



Title	登記の推定力について
Author(s)	神田, 孝夫; KANDA, TAKAO
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 20(1), 88-123
Issue Date	1969-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27876
Type	departmental bulletin paper
File Information	20(1)_P88-123.pdf



登記の推定力について

神 田 孝 夫

- 一 序
- 二 従来の学説とその問題点
- 三 占有の推定力の意義
- 四 登記の推定力はいかに機能するか
- 五 登記によりなにか推定されるのか
- 六 推定覆滅の方法と効果
- 七 あとがき

一 序

(一) 民法一八八条は「占有者力占有物ノ上ニ行使スル権利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス」と規定している。占有にかかるとの規定は我国ばかりでなく諸外国にも多くみられるが、これら諸外国の立法例では占有の推定力を動産についてのみに認め、不動産については、別に明文にて登記に推定力を認めているのである。^(註1) 我民法一八八条においては、特にその適用を動産に限る旨の明示がないが、諸外国の立法例にかんがみ、不動産にも無限定に適用を認めることに對して疑問が呈示されることとなった。

現在の通説は、既登記不動産については登記に推定力があるのであり、それは占有の推定力を排斥する。^(註2) あるいは、占有の推定力に優先するものであるとしている。^(註3) その理由として「不動産物権に關して登記制度の完備した今日では、登記によって表象される不動産物権に關しては、占有は決して（現状が真に正しいものであるという）蓋然性を持たない。登記こそその蓋然性を有する」^(註4) とか、「登記は制度上その手続に於いて、真正な、即ち有効に存立する実質的關係に基づくものであることが保障され、かつ公の機關によって管理されている」^(註5) ことなどが挙げられている。

判例においても登記の推定力が肯認されているといつてよい。

例えば「如何なる人が如何なる権利を当該不動産に對して有するやの點に關しては、登記簿の記載は殆んど之に全幅の信用を措きて可なるが故」^(註6) であると理由づけている。したがって、既登記不動産においては登記に推定力がはたらくこと、通説、判例の一致して認めるところといふことができる。

登記になんらかの推定力があるとして、いったい何が推定されるのだろうか。あるいはまた、その推定力が訴訟上どのように機能するものであろうか。

これらの問題については、従来からもいくつかの論稿によつて考察が加えられてきているが、説かれるところは極めて区々に分かれていた状態であり、必ずしも問題が解明されているとはいえないようである。^(註7) ここに、本稿をもつて右の問題を私なりに検討してみようとする契機がある。

(二) 登記の推定力についての考察に入る前に、ここで推定一般について民法学者によつて説明されているところを簡単に概観しておきたい。推定には、事実上の推定と法律上の推定があることとされている。前者は、裁判官が経験則上の蓋然性に基づき証拠又は間接事実から主要事実の存否を推定する場合であり、自由心証の一態様または経験則の活用の一過程に他ならず、従つて、事実上の推定の結果相手方に挙証の現実の必要を生ぜしめることはあつ

ても、挙証責任とは関係のないものである。これに対し、後者はある法条の要件事実（乙）を証明する必要がある場合に、通常これよりも証明容易な別個の事実（甲）の証明があったときに乙事実が証明されたと認めるべきことが、他の法規（推定規定といわれる）によって定められている場合である。推定を覆すには、

甲事実の存在にも拘わらず乙事実は不存在であるとの反対事実の証明すなわち本証が必要とされ、この意味で甲事実の証明により乙事実の挙証責任が転換される結果となるものである。^{注8)}

このような法律上の推定は、単に経験法則を法規化したにすぎないものではない。兼子博士の指摘によると「挙証責任の分配法則などと同様に訴訟当事者の訴訟遂行上の地位の均衡を計る公平の要求事案の迅速なる解決なる合目的的考慮或は当該法規の適用に付き何れの当事者をより多く優遇することが正義感情に適合するか等に出づるものであると云わねばならぬ」^{注9)} なんとすれば、蓋然性の問題にすぎないのであれば、裁判官の自由心証に任せれば足りるのであり、何も法規の内容とする必要はない筈だからである。

右の法律上の推定には、前提事実からある法条の要件事実を推定する場合（法律上の事実推定と称せられる）のほかに、直接にある現在の権利状態を推定する場合があるとされる。これは法律

上の権利推定と称せられる。権利の取得原因あるいは過去の権利状態とは切りはなして、現在の権利状態のみを推定するものとされている点に特に留意しておきたい。^{注10)} なお、事実上の推定においても権利推定なるものが一応考えうるのと指摘も近時みられるようである。^{注11)}

以上の概観から、一般に推定には事実上の推定と法律上の推定があり、何が推定されるかについては、事実の推定（ある法条の要件事実の推定）と権利の推定（現在の権利状態の推定）があるとされていることが知れる。

さて、登記の推定力は、右のいずれの範ちゅうに属するものであろうか。あるいはまた、右のような推定の類型化を前提としてはいずれの範ちゅうにも属しえない内容を有するものであろうか。まず、従前の学説が登記の推定力をどのように理解していたかを紹介しつつ、その問題点を摘示することから本稿をはじめたいと思う。

その後、問題は占有の推定力と密接な関連を有するものであるとの見地から、占有の推定力の意義につき一瞥を与え、それを基礎として、占有の推定力と登記の推定力との関係に注視しつつ考察をすすめたいと考えている。

注(1)ドイツ民法八九一条、一〇〇六条、スイス民法九三〇条、九

登記の推定力について

三七条。なおフランス民法二二七九条一項。

注(2)近藤・物権法論・四四頁、末弘・物権法上・二五二頁(再刊では一八八頁)、我妻・物権法・一五四頁、三三三頁、末川・物権法・一五一頁、二一六頁以下、幾代・不動産登記法・九三頁、舟橋・物権法二一三頁、浅井・物権法論・七六頁等。

注(3)柚木・判例物権法・三一四頁、杉之原・不動産登記法・九三頁、林・物権法・一六六頁、松坂・民法提要物権法・七三頁、鈴木・物権法講義・二五三頁、薬師寺・日本物権法新講・一四六頁等。

注(4)我妻・前掲書・三三一頁

注(5)舟橋・前掲書・二二二頁

注(6)大判、大正一五年二月二五日(民集・五・八九七)

注(7)教科書を別として主たる論稿を挙げると、

判例研究としては末弘・判民大正一一年二事件、金山・民商・四一・一・七八、同・民商・五一・二・二八二、星野・法協・七七・一・八二、原島・民商・五〇・一・一四五、加藤(永)・不動産取引判例百選・八六。総合判例研究として、間中・登記の記載と推定・判タ・一六五・四三(要約したものとして判タ・一七七・一三六)。占有の推定力と対比の下で考察した論文として、萩・登記の推定力と占有の推定力・鹿児島大学社会科学報告七・三三、高島・近代民法における不動産占有の意義・早法・四〇・一・一二一がある。なお占有の推定力を中心に論ずるものとして、判例タイムズ民事実務研究会・所有権訴訟における

二、三の問題、その(1)小中・判タ八五・一〇、その(2)花田・判タ・八八・五二、田尾・占有の推定力について・司法研修所創立一〇周年論集上・二五五、藤原・占有の推定力とその訴訟上の機能・司法研修所論集・一九六八・一・一七。推定一般を論ずる古典的論文として、兼子・推定の本質及び効果について・民事法研究・二九五頁がある。

注(8)推定規定の存在が当然に乙事実を要件とする法条について挙証責任を変更するわけではなく、甲事実の推定の効果を覆す関係において挙証責任が転換されることとなるのである。兼子・前掲論文・民事法研究三二二頁、三ヶ月・民事訴訟法・四一六頁参照。なお古く、相手方が推定事実の不存在を証明するため証拠を提出したときは推定が破られると主張する異説もある。斎藤・事実認定論・六七頁以下。

注(9)兼子・前掲論文・三〇九頁

注(10)兼子・前掲論文・三二八頁、法律実務講座民訴篇四・一一二頁、萩・前掲論文・三一頁等

注(11)間中・前掲論文・四七頁注(3)。なお判事は「判例を合理的に解する限り事実上の権利推定という範ちゅうを承認したものであるべきである」といわれる。

二 従来の学説とその問題点

序においてみたごとく、民事学者は一般にまず推定に事実上の推定と法律上の推定があることを指摘し、次に後者に事実推定と

例外的に存する権利推定のあることを指摘するのである。登記の推定力を考察するに際しても右に示される順序に従って思考を進めるのが適當かもしれない。しかし、登記の推定力をめぐる論議においては、殆んどの場合、それが事実上の推定か法律上の推定かの問題意識がまずなかったといつてよいし、それがあつた場合においても、むしろ何が推定されるかについての考察が先行し、しかるのち事実上の推定か法律上の推定かを決定しようとしている観がないわけではない（このことは、私見によれば理由のないことではないと思われる）。

以上の事情にかんがみて、便宜上、何が推定されるかについての従来の学説を整理、検討することからはじめたいと思う。しかるのち、登記の推定力が訴訟上いかに機能するかについてみることにしよう。

〔一〕 登記によって何が推定されるのか。

民訴学者の指摘によれば、推定されるものはある法条の要件事実かもしれないが現在の権利状態であつた。しかし、登記の推定力をめぐる論議をみると必ずしも右のような問題設定はなされていない。むしろ多くの場合登記原因にまで推定力が及ぶかとの問題設定がなされる——即ち権利取得原因事実の推定を捨象するか否かに問題の焦点がおかれる——のであり、それを否定的に解する

論者においても、登記時期に於ける権利発生ないし取得の推定はこれを肯定し、その権利状態が現在まで続いているとの推定を肯定しているように推察されるのである。逆にそれを肯定的に解する論者においては、権利者たることの推定とともに登記原因事実の推定を認めるのであり、いずれの場合も、民訴学者のいう推定の類型を前提とする発想にはないように思われる。

(1) 登記の推定力に触れる殆んど多くの学説は、単に登記に権利推定がはたらくこと（現在の、という限定はなされない）を指摘するのみで、登記原因については何んら明言するところがない^{註1)}。これらの学説は登記原因には推定力がはたらかないと理解している、と評価していいだろう。理由を詳論して登記原因に推定がはたらかないことを明言しているのは浅井教授と金山教授である。浅井教授は「登記制度の指導原理となつてゐる取引安全保護という立場から見れば登記を現時の有効な不動産物権関係を表示するもの以上に出でしむるいわれはない。公信力の認められていない吾国の登記の信頼を高めるには出来るだけ登記の効力を外部から認識しえない様な事実から抽象することが必要である。これらの点からみても登記原因を登記の本質から離して考えることがより目的^{註2)}的であろう」と主張されるのである。金山教授においては実体上の権利変動の過程と態様を如実に反映しない登記であつて

登記の推定力について

も、その登記が現実の権利関係に符合しておりこれを公示するに足るものなるときはその効力を是認してきていることを指摘しつつ、「実質的審査権限を有しないわが登記官吏は登記原因の有効無効を実体上審査したり確定したりする権限はない。登記手続上からみると、登記がその登記原因として表示する現実の権利関係に符合するをもって足り、これをこえて登記原因として示されたところと実体上の物権変動の事由との一致をもとめないものがある。これらの事由からみると、登記の推定力は登記簿上に表示された権利関係の存否のみにとどまるべきである」と主張されるのである。星野教授は単に登記原因の記載がかなり不正確であることのみを指摘されるのであるが、金山説とはほぼ同旨の問題認識があると思われる。

