

Title	日本における登記制度と公証制度 (の機能不全)
Sub Title	(Dificuldade funcional no) Sistema registral e notarial no Japão
Author	七戸, 克彦(Shichinohe, Katsuhiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.12 (1999. 12) ,p.245- 281
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	新田敏教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19991228-0245

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.

日本における登記制度と公証制度（の機能不全）

七 戸 克 彦

- 一 問題の所在
- 二 日本の不動産実体法（民法）
 - (一) 日本法の概要
 - (二) フランス法系の基本原則とドイツ法系の法制度の矛盾・抵触問題
 - (三) フランス法系の基本原則を支える基礎構造の欠缺問題
- 三 日本の不動産手続法（登記法）
 - (一) 日本法の概要
 - (二) ドイツ法系の登記制度とフランス法系の基本原則の矛盾・抵触問題
 - (三) ドイツ法系の登記制度を支える基礎構造の欠缺問題
- 四 日本の登記制度及び公証制度の将来

【前注】

本稿は、一九九九（平成一一）年七月九日、慶應義塾大学において開催された、慶應義塾大学法学部IIサンパウロ大

学法学部学術交流協定二〇周年記念シンポジウム「日本とブラジルの法と社会——過去から未来へ——(Simpósio Comemorativo dos 20 Anos do Intercâmbio Acadêmico KEIO-USP "Direito e Sociedade no Japão e no Brasil — de Passado a Futuro—)」における「共通テーマ②「日本とブラジルの登記制度の比較——公証制度を中心に——」につき、キョウイチ・キクタ (Kioisi Chikuta) サンパウロ州民事控訴院判事の報告「ブラジルにおける公証制度と登記制度 (Sistema notarial e registral no Brasil)」と対をなす形で、筆者が担当した日本側からの報告に、加筆・修正を加えたものである。

それ故、筆者の報告内容は、日本における不動産登記制度と公証制度（右登記事務に関する）の現状と問題点を外国人法学者に紹介するものに過ぎず、日本人法学者側に新たな視点を提供するものではないが、これを記録に残すことも意味のあることと考え、本文に関しては、見出し番号【1】【2】……の打ち直し等の若干の変更を行ったほかは、当日配布した報告原稿の内容に手を加えていない。これに対して、注の部分は、全て今回新たに追加したもので、当日配布の報告原稿において省略した出典の挙示のほか、このテーマに関する筆者の見解等を掲記した。

なお、当日の報告において、キクタ判事は、不動産物権変動につき登記⁽¹⁾成立要件主義を採用するブラジル法が「特に米国とフランスの制度と比較して、……世界で最も優れた制度の一つ」であるとする世界銀行の評価を引用し、かつ、右登記の真实性を保障するため登記官の実質的審査権能その他厳格な登記手続がとられている旨を紹介する一方、ブラジルにおける公証人 (notario) が「裁判外司法サービス (serviço extrajudicial)」の最古の制度の一つであり、「その職務は、単に証書を作成することだけでなく、……その法律行為に対して当事者の信頼の要素として機能し、かつ、助言を通じて将来の係争を予防するという効果を生じさせるような法的形式を付与」する点にあることを指摘した。⁽³⁾ 右ブラジル側報告は、物権変動の成立要件につきフランスと同様の意思主義を採用し、しかも、登記官・公証人等が不動産物権変動の実質的審査機関として必ずしも十分に機能していない日本の現状報告との間で、顕著な対比を示す結果になったことを、特に付記しておきたい。

一 問題の所在

【1】ごく一般的にいえば、日本の民法法領域の立法・学説に多大な影響を及ぼした外国法は、フランス法及びドイツ法である。そして、この点は、本報告の対象である不動産法の領域においても例外ではない。

日本の不動産物権変動の実体法は、一八九六（明治二九）年・一八九八（明治三一）年「民法」により規律されており、ここでは、フランス法系の物権変動の諸原則が採用されている。ところが、同法典は、その編別方式に関しては、ドイツ法（サクセン法）のパンデクテン・システム（Pandektensystem）を採用しており、また、この法典の債権法なканずく契約法は、概ねドイツ法の立場を継受している。

一方、不動産物権変動の手續法（登記法）に関しては、日本の場合、これを規律するのは一八九九（明治三二）年「不動産登記法」であるが、同法典はドイツ法（プロイセン法）の影響を強く受けている。

【2】だが、こうした日本におけるフランス法系・ドイツ法系の法制度の混淆状態は、二つの側面において困難な問題を生ぜしめる結果となった。

ここにいう二つの問題とは、これを不動産実体法の側から述べるならば、その第一は、フランス法系の物権変動の実体法原則とは異なる法制度を採用したこと由来する、両法制度間の矛盾・抵触問題であり（I）、第二は、フランス法系の実体法原則を背後から支えるフランス法系の諸制度を採用しなかったこと由来する、フランス法系の実体法原則運用の困難性の問題である（II）。

あるいは、これを不動産手続法（登記法）の側面から言い換えるならば、その第一は、ドイツ法系の不動産登記制度を採用する一方で、これと異質なフランス法系の実体法原則を継受したことによる、両者間の矛盾・抵触問題であり（Ⅰ）、第二は、ドイツ法系の不動産登記制度を支えるドイツ法系の諸制度を採用しなかったことによる、ドイツ法系の登記制度運用の困難性である（Ⅱ）。

以下、日本の不動産実体法と不動産手続法の紹介を兼ねて、この二つの問題——制度の矛盾・抵触問題（Ⅰ）と欠缺問題（Ⅱ）——につき説明する。

二 日本の不動産実体法（民法）

（一）日本法の概要

【3】 不動産物権変動の成立要件につき、日本法は、登記を成立要件とするドイツ法の立場を採用せず、登記を成立要件としないフランス法の立場を継受した（意思主義（*principe du transfert "solo sensu"*）。民法一七六条）。日本法における登記は、フランス法と同様、その欠缺を要件として、当事者間で生じた物権変動の第三者に対する「対抗不能」という効果をもたらすものに過ぎない（対抗要件主義（*"inopposabilité" aux tiers des transferts immobiliers non publies*）。民法一七七条）。

【4】 しかし、日本法における意思主義に関する条文の規定の仕方は、フランス法と完全に一致しているわけではない。即ち、フランス民法は、所有権取得の一般的方法を列挙した七一条において「所有権は、……債権の

効果として (par l'effet des obligations) 取得され、移転される」と規定し、また、贈与 (九三八条)・売買 (二一三八条・一五八三条)・交換 (一七〇三条) という個別条文を通じて、合意のみによる物権変動効果の発生を規定しているに過ぎない。

【5】これに対して、日本法は、まず第一に、パンデクテン・システムの物権法の冒頭に「意思表示ノミ」による物権変動の基本原則を掲げている点が特徴的である。そもそもパンデクテン・システムにおける物権(法)・債権(法)の峻別は、ドイツ民法第一草案理由書 (Motiv) によれば、①物権と債権の性質・効力の峻別、及び②物権法と債権法の指導理念の峻別と並んで、③物権の取得原因と債権の取得原因を峻別するための編別であると説明されている。¹⁾つまり、パンデクテン・システムの構造からすれば、債権の取得原因に関する売買・贈与等の意思表示と、物権の取得方法を定めた一七六条の「意思表示」とは、別物と理解するのが自然な帰結である。

【6】第二に、日本民法において、パンデクテン・システムの債権法の部分に規定されている贈与・売買・交換等の条文は、ドイツ法の影響を受け、当事者の合意によって「財産権移転義務が発生する」と規定し、フランス法のように「財産権移転の効果が発生する」とは規定していない(例えば売買につき五五五条参照)。更に、日本民法は、フランス民法(二五九条)と異なり、他人物売買を無効とせず、ドイツ法と同様、財産権移転の債権的義務を発生させる有効な契約と規定している(五六〇条)。となれば、これら売買・贈与等の意思表示は、一七六条にいう物権変動効果を生ぜしめる「意思表示」ではなく、従ってまた、一七六条にいう「意思表示」は、売買・贈与の意思表示とは独立別個の時点に存在している、と理解すべきことになる。

(二) フランス法系の基本原則とドイツ法系の法制度の矛盾・抵触問題

【7】 ここにおいて、フランス法に由来する物権変動の基本原則（意思主義・對抗要件主義）と、ドイツ法系のパンドクテン・システム及び契約法の諸規定は、矛盾・抵触問題を生ぜしめる（上記【2】Iの問題）。

論争は、具体的には、ドイツ法と同様、物権行為の独自性（"Unabhängigkeit" der dinglicher Geschäft）を肯定し、一七六条にいう「意思表示」は、売買・贈与等の意思表示とは別物であるとする見解（独自性肯定説）と、フランス法と同様、物権変動効果は売買・贈与等の意思表示から発生し、従って、一七六条にいう「意思表示」は右売買・贈与等の意思表示を指すとする見解（独自性否定説）の対立となって現れた。

判例・多数説の立場は独自性否定説であるが、しかしながら、独自性肯定説も依然として有力である。⁽⁵⁾

(三) フランス法系の基本原則を支える基礎構造の欠缺問題

1 フランス法

【8】 ところで、フランス法は、全く無方式の意思表示から物権変動の効果が発生する、といった単純な構造の立法として理解すべきではない。ここでは、以下の四点を指摘しておかなければならない(1)(2)(3)(4)。

