

「委任の終了」と不動産登記法改正

——登記原因の推定力及び入会権推認機能との関係において——

江 淵 武 彦

- 一 まえがき
 - 二 「委任の終了」という登記原因の概略
 - 1 「委任の終了」嚆矢
 - 2 登記権利者の展開
 - 三 「委任の終了」における推定力の有無
 - 1 推定力に対する期待
 - 2 登記原因証書等に関する提言及び推定力に対する民事局の姿勢
 - 3 登記原因の推定力一般論
 - (1) 法律上の推定と事実上の推定
 - (2) 登記又は登記原因の推定力に関する裁判例
 - (3) 裁判例の検討
 - (4) 登記における推定力の性格
 - (5) 登記原因における事実上の推定力
 - 四 平成一六年不動産登記法改正
 - 1 旧不動産登記法における登記原因証書
- 「委任の終了」と不動産登記法改正 (江淵)

- 2 新法における登記原因証明情報提供の必須化
- 3 「委任の終了」に対する法改正の影響
- 五 結びに代えて

一 まえがき

「委任の終了」とは、法人でない団体資産の登記名義人たる代表者が交替する際の、当該資産の所有権移転登記原因である。この登記原因が付された不動産が山林原野や溜池であれば、それは入会権の客体たる可能性が高い。

私は、これまで二度に亘ってこの登記原因に関する論稿を発表し、それに関する実務的な扱いや、この登記原因が妥当するケース、林野行政・入会権研究者（林政学者、民法・法社会学者）が有しているこの登記原因への期待、法務省民事局の姿勢などを明らかにした。それと同時に、私なりの提言を試みた。

入会権は、民法の中に規定を有する物権であり、土地所有権登記の影響を受けない特異性を持つ。同時に、現代において、地域社会の要として生きている。しかし、かつての古典的な形態の入会はともかく、現代における入会の実態や、入会が現在かかえている問題点については、解釈法学の分野はもとより、法社会学の分野においてすらく知られていないように思われる。このことと深く関係するが、入会権が相変わらず行政によって無視あるいは侵害されている事実が認められる。さらに問題なのは、裁判所による見当違いの判決によって、入会権者が苦境に立たされている現実が存在することである。そしてこの現実が、入会権に興味を持たない法学者にはまったく知られていない。

一般に、入会権とは、農民が有する山林原野の採薪採草の権利（使用収益権）であると誤解されている。そのため

に、通常の民法学の解説書では、入会権は「次第に重要性は小さくなっている」と評される。²⁾

かつて入会権は、農村社会において生存に必須の権利であったが、エネルギー事情の変化により、現代ではそれほどはなくなったとはいえよう。しかし、だからといって、この権利が地域社会において重要性を失いつつあるわけではないのだが、本稿は、このことを議論するのが目的なのではない。

入会権の公示は登記によるのではない。それは、不動産登記法三条を見れば明確である。かつては、入会権者による使用収益の事実が公示機能を果たす、と考えられていたふしがあったようで、ここから、入会権は採新採草権であるとの誤解が生じたといえよう。かかる使用収益の途絶が入会権の公示機能のみならず、入会権の効力そのものの喪失をきたすとの誤った理解が（とくに地方行政の中に）見られた。

入会権は、一定地域の中、入会権者としての地位を有する者（必ずしも地域住民総員ではない）による特殊な財産管理権なのであり、採新採草という使用収益は、かかる管理権行使の一形態ではない。この管理は、多くは森林が有する地域の保全（土砂崩れ防止、水源涵養、防風、防潮など）機能を維持するためのものであり、それが許す範囲で、古くは採新採草が、現代においては共同植林が、場合によっては、貸付などの契約利用が行なわれてきた。また、過去から現代において、入会地たる溜池が共同水源として、あるいは入会墓地が共同の聖地として管理利用されてきた。

ここで特筆すべきは、入会権は、とりわけ入会林野の場合、利用よりはむしろ、「管理」が原点なのであって、利用を伴わない管理も珍しくないことである。この「管理」とは、民法一八八条にいう「占有」に近い（あるいは同一）といつてよいかもしいない）概念のように思われる。

入会権を使用収益権と理解する謬説からするならば、かかる入会（という財産管理）は、かつての使用収益が途絶し

ている場合など、登記の面はもとより明認的にも、公示されていないことになる。

入会権が当該土地の登記によって公示される権利ではないことは、前述の通りである。ここで、目に見える使用収益が存在しない入会地において、使用収益されていないから入会権の客体たることが認識できない、と考えること自体が、近代市民法的観点の限界なのである。入会地のある地区に赴いて地元民に問えば、入会地が入会地であることを直ちに知ることができる（彼らは「入会」という法律用語は使用していないが）。

むろん、近代市民法的観点（言い換えれば登記至上主義）から、そのような事實は、一般の法律学者において耳障りであることは承知している。しかし、使用収益を伴わない入会権であっても、「管理の事實が入会権を公示している」ことが否定できないことは、部外者が入会地に無断で立ち入ってキャンプをし、焚き火の一つでもしてみれば、直ちに差止め・退去の催告を受けることではつきりする。（それは物権的請求権の問題であり権利の対抗力の問題ではないという法律学者の反論が聞こえてきそうだが、物権者が物権的請求権行使の前提として物権公示力を証拠として裁判所に提出することに類似した問題である）

対抗力の面で議論するとすれば、入会権は、登記によらない公示力を基本とし、入会地の登記を取得した部外者に対するこの非登記対抗力を入会権者に付与する、ということになる。

このように論じてくれば、入会権は登記とは無縁の権利であるということになりそうだが、実はそうでもない。現実には、土地登記によって入会権の存在は、相当程度、推認（推定ではない）することができるのである。登記簿表題部所有者欄における旧村等名義³⁾や「総代」の肩書付の個人名義、甲区における数十人の記名共有登記（それが山林原野や墓地、池沼である場合）、そして、冒頭で述べた通り、「委任の終了」という登記原因が付された土地（同じく山林原野等）の場合、通常、それは入会地である可能性が高い。

さて、平成一六年に不動産登記法が大幅に改正されたが、この「委任の終了」という特殊な登記原因は、若干ながらその影響を受けることとなる。本稿は、この改正が同登記原因に及ぼす影響を明らかにするものである。

一 「委任の終了」という登記原因の概略

1 「委任の終了」囁矢

この登記原因については、発案の経緯などをすでに簡単に明らかにしているが、その後、新たな法務省民事局長回答が出されていることもあり、本稿で筆を進めるのに必要な範囲で、再述（及び補充）をしておきたい。

登記原因「委任の終了」の発案者は、香川保一・法務省民事局参事官（当時）である。昭和三九年一月二五日に、法人格なき社団に関する有名な判決（民集一八巻八号一六七頁）が最高裁第一小法廷で言い渡されているが、香川氏の「委任の終了」に関する記述は、昭和四年の登記研究誌上における、右最高裁判決の紹介の中に表われる。香川氏がここで「委任の終了」という登記原因について記述するに到った経緯は、次の通りである。

この最高裁判例（いわゆる杉並マーケット事件）では、集合店舗式マーケットの経営主体たる株式会社Xが第一審原告となっており、その敷地の賃借権が各店舗経営者各自に帰属するのかが、それともこの者らが組織する法人格のない社団A（これが後にXに改組された）が同賃借権の事実上の主体であったのかが争点であった。

右最高裁判決（以下、「杉並マーケット判決」と略称する）は、法人格なき社団成立の一般要件を述べ、その上で、マーケット敷地賃借権が社団（A）構成員に総有的に帰属するとの論（社団財産総有説）に依拠して、X創立以前のAが事実上の同賃借権の主体であると認めたことと同じ結論に到っている。

ところで、法務省民事局は、昭和二三年に、法人格なき社団の資産が同社団名義で登記できないとの見解を示した。⁽⁵⁾ 続いて同局は、昭和三六年に、かような資産を個人名義で登記するに際しての、代表者たる肩書付での登記も認められない旨の判断を明らかにしていた。⁽⁶⁾

その後言い渡された「杉並マーケット判決」は、社団資産の登記の問題につき、傍論ながら、「従つて登記の場合、権利者自体の名を登記することを要し、権利能力なき社団においては、その実質的構成員全部の名を登記できない結果として、その代表者名義をもつて不動産登記簿に登記するよりほかに方法がないのである」と述べている。

ここで問題となるのは、ある者（A）の資産につき、便宜上、別の者（B）の名義で登記するという制度を、不動産登記法は正式な形では設けていないことである。そこで、登記名義主体としての資格のない法人格なき社団（A）の資産はその代表者（B）の名義で登記される以外に方法がないという「杉並マーケット判決」傍論について、香川氏は、前述の登記研究誌上で、その理論的根拠を次のように示している。⁽⁷⁾

そこで、法人に非ざる社団の代表者が例えば不動産の所有権を取得した場合、既述のようにその所有権は、社団の構成員全員に總有的に帰属するのであるが、それは実質上の所有権の帰属関係であつて、代表者個人名義で所有権の取得の登記を受けることは、当該代表者が構成員全員のしかも異動があれば常にその異動後の構成員全員のためのいわば委任事務の処理として対外的にはその代表者個人の登記名義とすることとなるのである。つまり一般的には民法六四六条第一項（引用者註——二項の誤り）の規定により受任者が委任者のために自己の名を以て取得した権利は、これを委任者に移転することを要するのであるが、実体上は、法人に非ざる社団にあつては、社団の名において代表者が取得するのであつて、法律上当然に社団の構成員全員に帰属するのであり、この意味においては、代表者が自己の名において権利を取得しその権利を構成員全員に移転する関係は生じないともいえるのであるが、登記名義については、正に代表者の個人名義で登記を受けることの委任があるものと観

念することになるわけである。

代表者（B）が社団（A）の資産の登記名義を取得する根拠を、香川氏は、社団構成員全員を委任者とする「委任事務の処理」に求めている。つまり、登記名義人たる代表者は、社団構成員に対する受任者であると、香川氏は指摘するのである。以下、本稿ではこの理論を便宜上「委任理論」と呼ぶこととしよう。

「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」（平成一八年六月二日法律第四八号）における六四条で、一般社団法人と役員（及び会計監査人）については、委任に関する規定に従うものとされている。会社法三三 条において、株式会社と役員（取締役、会計参与、監査役）の関係も同様である。したがって、法人格なき社団において、代表者と社団の関係も、同じく委任と見てよい。香川氏が、法人格なき社団と代表者の関係を委任と考えたのは正当である。さて香川氏は、その委任理論にもとづいて、次のように続ける。⁸⁾

まず、代表者が死亡した場合には、当該不動産については、登記名義は代表者個人のものとなつてはいるけれども、実質的には法人に非ざる社団の構成員の財産であるから、相続財産にならないことはいうまでもない。そして、受任者たる代表者の死亡によつて、その委任関係は終了するのであるから、代表者個人の相続人は、その権利を委任者に移転する義務があるものと解すべきであつて、しかもこの場合、あらたに選任された代表者が社団の構成員全員のためにその名義において登記を受けることの委任を受けたことになるのであるから、死亡した代表者の相続人は、当該権利について、あらたに選任された代表者名義に移転の登記をする義務を負うことになるわけである。従つて、死亡した代表者の相続人（全員）とあらたに選任された代表者の共同申請により、当該権利の移転の登記をすることになるのであるが、この場合の登記原因が問題となるであろう。実質上の権利主体は、社団の構成員全員であるから登記名義上の代表者が死亡しても、権利の移転が生ずるものではない。従つ

て、実体上権利移転の原因は何ら存しないわけである。ただ、登記名義人たる代表者の死亡によつて委任關係が終了し、従つてその登記名義のみをあらたに選任された代表者に移す意味の登記であるから、登記原因としては、委任の終了であるものと解するのが合理的であらう。

このようにして香川氏は、委任理論にもとづき、死亡代表者から新代表者への移転登記原因が「委任の終了」であるとす。さらに、代表者が死亡することなく、新代表者と交替した場合について、次のように香川氏の見解が示されている。⁽⁹⁾

次に、代表者が更迭した場合には、登記名義人たる従前の代表者について、登記上その者の名義とすることの委任が終了し、あらたに新代表者がその委任を受けたことになるのであるから、登記名義人たる旧代表者は、新代表者にその登記名義を移す義務があるものといふべきである。従つて新、旧両代表者の共同申請によつて、当該権利の移転の登記をすることとなるのであつて、この場合の申請手続は、通常の場合と特に異なるところがないが、ただ、登記原因はやはり委任の終了とすべきであらう。

以上のように香川氏は、社団資産の登記名義人交替に際しては、死亡による場合も任意の交替の場合も、つねに「委任の終了」を原因とした所有権移転登記によるとの見解を示している。

この判例紹介のテーマとなつた「杉並マーケット判決」は、前述のように、社団資産登記に関する先例的意義を有するものではない。それにもかかわらず香川氏が、同判決の判旨事項と無關係の登記の問題をこれほど詳細に述べたのは、次の理由からであらう。

その掲載誌が登記専門誌であったから。

同判決が傍論として、社団資産については「その代表者名義をもって不動産登記簿に登記するよりほかに方法がない」との見解を示したから。

テイハンが刊行する登記研究誌は、昭和二二年に刊行が始まり、概ね、法務省民事局や法務局等のスタッフによる改正法令その他の解説、局長等による諸通達等、「質疑応答」(読者からの質疑に対する答え——これも事実上、取扱の先例とされる)⁽¹⁰⁾などが掲載されている。その読者は、もっぱら登記官と司法書士及び土地家屋調査士であり、一般民法学専攻者でさえ定期購読していることはまれである。法律系学部のある大学図書館においても、これを揃えていないところも珍しくない。要するにこの専門誌は、民間の出版社による刊行物ながら、事実上、登記実務に関する法務省民事局機関誌としての性格を有しているのである。ここに、民事局参事官が登記についてのある見解を示した場合、それは、民事局による公式的見解と判断してよからう。

香川氏が、「杉並マーケット判決」の判旨事項でない登記の問題について、事実上の民事局機関誌に論文を執筆したということは、この最高裁判決を同誌に紹介することが主目的で付随的に登記に関する問題につき個人的見解を示したということではない。それは、判例紹介という形式を採る、「杉並マーケット判決」の傍論部分を素材として利用した、民事局による責任ある公式伝達、すなわち、登記官に対する事実上の通達(同時に司法書士に対する行政指導)であったといえる。

