

公示の原則と登記の効力：ドイツにおける不動産物 権変動と登記

七戸，克彦
慶應義塾大学法学部：助教授

<https://hdl.handle.net/2324/6287>

出版情報：Think：司法書士論叢．95，pp.27-43，1999-03．日本司法書士会連合会
バージョン：
権利関係：

公示の原則と登記の効力

—ドイツにおける不動産物権変動と登記—

七戸 私に分担テーマは、ドイツの物権変動に関する説明でございます。

パンフレットでいいますとドイツ民法の条文でありますけれど、この点に関しましてわが国の物権法、不動産登記法の本を読みますと、必ずしも正確ではないように思われる箇所が存在しますので、とりわけ不十分であった部分を補う形で、お配りいたしましたレジюмеに沿って概要を説明したいと思います。

まず、レジюмеの1頁の2の「公示の原則」からご説明させていただきます。

「公示の原則」とは、《図1》に書きました論理の全体のことをいいます。これは大まかに分けると、公示の根拠に関する説明部分と、公示の効力に関する説明部分、この2つに区別することができます。

このうちの公示の根拠、公示の要請の部分は、レジюмеでいいますと更に(a)、(b)の2段の論理から成り立っております。つまり、「物権は直接的、排他的な支配権である、あるいは絶対権であるから、当事者以外の者にも認識可能な外部的な形式によって示されていなければ、第三者が不測の損害を被る」というものであります。

そして、このようにして導かれました公示の要請は、公示の効力のレジюмеの(a)、(b)2つの側面において法制度に反映されます。

まず第1に、公示の要請は、国その他の公的機関に対して公示それ自体の創設、あるいは充実を要求いたします。このうちの公示制度の創設の側ですが、目的物の使用収益を内容とする権利につきましては自ずと占有を通じて自然的に公示されるわけです。ところが、抵当権のように占有を伴わない権利につきましては、これを第三者に示すような制度を人為的に創設する必要があります。こうして創設されたのが制度的な公示、つまり、登記のような「公示制度」といわれるものであるわけです。一方、そうやって創設された公示に関しては、更にその充実が図られなければならないわけですし、これは登記制度を例にとれば、登記簿公開の原則等々の不動産登記法上の原則となってあらわれるわけです。

以上と並びまして、公示の要請は第2番目に、私人に対して公示に協力するよう要求いたします。公示はもっぱら第三者のためになされるものでありますから、公示をすることしないことについて当事者側になんのメリット、デメリットもなければ、当事者は公示に協力しようとはしません。そこで、法は当事者に対して直接、間接に公示を強制する趣旨の方策を講ずるのです。その方法は、レジюмеに書きましたように大別して2通りのものがございします。その1は、公示の懈怠を公法上の効果に結合させる方法でありまして、例えば登記の懈怠に対して罰金を課すといった方法がこれに属します。その2は、登記の具備懈怠を私法上の効果に結合させる方法であり、成立要件主義、対抗力、推定力、公信力といったものがあげられますが、ドイツ法はこのうちの成立要件主義と推定力と公信力、この3つを採用しているというわけでございます。

さて、以上の公示の原則というのは、わが国の物権法教科書では普通にあげられている原則ですけれど、これはそもそもドイツの一学説にすぎなかったものです。その学説は何かと申しますと、レジюмеの221であげました、オイゲン・フーバーという学者が発表した論文です。この論文におけるフーバーの主張というのは、2点に分かれます。

そのうちの主張(1)に関しましては、わが国でもゲヴェーレ (Gewere) は権利か占有かなどという形で紹介されている論点ですので、ご存知の方も多いかと思ひます。この問題に対してフーバーは、「ゲヴェーレは実体的な権利、物権そのものでもなく、かといって占有それ自体でもなく、その中間的な、物権の正当化形式である」と主張しました。そして、これに続けましてフーバーは、「この物権の正当化形式は、ドイツでは古代から今日にいたるまで一貫して常に外部から認識可能な公示の形式をとっている」と主張したわけで、このフーバーの主張の(2)の部分、これが「公示の原則」といわれるものの発端であります。

次に、レジюмеの222をご覧ください。フーバーの主張は、法制史と民法の両方の分野で一氣に通説化いたします。

七戸助教授レジュメ

公示の原則と登記の効力

——ドイツにおける不動産物権変動と登記——

慶應義塾大学 七戸克彦

1 はじめに

不動産物権変動に関する「ドイツ法主義」についての、我が国の物権法教科書等の説明は、果たして正確なものであったのか？

2 公示の原則 (Publizatsprinzip ; Prinzip der Offenkundigkeit)