(1) 書証優越原則の支配する法定証拠主義

【9】 まず第一に、フランスにおいては、書証優越原則の支配する法定証拠主義 (système de la preuve légale) が採用されている点が重要である。即ち、フランス民法一三四一条により、不動産契約に限らず、およそ全ての契約は、その価格がデクレ (décret) によって定められる金額（現在は五〇〇〇フラン）を超えるものについては、公証人証書等の作成が義務づけられ、右証書以外の証拠（例えば証人）が受理されない。つまり、フランスにおいては、意思主義原則にも拘わらず、契約証書が存在しなければ、訴訟において勝つことができないのである。⁽⁶⁾

右書証優越原則は、かのムランの王令（Ordonnance de Moulins）（一五六六年二月）五四条以降、フランスの証法を支配する基本原則となっており、フランス民法典の宣明する（契約法一般に関する）諾成主義・（物権変動を目的とする契約に関する）意思主義は、上記古法（ancien droit）において未分化であった「有効性のための（ad solennitate）」形式要求と「証明のための（ad probationem）」形式要求の問題を峻別した上で、前者に限ってこれを不要とするものに過ぎない。⁽⁷⁾

(2) 登記制度の構造——証書の謄本・抄本の公示システム

【10】 第二に、フランスの登記制度は、右証書の謄本または抄本をバインドしていく形式を採用している。これは、次の二つの側面において、重要な意味をもつ。

その一は、意思主義との関係であり、現行フランス登記法は、公示される証書類は全て公正証書でなければならぬとしている（一九五五年一月四日デクレ四条一項）。従って、フランスにおいては、意思主義の原則にも拘わらず、当事者は、公正証書によって契約を締結しなければ、これを登記することができないのであり、この制度もまた、先述の書証優越原則と並んで、証書作成を間接的に強制する制度と理解される。⁽⁸⁾

その二は、登記の効力との関係であり、フランス法は、登記に公信力（öffentlicher Glaube）を認めない代わりに、証書の登記システムをとることによって、時効期間まで遡る権原（titre）の連鎖を確保しているのである。つまり、公信力を採用するか、証書の公示制度を採用するかは、諸外国の立法例としては、事実上、二者択一的な選択となっている。⁽⁹⁾

(3) 公証人慣行

【11】 ところで、上記書証優越原則（9）及び証書の登記制度（10）をとるためには、その基礎となる証書

の信憑性が確保されている必要があるが、フランスには、既に古法以来、公証人 (notaire) の面前で契約締結を行う慣行が確立しており、右公証人慣行の存在を、フランス法の第三の特徴として挙げることができるだろう。⁽¹⁰⁾

以上(1)(2)(3)を要するに、フランス法の意思主義は、書証優越原則(9)・証書の登記制度(10)・公証人慣行(11)によって背後から支えられた「隠れた要式主義」というべきものであって、全く無方式の契約から物権変動の効果が発生する法制と理解すべきものではない。⁽¹¹⁾

(4) 意思主義原則に対する広汎な例外の存在

【12】のみならず、第四に、フランスにおいては、第二次世界大戦以降、不動産に関する種々の契約につき、書面を成立要件とする種々の特別法が制定されている。従って、今日のフランスにおいては、民法典の定める意思主義原則それ自体が、これら特別法の適用のない、限定された領域についてしか成立しないのである。⁽¹²⁾

2 日本法

【13】これに対して、日本法は、以上に述べたようなフランス法の意思主義を背後から支える(あるいは実質的に修正する)法制度ないし慣行(9)【10】【11】【12】を、ことごとく欠いている。

(1) 法定証拠主義(書証優越原則)の不採用

【14】まず第一に、書証優越原則(9)について。現行日本法においては、法定証拠主義——従ってまた書証優越原則——が採用されていない。一八九〇(明治二三)年公布の旧民法は、フランス民法と同様、書証優越原則の支配する法定証拠主義の規定を設置していた。⁽¹³⁾ところが、現行民法の立法過程において、証拠法の規定は民法典ではなく民事訴訟法典中に設置すべきものとされたにも拘わらず、民事訴訟法の領域では、これに対応する

法改正は行われなかった。⁽¹⁴⁾日本の現行民事訴訟法はドイツ法を継受しており、そこでは自由心証主義が採用されている（民訴法二四七条）。

(2) フランス型の登記制度の不採用

【15】 第二に、登記制度（10）⁽¹⁵⁾ について。旧民法においては、フランス法と同様、証書の公示システムが予定されていた。しかし、旧民法に先立つ一八八六（明治一九）年に公布・施行された旧「登記法」は、ドイツ型の不動産登記制度を採用し、⁽¹⁶⁾一八九八（明治三一）年に公布・施行された現行「不動産登記法」も、基本的にはこの立場を受け継いだ。この現行不動産登記法の内容については、後に改めて論ずる（19）。

(3) 物権変動の實質的審査機関の不存在

【16】 第三に、公証人慣行（11）⁽¹⁷⁾ について。徳川期の日本において、不動産取引に限らず、全ての契約は、名主の奥書加判を成立要件としていた。明治政府は、当初、かかる伝統を受け継いで、戸長が物権変動を審査し、その奥書割印をもって物権変動の成立要件とする制度を採用した（法制史の領域では右法制度をもって「公証制度」と呼ぶ⁽¹⁷⁾）。しかし、戸長の審査は相当雑だったようで、これに対する異議申立が続出した結果、明治政府は、右固有法に代わる法制度を模索することとなる。

一方、これと並行して、明治政府は、西洋の法制度の導入も企図した。一八七二（明治五）年八月三日太政官無号達「司法職務定制」による、「証書人」「代書人」「代言人」の制度の創設がそれである。これらは各々、フランスの公証人（notaire）・代訴士（avoué）・弁護士（avocat）の制度に倣ったものである。⁽¹⁸⁾

(a) 公証人

このうちの「証書人」は、今日では「公証人」と呼ばれるが、その数は現在、日本全国でたったの五五〇人に

過ぎない⁽¹⁹⁾。日本の総人口が一億二〇〇〇万人であることを考えると、この数字はあまりに少ない。人口七〇〇万人のオーストリアで三八〇人⁽²⁰⁾、人口一〇〇〇万人のチェコスロバキアで四三〇人⁽²¹⁾、イギリスは一〇〇人⁽²²⁾、スペインは一五〇〇人⁽²³⁾、イタリアは四四〇〇人⁽²⁴⁾、フランスは七五〇〇人⁽²⁵⁾、アメリカは何と四三〇万人である⁽²⁶⁾。

一方、日本における公証事件の数は、平成七年度で、贈与一〇〇〇〇件、売買九〇〇〇〇件、消費貸借七万件、質貸借六万件、和解二〇〇〇〇件、遺言四万五〇〇〇〇件、債務確認が最も多く三二万件、保証委託四万件といったところであるから、少なくとも不動産物権変動の真实性を担保する機関としては、公証人はネグリジブルな存在である⁽²⁷⁾。⁽²⁸⁾

(b) 弁護士

これに対して、「代言人」即ち今日いわゆる「弁護士」は、現在日本に一万七〇〇〇人⁽²⁹⁾いる。従って、もし仮に、弁護士が公証事務を行うことができれば、不動産契約の不明確から生ずる紛争や実体関係に合致しない登記の発生は、相当程度防ぐことができるであろう⁽³⁰⁾。しかし、日本の法制度は、そのようにはなっていない。

(c) 司法書士

一方、「代書人」の制度は、数奇な運命をたどった。フランスの代書士の職務は、控訴院における当事者の代理を内容とするが、日本においては、訴訟行為の代理が弁護士に一本化された結果、代書人は専ら裁判所（戦後は検察庁・法務局）に提出する書面の文字通り「代書」を業とせざるを得なくなったのである⁽³¹⁾。この職能集団は、今日では「司法書士」と呼ばれているが、彼らは、①公証人の職域（公証・認証。前述（a）参照）、②弁護士の職域（訴訟代理。前述（b）参照）、③登記官の職域（登記申請の実質的審査。後述（e）参照）につき、自らもその権能がある旨を主張している。

日本には現在、弁護士とほぼ同数の一万七〇〇〇人の司法書士がおり、不動産物権変動に關していえば、彼らは、登記事件の九割以上に関与し、かつ、売買等の原因契約の審査を事実上行っていることから、司法書士に上記①ないし③の職能を認めるならば、契約内容の明確化・登記の真实性は大いに高まるものと考えられる。しかしながら、現行日本法は、これを司法書士の職能として明定していない。⁽³³⁾

(d) 宅地建物取引業者

また、日本では、宅地及び建物の売買・交換・賃貸借の代理・媒介を業とする者につき免許制がとられており（「宅地建物取引業者」という）、現在約一四万人いる（法人業者二万、個人業者三万）⁽³⁴⁾彼らも、上記物権変動に關しては、事実上、その有効性の審査を行っていることから、せめて彼らに關与する契約についてだけでも証書作成を成立要件とすれば、不動産をめぐる紛争は相当程度減少するであろう。しかしながら、日本法は、彼らに關与する契約を要式契約としていないし、⁽³⁵⁾あるいはまた、彼らに原因契約の公証権限・登記申請に關する審査権限を認めていない。

(e) 登記官

では、日本法は、フランスの公証人に対応する物権変動原因の審査機関を、何れに求めようとしていたのか。明治政府は、一八八六（明治一九）年旧登記法において、プロイセン法に倣い、治安裁判所の判事が物権変動原因を審査する制度を採用した（旧登記法三条・一八八六（明治一九）年二月三日司法省訓令第三一号「登記事務ノ取扱者ニ関スル件」）。