事実、香川氏の右判例紹介が刊行された年の翌年・昭和四一年に、この登記原因についてある申請に関する照会が地方法務局から民事局に発せられている。この申請は、法人でない団体資産が数名の代表者による共有登記とされていたところ、これを移転登記によりそのうちの一名の名義に集中するといふもので、この場合の登記原因は何か、と

というのが照会内容である。当該申請においては、数名代表者の一部に死亡者があり、その者については「準委任終了」、それ以外の生存者については「準委任解除」とされていた。

確かに、右申請において登記原因として示された「準委任終了」「準委任解除」の語には理がある。その理由は、次の通りである。

香川氏は、前述の通り、登記原因「委任の終了」の解説として、「委任事務の処理として対外的にはその代表者個人の登記名義とすることとなる」と述べている。要するに、社団に登記主体能力が認められないから、代表者の個人名義とするという便宜的方法を香川氏は勧めているのであって、法律行為の委託としての委任（民法六四三条）を問題にしているのではない。とすると、正確に言えば、ここにおいて代表者と社団（香川氏のいう構成員全員）との関係は、むしろ法律行為でない事務の委託としての準委任（同六五六条）というべきであろう。そして、民法における委任の「終了」とは、委任者又は受任者の死亡等の（すなわち意思表示によらない）場合の委任関係解消を指し（同六五三条）、当事者の意思表示による委任契約の解消は「解除」とされているから（同六五一条）、当該申請人による死亡者についての「準委任終了」、生存者についての「準委任解除」というのは、民法における委任の規定に忠実な表現である。

しかし、民法の規定にこだわってあまり複雑な登記原因名を採用すると登記実務の現場が混乱するのではないか、との危惧が民事局内であったのだらう。民事局長は、この照会に対して、いずれの場合も「委任の終了」を登記原因とせよとの回答を示している。¹¹これが、同登記原因に関する民事局の純公式見解の最初のものである。

その後、右の申請事例とは逆に、単独代表者による登記をこの者を含めた数名代表者名義に改める際の登記原因は、「委任の終了」と「委任の変更」のどちらにすべきか、との照会が行なわれたが、昭和五三年、民事局長は、やはり

「委任の終了」とせよとの回答を発している。⁽¹²⁾

このようにして、登記原因としての「委任の終了」は、民法における委任の規定（すなわち実体法）とはあまり係わり合いを持たない。それは、法人でない団体資産の登記名義人たる代表者交替の際に用いられる特殊な（手続法的な）用語として理解すべきことになる。

2 登記権利者の展開

香川氏が発案した「委任の終了」は、以上見てきたように、代表者交替の際の登記原因であった。すなわち、AからBへ「委任の終了」を原因として所有権移転登記をするという場合、登記義務者Aは旧代表者、登記権利者Bは新代表者であり、両者とも自然人であることが一応の前提であった。ところが、登記権利者たるBについて、平成三年にここにある展開が見られる。それは、Bが代表者ではなく団体そのものでありうることの民事局長回答である。

平成三年に地方自治法が改正され、「地縁による団体」という制度が新設された。その経緯は、次の通りである。

わが国の各地には、通常、町内会や自治会と呼ばれる地域住民団体が組織され、構成員たる住民の私的なつながりの維持という目的のほかに、市町村等の行政と住民との連絡を担っている。かかる団体が（とりわけ農村部において）自力で集会所など住民のための（同時に団体の事務所としての）施設を設置している場合が珍しくない。かかる団体は通常は法人格を有していないために、右施設が事実上は同団体の資産でありながら、その名において所有権登記を取得することができず、やむをえず、登記簿表題部所有者欄に代表者の個人名が記載されることが多かった。

平成三年に地方自治法に新設された二六 条の二は、「町又は字の区域その他市町村内の一定の区域に住所を有する者の地縁に基づいて形成された団体」を「地縁による団体」として、「地域的な共同活動のための不動産又は不動

産に関する権利等を保有するため市町村長の認可を受けたときは、その規約に定める目的の範囲内において、権利を有し、義務を負つ」ものと定めた。この規定にもとづいて、かかる団体名義によるその施設の所有権登記が可能となつたものである。

問題は、このような施設の従前の登記につき、前述のように、多くの場合、表題部所有者欄が代表者個人の名義となつていたため、これを団体名で所有権保存登記することが不可能であるところにあつた。この保存登記申請資格者は、表題部所有者又は相続人等の一般承継人であり（不動産登記法七四条一項一号）、従つて、当該団体が市町村長の認可を受けて「地縁による団体」としての資格を取得した場合、表題部所有者たる代表者名義による保存登記を経、同団体が所有権移転登記を受けるしか方法はない。

この場合の申請書添付書面の内容（団体の住所証明書、代表者の資格証明書）とともに、団体代表者から認可後の団体への所有権移転登記の原因を「委任の終了」（日付は市町村長認可の日）として差し支えないか、という照会が民事局あてに発せられた。これに対して、民事局長は、「貴見のとおり取り扱われて差し支えないものと考えます」と回答し、追つてその旨の通達を各法務局長及び地方法務局長あてに発している。⁽¹³⁾

この見解によつて、「委任の終了」という登記原因の性格に、若干の変化が生じたと解すべきであろうか。ここには、ある複雑かつ深刻な問題が潜在化している。最後にこれを詳細に論じたい。

三 「委任の終了」における推定力の有無

1 推定力に対する期待

「委任の終了」とは団体資産の登記名義人たる代表者交替の際の登記原因であると定義する時、「委任の終了」が登記原因として付されたその所有権登記においては、登記原因の推定力を前提とすれば、ある推定力が働くと解する余地がある。それは、AからBへ「委任の終了」を原因とする所有権移転登記がされている場合、その不動産は、Bの個人資産ではなく、Bを代表者として委任した、何らかの非法人団体の財産である、という推定である。これに着目し地方林野行政上の指導に反映させようと試みたのが財団法人・福岡市森林公社であり、これを林政学の立場から支持したのが、岡森昭則氏（当時九州大学農学部）であった。¹¹

昭和四一年に、「入会林野等に係る権利関係の近代化の助長に関する法律」（「入会林野近代化法」と略称）が制定され、この法律に従って、全国の入会林野における入会権解消政策が進められてきた。入会権消滅後は、元入会権者らによる生産森林組合等の設立、又は元入会地の個人分割という方法が採られた。この一連の事業を入会林野整備事業と称するが（入会林野近代化法二条二項）、入会権者におけるこの事業のメリットは次のようなものである。

たとえば、入会地の地券が明治期に当時の入会権者の記名共有名義で交付されたために現在の登記簿にその名義がそのまま残っているという場合、現在の入会権者と共有名義人が一致しない。本来、入会権は、入会地の登記の影響を受けないので、入会権者らがこれを従前のまま管理し続けるのであれば、そのまま放置していても問題はない。それにもかかわらず多くの場合、入会権者は入会地の登記を過剰に気にしており、その登記名義を現在の入会権者らと

一致させたいと考えている。ここで、このような入会地について入会林野整備事業の実施が都道府県知事により認可（同法二条）されると、この地域から転出した元入会権者又はその相続人の協力なしに（というのはこの者らはずでに入会権者ではないから）、都道府県知事の嘱託登記（同法一四條二項）により、登録免許税の負担なしに（登録免許税法五條九号）、現在の入会権者だけの共有登記を出現させることができる。

これを入会権者らの独力で行なおうとしても、たとえば、元入会権者又はその相続人の行方が不明であるとか、その者が登記上の共有持分放棄に応じないなどの事情から、通常は困難を極める。これを入会林野整備事業に頼れば、まるで魔法のような威力が得られるわけである。しかし、ここに大きな問題がある。それは、入会林野整備事業の実施の過程で、入会権者の総意により入会権を消滅させ（同法二条二項、一二条）、民法上の（個人的）共有関係を成立させなければならないことである。

入会林野整備後、元入会権者らは、旧入会慣習をもって元入会地を管理することはできない。旧来に近い形で集团的にこの土地を管理しようとするれば、共有権者らがその共有持分を現物出資して、生産森林組合（森林組合法九二条）又は農業生産法人（農地法二条七項）を設立する以外にない（入会林野近代化法四條三項）。そして、その設立後、法人住民税の負担（地方税法二四條一項三号、二九四條一項三号）が待っている。

かかる組合に恒常的に所得があれば問題は少ないが、数十年サイクルの植林事業を主目的とする組織にとつては多くの場合、毎年の所得がゼロということも珍しくなく、仮に伐採木を売却しても、長く続く木材価格低迷のために、思うように所得を得ることができないという場合が非常に多い。会計処理の上では、所得ゼロの法人が毎年上記税負担を借入金や寄付金によつて数十年まかない続けることとなる。通常の会社では考えられない事態である。

ここにきて、所得の乏しさから、法人としての生産森林組合経営が元入会権者にとつて過剰負担となり、組合解散

に到る地区が生じている。解散してどうするかといえば、会計処理上の制約のないもとの部落有にもどすのだという。また、近年、右税負担のない¹⁵⁾「地縁による団体」の認可を受けて、元入会地をその団体名義にするという動きが出てきている（この問題は深刻なので、後述したい）。はたして、何のために入会林野整備事業を実施したのかわからないという事態が今日において生じているのである。

入会林野整備事業は、入会権者による自発的な認可申請が建前だが、現実には、認可権者たる知事が統括する都道府県職員やその指導下にある市町村行政が、申請を入会権者に強く勧奨するという事実があった。すなわち、それは、当時の機関委任事務にもとづいた、整備面積増大を至上命令とする国家的事業の色彩を帯びていたのである。この事業の功罪については、今後、検証を進めなければならないが、それはともかく、実は、当時からすでに、入会権を研究する林政学や法律学の専攻者の中に、同事業に対して距離を置く傾向があった。

その傾向を行政の立場で初めて明らかにしたのは、私が知る限りでは、前述の福岡市森林公社（以下、単に公社とする）である。

公社は、福岡市による林野行政政策の一環として設立された市の第三セクターで、福岡市による植林事業の対象となる私有地確保をその事業の一つとしていた。同市の植林事業のためには、市を地上権者、民間の土地所有者を地上権設定者とする合意が必要であるが、公社は、広大な面積に亘る入会地をその対象として事業を進めていた。その過程で、古い時代の入会権者らによる記名共有名義の入会地については、入会林野整備事業を実施しなければ、現在の入会権者だけの共有登記を実現することは難しく、それができなければ市が地上権登記を取得することが不可能であることが公社によって認識されていた。その場合にこそ、入会林野整備事業が前述のような魔力を發揮することになる。ただ、入会地が集団の単独又は少数の代表者による名義であれば、仮にその者が死亡していても現在の代表者

の名義に移転登記することは難しくなく、この場合、入会林野整備事業は必要ない。必要がなければ、同事業は実施しない。これが会社の姿勢であった。¹⁶⁾

必要のない事業は実施しないと、今から思えば当然のことが、当時の入会林野整備至上主義の傾向の中では、ある意味で勇氣ある決断であった。この決断については、公社が諮問した入会権に詳しい法律学者や林政学者の意見が反映していたふしがあるが、それでも、最初に必要のない入会林野整備事業は実施しないとの声を上げたのは、都道府県ではなく市町村行政下の第三セクターであったことが興味深い。そして、林政学者の岡森氏がそれを支持したのは、前述の通りである。

公社も岡森氏も、「委任の終了」という登記原因に強い興味を抱いていた。入会権者ら（集団構成員）による記名共有名義ではなく、集団における単独又は少数の代表者の名義となっている土地については、形式上、福岡市がこの代表者と地上権設定契約を締結し、それを原因として代表者が福岡市に地上権設定登記を経由する。ここで、通常は、代表者がすでに死亡したり、交替していたりする場合が多いので、この者から現代代表者への移転登記を経由する必要がある。その際の登記原因は、いうまでもなく、「委任の終了」となる。

公社や岡森氏は、「委任の終了」という登記原因が付されれば、それが入会地であることを示すものではないにしても、何らかの集団的財産であるという事実がその登記簿を閲する者において認識しうるのではないか、それによって、登記名義人がこれらの山林原野を自己の個人的所有物と偽って恣意的に部外者に移転登記する事態は事実上防止できると考えた。もとより、入会林野整備事業は、現在の入会集団が登記簿に反映していないことを解決するために実施されているという事情がある。しかし、ここで、「委任の終了」という登記原因により、集団名が登記簿から認識できなくても、この土地が何らかの集団財産であるということが推認できれば、殊更に入会林野整備事業を実施す

る必要はない。これが、公社や岡森氏の着想なのである。

2 登記原因証書等に関する提言及び推定力に対する民事局の姿勢

私は、「委任の終了」が右のような推定力を有しているのではないが、との問いについて、登記をつかさどる行政担当者の見解を聞きたいと思い、平成二年に、前述の登記研究誌に論文を投稿した。同時にこの論文の中で、次の提言を試みた。⁽¹⁷⁾

当時の不動産登記法下の手続においては、登記原因証書が存在しないものとして、申請書副本をもって、旧代表者（A）を登記義務者、新代表者（B）を登記権利者として所有権移転登記申請が行なわれている。ここで、贈与や売買のような所有権移転を目的とする法律行為がA B間には存在しない。実務において登記原因証書が存在しないと解するのはそこに理由があると思われる。しかし、この登記原因は、団体とAの間の委任関係解消（解除）、団体とBの間の委任関係発生（契約の締結）という二つの法律行為を基礎としている。したがって、登記原因の基礎となる法律行為がないとはいえない。団体とA及びB間の二つの法律行為を示す文書（団体の議決書）が、「委任の終了」における登記原因証書となりうるので、これを提出させるべきである。

「委任の終了」を原因として所有権移転登記を受けた者（B）がこれを売買等を原因としてCに移転登記申請する場合、当該資産は、「委任の終了」という登記原因によりBの個人資産ではなく、Bが代表者を務める団体の資産と推定されるから、団体がCに対して処分意思を有しているかどうかの書面審査をした方がよい。その方法として、団体を不動産登記令七条五号八（旧不動産登記法三五条一項四号）における「第三者」と擬制し、その同意を証する書面を提出させるべきである。

