

## 意思主義の今日的妥当性：特に証拠保全との関係で

七戸, 克彦  
慶應義塾大学法学部：助教授

<https://hdl.handle.net/2324/6110>

---

出版情報：民法と著作権法の諸問題：半田正夫教授還暦記念論集，pp.26-51，1993-02-07．法学書院  
バージョン：  
権利関係：

## 意思主義の今日的妥当性

——特に証拠保全との関係で

- 一、はじめに
- 二、フランス法・ドイツ法
  - (一) フランス法
  - (二) ドイツ法
- 三、旧登記法・旧民法
  - (一) 旧登記法
  - (二) 旧民法
- 四、現行民法・不動産登記法
  - (一) 現行民法
  - (二) 不動産登記法
- 五、おわりに

七戸克彦

## 一、はじめに

我が民法の債権編は、契約による債権の発生につき、その諾成・要物性あるいは書面性を個々の契約類型ごとに規定しているが、物権編は、占有権（一八〇条以下）及び質権（三四三条・三六三条）を除けば、法律行為による物権の取得方法に関する個別規定そのものを置かず、代わりに総則中の一七六条で、物権一般につき、その設定・移転が「当事者ノ意思表示ノミニ因リ其効力ヲ生ス」る旨を宣明した。

周知の如く、同条はフランス法に由来するが、今日の学説によれば、フランス法の意味主義は、①思想的には、過去の時代において封建的拘束の色合いの濃かった形式から当事者を解放するという「個人意思自治の原則の現われ」であり、②機能的には、取引の簡易・迅速化という目的を有するものとされる。一方、これに対立するドイツ法の形式主義は、③歴史的には、一定の形式に紛争予防・証拠保全機能をもたせることよって「当事者間においても物権の変動時期を明瞭ならしめよう」とする意図を有していたところ、これに、④右形式を成立要件とすることよって（これから取引に入ろうとする第三者を念頭に置くところの）公示の要請を促進させる（＝直接的な公示強制）という近代的な視点が新たに付加されたものである<sup>(1)</sup>。ところで、右相対立する法律制度において、意思主義の長所（①・②）は同時に形式主義の短所でもあり、逆に形式主義の利点（③・④）は即ち意思主義の欠陥と評価されるが、法典調査会における穂積陳重委員の趣旨説明は、主として②と③の相関衡量を中心に行なわれており、しかも、意思主義を採用した結果生ずる当事者の証拠保全の不完全による不利益（③）は「証拠法モ完備シテ居」ることで充分解消されていることが強調されている<sup>(2)</sup>。しかしながら、右説明にいう「証拠法」とは、具体的には何を指すのであろうか。また、ここにいう物権変動に関する何らかの証拠保全制度が完備されていないならば、その存在に支えられてこそ成り立つとされ

る意思主義は、その妥当性を失うとはいえないのだろうか。かかる問題意識に基づき、以下では、比較法的・沿革的視点から、一七六条の現代的意義を今一度検討してみることにはしたい。

(1) 引用文は、我妻栄(有泉亭補訂)『新訂物権法(民法講義II)』四九〇頁(岩波書店、一九八三)。

(2) 意思に基づく物権變動に関する諸外国の立法例は「物権ト云フモノハ或ハ其目的ノ引渡ヲ要スルトカ又ハ当事者ノ意思ノミニ依テナケレバナラヌト致シテ居ル然ウ云フヤウニ諸国ノ法典ト云フモノガ二ツニ岐レテ居ル」。このうち「引渡ヲ主トシテ居リマスル方ノ理由ト申シマスルモノハ第一ニ先ヅ物権ノ移転ト云フモノト占有ノ所在ト云フモノヲ常ニ伴ハシメテ其間ニ疑ヒラ生ゼシメヌト云フ」点に存し、従つて「何ウシテモ証拠方法ノ不完備ナル他ニ意思ノ証拠ノ途ガナイト云フヤウナ時ハ斯ノ如キモノハ必要デアラウト思ヒマス」。しかしながら、この主義は「取引ノ極ク頻繁ナリ世ノ中ニ於テ」妥当するが、「目的物ヲ持テ居ラナケレバ其權利ヲ処分スルコトガ出来ヌト云フヤウナ風ノ不都合ガ出来テ来ル」。一方、後者の法制は「最早意思ト云フモノデ權利ヲ移転スルト云フコトハ法律ノ許ス所、唯併ナガラ其意思ヲ表明スル方法ガナケラネバ往カヌト云フコト丈ケノ方デアリマシテ他ノ形式ヲ主トシテ居ルノモ意思表明ノ一ツノ方法タルニ過ギナイ」。しかるに「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占有ト云フモノト物権ト云フモノガ何時デモ伴ウト云フコトハ期シ難イコトデアリマス」。「夫故ニ本案ニ於テハ既成法典ノ矢張り主義ニ拠リマシテ其反対ノ方ノ合意主義トデモ申スベキモノ、意思デ之ヲ移転スルコトガ出来ルト云フ方ノ理論ヲ採ツタ」のであり、また「實際上カラ合意主義ト云フコトガ能ク人民ノ志望ニ適ウモノデアラウト思ヒマス」。更に穂積委員は、理論的な理由として、「理論カラ見テモ勿論權利ノ移転ト云フモノハ權利ヲ移転スルノニ引渡ト云フコトハ要セヌモノ、法律ガ効力ヲ附スルノデアツテ引渡ト云フモノガ決シテ其權利移転ノ要素デハナイ引渡ヲスルニ付テ權利ガ強クナルコトハナイ夫故ニ意思ヲ表明スルニ因テ設定移転スルコトガ出来ズト云フ方ガ独リ實際ニ差支ヘナク又必要ノミナラズ理論ニ於テモ正シイト思ヒマス」としている。このうち「引渡ヲスルニ付テ權利ガ強クナルコトハナイ」との説明は、對抗要件主義の理解に関する不完全物権變動的な発想を排除する趣旨と見てよからう。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会・民法議事速記録・一(日本近代立法資料叢書I)』五七九〜八〇頁(商事法務研究会、一九八三)。

## 二、フランス法・ドイツ法

## (一) フランス法

まず、フランス法において、意思主義の短所(③紛争予防・証拠保全方法の不存在、④公示の要請への不対応)がどのように解消されているかを確認しておこう。

このうち証拠保全方法に関して、フランス法は、古来より存在する公証人慣行と、一五六六年ムランの王令以来の書証優越原則によつて、公正証書を契約成立に物権変動の証拠とするという処理が伝統的になされてきた。その後、民法典における意思主義原則の宣明により、右書面を実体法上の成立要件と評価することはできなくなつたが、しながら、右証拠法の側面から間接的な書面強制が行なわれている点において、フランス法の立場は依然として、公正証書を成立要件とする要式主義に近い立法といわざるを得ない。右立法においては、公証人の審査によつて紛争は未然に防止され、不可争性を有する公正証書によつて証拠保全が図られているのであり、かかる構造を念頭に、フランスにおいては一般に、私署証書による契約が売買予約の性格を、また公証人の作成する公正証書による契約が本契約の性質をもち、しかも、右売買予約はドイツ法という債権行為に、また本契約は物権行為に相応する、との指摘がなされている<sup>4)</sup>。即ち、フランス法の立場は、我が国の従来<sup>5)</sup>の学説が述べるような、物権行為と債権行為の独自性を否定し、当事者の無方式の合意のみによる物権変動を認める立法とは理解されないのである。

