

土地の所有者把握のためにフランス、ドイツの不動産登記制度を参考にー

総括主任研究官 福田 充孝

1 はじめに

近年、特に東日本大震災の復興・復旧事業を機に、従来から公共事業用地の取得、農地の集約化、森林の適正な管理等に障害となっていた所有者の所在の把握が難しい土地（以下「所有者不明土地」という。）の問題が注目されている。主に相続が原因の所有者不明土地が問題視されているが、現在の不動産登記制度の下では、それ以外にも登記簿を見ただけでは不動産の所有者やその所在がわからないことがあり、公共事業等の実施に当たって支障が生じている^{*1}。これらの土地は、土地収用法の不明裁決で対応することが可能であるが、手続の前にさまざまな調査を行う必要があるとされており（国土交通省総合政策局総務課（2014）「不明裁決申請に係る権利者調査のガイドライン」参照）、人的にも時間的にもコスト的にも、非常な無駄が生じている^{*2}。

不動産の所有者台帳として代表的なものは、言うまでもなく不動産登記簿であるが、周知のように、我が国の民法は、所有権移転等の際に登記の移転を義務づけていない（民法176、177条）。その結果、不動産の売買や相続に際して必ずしも移転登記が行われず、所有者不明土地が発生する一因となっており、何らかの対応策を検討することが必要であると考えられる。

この課題についての検討を行うに当たっては、内容を二つに分けて考える必要がある。

- ① これまで移転登記がなされず放置されてきた不動産に関して、現在の所有者をどのようにして不動産登記簿に反映させるか、
- ② 売買や相続が原因で不動産所有権が移転した場合、特に高齢・人口減少社会を迎えた我が国においては、今後相続による所有権の移転がこれまで以上に増加することが予想されるが、その際に登記の移転が確実に行われるようにするにはどのようにすべきか、

この二つの課題は、それぞれ異なる解決策を検討する必要があると考えられる。今回は課題②の検討の参考とするため、我が国の不動産登記制度に多大の影響を与えてきたフランス及びドイツの不動産登記制度について紹介し、対応策についても若干検討してみたい。なお、この文章中意見に関する部分は、筆者の全く個人的な見解であり、国土交通政策研究所とは何ら関係がないことを明記しておく。

2 フランス及びドイツの不動産登記制度の比較

我が国の民法（物権取引法）及び不動産登記制度は、フランス及びドイツの制度を継受している。「物権変動に関する実体規定はフランス法を承継し、登記手続法はドイツ法系の原則を採用して（鎌田「実務」p59）」おり、両国の法制度の影響を大きく受けてきた^{*3}。この両国の不動産物権取引に関する法制度は、基本的には、フランス法制は、意思主義—対抗要件主義、ドイツ法は形式主義—効力（成立）要件主義を採用しており、対立的に議論されることが多かった。しかし、最近の両国法制度の動向や実態を見ると、必ずしも基本通りの対立構造があるとは言えなくなっている^{*4}。そこで、フランス、ド

イツ両国が、不動産所有者の権利を守り、取引の安全を保護し、不動産の真正な所有者を把握するために、どのように不動産登記制度を整備してきたか、そしてその現状について見ていくことにしたい。

① 両国不動産登記制度の歴史的経緯

1) フランス

フランスでは、大革命時代になって、主として革命政権の徴税目的（川島『理論』p224 参照）により、登記に関する法令は著しく整備された。それ以前の王権時代は、債務を負っている貴族階級が、抵当権に関する公示に強く反対していたため、登記の整備は全く進まなかったのである。

民法典の編纂事業は1800年に開始されたが、民法起草委員の意見が鋭く対立した。その結果、物権変動に関する意思主義は採用されたが、その公示方法については意見の一致はみられなかった⁶⁵。そのため、民法典は不動産の所有権については売買契約が成立している時点で移転するということだけを定め、謄記⁶⁶を対抗要件とはしなかったのである。

この不動産所有権が移転しても外部の第三者からはわからないという欠陥に対しては、第二帝政の時代に改革が行われた。ルイ・ナポレオンは、不動産金融の発展を目的として公示制度の改革に着手し、1855年に登記法が成立した。その特徴は、所有権その他不動産物権変動等の多くに謄記を第三者対抗要件と定めたことであるが、この1855年登記法の規定は必ずしも明快ではなく、その解釈上の疑義が少なからず存在した。しかし、その全面的な改正は、1955年に至ってようやく行われたのである⁶⁷（1955年1月4日デクレ第22号「不動産公示制度を改革するデクレ」）。