21 「公示の原則」の意義

《図1》

(1)公示の根拠 Ⅱ 公示の要請	(a)公示の対象の性質 (物権は、人の物に対する直接的・排他的な支配権である。あるいは、万人に対して対抗可能な絶対権である) ↓ (b)公示の目的 (取引安全・第三者保護。物権 (ないし物権変動) は、広く当事者以外の者に認識可能な外部的形式 (=公示方法) によって示されていなければ、第三者が不測の損害を蒙る) *内部的形式 (私署証書・公正証書等) と外部的形式 (占有・登記等)	
(2)公示の効力 Ⅱ 公示の要請を貫徹させるための手段	(a)公権力に向けられた効力	(イ)公示制度の創設…登記・登録等 *自然的公示 (占有等) と制度的公示 (登記等) (ロ)公示の充実……登記制度を例にとれば、 ①登記簿公開の原則 ②登記の連続性の原則 ③登記申請に関する適法性原則 ④その他
	(b)私人に向けられた効力	(イ)公法上の効力……罰金等 (ロ)私法上の効力……①権利移転効力 (=成立要件主義) ②対抗力 ③推定力 ④公信力

22 ドイツにおける「公示の原則」の歴史

221 オイゲン・フーバー『ドイツ物権法におけるゲヴェーレの意義』(1894年)

(1) フーバーの主張(1)

ゲヴェーレ (Gewere) を実体的権利に近いものと見るか (アルプレヒト)、ロ

即ち、フーバーの主張の(1)の部分は、ゲヴェーレを権利のクライド (Kleid)、衣であると表現するギールケによって、実体的物権、形式的物権の峻別論に受け継がれます。民法典における物権変動の実体法と手続法（登記法）の峻別というのも、この延長線に属します。つまり、「ゲヴェーレは何か」というのは、物権法の教科書で読むと混乱を来すのですが、要するに「登記法上の権利である」といえば一番分かりやすいと思います。更にこの点をはっきりさせたのが、星野先生もお話になっていたヘーデマンでありまして、実体的土地法、形式的土地法という形で、日本でいえば民法と不動産登記法を分けるわけでありまして、

他方、フーバーの主張の(2)、公示の原則の部分というのは、フーバー自身を起草者としておりますスイス民法典に直接反映されます。これに対して、ドイツ民法典ではこの原則は潜在的にしか示されなかったといわれておりますけれど、ところが、立法直後の学説がこれを物権法の指導原理として教科書の冒頭に置くわけでありまして、それがカール・クローメの物権法の教科書です。

さて、このようにしてドイツで通説化したフーバー理論は、さらに日本に継受されます。レジュメの23をご覧ください。

まず、フーバーの主張(1)に由来する物権変動の実体法と手続法の峻別は、ドイツ民法草案、不動産登記法草案経由でわが国の現行民法、不動産登記法の起草過程に影響を及ぼします。また、今日のわが国においても、「不動産物権変動の実体法と手続法」といった表現がしばしば現われますことは、皆さまご承知のとおりでございます。

一方、フーバーの主張(2)に由来する公示の原則というのは、これも星野先生が指摘しておりますが、鳩山博士がクローメの教科書を紹介して以降、通説化する次第です。

もっとも、レジュメにあげましたように若干の点に関しては争いがありまして、その第1は、「公示は近代法に固有のものである」とする、川島博士の見解でございます。それからもう1つの争点は、レジュメの②であげました、「広義の公示の原則」対「狭義の公示の原則」の対立であります。このうちの「広義の公示の原則」説というのは、フーバーやクローメにいうところの広義の公示の原則、つまり、レジュメの《図1》に示した論理の全体を指して公示の原則と呼ぶ見解のことをいいます。これに対して「狭義の公示の原則」説というのは、ドイツにおける議論では、公信力のこと、それだけを指して公示の原則と呼ぶ見解であります。この言い方、これはフーバー説の登場以前からある古い用語法ですが、一方、わが国においても、対抗力だけを指して公示の原則と呼ぶ用語法がございます。これも歴史的には古い用語法でございます。わが国において「対抗力」、あるいは「対抗要件主義」という日本語が登場するのは、実は大正末期から昭和初期以降のことです。では、それ以前は177条のことを何と呼んでいたかといいますと、「公示主義」、あるいは「公信主義」と呼んでいた。つまり、この用語はどこに由来するかというと、いうまでもなくドイツの「狭義の公示の原則」説、これに由来する用語法を日本ではとっていたわけです。ところが、その経緯がいつの間にか見失われた結果、今日の学説は、「物権変動における公示と公信」などといった形で、対抗力と公信力を対立させて論ずるようになってしまったというわけです。

この点は、公信力に関する部分で改めてお話しすることにして、まずは権利移転的効力の

ーマ法のポセッシオ (possessio) と同様の「法的占有 (juristische Besitz)」と見るか (ホイスラー) の対立につき、ゲヴェーレは実体的権利でも占有でもなく、その中間的な、物権の《Legitimation》(「正当化形式」とでも意識しておく) である、と主張。

(2) フーバーの主張(2) [=「公示の原則」の淵源]

この物権の「正当化形式」は、ドイツにおいては、古来より一貫して、常に外部から認識可能な「公式形式 (Publizitätsform)」をとって存在してきたのであり、右ゲヴェーレの基本構造は、現行法においても、動産に関しては占有、不動産に関しては登記という分裂した形で、ドイツ物権法の重要な基礎をなしている、と主張。

