

日本とドイツにおける
不動産公示制度の研究

大場 浩之

はじめに

- 一 問題意識と課題の設定
 - 1 問題意識
 - 2 課題の設定
- 二 素材の選択と分析の視角
 - 1 素材の選択
 - 2 分析の視角
- 三 本稿の構成

第一部 日本とドイツにおける不動産公示制度の歴史的変遷

第一章 日本における不動産公示制度の発展

第一節 序

第二節 明治維新以前

- 一 明治維新以前の土地制度
- 二 明治維新以前の土地制度の意義

第三節 地券制度

- 一 地券制度成立までの動き
- 二 地券制度の内容と性格
- 三 地券制度の意義

第四節 公証制度

- 一 地券制度の問題点
- 二 明治政府による諸規則の制定
- 三 公証制度の内容と性格
- 四 公証制度の意義

第五節 旧登記法

- 一 旧登記法制定への動き
- 二 旧登記法の立法過程
- 三 旧登記法の内容と性格
- 四 旧登記法の問題点
- 五 旧登記法制定の意義

第六節 不動産登記法

- 一 不動産登記法制定への動き
- 二 不動産登記法の立法過程
- 三 不動産登記法の内容と性格
- 四 不動産登記法の問題点
- 五 不動産登記法制定の意義

第七節 不動産登記法制定後の発展

- 一 沿革
- 二 内容
- 三 評価

第八節 小括

- 一 従来の制度との関係
- 二 外国法との関係
- 三 担保制度との関係
- 四 今後の展望

第二章 ドイツにおける不動産公示制度の発展

第一節 序

第二節 中世以前

- 一 中世以前における土地制度
- 二 中世以前における土地制度の意義

第三節 中世

- 一 中世における土地制度
- 二 中世における土地制度の意義

第四節 ローマ法の継受

- 一 ローマ法の内容と性格
- 二 ローマ法の継受過程
- 三 ローマ法の継受が公示制度に与えた影響

第五節 近代

- 一 ローマ法継受後の問題の発生
- 二 相続簿制度と自署証書制度
- 三 騰記制度
- 四 抵当権簿制度と担保簿制度
- 五 登記簿制度

第六節 ドイツ帝国における立法

- 一 法全体の統一過程
- 二 GBO（土地登記法）の立法過程
- 三 GBO の内容と性格
- 四 GBO 制定の意義

第七節 GBO 制定後の発展

- 一 沿革
- 二 内容
- 三 評価

第八節 小括

- 一 発展過程の整理
- 二 国の発展過程との関係
- 三 取引の発展との関係
- 四 今後の展望

第三章 日本とドイツにおける登記法の発展の比較

第一節 日本における不動産公示制度の発展の特徴

- 一 歴史的な特徴

- 二 担保制度との関係
- 三 現行の不動産公示制度
- 第二節 ドイツにおける不動産公示制度の発展の特徴
 - 一 歴史的な特徴
 - 二 担保制度との関係
 - 三 現行の不動産公示制度
- 第三節 登記法制定に至るまでの発展の比較
 - 一 担保制度の発展
 - 二 不動産公示制度の発展
 - 三 不動産公示制度と担保制度の関係
- 第四節 登記法制定後の発展の比較
 - 一 影響を与えた諸要素
 - 二 設立された制度の特徴
 - 三 今後の発展傾向

第二部 ドイツにおける土地債務（Grundschild）と登記の関係

第一章 ドイツにおける土地債務の発展と現代的意義

第一節 序

- 一 土地債務の法的性質
- 二 土地債務の位置付け

第二節 土地債務の歴史的発展過程

- 一 土地債務の起源
- 二 19世紀に至るまでの発展過程
- 三 19世紀における発展

第三節 土地債務の現代的意義

- 一 BGB（民法典）制定以降の発展
- 二 抵当権から土地債務へ
- 三 現代における土地債務の重要性

第四節 小括

- 一 発展過程のまとめ
- 二 土地債務制度の今後の課題

第二章 ドイツにおける登記と土地債務の関係

第一節 序

- 一 登記制度の発展過程
- 二 公示制度と非占有担保制度

第二節 登記制度の法的構造

- 一 登記の法的概念
- 二 登記制度の技術的な特質
- 三 登記の要件および効果

第三節 土地債務の登記総論

- 一 土地債務の特徴
 - 二 登記の内容
 - 第四節 土地債務の登記各論
 - 一 証券土地債務
 - 二 登記土地債務
 - 三 所有者土地債務
 - 第五節 小括
 - 一 登記と土地債務の関係
 - 二 理論的な検討
- 第三章 日本における登記と非占有担保権の関係への示唆
- 第一節 序
 - 一 登記制度についての日本法とドイツ法の関係
 - 二 担保制度についての日本法とドイツ法の関係
 - 第二節 日本における登記と非占有担保権の関係
 - 一 登記制度の発展過程
 - 二 公示制度と非占有担保制度
 - 第三節 不動産公示制度と不動産担保制度の理論的な関係
 - 一 歴史的な観点
 - 二 経済的な観点
 - 三 法的な観点
 - 第四節 小括
 - 一 ドイツ法から得られた示唆
 - 二 不動産公示制度と不動産担保制度の今後の課題

第三部 ドイツにおける仮登記 (Vormerkung) と不動産物権変動論

第一章 わが国における不動産物権変動論

第一節 序

- 一 わが国における不動産物権変動論の特徴
- 二 立法に至る経緯
- 三 物権行為の独自性
- 四 物権変動が生じる時期
- 五 対抗問題の法的構成
- 六 登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲
- 七 登記がなければ対抗することができない第三者の範囲

第二節 判例の展開

- 一 序
- 二 初期の判例
- 三 戦前の判例
- 四 戦後の判例
- 五 小括

第三節 学説の展開

- 一 序
- 二 初期の学説
- 三 戦前の学説
- 四 戦後の学説
- 五 最近の議論
- 六 小括

第四節 現状の分析

- 一 判例
- 二 学説
- 三 判例と学説の関係

第五節 小括

- 一 わが国における不動産物権変動論の展開過程
- 二 わが国における不動産物権変動論の課題および今後の展望

第二章 ドイツにおける仮登記制度

第一節 序

- 一 仮登記制度の意義
- 二 不動産物権変動論との関係

第二節 歴史的発展過程

- 一 仮登記制度の萌芽
- 二 各ラントにおける発展
- 三 BGBの編纂過程

第三節 法的特徴

- 一 法的性質
- 二 要件
- 三 効果
- 四 他の制度との関係

第四節 今日における機能

- 一 仮登記制度が機能する諸事例
- 二 不動産物権変動における仮登記の役割の重要性

第五節 小括

- 一 ドイツにおける仮登記制度の特徴
- 二 今後の課題と展望

第三章 仮登記制度と不動産物権変動論

第一節 序

- 一 仮登記制度の現状
- 二 不動産物権変動論の現状
- 三 検討の順序

第二節 仮登記制度と不動産物権変動論の関係

- 一 ドイツにおける土地所有権移転の場面に際しての

- 仮登記の存在意義
- 二 日本における不動産所有権移転の場面に際しての
仮登記の存在意義
- 三 不動産物権変動における仮登記
- 第三節 ドイツにおける不動産物権変動論の分析
 - 一 債権行為と物権行為の明確な峻別
 - 二 二重契約の場面
 - 三 仮登記の存在意義
- 第四節 わが国における不動産物権変動論の再構成
 - 一 判例と学説の現状
 - 二 民法 176 条の解釈問題
 - 三 民法 177 条の解釈問題
 - 四 民法 176 条と 177 条の関係
- 第五節 小括
 - 一 不動産物権変動における仮登記の理論的な位置付け
 - 二 わが国における不動産物権変動論の今後の展望

おわりに

- 一 結論
 - 1 日本とドイツにおける不動産公示制度の歴史的変遷過程
 - 2 不動産公示制度と不動産非占有担保権の理論的關係
 - 3 不動産公示制度と不動産物権変動論の關係
- 二 今後の課題

はじめに

一 問題意識と課題の設定

1 問題意識

物権は、物に対する直接的かつ支配的な権利である。したがって、物権の存否、帰属およびその他の変動を、外部から認識可能な何らかの方法によって、第三者に公示する必要がある。そのような公示方法として古くから用いられていた方法は、動産および不動産ともに、物の現実的支配の外形としての占有であった。しかしながら、社会の発展に伴って、物に対する権利関係が複雑かつ多様になってくると、様々な権利関係を的確に公示するためには、占有ではもはや不可能となる。そこで、所在が固定している不動産に関して考案された公示方法が、権利変動を公簿に記載するという登記制度である¹。

日本における登記制度は、明治維新以降、地券制度、公証制度、旧登記法、不動産登記法およびその大改正（2004（平成16）年）という過程を経て、今日に至っている²。このうち、旧登記法と不動産登記法の制定にあたっては様々な国々の立法例が参照されたが、その中でもとりわけドイツ法の影響が大きいとされている。旧登記法は、登記の技術的な施設の面では物的編成主義を採用するなどドイツ法を模範とし、実体法との関連の面ではほとんどその当時の状態のままにおき、フランス法に追随してその体裁を整備するにとどめた。この点から、旧登記法はフランス法を模範とするものと理解する説³も存在するが、あくまで登記法の手続法としての側面を重視する観点からすれば、旧登記法それ自体はドイツ法を模範としていると理解するべきであろう⁴。そして、不動産登記法は、現行民法典の制定および施行に伴い、プロイセンの所有権取得法、プロイセン土地登記法、ドイツ民法草案およびドイツ土地登記法草案などを参考にして制定されている⁵。

¹ 幾代通著・徳本伸一補訂『不動産登記法 [第四版]』（有斐閣、平6）1頁以下を参照。
² 主として不動産登記法制定までの登記制度の発展過程について論じるものとして、福島正夫「旧登記法の制定とその意義」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）329頁以下、同「日本における不動産登記制度の歴史」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）406頁以下、および、同「わが国における登記制度の変遷」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）428頁以下などを参照。また、不動産登記法制定後の諸改正にも触れているものとして、新谷正夫「登記制度の変遷」登研100・19（昭31）、清水誠「わが国における登記制度の歩み 一素描と試論一」日本司法書士会連合会編『不動産登記制度の歴史と展望 [不動産登記法公布100周年記念]』（有斐閣、昭61）99頁以下、および、寺田逸郎「不動産登記 一その制度と運用一」鎌田薫・寺田逸郎・小池信行編『新・不動産登記講座・第1巻・総論I』（日本評論社、1998）1頁以下などを参照。その他にも、日本の不動産公示制度の発展過程に関する一般的な記述があるものとして、舟橋諄一『不動産登記法』（日本評論社、1937）、同編『注釈民法（6）・物権（1）』（有斐閣、昭42）、杉之原舜一『新版・不動産登記法』（一粒社、昭45）、吉野衛『注釈不動産登記法総論・新版・上』（金融財政事情研究会、昭57）、幾代通著・徳本伸一補訂『不動産登記法 [第四版]』（有斐閣、平6）、舟橋諄一・徳本鎮編『新版・注釈民法（6）・物権（1）』（有斐閣、平9）、幾代通・浦野雄幸編『判例・先例コンメンタール・新編・不動産登記法①』（三省堂、1999）などがある。

³ この点につき、幾代・徳本・前掲注1・7頁を参照。

⁴ 福島正夫「旧登記法の制定とその意義」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）365頁以下を参照。

⁵ これについては、福島・前掲注4・352頁以下を参照。

以上のように、日本の不動産登記法はドイツ法の影響を強く受けていると思われるのであるが、ドイツにおける登記制度そのものを扱った論稿⁶は意外と少ない。ドイツにおける抵当権の発展過程などとの関連で登記制度を扱ったもの⁷の中で優れた論稿は数多いのであるが、それらはいくまで、ドイツにおける登記制度そのものに焦点を合わせたものではない。

また、実体法上の原則をよりよく理解するためには、手続法上の原則を理解することが必要不可欠となる。この点、不動産物権変動理論に対応する手続法は不動産登記法である。これまで、不動産物権変動理論に関する研究は、わが国の民法学において最も難解かつ重要なテーマとして華々しく展開されてきており、現在においてもその重要性には高いものがあるといえよう。しかしながら、これに反して、不動産登記法そのものに対する研究にはやや手薄な面があると言わざるを得ない。確かに不動産登記法は、その実務的性格のゆえに、理論的な観点からの研究対象とはなかなかかなり難しい面があることは否定できない。しかし、物権変動の基礎理論を考察する際には、不動産登記手続の原則およびその実務上の運用との関連においてこれを把握するように努めなければならない。さらに、日本の物権変動と登記の関係を考察するに際して、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の原則を採用していることに特別の関心が払われるべきである⁸。つまり、日本法においては、物権変動に関する実体法と手続法の母法がそれぞれ異なっているのである。当然このことから、実体法と手続法の微妙な関係が生じてくることが予想され得る。

⁶ 例えば、満州帝国協和会地籍整理局分会発行『ヘーデマン土地法要綱』（厳松堂書店、昭13）、鈴木禄弥「ドイツおよびスイス」法時 24・3・21（1952）、林毅「ケルンのシュライン帳簿 —ドイツ私法史上最初の不動産登記制度」専法 1・79（1966）、同「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力 —シュライン制度の研究序説—」服藤弘司・小山貞夫『法と権力の史的考察』（創文社、昭52）109頁以下、田山輝明「西ドイツの不動産登記制度」香川保一編『不動産登記制度の諸問題・上巻』（帝国判例法規出版社、昭49）55頁以下、田山輝明訳「ドイツ土地登記法」民月 53・10・60（平10）、石川清「ドイツ不動産物権と登記」THINK 97・7（2000）、同「ドイツ不動産物権と登記Ⅱ」THINK 99・169（2001）、同「ドイツ土地登記法 30講（1）～（17）」登研 650・157、651・45、653・123、654・163、655・73、660・163、663・77、664・25、667・95、670・123、676・73、681・67、684・83、694・85、695・37、697・91、699・97（平14～18）などを参照。さらに、フランスとドイツ両国に関するものとして、高島平蔵「フランスおよびドイツにおける近代的不動産公示制度の展開」同『近代的物権制度の展開と構成』（成文堂、昭44）151頁以下を参照。その他に、主要な体系書および注釈書にドイツの登記制度に関する記述がある。また、ドイツ語による文献としては、Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, II/2, 1935, S.192 ff.が著名である。その他のドイツ語文献として、Aubert, Beiträge zur Geschichte der deutschen Grundbücher, ZRG 1893, 1 ff.; Beyerle, Die Anfänge des deutschen Schreinswesens, ZfRG 1931, 51, 335 ff.; Böhringer, Die Geschichte des Grundbuchs im Wandel der Zeiten, BWNotZ 1986, 1 ff.; Ertl, Entwicklungsstand und Entwicklungstendenzen des Grundbuchrechts nach 80 Jahren Grundbuchordnung, Rpfleger 1980, 1 ff.; Stewing, Geschichte des Grundbuches, Rpfleger 1989, 445 ff.などがある。

⁷ 鈴木禄弥『抵当制度の研究』（一粒社、昭43）などを参照。

⁸ この点につき、有益な示唆を得ることができるものとして、鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続の実務 —日本的「フランス法主義」の特質—」民研 360・3（1987）を参照。

そして今日、わが国の不動産登記制度は大きな転換期を迎えたと言うことができる。日本とドイツにおいては、それぞれ 19 世紀末に近代的な登記法が制定されてから最近に至るまで、その法律自体は現行法としての地位を有し続けてきたが、その間になされた改正には決して見逃してはならない重要なものも多数含まれており、判例および学説の発展にも目覚しいものがある。これらの点を度外視して両国の今日における登記制度を語ることができないのは言うまでもない。さらに、わが国においては、不動産登記法の大改正が平成 16 (2004) 年に行われた。そこでは、オンライン登記申請制度⁹の採用を中心として、それまでの制度の根本的な見直しが行われた。このような制度の転換期には、制度の根本的な部分にまで遡った基礎的な研究が有益であり、必要不可欠であろうと思われる。制度の趣旨や沿革を深く認識することによって、現在そして将来に生じるであろう諸問題にも対応することができるのである。

そして、不動産公示制度を歴史的な観点から検討してみると、抵当権などの非占有担保権の発展と密接に関連しつつ生成および整備されてきたものであることが判明する。したがって、非占有担保制度との関係で登記制度を論じることも重要となる。そこで重要な鍵となるのが、ドイツ法上の土地債務 (Grundschuld) 制度である。これまでわが国では、近代的抵当権論に関する研究を中心としつつドイツの抵当権法を考察対象とする研究¹⁰には大変優れたものが多かったが、その反面、ドイツにおける土地債務制度を中心として検討したものは¹¹は相対的に少なかったと思われる。周知のように、土地債務はドイツ法に特

⁹ オンライン登記申請制度の採用に至る経過を探るにあたって有益なものとして、「オンライン登記申請制度研究会最終報告書」登研 665・76 以下 (平 15) を参照。

¹⁰ 例えば、近代的抵当権論をめぐる研究として、石田文次郎『投資抵当権の研究』(有斐閣、昭 7)、我妻栄『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣、昭 28)、それに対する批判として、鈴木禄弥『抵当制度の研究』(一粒社、昭 43)、高島平蔵「ドイツ抵当法の発達について — 「従属性から独立性へ」の図式を中心として —」早比 7・2・121 (1972)、松井宏興『抵当制度の基礎理論』(法律文化社、1997)などを参照。ドイツ法を比較対象として抵当権の効力に関する諸問題について解釈論的な考察を加えるものとして、田中克志『抵当権効力論』(信山社、2002)、ドイツにおける強制抵当権を考察対象とするものとして、斎藤和夫『ドイツ強制抵当権の法構造 — 「債務者保護」のプロイセン法理の確立』(慶應義塾大学法学研究会、平 15)などを参照。他にも、ドイツ抵当権法を研究対象とする論考は大変数多い。

¹¹ 例えば、新井英夫「土地債務の一考察」法協 49・3・62 (昭 6)、山田晟「土地債務の抽象性について (一〜三・完)」法協 53・1・42、53・2・89、53・3・16 (昭 10)、同「立法論として所有者土地債務をみとめるべきか」法協 97・9・1 (1980)、中山知己「ドイツ土地債務の担保的機能 (一〜三・完) — 抵当権の流通性に関連して —」立命館法学 185・40、186・52、191・32 (1986~1987)、同「ドイツ信託法理の一断面 — 保全土地債務法における信託的構成の展開 —」山口経済学雑誌 38・3 = 4・473 (平元)、同「ドイツ土地債務の担保的機能について — 近代的抵当権論の一考察 —」私法 53・247 (1991)、同「ドイツ土地債務の被担保債権範囲論序説 — 根抵当権との比較を考慮して —」山口経済学雑誌 45・5・215 (平 9)、同「補論・ドイツ土地債務の被担保債権範囲論 — 各種の担保」山口経済学雑誌 46・3・157 (平 10)、椿久美子「ドイツ法における土地債務と抵当権の関係 — 担保約定および抗弁権の視点からみた土地債務の変容 —」麗澤大学紀要 56・27 (1993)、倉重八千代「ドイツにおける土地債務の利用急増の原因についての一考察 — 抵当権制度と土地債務制度の比較から —」ソシオサイエンス (早稲田大学) 7・213 (2001)などを参照。

有の制度であり、日本法にも、非占有担保制度の母法とされるフランス法にも存在しないものであるため、比較法の対象となり難い面があったことは確かである。しかしながら、ドイツにおいて、非占有担保権として実務で利用されている制度は圧倒的に土地債務であり¹²、抵当権は金融界においてほとんど利用されていないと言っても過言ではない¹³。この現状を反映するように、ドイツにおいては、土地債務に関する研究が精力的になされている¹⁴。被担保債権との付従性を有しない土地債務は抵当権とは異なり、被担保債権から

¹² BGBにおいても、抵当権が不動産担保権の原則形態として規定され、抵当権に関して詳細な規定が設けられており（BGB 1113条以下）、土地債務に対しては、付従性を有しないという特徴をもつ点を除いて、抵当権に関する規定が準用されるものとされている。しかしながら、現実利用される頻度は逆の結果となっている。

¹³ ドイツにおいて利用されている不動産担保権の80%以上が、土地債務ではないかと考えられる。やや古い資料ではあるが、Adams, *Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte*, 1980, S.11を参照。なお、抵当銀行が行う長期信用においては、所有権者が不動産を購入し、その不動産上に担保権を設定する場合、土地債務の全設定担保権に有する利用割合は97%に上るとされている。この点につき、Wehrens, *Der schweize Schuldbrief und die deutsche Briefgrundschuld, ein Rechtsvergleich als Basis für eine zukünftige Eurohypothek*, *Österreichische Notariats-Zeitung*, 120 Jahrgang Juli 1988, 7, 1988を参照。ちなみに、公営銀行、商工業信用協同組合および農業信用協同組合では、今日、例外なく土地債務が設定されている。Otmar M. Stöcker, *Die "Eurohypothek", Zur Bedeutung eines einheitlichen nicht-akzessorischen Grundpfandrecht für den Aufbau eines "Europäischen Binnenmarktes für den Hypothekarkredit"* mit einer Darstellung der Verwendung der Grundschuld durch die deutsche Hypothekarkreditpraxis sowie des französischen, spanischen und schweizerischen Hypothekenrechts, 1992, S.27.

¹⁴ 例えば、抵当権と土地債務の異同に関するものとして、Blomeyer, *Eigentümpfandrecht und Grundpfandbestellungsrecht des Eigentümers*, *DRWiss*, 1941, 110 und 218; Buchholz, *Abstaraktionsprinzip und Immobilienrecht, Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld*, 1978; Dempewolf, *Der Rückübertragungsanspruch bei Sicherungsgrundschulden*, 1958; Felgentraeger, *Hypothek und Grundschuld*, *FS Gierke*, 1950, S.140; Huber, *Die Sicherungsgrundschuld*, 1965; Klee, *Eigentümpfandrecht oder Fremdgrundschuld*, *NJW* 1951, 579; Kommans, *Die Sicherungsgrundschuld*, 1939; Kowalski, *Die Grundschuld im modernen Grundbuchverkehr*, 1932; Kuchler, *Die Sicherungsgrundschuld*, 1939; Polzin, *Die praktische Anwendung der Grundschuld*, *AcP* 134, 219 など、保全土地債務（Sicherungsgrundschuld）に関するものとして、Gaberdiel, *Kreditsicherung durch Grundschulden*, 5.Auflage, 1991; Clemente, *Die Sicherungsgrundschuld*, 2.Auflage, 1991; ders., *Die Sicherungsabrede der Sicherungsgrundschuld*, *ZIP* 1990, 969; Eickmann, *Aktuelle Fragen der Sicherungsgrundschuld*, *ZIP* 1989, 137; ders., *Die in der Zwangsversteigerung bestehenbleibende Grundschuld*, *FS Merz*, 1992, S.49; Rahn, *Verkehrshypothek und Sicherungsgrundschuld*, *BWNotZ* 1959, 265; Kollhosser, *Neue Probleme bei der Abtretung und Verpfändung von Grundschulden*, *JA* 1979, 232; Petri, *Die Grundschuld als Sicherungsmittel für Bankkredite*, 1975; Reinicke/Tiedke, *Kreditsicherung*, 3.Auflage, 1994, S.336; Scholz, *Der sicherungsrechtliche Rückgewähranspruch als Mittel der Kreditsicherung*, *FS Möhring*, 1965, S.419; Seckelmann, *Die Grundschuld als Sicherungsmittel*, 1963; Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, *Bd. II*, 1966; Tiedke, *Die Sicherungsgrundschuld*, *Jura* 1980, 407; ders., *Zur weiten Sicherungsabrede bei Bestellung der Grundschuld durch eine Personengesellschaft oder den persönlich haftenden Gesellschafter*, *NJW* 1991, 3241; ders., *Zur Anlaßrechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Grundschuldrecht*, *ZIP* 1997, 1949;

離れて、担保権者および担保権設定者によってより柔軟に利用され得るという利点がある。この点は、わが国において非占有担保制度を今後いかに整備していくべきかという問題を考えるにあたって、有益な示唆を与えるものとなるだろう。土地債務の特殊性を強調するあまり、その比較対象としての有益性を否定するのではなく、たとえわが国に存在しない制度であっても、その制度の特徴を正確に分析した上で示唆を得ることには、十分な意義が認められることと思われる。

また、登記制度の研究という面からも、土地債務制度の研究は重要であると思われる。なぜならば、日本の登記制度はドイツ法を範として継受したものであり、そのドイツ登記法は、ドイツにおける非占有担保制度の発展と密接に関連しつつ整備されてきたからである。ドイツにおいても、不動産担保物権として BGB (民法典) 制定当初に重要視されていたのは抵当権であったが、今日では圧倒的に土地債務が利用されている。土地債務はもともと、プロイセンやハンザ諸都市を始めとする各ラントにおいて利用されていたものであり、それが BGB 編纂の際に導入されて今日に至っている。そもそも登記制度は、自らの土地を担保に金融を得ようとする際に、効率的かつ機能的に非占有担保権の所在を公示するために発案され、整備されてきたものであり、金融および経済に与えるその影響には非常に大きなものがある。プロイセンやハンザ諸都市といった、ドイツにおいても商業が極めて発展した地域において広く利用されていた土地債務が、その地域における経済状況と密接に結びついていたことは、想像に難くない。そして、土地債務の発展が登記制度の整備を促し、また逆に、登記制度が整備されることによって土地債務の発展をさらに促したであろうことも予想されることである。

以上のように、ドイツにおける土地債務に関するわが国での研究は、その多くが抵当権との対比でなされたものであり、土地債務という法概念そのものに焦点を当てた研究は極めて少ない。とりわけ登記との関係で土地債務を論じたものは皆無といってよいと思われる。

そして、登記制度は不動産の権利変動を公示するための制度なのであるから、その研究を行うにあたって、不動産物権変動論との関係を捨象することは許されない。不動産物権変動論はわが国の民法学において、古くから華々しく論じられてきたテーマの一つであるが¹⁵、これまで様々な議論がなされてきたにもかかわらず、各論者の見解が一点に収斂

Weber, Der Rückübertragungsanspruch bei der nicht valuierten Grundschuld, AcP 169,237; Wilhelm, Sicherungsgrundschuld und Einreden gegen Dreiterwerber JZ 1980,625 など、所有者土地債務 (Eigentümergrundschuld) に関するものとして、Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, 1910; Lorenz, Weitere Fragen zur konkursrechtlichen Problematik der Eigentümergrundschuld, KTS 1962,28; Obeneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis, Gruchot 47,306; Sottung, Die Pfändung der Eigentümergrundschuld, 1957などを参照。他にも、土地債務に関する研究はドイツにおいて数多くなされている。

¹⁵ 文献は膨大な数に上る。代表的なものとして、石坂音四郎「物権ノ設定移転ニ関スル我
国法ノ主義」法学新報 21・2 = 3・27 (1911)、横田秀雄「物権契約ヲ論ス」法曹記事 22・
11・1 (1912)、鳩山秀夫『物権法』(東京大学講義録、大7)、末弘厳太郎『物権法・上
巻』(有斐閣、大10)、石田文次郎『物権法論』(有斐閣、昭7)、舟橋諄一「登記の欠缺を
主張し得べき「第三者」について」『加藤正治先生還暦祝賀論文集』639頁(有斐閣、昭7)、

我妻栄『物権法』(岩波書店、昭7)、末川博『物権法』(日本評論社、昭12)、藤本秀磨「独逸法系不動産登記簿の公信力に就いて(一～三・完)」法協 53・4・103、53・5・114、53・6・116(昭10)、我妻栄「不動産物権変動における公示の原則の動揺—物権法開講に際して—」同『民法研究Ⅲ・物権』51頁(有斐閣、昭41)[初出・法協57・1(昭14)]、同『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣、昭28)、山中康雄「権利変動におけるいわゆる対抗要件(一・二・完)」法政15・3=4・41、16・3=4・51(昭23)、同「権利変動論」名法1・3・287(1952)、同「民法一七七条について」愛大51=52・1(昭41)、川島武宜『新版・所有権法の理論』(岩波書店、1987)[初版・1949]、宮崎俊行「不動産物権二重譲渡の理論」法研27・1・22(1954)、同「民法制定より神戸先生に至る物権変動論」法研38・1・99(1965)、鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、1955)、吉原節夫「特定物売買における所有権移転の時期」に関する戦後の判例について—民法176条の研究(1)—」富大経済論集6・3=4・540(1961)、同「物権変動の時期に関する判例の再検討(一・二)—民法一七六条の研究(2)—」富大経済論集7・2・164、8・1・1(1961～1962)、同「特定物売買における所有権移転の時期」民商48・6・827(1963)、同「所有権移転時期に関する最近の論争に寄せて」富大経済論集27・3・654(1982)、好美清光「Jus ad remとその発展的消滅—特定物債権の保護強化の一断面—」一法3・179(1961)、同「不動産の二重処分における信義則違反等の効果」手形研究57・8(1962)、原島重義「不特定物の売買における目的物の所有権移転時期」法政28・3・275(1962)、同「債権契約と物権契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅱ(贈与・売買)』102頁(有斐閣、昭37)、同「「対抗問題」の位置づけ—「第三者の範囲」と「変動原因の範囲」との関連の側面から—」法政33・3=4=5=6・43(昭42)、太田知行『当事者間における所有権の移転—分析哲学的方法による研究の試み』(勁草書房、1963)、浜上則雄「フランス法における不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意」阪法51・1(1964)、星野英一『民法論集・第2巻』(有斐閣、昭45)、同『民法論集・第6巻』(有斐閣、昭61)、篠塚昭次「物権の二重譲渡」法セ113・44(1965)、同「対抗力の問題の原点(一)」登研270・1(昭45)、篠塚昭次・月岡利男「対抗力の問題の原点(二・完)」271・1(昭45)、篠塚昭次・月岡利男「不動産登記における公信力説の形成と展開(一・二)」登研272・1、273・1(昭45)、篠塚昭次「不動産登記における公信力説の形成と展開(三・完)」登研274・1(昭45)、同「物権の変動と不動産登記—その動的側面と静的側面—」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』41頁(日本加除出版、昭62)、同「物権変動論争の基礎と背景」鈴木禄弥・徳本伸一編『財産法学の新展開』157頁(有斐閣、1993)、広瀬稔「無因性理論についての一考察—ドイツ普通法学における所有権譲渡理論を中心として—」論叢77・2・44(1965)、三和一博「民法一七七条の「第三者」の範囲と信義則の適用—いわゆる背信的悪意者をめぐる判例・学説の検討—」東洋法学9・2=3・32(1965)、湯浅道男「物権変動論序説のための覚え書(一)—背信的悪意者をめぐって—」愛学18・1・1(昭42)、同「背信的悪意者論」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・上巻・不動産法の課題と展望』77頁(日本評論社、1990)、有川哲夫「土地所有権取得法(一八七二年)の研究(一～四)—所有権譲渡理論を中心

される気配は見受けられない。それどころか、以前とは異なり、不動産物権変動に関して論じられること自体が少なくなり、不動産物権変動論に対する興味が失われ、そもそもこの問題を論じる実質的な意味が問われるに至った。しかし、このような状況において、注目されるべき優れた研究が、近年再び現れ始めている¹⁶。不動産物権変動論は古典的なテ

として」名城 19・3=4・111、20・3=4・76、22・2・1、24・1・19 (1970～1974)、鎌田薫「フランス不動産譲渡法の史的考察 (一～四・完)」民商 66・3・55、66・4・64、66・5・117、66・6・75 (昭 47)、同「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全 —フランスにおける判例の「転換」をめぐる—」比較法学 (早稲田大学) 9・2・31 (昭 49)、同「フランスにおける不動産取引と公証人の役割 (一・二) —「フランス法主義」の理解のために—」早法 56・1・31、56・2・1 (1980)、同「対抗問題と第三者」星野英一編集代表『民法講座・第2巻・物権 (1)』67頁 (有斐閣、昭 59)、同「不動産物権変動の理論と登記手続の実務 —日本的「フランス法主義」の特質—」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』57頁 (日本加除出版、昭 62)、同『民法ノート物権法① [第2版]』(日本評論社、2001) [初版・1992]、同「不動産登記制度の基本原則」鎌田薫・寺田逸郎・小池信行編『新・不動産登記講座・第1巻・総論 I』23頁 (日本評論社、1998)、幾代通『不動産登記法の研究』(一粒社、昭 48)、同『不動産物権変動と登記』(一粒社、昭 61)、高島平蔵「取引安全観念の機能について」早法 49・1・3 (1973)、月岡利男「不動産物権変動と対抗問題」沖大論叢 13・1・51 (昭 48)、同「ドイツ民法成立期における登記主義と公信主義」松山商大論集 29・4・153 (昭 53)、同「不動産物権変動理論史 —第三者論を中心に—」関法 46・2・1 (平 8)、水本浩「不動産物権変動における利益衡量」星野英一編集代表『私法学の新たな展開』269頁 (有斐閣、昭 50)、鈴木祿弥『物権法の研究』(創文社、1976)、同『物権変動と対抗問題』(創文社、1997)、石田喜久夫『物権変動論』(有斐閣、昭 54)、半田正夫『不動産取引法の研究』(勁草書房、1980)、同「不動産登記と公信力」星野英一編集代表『民法講座・第2巻・物権 (1)』197頁 (有斐閣、昭 59)、三宅正男「売買による所有権移転の考え方 (1～13)」判時 996・3、999・3、1002・8、1009・6、1012・8、1015・7、1019・9、1022・3、1026・10、1029・9、1032・9、1036・7、1039・9 (昭 56～57)、滝沢聿代「物権変動の時期」星野英一編集代表『民法講座・第2巻・物権 (1)』31頁 (有斐閣、昭 59)、同『物権変動の理論』(有斐閣、昭 62)、同「物権変動論のその後の展開 (一・二・完)」成城 50・1、52・175 (1995～1996)、池田恒男「登記を要する物権変動」星野英一編集代表『民法講座・第2巻・物権 (1)』137頁 (有斐閣、昭 59)、川井健『不動産物権変動の公示と公信』(日本評論社、1990)、鷹巢信孝『物権変動論の法理的検討』(九州大学出版会、1994)などを参照。

¹⁶ 例えば、松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」奥田昌道編集代表『林良平先生還暦記念論文集・現代私法学の課題と展望・中』65頁 (有斐閣、昭 57)、同「不動産所有権二重譲渡紛争について (一・二)・完」龍谷 16・4・65、17・1・1 (1984)、同「民法一七七条の第三者・再論 —第三者の主体的資格と理論構成をめぐる最近の議論」前田達明編集代表『奥田昌道先生還暦記念・民事法理論の諸問題・下巻』185頁 (成文堂、平 7)、磯村保「二重売買と債権侵害 (一～三) —「自由競争」論の神話—」神戸 35・2・385、36・1・25、36・2・289 (1985～1986)、加賀山茂「対抗不能の一般理論につい

一マではあるが、いまだに論じ尽くされていない部分も多く存在しているということを、新たな研究の出現は示していると言えるだろう。

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、フランス法的意思主義および対抗要件主義を採用したことに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

て一対抗要件の一般理論のために一判タ 618・6 (1986)、高橋良彰「ボアソナードの不動産公示制度 —「証書の登記」の概念とその史的検討のために(一)—」都法 29・1・449 (1988)、同「ボアソナードの二重譲渡論について —「倫理」・「自然法」・「実定法」をめぐる覚書—」都法 30・1・635 (1989)、横山美夏「不動産売買契約の「成立」と所有権の移転(一・二・完) —フランスにおける売買の双務契約を手がかりとして—」早法 65・2・1、65・3・85 (1989~1990)、同「競合する契約相互の優先関係(一~五・完)」法雑 42・4・914、43・4・607、45・3=4・464、47・1・41、49・4・815 (1996~2003)、同「「対抗スルコトヲ得ス」の意義」鎌田薫・寺田逸郎・小池信行編『新・不動産登記法講座・第2巻・総論Ⅱ』1頁(日本評論社、1997)、七戸克彦「登記の推定力(一~三・完)」法研 62・11・28、63・1・35、63・3・43 (1989~1990)、同「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—」法研 62・12・277 (1989)、同「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法研 64・12・195 (1991)、同「「法源」としてのボワソナード民法典・物権変動を素材として」法時 70・9・36 (1998)、多田利隆「民法一七七条の「対抗」問題における形式的整合性と実質的整合性(一~三・完) —消極的公示主義構成の試み—」民商 102・1・22、102・2・28、102・4・21 (1990)、同「公示方法に対する消極的信頼保護法理の分析 —民法一七七条の対抗問題とドイツ法における消極的公示主義規定—」北九州 18・1・111 (1990)、松尾弘「ローマ法における所有概念と所有物譲渡法の構造 —所有権譲渡理論における「意思主義」の歴史のおよび体系的理解に向けて(I)—」横浜市立大学論叢(社会科学系列) 41・3・201 (1990)、同「所有権譲渡の「意思主義」と「第三者」の善意・悪意(一・二・完)」一論 110・1・159、111・1・91 (1993~1994)、同「不動産譲渡法の形成過程における固有法と継受法の混交(1~3・完) —所有権譲渡理論における「意思主義」の歴史のおよび体系的理解に向けて(II)—」横国 3・1・1、3・2・33、4・1・103 (平6~7)、吉田邦彦『債権侵害論再考』(有斐閣、1991)、石田剛「不動産二重売買における公序良俗」前田達明編集代表『民事法理論の諸問題・下巻・奥田昌道先生還暦記念』129頁(成文堂、平7)、同「不動産物権変動における公示の原則と登記の効力(一~三・完) —プロイセン=ドイツ法の物権的合意主義・登記主義・公信原則—」立教 46・129、49・124、51・53 (1997~1999)、同「登記がなければ対抗することができない第三者」鎌田薫・寺田逸郎・小池信行編『新・不動産登記講座・第2巻・総論Ⅱ』25頁(日本評論社、1998)、「民法学の過去・現在・未来」研究会「物権変動論の最前線 —不動産の二重譲渡問題を中心に—」姫路 20・149 (1996)、舟橋秀明「ドイツにおける不動産譲渡法に関する一考察 —ドイツ民法典成立以前のラント法を中心に—」早稲田法学会誌 48・199 (1989)、同「一九世紀におけるドイツ所有権譲渡理論について —学説史的考察—」早稲田法学会誌 50・243 (2000)、田口勉「明治後期および大正期における物権変動論 —公信の原則の位置づけ、影響を中心に—」関東学園 10・1・125 (2000)などを参照。

を中心として行われてきたが、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。排他性および絶対性といった物権の基本的な性質を鑑みると、何らかの方法で権利関係を対外的に公示しなければならない必要性が生じてくるのは、取引関係が一定程度以上に発達した国々において、普遍的な現象であると言える。さらに、そのような公示方法が、不動産物権変動において取引当事者の意思と共に法律上重要な要素を占めるようになると、不動産の権利関係を考察する際には、登記制度を始めとした不動産公示制度をも考察の対象に加えることが必要不可欠なものとなる。このように、不動産物権変動という法律的事象に関して、登記制度を中心的な視座に据えた上で検討を試みることの重要性は否定し難いように思われる。

また、わが国の不動産物権変動に関する実体法上の規定がフランス法に由来するということに関連して、フランス法を比較対象とした研究は数多くなされているが、ドイツ法との対比で物権変動論を検討した研究は、今日ではそれほど多くは見られないというのが現状である。この背景には、民法 176 条および 177 条の母法がフランス法であるということと同時に、かつての学説があまりにドイツ法に傾倒し過ぎていた¹⁷ことに対する反動もあったのではないかと考えられる¹⁸。しかしながら、不動産物権変動に関して論じる際に、不動産公示制度を検討対象から外すことはできないことを考えると、わが国の不動産登記法の母法であるドイツ法を参照することの重要性も否定することはできないのではないだろうか。さらに言えば、かつてのドイツ法に傾倒し過ぎた学説の展開に対する反省がその程度を超えて、ドイツ法を参照した上での不動産物権変動論の研究を必要以上に遠ざけている面が見えないわけではない。その結果、比較的最近なされている不動産物権変動論に関する研究には、フランス法を比較対象としたもの¹⁹や日本の固有法を探るもの²⁰などが

¹⁷ 例えば、物権契約における意思と債権契約における意思は異なっているため、物権契約は債権契約の内容とはなりえず、それゆえに、物権契約は債権契約の外部に存在し、債権契約と結合して成立するものとして、川名兼四郎「物権ノ設定移転ヲ論ス」法協 21・2・209（明 36）を参照。また、物権契約は債権契約の中に黙示的に包含されると解するものとして、岡松参太郎「物権契約論」法協 26・1・58（明 41）。さらに、物権契約は一つの意味表示の一部として債権的効果意思と共に並存すると解するものとして、富井政章「我国法に於ける物権的意思表示」法協 24・1・20（明 39）、および、横田秀雄「物権契約ヲ論ス」法曹記事 22・11・18（1912）を参照。以上のような見解は、その後、ドイツ法の形式主義を優れた制度であると評していた見解と共に影響力を強め、物権契約と債権契約を峻別する見解へと成長を遂げることになる。そして、明治後期には、通説を構成するに至るのである。

¹⁸ その端緒として、一つの行為の中に債権的効果の発生と同時に、それによって直ちに物権の変動をも発生させる意思が存在するものと解すべきであると主張した、末弘巖太郎「物権法・上巻」85 頁（有斐閣、1921）を参照。その後、とりわけ戦後において、不動産物権変動論の研究としては、わが国の実体法規定の母法であるフランス法を比較対象としたものが数多くなされている。その先鞭をつけた研究として、星野英一『民法論集・第 2 巻』（有斐閣、昭 45）所収の各論文を参照。

¹⁹ 横山美夏「不動産売買契約の「成立」と所有権の移転（一・二・完）—フランスにおける売買の双務契約を手がかりとして—」早法 65・2・1、65・3・85（1989～1990）、七戸克彦「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法研 64・12・195（1991）などを参照。

²⁰ 松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について（一・二）・完」龍谷 16・4・65、17・

多く、ドイツ法を比較対象としたもの²¹は少ないように見受けられる。もちろん、わが国の民法 176 条および 177 条の母法がフランス法であることは事実であるが、そのことを確定させただけでは問題の解決に至ることはないと思われる。現在の議論の状況は、不動産物権変動に関する実体法規定の母法がフランス法であるということを前提としつつ、さらに進めて、わが国の物権変動理論をより整合的に説明するために、様々な素材が吟味されているところなのではないだろうか。その意味で、ドイツ法を参照し、不動産物権変動をいわば縁の下から支える制度である不動産公示制度という観点から、不動産物権変動論について検討を加えることも、有意義なことではないかと考えられるのである。

2 課題の設定

これらの点に鑑みると、今後の不動産法研究の発展のためには、不動産登記法に関する研究、とりわけ、日本の現行不動産登記法の母法となったドイツにおける不動産登記制度に関する研究が必要であると思われる。そこで本稿では、まず、日本とドイツの不動産公示制度の発展過程を、担保制度の発展との関係を中心に素描した上で、日本の登記法とドイツの登記法の成立過程の類似点および相違点を明らかにしたいと考える。なぜならば、日本とドイツにおける不動産公示制度の歴史を辿り、日本の登記法とドイツの登記法との関係を明らかにすることによって、日本とドイツの現行登記制度の性格やそれにまつわる諸問題を明確に認識することができると思われるからである。また、不動産公示制度の発展と担保制度の発展は、抵当権の発展を中心として密接に関係しているからである。

ここで、不動産法は各国ごとの歴史のおよび民族的性格の濃厚な法分野であるため、比較法による研究の成果はあまり期待できないのではないかと²²、という疑問も生じ得るであろうが、物権変動の公示のための技術という側面に関する限りにおいては、登記制度というものは各国それぞれに独自の発展を遂げながらも、自ずとある種の普遍的な類型を形成していくものであるとすることができる²³。したがって、各国固有の部分と普遍的な部分を正確に分類した上で検討することは、やはり意味があるものと思われる。

両国における不動産公示制度の歴史の変遷過程を担保制度との関連を重視しながら検討した後、続いて、ドイツにおける土地債務制度と登記の関係について論述したい。なぜならば、不動産公示制度と非占有担保制度はその発展過程において密接な関係を有しているが、ドイツにおいて今日最も頻繁に利用されている非占有担保権である土地債務は、もともと担保権の譲渡性を高めるために、被担保債権との付従性を有しない非占有担保権として考案された制度であり、その譲渡性の向上を促進するために登記に公信力を認めるなど、登

1・1 (1984)、松尾弘「不動産譲渡法の形成過程における固有法と継受法の混交 (1～3・完) —所有権譲渡理論における「意思主義」の歴史のおよび体系的理解に向けて (II) 一」横国 3・1・1、3・2・33、4・1・103 (平6～7) などを参照。

²¹ ドイツ法を比較対象とした上での不動産物権変動論に関する最近の優れた研究として、石田剛「不動産物権変動における公示の原則と登記の効力 (一～三・完) —プロイセン＝ドイツ法の物権的合意主義・登記主義・公信原則—」立教 46・129、49・124、51・53 (1997～1999) が挙げられる。ここでは、特殊ドイツ的な部分とそうではない部分を分けて検討することの必要性が論じられている。

²² 舟橋諄一「不動産登記制度の研究について」法時 24・3・3 以下 (昭 27) 参照。

²³ 幾代・徳本・前掲注 1・2 頁以下参照。

記が有する効力を特徴付けるにあたって抵当権以上に影響を与えたと思われる形跡が見受けられるからである。このことから、わが国における登記が公信力を有していない一方で、ドイツ法上は登記に公信力が認められていることなどを中心として、不動産公示制度と不動産非占有担保制度の理論的關係を解明するにあたって重要な示唆を得ることができると思われるのである。

そして最後に、不動産公示制度が不動産物権変動を公示するために創設されたことに鑑みて、登記制度と不動産物権変動論の關係を焦点としつつ考察を試みたいと考える。しかしながら、不動産公示制度を中心としつつ、ドイツ法を参照しながら不動産物権変動に関して考察を行うとしても、不動産物権変動に関する実体法規定に関してフランス法を母法とし、いわゆる意思主義と対抗要件主義を採用した日本法と、形式主義を採用しているドイツ法とでは、不動産物権変動の実体法上の法的構造が大きく異なっていることは否定できず、単純にドイツ法における不動産物権変動論を検討するだけでは、わが国の不動産物権変動論にとって有益な示唆を得ることはできないと思われる。それゆえ、ドイツ法に固有の部分と、わが国においても妥当する普遍的な部分を分けて論じ、それぞれに対して正確な分析を試みることが重要であろうと思われる²⁴。

二 素材の選択と分析の視角

1 素材の選択

以上のように、本稿では、まず、日本とドイツにおける不動産公示制度の歴史を辿り、その上で、日本の登記法とドイツの登記法の成立過程の特徴について考察することを第一の課題とするが、その対象となる時間的範囲は、日本に関しては、古代から、時代を経るごとに叙述を詳細にしつつ、平成 16 (2004) 年に行われた不動産登記法の改正時までとする。明治維新以前の土地制度にまで遡って検討する理由は、明治維新以前の土地制度が、明治維新後の土地制度に何らかの影響を与えていたと思われることにあり、現行不動産登記法の改正時までに素材を拡大する理由は、今回行われた不動産登記法の大改正によって、日本の不動産公示制度がその根本的な部分に関して重要な変更を余儀なくされたため、その点に関する検討がなければ、今日におけるわが国の不動産公示制度を正確に把握することができないからである。

次に、ドイツに関しても、古代から、時代が新しくなるにつれて叙述の分量を増やしつつ、現行ドイツ土地登記法の制定を経た、その後の現代に至るまでの改正をも検討対象とする。中世以前に遡って歴史を辿る理由は、今日の登記制度と単純に比較することができないと思われる中世以前の一種の不動産公示制度も、その後のドイツにおける不動産公示制度の発展生成過程において、何らかの関与をなした可能性を否定することができないことにある。また、現行のドイツ土地登記法が制定された後の改正まで分析の対象とする理由は、ドイツにおいても、ドイツ土地登記法制定以降、いくつかの点において重要な改正が行われているからである。

そして、日本とドイツの不動産公示制度の発展過程を考察するにあたっては、担保制度の発展との關係を重視したいと考える。なぜならば、どの国においても、不動産公示制度

²⁴ 石田・前掲注 21・51・88 を参照。

と担保制度の発展は密接な関係を有しているのであるが、日本の場合とドイツの場合とでは、担保制度の発展が不動産公示制度の発展に与えた影響の程度に、違いがあると思われるからである。

続いて、不動産公示制度と不動産非占有担保制度の理論的な関係を解明するために、ドイツにおける土地債務と登記の関係について考察を加えるが、その際には、まず、土地債務制度の生成過程を検討することが必要不可欠な作業となるであろう。なぜならば、土地債務制度はドイツ法に特有な存在であり、したがって、他の国々には認められない何らかのドイツに特殊な法事情が存在していたために、被担保債権との付従性を有しない非占有担保権が創設されたと考えられるからである。また、土地債務は今日のドイツにおいて抵当権以上によく利用されているが、その理由は、土地債務精度がドイツ法においてはじめて創設された当時における理由とは異なっている。つまり、現代の土地債務は、立法者の意思とは異なる理由に基づいて機能しているのである。この点を明らかなものにするためには、今日における土地債務の機能を精査することも必要不可欠となる。これらの作業を通じてはじめて、土地債務と登記の関係を明らかにすることが可能となるであろう。

また、不動産物権変動論と登記の関係を論ずるにあたっては、不動産物権変動に関する日本法とドイツ法における重要な相違点の一つとして、物権行為と債権行為を明確に峻別しているか否かの違いが挙げることができ、このことが、両国の不動産物権変動システムを比較するに際して大きな障害となっていることは事実である。しかしながら、登記を物権変動の効力発生要件の一つとして位置付けているドイツ法（BGB 873 条）においても、債権的な請求権に物権的な効力を付与する制度が存在する。すなわち、仮登記（Vormerkung）制度（BGB 883 条以下）である²⁵。物権変動を求める債権的な請求権に

²⁵ ドイツの仮登記制度に関するドイツ語文献として、Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschen Grundbuchrecht, 1901; Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951; Kempf, Zur Rechtsnatur der Vormerkung, JuS 1961, 22; Weber, Die Anwendung der Vorschriften über Rechte an Grundstücken auf die Vormerkung, 1962; Furtner, Gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung?, NJW 1963, 1484; Medicus, Vormerkung, Widerspruch, Beschwerde, AcP 163, 1, 1963; Wöbelauer, Das unter Eigentumsvormerkung stehende Grundstück – eine res extra commercium?, DNotZ 1963, 580, 652, 718; Reinicke, Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb einer Vormerkung, NJW 1964, 2373; Paulus, Schranken des Gläubigerschutzes aus relativer Unwirksamkeit, FS Nipperdey I, 1965, S.909; Baur, Die Durchsetzung einer gutgläubig erworbenen Auflassungsvormerkung, JZ 1967, 437; Keuk, Auflassungsvormerkung und vormerkungswidrige Grundpfandrechte in Konkurs und Zwangsversteigerung, NJW 1968, 476; Lüke, Auflassungsvormerkung und Heilung des formnichtigen Kaufvertrags, JuS 1971, 341; Zagst, Das Recht der Löschungsvormerkung und seine Reform, 1973; v. Olshausen, Der Streit der Vormerkungen, JuS 1976, 522; Kupisch, Auflassungsvormerkung und guter Glaube, JZ 1977, 486; Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, FS Flume, S.371, 1978; Knöpfle, Die Vormerkung, JuS 1981, 157; Tiedtke, Die Auflassungsvormerkung, Jura 1981, 354; Schwerdtner, Die Auflassungsvormerkung, Jura 1985, 316; Werner, Gleichrangige Auflassungsvormerkungen, FS Wolf, 1985, S.671; Kohler, Vormerkbarkeit eines durch abredewidrige Veräußerung bedingten Rükckerwerbsanspruchs, DNotZ 1989, 339; Prinz, Der gutgläubige Vormerkungserwerb und seine rechtlichen Wirkungen, 1989; Hager, Die Vormerkung, JuS 1990, 429; Rosien, Der Schutz des Vormerkungsberechtigten, 1994; Sandweg, Anspruch und

仮登記がなされることによって、仮にその後仮登記権利者に当該不動産の権利が移転するまでの間に中間処分がなされたとしても、それを無視して、仮登記権利者は仮登記義務者に対して所有権移転の意思表示を行うことを請求できる。その限りにおいて、仮登記がなされた債権的請求権は、物権的な効力を有することになるのである。一見すると、BGBにおいては、物権行為と債権行為が明確に峻別された上で、あらゆる規定が整備されているように思われるが、この仮登記制度のように、物権と債権の相違を意図的に前面に出すことなく規定された制度もあるのである。そして、この仮登記制度は、ドイツにおける不動産物権変動において極めて重要な意義を有している。登記は不動産物権変動の効力発生要件であるため、取引当事者間においても、売買契約などの債権行為のみでは、物権が移転することはない。それゆえ、そのままでは、中間処分がなされた場合に、当初の請求権者はそれに対抗することができないことになる。そこで、仮登記制度の必要性が生じてくることになるのである。

以上のように、仮登記制度は、物権行為と債権行為を基本的には明確に峻別しているBGBにおいて異質なものとして存在しているために、それをめぐる諸問題は、物権行為と債権行為が密接に関連し合う場面として、物権債権峻別論の重要な検討課題として位置付けられるのと同時に、ドイツにおける不動産物権変動論を研究する際にも、重要な視点を提示するものであると考えられるのである。なぜならば、ドイツにおける不動産物権変動の場面においても、仮登記制度が利用されることは自然なことであり、大いに活用されているからである。そしてこのことにより、とりわけ、わが国における不動産物権変動論を検討するに際して、わが国の制度と大きく異なっていると思われるドイツ法を比較対象とする場合に、仮登記制度を両国の不動産物権変動論を比較可能なものとするための重要な鍵として位置付けることができるようになると思われる。さらには、仮登記制度を含む不動産公示制度全般にわたって、わが国はドイツ法を継受したという事実も、ドイツの仮登記制度を検討するにあたって、有力な根拠として挙げることができるであろう。

2 分析の視角

以上のような、本稿の三つの課題に関して論じるに際しては、時代ごとの歴史的発展過程における表面的な事実関係のみならず、その背後に存在する当時の社会的および経済的な情勢をも検討の対象とすることにしたい。なぜならば、このような視角で分析することによって、よりよく当時の不動産公示制度を始めとした諸概念の実質的な意味を理解することができ、さらには、日本とドイツ両国における不動産公示制度の歴史的発展過程の実

Belastungsgegenstand bei der Auflassungsvormerkung, BWNNotZ 1994, 5; Amann, Keine Vormerkung eigenständiger Übereignungspflichten des Erben oder des jeweiligen Eigentümers, DNotZ 1995, 252; Wacke, Vorgemerktter Schwarzkauf und Bestätigung oder Novation, DNotZ 1995, 507; Mollenkopf, Faktische Einwirkungen auf vormerkungsbetroffene Grundstücke, 1997; Mülberr, Der redliche Vormerkungserwerb, AcP 197, 335, 1997; Assmann, Die Vormerkung, 1998などを参照。また、日本語文献として、生熊長幸「仮登記について—物権・債権という概念との関係に—」法学 36・3・1（昭47）、および、赤松秀岳「仮登記制度とドイツ民法典編纂（一～三・完）—帝国司法庁（Reichsjustizamt）の役割に着目して—」民商 119・4＝5・166、119・6・28、120・1・92（1999）などを参照。

質的な比較および検討も可能になると思われるからである。

また、土地債務はドイツに特有のものであるので、土地債務の生成過程を考察するためには、当時のドイツの社会状況および経済状況を中心にして論じる必要がある。さらに、登記との関係に焦点を当てて検討することが目的であるため、土地債務がどのように公示されてきたのか、そしてそれがどのように発展してきたのかという点が、重要な視点となる。また、土地債務という法概念が日本に存在しない以上、土地債務に対する考察から拙速に日本法への示唆を得ようとすることは、厳に戒められなければならないであろう。付従性を有しない非占有担保権という土地債務の性質を正確に理解して、その具体的な展開を検討して初めて、その積極面および消極面の両面から、日本法への示唆を得ることができるようになると思われる。従って、日本法にもドイツ法にも規定のある非占有担保権である、抵当権との差異を強調して考察を加えることが、日本法への示唆を得る点で重要な作業となるであろう。

そして土地債務は、被担保債権との付従性を有せず、その上で特定の原則、独立の原則および順位確定の原則といった諸原則を満たすものとして、抵当制度を保全抵当から投資抵当へと普遍的に発達するものと捉えたいいわゆる近代的抵当権論において、その純粋な形態であるときみなされていた²⁶。この見解とそれに対する批判を経て、わが国における今日の抵当権に関する研究は発展してきているので、土地債務を考察するにあたって、近代的抵当権論をめぐる論争を避けて通ることはできないであろう。この点は、わが国での登記と不動産担保権との関係に対する示唆を土地債務の研究から得るためにも必要不可欠な視点である。

最後に、不動産物権変動論と登記の関係については、前述した問題意識を前提としつつ、わが国における不動産物権変動をめぐる議論を整理した上で、ドイツにおける仮登記制度の検討を中心的課題に据えながら、そこから得られた示唆に基づいて、わが国における不動産物権変動論の再構成を試みたいと考える。具体的には、わが国における仮登記制度の母法であるドイツ法において、仮登記制度がどのような生成過程を経て今日の姿に至っているのかについて検討した上で、今日における仮登記制度の現代的意義および法的性質を、とりわけ不動産物権変動論との関係を中心として明らかにしながら、ドイツにおける不動産物権変動論それ自体の分析を行い、そこから得られた結論をわが国における不動産物権変動論と照合し、対比することによって、わが国における不動産物権変動論をより整合的に説明できるモデルを構築したいと思う。

三 本稿の構成

以上のことを前提として、本稿では、まず第一部として日本とドイツにおける不動産公示制度の歴史の変遷過程について、主として担保制度との関係に焦点を当てながら、検討を行う。そこでは、第一章として、日本における不動産公示制度の歩みについて、古代か

²⁶ 石田文次郎『投資抵当権の研究』（有斐閣、昭7）168頁以下、我妻栄『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、昭28）83頁以下、および、同「資本主義と抵当制度の発達」『民法研究Ⅳ（1）』（有斐閣、1967）1頁以下参照。石田博士と我妻博士の考察対象の差異について、今村与一「抵当権の流通性について」法の科学9・95以下（昭56）を参照。

ら 2004（平成 16）年に行われた不動産登記法の改正に至るまでを、時代を経るごとに、より詳細に検討し、続いて第二章において、ドイツにおける不動産公示制度の歴史の変遷過程について、古代から現行ドイツ土地登記法の制定、さらにはその改正を経た現代の姿に至るまでを、時代が新しくなるに従って、より綿密に考察し、さらに第三章において、日本とドイツの不動産公示制度の発展過程の特徴を整理した上で、不動産公示制度の発展と担保制度の発展の関係について言及したいと思う。このような構成をとることによって、日本における不動産公示制度とドイツにおける不動産公示制度の発展過程の特徴を整理し、日本の登記法とドイツの登記法における、担保制度の発展が与えた影響の違いを明らかにすることが可能になると思われる。

続いて第二部として、ドイツにおける土地債務と登記の関係について考察を加える。ここでは、まず第一章において、ドイツにおける土地債務の歴史的生成過程を検討し、続いてその現代的意義を論じる。とりわけ、BGB 制定以前の各ラントでの土地債務の発展および利用形態、BGB 制定時における土地債務の導入をめぐる議論、さらには、BGB 制定後の実務における土地債務の利用急増の背景が主たる検討課題となるであろう。そして第二章において、ドイツにおける登記と土地債務の関係について検討を行う。第一章で明らかとなるであろう土地債務の歴史的発展過程および現代的意義が、登記制度の発展にどのような影響を及ぼしたのかという点が、この章での中心的な関心となる。特に、中世以降の各都市において発達した遠隔地間の商業と、土地債務および登記との発展の関係が、重要になると思われる。続いて、BGB 制定時における土地債務の公示方法についての議論、さらには、現代における土地債務の公示制度の状況を考察したいと考える。さらに第三章において、ドイツにおける登記と土地債務の関係の検討から、日本における登記と非占有担保権との関係に与える示唆を得たいと考える。中でも、不動産公示制度としての登記制度の本質に立ち返った議論、さらには、それを踏まえた上での、高度情報化社会に突入した現代社会において求められる登記制度の役割、および、それに対する疑問などが、この章での重要なテーマとなるであろう。

さらに第三部として、ドイツにおける仮登記制度に関する検討を中心的な作業としつつ、不動産物権変動論と登記の関係について考察を行い、わが国における不動産物権変動論の再構成を試みたい。ここでは、まず第一章において、わが国における不動産物権変動論と題して、それに関する判例および学説の展開を検討し、今日の議論状況を分析する。不動産物権変動をめぐるのは、民法典制定当初から華々しく議論が行われてきたため、すでに数多くの優れた研究成果が蓄積されている。それらを正確に整理し、分析すること自体が、価値のあるものとなるであろうし、同時に、本稿におけるテーマを検討するにあたって必要不可欠な前提条件となるであろう。具体的には、まず判例に関しては、民法典制定当初から今日に至るまでの比較的重要なと思われる諸判例を中心としつつ、原則として、それらを、物権行為の独自性、物権変動が生じる時期、対抗問題の法的構成、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲、および、登記がなければ対抗することができない第三者の範囲などの不動産物権変動論における主要な問題に関するものにそれぞれ区別した上で、時間軸に沿って検討したい。また、学説に関しても、基本的には判例と同様の検討方法を採用したいと考えるが、判例とは異なり、学説においては、注目されるべき新しい研究が最近になって現れているので、本稿においては、比較的最近の学説をより重点

的に取り扱いたいと思う。第一章におけるわが国の不動産物権変動論の検討に引き続いて、第二章において、ドイツにおける仮登記制度の検討を行う。ここでは、仮登記制度の歴史的発展過程やその法的特徴、さらには、今日における仮登記制度の法的位置付けを探ることなどが中心的な課題となるであろう。仮登記制度は、わが国においてもドイツにおいても、理論および実務の両面において重要な制度であると思われるが、これまでのところ、それほど詳細に論じられてきたとは言い難い。とりわけ、ドイツにおける仮登記制度に関する研究²⁷にはまだ不十分な点が多いように見受けられる。中でも、不動産物権変動論との関係を視野に入れた研究²⁸は、これまでほとんど存在していないと言えるだろう。それゆえ、第二章において行われることになる、ドイツにおける仮登記制度の歴史的生成過程とその現代的意義に関する考察は、本稿の中心的課題の一つであるだけでなく、ドイツにおける仮登記制度に関するこれまでの研究の間隙を埋める役割を果たすことにもなると思われる。そして、第一章および第二章における検討を踏まえた上で、最後に第三章において、仮登記制度と不動産物権変動論の理論的關係について検討を加えることにしたい。ここでは、まず、第二章において明らかにされることになるドイツにおける仮登記制度の歴史および現状についての分析に基づいて、ドイツにおける仮登記制度と不動産物権変動の理論的關係について、適宜、ドイツの仮登記制度を継受した日本の仮登記制度の法的特徴にも言及しながら検討を行うとともに、その整理を行い、それらを踏まえた上で、ドイツにおける不動産物権変動論の分析を行いたい。そして、そこで得られることになる示唆を前提として、わが国における不動産物権変動論の再構成を試みたいと考える。以上のような構成を採用することによって、ドイツにおける仮登記制度を手がかりとしつつ、わが国における不動産物権変動論に関して、一定の提言を行うことができるようになると思われる。

最後に、本稿の課題である①日本とドイツにおける不動産公示制度の歴史的変遷、②ドイツにおける登記と土地債務の關係、および、③ドイツにおける仮登記についての考察に関するそれぞれの検討および分析を通じて導き出された結論を提示し、あわせて今後の課題について言及した上で本稿の結語としたいと考える。

²⁷ とりわけ、わが国における仮登記制度との関連でドイツにおける仮登記制度に触れているものとして、鈴木禄弥『抵当制度の研究』348頁以下（一粒社、1968）、および、福島正夫『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』458頁（勁草書房、1993）などを参照。

²⁸ 一方で、フランス法上の仮登記を検討するものとしては、滝沢聿代「仮登記の効力 — フランス法からの考察 — （一・二・完）」成城3・27、4・37（1979）などを参照。

第一部 日本とドイツにおける
不動産公示制度の歴史的変遷

第一章 日本における 不動産公示制度の発展

第一節 序

日本の現行の登記制度は、明治 19（1886）年に制定された旧登記法を基にして整備されたものであるが、旧登記法は、旧幕時代の封建体制から近代資本主義への転換期である明治維新当時の各種の不動産法制の発展の結果である。さらに、維新当時の法制は、旧幕時代の制度や慣行が改革された結果として生まれたものである。

そして、日本の土地制度は、維新以後、特色のある変化および発展を経てきており、登記制度もこれに含まれる。農奴制の近世社会から、開国後の急激な政治、経済および社会の近代化を迫られつつ、農業国から工商諸産業を強行に発展させるために、幕藩体制の土地制度を改革することが政府の課題となり、そのために地租改正の事業が行われた。地券が発行され、各種の公証制度が設けられたのは、これに関連する事柄である。そこでヨーロッパ諸国の法律を参照した近代的な諸法が制定される以前に、まず、各種の土地法規が制定された。登記制度も維新後まもなく、種々の方式のものが生まれ、変化していったのである¹。

第二節 明治維新以前

一 明治維新以前の土地制度

1 古代から近世

物の譲渡法の形成は、物に対する所有観念の発生を伴うが、土地に対する私有の関心は、農耕による定住生活の進行に応じて強まったと考えられている²。大化元（645）年9月の孝徳天皇の詔に「而有勢者分割水陸以為私地、売与百姓、年索其価」とあるように、当時すでに「私地」および「売与」が存在した。大化2（646）年の詔では、公地公民制、班田収受の法などが宣せられたが、律令制下でも「宅地」に関しては売買が認められた。他方、耕作地に関しては、口分田・墾田などが「私田」とされ、これらに対して「田主」・「地主」などの言葉も用いられていることから、口分田などの田主などはその土地の所有者であったと解されているが³、売買は許されなかった⁴。しかし、天平 15（743）年5月27日の墾田永年私財法では、開墾地が「私財」とされて、養老7（723）年4月17日のいわゆる墾田三世一身法が廃され、全て永年没収されないものとなった⁵。したがって、この「私財」の概念は、「私田」からさらに進んで相続性の承認をも意味し、売買なども認められるようになった。

律令体制が崩壊し、公地公民制や班田収受の法も廃れると、土地支配の体系も再編された。そして中世においては、荘園においても「私領」が認められ、売買などの処分が行われ

¹ 福島正夫「わが国における登記制度の変遷」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）を参照。

² 牧英正・藤原明久編『日本法制史』（青林書院、1993）27頁以下を参照。

³ 中田薫『法制史論集・第2巻』（岩波書店、1938）1頁以下を参照。

⁴ 石井良助『日本法制史概説』（創文社、1976）171頁を参照。

⁵ 石井良助『江戸時代土地法の生成と体系』（創文社、1989）57頁を参照。

た⁶。中世においては、支配の対象となる土地を「所領」、これに対する支配を「知行」、そしてその主体を「領主」または「地主」と呼ぶのが一般的となった⁷。中世における土地売買の形態には、永代売の他、一定期間を区切った売買で、実質的には収益の売買である年季売、および、実質的には入質で、買主から支払われた本銭または本物をもって売主が買い戻しうる本銭返または本物返が存在した⁸。土地売買の方式に関しては、私的な証人などの連署または売主のみが署名する売券・沽券・放券と呼ばれる証文による売買が一般化した⁹。しかし、これらの証文による売買では、売主が当該土地の真の地主であることを保証する手続きがないことから、この他に、当該土地の最初の取得者から売主に至るまでの伝承を証明する手継証文を添付する慣例が生じ、室町時代初期まで行われた¹⁰。中世における一般的な土地支配観念であった「知行」は、中世末期に荘園が崩壊するにしたがって次第に公法的な租税徴収権能に転化し¹¹、さらに豊臣秀吉が天正 10 (1582) 年以来行った全国検地により、土地の公法的支配と私法的支配の分離が一段と促進された。

土地売買は、戦国時代においては中世以来の永代売、年季売および本物返の三形態に区別されたが、後二者は次第に混同され、主に担保目的で行われるようになった。そして永代売買は分国法によって禁止または制限された場合があったが、それが許された場合でも、証文の作成とともに、年貢収納の減少を防止するために、地頭への届出を要するのが一般的であった¹²。

2 江戸時代

形式的土地法の観点から見ると、旧登記法が施行されるまでは、封建的な方式によって依然として支配されていたものと認められ、また、維新直後の諸立法は、全て維新前の制度慣行、特に江戸時代の制度慣行とのつながりが多いので、江戸時代の土地制度の状況をより詳しく探ってみなければならない¹³。

徳川幕府当時においては、その初期から田畑の永代売買が禁止されていた。寛永 20 (1643) 年の禁令がこれであって、延享元 (1744) 年にその違反に対する制裁が多少緩和されたが、禁止そのものはそのまま維持され、幕末に至った。しかし、実際に土地取引が全く行われなかったのかといえば、そうではなかった。禁令の対象とされるのは、検地帳に登録され貢租の課される本田畑であって、開発された田畑や宅地については必ずしも取引は禁止されず、また、質流れなどの名目をもって所有権の移転が行われており¹⁴、親族

⁶ 石井・前掲注 5・61 頁以下を参照。

⁷ 石井・前掲注 4・302 頁以下を参照。

⁸ 石井・前掲注 4・322 頁を参照。

⁹ 石井・前掲注 4・321 頁を参照。

¹⁰ 石井・前掲注 4・322 頁以下を参照。

¹¹ 石井・前掲注 4・311 頁を参照。

¹² 石井・前掲注 4・450 頁を参照。

¹³ 福島正夫「旧登記法の制定とその意義」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）330 頁以下を参照。

¹⁴ 福島・前掲注 13・332 頁以下、同「日本における不動産登記制度の歴史」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）406 頁、同「わが国における登記制度の変遷」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）

間の譲渡も禁止されていなかった¹⁵。なお、禁令の対象は、幕府直轄の百姓が有する高請地（年貢の負担のある田畑）に限定された¹⁶。

しかしながら、封建体制化における貢納徴収権を確保するためには、これらの取引を放任することはできなかつた。そこで、何らかの方法で土地の実況と所有者とを把握する必要が生じ、検地帳、水帳（御図帳）または名寄帳と名付けられた公簿が設けられ、これに記載がなされる方法が講じられた。これらの公簿は一村ごとに作られ、そこには各筆の土地の字、等級、反別、持主名および一村総高が記されていた。封建体制化の農民の基本的義務である貢納の根拠となる帳簿であるから、後の土地台帳と見ることができる¹⁷。ここで注意すべきことは、村民全体が連帯の納税義務を負ったことから、土地公簿も村役人に付与されたために、公簿の管理者である名主・庄屋が自治的に公簿書換の事務を取扱い、封建的支配者が背後からその実行を監視したことである。このようにして、土地公簿は公のものでありながら、自然的な土地取引を規律して統制する作用をも営むことになる¹⁸。

さらに幕府は、名主加判の制という特色ある制度を作り上げ、公簿の統制作用を完全なものにしようとした。この名主加判というのは、土地取引の場合、村役人である名主に土地取引契約書を提出し、名主がこれを調べて、その土地が地主所有の田畑に間違いはないか、土地の表示が公簿の記載と合致しているか、などについて確認した上で問題がなければその証書に奥書証印することをいう¹⁹。この制度は、徳川幕府の時代に入り、大体にわたって全国検地が完了し、公簿の組織が完成したと思われる旧幕時代初期の終わりから中期の初めにかけて一般的な制度となったようである²⁰。名主による加判を受けることは取引当事者にとって義務であり、加判をなす村役人にとっても適法な加判をなすことが義務とされ、加判をなさなかつたり、不適法な証文に加判したりした場合には過料その他の制裁が課された²¹。この制度の目的が貢納秩序を確保することにあつたのは明らかであるが、この制度が有した土地取引における私法的な作用を見逃すことはできない。村役人が証文の適法性を公証することはその証文を確実なものとし、紛争を防止し、結果として取引の安定に資することになる。すなわち、村役人である名主の保証を通じて権利関係が明確にされたのである。

このように、基本的な公簿組織とそれに伴って土地取引を規律する名主加判制度の二つが旧幕時代に制定された一般の法であつたが、さらにその他に慣行として、社会において自然に生じたことがある。それは、名主自身が別に一種の登記簿のようなものを設けるようになったということである。すなわち、名主は加判を行う際に奥印控帳というものを作成しておき、これに証書の要旨を記載することが行われた。名主は違法な取引に加担した場合には責任を問われることになっていたので、違反の無いように記録を残しておく必要

428 頁以下、および、新谷正夫「登記制度の変遷」登研 100・19（昭 31）を参照。

¹⁵ 石井良助『日本の歴史を読み解く』（明石書店、1993）318 頁以下を参照。

¹⁶ 中田・前掲注 3・505 頁を参照。

¹⁷ 福島・前掲注 14・「日本における不動産登記制度の歴史」・407 頁を参照。

¹⁸ 福島・前掲注 13・332 頁以下を参照。

¹⁹ 福島・前掲注 14・「日本における不動産登記制度の歴史」・407 頁以下を参照。

²⁰ 福島・前掲注 13・333 頁を参照。

²¹ 福島・前掲注 14・「日本における不動産登記制度の歴史」・408 頁を参照。

があったからである。その起源は個人的な手控やメモであったであろうと思われる。しかし、引き継ぎが行われるに従い、次第に個人的な性質から脱却して、公の帳簿たる性質を有してくるようになる。また、名主が加判に際して必ずこれを参照するようになれば、その記載は公証力を有することになり、一種の登記簿的なものとなる。この公簿は、前述の検地帳や水帳などとは全く別に、取引関係の表示という目的のものとして発達したのである。いつ頃からこのような慣行が行われるようになったのかについては定かでないが、幕末には全国に渡って広範に行われたことが推測される²²。

二 明治維新以前の土地制度の意義

1 古代から近世

日本における古代から近世に至るまでの土地制度の経過を見てみると、かなり以前から土地は私的所有権の対象とされ、売買などの処分行為の対象とされていたことがわかる。そして、証文などを作成して、何らかの形で土地の売買の存在を証明しようとする試みも行われていた。このような制度もしくは慣例は、その目的とするところにおいては、今日にいう登記制度と同一のものである。しかし、その不統一性および不完全性を鑑みると、決して今日の制度と比較し得るものではない。

2 江戸時代

不動産に関する取引の手続きとして、名主の控帳にその取引を記入した上で証文に割印をする制度は、幕末には各地方に普及していたと考えられる。しかしながら、この制度をその本質上、現在の登記制度と同種のものともみなすことはできないであろう。なぜならば、その趣旨は、結局のところ、領主の貢租の徴収を確保することにあつたからである。現在の登記制度の趣旨である不動産取引の安全を確保することは、ここでは主眼とされていない。また、不動産取引の範囲が極めて狭かったことも、登記制度を要求する条件を十分に成熟させなかった理由と言えらる²³。

しかし、このような江戸時代の制度と慣行は、明治維新後に土地取引が急激に増大した新しい情勢の下では、その方式を整備した上で、政府の土地政策上利用できる手段となった。しかし、検地後の耕地の放棄、天災および未開墾地の開拓などの事由による土地状態の変遷を理由として、幕末期における土地公簿と現実の土地の状態との差はますます大きなものとなり、公簿は土地関係を正確に表示する機能を失って、ただ貢租搾取の関係のみを表す収税台帳と化したため、維新の地租改革における大地籍整理を必要とするに至ったことも事実であった。

第三節 地券制度

一 地券制度成立までの動き

1 明治政府による租税制度改革

維新となり、日本は封建社会から資本主義の国際社会に仲間入りをした。この時に明治

²² 福島・前掲注 14・「日本における不動産登記制度の歴史」・408 頁を参照。

²³ 福島・前掲注 14・「わが国における登記制度の変遷」・431 頁を参照。

政府が当初抱いた土地政策大綱は、まず土地取引を自由化し、自由な売買による時価を基準として地価を定め、これによって金納の地租制度を施行しようとするものであった。そのためには納税者である土地の持主を確定する必要があった。

しかしながら、旧幕時代から受け継いで明治政府が現に施行していた検地帳などは、検地が実施された時から長い年月を経ており、現在の土地状態から著しく乖離しているものが多かった。この検地帳を基にして物納から金納に改めることは不合理であるため、全国的な検地が再度必要となる。しかし、全国検地というものは稀世の大事業であるため、当時の明治政府の政情では行うことは事実上不可能であった。そこで、各土地に地券を発行してこれに持主が申し立てる価格をつけさせ、その価格を公示して、安ければ他の人々が競り上げて落札することにしておけば、各人の利害の観念上、自ずと適当な値をつけることになるだろうという案が出され、その趣旨が政府に採用されることになった²⁴。

2 田畑永代売買禁止の解除と地券の発行

そして、廃藩置県の後まもなく、地租改革準備の目的をもって、明治5（1872）年2月15日太政官布告第50号によって、田畑永代売買禁止の解除がなされた。そしてそれとともに、大蔵省令で「地所売買譲渡ノ節地券渡方規則」が發布され、土地の売買ごとに地券を発行し、地券によらない売買は、密売買として制裁を課することにした。その後この規則は改められて、売買の度にではなく、全国一般に地券を発行するようになった²⁵。

二 地券制度の内容と性格

1 地券制度の方式

地券は府知事県令によって発行されるものとされ、「地券之証」と題して土地の所在、面積、石高、地代金および持主名などを記載し、これに府知事県令が職氏名を記した上で捺印をしたものである。正副二通が作成され、正本は地主に交付され、副本は地券台帳に編纂された。地券の発行がなされた土地について売買譲渡が行われた場合には、当事者は村役人とともに連署した書面によって府県庁に地券書換を請願し旧地券に代えて新地券の交付を受けたのである²⁶。

このように、地所の売買および譲渡の要件としては、新規に地券を申し受ける場合であれ、すでに地券が交付されている場合であれ、地券申受願書または地券裏面への両当事者の署名および捺印だけでなく、それら書面への村役人の署名および捺印も要求され、さらに、府県による審査と地券台帳への編纂または記入、そして、地券の交付または書換という厳格な手続きが必要とされたことがわかる²⁷。

2 地租改正との関係

当時、府知事県令といえ、農民にとっては旧藩主に代わる代官で、地券は土地所有の

²⁴ 福島・前掲注14・「日本における不動産登記制度の歴史」・410頁を参照。

²⁵ 福島・前掲注14・「日本における不動産登記制度の歴史」・410頁以下を参照。

²⁶ 新谷・前掲注14・20頁を参照。

²⁷ 松尾弘「不動産譲渡法の形成過程における固有法と継受法の混交（1）」横国3・1・12（平6）を参照。

お墨付きといった感を与えたと思われる。したがって、土地取引の上では当初から絶大の信用を博すこととなった。しかしながら、実際に地券の発行がなされてみると、自由競争の理論をもって検地に置き換えることが不可能であることが露呈した。その理由は、地籍の乱れが著しい従来の検地帳を土地表示の基礎とするには不都合であったことと、土地売買の実価は収穫高によるのではなく租税の甘苦で決まったので、売価が課税標準としての意味をなさなかつたことにある²⁸。

そこで、明治6（1873）年に第一回の地方官議会が開かれ、ついに全国的な土地調査を断行することが決定され、その調査により改正された地券の地価に基づいて、金納地租制度への転換がなされることになった。これが明治6（1873）年7月の太政官布告第272号地租改正条例である。そしてこの事業は同年から着手され、莫大な官民の労苦と負担によって、六年間にわたって継続し、明治14（1881）年に至ってようやく一応の完成をみた。これが地租改正事業といわれるものであり、封建時代から資本主義時代への転換を示すものとして、大きな歴史的な重要性を担うものである²⁹。

このように、明治の土地取引制度は地租改正という目的の手段として作り出された。ここに、地券の性格の二重性と過渡性の根源がある。地券は新たな土地公簿の各筆に分かれた断片的な部分として、その背後に地券台帳を生成した。この公簿は公法的なものであり、私的権利関係を表示するためのものではなく、その意義は土地取引の基礎となる新たな地籍であることに存した。

3 地券の効力

次に、地券の私法的な取引を規律する機能について観察する。地券発行以後は、土地の取引は必ず地券によることを強要された。地券によらない売買は、当初、土地取り上げという厳刑をもって罰せられたが、明治7（1874）年10月に太政官布告第104号でこの刑罰は廃止された。しかしながら、地券による取引は土地所有権移転の効力発生要件であった。

地券による取引の方式は地券の書換である。これは、土地売買の当事者が府県庁に連署出願して、その地券を買主または譲受人名義の地券と引き換えてもらうことによって行われた。その願書には村役人による連署がなされた。明治12（1879）年2月には、用紙の節約のため、地券の書換は地券の裏書に改められた。さらに、わざわざ府県庁に赴くことを要した書換手続を経ずに、地券のみによる取引が行われるに至った。

このような土地所有権の地券への表象が、土地の流通を簡易化して促進したことに疑いがない。また、地券を債権者に寄託するという担保の簡単な方式も、よく行われたようである。しかし、地券制度が新たに施行されても、旧来行われていた土地売買証文を作成するという慣行がなくなることはなく、両者は並行して行われていた。したがって、地券事務が渋滞して土地取引に不便を与え、また、地券台帳が公示手段ではなく、地券も単なる収税目的で取引保護を図るための制度ではないことが一般に意識されるようになった。

その結果、明治10（1877）年頃から地券書換の登記的作用を否認し、その所有権の効

²⁸ 福島・前掲注13・337頁を参照。

²⁹ 福島・前掲注13・337頁を参照。

力要件であることを不当とする見解が生じ、ついに、太政官の裁命を経た司法省達は、布告の明文に反し、地券の書換を経ないでなされた売買に対して当事者間においては売買の効力を認めた。すなわち、地券の書換を第三者対抗要件としたのである³⁰。

三 地券制度の意義

1 地券制度の存在理由

地券制度は人々の法意識に深く浸透し、土地の商品化に多大な貢献をした。早期の一地方令が地券を衣服物品のように取り扱う幣を戒めていたこと、また、地券銀行の提案がなされたことなどが、このことを物語っていると言える³¹。しかしながら、地券は地租改正の手段として、地券台帳（当初は地券大帳）を作成するためのものであった。地券台帳は地券を基礎としてできた土地台帳であり、明治 17（1884）年に土地台帳と改称されたものである。この土地台帳が完成されれば、台帳によって地租を徴収すればよく、改租の手段としての地券はその使命を終えることになる。

しかし、地租改正の重要な意義の一つは全国的な地籍の整理にあった。これは土地取引の根底として、最も重要視されなければならない事柄である。地籍が正しく公簿上に表示されてこそ、土地は資本主義社会における取引の対象として取り扱われることができるようになるからである。近代的な土地取引を妨げていたのは、封建体制下における乱れた地籍にあった。維新後早々に、巨費を費やし全国にわたって地籍の整備がなされたことは、実に偉大な業績と評価し得る³²。その後、地券制度は明治 22（1889）年まで存続し、地租条例による土地台帳制度ができた際に地券台帳が土地台帳とされるに至り、地券制度が廃止された³³。

2 地券制度の由来

地券制度の由来を外国の制度に求める見解も存在する³⁴。しかし、地券制度が普及することができた背景として、慣習上形成されて幕府法でも認められていた沽券などの実質的な土地証券との連続性を無視することはできないであろう。

第四節 公証制度

一 地券制度の問題点

地券制度は地租改正の準備のために採用されたものであって、権利変動を公示することを目的とする登記制度そのものとして考え出されたものではなかった。また、元来、地券は土地取引の道具として大きな弱みを持っていた。地租改正の手段であることに制約され

³⁰ 福島・前掲注 13・338 頁を参照。

³¹ 鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明編『講座・日本近代法発達史 1』（勁草書房、1958）43 頁以下を参照。

³² 福島・前掲注 14・「日本における不動産登記制度の歴史」・412 頁を参照。

³³ 新谷・前掲注 14・20 頁を参照。

³⁴ イギリスのトーレンスシステムに地券制度の由来を求める見解として、清瀬一郎「維新以後ノ土地制度概略」京都法学会雑誌 12・4・142、および、舟橋諄一『不動産登記法』（日本評論社、1937）18 頁などを参照。

て、土地権利の表象はきわめて単純なものにとどまり、担保権などの所有権以外の権利を表象することはできなかつたのである。そのため、土地所有権の移転の場合には役立つとしても、担保権設定などの権利変動を明らかにするためには役立たなかつた³⁵。それゆえ、各地方庁から相次いで中央政府に要望が出されるようになり、数県では政府の許可を得て、地券の質入書入に関する法令を發布するようになったのである。社会における不動産担保取引の要求は、ここに早急な法制度の樹立を迫つたのであつた。

二 明治政府による諸規則の制定

1 地所質入書入規則³⁶

各地に特殊な慣行をもち、旧幕時代以来所有関係の混雑した担保地に対する地券発行は、その帰属をめぐる争訟を頻発させた。それは結局、土地担保法の統一的な規定が存在していなかつたことに原因がある。したがって、地券発行に際して土地担保の一般規則を設ける必要があつた。それを人々の間に広く布令しない限り、地券発行に関して質地訴訟が提起され、短期間で地券交付事業を達成することは不可能であつた³⁷。

そこで政府は、明治6（1873）年1月に太政官布告第18号「地所質入書入規則」を公布した。その方式は、戸長が証書に奥書証印するとともに、戸長役場に奥書割印帳を備え置いて、ここに証書の要旨を記載し、証書とともに同一番号を朱記した上で割印するというものであつた。これによって、土地の質入書入の場合の公証制度が採用されるに至つた。

この布告は、維新後の公証制度として設けられた最初のものであり、伝統の名主加判制度から近代的な登記法に発展する過渡期の立法の原型として、注目に値するものである。なぜならば、維新後における封建的な旧制の復活が公法的な意味を全く失い、純粹に私法上の制度としてなされ、その採用された方式の中に極めて重要な内容上の発展があつたからである。つまり、奥書割印帳という公証簿が制度として設けられたことで、不完全ではあるが、一つの登記法が生まれたのである。維新前から既に存在していた慣行を維新政府が採用したのであろうということは疑いないが、国法上の制度として採用された点に大きな意味があつたと言える³⁸。

そして、この奥書割印帳が日本で最初の登記簿であると見ることができる。しかし、奥書割印の手続きも帳簿も地方によって様相を異にしており、運営や保管に粗漏の点が多かつたことが後に問題となつた。一方で、書入という非占有担保も公証手続により法的効力が与えられ、二番および三番の抵当も認められたことは、旧幕時代と比較して飛躍的な進歩であつた³⁹。

2 建物書入質規則及び建物売買譲渡規則

³⁵ 新谷・前掲注14・20頁を参照。

³⁶ 土地担保法の観点から地所質入書入規則について論じるものとして、藤原明久「明治初期における土地担保法の形成 一明治六年「地所質入書入規則」を中心として一」神戸24・3・203（1974）などを参照。

³⁷ 藤原・前掲注36・216頁以下を参照。

³⁸ 福島・前掲注13・339頁を参照。

³⁹ 福島・前掲注14・「わが国における登記制度の変遷」・434頁を参照。

その後、明治8（1875）年9月に太政官布告第148号「建物書入質規則及ビ建物売買譲渡規則」が制定されて、建物の所有権移転と質入書入に関する公証制度が樹立された。建物の担保制度は旧幕時代には家賃と称され、非占有質である点で土地の担保とは異なるものであったが、名主加判の手續においては同一であった。これが維新後にも継承されたのである⁴⁰。

更に進んで、明治10（1877）年3月に太政官布告第28号「船舶売買書入質手續」によって、船舶についても建物と同様の取扱いが行われることになった。建物と船舶の公証制度は、地租改正との直接の関係はない。しかし、土地公証の制度的拡張という点で意味付けることができる。これを切実に要求したのは経済界であった。世論が立法を促したものと考えることができる⁴¹。

3 土地売買譲渡規則

一方、土地の所有権の移転については従来の地券制度が行われていたが、地券事務の所管庁は府県庁から移管された郡役所であり、公証制度が村町戸長役場で取り扱われるのに対して極めて不便であるだけでなく、土地の質入書入および建物の譲渡および質入書入について公証制度が認められるのであれば、同じく不動産である土地の所有権移転に関してのみ地券制度を固守する理由がない。そこで明治13（1880）年11月に太政官布告第52号「土地売買譲渡規則」が制定され、土地所有権の移転についても公証制度が認められることになった。

その方式は、売渡譲渡証文に地券を添えてその地の戸長役場に差し出し、これに奥書割印を受けて買受人または譲受人に付与し、さらに、買受人または譲受人が地券書換（裏書）願書に双方連印して地券を添え、戸長役場を経由して管轄庁に差し出すというものであった。また、この規則によると、戸長の奥書割印をした証文を買受人または譲受人に付与することによって土地の所有権を移転することができるが、地租地方税は、地券に記載された姓名の者から徴収すべきものとされた⁴²。このようにして、公証制度は全ての不動産取引に及び、その反面、地券は租税の標目の意義しかもたなくなったのである。

三 公証制度の内容と性格

1 公証の効力

この奥書割印帳および公証簿による公証の手續は、当時の取引観念において、また、法学界の理論において、明らかに登記の方法と認められたのであるが、その登記の効力は法律の規定からすれば効力発生要件であったにもかかわらず、実際はフランス法式の對抗要件として解釈運用されていた。このような考え方は、地券書換がなお布告上効力発生要件であった明治10（1877）年に、その手續を経なくても、土地売買の契約は当事者間にはもちろん、他の一般債権者に対しても効力を認めるとする司法省達を發布させることになった⁴³。こうした地券の下付および書換をあえて無視した解釈は、当時の司法界および

⁴⁰ 福島・前掲注14・「日本における不動産登記制度の歴史」・416頁を参照。

⁴¹ 鶴飼他編・前掲注31・45頁以下を参照。

⁴² 新谷・前掲注14・21頁を参照。

⁴³ 福島・前掲注14・「わが国における登記制度の変遷」・437頁を参照。

法学界において主流であったフランス法学説における意思主義の影響を受けたことにあるとされている⁴⁴。

2 奥書割印帳の構造

奥書割印帳の構造は各地によって慣行を異にしており、多少の内容の差はあったが、基本的な骨子は同様であった。例外はあるが、多くの場合、用紙を綴じ合わせて表紙を付け、容易に抜き差しできないように仕立てられており、かつ、申請の順序で記載がなされる年代的編成であった。見出帳のようなものは一般に存在しなかった。このことが検索に不便であったことは疑いがない。また、帳簿の公開については規定がないが、実際にはなされていたと思われる⁴⁵。なお、建物の公証に関しては特則があり、証文の他に建物の図面をも提出し、これに番号の朱書と割印を受けなければならなかった。

公証の機関は戸長であったが、この戸長は旧制度下における名主とは必ずしも同義ではない。旧来の村役人の職務は、明治に入ってからの方行政改革によって、明治4（1871）および5（1872）年以降、新しい区制が実施されたために、複数の村を統括する区の戸長に取って代わられることになった。その後、明治11（1878）年に区制は廃止され、郡役所ができたが、数村を管轄する連合戸長役場が多かった。このような管轄の範囲の拡大と不動産取引件数の増加によって、新制度下における戸長は、租税連帯の地域団体である村の代表者であった旧幕時代の名主とは異なる性格を有することになるのである⁴⁶。

3 詳細規定の不備

公証制度に関して更に注意を要することとして挙げられるのは、奥書割印の方式の詳細について何ら規定が存在しなかったということである。それにもかかわらず、公証制度が支障なく実施され得たのは、従来の慣行が存在したからであろうと思われる。もっとも、地方庁によっては統一的な手続きを定めたところもあり、特に後年、各地方に相当整備がなされた地方法令を見出すことができる。しかし、いずれにせよ、公証制度は慣行であった奥印控帳を踏襲したものにすぎなかったため、登記制度としては不完全さを免れえず、しかも、その欠陥は取引の増加につれて次第に顕著になっていった⁴⁷。

四 公証制度の意義

1 幕府法との連続性

以上のような不動産取引一般に共通に採用された戸長の奥書割印制度については、旧幕時代以来の慣行ないし民衆の中に生きる慣習法への退却と見るもの⁴⁸から、奥書割印帳の公式の承認に着目し、封建的外皮の中に不動産物権公示の思想が発展しつつあったと評価する見方⁴⁹までが存在するが、最後の土地売買譲渡規則の段階においても、不動産譲渡法

⁴⁴ 福島・前掲注14・「日本における不動産登記制度の歴史」・413頁を参照。

⁴⁵ 福島・前掲注14・「日本における不動産登記制度の歴史」・417頁以下を参照。

⁴⁶ 福島・前掲注14・「日本における不動産登記制度の歴史」・418頁を参照。

⁴⁷ 福島・前掲注13・340頁を参照。

⁴⁸ 川島武宜『新版・所有権法の理論』（岩波書店、1987）215頁を参照。

⁴⁹ 福島・前掲注13・340頁を参照。

には、奥書割印ならびに帳簿への記入の他に、地券の付与、地券台帳への記入などの諸要素が混入しており、単純に旧慣への復帰ないし後退とは言えない。それだけではなく、当初の地券渡方規則においても、府県による地券台帳への編纂または地券台帳への記入に先立ち、地券申受願書または地券裏面への村役人の署名および捺印という形で、旧慣的および公証的な要素が完全には切断されずに存在していた。この意味でも、地券渡方規則から土地売買譲渡規則への展開は、旧慣に由来する公証と、新たに導入された地券という二つの要素からなる手続きの漸次的な重畳化として捉えるべきだと思われる。

2 担保法としての意義

地券制度は、質入および書入を厳密に区別することなくその内容を当事者に委ねており、統一的な土地担保法としての形態を整えていなかった。それはもともと地所質入書入規則を公布するまでの一時的な措置であった。これに対して、地所質入書入規則は、その内容から明らかなように、単に地券発行に関連して土地担保の取扱いを規定するだけではなく、統一的な土地担保法の創設、および、本規則に基づく従来の土地担保関係の処分という歴史的意義をも有していたのである。すなわち、それは明治期における土地担保法形成の起点をなすものであった⁵⁰。

第五節 旧登記法

一 旧登記法制定への動き

1 公証に対する信用の失墜

わが国に近代的な登記制度を導入したのは、明治 19（1886）年 8 月 13 日法律第 1 号をもって制定および公布され、明治 20（1887）年 2 月 1 日に施行された、いわゆる旧登記法である。明治維新以後、明治 19（1886）年までに行われた地券制度および公証制度は、登記制度に代わるものではあるが、純然たる登記制度ではない。たとえば、明治 6（1873）年に布告された地所質入書入規則は、戸長に証文への奥書割印をさせ、戸長の奥書割印のないものは無効としたが、公証の偽造や戸長の二重公証などの件数が増加し、明治 18（1885）年にはその件数が 300 件以上に及び、当時の公証の信用は全く地に落ちたとされている⁵¹。

2 公証制度の不完全性

そこで、明治政府は登記法の制定を急ぐことになるのであるが、旧登記法の制定を促した理由は、大きく次の三点に分けられる。すなわち、①旧来の慣行を発展整備して設けられた公証制度があまりに不完全であったために不動産取引を確実にする法的施設として適当ではないので、抜本的な改革を必要としたこと、②登記法の制定それ自体が日本の法律近代化事業の重要な一環として認められていたこと、および、③登記税を新たに設けることにより、国家財政上の収入の増加を図ろうとしたことの三点である。特に、第三の点で

⁵⁰ 藤原・前掲注 36・237 頁を参照。

⁵¹ 吉野衛『注釈不動産登記法総論・新版・上』（金融財政事情研究会、昭 57）9 頁以下を参照。

ある財政的な理由が非常に大きな動機となっていることに注意すべきである⁵²。

二 旧登記法の立法過程

1 登記法の調査の開始

登記法の調査が始まったのは明治 14（1881）年である。急激な土地取引の増加とこれに対する公証制度の欠陥の露呈という情勢下にあつて、政府が登記法の調査に乗り出した理由は取引の要求によるところが大きいと思われがちではあるが、前述したように、直接の契機はそこにはなかった。政府が第一の目的としたのは、登記税の収入であつた。名主加判制度以来、公課が支払われることはあつても、加印には手数料は支払われず、維新後もこれを継承したので、新たに登記税を徴収することは有力な財源と見なされたのであつた。

2 収税主義に基づく土地制度改革

しかしながら、形式的土地制度の改革を行うにあつては、その基調をなす政策が取引界の要求に応えることと財源を見出すことのいずれにあるのかということが一つの重要な問題となる。18 世紀以降のプロイセンなどのように、土地金融の改良を目指して登記制度の整備を行う場合には、公信の原則やその他の抵当権者を保護する方法が第一に考えられねばならない。しかしながら、わが国においては、不動産金融法案は結局のところ具体化しなかった。それゆえ、収税主義の下で行われた制度調査が、登記の実体的部分において格別の変更を加えようとはせずに従来の方針に従つたのは、容易に推測しうるところである⁵³。

3 登記制度の調査

最初に登記制度の調査を担当したのは、内務省であつた。その理由は、改革の主要な目的の一つが税収の増加にあつたことと、公証の事務が戸長の業務であり、それを管轄していたのが内務省だつたことにあると思われる。それゆえ、公証に代わるものとされる登記制度も、当初は内務省の管轄に属するものとされたのである。

内務省における登記制度の調査は、その機関が廃止された後、司法省に移された。このことは重大な意味を有する。登記事務が戸長役場から離れて裁判所の監督下にある登記所に移されるという点も、主要な改革点の一つだつたからである。形式的には法令を統合し、実質上は登記税をとることを目的とする内務省案は、これをもって大きな転回を迫られることになった。しかしながら、司法省草案の内容はプロイセン法を模範とするものとはいへ、様々な譲歩を含むものであり、登記機関を裁判所とするの他は、全体として旧来の制度を脱することのないものであつたと考えられる⁵⁴。

⁵² 福島・前掲注 14・「わが国における登記制度の変遷」・438 頁を参照。

⁵³ 日本の維新後の土地制度の改革が、地券の発行にあつても、この旧登記法の制定にあつても、常に国家財政上の見地から出発したことは注目すべき特色である。

⁵⁴ このことを諸外国の制度と比較するならば、ドイツ法よりもフランス法の傾向が強かつたとも評価し得る。というのも、登記は取引一件ごとに一用紙を用いるなど、証書登録制を前提としていたからである。

4 草案の修正

以上のような司法省の草案は、元老院の議に付せられるまで、半年にわたって内閣法制局の審査を経て、付属法規に関しては司法部内の再検討が登記法施行に至るまで行われ、その間、それぞれにつき実質的に重要な修正がなされた。修正の最も注目すべき点は、登記簿の根本的な構造が草案の証書登録制から、物的編成であるプロイセンの登記簿様式に変更されたことにある。全ての土地が登記される原簿制となったわけではないが、登記簿は各物件について設けられ、土地、建物および船舶の権利関係に関しては、その登記簿を見るべきこととしたのである⁵⁵。

5 元老院での議論

明治19(1886)年7月10日に登記法案は元老院に付議され、元老院は19日に開議し、30日に三つの読会を議了した。討論では、登記事務を治安判事に移すのがよいのか、それとも従前通り戸長に任せるのがよいのかという、登記機関の点に議論が集中した。この一連の対立は、外国の制度を輸入するに際して生ずる新旧の両思想の対立であると見ることができるが、それ以外にも、戸長の職権を中心として、司法と行政の間における対立がここにおいて示されたものと見ることできる。

6 旧登記法の公布

そして、明治19(1886)年8月に、法律第1号(内閣制創設および公文式制定後の最初の法律)として、旧登記法の公布をみるに至った。旧登記法は、法体制準備期の私法として、その制定の意義には画期的なものがある。なぜならば、旧登記法は民法典の公布前に、極めて限定された範囲においてはああるが、初めて統一のおよび体系的な近代法をもたらしたものだからである。あたかもデフレーションが終わって、日本経済が資本主義的な発展の軌道に乗ろうとする矢先のことであった。それゆえに、旧登記法の出現はまさに時宜を得たものであったと評価し得るのである⁵⁶。

三 旧登記法の内容と性格

1 旧登記法の構造

以上のようにして成立した旧登記法は、現行不動産登記法の原型とも言うべきもので、基本的な点において、その後の登記制度の骨格をほぼ決定していると言ってもよい。しかしながら、他面において、今日の登記制度には見られない特徴も備えている。これは、主として沿革や当時の法状況に由来するものと思われる。特に、当時はまだ民法典が存在していなかったため、実体的な規定もかなり盛り込まれていた。旧登記法は、第一章総則、第二章売買譲与、第三章質入書入、第四章登記料及手数料、および、第五章罰則の五つの章と付則の全41ヶ条から構成されていた⁵⁷。

⁵⁵ しかしながら、登記の効力に関するフランス法的な性格は維持され、本質的な変更はなされなかった。

⁵⁶ 鵜飼他編・前掲注31・48頁以下を参照。

⁵⁷ 旧登記法の全条文が掲載されているものとして、不動産登記法制研究会編『不動産登記

2 登記機関

旧登記法によれば、登記事務は治安裁判所において取り扱われるものとされ、例外的に、治安裁判所が遠隔である地方においては、郡区役所その他司法大臣の指定する所において取り扱われるものとされた（旧登記法3条）。司法大臣の指定する所とは戸長役場を指し、実際上は、この戸長役場が登記所の大部分を占めた。登記官吏は、治安裁判所判事ならびに郡長および戸長であって、これらは登記事務の取り扱いにつき、始審裁判所長の監督を受けるものとされた（旧登記法5条）。したがって、裁判所書記や役場吏員は登記官吏ではなかった。

3 登記簿の構成

登記所に備える登記関係帳簿の体裁については、旧登記法自体は何も定めておらず、司法大臣の定めるところに譲っている（旧登記法13条）。したがって、登記法取扱規則を見なければならない。登記法取扱規則が挙げている、登記所が備えるべき帳簿の中の重要なものとして基本的なものは、土地登記簿・建物登記簿・船舶登記簿の三つである（登記法取扱規則2条1項）。登記簿は、物的編成主義および一用紙一不動産主義により作成されるものとされたが、その中身はかなり不徹底なものであった⁵⁸。一登記用紙の内容は、表題、甲区、乙区および丙区の四つに分けられており、表題には物件の表示が、甲区には所有権に関する事項が、乙区には質入および書入に関する事項が、丙区には執行上の抵当差押および仮差押に関する事項がそれぞれ記載された⁵⁹。

4 登記の目的物

登記の目的物は地所、建物および船舶であった。登記すべき権利は所有権、質入、書入、差押、仮差押および仮処分、権利変動の態様としては保有、取得、設定、移転、変更および取消などであった。用益物権が登記されなかったのは、旧登記法が単に公証制度を改革したものにすぎず、実体的不動産法に触れなかったためである。また、登記の種類は大変簡素であり、仮登記や予告登記のようなものはなく、付記登記もなかった。

5 登記の申請方法

登記は、契約者双方または代理人が登記所に出頭して請求しなければならないものとされた。家督相続による登記の場合にも、双方が出頭して請求しなければならなかった。死亡や失踪などによる相続の場合には、親族二名以上または近隣の戸主二名以上によって連署された書面を提出し、かつ、証明書類がある場合にはそれを示すべきものとされた（旧登記法15条）。

法制変遷史』（金融財政事情研究会、昭60）18頁以下を参照。

⁵⁸ 同時に同一の所有者に属する同種類の複数の物件について登記を求める場合に、その物件が同一町村内にあって、かつ、合録のために混雑を生ずるおそれがない時は、これらを同一番号中に記載することができるものとされ、必ずしも一用紙一不動産主義の原則を貫いていなかったのである。新谷・前掲注14・23を参照。

⁵⁹ この方式は、プロイセン登記法の四分法を模範としたものである。

6 登記の効力

登記の私法上の効力については、旧登記法6条⁶⁰が公示の原則を明らかにするとともに、登記が物権変動について効力発生要件ではなく、第三者対抗要件にとどまる旨を示している。このような明白な規定が設けられたのが維新後初めてであったということは、注目されなければならない⁶¹。

7 登記料と手数料

旧登記法は、第四章において登記料と手数料に関して規定している。売買の場合には売買代価に応じ、質入および書入の場合には債権額に応じるといった基準による、登記料の納付を義務付けたのであった。この第四章の存在を見ると、登記法はまるで登記税法であるかのような感じをも抱かせるものである。登記所は、登記の件数と登記料および手数料の合計を報告することが義務付けられており、徴税機関のような感も呈している。登記料は人々にとって高額であり、そのことも原因となって、登記件数は当初の予定通りには伸びずに、政府の収入見通しにも狂いが生じたようである⁶²。

8 旧登記法の特徴

およそ、登記制度を観察するにおいては、その技術的施設としての側面と、その実体法との関連としての側面からの観察が、最も重要であるといえよう。日本の旧登記法は、登記の技術的施設の面ではドイツ法の系統に属し、登記の実体法との関連の面ではフランス法の系統に属する⁶³。

登記の人的施設について、旧登記法は旧来の方法を一変して、裁判所を登記機関とし、このことを最も主要な改革点の一つとした。また、物的施設である登記簿については、物的編成の台帳組織をとり、あらゆる物件を登記させるという登記強制主義は採用しなかったが、できる限り登記を普及させて、土地原簿として完成させようという志向を有したのである。この点において、旧登記法は明らかにドイツ法的であるといえることができる。

一方で、登記の実体法との関連という側面から見ると、旧登記法が採用したのは対抗要件主義であり、また、公信力を認めなかったのであるから、フランス法的以外の面を見出

⁶⁰ 旧登記法6条は、「登記簿ニ登記ヲ為サル地所建物船舶ノ売買譲与質入書入ハ第三者ニ対シ法律上其効ナキモノトス」と規定している。

⁶¹ その他、旧登記法は第三者の範囲について何ら限定を設けることをしなかった。それゆえ、解釈上の論点として第三者の善意および悪意の区別に関して、当時、大いに議論がなされた。旧登記法6条以外に登記の効力について定めたものはない。もちろん、登記に公信力は与えられなかった。

⁶² 清水誠「わが国における登記制度の歩み 一素描と試論一」日本司法書士会連合会編『不動産登記制度の歴史と展望 [不動産登記法公布 100 周年記念]』（有斐閣、昭 61）144 頁以下を参照。

⁶³ 技術的な側面から見ると、ドイツ法系諸国では、登記機関は裁判所であり、不動産原簿を設置した上で不動産原簿に権利の変動を登記する方式をとり、フランス法系諸国では、特殊な登記吏を設けた上で、不動産の取引証書を登録する方式をとる。また、実体法との関連という側面から見ると、ドイツ法系諸国では登記は効力発生要件であり、フランス法系諸国では登記は第三者対抗要件である。

すことはできない。したがって、登記の効力は非常に弱いものであると言わざるを得ず、積極的に不動産金融を助長する力を持つものではなかった。

四 旧登記法の問題点

1 地籍の不明確性

第一の問題点として、登記制度の基盤となるべき地籍の不明確性が挙げられる。理想的な不動産公示制度としては、まず、全ての土地が記載され、各土地の客観的状況が正確に把握され、各土地間の境界が明確に確定されている地籍簿が存在し、これを基盤として、その上に権利関係を公示する登記制度が構築されるべきである。しかしながら、わが国では維新以来、徴税を目的とした地券台帳が作成されたのみである。旧登記法においても、地券台帳を受け継いだ土地台帳との連絡が図られているだけであった。それゆえ、旧登記法によって生み出された制度も、極めて不完全なものであったと評価せざるを得ない。

2 物的編成主義の不徹底

第二の問題点として挙げられるのは、物的編成主義が極めて不徹底であったことである。とりわけ、建物登記においては、ほとんど公示の用を果たすことができないほどに不完全であったと言える。土地についても、人々がある土地についての登記を検索しようとする際には非常に不便であったと思われるが、その上でさらに建物についても別個の登記簿を設け、敷地との関係が不明確なまま、物件番号、記載番号および建物登記見出帳などによってその同一性の確定や検索をしようとしても、そもそも無理を強いることであると言わなければならない。

3 権利関係の真実性を確認することの困難性

最後に第三の問題点として、権利関係の真実性をどのように確認し、そして担保するかという点が挙げられる。これには、最初の所有者の所有権の確認と、その後の取引における取引の真実性の確認とがある。前者については、地券制度および公証制度以来の経過を踏まえて、それなりの確認の努力がなされたということが出来る。問題は後者である。所有者とされた者が、その後、売買および担保設定などの取引をした場合におけるその取引の真実性を確保することは、不動産公示制度の成否を決する重要な点である。公証制度においては、それなりに戸長による公証行為によって、その真実性が担保されたということが出来る。しかしながら、旧登記法によってこの公証的側面がなくなっていく中で、登記申請の審査は、もっぱら登記官吏の権威的で形式的な審査に委ねられることになった。この点において、取引の真実性の確保は非常に難しいものとなったのである。

五 旧登記法制定の意義

1 諸規定の統一

これまでに述べてきたように、維新以後、他の諸制度と同様に土地法においても、立法は全て応急措置的になされ、他のものとの関連や統合などの点についてはほとんど顧みられることがなかった。公証制度は不動産船舶の全てに及んだにもかかわらず、それを定める法令は物件と取引により別々で、その体裁も制定の時期に応じて様々であった。この分

散状態が実際の取引に不便を与えたことは疑いのないところである。このような制度の分散状態は、その制定時期における一般的計画性の欠如に帰着する。この分散状態を統一したのが旧登記法であった⁶⁴。

2 諸制度の分裂

しかし、確かに旧登記法は外面における統一に多大の寄与をなしたのであるが、一方で内面においては、分裂とも評価すべき様相を呈している。すなわち、従来の公証制度には、戸長が取引証書に奥書証印する認証と、戸長が証書要旨を奥書割印帳に記載して割印することの二つの異なる要素が内容として含まれていたのであるが、旧登記法の制定に際してその各々が独立し、旧登記法は前者を排除し、後者を純化して発展させたのである。旧登記法は封建的な奥書の要素を捨て去り、その登記の要素を一層発展させた⁶⁵。

3 新たな要素の導入

さらに旧登記法は、その中に全く新しい要素もとり入れている。つまり、登記機関の変革と登記施設の改善である。旧登記法が戸長から裁判所に登記事務を移管したことは、名主加判制度以来の数百年の伝統を断ち切ったものであり、当時において最も議論の対象となった点であった。また、旧登記法は物的編成主義を採用した。これは非常に大きな進展であると言える。わが国が物的編成主義を採用した理由は、わが国の地籍確保の伝統にあると思われる。それゆえ、旧登記法における登記施設の改善は、立法当局が単に外国制度を継受したことによるものとするべきではない⁶⁶。

4 過渡的な性格

旧登記法は、旧慣に属する奥書割印制度の諸要素から離脱する一方で、従来の地券制度を存続させつつ、新たに裁判官官吏による登記を導入し、これを所有権移転の実体的要件と関連付けたことにより、従来の公証と地券の二元体系から登記と地券の二元体系へと移行し、さらには登記を中心にしてこの二元体系克服への歩みを始めた、過渡的な性格のもので位置付けることができる⁶⁷。

5 旧登記法の位置付け

このように、旧登記法の制定は、日本における土地制度の発展の流れの中で特筆すべき地位を占めるものである。維新以後、制度は全て過渡期の状態にあった。それらの方式は封建的であり、法規は分散し、不整合であった。旧登記法は、ここに初めて近代的な制度を創設し、土地関係に秩序を与えたのである。それは、単に外国制度の継受のみによるものではなく、日本の旧来の制度の要素を受け継いで発展させることと合わせてなされたも

⁶⁴ この点につき、福島・前掲注 13・398 頁以下を参照。

⁶⁵ 他面において、旧登記法が放棄した要素が公証人規則として再生したことには注目しなければならない。この点につき、福島・前掲注 14・「日本における不動産登記制度の歴史」・400 頁以下を参照。

⁶⁶ 福島・前掲注 14・「日本における不動産登記制度の歴史」・402 頁以下を参照。

⁶⁷ 松尾・前掲注 27・28 を参照。

のである。旧登記法の制定は、過渡期における様々な発展と矛盾を含んだ結晶として、画期的なものであった⁶⁸。

第六節 不動産登記法⁶⁹

一 不動産登記法制定への動き

1 旧登記法の制度上の不備

旧登記法の制定によって、わが国の登記制度もひとまず近代的な形式を備えることにはなったが、法律の規定は僅か 41 ヶ条にすぎず、そのうち登記制度に関するものは 25 条にとどまっていた。また、本来法律によって規定されるべき性質のものが、多数、省令に委ねられている状態であり、不備ないし欠陥が多く存在したことは否定できない。特に、一用紙一不動産主義の原則が貫かれていなかったことは、公示方法としてのこの制度の大きな欠点であった。

2 旧登記法に対する国民からの不満

さらに、旧登記法についての国民の側からの不満も存在した。公証制度は明治政府の新法であったとはいえ、旧来の慣行を受け継ぎ、区戸長は村民となじみが深い。旧登記法はそれとは全くかけ離れた制度を人々に対して強制し、手続きの煩雑さ、登記料の負担および登記官吏の尊大な態度で人々を苦しめたのである。旧登記法の施行が人々の大きな不満を巻き起こし、改正の議論を続出させたのは、何ら不思議なことではなかった⁷⁰。

3 政府の反応

政府は大衆の不満を省みず、当初の方針を堅持し、明治 21 (1888) 年 5 月には、勅令で、登記所整理を断行し、裁判所とその出張所を登記機関とする原則を確立した。その数は 942 ヶ所であり、当初の半分にも至らず、人々の不便はさらに倍増した。そこで政府は、明治 23 (1890) 年 9 月 1 日法律第 78 号によって、手続上の不便を緩和する改正を行った。この手続改正による不動産登記手続きの簡易化は、登記の不確実をもたらし、非難を招いたので、各登記所に土地台帳謄本を備えることにした。

⁶⁸ 福島・前掲注 14・「日本における不動産登記制度の歴史」・404 頁を参照。

⁶⁹ わが国の不動産登記法を、理論的な観点から体系的に整理した初期の著作として、岡松参太郎『不動産登記法』(巖松堂書店、1908)、舟橋諄一『不動産登記法』(日本評論社、1937)、および、杉之原舜一『不動産登記法(新版第二版)』(一粒社、1972 年)などを参照。

⁷⁰ 登記制度に対する不満の本質は、人々がその権利に対する保護を十分に受けられないという批判に他ならない。明治 23 (1890) 年 2 月の自由党総会における党議 23 項目の中にも、「登記法ヲ改正スルコト」という一項があったことは、特に注目される。このような背景からすれば、明治 23 (1890) 年 12 月に第一回帝国議会が召集されるとすぐに、旧登記法に対する批判が請願あるいは議員提出の法律改正案として議会に殺到したことは、当然のことと言えるだろう。それらの多くは、登記事務を市区役所・町村役場で行わせることを主眼とするものであった。その他にも、政府によって登記法改正案が作成されたが、日の目を見ずに終わった。

二 不動産登記法の立法過程

1 民法制定との関係

現行民法典の制定・施行に伴い、プロイセンの所有権取得法、プロイセン土地登記法、ドイツ民法草案およびドイツ土地登記法草案などを参考にした現行不動産登記法が制定および施行されたのは、明治 32 (1899) 年のことである。ボワソナードによって起草されたいわゆる旧民法が、明治 25 (1892) 年 11 月 24 日に公布された民法商法施行延期法によって事実上葬り去られたため、その直後から法典修正のための動きが開始され、明治 26 (1893) 年 3 月 25 日の勅令 11 号により設置された法典調査会において、法案作成作業が始まった。明治 26 (1893) 年 5 月 26 日に審議された乙号議案 7 号に、「登記ニ関スル規程ハ之ヲ特別法令ニ譲ルコト」という定めがあった。この文言の中に、登記に関する規定は登記法に譲るという基本方針が含まれていると言える⁷¹。結果的に民法における登記に関する規定は、現在の民法 177 条を基本とする最低限のものとなった。

2 原案の内容

法典調査会における不動産登記法案の起草者は、大審院判事であった井上正一、田部芳および横田国臣の三名であった。提出原案は、旧登記法と比較すると三倍にあたる 131 ケ条という詳細さに加えて、登記料に関する規定は特別法に譲り、全て省かれている⁷²。原案は、民法の規定に基づき、地上権、永小作権、地役権、先取特権、質権、抵当権および賃借権の他物権と、債権の登記を認め、さらには仮登記と予告登記の制度を設けた。これらの点は、旧登記法と異なる重要な特色である。

3 法典調査会における審議

明治 29 (1896) 年 2 月 17 日から法典調査会における不動産登記法案審議が始まり、原案と梅謙次郎委員による修正案を、条文ごとに検討する方法で、同年 5 月 27 日までに計 23 回の会議が行われた⁷³。次に帝国議会では、本法制定の必要性として、民法の修正によって第三者に対抗するために登記を要する権利の範囲が広がり、従来の登記法では対応できなくなったことが示された。さらに、大体の趣旨はドイツやオーストリアなどいくつかの外国法を参考にしたが、これまで日本には、最初は戸長の保証があり、次に登記法があったため、一概に外国法を手本とせずこれまでの実験と将来の権利を保護するのに適当と思われるものをことごとく網羅して規定したと、制定方針に関して説明された⁷⁴。その後いくつかの修正を経て、明治 32 (1899) 年 2 月 24 日に法律の成立を見るに至った。不

⁷¹ 清水・前掲注 62・157 頁以下を参照。

⁷² 井上委員の説明によれば、フランス法の騰記主義をとらずに、公示に必要な事項を記載する主義をとり、その登記事項を本法中に記載したとのことである。

⁷³ もっとも、登記法に関する予決議案 (乙号議案) の審議は、すでに明治 28 (1895) 年 5 月 3 日および 5 月 18 日に行われており、登記機関、登記法の対象、登記簿の構成、登記申請書類および登記法の概目が審議にかけられている。これについては速記録が省略されており、審議結果は不明であるが、不動産登記法案の内容と対比しても、上記のような骨格部分がこの段階でかなり固まっていたことは注目される。

⁷⁴ この点につき、大日本帝国議会誌刊行会『大日本帝国議会誌・第 4 巻』(大日本帝国議会誌刊行会、1927) 763 頁を参照。

不動産登記法は勅令により、明治 32（1899）年 6 月 16 日に施行された。また、不動産登記法の施行法令として、不動産登記法施行細則が制定された。

三 不動産登記法の内容と性格

1 不動産登記法の構造

明治 32（1899）年に制定された不動産登記法⁷⁵は、第一章総則、第二章登記所及ヒ登記官吏、第三章登記ニ関スル帳簿、第四章登記手続および第五章抗告の全 164 ヶ条から構成され、同時に施行された不動産登記法施行細則は 76 ヶ条から成り立っていた。

2 登記機関

登記機関は、当初は旧登記法時代と同様に、区裁判所またはその出張所が登記所として事務を管掌し、区裁判所判事または裁判所書記が登記官吏となった（不動産登記法 8 条 1 項）。旧登記法において存在した、司法大臣の指定により郡区役所その他を用いる制度は、名実ともに消滅した。このようにして、旧登記法に引き続き、登記所は裁判所の手によって維持されることになり、その状態が昭和 22（1947）年まで続くことになる。

3 登記簿の構成

登記所に設置されて保管されるべき帳簿として、不動産登記法は、土地登記簿及び建物登記簿（不動産登記法 14 条）、見出帳（不動産登記法 19 条）、共同人名簿及び図面（不動産登記法 20 条 1 項）および申請書その他の付属書類（不動産登記法 20 条 2 項）を挙げ、細則はこれらに受付帳を加え、その他に 14 種類の帳簿を備えるべきものとしている。登記簿に関しては、旧登記法以来の、土地と建物につき別個の登記簿を作成する方式が採用された。また、一用紙一不動産主義は旧登記法以上に貫かれている。土地登記簿は、表題部、甲区（所有権）、乙区（地上権および永小作権）、丙区（地役権）、丁区（担保物権）および戊区（賃借権）に分けられており、建物登記簿は、表題部、甲区（所有権）、乙区（地役権）、丙区（担保物権）および丁区（賃借権）に分けられていた⁷⁶。

4 登記の目的物

登記されるべき事項は、不動産に関する所有権、地上権、永小作権、地役権、先取特権、質権、抵当権、賃借権および昭和 25（1950）年に付け加えられた採石権の、設定、保存、移転、変更および処分の制限もしくは消滅である（不動産登記法 1 条）。仮登記（不動産登記法 2 条）、予告登記（不動産登記法 3 条）および附記登記（不動産登記法 7 条）は、旧登記法には存在しなかった新しい制度である。

5 登記の申請方法

登記の申請は、原則として登記権利者及び登記義務者の共同申請によってなされる（不動産登記法 26 条）が、判決または相続による登記、仮登記および保存登記は、登記権利

⁷⁵ 以下、この項において参照される不動産登記法の条文は、制定当初の条文である。

⁷⁶ この形式はその後数度の改正を経て、甲区および乙区の二つの区分があるだけの今日の形式に至っている。

者の単独申請による（不動産登記法 27、33、105 および 106 条）。登記官吏は申請に対して裁判官的に審査する権限を有せず、窓口的審査によって一定の要件を具備しない申請は却下されるべきものとされた。

6 登記の効力

登記は成立要件でも効力発生要件でもない（民法 176 および 177 条）。もちろん、登記に公信力は認められなかった。

7 不動産登記法の特徴

以上のように、現行不動産登記法は多くの点で妥協性も認められるとはいえ、旧登記法の不備や欠陥を改善した点も多々存在する。現行不動産登記法は厳格に一用紙一不動産主義をとり、仮登記および予告登記という注目すべき制度を新設した⁷⁷。

また、旧民法財産編 6 条を継承して、民法 177 条は登記を不動産物権変動の対抗要件とした。しかし、現行不動産登記法は、これに対して二つの例外を設けている（不動産登記法 4 および 5 条）。本来、これらのことは実体法的であり、民法中に規定されるべきものであった。これらもまた、旧民法から引き継いだものである。このように、民法だけではなく、旧民法が現行不動産登記法にも強い影響を及ぼしたことは否定できない⁷⁸。

四 不動産登記法の問題点

1 地籍の不完全性

第一の問題点は、地籍の不完全性がこの時にも是正されることがなかったということである。つまり、徴税目的に必要な限りでの資料は整備されていたが、人々の土地所有権がどの土地を把握しているのかについて、公の記録によって確定することが極めて困難であるという状況は、不動産登記法の成立の際にも、また、その後の経過の際にも、ほとんど改善されることはなかったのである⁷⁹。

2 土地と建物の関係

第二の問題点は、現行不動産登記法によって、建物が土地とは別個の不動産とされ、土地登記簿とは別に建物登記簿が設けられることが最終的に確定したことである。このことは旧登記法の時点で既に決定済みのことのように思われるかもしれない。しかし、旧民法においては、建物は他の多様な定着物とともに土地と一体をなした不動産として捉えられていた（旧民法財産編 8 条）のであるから、この問題がいまだ決着のついていない状態で、

⁷⁷ 仮登記はドイツ民法に由来するものであり、予告登記は旧民法の規定（旧民法財産編 352 条）に基づいたものと思われる。

⁷⁸ 福島・前掲注 14・「わが国における登記制度の変遷」・458 頁以下を参照。

⁷⁹ この問題状況は今日においてもさほど変化がない。今日における境界紛争の事例の多くは、客体が不明確なところに所有権の登記がなされているということにその原因を有している。このような状況を考えると、現行不動産登記法施行後まもなくの時期になされた「不動産ノ特定ハ不動産登記ノ基礎タリ若シ一定ノ不動産ニ関スル登記アルモ之ニ相当スル実物ヲ確定スルヲ得サルニ於テハ全ク登記ノ効ナシ」という岡松博士の指摘は、まさに達見であるということが出来る。この点につき、岡松・前掲注 69・21 頁以下を参照。

不動産登記法の制定へと至ったと見るのが正しいのではないかと考えられる⁸⁰。

3 取引の真実性を確保することの困難性

第三の問題点は、登記の前提となる当事者間の取引の実質、および、その真実性を把握して確保するための保障の問題である。この問題には、当事者（とりわけ登記義務者）の同一性の確認という要素と、当事者同士の真正な意思の合致により取引が成立したことの確認という二つの要素が含まれている。

わが国においては、今でこそ人々の権利意識も徐々に高まってきているとはいえ、いまだに、登記とは法律行為を役所に届け出てそれを帳簿に書き入れてもらい、いわばお上の承認を得るものという意識が残っていると言えるのではないだろうか。法律行為の事実の基礎を固めることをせず、形式的に登記簿に記入してもらうことだけを意識しすぎている面があるのである。そして、登記所は窓口的に申請書と添付書類だけを見て登記を行う。ところが、登記に公信力の無いわが国では、一定の条件がある場合を除いて、もし反証が挙げられれば、登記簿に表示されている権利事項はもろくも崩れ去ることになる⁸¹。

4 登録税と手数料の問題

第四の問題点として、登録税・手数料の問題が挙げられる。旧登記法にあった「登記税及手数料」にあたる規定は現行不動産登記法にはない。しかし、それは実質的に姿を消したわけではない。登記税についていえば、登録税と名前を変えて、登録税法の中にとり込まれている。また、手数料については、明治 32（1899）年に司法省令 14 号によって、謄抄本の交付や閲覧についての手数料が定められた。このように、証印税以来の徴税思想が貫徹されていくのであるが、登録税の高さが、中間省略登記を奨励し、無登記のまま放置された物件を多く生み出す原因となったのではないかと思われる。

五 不動産登記法制定の意義

1 実体法規定の不足

現行不動産登記法が制定された時期は、現行民法の制定時期と重なる。現行民法における登記の実体規定は民法 177 条の一ヶ条のみであり、詳細は登記法に委ねられている。しかしながら、不動産登記法は、当初は登記の効力に関する実体法の規定も設けることが期待されていた⁸²にもかかわらず、いくつかの実体規定を除いて手続法のみを定めている。それゆえに、民法および不動産登記法それぞれにおける登記の実体規定が非常に少ないということが、わが国の登記規定における一つの特色となっている⁸³。

⁸⁰ 土地と建物を別個の不動産とするとの決定がなされたことは、その後今日に至ってもなお、抵当権の関係、土地利用権の関係および建物登記簿に内在する不合理性において、種々の矛盾を生み出し続けている。

⁸¹ しかしながら、本人の意思および取引の真実性の確保の問題に関しては、平成 16（2004）年に行われた不動産登記法の大改正により、本人意思の確認や登記原因の証明のための方法が見直されたため、今後の実務における展開を見守る必要があると思われる。

⁸² 梅謙次郎「不動産登記ノ制ヲ論ズ」法協 25・4・475 以下（明 40）を参照。

⁸³ 当然このことは、広い解釈の余地を導くとともに、様々な疑問を生ぜしめることにもつながる。民法 177 条における「第三者」の範囲についての学説および判例は錯綜し、中間

