民法において、ドイツ法と同様「占有訴権制度の社会的意味はあまり大きくない」とするのが、今日の通説の立場であった。[258] しかしながら、さようなドイツ法的な占有訴権の機能論の前提には、先述の如く、存在理由論において、本権証明機能を登記の権利推定力が代替している、という認識が存したはずである。従って、現行民法の占有訴権がドイツ法の立

場を継受したとされる以上は、これと表裏一体の補完関係に立つドイツ法的な登記の権利推定力も認められなければならないはずである。[259]

4　取得時効の機能不全

一方、フランス法・旧民法において、所有権証明の困難性を救済するための唯一絶対の制度と見られた取得時効制度についてはどうであろうか。

ここで問題となるのは、我が国の今日の学説が、一般に、取得時効制度の機能する余地を狭く解する傾向に向かっている点である。問題はその理由であって、それは、例えば次のように説かれる。

> 登記の機能が拡張しているのに対して、取得時効の実際の機能は縮小する傾向にある。なぜならば、第一に、今日では証拠保全が容易であること（不動産取引において書面の作成及びその長年の保管は当然のことである）に加えて、近代的権利表象手段として登記制度が普及しているので、実際上取得時効によらなければ、所有権取得の証明ができない場合は、少なくとも以前よりは少なくなってきている。……
>
> ……〔略〕……
>
> かつてのように、権利の表象手段が唯一「占有」に求められていた時代とは異なり、今日のように近代的な登記制度の下では、権利の表象手段は占有ではなく「登記」であり、したがって、登記簿に所有者としての記載があることが「所有者らしい外観」があると見られるといわなければならない（占有の推定力と登記の推定力の関係についての議論がこのことを示している）。[260]

右の説明に代表されるように、今日の学説は、取得時効の機能縮小の理由を、証明の困難性救済のための制度として、「証書」と「登記」が充分に機能している点に求めている。かかる立論は、先の占有訴権における、本権保護説と登記の推定力の相互補完関係の議論に、非常に類似することが知られる。[261] 即ち、取得時効制度の機能を縮小するためには、登記の推定力ないしは証書の証拠力を強化しなければならず、逆に、これらの証拠保全機能を微弱に解するならば、証明の困難性から当事者を救済するために、取得時効制度の機能する余地を拡大しなければならない、とい

う相互代替的な関係が、ここに見て取れる。

しかしながら、これらの選択のうち、まず証書の証拠保全機能に関しては、今日の我が国においては、もはや多くを期待できない。けだし、先述の如く、フランス法が、公証人慣行及び書証優越原則の支配する法定証拠主義によって、証書の証拠価値を高めているのに対して、これらの制度を欠く現行日本法において、証書の有する実質的証拠力は、母法に比して極めて微弱なものとならざるを得ないからである。

そうであるとすれば、ここでは、登記の権利推定力と取得時効活用の二者択一が問題とならざるを得ないが、では、今日の我が国の法制度の下で、取得時効制度の機能拡大は可能か。ここまでの考察からは、否定的な答えしか出てこないであろう。けだし、フランス法において取得時効の援用を容易化するために整えられた方策——公証人を媒介とした証書取引と権原連鎖公示型の登記制度——は、今日の我が国においては、もはや維持されていないからである。

もっとも、時効制度の活用によって証明の困難性から当事者を救済せんとする試みは、過去においても存在しないわけではなかった。即ち、一六二条二項の短期取得時効の要件たる「無過失」を登記から推定することにより、[262] 右要件に関する証明の負担を免除し、短期時効主張を容易化しようとする判例理論である。[263] [264] しかしながら、右方策は、主として事実上の推定説の論者から、「無過失の問題は、民法一六二条の第二項の『無過失』の事実認定の問題として考慮すれば足りる」と批判されるに至った。[265] 確かに、登記の推定力を一般に微弱に解そうとする右学説の傾向からすれば、「無過失」の推定を登記の推定力固有の問題ではないとし、推定力固有の領域それ自体を極力狭める主張をとるのは、理解できないことではない。だが、無過失の推定を「事実認定の問題」と解するとき、「無過失」要件の認定の際に、他の証拠関係と登記の証拠力が同列に評価される、という意味において、当事者の短期時効の証明は困難になる。けだし、当事者は、登記を援用しただけでは、無過失を証明したことにはならず、右内心的な抽象概念を（しかもそれは一〇年前の事柄である）、他の何らかの証拠をもってして証明しなければならなくなるからである。か

かる困難な証明を免除する点で、登記による「無過失」の推定は、フランス法的な時効制度活用の方法を欠く我が国において、なおも時効制度を活用しようとして生み出された、いわば窮余の一策であった。[266] その意味からすれば、右方策が、時効制度活用を前提とするフランス法的な解釈を主張するところの、他ならぬ事実上の推定説によって否定されるに至ったのは、まことに皮肉な結果といえなくもない。[267]

以上の検討からも知られるように、フランス法的な占有を中心とした証明の困難性救済制度は、我が国においては、機能拡大をほとんど期待できそうにない。しかも、これらの法制度が、たとえベストの状態で働いたとしても、証明の困難性を完全に解消できないこと、従って、立法論的には、占有に代わって登記に強い証拠力を付与すべきことは、母法フランス法の学説によって自認されていたところであった。それ故、日本法の解釈論の基本的方向としても、既に似て非なる制度となったフランス法主義に拘泥し、現行不動産登記法のドイツ法的性格を無視し、また、かつてのドイツ法的解釈論により一旦芽生えかけた、近代的取引に適合的な登記による証拠保全の提言を拒絶してまで、占有を中心とした過去の証拠保全制度へと先祖帰りする必要はない。[268]

(三) 学説の検討

1 法律上の権利推定説

さて、このように見てみると、フランス法・旧民法と同様の意思主義・対抗要件主義を継受した現行日本法の下では、ドイツ法的な権利推定力は認められない、との事実上の推定説の主張が、必ずしも説得力を有するものでないことが知られるであろう。現行法においては、一方において、フランス法の証拠保全制度からの乖離が存し、他方において、ドイツ法のそれへの接近がある。即ち、ドイツ法的な登記の「法律上の権利推定」力を認めるべき実定法上の基礎が存し、かつ、証明の困難性救済という現実的な必要性が存するというべきである。

では、従来の学説が、推定の実質的根拠として主張していた、登記への信頼保護・取引安全についてはどうか。ここでは、登記名義を信頼した者が訴訟上有利な地位に立つことによって、訴訟追行が軽易化され、不動産信用が高められる、という第一草案理由書の記述が想起される。即ち、登記への信頼保護・取引安全という観点は、証明の困難性救済という法律上の推定の直接的根拠ないし目的によって満たされる、間接的ないし終局的効果ということができよう。[269]

一方、法律上の権利推定説に反対する我が国の通説は、その根拠として、日本法においては成立要件主義・公信力が採用されていない点を挙げていた。しかしながら、右の批判は、法律上の権利推定説を否定するには必ずしも充分ではないように思われる。まず、第一に、先のヨホフの部分草案理由書からも知れるように、登記の権利推定力と公信力とは、「悪魔の証明」から当事者を救済するための二つの方策であった。ここでは、一方が認められなかったからといって、他方も認められない、という論理は必ずしも成り立っていない。それどころか、ここでは、むしろ、公信力が認められないからこそ、せめて権利推定力を認めることによって「悪魔の証明」救済しなければならない、とする我が国の従来の学説の主張の方が、より説得力を有するようにも思われる。第二に、BGB八九一条の立法の基礎には、成立要件主義・公信力の採用により、登記が権利を反映する蓋然性が高いという観点が存した。しかしながら、既に述べたように、そこでの問題意識の中心は、専ら蓋然性の高さそれ自体に存し、登記が権利を反映する蓋然性を高める方法として、必ず成立要件主義と公信力を採用しなければならない、との論理は、少なくともここでは見出し難い。[270] 従って、成立要件主義・公信力以外の方法で、登記が権利を反映する蓋然性がある程度高められていれば、登記の法律上の権利推定を承認して差し支えないはずである。

のみならず、ここにいう「蓋然性」という観点自体、法律上の推定説にとっては強調され過ぎてはならない。事実上の推定説は、登記が権利を反映する蓋然性が低いことを理由に、法律上の推定説を批判していたのであるが、しか

しながら、現在の訴訟法上の通説における「法律上の推定」の理解の下では、登記が権利を反映する蓋然性が確信の程度までには及ばないことが逆に、法律上の推定を認めるべき根拠になる。けだし、本稿冒頭でも触れたように、法律上の推定の内容が蓋然性「のみに止まるならば裁判官の自由心証に任かせれば足り、何も法規の内容とする必要はない」のであり、登記の推定力を敢えて法律上の推定と構成する必要はない。問題は、登記だけでは心証形成をなし得ないことが「悪魔の証明」という極めて不当な結論を導くことなのであり、従って、右不当性を回避するという目的的要請に基づき、ある場合には「事物の蓋然性を無視して」[271]までも、一方当事者のために一定の事実ないし権利の存在を認める必要が存するのである。それ故、法律上の推定の基礎となる程度の最低限の蓋然性さえ有していれば、これを認めて差し支えないというべきである。