222 その後の発展

(1) フーバーの主張(1)

- (a) ギールケ……………「権利の衣 (Kleid)」。「実体的物権」「形式的物権」の峻別
- (b) ドイツ民法典……物権変動の実体法と手続法 (=登記法) の峻別
- (c) ヘーデマン……………「実体的土地法」「形式的土地法」の体系

(2) フーバーの主張(2) [=「公示の原則」]

- (a) ドイツ民法典 (1900年) ………………潜在的にしか示されなかった
- (b) クローメの物権法教科書(1905年)…物権法の一般原則として打ち立てられる
- (c) スイス民法典 (1907年) ………………明確に宣明される

23 我が国における「公示の原則」の継受

(1) フーバーの主張(1)

- (a) 立法……民法・不動産登記法
- (b) 学説……全面的に継受

(2) フーバーの主張(2) [=「公示の原則」]

- (a) 鳩山秀夫がクローメ物権法教科書を紹介して以降、通説化
- (b) しかし、若干の点につき争いあり
 - ① 公示が近代法に固有のものであるとする説 (川島武宣)
 - ② 「広義の公示の原則」説 V S 「狭義の公示の原則」説

3 権利移転効力 (Veräußerungskraft) (=成立要件主義)

31 「意思主義」「形式主義」

311 「形式」には、「内部的形式」と「外部的形式」 (=公示) とがある

側から順番に説明したいと思います。

まず、レジュメの31、「意思主義」と「形式主義」からご説明しますが、結論的にいいますれば、この用語法はあまり推奨できるものではない。

と申しますのは、第1に、形式には占有とか登記といった外から見える外部的な形式、つまり、公示と私署証書であるとか公正証書といった内部的な形式がありますが、形式主義という用語を用いた場合にはその両方を含んでしまうからであります。

第2に、意思主義、形式主義という用語法には2通りのものがござります。《図3》をご覧ください。わが国にいう意思主義、形式主義の用語法は図の真ん中の部分、広義の形式主義と狭義の意思主義の区別であるわけですが、これに対してドイツでは図の一番上の区別、つまり、形式のみを要件として物権変動が生ずる主義を指して形式主義といい、これに対して、形式の他に意思を要件とする。プロイセン法とかドイツの民法典がそうであります。この立場を指してコンゼンスプリンツィプ（Konsensprinzip）と呼んでおります。これは直訳すると「意思主義」と訳しても差し支えない言葉ですが、区別するために「合意主義」と訳しておきます。原語的には同じ意味であります。こういう単語が使われているわけです。

次に、レジュメの32、「物権行為の独自性」にまいります。この独自性の用語に関しても、わが国の教科書では正確に理解されていないように見えます。

まず、独自性の意義から申し上げますと、第1に、独自性というものは、無因性の結論を正当化するために19世紀になってからはじめて考え出された概念です。一般に独自性と無因性というのは教科書では並べて説明されておりますけれども、無因性の結論、つまり、いったん引き渡してしまったものはもはや取戻しはきかないという結論、これは非常に古くから認められた原則でありまして、ローマ法でもゲルマン法でも同様です。

ところが問題は、この結論を法的にどのように説明するかという点でありまして、ドイツの19世紀の普通法学説は、「物権変動の要件は引渡だけであって、売買などの原因契約は物権変動の要件になっていないからだ」このように説明いたしました。そして、この理解はさらにサヴィニーによって、「引渡それ自体が物権契約である」という理論に進化されます。契約とか意思表示であるといった概念、これは意思とその表示部分から成り立っておりますけれども、しかし、この意思の表示方法にはいろいろなものがあります。例えばある人が黙ってプレゼントを渡す。その渡すという行為それ自体も意思の表示方法そのものであります。つまり、「引渡というものは意思表示の意思の表示形式そのものである。そして、それに先立つ債権契約の部分は、引渡という物権的な意思表示にとっては動機部分にすぎない。動機部分の瑕疵は物権変動の効果に影響を与えない。だから無因性の結論が導かれるのだ」、このようにサヴィニーは説明したわけです。

そして、いま述べたような普通法学説の理論構成は、ドイツ民法典（1900年ですが）においてはじめて採用されます。まず、ドイツ民法典は前提としてプロイセンの合意主義を採用しました。この合意主義というのは、所有権譲渡の要件として登記の他にアウフラッシング（Auflassung）というものを要求する主義であります。このアウフラッシングというのはどのようなものかと申しますと、歴史的には所有権訴訟の仮想訴訟に由来します。過去の時

《図2》

形式主義		意思主義
外部的形式を要件とする立法	内部的形式を要件とする立法	
引渡主義（スペイン法） 登記主義（ドイツ法、オーストリア法）	証書引渡主義（アングロ・アメリカ法）	フランス法、日本法