「委任の終了」と不動産登記法改正（江淵）

右 の提言については、直ちに民事局第三課長及び第四課長より、「立法上の措置の要否を含めて、議論の余地がある」との意見が示され、⁽¹⁸⁾「委任の終了」に関する前述の推定力については、平成八年、民事局スタッフにより、非公式にこれを否定する見解が出された。⁽¹⁹⁾

私がかかる書面の審査を提言（ ）したのは、旧代表者の資格喪失、新代表者の資格取得を登記官が書面で確認した方がよく、また登記名義人による恣意的な移転登記を防止する措置を採っておいた方がよい、との趣旨からであつた。⁽²⁰⁾

ただ、平成二年の拙稿を読み返してみれば、提言 について右両課長が難色を示すのも無理ないことで、解決しなければならぬ課題がある。たとえば、団体の意思決定（Aとの間の解除、Bに対する代表者としての事務その他の委任）、あるいは、Bから部外者への移転登記に対する団体の同意を証する書面について、当然に団体の印鑑が必要となるが、その印鑑証明制度が完備していない（この点については後述）。

右両課長が提言 に対して消極的なのは、法人でない団体に登記主体としての能力が認められていないという制約に関係していることはいうまでもなからう。これについて、香川氏が前述の論稿で重要な（かつ問題を含む）記述をしている。以下に、その部分を引用しよう。⁽²¹⁾

略 本判決は、法人に非ざる社団の権利義務の主体となり得ることを否定し、その代表者により取得した財産は、その社団の構成員に総會的に（構成員となつた者は当然取得し、構成員でなくなつた者は当然権利を失う意味において）帰属するものとしていたのである。民法により権利義務の主体となり得る者は自然人と法人のみであつて、法人格を有しない団体は権利義務の主体となり得ないことは明らかである。法人に非ざる社団も、正に法人格を有しない以上、権利義務の主体となり得な

いものといわざるを得ないであろうから、本判決は正当であることはいうまでもない。

杉並マーケット判決をこのように位置付けるのは誤っている。まず、法人でない団体が権利主体性を欠くかどうかは議論の分かれるところである。むろん後に、最高裁は香川氏と同一の見解によって、法人でない団体による土地所有権確認請求並びに不当利得返還請求を認容しなかった⁽²²⁾。しかし、杉並マーケット判決をもってそのような判例であると認識するのは判例分析の姿勢としては正しくない。この判決は、「法人に非ざる社団の権利義務の主体となり得ることを否定」しているのではなく、前述のように、逆に、社団財産総有説を道具として、集合店舗式マーケット敷地賃借権が、各店舗経営者に個々のためにはなく、結果としては、これらの者が組織する団体に帰属すると認めたと同じ効果を導いているのである⁽²³⁾。

香川氏は、この誤った右判決の認識の上で、さらに次のような誤った考え方を示している⁽²⁴⁾。

以上のように、実体法上法人に非ざる社団は権利義務の主体となり得ず、その名においてその代表者によって取得された不動産その他の財産が総有的に社団の構成員全員に帰属するのであれば、その社団名義でもって権利の取得の登記をすることは、実体と合致しないこととなるわけである。

この香川氏の論稿が刊行された昭和四一年までの法人格なき社団に関する最高裁判例を見れば、第一小法廷で昭和三二年一月一日に、脱退員から社団に対して行なわれた社団財産分割請求を退ける判決（民集一一卷一一二号一九四三頁）が言い渡されている（いわゆる「品川煉瓦労組事件」）。この判決の中でも、社団財産総有説が述べられて

いるが、最高裁は、その後の杉並マーケット判決と同じ立場、すなわち、法人格なき社団を団体として保護するという姿勢を示している。⁽²⁵⁾

つまり、社団財産総有説は、この時点においては、最高裁が法人でない社団の権利主体性を認めたことと同じ結論を導いて社団を保護するための道具として使用されているのである。それにもかかわらず香川氏は、右のように、社団財産総有説を根拠に、社団の権利主体性を否定するという逆の方向性を見出している。一体、それは何故なのか。香川氏の次の記述⁽²⁶⁾に、その謎を解く鍵がある。

略 法人に非ざる社団名義で権利の取得の登記を認めるとすると、次のような不都合ないし登記手続き上の難問に逢着する。すなわち、

(1) 申請人(登記権利者)として法人に非ざる社団を認めるときは、その社団の存在を形式的審査権しか有しない登記官がいかにして認定するかである。もし、登記官の形式的審査権との関係において申請どおりに(つまり法人に非ざる社団として申請されればその社団が存在するものとして)法人に非ざる社団名義で登記するとすれば、虚無の社団名義で登記のされる弊害、すなわち強制執行又は滞納処分等を免かれるために実質は自然人又は法人のものでありながら、虚無の(実在しない)「法人に非ざる社団」名義でその権利の登記がされるおそれがあるわけである。一般の法人の申請の場合には、その登記簿の謄抄本又は主務官庁の証明書によつてその代表者の代表権限を証することとなるのであつて、この証明によつて当該法人の存在が公証されるわけである。しかし法人に非ざる社団にあつては、登記手続き上かかる法人の存在を公証する方法が存しないのである。

(2) 次に、法人に非ざる社団名義での権利の登記がされるとした場合も、その申請はその代表者によつてされることとなるのであるが、その代表者として申請する者の代表権限を公証する書面が存在しないのであつて、自己証明的なものによらざるを得ない難点がある。(代表者の選任を証する書面として総会等の議事録を提出するとしても、その議事録の真正を証する方法がないであらう。)

(3) 次に、仮に法人に非ざる社団・社団名義で登記がされたとした場合、その社団を登記義務者とする登記の申請の真正を担保する方法が登記手続上存しないのではあるまいか。例えば法人に非ざる社団から第三者への当該権利の移転の登記は又はその社団の権利の登記の抹消等を申請する場合、その申請も法人に非ざる社団の代表者がすることとなるわけであるが、代表者としてその登記申請をする者が真実当該法人に非ざる社団の代表権限を有することを公証する書面を提出することができないであろう。そうだとすれば、その代表権限の登記官の形式的審査による認定が不可能いし不正確といわざるを得ないであろう。しかし、それでは登記名義人の権利を登記手続上保護することができないであろう。

このように、登記実務上の制約から、法人でない団体名義での登記は認められないと、香川氏は指摘する。その記述に先立つて、前述のように、氏は、「実体法上法人に非ざる社団は権利義務の主体となり得ないから社団名義での登記は不可能との法理的理由を述べる。それは、少なくとも当時としては、最高裁判例とは呼ぶべきでない法理的見地であった。それを氏は、正しい判例理論であるかのごとく示す。それは、判例研究の方法論についての厳密な立場からは、我田引水と批判されても仕方がない姿勢であった。そのような無理な法理を述べる香川氏の本音がここに認められる。

香川氏としては、民事局スタッフの立場から、実務的制約のみを理由として法人でない団体名義での登記不許をとえることがはばかられたのである。登記行政の中にいないがために実務的問題に暗い民法学者から、実務的制約程度の障害なら省令・通達等でなんとかでも改善できるのではないかとの批判を受ける可能性が大いにある。前記法理的理由は、香川氏の本音の理由（登記官による団体実在確認の不可能等）を補強する道具とされているのである。

前述のように私は、平成二年に提言を示した。その一つは、「委任の終了」を登記原因とする所有権移転登記申請に際しては、法人でない団体の意思決定を登記原因証書等の申請書添付書面に反映させよ、というものであった。法

人でない団体の問題が登記実務においては禁忌であるにもかかわらず、である。当時、実務に暗い民法専攻者である私としてはあまり気付いていなかったが、さぞかし、かかる団体名義での登記不許に対する批判にさらされてきた民事局課長の神経に障ったことであろう。

今は実務に明るくなったというつもりはない。それでも、登記官の形式審査権の枠内で、団体の実在や代表者権限をどのように公証するか、団体の議決書をもって登記原因証書とするにしても、それが真正に成立したものとす証明をどうするのか、登記官による書面審査の上では、かかる証明のためには団体の印鑑証明が不可欠となるが、その新設をどのような形で行うのか、といった実務上の問題は、私も認識している。それは、法人でない団体が権利主体たりえないとの法理論よりも、よほど重要である。前述の論文の中では、そのことをあまり論じておらず、まことに、不十分な論稿であったと反省せざるをえないところである。だが今から振り返れば、この頃、ある種の団体につきこの問題を解決する法改正が、着々と進んでいた。それは、前述した地方自治法上の「地縁による団体」制度の新設であった。

さて、「委任の終了」に関する前記推定力については、前述のように、平成八年に民事局スタッフにより非公式に（しかし明確に）否定された。この見解の提示の形式は、民事局第三課のスタッフによる登記研究誌上の匿名座談会である。その詳細（及びこの見解に対する私のコメント）については、すでに平成一四年に発表した拙稿の中で扱っているの⁽²⁷⁾で参照されたい。ここでは、右否定的見解が、十分な理論的根拠にもとづいて述べられていない（むしろ、見当違いの発言しか見られない）ことを指摘するに留めたい。⁽²⁸⁾

3 登記原因の推定力一般論

(1) 法律上の推定と事実上の推定

登記原因に推定力が働くかどうかの問題は、登記の推定が法律上の権利推定たる性格を有するのか、それとも、事実上の推定に留まるのか、という課題と関係する。仮に、登記の推定が法律上の権利推定であるとした場合、登記原因の推定力につき消極的に解せざるをえない。逆に、これが事実上の推定に留まると解するなら、それは、登記原因推定力肯定の立場に帰着する。以下、この問題について検討を加えたい。

ドイツ民法八九一条は土地登記に権利推定力を認め、さらに八九二条は公信力を認める。ドイツにおける土地登記制度は、登記官の実質審査権を背景に、登記における法律上の権利推定を前提として、その上で、登記に公信力を付与する体系である。

わが国の民法に、右八九二条に相当する規定は存在しない。このことから、一般にはわが国の登記に公信力がないものと解されている。ところが、八九一条をも欠缺するわが法体系の下において、法律上の権利推定力についてはこれを認めようとする見解が少なくない。⁽²⁰⁾

結論からいえば、登記について権利推定規定及び公信力規定の双方を欠き、かつ登記官の審査権を原則として形式的なものに留めるわが国の法体系の下で、この立場は、まず比較法的見地からして論理整合性を欠く疑いがある。⁽²¹⁾

登記の推定を法律上の権利推定と解する立場は、優秀な登記制度を完備したドイツ法への憧憬が背景となっているように思われる。この立場は、登記と占有をパラレルに理解しようとする見解である。

占有における法律上の権利推定の制度は、動産占有に公信力（民法一九二条）を認めるための基礎であり、占有者が物を占有しているという現時点における事実上最大限の注目を払う。もとより占有権においては占有権原の有無を

問題としないというのが通説的立場である。たとえば、田中整爾教授は、「強窃盗者のような法の意図しない者の保護をも導くが、その本来の目的は所有権制度に適する状態の形成にある」とされる。⁽³²⁾

強窃盗者も占有権者であるとして保護する（積極的にそれを意図しないとしても）ためには、占有者がその物について占有を取得するに到った過去の態様を問題とすることはできず、現時点での占有という事実があれば、それによるような強力な推定力と公信力を認める。これが、前述の通説的な占有権の理解なのである。たしかに、占有について民法一八八条が権利推定を規定する体系の下では、田中教授が指摘するように、強窃盗を原因として占有を取得した者さえ保護する結果となりうる。

ただ教授は、積極的に強窃盗者を占有訴権によって保護せよという、クリーンハンドに反する主張しているのではない。思うに、強窃盗者がその物を占有している場合、他人が強窃盗者かどうか分からない場合には、一応、民法一八八条によって、それを占有する権原が強力に推定される。他人の占有を無権原として争う者（原告）は、その証明（本証）責任を負う。

ここで、他人の占有を争う者（原告）が占有者（被告）の占有権原不存在の証明（本証）に失敗した場合には、裁判官は、民法一八八条により、「被告による占有」という事実にもとづく「権利推定」に拘束される。この時点においては、占有者（被告）が強窃盗者（すなわち無権原者）であるかどうかは判明していないからである。田中教授はこのような場合に、結果として強窃盗者が保護されることとなる、と解されているのであろう。したがって、民法一八八条における権利推定が本証によって破られた（たとえば被告・占有者が強窃盗者であることが判明した）場合、その占有者は、占有訴権によって保護されえないと思われる。⁽³³⁾

ともあれ、占有者が強窃盗者であっても、その占有について権利推定力が働いている状態においては、占有権者と

して、この時点における占有を一応は保護せざるをえない。

ここで、立証責任が原告に負担せられていることは、逆にいえば、占有者（被告）がその責任を免除されていることを意味する。すなわち占有者は、占有の事実のみ証明すればよく、自己が占有権原を有するかどうかの証明責任は免除されている。占有者は、占有取得原因が適法であるとの証明責任を負っていないということである。このことは、占有者の側から見れば、民法一八八条による保護を受けるためには、占有取得原因の内容は重要ではないということの意味する。

これを登記の問題に当てはめて考えるために、まず、登記に権利推定力を付与する規定があると仮定しよう。その規定による保護を受けるためには、現在効力のある登記名義こそが重要となる。これを強調すると、その取得原因（すなわち登記原因）は、占有取得原因の場合と同様に、登記名義人の側から見れば、これが登記面に記載されていても、重要ではないということになる。

登記と占有を完全にパラレルに扱おうとすれば、取得原因の公示の有無という違いを踏まえておく必要がある。占有においては現在の占有状態だけを重視し、占有取得原因は外部からうかがうことができないから一応は問題にしないという姿勢を取るなら、同様に登記における登記名義取得原因も（たとえそれが登記簿上に記載されていても）問題にすべきではない、ということになるのではないか。この立場からは、登記原因の推定力問題について（とくに登記の推定力を法律上の権利推定力であることから）、消極的な姿勢が導かれそうである。だが、はたして、登記原因に推定力がないとすることが適当であろうか。

