

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

七戸，克彦
慶應義塾大学法学部博士課程三年

<https://hdl.handle.net/2324/6271>

出版情報：慶應義塾大学大学院法学研究科論文集．27，pp.73-97，1988-03．慶應義塾大学法学研究会
バージョン：
権利関係：

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——

七 戸 克 彦

（後期博士課程三年）

一 本稿の目的

二 ローマ法・フランス古法

(一) ローマ法

(二) フランス古法

三 フランス民法典

(一) 判例

(二) 一九世紀の学説

(三) 今日の学説

四 結びに代えて

(一) 「悪魔の証明」をめぐる実体法と訴訟法の交錯

(二) 占有訴権、取得時効、占有・登記の推定力と「悪魔の証明」

(三) いわゆる「来歴経過」論と「悪魔の証明」

所有権証明の困難性（いわゆる「悪魔の証明」）について

一 本稿の目的

今日、訴訟法上大いに争われている論点に、「所有権取得の来歴経過は主要事実か間接事実か」という問題がある¹⁾。判例の評価は学説によって一様ではないが、一方、今日の学説は主要事実説に立つことではほぼ一致しており、これは例えば次のように説明される²⁾。

不動産所有権に基づき、明渡訴訟や移転登記請求訴訟等いわゆる所有権訴訟においては、原告は、請求原因において、①自己が目的不動産の所有者であること、②被告が右不動産につき占有ないし所有登記名義を有すること、等の要件事実を主張・証明しなければならぬ。

被告が右①の要件事実をそのまま認めると、いわゆる権利自白が成立する。しかし、被告がこれを全面的に否認すれば、原告は、所有権を基

礎づける取得原因(『權原 titulus, titre, Titel……七戸注⁽³⁾』)事実を主張・証明する必要が生じ、自己が目的不動産を原始取得したと主張する場合にはその取得原因事実、あるいは前主からの伝來的な承継取得を主張する場合には、前所有者、前々所有者と遡って、原始取得原因事実にまで遡り、その原始取得者から原告に至るまでの各所有権移転原因をそれぞれ主張・証明して、自己の所有権を根拠づけなければならぬ。

ところが、所有権法を歴史的・沿革的に考察する者にとつて、かかる学説の結論は、極めて重大な事態と受け止められるであらう。なぜなら、右結論は、ローマ法以来、所有権法最大の難問とも評される「悪魔の証明 probatio diabolica」を肯定するものに他ならないからである。次章以下で詳述するように、「悪魔の証明」とは、所有権につき証明責任を負う当事者が、無限に続く承継取得過程の証明の論理的な不可能性 impossible 及び実際上の困難性 difficile の故に、必ずや敗訴するという事理を意味していたのであり、我が国の学説の多くが考えるような、単なる事実上の困難性の問題とは捉えられてはいなかった。

本稿は、フランス法を中心に、右「悪魔の証明」問題と、それに対する対応を沿革的に概観するが、そこからは、占有の権利推定力・占有訴権・取得時効・登記の公信力の制度趣旨ないし機能、更には、所有権移転方法と証拠方法の表裏一体的な関係や、相対的所有権概念に関する、非常に興味深い知見が得られるのである。

二 ローマ法・フランス古法

(一) ローマ法

1 所有物返還訴権 rei vindicatio

今日の所有権訴訟の原型観は、ローマ法の所有物返還訴権 rei vindicatio に遡ることが出来る。ローマにおいて所有物返還訴権は、神聖賭金訴訟 legis actio sacramenti から、古典期における誓約による per sponsionem 訴訟、更に所有物返還請求に関する誓約書 per formulam peitoriam 訴訟へと漸次発展したが⁽⁵⁾、第一の神聖賭金訴訟においては、両当事者が各々所有権者であるとの主張を行ない、被告は、原告の主張を否認するだけでは足りず、進んで自己の所有権を証明しなければならなかった。一方、この訴訟において、裁判官は、当事者の何れがより良い権利 droit meilleur, besseres Recht を有しているかを、相対的証明 preuve relative により、判断したとされている⁽⁶⁾。

これに対して、後二者の訴訟においては、原告のみが自己の所有権を証明し、被告は原則的にはこれを否認すれば足りるとされたが、かかる状態において、係争物が承継取得によって取得された場合、原告は、握取行為 mancipatio あるいは法廷譲与 in iure cessio という(古)市民法上の所有権 dominium ex iure Quiritium の取得のために必要な方式⁽⁷⁾によって係争物を取得したことを証明するだけで足りたか、それとも前主・前前主と遡ってその取得原因を証

明しなければならなかったかについては、大いに争いがある。が、今日の多くの学説は、後者の見解を採っており、例えば、メンデルスゾーンは次のように言う。「原告は、自己が係争物を市民法の規定する方法で取得したことを証明しなければならぬのみならず、更に、彼の前主が所有権者であること、即ち『無権利者からの non domino』取得者ではないことを証明しなければならない。……これは、理論的には、前主から前主へと最初の先占者まで遡ることを要求するものである。後にこの証明を『悪魔の証明』と呼ぶに足る理由が、まさに存するのである！」⁽⁹⁾

かかる所有権証明の無限連鎖は、原告にとって過酷な負担となるものであるが、しかしこれは、原告が使用取得 *usucapio*（後の取得時効）の要件を満たした場合には免除される⁽¹⁰⁾。おそらく当初は、比較的短い期間で認められるこの制度によって、当事者の衡平と取引の安全は保たれたと解される。しかしながら、ローマ社会の発展に伴い、この制度の要件は厳格と受け取られ、使用取得を援用できない原告が悪魔の証明を免れないことは不当と感じられたであろう⁽¹¹⁾。

もっとも、使用取得の有するかかる困難性を免れるために、原告は不動産占有保持ないし回復の特示命令 *interdictum* の手続に頼ることができ⁽¹²⁾、その結果、占有を回復した当事者は、後の所有物返還訴訟において所有権に関する証明責任を負わない被告—占有者という有利な地位に立つことができた⁽¹³⁾。換言すれば、右特示命令は、所有物返還訴訟に先行する別個の手続内で、後の本権訴訟における所有権に関する証明責任を転換する機能を有したのである。しかし、

右特示命令は、専ら占有の問題を解決するものに過ぎず、後の本権訴訟において生ずる所有権証明の困難性それ自体を何ら解決するものではなかった⁽¹⁴⁾。

2 プブリキアーナ訴権 *actio publiciana*

ところで、ローマにおいて、本来、所有権者として取り扱われるものは、上述の《市民法上の所有権》者であり、これに対して、無方式の引渡 *traditio* による取得者、あるいは無権利者からの使用取得者は、市民法上の所有権を獲得できず、従って、所有物返還訴訟による保護を受けられなかった⁽¹⁵⁾。かかる不都合を是正し、右の者を保護するために登場したのが、プブリキアーナ訴権である⁽¹⁶⁾。

この訴権は、ある者が占有を失った場合に、彼が自己よりも相対的に弱い地位にある占有者に対して、擬制方式書 *formula ficticia* を用いて、占有を失った時点において既に使用取得が完成していたと推定ないし擬制する、いわば擬制的な所有物返還訴訟である⁽¹⁷⁾。従って、プブリキアーナ訴権を提起し得るためには、彼が使用取得占有者であること、即ち、(a)使用取得が可能な物であること、(b)「正権原」によって引渡された物であること、(c)占有の開始において「善意」であること、が必要であり、これらの要件を充足する者は、使用取得のために要求される期間が完成していなくても、使用取得したものと推定ないし擬制され、所有権の証明をすることなく保護された⁽¹⁸⁾。

もっとも、右使用取得占有者がこの訴権を行使した結果は、相手方の態様により、次のような相対的 *relativa* なものとなる。

- (a) 使用取得占有者が、市民法上の所有権者でも法務官法上の所有権者でもない者に対して（即ち彼の側ではプブリキアーナ訴権を提起できない者に対して）これを提起した場合、原告が勝訴する⁽¹⁹⁾。
- (b) 使用取得占有者が、物の占有を回復した真の所有権者を相手にこれを提起した場合、被告は「正当な所有権の抗弁 *exceptio iusti domini*」を方式書中に挿入し、これによって被告が勝訴する⁽²⁰⁾。
- (c) しかし、原告が真の権利者から引渡の方法によって譲り受けていた場合、彼は「売却引渡再抗弁 *replicatio rei venditae et traditae*」によって、右正当な所有権の抗弁を排除することができ⁽²¹⁾。
- (d) では、原告が、法務官法上の所有権者（即ち、原告と同様、占有を失った場合にはプブリキアーナ訴権を提起し得る者）に対してこれを提起した場合には、どうであろうか。これは、(i)原告・被告の所有権取得が同一前主に由来する場合（＝二重譲渡）と、(ii)異なる前主に由来する場合とによって結論が異なり、(i)第一の場合においては、引渡の古い方、即ち最初の占有者が優先し、(ii)これに対して、第二の場合には、常に現在の占有者、即ち被告が優先するとされている⁽²²⁾。

3 小結

かようなプブリキアーナ訴権と所有物返還訴権を比較した場合、純理的には、後者に勝訴した場合の方が、原告にとっては有利な地位が与えられる。けだし、右にみたようにプブリキアーナ訴権が相対的な（より良い権利）の判断であるのに対して、ひとたび所有物返還訴訟手続において所有権証明に成功した場合、所有権は、相手

方は勿論、万人に対して不可争のものとなるからである⁽²³⁾。しかしながら、実際には、プブリキアーナ訴権はその証明の容易さ故に、帝政期には所有物返還訴権を回避する方法として一般的になり、時効期間が一〇年あるいは二〇年へと延長され、取得時効を通じての所有権証明が極めて困難になった時代には、所有物返還訴権はほとんどプブリキアーナ訴権に取って代わられたと考えられている⁽²⁴⁾。

(二) フランス古法

1 フランク法

一方、フランク・ゲルマンの不動産訴訟は、盗物取戻訴訟の淵源の故に、原告が自己の意思に反して占有を侵奪された場合にのみ提起され、また、被告が自己の所有権に関する証明責任を負っていた⁽²⁵⁾。ただ、この訴訟においては、次の如き特異な証明原則（セジューヌ *sésime*（＝ゲヴェール *Gewere*）の推定力）によって優先関係が決められた。即ち――

(a) 「占有」対「占有」の衝突の場合、被告＝現在の占有者は、自己の占有が原告の占有を侵奪したものではないこと（＝「瑕疵なき占有」であること）を宣誓することによって、現在の占有から所有権が推定される結果、この訴訟に勝訴することができ、逆に、瑕疵ある占有の場合には、占有の先行する者、即ち原告が優先した⁽²⁶⁾。

(b) 他方、原告＝過去の占有者には、所有権取得権原（証書 *ecrit*）を援用し、これが被告の占有よりも古い場合には、被告に優先することが認められていた⁽²⁷⁾。