2) ドイツ

ドイツでは、1871年のプロシアによるドイツ統一後に、近代化を目指して本格的な不動産登記制度の整備が行われた。長期にわたり分裂の続いたドイツにおいては、北部と南部で不動産所有権の公示に関する制度が大きく異なっていた。北ドイツ（プロシア等）では、土地所有権譲渡は、買主が原告、売主が被告となって仮装訴訟を行い、即時に買主勝訴の判決を得ることにより所有権移転の証拠を得る⁶⁸という慣例が一般化し、譲受人は、権利取得の証拠として裁判所より証拠証書の発行を受けるようになっていた。一方、南ドイツ（ザクセン、バイエルン等）においては、イタリアから採り入れられた公証制度により公証人が所有権移転手続に関与するようになり、不動産物権の変動は、不動産登記簿の源流とされる都市帳簿に記入されることとなっていた。

そのため、統一ドイツの不動産登記制度の創設に当たり、ドイツ北部と南部の諸ラントの間で論争が起きたが、実体法であるドイツ民法典(1900年)については、プロシアの制度が模範とされた⁶⁹。各州の登記制度中プロシア不動産登記法(1872年)が最も優れたものであったが、公証制度を採用する南ドイツ諸ラントからの反対も激しく、手続法であるドイツ土地登記法(1897年)は、ラント法に手続の詳細を委ねることになった。その後、統一的な登記制度が求められるようになり、1935年に至り、ようやくプロシアの制度を元に登記手続の統一が行われた。

しかしドイツの登記手続は、登記官の負担が過大であり、手続に遅れが生じたため、戦後、登記手続簡素化の観点から、かつての南ドイツ諸ラントの制度を範として公証人を活用する方向で民法典

等の改正が相次ぎ、現在ではドイツ土地登記制度は大きな変貌を遂げている。

② 両国不動産登記制度の概要と比較

1) 登記の対象

フランスにおける公示（登記）の対象は、「証書」である。私署証書は公示の対象とならず、公証人の作成する「公正証書」に限られる点に注意が必要である。登記簿の編成は人的（年代順）編成主義^{*10}であり、検索が困難であったが、現在では、物的編成の不動産票函というカード検索のシステムが導入されており、所有者の人名に関するカードと物件に関するカードが整備され、物的・人的の両方から検索できるようになっている。

一方、ドイツにおける登記の対象は、「権利」であり、登記簿の編成も物的編成主義である。日本法は、ドイツ法を継受している。

2) 登記の効力

フランスでは、所有権は契約の成立により移転し^{*11}、登記は、不動産物権変動の第三者に対する対抗要件にすぎないとされている。日本法は、フランス法を継受している。

ドイツにおいては、登記が不動産物権変動の成立要件である。また、ドイツにおける登記の効力として特筆すべきものは「公信力」であり、真実の権利関係と登記に不一致が生じている場合、登記を信頼して新たに取引に入った善意の第三者は、登記の公信力により保護される。これは、フランスや日本の不動産登記制度にはないドイツ特有の制度であり、不動産取引の安全性と登記の信頼性を大きく高めている^{*12}。

3) 登記の管轄

登記を管轄するのは、フランスにおいては財務省（行政）であり、ドイツにおいては裁判所（司法）である。これは、両国制度の歴史的経緯の違いによると考えられる^{*13}。我が国は、明治から戦前にかけては裁判所（司法）の管轄であったが、戦後は法務省（行政）の管轄となっている。

4) 登記手続

a) フランス

現在のフランスにおける土地取引、公示申請手続は、おおよそ以下のようなものである。

i) まず、売主・買主両当事者が、不動産売買に関する仮契約（私署証書）を作成する。

私署証書には、物及び代金その他売買契約の諸条件について合意したこと、さらに後日公正証書により売買契約を締結する旨定めることがしばしば行われている（横山（一） p6、横山（二・完） p289 参照）。

ii) 公証人の元に両当事者が赴き、終局的契約を締結し、公証人が公正証書を作成する^{*14}。

私署証書で売買契約を締結しても登記申請はできないので、公証人に売買契約書を公正証書により作成してもらい、併せてそれに基づいた登記手続を依頼することになる。フランスでは、公正証書が作成されたときに契約が成立したとみなされており、契約成立と同時に所有権が移転する^{*15}。

iii) 公証人が不動産所有権の移転登記手続を行う。

公証人は、自らが公証した不動産売買契約について登記義務を負い（七戸「本質」p131参照）、一定期間内（3か月または4か月）に登記申請を行わなければならない。これに反して申請を行わなかった場合は、民事罰金を課せられる（鎌田「実務」p71～72参照）。

通常、売買代金は、登記手続の終了まで公証人に供託されており（七戸「本質」p131参照）、登記手続終了の際に、公証人から売主に支払われる^{*16}。

受付には二通の証書が必要で、登記官（抵当権保存吏）は形式的な審査をし、公正証書に却下の理由がない場合は、一通を公示簿に編綴し、残る一通は公示済みの記載をして申請者に返還する。また、不動産票函のカードに人名、物件に関する事項を記入する。