一方、公示の要請への対応が遅れたフランス法においては、一八五五年法によつて一般的な不動産公示制度を定立したが、そこでは、先の証書による取引慣行を反映して、証書の全文ないし抜粋を公示するシステムが採用され、かつ、右証書の公示を懈怠した当事者に対して、意思主義の結果いつたん成立した契約(ないしそこから生じた物権)の効

果を一定の第三者との関係で否定するというサンクションを提示することによって、間接的な形で公示強制が図られた(我が国にいわゆる對抗要件主義)。更に、現行一九五五年デクレにおいては、公示されるべき証書は公正証書に限定され、公示される証書の真实性が担保されることとなった。ところで、右公示強制の制度は、同時に、間接的な書面強制の制度でもある。というのは、証書公示型の公示制度の下では、当事者は、右公示をなすための前提として、契約締結を公正証書により行わなければならないからである。

## (二) ドイツ法

一方、形式主義の立法は、ザクセン法の形式的確定力原則(Prinzip der formellen Rechtskraft)のように、物権変動の効果が形式のみから発生し、意思をその要件としていないもの(従ってそこで要求される形式は単なる事実行為に過ぎない)と、プロイセン法の合意主義(Konsensprinzip)のように、形式の他に当事者の意思的要素を要求する立法例とに分かれるが、ドイツ民法典(BGB)はこのうちの後者を採用した。これは、意思主義の制度趣旨として挙げられていた当事者意思尊重と同様の観点が顧慮された結果といえるが、ここでは、右合意主義における「意思」と「形式」の関係について確認しておきたい。<sup>15)</sup>

所有権移転についてアウフラッシング(Auflassung)と呼ばれる意思的要素を登記の有効要件とするプロイセン法にあっては、物権変動の効果発生が右アウフラッシングの瑕疵の影響を受ける点で、登記の物権変動の証拠としての価値には不安が残る。しかしながら、所有権移転請求の仮装訴訟に由来するこの原則においては、登記官はあたかも右訴訟における裁判官たる地位に立ち、被告たる譲渡人の自由に相応する登記の許諾(Bewilligung)に基づき、判決証書たる性質を有する登記を行なう。かかる登記官による当事者意思の審査・確定手続の存在故に、プロイセン法における登記は、所有権移転の決定的な証拠方法となり得たのである。一方、BGBは、右プロイセン法原則を物権変動の

一般原則として敷衍しつつ、プロイセン法において未分化であった合意主義の二つの側面、即ち、登記申請の手続的な要件としての合意の要求（形式的合意主義 (formelles Konsensprinzip) ないし許諾主義 (Bewilligungsprinzip)）我々が国にいう共同申請主義）と、物権変動の実体的な要件としての合意の要求（実質的合意主義 (materielles Konsensprinzip) ないし単に合意主義）とを理論的に峻別した。登記が「意思表示ノ一ツノ方法」であるとすると穂積委員の説明、あるいは、物権契約は債権契約とは「常に別個」に行なわれるところの「登記……を伴う要式行為」<sup>6</sup>であるとすると我が国の学説の理解は、このうちの実質的合意主義を念頭に置くものである。

しかしながら、B.G.B.の現行規定においては、右理解は必ずしも当てはまらない。というのは、第一に、B.G.B.立法段階において、所有権移転に関するプロイセン法原則を物権変動の一般原則に敷衍する際、登記が物権変動の方式 (Form) であるという考え方は否定されているからであり、その結果、不動産物権変動の一般原則たる B.G.B. 八七三条一項において「登記 (Eintragung)」と並んで要求される物権的「合意 (Eingung)」は、我が国の一般的な理解に反して、方式自由 (Formfreiheit) の原則に服するものとされている。第二に、所有権移転に関するアウフラッシングについても、登記手続の遅延に対応するため、B.G.B. 成立後の数次の改正により、その審査・受理を公証人が行ない得ることとされている。一方、右アウフラッシングに先行する債権契約に関しては、当初より公正証書を成立要件とする旨が規定されていたから (B.G.B. 三二三条)、<sup>7</sup> 右改正の結果もたらされたアウフラッシングの審査・受理権限の登記官から公証人への移管は、債権契約と物権契約が、独自性・無因性原則にも関わらず、公証人の面前において公正証書により同時に締結される、という結果をもたらすこととなった。即ち、現行ドイツ法における債権契約と物権契約は「常に別個」になされるものではないのである。

(3) 詳細は、七戸克彦「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一二二頁（一九八六）参照。

(4) 七戸・前掲注(3)一二二〜三頁に掲げた文献参照。なお、予約・本契約の関係から所有権移転時期の問題を論じた近時の労作として、横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権移転—フランスにおける売買の双方予約を手がかりとして—」(一)完 早稲田法学六五巻二号一頁、三号八五頁(一九九一)がある。

(5) 詳細は、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)六二巻一二号二七頁(一九八九)参照。

(6) 引用文は、我妻(有泉)・前掲注(一)四九頁。

(7) 同条の立法過程に関しては、七戸・前掲注(5)二八六、二九二頁参照。なお、近時、同条に関する実務を詳細に論じた公証人の手による著作が現れた。KORTE (Heinz), *Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften*, C.H. Beck, München, 1990.