なお、ここにいう権原とは、この時代の所有権移転方式——現実的、後には抽象的なアンヴェステイテュール investiture を伴った引渡 traditio であり、従って「二重譲渡では、先に traditio を受けた者が優先する（物的訴権の取得）」⁽²⁸⁾（傍点七戸）。それ故、後の所有物返還訴訟において勝訴できるような証拠方法（権原（証書）を具備することは、同時に所有権移転方法に他ならならず、ここにも実体的な権利の取得——所有物返還訴権の取得の同一性、更には、これと証拠方法の密着した関係が見取れる。⁽²⁹⁾

2 中世ローマ法

一方、中世ローマ法学者は、ローマ法の「悪魔の証明」の不当性を回避するために、ローマの占有制度に、右ゲヴェーレの権利推定力を導入した。これは、その主唱者たるモンペリエ法学校の祖の名を取って、プラケンティヌス PLACENTINUS（プラサンタン Plac. MITI）の推定と呼ばれるが、⁽³⁰⁾これは、被告の現在の「瑕疵なき占有」から彼の所有権を推定するというものであり、ここで、被告の占有取得の有効性が立証されれば、右推定力により彼が勝訴し、瑕疵ある占有ならば、占有の古い方——原告が勝訴するとされたのである。⁽³¹⁾

3 封建法

封建時代においても、占有は、依然として、その推定力を通じて占有者に本権訴訟における優越的な地位を与え、彼から所有権証明を免除する機能を有した。⁽³²⁾しかしながら、一二世紀の終りには、ここで要求される占有の内容につき重要な変化が生じている。即ち、

所有権証明の困難性（いわゆる「悪魔の証明」）について

占有が所有物返還訴訟中で援用され得るためには、これが一定期間存続したものでなければならぬとされたのであり、結局、この時代の占有には、次の三つの段階が存在した。即ち、(1)まず、単純な現時点の占有は、おそらく無価値であったが、(2)それが一年間継続した段階においては、この占有はセジーヌ（ゲヴェーレ）に変わり、当事者は、右セジーヌの法律上の推定によって、相手方に証明責任を転換させることができた。⁽³³⁾(3)更に、長期間経過した占有の段階においては、取得時効による所有権それ自体の覆滅不能な推定を導き、この場合にのみ所有権の絶対的証明が可能であった。⁽³⁴⁾

これを、所有権移転方法との関連でいうならば、当初、封建領主はアンヴェステイテュールに際して、一旦自己に土地を返還させてから再付与を行なっており、また、封建裁判所は、所有物返還訴訟において、所有権の淵源を充分に調査・確認していたのであり、かかる基盤に基づき、アンヴェステイテュールは、第三者の権利を即時に失権させ得たのであった。しかしながら、領主と領主裁判所の役割は急速に抑制され、領主は、第三者の権利を留保して譲受人に所有権付与を行うようになり、アンヴェステイテュールは、それ以後、真の権利者の権利を失権させ、所有権を取得させるものではなくなつたのである。⁽³⁵⁾

4 アンシャン・レジーム

(a) 右の如き封建時代の所有権移転方式は、ナンティスマン *nantissement* 地方の慣習法に非常に変化した形で受け継がれ、これは後のフランス登記法の形成に重要な影響を及ぼすことになる。⁽³⁶⁾ただ、

この慣習においては、ナンティスマンを受けなかった第一譲受人に對して第二譲受人が對抗し得るに過ぎず、先の時代と同様、領主は自己及び他の者の権利を留保して所有権を移転させるとされた。従つて、ナンティスマンによる取得者もまた、眞の権利者からの所有物返還訴訟による追奪を免れることはできなかったのである³⁷⁾。

(b) これに對して、ブルターニュ地方では、公告 *baniers* の方式による慣習法が発達した³⁸⁾。これは、譲渡契約書及び占有取得証書の（公告に對し、利害関係人が一定期間内に異議を唱えなければ所有物返還訴訟を失うとするもので、その結果「取得者の権利が後に第三者から争われる余地はなく、公告はいわば所有権の適法性 (*legittime*) を立証するものとなる」³⁹⁾。即ち、右公告は、所有権の絶対的証明をもたらし、前主以前の権利に関する困難な証明を免除するという利点を有したのであり⁴⁰⁾、これは土地帳簿制度 *systeme des livres foncières*、即ち「登記に公信力を認めるドイツ法の登記主義の理論に近いものとして理解しなければならぬ」⁴¹⁾。

(c) しかしながら、これらの地方を除いては、一四世紀以降ローマ法の引渡理論が次第に一般的となり、遅くとも一七世紀には、仮装の引渡、即ち、公証人の面前で作成される所有権移転証書中に引渡済条項を挿入する方法による所有権移転が一般化している。が、右形式は、ローマ法の伝統に従い、眞の権利者による追奪から、無権利者からの取得者を保護するものではなかった。これに對して、この時代の種々の王令及び勅令は、公示制度の導入により隠れた譲渡を排除しようと試みたが、しかし、その実効性は上がらなかった⁴³⁾。

5 ポティエの見解

かように、この時代のフランスにおいて一般化した仮装の引渡理論は、ローマ法の伝統通り、前主の無権利の瑕疵を治癒して取得者に権利を創設するものではなかったから、土地取引の頻繁化に伴い、不動産所有権証明の問題は、より先鋭に浮かび上がってきたと考えられ、それ故、ポティエはこの問題を詳細に論じている。即ち――

(1) 証明対象及び証明責任

「所有物返還訴訟の原告は、自己の請求を貫徹するためには……〔目的物〕に関する何らかの所有権原〔売買・贈与・定期金等が挙げられる……七戸法〕を主張・立証しなければならぬ」⁴⁵⁾。

(2) 「権原」対「占有」

続けてポティエは、原告のみが右権原を援用した場合の、原告・被告（＝占有者）間の優先関係について述べる。即ち――

(a) 「所有物返還訴訟の被告たる占有者が、自己の占有が原告の援用する権原よりも古いことを証明した場合、……原告が援用した権原は、その請求を基礎付けるのに充分ではない」⁴⁶⁾。

(b) これに對して、「原告の提出した権原が、被告たる占有者の占有開始より古く、しかも、被告が何らの権原も援用しなかった場合、原告の権原は、そのみで彼の請求を基礎付けるのに充分である」⁴⁷⁾。

(c) 「更に、原告が援用した権原から知れる、回復物の売主ないし贈与者が、所有権者でないことが判明した場合でも、原告が善意で、右売主ないし贈与者が自己に占有を与えるであろう所有者であると

信じた場合には、原告の権原は、何らの権原も援用しない被告に対しては、原告の請求を認めるに充分である。原告は回復物の所有権者ではなく、原告の売主ないし贈与者が自己の有しない所有権を原告に移転できないことは真実である、従つて、原告は『対物本来訴権 *actionem in rem directam*』を有さず、『対物プブリキアーナ準訴権 *actionem in rem utilem seu publicanam*』⁽⁴⁸⁾、即ち、上述の(2. 282)、善意で占有する物の占有を失つた者が、権原なくして占有する者に対して行使する訴権を有する。⁽⁴⁹⁾

(3) 「権原」対「権原」

次いで、ポティエは、両当事者が共に取得権原を援用した場合について触れているが、これは次の二つに分けられている。

(a) 両権原が同一前主に由来する場合、右前主が「所有者であるか否かは立証されていないが、この者が所有者であったことは推定され、この者から係争財産の占有を先に取得した者が、彼から右財産の所有権を取得したものと看做され、所有物返還訴訟で勝訴する⁽⁵⁰⁾。」

(b) 両権原が異なる前主に由来する場合、被告が占有者が優先する⁽⁵¹⁾。

——以上を要するに、ポティエによれば、所有物返還訴訟において重要な地位を占めるのは権原と占有であり、「権原」対「占有」の衝突では、時間において古い方が勝ち、「権原」対「権原」の衝突では、両権原が同一前主に由来する場合には第一譲受人が勝ち、異なる前主に由来する場合には占有者が勝ち。他方、「正権原」と「善意」を有する占有者は、プブリキアーナ訴権を行使し得るので

あるから、結局、彼の所有権概念は——ローマ法的意思においても、ゲルマン法的意思においても——「相対的」であつたということになる。⁽⁵²⁾

フランス民法典の下において、かかる状況はどのように変化したか。章を改めて考察してみよう。

三 フランス民法典

フランス民法典(以下C.と略記)は、債務の証明に関しては一三一条以下に詳細な法定証拠主義の条文を置いているが、これに対し、物権の証明に関しては何らの規定も置かれていない。立法者は、ポティエに示された古法以来の相対的処理の原則を維持しようとしたのか、一三一一条以下の規定の準用を意図したのか、あるいはその沈黙は単なる懈怠の結果なのかは、結局、明らかではない。⁽⁵³⁾

では、取得時効が成立しない場合、裁判官はいかなる判断を下すべきであろうか。証明責任を負う当事者は、「悪魔の証明」の故に、*non liquet* 判決を下され敗訴するのであろうか。

(一) 判例

この点につき、判例は、原告の所有権証明はなおも可能であると、権原と占有の間に、以下の如き優先関係を形成した。⁽⁵⁵⁾ もつとも、①今世紀初頭までの判例が、右優先関係を固定的に理解し、(i)権原に占有に優越する完全な証明力を付与する一方、(ii)権原のない場合

には占有の権利推定力を承認していたと解し得るのに対して、②近時の判例は、当事者の援用した権原・占有・更には他の証拠を総合的に判断して、両当事者の何れが所有権者らしいかを、裁判官が証拠の蓋然性に基づき自由に評価し得るとする傾向にある。

1 両当事者が共に権原を援用した場合

即ち「権原」対「権原」の衝突の場合については、判例は、更に、次の場合に分けられる。

(1) 両権原が同一の前主に由来する場合

(a) このうち、両権原の何れも公示されていない場合——かかる事態は、フランスの公証人慣行の下では、実際には生じないと考えられていたが、しかし、近時になって初めて、これに該当する極めて珍しい判例が現われ、権原の古い方、即ち第一譲受人が優先するとされた。⁽⁵⁶⁾

(b) これに対して、権原の双方あるいは一方が登記されている場合は、まさに対抗要件主義の原則が適用される場面であり、権原が劣後しても、最初に登記を具備した取得者が優先する。⁽⁵⁷⁾

