

大場浩之氏博士学位申請論文審査報告書

早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程学生（当時）大場浩之氏は、早稲田大学学位規則第7条第1項に基づき、2006年12月20日、その論文「日本とドイツにおける不動産公示制度の研究」を早稲田大学大学院法学研究科長に提出し、博士(法学・早稲田大学)の学位を申請した。後記の委員は、上記研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2007年7月25日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

一 本論文の構成

本論文は、日本とドイツにおける不動産公示制度の歴史を検討し、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を明らかにしている。次いで、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、最後に、ドイツにおける仮登記制度を中心として、不動産物権変動と登記の関係について検討を加え、わが国における不動産物権変動論の再構成への視座を得ようとしている。

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という過程を経て、今日に至っている。このうち、旧登記法と不動産登記法の制定にあたっては多くの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。

ドイツの不動産公示制度の歴史的変遷過程を検討すると、不動産非占有担保制度の発展との関係が重要であることが分かるが、登記を物権変動の効力発生要件とし、さらに公信力を付与しているドイツ法特有の部分に関しては、被担保債権への付従性を有しない土地債務が抵当権以上に重要な意義を有してきた、というのが筆者の見解である。

日本における不動産物権変動論においても、民法176と177条の母法であるフランス法を比較対の象とした研究が多く行われてきた一方で、ドイツにおける不動産物権変動論を対象とした研究は、最近においてはそれほどなされていない。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峻別しているか否かの違いを挙げることができるが、このことが、両国の不動産物権変動システムを比較する際に大きな障害となっていることは事実である、としている。

しかしながら、ドイツ法においても、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、仮登記制度がそれである。筆者によれば、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民法典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、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。

二 各部の概要

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

冒頭で、日本における不動産公示制度の歴史的変遷につき、古代から江戸時代の中期までの変遷につき概観しているが、近代以降については、以下のとおりである。

明治維新を迎え、明治政府は、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、これによって金納による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（明治5（1872）年）。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。したがって、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。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。

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、不動産担保取引上の要求は、早急な法制の樹立を迫った。そこで政府は、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。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も言うべきものである。しかし、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。同法は、登記の機関を裁判所とし、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、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。

この明治19（1886）年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つたが、本来法律によって規定されるべき性質を有する事項が、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。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、法典調査会において新しい登記法の審議を行うことにし、審議は明治29（1896）年に始まり、明治32（1899）年に新たな不動産登記法が公布された。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であつた。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依然として存在している。

不動産登記法はその制定後多くの改正を受けているが、とりわけ昭和 35（1960）年に、制定以来最大規模の改正が行われた。いわゆる、台帳と登記簿の一元化である。この改正は、私的な権利を保護するための伝統的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。

また、最近の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。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。

以上が日本における不動産公示制度の発展の流れである。それぞれの制度は、明治維新を境とした急激な近代化の流れの中で生み出されてきたものであるだけに、その過渡的な性格を否定することはできない。また同時に、それぞれの制度の創設にあたって重要視されたことが租税の徴収であったことも、見逃してはならない事実である。

一方、ドイツについても、まずゲルマン時代からフランク時代について概観し、次いで、中世以降について検討している。17 世紀に入り、重商主義の時代において、ローマ法の欠点が顕在化してきた。それゆえに、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った。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り、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、抵当権簿制度であった。この制度は、特にプロイセンで発展し、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。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った。

その後ドイツ帝国（ライヒ）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。同法制定の目的は、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とされていたが、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た。その結果、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。その点で、ドイツ帝国における統一土地登記法は、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ものと言える。

1897年に制定された土地登記法は、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おり、しかも、ラントごとの規定はかなり異なるものであった。そこで1935年に、土地登記法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、プロイセンのシステムとバイエルンのシステムがあったが、最終的にはプロイセン式のシステムが採用されることになり、そのシステムのさらなる拡大が図られることになった。1935年の土地登記法の改正以降も、土地登記法の変更不要し補充を目的とする多くの法律や命令が施行されている。特に最近の登記簿のコンピュータ化は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すでに制定されている。

筆者は、以上のようなドイツにおける不動産公示制度の発展過程を検討したうえで、比較的早い段階で取引の範囲が拡大され、それに伴って不動産公示制度の発展も促進されてきたこと、さらに中世においては各都市、近代以降にあつては各ラントの独立性がそれぞれ強かったことも特徴であると言える、としている。このことがドイツ法全体としての統一の遅れを招き、その結果、本来統一的な適用を必要とする登記制度の統一も遅れることになった、としている。