このように、フランスの不動産売買においては、公正証書作成の義務づけ、公証人に対する民事罰金、さらに後述する公示連続の原則により登記手続を実質的に義務づけていることから、実際は効力要件主義にきわめて近くなっている（七戸「本質」p130参照）。

また、契約の場合だけでなく、たとえば相続による物権変動の場合にも、公証人の確認書（attestation notariée）によって一定期間内に登記^{*17}を申請すべきものとされている^{*18}点は、注目すべきである。

フランスにおいて、公証人は非常に高い社会的地位を有しており、公証人が作成しその有効性と適法性に責任を負っている公正証書は非常に信頼性が高く、その結果フランスでは実際の権利関係と公示との間に齟齬の生じることはほとんどないといわれている^{*19}。

b) ドイツ

ドイツでは、フランスや日本とは異なり、売買契約が成立しただけでは、所有権は移転しない^{*20}。債権契約である売買契約に加え、物権契約^{*21}が必要とされており、この物権契約は、物権的合意^{*22}（Einigung）及び土地登記簿への登記（動産の場合は引渡）から成り立っている（独民法 873 条^{*23}）。物権的合意は、原則として方式自由であるが、不動産所有権の譲渡の場合には厳格な方式が定められており、これをアウフラッシング（Auflassung）と呼んでいる。アウフラッシングは、当初は「当事者双方が登記官に同時に出席して」これをなすべき（独民法 925 条 1 項）とされており、登記官の面前で所有権の譲渡を陳述すべきものであった。

しかしその後、925 条 1 項の規定は「登記官」から「所轄官庁」に改められ^{*24}（1953 年）、その内容は、同項二文で「区裁判所及び公証人」とされた^{*25}（登記官は区裁判所に所属する）。さらに、1969 年の公証法により、区裁判所は削除され、アウフラッシングは公証人の面前でのみ行うように改められた（七戸「要式性」p299 参照）。その結果、ドイツでも不動産売買契約における公証人の役割が、フランスにおけるのと同様、非常に大きくなっている。

現行制度との比較のため、最初にドイツ民法制定当初のドイツにおける土地取引、公示申請手続を見てみると、おおよそ次のような流れである。

i) まず、売主・買主両当事者が、公証人の元に赴き、不動産売買を目的とする契約（債権契約）を締結し、公正証書が作成される（債権契約については、公正証書にすることが成

立要件である（独民法 313 条前段）。

ii) さらに、売主・買主両当事者が同時に登記官の面前に出頭して、所有権譲渡の合意（物権的合意）を行わなければならないが、その形式はアウフラッシングという厳格形式に限られる（独民法 925 条 1 項）。

両当事者が区裁判所に出頭し、登記官の面前でアウフラッシングを行うため、登記官は完全に物権変動の事実を確認することができる。さらに、物権行為の無因性（債権契約の無効は、物権契約の有効性に影響を及ぼさない）により、登記官はそれ以上の審査をする義務を負わない（鎌田「実務」p88 参照）。

しかし、これは非常に手間がかかる上、登記官の審査も煩雑である。

そこで、上述のように、ii) のアウフラッシングについても、登記官ではなく公証人の面前で行えるようになった。

そのため、現在のドイツにおいては、i) の債権契約と ii) の物権契約は、公証人の面前で同時に締結されるのが一般的である。また登記官は、公証人の作成した公正証書について窓口的書面審査を行うだけである^{*26}（七戸「効力」p36 参照）。

公証人は、証書作成法（1969 年）の規定に基づき、厳格な審査・要件のもと公正証書を作成（山田「ドイツ法」p45～46 参照）しており、公正証書の信頼性が極めて高い^{*27}点、フランスと同様である。

5) 登記(公示)連続の原則

更に、フランス、ドイツ両国の不動産登記制度で共通する特徴を挙げると、登記（公示）連続の原則を指摘することができる。

フランスでは、1955 年の改正以降、公示の前提となる物権変動の公示がない場合には、当該申請が受理されない。即ち、A から B への権利変動が公示されていないと、B から C への権利変動を公示することができない。また、A から B、B から C に所有権が移転した際に、A から直接 C へ登記を移転することはできないとされている。つまり、中間省略登記は禁止されている。

ドイツでも、「先行登記の原則（土地登記法 39 条）」がある。これは、「[新たな] 登記によって不利益を受ける者が**権利者としてすでに登記されている**場合に限り、申請され許諾された登記を〔登記所は〕行うことができる」という原則である。登記されていない権利者が許諾を与えても、要件を満たさない。（略）土地登記簿が適切に管理されているならば、登記名義人が真の権利者であるということを前提にすることができるため、先行登記の要件は、土地登記手続の範囲では、処分が正当な権利者によって行われた証拠として機能する。ただし、相続の事例においてのみ、先行登記の原則の例外が妥当する（土地登記法 40 条）（ヴォルフ『ドイツ物権法』p39）。相続等の場合を除き、不動産所有権移転における登記の効力要件主義と相まって、登記の連続性が維持されている。