2 登記簿の記載と物件の現況との不整合

その他にも、いまだに解決されずに残っている問題が存在する。その一つとして、登記簿の記載と実際の物件の現況との不整合が挙げられる。不動産登記がその目的を完全に達成するためには、登記による実際の物件の正確な特定が確保されなければならない。

それでは、現実にはどうであろうか。今日においても、隣接する土地の境界部分の不明確な点や、建物の特定などの点で、大きな問題が生じることがある。この問題を解決するためには、登記を物件の現況に合わせるか、それとも、物件の現況を登記に合わせるかという、大きく分けて二つの視点が存在しうると思われる。前者は全国規模の現況調査へ、後者は登記に対する公信力の付与へと結び付くことになろう。しかしながら、全国規模の現況調査を実行するには、技術が格段に進歩した現在においても、実際の物件の調査にあたるのは人であって、コンピュータではない。それゆえに、大きな困難が伴うことになる。また、登記に対して公信力を付与するといっても、様々な議論が存在するが、やはり、ある程度の登記簿の記載と物件の現況との整合性が問題になるであろうし、登記手続きにおいても、本人の真実性と取引の真実性をより確保するような方策を講じなければ、登記の公信力の名の下に被害を受ける人々が増大することは否定できないのではないかと思われる⁸⁴。

3 不動産登記法に対する評価

しかしながら、以上のような問題点に留意しつつも、制定当時の状況を踏まえた上で考えると、不動産登記法は民法を補い、当時の諸条件の下で、できる限り登記制度の整備を目指したものとして、十分評価に値するものと言うことができるであろう⁸⁵。一用紙一不動産主義の貫徹や、仮登記および予告登記の新設などは、その良い例として挙げることができる。これらの点は、旧登記法において指摘されていた不備を是正するものとしてとり入れられたものである。

4 旧登記法との関係

また、不動産登記法は、旧登記法を多くの点で刷新したものとはいえ、物的編成主義を採用した点など、根本部分においては、旧登記法を受け継いだものでもある。現行民法が旧民法の多くの規定を受け継いでいるということが明らかになっているように、不動産登記法が旧登記法および旧民法の影響を強く受けているということも疑いはない。それゆえ、実体法においてはフランス法的な立場を、手続法においてはドイツ法的な立場をそれぞれ採用しているということは、現行民法および不動産登記法においても妥当することなので

省略登記の効力についても判断の基礎を欠き、登記請求権の本質や効力についても混乱を招いたのである。

⁸⁴ このように、登記簿の記載と物件の現況との整合性をより正確なものにするためには、困難な問題を解決しなければならない。しかし、登記簿の機能をより効果的に発揮させるためには、避けて通れない問題でもある。現代に積み残された課題のうちで、最も大きなものの一つということができよう。

⁸⁵ 福島・前掲注 14・「わが国における登記制度の変遷」・460 頁を参照。

ある。

第七節 不動産登記法制定後の発展⁸⁶

一 沿革

1 第二次世界大戦以前

不動産登記法はその制定後多くの改正を受けているが、第二次世界大戦以前の改正の中で特に重要なものは、大正 2（1913）年の改正（法律 18 号）と昭和 17（1942）年の改正である⁸⁷。前者は手続整備に関する改正であり、後者は家屋台帳制度の発足に伴う改正であった。

大正 2（1913）年の改正により登記簿の様式が改められ、土地登記簿と建物登記簿の様式が同一のものになり、区分も甲区および乙区の二区とされ、甲区には所有権に関する事項を、乙区には所有権以外の権利に関する事項が記載されるようになった⁸⁸。この改正ではその他にも多くの条文が補充されているが、その詳細については本節の二において触れる。

昭和 17（1942）年の改正は家屋台帳制度の発足に伴う改正であるが、そもそも家屋台帳制度が創設された理由は、国税である家屋税の課税標準を家屋の賃貸価格に置いてそれを決定することにあつた。税務署に家屋台帳を備え、各家屋について所在、家屋番号、種類、構造、床面積、所有者および賃貸価格などを登録することになったことに伴い、不動産登記法は多大な変革を受けることになったのである⁸⁹。家屋台帳の整備により、建物も家屋番号によって特定することができるようになっただけでなく、保存登記についても、土地の場合と同様の方法を採用することが可能となった。昭和 17（1942）年の改正では、建物に関する登記申請書には家屋番号をも記載するべきことなど、いくつかの重要な改正がなされた。

これらに続いて戦時中は、昭和 20（1945）年に戦時特別立法として、手続きの簡素化の改正（法律 9 号）がなされた。

2 第二次世界大戦以後

⁸⁶ 本節において参照する不動産登記法の条文は、特に断りのない限り、平成 16（2004）年の大改正を経る以前のものである。

⁸⁷ ただし、信託法の施行に伴い信託登記手続きを新たに設けるための大正 11（1922）年の改正（法律 64 号）や、昭和 6（1931）年の抵当証券法の制定に伴う登記手続きの変更に関する改正（法律 20 号）も、実務上は軽視することができない。この点につき、寺田逸郎「不動産登記 —その制度と運用—」鎌田薫・寺田逸郎・小池信行編『新・不動産登記講座・第 1 巻・総論 I』（日本評論社、1998）9 頁を参照。

⁸⁸ 改正以前は、土地登記簿は甲乙丙丁戊の五区に、建物登記簿は甲乙丙丁の四区に分けられていた。

⁸⁹ 従来、建物の登記は、その種類、構造および建坪により表示されたために（昭和 17（1942）年の改正前の不動産登記法 37 および 50 条）建物の特定が困難であり、また、保存登記に関しては、まず地主の証明書により保存登記をし、さらに同一建物を市町村役場に届け出て市町村長の証明を得て二重に保存登記をすることも可能であり（昭和 17（1942）年の改正前の不動産登記法 106 条を参照）、その弊害は極めて大きかった。この点につき、新谷・前掲注 14・27 以下を参照。

第二次世界大戦後における最初の重要な変化は、国の行政組織の改編に伴い、登記事務の管轄が裁判所から行政官庁である法務省⁹⁰に移管されたことである。これは、昭和 22 (1947) 年の法務庁設置に伴う法令の整理に関する法律 (法律 195 号) によるものであって、不動産登記法中の「司法大臣」を「法務総裁」に、「司法省」を「法務庁」に改めたものである⁹¹。

次になされた重要な変革は、昭和 26 (1951) 年の改正 (法律 150 号)⁹²によるバインダー方式登記簿への切り替えである。従来の登記簿は、用紙の加除が不可能なように厳重に編綴された固定式帳簿であった。そのために、土地建物につき初めて登記をした順序に登記番号を付して記載した上で別に見出帳を設けるという方法が、旧登記法以来行われていた。これを加除可能なバインダー方式に変えるという大変革が加えられることになったのである。

さらに昭和 35 (1960) 年に、制定以来最大規模の改正が行われた (法律 14 号)。いわゆる、台帳と登記簿の一元化である⁹³。この改正は、旧登記法以来存在していた、私的な権利を保護するための不動産公示制度としての登記簿と徴税のための記録資料としての台帳という二元的な制度を、台帳を登記簿に統合するという形式によって一元化しようとするものであり、それに伴う条文改正の量もそれまでの改正を凌ぐものであった。この改正は、前述の登記簿のバインダー化に続く大作業であったため、その作業は昭和 35 (1960) 年 4 月の改正法施行と同時に開始され、昭和 46 (1971) 年 3 月までかかって全登記所で完了したようである⁹⁴。

続いて昭和 37 (1962) 年に、建物の区分所有等に関する法律が制定されたのに伴って、不動産登記法の一部改正がなされた (法律 69 号)。一棟の建物中の構造上区分された部分について独立の所有権 (区分所有権) を認めるようになったため、登記制度に与える影響は大きかったのである。戦後、集合住宅の建設が盛んになり、これを区分して譲渡などの対象とする取引が普及したことが、その社会的契機であった。この問題に関しては、その

⁹⁰ 正確には、当時の法務庁、その後の法務府を経て、現在の法務省に至っている。

⁹¹ この点につき、「登記制度を裁判所の手から行政府の手に移すという極めて重大な変更が、このような一片の言葉の読み替えによって遂行されたというのも妙なことである。むしろ、戦前の裁判所が司法大臣の下におかれた、いわば一種の行政機構の一部であったことをよく示している現象といえるかもしれない。見方を変えれば、登記制度を裁判所の手で委ねるという一八八六年の決断がいったいどれほど重い意味をもっていたことなのかが問われ直される必要があるということにもなる。当初は国民の重要な権利を裁判所の手で保障するという意味合いがあるいは存在したかもしれないが、少なくとも戦前期に至ると、そのような趣旨は完全にといってよいほど風化していたのではないであろうか」(清水・前掲注 62・187 頁以下) という指摘がある。

⁹² ただし、変更の趣旨からは、この法律そのものよりも不動産登記法施行細則の一部を改正する府令 (昭和 26 (1951) 年法務府令 110 号) の方が重要である。

⁹³ この登記簿と台帳の一元化に対しては、根本的な疑問と批判が学説から投げかけられた。渡辺洋三「登記簿と台帳の一元化問題」ジュリ 175・20 (1959)、同「ふたたび登記簿と台帳の一元化問題について」ジュリ 198・34 (1960)、伊藤道保「改正不動産登記法の比較法的考察」法時 32・7・68 (昭 35)、杉之原舜一「登記簿と台帳の一元化について」民商 43・1・3 (昭 35) などを参照。なお、これらの批判についての詳細に関しては、本節の三において述べたいと思う。

⁹⁴ この点につき、清水・前掲注 62・193 頁を参照。

後さらにマンションなどの区分所有建物が増加し、それにまつわる法的な問題が複雑化するに至ったので、昭和 58 (1983) 年に大幅な改正が行われた (法律 51 号)。

同じく民法などの実体法において生じた重要な改正に対応した不動産登記法の改正として、地下または空間に上下の範囲を定めて地上権を設定することを認める改正 (昭和 41 (1966) 年法律 93 号)、民法において根抵当権の規定が追加されたことに伴う不動産登記法における規定の追加 (昭和 46 (1971) 年法律 99 号の附則による)、借地借家法の制定に伴う改正 (平成 3 (1991) 年法律 90 号) などが挙げられる。

また、情報技術の発達に伴い、登記制度も例外なくその影響を受けている。取引の活発化に伴って登記事件は年々増加しており、また、その内容においても複雑化している。その中であって、不動産登記制度の合理的な整備と発展のためには、登記簿という帳簿と簿冊によるシステムの再検討が必要不可欠となった。法務省は昭和 47 (1972) 年に登記事務のコンピュータ化に関する研究を始め、昭和 58 (1983) 年からは一部において実際にコンピュータによる登記事務処理を試験的に実施してきた。そして昭和 60 (1985) 年に、電子情報処理組織による登記事務処理の円滑化のための措置等に関する法律⁹⁵ (法律 33 号) と、登記特別会計法⁹⁶ (法律 54 号) が制定された。これらの法律によってコンピュータによる登記事務処理の基本的な体系が整備されたことに伴い、不動産登記法の改正がなされた⁹⁷ (昭和 63 (1988) 年法律 81 号)。そして、平成 16 (2004) 年に行われた不動産登記法の大改正の主眼も、まさにこの情報技術の著しい発展への対応にあったと言えるのである。

以上の他に注目すべきものとして、国土調査促進特別措置法 (昭和 37 (1962) 年法律 143 号) がある。日本における地籍の把握は、はなはだ不十分である。この問題は不動産公示制度だけではなく、国の政策全般に関する問題である。この法律は、内閣総理大臣の下で国土調査事業十箇年計画を作成して、事業を促進しようとするものである。地籍の把握は非常に困難を極める作業ではあるが、少しずつながらもその歩を進めている。

二 内容

1 手続整備

純粹に手続きを整備することを目的とした改正として重要なのは、大正 2 (1913) 年に行われたものである。この改正では、登記簿の様式が改められた。本節の一においても述べたように、それまで土地登記簿は五つに、建物登記簿は四つの区分に分けられていたが、この改正によりそれぞれ甲乙二区に整理された。

その他になされた改正の要点を示せば、次の通りである⁹⁸。①滞納処分による差押の登

⁹⁵ この法律により、法務大臣が指定する場所においては、登記簿に記載されている事項をコンピュータによって登記ファイルに記録することができるようになった (同法 2 条)。

⁹⁶ この法律は、登記事務のコンピュータ化を進めていく上で必要な経費を賄うために、受益者負担の思想に立って、謄本交付手数料などの登記関係手数料を増徴し、その収入を登記事務に要する経費に充てることを明確にし、さらに経理の弾力的な執行を図るために登記事務の経理を一般会計から分離して、特別会計とすることを定めたものである。

⁹⁷ 例えば、法務大臣の指定する登記所においては、登記事務の全部または一部をコンピュータによって取り扱うことができるようになった (不動産登記法 151 条の 2 の追加)。

⁹⁸ この大正 2 (1913) 年の改正については、吉野・前掲注 51・18 頁以下に詳しい。

記をする前提登記としての、不動産の表示もしくは登記名義人の表示の変更または相続による権利移転の登記を登記所に嘱託する場合の、登記手続きの整備がなされた。②債権者が民法 423 条の規定により債務者に代位して、登記を申請する場合の手続きを整備した。③登記官吏が登記を完了した後、その登記につき錯誤または遺漏がある場合において、その錯誤または遺漏が登記官吏の過失に起因するときは、登記上に利害関係を有する第三者が存在する場合を除き、地方裁判所庁の許可を得て、職権でこれを更正することを認めた。④土地の分合または滅失、坪数の増減、もしくは地目または番号の変更があった場合などにおける登記の申請につき、土地台帳謄本の添付を要求して、土地台帳との関連をつけた。この土地台帳との関連は、行政区画などの変更に伴い土地の番号の変更があったときにも認められた。すなわち登記管理は、土地台帳所管庁の通知に基づき、職権でその変更の登記をすることにした。⑤既登記の土地が河川の敷地となった場合における所有権の抹消登記の手続きを設けた。⑥土地の収用による所有権移転の登記手続きを整備した。⑦五個以上の不動産に関する権利を目的とする先取特権、質権もしくは抵当権の保存または設定の登記を申請する場合には、申請書に共同担保目録を添付することを要求し、そしてこの目録登記簿の一部とみなし、その記載を登記とみなした。そしてこれに伴う登記手続きに所要の改正を加えた。

2 登記簿と台帳の一元化

登記簿と台帳の一元化は、これまでの不動産登記法の改正の中でも特筆すべきものである。この改正内容の要点は、登記の対象となる事項の中に、従来は存在しなかった不動産の表示に関する登記が新設されたことである⁹⁹。具体的には、登記簿の表題部を新様式とし、ここに土地台帳または家屋台帳の記載を移記することである。つまり、不動産登記は不動産に関する権利関係を明らかにするのみならず、権利関係の登記と独立し、不動産自体の状況を明確にするものとし、そのために不動産の表示に関する登記という新しい登記を創設したことである。さらにこの際の改正では、権利に関する登記についても重要な改正が加えられた。

登記簿と台帳の一元化とは、登記簿の表題部に台帳と同一の機能を営ませることにあり、そのために土地台帳法または家屋台帳法において採用されていた法的技術がほとんどそのまま不動産の表示に関する登記に導入された。それとともに、不動産の現況を明らかにするためには不動産の位置や形状を明らかにした正確な地図および建物所在図の存在が必要不可欠であるが、この点についても規定を設けた（不動産登記法 17 条）。

このような形で登記簿と台帳の一元化作業が始まったわけだが、その道は非常に険しいものであった。この一元化作業とは、既登記の土地建物については、土地台帳または家屋台帳の記載を新様式の表題部の用紙にそのまま移記して従前の表題部の用紙の上に編綴し、未登記の土地建物については、土地台帳または家屋台帳の記載を新様式の表題部の用紙にそのまま移記して、バインダー式の登記簿に編綴するという作業である。このような、不動産登記制度始まって以来の、大規模な登記簿と台帳の一元化作業が全国の登記所におい

⁹⁹ 不動産登記法 1 条に「不動産ノ表示」の語句が追加され、さらに第四章の登記手続の中に、第二節として不動産ノ表示ニ関スル登記手続が新設された。

て展開されていった。

さらに権利に関する登記手続きの改正として、保証書の濫用に伴う虚偽の登記を防止するため、保証書を提出して行う登記申請の場合には、登記義務者に登記申請の意思を事前通知の方法により確かめる方法をとった（不動産登記法 44 条の 2）。他にも、買戻の特約やその他の権利の消滅に関する事項の登記を合理化し（不動産登記法 37 および 59 条の 2）、共有の登記においては必ずその持分の登記をすることにする（不動産登記法 39 条）など、重要な改正が行われた。

3 実体法の改正に対する呼応¹⁰⁰

不動産登記法はその手続法的性格から、民法などの実体法の改正に呼応した改正がなされることが多い。昭和 37（1962）年に建物の区分所有権に関する法律が制定されたことに伴って、不動産登記法の一部改正がなされた。すなわち、区分所有建物については、一不動産一登記用紙主義に対する例外が設けられ、一棟の建物に属するものの全体について一用紙を備えることとし（不動産登記法 15 条但書）、一棟の建物の表題部および一棟の建物を区分した各建物（専有部分）の表題部、甲区および乙区がそれぞれ設けられることになった（不動産登記法 16 条の 2 および 91 条 2 項）。また、昭和 58（1983）年に、建物の区分所有等に関する法律及び不動産登記法の一部を改正する法律により、区分所有建物とその敷地の一体的な管理を図り、かつ、区分所有建物に関する登記の合理化を図るため、専有部分と敷地利用権とは原則として分離して処分することができないものとされた。これを受けて不動産登記法については、専有部分と敷地利用権とを分離して処分することができない場合には、専有部分の登記用紙敷地利用権の表示を登記することとした上で、専有部分および敷地利用権についてなされた処分に関する登記は、この専有部分の登記用紙のみにすれば足りるものとし、このために、不動産登記法 91 条 2 項 4 号の追加、不動産登記法 93 条の 3 などの新設などがなされた。

その他の実体法の改正などに伴う不動産登記法の改正として、借地借家法関係の改正に伴うものと、根抵当権の親切に伴う改正が重要である。

前者について、昭和 41（1966）年に制定された借地法等の一部を改正する法律により、民法の地上権に関していわゆる区分地上権の制度が新設された（民法 269 条の 2）ことに伴って、区分地上権の登記事項を定める改正がなされた（不動産登記法 111 条に第 2 項を追加）。さらに平成 3（1991）年の借地借家法の制定に伴い、不動産登記法 111 および 132 条の改正がなされた。この改正により、この借地借家法により創設された存続期間によって法律上限定されている借地権および建物賃借権の定めがある場合には、その旨が登記申請書の必要的記載事項とされ、また、地上権および土地賃借権のいずれも、その設定の目的が地上建物の所有を目的とする場合に、その建物が事業用のものであるときは、各申請書にはその旨をも記載しなければならないものとされた（不動産登記法 111 条 1 項および 132 条 1 項）。

後者について、昭和 46（1971）年の民法の一部改正により民法中に根抵当権に関する

¹⁰⁰ 実体法の改正に伴う不動産登記法の改正につき、幾代通・浦野雄幸編『判例・先例コンメンタル・新編・不動産登記法①』（三省堂、1999）6 頁以下を参照。

実体規定が新設されたのに伴い、不動産登記法においても、根抵当権に関する登記手続きについて、不動産登記法 117 条が改正され、新たに不動産登記法 119 条の 2 および第 119 条の 5 から 10 までが追加された。

4 登記のコンピュータ化¹⁰¹

昭和 60（1985）年に制定された、電子情報処理組織による登記事務処理の円滑化のための措置等に関する法律と登記特別会計法により、電子情報処理組織による登記事務処理の基本的体系が整備されたことに伴い、不動産登記法および商業登記法の一部改正がなされた（法律 81 号）¹⁰²。すなわち、法務大臣の指定する登記所においては、登記事務の全部または一部を電子情報処理組織によって取り扱うことができるとし、この場合においては、登記簿は磁気ディスクをもって調整することとされた（不動産登記法 151 条の 2 の追加）。この磁気ディスクによる登記簿の調整に伴い、登記情報の公開方法として、何人でも手数料を納付して、当該登記簿に記録されている事項の全部または一部を証明した登記事項証明書またはその事項の摘要を記載した書面の交付を請求することができることとされ（不動産登記法 151 条の 3 第 1 および第 5 項）、そして登記事項証明書は、登記簿の謄本または抄本とみなすこととされた（不動産登記法 151 条の 4）。

さらに現在では、登記に関する情報を、オンラインを通じて入手することができる。オンライン登記情報提供制度は、登記事務がコンピュータ化された登記所が保有する登記情報を、インターネットを利用して、一般利用者が自宅又は事務所のパソコンで確認することができる制度である。これまでは、登記情報を入手するためには、不動産または法人の本支店の所在地を管轄する登記所の登記事務がコンピュータ化されていても、原則として登記所まで出向いて登記事項証明書または登記事項要約書を請求する必要があったが、オンライン登記情報提供制度の実施により、インターネットを利用して自宅や会社にいながらにして登記情報を確認することができることから、登記情報を確認するための時間と手間が大幅に縮減される¹⁰³。

そして、情報技術の著しい発展に対応することを第一の目的として行われたのが、平成 16（2004）年の大改正である（法律 123 号）。オンラインによる登記申請を認めるにあたって、それまでの当事者出頭主義および登記済証を廃止し、その代わりに、登記官による

¹⁰¹ 日本における登記簿のコンピュータ化に至る経過に関する文献として、小池信行「不動産登記・商業登記のコンピュータ化」ジュリ 913・57（1988）、中村巽「登記事務のコンピュータ化」時の法令 1342・5（1988）、揖斐潔「登記システムのコンピュータ化の現状」自由 41・1・53（1990）、村瀬銀一「登記事務のコンピュータ化で何が変わるか」法セ 434・20（1991）、藤原勇喜「登記事務のコンピュータ化の現状と将来の展望」法律のひろば 44・10・11（1991）、および、星野明一「コンピュータと登記」ジュリ 1117・110（1997）などを参照。

¹⁰² この法律の概要に関して述べているものとして、小池信行「「不動産登記法及び商業登記法の一部を改正する法律」の概要」金法 1197・6 以下（1988）などを参照。なお、この法律が掲載されているものとして金法 1190・25 以下（1988）、通達については金法 1194・25 以下（1988）を参照。

¹⁰³ 登記のオンライン申請については、法務省のオンライン登記申請制度研究会によって検討がなされた。オンライン登記申請制度に関する最終報告書については、「オンライン登記申請制度研究会最終報告書」登研 665・76 以下（平 15）などを参照。

本人確認の規定を新設し（現行不動産登記法 24 条）、さらに、登記識別情報と称される 12 桁のパスワードが通知されることになった（現行不動産登記法 21 条）¹⁰⁴。また、この改正によって、登記原因証明情報の提供が義務化されたことも注目に値する（現行不動産登記法 61 条）。これにより、登記内容の真実性が担保される可能性がより高まることとなった。約 100 年ぶりに行われた不動産登記法の大改正は、今後の登記実務のみならず、不動産法の理論的な面に関しても影響を与える可能性があり、今後の実務における定着および研究の発展が望まれるところである¹⁰⁵。

三 評価

1 登記制度の目的

そもそも登記制度は、実体的物権変動を正確かつ迅速に公示することにより、不動産取引の安全と円滑に奉仕することにその目的がある¹⁰⁶。これまでに述べてきた改正の変遷も、登記制度の目的により合致するように行われてきた。そこでは、いかに登記簿という簿冊を中心に登記事務処理がなされてきたかということに、思いを致さないわけにはいかない。新たに制度を創設しようとする場合には、公示制度としての登記のために簿冊をどのようにすれば閲覧しやすくできるか、また登記事務を運用する場合には、簿冊に載せる情報をどのように選別し、多くの簿冊をどのように配置し、そしていかに効率的にその写しを作成するかが、主として問題の中心であった¹⁰⁷。

すでに触れたそれぞれの改正も、登記制度の目的としての取引の安全と円滑に奉仕するためになされてきたものである。特に、純粋に手続的な改正や実体法に呼応した改正は、いかにしてより安全に実体的な物権変動を公示し、同時にそれを迅速に行うかということを中心として行われてきた。

その際にとりわけ問題となるのが、国土調査の問題である。不動産公示制度が名実共によりよく機能するためには、不動産の物理的状況に関する登記簿の記載が実体と符合することが必要不可欠である。この点、日本においては、不動産同士の境界を定めるための基本となる地図が正確なものとはいえず、今後もこの問題点はいまだに残ることになるだろう。

2 登記簿と台帳の一元化をめぐる論争

日本の不動産登記法は幾度も改正を経て現在の姿になっているが、昭和 35（1960）年に行われた改正はそれ以前までに行われた改正とは性格を異にするものであった。それまでは、制定当初の性格を維持し、不動産に関する物権の得喪変更を登記することをその目的としてきたのであるが、昭和 35（1960）年に行われた登記簿と台帳の一元化を中心

¹⁰⁴ ただし、これまで行われていた書面による申請も依然として可能である（現行不動産登記法 18 条を参照）。

¹⁰⁵ 現行不動産登記法に関する解説がなされているものとしてはすでに多くの文献が存在しているが、その概要を把握するためには、山野目章夫・齋木賢二・松岡直武編『実務論点集・新不動産登記法』（金融財政事情研究会、平 17）が有益である。

¹⁰⁶ 幾代・徳本・前掲注 1・13 頁を参照。

¹⁰⁷ 寺田・前掲注 87・18 頁を参照。

とする改正は、それまでの改正とは異なり、不動産登記制度の性格そのものを変革する重要な改正といえる。なぜなら、登記簿と台帳を一元化し、登記法に対抗要件とは関係のない事項を持ち込んでくることになったからである。

この問題に関しては、当時から有力な学者による批判がなされた。渡辺教授は、登記簿と台帳の一元化による手続上の利便性について、「国民がつねに台帳と登記簿とをあわせて謄本請求するものという前提に立っているが、実際問題としては、いずれか一方だけの謄本一たいてい登記簿謄本一で済ませる場合もあ」¹⁰⁸り、「建物増築の場合、現行法では二重の手続をしなければならぬと論者はいうけれど、現行法でも、いわゆる登記申請併用申告の制度がみとめられており、台帳申告にさいし登録税を納付すれば別個に登記申請しなくても登記の申請があったとみなされる（不動産登記法 92 条の 2）のだから、この制度を活用すれば、二重の手続というほどの不経済さにならなくて済む」¹⁰⁹と、その実益について批判を加えた上で、さらに理論上の問題について言及されている。その点について渡辺教授の意見を要約すれば、私的取引秩序の維持という私法的関心から土地を把握しようとする登記簿と、徴税目的の遂行という国家の公法的関心から土地を把握しようとする土地台帳という両者の異質性を全く無視して登記簿と台帳の一元化を執り行うことは理論的に是認できず、元来当事者の任意申請が原則である登記を国家が強制して、それによって私人の権利関係に介入することは、市民法秩序においては決して首肯しえないものであるということになる¹¹⁰。

登記簿と台帳の一元化は、手続的な利便性を追求することもさることながら、権利関係の明確化とその客体の現況の把握は切り離せないということに端を発するものであるが、そもそも、権利関係の明確化とその客体の現況の把握という問題と、登記簿と台帳の一元化という問題は異なった内容のものである¹¹¹。確かに、権利関係の明確化もその客体の現況の正確な把握も重要な問題であり、登記制度の実質を充実させていくために必要不可欠なことであるが、それは、登記簿と台帳の一元化を必然のものとする根拠とはならない。その点を考えると、むしろ台帳は市町村に移管し、登記簿は国民のためのサービス事務として純粋化し、登記を希望する人の権利関係と客体としての土地の現況把握に尽力すべきであるという渡辺教授の意見は、傾聴に値するものと考えられる。

3 登記のコンピュータ化に関する問題

登記のコンピュータ化とは、登記簿に記載されるべき情報を電子情報に置き換えることである。それは、事務能率が高まるだけでなく、コンピュータがネットワークの中に置

¹⁰⁸ 渡辺洋三「登記簿と台帳の一元化問題」ジュリ 175・22（1959）を参照。

¹⁰⁹ 渡辺・前掲注 108・22 を参照。

¹¹⁰ 渡辺・前掲注 108・26、および、同「ふたたび登記簿と台帳の一元化問題について」ジュリ 198・34（1960）を参照。同様に、登記簿と台帳の一元化に反対するものとして、伊藤道保「改正不動産登記法の比較法的考察」法時 32・7・68（昭 35）、杉之原舜一「登記簿と台帳の一元化について」民商 43・1・3（昭 35）、および、清水・前掲注 62・191 頁以下などを参照。これらに対する反論として、金融法務事情編集部「登記制度は誰のために存するか ―不動産登記法改正についての渡辺助教授の意見に対して―」金法 235・1（昭 35）などを参照。

¹¹¹ 渡辺・前掲注 110・「ふたたび登記簿と台帳の一元化問題について」・35 を参照。

かれている現在においては、事務能率のレベル以上の影響を登記制度に与えることになると思われる¹¹²。コンピュータに登記事項の情報が登録されるということは、物的編成主義か人的編成主義かといった問題自体がそもそも成り立たなくなるということである。データをどのように並べ替えるかということが、データ自体の問題ではなくなるからである。また、オンライン登録の可能性を論じるということは、現行の本人確認制度自体の再考を促すことにもなるということである。

不動産公示制度の目的は、実体的な物権変動を正確かつ迅速に公示することにあるため、それを実現するには、事務処理における効率性を高め、さらにその正確性を期することが必要である。その手段として、コンピュータは必要不可欠なものである。しかし、ここで忘れてはならないのは、真の権利者の保護である。特に、オンライン制度の採用によって、当事者の出頭が必要ではなくなる。その代わりに、どのようにしてオンライン上で本人確認を行うべきなのかが、重要な課題となる。

そこで、2004（平成 16）年の不動産登記法の改正によって導入された制度が、登記識別情報の通知、および、登記申請におけるその提示というものである。しかしながら、この登記識別情報は 12 桁から構成されるパスワードに類似したものであり、それが盗用される可能性を否定することはできない。登記申請のみならず、銀行取引などの様々な場面で本人確認をいかに担保すべきかという点が、今日の高度情報化社会における重要なテーマの一つとなっているが、この登記識別情報を用いた本人確認方法も、今後の実務における定着を待った上で、再考の余地があるかもしれない。

第八節 小括

一 従来の制度との関係

日本における一連の発展過程を全体にわたって検討してみると、地租改正を軸としてそれをめぐって諸法制が形成されるその過程は、断片的および無関連的なものではないということの特徴として確認することができる。不動産公示制度の一連の形成を促した動機の一つは、土地の商品化および流通の法的保障にある。しかし、それぞれの立法はあまりにも政策に従属しすぎたために、制度はしばしば一義的でありすぎた。つまり、当面のただ一つの目的に奉仕して、他を顧みることなく早急に法制度が作成され、それらが並存して重複し、矛盾するという状態が生じたのである。すると、次々と成立した諸法制を統合しようとする動きが高まってくる。その実現を見たのが、明治 19（1886）年の旧登記法である。

このように、わが国の不動産公示制度の発展過程の特徴の一つとして、諸法制の統合という要素を看取することができる。この一連の経過は、過度期の法の発展を一面において特色付けるものといえよう¹¹³。

二 外国法との関係

1 公証制度までの段階

¹¹² 寺田・前掲注 87・18 頁参照。

¹¹³ 鵜飼他編・前掲注 31・39 頁以下を参照。

日本の土地立法は、地券制度および公証制度の段階では、西欧の諸制度を継受したものではなく、わが国特有の法制度として、旧幕時代の慣行を直接受け継ぐものであったといえる。つまり、明治維新後の開明および啓蒙の意図に基づいて諸外国の法制度を単に輸入したものではないということである。公証制度に至るまでの段階においては、わが国における旧来の慣行を中心として、法制度の整備が試みられたといえることができる。それゆえに、国家、すなわち、上からの土地改革から生み出された地券制度および公証制度も、人々の生活に深く浸透し、受け入れられることができたのである。

2 旧登記法以降の段階

それでは、旧登記法以降の段階においてはどうか。公証制度の不備および欠陥の是正のため、複雑に分岐していた諸規則を統合するために、旧登記法の制定が企図されたわけだが、その際には、旧来の日本の制度と慣行を参照するとともに、諸外国の法制が参考にされている。この点に関して、当時のわが国の立法当局は、前述のように、ドイツ法の制度を採用した。物的編成主義を採用していた当時のドイツ法制、正確にはプロイセンの登記法は、最も優れたものとして捉えられていたのである。実体法規定に関して、登記を第三者対抗要件とするフランス法的な解釈が深く浸透していた当時のわが国が、手続法規定に関して、実体法の性質を異にするドイツ法の規定を採用したという事実は、特筆すべきものといえよう¹¹⁴。

三 担保制度との関係

登記制度の発展における最も重要な要素は、担保制度の発展を求める取引界の要求である。わが国においても、この要素が登記制度の発展を促したことに疑いがない。しかしながら、わが国においては、担保制度の発展を求める声と同時に、税を効率的に徴収しようとする国家の要求がそれに重なった点に大きな特徴がある。それゆえ、登記制度の発展と担保制度の発展の関係が他国と比較して相対的に薄くなっている。このことは、物権変動に関する実体法規定が登記法の発展に伴って変更されることなく現在に至っているという事実に繋がっていると思われる¹¹⁵。当時の日本においては、担保制度の発展にこれを中心として登記法が制定されたのではなくて、登記法の制定そのものが大前提であったのである。それゆえに、わが国では、実体法上はフランス法的でありながら手続法上はドイツ法的な制度が成立し、現在においてもその齟齬が改善されていないのである。わが国における登記制度と担保制度の関係の以上のような特徴は、現行の不動産登記法と実体法の性格を考えていく上で、非常に重要な鍵となると思われる。

¹¹⁴ 以上のような基本的な性質は、現行不動産登記法の制定に際しても維持された。現行不動産登記法は、その後、度重なる改正を経験してはいるが、そのドイツ法的な性質を維持した上で、現在に至っている。それゆえに、実体法と手続法の性質の違いに起因する問題は、そのまま現在の問題として、いまだに残されているのである。

¹¹⁵ 実体法上、登記を効力発生要件としてではなく第三者対抗要件として扱った上で登記に公信力を認めないという、地券制度の成立以来維持されてきたフランス法的な解釈・運用を変更することなく、手続法上、ドイツ法的な登記法を継受したという事実は、整備された登記法の制定を目指したわが国の当初の目的に端を発するものと思われる。

四 今後の展望

以上のように、日本の不動産公示制度は、明治 32 (1899) 年に不動産登記法が制定された後も幾度もの改正を経ながら発展を重ね、今日の不動産登記法 (平成 16 (2004) 年) へと結実している。その中には、純粹に手続的な改正もあれば、実体法の改正と密接に結び付いた改正もあった。それぞれの制度が形成される過程では、様々な試行錯誤が重ねられたと思われる。

不動産登記制度は、重要な財産である不動産の真の権利者を保護し、また同時に、物権変動を正確に公示することを目的とするものである。つまり、静的安全と動的安全という現代市民社会において決して見過ごしてはならない両面の安全を保護するものである。この目的をよりよく実践するためには、制度の充実化が絶え間なく図られなければならない。すなわち、いかにして真の権利者の権利が不当に奪われないようにするか、また、いかにして不動産物権変動の公示を正確かつ迅速に行うようにするかが重要なのである。

また、登記制度の運用に関しては、財政上の問題も見逃してはならない。システムの効率化を図ると共に、コストを以下に少なく抑えるかということも、国民に奉仕するための制度として重要な課題である。さらに、登記制度がその価値を最大限に発揮するためには、地籍の正確な把握が必要不可欠である。いかに精密な登記システムを構築したとしても、客体が不明確なままで所有権の登記がなされては、境界紛争の原因はなくなり、登記制度の目的も達せられない。地籍整理は、質と量の両面にわたって非常に困難な作業ではあるが、一歩ずつでもその歩を進めていかなければ、登記制度はまさに砂上の楼閣に終わってしまうといっても過言ではないであろう¹¹⁶。

しかしながら、これらの問題点があるにしても、これまでの日本における不動産登記法の発展には、目覚しいものがある。今後のさらなる発展が期待される。

第二章 ドイツにおける 不動産公示制度の発展¹¹⁷

第一節 序

前章において述べたように、わが国の登記制度は、明治 19 (1886) 年に旧登記法が制定されたことによって、その基本的な制度を確立したといえる。この旧登記法に基づいて、現行不動産登記法が制定されたわけであるが、そもそも旧登記法は、わが国の旧来の制度および慣行を加味したものとはいえ、プロイセンの登記制度を模範として作

¹¹⁶ この点に関して、不動産登記法の施行後間もない時期に岡松博士によってなされた同旨の指摘は、現在においても傾聴に値するものである。岡松・前掲注 61・21 頁以下を参照。

¹¹⁷ ドイツにおける不動産公示制度の歴史的変遷過程について論じているドイツ語文献として、Aubert, Beiträge zur Geschichte der deutschen Grundbücher, ZRG 1893, 1 ff.; Beyerle, Die Anfänge des deutschen Schreinswesens, ZfRG 1931, 51, 335 ff.; Böhringer, Die Geschichte des Grundbuchs im Wandel der Zeiten, BWNotZ 1986, 1 ff.; Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert II/2, 1935 などがある。

られたものである。不動産を中心に登記簿を編成するという近代的な登記制度は、やはり、形式を重視するドイツにおいて発生を見るに至ったものである¹¹⁸。

ドイツの法制度は、かなり以前から土地所有権に対して特別な意味を付与していた。土地は限りのある資源であり、人々の任意によって増やすことのできるものではない。その上、土地は動産とは異なり、占有者、所有者およびその土地に関するその他の権利などを推し量ることが難しいものである¹¹⁹。また、土地はいつの時代においても高く評価され、特別な意味を与えられるものである。特に多くの場合、近代に至るまで、土地は政治的な権力と結び付けられていた。土地は全て比類の無いものであるために、土地に関する法律関係の明確さが以前から要求された。あらゆる人々に物権の効力を主張するために、物権に対して外面上認識可能な形式を与えるべきであるとする要求は、全く自然なものであった¹²⁰。この要求が、ドイツの土地法における簿冊制度の起源であり、その発展の原動力でもあったのである。土地登記簿の歴史的な発展過程において、法律関係をできる限り明確に認識可能にすることの利益と、公示する際の経費と費用をできる限り少なくすることの利益との調整が、様々な方法によって行われた。

今日の登記簿は、中世ドイツ法にその起源を有するものである。中世ドイツ法におけるゲルマンの裁判証明書が、その起源であった。1000年以上の期間を通じて、ドイツの登記簿は、証拠簿から登録簿および担保簿を経て、全ての土地のあらゆる法律関係を公の帳簿に記載するという証書秩序へと発展したのである。証拠簿という第一の発展段階においては、登記簿は、登記簿以外に存在する権利を証明して沈黙期間の経過を開始させる機能だけを有するものであった。第二段階においては、合意主義または引渡主義に基づいて発生した権利のための登録簿における登記に対して、より強い法的な効果が付与され、担保簿における登記に対しては、担保権に制限された設権的な効力と取得時効による権利取得のための効力が付与された。第三段階においては、登記簿制度に基づいて、不動産のあらゆる権利の取得と喪失が、当事者間においても登記に依存するようになり、さらに、登記簿には公信力が付与されるに至った¹²¹。

以下においては、おおむね時系列に沿って、このドイツにおける不動産公示制度の歴史的発展過程について述べていきたいと思う。

第二節 中世以前

一 中世以前における土地制度

1 古代

ドイツの登記簿は、現代における発明品ではない。すでにかなり以前から、登記簿類似の制度が存在していた。土地取引に関する証拠機能を有する証書などが作成されていたのである。それは、本質的に今日においても妥当する公示の思想を実現することを目的とするものであった¹²²。

¹¹⁸ 吉野・前掲注 51・3 頁以下を参照。

¹¹⁹ Stewing, *Geschichte des Grundbuches*, Rpfleger 1989, 445.

¹²⁰ 動産法に関していえば、それは占有にあたる。

¹²¹ Staudinger/ Ertl, *BGB*, 12.Aufl, Vorbem.71, 1983.

¹²² 特にギリシャにおいては、不動産に関する物権の創設についての公の調書が存在して

ローマ法の特徴は、動産物権と不動産物権を原則として同様に扱っていたということである。土地所有権の移転に関しては、引渡主義が基準とされていた。それゆえ、移転は、売買もしくは同様の債務的な法律的行为と引渡しによって行われた。当時においては、占有が土地所有権の唯一の外部から認識可能な目印であった。確かに引渡主義はほとんど費用がかからなかったが、とても大きな欠点を内包していた。その欠点とは、認識することができるのは当事者のみであり、かつ、今日における譲渡担保のように容易に回避されてしまうということである。また、土地に対して抵当権の負担を設定する際にも、不要式の契約のみで設定されうるものとされたため、外部からの認識可能性が、完全に欠落することになった¹²³。

ただし、ローマ人は、公示の思想を完全に無視したわけではなかった。ローマ人は、土地と動産に関するその他の規定についても認識していた。証人を招集したり、裁判所による証明を用いたりすることによって土地の所有権移転を公示したことは、その例である¹²⁴。これらの方法は、権利の移転がなされたことを第三者に知らしめるという目的から発生したものである。

しかし、交通が盛んになり、人々がその他の場所に移住するようになると、このような方法が不十分であるということが明らかになってくる。ローマ帝国の勢力が強大になるにつれてこのような儀式も行われなくなり、単に、不動産の引渡しだけで十分であるとされるようになった。そして、この引渡しも、現実になされる必要はなく、鍵の引渡し・書面の授受・証拠品の授受だけで足りるものとされるようになった。しかしそれでは、不動産の譲渡がすでになされているのかどうかに関して第三者は知り得ないので、不動産を譲り受けようとする第三者は、すでに他人に譲渡されてしまった不動産を買い受ける危険があるのみならず、税務官吏が不動産の所有者から税を徴収する際にも、しばしば真実の所有者を誤認する危険が生じた。このことに気付いたローマ人は、エジプトやローマ帝国の植民地となったギリシャ地方に倣って、不動産の譲渡を公簿に記載するようになった¹²⁵。証拠証書のような後の登記簿に類似した制度は、ローマ時代にその起源を有するものである。その後、中世に至って、証拠証書などが最初の登記簿へと発展していったのである。ただし、そのような登記簿の先駆けと古代ドイツの登記簿との関係は、今日に至ってもいまだ

いた。古代の都市アッティカでは、帳簿に土地の占有者によってなされるべき支払いが登記されていた。この登録簿は、監視者と呼ばれる特別な官吏によって実施および管理されていた。土地に関する占有関係と権利関係についての公の記録は、古代ギリシャのポリスにおいてだけではなく、バビロニアにおいても存在した。エジプトにおいては年代順に整理された証書集が存在した。ローマ時代には、総督の指示に基づいて土地に関する証書集が設置され、その実施と管理が行われた。ただし、これらの登記簿類似のものは今日の登記制度と比較可能なものとは言えない。

¹²³ Böhlinger/ Böttcher/ Göttlinger/ Morvilius/ Nowak/ Wienhold, Grundbuchrecht Band 1, 8., völlig neu bearbeitete Auflage, 1997, S.3 f..

¹²⁴ 同様の方法は、価値の高い動産に対しても用いられた。Böhlinger, a.a.O.123, S.4 を参照。

¹²⁵ 吉野・前掲注 51・4 頁以下を参照。

に確認されていない¹²⁶。

それに対して、ドイツ法に基づく土地取引は、以前から、ローマ法とは対照的に公示の原則の下で行われていた。登記簿類似の制度がまだ確立しないうちに、土地の支配関係の交替に関する古代法に基づいて、厳粛で公な方法によって、地方ごとに土地取引が行われていたのである。以前から、ドイツ法は、土地に関する事項を公に認識可能にすることを要求していた¹²⁷。

2 ゲルマン時代

ゲルマン時代の法は、すでに家屋や農場に対する個別的な所有権を認めていた。ただし、これらの個別的な権利は、任意に処分することができず、氏族の利益と結び付けられていた。それゆえに、ゲルマン時代においては、土地取引やある種の不動産信用といったものは認識されていなかった。家屋や農場の所有権の取得は、そこに定住し、家屋を建て、囲いを作って一定の範囲を区切るという事実によって行われた。そして、共同体が領土を獲得した後に、共同体が個人に対して耕地の利用を許したのである。権利の発生と移転に関するこの当初の形式は、当時の要求に十分応えるものであった。登記簿が整備されることは、要求されなかったのである¹²⁸。

3 フランク時代

フランク時代の特徴は、民族大移動の変動とその後の定住に基づく、社会と経済の根本的な構造の変化にあるといえる。土地の権利関係も複雑になってくる。特別に教会の関与の下で相続権を承認することによって、家屋や農場に関する最初の取引可能な所有権が広まっていったのである。相続共同体の所有権が分割されることにより、小さく区分された所有権が発生した。それらの区分された所有権は、しばしば、さらに譲渡された。また、任意に質権を設定することもできるようになった¹²⁹。

そして、土地に対する個別的な権利が発展してくる。その基礎となったのは、それぞれの土地に関する権利関係を公示することであった。すでに古代から、土地の権利の移転が、その土地自体の上で行われていた。譲渡人が土地を放棄し、そして、取得者に対して土地への侵入を許可する。この移転は、当事者が所属する共同体のメンバーから、数人を証人として招いた上で行われた。この移転行為は、二つの行為から成り立っていた。それは、サラ (sala)¹³⁰とインヴェスティトゥーラ (investitura)¹³¹という行為であった¹³²。

¹²⁶ Löscher, Grundbuchrecht, 1974, Nr.1.

¹²⁷ Böhringer, a.a.O.123, S.4.

¹²⁸ Olzen, Die geschichtliche Entwicklung des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs, JuS 1984, 328.

¹²⁹ Böhringer, a.a.O.123, S.5.

¹³⁰ サラとは、所有権の移転に関する合意であって、物権的な譲渡契約であった。これは、証人の前で、象徴物としての土地の部分を用いて、締結されるものであった。ゲーテが1798年にオーベルロスラの土地を取得した際にも、まだ、小枝のついた土の塊が手渡されている。ミッタース著・世良晃志郎・広中俊雄訳『ドイツ私法概説』（創文社、昭36）178頁を参照。また、サラは、今日における債権行為と比較することはできない。なぜならば、サラは、その中に債権行為と処分行為の二つを内包しているからである。Sohm, Zur

サラによって、土地の所有権の移転がなされるが、その効果は譲渡人と譲受人の間においてのみ有効であった。つまりサラには、第三者に対する効果がなかった。第三者に対する効果は、インヴェスティトゥーラがなされてはじめて生じた¹³³。インヴェスティトゥーラは、所有権の移転のための形式的な行為であって、さしあたり、取引の対象となる土地の上で行われた。実際に譲渡人と譲受人が出席して行われるインヴェスティトゥーラが、真のインヴェスティトゥーラとみなされた¹³⁴。

インヴェスティトゥーラは、さらに、領得行為 (Apprehensionsakt) とアウフラッスンク行為 (Auflassungsakt) という二つの儀式的な行為に分かれる。領得行為は、譲受人が譲渡人の手から、象徴的に土地の一部¹³⁵を所有権取得のために受け取ることによってなされた。アウフラッスンクは、譲渡人が土地の所有権を放棄することを明確にし、さらに譲受人に所有権を譲渡するということによってなされた。アウフラッスンクがなされた時点で、所有権の移転が生じた。これでインヴェスティトゥーラが完了することになる¹³⁶。

9世紀の中頃になって、象徴的なインヴェスティトゥーラがその価値を認められるようになった。インヴェスティトゥーラはもはや、土地それ自体の上では行われなくなった。これによって、所有権の取得が本質的に単純化されたのである。インヴェスティトゥーラの特別な方式は、封建法において発展した¹³⁷。

4 全体的な特色

以上のようなこれらの初期の法には、すでに明白な傾向が認められる。つまり、土地の法律関係を目に見える姿で公示するという傾向が認められるのである。あらゆる法律上の

Geschichte der Auflassung, S.79 ff., 1879.

¹³¹ インヴェスティトゥーラとは、土地そのものの引渡しのことをいう。実際には、譲渡人がかまどの火を消すといった儀式的な方法で土地を明渡し、譲受人がその土地に入って自らかまどに火をつけて賓客をもてなすことなどが行われた。ミッターイス著・世良・広中訳・前掲注 130・178 頁以下を参照。

¹³² Stewing, a.a.O.119, S.445.

¹³³ このように、インヴェスティトゥーラがなされることによって、はじめて所有権の取得は完成された。しかし、すでにサラによって、譲受人は内部関係においては、つまり、譲渡人に対する関係においては、所有者となったのである。サラは、債権行為の要素を含み、かつ、譲渡人の担保責任を生ぜしめることもあったが、決して単なる売買のような債権行為ではなかった。現に、売買がサラの予約として締結されることもあったのである。ミッターイス著・世良・広中訳・前掲注 130・179 頁以下を参照。

¹³⁴ Sohm, a.a.O.130, S.85.

¹³⁵ 土の塊などが手渡された。

¹³⁶ この点につき、Stewing, a.a.O.119, S.445 を参照。アウフラッスンクは、事実上の支配と観念的な権利の支配とが結びついたゲヴェーレ (Gewere) を法形式上において放棄するものであると理解されうる。アウフラッスンクは、譲渡人によって放棄行為と明渡行為が象徴的になされることによって行われた。さらに、アウフラッスンクという言葉は、「譲渡人が譲受人を土地に上らせること」ということにも由来する。Löscher, a.a.O.126, Nr.1 を参照。

¹³⁷ この点につき、Stewing, a.a.O.119, S.445 を参照。さらに、土地を取得するためのその他の方式として、証書による譲渡も行われた。この方式による土地の譲渡は、その土地の証書と象徴的な土地の一部とを譲渡することで行われた。この点につき、Hammer, Die Geschichte des Grundbuches in Bayern, S.27, 1960 を参照。

過程を告示しようとする努力は、とりわけ土地に当てはまるものであった。以前は、所有者と土地を結び付けている政治的、社会的および法的立場が権利の公示を要求した。ゲルマン時代およびフランク時代の土地所有権は、私的所有権というよりもむしろ公法的な要素をいまだに含むものであった。つまり、領土高権と土地所有権はかつて同一の概念だったのである。後によりやうく、所有権の公法的な要素が排除され、純粋な私的所有権が発展するようになった。このことは主に都市において始められた¹³⁸。

増大する土地取引に伴って、手間と時間のかかる所有権取得方法は、いたるところで負担になった。結局、以上のような方法は一般に実行不可能なものであることが実証され、よりやうく盛り上がりを見せてきた土地取引から活力を奪うものであると思われるようになった。日常生活が、法規範に背を向けたのである¹³⁹。

二 中世以前における土地制度の意義

1 古代

以上のように、古代においても多くの地方で、何らかの手段を用いて土地に関する権利関係を第三者に知らせようとする努力がなされてきた。人々が一定の土地に定住し、交通もそれほど盛んになされていなかった頃は、譲渡人と譲受人が、村人たちの集まる広場にやってきて、公衆の面前で一定の儀式を挙行し、土地を譲渡したことを第三者に知らせるだけでも、十分にその目的を達成することができた。しかしながら、その後、取引が盛んになるにつれて、次第に、一定の範囲の人々を集めて公示するという方法では、権利関係を公示するという目的が達成できなくなってくる。そこで、公簿に記載するという方法が考え出されたのであるが、公簿への記載は、ローマ帝国では贈与についてしか行われず、売買のような有償行為については行われなかった。したがって、いわゆる登記制度はローマ帝国の時代には発達しなかったと言えることができる¹⁴⁰。

古代における不動産の公示制度は、単純に現在の登記制度と比較することができるものではない。当時の経済的および社会的な状況から、必ずしも全ての土地が公示されることは必要とされなかった¹⁴¹。その後、交通や取引が盛んになるにつれて、土地を公示することの必要性が人々の間で認識されていくことは必然的なことであり、地方によっては、実際に公簿に土地の権利関係を記載するという方法が採用されたが、裁判所のような公的機関の関与の度合い、公簿に権利関係を記載する際の手続過程の明確さ、一般人による公簿の閲覧可能性、および、公簿を設置することの目的などを考慮すると、直ちに、古代の不動産公示制度が現在の登記制度に直接の影響を与えたと断言することはできないであろう。

しかしながら、このようないわば登記制度類似の制度が古代においても存在していたことは事実であり、これらの制度が直接ではないにしても、その後の公示制度の発展において、一つの資料として参照されることもあったのではないだろうか。その意味では、古代における土地の公示制度も、現代における登記制度の小さな萌芽の一つとして数え上げる

¹³⁸ Löscher, a.a.O.126, Nr.1.

¹³⁹ Böhringer, a.a.O.123, S.6.

¹⁴⁰ 吉野・前掲注 51・4 頁以下を参照。

¹⁴¹ 同一国内においても地方によって様々な方式が採用されており、統一的な手法が採用されていたわけではない。

ことができると思われる。

2 ゲルマン時代

ローマ法とは異なって、ドイツ法では古くから土地取引を公示することが行われていた。ゲルマン時代にはすでに土地に対する個別的な所有権が認められていたために、その権利の所在を他の人々に知らしめる必要があった。しかし、任意にそれらの個別的な所有権を処分することは認められていなかったため、取引の安全を図るために土地の権利関係を明らかにする必要性は生じなかったのである。

したがって、ゲルマン時代の土地の権利関係の公示は、あくまで、ある土地を耕作して利用する権利がはたして誰に存するのを示すものにすぎなかった。それゆえに、土地の公示は土地の上に住居を構えるなどの方式によってなされた。それで十分、当時の社会状況に対応することができたのである。帳簿に権利関係を記載するような方式は必要とされず、発展することもなかった。この点において、ゲルマン時代の土地の公示制度は現代における土地の公示制度とは異なる。

3 フランク時代

その後フランク時代になり、個別的に認められた所有権が教会の関与の下で相続されることによって細分化され、さらに譲渡や質入が認められるようになると、以前の方法では実際の社会状況に対応できなくなってくる。そこで今度は、権利の移転を第三者に知らしめるという目的で、土地の権利関係の公示が求められるようになる。ここにおいてはじめて、取引安全を目的とする公示制度の萌芽が見られる。

しかし、この時点では、いまだに取引の規模もそれほど大きくはなく、取引に関与する人々の範囲もそれほど広範囲にわたるものではなかった。それゆえに、権利移転の公示が帳簿に記載されるということではなく、同一村落内の住民を証人として招いた上で権利の移転を知らしめるという方式でなされたのである。このような方法でも、十分に公示の目的を達成することができた。確かに帳簿が作成されるようなことはなかったが、フランク時代の公示制度の目的は、現代における公示制度の目的と、その根本的な部分において共通する点がある。

4 取引の増大と公示制度

実際の権利移転の方式は、サラとインヴェスティトゥーラという二つの行為によって行われるものであった。このサラとインヴェスティトゥーラは、そのまま現在におけるドイツの債権行為・物権行為に直接結びつくものではないが、当時から取引をする際に、あいまいながらも、行為が概念的に二つに分けられていたということは注目に値する。

当初、これらの行為はその対象となる土地の上で行われたが、その後、次第に行われなくなっていく。これは、取引の増大に起因するものである。権利関係を公示するという制度は、突然発生するものではなく、主として、取引が増大するにつれて要求され、生成されていくものである。この時代にも、まずは、実社会の生活様式が次第に変化し、それから社会の変化が公示制度の変革を求めるようになったのである。ゲルマン時代およびフランク時代における公示制度の生成過程は、土地取引の増大によって後押しされたという点

で、現代における公示制度と共通する点があると言える。

第三節 中世

一 中世における土地制度

1 裁判所の関与

11世紀になると、ドイツの大部分の地域で行われるようになった土地取引の公示性を高めるために、土地の譲渡に際して裁判所が関与するようになった¹⁴²。実際に紛争が生じなくても、取得者の申立に基づいて所有権の移転を確認する判決が下された。当初、この裁判上の譲渡は実際の訴訟を通じて行われた。これらの行為は、裁判所の職員の面前で証人が立ち会った上で行われた。そして裁判所にその事実が登録されたのである。

このように、現代におけるアウフラッスンク¹⁴³の形式との明確な類似点が見られる。やがて、訴訟形式が取り払われるようになり、非訟事件の道を歩むようになる。実際の引渡しは、土地の譲渡にとってもはや必要なものではなくなった¹⁴³。さらに、裁判所が譲渡を実施して制御することによって新たな利点もたらされた。つまり、裁判所における土地の譲渡の際に出席しなかった者が土地の譲渡に対する異議を申し立てたり、土地に関する自らの権利を主張したりするためには、それを1年以内にしなければならなかったことになったのである¹⁴⁴。

2 証拠証書の発達

早くから証拠証書も発達した。当初、土地取引行為は証明力を有する証書に記録されていた。11世紀においてもなお、引渡簿¹⁴⁵が設置されることによって証書制度のさらなる発展が促された。直接、法的な文書が簿冊に登録された。この簿冊が法的な行為に関する最新の記録簿となったために、個々の証書は排除された。

しかしながら、この引渡簿も現在の登記簿と同じものであると見なすことはできない。なぜならば、登記に設権的な効力が付与されていなかったからである。この引渡簿は証明機能だけを有していた。土地に関する法律行為の有効性に関しては、依然としてドイツ法的な象徴的行為が実施されたか否かを基準として判断されていた。引渡簿は中世における非常に意義深い産物であるが、その後の登記簿に決定的な影響を与えたわけではなかった。引渡簿は私的な証書集として証書証拠の力を獲得しなかったため、13および14世紀頃にはその法的な意味を失うことになった¹⁴⁶。

3 シュライン制度¹⁴⁷

¹⁴² 要件が複雑であったことも、裁判所の関与を促した理由の一つであった。

¹⁴³ Böhringer, a.a.O.123, S.6 f.

¹⁴⁴ Stewing, a.a.O.119, S.445.

¹⁴⁵ 特に、バイエルンにおける引渡簿が有名である。

¹⁴⁶ Staudinger, a.a.O.121, Vorbem.72.

¹⁴⁷ シュライン制度に関しては、林毅「ケルンのシュライン帳簿 ―ドイツ私法史上最初の不動産登記制度」専法1・79(1966)、林毅「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力 ―シュライン制度の研究序説―」服藤弘司・小山貞夫編『法と権力の史的考察』(創文社、昭52)109頁などを参照。

やがて、裁判所などの官庁による土地取引への関与に続いて、土地に関する行為についての書面が作成されるようになる。このような本来的な登記簿の実施が、ケルンにおいてはじめて行われた。ケルンでは 1135 年に、主として商人から成り立っていた聖マルティン教区において、土地に関する諸々の行為がシュラインスカルテ (Schreinskarte) といわゆるカードに記録された¹⁴⁸。

規模の大きい都市であったケルンにおいては、中世を通じて、全市的共同体と並んで、合計 12 の各市区を単位とする小自治団体、いわゆる個別共同体が存在した。この個別共同体は、全市的共同体の誕生 (1112 年) に先じて形成され、全市的共同体が誕生した後も、独立の共同体として自治的機能を果たしたものであったが、シュライン制度の管理も個別共同体の権限に属し、シュライン文書の作成と管理は、主として、各個別共同体の役人の手によって行われた¹⁴⁹。

中世のケルンにおいて、不動産の譲渡行為は、当初、フランク時代以来の伝統に従い、通常は現場で行われるか、あるいは、裁判所で行われた。裁判所で行われる場合には、裁判官によって平和が宣告されたので譲渡の効力は強いものとされたが、裁判が行われる回数は限られていたので、譲渡は次第に現場で行われるのが通例となっていった。それに伴い、現場で行われる譲渡行為にも、その効力を強化させるために、当事者の希望により裁判官が証人として立ち会わされるようになり、さらに、聖マルティン教区のような個別共同体の役人も証人として立ち会わされるようになったのである。そこで、個別共同体の役人は、自らが立ち会う譲渡行為の回数が増えるにつれて、後に紛争が生じた場合に自らが口頭で行わなければならない証明を容易にするために、行為を証書に記載して保管することを開始したのであった。このようにして誕生したのが、最初のシュラインスカルテであった¹⁵⁰。

その後、シュラインスカルテは、シュライン簿 (Schreinsbuch) に移行することになった¹⁵¹。シュライン簿という名前は、証書が保管される場所に由来する。大きな箱の形をした入れ物に、土地に関する法律関係についての記録文書が保管されたのである¹⁵²。

シュラインスカルテへの登記が開始された初期においては、不動産の譲渡行為は依然として現場か、もしくは裁判所において行われた。したがって、登記は後の証明を容易にす

¹⁴⁸ その基礎をなしたものは、ケルンの特別区の独特な地位と、増加しつつあった高価な土地の取引の安全を求める商人階級の要望であった。まもなく他の諸教区も、シュラインスカルテを作るようになった。ミッターイス著・世良・広中訳・前掲注 130・181 頁を参照。

¹⁴⁹ 林・前掲注 147・「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力 —シュライン制度の研究序説—」・113 頁を参照。

¹⁵⁰ 林・前掲注 147・「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力 —シュライン制度の研究序説—」・114 頁以下を参照。

¹⁵¹ これらの簿冊は、当初、年代順に管理された。すなわち、個々の土地を顧慮することなく、締結された合意に関する文書が市参事会の手許に入ってくる時間的順序に従って、編集された。そこでは、個々の土地、個々の占有者のための用紙はなかった。しかし、やがて各都市の一区画、次いで各街路、最後に各建物のために、特別な帳簿または用紙を調整したり、あるいは、記入した個所の次に同一の不動産についてなされるその後の記入のための空白個所を設けたりするなどして、個々の不動産ごとに用紙を設けるようになった。吉野・前掲注 51・6 頁以下参照。

¹⁵² Böhringer, a.a.O.123, S.7.

るために、すでに完了した法律行為を記録したものにすぎなかった¹⁵³。その後 1170 年頃から、シュライン制度は新たな発展を示し始めるようになる。シュライン役場というものが形成され、譲渡行為がシュライン役場において行われる場合が生じ、そして、役人がシュライン役場で行われた譲渡行為についてその有効性を審査し、有効性を確認した場合のみ登記を行って、その公証を引き受けるようになってきたのである¹⁵⁴。さらにシュライン簿への登記は、最終的には設権的効力を獲得するまでに至った¹⁵⁵。

4 各都市における発展

12 世紀の終わり頃になると、他の各都市においても同様の簿冊制度が実施されるようになった。保存されている中で最も古いものは、1173 年から 1256 年までのものである。特に北ドイツの各都市において、その後、都市簿が広く普及したことが認められる¹⁵⁶。バイエルンでは 1346 年のラント法により、一般的な裁判所簿に登記がなされた。不動産の所有権の移転と質入は通常の下級裁判所において裁判上のアウフラッスンクを通じて行われるということを、1347 年のミュンヘン都市法は規定していた。そして、土地の権利関係が裁判所調書に登記された¹⁵⁷。1400 年にはハノーファーでも、物的編成主義を採用した登記簿が認められるようになった。この簿冊には、後に定期土地債務やその他の負担も登記されるようになった。その結果 1750 年までには、今日の我々の区分に類似した登記簿の三分区へと至った¹⁵⁸。

5 登記簿の三つの形式

登記簿は、大きく分けて次の三つの型に分けることができる。登記簿が採用される際によく適用される登記形式は、年代順に列挙するという形式である。当初、裁判所簿においては、土地取引の実行だけではなく、しばしば、記録する方法も全く異なる方法でなされ、その上、土地取引も比較的頻繁に行われることはなかったもので、譲渡をその年代順に記載

¹⁵³ 林・前掲注 147・「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力 —シュライン制度の研究序説—」・117 頁を参照。

¹⁵⁴ 林・前掲注 147・「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力 —シュライン制度の研究序説—」・119 頁を参照。

¹⁵⁵ 14 世紀になり、行われた法律行為に対する一方当事者の異議申立てが、登記の抹消を要求するという形で行われ、そして登記の抹消が法律行為そのものを無効ならしめている登記例が存在することから、すでに 14 世紀には、登記が設権的効力を有するようになっていたことが推測される。林・前掲注 147・「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力 —シュライン制度の研究序説—」・127 頁を参照。

¹⁵⁶ 一般的な議会の記録方式として、都市簿は 1215 年にマークデブルクで行われ、1227 年にはリューベックで本来の簿冊として行われた。1248 年のハンブルクにおける相続・年金簿には、沈黙の効果が付与されていた。これは、ケルンの影響を強く受けたものである。

¹⁵⁷ 最も古いミュンヘンの物的編成主義の簿冊は、1484 年に設置された。この登記簿も時間の経過とともに、正確な証書へと発展を遂げた。その結果ようやく、権利の創設のための要件が登記簿への登記となった。

¹⁵⁸ その後の抵当権簿の模範となったのは、1400 年のウルムの担保簿である。このてんにつき、Böhringer, a.a.O.123, S.7 f.を参照。

するという方式は適した方式であった¹⁵⁹。第二の登記の方式は、物的編成方式と呼ばれるものである。この方式は、分離された土地の一区画ごとに登記簿用紙を設置し、土地に関する全ての申告をこの用紙に記載するというものである。この方式の利点は、土地に関する法律関係をよりよく概観できることと、証書を迅速に再発見できることであった。今日のドイツの登記簿は、この物的編成方式に基づいて整備されている¹⁶⁰。第三の方式は、人的編成方式である。この方式は、ある人に属する土地を全て記載するという方式であった。しかし、この方式はあまり普及しなかった。今日においても、よりよく概観できることが保障される場合に限って認められている¹⁶¹。

6 物的編成主義に基づく簿冊

1357年のダンツィヒの相続簿が、土地所有権と租税額に関して物的編成主義を採用した最も古い簿冊のようである。これは、通りごとに整理された家屋の目録であった。第一の区分には所有権者が記載され、第二の区分にはそれぞれの家屋に相応する租税額が記載された。今日の通例である、境界・通路・耕牧地ごとに分割するという方式は、まだ知られていなかった¹⁶²。中世ドイツにおける物的編成主義による登記簿の完全な原型は、1439年のプレスブルクの土地・文書簿と、1484年のミュンヘンの登記簿であった。これらは、現代の登記簿の先駆けと見なすことができる。一つの家屋に対して、一用紙があてられた。それぞれの用紙の表題部には、通りと土地の名前が記載された。また、所有権の移転に関する事項が記載された。1572年以来、登記簿に登記することが、所有権を取得するための法律要件となった¹⁶³。

7 登記の効力

次第に、土地の権利関係の変更は登記簿に登記することによってはじめて達成されるべきである、という思想がその価値を認められるようになってきた。つまり、登記が権利を創設するための手段に発展したのである。15世紀になると、多くの都市法（ケルン、ハンブルク、リューベック、メックレンブルク）で、登記が効力発生要件であると見なされるようになった。登記はもはや、発生した権利変更の単なる証明手段であるだけでなく、権利変更の設権的な要件の一つになったのである。登記が所有権の移転を引き起こすということを認めたのは、都市簿における登記が最初であった。この都市簿が、今日の登記簿制度への重要な歩みとなったのである¹⁶⁴。

二 中世における土地制度の意義

1 公的な機関の関与

中世における土地制度は、現代の登記制度にとって非常に大きな意味を持つ。その理由

¹⁵⁹ Stewing, a.a.O.119, S.446.

¹⁶⁰ Stewing, a.a.O.119, S.446.

¹⁶¹ Stewing, a.a.O.119, S.446.

¹⁶² Böhringer, a.a.O.123, S.8.

¹⁶³ この1484年のミュンヘンの登記簿は、1822年のバイエルンの抵当権簿とともに1900年まで存続した。この点につき、Staudinger, a.a.O.121, Vorbem.72を参照。

¹⁶⁴ Böhringer, a.a.O.123, S.9.

として挙げられるのは、登記をするにあたって裁判所が関与するようになったということや、登記が権利変更の効力発生要件となったことなどである。

登記制度が十分に機能するためには、何らかの形で公的な機関が関与することが必要不可欠である。なぜならば、私人間で証拠証書などを保管しあって、その上でその証書類を第三者の閲覧に供するとしても、公示に対する信頼や制度の統一性などの点から、自ずと限界があるからである。ドイツにおいては、裁判所が関与することによって、権利変更の事実に対する人々の信用が高められ、その結果、登記簿の公示性が高められた。さらに、複雑になっていた権利変更のための要件が統一された。裁判所の関与を要求したのは、全体的な取引の増大であった。村落単位の狭い範囲ではなくて、地域全体・各地域間で広範囲にわたる取引が行われるようになったことが、裁判所という公的機関が登記に関与するようになった最大の原因であったといえることができる。従来は、村落共同体のメンバーを証人として招いて土地所有権を移転するという方式であったが、裁判所の職員が土地所有権の移転に立ち会うことによって、裁判所が関与するようになった。さらに、その権利変更の事実が裁判所に登録されるようになった。これによって、土地の権利関係の公示性が公的に高められることになったのである。

2 シュライン制度の成立

証書が簿冊に記録されるようになり、その後引渡簿へと発展していくが、引渡簿は証明機能を有するだけであった。そのため、各都市で設権的効力を有するようになった登記簿が発展するにつれて、引渡簿の法的有効性は無くなっていった。従って引渡簿は、その後の登記簿に直接の影響を与えたわけではない。

最初の登記簿といわれているのは、ケルンのシュライン簿である。シュライン簿は、商人による要望に基づいて採用されるようになった。当初は、土地自体の上で証人の立会いの下になされた譲渡行為の証拠を保全する、という目的をもつにすぎなかった¹⁶⁵。1170年頃から譲渡行為はシュライン役場で行われるようになり、これによって帳簿の記載は公の文書となり、その真実性に対して公的機関による保証が与えられるようになった。真実に合致しない記載は訂正された。これによって、登記簿に公信力を付与するための基礎が与えられたといえることができる¹⁶⁶。

この慣行は、書記が転々と各都市を移動するにつれて、ケルンから他の都市、とりわけ北部および東部の諸都市に普及していったが、この普及の過程で、重要な登記簿の改善がなされていった。当初、シュライン簿は時間的な順序に従って編成されていたが、必要な情報を検索するためには時間的編成は有効ではないので、まず、行為の種類によって区別がなされるようになった¹⁶⁷。その後、一つの土地に関する事項を一つの用紙にまとめて編纂するという物的編成主義が採用されるようになった¹⁶⁸。

このように、ケルンのシュライン簿が発端となって、各都市に公的機関が関与した上で簿冊に登記をなすという制度がいくつかの修正を受けつつ普及していったのであるが、特

¹⁶⁵ ミッタイス著・世良・広中訳・前掲注 130・181 頁を参照。

¹⁶⁶ ミッタイス著・世良・広中訳・前掲注 130・81 頁以下を参照。

¹⁶⁷ 相続簿、年金簿、債務簿および質権簿などが挙げられる。

¹⁶⁸ ミッタイス著・世良・広中訳・前掲注 130・182 頁を参照。

に注目すべきことは、簿冊への記載が権利変更の効力発生要件となったことである。ハンザ諸都市では、土地に関する全ての行為について簿冊への記載が効力発生要件となった。簿冊への記載が引渡しに取って代わったのである¹⁶⁹。

すでに8世紀以来簿冊制度の萌芽が存在したが、登記簿制度の本来の起源は、証人制度および証書制度によって支えられたこの公の都市簿である。法的な発展にとって画期的なのは、古代のドイツの登記簿よりもケルンのシュライン簿である¹⁷⁰。シュライン簿への登記は、物権変動における効力を有しただけにとどまらず、不動産物権の変動を取引界に対して外形的に明らかにするという意義を最初から果たしたものであった。シュライン簿への登記が慣行となり、不動産取引がより頻繁化してシュライン文書が蓄積されてくるにつれて、自ずとそれが取引界に対して物権変動を公示するという機能を果たすようになっていったことは疑いがない。なぜならば、シュラインスカルテにあっては年代順編成主義がとられていたのに対して、シュライン簿においては、閲覧の便宜のために同一の不動産に関する登記は帳簿の中の一定の場所になされるようになり、素朴ながらも、物的編成主義の萌芽が見られるからである¹⁷¹。

シュライン制度が中世の都市において生み出された社会的な原因は、中世都市ケルンにおける発達した交換経済であったとすることができる。中世都市は交換経済の拠点であった。それゆえ、都市においては例外的に、物は交換価値としての意義を獲得する度合いが高く、しかもケルンのような特別な大都市においては、動産だけではなく不動産までも交換価値の担い手として頻繁な取引の対象とされた。そのため、都市の土地は、交換価値の担い手としての側面を強く持つようになると同時に、それに対する支配権は観念化されることになった。このように頻繁に観念化された物権に関する法律行為が行われたために、そこには取引安全のための公示制度が発達しなければならなかったのである¹⁷²。

3 今日登記制度との関係

以上のように、中世の不動産公示制度の変遷を見てみると、登記への公的機関の関与、物的編成主義の採用、登記が効力発生要件となったことなど、現在の登記簿への発展にとって非常に大きな意義を有していることがわかる。しかしながら、その後のドイツにおける不動産公示制度の発展は、順調なものとは言い難いものであった。なぜならば、15世紀以降、ローマ法が継受されるに至ったからである。次節では、そのローマ法の継受について論述したいと思う。

第四節 ローマ法の継受

一 ローマ法の内容と性格

ローマ法によれば、土地の譲渡は動産の譲渡と同様に、通常の合意と引渡しによって行

¹⁶⁹ これに関しては、ミッターイス著・世良・広中訳・前掲注130・82頁を参照。

¹⁷⁰ Böhringer, a.a.O.123, S.7.

¹⁷¹ 林・前掲注147「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力 ―シュライン制度の研究序説―」・128頁以下を参照。

¹⁷² 林・前掲注147「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力 ―シュライン制度の研究序説―」・129頁以下を参照。

われ、抵当権は単純な契約のみによって設定することができた。ドイツ法のように、土地に対する法律関係を公示するという事は考えられていなかった¹⁷³。これによって、不動産と動産との区別は排除され、公示性は捨て去られ、土地は動産と同様に取引されるようになっていたのである。以上のようなローマ法の内容と性格が、中世ドイツにおいて行われていた不動産取引制度・不動産公示制度と根本的に異なるということは明らかであった。それではいったいどのような過程を経てローマ法はドイツに継受され、また、ローマ法は当時のドイツの不動産公示制度に対してどのような影響を与えたのであろうか。

二 ローマ法の継受過程

1 ローマ法継受の原因

ヨーロッパ諸国は、多かれ少なかれローマ法の影響を受けたが、ローマ法を全面的に継受したのはドイツだけであって、その原因は主として以下のことにあった。

まず、ドイツ固有法の不統一と社会状態の変遷が挙げられる。ドイツ中世の法律状態が複雑であったため、当時盛んになりつつあった商業の需要に対応しきれず、統一的な立法が要望されたが中央の権力が弱体であり法律学も未熟であったために、統一的立法を行うことができなかった。このような状態の下であって、当時の法律家は、ドイツ固有法が認めていなかった原則をローマ法に求め、裁判所もローマ法を適用することを当然のことと考えた。

次に、ローマ法はドイツ帝国の法であると考えられたことが挙げられる。ドイツは 919 年以来、神聖ローマ帝国と称され、ローマ帝国の継続と考えられた。それゆえに、ローマ法がドイツで行われることは当然のことと考えられたのである。

最後に、ローマ法の知識の普及が挙げられる。11 世紀以来、イタリアのボロニア大学で注釈学派という学派が興り、ローマ法およびカノン法の研究が盛んになった¹⁷⁴。ボロニアには世界各国から留学生が集まり、ドイツから留学する者も多数に上った。留学生は帰国してローマ法の普及に努め、また、14 世紀以来、ドイツの各地に大学が設立され、ローマ法およびカノン法が教授され、ローマ法の知識が広まった。これもローマ法が継受された一つの原因であった。

2 ドイツにおけるローマ法の適用

ローマ法は、中世中頃からドイツの裁判所において次第に行われるようになってきたが、1495 年に常設のドイツ最高裁判所としてライヒ宮廷裁判所が設立され、同年のライヒ宮廷裁判所法は、同裁判所においてローマ法を適用することを命じた。その後、下級裁判所もこれに倣った。このようにして 16 世紀中頃までには、ドイツの大部分の裁判所でローマ法が適用されるようになり、ローマ法の継受が完成した¹⁷⁵。

¹⁷³ 石田文次郎『財産法に於ける動的理論』（叡松堂書店、昭 3）193 頁を参照。

¹⁷⁴ 注釈学派は約 150 年続いたが、その後、後期注釈学派が興った。注釈学派も後期注釈学派もローマ法に注釈を施すことを目的としたが、注釈学派がユスチニアヌスのローマ法を絶対的な権力のあるものとして考えて歴史的観念を欠いていたのに対し、後期注釈学派はローマ法をその時代に適合させようとした。

¹⁷⁵ 山田晟『ドイツ法概論Ⅱ [第 3 版]』（有斐閣、昭 62）6 頁を参照。

継受されたローマ法は、6世紀に東ローマの皇帝ユスチニアヌスが編纂したローマ法全典（Corpus juris civilis）であって、それが一体として継受された。しかしその中で、注釈学派の末期に注釈学派の注釈を大成したアクルシウスの注釈を備えない部分は継受されなかった。なぜなら、注釈を備えない部分はその時代に適しないと考えられたからである。他方で注釈学派は、ローマ法全典にランゴバルト（イタリア）の封建法を付加した。また、皇帝フリードリヒ1世およびフリードリヒ2世は、ユスチニアヌスの後継者をもって任じ、その法律をボロニアに送ってローマ法全典の中に入れさせたので、これらの法律は、すでに何世紀も経過して忘れられた頃にランゴバルトの封建法とともに、ローマ法全典としてドイツに継受された¹⁷⁶。

3 ローマ法の補充的な適用

しかし、ローマ法の継受によって法の統一が実現されたわけではない。都市や領邦それぞれの法がまず優先的に適用され、それが欠けている場合にのみローマ法が補充的に適用されたのである。帝国ではなく領邦が政治生活の基本的単位であることが顕著になった中世末にローマ法の本格的な継受が進行したのは、そのことが実力者たちによって担われてきた法秩序を打破し、集権的支配を確立しようとする領邦君主の意向に沿ったからであろうと思われる。イタリアの大学、そしてドイツ各地の大学で、教会法とローマ法の学識を身につけたいわゆる学識法曹が領邦君主によって登用され、その支配の確立に寄与したのである¹⁷⁷。

継受されたローマ法は、ドイツ普通法としてドイツ全域に適用された。ドイツ普通法とは、単一の法源に基づいてドイツ全体に適用される法という意味である。しかし、ドイツ普通法は、各地方に行われていたゲルマン固有法に対して補充的な効力を有するにすぎなかった。従って、ドイツの法を統一するというローマ法継受の目的の一つは達成されなかった¹⁷⁸。

三 ローマ法の継受が公示制度に与えた影響

1 登記制度の発展の妨害

中世以降ドイツの各都市において発展しつつあった登記制度は、ローマ法がドイツ全体に継受されることによって、大きな影響を受けることになる。都市帳簿の制度から発展していった登記制度は、不動産と動産を区別することなく一律に引渡主義をとるローマ法の継受によって、その発展が妨げられることになったのである。登記制度の重要な萌芽が中断されたことは、非常に残念なことであった。イタリアで教育を受けた多くの法律家たちが、今や、行政権や裁判権を行使する立場にあったのである。都市法が明確な秩序を有しない地域では、ローマ法が普通法として今後適用されることになった。ドイツ法の慣習は衰退していった。ローマ法は、あらゆる物権取引に関して形式を必要としない傾向があっ

¹⁷⁶ 山田・前掲注 175・6頁以下を参照。

¹⁷⁷ 村上淳一・守矢健一・ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門 [改訂第6版]』（有斐閣、2005）13頁以下を参照。

¹⁷⁸ 山田・前掲注 175・8頁参を照。

た¹⁷⁹。

さらにローマ法にとっては、物権取引に対して官庁や裁判所が関与することについても未知のものであったので、ローマ法はドイツの土地法の根底部分に影響を与えたのである。同様に、12世紀以来変化してきた権利変更がなされたことの保証の重要性も、結果として好ましくない事態を生じさせた。なぜなら、公的な押印とともに私的な押印も許容され、時が経つにつれて私的な押印が慣例となったからである。それゆえに、簿冊制度の形成の発展は大いに妨げられた。封建法を除いて、ローマ法はドイツ全土において普通法となった。ローマ法における、物権取引に形式が要求されないことと、それに伴う不正確性と立証不可能性は、ドイツの不動産取引をひどく揺さぶったのであった¹⁸⁰。

2 各都市における登記制度のその後の発展

しかしながら、ローマ法が、至る所で実行されたわけではなかった。都市法がすでに整理されて定着していた地域では、以前のドイツ法の原則が維持されたのである。公示制度はその後、さらなる発展を遂げていくことになるが、その発展は、従来の各都市において発達して各ラントの領域において施行されていたものを引き継ぎ、帳簿を一層技術的に改善することによって成し遂げられたのものである¹⁸¹。

ローマ法の継受後もドイツにおける登記制度は発展を続けていくのであるが、ローマ法の影響はそれでも強いものがあった。その中でも特に注目すべきなのは、プロイセンで発達した抵当権簿の制度である。抵当権簿の制度は、1783年12月20日のプロイセン抵当法にその基礎を有し、1900年までバイエルンやヴェルテンベルクなどにおいて行われていたものであり、各土地について登記簿に一用紙を設けた。しかし土地の譲渡は、ローマ法におけるのと同様に引渡しによって行われ、所有者の登記は土地の譲渡における効力発生要件ではなかった¹⁸²。

以上のように、ローマ法が継受されたことによってドイツの不動産公示制度は全体としては多大な影響を被ったが、その後各地方において、以前まで行われていた制度や慣行に新たな契機が加わって、さらに登記制度は発展していくことになる。次節では、近代のドイツにおける不動産公示制度の発展について論述したいと思う。

第五節 近代¹⁸³

¹⁷⁹ ローマ法においては、所有権の移転と物的負担の設定に際して、不動産と動産との間に相違は存在しなかった。それゆえ、土地所有権の移転は、単純に契約と引渡しによってなされることが可能であった。

¹⁸⁰ Böhringer, a.a.O.123, S.9.

¹⁸¹ たとえば純粋な年代順編成主義は、自然発生的に生み出されたものであって、次第にその不合理性が明らかになっていったために、人的編成主義や物的編成主義に移行していった。この点につき、吉野・前掲注 51・6頁以下を参照。

¹⁸² これに関しては、吉野・前掲注 51・7頁を参照。

¹⁸³ ドイツ法制史全般については、Köbler 著・田山輝明監訳『ドイツ法史』（成文堂、1999）を参照。ドイツ民法成立以前のドイツにおける所有権譲渡法に関して論じるものとして、舟橋秀明「ドイツにおける不動産譲渡法に関する一考察 —ドイツ民法成立以前のラント法を中心に—」早稲田法学会誌 48・199（1998）、および、舟橋秀明「一九世紀におけるド

一 ローマ法継受後の問題の発生

1 投資信用の失墜

17世紀に入り、ドイツは三十年戦争という大激変を被ることになる。ドイツの再建築には数十年の歳月を要した。重商主義のこの時代において、ローマ法の欠点はとても認識しやすいものであった。ローマ法には、所有権の関係について不明確な点が多かった。そして、投資に対する関心もなかなか湧き起ってほかなかった。なぜならば、投資に対する関心が要求する資本の物的な保証が記載されず、それゆえ、それに関する証明も存在せず、結果として、それぞれの債権者には他の債権者に対する優越性が認められなかったからである¹⁸⁴。

2 登記制度に対する要求

それゆえに、経済的な必要性がローマ法の思想に対する反動をもたらし、土地登記制度、もしくは少なくとも、抵当権簿制度に対する要求が高まることになる。戦争という悲劇が、かの隆盛の時代に忘れ去られてしまったものを再び呼び起こすことになったのである。

18世紀以来、ドイツの各ラントにおいて、簿冊制度が再び考慮されるようになった。都市簿という従来の経験も、ドイツにおいて再び簿冊制度を構築する上で役に立った。しかし、ドイツの登記法のうちで、ローマ法の影響を全く受けなかったのはごく僅かであった。ほとんどの登記制度は、ローマ法との混合形態であった。そこでドイツの各ラントにおいて、土地所有権、または少なくとも、土地に対する負担に関する登記を公の帳簿に記載するという制度が、再び発展していくことになる。それゆえ、当時の簿冊制度は多彩な制度を提供している¹⁸⁵。

二 相続簿制度と自署証書制度

1 発展地域

普通法における帳簿設備を有しない不動産法は、その効果をそれぞれ異にしていた。簿冊のない独特な不動産法は、中世のアウフラッスンク (*Auflassung*) をさらに発展させつつ、ブレーメンで発達した。ブレーメンの制度は、土地の権利を第三者に対して認識可能にすることを目的とする限りにおいて、ドイツ法上の発展を引き継ぐものである。

2 制度の方式

しかし、ブレーメンの制度は、登記簿や抵当権簿を用いるのではなく、公示催告を用いることによってその目的を達成しようとした。つまり、関係者が権利の喪失を回避するためには、自らの権利を6週間以内に主張しなければならないものとしたのである(黙秘の原則)。そして、所有権証書¹⁸⁶は公示催告期間の経過後にいわゆる相続簿にまとめられた。抵当権証書(自署証書)は、抵当権の設定を求める者に交付された。それゆえに、統一的

イツ所有権譲渡理論について 一学説史的考察— 早稲田法学会誌 50・243 (2000) を参照。

¹⁸⁴ Böhringer, a.a.O.123, S.10.

¹⁸⁵ Böhringer, a.a.O.123, S.10.

¹⁸⁶ 任意譲渡の場合にはラッスンク (*Lassung*)、公的な譲渡の場合には競落証書であった。

な登記簿や抵当権簿は実施されなかった。したがって、この法制度の不十分性がますます明らかとなった¹⁸⁷。

三 騰記制度

1 制度の由来

騰記制度は、フランス法（コード・シヴィル（code civil））に由来するものである。この制度は、ドイツの法思想とローマの法思想の結合を意味するものであった。ドイツでは、不動産と動産は区別して取り扱われ、土地に関する簿冊が設置されていた。これに対してローマでは、所有権の移転は不要式の契約によって行われていた。この二つの法思想が結合して、騰記制度が生み出されたのであった¹⁸⁸。

2 制度の特徴

特に、フランス法の影響を強く受けたケルン、エルザス・ロートリンゲン、ラインヘッセンおよびバーデンなどで、不動産法の根拠として採用された。これらの法域では、不要式の契約によって所有権は移転された。ただし、その後、騰記簿への取得証書と判決の登記が、法律で定められた。しかし、所有権を取得するためには登記は必要とされなかった。同様に、抵当権やその他の物的負担を取得するのにも、登記は必要とされなかった。むしろ、登記は順位を決定するための基準にすぎなかった。騰記簿に取得証書を登記し、抵当権と特権を登記しても、物権は第三者に対する対抗力を有するだけであった¹⁸⁹。この制度の典型的な特徴として、登記の追認的効力ということが挙げられる¹⁹⁰。

四 抵当権簿制度と担保簿制度

1 抵当権簿制度に対する要求

ドイツは、三十年戦争によって金融危機に陥った。物的信用の強化を求める声は強く、登記簿制度以上に抵当権簿制度が広がっていった。しかしながらその結果、土地に関する物的負担についての信頼できる情報が存在しなかったために、抵当権簿制度における法的安全性が確保されなくなった。これに加えてローマ法においては、土地に担保権を設定するに際して文書による記録が必要とされず、官庁による登録も意図されなかった。そこで、抵当権簿制度に関する包括的な規定が現れることになる¹⁹¹。

2 制度の特徴

この制度の特徴は、土地に関する抵当権などの物的負担に対してのみ登記簿が設置されるということにある。この制度が行われたのは、バイエルン、ヴェルテンベルク、ヴァイマルおよびプロイセンなどであった。物的負担が計画された場合のみ、簿冊への土地の登記が必要とされた。担保簿（抵当権簿）は、抵当権とそれに関する取引を保護するだ

¹⁸⁷ Güthe, GBO, 5.Aufl, 1929, RdNr.6.

¹⁸⁸ Güthe, a.a.O.187, RdNr.5.

¹⁸⁹ Haegele/ Schöner/ Stöber, Grundbuchrecht, 11.Auflage, 1997, S.3.

¹⁹⁰ Böhringer, a.a.O.123, S.11.

¹⁹¹ Stewing, a.a.O.119, S.446.

けであった。それゆえに、物的信用の安全性を高めるという使命を果たしただけであった。この目的を達成するために、抵当権の負担を負っている土地とその所有者に関する事項が記録された¹⁹²。しかしながら、所有権が登記によって移転することはなかった。ローマ法の引渡主義に基づいて、引渡しによって所有権の取得がなされた。しかし、土地に抵当権の負担を負わせるためには、その前提として所有者名義の書換えがなされなければならなかった。

以上のような特徴から、この制度には大きな欠点があった。すなわち、抵当権簿上の所有権と物的所有権の二重性がしばしば生じたのである。つまり、抵当権以外の物権を創設するためには、登記は必要とされなかったのである¹⁹³。

3 プロイセンにおける発展¹⁹⁴

この制度は、特にプロイセンにおいて発展した。一つの土地に対して一つの用紙があてられた。1722年に、プロイセンにおいてはじめて抵当権簿が設置された。担保簿制度にとって画期的だったのは、プロイセンの1783年12月20付の一般抵当権法であった¹⁹⁵。この1783年の抵当権法によって、物的編成主義に基づく抵当権簿の実施が計画されたのである。この法律によって、抵当権の負担を負っているかどうかに関係なく、あらゆる土地が簿冊に登録されることになった。また、所有権に関する事項や、その他の物権に関する事項も、抵当権簿に登録されなければならないものとされた。しかし、その申告の正当性については保証されなかった¹⁹⁶。

これに対して土地の所有権に関しては、1794年のプロイセン一般ラント法に従って、引渡しによって取得されていた。登記は必要とされなかった。1794年以降、プロイセンでは、抵当権簿への抵当権の登記に対して公信力が付与された。その後プロイセンでは、1872年に担保簿から登記簿へと移行することになる¹⁹⁷。

4 バイエルンにおける発展¹⁹⁸

¹⁹² 抵当権簿は物的編成方式を採用しており、三つの区分に分かれていた。第一の区には土地に関する事項が、第二の区には所有者に関する事項が、第三の区には担保権に関する事項がそれぞれ記載された。

¹⁹³ Böhringer, a.a.O.123, S.11.

¹⁹⁴ プロイセンにおける不動産物権変動における公示の原則と登記の効力について論じるものとして、石田剛「不動産物権変動における公示の原則と登記の効力(1)～(3・完)ープロイセン=ドイツ法の物権的合意主義・登記主義・公信原則ー」立法46・129、49・124、51・53(1997～1999)を参照。また、プロイセンにおける私法一般について論じるものとして、Dernburg, Preussisches Privatrecht, 1894を参照。

¹⁹⁵ この法律に対しては、1722年と1750年の抵当権法が先行した。

¹⁹⁶ プロイセンの抵当権簿も、三つの区に分かれていた。第一の区には所有権者と土地の価値に関する事項が、第二の区には所有権と抵当権以外の物権に関する事項が、第三の区には抵当権に関する事項が記載された。それゆえ、これらの点を鑑みると、プロイセンの抵当権簿には、今日の登記簿との類似性が見られる。

¹⁹⁷ この点につき、Böhringer, a.a.O.123, S.11 f.を参照。

¹⁹⁸ バイエルンにおける不動産公示制度の発展史について論じるものとして、Henle, Zur Geschichte der Anlegung des Grundbuches in Bayern, ZR 1910, 319 ff.を参照。

バイエルンでも簿冊の設置が促進されていたが、さしあたり、抵当権に限定された登記主義・公示主義・特定主義を採用した抵当権簿(1822年)を設置することで満足していた。この抵当権簿も、物的編成主義に基づくものであった。バイエルンの抵当権簿の欠点は、担保権に関する事項だけしか登記されないことであった。中世におけるのと同様に、所有権者の交替については、ローマ法の影響を受けたために記載されなかった。従って、そもそも誰にその土地が帰属しているのか、さらに、関係者に対して担保としてその土地が供与されてもよいのかどうか、ということがしばしば不明確であった¹⁹⁹。

さらに、このバイエルンの抵当権簿の第二の欠点として、所有権者の分散と小規模の土地の発生に基づいて多数の登記が現れたことによって、一般に行われていた名前の申告による区別が十分に機能しなくなったことが挙げられる。そこで、19世紀の初めに、土地台帳が設置されるようになった。この土地台帳には、正確な測量に基づいて土地が登記されたので、その結果、土地を取り違えるということはなくなった²⁰⁰。

登記の有効性は、権利の変更要件ではなかった。したがって、偽造を通じて自らにとって有利な登記を得た人でさえ、登記簿に記載された通りの権利を取得することができたのである。しかしながら、帝国による統一的な民法典の立法作業と、いわゆる実体的な合意原則の採用を理由として、バイエルンはその法律案を放棄したのであった²⁰¹。

5 ヴュルテンベルクにおける発展

ヴュルテンベルクでは、バイエルンの抵当権簿とはいくぶん異なる担保簿(1825年)が採用された。それと並んでヴュルテンベルクでは、財産簿が存在した。この財産簿という制度は、ヴュルテンベルクのほとんどの市町村において、数世紀以来、租税を目的として実施されていた。財産簿は、同一市町村内に属して租税を負担する義務を負うあらゆる土地に関する、完全な目録を含むものであった。ある一人の所有者に属する土地は、連続して途切れることのないように財産簿に登記された。この旧来の財産簿への登記には設

¹⁹⁹ この問題は、1861年の公証人法によって対処された。その結果、あらゆる所有権者の交替、並びに、あらゆる土地に関する物権の変更は公正証書に記録され、かつ、抵当権簿に登記されるものとされた。このようにして、ローマ法の継受によってもたらされた混乱の後、再び中世ドイツの登記簿へと至ったのである。これに関しては、Stewing, a.a.O.119, S.446 f.を参照

²⁰⁰ ライン川左岸のプファルツ(当時の伯爵領)では、複雑でわかりにくい抵当権制度が行われていた。この制度はフランスの制度に影響を受けたものであった。ライン川右岸のバイエルンでは、1822年6月1日付の抵当権法によって、抵当権簿が採用された。この法律は、1783年のプロイセンの抵当権法に強く依拠するものであった。バイエルンのプファルツでは、1888年4月6日付の法律によって抵当権簿が採用された。1864年のバイエルン民法草案は、すでに担保簿から抵当権簿への移行を計画していたが、結局実現には至らなかった。この法律草案の意図は、登記に形式的確定力をもたせる登記制度を採用することにあった。つまり、「登記簿に記載がある事項は正当なものである。なぜなら、登記簿に記載があるからである」という原則である(この原則は、ハンブルクとリューベックにおいて適用された)。この点につき、Stewing, a.a.O.119, S.447を参照。

²⁰¹ Wolff/ Raiser, Lehrbuch des Sachenrechts, 10.Aufl, 1957, Fn.16.

権的効力は無かった。

1819年に始められた土地の測量を考慮して、1825年に担保法が公布され、さらに1832年の政府決定により、財産簿の補足と書換えが行われ、場合によって新たに設置された。これによって、ヴュルテンベルクの全地域において、財産簿の実施が統一的に規制されるようになった。1832年の政府決定の後、財産簿は原則として土地のあらゆる権利関係について情報を与える²⁰²ものとなった²⁰³。土地の測量と、それによってもたらされた財産簿の能率的な実施の後、ヴュルテンベルクは担保法を新たに制定し、担保簿を採用した²⁰⁴。担保簿の対象とされるのは、不動産とその本質的構成部分だけであった。担保簿を管理する官庁は、市町村の参事会か、または、その権限のある部局であった。担保簿に登記することによって、債権者は担保証書（今日の抵当証券に相当する）を取得した。財産簿上の登記は設権的効力を有しなかったため、善意の担保債権者とその権利承継人のために、次のような法律上の推定が存在した。すなわち、担保の設定に関しては、公の帳簿に矛盾する記載が見られない限りにおいて、所有権者として財産簿に登記された人が土地の所有者と見なされる、という推定がなされたのである。また、有償かつ善意で所有権もしくはその他の物権を取得した人は、自らの権利を侵害している第三者の物権に対して、その第三者の物権に関する記載が公の帳簿中に見出されない限り保護された。この規定は、登記の公信力に関する現行民法第892条の規定と、ある種の類似性を有している。

さらに以前からヴュルテンベルクでは、土地の売買契約が公の帳簿に登記されていた。1610年6月1日付のヴュルテンベルクのラント法は、全ての市町村において売買簿を実施することを定めた。この売買簿が、財産簿を実施するための最も重要な基盤となったのである²⁰⁵。

6 ザクセンにおける発展

ザクセンは、ドイツにおいて抵当権簿と登記簿を有する最初の国家として、所有権とその他の物権を取得するためには登記を必要とするという法規を実現した。1843年11月6日付の法律によって、登記簿と抵当権簿が採用された。これらの帳簿は物的編成主義に拠っており、今日、最初の近代的な登記簿と見なされるものである²⁰⁶。

五 登記簿制度

1 制度の特徴

登記簿制度は、担保簿制度と比較してより徹底された、より完全な制度である。登記簿は土地のあらゆる法律関係についての情報、特に、所有権に関する情報を提供するもので

²⁰² しかし、通常登記されるのは土地に関する記述、所有者、家族世襲財産権、および、土地の取得と譲渡に関する人的な権利だけであった。

²⁰³ その後、財産簿の負担を軽減するために地役権簿が設置された。しかし、地役権簿における登記は設権的な効力を有するものではなく、また、完全性を要求されるものでもなかった。

²⁰⁴ 最も重要な規定が1825年4月15日付の担保法、1825年12月14日付の主な指示、1828年5月21日付の担保促進法に含まれている。

²⁰⁵ Böhringer, a.a.O.123, S.13.

²⁰⁶ Böhringer, a.a.O.123, S.13 f.

ある。土地・所有権・物的負担に関する事項が登記簿に記載された。所有権の移転と物的負担の設定は、登記主義に従って行われた。登記をすることによって、権利が発生したのである（設権的効力）。

2 制度の適用地域

この制度は、1872年以來、プロイセンで適用された。他にも、ザクセン、オルデンブルク、メックレンブルク、アンハルト、ブラウンシュバイク、ハンブルクおよびリューベックなどで適用された。

3 今日の制度との関連

この登記簿制度は、今日の観点から本来の登記制度と見ることができる²⁰⁷。プロイセンにおけるこれらの法の発展は、1872年5月5日付の所有権取得法と登記法によって完成した。所有権取得法は、アウフラッスルクを採用した。この所有権取得法と登記法は、それぞれ今日の登記制度へと移行した。1900年に至るまで、ドイツの多くの小国家においてこの二つの法律が模範とされた。このようにして、プロイセンは1872年にローマ法の引渡主義を除去して純粋なドイツ法（合意と登記）へと戻ったのである。その後のドイツ帝国において、民法典とそれを補足する登記法が、1872年5月5日付のプロイセン法を基礎にして作成されることになるのである²⁰⁸。

第六節 ドイツ帝国における立法

一 法全体の統一過程

ドイツが統一されていく過程で、各地方で個別的に適用されていた法制度もまた、統一を試みられることになる。1867年7月1日に施行された北ドイツ連邦憲法および1871年4月16日のビスマルク憲法によって、刑法・裁判手続法・債務法・商法・手形法に関する統一的立法権が帝国に与えられ、その後1873年に、ビスマルク憲法の改正により、立法権は全民法に拡張された²⁰⁹。

統一された様々な法律の中でも特に重要なのは、BGB（民法典）である。民法典の制定は、多年の懸案を解決した一大事業であった。ドイツ帝国が民法全体にわたる立法権を与えられるとともに、民法典編纂事業が始められ、1887年に第一草案が完成し、1888年に草案編纂者の補助者が編纂者の協力を得て執筆したMotive（理由書）5巻とともに公表された。第一草案に対しては様々な批判が公にされたが、中でもギールケは、民法第一草案はあまりにもローマ法的であってゲルマン法を無視したものだとしてこれを非難した²¹⁰。第一草案はさらに新たな委員会によって練り直され、1895年に第二草案がまとめて公表さ

²⁰⁷ これについては、Güthe, a.a.O.187, RdNr 3を参照。

²⁰⁸ Böhringer, a.a.O.123, S.14.

²⁰⁹ 山田・前掲注 175・11頁以下を参照。

²¹⁰ ギールケは歴史法学派の流れをくむ学者であったが、同時にゲルマニステン

（Germanisten）であった。ゲルマニステンとは、ゲルマン法を重んずる学者という意味であって、歴史法学の主唱者であったザヴィニーの後継者は、一時、ゲルマニステンとローマ法を重視するロマニステン（Romanisiten）とに分かれて互いに争ったが、このような争いは民法第一草案が公表されたことを機会に、再び表面化したのであった。

れた。第二草案は 1895 年に連邦参議院に提出されたものであって、そこで改正を受けてライヒ議院に提出された。この改正された草案を第三草案という。第三草案はライヒ議院の修正を受け、さらに連邦参議院の同意によって法律として成立し、皇帝の認証を受けて 1896 年 8 月 24 日に公布され、1900 年 1 月 1 日から施行された。これが今日においてなお通用力を有する民法典である²¹¹。

以上のような法の統一の流れの中で、不動産公示制度の法規定も統一を求められるようになる。そこで次に、GBO（土地登記法）の立法過程を中心にして、ドイツにおける不動産公示制度の統一過程について検討したいと思う。

二 GBO（土地登記法）の立法過程²¹²

1 ラント間相互の関連

登記制度に関する帝国立法は、様々な方法によって準備されていた。法律家達は各地方の諸制度に関する資料をできる限り収集し、取捨選択することに努めていた。また、それぞれの諸ラントは抵当法を制定するにあたり、ラント間の連絡を密にしていた²¹³。1860 年以降、統一的な土地登記法がなければ抵当権制度はうまく機能しないであろうという確信が生じ、ドイツ法律家大会は二度にわたって統一法の重要性を宣言した。そして 1868 年に、北ドイツの一部に及ぶだけではあったが、土地登記法の草案が作成された²¹⁴。

2 統一的な私法への道

その後ドイツ帝国が成立し、1873 年に、統一的な民法を共同で立法するために帝国立法者の権限が新たに創設されたことに従って、新たな統一的私法の創設への道が開かれた。連邦参議院によって任命された民法典編纂委員会は、民法典を編纂することと同時に、ドイツ帝国全体にわたって統一的な登記制度を実施するために、統一的な土地登記法を創設することから自らの作業を始めた。そして、登記法が公布されることになり、登記制度と登記簿の実施を委託された官庁（土地登記庁）での手続きが、その限りで統一的に整備されることになった。新たに起草された民法典は実体的な権利についてだけ規定したので、すでに民法典の理由書の中にも、形式的な規定を対象とする帝国土地登記法の公布が予定されていた²¹⁵。

²¹¹ 山田・前掲注 175・12 頁以下を参照。

²¹² 土地登記法の立法過程に関しては、小西飛鳥「ドイツの不動産法における実質的審査主義 ―歴史的経過をたどって―」慶應義塾大学法学政治学論究 23・305（1994）、Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs/ Sachenrecht/ Grundbuchordnung, 1982、および、Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübergang, 1966 などを参照。また、ドイツ民法の成立過程との関連でドイツにおける登記主義と公信主義について論じるものとして、月岡利男「ドイツ民法成立期における登記主義と公信主義」松山商大論集 29・4・153（昭 53）を参照。

²¹³ 例えば、バイエルンとヴェルテンベルク、プロイセンとメックレンブルクなどは、ラント法の相互間に関連があった。

²¹⁴ この点につき、Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, II/2, 1935, S.268 を参照。

²¹⁵ Böhringer, a.a.O.123, S.14.

3 立法作業の開始

土地登記法は、民法典の立法の後を追う形で編纂が進められた。土地登記法自体の立法作業は1882年に始まり、1883年に、民法典第一委員会はヨーハウ（Johow）の手による土地登記法草案（第一準備草案）を提出した。この草案は、主としてプロイセンやその他の北ドイツの諸ラントにおいて適用されていた登記制度に依拠するものであった。次に、1888年にヨーハウによって新しい草案（第二準備草案）が作成された。1888年6月4日から10月4日の間および10月20日に、民法典第一委員会の準備作業の中で第二準備草案について審議が行われた。これにより1888年11月に、第二準備草案は土地登記法第一草案として連邦参議院に提出された。翌1889年には、理由書を付して第一草案が公表された。

1894年8月に、後にライヒ裁判所の裁判官になったアヒレスは、ライヒ司法省の委任により作成した土地登記法第一草案に関する鑑定書を、第二読会の準備作業のために提出した。1895年10月から1896年6月にかけて、アヒレスを中心とするライヒ司法省の委員会によって土地登記法第一草案の第二読会が開かれ、1896年7月15日に、ライヒ司法省による土地登記法第二草案が連邦政府に対して送付された。そして、1896年11月に、プロイセン国務省の決議に基づいてライヒ司法省による第二草案の修正が行われ、修正された草案は1896年12月3日に連邦参議院に連邦参議院法案として提出され、参議院とライヒ議会において一連の経過を経て²¹⁶、1897年3月24日に土地登記法は公布された²¹⁷。

4 ラント法の留保

以上のような立法過程を経て、土地登記法は制定された。登記法制定の目的は、各地方において多岐にわたる諸制度の統一であった。確かに1883年の草案段階では、重要事項を規定した帝国法として有用な法典であった。しかし立法過程において、ラント法を留保することの必要性が強く主張された。そして1883年の草案が民法典第一委員会に提出されてからは、帝国法としての統一という根本部分が捨て去られてしまった。1889年に作成された草案においては、統一的な法典を編纂しようという思想は放棄されていた。1889年の登記法草案は、登記法に欠くことのできない点のみを規定し、その他の点についてはラント法の自由に任せたのである。このような個別的な留保によって、帝国法としての体系に大きな穴が生じたことは否定できない。

ラント法の特別な登記制度の多くが帝国登記法においてもそのまま包含され、土地登記庁の組織と帳簿の内部様式が全てラント法に委ねられ、さらにラント法は、不動産法に関係のある民法典・土地登記法・その他の付属法令の全ての実施を、当該ラントが新たに土

²¹⁶ 1897年1月12・13日の連邦参議院の司法委員会での第一読会、1月18日の第二読会の後、1月21日に、この法案は連邦参議院の本会議で採用・可決された。さらにこの法案は、同年1月22日にライヒ議会に提出され、2月3日のライヒ議会での第一読会の後、第十六委員会へ送付され、2月5・9・10・11日の四日間にわたって第十六委員会での第一読会が行われ、2月16日の第二読会が行われた後、ライヒ議会において、2月26日の第二読会による法案の承認・3月8日の第三読会による法案の承認がなされた。

²¹⁷ この点につき、Schubert, *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübergang*, 1966, S.67 を参照。

地登記簿を作成するまで停止することができた。このためいくつかのラントでは、民法典その他の実施が停止された。このように、登記簿に関するラント法の実施手続きがあまりに多岐に分かれてしまったことは、大きな欠点であった²¹⁸。

三 GBOの内容と性格²¹⁹

1 制定された規定

土地登記法は、形式的土地法の主要な法源であった。ただし、土地登記法は、形式的土地法を全て帝国法上確立したのではなく、実体法の統一的な適用を実現するために必須であると思われた規定だけに限定されていた。

2 登記簿の課題

物的編成主義に従って統一的に設置されることになった登記簿に対しては、次の三つの主要な課題が与えられた。すなわち、土地台帳を基礎にしてあらゆる土地を記載すること、土地の所有権関係を証明する証書となること、あらゆる物的負担を証明すること、の三点である。

3 採用された主義

そして、土地登記法における登記簿が採用した主義は、公示主義（善意者の保護）・特定主義（抵当権と物的負担の正確な表示）・優先主義（登記の順序に従った権利）・公開主義（全ての利害関係人による閲覧）であった。しかし、全ての土地を把握した上で登記し、かつ、既存の帳簿を書き換えて必要事項を満たすためには、莫大な費用を必要とした²²⁰。また、登記官は形式的審査権を有するにすぎず、実質的な原因関係には立ち入らない。審査方法も書面審理に頼るものであって、窓口的なものである。

4 登記簿の構成

また、登記簿の構成は以下ようになっていた。すなわち、登記簿用紙の表題部には土地の地番、名称および面積などが記載され、第一の区には所有者や共有者などの所有権に関する事項が記載され、第二の区には抵当権、土地債務および定期土地債務を除く土地に関するあらゆる権利が記載され、第三の区には抵当権、土地債務および定期土地債務に関する事項が記載されるものとされた。この構成は、今日においても基本的には維持されている²²¹。

²¹⁸ この状態は、1935年の土地登記法の改正に至るまで継続した。この点につき、Hedemann, a.a.O.214, S.277 f.を参照。

²¹⁹ ドイツ土地登記法の内容と性格について論じるものとして、田山輝明「補論・ドイツの土地登記制度」同『ドイツの土地住宅法制』（成文堂、平3）293頁以下を参照。また、現行ドイツ土地登記法の条文が掲載されているものとして、田山輝明訳「ドイツ土地登記法」民月53・10・60（平10）を参照。

²²⁰ Stewing, a.a.O.119, S.447.

²²¹ これに関しては、Stewing, a.a.O.119, S.447を参照。

5 登記簿の効力

そして、登記は物権変動の効力発生要件とされた。さらに登記は公信力を有する。これらのことは、土地登記法の制定以前に各地方で行われていた制度を受け継いでいることを示している。

特に、登記の公信力はドイツの登記制度が有する大きな特徴の一つであるが、この制度に類似したものが法制史上存在しなかったわけではない。ドイツ中世に存在した黙秘の制度は、土地所有権の譲渡に際して一定の手続きに従って公示催告を行い、一定の期間中に異議を申し立てる者がいない時には、譲渡人が真の所有者でなかった場合にも譲受人は所有権を取得するものとする制度であって、今日の公信力の制度に効果の点では類似している。しかし、黙秘の制度は、譲受人の信頼を保護するというよりも、真の権利者がその権利を主張することを怠ったことによって権利を喪失して譲受人に対抗しえなくなる点に、その制度の本質がある。したがってこの制度は、むしろ今日の消滅時効ないし除権判決による失権制度に近いものであって、制度の目的も、取引の安全のためというよりは権利関係の確定を図ることにあつたのである。公信力制度を成立させた背景としては、土地取引の頻繁化、特にプロイセンにおいてラントシャフトによる抵当貸付制度の利用が盛んになり、かつ、その抵当権が転々流通したことが考えられる。このプロイセンの公信力制度が今日の公信力制度の母胎となつたのである²²²。

6 各ラントの特徴

上述のように、登記簿組織の設備・帳簿自体の設備・土地に関する公的な目録の設備は、基本的に各ラントに委ねられた。土地登記法が定めたのは、大まかな枠組みに関する事項だけであつた。そのため各ラントでは、既存の公的な記録簿が登記簿へと発展していった。

バイエルンではそれまで登記されていなかった土地を登記し、かつ、抵当権簿に登記されていなかった権利を登記することによって、抵当権簿が登記簿になった。地役権だけが登記義務から除外されたが、特別に申し立てることによって同じように登記された。バイエルンでは、登記簿の設置期限が1910年10月1日まで延期された。しかしながら、テューリンゲンなど、第二次世界大戦の時代に至るまで登記簿の設置が長引いたラントも存在した。ヴュルテンベルクでは、人的編成に従って各市町村において実施されていた財産簿が、登記簿の基礎であつた²²³。

土地登記法の制定によって、ドイツ全体にわたって法律上は統一的な登記法が実施されることになった。しかしながら実質的には、いくつかの諸問題が解決されることなく残っている。そこで次に、土地登記法制定の意義について考察したいと思う。

四 GBO 制定の意義

1 各地方における公示制度の確立

ドイツにおいては、以前から各地方において、現在の登記制度と比較しうる不動産公示制度が行われていた。実施されていたいずれの制度も、第三者に土地の権利関係を知らし

²²² 鈴木禄弥『抵当制度の研究』（一粒社、昭43）383頁以下を参照。

²²³ この点につき、Böhringer, a.a.O.123, S.15を参照。

めることをその主たる目的としていた。取引範囲の著しい拡大と不動産信用の強化の要請が、公示制度の正確性・安定性を求めたのである。その意味では、各地方の制度はそれぞれ特色を有しつつ、当初の目的をある程度達成できたものということができる。

登記の有する効力に関していえば、当初は証明力しか有しなかったが、その後権利の効力発生要件となり、さらには公信力も認められるようになった。また登記簿の編成方法も、土地を基準とする物的編成主義が確立されるようになった。登記簿の構成に関しては、表題部と権利関係を記載する区とに分かれ、権利関係を記載する区は、所有権関係を記載する区・抵当権などの担保権を記載する区・その他の権利を記載する区などに分けられることが多数となった。以上のような公示制度の特徴・登記簿の特徴は、ドイツ帝国の成立までに、各地方においてある程度の段階まで確立されたということができる。

2 ドイツ帝国の成立との関係

一方で、一つの国の成立過程という観点から観察してみると、ドイツは諸ラントの独立性が非常に強固だったために、国全体の統一が遅かったという特徴がある。それゆえに法の統一も遅れたわけである。ただここで、ドイツ帝国の成立に伴って土地登記法の統一が試みられたということには疑いはないが、同時に、国の統一によるのではなく取引の発展に伴って登記法の統一が要求されたということも忘れられてはならない。ドイツ帝国の成立以前に、各ラント間では、抵当法を制定するに際して諸ラントの法制度を参照して採り入れていたのである。中でも勢力の強かったプロイセンは、その土地登記法の性格を鑑みると、各ラントの登記制度の特徴をまとめて統一化したということができる。そして、ドイツ帝国はプロイセンの土地登記法を参考にして土地登記法を制定した。

このように、法の統一が強く望まれた理由は、確かに人々の民族統一・国家統一の意思にあるといえる。しかし、その法の統一自体に関しては、すでにドイツ帝国の成立以前にほぼその原型は出来上がっていたのである。

3 統一法の必要性

このように、ドイツの登記制度は国の統一以前にその特徴をすでに確立させていたということができる。それでは、ドイツ帝国時代の土地登記法には大きな意味はないのであろうか。私は、意味があると考え。なぜならば、国家レベルでの法制度の統一はそれだけでも大きな意味があるからである。諸ラントが登記法を制定する際に他のラントの法制度を参考にするにしても、やはりラント間の微妙な制度上の差異は存在し、発展状況もまた異なる。ドイツが統一された以上、やはり登記制度という共通の方式で運用されることが求められる制度は、国家レベルでの統一が求められるであろうし、また、それが必要不可欠である。

4 各ラントの独立性との関係

しかしながら、土地登記法の目的であった各ラント間の法制度の統一は、残念ながら完全には実現しなかった。実際の運用上の細目に関しては、各ラント間に委ねられたからである。その理由は各ラントの独立性にあった。各ラントにおいて、登記の効力や登記簿の構成など基本的な部分においてはさほど顕著な差はなかったが、ドイツ全土にわたって速

やかに統一的な制度を細部にわたって実施するという事は、非常に困難であったのである。

5 根本問題の組織的な把握

ただ、そうであるとしても、ドイツ帝国における土地登記法が全く無意味であるということにはならない。従来の諸制度を統合して混乱を抑制するためには、ドイツ帝国の土地登記法は確かに鋭さに欠けていた。しかし、歴史的に存在してきた根本問題を明確に組織的に把握したことは大きな意義がある。この意識を明確に保つことは、各ラントで様々な帳簿方式と測量設備とが存在するとしても、一般的に行われるべき法律のために有力な根拠となる²²⁴。それゆえに、ドイツ帝国における土地登記法は、それまでに各ラントで制度化されてきた登記制度と比較して、異なる大きな意義を有するものであるということが出来る。

第七節 GBO 制定後の発展

一 沿革

1 1935年のGBOの改正

1897年に制定されたGBOは、登記を実施する方法をかなり大まかに規制するものであり、その詳細は各ラントに委ねられていた。そしてそのラントごとの規定はかなり異なるものであった。さらにまた、様々な理由によって、登記の管理運営を行っていくことが困難になってきた。例えば、所有権者が亡くなったり、抵当権が失効したり、誤った登記がなされたりするなど、単純に多くの登記の記載が真実とは異なるという事態が多々生じたのである。それゆえ1930年に、ドイツの登記簿への信頼を回復するために、登記簿の整序を図る法律が制定された²²⁵。

新たに制定されるべき法律は、全てのラントの登記法をまとめることにその目的がある。そこで1935年に、GBOを改正する法律が制定された。その際に選択の対象となったものとして、二つのシステムがあった。一つは、バイエルンで採用されていたシステムである。バイエルンでは、ある土地に関する登記簿用紙の各区に、登記がそれぞれ年代順になされていた。例えば、以前に登記されていた抵当権が抹消される場合には、抵当権に関する登記がなされる第三区の最後において、抹消される抵当権の通し番号を指示した上で、抹消登記がなされることになる。同様の方法で、その他の全ての登記が処理されていた。もう一つは、プロイセン式のシステムである。このシステムにおいては、第二区と第三区が主登記・変更登記および抹消登記のそれぞれに分けられており、その度に、主登記を参照することができた。結局、コストの削減を理由として、プロイセン式のシステムが採用されることに決定され、そのシステムのさらなる拡大が図られることとなった²²⁶。さらに、登

²²⁴ この点につき、Hedemann, a.a.O.214, S.281を参照。

²²⁵ Hammer, Die Geschichte des Grundbuches in Bayern, 1960, S.148.