第二部 ドイツにおける土地債務（Grundschuld）と登記の関係

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る。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目的をも担っていた。

土地債務の考察に当たっては、メックレンブルクおよびプロイセンの各地域における発展過程が重要である。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、商人間において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進められ、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るに至った。

土地債務制度は、前述のように、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たものである。一方で、立法者も代表的な非占有担保権は抵当権であると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。

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、民法典の制定にあたってライヒ（帝国）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を想定していた民法典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。筆者は、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るに至った原因である、としている。

抵当権のように被担保債権へ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存在する。しかしながら、抵当権が存在するならば、人的債権への付従性を有しない土地債務制度は必要不可欠なものであるとは言えない。ちなみに、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ていない。土地債務制度が民法典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。しかしながら、統一民法典の制定にあたって、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民法典において採用されたのである。

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典型として機能した。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とされ、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までは評価し難いが、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、と筆者は主張する。

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。また、登記の効力に関する各国法の相違点は、そのまま登記制度の発展段階の相違につながるという疑問に対して有力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る、としている。

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。ドイツに特有の土地債務は、被担保債権へ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発し、流通促進のために発展させられ、民法典にも導入されるに至っ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と発展が、被担保債権に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、筆者は主張している。

しかしながら、ドイツ民法典に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。ドイツにおいては、債権担保の目的において、日本と同様に抵当権のみが一般に利用されている、というわけではない。逆に、今や、純粹に信用担保手段として、土地債務が抵当権以上にドイツの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、重要な課題であると、筆者は主張する。

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、と主張している。また、不動産価格が安定傾向にある現在の日本において、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、とも主張している。

第三部 ドイツにおける仮登記（Vormerkung）と不動産物権変動論

筆者が仮登記に着目して論議を展開しようとする趣旨は、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することに主眼があると考えられる。すなわち、「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」を論証するため、本登記をするのに熟していない段階であっても、問題となる権利ないし権利関係を可及的に登記による公示に反映させることを可能とする制度として、この仮登記の制度が位置づけられる。

仮登記の制度は、このような観点から取り上げられるものであるが、このような着眼からの論旨の展開は、副産物として、前提となっている不動産物権変動の原理的な考え方の構造を照射することとなっている。なぜならば、「本登記をするのに熟していない段階において」問題となる権利ないし権利関係を可及的に登記により公示するのが仮登記の制度であるというとき、どのような背景から「本登記をするのに熟していない段階」が生ずるかは、前提となるものが形式主義ないし効力要件主義であるか、それとも意思主義ないし対

抗要件主義であるかに応じ異なるからである。

すなわち、まず、形式主義および効力要件主義が採用されるドイツ民法においては、登記がなされない限り、そもそも物権変動の効果が発生しないところから、「本登記をするのに熟していない段階」は、そこで問題とする権利が債権的請求権である、という仕方において現出する。このような観点から検討を開始する本論文においては、今日におけるドイツの通説として、仮登記制度を、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うえで、その効果が一面において物権的な特徴を有するものとして理解されていることを紹介しつつ、今後において注目してゆくべき見解として、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があることを指摘する。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とうえで、仮登記により公示される権利が物権なのか債権なのかという問題を回避する、という思考態度が注目される。

要するに、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物権変動の効果が発生しないから、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、という事態の確認がなされ、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ということが指摘される。

これに対し意思主義および対抗要件主義が採用されている日本法においては、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ず、したがって、登記のない物権も存在しうることとなり、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。このような日本の法律運用に関する筆者の評価によれば、仮登記制度を用いて権利の公示を行なうことにより権利に排他性および絶対性を付与ということが、それだけ登記のない物権、すなわち対抗力を有しない物権の存在の脆弱性を認識させることになっており、そして、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る関係になっているのである。そこには、「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」を肯定する手かがりが見出され、日本における「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」という評価が述べられている。

このようなドイツ法と日本法の考察の比較検討を踏まえ、両国の法状況のあいだには、当然のことながら共通点と相違点が見出されるし、本論文も、このことに着目して、まず相違点としては、仮登記制度の存在が、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意義を有する」のに対し、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」という点に意義が見出される、としている。