### 三、旧登記法・旧民法

ところで、形式主義が古来より有していた物権変動に関する証拠保全機能は、実体法と訴訟法の峻別されない過去の立法例において、とりわけ顕著に看取される。というのは、過去の立法において、物権変動の効力は、専ら証拠の側面から規定されていたからであり、一八七二(明治五)年「地所売買譲渡ニ付地券渡方規則」において、地券の効力は「地所持主タル確証」(第六)とされ<sup>(8)</sup>、また、担保取引に関して旧慣に復帰したところの一八七三(明治六)年「地所質入書入規則」においては、公証がなされない場合には「貸附ノ証拠ニ不相成候事」(九条)と規定されている<sup>(9)</sup>。もつとも、これらの制度における成立要件たる形式が、穂積委員にいう「意思表明ノ一ツノ方法」、即ち、物権変動に向けられた当事者の意思の表示行為といい得るか——換言すれば、地券申請ないし公証段階における当事者意思をいわゆる物権的合意と評価し得るか——は、必ずしも明確ではない。



## (一) 旧登記法

これに対して、一八八六(明治一九)年法律第一号「登記法」(旧登記法)においては、それが基本的にはプロイセン法の強い影響を受けていることから、端的にドイツ法的な解釈の成り立つ余地が存するが、しかしながら、この点は、結局のところ判然としない。

まず、登記の効力に関しては「登記簿ニ登記ヲ為サル地所建物船舶ノ売買譲与質入書入ハ第三者ニ対シ法律上其効ナキモノトス」(六条)との規定がある。しかし、同条をフランス法的な對抗要件主義の規定と見るべきか、ドイツ法的な成立要件主義の規定と見るべきかに関しては争いがあり、「公証制度下の不動産取引は早くからフランス法理論により把握し直されており、旧登記法第六条もこのフランス法主義を維持した」と解する見解が存する一方、「当初はやはり一種の効力発生要件主義的な発想が根強かつたのではないかと推測される」と結論づける見解もある。<sup>(12)</sup>

他方、物権変動の意思表示がいつの時点でなされるかに関しても、プロイセン法におけるが如く、登記官の面前において当事者が物権変動の意思を表明し、それが登記という表示行為によって「意思表示」として完成するという考え方と、フランス法におけるが如き、公証人の面前での合意の締結という考え方の二つが成り立ち得る。

このうち、前者との関係では、共同申請主義を定めた規定(一〇条)が問題となろう。ただし、先述の如く、物権的合意ないし物権契約概念は、当事者の登記申請段階における意思的要素を、登記の手続要件としての合意(共同申請意思)と、物権変動の実体的な要件としての合意(物権的合意)とに理論的に峻別したことに端を発するから、旧登記法が、共同申請意思と物権契約の未分化なプロイセン法を継受したものであるとすれば、登記申請の意思を物権的合意と評価する可能性が生ずるからである。<sup>(13)</sup> しかしながら、右一〇条の由来に関しては、旧来の慣行の承継と考えられており、また、同法と制定時期のほぼ重なり合い相互に影響を及ぼし合ったボワソナード旧民法においても、所有権移

転等の「登記」に関しては共同申請主義が規定されていることから、同条をプロイセン法的性格の下に単純に論ずることは困難な状況にある。

一方、フランス法・ドイツ法の構造からも知られるように、実質的審査の存するところに物権変動の意思は見出されることから、当事者意思の審査・確定機関の側面から旧登記法を見てみると、(i)当初の規定における登記官の厳格な審査はプロイセン法的であるが、他方において、(ii)登記手続は売買譲与ないし質入書入の「証書」中心に行なわれかつ、(iii)右「証書」の真实性は、旧登記法と一括して審議に付され同日付の法律第二号として公布されたフランス法起源の「公証人規則」によって担保されることが意図されていることよりすれば、物権変動の意思表示は、右公証人による公正証書作成時に見出されるということになろう。ところが、登記事務の遅延に対応したその後の改正によって、(i)登記官の審査は形骸化する一方で、(ii)証書の謄本による審査が行なわれるようになり、(iii)更に、証書の真实性を担保すべく予定された公証人制度も、結局我が国に根付くことはなかった<sup>(17)</sup>。このうち(i)の点はドイツ法における登記手続簡易化の動きと同方向のもの、(ii)の点のうち謄本を「登記簿ノ一部トシテ之ヲ添ヘ置ク」と規定されている点はフランス法の証書の登記に近いが、登記官による「公証的なニュアンスがある」<sup>(18)</sup>点ではプロイセン法的な処理、(iii)の点は公証人慣行をもたないプロイセン法の現実に類似する。しかしながら、かかる旧登記法の無方向性は、結果において、当事者意思の審査・確定機関の完全なる不在をもたらしただけであり、結局、旧登記法は、「(續積委員にいう)「意思ノ証拠」を保全する制度の不存在故に、意思主義は勿論、成立要件主義をも正当化させない。

## (二) 旧民法

次に、ボワソナード旧民法の立場を概観しよう。上述の如く、フランス法において意思主義が成り立ち得たのは、(i)公証人慣行、(ii)書証優越原則、(iii)証書公示型の登記制度によって、無方式の契約がなされることによって生ずる証

拋保全の側面での危険を回避していたからであつた。では、旧民法に関してはどうか。——結論的にいえば、ボワソナード草案においては、基本的にフランス法と同様の立場が予定されている。しかしながら、成立した旧民法においては、特に(i)・(iii)の点において後退がみられるのである。

まず、旧民法における物權變動が、原則的に証書作成時に生ずる点に関しては、財産取得編二五条をその典型例として挙げておこう。同条は、その一項で「売買ハ当事者ノ承諾ノミヲ以テ完全ニ成立ス」と述べて売買の諾成契約性を宣明しながら、二項で「然レトモ当事者ハ売買ノ成立ヲ各自ノ証拠ヲ供スル公正証書又ハ私署証書ノ調製ノ条件ニ繁ラシムルコトヲ得」と規定している。同条の基となつた草案六六二条の注釈において、ボワソナードは、書証優越原則及びフランス型の公示—對抗要件主義の存在によつて、証書作成が間接的に強制される結果、「本草案(六六二条一項)においては、契約者双方に売買契約書を作成すべき義務を課さなかつたが、当事者の双方が、自己の利益のために、任意にこれを作成する場合が通常であろう」とし、その結果、二項の規定は、通常は証書作成の時点で売買の合意が成立する(その結果、右の時点において物權變動を含むところの売買の諸効果が発生する)旨を定めた規定であるとする。<sup>(20)</sup>即ち、二五条一項の意思主義原則と、二項の証書による契約は、実際には、原則・例外関係が逆転しているのである。

一方、右のボワソナードの説明のうち、公示—對抗要件制度の存在故に当事者は自ずと証書作成に向かうとの立論部分は、不動産公示制度が、フランスと同様の証書公示型の登記制度を採用するという前提があつてはじめて成り立つ。だが、当初予定されていた証書の公示というニュアンスは、立法作業の進行と共に次第に薄れ始める。

まず、所有権等に関する謄記(taranscription)(旧民法の用語によれば「登記」)につき、ボワソナード草案・民法編纂局「民法修正案」・法律取調委員会「原案」は、公示の対象を「証書(acte)」または「判決書(jugement)」の「全文ヲ(an entier)登記ス」としていた(草案三六八条・民法修正案三六八条・法律取調委員会原案三六八条)。ところが、「再調

査案」審議の段階において、まず証書の全文謄写という構造が崩される<sup>(21)</sup>のみならず、その後の修正により、旧民法正文においては、謄記の対象に関する「書類」「証書」「判決書（裁判書）」といった表現が全て変更ないし削除され、「証書」を公示するというニュアンスが法文上完全に喪失している<sup>(22)</sup>。これらの修正は、旧登記法との権衡を顧慮したためと考えられるが、しかしながら、右修正の結果、旧民法は「証書」の重視からの大幅な後退<sup>(23)</sup>を余儀なくされたとい得る。