これらの所説は、推定のはたらく範囲から登記原因事実（権利取得原因事実）を捨象すべきことのみを主張するのであり、過去の権利状態を捨象すべきことを主張しているわけではないと思われる。そうとすれば、民訴学者のいう事実推定か現在の権利状態の推定かという類型化にはそぐわないものといわねばならない（その当否は勿論別問題である）。

過去の権利状態を捨象した現在の権利状態のみの推定を肯認していると思われるのは、兼子博士と萩教授である。

舟橋教授は登記原因の推定力を否定されつつも、権利の現存ないし帰属についての推定力のほか登記の移転という事実が権利変動の成立を推定すると主張される。「ある不動産が甲から乙に譲渡されたものとして移転登記がなされておれば、甲乙間に所有権の移転があったものと推定され、同時にまた、現在の所有権人乙が所有者だと推定される。また甲乙間の所有権移転登記が抹消されて甲が所有権を回復しておれば、甲乙間の所有権移転は存在しないものと推定され、同時にまた、現在の所有権人甲が所有者だと推定される」というのである。いわば無因の物権変動自体を推定するものといえる。この見解には鈴木（禄）教授が同調されている。

この見解によれば、現名義人は前名義人から登記時に権利を取得し、その権利状態が現在まで続いているとの推定をうける結果となるだろう。このような推定は、これまた、民訴学者のいわゆる事実推定あるいは権利推定（現在の権利状態の推定）のいずれかにあてはめうる性質のものではない。

(2) 登記名義人が権利者であるとの推定をうけるのは勿論のこと、登記の推定力は登記原因にまで及ぶゆえに、登記原因に記載された事実が真実存したことも推定されるとする主張がある。もつとも明瞭には山中教授の所説にそれがみられる。教授は「登記

についても、それが公示的な占有のためのひとつの社会的技術である以上は、我民法のごとく明文をおいていないところでも当然に同趣旨（民法一八八条と……筆者）のことが認められねばならぬ。ただし登記においては登記原因の記載があるので、登記原因として記載せられた実質的關係にまで推測力が及ぶかという問題がある」とし、それを肯定的に解すべきことの理由として「真実の権利変動の動的状态と登記は原則として一致すべきものとせられてゐること。登記という占有は帳簿上の表象——その中には登記原因の記載をふくむ——を通じてする支配であること。占有においても動的植物変動の動的状态を如実に反映するということの原則的事実に対する例外のありうること」を指摘されるのである。^{注9)}

登記原因にも推定力があるとする主張は、古くはすでに末弘博士にみられ、^{注10)}近時では於保教授によって同調せられるところである。

論者によって肯認せられるところの名義人が権利者であることの推定は、取得原因事実さらには過去の権利状態を捨象した民訴学者のいわゆる現在の権利推定と同意義ではない。それは登記原因に記載される事実が真実存したとの推定をうけることと不可分の關係にある。換言すれば、登記原因に記載ある事実によって権利を取得し、権利者たる状態が今日まで続いているとの推定を意

味すると思われる。従つて、次に紹介する登記原因にのみ推定力があるにすぎないとする所説と、結果において同一というべきであらう。

(3) 近時、登記原因に推定がはたらくといへば足りるとする主張が有力に主張されている。この主張は、単に登記の推定力が登記原因にまで及ぶかという発想の下において導き出されたものではない。権利推定を現在の権利状態の推定ととらえ、我法上、登記に法律上の権利推定を認めるのは妥当でない（その根拠については(2)において後述する）ということから、登記には事実上の推定がはたらくにすぎないとし、さすれば結局登記原因にのみ推定がはたらくといへば足りるといふのである。

もっとも明瞭には、間中判事の次のような主張にそれがみられる。「登記は不動産物権の権利表象作用を営むということから、その反面として通常現在の法律状態を反映しているという結果が生まれるにしても、登記原因の推定はありえないという結論は生じないはずである。中略……推定力が付与されるのは純然たる蓋然性の問題であり、そうとすれば登記原因が事実と符合するといふ蓋然性も承認されるはずではあるまいか。……中略……登記原因が真実に符合しない場合があるが、それだからといって事柄の蓋然性の成立自体を否定するのは早計である。また登記原因の推

登記の推定力について

定を認めることは推定の本質にも符合する。なぜなら証明は事実に対して行なわれるもので推定はその分野で妥当するはずであり事実上の権利推定に対する反証も推定権利状態と相容れない権利状態の発生原因の証明か推定により利益を受ける当事者により主張された取得原因事実に対する反証を提出する以外に行なうことができないからである（事実上の権利推定の場合には法律上の権利推定と異り権利の発生原因または取得原因の主張は免除されない）……かように登記原因の推定を認めれば法律効果にあたる登記簿記載の法律状態は同時に一応承認されることとなり、いいて事実上の権利推定の概念を借りるまでもないし、しかもその反証は更に容易となる。登記原因の推定を認めるだけで必要かつ十分ではないか」(傍点筆者)といわれる。

原島教授も、後述のように登記の推定力を事実上の推定にすぎないとし、「事実上の権利推定は内容不明のものだ」とされるから、結局登記原因についてのみ推定力を認めることとなると思われる。

(4) 以上の概観によると、登記によって推定されるものが何かについて、多くの見解があることが知れる。要約すると、(イ)過去を捨象した現在の権利状態の推定、(ロ)登記時いらい現在にいたる権利状態の推定、(ハ)前名義人から権利取得したと登記時いら

い現在にいたる権利状態の推定、(ニ)登記原因事実により権利取得したと登記時いらい現在にいたる権利状態の推定、(ホ)登記原因事実のみの推定などである。

民訴学者のいわゆる事実推定に該当するのは(ホ)であり、権利推定に該当するのは(イ)のみである。他の見解は、少なくとも民訴学者の予定する推定の類型にはあてはまらない。そのことを理由にこれらの見解を容認しえないものとして否定すべきなのだろうか。しかし、それでは本末転倒といわざるをえない。現に右のような多様な内容をもつ推定が考えうる以上、むしろ民訴学者の概念規定にこそ反省すべき余地があるというべきではなからうか。

私見によれば、何が推定されるかにつき事実推定(ある要件事実に関する)と権利推定を類別し、権利推定は過去の権利状態を捨象して現在の権利状態のみを推定する、と限定することに民訴学者の独断があつたのではないかと思われる。現在の権利状態の推定であることは、必ずしも権利推定の本質ではないだろう。例えばドイツ民法一〇〇六条の占有の権利推定が、占有取得と共に所有権をも取得したものと推定、及び占有期間中所有権は継続したものと推定の両者を包含していると解されていることにかんがみれば、明らかである。

権利推定は直接現在の権利状態を推定するものであるとの民訴

学者による概念規定は、ドイツ民法八九一条（登記の権利推定）に関するドイツ学説の注釈に影響を受けたもののように思われる。我が法において、そのような推定であらねばならぬ必然性はない。

したがって、登記時に権利を取得しその権利状態が現在まで続いていることの推定（浅井・金山説）、あるいは、前名義人から権利取得したと登記時いらい現在にいたる権利状態の推定、（舟橋・鈴木説）なども、充分傾聴すべき見解であるといわなければならぬだろう。

注(1)例え、我妻・前掲書一五四頁、末川・前掲書・一五〇、頁
石田・物権法論・一三二頁、兼子・判例民事訴訟法・二〇九頁
等

注(2)浅井・判例不動産法の研究・一三六頁

注(3)金山・物権法総論・二四五頁

注(4)星野・前掲判例評釈・八二頁

注(5)兼子・前掲論文・三二六頁、なお三二八頁、萩・前掲論文・

三一頁

注(6)舟橋・前掲書・二二三頁。

注(7)鈴木・前掲書・二五三頁

注(8)山中・占有の理論（法律学体系法理学論篇）七四頁。

注(9)末弘博士は、ド民八九一条を引用した上我法においても苟も

公簿に記載されている以上一応其記載事項を真実なりとするの推測力あるものと解せねばならぬ」（物権法上・一七〇頁、再刊書では一二六頁）としつつ、「特に其反対が証明されない限り登記簿に表示された登記原因が一応真実なものと推測されねばならないのは無論であろう」（判民・大正一一年二事件）と主張される。

注(10)於保・物権法上・一四四頁。

注(11)間中・前掲論文・四七頁、四二頁。なお、花田・前掲論文・判タ・八八号五六頁も、つとに同旨を主張されていたが、そこでは理由らしいものがみられない。

注(12)原島・民商五〇巻一号一五五頁

注(13)外国法典叢書・ド民一〇〇六条の解説参照。

注(14)兼子・前掲論文・三二九頁注（五二）、三二八頁。法律実務講座民訴篇四一一二頁の敘述などから明らかであろう。

(二) 登記の推定力はどのように機能するのであろうか。換言すると、それは事実上の推定にすぎないのか、法律上の推定であるのか。従来学説はどのように把握していたらうか。

法律上の推定であるとすれば、その推定を覆えすために相手方は本証を要し、事実上の推定にすぎないとすれば、反証をもってその推定を覆えしうる。したがって、逆に相手方に対し本証を要求しているか反証で足りるとしてはるかによって、論者が登記の

登記の推定力について

推定力をいかに把握しているかを判別できるはずである。しかしながら、従来は本証・反証なる言葉が厳密な意味で区別して用いられていたとはいえないゆえに、右のような態度は実は必ずしも適当ではない。例えば、「推定であるから反証によって覆えされ得る」とする多くの学説が、意識的に登記の推定力を単なる事実上の推定にすぎないと考えているかは、むしろ疑問ですらある^{其18)}。

(1) 法律上の推定ととらえているとみうる学説をみよう。

占有の推定力との対比の下で登記の推定力を肯認してきた多数の学説は、その推定力が訴訟上どのように機能するのかという問題意識をほとんどもっていないかった、というのが実情であったと思われる。もっとも、登記につき民法一八八条の類推適用を考えていたであろうことは、ほぼ間違いないところである。してみると、占有の推定力と同等同質の推定力を登記に認めようとしているのだ、と憶測することは許される。さらに、民法一八八条を法律上の推定の典型として挙げる民訴学者の見解を前提としていたのであれば、右の多数の学説が登記の推定力を法律上の推定として認めていたのだ、ということが出来る。しかし、明らかにそのことを認めていると断定できるものはまれである。

末川教授が「登記の記載が真実に合していないことの証明(反

証)がなされるならば、推定はくつがえされる」といわれ、金山教授が「登記が実体上の権利をとまわらないとの反証によって破られる。これを主張する者が挙証責任を負う」といわれるのは、

「反証」という言葉の使い方はともかくとして、法律上の推定として認めていると評価していいだろう。もっとも明瞭には、兼子博士の「(相手方は)登記の内容と反対の事実若しくは権利状態を立証せねばならぬ」との主張に看取することができる^{其19)}。