半面において、筆者によると、共通に認識することができることとして、いずれにしても「不動産物権変動の過程における公示制度の重要性」が示唆されており、「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り、「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」ものとされる。

「おわりに」の概要

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、不動産登記制度は、取引の安全を保護する目的と同時に、租税徴収の対象となる不動産の確認を行うという役割も有していた。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整備されてきたという点に特徴がある。

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、物権変動自体を登記する方法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（形式主義）を挙げることができる。そして、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。すなわち、両国ともに、不動産をめぐる権利関係が私法上の関係だけでなく、それに加えて不動産に対する公法上の関係（規制）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の全体を正しく把握したことにはならないという状況が生じ、それに対して、市民の側から不動産に関する情報の効率的把握を要求する声が高まったこと、さらに情報技術の著しい発展が重なったこと等をあげることができる。

筆者は、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、との認識に立っている。日本法においても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、そのために採用された制度は仮登記制度であった。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存在すると評価することができるのである。筆者の見解によれば、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。それに対して、筆者は、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もありうることに鑑みると、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、と述べている。

最後に、筆者は、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最終的に確定するが、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、としている。

三 本論文の評価

1 「制度の歴史的変遷」について

(イ) 本論文では、不動産登記法の前史として地券制度の検討を行い、明治19(1886)年の旧登記法への移行時における立法上の変遷を検討しつつ、筆者は、現行の不動産登記法は日本の伝統的な制度にドイツ法的な制度を組み合わせたものである、との基本的認識に到達している。

日本における不動産登記制度の歴史的な研究は、故福島正夫教授などによってなされてきたが、ドイツ法の継受との関連では十分な研究はなかったといえる。その点でも、学界に貴重な業績を追加することができたという評価することができる。

(ロ) 筆者は、本研究において、日本とドイツの不動産登記制度について平行な歴史的研究をおこない、その内容的比較をおこないつつ、現代日本の不動産登記法の解釈と立法にとって吸収できるものを探っている。

問題は、立法過程において、日本法が物権変動論についてはフランス法主義に従いながら、手続法である不動産登記法についてはドイツ法を基本的に承継したという「矛盾」をいかに処理したか、という点である。物権変動論においてドイツ法的形式主義を放棄して、フランス法的対抗要件主義を採用することによって「矛盾」の解消をはかったが、対抗要件としての登記がもっとも重要な機能を営む「二重譲渡」の事例の解釈をめぐって「大論争」をもたらすことになった。本論文では、ドイツ法において、債権的請求権に物権的効果を付与する結果になる「仮登記」制度に着目して、二重譲渡における「対抗」問題について、新たな視座を呈示している。この点は、後に述べるように、若干の問題を含んでいるが、積極的姿勢は評価することができる。

2 土地債務制度について

(イ) 第1章では、ドイツにおける土地債務の「共生」的發展と現代的意義を論じている。土地債務は、あまり知られていないゆえに、その構造と現代的な利用方法を詳細に紹介しており、現在における最新の研究として意義が大きい。もともと研究業績が少ない領域で

あるために、制度の正確な認識を得るためにも相当のエネルギーを費やしたものと推測され、その意味でも、一定の評価がなされるべきである。これまで、日本では、土地債務に関する本格的な研究が少なかつただけでなく、ドイツ社会における現実的な機能にまで及んだ研究は初めてであるといってもよい。

(ロ) ドイツにも、抵当権制度は存在するが、最近では、これよりも、土地債務の利用が多くなっているという実態を前提として、本論文では、その理由を探り、日本の不動産担保制度にとっての意義を探ろうとしている。すなわち、ドイツにおける土地債務は、今日では流通性を高めるためではなく、実際には被担保債権の存在を前提として、保全土地債務として機能していることに着目し、日本においても、立法論として、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を検討してみてもどうかとの提案を行っている。

(ハ) 第2章では、ドイツにおける登記と土地債務の関係を論じている。この箇所は、土地債務が登記実務においてどのように取り扱われるのかという点からも重要であり、この研究は、わが国の研究者のみならず、不動産取引実務に対しても寄与するところが多い。

3 不動産物権変動論について

わが国において不動産物権変動をめぐる理論状況は錯綜し、日々新たな解釈論が提示されていることは周知の通りであるが、筆者は、第3部第1章において、わが国における不動産物権変動論につき、解釈論上の諸課題を概観した後に、判例および学説のそれぞれについて、時代的な展開過程を要領よく整理しており、判例・学説の客観的な分析能力は優れているものと認められる。