他方、抵当権・先取特権に関する登記 (inscription) (旧民法の用語によれば「記入」) に関しても、法律取調委員会以後、旧民法正文成立までの間に、相当数の条文が削除されているが、この点も旧登記法との権衡を配慮したものとわれている<sup>(24)</sup>。更に、意思主義ないしは当事者間の証拠保全との関連において直接問題となるのは、抵当権設定契約それ自体につき、「債権者の激しい過度の要求」から債務者を保護するため<sup>(25)</sup>「公正証書による要式契約(『厳格契約(contrat solennel)』)として規定したポワソナード草案(二二一条)に対して、旧民法正文(債権担保編二〇五条)においては、私署証書による設定も認められた点である。これは、再調査委員会において、「公証人制度は我が国ではフランスのように古い歴史をもつものではなく、明治一九年『公証人規則』によってまだ緒についたばかりであること、イタリア民法が公正証書のみならず、私署証書による約定抵当権の設定を認めていることが考慮された<sup>(26)</sup>」ためである。右抵当権に限らず、ポワソナードは、「公証人規則」により公証人制度が定着することを前提に草案を起草していたが、しかしながら、右の抵当権に関する法律取調委員会の議論からも知られるように、公証人制度は、既に旧民法制定段階において機能の限界が自覚されていたのであり、従って、ポワソナードの想定したフランス型の不動産取引——公証人の面前での公正証書成立時の物権変動——は、到底期待すべくもなかった。

(8) 川島武宜『所有権法の理論』(岩波書店、一九四九)二三九頁注(三七)は、右規定を「訴訟法と実体法の近代的文化なき訴法的構成においては、権利の要件はしばしば証拠として構成されるのであり、ここに『確証』というもおそら

くは、現代民事訴訟法上の『証拠』という意味ではなく、所有権の要件の裁判規範的表現、と解せらるべきであろう」〔圈点原文〕とする。なお、右規定は、地租改正後の一八七四（明治七）年に「地券申受ケサレハ買主ニ其地所所有ノ権無之」と実体的な効力に改められている。

- (9) 川島・前掲注(8)一三五頁は、公証制度における証書の機能につき次のように述べる。「勿論、証書作成以前に売買の公証がありそこで合意がなりたつてはじめて、代金を支払い証書を作成するという経緯をたどるのを通常とするが、証書作成以前の行為はまだ法の世界においては存在をもたぬのであり、法的効力・拘束力をもたなかったものと認められねばならない。しかも、証書は観念的な所有権移転を証明する所のものではなく、この証書なくしては所有権移転はない、という意味においてはの所有権移転の要件である」。なお、右公証制度を建物の担保権設定と譲渡に拡張した一八七五（明治八）年「建物書入質規則」「建物売買譲渡規則」においては、公証を受けない「書入質ノ効ナキ」もの、即ち、実体的な成立要件として規定されている。

(10) 旧登記法の内容及びその性格に関しては、福島正夫「旧登記法の制定とその意義」日本司法書士会連合会編『不動産登記制度の歴史と展望』五八頁以下（有斐閣、一九八六）……初出・法協五七巻八号、一〇号、一一号（一九三九）、清水誠「わが国における登記制度の歩み―素描と試論―」前掲『不動産登記制度の歴史と展望』一三一頁以下参照。

(11) 福島・前掲注(10)六五頁、川島・前掲注(8)二四〇頁、滝沢津代「物権変動における意思主義・對抗要件主義の継受―不動産法を中心に―」『物権変動の理論』一六九頁（有斐閣、一九八七）……初出・法協九三巻九号、一一号、一二号、九四巻四号、七号（一九七六―一九七七）。

(12) 清水・前掲注(10)一四四頁。

(13) この点を示唆するのは、滝沢・前掲注(11)一七〇頁。

(14) 福島・前掲注(10)六三頁。

(15) 福島・前掲注(10)九〇頁以下、清水・前掲注(10)一三二、一四八頁。

(16) 改正内容の詳細については、福島・前掲注(10)七九頁以下、清水・前掲注(10)一四二―三頁。

(17) 清水・前掲注(10)一四八頁。それと共に、当初意図された登記制度と公証人制度の密着した関係は次第に見失われ

てゆく。例えば、坂崎備、小田資治・麻生梯之輔補、『登記法実用』（一八九六）は次のようにいう（参照は、村上三男「登記法改正に関する元老院会議録」民月一六卷一号一五二頁（一九六一）による）。

証書 証書ハ公証人ノ記シタルヲ要セサルヤ○然リ

公証人規則ト本法トハ全ク関係ナキモノナリ

(18) 清水・前掲注(10) 一四三頁。

(19) BOISSONADE, (Gustave Emile) *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, (2<sup>e</sup>ed.), Kokubunsha, Tokio, t.3, 1889, n° 149, pp.189 à 190.

(20) BOISSONADE, *Projet*, (2<sup>e</sup>ed.), t.3, n°s 150 à 151, pp.190 à 192.

(21) 既に再調査案それ自体において、原案「……特別ノ帳簿ニ其全文ヲ登記ス」の文言は「登記簿ニ之ヲ登記ス」と改められており、全文謄写のニュアンスが喪失してしまっていた。更に、再調査委員会においては、三六八条では証書の全文が謄写されなければならない、との栗塚省吾報告委員の強調に対して、「全文書ケト云ヘハ書カナケレハナラントストルト今ノ登記法（旧登記法）トハ全ルテ違ヒマス」との南部甕男委員の主張、「現行ニ定メタ登記法ニ合フヤウニ法律ヲ作レバ良シイソレユヘ全部ト云フ字ハ刪タノデアリマス」との松岡康毅委員の主張が勝ちを収めた。『法律取調委員会・民法草案財産編再調査案議事筆記』（日本近代立法資料叢書11、一九八八）一九七頁以下。

(22) 高橋良彰「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——」『東京都立大学法学会雑誌二九卷一号四七五頁（一九八八）』。

(23) 高橋・前掲注(22)「(一)」四七五頁。

(24) 藤原明久「ポワソナード民法草案における抵当権の登記——旧民法における抵当権の前提——(二)完」神戸法学雑誌三一巻一号一一四頁（一九八一）。

(25) 藤原明久「ポワソナード日本民法草案における抵当権の性質・目的物・種類——旧民法における抵当権の前提——」神戸法学雑誌三〇巻三三六四七頁（一九八〇）。更に、高橋・前掲注(22)「(二)完」二九卷二号二八三頁以下参照。