(2) 両権原が異なる前主に由来する場合

この場合に関する判例には、以下のような変遷が見られる。即ち、①当初、判例は、権原の古い方が優先するとしていたが、⁽⁵⁸⁾この態度は一九〇七年に変更され、必ずしも権原の古い方が優先するわけではないとする一方、両権原から生じた推定は相殺され *sanctifier*、その結果、援用された原因に関する書面及び状況証拠を斟酌して決すべきものとされた。⁽⁵⁹⁾ 右破毀院の態度は、③「より良い権原 *meilleur*

meilleur」を優先すべしとの判例に引き継がれ、⁽⁶⁰⁾ ④更に、「事実審裁判官 *juges du fond*」は、当該行為の陳述の中から、より良いかつより特徴付けるような推定 *présomptions meilleurs et mieux caractérisées* を生ずるものを斟酌することによって、彼の確信を引き出すことができる」とする判例によって、権原は事実上の推定を構成すること、また、右推定は単純に相殺されるものではなくして、裁判官は両推定の優越性を比較衡量すべきことが明示されるに至っている。⁽⁶¹⁾

2 当事者の一方のみが権原を援用した場合

これも次の二つの場合に分けることができる。

(1) 一方当事者が権原並びに占有を援用した場合

原告あるいは被告が、権原及び、彼または彼の前主の占有を援用した場合には、彼が勝訴することについて全く争いはない。⁽⁶²⁾

(2) 一方当事者が権原を援用し、他方が占有を援用した場合

即ち「権原」対「占有」の衝突の場合にも、判例に変化がある。①一八六四年以来、判例は次のような区別をしてきた。即ち、(a)原告（ないしその前主）の権原が被告の占有開始よりも前であった場合、被告の占有が瑕疵なき占有であっても、原告が優先する。⁽⁶³⁾ (b) 反対に、被告の占有の開始が権原より前で、かつ右占有が瑕疵なき占有である場合、被告の占有者が優先する。⁽⁶⁴⁾

②しかしながら、近時、破毀院はかかる基準を捨て、裁判官は権原・占有及びその他の証拠を自由に評価して、「より良いかつより特徴付けるような所有権推定」をなすべきと判示するに至った。⁽⁶⁵⁾

3 両当事者が共に権原を援用しなかった場合

この場合に判例は、原告の過去の占有あるいは被告の現在の占有が「より良いあるいはより特徴付けるような」占有、即ち取得時効の要件たる「瑕疵なき占有 possession sans vice ou non viciee」⁽⁹⁵⁾ 有効な占有 possession utile⁽⁹⁶⁾ であるか否かを、全証拠関係に照らして判断することによって、決している。即ち――

(1) 当事者が瑕疵なき占有を援用した場合

(a) このうち、被告が取得時効に必要な占有を有し、原告が権原あるいは過去の占有に基づく取得時効も援用しなかった場合には、被告が優先する。⁽⁶⁸⁾

(b) これに対して、原告が過去の占有を援用し、それが有効、排他的かつ充分に特徴付けるものであったならば、原告が優先する。⁽⁶⁹⁾

(2) 両当事者とも瑕疵なき占有を援用しなかった場合

この場合、裁判官は、実質的徴表 indices materiels を用いた「より良いかつより特徴付けるような所有権推定」により、優先関係を決する。⁽⁷⁰⁾ 右それ自体では不完全な占有を補強する補充的徴表 indice supplémentaire としつは、土地台帳 cadastre、⁽⁷¹⁾ 公租公課 indice paiement des impôts、⁽⁷²⁾ 土手 talus、⁽⁷³⁾ 境界標 borne 等が挙げられる。

(二) 一九世紀の学説

かかる判例の展開には、一九世紀の学説の果たした役割が大きい。

1 ローランの見解

所有権証明の困難性（いわゆる「悪魔の証明」）について

判例が、取得時効の成立しない場合にも、原告に所有権証明の余地を認めたのに対して、ローランは、⁽⁷⁵⁾ 原告は、自己またはその前主による取得時効を援用しない限り、原告はその請求の基礎を証明しなければならぬとする C c 一三二五条の適用により敗訴を免れず、その結果、被告の占有が常に優先すると主張した。その根拠は、この場合の当事者に何らかの形で所有権証明の余地を認めるためには、条文ないしはその規定する法原則の存在が必要であるが、C c において、これを規定した明文が存在しないという点にあり、右見解は、モンターニユ、⁽⁷⁶⁾ ナケ及びワール⁽⁷⁷⁾ によって支持された。

しかしながら、右見解に対しては、債権関係に関する規定である一三二五条は、所有権に直ちに適用されるわけではなく、また、原告を即座に敗訴させることは、いかにも不当な結果を招き、法律がかかる結論を明定しているのならば、C c が沈黙している以上、判例法の形成によって妥当な結論を導くことは認される、と批判された。⁽⁷⁹⁾

2 アルトンの見解

むしろ、一九世紀において有力であったのは、原告は、取得時効の擬制訴訟たるプブリキアーナ訴訟権を行使し得るとする古法以来の考え方であり、これは、トロロン、⁽⁸⁰⁾ デュラントン、⁽⁸¹⁾ デルヴァンクル、⁽⁸²⁾ メルラン、⁽⁸³⁾ ドゥモロンブ、⁽⁸⁴⁾ モリートル、⁽⁸⁵⁾ ツアハリエらにより主張され、アルトン⁽⁸⁷⁾ によって修正・完成された。それによれば、C c が所有権証明の問題について沈黙しているのは、立法者が、ポテイエも肯定するローマ法のプブリキアーナ訴訟権を維持しようとした

ために他ならないとされたが、①ローマ法・古法・従前の学説が「正権原」と「善意」を要求していたのに対して、②アルトンにおいては、悪意あるいは正権原を欠く占有であっても、現行法において時効期間が満了すれば取得時効が可能な占有、即ち「瑕疵なき占有」ならば、ブブリキアーナ訴権を行使し得ると修正されたのであった。

先に見たように、判例は、両当事者が共に権原を援用しなかった場合、瑕疵なき占有を有する者を優先させており、これは、その限りにおいては、取得時効の途上にある者にこれが完成したものと擬制するブブリキアーナ訴権説の処理そのものである⁽⁸⁸⁾。しかしながら、判例は、他方において、権原の占有に対する優越性を認めていたのであり、これは、専ら取得時効の要件である占有に力点を置くこの見解とは、明らかに理解を異にする⁽⁸⁹⁾。更に、この見解に対しては、ローマ法のブブリキアーナ訴権が、真の権利者の権利を失権させるのに対して、*«Nemo plus iuris...»* 原則の支配する現行法においてはこれが認められない⁽⁹⁰⁾、また、現行法においては占有訴権がブブリキアーナ訴権の「悪魔の証明」救済機能を代替しており、従って、後者を敢えて認める実益がない⁽⁹¹⁾、取得時効の擬制であるブブリキアーナ訴権を認めるためには、その旨を規定した明文が必要である⁽⁹²⁾、等の批判がなされた。

3 オープリ、ローの見解

これに対して、判例の処理を原則的に是認し、これに理論的根拠を付与しようとしたのが、オープリ、ローの見解であった⁽⁹³⁾。この見

解によれば、悪魔の証明による敗訴という帰結が、極めて不当である以上、現実的要請 *«exigences pratiques et équitables»* の見地から、原告が被告よりも「より良い」(権利)またはより蓋然性の高い権利 *«droit meilleur et plus probable»* を有するとの証明によって、満足せざるを得ないとされ、これは、占有の所有権推定によってなされるとする一方、条文の欠缺する場合にも裁判官は裁判を拒否することができないとするC c 四条の、立法の一般的精神 *«esprit général»* に照らして、かかる処理は是認される⁽⁹⁴⁾、とされた。右「より良いまたはより蓋然性が高い権利」の証明という当事者間の衡平の観点に立つ相対的な処理は、ローマのブブリキアーナ訴権と同一の基盤に立つものであるが、しかしながら、この見解は、ブブリキアーナ訴権説のように、これを実体的な権利自体の相対性と捉えるのではなくして、「単なる証明の問題」として理解する⁽⁹⁶⁾。

この見解は、蓋然性の高さに基づく推定による証拠間の相対評価という点において、以後の判例・学説に大きな影響を与えたが、しかし、これに対しては、権利は存在するかしないかの何れかである以上、たとえ証拠の問題であるにせよ「より良いまたはより蓋然性の高い権利」という表現は相対的所有権概念から脱却しておらず⁽⁹⁷⁾、また、そこで示された証拠間の相対的評価が、具体的にはいかなる法理ないし法規範に基づくかが、何ら示されていないことに難点があるとされた⁽⁹⁸⁾。

4 エマニエール・レヴィの見解

その一方、証拠間の相対的評価を、所有権それ自体の相対性の帰

結であるとする見解も存在する。エマニユエル・レヴィの見解がそれであり、彼は、いわゆる対人権説に立ち、物権もまた債権と同様に人に対して自己の支配を尊重すべきことを義務づける権利であるとしつつ、右義務（即ち物権ないし所有権）がある者に対しては肯定され、他の者に対しては否定されるという相対的な性質を有していることは、ローマ法・古法のみならず、《Nemo plus iuris...》原則に対して種々の例外を認めるC c.においても同様であるとする。かかる分析に立った上で、彼は、右相対的所有権の証明は、ブブリキアーナ訴権説のように「瑕疵なき占有」によってではなくして、「権原」によってなされ得ると主張した。

しかしながら、この見解に対しては、書証の相対性は純然たる証拠法上の問題であつて権利自体の相対性の問題ではなく、また、成立要件的な不動産即時取得の原則を《Nemo plus iuris...》原則の支配する不動産領域にそのまま適用することはできない、あるいは、権原が援用されていない場合にも更に占有を斟酌する判例の態度に逆らうものである、等の批判の他に、その依拠する対人権説の前提自体に根本的な疑問が提起された。

(三) 今日の学説

以上概観してきたように、一九世紀における判例は、(i)権原（証書）に占有に対する（あるいは権原間の衝突では先行する権原に）完全な証明力を認める一方、(ii)権原のない場合には占有に法律上の推定力を認めていたように解された。他方、一九世紀の学説の多くは、

所有権証明の困難性（いわゆる「悪魔の証明」）について

かかる相対的な権原（証書）の証明力あるいは占有の権利推定力を全ての事例に及ぼし、理論の統一化を図ろうと意図した。そこで、以下では、右判例・学説の整理も兼ねて、占有及び権原の機能に関する理解の変遷を見ることから、今日の学説の立場を概観することにしよう。

1 占有

既にボテイエは、占有の効果を段階的に論ずる一方、占有という事実から占有者を所有権者であると「看做す *reputer*」としていたが、これを受けて一九世紀注釈学派は、古法におけるゲヴェーレの推定力と同様に、占有の効果を、取得時効に至るまでの時間の経過に基づき「瑕疵なき占有」から生ずる推定の諸段階として説明した。即ち、(1)現在の占有から所有物返還訴権において証明責任を負わぬ被告たる有利な地位が与えられ、(2)右占有が一年以上継続すると、所有権に関する覆滅可能な法律上の推定力が与えられ、これは占有訴権によって保護される。(3)更に一〇年以上継続すると、右推定は覆滅不能となり、所有権を絶対的に証明する。これが取得時効である、というのである。