²²⁶ また、プロイセン式のシステムは、土地の法律関係を迅速に概観するのに適していたため、その点で非常に明確であった。このことも、プロイセン式のシステムが採用されるに至った理由の一つとして挙げられるであろう。この点につき、Löscher, a.a.O.126, S.6を参照。

記の管理および運営は、かつてバイエルンで行われていたように、区裁判所に割り当てられることとなった²²⁷。登記が誤っているか、または、相続もしくはその他の理由によって変更があったことが認識された場合、そのことが伝達され、登記簿の記載に変更が加えられることになる。そして、第二次世界大戦後においても、法律や政府の命令による土地登記制度に対する根本的な変更は加えられなかった²²⁸。

2 1935年の改正後の土地登記法の発展

1935年になされたGBOの改正以降も、GBOを変更したり補充したりするための数多くの法律や命令が施行されている。例えば、帝国時代に用いられていた台帳を土地の目録として採用することとした1940年1月23日の命令（RGBl, I, 240）（ただし、1995年11月19日の命令（BGBl, I, 1527）で廃止されている）、1940年7月26日になされた滅失または毀損した登記簿および証書の回復に関する命令（RGBl, I, 1048）によるGBO 123条の補充、1942年10月5日の登記手続きの簡略化に関する命令（RGBl, I, 1573）によるGBO 22条2項と27条の改正、35条への第3項の追加および82条aの採用、1951年8月1日になされた住居所有権の実務上の取扱いに関する連邦司法大臣の命令（Banz, Nr.152、最終的に1994年11月30日の命令（BGBl, I, 3580）によって改正されている）、1961年6月26日になされた加除可能な用紙を用いた登記簿に関する連邦司法大臣の命令（Banz, Nr.124）による第2条およびその他の登記簿運営に関する規定の変更を通じた、いわゆるルーズリーフ登記簿の採用可能性の創造、1963年12月20日になされた登記制度の地域的措置に関する法律（BGBl, I, 986）による、戦中および戦後の法律によって生じた登記簿の無価値の除去²²⁹、1969年8月28日の証書作成法（BGBl, I, 1513）によるGBO 29条の改正を通じた、登記所の記録のために必要であった登記の際に必要な説明の除去、1969年11月5日の司法補助官法（BGBl, I, 2065）による、それまで施行法によって裁判官に認められていた行為の司法補助官への全範囲における委譲、1977年6月22日の物権法、土地登記法およびその他の規定を改正する法律（BGBl, I, 998）による登記官の負担軽減などが、その主なものである²³⁰。

以上の他に、登記簿のコンピュータ化がドイツにおいても大きな課題とされ、それに関する様々な法律が制定されてきている。この問題については本節の二において、より詳細に論述したいと思う。

二 内容

1 1935年の改正

²²⁷ この点に関しては、バイエルンの方式が採用されたことになる。

²²⁸ これについては、Stewing, a.a.O.119, S.447を参照。

²²⁹ これに関しては、GBOの第6節に新たな規定を設けることによってなされた。例えば、57条2項a、82条および123条の追加、83条第2項と第3項の補充などがそうである。さらにこの時、GBO 10条第4項および58条2項ならびに1942年10月5日の登記手続きの簡略化に関する命令が廃止された。

²³⁰ もちろん、土地登記法に関する改正はこれにとどまるものではない。法律改正の変遷についてさらに詳細な記述があるものとして、Böhringer, a.a.O.123, S.16 f.を参照。

1897年にGBOが制定され、ひとまずドイツの登記制度は統一されたかに思われたが、実際には各ラントにおいてその詳細は様々に異なっていた。登記法が登記の実施および運営に関する事項を各ラントに委ねていたことが、その原因である。

各ラントでは、既存の公式な土地に関する帳簿が土地登記簿を作り上げる上で模範とされた。バイエルンでは、抵当権簿が、それまで登記されていなかった権利も登記されるようになって、登記簿へと応用された。地役権だけは登記義務の対象とはならなかったが、特別な申請に基づいて同様に登記された。バイエルンではその後も1910年に至るまで、登記法改正の動きが活発であった²³¹。また、テューリンゲンのように、第二次世界大戦の時期に至るまで土地登記法改正の動きが活発なラントもあった。ヴュルテンベルクでは、各地方自治体において、人的編成に基づく財産簿が土地登記簿の基礎となった。以上のような各ラントにおける土地登記制度の様々な発展の中で、GBOは1905年に初めて改正を受けた(RGBl, 72)。

登記の実施をも含めた登記制度の管理と構造に関する、GBOに定められたラントへの留保の結果として、登記簿はラントごとに様々な雑多性を有することとなった。各ラントの個々の特殊性を考慮せずに大きく分類すると、簿冊制度の技術上の観点から、二つの制度に分けることができる。すなわち、プロイセンのシステムとバイエルンのシステムである。プロイセンの登記簿は、第二区と第三区がそれぞれ主登記、変更登記および抹消登記に分かれており、変更登記の部分と抹消登記の部分において、その都度、主登記を参照するというシステムになっていた。一方、バイエルンでは、土地に関する登記簿用紙中の各区の登記は年代順になされていた。つまり、既に登記されている抵当権が第三区の最後で抹消された場合には、その抵当権が登記された当時の通し番号を指示するという方式が採用されていたのである。同様に、その他の登記も全て年代順に一つずつ行われ、その都度、該当する登記が指示された²³²。

その後、1935年8月5日の登記手続きの変更に関する法令(RGBl, I, 1065)により、GBOは数多くの改正を受けることとなった。例えば、1935年8月8日の登記簿の設置と実施に関する命令(RGBl, I, 637)や同日の施行令(RGBl, I, 1089)によって補充された。改正の目的は、ドイツ全土にわたって有効な統一的な土地登記法を創設することにあつたため、ラント法的な特殊性は大部分において排除された。しかしながら、実体法上の土地に関する規定と手続法上の土地に関する規定がそれぞれ前後して調整されなければならないので、民法施行法はそれらに関してはラント法に委ねた²³³。新たな土地登記法の目的の核心は、統一的な登記簿用紙の採用と統一的な登記運営方法の採用にあつた。

最終的に、コストの節約という観点からプロイセンの制度が採用されることに決定された。また、プロイセンのシステムは、ある土地に関する法律関係を迅速に知り得るのに適

²³¹ この点につき、Henle, *Zur Geschichte der Anlegung des Grundbuches in Bayern*, ZR 1910, 319 ff., Nr.18 und 19 を参照。

²³² 両制度はそれぞれ長所と短所を有しているが、より優れていると考えられた制度はそれらの他に見当たらず、また、自発的な統一への試みは全て失敗に終わったため、両制度の結合は技術的に不可能であるということが判明した。この分散状態は、ラントの立法権が廃止される1934年に至るまで続くことになる。

²³³ GBO 117 および 118 条を参照。

してもいた²³⁴。ここによろやく、ドイツの土地登記制度はその全土にわたって統一を図ることができたのである。

2 ルーズリーフ式登記簿²³⁵

取り外すことのできない簿冊を用いた登記簿は、特に手書きから機械による書き込みへと移行する場合のことを考えると、非常に妨げになる。そのため、取り外すことが可能なルーズリーフ式登記簿が考案された。法律上、その実施は、1961年に行われた土地登記簿令二条の改正²³⁶によって可能となった。ルーズリーフ式登記簿の実施は各ラントの司法行政にとって義務であったため、数多くのラント法上の規定が存在したが、その内容はどれも本質的に同様であった。登記簿の形式が変更されたことの結果として、土地登記簿令六条の改正がなされ、それにより、スペースの節約を理由として目録の欄が統合されることとなった²³⁷。

ルーズリーフ式登記簿は、正確には二種類のものから成り立っている。すなわち、個々の冊子としての登記簿と、取り外し可能な個々の用紙としての登記簿である。それゆえ、ルーズリーフ式登記簿という名称は、個々の冊子と個々の用紙の二種類を用いた登記簿管理にとっての、上位概念と理解されるべきであろう。その後、簿冊式の土地登記簿は次第にルーズリーフ式登記簿に置き換えられていった。

3 登記のコンピュータ化²³⁸

²³⁴ すでにドイツの大部分においてプロイセン式の制度が採用されていたことも、理由の一つとして挙げるができるだろう。プロイセン以外にも、バーデンやテューリンゲンの大部分でプロイセン式の登記制度が行われていたのである。

²³⁵ ルーズリーフ式登記簿に関して論じているものとして、Pissowotzki, JVB1 1968, 193; Popp, JVB1 1959, 156; Riedel, Rpfleger 1970, 277; Schmidt, BWNotZ 1960, 284; Vollmert, JVB1 1959, 7などを参照。

²³⁶ 1961年6月26日の連邦司法省令 (BAZ, Nr. 124) による。

²³⁷ 1969年6月10日の連邦司法省令 (BAZ, Nr. 105) および1974年3月21日の連邦司法省令 (BGBI, I, 771) による。

²³⁸ ドイツにおける登記のコンピュータ化に関するドイツ語文献は数多い。例えば、Buschmann, Automation im Grundbuchwesen, BLGBW 1972, 1; Fehr, BWNotZ 1975, 97; Geiger, JVB1 1970, 26; ders., Das Computer-Grundbuch, in: Datenverarbeitung in Steuer, Wirtschaft, Recht 1972, 362; Geiger/ Göttinger/ Kobes, Die Konzeption des Computer-Grundbuchs, Rpfleger 1973, 193; Geiger/ Schneider, Computer-Grundbuch und Sicherheit in der EDV, in: Öffentliche Verwaltung Datenverarbeitung 1973, 352; Geiger, Rechtsfragen und das Computergrundbuch, JZ 1974, 250; Göttinger/ Kobes/ Miller, Rpfleger 1972, 37; Herzfeld, Die Liegenschaftskataster als Basis der Grundstücksdatenbank, in: Öffentliche Verwaltung Datenverarbeitung 1974, 318; Horn, DSWR 1974, 56; Keim, MittBayNot 1980, 189; ders., DNotZ 1984, 724; Keller, BWNotZ 1972, 125; Österle, BWNotZ 1981, 106; Rapp, DNotZ 1973, 583; ders., DSWR 1972, 149; Rattel, JVB1 1972, 73; Schmidt, JZ 1972, 682; ders., Das Grundbuch in EDV. Die Bezugnahme nach § 874 BGB, DSWR 1972, 322; Schmidt/ Gissel/ Nickerl, Grundbucheintragungen-Normtexte, 1975; Simmerding/ Göttinger, Integration von Liegenschaftskataster und Grundbuch in einer Grundstücksdatenbank, in: Öffentliche Verwaltung Datenverarbeitung 1973, 147; Hamm, Das EDV-Grundbuch, CR 1988, 948; Sprau, Rationalisierung im Grundbuchbereich, MittBayNot 1987, 117; Böhringer,

ルーズリーフ式登記簿の採用により、登記事務処理の合理化が進んだが、さらにコンピュータが活用されるに至り、登記事務処理の合理化はさらにスピードを増すこととなった。もはや登記は紙の上でなされるのではなく、電子式のデータ処理装置によってその情報が保存されることになったのである。

日本と同様にドイツにおいても、登記簿と登記関係書類は当初から紙媒体で行われていた。この紙媒体による登記簿は、現代の情報伝達技術を利用するにあたっては妨げとしかならない。また、登記簿が紙媒体であると、その管理や閲覧および質問に対する回答などで、必要な人件費が比較的高くなってしま²³⁹。このような登記制度の弱点を考えた際に、紙を記録媒体とした制度そのものを方向転換し、電子式の記録媒体を採用するということが検討された。登記簿を機械によって管理するという考えは、1970年代初頭に国によってその端を発し、1983年に再び採用されることになった。しかしながら、財政資金の不足と電子式登記簿の導入にかかる費用とが重なって、この計画は失敗に終わった²⁴⁰。その後ドイツでは、1993年に政府により法案が提出され、将来、土地登記簿や商業登記簿などが機械による形式で管理されることが可能となった。登記簿関係を全て機械によって管理するというこの法律は、産業時代から情報時代の変遷を前にして、司法省がそれに対応しなければならないという課題に由来するということができる。新たな科学技術を用いてのみ、増え続ける登記手続きを現代的に処理することができるわけであるが、新たな電子式登記簿の導入により、現代の情報伝達技術を利用することが可能となり、その結果として、登記所の職務内容も変更され、改善されることが可能となる。つまり、新たな内部組織と一体となった新システムが、個々の登記申請の時間的な短縮をもたらすことになるのである²⁴¹。

GBO 126条以下の新规定により、電子式登記簿は登記簿用紙の内容をコピーしたデータの中に存在することとなった。記録媒体としてのフロッピーディスクなどが登記簿なのではない。これまでの紙媒体の登記簿の内容が複製可能な形式で定められたメモリーに記録され、かつ、その記録が調査されて還付によって確認される場合に、登記簿が設置されることになる。機械によって管理される登記簿への登記がいつ有効になるかについても、土地登記法に規定されている²⁴²。登記の書換がそれぞれの登記簿用紙においてなされた場合

DtZ 1993, 202; ders., BWNotZ 1994, 25などを参照。また、日本語の文献として、小野野誠「ドイツにおける登記簿のコンピューター化〔上〕・〔下〕」国際商事法務 27・10・1150、27・11・1297（1999）が有益である。

²³⁹ このことは、コンピュータの支援を受けた登記手続きにおいても同様である。なぜなら、登記簿相互間のデータを交換する場合、一方の媒体が紙である場合には不可能だからである。

²⁴⁰ しかし、いくつかの諸外国の中には、その登記制度に現代的な科学技術を反映させていった。例えばオーストリアは、その登記制度を完全に電子式の登記制度へと転換させていった。また、イギリスにおいても、機械によって管理される登記簿の導入がすでに成功を収めていた。さらにスペインでは、少なくとも土地が誰の所有に帰しているのかという問題に関して、電子式に管理された所有権簿および土地簿がその情報を提供していた。

²⁴¹ しかしながら、各ラントでの実際の運用に関しては、それぞれの財政状況に応じて考慮されることとなった。いつの時点で紙媒体の登記簿を電子式の登記簿に改めるかに関しては、各ラントの自主性に委ねられることとなったのである。

²⁴² 組織的な理由により、登記は終業の後によりやく基本メモリーに完全に記録されるの

には、その書換は有効である。これまでの慣例であった登記管理とは異なって、機械によって管理される登記簿においては、登記の署名は問題にならない。実体法上および手続法上の登記要件は、機械によって管理される登記簿の際にも、紙媒体の登記簿の際と同様に要求される。機械によって管理される登記簿を導入しても、登記簿の在り方自体に変わりはない。その限りでは、紙媒体の登記簿と異なることはない。それゆえ依然として、目録および第一区から第三区は、これまでの機能を維持した上で存在する。また、あらゆる制限物権に関する統一的な目録は計画されず、登記簿の判読可能性は容易になったが、既存の登記簿の把握は本質的に困難となった。つまり、それぞれの権利の順位を調査するのに非常に時間がかかるのである。

登記に関するデータは、法律関係にとって決定的な意味を有する。従って、機械によって管理される登記簿の安全性と不変性が、紙媒体の登記簿と同様の質で保障されなければならない。同様に、権限の無い者によるデータへのアクセスを防ぐ配慮も必要となる。また、オリジナルのデータを安全に保存するべきことも言うまでもない。とりわけ、ハッカーに対する予防策が重要である。機械によって管理される登記簿の閲覧に関しては、これまでの紙媒体の登記簿と比較して、法律上の変更は特でない。今後も、その都度、登記のデータが閲覧に供されることになる²⁴³。抄本に関しては、これまでと同様に紙媒体の登記簿から付与することもできるし、データを直接ダウンロードしたり、ファックスによって受け取ったりすることも可能と思われる。登記のコンピュータ化により、公証役場や裁判所では、その施設内のコンピュータを用いて登記簿の閲覧をし、必要なデータを直接プリントアウトすることが可能となる。このいわゆる登記のオンライン申請も、登記のコンピュータ化によって期待される可能性の一つである。

三 評価

1 発展の総括

前述したように、登記制度の目的は、不動産取引を安全かつ円滑に実現することができるように、実体的物権変動を正確かつ迅速に公示することにある。この点は、日本とドイツにおいてのみならず、登記制度を有する国においては変わることがない。必然的にドイツにおいても、この点を以下に充実させていくかに焦点を合わせて改革が実行されていった。中でもとりわけ重要なのが、1935年になされた土地登記法の全国的な統一と、現在も絶えず発展を続けている登記簿のコンピュータ化である。

また、実体法との関係での登記法の発展も見逃すことはできない。手続法としての側面から、実体法である民法を支える役目を有する登記法が、民法の動きに呼応して変化を遂げていくことは必要不可欠なことといえる²⁴⁴。住居所有権に関する実務上の取扱いについての改正も、その一つの例である。

で、基本的にはその時をもって登記は有効とされる。ただし、このことは強制する必要はないと思われる。

²⁴³ 機械によって管理される登記簿からの情報は、モニター上で閲覧するか、または、プリントアウトして得ることになる。

²⁴⁴ もちろん、手続法である登記法の側から実体法である民法に、積極的に発展を促すことがあるという側面も忘れてはならない。

登記法は数多い法律の中でも実務的な色彩が特に濃い分野であるだけに、その改正が直接かつ迅速に市民生活に強い影響を及ぼす。それだけに、市民に与える影響を十分に考慮した、より綿密な議論を重ねていくことが重要である。ドイツにおける土地登記法制定後の登記制度の発展も、1935年の改正や登記簿のコンピュータ化などの大きな転機を一つ一つ迎えて、その過程で様々な紆余曲折を経ながら今日に至っている。

2 土地登記制度の統一

土地登記制度は、何らかの形で公的な機関が関与して、統一的な方法で管理・運営がなされなければ、その目的を達成することができない。特に、同一国内の各地方において登記制度の根本的な部分がそれぞれ異なっている場合は、不動産物権変動に関する実務において不都合が生じることは当然である。しかしながらドイツは連邦国家であり、その上、もともと各ラントの独立性が強く、ドイツ統一それ自体が歴史的に見て比較的に浅いこともあり、国全体に及ぶ統一的な土地登記制度を初期の段階から敢行することは非常に困難であった。

しかし、それではやはり限界がある。各ラントで登記制度が異なっていると、幅広い取引において支障が生じてくるのは当然のことであるし、さらに、一般市民にとっても利用し難いものになってしまう。そこで全国規模での土地登記制度の統一が試みられたのである。その際に、バイエルンで採用されていたシステムとプロイセンで採用されていたシステムとがそれぞれ選択の対象となり、結果としてプロイセンのシステムがドイツ全土にわたる登記制度として採用されることになったが、この点に関しては妥当な判断であったであろうと考える。特に、バイエルンで採用されていた登記簿用紙の各区に登記をそれぞれ年代順になすというシステムが、ある土地に関する権利関係を迅速に把握するのを妨げることは、言うまでもない。このことは登記制度の根幹をなすものであるから、複数ある制度を選択して採用する際には、まず考慮されるべき部分である。その意味で、プロイセン式の制度が採用されたことは賢明であったといえる。ドイツにおいては、土地登記法の制定以来、各ラントで異なっていた土地登記制度の統一は大きな懸案事項であった。登記法が制定されてから40年近く経過して、ようやくその統一が現実になったわけである。ドイツの土地登記制度は、ここによりやくその本来の目的を達成しうる姿を備えるに至ったということできるだろう²⁴⁵。

3 登記のコンピュータ化に関する問題

伝統的な紙を媒体とした登記簿が現在の情報社会に対応できなくなっているということについては、かなり以前から指摘がなされていた。登記簿の管理・運営に高い人的なコストがかかり、取引関係の規模がますます拡大されるにつれて、保存スペースの問題を考えるだけでも、紙媒体の登記簿が登記制度の運営に支障をきたす原因となっていたことは周知の事実であった。また、登記に関する情報を加工する際にも、紙媒体の登記簿では容易

²⁴⁵ ドイツ全土にわたって適用されることとなったプロイセン式のシステムは、日本が不動産登記法を制定する際にも重要な指針となった。従って、正確に言えば、日本の不動産登記法の模範となったのはドイツの土地登記制度ではなく、プロイセンで採用されていた土地登記制度であるということになる。

になすことができない。さらに、ドイツでは登記簿と課税のための土地台帳が分離されていることから、相互の連絡についての問題も指摘されていた²⁴⁶。

そのためドイツにおいても、登記簿のコンピュータ化に向けた動きが 1970 年頃から見られたのであるが、1980 年代になって、コンピュータ登記簿の導入には膨大なコストがかかることから、この計画は頓挫してしまうことになる²⁴⁷。しかし 1990 年のドイツ統一により、登記簿のコンピュータ化を求める気運が再び高まることになる²⁴⁸。また、1980 年代以降の科学技術の発展、とりわけコンピュータ技術の著しい発展により、登記簿のコンピュータ化に必要とされる費用が大きく減少したことも、見逃してはならない点である。

登記簿のコンピュータ化は、情報社会の世界規模での発展に伴って、各国共通の懸案事項となっていた。イギリスやアイルランドを始めとして、スペインでも、不動産所有者の検索に関しては登記簿のコンピュータ化が完了している²⁴⁹。ドイツでは、1980 年代に登記簿のコンピュータ化を一度断念した経緯があり、当初の予定より約 10 年の遅れが生じたが、ここによりやく、コンピュータ化された登記簿の本格的な運用が開始されることとなった。

登記簿のコンピュータ化により、人的コストの削減や手続処理の簡易化が促進されるだけでなく、登記のオンライン申請などの新たな可能性が開かれることになる。また、登記所と公証人の共同作業に関しても、より大きな発展の可能性を秘めている²⁵⁰。しかしながら、同時に、ハッカー対策を中心とした登記情報の保護をいかに講じていくかについて議論が、今後よりいっそう深められていく必要があるだろう。特に、登記のオンライン申請における情報の保護は、今後、コンピュータ化された登記簿の運営をしていく上で必要不可欠な点である。

しかし、以上のような問題点を内包しつつも、登記簿のコンピュータ化は、新しい時代の不動産公示制度を運営していく上で欠くことのできない要素であり、ドイツにおいてもその発展が推し進められていることに対しては、肯定的な評価を下すことができるであろう。

第八節 小括

一 発展過程の整理

ここで最後に、ドイツの不動産公示制度全体に関する小括を試みたいと思う。ドイツでは、近代における所有権移転に関するいくつかの登録制度を除いて、中世以降、土地を取

²⁴⁶ 小野・前掲注 238・10・1151 頁参照。

²⁴⁷ 不動産公示制度は、不動産の物権変動を迅速かつ的確に公示することにその主たる目的を有するのは前述の通りであるが、同時に、制度を管理・運営するためのコストを可能な限り低く抑えることにも配慮がなされなければならない。

²⁴⁸ 旧東ドイツでは、登記簿と台帳を統一したシステムが採用されていた。東西ドイツ統一後、旧東ドイツの地域において登記簿の整備が必要となり、コスト削減のために登記簿のコンピュータ化が計画された。旧西ドイツの地域と比較して登記簿の数が少ないことも、登記簿のコンピュータ化を進めていく上で有利であった。

²⁴⁹ さらに、人的編成主義によって登記簿が編成されてきたフランスにおいても、登記簿のコンピュータ化による物的編成の効果が指摘されるに至っている。

²⁵⁰ この点につき、小野・前掲注 238・11・1301 頁参照。

得するためには厳しく形式化された行為が必要であった。所有権の移転を保証して公示するために、1135年にケルンにおいて土地の譲渡に関する最初の登記制度が採用された。いわゆるシュライン制度である。登記簿の設置は、主要な都市において早くから普及していった。しかし、極めて単純化された所有権移転形式を有していたローマ法の継受によって、15世紀以降、登記制度の発展が妨げられた。その後、取引の増加・拡大に伴って、いわゆる抵当権簿が形成された。しかしながら、各ラント間で抵当権簿の不統一性が見られたために、まもなく登記法が公布されることになる。1897年のことであった。この登記法は、その諸原則の起源を所有権移転行為とシュライン制度に有している。その後1935年に修正がなされたが、今日でもなお通用力を有する現行法となっている²⁵¹。

二 国の発展過程との関係

ドイツは、中世においては各主要都市の独立性、近代に至ると各ラントの独立性が非常に強いという点に特徴がある。それゆえに、全国的な法の統一はドイツ帝国が成立する19世紀まで待たなければならなかった。

さらに、15世紀以降に継受されたローマ法の影響はとても大きなものがあった。特に、ローマ法は引渡しのみで所有権の移転を認め、かつ、合意のみで抵当権の設定を認めていたので、登記制度に与えた影響は甚大であった。そのため、登記制度の発展が一時妨げられたことには疑いがない。しかし取引の拡大により、登記制度の復活が望まれることになる。そこで再び登記制度の発展が見られるわけであるが、各ラントにおける登記制度の発展はそれぞれ特徴を有しており、統一的ではなかった。ローマ法の影響が色濃く残った地域とそうではなかった地域とでは、登記制度の差は大きかったのである。

その後各ラントにおいて登記制度は発展していくが、この時代になると、各ラントで制度が作り上げられる際にラント間でお互いの制度が参照されていたために、制度の根本的な諸原則に関してはかなりの類似点があった。また、ローマ法の継受以前まで各地で行われていた登記制度も、登記制度を再び復活させるにあたって参考にされた。したがって、近代以降の登記制度は全く新しいものというわけではない。ローマ法の継受以前の登記制度との連続性は、その意味で維持されているのである。

そしてドイツは統一され、ドイツ帝国が成立するわけであるが、ドイツ帝国における土地登記法は、主としてプロイセンの登記法を模範とするものであった。そしてプロイセンの登記法は、当時の諸ラントで行われていた登記制度を統一したものである。それゆえに、1897年の土地登記法がドイツ帝国の統一によってその制定を促進されたことは事実であるが、登記法の制定を促した最も大きな要因は、やはり取引の増大と拡張という実際上の要求にあるのではないかと考える。

三 取引の発展との関係

ドイツにおいては、不動産公示制度の発展は取引の発展と特に密接な関連を有している。様々な形式の不動産公示制度が年代ごとに生み出されてきたが、その際にきっかけとなったのは取引範囲の拡大である。取引範囲が拡大していくにつれて、より公的に土地の所有

²⁵¹ Stewing, a.a.O.119, S.447.

者を証明する制度が必要となる。さらに、土地の所有者が明記されている証書に公的な証明力が付与されるようになれば、その証書に基づいて土地取引を行う基礎ができる。これが、証書に証明力だけでなく設権的効力や公信力を与える出発点となったのである。

そして、三十年戦争後の金融不安を改善するために湧き起った物的信用の強化を求める声は、特に非占有担保権である抵当権の実行力を確保するために、少なくとも担保簿制度の創設を求めるものに他ならなかった。それまでに影響を受けていたローマ法的な引渡主義に基づく土地取引制度では、非占有担保権を公示することは不可能だったからである。そこで、各ラントにおいて様々な形式の不動産公示制度が創設されたが、中でも中世に起源を有するドイツ法的な制度に則った担保簿制度がとりわけ有益なものとなされ、そしてその担保簿制度を基礎にして、その後のドイツ帝国における土地登記法に基づく、土地登記簿制度の創設へと繋がっていくのである。

このように考えると、ドイツにおける不動産公示制度の発展の背景には、取引界の要求があると言える。特に、担保制度の発展との関係には、見逃してはならない密接なものがあると言わざるを得ない。

四 今後の展望

GBO は、その制定後も幾度かの大きな改正を経て今日に至っている。特に、1935 年に行われた大改正は特筆すべきものであった。それまでの GBO は、全国規模の登記制度の統一という観点から見て、非常に不十分なものであった。登記制度の目的を達成する上で、根本的な問題を抱えていたのである。したがって、GBO を評価するにあたっては、この 1935 年の改正を見逃すことはできない。制定後約 40 年を経て実現されるに至った各ラントの登記制度の統一によって、ようやくドイツの土地登記制度が本格的な発展の歩みを始めることになったと言えるだろう。

ドイツにおいては、以上のようなドイツ国内に特有の問題に加えて、登記制度に関するいわば世界的規模の問題も生じるようになった。それが登記簿のコンピュータ化である。情報化社会が高度に発展した現代においては、このことは当然のことと言えるであろう。ドイツもまた、その例外ではない。コストの問題から、諸外国と比較して登記簿へのコンピュータの導入がやや遅れることになったとはいえ、現代における急激な情報処理技術の発展に伴って、ドイツにおける登記簿のコンピュータ化も、いっそうそのスピードを増している。しかしながら、その発展のスピードに合わせるかのように、いかにして登記情報の保護を図るかという問題も深刻さの度合いを増している。登記のオンライン申請を実現するにあたっては、第一にこの問題が解決されなければならない。どのように本人確認をするべきなのかといった問題は、その中でも最重要課題の一つである。しかし、いずれにしても、今後もますます増加するであろう登記事件のことを考えると、登記簿のコンピュータ化および登記のオンライン申請といった、不動産公示制度への最新技術の導入は、決して避けて通ることができないものと思われる。それゆえ、日本におけるのと同様に、登記制度へのコンピュータの導入によって新たに生じるであろう課題への適切な対応が、ドイツにおける登記制度の今後の発展に関して重要な位置を占めることになるであろう。

GBO は、その制定後に根本的な改正を経て今日に至っている。それだけ制定当時の登記法の規定に不十分な点が残っていたということではあるが、同時に、その改正の変遷を

考察することによって、登記制度がいかなる目的を本質的に有しているかということにより鮮明にすることができる。ドイツにおける土地登記法の発展過程は、その意味でも特筆すべきものがあると言えるだろう。

第三章 日本とドイツにおける 登記法の発展の比較

第一節 日本における不動産公示制度の発展の特徴

一 歴史的な特徴

1 取引の未発達

日本においても、古代から土地所有権の概念は存在しており、売買などを通じて土地を譲渡するという行為も行われていた。また、土地が担保として提供されることもあった。しかし、それらの行為が行われた範囲は非常に狭いものであったため、取引の安全を求める声はあまり強くはなかった。したがって、中世になって発達した証文による売買の方式も、取引の安全を図るためというよりは、むしろ、売買などによる所有権の譲渡が行われたことの証明にすぎなかった。江戸時代になると、田畑の永代売買が禁止されることになり、その禁止は幕末に至るまで維持された。しかし、実際には質流れなどの名目で所有権の移転は行われていた。ただ、この場合における土地取引もその範囲は極めて狭いものであった。明治維新を迎え、土地取引の範囲は拡大し、その数は増大し始める。その理由は、明治新政府が土地取引の自由化に踏み切ったことにあると思われる。そのため、明治維新以前の制度では、現状に対応しきれなくなってきたことは必然的なことであった。その後の日本における不動産取引は、拡大の一途を辿ることになる。

以上のような日本における不動産取引の発達過程を見てみると、取引の発達がなかなか進まなかったことがわかる。この事実は明治維新に至るまで、取引の安全を主たる目的とする不動産公示制度が発展し難かった一つの原因として挙げることができるであろう。

2 急速な近代化

さらに日本の歴史の重大な特徴として、明治維新を境にして急激な近代化が進められたことが挙げられる。このことは、不動産公示制度の発展とも密接に関わり合っている。明治維新後になると、取引の範囲が拡大し、取引の安全を求める声が高まることになった。しかし、それに対応して制度も十分な対応をとることができるとは限らない。事実、明治維新後に創設された地券制度や公証制度は、江戸時代の名主加判の制などを受け継ぐものであったと評価することができる²⁵²。

²⁵² もちろん、それ以前に行われていた制度を単にそのまま受け継いだというものではない。公証制度の意義に関して松尾教授は、「最後の土地売買譲渡規則の段階においても、不動産譲渡法には、奥書割印ならびに帳簿への記入（公証）の他に、地券の付与、地券台帳への記入などの諸要素が混入しており、単純に旧慣への復帰ないし後退とは言えない。のみならず、当初の地券渡方規則……においても、府県による地券大帳への編綴または地券台帳への記入に先立ち、地券申受願書または地券裏面への村役人（名主・組頭）の署名・捺印という形で、旧慣的・公証的な要素が完全には切断されずに存在していた。この意味

新たに制度が創設される際には、旧来の制度を参考にして作られることはもちろんであるが、日本の不動産取引の性格は、明治維新を境にして大きな変化を遂げたのであった。それにもかかわらず、あくまで取引の事実を証明する手段としての機能を主として有していた江戸時代の制度を基本的に受け継ぐ形で、新たな制度を創設した。これは、明治維新による日本の急速な近代化のために、制度の創設が現状に対応しきれなかったということに他ならない。

二 担保制度との関係

1 資本主義の発展

近代的私法の形成は、明治 23（1890）年に公布された旧民法にその端を発し、明治 29（1896）年の明治民法で実現した。この中で抵当制度を始めとする担保制度がどのように確立されていったかということは、日本の資本主義の特質をよく反映している。つまり、権力の育成により温室的に成長し、自主的な発展を見ることがなかった日本の経済社会からは、ヨーロッパ諸国のように、近代抵当制度に対する内的で自生的な要求が湧き上がってこなかったのである²⁵³。

日本の金融資本主義は、ほぼ世界経済の発展に追従して発展していった²⁵⁴。日本では、国家が自ら産業資本を育成し、資金的にもその世話をみると共に、他方において、それを培養する下積みの前資本的性格をもつ中小企業や小農経営が強固な存在を持つ経済構造においては、遅れた形態の消費信用がはびこることになる²⁵⁵。そういう意味では、日本の資本主義の発展はヨーロッパ諸国における発展と比べて、かなり変型的なものといえるであろう。明治期には三井や三菱などの財閥の基礎が形成されたが、それは政府の官業払下げ、補助金の下付、巨大な発注により、特別な保護育成を受けて成立したもので、産業資本が特に信用により貨幣資本を集積する必要は生じなかった。したがって、生産信用に対応する担保制度も存立の根拠を有しなかった²⁵⁶。また、日本の資本主義が急激に発展し、産業の自立をみると共に、国内資金の貧困に悩んで外資の導入を要望した際、それに応じる立法が経済界の要望と政府の推進によってなされた。しかしながら、それらはあまりに性急にすぎ、ヨーロッパ諸国のように多年の経験をもたず、外国の制度を模範とし

でも、地券渡方規則から土地売買譲渡規則への展開は、①旧慣習に由来する公証と、②新たに導入された地券という 2 つの要素から成る手続の漸次的重疊化として捉えうると考えられる」と述べておられる。この点につき、松尾・前掲注 27・18 を参照。また、奥書割印制度を慣習法への「退却」と見るものとして、川島・前掲注 48・210 頁以下を参照。逆に、奥書割印帳の公式の承認に着目し、公証制度のもとでの不動産物権公示の思想の発展を評価するものとして、福島・前掲注 13・340 頁を参照。

²⁵³ 福島正夫・清水誠「日本資本主義と抵当制度の発展」福島正夫『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）164 頁を参照。

²⁵⁴ この点につき、我妻栄「資本主義と抵当制度の発達」同『民法研究Ⅳ・担保物権』（有斐閣、昭 42）3 頁を参照。

²⁵⁵ したがって、抵当制度がヨーロッパの近代的抵当制度について承認されているような物質権から価値権の独立という方向に向かって機能する可能性は低くなる。

²⁵⁶ 福島・清水・前掲注 253・164 頁を参照。

て日本の国情に合わせて修正することを唐突に行ったため、法理上の矛盾が多かった²⁵⁷。

以上のように、日本における資本主義は明治維新を境として急激に発展したと言える。不動産金融制度、特に抵当権に関する法制は、ヨーロッパ諸国においては資本主義の発達に伴って進展していき、さらに不動産の動化が企てられ、これによって不動産の担保価値を金融取引の目的とすることができるようになっていった²⁵⁸。それでは日本における抵当制度の発展はいかなるものだったのであろうか。

2 抵当制度の発展

日本の抵当制度の発達を検討してみると、ヨーロッパ諸国のものと比べてかなり異なっているということができる。地所質入書入規則²⁵⁹は、地租改正実施の必要上、大蔵省によって作成された。質入書入の法則を明らかにしておかなければ地券の付与に差し支えるというのが、政府としての立法理由であった。農業信用という見地はそこにはなかった²⁶⁰。この地所質入書入規則に続いて、建物と船舶に関する書入質制度が設けられたが、書入と質入を明確に区別せずに、両者を含めたような書入質という概念を定めている。このように、担保制度として極めて不完全であった。以上のような明治初期の担保制度が、土地信用それ自体にも大きな不便を与えたことは想像に難くない。当時は地券を預ける担保方法も広く行われたが、それはなおさら不完全であった²⁶¹。

実は、旧民法の方が明治民法よりも抵当制度としては高い水準にあったということができる。経済学の素養を持っていたボワソナードが日本の資本主義の発展のために、フランスのブルジョアジーの立法的経験を活用しようとしたことは、見逃すことのできない事実である。しかしながら、ボワソナードの意図は、当時の立法委員に十分に理解されなかっただけでなく、法典論争後の明治民法の制定の際にもいかされることなく終わり、成果は全体として退化したとも言える。

明治民法は形式上においてのみヨーロッパ諸国の抵当法を継受し、その真の意義を没却してしまったので、多くの欠陥を内包する結果となってしまった。ただ、公示制度に関しては、明治 19 (1886) 年の旧登記法を始めとして近代的な設備を有するに至ったが、抵当権に関する実体法が以上のような後進性を示したことは、日本経済の実情から理解される必要があるだろう。

三 現行の不動産公示制度

²⁵⁷ 福島・清水・前掲注 253・180 頁を参照。

²⁵⁸ 我妻・前掲注 254・3 頁を参照。

²⁵⁹ 地所質入書入規則に関する文献として、藤原・前掲注 36・203 などを参照。

²⁶⁰ もちろん、技術的な進歩は見られる。公証という公示方法を制度化したことの他に、非占有担保形態を書入として認めた上で、これに物権的効力を付与している。事実、それ以降、抵当制度は進歩を遂げていくのである。

²⁶¹ しかし、注意すべきこととして、質入書入規則が消費信用の面で大変な機能を果たしていたことを見逃してはならない。地租改正によって地券を授与されたばかりの自作農民は、紙幣整理によって生じた深刻なデフレーションの過程でそれを手放さざるをえなかったが、その後、土地を取り戻すための法的手段となったのは、まさにこの質入書入規則に他ならなかったのである。福島・清水・前掲注 253・163 頁を参照。

1 不動産登記法の特徴

日本においては、不動産物権変動に際して、登記は対抗要件たる効力を有するにすぎない（民法 177 条）。しかし、日本で対抗要件主義が確定的に根付くことになったのは、それほど過去のことでない²⁶²。登記が対抗要件として明白に規定されたのは、旧登記法が初めてであった。その後、新たに制定された民法によっても、登記は対抗要件とされ、現在に至っている。また、権利に関する登記につき、その記載どおりの実体法上の権利関係が存在しない場合であっても、その登記を信頼した第三者の利益のためには当該登記どおりの実体関係があるものとみなすこと、つまり、登記の公信力といわれるものは、日本の登記には認められていない²⁶³。

そして、日本の登記簿は物的編成主義を採用している。登記簿は一筆の土地または一個の建物につき一用紙が備えられる。一用紙に数個の不動産を登記することや、一個の不動産の一部のみを登記することを認めず、一不動産ごとに独立の一登記用紙を備える趣旨である²⁶⁴。物的編成主義は、旧登記法において不完全ながらも採用され、現行不動産登記法にさらに徹底した形で引き継がれた。このことに関しては、ドイツ法の影響が大きい。特定不動産の権利関係を調査する際にも、租税対象として不動産の所有者を特定する際にも、物的編成主義が検索に便利であることはいままでもないことである。

さらに、権利に関する登記の申請に対して登記官がなすべき審査のあり方は、実質的審査主義および窓口的審査主義といわれるべきものである²⁶⁵。まず、審査の対象という観点からすれば、単に形式的ないし手続法的事項のみならず、実質的ないし実体法上の法律関係をも審査の対象としていることは明白である。そもそも審査をする以上は、全ての審査は究極的には実体法上の事項を対象とするというべきである。特に、日本では物権行為の無因性が認められていないために、登記官の審査権限が物権行為の原因にまで及ぶか否かという、ドイツで論じられたような意味での実質的審査と形式的審査の対立は問題にならない。それゆえに、日本で従来から形式的審査主義といわれてきたものの意味、すなわち

²⁶² 江戸時代においては、土地所有権の譲渡をする際には、名主による加判を受けることは取引当事者にとって義務であり、加判をなす役人にとっても、適法な加判をなすことが義務とされ、加判をなさなかったり、不適法な証文に加判をなしたりした場合には制裁が課された。このことは、名主による加判が事実上は効力発生要件に近い効力を有するものであったことを示すものといえることができる。そして、明治維新後、地券制度は当初効力発生要件とされたが、地券事務が渋滞して土地取引に不便を与えるにつれて、地券を所有権移転の効力発生要件としていることに対して不満が高まり、ついに司法省達は、地券の書換を第三者対抗要件とした。公証制度も、当初は法律の規定からすれば効力発生要件であったにもかかわらず、実際には対抗要件として解釈された。

²⁶³ 地券制度においては、地券のみによる取引が広く行われ、地券を債権者に寄託するという担保の簡単な方式も行われていた。これは事実上、地券に公信力が認められていたことを意味する。しかし、その後、地券は収税目的のためのものであって、取引保護を図るためのものではないことが一般に認識されるようになり、公証制度が発展するにつれて、租税の標目の意義しかもたなくなった。旧登記法においても、登記に公信力は認められず、現行不動産登記法においてもそのことは維持されたのであった。

²⁶⁴ 換言すれば、不動産に関する取引そのものや取引の主体を単位として登記するのではなくて、権利の主体である一個の不動産を単位として登記簿を編成することである。

²⁶⁵ この点につき、鈴木・前掲注 222・97 頁以下を参照。

登記官の審査権限の限界の問題は、審査の対象である事項に関してではなくて、主として審査の方法という観点から捉えられたものというべきである。したがって、審査の対象という観点からすれば、日本の登記官は実質的審査権を有しているといえるのである。

続いて、審査の方法という観点から日本の不動産登記法を見ると、申請内容と一致した実体的権利関係が存在することにつき、積極的確信ないしはそれに近い程度の心証にまで登記官が審査によって到達することを要求するものではないことは、明らかである。審査は原則として、申請にあたって提出された書類と、これに関連する既存の登記簿だけを資料として行われる一種の書面審理である。提出された各書面の形式的真正については、様式などが法定されている官公署の証明などの場合には形式的真正の審査は比較的容易であろうが、その場合にも、真正であることの積極的心証を得るまでの必要はない。さらに、提出書面の実質的真正に関しては、原則として審査権限は及ばない。このように、日本における登記官のなすべき審査は、書面審理のみに頼る消極的な審査である。それゆえに、このことを、窓口的審査主義と呼ぶことができると思われる。

2 真正担保機能

わが国の 2004（平成 16）年になされた改正以前の不動産登記法においては、登記権利者と登記義務者とが共同して登記申請書を提出することとして真正を担保するシステムが採用されていた。しかしながら、改正後の現行不動産登記法においては、電子申請による方法も認められるに至ったので、その場合には、登記識別情報が提出されることになる。いずれにしても、日本においては、登記をなすことによって不利益を被る者が申請当事者とならない限り登記することができないとすることを通じて、実体を反映する蓋然性が高められているからそれ以上に公証などをすることを要しないという考え方が採用されているのである。しかし、ドイツ法におけるのとは異なって物権行為の独自性や無因性さらには登記の公信力を認めていない日本法においては、登記官が登記の移転を確認したからといって、それによって必ず物権が移転するということにはならないということを見逃してはならない。

以上のようなシステム上の問題点の存在にも関わらず、実際に事故の発生率が低いのは、司法書士を始めとした様々な専門家による実体関係の調査や調整機能によるものと思われる²⁶⁶。

第二節 ドイツにおける不動産公示制度の発展の特徴

一 歴史的な特徴

1 都市の発達

ドイツにおける登記制度の発達との関連で見逃してはならないのは、都市の発達である。最初の登記制度といわれるシュライン制度は、交換経済の拠点として発達した、中世都市ケルンにおいて生み出されたのであった。ドイツでは、中世都市において頻繁な取引が行われた。さらに、都市の土地に対する支配権が観念化されたために、取引安全のための公

²⁶⁶ これに関しては、鎌田薫「不動産登記制度の歴史と展望」法セ 381・29（1986）を参照。

示制度が強く要求されるようになったのである。中世都市の発達に伴い、登記制度も次第に整備され、登記の有する効力も強化されていった。このことが基礎となって、その後のドイツにおける登記制度が発展していったことは、疑いのないところである。

2 地方の独立性

ドイツにおける特徴として、さらに、国の統一が遅れたことが挙げられる。ドイツでは各地方、各ラントの独立性が非常に強く、そのため、法律も各ラントで様々な形式・内容を採用しており、登記制度もその例外ではなかった。中世では各都市において異なり、近代では各ラントにおいて異なっていたのである。その後ドイツが統一されるにあたり、土地登記法も統一されることになるのであるが、ドイツ帝国が制定した土地登記法は、プロイセンの法を受け継いだものであった。

このプロイセンの法は、当時の各ラントで行われていた登記制度を基本としてまとめ上げたものであった。それゆえ、ドイツ帝国は、土地登記法を新たに制定する際にプロイセンの登記法を模範にしたものと思われる。しかし、ドイツ帝国によって登記法が制定された後も、しばらくの間、詳細に関しては各ラントに委ねられた。このことは、依然として、各ラント間で土地登記制度に関して大きな相違があったことを示すものである。登記制度のような、国全体で統一的に整備されることが要求される制度を作り上げる際には、ドイツのように、各地方の独立性が強かった国では、迅速に統一法を作り上げることが難しく、各地方の独立性が、統一法を制定するにあたって一つの障害となることは否定できないところである。

二 担保制度との関係

1 中世の都市における抵当制度の発展²⁶⁷

15世紀や16世紀におけるローマ法継受以前のドイツにおいては、当初の不動産担保形態は債権者に目的不動産の占有を移転するものであった。都市においても、その成立当初では、農村と同様に占有を移転する担保形式がとられていた²⁶⁸。しかし、不動産の占有を奪われてしまうということは、資金を要する不動産所有者である商人にとって、担保手段としては非常に不便なことであった。都市における土地は、居住や営業のために必要不可欠なものだったからである。それゆえ、都市において、次第に非占有担保制度が発展していくことになる²⁶⁹。このような抵当制度の発展の過程には、都市の司法と行政の機構の充

²⁶⁷ ドイツの中世の都市における抵当制度の発展に関して述べているものとして、鈴木・前掲注 222・7頁以下、および、松井宏興『抵当制度の基礎理論』（法律文化社、1997）30頁以下などを参照。

²⁶⁸ 目的不動産の占有を移転する形式のものとしては、用益質と実体質が存在する。用益質とは、債権者が弁済を受けるまで不動産を用益してその収益を取得するものであり、実体質とは、担保債務者が約定期日までに債務を履行しない時に質の対象となっている不動産の所有権が質権者に帰属するというものである。この点につき、鈴木・前掲注 222・5頁、および、松井・前掲注 267・28頁以下を参照。また、Planitz, *Das deutsche Grundpfandrecht*, 1936, S.52 ff も参照。

²⁶⁹ 都市における非占有担保制度の発展過程での過渡的な形態として、債権者の地代ゲヴェーレをとまう質という制度が存在した。この制度においては、債権者は質に取った不

実と、公示のための公的な帳簿制度の整備がともなっていた。特に、公的な帳簿制度は都市簿として現れ、現代の土地登記簿の先駆けとして重要なものである²⁷⁰。

2 プロイセンにおける抵当制度の発展²⁷¹

ローマ法の継受後、ドイツ民法典の成立に至るまで、抵当制度の改革はドイツの各ラントにおいて試みられたが、その中でもプロイセンにおいて抵当制度の顕著な展開が見られ、その後のドイツ民法典の抵当制度に多大な影響を与えた。

プロイセンにおける抵当制度の計画的な改革立法は、1722年の抵当権および破産令によって始まったといえる²⁷²。しかし、この抵当権および破産令は、登記簿が一部の都市においてしか設けられず、また、登記簿を管轄する裁判所制度が未整備であったために、その実効性は極めて弱いものにとどまった。

18世紀の中頃になると、金融の性格が消費のためのものから生産のためのものに転換していった。これは、債権者の側から見ると投資を目的とするものであり、必然的に長期的な性格のものにならざるをえなかった。そのために、不動産金融を媒介する抵当権の現実性が強く要求されるようになった²⁷³。そこで不動産信用制度の新しい発展の基礎となったのが、1748年の破産令と1750年の抵当権令であった。これらの立法により、抵当権は公示の原則に服することになり、抵当権者は、登記以前における自己に優先する無登記の権

動産の占有と利用を直接行わずに、不動産からの地代を取得するだけであった。所有者は弁済権を永久に保持したが、もし地代の支払いが怠られると、この担保権は占有質に転化した。このような過渡的形態を経て、次第に土地の交換価値の把握という面が強調されていき、占有質である抵当制度が成立していった。この点につき、鈴木・前掲注 222・9頁、および、松井・前掲注 267・30頁以下を参照。また、Planitz, a.a.O.268, S.52 ff.も参照。²⁷⁰ ただし、都市簿には不動産取引を登録するためのものだけではなく、都市の司法、行政および立法に関する全ての文書を含んでいる。この点につき、Beyele, Deutsche Monatschrift zur Förderung der landesgeschichtlichen Forschung, Bd.XI, 1910, S.146を参照。

²⁷¹ プロイセンにおける抵当制度の発展に関して論述するものとして、鈴木・前掲注 222、有川哲夫「土地所有権取得法」(一八七二年)の研究—所有権譲渡理論を中心として—(1)～(4)名城 19・3・4・111、20・3・4・76、22・2・1、24・1・19(昭45～49)、伊藤眞「不動産競売における消除主義・引受主義の問題—プロイセン法の発展を中心として—(1)～(3)」法協 88・4・1、89・9・59、90・3・79(昭46～48)、田中克志「プロイセンにおける投資抵当権成立史」民商 75・3・71(昭51)、斎藤和夫「一八世紀プロイセン抵当権諸立法中の強制抵当権制度—裁判上債権者の法的地位の劣位化—」法研 69・2・193(1996)、および、松井・前掲注 267などを参照。また、Dernburg/Hinrichs, Das Preußische Hypothekenrecht, Abt.1, 1877; Weyermann, Zur Geschichte des Immobiliarkreditwesens in Preußen, 1910なども参照。

²⁷² 農村においても普及するようになった消費金融の媒介手段としての抵当権に関する本格的な立法として作られ、プロイセン全体にわたって施行されたのが、この法律であった。この法律により、裁判所に不動産の所有関係と抵当権を含む不動産上の負担を示す土地および抵当権簿が設置され、管轄区域内の全ての不動産の所在地・所有者名・取得権限・購入価格などが記録されることになった。この点につき、Dernburg, a.a.O.271, S.8 ff.; Weyermann, a.a.O.271, S.19 ff.を参照。

²⁷³ 鈴木・前掲注 222・14頁を参照。

利の存在や、登記以後における優先的な権利の出現を恐れる必要がなくなった²⁷⁴。

その後、7年戦争（1756～1763年）による荒廃に加えて、戦時中に粗悪な貨幣が増発されて、戦後にこの粗悪な貨幣の回収が行われたために、土地所有者は土地の復旧のために必要とする貨幣を容易に入手することができなかった。これに戦時中の穀物価格の暴騰と戦後の急落などの事情が重なって、土地所有者たちは没落の危機に瀕した。そこで1770年にフリードリヒ大王によって、ラントシャフト（Landschaft）²⁷⁵が設立された。ラントシャフトは、それからの低利の金融によって土地所有者の高利の抵当債務の借り換えを可能にすることを目的とした、半官半民的な不動産金融機関であった。その反面、ラントシャフトからの金融により、土地所有者がより営利的な性格を帯びてきて、その金融が土地との投機売買の資金と化する傾向があった。ラントシャフトは封建的土地所有者が農業資本家に転化する過程を助長したものである²⁷⁶。

そして、18世紀におけるプロイセンの抵当制度改革立法の終結点に位置し、その後一世紀以上にわたって現行法としての地位を保持したのが、1783年の一般抵当権令と1794年のプロイセン一般ラント法である。一般抵当権令によって、抵当権簿の様式が物的編成主義に従って整備され、登記強制主義、および、登記官の審査義務の範囲に関して実質的審査主義が採用された。また、プロイセン一般ラント法によって登記に設権的効力が与えられ、さらには公信力が与えられた²⁷⁷。

その後、メックレンブルクの抵当制度を参考にしつつ、1872年に所有権取得法が制定された。この法律は、プロイセン抵当法の発展の総決算といえることができる。この法律によって、所有権の移転も抵当権の設定と同様に扱われるようになり、登記が成立要件かつ公示手段となった。さらに、抵当権簿が、土地に関する権利関係全般を公示する土地登記簿として完成された。また、登記官の実質的審査主義は時間と費用がかかるため、形式的審査主義が採用された²⁷⁸。

三 現行の不動産公示制度

1 土地登記法の特徴

ドイツにおいては、法律行為に基づく不動産物権の変動が生じるためには、原則として登記が必要とされている（BGB 873条1項）²⁷⁹。ドイツにおいては、さらに登記の他に

²⁷⁴ 鈴木・前掲注222・15頁を参照。

²⁷⁵ ラントシャフトに関する文献として、ヌスバウム著・宮崎一雄訳『独逸抵当制度論』（清水書店、1932）359頁以下、石部雅亮「シュレージェンのラントシャフト制度（一）～（三）」法雑10・4・36、11・1・111、12・1・95（1964～1965）、鈴木・前掲注222・28頁以下、および、石部雅亮『啓蒙期絶対主義の法構造』（有斐閣、1969）51頁以下などを参照。

²⁷⁶ これに関しては、鈴木・前掲注222・18頁を参照。

²⁷⁷ 鈴木・前掲注222・22頁以下、および、松井・前掲注267・55頁以下を参照。また、Dernburg, a.a.O.271, S.16 ff.; Weyermann, a.a.O.271, S.134 ff.も参照。

²⁷⁸ この点につき、鈴木・前掲注222・18頁以下、および、松井・前掲注267・45頁以下を参照。

²⁷⁹ 成立要件主義を最も極端に徹底させたものは、民法典の成立以前に北ドイツの各地で行われていた形式的効力主義といわれるものである。この主義によれば、物権変動を示す

合意が要求され、この両者が合致して、一つの物権契約を形成する。この物権契約によって物権変動が生じるが、その基礎となった原因関係が不成立であっても、物権変動自体は影響を受けず、不当利得に基づく返還関係が生じるにすぎない。このような主義は、実質的合意主義と呼ばれる²⁸⁰。

ドイツ法においては、登記の申請に際して、登記官が一定の手続きによってこれを審査すべきことを定め、他方において、登記がなければ物権変動が生じないものとして、登記と真実の権利関係との間に齟齬が生じないように配慮されている。しかしながら、この齟齬が完全に生じないようにすることは不可能である。そこでこのような齟齬が生じた場合に、登記簿の記載を信じて取引をした者を保護し、取引の安全を図るのが、登記の公信力の制度である。すなわち、登記簿の記載を信じて取引をなした者の利益のために、登記簿の記載は正当なものに見なされるのであり、換言すれば、その者の権利の取得が保護されるのである。ドイツ法は、以上のような公信力を登記簿の記載に付与している（BGB 892条）²⁸¹。また、ドイツ法においては、各一個の土地に原則として登記簿中の一組の登記用紙が与えられている。このため、登記簿が土地を基準として構成されることになり、それゆえに物的編成主義と呼ばれている²⁸²。さらに、ドイツ法においては、登記官は原因関係

登記がなされたときは、当事者の真意いかんにかかわらず、さらには不法に登記がなされた場合にも、物権変動は効力を生ずるものとされる。したがって、この主義は、登記簿上の記載と真の権利関係を常に一致させることはできるが、その反面、真実の権利者の利益を無視し、取引保護が必要限度以上に及んでしまうことになる。それゆえに、ドイツにおいて、この主義は採用されていない。

²⁸⁰ 鈴木・前掲注 222・359 頁以下を参照。

²⁸¹ 現在の公信力制度の基礎となったのは、プロイセンの公信力制度であったと思われる。この点につき、鈴木・前掲注 222・382 頁以下を参照。

²⁸² 土地は自然的には動産と異なり、切断されて個々の独立体をなすことがない。しかし、土地は多くの場合に、用途、形状、および、自然的ないし人為的境界によって一つの経済的な統一体をなし、その周囲の土地と区別されており、土地取引もこのような統一体を単位としてなされるのが通常である。特にプロイセンにおいては、中世から近代にかけて、現実の統一体を一個の土地として把握しようとして努力し、登記において土地を特定するためには、その所有地・名称・土地の使用状況などによってその土地を表示する方法を用いた。しかも、当時の登記簿は、いわゆる抵当権簿であったから、土地の担保権の公示を目的とするのみで、土地所有権自体の取引は、依然として引渡しによって行われていた。したがって、土地所有権取引の単位も依然として現地における統一体であったから、土地の概念も現地における統一体であったといえる。19世紀後半に至り、土地取引の増加に伴って、所有権自体の変動も登記簿によらしめることが要求され、所有権の変動は登記によってのみなされることになった。これとともに、登記簿上の土地の表示は、従来のあいまいな方法から、測量に基づく台帳を基礎とする正確な方法に移行した。このようにして土地の概念は、土地登記簿上の記載を基準とする観念的なものとなり（GBO 2条2項）、現実の土地の経済的統一体とは必ずしも一致しないことになった。この意味において、法的な意味における土地の概念とは、もっぱら登記簿上の土地と理解されるべきものとなったのである。土地は、自然的には動産と違って、切断されて個々の独立体をなすことがない。しか

を審査する義務を有しない。このことは、ドイツ法において物権変動が原因関係の有効・無効と無関係に生じるものとされていることと相関関係にある。ただし、登記官は、疑わしい時には進んで原因行為を審査し、その結果として発見した疑問点を当事者に通知する権限を有するが、このような疑問点を理由として申請を却下することはできないものとされている。このように、審査の対象という観点から見ると、ドイツ法における登記官は形式的審査権を有するだけであるということが出来る。また、ドイツ法における登記官は、単に提出された書類の形式を審査するのみである。したがって、審査の方法という観点からいえば、窓口的な審査をするだけであるということが出来る。

2 真正担保機能

以上のような原則を採用する場合でも、登記義務者の意思を媒介とせずに登記が行われることは防止されなければならない。それゆえに、登記義務者の登記許諾が登記の要件とされている（GBO 19条）。土地所有権移転の登記については、その重要性のために、慎重な手続きがとられている。すなわち、登記に際しては、通常要件の他に、両当事者間の物権的合意の存在が必要とされる（GBO 20条）。さらに、実体法においては、土地所有権の移転の際には一般の物権変動と異なり、その効力発生要件として、無方式の物権的合意の代わりに、登記所に出頭した上でのアウフラッスンクと呼ばれる譲渡の意思表示が必要とされている（BGB 925条1項）。つまり、このような要式的な譲渡行為の存在が登記の要件とされているのである²⁸³。ドイツ法においては、物権行為の独自性と無因制の原則が採用されているために、物権行為さえ有効に行われればよいということになり、その物権行為を公証人の面前で行わせることによって、比較的簡便に真正を担保している²⁸⁴。

第三節 登記法制定に至るまでの発展の比較

一 担保制度の発展

土地の所有権が個別的に帰属することが認められ、次第に売買などによってその譲渡が認められるようになると、その事実を証明することが必要になってくる。その取引範囲が親族間などの狭い範囲でのみ行われている間は、第三者に取引の存在を公示することはあまり必要とはされないが、取引範囲が拡大され、さらに、土地に対する権利が観念化されるようになると、外部から土地の所有者を確認することは不可能となる。そこで、何らかの形で不動産の権利関係を公示する必要が出てくる。そのために考案されたのが、公の帳簿に権利関係を記載するという方式であった。このことは、日本においてもドイツにおいても共通の事実である。登記制度の目的は、取引の安全を高めて取引を促進することにある。両国の登記制度の発展の背後には、共通して、取引安全の保護という思想が存在する。

し、土地は多くの場合に、用途、形状、および、自然的ないし人為的境界によって一つの経済的な統一体をなし、その周囲の土地と区別されており、土地取引もこのような統一体を単位としてなされるのが通常である。この点につき、鈴木・前掲注 222・331 頁以下を参照。

²⁸³ 鈴木・前掲注 222・389 頁以下を参照。

²⁸⁴ これについては、鎌田・前掲注 266・28 を参照。

そして担保制度の発展、とりわけ、非占有担保制度である抵当権の発達、両国の登記制度の発展にとって、大きな影響を及ぼした。日本においては、明治維新後に土地の質入書入が頻繁に行われるようになり、それに伴って不動産公示制度も、地券制度から公証制度へと移行するようになる。実務における担保制度の発展に地券制度が対応しきれなかったことが、制度改革の大きな要因となっていたのである。また、ドイツにおいては、抵当権の発達に伴って、まず、抵当権簿が創設されるようになった。土地の所有権などの事項に関しても公簿に記載がなされるようになったのは、その後のことである。このように、登記制度の発達は、抵当権などの担保制度の発展と密接に関わり合っているのである。

二 不動産公示制度の発展

江戸時代の日本においては、田畑の永代売買は禁止されていたが、質流れなどの名目で所有権の移転は行われていた。そこで幕府は、貢納徴収権を確保するために土地の現況と所有者を公簿に記載する方式を講じた²⁸⁵。明治維新を迎えると、田畑永代売買禁止の解除がなされ、全国一般に地券が発行されることになった（明治5（1872）年）²⁸⁶。さらに政府は、明治6（1873）年に「地所質入書入規則」、明治8（1875）年に「建物書入質規則及び建物売買譲渡規則」、明治13（1880）年に「土地売買譲渡規則」を制定した。次に政府は、公証制度の不備を補い、さらに、登記税の導入による国庫の収入の増加を見込んで、登記法の制定に踏み切ることにした。明治19（1886）年に公布されたこの旧登記法は、現行不動産登記法の原型ともいえるべきものである²⁸⁷。しかし、手続きの煩雑さや登記料の負担などに対する国民の不満が巻き起こり、登記法改正の議論が続出した。そこで政府は、新たに不動産登記法を制定した。一用紙一不動産主義の貫徹や、仮登記・予告登記の新設などは、旧登記法において指摘されていた不備を是正するものとして、十分評価に値するものといえる。しかし、不動産登記法は、旧登記法を多くの点で刷新したものとはいえ、その根本部分においては旧登記法を受け継いだものであった。それゆえ、旧登記法に内在していた矛盾は、現行不動産登記法の中にも同様に存在するのである。

ドイツでは、ゲルマン時代には家屋や農場に対する個別的な所有権が認められていたが、これらの個別的な権利は任意に処分することができなかったため、不動産信用といったものは認識されていなかった。フランク時代になると、教会の関与の下で相続権を承認することによって、家屋や農場に対する最初の取引可能な所有権が広まっていった。そこで、取引の安全を目的とする公示制度が要求されることになるのであるが、権利移転の公示は、同一村落内の住民を証人として招いた上で権利の移転を知らしめるという方式でなされた。

²⁸⁵ さらに幕府は、名主加判の制という制度を作り上げた。

²⁸⁶ 地券は、府知事県令によって発行され、土地の所在や持主名などが記載された。しかし、地券は担保権などの所有権以外の権利を表象することができなかったため、不動産担保取引の要求は、早急な法制の樹立を迫った。

²⁸⁷ 旧登記法はその内部に矛盾を含むものではあったが、明治維新後の過渡的な制度に代わって、近代的な制度を創設し、土地関係に秩序を与えた点において、特筆すべき地位を占めるものであるといえる。しかし、この旧登記法の制定によって、確かに日本の登記制度も近代的な形式を備えることにはなったが、本来法律によって規定されるべき性質のものが、多数、省令に委ねられており、多くの不備が存在したことは否定できない。

中世に入ると、ドイツの大部分の地域で行われるようになった土地取引の公示性を高めるために、土地の譲渡に際して裁判所が関与するようになった。そして、中世都市の発達に伴い、ケルンにおいてシュライン制度と呼ばれるドイツ私法史上最初の登記制度が実施されることになった（1135年）²⁸⁸。しかし、中世以降ドイツの各都市において発展しつつあった登記制度は、ローマ法がドイツ全体に継受されることによって、大きな影響を受けることになる。不動産と動産を区別することなく一律に引渡主義をとるローマ法の継受によって、登記制度の発展が妨げられることになったのである。17世紀に入り、経済的な必要性がローマ法の思想に対する反動をもたらし、登記簿制度、少なくとも抵当権簿制度に対する要求が高まることになる。そこで18世紀以降、ドイツの各ラントにおいて簿冊制度が再び考慮されるようになった²⁸⁹。その後ドイツ帝国の成立に伴い、1882年に統一的な土地登記法の立法作業が始まった。土地登記法制定の目的は、各地方において多岐にわたっていた諸制度の統一であった。草案段階においては重要事項を規定した帝国法として有用な法典であったが、立法過程においてラント法を留保することの必要性が強く主張された。結果として、土地登記庁の組織と帳簿の内部様式などは全てラント法に委ねられた。しかし、歴史的に存在してきた根本問題を明確に組織的に把握したことには大きな意義が認められる²⁹⁰。

三 不動産公示制度と担保制度の関係

登記制度が発展する過程の中で、担保制度の発展を見逃すことはできない。日本においてもそのことは例外ではない。近世においても土地を担保に提供することは行われており、江戸時代でも同様であった。明治維新となり、日本が資本主義の国際社会に仲間入りをすると、土地資本を担保に金員を借り入れることが頻繁になされるようになる。それに伴って、法の整備が要求されることになるのであるが、地券制度ではそれに対応することができず、そこで、新たに明治政府によって地所質入書入規則などの諸規則が制定されることになる。以上のような制度が、担保制度の発展とともに創設されたことは明らかである。その後の旧登記法や現行の不動産登記法も、担保制度の発展との関係を否定することはできないのである。

ドイツにおける担保制度の発展も、登記制度の発達と、やはり密接に関わり合っている。特に、登記に公信力を認めたことに関しては、抵当権の発達とともに、その抵当権が転々流通したことが大きな要因となったと思われる。ドイツにおいては、近代になると、各ラントで抵当権簿が登記簿に先立って整備され始め、その後、所有権の移転に際しても登記が効力発生要件として認められるようになる。このように、ドイツにおいても、抵当権の

²⁸⁸ この制度は、当初、取引に関する証書を箱の中に保管するという方式をとるものであったが、その後簿冊制度に移行し、その簿冊も、最終的には設権的効力を獲得するに至った。12世紀の終わり頃になると、同様の簿冊制度が各都市で実施されるようになり、1357年にはダンツィヒにおいて物的編成主義を採用した最初の簿冊が登場した。

²⁸⁹ 相続簿制度、騰記制度および抵当権簿制度などが各ラントにおいて実施されたが、特に重要なのは、抵当権簿制度である。この制度は、特にプロイセンで発展した。このプロイセンの制度を模範として、その後の土地登記法が制定されることになったのである。

²⁹⁰ これについては、Hedemann, a.a.O.214, S.281を参照。

ように公示を必要とする非占有担保制度が、登記制度の発展に対して果たした役割は大きい。このような担保制度の発展をきっかけとして、登記制度がさらに発展していったのである。

第四節 登記法制定後の発展の比較

一 影響を与えた諸要素

1 錯綜するデータの効率的な把握の要求

不動産は売買の目的物であるだけではなく、徴税の対象となるものでもある。さらに、いわゆる登記情報とされているもの以外の情報が、登記簿の利用者にとっても必要不可欠な場合が多々ある²⁹¹。例えば、ある土地に関して、誰が所有権者であるかという点だけではなく、都市計画の観点から当該土地上にどの程度の建物を建築することが可能なのかといった点なども、実際の取引にあたっては重要な要素となる。しかしながら、登記簿を閲覧しただけでは、そのような情報を入手することは必ずしもできない。以前の日本における登記簿と台帳の一元化に関する問題のように、基本的に異なる要素を有するものを、ただ利便性に適うという理由から統一化することは厳に戒められなければならない²⁹²が、統一化することが不適當であるからといって、利用者の便を図らなくてもよいということにはならない。

日本においては、一時のバブル経済の崩壊による下落を経験した今日においても、不動産は日本全体の資産の三割程度を占めている。この最大の資産についての情報をどのように構成し、どのように利用可能にしていくかという問題は、今後の最重要課題の一つである²⁹³。このことに関しては、ドイツにおいても同様である。ドイツでも不動産は重要な資産であり、また、利用者の便に供するために、登記簿に公法関係の情報などをいかにして記載すべきかが議論されている²⁹⁴。

取引が高度に発展し、さらに土地をめぐる権利関係が複雑になるに従って、当該土地に関するデータをより効率的に把握したいという要求はますます強くなっている。現状においては、取引対象である土地に関する必要な情報を知るためには登記簿を閲覧するだけでは足りず、官公署などで別途照会しなければならない。とりわけ、公法関係の情報などについてはそうである。この問題は、日本とドイツ両国において当てはまるものである。

一方、同じくデータの効率的な把握という観点からのものではあるが、両国において異なる要素として、各地方の制度の統一という点が挙げられる。日本においては明治維新後に国家の強い推進力の下で不動産公示制度が成立されるに至ったという経緯があるため、各地方によって登記システムが異なるという問題は表面化しなかったが、ドイツにおいて

²⁹¹ 平成7（1995）年から、政府全体で、コンピュータデータとしての各種の地理的情報を、地図をベースに集積して表現する仕組みを実現させるための検討が続けられているが、登記所内部だけでも、地図データを電子化し、これと電子化された登記情報とを結合させた形で利用に供することが考えられる。この点につき、寺田・前掲注87・19頁を参照。

²⁹² 一元化の立案者は、課税台帳としての土地台帳および家屋台帳と、登記簿の基礎としての地籍とを、取り違えていたかもしくは意識的な混同をしていたように思われる。これについては、清水・前掲注62・194頁を参照。

²⁹³ 寺田・前掲注87・20頁を参照。

²⁹⁴ この点につき、Böhringer, a.a.O.123, S.22 ff.を参照。

は、国そのものの統一も相対的に見て遅く、各地方の独立性も強固だったために、国全体に及ぶ統一的な登記制度を構築しようとしても実現することが困難であった。そのために制定当初のドイツ土地登記法は、登記制度の詳細を各ラントに委ねたのである。

しかしながら、その状態で不動産取引の発展に登記法が役立つはずはなく、ようやく1935年に至って、ドイツ土地登記法はその詳細にわたって全国的な統一を見ることになるのである。これも、いかにして土地に関する権利関係を効率的に把握すべきかという問いかけから生じたものに他ならない。

日本においてもドイツにおいても、土地に関して錯綜する情報を効率的に把握したいという市民の要求が、かなり早い段階から見出されることに関しては共通している。各国固有の問題として、前述したような登記簿と台帳の一元化に関する問題²⁹⁵や、各地方における登記制度の相違の是正に関する問題などは存在したが、その中に流れる根本的な要素としての利便性を求める市民の声は共通のものである。

2 情報技術の発展

紙を媒体とした登記簿の限界²⁹⁶が指摘されるようになったのは、それほど最近のことではない。そのため、登記簿のコンピュータ化もかなり早い時期から考えられていた²⁹⁷。しかしながら、登記簿のコンピュータ化には膨大な費用が予想されたため、なかなか実現には至らなかった。それにも関わらず、登記簿のコンピュータ化を求める声が収まることはなかった。登記関係事件の増大への対応や事務処理の迅速化と共に、登記簿の改竄や抜き取りなどの不正を防止することができるという点が、メリットとしてかねてから指摘されていたためである²⁹⁸。

そこに、1980年代以降のコンピュータ技術の急速な発展が重なった。スキャンやネットワークなどの著しい進歩は、登記簿のコンピュータ化にあたってのコスト削減に対して大きな役割を果たした。以前のコンピュータ技術では様々な困難があったが、現在ますます進化を遂げつつある技術によって、登記簿のコンピュータ化はその速度を増しながら実現されつつある。この急速な情報技術の発展がなければ、今日のコンピュータ化された登記簿は日の目を見ることがなかったであろう。これにより、登記簿のコンピュータ化は世界規模で促進されることとなった。日本においては、単なる登記簿のコンピュータ化にとどまらず、オンラインによる登記申請についても検討され、平成16(2004)年の不動産登記法改正によって実現されるに至った。ドイツにおいては、他のヨーロッパ諸国に遅れを

²⁹⁵ ドイツにおいては、登記簿と課税のための土地台帳は依然として分離されたままである。この点につき、Schmidt/ Rantsch, Das EDV-Grundbuch, VIZ 1997, 88を参照。

²⁹⁶ 増大する取引に伴って、必要とされる登記簿用紙もますます増大し、その保管場所の面に関しても単純に問題であるが、問題はそれに尽きるものではなく、管理に高い人的コストがかかるという点も見逃してはならない。不動産公示制度は一般市民の負担に基づいて一般市民のために提供される制度であるから、できる限りコストを最小限に抑えることも特に重要となってくる。

²⁹⁷ 日本においては昭和63(1988)年から登記簿の電子化作業がスタートし、ドイツにおいては1970年代初めに登記簿の電子化が検討されはじめ、ドイツ統一後、1993年から登記簿の完全な電子化を促進する試みがスタートした。

²⁹⁸ この点につき、小野・前掲注238・10・1150頁を参照。

とったものの、1993年以降、登記簿のコンピュータ化を目指す新たな試みが開始され、各ラントにおいてその実現が図られる努力がなされている。

近年のコンピュータ技術の発展により、登記制度は大きな変革を受けることとなった。基本的な事務処理の方法を変更するものではなくても、制度的な変化は避け難く、コンピュータ化による技術上の必然的な変化も存在する。これらについては、項を改めて詳論したいと思う。

二 設立された制度の特徴

1 統一的不動産公示システム

日本においては、不動産登記法制定当初から全国にわたって統一的不動産登記制度が実施された。これは、明治維新を境とした国家規模の統一的不動産登記制度の大変革に起因する。日本における近代的な不動産公示制度の実施は、政府の強力な指導力の下で行われたために、各地方でその詳細が異なるということは基本的にはなかった。一方で、ドイツにおいては、各地方の独立性が強く、中央政権の指導力も相対的に見て弱かったために、法律の制定当初から統一的不動産登記制度を実施することは叶わなかった。法律上、各地方の登記制度が統一されるに至るには、1935年まで待たなければならなかった。

今日においては、日本とドイツ両国における登記制度はそれぞれ全国レベルにおいて統一されているのであるが、さらに、不動産に関するデータを効率的に把握するという観点から、いわゆる登記情報にその他のどの情報を含めて考えていくかという問題が重要になっている。日本においては、昭和35(1960)年に登記簿と台帳が一元化されたが、ドイツにおいてはいまだに両者は分離されたままである。両者の根本的な思想が異なるという点は考慮しなければならないが、不動産の権利関係についての情報と徴税についての情報は、利用者にとって大変重要な情報であり、それらを同時に把握できるという利点を無視することはできないであろう。さらに最近では、情報技術の発展に伴って、地図データや公法上の情報なども登記情報として盛り込むか、または、適宜参照できるようにするといったサービスも検討されるに至っている。どの官庁がいかなる情報を管轄するかというものは一つの問題ではあるが、市民の便宜を考慮して、できる限り利用しやすいサービスが提供されるように関係者は努めるべきである²⁹⁹。この点は、不動産公示制度を考えるにあたって、今後の課題として最も重要な点であると言えよう。

不動産公示制度は今や、不動産の単なる権利関係を記載して公示するだけのものではなく、課税価格や公法上の制限に関する情報をも含めた総合的な情報を提供するものになろうとしている。取引の増大に伴って登記事件の数も増大するに至り、ますます登記制度の効率的な利用に対する期待の声は高まっている。それに応えるためにも、登記制度の基本思想を決して忘れることなく、それでいて市民の利用の便に供することのできる効率的な登記制度を構築していくことが必要である。不動産に関する総合データベースへ向けた登記簿の発展は、日本とドイツにおいて共通のものである。とりわけ、コンピュータ技術の

²⁹⁹ 公法上のデータなども登記簿を閲覧した際に一度に入手することができれば、利用者にとっては大変便利であろうと思われる。これまでは、それぞれの管轄官庁に赴いて必要な情報を得なければならず、当該不動産の全体的な情報を把握するためには非常に手間がかかっていたのであった。

発展が急速に進むにつれて、歩を一にして登記制度に対する期待も高まっていった。今後もその期待はさらに高まるであろう。登記情報として扱う情報の選別を中心とした、今後の検討が待たれるところである。

3 コンピュータ化された登記簿

今や、各国において登記簿のコンピュータ化が進められており、それは日本とドイツにおいても例外ではない。そして、登記簿がコンピュータ化されることにより、制度的な変化や技術上の変化が生じることは避けられない。物的編成主義を採用するか否かといった問題はもはや相対化され、人的編成主義を採用しているフランスにおいても、登記簿のコンピュータ化に基づく物的編成の可能性について、肯定的な意見が出されている。さらに前述したように、コンピュータ化によって、現在登記情報とされているものとその他の情報との結合が比較的容易になる。また、今までの紙媒体の登記簿の時代に大きな懸案事項となっていた保管スペースの問題も、コンピュータ化によって大きな改善が図られることとなった。さらに人的コストの抑制にも大きな効果が見られる。

しかしながら、新たに発生した問題点もある。とりわけ、オンラインでの利用を許容する場合の本人確認の方法が挙げられるであろう。オンライン上で登記申請をする場合、いかにして登記権利者と登記義務者の真正を確認していくかが、非常に重要な点となる。基本的に閉ざされた存在としての紙媒体の登記簿と異なり、開かれた存在としてのコンピュータ化された登記簿を運営していくためには、これまで以上にその安全性を確保することが必要になってくるであろう。

今後、コンピュータネットワークを通じて登記所以外の地からもアクセスが可能になることにより、不動産公示制度に対する市民の期待はますます高まることになるだろう。様々な課題が克服された上で登記のオンライン申請が全国的に認められることになれば、登記所そのものの所在場所自体も考えを改める必要が出てくる³⁰⁰。登記簿のコンピュータ化は、当初事務能率を高めるための方策として考えられてきたが、これまで述べてきたように、登記情報が簿冊から自由になるということは、問題を事務的なレベルにとどめるものではないのである。

また、登記簿がコンピュータ化されるからといって、実際の土地の現状と登記簿上の記載事項との適合性に関する問題は、これまでと同様に最重要課題として残っている³⁰¹。この問題をクリアしなければ、いかに効率的なシステムを考案しようとも、不動産公示制度はその信頼性を高めることができず、その本来の力を発揮することができないのである。

三 今後の発展傾向

1 登記制度の本質

登記簿は、不動産に関する私的な物権の鏡としての機能を有するものであって、不動産

³⁰⁰ これまでの登記所の設置場所に関しては、当然のことながら、関係当事者が登記所に出頭して新たな情報のための申請をしたり、既存の情報を入手したりするにあたって便宜であるように配慮がなされていた。この点につき、寺田・前掲注 87・18 頁を参照。

³⁰¹ とりわけ日本においては、土地の現況と登記簿上の記載との乖離が大きいことが多いことがある。

をめぐる権利関係についての確実な情報を可能な限り提供するという課題を有している。そして登記簿はまた、土地並びに建物にまつ取引、所有権者とその他の物権取得者との間の関係、および、物的信用に関する法的な基礎でもある。それゆえ登記簿は、法的にも経済的にも必要不可欠なものとなっており、国家を中心とした公の場面においても市民生活を中心とした私的な領域においても、もはや無視することのできない存在となっている³⁰²。登記制度が創設された際、経済上の取引に影響を与える法規定や法律関係は主として私法的な性質を有していた。したがってこのことから、登記簿の目的も本質的に私法的なものであるということが導かれる。登記法の制定と前後して、私法と公法の関係が一義的に決定されてしまったために、私法がより重要視され、土地に関する公法的な法律関係は一般的におろそかにされてしまったといえる³⁰³。

私法と公法を問わず、また、実体法と手続法を問うことなく、全ての法律において意図されている大多数の登記事項を検討してみると、登記簿が日本法における対抗要件としての機能およびドイツ法における権利創設的な機能を越えて、次なる重要な機能、すなわち土地取引における警告機能および保護機能としての課題をも果たさなければならないということがわかる。しかし、この点は長い間それほど強く認識されることがなく、また支援されることもなく、例えば公法の領域においては否定されてきたといってもよい³⁰⁴。

公法上の事項を登記簿に記載することができないという原則は、現代の法の発展に照らして考えると、もはや時代遅れのものであるといえることができるだろう³⁰⁵。また、この数十年間の著しい産業の発展を理由として、公法を通じて土地私法に介入するという立法が強制的になされているという感を拭うことはできない。ますます土地私法は制限されることを余儀なくされ、さらに失効させられている部分もある³⁰⁶。多くの場合私法に優先する結果となるこの公法による介入は、様々な方法でなされ、特に、譲渡制限、分割制限、取得制限、公法上の負担および用益権に関することを含んでいる³⁰⁷。これらの法律は、通常、実体法上の規定だけではなく手続法上の規定も含んでいるが、登記できる可能性や登記手続きに関する規定はほとんど有していない。制限を伴った公法による私法への介入が増えれば増えるほど、登記法制定当時には十分であった土地私法に関する事項を記載するという登記簿の課題と並んで、時代と法律の変遷を通じて生み出されることになった第二の機能を登記が引き受けることができるのかどうか、もしくは法治国家であるという観点から

³⁰² これについては、Ertl, *Entwicklungsstand und Entwicklungstendenzen des Grundbuchrechts nach 80 Jahren Grundbuchordnung*, Rpfleger 1980, 1 ff.を参照。

³⁰³ この点につき、Reithmann, *Die Aufgaben öffentlicher Register*, DNotZ 1979, 67 ff.を参照。それに呼応するように、当時の見解によれば、登記簿上に公法的な事項は記載されず、明示的な指示もなされなかった。

³⁰⁴ この点につき、Staudinger, a.a.O.121, Vorbem.85を参照。

³⁰⁵ 例えばドイツにおいては、公法上の利益を擁護するために、多くの公法上の処分制限、売買法または所有権に対するその他の公法上の制限が公布され、それらの大部分は特別法において整序されたため、その土地の取得者はもちろん、詳細な情報提供を受けたその他の多くの関係当事者にとっても、容易に認識することのできないものとなっていた。

³⁰⁶ 今日に至るまで、土地公法の領域において絶えず新たな法律が制定され、それに伴い、多くの既存の法が変更されたり廃止されたりしてきたことに留意するべきである。

³⁰⁷ この点につき、Ertl, a.a.O.302, S.3を参照。

むしろ引き受けなければならないのか、もし引き受けるとするならばいかなる範囲において引き受けるべきなのかといった問題を解決することが、ますます重要となる。

1900年頃に支配的であった自由な所有権の思想は、もはやとうてい実現可能なものではなくなっている。残念なことではあるが、公法の領域の法律が絶えず登記制度を骨抜きにしており、登記簿の正当性と完全性に対して不必要な負担を強いている。登記簿には私法の領域の事項のみを登記すべきであるという思想は、今日の土地取引にとって危険なものとなっていると言わざるを得ない。登記簿を公法の領域の法律関係を明確にするためにも利用し³⁰⁸、登記手続きを法治国家の原則と一般的な手続法の解釈に適合させようとする努力は、正当なものとして評価されるべきである。

2 公法上の法律関係の明確化

登記簿から読み取ることのできない土地に対する負担と制限が増えれば増えるほど、土地と土地法は物的信用の手段としてふさわしくないものになってしまう。これでは、私法上の土地取引の安全性が損なわれ、個々のケースにおいては耐えがたいほどの紛争が日常生活において生じ、今後もさらに増えていくであろうということは、想像に難くない³⁰⁹。それゆえ、登記簿上において公法に関する法律関係を認識可能にすることが、今後ますます要求されることになるであろう³¹⁰。

登記簿に記載されることのない公法上の事項は絶えず増えており、その重要性もますます度合いを増している。このことは、土地取引の安全性と登記簿の機能を著しく危険にさらすものである³¹¹。土地取引において認識することのできない公法上の事項を正当な時期に記載することが、最も単純で効果的な保護であろう。公法上の事項も登記することができるように登記法を改正するか、もしくは、法律関係の安定に必要な限りにおいて、私法上の法律関係と同様に公法上の法律関係も、登記義務はないが明示的な規定がなくても登記可能であるという解釈をするかはともかく、公法上の事項を登記簿に記載するという方向性が真剣に議論されなければならないと思われる。公法上において処分制限や売買法が創設される場合、まさにそれらは私法から借用してきた概念であり、そして私法上の法律関係に対して影響を与えるものである。公法上の事項と私法上の事項との唯一の違いは、権限を有する者と、目的が一般的な関心に置かれているところにある³¹²。しかしながら、この本質的に明確とはいえない相違のみに基づいて、市民の負担を強いつつ全く異なる法律効果を導き出すことはできないと言わざるを得ない³¹³。

³⁰⁸ これについては、Staudinger, a.a.O.121, Vorbem.70 を参照。

³⁰⁹ これについては、Ertl, a.a.O.302, S.3 を参照。

³¹⁰ この点につき、Staudinger, a.a.O.121, Vorbem.62, 86; Ertl, a.a.O.302, S.1 などを参照。

³¹¹ この点につき、Staudinger, a.a.O.121, Vorbem.86 を参照。

³¹² 例えば、私法上の売買法や民法上の処分制限において、このことは明白である。

³¹³ この点において、ドイツにおける土地費用負担義務の記載に関する問題が興味深い。土地費用負担義務簿 (Baulastenbuch) は、公示性も有しなければ、設権的な効力や確認的な効力も有していなかった。すでに19世紀の登記簿制度は高いレベルに達していたので、土地費用負担義務法 (Baulastenrecht) の改正を行うか、私法上の物権と同様に土地費用負担義務も登記簿に記載されるようにするべきであった。土地取引の当事者が法律行為の前に異なる二つの場所において管理されている簿冊を閲覧しなければならないという

土地に対する公法上の処分制限や負担を登記することに対しては、登記手続きを遅滞させたり登記簿の概観性を損なったりすることになるのではないかとといった異論が唱えられている。しかしながら、これらの反対説には正当性がない。登記制度の目的は、不動産に関する物的権利を認識可能にすることにある。不動産とそれに関する物権自体が登記されるだけでなく、さらに、認識できない権利や事項に関しては存在しないという信頼が保護されて初めて、登記制度の目的通りに諸権利が認識可能になるということが出来る。登記簿が不動産に関する権利関係をできるだけたくさん公示するようになればなるほど、土地取引において登記簿はますます信頼されうるものとなる。

確かに、公法上の法律関係をも登記可能とすることによって、登記簿を管理するにあたっての負担がさらに増え、登記簿の概観性も損なわれるであろう。しかしながら、この概観性の原則それ自体は、法律関係において保護に値する利益に照らして考えてみると、目的とはなりえない。この保護に値する利益は、何重にも重なり合った私法上および公法上の法律関係を、登記簿という一つの記録簿に、完全にかつ概観できるように記載することを要求する。それゆえ、公法上の法律関係を原則として登記するものとする説が採用されるべきである。

土地に関する公法上の権利関係の登記可能性にとって重要なのは、法律関係における利益において、その事項に警告機能と保護機能が認められるかどうかだけである。公法上の権利関係を公示する機関として登記簿を利用することに関しては異論がありうるが、コンピュータの発展に伴って、管轄が異なったままの状態であっても、関連するデータを相互にその場で閲覧可能にすることが技術的にできるようになった。市民の要求に応えるために、公法上の権利関係を私法上の権利関係と同時に閲覧可能にすることがもはや必要不可欠となっているということが出来るであろう³¹⁴。

3 基本原則の尊重

平等原則や所有権の保護といった法治国家としての基本原則が、登記手続きにおいても考慮されなければならないということは言うまでもないことではあるが、日本における憲法やドイツにおける基本法に規定されている基本原則に沿った登記法の解釈および適用は、コンピュータの導入を始めとした制度の改革期において、今後いっそう重要になるであろう。

4 今後の登記法研究

形式的な土地法としての登記法は、黙示の慣習法や判例法に関して、これまで相対的に関心が薄かったのではないと思われる。今後はよりいっそう、学問的な根拠に基づいて法の欠缺を埋めたり諸問題の解決方法を提案したりするという課題に取り組んでいかなければ

ことは、耐えがたい状況である。特に、土地費用負担義務簿は単なる付属簿にすぎず、ドイツの登記制度において異質のものであり、土地取引を遅滞させるだけであった。

³¹⁴ これに関しては、Staudinger, a.a.O.121, Fn.56を参照。とりわけ、公法上の権利関係を登記可能とすることに関して、登記手続きの迅速性と登記簿の概観性を損なうという観点から反対説を唱える人々に対して、今日急速な発展を遂げているコンピュータ技術は、反論するための有力な根拠となると思われる。

ればならない。とりわけ、市民の側に立った新たな視点で、すでに学問上の支持を失っている伝統的な解釈や見解を疑問視することが重要であろうと思われる³¹⁵。さらに、旧来の判例の見解を現在の視点から新たに見つめ直すことも有益であろう。

³¹⁵ 民法に基づいた以前の見解を手続法の視点から見つめ直すという傾向も、このところ見られる。

第二部 ドイツにおける
土地債務（Grundschild）と登記の関係

第一章 ドイツにおける 土地債務の発展と現代的意義

第一節 序

一 土地債務の法的性質

土地債務とは、被担保債権と関係なく土地の担保価値を捉え、その土地から優先的に支払を受ける不動産担保権である（BGB（民法典）1191条）。被担保債権の存在を前提としないという点を除いて、抵当権に関する規定が土地債務には準用される（BGB 1192条）。仮に抵当権が設定される場合であっても、まず、貸付を受けようとする者が自らの土地に土地債務を設定し（所有者土地債務（Eigentümergegrundschuld））、その後、資金の貸付を実際に受ける際に、債権者のために土地債務を抵当権に転換するということが一般的に行われている。

土地債務には、証券土地債務（Briefgrundschuld）と登記土地債務（Buchgrundschuld）があり¹、さらに証券土地債務は、指名証券土地債務と無記名土地債務（Inhabergegrundschuld）とに分かれる。また、土地債務の特殊なものとして、定期土地債務（Rentenschuld）も認められている。土地債務が土地から元本の支払いを受ける権利であるのに対して、定期土地債務は、土地債務の利息に相当する定期金の支払いを受ける権利である²。

証券土地債務は土地債務証券が発行される土地債務であり、この場合、土地債務を譲渡するためには物権的合意および土地債務証券の引渡が必要となる³。一方、登記土地債務とは、当事者間において土地債務証券を発行しない旨の合意と登記がなされた土地債務のことであり、登記土地債務を譲渡する場合には、物権的合意と登記によってなされることになる⁴。

土地債務が他人のために設定されると、土地所有者は土地債務額の支払義務を負うことになる。当該土地に対する強制執行を免れるためには、弁済をする必要に迫られる。土地債務の弁済がなされると、土地債務は混同などで消滅するのではなく、所有者土地債務が成立する。このように所有者土地債務が認められている理由は、土地所有者に従来通りの

¹ 証券土地債務が原則であって、登記土地債務は例外である。BGBは抵当権に関する規定において、証券抵当を原則とし、抵当証券の交付を当事者が物権的合意および登記に基づいて禁止した場合にはじめて、登記抵当が成立するとしているからである（BGB 1116条）。

² 土地債務の性質および特徴について一般的な叙述があるものとして、Baur/ Stürner, Sachenrecht, 17.Auflage, 1999, S.504 ff.; Wolf, Sachenrecht, 19.Auflage, 2003, S.388 ff.などのドイツにおける著名な体系書および教科書を参照。また、日本語文献として、山田晟『ドイツ法概論Ⅱ〔第3版〕』（有斐閣、昭62）250頁以下、および、村上淳・守矢健一・ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門〔改訂第6版〕』（有斐閣、2005）125頁以下などを参照。

³ 土地債務移転の登記を排除するものではない。

⁴ 証券土地債務および登記土地債務のいずれの場合にも、登記には公信力が認められる（BGB 1155および892条）。なお、証券土地債務の場合、登記簿の公信力が抵当証券に拡張されるのであって、土地債務証券自体に公信力が認められることではない点に留意する必要がある。

順位の土地債務を取得させ、土地の担保価値の流通を図ることにある⁵。

二 土地債務の位置付け

先に述べたように、BGBは抵当権を最も重要な不動産担保権として規定しており、土地債務はあくまで抵当権を補充するもの、もしくは、例外的な不動産担保権として位置付けられている。抵当権に関する規定が79ヶ条も定められているのに対して、土地債務に関する規定はわずか8ヶ条にすぎない。土地債務については、ほとんどの場合、抵当権の規定が準用されることになっているのである（BGB 1192条）。

しかしながら、実務における重要性はまったく異なる。例えば、短期信用および中期信用の場面においては、個別債権の発生、消滅および増減が繰り返さされるために、もし当該不動産担保物権の順位が留保されるならば、当事者にとって利便性が高い。この点、被担保債権との付従性を有せず、順位も確定される土地債務は、有用な手段となる⁶。さらに、住宅建設における融資などの長期信用の場面においても、今日のドイツにおいては抵当権ではなく土地債務が一般的に利用されている⁷。その当初の理由も、土地債務が非担保債権から独立した存在であることにあった。ただし、現在においてなお土地債務が広く利用されている原因は、単に土地債務が付従性を有しないという点にのみ求められるものではない。なぜならば、実際に設定される土地債務のほとんどは、何らかの具体的な債権を前提にしているからである。仮に土地債務設定時に被担保債権が存在しなくても、その後担保目的としての債権が発生しているのが常態である。このような土地債務は、保全土地債務（Sicherungsgrundschuld）と呼ばれている⁸。

以上のように、BGBに規定されている抵当権と土地債務の重要性と、実務における抵当権と土地債務の重要性はまったく相反しているわけであるが、このような状況に至った背景にはどのようなものがあるのだろうか。以下では、まず、土地債務の歴史的発展過程をその起源に遡って考察してみたいと考える。そして、その後の発展過程としてとりわけ重要と思われるのは、ドイツにおける各都市での土地債務の生成過程であるので、その点を重点的に検討し、その上で、土地債務がBGBへと導入される経緯を明らかにしたい。BGB制定後の土地債務の発展過程およびその利用増加の背景については、20世紀以降の急速な社会経済状況の推移を念頭において考察する必要があるため、節をあらためて検討したい

⁵ 以上のように、所有者土地債務には、被担保債権成立後に抵当権に転換する原始的所有者土地債務と、弁済などによって被担保債権が消滅し、それによって抵当権または他主土地債務が変ずる、後発的所有者土地債務とがある。

⁶ この点を捉えて、わが国においては、土地債務は根抵当権と類似した制度であると理解する見解がある。川井健「担保法上の問題」ジュリ 804・93（1983）などを参照。

⁷ 倉重八千代「ドイツにおける土地債務の利用急増の原因についての一考察—抵当権制度と土地債務制度の比較から—」ソシオサイエンス（早稲田大学）7・225以下（2001）を参照。

⁸ しかしながら、保全土地債務も土地債務である以上、被担保債権との完全な付従性を有しないことに変わりはない。したがって、土地所有権者が被担保債権の弁済をした後も、土地所有権者が土地債務の返還請求をするまでは、当該土地債務は債権者のもとに留保されることになる。この場合に抵当権が利用されていたのならば、土地所有権者の弁済により、被担保債権の消滅にもなって、当該担保権は自動的に所有者土地債務として所有権者に復帰することになる（BGB 1143および1177条）。

と考える。

第二節 土地債務の歴史的発展過程

一 土地債務の起源

1 無因の抵当権

被担保債権との付従性を有しない不動産担保権の起源は、いったいどこに求められるのであろうか。土地債務はドイツ法に特有の概念であり、その起源はローマ法などに見出すことはできない。土地債務が普通法上の担保権の体系と相容れない形式をもって登場した際、人々は、ドイツ法の効果を維持するための具体的な根拠を発見したと感じた。例えば、ロストックで公布された 1576 年の警察令 (Polizeiordnung) には既に、家屋や土地などを金銭に換えることについての規定が存在していた⁹。この不動産担保権に関する一地方の規定は、普通法上の担保権概念がかなり後になってから発生した時点においても、なお手付かずにその通用力を有していた。

不動産担保権の起源を見出した上で、一つの統一的な担保権たるものを抽出することは大変困難であり、多くの場合、不動産担保権というものはその地方において特別な発展経過を辿ったり、立法過程や登記制度も各都市において多様であったりしえたため¹⁰、対象とする素材を広げすぎることなく、付従性を有しない担保権という一点に着目して検討を試みるのが有益であろう¹¹。

ローマ法上の複雑な担保権概念と異なって、ドイツの各都市で行われていた担保制度の明確性は、その法律構成が具体的である点に求められる。物的な要素に制限された担保権の起源は、責任の対象を条件付で譲渡するという従前型の担保権であると言えるだろう。また、ゲルマン法の研究は、独立性の原則と各都市の法令の種類との関係を、ゲルマン法上の責任概念を取り入れることによって明確にした¹²。つまり、ドイツにおける担保法は、純粋な物的責任法として理解されたのである。債権者に認められるのは、担保目的物自体に対する介入のみであった。その他の財産や債務者本人に対する人的責任は、本質的に権利内容の範囲外にあるものとされたのである。

ドイツにおける各都市の法令と、債権との付従性を有しない不動産担保権との関係を説明しようとする試みは、現代における不動産担保権の本質に対して歴史的な由来を植え付け、さらに、その発展過程を証明しようとするゲルマニステンの思想に端を発するものであった。中世ドイツの各都市において行われていた独立性を有する担保権も、厳密に言えば、発展段階における原初的な形態であると言える。非付従性は、担保権の特質の中で最も初期に現れるものの一つと見受けられるのである。つまり、非付従性は、その内容が簡素で分かり易いというわけではなく、むしろその形成能力が貧困なのである。このような粗削りのドイツ法上の不動産担保権概念は、近代初期には一般的に忘れ去られてしまっ

⁹ Policey-Ordnung eines Erbarn Rhats der Stadt Rostock, publ. 14. 4. 1576.

¹⁰ 中世におけるドイツの大都市においては、正規の法制定権、すなわち、その機関によって一般的拘束力を有する警察的な法を制定する権限が認められていた。

¹¹ Meibom, Das deutsche Pfandrecht, 1867, S.29, 256, 274.

¹² Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Heft 2, 1889, S.810 f..

いた¹³。

商業の中心となっていた地域において、各都市の不動産担保権に関する法令は、定期金売買などの法形式が導入されることによって次第に排除されるようになっていった。これは主としてローマ法の継受によってなされた。ローマ法上の抵当権は、ドイツの各都市における法令の効力が次第に無くなるにつれて生じてきた欠缺を埋める働きをしたのである。18世紀および19世紀における抵当権法改革の際に新たな形式主義が登場してきたが、その際にはもはや、ドイツ法上の古典的な法令の残滓は消滅していた。従来のドイツ法上の法令と19世紀初頭の法形成との関係は、ほとんど存在しないと言ってよいだろう。ローマ法の継受などの事情によって、中世ドイツにおいて行われていた不動産担保制度が、18世紀以降の担保制度改革に影響を及ぼすことは基本的にはなかったと考えられるのである。それに対して、定期金売買はその後の法制度にも影響をもたらしたと考えられる。中世ドイツの法令における不動産担保制度はすでに歴史上の遺物にすぎないが、定期金売買は様々な地域で法的な効力を有していたのである¹⁴。

2 定期金売買の発生

もともと、中世の法令の中にその発生条件および存続条件を見出すことができる定期金売買と、現代の独立した土地担保権との関係をつきつけるものは、法制史上の形成過程にその足跡を残すだけでなく、時間的な発展の中で条件付けられてきた修正を経た後に、債権との付従性を有しない物的信用形態として形作られてきたものでもある。抵当権法の独立が普通法の伝統から解き放たれた領域において、19世紀に抵当権法は独自の歴史的な遺産の効力を維持し、新たな目的を有するに至った。無因の抵当権への移行は北ドイツで行われた。そこでは、旧来の定期金売買の形式が時宜を得た混合形態の背後に確かに隠されてはいたが、完全に排除されたわけではなかったのである。北ドイツでは、独立性の原則を排除するのではなく、それを新たな形で維持することが、その地方の法制度のまとまりを維持する上で必要不可欠なことであったのである。

定期金売買とは、独立した土地負担形式の一つであり、有体的ではない不動産の価値を旧来の原則に従った解釈によって形成し、人的な債権関係との結び付きを基本的には有しないものである¹⁵。定期金売買における土地負担は、今日のドイツ法における物的負担に属する。この物的負担制度はその歴史的起源に即して考察してみると、時間的な間隔において金銭や役務の給付が反復してなされるという特徴を有する、土地に対する物的負担であると言える。今日における概念によると、物的負担とは、目的と結合した担保権ではなく、独立性を有する物権である。

ドイツ法に特有のものとして、物的負担は中世の農村社会の本質と深く結びついて発展した¹⁶。この土地に対する負担が広まったのは、中世後期に行われた土地領主制の再整理

¹³ 地域によっては、中世ドイツの各都市において行われていた不動産担保制度が、依然として効果を有していたとも思われる。

¹⁴ Buchholz, Abstaraktionsprinzip und Immobilienrecht, Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld, 1978, S.35 ff.

¹⁵ Stobbe, Zur Geschichte und Theorie des Rentenkaufes, ZfdR 19, 1859, 192 ff.

¹⁶ Gerber, Zur Theorie der Reallasten, Jh Jb 2, 1858, S.36.

と関係がある¹⁷。とりわけ、それまでの不自由から農民が解放され、農民の占有権が改善され、経済形態と農村組織が合理化されたことにもなって、賦役義務および納税義務といった依存関係が具体的なものとなった。人的な関係に依存しない、様々な種類の形式をもった物的負担¹⁸は、この時代にその起源を有する。それゆえ、土地負担は、今日の我々の私法に対する理解からは、かけ離れたものであるとも言えよう。

定期金売買の起源は、これまでの都市法の研究においていまだに完全には明らかにされていない。しかしながら、土地所有と結合した社会構造の一面として構成されていた伝統的な使用借権が後退し、土地法の分野においてもより自由度の高い処分が認められるようになった時代において、定期金売買は土地に基づく自由な債務としてその重要性が認識され、広まっていったと考えられる。定期金受給者が自らの資本を用いて、定期金債務者に対して、毎年もしくは短期間で繰り返される定期金の支払いを求める請求権をいわば購入するというのが、定期金売買の概念であった。定期金売買は、物権的性質をともなった物的負担だったのである。定期金売買の設定は裁判官もしくは市議会などによって行われ、通常はアウフラッスンクと登記を必要とした。設定後は、当該土地の所有権者は定期金売買の存在を前もって認識しているか否かにかかわらず、設定された金銭の支払を負う義務を、その土地に関して負うこととされた。責任の対象となるのは負担を負うものとされた土地のみであって、当初の定期金債務者やその時点での土地所有権者の個人的な財産ではない。当該土地を処分するためには定期金受給者の同意が必要とされ、さらに破産の場合、定期金を受給する権利は土地に対するその他の負担に対して優先権を有していた。

当初は、定期金受給者からの解約や定期金債務者からの償却による資本の返還は意図されていなかったが、これらの権利の経済的な重要性が認識され、経済的な依存関係を解決する必要性が高まってきたことに伴って、特別な合意を経ることによって再売買の可能性が認められるようになった。初めは都市法によって、そして最終的には帝国法によって、不当な高利への対策として、譲渡人に有利になるように定期金売買の償却が認められるようになった。さらに、定期金受給者による解約権限が、契約に基づき認められるに至った。

以上のような解約や無条件での償却が認められるようになり、定期土地債務の古典的な形態が発生したのである。抵当権を用いた金銭貸借の代わりになるものとして、土地所有のみにその負担の基礎を置く理想的な形態として、産業社会を迎える前の資本流通が困難な時代に定期金売買の原則はその起源を發し、土地法および農業法¹⁹の発展を導いた。中世の法思想と結び付いているように思われるにもかかわらず、19世紀においてもなお、定期金売買は変化しながら新たな発展を遂げて行ったのである²⁰。

¹⁷ Lütge, *Geschichte der deutschen Agrarverfassung*, 2.Auflage, 1967, S.60 ff..

¹⁸ Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1.Abt.:Allgemeiner Theil, 3.Auflage, 1873, S.787 ff..

¹⁹ とりわけ農業法においては、主としてプロイセンにおいて、土地を取得した農民が売買代金を支払う代わりに、取得した土地に物的負担を設定して定期金を支払うことが認められたため、資力のない農民も土地を取得することができた。このような物的負担として、定期金を支払うべき負担を設定された農場は定期金農場 (Rentengut) と称された。ドイツにおける農業法に関する研究の中でとりわけ重要な業績として、田山輝明『西ドイツ農地整備法制の研究』(成文堂、1988)を参照。

²⁰ Buchholz, a.a.O.14, S.41 f..

定期金売買の歴史は、高額な租税という倫理的な問題とともに、中世後期および近代前期の経済思想と深い関係を有している。この定期金売買制度がさらなる発展を続ける中で、現在のドイツにおける土地債務制度が形成されていくことになるのである。

二 19世紀に至るまでの発展過程

1 序

定期金制度は、不動産の流動化を体現した最も古い形式のものである。定期金取引は、中世後期の商業都市において特別な意味を有し²¹、商業資本は所有している土地の価値とほぼ合致するようになった。ハンザ諸都市での取引が全盛期を迎えた14世紀初頭になると、各都市内において広範囲にわたって定期金市場が形成された²²。定期金売買は遠隔地間での信用経済において主導的な役割を果たすようになり、抵当権に基づいてなされていた取引を引き継ぐ形で、都市の資本取引の根本的な要因となっていく²³。遠隔地間取引と定期金取引は、互いに密接な関係にある。取引の増減および景気の動向は、定期金市場の状況を直接的に反映するものであった。定期金売買において主導的な役割を果たしたのは、遠隔地間取引を行っていた商人たちであり、商人貴族たちの財産の中で重要なものとして理解されていたのが、定期金売買における土地の価値であった。

さらに、中世の都市において創設された法制度の中でその他に重要なものとして、都市簿制度が挙げられる。土地の権利に関する証書制度などと比較してより発展したもののみなされるこの都市簿制度は、13世紀初頭以降、一般的に拡大し、リューベックやケルンなど、比較的北ドイツの地方において採用された。特にケルンでは、すでに12世紀初頭にシュライン制度と呼ばれる土地の権利を公示する制度が採用されていた。不動産をめぐる取引が、合理的な公示方法により統一的に取り扱われるようになっていったのである。このような公示方法の発展が、不動産担保制度とともに発展し、互いの発展を助長し合ったことには疑いの余地がないであろう。

以下では、定期金売買に関して、最初にその萌芽が認められるハンザ諸都市での発展をまず検討し、続いて、やや特殊な発展過程を辿ったメックレンブルクを、さらには、BGBの制定に大きな影響を与えたプロイセンでの発展を検討したいと思う。時代の区分としては、各地方において統一的な法制度が整備される以前、すなわち、19世紀に至るまでの発展経過とそれ以降における発展過程とを分けて考察するのが有益であろうと思われる。

2 リューベック

リューベックの都市法は、ドイツに固有の内的な形成過程から創設された法秩序の中で最も重要なものと言える。その統一性および独自性は、後の法律学と私法制度の確立にあたって重要な役割を果たした。そのリューベックの都市法においては、土地のアウトラックスクと並んで定期金売買も大いに発達した過程が認められる。体系的な整序や内容の解釈を行う過程においては、これまでの歴史的な理解から、所有権の移転と定期金売買における権利とが並行して検討されてきたが、一方で、定期金売買を債権から見る観点、抵

²¹ Rörig, *Hansische Beiträge zur deutschen Wirtschaftsgeschichte*, 1928, S.133.

²² Rörig, *Vom Werden und Wesen der Hanse*, 2.Auflage, 1940, S.103.

²³ Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 2.Bd., 2.Auflage, 1883, S.271

当権に基づく金銭貸借と類似しているものとされたため、あまり注目されてこなかった。定期金売買は、その歴史的発展過程から見ると、中世の土地法を変革し、分解するものであったと評することができる。

世襲による領地の取得と法外な租税は、13世紀頃のリューベックにおいても主要なものであり、定期金制度の初期の形態は、14世紀初頭になってから確立されていった。租税徴収権が独立したことによって、定期金売買への移行が拡大していったと思われる。租税徴収権とともにその事実上の権限を確立していったいわゆる上級所有権も、思想の変化の中で内容の無いものとなり、次第に消滅していった。しかしながら、古い制度と新しい制度への移行は流動的であり、租税と定期金が一時的に同一の概念に統一された時期もあった。以上のような、中世における諸都市の土地制度の特質に深く根差した起源を背景としつつ、土地法上の拘束を緩やかなものとし、さらに、私法上の支配領域と公法上の支配領域とを分離しようとする努力の結果生まれたのが、契約に基づく土地負担の中で最も重要な存在となった定期金売買であった。

リューベックで施行されていた都市法は、それ自体統一的なものであり、物的な義務と人的な義務との結合は、ローマ法上の抵当権の影響を受けるようになってからようやく浸透するに至ったものである²⁴。定期金を求める請求権は負担を受けている土地に対してのみ認められ、その実行もこの責任対象に制限された。その物権的効果は所有権者が変更した後も認められ、たとえその土地が譲渡されても、定期金の負担を一括して当該土地は負担することとされた。そして、定期金を優先的な不動産価値として形成する目的は、定期金債務者が破産した場合にもその効力を維持するという点にあった²⁵。

内容に目を転じると、定期金の支払期日は一様に定められており、高利の支払いのために定められていた中世の法における半年ごとの弁済が、修正された上で定期金にも適用された。定期金はその法律上の期限後14日間以内に弁済されるものとされた。遅滞した場合には、2倍に当たる額の支払いが強制されていた。解約告知権は債務者にのみ認められており、契約において合意された定期金受給者側の解約告知権は13世紀には都市簿に登録されることによって認められていたが、14世紀になると次第に認められなくなっていった。定期金受給者の解約告知権は、リューベック法における古典的な定期金形態には見出されないものである²⁶。

定期金売買の、中世および近代の都市における法律上および経済上の意義は、それまでの質権との境界を考えると明確になる。ドイツ法上の不動産担保制度を分析していくと、不動産担保権はリューベック法においても、初期の担保設定行為の本質的な部分を占めて

²⁴ Pauli, *Abhandlungen aus dem Lübischem Rechte*, 4.Theil: Die sogenannten Wieboldsrenten oder die Rentenkäufe des Lübischem Rechts, 1865, S.37.

²⁵ また、リューベックで行われていた都市法においては、権利者が生存しているか否かに関係がない永久の定期金と、定期金受給者が生存している間に制限される終身定期金の二類型が存在していたが、広く普及したのは前者の永久の定期金だったようである。Buchholz, a.a.O.14, S.75 f..

²⁶ 中世の法は解約告知権の期限を定めており、それは法定の支払期日が到来する14日前までであったが、その後、期日が到来する前の半年間に拡張された。解約告知権がこうしされることによって、定期金関係は将来にわたって終了されることとされた。Pauli, a.a.O.24, S.129 ff..

いた。不動産担保権が商人間の金銭取引における担保手段となり、効果的な物的信用形態となった後、質権は、期間を制限された短期信用にのみ用いられるようになった。それに対して、定期金売買は長期信用のための制度であった。質権とは対照的に、定期金取引の大部分は、土地が第三者に譲渡されても消滅しないという物権的性質と定期金受給者の排他性を有し、さらには破産時における確定性をも有していたため、ますますその領域を拡大していったのである。

リユーベック法における定期金売買の規定を検討してみると、この物的負担が制度上確固たるものとなり、都市内の土地取引の性質と結び付いた法形式が形成されていったという傾向が認められる。定期金が土地信用形態の中で際立った存在となったことが、定期金に関する権利を所有権に類似した権利へと高めたのだと言えよう。

3 ハンブルク

ハンブルクで施行されていた都市法は、その範囲の広さにおいても政治的な意味においても、リユーベック法に勝るものではないが、中世においてすでに、その内容と形式に関して際立って明確なものであった²⁷。ハンブルクは最も早く中世のハンザ諸都市における経済に関する考え方を克服した地域であり、その経済的および社会的な活力は、当時の都市法をより発展させることに大きな影響を与えたのである。

ハンブルクにおいては、かなり以前から、都市法上で土地負担制度が設けられていた。13世紀末以降、定期金売買は、他人の土地に基づく投資の都市法上の形態として発展し、土地所有権者の自由な処分権として、一般的に広まっていった。その後、定期金売買は、都市内部での資本取引において最も好んで用いられる手段となった。中世後期になると、定期金売買はますます発展し、商人を中心とした様々な人々を定期金取引へと導いていった。

定期金を設定するにあたってアウフラッスンクのような形式がどの程度要求されたのかについて明確な証拠はないが、中世後期には、定期金についての市議会の形式は、もはや土地のアウフラッスンクとしての意味を失っており、代わりに、簿冊への登記が要求されていたようである²⁸。また、定期金の譲渡も認められていた。一方で、権利創設に関する公の形式とは関係なく、定期金に関する証書が普及した。この定期金証書は、後のアウフラッスンクや登記を強制する法令に抵抗するものとしての意義を有することとなったが、定期金の存在を証明するものとしては、都市簿だけがその効力を有していた。

当初は、定期金のような土地の負担は税と同様に償却できないものとされていたが、そのような土地に対する過度の負担を解放するために、13世紀には償却できるものとされた。その時点においても、定期金売買と並んで、従前の償却不可能な形式も確かに存在していたが、次第に、土地に対して永続的な負担を課すために、債務者の合意を条件として求める傾向が一般的となり、土地と所有者との不当に固着した依存関係を解消しようとする動きが高まってきたのである。14世紀には、債権者側からの解約告知権が契約上認められるようになり、これによって、定期金関係を終了させる点に関して両当事者に対等な権利が

²⁷ Reincke, Die ältesten hamburgischen Stadtrechts, zugleich ein Beitrag zur Geschichte des lübischen Rechts, ZHG 25, 29, 1924.

²⁸ Buchholz, a.a.O.14, S.92.

認められるに至った²⁹。定期金関係は、通常、10年間ほど継続していたようである。定期金の支払いは、特別な合意がなされない限り半年ごとに行われ、遅滞した場合には二倍の額の支払いを求められ、最終的な執行は当該土地に対して直接行われた³⁰。

しかしながら 16 世紀以降、不動産質と定期金売買は次第にその概念に関して接近してくるようになる。不動産質の償却可能性と定期土地債務の事後の解約可能性が、土地に対する負担の形式として本質的に同様のものと考えられるようになっていったのである。定期金に関する負担と抵当権との実際上の分離は 19 世紀に至るまで長く影響を与えてきたが、資本の負担という側面から見てみると、その中心的な概念に関しては混合していたと言えるだろう。19 世紀における独立性を有する抵当権は、ハンブルクで行われていた物的信用にその性質上の特徴を見出すことができると思われる。

4 ブレーメン

中世におけるブレーメンの都市法は、リューベックやハンブルクとは異なる固有の発展を遂げた。その理由は、1303 年になされた都市法の制定以前の特殊な歴史的発展過程と並んで、ブレーメンにおける外的および内的な政治事情に求められる。まず、ブレーメンは、ハンザ同盟に参加した都市の中でも中心から外れた北西に位置し、ハンザ同盟内での経済活動は限られたものとなった³¹。その結果、法的な面における他のハンザ諸都市との同時並行での発展は本質的な要素とはみなされなかったのである。また、都市内での権力が、領主や大司教、さらには市議会などの間で分割されていたため、行政、立法および司法における決定範囲に関して長く議論がなされた。とりわけ不動産法に関しては、この論争において意見の分かれるところとなり、17 世紀に至るまで議論は続いた。

ブレーメンにおける定期金売買は、都市内で資本取引が始まって以来、土地法上の投資形態として中心的な役割を果たし、リューベックやハンブルクとは異なる発展過程を示している³²。また、地域的な特殊性も、物権を具体化することに寄与した。つまり、ブレーメン法は、物的権利の公示方法を都市の定期金簿ではなく、市議会による証書によるものとしたのである。市議会は、長い間、土地に関する簿冊の設置を拒否し続け、結局、証書を管理する官庁として機能することとなり、独創的で取引思想に即した権利の具体化の方法を創設した³³。土地債務のような独立性を有する抵当権の発展要素は、ブレーメンにおいて行われていた手法に見出すこともできる。

ブレーメンにおける特徴的な定期金形態の起源は、土地負担を物権的な貸借関係と私法上の定期金債務関係とに分類していた段階にまで、遡ることができる。その他の都市にお

²⁹ Wenner, Handelskonjunkturen und Rentenmarkt am Beispiel der Stadt Hamburg um die Mitte des 14. Jh., 1972, S.47 f..

³⁰ Baumeister, Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg, 2 Bde., 1856, S.180 f..

³¹ Haase, Untersuchungen zur Geschichte des Bremer Stadtrechts im Mittelalter, 1953, S.152 ff..

³² Höpken, Das Breimische Pfandrecht am liegenden Gut, Bjb 7, 107, 1874.

³³ 19 世紀においてもなお、このような方法は特別な形式に変化しつつも普及していった。証書の所有と結合した流通可能な資本抵当のためのモデル形式として、都市による許可を得るという手段はまだ存在していたのである。

けるのとは異なり、ブレイメンにおいては、土地に関する利息と定期金との混合形態は見出すことができない。近代に入っても、両者は原則として異なるものとして扱われ、それぞれ個別の制度として存在していた。

もともと簿冊形式や登記を行う原則が存在しなかったために、公示制度としては証書が利用されざるを得ず、定期金の設定もその例に漏れなかった³⁴。登記制度が存在しなかったことは、ブレイメンにおける不動産法全体を検討する上でも、常に注意されねばならない点である。その後、登記制度の利点が認識されるようになり、17世紀中葉には抵当権簿の設置が検討されたが、政治的な障害が存在しなくなったにもかかわらず失敗に終わっている³⁵。市議会が発行した証書は優先的な証明手段として包括的な意味を有しており、土地に関する定期金の設定だけではなく、売却や質入も、証書によってその効力が認められ、これは他の証明手段に優先するものとされた。また、ブレイメンでは、定期金関係の償却可能性についても、リューバックやハンブルクにおける方法とは異なる解決がなされた。定期金受給者の解約告知権と定期金債務者の償却可能性を原則として認めない、中世後期の各都市に見られた定期金売買の特徴的な基本構造は、そもそもブレイメン法には導入されなかったのである。

中世のブレイメン法は、それまで各都市で行われていた質権の形式も導入していた。証書制度と4週間以内の異議申立の可能性は、質権にも適用されていたのである。確かに、中世における不動産質はそれほど重要な意味を有するものではないが、17世紀以降、ローマ法上の原則を継受した後、裁判上の抵当権としてさらに普及していった。しかし、この形式的な抵当権が復活したために、土地に関する負担の形式が一般に分かり難いものとなってしまった。なぜならば、その間に、証書制度が行われていた地域において付従性を有する土地担保権が広まっていったからである。証書による取引の対象は、定期金売買から付従性を有する担保権へと変化していった³⁶。その後、証書取引と抵当権との相違が克服されるためには、19世紀における改革を待たねばならなかったのである。

5 メックレンブルク

17世紀にローマ法が継受され、ドイツにおける不動産法も多大な影響を受けた。この二つの世界の法的思考とその制度が混合した時代の法制度も、ドイツ不動産法を考察するに当たって避けては通れないものである。しかしながら、現行法上の土地債務制度は、ローマ法ではなくドイツ法にその固有の起源をもつものであると考えられるので、本稿では、ローマ法の継受にまつわる問題を検討することは控えたいと思う。そこで続いては、メックレンブルクにおける土地担保制度の発展過程を検討したい。というのも、メックレンブルクにおける抵当権制度および登記制度は、とりわけ伝統に根差した保守的な発展経過を辿っているからである³⁷。

³⁴ Gätjen, Der Rentenkauf in Bremen, in Veröffentlichungen aus dem Staatsarchiv der freien Hansestadt Bremen, Heft 1, 1928, S.126.

³⁵ Gätjen, a.a.O.34, S.205 ff..

³⁶ Post, Das gemeine deutsche und hansestadtbremische Immobilienrecht, 1871 S.108.

³⁷ Beseler, Die gerichtliche Auflassung in dem mecklenburgischen Hypothekenrecht, ZfdR 10, 107, 1846.

メックレンブルクの不動産法は、他の地方と異なって、それほど変化することなく歴史的な持続性を保っていたとすることができる。つまり、メックレンブルクの土地担保制度に関しては、その都度の状況に応じた段階を考察するのではなく、前述した各都市の発展過程との関係でその変化と改革を全体的な視座に立って検討する必要があるのである。

メックレンブルク法の発展は、リューベック法の影響の下、13世紀頃に始まった。とりわけ北部および西部の各都市に、リューベック法が流入してきたのである。アウフラッセンクスの原則も、所有権の譲渡や定期金売買などの重要な不動産取引に適用された³⁸。さらに、ロストックなどの都市簿が設置された都市では、都市法の形式がますます発展していった。ロストックで実施されていた年代順に編成された都市簿の起源は、13世紀中頃まで遡ることができるものである³⁹。メックレンブルクの都市簿は、その後いくつかの修正や改正を経験したが、その中心部分に関しては基本的な性質が維持された。以上のような保守的な性格や、それに基づいて維持されてきた本質的な要素が、リューベック法に固執した、ロストックなどの経済的に強力な都市を形成したとすることができるだろう。それゆえ、都市簿と結合した古典的な定期金売買が、抵当権法の変遷と対立するリューベックの古い伝統的な法制度を促進することとなったのである。

6 プロイセン

中世後期の都市法の発展を指し示す指針となる都市簿制度の拡張は、次第にブランデンブルク地方にも及んでいった。14世紀の終わりから15世紀の中頃には、いささか内容が混合してはいたが、都市簿が設置されることになる。16世紀中頃以降、簿冊の内容は登記義務のある土地取引行為に制限され⁴⁰、さらに、近代におけるベルリンの簿冊制度は、新たな整理様式を取り入れ、登記制度の形式を豊かなものにしたのであった。そこには、多くの難点もあったとはいえ、すでに明確な物的編成主義の萌芽が見られるのである⁴¹。

また、プロイセンのラント法は、確かに普通法上の担保制度を採用してはいたが、地域ごとの抵当権法を形成することに関しては、その規定の中心的な部分にどれだけローマ法継受の段階を持ち込むべきかについての議論が巻き起こった。私的な抵当権は厳しく制限され、3人の証人の面前で証明された形式によるものだけが、裁判上の形式に沿った抵当権には劣るものとされたものの、その順位を主張することが許容された。しかしながら、形式的に創設された抵当権の経済的価値も強く制限され、公的な抵当権はその優先順位において、数ある担保権の中でもようやく7番目の地位を有するにすぎなかった。

プロイセンにおける登記簿と抵当権に関する立法は、18世紀初頭以降、大きく発展することになる。全ての地域に共通の登記制度を実施する目的は、土地信用制度を保全した上で促進し、土地取引を明確にしてその概要を把握し易いようにすることにあつた。しかしながら、プロイセンにおいても、登記制度の発展は強力な反対勢力の抵抗を受け、いまだ続いていた法思想の保守的な傾向と伝統的な社会構造の持続性が、土地所有に関する領域での新たな動きを阻んだのであった。階級性に基づく特別法が廃止され、私有財産関係が

³⁸ Beseler, a.a.O.37, S.109.

³⁹ Thierfelder, Das älteste Rostocker Stadtbuch (etwa 1254-1273), 1967, S.35 ff..

⁴⁰ Rehme, Zur Geschichte des Grundbuchwesens in Berlin, 1911, S.1 ff..

⁴¹ Rehme, a.a.O.40, S.11 ff..

明らかにされ、土地取引と人々の経済的な目的が結び付いたのは、新たに創設された形式的な制度に対する抵抗から生まれた結果であった。

プロイセンにおける不動産法の根本的な発展要素として挙げられるのは、取引可能な土地担保権が創設されたことである。それによって、権利の証券化が通常の形態となり、抵当証券はその物権の存在を登記に基づいて判断され、独立した価値を持つものとして流通されるようになった。しかしながら、このような形式が機能するためには、抵当市場が形成されることが要求される。そのような目的設定は、すでに 18 世紀の立法において述べられており、改革の包括的な課題は、統一的な登記制度を設立するために、法定担保権などの特権を排除するかまたは縮減することにあつた。ブランデンブルクにおいても、法定抵当権は、特別抵当権または一般抵当権としてローマ法の継受と共に流入してきたが、多くの点での順位における優先権は、公示と結び付いた優先権の順位と性格を異にするものであつた。それゆえ、競合するあらゆる利益領域や公法上および私法上の拘束にまたがる土地信用制度において、それぞれの権利の順位を効果的に、さらには形式的な点に基づいてのみ規律することが、絶対主義国家においても、その後期にはすでに中心的な改革課題だったのである。法律上の優先権の社会政策的な機能を重視する見解はその重要性を失っていき、個人の経済的な幸福や土地経営における信用能力の重要性が前面に出てくることとなった。しかしながら、法定抵当権や無方式の約定抵当に対する抵抗は、法改正によって直接的に禁止されたというわけでは決してなく、むしろ、間接的にその本質的な効果を奪われたのである。つまり、登記の無い抵当権はその他の登記された担保権に劣後し、純粹に人的な債務としてのみ整理されることとなったのである。このような規定がなされることによって、無方式の権利は次第に姿を消していったのであつた⁴²。

ローマ法の継受によって採用された普通法上の担保権の短所を克服しようとする傾向は、プロイセンにおいても、すでに 1704 年の勅令や 1722 年および 1750 年の抵当権法に見出すことができる。これらの法律において、特定の原則や公示の原則が再び実施されることとなった。担保権を登記するために設置された担保簿は、土地担保権の効力発生要件として機能した⁴³。メックレンブルク法上の権利である付従性を有しない抵当権を引き継いだプロイセンにおいて、この制度は、より便宜なものとなるように発展させられたのである。つまり、ハンザ諸都市やメックレンブルクにおいて実施されていた土地担保権が、プロイセン法においても模範となるものとして受け継がれていったのである⁴⁴。

プロイセンにおける土地所有権取得法および抵当権法に関する諸制度は、当初、1783 年の一般抵当権法⁴⁵、1793 年の一般裁判所法⁴⁶および 1794 年の一般ラント法⁴⁷の三つの異なる法律中に規定された。一般抵当権法は、不動産に関する権利の形式的な側面を規定するために制定され、登記制度および抵当権に関する手続についての諸原則を修正して整

⁴² Buchholz, a.a.O.14, S.137.

⁴³ 特定の原則に矛盾する一般抵当権は排除されるに至り、法定抵当権は抵当権登記請求権に変更されることとなった。Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5.Auflage, 1930, S.417 f..

⁴⁴ Seckelmann, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, 1963, S.44.

⁴⁵ Allgemeine Hypothekenordnung vom 20.12.1783.

⁴⁶ Allgemeine Gerichtsordnung vom 6.7.1793.

⁴⁷ Allgemeines Landrecht vom 1.6.1794.

備するものであった。一般裁判所法は、競合する順位と不動産に対する執行についての規定を整備し、さらに、一般ラント法は、個々の実体的な土地法の規定を定めたのであった。これらの諸法律における抵当権は、19世紀の流通抵当の模範となったのである⁴⁸。

当初、ラント法は、動産質と不動産抵当を包括的に把握していた普通法上の担保権概念に固執しており、人的債権の存在と有効性を、物権が存在するための設権的な要素として考えていたが、それに対して、不動産抵当に関する登記の原則および公示の原則は、付従性を緩和する方向での修正を必要不可欠なものとしていた。そこで、一般抵当権法は、18世紀前半に始まった発展をさらに推し進め、抵当権の設定と抵当権簿への登記とを結び付けたのであった。公的な登記簿への有効な登記がなされなければ、抵当権は設定できないものとされたのである。一般ラント法もこの発展傾向を原則として引き継ぎ、純粋な約定抵当権は無効とはされないものの、その事実上の効果の点においては制限されたので、土地負担の形式としては、もはやその役割を失っていったのである⁴⁹。

7 小括

以上のように、現行法上の土地債務制度の原型と思われる定期金売買は、中世における都市の発展に伴って遠隔地間取引が活発になり、その中で商人が信用を得るために発展してきた制度であるということができるだろう。その萌芽はハンザ諸都市に見出すことができる。リューベック、ハンブルクおよびブレーメンなどのハンザ諸都市では、担保目的物の占有を債権者に移転させる古質、および、古質とは逆に担保目的物の占有を設定者に留保する新質が主に利用されていた時代に続いて、定期金売買が行われるようになった。とりわけ、新質と定期金売買の違いは以下の点にあった。すなわち、新質は物権法上の関係以外の人的債務のために当該土地に負担を負わせるものであったのに対し、定期金売買は、当該土地から弁済されるべき物的負担のみをその成立根拠としていたのである。新質は一回限りの給付を目的とする債権を担保するためだけに成立したが、定期金売買は、継続的な定期金の給付を提供するものであった。このように、定期金売買によって定期金権利者は資本を投下することによって定期金を受給することができたのである。これは、当時禁止されていた、利息の代替物として捉えることができるものであった。その土地は担保目的物のように物権的な責任を負うこととされたため、定期金売買は担保権と類似するようになった⁵⁰。さらにその後、定期金売買は、解約告知権や償却可能性などの内容の点において発展を続け、メックレンブルクやプロイセンなどにおいてもその重要性が認められるに至り、その中で独自の発展を遂げていくことになる。

ドイツ法史全般の理解にあたっては、ローマ法の継受を検討することが不可欠であるが、

⁴⁸ 土地法上の個人信用の重要性は、すでにバイエルンやザクセンでも認識されており、多くの法改正によって土地担保制度が採用され、さらに発展していった。この点につき、Buchholz, a.a.O.14, S.153を参照。

⁴⁹ 物権の独立性および無因性の点における抵当権の変化は、支配的な解釈上の批判に束縛されない19世紀の形成の自由に対応する独特の法概念の発展によって促進された。1802年以降、所有者抵当がラント法の体系に組み込まれていくことになる。この点につき、Buchholz, a.a.O.14, S.157 f.を参照。

⁵⁰ これについては、Seckelmann, a.a.O.44, S.36 f.を参照。

土地債務および定期金売買はローマ法上には見られないドイツ特有の制度である。むしろ、ローマ法の継受によって、不動産担保制度に対する利便性の悪さが感じられたことにより、人的債権に付従しない土地担保制度が再認識され、その後も取引社会における重要性を維持していくことになったのであろうと思われる。

以上の 19 世紀に至るまでの債権に付従しない土地担保制度の検討を踏まえた上で、以下では、各地において統一的に法典が整備され、さらにはドイツ統一に伴って BGB が制定されるに至った 19 世紀における発展過程を考察したいと考える。

三 19 世紀における発展

1 序

19 世紀に入ると、各地方において統一的な法典が整備され始め、最終的には BGB が制定されることによって、ドイツにおける土地担保制度も統一されることになる。主としてドイツ北部において採用されていた付従性を有しない土地担保制度も、議論の末、BGB に採用されることとなった。

19 世紀においても、付従性を有しない土地担保制度は、まず、ハンザ諸都市において発展を続け、さらには、ドイツ東部の農村地域における各国には見られない特殊な社会経済状況を背景として社会に一層根付き、その制度がメックレンブルクやプロイセンにも広まるようになる。そこで、抵当権や登記簿などに関する法令が整備されていくに従って、土地債務の存在も確固たるものになっていく。そして最終的には、BGB にも抵当権と並んで規定が置かれることになるのである。

以下では、相当程度の共通性を有するハンザ諸都市、とりわけリューベックとハンブルクでの発展過程をまず検討し、続いてメックレンブルクおよびプロイセンの発展経過を考察したい。さらに、それらの検討を踏まえた上で、BGB の制定過程を辿りたいと思う。

2 ハンザ諸都市

ハンザ諸都市における 19 世紀のラント法は、質と定期金売買に関する法形式の関係が深く、そこから付従性を有しない土地担保権が発展してきた⁵¹。この地域における法制度の発展の中で最も明確な成果を収めたのが、ハンブルクでの所有権および抵当権に関する法律（1868 年）である。この法律によって、抵当金額が重視されるようになり、それは資本金と定期金の金額にそれぞれ区分された。債権担保のためには登記が必要とされ、登記された金額を請求する場合、登記のみが唯一の法的根拠とされた。登記は権利取得のための形式的な要件であるだけでなく、登記の前提条件が存在するか否かに関係なく、権利の変更を生じさせたのである。つまり、登記内容は形式的確定力⁵²を有していたのであった⁵³。ハンブルク法によると、土地担保権は付従性を有しない独立した権利であり、それによって土地は負担を負い、同時に所有権者の補充的な支払義務を生じさせた。つまり、

⁵¹ しかしながら、そのラント法においては、付従性を有しない土地担保権は抵当権と呼ばれており、この点には注意を要する。

⁵² 登記の形式的確定力に関しては、川島武宜『新版・所有権法の理論』（岩波書店、1987）265 頁以下参照。

⁵³ Seckelmann, a.a.O.44, S.37.

土地への強制執行が成功しない場合には、所有権者は債権者に対して個人的に支払義務を負うこととされたのである。さらに、土地担保権の流通性を高めるために、証券制度が発展させられることとなった。

一方、リューベックにおいては、実体法上の土地担保法が制定されることはなかったが、簿冊制度の創設とその手続上の規定の存在を考えると、土地担保権に関しては基本的にハンブルクにおけるのと同様に解釈されるべきであるとの見解が有力だったようである。

しかしながら、ブレーメンにおいて行われていた証書制度は独特の制度であって、歴史的な都市法の形式と歴史的な連続性を有する公示の原則を維持する形で存在していたものであるが、19世紀の改革によって、近代の都市経済に合致するように改正を行う必要性が生じた。特に困難な問題だったのは、どのような土地負担形式を今後ブレーメンにおいて効力を有するものとするのかといった点や、それまで採用されていなかった登記制度をどのような形式で導入するのかといった点であった。結局、登記制度の導入計画は頓挫し、証書と抵当権の二重性に代わって、証書が契約に基づいた唯一許容される物的信用担保制度として確立されることとなった⁵⁴。

19世紀におけるハンザ諸都市での付従性を有しない土地担保権は、以上のような発展を遂げたのであるが、それは登記内容の形式的確定力と結び付いて、明確に限定された権利を債権者に認めたので、信用取引において大変有用であった。債権者は危険を冒すことなく資本を投下することができたのである。ハンブルクやリューベックにおけるような物的信用が有効に機能した例は、ドイツでは、ハンザ諸都市以外に見当たらない。ハンブルクとリューベックの法は模範とみなされたため、その規定はメックレンブルクにおける立法にも採用された。さらには、メックレンブルク法を経由して、プロイセン法やBGBに対しても、付従性を有しない土地担保権として影響を与えていくことになるのである⁵⁵。

3 メックレンブルク

これまで、とりわけ都市法の発展との関連で債権との付従性を有しない無因の抵当権の変遷過程を辿ってきたが、19世紀に土地債務が定着して広まっていった背景には、地理的および政治経済的な観点を見逃すことはできない。メックレンブルクとプロイセンにおける立法によって形成され、修正を加えられつつも、最終的にはBGBの制定の際に法典に採用された土地債務は、農業が中心であった地方での独特な不動産信用制度であった。土地債務制度の発展は、エルベ河東岸の農業地域の経済および社会構造と密接に結び付いてこそ、可能となったものであった。この東部の農業地域は、西部や南部の地域とは異なり、19世紀に至るまで土地貴族が政治および経済の両分野において指導的な役割を果たしていた。ここで、土地債務はさらに発展していったのである⁵⁶。

⁵⁴ Höpken, a.a.O.32, S.225.

⁵⁵ Seckelmann, a.a.O.44, S.38 f..