なお、ここで、登記の法律上の推定を明定した条文が存在しない点は、右結論にとって、さしたる障害とはならない。けだし、仮に占有の推定力に関する民法一八八条を推定規定と理解しない結果[272]、同条の類推適用[273]が否定されたとしても、慣習法を根拠とする法律上の推定が認められると解されるからである[274]。

他方、事実上の推定説は、法律上の権利推定説による場合の反対証明の困難性を問題とする。しかしながら、推定の覆滅の困難性は、そもそも権利の直接証明を認めるゲルマン法秩序を、これを認めないローマ法系の訴訟制度に持ち込んだために生じたものであって、この問題は、登記の推定力に限らず、法律上の権利推定を定めた私法上の全ての規定についてもいえることである。従って、事実上の推定説の右主張は、私法秩序に含まれる権利推定規定[275]の全てを、推定覆滅の困難性を理由に否定してゆくことを意味する。かかる結論は到底容認されないであろう。むしろ両者が本質的に相容れない部分を有していたことを認識した上で、反対証明の方法につき合理的変更を加えることが、解釈論の方向として望ましいように思われる。

2　事実上の権利推定説の問題点

以上の法律上の権利推定説に対して、事実上の権利推定説に立つとき、そこには次の如き問題が生じてこよう。

まず、この見解に対しては、「事実のみが証明対象となる」との命題に反する、との批判が存した。[276] だが、同様の命題の妥当するフランスにおいても、[277]「悪魔の証明」から所有権者を保護するため、かかる概念を認めざるを得ないとされていること、また、近時の民事訴訟法学説において、法と事実は峻別が困難であるとされ、防御権保障・不意打ち防止の要請が満たされている限り、法的概念の主張あるいは抽象的事実主張も許容されると解する傾向にあること等を考え併せるならば、右命題も、例外を許さぬ絶対的原則とは必ずしもいえないように思われる。[278]

しかしながら、かかる理解をとるとき、まず問題となるのが、この立場は、いわゆる来歴経過論における主要事実説、即ち、所有権の承継取得の過程は全て、当事者の主張・証明を要する事実であって、相手方が争う限り、順次遡ってこれを証明しなければならないとする今日の通説の立場に矛盾しないか、という点である。[279] けだし、事実上の権利推定説は、所有権の承継取得過程を遡らず、前主以前の承継取得の過程は裁判官の自由心証に属することを意味するのであって、いわゆる来歴経過論における間接事実説を前提としなければならないからである。従って、この見解を唱える以上は、右訴訟法上の通説の立場にドラスティックな変更を迫らざるを得なくなるであろう。

また、この見解が、フランス法におけると同様、両当事者の援用する全証拠資料を参酌して、原被告の何れが所有権者らしいかを相対的に証明すべしとの結論を容認するものならば、次のような疑問が提起されよう。即ち、フランス法において、かかる処理が可能なのは、訴権体系における双面訴訟的な所有物返還訴訟の構造において、当事者は、原被告とも所有権を主張する者だからである。[280] しかしながら、この点においても、我が国はフランス法から乖離し、ドイツ法に接近した。即ち、立法段階での訴権的理解は、明治四〇年代以降、ドイツ法の請求権体系の継受により喪失し、対物訴権の体系は、ドイツ法の物権的請求権の理解の下に再編成された。[281] また、（自主）占有意思についても、

立法段階において、フランス法・旧民法における所有者意思説から、自己のためにする意思説へと変化し、[282] その結果、所有物返還訴訟における被告適格は著しく拡張している。右の如き現行日本法の下では、フランス法におけるように、被告をして所有権主張者と理解することはもはや不可能であり、また、主観的証明責任論をとるのなら格別、客観的証明責任論の下での要証事実は、原告の所有権に厳密に限定されてくるから、要証事実とならないはずの被告の所有権に関する「事実上の権利推定」を考える余地は存在しないといわなければならない。

一方、この見解の認める証拠間の相対評価に対しては、先述の如く、近代法の否定する相対的所有権概念そのものを認めることにならないか、という疑問が存在した。即ち、Aが、Bとの間で自己の有する証拠を援用した場合にはBに優越し得るが、Cとの間で右同一証拠を援用した場合にはCに劣後する、という構造は、もとより訴訟行為の巧拙の問題ではなく、Aが万人に主張し得るような所有権を有していない、ということである。ところで、我が国においては、「実務上不動産訴訟では登記を中心に事実上の主張、立証が行なわれることが多いし、事実認定もこれが有力な証拠資料として扱われている」との指摘も見られるが、[283] しかしながら、「登記の記載だけで事実主張の存否を判断していることはほとんどない。当事者がこれを補強し、またはその証明力を減殺する証拠を提出し、これらが、総合判断の対象となるからである」とするのが、一般的な見方と思われる。[284] だが、そうであるとすれば、右「総合判断」は、まさに右に見た相対的証明、従って相対的所有権を導くことにはならないのか。

更に、フランスにおける「事実上の権利推定」という処理は、そもそも占有訴権・取得時効といった占有中心の法制度によって所有権証明の困難性を解消しきれないことから生じた妥協の産物であった。それ故、フランスの学説は、右処理が決して満足のいくものではないことを確認しつつ、今後のあるべき方向としては、所有権保護を、占有を基礎とした法制度によってではなく、登記によって図るべきことを主張していた。これに対して、我が国の登記の訴訟法上の効力につき、かつて我が国に根付きかけたドイツ法的な解釈論に対して、フランス法の法構造継受を理由に、

これを微弱に解そうとするのは、母法の模索する方向と正反対であるように思われる。[285]

3　事実推定説の問題点

他方、法律上あるいは事実上の事実推定説、即ち、登記原因についてのみ推定力を認めれば足りるとする見解は、我が国の登記制度がフランス型の証書公示制度をとらず、ドイツ型の権利帳簿制度を採用した点に矛盾するのみならず、それが、証明の困難性を解消できない点に問題がある。けだし、この見解によれば、承継取得の個々の過程は推定されるが、その連鎖自体を断ち切ることができないからである。

ところが、我が国の学説は、一般に、この点を非常に楽観的に解しているようであり、例えば、占有の推定力の対象を取得原因事実の推定とみる次の見解の論理は、おそらく登記の推定力に関しても当てはまるのであろう。即ち、

民法第一八八条を事実推定に関する規定と解するならば、前所有者、前々所有者……の何人かに占有があっても、推定の効力はその取得原因事実にのみ限られ、その前者の所有権についてまで及ばないので、原告は結局において原始取得原因事実まで遡って立証を尽くさなければならぬことになる。これは、事実推定説の欠陥ということができようが、しかし、実務では、原告が最初から一時に自己の直接の取得原因事実から原始取得原因事実に至るまでのすべての事実の立証を要求されるわけではなく、先ず直接の取得原因事実を立証したうえ、順次前者の取得原因事実へと争のないところまで遡って立証すればよいのであって、実際には前所有者の所有権を被告が認める場合が少くなく、少くなくとも数代前まで遡れば争がなくなる（裁判上の自白又は擬制自白）場合が殆んどであるし、又前者が遡ることができない程多く、各取得原因の事実立証ができないような場合には、取得時効を主張立証することにより妥当な解決が得られることが多いのではないかと思われるので、不都合な結果を生ずることは余り多くはないであろう。[286]

しかしながら、数代前まで遡れば争いがなくなる（＝二重譲渡の共通前主に到達する）、あるいは取得時効を援用することができる、との理解は、フランス法に関しても同様、ないし日本法以上に成り立つはずである。けだし、無方式の契約を容認する日本法に比べ、フランス法においては、取得原因事実の証明が証書の存在により容易化されて

おり、また、契約の対外的効力と区別された「対抗」理論が定着していることから、契約の存在を相手に承認させることは、遥かに容易なはずだからである。更に、先述の如く、日本法と異なり、時効の援用を容易化するための方策も整っている。にも拘らず、フランス法学説が、原因契約の証明では「悪魔の証明」を解消できないとするのに対して、[287] 日本の学説がこれを楽観視するのには、疑問を抱かざるを得ない。

4　権利取得推定説の問題点

更に、現在の権利状態を並んで権利変動の成立の推定をも認める見解に対しては、まず第一に、抹消登記に対して権利放棄の推定がなされるのは不都合である、とのドイツの学説の批判が、[288] そのまま当てはまることが知られる。

第二に、ドイツにおける権利取得の推定なるものは、債権契約から峻別された物権契約ないし物権的合意を念頭に置いた概念であった。しかしながら、周知のように、我が国の通説は、右物権契約の概念自体を否定しており、その結果、我が国における権利取得の推定が何を指すものかは、全く不明瞭になっている。即ち、ドイツ法の形式的合意主義を承継した登記法の構造からすれば、ドイツ法の物権契約に対応するものは、共同申請における登記申請意思の推定を意味することになるが、学説は一般に、右「権利取得」の推定を、売買・贈与等の取得原因事実の推定と読み替えている。[289] しかし、そうであるならば、この見解は、従来の学説における、権利のみならず登記原因事実にまで推定力が及ぶとする見解と変わるところがない。[290] その結果、この見解は、我が国の登記は登記原因を公示する制度ではない、という先の事実推定説に向けられた批判がそのまま妥当することになろう。