6) 不動産物権変動に係る課税

フランスにおいては、登記官は、公示手続の際に申請者から不動産公示税に加えて登録税を徴

収する義務を負うことになっており、「徴税官としての役割を顕著にしている（鎌田「制度」p132）」。
 前述したように、相続のときも公証人による確認書に基づき登記が行われているが、このことは、
 一つには登記の申請と税（この場合には相続税）の徴収とが緊密に結び付いている（鎌田「実務」
 p71）」ためであり、フランスにおける不動産公示制度の公法的側面が伺える。

一方ドイツにおいては、登記申請を認めるための条件として、「土地取得税が支払われていると
 する税務署の納税証明書（ヴォルフ『ドイツ物権法』p36）」が求められる。

両国とも、移転登記申請と課税が連動しており、不動産物権変動に伴い効率的な課税が行われ
 ているのである。

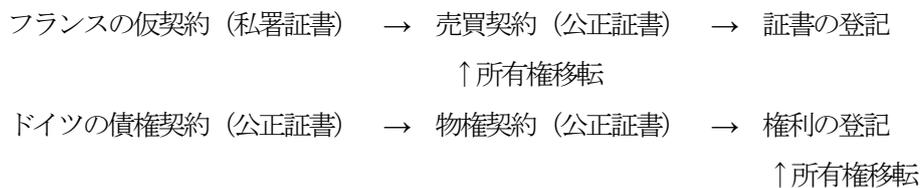
③ 現在の両国不動産登記制度の比較

フランス、ドイツ両国の不動産登記制度は、制定当初こそ、意思主義—対抗要件主義（フランス）
 対 形式主義—効力要件主義（ドイツ）と対立的に扱うことが可能であったが、上述したように、近
 年では両国の制度は、

- ・フランス法制における要式主義の強化
- ・ドイツ法制における公証主義への転換

により、実質的にはほぼ同じであると評せるほど似通ってきている*28。

不動産売買の流れとしては、



と、ほぼ対応していると言うことができる（七戸「本質」p132 参照）。

両国の制度で大きく異なる点を挙げると、フランスにおいては相続の際にも、公証人が作成した
 相続確認書の作成が義務づけられ、移転登記を行わないと民事罰金が課せられるのに対し、ドイツ
 では、相続の場合は登記が効力発生要件となっておらず、「相続と強制競売は登記なくしてその効力
 が生じる（平野『物権法』p47）」とされていることである。

相続を経由した不動産の所有者を知りたい場合は、登記を見れば確実にわかるフランスの制度の
 方が優れていると言える。

3 我が国不動産登記制度への示唆

以上、フランス及びドイツ両国の不動産登記制度を概観したが、我が国の制度に参考となる点を
 挙げてみたい。

最初に、両国の制度（本来の基本型）のうちどちらが優れているかということであるが、これはフ
 ランスの対抗要件主義よりも、ドイツの効力要件主義の方が優れていると言わざるを得ない（七戸
 「効力」p38 参照）。ドイツの法制度は、スイス、オランダ、オーストリア、ハンガリー、エジプト

等多くの国で採用されているほか、近年では中国物権法（2007年）も、登記を不動産物権変動の効力要件（+公信力）としており、さらに古くは、我が国法律学界が関与した満洲国民法典においても、効力要件主義（+公信力）が採用されていた^{*29}。

ただし、これはあくまで、それまで不動産の公示制度がなかったような国で新しく不動産登記制度を導入するときの話である。我が国のように、すでに100年以上現行の不動産登記制度を維持発展させてきた国で、いくら優れているとは言え、これまでと全く異なる制度をいきなり導入することは、社会的・経済的リスクが大きすぎるであろう^{*30}。

それに対して、基本型ではドイツの効力要件主義に遅れをとっているとは言え、フランスの方式も、現在ではドイツの方式とほぼ同じであると言ってよい。フランスでは、形式上は対抗要件主義を採用しているが、公正証書作成義務と民事罰金、さらに公示連続の原則により、不動産登記の移転を事実上強制しており、現実には不動産登記は任意の制度ではなくなっている。そのため、ドイツと同様、登記の真正と変動の過程を正確に公示することが可能となっている。我が国の不動産物権変動に関する法はフランス法を継受しているが、現状では、そのいずれもが必ずしも正確に公示されているとはいえない。しかし、平成16年に不動産登記法が大改正され、その1条に、「国民の権利の保全を図り、もって取引の安全と円滑に資することを目的とする」という目的規定が置かれたことを見ると、方向性としてはフランスやドイツと異なるところはないと言えよう^{*31}。