だが、その一方において、旧登記法は、登記の効力を第三者對抗要件に過ぎない旨を規定し（旧登記法六条）、更に、一八九〇（明治二三）年旧民法及び一八九六（明治二九）年・一八九八（明治三一）年現行民法がフランス

法系の物権変動原則（上記「二」〔参照〕を採用したことから、登記官の面前で当事者が物権契約を締結し、登記官がこれを審査するというドイツ型の方式は、その運用が困難になった。

にも拘わらず、一八九九（明治三二）年現行不動産登記法は、旧登記法を承継してドイツ型の法制度を維持した結果、今日の日本においては、物権変動原因の審査機関が事実上不在の状態になっている。

以上（a）（b）（c）（d）（e）を要するに、フランスあるいはドイツの公証人・登記官に対応する物権変動の審査・公証機関は、日本においては不存在しいし機能不全を来している。

(4) 意思主義原則に対する例外の少なさ

【17】 更に、第四に、フランスに限らず諸外国と比較しても、日本においては、不動産契約の成立要件として証書を要求する立法が、極端に少ない。一九九一（平成三）年「借地借家法」が、定期借地権及び事業用借地権につき公正証書等の作成を要求したのが目新しい程度で（借地借家法二二条・二四条）、³⁶ 大部分の領域においては、民法典の意思主義の原則がそのまま妥当している。

【18】 そもそも不動産契約につき、公正証書等の作成を（直接・間接に）要求する目的は、実体法との関係では、①軽率な契約締結の防止・②契約内容の明確化・③証拠保全のためであり、また、登記法との関係では、④登記の真实性を確保するためである。³⁷ 上述の如く、フランスは、意思主義原則をとりながら、先に述べた法制度ないし慣行（【9】【10】【11】【12】）によって、この点を確保している。ところが、日本においては、こうしたフランス法型の法制度ないし慣行が、ことごとく欠缺しているのであり、その結果、上記①・②・③・④の目的を達成できないことからくる紛争が、諸外国と比較した場合、すこぶる多いように見える。³⁸

三 日本の不動産手続法（登記法）

（一）日本法の概要

【19】次に、日本の不動産手続法（登記法）に関する説明を行う。既に触れたように、日本法は、不動産物権變動の実体法に関してはフランス法を採用しながら、手続法に関しては概ねドイツ法を継受している。その特徴を示せば、以下のとおりである。

（a）登記所

日本の登記所は、フランスのような大蔵省管轄ではなく、第二次世界大戦前までは、ドイツと同様、裁判所がこれを管轄した（【16】（e））。戦後は、行政部たる法務省の管轄となっている（不登法八条）。登記所は、現在、日本全国で合計九〇〇万ほどある。⁽³⁹⁾

（b）登記簿

不動産登記法の定める登記簿の種類は、土地登記簿と建物登記簿の二種に分かれる（不登法一四条）。これは、日本法が、建物を独立の不動産として取り扱う、比較法的に非常に特異な法制をとっているためである（民法八六条）。一方、登記簿の編別方式は、ドイツと同様、物的編成の帳簿となっている（不登法一五条）。

なお、日本における既登記不動産の総数は、土地・建物あわせて二億七〇〇〇万筆個である。⁽⁴⁰⁾ イギリスは一五〇〇万、イタリアは四〇〇〇万、フランスは土地と区分建物で一億四〇〇〇万といわれているから、⁽⁴¹⁾ 比較法的に見ても、非常に多いことが知られる。そして、これらの不動産の価格は驚異的に高い。日本の土地を全部売れば、アメリカ合衆国が三つ買えるとさえいわれる。また、千代田区の土地だけでも、カナダが買えるといわれる。⁽⁴²⁾ し

かも、これら大量で高額の不動産は流動する。一九九七（平成九）年には、既登記不動産総数の一五％に当たる四二〇〇万筆個について、何らかの登記事件が発生している⁽⁴³⁾。

膨大な登記事務に対応するため、日本では、現在、従来の簿冊形式の登記簿から、磁気ディスクへの保存方式への移行が進んでおり、この改製作業は、二〇〇五年三月（平成一六年度中）には完了する予定である⁽⁴⁴⁾。

(c) 登記手続

登記手続は、原則として当事者の申請によって開始される（不登法二五条）。しかも、そこでは共同申請原則がとられている（不登法二六条）。これは、プロイセン法の合意主義（Konsensprinzip）を継受したものであり、現行ドイツ不動産登記法（GBO）が採用する許諾（承諾）主義（Bewilligungsprinzip）よりも、いわば古いタイプに属する⁽⁴⁵⁾。

一方、右申請に関しては、出頭主義がとられている（不登法二六条一項）。もともと、代理人申請も許容されることから（同条二項）、右原則は形骸化している。この点は、ドイツ法と変わるところはない⁽⁴⁶⁾。

なお、上記不動産登記簿の電子化に伴い、乙号事務（閲覧事務）は、本年度中には、インターネットを通じて処理されることとなった⁽⁴⁷⁾。しかしながら、甲号事務（申請事務）に関しては、オンライン化の目処は未だ立っていない。

(d) 登記官の審査

次に、登記官の審査に関して。まず第一に、審査方法は、かつてのドイツのような裁判官的審査ではなく、現行ドイツ法と同様の、形式的・窓口的な書面審査である（不登法三五条・四九条⁽⁴⁸⁾）。

第二に、審査に供される書面は、登記申請書（不登法三五条一項一号）のほか、登記原因証書（二号）、登記済

証（三号）等である。このうち、登記原因証書とは、売買・贈与の契約書を指すが、しかし、実際には、専ら登記申請のためだけに実体関係と必ずしも合致しない契約書が作られることがある。これは、上述したように、日本においては証書作成慣行が存在せず（11【16】）、また、登記申請の側面でも現行フランス法（10）等と異なり公正証書の提出が義務づけられていないためである。

なお、この登記原因証書は、登記手続終了後、登記済の旨が記載されて登記権利者に還付される（不登法六〇条）。これが「登記済証」であって、右登記済証は、彼が後に不動産を売却する場合等に必要となる。この制度は、直接には登記の連続性を確保する機能を有する。立法者は、この制度を、戸長や公証人に代わる、登記官による不動産契約の「公証」（認証）と位置づけたかったようである。だが、上記のように、登記原因証書それ自体が虚偽であることが少なくないため、今日ではかかる理解は全くとられていない。

【20】 以上のように、日本の不動産登記制度は、ドイツ法を継受した、あるいは——継受の有無については不明ながら——結果的にはドイツ法と同様の構造を有する部分が多い。しかしながら、その一方において、既に述べたように、日本法は、物権変動の実体法につき、右ドイツ型の登記制度とは相容れないフランス法系の基本原則を採用しており（制度間の矛盾・抵触問題）、あるいはドイツ型登記制度を支える諸制度が欠缺している（制度の欠缺問題）。以下、この点につき順次説明する。

（二）ドイツ法系の登記制度とフランス法系の基本原則の矛盾・抵触問題

【21】 既に述べたように、フランス法系の意思主義・對抗要件主義の原則は、民法典それ自体の内部においても、ドイツ法系のパンデクテン・システム及び契約法の規定と矛盾・抵触を来し、その結果、物権行為の独自性を

めぐり、判例・学説間に争いが生じていた〔7〕。

右フランス法系の物権変動原則は、更に、不動産登記法との関係でも矛盾・抵触問題を生ぜしめる。とりわけ問題となるのは、ドイツ法の合意主義 (Konsensprinzip) を継受したとされる共同申請主義〔19〕(c) 参照との関係である。ドイツ民法の起草者は、登記申請における当事者の「合意」を、物権変動を生ぜしめる実体的合意と、登記申請に向けられた形式的合意に峻別し、前者を民法、後者を登記法で規定することとした。⁽⁴⁹⁾ 即ち、我が不動産登記法の採用する共同申請原則もまた、民法典におけるパンデクテン・システム、契約法の諸規定と同様、物権行為の独自性と密接に関連する制度なのである。⁽⁵⁰⁾

(三) ドイツ法系の登記制度を支える基礎構造の欠缺問題

1 ドイツ法

〔22〕次に、欠缺問題について。既に触れたように、フランス法の証書の登記システムには、次の二つの機能が存在した。その一は、当事者に対して間接的な証書 (公正証書) 強制を行うことによつて、意思主義原則を背後から支え (あるいは実質的に排除し)、当事者保護を図る機能である (上記〔18〕①・②・③参照)。その二は、登記に公信力を認めない代わりに、時効取得期間まで遡る権原の連鎖を確保することにより、第三者を保護する機能である (上記〔18〕④参照)。

これに対して、ドイツ法における当事者保護及び第三者保護は、以下のような法制度によつて図られている。

(1) 登記官・公証人による物権変動の審査

〔23〕まず第一に、ドイツ法は、所有権移転に限つてではあるが、債権契約に関して公正証書の作成を成立要件

としている（BGB三二三条）。また、所有権移転の物権的合意（「Auflassung」と呼ばれる）に關しても、かつてのドイツ法は、これを登記官の面前で行われなければならないとしていた。この立場は今日改められ、フランス法と同様、公証人の面前でも行い得るとされた結果（BGB九二五条）、現行ドイツ法では、フランス法と同じく、債権契約と物権契約が、公証人の面前において同時に締結される。これを要するに、ドイツにおいて、不動産契約の真实性は、登記官ないし公証人によって確保されている⁽⁵¹⁾。