ところで、近時のドイツにおいて、権利取得推定説が主張されることとなった背景には、権利状態推定説の有する反対証明の困難性が存在した。[291] しかしながら、これは「法律上の権利推定」という概念自体がローマ法系の訴訟法制度と相容れないためであって、そこに一定の修正が加えられるのは、ある意味ではやむを得ないことである。問題は、かかる現実を直視するか、それとも推定の対象を変更するかの選択であるが、その何れを選んだとしても、推定覆滅

方法の側面において結論的にさほど違いが生じない以上、[292]「法律上の権利推定」の一般的定義に抵触してまで、上記の如き欠陥をもたらす権利取得推定概念を認める必要はないように思われる。

(231) 星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）』（良書普及会、昭和五一）七〇―七一頁。

(232) 民法主査会の第二回審議（一八九三（明治二六）年五月一二日）において提出された、民法修正の基本方針を定めた予決議案乙（いわゆる乙号議案）第五号一は、「証拠ニ関スル規程ハ民事訴訟法中ニ編入スヘキモノト認ムルヲ以テ民法中ヨリ削除スルコト」としていた。主査会の議論においては、証書の事前設定の必要性等の規定は必ずしも訴訟を前提とせず、実体法と密着した関係に立っているのであるから、民法中に規定すべき、との意見も出されたが、結局、右削除案が通過した（日本学術振興会版『法典調査会・民法主査会議事速記録』第一巻八〇丁以下）。しかしながら、既に一八九一（明治二四）年一月一日より施行されていた民事訴訟法（一八九〇（明治二三）年三月二九日法律第二九号）が、右決定を受けて、書証優越原則を新たに規定するということはなかったのであり、その結果、日本法においては、ドイツ法と同様の自由心証主義がとられることとなったのである。

(233) もっとも、ドイツ法においても、ＺＰＯ四一八条において、公文書の実質的証拠力に関する規定が設置されており、その限りではフランス法と同様の書証優先主義が妥当している（前掲注(192)）。しかしながら、日本法においては、大正一五年の民事訴訟法改正の際に、右規定の導入が見送られ、形式的証拠力に関する条文（三二三条）が置かれたに過ぎなかったのである。

(234) 訴訟法の側面において書証優越原則を採用しないならば、実体法の側面において証書を成立要件とすることによって証拠保全＝当事者保護を図る、という補完関係は、実は既に主査会段階において意識されていた事柄である。例えば、田部芳委員は「或ル場合ニハ証拠トセヌデ成立条件トシテモ宜シイヤウナ場合モアラウト思ヒマス、然ウ云フコトデ民法中ニモ多少ハ置ク事ニシマス」と述べる（『法典調査会・民法主査会議事速記録』・前掲注(232)・一巻七九丁裏）。

(235) 法典調査会の現行民法一七六条（原案一七七条）に関する本審議において、穂積陳重委員は、形式主義をとらず意思主義を採用した理由として、「近世ニ於テハ既ニ一方ニ於テハ証拠法モ完備シテ居リマシテ又取引ト云フモノガ頻繁ニナツテ居リマス」と述べる（法務大臣官房司法法制調査部編『法典調査会・民法議事速記録(一)』（商事法務研究会・日本近代立法資料叢書1、昭和五八）五八〇頁）。また、『未定稿本　民法修正案理由書』一五八頁の一七六条の説明も「物権ノ設定又ハ移転ニ付キ物ノ引渡ヲ要スルハ物権ノ性質上ヨリ生シタル規定ニ非ス証明法ノ未タ完備セス取引ノ未タ頻繁ナラサル時代ニ於テ行ハルヘキ規定ナリト雖モ既ニ我国今日ノ状況ニ在リテハ此ノ如キ規定ハ徒ニ取引ノ不便ヲ生スルニ過キサルヲ以テ本案ニ於テハ実

質上ノ便宜ヲ図リ当事者ノ意思ノミニ因リテ之ヲ移転スルコトヲ得ルノ主義ヲ採レリ」となっている（広中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、昭和六二）二一八頁）。しかし、穂積委員にいう「完備シテ居」るはずの「証拠法」は、既に法典から喪失してしまっていたのである。この点に関しては、七戸・前掲注(41)②・一三六頁以下参照。

(236) 逆に、ドイツ法も、第一草案以降、債権契約あるいは物権的合意につき、公正証書による締結が要求されることによって、フランス法主義に接近した。これが、プロイセンを中心とする北部ドイツの諸ラントと、バイエルン（その法構造はフランス法に近い）を中心とする南部ドイツ諸ラントの対立・拮抗の産物であることについては、七戸・前掲注(101)参照。

(237) もっとも、物的編成主義の土地帳簿は、既に一八八六（明治二〇）年二月一日登記法（明治一九年八年一一日法律第一号、いわゆる旧登記法）において採用されていた。旧登記法に関しては、さしあたり、福島正夫「旧登記法の制定とその意義」法協五七巻八号六八頁、一〇号七八頁、一一号七四頁（昭和一四）、所収・日本司法書士会連合会編『不動産登記制度の歴史と展望』（有斐閣、昭和六一）三頁、清水誠「わが国における登記制度の歩み――素描と試論――」『不動産登記制度の歴史と展望』一〇一頁。その影響を受けたものであろうか、ボワソナードも、ドイツ法の物的編成主義の登記簿を導入すべきことを主張している(Projet, 2e éd., t. 2, n° 204, pp. 208-209.)。彼が、ドイツ法を引用した珍しい例として、次に訳文を掲げておく。

「〔登記簿の形式に関しては〕次の二つの制度の一方を決定しなければならないであろう、その一は、フランス、イタリア、ベルギーにおけるように、謄記ないし登記を利害関係人の氏名に結合させるものであり、他方は、ドイツにおけるような、不動産に結合させるものである。右二つの制度の相違は、とりわけ、登記簿についてなされる調査（recherche）に存する。即ち、第一の制度においては、帳簿（répertoire）は、譲渡人と譲受人、抵当権者と債務者といった利害関係人の氏名を明らかにする。これに対して、物は副次的なものとして示されるに過ぎない。第二の制度においては、分類は、合意の目的物たる一筆の土地ないし家屋ごとになされるので、その記載（désignation）に基づき、権利者の氏名を探すことになる。第一の場合の不都合は、ある者が、所有者と取引する前に、彼が正当に（bien et dûment）〔所有者たる〕実質を有しているか、あるいは彼の不動産が担保に供されているか否かを知ろうと欲した場合に、右請求者、あるいは帳簿の作成者によって、氏名に関して生ずる僅かな過誤が、調査を著しく困難なものとする可能性がある点である。これに対して、行為（証書）（acte）が全て不動産の一覧表（indication）に分類された場合には、単に帳簿のページあるいは記載（article）を送付するだけで、全ての利害関係人の氏名を、ひいては、そこに示されたあらゆる行為（acte）を見出すことが容易になる。

第二の制度を採用して、不動産移転の公示（publicité）を、各土地の地積図（plan）及び宅地である旨の記載を必要とす

るところの、土地台帳（cadastre）の制度と結合させるべきである。また、〔実際の〕各所有も、土地台帳（plan cadastral）及び登記簿（registre des mutations）に記載された番号に対応する順番の番号で、明確に表記されることが要求される。」

(238) 近時、フランス法と日本法との法構造の類似性を強調しつつ、登記原因証書の要求を強化することによって、我が国の登記をフランスのそれに近づけようとする見解が有力に主張されている。藤原・前掲注(1)・四五〇頁以下、鎌田・前掲注(49)・九一頁以下。先述の如く、登記原因証書の要求の厳格化は、ドイツ法においてもなされており、その主張は一般的には妥当と解するが、しかしながら、これをフランス法的に理解しようとするとき、登記は契約証書の謄本ないし抄本とならざるを得ず、その証拠力もまた、契約証書原本に劣後する結果となる。しかも、証書公示制度たるフランスの登記制度の欠陥は、フランス法学説によって自認されており、ドイツ法系の土地帳簿制度の採用が強く望まれている以上、その点において一歩先んじた我が国においては、証書の要求に関しても、登記を証書から独立した地位に立たせるドイツ法的な発想に基づきなされるべきものと考える。