(2) 登記又は登記原因の推定力に関する裁判例

裁判所は、登記又は登記原因の推定力についてどのように判断をしているのであろうか。ここでは、この問題につ

いて言及した判決を掲げておきたい。

〔1〕 大判明治三二年六月三日民録四輯六卷二四頁

X寺院名義であつた土地建物につき、同寺院住職Aが所有権登記を取得し、次いでその相続人からYが同登記を取得。X寺が同不動産は自己所有物であるとの理由でYを相手として、その取戻を訴求（登記に関する請求の趣旨は不明）。原審は、登記上所有者として記載されている以上、相当の手続きを経てその者の所有に帰したと推定するのが至当としてX敗訴。Xは、YにおいてAによる所有権取得を立証すべき等の理由で上告。

本判決は、登記を争う者がその立証責任を負うことを前提に、係争地がかつてX所有物であつたことは認められるがX提出の地券台帳等では現在も係争地がX所有物であることの証明としては不足するとの原審判断は正当として、Xの上告を棄却した。

〔2〕 大判明治三三年二月二一日民録五輯二一巻四五頁

Xが隠居者Yの地位を家督相続したが、Y名義であつた土地建物について、YからXへ所有権移転登記は經由されていない。Yが別の者にこれを譲与する旨の登記を經由。XがYを相手としてその取消を訴求。原審でX勝訴したので、Yは、係争不動産は老後のために留保したもので、かつ記名ある不動産は記名者を所有者として推測させるとの理由で上告。

本判決は、一般には記名不動産は同所有名義人所有と推定されるが、前戸主の不動産が相続開始の際その相続人に相続すべきかどつかを争う当事者においてはこの推定はできないとして、Yの上告を棄却した。

〔3〕 大判大正二二年一月二〇日民集一卷四頁

Xは、Yに対して売買を原因とする所有権移転登記を經由した後、相続人Yを相手として、当該不動産を売渡抵当

に供したにすぎないとして抹消登記を訴求。原審で、売渡抵当の証拠がない、登記された事実（Yが所有権取得から訴外に三か月経過して抵当権を設定したこと）はXY間に真実売買があつたとの証左であるとの理由でX敗訴。Xは、原審指摘の事実が売買があつたとする理由にならないとして上告。

本判決は、登記原因たる売買は反証がない限り事実と推定され、原審はX主張の事実をもつてしてはこの売買を否定するに足る心証を得なかつたもので、これは原審の専権に属する自由判断にもとづくとしてXの上告を棄却した。

〔4〕 最判昭和三年六月二四日週刊法律新聞一〇二号二頁

本件家屋については、家屋台帳にYが建築して所有する旨の記載がなされているが、その申告は、建築から約一年半後に行なわれている。Xが、同建物はYではなくA所有物であつたことを理由に（この点の経緯不明だが、AX間で同建物の売買があつたと推測される）、その明渡を求める訴えを提起。第一審でY勝訴。控訴審は、本件家屋建築から家屋台帳上の申告までに隔たりがあることから、Aが所有者であつたことを認定してXの請求を認容。

本判決は、家屋台帳の所有名義記載は反証なき限り真実であり、X主張の事実だけではこれを覆すに足りる反証とすることはできないとして、原判決を破棄し差し戻した。

〔5〕 最判昭和四年一月八日民集一三卷一頁

A所有山林がXらを経由してYへ譲渡され、AからYの孫であるYへ中間省略登記されたところ、Xの相続人Xら が同移転登記はほしいままにされたものであるという理由でYの所有権取得を争い、その抹消登記を訴求。第一審でXら勝訴したのでY控訴。控訴審は、Y名義の登記につき「一応右山林はYの所有に属するものと推定せられる」とし、これを前提に、本件山林がY名義に登記されているのはXらからの売買の結果であるとして、第一審判決を取消した。Xらは、原審のいう推定がYが所有権を取得するに至つた売買契約が一応真実に行なわれたものと推定される

という意味であればそれは本件の如き中間省略登記の場合に適用できず、原判決は推定の法理を誤っているとして上告。

本判決は、XにおいてYが係争地所有権を取得していない事実を立証して登記の推定を覆す責任を負うが、AからYへの移転登記がほしいままになされたとのXの主張は肯認できず、かえってXが係争地所有権を取得したという原審の判示事実を認定することができるとして、Xらの上告を棄却した。

〔6〕 大阪高判昭和三八年二月二八日高民集一六号一四二頁

建物の不法占拠者Yに対して、所有者Xがその明渡を訴求。Yは、登記の非公信力性を理由に、Xの所有権登記の推定力を争った。第一審（簡裁）でX勝訴。控訴審においても、「反証のないかぎり、右登記簿の記載に基き、Xは略 所有者Aより売買により本件家屋の所有権を取得した真実の所有者であると推定すべきである」としてXの主張を認めた。Yは、登記に公信力がないのは現行登記制度における形式審査主義を採っているからであるから、登記の推定力は小さく解すべく、本件のように取引の安全に関係ない場合には最小限度の推定力を認めるに止めるべきであるとして上告。

本判決は、登記には法律上の権利推定力があり、その覆滅は単なる反証では足りず、Yは推定された権利状態と相いれない権利状態の立証、もしくは推定された権利状態の不存在を立証すべきであるとして、Yの上告を棄却した。

〔7〕 最判昭和三八年一〇月一五日民集一七巻一一号一四九七頁

係争地について、XからYへの売買を原因とする所有権移転登記が経由されているところ、XがYを相手に、売買の実体がないとしてその抹消登記を訴求。第一審でX敗訴したので控訴。控訴審は、X・Y間の売買の成立を認めうる証拠がないとしてXの訴えを認容した。Yは、Yによる係争地買受の登記は一応適法になされたものとの推定を受け

るのであり、原審はXに係争地売買事実不存在の反証提出をすすめこれにつき判断すべきであったが、それをしなかつた原審には拳証責任の原則を無視した不法があるとして上告。

本判決は、「5」判決を引用して登記の推定力を述べつつも、登記簿の直接の前所有名義人が現所有名義人に対して移転登記を争う場合にはこの推定をなすべきではなく、現名義人が前名義人から所有権を取得したことを立証する責任を負うとして、Yの上告を棄却した。

〔8〕 最判昭和四〇年一月三日判時三六五号六二頁

係争地はA部落内に祀られたB神の神社境内地を囲む山林である。この土地は明治期の土地官民有区分の際に官有地に編入されたと推測される。その後、A部落住民六名あてに払い下げられ、XYら六名名義で保存登記されていたところ、Xがこの山林について単独所有権を主張してその所有権確認を訴求。Yらは同土地がXYらの構成する村落の所有物たることを主張。原審は、B神がA部落民が崇敬していたものと解するのが相当として、Xの請求を退けた。Xは、払下げ出願にあたり六名の名義を用いたのは便宜にすぎないとして上告。

本判決は、「B神（略）は古くからX家の私祭神であり、従つて本件係争山林払下げの願出もXがその縁故者の故を以て願ひ出て、その理由で払下げも認可となつたものではないかと考えられる節が濃厚」として、原判決を破棄し差し戻した。

〔9〕 千葉地判昭和四〇年六月一五日判タ号一七九号一五六頁

一体的宅地をなす五筆の土地は、ともにX所有であった。XはYに対して、その一部（北側部分）を売り渡したが、XからYに対して、南北に亘る全土地につき所有権移転登記が經由された。Xは、全土地売買の事実を争い、Yを相手として、南側の土地の所有権確認を求める訴えを提起した。Yは、Xより南北全土地を買い受けた旨の主張にもと

づく反訴を提起した。

本判決は、Yの主張は真実に符合するとの心証を得難いとし、Y名義の登記については、所有権移転を争っている直接の当事者間においては、その移転登記の有する推定力は援用することはできず、その移転登記は同買受のなされた事実のあることを推認する資料とはなしえないとして、Xの請求を認容しYの反訴を棄却した。

「10」 京都地判昭和四四年一〇月二日判時五八七号六三頁

本件土地建物につき、XからYに対して売買を原因として所有権移転登記が經由されている。Xは、Yは同物件につき所有権を取得していないとの理由で、その抹消登記を求める訴えを提起。Yは、同物件を訴外Aより買い受けてその所有権を取得したと抗弁した。

本判決は、次の理由でXの訴えを認容した。

「甲から乙（現所有名義人）への所有権移転登記が、乙が所有者であることについての法律上の権利推定の効力又は、甲から乙への所有権移転事実についての法律上の事実推定の効力を有すると解すれば、設例の場合、甲は、右推定される権利状態又は事実の存在しないことを主張・立証すべき責任を負担することになる。しかし、右の法律上の権利推定又は法律上の事実推定の効力を肯定すべき理由は無い。所有権移転登記は、登記簿記載の登記原因事実について事実上の推定の効力を有するにすぎない、と解するのが相当である。この事実上の推定の効力の結果、甲から乙（現所有名義人）へ原因売買の所有権移転登記がなされている場合、甲が所有者であったことが争なく、乙が、登記簿記載の原因に因り甲から所有権を取得したと主張するとき、甲乙間の登記原因事実について反証のないかぎり、乙が所有者であることを認定しうることとなる。なお、最高裁判所昭和三八年一月十五日第三小法廷判決、民集一七卷一一号一四九七頁は、『一般の場合には、登記簿上の不動産所有名義人は反証のない限りその不動産を所有す

るものと推定すべきである（昭和三三年（才）第二一四号同三四年一月八日第一小法廷判決、民集一三卷一頁）けれども、登記簿上の不動産の直接の前所有名義人が現所有名義人に対し当該所有権の移転を争う場合においては右の推定をなすべき限りではなく、現所有名義人が前所有名義人から所有権を取得したことを立証すべき責任を有するものと解するのが相当である。」と判示する。しかし、直接の前所有名義人が現所有名義人に対し当該所有権の移転を争う場合においても、登記簿記載の登記原因事実についての事実上の推定の効力を肯定するのが相当である。ただし、事実上の推定は、事物の蓋然性にもとづく事実判断の法則であり、いかなる当事者間において事実を認定すべき場合に於いて、異別に解すべき理由がないからである」

「したがって、甲が、乙に対し、甲から乙への所有権移転登記の抹消登記手続請求訴訟を提起した場合、乙が、乙は、甲から本件物件の所有権を取得したのではなく、第三者丙から、本件物件を買受け、その所有権を取得した。」と主張するとき、乙は、丙の所有権取得原因事実について主張・立証責任を負担する、と解するのが相当である」

「本件についてこれを見るに、Yは、Yは、Xから本件物件の所有権を取得したのではなく、訴外Aから、本件物件を買受け、その所有権を取得した。」と主張するだけで、Aの所有権取得原因事実について主張・立証をしない。したがって、Yが本件物件の所有権を取得した事実を認めない」

〔11〕 最判昭和四十六年六月一八日判時号六三三三号二一〇頁

Xは、Yらが居住する係争地が、Xが所有権登記を有する「一八番の一」に属するとし、Yらを相手とし、その占有が無権原であるとして明渡を求める訴えを提起。Yらは、係争地が「一八番の一」に属することを争った。第一審でX勝訴したが控訴審で取消されてX敗訴（その理由は、XとYら双方の主張を認めるに足りる証拠がないというもの…判例時報による事実解説文より）したので上告。

本判決は、登記簿附属書面を含め、登記は事実上の推定力を有するから、登記事項は反証のなかりり真実であると推定すべきで、Y占有地が「一八番の一」に属する旨の同附属書面記載から、反証のなかりり、同土地はX所有地と推定すべきであるとして、Xの主張を退けた原審を破棄し差し戻した。

〔12〕 最判昭和五〇年七月一〇日金融法務七六五号三七頁

Xは、係争地をAから買い受けてその所有権を取得したが、同土地の所有権登記はY名義となっていた。XがYを相手として、同土地上の建物収去・係争地明渡、同土地所有権確認並びに所有権移転登記を求める訴えを提起した。原審は、A X間の係争地所有権移転を認定し、Xの請求を認容したので、Y上告。

本判決は、登記はその記載事項につき事実上の推定力を有するから登記事項は反証のなかりり真実であると推定すべきであるが、原審認定事実により、Y名義の登記事項に関する事実上の推定が覆滅されたことは明らかとして、上告を棄却した。

〔13〕 東京高判昭和五二年八月三日判時八七〇号七四頁

X Y夫婦の共有建物につき、X死亡後にYが単独所有物として保存登記したため、同夫婦の子であるXが当時の法定相続分に相当する三分の二の共有持分移転登記を訴求。原審がXの同請求を認容したので、Yは、本件建物はその登記名義の通りYの単独所有物であるとして控訴。

本判決は、同保存登記はXの死亡（昭和四六年一月二八日）後、Yが昭和四年四月六日付でしたものであるから、Y名義の保存登記があるからといって、本件建物がYの所有であることの証左とはならず、本件事実からすると、係争建物はX Yの共有物と認められるとして、Xの請求を認容した。

〔14〕 東京高判昭和五四年五月二八日判夕三八九号九〇頁

A 所有地が売買されていないにもかかわらず、誤ってAからXの被相続人Xへ売買を原因として移転登記された。Aはこの土地についてYらに借地権を設定。相続登記を経由したXがYらを相手に建物撤去を訴求した。原審でYら敗訴したので控訴。

本判決は、原判決を取り消し、Yらに対する関係では反証のないかぎり、Xは係争地につきAから買い受けてその所有権を取得したものと推定すべきであるが、係争地売買に伴う登記手続きについては、AXの双方とも関与せずに、Xの使用人に任されており、何らかの手違いによって本件のような登記手續がされたものと推認され、したがってXのための本件土地所有権の推定は覆えされたとして、Xの請求を退けた。

(3) 裁判例の検討

以上の一四件の裁判例について別表にまとめてあるので参照されたい。これらの判決のうち、登記に何らかの推定力があることを一般論として明言するのは、「14」と「13」以外の二二件である。このうち、「14」は、旧家屋台帳に關する判決で、同判決は、この台帳に記載された所有者名に推定力があるという。

課税台帳たるかつての家屋台帳と土地台帳は、昭和三五年に、登記簿と統合されて、それまでの登記簿が現行の甲区及び乙区となり、家屋台帳と土地台帳は、それぞれ建物登記及び土地登記における表題部として再編された。旧台帳における所有者欄は、表題部所有者欄となったのである。

「14」は、未登記建物をめぐる事例であつた。現在、保存登記がされていない建物については、建物登記簿において表題部所有者欄に所有者氏名住所が記載される。「14」判決を敷衍すれば、この所有者の表示は、「反証なき限りその記載が真実であると推定すべき」こととなる。土地登記においても同様であろう。