さらに、フランス法においては、相続に係る所有権の移転についても、公証人が作成する確認書を求め、その登記申請を民事罰金で強制している点、ドイツよりも明確であり、現在の所有者不明土地問題を解決する際の参考になると考えられる（ただし、ドイツでも、相続人に登記名義訂正を義務づけているという指摘がある（七戸「補遺」p4参照））。

これらの結果を参考に、以下のような事項を検討すべきである。

① フランス法を継受している我が国は、フランスの現在の制度を参考にすべき

ただし、登記の対象は「証書」ではなく、これまで通り「権利」のままよい^{*32}。

② 不動産売買等における法律専門家の関与

フランスでは公証人がその任を担っているが、我が国では公証人は非常に少ないため、それに代わるものとして司法書士の活用を検討すべきである。現在、「司法書士による権利に関する登記の代理申請は90%以上（七戸『案内』p62）」あると言われており、すでに我が国の不動産取引において司法書士は極めて重要な役割を果たしている^{*33}。

③ 相続における法律専門家の関与

所有者不明土地が存在する大きな原因である相続が今後増加することを考えると、フランスにおける公証人の確認書のような形で、司法書士や弁護士等の法律専門家が相続人の所有権移転登記に関与することにより、「相続はあったが登記はされない」という状態を避けるようにすべきである。

少子・高齢化の進展により、近い将来所有者不明土地がさらに増加することが予想されている現在、早急に対策を検討することが必要であろう。

【参考文献】(ゴシックは、本文において著者名など略称で引用したもの)

平野裕之(2016)『**物権法**』日本評論社

鎌田薫(1974)「フランスの土地公示制度」香川保一編『不動産登記の諸問題 上巻』テイハン

鎌田薫(1987)「不動産物権変動の理論と登記手続の**実務**」法務省法務総合研究所編『不動産登記をめぐる今日的課題』日本加除出版

鎌田薫(2011)「意思表示による**物権変動**」民法ノート物権法①【第2版】日本評論社

川島武宜(1949)『所有権法の**理論**』岩波書店

大場浩之(2007)「日本とドイツにおける不動産公示制度の**研究**」

近江幸治(2006)『民法**講義II** 物権法〔第3版〕』成文堂

七戸克彦(1986)「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—」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 24号

七戸克彦(1989)「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) 62巻12号

七戸克彦(1999)「日本における登記制度と公証制度(の**機能不全**)」法学研究(慶大) 72巻12号

七戸克彦(1999)「公示の原則と登記の**効力**」司法書士論叢 THINK 会報 95号

七戸克彦(2007)「不動産物権変動における公示の原則の動揺・**補遺**(10・完)」民事研修 613号

七戸克彦(2014)『不動産登記**案内**』勁草書房

多田利隆(2011)「不動産物権変動法制改正の**方向性**について(一)—「民法改正研究会」案を手がかりに—」西南学院大学法学論集 44巻2号

星野英一(1970)「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の**概観**」『民法論集第二巻』有斐閣

山田晟(1997)「**ドイツ法**」舟橋淳一・徳本鎮編集『新版注釈民法(6)物権(1)』有斐閣

山野目章夫(2009)『**不動産登記法**』商事法務

横山美夏(1989,1990)「不動産売買契約の『成立』と所有権移転(一)～(二・完)—フランスにおける売買の双務予約を手がかりとして—」早稲田法学 65巻2号、3号

我妻栄(1971)「満洲国民法典の公布」『民法**研究IX-2**』有斐閣

ヴォルフ/ヴェレンホーファー、大場浩之他訳(2016)『**ドイツ物権法**』成文堂

なお、フランス及びドイツの不動産登記制度全般の記述について、以下を参考にした。

1 フランスの土地公示制度

関口晃(1952)「登記制度の比較法的研究(フランス)」法律時報 24巻3号

鎌田薫(1974)「フランスの土地公示制度」香川保一編『不動産登記の諸問題 上巻』テイハン

星野英一(1970)「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概観」『民法論集第二巻』有斐閣

2 ドイツの不動産登記制度

鈴木禄弥(1952)「登記制度の比較法的研究(ドイツおよびスイス)」法律時報 24巻3号

田山輝明(1974)「西ドイツの不動産登記制度」香川保一編『不動産登記の諸問題 上巻』テイハン

於保不二雄(1955)『**獨逸民法〔III〕物権法**』有斐閣

*1調査をしても最終的に所有者が確認できない土地は少なく、実際は所有者を確認する調査が最も大きな負担になっているという指摘もある(みずほ総研(2014) Working Papers「所有者不明土地問題の実態と対応の方向性について～人口減少社会における望ましい国土管理の実現に向けて～)。いずれにせよ、所有者を把握するための調査の負担を軽減するための方策が必要なのである。