(239) 『法典調査会・不動産登記法案議事筆記』・前掲注(151)・七〇頁。

(240) 吉野・前掲注（1）・五〇〇頁、幾代・前掲注(24)②・七一頁注（1）。

(241) 幾代通『登記請求権――実体法と手続法の交錯をめぐって』（有斐閣、昭和五四）一六頁以下参照。

(242) 【原案二九条】

「登記ハ登記義務者、被相続人又ハ失踪者ノ名ニ於テ既ニ登記シアル権利ニ関シテノミ之ヲ申請スルコトヲ得」

(243) 「本条ハ現行法ニ規定セルモノナシ現行法ト其精神ハ同一ナリ、登記法上法文ニ現ハレタル権利者ナル甲者ヲ乙者ナル登記上ノ名義人ト関連セシメンガ為メ此規定ヲ設ケタリ例ヘバ移転ノ登記ノ場合ニ於テ甲者ヨリ乙者ニ移転セズシテ登記面ハ尚ホ甲者ノ名義ヲ以テ為ス此時未ダ相続ヲ為サザル丙者ニ行クコトトナリ其中間ヲ断絶スルコトナラン本条ハ斯カルコトノナカラシメンガ為メ特ニ本条ヲ設ケタリ、普漏西其他ノ外国法律ニハ皆此規定アリ要スルニ登記上頭ハレタルモノヲ連続シテ甲ヨリ乙、乙ヨリ丙ト、登記面ニ顕ハレシメルガ為メ本条ヲ提出セリ之ガ為メニ登記名義人并ニ登記義務者ナル新熟語モ出ヅルコトトナレリ、登記義務者トハ登記ヲ承諾スル義務アルモノニシテ例ヘバ土地ノ売買ヲ為シタルトキハ売主ハ登記ヲ為スノ義務アリ、登記権利者トハ登記ヲ相手方ニ求ムル人ニシテ前例ノ買主ノ如キモノヲ謂フ」（『法典調査会・不動産登記法案議事筆記』・前掲注（151）・六七頁）。

(244) 更に、議事筆記において、EEG五条一項、GBO二六条が参照されるに過ぎないことも、同条がドイツ法起源であることの証左となろう。もっとも、同条に対しては、既に梅委員から削除すべしとの修正案が提出され（『法典調査会・不動産登

記法案議事筆記』・前掲注（151）・六七頁）、法典調査会での審議においても、「所有権保存登記が全然ない場合があることなどのゆえに、この種の手続的原則規定を草案のようなものにすることは不適当である、という意見が勝を制し、登記の連続（あるいは、登記面の形式的整合性）の確保ということは、旧登記法以来当然のことと考えられているから、そのことを一般的に正確に表現することが困難であれば、あえてその種の原則規定をおかなくともよい、ということになったものである」（幾代・前掲注(241)・一八頁注(18)。その結果、登記名義人の連続性の確保という「意義ハ賛成ナルモ文章ハ一応考フルコト」とされ（『法典調査会・不動産登記法案議事筆記』・前掲注(151)・六九頁〔箕作麟祥（議長）〕）、後の法典調査会での審議において、起草委員自身により、「登記済証ノアルトキハ不用ナリ」（同・二六二頁〔井上〕）との理由で、同条は削除されるに至った。

(245) 議事筆記では、旧登記法八条一項と並んで、BGB第一草案八二八条一項、八三三条一項、第二草案七九四条一項、七九六条一項、GBO一九条二項が参照条文として挙げられている。右条文の立法経緯に関しては、七戸・前掲注(101)を参照されたい。

(246) 富井政章『訂正民法原論（第二巻物権）』（有斐閣、大正一二年合冊復刻版・昭和六〇）四五頁以下。

(247) 繰り返し指摘したように、ドイツ法における「物権契約」概念は、登記申請段階において現れた当事者意思を、登記の手続的有効要件たる側面と、物権変動の実体的有効要件たる側面に理論的に峻別した結果生じたものに過ぎない。従って、富井のいうように、一七六条の意思表示が、債権的意思表示と区別された物権的意思表示を規定したものと解しつつ、登記申請に向けられた両当事者の共同申請意思の中に、実体的物権変動に向けられた物権的意思表示が通常包摂されていると理解することによって、一七六条にいう「意思表示」を登記時に求める立場、即ち、物権変動時期に関する登記時移転説を導くことは、一七六条の解釈論上充分可能と思われる。更に、右立場に、現行民法起草者が一七七条につき考えていた無制限説的理解を重ね合わせるならば、ドイツ法の成立要件主義とほとんど変わらない結論を解釈論上導くことも不可能ではない。もっとも、私見は、現時点において、右の如き解釈に必ずしも拘泥するものではない。ただ、我が国において将来、不動産物権変動に際して登記を具備することが通常であると一般に認識され、登記時に物権が変動するとの理解が普遍化した場合においては、敢えて立法という手段をとることなく、ドイツ法的な解釈を導けること、従って、現行一七六条・一七七条の下ではドイツ法的な解釈の余地は全くないとする、従来の学説の立場には疑問を抱かざるを得ないこと、また、一般論としては、ドイツ法におけるような登記中心の取引こそが近代的法取引にとって適合的であり、議論の中心は、起草者意思よりも、今日の不動産取引の実態及び理想におかれるべきことを指摘しておきたい。

(248) 前掲注（151）。なお、三五条・四九条には「登記権利者」「登記義務者」の用語が見出されるが、これについて、幾代教授

は『二六条一項のほか現行不登法中の各所に出てくる『登記権利者』『登記義務者』の語のすべてが（または能うかぎりすべてが）同じ意味をもつものとして理解されるのが自然だとすれば、そのような理解からは、当然に、前記の登記の連続の原則が前提されている、といわざるをえないのである（例えば四九条六号）」とされる。先述の如く、「登記権利者」「登記義務者」の用語は、現行不登法において新たに現れたドイツ法を承継する用語であるから、この点においても、三五条、四九条がドイツ法の影響下にあることが確認される。なお、ここにいう「登記の連続の原則」もまたドイツ法起源であることについては、次注参照。

(249) (a) 今日の学説は、我が不登法二六条の共同申請主義を「登記の連続の原則」を担保する制度と位置づけている（幾代・前掲注(24)②・七〇頁以下、吉野・前掲注(1)・五〇一頁、鎌田・前掲注(49)・八七頁以下）。しかしながら、同条がドイツ法起源である以上は、右にいう「登記の連続の原則」は、フランス法において確保されていた「公示の連続性の原則（effet relatif de la publicité）」とは、似て非なるものであり、登記名義人の連続ないし債権契約から抽象的された無因的な物権契約の連続を担保しても、フランス法におけるような債権契約たる登記原因事実の連続性を担保するものではないことが理解される。

(b) 一方、不登法四九条によって確保される登記の形式的確定力、即ち「登記が存在する以上は、その有効・無効を問わず、爾後何びとといえどもこれを無視して行動することができない、という効果」も、「登記の連続の原則とか、登記簿面の論理的整合性の要請などとして述べたところのものを、ここの登記そのものの側面において捉えたものにほかならない」とされるが（幾代・前掲注(24)②・四四七―四四八頁）、右四九条もまたドイツ法起源であることは、既に述べた通りである。

(c) 更に、先に触れた不動産登記法原案二九条（前掲注(242)）に関しても、「登記の連続の原則を宣明しようとしたもの」（幾代・前掲注(241)・一七頁）とされているが、ここにいう「登記の連続の原則」もまた、原因契約から抽象された無因的な物権変動の連続性を担保するものでしかない。

(250) 前掲注(208)参照。

(251) 舟橋・前掲注（8）②・二一二頁。

(252) 鈴木禄弥「普通の物権的請求権の制度以外に占有訴権の制度が存在することには、どんな意味があるか」幾代通＝鈴木禄弥＝広中俊雄『民法の基礎知識(1)』（有斐閣双書、昭和三九）八〇―八一頁、所収・『物権法の研究』（創文社、昭和五一）三八九頁、鈴木・前掲注(24)・六〇頁。同旨、川島・前掲注(25)・一三九頁、田中・前掲注(70)①・一〇四頁、同②・一五四頁、稲本・前掲注(170)・二四二頁、水辺芳郎「占有制度」星野英一編集代表『民法講座2（物権(1)）』（有斐閣、昭和五九）二九五頁、川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』（有斐閣、昭和四三）一〇八頁〔広中俊雄〕、広中・前掲注(24)・二三〇頁。なお、長谷部由

起子「仮の救済における審理の構造（3・完）――保全訴訟における被保全権利の審理を中心として――」法協一〇二巻九八頁以下（昭和六〇）参照。

(253) 田中・前掲注(70)①・一〇四―一〇五頁。

(254) 川島・前掲注(25)、鈴木・前掲注(24)、広中・前掲注(24)参照。

(255) 本文の表現は、三ヶ月・前掲注(71)・四三―四四頁（「 」内）を引用した上野・前掲注(69)・八二二頁による。

(256) 三ヶ月・前掲注(71)・四五頁。

(257) ドイツの占有訴権制度に関しては、三ヶ月・前掲注(71)・二八頁以下、藤原弘道「占有訴権の訴訟法上の機能と仮処分」『時効と占有』（日本評論社、昭和六〇、初出・昭和五三）二六四頁以下参照。