(1) 占有の推定力と証明責任

まず、右占有の推定力の第一の効果について見てみよう。先述の如く、C c.は、一三一五条で債務に関する証明責任を規定しているが、所有権に関する証明責任を定めた規定は存在しない。が、判例は早期から、自己の所有権につき証明を怠った原告を敗訴させてきた。⁽¹⁰⁾①そこで、一九世紀の一部学説は、右判例の結論を説明するた

めに、右占有の所有権推定の第一命題を援用したのであった。⁽¹⁰⁾ ②し
 かしながら、今日の判例・学説は、所有物返還訴訟において、被告
 が消極的地位を有し自己の所有権を証明しなくてもよいのは、右占
 有の推定力の故ではなく、「証明責任原告にあり actori incumbit
 probatio」の一般原則によるものであり、従って、原告は、ゲヴェ
 ーレの推定力やプラケンティヌスの推定のように、被告に占有者の
 占有が瑕疵ある占有であることを証明するだけでは足りず、進んで
 自己の所有権を証明しなければならぬとされ、その結果、(1)所有
 物返還訴訟における被告の優位という点を、占有の固有の効果と考
 えることは、今日では否定されるに至っている。

(2) 占有の推定力と占有訴権

むしろ、右瑕疵なき占有の推定力は、占有訴権との関係において
 重要な意味を持つ。ただし、この訴訟において、原告は、自己の占
 有が被告によって侵奪されたこと(＝被告の占有が瑕疵ある占有である
 こと)を主張・立証すれば勝訴するからであり、フランスにおける
 占有訴権は、一年以上継続した瑕疵なき占有を尊重して、本権訴訟
 を回避し、あるいは右占有訴訟を先行させることにより、この訴訟
 の原告に現在の占有者たる地位を確保することを通じて、後の本権
 訴訟において「悪魔の証明」を負わない被告たる有利な地位を付与
 する機能を有しているのである。⁽¹¹⁾

(3) 占有の推定力と取得時効

かような構造を前提に、フランスの所有物返還訴訟における原告
 は、自己の所有権につき証明責任を負っているのであるが、C.c.の

明文上、右所有権の絶対的証明を可能にするのは、一〇年を越える
 瑕疵なき占有の覆滅不能な法律上の推定を付与する取得時効のみで
 ある。この制度によって初めて所有権者は「悪魔の証明」から完全
 に逃れることができるのであり、フランスの学説は一致して、これ
 が取得時効の通常の機能であると説く。即ち、取得時効制度は、無
 権利者の「侵奪を保護するのではなくして、所有権者に対して、彼
 の権利の証明を容易にするのである」。⁽¹²⁾

2 権原

次に、権原の効力について見てみよう。一九世紀においては、所
 有物返還訴訟において当事者が権原を援用することは、一・二六五条
 の契約の相対性に反し許されないとされたことがあり、これが権利
 それ自体の相対性に結び付けられて論じられたこともあったが、後
 にこの態度は改められ、この場合における当事者の権原の援用は専
 ら証拠法上の問題であり、権利の相対性とは無関係であることが、
 認められるに至った。⁽¹³⁾ しかしながら、《Nemo plus iuris...》原則
 の下では自己の所有権は前主の所有権によって基礎付けなければな
 らず、その結果、取得時効が成立しない場合には、「悪魔の証明」
 の問題が立ち現われる。⁽¹⁴⁾ 先に見たように、判例は権原を占有その他
 の証拠資料に対する優越性を認め、一部学説も権原(証書)による
 直接証明を説いていたが、これは、債務に関しては公正証書が(完
 全な)証明力に公信用を有する旨を規定したC.c.一三四一条の書証
 優越原則への傾斜と考えられた。しかし、今日の判例・学説におい
 ては、右条文をそのまま所有権に準用し、所有権の根拠として公正

証書を提出しただけで、原告を直ちに勝訴させるわけにはいかないとする点で異論を見ない⁽¹¹⁾。他方、右の如き権原証書の公示である登記も、フランスの法制の下では所有権に関する完全な証明力を有さない⁽¹²⁾とされ、学説は、ドイツ法やトレンズ・システムのように、登記あるいは証書の引渡を所有権移転の成立要件としない限り、不動産所有権の直接的・絶対的証明は不可能 impossible である、と端的に説くに至つてゐる⁽¹³⁾。

3 事実上の推定

かように、今日では、一九世紀の判例・一部学説におけるように、権原（証書）あるいは占有が、所有権に関する完全な証明力ないし法律上の推定をもたらすわけではないとされるに至つたが、かかる前提に立つた上で、今日の学説は、オーブリ、ロー説を基本的に承継し、裁判官は権原・占有を含めた全証拠資料を自由かつ相対的に評価すべしとしてゐる。ただ、オーブリ、ロー説が占有を中心とした「より良いないしはより蓋然性の高い権利」の証明という表現において、古法以来のブリキアーナ訴権の理論から完全に脱却していなかつたのに対して、今日の学説においては、これは完全に証拠法上の問題とされ、これによつて、例えばレヴィ説が主張するような、実体法的な「相対的所有権」概念を想起させる虞は解消され⁽¹⁴⁾。

そこで、次には、右証拠法領域において全証拠資料を参酌した相対的評価を導くような具体的な法理論は何か、という点が問題となる。再三繰り返すように、法定証拠主義を原則とするフランスにお

いては、一方において古法以来の占有の法律上の推定が、他方において債務関係に関する書証優越原則の明文が存在するため、議論はこれに引き摺られた形で展開してゐた。権原と占有の固定的・階層的評価がなされ、それ以外の証拠資料に関してのみ、自由かつ相対的評価の原則が適用されたのは、そのためである。しかしながら、前二者が所有権証明を充足しないことが明確化された今日においては、権原及び占有以外の証拠資料に関してのみ限定的になされてゐた、自由かつ相対的な蓋然性の評価の原則、即ち、所有権に関する「事実上の推定」が、権原・占有をも取り込んだ全証拠資料に関して適用されてくることになる。かようにして、今日の学説は、オーブリ、ロー説によつて提示された全証拠資料の相対評価の原則、即ち事実上の推定という蓋然性に基づく裁判官の自由な心証形成原則を、判例理論における固定的評価の部分についても及ぼし、これを占有の法律上の推定、あるいは権原証書の証明力の問題としてではなく、事実上の推定の帰結と結論付けてゐる⁽¹⁵⁾。

四 結びに代えて

(一) 「悪魔の証明」をめぐる実体法と訴訟法の交錯

さて、このように見てみると、ローマ法の *«Nemo plus iuris...»* 原則の帰結として生ずる「悪魔の証明」を媒介とした、証拠法と実体法の密着した関係に想い至らざるを得ない。過去の時代においては、所有物返還訴訟において確実に勝訴できるような証拠方法を具

備することが、即ち所有権移転方法に他ならなかった。それは、例えば占有であり(使用取得やゲヴェーレの推定力)、権原であり(裁判証書の不可争性を利用するための仮装の所有物返還訴訟——ローマ法の法廷譲与やゲルマン法におけるアンヴェステイテール)、あるいは登記であった。即ち、《物を取り戻すための訴権を有する者は、物自体を有するものと看做される》*Is qui actionem habet ad rem recipiendam, ipsam rem habere videtur*」であり、所有物返還訴権を有しているか否か、あるいは行使し得るか否かが、(少なくとも第三者関係において)⁽¹⁸⁾所有権自体を有しているか否かを決定したのである。従って、右所有物返還訴訟において、例えばAとの間では優先するがBとの間では劣後するような証拠方法を有することは、所有権それ自体の相対性を導くことになる。ゲヴェーレの推定力あるいはプブリキアーナ訴権の構造がまさにそれであるが、先に示したように、フランスにおいて、右占有の権利推定力及びプブリキアーナ訴権概念が完全に払拭され、実体法における所有権概念の相対性と訴訟法における証拠の相対性とが峻別されるには、今世紀の到来を待たなければならなかったのである。その意味では、登記による対抗要件主義を純然たる実体法の問題とみるとき、相対的所有権概念に立ち至るのは、自然な流れである。⁽¹⁹⁾が、フランスにおいては、やはり今世紀において、相対性 *relativité* と峻別された形での《対抗不能 *inoposabilité*》概念を創設することにより、これを回避したのであつた。⁽²⁰⁾

一方、所有権の証明方法の変遷の観点からこれを見ると、既に

イェーリング⁽²¹⁾、ヘーデマン⁽²²⁾らも明らかにしているように、そこには、裁判官の一回的な証拠評価が次第に類型化され、ついには実体法上の要件になるに至るといふ、連続的な段階が看取される。即ち、①全証拠関係の自由評価(自由心証による事実上の推定)、②特定の証拠の証明力の尊重(ないしは覆滅可能な法律上の推定)、③完全な証明力の付与(ないしは覆滅不能な法律上の推定)、④所有権取得に関する実体法上の要件化の諸段階は、相互に連続した概念であると言い得る。ここで、フランスの学説が登記に完全な証明力ないしは覆滅不能な法律上の推定(『公定力』)を付与すべしと主張し、あるいは取得時効制度や動産の即時取得がフランス法・ドイツ普通法・我が旧民法の覆滅不能推定からBGB・現行日本民法の実体法的な要件規定へと変化した経緯を想起するとき、これらの制度の解釈における、我が国にいわゆる訴訟法説と実体法説の対立が、現実にはどれほどの差異をもたらすのが、改めて問題とされるべきであろう。⁽²³⁾

(二) 占有訴権、取得時効

占有・登記の推定力と「悪魔の証明」

さて、かかる観点を踏まえつつ、冒頭で提示した我が国の不動産訴訟の問題に立ち戻らう。我が国において、「悪魔の証明」イコール敗訴という図式がさほど強調されなかつたのは、おそらく、日本の訴訟法学が強い影響を受けたドイツ法が、登記の公定力の採用によって不動産法の領域からこの問題の生ずる余地を排除してしまつていたためであろう。⁽²⁴⁾もともと、我が国の訴訟法上の通説も、主要

事実説から生ずる所有権証明の困難性に全く配慮を示していないわけではなく、右困難性は占有訴権、取得時効、占有・登記の推定力等の制度によつて充分救済されると説く⁽¹⁷⁾。ここにおいて問題は、再び、訴訟法領域から実体法領域へと移行する。既に従来より、右に挙げた実体法上の諸制度の制度趣旨ないしは存在理由として「所有権証明の困難性救済」という観点が挙げられてはいたが、これに対しては、必ずしも異論がないわけではなかった⁽¹⁸⁾。しかしながら、既に述べたように、これらの諸制度の（更には登記の公信力も）成立・発展に際しては、「悪魔の証明」救済との関連を無視できない。右実体法上の諸制度の制度趣旨ないし存在理由は、かかる観点から、いま一度検討してみる必要があるのではなからうか。