法律上の推定とするとき、相手方はいかなる内容の負担を負うことになるのか。あまりに過重な負担を課す結果となるのであれば、効果の側面から、単に事実上の推定というかぎりでは登記の推定力を認めよとの主張にひとつの根拠を附加することになりうるから、ここで簡単に考察しておくことにしたい。

相手方は、推定を覆えすためには本証が要求される。そのために証明すべき主題が何であるかが相手方の負担の程度を左右する。ところでその証明主題は既に考察した登記によって推定されるものは何かという問題の解答いかによって、反射的に決定されるだろう。

推定されるものが登記原因事実であれば、その事実の不存在を立証すればよい。前名義人から権利取得し、その権利状態が現在まで続いているとの推定であれば、登記時に前名義人から権利取

得するいかなる原因事実も存在しなかったこと、もしくは前名義人の無権利を立証することとなる。登記時に何人からであれ権利状態が推定されるのであれば、登記時に何人からであれ権利取得するいかなる原因事実も存在しなかったことを立証すればよいだろう（これはかなり困難であることが予想されるから、相手方の負担を緩和する方法が考えられてよい）。なお、いずれの場合においても、他に権利消滅原因事実を立証することにより、名義人の権利を否定しうる途があるのは勿論である。

問題なのは、過去の権利状態を捨象した現在の権利状態のみが推定されるとする見解をとる場合である。この場合において、相手方が推定を覆すためには、名義人には現在にいたるまでいかなる権利取得原因事実も存在していないことを立証せねばならない。仮りに、ある権利消滅原因事実を立証したところで、権利喪失後ふたたび権利取得するいかなる原因事実も存在していないことを立証せねばならないこととなる。これはいわゆる「悪魔の証明」である。相手方にとって推定を覆すことは不可能に近い、といわねばならない。このことが、法律上の権利推定（現在の権利状態の推定）と認めるのは妥当でないとする後述の論者の実質的な理由であるといつてよいと思われる。

もっとも、法律上の権利推定（現在の権利状態の推定）として認める論者においても、右のような不可能事を相手方に課すのみでこれを放置しているわけではない。純理にはあわないことを自覚しつつ、推定権利状態と相容れない権利状態の発生原因事実が存したことが証明されれば、それによって権利推定の覆滅を認めるべきであるという。権利推定は元来直接の権利証明を認める法体系に属すべきものであるから、現在の法制下においては右の限度で変容を蒙ることはやむを得ないというのである。²⁰⁾

(2) 法律上の推定であるとする学説に対し、登記には単に事実上の推定がはたらくにすぎないというべきだと主張する学説が、近時極めて有力になっている。

これに属する論者においては、権利推定Ⅱ現在の権利状態の推定というドグマが前提とされ、その上で、法律上の権利推定を肯認することが、相手方に対し極めて過重な負担を課すことになることを実質的な理由とされておられるように見える。

まず星野教授の説かれるところをみると、「兼子教授の説によると、相手方に『悪魔の証明』を要求することになり、今日の私法体系には合わないのではないかと思われる。この様な意味（法律上の権利推定の意〔筆者〕での推定力を我不動産登記簿に認めるべきではあるまい。ドイツ法と異なり、我民法は物権変動の形

登記の推定力について

式主義無因主義を認めず、不動産所有権移転を特殊の要式行為としていないし、登記簿の公信力もないから登記簿の権利の外観としての力は法律的に弱く、国民の意識においてもそのように受けとられていると見られるからである^{注(1)}と主張される。

権利推定Ⅱ現在の権利状態の推定という前提をとられるかぎり純理からいえばいわれるとおり、相手方は悪魔の証明を課されることになるが、右のような前提をとること自体反省すべき余地のあること、かつ、その前提の下でも、推定権利状態と相容れない権利状態の発生原因事実の存したことを立証することにより、推定の覆滅を認めようとする提言のあること既に指摘したとおりである。国民の意識がどうかはさておいて（実証的に検証した上でない）筆者には何んともいえない）、ドイツ法とは事情を異にするとの指摘は、登記に推定力を肯認する従前の諸学説が、そのひとつの根拠としてドイツ法を援用するのが常であった事実にかんがみ、注目されていい。次にみる間中判事も原島教授もともにドイツ法とは同一に取扱えない事情を強調されている。もっとも、そのような指摘が、法律上の推定と認るべきでないという結論を当然に導くかは、また別な問題であろう（後述する）。

なお(1)で紹介しておいたように、星野教授は登記原因に推定力ははたらかないとされているから、結局登記には事実上の権利

推定がはたらくと理解されていることとなる（教授は、「占有の権利推定も法律上の推定と解すべきでない」との態度をとられている）。

間中判事は次のように主張される。登記の推定力を法律上の権利推定と解することについて、「第一の疑問は、民法一八八条はゲルマン法のゲベールの効果を承継したものとされるが、ゲベールは『それ自身、一つの権利つまり『その背後に』推定される物権〔本権〕を行使する暫定的な権利なのである。推定は、より強い物権の証明によって破られるまで存続する』これと同様な觀念が登記に類推されるべきであろうか。占有は物に対する事実的支配を核心とするものに対して登記は当事者の登記申請行為に基づくものであり、しかもわが民法上公信力は付与されていない」第二の疑問として、法律上の権利推定とした場合、相手方による推定の覆滅が極めて困難なることを指摘する。而して、「占有と登記との対比論もその両者の本質の相違からすればむしろ立法の問題であると思われる」といわれ、結局「明文のないわが民法のもとでは登記の表示が真実に合致する蓋然性が大きいこと以外にその妥当根拠はない。従って、その推定は経験則に基づく推定（事実上の推定）をなすべき場合というべきである」とされる^{注(2)}。

原島教授においても、間中判事の指摘に先んじて、ほぼ同様の

問題認識に立っておられたようである。即ち、「登記による権利推定規定は、あくまでもゲヴェーイ的な考え方の伝統の下で、登記の形式的確定力の方向ではなく、今日みるような公信原則を採用する方向をとるとき、この公信原則との関連のもとに設けられたものである。したがって、登記による権利推定規定を設けるのは、登記に公信力をみとめる法制においてだけであるのも当然であらう。このような沿革的理由以上に、登記による事実推定でなく（登記が真実の権利関係と合致する蓋然性は、事実上の推定で足りる）、権利推定を認めねばならぬ積極的、合理的理由には乏しいように思われる（推定によって不利益を蒙る相手方に悪魔の証明を課してまで、市民を登記の方へ引きつけることが妥当であらうか）」と主張されるのである。

間中、原島説は、登記の推定力を事実上の推定にすぎないといふことから、結局登記原因にのみ推定力を認めれば足りるとしているのは既に指摘したとおりである。一方、占有については法律上の権利推定がはたらくことを認めていると思われる。さすれば既登記不動産において、占有に法律上の権利推定が、登記に事実上の事実推定がはたらき、両者は併存することになるのである。

事実上の推定にすぎないとする以上の論者は、共通して、ドイツ法の沿革・法制度の我国との差異を強調される。しかし、その

ような差異から、我国においては、登記の推定力が単に事実上の推定にすぎないとする結論が当然に導かれるものであらうか。事実上の推定にすぎないとしたとき、逆に不合理な点がでてこないだらうか。占有の推定力との権衡上問題がないか。両者の対比論を単に立法の問題にすぎないとして放置するのを早計とはいえないかどうか。登記に事実上の推定力しかはたらかないということが「訴訟当事者の訴訟追行上の地位の均衡を計る公平の要求、事案の迅速なる解決なる合目的考慮」からみて適當かどうか。法律上の推定において、推定覆滅の困難を緩和せんとする志向から、推定権利状態と相容れない権利状態の発生原因事実の証明で足りるとの提言があることも考慮されていいたらう。

少なくとも、沿革・法制度の差異からのみ当然に結論がでると思われない。この見解の可否は、不動産占有と登記の効力の権衡、現行民法上両者のもつ意義をどのように把握すべきかという根本的な問題の解決なしには決着をつけえないものがある、といわねばならない。近時右の見解を支持する学説が多くなる傾向にあるが、なお一考を要する問題たるを失わないと思われる。

注(内)浅井・判例不動産法の研究・一三六頁、杉之原・前掲書・九三頁、舟橋・前掲書・二二三頁、幾代・前掲書・一六三頁等。

登記の推定力について

注①三ヶ月教授が「通俗的には推定を覆すということと反証をあげるということと同視している」(前掲書・四一六頁)と指摘されるとおり、従来、殊に民法学者においては「本証」「反証」の概念が厳密な意味で用いられていなかったことは否定できない。

注②末川・前掲書・一五一頁

注③金山・前掲書・二四五頁

注④兼子・判例民事訴訟法・二〇九頁、石田・前掲書・一三二頁も同旨

注⑤法律実務講座 民事訴訟法第四卷・一一二頁参照。花田・前掲論文・判タ八八号五二頁、三ヶ月・前掲書・四一七頁も同旨。兼子・前掲論文・三三一頁は「相手方のその他(当事者の弁論から具体的な場合に或る原因事実の存在が唯一の可能性であると認められるその事実の他の意(筆者注)に原因事実の存在せざる旨の包括的事実主張に付て証拠調及び弁論の全趣旨から一応の心証が生ぜしめられるときは、具体的に問題となった原因事実について反対証明と相俟って推定の覆滅を認める外あるまい」といわれるが、博士自身も留保されているように、「権利推定を認めながら立証の対象として取得原因事実を特定することはそれ自体矛盾である」(小中・前掲論文・判タ・八五号一三頁)との批判は免れないのであり、むしろ、本文の取扱いの方が適当と思われる。

注⑥星野・前掲判例評釈・八四頁

注⑦小中・前掲論文・四六～七頁

注⑧小中・前掲論文・一四頁、花田・前掲論文・五六頁はつとに同旨を主張していたし、近時では加藤(永)不動産取引判例百選・八七頁、山田・注釈民法(6)・一八五頁が同調されている。

(三) 登記の推定力は、いかなる当事者の間ではたらくかの問題を考察しておこう。この問題も決して孤立しているものでなく、前述の(一)(二)の問題と相関関係にある。

(1) 占有の推定力については、従来から「スイス民法九三一条二項の如き明文の規定のないわが民法の下においても、所有者から権利を取得したと云って占有する者はこの所有者に対しては推定を援用しえないと解すべきだ」とか、更には「従前の占有者との間においては作用しない」とする有力な学説が主張されている^{注⑨}。然し、登記の推定力の及ぶ人的範囲について触れるものは殆んどみられなかった。ただ兼子博士のみが、つとに「権利推定が占有なり登記名義の移転承継のある当事者間においても認められるかは疑問であり、むしろこれを否定すべきであろう」と指摘されている^{注⑩}。もっとも、占有の推定力についてのみ附言して同旨を認めていた諸学説も登記の推定力については異別に取扱うという趣旨でないものと推察することは許されよう。最近、兼子説と全く同旨の判決が出される至っている^{注⑪}。