312 「意思主義」「形式主義」には、広狭2義がある

《図3》

狭義の形式主義（形式のみを物権変動の要件とする立法）	広義の意思主義（およそ意思を物権変動の要件とする立法）	
広義の形式主義（およそ形式を物権変動の要件とする立法）	狭義の意思主義（意思のみを物権変動の要件とする立法）	
形式的確定力原則（ザクセン法）	合意主義（プロイセン法、ドイツ法）	フランス法、日本法

32 物権行為の独自性 (Unabhängigkeit)

321 意義

(1) 独自性は、無因性 (Abstraktheit) の結論を導くための理論装置であった (普通法学説の創案)

《図4》

要件ではない	要件		
動機 →	意思表示 ((イ) 意思 + (ロ) 表示) + (ハ) 形式		
債権行為 →	物権行為		
	(a) 事実行為	① ザクセン法	(イ)(ロ)なし + (ハ) 登記
		② プロイセン法	(イ)(ロ) アウフラッシング + (ハ) 登記
		③ 普通法学説	(イ)(ロ) 引渡 (= (イ) 物権的意思 + (ロ) 表示)
	(b) 法律行為	④ ドイツ民法	一般原則……(イ)(ロ) 物権的合意 + (ハ) 登記 所有権譲渡…(イ)(ロ) アウフラッシング + (ハ) 登記

* プロイセン法の アウフラッシング (仮想訴訟起源) は、共同申請主義と物権契約が未分化な状態 (= 共同申請主義と物権契約は元来同じものであった)

* ドイツ民法は、これを物権変動の実体法 (民法) 上の要件 (合意主義 (Konsensprinzip) と手続法 (登記法) 上の要件 (許諾主義 (Bewilligungsprinzip))) に分割

* 我が不登法26条は、「こんぜんす、ておりー」を継受

代、裁判によって得たゲヴェーレ、判決ゲヴェーレなどと呼ばれますけれど、これは万人に対する絶対的な証拠力を有しました。これが公信力の原型ですけれど、そうしますと当事者はどうするかというと、買主が原告、売主が被告になって仮想訴訟を提起する。そして、買主勝訴の判決証書を得れば、それが絶対的な証拠力を持つわけです。これを狙って仮想訴訟を提起する。そしてどうなったかということ、この裁判証書がバインドされることによって登記簿が作成されるようになり、そして、裁判官はこの仮想訴訟を専門に扱う登記官へと発展した。また、裁判所自体もそれを専門に行う登記所へと発展した、というのがドイツの発展形態でありまして、ドイツの登記所が司法省管轄であるのはそのためです。一方、わが国の登記所が法務省管轄で、登記官のことを昔、登記判事といったのも、わが国の登記法がプロイセン法を継受したからであります。

さて、ドイツ民法の起草者は、このアウフラッシングの中に物権契約という概念を見出そうとしました。ところがレジュメにも書きましたように、アウフラッシングというのは登記をつくってくれという（現在いうところの）共同申請の意思と、物権変動それ自体に向けられた実体法的な合意（物権契約）この2つを未分化のまま含んだ概念であります。そこでドイツ民法はどうしたかということ、これを理論的に分割して、民法典と不動産登記法に分けて規定することにしました。それが民法における合意主義、コンゼンスプリンツィプであり、不動産登記法における許諾主義、わが国でいうところの共同申請主義なわけです。

さらに、このアウフラッシング原則は、わが国にも継受されておりまして、共同申請主義に関する不登法26条の立法過程では、次のような説明があります。「この登記については、承諾主義を採用したり。即ち、ドイツのコンゼンステオリーの主義に倣いたり」。したがって、わが国の解釈論といたしましてもドイツ法と同様、「共同申請の意思が即ち物権契約なのである。不登法35条1項1号の登記申請書が即ち物権契約の証書なのである」という解釈が少なくともドイツ法との関係では一番素直な理解なわけですが、皆さんもご承知のとおり、そのような学説は目下のところ全く存在しておらないわけです。

第2に、レジュメの3頁の2の部分であります。独自性・無因性というのは、登記官の審査を軽減する効果を有しました。これはプロイセン法のアウフラッシングに固有の事情であります。

ちなみに、この登記官の審査権限に関しましても、わが国の用語法は不正確であります。と申しますのは、《図5》に書きましたように、登記官の審査権限には審査対象の側面と審査方法の側面、この2つの側面が存在するわけです。独自性・無因性というのは、債権契約を物権変動の要件としないことによって、このうちの審査対象の側面に関して登記官の負担を軽減する効果を有しました。《図5》でいえば、AからBへの移行であります。そして、わが国で理解されているドイツ法の立場というのは、このBの立場であります。例えば「ドイツの登記官には日本と異なって実質的審査権が認められている」などといった説明がそれですが、ところが、この説明も正しくありません。なぜなら、第1に、いままで説明してきたアウフラッシングというのは、所有権譲渡に関する特則であって、物権変動に関する一般原則ではないからであり、第2番目に、ドイツ民法典制定後の法改正によって、登記