*2この問題は、政府全体で取り組むべき大きな課題であり、国土交通省においても、平成28年3月に「所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策 最終とりまとめ」をとりまとめるなど、様々な検討を行っているところである。

*3「わが民法典は全体としてはドイツ民法第一草案にならっているのに、この部分(注:物権取引法)ではフランス民法の立法主義にならっている。このことは、わが民法の社会的経済的地盤の歴史的な性格に由来するものであり、我々をしてドイツ民法の主義とフランス民法の主義との歴史的考察を不可避ならしめる。(略)要するに、わが民法の物権取引法の規定は、このような特殊な構造をもつものであるため、民法中もっとも理解に困難な部分の一つとなっているのである(川島『理論』p215)。

「もともと不動産物権変動論は、物権と債権を明確に峻別するパンデクテン方式を採用したわが国の民法典において、物権変動に関しては物権行為と債権行為の区別を曖昧にしながら、フランス法的な意思主義および対抗要件主義を採用したことによって端を発するものであると言える。さらには、実体法である民法上の物権変動に関する規定が以上のようにフランス法を母法とするものであるのに対して、物権変動の存在を公示する登記手続を規定する手続法である不動産登記法がドイツ法を母法としていることも、問題をさらに困難なものにしている理由の一つとして挙げられる。さらに、わが国における不動産法をめぐる議論は、これまで実体法である民法の解釈論を中心に行われてきたが、そこでは手続法である不動産登記法からの視点が相対的に欠けていたように思われる(大場「研究」p16~17)。

*4「ドイツ法主義とフランス法主義とを対立する立法として単純に捉える従来の我が国の理解は、少なくとも法制度の現実の側面を見るとき、疑問なしとしないのである(七戸「要式性」p300~301)。この点を説明している教科書は少ない(七戸「機能不全」p275参照)。両国制度の同一性を示唆するものとして、平野『物権法』p47参照。

*5このときの論争については、川島『理論』p292、星野「概観」p15を参照。

*6 フランスでは、1955年の改革以前は、抵当権と先取特権に関する公示を登記(inscription)と称し、その他の公示を謄記(transcription、証書をそのまま書き写す)と称していたが、現行制度は、公示の範囲を拡張するとともに、全ての公示を一律に「公示(publicité)」と呼ぶことにしている。

*7このときの改正により、「不動産売買契約における要式主義が確立された(横山(一)p41)」ことは重要である。

*8我が国の制度では、即決和解(民事訴訟法375条)が類似した機能を有している。

*9ドイツ民法制定時の北部(プロイセン)、南部(バイエルン)の論争については、七戸「要式性」に詳しい。

*10「登記は、提出された証書を帳簿にその順序に抄写して行くだけであって…、『土地登記簿』というよりは、証書の写しの帳簿にすぎない…。これは、年代順編成主義(chronologisches System)であって、登記簿の編成としては最も原始的とされているものである。但し、一覧簿(livre de raison)と、その索引があるので、これを人的編成主義に属するとする著者もある(わが国の学者は大体そうである)(星野「概観」p11)。

*11そのため、フランスで議論されるのは、我が国のような所有権の移轉時期ではなく、契約の成立時期である。「フランスでは、同じ問題が『いつ所有権が移轉するか』ではなく、『所有権移轉という効果を生じる契約がいつ成立(完成)する

か』というかたちで論じられている（横山（一）p5）。

*12フランスでは、後述するように、法律の専門家である公証人を契約の最終手続きに関与させることにより不動産登記の真実性・信頼性を高めている。

*13フランスにおいては、革命政府が徴税を主要な目的として登記制度をつくったこと、ドイツにおいては、不動産所有権移転請求の仮装訴訟から登記制度が形成されたことが、登記の管轄が異なった理由と考えられる。

*14「公証人は、自己の作成する証書の有効性と適法性について極めて重い責任を負っているから、当事者の人的同一性・行為能力/財産処分権限、目的物の物的同一性・私法上および公法上の権利関係、契約内容の適法性・有効性さらには場合によって経済的妥当性にまで立ち入った調査を行い、かつ、先買権者への通知その他の私法上・公法上の諸手続を完了した後においてでなければ、最終的な不動産売買契約の公正証書を作成しない（鎌田「実務」p73）」。このような調査には、2～3か月を要するようである（近江『講義Ⅱ』p46参照）。

*15これが、同じ「意思主義」を採用しているフランスと我が国で大きく異なる点である。日本では、民法176条を文字通り解して、両当事者の意思が合致した時点で契約は成立し、所有権は移転する（反対説も強いが、未だに判例・多数説である）。一方フランスでは、「民法の意思論からすれば、契約（合意）とは『意思表示』によって構成されるものであるが、フランスでは、この場合の『合意』（売買契約）を、単に意思表示の合致とは捉えておらず、一般には、当事者が不動産売買の合意をした後に、公証人役場において二・三ヶ月の調査期間を経た後に、公証人が公正証書による売買契約書を作成するものと解している（近江『講義Ⅱ』p46）。