⁵⁶ 農村地域における不動産担保制度に関する叙述があるものとして、鈴木禄弥『抵当制度の研究』(一粒社、1968) 12頁以下、松井宏興『抵当制度の基礎理論』(法律文化社、1997) 37頁以下、および、田中克志『抵当権効力論』(信山社、平14) 19頁以下などを参照。特に、抵当債券の発展に大きく寄与したラントシャフトに関するものとして、ヌスバウム著・宮崎一雄訳『独逸抵当制度論』(清水書店、1932) 359頁以下、鈴木禄弥『抵当制度

そしてメックレンブルクでは、1848年に制定された抵当権法⁵⁷において、登記によって発生するのは担保権ではなく、独立した物的な負担であるとされるに至った。担保される人的債権が存在していなくても、登記申請は可能であるとされたのである。この権利は抵当権と称されてはいたが、実際には付従性を有しない権利であった。特に、流通性を確保するために、証券が発行された。所有権者は、自分自身のためにその権利を登記することも可能であった。

このような規定は、1857年の都市簿に関する法律⁵⁸や1872年の抵当権法⁵⁹にも含まれていた。その他のメックレンブルクにおける抵当権法には、土地担保権の非付従性について特に述べられていないが、その内容に関して付従性を有しない土地担保権を排除するものではなかった。登記簿の内容に関する形式的確定力は、ハンブルク法と同様にメックレンブルク法においても規定され、それによって、メックレンブルクにおいても、登記は土地担保権の設定に際しての形式的な要件であるだけでなく、登記の前提条件が存在するか否かに関わらず、権利内容の変更を生ぜしめるものとなった。

ハンブルクやリュウベックなどのハンザ諸都市における歴史的発展とは異なって、土地取引と物的信用にできる限り確実に明確な法的根拠を与えようとする努力は、メックレンブルクにおいて、付従性を有しない土地担保権、所有者土地担保権および登記内容の形式的確定力の原則といった各種の規定を採用する原動力となった。その際に拠り所とされたのは、物的信用を創設するにあたって非常に良く機能していたハンザ諸都市における制度だったのである⁶⁰。

4 プロイセン

土地担保権に対する人的な債権からの抗弁を切断することに関しては、プロイセン一般ラント法によってすでに克服されており、原則として抵当権は被担保債権に付従するとして、登記に公信力を認めることによって、善意の抵当債権者は保護されていた。しかしその後、メックレンブルク法の影響を受け、プロイセンでは、それまでの抵当権とは全く異なる付従性を有しない土地担保権を導入しようとする試みが生じてきた。そこでは、債権の登記は独立の物的債務を基礎付けるものとされ、人的債権が存在するか否かに関わらず、土地担保権が発生するものとされた。そしてこのような物的債務は、登記の形式的確定力によってのみその存在が認められ、譲渡されることとされた。このような付従性を有しない抵当権を採用した理由は、土地担保権の流通性を高めることと、当時の担保権設定

の研究』(一粒社、1968) 28頁以下、槇梯次「ドイツにおける抵当債券制度の発展(一)―抵当取引の組織化と担保の集団化―」法学17・4・441(1953)以下、石部雅亮「シュレーゲンのラントシャフト制度(一)～(三)」法雑10・4・36、11・1・111、12・1・95(1964～1965)以下、および、同『啓蒙期絶対主義の法構造』(有斐閣、1969)51頁以下などを参照。

⁵⁷ Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. Oktober 1848.

⁵⁸ Stadtbuchordnung vom 21. Dezember 1857.

⁵⁹ Hypothekenordnung für den Privatgrundbesitz in den Domänen usw. Von Mecklenburg-Strelitz vom 24. Dezember 1872.

⁶⁰ Seckelmann, a.a.O.44, S.39 f..

者の一般的な意思にあった⁶¹。以上のような経緯から、債権に付従する抵当権と付従しない土地債務が並存させられることとなり、どちらを選択して利用するかについては、実際の取引においてその必要性に委ねることとされたのである。

結局のところ、抵当権と土地債務を並存させたことに関しては、人的な債権関係に基づく土地担保権への抗弁をどの範囲まで切断させるのかについての見解の対立であると言うことができる。この原因は、ドイツにおける土地担保制度が地方によって大きく異なっていたことにあると思われる。そしてそれは、BGBの制定の際に、より明らかなものとなった。ここでは、土地担保権の形式を統一することも議論されたが、その内容において対立が生じ、結局、現行法におけるような複雑な構造を呈することとなったのである⁶²。

付従性を有する抵当権と並んで、付従性を有しない土地担保権として土地債務を規定した法律の中でもとりわけ重要なのは、プロイセンにおける所有権取得法⁶³である⁶⁴。この法律は、一般ラント法に規定されていた付従性を有する抵当権と共に、メックレンブルク法から付従性を有しない土地担保権を引き継いだ。この付従性を有しない土地担保権が、プロイセン法において土地債務と称されたのである。プロイセンの所有権取得法には、抵当権に関しても土地債務に関しても、その概念規定が含まれてはいない。しかしながら、抵当権は債権を担保するための土地担保権であり、土地債務は債権に依存することなく当該土地から一定の金額を取り立てるための権利であると、所有権取得法の個々の規定は明確に表現している。

土地債務と抵当権は、登記と当事者間の合意に基づいて設定された。土地債務は、登記簿上の所有権者による意思表示、裁判所の判決または管轄官庁の求めによる登記許諾によって登記されるものとされた。抵当権の設定の場合には、さらに、債権の申告と債務証券の提出が必要であった。土地債務および抵当権に基づいて、登記簿上の所有権者に対して物的な請求を行うことができ、所有権者の責任は当該土地に限定された。所有権者の抗弁に対して、債権者は登記簿の公信力を援用することができた。土地債務と抵当権に対して、

⁶¹ プロイセンにおける付従性を有しない土地担保権の形成過程について論じるものとして、Dernburg, *Das Preußische Hypothekenrecht*, 1 Abt., 1877, S.57 ff.; ders, *Das Preußische Hypothekenrecht*, 2 Abt., 1891, S.52 ff.; Achilles, *Die Preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5.5.1872. Einleitung und Kommentar in Anmerkungen*, 2.Auflage, 1873, S.154 ff.; Weyermann, *Zur Geschichte des Immobiliarkreditwesens in Preußen mit besonderer Nutzenanwendung auf die Theorie der Bodenverschuldung*, 1910, S.202 ff.; Hedemann, *Die Fortschritte des Civilrechts im 19.Jh. 2.Teil: Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart*, 2.Hälfte: Die Entwicklung des formellen Bodenrechts, 1935, S.261 ff..などを参照。

⁶² 田中克志『*抵当権効力論*』（新山社、平 14）75 頁参照。

⁶³ *Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872.*

⁶⁴ プロイセンの所有権取得法について論じる邦語文献として、有川哲夫「*土地所有権取得法*」（一八七二年）の研究 —所有権譲渡理論を中心として—（1～4）」名城 19・3＝4・111、20・3＝4・76、22・2・1、24・1・19（昭 45～49）、伊藤眞「*不動産競売における消除主義・引受主義の問題 —プロイセン法の発展を中心として—*（1～3）」法協 88・4・1、89・9・59、90・3・79（昭 46～48）、松井宏興『*抵当制度の基礎理論*』（法律文化社、1997）55 頁以下、田中・前掲注 62・66 頁以下などを参照。

この点に関しては原則として同様の規定が適用された⁶⁵。しかしながら、いわゆる原初的所有者土地債務は認められたが原初的所有者抵当権は認められなかった点や、抵当権と異なり土地債務の場合には、債権と分離して譲渡可能であった点など、両者には付従性の有無に基づく相違が見られたのも事実であった⁶⁶。

5 ドイツ民法典（BGB）の起草⁶⁷

BGBの起草者は、ハンザ諸都市、メックレンブルクおよびプロイセンにおいて適用されていた付従性を有しない土地担保権を相互に関連付け、その原則的な規定をBGBに導入しようとした。それゆえ、BGBに規定された土地債務制度は、これらの諸地域において適用されていたラント法に対応するものである⁶⁸。とりわけ、プロイセン法が模範とされた。ハンザ諸都市においては、当該土地への強制執行が成功しなかった場合に、所有権者は債権者に対して人的な支払義務を負うものとする規定を設けていたが、この規定のBGBへの導入は否定された。土地債務の場合におけるのと同様に、付従性を有する抵当権の設定の際にも、土地債務の性質と一致しない所有権者の支払義務を定める必要性はないものとされた。これにより、抵当権と土地債務の対立は和らげられることとなり、むしろその違いは曖昧なものとなった。

BGBの理由書によると、ラント法から土地債務をBGBに導入するに際して、立法者は次のような経済的および法的な根拠を示している。すなわち、土地債務は各ラントの実務において重要な意義を有していること、所有権者は人的な責任を負うことなく資金を得たいと考えていること、土地債務を採用するにあたって法的に障害となる困難は存在しないこと、土地債務を廃止してしまうと、すでにそれが定着している地域の取引に悪影響を及ぼすおそれがあることなど⁶⁹が、土地債務をBGBに導入した理由であった。

BGBの物権法部分の草案作成（1880年）はヨーホウ（Johow）が担当した。ヨーホウは、不動産担保法の草案を作成するにあたって、プロイセン法およびメックレンブルク法を参照して、土地債務に相当する独立した抵当権を主たる制度とし、これに付従性を有する保全抵当権を並存させることにした。さらに、流通抵当としては独立した抵当権のみを採用した⁷⁰。

しかしながら、このヨーホウの立場は審議過程で放棄されることとなり、第一草案（1887年）においては、流通抵当として、独立した抵当権である土地債務と付従性を有する抵当権を並存させている。付従性を有しない土地担保制度は、もともと、プロイセン、メックレンブルクおよびハンザ諸都市などのドイツ北部においてのみ採用されていた担保制度であったために、バイエルンやヴェルテンベルクなどでは用いられていなかった。それゆえ、

⁶⁵ Seckelmann, a.a.O.44, S.42 f..

⁶⁶ この点につき、松井宏興『抵当制度の基礎理論』（法律文化社、1997）57頁を参照。

⁶⁷ BGBの立法過程について詳細に論じているものとして、田中・前掲注62・93頁以下を参照。

⁶⁸ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. III, Sachenrecht, 1888, S.779 f..

⁶⁹ Motive, a.a.O.68, S.608 ff..

⁷⁰ 田中・前掲注62・105頁参照。

物的信用の地域性を考慮して、土地債務と抵当権の並存を選択したのである⁷¹。さらに第一草案では、プロイセン法に倣って、土地債務には土地債務証券が交付されなければならないものとされた。プロイセンにおける土地担保制度は、抵当証券の交付により流通性が高まった抵当権から、抵当権の付従性を否定した土地債務へと発展したため、証券の交付を必要としない土地債務を認めてしまうと、流通性を損なうおそれが生じ、プロイセンにおける発展に反することとなってしまおうという点が、その理由であった⁷²。

その後、第二草案（1895年）において、農地の収益から負債を定期金によって償却するという方法が農業信用に適しているという声上がり⁷³、定期土地債務が追加され、第三草案（1896年）を経て、今日のドイツ民法典⁷⁴（BGB、1896年公布、1900年施行）に至っている。そこでは、結局、4つの不動産担保権が規定されている。すなわち、厳格に被担保債権に付従する保全抵当権、付従性が緩和された流通抵当権、被担保債権から独立した土地債務および土地債務の一種である定期土地債務である。

6 小括

以上のように、19世紀においては、各地方において統一的な法令が整備され、土地担保制度もその例外ではなかった。ハンザ諸都市においては、とりわけハンブルクにおいて、付従性を有しない独立した土地担保権が、登記内容の形式的確定力と結び付いて発達し、証券も利用されるようになった。リューベックにおいてもその傾向は変わらなかったが、ブレーメンでは、登記制度の導入が見送られたことに起因して土地担保制度も独自の発展を遂げ、証書制度が唯一の物的信用制度となった。さらに、メックレンブルクにおいては、当時の経済的状況に後押しされる形ではあったが、すでに行われていた土地担保制度に対してより明確な法的根拠を付与するために、法制度の整備が促進され、担保法および登記法の両面から作業が進められた。そして、プロイセンにおいては、付従性を有する抵当権と付従性を有しない土地債務が並存して採用されることになり、1872年の所有権取得法に明確に規定された。その後、BGBにおいても、抵当権と土地債務が並存して規定されることになり、これは、BGB編纂当時のドイツの各地方において行われていた土地担保制度が様々な形式を採用していたことに基づくものである。

不動産担保制度が以上のような多様な型式をとったことに対しては、反対の声が少なくなかった。しかし、土地債務はプロイセンにおけるような積極的意義をすでに失っていたため、投資抵当権の形成に多大な寄与をした貴族の大土地所有者を構成員とする農業諸団体が、投資抵当権の最たるものである土地債務に対して消極的な評価を下したのであった。つまり、投資抵当権を土地担保制度の中心として編成するという傾向がすでに弱くなっていたのである。このように投資抵当権の意義が後退したことによって、立法者としては、ドイツの各地方の土地担保制度を広く渉獵して採用する他はなかったのである⁷⁵。しかしながら、現在のドイツにおいて、土地債務は抵当権と比較して圧倒的に利用されている。

⁷¹ Motive, a.a.O.68, S.609.

⁷² Motive, a.a.O.68, S.781 f..

⁷³ Coing, Europäisches Privatrecht, Bd.2, 1985, S.234.

⁷⁴ Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

⁷⁵ これに関しては、田中・前掲注 62・188頁以下を参照。

その原因を分析することが、次節での課題となる。

第三節 土地債務の現代的意義

一 BGB（民法典）制定以降の発展

1 社会的背景

BGB制定に至るまでの土地債務の歴史的発展過程を分析してみると、当初は経済的な必要性から定期金売買を端緒として、付従性を有しない土地担保制度は発展し、利用されてきたが、BGBの制定時にはその有用性に対して懐疑的な主張が多くなされるようになり、BGBに導入されたものの、その重要性は抵当権と比較して相対的に低いものと考えられていたようである。BGBの制定後も、当初は、ハンブルク、リュューベック、メックレンブルクおよびプロイセンなどの、すでにラント法として付従性を有しない土地担保権が利用されていた地域においてのみ、土地債務は利用されていた⁷⁶。

しかしながら、その後、土地債務の立場が次第に見直され、第二次世界大戦後には、支払期間が3ヶ月以内である短期信用、および、3ヶ月以上4年以内である中期信用を主に担保する手段として広く利用されるようになり、土地担保権の利用形態が抵当権から土地債務へ移行するようになった。また、支払期間が4年を超える長期信用のための担保に関しても、抵当権から土地債務への移行は進み、1970年代には土地債務の方が抵当権よりも多く利用されるようになった。このような変化の原因としては、もちろん、土地債務が被担保債権に付従しないこともその一つとして挙げられるが、社会的背景として、戦後の復興に伴うインフレーションに対する金融政策、住宅建設政策および民間の金融機関の台頭などがより重要なのではないかと考えられる⁷⁷。これらの社会的背景が土地債務市場に適合したからこそ、土地債務は今日において圧倒的に利用されるようになったのである。

土地の交換価値を把握して、それを流通させることを企図しても、土地の自然的性質からの完全な抽象化は困難であるため、その流通性には自ずと限界があり⁷⁸、また、仮に土地の交換価値を実際に流通させようとするならば、実質的に独立性を付与された抵当権が存在するために、土地債務をあえて利用する必要性が乏しかったと言える⁷⁹。しかしながら、そのような土地の交換価値の流通性を高めることとは異なる原因に基づいて、土地債務は広く利用されていくこととなったのである。

2 関連する諸法律の制定

第一次世界大戦における敗戦後、ドイツは、インフレーションによる急激な貨幣価値の下落を経験することになる。それにより、抵当債券および抵当権の価値も暴落し、抵当債権者は大きな損害を被った。このような状況に対する金融政策として、ドイツでは、土地所有者と抵当債権者の利害を調整するために、様々な立法がなされた⁸⁰。

⁷⁶ Seckelmann, a.a.O.44, S.46.

⁷⁷ この点につき、倉重・前掲注7・220を参照。

⁷⁸ これについては、鈴木禄弥『抵当制度の研究』（一粒社、昭43）24頁を参照。

⁷⁹ これについては、高島平蔵「ドイツ抵当法の発達について — 「従属性から独立性へ」の図式を中心として —」早比7・2・129以下（昭47）を参照。

⁸⁰ ドイツにおけるインフレーションと信用供与に関して、Schultze, Die

まず、価格増額法（1925年）⁸¹と価格増額法改正法（1927年）⁸²、さらには抵当権の利息および抵当権を土地債務に変更することに関する法律（1927年）⁸³の制定により、抵当権を土地債務に変更することが可能となった。また、同じく1927年に抵当債券法⁸⁴が制定されたことによって、公営の金融機関が抵当債券を統一するために、抵当権だけでなく土地債務も利用できるようになった。さらにドイツは、第二次世界大戦後においてもインフレーションによる土地担保価値の下落を経験する。それに対処する法律として、1948年に抵当権保全法⁸⁵が制定され、土地所有者が負担を免れた部分には土地債務が発生するものとされ、1952年の負担調整法⁸⁶によって、金銭消費貸借のために担保が設定された。

さらにドイツにおいては、特に第二次世界大戦後に、深刻な住宅不足という問題が発生した。それを解消するために、第一次住宅建設法⁸⁷および第二次住宅建設法⁸⁸が制定されるなど、一連の住宅政策が行われた。これに伴い、住宅建設のための資金を調達する際には、原則として土地債務が利用されるようになった。その後、住宅建設にも自由市場経済の論理が導入されるようになり、住宅事情は次第に改善されていった。その際に建設された住宅の大部分は、国家から資金の助成を受けてなされたものであったが、様々な住宅優遇融資制度が普及し、さらには民間の資金調達力が向上したこともあって、ドイツの金融部門は民間の機関によって担われるようになった。土地担保権の設定に関して土地債務が占める割合も次第に高くなり、1959年には全体の約50%⁸⁹、1980年には約80%⁹⁰となった。その後も、土地担保権としては原則として土地債務が利用されており、現在に至っている⁹¹。

二 抵当権から土地債務へ

1 抵当権と土地債務の特徴

以上のように、現在のドイツにおいては、抵当権と比較して土地債務が圧倒的に多く、土地担保制度として利用されている。抵当権も土地債務も、不動産の交換価値を目的とする不動産担保物権であることに違いはなく、権利者が当該土地を換価して弁済を受ける点

Finanzierungsprobleme im Wohnungsbau der Nachkriegszeit, insbesondere der Inflationzeit, 1926 を参照。

⁸¹ Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen vom 16. Juli 1925.

⁸² Gesetz über die Verzinsung aufwerteter Hypotheken und ihre Umwandlung in Grundschulden sowie über Vorzugsrenten vom 9. Juli 1927.

⁸³ Gesetz über Hypothekenverzinsung und Umwandlung von Hypotheken in Grundschulden, 1927.

⁸⁴ Gesetz über die Pfandbriefe und verwandten Schuldverschreibungen vom 21. Dezember 1927.

⁸⁵ Hypothekensicherungsgesetz vom 2. September 1948.

⁸⁶ Lastenausgleichsgesetz vom 14. August 1952.

⁸⁷ Erstes Wohnungsbaugesetz in der Fassung vom 25. August 1953.

⁸⁸ Zweites Wohnungsbaugesetz in der Fassung vom 1. September 1965.

⁸⁹ Seckelmann, a.a.O.44, S.57 ff..

⁹⁰ Adams, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, 1980, S.11.

⁹¹ 倉重・前掲注7・220 以下参照。

や、証券の発行可能性（BGB 1192 条 1 項による 1116 条 1 項の準用）、弁済によって当該担保権を所有者に移転することができる点（BGB 1192 条 1 項による 1143 条の準用）などに関して、両者に相違はない。

すでにこれまでに述べたように、抵当権と土地債務の違いは、被担保債権との付従性の有無にある。BGBは、付従性を有する権利として抵当権を規定し、その一方で、付従性を有しない権利として土地債務を規定している。確かに、抵当権には、被担保債権との付従性が強い保全抵当と、流通性を高めるために付従性を緩和した流通抵当が存在するが、流通抵当の場合にも、原則として、抵当権は債権を担保するためにのみ存在し、被担保債権から分離することはできない。これに反して、土地債務は、当該土地債務によって担保される債権を前提としない。実務においてはほとんどの場合に、土地債務は何らかの債権を担保するために設定されるが、この土地債務の担保機能は、物権的な土地担保権として導かれる当然の帰結ではない。BGB 1192 条は、土地債務が債権を前提としないという特徴を有することに起因して何か異なることが生じない限りにおいて、抵当権に関する規定が土地債務にも準用されるとして、抵当権と土地債務の相違を明確に表現している⁹²。また、合意と登記により、抵当権を土地債務に転換することも、土地債務を抵当権に転換することも自由である（BGB 1198 条）⁹³。

2 経済的な需要

今日のドイツにおいては、土地債務が土地担保権として最も広く利用されている。その理由を土地債務の非付従性そのものに求めることは決して誤りとは言えないが、それだけでは現状を正しく説明することはできない。土地債務の非付従性は、歴史的には、被担保債権とは別個の存在として土地債務を流通させ、投資を促進するために利用された。しかしながらこれは、とりわけプロイセンなどのドイツ北部の各都市においてのみ妥当していたものであり、現代のドイツにおいてはほとんど土地債務の譲渡は行われてはおらず、被担保債権を有しない、いわゆる孤立的土地債務（*isolierte Grundschuld*）もほとんど存在しない。現在では、土地債務は信託的なものとして、債権を担保するために利用されている⁹⁴。このように、債権と結合した保全土地債務が利用され、孤立的土地債務が利用されていないということは、わが国における抵当制度と全く異なるように思われるドイツの土地債務制度が、実際には類似した機能を営んでいるということに他ならない⁹⁵。

⁹² Baur/ Stürner, Sachenrecht, 17.Auflage, 1999, S.505.

⁹³ また、土地債務を実行する際には、被担保債権の証明は不要であり、いかなる所有者者に対しても即時の強制執行が可能である。これらは、土地債務が被担保債権に付従しないために、債権者や債権額の確定を必要とせず、公示の必要性も存在しないため、登記手続上および執行手続上の諸問題が生じないということに起因する。それゆえ、それらはそのまま、抵当権との相違点として理解することができるのである。抵当権との比較において土地債務の特徴を詳細に述べるものとして、中山知己「ドイツ土地債務の担保的機能（一・二・三・完）— 抵当権の流通性に関連して—」立命館法学 186・68 以下（1986）を参照。

⁹⁴ 土地債務法と信託理論との関係について論じるものとして、中山知己「ドイツ信託法理の一断面 — 保全土地債務法における信託的構成の展開—」山口経済学雑誌 38・3 = 4・473 以下（平元）を参照。

⁹⁵ 所有者と土地債務権者の関係に重点をおいた上で、土地債務と抵当権の関係を考察する

それでは、いかなる理由に基づいて、これほどまでに土地債務が利用されるようになったのであろうか。それは経済的な需要にあると言える。具体的に言えば、抵当権などと比較して、土地債務は流通性の点で利点を有するだけでなく、手続上においても簡明であるし、法的安定性も優れている。これらの点は、土地債務が被担保債権に付従しないということに基づくものではある。しかしながら、土地債務が被担保債権と無関係の土地担保権として生成されてきたそもその理由は、いわば物的な手形として流通に最も適した形態として認識されていたことにあるのに対し、現代のドイツにおいては、主として債権担保のために利用されるようになっている。この点は、突き詰めれば土地債務の非付従性に行き着くものではあるものの、当初の土地債務を導入した意図とはかけ離れた現状を示している。現在、土地債務は、その流通性以外の利点を重視した、継続的債権関係などの信用形態にむしろ利用されているのである⁹⁶。

三 現代における土地債務の重要性

1 信用担保手段としての土地債務

現代では、土地債務は様々な場面で信用担保手段として利用されている。このように債権担保を目的として設定される土地債務は保全土地債務（Sicherungsgrundschuld）と称されるが、その保全土地債務が成立するためには、土地債務の設定、被担保債権の確定および保全契約（Sicherungsvertrag）の締結という、三つの要件が必要となる⁹⁷。そして、これらの要件を満たして成立する保全土地債務は、前述した抵当権と土地債務の相違点に基づく抵当権の利便性の悪さに対応するために、主として、継続的債権関係を担保する最高額抵当（Höchstbetragshypothek）の代わりに用いられるようになった⁹⁸。

このように、土地債務の利用が増大した理由として挙げられる利点は、主として債権者側にとってのものである。特に、最高額抵当などの保全抵当と比較すると、前述したように、土地債務は、流通力、執行力および担保力の点において利点を有しており、手続的にも簡明である。これらの点は、そのまま債権者にとって有利な条件になるものと言える。それでは、債務者側にとっても土地債務の利用は有意義なものとなるのであろうか。一般的に言って、現実の信用関係においては圧倒的に債権者の立場が強いために、ほとんどの場合において、債権者に有利な担保制度が利用されている⁹⁹。しかしながら、目を転じて、共同抵当（Gesamthypothek）の問題点を検討してみると、共同抵当の目的物についての各所有者間の衡平が十分に維持されておらず、各抵当地上の後順位担保権者の地位が不安定なことなどが、すでに指摘されている¹⁰⁰。また、それぞれの土地が債権全額の責任財産となってしまうために土地の交換価値を十分に利用することができず、他にも、登記手続の

ものとして、椿久美子「ドイツ法における土地債務と抵当権の関係 ―担保約定および抗弁権の視点からみた土地債務の変容―」麗澤大学紀要 56・27 以下（1993）を参照。

⁹⁶ 中山・前掲注 93・186・80 以下参照。

⁹⁷ 保全土地債務も土地債務である以上、抵当権が有している付従性と随伴性をもたないの
で、被担保債権と切り離して土地債務のみを第三者に譲渡することができる。

⁹⁸ Huber, Die Sicherungsgrundschuld, 1965, S.62.

⁹⁹ この点につき、鈴木・前掲注 78・305 頁を参照。

¹⁰⁰ これに関しては、鈴木・前掲注 78・215 頁以下を参照。

面での煩雑さなどをその不利な点として挙げることができる¹⁰¹。しかしながら、土地債務を利用することによって、同一債権のために複数の土地債務を設定することが可能となり、共同抵当の成立に伴って生じる難点を克服することができる。この点は債務者にとっても有利であり、融資先を容易に見出すことができるようになる。

以上のように、土地債務は抵当権と比較して、債権者にとっても債務者にとっても有利な点を有している。それゆえ、信用担保手段として広く利用されるようになったのであるが、問題も生じている。土地債務と被担保債権との間には影響関係が存在しないために、土地債務に関する諸規定が債権関係に及ぶことはない。そこから、保全契約を通じた自由な合意形成の下で、包括的な根担保や即時の強制執行が可能となっているのである。これは、債権者と債務者の経済力の違いに基づくものである。その違いが、そのまま保全契約に反映されているのである¹⁰²。

2 土地債務と抵当権の近似性

このように、土地債務は抵当権の代わりに信用担保手段として一般的に利用されるようになってきているが、その理由は、抵当権によっては克服できない難点を土地債務が回避できるということだけにあるのではなく、逆に、抵当権に類似した機能を有する土地債務が考案されるようになったという点にもある。例えば、保全土地債務における物権と債権の関係は、流通抵当におけるその関係と非常に類似している¹⁰³。また、保全土地債務が設定される目的は債権を担保することにあり、抵当権が設定される目的も同様である。実際の目的においても、両者の間に相違はない。両担保権の差異は、土地担保権と債権の関係を法律がどのように規定しているかという点にあるにすぎない。土地担保権と債権の関係を法律が規定しているのが抵当権であり、当事者間の約定によって定められるのが保全土地債務であるにすぎないのである¹⁰⁴。

さらに、抵当権が有する付従性の緩和も見逃すことはできない。例えば、最高額抵当などがその典型例である。抵当権の付従性は、最高額抵当が導入されたことによって、すでに緩和されているのである。さらに、実際の取引においては、抵当権も、被担保債権のためにではなく、債権とは異なる抽象的な約束のために設定されるという慣習があるようであり、これにより抵当債権者は、土地債務の場合と同様に、被担保債権の成立を立証することなく、抵当権の実行を行うことができる。抵当権の場合にも土地債務の場合にも、被担保債権の存在に対する抗弁を行う際には、土地所有権者が立証責任を負うことになるのである¹⁰⁵。このように、抵当権から土地債務へ接近している状況も認められる。

以上のように、土地債務と抵当権の関係を検討してみると、両者の間には互いに歩み寄りが見受けられ、両者の間の差異は、解釈論においても実際の取引においても、ほとんど見出すことができない状態である。土地債務と抵当権の相違は、あくまで法律に規定され

¹⁰¹ Huber, a.a.O.98, S.62.

¹⁰² これについては、中山・前掲注 93・186・79 以下を参照。

¹⁰³ Felgentraeger, Hypothek und Grundschuld, FS.Gierke, 1950, S.148.

¹⁰⁴ Eickmann/ Pinger, Westermanns Sachenrecht, Bd II, Immobiliarsachenrecht, 6.Auflage, 1988, 322 f.

¹⁰⁵ Wassermann/ Winter, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.4, Sachenrecht, 1983, S.858.

た原則的なものであり、とりわけ保全土地債務と流通抵当の相違はきわめて小さくなっていると言うことができるだろう¹⁰⁶。

3 土地債務が利用される原因

これまで検討してきたように、ドイツにおいて土地債務が抵当権と比較して圧倒的に広く利用されるに至った当初の原因は、土地債務の非付従性にあると言える。しかしながら、現在においては、土地債務と抵当権の相違はほとんどなくなっており、両制度の付従性の有無そのものを今日における第一の原因として挙げることは、正確とは言えないであろう。厳密に言えば、土地債務の非付従性に起因するいくつかの特徴が利用者にとっての利点となっているために、土地債務はここまで利用されるようになったのである。具体的には、担保権者にとっても担保権設定者にとっても法的構成の余地が広いために、両者の求める要求に柔軟に対応することができる点などが挙げられる。これによって、最高額抵当などを設定する際に生じる法的構成の困難な点を避けることができるのである¹⁰⁷。

土地債務は、BGB制定以前において、担保権の価値的な側面を重視して、それを債権から独立した存在として流通を促進させることを目的として整備され、その後、BGBの制定にあたって導入されたものであったが、今日では当初の目的とは異なる形で利用されている。少なくとも、現在のドイツにおいて、土地債務権者がその土地債務を譲渡する事例はほとんど存在しない。土地債務は今や、立法者の意図を大きく離れて利用されるようになっており、現在における土地債務の利用急増の原因は、実務からの要求に起因するものがほとんどである。とりわけ、戦後の復興のためになされた様々な政策と土地債務市場からの要求の一致が重要である¹⁰⁸。

このように、土地債務は、最高額抵当などの他の諸制度を代用するものとして、流通力だけではなく手続上の簡明さや明瞭性をも有するために、担保手段として広く利用されるようになった。また、土地債務の利点は債権者のみならず債務者にとっても存在するのであり、それによって土地債務の利用が促進されたということも付加すべきであろう。今では、土地債務の重要性は抵当権と比較できないほど大きなものとなっており、ドイツの担保制度を考察するにあたって無視することは許されない存在となっていると言わざるをえない。

第四節 小括

一 発展過程のまとめ

ここまで、ドイツにおける土地債務制度の歴史的発展過程を素描し、さらに、現代における土地債務の重要性について検討してきた。ここで、その発展過程を振り返り、土地債

¹⁰⁶ この点につき、Wassermann, a.a.O.105, S.969を参照。しかしながら、土地債務と抵当権の原則的な相違を強調するものとして、Baur, a.a.O.92, S.398 ff.を参照。

¹⁰⁷ これについては、倉重・前掲注7・232以下を参照。

¹⁰⁸ 戦後の住宅不足を解消するにあたって、当初は公的資金による社会住宅が主流であったが、その後、民間の建設会社による建設が中心となり、民間資金の比重が増大した。その債権を担保するために土地債務は広く利用されたのである。この点につき、倉重・前掲注7・233を参照。

務制度の今後の課題を提起した上で、次章における登記と土地債務の関係の分析に移りたいと思う。

ドイツにおける法制史¹⁰⁹を検討するにあたって避けることのできない事象としてローマ法の継受が挙げられるが、土地債務制度はローマ法に起源を有するものではなく、ドイツ法に固有のものであった¹¹⁰。土地債務の原初的形態である定期金売買は、中世北ドイツの都市にその萌芽が見られる。それは、人的債権とは無関係な土地に対する物的な負担とみなされ、当時禁止されていた利息を定期金という名目で獲得するという目的をも担っていた。

土地債務の発展過程を考察する上で重要な地域は、ハンザ諸都市、メックレンブルクおよびプロイセンの各地域である。まず、商業取引が盛んに行われていたハンザ諸都市において定期金市場が形成され、商人達の間で重要な財産として認められたのが定期金売買における土地の価値であった。そして、定期金取引の効力が簿冊制度と結び付けられるなど、制度上の整備が次第になされるようになり、定期金売買は必要不可欠な制度として確固たる地位を築くこととなった。そのような制度がメックレンブルクやプロイセンに伝播し、いくつかの重要な立法を経て、現代における土地債務制度として確立されていくことになる。

土地債務制度はドイツ法に固有の制度であり、その発展過程を検討してみても、他の国には見られない特殊な社会的背景を前提として形成されているため、他の非占有担保制度との直接的な比較は困難である。しかしながら、現代のドイツにおいて、土地債務は一般的に広く利用されるに至っている。BGBの規定を見ても明らかなように、代表的な非占有担保権として規定されているのは抵当権であり、立法者もそのように考えていたと思われるが、現代では、土地債務は立法当時の趣旨とは異なる理由で広く利用されているのである。このような状況を正確に認識した上で、現代における土地債務制度の問題点を指摘することが、今後必要となるであろう。BGBにおける土地債務に関する規定は大変少ないため、とりわけ、判例、学説および実務における努力が大変重要なものとなる。

二 土地債務制度の今後の課題

土地債務制度は BGB 制定当時の状況や立法者の意図を大きく離れて、価値権として流通を促進するためではなく、主として債権を担保するための非占有担保権として利用されるようになった。これまでに述べてきたように、抵当権では克服することが困難な点において、債権者にとっても債務者にとっても土地債務は多くの利点を有しているというこ

¹⁰⁹ ドイツ法制史に関する一般的な文献として、ヴィーアッカー著・鈴木禄弥訳『近世私法史』（創文社、1961）、ミッタース＝リーベリッヒ著・世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説』（創文社、1971）、および、Köbler 著・田山輝明監訳『ドイツ法史』（成文堂、1999）などを参照。また、Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Band 1, 11. Auflage, 1999; ders., *Deutsche Rechtsgeschichte*, Band 2, 8. Auflage, 1992; ders., *Deutsche Rechtsgeschichte*, Band 3, 3. Auflage, 2001 なども参照。

¹¹⁰ もちろん、書式を要求せずに約定のみによる物的担保制度を認めていたローマ法の問題点を克服するという観点において、ドイツにおける非占有担保制度が登記を効力発生要件とする制度として発展し、さらには登記制度の発展も促進されたという事実は見逃すことができない。

るに、利用急増の原因が求められるのであるが、土地債務そのものを対象とする規定が少ないことにも起因して、土地債務概念、さらには、実務において利用されている様々な種類の土地債務の性質に関しては、検討する点が多いと言える。

特に、債権者にとっても債務者にとっても土地債務の利用には利点が認められるが、金銭消費貸借の場面において一般的に有利な地位にあるのは債権者であり、債権者側に有利な契約が結ばれることがほとんどであるということは想像に難くない。債権を担保するために設定される土地債務である保全土地債務も、土地債務である以上、理論的には被担保債権との付従性を有しないのであるが、経済的な側面から見れば、保全土地債務と被担保債権との間には密接な関係が認められるのであり、その点を鑑みると、法的な側面においても、保全土地債務と被担保債権、さらには保全契約および担保約定との関係などについての問題点を分析し、検討することが重要であろう¹¹¹。

さらに、以上のような担保約定にまつわる諸問題において、債務者および土地所有者を保護する観点から、土地債務に関する判例や行政官庁による政策を検討する必要性があることも忘れてはならない¹¹²。土地債務が抵当権と同様に、債権を担保するための物権として利用されている現状を直視し、その上で適切な法的処理を考えていくことが必要不可欠であると思われる。

次章では、本章で明らかとなった土地債務の生成過程および現在におけるその意義を前提として、物的な権利を公示する制度である登記制度と土地債務がどのような関係にあるのかについて検討してみたいと思う。

第二章 ドイツにおける 登記と土地債務の関係

第一節 序

一 登記制度の発展過程¹¹³

1 GBO（土地登記法）制定以前の発展過程

まず、本節では、ドイツにおける登記と土地債務の理論的な関係について分析を行う前提として、抵当権や土地債務といった非占有担保制度の発展過程が登記制度に対してどのような影響を与えたのかについて、歴史的な流れに沿って検討したい。そうすることによ

¹¹¹ 債権者と債務者の経済的な力関係に着目して、保全契約の問題性を指摘するものとして、中山・前掲注 93・186・82 を参照。また、担保約定に関して検討するものとして、椿・前掲注 95・44 以下を参照。

¹¹² この点につき、倉重・前掲注 7・233 を参照。

¹¹³ ドイツにおける登記制度の発展過程について論じるものとして、Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert II/2, S.192ff., 1935; Aubert, Beiträge zur Geschichte der deutschen Grundbücher, ZRG 1 ff., 1893; Beyerle, Die Anfänge des deutschen Schreinswesens, ZfRG 51 335 ff., 1931; Böhringer, Die Geschichte des Grundbuchs im Wandel der Zeiten, BWNotZ 1 ff., 1986; Ertl, Entwicklungsstand und Entwicklungstendenzen des Grundbuchrechts nach 80 Jahren Grundbuchordnung, Rpfleger 1 ff., 1980; Stewing, Geschichte des Grundbuches, Rpfleger 445 ff., 1989 などを参照。

って、現代における登記制度の根本的な特徴を把握することができるからである。そして次節以降では、主として現代におけるドイツの不動産登記制度の内容を、土地債務との関係に焦点を当てつつ考察し、それらの検討を踏まえて、本章の最後に小括として、ドイツにおける登記と土地債務の関係を分析する作業を行いたいと考える。

ドイツにおいて初めて近代的な不動産公示制度が導入されたのは、中世都市のケルンにおいてであったと言われている。12世紀頃のケルンにおいて、シュライン制度と呼ばれる制度が発達し、この制度が、現代における不動産登記制度の起源となったのである¹¹⁴。それ以前にも、登記制度に類似した制度は存在していたが、取引の規模がそれほど大きくなかったため、同一村落内の住民を証人として招いて一般的に権利の公示を行うといった方法などがとられていた。その点、シュライン制度においては、裁判官などの役人が立会いを行った上で権利を公示するための証書が作成されたため、現在の登記制度に直接つながる特色を有していた。その後、ケルン以外の各都市においても同様の制度が採用されるようになり、その過程において、登記への公的機関の関与の度合いがさらに強まり、物的編成主義が導入され、さらには登記簿に設権的効力が付与されるなど、中世における不動産公示制度の過程には、いくつかの点で注目すべき発展が見られた。

15世紀になると、土地に関する法律関係を公示する制度が確立していなかったローマ法が、普通法としてドイツに継受されるようになり、ドイツにおける不動産公示制度の発展は大きな影響を被ることとはなったが、17世紀に入り、投資に対する信用を回復するという経済的な必要性から、抵当権を公示する制度の整備を要求する声が高まることとなった。当時のドイツ地域には、プロイセンやバイエルンを始めとした強い独立性を有するラントが各地方に存在しており、抵当権簿の発展も各ラントにおいて様相を異にしていたが、とりわけ重要なものとして挙げられるのは、プロイセンにおける抵当権簿制度である。プロイセンでは、1722年に初めて抵当権簿が設置され、1783年における物的編成主義の導入、1794年における登記に対する公信力の付与を経て、1872年には、抵当権だけではなく所有権をも公示する登記制度へと抵当権簿制度が発展を遂げたのであった。このプロイセンの登記制度が主に参照されながら、1897年に、ドイツ全土にわたって通用力を有するGBO（土地登記法）は制定されたのであった。

2 土地登記法制定以後の発展過程

ドイツの不動産登記制度は、土地登記法が制定された後もいくつかの大きな改正を経て今日に至っている。土地登記法の制定により、統一的な登記制度が導入されたかのように見受けられるが、実際には、その詳細は各地方に委ねられることとなったため、それぞれの地方における規定は大きく異なっていることが多かった。それゆえ、この問題は土地登記法制定以降においても重大な懸案事項であったのである。この問題を解決するためになされたのが、1935年に行われた土地登記法の大改正であった。この改正によって、登記制

¹¹⁴ シュライン制度に関しては、林毅「ケルンのシュライン帳簿 —ドイツ私法史上最初の不動産登記制度」専法1・79（1966）、および、同「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力 —シュライン制度の研究序説—」服藤弘司・小山貞夫編『法と権力の史的考察』（創文社、昭52）109頁などを参照。ちなみに、シュライン（Schrein）とは箱という意味である。

度は、ようやく細部に至るまで各地方間においても統一的な運用がなされることとなり、本格的な発展の歩みを始めることになるのである。

その後の現在に至るまでのドイツにおける登記制度の発展の過程は、登記簿のコンピュータ化を始めとした、高度情報化社会に突入して以来の、いわば世界規模の発展傾向と軌を一にするものと言えるだろう。ドイツにおいても日本におけるのと同様に、効率的な制度の構築と登記情報の保護を図ることとの両面から、不動産公示制度の発展を促す努力が続けられている状況に大きな相違はない。

3 今後の発展傾向

これまで、登記制度はその本質において私法的な性質を有するものとして理解されてきた。登記制度の萌芽が見られた頃から、経済取引に影響を与える法律関係は主として私法的な性質を有していたため、物権を公示することによって経済取引を根底から支える登記制度も私法的な性質を有するものと認識されてきたことは当然のことと言えよう。しかしながら、現代では、土地の譲渡制限や分割制限を始めとした、公法を通じて土地私法に介入するという立法が数多くなされており、その多くは私法に優先するものである。このような現状を考慮すると、土地に対する公法上の規制をも登記簿上に公示する必要性が生じてくることがわかる。したがって、今後の傾向として、その是非はもちろんのこと、仮に公法上の規制をも公示とするならば、いかなる範囲において公示するべきかといった問題に正面から取り組む必要があると言えるだろう。

また、高度情報化社会に対応した制度の構築がさらに目指されることも当然に必要である。日本においては不動産登記法の大改正がなされたが、ドイツにおいても情報化の波は激しく、登記のオンライン申請を含めた登記制度のコンピュータ化が進められている。今後の登記制度は、以上の二つの点が中心的な課題と認識されながら、それを解決する方向へと発展していくことだろう。

二 公示制度と非占有担保制度

1 非占有担保権の公示手段としての登記

登記制度の発展過程を分析してみると、登記制度が抵当権などの非占有担保権を公示するために創設され、発展させられてきたことに疑問の余地はない。とりわけ、ドイツにおいてはその傾向が顕著であり、不動産公示制度が創設された当初は、所有権を公示することよりも非占有担保権を公示する重要性の方がはるかに高かった。したがって、必然的に、登記簿は担保簿または抵当権簿として発達し、所有権の公示がなされるようになるのは、歴史的に見ると、非占有担保権を公示する制度が確立した後のことだったのである。

このことは、経済上の要請から土地を担保として提供し、その担保権の存在を第三者に一般的に公示する必要性が、とりわけドイツにおいては中世から存在していた事実を考えれば明らかである。ドイツにおいて、登記に設権の効力が認められ、さらには公信力が認められるようになった過程も、いかにして非占有担保権の存在に対する信頼を確保するかといった観点から理解されるべきものであろう。取引関係においては、担保権を安定的に確保することが最も重要な事項の一つだからである。このように、登記は所有権の公示よりも非占有担保権の公示との関係を密接に有するものであったのである。

2 登記と土地債務

それでは、ドイツにおける非占有担保権の一つである土地債務と登記の関係はどのようなものなのであろうか。これまで、主としてドイツにおける抵当権を考察対象として、その中で抵当権と登記との関係について検討を行った研究は存在する¹¹⁵が、土地債務と登記の関係に着目した研究はほとんど存在しない¹¹⁶。しかしながら、すでに前章においても述べたように、ドイツにおいては今や、土地債務が最も重要な非占有担保権と言っても過言ではない。その土地債務は、前章において検討したように、非占有担保権として同一のカテゴリーに分類することができる抵当権とは、歴史的な背景を異にしている。債権との付従性を有しない土地債務は、各国の担保制度を渉猟してみるとドイツに特有な制度であることがわかるが、その歴史的経緯の特異性を検討した結果、他国の制度に見出されないことは首肯しうるところである。つまり、抵当権のように被担保債権と密接な関係を有する非占有担保権は、経済上の要請が高まるにつれて確実に必要とされる担保制度であるために、取引が発達した社会においてはほぼ例外なく認められるものであるが、法的なレベルで債権との付従性を有しない、いわば独立した抵当権とも言うべき土地債務は、一般的にはその必要性が認められないために、普遍的に広まるものとは言えないのである。

しかしながら、教会法によって禁止された利息を徴収するために考案された中世の定期金売買をその起源として発生した土地債務は、ドイツ北部の諸地域を中心として発達し、非占有担保権の一つとして、抵当権と並んで BGB に導入されることとなった。その発展の歴史を検討してみると、抵当権の発展過程におけるのと同様に、登記制度との関係を無視することはできないことがわかる。また、現代におけるその利用頻度を考慮しても、土地債務は重要な研究対象であると言えるだろう。そこで、本章では、次節以降、本稿の中心的な課題である、登記と土地債務の関係に焦点を絞って分析を試みたいと思う。

第二節 登記制度の法的構造¹¹⁷

¹¹⁵ この点については、とりわけ、鈴木・前掲注 78 を参照。

¹¹⁶ ドイツの土地債務制度に関するわが国における先駆的な業績である中山教授による諸研究として、中山・前掲注 93・185・40、186・52、191・32、同・前掲注 94・38・3 = 4・473、同「ドイツ土地債務の担保的機能について 一近代的抵当権論の一考察—」私法 53・247 (1991)、同「ドイツ土地債務の被担保債権範囲論序説 一根抵当権との比較を考慮して—」山口経済学雑誌 45・5・215 (平9)、および、同「補論・ドイツ土地債務の被担保債権範囲論 一各種の担保—」山口経済学雑誌 46・3・157 (平10) があり、さらに他にもドイツの土地債務に関するわが国における研究は存在するが、登記との関連で検討を加えたものはほとんど存在しない。また、ドイツにおいても、直接的に登記と土地債務の関係を考察する研究は少なく、ゼッケルマン (Seckelmann) やブッフホルツ (Buchholz) が行った著名な研究 (Seckelmann, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, 1963; Buchholz, Abstaraktionsprinzip und Immobilienrecht, Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld, 1978) も、担保手段としての土地債務の特質について分析を行ったり、無因性との関連で土地債務を論じたりしたものであり、登記制度との関係を中心に土地債務について検討を加えたものとは評価し難い。

¹¹⁷ ドイツの登記制度の構造について論じるものとして、鈴木禄弥「ドイツおよびスイス」法時 24・3・21 (1952)、田山輝明『ドイツの土地住宅法制』(成文堂、平3) 293 頁以

一 登記の法的概念

1 登記の概念

まず、本節では、登記制度の法的構造と題して、ドイツにおける登記制度一般に関する諸問題について論じたいと考える。なぜならば、登記と土地債務の関係について検討するためには、ドイツの登記制度そのものを正確に理解することが必要だからである。

登記とは、土地に関する様々な法律関係を第三者に一般的に公示するものである。担保権の存在の有無が明確でなければ取引関係に多大な影響を及ぼすし、土地所有権の所在および範囲が明確でなければ、隣人間の紛争が増大するであろうことは想像に難くない。以上の点を鑑みれば、公的な機関が関与した上で土地に関する法律関係を登録し、その記録に基づいて権利関係を明確にしようとする試みがなされることは十分に理解されるべきところであり、上記の点こそが、多くの国々において何らかの不動産公示制度が整備されている所以であると言える。

そして、登記法は、土地に関する法律関係を公示する公的な帳簿としての登記簿の、設置および管理を規定する法であると言える。実体法である物権法は、土地に関する諸権利が登記され、それぞれの土地に存在する私法上の権利が登記簿によって証明されることを前提として、規定されている。また、ドイツ法においては、登記は物権の効力発生要件とされているため（BGB 873、875、877 および 925 条）、登記をすることなく土地に関する権利を取得するといったことは、通常はあり得ない。さらに、ドイツ法における登記内容は、登記された権利について推定力を有する（BGB 891 条）だけではなく、公信力をも有している（BGB 892 条）。この点が、日本法における登記の効力と決定的に異なる部分である。しかしながら、日本法と異なってドイツ法における登記は以上のような特色を有してはいるが、登記制度の本質的な課題は、土地取引に確固たる法的根拠を与えることにあり、集約することができる。土地取引に参加しようとする者は、登記簿を閲覧することによって当該土地に関する権利関係を把握することができ、それによって利害得失を十分に考慮した上で行動することができる。このことは、社会全体の経済活動にとっても必要不可欠なことであると言えよう¹¹⁸。

2 登記に関する諸原則

実体法である民法が規定しているのは、土地に関する権利の内容、発生、変更および放棄である。それに対して、いわば形式的な物権に関する法律である土地登記法が規定しているのは、登記簿の設置、登記の要件および登記手続についての事項である。実体法である土地法と手続法である登記法は、密接な関連を有しており、互いに補足しあう関係にあ

下、石川清「ドイツ不動産物権と登記」THINK 97・7 以下（2000）、同「ドイツ不動産物権と登記Ⅱ」THINK 99・169 以下（2001）、および、同「ドイツ土地登記法 30 講（1）～（17）」登研 650・157、651・45、653・123、654・163、655・73、660・163、663・77、664・25、667・95、670・123、676・73、681・67、684・83、694・85、695・37、697・91、699・97（平 14～18）などを参照。また、ドイツ土地登記法の全条文が翻訳されているものとして、田山輝明訳「ドイツ土地登記法」民月 53・10・60（平 10）を参照。

¹¹⁸ Haegele/ Schöner/ Stöber, Grundbuchrecht, 11.Auflage, 1997, S.1 f..

る¹¹⁹。両者の法領域はいくつかの諸原則に依拠しつつ形成されているが、それらの諸原則の中には、内容において異なる意味を有しているにもかかわらず、土地法と登記法のそれぞれにおいて同一の名称が使用されている例が見受けられる。

土地法および登記法の主要な原則として、登記の原則（**Eintragungsgrundsatz**）、合意の原則（**Einigungsgrundsatz**）、申請の原則（**Antragsgrundsatz**）、公開の原則（**Öffentlichesgrundsatz**）、確定性の原則（**Bestimmtheitsgrundsatz**）、適法性の原則（**Legalitätsprinzip**）および優先の原則（**Vorranggrundsatz**）などが挙げられる。これらの中でもとりわけ、登記の原則と合意の原則に関しては、その内容において、実体法上における意味と手続法上における意味を截然と区分する必要がある。

まず、登記の原則を実体法上で表現している登記主義（**Eintragungsprinzip**）は、土地に関する物権変動を登記簿への登記に依存させるとするものであり、登記が、意思を表示することと並んで、法律行為において土地に関する権利の変動を行う際に必要不可欠な実体法上の要件であることを示している。その形式的な要件が、土地登記法に規定されているのである。

続いて、合意の原則は、実体法上の合意主義（**Konsensprinzip**）と形式的な合意主義とに分けることができる。実体法上の合意主義は、法律行為を通じて土地に関する権利の変動をもたらすためには、登記以外に、権利者と相手方当事者の合意が必要であるということを示している。この合意は当事者間の債務法上の関係とはかかわりがなく、さらに、原因行為は物権変動をもたらす要件ではない¹²⁰。一方で、形式的な合意主義とは、いわゆる登記許諾の原則（**Bewilligungsgrundsatz**）のことを指す。登記法上、登記をする際に必要な登記許諾は、当事者の一方である権利者によるもののみであって、かつ、それで十分なのである（**GB0 19 条**）。実体法にしたがって必要とされる物権変動ための意思表示は、登記所に対して証明される必要はない¹²¹。

さらに、申請の原則は、登記手続の根拠となるものである。登記は、申請に基づいてのみ行われうる。

次に、公開の原則についてであるが、これは、いわゆる公示の原則と結び付く概念である。実体法上の公示の原則は、法律行為に基づく法律関係において、登記簿の内容の正当性と完全性に対する信頼を保護するものであり、さらに、ドイツ法上の登記簿には、土地に関する権利を法律行為によって善意で取得した者を保護するために、公信力が認められている。そして、形式的な意味での公示の原則は、法律関係に関与しようとする者が登記簿を閲覧することができるように、登記簿の公開を要求するものである。

そして、確定性の原則は特定性の原則とも称され、法律行為を通じた処分の対象となっている土地、その権利者および登記される権利を、明確かつ一義的に確定することを要求するものである。

適法性の原則は、形式的な登記法にのみ妥当するものである。この原則に基づいて、登記所は登記手続において、申請された登記が土地登記法に従って適法かどうか審査する必

¹¹⁹ Ertl, *Entwicklungsstand und Entwicklungstendenzen des Grundbuchrechts nach 80 Jahren Grundbuchordnung*, Rpfleger, 1980, 1 ff..

¹²⁰ つまり、原因行為は法的効力にとっても必要不可欠な要件ではないのである。

¹²¹ Haegele, a.a.O.118, S.5 f..

要がある。

最後に、優先の原則は、実体法上、土地に関する権利の優先関係が登記簿に登記された順序に従って行われることを意味し、形式的には、登記手続上、より早く申請された登記が優先的な順位を保証されることを意味する。

二 登記制度の技術的な特質

1 登記を運営する機関

原則として、登記簿は、登記所としての区裁判所 (Amtsgericht) によって運営され (GBO 1 条 1 項)、区裁判所が、登記手続に関する第一審としての管轄を有する。登記に関する証書の作成や署名の認証などは、公証人が担当する¹²²。

登記を運営するそれぞれの機関の中でも特に重要なものとして、登記官と司法補助官が挙げられる。区裁判所の登記官は、登記事件に関して個別に活動している。その活動内容としては、司法補助官の決定に対する異議の申立や、裁判所事務課の書記官が行った決定の変更を求める申請の可否を判断することなどがある (GBO 12 条 c 4 項 1 文および RpflG (司法補助官法) 4 条 2 項 3 号)¹²³。以上の事項についての登記官の決定に対して法的に異議を唱える手段として、抗告がある (GBO 71 条)。

次に、区裁判所の司法補助官には、登記事件に関する裁判官が行う全ての行為が委譲されている (RpflG 3 条 1 号 h)。司法補助官は、自らに委譲された登記事務を処理するために必要なあらゆる措置を行わなければならない (RpflG 4 条 1 項)。登記申請の受理および登記所における受理時の証明は、事務の分配に従って、登記の対象となっている土地の登記簿を管理する権限を有する司法補助官によってのみ、有効になされうる (GBO 13 条 3 項)¹²⁴。そして、司法補助官は、申告に従って登記簿への登記を行い、署名をしなければならない。同様に、司法補助官は、抵当証券、土地債務証券、定期土地債務証券、および、事後にそれらに付記された注記に署名をする必要がある (GBO 56 条 2 項、62 条 2

¹²² しかしながら、ドイツ南西部の州であるバーデン・ヴュルテンベルク

(Baden-Württemberg) 州では、区裁判所ではなく、公的な機関である登記所が登記簿の管理および運営を行っている (GBO 1 条 3 項および 143 条 1 項、LFGG (非訟事件に関するバーデン・ヴュルテンベルク州法) 1 条 1 項)。そこでは、各市町村に独自の公的な登記所が存在し、登記簿官吏 (Grundbuchbeamter) が、自らの管轄に属する登記所に対応する公証人として事務にあたっている。さらに、とりわけバーデン地方においては、特別な司法省令により、司法補助官 (Rechtspfleger) も登記官吏に任命されうる (LFGG 29 条 1 項 2 文)。したがって、登記簿官吏は公証人または司法補助官ということになる。この点につき、Nieder, *Zuständigkeiten des Notars (im badischen Rechtsgebiet) neben dem Rechtspfleger*, BWNotZ 1990, 111 を参照。

¹²³ 登記官はさらに、司法補助官法 5 条に従って司法補助官から提示された登記事件 (基本法に関する判断が要求されるような事件) に関して判断を行う権限を有する。そして、登記官が提示された事件を司法補助官に差し戻した場合には、司法補助官は登記官によってなされた解釈に拘束されることになる。しかしながら、そもそも司法補助官が提示を行わなかったとしても、司法補助官の行為の有効性に影響はない (RpflG 8 条 3 項)。

¹²⁴ ただし、実務上は、裁判所事務課の職員が登記申請の受理を行っている (GBO 13 条 3 項)。

項および70条1項)¹²⁵。

2 登記簿の管理

続いて、登記簿に関する書類の管理および運営について論じたいと考えるが、そのためには、まず、登記簿への登記の前提となる登記の申請について述べる必要がある。

登記の申請（GBO 13条1項）および登記の請求（GBO 38条）は、受理権限を有する者にそれらが提示された時点で到達したものとされる（GBO 13条2項2文）。同時に複数の申請がなされた場合には、同順位の権利として登記がなされる。さらに、登記申請や登記請求の受理および受理の署名に携わる者の権限については、GBO 13条3項に規定がなされている。そこには、登記の対象となっている土地の登記簿の管理を委任された登記官または司法補助官、および、区裁判所の指示に従って登記申請の受理および受理時の証明を行うことを任命された裁判所事務課の職員が挙げられている。以上の権限者に対して登記申請または登記請求がなされた時点は、その申請に基づいて正確に注記がなされなければならない（GBO 13条2項1文）。受理の注記は、公正証書（ZPO（民事訴訟法）418条）として受理の時点を確認するものなので、これによって、複数の申請がその受理の順序に応じて処理されることとなり、申請受理時が法的な意味を有するあらゆる事例において、その事実が証明されることになる。受理の注記が正確になされてはじめて、問題となっている複数の申請が同時になされたものなのか、それとも、異なる時点でなされたものなのかを判明する。それゆえ、受理の注記には、受理の時点をついで単位で記載することが要求されている。

以上に述べた登記の申請に基づいて登記簿への登記がなされるわけであるが、その登記に係る書類にはどのようなものがあるのだろうか。それには、大きく分けて、基本書類と目録の二種類が含まれる。

基本書類の管理方法については、書類法（Aktenordnung）に規定がなされている。基本書類はそれぞれの登記簿用紙に属する文書から形成されており、一つの案件に属する文書が受理の日時ごとに基本書類に整理され、統一される（AktO（書類法）3条1項1文）。関係する登記が複数の登記簿用紙に基づいている公正証書は、通常、その証書が最初の順位番号を付された基本書類に分類される（AktO 21条1項）が、土地所有権を譲渡する際に必要なアウフラッスンク（Auflassung）についての公正証書は、取引の対象となった当該土地の基本書類に分類されなければならない。

基本書類の構成要素は、登記簿用紙に係る全ての文書である。つまり、GBO 10条1項に従って登記所によって登記の根拠となる書類として保管されるべきであるとされる、公正証書や謄本などがそれに含まれる。BGB 873条2項に規定されている要件が満たされておらず、関係当事者がいまだに合意に拘束されていない場合¹²⁶には、その合意に拘束力

¹²⁵ その他にも、裁判所事務課の書記官を始めとして、直接的もしくは間接的に、登記事務に携わる機関がある。その中でも、裁判所事務課の書記官は、登記事件の処理において、共同で署名を行うなどの業務を行うことができ（GBO 44条1項2文および3文）、さらに、登記簿または登記書類の閲覧の許可、登記情報の付与および登記簿抄本の交付などを単独で行う権限を有する（GBO 12条c）ため、その役割は重要である。

¹²⁶ BGB 873条2項は、登記される前に当事者が合意に拘束される要件として、意思表示

を持たせるためだけに提出された公正証書も、登記所はBGB 873 条 2 項に基づいて受理した上で保管しなければならない。また、GBO 10 条に基づき、登記申請がなされる前に提出された公正証書を保管する義務は、登記所には存在しない。同様に、登記許諾の根拠となる法律行為（売買契約や、担保権が設定された消費貸借契約など）に関する公正証書などを保管する義務も存在しない。

そして、登記所は、所有権者目録、土地目録および登記簿の管理に必要なその他の目録を設置することができる（GBO 12 条 a 1 項 1 文）。登記簿自体が冊子の形態で管理されている場合においても、これらの目録をコンピュータ上で管理することは可能である。また、これらの目録は、登記簿を管理するための補助手段にすぎないので、最新の情報を備えなければならない義務は存在せず、情報が正確ではない場合にも、基本的には登記所が責任を負うことはない（GBO 12 条 a 1 項 2 文）。

3 登記簿の種類

登記簿は、もともと冊子形態のものだけが認められていたが、1961 年の法律改正により、ルーズリーフ形式の登記簿¹²⁷も認められるに至った。手書きによる記入から機械を用いた書き込みへと移行をする際に便利であることが、その採用の理由であった。ルーズリーフ式登記簿は、個々の冊子としての登記簿と、取り外すことが可能な個々の用紙としての登記簿の二種類から成り立っている。

そして現在では、日本におけるのと同様にドイツにおいても、登記情報をコンピュータによって処理することが行われている¹²⁸。ドイツでは、1970 年代初め頃から登記簿のコ

が公正証書化されること、その意思が登記所において表示されるか、登記所に文書で提出されること、一方当事者が他方当事者に対して土地登記法の規定に従った登記許諾を交付することなどの、いずれか一つを満たすことを挙げている。

¹²⁷ ルーズリーフ式登記簿について論じるものとして、Vollmert, Das Loseblattgrundbuch, seine Vorteile und Nachteile, JVB1 1959, 7; Popp, Das Loseblattgrundbuch, JVB1 1959, 156; Pissowotzki/ Wahn, Umstellung des Grundbuchs auf die Loseblattform durch Auftrennen der bisherigen Grundbuchbände, JVB1 1969, 193; Riedel, Das moderne System des Loseblattgrundbuchs, Rpfleger 1970, 277 などを参照。

¹²⁸ コンピュータによる登記簿の管理について論じるものとして、Buschmann, Automation im Grundbuchwesen, BLGBW 1972, 1; Geiger, Das Computer-Grundbuch, in: Datenverarbeitung in Steuer, Wirtschaft, Recht 1972, 362; Schmidt, Das Grundbuch in EDV. Die Bezugnahme nach § 874 BGB, DSWR 1972, 322; Geiger/ Göttinger/ Kobes, Die Konzeption des Computer-Grundbuchs, Rpfleger 1973, 193; Geiger/ Schneider, Computer-Grundbuch und Sicherheit in der EDV, in: Öffentliche Verwaltung Datenverarbeitung 1973, 352; Simmerding/ Göttinger, Integration von Liegenschaftskataster und Grundbuch in einer Grundstücksdatenbank, in: Öffentliche Verwaltung Datenverarbeitung 1973, 147; Geiger, Rechtsfragen und das Computergrundbuch, JZ 1974, 250; Herzfeld, Die Liegenschaftskataster als Basis der Grundstücksdatenbank, in: Öffentliche Verwaltung Datenverarbeitung 1974, 318; Schmidt/ Gissel/ Nickerl, Grundbucheintragungen-Normtexte, 1975; Sprau, Rationalisierung im Grundbuchbereich, MittBayNot 1987, 117; Hamm, Das EDV-Grundbuch, CR 1988, 948; Böhringer, Einführung des EDV-Grundbuchs jetzt möglich, DtZ 1993, 202 などを参照。また、日本語の文献として、小野秀誠「ドイツにおける登記簿のコンピューター化〔上〕・〔下〕」国際商事法務 27・10・1150、27・11・1297

コンピュータ化に関する議論がなされるようになり、財政資金の不足などの障害を乗り越えながら、1993年に政府によって法案が提出され、土地登記簿がコンピュータによって管理されることが可能となった¹²⁹。今後は、登記情報の管理だけではなく、オンラインによる登記申請を始めとした様々な試みが期待されるところである。

三 登記の要件および効果

1 登記の要件

実体法上の権利関係に影響を与えるだけではなく、登記は手続法上の概念でもあるから、物権変動に関する実体法上の要件と登記に関する手続法上の要件はそれぞれ異なる。例えば、土地所有権の移転を売買によって行う際に、実体法上の要件として挙げられるのは、①売主に真正な所有権が帰属していること、②売主と買主との間に当該土地所有権を売買によって移転させることについての合意が存在すること、③その合意が公正証書によってなされていること（アウフラッスнкの存在）¹³⁰、④その旨の登記がなされることの四つである。一方で、その場合に、とりわけ登記をするために必要な要件として挙げられるのは、①当該土地に関する売主の所有権が登記簿上に記載されていること、②買主に土地所有権を売買によって移転させることに関する売主の登記許諾が存在すること、③その登記許諾が公正証書によってなされていることの三つである。

しかしながら、通常の場合、登記所は職権によるのではなく、当事者の申請に基づいて登記手続を開始するので、実際には、登記手続の第一歩として申請が重要な意味を有することになる（GBO 13条1項1文）。申請は、登記官に対して登記手続を開始させる契機を与えるものであり、同時に、申請された登記以外の登記手続を行わせないという意味で、登記官の活動を制限する役割をも有する¹³¹。申請を行う権限は、権利を取得する者だけではなく、権利を失う側の当事者にも認められている（GBO 13条1項2文）。登記所に受理された時点で申請は有効となり、この時点が、権利の順位を付すにあたって決定的に重要な意味を有する。土地登記法は、より早く申請された登記を、その後になされた登記よりも先順位で登記しなければならない旨を定めている（GBO 17条）。

また、登記許諾について定めているGBO 19条は、取引の対象となっている権利を有する者が、登記が行われることを承諾する場合にはじめて、当該登記が行われると規定している。この文言は、形式的な合意主義を定めているものでもある。登記官は、実体法上の合意主義の表れである当事者間における合意（BGB 873条1項）などの実体法上の意思表示¹³²を審査することなく、権利者が形式的な意味における同意を行ったことに基づいて、

（1999）などがある。

¹²⁹ 土地登記法に新たに制定された126条以下の規定により、登記簿用紙の内容をコピーしたデータの中に、電子式登記簿が存在するものとされた。

¹³⁰ アウフラッスнкが要求されるのは、土地所有権の譲渡の場合のみであり、例えば、用益権の設定などの場合には、当事者間の合意が公正証書でなされる必要はない（BGB 925条）。

¹³¹ しかしながら、法的性質の点から検討すると、申請は登記所に対して向けられた手続的な行為であって、法律行為上の意思表示ではない。

¹³² 登記許諾と、実体法に基づいて必要とされる意思表示は厳密に区別されるべきものではあるが、実体法上の意思表示がなされるのと同時に登記法上の登記許諾がなされるとい

登記手続を行う¹³³。登記許諾は、登記手続を進める上で意味があるだけでなく、登記簿の内容を明確にすることにとっても重要なものである。つまり、必要以上に登記がなされることによって登記簿が過重な負担を負うことがないようにするために、その限りにおいて、登記の際に登記許諾が参照され、不必要な登記手続に歯止めをかける役割を果たしているのである。

登記を行うためには以上に挙げた要件が満たされる必要があるが、登記官は、登記手続を行うに際して実体法上の権利関係を審査する権限を有していないので、実体法上の有効要件が満たされていないにもかかわらず、登記申請がなされる危険性が存在することは否定できない。そのような危険を回避するために、少なくとも、登記の根拠が真実であるかどうかについて明らかにされる必要がある。そこで土地登記法は、登記許諾とその他の意思表示が公正証書でなされるか、もしくは、公の認証を得なければならないものと定めているのである（GBO 29 条 1 項 1 文）。

2 登記の効果

登記簿は、土地法における公示の原則を実現するために存在する。公示の原則から導き出されるドイツ法上の登記の代表的な効果として、登記の権利移転効力¹³⁴、登記の推定力¹³⁵および登記の公信力¹³⁶が挙げられる。すなわち、法律行為による物権変動が効力を生じるためには登記簿に登記がなされる必要があり（BGB 873 条）、登記簿に記載された権利状態はその権利の法的正当性を推定させ（BGB 891 条）、権利を取得するにあたって真実ではない登記簿の記載を信頼した者は、善意であれば保護される（BGB 892 条）のである。

以上に述べた登記の効果は、動的安全の保護に資するものであり、結果として、権利関係を安定させる長所を有するものではあるが、場合によっては、真の権利者に多大な損害

うことは可能である。また、土地登記法は登記許諾の法的性質について何ら規定していないので、それを明らかにすることは困難であるが、手続法上の意思表示と位置付けることが可能のように思われる（例えば、BGHZ 84, 202, 207 を参照）。

¹³³ ただし、土地所有権の譲渡がなされる場合には、登記を許諾する意思だけでは登記の要件を満たさない。前述したように、その場合には、登記所に対してアウフラッシュクが提出される必要がある（GBO 20 条）。

¹³⁴ 物権法上の権利移転の過程は、対外的に認識可能で、明確でなければならない。それゆえ、土地に関する権利の移転に際しては、登記簿に物権変動の登記を行うことが効力要件とされている（一般的な規定として BGB 873 条、土地所有権の譲渡に関する特則として BGB 925 条）。

¹³⁵ 法律行為による土地に関する権利変動は、登記内容の変更と密接に結び付いているため、登記内容は真実の権利関係を表しているという蓋然性が生じてくる。そこで、登記簿の内容に対して、それが実体法における真実の権利関係を表していることに関する推定力が与えられることになる（BGB 891 条）。

¹³⁶ ドイツ法上の登記には、日本法における登記とは異なり、公信力までも認められている。何者も取引の相手方が有している権利以上のものをその相手方から取得することはできないというのが、法の原則であるが、この原則を貫徹しようとする、権利を取得しようとする者は、取引の度に、相手方が真の権利者であるかどうかについて調査を行わなければならない。これは経済上、大変非効率的であり、実際には不可能を強いるものでもある。そこでドイツ法では、登記に公信力を認め、真の権利を有していない者から善意で取引関係を結んで外形的な権利を取得した者を保護している（BGB 892 および 893 条）。

を与える危険性をも有している。つまり、法律行為に基づく物権変動を強制的に登記させることによって効力を生じさせるという原則が破られた場合、真実の権利状態と登記の内容の間に齟齬が生じている際に、善意の権利取得者が現れた場合には、経済上の要請によって認められている登記の公信力によって、真実の権利者がそれまで有していた権利が失われる結果となってしまうのである。このような事態をできる限り回避するために、法は真実の権利者に対して、真実の権利状態と登記の内容を一致させることを求める権限、すなわち、登記簿の更正を求める権限を与えている（BGB 894 条以下）。さらに、登記の更正を暫定的に保全するものとして、登記内容の正当性に対する異議が認められている（BGB 899 条）。

第三節 土地債務の登記総論

一 土地債務の特徴

1 土地債務の性質

前節で検討したドイツにおける土地登記制度に関する基本的な理解を前提として、これから、土地債務と登記制度の具体的な関係について論じていきたいと考える。まず本節においては、土地債務の登記に関する総論的な問題を取り扱い、続いて次節において、各論的なテーマに関して検討を行いたい。

抵当権はその性質上、被担保債権の存在を前提とするが（BGB 1113 条）、その一方で、土地債務は、その対象となっている土地から一定額の金銭の支払いを受けることができるという内容を有する土地負担の一種である（BGB 1191 条）。つまり、土地債務はその法形式上、何らかの債権を担保する必要性はないのである。しかしながら、いわゆる保全土地債務と呼ばれる、債権を担保するための土地債務を設定することも妨げられない。この保全土地債務は、債権担保のために設定された土地担保権ではあるが、土地債務であることに変わりはないので、その物権的性質の観点からすれば、保全土地債務も被担保債権に依存することはない。抵当権とは対照的に、保全土地債務も付従性を有することはないのであえる。

そして、土地債務の中でもとりわけ特徴的なものとして挙げられるのは、所有者土地債務（Eigentümergrundschuld）である。これは様々な局面で利用される。例として、①原始的な所有者土地債務、②暫定的な所有者土地債務、③終局的な所有者土地債務の三つを代表的なものとして挙げるができる。①の原始的な所有者土地債務は、所有権者が絶対的な順位を確保するために利用する形式であり、主として信用担保手段として用いられる。②の暫定的な所有者土地債務は、抵当債権がまだ発生していない場合（BGB 1163 条 1 項 1 文）や、抵当証券がまだ交付されておらず、かつ、BGB 1117 条 2 項に定められた合意¹³⁷もなされていない場合（BGB 1163 条 2 項）などに利用される。そして③の終局的な所有者土地債務は、被担保債権が消滅した場合（BGB 1163 条 1 項 2 文）、強制抵当や仮差押抵当などの手続法上の基礎が消滅した場合（ZPO 868、932 条）、他主土地債務に対して履行がなされ他人の有する物権が消滅した場合などに生じるものである。

¹³⁷ BGB 1117 条 2 項は、債権者が登記所に証券を交付させる権限を有するものとする合意を、証券の交付の代わりとして認めている。

2 土地債務の内容

土地債務においてその負担の対象とされる目的物は、基本的には抵当権と同様である。すなわち、土地および土地と同様な権利、さらには、家屋や一部所有権などが土地債務の負担の対象となる。観念的な土地の一部を土地債務の負担の対象とするためには、それが共同所有者の持分として存在している場合に限って可能である。それに対して、合有関係における持分や単独所有権の一部を対象とすることは認められない。続いて、保全土地債務の場合において、その被担保債権を担保するために、複数の土地および土地と同様な権利を土地債務の負担の対象とすることも可能である（BGB 1192 条による 1132 条の準用）¹³⁸。

次に、保全土地債務における被担保債権についてであるが、基本的に、土地債務権者と債権者は同一人でなければならない。また、保全土地債務といっても土地債務であるため、被担保債権との付従性を有することはなく、無因的な性質を有することには変わりはない。それゆえ、被担保債権を登記することはできず、土地債務と被担保債権との関連性を明示することはできない。このことから、担保目的であることを登記したり、保全土地債務としての特性を登記したりすることは許されないものとする見解が確立している¹³⁹。

しかしながら、利息についての登記を行うことはできる。所有者土地債務の場合においても、その後に譲渡される可能性が存在するので、それに関する利息を登記することは可能である。その他の従たる給付に関するものは、それぞれの性質に応じて、その従たる給付が物権的な土地債務請求権¹⁴⁰と密接な関係がある場合にのみ、登記することが許される¹⁴¹。不正確な土地債務を生じさせないためにも、登記許諾において、当該土地債務に関係のある従たる給付の種類が正確に示される必要がある。

二 登記の内容

1 土地担保権の登記

以上のような土地債務の特徴を踏まえて、続いて土地債務の登記内容について、一般的なものを検討していきたい。しかし、土地担保権の登記だけにとどまらない登記の一般的な内容に関してはすでに言及したので、ここでは、土地担保権としての土地債務の登記に特有な諸問題に焦点を当てて論じたいと考える¹⁴²。

¹³⁸ この場合に、負担の対象とされる複数の土地および土地と同様な権利が同種のものであることは必要とされない。つまり、複数の土地または複数の土地と同様な権利だけではなく、土地と共同所有の持分や、共同所有の持分と地上権といったように、異なる種類の物権を一つの債権を担保するために負担の対象とすることも可能なのである。

¹³⁹ 例えば、OLG Köln, OLGZ 69, 427; OLG Düsseldorf, MittRhNotK 77, 35 などの裁判例を参照。

¹⁴⁰ 被担保債権とは概念的に明確に区別すべきである。

¹⁴¹ それゆえ、金銭調達費用や保証に関する費用などは登記することができない。

¹⁴² これから検討する対象である抹消の仮登記および譲渡の仮登記は、土地債務だけではなく、抵当権などの土地担保権一般に関してなされるものであり、さらに、BGB における土地担保権は抵当権を代表的なものとして規定されているため、土地債務に関しては、土地債務に特有の性質に関わる規定以外は抵当権の規定が準用される（BGB 1192 条）。そこ

土地債務の登記がなされるのは、登記用紙の中の第三区である。ここには、土地債務以外に、抵当権や定期土地債務などの土地担保権に関する登記がなされる（GBV（土地登記法の実施に関する法律）4条）¹⁴³。この登記簿用紙中の第三区は、さらに10の欄に区分けされており、それぞれの欄に、通し番号や登記される土地担保権の内容などが記載されることになっている¹⁴⁴。

2 抹消の仮登記

続いて、土地債務の登記に関係のある具体的な諸問題について検討を加えたい。最初に取り上げるのは抹消の仮登記であるが、1977年に制定された法律¹⁴⁵により、抹消の仮登記に関する規定は根本的に改正されている。その詳細に関する規定を解釈するにあたっては多くの問題が残されており、さらには、旧法と新法が並存していることから複雑な様相を呈している。

まず、旧法は、1977年12月31日までになされた抹消の仮登記に適用されるが、その他にも、それまでに登記所に申請がなされ、1978年1月1日以降に実際に抹消の仮登記がなされた場合にも適用される。また、法定の抹消請求権が存在しない場合に、同順位もしくは後順位の権利者、さらには当該権利の債権者のために抹消の仮登記がなされる限り、それが1978年1月1日以降になされたものであっても、旧法が適用される。つまり、この場合には、旧法における抹消の仮登記が、1978年1月1日以降においても登記されうるのである。

以上の場合以外においては、1978年1月1日以降になされた抹消の仮登記に対しては新法が適用されることになる。新法における抹消の仮登記は、土地担保権として他の権利を有している債権者、そのような権利の認容請求権を有する債権者、もしくは、所有権移転請求権を有する債権者のためにのみ登記されうる（BGB 1197条）。旧法下においては、抹消の仮登記は当該権利の抹消に関して利益を有する全ての者に認められていたが（BGB 旧 1197条）、新法においては、もはや全ての当事者に認められるのではなく、物権を有する権限者にのみ認められることとなったのである¹⁴⁶。同様に、物権を有する者としての地位に依存しない者にも、抹消の仮登記は認められない¹⁴⁷。

3 譲渡の仮登記

譲渡の仮登記とは、被担保債権が弁済されて担保約定関係が終了した後に、土地所有権者に人的に帰属する保全土地債務の譲渡を求める請求権（求償権）を確保するためになされるものである。この求償権の仮登記による保全は、BGB 883条に基づいて可能とされる。当該土地債務権者がこの譲渡の仮登記の許諾を与える（GBO 19条）か、または、土地債

で、ここで検討される登記の内容は、基本的には抵当権に関するものであるが、土地債務にそのまま準用されるものでもある。

¹⁴³ 本登記だけでなく、土地担保権に関するものであれば、仮登記や異議についての注記などももちろん記載される（GBV 11条1項）。

¹⁴⁴ 詳細に関しては、Haegeler, a.a.O.118, S.817 f.などを参照。

¹⁴⁵ 22. 6. 1977, BGBl. I, S. 998.

¹⁴⁶ BayObLG, DNotZ 80, 483.

¹⁴⁷ KG, DNotZ 80,487.

務権者に対する仮処分の決定がなされた場合（BGB 885 条 1 項 1 文）に、申請（GBO 13 条）に基づいてこの仮登記は行われることになる。この場合に、土地所有権者の登記許諾は必要がない¹⁴⁸。また、求償権の仮登記が土地債務の登記と同時に行われた場合には、土地所有権者の登記許諾のみで、求償権の仮登記の要件を満たすものとされている¹⁴⁹。

第四節 土地債務の登記各論

一 証券土地債務

1 権利の発生

本節において主たる対象となるのは、様々な形式の土地債務に関して、それぞれどのように登記が行われているのかという点である。抵当権と同様に、土地債務においても証券が発行されるのが通常の形態であり（BGB 1192 条による 1116 条の準用）、実務においても、証券土地債務の方が登記土地債務より重要性が高い。従って本稿においても、土地債務の登記に関する各論的な問題については、証券土地債務について中心的に検討し、登記土地債務に関しては、証券土地債務と比較した場合におけるその特徴について検討するとどめたいと考える。それに続いて、理論的にも手続的にも別個の検討がなされる必要があると思われる所有者土地債務に関して分析を試みたい。

これまでも述べてきたように、土地債務は、債権者が当該土地から一定の金銭の支払いを受けることができるという内容を有する土地に対する負担である。つまり、抵当権と同様に物的な価値権なのである。しかしながら、抵当権とは異なって、土地債務は付従性を有しない。物権法上、土地債務と人的債権との関連性は存在しない。土地債務は、その対象となっている土地から一定額の金銭の支払いを受けさせるという義務を負わせるだけなのである。それゆえ、土地債務の発生と成立は人的債権には依存しない。したがって、抵当権に関する規定が土地債務に準用されるとはいっても、債権との付従性を前提とする抵当権の規定が土地債務に準用されることはない（BGB 1192 条 1 項）。土地債務のこの特徴は、債権者の側から見ると非常に柔軟な制度である。とりわけ、信用担保のための手段として適している。しかしながら、債務者の側から見ると、土地債務の無因性は様々なリスクを生じさせるものでもある。

実体法上、土地債務は、当事者間の合意と登記簿への登記によって成立する（BGB 873 条）。土地所有権の譲渡の場合と異なり、実体法上は、当事者間の合意の形式について特別な規定はない。さらに、証券土地債務の場合には、土地債務証券が債権者に交付されてはじめて債権者は土地債務を取得することになる（BGB 1192 条による 1117 条の準用）。証券が交付されるまでは、土地債務は対象となっている土地の所有権者に属することとされるのである（BGB 1192 条による 1163 条 2 項の準用）。そして、登記は申請（GBO 13 条）に基づいてなされるが、そのためには土地所有権者の登記許諾（GBO 19 条）が必要である。土地債務の成立とその後の存続は当事者間の債務関係には依存しないので、担保約定やその他の債務法上の設定契約にも依存することはない。

¹⁴⁸ 代表的な裁判例として、BayObLG, MittBayNot 1983, 12 を参照。

¹⁴⁹ BGH, Rpfleger 1976, 206 im Anschluß an KG, JFG 11, 268.

土地債務権者の有する物的な権利は、法律行為¹⁵⁰によって排除されたり制限を受けたりすることはない（BGB 137 条 1 文）。しかしながら、債権者が担保を提供している土地債務の設定者に対して、担保契約において合意がなされた上で確定した権限の範囲内に限って土地債務を処分することができるとする、債務法上の義務を負うようにすることは可能である（BGB 137 条 2 文）。それによって、その土地債務は担保を目的としてのみ妥当することになる。この担保契約に違反して権限を越えた土地債務の処分がなされた場合には、土地所有権者は、土地債務権者との間に存在する法律関係に基づいて対抗することができる¹⁵¹。

2 登記許諾

土地債務を登記する際の登記許諾には、その対象となっている土地から支払われるべき金額を明記し、さらには、対象となっている土地、債権者、利息が発生する場合にはその利息、および、その他の従たる給付が記載されなければならない。また、土地債務の元本は、土地所有権者または土地債務権者による告知がなされることによって法律上確定する（BGB 1193 条）¹⁵²。

そして、すでに述べたように、担保目的を登記することはできないため、同様に、登記許諾にも記載することはできない。土地債務を申請する動機として担保目的であることが表明されたとしても、土地債務の場合には被担保債権との関連性は否定されるので、担保目的を登記許諾に記載することは許されないのである。つまり、債権者は債務者としての土地所有権者と消費貸借契約や信用契約を締結するが、それらが明記されることなく、登記所に対しては土地債務の登記申請と登記許諾のみが提出される¹⁵³。

また、自らが有する土地を土地債務の目的物として供した土地所有権者が、その他の全ての財産を引き当てとして人的な責任を引き受けるということがよくあるが、これは、土地債務とその従たる給付（BGB 780 条）の額面額の範囲内に限定された無因性を有する債務法上の約定であると、法的には考えられる。人的な責任が土地債務額の範囲内に限って引き受けられ、債権者が土地債務からの支払いを受けた場合には、債務者による債務の承

¹⁵⁰ 例えば、債権者の権限を担保目的に制限するような債務法上の約定としての担保契約などが挙げられる。

¹⁵¹ 原則として、この抗弁は、土地債務権者の承継人に対しても行使することができる（BGB 1157 条 1 文）が、その承継人が善意で土地債務を取得した場合には援用することができない（BGB 1157 条 2 文および 892 条）。

¹⁵² この告知期間は 6 ヶ月であるが、これとは異なる定めをすることも可能であり、その場合には、登記許諾に明記される必要がある。

¹⁵³ しかしながら、債務法上の契約と土地債務の設定は同一の証書においてなされることが可能である。とはいえ、そのような場合に、初めに土地債務によって担保される債権を確定し、一般的に土地債務は人的債権を保全するために設定されるものであると定式化することは、正当ではないだろう。むしろ、最初に土地債務が設定され、利息や元本確定などについて定められ、それからようやく、消費貸借契約を担保するものとしての土地債務の役割に関して言及するのが法的構造に鑑みて正当であろうと考える。登記所は、土地債務の登記に関する形式的な要件だけを審査するのであって、土地債務の設定にあたって根拠とされた消費貸借契約の有効性を審査することはないのである。

認があったからといって、もはや債権者は債務者に対して弁済を求めることはできない¹⁵⁴。このように、債務者が土地債務額の範囲内で土地債務、および、それに加えて一定の金額の支払いを負うという責任を引き受けている場合には、このことは証書に明確に記載されていなければならない¹⁵⁵。

3 登記簿への登記

土地債務が設定されるためには、BGB 1115 条 1 項に規定されているように、土地への負担が有する法的性質にしたがって、登記がなされる必要があるが、土地債務の担保目的を登記簿に記載することはできないというのが、通説的な見解である。土地債務を設定する場合にも、利息について法律行為を通じて同意することは可能であり、従たる給付として登記することも可能である（BGB 1191 条 2 項）¹⁵⁶。土地債務に関する利息以外の従たる給付も、法律行為によって合意された土地の負担として登記することができる（BGB 1191 条 2 項）。従たる給付は、土地債務の主物の範囲内で負担の対象の範囲を拡大するという方法によって、土地からの支払いを請求する権利を拡大するものであると理解することができる。つまり、従たる給付は主物に依存し、主物と運命を共にするのである¹⁵⁷。

4 土地債務証券

土地債務証券の運用については、抵当証券の運用がそのまま当てはまる。抵当権の場合と同様に、土地債務の場合にも、登記所によって証券が交付される（BGB 1192 条による 1116 条 1 項の準用）。しかし、BGB 1116 条 2 項（BGB 1192 条による準用）に定められた措置をとることによって、証券の交付を排除することもできる。土地債務の取得、移転および実行などにあたって、土地債務証券は法的な効果を有する。さらに、土地債務証券は、登記簿の公信力を妨げる効果をも有する（BGB 1192 条による、1140 および 1157 条の準用）。

土地債務証券の交付は、GBO 56 条から 70 条の規定にしたがって行われる。GBO 56 条 1 項 2 文は、土地債務証券であること、土地債務額、負担の対象となる土地などを明記することを、土地債務証券を交付するにあたって要求しており、これは土地債務証券の本質的な要件と考えられている。この要件を満たしていない場合、その証券は無効とされる。その一方で、登記簿用紙の通し番号および対象となる土地債務の内容に関する記載を土地債務証券に要求する GBO 57 条に違反しても、その土地債務証券の有効性を争うことはできず、登記官吏に対して損害賠償請求権が発生するだけである。

¹⁵⁴ しかし、土地債務額の範囲内であれば、債権者は債務者に対して弁済を求めることができる。BGH, DNotZ 1988, 487.

¹⁵⁵ この債務約定の内容と法的な意義については、公証人が債務者に対して助言を行う必要がある。OLG Hamm, NJW-RR 1991, 819.

¹⁵⁶ しかし、土地債務に関して変動利率を登記することは、確定性の原則に反しており、認められない。それゆえ、最高利率と最低利率が登記されるだけでは、その登記は無効である。

¹⁵⁷ さらに、土地債務やその利息に条件や期限を設けることも、抵当権の場合におけるのと同様に可能である。

5 担保契約

土地債務は、実務において大変好んで利用されている。土地に対する負担としての土地債務の設定と存続が債権の存在に依存しないのがその理由であるが、債権を担保する物権として土地債務を利用することができるようにする債務法上の契約によって、法律関係を形成することは可能である。この担保契約もしくは担保約定によって、土地債務権者は、債務法上の効果を有するだけであるとはいっても、その権限を担保目的に制限されることになる。担保契約によって創設された債務法上の法律関係が土地債務権者の権限に与える影響は、しばしば問題を投げかけるものとなる。

担保契約の締結によって発生する債務関係の法律的な根拠は、BGB 305 条と 241 条である。担保契約は、担保を享受する土地債務権者と信用担保手段として土地債務を提供する担保供与者の間で締結される¹⁵⁸。また、土地所有権者が、自らが有している所有者土地債務を債権者に譲渡することによって、自らが債務者となっている被担保債権を担保するという方法もよく行われる。さらに、特別な場合には、債務法上の担保約定によって当事者以外の人々に対しても契約義務が課されることがある。例えば、土地債務権者とその土地の第三取得者の間などにおいて、契約関係が発生することもありうる。

担保契約の形式については、法律上に特に規定はない。したがって、土地債務による債権担保についての債務法上の合意は、無方式でなされうる。証拠を保全するためには文書によって契約が交わされた方がよいことは言うまでもないので、多くの場合にそのような文書が作成されてはいるが、法律上は、口頭でなされた担保契約も有効である¹⁵⁹。

以上のような担保契約の内容としては、①土地債務によって債権を担保する担保供与者の義務、②債権担保を目的とする土地債務の債権者としての、担保享受者の権限に対する債務法上の制限、および、③担保目的が達成された後に土地債務を返還する、担保享受者の義務が挙げられる。担保を提供するという担保供与者の義務は、いつも文書によって明示的になされるわけではない。しかしながら、そのことについて合意がなされれば、担保契約は土地債務の設定を求める請求権を担保享受者に付与する根拠となり、場合によっては、強制執行を行うこともできる。一方で、土地債務権者の権限に対する債務法上の制限は、BGB 137 条 2 文によって許容される。土地債務権者による物権的な地位の行使に対してなされるこの制限は、債権者に対して、被担保債権が弁済されるのに必要な範囲に限り土地債務を行使することを認め、被担保債権が消滅した際には土地債務の返還義務を負わせるものである¹⁶⁰。

¹⁵⁸ 通常の場合は、土地債務が設定される土地の所有権者が被担保債権の債務者であるが、法律上、そのことが要求されるわけではない。この点につき、BGH, NJW-RR 1996, 234 を参照。

¹⁵⁹ 実務においては、担保供与者の意思表示だけが文書によってなされ、担保を享受する側の意思表示が口頭もしくは黙示でなされることがよくあるようである。

¹⁶⁰ つまり、当事者間で締結された担保契約は、信義誠実の原則（BGB 242 条）に基づいた法律関係を作り出すことになる。したがって、担保契約に関する紛争が生じた場合には、委任契約の規定（BGB 662 条以下）に基づいた判決が下されることが多い。受任者としての法的地位は、担保享受者に対して、担保提供者の利益を考慮すべき義務を負わせる。担保享受者がその利益を損ない、契約上の義務に違反した場合には、給付障害の債務法上の効果として、担保享受者は担保供与者に対して損害賠償責任を負うことになる。

これらが証券土地債務とその登記の特色である。続いて、項をあらためて、登記土地債務とその登記に関する諸問題の検討に移りたい。

二 登記土地債務

1 権利の発生

抵当権と同様に、土地債務も証券が交付されるのが通常の形態である。それゆえ、登記土地債務に関しては、証券が交付されないという特徴に基づく問題以外については、証券土地債務に関する検討がそのまま当てはまる。したがって、すでに証券土地債務について検討を行ったので、それを前提として、登記土地債務とその登記の関係について論述するにあたっては、証券土地債務との比較において登記土地債務に特有な問題点のみを抽出して分析を行いたいと考える。

いわゆる登記土地債務は、立法者の見解からすると、例外的な制度にすぎないものである（抵当権に関する規定ではあるが、BGB 1116条を参照）。BGB 873条に基づく合意と登記に加えて、証券を交付しないことについての当事者間の合意¹⁶¹とその旨の登記がなされることが、証券土地債務が成立するための要件とされている（BGB 1192条による1116条2項の準用）。しかしながら、このような登記土地債務も、事後的に証券土地債務に転換することが可能であり（BGB 1192条による1116条3項）、また、その逆に証券土地債務を登記土地債務に転換することもできる。どちらの場合にも、その転換についての合意と登記が要件となり、証券土地債務への転換を行う場合には、これらに加えて土地債務証券の交付もなされる必要がある（BGB 1192条による1116条2項および3項の準用）。以上の要件は実体法に従って要求されるものであるが、登記法の観点からは、当該登記は申請に基づいて行われ（GBO 13条）、当事者による登記許諾がなされる必要があるということになる。

2 登記土地債務の特徴

BGBが不動産担保権として証券が発行されるのを通常の形態であると位置付けたのは、担保権の流通を促進させるためには証券化された方が便宜であるとの理解に基づくものであると言えよう。その点、土地債務においても、証券土地債務の方が登記土地債務と比較して流通性が高いと言える。実務においても、一般的には証券が発行されることが多いようである。この点は、わが国における法制度および実務と大きく異なるところである。

抵当権の場合には、一般的に流通抵当（Verkehrshypothek）と保全抵当（Sicherheitshypothek）という区別がなされ、このうち、流通抵当の場合には証券抵当と登記抵当のいずれもが許容されるが、保全抵当の場合には登記抵当しか認められていない（BGB 1185条1項）。この点で、証券が発行されない登記抵当にもその意義が認められる。しかしながら、土地債務の場合には、人的な債権を担保するために設定される保全土地債務の場合にも証券の発行は可能であり、また、それが実務における通常の形態でもある。これは、土地債務という法形式が、そもそも流通性を促進するために考案されたものであ

¹⁶¹ よく用いられる表現として、「証券のない土地債務」や「証券の付与は行われぬ」といったものがある。

るという点に、根拠が求められるように思われる。しかし、現在においては、土地債務は立法当時とは異なる社会的需要に応じる形で債権担保のために利用されるようになり、さらには土地担保権として抵当権をも凌ぐ存在となった。そこに、債権担保のために設定される保全土地債務の場合にも証券が発行されるのが常態である、ということの理由があるのではないだろうか¹⁶²。

三 所有者土地債務¹⁶³

1 権利の発生

ドイツ法においては、所有者を権利者として土地担保権を設定することが認められている。この点は、わが国における担保制度と大きく異なる点である。土地債務との関連では、所有者土地債務がここでの検討の対象となる。所有者土地債務は実務において広く利用されている制度であり、その意味でも、それを検討する必要性は大きいと考えられる。

土地債務は所有権者に対しても設定することができる（BGB 1196 条 1 項）。この所有者土地債務は、いわば自らの土地に対する制限物権である。所有権者には、土地債務権者が有する全ての権利が帰属することになる。しかし、土地所有権者がその土地の土地債務権者である限り、弁済を目的とした強制執行を行うことはできず（BGB 1197 条 1 項）、利息を取ることができるのは強制管理が行われている場合のみである（BGB 1197 条 2 項）。自らの土地の土地債務権者でもある所有権者がその土地を譲渡しても、制限物権としての土地債務はそれまでの所有者のもとにとどまり、土地所有権の移転によって、他主土地債務が生じることになる。

所有者土地債務を設定するにあたっての実体法上の要件は、土地所有権者が登記所に対して自分自身を権利者とする土地債務の登記を求める旨の意思表示をなし、それに基づいて登記を行うことである（BGB 1196 条 2 項）。登記法上は、その登記も申請に基づいてなされ（GBO 13 条）、土地所有権者の登記許諾がなされることが必要である（GBO 19 条）。

¹⁶² つまり、立法当初は流通することが予定されていたために証券が発行されることも当然視されていた土地債務が、現在においては債権担保のために利用されるようになり、それゆえ、流通性の高さに対する期待がそれほど高まることなく、証券の発行もあえて促進される必要性はなくなったのである。しかしながら、それでも、被担保債権との付従性を有しないことを中心とした土地債務の本来の法的性質に関する人々の理解に変化をもたらすほどのものではなかった。それゆえ、債権担保のために設定されることが通常の形態となった土地債務においても、証券がはまだ発行されていると言えるのではないかと考えられるのである。

¹⁶³ 所有者土地債務に関する文献として、Fischer, Die Eigentümergrundschild im Zwangsversteigerungsverfahren, NJW 1955, 573; Hieber, Zur Bestellung der Eigentümergrundschild, DNotZ 1958, 381; Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, 1910; Klee, Eigentümergrundschild oder Fremgrundschuld ?, NJW 1951, 579; Kollhosser, Neue Probleme bei Abtretung und Verpfändung von Grundschulden, JA 1979, 232; Lorenz, Weitere Fragen zur konkursrechtlichen Problematik der Eigentümergrundschild, KTS 1962, 28; Obeneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis, Gruchot 47, 306; Sottung, Die Pfändung der Eigentümergrundschild, 1957; Stöber, Die Beschränkungen des § 1197 BGB bei Verpfändung und Pfändung einer Eigentümergrundschild, Rpfleger 1958, 339 などがある。

2 所有者土地債務の特徴

消費貸借契約を通じて金銭を借り入れることは決まっているが債権者についてはまだ確定していない場合などに、所有者土地債務はよく利用される。所有者土地債務を利用することによって、第一順位の土地債務を確保しておいた上で、別の債権者に対して第二順位の土地債務を設定するという方法が可能になり、土地の担保価値を有効に活用することができるようになるのである。その後、土地所有権者は、実際に確定した債権者に対して信用担保のために土地債務を譲渡し、それによって、所有者土地債務は他主土地債務となる。

所有権者自身を権利者とする土地担保権を認めることと、土地担保権と被担保債権の付従性という問題は密接に関連している。なぜならば、所有権者が自ら土地担保権の権利者となるということは、いまだ債権が発生していない段階で土地担保権を設定することを認めることになり、その結果として、そもそも被担保債権との付従性を問題にすることができない土地担保権が発生させることになるからである。所有者土地債務をめぐる議論は、土地担保権と被担保債権の根本的な関係を探る上でも、重要な視点を与えるものとなるであろう。

第五節 小括

一 登記と土地債務の関係

1 登記制度の特徴

前節までにおいて、ドイツにおける登記と土地債務の関係について論じてきたが、ここで小括として、本章のまとめを行いたい。まず、前節までにおいて詳論した登記と土地債務の関係について主要な点を中心として振り返り、その上で、相互の理論的な関係について検討を行いたい。

登記制度は、歴史的な観点から考察すると、主として非占有担保権の発展とともに創設され、生成されてきたものであると言える。ドイツにおいてもそのことは例外ではなく、中世以来、抵当権や土地債務とともに登記制度は発達してきた。その過程において、登記に関する法制度も次第に整備がなされ、要件および効果の内容が定められ、様々な諸原則が確立されていった。

とりわけ、ドイツにおける登記制度の特徴としては、その実体法上の効果が第一に挙げられる。登記が物権変動の効力発生要件である点（BGB 873 条）、および、登記に公信力が認められている点（BGB 892 条）は、日本法だけではなく、日本の物権変動に関する法制度の母法であるフランスの法制度とも異なるドイツ法の特徴として、広く知られているところである。また、その手続法としての登記法の特徴も見逃してはならない。ドイツにおいては、物的編成主義が比較的早い時期に確立され、登記を運営する機関や登記簿の管理方法などが整備されることによって、公示方法としての登記制度の充実が図られてきた。このように、他国と比較して相対的に早い段階において登記制度が一つの法制度として確立されたため、日本は登記制度を導入するにあたって、主としてドイツの土地登記法を模範として参照したのである¹⁶⁴。

¹⁶⁴ これについては、福島正夫「旧登記法の制定とその意義」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）352 頁以下などを参照。

2 土地債務の特徴

土地債務は人的な債権関係に依存することがない不動産担保権であり、ドイツ法に特有な制度である。定期金売買を原初的な形態として発展してきた土地債務制度は、BGBの制定にあたって連邦法に正式に導入されて今日に至っているが、最も利用価値が高い不動産担保権として抵当権が見込まれていたBGB制定当時の状況とは大きく異なり、現在のドイツにおいては、抵当権ではなく土地債務が主要な不動産担保権として機能している。土地債務の非付従性ととも、それに基づく法的構成の柔軟性が担保権者にとっても担保権設定者にとっても利点として認識されていることが、土地債務が次第に実務において利用されてきた原因であると言える¹⁶⁵。

しかしながら一方で、担保のために土地債務が利用されるようになったことに伴う新たな問題も生じてきている。担保約定をめぐる諸問題がその代表的なものである。土地債務の法的性質に基づいて、担保のための土地債務においても被担保債権との付従性を有しないことには変わりはないが、経済的な関係に鑑みれば、担保のための土地債務とその前提となっている被担保債権との間には密接な関係が認められるのであり、債権者と債務者の一般的な関係からすれば、債権者に有利な内容の担保約定が締結され易いであろうことは想像に難くない。このような経済的な実質を考慮しつつ、それに即した法的構成を検討してみることも今後必要になってくるであろう¹⁶⁶。

3 土地債務の公示方法としての登記

BGBの制定にあたっては、抵当権が不動産担保権の代表的な制度として考えられたために、抵当権に関する規定は多く盛り込まれたが、それに対して土地債務に関する規定は大変少なく、多くの場合には抵当権の規定を準用するものとされた。このことと同様に、土地債務の登記に関する規定も、抵当権の登記に関する規定と比較すると大変少なく、例えば土地債務証券に関するGBOの規定は、抵当証券に関する規定を準用すると定めている一條しか存在しない(GBO 70条)。このように、土地債務に関する規定は、実体法だけではなく手続法としての登記法においても、その実務上の重要性に鑑みると非常に少ない。それゆえ、土地債務制度の法的構造を解明するにあたっては、判例および学説を通じた検討が必要不可欠であると同時に、今後の土地債務制度の研究は、広くそれらの展開に委ねられていると言うことができる。

とりわけ、登記制度には非占有担保制度と密接な関係を有しつつ発展してきたという歴史的な特徴があり、ドイツにおいては抵当権および土地債務とともに発展してきた。前述のように、BGBもGBOも抵当権に関する規定と比較して土地債務に関する規定は大変少ないが、その一事をもって、登記と土地債務の関係も登記と抵当権の関係と同一もしくは同種のものであると即断してよいのであろうか。次項においては、この疑問点を足がかりとして、本稿においてこれまで行ってきた検討に基づきつつ、登記と土地債務の関係について理論的な観点から分析を試みたいと考える。

¹⁶⁵ この点につき、倉重・前掲注7・232以下(2001)を参照。

¹⁶⁶ この点につき、中山・前掲注93・186・82(1986)、椿・前掲注95・44以下(1993)、および、倉重・前掲注7・233などを参照。

二 理論的な検討

1 発展過程における登記と土地債務の密接な関係

中世以来、北ドイツの各都市において、定期金売買をその原型として取引関係の拡大とともに発展してきた土地債務は、当初は禁止されていた利息に代わるものとして考案されたが、次第に物的担保制度としての有効性が認識されるに至り、抵当権とは異なる特徴を有する非占有担保制度として確立されていくことになる。抵当権が設定される場合と同様に、土地債務が設定される場合にも、その対象となる不動産を土地債務権者が占有することはないのであるから、何らかの形式で当該不動産が土地債務の設定を受けていることを第三者に公示する必要性が生じる。もしそのような公示方法が存在しないか、もしくは、制度として不完全なものであるならば、土地債務に対する市民の信頼は大きく揺らぎ、結果として土地債務制度は機能不全を起こすことになる。

そのような結果の招来を防ぐために、不動産公示制度として登記制度が創設され、発展していくことになるのであるが、ドイツにおける登記簿の起源は 1135 年にケルンで発案されたシュライン制度であると言われている¹⁶⁷。このシュライン制度を発端として、取引関係の拡大に伴いつつ、公的機関が関与する公示制度が普及し、発展していくことになる。その過程においてとりわけ登記制度の発展に寄与したのは、所有権移転行為の公示の必要性ではなく、担保権設定行為の公示の必要性であった。たしかに不動産所有権の移転行為は市民社会において大変重要な要素を占めるものではあるが、不動産に担保権を設定した上で金銭を借り入れ、それによって取引関係の拡大を図っていくという一連の事象の方が、不動産公示制度の発展に対してはより大きな影響を及ぼしたのである。なぜならば、所有権譲渡行為がなされた場合、とりわけ不動産公示制度の発展が促進され始めた中世から近代にかけては、新たな所有権者は当該不動産を実際に占有して利用することが多かったため、当該不動産に関する所有権移転行為がなされたという実体法上の事実を、占有以外の方法で第三者に公示する必要性が比較的乏しかったからである¹⁶⁸。

それでは、抵当権と土地債務が登記制度の発展に与えた影響の内容に、それぞれで相違はあるのだろうか¹⁶⁹。抵当権のように被担保債権との付従性を有する非占有担保権は、ド

¹⁶⁷ シュライン制度に関しては、林毅「ケルンのシュライン帳簿 —ドイツ私法史上最初の不動産登記制度」専法 1・79 (1966)、および、同「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力 —シュライン制度の研究序説—」服藤弘司・小山貞夫編『法と権力の史的考察』(創文社、昭 52 年) 109 頁などを参照。ただし、このシュライン制度は、もともとは土地所有権の譲渡行為を公示するために発案されたものであった。シュライン制度が登場する以前において、土地の譲渡がなされる場合には、現場で立会人を証人として招いて行われるか、もしくは、裁判所において行われていた。

¹⁶⁸ 特に、三十年戦争 (1618~1648 年) からの復興を目指す中で、投資への関心を再び呼び起こす必要性から、非占有担保制度を公示するための制度として抵当権簿などの担保簿の整備を求める声が高まった。これについては、Böhringer/ Böttcher/ Göttlinger/ Morvilius/ Nowak/ Wienhold, Grundbuchrecht Band 1, 8. völlig neu bearbeitete Auflage, 1997, S.10 などを参照。

¹⁶⁹ この点に関して、19 世紀頃のハンザ諸都市において採用されていた人的債権との付従性を有しない非占有担保権も、「抵当権」と称されていたことには注意を要する。重要なはその法的性質であり、ここで考察対象とされている「土地債務」とは、付従性を有しな

イツに限らず他の国の法制度においても基本的には存在する。不動産を担保に金銭を借り入れるという需要が存在する限り、抵当制度の存在は揺るがないものと言える。しかしながら、抵当権が存在すれば、人的債権との付従性を有しない土地債務制度は必要不可欠なものとは言えない。それゆえ、日本においてもフランスにおいても、土地債務制度は存在しないのである。土地債務制度がBGBに導入されたドイツにおいても、当初それは抵当権ほどにはその重要性を認識されてはいなかった。事実、土地債務は北ドイツの各ラントにおいて生成し、発展してきた制度であったため、ドイツにおいても全国的に利用されていたものではなかったのである。しかしながら、統一的な民法典であるBGBの制定にあたって、もし土地債務が導入されないとすれば、すでに土地債務制度が市民社会に根付いていた北ドイツにおける経済取引に悪影響を及ぼすものと考えられたため、土地債務は抵当権とともにBGBにおいて採用されたのである¹⁷⁰。

以上のような非占有担保制度の歴史的な展開過程に鑑みると、土地債務が存在しなくても、抵当権の存在が見られれば、登記制度そのものは創設されることがわかる。その意味では、抵当権以上に土地債務の発展が登記制度そのものの創設に寄与したと評価することは困難であろう。しかしながら、翻って、なぜドイツにおいては抵当権だけではなく土地債務までもが非占有担保権として考案されたのかという点を考えてみると、抵当権と土地債務の発展が登記制度の発展に与えたそれぞれの影響の相違を無視したり、さらには、土地債務の発展は登記制度の発展に大きな影響を有しなかった、言い換えれば、それは抵当権の発展ほどには登記制度の発展に寄与しなかったと評価したりすることは、拙速にすぎると言わざるを得ない。なぜならば、とりわけ近代以降において、土地債務はいわゆる投資抵当権の最たるものとして機能していたからである¹⁷¹。周知のように、投資抵当権とは、「抵当不動産の有する交換価値を把握して金融取引市場に流通せしめ、投資家の金銭投資の媒介を務める¹⁷²」ものである。このように非占有担保権が譲渡され、その流通が促進されるようになるためには、その権利の存在が一般に認識可能なものにされ、さらには、実体法上、当該権利が存在しなかったとしても、あたかもその権利が存在するかのように公示がなされており、その公示内容を閲覧者が信頼しても止むを得ないような事情がある場合には、その者を保護すべきであるという法的な要請が生じるようになる。つまり、登記に公信力を認めるべきであるという主張に傾きやすくなるのである。

このように、土地債務の歴史的な発展過程は登記制度の創設そのものに決定的な影響を与えたとは評価し難いが、抵当権の発展過程以上に、登記制度の内容形成に寄与した部分が多く見られる。そこで、項を改めて、登記の実体法上の効果に対して土地債務が与えた影響について検討を試みたいと考える。

い非占有担保権のことであるので、たとえ当時それが「抵当権」と称されていたとしても、本稿における主たる対象である「土地債務」として認識することは許されるものと思われる。

¹⁷⁰ Motive, a.a.O.68, S.608 ff..