金山教授は、この判決を評して結論に賛成し、次のように理由づけられている。「登記の推定力を登記の効力の一種としてみるときは登記が公示方法であることに与えられているものである。公示方法はいうまでもなく第三者との関係における問題である。当事者間の問題ではない。故に公示方法としての登記に与えられている推定力も第三者との関係において問題とすべきで、登記簿上の当事者間では問題とすべきではないであろう」と。^{注27)}右の趣旨を演繹すれば、登記簿上の直接の当事者間の場合以外にもなお推定のはたらかない場合が認められる余地があるだろう。前々名義人と現名義人間においても、前々名義人が前名義人への権利移転そのものを争う場合には、推定がはたらかないと思われる。また、登記名義人から権利を派生的に取得したとしてその権利の登記を有する者も、名義人との関係においては推定の利益をうけないだろう。なお、それらの者を代位する地位にある者との間においても、右の場合と同様に考えてよいと思われる。

(2) 右の見解に対し、原島教授は次のように主張される。「何故登記簿上の前名義人と現名義人との間では登記による推定が働かないのか……(わたくしは、これらの場合にも事実上の推定は妥当すると考える。これらの場合に否定されているのは、まさに法律上の権利推定であり、否定される理由がある、と考える)」^{注28)}

と。

否定説をとる兼子博士・金山教授はいずれも、登記の推定力を「法律上の推定」と解しており、当事者間において法律上の推定が働かないとしても、経験則としての事実上の推定すらはたらかないのかについては何んら触れていないことは、特に留意する必要がある。^{注29)}これに対し、原島教授は、既に紹介したように、登記の推定力は本来「事実上の推定」でしかないと考えられるのであるから、前名義人と現名義人との間でもはたらくとされるのはむしろ当然のことであろう。^{注30)}

注27) 古くは岡村・占有権の本体・「挙証責任論その他五題」所収、近藤・改訂物権法論・七七頁、田島・物権法・三〇三頁、新しくは我妻・前掲書・三三三頁、柚木・判例物権法・三二四頁、舟橋・前掲書・三〇八頁、薬師寺・日本物権法新講・二九〇頁等。判例では最判・昭和三五年三月一日(民集・一四卷三三三二七頁)

注28) 兼子・判例民事訴訟法・二〇九頁、なお、天島・抹消登記手続請求訴訟における挙証責任の分配・司法研修所報一九五八・二・七一頁も同調されていた。

注29) 最判・昭和三八年一〇月一五日(判例時報三六一号四六頁)

注30) 金山・民商・五一卷二号二八四頁

注31) 原島・前掲判例評釈・一五六頁

注④兼子博士は、法律上の推定には同時に事実上の推定が含まれているといわれる(前掲論文・三〇九頁)が、登記当事者においても事実上の推定がはたらくことは認められると思われる。

注⑤間中・前掲論文・四五頁は次のようにいう。「当事者間で権利推定は排除されるという理論が重要な意味をもつのは民法一八八条の推定が法律上の権利推定と解されているからである。登記の推定が事実上の推定と解されるならば、右排除の理論を登記の場合に拡張する意味の大半は失われると思われる」

補注 従来の大多数のわが学説が、その理由づけにおいて援用するのが常であったドイツ法における登記の推定力について、ここで一瞥することとしたい。

ドイツ民法八九一条には「或者のために或権利を土地登記簿に登記したるときは、その権利は其者に属するものと推定する。土地登記簿より登記したる権利を抹消したるときは、その権利は存在せざるものと推定す」(現代外国法典叢書の訳による)と明記されているため、我国におけるが如く、登記の推定力が法律上の推定か事実上の推定にすぎないかは問題となる余地がない。推定されるものは、条文からも明らかのように、個々の権利発生原因事実や取得原因事実ではなく、権利推定(Rechtsvermutung)あるいは権利帰属の推定(Rechtszustandsvermutung)を以て解決せしむる(Planck, Bürgerliches Gesetzbuch S. 132, Girke, Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. S. 54, Rosenberg, Komm. z. Sachenrecht § 891 III, Die

Beweislast S. 224等)。さらにその権利推定は現在の権利を対象とするものであり、登記時期における権利発生の推定ではないとされている(Rosenberg, Komm. z. Sachenrecht § 891. IV b. 兼子前掲論文による)。この点は占有権利推定を認める一〇〇六条の解釈において、占有取得時に権利取得したと推定されるとするのが一般の解釈であるのと異なる(現代外国法典叢書一〇〇六条の解説参照)のは注意されていい。このような登記の推定力は名義人の不利益にも機能するとされている(例えば、Planck, a. a. O. S. 132)が、この点も占有の推定力が占有者の利益のためにのみ機能するとされているのと異なる(一〇〇六条一項参照)。

登記の推定力が例外的に排斥される場合として、第二に登記簿の内容の真正に対する異議の登記(Widersprechende Eintragung)がなされている場合であり(同法八九二条参照)、第二は異なる登記簿に二重登記(Doppelbuchung)がなされている場合である。前者はドイツ法特有のものであり、我国には存在しない制度である。後者は我国でも同様に問題となりうる。もっとも、真に二重登記が問題となるのは、そのいずれが効力を有するか容易に判定しがたい場合、例えば保存登記が競合している場合などに限るであろう。

さて登記の推定力は反対の証明(Beweis des Gegenteils)によつて覆えられることに争いはないが、この証明は本証をなすべからざる(Rosenberg, Die Beweislast, S. 232)。よつて

推定されるのは、現在の権利状態であるから、それに対する反対の証明は八九一条一項の場合であれば、推定権利状態の不在あるいは消滅していることを、二項の場合であれば権利状態の存在することを証明することに他ならない。一項の場合には、権利消滅原因事実の証明ができればともかく、権利不在を直接対象とする証明が認められない以上、推定権利状態の発生原因事実の不在の証明によらねばならないが、権利推定を受ける者は権利の発生原因事実について主張責任さえ負わないために相手方は現在に至るまでのあらゆる可能な発生原因事実の不在を証明せねばならない、つまり、いわゆる悪魔の証明を課せられることとなる。そこで学説は、このような結果を避けんとし、証明対象を特定しようと試みているわけである。しかし次にみるように学説の提言は、法律上の権利推定の実を殆んど失わせるに等しいものと評することができそうである。

Rosenberg は「反対の証明が如何なる事実に向けられるべきかは個々の事件の状態に懸っている」(Beweislast, S. 231)としつつ、「当事者の弁論から具体的な場合にある原因事実の存在が唯一の可能性であると認められる限り相手方は此の事実の不在を証明すれば足りる、もしそれ以外の事実が存在する可能性があればこれを打破しなければならぬが、これには当事者の陳述その他の状況から訴訟上問題となるに至るを待って反対の証を為せば宜い」(Komm. z. Sachenrecht, S. 263 兼子・

前掲論文訳による)という。訴訟上、問題となるに至る時期とは、「ある事実が問題であることに両当事者が一致するか、あるいは、推定援用権者が申立てた時」であろう(Beweislast, S. 231)。悪魔の証明を避けようとする苦心の策といへば可い。もっと明瞭には「相手方に於て権利主張を争うかぎり、当事者は之が発生乃至取得の原因事実の陳述により、これを理由あらしむべく、然るときは相手方は其の事実に対する反対の証明を為すことに推定を覆し得る」(Leonhard, Die Beweislast, S. 237 兼子前掲論文訳による)、あるいは「所有権の譲渡の合意に欠缺のあったこと(存在の推定の場合)とか、権利の消滅の合意に瑕疵があったこと(消滅の推定の場合)の証明によつて推定が覆えされる」(Staudingers Komm. z. BGB, 180)などの提言に至ると、殆んど権利推定の実を否定するに等しいといえよう。さらに、次のような敘述においてはもっと徹底している。「(八九一条において)真に推定の対象となるのは権利の取得を理由づける事実である。…権利推定と事実推定は表現の差異にすぎない」(Planck, a. a. O. S. 132)

権利推定そのものが現行の法制度に合わないとはいえず、全く事実推定と等しいものとするのが、早計といえないかどうか。現にわが国では、権利推定の実を失わせない限りで、しかも推定覆滅の困難を緩和する解決策として、推定権利状態と相容れない権利状態を必然的に導く原因事実の立証で足るとの提言があること、既に指摘したとおりだが、この方がより解決策として妥当というべきではなからうか。

三 占有の推定力の意義

二において、登記の推定力をめぐる従来の学説を紹介しつつ問題を摘示してきた。説かれるところ極めて区々に分れており、全体的な印象として混沌とした状態にあるとの観はまぬがれない。いったい、我々は登記の推定力をいかなるものとして理解すべきなのであろうか。

ところで、この課題を考究するためには、従前の諸学説がまさにそうであったように、占有の推定力との関係、あるいはそれとの対比の下で考察をすすめることが要請されるだろう。更には、前提として、占有の推定力そのものがいかなる内容を有するかを明らかにしておく必要があると思われる。民法一八八条が訴訟上なんらの機能をもたさないものであるなら、登記の推定力のみが別に訴訟上機能することを認める理由を見出すことはできないからである。従って、まず占有の推定力の意義に関し簡単な考察を加えてみることにしたいと思う。

(一) 占有の推定力の効力は、消極的、防禦的なものであり、これを援用して占有が正権原にもつくことの証明にかえるような積極的な主張をする根拠とはなしえない、との理解が立法当初から有力に主張されている^{註1)}。だが、いうところの消極的、防禦的の意

義は必ずしも判然とはしない^{註2)}。その意義が、原告たる者は推定力を援用しえず、被告のみが援用しうるとの趣旨なのであれば、当事者の地位により差異のでてくる根拠は何なのか。原告、被告たる地位と举证責任の所在とは本来無関係であることを考慮すると、その理由は見出しえない。举证責任を負担する当事者は推定力を援用しえないとの趣旨なのであれば、举证責任を負担せざる者に占有が存するときのみ推定力が機能し、占有を有することは反証として举证責任者の举证の必要を加重せしめる機能、すなわち事実上の推定として機能することがあるにすぎないこととなる。

占有の推定力は攻撃的にも援用しうるものであることを肯認する学説も多い^{註3)}。この見解によれば、原告、被告の立場にかかわらず、あるいは、举证責任を負担する者であるか否かを問わず、占有の推定力を援用しうることにならう。援用の結果、相手方の証明の必要が加重されるかぎりで効果を認めるにすぎないのであれば、事実上の推定として是認しているのであり、举证責任負担者が推定を援用することにより、推定覆滅の举证責任が相手方に課せられる結果を認めるのであれば、法律上の推定として肯認していることとなるであらう。民訴学者は殆んど民法一八八条を法律上の推定と認めているようである^{註4)}。

攻撃的に用いられるとしても、あくまで推定の域を出ないのであるから、真正の権利あることを前提とする登記の申請などが許されないことは当然であり、殆んど異論をみない。^(注5) いずれの説が適当かは後に検討する。

注(1)富井・民法原論Ⅱ・六七七八頁、岡松・民法理由(中)・六九頁末弘・物権法・二五三頁(再刊書では一八八頁)、末川・物権法・二一七頁、林・物権法・一六七頁、浅井・物権法論・七六頁。なお、田中(整)教授は舟橋・物権法・三〇八頁も結果的には同旨とされる(注釈民法(7)・五三頁)。