(2) 登記の効力——設権的効力・推定力・公信力

【24】 第二に、登記の効力について。ドイツ法は、登記に設権的効力・推定力・公信力の三つの効力を付与している。この三つの効力は、当事者に対する登記強制となるとともに、登記申請のためには上記公証人作成の債権契約及び物権契約証書が必要となることから、契約それ自体に対しても間接的な書面強制の機能を有している。

2 日本法

【25】 これに対して、日本法は、以上のドイツ法の登記制度を支える法制度を、ことごとく欠いている。

(1) 物権変動の實質的審査機関の不存在

【26】 既に述べたように、日本法では、かつてのドイツ法のような、登記官の面前での物権契約の締結という構造もまた、我が国においては成立していない。一方、フランス法・現行ドイツ法と同様の、公証人が契約審査を行うという担保されていないため、登記が実体関係を反映する蓋然性は低いものとなっている⁽⁵²⁾。

契約法上の問題Ⅱ当事者保護の要請（①軽率な契約締結防止、②契約内容の明確化、③証拠保全）、登記法上の問

題Ⅱ第三者保護の要請(④登記の真実性の向上)の何れの側面から見ても(上記【18】参照)、物権変動原因に関する何らかの実質的審査機関が存在しなければならぬ。その不存在こそが、ドイツ法・フランス法と対比した場合の、日本法の欠陥の根幹部分と考えられる。

(2) 登記の効力の微弱さ

【27】一方、登記の効力との関係では、次の諸点を指摘することができる。

(a) 設権的効力

日本法は、フランス法に従い意思主義をとるため、登記には設権的効力がない。この点は再三述べたとおりである。

(b) 推定力

また、今日の判例によれば、登記は、物権の有無に関して比較的低い証拠力しか持たない。これは、フランス法の処理に類似するが、しかし、フランスにおいては、その代わりに、契約証書に比較的高い証拠力を認めている。これに対して、日本法では、上述したような事情から、契約証書の証拠力もすこぶる低い。要するに、日本法においては、フランス法・ドイツ法と異なり、当事者が「これさえ備えておけば後の訴訟において勝訴できる」と確信できるだけの証拠方法が、存在しない。⁽³³⁾

(c) 公信力

更に、日本法には、ドイツ民法八九二条のような、登記の公信力を定めた条文もない。となれば、フランスにおけると同様、当事者は、取得時効期間まで遡った有効権原を確保しておく必要に迫られる。ところが、その手がかりとなるべき登記制度は、ドイツ法に従い物権の「現状」を公示する制度となっており、フランス型の物権

変動の「過程」「態様」を公示する制度となっていない。

もつとも、今日、日本の判例は、登記を信頼して取引関係に入った者に対して、虚偽表示に関する民法九四条二項を類推適用して保護を図っており、これは、事実上、登記に公信力を認める判例法理と一般に理解されている。⁽⁵⁴⁾

四 日本の登記制度及び公証制度の将来

【28】 以上に述べたような、フランス法とドイツ法を、その全体構造を意識しないまま、半端な形で部分的に導入したことから生ずる諸問題は、比較的古くから意識され、解釈・立法の両面において、これを解消しようとする努力がなされてきた。

その主張は、当然のことながら、二方向に分かれる。即ち、フランス法系の法制度に誘導しようとする立場と、ドイツ法系の法制度に誘導しようとする立場である。

外国人法学者による日本法の分析によれば、日本法は、右二方向のうち、ドイツ法的な方向へ流れつつあるとされる。⁽⁵⁵⁾ とりわけ登記制度につき、これを物権の「現状」を公示する制度とするドイツ法的理解の浸透——判例における九四条二項類推適用法理や、中間省略登記・贈与に代えて売買を登記原因とする登記を有効とする判例理論、更には、電子登記簿への改製作業において現在事項のみが移記されている現状から見れば（なお、この処理は、一九四九（昭和二四）年不登法改正により新設された旧七六条ノ三（一九五一（昭和二六）年改正により現行七六条ノ二に繰り上げ）に従った措置である）、右分析は、正当なように思われる。

【29】 かししながら、これを超えて、より積極的に、ドイツ法と同様、登記を成立要件とし、あるいは推定力・公信力を認める条文を、立法において新設しようとする主張は、少数派といえる。⁽⁵⁶⁾ また、物権変動原因契約につき、証書を成立要件とし、あるいは公証人その他の者を関与させることにより、当事者保護及び登記の真实性担保を図ろうとする主張——これらはフランス法及び現行ドイツ法に共通のものであるが——も、さほど切迫したものと受け取られていない。

これは、外国人法学者の目には、極めて異様な現象と映るらしい。その理由につき、あるドイツ人法学者は、曖昧さを好む日本人の国民性と、理論よりも具体的妥当性を求める東洋的な裁判官像の反映と見ている。つまり日本においては、不明瞭な契約を結び、あるいは不完全な登記を信頼して取引関係に入ったとしても、結局は裁判所が柔軟な解決を行ってくれる。明確な契約締結や完全な登記制度を求めるよりも、こうした曖昧な解決の側を心地よいと感ずる国民性の問題である、⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾ というのである。

【30】 このことから、日本法は、急激な法改正も行われることなく、緩慢な速度で、フランスないし現行ドイツ型の公証人（日本においては司法書士その他の専門家）の関与する契約締結制度と、⁽⁵⁹⁾ ドイツ型の物権の「現状」公示の登記制度並びに登記の効力（設権的効力・推定力・公信力）の承認へと、⁽⁶⁰⁾ なしくずし的に変貌してゆくであろう。

(1) キョウイチ・キクタ「ブラジルにおける公証及び登記制度」二頁、八頁、一三頁。本資料は、キクタ判事の報告原稿の翻訳（ワープロ打ち資料）であり、司会者・報告者・同時通訳者のみに配布された。本資料をはじめ、シムム資料の全てが、本誌に収録される予定である（七二巻一〇号以下）。

(2) キクタ・前掲注(1)八一―九頁。

- (3) キクタ・前掲注(1) 九頁、一三頁。
- (4) *Motiv zu dem [1.] Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Bd. III, 1888, S. 1-3; MUGDAN (Benno), *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. III, 1899, Berlin (Neudruck; 1979, Scientia Verlag, Aalen), S. 1-2.
- (5) 最近の文献において物権行為の独自性肯定説に立つものとして、舟橋諱「徳本鎮編集『新版注釈民法(6)物権(1)』(有斐閣、一九九七(平成九)年)二一五頁以下(山本進一)」。また、MARTSCHKE (Hans Peter), *Übertragung dinglicher Rechte und gutgläubiger Erwerb im japanischen Immobilienrecht. Eine rechtsvergleichende Studie zum japanischen, französischen und deutschen Vertrags- und Liegenschaftsrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1997, S. 131 ff. も、『注釈民法(旧版)』における山本進一教授の見解に依拠しつつ、日本民法一七六条の解釈につき独自性肯定説に立つ。右マルチュケ博士の見解に関しては、更に、七戸(紹介と批評)ハンス・ペーター・マルチュケ著『日本不動産物権法における物権移転と善意取得——日本・フランス・ドイツの契約法及び不動産法に関する比較法的考察——』『法学研究(慶大)』七二巻三号(一九九九(平成一一)年)一一九頁(特に一二二頁以下、一三五頁)、ハンス・ペーター・マルチュケ「原著者によるコメント」同一三六頁(特に一三六—一三七頁)参照。
- (6) 七戸「不動産物権変動における意思主義の本質——売買契約を中心として——」慶大院法学研究科論文集二四号(一九八六(昭和六二)年)一一五頁以下と、同所に掲げる文献参照。
- (7) 七戸・前掲注(6) 一二六—一二七頁、吉井啓子「特集・民法一〇〇年・ホワソナード民法典とは何か」証拠編とは何か」法律時報七〇巻九号(一九九八(平成一〇)年) 四八頁。なお、本文で述べたような諾成主義・意思主義と書証優越原則の関係は、フランス法・比較法の分野では非常に早くから認識されてきた事柄であるが、しかし、とりわけ物権法分野においてフランス法の立場を紹介する際には、この点はあまり指摘されてこなかった。
- (8) 七戸・前掲注(6) 一二九—一三〇頁。滝沢聿代「物権変動における意思主義・對抗要件主義の継受」『物権変動の理論』(有斐閣、一九八七(昭和六二)年) 一三六頁も、公正証書の要求により「契約における公証人の介入の

必要は必然的に増加」することを指摘する。なお、現行不動産登記法の条文に関しては、法務省民事局第三課「(資料) フランス不動産登記法 (その 1)」(その 3)「民事月報五一巻二号 (一九九六 (平成八) 年) 一七六頁、三号二二九頁、四号一四〇頁、法務省民事局第三課「(資料) フランス不動産登記法 (第一回)」(第三回・完)」登記情報四一七号 (三六巻八号) (一九九六 (平成八) 年) 一三九頁、四一八号 (三六巻九号) 一三五頁、四一九号 (三六巻一〇号) 一五九頁に全文が翻訳されている。

(9) フランスの学説の中にも、ドイツ型の物的編成の土地帳簿 (livre foncier) 制度を採用し、登記に絶対的証拠力 (force probante) を認めることにより、権原連鎖に関する証明の困難性を解消すべきであると主張がある。七戸「所有権証明の困難性 (いわゆる『悪魔の証明』) について——所有権保護をめぐる実体法と訴訟法の交錯——」慶大院法学研究科論文集二七号 (一九八八 (昭和六三) 年) 八五頁と、同所に掲げる文献参照。公信力を認めない立法においては、権原連鎖を時効期間まで遡って証明する必要が生じ、従って、権利変動の過程・態様を公示する登記システムが要求されるのに対して、公信力を認める立法においては、かかる要請が存在しないから、登記システムは現在の権利状態を公示するもので足りる、という論理関係は、既に我が国でも認識されているところである。例えば、一九八八 (昭和六三) 年不登法改正をめぐる参議院法務委員会において、川井健参考人 (一橋大学学長。肩書は当時。