(26) 藤原・前掲注(25) 六六三頁。

(27) ボワソナードが予定していた公証人制度に関しては、高橋・前掲注(22)、「(二)完」二九卷二号二九一頁参照。

#### 四、現行民法・不動産登記法

以上の如く、フランス法の意味主義を背後から支えるべき証拠保全制度は、既に旧民法の段階において、旧登記法の内包するプロイセン法的側面への顧慮と公証人制度の未定着の前に、妥協を余儀なくされていたのであるが、かかる補充関係の崩壊は、現行法においては、更に顕著なものとなっている。

##### (一) 現行民法

まず問題となるのは、現行日本法においては、フランス法・旧民法において認められていた、証拠法に関する規定が喪失している点である。これは、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「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」を受けたものである。右議案を審議した民法主査会においては、証書の要求の問題が「訴訟ニ至ラヌ前ノ權利義務ノ本ニ関スル」<sup>(28)</sup>ものであることは充分意識されており、また、書証優越原則等に関しても、日本法においてこれを認めないということではなく、単にこれを民法中に規定するのは適當ではないというに過ぎない。<sup>(29)</sup>しかしながら、既に施行されていた民事訴訟法が、右決定を受けて書証優越原則を規定することは、遂になされなかった。先述の如く、フランス法・旧民法における書証優越原則は、意思主義原則の下で、証拠法の側面から間接的な書面強制を行なうことよって、紛争予防と証拠保全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、当事者保護のためには、むしろ端的に意思主義の立場を捨て、BGBにおける所有権移転に関する債権契約のように、公正証書を成立要件と

する要式契約であるとし、実体法の側面での直接的な書面強制を行なうか、あるいは、プロイセン法のように、登記官の面前で契約を結ばせ、成立要件たる登記に物権変動に関する証拠としての機能をもたせるべきであった。

この点との関連では、旧民法では要式契約であった抵当権に関する議論が興味深い。これを諾成契約とした理由は、趣旨説明者梅謙次郎委員によれば次のようなものであった。(i)その第一は、「斯ウ云フ束縛ハ一体本案デハ避ケル丈ケハ避ケルト云フ主義ヲ取り来テ居リマス」という理由であり、これは、まさに意思主義原則を指すと見てよからう。(ii)第二の理由は、公証人制度への不信であり、公証人が契約に介入する趣旨は当事者の慎重な契約締結を促す点にあるが、かかる公証人の役割は、実際には機能していないとされる。(iii)第三の理由は、証書に代わって登記が証拠保全機能を果たしているというものであり、旧民法が私署証書を要求した理由は「後日証拠ノ確實ナモノガ欲シイト云フ位ノ理由デアラウト思フ」が、しかしながら、証書作成を義務づけなくても「登記簿ニ確實ナル証拠ガアル」、従って「証文ヲ作ラヌデモ公ケノ登記簿ニ掲ゲテアレバ是ヨリ確カナコトハナイ夫レヨリ確カナ証文ヲ作ル必要ハナイト思フ」というのである。<sup>(32)</sup>

## (二) 不動産登記法

現行民法起草者が、登記に、証書に代わる契約(ないし物権変動)の証拠としての機能を期待していたことは、おそらく疑いがない。<sup>(33)</sup>この点において、現行民法起草者は、フランス法的ではなくしてドイツ法的な発想に立っている。しかしながら、現行不動産登記法は、かかる登記の証拠保全機能を充足するだけの制度を整えているか。

第一に問題となるのは、共同申請主義であろう。先述の如く共同申請主義は旧登記法・旧民法においても規定されていたが、それが何れの法制に由来するのかは、必ずしも判然としなかった。これに對して、現行不登記法における共同申請主義(二五条・二六条)が、ドイツ法にいう合意主義(Konsensprinzip, Konsensstheorie)の継受であることは、



現行二六条の基となつた原案三〇条に関する田部芳委員の「此登記二付テハ承諾主義ヲ採用シタリ即獨逸ノ『こんぜんす、ておのー』ノ主義ニ倣ヒタリ」との趣旨説明から明らかになる<sup>(34)</sup>。しかも、原案に付された参照条文の中には、登記申請の手続要件としての合意の要求、即ち、形式的合意主義を定めたドイツ不動産登記法（GBO）一九条（旧規定）等と並んで、物權變動の実体法上の要件として合意を要求する、いわゆる實質的合意主義を定めた BGB 第一草案八二八条一項、第二草案七九四条が挙げられているのである<sup>(35)</sup>。従つて、もしここで、不動産登記法の起草者が、實質的合意主義をも念頭に同条を起草したのであるならば、少なくとも不動産物權變動に関しては、共同申請主義における当事者の合意中に物權變動の實體的合意（＝物權契約）が含まれると解する余地が生ずるのであるが、しかしながら、この点は、法典調査会での議論からは必ずしも明らかにはならない。

第二に問題となるのは、現行三五条で申請に際して要求される「申請書」（一号）と「登記原因ヲ証スル書面」（二号）の關係である。先述の如く、フランス法あるいは旧民法における証書の全文謄写あるいはその一部の抜粹を公示する登記システムにあつては、登記手続において重視されるのは証書の側であり、また、右証書に表示された（＝証書作成段階における）当事者意思である。ところが、旧登記法以来ドイツ法系の物的編成主義を採用した我が国においては、既に旧民法の段階で、右証書の輕視の現象が生じていた。かかる傾向の延長線上にあるのが、現行不登記法において登場した、登記申請に際して当事者に登記「申請書」なる書面を新たに作成させ、これに基づいて登記事務を行なう、という制度であつた。右制度は、直接には登記事務の簡易化を目的としたものであるが、この制度の下では、登記申請書に表章される当事者意思を、原因契約証書に表章される当事者意思とは独立別個の（独自性）、まさに物權變動に向けられた意思（物權的合意）と理解する余地が生ずる。そして、この点との関連で、法典調査会の審議においては、今日登記法分野において大いに争われているところの、登記申請書と登記原因証書の何れを重視すべきか、という点に関して次の如き議論が見られるのである。

まず、第九回（一九〇六（明治三九）年三月三日）審議における、原案三六条、三三条（現行三五条、三六条）に関する審理を見てみよう。この段階では、登記申請に際して、登記原因証書には重きを置かず、登記申請書の側を重視するという点において、委員の認識は一致していた。即ち、登記申請に際して主たる地位を占めるのは一号の登記申請書であり、二号の登記原因証書については「第一号ノ申請書ヲ精密ニスルトノコトナレバ第二号ハ不用ナル可シ」という程度のものであつて、ただ申請に際しての「詐欺ヲ拒グ為メニ必要」であるに過ぎないとされている。<sup>(37)</sup>これは、ドイツ法が、無因性原則にも関わらず、登記申請に際して、物権的合意を証する書面と並んで、その正確性を担保する目的で、債権契約証書を（あくまでも補充的に）要求していることと類似する。更に、ここでは、「申請書ト契約証書ト異ナルトキハ申請書有効ナリ」とされている点に注目したい。<sup>(38)</sup>この立場は、登記申請時における当事者意思を重視する点において、プロイセン法ないしは我が国の物権変動時期に関する独立性肯定説の主張と相通じるものがある。