(258) 鈴木・前掲注(252)・八一―八二頁、藤原(弘)・前掲注(257)・二六九頁以下。本文の引用は、鈴木・前掲注(24)・六一頁による。

(259) これに対して、存在理由論の領域においてドイツ法的な前提に立たず、今日の我が国においては、登記の推定力が微弱なため、所有権の証明はしばしば困難なものとなるとの理由から、本権保護説をとる見解が存する（上野・前掲注(69)・八二六頁以下。なお、大塚・前掲注(69)・三四五頁注(31)）。この見解は、占有訴権と登記の推定力の補完関係を喝破した上での立論であり、注目に値するが、しかして問題は、第一に、現行民法立法段階におけるドイツ法への傾斜をどのように評価するか（この点につき上野・前掲注(69)・八二二頁以下）、また、第二に、我が国の法制度のあるべき方向として、旧来の占有を基軸とした所有権保護を目指すか、近代的不動産取引により適合的な登記を中心とした所有権秩序を志向するか、という点になる。

(260) 良永和隆「取得時効と登記」森泉章教授還暦記念論集『現代判例民法学の課題』（法学書院、昭和六三）二六二―二六三頁。

(261) なお、今日の我が国の法制度の下では、不動産に関する「権利の表象手段は占有ではなく『登記』であ」る、との理解からも知られるように、学説は、ドイツ法的な登記制度を念頭にこの問題を考えている。けだし、フランス法におけるが如き契約証書の謄本ないし抄本の公示システムを前提とするならば、右登記が表象するものは、売買等の「契約」であって「権利」ではあり得ないからである。かように、ドイツ法的な登記制度が念頭に置かれるとき、証拠保全の側面における登記制度と時効制度の関係は、次のように理解される。即ち、「ドイツ民法においては、動産・不動産を通じ物権変動に公信の原則を採用したため、取引安全の保護という目的はほとんどそれによって達成されてしまい、公信の原則によって保護されない場合にのみ、時効が取引安全に奉仕しうることとなる。また、不動産登記簿が整備されている以上、所有権の証明は比較的容易であり、

これ亦取得時効の機能を減少させる」（星野・前掲注(79)・一九四頁）。

(262) なお、一八六条（占有による善意推定）により「無過失」も推定されるとした場合には、かかる問題は生ずる余地がない。現行民法起草者の一人富井政章は、一八六条において無過失が規定されなかったのは「法文ノ不備」であり、解釈論的には善意の中に無過失も含むべきであるとする（富井・前掲注(246)・六四四頁、同「民法第一九三条ヲ論ス」法協三一巻二号一五頁以下（大正二）。しかしながら、大判大正五年三月二四日民録二二輯六五七頁は、右富井の見解と全く同趣旨の上告理由を排斥し、無過失は推定されないとした。その後も判例は、この立場を維持している（大判大正八年一〇月一三日民録二五輯一八六三頁、大判大正一〇年一二月九日民録二七輯二一五四頁）。一方、今日の学説の中には、富井と同様、一八六条の善意の中に無過失は当然含まれるとする見解も存するが（舟橋・前掲注（8）②・二四二頁、二九八頁）、しかしながら、多くの学説は、無過失は推定されないとしている。川島武宜『民法総則』（有斐閣・法律学全集17、昭和三五）五六五頁、我妻=有泉・前掲注(20)・四七九頁、四宮和夫『民法総則（第四版）』（弘文堂・法律学講座双書、昭和六一）三〇二頁。

(263) 判例において、短期取得時効の「無過失」要件を推定した事例は、戦前において顕著である。大判大正二年六月一六日民録一九輯六三七頁、大判大正一五年一二月二五日民集五巻一二号八九七頁（本件評釈——末弘厳太郎・判例民事法大正一五・昭和元年度〔一二六事件〕六三五頁（昭和三）、東京控判昭和一五年一月二五日法律新聞四五五八号七頁・法律評論二九巻五号四八頁〔民法三八四頁〕、朝鮮高等法院判昭和一五年七月二日法律評論二九巻一二号六六頁〔民法九六二頁〕（「善意無過失」が推定されるという。しかし、「善意」は一八六条により推定されるはずである）。但し、特殊な事例ながら、無過失の推定を否定した事例も三例ある。大判昭和一五年九月一一日判決全集七輯一二七一頁（換地前の登記につき登記の閲覧が困難な場合には他の方法で調査すべきものとする）、大判昭和一七年二月二〇日民集二一巻三号一一八頁（本件評釈——長野潔・民商一六巻一号一〇五頁（昭和一七）、村松俊夫・日本法学八巻七号六八頁（昭和一七）、来栖三郎・判例民事法昭和一七年度〔九事件〕三二頁（昭和二四）（境界紛争事例において登記面の地積の表示による推定を否定）、大判昭和一七年一一月一一日法律新聞四八一九号五頁（被相続人名義の登記を調査しただけでは足りない）。のみならず、登記の存在から、本来証明対象とならないはずの「過失」を推定した事案がある。大判大正五年三月二四日民録二二輯六五七頁、大判大正一四年三月二三日法律新聞二三九号三頁。これは、当時の判例が、主観的証明責任論に立脚していたためであろう。もっとも、フランスの訴権体系における双面訴訟的な理解——当事者が各々所有権の取得原因を主張し、裁判官は何れが当事者らしいかを相対的に判断する——に立てば、かかる判示も理解できないことではない。

(264) 一方、学説は、右判例の態度を次のように評価した。

「吾々はかくして吾民法上登記に公信力なきことによつて生ずる不都合が十年の取得時効を援用することによつて除かれ得る、即ち善意取得者は即時に登記の公信力を援用することは出来ないがその後十年経過しさへすれば最早真実の権利者によつて取戻される虞がないと言ふ原則の判例上明示せらるゝに至つたことを喜ぶものである。」（末弘・前掲注（263）・六三九頁）

我が国の学説が、登記の推定力に関して注目し始める契機も、右「無過失」の推定にあった。登記の推定力につき独立した項目を設ける学説が、専ら右「無過失」の判例を念頭にこれを論じていることからも、このことが知られる。我妻・前掲注（8）①・二二巻一五二頁注(二)、我妻・前掲注（8）②・一一九頁、石田・前掲注（8）①・一三二頁註一、近藤・前掲注（8）・二二頁、田島・前掲注（8）・九六頁等。

(265) 星野・前掲注（1）①・八二頁、加藤・前掲注（1）・八七頁、なお、本文の表現は吉野・前掲注（1）・二三三頁による。過失の推定の問題は「いわば実体法的な側面」とする間中・前掲注（1）①・四三頁、同②・一三六頁も同趣旨か。

(266) 『注釈民法(7)物権(2)』（有斐閣、昭和四三）三五頁〔稲本洋之助〕は、「ここでは過失の有無の認定を不動産取引に際して登記簿および戸籍簿上の異常を看過したか否かの判断にしぼり、公簿上の確認がなされたことに立証責任を限定して、その限りで無過失は推定されないものとみるのが妥当であろう」とする。私見も、基本的には右見解を支持したいが、但し、登記中心の取引を誘導するためにも、無過失の推定＝証明責任の転換は登記に限定すべきで、これを、必ずしも取引安全のために設けられた制度ではない戸籍簿・土地台帳等の公簿一般について認めるべきではないと考える。更に、遠藤浩＝水本浩＝北川善太郎＝伊藤滋夫編『民法注解・財産法（第一巻・民法総則）』（青林書院、平成元）七五四―七五五頁〔徳本伸一〕参照。

(267) 登記による「無過失」の推定の有用性は、今日ではむしろ九四条二項類推適用法理において問題となるであろう。けだし、判例は、九四条二項の善意の立証責任は第三者にあるとしており（大判昭和一七年九月八日法律新聞四七九九号一〇頁、最（三小）判昭和三九年五月一二日民集一四巻一号三六頁）、従って、もしここで登記から「善意」あるいは「無過失」が推定されるならば、第三者の証明の負担は著しく軽減され、登記を信頼した第三者の保護される余地が拡張されると考えられるからである。

(268) 登記を中心とした取引秩序を確立する方向に誘導することが望ましい、との認識は、例えば、九四条二項類推適用法理や、取得時効と登記の議論からも知られるように、判例・学説の一般的傾向であったはずである。にも拘らず、登記の推定力に関してのみ、これを否定的に解する傾向が強いのは、一貫した態度とはいえないように思われる。この点に関しては、更に、神田・前掲注（1）①・一一七―一一八頁参照。

(269) 前掲注(139)。更に、従来の学説においては「公示の要請」が実質的根拠として挙げられていた。この点は、後に改めて論ずる。

(270) 前掲注(154)参照。なお、神田・前掲注（1）①・一一七頁は、占有の権利推定力を参照しつつ、「我が民法上では公信力と法律上の権利推定力との連続はたち切られていることを認めざるをえないこととなる。にもかかわらず、登記の推定力についてのみ、公信力と法律上の権利推定の連続を承認しなければならぬ理由はない」とする。もっとも、占有の推定力については争いがある点に留意しなければならない。