こうしてみると、「14」は、現行の表示登記に推定力ありと明言した判決として位置付けてもよいだろう。この観

別表

番号	判決	原告	被告	判旨	備考
[1]	大判明治31年 6月3日	地券取得者	登記転得者	反対の証拠で登記の効力は滅却するが、その立証責任は効力を争う者が負う。	
[2]	大判明治32年 12月11日	家督相続人	隠居者からの 登記取得者	戸主と前戸主という当事者間においては登記の推定力は働かない。	×
[3]	大判大正11年 1月20日	売主	買主	登記原因たる売買は反証がない限り真実行なわれたと推定するのが当然である。	
[4]	最判昭和33年 6月24日	買主	家屋台帳名義人(非売主)	家屋台帳の記載は反証なき限り真実と推定される	
[5]	最判昭和34年 1月8日	売主の相続人	買主	原判示における登記推定は正当であり、これを争う者はこれを覆す責任を負う(覆す証拠提出はなく、かえって登記推定を正当ならしめる事実が原審で認定されている)。	
[6]	大阪高判昭和 38年2月28日	所有権名義人	不法占拠者	登記には法律上の権利推定力がある(権利変動過程に推定力及ばぬ)。	
[7]	最判昭和38年 10月15日	登記上の売主	登記上の買主	前所有名義人が現所有名義人に対し当該所有権移転を争う場合には推定できない。	×
[8]	最判昭和40年 1月23日	官有地払受人	官有地払受人	登記には推定力があるが、原判文にこれを覆す事実がある。	×
[9]	千葉地判昭和 40年6月15日	登記上の売主	登記上の買主	前所有名義人が現所有名義人に対し当該所有権移転を争う場合には推定できない。	×
[10]	京都地判昭和 44年10月2日	登記名義人	登記上の買主	登記原因事実について事実上の推定力がある。	×
[11]	最判昭和46年 6月18日	土地所有者	原告所有地の 範囲を争う者	登記簿附属書面を含め、登記は事実上の推定力を有する。	
[12]	最判昭和50年 7月10日	所有権取得者	登記名義人	登記は事実上の推定力を有するが、被告名義の登記については推定力が覆滅した。	×
[13]	東京高判昭和 52年8月3日	建物共有者の 相続人	共有建物の全部 登記名義人	共有者死亡後の生存共有者による保存登記は、生存共有者の単独所有の証拠とならない。	×
[14]	東京高判昭和 54年5月28日	登記名義人	土地賃借人	登記名義人は本件土地を買い受けたと推定。しかし同推定は別事実の推認により覆滅。	×

「原告」「被告」は、第1審原告及び被告。備考欄の は裁判所が登記に従った判決を言い渡したこと、×はその逆を表わす。

点より、以下、「4」をもって登記の推定力を明言した判決に準じて扱うこととしたい。

とすると、登記の推定力を明言しない判決は、「13」のみとなる。ただ、この判決とて、一般的に登記に何らの推定力がないとしているのではない。この点については後述しよう。

裁判所が登記の推定力を明言し、かつその推定通りに判決を言い渡したという事例は、「1」「3」「4」「5」「6」「11」の六件である。

これに対して、登記上の所有名義人を保護しなかった判決は、「2」「7」「8」「9」「10」「12」「13」「14」の八件となる。実に、一四件中、半数を超える八件において、裁判所は登記名義を理由に判決を言い渡すという姿勢を見せなかったのである。そのうち、「13」を除く七件は、登記の推定力一般論に言及しつつも、なおかつ、登記名義人保護という結論を導かなかつた。そして「13」判決は、前述のように、登記の推定力一般論に言及しなかった。ただ、この事例の性格上、この判決が登記の推定力一般を否定する立場であつたと見るのは正しくない。むしろ、単に、この一般論を述べなかつたにすぎないというべきであらう。よつて、この「13」判決は、それ以外の七件と同じグループに分類してよい。結局、「13」判決をもって、その事実関係の特殊性から裁判所が当該登記名義を重視しないと判断し、そのために登記の推定力一般論すらも言及しなかつたケースとして位置付けておきたい。

右八件のうち、登記の推定力の性格を考える上で特殊な事例と思われる事例は「2」である。「2」において大審院は、家督相続人保護という特殊な理由のために、隠居者の登記を重視しないと判断をしたものと推測される。この事例においては、隠居者Y（前戸主）から家督相続人X（現戸主）以外の者へ土地建物の譲与の登記が經由されているらしい。事件名が「不当譲与登記取消請求ノ件」とされているので、Xは、Yのみならず登記名義取得者を被告として抹消登記請求訴訟を提起したと見るのが常識的である。しかし、この譲与の登記を争つたと思われるXが、

登記名義取得者を被告とした形跡が判決から読み取れないのである（下級審でこの者に対して敗訴したため、せめて係争不動産が隠居分でなかったことを明確にすることのみを目的として、隠居者Yだけを相手として上訴したのかもれない）。

何分、古い裁判例なので、不明な点が多すぎるといわざるをえない。ただ、係争不動産がYの隠居分であったのかどうかだけが争点であったとすれば、家督相統制の徹底のために、登記名義を現戸主たるXに移転していなかった隠居者Yを、その登記名義留保ゆえに保護するという発想を持たなかった「2」判決の論理は、この時代の価値観としては首肯できるものだろう。

「7」「9」「10」事例は、登記の推定力を考える上で重要である。この三つはほぼ同一内容の訴訟で、XからYに対して売買を原因として所有権移転登記が経由されたところ、Xが売買事実不存在を理由にY名義の登記を争うというケースである。この種の事例において、最高裁「7」判決は、前述のように、登記の推定力に言及した最高裁「5」判決を引用しつつも、このような場合にはY名義の登記について推定をなすべきではないとし、YがXから所有権を取得した事実の立証責任を負うという。「9」は、判決文中に「7」を引用していないが、XYという直接の当事者間においては移転登記の有する推定力は援用できないといい、明らかに、最高裁「7」判決を踏襲する立場にある。

「7」「9」判決の判旨からすると、たとえ不動産所有権登記がY名義となっていて、前名義人XがXY間移転登記の原因事実を争う場合、裁判所は、Yが現に効力のある登記名義を有することを理由にYにこの原因事実存在の立証責任を免除するという配慮はしない、ということになる。下級審「9」判決は立証責任についての判断を明示しないが、最高裁「7」判決は、「現所有名義人（Y）が前所有名義人（X）から所有権を取得したことを立証すべき」として、これを明言する。

さて何故に、これらの判決は、現名義人Yは前名義人Xに対して登記の推定力を援用できないというのだろうか。物権変動における意思主義を採るわが国の現行法の下において、登記の推定力は、じつはその対抗力と関係しているものと思われる。

まず、XがYに不動産所有権を売渡した場合から考えよう。その所有権登記移転未了の時点において、XはYの登記欠缺を主張し、X名義の所有権登記をもってYに対抗することはできない。Yは、民法一七七条の第三者に該当しないからである。このことは、XがYに対して、X名義の所有権登記が推定力を有すると主張することを許さないということの意味するといつてよい。

XからYへの売買を原因とする所有権移転登記において、Xが売買という原因事実が存在しないとしてY名義を争う場合（「7」―「9」のケース）も、登記の推定力については右と同じ問題となるのではないだろうか。もし、この原因事実が存在しない場合には、YはXに対して登記取得を理由とする所有権取得を主張できない。これは、XYの間では民法一七七条の第三者の関係が成立しないことと表裏一体の問題である。

XがYに所有権を移転したが登記未了という問題に帰ろう。未登記の買主Yに対して所有権登記を対抗できるのは、いうまでもなく、当該不動産に対して利害関係を取得した者なのであって（大判明治四一年二月一日民録一四輯一三―一頁）、たとえば、Xから二重に当該不動産所有権を買い受けたZがその典型である。すなわち、XがYとZに対して二重に不動産所有権を売り渡し、XからZへその旨の登記が経由された場合、ZはYに対して、原則として自己の所有権取得を対抗できる。このようなケースにおいて、ZがYを相手として、所有権を請求原因として不動産引渡訴訟などを提起した場合、Zが、自己名義の登記事項証明書を証拠として提出し、この証拠にもとづいて当該不動産がZの所有に属すると推定できるという主張をすることは許されよう。

以上、「7」「9」判決が指摘するように、X Y間で売買を原因として不動産所有権の移転登記が經由されている場合において、X Yという売買の当事者の間では登記の推定力は問題にしえない。この推定力は、登記の対抗力と表裏一体のものだからである。

「10」事例においては、右二つの事例とやや異なった要素がある。「7」「9」事例において、YがXより係争不動産を取得したという主張をしたのに対し、「10」事例でYは、Xではなく、訴外Aより売り渡しを受けた、という抗弁をしている点がそれである。この点について、「10」判決は、Yが訴外Aの所有権取得原因事実に関する立証責任を負担する、という。そして、このYの立証責任を根拠づけるために、前述のように、登記の推定が法律上の権利推定又は法律上の事実推定であることを明確に否定し、「所有権移転登記は、登記簿記載の登記原因事実について事実上の推定の効力を有するにすぎない」と判示するのである。

この「10」事例において問題となった登記には、XからYに対して、「昭和三八年五月一八日売買」を原因として所有権が移転した旨の記述がある。登記原因とは、この場合においては当該確定日付を含む概念なのであり、「10」判決は、この登記原因に事実上の推定力がある、と判断している。その根拠として、判決は、まず「事実上の推定」の概念について、それは「事物の蓋然性にもとづく事実判断の法則である」と説明し、「いかなる当事者間において事実を認定すべき場合かによって、異別に解すべき理由がない」、それだからこそ、「登記原因事実についての事実上の推定の効力を肯定するのが相当である」という。

以上の「10」判決の判示内容について、私なりに、もう少し詳しく説明を加えたい。以下事実関係の記述を繰り返すが、この事例では、XからYへ「昭和三八年五月一八日売買」を原因として所有権移転登記が經由されている。XはYを相手として、この登記の効力を争い、抹消登記を訴求している。これに対して、Yは、自らはXではなく訴外

Aから係争不動産所有権を取得したとして、自己の登記名義を有効と抗弁している。しかしYは、Aの所有権取得原因事実（Aがいつ、どのような原因で所有権を取得したか）を主張立証しない。

立証責任は、原則として原告が負担する。したがって、この事件において、本来ならば原告Xが、Yが所有権を有しないことの証明をするなどして、被告Yの登記が無効であることを立証しなければならぬ。ここで仮に、Y名義の所有権登記に法律上の権利推定力があるとすれば、Yがその登記事項証明書を証拠として提出するのみであっても、Xが右の証明（Yが所有権を有しないことの本証提出）に失敗した場合、裁判所はXの請求を認容できない。

ところが、「10」事例においては、Yは訴外Aから係争不動産の所有権を取得したという抗弁を提出した。裁判所は、この抗弁を重視したのである。

「10」判決は、登記の持つ事実上の推定力が登記原因の推定力に基礎を置いていることを認めている。それにもかかわらず、同判決は、本件における当該登記原因の推定力を否定し、Yに訴外Aに関する所有権取得原因事実の立証責任を負わせている。それはなぜなのか。

Yが訴外Aより所有権を取得したと抗弁することは、実は、当該登記における登記原因をY自ら否認したことを意味する。もとより、Xは、この登記原因を否認して提訴したのであり、結局、当該登記の登記原因が事実ではないことについて、当事者間に争いが無いこととなる。これによって、この登記の推定力は覆滅する。その結果、裁判所は、当該登記を証拠として審理すべきではなく、結局、Yが自己の所有権取得事実の基礎たる前主（訴外A）のそれを主張立証しないという点が、裁判官の心証をしてY不利の方向へ形成せしめた、ということなのである。

次に、登記名義に従った判決を言い渡さなかったその他の事例四件について、それぞれの理由を列挙しておこう。
「8」登記名義を争う者が当該不動産取得の対価を支払い、その後、納税してきた証拠が認められる。

〔12〕 登記名義を争う者が、登記名義人以外の者から係争不動産所有権を取得した事実が認められる。
〔13〕 単独で保存登記をした名義人以外の者が係争建物の建築資金の一部を出捐した事実が認められる。
〔14〕 係争地について、誤って登記名義人に移転登記された事実が推認される。
一方で、前述のように、登記名義に従った判決が六件認められるが、これらの事例で登記の推定力が否定されなかった理由を次に列挙しよう。

〔1〕 登記名義を争う者が、かつて自己が所有者であつた証拠を提出するだけで、登記名義人が不当に所有権登記を取得した事実を証明していない。

〔3〕 売買ではなく売渡抵当があつたにすぎないとして登記名義を争う者が、登記原因たる売買を否定するに十分な裁判官の心証を形成できていない。

〔4〕 家屋台帳名義を争う者が、名義人による家屋建築の事実を否定するに十分な裁判官の心証を形成できていない。

〔5〕 所有名義人が所有権を取得した事実が認められる。

〔6〕 裁判所が登記につき法律上の権利推定力ありとの見解に立つ。ただし、この事件で登記名義を争う者は不法占拠者である。

〔11〕 土地の特定に関する争いに対し、裁判所は登記簿附属図面にもとづいて土地特定を推定した。

登記名義に従わない判決のうち、まさに、本証ともいふべき証拠にもとづいて当該登記を真実と推定しなかつた例は、〔12〕である。しかし、それ以外の〔8〕〔13〕〔14〕においては、あくまで登記を真実と認識する裁判官の心証形成に動搖を与える程度の証拠としてしか評価できない。

たとえば「8」の場合、係争地は入会地である可能性があるが、明治期の官民有区分において官有地に編入された入会地の取り戻しにあたり集団代表者名義で対価を支払い、またその後の納税義務を果たすことは、ありえない話ではない。この事例において登記名義を争う者は、問題となつたB神をもつてその家の私祭神と主張しているところから、この地域における名家と思われる。その者の先祖が、入会地の取り戻しや納税において主導的役割を果たすことは自然なことである。仮にこれが入会地であるとしても、この場合、登記を争っている者の先祖が個人として支払いをした領収書等が残ることはありうる。結局、このケースにおいては、現地調査をしなければ確たることはいえない。それにもかかわらず、「8」判決が、書面審理だけで原判決を破棄して差し戻す決断をしたわけであるが、その割には、その根拠は必ずしも決定的とはいえない。すなわち、最高裁「8」判決は、この程度の証拠をもつて登記の推定は覆滅しうる、と考えたわけである。