¹⁷¹ 投資抵当権に関しては、石田文次郎『投資抵当権の研究』(有斐閣、昭7)、我妻栄『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣、昭28)、鈴木・前掲注78、高島・前掲注79・121(1972)、および、松井・前掲注66などを参照。

¹⁷² この点につき、松井・前掲注66・6頁を参照。

2 登記の実体法上の効果

わが国における不動産登記法はドイツの土地登記法に倣って制定されたものであるが、それは手続法上の面に関してのみ言えることであり、実体法上の登記の効果はそれぞれにおいて大きく異なっている。その代表的な例として挙げられるのが、ドイツ法における登記の設権的効力と公信力であろう。周知のように、このいずれもが、日本法とその実体的な物権変動および非占有担保制度の母法であるフランス法においては認められていない。登記は設権的効力を有せず、対抗要件としての効力を有するにとどまっている。また、公信力も有していないのである。

それでは、一体なぜこのような効力の相違に至ったのであろうか。また、登記の効力に関する各国の相違点は、そのまま登記制度の発展度合の相違につながるものであろうか。これらの疑問に対して有効な解答を与えるためには、資本主義の発達により抵当制度は保全抵当から投資抵当へと推移すると考えるいわゆる近代的抵当権論と、それに対する批判を検討することが必要不可欠であろう。なぜならば、これまで検討してきたように、登記制度は近代における非占有担保権の発展に伴って生成されてきたものだからである。そして、この近代的抵当権論をめぐる論争とその妥当性に関しては、相当程度の学界における共通認識がすでに存在していると思われる。すなわち、保全抵当から投資抵当へという一連の流れは、資本主義の発展過程が特異な態様を示しているドイツ、とりわけプロイセンにおいてのみ妥当し、資本主義が典型的に発展したとされるフランスなどにおいては妥当しないという、鈴木禄弥教授に代表される見解¹⁷³が、今や大方の支持を得るところとなっていると思われるのである。

以上のような近代的抵当権論をめぐる論争から得られた成果に基づいて、登記制度と非占有担保制度の理論的な関係を分析してみると、土地債務の発展が登記制度の発展に与えた影響の特徴を見出すことができると思われる。ドイツに特有の土地債務は、被担保債権との付従性を有しないというその特徴から、最も流通に適した不動産担保権であると位置付けることができ、近代的抵当権論の主張者によれば、最もよく近代的抵当権に適合する¹⁷⁴のものであると言える¹⁷⁵。このような付従性を有しない非占有担保権である土地債務が、非占有担保制度において一般的に最も発展した形態であると捉えるか否かにかかわらず、それが定期金売買に端を発し、流通促進のために発展させられ、BGBにも導入されたことは事実である。その最も流通に適した土地債務制度の生成および発展が、被担保債権との

¹⁷³ これについては、鈴木・前掲注 78・3 頁以下、および、高島・前掲注 79・121 以下などを参照。さらに、保全抵当から投資抵当への進展は確かにドイツの抵当信用の展開にとって特徴的な標識となっているが、一般論としては、近代的信用の中での抵当信用の位置付けや、抵当信用の中での抵当権の役割が一様ではない以上、近代的信用の手段としての近代的抵当権一般の特徴的な標識とすることはできないと述べるものとして、槇梯次『担保物権法』（有斐閣、1981）125 頁を参照。

¹⁷⁴ この点につき、石田文次郎『投資抵当権の研究』（有斐閣、昭 7）170 頁を参照。

¹⁷⁵ これに対して、流通性確保の原則を近代的抵当権の特質の一つと位置付け、保全抵当から投資抵当へという一連の推移はドイツにのみ妥当するとしながらも、抵当権の流通性までもがドイツ資本主義の発達の特異性に基づくことに対して疑問を呈する見解も存在する。この見解については、今村与一「抵当権の流通性について」法科 9・96 以下（1981）を参照。

付従性を有している抵当権以上に、登記制度の発展に影響を与え、とりわけその実体法上の効果に大きな影響を与えたのではないと思われるのである。

このように、抵当権が保全抵当から投資抵当へと推移していったドイツにおいて、登記は設権的効力と公信力を有するに至り、抵当制度の発展過程においてそのような経過を辿ることがなかった日本やフランスでは、登記は対抗要件であるにすぎず、公信力も有していない。しかしながら、例えばわが国において、登記を物権変動の効力発生要件とし、さらにはそれに公信力を認めるべきであるとする見解が強く主張されているかと言えば、決してそうではない。わが国においては、登記に公信力などを認めるだけの経済的および社会的要請がそれほど存在しないと言わざるを得ない。だからといって、わが国における不動産の所有権移転行為や非占有担保権設定行為が、登記に以上のような効力が認められていないことを理由として著しく滞っているわけでもない。つまり、登記に設権的効力や公信力を認めているか否かという点は、各国の法状況に応じた特徴に過ぎず、一直線上の発展過程における程度を示すものではないと考えられるのである。このことは同時に、近代的抵当権論が批判を受け、保全抵当から投資抵当へという発展の図式が一般的には当てはまらないということと軌を一にしているということもできる。

しかしながら、そうであるからと言って、ドイツにおける非占有担保制度と公示制度の関係および登記制度の特徴から、わが国において参考になる示唆を得ることができないという結論に達するのは、拙速にすぎると思われる。そこで章を改めて、次章においては、本稿において得られた成果のまとめを兼ねつつ、日本における登記と非占有担保権の関係を理解するにあたって有益と思われる点について検討を加え、そこから、今後のわが国の登記法の発展にとって有益な示唆を得たいと考える。

第三章 日本における 登記と非占有担保権の関係への示唆

第一節 序

一 登記制度についての日本法とドイツ法の関係

1 不動産登記法の母法としてのドイツ法

日本における不動産公示制度は、1886（明治 19）年に制定されたいわゆる旧登記法¹⁷⁶にその原型を見出すことができる¹⁷⁷。その後 1899 年（明治 32）年に、民法典の制定に伴

¹⁷⁶ 旧登記法の意義に関しては、福島・前掲注 164・329 頁以下、福島正夫「日本における不動産登記制度の歴史」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）406 頁以下、同「わが国における登記制度の変遷」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）428 頁以下、および、清水誠「わが国における登記制度の歩み 一素描と試論一」日本司法書士会連合会編『不動産登記制度の歴史と展望[不動産登記法公布 100 周年記念]』（有斐閣、昭 61）99 頁以下などを参照。なお、旧登記法の全条文が掲載されているものとして、不動産登記法制研究会編『不動産登記法制変遷史』（金融財政事情研究会、昭 60）18 頁以下を参照。

¹⁷⁷ それ以前にも、地券制度や公証制度などが運用されていた。これらは旧来の慣行を整備して発展させたものであって、その意味で、それまでに行われていた日本固有の法を引き継ぐものではあったが、その過渡的な性格から、統一的な登記法の原型であると評価す

って、旧登記法の不備を是正するために不動産登記法が新たに制定されることとなった。そして 2004（平成 16）年にその不動産登記法が大改正されたことは、記憶に新しいところである。旧登記法の制定以前に運用されていた地券制度や公証制度、さらに遡って明治維新以前に行われていた制度などは、他国の法制度を継受したものではなく、わが国に由来から存在していた制度に端を発し、それを前提に発展させられてきたものであったが、旧登記法が制定されるにあたっては、その手続法的な面においてドイツ法が模範とされ、ここに初めて、わが国の不動産登記法制に対して外国法の影響が現れるのである¹⁷⁸。

当時、日本においては、物権変動に関する法理論についてはフランス法的な考え方が採用されていたにもかかわらず、物権変動を公示する登記法に関してはドイツ法的な方式が採用された。この事実は大変興味深いものであり、結果として、わが国においては、不動産物権変動に関して、実体法と手続法とで異なる国の法制度が母法となっている。旧登記法の制定が求められた理由としては、①旧来の慣行を発展させた上で確立された公証制度があまりに不完全であったために、抜本的な改革を必要としたこと、②登記法の制定それ自体が日本の近代化事業の重要な一環として認められていたこと、③登記税を新たに設けることにより、国家財政上の収入の増加を図ろうとしたことなどが挙げられる¹⁷⁹が、その際に、実体法上の諸問題から離れて手続法としての登記法そのものに関心が寄せられ、いかなる登記制度が優れているかという視点から不動産登記法の立法が急がれたため、当時最も完成度の高い不動産公示制度とされていたドイツの土地登記法草案が模範とされたと考えられる。1899（明治 32）年に制定された不動産登記法も、その根本的な構造や原則などが変更されることなく基本的には旧登記法の立場を受け継ぐ形で制定されたため、物権変動に関する実体法および手続法の母法の相違という点も、そのまま重要な問題点として残されてしまったのであった¹⁸⁰。

2 不動産登記法と土地登記法（GBO）

ることは困難であると思われる。また、不動産公示制度に限らず、不動産法全体に視野を広げてみると、日本においてははかり以前から土地は私的所有権の対象とされており、売買などの処分行為を通じて所有権の移転が行われていた。その際には、証文などを作成して、何らかの形で土地の売買の存在を証明しようとする試みも行われていたため、このような制度は、その目的に照らせば、今日にいう登記制度と同一の機能を果たしていたものと言える。しかしながら、その統一性と完全性が欠如していた点に鑑みると、決して今日の制度と比較しうるものではない。この点につき、拙稿「日本とドイツにおける不動産公示制度の歴史的変遷（1～5・完）—担保制度との関係を中心に—」早稲田大学大学院法研論集 104・59 以下（2002～2003）を参照。

¹⁷⁸ 登記制度に関して、日本法とイギリス法を対比しつつ論じるものとして、野村稔「不動産登記制度におけるイギリス法と日本法」早稲田法学会誌 21・109（1971）を参照。

¹⁷⁹ 福島正夫「わが国における登記制度の変遷」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）438 頁を参照。

¹⁸⁰ しかしながら、平成 16（2004）年に行われた不動産登記法の大改正によって、オンライン申請の導入、登記済証に代わる登記識別情報制度の導入、および、権利に関する登記における登記原因証明情報の提供の義務付けなど、多くの点で抜本的な改革が見られた。これらの点に鑑みると、改正後の現行不動産登記法を、単純にドイツ法を母法とするものと評価することは危険であると思われる。今後の研究の進展と実務における新不動産登記法の定着を待つ必要があるであろう。

それでは、日本の不動産登記法はドイツの土地登記法のどの部分を具体的に継受しているのでしょうか。まずは、物的編成主義を始めとした登記簿の体裁に関する点が挙げられる。日本の不動産登記法は、GBOと同様に、権利の客体としての不動産を中心として、それをめぐる物権関係を公示するという方法を採用している¹⁸¹。また、旧登記法には規定されておらず、不動産登記法が制定された際に新たに規定された仮登記は、プロイセン法にその由来を見出すことができるものである¹⁸²。さらに、日本法において登記の対象とされるのは物権変動の原因である契約などではなく、物権もしくは物権変動自体であり、これはドイツ法における制度を採用したものである。

一方で、日本法における登記官の審査権限¹⁸³は実質的審査主義および窓口的審査主義と称されるものであり¹⁸⁴、ドイツ法における形式的審査主義および窓口的審査主義とは厳密には異なる。ドイツ法においては、実体法上、物権変動それ自体とその原因行為の間に関係性は認められず、例えば土地所有権を移転させる場合、仮に原因行為が存在しなくても、有効なアウフラッシュと登記があれば物権変動の効果が生じる（BGB 925条）。この点に関連して、土地登記法上も、登記官は物権変動の原因関係を審査する義務はないものとされているのである。しかしながら、日本法においては物権行為の無因性が認められていないために、必然的に登記官の審査対象が原因行為にも及ぶことになるので、登記官の審査権限が物権行為の原因にまで及ぶか否かといった実質的審査権と形式的審査権の対立は問題になることがないのである¹⁸⁵。

二 担保制度についての日本法とドイツ法の関係

1 日本における非占有担保制度の母法

以上のように、わが国の不動産登記法とドイツの土地登記法は密接な関係を有しているのであるが、その一方で、登記制度が発展するにあたって強い影響を与えてきた非占有担保制度に関しては、日本とドイツの法制度は大きく異なっている。この点に関して、日本の抵当権法はフランス法を継受したものであると理解されており、ドイツ法の影響は比較

¹⁸¹ ただし、登記のコンピュータ化が急速に進みつつある現在においては、登記簿が物的編成主義によって整備されているのか、それとも人的編成主義によって整備されているのかといった問題は、次第にその意味を失いつつある。なぜならば、登記簿がコンピュータ化されることによって、権利の客体としての不動産を中心とした情報も、権利の主体としての権利者を中心とした情報も、いずれも瞬時に呼び出すことが可能となるであろうし、情報の保存に関しても、いずれの方法によって保管されるべきかといった問題は解消される可能性が大きいからである。

¹⁸² この点につき、吉野衛『注釈不動産登記法総論・新版・上』（金融財政事情研究会、昭57）108頁以下を参照。

¹⁸³ 審査の対象と審査の方法を分けて論じるべきであるとするものとして、鈴木・前掲注78・97頁を参照。

¹⁸⁴ この点につき、幾代通著・徳本伸一補訂『不動産登記法〔第四版〕』（有斐閣、平6）162頁以下などを参照。

¹⁸⁵ 正確には、わが国における登記官の審査権限については、審査の対象の範囲の問題に関しては実質的審査主義を採用していると言うことができ、審査の方法の問題に関しては、窓口的審査主義を採用していると言うことができる。この点につき、鈴木・前掲注78・109頁以下を参照。

的弱いと言える。

以前は、とりわけ近代的抵当権論をめぐる議論において、フランス法的な日本の抵当制度を、ドイツにおける非占有担保法制と比較して劣っている制度として位置付ける見解が有力に主張されていた¹⁸⁶が、今日では、そのような保全抵当から投資抵当へとといった抵当制度の一筋の発展過程を見出すことについては否定的な評価が下されていると言ってよく、ドイツ法的な制度やフランス法的な制度の相違は、発展過程の相違ではなく、むしろ、その前提となっている歴史的および経済的な背景の相違に基づくものであって、各国の特徴にすぎないものであるとの認識がほぼ定着していると言えるだろう¹⁸⁷。

したがって、わが国の非占有担保制度がドイツにおける法制度と比較して全体的に劣っているものであると判断することは厳に戒められなければならない。しかしながら、そのことと、両国の非占有担保法制におけるそれぞれの諸原則および諸制度を比較しつつ相補的にお互いの優れた部分を採用することは、決して矛盾しない。また、各国における不動産公示制度が非占有担保制度の発展過程に強く促されつつ、その歩みを速めていったという事実は否定しがたいところである。それゆえに、日本の登記法を検討するにあたっては、その母法であるドイツの登記法の考察はもちろん、ドイツにおける非占有担保制度の分析も必要不可欠なのである。その場合、わが国の抵当権法と比較対照しつつ分析を行うことによって、両国の非占有担保法制の特徴をより良く明らかにすることができるであろう。

2 日本とドイツにおける非占有担保制度の相違

以上の点を踏まえて、以下では、日本とドイツにおける非占有担保制度の特徴を抽出し、比較検討を試みたい。この点につき、日本における不動産を目的とした非占有担保制度としては、民法上は抵当権が存在するのみであるが、BGBにおいては抵当権、土地債務および定期土地債務の三種類の不動産担保権が規定されている。しかし、このような非占有担保権の種類の違いに関してはすでに検討しているので、ここでは、非占有担保制度に関する諸原則を中心として検討を行いたいと考える。

一般的に抵当権に関する諸原則として挙げられるのは、①公示の原則、②特定の原則、③順位確定の原則、④独立の原則および⑤流通性の確保の五つである¹⁸⁸。これらは、もともとは近代的抵当権論の主張者によって提示されたものではあるが、今日においても、非

¹⁸⁶ 代表的な例として、我妻栄『新訂・担保物権法』（岩波書店、1968）214頁などを参照。

¹⁸⁷ 近代的抵当権論を主張する者によって投資抵当の最たるものとして評価されたドイツ法上の土地債務は、BGBの制定当初における予想とは大きく異なって、現在のドイツにおいて抵当権以上に大いに活用されるようになったが、その主たる理由は投資目的ではなく担保目的であったという事実も、ドイツにおける非占有担保制度が抵当制度の普遍的な発展過程において先進的なものであるとする見解に対して、有力な反論の根拠となりうるであろう。

¹⁸⁸ この点につき、我妻・前掲注186・214頁以下などを参照。もちろん、これとは異なる分類を試みている見解も存在する。例えば、①公示と特定の原則、さらには、独立の原則の内容としての②抽象化の原則、③公信の原則、④証券化の原則、⑤順位確定の原則および⑥利用権よりの独立の原則の六つを挙げるものとして、柚木馨・高木多喜男編『新版 注釈民法（9）』（有斐閣、平10）2頁以下（柚木馨・高木多喜男筆）を参照。

占有担保権の特徴を良く表している分析枠組として有益である¹⁸⁹。

まず、公示の原則とは、抵当権の存在を登記によって公示しなければならないという原則のことであるが、この点について、ドイツ法は登記を効力発生要件としており、日本法は対抗要件としてではあるが、民法上、明確に認められていると考えられる(民法177条)。それゆえ、両国においてこの原則は採用されていると評価することができる。続いて、特定の原則とは、抵当権は特定物上のみ成立するという原則のことである。この点に関しても、日本とドイツ両国において明確に認められていることに疑問の余地はない。問題となるのは次に検討する順位確定の原則、独立の原則および流通性の確保についてである。

順位確定の原則は、厳密には、抵当権の順位は登記の前後によって決定されるという原則と、一度設定された抵当権の順位は先順位の抵当権が消滅しても上昇しないという順位確定の原則の二つのものを含んでいる。前者については日本法とドイツ法とで違いはないが、後者に関しては、両国における制度は全く異なっている。すなわち、わが国においては、抵当権に関していわゆる順位昇進の原則が採用されており、ドイツにおいては順位確定の原則が採用されているのである。順位確定の原則が承認されるためには、被担保債権が存在しなくても抵当権が成立することを認め、さらに、所有者抵当をも認める必要がある¹⁹⁰が、わが国の民法がそれを認めていないことは明白である。

次に、独立の原則とは、抵当権は目的物の交換価値を把握するものであって、さらに、その交換価値を金融取引の客体とし、抵当権に独自の地位を確保することを内容とするが、これも厳密には次の四つの理論に分かれる。すなわち、①抵当権の付従性の否定、②抵当権が目的物の用益権者によって脅かされない地位を有すること、③後順位抵当権の実行によって弁済を強要されないこと、および、④債務者に対して元本の弁済を請求する権能を伴わないことである。これらは基本的に全てについて、ドイツ法上は承認されているが、わが国においては認められていない。ドイツ法において独立の原則を最も満たしている制度こそ、本稿の主たるテーマである土地債務なのである¹⁹¹。

最後に、流通性の確保についてであるが、これは、抵当権が目的物の交換価値を把握している価値権であるという認識を前提として、これを金融市場に流通させるためには、その流通性を確保しなければならないという原則のことを言う。この要請に応えるためには、抵当権の譲渡が公信の原則によって保障され、抵当権が証券化されて迅速な取引の客体として確立されることが望ましい。これらの点についても、ドイツでは承認されているが、

¹⁸⁹ 「近代的抵当権論」とは、ドイツ抵当制度を近代的抵当制度と捉えた上で、資本主義の発達とともに抵当権は保全抵当から投資抵当へ発展するものと理解し、この点を踏まえて、日本の抵当制度を非近代的なものと位置付ける見解である。この「近代的抵当権論」は、今日においては批判にさらされており、その本質的な主張を受け入れることはできないが、それらの原則が実際に認められているか否かによってその非占有担保制度が近代的であるかどうかを判断するのではなく、そこで提示された諸原則を「近代的抵当権論」から引き離して、あくまで、それぞれの資本主義諸国において運用されている非占有担保制度の特徴を浮き彫りにするための指標として用いることは、現在においても可能であり、有益であると思われる。

¹⁹⁰ この点につき、我妻・前掲注186・217頁、および、松井・前掲注66・8頁を参照。

¹⁹¹ これについては、石田・前掲注174・170頁、および、我妻・前掲注186・218頁以下を参照。

わが国においては登記に公信力はなく、さらに、抵当証券法の存在により抵当権の証券化が可能であっても、いわゆるバブル時代を除いて、長い間ほとんど利用されてこなかったという事実が存在する。

以上のように、両国の非占有担保制度に関しては、その根本的な諸原則の採用についても明確な違いが存在する。しかしながら、その相違をそのまま両国の制度の優劣に結び付けることはできない。ここで重要なのは、両国の実体法上の制度の相違を認識した上で、その違いをどのように両国の登記制度に反映させていくべきなのかということなのである。

第二節 日本における登記と非占有担保権の関係

一 登記制度の発展過程

1 不動産登記法制定以前の法状況

第一章および第二章において、土地債務に関する検討が中心ではあったが、ドイツにおける登記制度の歴史的発展過程に関してはすでに論述した。そこで、ここでは、次節で検討する不動産公示制度と不動産担保制度の理論的關係を明らかにするための前提として、日本における登記制度の発展過程、および、公示制度と非占有担保制度の關係について整理を行いたいと考える¹⁹²。

日本においては、かなり以前から土地は私的所有権の対象とされ、売買などの処分行為によって譲渡の対象ともされていた¹⁹³。そして、証文などを作成することによって、土地所有権が譲渡された事実を証明しようとする試みも行われていた。このような制度は、その目的とするところにおいては現代における登記制度と同一のものである。しかしながら、その統一性および完全性については、今日の登記制度と比肩しうるものではなく、現代の不動産公示制度の直接的な原型と位置付けることは困難であるように思われる。

江戸時代に入ると、領主が貢租の徴収を確保するために、不動産取引の手続きとして、名主の控帳にその取引を記入した上で証文に割印をするといった制度が各地方に普及するようになった。この制度は、不動産取引の安全の確保を主眼とするものではなかったため、その本質に鑑みて、現在の登記制度に直結するものとみなすことはできない。しかしながら、このような江戸時代の制度は、明治維新後に土地取引が急激に増大した新しい情勢の下で、土地政策上、その方式を整備した上で政府が利用できる手段となった¹⁹⁴。

明治維新を迎え、日本は近代社会に移行する。この時に明治政府が抱いた土地政策は、まず土地取引を自由化し、自由な売買による時価を基準として地価を定めた上で、これによって金納の地租制度を施行しようとするものであった。そのためには納税者である土地

¹⁹² 日本における不動産公示制度の歴史的発展過程について述べているものとして、中田薫『法制史論集・第2巻』(岩波書店、1938)、新谷正夫「登記制度の変遷」登研 100・19 (昭 31)、石井良助『日本法制史概説』(創文社、1976)、清水・前掲注 176・99 頁以下、石井良助『江戸時代土地法の生成と体系』(創文社、1989)、福島・前掲注 164・329 頁以下、同「日本における不動産登記制度の歴史」同『福島正夫著作集・第四巻・民法(土地・登記)』(勁草書房、1993) 406 頁以下、同・前掲注 179・428 頁以下、および、牧英正・藤原明久編『日本法制史』(青林書院、1993)などを参照。

¹⁹³ 大化元(645)年9月の孝徳天皇の詔に、「而有勢者分割水陸以為私地、売与百姓、年索其価」とあるように、当時すでに「私地」および「売与」が存在していた。

¹⁹⁴ この点につき、福島・前掲注 179・431 頁を参照。

の持主を確定する必要があった。そして、廃藩置県の後まもなく、地租改革準備を目的とした明治5（1872）年2月15日の太政官布告第50号によって、田畑永代売買禁止の解除がなされた。そして、それとともに、大蔵省令で「地所売買譲渡ノ節地券渡方規則」が發布され、土地の売買ごとに地券を発行し、地券によらない売買を密売買として制裁を課することにした¹⁹⁵。地券は府知事県令によって発行されるものとされ、「地券之証」と題して土地の所在・面積・石高・地代金・持主名などを記載し、これに府知事県令が職氏名を記した上で捺印をしたものである。正副二通が作成され、正本は地主に交付され、副本は地券台帳に編纂された。地券の発行がなされた土地について譲渡が行われた場合、当事者は、村役人とともに連署した書面によって府県庁に地券書換を請願し、旧地券に代えて新地券の交付を受けたのであった¹⁹⁶。

しかしながら、地券制度は地租改正の準備のために採用されたものであって、権利変動の公示を目的とする登記制度そのものとして考え出されたものではなかった。また、地券は地租改正の手段であることに制約されて、担保権などの所有権以外の権利を表象することができなかつたため、担保権設定などの権利変動を明らかにするためには役立たなかつた¹⁹⁷。それゆえ、不動産担保取引の活性化とともに、新たな法制度の創設が切望されることとなった。そこで政府は、明治6（1873）年1月に地所質入書入規則、明治8（1875）年9月に建物書入質規則及び建物売買譲渡規則、さらには、明治13（1880）年11月に土地売買譲渡規則を相次いで制定し、ここに、いわゆる公証制度が創設されることとなった。公証制度は、地券発行に関連しながら不動産担保の取扱いを規定するだけでなく、統一的な不動産担保法の創設、および、従来の不動産担保関係の整理という歴史的意義をも有しており、明治期における不動産担保法形成の起点となるものであった¹⁹⁸。

2 不動産登記法の制定

わが国で初めて近代的な登記制度を導入したのは、明治19（1886）年8月13日の法律第1号をもって制定および公布され、明治20（1887）年2月1日に施行された、いわゆる旧登記法である。明治維新以後、明治19（1886）年まで行われていた地券制度および公証制度は、登記制度に代わるものと評価することはできるが、純然たる登記制度ではな

¹⁹⁵ その後、この規則は改められ、売買の度にはなく、全国一般に地券が発行されるようになった。この点については、福島正夫「日本における不動産登記制度の歴史」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）410頁以下を参照。

¹⁹⁶ 当初、地券は土地所有権譲渡の効力発生要件であったが、地券制度が新たに施行されても、以前から行われていた土地売買証文を作成するという慣行がなくなることはなく、両者は並行して行われていた。それゆえに、地券事務が渋滞して土地取引に不便を与え、また、地券台帳が公示手段ではなく、地券も単なる収税目的であって、取引保護を図るための制度ではないことが一般に意識されるようになった。その結果、地券を所有権の効力発生要件とすることを不当とする見解が主要なものとなり、太政官の裁令を経た司法省達は、布告の明文に反して、地券の書換を経ないでなされた売買に対しても、当事者間においては売買の効力を認めた。すなわち、地券の書換を第三者対抗要件としたのである。この点につき、福島・前掲注164・338頁を参照。

¹⁹⁷ この点につき、新谷・前掲注192・20を参照。

¹⁹⁸ これについては、藤原明久「明治初期における土地担保法の形成—明治六年「地所質入書入規則」を中心として—」神戸24・3・237（1974）を参照。

かった¹⁹⁹。

そこで、明治政府は登記法の制定を急ぐことになるのであるが、旧登記法の制定を促した主要な理由としては、前述したように次の三点が挙げられる。すなわち、①旧来の慣行を整備して設けられた公証制度があまりに不完全であったために抜本的な改革を必要としたこと、②登記法の制定それ自体が日本の法律近代化事業の重要な一環として認められていたこと、および、③登記税を新たに設けることにより、国家財政上の収入の増加を図ろうとしたことである²⁰⁰。この旧登記法は現行不動産登記法の原型とも言うべきものであり、その後の登記制度の骨格をほぼ決定付けたものと評価しうるものである。しかしながら、他面において、今日の登記制度には見られない特徴も備えていた。これは、主として、沿革や当時の法状況に由来するものと思われる。特に、当時はまだ民法典が存在していなかったため、実体的な規定がかなり盛り込まれていた。そして、登記制度を観察する際には、その技術的施設としての側面と、その実体法との関連としての側面からの観察が最も重要であると考えられるが、この旧登記法は、登記の技術的施設の面に関してはドイツ法の系統に属し、登記の実体法との関連の面についてはフランス法の系統に属するものであった。

以上のように、旧登記法の制定によって、わが国の登記制度もひとまず近代的な形式を備えることにはなったが、法律の規定は僅か 41 条にすぎず、そのうち登記制度に関するものは 25 条にとどまっていた。また、本来であれば法律によって規定されるべき性質のものも多くが省令に委ねられている状態であり、不備と欠陥が数多く存在していたことは否定できない事実であった²⁰¹。そこで政府は、明治 32 (1899) 年に不動産登記法を新たに制定したのである。この不動産登記法は、当初、第一章総則、第二章登記所及ヒ登記官吏、第三章登記ニ関スル帳簿、第四章登記手續および第五章抗告の 164 条から成っていた²⁰²。しかしながら、旧登記法における問題点の多くを克服した不動産登記法も、その制定後の法律状況、社会状況および経済状況の変化と発展に伴って、改革が求められることになる。そこで項を改めて、不動産登記法制定から今日に至るまでの発展過程を検討

¹⁹⁹ たとえば、地所質入書入規則は、戸長に証文への奥書割印をさせ、戸長の奥書割印のないものは無効としたが、公証の偽造や戸長の二重公証などの件数が増加し、明治 18 (1885) 年にはその件数が 300 件以上に及んだため、当時の公証の信用は全く地に落ちたと言われている。この点につき、吉野・前掲注 182・9 頁以下を参照。

²⁰⁰ とりわけ、三点目の財政上の理由が最も重要な理由であった。この点につき、福島・前掲注 179・438 頁を参照。

²⁰¹ とりわけ、一用紙一不動産主義の原則が貫かれていなかったことは、公示方法としてのこの制度の最大の欠点であった。

²⁰² この不動産登記法が制定された時期は、民法典の制定時期と重なっている。民法典における登記に関する実体規定は第 177 条の 1 条のみであり、詳細は登記法に委ねられている。しかし、このように不動産登記法に登記の効力に関する実体規定も盛り込むことが期待されていたにもかかわらず、実際には、いくつかの実体規定を除いて、手続法のみが定められることとなった。それゆえに、民法と不動産登記法それぞれにおける登記の実体規定が非常に少ないということが、わが国の登記規定における一つの特色となっている。この点につき、梅謙次郎「不動産登記ノ制ヲ論ズ」法協 25・4・475 以下 (明 40) を参照。

したいと考える。

3 不動産登記法制定後の発展

不動産登記法はその制定がなされた後も多くの改正を受けているが、第二次世界大戦以前の改正の中でとりわけ重要なものとして挙げられるのは、大正 2（1913）年の改正と昭和 17（1942）年の改正である。前者は手続整備に関する改正であり、後者は家屋台帳制度の発足に伴う改正であった。大正 2（1913）年の改正により登記簿の様式が改められ、土地登記簿と建物登記簿の様式が同一のものになり、区分も甲区と乙区の二区とされ、甲区には所有権に関する事項を、乙区には所有権以外の権利に関する事項が記載されるようになった²⁰³。昭和 17（1942）年の改正は家屋台帳制度の発足に伴う改正であるが、そもそも家屋台帳制度が創設された理由は、国税である家屋税の課税標準を家屋の賃貸価格に置いた上で決定することにあった。税務署に家屋台帳を備え、各家屋について所在、家屋番号、種類、構造、床面積、所有者および賃貸価格などを登録するようになったことに伴い、不動産登記法は多大な変革を受けることになったのである²⁰⁴。

第二次世界大戦後における最初の重要な変化は、国の行政組織の改編に伴い、登記事務の管轄が裁判所から行政官庁である法務省に移管されたことである²⁰⁵。次になされた重要な変革は、昭和 26（1951）年の改正によるバインダー方式登記簿への切り替えである。従来の登記簿は、用紙の加除が不可能なように厳重に編綴された固定式帳簿であった。そのために、土地建物につき初めて登記をした順序に登記番号を付して記載した上で別に見出帳を設けるという方法が、旧登記法以来行われていた。これを加除可能なバインダー方式に変えるという大変革が加えられることになったのである。さらに、昭和 35（1960）年に、台帳と登記簿の一元化がなされるに至った。これは、旧登記法以来存在していた、私的な権利を保護するための不動産公示制度としての登記簿と、徴税のための記録資料としての台帳という二元的な制度を、台帳を登記簿に統合するという形式によって一元化しようとするものであった。

また、情報技術の発達に伴い、登記制度も例外なくその影響を受けている。取引の活発化に伴って登記事件は年々増加しており、また、その内容においても複雑化している。その中であって、不動産登記制度の合理的な整備と発展のためには、登記簿という帳簿と簿冊によるシステムの再検討が必要不可欠となった。法務省は昭和 47（1972）年に登記事務のコンピュータ化に関する研究を始め、昭和 58（1983）年からは一部において現実に

²⁰³ この改正以前は、土地登記簿は甲乙丙丁戊の五区に、建物登記簿は甲乙丙丁の四区にそれぞれ分けられていた。

²⁰⁴ 従来、建物の登記は、その種類、構造および建坪により表示されていたために（昭和 17（1942）年の改正前の不動産登記法 37 および 50 条）建物の特定が困難であり、また、保存登記に関しては、まず地主の証明書により保存登記をし、さらに同一建物を市町村役場に届け出て市町村長の証明を得て二重に保存登記をすることも可能であったため（昭和 17（1942）年の改正前の不動産登記法 106 条）、その弊害は極めて大きかった。この点につき、新谷・前掲注 192・27 以下を参照。

²⁰⁵ これは、昭和 22（1947）年の法務庁設置に伴う法令の整理に関する法律によるものであって、不動産登記法中の「司法大臣」を「法務総裁」に、「司法省」を「法務庁」に改めたものである。

コンピュータによる登記事務処理を試験的に実施してきた。その後もいくつかの法律の制定や改正を経て、平成 16（2004）年に不動産登記法の大改正が行われた。この改正の主たる目的は、①登記のオンライン申請の導入、②登記簿のコンピュータ化のさらなる促進、③地図の電子化を可能にすること、および、④条文の現代語化の四点にあった²⁰⁶。この新不動産登記法が今後どのような評価を受けることになるかに関しては、今しばらくの時間が必要であろうと思われる。

二 公示制度と非占有担保制度

1 抵当制度の発展

ドイツと同様にわが国においても、登記制度は非占有担保制度の発展とともにその歩みを進めてきたものと考えられるが、それでは、わが国の非占有担保権である抵当権は、どのような経過を辿りつつ今日の制度に結実しているのだろうか。

すでに江戸時代において、現在の抵当にあたる書入と呼ばれていた制度が一般に確立されていた。これは、担保目的物である土地や建物の占有を債権者に移転することなく、単に証文に当該不動産を借金の引き当てとする旨を書き入れるだけのものであった。名主の加判もなく、契約の時点において物権的效果が生じるわけでもなかったが、弁済しない場合には、証文に記載された通りの方法で弁済することが強制されていた²⁰⁷。

明治維新を迎えた後、統一的な土地担保法の早期制定が望まれるようになったが、地租改正に伴って発行されるに至った地券は、前述のように所有権以外の担保権などを表象するには適さなかったため、政府は地所質入書入規則を始めとする担保法を次々と制定した。それらは旧幕時代の法の影響を受けてはいるが、書入を質入に対置させる抵当制度として整備したものであり、とりわけフランス法の影響を強く受けたものであった。その後、ボワソナード草案を経て、現行民法典にも非占有担保制度は受け継がれていくことになるのであるが、わが国における抵当権のフランス法的な性格は維持されたままであった。

2 登記と抵当権の関係

登記制度の発展における最も重要な要素の一つとして挙げられるのは、担保制度の発展を求める取引上の需要であろう。わが国においても、この要素が登記制度の発展を促したことに對しては疑う余地のないところである。しかしながら、日本の抵当制度の発展を検討してみると、ヨーロッパ諸国のそれと比べてかなり異なっているといえることができる。例えば、地所質入書入規則は、地租改正を実施するために作成されたのであるが、質入書入の法則を明らかにしておかなければ地券の付与に差し支えるというのが、政府としての立法理由であった。担保制度の整備という目的は二次的なものだったのである²⁰⁸。

²⁰⁶ これについては、清水響編著『一問一答・新不動産登記法』（商事法務、2005）1頁などを参照。

²⁰⁷ 担保目的物である不動産の債権者への明渡、当該不動産を売却した代金による弁済、質入への変更、および、当該不動産の占有を債権者に移転した上で利用させることによる債務の償却などの方法が行われていたようである。

²⁰⁸ さらに、この地所質入書入規則に続いて、建物と船舶に関する書入質制度が設けられたが、書入と質入を明確に区別することなく、両者を含めたような書入質という概念を定

わが国においては、担保制度の発展を求める声と同時に、税を効率的に徴収しようとする国家の要求がそれに重なった点に大きな特徴がある。それゆえ、登記制度の発展と担保制度の発展の関係がドイツなどとは異なっていると言うことができるだろう²⁰⁹。当時の日本においては、担保制度の発展に応えることを中心として登記法が制定されたのではなく、登記法の制定そのものが最重要課題だったのである。この点が、わが国において、物権変動および非占有担保権に関して、実体法上はフランス法的でありながら手続法上はドイツ法的な制度が成立した理由の一つとなっているのではないかと考えられる。そして、その状態は現在においても変化していない。わが国での登記と抵当権の関係における以上のような特徴は、現行の不動産登記法と民法の性格を考えていく上でも、非常に重要な鍵となると思われる。

第三節 不動産公示制度と不動産担保制度の理論的な関係

一 歴史的な観点

1 不動産取引の拡大

これまで、ドイツにおける土地債務制度の歴史的展開過程および登記と土地債務の関係について詳述し、さらに、日本における不動産公示制度と不動産非占有担保権の関係について検討を加えてきた。そこで本節では、これまでの検討に基づき、不動産公示制度と不動産担保制度の理論的な関係について、分析を試みたいと考える。その際に重要かつ有用な分析枠組として、歴史的な観点、経済的な観点および法的な観点を三つを提示したい。なぜならば、これまで検討してきたように、両制度は歴史的に特徴を有する発展過程を経てきており、その背後に経済上の需要が存在していたことは否定できず、そしてそれらの諸条件を背景にしながら、法的な特徴を獲得してきたからである。

歴史的な観点からすれば、不動産取引の拡大に伴って不動産担保権の需要が高まっていたことは動かしがたい事実と言えるだろう。ドイツにおいては、都市間の商取引が中世に入ってから活発化したことが不動産担保権の発展を促し、日本においても、とりわけ明治以降、押し寄せる近代化の波とともに不動産取引が活発になされるようになったことに伴って、不動産担保制度が整備されていった。

いずれにおいても、最も有用な不動産担保権として利用されたのは、非占有担保権である。わが国においては、すなわちそれは抵当権であり、被担保債権との付従性を有する担保物権であるが、ドイツにおいては、その抵当権とともに、被担保債権との付従性を有しない、いわゆる土地債務制度も独自の発展を遂げた²¹⁰。土地債務の起源はドイツ法上の定

めている。このように、担保制度として極めて不完全であった。このような明治初期の担保制度が、土地信用それ自体に対して大きな不便を与えたことは想像に難くない。また、当時は地券を預ける担保方法も広く行われたが、それはなおさら不完全なものであった。²⁰⁹ このことは、物権変動および抵当権に関する実体法規定が登記法の発展に伴って変更されることなく現在に至っている、という事実につながっていると思われる。実体法上、登記を効力発生要件としてではなく第三者対抗要件として扱った上で登記に公信力を認めないという、地券制度の成立以来維持されてきたフランス法的な解釈および運用を変更することなく、手続法上、ドイツ法的な登記法を継受したという事実は、登記法の制定そのものを第一に目指したわが国の当初の目的に端を発するものと思われる。

²¹⁰ 土地債務に関する著名なドイツ語文献としては、さしあたり、Seckelmann, a.a.O.44;

期金売買にあると考えられており、ローマ法などにその萌芽を見ることはできない。基本的にはドイツにおいてのみ定期金売買が発展し、その後、とりわけ北ドイツにおいては忘れ去られることなく、BGBの制定の際にも、重要性の点では抵当権に劣るものと考えられたとはいえ、それと並んで法典に盛り込まれた背景には、当時のドイツに特有な事情が存在する。しかしながら、すでに触れたとおり、土地債務はBGB制定当時の採用理由とは異なる点において有用性を見出され、現代においては抵当権を遥かに凌ぐほどに利用されているのである²¹¹。

ドイツにおける土地債務および抵当権も、わが国における抵当権も、不動産取引の拡大に伴って発展を促されたことには変わりはないが、両国における不動産取引に対する期待の内容は異なるものと言えるだろう。すなわち、歴史的な観点からすれば、ドイツにおいては、非占有担保物権の流通性を高めることが重要であったにもかかわらず、わが国においては、抵当権などの流通性がドイツにおけるほどに要求されたという事実は、これまで存在しなかったのである。それゆえに、付従性を有しない非占有担保物権なるものが求められることはなかったのである。

2 公示制度の発展と確立

不動産取引の拡大に伴って不動産担保権の需要が高まり、非占有担保物権が次第に確立されていったことに関しては、日本とドイツにおいて違いはない。しかしながら、ドイツにおいては、被担保債権との付従性を有しない非占有担保物権として、土地債務制度が発達し、さらに、担保権の流通性を高めるために、被担保債権との付従性を有する抵当権も証券が発行されることを原則形態とする（BGB 1116条1項）など、日本法における諸現象とは異なる点が多く見られる。

以上のような相違点は、両国における不動産公示制度の発展過程に対しても、大きな影響を与えていると思われる。ドイツにおいては、中世以来、主として都市における商人の間で不動産取引が活発に行われるようになり、不動産公示制度もその流れに呼応しつつ発展していった。土地の譲渡行為や質入行為などが、公的機関が関与しつつ運営されていた記録簿に記載されるようになっていったのである。この中世の都市において原型を見出すことができる登記制度が、各都市において次々と採用されながら、次第にその法的性質も変化していった。その際には、登記される実体法上の権利の法的性質が大きな影響を与えたであろうことは想像に難くない。

また、中世以来BGBの制定に至るまで長い年月を経て、実体法である非占有担保制度と手続法である公示制度の有機的な結合関係が築かれていった点は、わが国における、明治維新を境界とする急激な法制度改革を比較対照とすると、特筆すべきものであると思われる。わが国においても、土地などに関する私法上の権利関係を何らかの方法で公示するという制度は江戸時代にはすでに見受けられたが、明治維新後の急激な近代化に伴って、外国法の継受を中心として、日本の法制度は大きな変革を受けることとなり、不動産登記制

Buchholz, a.a.O.14などを参照。

²¹¹ 土地債務と抵当権の実務における利用率に関しては、Adams, a.a.O.90, S.11を参照。

度もその例外ではなかったのである²¹²。

3 公示制度の機能の確立と分化

日本における登記は不動産物権変動の対抗要件として機能するものであって（民法 177 条）、効力発生要件として機能するものではない。また、登記は公信力を有せず、公信力を付与すべきと主張する見解も、最近ではそれほど多く見られることはない²¹³。一方で、ドイツ法上の登記は、物権変動における効力発生要件であり、公信力をも有している。このような両国における不動産登記の機能は、歴史的な観点からすると、どのように確立されていったのであろうか。

わが国の不動産公示制度の原型を一義的に特定することは困難であるが、明治以降の急激な近代化に伴う法制度改革において制定された、登記制度関係の一連の諸規定および明治 19（1886）年のいわゆる旧登記法を挙げることは許されると思われる²¹⁴。不動産に関連する一連の法制度の整備において最初に採用された地券制度では、当初、地券は当該土地が譲渡されるにあたって効力発生要件であった。しかしながら、地券制度はもともと収税目的で採用されたものであり、さらに、手続きの煩雑さを理由として、その後、対抗要件を有するにとどまるものと改められた²¹⁵。その後制定されたいわゆる公証制度の下では、主としてフランス法の影響を受けつつ、公証が物権変動の効力発生要件とされることはなかったようである。しかしながら、登記法そのものに関しては、物的編成主義に

²¹² その過程において、不動産物権変動および不動産非占有担保制度などの実体法上の規定に関してはフランス法を母法とし、その手続法である不動産登記法はドイツ法を模範として制定されるといった、本来であれば、有機的に結合しなければならない実体法とそれに関する手続法のそれぞれの母法が異なるという事態が発生したのである。もちろん、この点については、母法がそれぞれで異なっているからといって、その事実が今日における当該法制度の解釈および適用にあたって大きな障害となっているか否かについては、詳細な研究が必要であらうと思われる。この問題を検討する手がかりを与えるものとして、鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続の実務 ―日本的「フランス法主義」の特質―」民研 360・1 以下（1987）などを参照。

²¹³ 不動産登記に対する公信力の付与をめぐる議論を整理するものとして、我妻栄他「不動産登記制度改正の問題点」私法 9・45 以下（1953）、原島重義「不動産登記に公信力を賦与すべきか」ジュリ 300・132 以下（1964）、および、半田正夫「不動産登記と公信力」星野英一編『民法講座 2・物権（1）』197 頁（有斐閣、昭 59）以下を参照。また、登記に公信力を付与すべきとの立場を採用するものとして、幾代通『不動産登記法の研究』（一粒社、昭 48）所収の各論文を参照。さらに、不動産物権変動における、いわゆる二重譲渡の法的構成に関して公信力説を採用するものとして、篠塚昭次『民法セミナーⅡ・物権法』100 頁以下（敬文堂、昭 45）、半田正夫『不動産取引法の研究』10 頁以下（勁草書房、昭 55）、および、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全 ―フランスにおける判例の「転換」をめぐる―」比較法学（早稲田大学）9・2・120（昭 49）などを参照。

²¹⁴ 江戸時代以前の不動産に関する法制度および慣行を一部において受け継ぎつつ、明治以降の諸制度が整備されたことは否定し難いところであるが、相当程度の統一的な法的効力を有しているか否かという点を考慮すると、明治維新以前の諸制度と以後のそれとでは、今日の登記制度に与えた影響力に質的な差があると言わなければならない。

²¹⁵ 明治 10（1877）年頃のことである。これについては、福島・前掲注 164・338 頁を参照。

代表される優れた特徴を有しており、当時最も先進的であると評価されていたドイツにおける土地登記法草案を模範として、旧登記法は制定されたのであった。

一方で、ドイツにおいては中世都市における不動産公示制度を原型として登記制度が発展してきたが、ドイツが統一されてBGBが制定されるまでの発展過程を検討すると、各都市の独立性の強さゆえに、それぞれにおいて少しずつ異なっている。しかしながら、全体的な傾向としては、不動産担保物権の公示（抵当権簿）から不動産所有権の公示（登記簿）へ、さらには、対抗要件から効力発生要件へ、という一連の流れを確認することができる²¹⁶。そして、その背後には実体法としての不動産法の発展が存在し、さらには、そのような法の発展を求める経済的な需要が存在していたのである。そこで、次に項を改めて、そのような経済的な観点から、不動産公示制度と不動産担保制度の理論的な関係を検討してみたいと考える。

二 経済的な観点

1 担保取引の必要性

取引関係が拡大していくと、当事者間の信用に基づいた取引が必要になってくる。すなわち、交換契約が主流であった時代から金銭を媒介とした売買契約が取引関係において最も重要な意味を有する時代に入ると、何らかの信用を基礎として金銭を借り入れ、それを元手に新たな取引関係に入っていくという事象が一般的に見られるようになる。そのような信用は、当事者間の純粋な人間関係に基づくこともあるが、多くの場合、債務者側の物的財産が引き当てとされる。その理由は、不動産および動産を含めた物的財産の価値が比較的安定していることに求められるだろう。とりわけ、目的物が不動産の場合に、このことはより妥当する。

わが国においてもドイツにおいても、不動産担保制度が利用され始めた当初は、目的物である不動産の占有を債権者に移転する形式が主に用いられていた²¹⁷。目的物の占有が債権者に移転されることによって、当該不動産に担保権が設定されていることが契約当事者以外の第三者にも認識されるようになる。このことは、債権者にとっては、自らの担保権を確実にするのに役立つ、第三者にとっては、自らが取引関係に入っていく際のリスクを計算するのに役立つことになる。しかしながら一方で、債務者にとっては、自らが所有している不動産の占有を明け渡すことになり、結果として当該不動産を利用できなくなるという不便が生じる。そこで、非占有担保制度が発展していくことになる²¹⁸。

2 公示方法の必要性

²¹⁶ この流れを登記制度の普遍的な発展傾向であると認識することに対しては、保全抵当から投資抵当へという流れを普遍的な発展モデルであると捉える近代的抵当権に対する批判が同様に当てはまるであろう。登記の法的効力に関しては、各国における不動産に関する法および慣行に深く留意しつつ、方向性を定めるべきであると思われる。

²¹⁷ わが国においては入質、ドイツにおいては古質と呼称されていたものが代表的なものである。

²¹⁸ 非占有不動産担保権としては、わが国においては差質、ドイツにおいては新質などを挙げることができる。

非占有担保物権は、債権者が目的物である不動産を占有しないという特徴を有するため、一見ただけでは、外部からはその不動産に担保権が設定されているか否かについて判断することができない。そのため、第三者が当該不動産を担保権が設定されていないものと判断して取引関係に入ってきた場合、そのような第三者を保護することなく担保物権の効力を貫徹させることにすると、その第三者の利益を著しく害することになり、一方で、そのような場合に担保物権の効力を第三者に対抗できないものとするれば、そもそも担保物権としての効力はきわめて形骸化することになる。それゆえ、取引関係に入ろうとする第三者が当該不動産に設定されている非占有担保物権を認識することができるようにするために、公示制度が整備される必要性が生じてくるのである。

ドイツにおいては、以上のような非占有担保制度の発展に伴って不動産公示制度の発展が促されており、その関係は比較的顕著なものであると言える。とりわけ、非占有担保権の公示制度が整備された後に所有権に関する公示方法が確立していったことは、注目に値する。登記制度は、当初、担保簿として位置付けられていたのであった。

それに対して、わが国における不動産公示制度の発展過程は、とりわけ明治維新以降に焦点を絞って考察すると、ドイツとの違いが明確である。日本では、税制改革を主たる目的とした地券制度が最初に整備され、不動産所有権の変動に関する公示方法がまず確立された。その後、信用担保取引の拡大に伴って、公証制度が整備され、その後の旧登記法へと繋がっていくのである。このように、わが国における明治以降の不動産公示制度の発展経過を検討してみると、それが実体法と密接に結び付きながら促進されてきたとは評価し難く、そしてその事実が、今日における実体法と手続法の母法の相違と、それに基因する両者の間の齟齬に繋がっているのではないかと思われるのである²¹⁹。

三 法的な観点

1 手続法上の制度としての登記

以上のような歴史的および経済的な諸事情を背景として、不動産公示制度は発展してきたのであるが、一つの法制度として登記制度を検討してみた場合に、そこにはどのような特徴が見られるのであろうか。この点につき、登記制度は実体法上の権利関係を公示することにその主たる目的が存在するため、手続法としての側面が強調されることは決して誤りではない。ドイツにおける土地登記法においても、わが国における不動産登記法においても、一部の実体法的な規定を除いて²²⁰、ほとんどの規定が登記手続に関するものである。

そもそも、登記制度の理想は、実体法上の物権変動を正確かつ迅速に公示することにより、不動産取引の安全および円滑に奉仕することにある²²¹。この理想にできる限り近づくために、安全性と迅速性を保ちつつ、市民が利用し易い制度を構築することが必要となる。

この点に関して重要な問題として挙げられるのは、登記簿の編成に関する問題と、登記簿の記載と実体法上の権利関係をどのようにして符合させるかという問題であろう。前者については、わが国においてもドイツにおいても物的編成主義が採用されているが、情報

²¹⁹ この点につき、鎌田・前掲注 212・1 以下を参照。

²²⁰ 不動産登記法に規定されている典型的な実体規定として、登記がないことを主張することができない第三者について定めている不動産登記法 5 条が挙げられる。

²²¹ これについては、幾代・徳本・前掲注 184・13 頁を参照。

技術の発展に伴い、登記簿がコンピュータ化され、さらには登記のオンライン申請も導入された今日においては、情報の組み替えが容易になされ得るため、物的編成主義を採用しているか否かといった問題は、もはやそれほど大きな問題ではないとも言える。それ以上に重要なのは、コンピュータ化に伴う個人情報流出の危険性からいかにして市民の権利を保護すべきか、という点ではないだろうか。さらには、今後は私法上の権利関係だけではなく、当該不動産に関する公法的な制限なども登記簿に記載するか、もしくは、少なくともそのような情報へのアクセスを容易にする措置が講じられてしかるべきだとも思われる。

後者の登記簿の記載と実体法上の権利関係の符合に関する問題については、日本とドイツにおけるそれぞれの法制度は大きく異なっている。まず、わが国においては、明治維新以降だいぶ整備されてきたとはいえ、地籍の不整合に基因する、不動産の物理的状況についての登記簿の記載と実体が合致しないという問題がいまだに存在している。つまり、権利関係と登記の符合の問題以前に、不動産の物理的状況と登記の符合の問題が大きく横たわっているのである。そして、権利関係と登記の符合の問題に関しては、わが国における登記官は窓口的審査をするのみで、物権変動の原因となった契約などが法律上有効になされたのか否かを審査することは期待できず、結果として、実体法上は根拠が存在しない登記を行うという可能性が高まることとなる²²²。それに対して、ドイツにおいては、とりわけ土地所有権の譲渡に際して、当該土地所有権譲渡の意思表示は公正証書によってなされなければならないものとされているので（いわゆるアウフラックの必要性、BGB 925条）、それによって不実の登記が作出される蓋然性はきわめて低くなっている。また、このことは、次項において検討する、登記の実体法上の効果に関する日本法とドイツ法の相違にも結び付く法的特徴であるとも言えるであろう。

2 実体法上の効果と結合した登記

以上のように、登記は主として手続法的な特徴を有する制度ではあるが、それが実体法上の権利関係を公示することを目的としていることから、登記それ自体が実体法上の効果を有する可能性が生じてくることは十分予想され得るところである。しかしながら、この点につき、日本法とドイツ法はその内容に関して大きく異なっている。日本法における登記は物権変動の対抗要件であり、ドイツ法における登記は効力発生要件である。それに加えて、ドイツ法上の登記は公信力をも有している。

ドイツにおいては比較的早く、すでに中世の都市において、登記は効力発生要件とされていたようである。とりわけ、登記簿の作成に公的機関が関与し、真実の実体関係に合致しない登記が訂正されるようになったことは、登記に公信力を付与するための基礎を与えたと言えるであろう²²³。その後、ローマ法の継受を経て、無方式による意思表示のみに基

²²² しかしながら、実務においては、不動産の物権変動に際しては多くの場合に司法書士が立ち会っており、その上で必要な法律上の知識を当事者に提供しながら契約が締結されているため、実際には不実の登記がなされる可能性は低く抑えられている。また、新不動産登記法においては、登記内容の正確性を確保するために、権利に関する登記に際しては、登記原因証明情報を提供すべきものとされたことが注目される（不動産登記法 61条）。

²²³ これについては、ミッター著・世良晃志郎・広中俊雄訳『ドイツ私法概説』（創文社、

づく物権変動の効力が一時認められるようになったが、特に意思表示のみによって設定される非占有担保権の公示性を求める声が取引界から高まり、再び不動産公示制度の整備が叫ばれるようになった。この時に主として求められたのは、抵当権簿のようないわゆる担保簿であり、所有権移転をも公示するような包括的な登記簿ではなかった。そして、その担保簿への登記は効力発生要件とされ、公信力も付与されるに至った。担保簿が今日におけるような所有権譲渡も記載される登記簿へ姿を変えるまでには、かなりの時間的間隔が存在する。このように、比較的早い段階で登記が効力発生要件とされ、さらに公信力も付与された背景には、ドイツにおける特殊な経済事情が存在していたことを指摘しなければならない²²⁴。つまり、投資信用を確保する必要性から登記制度の整備が促され、さらにその背景事情として、転々流通する担保権の存在が期待されていたのである。そこから、登記の効力発生要件としての機能、および、公信力の付与という、ドイツ法上の登記の二つの重要な特徴が導かれるのである。

それに対してわが国においては、明治維新以降、不動産信用の確保を求める声は高まったものの、ドイツほどには担保権の流通性を高めることは要求されず、それどころか、制定当初は土地所有権譲渡の効力発生要件と解されていた地券も、手続事務が渋滞したことに端を発して対抗要件に改められることとなってしまった。その後、公証制度などを通じて担保権の公示方法が整備されるようにはなったが、旧登記法以降、登記が効力発生要件とされることはなく、もちろん公信力が付与されることもなく、今日に至っているのである²²⁵。

第四節 小括

一 ドイツ法から得られた示唆

1 信用担保手段としての不動産の利用

前節において検討したように、不動産公示制度と不動産担保制度は歴史的、経済的および法的な側面のそれぞれにおいて、密接な関係を有している。そして、わが国における両者の関係とドイツにおけるそれとを比較してみると、それぞれにおいて登記と非占有担保権の理論的な関係を見出すことができるが、とりわけドイツにおいて、そのことは顕著である。そこで本節では、本章の小括を兼ねつつ、これまでの検討および分析を通じて得ら

昭 36) 181 頁以下を参照。

²²⁴ この点につき、鈴木・前掲注 78・3 頁以下、および、高島・前掲注 79・121 以下などを参照。

²²⁵ 今日、登記の実体法上の効果を効力発生要件に改め、さらには公信力を付与することを求める見解はそれほど見られなくなっている。さらに、ドイツにおいても、登記の公信力を否定する法制度を新たに構築するべきだという声は聞こえてこない。両国においては、登記制度が発展してきた歴史的および経済的背景が異なっていたために、現在の登記制度の内容も大きく異なっているのではあるが、経済事情がそれほど根本的に異なっているとは見受けられない現代の両国において、登記の実体法上の効果に関して再検討を試みようとする見解が表立って現れてこないのは、登記の効果に関していずれの結論を採用するにしても、事実上それほど弊害が生じていないことの表れであるとも言えよう。また、このことは、登記の効果の内容を基準として発展段階の優劣を決することはできないということの証左であるとも言えるだろう。

れたドイツ法から日本法への示唆を抽出し、それを踏まえて、不動産公示制度と不動産担保制度の今後の課題について考察を加えてみたいと考える。

ドイツにおける不動産法の歴史を紐解いてみると、各都市を跨いだ商取引の活発化に伴って、信用担保手段として法制度が整備されていったことが見受けられる。これは、ハンザ諸都市などを代表とする、中世以来発達を遂げた各都市における商人達からの要求に応えるものであった。不動産を信用担保手段として利用する場合には、債権者に目的物である不動産の占有を移転する質権型と、占有を債務者の下に留める抵当権型の二つの形式が考えられるが、いずれの方式を用いるとしても、信用担保手段としての性質上、被担保債権の存在が前提とされるのが通常である。

しかしながら、ドイツにおいては、被担保債権との関連性を有しない抵当権も発展した。今日における土地債務制度がそれである。前述のように、土地債務は定期金売買に端を発し、その後、ハンザ諸都市やプロイセンなどを中心として発展を遂げた、被担保債権との付従性を有しない非占有担保制度であるが、もともとは、教会法によって禁じられていた利息を債権者が得るために考案された制度であった²²⁶。被担保債権から独立している物的負担と構成することによって、結果的に利息と同等の金銭を定期的に得ることが可能となったのである。その後、この被担保債権との付従性を有しない非占有担保権は、主として北ドイツにおける特殊な経済事情を背景としつつ、転々流通するために便利な担保制度として利用が促進され、土地債務制度としてその立場を強固なものに至った²²⁷。ドイツ法上の登記が物権変動の効力発生要件となり、さらに、それに公信力が付与されるに至った背景としては、このような転々流通されることを前提とした、動的安全が極めて高度なレベルで要求される土地債務制度の発展を見逃すことはできないであろう。

しかしながら、BGBにも受け継がれた土地債務制度は、今日では転々流通を主たる目的として利用されているわけではない。それどころから、ドイツにおいても、非占有担保権の流通性に関しては、それほど強い関心は払われてはいないようである。それでは、ドイツにおいても日本と同様に抵当権のみが一般に利用され、土地債務制度はほとんど利用されていないかと言えば、状況は全く異なる。今や、純粋に信用担保手段として、土地債務は抵当権以上に経済界では圧倒的に利用されているのである。このような事実を踏まえた上で、わが国における今後の非占有担保制度の発展について検討を重ねていくことは、大変重要な課題であろうと思われる。

2 登記と非占有担保権の密接な関係

ドイツでは中世以来、信用担保手段として不動産が利用され、その際に用いられる非占有担保権を一般に公示するための制度として登記制度が発展してきたという歴史的事実が見出される。それにより、登記と非占有担保権の間には密接な関連性が存在し、両者は歩調を合わせながら発展してきた。一方で、わが国における登記と非占有担保権の関係はド

²²⁶ Seckelmann, a.a.O.44, S.36 f.

²²⁷ 被担保債権との関連性を断絶した上で流通させれば、新たにその土地債務を取得しようとする者にとっては被担保債権の有効または無効などに関して煩わされることがなく、安心して取引に入ることができる。その結果、土地債務の流通性はさらに促進されることになるのである。

イツにおけるものほど密接なものとは言い難く、その証左として、実体法と手続法の母法がそれぞれにおいて異なるという現状が存在している²²⁸。物権変動を規律する実体規定はフランス法に由来しており、登記手続を規律する手続規定はドイツ法に由来しているという事実を前提とし、両国の不動産法が全くと言ってよいほどに異なっていることを勘案すると、わが国における不動産をめぐる法状況の問題性を推し量ることができるであろう。

例えば、ドイツ法を継受したわが国の不動産登記法においては、実体法上、意思表示によって物権変動の効果が生じるものとされている（民法 176 条）にもかかわらず、登記されるのは物権変動そのものであり、その結果として、物権変動の原因に対する関心が相対的に薄くなる危険性を孕んでいる²²⁹。しかしながら、その点、母法であるドイツ法においては、土地所有権の移転が企図される場合には、公証人が関与するアウフラッスンクが実体法上の要件とされているので（BGB 925 条）、土地所有権の譲渡の場合に限ったことではあるが、物権変動の原因の真実性は法律上担保されていることになる。この問題を解決するためには、不動産取引への司法書士の関与を法律上義務化するか、もしくは、フランス法におけるように、契約書そのものを登記する等の方法が考えられるが、いずれにしても、日本法上、物権変動に関する実体法と手続法の間に齟齬が存在していることは否定できない事実であろう。

以上の問題意識からすれば、不動産物権変動に関する実体法上の規定を前提とした上で登記法などの手続法が次第に整備されていったという歴史を有するドイツ法を参照しながら、わが国における登記と非占有担保権の関係についても一度考え直してみることは、一定の意義を有することであると思われる。

3 登記が有する実体法上の効果

ドイツにおける登記制度から得られる示唆の中でも特筆すべきことは、登記が有する実体法上の効果の特殊性であろうと思われる。ドイツ法上の登記は物権変動の効力発生要件であるとともに、公信力をも有している。この事実は、ドイツにおける登記制度の歴史的発展過程と密接な関係がある。つまり、商人による遠隔地間の不動産取引に資するために登記制度が創設され、次第に登記簿への記載そのものが権利関係の変動をもたらす要件とされるようになり、さらには、登記簿の記載内容が真実の権利関係を表象するものとして認識されるに至ったのである。その結果、登記簿に公信力が付与されることになったのであった。そして、以上のような登記が有する実体法上の効果は、歴史的には、土地所有権の変動の場面よりも抵当権などの担保権の変動の場面において、より早く認められるよう

²²⁸ これは、当時の立法理由によるところが大きい。とりわけ不動産登記法が立法されるに際しては、登記税収入を得ることが第一の目的とされたため、相対的に実体法である民法との関連性が薄くなってしまったという側面があることは否めない。当時最も先進的な登記制度と評価されていたドイツの土地登記法草案が主として参照されたことも、以上のような、登記法の制定そのものが強く要求されたということと切り離して考えることはできないであろう。

²²⁹ この度の不動産登記法の大改正によって、権利に関する登記がなされる場合には、登記原因証明情報が提供されるべきものとされた（不動産登記法 61 条）が、その情報の真実性が依然として司法書士などの活動によって担保されなければならないという現実、相変わらず続いている。

になったという経緯がある。それだけ、非占有担保権の公示性を高める要求が取引界から強く上がっていたということを示していると言えるだろう。その際に、流通性を促進するためにさらなる発展を遂げつつあった、被担保債権との付従性を有さない土地債務が、登記の効果をより明確にするための一助となったであろうことは、すでに述べたところである。

それに対して、わが国における登記の実体法上の効果は、フランス法に倣って、物権変動の対抗要件にすぎず、公信力も認められていない²³⁰。両国の登記の実体法上の効果の相違が、そのまま登記制度の発展段階の相違に繋がるわけでは決していないが、ドイツ法上の登記が有する実体法上の効果が、法的安全性に資することは疑いのないところであろう。もちろん、その背後には真の権利者を保護する措置が講じられなければならないが、保険制度の導入をも視野に入れた上で、さらには、登記制度の根幹を支える地籍の調査を徹底した上で、日本法上の登記の効力を再検討する余地はまだ残されていると思われる²³¹。

二 不動産公示制度と不動産担保制度の今後の課題

1 両制度間の緊密な連携の必要性

続いて、ドイツ法における不動産公示制度と不動産担保制度の関係から得られた示唆に基づいて、わが国における両制度の今後の課題について検討を加えたい。

この度、不動産登記法の大改正が行われたが、その改正の主眼は登記のコンピュータ化に対応した制度を構築することに置かれており、登記制度そのものを根本から再構成するものではない²³²。それゆえ、実体法上の諸問題に正面から対峙して制定されたものとはいえないのが現状である。しかしながら、これまで述べてきたように、不動産公示制度は、本来、実体法である物権変動に関する制定法および法理論と緊密な連携をとりつつ発展させられていくべきものである。わが国における登記制度は、その制定当時から、実体法との齟齬が解消されることのないまま、今日に至っている。特に、公示制度の生命線である、真の権利関係と登記簿の記載内容との合致を担保する法制度の整備は、あまりにも不十分であると言わざるを得ない。

2 被担保債権との付従性を有しない非占有担保物権の創設の可能性

また、不動産担保制度そのものに焦点を絞ってみると、ドイツにおける土地債務制度が、今日では流通性を促進させるためではなく、主として被担保債権の存在を前提とした保全

²³⁰ 特別な場合に限って民法 94 条 2 項の類推適用がなされる結果、登記に公信力が認められるのと同様の結論が導かれることはあるが、法律上、登記に公信力が認められているわけではない。

²³¹ その意味で、幾代教授の見解に傾聴すべき部分はいまだに多いと思われる。とりわけ、登記の公信力の問題について、幾代・徳本・前掲注 184・453 頁以下、および、幾代・前掲注 213 所収の各論文を参照。

²³² 高度情報化社会に対応した制度を構築することは、もちろん重要である。登記簿のコンピュータ化によって、登記簿の記載内容に、私法上の権利関係だけでなく、公法上の利用制限までもが含まれるようになる可能性が見出されることになるであろう。つまり、登記簿が、不動産に関する総合的な情報データベースへと発展を遂げる強固な礎ができることになるのである。この点につき、Ertl, a.a.O.119, 1 ff.などを参照。

土地債務として機能していることに着目して、法律上、被担保債権との関係が切断されている不動産非占有担保権の創設の可能性を吟味してみることも、否定されてはならないのではないだろうか。不動産価格が安定傾向にある現在において、より良く不動産の担保価値を有効活用することができるようにするためにも、被担保債権の影響を受けない不動産非占有担保権には魅力があると思われる²³³。

本章においては、ドイツにおける登記と土地債務の関係の検討から得られた、日本における登記と非占有担保権の関係への示唆を抽出し、検討を行ってきた。日本の登記制度の母法であるドイツ法を通じて得られたいくつかの重要な視点は、今後、日本の不動産公示制度を検討するに際して、決して見逃してはならないものであると言えるだろう。

²³³ もちろん、土地債務制度類似の法制度をわが国に導入する場合には、多くの問題点を克服する必要があると言えるだろう。この点につき、山田晟「立法論として所有者土地債務をみとめるべきか」法協 97・9・1（1980）などを参照。

第三部 ドイツにおける
仮登記 (Vormerkung) と不動産物権変動論

第一章 わが国における不動産物権変動論

第一節 序

一 わが国における不動産物権変動論の特徴

1 議論の基本的な流れ

わが国における不動産物権変動の解釈論を展開するに際して参照される根拠条文は民法 176 および 177 条であるが、その民法 177 条により、登記に関しては不動産登記法を参照する旨の規定がなされているため、民法における規定と同様に、不動産登記法における規定も、不動産物権変動論の検討にあたって重要な手がかりとなる。

わが国の不動産物権変動をめぐるのは、民法および不動産登記法が制定された当初から激しい議論の対象となり、民法解釈論全体を見渡しても、最も華々しく議論が展開された論点の一つと言っても過言ではなかった。その後、不動産物権変動をめぐる議論は収束する気配を見せることなく、むしろ、各論者の見解はますます多様化する傾向にあり、さらには、不動産物権変動に関して論じること自体の意義に対して疑問が投げかけられることもあった。そして最近では、再び不動産物権変動論の法的構成に対して関心の目が向けられるようになり、これまでの判例および学説の展開を前提とした新たな注目されるべき見解が現れている。しかしながら、依然として一定の方向に議論の行方が収斂されるようには思われないというのが現状である。

2 議論が錯綜している背景

それでは、以上のようにわが国の不動産物権変動論が錯綜している背景にはどのようなものがあるのだろうか。一つの重要な理由として、わが国の民法 176 および 177 条、そして不動産登記法が立法されるに至った経緯が挙げられるであろう。民法 176 および 177 条により、わが国における不動産物権変動に関する実体法規定は、意思表示のみによって物権変動の効果が発生し、登記は対抗要件にすぎないとする、いわゆるフランス法的な意思主義を採用しているということは明らかである¹が、その一方で、登記手続法について規定している不動産登記法は、ドイツにおける土地登記法を継受したものと理解されている²。ここに、不動産物権変動を規律している実体法と手続法の母法が、それぞれにおいて異なっているという現象が生じており、解釈論において、根拠規定の母法に遡るだけでは説得的な議論を展開することができないという困難を引き起こしているのである。

また、わが国における不動産物権変動論の中には、多くの重要な諸論点が含まれているにもかかわらず、不動産物権変動論と題して一括して検討されてしまっている事実が見受けられる。それぞれの論点としては、例えば、①物権行為の独自性、②物権変動が生じる時期、③対抗問題の法的構成、④登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲、および、⑤登記がなければ対抗することができない第三者の範囲などが挙げられるが、これらの各論点の中には、相互に密接な関係を見出すことができるものもあれば、別個に議

¹ 対照的に、ドイツにおいては、登記は効力発生要件として位置付けられており、いわゆる形式主義を採用している（BGB（民法典）873 条）。

² この点につき、福島正夫『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）352 頁以下を参照。

論されるべきものもある。このような場合には、さしあたって論点ごとに別個に検討を加えた上で、関係付けて論じられるべきものとそうではないものとを明確に区別した方が、より説得的な議論を展開することができるように思われる。

3 検討の順序

以上のように、わが国における不動産物権変動をめぐる議論は、立法過程においても、その後の判例および学説の展開過程においても、一方では、母法の相違という問題を抱え、他方では、各論点それ自体に対するアプローチの相違とともに、それぞれの各論点の関連性の理解の相違という問題を抱えていると言える。そこで本章においては、まず、民法 176 および 177 条ならびに不動産登記法が制定されるに至った経緯について検討し、さらに、民法制定後に不動産物権変動論と題して議論が行われてきた諸論点に関して一般的な説明を加えた上で、判例および学説の本格的な検討に移りたいと考える。

二 立法に至る経緯

1 民法 176 および 177 条

わが国における不動産物権変動に関する法の萌芽を正確に見出すことは大変困難であるが、少なくとも、不動産物権変動を観念するためには、不動産に対する権利が処分者に対して認められなければならない。その点に関して、すでに大化の改新（645 年）の際には、土地に対する私的所有の意識が人々の間に存在していたようである³。このような土地に対する意識は、農耕による定住生活が次第に一般化していくに伴って根付いていったものと思われる⁴。その後中世に入ると、証文による売買が一般化し⁵、さらに近世においては、中世以降存在していた一般的な土地支配観念が公法的な租税徴収権能に転化し⁶、そして豊臣秀吉によって行われた全国検地（1582 年）により、土地の公法的支配と私法的支配の分離が一段と促進されるに至った。

以上に述べた、わが国における不動産物権変動法制に関する古代から近世に至るまでの歴史的な経緯が、現行民法 176 および 177 条の制定にあたって直接的な影響を与えたと評価することはできないが、江戸時代に行われていた制度および慣習は、その後の民法典の制定にあたって直接的な影響を与えることになる明治初期の諸法制と、密接な関係を有していたとすることができる⁷。それゆえ、江戸時代の法制を捨象して、ただ外国法の影響を検討するだけでは、明治以降のわが国の諸法制の沿革を正確に把握することはできないものと考えられる。

そこで、江戸時代における不動産物権変動法制に目を移すと、当時は、田畑の永代売買

³ 大化元（645）年 9 月の孝徳天皇の詔に「而有勢者分割水陸以為私地、売与百姓、年索其価」とあり、当時すでに、私的所有およびその売渡に関する概念が存在していたことを窺わせる内容となっている。この点につき、石井良助『日本法制史概説』（創文社、1960）45 頁を参照。

⁴ 牧英正・藤原明久編『日本法制史』（青林書院、1993）27 頁を参照。

⁵ 石井・前掲注 3・321 頁を参照。

⁶ 石井・前掲注 3・311 頁を参照。

⁷ 福島・前掲注 2・330 頁以下を参照。

は禁止されていたが、質流れなどの名目で所有権の移転は行われていた⁸。しかし、幕府は貢納徴収権を確保するにあたって、事実上の所有権移転行為を放任することができなかつたため、土地の現況と所有者を明確に把握するために、それらの情報を公簿に記載する方式を講じ、さらに、名主加判の制という制度を作り上げた。この制度は、名主が土地取引の真実性を確認した上で証書に奥書割印をなすというものであり、江戸時代の中期には一般的な制度となった⁹。

そして明治維新を迎え、江戸時代に行われていた諸制度とその後の外国法の影響が相互に関連し合いながら、わが国の不動産物権変動に関する規定は制定されることになる。明治維新後、現行民法典が公布されるまでの間に制定された不動産物権変動に関する制度として重要なのは、地券制度と公証制度であると考えられる。まず、明治5（1872）年の地券制度の制定により、府知事県令によって地券が発行され、土地の所在や持主名などがそれに記載されることになった¹⁰。地券の発行以後、土地取引は地券によることを強要されたため、当初、地券による取引は土地所有権移転の効力発生要件であったが、その後、地券事務が渋滞して土地取引に不便をきたすようになり、地券による取引は、第三者対抗要件に改められることになった¹¹。

その後、地券が担保権を始めとした所有権以外の権利を表象することができなかつたという欠点を補うために、明治6（1873）年の地所質入書入規則を端緒とする、公証制度が確立された。この公証制度は、伝統的な名主加判の制から近代的な登記法に発展する過渡期の立法の原型として評価されるべきものである¹²。そして、公証制度において、土地所有権の移転の効力は、当初、戸長奥印の証書を授受することによって発生するものと明文で規定されていたが、実際には対抗要件として解釈され、その後、対抗要件主義に改正されることになった（明治10（1877）年）¹³。

さらに、公証制度の不備を補うために旧登記法が制定され（明治19（1886）年）、それに引き続いて旧民法が公布されることになった（明治23（1890）年）が、現行民法176条と177条は、この旧登記法と旧民法のそれぞれ一部を承継したものであり、とりわけ旧民法は、その起草者であったボワソナードによってもたらされたフランス法の影響が強く、民法176条に承継されたと考えられる旧民法財産編331¹⁴および332条¹⁵はフランス民法

⁸ この点につき、新谷正夫「登記制度の変遷」登研100・19（昭31）などを参照。

⁹ 福島・前掲注2・407頁以下を参照。

¹⁰ この地券制度の由来として、それまでに慣習上形成され、江戸時代の幕府法においても認められていた、沽券などの実質的な土地証券との連続性を無視することはできないと思われる。

¹¹ 結論において、地券の効力がフランス法的な色彩を帯びるに至ったと評価されるべきであるということは、否定できないところであろう。この点につき、滝沢隼代『物権変動の理論』（有斐閣、昭62）163頁を参照。

¹² その限りにおいて、江戸時代の法制度との連続性を認めることができる。

¹³ 福島・前掲注3・437頁参照。ここでも、地券制度と同様に、フランス法的な解釈がなされるに至ったことは注目に値する。

¹⁴ 旧民法財産編331条は、「特定物ヲ授与スル合意ハ引渡ヲ要セスシテ直チニ其所有権ヲ取得ス」と規定している。

¹⁵ 旧民法財産編332条は、「代替物ヲ授与スル合意所有権ハ物ノ引渡ニ因リ又ハ当事者立会ニテ為シタル其指定ニ因リテ移転ス」と規定している。

に倣ったものとの指摘が可能である¹⁶。また、旧登記法も、手続法としての特徴を中心に検討する場合にはドイツ法的であると評価することができるが、一部の実体法的な規定を個別に検討してみると、フランス法の影響を看取することができ、とりわけ、民法 177 条に承継されたと目される旧登記法 6 条¹⁷はフランス法的な対抗要件主義を明確に打ち出したものであると解することができる。

以上の現行民法典の制定に至る経緯からすれば、今日の民法 176 および 177 条の制定にあたって最も強い影響を与えた外国法は、フランス法であったと評価することが可能である。わが国における不動産物権変動に関する法制がフランス法を継受することによって形成されることとなった理由としては、当時のフランス法学の影響力の強さ¹⁸と同時に、わが国における当時の不動産取引の実情¹⁹を挙げることができる。しかしながら、この事実のみをもって、わが国の不動産物権変動論に関してフランス法と同様の解釈論を採用すべきであると直ちに結論付けるのは、拙速に過ぎるであろう²⁰。実体法規定である民法典だけではなく、実体法と密接な関係を有する手続法としての不動産登記法の立法の経緯をも視野に入れる必要もあると思われる。そこで、項を改めて、続いて不動産登記法の立法に至るまでの歴史的経緯について検討を加えたいと考える。

2 不動産登記法

不動産登記法は、実体法において規定されている不動産に関する物権の所在を公示するための手続について定めているものであり、民法 176 および 177 条に規定されている不動産物権変動についての基本原則が實際上どのように運用されることになるのかという点は、不動産登記法に依拠するところが大きいと言えるだろう。それゆえ、不動産物権変動論を検討するためには、実体法である民法だけではなく、不動産登記法をもその対象に含めなければならない。そして、現行不動産登記法の特徴を正確に把握するためには、その立法に至る経緯の考察は必要不可欠な作業と言えるであろう。

わが国における不動産公示制度は、現行不動産登記法（平成 16（2004）年）が制定されるまで、明治以来、地券制度、公証制度、いわゆる旧登記法および改正前の不動産登記

¹⁶ この点につき、川島武宜『新版・所有権法の理論』（岩波書店、1987）216 頁を参照。フランス民法 711 条は、「所有権は、相続、生存者または遺言による贈与、および債権の効果として取得され、移転される」と規定しており、また、1138 条は、「物を引き渡す債務は、契約当事者の合意のみによって完了する」と規定している。訳文につき、滝沢幸代「物権変動の時期」星野英一編集代表『民法講座・第 2 巻・物権（1）』（有斐閣、昭 59）37 頁を参照。

¹⁷ 旧登記法 6 条は、「登記簿ニ登記ヲ為ササル地所建物船舶ノ売買譲与質入書入ハ第三者ニ対シ法律上其効ナキモノトス」と規定している。

¹⁸ この点につき、滝沢・前掲注 16・35 頁以下参照。

¹⁹ 慣習法の影響の重要性について述べているものとして、川島・前掲注 16・209 頁以下参照。

²⁰ その理由の一つとして、わが国の民法典はドイツ方式のパンデクテンシステムを採用しており、物権と債権の峻別を前提とした法体系を少なくとも形式的には承継しているという事実が一方において存在している、という点が挙げられる。このこととの関連をも考慮した上で、不動産物権変動論においてフランス法的な意思主義および対抗要件主義をそのまま適用してよいのかどうかについて判断することが、肝要であると思われる。

法という過程を経てきている。明治維新以前においては、とりわけ江戸時代に確立されていた公簿組織と名主加判の制が重要であり、それらは明治以降の公証制度に大きな影響を与えたと考えられる²¹。

明治以降、不動産取引法として最初に導入された制度は地券制度であったが、前述したように、当初は土地所有権移転の効力発生要件とされていた地券の書換は、その後、対抗要件に改められることになった。そして、地券が担保権を公示することができなかつたために新たに制定されることになった公証制度は、その制定理由に基づき、最初に土地担保権の設定に関する地所質入書入規則（明治6（1873）年）、続いて建物の所有権移転および担保権設定に関する諸建物書入質規則及建物売買譲渡規則（明治8（1875）年）、最後に土地の所有権移転に関する土地売買譲渡規則（明治13（1880）年）として、その内容が次第に整備されていった。その方式は、戸長が証書に奥書証印するとともに、戸長役場に奥書割印帳を備え置いた上でそこに証書の要旨を記載し、証書とともに同一番号を朱記して割印するというものであった。しかしながら、その効力は対抗要件として解釈されていた²²。そのような流れの中で、公証制度が設けられた後もしばらくの間廃止されることなく維持されていた地券の効力も、対抗要件に改められることになったのである²³。

わが国における最初の近代的な不動産公示制度として評価されるべきものは、明治19（1886）年に制定されたいわゆる旧登記法である。政府が公証制度から旧登記法への移行を決断した理由としては、公証の偽造や戸長の二重公証などが頻発したことも重要であったが、それと同時に、登記税を新たに導入することによって国家の財政状況を改善しようとした点も見逃すことはできない²⁴。この旧登記法の制定にあたっては、フランス法ではなくプロイセン法が主に参照された。当時、最新の不動産公示制度と目されていたプロイセン法に倣い、旧登記法は物的編成主義を採用し、裁判所を登記機関としたのであった。しかしながら、旧登記法6条²⁵は、フランス法的な対抗要件主義を打ち出しており、ここに、わが国におけるドイツ法とフランス法の混合状態が明確に形成されることになる²⁶。

²¹ 江戸時代の旧慣が公証制度の制定に与えた影響に関しては、川島・前掲注16・209頁以下参照。

²² 地券制度の制定以降の不動産取引法制の変遷に関しては、鎌田薫「対抗問題と第三者」星野英一編集代表『民法講座・第2巻・物権（1）』（有斐閣、昭59）72頁以下に掲げられた表が大変有益である。

²³ この点につき、福島・前掲注3・413頁参照。

²⁴ 旧登記法の制定理由につき、国家財政上の収入の増加を強調するものとして、福島・前掲注3・438頁参照。

²⁵ 旧登記法6条の文言に関しては、前掲注17を参照。また、川島博士は、旧登記法6条の意味に関して、「物権変動は、もはや公証を要しない。第三者に対する関係においては登記を要するが、当事者間においては登記の必要がない。また登記法のもとにおいては、土地所有権（および担保物権）はもはや証書や地券の占有を必要とせず、国の管理する登記簿の登記という国家の保障の上に存在することになったのであり、この意味において所有権は「現実的」のものではなくして、「観念的」のものへと転化したわけである」と述べておられる。川島・前掲注16・216頁参照。

²⁶ この旧登記法において、ドイツ法を模範とした不動産公示制度が整備されたため、実体法規範においてドイツ法的な登記主義の原則が導入されたとしても不思議ではなかったと思われるが、すでに公証制度が行われていた時点で、フランス法的な解釈および運用がな

以上に述べた旧登記法の制定により、それまでの地券制度や公証制度と比較すると、わが国における不動産公示制度は近代的な形式を備えたものへと発展したことは事実であったが、法律によって定められるべき性質のものが省令に数多く委ねられており、旧登記法の条文数はわずか 41 条にすぎなかった。さらに、旧来の慣行を引き継いだ側面を有していた公証制度と異なり、旧登記法の制定により、手続の煩雑さや登記税の徴収などの国民に対する負担が増えたため、国民の不満が増大していった。そこで政府は、新たに不動産登記法を制定することとした（明治 32（1899）年）。その新たに制定された不動産登記法は、旧登記法以来の物的編成主義を承継するなど、手続法としての登記法という面に関してはドイツ法を継受したと評価することができるものである。また、本稿での主たる検討対象である仮登記制度は、この不動産登記法が制定された際に、ドイツ法を模範として導入されたものである²⁷。

その後、この不動産登記法はいくつかの重要な改正を経てきたが、とりわけ昭和 35（1960）年に行われた台帳と登記簿の一元化を見逃すことはできない²⁸。この改正により、私的な権利を保護するための不動産公示制度としての登記簿と、徴税のための記録資料としての台帳という、旧登記法以来の二元的な制度が、台帳を登記簿に統合するという形式が採用されることによって一元化されたのであった。また、あらゆる分野でコンピュータ化が促進されるに伴って、不動産登記制度もその影響を強く受けている。平成 16（2004）年には不動産登記法が全面改正され、いわゆるオンライン申請への道筋が開かれることとなった（不動産登記法 18 条）²⁹。このように、不動産登記法は、旧登記法以来のドイツ法的な性質を基本的には維持しつつも、様々な点で大きな改正を受けながら今日の姿に至っているのである。

以上までに述べた不動産物権変動に関する実体法および手続法の立法経緯を追ってみると、実体法である民法 176 および 177 条は主としてフランス法を継受しており、手続法である不動産登記法に関しては、ドイツ法を模範として原型が作り出されたということが明らかであると言えるだろう。そして付け加えるならば、民法 176 および 177 条の文言から、わが国においては、不動産の物権変動に関して、ドイツ法的な形式主義および効力要件主義ではなく、フランス法的な意思主義および対抗要件主義が採用されていることも明らかであると言える。しかしながら、そのことから即座に、不動産物権変動論に関するその他

されていた点を考慮すると、わが国には当時、ドイツにおけるような登記主義を採用するための社会的な基盤が存在していなかったと評価することができるだろう。この点につき、川島・前掲注 16・216 頁以下、および、滝沢・前掲注 11・169 頁参照。

²⁷ また、同時に導入された予告登記制度は、旧民法財産編 352 条に基づいたものと思われる。

²⁸ この登記簿と台帳の一元化に対しては、当時、学説から疑問が投げかけられた。代表的なものとして、渡辺洋三「登記簿と台帳の一元化問題」ジュリ 175・20（1959）、同「ふたたび登記簿と台帳の一元化問題について」ジュリ 198・34（1960）、伊藤道保「改正不動産登記法の比較法的考察」法時 32・7・68（昭 35）、および、杉之原舜一「登記簿と台帳の一元化について」民商 43・1・3（昭 35）などを参照。

²⁹ この全面改正された不動産登記法において主要な改正点と目されるものとして、本文に述べたコンピュータ化に対応するもの以外に、とりわけ、登記申請にあたって、登記名義人の本人確認および申請意思の確認に際して、それまでの登記済証が廃止され、登記識別情報が導入されたことが挙げられる（不動産登記法 2 条 14 号）。

の点についても、フランス法的な解釈および運用がなされるべきであると結論付けることはできない。それについては、各論点の個別的な検討を経た上で、明らかにされる必要があると思われる。そこで続いて、不動産物権変動論において特に重要な論点として検討の対象とされるいくつかの論点に関して、論争の基本的な内容とその対立の図式を摘記したいと考える。具体的には、①物権行為の独自性、②物権変動が生じる時期、③対抗問題の法的構成、④登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲、および、⑤登記がなければ対抗することができない第三者の範囲の五つの論点について検討を加えたい。これらの論点は、いずれも不動産物権変動論において古くから論じられてきたテーマであり、判例および学説も、これらの論点をめぐって発展を続けてきたと評価することができるからである。これらの論点の基本的な議論の流れをあらかじめ検討しておくことによって、第二節以降の考察を、より効果的に行うことができるようになると思われる。

三 物権行為の独自性

1 問題点

フランス法においては物権行為の独自性は否定されており、一方でドイツ法においては、債権行為とは別個に物権行為の独自性が肯定されているということは周知の事実である。そして、わが国の民法 176 条は、その立法経緯からすれば、フランス法の影響を強く受けつつ制定されるに至ったことが明らかである。それゆえ、わが国においても物権行為の独自性は認められない、もしくは、認める実益がないと解する傾向になりやすい。しかしながら、民法 176 条の立法経緯およびその文言からは、いわゆる意思主義および対抗要件主義が採用されたということについて疑う余地はないが、その他の諸論点についてもフランス法的な解釈が採用されるべきであるとの判断を下すためには、さらなる検討が必要と思われる。

そして、物権行為の独自性を認めるべきか否かという問題についても、民法 176 条の文言から即座に否定されるべきであるとの結論を採用することはできない。なぜならば、同条の「意思表示」という文言からは、当該意思表示は、売買契約などの原因行為を成立させるための意思表示であると解することもできるし、原因行為とは独立した物権的な合意を成立させるための意思表示であると解することもできるからである。さらに、物権行為の独自性を肯定した場合には、物権行為と債権行為の関係をどのように考えるべきかという問題も発生してくる。

2 判例

この問題に関して、判例は当初から一貫して物権行為の独自性を否定する立場に立っていると評価することができる。主として物権変動の時期に関するものではあるが、取引当事者間に物権変動を発生させるためには別個の物権的な合意を必要とするというような特別な合意が存在しない限り、判例は契約成立時に物権変動の効果が生じると解している³⁰。つまり、物権変動を発生させるための意思表示はすでに契約の中に含まれていて、それ以

³⁰ 所有権の移転時期に関するものではあるが、代表的な判例として、大判大 2・10・25 民録 19・857、および、最判昭 33・6・20 民集 12・10・1585 などを参照。

外にいわゆる物権行為などは必要とされないとしているのである。

しかしながら、判例は多くの場合、物権変動が生じる時期を判断するために必要な範囲においてのみ、物権行為の独自性に触れているにすぎないので、物権行為の独自性に関する問題そのものを正面に据えて判断しているというわけではない、という点には留意する必要があるであろう。それゆえ、判例が物権行為の独自性の否定を前提として、物権変動をめぐるその他の諸問題に対する判断を行っていることは事実であると思われるが、そこに一貫した明確な理論が存在するのか否かという点は、にわかに判断し難いところである。

3 学説

その一方で、とりわけ民法制定当初の学説は、物権行為の独自性を肯定するものが多かったと評価することができる。その中には、物権契約と債権契約の意思の相違を理由として物権行為の独自性を根拠付け、物権契約は債権契約の外部に存在していて、債権契約と結合して成立するとする説³¹や、物権契約は債権契約の中に黙示的に包含されているとする説³²などが存在した。このような物権行為の独自性を認める見解は、明治末期にドイツ法的な物権債権峻別論が強く主張されるに伴って、当時の学説の多数を占めるに至った。さらには、現実に行われている取引における人々の意識に即した解釈を採用すべきであり、その点に鑑みて、物権行為の独自性を肯定すべきであると解する学説³³も登場した。

しかし、これに対して、当時から一貫して物権行為の独自性を否定していた判例の見解を重視しつつ、それに加えて実際上の理由を挙げながら、当時の通説の見解に対して反論を行った学説が登場する。そこでは、原則として、一つの行為の中に債権的効果の発生と同時にこれによって直ちに物権変動の効果を発生させる意思が存在すると解釈された³⁴。これにより、物権変動の方式に関してわが国の実体法がフランス法を継受していることが再度確認され、さらには判例理論に対して学説からの根拠付けが可能となった。そしてこの見解が、物権行為の独自性をめぐる議論に関して、その後の通説を形成するに至っている³⁵。

四 物権変動が生じる時期

1 問題点

不動産物権変動をめぐる論点の一つとして、物権変動が生じる時期は、とりわけ学説において激しく議論されてきた³⁶。典型的なケースとしてそこで想定されているのは、不動

³¹ 川名兼四郎「物権ノ設定移転ヲ論ス」法協 21・2・209（明 36）を参照。

³² 岡松参太郎「物権契約論」法協 26・1・58（明 41）を参照。

³³ 末川博『物権法』（昭 31、日本評論新社）59 頁以下を参照。ここでは、日常取引において、所有権が移転するためには何らかの外部的徴表の存在が必要とされている、という点が指摘されている。

³⁴ 末弘厳太郎『物権法・上巻』（昭 31、有斐閣）85 頁以下を参照。ただし、この説が最初に主張されたのは大正 10 年のことであった。

³⁵ 代表的なものとして、我妻栄著・有泉亨補訂『新訂・物権法』（1983、岩波書店）56 頁以下、および、川島・前掲注 16・219 頁以下などを参照。

³⁶ 主として学説における論争に焦点を当てつつ、物権変動の時期に関して論述しているものとして、滝沢・前掲注 16・31 頁以下を参照。

産の売買契約における当該不動産の所有権の移転時期に関する問題である。この問題は、すでに言及した物権行為の独自性に関する議論と密接な関連性を有している。つまり、物権行為の独自性を認める説の多くは、物権行為の独自性が認められることによって、債権行為とは区別された物権行為が行われた時点で物権変動の効果が発生すると理解していたからである。

一方で、物権行為の独自性を一貫して認めていない判例は、主としてこの物権変動が生じる時期という問題枠組みの中で物権行為の独自性を認めないとする判断を下しているのであり、その点を鑑みても、物権行為の独自性をめぐる問題と物権変動が生じる時期をめぐる問題は、相互に密接に関連し合っている。しかしながら、今日においては、物権行為の独自性を否定する見解が多数を占めていることもあってか、物権行為の独自性をめぐる問題と物権変動が生じる時期をめぐる問題との関係を重視することなく議論が進められていると言っても過言ではない。

2 判例

不動産を含む特定物を目的とする売買が行われた場合、判例は、当事者間に特約が存在しない限り、契約成立と同時に所有権が移転すると解している³⁷。この見解を、判例は民法典制定当初からほぼ一貫して維持してきている。物権変動が生じる時期に関して、起草者はフランス法的な理解を示しており³⁸、さらには、明治維新以来、わが国の不動産物権変動論は、その実体法規定に関してフランス法の影響を強く受けてきたため、判例が以上のような見解を採用してきたことは、自然なことと目されることである³⁹。

しかしながら、契約成立時を物権変動の効力発生時と解するとしても、どの時点で契約成立そのものを認定するかによって、物権変動の効力発生時が異なることになるため、結果として、判例の見解に依拠するだけでは、物権変動の効力発生時を一義的に明確に定めることはできないことになる⁴⁰。

3 学説

³⁷ 代表的な判例として、大判大 2・10・25 民録 19・857、大判大 6・12・27 民録 23・2262、大判大 10・6・9 民録 27・1122、最判昭 23・2・10 裁民 1・73、および、最判 33・6・20 民集 12・10・1585 などを参照。

³⁸ 梅謙次郎『民法要義・卷之二・物権編』（明法堂、明 29）6 頁を参照。

³⁹ 物権変動の時期に関する詳細な判例研究として、吉原節夫「特定物売買における所有権移転の時期」に関する戦後の判例について 一民法 176 条の研究（1）一 富大経済論集 6・3＝4・540（1961）、同「物権変動の時期に関する判例の再検討（一・二）一民法一七六条の研究（2）一」富大経済論集 7・2・164、8・1・1（1961～1962）、同「特定物売買における所有権移転の時期」民商 48・6・827（1963）、および、同「所有権移転時期に関する最近の論争に寄せて」富大経済論集 27・3・654（1982）が大変有益である。

⁴⁰ この点につき、フランス法との対比を行いつつ検討を試みるものとして、鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割（一・二）一「フランス法主義」の理解のために一」早法 56・1・31、56・2・1（1980）、および、横山美夏「不動産売買契約の「成立」と所有権の移転（一・二・完）一フランスにおける売買の双務契約を手がかりとして一」早法 65・2・1、65・3・85（1989～1990）などを参照。

一方、初期の学説においては、前述したように、物権変動の効力発生時は物権行為の独自性を肯定するか否かによって、その結論を左右される問題であった。すなわち、債権的意思表示とは別個の物権的意思表示を觀念し、物権変動の効果を生じさせるためには物権的意思表示がなされなければならないと解され、その結果、物権変動の時期は物権行為がなされた時点と一致するということになり、その限りにおいては、物権変動の生じる時期は明確なものとなる⁴¹。

その後、物権行為の独自性を肯定する見解が影を潜めるに伴って、物権行為の独自性をめぐるとは区別をしながら、別個に物権変動の効力発生時を定めようとする見解が現れるに至った⁴²。とりわけ、売買契約に代表される有償契約において最も重要な要素は代金の支払いにあることから、物権変動の生じる時期に関しても代金支払時を原則とし、さらに、当事者の通常の意味に鑑みて、登記や引渡の時点をも物権変動の効力発生時とする見解が有力となった。

これに対して、物権変動の中でもとりわけ所有権の移転時期に着目し、その上で所有権移転時期の決定は不要もしくは不可能であるとする見解が登場した⁴³。この見解によると、所有権の移転時期を一義的に明確に断定する実益は疑わしく、理論的にも不可能であることが指摘され、また、たとえ所有権の移転時期が明確ではなくても、売買契約などにおける諸問題は個別的な解決を図ることによって足りるものとされる。

しかしながら、以上のような学説の展開がありながらも、判例の見解は変化しておらず、依然として契約成立時を物権変動の効力発生時としている。

五 対抗問題の法的構成

1 問題点

不動産物権変動をめぐる論点としてこれまでに取り上げてきたものは、主として民法176条の解釈論に関連するものであった。それに対して、これから取り上げる各論点は、基本的には民法177条の解釈論に関するものであると言えることができる。

民法177条は、登記のない不動産物権変動を第三者に対抗することはできないということを規定している。この177条が適用される場面のことを、一般に対抗問題と呼ぶ。そして、この対抗問題とされる様々な場面の中で典型的なものは、特定物である一つの不動産に関して二つの売買契約を通じてその所有権の移転がなされようとする、いわゆる二重譲渡の場面である。この二重譲渡の場面を法的にどのように構成するかについて、学説ではこれまで華々しい議論が展開されてきた。それはまさに、不動産物権変動論として論じられてきた各論点の中でも、特筆に値するものである。

本稿における主たる目的は、ドイツの仮登記制度についての考察から得られる示唆に基づいて、わが国の不動産物権変動論の再構成を試みることにあるのであるが、そこで中心となる対象は、この対抗問題の法的構成をどのようにして理論的に説明することができる

⁴¹ しかしながら、いつの時点で物権的意思表示がなされたのかについて判断する必要が生じるため、結局のところ、前述した判例理論に対する批判と同じことが当てはまることになる。

⁴² 川島・前掲注16・219頁以下を参照。

⁴³ この点につき、鈴木禄弥『物権法の研究』（創文社、1976）109頁以下を参照。

のかという点にある。それゆえ、本稿の問題意識に基づいた場合にも、対抗問題の法的構成、言い換えれば、二重譲渡の法的構成に関する問題は、不動産物権変動をめぐる諸問題の中でも最重要のものと言うことができるのである。

そして、この対抗問題の法的構成に関しては、各論者によって様々な見解が示されており、百花繚乱とも言うべき状況にある。今のところ、一つの方向に定まっていく気配を見出すことはできない⁴⁴。

2 判例

対抗問題の法的構成に関する判例は、一貫しているとは言い難い状況にある⁴⁵。しかしながら、裁判所の判断は具体的な事件の解決を第一の目的としてなされているという点に着目すると、この状況はやむを得ないと言うことができるだろう。なぜならば、民法 176 および 177 条の存在によって、わが国の不動産物権変動に関する実体法が意思主義および対抗要件主義を採用していることは明らかであり、二重譲渡の法的構成に関してどのような理解をするとしても、二重譲渡と目される場面、もしくは、それに類似した法現象が実際に生じる可能性を承認することは、もはや避けられないからである。したがって、判例は、二重譲渡を法律上どのように構成するべきかといった問題に苦心することよりも、二重譲渡の存在を認めた上で、当事者間の紛争をいかにして解決するべきかに重点を置いているのである。一方で、後述する、登記がなければ対抗することができない物権変動および第三者の範囲に関する判例は夥しい数に上っているが、それは、判例が具体的紛争解決を主眼とするものであることの証左であるとも言えるだろう。

以上の点を考慮すると、対抗問題の法的構成をめぐる議論の発展は、主として学説の展開に委ねられていると言うことができる。その場合、それぞれの見解における理論構成の説得力の優劣や、それによって得られる具体的な結果の妥当性だけでなく、その見解によってこれまでの判例をより整合的に理解することができるかどうかという点も、重要な要素を占めることになるのではないかと考えられる。

3 学説

前述したように、対抗問題の法的構成をめぐる学説は多岐にわたっている。それぞれの見解の詳細に関しては、本章第三節において学説の展開について詳論する際に譲ることとして、ここでは、諸学説の大まかな見取図を提供するにとどめたいと考える。

伝統的な考え方として、第一譲渡が行われてもその登記がなされていない間は、譲渡人は完全な無権利者とはなっておらず、それゆえ権利者として第二譲渡を有効に行うことができるとする、いわゆる不完全物権変動説がかつては有力に主張されていた⁴⁶。それに対

⁴⁴ 対抗問題の法的構成に関する現在の議論状況に関して詳細に検討するものとして、舟橋諄一・徳本鎮編『新版・注釈民法（6）・物権（1）』（原島重義・児玉寛筆）（有斐閣、平9）423頁以下を参照。

⁴⁵ 例えば、いわゆる第三者主張説に立つものとして、大判明45・6・28民録18・670などを参照。また、いわゆる不完全物権変動説に立つものとして、最判昭33・10・14民集12・14・3111などを参照。

⁴⁶ 代表的なものとして、我妻・有泉・前掲注35・149頁などを参照。

して、第一譲渡が行われた結果、譲渡人は完全な無権利者となり、第二譲受人が当該不動産の権利を取得することができるのは登記に公信力があるからにはほかならないとする、いわゆる公信力説⁴⁷が主張され、さらには、別の観点から、そもそも民法 176 条と 177 条が存在している以上、二重譲渡が実際に行われることは法律上是認されており、また、両条文の内容はお互いに矛盾し合うことはない⁴⁸と捉える、いわゆる法定取得説⁴⁹が主張されるに至った。そして、公信力説と法定取得説を出発点として、さらなる諸見解が提示された⁴⁹。

そして今日においては、これまでの伝統的な学説およびそれに立脚した諸学説によって提示された諸理論を前提として、さらに様々な見解が主張されるに至っている。ここでは、それらのアプローチの方法による相違点を強調しながら、新たな学説の展開状況を概観することにしたい。まず、わが国の不動産物権変動理論の母法がフランス法であることに鑑み、様々な観点からフランス法を検討の素材とし、わが国の物権変動論への示唆を得ようとする見解がある。この見解は、フランスにおける何を素材とするかによって、さらなる分化を提示している⁵⁰。また、わが国における対抗問題の法的構成に関する判例法や、わが国における不動産物権変動システムの継受過程を考察するものも存在する⁵¹。さらには、再びドイツ法を参照しつつ、ドイツ法における普遍的な部分と特殊な部分を分け、その上でわが国の法制度を理解するにあたっての示唆を得ようとするものがある⁵²。このように、不動産物権変動をめぐる議論は新たな展開を見せ始めているが、これらの新たな諸見解を総合的に検討した論稿はあまり見られないというのが、現状であると言えるだろう。

⁴⁷ 例えば、篠塚昭次『論争民法学 1』（成文堂、昭 45）14 頁、および、半田正夫『不動産取引法の研究』（勁草書房、1980）3 頁以下などを参照。

⁴⁸ 例えば、星野英一『民法概論Ⅱ・物権・担保物権』（良書普及会、昭 51）40 頁、広中俊雄『物権法〔第二版増補〕』（青林書院、昭 62）77 頁以下、および、鈴木禄弥『物権法講義・四訂版』（創文社、平 6）102 頁などを参照。

⁴⁹ 公信力説に立脚するものとして、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全 —フランスにおける判例の「転換」をめぐって—」比較法学（早稲田大学）9・2・31 以下（昭 49）、および、同・前掲注 40・1・31 以下、2・1 以下などを参照。また、法定取得説に立脚するものとして、滝沢・前掲注 11・174 頁以下などを参照。

⁵⁰ フランス法における対抗一般に着目する見解として、加賀山茂「対抗不能の一般理論について —対抗要件の一般理論のために—」判タ 618・6（1986）、ボワソナード草案を検討対象とするものとして、七戸克彦「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法研 64・12・195（1991）、および、契約関係に着目するものとして、横山・前掲注 40・2・1、65・3・85 などを参照。

⁵¹ わが国の判例法に着目する見解として、松岡久和「不動産所有権二重譲渡紛争について（一・二）・完」龍谷 16・4・65、17・1・1（1984）、および、わが国における不動産物権変動論の歴史的形成過程を対象とするものとして、松尾弘「不動産譲渡法の形成過程における固有法と継受法の混交（1～3）・完 —所有権譲渡理論における「意思主義」の歴史的小および体系的理解に向けて（Ⅱ）—」横国 3・1・1、3・2・33、4・1・103（平 6～7）などを参照。

⁵² ドイツ法を検討対象とするものとして、石田剛「不動産物権変動における公示の原則と登記の効力（一～三）・完 —プロイセン＝ドイツ法の物権的合意主義・登記主義・公信原則—」立教 46・129、49・124、51・53（1997～1999）などを参照。本稿も、不動産物権変動論を研究するに際してドイツ法を比較検討の対象としているという意味で、この見解に依拠するところは大きいと言える。

六 登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲

1 問題点

民法 177 条は、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲について、特に規定していない。そこで、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲を一定の種類のものに制限するべきか、もしくは、そのような制限をすることなく全ての物権変動を民法 177 条の射程範囲に含めるべきかという問題が生じる⁵³。前者は一般的に制限説と称され、後者は無制限説と称されていることは周知のところである。この論点に関して、判例は無制限説を採用しているとされているが、その詳細に立ち入ってみると、必ずしも無制限説を完全に受け入れているわけではないとの評価も可能である。一方、学説においては、判例を批判的に検討する見地から、様々な見解が提示されている。

以上のように、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲をめぐっては、判例と学説の間に一致が見られず、複雑な様相を呈している。ここでは、次節以降において詳細な検討を行うための前提として、判例および学説の見解を概観し、具体的にどのような種類の物権変動が検討対象となるのかについて、素描することにした。一般的に、この問題に関しては、各種の物権変動に応じて個別的に検討が加えられることが多く、その例として、取消および解除などの意思表示による物権変動、相続による物権変動、ならびに、時効による物権変動などを挙げることができるが、ここでは、判例の判断枠組みとそれに対する学説の展開について、概括的な検討を加えたいと考える。

2 判例

登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲に関して、判例は、当初、民法 177 条が適用される物権変動の範囲は意思表示による物権変動に限られるとの判断を示していたが、明治 41 年の大審院連合部判決⁵⁴によって、不動産に関する物権変動であれば、それがどのような変動原因に基づくものであっても、第三者に対抗するためには登記を必要とするとの判断が示された。これが、いわゆる無制限説と称される見解である⁵⁵。

しかし、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲に関して判例が無制限説を採用しているとは言っても、実際には、新築の建物を原始取得した者が、当該建物の不法占拠者に対して立ち退きを求める場合など、登記がなくても第三者に対抗することが

⁵³ この問題に関する判例および学説の見解を紹介するものとして、池田恒男「登記を要する物権変動」星野英一編集代表『民法講座・第 2 巻・物権（1）』（有斐閣、昭 59）137 頁を参照。

⁵⁴ 大連判明 41・12・15 民録 14・1301 を参照。

⁵⁵ しかしながら、この判決の事案は、戦前の生前相続制度に基づく二重譲渡に関するものであって、今日においてもなお判例として位置付けられるべきものなのかについては疑問の余地がある。今日すでに廃止されている制度に関する判例を最高裁が今もなお踏襲し続け、判例に対する評価としても、無制限説が採用されているとの見解が維持され続けているのは、この明治 41 年判決が示した命題が一般的な文言によって表現されているからであると言えるだろう。この点につき、判例の見解が無制限説を採用していると評価することはできないとするものとして、舟橋・徳本・前掲注 44・464 頁以下（原島・児玉筆）参照。

できると評価しうる物権変動も存在する。それゆえ、この点に鑑みて、判例における無制限説を批判する見解も成り立ちうるが、このような事例の場合にも、判例は、原始取得による物権変動も第三者に対抗するためには登記を要すると判断しており、その上で、不法占拠者は第三者に当たらないとの評価を行うことによって、結果として、原始取得者が不法占拠者に対して権利主張を行うために登記は必要ではないとの判断を下しているのである。

以上のように考えると、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲という問題と、登記がなければ対抗することができない第三者の範囲という問題は、相互に密接に関係し合っていると言うことができる。したがって、実際に生じる事案に対処するためには、両問題を有機的に結合させつつその解決を図るという作業が必要不可欠なものとなるのである。

3 学説

登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲に関して、民法典制定当初の学説の趨勢は、明治 41 年に大審院が示した判断枠組⁵⁶を基本的に支持し、いわゆる無制限説を採用するというものであったが、その後、無制限説に対する批判として、建物の新築による所有権の原始取得などの場合には第三者に対抗するために登記を要しないとする、いわゆる修正無制限説が主流となった⁵⁷。明治 41 年判決が示した判断枠組から大きく踏み出すことなく、基本的にはそれを維持した上で修正を施すことにとどめていたこの修正無制限説に対しては、昭和 40 年前後から、第三者が出現する可能性がある物権変動に限ってその第三者に対抗するために登記を必要とする、いわゆる対抗問題限定説が登場し、通説的な地位を占めるに至った⁵⁸。

その後の学説の展開は多岐にわたっている。とりわけ、判例だけではなく、民法 177 条の沿革を検討することを通じて、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲について考察するもの⁵⁹や、判例が提示している枠組に対する評価が各論者によって異なる可能性があることから、判例研究を中心とした方法そのものに疑問を投げかけるものも登場した⁶⁰。

このように、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲をめぐる学説も混乱の中にあるが、この問題は、次に検討する、登記がなければ対抗することができない第三者の範囲に関する問題とも密接に関係しているため、それを含めて検討を加える必要がある。なぜならば、同一の事象を考察するに際しても、物権変動の範囲の問題として捉えることもできれば、第三者の範囲の問題として捉えることもできる場合が見受けられるからである⁶¹。

⁵⁶ 大連判明 41・12・15 民録 14・1301 を参照。

⁵⁷ 末弘・前掲注 34・128 頁以下などを参照。

⁵⁸ 於保不二雄「公示なき物権の本質」論叢 58・3・13 以下（昭 27）、および、原島重義「登記の対抗力に関する判例研究序説」法政 30・3・17 以下（昭 38）などを参照。

⁵⁹ 滝沢・前掲注 11・194 頁などを参照。

⁶⁰ 鎌田・前掲注 22・90 頁以下などを参照。

⁶¹ 例えば、建物の新築による所有権の原始取得の場合には、一般的な二重譲渡のような後

七 登記がなければ対抗することができない第三者の範囲

1 問題点

民法 177 条の解釈上の論点として、登記がなければ対抗することができない第三者の範囲という問題は、民法典制定以来、様々な議論を喚起してきた。177 条の文言には、第三者の範囲について何ら制限が設けられていないため、当事者およびその包括承継人以外の者が一般に第三者と称されることに疑いはないが、さらにその第三者の範囲を制限すべきか否かという点に関しては、判例および学説の展開に委ねられているとすることができる。

前述したように、判例に即して考察すると、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲に関して無制限説を採用しているため、実質的には、第三者の範囲をどのように設定するかによって、177 条の適用範囲が定まってくるということができる。一方で、177 条の適用を受ける物権変動の範囲を具体的な事例に応じて制限するとしても、第三者の範囲をどのように制限するかによって、177 条の最終的な適用範囲が確定されることになるので、やはり、第三者の範囲をめぐる議論は重要性を帯びることになる。

第三者の範囲をめぐる議論は、様々な具体的なケースを引き合いにして検討されることが多いが、ここでは、次節以降で詳細な検討を行う前提として、判例および学説の基本的な考え方について概観したいと考える⁶²。

2 判例

民法典制定直後の判例は、登記がなければ対抗することができない第三者の範囲に関して、無制限説を採用していたようである⁶³。しかしながら、次第に、不法占拠者などを第三者の範囲から除外する判決と、当事者以外の全ての者を第三者に含めるべきとする判決が現れるようになり、判断が錯綜するに至る。そこで、そのような状態を解消するために提示されたのが、明治 41 年に判示された大審院判決である⁶⁴。その判決において、大審院は、第三者の範囲を、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者に限るとして、いわゆる第三者制限説を採用するに至った。その理由は、①対抗関係とは利害が相反する者同士の間を言うのであるから、対象となる物権変動に利害関係がない第三者を 177 条の第三者に含める必要はなく、さらに、②一見すると利害関係があると目される第三者であっても、その利害関係が正当なものではないと評価される場合には、そのような第三者を 177 条の範囲に含めるべきではないという点にあった。そして、この判例は、今日においても変更がなされていない。

以上に述べた明治 41 年判決の判断枠組においては、第三者の範囲を画する基準として、

順位の物権変動が生じる場面を想定することができないと評価することもできるが、一方で、第三者が出現することが考えられない場面であると評価することもできる。

⁶² 登記がなければ対抗することができない第三者の範囲をめぐる議論について検討する優れた業績として、鎌田・前掲注 22・67 頁以下を参照。そこで行われている判例および学説の整理からは、多大な示唆を得ることができる。

⁶³ 大判明 38・10・20 民録 11・1374、および、大判明 40・2・27 民録 13・188 などを参照。

⁶⁴ 大連判明 41・12・15 民録 14・1276 を参照。この判決は、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲に関して無制限説を提示した同日付の判決とは別事件である。

その第三者の客観的な側面だけでなく主観的な側面をも考慮する余地があると思われるが、当時の基準としては、客観的な側面のみが判断の対象とされていたようである。したがって、第三者の善意および悪意は不問に付されていた。この見解は、旧民法の規定および現行民法典制定前の通説的な見解と異なるものであった⁶⁵。

その後、判例は、177条の適用を受ける第三者の範囲に関して制限説を維持しつつ、具体的な事例に即して、登記がなければ対抗することができない第三者の範囲を定める作業を行ってきた。

3 学説

一方で、学説においては、177条の第三者の範囲について立法者が無制限説を採用していたこともあり⁶⁶、直ちに明治41年判決に賛成する見解は、当初、それほど多くはなかった。それどころか、明治41年判決に反対する立場から、第三者の範囲について無制限説を主張する見解が、一時有力となる⁶⁷。その理由は、主として、不動産に関する一切の法律関係を登記によってできる限り一律に明確化するという、不動産登記制度の理想に求められた。

しかしながら、わが国においては、最近では登記に対する一般的な理解が以前よりも進んでいると評価することができるとしても、あらゆる物権変動に関して登記するという慣行が完全に定着していると言うことはできず、それどころか、建物賃借権の対抗力に関して登記を対抗要件とはせずに引渡を対抗要件とする規定（借地借家法31条1項）が存在することに鑑みても明らかのように、あらゆる取引が登記によって公示されるべきであるから177条の第三者の範囲も制限されるべきではないとする見解を採用することは、事実上、不可能を強いることでもある。以上のような理由から、177条の第三者の範囲に関する無制限説は、次第にその支持者を失うことになり、現在主張されている学説のほとんどが、何らかの形で第三者の範囲を制限する解釈論を展開していると評価してよいと考えられる⁶⁸。

以上のように、基本的な論点について概観しただけでも、わが国における不動産物権変動をめぐる議論は混迷を極めている、ということを理解することができる。その理由としては、①不動産物権変動に関する根拠規定を提供する、民法および不動産登記法の母法がそれぞれ異なっていること、②不動産物権変動の法的構成を一義的に特徴付けるためには、あまりにも規定が少ないこと、および、③不動産物権変動として論じられる各論点の関連付けについて、各論者によって濃淡が見られることなどを挙げることができる。以上のような理由に加えて、④各論点における見解の一致もなかなか見られないという現状も存在

⁶⁵ わが国の民法177条の母法であるフランス民法典の規定、および、現行民法典制定前の諸見解と、明治41年判決の判断枠組みとの相違について述べるものとして、鎌田・前掲注22・84頁以下を参照。

⁶⁶ 立法者の見解として、例えば、梅謙次郎「再ビ民一七七ノ「第三者」ノ意義ニ就テ」志林64・1以下（明37）を参照。

⁶⁷ 177条の第三者の範囲に関する無制限説は、鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣、1955）52頁以下を、その嚆矢とする。

⁶⁸ 登記をしなければ対抗することができない第三者の範囲に関して、無制限説から制限説への転換を強く促した学説として、末弘・前掲注34・165頁以下を参照。

するために、結果として、不動産物権変動全体にわたる総合的な見地からの一致も見られないことなどを挙げることができるだろう。とりわけ、判例理論と、有力と目される学説との間には齟齬が大きい。

しかしながら、わが国における不動産物権変動論の議論状況を以上のように一般的に特徴付けることが可能であるとしても、ドイツにおける仮登記制度の検討を端緒としてわが国の不動産物権変動論の再構成を試みようとする本稿の目的意識からすれば、わが国における不動産物権変動論を細部にわたってより詳細に検討しなければならないと思われる。なぜならば、わが国の議論状況を正確に把握しない限り、その再構成の試みが意味の無いものになってしまうことは、確実だからである。そこで、次節以降においては、不動産物権変動に関する判例および学説の諸見解について、代表的な論点ごとに、相互の関連性に留意しつつ、より詳細な検討を行いたいと考える。

第二節 判例の展開

一 序

前節において、判例および学説の基本的な見解を主軸としながら、わが国における不動産物権変動論について主要な論点ごとに概観した。続いて本節では、まず判例の展開に関して、時系列に沿いつつ、より詳細な検討を加えたいと考える。

判例の展開過程は、民法典制定前後の初期の判例、登記がなければ対抗することができない物権変動および第三者の範囲についての判例⁶⁹に代表される戦前の展開、そして、背信的悪意者排除論を明確に肯定した判例⁷⁰に代表される戦後の展開に、大きく区分することができると思われる。それらの三つの時代区分に従いながら、前節で検討した各論点の関連性に留意しつつ、不動産物権変動論をめぐる判例の展開過程を体系的に考察したい。

不動産物権変動論として論じられるテーマには様々なものが存在するが、それぞれの根拠条文に基づいて整理するならば、結局のところ、不動産物権変動論の本質は民法 176 および 177 条の解釈論にあると評価することができる。そして、民法 176 条の解釈問題として、物権行為の独自性に関する問題と物権変動が生じる時期という問題が存在し、民法 177 条の解釈問題として、登記がなければ対抗することができない物権変動および第三者の範囲という問題が生じ、さらには、両条文の関係をめぐる問題として、対抗問題の法的構成が争われていると評価することができる。したがって、判例の展開過程を検討するにあたっては、民法 176 条に関するもの、民法 177 条に関するもの、および、両条文の関連性に関するものに区分することが有益であると思われる。

二 初期の判例

1 民法 176 条をめぐる判例

民法 176 条をめぐる解釈問題として、物権行為の独自性を認めるか否か、さらには、物権変動の効力が発生するのはいつの時点かといった点を、重要なものとして例示すること

⁶⁹ 物権変動の範囲につき、大連判明 41・12・15 民録 14・1301 を参照。また、第三者の範囲につき、大連判明 41・12・15 民録 14・1276 を参照。

⁷⁰ 背信的悪意者排除論を判例上確立したのものとして、最判昭 43・8・2 民集 22・8・1571 を参照。

ができる。それらの問題点につき、判例は、現行民法典が施行される前の段階において、まず、物権行為の独自性に関して否定する態度をとっていたようである⁷¹。しかしながら、それらの判決はいわゆる旧民法を基本的な根拠とするものであり、文言上、旧民法は物権行為の問題に関して現行民法典以上に明確な規定を有していたため⁷²、単純に民法典施行前の判決を現在の判例理論と直接結び付けることは、困難であると言わざるを得ないであろう。つまり、物権行為の独自性否定説を採用した上で、所有権の移転時期を当事者の合意が成立した時点に求めるという解釈以外に可能性はなかったと思われるのである。

現行民法典が制定された直後の段階においては、判例は依然として民法典施行前の法意識をそのまま踏襲するだけであったが、次第に、新たに制定された民法 176 条の文言に着目した解釈を試みるようになる。とりわけ、特定物を目的とした売買契約においては、契約成立時にその所有権が移転すると判示した大正 2 年の判決⁷³は、その後の判例のリーディングケースとなった。ただし、判例は、物権行為の独自性に関する問題と物権変動の発生時期に関する問題を、明確に区別して論じてはいない。両者は厳密には別個に考察する問題であると思われるが、少なくとも判例は、両者を密接に関連させつつ判断を下していたように思われる。

2 民法 177 条をめぐる判例

民法 177 条は、登記がなければ対抗することができない物権変動および第三者の範囲について、文言上は全く制限を加えていない。それゆえ、それぞれに関して、大別して無制限説を採用するかまたは制限説を採用するかについては、判例および学説の解釈に委ねられているとすることができる。

これらの点につき、まず、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲に関して、判例は、民法典制定直後の段階においては、民法 177 条が適用される物権変動の範囲を意思表示による物権変動に限定していた⁷⁴が、その後、明治 41 年の大審院連合部判決⁷⁵によって、一転して無制限説を採用するに至った。

続いて、登記がなければ対抗することができない第三者の範囲に目を転じると、初期の裁判例においては、無制限説を採用するものと制限説を採用するものが錯綜しており、判例の立場を確定することができない状態にあった⁷⁶。そこで大審院は明治 41 年に下された判決⁷⁷において、制限説を採用することを明らかにし、これによって判例の統一が図られたのである。

⁷¹ 大判明 28・11・7 民録 1・4・28、および、大判明 30・6・7 民録 3・6・25 などを参照。

⁷² 旧民法財産編 331 条は、「特定物ヲ授与スル合意ハ引渡ヲ要セスシテ直チニ其所有権ヲ取得ス」と規定していた。

⁷³ 大判大 2・10・25 民録 19・857 を参照。

⁷⁴ 大判明 38・12・11 民録 11・1736、および、大判明 39・6・29 民録 12・1058 などを参照。

⁷⁵ 大連判明 41・12・15 民録 14・1301 を参照。

⁷⁶ この点につき、池田寅二郎「民法第七十七条ニ関スル新判決」法協 27・2・224 以下（明 42）などを参照。

⁷⁷ 大連判明 41・12・15 民録 14・1276 を参照。

以上のように、判例においては、民法 177 条が適用される物権変動の範囲に関しては無制限説が採用され、第三者の範囲に関しては制限説が採用されることになったため、判例の見解に即して論理的に考えるならば、民法 177 条の適用領域を検討する場合には、物権変動の範囲を考察する必要はなく、第三者の範囲のみを考察すれば足りるということになりそうである。しかしながら、実際には、判例においても民法 177 条の適用範囲外と評価されているように思われる物権変動の具体例が存在する⁷⁸。したがって、民法 177 条が適用される物権変動および第三者の範囲に関する判例については、それぞれ明治 41 年の同日付でなされた判決により確定しているとの評価が一般的ではあるが、それについては、現在に至るまでの判例の流れを正確に把握してからでなければ、断定的な評価を述べることはできないように思われる。

3 民法 176 条と 177 条の関係をめぐる判例

民法 176 および 177 条の文言から、わが国においては、不動産物権変動に関していわゆる意思主義および対抗要件主義が採用されているということについて、見解の相違は見られない。しかしながら、とりわけ二重譲渡の場面を代表例とする対抗問題を法律上どのように構成すべきかという問題に関しては、判例および学説において議論が錯綜しており、見解の一致は見られない。

この点につき初期の裁判例においては、当事者間では有効であるが第三者との関係では無効とする、いわゆる相対的無効説を採用するものが散見される⁷⁹が、後述するように、異なる法的構成を採用した判決もその後登場するようになり、判例の立場を一義的に確定することは困難な状況にある。しかしながら、対抗問題の法的構成をどのように理解するとしても、最も単純な不動産の二重譲渡のケースを例として、第一譲受人が移転登記を経由しない間に第二譲受人が先に登記を具備した場合に、第二譲受人が当該不動産の所有権を確定的に取得するという結論それ自体に関しては各論者間で異論はないので、具体的な事例の解決を第一の目的とする裁判の過程において、対抗問題の法的構成そのものが問題視される必要性はそれほど存在しないということを、議論の前提として確認することは許されると思われる⁸⁰。

三 戦前の判例

1 民法 176 条をめぐる判例

民法 176 条の解釈論としての、物権行為の独自性と物権変動の効力発生時をめぐる問題

⁷⁸ 例えば、共同相続人の 1 人が他の共同相続人に無断で遺産である不動産の単独相続登記をして、当該不動産を単独所有していると偽って第三者に処分した場合には、判例は、登記に公信力がないことを理由として、他の共同相続人が第三者に対して自らの持分を対抗するためには登記を必要とはしないとしている。この点につき、例えば、最判昭 38・2・22 民集 17・1・235 などを参照。

⁷⁹ 例えば、大判明 34・2・22 民録 7・3・101、および、大判明 39・4・25 民録 12・660 などを参照。

⁸⁰ ただし、後述するように、学説においては、公信力説に代表されるように、とりわけ悪意の第三者の取り扱いに関して、対抗問題の法的構成によって結論が異なる可能性を明確に提示する見解が存在する。

に関して、戦前の判例は、民法典制定直後になされた判断を基本的に踏襲し、物権行為の独自性を否定しつつ、物権変動の効力は契約の成立と同時に発生するものとした⁸¹。その後、この見解は、物権変動それ自体を直接的に目的とする意思表示だけではなく、結果として物権変動に至る可能性を有する意思表示などにも妥当するものとされ⁸²、民法 176 条の解釈論をめぐる判例の立場は、戦前の段階ですでに大きく発展していたと評価することができる。

さらに判例は、物権変動の効力を発生させるにあたって何らかの障害が存在している場合には、その障害が除去されると同時に物権変動の効力が発生するものとした。典型的な例として他人物売買を挙げることができるが、その場合には、売主が当該目的物の所有権を取得すると同時に、買主に所有権が移転するものと解されるに至った⁸³。

わが国の民法 176 条は、その母法とされるフランス法の規定内容と比較すると、かなり簡潔なものになっている⁸⁴。それゆえ、民法 176 条の文言から明らかなことは、唯一、物権変動の効力を発生させるためには意思表示のみで足りるということだけなのであり、その意思表示が債権的意思表示なのか、それとも、物権的意思表示なのかという問題や、物権変動の効力発生時はいつなのかという問題は、判例および学説の解釈を経なければ、解決を図ることができない。その点を考慮すると、判例が比較的早い段階で民法 176 条の解釈問題に一定の結論を提示し、そしてそれを堅持しているということは、注目に値すると言いうことができるだろう。

2 民法 177 条をめぐる判例

登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲に関して、戦前の判例は、前述した明治 41 年判決⁸⁵を前提として、その立場をさらに強固なものとした。しかしながら、明治 41 年判決は生前相続に関するものであったので、戦後の民法改正によって生前相続制度が廃止された後はもちろんのこと、戦前の段階においても、民法 177 条が適用される物権変動の範囲を具体的にどのように画するかという問題に対して無制限説の採用という解答を提示するためには、その命題をより一般化することが必要であった。

戦前の判例は、まず、生前相続による物権取得を被相続人から当該不動産の処分を受けた第三者に対抗するためには登記を必要とした判決⁸⁶を皮切りに、被相続人の死亡による相続をも含めた相続一般による物権取得を第三者に対抗するためにも登記を必要と

⁸¹ 大判大 8・5・13 民録 25・770、および、大判大 10・6・9 民録 27・1122 などを参照。

⁸² 例えば、売買予約の完結権行使につき大判大 7・2・28 民録 24・307、特定物の贈与につき大判大 15・4・30 民集 5・344、および、特定物の遺贈につき大判大 5・11・8 民録 22・2078 などを参照。

⁸³ 他人物売買における所有権の移転時期に関する判例として、大判大 8・7・5 民録 25・1258 などを参照。

⁸⁴ 民法 176 条の沿革およびフランス法における関連条文については、滝沢・前掲注 16・35 頁以下を参照。

⁸⁵ 大連判明 41・12・15 民録 14・1301 を参照。

⁸⁶ 大判大 4・10・2 民録 21・541、および、大判大 5・11・11 民録 22・2224 などを参照。

するものとし⁸⁷、さらには、意思表示によらない物権取得も全て第三者に対抗するためには登記を必要とするに至った⁸⁸。このような適用範囲の拡大の経過を経て、明治41年判決において提示された、民法177条が適用される物権変動の範囲に関する無制限説は定着していったのである。

続いて、登記がなければ対抗することができない第三者の範囲に関して、前述したように判例は、物権変動の範囲に関する明治41年判決と同日付の判決⁸⁹において、物権変動の範囲についての判断とは逆に制限説を採用することを明らかにしたが、そこにおける判断は、民法177条が適用される第三者を、「当事者若シクハ其包括承継人ニ非スシテ不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ノ登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」に制限するというものであり、抽象的な域を脱していない基準であると言わざるをえなかった⁹⁰。そこで、判例においても、自らの判断枠組の具体化を目的として、第三者を類型的に考察する必要性が生じたのであった。

戦前の判例においてすでに登場している第三者の諸類型の中で、民法177条が適用される第三者とされた者は、所有権取得者⁹¹、他物権取得者⁹²および一定の支配関係を取得した債権者⁹³などである。それに対して、民法177条の対象外とされた第三者としては、実質的無権利者⁹⁴、不法行為者⁹⁵および一定の支配関係を取得していない債権者⁹⁶などであった。ただし、これらの類型化は、第三者の客観的な側面を重視したに過ぎないものであり、第三者の善意または悪意、つまり、第三者の主観的な側面をどのように評価すべきかについては、さらに考察を行う必要があった。この点につき、戦前の判例は、一貫して第三者の善意または悪意を問うことなく、民法177条における第三者の範囲を定めていた⁹⁷。背信的悪意者排除論に代表される、第三者の主観的な側面に対する評価をめぐる論争が活発になったのは、戦後のことである。

⁸⁷ 大判大9・5・11民録26・640などを参照。

⁸⁸ 大連判大14・7・8民集4・412などを参照。

⁸⁹ 大連判明41・12・15民録14・1276を参照。

⁹⁰ ただし、明治41年判決は、第三者に該当する者の具体例として、物権や賃借権を正当な権原によって取得した者、差押債権者および配当加入債権者などを例示している。一方、第三者に該当しない者として、不法行為者などを挙げている。それゆえ、判例における具体的な第三者像は、すでに一定程度、明治41年判決に含まれていたと評価することが可能であるとも言える。

⁹¹ 二重譲受人が登場したケースとして、大判昭9・5・1民集13・734などを参照。

⁹² 抵当権者に関して、大判昭7・5・27民集11・1279などを参照。

⁹³ 差押債権者について、大判大8・12・8民録25・2250など、仮差押債権者について、大判昭9・5・11新聞3702・11など、および、賃借権者につき、特に賃借権そのものの存在が争われたケースとして、大判昭6・3・31新聞3261・16などを参照。

⁹⁴ 無効登記の名義人につき、大判昭10・11・29民集14・2007など、および、表見相続人からの譲受人につき、大判大3・12・1民録20・1019などを参照。

⁹⁵ 不法占拠者につき、大判大9・4・19民録26・542などを参照。

⁹⁶ 一般債権者につき、大判大4・7・12民録21・1126などを参照。

⁹⁷ 例えば、大判大10・12・10民録27・2103などを参照。厳密には、悪意者を民法177条における第三者から排除したかのように解しうる判決（大判昭9・3・6民集13・230など）も存在するが、全体的な見地からの判例の理解としては、判例は善意悪意不問説を採用していると解するのが一般的であろう。

3 民法 176 条と 177 条の関係をめぐる判例

民法 176 条と 177 条の関係をめぐる主要な論点としての対抗問題の法的構成について、戦前の判例は、初期の判例と同様に、統一的な見解を打ち出してはいない⁹⁸。このことは、対抗問題の法的構成という問題設定そのものの特徴に、その根拠を見出すことができると思われる。すなわち、対抗問題に関してどのような法的構成を採用するとしても、現実に二重譲渡がなされる可能性を否定することはできず、また、民法 176 および 177 条の文言から、法律上、二重譲渡もしくは結果としてそれに類似した法現象が生じることは避けられないからである。

ただし、公信力説のように、第三者の主観的側面を重視して、背信的悪意者排除論を越えて単純悪意者排除論に至る可能性を内包するような見解を採用する場合には、対抗問題の法的構成をどのように解するかによって実際の結論が大きく異なってくる可能性が生じてくることになる。それゆえ、戦前の判例が対抗問題の法的構成に関して統一的な見解を採用していないという点については、当時の判例がいまだ第三者の主観的な側面を重視していなかったということに留意した上で、分析がなされなければならない。第三者に関する善意悪意不問説に立つ限り、少なくとも戦前の段階においては、判例が対抗問題の法的構成を重要視する必要性は存在しなかったのである。

四 戦後の判例

1 民法 176 条をめぐる判例

民法 176 条における意思表示を法律上どのように性質決定すべきかという点につき、戦後の判例は、民法典制定当初から戦前に至るまでの判例において示されていた物権行為の独自性を認めない見解を基本的には踏襲したと評価してよいだろう。その過程においては、特定物売買における意思表示を原則として債権的意思表示と解さなければならない理由はないとするなど、戦前の判例とは一線を画するかのような判決も見られたが⁹⁹、物権変動が生じる時期との関連において、民法 176 条における意思表示を特に物権的意思表示と解することなく、契約成立時に直ちに物権変動の効果が発生するとした大正 2 年の判決を引用しながら同旨を説く判決¹⁰⁰が現れ、その後も物権的意思表示を強調する判決は特に見られない。

物権変動が生じる時期に論点を絞って判例を検討してみても、大正 2 年判決によって確

⁹⁸ あえて戦前の判例を統一的に理解しようとするならば、いわゆる不完全物権変動説に分類することができるかもしれない。戦前の判例として、二重譲渡が行われた場合に、当事者間ではその物権変動は完全に有効ではあるが、第三者との関係では無効であるとする見解を提示したものが存在する（大連判大 15・2・1 民集 5・44 などを参照）。しかしながら、当事者間においても第三者との関係においても物権変動の効果は完全に生じるものとした上で、第三者が第一譲渡の不完全性を主張することによって、結果として第一譲渡の無効が根拠付けられるとする見解を示した判決（大判明 45・6・28 民録 18・670 などを参照）も存在するため、やはり、この問題に関する判例の立場が一致していると解することは、困難であると言わざるをえない。

⁹⁹ この点につき、最判昭 23・2・10 裁民 1・73 などを参照。

¹⁰⁰ 最判昭 33・6・20 民集 12・10・1585 を参照。

立された見解は踏襲されている。特に注目されるべき判決として、戦前の判例には見出されなかった不特定物売買が行われたケースにおいては、売買の目的物が特定した時点で所有権が移転すると解したものが挙げられるであろう¹⁰¹。これにより、原則として特に障害がない限り契約成立時に物権変動の効力が発生し、例外的に障害がある場合には、その障害が除去された時点で直ちに物権変動が生じるとする判例が、さらに確立されたと言えることができる。

しかしながら、判例が物権変動の効力発生時に関して契約成立時を基準としているとしても、実際の契約成立時を柔軟に解釈することによって、結果的には、移転登記がなされた時点や代金が支払われた時点を物権変動の効力発生時と一致させることも可能なのであり、物権行為の独自性を否定しつつ、物権変動の効力発生時を契約成立時とする見解を提示しただけでは、民法 176 条をめぐる諸問題を一義的に解決したことにはならないのではないかという懸念は、払拭できないところである¹⁰²。

2 民法 177 条をめぐる判例

登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲に関して、戦後の判例は、基本的には明治 41 年判決¹⁰³以来の無制限説を維持した上で、具体的な諸事例について妥当な解決を導くべく検討を加えている。とりわけ、リーディングケースとされる明治 41 年判決の事案は生前相続に関するものであり、戦後の民法改正によって生前相続制度そのものが廃止されてしまったことから、明治 41 年判決の先例としての価値に対して疑問を差し挟む余地がないわけではなかった。そのこととも関連して、戦後の判例は、取消および解除などを含む意思表示、時効取得ならびに相続による物権変動など、様々な諸原因に基づく物権変動について検討を行ってきているのであるが¹⁰⁴、依然として無制限説を崩してはいない。もちろん、生前相続制度が否定された以上、明治 41 年判決におけるその点に関する部分についての先例的価値はもはや存在しないのであるが、その一般的な命題そのものは維持され続けている。

以上のように、判例においては、民法 177 条が適用される物権変動の範囲を制限しないという立場が形式的ではあっても堅持されているため、実際の諸問題の解決にあたっては、民法 177 条が適用される第三者の範囲をどのように解するかという点が、事実上の重要な

¹⁰¹ 最判昭 35・6・24 民集 14・8・1528 を参照。

¹⁰² この点につき、鎌田・前掲注 40・1・31、2・1、および、横山・前掲注 40・2・1、3・85 などを参照。

¹⁰³ 大連判明 41・12・15 民録 14・1301 を参照。

¹⁰⁴ 各論点に関する戦後の代表的な判例としては、例えば、取消に関して、最判昭 32・6・7 民集 11・6・999、解除に関して、最判昭 35・11・29 民集 14・13・2869、共同相続に関して、最判昭 38・2・22 民集 17・1・235、相続放棄に関して、最判昭 42・1・20 民集 21・1・16、遺産分割に関して、最判昭 46・1・26 民集 25・1・90、遺贈に関して、最判昭 39・3・6 民集 18・3・437 などを参照。ただし、それらの多くは、戦前の大審院においてすでに示されていた判断を踏襲することを確認するものであり、とりわけ取得時効に関しては、先例と目されるべき判断がすでに戦前に示されている（大連判大 14・7・8 民集 4・412）。

論点となる。この点につき、明治 41 年判決¹⁰⁵以来、戦前の判例はいわゆる制限説を採用し、さらに戦後の判例もその立場を踏襲している。戦後の判例の中で特に注目されるべきことは、背信的悪意者排除論の確立であると言えるだろう。判例は戦前から、第三者の範囲として、とりわけ第三者の客観的側面に着目しつつ様々な類型に対して検討を加え、民法 177 条の第三者に該当する者と該当しない者を区別していったのであるが、第三者の善意または悪意などの主観的側面に関しては原則として不問とし、主として客観的側面のみを問題としていた。しかし、戦後になると、まず下級審裁判例において、一定の範囲の悪意者を排除する旨の判断が示され始める¹⁰⁶。最高裁もその動きに対応し、当初は一般条項を主たる根拠としながら第三者の主観的側面を評価していたのであるが、昭和 43 年判決¹⁰⁷において明確に背信的悪意者排除論を採用することを明らかにした。これによって、判例においても、第三者の主観的側面および客観的側面の両面が民法 177 条における第三者を判定する際の基準として考慮されるようになったのである¹⁰⁸。

3 民法 176 条と 177 条の関係をめぐる判例

わが国の民法が、その 176 条において意思主義を表明し、さらに 177 条において対抗要件主義を表明しているということに関しては、特に異論は見られない。そしてこのことは、わが国の法制度に従う以上、いわゆる二重譲渡もしくは二重譲渡類似の現象が生じることを認めている、ということでもある。したがって、対抗問題の法的構成をどのように形成するとしても、二重譲渡類似の法現象を容認し、最終的に競合者間の誰かを確定的な物権取得者として決定し、その一方で、他の者に対する物権の取得を確定的に認めないとする結論自体に関しては、各見解は異ならない。この点に、判例が対抗問題の法的構成に拘泥することなく実際の事件に対峙してきたことの原因があると言える¹⁰⁹。

しかしながら、対抗問題の法的構成が異なることによって実際上の結論が異なってくるようになると、以上のことを貫徹することはできないということになる。この点につき、例えば、民法 177 条が適用される第三者の範囲の問題をめぐって、その主観的な側面に関して、戦前までの判例は善意悪意不問説を採用してきたが、戦後に入り、いわゆる背信的悪意者排除論が台頭し、判例においてもついに採用されることとなった¹¹⁰。そして学説においては、さらに進んで、対抗問題の法的構成に関して公信力説を採用しつつ、その結果

¹⁰⁵ 大連判明 41・12・15 民録 14・1276 を参照。

¹⁰⁶ 背信的悪意者排除論に繋がる下級審裁判例を詳細に紹介しているものとして、舟橋諄一『物権法』(有斐閣、昭 35) 183 頁を参照。その理由付けとしては、信義則違反(民法 1 条 2 項)、権利濫用(民法 1 条 3 項)、公序良俗違反(民法 90 条)などの一般条項を用いるものや、当時の不動産登記法 4 および 5 条を用いるものなどが多かった。

¹⁰⁷ 最判昭 43・8・2 民集 22・8・1571 を参照。

¹⁰⁸ 学説においては、さらに進んで、対抗問題の法的構成に関する公信力説に代表されるように、単純悪意者排除論を展開する見解も存在するが、この点については学説の展開過程において後述する。

¹⁰⁹ 例えば、最判昭 33・10・14 民集 12・14・3111 は不完全物権変動説に依拠していると評価することができるが、その事案における主たる争点は相続が介在する二重譲渡をどのように扱うかということにあったため、対抗問題の法的構成そのものが争われたわけではなかった。

¹¹⁰ 最判昭 43・8・2 民集 22・8・1571 を参照。

として、第三者を保護する要件としてその者の善意無過失を要求する見解が現れた¹¹¹。このようになると、対抗問題の法的構成は実際上の結論に影響を与えることがないためにそのような議論は無益であるとする考え方は、説得力を失うことになる。しかし、判例は現在においても、対抗問題の法的構成に関して明確な見解を提示してはいない。一例に挙げた民法 177 条における第三者の主観的側面に関しては、背信的悪意者排除論が判例においてすでに確立されており、対抗問題の法的構成と直接関連させた上で第三者の主観的範囲を論じる必要性がそれほど強く感じられていないことも、判例が対抗問題を正面から論じることがない理由の一つとして挙げることができるであろう。しかし、対抗問題の法的構成をめぐっては第三者の主観的側面の評価という問題以外にも、関連性を有すると思われる問題が多く存在する。少なくとも判例は、その点に関して自覚的な認識を伴いつつ対抗問題の法的構成を検討しているとは言えないのではないかと思われる。

五 小括

本節においては、民法 176 条、177 条、および、176 条と 177 条の関係をめぐる判例について、時系列に沿いながらこれまで検討してきたが、これらの点に関する判例の立場は、比較的早い段階から確立されていると評価することができる。民法 176 条の解釈論としての、物権行為の独自性および物権変動が生じる時期をめぐるとしては、物権行為の独自性を否定した上で物権変動の時期を契約成立時とする態度をすでに初期の段階で確立し、その後は基本的立場を維持しつつ特殊事例に対応するための判断を積み重ねていったと言うことができ、それらは当初からの判例の立場に鑑みれば予想しうる範囲内の判断であったと言うことができるだろう¹¹²。

続いて、民法 177 条の解釈問題としての、登記がなければ対抗することができない物権変動および第三者の範囲に関しても、判例は明治 41 年の重要な二つの判決によって提示された見解を基本的にはその後も踏襲し続け、現在に至っている。物権変動の範囲に関しては無制限説を採用し、第三者の範囲に関しては制限説を採用するという見解に立脚しつつ、結局のところ、民法 177 条の適用の有無を検討する場合には、論理的には第三者の範囲のみを論じれば足りるとする立場を崩してはいない。戦後に活発になされ、その後判例においても採用された議論として、背信的悪意者排除論が挙げられるが、これは第三者の範囲をめぐるとしての論点における、第三者の主観的な側面をどのように評価すべきか、という問題に関わるものであり、第三者に関する制限説を標榜していた判例においては、第三者の

¹¹¹ 他にも、競合している者がそれぞれいまだに登記を経由していない場合にどのような判断が下されるべきかといった問題など、対抗問題の法的構成の相違によって具体的な結論が異なってくる可能性がある問題も存在する。したがって、対抗問題の法的構成をめぐるとしての議論は無益であるとする見解は、今や採用しえないものとなっている。

¹¹² 所有権の移転時期に関する判例を詳細に研究したものとして、吉原節夫「特定物売買における所有権移転の時期」に関する戦後の判例について「民法 176 条の研究（1）」富大経済論集 6・3＝4・540（1961）、同「物権変動の時期に関する判例の再検討（一・二）」民法一七六条の研究（2）」富大経済論集 7・2・164、8・1・1（1961～1962）、同「特定物売買における所有権移転の時期」民商 48・6・827（1963）、および、同「所有権移転時期に関する最近の論争に寄せて」富大経済論集 27・3・654（1982）などを参照。

類型化にまつわる問題であると評価することもできるため、その点における判例の態度が変化したものということとはできないであろう。

そして、民法 176 条と 177 条の関係としてとりわけ重要視される対抗問題の法的構成に関しては、判例は確固たる立場を表明してはいないと評価することができる。いくつかの判例を取り上げて検討してみると、傍論として論じられているものも含めて、対抗問題の法的構成に関する何らかの見解を示唆しているものも見られないわけではないが、それらは結局のところ、判例が理解する判断枠組の中においては、結論を大きく左右するものではないのであって、判例の判断枠組に従うのであれば、民法 176 および 177 条に関するそれぞれの個別論点の検討を経ることによって、具体的帰結を得ることができるのである。しかしながら、対抗問題の法的構成をどのように理解するかによって、民法 177 条が適用される第三者の範囲が異なってくるということもあるのであって¹¹³、対抗問題の法的構成の捉え方を検討することを通じて、物権変動論として論じられる他の諸問題に対して影響を与えることも可能であろうと思われる。