以下同様) は、公信力採用の有無と公示の対象の関係につき、次のように説明される。「日本の登記というのは、ここに表示されている権利を信頼しても実は権利が存在しなかったという場合に、その信頼が保護されない。法律用語で言いますといわゆる公信の原則が採用されていない、そういう問題がありますので、少しさかのぼって権利関係を調べていくという必要があります。そういったときには閉鎖登記簿を閲覧しまして権利関係を確かめていくということになるわけで、……コンピュータシステムの導入によって若干その点がやや制限的になる。登記事項要約書に書かれる事項がややどうしても制限的になりますので、そういった面の問題があります」(第一二二回国会参議院法務委員会会議録第六号 (一九八八 (昭和六三) 年五月一七日) 三頁、更に九頁も参照。なお、右国会審議の内容に関しては、その抜粋が法務省民事局内法務研究会編『改正不動産登記法と登記実務——コンピュータによる登記手続——』(テイハン、一九八九 (平成元) 年) 二三七頁以下に収録されている。上記川井参考人の意見に関しては、三七

七頁参照）。しかしながら、学説の中には、論点によつては、この論理関係を必ずしも意識せずに議論を行うものがある。

(10) この点は、とりわけ鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割——フランス法主義の理解のために——」(一)〜(二・完)『早稲田法学五六巻一号(一九八一(昭和五六)年)三一頁、二号一頁、同「フランスの公証制度と公証人」公証法学一一号(一九八二(昭和五七)年)一頁以降、我が国における共通の認識となった。なお、滝沢・前掲注(8)九七頁、七戸・前掲注(6)一三〇頁以下と、同所に掲げる文献も参照。

(11) この点も、今日の我が国のフランス法理解においては、共通の認識となったと考えてよからう。なお、七戸・前掲注(6)一三八頁、七戸「意思主義の今日的妥当性——特に証拠保全との関係で——」半田正夫教授還暦記念論集『民法と著作権法の諸問題』(法学書院、一九九三(平成五)年)二九頁参照。

(12) この点は、フランスにおけるいわゆる「形式主義の復権 (renaissance de formalisme)」として、とりわけ契約法の領域において紹介されてきた事柄である。もっとも、右復権傾向が、もはや民法典の意思主義原則に取って代わったとまで評価する文献は、管見の及ぶ限り、従来の我が国の学説においては存在しなかったように思われる。これを述べるのは、MARTUSCHKE, *supra* Ann. (5), S. 257. なお、七戸・前掲注(5)一三一頁参照。

(13) 法定証拠主義全般につき、旧民法証拠編「第一部 証拠」参照。書証優越原則を規定したフランス民法一三四一条に対応するのは、証拠編六〇条(以下)。

(14) 七戸・前掲注(11)三九頁、吉井・前掲注(7)四五頁参照。

(15) ポワソナード旧民法の予定していた登記制度に関しては、高橋良彰①「ポアソナードの不動産公示制度——『証書の登記』の概念とその史的検討のために——」(一)〜(二・完)『東京都立大学法学会雑誌二九巻一号(一九八八(昭和六三)年)六三五頁、二号二三七頁、高橋②「旧民法草案における保証人の地位のための欄外記載 (mention en marge)」『東京都立大学法学会雑誌三〇巻二号(一九八九(平成元)年)三〇三頁、高橋③「不動産物権変動における証書・帳簿と日付——旧民法草案を素材に実態の分析のために——」(一)』山形大学紀要(社会科学)二六巻一号(一九九五(平成七)年)一頁、藤原久久『ポワソナード抵当法の研究』(有斐閣、一九九五(平成七)年)七二

- 頁以下に詳しい(なお、七戸「紹介と批評」藤原明久著『ボワソナード抵当法の研究』法学研究(慶大)七〇巻四号(一九九七(平成九)年)一五五頁参照)。
- (16) 旧登記法に關しては、福島正夫①「旧登記法の制定とその意義」『福島正夫著作集第四卷・民法(土地・登記)』(勁草書房、一九九三(平成五)年)三二九頁、同②「日本における不動産登記制度の歴史」同四〇六頁、同③「わが国における登記制度の変遷」同四二八頁、清水誠「わが国における登記制度の歩み——素描と試論——」日本司法書士会連合会編『(不動産登記法公布一〇〇周年記念)不動産登記制度の歴史と展望』(有斐閣、一九八六(昭和六一)年)一〇一頁、松尾弘「不動産譲渡法の形成過程における固有法と継受法の混交(一)」「(三・完)——所有權譲渡理論における『意思主義』の歴史のおよび体系的理解に向けて(II)——」横浜国際経済法学(横浜国立大学)三巻一号(一九九四(平成六)年)一頁、二号(一九九五(平成七)年)三三三頁、四巻一号一〇三頁、月岡利男「物權變動論史」水本浩二平井一雄編『日本民法学史・各論』(信山社、一九九七(平成九)年)一〇四頁以下、高橋良彰「不動産登記法制定前史——旧登記法をめぐる編纂史——」東京司法書士会会史編纂室編纂『東京司法書士会史・下巻』(東京司法書士会、一九九八(平成一〇)年)一頁参照。
- (17) 一八七三(明治六)年一月一七日太政官布告第一八号「地所質入書入規則」、一八七五(明治八)年九月三〇日太政官布告第一四八号「建物質入書入質規則」、「売買譲渡規則」、一八八〇(明治一三)年一月三〇日太政官布告第一五二号「土地売買譲渡規則」。福島・前掲注(16)①三三八頁以下、同②四一四頁以下、同③四三二頁以下、清水・前掲注(16)一一八頁以下参照。
- (18) 「司法書士制度の歩みと東京司法書士会の歴史」東京司法書士会会史編纂室編纂『東京司法書士会史・上巻』(東京司法書士会、一九九八(平成一〇)年)四六頁、四七頁以下、五五頁以下。
- (19) 土屋・後掲注(26)三頁による。その後、日本公証人連合会へ問い合わせたところ、一九九九(平成一一)年九月一日現在、五四五名(うち女性〇名)とのことであった。
- (20) 一九九五(平成七)年に行われた日本公証人連合会のヨーロッパ視察報告による。「ヨーロッパ諸国公証制度の視察調査結果報告」『第三 オーストリア公証制度視察報告』公証(日本公証人連合会機関誌)特別号・一一四号

- (平成八（一九九六）年）一一七頁。
- (21) 前掲注(20)「第六 チェコ公証制度視察報告」一四九頁。
- (22) 前掲注(20)「第八 連合王国公証制度視察報告」一八一頁。もっとも、これは、イングランドのみの数字か。
- (23) 前掲注(20)「第二 スペイン公証制度視察報告」八二頁、なお、同・八三頁には「一七九二人、役場数は一五五〇」とある。
- (24) 前掲注(20)「第四 イタリア公証制度視察報告」一二二頁。
- (25) 前掲注(20)「第五 フランス公証制度視察報告」一三七頁。
- (26) 「アメリカの公証人の数は、全国で約四三〇万人であり、そのうち公証人連合会(National Notary Association)の会員は、約九万五〇〇〇人である。我が国や大陸法系の国と異なり、公証人には專業者もいるが、大部分は、弁護士、商店の經營者、会社員等と兼業して、公証事務を行っている」。土屋眞一「アメリカ公証制度とその實務の動向」公証法学二七号（一九九八（平成一〇）年）二頁―三頁。
- (27) 公証（日本公証人連合会機関誌）一一六号（一九九六（平成八）年）二八〇頁以下に掲載の「法律行為の種類による件数比較表」のうち、二九六―二九七頁「全国総計」平成七年度欄によれば、贈与二七九件、売買九四〇二件、消費貸借七万〇四九〇件、質貸借五万八五〇一件、和解一九六五件、遺言四万六三〇一件、債務確認三一万八五七七件、保証委託三万七六一一件、規約証書五六五二件、その他三万二二六八件、合計五七万七八二二件である。
- (28) 土屋・前掲注(26)三頁は、日本における公証人数が少ない理由につき、「日本では、印鑑証明書の制度があることのほか、公正証書作成を必要とする契約の種類が狭いこと、欧米諸国では公証人が扱っている登記関係事務を、司法書士が担当していること、一般に公正証書作成の習慣が普及していないこと等によるものと思われる」としている。
- (29) 一九九九（平成一一）年四月三〇日現在の日本弁護士連合会の会員数は、会員一万七二七四名、特別会員一六名、外国特別会員九七名、準会員六名である。自由と正義五〇巻六号（一九九九（平成一一）年）二三五頁。
- (30) なお、韓国では、弁護士により構成される合同法律事務所が公証業務を行うことが許されている。河正慶「韓国

公証人法の基本的特質」公証法学一九号（一九九〇（平成二）年）一〇頁以下。

(31) 「司法書士制度の歩みと東京司法書士会の歴史」(前掲注(18))七七頁。

(32) 一九九七（平成九）年二月三日現在の司法書士現員数は、会員一万七〇四六名、非会員一六九名、総数一万七二一五名である。法務省『法務年鑑・平成九年』（法務大臣官房司法法制調査部司法法制課、一九九七（平成九）年）九一頁「司法書士現員数調」による。