(三) いわゆる「来歴経過」論と「悪魔の証明」

ところで、先の主要事実説が所有権証明の困難性救済の拠り所とする諸制度は、現実には充分機能しているのであろうか。言うまでもなく、占有訴権は被告の侵害態様及び提訴期間の制限の故に、また、取得時効は時効期間の存在故に、その行使は非常に限定されたものとなる。一方、占有・登記の推定力は、今日の多くの学説によれば、証明責任を転換しない、事実上の推定に過ぎないとされる⁽¹⁹⁾。このように、これら救済制度が現実に機能する領域が狭く、あるいはその効力が微弱であるとすれば、所有権につき証明責任を負う当事者が、これを証明できずに敗訴する余地は相対的に大きいと見なければならぬ。かかる結論を不当とし、これを回避するためには、

所有権証明の困難性（いわゆる「悪魔の証明」）について

右実体法制度の効力を強化するか、あるいは訴訟法領域において主要事実説を捨て間接事実説を採用する以外に途はない。主要事実と間接事実の区別に関しては、近時根本的な疑問が提起されていることもあり、その動向が注目されるが、ここでは、フランス法と同様の、全証拠資料を用いた所有権に関する《事実上の権利推定》という処理が考えられてもよいのではなからうか⁽²⁰⁾。

何れにせよ、所有権の絶対的証明ができないということは、権利者にとっては、後の紛争で確実に勝訴でき、権利確保を確実にする方法がないということである。ここでは、登記に公信力を付与すべしとするフランスの学説の立法的提言が、参照されるべきであらう。

(1) さしあたり、野田宏「所有権訴訟における立証責任」兼子一編『実例法学全集民訴法（上巻）』一六六頁（昭和四〇）、小中信幸「所有権訴訟における二、三の問題（その一）」近藤完爾・浅沼武編『実務的研究』民事法の諸問題Ⅰ、八七頁（昭和四〇）、花田政道「所有権訴訟における二、三の問題（その二）」『民事法の諸問題Ⅰ』一〇五頁（昭和四〇）、伊東秀郎「所有権に基づく明渡訴訟の問題点」『実務民事訴訟講座（第四巻）』三八頁（昭和四四）、井上繁規「不動産の所有権移転経過の認定と弁論主義」判タ四六五号三三頁（昭和五七）、小山昇「弁論主義違反の有無の基準（一）——主要事実と来歴・経過について」『民訴判例漫策』七八頁（昭和五七）。

(2) 井上・前掲注（一）・三三頁。

(3) 我が国において《権原》とは「ある法律行為又は事実行為をすることを正当とする法律上の原因」をいうが（藤木英雄・金子宏・新堂幸司編『法律学小辞典（増補版）』一三〇頁（昭和六二）、本稿で問題とするフランス法においては、右の意味の他に、右原因を証明する書

面（権原証書）の意味がある（Lacouër (J.), *Étude sur la notion de titre en droit privé*, thèse Montpellier, 1948. は「前巻や negotium」後巻や instrumentum と同じ區別）(n° 4 et s., pp. 10 et s.)、その各々につき詳細な分析を行なっている。従って、フランス法を検討する際には、『titre』を単純に前者の意味と考えてはならぬ。なお、この点は、フランス法を継受した我が旧民法、更には現行民法の理解に際しても、注意を払われるべきである。

(4) 本稿で参照した文献のうち、モノグラフィーのみ次に列举しておく。APRILETON (C.), *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, 2 vol., 1889; BENTKOWSKI (R.), *La preuve de la propriété immobilière. Étude de jurisprudence*, thèse Montpellier, 1912; GROSSU (V.), *De la preuve de la propriété et de ses démembrements*, thèse Paris, 1913; LETORT (A.), *De la preuve de la propriété immobilière et des droits réels immobiliers*, thèse Paris, 1905; LÉVY (Emm.), *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse Paris, 1896; MENDELSSOHN (P.), *De la preuve de la propriété immobilière*, thèse Paris, 1922; MOUTOR (J. P.), *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain avec les rapports entre la législation romaine et le droit français*, 2^e éd., 1868; MONTAGNE (G.), *De l'action en revendication en droit romain. De l'action en revendication des immeubles en droit français*, thèse Poitiers, 1879; SAUJINO (A.), *De la preuve de la propriété immobilière en droit français*, thèse Aix, 1908.

(5) 各訴訟の内容の詳細については、さしあたり、船田孝二『ローマ法・第一巻』五一四頁（昭和四四）、吉野悟『ローマ所有権法史論』九頁以下（昭和四七）マックス・カーザー——柴田光蔵訳『ローマ私法概

説』一七九頁以下、二一五頁以下（昭和五四）。

(6) LETORT, *op. cit.*, pp. 23 et s.; MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp. 11 et s. 「したがって、所有権は、たんに相対的な権利である」（カーザー・前掲注（5）・一八〇頁）。

(7) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 12. カーザー・前掲注（5）・二一八頁。

(8) その内容の詳細については、さしあたり、船田・前掲注（5）・四五頁以下、カーザー・前掲注（5）・一九五頁以下、鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察」〔民商六六卷三九五頁以下（昭和四七）〕、滝沢幸代『物権変動の理論』六五頁以下（昭和六二）。

(9) MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp. 15-6; GROSSU, *op. cit.*, pp. 14-5. カーザー・前掲注（5）・二一八頁。反対説と、その評価につき、MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp. 13 et s. 吉野・前掲注（5）・二三五頁以下。

(10) この時代、所有権は、(a) 盗品・強奪物等以外の物を、(b) 「正原因 iusta causa」なし「正権原 iustus titulus」に基づき、(c) 「善意 bona fides」で、(d) 一年（動産）または二年（不動産）の間占有することによって取得された。その結果、所有権は絶対的に推定されたから、右「正権原」と「善意」に基づく一定期間の占有は、所有権に関する証拠方法であると同時に（絶対的な）所有権の移転方法そのものである。LETORT, *op. cit.*, p. 19; MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 16. カーザー・前掲注（5）・二〇一頁以下。吉野・前掲注（5）・八四頁は、この点を次のように述べる。使用取得の「効果は、譲受人が前主の Gewahrschaft を要しないので単独で、権利主張者の攻撃を有効に防御しうることであり、またその効果を保障する技術は、主張責任・筆証責任の分配である。このような……〔使用取得の〕規定の訴訟法的意義が実体法へ反射されるとき、同規定による占有者の地位は何びとに

よしても争えない地位となる。」

- (11) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p.16. カースー・前掲注(5)・二一七頁。
 - (12) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p.16. この特示命令の種類及び内容に関しては、カースー・前掲注(5)・一七〇頁以下参照。
 - (13) MENDELSSOHN, *ibid.*
 - (14) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p.17.
 - (15) GROSSU, *op. cit.*, p.16; MENDELSSOHN, *op. cit.*, p.17.
 - (16) 従って、ブフリキアーナ訴権を行使し得る者は、物を《財産中に有する in bonis》者、即ち、法務官法上の所有権 *dominium in bonis habere* 者(＝無方式の引渡 *traditio* により手中物を取得した者であり、彼は真の権利者(＝市民法上の所有権者)からの所有物返還訴訟に対して、「売却引渡抗弁 *exceptio rei venditae et traditae*」をもって対抗し得た)であったが、これに加えて、「市民法上の所有権者でありながら無権利者から取得したために使用取得が認められない者もまたこれを援用し得ることは急速に認められ、この者もまた、物を《財産中に有する》者と呼ばれることとなった。更で、握取行為が消失し引渡が所有権移転方法となったユスティニアヌス帝期には前者の意味は失われ、後者のみが存続することとなる。Grossu, *op. cit.*, pp.16 et s.; MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp.25 et s. カースー・前掲注(5)・一八二頁。吉野・前掲注(5)・一九〇頁以下。
 - (17) LETORT, *op. cit.*, p.21; MENDELSSOHN, *op. cit.*, p.18. カースー・前掲注(5)・三四頁、六五四―一五頁。
 - (18) GROSSU, *op. cit.*, pp.17 et s.; MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp.19 et s. 吉野・前掲注(5)・二〇五頁以下。
 - (19) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p.22.
 - (20) MENDELSSOHN, *ibid.* カースー・前掲注(5)・一八二―一三頁。
- 所有権証明の困難性(さむゆる「悪魔の証明」)について
- (21) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p.23. カースー・前掲注(5)・一八三頁。
 - (22) もっとも、この点については争いがあり、本文の見解の他、①何れの場合においても引渡の古い方が優先するとの見解、②これとは全く逆に、何れの場合においても現在の占有者＝被告が優先するという見解が存在する。MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp.23 et s.
 - (23) MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp.27 et s. 鎌田・前掲注(8)・七三頁注(一)。結局、ローマには、所有物返還訴権において——先占・使用取得等を通じて——絶対的に証明される市民法上の所有権という絶対的所有権概念と、ブフリキアーナ訴権によって相対的に証明される法務官法上の所有権という相対的所有権概念とが並存して来たこととなる。LETORT, *op. cit.*, p.18.
 - (24) GROSSU, *op. cit.*, p.23; MENDELSSOHN, *op. cit.*, p.28.
 - (25) MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp.29-30.
 - (26) MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp.30-1. 藤原弘道『時効と占有』一九六頁(昭和六〇)。
 - (27) LETORT, *op. cit.*, pp.54 et s.; MENDELSSOHN, *op. cit.*, p.30. 結局、「占有」対「占有」、「権原」対「占有」の衝突の何れも、「占有に瑕疵のある限り」古く方が勝つという形で、両当事者の何れが《より良い権利》を有するかが——推定という手法を通じて——相対的に判断されたのであり、その意味において、ゲヴェーレは《相対的権利》であらう。ドイツ法に関して、Gerke (O.), *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2, 1906, S. 208 f. ハインリッヒ・シッターイス『世良晃志郎・広中俊雄訳『ドイツ私法概説』一六八頁(昭和三六)。
 - (28) 鎌田・前掲注(8)・八一頁。仮装の所有物返還訴訟に由来するこの手続は、右仮装訴訟の判決証書の不可争性に基づき、第三者の権利を濫除した。換言すれば、無権利者からの a non domino 取得者

は、アンヴェステイテールによつて直ちに真の所有者 *versus dominus* に対抗する権利を得たのであり、アンヴェステイテールを援用することは、所有権に関する覆滅不能推定を導き、真の所有者からの所有物返還訴権を拒絶し得たのであった。MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp. 34-5. 滝沢・前掲注(26)・六九頁。

(29) LEROYER, *op. cit.*, p. 42 et s. なお、ドイツの学者は、この作用をタウエールの「権利移転 *Rechtsübertragung* 効果」と呼び、他方被告の現在の占有から生ずる法律上の推定を「権利防御 *Rechtsvereidigung* 効果」、原告の過去の占有から生ずる法律上の推定を「権利実現 *Rechtsverwirklichung* 効果」と呼んでゐる。GERKE, *a. a. O.*, S. 203 ff. ツッタイス・前掲注(27)・一七二頁以下。

(30) SAUDINO, *op. cit.*, p. 25. フラケンティヌス(一一二〇頃—一一九二頃)によつては、佐々木有司「中世ローマ法学」碧海純一・伊藤正己・村上淳一編『法学史』八六頁(昭和五一)参照。

(31) SAUDINO, *ibid.* 藤原・前掲注(26)・一九六—七頁。もつとも、ローマ法の《何人も自己の有する以上の権利を譲渡することを得ず *Nemo plus iuris ad alium transferre, quam ipse habet*》の原則を崩して、無権利者からの取得を認めるわけにはいかなかったから、そこで導入されたのは、ゲツウェールの訴訟法的側面のみであった。

(32) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 31.