第三節 学説の展開

一 序

これまで検討してきた判例の展開を辿ってみても分かるように、わが国における不動産物権変動をめぐる議論は、主として学説によって導かれてきたとすることができる。判例においては、すでに初期の段階から各論点について判断が確立され、その後も基本的な立場は維持されてきた。それに対して、学説においては、民法典制定直後から、物権行為の独自性、物権変動が生じる時期、登記がなければ対抗できない物権変動と第三者の範囲、および、対抗問題の法的構成などの不動産物権変動論として論じられる主要な論点のそれぞれに関して、様々な議論が活発になされてきた。

しかしながら、そのような議論を経てもなお、各論者の見解が一定の方向に向かって収斂される気配はなく、それどころか、諸学説の中には、歩み寄り難いほどの基本的理解の相違も見受けられる状態である¹¹⁴。さらには、最近有力とされている学説と判例の見解の間にも大きな溝が存在する。今日におけるこのような状況を鑑みるならば、重要なこととして、学説のこれまでの発展過程を検討した上で現在における到達点を確認し、学説状況を確認した上で、判例との整合性を勘案しながら、わが国の法体系に反しない形で、とりわけ根拠条文の解釈論として無理のない議論を組み立てる必要があるように思われる。

そこで本節においては、判例の展開過程を検討した際と同様に、主要な論点について根拠条文ごとに区分を行いつつ、時系列に沿った上で、代表的な学説を検討していきたいと考える。しかしながら、判例と異なり学説においては、今日においてもなお、様々な見解

¹¹³ 例えば、対抗問題の法的構成に関していわゆる公信力説を採用するならば、民法 177 条が適用される第三者について検討する際に、単純悪意の第三者をも適用範囲から排除するという解釈を導きやすくなる。

¹¹⁴ 例えば、対抗問題の法的構成に関して、伝統的に主張されてきた不完全物権変動説と、戦後に有力となった公信力説とでは、第一譲渡の後、譲渡人に何らかの処分権限が残るか否かという根本的な問題において、正反対の立場に立つ。

が新たに主張される状況にある。特に、最近になって現れた諸見解¹¹⁵には、今後の不動産物権変動論を検討していく上での注目されるべき示唆が多く、点で含まれているように思われるので、それについては別項を設けて検討を加えたいと思う。

二 初期の学説

1 民法 176 条をめぐる学説

民法 176 条はフランス法の影響を強く受けつつ規定されたものであるため、学説による民法 176 条の理解としても、フランス法に依拠した解釈論が有力となるのが自然な流れであると思われるが、民法典制定直後の初期の学説においては、当時のドイツ法研究の隆盛と共に、民法 176 条をドイツ法的な理論を用いて説明するという見解が次第に有力となっていた。例えば、民法 176 条における意思表示を物権的意思表示であると解し、物権行為の独自性を肯定する見解が、有力に主張されたのである¹¹⁶。しかしながら、ドイツ法における物権行為とは、登記や引渡などの外形的行為と密接に結合されているのであって（BGB 873、925 および 929 条）、日本法にドイツ法的な物権行為概念をそのまま持ち込むとするならば、物権変動の発生にあたって何らの方式をも要しないとする民法 176 条の文言に正面から抵触することになる。この点をどのように回避するかは解釈論上の大きな問題点であった¹¹⁷。

それゆえ、以上のような民法 176 条の解釈論としての物権行為の独自性肯定説は、当初はそれほど債権行為と厳格に区別した上で主張されることはなかった。例えば、物権行為の独自性を認めつつも、それは債権契約の中に包含されると解したり、一つの意味表示として債権の効果意思と共に並存すると解したりするものが有力であったのである。しかし

¹¹⁵ とりわけ、不動産物権変動論を検討するにあたって様々なアプローチが試みられていることが、注目に値する。例えば、判例を足がかりとするものとして、松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」奥田昌道編集代表『林良平先生還暦記念論文集・現代私法学の課題と展望・中』（有斐閣、昭 57）65 頁、同・前掲注 51・16・4・65、17・1・1、同「民法一七七条の第三者・再論 一第三者の主體的資格と理論構成をめぐる最近の議論」前田達明編集代表『奥田昌道先生還暦記念・民事法理論の諸問題・下巻』185 頁（成文堂、平 7）185 頁、法制史を検討するものとして、松尾弘「ローマ法における所有概念と所有物譲渡法の構造 一所有権譲渡理論における「意思主義」の歴史のおよび体系的理解に向けて（I）一」横浜市立大学論叢（社会科学系列）41・3・201（1990）、同「所有権譲渡の「意思主義」と「第三者」の善意・悪意（一・二・完）」一論 110・1・159、111・1・91（1993～1994）、同・前掲注 51・3・1・1、3・2・33、4・1・103、契約に着目するものとして、横山・前掲注 40・2・1、3・85、同「競合する契約相互の優先関係（一～五・完）」法雑 42・4・914、43・4・607、45・3＝4・464、47・1・41、49・4・815（1996～2003）、最近関心が向けられていなかったドイツ法から示唆を得るものとして、石田・前掲注 52・46・129、49・124、51・53 などの諸文献を参照。

¹¹⁶ 例えば、川名兼四郎「物権ノ設定移転ヲ論ス」法協 21・2・209（明 36）、岡松参太郎「物権契約論」法協 26・1・58（明 41）、横田秀雄「物権契約ヲ論ス」法曹記事 22・11・18（大元）、および、石坂音四郎『民法研究・第二巻』（有斐閣、大 2）325 頁以下などを参照。

¹¹⁷ この点につき、物権行為の独自性を肯定するのであるならば、何らかの外形的な行為を結び付ける必要があることを主張するものとして、石坂音四郎「物権ノ設定移転ニ関スル我国法ノ主義」法学新報 21・3・27（明 44）を参照。

ながら、その後さらに、ドイツ法における物権債権峻別論がわが国の学説においても次第に採用されるに至り、それに伴って、物権的意思表示は債権的意思表示とは別個独立に常に存在するものと解する見解が有力となった¹¹⁸。それらの見解の中には、物権的意思表示がなされる時期を、目的物が引き渡された時点や登記がなされた時点などと一致させるものも存在した。また、取引当事者間において債権契約が成立した時点で物権変動の効力が発生することが合意された場合にも、債権的意思表示の他に物権的意思表示が存在することが求められ、理論的にはそれによって物権変動が生じるものとされたのである。このような見解は、大正時代後期に至るまで有力に主張されていたのであった。

2 民法 177 条をめぐる学説

民法 177 条の解釈論としての、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲に関して、起草者はいわゆる無制限説を採用していたようである。つまり、物権変動の原因を限定的に列挙していた旧民法（財産編 348 条）とは異なり、民法 177 条においては、適用対象となる物権変動の原因について文言上全く制限がなされていないのであるが、これは、まさに無制限説を採用することとした起草者の意思の表明であったわけである¹¹⁹。この問題に関しては、判例も明治 41 年の判決¹²⁰において無制限説を採用することを明らかにしており、その基本的な判断枠組は現在においても崩されてはいない。初期の学説においても、当初は起草者および判例の見解に従うものが多かったようである。しかしながら、その後、次第に無制限説に対する反対の声が上がり始め、判例の見解に同調するものは少なくなっていく¹²¹。

そして、登記がなければ対抗することができない第三者の範囲に関しても、起草者は無制限説を採用していたと考えられる。旧民法（財産編 350 条）が第三者の範囲を制限する規定内容になっていた一方で、民法 177 条においては、物権変動の範囲と同様に、第三者の範囲を限定する文言が存在しないことが、その理由であった¹²²。しかしながら、その起草者意思に反して、判例においては、制限説を採用することを明らかにした大審院連合部判決が明治 41 年に下されたことに伴って、以後、制限説が確立されることになった¹²³。しかしながら、この判例の見解に対して学説は直ちに同調することはなかった。とりわけ、無制限説の有力な主張者であった鳩山博士は、①物権を公示する目的は、個々の取引の安全を保護することにあるわけではないこと、②不動産に関する権利関係を、登記を通じて可能な限り公示すべきこと、③公示主義は静的安全を害するものではないから、その適用範囲を制限する必要性はないこと、および、④実際上の妥当性などを主たる根拠として挙

¹¹⁸ ドイツにおける物権債権峻別論のわが国への採用を主張するものとして、石坂・前掲注 117・27 などを参照。

¹¹⁹ この点につき、梅謙次郎「民法第 177 条ノ適用範囲ヲ論ス」志林 9・4・40 以下（明 40）などを参照。また、池田・前掲注 53・137 頁も参照。

¹²⁰ 大連判明 41・12・15 民録 14・1301 を参照。

¹²¹ 例えば、岡松参太郎『注釈民法理由物権編』（有斐閣、明 30）15 頁や石坂音四郎「意思表示以外ノ原因ニ基ク不動産物権変動ト登記（一）」法協 35・2・6 以下（大 6）などは、意思表示による物権変動だけが登記を必要とすると解する。

¹²² 例えば、梅・前掲注 38・17 頁以下などを参照。

¹²³ 大連判明 41・12・15 民録 14・1280 を参照。

げた上で、明治 41 年判決に対して反対の立場をとっている¹²⁴。その後しばらくの間、学説においては、無制限説の発展がさらに試みられていくことになる¹²⁵。

3 民法 176 条と 177 条の関係をめぐる学説

民法 176 条は意思主義を採用することを明確に表明している。これは、物権変動が発生するためには何らの形式をも必要としないという制度が採用されたということ、つまり、いわゆる形式主義をわが国の民法は採用していないということを意味している。そして、民法 177 条は対抗要件主義を採用することを明示している。しかしながら、対抗要件が問題となる場面として最も議論の対象となる土地所有権の二重譲渡の局面を考察してみると、民法 176 条に従うならば、第一譲渡の意思表示がなされることによって所有権は第一譲受人にすでに完全に移転してしまったことになり、結果として第二譲受人は第一譲渡の存在によってすでに無権利者となった譲渡人から当該土地の所有権を譲り受けるということになってしまう。しかし、わが国の民法においては登記に公信力が認められていないため、原則として、無権利者から土地の所有権を譲り受けることはできない。以上のことを前提とすると、そもそも二重譲渡という法現象は発生しえないということになってしまう。しかしながら、それでは対抗要件主義を定めた民法 177 条の存在意義が没却されてしまう。

また、民法 176 条と 177 条の存在は、以上のように、二重譲渡の発生を論理的に説明する際の困難性を提供することとは逆に、対抗問題が成立する前提条件としても機能している。つまり、わが民法が形式主義を採用していたならば、そもそも対抗問題が生じることはなく、物権変動が発生したのか否かという問題に還元されてしまうことになるのであるが、実際には意思主義を採用しているために、物権変動の発生とは別個に物権変動の対抗の問題が発生するというところを、確認しておく必要があるだろう¹²⁶。

以上のように、民法 176 条と 177 条の関係をめぐる問題としての対抗問題の法的構成は、大変興味深い理論的な論点なのであるが、その問題の性質上、紛争解決の具体的な結論にそれほど大きな影響を与えることがなかったという特徴を有していたため、とりわけ判例においては、この問題についての理論が発展させられることはほとんどなかったと評価することができる。それに対して、学説においては、多くの民法学上の諸問題の中でも特に活発な議論がなされた問題であると言うことができる。そこで必然的に、対抗問題の法的構成をめぐる議論を理解するためには、学説における議論を検討する必要があることになる。

学説においては、初期の段階から様々な法的構成が試みられた。例えば、立法者の一人である富井博士は、二重譲渡の局面において、譲渡人と第一譲受人の間では完全な物権変動の効果が発生するが、第二譲受人との関係においてはその効果は発生せず、その限りにおいて譲渡人は無権利者とはなっていないので、第二譲受人も所有権を取得することが

¹²⁴ 鳩山・前掲注 67・52 頁以下〔初出・「不動産物権の得喪変更に関する公信主義及び公示主義を論ず」33・7、33・9、33・12（大4）〕を参照。

¹²⁵ 例えば、川名兼四郎『物権法要論』（金刺芳流堂、大4）16 頁、および、鳩山秀夫『物権法』（東京大学講義録、大7）36 頁以下などを参照。

¹²⁶ この点につき、原島重義「債権契約と物権契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅱ（贈与・売買）』（有斐閣、昭37）117 頁以下を参照。

できると構成した¹²⁷。さらに他にも、登記がなくても、当事者間だけではなく第二譲受人に対する関係においても物権変動の効果が発生するが、第二譲受人の側から登記が存在しない旨の主張がなされることによって、その第二譲受人との関係においては第一譲渡の存在が否定されると解する見解¹²⁸や、対抗問題を実体法上の問題として捉える限り、民法 176 条と 177 条の関係はお互いに矛盾し合うものであるから、両条文を論理的に調和するものと理解することは不可能であるとして、民法 177 条を、裁判所が事実認定をするに際して物権取得者に法定証拠を与えた規定であると解する見解¹²⁹も主張され、早くも論者によって見解の相違が浮き彫りになっていた。

三 戦前の学説

1 民法 176 条をめぐる学説

民法 176 条に規定されている意思表示の解釈として、初期の学説においては、それを物権的意思表示と解する見解が有力に主張されていたが、大正 10 年に末弘博士がその当時の通説的見解に対して明確に反対する見解を唱えたことによって、民法 176 条をめぐる議論の流れは大きく変わることになる。すなわち、末弘博士は、物権行為の独自性を肯定すべきか否かという問題は、物権変動の発生のために特別な公示方法が法律上必要とされているか否かという問題を差し置いて検討することができず、そして、わが国の民法が形式主義を採用していないことは明確であるから物権行為の独自性を肯定する必要性は存在しないということを理由として、物権変動を発生させることを目的として法律行為がなされる場合には、特に反対の事情が認められない限り、一つの行為の中に債権的效果の発生と同時に、これによって直ちに物権変動をも発生させる意思が存在するものと解釈すべきであると主張した¹³⁰。この末弘博士の見解は、当時すでに物権行為の独自性を認めないという見解を維持していた判例との整合性をも重視したものであり、さらには、わが国の民法において物権行為の独自性を肯定することの実質的な利益を見出すことが困難であったこととも関連して、多くの支持者を集めることになった¹³¹。

しかしながら、以上のような末弘博士の見解に対して、物権行為の独自性を肯定する立

¹²⁷ 富井政章『民法原論・第二巻・物権上〔訂正五版〕』（有斐閣、大 3）59 頁を参照。この説はいわゆる相対的無効説に分類することができると思われるが、同様の理論構成を採用していると思われる川名博士の見解が、登記がなければ第二譲受人との関係においては第一譲渡の効力が存在しないと構成される以上、第二譲受人の側から積極的に第一譲渡の存在を主張することはできないというものであるのに対し、これと同様の場面を想定して、富井博士は、第一譲受人が第二譲受人に物権変動の効果を主張することは許されなくても、第二譲受人の側から第一譲渡を認めることは可能であると主張しており、両者の間には相違が見受けられる。川名博士の二重譲渡の法的構成に関する見解については、川名・前掲注 125・14 頁を参照。

¹²⁸ 例えば、中島玉吉『民法積義・卷之二・物権篇上』（金刺芳流堂、大 3）66 頁以下などを参照。第三者主張説と評されることが多い。

¹²⁹ 例えば、石坂音四郎「意思表示以外ノ原因ニ基ク不動産物権変動ト登記（二）」法協 35・3・61 以下（大 6）などを参照。法定証拠説の先鞭をつけたものと評価しうる。

¹³⁰ この点につき、末弘・前掲注 34・86 頁を参照。

¹³¹ 例えば、近藤英吉『物権法論』（明治大学出版部、昭 12）17 頁、および、田島順『物権法』（弘文堂、昭 13）50 頁以下などを参照。

場からの反論がなかったわけではない。とりわけ、末川博士は、わが国において行われてきた日常的な取引慣行に着目し、通常取引においては、例えば特定物売買の場合に、売買契約によって直ちに所有権が買主に移転すると考えられてはならず、目的物の引渡、登記の移転および代金支払などの外部から認識可能な行為が行われた時点でようやく移転すると考えられており、さらに、この傾向はわが国の従来からの慣行にも一致することなどを根拠として、契約成立時に所有権移転の効果が発生するとするフランス法主義に立脚した解釈を批判する。その上で、末川博士は、ドイツ法的な形式主義のように物権変動の効果を発生させるために法定された形式を必要とすることはないが、物権行為の独自性を肯定することの有用性を認め、物権行為と外部的徴表、さらには物権変動の発生時期を有機的に結合させた¹³²。つまり、末川博士の見解により、物権行為の独自性肯定説は、物権変動が生じる時期との関連において、債権的意思表示だけでは物権変動の効果は生じず、物権的意思表示がなされることによって物権変動の効果が発生するものと解し、物権行為の成立と物権変動が生じる時期を密接に関係付けることを可能なものとしたとすることができる。その限りにおいて、物権行為の独自性肯定説が孕んでいた概念法学的な要素を取り除くことができたのであった。

2 民法 177 条をめぐる学説

登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲に関しては、無制限説を採用した明治 41 年判決¹³³がその後も維持されたにもかかわらず、学説においては、無制限説に批判的な見解が有力となっていった。つまり、物権変動の原因または具体的な場面に応じて登記が不要とされる場合を肯定する見解が多くなっていったのである¹³⁴。とりわけ、末弘博士がいわゆる修正無制限説を提唱されて以来、単純無制限説は影を潜めることになったと評価することができる¹³⁵。しかしながら、判例が採用する単純無制限説を批判する形で主張された修正無制限説は、それを支持する論者の間で、具体的にどのような場合に登記が不要とされるかという点に関して見解の相違が見られたため、実際に有用な基準を定めるためには、さらなる深化が求められる必要があった¹³⁶。

続いて、民法 177 条が適用される第三者の範囲については、明治 41 年に大審院がこの問題に関して制限説を採用することを明らかにした¹³⁷後もしばらくの間は、鳩山博士によ

¹³² 末川博「特定物の売買における所有権移転の時期」民商 2・4・549 以下（昭 10）を参照。

¹³³ 大連判明 41・12・15 民録 14・1301 を参照。

¹³⁴ 例えば、原則として全ての物権変動に関して登記を必要とするが、例外的に、建物を新築して注文者がそれを原始取得する場合などには登記を要しないとするものとして、末弘・前掲注 34・131 頁を参照。

¹³⁵ 末弘博士の他に修正無制限説を採用するものとして、我妻栄『物権法』70 頁以下（岩波書店、昭 7）、および、末川・前掲注 33・137 頁以下などを参照。また、登記が必要とされる物権変動の範囲を対抗問題が生じる場合に限定し、その限りにおいて修正無制限説と評価しうる見解として、石田文次郎『物権法論』（有斐閣、昭 7）94 頁以下などを参照。

¹³⁶ 建物の新築の事例だけではなく、滅失の場合も登記を不要とするものとして、我妻・前掲注 135・70 頁以下を参照。

¹³⁷ 大連判明 41・12・15 民録 14・1280 を参照。

って提唱された無制限説¹³⁸を基礎とする見解が学説上は有力であった。しかしながら、わが国においては、不動産取引の全てを登記するという慣行が定着するには至らなかった¹³⁹という実際上の理由とともに、学説においても、登記の欠缺を主張する正当な利益を有しない者に対して物権変動を否定する権利を与える必要性は存在しないと解して、明治 41 年判決を支持する見解が次第に登場し始め¹⁴⁰、その後の学説の主流は制限説へと傾くことになり¹⁴¹、その上で、民法 177 条の第三者を確定する基準およびその具体的類型を明確にする作業へと移行していった¹⁴²。そして、第三者の範囲を確定するに際しては、その客観的な側面を検討する場合と主観的な側面を検討する場合とで、検討されるべき対象は大きく異なる。戦前の学説においては、その両側面に対する考察の発展が顕著に見られる。客観的な側面に関しては、様々な具体的な場面における第三者の範囲を検討した上で、それによって得られた結果を包括的に説明することができるような基準を作り上げようとする見解¹⁴³と、対抗関係に立つ第三者のみが民法 177 条における第三者であると解する見解¹⁴⁴に、それぞれ大きく区分することができる。さらに、第三者の主観的な側面に関しては、判例の見解に同調し、第三者の善意悪意を不問とする見解¹⁴⁵と、それに対して、悪意の第三者を排除するべきであると解する見解¹⁴⁶が主張された。さらに、信義側の概念を導入し

¹³⁸ 鳩山・前掲注 67・52 頁以下を参照。

¹³⁹ この点につき、鎌田・前掲注 22・86 頁を参照。

¹⁴⁰ 学説が無制限説から制限説へと転換を遂げるに際して、制限説の先鞭をつけたものとして、末弘・前掲注 34・159 頁以下を参照。

¹⁴¹ 末弘博士の見解に続くものとして、舟橋諄一「登記の欠缺を主張し得べき「第三者」について」『加藤正治先生還暦祝賀論文集』639 頁以下（有斐閣、昭 7）、および、我妻・前掲注 135・86 頁以下などを参照。また、石田博士の見解に代表される、民法 177 条が適用される物権変動の範囲の問題における対抗問題限定説は、第三者の範囲の問題に関してもその影響を及ぼすことになる。つまり、対抗問題における第三者が、民法 177 条が適用される第三者に該当するということになる。その限りにおいては、この見解も一種の制限説に分類することが可能であると思われる。

¹⁴² 例えば、制限説の先鞭をつけた末弘博士は、ある物権変動に登記が存在しないことを主張しようとする第三者は、その物権変動が認められてしまうことによって両立することができなくなってしまう権利を有するものでなければならぬ者であるとし、さらに、物権を侵害する者に対してその侵害の排除などを請求する場合には、当該物権が登記されている必要はないとして、明治 41 年判決の結論をさらに進めて、第三者を制限する基準を精緻化した。この点につき、末弘・前掲注 34・166 頁以下を参照。また、舟橋博士は、末弘博士の見解をさらに発展させた分析を試みている。舟橋博士の分析に関しては、舟橋・前掲注 141・641 頁以下を参照。

¹⁴³ 例えば、末弘・前掲注 34・166 頁以下、舟橋・前掲注 141・641 頁以下、および、我妻・前掲注 135・88 頁以下などを参照。

¹⁴⁴ とりわけ、中川善之助「相続と登記」志林 30・2・18 以下（昭 3）、および、石田・前掲注 135・140 頁以下などを参照。

¹⁴⁵ 善意悪意不問説の根拠は、登記制度の外形的画一的処理の必要性にある。善意悪意不問説を採用するものとして、末弘・前掲注 34・157 頁以下、および、我妻栄『物権法』（日本評論社、昭 5）124 頁などを参照。

¹⁴⁶ 代表的な見解として、舟橋博士の見解を挙げることができる。舟橋博士は、悪意者排除説を採用する根拠について、登記があれば第三者は善意の推定を受けることができるから、訴訟法上、不便が生じることはなく、さらには、登記制度は取引の安全のために存在

て、背信的悪意者を排除する見解が最初に主張されたのも、戦前の学説においてであった¹⁴⁷。

3 民法 176 条と 177 条の関係をめぐる学説

前述したように、対抗問題の法的構成に関しては、民法典制定当初の段階から学説が錯綜し、代表的な見解を取り上げてみても、相対的無効説、第三者主張説および法定証拠説などがあり、早くも学説間の対立が見受けられる状態であった。その後もこのような対立状況は続き、戦前の学説においては、すでに主張されていた見解を補強する形でそれに同調する論者が現れてくると共に、債権的效果説、不完全物権変動説および公信力説などの新たな見解が主張されるに至った。

まず、初期の学説においてすでに主張されていた見解をさらに発展させようとするものとして、例えば、相対的無効説を採用される末川博士は、とりわけ富井博士の見解に立脚した上で、当事者間において完全に有効に発生した物権変動が登記されていない場合に、第三者との関係においてはその効力を否定されるという結論は、取引の安全に資するために認められているのであるから、第三者が自らその物権変動を認めることは何ら問題がないと主張された¹⁴⁸。続いて、第三者主張説においては、当事者間の物権変動に対する第三者からの一定の主張を否認権の行使と構成する見解と、そのような第三者からの主張は当事者間の物権変動と両立し得ない事実の主張で足りるとする見解¹⁴⁹に細分化がなされた。しかしながら、法定証拠説において、その主唱者である石坂博士の見解を受けてさらに発展が試みられるのは、戦後における学説の展開を待つ必要があった¹⁵⁰。

一方で、初期の学説を批判する形で新たな見解を提唱しようとするものとして、例えば、当事者間においても登記がなければ物権変動の効果は発生しないとする、債権的效果説がある¹⁵¹。しかしながら、この見解に従う場合には、民法 176 条において当事者の意思表示のみによって物権変動の効果が発生すると規定されていることに矛盾することになる。そして、この見解をさらに徹底させるならば、登記を効力発生要件と解するドイツ法的な形式主義に近付いていくことになるであろう。この点をどのように回避するかによって、債

するのであるから、それを信頼した者のみが保護されるべきであると述べている。この点につき、舟橋・前掲注 141・682 頁以下を参照。

¹⁴⁷ 背信的悪意者排除論に関するとりわけ重要な業績として、牧野英一『民法の基本問題・第四巻』（有斐閣、昭 11）203 頁以下を参照。この牧野博士の見解が、それまでの第三者の善意と悪意の問題から信義側の問題へと、その後の学説の視点を転換させたと評価することができる。

¹⁴⁸ この点の詳細につき、末川・前掲注 33・94 頁以下を参照。

¹⁴⁹ 否認権と構成するものとして、初期の学説として紹介した中島・前掲注 128・66 頁以下、さらには、石田・前掲注 135・101 頁などを参照。また、反対事実の主張と構成するものとして、末弘・前掲注 34・113 頁、および、舟橋諄一『不動産登記法』（日本評論社、昭 12）58 頁などを参照。

¹⁵⁰ 法定証拠説と同様に、対抗問題を実体的な観点から検討するのではなく、訴訟法的な観点から検討しようとする見解として、いわゆる裁判規範説も存在するが、この見解も、主として戦後の学説において主張された。

¹⁵¹ 債権的效果説を主張するものとして、吾妻光俊「意思表示による物権変動の効力」東京商大法研 2・245 以下（昭 8）、および、近藤・前掲注 131・36 頁以下などを参照。

権的効果説を採用する場合の説得力は異なってくるように思われる。続いて、我妻博士の見解に代表される不完全物権変動説においては、意思表示のみによって当事者間においても第三者との関係においても物権変動の効果が発生するが、登記をしない限りは完全に排他的な効果が発生することはなく、その限りにおいて、譲渡人も完全な無権利者とはならず、さらに第三者に二重に譲渡することが可能であると説明される¹⁵²。そして、最後に挙げられるのが公信力説である。この見解が有力になったのは戦後のことではあるが、すでに戦前においてその萌芽が見られ、特に、岡村博士や田島博士によって主張された。例えば、岡村博士の見解によると、民法 176 条に従って、第一譲渡が行われることによって譲渡人は無権利者となり、その無権利者からの第二譲渡の譲受人による取得は登記の公信力に基づくものであって、その性質は承継的原始取得であるとされる¹⁵³。しかしながら、日本法においては原則として登記に公信力が認められていないため、公信力説に対してはそのことを中心とした有力な批判が展開されることになる。これまで検討してきたように、民法典制定当初から戦前における段階において、民法 176 条および 177 条に関する解釈論はすでに百花繚乱の様相を呈していた。しかしながら、その状況は戦後になってさらに激しさを増したと評価することができる。そこで、続いて戦後の学説に関する検討に移りたいと考える。

四 戦後の学説

1 民法 176 条をめぐる学説

民法 176 条の解釈論として、同条の意思表示の法的性質をどのように解すべきかという問題と、物権変動が発生する時期の問題がとりわけ頻繁に議論されてきた。そして、この二つの問題は、民法典制定直後から大正時代中期にかけて有力に主張された物権変動の独自性を肯定する立場により、密接に関連付けて考察されるようになったのである。この物権行為の独自性を肯定する見解は、大正 10 年に末弘博士による有力な批判¹⁵⁴を受けた後も、末川博士によって新たに提唱された理論¹⁵⁵を通じてさらに発展し、戦後の学説においても、ドイツ法学派を中心として、この見解を支持する論者が存在する¹⁵⁶。しかしながら、ドイツ法上の形式主義は物権行為と登記などの外形的徴表を結合させるのであるが、わが国における物権行為の独自性肯定説の全てが、物権行為と何らかの外形的徴表の結合を必

¹⁵² 不完全物権変動説を採用するものとして、我妻・前掲注 135・83 頁、および、勝本正晃『物権法概説・上巻』（巖松堂、昭 13）72 頁などを参照。

¹⁵³ この点については、岡村玄治「民法一七七条ニ所謂第三者ノ意義ヲ論シ債権ノ不可侵性排他性ニ及フ」志林 17・6（大 4）、および、同「対抗スルコトヲ得ス」の意義」志林 25・11（大 12）を参照。また、田島博士は、公示主義の目的を第三者保護の点に見出した上で、公示主義と公信主義が同じ次元の下にあることを説かれている。この点につき、田島・前掲注 131・64 頁を参照。

¹⁵⁴ 末弘博士の見解については、末弘・前掲注 34・86 頁を参照。

¹⁵⁵ 末川博士の理論に関しては、末川・前掲注 132・549 以下を参照。

¹⁵⁶ 例えば、山本進一「わが民法における物権行為の独自性と有因性（一）」法論 29・1・1 以下（昭 30）、浅井清信『物権法論』（法律文化社、昭 34）33 頁以下、石田喜久夫「引渡主義について」民商 39・1 = 2 = 3・172 以下（昭 34）、槇悌次『不動産法』（有斐閣、昭 39）95 頁以下、および、田山輝明『物権法 [第二版]』（弘文堂、平 16）41 頁以下などを参照。

然的なものと考えたわけではないことには留意する必要があるだろう。また、原因行為と物権行為の関係を無因とするのか有因とするのかについても、議論の余地があり得るのであり、ドイツ法上のシステムがそのまま採用されるべきであると主張しているわけではないのである。

一方で、末弘博士による物権行為の独自性肯定説に対する批判を前提として、民法 176 条の解釈として物権行為の独自性を肯定する必要はないとした上で、物権変動の効果が発生する時期を取引当事者の意識に即して定めるべきであるとする見解が主張された。川島博士に代表されるこの見解は、取引慣行に着目する点においては末川博士の理論から大きな影響を受けていると評価することができるが、物権変動の独自性を否定する点においては根本的に異なっている¹⁵⁷。そして、川島博士は、例えば特定物の売買契約において、有償性の原理と関連付けた上で、所有権の移転が生じる時期を具体的には買主の代金支払時と結論付けた¹⁵⁸。この見解は、物権行為の独自性を肯定することによって生じる批判を避けることができるだけでなく、売買契約における所有権移転時期に関する確定した判例である契約成立時説に対しても、その修正を迫るものである¹⁵⁹。

これまでに検討してきた諸見解は、その理論構成の点において物権行為の独自性を肯定するか否か、さらには、どの時点において物権変動が生じるものとするのかといった各論点に関して、それぞれ大きな相違点が認められるが、何らかの基準を設定した上である一点を効力発生時として確定しようと試みていること自体は共通している。しかしながら、そのような見解に対して正面から批判を行うのが、主として鈴木教授によって主張されてきた、いわゆる段階的移転説である¹⁶⁰。この見解によれば、売買契約成立前には売主に所有権が帰属しており、その履行が完了した後は買主に所有権が帰属しているということは疑いがないが、その過程の段階で所有権の帰属を明らかにすることは必要ではなく、また、不可能でもあるとされる¹⁶¹。そして、売買契約成立からその履行に至るまでの段階において生じる諸問題を解決するためには、それぞれの問題に応じた方法が用いられればよく、

¹⁵⁷ この点については、川島・前掲注 16・219 頁以下を参照。

¹⁵⁸ さらに、登記の移転や目的物の引渡がなされた際にも所有権の移転を肯定している。この点につき、川島武宜『民法 I』（有斐閣、昭 35）153 頁を参照。

¹⁵⁹ 川島博士による判例批判に関しては、川島・前掲注 16・222 頁以下を参照。ただし、有償性の原理から、代金支払以外に登記の移転や目的物の引渡までも所有権移転の基準として導き出すことに対しては有力な批判が存在する。この点につき、とりわけ、原島重義「不特定物の売買における目的物の所有権移転時期」法政 28・3・275 以下（1962）を参照。

¹⁶⁰ とりわけ、鈴木禄弥「特定物売買における所有権移転の時期」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 II（贈与・売買）』85 頁以下（有斐閣、昭 37）〔同『物権法の研究』（創文社、昭 51）所収〕を参照。

¹⁶¹ この点につき、鈴木・前掲注 160・98 頁を参照。他にも、太田知行『当事者間における所有権の移転—分析哲学的方法による研究の試み』（勁草書房、1963）などを参照。反対説としては、石田・前掲注 156・172 以下、同「所有権移転と対抗要件」法時 43・11・81 以下（昭 46）、同「不動産所有権移転の時期をめぐる論争について—鈴木教授の反論を中心に」吉川大二郎・谷口知平・山木戸克己編『末川博先生追悼論集・法と権利（1）』（有斐閣、昭 53）172 頁以下、篠塚昭次『民法セミナー II・物権法・第一分冊』（有斐閣、昭 45）35 頁以下、および、同「不動産所有権移転の時期について—鈴木禄弥教授の批判に答える」民研 232・9 以下（昭 51）などを参照。

その際に所有権の帰属を明確に定める必要はないとされる¹⁶²。

これまで検討してきた諸見解に対して、判例が採用する契約時移転説を支持する見解も、学説の中には存在する。その根拠としては、判例の見解と実際の取引慣行の間に大きな相違があるとは思われないことや、判例のように一般的な原則を採用することによって法律関係が明瞭になることなどが挙げられる¹⁶³。判例が採用する契約時移転説によれば、それは原則論を提示しているに過ぎないのであって、当事者間における特約の存在などを根拠として、実際の所有権移転時を契約成立時からずらすことも認められているため、原則としてどの時点を基準とするべきかという純粋に理論的な問題を検討する必要があることは否定できないが、現実的な問題解決の場にあたっては、その他の学説上の見解と比較してもそれほど不当な結論にはならないと言うことができる。その点を考慮するならば、判例において確立された見解と目される契約時移転説も、十分に説得力のある見解であると評価することができるかもしれない¹⁶⁴。

2 民法 177 条をめぐる学説

登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲をめぐる議論において、とりわけ戦後に有力な見解となったのは、いわゆる対抗問題限定説であったと評価することができるであろう¹⁶⁵。この見解は、登記が要求される物権変動の範囲を対抗問題が発生する場合として把握するものである。つまり、民法 177 条における第三者が出現する可能性がある場合のみを対抗問題として設定した上で、そのような対抗問題が生じる場面を登記が必要とされる物権変動の範囲として定めるのである。しかしながら、対抗問題限定説として理解されている諸見解において、その最も中心的な概念である対抗問題自体の理解が一樣であるわけではなく、さらには、個別の物権変動原因ごとの具体的な結論も各論者によって異なっていることもあるため、この見解を一義的に理解することは困難であると言える¹⁶⁶。それゆえ、実際上の争点となるのも、結局のところは、個別具体的な物権変動原因ごとの登記の必要性の有無をめぐる点¹⁶⁷であり、包括的に問題を把握しようとしても、それだけでは具体的な問題の解決にはならないというのが、この問題の本質的な点であろうと思われる。ただし、対抗問題限定説の発展によって、登記を要する物権変動の範囲と第三

¹⁶² 個別的な解決方法に関しては、鈴木・前掲注 160・89 頁以下を参照。

¹⁶³ 例えば、我妻・有泉・前掲注 35・59 頁以下、および、金山正信「特定物の売買と所有権移転の時期」同法 10・5・98（昭 34）などを参照。

¹⁶⁴ 判例の見解に依拠しつつ、他の諸見解に対する批判を具体的に試みるものとして、滝沢・前掲注 16・53 頁以下を参照。

¹⁶⁵ 石田・前掲注 135・147 頁によって主張された見解にその萌芽を見ることができるが、その後、積極的に展開されたのは戦後のことであり、とりわけ、川島・前掲注 16・237 頁、於保不二雄「公示なき物権の本質」論叢 58・3・13 以下（昭 27）、杉之原舜一『不動産登記法』（一粒社、昭 32）29 頁、舟橋・前掲注 106・159 頁、および、原島重義「登記の対抗力に関する判例研究序説」法政 30・3・17 以下（昭 38）などを通じて、通説的な立場となった。

¹⁶⁶ 実質的な利益衡量に基づいた上で、政策的に対抗問題を把握しようとする見解も有力となった。この点につき、星野英一『民法概論Ⅱ』（良書普及会、昭 51）53 頁を参照。

¹⁶⁷ とりわけよく議論されるものとして、取得時効と登記、取消および解除と登記、さらには、相続と登記などの著名な論点が挙げられるだろう。

者の範囲が密接に関連付けられつつ検討されるに至ったことはとりわけ重要な点であり、その後の学説に与えた影響は大きいと言える¹⁶⁸。

また、登記がなければ對抗することができない第三者の範囲に関しては、対抗問題を、同一不動産をめぐって両立し得ない物権変動相互間の優劣決定問題であるとする立場に立脚した上で、物的支配を相争う関係に立つ者であることを民法 177 条における第三者の客観的要件として定式化する見解¹⁶⁹と、対抗問題以外の場面にも民法 177 条が適用されることを承認する見解¹⁷⁰が対立している。しかしながら、各論者の見解が判例の見解を精緻化することに寄与した点是否定できないながらも、諸見解が収斂される状態には至っていないため、判例が採用している「登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」という抽象的な基準が、現在もなお、一定の支持を得ていると言うこともできるだろう。一方で、第三者の主観的な側面に関しては、判例における背信的悪意者排除論の深化に伴って、学説においても背信的悪意者排除説が急速に発展した¹⁷¹。背信的悪意者排除説の萌芽はすでに戦前の学説に見られるが、その認定の基準を含めた具体的な展開は戦後以降に行われたと評価することができる。そして、その背信的悪意者を排除する見解をさらに進めて、単純悪意者をも民法 177 条における第三者の範囲から除外すべきか否かという問題が、次の課題として浮き彫りとなった。単純悪意者排除説は、二重譲渡の法的構成に関するいわゆる公信力説をその根拠とする¹⁷²のか、それとも、公信力説に立脚することなく単純悪意者を排除するという解釈論を採用する¹⁷³のかによって区分することが可能である。背信的悪意者排除説も単純悪意者排除説も、それぞれに関して様々な諸説が展開されているが、実際の適用場面における具体的な結論の相違はそれほど存在しなくなっていると言うこともできる¹⁷⁴。

¹⁶⁸ この点につき、鎌田・前掲注 22・90 頁以下を参照。

¹⁶⁹ 例えば、舟橋・前掲注 106・180 頁以下、および、原島重義「対抗問題」の位置づけ — 「第三者の範囲」と「変動原因の範囲」との関連の側面から」法政 33・3 = 4 = 5 = 6・342 以下（昭 42）などを参照。

¹⁷⁰ 例えば、我妻・有泉・前掲注 35・154 頁以下などを参照。

¹⁷¹ 背信的悪意者排除説を採用する代表的な見解として、杉之原・前掲注 165・98 頁、川島・前掲注 158・170 頁、および、舟橋・前掲注 106・183 頁などを参照。また、湯浅道男「物権変動論序説のための覚え書（一） — 背信的悪意者をめぐって —」愛学 18・1・1 以下（昭 42）も参照。

¹⁷² 公信力説を採用する代表的な学説として、篠塚昭次「物権の二重譲渡」法セ 113・44 以下（昭 40）、半田正夫「不動産の二重譲渡への一つのアプローチ」北法 16・4・38 以下（昭 41）、石田喜久夫「対抗問題から公信力へ」追手門 7・1・7 以下（昭 47）、および、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全 — フランスにおける判例の「転換」をめぐって —」比較法学（早稲田大学）9・2・31 以下（昭 49）などを参照。

¹⁷³ 石本雅男「二重売買に民法九〇条の適用された事例」民商 45・5・157 以下（昭 37）、浜上則雄「フランス法における不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意」阪法 51・1 以下（昭 39）、および、半田吉信「背信的悪意者排除論の再検討」ジュリ 813・81 以下（昭 59）などを参照。

¹⁷⁴ しかしながら、背信的悪意者排除説と単純悪意者排除説におけるそれぞれの理論構成の相違は、見逃してはならない点であろうと思われる。

3 民法 176 条と 177 条の関係をめぐる学説

これまで検討してきたように、対抗問題の法的構成に関しては、判例においてはそれほど問題視されることがなく、主として学説において議論が重ねられてきており、すでに民法典制定直後から多岐にわたる諸見解が提示されてきた。戦後になると、戦前の段階においてすでに主張されていた諸見解を発展させようとする学説¹⁷⁵が現れると同時に、新たな視点から対抗問題の法的構成を検討する学説が登場した。その中でも特筆に値するのが、法定取得説と公信力説である。

法定取得説は、これまで主張されてきた諸見解におけるそれぞれの具体的な結論部分に特に異なる点が存在しないにもかかわらず、各学説がその理論構成の点だけに拘泥していたことを批判した上で、そのような議論の実益を否定し、民法 177 条の意義を、二重譲渡が行われた際に登記を先に備えた者が優先的に当該物権を取得すると定めている法定の制度であると解釈すれば足りるとする¹⁷⁶。一方で、公信力説は、第一譲渡が行われた時点で当該物権は完全に第一譲受人に移転し、その結果として譲渡人が無権利者となることを正面から認めた上で、それにもかかわらず第二譲受人が当該物権を譲渡人から取得できるのは、第二譲受人が譲渡人を真の所有者と誤信して取引関係に入ったことを法が特に保護しているからにほかならないとする¹⁷⁷。

そして、学説におけるこれらの展開を前提とした上で、法定取得説と公信力説をそれぞれ発展させる見解も新たに主張されるに至った。まず、法定取得説に立脚するものとして、民法 176 および 177 条の母法であるフランス法を考察の対象に据えつつ、第一譲受人が登記を具備しなかったことに対する制裁として、第二譲受人の登記具備により第一譲受人が失権すると構成する見解が主張された¹⁷⁸。それまでの法定取得説においては、対抗問題をめぐる議論の実益そのものを否定する見解が提示されていたが、この新たな見解の出現により、再度、対抗問題の法的構成をめぐる議論に対して理論的な根拠が付与されたと評価することができるだろう。その一方で、公信力説に立脚した上で、新たな理論構成を試みる見解も現れた。そこでは、やはり母法であるフランス法を題材としつつ、悪意者排除の結論を導き出しているフランスにおける判例の展開過程を検討することによって、公信力説との整合性を論証している¹⁷⁹。

¹⁷⁵ 例えば、不完全物権変動説と同様の発想に立脚するものと思われるものとして、於保不二雄『物権法（上）』（有斐閣、昭 41）126 頁など、さらに、法定証拠説に属するものとして、中村宗雄「訴訟法学の立場からみた実体法学の学問的方法とその構造とに対する疑義」早法 26・4・45 以下（昭 26）、宮崎俊行「不動産物権二重譲渡の理論」法研 27・1・22 以下（昭 29）、および、安達三季生「一七七条の第三者」柚木馨・谷口知平・加藤一郎編『判例演習・物権法』（有斐閣、昭 38）51 頁などを参照。

¹⁷⁶ 特に、鈴木禄弥「民法 177 条の「対抗スルコトヲ得ス」の意味」同『物権法の研究』（創文社、昭 51）242 頁、および、星野英一「日本民法の不動産物権変動制度 一母法フランス法と対比しつつ」国民と司法書士 9 以下（1980）などを参照。

¹⁷⁷ 代表的なものとして、篠塚・前掲注 172・44 以下、半田・前掲注 172・38 以下、および、石田・前掲注 172・7 以下などを参照。

¹⁷⁸ 特に、滝沢・前掲注 11、および、同「物権変動論のその後の展開（一・二・完）」成城 50・1、52・175（1995～1996）を参照。

¹⁷⁹ この見解を主張するものとして、鎌田・前掲注 172・31 以下、および、同・前掲注 40・31 以下を参照。

以上に挙げた法定取得説と公信力説の登場によって、対抗問題の法的構成をめぐる議論は新たな局面を迎えることになったと評価することができる。それまで純粹に理論的な関心から議論されていた対抗問題の法的構成は、法定取得説によって、その理論構成のみに拘泥する姿勢に対する批判が投げかけられ、さらに、公信力説の登場によって、理論構成だけではなく、具体的な結論との密接な関係が見出されるに至った。つまり、公信力説によれば、第三者の主観的要件として少なくとも善意を要求することになるため、対抗問題の法的構成と民法177条における第三者の範囲の問題が密接に関連し合うことになるのである。

五 最近の議論

1 フランス法からのアプローチ

そして、最近では、学説の展開はさらに細分化されている状況にある。古典的な論点とも言うべき不動産物権変動論に関する研究が現在においても精力的になされているというこの事実は、この問題に関していまだに論じ尽くされていないことが多く存在する証左でもあると言える。不動産物権変動論の現状を把握するためにも、最近の議論を正確に跡付けることは必須の作業であると言えるだろう。最近の学説を検討する前提として、それらをどのような観点から分類すべきかについては議論の余地があるが、まず、各説が比較対象としている各国の法ごとに大きく分類した上で、それぞれの検討を行いたい。対象とする国が異なることによって、各説が目指そうとしている理論構成および結論を達成するための材料が大きく異なることになっているのが、その主たる理由である。

そこで、最近の議論を涉猟してみると、これまでと同様に、母法であるフランス法を手がかりとしてアプローチを試みる見解は多い。しかし、フランス法を比較対象とするとしても、フランス法におけるどのような素材を検討するかによって、その内容は大きく異なってくることになる。最近の研究において検討対象とされたものとしては、対抗概念やボワソナードの見解、さらには、物権変動の前提となる契約関係などが挙げられる。

最初に検討する見解は、対抗概念を考察するものである。対抗という文言は、民法177条だけではなく、94条2項や96条3項など、様々な部分で用いられているが、これまでの議論においては、対抗問題を177条が適用される場面に限定して検討が行われてきた。この点に対する批判として、対抗問題が議論されるべき場면을177条が想定している場面に限定することなく、対抗問題を統一的に把握するべきであると主張する見解が現れた¹⁸⁰。この見解によれば、二重譲渡の局面を含む対抗不能の場面とは、保護されるべき第三者の権利を当事者間における法律効果が害する範囲で、その第三者に当該法律効果を否認する権限が付与される場面のことを指す¹⁸¹。対抗という概念を民法上の各条文と広く関連付けながら、それぞれの条文が想定する対抗不能の場面の一例として物権変動の場면을位置づけ、統一的な解釈を志向した点に、この見解の優れた点を見出すことができる。

続いて、上述の見解と同様に、対抗に関する関心から出発するものの、その検討を行う

¹⁸⁰ 加賀山茂「対抗不能の一般理論について —対抗要件の一般理論のために—」判タ618・6以下(1986)を参照。

¹⁸¹ 加賀山・前掲注180・22を参照。その上で、未登記の物権変動相互間の優劣に関しては、先に当該物権を得た者が優先されると解する

に際しての素材として、ボワソナードの理論を参照しようとする研究が出現した¹⁸²。例えば、七戸教授は、法定取得説の見解を基本的には支持された上で、対抗要件主義の内部構造に関して、まず、第一譲受人の登記懈怠を公示義務違反に基づく不法行為と構成し、その結果、対抗不能という制裁が課されるとする。さらに、以上のような対抗不能の効果が発生するためには、第三者の善意も要求されるべきであることを主張される¹⁸³。

さらに、主として物権変動の効果が発生する時期の問題に焦点を当てた上で、フランス法における契約を素材として立論を試みる学説も登場してきた¹⁸⁴。この見解によれば、フランス法では、特定物売買における所有権の移転時を公正証書が作成された時点と解する見解が多数を占めており、日本法における理解ほどには所有権移転時は早くないとされる。そこで、日本法における解釈に際しても、所有権の移転時を決定する場合には個々の契約解釈によって行い、原則論としての契約成立時説を放棄するべきだと主張される。そして、契約成立時に関しても、当事者間の合意を判断するに際して、法律効果としての履行請求権の発生が認められるか否かを基準とし、そのような評価を受けるに値するに至った時点をもって契約の成立時点と解するべきだとされる¹⁸⁵。

2 日本法からのアプローチ

一方で、母法であるフランス法を検討対象とするのではなく、不動産物権変動論に関するわが国における判例の展開から示唆を得ようとする研究¹⁸⁶や、わが国における不動産譲渡法の歴史的発展過程を精査することによって解釈論に反映させようと試みる研究¹⁸⁷も

¹⁸² 七戸克彦「不動産物権変動における対抗力の本質 —ボワソナードを起点として—」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 23・71 以下（1985）、同「不動産物権変動における意思主義の本質 —売買契約を中心にして—」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 24・121 以下（1986）、同「「対抗」のフランス法的理解 —不動産物権を中心にして—」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 26・65 以下（1987）、および、同「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法研 64・12・195 以下（1991）を参照。

¹⁸³ 七戸・前掲注 182・「対抗要件主義に関するボワソナード理論」・238 以下を参照。さらに、民法起草者の一人である梅博士も、二重譲渡における第三者の善意について、同様の方向で検討を加えているとされる。また、ボワソナード理論を参照しつつ、不動産物権変動論の検討を行うその他の文献として、高橋良彰「ボアソナードの不動産公示制度 —「証書の登記」の概念とその史的検討のために（一）—」都法 29・1・449（1988）、および、同「ボアソナードの二重譲渡論について —「倫理」・「自然法」・「実定法」をめぐる覚書—」都法 30・1・635（1989）などを参照。

¹⁸⁴ 横山・前掲注 40・2・1、3・85、および、同「競合する契約相互の優先関係（一～五・完）」法雑 42・4・914、43・4・607、45・3 = 4・464、47・1・41、49・4・815（1996～2003）を参照。

¹⁸⁵ この点につき、横山・前掲注 40・3・291 以下を参照。

¹⁸⁶ 例えば、松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」奥田昌道編集代表『林良平先生還暦記念論文集・現代私法学の課題と展望・中』（有斐閣、昭 57）65 頁、同・前掲注 51・16・4・65、17・1・1、および、同「民法一七七条の第三者・再論 —第三者の主体的資格と理論構成をめぐる最近の議論」前田達明編集代表『奥田昌道先生還暦記念・民事法理論の諸問題・下巻』（成文堂、平 7）185 頁を参照。

¹⁸⁷ わが国における歴史的変遷過程を検討するものとして、松尾・前掲注 51・3・1・1、3・2・33、4・1・103 を参照。

存在する。

例えば、松岡教授は詳細な判例分析に基づき、二重譲渡紛争における類型として、準当事者型と不当競争型を析出され、前者においては第三者の主観的要件は重要ではなく、後者においては背信性の問題以前に第三者の善意または悪意が基準とされていると主張される。その上で、対抗問題の法的構成に関しては、第二譲受人が善意無過失で契約を締結することを要件として、本来であれば他人物売買であるはずの第二契約が民法 177 条の法定的効果として通常の売買契約となり、第一契約と第二契約の優劣は登記によって決定され、その結果として劣後するに至った譲受人への所有権帰属は、遡及的に失効すると解釈されている¹⁸⁸。また、わが国における不動産譲渡法の形成過程を詳細に検討された松尾教授によれば、民法 176 条に規定された意思主義は、フランス法の継受以前から存在していたわが国固有の法制度をも基盤として段階的に形成されてきたものであり、単純にフランス法を母法としてそれに即した解釈を行うことに対して批判を提起されている¹⁸⁹。

3 ドイツ法からのアプローチ

フランス法やわが国の判例などを検討対象とする研究と比較すると、ドイツ法から不動産物権変動論にアプローチを試みる研究は、近年影を潜めていた。その理由としては、初期の学説においてドイツ法理論に傾斜しすぎた見解が主張されたことに対する反省や、ドイツにおける実体法理論が日本法と大きく異なっていることなどを挙げることができる。しかしながら、最近になって、ドイツ法を比較対象としつつ、登記主義という見地から、所有権の移転時期および対抗問題の法的構成について検討を加える見解が現れた¹⁹⁰。この見解によれば、ドイツに特有な事情を背景として生成された制度と、そうではなく近代取引社会一般に認められる制度を区別した上で、登記によって物権変動の事象を可能な限り統一的に規定して把握しようとするシステムは後者に属するとされる¹⁹¹。そして、登記主義の例外として処理されるケースにおいては、公序良俗違反を根拠として未登記の第一譲受人を保護するべきであると主張する¹⁹²。

このドイツ法を参照しつつわが国における不動産物権変動論への示唆を得ようとする研究は、基本的に本稿と問題意識を共通するものである。不動産物権変動に関するドイツ法理論は、物権行為の独自性および無因性など、ドイツ法に特有の原則を前提として組み立てられているため、わが国における法理論との架橋を行うことが困難であることは否定できないが、ドイツ法理論の全てがわが国の法理論と相容れないわけではない。したがって、

¹⁸⁸ これについては、松岡・前掲注 51・17・1・35 以下を参照。

¹⁸⁹ この点につき、松尾・前掲注 51・4・1・149 以下を参照。

¹⁹⁰ 石田・前掲注 52・46・129、49・124、51・53 を参照。

¹⁹¹ この点につき、石田・前掲注 52・51・87 以下を参照。

¹⁹² この点に関して、石田・前掲注 52・51・118 以下を参照。また、石田剛「不動産二重売買における公序良俗」前田達明編集代表『民事法理論の諸問題・下巻・奥田昌道先生還暦記念』（成文堂、平7）129 頁以下も参照。さらに、ドイツ法を参照しつつ不動産物権変動論を検討するその他の文献として、舟橋秀明「ドイツにおける不動産譲渡法に関する一考察 —ドイツ民法典成立以前のラント法を中心に—」早稲田法学会誌 48・199（1989）、および、同「一九世紀におけるドイツ所有権譲渡理論について —学説史的考察—」早稲田法学会誌 50・243（2000）などを参照。

ドイツ法に特殊な部分とそうではない部分を把握した上で、後者を用いてわが国の物権変動論にとって有益な示唆を引き出すことは十分に可能であると思われるのである。

六 小括

本節においてこれまで検討してきたように、不動産物権変動論に関する学説の展開は判例におけるそれとは異なって、初期の段階から一定程度予測しうる範囲内の過程を辿ったとは評価し難い。それどころか、論点ごとに激しい議論が行われてきており、各論者の見解を涉猟してみると、対象とする素材の設定から具体的な結論に至るまで、様々なものを見出すことができる。

まず、民法 176 条の解釈論をめぐって、学説は、初期の段階においては物権行為の独自性を肯定しつつ、物権行為と物権変動が生じる時期を密接に関連付けようとする見解が多く見られた。これは、ドイツ法的な理論によってわが国の民法規範を説明しようとした当時の趨勢に沿ったものと考えることができる。しかしながら、民法 176 条に関するこのような理解は、同条が継受したフランス法における不動産物権変動システムに反するだけではなく、当時すでに確立されていたわが国の判例の見解とも異なるものであった。このことを踏まえて異論を唱えたのが末弘博士であり、ドイツ法的な形式主義を採用していないわが国の法制度においては、物権行為の独自性を認めることによって生じる利点は存在せず、原則として、債権的效果の発生と共に物権変動の効果も生じるものと主張され、この見解は多くの支持者を得ることになる。この末弘博士の見解に対しては、末川博士からわが国の取引慣行を根拠とする有力な批判が加えられ、物権行為と外部的徴表を伴う形式を必ずしも結合させることはないが、基本的には物権行為の独自性を肯定しつつ、物権変動の効力発生時を何らかの外部的徴表と結び付けることが主張された。さらに戦後になると、物権行為の独自性を否定する点においては末弘博士の見解と一致するが、有償性の原理や取引慣行などを重視した上で、物権変動の効力発生時に関しては、代金支払や登記の移転などをその規準とする見解が有力に展開された¹⁹³。

続いて、民法 177 条の解釈をめぐる諸問題としての、登記がなければ對抗することができない物権変動に関して、まず、起草者は無制限説を採用しており、初期の学説も起草者意思に倣うものが多かった。しかしながら、判例も明治 41 年に無制限説を採用することを明らかにしたにもかかわらず、その後の学説においては、とりわけ末弘博士が修正無制限説を標榜して以来、民法 177 条における物権変動の範囲を何らかの基準を設けて制限しようとする見解が勢力を強め、単純無制限説は影を潜めることになった。そして戦後になって有力に主張されるに至った見解は、対抗問題限定説である。この見解によれば、対抗問題が発生する場面においてのみ登記が要求されると解されることになる。この対抗問題限定説においても、支持者によって、具体的にどのような場合を対抗問題として把握するかについて見解を異にしているため、対抗問題限定説を採用するだけでは有用な基準を創

¹⁹³ 以上のような見解に対して、主として特定物の所有権の移転時に関して、ある一点を定める必要はないと主張する所有権段階的移転説や、すでに確立されている判例の見解である契約時移転説を支持する主張も存在している。また、物権行為の独自性を肯定する見解も、主としてドイツ法を比較検討の対象としている論者から、依然として主張されている。

出したことにはならないとする批判もある¹⁹⁴。また、民法 177 条における第三者の範囲に
関しても、起草者意思は無制限説であり、判例が物権変動の範囲における判断とは異なり、
第三者の範囲に関しては制限説を採用することを明確にした後も、初期の学説の趨勢は、
起草者意思と同じく無制限説であり、とりわけ鳩山博士が主唱者であった。しかしながら、
登記の欠缺を主張する正当な利益を有しない者を保護する必要性は存在しないとの理由か
ら、次第に判例の採用する制限説に同調する見解が増え始め、その後の学説においては、
制限説に立った上で、具体的にどのような第三者を民法 177 条の範囲に含めるべきかとい
う観点から議論がなされるようになった。その過程において、第三者の主観的な側面と客
観的な側面を分けて論じる見解が有力となり、背信的悪意者排除論の萌芽もすでに戦前の
学説に見ることができる。しかしながら、積極的に背信的悪意者排除論が展開されるに至
ったのは戦後のことであり、さらにその後の議論の関心は、単純悪意者をも民法 177 条の
範囲から排除すべきか否かという点に移ることになる¹⁹⁵。

そして、対抗問題の法的構成に関しては、判例とは大きく異なって、学説において大変
活発な議論が展開されてきているが、初期の段階から、相対的無効説、第三者主張説およ
び法定証拠説などが主張され、その後は、それぞれの見解の内部における発展と共に、債
権的效果説や不完全物権変動説などのその他の見解も新たに主張されることになった。し
かしながら、どの見解も、民法 176 条と 177 条の関係を理論的に無理なく説明することが
できず、それどころか、判例がこの問題に関して強い関心を抱かなかったことと同様に、
それぞれの見解に従った上での具体的な結論に大きな相違がないことから、対抗問題の法
的構成に関して議論すること自体に疑問を呈する声も強まってくることになる。このこと
を踏まえて、民法 177 条の意義を、二重譲渡が行われた場合には登記を先に備えた者が優
先すると定めている法定の制度であると解し、対抗問題の法的構成をめぐる議論の実益を
正面から否定する見解が法定取得説である。それに対して、第三者の主観的な側面に関す
る評価の点で当時の通説とは見解を異にし、さらに、対抗問題の法的構成によって具体
的な結論に差を設けようとする見解も現れるに至った。それが公信力説であり、この見解
の特徴は、第一譲渡が行われた時点で物権が完全に第一譲受人に移転し、その結果とし
て譲渡人が無権利者となることを正面から認めた点にある。この二つの見解は、その後の支持
者によって、さらに理論的な深化を見ることになる。

さらに、以上のような不動産物権変動論の各論点に関する学説の発展は、最近になって
新たな様相を呈するようになってきている。最近の学説は、様々な観点から不動産物権変動論
にアプローチを試みようとしており、代表的なものとしては、フランス法から示唆を得よ
うとする見解、わが国の法制度自体に目を向ける見解、および、ドイツ法に立ち返って検

194 しかしながら、この批判は他の制限説に対しても当てはまるものであり、結局のところ、各ケースに応じて具体的な解決を図っていかなければならないという点は、それまでの学説に共通した問題であったと評価することができるだろう。

195 また、第三者の客観的な側面に関しても、前述した対抗問題限定説による基準設定を行う見解と、対抗問題以外の場面に登場する第三者をもケースによっては民法 177 条の適用範囲内とする見解の対立が見受けられたが、これについても、前提となる基準を設定しただけでは演繹的に各ケースにおける具体的な結論を導き出すことができないという点を見逃すことはできないと思われる。

討を試みる見解などが挙げられる。このうち、フランス法を比較対象とする研究が他の素材を用いるものよりも頻繁に行われているという事実は、わが国の不動産物権変動システムがフランス法にその源泉を見出すことができるものである以上、容易に理解し得るところであるが、フランス法を比較法の対象とする場合にも、様々な素材を採用することができるのであって、最近の優れた研究としては、とりわけ、対抗の概念やボワソナードの見解、さらには物権変動の前提となる契約関係に着目するものなどが現れている。また、日本法を素材とする研究としては、判例法を詳細に検討するものや、わが国における不動産法の形成過程に解決の糸口を見出そうとするものなどがあり、その手法は多様である。最後に、初期の学説において頻繁に参照されていたドイツ法を素材としてわが国の不動産物権変動論に新たな視点を提示しようとする研究も、以前の学説継受として表現されるような研究を行うものではなく、不動産物権変動に関するドイツ法上のシステムとわが国のそれとの相違を正面から認めた上で、ドイツ法の有する特殊な部分と普遍的な部分を区分しつつ示唆を得ようとしているのであり、その手法には十分な正当性が認められると思われる。

以上のように、本節においてはこれまで学説の展開過程を検討してきたが、続いて問題となるのは、不動産物権変動論に関する判例および学説の現状を明らかにし、さらには両者の関係を分析することであろう。わが国の不動産物権変動論についての新たな視点を提示するためには、現在における議論の到達点を把握することが不可欠だからである。したがって、次節においては、判例および学説の現状を把握した上で、両者の関係の分析を試みたいと思う。

第四節 現状の分析

一 判例

1 現在における到達点

民法 176 条および 177 条をめぐる諸問題に関する判例の見解は、民法制定直後からそれほど遠くない時期に確立され、原則としての一般理論を基本的には踏襲しながら、その後現在に至るまで、様々な具体的な事例における判断を積み重ねてきている。

まず、判例は、物権変動が生じる時期を契約成立時と解している¹⁹⁶。また、物権行為の独自性も否定していると考えてよいであろう¹⁹⁷。とりわけ、特定物売買における所有権の移転時期に関しては、当事者間に所有権の移転時期に関する特別な合意が存在しない限り、売買契約が成立した時点で当該所有権は買主に移転するとしている¹⁹⁸。

¹⁹⁶ 大判大 2・10・25 民録 19・857、および、最判昭 33・6・20 民集 12・10・1585 などを参照。

¹⁹⁷ 民法典が施行される前に示されていた大判明 28・11・7 民録 1・28、および、大判明 30・6・7 民録 3・6・25 を始めとして、前掲注 4 に挙げられた判例など、物権行為の独自性を否定する見解を打ち出していると判断するに足りる判例が数多く見受けられる。

¹⁹⁸ その他に、不特定物の売買に関して目的物が特定した時点を所有権移転時とする最判昭 25・6・24 民集 14・8・1528、および、他人物売買に関して売主が目的物の所有権を取得した時点を移転時とするものとして大判大 8・7・5 民録 25・1528 など、具体的なケースに応じた判断が行われてきている。

また、民法 177 条における物権変動の範囲については無制限説を採用¹⁹⁹し、第三者の範囲に関しては制限説を採用²⁰⁰した上で、第三者の主観的範囲の問題として背信的悪意者を排除する²⁰¹という見解も、今日においては確立した判例であると考えることができる。判例においては、以上のような原則論を前提とした上で、物権変動の原因に応じてどのような理論構成を採用すべきなのか²⁰²、また、具体的にどのような第三者が民法 177 条の適用を受けるべきなのか²⁰³ということについて関心が向けられてきたのである。

そして、対抗問題の法的構成に関しては、判例はその問題に正面から答えることをせず、その周辺に付随する問題としての、登記の存在についての立証責任の問題²⁰⁴や、登記のない物権変動の効力の問題²⁰⁵に関する判断が存在するだけである。

以上のように、不動産物権変動に関する判例理論は現在においてすでに確固たるものとして存在しており、具体的な類型ごとの判断についてもかなりの諸事例が蓄積されてきている。

2 評価

このような判例理論に対しては、どのような評価が下されるべきであろうか。まず、民法 176 条に関する解釈についてであるが、判例は、物権変動が生じる時期を契約成立時とする当初からの見解を維持してはいるものの、契約成立時点そのものを柔軟に捉えており、さらに、実際の事例においては、多くの場合に、すでに代金が支払われているかまたは目的物が引き渡されている。この点を考慮するならば、判例理論において、契約の成立時点が有用な判断基準として機能しているかどうかという点に対しては、疑問を差し挟む余地があると言えるだろう。

また、民法 177 条の解釈にあたって判例理論を前提に考察するならば、理論的には第三者の範囲のみを論じれば足りるように思われるが、建物が新築された場合における所有権

¹⁹⁹ 大連判明 41・12・15 民録 14・1301 を参照。

²⁰⁰ 大連判明 41・12・15 民録 14・1276 を参照。

²⁰¹ 特に、背信的悪意者排除論を判例上確立したものとして、最判昭 43・8・2 民集 22・8・1571 を参照。

²⁰² 取消と登記の問題に関するものとして大判昭 17・9・3 民集 21・911（取消後の第三者の問題）など、また、取得時効と登記の問題に関する一連の判例理論を提示するものとして、大判大 7・3・2 民録 24・423（当事者間の関係）、最判昭 41・11・22 民集 20・9・1901（時効完成前の第三者）、最判昭 33・8・28 民集 12・12・1936（時効完成後の第三者）、および、最判昭 35・7・27 民集 14・10・1871（時効期間の起算点の問題）など、さらに、相続と登記に関するものとして、最判昭 46・1・26 民集 25・1・90（遺産分割と登記）、および、最判昭 42・1・20 民集 21・1・16（相続放棄と登記）などを参照。

²⁰³ 例えば、差押債権者につき最判昭 31・4・24 民集 10・4・417（肯定）、賃借人につき大判昭 6・3・31 新聞 3261・16（肯定）、一般債権者につき大判大 4・7・12 民録 21・1126（否定）、および、不法行為者につき大判大 2・2・21 新聞 2680・8（否定）などを参照。

²⁰⁴ この点につき、第三者の側に立証責任があると判示したものとして、大判昭 9・1・30 民集 13・93 を参照。

²⁰⁵ 判例は、第三者が未登記の物権変動を承認することを認めている（大判明 39・10・10 民録 12・1219）。

の取得を第三者に対抗する場面においては、登記は必要とされないのであって、ここに、判例理論においても登記を要しない物権変動が存在するのではないかという疑問が生じうる。この点に関しては、建物新築の事例において登場する第三者は不法行為者などしか考えられないため、そのような物権変動も登記を必要とするが、第三者要件を判断するに際して、当該第三者が民法 177 条の適用範囲から除外されることにより、結果として登記を要することなく建物新築による所有権の取得を対抗することができる構成することも可能であり、その限りにおいて、判例における原則論は堅持されていると言うことができる。しかしながら、判例の示す無制限説が以上のような不明確性を内包していることは事実であろう。

そして、対抗問題の法的構成について判例は特に厳密な理論構成を提示していないが、これは、判例が有する一般的な特徴にその根拠を見出すことができるだろう。すなわち、対抗問題の法的構成を明らかにしなくても、上述の判例理論に従えば、民法 176 条および 177 条に関するそれぞれの解釈に応じて妥当な結論を導き出すことが可能だからである。この点が、判例における両条文の解釈そのものにも影響を与えていることは言うまでもない。しかしながら、民法 176 条と 177 条はそれぞれ不動産の権利関係に最も重大な影響を及ぼす規定であり、両条文の理論的な関係を明らかにすることは、問題の具体的な解決を図る上でも重要であろうと思われる。

二 学説

1 現在における到達点

現在の学説状況を検討してみると、民法 176 条の解釈に関しては、物権行為の独自性を否定した上で、物権変動の効力発生時については、代金支払、目的物の引渡または登記の移転のいずれかがなされた時点とする見解が有力であるが、判例と同様に契約成立時説を支持する見解も根強く主張されている。また、民法 177 条の解釈に関しては、判例理論を支持する見解と対抗問題限定説の対立は見受けられるが、第三者の範囲を制限することに異論は見られず、物権変動の範囲については、何らかの基準を用いてその範囲を制限するものがほとんどであり、具体的な帰結もそれほど大きな相違は見られないと言えるだろう。さらに、対抗問題の法的構成については、法定取得説およびそれを前提とした見解が有力に主張されており、それに対して公信力説を支持する見解も少なからず存在するというのが現状であろう。

しかしながら、以上の通説的な見解に対して、最近の議論においては様々な観点からのアプローチが試みられており、そこでの各見解の法的構成には種々のものが見受けられる。例えば、法定取得説に立脚しながらも、第一譲受人の登記懈怠を公示義務違反に基づく不法行為と構成する²⁰⁶など、新たな視点を導入する見解が現れてきたのである。対抗問題の法的構成に関する法定取得説を基本的には是認する見解には、フランス法からのアプローチによるものだけでなく、わが国の判例法にその根拠を求めるものもあり²⁰⁷、この事実は、依然として学界における法定取得説の優位性を示していると言えるだろう。また、対抗問

²⁰⁶ この点につき、七戸・前掲注 182・「対抗要件主義に関するボワソナード理論」・238 以下を参照。

²⁰⁷ これに関しては、松岡・前掲注 51・17・1・35 以下を参照。

題の法的構成だけではなく、またはその問題と同時に、不動産物権変動論として論じられるその他の問題、すなわち、物権変動の生じる時期や民法 177 条の第三者の範囲などについても新たな見解が提示され、さらには、最近それほど比較法の対象とされていなかったドイツ法を素材として、登記主義的な見地から問題を検討しようとする見解も現れてきており、事態はますます混迷の度合いを深めていると言える²⁰⁸。

2 評価

学説においては、不動産物権変動論を論じること自体に対する懐疑的な見解が一時期存在したが、最近になって有力な見解が新たに提示されるようになり、議論は再び活発化している。しかしながら、最近の議論はこれまでの諸見解とは異なり、いくつかの点で特徴を有している。すなわち、それまでの研究に見られなかった判例法およびドイツ法からのアプローチや、母法であるフランス法を採求する場合にもボワソナードの見解や契約関係に着目するなど、その研究手法に顕著な特徴が見受けられ、その結果として得られる具体的な結論も、これまでの不動産物権変動をめぐる議論に新たな視点を提示しているのである。

ただし、このように様々な諸見解が林立する学説状況にあつて、いずれかの学説が決定的に有力な見解として確立される気配はなく、また、諸見解が何らかの基準に従って止揚される可能性も、現在のところ見出し難い状況である。さらに、これまでの研究において、ドイツにおける最近の議論を参照した研究は相対的に少なく、とりわけその点に不動産物権変動論を論じる余地が依然として残されていると評価することができる。少なくとも、それによって得られる研究成果は、今後の不動産物権変動論を展開するにあたって有益な示唆を与えることになるであろう。このことは、それだけ他の素材に基づいた研究が盛んに行われてきたということの証左であるとも言える。

三 判例と学説の関係

1 それぞれの特徴

不動産物権変動論に関する判例の見解は、その理論的な構成および原則としての基準については、学説と比較してかなり早い段階で確立されており、その後の展開過程において主として形成されてきたのは様々な諸事例に対する判示を通じての具体的判断の積み重ねであつて、その根本的な思考方法は変化していない。そして、判例において実際に問題視されてきたのは、物権変動の生じる時期の問題や物権変動および第三者の範囲の問題などの具体的な問題であつて、民法 176 条における意思表示の意味や対抗問題の法的構成などの比較的理論的な問題に関しては、判例が前提としているであろう立場を予測することはできるとしても、判例はそれらに対する態度を厳密には明確にしていない。このことは、具体的な問題を前提としてそれに対する妥当な解決を図るという、そもそも判例が有する特徴に基因するものであらうと思われるが、今日では、理論的な法的構成を通じて具体的

²⁰⁸ 物権変動の時期に関する判例理論に契約の観点から批判を加えるものとして、横山・前掲注 40・3・291 以下、また、ドイツ法を素材とするものとして、石田・前掲注 52・46・129、49・124、51・53 を参照。

な結論を異にする立場も学説において存在し²⁰⁹、さらに、判例の具体的結論そのものに対しても有力な批判が存在しており²¹⁰、判例の立場を新たな視点に立って見直すことも必要なのではないかと思われる。

一方で、学説においては、判例と異なって民法典制定当初から様々な主張が展開されてきており、現在においてもなお、新たなアプローチに基づく見解が積極的に主張されている。不動産物権変動をめぐる学説においては、具体的な結論の妥当性は当然のこととして、主として理論的な側面および体系的な整合性に関心が寄せられつつ、議論が展開されてきたと言える。それゆえ、実際上の結論にそれほど相違点が見られないにもかかわらず、細部の理論的な点に拘泥しすぎたという側面が指摘され、不動産物権変動を論じることそのものに対する懐疑的な見解も見受けられた。しかしながら、最近の議論では、具体的な結論の相違も十分に検討しながら、さらなる理論構成の精緻化が目指されている。また、理論構成の差異によって具体的な諸事例における結論が異なる場合はもちろんのこととして、理論構成そのものはやはり重要視されるべきであろう。法的な理論構成は、ある事例における妥当な解決を導き出すためのものであるだけでなく、民法全体にわたる体系的整合性を保つことをも重要な存在理由として有しているのであるから、民法 176 条と 177 条の意義および両者の関係を理論的に説明することの重要性を軽視してはなるまい。

2 両者の乖離現象

以上のように、具体的紛争における妥当な結論の提示を最重要課題とする判例と必ずしも具体的な結論に着目しただけで展開されるわけではない学説の、それぞれの生来的な特徴に由来すると同時に、判例の見解が民法典制定当初に確立され、その後、原則論の変更がなされていないのに対して、学説における議論は熾烈であり、見解は百花繚乱の状態にあるため、判例と学説の乖離現象が著しいものとなっている。

例えば、物権変動の生じる時期に関して、判例の契約成立時説に対しては同調する学説も多く見受けられるが、代金支払や目的物の引渡などの何らかの外形的な徴表と結合させようとする見解も有力に主張されている。また、民法 177 条の物権変動の範囲に関して、判例は原則としての無制限説を維持しているが、学説においては何らかの制限を加える見解が多数を占めており、第三者の範囲についても、判例および学説とも制限説を採用することに相違はないが、その前提となる考え方に違いが見られる。さらには、民法 176 条と 177 条の理論的な関係について、判例と学説とでは、見解の相違という以前に、問題の設定自体の段階において明らかな立場の違いが存在する²¹¹。これらのような論点を中心に、

²⁰⁹ 対抗問題の法的構成に関する公信力説の立場を前提とするならば、登記がなければ対抗することができない第三者は善意無過失の者に限られることとなり、判例における背信的悪意者排除論とはその結論を異にすることとなる。

²¹⁰ 例えば、物権変動が生じる時期に関して判例において採用されている契約成立時説を、原則論としても放棄するべきであると主張する見解として、横山・前掲注 40・3・291 以下を参照。

²¹¹ 判例は、民法 176 条と 177 条の理論的な関係という問題をそもそも議論の俎上に乗せてはおらず、自覚的に議論を展開しているとは言えないのであって、不動産物権変動論における主要な論点の一つとして活発に議論されている学説との間には、大きな隔たりがあると評価せざるを得ない。

不動産物権変動論に関する判例と学説の間には、とりわけ理論的な面において顕著な相違が見受けられるのである²¹²。

3 歩み寄りの可能性

それでは、以上のような判例と学説の乖離現象をどのように評価すべきであろうか。理論構成だけではなく、具体的な帰結がそれぞれにおいて異なり得るものである以上、両者の相違点はできる限り解消されるべきであろう。しかしながら、一般論としてはそのように言えるとしても、実際に歩み寄りの可能性はあるのだろうか。

まず、不動産物権変動をめぐる各論点に関する判例理論は確定的なものであると考えることができ、原則的な見解はほとんど動揺を見せていない。それに対して、学説においては様々な見解が提示されているが、判例との整合性を自覚的に視野に入れつつ自説を打ち出している見解はそれほど多いとは評価することができず、そのため、判例理論との乖離がますます進んでしまう傾向にある。このままでは、両者が歩み寄り、そのことを通じて判例の見解をもより説得的に根拠付けることができるような見解が提示される可能性は、さらに低くなってしまおう。

そして、現在のところ、判例の側から歩み寄ることは考え難い状況にある。それは、判例理論を通じた具体的結論に対する決定的な批判がなされていないことに原因があると言えよう。理論的に決定的な破綻をきたしていない限り、具体的帰結に妥当性がないとまでは評価し難い判例の見解が自発的に変更されるとは想定できないところである。それに対して、学説の側から歩み寄る可能性は否定できないが、具体的な結論に関して判例の見解に同調する学説は存在しながらも、判例の採用する理論構成に対しては批判が強く、また、不動産物権変動に関する各論点について個別に判例の見解と軌を一にする学説は存在するが²¹³、不動産物権変動をめぐる問題の全般にわたって判例の見解を支持する学説はほとんど存在しないというのが現状であろう。特に、二重譲渡のケースを念頭においた対抗問題の法的構成に関して、理論的な構成を必要としないとする見解は、最近になってますます影を潜めているのではないかと思われる。

これらのことを前提として承認するならば、判例と学説が歩み寄る可能性を見出すことは現実的には困難であると言わざるを得ないが、判例の立場をより説得的に説明することが可能な理論を学説の側から提示する試みや、新たな視点を提示し、説得的な理論構成を通じて、判例の見解と異なる具体的結論を導き出すことによって、判例の見解を少しでも傾斜させることを目的とする営みが忘れられてはならないであろうと思われる。

²¹² ただし、所有権移転時期に関する吉原教授の一連の判例研究の成果に見出されるように、判例の見解に対する理解については、様々なものがありうる。この点につき、吉原節夫「特定物売買における所有権移転の時期」に関する戦後の判例について 一民法 176 条の研究 (1) 一」富大経済論集 6・3 = 4・540 (1961)、同「物権変動の時期に関する判例の再検討 (一・二) 一民法一七六条の研究 (2) 一」富大経済論集 7・2・164、8・1・1 (1961~1962)、同「特定物売買における所有権移転の時期」民商 48・6・827 (1963)、および、同「所有権移転時期に関する最近の論争に寄せて」富大経済論集 27・3・654 (1982) などを参照。

²¹³ 例えば、物権変動の生じる時期に関して、判例の見解に賛意を表するものとして、滝沢・前掲注 16・53 頁以下を参照。

第五節 小括

一 わが国における不動産物権変動論の展開過程

1 展開過程の整理

本章においては、これまで、わが国における不動産物権変動論に関する判例および学説の展開過程について、主として時系列に沿った上で検討してきたが、ここで、本章における小括として、その展開過程の整理を行い、最近の議論の特徴を指摘した上で、わが国における不動産物権変動論の課題と今後の展望について考察を試みたい。

民法典制定当初から華々しく議論されてきた不動産物権変動論がわが国の民法解釈論において最も重要視されてきた論点であることは、疑問の余地がないところであろう。しかし、活発な議論が交わされてきたのは主として学説においてであって、判例の見解は民法典制定当初に確立されたものから基本的に変化していないことに留意すべきである。すなわち、判例の採用する、物権行為の独自性を否定した上での所有権移転に関する契約時移転説、民法 177 条における物権変動の範囲に関する無制限説と第三者の範囲に関する制限説、さらには、対抗問題の法的構成に対する無関心と評価してもよいほどの態度などは、いずれも民法典制定後、初期の段階において確立されたものであって、背信的悪意者排除論の確立も、民法 177 条における第三者に関する制限説に立脚した上での問題であると捉えれば、判例の原則論を修正するものではなく、むしろ、具体的な事例を通じた生成過程の同一線上にあるものであると評価することができる。

その一方で、学説においては初期の段階から現在に至るまで、不動産物権変動論として論じられる各論点に関する論者の見解は一致することがなく、それどころか、ますます混乱の度合いを深めていると言ってもよい状況にある。確かに、わが国における初期の学説がドイツ法の影響を強く受けつつ展開されていたことに対する批判として登場してきた末弘博士の議論は、不動産物権変動論にとっても重要な転回点を提供するものとなり、それまでの物権行為独自性肯定説とそれに基づく物権変動の効力発生時に関するものとしての物権行為時説が勢力を失っていくなど、一つの論点に絞って、そこでの全体としての潮流を示すことはできるが、不動産物権変動論全体としての理論的な面における収斂はなされていない。とりわけ、対抗問題の法的構成に関しては、最近の学説においても新たな視点が提示されるなど、これまでの研究とは異なるアプローチが試みられており、事態は一層複雑化していると評価せざるを得ない。また、学説における熾烈な議論の展開は、そのまま判例の見解からの学説の乖離をも助長しており、両者の見解の一致を見ることは困難な状況にある。

2 最近の議論の特徴

不動産物権変動をめぐる議論をより実りあるものにしていくと同時に、その議論の混乱の度合いを深めている原因ともなっている最近の有力な見解は、対象とする比較法ごとに紹介することも可能であるが、そのような視点だけではなく、不動産物権変動においてその見解が何を重要視しているかという視点からも特徴付けることが可能であろう。例えば、

対抗の概念に着目する見解²¹⁴や契約関係に着目する見解²¹⁵、また、できる限り登記によって画一的に権利関係を確定させるべきであるとする立場に立つ見解²¹⁶や登記よりも当事者の意思をまず重視すべきであるとする立場²¹⁷など、様々な見解を列挙することができる。これらの最近の見解に特徴的なことは、比較法的な視座に立ちつつも、不動産物権変動において重要な要素として取り上げられるそれぞれの法的概念に着目した上で議論を展開する点にあると言える。そして、純粋に理論的な法的構成の重要性だけではなく、具体的な結論の妥当性を導き出す手法として不法行為や公序良俗の概念を活用するなど、従来の議論が必ずしも具体的な帰結に寄与するとは言えなかった点を克服しようとする努力は、より一層顕著に行われていると評価することができる。

二 わが国における不動産物権変動論の課題および今後の展望

1 課題

わが国における不動産物権変動論は、判例においてはすでに決着がついていると言ってもよい問題である一方で、学説においては民法典制定以来論じられてきた古典的なテーマであると同時に、今日においても見解の一致を見ない極めて現代的な問題でもある。したがって、不動産物権変動論が抱える課題の一つとして挙げられる、判例と通説の見解が乖離していることに鑑みて、これまでの議論を前提としてより説得的な新たな見解を打ち出すと共に、判例の見解をより良く説明し得るような見解を提示することが必要であろう。

また、判例の見解が確立されていると言っても、それは判例が理解しているところの具体的な帰結に、判例の見解によれば問題がないと考えられているに過ぎないのであって、学説の中には新たな視点に基づいて判例理論およびその具体的な結論に対して疑問を提起する見解も数多く存在している。したがって、具体的な効果の観点から、不動産物権変動論を再構成すべき必要性も求められるであろう。とりわけ、学説における従来の議論には理論的な構成に拘泥しすぎていた点が見受けられ、これに関しては、重要な批判として甘受せざるを得ないであろう。たしかに、とりわけ対抗問題の法的構成に関する公信力説の登場以来、不動産物権変動論において具体的な効果の点も重要視されつつ理論構成がなされるようにはなったが、具体的事案における帰結をより積極的に勘案しつつ理論構成を試みなければ、判例の見解に影響を与えるほどの解釈論を展開することは不可能であろう。

2 今後の展望

以上のような課題を克服するために、学説は様々な観点から不動産物権変動論に対してアプローチを行っているが、依然として、外国法を比較対象としつつわが国の不動産物権

²¹⁴ 七戸・前掲注 182・「不動産物権変動における対抗力の本質 —ボワソナードを起点として—」・71 以下、同・前掲注 182・「対抗要件主義に関するボワソナード理論」・195 以下、および、加賀山・前掲注 180・6 以下などを参照。

²¹⁵ 横山・前掲注 40・2・1、3・85、および、同「競合する契約相互の優先関係（一～五・完）」法雑 42・4・914、43・4・607、45・3＝4・464、47・1・41、49・4・815（1996～2003）などを参照。

²¹⁶ これについては、石田・前掲注 52・46・129、49・124、51・53 などを参照。

²¹⁷ 七戸・前掲注 182・「不動産物権変動における意思主義の本質 —売買契約を中心にして—」・121 以下などを参照。

変動論を考察する必要性は失われていないと思われる。とりわけ、民法 176 条および 177 条の母法であるフランス法を素材とした研究はこれまで盛んに行われてきたが、批判的な意味も込めて学説継受として評価された、初期の学説におけるドイツ法一辺倒の研究手法に対する反省もあってか、さらには、不動産物権変動のシステムが大きく異なっていることをも理由として、ドイツ法を比較対象とした研究は、最近では影を潜めている状況にある。しかしながら、物権行為概念を肯定するか否かは別として、わが国の民法がパンデクテンシステムに基づいて物権と債権を概念的に区別する制度を採用していることは確かであり、そのことを前提として、不動産物権変動の過程においても極めて明確に物権行為と債権行為を峻別しているドイツ法を参照することは、わが国の不動産物権変動システムに対する理解を深めるためにも有益であろうと思われる。それゆえ、ドイツ法を素材とした研究が深められることが急務である。

そして、一般的な今後の展望としては、判例と学説の相互的な歩み寄りを意識しながらの、両者の乖離現象の克服が望まれる。担保価値をも含めた不動産全体の価値が占めるわが国における重要性が、相対的には少なからず減少していると評価し得る今日においても、人々にとって不動産は依然として欠くことのできない財であり、また、限りある資源でもある。そのような公共財としての特徴をも有する不動産の権利関係をできる限り明確にまた一義的に確定する必要性は、全く失われてはいない。とりわけ、不動産所有権の移転過程およびその帰結を理論的な面においても具体的に明らかにする必要性は、その意義を保ち続けている。

そこで、以上のような展望を見越しつつ、本稿においては、続いて次章において、ドイツにおける仮登記制度の考察を行いたいと考える。ドイツの不動産物権変動システムを考察することの意義についてはすでに述べた通りであるが、ドイツの制度とわが国のそれとが大きく異なるシステムを採用していることは事実である。したがって、両者を比較するためには、何らかの橋渡しとなる手がかりが必要となる。そこで取り上げられるのが、仮登記制度である。なぜならば、わが国における仮登記制度そのものの母法はドイツ法であり、さらに、仮登記制度は、物権行為と債権行為を明確に峻別しているドイツ法においても、債権行為が行われただけであるにもかかわらずその行為の結果に対して物権的な効果を付与する制度であるという点においては、日本法における議論と比較しても整合性が認められるからである。また、ドイツにおいて仮登記制度は、不動産物権変動が行われるに際して非常によく利用されているため、ドイツにおける具体的な諸事例を検討するという意味でも、重要な素材であると言えるだろう。

第二章 ドイツにおける仮登記制度

第一節 序

一 仮登記制度の意義

1 法的根拠

本章においては、ドイツにおける仮登記制度に関して詳述を試みたいと考える。正確な制度分析を行うにあたって必要不可欠な作業となるのは、その制度の歴史的生成過程および現状を把握することであると思われる。したがって、本章における論述においても、そ

これらの考察を行うことが主眼となる。ただし、その前提として、ドイツにおける仮登記制度についての基本的な知識および日本における仮登記制度との関係、さらには本稿の主たる課題である不動産物権変動論との関係などの点について整理を行った方が、その後の詳細な検討を行うことの必要性および本稿の主題との関係を理解し易いと思われるので、まず、本節において、仮登記制度の意義および仮登記と物権変動論との関係について検討を行いたいと考える。

ドイツにおいては、物権行為と債権行為が厳格に峻別されており、とりわけ土地所有権を移転する際には、当事者間における当該土地の所有権移転についての物権的合意（アウフラッスンク）および登記が必要とされ（BGB 873 および 925 条）、実際上は売買契約などの債権行為としての原因行為がその前提として行われていることが多いが、法律上は原因行為と物権行為の間に関係性はないものとされている。したがって、売買契約を結んだだけで物権行為としてのアウフラッスンクと登記がいまだに行われていない段階においては、当事者間には債権関係しか発生していないのであって、所有権の移転も生じていないという帰結に至り、第三者として同一の土地に関して第二譲受人が現れた場合、第一譲受人は物権を取得していない以上、債権関係の存在を主張することはできても所有権の存在を主張することはそもそもできないということになる²¹⁸。

この場合に、債権的な請求権のみを有しているにすぎない権利者を保護するために利用される制度が、仮登記（Vormerkung）制度である（BGB 883 条以下）²¹⁹。第一譲受人の

²¹⁸ その意味では、ドイツ法においては厳密には二重譲渡は存在せず、あり得るのは二重契約のみであるということになる。ただし、たとえ第二譲受人が第一譲受人よりも先に本登記を備えたとしても、第一譲受人が譲渡人に対して債務不履行に基づく損害賠償請求権を行使することは、ドイツ法においてももちろん可能である（BGB 440 および 325 条）。しかしながら、当該土地の所有権そのものを取得することは、もはや不可能となるのである。

²¹⁹ ドイツにおける仮登記制度に関するドイツ語文献として、Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschen Grundbuchrecht, 1901; Dulckheit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951; Kempf, Zur Rechtsnatur der Vormerkung, JuS 1961, 22; Weber, Die Anwendung der Vorschriften über Rechte an Grundstücken auf die Vormerkung, 1962; Furtner, Gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung?, NJW 1963, 1484; Medicus, Vormerkung, Widerspruch, Beschwerde, AcP 1963, 163, 1; Wörbelauer, Das unter Eigentumsvormerkung stehende Grundstück – eine res extra commercium?, DNotZ 1963, 580, 652, 718; Reinicke, Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb einer Vormerkung, NJW 1964, 2373; Paulus, Schranken des Gläubigerschutzes aus relativer Unwirksamkeit, FS Nipperdey I, 1965, S.909; Baur, Die Durchsetzung einer gutgläubig erworbenen Auflassungsvormerkung, JZ 1967, 437; Keuk, Auflassungsvormerkung und vormerkungswidrige Grundpfandrechte in Konkurs und Zwangsversteigerung, NJW 1968, 476; Lüke, Auflassungsvormerkung und Heilung des formnichtigen Kaufvertrags, JuS 1971, 341; Zagst, Das Recht der Löschungsvormerkung und seine Reform, 1973; v. Olshausen, Der Streit der Vormerkungen, JuS 1976, 522; Kupisch, Auflassungsvormerkung und guter Glaube, JZ 1977, 486; Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, FS Flume, S.371, 1978; Knöpfle, Die Vormerkung, JuS 1981, 157; Tiedtke, Die Auflassungsvormerkung, Jura 1981, 354; Schwerdtner, Die Auflassungsvormerkung, Jura 1985, 316; Werner, Gleichrangige Auflassungsvormerkungen, FS Wolf, 1985, S.671; Kohler, Vormerkbarkeit eines durch abredewidrige Veräußerung bedingten

請求権について仮登記がなされることによって、その後第二譲受人が現れ、さらに本登記が経由されたとしても、第一譲受人は仮登記の効力に基づいて、第二譲受人の権利取得を覆すことができるのである。したがって、第二譲受人にとっては、自らが取得した物権をその後失うかもしれないという危険性を伴うことになるが、仮登記は登記簿に登記されることが前提とされているので、その確認を行うことによって、第二譲受人は自らのリスクを認識した上で取引関係に入ることができるということになる。

以上のような仮登記制度の基本的な性質を踏まえ、実務においては、様々な場面で仮登記制度は利用されている。これまで述べてきたような土地所有権の移転の際に、土地所有権の移転を求める請求権を保全するものとして用いられる仮登記はアウフラッスンの仮登記(Auflassungsvormerkung)と称されるが、それと並んでよく利用されるものとして、抹消の仮登記(Löschungsvormerkung)がある。これは、土地担保権として抵当権などが設定された場合に、後順位の担保権者が先順位の担保権の抹消を求める請求権を保全するものである(BGB 1179 および 1191 条)²²⁰。ただし、アウフラッスンの仮登記と抹消の仮登記が目的とするものは、それぞれにおいて大きく異なっている。つまり、アウフラッスンの仮登記がなされる際には、債権行為としての売買契約と物権行為が行われた結果としての所有権取得の間の比較的短い時間を架橋することが目的とされているのに対し、抹消の仮登記と法定の抹消請求権が目的としているのは、いまだに発生するか否か定かではない事象を後順位担保権者の利益に資するように確定させることにあるのである

Rückerwerbsanspruchs, DNotZ 1989, 339; Prinz, Der gutgläubige Vormerkungserwerb und seine rechtlichen Wirkungen, 1989; Hager, Die Vormerkung, JuS 1990, 429; Rosien, Der Schutz des Vormerkungsberechtigten, 1994; Sandweg, Anspruch und Belastungsgegenstand bei der Auflassungsvormerkung, BWNotZ 1994, 5; Amann, Keine Vormerkung eigenständiger Übereignungspflichten des Erben oder des jeweiligen Eigentümers, DNotZ 1995, 252; Wacke, Vorgemerktter Schwarzkauf und Bestätigung oder Novation, DNotZ 1995, 507; Mollenkopf, Faktische Einwirkungen auf vormerkungsbetroffene Grundstücke, 1997; Mülbert, Der redliche Vormerkungserwerb, AcP 1997, 197, 335; Assmann, Die Vormerkung, 1998などを参照。また、邦語文献として、生熊長幸「仮登記について—物権・債権という概念との関係において—」法学36・3・1(昭47)、および、赤松秀岳「仮登記制度とドイツ民法典編纂(一～三・完)—帝国司法庁(Reichsjustizamt)の役割に着目して—」民商119・4=5・166, 119・6・28, 120・1・92(1999)などを参照。また、フランス法の視点から仮登記の対抗力を検討するものとして、滝沢幸代「仮登記の対抗力—フランス法からの考察—(1・2・完)」成城3・27, 4・37(1979)を参照。

²²⁰ ドイツ法においては、日本法と異なり、複数の不動産担保権が同一の不動産に設定され、先順位の担保権によって保全されている債権が履行などを通じて消滅したとしても、先順位の担保権は当該不動産の所有権者に帰属することになるのであって、当然には後順位の担保権が昇進することはないというのが原則であるが(いわゆる順位確定の原則の採用)、この場合に、後順位の担保権者は所有権者に対して所有権者に帰属することとなった先順位の担保権の抹消を請求することができ、それによって、後順位の担保権が昇進することが可能となる。このような抹消請求権を保全するために仮登記が用いられ、しかもそれが通常の形態となってしまったために、抹消の仮登記は登記事務の渋滞を招くこととなった。そこで民法は、後順位の担保権者は法律上当然に先順位の担保権の抹消を求める請求権を有するものとし、たとえそれが仮登記によって保全されていなくても、仮登記が存在するのと同様の効力を有するものとした(BGB 1179 条 a および 1191 条)。

221。したがって、この抹消の仮登記の目的を承認することによって、再売買を行う請求権などをも仮登記の対象とすることが可能となる²²²。

しかしながら、例えばアウフラッスUNKの仮登記が利用される場合、それによって当該土地の所有権に関する登記がその後一切受け付けられないようになるというわけではなく、譲渡人は同一の権利を新たに処分することが許容されている。譲渡人の処分行為は、仮登記権利者に対して相対的に無効とされるにすぎないのである(BGB 883 条2項)。ただし、仮登記された権利は、譲渡人が破産した場合などにおいては制限物権と同様に扱われ(InsO(倒産法) 106 条)、その限りにおいて完全な効力を有するのであって、このような仮登記の効力の曖昧さが、その法的性質を決定付けることを困難にしている²²³。

2 異議制度との比較

仮登記は以上のような法的根拠に基づくものであるが、暫定的な保全手段であるという意味において類似した制度として、異議(Widerspruch)制度が存在する(BGB 899 条)。しかしながら、仮登記と異議は明確に区別されるべき性質のものである。仮登記は、将来の権利変動を予告し、それを通じて、債権的請求権を有している者をいまだ真の権利者であり続けている者による処分から保護するというものであるが、異議は、登記簿の正当性に対して疑問を差し挟むものであり、それによって、真の権利者を登記された権利者の処分行為から保護することを目的としている。つまり、異議は、実体法上の真実の権利者ではない者が登記されており、その登記内容を信頼して取引関係に入った者が登記の公信力に基いて保護される結果、真実の権利者が害されることになってしまう場合に、新たに取引に入った者による善意取得を阻止するために機能するのである(BGB 892 条1項)。したがって、両制度には質的に大きく異なる要素がそれぞれ含まれていると言える²²⁴。

また、仮登記と異議は BGB への採用に至る歴史的経緯においてもそれぞれで異なっている。特に仮登記制度は、すでに述べたように、ドイツ民法が採用している物権と債権を厳密に区別する構成に鑑みると、その法的性質が非常に曖昧なものとなっているため、BGB への導入にあたっては様々な議論がなされた。仮登記制度の歴史的展開過程について

221 アウフラッスUNKの仮登記が保全する権利は、売買契約などに基づいてすでに発生している所有権移転請求権であるが、抹消の仮登記が保全する権利は、所有権者への先順位担保権の帰属などを前提として将来発生する可能性がある後順位担保権者の先順位担保権抹消請求権であり、両者の間には、仮登記の効力が認められる実際上の時間的な間隔についてだけでなく、現に発生している請求権を保全するの否かという点において、質的な相違点が認められるのである。

222 Baur/ Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, 1999, S.218 f.

223 仮登記は、物権変動を求める債権的請求権を保全するという意味において債務法の範囲に属するものと言えるが、その効果の物権的性質に鑑みると物権法の範囲に属しているとも評価し得る。つまり、物権変動を求める債権的請求権を保護するために物権的な効果を有する保全手段を用いているということになる。この点につき、Baur, a.a.O.222, S.219 f.を参照。

224 この点を捉えて、仮登記は予告するものであり異議は不服申し立てをするものであるとして、両者は対比されている。この点につき、赤松秀岳「仮登記制度とドイツ民法典纂(一～三・完) 一帝国司法庁(Reichsjustizamt)の役割に着目して一」民商 119・4 = 5・167 (1999) を参照。

は第二節において詳述を試みるが、そこでの検討を行う前提として、仮登記制度が有する法的性質とドイツ法が有する一般的な性質を対比し、その上で、仮登記制度を BGB において採用する際の困難性に着目することが必要であろう。

3 日本法への継受

わが国の不動産登記法はドイツの土地登記法を継受したとされており、仮登記制度に関しても同様であるとされている²²⁵。しかしながら、ドイツ法と異なり、不動産物権変動に関する実体法規定である民法 176 および 177 条はフランス法を継受したものと考えられており、それらの規定を母法に従ってフランス法的な理論を用いて解釈すべきか否かという問題についてはひとまず留保するとしても、不動産物権変動に関する実体法である民法の規定と手続法である不動産登記法の母法が異なっていることから予測され得る実体法と手続法の齟齬という問題は、仮登記制度に着目して不動産物権変動論についての検討を行う場合にも同様に発生し得るのである。

ドイツ法においては、物権と債権は概念上明確に区別されており、仮登記制度は一方では両者を架橋するものとして、他方では両者の概念的区別を曖昧にしてしまうものとして存在しているのであるが、日本法においては、民法典はパンデクテンシステムに則って起草されたとはいえ、物権と債権の峻別が明確に意識されているとは評価し難い部分が存在することは認めざるを得ず、民法 176 および 177 条のような不動産物権変動に関する規定などに代表されるフランス法を母法としている部分については、特に物権と債権の両概念を分離して体系を構成するという思考方法が受け入れられ難くなっているため、仮登記制度が理論的にどのように構成されるべきかについて、ドイツ法における議論を前提としつつも新たな展開を求める必要性も存在するということになる。つまり、ドイツ法上、仮登記によって保全される権利は、例えばアウフラッスンの仮登記の場合には債権的請求権であるが²²⁶、日本法上は、民法 176 条においてドイツ法的な登記主義を採用しない旨が明

²²⁵ わが国の仮登記制度とドイツの仮登記制度に関しては、鈴木禄弥『抵当制度の研究』（一粒社、1968）326 頁以下、および、福島正夫「わが国における登記制度の変遷」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）458 頁などを参照。また、わが国における不動産公示制度の発展過程全般に関しては、主として不動産登記法制定までの登記制度の発展過程について論じるものとして、福島正夫「旧登記法の制定とその意義」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）329 頁以下、同「日本における不動産登記制度の歴史」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）406 頁以下、および、同「わが国における登記制度の変遷」同『福島正夫著作集・第四巻・民法（土地・登記）』（勁草書房、1993）428 頁以下などを参照。また、不動産登記法制定後の諸改正にも触れているものとして、新谷正夫「登記制度の変遷」登研 100・19（昭 31）、および、清水誠「わが国における登記制度の歩み 一素描と試論一」日本司法書士会連合会編『不動産登記制度の歴史と展望 [不動産登記法公布 100 周年記念]』（有斐閣、昭 61）99 頁以下などを参照。

²²⁶ ドイツ法においては、BGB 873 および 925 条に明記されているように、土地所有権を譲渡するためには原因行為である当事者間の契約などが存在するだけでは不十分であり、公正証書を用いなければならないという意味において特別な形式を必要とする物権的合意（アウフラッスン）と登記がなされてはじめて所有権の移転効果が発生する（正確には、原因行為としての債権行為は物権としての所有権を移転させるためには必要ではない）。し

らかにされているため、解釈論上、仮登記によって保全される権利は物権であるとするこ
ともできれば、債権的請求権であるとすることも可能なのである²²⁷。

このように、わが国の不動産登記法がその制定にあたってドイツ法を継受した際に、仮
登記制度もまたドイツ法上の仮登記（Vormerkung）制度を模範として導入されたわけ
であるが²²⁸、両国の不動産物権変動に関する実体法規定は、少なくともその文言上は大きく
異なっているのであって、仮登記制度が不動産物権変動と密接に関わり合う制度である以
上、両国の不動産物権変動システムの差異を無視して考察を進めることは許されないもの
と思われる。そこで、続いて不動産物権変動論との関係に着目しつつ、仮登記制度につい
ての素描を試みたいと考える。

二 不動産物権変動論との関係

1 仮登記によって保全される権利の性質

ドイツ法において、仮登記によって保全される権利は債権的請求権である。例えば、ア
ウフラッスンの仮登記の場合には、譲受人が譲渡人に対して有している、目的物である
土地所有権の移転を求める請求権を保全するということになる。この時点において、譲受
人は当該土地の所有権を取得していないのであるから、譲受人の有する権利が物権である
ということは理論的にはあり得ないということになる。しかしながら、BGB 883 条 2 項は、
仮登記された譲受人の請求権を害する範囲で譲渡人の新たな処分行為を無効とすると規定
しており、仮登記がその後になされた処分行為の相対的無効をもたらす効果を有している
ことを明文で認めている。このことを前提とすると、仮登記された債権的請求権に一定の
範囲における物権的な効果が付与されたと評価することもできるわけであり、事実、ドイ
ツにおいては、仮登記制度は「債権の物権化」という民法上の重要なテーマに関する一類
型としても論じられてきている²²⁹。

その一方で、日本法においては、第一章においてすでに詳述したように、不動産物権変
動論における重要な論点の一つである所有権の移転時期をめぐって様々な議論が行われて
きたが、その問題につきどのような見解を採用するとしても、当事者間の合意があれば、
本登記がいまだなされていない段階においても所有権の移転が生じるものとすることは否
定されないであろうから、仮登記がなされる段階において、すでに譲受人に当該不動産の
所有権が移転しているということもあり得るわけである。したがって、この場合には、仮
登記によって保全される権利は譲受人がすでに取得している物権であると評価することも、

したがって、本登記がなされていないにもかかわらず土地所有権が譲受人に移転することは
あり得ないのであって、それゆえ、当該譲受人がここで問題となっている仮登記によって
保全される権利としての物権（所有権）をすでに取得しているという法的事象も存在し得
ないということになる。

²²⁷ この点につき、生熊長幸「仮登記について 一物権・債権という概念との関係において
一」法学 36・3・85 以下（昭 47）を参照。

²²⁸ ちなみに、わが国最初の体系的な登記法と目されるべき旧登記法（明治 19（1886）年
に制定された）においては、仮登記制度は導入されず、正式に採用されたのは明治 32（1899）
年に制定された不動産登記法においてであった。

²²⁹ 例えば、Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951; Canaris, Die
Verdinglichung obligatorischer Rechte, FS Flume, 1978, S.371 などを参照。

十分に可能な解釈となるであろう。

ここに、仮登記によって保全される権利の性質という点において両国における相違を見出すことができる。その原因は、両国における不動産物権変動システムの相違にあるのであり、仮登記制度の本質を探るためには、不動産物権変動論との関係を見捨てることはできないのである。さらには、仮登記そのものの法的性質についての議論も必要となるであろう。

2 不動産物権変動システムの特徴

ドイツ法上、建物は土地の定着物とされているから、不動産物権変動とはすなわち土地に関する物権変動であるということになる。ドイツ法においては、不動産である土地に関する物権変動だけではなく、動産の物権変動の際にも債権的な契約などは明確に区別された物権行為としての合意（Einigung）と引渡が必要とされており（BGB 929条）、物権行為と債権行為を異なるものとして明確に峻別している。物権と債権の明確な峻別はドイツ民法全体を貫いている大原則であるが、そのことが顕著に現れるのが不動産物権変動の場面であり、わが国の民法典はBGBと同様にパンデクテンシステムを採用しているにもかかわらず、不動産物権変動に関しては、それについての具体的な諸規定を検討する限りにおいてはドイツ法と異なるシステムを採用していると評価せざるを得ないことから²³⁰、ドイツの物権変動システムは古くからわが国における研究の対象とされつつも、フランス法上のシステムを比較対象とする研究が数多く積み重ねられてきたのである。

わが国においても物権と債権の概念的区別が採用されていることは疑問の余地がないのであるが、不動産物権変動の場面において、いわゆる物権行為の独自性を肯定すべきか否かという論点をめぐっては、物権行為の独自性を認める必要性は特に存在しないとするのが通説的な見解であると思われる。それゆえ、そのことを前提とするならば、ドイツ法上の不動産物権変動制度とわが国のそれとの間には大きな隔たりがあることを認めざるを得ないということになる。したがって、両国の物権変動システムを比較検討するためには何らかの共通する概念を視座に据える必要があると思われるが、そこで仮登記は、両国の不動産物権変動システムの相違を相対化し、両者の比較を可能にするための有用な道具になると考えられる。つまり、仮登記はドイツ法からわが国に継受された制度であるが、それだけではなく、ドイツにおいては債権的請求権に対して物権的な効果を付与するという意味において、不動産物権変動においても明確にされている物権と債権の峻別を曖昧なものにしている原因となっているのであり²³¹、物権と債権の峻別が必ずしも明確になされて

²³⁰ 少なくとも、民法 176 条の文言を検討する限り、ドイツ法的な登記主義を採用していないことは明らかであろう。しかしながら、そのことと、民法の体系の問題として物権行為と債権行為を明確に峻別すべきか否かという問題は区別して考えることができるのであり、わが国の法制度において、不動産所有権の移転の際に登記を必ずしも必要としないという解釈を確定させることはできるが、物権行為と債権行為の峻別の問題をどのように考えるべきかについては、さらに検討の余地があるものと思われる。

²³¹ ドイツにおいても、物権行為と債権行為の区別を前提とはしつつも、両者の関係に関して、いわゆる無因性を貫くのではなく、債権行為の無効などによって関連する物権行為の無効をも導くべきではないかと論ずる傾向が存在するようである。この点を考慮しても、物権行為と債権行為の区別が相対的なものになってきているとする評価が可能であるよう

いないどころか、それ以上に見解によっては峻別そのものを否定するに至っているとも評価し得るわが国の不動産物権変動システムとドイツのそれとの距離を大きく縮める要素になり得ると目されるのである。

3 物権債権峻別論との関係

仮登記制度の存在は、ドイツ民法の際立った特徴である物権と債権の明確な峻別にとっても大きな問題として横たわることになる。すなわち、物権変動を求める債権的請求権を仮登記によって保全することによって、その請求権が一定の範囲に限ってではあるが物権的な効果を付与されることになるという帰結が、物権と債権を明確に峻別する原則に違反しないのか否か、さらには、民法典全体の体系との整合性をどのように考えるべきかという問題が発生してくるのである。

この問題を解決するためには、仮登記の法的性質をどのように定めるべきかが重要な点になってくると思われるが、その点に関しては様々な見解が考えられ得る。仮登記が本質的に有している効果として順位保全効が挙げられ、さらに、譲渡人が破産した場合には、仮登記された請求権の完全な履行を譲受人は求めることができるため²³²、その点を考慮して、仮登記が物権的性質を有することを正面から認める見解もあり得るであろうし、また、それとは異なって、債権的請求権の単なる保全手段としてのみ把握する見解も成り立ち得るであろう。仮登記が債権的な性質と物権的な性質をあわせ持っている以上、仮登記のあらゆる機能を包括的に把握し得る性質決定を行うことは、大変困難である。

仮登記制度の法的性質論は不動産物権変動システムとも密接な関連性を有しており、とりわけドイツにおいては、BGB が採用している物権と債権の明確な峻別を不動産物権変動の場面においても忠実に当てはめており、物権行為と債権行為を明確に峻別した不動産物権変動システムが構築されている。それゆえ、仮登記が有する法的性質と不動産物権変動システムとの齟齬が生じるのである。しかしながら一方で、ドイツにおいても仮登記制度のような一見すると曖昧ともとれる概念が不動産物権変動の場面において採用されているという事実は、わが国の不動産物権変動システムを検討する際の比較対象としてドイツ法を参照することの有用性を高めることに寄与することにもなる。

そこで、次節以降、ドイツにおける仮登記制度の本格的な検討に移りたいと考えるが、そもそも BGB の体系に合致しないと思われる仮登記制度がどのような発展過程を経て最終的に BGB に採用されることになったのかという、歴史的背景を避けて通ることはできないであろう。したがって、まず、仮登記制度の歴史的発展過程について、初期の段階から BGB への導入に至るまでの検討を試みたいと思う。

第二節 歴史的発展過程

一 仮登記制度の萌芽

1 仮登記制度の起源

に思われる。

²³² つまり、例えばアウフラッスUNKの仮登記がなされている場合において、譲渡人が破産した際に、仮登記権利者は、請求権の完全な履行としてのアウフラッスUNKと登記を破産管財人に求めることができるのである（InsO（破産法）106条）。

仮登記制度はローマ法に起源を有するものではなく、したがって、その後ドイツに継受されて適用されることとなった普通法にもその源泉を見出すことはできない。仮登記制度はその前提として法的にも技術的にも整備された登記制度を必要とするため、必然的に、優れた登記制度が確立された後でなければ導入され得ないということになる。それゆえ、確固たる登記制度を有していなかったローマ法においては仮登記制度も発展することがなかったのである。

それに対して、ドイツでは、1135年にケルンにおいて創設されたシュラインスカルテ (Schreinskarte) を発端として²³³、各都市での取引および都市を跨いだ遠隔地間取引の発展と共に、まず、不動産非占有担保権を公示するための制度としていわゆる担保簿が導入され、それに続いて不動産所有権の変動を公示する機能をもあわせ持った登記簿が採用されるに至った。このような登記制度の生成および発展に伴って、仮登記制度が導入されるための素地が確立されたのである。そして、仮登記制度の発展がとりわけよく見られるのはプロイセン法においてであり、BGB制定に至るまでの仮登記制度の発展に最も強い影響を与えたものとして、プロイセンにおける仮登記制度の展開過程を無視することはできない²³⁴。

仮登記制度は、同一の不動産に関して排他的な特徴を有する同一の権利が設定される可能性が取引の高度な発達に伴って具現化することによって、その導入が求められる制度であり、それに加えて、信頼性が高く技術的にも整備された登記制度がなければ存在し得ない制度である。その限りにおいて、仮登記制度は、いまだ確定していない権利ないし不完全な権利しか有していない者を保護するために、その後同一の権利に関して本登記を備えた者に対しても仮登記権利者を優先させようとする、極めて実質的な理由に基づく制度であると評価し得るため、取引関係の複雑化がなければ要求されない制度であると同時に、ドイツのように物権と債権の峻別を明確に行う法制度を採用している場合には、理論的および体系的な観点から多くの疑問が発生し得ることは十分に予想されることである。また、不動産物権変動理論がその最も強い影響を受ける対象となることも、想像に難くない。仮登記制度が BGB に導入され、今やドイツにおける不動産物権変動の場面においては欠かすことのできない制度にまで発展した背景にどのような事象が存在し、そして、仮登記制度の BGB への導入にあたってどのような議論が行われてきたのか、とりわけ、物権と債権を峻別するというドイツ民法における大原則との齟齬をどのように回避したのかという点に関して検討を行うためには、その前提として、BGB 制定以前における仮登記制度の歴史的生成過程を分析することは必要不可欠な作業となるであろう。

2 仮登記と異議

仮登記と類似した制度である異議も、BGBの制定によって新たに創設された制度ではな

²³³ いわゆるシュライン制度に関しては、林毅「ケルンのシュライン帳簿 —ドイツ私法史上最初の不動産登記制度」専法1・79 (1966)、および、同「中世都市ケルンにおける不動産登記の効力 —シュライン制度の研究序説—」服藤弘司・小山貞夫編『法と権力の史的考察』109頁以下 (創文社、昭52)などを参照。

²³⁴ Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschen Grundbuchrecht, 1901, S.1.

く、それ以前にすでに各ラントにおいて同様の機能を有していた制度に端を発するものであった²³⁵。登記簿に真実の権利関係とは異なる内容の記載がなされている場合に、その登記簿内容を信頼して取引関係に入った第三者が登記簿の公信力によって記載通りの権利を取得してしまうことから真の権利者を保護するために、いわば公信力の効果を遮断するために、異議は用いられる（BGB 899 条）。ドイツでは、BGB制定以前の各ラント法において登記簿に公信力を認める規定がすでに存在していたため、第三者が権利を取得してしまう反面において損害を被ることになる真の権利者を、何らかの方法によって保護する方策が必要とされるという状況は決して新しいことではなかった。また、仮登記とは異なり、異議によって保全される権利は真の権利者の物権なのであるから、異議登記がなされていることによって第三者の権利取得を阻むという物権的効力が発生するとしても、体系上の問題はその限りにおいては問題とならないとすることができる²³⁶。したがって、ラント法に存在していた異議制度がBGBに導入される際には、仮登記が導入されることほどには懸念される材料は少なかったのではないかと推測される。

仮登記はこれから生じる権利取得を保全するための制度であり、異議はすでに生じている権利を保全するための制度である²³⁷。その意味では、仮登記は未来を対象とし、異議は過去を対象とすると表現することもできるだろう。ただし、両制度の相違をこのように提示することができるとしても、保全手段としての類似性を否定することはできないため²³⁸、仮登記制度に関する検討を行うに際しても、比較対象として異議制度を適宜参照することは有益であろうと思われる。また、仮登記制度と同様に異議制度も、プロイセン法からの強い影響を受けつつBGBに採用されるに至ったので²³⁹、この点においても検討を行う余地は大きいと思われる。

²³⁵ BGB が制定される以前のラント法において採用されていた、登記簿内容の正当性に対して異議を唱えることができるという制度は、必ずしも「異議 (Widerspruch)」と称されていたわけではなく、「Protestation」や「Verwahrung」などの抗議ないし不服申し立ての意味を有する言葉や、場合によっては今日における仮登記と同一の呼称である

「Vormerkung」の語が用いられていることもあった。この点につき、Biermann, a.a.O.234, S.1 ff.を参照。確かに、仮登記と異議は暫定的な保全手段であるという点において類似性を有してはいるが、用いられる状況および対象が全く異なっているので、BGB 制定以前の法状況を検討する場合にも、両者を混同することは避けられねばならないであろう。

²³⁶ つまり、いまだ厳密には存在していない権利を保全することと、すでに存在している真正の権利を保全することの間には、質的な相違があると思われるのである。

²³⁷ Vervier, Wesen und Wirkung der Vormerkung, 1903, S.32.

²³⁸ 一つの事象において、仮登記と異議のどちらの登記も許容される要件が満たされることもあり得る。例えば、将来債権を担保するために土地債務が設定されたが、当事者の予測に反してその債権がいまだ発生するに至っていない場合、土地所有権者は土地債務権者に対して土地債務を返還するように求める債務法上の請求権を有することになるが、これは仮登記によって保全することができ、さらに土地所有権者は BGB 1157 条（抵当権が設定されているが、その事実と反する法律関係が当事者間に存在する場合に認められる抗弁について規定されている）に基づく抗弁（土地債務が設定されている場合には、BGB 1192 条による準用）をも有しており、こちらは異議登記の対象となる。この点につき、Assmann, Die Vormerkung, 1998, S.27 を参照。

²³⁹ Assmann, a.a.O.238, S.26 ff..

3 法制史上の位置付け

仮登記制度は、登記制度が整備されていることを前提としてはじめて創設され得る制度であるから、必然的に、登記制度そのものの歴史的発展過程と密接な関係を有することになる。BGBと同時期に制定された土地登記法（GBO、1897年）は、プロイセンにおいて行われていた登記制度を基本的には受け継ぐものではあるが、その他にもバイエルンを始めとして、各ラントにおいて行われていた登記制度および慣習などをも参考にして制定されたため、プロイセン以外の各ラントの影響がないわけではない。このことと関連して、仮登記制度もプロイセン法の影響を強く受けつつBGBに導入されたのではあるが、BGB制定以前のプロイセン以外の各ラントにおいても仮登記制度ないしそれと類似した機能を有する制度は存在していたのであり²⁴⁰、BGBの制定にあたってはそれらが何らかの影響を与えた可能性を否定することはできない。したがって、仮登記制度の歴史的発展過程を検討するにあたっては、安易にプロイセン以外の各ラントにおける法現象を捨象することは許されないであろう。

さらに、これまで言及してきたように、債権的請求権を保全するための仮登記制度は、ドイツ民法における物権と債権を明確に峻別するという原則に矛盾する可能性を内包しているため、BGBへの採用にあたって激しい議論が行われた²⁴¹。とりわけ、第一草案と第二草案における議論とそれを前提とした結論は、それぞれにおいて大きく様相を異にしており、その間には理論的な問題と実務的な問題の調和をいかに図るべきかという困難な点なども見え隠れしている。いまだ債権的請求権にすぎない権利のみを有する者を、理論的な理由と言うよりはむしろ、土地取引の実際における実質的な理由に基づいて保護すべきであるとする判断にしたがって、BGBへの仮登記制度の導入が検討されたのであるが、その結果として、保護される者に対して一定の範囲ではあれ物権的な効果を付与するという理論構成および結論を採用することによって、賛否両論を含む激しい議論が巻き起こったであろうことは想像に難くないところである。

以上のように、仮登記制度は、その前提となる登記制度そのものの生成過程とも密接な関係を有しているのみならず、ドイツにおいては、わが国におけるように民法典ではなく登記法に規定がおかれたのとは異なり、BGBに導入されることになったため、BGBの制定過程における影響をより直接的に受けることになった。これらの二つの点が、仮登記制度の歴史的発展過程を分析するに際して重要な鍵となるように思われる。そこで、以下では、まずプロイセンを始めとした各ラントにおける仮登記制度の発展過程を、登記制度そのものの発展過程をも視野に入れながら、そして、とりわけ本稿の課題である不動産物権変動の場面においてどのような役割を果たしてきたのかという点を中心に検討し、続いてBGBの編纂過程における議論に関して、仮登記制度の導入をめぐる議論を中心に、第一委員会と第二委員会それぞれにおける議論の流れを詳細に検討したいと考える。

二 各ラントにおける発展

²⁴⁰ Biermann, a.a.O.234, S.30 ff..

²⁴¹ BGB制定過程における仮登記制度の導入をめぐる議論に関して詳細な検討を行っているものとして、生熊・前掲注 227・38 以下、および、赤松・前掲注 224・119・6・29 以下を参照。

1 プロイセン

BGBの制定にあたっては各ラントにおいて施行されていた制度が広く参照されたが、特にプロイセン法が与えた影響は大きく、仮登記制度も基本的にはプロイセンにおいて採用されていた制度がBGBに導入されている。したがって、各ラントにおける仮登記制度の歴史的発展過程を検討する場合にも、プロイセン法を中心に考察を加えるべきこととなる。また、仮登記制度は、不動産公示制度そのものおよび不動産物権変動システムと、発展過程の面においても理論的および実務的な側面においても密接な関連を有しているので、プロイセン法を検討するに際してとりわけ重要な対象となるのは、AHO（プロイセン一般抵当権令、1783年）、ALR（プロイセン一般ラント法、1794年）、EEG（プロイセン所有権取得法、1872年）およびPGBO（プロイセン登記令、1872年）ということになる。なぜならば、これらの諸法令には、プロイセンにおける登記制度および不動産物権変動システムを統一した点に重要性が認められるからである。

ドイツにおける登記制度の原型はケルンのシュライン制度に見ることができるが、その後のローマ法の継受によって不動産公示制度の発展は一時その歩みを止めたかに思われた²⁴²。しかしながら、ドイツは30年戦争（1618～1648年）を始めとした戦争による荒廃という未曾有の大激変を被り、とりわけ経済的な疲弊は惨憺たるものであった。そこで経済復興を図るために有用な手段として目されたのが土地金融であったが、その当時普通法として適用されていたローマ法においては公示制度が確立されていなかったため、抵当権などの不動産非占有担保権を設定して担保権者に優先的効力を付与した結果、新たに取り入ろうとする第三者が思わぬ損害を被ることとなる可能性を拭い去ることができず、また、担保権者も必ずしも第三者に対して優先権を主張することができるわけではなかった。それゆえ、投資に対する関心の高まりが抑えられてしまうことになったのである。そこで、投資への関心を再び呼び起こす必要性から、不動産非占有担保制度を公示するための制度として、まずは抵当権簿などの担保簿の整備を求める声が高まることとなった²⁴³。それに応える形でAHOが制定され、これにより、物的編成主義の抵当権簿が創設され、抵当権を設定するためには登記が必要とされるに至った²⁴⁴。

AHOとは異なり、ALRは抵当権だけではなくその他の法分野に関する規定をも含んだ広範囲にわたるものであり、まさに、プロイセンにおける一般法としての性格を有するものであった。本稿との関連で重要な点は、抵当権の設定について登記は効力発生要件とされたにもかかわらず、土地所有権の移転に関しては引渡によってその効果が発生するものとされ、引渡主義が維持されたことである。したがって、土地所有権移転の場合に仮登記によって保全される権利は、引渡主義によってすでに譲受人に移転した物権であるということができ、さらに、そもそも所有権の移転に関する登記がなされることは原則としてない

²⁴² ローマ法は不動産と動産を区別することなく物権変動に関して原則として引渡主義を採用しており、さらに、登記などの不動産公示制度を認識していなかったからである。

²⁴³ この点につき、Böhringer/ Böttcher/ Göttlinger/ Morvilius/ Nowak/ Wienhold, Grundbuchrecht Band 1, 8.völlig neu bearbeitete Auflage, 1997, S.10などを参照。

²⁴⁴ つまり、抵当権の設定に関して登記は効力発生要件とされたのである。さらに、1794年以降は登記に公信力が付与されることとなった。

のであるから、仮登記が問題となる余地もないのではないかということになる²⁴⁵。

そこで、AHOおよびALRにおける仮登記制度の存在およびその位置付けに目を転じてみると、今日におけるいわゆる仮登記（Vormerkung）と異議（Widerspruch）は、抗議ないし異議という意味を有する語である「Protestation」として、一括して呼称されていた²⁴⁶。そして、そのProtestationは、それを主張しようとする者がある土地に関する処分行為を自らの責任ではないにもかかわらず直ちには実行できない場合に、行われるものと規定された²⁴⁷。Protestationが当該土地の負担とされている限りにおいて、当該土地に関してその後に行われた処分行為であり、かつ、登記されている全ての行為によって、Protestationを行使した真実の権利を有している者が不利に扱われてはならないというのが、Protestationの有する法的効果であった²⁴⁸。さらにALRにおいては、Protestationがなされることによって、異議の申立後もしくは形式が補完された後に、Protestationが登記された順位においていつでも債権そのものの登記を行う権利を、Protestationの申立権者に対して許容した²⁴⁹。そして、抵当権など物権の設定を求める請求権に関するProtestationは、それ自体制限物権とみなされたのであった²⁵⁰。

その後約1世紀を経た後に制定された EEG は、仮登記に関することのみならず、プロイセンおよびその後のドイツにおける所有権取得制度全体に強い影響を与えたものである。EEGにより、アウフラッスUNKの概念や、原因となった債権関係とは無因の物権契約の概念が採用され、今日におけるドイツ不動産物権変動システム特有の性質の基礎が、ここに明確に認められる。また、抵当権だけではなく所有権の取得に際しても、登記が効力発生要件とされたのは、EEGの導入以降のことである。これにより、所有権の移転を求める請求権に関する仮登記の問題が発生してくることになるのである。

そしてEEGと共に制定されたプロイセンの登記法であるPGBOにより、従前の抵当権簿が改められ、所有権を含む土地に関するあらゆる物権関係が登記されることになった。このプロイセンの登記制度がGBO（土地登記法）の原型となったのである²⁵¹。それまで土地所有権の移転はローマ法の引渡主義に基づいて行われていたが、ここに登記主義が採用さ

²⁴⁵ この点につき、生熊・前掲注 227・9を参照。

²⁴⁶ これについては、Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III Sachenrecht, 1888, S.237、および、Biermann, a.a.O.234, S.1を参照。

²⁴⁷ この点につき、AHO II・289条を参照。

²⁴⁸ これを定めている規定として、AHO II・298条を参照。

²⁴⁹ ALR I・20・421条を参照。この点につき、AHO II・290条において、単なる人的請求権に基づく場合にはProtestationを行うことはできないと明記されていたが、物権の設定を求める請求権は単なる人的請求権ではないと解釈され、Protestationも行使され得るものとされた。詳しくは、Biermann, a.a.O.234, S.3を参照。

²⁵⁰ この点につき、Assmann, a.a.O.238, S.4を参照。

²⁵¹ AHOとALRにおいて認められていたいわゆるjus ad rem（Recht zur Sache、物への権利）の第三者に対する効力が、EEGおよびPGBOの物権と債権を明確に峻別する理論によって否定され、jus ad remは単なる特定物債権にすぎないものとなったが、これには請求権保全の仮登記が認められることになった。jus ad remに関する必読の文献として、好美清光「Jus ad remとその発展的消滅—特定物債権の保護強化の一断面—」一法3・179（1961）を参照。

れ、物権変動全般にわたって物権的合意と登記がその効力発生要件となった。

EEGとPGBOの制定により、抵当権だけではなく所有権が問題となるケースにおいても仮登記が行われ得る素地が形成されたわけであるが、仮登記を示す語に関しても改められ、前述したProtestationではなく「Vormerkung」が用いられるようになった²⁵²。また、既存の物権を保全するためだけではなく²⁵³、アウフラッスクを求める権利を保全するための仮登記も認められるようになったことも注目に値する²⁵⁴。仮登記の効力は、登記に公信力が認められているために真の権利者が害される危険を排除するための効力と、アウフラッスクの仮登記を始めとする物権変動を求める請求権を保全するための効力に分けることができ、前者は今日の異議にあたるものであり、後者は仮登記に該当するものであると言える²⁵⁵。そして、仮登記の法的性質に関しては種々の学説が提起され、物権であるとする説、条件付所有権であるとする説、物権の取得を保全するにすぎないとする説、および、譲渡人にさらなる処分を禁ずるものであるとする説などが存在した²⁵⁶。有力な見解は、仮登記によって物権的な負担が当該土地に課されるとする物権ないしそれに相当する権利であるとする説であったと解されるが²⁵⁷、この点は今日においてもなお、一考に値する問題であると言えよう。

以上のようなプロイセンにおける仮登記制度の発展過程およびその具体的帰結としての立法を検討してみると、その採用された内容から、それが BGB における仮登記制度に対して大きな影響力を及ぼしたことが理解され得る。とりわけその目的および効果の面に関しては、すでにこの時点でほぼ固まっていたと評価することも可能であろうと思われる。

2 バイエルン

BGBに採用された仮登記制度はプロイセン法の影響を強く受けてはいるが、他のラント法の影響を無視してよいということにはならない。BGBの編纂にあたっては、プロイセンだけではなく他のラントにおける法状況をも勘案しつつ、それぞれの調和を図ることが試みられたのであって、その過程においては、プロイセン以外の各ラントの法制度も影響を与えたことが推測される。したがって、仮登記制度のBGBへの導入に際しても、プロイセン以外の各ラントの法状況が影響を与えなかったと評価することは早計に過ぎると思われる。とりわけ、バイエルンは、プロイセン以外の各ラントの中ではBGBの編纂にあたって最も影響力を有していたと目されるのであり、仮登記制度の歴史的変遷過程を検討するに

²⁵² ただし、今日における仮登記 (Vormerkung) と異議 (Widerspruch) の要素を両方含むものとして、「Vormerkung」の語が用いられていたことについては注意を要する。この点につき、Günther, Die historische Entwicklung der Vormerkung, 2000, S.25 ff.を参照。

²⁵³ これについては、EEG 8、9、16 および 60 条、PGBO 88 および 102 条を参照。また、Motive, a.a.O.246, S.238 も参照。

²⁵⁴ これに関しては、EEG 8、22 および 60 条、PGBO 64 および 88 条を参照。また、Biermann, a.a.O.234, S.9 f.も参照。

²⁵⁵ この点につき、Biermann, a.a.O.234, S.16 ff.を参照。

²⁵⁶ 学説の検討については、生熊・前掲注 227・30 を参照。

²⁵⁷ Achilles, Die Preußischen Gesetzen über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, 4.Auflage, 1894, S.62.