「13」においても同様である。この事例は、夫婦が共同で建築した建物が、夫の死後に妻の単独の所有物に帰していたかどうか判断のポイントとなるが、裁判所は、妻も建設資金を一部提供していたことを理由に、係争建物は夫と妻の共有物であるとした。しかし、強いて疑問を呈するなら、その後、夫の死亡前にその持分が妻に移転するということも、理論的にはありうるのである。だからこの判決が杜撰であるというのではなく、この場合の妻による建設資金の一部提供は、建物がその登記通り、妻の単独所有物であるとする裁判官の心証形成を動揺させたにすぎない、という評価が可能だということである。

「14」においては、売買を原因とする所有権移転登記が誤っていたという決定的証拠が出てきたわけではない。あくまで、そのようなことがあったらしいという程度の証拠なのであり、したがって、「14」判決は、「なんらかの手違ひによつて右のような登記手續がなされていたのにもかかわらず、それが是正されないうまま、今日にいたつたと推認

される」という判示しかしていない。これこそ、真実の権利関係が登記の通りであるという裁判官の心証形成に動搖を与える程度の証拠、すなわち単なる「反証」である。

登記に従って判決が言い渡された事例のうち、最も問題があるのは「16」である。前述のように、この判決は、唯一、登記の推定をもって法律上の権利推定であるとする。不動産所有者による不法占拠者排除の訴えを認容するにあたり、その登記に法律上の権利推定力があるということを理由にするのは、まさに、論語にいう「牛刀を以て鶏を割く」の愚行以外の何ものでもない。登記の推定をもって事実上の推定にすぎないと判示したとしても、当該不法占拠者はかかる推定を覆滅させるだけの反証を提出していないので、「16」判決の結論を導くことは可能である。

川島武宜博士は、判決本文を正当化するだけの理由に判例としての意味なしと断定するが、まさに、「16」判決における「登記の推定」法律上の権利推定」論は、その本文を正当化する道具にすぎず、この部分に判例としての意味を見出すことは困難であろう。

なお、「15」判決は、「原判決が右の争いなき事実から前記Yの所有を推定したことの正当であることはいうまでもない」「Xらにおいて、自己の主張事実を立証して右推定を覆す責任を負担することこれまた論を俟たない」と判示している。この部分だけを読めば、最高裁は、登記の推定を法律上の権利推定と認めたといえるかもしれない。しかし、「15」判決の決定的要因は、原判決における次の判示事実である。

「本件山林三筆がY名義に登記せられてゐるのは、決してXら主張の如く同人らの先代 氏名略 らの所有者不知の間にほしいままになされたものではなくして、右 Xの先代その他の氏名略 ら三名の所有者からこれを買受けた結果、その登記がなされたものであることが明らかである」

その上告審である「15」判決は、これを認定して判決に到っているわけである。とすると、「Xらにおいて、自己

の主張事実を立証して右推定を覆す責任を負担することこれまた論を俟たない」との部分が判旨部分なのか、疑問である。仮にこれが傍論にすぎないとするなら、登記に推定力ありとの最高裁判例は、「11」ということになるのかもしれない。

ただし、「11」における「登記はその記載事項につき事実上の推定力を有するから、登記事項は反証のないかぎり真実であると推定すべきである」という判示は、判決主文を正当化する部分にすぎない。前述の川島博士による厳密な判例理論からするなら、「11」判決のこの判示部分が判例としての意味を持つとすることは難しかろう。さらに、これは、権利の推定の問題ではなく、登記簿附属図面における地番・土地の位置の表示が真実であると推定されることに留まることを注意すべきであろう。結局、登記の推定が事実上のものか、それとも登記が法律上の権利推定力を有するかの課題については、最高裁の意見は不明としかいいようがない。

(4) 登記における推定力の性格

右のように、登記の推定力の性格に関する最高裁の立場は不明ながら、下級裁判所レベルでは、「6」判決（上告審としての高裁判決）のみが法律上の権利推定であることを肯定するものの、それは判旨部分であるともいえず、逆に、地裁「10」判決が判旨部分においてこれを否定していることが明らかとなった。そして、右で掲げた各判決を全体として見れば、裁判所は、本証とはいえない証拠をもって登記に従わない判決を言い渡していることがうかがえる。もはや、裁判実務においては、登記の推定をもって法律上の権利推定としていないことはあきらかである。

ここで、この項の締めくくりとして、登記の推定が論理的に法律上の権利推定たりえず、事実上の推定でしかないことを示しておきたい。

先ほど私は、わが国の登記における推定力が、対抗力と深い関係をもっていることを述べた。この問題を、今少し

述べよう。

「7」「9」判決が示すように、XからYへ売買を原因として経由された所有権移転登記について、XがY名義の登記を争うとき、Yは自己名義の登記に推定力があるとXに主張することはできない。これは、X・Yが対抗関係にないことと深い関係を持つ。Yが推定力を主張できる相手方は、当該不動産についてYと利害関係を有するZ（たとえばXからの二重買受人）にほかならない。この推定力は、YがZに対して有する対抗力を基礎とするといえる。このようにして、わが国の登記における推定力は、それが法律上の権利推定力なのかそうでないかの議論はさておき、結局は対抗力と表裏一体の関係にあることができる。

ところで、物権変動における形式主義を採用し、かつ、登記に公信力を付与するドイツ民法の制度下においては、当然にこの対抗問題は生じない。したがって、かかる登記の推定力が対抗力を背景とするなどということはありえない。この制度下においては、登記官の実質審査権を背景として登記に民法の明文をもって権利推定力と公信力を認められている。つまり、ドイツの登記においては、その権利推定力は、公信力を背景としていることである。

物権変動における意思主義を基本原則とするわが国の法制の下では、複数人に矛盾する物権の成立が可能であり、そのために、対抗力というドイツ法にない制度が必要とされる。かつわが国には登記に公信力を認める規定がないため、必然的に、登記の推定力は、対抗力を背景とせざるをえない。したがって、現所有名義人は前所有名義人との関係において推定力を主張できない、という制限が生じてくるのである。

わが国の公信力制度は、原則として動産占有に向けられたものであって、したがって、かような動産の占有には、この公信力を背景として権利推定規定が民法に定められなければならないのであつたのである（ただしその規定である一八八条は対象を動産に限定していない）。

以上のような比較法的見地から、わが国の登記の推定がドイツ法のごとき権利推定としての性格を有すると考えることは困難である。⁽³⁵⁾ わが国の民法に限定した解釈において、不動産登記と動産占有をパラレルにとらえて、後者に法律上の権利推定機能があるのなら前者にも、という発想が（両者に公信力の有無につき差異があることから）短絡的であるのは明らかであろう。

(5) 登記原因における事実上の推定力

民法一八八条から発生するところの、財産占有に関する強力な法律上の権利推定力ゆえに占有取得原因が重視されないこと、及び、登記原因の推定力を否定する見解が、不動産登記と動産占有をパラレルに理解しようとする立場から生まれているふしがあることは前述した。

登記に法律上の権利推定力を認めたいという学説の心情は、私にも非常によく理解できる。あわせて、登記申請における審査にあたり、登記官の形式審査に危機を感じ、ドイツにおける登記制度を至上のものとする見解も、心情として共感を覚える。けれども、無理な解釈は避けるべきであり、登記の推定を本証によることなく覆す裁判官の心証形成にも、注意を払わねばならない。

登記に推定力を認める法律の規定はどこにもない。しかし、登記簿甲区に所有権者としてある者の氏名住所が記載され、これに効力があるとすれば、それを閲する一般市民のみならず、裁判官の心証に、その者が所有権者であるとすることが一般的な推定が働くことは否定すべくもない。これこそが事実上の推定なのである。

そして、登記申請に対する登記官の審査が、基本的には形式的に行なわれている事実からするなら、つねに、虚偽申請が登記官の審査を突破する危険性を認識していなければならぬ。そうすると、本証をもってしなければ登記の推定が覆滅しないことはあまりにも危険であり、その覆滅は、裁判官の自由な心証に委ねざるをえない。

すなわち、登記が実体を伴っていないとの完全な立証（本証）がなくても、裁判官にその疑いを抱かせる程度の証拠（反証）をもって覆滅しうる（言い換えれば、登記の推定力につき裁判官を過度に拘束せず裁量権を与える）、との理解は、登記申請に対する形式審査主義という、一種の不完全性に対する危機管理にほかならない。

このようにして、登記の推定をもって事実上の推定にすぎないとする論は、法律上の権利推定論とは異なり、登記に記載されている全事項、すなわち保存登記されていない不動産における表題部所有者欄の記載³⁵⁾や登記原因³⁷⁾、さらには土地の範囲を記した附属書面にまで推定力を及ぼしうる。

登記原因の推定力を否定する見解の中で、その記載の真実性が担保されていないことを理由にあげるものがあるが、しかしそれをいうならば、権利者氏名住所すらも同様であると指摘せざるをえない。真実性が担保されていないというのは、登記申請に対する形式審査主義の宿命なのである。それを理由に登記原因の推定力を否定するのなら、むしろ登記事項のすべてに推定力が一切働かないとしなければ一貫しないのである。

登記原因に事実上の推定力が働くと解した場合、「委任の終了」という登記原因については、特殊な推定力が働くこととなる。それは、「委任の終了」を原因として所有権登記を取得した者（自然人）は、某団体の代表者であるとの推定である。

右のごとき推定力の主張が、法務省民事局スタッフの耳に障っていることはこれまで述べてきたところである。しかし、登記原因の事実上の推定力一般論については、一部の民事局スタッフも積極的³⁸⁾であり、何よりも、「委任の終了」によって登記を取得した者が死亡した場合には相続登記申請を受理しないとの先例⁴⁰⁾の考え方も、私の見解と同趣旨であるといわざるをえない。

もし登記をつかさどる行政の立場が、私のこの解釈を誤りだというのなら、登記の推定が法律上の権利推定であり、

必ずしも登記に従った判決を言い渡していない裁判所の姿勢が誤りであること、さらにこの見解から登記原因に推定力が働かないという結論が導かれること、また、「委任の終了」によって登記を取得した者の相続人による相続登記申請を受理しないという扱いが誤りであったことを明らかにすべきであろう。

四 平成一六年不動産登記法改正

1 旧不動産登記法における登記原因証書

明治三二年に制定された不動産登記法（以下、本稿では「旧法」と呼ぶ）は、一五年を経た平成一六年六月八日にほぼ全面に亘って改正され、平成一七年三月七日に施行された（これを「新法」と呼びたい）。今次の改正の主要な点は、以下の通りである。

既存の書面申請に加えて、オンライン申請の制度を新設

登記済証に代わる登記識別情報（一二桁の英数字）の導入

登記原因証書の廃止、登記原因証明情報提供の必須化

印鑑証明に代わる電子署名の導入（オンライン申請の場合）

このうち、「委任の終了」という登記原因において最も影響が大きいものは、
である。以下では主として、この問題を中心に、若干の検討を試みたい。

旧法においては、たとえば、売買を原因とする所有権移転登記においては、売主と買主が作成した売買契約書をもって登記原因証書（旧法三五条一項二号）とすることができた。しかし、これは提出が必須というわけではなかった。

登記原因証書に替えて申請書副本を提出するという方法も認められていたのである（旧法四 条）。「委任の終了」を原因とする所有権移転登記申請にあつては、もつぱらこの方法が採られていた。

申請書副本をもつて登記原因証書に替えることができるという方法が制度化されていたのは、不動産登記法にはなく、実体法たる民法に理由があつた。たとえば、売買は、民法五五五条の上で諾成契約として位置付けられているために、当事者は、売買契約書という書面の作成なしにこの契約を締結してその効力を発生させることができる。かつ、物権変動における意思主義（民法一七六条）という法原則上、その結果として、売主が何らの物権行為を伴つたとなく買主へ所有権を移転させるということが、原理的には可能なのである。実体法がそのような性格を有する以上、当然に、手続法たる不動産登記法も、制度をこれに整合させる必要がある。それが旧法四 条であつた。

諾成契約の原則上、当事者が不動産売買契約書を作成していなくても、当該売買契約の効力が発生しており、かつ実体上、当事者間でその所有権が移転したというのであれば、当然に、買主は売主に所有権移転登記請求権を取得していることになる。そうであれば、不動産登記法は、登記官による売買契約書の審査なしに前者から後者への移転登記を経由することを認めざるをえない。あるいはまた、相続は死亡によって開始するから（民法八九六条本文）、相続登記申請にあつては登記原因証書を提出することができない。これらが、旧法四 条における「登記原因ヲ証スル書面力初ヨリ存在セス」の例である。

ここで、物権変動の効果が確定的に発生した後、当事者が登記手続上の便宜として売買契約書を作成しても、理論的には、これは登記原因証書としないであらう。というのは、旧法四 条は、「登記原因ヲ証スル書面力初ヨリ存在セス」という場合には「申請書ノ副本ヲ提出スルコトヲ要ス」としているからである。すなわち、当事者が売買契約書を作成する意思なくして契約を締結し、これにより確定的に物権変動の効果を生じさせたという場合、旧法四

条は、登記原因証書の外形を呈する書面を便宜的に提出するなどという方法を探ることを認めず、むしろ申請書副本の提出を義務付けていたと解されるのである。

もとより、申請書副本が登記原因証書の代替書面となりうるのは、そもそも、登記原因証書が法律行為又は法律事実の成立を登記官に対して証明する役割を担っていたのではないからである。それは、登記原因証書に符合した形で誤りなく申請書が作成されているかどうかのチェック機能をはたしていたにすぎない¹¹⁾。もとより、登記原因証書は、旧法における登記済証作成の基礎書面となるものであった。書面審査主義の下において最も重要なことの一つは、申請書と、この申請によって登記名義を取得する者（登記権利者）が登記手続完了後に受け取る登記済証の内容に矛盾がないことである。そのために、申請書副本は、これ自体が登記原因証書の代わりに登記手続完了後に登記権利者のための登記済証となるものであるため、申請書正本と同一の形式と内容であることから、これほど登記済証作成のための基礎書面として確かなものはないのであった。