注(2)田中(整)教授は「積極的あるいは消極的・防禦的とはなにもとづいて決せられるかは明らかでなく、占有者が所有者より占有物の上に行使する権利を否認され争われている場合は防禦的でもあるし、他面占有者は行使する権利を主張するのであるから積極的でもあり、またたとえ、占有者が賃借権確認訴訟を提起した場合には積極的な権利主張となるであろうが、立証責任の点からみれば、所有者より不法占有者として訴えられた占有者が賃借権を主張する場合は本質的な差異はない。したがって積極的、消極的ないし防禦的という区別は判然としなから(前掲書五二頁)といわれる。

注(3)梅・民法要義Ⅱ・四一—四二頁、中島・民法釈義卷之二・物権篇(上)・一六六頁、我妻・物権法(現代法学全集)・三六二頁、石田・物権法論・三〇六頁、柚木・判例物権法総論・三一五頁、

田島・物権法・三〇二頁、鈴木(稜)・前掲書・一五一頁、田中(整)・前掲書・四七—八頁等

注(4)例えば兼子・体系・二六一頁、三ヶ月・民事訴訟法・四一七頁、小山・民事訴訟法・二九七頁等

注(5)大判・明治三十九年二月二十四日、民録一二輯一七二七頁。消極的防禦的に機能するにすぎないとする論者は、よくこの事例を引用するが必ずしも適切とはいえない。なお高島・前掲論文早法四〇巻一号一三三頁参照、少数説として、柚木・前掲書・三一五頁。

(一) 以上二つの見解がみられたのであるが、近時、民法一八八条はたんに訴訟上占有者が所有者から占有物の返還を請求された場合に、原告が所有権の証明をなしえないときは占有者である被告は自己の権利を立証するまでもなく勝訴するに至るという消極的なもの、つまり証拠法上当然の事理を示すにすぎないとする見解が、藤原判事により主張されている。前述した占有の推定力は消極的防禦的にしか機能しないとする学説と帰を一にするものであるが、実体法上の正権原を推定するものでなく、訴訟上当然の事理であることを主張する点で特異なものといえよう。従来の諸学説が、何んらの疑問をはさむことなく、民法一八八条がドイツ民法に由来するものと理解していたのに対し、実はフランス民法に

由来するものであることを実証的に説くものである点で、占有の推定力をめぐる議論に一石を投じたものといえる。藤原判事の論旨は大略次のようなものである。

判事は「学説上、占有の権利推定力を規定したものとされる民法一八八条が、占有正権原の推定という点において訴訟上ならぬ機能をも果たしていないということはきわめて明白な事実である……どうして民法一八八条が一方で重要な機能を果たすべきものだとされながら、他方現実にはすでに空文化してしまっているという現象が生ずるようになったのであろうか」と問題提起し、「すべての先入観を取り除いて民法一八八条の意味をもう一度考え直してみる必要がある」として、同条の系譜的考察をなす。その結果「民法一八八条はゲルマン法系のゲッエーレに由来する制度であり、比較法的にみればドイツ民法一〇〇六条に対応する規定であると考えられているようである。しかし、この規定がドイツ民法一〇〇六条とは直接に関係のない規定であることはほぼ確かであるといつてよい……しからば何に由来するかということになるが、系譜的には旧民法からフランス法に連なる規定であるとみて誤りが無いであろう」という。そして、一九世紀末葉から二〇世紀初頭にかけてのフランスの判例、学説を検討し、かつフランス法から我旧民法を經由して現行民法一八八条に至る系譜を立証して、次のように結論づけられる。「民法一八八条は……その具体的内容ないし実際上の

機能としては、占有者の本権を積極的に根拠づけるものではなくて、占有者を所有物返還請求訴訟における被告の地位に立たせ、そのことよって所有権の立証の負担をまず原告に負わせようとするものであるにすぎないのである。換言すれば、民法一八八条は、占有による権利推定を規定したものであるというよりは、むしろ挙証責任分配の法則から生ずる当然の結果を内容とするものであって、あえてこのような明文の規定をおくほどのことはなかったといつても過言ではない」^{注9)}

右の説によれば、登記の推定力を考察することは殆んど意義がない。あえて推定力ありとしたところで、占有におけると同様に挙証責任分配の法則から生ずる当然の結果を内容とするにすぎないこととなると思われる。

しかし、民法一八八条の系譜が説かれる通りであったとしても、現行民法の解釈論として直ちに所論を採用することには疑問がないわけではない。^{注7)} けだし、占有者が本権の存在につき立証責任を負担する場合においては、本権存在の立証が、しばしば極めて困難でありときには殆んど不可能である故に、占有による本権の推定を認めることが實際上大きな意義をもつのではなからうかと思うからである（具体的には後述する）。わが民法が占有の推定力を正面からは認めた立法趣旨が、「外観より推測される事物

の蓋然性と、権利者は占有を得れば最早安心して其の取得の証拠方法等を紛失する虞があるから、何時迄も之に証明を負担せしめるのは酷であり、殊に伝来取得であると順次に前主の権利の証明迄遡らねばならぬことは之に不能の証明（悪魔の証明と呼んだ）を強いる結果となり衡平を失する^{（注8）}からであるとして理解されていることを想起したい。右のような弊害を避けることが妥当であることは、今日においても異なるものではないだろう。例えば、所有権確認訴訟において、被告が原告の所有権を全面的に否認する態度をとる限り、原告は自己の所有権の取得原因事実を立証せねばならず、さらに、前者の所有権をも否認されると前者の取得原因事実を立証しなければならぬ。同様に否認がつづかざり占有者は順次遡って、究極的には最初の所有権者（原始取得者）の取得原因事実まですべて立証しえなければ敗訴を免れないこととなる。代々の所有者の各取得原因事実がすべて主要事実である以上、右の結果はどうにも避けられないのである。もっとも、現実の訴訟においては、「前所有者の所有権を被告が認める場合が少なくなく、少なくとも数代前まで遡れば争がなくなる（裁判上の自白又は擬制自白）場合が殆んどであるし、又前者が遡ることができない程多く、各取得原因事実の立証ができないような場合には、取得時効を主張立証することにより妥当な解決が得られるこ

とが多いのではないかと思われるので、不都合な結果を生ずることとは余り多くはないであろう^{（注9）}とはいえる。このことが、民法一八八条が實際上機能していない実質的理由なのであろう。しかし、過去の所有者が死亡していたり、行方不明であったりしてその者の取得原因事実の立証が不能であることは、稀にはあられ、あり得ることである。取得時効についても占有が数代に亘っていれば、その立証は必ずしも容易とは限らない。実際には稀なことであるとしても、このような場合に占有者を敗訴せしめることが妥当であろうか。ここに、民法一八八条に積極的な意義を附与して、占有者を救済しようとする考え方が登場する理由がある。花田判事は、右の不都合を解決する鍵は「（代々の所有者の各取得原因事実がすべて主要事実であり相手方が代々の所有権を争う場合にはそれら主要事実を認定のうえではじめて所有権の存否の判断が可能となるという）前提自体を再検討するなかに存在するのではなからうか。つまり『主要事実（代々の所有者の各取得原因事実）すべてを認定のうえ所有権の存否を判断する』以外に、『取得原因事実の認定なしに所有権の存否を判断する』方法があるのではなからうか。…中略…私は民法一八八条を足掛りにその根拠を求めたいと思う^{（注10）}」といわれる。思うに、占有者に悪魔の証明を課す結果を避けるには、占有に権利推定力を肯認する他に途は

登記の推定力について

ない。民法一八八条が権利推定力を認めたものと理解し、しかもそれはいわば攻撃的にも用いられるとする学説に賛成するゆえんである。勿論、積極的な意義での推定力を是認することにより、逆に相手方に悪魔の証明を課す結果となることは避けねばならぬ。占有による推定の内容、推定覆滅の方法を考慮することにより、妥当な解決を見い出せばいいのである。

占有による推定の内容は次のように考えるのが妥当と思われる。(1)、現在の占有者は、占有開始の時点で権利を取得し、その権利を現在まで保持していると推定される。(2)、過去のある時点での占有者は、その占有期間中権利を有していたと推定される。

このように理解する理由は、推定のはたらく一方の基礎が権利存在の蓋然性にあるとすれば、過去の占有についての権利存在の推定も現時点における占有の権利推定と同様の理由によって説明しうらと思うからである。このような理解は、民訴学者のいう権利推定(Ⅱ過去を捨象した現在の権利状態の推定)とは内容を異にするが、民訴学者の概念規定には独断があると思われること既に指摘したとおりである。現にドイツ民法一〇〇六条における占有の権利推定は右のような内容をもつと理解されているのである。^(注六)

現占有者にはたらく右のような内容の権利推定を覆えすには、

相手方は、現占有者が占有開始の際に、何人からであれ権利を取得するいかなる原因事実も存しなかったことを立証するか、もしくは、占有開始時の推定権利状態と相容れない権利状態を必然的に導く事実を立証するほかないであろう。前者は、悪魔の証明とまではいかぬまでも、純理からいえば、極めて困難なことである。後者の方法がより実際的である。ところで、相容れない権利状態を必然的に導く事実とは何であろうか。現占有者以外の者が、真の権利者であった者から権利を取得しているという事実が、これに該ると思われる。もともと、実はその者が真の権利者であったことの立証自体きわめて困難なことである(最初の所有者まで遡らねばならぬ余地のあること前述した場合と同じである)。しかし、過去の占有者はその時点において権利者であったと推定されるということを想起すれば、結局、相手方は現占有者以外の者が過去のある占有者から権利を取得しているという事実を立証すればよいこととなると思われる。^(注七)これは必ずしも困難なことではない。以上のような解決は、占有の推定力の機能を実質上否定することにより現占有者に悪魔の証明を課す結果となるよりは正義感情に適合するといえるだろう。

注(6)藤原・占有の推定力とその訴訟上の機能・司法研修所論集・

一九六八―二・一七頁以下。なお林・民法一九二条にいう「過失ナキ」ことの立証責任・判例評論・九八号・一八頁以下も、「一八八条を権利外観法理の現われと解するのはわが民法の沿革には合わず、それはただ占有者に対して本権を主張する者が自己の権利につき立証責任を負うべきである、というフランス法の立場を継受したにすぎないと解すべき」であるとして、藤原説と同旨を述べられる。

注(7)田中(整)教授は次のように批判されている。「もともとフランス民法においては不動産取引の安全に対する考慮がきわめておそく現われたので、登記についての顧慮(一八五五年)を欠く時代の影響を蒙る特殊的现象をとらえて、わが現行民法の解釈論にもちこむこと自体に問題があり、現行民法上占有の推定力の適用は登記の推定力との関係上主として動産についてその現実的な効果がみられるのであるから、かりに立法当初不動産訴訟についての推定に由来するものであったとしても、むしろ、動産については占有が権原に値するというフランス法やよりいっそう強く、動産についても所有と占有の分化を前提とするドイツ民法一〇〇六条の趣旨をくむものと解してよいであろう。また手続法上の当然の事理が実体法たる民法に規定されるところとすること、および同一民法の体系内において本条(一一八条)の推定のみを別異に解することは、実体法と手続法とを分離し、体系的調和をはかる現行法の建前から賛成しがたい」(注釈民法(7)四八頁)