(271) 以上「　」内は兼子・前掲注（1）・三〇九頁。なお、前掲注（4）参照。

(272) 前掲注(28)参照。

(273) 法律上の権利推定につき類推適用（Analogie）が認められることに関しては、ROSENBERG, Beweislast, § 16 III 1, S. 241.（ローゼンベルク・前掲注（11）(b)・二九〇—二九一頁）。

(274) 阿部・前掲注（1）・二四五頁注（13）は、「法律上の推定は、制定法上明文化されている場合に限定されるのかどうかは、文献上明示されていないが、実質的にみて、推定すべきことが法規範化されているならば、法律上の推定といってよいであろう」とされる。なお、ROSENBERG, Beweislast, § 16 III 1, S. 241.（ローゼンベルク・前掲注（11）(b)・二九〇頁）は「権利推定の法源は『法規（Rechtsnorm）』〔原文ゲシュペルト〕に限る」とするが、他方、事実推定に関して「その根拠として何らかの『法源（Rechtsquellen）』（法律（Gesetz）ないし慣習（Gewohnheit））の存在するもののみが扱われる」（§ 15 IV 1, S. 222. 二六八頁）としているところよりすれば、慣習法も法律上の権利推定の法源となり得るように思われる。しかして、先述の現行民法・不動産登記法の構造よりすれば、証明の困難性の救済を（占有制度ではなくして）登記の推定力によって行なうべきことが、法制度の全体秩序として要求されているというべきではあるまいか。

(275) 民法二二九条（境界線上の設置物の共有推定）、二五〇条（共有持分の均等の推定）、七六二条（夫婦間の帰属不明財産の共有推定）、手形法一六条一項（裏書の資格授与的効力）、小切手法一九条（同上）等。兼子・前掲注（1）・三二六頁、三ケ月・前掲注（2）①・四一七頁参照。

(276) 前掲注（29）参照。

(277) 若林・前掲注（48）・一九—二〇頁。

(278) この点に関しては、さしあたり、伊東乾『弁論主義』（学陽書房、昭和五〇）七一頁以下参照。

(279) この結論もまた、登記及び占有の推定力によって「悪魔の証明」の問題は生ずる余地がないことを前提とする、ドイツ法

の議論を参照したものであろう。この点に関しては、七戸・前掲注(41)⑤・七三―七四頁及び同所に掲げた文献参照。

(280) 前掲注（43）参照。

(281) 前掲注（138）参照。

(282) 舟橋・前掲注（8）②・二七九頁、水辺・前掲注(252)・二六七―二六八頁。

(283) 間中・前掲注（1）①・四二頁。

(284) 信濃・前掲注（1）・一三〇五号一二頁注（36）。

(285) かつて筆者は、論理の問題のみを捉えるならば、フランス法的な所有権の相対的証明という処理を、我が現行法において承認することは可能であると考えた（七戸・前掲注(41)⑤・八七頁）。しかしながら、問題は、それが、我が国の取引の理想ないしあるべき方向に適合的か否かという点であった。

(286) 小中・前掲注（22）・一四頁、六五頁（一〇三―一〇四頁）。同旨、花田・前掲注（22）・五六頁（一二〇頁）。

(287) 前掲注（87）参照。

(288) 前掲注（221）参照。

(289) 神田・前掲注（1）①・一二一頁、松本・前掲注（1）・二二四―二二五頁。

(290) この点は、既に従来の学説によって指摘されているところであった。例えば、荻・前掲注（1）・三一頁は、「登記に物権変動の原因事実及び変動自体（之は一種の権利推定であろうか）のありたることの推定力を二つながら認めようとする」見解に対して、「変動原因と区別して変動自体の推定力を論ずることは余り意味がない」とされる。また、神田教授は、権利推定と並んで権利取得推定を認める舟橋教授・鈴木教授の見解を「無因の物権変動自体を推定するもの」と評価した後（神田・前掲注（1）①・九三頁）、無因的な物権変動自体というものが、理論上承認しうるのかどうかも問題であろう」とされる（一二〇頁）。

(291) 前掲注（215）参照。

(292) 前掲注（223）参照。

五　結　語

(一)　登記の推定力の位置づけ

ところで、我が国においては、登記の対抗力・公信力に対して、推定力は「登記の付随的効力」として位置づけられるに過ぎず[293]、また、それら三者の間の構造上・機能上の相互関連性も、さほど問題とされてこなかった。しかしながら、ここでは、さしあたり、次の二点を提示しておきたい。

その第一は、登記の推定力と、対抗力・公信力の、歴史的法構造における等質性の問題である。即ち、発生史的に見るならば、登記は、当初、証拠保全機能（それは実体法と訴訟法が峻別されない過去の時代においては、同時に物権変動の実体法的な成立要件でもあった）を担う制度として、換言すれば「当事者保護機能」を担う制度として登場し、それが、近代初頭の不動産取引（とりわけ占有から権利の所在を覚知し得ない抵当取引）の頻繁化に伴い、第三者に権利の所在を覚知せしめるための制度（＝公示制度）としての側面、言い換えれば「第三者保護機能」を担う制度としての側面を、新たに付加されたものとして理解される[294][295]。しかしながら、今日の登記は、過去の時代における証拠方法としての側面を払拭してしまったわけではなく、むしろ、過去の証拠としての法律構成を、近代的法制度へと積極的に転用したものである。即ち、既に触れたように、登記の公信力は、ゲヴェーレの権利推定力の近代的転用であり、BGB八九二条の解釈論においても、八九一条の覆滅し得る推定に対して、これを「善意」要件加重の下に反対証明を遮断する制度と理解されており[296]、更に、これを端的に「覆滅し得ない法律上の推定」である、と説く見解も存する[297]。他方、対抗力に関しても、（おそらくは「取得権原」と「善意」による所有権取得（＝「取得のための権原と方式（titulus et modus aquirendi）」理論）を念頭に[298]）登記の欠缺から第三者の善意が推定される結果、右第三者は第一

譲受人に対抗し得る、また、登記の存在から第三者の悪意が推定される結果、右第三者は対抗できない、と説明されることがあり[299]、ボワソナード旧民法も、対抗力を、契約の「善意」に関する「覆滅し得ない法律上の推定」として規定している[200]。即ち、公信力は「権利」に関する推定として、また、対抗力は「認識（connaissance）（＝善意・悪意）」に関する推定として、共に推定力の下部概念として位置づける可能性が存するのである[301]。

第二は、推定力とその他の効力の、公示の原則における機能面での示置づけの問題である。「公示の原則（Publizitätsprinzip）」の用語法に関して、学説は必ずしも一様ではなく[302]、例えばドイツの学説は、これを「公信の原則」の意味に解するものと[303]、公信の原則を含めた種々の公示強制効力を生ぜしめる根拠原則ないしは上位概念として用いるものに分かれているが[304]、後者の用語法をとる学説においては、成立要件主義・公信力と並んで、しばしば推定力が挙げられている点に留意したい。ところで、星野教授も指摘されるように、「その〔＝公示を強制する〕方法、逆にいえば公示をしないことに対するサンクションはいろいろありうる[305]」のであり、従って、先の学説が公示の原則の効果として挙げる成立要件主義を、右の観点から捉え直すならば、権利移転効果の発生という利益ないしはその不発生という実体法領域での直接的なサンクションを提示することによって、当事者に公示の具備を促す機能を有することになる[306]。また、公信力に関しても、無権利の瑕疵の治癒という利益を示すことによって、同様に登記による取引（＝登記の具備）を促進させる機能を有する。登記の権利推定力についても、右諸制度と同様の事理がいえる。即ち、法律上の権利推定力は、登記名義人に訴訟上の有利な地位を付与し、逆に、登記名義を有さない権利者に立証の負担というサンクションを提示することによって、登記具備を促進させる機能をも有しているわけである[307]。右機能を有する点において、いまや法律上の権利推定と解すべき我が国の登記の推定力は、対抗力と同等に論じられるべきであろう。即ち、対抗力が実体法の側面において（もっともこの点に関しては争いがあるが）間接的な公示強制を行なうのに対して、推定力は訴訟法の側面において、同様に間接的公示強制を行なう。かかる公示の原則の重要な担い手として、法律上

の権利推定としての登記の推定力は、もはや登記の「付随的効力」ではあり得ないのであり、振り返って考えるならば、右機能の重要性もまた、我が国の登記の推定力を法律上の推定と解すべき根拠の一つになり得よう。

(二) 今後の課題

以上本稿では、登記の推定力の効力・内容は、その国の不動産実体法あるいは不動産手続法（＝登記法）の構造と密接な関係に立つ、という問題意識をライト・モチーフとして、フランス法・ドイツ法との対比において、我が国における登記の推定力の効力・内容を検討してきた。そこからは、我が国の登記に関しても、ドイツ法と同様の「法律上の権利推定」力を認めるべき基礎――法制度の構造におけるフランス法からの乖離とドイツ法への接近――があり、かつ、必要性――「悪魔の証明」からの権利者救済を問題の基点とした、登記への信頼保護・取引安全、公示の要請――がある、との結論を得た。