ところが、第一一回（三月二八日）審議において、右の申請書重視の立場に対しては異論が唱えられるに至る。問題は、申請却下手続に関する現行四九条の基となつた原案四四条のうち、その五号「登記原因ヲ証スル書面カ執行力アル書面ナル場合ニ於テ申請書ニ掲ケタル事項カ其書面ト符合セサルトキ」に対して、梅委員から「申請書ニ掲ケタル事項カ登記原因ヲ証スル書面ト符合セサルトキ」との修正案が提出されたことに端を発する。両者の相違点は、登記申請書と登記原因証書の内容が矛盾した場合、原因証書が公正証書・判決書等の「執行力アル書面」の場合に限って登記申請を却下するのか（原案）、それとも一般的に原因証書を優先させるのか（修正案）にあり、委員は、先の原案三六条の審議とは一変して、修正案支持⇨登記原因証書重視の立場と、原案支持⇨登記申請書重視の立場に分かれて鋭く対立した。このうち、原因証書重視の立場の根拠は、「登記法ハ民法修正案第七十七条ヲ以テ基礎トセザル可カラズ然ルニ同条ニハ『不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ハ登記法ニ従ヒ』云々トアリ故ニ右ノ原因ニヨリ登記スルモノナレバ其原因ヲ証スル書面ヲ必要トスルヤ言フ俟タズ」というものであつた。<sup>(39)</sup>民法一七七条にいう公示の対象たる

「物権ノ得喪及ヒ変更」とは、それが証書公示システムを念頭に置くフランス法を継受したものとされる以上は、売買・贈与等の物権変動の原因契約を指すといわなければならない。登記原因証書重視の立場は、右フランス法主義に忠実な理解といふことができるであろう。これに対して、登記申請書重視の立場は、申請書を原因証書より重視するという基本方針は既に予決問題として決定しており、これまでの条文審議も右方針に沿ってなされてきている、また、実際にも、申請書中心の手続の方が「便利ノ方法ニシテ且弊害ヲ生ゼザルモノ」である、と主張した。その後、議論は、修正案Ⅱ登記原因証書重視の立場が、これまでの審議で確定された事項を根本的に見直すことにならないか、との問題をめぐって対立し、結局、多数決により修正案が勝ちを収めることになったのであるが、しかしながら、同条における登記原因証書重視の結論と、登記申請書重視との当初の立法方針に基づき審議済みの条文の整合性は、未解決のまま残された。その結果、現行不登法は、登記申請書に表示された（登記申請段階における）当事者意思重視というプロイセン法的な発想に基づくとも、登記原因証書そのものを公示するというフランス法的な発想に基づくともつかない中途半端な性格のものとなつてしまつた。<sup>(4)</sup>

かかる現行不登法の、いわば「どっちつかず」の性格は、原案三六条三号の「登記済証」に関する田部芳委員の次の説明からも見て取れる。

本案ノ如ク厳格ナルモノハ（Ⅱ登記済証の要求を指す……七戸注）外国ニ其類莫カル可シ尤モ獨逸ノ如キ登記判事ノ面前ニテ当事者自白スルモノナレバ本法ノ如ク厳格ニスルノ必要ハ莫カル可シ或ハ又証書ニテ登記所ニ提出セルヲ以テ足レリトシ其証書ハ公証人ノ証明ヲ要スル主義ヲ採用セル国之レアリト雖モ我国ノ如キハ今日公証人ノ数尠ク到底行ハレザル可シ且ツ今日ノ公証人ハ殆ド無責任ノ姿ナルヲ以テ他日公証人ノ数ヲ加ヘ且ツ責任ヲ重ズルニ至ルノ時ヲ期セバ兎モ角不難バ不能ノコトナリ<sup>(4)</sup>

右説明もいうように、登記官が裁判官的審査を行う立法においては判決証書たる性質を有する登記そのものが、ま

た、公証人慣行がある場合には公正証書が、まさに「登記原因証書カ執行力アル書面ナルトキハ前項第三号……二掲ケタル書面（『登記済証』ヲ提出スルコトヲ要セス」と規定する現行三五条二項（原案三六条三号但書）の場合に当てはまる。即ち、現行法における登記済証は、プロイセン法のような登記官の面前での物権契約締結という方式もとらず、かといってフランス法のような公証人の面前で契約を締結する慣行もない我が国において、登記の真正を担保するためにとられた妥協的な産物であつた。<sup>(33)</sup>

(28) 『民法主査會議事速記録（日本近代立法資料叢書13）』四四頁（箕作麟祥）（一九八八）。

(29) 前掲注（28）四四～五頁（梅謙次郎）。

(30) 『法典調査会・民法議事速記録・二（日本近代立法資料叢書2）』七八三頁（一九八三）。

(31) 「其（公正証書を要求する）理由ハト云フト公証人が抵当権設定者ニ説諭シテ僅カ斗リノ金ノ抵当ニ此財産ヲ御遣リニナルノハ馬鹿氣テ居ルカラ御ヨシナサイト言ツテ説諭シテ成ルベク債務者ノ利益ヲ保護シテヤルト云フコトデアリマス我が民法草案ノ理由書ヲ読ンデ見テモ然ウ云フ理由デアルト云フコトガ書イテアル是ハ如何デアリマセウカ外国ノ公証人ハ然ウ云フコトニ適當シテ居ルカモ知レマセヌガ日本ノ公証人ハ兎角事件ヲ持ツテ来レバ喜ンデスル、若シ向フガ二ノ足ヲ踏ンデ居ツテモ勸メテ公証ヲ作ル位デアリマスカラソナ公証人ニ頼ンダ所ガ門違ヒデアル加之ナラズ公証人が真面目ニスルモノトシテモ金ノ必要ニ迫ツテ抵当ニスルニ公証人が助言シテモソナラ止メマセウト言ツテ帰ル者仏蘭西其他ノ国ニモ少ナイト思フ夫レデアルカラ仏蘭西杯デモ人がアルコトニ聞ヘテ居ル左モアルベキコトデアリマス」(前掲注(30)七八三頁)。

(32) 前掲注(30)七八三頁。

(33) 成立要件主義という公示の直接強制制に対して、對抗要件主義という間接強制制度を採用するに留まる我が国においても、登記・引渡に証拠保全機能が認められるとする発想は、一七八条の動産の引渡に関する『未定稿本ノ民法修正案理由書』の次の記述からも窺われる。「本案（一七八条）ハ既ニ第七十六條ノ原則ニ從ヒ當事者ノ意思ノミニ因リテ有効ニ物權ヲ設定又ハ移轉シ得ルコトヲ認ムルモノナレハ本條ニ於ケル引渡モ亦単ニ公示ノ方法証明ノ方法タルニ過キサ