注(8)兼子・前掲論文・三二七頁、岡松・民法理由・中・六九頁。

注(9)小中・前掲論文・判タ・八五号・六五頁

注(10)花田・前掲論文・判タ・八八号・五二―三頁

注(11)外国法典叢書ドイツ民法一〇〇六条についての解説参照。同旨、鈴木・前掲書・一四九頁、田中(整)・注釈民法(7)四九頁、舟橋・前掲書三〇九頁、我妻編・判例コメントール・物権法・一七一頁、

注(12)花田判事は推定覆滅の方法として、推定権利状態に相容れない権利状態の判断を必然的に導く事実を証明することで足りるとし(前掲・五四頁)、具体的には次のようにいう。「(B)相手方たる甲が過去に占有していた場合、甲の過去に占有していた事実から甲が過去に所有権者であったことを推定し、その消滅が主張立証されなければ現在まで所有権者であるとしてよいのではなからるか、(C)相手方たる甲の前所有者Aが過去に占有していた場合、Aの過去に占有していた事実からAが過去に所有者であったことを推定しこの推定された所有権を甲がAから取得した事実の立証によって甲に所有権ありと判断してよいのではなからるか、(D)ところで(B)(C)の事例で現在の占有者たる乙がその現在の占有により権利推定を受け得ると主張したらどうなるか。この占有以前に甲(ないしA)の占有があり、これによって甲(ないしA)がそれを失った旨の立証がない(とき)、乙の権利推定は覆えされ、甲の所有権を認めてよい。(E)Aが過去に占有していた。その後現在では乙が占有している。乙にどの

登記の推定力について

占有の推定力はいかなる意義をもつというべきか、あるいはどのように機能するかについての筆者の考え方は、既に述べたとおりである。ところで、我々がいま問題としている登記の推定力をいかなる内容をもつものとして理解すべきかは、基本的には、民法上不動産占有と登記のもつ機能の関係をどのように評価するべきかという根本的な問題に係わっていると、いいいのである。推定力をめぐる不動産占有と登記との対立は、一般的に存在する不動産占有と登記をめぐる諸問題のひとつであって、決して孤立しているものとは思われない。ドイツ法における如く、不動産占有の機能が登記により完全に代行されている法制下においては、推定力の問題を含めて、両者の対立現象が生じない。ところが、登記を對抗要件にとどめる我民法では不動産占有のもつ機能と登記のそれとが、いかなる関係にあるのか不明瞭なものとな

ような経路で占有が移ったかは不明である。甲はAから契約により所有権(?) 移転をうけ現在に至っている。この場合も(D)における説明と同様の理由で乙の権利推定は覆えり甲の所有権を判断できるのではなからうか」(同五五頁)。

四 登記の推定力はいかに機能するか

推定力をめぐる論議もそのような事情に端を発しているといっているのである。^(註1)次に、不動産占有と登記の推定力との関係を従来の学説がいかに把握していたかを紹介し、それが含む問題点に検討を加えながら、その過程の中で登記の推定力にいかなる機能を附与すべきかを探り出したいと考える。

注(1)登記と不動産占有の対立現象が生ずるに至る過程についての簡潔かつ適切な要約として、高島・近代民法における不動産占有の意義・早法四〇巻一号一二二頁以下参照。

(一) きわめて初期の学説においては、占有の推定力とは別に、登記に推定力が問題となりうるかは意識されていなかった、といっている。最初に登記の推定力を組上にとりあげたと思われるのは中島玉吉博士であるが、博士は占有の推定力と優劣なく両立するものとして登記の推定力を是認されたのである。本権に基づいているであろう蓋然性が、不動産においては占有の場合と登記の場合とで差異がない、との理解が前提とされていたことが容易に推察される。博士の所説は次のようなものである。「動産占有及び不動産占有に本条(民法一八八条)は適用あり。前示の如く外国の例に於ては本条の推定は動産占有に限らるるなり。蓋し不動

産に付きては登記制度存するが故なり。然るに本条が之を不動産に及したるは一大誤謬なり。何となれば登記名義人は^(マ)絶対的に権利者とみなされずと雖も、その登記が攻撃せらるる迄は権利者と推定せらるるなり。故に占有者と登記名義人と異なる場合には、両者共に権利者なりと推定せらる。而して第三者に対しては両者共にその利益に浴すべし。然れども両者の間に於てはその推定には優劣なきが故に立証責任を定むるに当たり^(ナ)尠なからざる難問を生ずべし。余の見る所に於ては畢竟、訴訟法の原則により、被告たる者が利益ある地位に立ち、原告が之を争はん^(ニ)と欲せば、その占有者たる^(ハ)と登記名義人たる^(ヘ)と論なく本権上の理由により被告の権利推定を打破する責任あるものと決するより外に途なし^(注)。占

有・登記の推定力を立証責任に係る問題としてとらえていることから、単に経験則としての事実上の推定ではなく、法律上の推定を念頭においた上での議論であると考えて間違いない。即ち、両者とも優劣のない法律上の推定と理解しておられたと評価していただろう。

最近においても中島説に賛意を示す学説が現われている。すなわち、萩教授は「登記と占有の法律上の推定力は優劣がなく両者は打ち消しあつて双方共働かないと考えるのが正当であると思ふ……中略……法律上の推定がすべて相殺によつて消滅し去つた後に

も、登記・占有の持つ純粋に裁判上、事実上の権利推定力、換言すれば保証されざる自由心証内の経験則は依然として残る。これこそ相互に優劣があり、それを決するものこそ自由心証である^(注)」と主張される。基本的には中島説を承継するものといつてよいが、萩教授が、両者の権利推定を法定の証拠法則と認めるべきだとの前提を有するのは、^(注)特異である。

以上の見解が、不動産占有と登記とを同一平面上で評価し、かつ本権に基づくことの蓋然性が同等であるとの認識に基礎を置いており、一方が事実的支配であるのに対し、一方が公認された公示手段であるという質的差異には関心が示されていない点に留意したい。

注(2)中島・民法釈義・物権篇上・一六二―三頁。三瀨・物権法提要第二・冊二一四頁も同旨をのべる。入江・物権法要論上・一八六頁も同旨らしいが未見。

注(3)萩登記の推定力と占有の推定力・鹿児島大学社会科学報告・七号・三八―九頁

注(4)萩・前掲論文・二八頁は「占有、登記を前提事実とする権利推定を考へる場合、それがもつばら事物の蓋然性によつたものであろうということは、容易に想像し得るところであると思ふ。従つてかような場合、通説のいふような権利推定であるとしても、それが『法定の証拠法則』換言すれば『法定された事

登記の推定力について

実上或は裁判上の権利推定』でもあるということは当然認められねばならない事柄であろう。そしてかような場合、更には法定の証拠法則(と)としての意味のみを持つということも考えられる。

この考え方によると通説と異なつて、推定を覆滅しようとする者が举证責任を負わされることはない。しかし現実の举证の必要は勿論必ず与えられる：中略：推定を覆滅することは矢張相当困難であるが通説と異なり：中略：余程緩和されるであらう」と主張される。しかし、占有・登記を前提事実とする権利推定がもつばら事物の蓋然性にもとづいているとの前提には納得しえないものがある。

(二) 今日の通説は、本稿の冒頭に触れておいたことだが、登記の推定力は占有の推定力を排斥するものであるとか、それに優先するものであると説いている。登記の推定力の優越性を認める点では一致している。その理由が、本権存在の蓋然性の強弱に求められることもあるが、多くはむしろ登記が公に承認された公示の手段であることに求められている。このことは次の意味で注意をひく。不動産占有と登記の本権存在に関する蓋然性の比較といういわば量的な問題ではなく、両者の異質性の認識を基礎として、登記の優越性を導いているのである。

右の通説が、前提となる占有の推定力そのものをいかに把握し

ているかをみると必ずしも一致していない。三(一)で指摘したように、例えば末弘博士は消極的・防禦的なものにすぎないといい、例えば鈴木教授は攻撃的にも援用しうるといふ。前説によれば、それに優越する登記の推定力もいぜん消極的・防禦的に機能するにすぎないことになると思われ、後説によれば、登記の推定力も勿論攻撃的に援用しうるものであることにならう。

占有の推定力を法律上の推定と理解する限り、登記の推定力も法律上の推定として是認することが、通説の必然的結果であると思われる。けだし、占有の推定力を排斥し、ないしそれに優先するものとして是認された登記の推定力が占有の推定力より効力において弱いものとするとは、一貫性を欠くこととなるからである。例えば、未登記のまま不動産を所持する方が、登記をして所有権をより完全ならしめている場合よりも、訴訟上有利に取扱われる結果となる。この故に、通説が登記の推定力を素直に法律上の推定として肯認したのであることは、十分推察できるのである。もっとも登記の推定力の優越性を承認しつつも、単に事実上の推定がはたらくにすぎないと明言するものもある。

注(5)夫々の学説の出典については、一章序注(2)及び注(3)を参照。

登記の推定力が優先するとの所説によると、「登記簿上の所有者甲、占有者乙がある場合、まず甲が所有者と推定され、この

推定が破られると乙が所有者と推定される」(鈴木・前掲書・一四九頁)、これに対し、占有の推定力が排斥されるとの所説によると、登記名義人甲の権利推定が破られても、占有者に権利推定がはたらくことはないことになる。

注(6)例えば序でふれた我妻・物権法・三三一頁。

注(7)序でふれた舟橋・前掲書・二二二頁のほか、例えば、末弘・前掲書・一七〇頁(再刊では一二六頁)、末川・前掲書・一五一頁、金山・前掲書・二四四頁、薬師寺・日本物権法新講・一四六頁、於保・物権法上・一四四頁、一九五頁。

注(8)舟橋・前掲書・二二三頁が「ただし、登記と占有とが公示方法として併用されている権利たとえば既登記建物の賃借権(六〇五条借家一条)については、例外として、占有にも推定力を認めるべきであろう」といわれるのは、その場合には登記と占有とが異質性を失っているとの認識があるからであろう。

注(9)法律上の推定の覆滅がより困難であるとする通説を前提としている。近時、賀集・事実上の推定における心証の程度(民訴雑誌一四号四〇頁)が通説に反省をせまっているが「法律上の推定のはとんどは、事実上の推定としては、前提事実だけから推定事実を推定するに足りない場合であるはずである」(五五頁)との理解に問題はないだろうか。

注(10)小中判事は、次のように釈明する。「登記には事実上の推定の効力があるにすぎないのに、その登記の有無によって理論的にはより強力な占有の法律上の推定の効力が左右されるのは、

たしかにおかしいのだが、これは不動産と動産とを区別することなく、占有についてののみ推定規定を置き、登記については推定規定を置いていない現行民法の不備に責が帰せられるべきであろう」(前掲論文・判タ・八五号・一四頁)

思うに、立法の不備のみを理由に右の不合理を放置することは、どうしても妥当とは思われない。このような結果を認めるのなら、むしろ登記の推定力の優越性を否定する方が適切であろう。

(三) 以上の考察から、不動産物権について公認された公示手段としての登記制度が存在するにもかかわらず、民法一八八条の形式的解釈から不動産においても占有のみが推定力をもつ、とすることの疑問であることが次第に意識されることになった経緯を知ることができる。