(33) なお、上記司法書士側の主張①・②・③は、立法論の側面、解釈論の側面の両面において唱えられる。立法論としての主張は、それ自体一つの大きなテーマではあるが、反面、それは、現行法の解釈論としては、司法書士には①・②・③の権能が認められていない、という認識を前提としている。それ故、さしあたって問題となるのは、現行法の解釈論として①・②・③の権能（の一部）が司法書士にも認められているとする主張の側である。不動産物権変動との関係では、そのうちの①及び③が問題となる。司法書士において有力な「公証登記主義」ないし「登記原因証書論」（登記原因証書に公証制度を導入し、かつ、右の場合の公証権限を司法書士に付与すべし、という主張）は、①・③の両面にわたるものである。右主張に関しては、更に、後掲注(52)、後掲注(59)参照。

(34) 一九九八（平成一〇）年三月三十一日現在の宅地建物取引業者数は、法人業者一〇万九〇〇七、個人業者三万二五四〇、総数一四万二五四七（大臣免許業者二二三、知事免許業者一三万九三三四）である。建設省編『建設白書・平成一〇年版』（大蔵省印刷局、一九九八（平成一〇）年）五五一頁。

(35) もっとも、宅地建物取引業者は、重要事項につき説明義務を負い（宅建業法三五条）、また、契約の主要事項を記載した書面を遅滞なく交付すべき義務を負っているから（宅建業法三七条）、これらにより、不動産契約の明確性は、相当程度担保されている。

(36) なお、期限付建物賃貸借に関しては「書面」の作成が要求されている（借地借家法三八条・三九条）。

(37) 七戸・前掲注(6)一三二頁以下と、同所に掲げる文献参照。

(38) フランスにおいては、物権変動の当事者間における紛争は、公正証書ないし登記が直接・間接に要求されることによって、相当程度防止されていると解される。七戸・前掲注(6)一三三頁参照。他方、第三者との間の紛争に関

しても、フランスでは典型的な二重譲渡紛争はほとんど存在しないといわれる。七戸・前掲注（9）九二頁注（57）と同所に掲げる仏語文献参照。なお、この点は我が国においても既に広く知られており、一九八八（昭和六三）年不動産法改正の国会審議でも、星野英一参考人（東京大学名誉教授・千葉大学教授）が、右フランスの実情を紹介しておられる。「フランスなどでは対抗要件主義をとっておりますが、トラブルはかなり少ないと言われているのです。それはなぜかと申しますと、あそこは公証人制度が非常に発達しておりますので、そこで大体幾らかでも不動産を持つていような人は、ちようどかかりつけの医者がいるようにかかりつけの公証人というものがいる。そしてやりますので、公証人がかなりよく知っているわけですね。自分の管轄にある不動産について知っておりますし、また、何かにつけ十分に調査いたしてやるということのようであります」（第一二回国会衆議院法務委員会議録第一号（一九八八（昭和六三）年四月二二日）八頁）。一方、ドイツにおいても、公定力規定が実際に適用される事例は少ないといわれる。小西・後掲注（51）三二八頁注（3）と同所に掲げる独語文献参照。

（39）一九九九（平成一一）年一月一日現在の登記所総数は九一五庁（法務局八、地方法務局四二、支局二八〇、出張所五八五）である。「法務局・地方法務局別庁数調」民事月報五四巻一号（一九九九（平成一一）年）七六一七七頁。なお、現在も登記所の統廃合が進められており、最終的には五〇〇庁程度になる予定である。

（40）内訳は、土地が二億三〇〇〇万筆、建物が四〇〇〇〇万個。第一二回国会参議院法務委員会議録第五号（一九八八（昭和六三）年五月二二日）一二頁（藤井正雄政府委員（法務省民事局長）、法務省『法務年鑑・平成九年』（法務大臣官房司法法制調査部司法法制課、一九九八（平成一〇）年）八七頁）。

（41）小林久起「不動産登記制度の課題と展望——ヨーロッパ諸国の登記制度との比較を中心に——」登記先例解説集四〇八号（三五巻一一号）（一九九五（平成七）年）三四頁。なお、田中康久「永井紀昭」小池信行「澤陸」松尾武「ヨーロッパにおける登記事情」登記研究号（二九八八（昭和六三）年）一八頁（永井）は、フランスに関して、「本土だけの土地の筆個は、九千六百七十万筆あるということ、そのほか、地方公共団体等が持っているのが三千五百五十万筆」とする。

（42）枇杷田泰助「情報としての不動産登記——登記制度の原点と現点をめぐって——」登記先例解説集三五〇号（三

- 一巻一号) (一九九一年(平成三年)一四頁。もつとも、枇杷田判事も述べるように、真偽のほどは定かではない。
- (43) 法務省『第一一民事・訟務・人権統計年報Ⅰ・平成九年』(法務大臣官房司法法制調査部司法法制課、一九九八年(平成一〇)年)三二頁以下「28 法務局及び地方法務局管内別登記の総括」によれば、一九九七年(平成九年)における不動産登記件数は、総件数二〇二四万〇六三三件(総筆個数四二六七万二九二九個)、うち土地登記件数一四七四万七七八九件(筆数三一六〇万五八九九筆)、建物登記件数五四九万二七五四件(個数一一〇六万七〇三〇個)である。なお、「ヨーロッパにおける登記事情」(前掲注(41))によれば、オーストリア(既登記総筆数一二〇〇万筆)は権利の登記の甲号事件が年間七四万件(一三頁(田中))、スペインは年間二〇〇万件(二四頁(田中))、イギリスは年間五〇万件(二七頁(澤))であるという。
- (44) 「平成九年度登記情報システム管理官事務打合せ会」民事月報五三巻一号(一九九八年(平成一〇)年)四二頁〔森脇法務省民事局長〕、長谷部紘治(法務省民事局第一課登記情報センター室長)「法務局を利用してもらう」民事月報五三巻五号(一九九八年(平成一〇)年)五頁、「平成一〇年度登記情報システム管理官事務打合せ会」民事月報五三巻一二号(一九九八年(平成一〇)年)八八頁〔細川法務省民事局長〕、「平成一一年度法務局民事行政調査官事務打合せ会」民事月報五四巻六号(一九九九年(平成一一)年)四〇頁〔細川法務省民事局長〕、原優(法務省民事局第三課長)「行政の情報化と登記行政」登記情報四五号(三九巻六号)(一九九九年(平成一一)年)四頁。
- (45) ドイツ法は、登記義務者と登記権利者の合意ではなくして、登記義務者の許諾(承諾)(Bewilligung)のみを要件とするのが原則である(単独申請主義)。GBO一九条「登記は、その登記によって自己の権利が不利益を受ける者が登記を承諾したときに、行われる」。我が国と同様の共同申請主義、即ち、両当事者の合意を必要とするのは、所有権譲渡及び地上権設定等の場合のみである(GBO二〇条「土地の所有権譲渡合意 Auflassung の場合及び地上権の設定、内容の変更または譲渡の場合においては、登記は、権利者と相手方との必要な合意 Einigung の意思表示がなされたときに限り、行われる」。訳文は、法務省民事局第三課「資料」ドイツ不動産登記法「民事月報五三巻一〇号(一九九八年(平成一〇)年)六九頁、法務省民事局「資料」ドイツ不動産登記法(上) (下)「登記情報四四八号(三九巻三号)(一九九九年(平成一一)年)一四三頁、四四九号(三九巻四号)一四三頁による。なお、一九

九四年改正前の条文に関しては、法務省民事局第三課「資料」ドイツ不動産登記法」民事月報五〇巻一〇号（一九九五（平成七）年）五六頁に訳文がある。

(46) 代理人による申請が認められる以上、出頭主義には意味はない、との議論は、既にドイツ民法制定時においてもなされていた。七戸・後掲注(49) 二九一頁。一方、他の諸国についていえば、「たとえばイギリス、フランス、イタリアには、出頭主義はない。公証人のところにはもちろん出頭しなければいけません、公証人がわざわざ登記申請書を登記所に持ってくるというのではないわけでして、私がフランスの登記所に行ったときも、『一週間に一度ぐらい持ってくるんじゃない?』とかいう感じで、公証人がまとめてボンと郵送するとか、たまたま登記所に行って申請書を置いていくというのが、登記申請の実情です」（小林・前掲注(41) 三三三頁）。その意味からすれば、真实性担保の手段として、出頭主義に拘泥する必要は必ずしもない（＝他の方法により充分代替できる）といえそうである。

(47) 「(ニュース) 電気通信回線による登記情報の提供に関する法律案が国会に提出される/オンラインによる登記情報の提供を実現へ」商事法務一五二〇号（一九九九（平成一一）年）八六頁、「トピックス」『電気通信回線による登記情報の提供に関する法律案』が国会に提出される」NBL六六一号（一九九九（平成一一）年）四頁、「資料」電気通信回線による登記情報の提供に関する法律案要綱」登記研究六一五号（一九九九（平成一一）年）一六七頁。

(48) 我が国においては、しばしば、ドイツでは実質的審査主義が採用されているが、日本では形式的審査主義が採用されている、といった説明がなされることがある。しかし、この説明は正しくない。既に藤本秀麿「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（一九三五（昭和一〇）年）一一四頁以下、鈴木祿彌「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、一九六八（昭和四三）年）九七頁以下が指摘するように、登記官の審査の問題は、①審査対象の問題（原因関係の審査を行うか否か）と、②審査方法の問題（裁判官的審査か窓口的な書面審査か）に分かれる。現行ドイツ法は①・②の何れの側面においても、形式的審査主義をとるのに対して、我が国においては、①の側面に関しては（物権行為の独自性・無因性を認めない以上、ドイツ法とは異なり）実質的審査主義をとる、と説明すべきことになり、②の側面では（ドイツ法と同様の）形式的審査主義をとっている、と説明すべきことになる。一九八八（昭和六三）年不登法改正の国会審議において、法務省委員