ナリ」(圈点七戸) (広中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』二一九頁(有斐閣、一九八七))。

(34) 『法典調査会・不動産登記法案議事筆記(日本近代立法資料叢書26)』七〇頁(一九八七)。

(35) 右草案の内容に関しては、七戸・前掲注(5)二八二〜三、二九〇頁参照。

(36) 前掲注(34)一〜二頁(井上正一)。

(37) 前掲注(34)八〇頁(長谷川喬)。

(38) 前掲注(34)八六頁(井上正一)。更に、八五頁(長谷川喬)。その結果、「仮令ヒ契約ニハ解除条件ヲ約セシトモ申請書ニ其条件ノ記載は無キトキハ法律ハ其申請書ヲ以テ正当ノモノト為ス」とされる。その理由は、「契約ノ際ニ解除条件附ニシテ而シテ申請スル迄ニ其契約ヲ変更セザルトキハ其以前ノ契約原因ヲ以テ申請書ニ記載スベキハ当然ナリ然レドモ若シ絶対的ニ契約証書ニ拠ラシムルトキハ……其後ニ契約ヲ変更スルモ其効ナキコトニ解セラル斯クテハ不都合ナリ」というものであった(八五頁(井上正一))。

(39) 前掲注(34)一〇一頁(箕作麟祥)。

(40) 前掲注(34)一〇二頁(横田国臣)。

(41) これに対して、藤原勇喜『登記原因証書の理論と実務』四五三〜四頁(キンザイ、一九八六)は、右原案四四条に関する審議を引用しつつ、現行不登法は一般に、登記原因証書重視の立場をとるとされる。

(42) 前掲注(34)八〇頁。

(43) 田部芳委員は次のようにいう。「登記済証ハ一度渡セバ後條ノ規定ニ従ハザル限りハ重テ渡サルヽナリ不然ハ第三号ヲ設ケタル効ナカルベシ右ニ付キテハ全く完全ナリト信ズルニアラザルモ他ニ之ニ優レル良法ヲ発見セザレバナリ」(前掲注(34)八〇頁)。

## 五、おわりに

以上の如く、我が国においては、既に旧登記法・旧民法の段階から、登記官による物権変動の合意の審査・確定（Ⅰ）登記申請段階での物権的合意を前提に、登記による証拠保全（Ⅱ形式主義）を図るプロイセン型の制度と、意思主義原則を宣明しつつ、公証人による契約の審査・確定を前提に、公正証書による証拠保全を図るフランス型の制度が対立していたが、ここで立法者は、フランス法的な法制度に関してはプロイセン法的な法構造を理由に排斥し、プロイセン法的な制度に関してはフランス法主義を理由に排除する、という矛盾する立法を行なった。これは、我が国の取引慣行と登記実務の現実を勘案するとき、ある意味ではやむを得ない妥協であったのかもしれない。しかしながら、結果において、我が国の法制は、フランス法的意味においても、プロイセン法的意味においても、紛争予防機能を担うべき合意の審査・確定機関、及び、右機関によって真実性を保証された証拠保全制度の欠缺を招くこととなった。しかしながら、問題は、かかる現行法の不完全性に対して、いかなる方向での手当を行なうべきか、という点である。

まず、物権変動の決定的な証拠方法を、フランス法におけるが如く公正証書とする方向に誘導すべきか、ドイツ法におけるが如く登記とする方向に誘導すべきか。

ここでは第一に、フランス型の公正証書中心の取引が、証書の公示という登記システムと結合していることに留意すべきであろう。登記申請に際しての登記原因証書の要求を厳格に解する見解の中は、我が国の登記が原因契約を公示する制度であることを強調するものがある。<sup>(14)</sup>しかしながら、この点で理論を一貫させようとするならば、フランス法と同様、証書の謄本ないし抄本に過ぎない登記の証拠力は原本たる証書のそれに劣後し、また、登記簿の記載事項

のうち「登記原因」の部分が最も証拠価値が高く、権利それ自体に関する推定力は微弱であると解さなければならぬ<sup>(6)</sup>。更に、右理解を徹底させるとき、中間省略登記や贈与に代えて売買を登記原因とする登記等は到底容認されなくなり、また、登記がドイツ法の如く現在の権利状態を公示する制度でないとする以上、九四条二項類推適用を「権利外観」法理から位置づけることは困難になる。更に、我が現行法においては書証優越原則による間接的な書面強制が欠落していることも考え合わせると、フランス型の公正証書中心の取引への回帰を主張することは、今日の我が国の取引秩序に適合的な解釈とはいえない。

第二に、登記を物権変動の決定的証拠とすることは、当事者を登記具備に向かわせ、その結果、公示の要請を貫徹させる作用を営み得ることを想起すべきであろう。当事者あるいは公証人の公示義務 (*devoir de publier*) という觀念が明確なフランス法と異なり、登記をするもしないも当事者の自由という理解が一般的な我が国においては、對抗要件主義による公示の間接強制は、公示促進にとって必ずしも充分でない。従って、ここで登記の物権変動に関する証拠価値を高め、あるいは、物権変動時期を原則として登記時とすることは、当事者に対する有効な公示の間接強制となり得る。

次に、紛争予防機能を担うべき当事者の合意の審査・確定機能を、プロイセン法の如く登記官とすべきか、フランス法・現行ドイツ法の如く公証人とすべきか。

まず、右審査を登記官に期待することは、ドイツ法あるいは我が国の法制が登記事務の遅滞に陥った経緯から見て妥当とはいえない。他方、先述の我が国の法制の史的展開から考えて、公証人慣行の定着もまた期待し難い。もつとも、ここで、我が国の司法書士が公証人の役割を代替することは、司法書士に対して(田部委員も述べる)「責任ヲ重ズル」こと(及び保険制度等によりそのリスクを分散すべきこと)を条件に、実際には可能であろう。但し、我が国においては、登記原因証書が専ら登記申請の目的で(しかも、しばしば真実の契約内容と異なる形で)新たに作成されることが