*16「公証人は紛争予防の役割を果たす重要な職業であり、代金は一旦公証人の口座に振り込まれ、振込みを確認の上、公証人は登記手続を行い、代金を売主の口座に振り込むことになる（平野『物権法』p47）。「公証人による売買契約書作成により初めて売買契約が成立するまたはその時点で所有権が移転することになり、実質上形式主義と変わらない状況になっている（同）」点に注意すべきである。

*17フランスの公示は「第三者対抗要件としての公示」と「第三者へのインフォメーションとしての公示」に分類され、後者には対抗要件の効果がない。相続に関する登記は後者である（鎌田「制度」p124～126参照）。

*18相続の場合には、登記申請をしなかった公証人だけでなく、一定期間内に公証人に確認書の作成を依頼しなかった相続人にも罰金が課せられる（鎌田「実務」p72参照）。

*19この点に関し、鎌田教授は、フランスにおける不動産売買契約は契約の公証義務と登記申請が義務化されているため、「取引過程の最終局面において、最高度の法律専門職たる公証人の関与のもとに、契約の締結と両当事者の債務の履行と登記の申請の全てが一体として行われるのが通常形態であり、それによって、当事者間の利害が適正に調整されて文字通りの『取引の安全』が確保されるとともに、登記の真正も担保されている（鎌田「実務」p73～74）」と評価しておられる。*25も参照。さらに、公証人の登記義務は「当事者の意思から独立」したものであり、「その結果、公証人は契約を専ら当事者の利益に基づき登記していると理解するわけにはゆかず、公の利益の国家的な推進者として登記をしなければならぬ（七戸克彦「本質」p131）」点も、登記の真正性確保に役立っていると考えられる。

*20これは、ドイツの民法典がパンデクテン・システムを採用し、物権と債権を峻別しているためである。なお、我が国民法もパンデクテン・システムを採用しているが、このようには解していない。

*21そもそも、物権契約という概念は、ドイツ民法が制定されるまでは、当時のどの法典にも存在しなかった（七戸「要式

性」p283 参照)。ドイツ民法施行前のドイツ普通法学(サヴィニーが代表的)はローマ法を継受していたが、ローマ法には、善意取得の制度がなかった(「私が私の物を見出すところにおいて、私は返還を要求する」、異論はある)。そのため、ドイツの法学者は、取引の安全を図るため、債権契約と物権契約の区別を考え出し、物権契約に無因性を認め、所有権移転の原因となった債権契約が無効であった場合に、仮装所有者と新しく契約に参入した第三者を保護しようとした。「物権変動が、原因関係(売買契約)の瑕疵の影響を受けないのは、原因契約が物権変動の成立要件ではなく、引渡(=物権行為)のみが物権的效果を発生させるから」である(山田「ドイツ法」p48~49 参照)。ただし、ドイツ民法自体が動産に関して善意取得、不動産については公信力を認めたので、ドイツでも、「物権契約の無因性」は、もはや不要の概念であると言われている。

*22 『物権的合意』とは、物権変動(すなわち、所有権の移転)を直接に目的とする当事者の合意(=意思表示)であって、『物権契約』とも称される…。そしてまた、このような一定の形式の行為を、『物権行為』と呼んでいる(近江『講義II』p47)。物権契約(dinglicher Vertrag)と物権的合意(Einigung)は、立法過程では異なるものと理解されていたが、今日では同一物であると考えられている(七戸「要式性」p303 参照)のが、実態である。

*23 ドイツ民法 873 条 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。(略)

*24 (1953年改正)ドイツ民法 925 条 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(Auflassung)は、当事者双方が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。(略)

[] 内は、1969年改正により削除された。ドイツ民法の条文の翻訳は、七戸「効力」p37を元にした。

*25 もともとドイツ民法制定時の議論において、アウフラッシングを登記官の面前だけでなく、公証人の面前でも認めよというのがドイツ南部ラントの主張であったが、それが取り入れられたのである。

*26 我が国では、ドイツの登記官の審査権限は実質的審査主義を採用しているとしばしば言われているが、実際は日本以上に形式的審査主義である(七戸「効力」p42 参照)。

*27 その結果、「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…。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(七戸「効力」p42 参照)」。その結果、「ドイツにおいては、虚偽登記の申請が横行する日本と異なり、登記が実態関係を反映する蓋然性が高いため、登記の公信力の条文が実際に適用された例は、この110年のうちに(ドイツ民法が制定されたのは日本民法制定の2年後の1900年です)わずか数例しかありません。ちなみに、フランスでも、対抗要件主義の条文が実際に適用された例は(二重譲渡の予防策が万全なので)ほとんどありません(七戸『案内』p327)」という、日本の実態からは、にわかには信じ難い事実が報告されている。

