

論 説

ドイツにおける
仮登記（Vormerkung）についての考察（5）
—— 不動産物権変動論との関係を中心に ——

大 場 浩 之

はじめに

- 一 問題意識
- 二 課題の設定
- 三 本稿の構成

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

(以上81巻4号)

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

(以上82卷1号)

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

(以上1まで82卷2号)

三 BGBの編纂過程

第三節 法的特徴

一 法的性質

(以上6まで82卷4号)

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

(以上本号)

第二節 仮登記制度と不動産物権変動論の関係

第三節 ドイツにおける不動産物権変動論の分析

第四節 わが国における不動産物権変動論の再構成

第五節 小括

おわりに

一 結論

二 今後の課題

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 (民法典) 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⁽¹⁾。また、ハインリッヒは、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付け、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る制度であるとする⁽²⁾。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

(1) この点につき、Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, 1901, 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 (Haase) などを挙げることができる。例えば、Haase, Die Rechtsnatur der Vormerkung, 1931, S. 67 ff. などを参照。

(2) Heinrich, Die Wirkungen der Vormerkung, 1911, S. 12 ff..

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、依然として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⁽³⁾着目している。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

(3) 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。

ここに存在するのか、言い換えれば、対象となる請求権に対して物権的性質が何に基づいて付与されるのかという点が、明確に⁽⁴⁾されていない。

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と思われる。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ということに対しては、疑問の余地がないであろう。

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して解される。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

(4) 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。

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。⁽⁵⁾

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。⁽⁶⁾したがって、仮登記を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なようにも思われる。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

(5) この点につき、Ludwig, Die Auflassungsvormerkung und der noch zu benennende Dritte, Rpfleger 1986, 351を参照。ルートヴィヒは、仮登記を請求権と同一の保全手段と解する一方で、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。

(6) 例えば、Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, 1999, S. 219 f.などを参照。

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⁽⁷⁾に介入して、その行為の有効性を判断する地位に置かれるだけなのである。

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否かという点である。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⁽⁸⁾が論じられてきた。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なさされるものであるから、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⁽⁹⁾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。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

(7) Rottenfuß, Der gutgläubige Erwerb der Auflassungsvormerkung, 1981, S. 57 ff..

(8) 債権の物権化について論じているものとして、Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951; Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, FS Flume I, 1978, S. 371 ff.などを参照。

(9) 例えば、Diederichsen, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, 1965, S. 52などを参照。

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絶対権に、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。⁽¹⁰⁾ 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。⁽¹¹⁾ 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であると位置付けられ得ると思われる。

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。

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

(10) この点につき、Krasser, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, 1971, S. 107を参照。

(11) 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, Die Vormerkung, 1998, S. 323 ff. を参照。

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。⁽¹²⁾

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。⁽¹³⁾ 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、両規定の効果が一致が見受けられるが、⁽¹⁴⁾ 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

(12) この問題点については、Hager, Die Vormerkung, JuS 1990, 433などを参照。

(13) BGB 883条と161条を比較検討するものとして、Bendix, Die Vormerkung des neuen Rechts, Gruchot 1905, 49, 515などを参照。

(14) 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。

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なのである。

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というを前提とした規定であり、⁽¹⁵⁾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⁽¹⁶⁾のである。

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

(15) 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。

(16) 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。

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記されている場合には、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引の時点に早めることにあるのであり、結果として、仮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、その順位は仮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、仮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仮登記を用いることを規定している。したがって、仮登記は、その後が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、仮登記された請求権は特別な扱いを受けることになる。仮登記権利者のために、その対象とされている権利が、仮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、仮登記権利者も ZVG (強制競売法) 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。⁽¹⁷⁾ 厳密に検討するならば、たしかに仮登記が保全の対象

(17) 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。

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、仮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、仮登記は ZVG 9条1項1号に包含されることになる。したがって、仮登記権利者には、強制競売法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。⁽¹⁸⁾ ZVG 48条によれば、仮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、仮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。強制執行手続きにおける仮登記の効果を理解するにあたっては、ZVG 48条および BGB 883条の解釈が重要になると思われる。⁽¹⁹⁾

4 債務者破産時における効力

さらに、法律は、仮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、仮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 (倒産法) 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仮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。⁽²⁰⁾

(18) この点については、Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, 1904, S. 239; Reichel, Die Vormerkung im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, JherJb 1904, 46, 123 f. を参照。