少なくなく、従つて、フランス法におけるが如く、登記原因証書作成時を売買契約締結時と認定し、契約内容それ自体を登記原因証書作成段階で確定することは困難である。<sup>(45)</sup> しかしながら、その場合においても、少なくとも、司法書士が、現行ドイツ法において公証人に移管されたところの、登記申請に向けられた合意（物権的合意）の審査・確定を行なっていると理解することは、なおも可能であろう。<sup>(47)</sup> ただ、その場合には、司法書士の業務内容が「登記又は供託に関する手続について代理すること」と規定され（司法書士法二条一項一号）、司法書士の審査・確認の目的が、証書に表章された売買それ自体の真实性を確保するためではなくして、あくまでも物権変動の決定的証拠たる登記の真实性を高めるためになされるべきものであることを考え合わせると、司法書士の作成する書面のうち中心的な地位を占めるのは、登記申請書といふべきであつて、登記申請用に作成される登記原因証書ではないように思われる。<sup>(48)</sup> なお、このように解した場合には、（当事者が自律的に行なう）債権契約と（司法書士の許で行なわれる）物権契約とが分離することになるが、上述の如く、フランス法においても、私署証書による契約⇨売買予約⇨債権契約、公正証書による契約⇨本契約⇨物権契約という図式が成り立つとされているから、右理解は、売買契約それ自体の成立時を別にすれば、フランス法とさほど懸け離れたものとはならないであろう。

以上の如く、我が現行法の解釈論においては、物権変動の合意の審査・確定については公証人・司法書士がこれを担い、物権変動の時期に関してはこれを原則として登記時とする、現行ドイツ法的な処理を行なうことが最も妥当といひ得る。物権変動時期に関する学説の中で、かかる方向性に比較的適合するのは、一七六条の「意思表示」に関しては売買等の債権契約の意思表示を指すと解しつつ、取引の実際や有償性原理に照らし、右「意思表示」の内容は、通常の場合、物権変動の効果発生を登記・引渡・代金支払等の外形的行為がなされた時点にまで遅らせるといふ「事件」の約定を黙示的に含む、あるいは、物権変動の効果発生と右外形的行為とを引換給付関係に立たせる「事実たる慣習」に従つたものと認定される、とする見解であろう。但し、この見解は、次の二点において修正が必要である。



即ち、まず第一に、物權變動時期は、有償性原理のみならず、証拠方法としての確実性及び公示の要請（ないしそれを体现する公示の間接強制手段たる對抗要件主義の存在）という二つの観点をも参酌するならば（それはとりも直さず本稿冒頭で触れた意思主義の欠陥③・④を手当するものである）、当事者の合理的意思解釈の問題として、これを登記時と見るべきであつて、引渡・代金支払等の外部的徴表をこれに加えるべきではない。第二に、一七六条の「意思表示」のなされる時期に關しても、我が国においては司法書士による登記代理が通常に行なわれ、また、公証人・司法書士による審査・書面作成が明確な契約締結と紛争予防の点において当事者保護に資することから、やはり当事者意思の合理的解釈の問題として、原則として右書面作成時を一七六条の「意思表示」のなされる時点と認定すべきである。

さて、本稿冒頭で触れた意思主義の制度趣旨のうち、①その歴史的・思想的な意義は忘れられてはならないが、フランス古法における封建的拘束や、ドイツの初期の登記法あるいは我が国の地券制度の根幹にあつた租税徴収制度的な性格は、今日の登記法についてはもはや見出されず、また、②取引の簡易・迅速化の要請に対しても、ドイツ法における如く登記手續の改善によつて充分対処し得るのであつて、むしろフランス法の公証人慣行の方がドイツ法より時間を要するとの指摘も見られる。<sup>(49)</sup>一方、意思主義の難点と理解される③紛争予防・証拠保全に対して、フランス法は間接的な公正証書強制を行なつていたが、これは意思主義そのものの間接的な否定に他ならず、更に、フランスでは既に一九世紀末以来、契約締結・内容の明確化による紛争予防・証拠保全の観点から、契約の成立要件として証書を直接強制する「形式主義の復権 (renaissance de formalisme)」現象が生じている。<sup>(50)</sup>他方、④公示の要請との関係では、對抗要件主義による公示の間接強制を通じた公示促進は、必ずしも充分ではないのみならず、我が国の法制度の全体構造が、フランス法の全面的継受でもなく、ドイツ法に傾斜した部分も存在する以上、我が国の従来の学説が前提としていた、全く無方式な物權變動という発想は捨てられなければならない。即ち、ここでまず問われるべきは、意思主義という立法そのものの今日的妥当性なのである。

(44) 藤原・前掲注(41)一一、四五八頁。

(45) フランスにおける登記の証拠力が極めて微弱である点については、七戸「登記の推定力―比較法的考察―(一)」法研(慶大)六二巻一一号五一頁以下(一九八九)。

(46) 登記原因証書の機能を重要視する考え方、あるいは、木茂鉄『木茂隆雄』不動産登記の原理(法律文化社、一九七三)に代表される「公証登記主義」理論によれば、フランス法におけると同様、司法書士による書面作成時が売買の本契約の成立時であり、それ以前の当事者の合意は予約に過ぎないと解すべきことになるが、この点に関する右学説の理解は、必ずしも明確ではない。藤原・前掲注(41)四六〇頁が、我が国の取引慣行においては「それ(証書作成)以前の売買契約交渉成立の段階は、まだ『売買本契約』の成立としては意識されておらず、手付という現実的交付 *Barreschick* によって確保されるころの不確定な『予約』として意識されている」とする川島・前掲注(8)二五六頁を引用するのは、右構造を肯定する趣旨であろうか。

(47) 住吉博『不動産登記と司法書士職能』二一六頁以下(テイハン、一九八六)は、登記がなされるためには、「物権変動意思」(「物権的合意」と「登記申請意思」(「共同申請意思」)に加えて、「登記に変動をもたらすことにより、自己の利害に相応の法律的影響を招来しようと決断する」実体法上の意思たる「登記変動意思」なるものの存在が必要であり、右意思が登記原因証書によって審査・確定されると解する。しかしながら、右「登記変動意思」と「物権変動意思」の差異は必ずしも明確ではない。これに対して、大阪司法書士青年会不動産登記部会「登記原因証書の制度的意義―これが無ければ―」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』不動産登記手続と実体法―制度及び登記原因証書論―一六五頁注(14)(有斐閣、一九八七)は、「我々は取引に際し物権変動意思の有無の判断、阻害事由の有無の判断まで立ち入る」旨を明言している。

(48) 従って、物権変動に向けられた当事者意思(物権的合意)が司法書士により登記申請書に確実に審査・定着され、それ以前に当事者間でなされた(債権的な)合意と食い違う場合には、登記申請書作成段階での意思が最終的・確定的合意と認定されるならば、登記原因証書の要求はさほど厳格である必要はなく、申請書副本による登記申請(不登法四〇条)も是認されるというべきではあるまいか。

(49) HOFFMANN (Bernard von), *Das Recht des Grundstückskaufs. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd.47, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1982, S.136. 七戸・前掲注(3) 一三三頁参照。

(50) 「形式主義の復権」傾向については、さしあたり、七戸・前掲注(3) 一二五頁、横山・前掲注(4) 「(二)完」 八八頁以下参照。

(しちのへ かつひこ／慶應義塾大学法学部助教授)