(2) 独自性・無因性は、登記官の審査の軽減効果を有した（プロイセン法に固有の事情）

《図5》

		審査対象（原因関係（＝債権契約等）の審査をするか否か）			
		する		しない	
審査方法	裁判官的審査	A	初期のプロイセン法 →	B	プロイセン所有権取得法 ↓
	窓口的・書面審査	C	フランス法	D	ドイツ民法（現行規定）

*我が国の「実質的審査主義」「形式的審査主義」の理解の不正確

*プロイセン法の発展……「審査対象」に関する「A→B」への軽減

*ドイツ民法制定後の発展……「審査方法」に関する「B→D」への軽減（→322）

322 現行ドイツ法の立場

(1) アウフラッシング（B G B § 925）は、所有権移転に関する特則（＝例外）に過ぎない

*物権変動の一般原則は、（物権的）合意（Einigung）の方式自由（B G B § 873）

(2) 現行ドイツ法において、債権契約と物権契約は、通常、公証人の面前で同時的に行われる

(a) （参考）債権契約の要式性に関する立法例

《図6》

要式主義		諾成主義	
公正証書作成を要件とする主義	私署証書作成を要件とする主義	証書に強い証拠力を認める主義	
バイエルン法、ドイツ法（B G B § 313）、スイス法	プロイセン法、イタリア法	フランス法、旧民法、アングロ・アメリカ法	スペイン法（引渡主義） オーストラリア法（登記主義） 現行日本法（意思主義）

(b) ドイツ民法典制定後の改正

【313条（不動産所有権譲渡を目的とする債権契約の方式）】

当事者の一方が不動産所有権を譲渡あるいは取得する義務を負う契約は、〔裁判証書または〕公正証書の作成を必要とする。この方式を遵守せずに締結された契約であっても、アウフラッシング（Auflassung）及び不動産登記簿への登記がなされた場合には、その全内容について有効となる。

……*1969年1文改正。〔 〕内削除

【873条（不動産物権の譲渡・設定に関する一般原則）】

官の審査方法の側もまた裁判官的な審査から窓口的な書面審査に軽減されてしまっている。
《図5》でいえばBからDへ移行してしまっているからです。

そこで、レジユメの322「現行ドイツ法の立場」をご覧ください。

まず第1に、ドイツ民法典の当初の規定におきましても、登記官の面前で当事者が物権契約を行うというアウフラッシングの制度は、所有権譲渡についてだけ認められた特則、例外にすぎません。物権変動の一般原則は、物権的合意の方式自由、つまり、「どこで行っても、どのような形で行ってもよい」、これが当初からとられている一般原則なのです。

第2番目に、民法典制定後の法改正によりまして、債権契約と物権契約は公証人の面前で同時的に締結されるのが通常になっております。なぜ公証人の面前なのかと申しますと、それは債権契約に関するBGB（ドイツ民法典）313条が存在したためです。

レジユメの《図6》をご覧ください。これは債権契約の要式性に関する諸外国の立法例を図式化したものでありますが、ドイツ民法典は、公正証書作成を債権契約の成立要件とするバイエルン法を採用しました。その結果、所有権移転の当事者はまず公証人のもとに赴いて債権契約を締結し、その後、登記官のもとで物権契約を締結（登記申請行為のことですが）を行うという段取りを踏まなければならなかったわけですが、これは非常に手間がかかるうえに登記官の審査も面倒くさい。そこでその後の改正によって、物権契約に関しても債権契約と一緒に公証人の面前で行わせて、登記官はその公証人の作った公正証書について窓口的な書面審査を行う、という形に方針転換がなされたわけです。

レジユメの(b)をご覧ください。これはドイツ民法の改正点を示したのですが、改正点はすべて、登記官も含めて裁判所が物権的意思表示を取り扱うという昔ながらの仮想訴訟の伝統から、これを公証人が取り扱うという建前への移行であります。

以上、要するに現行ドイツ法においては、通常の場合、債権的意思表示と物権的意思表示は公証人のもとにおいて同時的に行われる。これは結論的にいえば、フランスの物権変動と大差がないのであって、ドイツ法における物権行為の独自性なるものは理論的なものにすぎない、というわけです。

次に、レジユメの4、「推定力」に移らせていただきます。

わが国において、推定力は「登記の付随的効力」などと呼ばれて、比較的軽視されているように見受けられます。しかしながら、推定力は、公示に認められた効力のうち歴史的には最も古い効力でありまして、レジユメの41に書きましたように、過去の時代においては、訴訟における決定的な証拠法を具備することが即ち実体的な権利そのものを取得することであると理解されてきました。