も、②の側面を念頭に、我が不登法は形式的審査主義をとる、との説明を行っている。第一二回国会衆議院法務委員会議録第九号(一九八八(昭和六三)年四月一日)七頁(稲葉威雄政府委員(法務大臣官房審議官)、同八頁(藤井正雄政府委員(法務省民事局長))「登記の申請に添付する書類というのは法律で決まっているわけでございまして、その書類の範囲内で登記官が審査をする、これが形式的審査権でございます」、一二頁(藤井委員))「登記官は提出された書類に基づいて形式的審査を行って判断するのが登記法全体を通じる権利の登記における登記官の職務でございます。実質的審査権というか、裁判的審査権は持っていないわけでございます」。なお、小西飛鳥「ドイツの不動産法における実質的審査主義——歴史的経過をたどって——」法学政治学論究(慶大)二三号(一九九四(平成六)年)三〇五頁、「速記録」民法施行一〇〇周年記念座談会「司法書士論叢」JINZAI会報九五号(一九九九(平成一一)年)三四—三五頁(七戸)、七一—七二頁(鎌田薫)も参照。

(49) ドイツ法の成立経緯に関しては、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(慶大)六二卷一二号(一九八九(平成元)年)二七頁と、同所に掲げる文献参照。

(50) この点に関しては、七戸・前掲注(49)三〇一頁以下、七戸・前掲注(11)四〇頁以下と、同所に掲げる文献参照。もっとも、既に我が不動産登記法の立法過程においても、物権変動の実体的合意と形式的合意の峻別はなされており、従って、現行法においてはもはや登記申請行為中に物権変動の合意を見出す余地はないとする見解も存する。松尾・前掲注(16)「三・完」一一九—一二〇頁、一二二頁。

(51) かかる現行ドイツ法の立場が、日本において正確に理解され始めたのは、ごく最近のことである。七戸・前掲注(49)二九八—二九九頁、三〇〇頁、リュエーデイガー・フォルハードロフ・ウェーバー「ウオルフガング・ウージンガー編/ドイツ・リアルエステイト・コンサルティング」E訳/平川純子監訳『ドイツの不動産——開発と投資の法律および税務——』(ダイヤモンド社、一九九三(平成五)年)三頁以下、小西飛鳥「ドイツの不動産取引における公証人の介在——不動産取引の法的安定化のために——」法学政治学論究(慶大)二〇号(一九九四(平成六)年)三〇三頁、村上淳「ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門(改訂第三版)』(有斐閣、一九九七(平成九)年)一〇五—一〇六頁、一一六—一九頁、石川清「ドイツ土地登記法における登記申請と登記申請代理

について」司法書士論叢「HINOKI会報九三号（一九九八（平成一〇）年）三三三頁。なお、一九八八（昭和六三）年不登法改正に関する衆議院法務委員会においても、稲葉威雄政府委員（法務大臣官房審議官）は、「フランスとかドイツでは不動産取引は公正証書によるという仕組みになっているわけでございます」（圏点筆者）と説明し（第一二二回国会衆議院法務委員会議録第一号（一九八八（昭和六三）年四月二二日）二二二頁）、一九九三（平成五）年不登法改正に関する衆議院法務委員会において、清水湛政府委員（法務省民事局長）は、「現実に、例えば日本の民法の母法とされているフランスとかドイツにおきましては、不動産の売買等は必ず公証人のところへ行きまして公正証書を作りまして、それを登記所を持っていくというのが実態になっているわけでございます」（圏点筆者）と説明している（第一二六回国会衆議院法務委員会議録第四号（一九九三（平成五）年四月六日）二三頁。なお、一九九三（平成五）年不登法改正の国会審議に関しては、法務省民事局内法務研究会編『平成五年改正不動産登記法と登記実務——建物の合体の登記・登記代理権の不消滅・地積測量図の改正等——』（テイハン、一九九四（平成六）年）三〇五頁以下に、その抜粋が収録されているが、上記引用箇所は未収録である）。しかし、物権法の教科書レベルでは、BGB三一三条の存在を看過し、しかも、BGB九二五条に關しても改正前の条文に従った説明を行う文献が、依然として散見される。

(52) この問題を解消する方法として、「登記原因証書論」は、登記原因証書を公正証書の形で提出させることとし、かつ右の場合の公証権限を司法書士に付与すべきことを主張する（前掲注（33）参照）。だが、右提言に対する法務省側の態度は消極的である。但し、興味深いのはその理由づけであって、一九八八（昭和六三）年不登法改正の国会審議において、稲葉威雄政府委員（法務大臣官房審議官）は、次のように説明する。「登記原因証書の位置づけにつきましては、……民法の基本的な構造が書面主義によるわけではなくて意思主義によっているということから、必ず書面を要求できるかどうかという問題がある」（第一二二回国会衆議院法務委員会議録第九号（一九八八（昭和六三）年四月一五日）三頁）。藤井正雄政府委員（法務省民事局長）の説明も、同様である。「現在の民法では物権変動は必ず書面を作らなければならないという主義をとっておりませんで、意思主義と言われておる建前をとっておるわけでございますから、必ず書面を作れということを要求するわけにはまいりません」（七頁）。しかしながら、母法フラン

ス法は、少なくとも実体法制度の上では意思主義の原則を採用しながら、登記申請の側面では公正証書の提出を要求しているから(上記【10】参照)、右理由づけは、説得力を有するようには思われない。

(53) 以上の点に関しては、七戸「登記の推定力——比較法的考察——(一)〜(三・完)」法学研究(慶大)六二巻一号(一九八九(平成元)年)二八頁、六三巻一号(一九九〇(平成二)年)三五頁、三号四三頁参照。

(54) 一九八八(昭和六三)年不登法改正の国会審議における藤井正雄政府委員(法務省民事局長)の見解も、同様である。「登記を作出したことについて真実の所有者にある程度の帰責事由があるという場合には、解釈によって事実上公信力を認めたと近いような扱いがなされておりまして、民法九十四条二項の類推適用という判例理論によって、大体そういう考え方がある面では確立されているというふうに言えようかと思えます」(第一一二回国会衆議院法務委員会議録第一号(一九八八(昭和六三)年四月二二日)一九頁)。もっとも、学説の中には、判例の九四条二項類推適用法理をドイツ法的な権利外観法理と理解すべきではない、とする見解もある。「速記録」民法施行一〇〇周年記念座談会「司法書士論叢」HINX会報九五号(一九九九(平成一一)年)一〇五—一〇六頁(鎌田薫、高橋良彰)。

(55) マルチュケ・前掲注(5)一三九頁。

(56) なお、立法論としての公信力の採用論に対しては、次のような反論がなされてきた。即ち、ドイツでは成立要件主義がとられ、また登記官には実質的審査権が認められているのに対して、我が国では意思主義がとられ、登記官には形式的審査権しか認められていない、というのである。しかしながら、この主張は正当ではない。まず第一に、登記官の審査権限についていえば、既に述べたように、現行ドイツ法は、我が国と同様、審査方法に関して窓口的・書面審査主義を採用している(前掲注(48)参照)。第二に、成立要件主義をとることと公信力の採用は、論理必然的に結合するものではない。公信力を認めるための基礎としては、登記が実体関係を反映する蓋然性がある程度(II登記が権利外観として国民の信頼の対象となり得る程度に)高くなければならぬところ、成立要件主義や実質的審査権は、右蓋然性を高める一要素に過ぎない。従って、成立要件主義が採用されていなくても、他の要素により蓋然性が確保されれば、公信力採用の基礎は認められるというべきである。そして、私見は、今日の我が国において、立法

論として公信力を採用するだけの基礎は充分に整っていると考えるが、もつとも、かかる立法論は、現在ではあまり意味がないともいえる。というのは、我が国においては、既に民法九四条二項の広汎な類推適用が認められているからである。以上の点につき、「速記録」民法施行一〇〇周年シンポジウム『物権変動理論と公示制度の現実』パネル討論会（前掲注（48））〔七戸〕。

(57) MARUTSCHKE, *supra* Ann. (5), S. 62-63; S. 263 ff. なお、マルチュケ・前掲注（5）一三八頁、一三九—一四〇頁も参照。