際しても、注目に値すると言うことができる²⁵⁸。

バイエルンにおける仮登記制度を検討するに際して注目されるべき法律は、1822年に制定されたHypO（抵当権法）である。この法律によって、抵当権に関する公示制度が確立されることとなり、物的編成主義による抵当権簿が編成されるに至った²⁵⁹。この法律においては、抗議ないし異議を意味するProtestationと債権の仮登記（Vormerkung）がそれぞれ区別して規定されており²⁶⁰、この点にプロイセン法との相違が見受けられる²⁶¹。しかしながら、今日における仮登記とは異なって、バイエルン法において問題となる仮登記制度は抵当権を対象とするのみであり、土地所有権の移転に際して用いられるものではない。この点は、所有権をも登記の対象とする登記簿が存在せず、抵当権のみを対象とする抵当権簿が創設されるにとどまったことを考えてみても明らかである²⁶²。

そして、バイエルン法における抵当権の仮登記とプロイセン法における仮登記との相違は、対象が抵当権のみにとどまるのか否かという点だけではなく、本質的にはその発生方法にある。プロイセン法においては、仮登記の申請がなされた際にその要件を審査するのは原則として手続裁判官の義務であるが、バイエルン法においては抵当権登記官の職務とされている²⁶³。この違いにより、バイエルン法においては、抵当権の登記を申請すると、それに仮登記の申請も含まれるものとされ（HypO 106条）、所有権者の同意を得ることができないことなどの、本登記を行うにあたっての何らかの障害事由が存在する場合には、

²⁵⁸ 同時に、プロイセン以外の各ラントの法状況を検討することによって、BGBの編纂に多大な影響力を行使したプロイセン法を相対化する効果も期待することができる。この点は、対象となる制度の歴史的な源泉を探る上で重要なだけでなく、今日における当該制度の相対化を試みるにあたっても意義があるものと考えられる。

²⁵⁹ バイエルンにおける不動産公示制度一般の発展過程について論じるものとして、Henle, *Zur Geschichte der Anlegung des Grundbuches in Bayern*, ZR 1910, 319 ff.などを参照。

²⁶⁰ この点につき、Biermann, a.a.O.234, S.30、および、赤松・前掲注 224・119・4 = 5・202 以下（1999）などを参照。

²⁶¹ ただし、バイエルン法における「債権の仮登記」と単なる「仮登記」は、同一の概念ではない。後者の「仮登記」は、Protestationと同義で用いられることもあれば、暫定的な登記であるという点で共通した性質を有するProtestationと債権の仮登記を総称するものとして用いられることもある。しかしながら、Protestationという表現がProtestationと仮登記を総称するものとして用いられることはないのである。したがって、いわゆる「仮登記」の方が「債権の仮登記」よりも概念的には広いものとして用いられているということになるのであり、広義の仮登記と狭義の仮登記を区別して論じることが必要となるであろう。つまり、バイエルン法においては、広義の仮登記は暫定的に簿冊になされた記載の全てを指しており、狭義の仮登記は抵当権の仮登記でもある債権の仮登記のことを示しているということになる。この点につき、Biermann, a.a.O.234, S.30 f.を参照。

²⁶² したがって、バイエルン法上の抵当権の仮登記に相当する他の法制度における仮登記について検討する場合には、その前提となる公示制度について留意する必要があるということになる。この点につき、拙稿「日本とドイツにおける不動産公示制度の歴史的変遷（1～5・完）—担保制度との関係を中心に—」早稲田大学大学院法研論集 107・105 以下（2003）を参照。

²⁶³ この点につき、ドイツにおける現行土地登記法であるGBOが、登記手続きは区裁判所内の登記所において行われるものと規定し（GBO 1条）、登記を管轄する者として登記裁判官を予定していることは注目に値する。この点に関しても、プロイセン法の影響が強く見受けられるのである。

登記官は職権により少なくとも仮登記だけを登記することが可能だったのである（HypO 92 条）²⁶⁴。一方で、仮登記の法的な効力に関しては、プロイセン法と本質的に異なるところはない。抵当権の仮登記は登記された抵当権の効力を有するわけではなく、債権が仮登記された順位において抵当権の設定を求める権利を保全することのみに寄与すると、抵当権法は規定している（HypO 30 条 2 項）。抵当権を実行する場合には、仮登記を本登記にする必要はなく、本登記を妨げていた障害が存在しなくなったことに関する証明を行うだけで認められる。また、抵当権簿の公信力に基づく抵当権の保護に関しても、仮登記がなされた時点が規準となる。そして、仮登記の法的性質は停止条件の付いた抵当権を付与するものであるとされ、本登記を妨げる障害が除去されることによってその条件は成就し、さらに遡及効を有するものとするのが当時の通説的な見解であった²⁶⁵。

これに対して、Protestationは抵当権簿の公信力と関連付けられつつ論じられるべきものであり、その目的は、抵当権簿の公信力を妨げることにある。登記の公信力を阻止するという点においては、BGBにおける異議（Widerspruch）と同様の効力を有するものであると理解することができ、今日における法制度との連続性を見出すことができると評価し得る。ただし、バイエルンの抵当権法においては、登記されることが予定されているのは抵当権のみであるから、Protestationの対象も原則として抵当権に関する事項に限られることになる。具体的には、所有権²⁶⁶、債権譲渡によって取得された抵当権、抵当権上の担保権、抵当債権の存在に対する所有権者の抗弁権、および、抵当権以外の物権などが、Protestationによって保全される対象となる²⁶⁷。これらが保全の対象となる場合に、実際には本登記の根拠となる事実が存在するにもかかわらず、その証明責任を果たすことがいまだに叶わない場合や、登記義務者の同意を得ることができていない場合などに、抵当権簿の公信力によって自らの権利が害されることを防ぐために、Protestationがなされることになる²⁶⁸。

以上のように、バイエルン法においては、異議を意味する Protestation と狭義の仮登記が区別して規定されており、この点に関してはプロイセン法よりも今日における法制度と

²⁶⁴ この点につき、Biermann, a.a.O.234, S.32 を参照。また、1886 年の改正法により、強制抵当および仮差押抵当における仮登記に関する規定が追加されている。

²⁶⁵ これに関して通説的な見解を示すものとして、Becher, Das rechtsrheinisch-bayerische Landescivilrecht und Landescivilprozeßrecht, 1896, S.833 などを参照。また、Biermann, a.a.O.234, 33 f.、および、赤松・前掲注 224・119・4 = 5・203 などを参照。

²⁶⁶ 共有持分権や所有権留保としての権利も対象となる。

²⁶⁷ この点につき、所有権も Protestation による保全の対象として挙げられていることが注目されるが、バイエルンにおいては、土地所有権の移転そのものは、普通法（ローマ法）が採用していた引渡主義に基づいて行われていたため、それに関して登記が効力発生要件となっていたわけではなかったことには注意を要する。つまり、抵当権簿にも当該土地の所有権者に関する事項は記載されていたが、その記載内容が今日の登記簿における登記内容のように対抗力や公信力を有していたわけではなかったのである。抵当権簿における所有権者に関する事項は、抵当権の対象としての当該土地を特定するためのものとして理解されていたのである。この点につき、拙稿・前掲注 5・107・104 以下を参照。

²⁶⁸ この点につき、Biermann, a.a.O.234, 35 ff.、および、赤松・前掲注 224・119・4 = 5・203 以下を参照。

の親近性が看取され得る。しかしながら、土地所有権の移転に関する引渡主義を堅持していたために、公示制度の発展としては担保簿としての抵当権簿のみの創設にとどまることとなった。それゆえ、所有権に関する仮登記制度について考慮されることはなく、BGBにおける土地所有権の移転に関する規定に影響を与えることができなかったのである。

3 ヴュルテンベルク

ヴュルテンベルク法は、その地域的な関係から一般的にバイエルン法の影響を強く受けており、仮登記に関する法制度についてもこのことは同様である。とりわけ、ヴュルテンベルク法においては、異議ないし抗議を意味する*Verwahrung*と担保権の仮登記が区別されており、この点については、バイエルン法における*Protestation*と抵当権の仮登記の明確な区別と類似性が認められる²⁶⁹。ヴュルテンベルク法において、このような仮登記制度に関して規定している重要な法律は、1825年に制定されたPfandG（担保法）である²⁷⁰。この担保法の制定によって、担保簿が創設され、*Verwahrung*と仮登記が導入された²⁷¹。

バイエルン法と同様に、ヴュルテンベルク法における担保権の仮登記を掌るのは担保官庁の登記官であり、手続裁判官ではない。また、本登記とは異なって、仮登記を申請する場合には所有権者の同意は必要ではなく、さらに、担保権の登記の申請には、仮登記の申請も含まれているものとされた（PfandG 195 および 200 条）。ヴュルテンベルク法における仮登記も、その法的性質は停止条件付の担保権とされ²⁷²、仮登記がなされた時点を目準として担保権の順位が決定された（PfandG 96 条）。仮登記がなされた後、完全な担保権を登記するにあたっての障害が除去されることによって、その他の行為を必要とすることなく担保権の発生は認められ、その完全な担保権は仮登記がなされた時点で取得されたものとみなされたのであった²⁷³。

また、ヴュルテンベルク法においても簿冊の記載内容に公信力が認められており、担保権の設定ならびに被担保債権の譲渡および質入に関する規定に、公信の原則についての定めが見られる（PfandG 64 条以下および 72 条）²⁷⁴。ヴュルテンベルク法における

²⁶⁹ ただし、*Verwahrung* は「仮の注記」と称されることもあり、さらに、*Verwahrung* の仮登記についても論じられることがあったことから窺われるように、用語の点で混同が見受けられる。この点につき、Biermann, a.a.O.234, S.40 を参照。

²⁷⁰ ヴュルテンベルク法における不動産公示制度一般の変遷過程については、拙稿・前掲注 262・107・106 以下を参照。

²⁷¹ ヴュルテンベルクでは、担保簿と並んで財産簿が存在した。この財産簿という制度は、ヴュルテンベルクの多くの市町村において、租税を目的として実施されていたものであり、租税を負担しなければならない全ての土地に関する目録の機能を有するものであった。この財産簿への記載には設権的効力はなかったが、当該土地の所有権者を確認する際に有用であり、さらに、担保権の設定に際しては、その他に矛盾する記載が見られない限りにおいて、所有権者として財産簿に記載された者が当該土地の所有権者であるとする推定がなされた。この点につき、Böhringer, a.a.O.243, S.13 などを参照。

²⁷² この点につき、Römer, Das Württembergische Unterpfindsrecht, 1876, S.173 などを参照。

²⁷³ この点につき、Biermann, a.a.O.234, S.40 f.、および、赤松・前掲注 224・119・4 = 5・205 を参照。

²⁷⁴ 担保法が制定される以前の 1821 年の段階で、すでに所有権や担保権以外の物権に関し

Verwahrungは、担保簿や財産簿の有する公信力を妨げるために機能するものであった。したがって、その対象も、公信力を主張する第三者を排除するという点で意味があり、かつ、登記の記載内容から明白な事項に限られることになる。Verwahrungがなされることにより、それまで登記されていなかった真の権利者は、権利者として登記されている者に対して、Verwahrungがなされた後に行われる処分行為を条件付の処分であることを主張し、その処分をその後の確定的な判断によって遡及的に覆すことができる（PfandG 76条以下）。このようにして、登記の公信力によって真の権利者が損害を被ることを阻止するのである²⁷⁵。

ヴェルテンベルク法は、異議を意味する Verwahrung と仮登記を区別しており、さらに仮登記の法的性質についても停止条件付の担保権と解されるなど、多くの点でバイエルン法との類似性を見出すことができるが、財産簿の整備を始めとした土地所有権そのものの公示方法の発展がバイエルン法よりも認められる。それゆえ、登記の公信力も土地所有権に関する記載内容にまで拡大され、それに伴って Verwahrung の対象に所有権も含まれることとなった。その意味では、ヴェルテンベルク法の特徴として、バイエルン法の影響を強く受けながらも、独自の発展経過を踏まえつつ、それを巧みに結合させた点を見出すことができるであろう。

4 ザクセン

ザクセンは、各ラントの中で最も早く担保簿のみならず登記簿も創設し（1843年）、土地に関する物権を取得するに際して登記を効力発生要件としたことで知られている²⁷⁶。そして、仮登記制度に関して重要な規定が定められているのはSBGB（民法典、1863年）と非訟事件手続法（1865年）であり、そこでは、ヴェルテンベルク法と同様に、Verwahrung と仮登記が区別されている（SBGB 143条および404条以下）。また、Verwahrungの規定は非訟事件手続法に多く定められており、仮登記に関する規定はSBGBに多く存在していた。この事実により、Verwahrungは手続法的な制度であって仮登記は実体法的な制度であるという認識がザクセン法において存在していたことを、理解することができる²⁷⁷。

しかしながら、土地所有権をも対象とした登記簿が創設されたザクセンにおいても、仮登記は抵当権の仮登記としてのみ存在したのであり、この点に、仮登記の利用に関する当時の実務の関心を窺い知ることができる。そして、仮登記が行われるのは、問題となっている債権または法的原因の本質的な部分に関係のない障害を理由として本登記を行うこと

ても公信力が認められていたことは、注目に値する（1821年5月21日付の、担保権の拡張に関する法律15条）。

²⁷⁵ ヴェルテンベルクにおける Verwahrung 制度については、Biermann, a.a.O.234, S.42 ff.、および、赤松・前掲注 224・119・4 = 5・205 を参照。

²⁷⁶ ザクセンの不動産公示制度一般に関しては、拙稿・前掲注 262・107・107、および、Böhringer, a.a.O.243, S.13 f.などを参照。

²⁷⁷ この点につき、Biermann, a.a.O.234, S.45 を参照。また、Siegmann, Das Sächsische Hypothekenrecht, 1875, S.60 などに見受けられるように、当時、仮登記を Verwahrung の一種として位置付ける見解も存在していたようであるが、基本的には、両者は区別されるべき性質のものであろう。

ができない場合であった²⁷⁸。また、抵当権の登記を申請することによって、同時に仮登記の申請もなされたこととみなされており、これらの点は、バイエルン法やヴュルテンベルク法に共通するものと評価することができるだろう。ただし、仮登記の申請が正当であるか否かについての判断は抵当権裁判官の管轄に属するものとされていたので、この点に関しては、プロイセン法との共通性が認められる。さらに、仮登記の法的効果に関して重要な点として、仮登記がなされることによってその後の新たな登記申請が妨げられるようになるわけではなく、仮登記権利者の権利がその後の新たな登記によって影響を受けることがないということが挙げられる。つまり、仮登記は、将来本登記が行われるべき抵当債権に対して、仮登記がなされた時点での順位を保障するのである（SBGB 405 条）。この仮登記の法的効果は、これまでに検討した各ラント法における仮登記と共通しているが、ザクセン法上の仮登記には、これ以外に異なる点が存在する。その例として、所有権者が破産したりその権利が強制競売の対象となったりした場合に、仮登記がその効力を失ってしまうことなどが挙げられる（SBGB 409 条）。これは、ザクセン法における仮登記の効力の弱点であり、他のラント法との大きな相違点でもある。それゆえ、仮登記の法的性質としても、他のラント法におけるのとは異なり、物権であると解する説は一般的ではなかったのである²⁷⁹。

仮登記と同様に、異議を意味する *Verwahrung* についても、いくつかの点でザクセン法は他のラント法とは異なる様相を呈している。まず、ザクセン法においては、*Verwahrung* は抵当権簿だけではなく土地所有権の登記を対象とする登記簿に登録されるものとして規定されている（SBGB 139 条以下）。この点は、ザクセンが土地所有権を対象とした登記簿を備えていたことに基因するものである。また、*Verwahrung* は、自らの行為によって生じる不利益、他人の行為またはそれによる不利益から、*Verwahrung* を行った者を保護するための手段として規定されており（SBGB 139 条）、このことから、登記簿または抵当権簿に登録された *Verwahrung* が登記されてから抹消されるまでの間は、対象とされた権利にとっての不利益が阻止されるということが理解され得る。このこと自体は、これまで検討してきた他のラント法における異議ないしそれに類似した制度と相違がないように思われるが、問題となるのはその文言である。つまり、SBGB 139 条から導かれ得ることは、登記簿および抵当権簿に記載されることによって不利益を与える可能性がある事項から *Verwahrung* の対象となっている権利を保護するということが登記簿上の *Verwahrung* の目的である、ということだけなのである。したがって、ザクセン法における *Verwahrung* が機能し得る範囲は、これまでに検討してきたラント法における異議ないしそれに類似した制度よりも広いということになる²⁸⁰。

²⁷⁸ ただし、仮登記を申請する際に、対象となる債権および担保権の存在を証明する書面を提出する必要性が存在した（SBGB 404 条）。

²⁷⁹ 一般的な見解を述べるものとして、Siegmann, a.a.O.277, S.458 などを参照。また、Biermann, a.a.O.234, S.45 ff.、および、赤松・前掲注 224・119・4 = 5・206 を参照。

²⁸⁰ 規定の文言上、登記簿の公信力を妨げる目的以外にも *Verwahrung* が利用される余地が残されていると考えることができるのである。ザクセン法における *Verwahrung* は、少なくとも、土地の譲渡、土地に対する担保権の設定、譲渡制限の登記、抵当債権の譲渡、抵当債権への担保権の設定および抵当債権の消滅に対するものとして規定されており（SBGB 165 条）、さらに、将来の強制執行や別除権を保全するための手段としても規定

ザクセン法上の仮登記と *Verwahrung* は、その他のラント法における仮登記および異議に関する制度といくつかの点では共通しているが、むしろ、相違点の方が際立っていると言うこともできる。とりわけ、仮登記の法的性質が物権とは解されていなかったこと、また、*Verwahrung* が登記の公信力を阻止するためだけではなく、広く登記制度を補充するものとして利用されていたことなどは、注目に値する。

5 ヘッセン

ヘッセンにおける土地制度および抵当権制度は、1852年に制定されたHEEG（所有権取得法）と1858年に制定されたHpfandR（担保法）に基づくものであり、仮登記に関する規定も、これらの法律に定められている。ただし、その意義は閉鎖の注記とされており、他のラント法との相違が見受けられる²⁸¹。登記簿の閉鎖は、閉鎖後の新所有者の登記、新抵当債権者の登記、および、第三者への抵当債権の譲渡を阻止する効力を有する。

ヘッセンにおいては、所有権取得法によって、土地所有権の譲渡を行うためには原則として登記簿²⁸²への登記が必要とされた（HEEG 1条1項）が²⁸³、閉鎖の仮登記がなされるのは、対象となる登記を行うための本質的な要件が存在しているけれども、全ての要件が備わっているわけではない場合であった（HEEG 18条）²⁸⁴。その法的効果は、登記を妨げている障害が除去されるまでは第三者の利益になるような事項が登記されることはないというものである。つまり、他の者が所有者として登記されることはなく、登記されている所有者が当該土地に関する処分権を有しているということを信頼することはできなくなるということである。したがって、登記簿の閉鎖は、単なる処分制限として、純粋に消極的な効果を有するにすぎないものとなる²⁸⁵。

以上のようなヘッセン法上の仮登記の法的性質、とりわけ、その法的効果に関して処分制限として特徴付けられるという点を考慮すると、仮登記によって保全される権利は、仮登記がなされてもその本質について変更を受けるわけではなく、単に処分制限を受けているということが付加されるにすぎないということになる。この点は、ザクセン法における

されている（SBGB 219条）。したがって、ザクセン法上の *Verwahrung* は、他のラント法に見受けられるように登記簿の公信力を阻止するためだけの制度ではなく、登記制度そのものの不備を補う制度であると理解することもできる。この点につき、Siegmann, a.a.O.277, S.169; Biermann, a.a.O.234, 48 f.を参照。

²⁸¹ その後、1879年に制定された民事訴訟法などによって、新たな種類の仮登記が追加されている。

²⁸² ヘッセン法における登記簿は、Grundbuchだけではなく、Mutationsverzeichnisとも称されており、こちらに関しては、むしろ、変更目録と訳されるべきものなのかもしれない。

²⁸³ ただし、普通法による引渡主義が完全に放棄されたわけではなかった。つまり、普通法に従って行われた所有権の譲渡の場合、登記の移転がなくても当事者間においては効力が発生することがあり得たのであり、登記は効力発生要件ではなく第三者対抗要件であるとする規定も存在したのである（HEEG 3条）。

²⁸⁴ 実際には、阻止することを意味する「*gehemmt*」という文言が登記簿に注記された。

²⁸⁵ このことは、登記簿に記載されるのが「*gehemmt*」の注記だけであり、それによって利益を受ける者の名前などが記載されないことから明らかである。以上の点につき、Biermann, a.a.O.234, S.51 f.、および、赤松・前掲注 224・119・4 = 5・207を参照。

仮登記が破産におけるその効力の脆弱性から物権とは解されなかったこと以上に、ヘッセン法上の仮登記の特徴を浮き彫りにしていると評価し得る。さらに、これまで検討してきた各ラントにおけるように、仮登記と異議の制度が区別されてはおらず、一義的に登記簿の閉鎖を注記するものとして仮登記が位置付けられ、権利を取得する過程においても、登記簿上の権利を消滅させる過程においても、同様に登記簿を閉鎖し、その後のあらゆる登記を認めないとすることによって、利用者の目的を達成しようとしている点は、ヘッセン法上の仮登記の特徴として、特に強調されるべき点であろう²⁸⁶。

6 メックレンブルク

メックレンブルク法には、債権を保全するための仮登記は存在せず、抵当権の仮登記も存在しない²⁸⁷。そして、抵当権簿の公信力を阻止するために利用されるのは、処分制限の注記である。それに対して、仮登記（Vormerkung）という文言は、一時的な注記といった一般的な意味で用いられるにすぎず、仮登記と称される事項それぞれにおいて共通性はほとんど見られない²⁸⁸。

メックレンブルク法においても、ヘッセン法におけるのと同様に、今日における意味での仮登記ないし異議と目される制度は存在しなかった。登記がなされている事項が何らかの理由によってその記載通りの内容を伴っていないことを予め記載するという、広い意味での仮登記類似の制度は存在したのであるが、これを今日における仮登記制度と直接的に結び付けることは困難であると思われる²⁸⁹。

ここまで、BGBが編纂される前の各ラントにおける仮登記に関する法状況を検討してきたが、そこからいくつかの特徴を看取することができる。まず、今日の法制度において採用されている仮登記（Vormerkung）と異議（Widerspruch）という二元的な構成が、バイエルン、ヴェルテンベルクおよびザクセンなどにおいては、その文言に多少の相違はありながらも、すでに存在していた点が挙げられる。それに対して、ヘッセン法やメックレンブルク法のように、今日の仮登記制度とは直接的には関連性を見出し難い独自の法制度が採用されていた場合も存在した。また、仮登記制度は確立された不動産公示制度を前提とするものであるため、その法的内容は各ラントにおける登記制度の発展状況に大きく左右されざるを得ない。とりわけ、抵当権簿しか存在しなかったバイエルンにおいては、必

²⁸⁶ ただし、HEEGにおける仮登記の中で、登記簿の閉鎖を導かない唯一の事例がある。それは土地の時効取得の一種として位置付けられるものであり、ヘッセン法においては、登記簿に誤って所有権者として記載された者は、登記された日から5年が経過し、さらにその他のいくつかの要件を満たした場合に限り、当該土地を取得することができる（HEEG 27条）。そしてこの場合に、その時効を中断したいと考える者が5年の期間が経過する前に時効の中断をする旨を登記簿に仮登記した時に限って、5年の期間経過後に当該土地を所有権者として登記されている者から取得した第三者に対して、時効中断の効力が認められたのである（HEEG 33条）。このケースにおいては、登記簿は閉鎖されなかったのである。この点につき、Biermann, a.a.O.234, 53 f.を参照。

²⁸⁷ この点につき、Meibom, Das Mecklenburgische Hypothekenrecht, 1871, S.69 ff.を参照。

²⁸⁸ この点につき、Biermann, a.a.O.234, S.54 f.を参照。

²⁸⁹ ただし、登記の公信力を阻止することを目的とする点で、今日における異議と同様の効果を有する制度が存在したことには、留意する必要があるだろう。

然的に抵当権だけが仮登記の対象とされることとなり、確立された登記制度を有していたプロイセン法と比較すると、新たな統一法を制定するにあたっての素材としては適さない側面があったことは事実であろう。さらには、仮登記および異議の法的内容にも着目すべき点がある。例えば、プロイセン、バイエルンおよびヴェルテンベルクにおいては、仮登記は物権ないし物権類似の法的性質を有するものとされる一方で、ザクセンにおいては、仮登記は物権とは解されなかった。また、異議に関しては、それが採用された各ラントによって法的内容が様々に分かれており、必ずしも公信力を阻止する目的に資するためだけに創設された制度ではなかったことが窺われる。これらの多種多様な特徴を有していた各ラントにおける仮登記ないしそれに類似した制度が、どのような経過を経て今日におけるBGBの仮登記制度および異議制度に結実したのかという点は、大変に興味深いところであると思われる。そこで、次に、これまで検討してきた各ラントにおける仮登記制度の展開過程を踏まえながら、BGBの編纂過程の検討に移りたいと考える。

三 BGBの編纂過程

1 第一委員会での議論

1871年にドイツが統一された後、各ラントにおいて個別的に定められていた民法規定の統一を目的としたBGBの編纂が要求されるに至り、それは1896年に公布され、1900年に施行されたが、その編纂過程を探求するにあたっては、第一委員会および第二委員会における審議過程を避けて通ることはできない。とりわけ、仮登記に関する規定については、その採用それ自体に関して第一委員会と第二委員会における結論が全く異なることとなったため、両委員会における議論を検討し、異なる結論に至った理由を分析することは、今日における仮登記制度の法的特徴を把握するためにも有益であると思われる。

第一委員会において議論の素材とされたのは、ヨーハウ（Johow）によって起草された物権法部分草案（1880年）である。仮登記に関する規定もそこに定められていた²⁹⁰。その内容は、ヨーハウ自身がプロイセンの出身であったこともあり、プロイセン法の影響を強く受けたものとなっている。例えば、仮登記と異議を区別する今日のシステムは採用されておらず、プロイセン法と同様に仮登記として一元的に把握する方法が採用されている。この点につき、ヨーハウは、プロイセン以外のバイエルン、ヴェルテンベルクおよびザクセンなどの各ラントにおいて採用されていた仮登記と異議を区別する二元的なシステムの明確性を認識しつつも、登記制度が存在することによって必然的に発生する危険性を排除することを目的とする仮の注記であるという点において、両者に共通の性質が認められることを理由として、さらに、仮登記（Vormerkung）という文言が各ラントにおいてすでに広く認知されていたことから²⁹¹、仮登記の名の下に、債権的請求権の保全を目的とする

²⁹⁰ ヨーハウによる物権法部分草案37条は、その第1項において、登記簿への記載を求める請求権またはその同意を求める請求権を保全するために、仮登記（Vormerkung）を行うことができる旨を規定し、さらに第2項において、仮登記義務者は仮登記された権利の不利益になるような処分を行ってはならず、さらに、仮登記義務者が破産した場合にも、仮登記の効力が失われない旨を規定している。

²⁹¹ この点につき、Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, Teil 1,

仮登記と、既存の権利を保全するものとしての異議を統一的に把握している。また、仮登記をなすにあたって裁判官を関与させる点も、プロイセン法に則したものであると言える²⁹²。

そして、仮登記の法的性質が停止条件付の物権であるということを前提として、仮登記義務者が破産した場合にも、仮登記された請求権の優先的効力を認めた。仮差押などの仮登記以外の保全手段も存在していたわけであるが、それらを利用するためには、保全される請求権の満足が得られなくなる可能性が存在するなどの特別な要件を必要とし、必ずしも効果的に利用されるとは限らなかった。とりわけ、登記を求める請求権は、債務者が当該土地を第三者に処分することによって容易に害される可能性があるが、このような危険は、土地に関する契約が締結された時点で即座に生じるものであり、仮差押などが利用されるような特殊な状況ではない。しかしながら、そのような危険も何らかの方法でできる限り除去されるべきである²⁹³。そこに、仮登記制度の必要性が見出されるのである²⁹⁴。

以上のようなヨーハウによって起草された物権法部分草案を中心的な素材として、まず、BGBの編纂のための第一委員会において議論が行われ（仮登記に関しては1884年）、仮登記制度の採用の可否についても検討がなされた。その結果、請求権保全の仮登記の採用は拒絶され、**Vormerkung**の名の下に今日における異議に相当する制度が盛り込まれるにとどまった。つまり、債務者による第三者への処分や債務者の破産などによって、物権変動を求める請求権を有する者が容易に害されることになる可能性が生じ、その場合に債権者が自らの権利を守るためには、仮差押などの仮登記以外の方法を用いるしかないという状況を容認したことになる。

プロイセンを始めとして多くのラントにおいてすでに採用されていた請求権保全の仮登記は、なぜ第一委員会の議論において拒絶されたのであろうか。その主たる理由は、物権と債権の明確な峻別を前提とした登記主義の採用にあったように思われる。仮登記がなされることによって、その後に行われた債務者による第三者への処分を否定することができるようになると、新たに取引に関与しようとする第三者は、仮登記によって公示されてい

Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum, Verfasser: Reinhold Johow, 1982, S.340を参照。

²⁹² この点につき、ヨーハウによる物権法部分草案38条は、裁判所の囑託により仮登記の記載が行われる旨を規定している。

²⁹³ ヨーハウの見解として、Schubert, a.a.O.291, S.338 f.を参照。また、赤松・前掲注224・119・6・30以下も参照。

²⁹⁴ また、ヨーハウによる物権法部分草案における仮登記に関する規定が、以上のようなプロイセン法的な特徴を共有していることの理由として、プロイセン法において採用されていた登記主義を中心とした物権変動システムがBGBにも採用されるべきであると考えられていたことも挙げられるだろう。つまり、登記主義を採用する以上、物権変動を求める債権的請求権を取得した者がその後移転登記を経由し物権を取得するまでの間に、ある程度の時間的な間隔が発生し得ることは避けられず、しかも、債務者が移転登記を拒絶するなどした場合には、債権者にとっての危険性はますます高まることになる。したがって、その間の債権者の権利をできる限り保護する手段が講じられなければならないことになる。このように、登記主義が採用されている下で債権的請求権を有するにすぎない者を保護する手段として、仮登記制度は位置付けられていたと評価することも可能であろうと思われる。

る事項、すなわち、債権的請求権の存在について悪意であるということになり、結果として、そのような悪意の第三者の権利取得を否定することができるということは、ALRにおいて認められていたいわゆる*jus ad rem*の存在をBGBにおいても認めることに繋がるようにも思われる²⁹⁵。しかしながら、*jus ad rem*をBGBにも採用することは考えられてはいなかったのである。さらに、仮登記によって保全される権利の法的性質が、債権的なものから物権的なものに変容することを認めるということに対しても、物権と債権の峻別を原則とする考え方からすれば疑問を抱かざるを得なかったと思われる²⁹⁶。したがって、請求権保全の仮登記の採用は、第一委員会の議論において見送られたのである。

以上のような第一委員会における議論を経て第一草案が起草されることになり、そこでは請求権保全の仮登記は採用されず、異議に関する規定だけが定められた。ヨーホウがプロイセン法に則って起草した物権法部分草案における仮登記制度は、同じくプロイセン法に依拠して整備されることが予定されていた物権変動システムと理論的に調和しないという点を主たる理由として、その請求権保全の仮登記に関しては受け入れられなかった。しかしながら、第一草案における仮登記に関する規定内容は、それが公表された後、各方面から激しい批判を浴びることになる。そこで、続いて、第一草案に対する批判の紹介を皮切りに、第二委員会における議論を経て、いわゆる第二草案が起草されるに至るまでの過程を検討したいと思う。

2 第二委員会での議論

第一草案が公表（1888年）されてから2年後に第二委員会は招集（1890年）されたのであるが、この間には、政府および法律家を始めとして多方面から様々な意見が寄せられ、さらに、第二委員会の招集後も帝国司法庁によって、意見の取りまとめが行われた²⁹⁷。

とりわけ、民法典編纂事業が、すでに各ラントにおいて整備されていた法制度の統一を最重要目的の一つとしつつ推進されていた事実に鑑みれば、各ラントの政府によって表明された諸見解には重要性が認められると思われる。この点につき、プロイセン、バイエルン、ザクセン、ヴュルテンベルク、ヘッセンおよびメックレンブルクの各政府は、請求権保全の仮登記をBGBにも盛り込むべきであると主張し、それに対して、バーデンなどは第一草案を支持している²⁹⁸。プロイセン、バイエルン、ザクセンおよびヴュルテンベルクなどの、すでに仮登記を法制度上認めていたラントが仮登記のBGBへの導入を主張したこと

²⁹⁵ *jus ad rem* に関する先駆的な業績として、好美・前掲注 251・179 を参照。

²⁹⁶ この他にも、債務者が破産した場合に仮登記の効力を認めることによって仮登記権利者に優先的効力を付与することになるが、これでは債権者平等の原則に反することとなり妥当ではないという見解や、目的物が動産の場合には仮差押などの保全手段しか存在しないのに、不動産の場合に限って登記制度を利用することによって仮登記の利用を許容するということはバランスを失するといった見解などが、仮登記の採用を認めなかった理由として挙げられている。第一委員会での議論を経て起草されたいわゆる第一草案における仮登記をめぐる部分については、Motive, a.a.O.246, S.240 f.を参照。また、生熊・前掲注 227・41 以下（昭47）、および、赤松・前掲注 224・119・6・39 以下も参照。

²⁹⁷ 帝国司法庁が第二委員会における議論に対して及ぼした影響力に関しては、赤松・前掲注 224・119・6・52 以下を参照。

²⁹⁸ この点につき、Biermann, a.a.O.234, 67 f.を参照。

は予想され得たところではあるが²⁹⁹、ラント法においては仮登記に関する規定を定めていなかったヘッセンやメックレンブルクが、仮登記の導入に賛意を示していることは注目に値する³⁰⁰。これらの各ラントの見解を検討してみると、第一草案において請求権保全の仮登記の採用が否定されたにもかかわらず、すでに自らのラント法において仮登記制度を採用していたラントを中心として、第一草案に反対する立場が支配的であったとすることができるだろう。

さらに、第一草案に対しては、学界からも多くの意見が提出された。それらのうち、請求権保全の仮登記に関する有力な見解として、ギールケ（Gierke）は、第一草案の見解は新たに編纂されようとしているBGBの体系性に対する配慮のみに基づくものであり、物権の移転を求める請求権を取得した者が債務者の一方的な行動によって損害を被ることの不合理性を是認することはできないとして、第一草案の見解に反対する。他にも、例えばフクス（Fuchs）は、実際上の要求から、仮登記によって債権的請求権を認識可能なものとするは必要であり、そのような手法が認められない場合には、当該権利が危険にさらされることに疑問の余地はないとして、ギールケと同様に第一草案の見解に反対する意見を表明している³⁰¹。このように、ギールケとフクスの主張を始めとして、学説においても、請求権保全の仮登記をBGBに採用するべきであるとする見解は支配的であったことが窺われる。

以上のような各ラントの政府および学界からの意見をも勘案しながら、第二委員会において仮登記に関する規定のBGBへの導入の可否が議論された。そこでは、第一委員会において請求権保全の仮登記に対する懐疑的な意見が数多く表明されたのとは異なって、一転して仮登記の導入を促進する動きが顕著に見られるようになった。まず、仮登記の導入を肯定するにあたっての総論的な根拠付けとして、実務における必要性を前提としながら、各ラントの多くにおいてすでに仮登記制度が採用されていること、さらには、仮登記制度が導入されなければ土地取引において著しい損害が発生することになり、結果として土地取引が滞ることになりかねないなどの理由が示された³⁰²。

また、第一草案において請求権保全の仮登記が採用されなかった主たる理由として、物権と債権を明確に峻別することから生じる民法典の体系との整合性が挙げられ、これに関連して、とりわけ、仮登記が導入されることによってjus ad remの存在を是認することに

²⁹⁹ ただし、ラント法においては債務者が破産した際の仮登記の効力を認めていなかったザクセンが、第一草案に対する意見書においては、債務者の破産時にも仮登記の効力を認めるべきであるとする主張に転換するなど、請求権保全の仮登記を認めた上でのその効力などの点については、必ずしも各ラントがそれまでの自らのラント法における仮登記に関する規定内容と同一の主張を展開したわけではないことには、注意を要する。

³⁰⁰ ただし、メックレンブルクの主張は、自らのラント法において規定されていた処分制限の注記が導入されない場合にはじめて仮登記の採用を認めるものであったため、その限りにおいては、条件付の承認であると評価するべきかもしれない。

³⁰¹ この点につき、Biermann, a.a.O.234, 68 f.、および、赤松・前掲注 224・119・6・55 以下を参照。

³⁰² この点につき、Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III, Sachenrecht, 1899, S.114 を参照。

なってしまうのではないかという疑問が提起されていたが³⁰³、この問題については、*jus ad rem*が問題となるわけではなく、それをBGBに導入することを予定しているのではないことが第二委員会での議論において確認され、*jus ad rem*の概念を認識していなかったバイエルンなどにおいても仮登記制度が存在していたことを例に挙げつつ、実質的な観点から仮登記制度の導入の正当性が示された³⁰⁴。

さらに、仮登記によって債権が物権的な効果を有することになる結果として、仮登記権利者は他の債権者に優先して当該土地の権利を取得することができることになり、この点が債権者平等の原則に反するのではないかという疑問に対しては、一般の債権とは異なり仮登記が利用される場合の債権は特定物債権であるため、仮登記権利者が本来的に満足を受けられるのは当該土地そのものが弁済として供された場合のみであることを考慮して、その他の債権者に優先することを認めてもやむを得ないとの判断を示している³⁰⁵。

その他に注目されるべきこととして、ヨーホウの物権法部分草案においては *Vormerkung* の名の下に統一的に把握されていた請求権保全の仮登記と異議が、第二委員会の議論においてそれぞれ区別されるべきものとされた点が挙げられる。すなわち、既存の物権を保全するものとしての異議制度と、物権としてはいまだ成立していない債権としての請求権を保全する仮登記制度との間には、法的性質上、根本的な相違が見受けられるため、両者を概念的にも名称の上でも明確に区別するべき要請が存在するという指摘が受け入れられたのであった³⁰⁶。

第二委員会における議論の過程を分析してみると、議論が開始された当初の段階から、請求権保全の仮登記を導入することに肯定的な意見が提出され、それに反対する見解もいくらか提示されたようではあるが、全体的な流れとしては、比較的問題視されることなく仮登記の導入が認められたと評価することができるだろう。第一草案において重要視されたBGBが採用する予定であった体系と仮登記制度との整合性についての問題が、第二委員会の議論においては一転して等閑視されたと言ってよいほどに問題とはされなくなり、むしろ実質的な理由から、仮登記制度の有用性に鑑みてその導入の決断がなされたと言うことができる³⁰⁷。このように第一草案の見解を覆す主張が第二委員会での議論において終始ほぼ一貫してなされた理由としては、第一草案が公表された後に収集された各ラントの政

³⁰³ これについては、Motive, a.a.O.246, S.240 を参照。

³⁰⁴ これに関しては、Protokolle, a.a.O.302, S.114 f.を参照。ただし、第二委員会においてもなお、体系的な理由から、請求権保全の仮登記の導入に対して否定的な主張もなされたようである。この点に関しては、Protokolle, a.a.O.302, S.113 を参照。

³⁰⁵ しかしながら、仮登記された債権がまさに物権へと転化するのか、それとも、債権としての本質を保ちつつ、他の債権者に優先するという意味で物権的な効果を有する特別な債権として存在し続けるのかという点については、体系的な見地からすれば問題が残ると言わざるを得ない。

³⁰⁶ この点につき、Protokolle, a.a.O.302, S.111 を参照。ここでの議論が、今日の BGB における仮登記と異議の明確な区別に繋がることになる。

³⁰⁷ 第二委員会の議論においては、原則として物権と債権の区別はなされるべきではあるが、両者の区別がいつでも明確になされ得るわけではなく、問題となっている権利の本質から一義的にそれを物権か債権のどちらかに振り分けられるわけではないとして、体系との整合性の問題への対処がなされている。これについては、Protokolle, a.a.O.302, S.114 f.を参照。

府見解と学界からの意見の多くが、請求権保全の仮登記制度のBGBへの導入を主張するものであったことが挙げられる³⁰⁸。

以上までに検討した第二委員会での議論を前提として、第二草案が作成された。その内容を見ると、第一草案とは異なって請求権保全の仮登記が導入されることになり、それは *Vormerkung* と称され、それに対比して *Widerspruch* として異議制度が区別されつつ第一草案におけるのと同様に採用されることになった³⁰⁹。このように、仮登記制度に関するBGBの規定は、第二草案の時点においてすでにほぼ確立されていたとすることができる。細部における特徴の差異を孕みつつ、各ラントにおいて様々な形式を経ながら形成されてきた仮登記制度が、BGBの編纂過程において議論の対象とされ、しかも、第一草案および第二草案における規定内容が全く相反するものになったという事実は、仮登記制度が理論的にも実質的にも多くの問題点を包含していることを表すものであると言えるだろう。そこで、続いて、本節においてこれまで検討を行ってきた仮登記制度の歴史的発展過程のまとめを兼ねつつ、請求権保全の仮登記がBGBに導入された理由に焦点を絞って分析を行いたいと考える。

3 BGBに導入された理由

仮登記制度はローマ法に起源を見出すことができるものではなく、少なくとも現在のドイツにおける仮登記制度の源泉は、プロイセンを始めとして多くのラントにおいて認められていた登記簿への仮の注記にあったとすることができる。その制度の名称は各ラントにおいて様々であり、さらに、プロイセン法のように仮登記と異議に相当する制度を統一的に規定している場合もあれば、バイエルン法のように、両者を明確に区別した規定が置かれている場合もあった。そして、仮登記の法的性質については、各ラントにおいて多少の相違が見受けられるものの、停止条件付の物権として位置付けられていた例が多かったようである。

このような歴史的経緯に鑑みれば、仮登記と異議を法制度上区別するべきか否かといった問題点が存在するとしても、BGBの編纂に際して仮登記制度そのものが導入されることについては、比較的疑問視されることなく認められるものと思われ、実際に、ヨーハウによる物権法部分草案においては仮登記制度に関する規定が盛り込まれていた。しかしながら、第一草案では仮登記制度の導入が否定され、異議制度のみが採用されることとなった。

³⁰⁸ その意味においては、各ラントおよび学界からの意見を収集し、第二委員会に対して指導的立場を発揮したと目される帝国司法庁の影響力は大きかったと言えるであろう。この点につき、赤松・前掲注 224・119・6・52 以下を参照。

³⁰⁹ 仮登記の法的性質に関しては、物権とすべきなのか債権にとどまるとすべきなのかについて議論が行われた。つまり、仮登記権利者は、仮登記後に処分を受けた第三者に対して直接的に当該土地に関する所有権の譲渡を請求することができるのか、それとも、仮登記義務者の意思表示と第三者の承諾の請求することとどまるのかという点に関して、第二委員会において見解の相違が見られたのである。この点については、後者の見解が採用され、仮登記権利者の有する権利が相対的なものであるという限りにおいて、その債権的な性質が維持されたことになる。この点は、いくつかのラント法において仮登記された権利が停止条件付の物権であるとされていたこととは異なる点であり、注目に値する。これについては、*Protokolle, a.a.O.302, S.740 ff.*を参照。

そこで主として議論が行われた点は、BGBの体系との関係であった。すなわち、債権にすぎない請求権を仮登記することによって、それが第三者に対して効力を有することになるという点が、物権と債権を明確に峻別し、それぞれに特有の法的効果を付与すべきであるとする考え方と矛盾すると思われたのである。

第一草案における体系的な見地からの仮登記制度への批判は、それ自体傾聴に値するものであったと思われるが、第二委員会においてその議論状況は一変することになる。ここでは、体系的整合性よりも、むしろ実際上の観点から仮登記制度の有用性が語られ³¹⁰、結論として仮登記制度の導入が決定されるとともに、それと異議制度との法的性質の相違から、両者を区別して規定するという方針が採用された。請求権保全の仮登記の導入は、プロイセン法において認められていたいわゆる*jus ad rem*を、BGBにおいても認めることとなり、物権と債権の峻別を前提とするBGBの体系に適合しないのではないかとの異論も出されたが、この点については、*jus ad rem*の導入を意図しているわけではないとして、明確に否定されている³¹¹。その後、第二委員会において議論された成果は第二草案として結実し、請求権保全の仮登記に関しては連邦参議院において特に修正を受けることなく第三草案にも盛り込まれ、最終的にそのままBGBにも採用されることになったのである。

以上のように、BGBにおいて請求権保全の仮登記が採用された理由としては、体系的整合性の問題を視野に入れつつも、各ラントにおいてすでに採用されていたという実際上の観点を始めとして、特定物債権の特殊性に端を発する一般の金銭債権との相違や、仮処分だけでは保護手段として不足している点などが挙げられている。しかしながら、不動産の物権変動に関して登記主義を採用しているドイツ法において、物権変動を求める請求権はやはり債権にすぎないのであり、その債権に関して仮登記がなされることによって第三者に対する対抗力が発生するという帰結を認めることは、仮登記制度の有用性を是認するとしても、理論的に重要な問題を残すことになる点において変わりはない。特に、仮登記制度が認められていた多くのラントにおいて、その法的性質は停止条件付のものではあるが端的に物権であるとされていたのであり、はたしてBGBにおいてもそのような性質決定が許容されるのか否かということは、問題となり得るであろう。そこで、節を改めて、BGBに採用された仮登記制度の法的特徴について考察を加えていきたいと思う。

第三節 法的特徴

³¹⁰ とりわけ、第二委員会においては、合目的な理由から債権的請求権に登記制度を通じて保護を与えることだけが問題とされているだけであるとして、体系的な問題を意図的に取り上げようとしない態度が看取され得る。この点につき、Protokolle, a.a.O.302, S.114 f.を参照。

³¹¹ しかしながら、第二委員会においても、純粋に理論的に突き詰めていった場合に、請求権保全の仮登記がBGBの体系と整合的ではないということについては認識されているのであり、ここでも、理論より実際上の観点が重視されたことが窺われる。また、*jus ad rem*と請求権保全の仮登記の関係に関して、プロイセン法およびBGBにおける規定を検討した結果、両者が排他的かつ相互補完的に認められていたことを指摘するものとして、生熊・前掲注 227・53以下を参照。さらにこの点に関して、生熊教授は、むしろ物権と債権が明確に分離されている場合の物権の承継取得において請求権保全の仮登記が認められていることを指摘されている。

一 法的性質

1 議論の方向性

仮登記が利用され得る範囲やその効果に関する規定は数多く存在するのに対して、その発生、消滅および経過に関する規定は決して十分に整備されているとは言えず、むしろ完全に欠落していると言っても過言ではない。このことから、差し当たってどのような規定を援用しつつ規定の欠缺を埋めるべきかという問題が発生し得る。そしてこの問題を解決するために、しばしば、仮登記の法的性質に関する議論が引き合いに出されてきた。しかしながら、これまで多くの論者によって、仮登記のあらゆる法的効果を既存の制度と関連付けつつ仮登記制度を統一的に説明しようとする試みが行われてきたが、それがはたして成功したのかという点については、残念ながら否定的な評価を下さざるを得ないであろう。その点を踏まえて、通説は、仮登記制度をBGBの概念的なシステムに押し込むことはせずに、債権的請求権を保全するための特殊な手段であると位置づけ、個別的な関連事例ごとに物権的效果が拡大されるものであると認識している³¹²。

そして、仮登記の法的性質について多くの見解が主張されたことに呼応して、これまで様々な解決方法が提示されてきた。それらの議論を整理するために、まず二つの方向性を認めることが有益であると思われる。すなわち、第一に、仮登記は債権的請求権を単に強化するための制度であって、債権的請求権と統一的に把握されるべきものであるとする方向性が存在する。次に、第二の方向性として、仮登記に独自の法的性質を認めるべきであるとするものがある。さらには、その折衷的な方向性として、債権的請求権が仮登記されることによって物権化することを認めるものがある³¹³。このように、二つの大きな傾向とその折衷的な見解を視野に入れつつ、仮登記の法的性質に関するそれぞれの見解を分析することにより、さらなる理解の深化を図ることができると思われる。

2 物権と解する見解

最初に取り上げられるべき見解は、仮登記の法的性質を物権であると捉えるものであろう。なぜならば、この見解は、伝統的な見解として有力に主張されていたからである。しかしながら、仮登記を物権と把握するとしても、その細部に関してはそれぞれの見解においてかなり異なっており、仮登記の効果を将来に向けた権利と同一のものと構成する見解から、条件付の将来に向けた権利が発生するものと解する説、さらには、土地に関する独自の物権であると解するものまで、様々な見解が主張された。

まず、仮登記を将来に向けた権利と同一のものとして捉えた見解として、オトマー(Othmer)の見解が挙げられる。オトマーによれば、BGB 891条に規定されている推定の効果を別として、仮登記は本登記と同一の効果を有するものであるとされる³¹⁴。しかしながら、オトマーのこの解釈は仮登記の法的性質論としては不相当であるとして一般的に反駁される対象となった。なぜならば、仮登記は債権的請求権の実行を保全するための制

³¹² 例えば、Baur, a.a.O.222, S.232などを参照。

³¹³ ただし、この折衷的な見解は、仮登記の法的性質に関するものであると言うよりも、問題となっている請求権の法的性質に関わるものであると評価すべきであると思われる。

³¹⁴ Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, 9.Heft, 1902, S.67.

度であり、原則として、その実行がなされてはじめて物権が発生し得ると解されるからである。

それに対して、フクスは、仮登記によって将来に向けた権利が発生することにはなるが、それは条件付の物権であると主張した³¹⁵。つまり、請求権は流動的な状態にあるということになる。この見解は、プロイセン法における解釈から導き出されたものであり、プロイセン法上の仮登記は、その当時の通説によれば、条件が付加されているために流動的な状態になってはいるが、仮登記は物権であると解されていた。しかしながら、フクスのこの見解も、BGBにおいて採用されている原則に基づいて拒絶されることになる。なぜならば、将来に向けた権利の発生は、条件にのみ依存するのではなく、さらなる実行行為をも要求するからである。

さらに、上述した二つの見解と同様に仮登記を物権と解しつつも、その内容を将来に向けた権利とは構成しない見解が存在する。その見解は論者によっていくつかのヴァリエーションを見せている。例えば、ゼクラー (Sekler) は、仮登記を当該土地および土地の権利に付従する特殊な権利であると主張し、負担を負っている土地から保全された請求権の弁済を保証するものであると理解する³¹⁶。また、クロイツ (Kreuz) は、仮登記の法的性質として債権的請求権と同時に物権の存在を認め、その内容として、保全される請求権を実行するための土地または土地の権利との物権的な結び付きを挙げている³¹⁷。そして、コザック (Cosack) によれば、債権者は仮登記によって所有権的な物権を取得するものとされ³¹⁸、ヴンナー (Wunner) によれば、仮登記は一種の制限物権であると主張される³¹⁹。最後に、ヘック (Heck) も仮登記を物権として把握する³²⁰。ヘックの見解が特徴的なのは、仮登記を担保権と比較する点である。ヘックによれば、仮登記は保全手段という点において担保権と共通する部分があるが、担保権が金銭による将来の弁済を予定しているのに対して、仮登記は権利変動を保全するものであるという点で、両者は異なっている³²¹。

以上に提示した仮登記の法的性質を物権と解する見解に対しては、様々な観点からの批判が投げかけられた。まず、体系的な見地から、仮登記の規定が置かれているのが土地に関する権利についての一般的な規定の部分であり、その他の各種の物権について規定されている部分に仮登記の定めが存在しないことを根拠として、仮登記を物権と構成することに対する反論がなされた³²²。

³¹⁵ Fuchs, Grundbuchrecht, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches und zur Grundbuchordnung, Band I, Materielles Grundbuchrecht, 1902, § 883, Rdnr.8.

³¹⁶ Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, 1904, S.124 ff..

³¹⁷ Kreuz, Die Vormerkung, ein dingliches Recht, 1935, S.55 f..

³¹⁸ Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Band 2, 6.Auflage, 1913, § 177 IV.

³¹⁹ Wunner, Gutgläubensschutz und Rechtsnatur der Vormerkung, NJW 1969, 115 f..

³²⁰ Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 47 IV Nr.3.

³²¹ さらに、ヘックは、時間的な点に着目して、仮登記を物権的な期待権に含めようとする。しかしながら、そのことから、規定がなされていない仮登記の範囲の問題に対して物権的期待権に関する法規定を適用しようとするわけではない。

³²² 例えば、Philipsen, Die Vormerkung nach Bürgerlichem Gesetzbuche, 1903, S.34、および、Prinz, Der gutgläubige Vormerkungserwerb und seine rechtlichen Wirkungen,

さらに、仮登記に関する規定の文言にも、仮登記の法的性質を物権と解する見解を批判する根拠を見出すことができる。例えば、BGB 887 条は、公示催告を行うことによって仮登記権利者を排除することができる場合に関する規定であるが、その第 2 文において、消滅するのは仮登記の効果であると規定されている。しかしながら、権利が問題となっているのであれば、文言としては仮登記それ自体が消滅するとされなければならないのであり、その効果だけでは不十分であると言える³²³。また、同条 1 文には権利という文言が存在するが、そのことから直ちに、債権と並んで追加的な仮登記権利者の法的位置付けが前提となっているということが帰結されるわけではない³²⁴。債権者はその請求権に関して排除されるのではなく、仮登記によって取得されたその請求権の保全効に関して排除されるというのが、立法者の意図であったと考えられる。したがって、同条の権利という文言から、仮登記に特有の法的性質を認めるのは困難であると言わざるを得ないのである。

また、仮登記の様々な本質的内容からも、仮登記を物権であると解する見解に対して批判を行うことができる。とりわけ、仮登記の記載内容に反してなされた処分を相対的に無効とするという点は、物権と構成する見解に相反するものであろう。なぜならば、物権であることを肯定する場合にはそのような保護はもはや不要だからである³²⁵。さらに、立法者は、仮登記に負担としての性質を認めていない³²⁶。このことも、仮登記を物権として把握すべきではないことの根拠となるであろう。

これらの批判によって、仮登記を物権と解することに反対するための根拠付けはほぼなされたと思われるが、場合によっては、仮登記が物権としての本質的な内容を示す可能性がないとは言えず、その結果として、やはり物権として性質決定がなされるべきであるとする主張が唱えられるかもしれない。そこで、物権が一般的に有しているとされる性質を確認し、その上で、それが果たして仮登記に関しても妥当するのか否かという点について、吟味される必要がある。

物権がどのように理解され、その本質的な性質がどのように把握されるべきかについては、BGB に明確な規定は存在しない。時効に関する規定の中に物権的請求権という文言は存在するが、そこにおいても物権的請求権の本質的な特徴に関する記述はない (BGB 221 条)。理由書によれば、物権の本質は対象となる物に対する特定人による直接的な支配にあるとされる³²⁷。また、物権に対しては絶対的な効力も通常の場合には認められるべきであるとされるが、その際に、物権の概念と絶対性の概念が必ずしも一致するわけではないことが指摘されている。以上のことに呼応して、学説においては主に、物権関係の直接性もしくは絶対性または両概念の結合、さらには優先順位を保障する機能などが、物権の本質的な要素として提示されてきた。ただし、このように物権の本質に関して様々な見解が主張されてはいるが、それぞれの見解が相互に矛盾し合っているというわけでは必ずしもない。物権の本質は、その内容、効果および発生要件に応じて様々な見解に基づきつつ確定

1989, S.19 などを参照。

³²³ Heinrich, Die Wirkungen der Vormerkung, 1911, S.7.

³²⁴ この点につき、Prinz, a.a.O.322, S.27 を参照。

³²⁵ Neumann, Vormerkung, Verfügungsbeschränkung und Veräußerungsverbot, 1930, S.55 f..

³²⁶ Protokolle, a.a.O.302, S.744 ff..

³²⁷ Motive, a.a.O.246, S.2.

されていくべきものであり、その結果として、それぞれの見解がその本質的な部分において一致を見るに至ることは、決して不可能なことではないのである³²⁸。

それでは、はたして仮登記は物権が有しているような特徴を備えているのであろうか。まず、直接性の概念に関してであるが、仮登記は、仮登記権利者に目的物についての支配権を与えるものではない³²⁹。仮登記権利者はその目的物自体を処分することはできないのである。それどころか、仮登記権利者は、直接的な物的支配権を取得するために、目的物に関して物権を有している者の履行行為をさらに請求しなければならない立場にある。仮登記は、新たな権利状態の変更を通じて仮登記によって保全されている請求権の実現を否定するような効果を妨げることを、その効果として有しているのである³³⁰。確かに仮登記権利者は仮登記の内容に反する処分行為を失効させることができるが、この権利は仮登記権利者に属する物的支配権に基づくものではなく、絶対的な性質を有する請求権の保全に基づくものである。つまり、仮登記には対象となる土地に対する直接性が認められるわけではなく、むしろ、直接性は保全される請求権によって媒介されるのである³³¹。

続いて、絶対性との関連であるが、仮登記権利者には第三者に対する包括的な請求権の保護は認められていない。仮登記権利者は、将来債権をまだ有していない場合には、目的物それ自体に対する第三者による事実上の侵害を否定することができないのである³³²。この場合、むしろ、仮登記の内容に反して当該土地の権利を取得した者に、侵害を除去する権利が認められる。なぜならば、この取得者は物権を有する者であると解されるからである。さらに、絶対性の原則から、物権を有する者は当初の相手方の承継人に対しても請求を行うことができるはずであるが、仮登記権利者にはそれは認められていない。なぜならば、仮登記権利者は仮登記によって保全されている請求権の実現を仮登記の内容に反して目的物を取得した者に対して要求することができないからである³³³。

以上のことを前提として考えるならば、仮登記を物権として性質決定することは困難であると評価せざるを得ないであろう。決定的な点は、仮登記権利者の有する請求権が履行されるまでは、仮登記権利者には何ら物権的な支配が認められないということである。また、対象とされている土地を仮登記権利者の財産に分類することは否定されなければなら

³²⁸ しかしながら、物権とその他の権利を区別することができる唯一の基準が存在するわけではない。むしろ、物権の本質は多くの要因によって確定されるのであり、それらの要素が存在しないことによって、ある権利が物権ではないということが確認されることになるのである。

³²⁹ Meiser, Die Vormerkung des Auflassungsanspruchs in der Zwangsversteigerung, Gruchot 1913, 57, 596.

³³⁰ Prinz, a.a.O.322, S.28.

³³¹ Heinrich, a.a.O.323, S.11 f.

³³² この点につき、Weber, Die Anwendung der Vorschriften über Rechte an Grundstücken auf die Vormerkung, 1962, S.92 f.を参照。

³³³ つまり、新たな所有権者に対して向けられる物権的請求権は、仮登記権利者には存在しないのである。この点につき、Rottenfuß, Der gutgläubige Erwerb der Auflassungsvormerkung, 1981, S.52 f.; Canaris, a.a.O.229, S.382を参照。BGB 888条は新たな権利取得者に対して同意を求める請求権を仮登記権利者に認めているが、これは、形式的な合意主義に基づいて必要とされる請求権が存在することを認めているにすぎないのであって、物権に基づいて発生する請求権を認めているわけではない。

ず、むしろ、それは仮登記義務者やその承継人に分類されるべき物である。たしかに、仮登記された請求権に反する処分行為が無効とされるという点で、仮登記権利者に対してある種の絶対的な保護が付与されることは否定できないが、この保護機能は、物それ自体から生じるわけではなく、請求権の法的な履行可能性という点から発生するものである。したがって、この保護機能を、仮登記を物権として位置付けるための理論的根拠として援用することはできないと思われる。

3 一種の期待権と解する見解

仮登記の性質を、仮登記された請求権が目的としている権利に関する条件付の処分行為として捉える見解は、法律行為に基づく処分行為の要件が満たされていないことを理由として、基本的には否定されるべきである。この場合、物権の取得行為はいかなる点においても実行されておらず、また、それは条件に依存するだけではなく、完全に実行されることが要求されるのである。さらに注目されるべきなのは、最も重要な仮登記の一つが所有権に関する仮登記であるということである。BGB 925 条 2 項によれば、条件または期限が付与されたアウフラッスンは認められない。つまり、条件付のアウフラッスンを行うことは、現行法上は不可能なのである。

しかしながら、BGB 925 条 2 項からは、仮登記を条件付の処分行為に類推して取り扱うことの論拠を看取することもできる。つまり、BGB 925 条 2 項に基づいて土地所有権の取得が保護されることはないのであり、BGB 161 条に基づく中間処分からの保護だけが考えられ得る手段となる。この規定にとって重要なことは、登記法の観点からの検討である。登記簿は所有権者などの不動産の権利者を明確に公示するために存在するわけであるが、立法者の見解によれば、所有権留保売買を通じて動産を購入しようとする買主が中間処分から保護されるのと同様に、土地に関する権利を取得しようとする債権者にも、完全な物権を取得するまでの間の保護を享受する利益が認められるのであり³³⁴、このことを理由として、立法者は取得者に対して、中間処分からの保護を目的とする内容の登記の可能性を提供したのである³³⁵。つまり、条件付のアウフラッスンを許容しないとする BGB 925 条 2 項が存在するために、仮登記の必要性が強調されることになるのである³³⁶。

このように、仮登記の法的性質を条件付の処分行為として捉えること自体は原則として否定されるべきであるとしても、条件付の処分行為に類似した諸概念を用いて仮登記の性質決定を試みることが即座に否定されるべきであるということにはならない。そこで、具体的にどのような概念を検討する余地があるのであろうか。

まず、検討されるべき概念として、いわゆる取得権限が挙げられる。これは、本質的に

³³⁴ Feldmann, Die Vormerkung, 1912, S.8.

³³⁵ この点については、Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, III. Band: Sachenrecht, 1899, S.970 を参照。ここでは、条件付の所有権の移転を排除するためには、仮登記を許容することが重要であるとされている。

³³⁶ この点につき、クーピッシュ (Kupisch) の見解によれば、立法者は仮登記に対して条件付の処分行為と同一の効果を付与したとされる。この見解については、Kupisch, Auflassungsvormerkung und guter Glaube, Ein Analogieproblem, JZ 1977, 486 ff. を参照。

同様の法的内容を有している物権的期待権とは区別されるべきものであり、所有権やその他の物権の取得を目的とする権利であるいわゆる先占権（BGB 958 条）などがその代表例である。仮登記の法的性質をこの一種の取得権限であると捉える見解によれば、仮登記権利者の債権的請求権に物権的な取得権限が付加されるとの説明がなされることになる³³⁷。そして、この権限はあらゆる者に対して主張可能な絶対的な権利であり、内容において重要な点は支配権ではなく物権の取得可能性であるが、物自体に関係していることから、物権であると解釈される。しかしながら、この見解は、仮登記が債権的な請求権を保全するものであって物自体に関する権利ではないという点を見落としている³³⁸。

続いて検討されるべき概念は、期待権である。この期待権を検討の対象としつつ仮登記の法的性質を特徴付けようとする見解には、大きく分けて二つの見解が存在する。すなわち、仮登記を期待権そのものであるとして把握する見解と、アウフラッスクがなされた場合に仮登記権利者の期待権を肯定する見解である。期待権の本質は、権利を取得することができるであろうという取引当事者の期待を保護することにあるのであり、この定義に従えば、仮登記権利者の法的地位をそのような期待権として位置付けようとする主張に対しては、一定の理解を示すことができる。なぜならば、BGB 883 条 2 項に基づく処分行為からの保護や、破産（InsO 106 条）および強制競売（ZVO（強制競売法）48 条）に際しても将来の権利を取得することができると思込まれる仮登記権利者の事実上の期待などに鑑みれば、仮登記が期待権として理解されることに理由がないわけではないからである³³⁹。しかしながら、仮登記を期待権として把握することに反対する見解は、判例および学説によってすでに一般的に認められている期待権の要件との関係において、仮登記が設定される場合にはそのような要件が満たされていないと主張する。確定した判例によれば、期待権が発生するためには、他人がもはや一方的に妨害することができないような法的地位が認められることが必要となり、その一例として、土地所有権の取得の場合にはアウフラッスクがなされることが期待権を肯定するための第一の要件とされている³⁴⁰。所有権の移転を求める債権法上の請求権が仮登記のみによって保全されている場合、たしかに仮登記権利者に劣後する処分行為は否定されるが、そのまま期待権も発生するというわけではない³⁴¹。したがって、不動産法上の期待権の確定された法的性質を正当なものと認める場合には、アウフラッスクが必要不可欠な要件となり、仮登記によって保全された所有権移転請求権だけでは十分とは言えないということになる。仮登記の法的性質を期待権として把握することができない決定的な理由は、仮登記が債権法上の請求権の履行可能性だけを

³³⁷ Enneccerus/ Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Erster Halbband, 15. Auflage, 1959, § 79 II 5.

³³⁸ この点につき、Haase, Die Rechtsnatur der Vormerkung, 1931, S. 54 f. を参照。

³³⁹ 例えば、Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Einleitung und Allgemeiner Teil, 1900, § 33; Wieacker, Bodenrecht, Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, 1938, § 19 などを参照。

³⁴⁰ 判例として、BGHZ 27, 360; 37, 319; 89, 41 などを参照。

³⁴¹ この場合にも、やはりアウフラッスクがなされなければ、期待権は発生しない。この点につき、Lohr, Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung unter besonderer Berücksichtigung der Vormerkung zugunsten und zu Lasten des Auflassungsempfängers, 1966, S. 82 ff. などを参照。

保護するものであって、その存在に影響を受けるということにある。つまり、仮登記は債権的請求権とともに存在し、債権的請求権が存在しなくなれば消滅することになるのである。それゆえ、仮登記がなされるだけでは、期待権に必要な保全のレベルにまで達しないということになる。

以上の分析を前提とするならば、仮登記の法的性質を、条件付の権利や一種の取得権限、さらには期待権として捉えることは、理論的に困難であると評価せざるを得ない。

4 処分制限と解する見解

次に、仮登記の法的性質を処分制限または譲渡禁止と理解する見解について検討を行いたい。まず、処分制限とは、それに反して行われた処分行為を無効とするものであって、それに対して、譲渡禁止とは、それに反してなされた処分行為を相対的に無効とするにとどまり、保護されている権利が実現されるまでは譲渡禁止とされている権利も有効とされる制度であると理解されている。したがって、仮登記の保護の対象や、仮登記によって侵害される権利の範囲およびその態様などに鑑みると、仮登記の法的性質を処分制限または譲渡禁止と捉えることにも、理由がないわけではない。

しかしながら、まず、仮登記の法的性質を処分制限と解する見解³⁴²に対しては、制限を加えることなどによって処分権を侵害する場合には法律に基づく根拠が必要となり、第三者に対する効果を有する処分権限の任意の放棄は、明文によって否定されている（BGB 137 条 1 文）との批判が可能である³⁴³。それにもかかわらず、この見解を主張する者は、仮登記義務者が当該権利に関する処分権限について実質的に制限されていることに着目し、その上で、仮登記をBGB 137 条の例外として位置付ける。また、仮登記を処分制限と解する見解に対しては、批判としてさらにBGB 878 および 892 条が引き合いに出される。まず、BGB 878 条は、同条に規定されている要件が満たされる場合、すなわち、処分制限がなされる前に、処分に関する意思表示をした上で登記申請を行った場合には、当該意思表示は無効とされないと定めているが、仮登記の場合には、たとえ仮登記がなされる前に登記申請が行われていたとしても、仮登記後に登記がなされた処分行為は無効とされることになり、この点はBGB 878 条と矛盾することになる。したがって、仮登記と処分制限の相違点がここでも明らかになっているとされる³⁴⁴。また、BGB 892 条 1 項 2 文によれば、処分制限は取得者に対して、その旨の登記がなされた場合だけではなく、取得者が処分制限の存在に関して悪意であった場合にもその効果を有するとされているが、仮登記はそれが登記された場合にのみ効果を有する制度であるため、両者は異なる制度であるとされる³⁴⁵。しかしながら、これらのような疑問点の存在を認めつつも、仮登記の法的性質を処分制限であると解する見解に対して最も重要な批判となるのは、仮登記義務者はさしあたって完全に有効に自らの権利を処分することができ、また、処分することが許されていると

³⁴² Bendix, Die Vormerkung des neuen Rechts, Gruchot 1905, 49, 510; Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Festgabe für Koch, 1903, S.205 などを参照。

³⁴³ また、仮登記も当初は裁判所の指示に基づく場合にのみ行われていた。この点につき、Biermann, a.a.O.234, S.13 を参照。

³⁴⁴ この点につき、Philipsen, a.a.O.322, S.27 を参照。

³⁴⁵ Biermann, a.a.O.234, S.182.

いう点であると思われる。第三者は、あらゆる者に対して有効な所有権の仮登記が存在する場合にも、当該土地の所有権を取得することができるのである。もちろん、仮登記権利者の意思によって、その第三者の所有権はそれが覆される可能性を内包してはいるが、そのことは、仮登記義務者が処分制限を受けていることとは根本的に異なるのである。

次に、仮登記の法的性質を譲渡禁止と解する見解に対しては、両者の間にはそれぞれに反して行われた処分行為を相対的に無効とするという点で共通点が見出され得るが (BGB 135 条 1 項および 883 条 2 項)、仮登記が積極的および消極的効果の両面を有している一方で、譲渡禁止には消極的効果のみが認められるという点において相違があり、結果として両者を同一視することに懐疑的であるとする批判が存在する³⁴⁶。つまり、仮登記は、仮登記権利者の側から見れば、将来に向けられた債権の実現を保障するという効果を有するものであり、仮登記義務者の側から見れば、当該土地を処分したとしても、その後に無効とされる危険性をもたらすものであるため、その点で積極的な効果と消極的な効果を見出すことができるが、それに対して、譲渡禁止は、当該土地の譲渡禁止を義務者に対して強いる点にその存在根拠を見出すものであり、その限りにおいては、消極的効果を有するにすぎない制度であるとされる。

このように、仮登記の法的性質を処分制限または譲渡禁止と捉える見解にも、いくつかの重要な点で疑問があり、採用し得ないと判断せざるを得ない。

5 消極的な支配権と解する見解

仮登記義務者に対する処分制限と相関関係にある概念として、仮登記権利者側の消極的な支配権を設定し、それこそが仮登記の本質であると考えられる見解も存在する³⁴⁷。つまり、この見解によれば、仮登記権利者自身が当該目的物を処分することができるという意味での積極的な支配権ではなく、仮登記義務者がその処分権限を行使することができないという方法での消極的な支配権を、仮登記権利者は仮登記義務者に対して有しているとされる。この消極的な支配権の内容は、相手方が自分自身の権利を処分することができなくなるという点に収斂される。そこでは、実際上の処分可能性も仮登記権利者による承認も原則として否定される。さらに、この見解を主張する者の中には、消極的な支配権を絶対権として位置付け、目的物それ自体と関係しているとして物権と解する論者も存在する³⁴⁸。この見解によれば、消極的な支配権は所有権の内容を制限するものであり、その限りにおいて所有権に負担を負わせるものであるということになる。そして、所有権者の処分権限が制限されることによって、仮登記権利者が保護されるとともに、その効果が第三者に対しても貫徹され得るということに鑑みれば、この消極的な支配権が物権と解されることに関して疑問の余地はないとするのである。

しかしながら、仮登記の法的性質を消極的な支配権と解する見解を支持することはできないであろう。なぜならば、仮登記が保全するのは物権ではなく債権的な請求権であり、

³⁴⁶ 例えば、Neumann, Vormerkung und Veräußerungsverbot, JW 1902, 455 などを参照。

³⁴⁷ 例えば、Rheinen, Ist die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung, 1929, S.10; Altenberg, Die Bedeutung der Auflassungsvormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren, 1912, S.5 などを参照。

³⁴⁸ これについては、Rheinen, a.a.O.347, S.12 を参照。

物自体との関係はそこから創設されないからである。仮登記による絶対的な保護は、物的な支配に基づくものではなく、保全される債権的請求権に基づくものなのである。

6 jus ad rem と解する見解

さらに、学説には、仮登記をjus ad remと比較する見解も存在する³⁴⁹。jus ad remはプロイセン法の産物であり、債権者が、自らの請求権と関係している物を取得した者に対して、その取得者が債権者の権利の存在を認識していた場合には、その請求権を貫徹し得るという概念である。このjus ad remの内容が一面において仮登記の法的内容と類似しているために、仮登記の法的性質をjus ad remと解する見解が生じてきたのである。

しかしながら、この見解も否定されるべきであろう。その理由としていくつかの重要な点が挙げられるが、まず、BGB第二草案の議事録が仮登記の法的性質をjus ad remと捉えることを明確に否定していることが挙げられる³⁵⁰。また、jus ad remと仮登記は、その要件および効果の点において明確に異なっている。例えば、jus ad remの場合には、取得者に対する請求権が発生するためには取得者の悪意が要求されるが、仮登記の場合には登記が必要とされる。さらに、jus ad remが認められる場合には、その請求権を当初の債務者だけではなく取得者にも主張することができるが、BGB 888 条に基づく仮登記に反する取得者に対する請求権の場合には、土地登記法において必要とされる請求権だけが問題となり得る。つまり、仮登記によって保全される請求権は、当初の債務者に対してのみ貫徹されなければならないのである。仮登記は、仮登記に反する処分行為を無効とし、保全されている請求権の履行を実現して仮登記に反する処分行為の絶対的な無効を導き出すことによって、仮登記権利者に利益をもたらすのである。これに対して、jus ad remは、請求権を害する処分行為が有効であることを前提とした上で、第三者の権利取得に対して効力を発揮する点に特徴があるのである。

7 単なる注記と解する見解

仮登記の法的性質を、登記簿における単なる注記と捉える見解も存在する。この見解の特徴は、仮登記それ自体を物権と位置付けるのではなく、その効果だけが物権的な性質を有するにすぎないものとして把握する点にある。この仮登記を単なる注記として理解する見解を主張する者としては、ビアマン (Biermann) をまず挙げることができる。ビアマンによれば、仮登記は、BGB 883 条に規定されている請求権の実現を物権的な方法によって保全する注記であると定義付けられる³⁵¹。また、ハインリッヒ (Heinrich) は、仮登記を単なる注記と解することには反対しつつも、仮登記を技術的な意味における登記と位置づけ、登記法に定められている規定が仮登記にも直接的に適用されることを認めた上で、仮登記を形式的な登記法の意味における登記と解し、権利の形成を登記簿において公示す

³⁴⁹ 例えば、Gierke, Deutsches Privatrecht, 2.Band, Sachenrecht, 1905, S.338 などを参照。

³⁵⁰ Protokolle, a.a.O.302, S.114.

³⁵¹ この点につき、Biermann, a.a.O.234, S.184 を参照。他にこの見解に同調する論者としては、ハーゼなどを挙げることができる。例えば、Haase, a.a.O.338, S.67 ff.などを参照。

る制度であるとする³⁵²。つまり、実体的な土地法上の概念であると解することはしないため、実体法上の物権を公示するものではないとするのである。

しかしながら、仮登記によってもたらされる法的効果が著しく実体法的な特徴を有していることに鑑みれば、以上のような見解を即座に採用することはできないであろう。とりわけ、仮登記がなされることによって対象とされている請求権に対して絶対的な保護が与えられ、その結果として第三者が多大な影響を受けることになるために、仮登記が登記簿に記載されるべきものとされている点に留意すべきである。たしかに、仮登記を登記簿における注記であると位置付ける見解は説得的な側面を有しており、仮登記は実体的な権利ではなく手続法上の権利であると把握されるべきであるとも言える。しかしながら、仮登記の法的効果を決定付けるその本質については必ずしも十分な説明がなされているわけではないために、まだこの見解には不十分な点が残っていると評価せざるを得ない。

8 仮登記の法的性質

ここまで、仮登記の法的性質に関する議論を検討してきたが、いずれの見解にも理論的な面で難点があることは否定できず、仮登記の本質を明確に捉えているとは評価し難い。それでは、はたしてどのような性質決定がなされるべきなのであろうか。

現在のドイツにおける判例および通説の見解は、仮登記を登記簿における注記として位置付けることに対してはむしろ消極的であって、その保全手段としての特徴に着目している³⁵³。つまり、仮登記は、対象となる請求権に対してある種の物権的な効果を付与し、結果としてその請求権が物権的な性質を帯びることを実現させるという、特殊な保全手段であると解されているのである。この通説的な見解は、仮登記の本質と仮登記によってもたらされる効果を区別しつつ論じている点に特徴があり、また、その点は評価されるべきであるが、仮登記によってもたらされる物権的な効果がどこに存在するのか、言い換えれば、対象となる請求権に対して物権的な性質が何に基づいて付与されるのかという点が、明確にされていない³⁵⁴。

そこで、さしあたって問題となるのは、仮登記はそれによって保全される債権的請求権と並んで独自に存在する権利なのか否か、という点である。この場合、仮登記それ自体と、仮登記が行われることを要件として発生する効果は、明確に区別されるべきである。仮登記は第三者に対してその登記を通じて権利変動が発生する可能性があることを公示するという意味で、警告機能を有している。その点に、物権変動を求める債権的請求権に関する保全機能が結び付けられるのであって、仮登記が、法律に基づいて一定の効果が付与される一種の保全手段であることに対しては、疑問の余地がない。

また、仮登記権利者および仮登記義務者に対して与える影響を検討してみると、まず仮登記権利者にとっては、仮登記は利点をもたらす。つまり、仮登記権利者は自らが有する

³⁵² Heinrich, a.a.O.323, S.12 ff..

³⁵³ 例えば、判例として、BGHZ 25,23; 28, 185 f.; 57, 342 f.; 60, 49などを参照。また、学説として、Medicus, Vormerkung, Widerspruch und Beschwerde, AcP 1963, 163, 4; Canaris, Bürgerliches Recht: Das parzellierte Grundstück, Jus 1969, 81などを参照。

³⁵⁴ ただし、仮登記を保全のための権利ではなく保全手段として位置付けていること自体については、評価されるべきであろう。

請求権をそのまま実行することができ、仮登記に反する処分行為が行われた場合にはそれを無効にすることができる。さらには、仮登記義務者が破産した場合にも、仮登記権利者は破産債権者となるわけではなく、完全に自らの請求権を実行することができるのである。それでは、仮登記義務者に対して仮登記はどのような影響を及ぼすのであろうか。この点につき、仮登記は仮登記義務者に不利益を与えるものではない。仮登記義務者は仮登記がなされた後も引き続き当該土地を処分することができるのであり、そのような処分行為はさしあたって有効なものと解される。しかも、仮登記がなされただけで、当該土地が仮登記義務者の財産の範囲から除外されるということはないのである。

このように考えてみると、仮登記の法的性質については、次のような試論を提示することが許されるのではないだろうか。すなわち、仮登記それ自体は実体法上の保全手段であるが、固有の法的特徴を有するものではない。仮登記は、仮登記権利者に対してその者の債権的請求権と並ぶ追加的な保全のための権利を付与する制度ではなく、その債権的請求権を事後的な処分から保護する制度なのである。仮登記は、担保権が設定された場合のように、被担保債権があたかも実行されたような地位に債権者を導くのではなく、仮登記された請求権の実現を保全するだけなのである³⁵⁵。

しかしながら、通説的な見解によれば、仮登記は対象となる請求権に対して物権的な効果を付与するものであり、それゆえ、物権と債権が混合した制度であると評価されている³⁵⁶。したがって、このように、仮登記を物権と債権のいずれかに分類しようとするならば、仮登記は両者の混合概念ではなく単なる債権的請求権の保全手段であると解する見解を採用することは困難となりそうである。しかし、仮登記は保全のための権利とは異なる単なる保全手段であって、特定の法的性質を有するものではないと解することを前提とするならば、仮登記を物権または債権のどちらに分類すべきかという問題は自ずと氷解することになるであろう。つまり、仮登記は保全される請求権のために一定の効果を発生させるだけであって、場合によって物権の効果に類似した特徴が見出されるのにすぎないのである。

それでは、保全された請求権に対して仮登記によってもたらされる作用とは、いかなる内容を有しているものなのであろうか。仮登記がなされていない場合に、例えば、特定物である土地所有権の移転を求める債権的な権利を有している者が複数人存在するのであれば、最初に自らの債権的請求権の履行を実現した者が優先されることになるのであるが、仮登記制度の主要な目的は、この原則を覆すことにあると言える。すなわち、仮登記によって保全されていない請求権が先に実現された場合にも、仮登記によって保全された請求権が実現され得るように権利関係を原状に復させることによって、仮登記権利者の保護を図るのである。しかしながら、債権的請求権は相対的に仮登記義務者に対してのみ作用するのであって、仮登記の内容に反して当該土地の権利を取得した者に対して効力を有するのではない。仮登記権利者は、その処分行為に介入して、その行為の有効性を判断する地

³⁵⁵ この点につき、Ludwig, Die Auflassungsvormerkung und der noch zu benennende Dritte, Rpfleger 1986, 351 を参照。ルートヴィヒ (Ludwig) は、仮登記を請求権と同一の保全手段と称する一方で、担保権に関しては、請求権と同等の保護を与える制度であると主張している。

³⁵⁶ 例えば、Baur, a.a.O.222, S.219 f.などを参照。

位に置かれるだけなのである³⁵⁷。

そこで問題となるのは、仮登記によって保全された請求権は相対的な権利として位置付けられつつも、絶対的な権利であるかのような様相も呈していることから、物権の本質的な特徴を有する権利に転換されることになるのかという点である。この点を捉えて、しばしば、仮登記によって保全された請求権の物権化が論じられてきた³⁵⁸。しかしながら、請求権が仮登記によって保全されても、仮登記権利者に対して支配権が付与されるわけではない。したがって、物権であれば認められるはずの、承継人に対する権利主張が認められないのである。この承継人に対する権利主張は、物権の本質的な要素であるとみなされるものなので、それが認められない以上、仮登記によって債権的請求権が物権化されると評価することは困難であろう。

そして、これまでに取り上げた様々な見解に関する分析に依拠しつつ、仮登記の法的性質を決定するならば、絶対的な効果を有する債権的請求権という見解を主張することも考えられるように思われる³⁵⁹。債権の物権化に関する議論は、物権と債権の対立軸を念頭におきながら、債権が物権に発展するという意味合いを含みつつ行われてきた。しかし、仮登記の法的性質論においては、物権か債権かという対立ではなく、絶対権か相対権かという点に着目して議論を進めるべきではないだろうか。つまり、本質的な要素として第三者に対する効力を有しない相対権に、仮登記を通じて絶対的な保護が付与されるのである。ここで、物に関する絶対権は物権なのであるから、絶対権として位置付けられた仮登記の法的性質も物権であるとする反論が予想されるが、これは採用され得ない。なぜならば、仮登記において問題とされている絶対性は、物に関するものではなく、債権に関するものだからである。絶対的な保護が、将来に向けられた土地に関する権利に与えられるわけではないのである³⁶⁰。債権の本質はその相対性にあり、債権者は債務者以外の第三者に対して契約に基づく給付の実現を求めることは許されない。この原則は、仮登記が用いられる場面においても維持されている。ただ、第三者に対して効果が及ぶという意味で、絶対的な保護が付与されるにすぎないのである³⁶¹。仮登記それ自体は、固有の法的な特徴を有することのない一種の保全手段であり、その効果として保全される請求権に対して絶対的な保護を付与する制度として位置付けられ得るであろう。

二 要件

1 対象となる請求権

続いて、仮登記の要件について検討を行いたい。重要な検討事項として、とりわけ、仮登記の対象となる請求権と仮登記の許諾を挙げることができる。

³⁵⁷ Rottenfuß, a.a.O.333, S.57 ff..

³⁵⁸ 債権の物権化について論じているものとして、Dulckeit, a.a.O.229; Canaris, a.a.O.229, S.371 ff.などを参照。

³⁵⁹ 例えば、Diederichsen, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, 1965, S.52などを参照。

³⁶⁰ この点につき、Krasser, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, 1971, S.107を参照。

³⁶¹ 権利の対内的な側面と対外的な側面を区別して論じることが、ここでは有益であろう。この点については、Assmann, a.a.O.238, S.323 ff.を参照。

まず、仮登記の対象となる請求権に関しては、BGB 883 条 1 項 1 文に列挙されている。それによれば、土地に関する権利の譲渡や放棄を求める請求権、さらには、そのような権利の内容や順位の変更を求める請求権などを保全するために、仮登記が行われるものとされている。また、将来に向けられた請求権や条件付の請求権を保全するための仮登記も、許容されている (BGB 883 条 1 項 2 文)。これらの請求権に共通する点は、それぞれ物権変動を求める請求権であるということである。これらの仮登記することが可能な請求権が存在しない場合には、有効な仮登記を正当化することはできないということになる。それにもかかわらず仮登記がなされた場合には、その仮登記は無効となり、登記簿の記載は不適法なものとなる。

2 仮登記の許諾

仮登記の発生要件は BGB 883 および 885 条に規定されており、とりわけ、仮登記が成立するためにはその旨の登記がなされることが必要とされている。そして、本登記がなされる場合と同様に、仮登記を行う場合にも、仮登記の対象とされている土地に関する権利を有している者による許諾が要件とされている。この仮登記の許諾は、仮登記を新たに成立させる場合だけではなく、既存の仮登記の対象とされている被保全債権を拡張する場合やその内容を変更する場合にも必要とされる。また、仮処分に基づく仮登記も認められている。

問題となり得る点として、本登記の許諾がなされた場合に、同時に仮登記の許諾もなされたものとみなされるべきかどうかということが挙げられる。この点については、単純に仮登記が本登記に劣後する性質のものではないこと、および、即時に本登記の申請が行われる場合には仮登記の許諾はむしろ不要なものになってしまうことなどを理由として、否定されるべきであろう。また、仮登記を行うことが可能な請求権を有する債権者は仮登記の許諾を求める申請を自動的に行ったものとして扱われるのか、それとも、そのための特別な申し合わせを必要とするのかという点も議論の対象となり得る。この点について肯定する見解が、請求権を実現させるためのあらゆる措置をとる義務を売主が負っていることを引用する一方で、否定する見解は、法律において明示的に成立要件とされている仮処分の可能性をその根拠としている。この問題については、立法者が、原則として同一の目的に向けられた債権的請求権が複数存在する場合には、どの債権者にも優先権は与えられないとする意思を示しており、この点が肯定説にとっては重大な障害となるように思われる³⁶²。

三 効果

1 処分保全効

次に、仮登記の効果について検討を行いたい。仮登記の効果については、BGB を始めとしていくつかの法律に定められており、その中でも中心的なものとして、処分保全効を挙げることができる。

BGB 883 条 2 項 1 文によれば、仮登記がなされた後に行われた処分は、それが仮登記の

³⁶² この問題点については、Hager, Die Vormerkung, JuS 1990, 433などを参照。

対象とされている請求権を侵害する限度において無効とされる。このBGB 883条2項1文とよく似た構成を有しているのが、BGB 161条1項1文の文言である³⁶³。それによれば、停止条件を付与して目的物の処分がなされた後に、条件未成就の間に同一の目的物に関する新たな処分が行われ、その後、条件が成就した場合には、その新たな処分は、条件が付与されていた権利の効果を侵害する限度において無効とされる。このように、両規定の類似性は明らかであると思われるが、そこには異なる効果が定められていることも看取され得る。つまり、たしかに、対象において限定された無効をもたらすという点においては、両規定の効果に一致が見受けられる³⁶⁴が、無効の人的範囲に関しては相違点が存在するのである。すなわち、BGB 161条1項1文に基づく処分の無効があらゆる者に対してその効果を有するという意味で絶対的であるのに対し、BGB 883条2項1文に基づく無効は、仮登記権利者との関係においてのみその効果を有するという意味で相対的なものである。

この結論は一見すると正当化され得ないように思われるが、BGB 888条1項1文との関連で検討してみると理解することができると思われる。つまり、BGB 888条は、仮登記に反する処分の無効が仮登記によって利益を受ける者に対してのみ効果を有することを前提とした規定であり³⁶⁵、さらに、BGB 135条も法定の譲渡禁止に関して、譲渡禁止に反してなされた処分は譲渡禁止によって保護される者との関係においてのみ無効であると規定している。これらの規定から、仮登記の場合における無効と譲渡禁止の場合における無効は、いずれも相対的な無効であると解すべきであるとの帰結が導かれ得る。しかしながら、条件付の請求権が問題となっている場合には、その無効は仮登記の場合における無効とは異なる効果を有することになるのである³⁶⁶。

2 順位保全効

仮登記が有する効果の中でも、その処分保全効とともに重要なのが順位保全効である。BGB 883条3項によれば、仮登記がなされることによって、その対象となる請求権が目的としているところの権利の順位が決定される。ある土地に対して負担を負わせている権利が複数存在する際の権利関係は、それらの権利が登記簿中の同一の区に登録されている場

³⁶³ BGB 883条と161条を比較検討するものとして、Bendix, a.a.O.342, 515などを参照。

³⁶⁴ 両規定の類似点について言及するものとして、Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1908, S.45などを参照。

³⁶⁵ BGB 888条が前提とする法状況について検討するものとして、Paulus, Richterliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs, 1981, S.60を参照。

³⁶⁶ この点については、Güthe, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Rechtsgebiet der Vormerkung, Gruchot 1913, 57, 91などを参照。また、相対的な無効について論じられる場合には、人的な範囲における相対性だけでなく、物的な範囲における相対性についても引き合いに出されることがある。つまり、仮登記に反する行為は二重の意味において相対的に無効であると表現されることがあるのである。しかしながら、仮登記の場合には、仮登記権利者との関係においてのみ仮登記に反する行為が無効とされるという意味で相対性が論じられることは許されるが、仮登記によって保全される請求権を侵害する処分の無効を物的な範囲において制限するという意味で相対性という表現を用いることは不適當であると言えるだろう。なぜならば、仮登記に反しない部分は有効なままであり、仮登記に反する部分だけが無効だからである。この点につき、Knöpfle, Die Vormerkung, JuS 1981, 157を参照。

合には、それらの登記の順序に従って定められる（BGB 879 条 1 項 1 文）。そして、複数の権利が登記簿中の別々の区にまたがって登記されている場合には、申告された日付が早い権利が優先されることになる（BGB 879 条 1 項 2 文）。BGB 883 条 3 項が目的とするところは、対象とされる権利の登記の時点を取假登記の時点に早めることにあるのであり、結果として、取假登記がなされた後に同一の権利に関して他の者が本登記を行ったとしても、その順位は取假登記権利者に劣後することになる。つまり、BGB 883 条 3 項を通じて、取假登記は暫定的な権利に対して影響を及ぼすことになるのである。

BGB 883 条 3 項は、BGB 879 条 1 項の規定を修正し、将来に向けられた権利についての権利関係に関する順位の基準として、その固有の本登記ではなく取假登記を用いることを規定している。したがって、取假登記は、その後に発生する権利のために順位を保全する効果を有する制度でもあるということになる。

3 強制競売における効力

強制競売においても、取假登記された請求権は特別な扱いを受けることになる。取假登記権利者のために、その対象とされている権利が、取假登記によってではあるが登記簿中に登記されていることは疑いがないので、取假登記権利者もZVG 9 条 1 項 1 号の意味における手続関与者に該当することになる³⁶⁷。厳密に検討するならば、たしかに取假登記が保全の対象としている権利はその後に本登記されることになる権利ではなく、物権変動を求める債権的請求権である。しかしながら、この定式は、取假登記によって保全される権利について規定しているZVG 48 条においても用いられているのであり、その結果として、取假登記はZVG 9 条 1 項 1 号に包含されることになる。したがって、取假登記権利者には、ZVG が手続関与者に保障している全ての権限が認められることになる³⁶⁸。ZVG 48 条によれば、取假登記によって保全される権利は本登記されている権利と同様に取り扱われる。

また、BGB 883 条 2 項 2 文も考慮される必要がある。それによれば、取假登記がなされた後に行われた処分行為の相対的無効は、強制執行による処分行為にも拡張されるものとされている。強制執行手続における取假登記の効果を理解するにあたっては、ZVG 48 条およびBGB 883 条の解釈が重要となると思われる³⁶⁹。

4 債務者破産時における効力

さらに、法律は、取假登記によって保全されている請求権の実現が債務者の破産によって脅かされる危険に対しても、取假登記権利者の保護を保障している。この場合に、とりわけ重要な規定は、BGB 883 条 2 項 2 文およびInsO 106 条である。まず、BGB 883 条 2 項 2 文は、債務者自身ではなく破産管財人が取假登記によって保全されている請求権の実現を侵害する処分行為を行う場合に、その対処法を提供する規定であり、それに対して、InsO 106

³⁶⁷ この点につき言及しているものとして、Bongartz, Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek, 1904, S.42 などを参照。

³⁶⁸ この点については、Sekler, a.a.O.316, S.239; Reichel, Die Vormerkung im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, JherJb 1904, 46, 123 f.を参照。

³⁶⁹ ZVG 48 条および BGB 883 条の解釈論につき、詳しくは、Assmann, a.a.O.238, S.179 ff.を参照。

条は、破産管財人に対する履行請求権を仮登記権利者に付与する規定である³⁷⁰。

破産手続きの開始によって、破産者は破産財団に属する自らの財産についての処分権限を失う（InsO 80 条）。InsO 80 条 1 項によれば、この時点から処分権は破産管財人によって行使されることになる。しかしながら、この場合に、BGB 883 条 2 項 2 文は同条同項 1 号の保護を拡張し、破産管財人の処分行為も仮登記権利者に対しては無効であると規定している。つまり、破産手続きの範囲内においても、仮登記権利者は仮登記に反する処分行為に対して保護されるのである。

また、破産者の処分権限が喪失することによって、破産者は仮登記権利者に対して、仮登記によって保全されている請求権が目的としているところの権利を、もはや有効に取得させることができないという結果も生じることになる。それゆえ、InsO 106 条は、破産管財人に対する履行請求権を仮登記権利者に認めている³⁷¹。しかしながら、債権的請求権が存在しないものとされ、その結果として仮登記もそれが付従性を有していることから効果を発揮することができないものとされた場合には、この保護は役に立たないものとなってしまふであろう。なぜならば、土地の売買契約において重要なことは、それが双務契約であるということであり、双務契約がそれぞれの契約当事者によっていまだ完全には履行されていなかった場合には、InsO 103 条に従って破産管財人に選択権が付与されることになるからである。つまり、契約が履行されるか否かは、破産管財人によってのみ判断されることになるのである。しかしながら、当該土地の買主のために仮登記がなされている場合には、特別規定としてのInsO 106 条が適用され、債権者はその請求権の履行を破産管財人に要求することができることになるのである³⁷²。

5 債務者死亡時における効力

立法者は、制限された相続人の責任を求める請求権の実現が失敗に終わってしまうような場合についても対処している。つまり、対象とされている請求権が仮登記によって保全されている場合に限り、仮登記権利者を保護するために、相続人が自らの責任の制限を求めることを禁止したのである（BGB 884 条）。

相続が発生した事例において、仮登記によって保全されている請求権は、包括承継人として被相続人の法的地位に立つことになる相続人に向けられることになる（BGB 1922 条）。そして、BGB 1967 条に基づき、相続人は被相続人の債務に関して責任を負う。この責任

³⁷⁰ また、和議手続においても、仮登記権利者は包括的に保護される（InsO 254 条 2 項）。

³⁷¹ これについては、Biermann, a.a.O.234, S.164 などを参照。

³⁷² また、InsO 103 条が破産管財人による履行拒絶権の法的根拠とみなされない場合にも、仮登記権利者は InsO 106 条に基づく追加的な保護を必要とする。破産手続きの開始によって、その時点の以前から存在していた債権はもはや満額の弁済を受けることができなくなり、破産財団から割合に従った額の弁済を受けることができるにすぎないものとなる。そして、この目的に即して債権表が作成されることになる。物権変動を求める債権的請求権も、InsO 45 条に基づいてその債権額に応じた主張がなされるにすぎないものとされ、結果として、一般債権と同様の取り扱いを受けることになる。しかしながら、それにもかかわらず、その債権的請求権が仮登記によって保全されている場合には、その請求権は InsO 106 条に基づいて破産手続において実現され得るのである。この点につき、Marotzke, Gegenseitige Verträge im Konkurs und Vergleich, 1985, S.61 を参照。

は原則として無制限の責任であり、相続人は遺産だけではなく自らの固有の財産をも、その責任を果たすための引き当てとしなければならない。しかしながら、遺産の管理が指示された場合や、相続財産の破産手続きが開始された場合には、相続人の責任は遺産の範囲に制限されることになる（BGB 1975 条）。遺産が十分ではない場合には、その限りにおいて、相続人は弁済を拒むことができ（BGB 1990 条）、その制限された責任を抗弁として主張することができる。したがって、相続が絡む場合には、仮登記によって保全されている請求権の実現にとって危険が生じ得るということになる。この場合に仮登記権利者に対して保護を提供するのが、BGB 884 条なのである。同条は、債務者の財産が十分ではない場合に仮登記権利者に対して保護手段を提供する InsO 106 条を補足する規定であると位置付けることができるだろう³⁷³。

四 他の制度との関係

1 異議との関係

仮登記が有している法的性質、要件および効果を検討してみると、そのような特徴を有する保全手段がその他にも BGB において存在することが見受けられる。とりわけ、異議（BGB 899 条）と物権的先買権（BGB 1094 条）に関しては、仮登記との類似点を多く確認することができるだけでなく、実際上もそれぞれ重要な制度であるため、ここで仮登記との関係を明らかにしておいた方がよいと思われる。

まず、異議制度は、AHOにおけるProtestationに端を発する制度であり、登記簿に記載される保全手段として仮登記との類似性を有している。しかしながら、その他の点では重要な相違点が存在している。例えば、仮登記は権限者による処分行為から債権的請求権を保護する制度であるが、異議は無権限者による処分行為からすでに存在する物権を保護する制度である。また、その点とも関連して、仮登記は権利取得の保全に奉仕するものであるが、異議はそれ自体すでに権利を含むものとしての意味を有している。まさに、仮登記は予告するものであり、異議は不服申し立てをするものなのである³⁷⁴。

このように、仮登記と異議は本質的な点で性格の異なる制度であるが、それでは、同一の事実関係を根拠として両者が登記され得るということはないのであろうか³⁷⁵。この点を肯定的に解するためには、仮登記と異議のいずれもが登記可能であるような要件が考えられるということが前提となる。例えば、そのような事例として、将来債権を保全するために土地債務が設定されたが、期待に反してその債権が発生しなかったという場面を想定することができる。この場合、土地所有権者は債権的な求償権を土地債務権者に対して有しており、その求償権は仮登記することが可能である³⁷⁶。また、同時に、土地所有権者には

³⁷³ この点につき、Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band V, Erbrecht, 1899, S.779 を参照。

³⁷⁴ この点につき、Reichel, a.a.O.368, 66 を参照。また、仮登記は将来に向けられたものであり、異議は過去に向けられたものであるとも評価し得る。

³⁷⁵ この問題を提起するものとして、Deumer, Kann auf Grund ein und desselben Tatbestandes Vormerkung und Widerspruch eingetragen werden?, ZBIFG 1910, 381 ff.などを参照。

³⁷⁶ これについては、Ebner, Die Vormerkung nach Deutschem Reichsrecht, 1914, S.48などを参照。

BGB 1157 条の意味における抗弁権も認められており、これについては、異議の登記によって保全することが可能である。しかしながら、これらの検討を経た上でも、二つの保全手段を同時に登記することは許容されないと思われる。なぜならば、ここでの土地所有者の保全の要求を満たすためには、両制度のうちどちらか一方が機能すれば、それで十分であるからである³⁷⁷。

2 物権的先買権との関係

仮登記制度と比較し得る制度としては、異議と並んで物権的先買権（BGB 1094 条）を挙げることができる。しかしながら、この物権的先買権と、仮登記によって保全される債権的な先買権者の譲渡請求権とは、区別されなければならない。債権的な先買権は契約当事者間においてのみその効力を有するが、物権的先買権はその対象となっている土地に対して負担を負わせるものであり、当該土地をその後取得した者に対しても、その効力は貫徹されることになる³⁷⁸。したがって、物権的先買権はまさに物権として位置付けられるのである³⁷⁹。

物権的先買権と仮登記によって保全される債権的先買権との相違に関する見解として、前者の場合には、対象となっている土地を新たに取得する者はまず所有権を取得し、その後、物権的先買権が行使されることによって所有権を喪失することになり、後者の場合には、債権的先買権が行使されることによってそもそも所有権の取得が発生しなかったものとみなされるとする説が存在する³⁸⁰。しかしながら、債権的先買権が問題となっている場合にも、第三取得者は完全に所有権を取得するのであり、債権的先買権が実現されることによってその所有権を失うことになると解すべきであろう³⁸¹。物権的先買権と債権的先買権との本質的な相違点はそれぞれの対象にあると言ふべきであって、前者が対象となっている土地そのものに向けられているのに対し、後者は債務者個人に向けられているのである³⁸²。

第四節 今日における機能

一 仮登記制度が機能する諸事例

1 土地所有権の移転をめぐる場面

³⁷⁷ 同旨の見解として、Deumer, a.a.O.375, 383; Reichel, a.a.O.368, 67 などを参照。

³⁷⁸ 判例として、BGHZ 60, 294 を参照。

³⁷⁹ また、物権的先買権の利点として、先買権の本登記を求める請求権を仮登記することができること、および、先買権に基づく譲渡請求権は BGB 902 条に従って時効の対象とはならないことなどを挙げることができる。この点につき、Reichel, a.a.O.368, 92 f. を参照。

³⁸⁰ この見解については、Leyser, Die rechtliche Natur der Vormerkung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1904, S.74 を参照。

³⁸¹ ただし、第三取得者は、価額の払い戻しを求める請求権に基づく留置権を行使することによって当該土地を留置することができ（BGB 1100 条）、その限りにおいて保護され得る。

³⁸² Weber, a.a.O.332, 19 が、このことを的確に表現している。

今日、仮登記は様々な場面において機能しているが³⁸³、その中でも最も重要な機能として位置付けられるのは、所有権の仮登記であろう。これは、所有権の創設および移転を求める請求権を保全するとともに、立法者が許容しなかった土地の条件付の譲渡（BGB 925条2項）³⁸⁴を事実上実現させることにも寄与するものである。

土地の売買契約においては、買主の権利を保全する必要性は大きいと思われる。なぜならば、所有権を最終的に完全に取得するためには、いくつかの要件が必要とされているために、売買契約の成立から所有権の取得に至るまでの間には、ある程度の時間的間隔が生じ得るからである。また、通常の場合、土地の売買価格が高額であるために、それぞれの契約当事者にとって、相手方よりも先に自らの債務を履行することは、大きな危険を伴うことがあり得る。そこで、仮登記は、所有権譲渡請求権の侵害から買主を保護するために機能する。また、実務上多くの場合、売買代金の弁済期は仮登記がなされる時点と関連付けて捉えられている。したがって、契約当事者双方にとって、仮登記は利点を提供する制度として機能しているのである。この所有権の仮登記は、アウフラッスUNKの後に登記されることも可能であるが、ほとんどの事例では、アウフラッスUNKがなされるのと同時に仮登記の許諾がなされている。所有権の移転請求権が履行されるためには本登記がなされることが必要であるため³⁸⁵、アウフラッスUNKがなされただけでは所有権の移転請求権が弁済によって消滅することはなく、それゆえに、その所有権移転請求権は保全可能な債権として仮登記の対象となるのである。

また、土地の一部に関する所有権の移転を求める請求権についても、仮登記を行うことは許容される³⁸⁶。ただし、その土地の一部は登記許諾において正確に示されていなければならぬため、そのように示されることによって、その対象とされる土地の一部の広さや位置などが取引の必要性に対応し得るように明らかにされることになる³⁸⁷。同様に、共同所有の持分の移転を求める請求権も、仮登記による保全の対象となり得る。この場合、当該土地がすでに共同で所有されている必要はなく、債務者が土地の所有権者であり、かつ、その所有権の対象が明らかになっていればよい³⁸⁸。

さらに、所有権の移転に際してしばしば利用される、先買権、買戻権および購入権などの売買における優先権は、所有権の移転を求める債権的請求権であるため、それらを仮登記によって保全することも、原則として問題がない。しかしながら、仮登記され得るのはこれらの優先権それ自体ではなく、そこから派生する所有権移転請求権であるということに留意する必要がある³⁸⁹。

そして、物権的先買権を設定する代わりに、買主は、債権的先買権から派生する自らの所有権移転請求権を仮登記によって保全することができる。物権的先買権に関する規定は

³⁸³ とりわけ、実務において、経済的な取引における有用性を中心に、仮登記の新たな意味が見出されてきた。

³⁸⁴ 立法者の見解については、Protokolle, a.a.O.302, S.183 を参照。

³⁸⁵ 判例として、BGH, NJW 1994, 2948などを参照。

³⁸⁶ 仮に、その土地の一部が正確に測量されていなくても、仮登記することは可能である。

³⁸⁷ 土地の一部に関する裁判例として、BayObLG, DNotZ 1985, 45などを参照。

³⁸⁸ 共有持分に関する裁判例として、BayObLG, DNotZ 1976, 162などを参照。

³⁸⁹ この点につき、Dollinger, Über Vorkaufsrecht bei Wiederkaufsrechten, WürttZ 1904, 46, 130を参照。

強行法規であるために、債権的先買権を仮登記によって保全する方法の方が、買主にとってしばしば有利な状況をもたらす³⁹⁰。

このような先買権が問題となっている場合には、所有権移転請求権の発生は有効な売買契約の締結とBGB 505 条 1 項に基づく先買権者の意思表示の有無に左右されることになるが、それに対して、買戻権を行使するためにはさらなる売買契約は要件とはならない(BGB 497 条)。また、買戻権に基づく戻し譲渡請求権が条件付の請求権なのか、それとも、将来に向けられた請求権なのかという問題³⁹¹は、仮登記の可能性にとって重要な問題とはならない。なぜならば、どちらの場合にも、仮登記によって保全され得る請求権の存在が認められるからである。

以上のような先買権および買戻権とは異なって、購入権に関しては明確な規定が存在しない。この購入権については、売買の申込みもしくは予約または権利者の権利行使を停止条件とした売買契約に基づいて発生し得る、債権法上の売買に関する権利であると一般的には理解されている³⁹²。その限りにおいて、仮登記することが可能な、条件付または将来に向けられた所有権移転請求権が問題となり得る。このような請求権の仮登記の可能性は、将来に向けられた請求権の仮登記に関する一般的な要件に服することになる。

仮登記によって保全されるこれらの債権的な優先権は、直接的な契約の相手方に対してのみ向けられるものであり、その時々土地所有権者に対して主張し得るものではない。したがって、第三者に対しては、仮登記権利者は BGB 888 条に基づく同意を求める請求権だけを有することになる。

2 土地に関するその他の物権の設定をめぐる場面

それでは、所有権以外の物権が設定される場面において、仮登記はどのように利用されているのであろうか。この点につき、実務においては、土地に対する負担の設定またはその移転を求める請求権についての仮登記は、それほど重要な意味を有してはいない。その理由としては、そのような制限物権が最終的に権利者によって取得されるまでの時間的な間隔が、土地所有権の移転の場合ほどには長くないという点が挙げられる。

しかしながら、建築職人保全抵当(BGB 648 条)の場合には、保全の必要性が存在する。建築業者の担保権(BGB 647 条)とは異なって、建築職人に対しては、法律に基づいて発生する物権的な保全は提供されず、そのような保全の認容を求める債権的な請求権が認められるにすぎない。しかし、その請求権を訴えに基づいて実行するためには実際上かなりの時間を必要とするため、それを保全するために、仮処分による仮登記が一般的に行われ

³⁹⁰ 例えば、物権的先買権の場合には、売買価格を確定することはできないが、債権的先買権の場合には、契約自由の原則に基づいて、確定的な売買価格を合意によって定めることができる。この点につき、Weimar, Die Umdeutung unzulässiger Eintragungen im Grundbuch, WM 1966, 1098などを参照。

³⁹¹ この点に関しては、Bendix, Vorkauf und Wiederkauf als Gegenstand der Vormerkung, JW 1904, 602を参照。それによれば、将来の給付を目的とした現在の請求権が問題となっているとされる。

³⁹² この点に関する判例として、BGHZ 47, 388などを参照。また、学説として、Hense, Anm. zu BGH, Urt. v. 28. 9. 1962 -V ZR 8/61-, DNotZ 1963, 234 f.などを参照。

ている³⁹³。

そして、土地担保権の設定を求める請求権だけでなく、その他のあらゆる制限物権の認容を求める請求権も、仮登記による保全の対象となる。例えば、地上権、用益権、役権および物的負担などの制限物権を例として挙げることができる³⁹⁴。

二 不動産物権変動における仮登記の役割の重要性

1 物権と債権の峻別から生じる重要性

仮登記が利用される代表的な場面として、土地所有権の移転をめぐる場面と土地に関するその他の物権の設定をめぐる場面を例示したが、そもそも、なぜ仮登記はそのような場面で有用なのであろうか。この問題は、不動産物権変動における仮登記の重要性を検討することによって解決されるように思われる。

とりわけ土地所有権の移転に際して、理論的にも実務的にも仮登記の重要性が論じられている。ドイツにおいては物権行為と債権行為の峻別が不動産物権変動の場面において明確になされていることは周知の通りであるが、まさにこの点に、仮登記制度が利用される意味が内在されている。すなわち、土地の売主と買主による売買契約が締結されるだけでは所有権が買主に移転することはなく、売主は依然として当該土地の所有権者として第三者と有効に契約を締結することができるだけでなく、所有権を譲渡することができ、結果として第二買主は理論的には問題なく有効に当該土地の所有権を取得することができるということになる。その反面において、第一買主は当該土地の所有権を取得することはできなくなるのである。

このドイツ法に依拠した結論自体は日本法における結論と同一であるが、その理論構成として、ドイツ法においては、土地所有権の移転が問題となる場合には物権行為としての公正証書による合意（アウフラック）と登記が要件とされており、原因行為としての債権契約が存在するだけでは所有権は移転しないものとされている。つまり、ドイツ法においては、契約が当事者間で締結されただけでは物権変動の効果は全く生じないのであって、その場合、譲渡人と第一買主の間には、原則として相対的な効果のみを有する契約関係だけが存在することになる。したがって、譲渡人が新たに第三者と同一の土地に関する所有権の売買契約を締結したとしても、その契約自体が公序良俗違反や第一買主に対する不法行為と評価されるような場合は別として、原則としてその第二契約は有効であり、

³⁹³ ただし、請負契約の履行が実際に開始され、建築作業が問題なく実行されている場合には、仮登記がなされ得る可能性について特に問題はないが、目的物に瑕疵が存在する場合には状況は困難性を帯びることになる。この点につき、詳しくは、BGHZ 68, 183 ff.の判例を参照。また、Peters, Die Bauhandwerkersicherungshypothek bei Mängeln der Werkleistung, NJW 1981, 2251 f.も参照。

³⁹⁴ ただし、地上権の認容を求める請求権を保全するための仮登記に関しては、注意を要する必要がある。なぜならば、地上権に係る請求権の一例として挙げられる土地所有権者の地上権回復請求権は、すでに物権的性質を有しているためにその時々の地上権者に対してその効力を有しているため、仮登記による保全はもはや必要ではなく、同様に、地上権の更新を求める請求権もすでに仮登記の効果が付与されているために、さらなる仮登記による保全を必要とはしないからである。この問題点については、Mohrbuter/ Riedel, Zweifelsfragen zum Erbbaurecht, NJW 1957, 1502などを参照。

かつ、第一買主が自ら締結した第一契約の効果に基づいて第二契約に干渉することは原則として認められない。すると、第一買主は理論的には絶対的な効果を有する権利をいまだに取得していないのであるから、第二契約を阻止する術を有しておらず、第二買主が先に物権行為としてのアウトフラックスと登記を備えたならば、第一買主はもはや当該土地の所有権を取得することはできなくなるのである³⁹⁵。しかしながら、原因行為としての債権契約が締結されてから物権行為としてのアウトフラックスと登記が行われるまでの間には、場合によって相当な時間的間隔が発生することを妨げることはできないため、その間に第二契約が締結され、さらに、第二契約に基づく物権行為までもが行われてしまう可能性を否定することはできない³⁹⁶。

この場合に、第一買主の法的地位を保護するために有用な制度が、仮登記制度なのである。第一買主が譲渡人に対して有する債権的請求権を仮登記することによって、その後になされた第二契約が履行され、それに基づくアウトフラックスと登記がなされたとしても、第一買主は仮登記の権利保全効および順位保全効を援用することによって、結果として、第二買主に優先して当該土地の所有権を取得することができるようになる。この結論だけに注目するならば、仮登記によって債権的請求権に物権的な効果が付与されたかのように見受けられるのであって、その限りにおいて、仮登記は物権と債権を架橋する性質を有するものであると言える。すなわち、物権行為と債権行為が明確に峻別されていることから生じる第一買主の不安定な法的地位を、仮登記を用いることによって安定的なものにすることができるのである。

2 契約当事者間における重要性

次に、仮登記は物権と債権の絶対性に由来するような純粹に理論的な問題を解決するために有益だけでなく、契約当事者間における実際上の問題に対しても有益に機能する。例えば、ドイツ法においては、売買契約が締結されただけでは売主から買主への所有権の移転が生じないため、物権行為がなされるまでの間、新たに契約関係に入った上で第一買主よりも先に物権行為を行う第三者が現れる可能性を排除することはできない。この場合に、仮に仮登記のような機能を有する制度が存在しないとすると、そのような第三者による所有権の取得を否定し、第一買主を優先させることはできないということになる。

もしそのような法状況が是認されるとするならば、第一買主には、できる限り原因行為としての債権契約ならびに物権行為としてのアウトフラックスおよび登記を同時に行うか、または、その間の時間的間隔を狭めることによって、第三者が現れる蓋然性を低く抑える努力が要求されることになる。しかしながら、実務においては、そのように債権契約と物

³⁹⁵ もちろん、第一買主は第一契約に基づいて譲渡人に対して債務不履行責任を追及することはできる。しかしながら、土地所有権そのものを取得することは原則として不可能となる。

³⁹⁶ もちろん、実務において、原因行為としての契約締結ならびに物権行為としてのアウトフラックスおよび登記を同時に行うことは可能であり、少なからずそのようになされているようである。しかしながら、債権行為が行われた後に期日を改めて物権行為が行われる場合も当然にあり得るのであり、その場合の第一買主をどのように保護するべきかという問題は依然として残されている。

権行為が同時に行われることも珍しくはないが、契約当事者のそれぞれの諸事情によっては、債権契約と物権契約を同時に行うことができない場合も存在する。そのような場合に、仮登記制度を用いることができないとするならば、第一買主が当該土地の売買契約の締結それ自体に対して消極的な姿勢をとることもあり得る。その結果、取引が滞ることとなり、土地取引全体に対する影響が懸念される。仮登記は、そのような第一買主の懸念材料を取り除くことによって、土地取引を促進するためにも役立つのである。

また、仮登記制度の存在は、土地の買主にとってだけでなく売主にとっても利点となる。そもそも、同一の土地所有権に関する二重契約が締結され、さらには第二契約における買主が先に物権行為を行うことによって当該所有権を取得するという事象は、通常取引関係においては異例のことであり、場合によっては、そのような第二契約は第一契約の買主に対して不当に損害を与える不法行為であると評価することもできないわけではない。そうであるならば、実際の土地取引においては、そのような第二契約の発生を前提とすることなく、第一契約およびそれに伴う物権行為による所有権の取得という一連の過程を念頭に置いた上で、第一契約の当事者それぞれが当該取引に従事する方がお互いの利益に資するということになる。さらに、仮登記制度の存在によって、第二契約およびそれに伴う物権行為がその後になされたとしても第一買主が保護されるのであれば、譲渡人にとっては、そもそも第二契約を新たに締結することに対する関心が薄れるのであって、結果として第一契約に集中することになり、譲渡人自身も安定的な利益を享受することができるようになるのである。

以上の点に鑑みるならば、仮登記制度は当事者間の関係に着目してみても、譲渡人および譲受人相互に対して利点を提供するものであると評価することが可能である。

3 二重譲渡における重要性

ここまで、不動産物権変動における仮登記制度の重要性について検討してきたが、仮登記制度がその有用性を発揮するのは、やはり同一の土地所有権に関して実際に二重契約ないし二重譲渡がなされてしまった場面である。仮登記の本質的な効果である処分保全効および順位保全効は、まさに二重譲渡の場面においてその有用性を発揮するものである。

物権変動の請求をその内容とする債権契約が締結されても、ドイツ法においては、債権者は対象となっている物に対する物権を即座に取得するわけではなく、債務者に対して物権変動をもたらすように求める請求権を有するにすぎない³⁹⁷。そして、前述したように、土地所有権が目的物となっている場合に、譲受人が最終的に完全な所有権を取得するに至るまでには、ある程度の時間的間隔が生じることがある。その理由としては³⁹⁸、不動産法における権利取得は多くの段階を経ることによってようやく実行され得るものであり、とりわけ、物権行為としての登記を行うにあたって多くの要件が要求されていることなどが挙げられる³⁹⁹。しかしながら、第一契約が締結され、第一買主が所有権を取得するまでの

³⁹⁷ この点については、Stadler, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, 1996, S.24 ff.を参照。とりわけ、ドイツ以外の法制度に関する記述は示唆に富む。

³⁹⁸ この点につき、Weirich, *Grundstücksrecht*, 2.Auflage, 1996, Rdnr.629などを参照。

³⁹⁹ その他にも、別の理由に基づいて、契約当事者が最終的な契約の履行を先延ばしにす

間には、二重契約ないし二重譲渡を始めとした危険が発生する蓋然性を否定することはできない。この問題を立法者も認識していたため、権利取得の中途段階における保護が計画されたのである。

ドイツ法において採用されている、債権的な義務負担行為と物権的な履行行為の分離の原則のために、債権者は、債権契約の締結時から登記申請がなされるまでの間は原則として保護されない。つまり、債権者は自らの契約締結をもってしても、その後同一内容の契約を締結した債権者に対して全く優先的な地位を有することはないのであり、その優劣は、どちらに対して先に履行行為がなされたかによって決せられることになる⁴⁰⁰。

ただし、最初の権利取得行為がなされることによって、債権者にはある程度の保護が与えられる。例えば、意思表示が公正証書によってなされることなどによって、BGB 873条2項の要件が満たされれば、その物権的な合意は拘束力を有するようになり、もはや一方的に撤回することはできなくなる⁴⁰¹。さらに、登記手続きに一定の期間が必要とされることから生じる危険に対しては、BGB 878条、892条2項およびGBO（土地登記法）17条による保護が買主に対して付与される⁴⁰²。拘束力のある物権的な合意に基づく登記申請がなされれば、登記所側に問題が生じるような場合を別として、買主にとっては原則として自らの権利取得が害されるような事態は発生しない。なぜならば、これらの要件が満たされることによって、譲渡人は処分権限を失うことになるので、BGB 878条に従って、買主に損害は生じないのである。そして、登記簿の不実記載に気付いたとしても、そのことは善意取得を妨げるものではなく（BGB 892条2項）、また、第一買主による登記申請後に売主が当該所有権を二重に処分したとしても、GBO 17条に従って、先行する登記申請が先に処理されることになる。しかしながら、債権者が最終的に当該権利を取得することによって債務者は自らの処分権限を喪失するのであるから、登記申請がなされるまでの間は、以上に示された方法によって債権者が二重譲渡から保護されることはない。

結局のところ、仮登記の意義と目的は、契約締結から、保全される債権的請求権の履行可能性を害するような処分行為がなされるまでの間に存在する危険から、仮登記権利者を保護することにある⁴⁰³。つまり、仮登記は、登記申請がなされる前に生じる危険を除去することを、主たる目的としているのである⁴⁰⁴。登記簿は登記を行う可能性を通じて、その

ることがあり得る。詳しくは、Schapp, Sachenrecht, 2.Auflage, 1995, Rdnr.344などを参照。

⁴⁰⁰ 結果として、債務者から給付を正当に得た債権者がその給付を保持し続けることによって、その他の債権者は不利益を被ることになる。この点につき、Krasser, a.a.O.360, S.92 f.などを参照。

⁴⁰¹ しかしながら、BGB 873条2項の要件が満たされる場合においても、当該土地に関する新たな処分ができなくなるわけではない。

⁴⁰² この点に関しては、Gerhardt, Immobiliarsachenrecht, Grundeigentum und Grundpfandrechte, 4.Auflage, 1996, § 5, 3 aなどを参照。

⁴⁰³ この危険は、土地所有権を取得するために必要な要件とされている登記手続きの時間的な問題に起因するだけでなく、主として、債権行為と物権行為が明確に峻別されていることに基づくものであると評価し得る。この点につき、Motive, a.a.O.246, S.237; Raschig, Vormerkungsfähige Ansprüche nach dem Reichsgrundbuchrechte, 1903, S.7などを参照。

⁴⁰⁴ これについては、Haegeler, Schutz des Grundstückskäufers durch Eintragung einer

対象となる請求権に絶対的な保護を付与するための有益な手段を提供するが、その中でも仮登記は、それがなされることによって、第三者に対して先行する物権変動の存在を周知させることができる⁴⁰⁵。したがって、仮登記に反する権利の取得者は、保全されている請求権が仮登記権利者によって行使されることによって自らの権利を失う可能性があることを計算しなければならない⁴⁰⁶。

このように、実際に生じることが避けられない危険性から第一買主を保護するために、仮登記制度は BGB に採用されたと評価し得る。このことは、BGB の体系的な問題として二重契約ないし二重譲渡が発生する場合を前提とした上で、その対応策として仮登記制度が存在していることを示している。まさに不動産物権をめぐる二重譲渡の場面において、仮登記制度はその特徴を最もよく発揮するのであり、また、理論的にも実務的にも必要不可欠な制度として位置付けられ得るのである。

第五節 小括

一 ドイツにおける仮登記制度の特徴

1 歴史的な特徴

以上、本章においては、ドイツにおける仮登記制度に関して検討を行ってきたが、ここで小括として、その歴史的な特徴、法的性質および BGB における位置付けに焦点を絞りつつ、まとめの作業を行いたい。また、あわせて、ドイツにおける仮登記制度の今後の課題と展望についても触れた上で、本章を締め括りたいと考える。

仮登記制度は、ある程度発展した登記制度の存在を前提とするものであるから、必然的に、そのような登記制度が存在していなかったローマ法にその起源を見出すことはできない。仮登記制度の起源はドイツの各ラント法にあり、とりわけ、プロイセン法上の仮登記制度が今日の BGB における仮登記制度との関係で重要である⁴⁰⁷。プロイセン法において採用されていた仮登記制度の目的および効果は、今日における仮登記制度にも相通ずるものであり⁴⁰⁸、特に、登記制度の発展に応じて、抵当権だけではなく所有権に関する仮登記も認められるに至ったことは、他のラント法と比較して顕著な特徴であった。

Aufassungsvormerkung, BIGBW 1959, 34 を参照。

⁴⁰⁵ この点につき、Sekler, a.a.O.316, S.3 を参照。

⁴⁰⁶ それに対して、動産に関しては同様の保護制度は存在しない。Prinz, a.a.O.322, S.164 ff.を参照。

⁴⁰⁷ プロイセン法における状況を中心として、その他のラント法における仮登記制度ないしそれに類似した制度をも詳細に検討するものとして、Biermann, a.a.O.234, S.1 ff.を参照。

⁴⁰⁸ ただし、そのプロイセン法においては、当初、仮登記 (Vormerkung) も異議 (Widerspruch) も、抗議ないし異議という意味を有する Protestation の語のもとに統一的に把握されていた。つまり、両制度の法的性質は同一視されていたのである。この点につき、例えば、AHO および ALR を参照。また、Motive, a.a.O.246, S.237 も参照。さらにその後、1872 年の EEG および PGBO においても、名称こそ Protestation から Vormerkung に変更されたとはいえ、プロイセン法においては両者の法的性質の相違は見過ごされたままであった。それに対して、バイエルンなどにおいては、仮登記と異議の法的性質の相違は自覚的に認識されていたと評価し得る。この点につき、Biermann, a.a.O.234, S.30 を参照。