所有権に関する証拠として最も古いものは占有です。訴訟において自己の占有を援用すれば所有権に関する有力な証拠になります。さらにその占有が一定の加重要件、時の経過であるとか善意無過失であるとかそういった加重要件を備えますと、所有権に関する絶対的な証拠力を有するようになります。これが取得時効であり、公信力であるわけです。その結果、当事者はこの絶対的証拠力を持つ占有を求めて目的物の引渡を受けようとします。これが引渡主義です。その後、先ほど金山教授がご説明されましたように、フランスにおいては、こ

①不動産所有権の譲渡、不動産への権利の設定、並びに右権利の譲渡あるいは権利の設定のためには、物権変動の発生に関する権利者と相手方の物権的合意（Einigung）及び不動産登記簿への物権変動の登記を必要とする、但し、法律に別段の規定がある場合にはこの限りではない。

②前項の物権的合意の表示につき〔裁判証書または〕公正証書が作成された場合か、あるいは登記官の面前で交わされるか登記官に対して提出された場合、もしくは権利者が相手方に不動産登記法の規定に基づく登記許諾権を交付した場合にのみ、登記前であっても当事者は物権的合意に拘束される。

……*1969年2項改正。〔 〕内削除

【925条（不動産所有権譲渡に関する特則）】

①不動産所有権譲渡につき873条により要求される譲渡人と取得者との間の物権的合意（アウフラッシング）は、当事者双方が〔登記官→〕所轄官庁に同時に出頭して表示されなければならない。アウフラッシングの受領は、その管轄に関わりなく〔区裁判所及び〕公証人に認められる。アウフラッシングは和解官庁においても表示することができる。

②条件あるいは期限を付してなされたアウフラッシングは、無効である。

……*1953年1項1文改正。（下線部は変更箇所）、2文・3文追加

*1969年2文改正。〔 〕内削除

【925a条（原因行為の公証）】

アウフラッシングの表示は、313条1文において要求される契約に関する証書が提出されるかあるいは同時に作成された場合にのみ受理される。

……*1953年本条追加

4 推定力（gesetzliche Vermutung des Grundbuchs）

41 歴史

(1) 実体法と訴訟法（証拠法）が未分化の時代においては、高い証拠力を有する「形式」（外部的形式にせよ内部的形式にせよ。なお、《図2》参照）を具備することが即ち実体的な権利それ自体を取得することと同じと考えられていた。

(2) フランス……占有→公正証書（《図6》参照）

ドイツ……占有→裁判証書→登記

42 不動産物権（ないし物権変動）に関する証拠の序列関係

れが証書の引渡の段階を経て公証人慣行に裏打ちされた意思主義へと発展しました。ところが、ドイツの場合には、先ほど述べましたように、仮想訴訟における引渡の段階を経て登記主義へと発展したわけです。このような歴史的な相違から、フランスとドイツでは不動産訴訟における証拠の序列関係について顕著な相違が認められます。

《図7》をご覧ください。まず、フランスの所有権訴訟において絶対的な証拠力を有するのは時効期間を越えた占有、この1点のみであります。例外的に登記が対抗要件主義の二重譲受人間の訴訟の場合にだけ効力を持ちますが、時効も対抗要件主義も適用がない場合には、占有にしる証書にしる、あるいは登記にしる、いずれも決定的な証拠力を持たないわけです。これに対して、ドイツにおいてはゲヴェーレの効力がそのまま登記に置き換ったわけですから、登記だけが物権変動の決定的な証拠になるわけです。

このドイツとフランスのいずれの法制度のどちらが理想的かといえますと、いうまでもなくこれはドイツに軍配が上がります。フランスの法制度は、個々の売買契約の存在に関しては公正証書が絶対的な証拠力を持ちます。ところが、これは星野先生の基調講演にも出てまいりましたが、所有権それ自体に関する絶対的証拠というものは時効期間を越える占有以外にはないわけです。まさにこの点がフランスでも問題にされているのでありまして、フランスの物権法教科書など読んでみますと、「ドイツ型の物的編成の登記簿を採用して登記に公信力を付与しなければ、所有権証明の困難性は解消しないのだ」、このように書いてあります。

ところで、わが国においては、「フランスの公証人の役割を司法書士が担おう。そして、登記原因証書の真実性を高めて、登記制度をフランス法的に解釈しよう」というような主張が存在します。

この主張のうち、1番目の「公証人の職域の一部を司法書士が担おう」とする主張、私自身はこれには必ずしも反対するものではありません。また、第2番目の「売買等の登記原因証書の真実性を高める必要がある」これにも全く異論はございません。しかしながら、第3番目の「登記原因証書を付与することによって日本の登記をフランス型の証書公示システムに近づけようとする主張」、これには反対でありまして、先ほど述べましたように、フランスの学説自身が「これではだめだ」といってるわけです。したがって、私は証書の証拠価値の向上ももちろん必要だと考えますけれど、それ以上に、登記それ自体を物権変動に関する中心的な証拠として捉える必要がある、と考えております。