しかしながら、右の如き問題設定の制約上、我が国における判例の詳細と、解釈論における具体的論点については、論じ足りなかった部分も多い。とりわけ、具体的な訴訟において、登記の推定力がどのように機能するか[308]、また、具体的にいかなる反対証明により覆滅されるかが問題である。ここでは、BGB立法過程の議論あるいは立法直後の学説におけるように、登記原因となった特定の行為の不存在の証明、あるいは、その後の特定の権利消滅原因事実の存在の証明で足りるとすることが、ゲヴェーレの権利推定力の継受という沿革に最も適合的な解釈ではある[309]。しかしながら、今日の法律上の権利推定の定義の下では、かかる反対証明は、維持できないようにも思われる。そうであるとすれば、我が国の登記制度がドイツ法の継受であることに鑑み、今日のドイツにおける通説的見解、即ち、登記原因事実の不存在の証明に加えて、弁論その他の状況から他の取得原因事実が顕現された場合には、右事実の不存在も証明しなければならないとする立場[310]を承継することが妥当と考えられる。この点は、訴訟における事案解明義務の議論

等も含めて[311]、更に今後検討してゆきたいが、何れにせよ、その結論は、反対説が憂慮するほど酷なものとはなり得ないであろう。けだし、そもそも明文規定が存在しないにも拘らず、登記に法律上の権利推定を認めた根拠は、証明の困難性救済、登記への信頼保護・取引安全、公示の要請という合目的的考慮に求められていたのであり、従って、反対証明についても、右合目的的考慮に合致する限りで、その対象ないし難度が設定されるであろうからである。その意味では、既に多くの学説が指摘するように、登記の推定力を事実上の推定と解するか法律上の推定と解するかでは、結論的に大きな差が生ずるわけではない[312]。むしろ、ここでまず問われるべきは、「悪魔の証明」問題に対して、登記の推定力を法律上の推定と解することによって対処し、同時に、訴訟において登記を援用する当事者を優遇する旨を提示することを通じて、登記中心の取引秩序の確立を目指すか、あるいはこれを放棄し、「悪魔の証明」救済策を、占有等の他の制度に求めるか、という基本的姿勢の問題なのである。

(293) 舟橋・前掲注（8）①・八一頁、舟橋・前掲注（8）②・二一二頁、舟橋諄一編集『注釈民法(6)物権(1)』（有斐閣、昭和四二）三六二頁〔川島一郎〕、吉野・前掲注（1）・二二七頁。

(294) 川島(武)・前掲注(25)・二六一―二六二頁は、近代以前における、登記をはじめとする所有権移転方法が「権利者自身のために彼の支配そのものを確保する」制度であるのに対して、「近代法における公示は、すでに確立された観念的権利を第三者のためにふたたび現実化することを目的としている」と説く（傍点原文）。なお、右の登記制度の目的の変化は、国王・領主あるいは国家の領地把握・租税徴収といった公法目的の制度（土地台帳・租税台帳としての機能）から、私人間の土地取引に便宜を図る、純粋な私法的制度へと変貌する過程と、同時的に進行した点にも留意すべきである。

(295) 「当事者保護機能（＝証拠保全機能及び権利移転機能）から第三者保護機能へ」という登記制度の目的の変化を如実に示すモデルとして、例えば、林毅「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力――シュライン制度の研究序説――」世良晃志郎還暦記念(上)『法と権力の史的考察』（創文社、昭和五二）一〇九頁の紹介する、登記が単なる証拠方法から成立要件化し公信力を付与されるに至ったケルンの例が興味深い。他方、近世初頭のドイツ・フランス、更には日本における登記制度の発展も、大局的にみれば、「当事者保護機能（＝証拠保全機能及び権利移転機能）から第三者保護機能へ」あるいは「（土地台帳・租税

台帳としての機能を担う）公法的制度から（公示制度としての機能を担う）私法的制度へ」というシェーマのうちに論ずることが可能である。

(296) Planck-Kommentar, 3. Aufl., § 891 Erl. 4, S. 132; Wolff-Raiser, § 45, S. 141; Westermann, § 85 II 2, S. 403; Rosenthal-Kommentar, § 891, RZ. 3081, S. 997; Staudinger-Kommentar, § 891 (Gursky), RZ. 1.

(297) Münchener-Kommentar, § 892 (Wacke), Rz. 2, S. 239; Westermann, Sachenrecht. § 85 I 2, S. 403. 更に、前掲注(100)、七戸・前掲注(41)・九四頁注(81)参照。なお、Staudinger-Kommentar, § 892 (Gursky), RZ. 6. が、公信力は「擬制」か「覆滅し得ない推定」かにつき詳細な検討を加えている。更に、Jauernig-Kommentar, § 892 (Jauernig) Anm. 1, S. 975-976.

(298) この点を検討する資料を探り当てられないのを遺憾とする。御教示いただければ幸いである。あるいは、ポティエも述べていたプブリキアーナ訴権とも関連があるのだろうか。前掲注(85)参照。

(299) Mourlon (Frédérie), Traité théorique et pratique de la transcription et des innovations introduites par la loi du 23 mars 1855 en matière hypothécaire, t. 2, 1862, n° 451, p. 78; Boissonade (Gustave Émile), Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaire, Revue pratique de droit français, t. 30, 1870, pp. 537 et suiv.; Bastian (Daniel), Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, thèse Paris, 1929, pp. 86 et suiv.; Ginossar (Serge). Liberté contractuelle et respect des droits des tiers. Émergence du délit civil de fraude, 1963, n° 21, note (101), p. 52; Guestin (Jacques), Traité de droit civil, Les obligations — Le contrat, 1980, n° 347, pp. 270 et suiv.; Duclos (José), L'opposabilité (Essai d'une théorie générale), Bibl. dr. privé, t. 179, n° 248, note (3), p. 283. もっとも、各学説の間には、そのニュアンスに若干の相違がある。詳細は、七戸・前掲注（41）①・七九頁以下、七戸・前掲注（41）④・七四頁以下。なお、近時、「対抗」の一般理論の曖昧さを批判する論稿も現れた。Lévis (Marc), L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits, Coll. dr. civ., Série: Études et Recherches, 1989.

(300) 草案一四二三条・証拠編八六条一項第三° V° Boissonade, Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, 2e éd., t. 2, 1883, nos 205 et suiv., pp. 209 et suiv. 七戸・前掲注（41）①・七三頁参照。

(301) 一方、我が国においても、阿部・前掲注（1）・二三八頁は「登記の記載どうりの実体的な関係が存在すると『推定』させる効力が推定力だとすると、さらに一歩を進めて、登記には、記載どうりの実体的な関係が存在すると『擬制』させる効力が認められていないかどうかが問題となる。このような登記の効力を公信力というが……」と述べておられる。先に触れたよ

うに、我が国では、旧民法において、反対証明を許さない「覆滅し得ない法律上の推定」なる概念が認められていたが、今日においては、ドイツ法の影響を受け、右「覆滅し得ない法律上の推定」は「擬制」に他ならないとされるに至ったものである。従って、（今日においても「覆滅し得ない法律上の推定」概念を認めるか否かはともかく）推定力と公信力を、いわば連続した関係として理解する基礎は、我が国においても整っているというべきである。

他方、対抗力に関しては、かつて田島・前掲注（8）・六七頁注（3）が、公信力との対比において次のように述べていたのは注目に値する。

「我民法は此種の取扱〔＝公信力〕を否定した。公示主義は其最少限度の要求として尚前の権利に対する審査主義の免除なきも（真正の権利者としての登記せられたる者との取引のみが保護せらるゝ）公示なき権利変動を自己のために無視し得ることを目的として成立し得るからである。此の場合に然るべき善意の第三者の保護は、登記につきて適当の審査の結果、前主の権利の成立を確め得る場合に、登記簿上の前主が真実の権利者としての推定をうくることであり、公示なき権利変動が第三者の保護の為に否定せられなければならぬとすることである。」

ここで「公示なき権利変動を自己のために無視し得る」という表現は、フランス法におけるとほとんど同一であるが、「善意の第三者の保護」を「登記簿上の前主が真実の権利者としての推定をうくること」により図る、との表現は、先のフランス法学説と若干異なることが理解される。なお、ここでは「公示主義」の用語が「対抗要件主義」を意味しているが、この点に関しては、次注参照。

(302) この点に関しては、星野英一「物権変動論における『対抗』問題と『公信』問題」『民法論集（第六巻）』（有斐閣、昭和六一）一三四頁以下に詳しい。教授はまず、《Publizitätsprinzip》の用語法には、次の二つの意味があることを指摘される。その第一は「公示の要求される根拠という面では、物権の対第三者効から帰結される要請という意味で」使われる場合であり、第二は「公示の効力……逆にいうと、公示をしなかった場合にどうなるか」という側面で用いられる場合である（「　」内は全て一四〇頁）。このうち第一の用語法は、クローメから鳩山秀夫・我妻栄へと引き継がれ、我が国の一般的理解となっているが、これに対して、ドイツにおいて、この用語は後者（＝公示の効果）の中でも「大体公信力の意味に使われて」いる（一三九頁）。従って、「公示の効果という面では、日本における『公示の原則』とは、登記の対抗要件主義をいっているだけのことですから、あまり事々しく『公示の原則』などという必要もない」とされる（一四〇頁、更に一三九頁）。なお、田島・前掲注（8）・六七―六八頁注（3）にも同様の分析がみられる。