しかしながら、仮登記制度は異論なくBGBに採用されたわけではない。まず、BGBの創設に際して行われた第一委員会の議論においては、仮登記制度の採用は明確に否定された。その理由としては、①仮登記以外にも裁判上の譲渡禁止などの債権を保全するための他の手段が充実していると思われること、②プロイセン法において採用されていたがBGBには採用しない方向で検討されていたいわゆるjus ad remが、仮登記制度を導入することによってBGBに採用されてしまう結果となってしまうおそれがあること、および、③物権と債権の混合形態のような制度を認めることは、BGBの体系と矛盾することになるのではないかという懸念などが挙げられていた⁴⁰⁹。

しかし、公表された第一草案に対する各界からの批判を受けて、第二委員会においては一転して、仮登記制度のBGBへの採用を認める主張が主流となった。そこでは、①すでに各ラントにおいて仮登記ないしそれに類似した制度が根付いていたこと、②単なる金銭債権と特定物を目的とした債権の相違、さらには、③第一委員会における仮登記不採用の根拠があまりに理論的な点に拘泥し過ぎていたことなどが、仮登記導入の理由として挙げられた⁴¹⁰。

以上のような歴史的経緯を経て、仮登記制度はBGBに採用されるに至った。また、そこでは、物権変動を求める債権的請求権を保全するためのいわゆる仮登記（Vormerkung）と、既存の物権を保護するためのいわゆる異議（Widerspruch）が、概念的にもその名称においても明確に区別されたのであった。

2 法的性質

仮登記の法的性質に関しては、BGBに根拠規定が存在しないということだけではなく、債権的請求権を保全する仮登記の効果が物権的な特徴を有していることから、様々な見解が主張されてきている。古くは物権と解する見解を始めとして、一種の期待権と解する見解、処分制限と解する見解、消極的支配権と解する見解、jus ad remと解する見解、および、単なる注記と解する見解など、具体的な見解を挙げれば枚挙に暇がない。今日における通説は、仮登記制度をあえてBGBの体系に準じて位置付けることを放棄し、債権的請求権を保全するための特殊な制度として把握した上で、その効果が一面において物権的な特徴を有するにすぎないものとして理解している。

しかしながら、いずれの見解もそれぞれにおいて難点を抱えており、説得的であるとは評価し難い状況にある。そこで、検討に値すると思われる見解は、物権か債権かという対立軸を念頭におくのではなく、絶対権と相対権という観点から仮登記制度を分析するものである。すなわち、仮登記が債権的請求権を保全するものであると同時に、絶対的な効果を有するものであることを正面から認めた上で、仮登記が物権なのか債権なのかという問題を回避するのである。そして、仮登記が有する絶対的な効果は、対象となる土地それ自体ではなく、物権変動を求める債権的請求権に付与されるのであるから、仮登記を物権として位置付けることは否定されるべきことになる⁴¹¹。

⁴⁰⁹ 仮登記制度に関する第一委員会での議論につき、詳しくは、Motive, a.a.O.246, 240 f.を参照。

⁴¹⁰ 第二委員会の議論に関しては、Protokolle, a.a.O.302, S.114 f.を参照。

⁴¹¹ 仮登記の法的性質論につき、学説史も含めて詳細に論じているものとして、Assmann,

3 BGBにおける位置付け

ドイツ法における仮登記制度の特徴として、その主要な根拠規定が登記手続法であるGBOだけではなく実体法であるBGBにも存在し、かつ、BGB 883条が仮登記制度を規定している条文として最も重要視されているという点を挙げることができる。このことは、民法典に仮登記制度の規定が存在しない日本法と対比してみると明らかであろう。ドイツ法において、仮登記制度が実体法上明確な位置付けを与えられているという事実は、登記手続法上の問題だけではなく、まさに実体法上の問題として仮登記をめぐる議論が存在し、さらには、BGBの体系との関連で、場合によってはそれとの衝突をも含んだ問題性を仮登記制度が孕んでいる、ということを示唆していると言えるだろう⁴¹²。

BGBの編纂過程においても、仮登記制度の導入に関しては議論が錯綜し、賛否両論が戦わされたのであって、債権的請求権を保全するために何らかの制度が必要であるということは共通認識であったが、仮登記がそれにふさわしいかどうかという点については、とりわけBGBの体系との整合性の観点から異論が出されたのであった⁴¹³。それにもかかわらず、債権的請求権を保全するための仮登記がBGBに導入されたのは、各ラントにおいてすでに仮登記制度が根付いていたことや、実務における有用性など、実際上の理由に拠るところが大きい。その反面において、とりわけ第一委員会において際立って議論されていたBGBの体系との整合性の問題は、解消されないまま今日に至っていると評価することが可能である⁴¹⁴。そのことが、仮登記のBGBにおける位置付けを曖昧なものにしている最も重要な理由の一つとなっている。

二 今後の課題と展望

1 実務における重要性

また、仮登記制度に関しては、今後の課題として捉えられるべき問題が数多く残されているのと同時に、今後の展望として検討されるべき点も多い。とりわけ、実務における仮登記制度の重要性は否定し難いものがあり、もはや仮登記制度なくして土地に関する権利変動をめぐる実務は成り立たない状態にあると言っても過言ではない。それゆえ、次に問題となるのは、そのような実務における仮登記制度の現状の把握と、それに対する理論的な根拠付けに関する点である。実際に利用されている仮登記制度の種類、それらの要件および効果、ならびに、それぞれの法的性質について精査し、さらに理論的な説明を施す必要があると思われる。それによって、実務における仮登記制度の位置付けがより確固なものとなり、その利便性も高まっていくことになるであろう。

実際のところ、実務においては、BGB 883条以下に規定されている物権変動を求める債権的請求権を保全するための仮登記だけではなく、BGB 1179条以下に定められている抹

a.a.O.238, S.277 ff.を参照。

⁴¹² 仮登記制度と BGB の体系との関係につき、Baur, a.a.O.222, S.219 f.などを参照。

⁴¹³ 仮登記制度が BGB に導入された経緯に関する詳細な研究として、赤松・前掲注 224・119・4 = 5・166、119・6・28、120・1・92 を参照。

⁴¹⁴ 仮登記に関する主要な根拠規定である BGB 883 条が、BGB の体系上、物権編の土地に関する権利の項目に置かれていることも、重要な示唆を与えるものであろう。

消の仮登記や GBO 18 条に基づく職権による仮登記など、典型的な仮登記として議論されていない仮登記が重要な役割を果たしているのであって、これらの仮登記に関する検討および分析は、今後の仮登記制度の研究にあたって必要不可欠な作業になるのではないかとと思われる。その場合に留意されるべき点としては、典型的な仮登記として論じられる BGB 883 条以下に基づく仮登記と、それ以外の仮登記との間に、法的な特徴としての相違が存在するの否か、また、存在するとすればそれほどのような特徴を有しているのかという問題を挙げるができると思われる。

2 体系的な問題の克服

しかしながら、仮登記制度に関しては、その法的性質論を始めとして、その体系的な位置付けについて、依然として見解の一致を見ることができないままである。前述した、債権的請求権を保全するための仮登記の法的性質を絶対的な効果を有する債権的請求権と構成する見解も、現在のところ一つの試論にすぎないのであって、仮登記の法的性質論を決定的に収束させる見解となり得るかについては、反論の余地があり得るだろう。仮登記制度が実務上有用な制度であることは否定し得ず、仮登記制度の存在そのものを疑問視することはもはや考えられないところであるが、そうであるとしても、仮登記制度の BGB における体系的な位置付けないし法的性質について検討することは、依然として必要な作業なのではないかと考えられる。

特に、不動産物権変動の場面において明確な物権債権峻別論を採用し、例えば土地所有権の移転の場面において、債権行為としての売買契約と物権行為としての所有権移転行為を厳密に区分しているドイツ法においては、仮登記の対象が債権的請求権であるということとその法的効果が物権的な特徴を有しているということを調和させるような、極めて困難な解釈論が必要となるのであり、それだからこそ、前述したような法的性質論が戦わされているのである。

第三章 仮登記制度と不動産物権変動論

第一節 序

一 仮登記制度の現状

1 ドイツにおける法状況

本稿では、ドイツにおける仮登記制度を足がかりとしながらわが国における不動産物権変動論に対する示唆を得ることを主たる目的としつつ、ここまで、第一章においてわが国における不動産物権変動論を検討し、第二章においてドイツにおける仮登記制度に関して分析を行ってきた。そして本章においては、前章までに得られた検討結果を前提としながら、仮登記制度と不動産物権変動論の関係に焦点を当てつつ、わが国における不動産物権変動論の再構成を試みたいと考える。そのために、まず本節において、両国の仮登記制度および不動産物権変動論の現状について整理を行い、続いて、本章における検討の順序を提示しておきたい。

まず、ドイツにおける仮登記制度の現状についてであるが、とりわけ BGB への導入に際しての錯綜した議論を中心とした歴史的経緯があったにもかかわらず、仮登記は土地取引

の場面において必要不可欠の存在となっている。その適用範囲は広範にわたっており、実務においてはますますその利用価値は高まっているとすることができる⁴¹⁵。その中でも特に重要視されるのが、所有権の変動を保全するために利用される所有権の仮登記であって⁴¹⁶、これは、立法者が許容しなかった条件付きの土地の譲渡を實際上可能にするためにも利用され得る⁴¹⁷。

本来であれば相対的な効果しか有しないはずの債権的請求権に対して、第三者の権利取得を相対的に無効にするという意味において絶対的な効果を付与する仮登記制度は、BGBにおける物権債権峻別論から生じる不都合を修正するために、実務において頻繁に利用されており、とりわけその点において、不動産物権変動論との密接な関係を看取することができる。

2 わが国における法状況

ドイツ法におけるのと同様に、わが国の法制度上においても仮登記制度は存在するが、その主たる規定は、実体法である民法においてではなく手続法としての不動産登記法に定められている。不動産登記法 105 条によれば、その 1 号において、手続上の要件が備わっていない場合になされる仮登記が規定されており、また、その 2 号において、停止条件付きの請求権などを保全する場合になされる仮登記が規定されている⁴¹⁸。

わが国においては、民法 176 条に基づき、意思表示のみによって不動産物権変動が生じることが許容されているのであるから、その意思表示の法的内容をどのように解するかに関して見解の相違があることは否定できないが、少なくとも、本登記を備えなくても不動産物権変動が生じると解さざるを得ないという意味において、日本法はいわゆる登記主義を採用してはいないのであり、そして、民法 177 条の規定内容は、効力要件主義ではなく対抗要件主義を採用したものであると評価せざるを得ない。

それでは、わが国の不動産登記法上の仮登記が保全の対象とする権利は、はたしてどのような権利なのであろうか。わが国における不動産物権変動システムが、前述したような意思主義および対抗要件主義を採用している以上、対抗力を備えていない物権変動が生じることが否定することはできない。したがって、対抗力のない物権を仮登記の対象とする

⁴¹⁵ 実務における動向につき、例えば、Lichtenberger, Buchbesprechung von dem Kommentar zur Konkursordnung von Franz Mentzel, fortgeführt von Georg Kuhn und Wilhelm Uhlenbruck, 9.Auflage, 1979, DNotZ 1979, 511; Ertl, Konkursrisiko trotz Vormerkung beim Hauskauf?, Rpfleger 1977, 82; Rastätter, Alternativ- und Sukzessivberechtigung bei der Aulassungsvormerkung, BWNotZ 1994, 27などを参照。

⁴¹⁶ 所有権の仮登記は、アウフラッスUNKの仮登記と称されることもあるが、アウフラッスUNKの仮登記という概念を放棄するものとしては、Weirich, Von der Auflassungsvormerkung zur Eigentumsvormerkung, NJW 1989, 1980; Assmann, a.a.O.238, S.9 f.などがある。

⁴¹⁷ この点につき、Protokolle, a.a.O.302, S.183; Kupisch, a.a.O.336, 491; Mülberr, Der Redliche Vormerkungserwerb - oder: Die Vormerkung als akzessorisches Recht, AcP 1997, 197, 341などを参照。

⁴¹⁸ 不動産登記法は平成 16 (2004) 年に全面改正がなされたが、仮登記に関する規定については、旧 2 条の規定内容が、実質的な変更を受けることなく、新 105 条にそのまま受け継がれていると評価することが可能である。

ことも、当然のごとく肯定されることになるであろう⁴¹⁹。また、同時に、当事者間の特約などに基づいて、いまだ契約関係が成立しているにすぎず、物権変動の効果が発生していない場合には、物権変動を求める債権的請求権も仮登記の対象とされることが許容され得る。さらに、わが国の民法においては、賃借権も登記の対象とされているため（民法 605 条）、物権変動を求める債権的請求権ではない債権も、仮登記の対象とされ得るということになる。

手続上の要件不備の場合の仮登記と請求権保全の仮登記を区別する点に着目するならば、わが国における仮登記制度はドイツ法に依拠して制定されたと評価することができるが、ドイツ法においては、前者の仮登記に関してはGBO 18 条に規定されており、後者の仮登記に関してはBGB 883 条に規定されているため、両者はそれぞれ全く異なる性質のものとして把握されていると言える。それに対して、日本法においては、両者は不動産登記法の同一条文中に規定がなされており、一応の区別はなされているものの、それぞれの手続きなどに関しては特に相違点は設けられていない。それゆえ、わが国の仮登記制度はドイツ法の影響を強く受けているとはいえ、両国の不動産物権変動システムの相違もあるため、必ずしもドイツ法におけるのと同様の解釈を行うことが有益であるとは言えない⁴²⁰。

二 不動産物権変動論の現状

1 ドイツにおける法状況

それでは、両国における不動産物権変動論の現状はどのようになっているのであろうか。まず、ドイツにおいては、前述したように、不動産物権変動の場面においても物権と債権の峻別が明確になされており、さらに、物権行為と債権行為は原則として無関係であるとされている。すなわち、例えば、債権行為としての契約が無効とされたとしても、それに基づく物権行為も当然に無効とされるわけではないのである。そして、不動産物権変動の要件としては、契約などの債権行為と、物権行為としての当事者間の物権的合意および登記が求められているのであるが、土地所有権の譲渡の場面に限っては、特殊な形式を用いた上での物権的合意（アウフラック）が要求されている（BGB 925 条）。

このように、物権行為と債権行為を明確に区別した上で、しかも両者の関係を無因のものとして位置付けるならば、債権行為の有効または無効に囚われることなく物権変動の効

⁴¹⁹ 不動産登記法 105 条 2 号の仮登記を、厳密に債権的請求権保全の仮登記と理解するならば、意思主義に基づいてすでに当事者間において物権変動の効果が発生してしまっている場合に仮登記を利用しようとしても、手続上の要件不備がなければそもそも 1 号仮登記を利用することはできず、物権変動を求める債権的請求権がすでに存在しなくなっている以上、2 号仮登記も利用することができないという結論に陥ることになる。したがって、最も仮登記の利用が要求されるこのような場合にも、理論的な難点を克服しつつ不動産登記法 105 条の仮登記を利用することができるようにするためには、2 号仮登記の対象として債権的請求権だけではなく対抗力のない物権をも含めるか、もしくは、登記義務者が本登記手続きに協力しないことを手続上の不備として捉えて 1 号仮登記を利用するという、二つの大まかな道筋が考えられる。

⁴²⁰ この点につき、わが国における仮登記制度をドイツにおける仮登記制度との比較において検討した上で、その解釈および適用に関するわが国での学説を紹介するものとして、生熊・前掲注 227・89 以下を参照。

果が維持される可能性が生じてくるのであるから、その限りにおいて、取引の促進を図ることができるということになる⁴²¹。

したがって、以上のようなドイツ法上の不動産物権変動システムを前提とするならば、わが国において問題とされているような、いわゆる土地所有権の二重譲渡の問題は理論的には発生しないことになる。同様の法状況が存在するとするならば、厳密には同一の土地を目的物とした二重契約の競合の問題が、検討の対象とされるということになるであろう。特に、第一契約に劣後する第二契約の存在が、法的にどのように評価され、そして、その後の物権行為に対してどのような影響が及ぼされるべきなのかという点が重要な課題となると思われる。その場合に、最終的には登記の移転によって物権変動の効果を発生させるという前提そのものがはたして維持されるべきものなのか、または、すでに何らかの別の手法によって実際には登記主義の原則を覆すようなことが行われているのかといった点も、分析の際の有用な視点として挙げられて然るべきであろう。

2 わが国における法状況

ドイツにおける状況に対して、わが国における不動産物権変動をめぐる論争は、ある一定の時期まできわめて激しく行われてきた⁴²²。とりわけ、民法 176 および 177 条の解釈論の問題として、物権行為の独自性、物権変動が生じる時期、対抗問題の法的構成、ならびに、登記がなければ対抗することができない物権変動および第三者の範囲などが、主たる争点として学説上華々しく論じられ、また、判例と通説の乖離現象も度々争点とされた。

しかしながら、その後、不動産物権変動論そのものに対して、それぞれの見解における理論構成が実際上の結論にそれほど大きな差異をもたらさないのではないかという観点を中心に批判が投げかけられ、しばらくの間、不動産物権変動論が活発に論じられることはなかった。判例の見解も各論点に関してかなり早い段階から一定の解釈論に落ち着きを見

⁴²¹ 基本的には、BGBにおいて採用されている明確な物権と債権の峻別は、自由競争を促進するために発展させられてきたものと評価することが可能であり、それに対して、一定の要件を前提としつつも特定物債権に対して第三者効を認めていたいわゆる *jus ad rem* の理論は、自由競争の促進が叫ばれる以前の倫理感と親和的であると言えることができるが、必ずしも、以前の法状況において全ての権利に第三者効が認められていたわけではなく、また、一方で、自由競争論が優位となった後において全ての権利に第三者効が認められなくなったわけではない。したがって、いわゆる 18 世紀的倫理観と 19 世紀的自由競争論の対立軸は有用ではあるが、それに基づいて即座に *jus ad rem* 理論と物権債権峻別論が対立させられ得るかどうかについては、検討の余地は残されていると言えるだろう。この点につき、生熊・前掲注 227・70 以下を参照。また、第一買主が背信的な第二買主に対して不法行為による損害賠償を請求し、その結果として、売主だけではなく第一買主自身への目的物の占有および登記名義の移転をも求めることができるとする判例の存在を指摘するものとして、好美・前掲注 251・386 以下を参照。

⁴²² わが国における不動産物権変動論の歴史的な展開過程について、詳しくは、滝沢聿代「物権変動の時期」星野英一編集代表『民法講座・第2巻・物権(1)』31頁以下(有斐閣、昭59)、同『物権変動の理論』(有斐閣、昭62)、同「物権変動論のその後の展開(一・二・完)」成城50・1、52・175(1995~1996)、鎌田薫「対抗問題と第三者」星野英一編集代表『民法講座・第2巻・物権(1)』67頁以下(有斐閣、昭59)、池田恒男「登記を要する物権変動」星野英一編集代表『民法講座・第2巻・物権(1)』137頁以下(有斐閣、昭59)などを参照。

せ、特に背信的悪意者排除論が判例上確立されてからは⁴²³、不動産物権変動をめぐる論点に関して、判例において全く新たな理論構成が試みられたことはないと言っても過言ではない。

しかし、最近になって、不動産物権変動論に対して新たな視点から積極的に意味付けを行おうとする優れた研究が数多く現れ始めている。その研究手法には様々なものが見受けられ、比較法的観点⁴²⁴からだけではなく、わが国における判例分析⁴²⁵や歴史的な検討⁴²⁶から示唆を得ようとする研究も存在し、不動産物権変動論における新たな潮流が生み出されていると評価することができるだろう。

三 検討の順序

わが国における不動産物権変動論のこのような現状を前提として、本稿では、ドイツの仮登記制度と不動産物権変動論の関係を分析しながら、わが国における不動産物権変動論に対して新たな視点を加え、それを再構成することを目的としている。そこで、具体的な考察に入る前に、本章における検討の順序について一言しておきたいと思う。

まず、次節において、仮登記制度が不動産物権変動論においてどのような重要性を有し

⁴²³ 背信的悪意者排除論を確立した判例として、最判昭 43・8・2民集 22・8・1571 を参照。

⁴²⁴ フランス法を検討対象とするものとして、例えば、七戸克彦「不動産物権変動における対抗力の本質 —ボワソナードを起点として—」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 23・71 以下 (1985)、同「不動産物権変動における意思主義の本質 —売買契約を中心に—」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 24・121 以下 (1986)、同「対抗」のフランス法的理解 —不動産物権を中心に—」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 26・65 以下 (1987)、同「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法研 64・12・195 以下 (1991)、加賀山茂「対抗不能の一般理論について —対抗要件の一般理論のために—」判タ 618・6 以下 (1986)、高橋良彰「ボアソナードの不動産公示制度 —「証書の登記」の概念とその史的検討のために(一)—」都法 29・1・449 (1988)、同「ボアソナードの二重譲渡論について —「倫理」・「自然法」・「実定法」をめぐる覚書—」都法 30・1・635 (1989)、横山美夏「不動産売買契約の「成立」と所有権の移転(一・二・完) —フランスにおける売買の双務契約を手がかりとして—」早法 65・2・1、65・3・85 (1989~1990)、および、同「競合する契約相互の優先関係(一~五・完)」法雑 42・4・914、43・4・607、45・3 = 4・464、47・1・41、49・4・815 (1996~2003) などを参照。また、ドイツ法を比較対象とするものとして、例えば、石田剛「不動産物権変動における公示の原則と登記の効力(一~三・完) —プロイセン=ドイツ法の物権的合意主義・登記主義・公信原則—」立教 46・129、49・124、51・53 (1997~1999) などを参照。

⁴²⁵ わが国における判例の展開から示唆を得ようとする研究として、例えば、松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」奥田昌道編集代表『林良平先生還暦記念論文集・現代私法学の課題と展望・中』65 頁 (有斐閣、昭 57)、同「不動産所有権二重譲渡紛争について(一・二)・完」龍谷 16・4・65、17・1・1 (1984)、および、同「民法一七七条の第三者・再論 —第三者の主體的資格と理論構成をめぐる最近の議論」前田達明編集代表『奥田昌道先生還暦記念・民事法理論の諸問題・下巻』185 頁 (成文堂、平 7) などを参照。

⁴²⁶ わが国における不動産物権変動システムの歴史的展開過程を検討するものとして、例えば、松尾弘「不動産譲渡法の形成過程における固有法と継受法の混交(1~3・完) —所有権譲渡理論における「意思主義」の歴史的および体系的理解に向けて(II) —」横国 3・1・1、3・2・33、4・1・103 (平 6~7) などを参照。

ているのか、また、両者の法的関係がどのような様相を呈しているのかについて、日本およびドイツそれぞれについて検討を行う。続いて、第三節において、ドイツにおける不動産物権変動論の分析を行い、わが国における不動産物権変動論にとって有益な示唆を抽出する。そして、第四節において、ドイツにおける不動産物権変動論の分析から得られた示唆に基づいて、わが国における不動産物権変動論の再構成を試みる。最後に、第五節において、小括として本章における検討結果のまとめを行いたい。

以上のような順序を経ることによって、仮登記制度を手がかりとしながらドイツにおける不動産物権変動論の分析を行うことを通じて、わが国における不動産物権変動論を新たな観点から検討し直すことができるであろう。そこで求められる解釈論としては、判例の見解との整合性を勘案しながらも、これまでの学説における議論状況をも前提とした、柔軟な理論を提示する必要がある。とりわけ、ドイツにおける不動産物権変動システムとわが国におけるそれとの相違点を度外視して、ドイツにおける法理論をわが国におけるシステムとして直接的に継受しようとすることは、厳に戒められなければならない。しかしながら、ドイツにおける不動産物権変動システムの全てが、わが国における不動産物権変動論にとって受け入れられないという性格のものではない。したがって、ドイツにおける不動産物権変動システムの中から、わが国の不動産物権変動システムにとって有益と思われる部分を自覚的に取捨選択しながら検討を進めていくことが、有意義であろうと考えられる。

第二節 仮登記制度と不動産物権変動論の関係

一 ドイツにおける土地所有権移転の場面に際しての仮登記の存在意義

1 理論的な側面

ドイツ法においては物権行為と債権行為が明確に峻別されており、不動産物権変動の場面においてもそのことが厳格に貫かれていることは顕著な特徴となっている（BGB 873条）。さらに、土地所有権の移転の場面では、物権行為としての合意は一定の形式を備えたものでなければならないとされており（BGB 925条）、債権行為との区別がいっそう際立つ構成となっている⁴²⁷。したがって、債権行為と物権行為がともに行われぬ限り、土地所有権の移転はそもそも生じないということになる。すると、取引関係に入ってはいるが、依然として土地所有権を取得するに至っていない状態の当事者が理論的に発生することになる。その反面において、そのような状態での土地所有権は譲渡人に残っているのだから、譲渡人は第三者にその所有権を新たに譲渡することが依然として可能である。そこに、第一契約を締結した譲受人の危険性が存在する。その危険性を回避するために利用されるのが請求権保全の仮登記であり、以上の点に鑑みれば、仮登記制度は、BGBにおいて採用されている物権債権峻別論から当然に生じる理論的な問題点を克服するために、自覚的にBGBに導入されたと評価することができるだろう。

⁴²⁷ ただし、実務においては、債権行為としての売買契約などの締結と物権行為としてのアウトラックスンクが同時に行われることも多いため、その限りにおいては、当事者間において物権行為と債権行為の区別についてどの程度意識されているかについては検討する余地があるが、少なくとも、両者を概念的に区別することは、BGBの構成上否定することができない。

仮登記の法的性質をどのように解するとしても、仮登記が有する相対的な無効という効力を前提とするならば、仮登記がなされた債権的請求権が物権的な特徴を備えることとなるのは否定できない。それゆえに、その限りにおいて、仮登記制度は債権行為と物権行為の間を架橋するもの、言い換えれば、債権行為と物権行為の境界を曖昧にするものであるとも言える⁴²⁸。このように考えるならば、仮登記制度はBGBにおいては異質の存在であると評価せざるを得ない。少なくとも、物権行為と債権行為の明確な峻別という点との関連において、重大な矛盾を内包している。しかしながら、翻って考えてみると、わが国における不動産物権変動システムと大きく異なる制度を採用しているドイツ法においても、実際には、仮登記を用いることによって債権行為と物権行為の区別を相対化しているのであって、両国におけるそれぞれの不動産物権変動システムがそれほど相容れないものであるというわけではないことも、看取することができる。

2 実際上の側面

それでは、実際上の側面から検討を加えた場合に、仮登記制度は不動産物権変動の場面においてどのような役割を果たしているのであろうか。そもそも、BGBにおいて物権債権峻別論が明確に採用され、不動産物権変動の場面においてもそのことが貫徹されているのは、物権行為までもがなされない限りは物権変動の効果が生じないとすることによって、できる限り自由競争を促進することにあると言える。譲渡人は、場合によっては第一契約における相手方に対して損害賠償義務を負うことになっても、新たに第二契約を締結した上で物権行為をも完了させてしまうことができるのであり、それが望ましい状況か否かについてはひとまず措くにしても、その限りにおいて自由競争の余地は広がることになる。

その点に鑑みると、仮登記制度の存在は自由競争を前提とした状況においては異質なものであり、むしろ、自由競争を阻害するものであるとも言えそうである。なぜならば、債権的請求権にすぎない存在である物権変動を求める請求権が仮登記されることによって絶対性を備えることになり、そのために、新たに取引関係に入ろうとする者が事実上減少することが予想され、結果として、それだけ自由競争の促進が阻害されることになると評価し得るからである。

しかしながら、自由競争という枠を超えて、より広く積極的な経済活動というレベルで考察するならば、二重契約の場面においては、より有利な条件を提示した者が目的物の権利を取得することができ、仮登記が利用される場面においても、他者よりも早く仮登記手続きを行った者が自らの請求権を保全することができるのであるから、その限りにおいては、単に二重契約が結ばれているにすぎない段階においても、仮登記が利用される場面においても、そこで重要視されているのは債権者の積極的な経済活動であって、その点において、両者は共通の性格を有しているとも言える⁴²⁹。

⁴²⁸ しかしながら、仮登記がなされた債権的請求権が物権に転化するわけではないことには注意を要する。この点につき、仮登記の法的性質論との関連において、Assmann, a.a.O.238, S.315 ff.を参照。

⁴²⁹ この点につき、生熊・前掲注 227・74 以下を参照。そこでは、第二取得者の悪意を条件として第一債権者に保護を与えるいわゆる *jus ad rem* 理論と仮登記制度の相違が明らかにされている。

二 日本における不動産所有権移転の場面に際しての仮登記の存在意義

1 理論的な側面

わが国の民法典においても、大陸法の影響を強く受けていることから、物権と債権の峻別を前提とした体系が構築されている。しかしながら、不動産物権変動の場面においては、ドイツ法におけるように物権行為と債権行為の区別が明確にされているとは評価し難い⁴³⁰。さらに、民法 176 および 177 条の存在から、わが国においてはいわゆる意思主義が採用されていると解釈されざるを得ないため、登記がなされていない物権、すなわち、対抗力を備えていない物権の存在も認められることになる。ドイツ法においては土地の物権変動に関して登記主義が採用されているために、登記を備えない限りそもそも物権変動は生じないことになるので、仮登記の対象は論理必然的に債権的請求権ということになるのであるが、日本法における仮登記の保全の対象とされる権利としては、債権的請求権に加えて対抗力を有しない物権も検討される余地があるということになる。

また、一方で、例えば土地の売買契約において買主が終局的に得ようとする法的地位は、絶対的な保護が与えられた所有権者としての地位であるわけだが、そのためには、少なくとも最終的には対抗要件としての登記までも備えなければならない。不動産物権変動を一連のプロセスとして考察するならば、例えば売買契約を通じて所有権の移転を行う場合には、契約締結後の売買代金の支払い、目的物としての土地の明け渡しおよび登記名義の移転という三つの欠くことのできない要素を、それぞれの順序の問題および所有権移転時期の問題をひとまず措くとしても、完結させる必要がある。その間に、二重譲渡ないし二重契約が行われ、第二譲受人が先に上記の要素を完結させた上で当該土地の所有権を取得する可能性を否定することはできない。そのような第二譲受人の最終的な権利取得を妨げるために、仮登記制度の存在意義がある。わが国においても、理論的な問題として、少なくとも本登記を備えるまでは排他的な所有権を取得することはできないのであるから、それまでの間に存する契約当事者の危険性を回避させる必要性があることになり、そのための有用な手段として、仮登記が用いられるのである。

仮登記がなされることによって、その対象とされた権利に対しては順位保全効が付与されることになる。したがって、その後現れた第三者に対しても仮登記権利者は自らの権利の存在を主張し、かりに第三者が正当に契約を締結しかつ本登記を備えた後であっても、仮登記の順位に基づいて自らの本登記の順位を基礎付けることができる。その限りにおいて、仮登記権利者の有する権利は、絶対的な効果を付与されており、かつ、排他的な性質を有することになるのである。以上の点に鑑みれば、わが国の不動産物権変動のプロセスにおいても仮登記制度は重要な役割を有しており、理論的な観点から見ても、物権行為と債権行為の区別を曖昧なものにしているからこそ、仮登記が内包している法的性質に関する問題点がそれほど疑問視されることなく受け入れられているとも評価し得る⁴³¹。

2 実際上の側面

⁴³⁰ むしろ、物権行為の独自性を否定する見解が通説であると言えるだろう。

⁴³¹ 仮登記と不動産物権変動論との関係について、絶対性と排他性の観点から検討を加えているものとして、生熊・前掲注 227・118 以下を参照。

わが国においては、たしかに、不動産物権変動の場面における物権行為と債権行為の峻別はドイツ法ほどには明確になされていない。しかしながら、譲渡人と譲受人との関係としては、売買契約の締結がなされたにすぎず、所有権がその時点で移転したとしても、その所有権には対抗力が認められていないような、債権的な関係にとどまっている段階から、売買契約の締結後、代金支払い、目的物としての土地の明け渡しおよび本登記の経由までもがなされ、所有権が譲受人に終局的に移転し、さらには対抗力も付与されているような、一連の物権変動のプロセスが終了している段階までが存在している。その一連の流れの中においては、わが国のシステムにおいても、債権的な段階と物権的な段階の区別は維持されているのであり、その点に、とりわけ、譲受人が有する権利に対して絶対的な効果を付与し、排他性を具備させるという点に、仮登記制度の重要性を看取することができる⁴³²。

したがって、わが国における法制度の下においても、絶対的な効果を有しかつ排他性をも有するような完全な所有権を取得していない、単なる債権者、もしくは、対抗力を備えていない物権を有するにすぎない者を保護する必要性が、実際上の観点から存在することになる。仮登記がなされている債権的請求権を物権と解するか否か、また、対抗力を備えていない物権を債権と解するか否かという問題を別にして、日本法においても、本登記を備えていない物権は、背信的悪意者排除論などが妥当するような例外的な場面でない限り、第三者に対抗することができないのであるから（民法 177 条）、少なくとも、それまでの間はある程度の競争原理が働いており、また、法制度上も許容されていると評価し得る。しかしながら、そのような状況下において、前述したような完全な物権を取得するに至っていない権利者を保護する必要性があり、その限りにおいて、競争原理を修正するものとして、仮登記制度の存在意義が実際上も認められるのである⁴³³。

三 不動産物権変動における仮登記

1 日本とドイツそれぞれにおける固有の特徴

仮登記制度は、不動産物権変動のプロセスにおいて重要な役割を担っているのであるから、必然的に、不動産物権変動システムがどのような内容を有しているのかによって大きな影響を受けることになる。この点、わが国における不動産物権変動システムは民法 176 および 177 条に基づき、意思主義および対抗要件主義を採用しているため、物権行為の独自性を肯定するか否か、さらには、物権変動が生じる時期をどのように解するかという問題点に関わらず、少なくとも、対抗力を備えていない物権の存在を認めざるを得ない⁴³⁴。

⁴³² その限りでは、わが国の不動産物権変動システムにおいても物権と債権の峻別は明確になされているのであって、そのことと、いわゆる物権行為の独自性を肯定するか否かという問題とは、区別して論じられるべきであろう。

⁴³³ かりに、仮登記制度が存在しないならば、第一契約者の立場が極めて脆弱なものになってしまうのであるから、そのような取引関係に入ろうとする意欲が減退する一因となるおそれがあり、結果として、取引の促進を妨げることにもなり得る。そのように考えるならば、仮登記制度は、むしろ、取引の促進に役立っているとも評価し得るのである。その証左として、仮登記担保が実務上考案され、その後、多くの問題点を孕みつつも、最終的には立法がなされるに至った経緯などを挙げるのが許されるのではないと思われる。

⁴³⁴ とりわけ、不動産物権変動の場面において当事者間の特約を認める以上は、本登記を備える前に物権変動が生じる可能性を否定することはできないであろう。

それゆえに、仮登記によって保全される権利としては、純粋な債権的請求権だけではなく、対抗力を備えていない物権をも挙げなければならない。

それに対して、ドイツ法においては、土地の物権変動に関して、いわゆる形式主義および効力要件主義が採用されているために（BGB 873 条、土地所有権の移転に際しては、とりわけ BGB 925 条）、本登記を備えなければ、そもそも物権変動の効果が発生しないのであるから、それまでの段階においてなされる仮登記の対象となる権利としては、原則として債権的請求権に尽きるということになる⁴³⁵。

以上のような両国における相違点は、不動産物権変動の場面において物権行為と債権行為の峻別が明確に行われているのか否かという違いとともに、不動産物権変動の法的プロセスの違い、とりわけ、不動産物権変動における登記の法的役割の相違に基づくものであると言えるだろう⁴³⁶。

2 日本とドイツにおける共通の特徴

しかしながら、それぞれで異なる不動産物権変動システムが採用されている日本とドイツにおいても、不動産物権変動における仮登記の役割に着目してみると、共通する一面を看取することができる。わが国の判例および通説が、不動産物権変動における物権行為の独自性を肯定していないことは事実であるが、民法典の体系が物権と債権の区別を前提として構築されていることは否定され得ない。そして、不動産物権変動の場面における出発点が契約の締結または契約締結に向けられた一連の活動にあり、その終着点が譲受人への完全な物権の移転にあることも否定され得ないであろう⁴³⁷。そのような不動産物権変動の一連のプロセスにおいて、仮登記は、その保全の対象となる権利に絶対性と排他性を付与することによって、仮登記権利者の法的地位を確保するとともに、完全な物権の取得へ向けられた活動を一歩進める役割を担っている。この点は、わが国においてもドイツにおいても共通の一面であろう。

このような両国において共通する仮登記の特徴は、不動産物権変動における本登記をも含めた登記制度の理論的な位置付けに関しても、さらなる検討を加える必要性が存在することを示唆しているようにも思われる⁴³⁸。

第三節 ドイツにおける不動産物権変動論の分析

一 債権行為と物権行為の明確な峻別

1 自由競争の促進とその修正

続いて、ドイツにおける不動産物権変動論の分析に移りたい。ドイツ法上の不動産物権

⁴³⁵ この問題と、仮登記によって保全された債権的請求権が物権と解され得るのか否かという問題とは対象が異なる。

⁴³⁶ この点につき、Sekler, a.a.O.316, S.21 などを参照。

⁴³⁷ このことは、所有権の移転時期に関するいわゆる段階的移転説を採用するか否かに関わらず肯定されるべきである。段階的移転説に関しては、鈴木・前掲注 160・85 頁以下を参照。

⁴³⁸ わが国の不動産物権変動を登記主義的に把握することの可能性について検討しているものとして、石田・前掲注 52・51・87 以下を参照。

変動理論の顕著な特徴として、契約などの債権行為と登記などの物権行為が明確に峻別されていることが挙げられるが、このことを起点として、ドイツにおける不動産物権変動に関する基本的な理論が構築されていると言うことができる。例えば、物権変動が完了した後、その原因行為としての契約が無効とされた場合にも、物権行為は原則としてその影響を受けることはなく、不当利得としての関係が残るにすぎない⁴³⁹。また、物権変動が生じる時期に関しても、物権行為がなされなければそもそも物権変動が生じないのであるから、時期の問題は物権行為と密接に関連付けられており、特に問題は生じないことになる。

以上のようなドイツ法の特徴は、物権変動における法律関係を明確なものにすることに寄与し、さらに、物権行為が覆される可能性が相対的に低くなることから、結果として、取引の促進に役立つことになる。そして、物権行為としての登記が物権変動の不可欠な要件の一つとされているということは、登記を備えない限りは、その者はたとえ第三者が悪意であっても自らの権利の存在を原則として主張できないという帰結に至るのであるから、その点において、自由競争を促進することにも奉仕していると評価し得る。

しかしながら、取引および自由競争の促進は、第一契約の後に現れる第三者だけを中心として図られるのではなく、第一契約における当事者を保護することによっても図られる必要がある。つまり、第一契約における当事者に対して一定程度の保護が与えられなければ、そもそも土地取引に参加しようとする者が減少するおそれが生じてくるのである。また、事後的に現れた者が先に契約を締結していた者に対して優先するという結論自体も、再考の余地があると言える。そこで利用されるのが仮登記制度である。仮登記を行った者を保護するということは、仮登記を第三者よりも先に行った者を保護するという点で、広義の自由競争の範疇に属していると言うこともできるのであるから、仮登記制度も自由競争ないし取引の促進に奉仕するものであると評価することができると同時に、仮登記権利者側に焦点を当てることによって、自由競争の修正を図る制度であるとも言える。

2 体系上の問題

このように、ドイツ法を貫く物権債権峻別論は自由競争および取引の促進を図ることに寄与してきたが、一方で、物権行為の無因性や所有権の移転時期の問題などの、画一的な処理に起因する諸問題に対する懸念から、厳格な物権債権峻別論を修正する動きがないわけではなかった⁴⁴⁰。しかしながら、そこで問題となるのが、BGBが明確に採用している体系との衝突の問題である。なぜならば、不動産物権変動の場面においても債権行為と物権行為を峻別した上で登記主義を採用した以上、物権行為が行われておらず、単に二重に契約が締結されているにすぎない状況にあっては、自由競争の原理が支配することになるのであり、すでに物権行為もなされ、物権変動の効果が生じた後においては、債権者は債権関係を有しているにすぎない第三者に対してさえ対抗することはできないのであるから、まして、物権取得者に対して対抗することはできないというのが、論理的な帰結であると

⁴³⁹ したがって、原因行為の無効に伴って当然に物権変動それ自体も無効とされるわけではないのである。

⁴⁴⁰ 例えば、第一契約者が背信的な第三者に対して不法行為に基づく損害賠償請求権を行使し、それに基づいて、自らへの物権変動を請求することを認めた判決を紹介するものとして、好美・前掲注 251・386 以下を参照。

思われるからである⁴⁴¹。

そして、仮登記制度は、債権的請求権を有するにすぎない仮登記権利者に対して絶対的な保護を与えるという特徴を有することから、一見すると物権債権峻別論に基づく自由競争の促進を修正する方向へ機能するように思われるが、積極的に自らの権利を保全するために活動した者が優先されるという点において、むしろ自由競争の促進に寄与する一面があることは前述した通りである。しかしながら、債権的請求権に物権的な効果が付与されるという結論を是認する点において、物権と債権の区別を明確にしているBGBの体系との衝突という問題が、ここでも浮上してくることになる⁴⁴²。BGBの体系を維持するために、仮登記によって保全の対象とされるのは物権変動を求める債権的請求権であり、その債権的請求権も、仮登記がなされることによって物権に転化するのではなく、絶対的な保護が付与されるにすぎないのであるから、依然として債権としての性質を保っているとする解釈もたしかに主張され得るのであるが、債務者が破産した場合などにおける仮登記権利者が有する権利に関して考察してみても、仮登記によって保全された権利がきわめて物権に類似した性質を有していることも否定し得ないのである⁴⁴³。

このように、ドイツ法の顕著な特徴と言える物権債権峻別論は自由競争および取引の促進にとって大きな役割を果たしてきたが、今日においてはそれを修正する動きも見られる。しかし、その修正はBGBの体系を崩すことをも意味するのであるから、物権債権峻別論に端を発する実務上の問題点が指摘されているとはいえ、即座に理論的な面において対応することは困難であると言わざるを得ない。

二 二重契約の場面

1 契約当事者間の関係

以上のように、不動産物権変動の場面においても債権行為と物権行為を明確に峻別し、物権行為が完了しない限りは物権変動の効果が生じないとしているドイツ法においては、原則として、わが国で問題とされる土地所有権の二重譲渡という法状況は厳密には存在しない⁴⁴⁴。ただし、土地の譲渡人がその所有権の移転を目的とした同一内容の契約を複数人と締結することはあり得るのであって、その法状況はわが国における二重譲渡の場面と類似したものとなる。そこで、同一の土地所有権の移転に関する契約が二重に締結された場

⁴⁴¹ このような体系上の問題を無視して、一定の要件の下で物権取得者に対する優先的な地位を第一契約者に与えることを認めるならば、BGBの編纂に際して導入することが否定された *jus ad rem* との関係を含味する必要性が生じてくることになるであろう。

⁴⁴² 実際に、BGBの編纂過程において激しい議論が戦わされたのであった。この点につき、第一委員会での議論に関して、Motive, a.a.O.246, S.240 f.を参照。また、第二委員会での議論に関しては、Protokolle, a.a.O.302, S.114 f.を参照。

⁴⁴³ 通説が、仮登記を物権的性質と債権的性質が混合した制度であるとひとまず理解していることも、理由がないわけではないのである。例えば、Baur, a.a.O.222, S.219 f.を参照。

⁴⁴⁴ 土地所有権は、契約などの債権行為だけではなく、アウフラックと登記までもがなされなければそもそも移転しないのであるから、当該所有権が移転していない間はそれは依然として譲渡人の下に存在しているのであって、取引の相手方にはまだ移転していないために譲渡されてはならず、一方で、最初に債権行為と物権行為を完了させた者が現れた時点で当該所有権はその者に確定的に初めて移転するのであるから、その時点で譲渡人から他の者にさらに所有権を譲渡することはできないということになる。

面が、ドイツ法においてどのように処理されているのかについて検討を加えたい。

債権行為としての売買契約などが締結されているにすぎない間は、契約当事者間に存在するのは当然に債権関係のみであって、売主は買主に対して当該土地所有権を移転する義務を始めとして、所有権の移転に必要な行為を行う義務を負う（BGB 433 条 1 項）。その一方で、買主は売主に対してその対価を支払う義務を負うことになる（BGB 433 条 2 項）。そして、契約において定められた債務を履行しない場合には債務不履行責任を負うことになるのであるから、売主が他の者と二重に契約を締結し、第二買主に当該土地所有権を譲渡した場合には、第一買主に対する債務の履行が不能になってしまうために、第一買主に対して当然に債務不履行責任を負うことになる（BGB 280 条以下）。この場合には、すでに売主から第二買主に対して所有権の移転が行われてしまっているのであるから、第一買主は原則としてもはや当該土地所有権を取得することはできないことになる。

これに対して、第二買主よりも先に売主と第一買主との間で物権行為としてのアウフラックと登記が行われれば、第一買主は所有権を取得することができる。そして、かりに債権行為としての売買契約が何らかの理由に基づいて無効とされた場合にも、ドイツ法上、物権行為の無因性が認められていることから、物権行為としてのアウフラックおよび登記までもが当然に無効とされることはないために、第一買主は即座に当該土地所有権を失うことはないのである⁴⁴⁵。

2 第三者との関係

続いて、売主が第一買主と土地所有権の移転を目的とする契約を締結した後、同一の土地所有権の移転を目的とした第二契約を第二買主と締結し、かつ、その第二買主との間で物権行為も完了した場合の、第一買主と第二買主との間の法律関係について検討したい。

売主と第一買主との間の法律関係が債権関係にとどまっている段階においては物権変動の効果は依然として発生していないのであり、その意味において、土地所有権の取得をめぐる法律関係は一般に開かれていることになるのであるから、第二買主が現れる可能性は法律によって許容されていると言える。そして、第二買主が第一買主よりも先に物権行為を完了した場合には、売主と第二買主との間の債権契約および物権契約に何らかの瑕疵があるなどの特段の事情が存在しない限り、第二買主は確定的に有効に当該土地所有権を取得することができる⁴⁴⁶。このことは自由競争の原理に基づく帰結なのであるから、第二買

⁴⁴⁵ しかしながら、ドイツにおいても、物権行為の無因性に基づく実際上の結論に対しては疑問が投げかけられており、判例および学説を通じて、債権行為の無効などの影響を物権行為にも及ぼそうとするための様々な解釈論が提示されている。例えば判例は、特段の事情が存在しない限りにおいて、詐欺取消に基づく債権契約の無効はそれに関係する物権契約の無効をももたらすとする、いわゆる瑕疵の同一性（Fehleridentität）の法理を採用している。この点につき、RGZ 70, 55 を参照。ドイツにおける無因性原則の修正に関する判例および学説について詳細に検討するものとして、石田・前掲注 52・51・64 以下を参照。

⁴⁴⁶ 第二買主が取引関係に入る過程において、その者の善意または悪意などの主観的要素は原則として考慮されない。したがって、悪意の第二買主も有効に物権を取得することができることになる。ただし、判例は、良俗違反の不法行為（BGB 826 条）に基づく原状回復的な損害賠償（BGB 249 条）によって、第一買主に対して害意を有しているような悪質

主の活動は法的には違法と判断されず、原則として第一買主は第二買主に対して不法行為に基づく損害賠償を請求することができない。

このように、ドイツ法は自由競争の原理が適用される範囲として、債権契約の締結時を越えて物権行為の完了時までをも含めているとの評価が可能であろう。債権行為と物権行為を区別し、物権行為が完了するまでの第一買主の法的地位を特定物債権者として位置付ける以上、絶対性および排他性を有しない債権者としての第一買主が第二買主を排除することはできないというのが、論理的な帰結なのである。

三 仮登記の存在意義

1 債権行為と物権行為を架橋するものとしての役割

債権行為と物権行為を区別し、両者の関係性を切断するという考え方は、自由競争および取引を促進する観点からはそれなりに合理性が認められるのであるが、実務上の観点からは、物権債権峻別論を前提とした二重契約の局面における債権的請求権しか有しない者を保護する必要性も生じてくる。そこで、まず考えられ得る手段としては、物権的先買権や物権的期待権を挙げることができる。しかしながら、物権的先買権を取得するためには物権的合意と登記を必要とし（BGB 873 および 1094 条）、物権的期待権を発生させるためには拘束力のある物権的合意と登記許諾の存在が要件とされているために、債権的請求権を有するにすぎない者がそのような法的地位を獲得することはそれほど容易ではない。

それに対して、仮登記は、売主による仮登記の許諾がある場合はもちろん、仮処分に基づいてなされることも許容されているので（BGB 885 条 1 項）⁴⁴⁷、物権的先買権や物権的期待権よりも要件の点に関して買主にとって利用し易い制度であると言える。しかしながら、物権的合意などの物権行為を要することなく保全対象である債権的請求権に対して絶対性および排他性を付与する点においては、BGBの体系との整合性の観点から、主として理論的な問題も多い。仮登記の法的性質をどのように解するとしても、仮登記によって保全された請求権が物権に類似した性質を帯びることになるのは否定し難い。その限りにおいて、仮登記は債権行為と物権行為を架橋する制度であると言うこともできるだろう。

ドイツ法においては、以前、土地の二重契約がなされた際に第二契約者が第一契約の存在について悪意であった場合には第一契約者に対して優先することができないとすることによって、特定物債権を保護する法制度が存在した⁴⁴⁸。しかし、その保護はEEGの制定に際して受け継がれることがなく、そこでは物権的合意主義および登記主義が採用されるに至り、そのシステムがそのままBGBに継承されている。この点に鑑みると、特定物債権を保護するための制度として、*jus ad rem*の代わりに仮登記が導入されたとも評価し得る⁴⁴⁹。

な第二買主を排除している。この点につき、好美・前掲注 251・386 以下を参照。

⁴⁴⁷ しかも、仮登記によって保全の対象とされる債権的請求権が危険にさらされていることを疎明する必要はない（BGB 885 条 1 項 2 文）。

⁴⁴⁸ この *jus ad rem* と呼ばれる特定物債権に対する保護は、ALR において採用されていた。

⁴⁴⁹ ドイツにおいては、EEG の制定によって、抵当権だけではなく所有権の登記も認められるようになり、それに伴って土地所有権の移転を求める債権的請求権を保全するための仮登記も認められるようになった。*jus ad rem* と仮登記によって保全された請求権の法的性質の差異を等閑視することはできないが、機能的な観点からすれば、仮登記を *jus ad rem* の代替物と評価することは許されるであろう。この点につき、好美・前掲注 251・361 以

2 登記主義との整合性

BGBはその編纂にあたって、物権と債権の峻別を前提とした体系を形成し、不動産物権変動の場面においても債権行為と物権行為を明確に区別しながら、それぞれの行為を完了させない限りは物権変動の効果が発生しないとする態度決定を行った。とりわけ、登記が物権行為の主たる要素として位置付けられ、原則として登記が存在しないところには物権も存在しないとすることによって、登記による不動産法秩序の統一的な把握を試みたことは注目に値する。このような登記主義が採用された一方で、先行する契約の存在についての善意または悪意は不問とされ、悪意の第二契約者も先に物権行為を完了させることによって有効に物権を取得することが可能とされた。したがって、結論において、BGBはEEGにおいて採用されていた基本原則を踏襲したと評価することが可能である。

しかしながら、登記主義を採用したことによって、論理必然的に先行契約についての善意または悪意が不問とされる原則までもが採用されることにはならない。そこには、自由競争の枠を超えた問題が存在するからである⁴⁵⁰。たしかに、EEGの制定に際して*jus ad rem*は廃止され、BGBにおいてもそれが復活することはなかったが、物権と債権の峻別を前提としたとしても、第一契約者に対する害意を有するような悪質な第二契約者を排除すること自体は依然として問題となるのであり、その手法を模索する努力は評価されるべきものであろう⁴⁵¹。そして、その*jus ad rem*の機能を代替する制度として仮登記制度を位置付けることができるならば、本登記よりも要件の点で利用し易い仮登記が、第二契約者の悪意を導くのにより効果的であるとともに、第一契約者の法的地位を保護することにも有用であるということになる。

仮登記は登記制度の存在を前提とする制度であって、仮登記権利者が有する債権的請求権に絶対性および排他性を付与することによって、第二契約者の権利取得を相対的に無効とする（BGB 883条2項）。これは、厳密には債権の物権化をもたらすものではなく、物権変動の効果が発生するためには、依然として物権的合意と登記が必要とされる。それゆえ、仮登記制度の存在は登記主義に反するものではない。そして、登記主義と、第二契約者の善意悪意不問原則の修正は、必ずしも矛盾するものではない。これらのことに鑑みる

下、および、生熊・前掲注 227・53 以下を参照。

⁴⁵⁰ そもそも、登記制度は、それによって一般に物権の存在を公示することによって、当該物権の存在について取引当事者を含む一般人を悪意の状態に導く制度であるとも評価し得る。そして、登記がなされていなくても、すでに先行契約が存在しているのであれば、第一契約者は第二契約者よりも取引の過程において先んじていることが予測され得るし、また、さらに第一契約者がその土地においてすでに生活の基盤を構築しているような場合には、そのことを認識した上でそれを覆すような取引への第二契約者の参加は、もはや自由競争の枠を超えて、第一契約者の権利を侵害する行為であるとも評価し得る。この点に鑑みるならば、登記主義を原則として採用しつつも、善意悪意不問の原則を修正することは、実際上の観点からのみならず、理論的な観点からも可能なのではないかと考えられる。なぜならば、第二契約者の悪意が登記によってもたらされたものではないとしても、登記主義が悪意の第二契約者の権利取得を許容しているわけではないからである。

⁴⁵¹ とりわけ、判例において、第二契約者が単純悪意にすぎないような場合にも、その者の権利取得を否定する傾向があることは注目に値する。この点につき、生熊・前掲注 227・72 以下を参照。

ならば、仮登記制度は登記主義との整合性の点においても、その理論的問題を克服することができるように思われる。

このように、仮登記制度はドイツ法において採用されている物権債権峻別論を前提とした体系との関係では異質な特徴を有するものではあるが、ドイツの不動産物権変動システムにおける顕著な特徴である登記主義とは矛盾するものではない。それでは、翻って、わが国の不動産物権変動システムにおいて、仮登記はどのような位置付けが与えられるべきなのであろうか。換言するならば、わが国の不動産物権変動システムにおいて採用されている諸原則との関係で、矛盾点は存在しないのであろうか。一見するとわが国の不動産物権変動システムとは相容れないように思われるシステムを採用しているドイツ法が、仮登記の存在によって、実際には柔軟に運用されていることがこれまでの検討から理解され得ると思われる。それゆえ、フランス法的な不動産物権変動システムを採用している日本法の解釈論を展開するにあたって、仮登記を分析のための主たる道具として用いることによって、ドイツ法から得られた示唆を参考にすることが可能になると考えられる。

第四節 わが国における不動産物権変動論の再構成

一 判例と学説の現状

1 判例

本節では、前節までにおいて得られたドイツ法からの示唆に基づいて、ドイツ法的な分析枠組を用いながら、わが国における不動産物権変動論の再構成を行うことを目的とする。そこで、まず、わが国における判例および学説の現状について確認しておきたい。

わが国における不動産物権変動論は、民法 176 および 177 条の解釈論を中心として展開されてきている。そこでは、主に、民法 176 条の解釈問題として、物権行為の独自性と物権変動が生じる時期をめぐる問題が論じられ、そして、民法 177 条の解釈問題として、登記がなければ対抗することができない物権変動および第三者の範囲をめぐる問題が論じられている。さらには、民法 176 条と 177 条の関係についての問題として、対抗問題の法的構成がこれまで激しく論じられてきた。

これらの諸問題に関して判例は、まず、物権行為の独自性については否定していると考えられ⁴⁵²、物権変動が生じる時期についてはいわゆる契約成立時説を原則として維持していると評価され得る⁴⁵³。また、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲については無制限説を採用しており⁴⁵⁴、その第三者の範囲については制限説を採用するとと

⁴⁵² 物権行為の独自性を否定することを前提とした解釈論を展開していると思われる判決として、大判明 28・11・7 民録 1・4・28、大判明 30・6・7 民録 3・6・25、大判大 8・5・13 民録 25・770、大判大 10・6・9 民録 27・1122、および、最判昭 33・6・20 民集 12・10・1585 などを参照。一方で、特定物売買における意思表示を原則として債権的意思表示と解さなければならない理由はないとして、物権行為の独自性を肯定する方向性を否定しなかった判決もないわけではなかった。これについては、最判昭 23・2・10 裁民 1・73 などを参照。

⁴⁵³ 契約成立時説を明確に説いた判決として、大判大 2・10・25 民録 19・857 を参照。

⁴⁵⁴ 登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲について無制限説を採用した判決として、大連判明 41・12・15 民録 14・1301 を参照。

もに⁴⁵⁵、第三者の主観的側面にも注目していわゆる背信的悪意者排除論を採用している⁴⁵⁶。そして、対抗問題の法的構成については、特に意識的な問題解決を図っているようには思われず、確定的な判断を示してはいない状況にある⁴⁵⁷。

これらの諸問題に関する判例の見解の基本的な理論枠組はかなり以前に提示されたものであって、すでにほぼ確立されたものであると評価できるほどに、同様の判断がこれまで積み重ねられてきている。そして、判例理論を実際の事件に硬直的に当てはめることによって不当な結果がもたらされることが予測される場合には、事実認定の段階において柔軟な判断を示すことによって妥当な結論を導き出す努力が営まれている⁴⁵⁸。したがって、今後、判例の見解が覆されることは困難な状況にあると言えるだろう。しかしながら、判例をより説得的に説明し得る理論を示すことの重要性とともに、判例を批判的に検討する試みも忘れてはならないと思われる⁴⁵⁹。

2 学説

比較的初期の段階から基本的な見解が確立されていた判例における展開とは異なって、学説においては民法典制定以来、様々な見解が主張され続けており、今日においてもなお新しい見解が提示されている。

今日における通説的な見解は、物権行為の独自性を認めていない⁴⁶⁰。そして、物権変動

⁴⁵⁵ 登記がなければ対抗することができない第三者の範囲について制限説を採用した判決として、大連判明 41・12・15 民録 14・1276 を参照。

⁴⁵⁶ 背信的悪意者排除論を判例上明確に確立した判決として、最判昭 43・8・2 民集 22・8・1571 を参照。

⁴⁵⁷ 比較的、判例においては、不完全物権変動説に依拠していると評価し得る判決が数多く散見される。この点につき、例えば、大連判大 15・2・1 民集 5・44、および、最判昭 33・10・14 民集 12・14・3111 などを参照。しかしながら、相対的無効説を採用しているように思われる判決（例えば、大判明 34・2・22 民録 7・3・101、および、大判明 39・4・25 民録 12・660 などを参照）や、第三者主張説を採用しているように解される判決（大判明 45・6・28 民録 18・670 などを参照）も存在しており、さらに、判例は実際の結論を左右する問題として対抗問題の法的構成を位置付けてはいない。したがって、この問題に関する判例の立場が一致していると解することは、困難であると評価せざるを得ないであろう。

⁴⁵⁸ 例えば、判例は、物権変動が生じる時期に関する契約成立時説を維持しながら、実際の判断においては契約成立時を代金支払時と一致させるなどして、妥当な結論を導き出していると評価し得る。この点につき、所有権の移転時期に関する判例を詳細に検討したものととして、吉原節夫「特定物売買における所有権移転の時期」に関する戦後の判例について一民法 176 条の研究（1）一」富大経済論集 6・3＝4・540（1961）、同「物権変動の時期に関する判例の再検討（一・二）一民法一七六条の研究（2）一」富大経済論集 7・2・164、8・1・1（1961～1962）、同「特定物売買における所有権移転の時期」民商 48・6・827（1963）、および、同「所有権移転時期に関する最近の論争に寄せて」富大経済論集 27・3・654（1982）を参照。

⁴⁵⁹ 特に、対抗問題の法的構成に関しては、判例は自覚的にこの問題を意識していないように思われるため、学説による検討が必要不可欠な問題領域であると考えられる。

⁴⁶⁰ 物権行為の独自性を否定する見解の先駆けとなったものとして、末弘巖太郎『物権法・上巻』86 頁（有斐閣、大 10）を参照。また、末弘博士の見解を前提とした上で、さらに理論的な精緻化を図ったものとして、川島武宜『新版・所有権法の理論』219 頁以下（岩

が生じる時期については、契約成立時説を採用した上で契約が成立する時点を柔軟に解釈するか、それとも、端的に代金支払いや登記名義の移転を物権変動の効力発生時とするかの相違は存在するとしても、単なる債権的意思表示の合致だけではなく、何らかの外部的徴表を要求する見解が大勢を占めていると思われる⁴⁶¹。また、登記がなければ対抗することができない物権変動および第三者の範囲に関しては、それぞれについて何らかの基準で制限する見解が一般的に支持されていると言うことができる⁴⁶²。さらに、対抗問題の法的構成については、いわゆる法定取得説が優勢であり⁴⁶³、それに対して公信力説が少数ながらも有力に主張されていると評価し得る⁴⁶⁴。

しかしながら、最近の議論においては、それまでの通説的な見解を前提としつつも、新しい観点に基づくアプローチが試みられている。わが国の不動産物権変動システムが基本的にはフランス法を母法としていることから、フランス法理論に示唆を求める研究が数多く見受けられることは否定できないが⁴⁶⁵、わが国の判例法や法制史⁴⁶⁶、さらにはドイツ法

波書店、1987)を参照。

⁴⁶¹ 所有権の移転時期に関して、代金支払いに加えて、登記の移転および目的物の引き渡しをもその基準として採用するものとして、川島武宜『民法I』153頁(有斐閣、昭35)を参照。それに対して、原則として契約成立時説を採用すべきであると主張するものとして、滝沢幸代「物権変動の時期」星野英一編集代表『民法講座・第2巻・物権(1)』53頁以下(有斐閣、昭59)を参照。

⁴⁶² たしかに、第三者の範囲に関して、判例理論を支持する見解と対抗問題限定説を採用する見解との間に理論的な点での相違は存在するが、結論において第三者の範囲を制限すること自体については異論は見られない。対抗問題限定説を採用する見解として、石田文次郎『物権法論』147頁(有斐閣、昭7)、川島武宜『新版・所有権法の理論』237頁(岩波書店、1987)、於保不二雄「公示なき物権の本質」論叢58・3・13以下(昭27)、杉之原舜一『不動産登記法』29頁(一粒社、昭32)、舟橋諄一『物権法』159頁(有斐閣、昭35)、および、原島重義「登記の対抗力に関する判例研究序説」法政30・3・17以下(昭38)などを参照。また、第三者の主観的側面に関しては、背信的悪意者排除説を採用する学説が通説的な位置を占めていると思われる。

⁴⁶³ 法定取得説を主張する見解の中で代表的なものとして、鈴木禄弥「民法177条の「対抗スルコトヲ得ス」の意味」同『物権法の研究』242頁(創文社、昭51)、星野英一「日本民法の不動産物権変動制度 一母法フランス法と対比しつつ」国民と司法書士9以下(1980)、滝沢幸代『物権変動の理論』(有斐閣、昭62)、および、同「物権変動論のその後の展開(一・二・完)」成城50・1、52・175(1995~1996)などを参照。

⁴⁶⁴ 公信力説を採用する代表的な見解として、篠塚昭次「物権の二重譲渡」法セ113・44以下(昭40)、半田正夫「不動産の二重譲渡への一つのアプローチ」北法16・4・38以下(昭41)、石田喜久夫「対抗問題から公信力へ」追手門7・1・7以下(昭47)、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全 一フランスにおける判例の「転換」をめぐって一」比較法学(早稲田大学)9・2・31以下(昭49)、および、同「フランスにおける不動産取引と公証人の役割(一・二) 一「フランス法主義」の理解のために一」早法56・1・31、56・2・1(1980)などを参照。

⁴⁶⁵ フランス法に示唆を求める研究として、七戸克彦「不動産物権変動における対抗力の本質 一ボワソナードを起点として一」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集23・71以下(1985)、同「不動産物権変動における意思主義の本質 一売買契約を中心にして一」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集24・121以下(1986)、同「「対抗」のフランス法的理解 一不動産物権を中心にして一」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集26・65以下(1987)、同「対抗要件主義に関するボワソナード理論」法研64・12・195以下(1991)、加賀山茂

に依拠した研究も存在する⁴⁶⁷。そこでは、わが国の判例理論をより説得的に説明し得るモデルを提示しようとするものや、不法行為または公序良俗の法理を援用することによって二重譲渡紛争の解決を図ろうとするものなどがあり、各論者の関心は多岐にわたっていると言える。

不動産物権変動論をめぐる問題に関しては、依然として各論者によって隔たりがあるとともに、そもそも判例と学説の間の乖離が甚だしく、議論は全く収束の気配を見せていない。新たなアプローチが試みられることによって不動産物権変動をめぐる議論がさらに深化することについては疑問の余地がないが、有力な見解が新たに主張されることによって、これまで以上に議論の焦点が拡散してしまう傾向を否定することもできないため、不動産物権変動論として論じられるべき主題を絞った上で、それぞれについての明確な見解を提示することが肝要であろうと思われる。そこで、本稿においては、民法 176 条の解釈問題としての物権行為の独自性および物権変動が生じる時期をめぐる問題、民法 177 条の解釈問題としての登記がなければ對抗することができない物権変動および第三者の範囲をめぐる問題、ならびに、民法 176 条と 177 条の関係についての解釈問題としての對抗問題の法的構成および不動産物権変動における登記の意義をめぐる問題に関して、仮登記制度を検討することによって得られたドイツ法からの示唆に依拠しながら、私見を提示したいと考える。

二 民法 176 条の解釈問題

1 物権行為の独自性

ドイツにおける不動産物権変動システムの大きな特徴の一つは登記主義にあると言えるが、債権行為としての契約締結から物権行為としてのアウトラックおよび登記がなさ

「對抗不能の一般理論について 一対抗要件の一般理論のために一」判タ 618・6 (1986)、高橋良彰「ボアソナードの不動産公示制度 一「証書の登記」の概念とその史的検討のために (一) 一」都法 29・1・449 (1988)、同「ボアソナードの二重譲渡論について 一「倫理」・「自然法」・「実定法」をめぐる覚書一」都法 30・1・635 (1989)、横山美夏「不動産売買契約の「成立」と所有権の移転 (一・二・完) 一フランスにおける売買の双務契約を手がかりとして一」早法 65・2・1、65・3・85 (1989~1990)、および、同「競合する契約相互の優先関係 (一~五・完)」法雑 42・4・914、43・4・607、45・3=4・464、47・1・41、49・4・815 (1996~2003) などを参照。

⁴⁶⁶ わが国の判例法を詳細に検討するものとして、松岡久和「判例における背信的悪意者排除論の実相」奥田昌道編集代表『林良平先生還暦記念論文集・現代私法学の課題と展望・中』65 頁 (有斐閣、昭 57)、同「不動産所有権二重譲渡紛争について (一・二)・完」龍谷 16・4・65、17・1・1 (1984)、および、同「民法一七七条の第三者・再論 一第三者の主體的資格と理論構成をめぐる最近の議論」前田達明編集代表『奥田昌道先生還暦記念・民事法理論の諸問題・下巻』185 頁 (成文堂、平 7) などを参照。また、わが国の法制史に関心をよせるものとして、松尾弘「不動産譲渡法の形成過程における固有法と継受法の混交 (1~3・完) 一所有権譲渡理論における「意思主義」の歴史のおよび体系的理解に向けて (II) 一」横国 3・1・1、3・2・33、4・1・103 (平 6~7) などを参照。

⁴⁶⁷ ドイツ法に示唆を求めるものとして、石田剛「不動産物権変動における公示の原則と登記の効力 (一~三・完) 一プロイセン=ドイツ法の物権的合意主義・登記主義・公信原則一」立教 46・129、49・124、51・53 (1997~1999) などを参照。

れるまでの間の債権者の不安定な法的地位を保護するために仮登記制度が存在しており、それによって、一定の限度において登記主義の修正が行なわれていると評価することができる。

一方で、日本法においては意思主義が採用されているのであるが、同時に採用されている対抗要件主義に基づき、登記を備えていない者は第三者に対して自らの物権の存在を対抗することができない。したがって、そのような登記を備えていない物権取得者の法的地位も脆弱なものと言える。それゆえ、仮登記によって登記なき物権取得者ないし単なる債権者の保護を図ることが検討されるのである。仮登記も公示制度を利用した制度であって、それによって仮登記権利者に絶対的および排他的な保護が与えられるということは、厳密には仮登記によって物権変動が生じるわけではないが⁴⁶⁸、少なくとも登記主義的な方向へ歩み寄りを見せたものであると評価することも可能であろう⁴⁶⁹。

このような観点から日本における不動産物権変動論を検討してみた場合に、まず、物権行為の独自性に関してはどのように考えるべきなのであろうか。わが国の民法典の体系として物権債権峻別論に根差した構成が採用されたことは疑いの余地がないのであるから、問題のない限りにおいて、不動産物権変動の場面に際しても物権行為と債権行為の峻別を前提とした解釈を行うべきであろう。したがって、民法 176 条の意思表示は物権的意思表示であり、債権的意思表示とはひとまず区別されるべきものとして扱われるべきであると思われる⁴⁷⁰。

しかしながら、ドイツ法におけるいわゆる物権行為の無因性をも採用することはできないであろう。ドイツにおいても売買契約などにおける債権的意思表示の瑕疵を、様々な理由付けを用いてそれに伴う物権行為にまで及ぼす方策が講じられており⁴⁷¹、また、わが国における取引通念に鑑みても、物権行為の無因性を肯定することはできないと思われる。

2 物権変動が生じる時期

可能な限り登記主義的な把握を行うことが許容されるのであれば、物権変動が生じる時期は原則として登記がなされた時点であると解されることになる。もちろん、日本法は民法 176 条において意思主義を明確に採用しているのであるから、物権的意思表示のみによって物権変動が生じることも許容されざるを得ない。しかしながら、登記を備えていない物権変動を第三者に対抗することはできないのであり、また、取引通念に鑑みても、意思表示のみによって物権変動が生じるとは考えられておらず、さらには、判例も事実認定において契約締結時を柔軟に解することによって、原則としての契約成立時説を維持しつつも、実際には登記を始めとした外部的徴表が明らかとなった時点物を物権変動が生じる時期

⁴⁶⁸ もちろん、本登記によって物権変動が例外なく確定的に生じるというわけでもないので、その意味では日本法において純粋な意味での登記主義が採用されていると解することはできない。

⁴⁶⁹ できる限り登記制度を用いて物権変動および物権の存在を公示すべきであるとする登記主義的な構想までも、ドイツ法に特殊なものとして排除することは不当であろう。この点につき、石田・前掲注 52・51・87 以下を参照。

⁴⁷⁰ 物権行為の基礎理論につき、詳しくは、田山・前掲注 156・41 頁以下を参照。

⁴⁷¹ 例えば、瑕疵の同一性の法理などが用いられている。この点につき、RGZ 70, 55 などを参照。

に関する重要な要素として考慮していると言える。

このような点に鑑みるならば、物権変動が生じる時期としては登記時を原則としつつ、登記がなされていない場合には代金支払いや目的物の明け渡しなどの外部的徴表が明らかとなった時点を基準とし、意思表示のみによる物権変動の発生を特約がない限り原則として認めないとする解釈が、採用されるべきであろうと思われる。

三 民法 177 条の解釈問題

1 登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲

登記主義的な観点から、不動産物権変動において最も重要な要素として登記を位置付けるのであれば、できる限り登記によって物権変動を規律するという方向に傾くことになる。それゆえ、民法 177 条における登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲も、可能な限り広く解されることになり、原則として判例と同様の無制限的な構成が採用されるべきであろう。

しかしながら、建物を新築した場合などは、そもそも所有権の移転に代表されるような取引関係が存在するわけではなく、このような場合には登記がなくても第三者に対抗することができるとする結論を肯定することはできる。ただし、この場合に関しては、建物の新築の事例を物権変動の範囲外とするべきか⁴⁷²、それとも、次に述べる第三者の範囲の問題として処理するべきかで、判断が分かれる。判例は物権変動の範囲に関して無制限説を採用した上で、第三者の範囲に関して制限説を採用しているため、建物の新築の事例を含めた全ての物権変動が民法 177 条の適用範囲内に含まれることになり、その後、第三者の範囲の問題として、結論が左右されることになる。したがって、民法 177 条の物権変動の範囲の問題としては原則として無制限説を採用し、次の第三者の範囲の問題が実質上重要なメルクマールとして機能することになる。

2 登記がなければ対抗することができない第三者の範囲

登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲に関して原則として無制限説を採用した結果、民法 177 条の解釈にあたって重要となるのは第三者の範囲に関する問題であるということになる。登記主義的な観点からすれば、可能な限り登記によって物権変動をめぐる法律問題を解決するべきであるという指針が採用されるべきことになるのであるから、第三者の範囲についてもできる限り広く解釈されることになる。

しかしながら、たとえ第一譲受人が登記を備えていないとしても、第二譲受人が第一譲受人に対して害意を有しているような場合には、そのような第二譲受人が第一譲受人を排除するような結論は是認されるべきではあるまい。このようなケースは、登記によってできる限り不動産物権変動を把握するという問題の枠外に位置付けられるものであるから、もはや登記は問題解決の基準とはなり得ない。したがって、その他の要素を基準に据えるべきことになるであろう⁴⁷³。

⁴⁷² この点につき、我妻・有泉・前掲注 35・93 頁を参照。

⁴⁷³ その基準としてまず考えられるのが善意または悪意に代表される第三者の主観的要素であるが、単純悪意者をも第三者の範囲から排除するという見解は、登記主義的な見地からは大きく逸脱する解釈であると評価せざるを得ない。また、害意を有する第二譲受人と

以上の検討を前提とするならば、第三者の範囲に関しても可能な限り登記によって判断されるべきではあるが、登記主義的な観点を越えた問題状況を把握するためには、登記以外の要素が必要となるのであり、とりわけ第三者の主観的要素を一定程度考慮する必要性があることは否定できない。また、第三者の客観的な要素について考えてみても、一般債権者にすぎない者、さらには不法行為者などが、第一譲受人が登記を備えていないことを主張し、自らが先に登記を備えることによって、第一譲受人に優先して保護を受けるという結論は是認され得ないであろう。このような第三者はその客観的要素の点において、登記主義によって把握される範囲からも除外され、結果として、民法 177 条における第三者の範囲からも除外されるのである。したがって、結論として制限説的な理解を採用するという意味において、判例の見解は首肯されるべきであろう。

四 民法 176 条と 177 条の関係

1 対抗問題の法的構成

民法 176 条を文言通りに解釈するならば、物権変動の効果は意思表示のみによって生じ得るのであるから、譲渡人から第一譲受人に対象となる土地所有権の移転がなされれば、その譲渡人は無権利者となり、新たに第二譲受人に当該土地所有権を譲渡することは論理的には不可能であるという帰結に至ることになる。しかしながら、この論理的な帰結を是認するならば、二重譲渡が発生し得ることを前提とした民法 177 条の存在意義が疑問視されることになってしまう。ここに、民法 176 条と 177 条の関係をめぐるとしての、対抗問題の法的構成が論じられる基礎がある。この問題に関してはすでに前述した通り、様々な見解が学説において主張されているが、現在のところ、それらの諸見解が統一される気配は感じられない。そこで、ここでは、登記主義的な見地から一つの試論を提示してみたいと思う。

わが国における不動産物権変動をできる限り登記主義的に把握するならば、物権変動が発生する時期は原則として登記移転時とされるべきなのであるから、当事者間に特約が存在しない限り、所有権移転の効力は登記がなされた時点で初めて発生するということになる。したがって、登記名義が譲渡人のもとにとどまっている場合には、第一譲受人も第二譲受人も当該所有権を取得していないのであるから、当該所有権は依然として譲渡人のもとに存在するということになる。それゆえ、いわゆる所有権の二重譲渡は存在していないのであり、いわば債権的な二重契約がなされているにすぎないことになる⁴⁷⁴。

しかしながら、民法 176 条が明確に意思主義を採用していることに鑑みるならば、意思

譲渡人との取引関係を公序良俗違反（民法 90 条）として構成したり、不法行為（民法 709 条）として構成したりすることによって無効とする解釈は、第二譲受人から当該不動産がさらに転々譲渡された場合に、その後の転得者と第二譲受人との取引関係も無効とされることになり、不必要に無効の範囲が拡大してしまう点で不当であろう。それゆえ、判例および通説が採用している背信的悪意者排除論に従って問題を解決し、その後の転得者が背信的悪意者ではない場合には、その転得者は保護されるとするのが妥当ではないだろうか。⁴⁷⁴ つまり、このような場合には、第一譲受人も第二譲受人も当該所有権を取得していないのであるから、当然に、お互いに自らの所有権を対抗することはできないということになる。したがって、結論においては、判例および通説と軌を一にすることになる。

表示のみによる物権変動の効力発生は認められざるを得ない⁴⁷⁵。それゆえ、意思表示がなされた時点で物権変動の効力が発生するという特約が当事者間でなされていた場合には、登記名義の移転がなされていなくても、その時点で譲渡人から第一譲受人に当該所有権が移転することになる。ここで、一物一権主義を前提とするならば、当該所有権はすでに第一譲受人に移転してしまい、かつ、譲渡人のもとには存在しないのであるから、原則として譲渡人は新たに第二譲受人に当該所有権を有効に譲渡することはできないとするのが、論理的に首尾一貫した帰結であろう。この場合に、例外的に第二譲受人が当該所有権を取得し得る可能性を肯定するために、民法 177 条は存在している。つまり、第一譲受人が第二譲受人よりも先に当該所有権を取得したが、第一譲受人よりも第二譲受人が先に登記を備えた場合には、例外的に第二譲受人が当該所有権を取得することになり、その反射的効果として第一譲受人は当該所有権を失うことになる点に、民法 177 条の存在意義があるのである⁴⁷⁶。

このように、まず、当事者間において物権変動の効力発生時に関する特約が存在するか否かを検討し、存在しないのであれば、原則として登記が物権変動の効力発生の特約であるとして解される結果、双方未登記の間は物権変動の効果はそもそも発生しておらず、二重譲渡も存在していないものと解される。それに対して、意思表示のみで物権変動の効力が発生するものとする特約が存在するのであれば、それによって当該所有権は第一譲受人に未登記であってもひとまず完全に移転することになり、その後、第二譲受人が先に登記を備えた場合には、例外的に第二譲受人が当該所有権を取得する一方で第一譲受人は当該所有権を反射的に失うということになる。このような解釈を行うことによって、民法 176 条と 177 条の関係を矛盾なく説明することができるように思われる。

2 不動産物権変動における登記の意義

わが国における不動産物権変動システムは、ドイツ法とは異なって、意思主義および對抗要件主義を採用した。したがって、不動産物権変動における登記の意義は、その對抗要件としての効力にあるのであり、また、それに尽きるとするのが素直な捉え方であると言える。しかしながら、登記の意義を検討するにあたっては、その実体法上の観点からのみならず、手続法上の観点からの考察も必要不可欠であろう。この点につき、わが国の不動産登記法がドイツの土地登記法を母法として制定されていることに留意すべきである⁴⁷⁷。そして、社会的な事情に鑑みても、登記慣行は相当程度一般的に根付いてきたと評価

⁴⁷⁵ しかしながら、そのような場合にも、民法 176 条の意思表示は物権的な意思表示であると解釈されるべきである。

⁴⁷⁶ この点においては、いわゆる法定取得—失権説に依拠するところが大きい。とりわけ、滝沢・前掲注 463・「物権変動論のその後の展開（一・二・完）」・52・181 を参照。したがって、第一譲受人も第二譲受人も登記を備えていない場合には、第一譲受人は完全な所有権者として、未登記であっても自らの所有権を第二譲受人に対抗することができるということになる。それゆえ、この場合には、判例および通説の採用する帰結とは異なることになる。

⁴⁷⁷ 日本とドイツの不動産公示制度の歴史的変遷過程については、拙稿「日本とドイツにおける不動産公示制度の歴史的変遷（1～5・完）—担保制度との関係を中心に—」早稲田大学大学院法研論集 104・53、105・71、106・77、107・101、108・77（2002～2003）、

することができる⁴⁷⁸。このような見地からすれば、不動産物権変動における登記の意義をより高く評価する、すなわち、登記主義的な解釈および運用が是認されてもよいのではないだろうか⁴⁷⁹。

この点に関して、日本法においてもドイツ法においても共通して存在する仮登記制度は、ドイツにおける不動産物権変動システムとわが国の不動産物権変動システムを対比するにあたって大変示唆的である。なぜならば、形式主義を採用しているために、わが国における不動産物権変動システムとは大きく異なると考えられているドイツ法においても、実際には仮登記を用いることによって、理論的に実際的にも柔軟な解釈および運用がなされており、その点において、わが国の不動産物権変動システムとの機能的な比較が可能となるからである。そこで、次節においては、本章のまとめを兼ねつつ、不動産物権変動における仮登記の理論的な位置付けを検討した上で、わが国における不動産物権変動論の今後の展望について考察を試みたいと考える。

第五節 小括

一 不動産物権変動における仮登記の理論的な位置付け

1 ドイツにおける仮登記

形式主義および効力要件主義が採用されているドイツ法においては、登記がなされない限りはそもそも物権変動の効果が発生しない（BGB 873条）。そのため、債権的請求権を有するにすぎない者が物権を取得するまでの時間的間隔は相対的に広がることになり、結果として、そのような債権者を保護する必要性が高まることになる。そこで、債権的請求権を仮登記することによって、その債権に排他性および絶対性が付与され、債権者の保護が図られることになる。

このような仮登記制度は実際上の観点からすれば極めて有益な手段であり、その必要性自体を疑問視する見解は見られないのであるが、理論的な観点からすれば、とりわけBGBが採用している物権債権峻別論を前提とした体系に鑑みると、仮登記制度の位置付けは極めて困難な作業となる。しかしながら、この場合に仮登記制度の法的性質をどのように決定するとしても⁴⁸⁰、ドイツ法において採用されている登記主義を一定程度修正する方向に仮登記が寄与することは、否定し難いと思われる。つまり、本登記を備えなくても権利者に絶対的な保護が付与されることが認められるという意味において、登記主義の修正が図られていると評価し得るのである。

同「日本とドイツにおける登記制度の発展 —登記法制定後を中心に—」早稲田法学会誌 54・1（2004）を参照。

⁴⁷⁸ 不動産取引に入るにあたって、そして、不動産を取得するに際して、登記を無視するような傾向は、もはや一般的には見られないと言っても過言ではないだろう。

⁴⁷⁹ もちろん、登記主義的な把握を試みるからといって、民法 176 条の解釈論として形式主義を採用すべきであると主張するわけではない。その意味において、登記主義は例外を許容しない原理ではないのである。この点につき、石田・前掲注 52・51・118 以下を参照。

⁴⁸⁰ 仮登記制度の法的性質については様々な見解が主張されている。それぞれの見解を詳細に検討するものとして、Assmann, a.a.O.238, S.277 ff.を参照。

2 日本における仮登記

それに対して、日本法においては意思主義および対抗要件主義が採用されているのであるから、意思表示のみによって物権変動の効果が発生することを妨げることはできない。したがって、登記なき物権も存在し得るのであり、それを仮登記することによって、その物権に排他性および絶対性が付与されることに対しては、特に困難な理論的問題は発生しないと云える⁴⁸¹。

しかしながら、翻って考えてみると、仮登記制度を用いて権利の公示を行うことによってその権利に対して排他性および絶対性を付与するということは、それだけ登記なき物権、すなわち対抗力を有しない物権の存在の脆弱性が認識されているとともに、それを補うための制度として不動産公示制度が利用されているということの証左でもある。少なくとも、できる限り登記によって権利が公示されるべきであるという方向性自体は、肯定されて然るべきであろう。また、前述したように、登記主義的な把握がなされることによって、民法 176 条と 177 条の解釈論もその影響を受けることになる⁴⁸²。このように、わが国における不動産物権変動システムを登記主義的に把握するための一助となり得るものとして、仮登記制度を位置付けることが可能であると思われる。

3 不動産物権変動と仮登記

不動産物権変動システムとしては、ドイツ法において採用されている形式主義および効力要件主義と、わが国においても採用されているフランス法的な意思主義および対抗要件主義の二つの方式を挙げることができるが、どちらのシステムにおいても、登記制度が重要な位置を占めていることは疑いのないところである。つまり、本登記がなされるまでは、効力要件主義を採用するとしても、または、対抗要件主義を採用するとしても、第三者が完全な物権取得者となり得ることが原則として許容されないのである。

そこで問題となるのが、本登記を備えていない債権者または物権取得者の保護の必要性である。本登記を備えるための手続上の要件の存在に鑑みると、取引開始から本登記を経由するまでの時間的間隔を考慮しないわけにはいかない。したがって、その間に第三者が現れ、先に本登記を備えることによって、第一譲受人の完全な物権の取得が妨げられる可能性を否定することはできないのである。この問題は、形式主義および効力要件主義を採用するか、それとも、意思主義および対抗要件主義を採用するかにかかわらず存在し得る。この場合に第一譲受人を保護する制度としては、ALRにおいて認められていたいわゆる *ius ad rem* のように、一定の要件下で特定物債権者を保護する制度を挙げることができ、今日におけるドイツ法および日本法においては、確立された不動産公示制度の存在を前提

⁴⁸¹ ただし、物権変動の効果が発生していない段階、つまり、債権的請求権が存在するにすぎない段階で仮登記をすることも、もちろん認められる。わが国の民法も大陸法に従って物権債権峻別論を前提とした体系を有しているのであるから、この場合には、債権に排他性および絶対性が付与されることの問題性が指摘され得る。

⁴⁸² 例えば、日本法においては、民法 176 条において意思主義が採用されているため、意思表示のみによる物権変動の発生を許容しないとすることはできないが、不動産物権変動システムを登記主義的に把握することによって、原則として物権変動の効力発生時を登記時と結び付けた上で、意思表示のみによる物権変動の効力発生を例外的な事象として位置付けることは、解釈論としても十分成り立ち得るものと思われる。

とした仮登記制度が採用されるに至った⁴⁸³。

このような事実は、不動産物権変動の過程における公示制度の重要性を明らかにしていると言える。つまり、不動産公示制度が確立されているのであれば、できる限り登記によって権利の存在が公示されるべきなのであって、それによって取引の安定がもたらされるべきなのである。少なくとも、観念的な権利の存在を肯定する限り、その存在を公示することの必要性は否定し得ないであろう。これらの点に鑑みるならば、仮登記制度の存在は、形式主義および効力要件主義を採用する場合には、本登記を備えていない債権的請求権者に保護を与えるという点において、そして、意思主義および対抗要件主義を採用する場合には、依然として完全な物権を取得していない権利者に対して仮登記という公示制度を利用して保護を与えるという点において、それぞれ修正を図るものであると言える。このことから、不動産物権変動における諸問題をできる限り登記によって画一的に処理することの妥当性が導かれ得るのである⁴⁸⁴。

二 わが国における不動産物権変動論の今後の展望

1 それぞれの問題に対するアプローチ

本稿においては、不動産物権変動をめぐる問題として、物権行為の独自性、物権変動が生じる時期、登記がなければ対抗することができない物権変動および第三者の範囲、ならびに、対抗問題の法的構成を挙げ、それぞれ個別的に検討を行ってきたが、各論点相互の密接な関係に鑑みれば、より一体的に論じることもちろん可能であったと思われる。したがって、それぞれの問題に対する今後のアプローチとして、不動産物権変動論全体としてのより統一的な把握を試み、それぞれの問題を一体的に解決する理論を提示することも必要であろうと思われる⁴⁸⁵。

しかしながら、同時に、各論点ごとに焦点を絞った個別的な観点からのアプローチも、その重要性を失うことはないと思われる。不動産物権変動論として論じられる各論点に関する判例の見解はすでに確立されているが、最近の研究をも含めたこれまでの学説上の議論において、様々な観点から判例に対する批判が提示されている⁴⁸⁶。このことは、理論的な観点のみならず、実際上の結論に関しても依然として検討の余地が残されていることの証左であるとも言えるだろう。

⁴⁸³ *jus ad rem* の対第三者効と請求権保全の仮登記がそれぞれ排他的かつ相互補完的に認められていたことを明らかにしたものとして、生熊・前掲注 227・53 以下を参照。

⁴⁸⁴ わが国の不動産登記法がドイツの土地登記法を参照して制定され、その過程において仮登記制度が採用されたという事実も、見逃してはならない点であると思われる。

⁴⁸⁵ とりわけ、民法 176 条と 177 条の理論的關係についての問題として論じられる対抗問題の法的構成をどのように解するかによって、その他の論点についての解釈が異なってくる可能性が高いであろう。その限りにおいては、対抗問題の法的構成、言い換えれば、二重譲渡の局面をどのように理論的に説明するかという点が、依然として重要な問題になると思われる。

⁴⁸⁶ 特に、物権変動が生じる時期に関して判例が堅持している契約成立時説に対しては、実際には判例が事実認定の点において柔軟な解釈を行っていることを承認しつつも、批判が多いように思われる。この点につき、例えば、横山・前掲注 465・「不動産売買契約の「成立」と所有権の移転（一・二・完） — フランスにおける売買の双務契約を手がかりとして —」 65・3・291 以下を参照。

2 物権概念と債権概念の理論的深化

そして、不動産物権変動について論じるに際して見逃されるべきではない点として、物権行為と債権行為をめぐる問題を挙げることができる。とりわけ、戦後の議論においては、物権行為と債権行為の問題は意識的に採り上げられていないように思われる。しかしながら、わが国の民法典が大陸法を基礎とし、物権債権峻別論を前提とした体系を構築していることは疑いのないところであり、さらに、不動産物権変動論が基本的には物権の終局的な帰属をめぐる問題である以上、その問題が基本的には物権の領域に属することも承認されるべきであろう。そうであるならば、理論的な観点から物権行為の問題を正面から論じることも必要であると解される⁴⁸⁷。

このように、物権行為の問題を検討するためには、不動産物権変動論を超えて、物権概念と債権概念の理論的な深化が図られる必要がある。両概念が原則として、その法的性質の点で対立し、異なる権利として把握されている以上、物権概念を把握するためには、必然的に、債権概念を把握することが必要不可欠となってくる。物権行為の独自性を肯定しているドイツ法的な形式主義および効力要件主義が、そのまま日本法における解釈によって示唆的であると評価することはできないが、物権概念と債権概念の理論的深化を図ることまでもが議論の対象から除外されるべきではないと思われる。

3 債権法理論との接合

また、物権概念と債権概念を考察することと関連して、不動産物権変動論を論じるに際しても、契約法理論を始めとした債権法理論との接合を図る必要がある。不動産物権変動それ自体は物権の領域に属する問題であるが、例えば典型例として論じられる土地所有権の移転の場面に際しては、土地所有権の移転の効力が発生する前提として、売買契約に代表される契約関係が当事者間に存在する。したがって、この契約関係に対する法的評価は、関連する物権変動に対する法的評価を行うにあたって当然に影響を与えるものと解される⁴⁸⁸。

例えば、判例および通説と同様に物権行為の独自性を否定する場合には、債権契約の効果として物権変動の効力が発生することになるのであるから、その債権契約に対する法的評価は不動産物権変動論に対しても直接的な影響を与えることが予想される。一方で、物権行為の独自性を肯定する場合であっても、債権契約との関係で有因論を採用する場合には、やはり物権行為は債権行為の帰趨によって大きな影響を受けるのであるから、債権法理論との関係は重要であると言えるであろうし、また、無因論を採用する場合であっても、

⁴⁸⁷ 少なくとも、物権行為の独自性を検討する余地は残されていると言える。その上で、結論として物権行為の独自性を肯定するか否かが決定されるべきなのであって、実際上の必要性が存在しないからという理由で、物権行為の独自性をめぐる議論の実益を否定することは、承認され得ないと思われる。

⁴⁸⁸ 原因行為としての債権契約の無効および取消などがそれに関連する物権行為に対しても影響を及ぼすことを認めるか否かという、いわゆる物権行為の無因性の問題に関してどのような態度決定を行うとしても、不動産物権変動における債権契約を検討することの重要性は失われないであろう。

前提としての債権契約がそもそも存在しない物権行為というものは、不動産物権変動の場面においては実際には想定し難いのであるから、ここでも、不動産物権変動に関する問題を広く捉えて、債権契約の締結過程から当事者間および第三者間の法律関係を吟味することが必要になってくると思われる。

おわりに

一 結論

1 日本とドイツにおける不動産公示制度の歴史的変遷過程

最後に、結論として、ここまで第一部から第三部において行ってきた考察のまとめを提示した上で、今後の課題について触れることによって、本稿を締め括ることにしたい。

まず、第一部においては、日本とドイツにおける不動産公示制度の歴史的変遷過程について検討を行った。

日本においては、古代から土地は私的所有権の対象とされ、売買などを通じて土地所有権の譲渡を行うことも認められていた。中世になると、証文による売買が一般化し、さらに、近世に入ると、一般的な土地支配観念が公法的な租税徴収権能に転化し、全国検地によって、土地の公法的支配と私法的支配の分離が一段と促進された。その後、江戸時代に入ると、田畑の永代売買は禁止されることになったが、質流れなどの名目で所有権の移転は行われていたため、幕府は、貢納徴収権を確保するために土地の現況と所有者を公簿に記載する方式を講じ、さらに、名主加判の制という制度を作り上げた。

明治時代に入ると、政府は、土地取引を自由化し、自由な売買による時価を基準として地価を定め、これによって金納の地租制度を施行しようとした。そこで、田畑永代売買禁止の解除がなされ、全国で一般に地券が発行されることになった。地券は、府知事県令によって発行され、土地の所在や持主名などが記載され、地券の発行以後は、土地取引は地券によることを強要されたため、地券の書換は、土地所有権移転の効力発生要件であった¹。

この地券は、担保権などの所有権以外の権利を表象することができなかつたので、不動産担保取引を促進するためには、新たな制度が導入される必要があつた。そこで政府は、「地所質入書入規則」、「建物書入質規則及び建物売買譲渡規則」、および、「土地売買譲渡規則」を相次いで制定した。これらの制度は、明治維新後の公証制度として設けられた最初の制度であり、伝統的な名主加判の制から近代的な登記法に発展する過渡期の立法の原型として、注目に値するものである。これらの制度によって、書入という非占有担保も法的効力を認められることになった。

その後、明治政府は、公証制度の不備を補い、さらに、登記税の導入による国庫の収入の増加を見込んで、登記法の制定に踏み切ることにした。明治 19 (1886) 年に公布された旧登記法は、現行不動産登記法の原型と評価されるべきものである²。この旧登記法は、登記機関を裁判所とし、登記簿の編成として物的編成主義を採用した。この点については明らかにドイツ法的であるといえる。一方、登記の効力に関しては対抗要件主義を採用し、公信力を認めることもなかつたので、実体法上はフランス法的な特徴以外の面を見出すことはできない。このように、旧登記法はその内部に矛盾を含むものではあつたが、明治維新後の過渡的な制度に代わって近代的な制度を創設し、土地関係に秩序を与えた点において、特筆すべき地位を占めるものであると言える。

たしかに、この明治 19 (1886) 年の旧登記法の制定によって、日本の登記制度も近代

¹ しかし、その後、地券事務が渋滞して土地取引に不便をきたすようになり、地券による取引は、第三者対抗要件に改められることになった。

² ただし、当時はまだ民法典が存在していなかつたので、実体的な規定もかなり盛り込まれていた。

的な形式を備えることにはなつたが、本来法律によって規定されるべき性質のものが、多数、省令に委ねられており、多くの不備が存在したことは否定できなかった。さらに、手続きの煩雑さや登記料の負担などに対する国民の不满が巻き起こり、登記法改正の議論が続出した。そこで政府は、新たに登記法を制定し直すことに踏み切り、明治 32 (1899) 年に新たな不動産登記法が公布されることになった。一用紙一不動産主義の貫徹や、仮登記および予告登記の新設などは、旧登記法において指摘されていた不備を是正するものとして、十分評価に値するものと言える。しかし、不動産登記法は、旧登記法を多くの点で刷新したものとはいえ、その根本部分においては旧登記法を受け継いだものである。それゆえ、旧登記法に内在していた矛盾は、現行不動産登記法の中にも同様に存在すると言えるのである。

以上のような日本における不動産公示制度の歴史的変遷過程と比較して、ドイツにおいては、すでにゲルマン時代には、家屋や農場に対する個別的な所有権が認められていた。しかし、これらの個別的な権利は任意に処分することができなかったため、不動産信用に類するものは認識されていなかった。それゆえ、登記簿が整備されることは要求されなかったのである。フランク時代になると、教会の関与の下で相続権を承認することによって、家屋や農場に対する最初の取引可能な所有権が広まっていった。そこで、取引の安全を目的とする公示制度が要求されることになるのであるが、この時点では取引の規模もそれほど大きくなかったために、権利移転の公示は、帳簿に記載されるということではなく、同一村落内の住民を証人として招いた上で権利の移転を知らしめるという方式でなされた。

中世に入ると、土地の譲渡に際して裁判所が関与するようになった。そして、裁判所の関与に続いて、土地に関する行為についての書面が作成されるようになり、さらに、中世都市の発達に伴い、1135年に、ケルンにおいて、シュライン制度と呼ばれるドイツ私法史上最初の登記制度が実施されることになった³。同様の簿冊制度は、その後、各都市で実施されるようになった⁴。中世における不動産公示制度の発展は、現在の登記簿への発展にとって、非常に大きな意義を有している。

しかし、中世以降、ドイツの各都市において発展しつつあった登記制度は、ローマ法がドイツ全土に継受されることによって、大きな影響を受けることになる。都市帳簿の制度から発展していった登記制度は、不動産と動産を区別することなく一律に引渡主義を採用していたローマ法の継受によって、その発展が妨げられることになったのである。

さらに、ドイツは三十年戦争という大激変を被ることになる。ドイツの復興には数十年の歳月を要した。重商主義のこの時代において、ローマ法の欠点は明確なものであったため、経済的な必要性がローマ法思想に対する反動をもたらし、登記簿制度、少なくとも抵当権簿制度に対する要求が高まることになる。そこで、18世紀以降、ドイツの各ラントにおいて簿冊制度が再び考慮されるようになった。相続簿制度、騰記制度および抵当権簿制度などが各ラントにおいて実施されたが、特に重要なのは、抵当権簿制度である。この

³ この制度は、当初、取引に関する証書を箱の中に保管するという方式を採用するものであったが、その後、簿冊制度に移行し、その簿冊も、最終的には設権的効力を獲得するに至った。

⁴ 1357年には、ダンツィヒにおいて、物的編成主義を採用した最初の簿冊が登場した。

制度は、特にプロイセンで発展した⁵。このプロイセンの制度を模範として、その後のドイツ土地登記法が制定されることになるのである。

その後ドイツ帝国の成立に伴い、1882年に統一的な土地登記法の立法作業が始まった。土地登記法制定の目的は、各ラントにおいて多岐にわたっていた諸制度の統一であった。しかしながら、立法過程において、ラント法の存続および適用を留保することの必要性が強く主張され、結果として、土地登記庁の組織と帳簿の内部様式などは全てラント法に委ねられた。このように、土地登記法制定の目的であった各ラント間の法制度の統一は、完全には実現しなかった。しかし、歴史的に存在してきた根本問題を明確に組織的に把握したことには、大きな意義が認められる。それゆえに、ドイツ帝国における土地登記法は、それまでに各ラントで制度化されてきた登記制度と比較して、異なる意義を有すると言える。

以上のように、日本とドイツ両国における不動産公示制度の発展過程を辿ってみると、その発展に関して欠かせない要素は、取引の発展、とりわけ担保制度の発展である。日本においてもドイツにおいても、抵当権などの非占有担保制度の発展に伴って、不動産公示制度が発展してきたことは疑いがない。また、登記制度は、取引安全を保護するという目的と同時に、租税徴収の対象となる不動産の特定を担うという役割も有している。この点も両国に共通することであるが、とりわけ日本においては、国の近代化に伴って、金納による租税制度を整備する必要性から、当初、国家の主導により不動産公示制度が発展させられてきたという点に特徴がある。特に、日本の近代的な登記制度の先駆けとなった旧登記法の制定に際して、登記税の導入が第一の制定目的として掲げられたことは、実体法と手続法の密接な関係について細かい検討がなされることなく手続法の制定を急いだ原因となっているように思われる⁶。

日本法がドイツ法から継受したと評価できる部分を整理するならば、主に登記の技術的な面、例えば、物的編成主義に基づく登記簿の編成方法や、証書ではなく物権変動を登記することなどを挙げることができる。一方、継受されなかった部分としては、主として登記の効力などの実体法的な面を挙げることができる。このように、日本の登記法がドイツの登記法を継受したといっても、実際に継受したのは技術的な面に関する部分だけである。継受に至るまでの歴史的諸条件を考えると、まずは登記制度を整備することが最優先事項であったことは言うまでもない。それゆえ、当時最高水準と評されていたドイツの登記制度をその技術的な面に関して継受したことは評価に値すると思われる。しかし、実体法の面においてフランス法的な理論を維持したことから、不動産物権変動に関する実体法と手続法の齟齬に基づく諸問題、例えば、日本においては登記の対象が物権変動そのものであるとされているために、物権変動の原因に対する関心が極めて薄いものになっているという問題などが浮き彫りになっていることも、事実である。

また、日本における不動産登記法制定後の不動産公示制度の発展過程を考察してみると、

⁵ 1722年にプロイセンにおいて初めて抵当権簿が設置され、その後、1783年の抵当権法によって、物的編成主義の抵当権簿が実施され、1794年には登記に公信力が付与された。1872年には所有権取得法と登記法が制定され、プロイセンでは土地に関するあらゆる権利関係が一つの統一的な登記簿に記載されることになった。

⁶ ただ、当時、民法典がまだ制定されていなかった事実は考慮する必要がある。

登記簿を統一的な情報センターとする意図から登記簿と台帳の一元化がなされ、さらに情報技術の著しい発展に歩調を合わせるように、登記簿のコンピュータ化が進められてきた。登記簿と台帳の一元化に関しては、私法的関心から土地を把握しようとする登記簿と国家の公法的関心から土地を把握しようとする土地台帳という両者の異質性を全く無視して登記簿と台帳の一元化を執り行うことは理論的には認できないという、渡辺教授を始めとした有力な反対説があったことを忘れてはならない。ここには、登記制度の本質を考えるにあたって重要な問題提起が根底にあると思われる。しかしながら、登記制度は市民のための制度であるという基本思想に立って考えると、より効率的に不動産に関する法律関係を認識できるように登記情報に様々な土地に関する情報を付け加えるか、または少なくとも、登記情報自体は現状のまま維持した上で、その他の公法上の事項を始めとした様々な情報を同時に閲覧できるように、諸官庁に分散している土地に関する情報を、コンピュータネットワークを通じて相互に連絡できるようにすることが必要である。

そして、ドイツにおける土地登記法制定後の不動産公示制度の発展過程に目を転じてみると、ドイツにおいても日本におけるのと同様に、登記法の統一という観点と登記簿のコンピュータ化という観点の二つが重要であることがわかる。ただ、ドイツにおいては、そもそも土地登記法制定時に登記制度の国全体としての統一が不十分であったことから、まず地方ごとに分散した状態の登記制度を国レベルで統一する必要がある。この点は日本と大きく異なる部分である。しかしながら、その根底に流れる登記簿への土地情報の統一の流れそのものには、日本と類似した状況が見られる⁷。また、登記のコンピュータ化はドイツにおいても顕著に見られる。登記情報を記録するためにドイツでコンピュータが導入されたのは、他のヨーロッパ諸国や日本と比較するとやや遅かったが、現在は登記のオンライン申請の導入が議論されるまでに至っている。

このように、日本とドイツ両国における登記法制定後の不動産公示制度の発展過程には、類似している部分が多々ある。これは、両国ともに、不動産をめぐる権利関係が私法上の関係はもちろんのこととして、その中でも公法上の関係が増えるにつれて、登記簿を閲覧しただけでは不動産の現況と権利関係を正しく全体にわたって把握したことにはならないという状況が生じ、それに対する市民の側からの不動産に関する情報の効率的な把握を要求する声が高まったことと、情報技術の著しい発展が重なったことにあると思われる。

2 不動産公示制度と不動産非占有担保権の理論的關係

次に、第二部においては、ドイツ法上の土地債務制度を主たる検討対象として、不動産公示制度と不動産非占有担保権の理論的關係の解明を試みた。

ドイツにおける土地債務制度はローマ法に起源を有するものではなく、ドイツ法に固有のものであった。土地債務の原初的形態である定期金売買は、中世北ドイツの都市にその萌芽が見られる。それは、人的債権とは無関係な土地に対する物的な負担とみなされ、当時禁止されていた利息を定期金という名目で獲得するという目的をも担っていた。

土地債務の発展過程を考察する上で重要な地域は、ハンザ諸都市、メックレンブルクおよびプロイセンの各地域である。まず、商業取引が盛んに行われていたハンザ諸都市にお

⁷ ただし、ドイツにおいてはいまだに土地登記簿と土地台帳は分離したままである。

いて定期金市場が形成され、商人達の間で重要な財産として認められたのが定期金売買における土地の価値であった。そして、定期金取引の効力が簿冊制度と結び付けられるなど、制度上の整備が次第になされるようになり、定期金売買は必要不可欠な制度として確固たる地位を築くことになった。そのような制度がメックレンブルクやプロイセンに伝播し、いくつかの重要な立法を経て、現代における土地債務制度として確立されていくことになる。

土地債務制度はドイツ法に固有の制度であり、その発展過程を検討してみても、他の国には見られない特殊な社会的背景を前提として形成されているため、他の非占有担保制度との直接的な比較は困難である。しかしながら、現代のドイツにおいて、土地債務は一般的に広く利用されるに至っている。BGBの規定を見ても明らかなように、代表的な非占有担保権として規定されているのは抵当権であり、立法者もそのように考えていたと思われるが、現代では、土地債務は立法当時の趣旨とは異なる理由で広く利用されているのである。

一方で、登記制度は、歴史的な観点から考察すると、主として非占有担保権の発展とともに創設され、生成されてきたものであると言える。ドイツにおいてもそのことは例外ではなく、中世以来、抵当権や土地債務とともに登記制度は発達してきた。その過程において、登記に関する法制度も次第に整備がなされ、要件および効果の内容が定められ、様々な諸原則が確立されていった。とりわけ、ドイツにおける登記制度の特徴としては、その実体法上の効果が第一に挙げられる⁸。また、第二に、その手続法としての登記法の特徴も見逃してはならない。ドイツにおいては、物的編成主義が比較的早い時期に確立され、登記を運営する機関や登記簿の管理方法などが整備されることによって、公示方法としての登記制度の充実が図られてきた。このように、他国と比較して相対的に早い段階において登記制度が一つの法制度として確立されたため、日本は登記制度を導入するにあたって、主としてドイツの土地登記法を模範として参照したのである。

土地債務は人的な債権関係に依存することがない不動産担保権であり、ドイツ法に特有な制度である。定期金売買を原初的な形態として発展してきた土地債務制度は、BGBの制定にあたってライヒ法に正式に導入されて今日に至っているが、最も利用価値が高い不動産担保権として抵当権が見込まれていた BGB 制定当時の状況とは大きく異なり、現在のドイツにおいては、抵当権ではなく土地債務が主要な不動産担保権として機能している。土地債務の非付従性とともに、それに基づく法的構成の柔軟性が担保権者にとっても担保権設定者にとっても利点として認識されていることが、土地債務が次第に実務において利用されるに至った原因であると言える。

このように、とりわけ、登記制度には非占有担保制度と密接な関係を有しつつ発展してきたという歴史的な特徴があり、ドイツにおいては抵当権および土地債務とともに発展してきた。抵当権のように被担保債権との付従性を有する非占有担保権は、ドイツに限らず他の国の法制度においても基本的には存在する。不動産を担保に金銭を借り入れるという

⁸ 登記が物権変動の効力発生要件である点 (BGB 873 条)、および、登記に公信力が認められている点 (BGB 892 条) は、日本法だけではなく、日本の物権変動に関する法制度の母法であるフランスの法制度とも異なるドイツ法の特徴として、広く知られているところである。

需要が存在する限り、抵当制度の存在は揺るがないものと言える。しかしながら、抵当権が存在するならば、人的債権との付従性を有しない土地債務制度は必要不可欠なものとは言えない。それゆえ、日本においてもフランスにおいても、土地債務制度は存在しないのである。土地債務制度が BGB に導入されたドイツにおいても、当初それは抵当権ほどにはその重要性を認識されてはいなかった。事実、土地債務は北ドイツの各ラントにおいて生成し、発展してきた制度であったため、ドイツにおいても全国的に利用されていたものではなかったのである。しかしながら、統一的な民法典である BGB の制定にあたって、もし土地債務が導入されないとすれば、すでに土地債務制度が市民社会に根付いていた北ドイツにおける経済取引に悪影響を及ぼすものと考えられたため、土地債務は抵当権とともに BGB において採用されたのである。

さらに、とりわけ近代以降において、土地債務はいわゆる投資抵当権の最たるものとして機能した。非占有担保権が譲渡され、その流通が促進されるようになるためには、その権利の存在が一般に認識可能なものにされ、さらには、実体法上、当該権利が存在しなかったとしても、あたかもその権利が存在するかのように公示がなされており、その公示内容を閲覧者が信頼してもやむを得ないような事情がある場合には、その者を保護すべきであるという法的な要請が生じるようになる。つまり、登記に公信力を認めるべきであるという主張に傾きやすくなるのである。このように、土地債務の歴史的な発展過程は登記制度の創設そのものに決定的な影響を与えたとは評価し難いが、抵当権の発展過程以上に、登記制度の内容形成に寄与した部分が多く見られる。

また、わが国における不動産登記法はドイツの土地登記法を模範として制定されたものであるが、それは手続法上の面に関してのみ言えることであり、実体法上の登記の効果はそれぞれにおいて大きく異なっている。近代的抵当権論をめぐる論争から得られた成果に基づいて、登記制度と非占有担保制度の理論的な関係を分析してみると、土地債務の発展が登記制度の発展に与えた影響の特徴を見出すことができると思われる。ドイツ法に特有の土地債務は、被担保債権との付従性を有しないというその特徴から、最も流通に適した不動産担保権であると位置付けることができ、近代的抵当権論の主張者によれば、最もよく近代的抵当権に適合するものであると評価される。このような付従性を有しない非占有担保権である土地債務が、非占有担保制度において一般的に最も発展した形態であると捉えるか否かにかかわらず、それが定期金売買に端を發し、流通促進のために発展させられ、BGB にも導入されたことは事実である。その最も流通に適した土地債務制度の生成および発展が、被担保債権との付従性を有している抵当権以上に、登記制度の発展に影響を与え、とりわけその実体法上の効果に大きな影響を与えたのではないかと思われるのである。

しかしながら、BGB にも受け継がれた土地債務制度は、今日では転々流通を主たる目的として利用されているわけではない。それどころか、ドイツにおいても、非占有担保権の流通性に関しては、それほど強い関心は払われてはいないようである。それでは、ドイツにおいても日本と同様に抵当権のみが一般に利用され、土地債務制度はほとんど利用されていないかと言えば、状況は全く異なる。今や、純粋に信用担保手段として、土地債務は抵当権以上に経済界では圧倒的に利用されているのである。このような事実を踏まえた上で、わが国における今後の非占有担保制度の発展について検討を重ねていくことは、大変重要な課題であろうと思われる。

また、不動産担保制度そのものに焦点を絞ってみると、ドイツにおける土地債務制度が、今日では流通性を促進させるためではなく、主として被担保債権の存在を前提とした保全土地債務として機能していることに着目して、法律上、被担保債権との関係が切断されている不動産非占有担保権の創設の可能性を吟味してみることも、否定されてはならないのではないだろうか。不動産価格が安定傾向にある現在において、より良く不動産の担保価値を有効活用することができるようにするためにも、被担保債権の影響を受けない不動産非占有担保権には魅力があると思われる⁹。

3 不動産公示制度と不動産物権変動論の関係

最後に、第三部においては、ドイツにおける仮登記制度の考察を行うことを通じて、わが国における不動産物権変動論を検討するにあたっての有益な示唆を得ることを主たる目的として設定し、検討を重ねてきた。

ここでは、まず、わが国における不動産物権変動論に関するこれまでの判例および学説の展開過程について検討を行った。その際には、民法 176 条の解釈論としての物権行為の独自性および物権変動が生じる時期、民法 176 条と 177 条の関係に関する問題としての對抗問題の法的構成、ならびに、民法 177 条の解釈論としての登記がなければ對抗することができない物権変動および第三者の範囲について、それぞれ時系列に沿った上で、民法典制定時の段階から現在に至るまでの判例および学説の展開過程を考察した。

ただし、活発な議論が交わされてきたのは主として学説においてであって、判例の見解は民法典制定当初に確立されたものから基本的に変化していない。すなわち、判例の採用する、物権行為の独自性を否定した上での所有権移転に関する契約時移転説、民法 177 条における物権変動の範囲に関する無制限説と第三者の範囲に関する制限説、さらには、對抗問題の法的構成に対する無関心と評価してもよいほどの態度などは、いずれも民法典制定後、初期の段階において確立されたものであって、背信的悪意者排除論の確立も、民法 177 条における第三者に関する制限説に立脚した上で問題であると捉えれば、判例の原則論を修正するものではなく、むしろ、具体的な事例を通じた生成過程の同一線上にあるものであると評価することができる。

その一方で、学説においては、初期の段階から現在に至るまで、不動産物権変動論として論じられる各論点に関する論者の見解は一致することがなく、それどころか、ますます混迷の度合いを深めていると言ってもよい状況にある。とりわけ、對抗問題の法的構成に関しては、最近の学説においても新たな視点が提示されるなど、これまでの研究とは異なるアプローチが試みられており、事態は一層複雑化していると評価せざるを得ない。また、学説における熾烈な議論の展開は、そのまま判例の見解からの学説の乖離をも助長しており、両者の見解の一致を見ることは困難な状況にある。また、不動産物権変動をめぐる議論をより実りあるものにしていくと同時に、その議論の混迷の度合いを深めている原因ともなっている最近の有力な見解については、それが対象とする比較研究ごとに紹介することも可能であるが、そのような視点からだけでなく、不動産物権変動においてその見解が何を重要視しているかという視点からも特徴付けることが可能であろう。最近の見解に

⁹ この点につき、抵当証券の活用を視野に入れることも考えられると思われる。

において特徴的なことは、比較法的な視座に立ちつつも、不動産物権変動において重要な要素として取り上げられるそれぞれの法的概念に着目した上で議論を展開している点にあると言える。そして、純粹に理論的な法的構成の重要性だけではなく、具体的な結論の妥当性を導き出す手法として不法行為や公序良俗の概念を活用するなど、従来の議論が必ずしも具体的な帰結に寄与するとは言えなかった点を克服しようとする努力は、より一層顕著に行われていると評価することができる。

このように、それぞれの問題に対する判例の態度はすでに確立されており、現在は、新たに現れた具体的な事案に対する結論を基本的な理論枠組に即して提示する判決が積み重ねられている状況にある。それに対して学説の状況は今日においても混迷を極めており、通説的な見解を提示することは可能であるが¹⁰、その他にも有力な見解が多数存在しているため、一定の方向に収束する気配は見られない状況にある¹¹。とりわけ、最近の議論においては、様々なアプローチから不動産物権変動論を検討する研究が増加しており、それぞれの見解の関係性を整理すること自体も困難な状況になっていると言わざるを得ない。

そこで、本稿においては、ドイツの不動産物権変動において理論的にも実務的にも重要な役割を果たしていると思われる仮登記制度を考察することによって、わが国の不動産物権変動論の研究に新たな視点を加えることを試みたのであった。とりわけ、その歴史的発展過程、法的特徴、および、今日における機能に着目しつつ、検討を行った。

ドイツにおける仮登記制度は、その萌芽をドイツ統一前の各ラントにおける法制度に見ることができる。とりわけ、BGBの制定にあたっても有力であったプロイセン法の影響が大きい。プロイセン法においては、今日における異議にあたる制度と仮登記制度が区別されてはいなかったが、不動産公示制度の発展に伴って、抵当権だけではなく所有権に関する仮登記も承認された点に、その重要性が認められる¹²。仮登記制度がBGBに採用されるに際しては、債権的な請求権に物権的な効果が付与されることになる点に関して、物権と債権の明確な峻別を前提としたBGBの体系に矛盾するのではないかという理論的な反論が提示され、特に第一草案においては、仮登記制度は盛り込まれなかった。しかし、第二読会においては、主として実務的な理由から仮登記制度の採用が承認され、その後の議論を経て、今日におけるBGBに導入されるに至った。

このような過程を経て採用された仮登記制度の要件および効果などは比較的明確であるが、立法過程において激しく争われたように、その法的性質については依然として議論が尽きない状態にある。今日における通説は、仮登記制度をあえてBGBの体系に準じて位

¹⁰ 現在における通説的な見解は、物権行為の独自性を否定し、物権行為の効力発生時には何らかの外部的徴表を要求し、民法177条の解釈論としては物権変動の範囲も第三者の範囲も制限的に解し、対抗問題の法的構成については民法176条と177条を矛盾なく把握する方向性を採用していると評価し得るように思われる。

¹¹ 対抗問題の法的構成に関する見解として、例えば不完全物権変動説と公信力説が存在するが、前者においては第一譲渡の後も譲渡人に何らかの処分権限が残っていると解されるのに対して、後者においては第一譲渡によって譲渡人は完全な無権利者になると解される。このように、根本的な部分における見解の対立が存在することに鑑みても、不動産物権変動論全体としての学説の統一が極めて困難であることが了解されると思われる。

¹² BGBにおいて採用された仮登記と異議の区別は、バイエルン法などに基づくものである。

置付けることを放棄し、債権的請求権を保全するための特殊な制度として把握した上で、その効果が一面において物権的な特徴を有するにすぎないものとして理解している。しかしながら、いずれの見解もそれぞれにおいて難点を抱えており、説得的であるとは評価し難い状況にある。そこで、検討に値すると思われる見解は、物権か債権かという対立軸を念頭におくのではなく、絶対権と相対権という観点から仮登記制度を分析するものである。すなわち、仮登記が債権的請求権を保全するものであると同時に、絶対的な効果を有するものであることを正面から認めた上で、仮登記が物権なのか債権なのかという問題を回避するのである。そして、仮登記が有する絶対的な効果は、対象となる土地それ自体ではなく、物権変動を求める債権的請求権に付与されるのであるから、仮登記を物権として位置付けることは否定されるべきことになる。

また、今日における機能として、仮登記はとりわけ土地所有権の移転に際して最も重要性を有している。それは、主として、債権者が本登記を備えるまでの時間的間隔が相当程度生じることを避けることができないことに起因している。その場合に、物権行為を完了させていない債権者の保護を図る必要性が生じ、そのために仮登記制度は利用されるのである。したがって、この問題は、理論的には、物権行為と債権行為を不動産物権変動の場面においても明確に区別しているドイツ法の体系的問題に由来すると言うことができるだろう。

以上のような検討を前提とするならば、ドイツ法上の仮登記は、物権債権峻別論に基づく不動産物権変動システムの問題点を修正する機能を有していると評価することが可能である。つまり、ドイツ法においては不動産物権変動に関して形式主義および効力要件主義が採用されているために、登記の移転が物権変動の効果の発生と密接不可分のものとして位置付けられているのであるが、そのいわゆる登記主義を、本登記を備えなくても譲受人に対して絶対的な効果が付与される可能性を認めるという意味において緩和する方向に、仮登記制度は作用するのである。

それに対して、わが国の不動産物権変動に関する解釈論においては、まず、物権行為と債権行為の明確な峻別が承認されていない。しかしながら、わが国の民法典も大陸法に倣って物権と債権を峻別する体系を採用しているのであるから、不動産物権変動の局面においても原則として物権行為と債権行為の峻別は維持されるべきであろう。

ただし、ドイツ法とは異なって、わが国の不動産物権変動システムにおいては、意思主義および対抗要件主義が採用されていることは、民法 176 および 177 条の文言から否定できない。しかしながら、日本法においてもドイツ法と同様に仮登記制度が採用されており¹³、その理由は、やはり、本登記を備えるに至っていない権利者の保護にある¹⁴。意思主義に基づいて対抗力のない物権の存在を承認するとしても、そのような物権は法的には極めて脆弱な存在にすぎないのであるから、結局のところ、譲受人は本登記を備えない限り

¹³ わが国の不動産登記法がドイツの土地登記法を母法としていることから、仮登記制度もドイツ法に由来している。

¹⁴ この点は、物権行為と債権行為を明確に区別するか否か、さらには、形式主義および効力要件主義を採用するかそれとも意思主義および対抗要件主義を採用するかという問題にかかわらず、本登記を行うための手続的な要件具備に要する時間的な問題に基づいて発生する。

絶対性および排他性を備えた物権を取得することはできない。それゆえ、ドイツ法におけるのと同様に、本登記を備えていない権利者を保護する必要性が生じてくるが、日本法においても、そのために採用された制度は仮登記制度であった。つまり、不動産公示制度を利用した手段が用意されたのである。このことは、わが国においても観念的な権利をできる限り公示するべきであるとする思想が根付いている証左であると言える。したがって、わが国の不動産物権変動論を検討するに際しても登記主義的な把握を試みることの可能性が開かれていると評価することができるのである¹⁵。

そして、このような登記主義的な見地からわが国の不動産物権変動論を考察してみると、まず、物権行為の独自性を肯定した上で、物権変動の効力発生時は原則として登記時と解し、次に、登記がなければ対抗することができない物権変動の範囲については、できる限り登記によって不動産物権変動を規律する方向性が望ましいとする観点から、原則としての無制限説が志向される¹⁶。それに対して、登記がなければ対抗することができない第三者の範囲については、第二譲受人が第一譲受人に対して害意を有している場合などが存在することに鑑みると、登記主義的な観点を越えた問題状況が存在する場合には、制限説と同様の結論が是認されるべきであると考えられる。最後に、対抗問題の法的構成に関しては、単に二重契約が存在しているにすぎない場合と意思表示のみによる物権変動が発生している場合とに区分し、前者の場合においては、そもそも物権の移転が生じていないと解し、後者の場合においては、登記の先後によって物権の帰属が確定するが、第一譲受人の物権取得自体はひとまず確定的なものとし、その後、先に第二譲受人が登記を備えた場合には、第二譲受人が確定的に当該物権を取得する一方で第一譲受人が反射的に当該物権を失うこととする解釈が優れていると思われる。

¹⁵ このように、不動産物権変動システムとしては、大別して、ドイツ法において採用されている形式主義および効力要件主義と、わが国においても採用されているフランス法的意思主義および対抗要件主義の二つの方式を挙げることができるが、どちらのシステムにおいても、登記制度が重要な位置を占めていることは疑いのないところである。つまり、本登記がなされるまでは、効力要件主義を採用するとしても、または、対抗要件主義を採用するとしても、第三者が完全な物権取得者となり得ることが原則として許容されないのである。そこで問題となるのが、本登記を備えていない債権者または物権取得者の保護の必要性である。本登記を備えるための手続上の要件の存在に鑑みると、取引開始から本登記を経由するまでの時間的間隔を考慮しないわけにはいかない。したがって、その間に第三者が現れ、先に本登記を備えることによって、第一譲受人の完全な物権の取得が妨げられる可能性を否定することはできないのである。この問題は、形式主義および効力要件主義を採用するか、それとも、意思主義および対抗要件主義を採用するかにかかわらず存在し得る。この場合に第一譲受人を保護する制度としては、例えば、いわゆる *jus ad rem* のように、一定の要件下で特定物債権者を保護する制度を挙げることでもできるが、今日におけるドイツ法および日本法においては、確立された不動産公示制度の存在を前提とした仮登記制度が採用されるに至ったのである。

¹⁶ ただし、建物が新築された事例などにおいては、無制限説は修正されるべきであろうと思われる。

二 今後の課題

今後、不動産物権変動論を考察するにあたって課題とされるべき点としては、すでに述べたように、まず、各論点に対する個別的な検討を進めていくことを挙げるができる。その場合には、本稿で示したように、物権行為の独自性、物権変動が生じる時期、登記がなければ對抗することができない物権変動および第三者の範囲、ならびに、対抗問題の法的構成を個別的問題点として取り上げることもできるであろうし、また、不動産取引におけるその他の問題点を別個に論じることも考えられるであろう。さらに、これらの各問題点を、より一体的に考察することも可能であると思われる。つまり、不動産取引法全体にわたって統一的な理論を構築することの必要性をも、無視することはできないであろう。その場合に、すでに確立されている判例理論との整合性を考慮することが重要であることは、言を俟たないところである。

続いて、物権概念と債権概念の理論的深化を図ることも重要な作業になると思われる。わが国の民法典が大陸法の影響を強く受けながら、物権と債権を明確に峻別した体系を構築していることは疑いのないところである。そして、不動産取引の目的が、不動産取引当事者間における物権の変動にあることは事実なのであるから、基本的には不動産取引が物権法上の問題であることは広く承認されるべきところであると思われる。しかしながら、その前提として、取引当事者間の契約に代表される債権行為が存在していることも見逃すことのできない点なのであって、ここに、物権行為と債権行為の関係が検討されるべき原因が存在していると言うことができる。物権行為の概念を承認すべきか否かという点も含めて、物権概念と債権概念の理論的深化を試みることも、今後の課題となるであろう¹⁷。

さらに、物権行為と債権行為の関係に関連して、近年目覚ましい発展を遂げている契約法理論を始めとした債権法理論を、不動産物権変動論にどのように接合していくかということも、問題となり得るであろう。物権行為の独自性を否定する場合はもちろんのこと、肯定する場合にも、いわゆる有因性を認める場合には、債権行為の帰趨がそのまま物権行為にも影響を与えることになるのであるから¹⁸、債権法理論の検討およびその不動産物権変動論への接合は重要な課題となる。

また、以上に挙げたそれぞれの問題点の検討を進めていくにあたって、不動産公示制度の重要性を考慮することは今後も必要不可欠になると思われる。登記制度は、その歴史的観点からすれば、不動産物権変動それ自体のみならず、抵当権を始めとした被占有担保権の設定にとっても欠くことのできない制度である¹⁹。さらに、一般人にとっては、登記は権利を公示するものである以上に、権利を創設するもの、さらには、権利そのものであるとの認識までもが存在しているように見受けられる。このような一般的な認識を不動産物権変動論にどのように反映させることができるかという点も、今後の課題であると言えるだろう²⁰。

¹⁷ 不動産取引が行われる場面は、物権行為と債権行為という概念を検討するにあたって、最も適当な材料を提供していると考えられる。

¹⁸ ドイツにおいても、最近では、物権行為の無因性について疑問の声が多く上がっている。

¹⁹ むしろ、歴史的には、非占有担保権を公示するために発展が促されてきたと言える。

²⁰ また、平成 16 (2004) 年に改正された不動産登記法の実務での定着を待って、それに

対する理論的な考察を試み、その上で、不動産物権変動論に与えるその影響を検討することも重要であろうと思われる。