具体的には、まず第1に、わが国の登記の推定力の解釈についても、ドイツ法と同様の法律上の推定説に立つべきである、と考えます。第2番目に、登記原因証書の真正確保の意義についても、この登記自体の推定力を高めるために必要なのだと理解して、証書それ自体の証拠価値を利用するためではなくて、登記の証拠価値を高めるために必要なのだ、と考えたい。第3番目に、司法書士の職能分担の問題ですけれど、これも先ほど見ましたように、ドイツにおける公証人は登記官の審査を代替する、いわば国家機関の一部としての権能を持ちます。フランスも同様ですけれど、これと同じように、わが国の司法書士にも物権変動の実質的審査を登記官に代わって行うことで、登記官の審査に供される書面の真正を確保する、

《図7》

		フランス法	ドイツ法	日本法
占有	単なる占有	③	—	③?
	長期間の占有（時効取得）	①	（登記簿取得時効）	①
証書	私署証書	③	—	③?
	公正証書・裁判証書	②	—	③?
登記		③（例外的に①）	①（B G B § 891）	②?・③?

5 公信力 (Öffentlicher Glaube des Grundbuchs)

51 要件論

《図8》

			当事者の帰責性	
			要件とする	要件としない
第三者の信頼	要件とする	善意無過失	94条2項類推適用 短期取得時効(?) 公信力説(篠塚昭次)	短期取得時効(?) 公信力説(半田正夫)
		善意	94条2項直接適用	公信力(B G B § 892)
	要件としない	(単純悪意)	背信的悪意者排除説	
		(背信的悪意)	長期取得時効(?)	長期取得時効(?)

511 「当事者の帰責性」要件

* 「純粹権利外觀法理 (reines Rechtsscheinprinzip)」＝当事者の帰責性を要件としない権利外觀法理

512 「第三者の信頼」要件

(1) 「主観的信頼 (subjektives Vertrauen)」 「現実の、証明された信頼 (reales und nachgewissenes Vertrauen)」ではなくして、「潜在的信頼 (potentielles Vertrauen)」 (= 「形式化され、客観化された信頼保護思想 (formalisierter und objektiver Vertrauensschutzgedanke)」)

(2) 従って、

(a) 取得者側に「善意」の証明責任があるのではなくして、真の権利者側に「悪意」の証明責任がある

(b) 取得者の「過失」は問題となる余地がない

いわば半公務員的な(星野先生の基調講演とは全く逆向きですけど)役割を付与すべきだ、このように考えております。

次に、「公信力」の側にまいます。

わが国の学説は、登記の公信力を「権利外観法理の1つであって、第三者の信頼を要件として無権利者からの取得という効果を認めるもの」と説明しておりますが、この点に関してもわが国の理解には不正確な部分がございます。

まず、要件論からお話ししますと、一般に権利外観法理というのは、当事者の帰責性と第三者の信頼、この2つを要件とすると説明されますが、《図8》からもお分かりいただけますように、ドイツの公信力というのは、その他の権利外観法理とは要件的にかなり異質であります。ここでは、なぜそもそも善意取得(gutgläubiger Erwerb)という単語の他に、公信力、公の信頼(öffentlicher Glaube)という単語が存在するのか、という点について思い起こしていただきたいと思います。それは登記が公示の要請を満たすために創設された公の帳簿であるからで、その結果、第1に、公信力においては当事者側の帰責性は要件となりません。このような当事者の帰責性を要件としない権利外観法理のことを、「純粹権利外観」と呼んでおります。

第2番目に、第三者の信頼要件であります。ドイツ法にいう信頼というのは、公簿に対する一般国民の信頼、レジュメに書きましたように、潜在的な信頼、形式的、客観的信頼を意味します。その結果、証明責任に関しましては、真の権利者側に第三者の現実の悪意に関する証明責任を課せられます。また、第三者側が現実に登記を見なかったから過失があるとか信頼がないとか、あるいは登記のほかに実地検分しなかったから過失があるといった点は、およそ問題になる余地がないわけです。

次に、効果論のほうにまいます。

まず、わが国では、「公信力は無権利者からの取得を認める制度である」などといわれまうけれど、ドイツにおきましては、公信力は「覆滅し得ない推定」か「擬制」かが争われています。これは日本法でいえば、時効に関する実体法説、訴訟法説の対立にほぼ類似するわけですが、いずれにしても、真の権利者が証明できないことの困難性を救済するために公信力が存在する。この点は争いはないように思われます。

第2番目に、ドイツでは、公信力は「原始取得」か「承継取得」かに関しても争いがあります。もっともこの点は公信力が、という意味ではなくて、およそ原始取得、承継取得という用語そのものの理解の相違なわけですし、これはレジュメに書きましたように、単なる観点の相違にすぎないのであって、結論的な差異をもたらさないといわれています。これに対してわが国では、公信力は原始取得だが対抗力は承継取得だから全然違うのだというような区別をしますが、これは不合理であります。