(19) ZVG 48条および BGB 883条の解釈論につき、詳しくは、Assmann, a. a. O.11, S. 179 ff. を参照。

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 文の保護を拡張し、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⁽²¹⁾。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くなってしまうであろう。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⁽²²⁾。

(20) 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)。

(21) これについては、Biermann, a. a. O. 1, S. 164などを参照。

(22) 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

5 債務者死亡時における効力

立法者は、相続人の制限された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⁽²³⁾だろう。

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き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。

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はなく、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、プロイセン一般抵当権令 (AHO、1783年) 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。⁽²⁴⁾

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。⁽²⁵⁾ この点を肯定的に解するためには、仮登記と異議のい

(23) 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。

(24) この点につき、Reichel, Die Vormerkung im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, JherJb 1904, 46, 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。

(25) 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。

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⁽²⁶⁾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。また、同時に、土地所有権者には 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、ここでの土地所有権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、それで十分だからである。⁽²⁷⁾

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、明確に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、当該土地をその後を取得した者⁽²⁸⁾に対して、その効力は貫徹されることになる。したがって、物権的先買権はまさ⁽²⁹⁾に物権として位置付けられるのである。

(26) これについては、Ebner, Die Vormerkung nach Deutschem Reichsrecht, 1914, S. 48などを参照。

(27) 同旨の見解として、Deumer, a. a. O. 25, 383; Reichel, a. a. O. 24, 67などを参照。

(28) 判例として、BGHZ 60, 294を参照。

(29) 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ることができる。この点につき、Reichel,

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⁽³⁰⁾。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⁽³¹⁾と解すべきであろう。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⁽³²⁾と言わなければならない⁽³²⁾のであり、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。

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

今日、仮登記は様々な場面において機能しているが、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⁽³³⁾。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

a. a. O. 24, 92 f. を参照。

(30) この見解については、Leyser, Die rechtliche Natur der Vormerkung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1904, S. 74を参照。

(31) 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。

(32) Weber, Die Anwendung der Vorschriften über Rechte an Grundstücken auf die Vormerkung, BIGBW 1964, 19が、このことを的確に表現している。

(33) 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。

容しなかった土地の条件付の譲渡 (BGB 925条2項)⁽³⁴⁾ 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必要があるため、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⁽³⁶⁾。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ないため、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

(34) 立法者の見解については、Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III, Sachenrecht, 1899, S. 183を参照。

(35) 判例として、BGH, NJW 1994, 2948などを参照。

(36) 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。

応し得るように明らかにされることになる。⁽³⁷⁾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者であり、かつ、その所有権の対象が明らかになってい⁽³⁸⁾ればよい。

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⁽³⁹⁾必要がある。

まず、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⁽⁴⁰⁾す。

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⁽⁴¹⁾られた請求権なのかという問題は、仮登記の可能性にとって重要とはなら

(37) 土地の一部に関する裁判例として、BayObLG, DNotZ 1985, 45などを参照。

(38) 共有持分に関する裁判例として、BayObLG, DNotZ 1976, 162などを参照。

(39) この点につき、Dollinger, Über Vorkaufsrecht bei Wiederkaufsrechten, WürttZ 1904, 46, 130を参照。

(40) 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。

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。⁽⁴²⁾ 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

(41) 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。

(42) 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。

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ている⁽⁴³⁾。

そして、土地担保権の設定を求める請求権だけではなく、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⁽⁴⁴⁾。

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。この問題については、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。

(43) 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 Bauhandwerkerversicherungshypothek bei Mängeln der Werkleistung, NJW 1981, 2251 f. も参照。

(44) 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を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。

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る、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 (アウフラッスンク) 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、譲渡人と第一買主との間には、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、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フラッスンク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。⁽⁴⁵⁾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⁽⁴⁶⁾。

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なだけでなく、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

(45) 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。

(46) 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。

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フラックンク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⁽⁴⁷⁾。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、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

(47) 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。

(48) この点につき、Weirich, *Grundstücksrecht*, 2. Auflage, 1996, Rdnr. 629などを参照。

件が要求されていることなどが挙げられる。⁽⁴⁹⁾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図られたのである。

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⁽⁵⁰⁾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。

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。⁽⁵¹⁾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。⁽⁵²⁾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

(49) 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ることがあり得る。詳しくは、Schapp, Sachenrecht, 2. Auflage, 1995, Rdnr. 344などを参照。

(50) 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. 10, S. 92 f.などを参照。

(51) 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。

(52) この点に関しては、Gerhardt, Immobiliarsachenrecht, Grund Eigentum und Grundpfandrechte, 4. Auflage, 1996, §5, 3 aなどを参照。