(33) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 32; TRIGAUD (J.-M.), *La possession des biens immobiliers. Nature et fondement*, 1981, n° 529, p. 520 note (3); VOLLET (P.), *Histoire du droit civil français*, 1905 (réimpr. de 3^e éd., 1966), pp. 627 et s. 更に「この一年と一日」の占有には、右推定の効果として、占有訴権による保護が与えられた点が重要である。TRIGAUD, *ibid.*: BRISAUD (J.), *Manuel d'histoire du droit privé*, 1908,

p. 264.

(34) 取得時効の制度は、本来ゲルマン法の知るところではなく、十三世紀に、ローマの長期取得時効(三〇年)が、次いで、比較的早期のうちには、「正権原」と「善意」を要求する一〇年及び二〇年時効が認められた。VOLLET, *op. cit.*, pp. 616 et s.; BRISAUD, *op. cit.*, pp. 291 et s.; MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp. 33-4.

(35) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 35. 鎌田・前掲注(8)・「二」・民商六六卷四号六五頁以下(昭和四七)。

(36) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 35. この慣習法に関しては、鎌田・前掲注(35)・「三」・民商六六卷五号二二六頁以下(昭和四七)、滝沢・前掲注(8)・七二頁以下に詳しく。

(37) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 36. 滝沢・前掲注(8)・七四頁、鎌田・前掲注(36)・二二七頁。更に鎌田教授は、ナンティスマンと同様の *adheriance* 慣習につき「これは確定的な権利取得ではなく、*besseres Recht* の取得でしかなく」と指摘される(同・二二八頁注(4))。

(38) 右プルトーニェ慣習法に関しては、鎌田・前掲注(36)・一一九頁以下、滝沢・前掲注(8)・七四頁以下に詳しく。

(39) 滝沢・前掲注(8)・七五頁。

(40) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 36.

(41) 滝沢・前掲注(8)・七五頁。

(42) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 37. 鎌田・前掲注(36)・二二九頁以下、滝沢・前掲注(8)・七六—七七頁。

(43) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 38. その詳細については、鎌田・前掲注(36)・二三—三四頁、滝沢・前掲注(8)・七七頁以下参照。

(44) MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 39.

- (45) Porhier (R.J.), *Traité du droit de domaine de propriété*, (Ouvres de Porhier (par BUGHET), t. IX, 1846, n° 323, p. 212.
- (46) Porhier, *op. cit.*, n° 324, p. 212. 「けだし、原告は、被告の占有する財産を、占有していなす者によつて自己に売買・贈与したとする権原を援用することはできないからであり、被告は単に占有してゐるとう実質によつて、「その譲渡時において」占有しておらず自己の權利を基礎付けることができな原被告の譲渡人よりも、所有権者らしと推定されるからである。」
- (47) Porhier, *ibid.* 「右権原によつて、原告あるいはその前主に目的物を売却・贈与した者は、所有者かつ占有者であり、占有あるいは所有権を移転せたと推定するに充分だからである。」
- (48) Porhier, *op. cit.*, n° 292, pp. 202-3. 「通常、所有物返還訴訟は、所有権者のみに属するが、しかしながら、所有権者ではないが、それになる途中の者が、占有を失つた場合にも認められる。けだし、善意、正権原によつて、無権利で物を占有する者が、取得時効のために要求される期間の満了前にこれを失つた場合には、彼は物の所有権者ではないとはいへ、所有物返還訴訟によつて、権原なくして占有する者に対して、回復をなすことが認められているからである。
- かかる訴訟は、『ブリアーナ訴訟』と呼ばれているが、これは、物についての正当な占有者であつて、未だ所有権者ではないが、これになる途中にある者が、彼が占有を失つた物を、不当に占有を取得した侵奪者よりも、保持するにふさわしいとする、*« l'équité »* に基づくものである。」
- (49) Porhier, *op. cit.*, n° 325, p. 213.
- (50) Porhier, *op. cit.*, n° 326, p. 213.
- (51) Porhier, *op. cit.*, n° 327, p. 213. 「これは〈原因が同等の場合には、

所有権証明の困難性（さむゆる「悪魔の証明」）につき」

- 占有を有する者（「被告」の方がより良し *In pari causa, causa melior possidentis*）の原則に基づいて判断せよ」（*ibid.*）。
- (52) 紙面の制約上、その他の学説を紹介できない。もしあつたり、Lévy, *op. cit.*, n° 44 et s., pp. 73 et s.; Grossu, *op. cit.*, pp. 25 et s. を参照された。なお、好美清光「*Jus ad rem* とその発展的消滅——特定物債権の保護強化の「断面」——」橋大学研究年報・法学研究三号一七九頁（昭和三六）は、ドイツ法に關して、これと全く同一のルールが存在することを検証している。同論文も指摘するように（三四二頁）、フランス法において「*Jus ad rem*」の用語は、所有権を *Jus in re* と呼ぶことに対応して、他物権たる用益権 *usufruit*、定期金等の「より弱い物権 *droit réel inférieur*」を意味するものとして用いられており（VOLLER, *op. cit.*, p. 599 note (1); BRISSAUD, *op. cit.*, pp. 241 et s.）、用語そのものを単純に比較することはできないが、*rei vindicatio* の行使可能性の相対性（「相対的所有権」という意味において、その構造は同一であり、この相対的規範がヨーロッパ全域を席捲したことは、おそらく疑いあるまい）。
- (53) Cc. の下での所有権証明の問題を理解するためには、フランスの法定証拠主義について説明しておかねばならない。周知のように法定証拠主義とは、一定の証明対象に關する証明手段ないし証拠方法 *moyen de preuve* を限定し、その証明力（証拠力・証拠価値） *force probante* (= *efficacité d'un moyen de preuve*) を予め法定しておく主義をいうが、フランスにおいては、右証明手段ないしは証拠方法は、*« preuve littéraire »* 人証 *preuve testimoniale*、*« preuve écrite »* 宣誓 *serment*、及び、*« preuve présomptionnelle »* 推定 *présomption* に分けられ、前四者を直接証明 *preuve directe* とし、後二者を間接証明 *preuve indirecte* とする（「右直接証明が不可能な場合に採用される諸事実」を用いた証明手段ないし証拠

方法たる推定を、間接証明ないし間接証拠 *preuve indirecte* とす。債務の証明については証明力が法定されており、訴訟が五〇〇〇フランを越える場合には、書証(公正証書)が証明力を有し人証は排斥される(二三四一条)。他方、推定は、法律上の推定 *présomption légale* (これは更に反対証明 *preuve contraire* により覆滅可能な推定ないし単純推定 *présomption réfraggable ou simple* と覆滅不能ないし絶対的推定 *présomption irréfragable ou absolue* に分けられる)と事実上の推定 *présomption de l'homme ou du juge* に分けられ、前者は明文のある場合(二三五〇条)、後者は人証が認められる場合のみ(二三五三条)。証明力を有する。本稿で問題となるのは、所有権に関する証明力を、権原証書(二三四一条)の准用があるならば書証、ないのなら推定、あるいは占有(推定)が有するかという点である。フランスの法定証拠主義については、さしあたり、七頁「不動産物権変動における対抗力の本質」慶大院法学研究科論文集二三号七三頁以下(昭和六一)と同所に掲げる文献参照。

(54) ただ、「時効」の章の立法理由の説明において、「ビヨンプレアムヌ *Bicor-PREAMENU* は「所有権はまず何よりも占有にあり、そのみ存在し、最も古き法原則は、疑わしき場合には占有者に優先権が認められることを求めるものである。占有はいろいろ原因が優先するものである。…従って、占有は所有権の主たる属性であると同時に証拠でもある」と述べている(LOORE(J.G.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVI, 1829, p.558)が、取得時効に限らず、所有権の証明一般につき、占有優先の結論を取るべき学説(後述)の根拠とされたことがあった。

(55) この点に関しては、藤原・前掲注(26)・一八六頁以下、滝沢・前掲注(8)・一四二頁以下に、簡明な概略がある。

(56) *Cass. civ. 12 nov. 1976, Bull. civ. 1976, I, n° 323, J.C.P. 1976, II, 18359 note DACOR (M.), Rev. trim. dr. civ. 1977, p.145 obs. CORNU (G.)*、滝沢・前掲注(8)・二六七頁注(8)。

(57) *V° par ex. SAUNINO, op. cit., pp.111 et s.; MENDERSOHN, op. cit., p.80*。ただ、今日のフランスにおける二重譲渡紛争の少なからぬ事例が境界紛争であるといわれ、この場合には、不動産公示の原則は、権原自体の有効性の曖昧を故に、機能しない。これは、例えば、譲渡人が、売買証書中の境界を誤り、あるいは明確にせず、自己の隣接する二つの土地を売却した場合であり、その二の対立は、相手が土地をどうまで取得したか、換言すれば権原自体の有効性に存するのであって、それ自体は明確・有効と成立して二重契約の優先関係を争うものではない。従って、学説はこの場合には権原の不在の場合(後述)に於ける原則を適用すべきである。L. et J.), *Leçons de droit civil*, t. II, vol.2, 5^e éd. par DE JUGLART (M.), 1979, n° 1642, p.329, note (2)。

(58) *Orléans 25 juil. 1895, D.P. 1896, 2, 230, Cass. civ. 1^{er} juin 1897, S. 1897, I, 399*。

(59) *Cass. civ. 12 nov. 1907, D.P. 1908, I, 313 note NAGUËT (E.), S. 1910, I, 388; Montpellier 3 fév. 1920, D.P. 1920, 2, 73 note RIPERT (G.)*; *Cass. req. 22 nov. 1933, Gaz. Pal. 1934, I, 140*。

(60) *Cass. civ. 6 déc. 1955, J.C.P. 1956, II, 9042 note BURN, Rev. trim. dr. civ. 1956, 154 obs. SOLUS (H.)*。

(61) *Cass. civ. 26 nov. 1964, Bull. civ. 1964, I, n° 525, V° MAZEAUD, t. II, vol.2 par DE JUGLART, n° 1642, p.329*。

(62) *V° par ex. PLANIOL (M.) et RIPERT (G.)*, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. III par PICARD (M.), 1952, n° 360, p.357;

MAZEAUD, t. II, vol.2 par de JUGLART, n° 1643, p.329; MARRY (G.) et RAYNAUD (P.), Droit civil, t. II, vol.2, 1965, n° 224, p.232; WEILL (A.), Droit civil, Les biens, 2^e éd., 1977, n° 545, p.468.