登記と不動産占有の本権存在についての蓋然性の比較のみから、両者の推定力の優劣を決定しようとする限り、当然には登記の推定力の優越性を承認するわけにはいかない。ここに、両者とも推定力ありとしながら両者に優劣はない、とする前述の中島説などが主張される縁由があったのであろう。しかしやがて、不動産占有が事実的支配であるのに対し、登記は公認された公示手段であるという認識から、登記の推定力の優越性を承認するに傾い

登記の推定力について

たのである。この間の事情を高島教授は次のように要約される。

「不動産占有の推定効は、公示手段としての性格からみちびかれえないがゆえに、結局蓋然性を根拠とすることになったのである。このことは、占有がゲヴェーレ的性格を克服したものととして重要な意味をもつものであった。だとすれば、公に承認された公示手段・権利表象手段としての登記の推定効の、占有に対する特異性が、当然問題とされるはずである。そうして、登記の推定効の不動産占有と異なった根拠をみとめることは、やがて登記制度の不動産占有に対する優越を、蓋然性などの媒介をぬきにして、よりはっきりと、率直に民法理論のうちに確立するという方向を意味することになる」^{(註(1))}かくして、登記の推定力の優越を承認する今日の通説が形成されたのであった。

ところが近時、別な角度から、我民法上登記の推定力は単に經驗則としての事実上の推定であるにすぎない、との主張が有力に提示されるに至ったことは既にみた通りである。ドイツ民法上、登記は物権変動のための要件とされていること(とくに星野教授)とか、登記の権利推定規定は公信原則との関連のもとに設けられたものであること(とくに原島教授)など、ドイツ法の沿革・制度の我国との差異が理由として強調せられるのである。ここでは、不動産占有が事実的支配であるのに対し、登記は公認された

公示手段であるという事実は影をひそめる。

登記の推定力が単に事実上の推定にすぎないとすれば、推定されるものは権利取得原因事実の存在に帰する、と思われる。なんとなれば、原島教授の指摘されるように、事実上の権利推定は内容不明のものといわなければならないからである。

登記に事実上の事実推定がはたらくとすれば、具体的には次のような結果になるだろう。

例えば、登記名義人による妨害排除請求において、相手方により名義人たる原告の所有権自体が否認されると、原告は自己の所有権取得原因事実を立証せねばならないこととなるが、その際、登記原因にはたらく事実上の推定力を援用することができる。つまり、相手方が単に原告の権利を否認するのみでは登記原因事実の存在が認定されることになる。もっとも、相手方はなお前名義の所有権を否認することができるが、この場合にも前名義人の取得原因事実の立証に際し、登記原因にはたらく推定を援用しうるのは勿論である。同様に相手方により権利否認が重ねられても、つねに登記原因にはたらく推定の利益を受けることにより、容易に過去の名義人の所有権を立証しうる。相手方によつて反証が呈示され登記原因にはたらく事実上の推定が覆えられた場合にはのみ、立証の必要が加重されるにすぎないこととなる。

このような結果になることにかんがみると、占有の場合には過去の占有者を探り出すこと自体困難であり、それが判明しても過去の占有者の権利取得原因事実の立証が不可能であることが予想されるゆえに、法律上の権利推定を認める必要があるとしても、登記には単に事実上の推定がはたらくといえれば足りる、とする見解は、實際上、合理性をもっているようにみえる。^{注12)}

しかし、不動産占有者と登記名義人間の訴訟において、なお具体的妥当な結果を導くかどうか。

論者は、占有の推定力と登記の推定力の併存を肯認されると思われるが、両者が対立する場合、両者ともに事実上の推定とすれば（星野教授）それぞれの推定機能はいわば相殺されるであろうとしても、占有の推定力が法律上の権利推定であるとすれば（岡中判事・原島教授）、登記の事実上の推定力は占有の法律上の権利推定を覆滅するために機能することになると思われる。^{注13)}

具体的には次のような結果になるだろう。

例えば、不動産占有者が登記名義人に対し所有権確認請求をする場合、右の見解によれば、相手方たる登記名義人が、原告たる不動産占有者にはたらく法律上の権利推定を覆滅する举证責任を負担することとなろう。推定覆滅のためには、推定権利状態と相容れない権利状態を必然的に導く事実の立証をもって足るとして

も、そのためには、名義人は最初の権利者（原始取得者）から自己への権利移転の系譜を立証するか、ある過去の占有者（当時権利を有していたと推定される）から自己への系譜を立証せねばならない。もっとも、その系譜をたどる際に各登記の登記原因に事実上の推定がはたらくゆえに、右のような立証は必ずしも困難なことではないかもしれない。しかし、不動産占有者と登記名義人間との訴訟において、まず登記名義人に右のような負担を課すことが、「訴訟当事者の訴訟遂行上の地位の均衡を計る公平の要求、事案の迅速なる解決なる合目的考慮、或は当該法規の適用に付き何れの当事者をより多く優遇することが正義感情に適合するか等」の見地からみて、はたして妥当であろうか。占有は事実的支配であるのに対し、登記は公認された公示手段であることにかんがみ、あるいは単に権利者たる蓋然性の見地からも、素直には納得しえないものがある。

論者は、ドイツ法においては登記が物権変動の要件であるに對し、我民法では異なることドイツ法上登記の公信力との関連の下で法律上の権利推定が認められたのに対し、我が民法上では登記に公信力なきことを強調されているわけだが、沿革・制度の差異がいわゆるほど決定的な理由となるのであろうか。

まず、我が民法上登記が物権変動の要件となっていないとの理

登記の推定力について

田はどうであろうか、確かに、意思主義の下では、登記の所在と権利の所在とに不一致の生ずることが多いのは否めない。この故に登記に強い推定力を肯認するにつき躊躇を憶えるのは充分納得できる。しかし、それでは占有においてはどうか。いうまでもなく占有移転は物権変動の要件とはされていない、にもかかわらず占有に法律上の権利推定がはたらくこと明文上認められているのである。してみると、登記の推定力についてのみ、物権変動の効力要件と法律上の推定が不可分の関係にあらねばならぬ理由はないように思われる。もっとも、星野教授のごとく占有の推定力も事実上のそれではないと解するのであれば一貫するが、筆者としてはそれに賛しえないこと前に検討したとおりである。

次に登記の公信力と推定力との連続についてはどうか。

いうまでもなく我が民法一八八条占有の権利推定は、動産・不動産を区別していない、従って不動産占有にも適用があるといわざるをえない。そうとすれば、不動産占有に公信力がないかぎり、我が民法上では公信力と法律上の権利推定力との連続はたち切られていることを認めざるをえないこととなる。にもかかわらず、登記の推定力についてのみ、公信力と法律上の権利推定の連続を承認しなければならぬ理由はないと思われる。

仮に、公信力との連続を承認するとしても、我が民法上、登記

に公信的な効果が多く認められつつある近時の傾向は注意されていいたろう。

以上を要するに、論者のあげられる理由は決定的なものとはいえないのではないか、と愚考する。

むしろ、取引界において登記が占有よりも遙かに大きな信用を与えられている実情にあること、不動産占有の機能が登記によって浸食されつつある傾向にあることは、推定力においても、登記の優越を認めるのが適当とする見解に加功するよう思える。

不動産占有に対する登記の作用拡大の例としては、時効が完成したにもかかわらず、取得者が登記をしないうちに登記ある第三者が登場すればもはや時効取得者はその権利を主張しえない、という判例・通説の態度にみられる。このような取扱いは、まさに登記によって、占有者(時効取得者)が権利を有しているであろう

という第三者の信頼を覆えず結果となることを認めるものであり、換言すれば、登記によって不動産占有の権利表象性を否定するという結果をもたらしたと評しうるのである。^{註(14)}さらに、権利表象機能そのもの問題ではないが決して無関係とはいえないものとして、次の場合も登記の機能の拡大を示すものである。第一

は、民法五五〇条(書面によらない贈与)における「履行ノ終ハリタル」の意義について、大審院時代は占有の移転なき以上登記

の移転のみでは履行を終わっていないとの態度をとっていたのに対し、最高裁は登記移転のみで足りるとし、近時の学説は一致してこれを支持していること。^{注(15)}第二は、時効取得の要件としての自主占有の有無の決定基準として、登記の有無を加味する傾向にあること、^{注(16)}などがさしあたり想起しうる。

以上のような現況からみると、占有には法律上の権利推定が、登記には事実上の事実推定がはたらくにすぎないとする見解は、推定機能についてのみ不動産占有の効力を重視するものといわざるをえず、疑問たるをまぬがれないだろう。また、同様の根拠から、二つの推定力は優劣なく、衝突する場合には打ち消し合って双方ともはたらかないとする前掲の中島・萩説にも賛成することができない。

筆者としては、登記は公認された公示手段であると通説が強調する理由に加えて、右にみた傾向を考慮の上、登記の推定力が占有のそれに優越するものと理解するのが適当であると考える。占有の推定力を排斥するのか、単に優先するにすぎないかは後者と考えるべきであろう。なんとすれば、登記の推定力が覆滅された場合に事実的支配としての不動産占有に推定がはたらいいていいと思うからである。

注(11)高島・前掲論文・一三二頁

注(12)花田・前掲論文・五二―五三頁が、占有について実際の訴訟上不当なることを避けるために、占有に法律上の権利推定を認めるべきであると強調されながら、登記については事実上の事実推定しかはたらかないとする実質的理由は本文で述べるような点にあるのだろうか。

注(13)花田・前掲論文・五六頁は次のようにのべる「登記に事実上の事実推定の効力を認めるとして、登記と占有の衝突する場合にどう考えるか。事実推定と権利推定とであるから直接に衝突はしないことになり、問題は登記により推定される『事実』によって占有による権利推定を覆えし得るか(らは誤植?…筆者)である(登記に『事実』の証明力があると考えれば―通常訴訟では事実について証明の資料となつている―当然に覆えし得ることとなる)権利推定の力を本稿のように弱く考えればこれも肯定し得るのではなからうか」

注(14)高島教授は「取得時効変動についてもまた、登記優先の結論をみとめることは、不動産占有の公示的作用と、時効制度の存在理由のひとつとしての公信的作用と、このふたつを一挙にはうむり去ることを意味したのである。…中略…取得時効において、登記優先の結論が通説として承認されたことは、推定効の場合と同じく、登記制度の作用拡大の方向の一環として理解されるのであり、このことは現在の登記制度の趣旨からして、正当であるこというまでもない。そうして、通説の見解は、結

登記の推定力について

四において検討したごとく、筆者は、登記にはたらく推定は法律上の推定であり、占有の推定力に優越するものであると理解する。このような理解の下で、次に登記により推定されるものは何か、について簡単に考察しておきたい。

占有の推定力に対する優越性を承認する限り、占有の場合―筆者は占有開始時からの権利状態が法律上推定されると理解すること前述のとおり―におけるより、覆滅の容易な推定であつてはおかしいのではないかと思われる。このような見地からみて、登記原因に記載された事実の推定であつてはならないと思う。占有の推定力におけると同様に、権利取得原因事実が何であつたかは捨象して、名義人が権利者であることが推定されるというべきで