登記済証は、登記義務者としての申請人が現在の登記名義人と同一人であるかどうかの本人確認のためのものであったが、新法は、登記識別情報の制度を導入した。これは、登記官による本人確認のための、いわばパスワードともいべき方法で、むろん、オンライン申請を念頭においた仕組みである。

新法は、登記申請を書面申請とオンライン申請の二本立てとしながらも、前者から後者への移行を促進する意図を有しているようである。そのことは、登記済証作成の基礎書面たる登記原因証書の廃止という政策によりうかがうことができる。

前述のよつに、「委任の終了」を原因とする所有権移転登記においては、登記原因証書が存在しないとの理由で、申請書副本を提出するものとされていた。それは、法人格のない社団の代表者が交替し、旧代表者から新代表者へと

社團資産の所有権登記が移転するにあたり、実体上の当該不動産所有権移転を目的とする法律行為が両者の間に存在しないからにほかならない。先ほど述べた通り、登記原因証書は、旧法四 条の解釈上、処分証書でなければならず、旧代表者と新代表者の間で、当該社團資産についていかなる処分も行なわれていない以上、両者がその登記原因証書を作成することは不可能だという配慮がそこにあつたのであろう。

それにもかかわらず、私は、前述した平成二年執筆の論文において、「代表者の辞任と選任に関する団体の決議（委任契約の終了と発生という法律行為）を表わす書面を登記原因証書として要求する必要がある」と主張していた。⁽⁴²⁾ このことによつて、とくに入会財産の登記名義人が恣意的に部外者等へ移転登記するという事態が少しでも防げれば、と考えたのである。しかし、前述の通り、法務省民事局課長の賛意を得るには到らなかつた。

この部分を読み返してみれば、今更ながらにわが未熟さと言葉の足りなさを痛感するので、すでに法改正がなされた後ながら、この点について、補充しておきたい。

先ほど私は、旧代表者と新代表者の間に社團資産の処分行為がないと述べた。それはその通りなのだが、だからといって、両者間に何ら法律関係がないわけではない。社團資産とは異なるが、類似の問題としての入会財産の場合を例に説明しよう。

沖縄市泡瀬地区における共有の性質を有する入会地⁽⁴³⁾については、集団に明確な成文規約が置かれ、専従事務職員が配置されるなど、きわめて厳格な組織管理が実行されている。入会地の所有権登記は、つねに集団の現代代表者名義とされ、代表者交替の際には、すみやかに旧代表者から新代表者へ移転登記が經由されている。

一般に、入会集団では、牧歌的ともいうべき組織運営がされていることも珍しくなく、入会地の所有権登記が明治期の代表者名義のまま、というところもある（入会権は地盤所有権登記の影響を受けないので、これはこれで差し支

えない)。泡瀬地区の入会地は、現在、米軍用地内にあり、集団に使用料が支払われている。そのために、集団における会計処理等についての適切さが構成員たる入会権者らから求められる傾向にあり、前述した旧代表者から新代表者へのすみやかな移転登記という入会慣習は、この傾向から生まれたものと推測される。

代表者交替に際しては、このような入会財産の登記名義の変更（移転登記）という事務を含め、厳密な事務引き継ぎが、専従事務職員立ち合いのもとに行なわれている。

ここで、集団と代表者の関係は（準）委任と解されるのであるが、新代表者の就任は、集団を委任者、新代表者を受任者とする（準）委任という関係を意味する。同時に行なわれるこれまでの代表者の辞任は、集団とその者の間の（準）委任の解除ということになる。さらに、旧代表者と新代表者による泡瀬地区における共有入会地に関する所有権移転登記申請事務（具体的にいえば、両者による司法書士への登記手続代行に関する準委任）は、登記名義人としての地位の交替を目的とした、何らかの合意と解する余地がある。すなわち、入会地所有権登記における代表名義人の交替は、入会集団と新旧代表者の間の三者契約として評価すべきであろう。少なくとも、泡瀬地区における共有入会地については、そのように理解して差し支えないように思える。

平成二年における論文執筆の際には、私はまだ泡瀬地区における右入会慣習を見聞していなかった。しかし私は、当時から新旧代表者の関係を右のように法律的に解釈しうると考えていた。登記義務者としての旧代表者と、登記権利者としての新代表者の間に、「委任の終了」という登記原因に関する登記原因証書は、旧法下において存在しえりと理論構成できるのではないかと、と解していたのである。

もとより、旧法四 条における「登記原因ヲ証スル書面力初ヨリ存在セス」とは、前述のように、諾成契約の原則により当事者が処分証書を作成せずに契約を結んだ場合と、相続のように、移転登記により不利益を受ける者の処分

の意思表示なしに権利変動が生じたため本質的に当該処分証書がありえない、という場合が典型なのである。「委任の終了」を原因とする移転登記においては、そのどちらにも該当しない。したがって、通常の売買などの場合と異別に扱ふ根拠に乏しい。

2 新法における登記原因証明情報提供の必須化

さて、新法において、旧法における登記原因証書の制度が根本的に改められるに到った。それは、登記原因証明情報の提供の必須化である（新法六一条）。したがって、売買契約書を作成していない売買の当事者も、不動産所有権の相続人も、各原因を証明する情報を提供しなければならない。これがオンライン申請にもとづく場合であれば電磁情報として、また、書面申請であれば、当該情報を書面又は磁気ディスクに記載・記録して、必ず登記官に提供しなければならなくなった。

そうはいつても、たとえば売買において書面作成を要件とする要式契約へと、民法五五五条が改正されたわけではない。それにもかかわらず、登記原因証明情報の提供が必須化されたということは、たとえば書面申請における登記原因証明情報記載書面が、現に売買当事者の意思表示に際してその意思を表わすために作成された書面（処分証書）である必要はない、ということを意味している。売買当事者がこのような書面を作成せずに、口頭で相互に意思表示をし、その後に報告書面（作成日が登記原因の日付の後となっている書面）を作成した場合でも、これが登記原因証明情報を記載した書面たりうる。

登記済証ではなく登記識別情報で登記義務者の本人確認をするという、オンライン申請を念頭にといった新しい方法が、登記原因証書なるものを不要とし、新たに、登記原因証明情報の提供必須化という方向性をもたらした。そして

この改正は、当事者の本人確認や登記原因の確認という点について、司法書士の役割を増大させる方向性が前提となっているように思われる。

3 「委任の終了」に対する法改正の影響

「委任の終了」という登記原因にもとづいて所有権移転登記申請するについては、もはや申請書副本の提出は許されない。「委任の終了」を証明する情報を登記官に提供することが必須となったのである。

「委任の終了」という登記原因を、ここでもう一度、確認しておこう。それは、法人格なき社団の資産につき、代表者として登記名義を有する者が当該代表者としての地位を失い、社団において新たに代表者が選出された場合、新代表者は旧代表者に対して当該資産に関する所有権移転登記請求権を取得する⁽⁴⁾。この場合の移転登記原因こそが「委任の終了」である。

旧法下では、四 条にもとづいて申請書副本で登記申請することとされていたが、その申請書には、登記義務者として旧代表者が、また、登記権利者として新代表者が記載されており、当該資産の実質的所有者である団体は、一切この申請書に名を表わすことはできなかった。旧法は（そして新法も）、民法一九条の⁽⁵⁾とき規定を有しておらず、非法人の組織が不動産を所有するという社会的実体を念頭に置いてこなかったのである。

ところが、新法における登記原因証明情報提供の必須化は、ここに大きな変化を強制する。それは、登記官が、「委任の終了」という登記原因に関する情報の提供を、申請当事者（旧代表者と新代表者）に要求することとなる、という変化である。ここで、「委任の終了」に関する情報は、具体的にいえば、法人の定款の記載事項に準じたものとなる。

たとえばまず、団体の目的、名称、事務所の所在地、資産に関する規定、理事の任免に関する規定などがそれである。次に、団体の意思決定機関において、理事任免規定にもとづいて、登記義務者が代表者としての地位を退き、登記権利者がその地位に就いた旨の決議が行なわれたこと、並びにその日付（これが登記原因の日付となる）である。このうち、新旧代表者氏名住所と交替年月日⁽⁴⁵⁾が登記原因証明情報として最も重要であるが、登記原因が「委任の終了」である以上、これらの者を新旧代表者とする団体の名称の記載は必要不可欠であろう。これについては、司法書士も同意見のようである。たとえば、全国青年司法書士協議会による「登記原因証明情報の書き方と記載例」には、「委任の終了」に関する登記原因証明情報様式が提案されている。そこで、これを資料1として掲げておきたい。

登記原因証明情報は、いうまでもなく正確でなければならぬ。かつ、できるかぎり、具体的であることが望ましい。たとえば、民法法二九条にいう「法人でない社団」とは、一般に法人格なき社団のことと思われるが、実際には、かような社団的組織体ではない入会集団についても、判例は同条の適用を認めて当事者能力を認容する⁽⁴⁶⁾。この二つの組織体の違いについて、民法学者も民法学者もまったくといってよいほど注意を払わないが、後者には、前者と異なって、「各地方の慣習」を第一次的法源とする旨の規定（民法二六三条、二九四条）が設けられており、両者は解釈の上で峻別する必要がある場合が多い。

ただ、共通しているのは、双方とも代表者交替の際の登記原因が「委任の終了」となることである。したがって、私は、登記原因証明情報の提供にあたっては、対象地が入会地である場合には、共有の性質を有する入会地については民法二六三条、共有の性質を有しない入会地については、同二九四条の規定を表わした方がよいと思うのである。資料1の中で示されている「第2」の部分について、資料2として、その書式を提案しておきたい。

資料1

登記原因証明情報

第1 登記申請情報の要項

- (1) 登記の目的 所有権移転
- (2) 原因 平成 年 月 日委任の終了
- (3) 当事者 登記権利者 住所
登記義務者 住所

- (4) 不動産の表示 (略)

第2 登記原因となる法律行為又は事実

1 是は、法人格なき社団である「 会」の代表者であり、「 会」の財産である上記不動産について、 法務局平成 年 月 日受付第 号で 名義の所有権移転登記がなされている。

2 是は、平成 年 月 日「 会」の代表者を退任し、同日 が代表者に就任した。

当事者双方は、「第2 登記原因となる法律行為又は事実」に記載された事項を確認した。後日のため本書2通を作成し、当事者が署名押印する。
平成 年 月 日

登記権利者

登記義務者

第3 当事者の関与に関する事項

1 本登記原因証明情報は、平成 年 月 日司法書士 事務所で作成した。

2 及び は、本登記原因証明情報作成時に同席している。当職は、前記「第3 当事者の関与に関する事項」に記載した事実を確認し、登記原因証明情報をしたため、司法書士法施行規則第28条の規定により以下に記名押印する。

司法書士

登録番号

全国青年司法書士協議会によるコメント

登記申請時に新代表者の就任を証する、社員の規約、総会議事録の添付は要求されていない(登記研究449号)。このため、原因日付となる新代表者の就任日付以外には、就任の議事等に関する事項は必要はないと考える。

ただ、この私の提案においては、困難な問題がある。それは、入会権者はもとより、司法書士も、入会権に関する民法二六三条と二九四条をほとんど意識していないであろう現状である。

入会財産は、入会地所在の地域において、「部落有財産」「区有財産」と呼ばれていることが普通で、前述のように、入会権者自身、入会権や入会林野という法律語を使用していない。それ以上に問題であるのは、入会権者らが維持している「掟」「決まり」が、(共有の性質を有する入会権の場合)民法二六三条で「慣習」と規定され、民法における共有の規定に優先する(ゆえに入会権は強力な権利である)という事実を通常は知らないことである。そのために、たとえば転出して失権したかつての入会権者から、登記上の共有持分がその者に残存していることを理由に権利主張がなされた場合、それに毅然として対応する自信を欠いていることがある。

裁判官・弁護士・司法書士、民法学者といった法律専門家であっても、通常は入会権について正確な認識を有していることはまれである。司法試験や司法書士試験に入会権に関する出題は見られず、もとより、一般の民法学の解説書には、前述のように当り前のごとく不正確な入会権の記述がなされているからである。そのために、誤った入会権訴訟の追行が訴訟代理人によって行なわれ、かつ、目を疑うような判決が言い渡されることがある。このような法律専門家の状況の中

資料2

第2 登記原因となる法律行為又は事実

- 1 は、民法263条における共有の性質を有する入会権者組織「共有財産組合(部落、 区)」の代表者であり、「共有財産組合」財産(共有の性質を有する入会地)である上記不動産について、法務局平成 年 月 日受付第 号で 名義の所有権移転登記がなされている。
- 2 は、平成 年 月 日「共有財産組合」の代表者を退任し、同日 が代表者に就任した。

で、ひとり司法書士にのみ、入会集団の代表者交替に際しての登記申請代理の場で、登記原因証明情報に正確な記述を求めるとは酷といふべきであらうか。

けれども私は、本稿の「まえがき」において、入会地であることの推認が、意外に登記簿を閲することによって容易であることを述べた。ここに私が示した程度の要件で入会権を推認し、登記申請のために事務所を訪れる申請当事者からの簡単なヒアリングによつて入会権の確認すること、その上で、登記原因証明情報として入会権の存在を明確にすることは、登記の専門家である司法書士においては不可能とは思われぬ。

五 結びに代えて

最後に、前述した平成三年の「委任の終了」に関する法務省民事局長通達の問題について触れておきたい。

前述の通り、地方自治法の一部改正により、その二六 条の二に、「地縁による団体」の規定が置かれた。これは、自治会や町内会と呼ばれている地域住民集団が独自に集会所等の不動産資産を取得して管理していることがあるにもかかわらず、集団名でその所有権登記ができなかつた状態を是正するために設けられた制度である。

聞くところによれば、この法案は、もっぱら当時の自治省において作成されたようだが、これが、一部、入会集団の資産たる共有入会地の登記において利用されている事態が生じているらしい。問題なのは、構成員としての入会権者は、一般に世帯である点にある。この点、地縁による団体の構成員を個人としてとらえるこの地方自治法上の規定と齟齬しているところにある。さらにまた問題なのは、その個人としての地域住民の加入の求めを一切拒めないという「地縁による団体」の仕組みにある。これは、地域内において入会権者を決定するルールが入会慣習であることと、