- (82) Cass. civ. 22 juin 1864, D.P. 1864, 1, 412; Aix 29 fév. et mars 1872, D.P. 1874, 2, 185; Cass. civ. 8 juil. 1874, D.P. 1874, 1, 336; Paris 17 mars 1890, D.P. 1892, 2, 483; Rom 20 juin 1891, D.P. 1892, 2, 127; Aix 18 fév. 1892, D.P. 1892, 2, 484; Cass. req. 15 nov. 1897, D.P. 1898, 1, 38, S. 1898, 1, 337 note WAHL (A.); Cass. civ. 14 juin 1904, D.P. 1905, 1, 8; Dijon 21 avr. 1905, D.P. 1907, 2, 93; Cass. civ. 22 oct. 1906, S. 1908, 1, 329; Cass. req. 2 janv. 1907, D.P. 1907, 1, 125; Cass. civ. 9 mars 1953, Bull. civ. 1953, I, n° 91.

- (83) Cass. civ. 27. déc. 1865, D.P. 1866, 1, 5, S. 1866, 1, 205; Cass. req. 24 oct. 1938, Gaz. Pal. 1938, 2, 898.

- (84) Cass. civ. 18 nov. 1964, Bull. civ. 1964, I, n° 512; Cass. civ. 24 fév. 1965, Bull. civ. 1965, I, n° 150, V° MAZEAUD, t. II, vol.2 par de JUGLART, n° 1643, p.330.

(9) 【〇〇三三三九条】「取得時効のためには、継続した中断のため、公然と不明瞭なまま、所有者としての占有 possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire が必要である。」これを要する、凶暴 violence、隠蔽 clandestinité に基づく占有は、瑕疵のある占有 possession vicieuse や、後述するもの、判例が右に「瑕疵なき占有」を問題として、古法以来の「プリキヤーナ訴権（これは先述の如く取得時効を推定する制度であり、従って「瑕疵なき占有」を要件とした）を想起させた。

- (67) Cass. req. 29 mars 1933, S. 1933, 1, 224; Cass. req. 27 mai 1936,

所有権証明の困難性（いわゆる「悪魔の証明」）について

Gaz. Pal. 1936, 2, 353; Cass. req. 19 avr. 1937, S. 1937, 1, 368; Cass. req. 17 janv. 1938, Gaz. Pal. 1938, 2, 898; Cass. req. 28 avr. 1941, D.A. 1941, 259, S. 1941, 1, 128; Cass. civ. 10 mars 1953, J.C.P. 1953, II, 7842 note WEILL (A.); Cass. civ. 4 juin 1955, D. 1956, Somm. 62.

- (85) Cass. civ. 10 janv. 1860, D.P. 1860, 1, 74; Cass. req. 30 déc. 1872, S. 1873, 1, 150; Cass. req. 22 déc. 1885, S. 1886, 1, 196; Cass. civ. 9 nov. 1886, D.P. 1887, 1, 246; Cass. req. 8 fév. 1893, S. 1896, 1, 447; Cass. civ. 18 oct. 1893, S. 1896, 1, 36; Cass. req. 31 mai 1905, S. 1905, 1, 524.

- (86) Cass. req. 31 juil. 1838, S. 1839, 1, 783; Cass. req. 8, fév. 1893, S. 1896, 1, 447; Cass. civ. 18 oct. 1893, S. 1896, 1, 36.

(87) Cass. civ. 27 mars 1929, Gaz. Pal. 1929, 1, 758; Cass. req. 29 mars 1933, S. 1933, 1, 224; Cass. req. 27 mai 1936, D.H. 1936, 377; Cass. req. 10 avr. 1937, D.P. 1939, 1, 24 note de LAGRANGE (E.); Cass. req. 17 janv. 1938, Gaz. Pal. 1938, 2, 898; Cass. req. 28 avr. 1941, D.A. 1941, 259; Cass. civ. 3 juin 1981, D. 1982, Inf. rap. 183 obs. ROBERT (A.). この條で、裁判官は「この保証 garantie を与えられた占有を、尊重するの義務として、必然的に古くからの占有を有する側を尊重するべきである」として、必然的に古くからの占有を有する側を尊重するべきである旨の占有を有する側を尊重するものとすべきである。 Cass. civ. 3 déc. 1959, Bull. civ. 1959, I, n° 516; Cass. civ. 6 janv. 1965, Bull. civ. 1965, I, n° 20.

- (71) Cass. civ. 10 janv. 1860, D.P. 1860, 1, 74; Cass. req. 27 mai 1936, D.H. 1936, 377; Cass. req. 10 avr. 1937, Gaz. Pal. 37, 1, 814; Cass. req. 19 avr. 1937, S. 1937, 1, 368; Cass. civ. 10 mars 1953, J.C.P.

- 1953, II, 7842 note WEILL (A.), Rev. trim. dr. civ. 1954, 124 obs.
 SOLUS (H.): Cass. civ. 8 nov. 1954, Bull. civ. 1954, I, n° 264.
- (72) Cass. req. 5 mars 1894, S. 1898, I, 439; Cass. req. 26 oct. 1911, D.P. 1913, I, 119; Cass. civ. 14 oct. 1957, Bull. civ. 1957, I, n° 368; Cass. civ. 21 juin 1961, Bull. civ. 1961, I, n° 330.
- (73) Cass. req. 22 déc. 1891, S. 1892, I, 24, D.P. 1892, I, 512.
- (74) Cass. req. 28 oct. 1901, S. 1903, I, 179.
- (75) LAURENT (F.), Principes de droit civil français, 3^e éd, t. VI, 1878, n° 156, pp. 211-2; n° 159 et s., pp. 216 et s.
- (76) MONTAGNE, *op. cit.*, n° 338 et s., pp. 193 et s.
- (77) NAUDET (E.), note sous Aix 29 fév. et 15 mars 1872, S. 1873, 2, 49.
- (78) WAHL (A.), note sous Cass. req. 15 nov. 1897, S. 1898, I, 338.
- (79) GROSSU, *op. cit.*, pp. 47 et s.; SAUDINO, *op. cit.*, pp. 26 et s.; MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp. 92 et s.
- (80) TROPONG (R.T.), Le droit civil expliqué, De la vente, t. I, 1834, n° 235, pp. 381 et s.; De la prescription, t. I, 1857, n° 230, p. 370.
- (81) DURANTON (A.), Cours de droit français suivant le Code civil, t. IV, n° 233 et s., t. XVI, n° 21. V° LETORT, *op. cit.*, p. 98; GROSSU, *op. cit.*, p. 105; MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 96.
- (82) DELVINCOURT (A.), Cours de Code civil, t. VI, n° 21. V° GROSSU, *op. cit.*, p. 105.
- (83) MERLIN (Ph. Ant. Cie.), Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, V° Revendication, §II, n° 2 et s. V° SAUDINO, *op. cit.*, p. 51; MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 96.
- (84) DEMOLOMBE (C.), Cours de Code Napoléon, t. IX, 1852, n° 481, p. 385.
- (85) MOLITOR, *op. cit.*, n° 82, p. 154. V° DEMOLOMBE, *ibid.*
- (86) V° DEMOLOMBE, *ibid.*; LETORT, *op. cit.*, p. 99. 但し ZACHARIÄ VON LINGENTHAL u. CROME (C.), Handbuch des Französischen Civilrechts, 8. Aufl., Bd. I, 1894, §200, S. 613. 又はこの立場は変更されずはたして二三三三の事実上の推定はたしてプリキアーノ訴權はたしてそのなりである。
- (87) APPELLON, *op. cit.*, vol. 2, n° 374 et s. pp. 331 et s.
- (88) MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp. 57 et s.
- (89) これに対し「モノトノ説に立つては」瑕疵なき占有を援用せしめなかつた者も「間接証拠の援用により」例えば八年前までの権原を援用した相手方が優先すべきならしむ結果を生じしめた。MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp. 99-100.
- (90) MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp. 58-9 et p. 101.
- (91) SAUDINO, *op. cit.*, p. 54; MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 98.
- (92) LAURENT, t. VI, n° 156, p. 212; SAUDINO, *op. cit.*, pp. 54-5; MENDELSSOHN, *op. cit.*, p. 98.
- (93) AUBRY (C.) et RAU (C.), Cours de droit civil français, 4^e éd, t. II, 1869, §219, pp. 390 et s.
- (94) AUBRY et RAU, *op. cit.*, §219, p. 392 note (6).
- (95) AUBRY et RAU, *op. cit.*, §219, p. 391 note (1).
- (96) AUBRY et RAU, *op. cit.*, §219, p. 390.
- (97) MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp. 104-5.
- (98) LETORT, *op. cit.*, p. 114; MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp. 105-6.
- (99) LÉVY, *op. cit.*, n° 65 et s., pp. 114 et s.
- (100) LÉVY, *op. cit.*, n° 68 et s., pp. 120 et s. 証書の証明力の相対性

を規定した二二九条、二二三二条及び二二三八条、虚偽表示に関する二二二一条、動産の即時取得(二二七九条)及び動産三重譲渡(二四一条)の規定等が、その根拠として挙げられている。

(10) Lévy, *op. cit.*, n° 92 et s., pp.153 et s.

(20) SAUDINO, *op. cit.*, pp.36 et s.; MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp.73 et s., p.115.

(30) RGAUD (L.), *Droit réel. Histoire et théories*, thèse Toulouse, 1912, p.298; MENDELSSOHN, *op. cit.*, pp.111 et s. 対人権説一般に対する批判については、佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察」法学論叢九八巻廿号、九九巻一、二号(昭和五一)参照。

(40) POTHIER, *Traité de la possession*, Œuvres de POTHIER, t. IX, n° 3, p.268. V° TRICEAUD, *op. cit.*, n° 447, p.424.

(50) V° par ex. TORLONG, *De la prescription*, t. I, n° 225 et s., pp.365 et s. V° aussi TRICEAUD, *op. cit.*, n° 447, p.424.