そこで、公信力と対抗力の関係ですが、レジュメにありますように、ドイツの公信力の効果は、892条1項1文の「積極的效果」と2文の「消極的效果」とに区別されます。このうちの「積極的效果というのは、登記簿の内容が真実であると信頼した第三者を保護するもの。消極的效果とは、登記簿に記載されていない事項が存在しないと信頼した第三者を保護す

52 効果論

521 公信力は「覆滅し得ない推定 (unviderlegliche Vermutung)」か「擬制 (Fiktion)」か

* 公信力は、推定力 (B G B § 891) に認められていた反対証明の遮断規定

522 公信的取得は「原始取得 (originärer Erwerb)」か「承継取得 (derivativer Erwerb)」か

* 原始取得・承継取得の区別は、前主の無権利にも拘わらず法律により権利取得を認める点を重視するか、それ自体は有効な法律行為である点に着眼するかの、観点の違いに過ぎない

523 公信力の「積極的效果」と「消極的效果」

(1) 「積極的公示 (positive Publizität)」 「正当性の擬制 (Richtigkeitsfiktion)」 (892条1項1文)

「消極的公示 (negative Publizität)」 「完全性の擬制 (Vollständigkeitsfiktion)」 (892条1項2文)

(2) 「積極的信頼」「消極的信頼」(舟橋諄一)、「積極的公示」「消極的公示」(多田利隆)

53 公信力が認められるための基礎 (条件)

(1) 登記と実体的権利の不一致の可能性 (←合意主義)

(2) 登記が実体的権利を反映する高い蓋然性 (←成立要件主義?・実質的審査主義?)

6 おわりに

我が国の不動産物権変動法は、「ドイツ法主義」の何れの部分を参照すべきか?

るもの」と説明されているわけですが、この区別は、わが国の公信力と対抗力の区別に関する舟橋博士の説明に妙に類似しているわけであります。さらに同様の説明は、多田教授をはじめ最近の学説にもあるわけですが、これはどういうことなのかというと、要するに、対抗力というものとは公信力に認められた2つの効果のうちの消極的効果部分に対応する、という理解に他ならない。つまり、要件的には先ほど述べたように若干違いはありますけれども、効果面においては対抗力は公信力の効果の一部である。そのように述べて差し支えないのでしょうか。このように考える次第です。

次に、「公信力が認められるための基礎（条件）」の側に移ります。

わが国では、立法論として登記に公信力を認めるべきかという論点に関しまして、「ドイツのように、登記を成立要件とし、登記官に実質的審査権を認めなければ公信力を付与することはできない」などといった議論を行います。しかし、第1番目に、登記官の審査権限に関しましては、ドイツは日本以上の形式的審査主義であります。

第2番目に、ドイツの公信力に関しては非常に興味深い現象がございます。と申しますのは、ドイツの判例において公信力が争われた事例というのはまずないわけです。つまり、成立要件主義を採用して、しかも、公証人を通じて登記申請に関する書面の真実性が担保されているドイツにおいては、およそ公信的な保護を受ける必要性がそもそもないということです。では、このように公信力が活躍する場は実際にはないにもかかわらず、なぜ公信力規定が設置されたのかといいますと、それは「物権変動の成立要件について合意主義がとられ、登記のほかに当事者の物権的合意を要求したために、この物権的合意が無効であった場合に困るからだ」と説明されております。

したがって、わが国においても、まず第1に、意思主義の結果、登記と実体的権利的不合致が生ずるわけであります。つまり、公信力が認められるための基礎の第1点目は満たされているわけであります。

第2に、登記が実体関係を反映する蓋然性ですが、この蓋然性は低すぎてもいけませんけれども、しかし、先ほど述べたように、それが高ければ高いほど公信力なぞ設ける必要はないわけです。したがって、私の見解といたしましては、司法書士等が物権変動の実質的審査を行うことによって蓋然性がある程度高まれば、その段階で登記に公信力を付与することは一向に差し支えない、と考えております。

もっとも、このような立法論は現在ではあまり意味がないともいえます。なぜなら、わが国においてはすでに民法94条2項の類推適用が広範に承認されているからで、したがって、私はあえて立法論に頼るまでもなく、94条2項の類推適用法理をさらに拡大することによって、登記に公信力を付与したのと全く同じにしまえと、このように考えております。

ちなみに、このような場合には民法177条の改正といった問題も生じません。先ほど述べましたように、対抗力は公信力の効果の一部と解されますので、94条2項類推適用法理によって公信力を認めれば、対抗力に関する177条はほぼ死文化いたします。これはちょうど動産に関して、民法192条の時取得のために178条が事実上死文化しているのと同じことでもあります。適用の余地が生ずるのは、第二譲受人が悪意だった場合ですが、その点からいえば

私自身は177条に関しては悪意者排除説ですけど、背信的悪意者排除説も実は悪くないのではないかと、とも思えるわけです。

レジュメの最後、「おわりに」の部分ですが、この点に関しては個々の論点でお話ししたとおりということで、お約束に違えて時間を超過してしまいましたので、私の報告はこれで終わらせていただきます。どうもありがとうございました。(拍手)