局、登記を不動産占有に対決せしめ、不動産占有の権利表象性を否定するという結果をもたらしたものであつた」(前掲論文・一三七―八頁)と指摘される。

注(9)最判・昭和四〇年三月二六日(民集・一九・二・五二)学説については、注釈民法(14)二九―三〇頁参照
注(10)注釈民法(5)一九〇頁参照

五 登記により何が推定されるのか

なからうか。詳言すれば、占有者は占有取得時に権利を取得しその権利を現在まで保有しているとの推定をうけると同じく、現名義人は、登記取得時に権利を取得し、その権利を現在まで保有しているとの推定される。また占有におけると同様に、過去のある登記名義人はその当時において権利者であつたと推定される。

右のように考えることは、民訴学者のいわゆる権利推定(=過去を捨象した現在の権利状態の推定)とは内容を異にするといわねばならないが、事実推定にあらざれば常に現在の権利推定であらねばならぬ理由のないこと、既に指摘しておいたとおりであるし、推定のはたらく一方の根拠が、権利存在の蓋然性にあるとすれば、現名義人が権利者たる推定をうけると同様の理由によつて、過去の登記名義も権利者であつたことの推定をうけていいはずだからである。^(註1)

問題なのは、右のような推定に加えて、前名義人から現名義人への権利変動があつたと推定されるという舟橋教授の見解が是認できるかどうかである。

この見解の可否を決するに際し、考慮すべきことは、現在の登記は、実体上の権利変動の過程を如実に反映するものとはなっていないという事実である。当事者全員の合意がある場合は直接中間省略登記を請求しうることに判例・通説が確定していること

は、むしろ登記には権利変動の過程を反映せしめる必要がないことが公認されたに他ならず、今日登記の制度的な意義は、権利状態の公示という点にのみあることとなったといつてよい。このよりな事情にかんがみると、前名義人から現名義人への権利変動を強く推定することには躊躇せざるをえない。加えて、無因的な物権変動自体というものが、理論上承認しうるのかどうかも問題であらうと思う。仮りに、舟橋説を認めるとすれば、占有においても前占有者から現占有者への権利変動を推定するのが権衡をたもつゆえんだらうが、はたしてこのことが妥当かどうか。^{註2)}なお検討すべき困難な問題があると思われるが、ここでは一応舟橋説を疑問としておく。

ところで、登記名義人が有していると推定される権利は、いかなる内容の権利かといえ、いうまでもなく登記に記載されている権利であり、所有権、用益物権、担保物権、あるいは不動産賃借権など、公示手段として登記が予定されている権利のすべてが考えられる。ただ注意すべきは、登記とともに占有が公示手段として認められている権利—例えば建物賃借権(借家法一条)など—については、当該権利の名義人のみが権利者と推定されるのではなく、当該権利に基づく主張する占有者にも同等の推定はたらくといわなければならないことである。なお、不動産物権と

いえども、公示方法として登記が予定されていないもの—例えば留置権—があるが、この種の権利については占有者のみが権利推定をうけることがあるに留まるのは当然である。

注(1)占有に関し同旨を示す学説につき三注(1)参照

注(2)舟橋・前掲書・三〇八頁、なお、田中(整)・注釈民法(7)・

五四頁、間中・前掲論文・四二頁参照

六 推定覆滅の方法と効果

登記に法律上の権利推定を肯認する結果として、自己名義の登記が存することを立証すれば、その者は登記時以来権利者であることの推定をうける。その推定を覆滅するためには登記時に何人からであれ権利を取得するいかなる事実も存在しなかったこと、もしくは、登記時後すでに第三者に権利が移転し、登記は実体を伴わないものとなっていることを立証すればよい。後者の立証に成功すればともかく、前者の立証は悪魔の証明とまではいかぬまでもかなり困難であると思われる。従って、登記時の推定権利状態と相容れない権利状態が存することの立証をもって、推定は覆滅するとの見解を支持すべきである。

相容れない権利状態の証明のためには、相容れない権利状態の

登記の推定力について

判断を必然的に導く事実を証明すればよいが、それはいかなる事実かが、次に検討すべき問題である。現名義人以外の者が真の権利者であった者から権利を取得している、という事実がこれに該当することは疑いない。もつとも実はその者が真の権利者であったこととの立証自体きわめて困難である。しかし、過去のある時点での登記名義人は、その時点においては権利者であったと推定されることを、ここで想起すれば、次のようにいえると思われる。

相手方は、自己を含めて現名義人以外の者が、過去の登記名義人（仮りにA→B→C→D→原告Xと登記が移転しているとしよう）のある者（例えばB）から権利を承継取得（移転的承継もしくは設定的承継）している事実―直接的にであれ甲・乙を経由してであれその権利が結局Bに由来している事実―を立証すれば、名義人にはたらく権利推定は覆滅すると考える。過去の名義人（権利者であったと推定される）に由来し、現名義人以外のある者に権利が帰属している状態が立証されたときに、本来はそれと相容れない権利状態に推定をはたらかせる理由はないからである。推定が覆えされる（権利者であるとの推定がはたらかないこととなるのみであり、無権利者と確定するわけではない）と、現名義人Xは、自己の権利取得原因事実、前名義人Dの、さらには前々名義人Cの取得原因事実を立証し、自己の権利も結局Bに由来

することを立証してはじめて自己の権利状態もまた正当であることを立証しえたことになると思われる。この結果、過去の名義人たるBを共通の始祖とする権利移転の系譜が二つ併存することとなる。^{注1)}一方の系譜が名義人の相手方につながるものである場合には、対抗力で決着をつけられよい。相手方は結局敗訴する。一方の系譜が相手方以外の訴外の第三者につながるものである場合には、名義人は相手方に対して、対抗力を援用するまでもなく、完全に権利者としての地位を主張しうる場合もある。相手方にとってみれば、いったん権利推定の覆滅に成功したけれども、名義人による実体関係の立証により、結局、登記に対応する権利の存在を承認せざるをえないこととなるわけである。

推定権利状態と相容れない権利状態を立証しえないため、推定を覆えすことができない場合には、そのことのみで敗訴を免れない場合がでてくる（例えば所有権確認請求において）。そのため、真実の権利者でありながら保護されない結果となることもあり得るが、それは、過去の名義人から自己への権利移転の系譜を追跡しえない状態になるまで放置していたことにより、自らまねいた不利益であるというべきだろう。

自己への権利移転の系譜を立証しえない者は、真実において無権利者―例えば不法占拠者―であるのが殆どであると思われる。

これらの者を、登記名義人が真実権利者であるか否かを審理するまでもなく、登記の権利推定力のみを理由に敗訴せしめることは、訴訟経済の見地からもむしろ適切ではないかと考える。反面、推定が覆えされないことによって、真実において無権利者である登記名義人が勝訴することもありうるだろう。しかし、そのことによって、相手方が格別の不利益を蒙るとは思われない。例えば権原なく土地を占拠する者はもともと土地を明渡すべき地位にあるといえるし、名義人に対し損害賠償金を弁済した者は、準占有者への弁済として自己の債務を免れているのであり、^(注3) 真実の権利者からの請求に再び応じなければならないわけではない、と考えられるからである。

注(1)花田・前掲論文・五五頁は、占有の推定力につき、ほぼ同旨を述べられた後、次のように述べられている。

「…右のように論じると、『それでは古いものが新しいものより勝ることになる。何故古い権利推定が新しい権利推定を覆えるのか』という疑問がわく。…この疑問に対しては実質的には(論理的にはともかく)一応次のように答えられる。一つの物件には一つの所有権しか存在せず、かつ所有権は時効により消滅するということがない。しかも所有権は現在では観念的な権利となつていたので時効取得がない限り占有というものは所有権の帰属を明確に定めるものではない。とすれば真実の所

有権者は本来的には原始取得者からあとにたどっていくことにより確定できる。従つて、もつとも原始取得者に近そうなものからたどつてくる方が現在所有者らしく振舞う者より真実の所有者である蓋然性ははるかに大きい、と」

登記の推定力について本文のように考えるとき、同旨の説明があてはまるのではなからうか。

注(2)物権の排他性と對抗要件の關係という周知の問題があるが、ここでは深入りしない。

注(3)鈴木・前掲書・二三三頁、舟橋・前掲書・一九五頁、我妻編・判例コンメンタール・物権法・九八頁、吉原・注釈民法(6)・三三三頁等、一般にみとめられているところであらう。

七 あとがき

実務の取扱いがいずれに傾いているか、筆者には不明であるけれども、散見される実務家の諸論稿や、信頼できる幾人かの実務家の意見などを総合すると、なかならず登記の場合には、法律上の権利推定ははたらかないとの前提の下で、相手方によって権利の否認が続けられる限り、登記名義人に順次遡つて過去の名義人(前名義人、前々名義人…)の権利取得原因事実の立証責任を課しているようにかがわれる(占有については、法律上の権

登記の推定力について

利推定がはたらくことを認めよとの花田判事等の主張がみられる。そうした取扱いが、實際上殆んど不都合を生ずることがないために、格別の反省がなされていないのだと思われる。しかし、占有について法律上の権利推定がはたらくことを肯認するかぎり、縷々検討を加えたように、登記にも法律上の権利推定のはたらくことを認めるのが適当である。このことは實際上次のような利点をもつ。相手方によって、現名義人以外の者が過去のある名義人から権利を取得していることが立証され、権利推定が覆えされることによって、現名義人が自己の権利の正当なることを立証する必要があるとき、相手方が権利移転の系譜の起点を求めたところの、ある過去の名義人にまで遡りさえすればよい、その名義人以前に遡る必要がないのである。このような取扱いは、相手方の否認が続けられる限り、現名義人は結局、保存登記名義人にまで遡らなければならないという取扱いよりも、實際上合理的であるかと考えられる。

本問題をめぐる判決が、大審院・最高裁を通じていくつか出されているが、それらが登記の推定力をどのように把握しているか、必ずしも明瞭とはいえず、評価自体が多岐に分かれている。詳しい検討は別の機会にゆずるとして、次に簡単に一瞥を与えておきたい。

(1)大判・明三一・六・三(民録・四・六・二四)は筆証責任分配の基準として登記の推定力をもち出している。本来推定は筆証責任分配の決定後に機能するはずであり、問題を含んでいる。(2)大判・明四〇・五・二二(民録・一七・三一〇)は登記原因につき法律上の推定を否定する。しかし、事実上の推定がはたらくことは認めていると解される。(3)大判・大一一・二二〇(民集一・四)は登記原因に推定がはたらくことを認める。ただし、それが法律上の推定としてなのか、事実上のそれとしてなのか明らかでない。(4)最判・昭三四・一・八(民集一三・一・一一)は権利の推定を認めるが、法律上の推定としてか、事実上のそれとしてか、これまた明らかでない。(5)最判・昭三八・一〇・五(判時・三六一・四六)は登記の移転当事者間では推定がはたらかないことを明言する。一般論としては、法律上の権利推定がはたらくことを認めていると解される。(6)最判・昭三九・一・二二(判時・三六五・六二)事実上の権利推定がはたらくことを認めていると考えられる。

以上みたように、上級審判決に関するかぎりでは取扱いが区々に分かれていると評してよさそうである。下級審判決である大阪高・昭三八・二・二八(判時・三四八・二三)は法律上の権利推定であることを明言している。