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⁽⁵³⁾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。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⁽⁵⁴⁾いるのである。登記簿は登記を行う可能性を通じて、その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⁽⁵⁵⁾。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く⁽⁵⁶⁾なる。

(53) 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 zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III Sachenrecht, 1888, S. 237; Raschig, Vormerkungsfähige Ansprüche nach dem Reichsgrundbuchrechte, 1903, S. 7などを参照。

(54) これについては、Haeele, Schutz des Grundstückskäufers durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung, BIGBW 1959, 34を参照。

(55) この点につき、Sekler, a. a. O. 18, S. 3を参照。

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。⁽⁵⁷⁾ プロイセン法において採用されてい

(56) 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, Der gutgläubige Vormerkungserwerb und seine rechtlichen Wirkungen, 1989, S. 164 ff. を参照。

(57) 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.

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、特に、登記制度の発展に応じて、⁽⁵⁸⁾ 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。

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⁽⁵⁹⁾ 挙げられていた。

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

1, S. 1 ff. を参照。

(58) 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、プロイセン一般抵当権令 (AHO, 1783年) およびプロイセン一般ラント法 (ALR, 1794年) を参照。また、Motive, a. a. O. 53, S. 237 も参照。さらにその後、1872年のプロイセン所有権取得法 (EEG) およびプロイセン登記令 (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.1, S. 30 を参照。

(59) 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. 53, 240 f. を参照。

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⁽⁶⁰⁾。

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

(60) 第二委員会の議論に関しては、Protokolle, a. a. O. 34, S. 114 f. を参照。

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となる。⁽⁶¹⁾

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。⁽⁶²⁾

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。⁽⁶³⁾ 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

(61) 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, a. a. O. 11, S. 277 ff. を参照。

(62) 仮登記制度と BGB の体系との関係につき、Baur, a. a. O. 6, S. 219 f.などを参照。

(63) 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、赤松秀岳「仮登記制度とドイツ民法典編纂（一～三・完） 一帝国司法庁（Reichsjustiz-

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、⁽⁶⁴⁾ 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。このことが、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なく、BGB 1179条以下に定められている抹消の仮登記や GBO 18条に基づく職

amt) の役割に着目して—」民商119・4 = 5・166、119・6・28、120・1・92 (1999) を参照。

(64) 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。

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はそれぞれどのような特徴を有しているのかという問題を挙げることができるとと思われる。

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。⁽⁶⁵⁾ 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

(65) 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,

⁽⁶⁶⁾ あって、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。⁽⁶⁷⁾

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。⁽⁶⁸⁾

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

Alternativ- und Sukzessivberechtigung bei der Aulassungsvormerkung, BWNotZ 1994, 27などを参照。

(66) 所有権の仮登記は、アウフラックスクの仮登記と称されることもあるが、アウフラックスク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. 11, S. 9 f. などがある。

(67) この点につき、Protokolle, a. a. O. 34, S. 183; Kupisch, Auflassungsvormerkung und guter Glaube, Ein Analogieproblem, JZ 1977, 491; Mülberr, Der Redliche Vormerkungserwerb-oder: Die Vormerkung als akzessorisches Recht, AcP 1997, 197, 341などを参照。

(68) 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。

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を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ことも、当然のごとく肯定されることになるであろう⁽⁶⁹⁾。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

(69) 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。

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。⁽⁷⁰⁾

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果が維持される可能性が生じてくるのであ

(70) 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・89以下（昭47）を参照。

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。⁽⁷¹⁾

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。

(71) 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することができるが、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、検討の余地が残されていると言えるだろう。この点につき、生熊・前掲注70・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・386以下(1961)を参照。

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⁽⁷²⁾。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せ、特に背信的悪意者排除論が判例上確立されてからは⁽⁷³⁾、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、比較法的観点からだけでなく、わ

(72) 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、滝沢隼代「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。

(73) 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。

(74) 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—壳

が国における判例分析や歴史的な検討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

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)、同「対抗要件主義に関するポワソナード理論」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「ポ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「ポ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=ドイツ法の物権の合意主義・登記主義・公信原則—」立教46・129、49・124、51・53(1997~1999)などを参照。

(75) 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)などを参照。

(76) 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。

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。

【付記】

本稿は、平成19年度科学研究費補助金 (若手研究 (B)) (18730077) による研究成果の一部である。