*28 鎌田教授は、「ドイツ法においても、実際上は、公証人の面前で売買契約と物権行為が同時に行われているようであり、制度面での相違の大きさに比べて、実務レベルでの差異はきわめて小さいように推測される(鎌田「物権変動」p19~20)」とされている。それに対し、七戸教授は、「ドイツ法の現実が、単なる『実務レベル』の問題ではなくして、まさに現行BGB(編注：ドイツ民法)によって規定された『制度面』の問題である(七戸「要式性」p311)」とされる。

*29 我妻栄博士がその制定に参加した「満洲国民法典(1937年)」においては、不動産の物権変動は、書面によってこれをな

し(180条)、かつ登記をなすにあらざればその効力を生じない(177条)とされていたほか、登記簿に公信力が認められていた(197条)。博士が新しい民法典の制定に当たって効力要件主義(+公信力)を採用されたことからわかるとおり、立法論としては、不動産物権変動における登記の効力要件主義(+公信力)の採用が優れていることは明らかなのである(我妻『研究IX-2』p510以下参照)。星野英一教授も、現行の方式はあまりよい構成ではないとし、「別の構成一端的には、登記の効力(成立要件主義)をとるほうがよかった」とされる(『《民法部会シンポジウム》不動産物権変動と登記の意義』私法(1953)9号p89における星野発言参照)。

*30多田教授は、効力要件主義の採用によるリスクとして、次の三点を指摘している。①取引実務に与える影響、②裁判実務に生じうる混乱、③学問の継続性。ただし、①については、現在の登記慣行(代金支払後速やかに移転登記を行う約定がされるのが通常)から見てそれほど大きくないのではないかとされる(多田「方向性」p189参照)。

*31従来は、一定の場合に中間省略登記の有効性を認めていた最高裁も、平成16年不動産登記法改正後の中間省略登記請求訴訟では、中間省略登記は「物権変動の過程を忠実に登記記録に反映させようとする不動産登記法の原則に照らし、許されないものというべきである(最判平成22年12月16日民集64巻8号2050頁)」と判示し、物権変動の過程についても真実性が必要であるとしている。以前の判決では「中間者の保護」を理由に中間省略登記請求を認めなかったのだが、この判決では「不動産登記法の原則」を理由にしている点に注目する必要がある。中間省略登記は許されるべきではないという学説も増えている(近江『講義II』p132、山野目『不動産登記法』p303、七戸『案内』p35)。「幾代通に代表される旧通説は、「旧不登法実務に沿う簡便な登記制度・『物権の現況』公示の重視」という制度観に立つのに対して、鎌田薫に代表される近時学説は、「真正確保により意を用いた重厚な登記制度・『物権変動原因(契約)』公示の重視」という制度観に立脚(七戸「補遺」p4)しており、近時学説の考え方は平成16年改正の方向性とも合致している。また実務でも、日本司法書士会連合会が「中間省略登記申請の業務取扱について」という文書を配布し、「司法書士が中間省略登記であることを認識しつつ、AC間に直接の物権変動が存在するがごとき登記原因証明情報を作成すること及びその旨の登記を申請することは厳に避けなければならないことは当然であり、それをあえて行うことは、司法書士の職責ならびに倫理に反することになる(鎌田薫他(2005)「不動産セミナー(第2回)不動産登記法改正②」ジュリスト1292号p81~82)」としている。

*32フランスの物権法教科書にも、「ドイツ型の物的編成の登記簿を採用すべきである」との記述があるそうである(七戸「効力」p38参照)。

*33平成16年の不動産登記法の改正により、登記申請の際に登記原因証明情報(不登法61条)が必要とされたが、「同条が理念として基盤に抱えている登記の真正確保という趣旨(山野目『不動産登記法』p295)」に則り運用されることが望まれており、活用しだいによっては、フランスの公正証書に類似した機能を果たすことができるのではないかと考えられる。なお、昭和63年の不動産登記法改正の際、衆議院法務委員会、当時の林田悠紀夫法務大臣が、「登記が真正な登記でありますためには、登記官の方は形式上の審査を行えば足りるわけでありますから、その前段階として代理人であります司法書士において十分審査をしていただいて、そして書類を登記官に提出していただくということが最も望ましいことであり、また、これからの登記制度におきましてもそうあらなければならぬことである、かように存じております」と、司法書士に対し、将来的には実質的審査権を付与すべき旨の答弁を行っている(第112回国会衆議院法務委員会議録第9号(1988年(昭和63年)4月15日)p15~16)(七戸「機能不全」p278参照)。