(58) なお、金山直樹教授は、フランス法・我が民法の意思主義の有する理念的側面を重視し、これを当事者の自己決定権論ないし自己責任論へと引き直す結果、不動産契約の公正証書化や登記の成立要件主義の主張は後見主義的であるとして、これに消極的な見解をとる（「速記録」民法施行一〇〇周年シンポジウム『物権変動理論と公示制度の現実』パネル討論会（前掲注（48））六五頁以下〔金山〕、「速記録」民法施行一〇〇周年記念座談会（前掲注（54））七八頁以下〔金山〕）。一方、日本法の意思主義を単なるフランス法の継受と理解せず、我が国における近代市民法形成の一端としての「日本の慣習、諸外国の法制度、政府の政策、一般民衆の要請や思想などをはじめとする様々な要因の混合物」と評価する松尾弘助教授も、我が一七六条の意思主義を「所有権譲渡に関する私的自治の原理」であるとし、「専門家の下での公証強制や形式強制にまで進むことは、市民法としての登記制度の枠を逸脱するものと考えられる」と説く（松尾・前掲注（16）「三・完」一四九頁、松尾「日本の不動産物権変動システムと登記制度をめぐる問題点——市民法の基盤としての不動産法制のあり方に関する一試論——」司法書士論叢「EINZELNE BELEG 九五号（一九九九（平成一一）年）一六〇頁、一六五頁）。しかしながら、日本において公証強制や登記強制が育たなかったのは、マルチュケ博士も説くように、裁判官が、公証人や登記官に代わって、物権変動秩序に対する積極的介入を行ってきたからであり、松尾助教授にいう日本固有の「市民法」の実態は、要するに、意思主義プラス（そこから生ずる不都合を是正するための）裁判官の後見的介入という極めて特殊なシステムに他ならない。即ち、フランスやドイツの市民が公証人に頼るように（あるいはそれ以上に）日本の市民は裁判官に頼り切っているのであって、松尾助教授の想定する意味での「私的自治」ないし金山教授の想定する意味での「自己決定」「自己責任」の思想は

国民に定着しているとはいえず、それ故、意思主義のもつ右思想的・理念的側面のみを前面に押し出して当事者を規律することは、当事者にとって予想外の酷な結果をもたらすおそれがある。むしろここでは、こうした(法秩序形成を広汎に裁判官に委ねる)特殊日本的なシステムを今後とも維持することが可能ないし妥当か否か、という観点からの考察が必要と解されるが、筆者の認識によれば、右システムによる処理は、もはや限界にきているように思われる。(59) 私見は、不動産実体法の側面における、立法論としての、不動産契約の登記の成立要件化に賛成である。また、不動産手続法の側面における、立法論としての登記原因証書論(前掲注(33)参照)それ自体に反対するものでもない(但し、登記原因証書の作成権能を司法書士に限定すべきとの主張には反対である)。

一方、現行法の解釈論としては、以下のように考える。

(a) まず第一に、物権変動(原因)ないし登記申請の審査権限について。既に述べたように、日本において公証人が少ない理由は、登記事務を司法書士が行っていること等に求められ(前掲注(28)参照)、他方、登記官は登記申請に関する形式的審査権しか持たないとされる(前掲注(48)参照)。一方、司法書士には公証権限ないし審査権限を認める明文規定がないため、結局、三者の職域分担をめぐる議論は「見合い」状態のまま膠着している。将来的には司法書士に実質的審査権を付与すべきことは、一九八八(昭和六三)年不登法改正の衆議院法務委員会審議において、林田悠紀夫国務大臣(法務大臣)の答弁するところであるが(「登記が真正な登記でありますためには、登記官の方は形式上の審査を行えば足りるわけでありますから、その前段階として代理人であります司法書士において十分審査をしていただいて、そして書類を登記官に提出していただくということが最も望ましいことであり、また、これからの登記制度におきましてもそうあらなければならぬことである、かように存じております」。第一二回国会衆議院法務委員会議録第九号(一九八八(昭和六三)年四月一五日)一五一一六頁)、私見は、現行法の解釈論においても、司法書士法一条及び二条の規定を根拠に、司法書士には登記申請に要する書面につき実質的審査権限が認められていると解する。即ち、司法書士は、売買契約書等の登記原因証書が登記申請の実質的及び形式的要件を備えているか否かを審査し、これに不備がある場合には、当事者に対してその補正を求めめる権能を有する。物権が変動していることは、いうまでもなく登記申請の実質的要件であるから、司法書士は右変動原因の有効性及び変動時期

につき確認を行い、もし右の点につき当事者の約定がないか、あるいは不明確な点があれば、その旨を告知し、明確な約定を結ぶよう促すべきである。その結果、司法書士の面前において当事者が物権変動を目的とする意思表示を行ったとしても、それは当事者の私的自治に基づくものであって、一七六条の意思主義の枠内の事柄である。また、かかる司法書士の介入は、既に実際に行われているところのものであり、従って、上記理解をとったところで、現実から乖離するわけではない。これに対して、もし仮に司法書士に右権能を認めないとなれば、それは実体関係と異なる登記申請等を司法書士が行ってもよいということの意味し、司法書士法一条の定める目的（「登記……に関する手続の円滑な実施に資し、もって国民の権利の保全に寄与すること」）に反する。その意味では、右司法書士による審査は、審査権というよりは、審査義務というほうが適切かもしれない。（「速記録」民法施行一〇〇周年記念座談会」（前掲注（54）八八頁以下（七戸）、一二九頁以下（七戸）参照。なお、これと同様の意味における審査権（義務）は、宅地建物取引業者にも認められるように思われる。彼らは契約締結後遅滞なく「移転登記の申請の時期」を記載した書面を交付する義務を負っているところ（宅建業法三七条一項五号）、右登記申請時期は、物権変動時期が明確化していなければ記載しようがないからである。

（b）第二に、一七六条の解釈論について。この点に関する私見は、次のようなものである。①まず、現状認識として、不動産取引に際しては、宅地建物取引業者や司法書士が関与するのが、今日の我が国においては常態と考える。これらの専門家が関与する場合、物権の変動時期に関しても書面が作成されることが通常であるから、紛争が生ずる余地は少ない。当事者が、彼ら専門家に促されて、その面前で物権の変動時期につき約定したとしても、それは（上述したように）あくまでも当事者の自発的意思に基づくものであって、一七六条の意思主義に反するものではない。②もし仮に、彼ら専門家が関与しながら、物権変動時期に関する書面が存在しなかった場合はどうか。司法書士に関していえば、そもそも当事者が彼らに登記申請を委任するということは、既に物権変動に関する合意がなされているか、あるいは司法書士の面前で物権変動を目的とする合意を行うつもりかの何れかと解されるから、当事者の合理的意思解釈として、遅くとも司法書士による登記申請書類の作成時においては既に物権変動の合意があったものと認定し、かつ、物権変動時期に関しては、これを登記申請に必要な書類の交付時ないし登記時と認定すべきである。

(現在の取引慣行の多くは前者であるが、不動産登記の電子化が完了すれば、慣行は後者へと移行するであろう)。③ 専門家の関与しない不動産取引についても、登記がなされたケースに関しては、②と同様、遅くとも登記申請に必要な書類の作成・交付時には物権変動の合意があったものと認定し、かつ、物権変動時期に関しては、登記申請に必要な書類の交付時ないし登記時と認定すべきである。なお、これらは何れも裁判官による事実認定の問題であって、②・③の場合において、当事者が上記の時点より早い時期に物権変動(時期)の合意を行っていた旨を認定してほしければ、あらゆる証拠方法を用いて、これを立証すればよい。右主張・立証が通るか否かは、事実上、上述した(前掲注(58)参照)裁判官の広汎かつ後見的な裁量に委ねられることになる。④専門家の関与しない、未登記の不動産についてはどうか。この場合も基本的には、遅くとも終局的な履行の完了時までには物権変動に関する合意が存在していたものと認定し、これより早い時期の合意の存在を主張する当事者が、あらゆる証拠方法を援用してその旨を立証すべきものと考ええる。意思主義プラス裁判官の広汎な後見的介入という我が現行システム(前掲注(58)参照)の下では、以上のような解釈が最も無理のないように思われるが、しかし、上述したように、私見は、このような日本法の現状それ自体を望ましいものとは考えていない。「速記録」民法施行一〇〇周年記念座談会(前掲注(54))八頁以下(七戸)、九二頁以下(七戸)参照。

(c) 第三に、売買等の物権変動原因契約それ自体の成立に関して。私見は、いわゆる「契約の熟度論」ないし「契約の段階的成立論」に組み入る。上記(b)で述べたように、私見によれば、契約の「成立」(私見においては「完成」)時は、従来の学説よりも遅い時期になるが(多くの場合、司法書士等の専門家による登記申請書類等の作成時に、契約は「完成」する。これは、結果において、フランス法・現行ドイツ法の処理と同様になる)、成立(完成)前の契約にあっても、①契約締結上の過失理論、②予約理論、③既に成立している部分の合意の当事者間効力及び第三者効力により、当事者は保護されるから、特段の不都合は生じないものと考ええる。「民法学の過去・現在・未来」研究会「物権変動論の最前線——不動産の二重譲渡問題を中心に——」姫路法学二〇号(一九九六(平成八)年)一七三頁以下、一七六頁以下、一八三頁以下(七戸)、「速記録」民法施行一〇〇周年記念座談会(前掲注(54))九三頁以下、一一七頁以下(七戸)。更に、岸上晴志「契約成立における契約者の保護——不動産売買における要式性

を中心に——」神田博司先生追悼論文集『取引保護の現状と課題』（蒼文社、一九八九（平成一）年一二九頁、香川崇「諾成契約の今日的意義——不動産売買契約に関する裁判例を端緒にして——」九大法学七七号（一九九八（平成一〇）年）一三五頁、山口志保「合意」の意義の歴史的展開——『信義則』と『誠実交渉義務』の対比において——」（二）東京都立大学法学会雑誌三九卷二号（一九九九（平成一一）年）二八三頁も参照。

（60）私見は、立法論としての①登記⇨成立要件主義の採用、②推定規定の設置、③公信力規定の設置に基本的には賛成である。もっとも、②に関しては、現行法の解釈論においても、これを導きうるものと解する（七戸・前掲注（53）参照）。同様に、③についても、敢えて立法の方法をとらなくても、九四条二項類推適用法理の拡充により、充分に対応が可能と考える（前掲注（56）参照）。