その上で、筆者は、両者の乖離現象は著しく、判例の側からの歩み寄りや考えがたいと評価しつつ、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して、パンデクテンシステムの採用という点ではわが国の母法とされるドイツ法における不動産物権変動システム、とりわけわが国の制度と整合性をもつ仮登記制度を考察の対象とすべきであるとする。こうした姿勢は、実務に流されることなく、また、いたずらに解釈論上の技術的な議論の波におぼれることもなく、堅実に理論と実務との協働作業を形成していこうとするものとして好感を持つことができる。

4 仮登記制度について

(イ) 第三部では、ドイツにおける仮登記制度を取り上げている。不動産登記に関する日独間の相違、すなわち、形式主義と対抗要件主義の相違を前提とした上で、意思主義（対抗要件主義）を採用する日本においては、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ようとしており、そのかぎりでは登記に関する原則の修正をはかるものであるとしている。

(ロ) このような仮登記に関する筆者の考察は、それ自体として、とりわけドイツ法にお

ける仮登記制度の紹介として意義を有するものである。しかし、もちろん、それに尽きるものではない。論文全体のなかでの位置づけとして、この仮登記に関する考察は、それ自体が目標とされているというよりも、不動産物権変動の構造解明という筆者が意図する大きな研究構想のなかでの道具的な役割を担っているものと考えられる。

(a) このことを敷衍するにあたり、まず前提を確認しておくとするならば、物権変動を考察の対象とする従来の研究動向から集約される成果として、おそらく、つぎのことには、異論がないものと考えられる。すなわち、物権変動は、それが存在することが外部から認識可能になっていること、つまり公示されていることが理想であること、したがってまた、このような理想に照らして言うならば、物権変動の原因である債権行為が成立してから物権の公示が履践されるまでの状態は、これに対し、不安定な状態である、という評価を与えることができる。これらのことに異論はないし、本研究も、このような従来の研究動向の成果を前提として考察を進めるものと目される。

(b) 問題は、いうところの「不安定な」状態ということの意義である。どのような論理的意味において、不安定であり、また、そこで性質が認識される不安定な状態をどのようにして克服するか、は唯一の解なるものがあるものではなく、比較法的にも複数の解が存在する。そして、筆者が、ここでの仮登記の考察により試みたものは、まさに、この不安定さの性質解明にはかならない。ドイツにあって、仮登記により公示される債権的請求権が体系上孕む緊張という仕方において、また、日本法において、登記（本登記）を備えないまま暫定の順位保全が可能である物権の存在の容認が対抗要件主義とのあいだにおいて直面する緊張という意味において、説明を要する問題を生ぜしめるものであり、そして、このような一つの観点により、いわば一筆書により日独の不動産物権変動の構造比較を試みようとすることは、筆者の研究者としての観点設定能力を物語るものである。これを要して言うならば、仮登記により権利の公示の体系上の位置づけという観点が設定されたことは、その観点の設定ということ自体について妙があり、高く評価することができる。

5 残された課題

しかしながら、さらに検討を要する点も残されている。

(イ) 筆者は、土地債務はドイツ法固有の定期金売買を基礎に発展してきたものであり、民法典制定に当たっては、既に投資抵当権の最たるものであった土地債務は消極的な評価を受けていたが、立法者としてはドイツ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とし、このような旧制度の系統を引く土地債務が、現在では抵当権よりも圧倒的に使われている原因を探ろうとする。そして、当初は土地債務の非付従性から広く利用されたが、しかし、抵当権との相違がなくなっている現在では、それは第一の原因とはいええず、むしろ戦後の復興のための様々な政策（住宅建設など）と土地債務市場の要求が一致したことが重要だとする。

しかし、ドイツ固有法・普通法時代にも、ローマ法の普通法化として抵当権 (Hypotheka) が志向されたものの、それを脱法する形で、Rentenkauf（定期金売買）、Rentenpfand、

Wiederkauf など多様な変則的担保手段が存在し、ローマ・カノン法の強硬な禁止にもかかわらず、それらが抵当権よりも凌駕していたのである。そうであれば、抵当権との本質的な制度的・機能的相違の追究は重要なのではないか。