(60) Cass. req. 14 fév. 1831, D. Rép., V° Preuve, n° 20; Cass. req. 22 nov. 1847, S. 1848, I, 24, D.P. 1847 I, 378; Cass. req. 20 avr. 1868, S. 1868, I, 269, D.P. 1869, I, 85; Bordeaux 14 juin 1877, S. 1879, 2, 324, D.P. 1879, 2, 56; Cass. req. 1879, D.P. 1881, I, 83; Cass. req. 10 juil. 1889, D.P. 1890, I, 416; Cass. req. 1^{er} juil. 1890, D.P. 1891, I, 432; Limoges 29 juil. 1891, D.P. 1892, 2, 406; Montpellier 17 avr. 1893, D.P. 1894, 2, 329; Amiens 13 juin 1895, D.P. 1896, 2, 124; Besan on 8 avr. 1903, D.P. 1903, 2, 483; Cass. req. 21 janv. 1907, S. 1908, I, 388.

(70) V° MONTAGNE, *op. cit.*, n° 342 et s., pp.199 et s.; MENDELSSOHN, *op. cit.*, p.51. 藤原・前掲注(8)・一八九頁以下。

(80) PLANOL et RIPERT, t. III par PICARD, n° 355, p.351; MAZEAUD, t.

所有権証明の困難性(5つある「悪魔の証明」のうち)

II, vol.2 par de JUGLART, n° 1635, pp.325-6.

(90) 【公民訴訟三条】「占有の訴は、侵害の時から一年以内に、少なくとも一年以上、自己または身内の者による平穩かつ容赦的でない占有をしようとした者によって提起された場合に限り、受理される。」右原告の一年以上の占有と云う要件は、先述したロー法の特示命令(前掲注(12))及びゲルマン法の《一年と一日》の占有(前掲注(8))に遡ることが出来る。フランスの占有訴権の我が国のそれとの相違点に関しては、キシあたり、三ヶ月章「占有訴訟の現代的意義」『民事訴訟法研究・第三巻』二一頁以下(昭和四一)参照。

(10) MAZEAUD, t. II, vol.2 par de JUGLART, n° 1634, p.325.

(11) MAZEAUD, t. II, vol.2 par de JUGLART, n° 1636, p.326. V° aussi Cass. civ. 7 oct. 1964, J.C.P. 1964, II, 13944 obs. BUTÉ (H.); BENTKOSKI, *op. cit.*, pp.17 et s.; PLANOL et RIPERT, t. III par PICARD, n° 356, p.352; MARTY et RAYNAUD, t. II, vol.2, n° 221, p.230; CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. III, 6^e éd., 1969, n° 68, p.236. ところで、所有権者が彼の権利の存在を証明しなければならぬ場合として当然予想されるのは、彼らはその前主である占有が時効期間に満たなる場合と云うことにならうが、契約に際して公証人が時効期間を越える権原の連鎖を調査するフランスにおいては、かかる状況は、現実には稀にしか生ぜず、取得時効を援用せざる事例の多くは、当事者の何れも、自己の占有が取得時効に必要な瑕疵なき占有であることを立証できなかった場合であり、これは、典型的には境界紛争の事例であるとされる。 MAZEAUD, *ibid.*

(12) この点については、七頁「対抗」のフランス法的理解」慶大院法学研究科論文集二六号八二一三頁注(61)(昭和六二)参照。

(13) LÉFORT, *op. cit.*, p.71; CARBONNIER, t. III, n° 68, p.236; PLANOL

et Ripert, t. II par Picard, n° 356, p. 352.

- (114) けだし、債務関係においては、その効力の及ぶ範囲——即ち契約当事者間において、証拠を前もって具備することが可能であり、また、かかる状況下においては、当事者が後の紛争においてその絶対的証明力の掃括に甘んじるべきことが正当化される。これに対して、所有物返還訴訟における当事者は、契約関係で結ばれておらず、予め当事者関係を規律するような証拠方法を具備しておくことが不可能だからである。Mazeaud, t. II, vol. 2 par de Juglart, n° 1637, p. 326; Bouloc (B.), Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, 2^e éd., t. VII, 1976, V° Revendication, n° 35.

- (115) Cass. civ. 29 déc. 1954, J.C.P. 1955, II, 8862 note Bagué (E.), Rev. trim. dr. civ. 1955, 340 obs. Solus (H.). けだし、抵当所が「譲渡にすぎ純然たる形式的審査に基づき公示を行なうに過ぎず、その真実性を判断しないフランス法の状況下では、不動産登記に絶対的証明力を与えることは、公示された権原から、不真正な譲渡の公示による公信力を創設することを認めることになるからである。Mazeaud, t. II, vol. 2 par de Juglart, n° 1640, p. 328.

- (116) Letort, *op. cit.*, p. 181; Bentkowski, *op. cit.*, p. 63 et pp. 117 et s.; Marty et Ravnaut, t. II, vol. 2, n° 221, p. 228; Mazeaud, t. II, vol. 2 par de Juglart, n° 1645, p. 331; Weill, Les biens, n° 534, pp. 461-2.
- (117) Mendelssohn, *op. cit.*, p. 104 et p. 117; Planioz et Ripert, t. II par Picard, n° 363, pp. 359 et s.; Marty et Ravnaut, t. II, vol. 2, n° 222, p. 231.

- (118) Caronnier, t. III, n° 68, pp. 236 et s.; Mazeaud, t. II, vol. 2 par de Juglart, n° 1637 et s., pp. 326 et s.; Weill, Les biens, n° 538 et s., pp. 463 et s.

- (119) 当事者関係における「所有権」の内容と、第三者関係における「所有権」の内容とは別物であり、両者を一体的に考える論理必然性がないことにつき、七戸「不動産物権変動における意思主義の本質」慶大院法学研究科論文集二四号一二二頁以下(昭和六一)参照。

- (120) 例えば、成立要件主義を採用したといわれる共和暦三年収種月九日デクレは、当事者間では、登記(厳密には不動産申告 *déclaration foncière* の寄託 *depos*) なき契約は無効とする一方、第三者関係におきつゝ、登記なき所有物返還訴訟 *action réelle du revendiquant* はこれを裁判上行使し得ないと規定してゐるが、ヤンソンは、この規定を「寄託された不動産申告書によつて所有権者とされてゐる者は、抵当債権者である第三者に対しては真の所有権者とみなされる」として *S. 9*。Besson (E.), *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, 1891, p. 88. 滝沢・前掲注(8)・八九頁、九三頁注(8)・池田恒男「共和暦三年法論(一)——革命期抵当権改革の研究(その一)」社会科学研究(東大)三三卷三三三—三三三頁(昭和五五)。更に、ドイツの一部のラント法が、所有物返還訴訟権の譲渡(=債権譲渡?)を所有権移転方法として認めてゐたことを想起された。

- (121) 例えば Zachariae u. Crome, 8. Aufl., Bd. 1, §200, S. 613 は「……登記 transcription の原則により、何れがより良い権利 *besseres Recht* を有するかを決する」と述べる。我が国の対抗力を「相対的(関係的)所有権」概念から理解する見解とその評価に関つては、滝沢・前掲注(8)・二七八頁以下。

- (122) この点に関しつては、七戸・前掲注(112)参照。

- (123) von Jhering (R.), *Geist des römischen Rechts*, 5. Aufl., Bd. 3, 1906 (Neudruck der 5. Aufl., 1968), S. 301 ff.

- (124) Herdmann (J.W.), *Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen*

Reichs, 1904, S. 5 ff.

(125) 登記の対抗力に関する対立につき、七戸・前掲注(53) 参照。

(126) 例えば、ヴィントシャイト、デルンブルク等の普通法学者たちは、「悪魔の証明」問題及びブリキアーナ訴権について論じていたし(DERNBURG (H.), Pandekten, Bd. 1, 1884, §226, S. 520; WINSCHIED (B.), Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. von Kipp (T.), Bd. 1, 1906, §196, S. 1001 Anm. 3) / GUARDON 〇〇七条の「過去の占有 früheres Besitz」を有する者の所有物返還請求権に関する立法過程(第一草案九四五条、第二草案九一九条)からは、その「立案の動機は、まぎれもなく所有権訴訟における(承継取得の場合)いわゆる『悪魔の証明』の緩和であった」(吉野・前掲注(5)・一九九頁)ことが明らかになる。普通法下における「悪魔の証明」をめぐる論争については、三藤邦彦「一九世紀ドイツ普通法字における取得時効理論」学習院大学政経学部研究年報七号一二三頁以下注(25)(昭和三十六) 参照。

(127) 例えば、占有の推定力につき、花田・前掲注(一)・一〇九頁以下。

(128) ①占有訴権については、いわゆる本権保護請求権説、即ち「本権の証明がしばしば困難であることから、物権的請求権のほかに、占有の事実の証明で足りる別個の請求権を設け、それによって本権の救済を容易ならしめる」とする立場に対して、「物権の公示方法(占有・登記)に権利推定の効力が認められ、取得時効による証明もまた活用し得ることから、本権者が占有の訴を享受するといえ、その固有の存在理由をもっぱら本権の保護に求めることは適切ではない」(稲本洋之助『民法Ⅱ(物権)』二四二頁(昭和五八))との批判が加えられている。しかし、これらの制度は、現実には充分に機能しているのであらうか(後述)。②他方、取得時効に関しては「立証の困難性救済」

所有権証明の困難性(いわゆる「悪魔の証明」)について

という起草者の説明が、単なる事実上の困難性と受け止められる傾向にあり、また、「採証上の制度なら、占有の始めが何時であったかを確定する必要はないはずなのに、……短期取得時効では、占有開始時期を確定することが必要となるから」「消滅時効及び長期取得時効には当てはまるとしても……短期時効には当てはまらない」とされる(安達三季生「時効制度の存在理由」ジュリスト増刊『民法の争点Ⅰ』七四頁(昭和六〇))。「悪魔の証明」は単なる事実上の採証の困難ではなく、所有権証明の論理的不能をも含むことは、既に示した。

また、いわゆる起算点逆算ないしは任意選択説は、我が国固有の理論と思われ、「悪魔の証明」救済と必然的に結び付くものではない。③占有の推定力は、既述の如く、少なくともフランス法では「悪魔の証明」を救済しない。しかし、現行法においてはドイツ法のゲヴェールの推定力の系譜も窺われ、この点は、なおも検討の余地がある。④登記の推定力の根拠に関しては、登記が実体関係を反映する蓋然性を求める見解と、国家により公認された権利公示手段であることに求める見解が存するが、「悪魔の証明」救済の観点は副次的に主張されるに過ぎない(例えば、神田孝夫「登記の推定力」遠藤浩・川井健・西原道雄編『演習民法(総則・物権)』三九二頁(昭和四六))。

(129) さしあたり、井上・前掲注(一)・三三頁と同所に掲げる文献参照。但し、その際には、フランス法と日本法の構造上の差異——例えば、法定証拠主義や、公正証書の公示システムであるフランスの登記制度の下では、我が国で問題となるような登記請求訴訟が存在しない点等——を、充分に考慮すべきである。

(昭和六二(一九八七)年一〇月二日稿)