大いに矛盾する。

当時の自治省においては、この法案作成に際して、入会財産の問題をまつたく意識していなかったふしがあり、長野庁とこの問題について協議してないと聞く。この規定の成立過程や、現在、全国の入会地がどの程度「地縁による団体」名義となりつつあるか、という点は、今後の研究に俟たなければならない。ただ、今後、これまで部落有財産として、地区の代表者個人の名義とされてきた入会地につき、この名義を危険視して「地縁による団体」を「創設」してその団体名義へと持ち込もうとする傾向がかなりあることを指摘しておかなければならない。

そこで問題となるのは、平成三年の前記法務省民事局長通達である。これは、代表者名義であった財産について、その地区における「地縁による団体」名義へと移転する際の登記原因が「委任の終了」である旨の内容である。この通達は、これまでの民事局内の姿勢からすると異質であるといわざるをえない。

もう一度、確認しておこう。「委任の終了」とは、法人格なき社団の代表者が交替する際の登記原因として、昭和四年に香川氏によつて考案された。すなわち、「委任の終了」とは、団体と旧代表者の間の委任解除、団体と新代表者の委任関係の発生、という二つの事項を表わす登記原因であつたはずである。ここに、登記権利者として「地縁による団体」という新しい事態が発生した。「委任の終了」という登記原因の原点を考えると、この第三形態の移転登記にあつては、別の登記原因を付すべきではないか。これが本稿における最後の私の問題提起である。

問題を単純化して考えるために、法人格なき社団Aが社団法人化する場合を例にとろう。法人化以前の社団資産が代表者Bの個人名義で登記されているとする。この代表者がBからCに交替する場合、当該資産については、BからCへ「委任の終了」を原因として移転登記することとなる。そして、仮にCが死亡しても、Cの相続人による相続登記申請は受理されない。Cの相続人は、次の代表者(Dとする)にC相続人として移転登記をする義務を負う。この

場合の登記原因も「委任の終了」である。

この社団Aが法人格を取得した場合、Aは登記上の名義人となる資格を得ることとなる。そこで、A資産を団体Aの名義へDから移転登記するとしよ。平成三年民事局長通達は、この場合の登記原因も「委任の終了」とするのであるが、これは同登記原因の原点を理解しない扱いである。「委任の終了」とは、法人格なき社団の代表者交替の際の登記原因として発案された。この原点からするなら、「委任の終了」にもとづいて登記を取得した者の名義は、実体上のものではなく、代表者の地位を表わすものであつたはずである。

右の例において、当該資産が実体的にAの資産であるとしても、「委任の終了」によつて団体Aが登記を取得した場合、Aの名義は、実体上の所有権を表象していないという解釈にならざるをえない。Aが登記能力を獲得したことにより、より実体に忠実に所有者Aの登記を実現するという場合に、Dからの「委任の終了」を原因とする移転登記という方法を採用することは誤りではないか。登記行政の担当者の意見を聞きたいところである。

註

- (1) 江淵武彦 「非法人団体資産の登記と『委任の終了』(上)(下)」登記研究五 八号二七頁、同五 九号一頁、いずれも「平成二年、テイハン」。同 「登記原因としての『委任の終了』再論(1)(2)」九州共立大学経済学部紀要八 七号一頁、八八号一頁、いずれも「平成一四年」。
- (2) 内田貴・民法「第2版」債権各論「平成一七年、東京大学出版会」一七頁。
- (3) 江淵「表示登記における旧村等名義の性格」島大法學四八巻三号「平成一六年」一頁。
- (4) 註(1)文獻のうち、登記研究五 九号三頁ないし四頁。
- (5) 昭和三年六月二日民事甲第一八九七号民事局長回答(登記研究一 号二六頁)。

- (6) 昭和三十六年七月二日民事三発第六二五号民事局第三課長回答(登記研究一六七号二八頁)。
- (7) 香川保一「人格なき社団の成立要件とその財産の帰属関係及び登記方法」登記研究二二一号「昭和四年」一五頁。
- (8) 香川・註(7)に同じ。
- (9) 香川・註(7)文献一六頁。
- (10) 登記研究誌上の「質疑応答」における応答が登記実務における先例的な意味を有することについては、註(1)で
かかげた拙稿のうち、九州共立大学経済学部紀要八八号一七頁ないし一八頁参照。
- (11) 昭和四一年四月一八日民事甲第一二二六号民事局長回答(登記研究二二四号四五頁、増補・不動産登記先例解説総覧
「平成二年、テイハン・登記研究編集案編」八六頁)。
- (12) 昭和三三年二月二日民事三発第一一一二号民事局長回答(法曹時報三 巻四号一四二頁)。
- (13) 平成三年四月二日民三第二二四六号民事局長通達(増補・不動産登記先例解説総覧「平成一年、テイハン」八七六
頁)。
- (14) 岡森昭則「入会集団の意義と分収契約」西日本入会林野研究会会報五号「昭和五五年」八頁。
- (15) 「地縁による団体」としての認可を受ければ、つねに住民税がかからないというのではない。この団体は、地方税法
では公益法人等の中含まれ、収益事業を行なう事務所又は事業所所在地において住民税が賦課される(道府県民税に
つき地方税法二四条五項、市町村民税につき同法一九四条七項)。ということは、その反対解釈として、当該団体が収
益を得ていない場合には、住民税が賦課されない。生産森林組合が、将来の収益のために、毎年、森林の維持管理事業
を行なっているも、その年に収益がなければ、収益事業を行なっていることにはならない。それでも、この組合は、公
益法人等に含まれないので、住民税は賦課される。このような組合を法形式の上で解散して公益法人等に含まれる「地
縁による団体」に組織替えすれば、当然に設立後の当該団体も収益事業を行なっていることにはならないので、結果と
して住民税が賦課されないということである。
- (16) 川原祥二「福岡市における入会整備について——類型と整備指導方向——」西日本入会林野研究会会報八号五頁以下
参照。
- (17) 註(1)文献のうち、登記研究五 九号一八頁ないし二頁。

- (18) 登記研究五 七号「平成二年」三頁。
- (19) 登記研究五七七号「平成八年」四九頁ないし五頁。江瀨・註(1) 文献のうち、九州共立大学経済学部紀要八八号九頁。
- (20) 註(1) 文献のうち、登記研究五 九号一九頁ないし二頁。
- (21) 香川・註(7) 文献一二頁。
- (22) 最判昭和五五年二月八日判時九六一号六九頁。この裁判例については、江瀨「社団財産総有説の功罪」鳥大法学四九卷二号「平成一七年」一頁ないし一四頁。同判決における、社団は権利主体性がないから不当利得返還請求権を有しないとの判示の問題点については、一六頁ないし二頁参照。
- (23) 「杉並マーケット判決」については、江瀨・註(22) 文献六頁ないし七頁。
- (24) 香川・註(7) 文献一二頁。
- (25) 江瀨・註(22) 文献一六頁ないし一七頁。
- (26) 香川・註(7) 文献一三頁。
- (27) 登記研究五七七号「平成八年」二九頁以下。
- (28) 江瀨・註(1) 文献のうち、九州共立大学経済学部紀要八八号二頁。
- (29) 江瀨・註(28) 文献九頁ないし一五頁参照。
- (30) 神田孝夫「登記の権利推定機能」(一)(二)(三)「民事研修」昭和四五年、以下同じ「一五五号」二九頁、一五七号七頁、一五八号五頁。吉野衛・注釈不動産登記法総論【新版】上「昭和五七年、金融財政事情研究会」二二二頁。
- 舟橋諱一・物権法(法律学全集18)「昭和三五年、有斐閣」二二二頁、板橋郁夫「湯浅道男・物権法(改訂版)」昭和五二年、成文堂一六五頁、松坂佐一「民法提要物権法(第四版増訂)」昭和五五年、有斐閣「八二頁は、登記の推定を論説するにあたり、(一)書きでドイツ民法八九一条を示している。また石田文次郎「物権法論」昭和七年、有斐閣「一三三頁、柚木馨・判例物権法総論」昭和三年、有斐閣「七二頁は、ドイツ民法八九一条のような規定は日本民法に設けられていないが登記に推定力がある、という表現をしている。これらの説は、登記の推定を法律上の権利推定と明記しているわけではないが、ドイツ民法八九一条の参照を読み手に促しているところから、登記の推定を法律上の権利

推定と解していると推測する余地はあろう。

登記の推定を事実上の推定と解する見解は、花田政道「所有権訴訟における二、三の問題（その二）」判タ八八号「昭和三四年」五二頁、原島重義・特殊判例研究（一）登記の推定力の及び範囲、二 登記と法律上の推定」民商法雑誌五 巻一号「昭和三九年」一四五頁、間中彦次「登記の記載と推定」判タ一六五号「昭和三九年」四三頁、幾代通・不動産登記法「新版」（法律学全集25）「昭和四六年、有斐閣」三八五頁、阿倍徹・不動産登記講座 総論（一）（幾代通他編）「昭和五一年、日本評論社」二二五頁、広中俊雄・物権法第二版「昭和五七年、青林書院」四八頁、山田幸二・現代民法講義2（田中整爾編）「昭和六一年、法律文化社」七六頁、藤原勇喜・登記原因証書の理論と実務「昭和六一年、民事情報センター」二二五頁、松岡久和・物権法 基本法学双書（林良平編）「昭和六一年、青林書院」五七頁、川井健・民法概説2（物権）「平成九年、有斐閣」四九頁、平井一雄・民法（物権）「平成一四年、青林書院」六七頁。

(31) しかし阿倍教授は、登記の推定力規定の欠缺は登記の推定を法律上の権利推定と解することを妨げる決定的な理由にはならない、としている（阿倍・註(30)文献二二四頁）。教授は、実質的にみて、推定すべきことが法規範化されているならば、これを法律上の推定といつてよいとされる（前掲二四五頁）。

(32) 田中整爾・占有論の研究「昭和五一年、有斐閣」七五頁。

(33) 本文中述べた通り、田中教授は、占有訴権が「強窃盗者のような法の意図しない者の保護をも導く」とされる。教授は強窃盗者保護が法の意図するものではないことを明確にしているものの、結果として、かかる者による占有訴権を認める（認めざるをえない）という。これを明確に否定した学説は、たとえば占有訴権を債権的利用権保護という趣旨にもとづいて理解する中尾教授のそれである（中尾英俊・物権法「昭和五三年、青甲社」一四六頁）。

多くの学説は、占有訴権制度の趣旨を、自力救済禁止に求めている。この説は、おそらくは、自力救済禁止という趣旨から、本権者に対してもかかる無権原占有者を占有訴権者として保護すべきとの立場にあるものと推測される。それでも、強窃盗者を占有訴権者として保護すべきであると率直に記述した研究者は、内田教授以外にはほとんどない。内田教授は、「占有訴権の請求権者は、占有者である（一九七条）。泥棒でもよい」とされるが（内田貴・民法「第三版」総則物権「平成一七年、東京大学出版会」、疑問である）。

甲所有不動産が乙によって盗取され、さらに、これが乙から丙に盗まれたという場合を例に取ろう。丙を被告として乙

が請求する占有回収の訴えに甲が当事者参加し、所有権にもとづいて丙に引渡請求する過程で乙が泥棒であることが判明した場合、裁判所は乙を占有訴権者として保護しえないだろう。この場合、乙の占有回収の訴え棄却、参加人甲の勝訴という判決に以外にない。

強窃盗者が占有訴権者としての保護を受けるかどうかは、つねに、民法一八八条という権利推定制度との関係において議論されなければならないのである。

(34) 川島武宜「判例研究の方法」川島武宜著作集五巻「昭和五七年、岩波書店」一五二頁以下。

(35) 原島教授は、次の点を指摘して、登記の推定力に関する解釈がドイツ法と日本法において同じであってはならないとされている(原島・註(30)文献一五七頁)。

ザクセン法等においては、登記につき形式的推定力原則を定めるが、これは、登記を権原そのものとする制度である。

右の形式的推定力原則は公信原則と同じ結果をもたらしたが、かような公信力によって与えられる地位と登記の推定力によって生ずる地位については区別がない。

ドイツ民法は、右のような形式的推定力制を排し、登記に公信力制を採用した。そこでは、公信原則と権利推定規定が分化する。

したがって、登記による権利推定規定を設けるのは、登記に公信力を認める法制においてだけである。

(36) 広中・註(30)文献四八頁。

(37) 登記原因の推定力肯定説として、末弘厳太郎・判例民法(2)大正一一年度「大正一三年、有斐閣」七頁、山中康雄・占有の理論「昭和二六年、日本評論社」七四頁、山田・註(30)文献七六頁、藤原・同三三頁、花田・同五六頁、間中・同四七頁。

(38) 浅井清信・判例不動産法の研究「昭和一三年、立命館出版部」一三六頁、金山正信・物権法総論「昭和三九年、有斐閣」一四五頁。他に、登記原因の推定力否定説として、新田敏・民法講義ノート(2)物権「昭和五五年、有斐閣」五七頁。

(39) 藤原・註(30)文献一五頁。

(40) 登記研究四五九号九八頁に、質疑応答【六七 八】として「委任の終了」を登記原因として法人格なき社団の代表者変更による所有権移転登記がなされている場合には、その不動産につき相続を原因とする所有権移転登記は受理できない」との見解（登記をつかさどる法務省担当部局によると思われる）が示されている。

(41) 藤原・註(30) 文献六九頁以下。

(42) 江淵・註(1) 文献 のうち、登記研究五 九号一九頁。

(43) この入会地については、江淵「沖繩における軍用地内の入会」沖繩における近代法の形成と現代における法的諸問題
〔平成二三年度〕平成一六年度科学研究費補助金基盤研究(A)・研究代表者田里修沖繩大学法経学部教授・研究課題番号一三三三二一 一・平成一七年刊行〕九三頁以下参照。

(44) 最判昭和四七年六月二日民集二六巻五号九五七頁。

(45) 全国青年司法書士協議会・登記原因証明情報の書き方と記載例60〔平成一七年、日本法令〕六一頁。

(46) 最判平成六年五月三十一日民集四八巻四号一 六五頁。

〔付記〕 本稿は、西日本入会林野研究会の後継組織ともいふべき村落環境研究会の第三回シンポジウム(一) 六年九月)における発表内容に加筆したものである。なお、註(45) 資料の本稿への転載については、全国青年司法書士協議会会長・高原勉氏のご了承をいただいた。謹んで御礼申し上げます。