(303) この見解に立つ学説については、星野・前掲注（302）・一三九頁、星野英一「我妻栄民法学の足跡――『民法講義』な

ど——」『民法論集（第四巻）』（有斐閣、昭和五三）四三頁、四五頁注（三）、六二頁参照。本稿で引用した SCHUBERT, Die Entstehung der Vorschriften, supra (101) も右用例に依拠している。この中では、とりわけ HEDEMANN, supra (143), S. 4. の用語説明が、極めて有用と思われるので、多少長くなるが以下に参照する。

「本書においては、『公信力（Gutglaubensschutz）』は、主として《Publizität（publicité）》の用語によって表わされる。……しかしながら、時として、前世紀〔＝一九世紀〕の文献中には、この用語を異なる意味で理解するものがある。即ち、しばしば『登記主義（Eintragungsprinzip）』〔＝成立要件主義〕が、公示の原則（Prinzip der Publizität）と同一視されているのである。……そこでは、『消極的効力（nagative Rechtskraft）』に、『積極的（positiv）〔効力〕』が、等置されているのである。ここでは、『公示（Publizität）』の用語を上位概念（Oberbegriff）とし、消極的公示効果（negative Publizitätswirkung）（これが本書にいう登記主義であり、未だ登記がなければ、有効ではないとするものである）と積極的公示効果（positive Publizitätswirkung）（これは他の用語でいえば公信力（Gutglaubensschutz）である）として論ずることを、妨げるものではない。しかしながら、これは、むしろ通常ではなく、それ故『好ましく（empfehlenswert）ない』。

更に、時として、公示（Publizität）の概念の中に、登記簿の『一般公開性（allgemeine Zugänglichkeit）』（大衆（Publikum）のための！）を含ましめるものもある。これもまた、好ましい用語法ではない。本書では、一般公開性は、『不動産登記簿の公開性（Öffentlichkeit des Grundbuchs）』の用語の下に扱っている。

フランスの文献においては、《Publizität》に対しては、公信力の意味である『〔完全な〕証拠力（force probante）』という適切な用語が、一般化している。これに対して、《publicité》の用語は、さまざまな意味で用いられる。時折（改訂版（Reformliteratur）においては）、これは、証拠力と同一視されるか、あるいは、両者を含む概念として取り扱われている。しかしながら、一九世紀全般を通じてずっと、この用語の使用法は、『第三者効力（Drittwirkung）』〔＝対抗要件主義〕の意味において用いるのが支配的であり、また、後に述べる一八五五年登記法における意味も、そうである。即ち、同法は、公信力（『積極的』効力）を明確に排除し、第三者に対する『消極的』効力（その反対が本書にいう『登記主義』である）を《publicité》と指称した。近時の文献もまた、『登記の絶対性の原則（principe absolu de l'inscription）』（この下では、新たな登記に際しても常に前主（Vormann）が登記されなければならない、即ち、例えば本書において『登記の連続の原則（Prinzip der fortgesetzten Kette der Eintragungen）』として示したところのものとして、理解されるに過ぎない）との対置を、好んで用いている。」

(304) もっとも、この見解においても、公示の原則の下部概念ないし効果として、いかなるものを挙げるかは、一様ではない。手許にある文献を参照した限りでは、次のような用例がみられた。

(a) Hedemann, Sachenrecht, § 17 V, S. 101. は、「これ（公示主義）は、『広義には』、土地に関しては、土地取引全体のための資料が設けられるべきであり、その結果『大衆（Publikum）』に公開される（zugänglich）、ということを意味する。『狭義かつ本来的な意味においては』、外部から見る者が、登記簿の正当性を信頼することができ、その善意によって、登記簿の登記が虚偽であった場合にも、権利を取得することを意味する」と述べる。ヘーデマン自身、自己の提唱する用語法が必ずしも定着していないことを承認している、といえようか。これと同様の理解をとるのは、Soergel-Kommentar (Kolhammer-Komm.), Bd. 5, Sachenrecht, 1978, Einleitung (Mühl (Otto)), RZ. 34 d, S. 12; RZ. 39 d, S. 12. であり、「法律行為による不動産物権の取得に関する諸原則」が、「実質的土地法（materielles Grundstücksrecht）」と「形式的土地法（formelles Grundstücksrecht）」に分けられ、前者の内容の一つとして「公信の原則（Grundsatz des öffentlichen Glaubens）」（括弧書きで「実質的公示主義（materielle Publizitätsprinzip）」とある）が、後者の内容の一つとして「形式的公示主義」（formelles Publizitätsprinzip）」（GBO一二条）が各々挙げられている。

(b) Westermann, Sachenrecht, 3. Aufl. は、公示主義につき《Offenkundigkeit》の用語法を使い、その内容として、一方で推定力と登記簿更正請求権（§ 3 I 2, S. 13）を、他方において成立要件主義（§ 3 II 2, S. 16）を挙げている。

(c) Schwab, Sachenrecht, § 2 I, S. 5 f. は、登記簿公開の原則と、成立要件主義を挙げる。

(d) Baur, Sachenrecht, § 4 II, S. 28 ff. は、公示の原則の効果として「権利移転効果（Übertragungswirkung）」「推定効果（Vermutungswirkung）」「公信効果（Gutglaubenswirkung）」の三つを挙げる。この見解は、Münchener-Kommentar, Bd. 4, Sachenrecht, Einleitung (Quack (Friedrich)) Erl. 4, RZ. 45-49, S. 11; Staudinger-Kommentar, 12. Aufl., Bd. 3, Sachenrecht, Einleitung; §§ 889-893, 1986, Einleitung zu §§ 854 ff. (Seiler (Hans Hermann)) Erl. 5, Rz. 56. に引用されている。

(e) なお、於保不二雄＝高木多喜男（補遺）『現代外国法典叢書(3)独逸民法〔Ⅲ物権法〕』（有斐閣、昭和三〇）三三頁は、「之〔＝公示主義〕は形式的には登記簿公開の原則として、実体的には推定的効力公信力として現はれてゐる」とする。

(305) 星野・前掲注(302)・一四〇頁。

(306) von Hoffmann, supra (57) は、「登記主義（Grundbuchsystem）は、直接的な登記強制（unmittelbarer Eintragungszwang）を意図したものである。……また、それは、登記に、積極的公示効果（positive Publizitätswirkung）を付与するものである」(S. 50) とし、他方、フランス法主義は、「登記の懈怠の場合に、取得者に対して消極的効果が課せられる。それによ

って、間接的登記強制（mittelbarer Eintragungszwang）が基礎づけられる」（S. 50-51）と述べる。

(307) もっとも、種々の推定覆滅方法の提言により、反対証明の対象が合理的範囲に限定されている以上、証明責任判決を下され敗訴するという事態は、ほとんど生じ得ない。ここではむしろ、登記中心の審理が行なわれ、（判決内容はともあれ）訴訟追行過程において一方当事者に有利な展開がなされることが当事者に提示されることにより、当事者に登記の具備の必要性を認識させる点にこそ、登記の推定力を法律上の推定とした意味があるというべきであろう。一応の推定につき、同趣旨を述べるものとして、信濃・前掲注（1）・一三〇二号一〇―一一頁注（15）。但し、我が国の登記が権利を反映する蓋然性が低いとされる以上、一応の推定という構成は成り立たない。

(308) これは、あたかも自主占有の効果としての権利推定に対して、瑕疵ある占有の証明によって、推定の前提事実たる自主占有の存在を否定するのと同様（前掲注（64）・（66）参照）、有効な登記の効果たる権利推定に対して、当該登記の有効要件の不存在を証明することにより、推定規定の適用排除を図ったものである。しかしながら、登記申請の手続法的要件たる「許諾」が、同時に、実体法上の権利変動の成立要件たる「物権契約」ないし「物権的合意」としても評価し得る、という二重構造の結果、反対証明としても位置づけられることになる。

(309) ここでは、具体的訴訟類型ごとに登記の推定力の内容及び効力を検討する神田・前掲注（1）③・一五八号五頁以下の手法が有用であろう。

(310) 前掲注(33)・(222)参照。

(311) 所有権証明の問題につき、証明責任を負わない相手方の事案解明義務からのアプローチを示唆するものとして、MEDICUS, supra. (215), S. 77 ff. なお、田辺・前掲注(215)・一二八頁参照。

(312) 星野・前掲注（1）①・八五頁、阿部・前掲注（1）・二二二頁、二二五―二二六頁。

【追記】
本稿は、平成元年度慶應義塾学事振興資金による研究補助（各個研究A）に基づく研究の一部である。