(ロ) また、筆者は、土地債務の原型を定期金売買と捉えてその発展形態を論じているが(「第二節 一」)、この部分は論評であって、定期金売買から土地債務への発展過程をトレースしているものではない。また、この箇所の文章表現は、他の箇所のそれと異なり翻訳調であって、ドイツの研究者には一般的知見ではあるかもしれないが、日本人一般の研究者には内容的に理解が困難なところがあるろう。

さらに、欲を言えば、民法典の起草過程を論じているのであるから、Motive (理由書)のみならず、その際の必須の文献である Protokolle (議事録) や Gutachtung (鑑定意見書) などをも参照して欲しかった。

(ハ) 第3章では、日本における登記と非占有担保権の関係への示唆を論じる。ただ、この点に関して言えば、第1章・第2章との関係が不明であり、「ドイツ法から得られた示唆」として、登記の公信力制度と土地債務の創設をあげるが、前者は非占有担保権の取引安全を担保する手段として有益であるとしても第1章・第2章で論じたこととは無関係であるし、後者は日本担保制度になぜ有益なのか明確でない。

(ニ) 前述「4」の評価を確認したうえで、筆者に対し今後において更に研究を発展させるなかで、関心を抱くことを要請するものがあるとするならば、それは、ここまでの評価分析において再々言及してきた不安定状態を克服する処方として筆者が随所で提唱する「登記主義」ということの意義の精密化ということであるであろう。いったい、それは、物権変動の公示の理想を反復して述べるにとどまるものであるか、それとも、不動産に関する権利関係の公示における具体的政策を意味するものであるか。前者であるとするならば、それは上述(1)で確認された理念そのものであり、異論が少ないと目される半面において、そのうえで、どのような具体的政策論ないし解釈論を採るかが問われるであろう。また、後者は、つまり、公示されるべき権利関係(=実体)と登記とのあいだに齟齬がありうるという事実認識を前提として、にもかかわらず齟齬を減らす努力の積み重ねを睨みながら登記の役割を相対的に大きなものとする原則的見地を採るものであるが、これに対しては、齟齬があることを織り込んで登記の役割を一定の程度・領域に限局するゆきかたを意識して選ぶ立場から異論も予想されるところであり、個別具体の解釈論点において、その提唱する見地に実を与えてゆくべきことが期待される。

(ホ) 仮登記制度は、筆者も指摘するように、排他性と絶対性を備えた完全な物権を取得する以前の権利(ドイツにおいては債権、日本においては未登記の物権)に排他性を付与することで実務上重要な機能を営んではいるものの、理論的には、物権債権峻別論およびそれを不動産物権変動の場面でも貫徹させようとする登記主義を「修正」ないし「緩和」するものとしての意義を有する。筆者は、わが国における不動産物権変動論に関して物権行為独自性説を採用し、今後の課題として「物権概念と債権概念の理論的深化を図ること

も重要」と指摘するのであるから、仮登記された権利の法的性質など物権債権峻別論との関係での仮登記の理論的検討をさらに深めることを期待したい。

その際、第1に、本稿では、わが国における仮登記について、もっぱら本登記をするための手続上の要件が具備していない場合のそれ（いわゆる1号仮登記）のみを考察の対象としているが、わが国でもドイツと同様に請求権保全の仮登記（いわゆる2号仮登記）が認められていることも考慮の対象とすべきものと考えられる。

第2には、筆者は、例えば売買契約締結後所有権移転登記具備前の買主に絶対的・排他的な保護を与えうることを、仮登記の実際的意義として積極的に評価するが、仮登記によって保護しうるのは、二重譲受人その他の競争的關係にある者との優劣決定の場面に限られるのであって、不法占拠者その他の者との関係において物権的保護を与えるべきか否かは、登記主義的な考え方を採るのか、それとも対抗要件主義的な考え方を採るのかによって変わってくるのであるから、物権債権峻別論と不動産物権変動論との関係を論ずるにあたっては、こうした場面をも考察の対象に含むことが必要であろうと思われる。

このように、残された課題もあるが、望蜀の感もあり、本論文の価値を減ずるものではない。将来の課題として一層の精進を願うものである。博士学位申請論文として、相当の水準に達していると評することができる。

四 結論

以上の審査の結果、後記の審査委員は、本論文の執筆者が博士(法学・早稲田大学)の学位を受けるに値するものと認める。

2007年7月25日

審査委員

近江幸治

鎌田薫

主査 田山輝明

山野日章夫