

論 説

ドイツにおける  
仮登記 (Vormerkung) についての考察 (6・完)  
— 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

2 早法 83 卷 2 号 (2008)

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83巻1号）

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

二 今後の課題

（以上本号）

## 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（ドイツ民法典）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ずとされており (BGB 925条)、債権行為との区別がいつそう際立つ構成となっている<sup>(1)</sup>。したがって、債権行為と物権行為がともに行われない限り、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論理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であるから、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。

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に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<sup>(2)</sup>。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

---

(1) 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フラッシング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関して検討する余地がある。しかし、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。

(2) 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, Die Vormerkung, 1998, S.315 ff. を参照。

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はないということも、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だろうか。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くなることになる。

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。<sup>(3)</sup>

## 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。<sup>(4)</sup>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、日本法においては、仮登記の保全の対象とされる権利として、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

---

(3) この点につき、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・74以下(昭47)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。

(4) 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。

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、その後に見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。<sup>(5)</sup>

## 2 実際上の側面

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

---

(5) 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3・118以下を参照。

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<sup>(6)</sup>る。

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<sup>(7)</sup>ある。

---

(6) 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。

### 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ものであるから、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<sup>(8)</sup>。それゆえに、仮登記によって保全される権利としては、純粹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<sup>(9)</sup>に尽きるということになる。

---

(7) 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と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ことが許されるのではないと思われる。

(8) 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。

(9) 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。

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。<sup>(10)</sup>

## 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。<sup>(11)</sup> 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步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。<sup>(12)</sup>

---

(10) この点につき、Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, 1904, S.21 などを参照。

(11) 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) を参照。

(12) 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

### 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することができる。例えば、物権変動が完了した後に、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<sup>(13)</sup>。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

---

ているものとして、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51・87以下（1999）を参照。

(13) 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。

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い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、<sup>(14)</sup> 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。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

---

(14) 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。

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<sup>(15)</sup>であると思われるからである。

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。<sup>(16)</sup> 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いて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を

---

(15) 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* との関係を吟味する必要性が生じてくることになるであろう。

(16) 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 zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III Sachenrecht, 1888, S.240 f. を参照。また、第二委員会での議論に関しては、Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III, Sachenrecht, 1899, S.114 f. を参照。

否定し得ないのである。<sup>(17)</sup>

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。<sup>(18)</sup>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

---

(17) 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/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, 1999, S.219 f. を参照。

(18) 土地所有権は、契約などの債権行為だけではなく、アウフラックス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。

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スン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スン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<sup>(19)</sup>のである。

## 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

---

(19) 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する物権契約の無効をももたらすとす、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12・51・64以下を参照。

た後に、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<sup>(20)</sup>。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。

---

(20) 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な第二買主を排除している。この点につき、好美・前掲注14・386以下を参照。

### 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<sup>(21)</sup> 1項)、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い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

---

(21) 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)。

存在した。<sup>(22)</sup>しかし、その保護は EEG (プロイセン所有権取得法、1872年)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、<sup>(23)</sup>jus ad rem の代わりに仮登記が導入されたとも評価し得る。

## 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

---

(22) この jus ad rem と呼ばれる特定物債権に対する保護は、プロイセン一般ラント法 (ALR、1794年) において採用されていた。

(23) 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 14・361 以下、および、生熊・前掲注 3・53 以下を参照。

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。<sup>(24)</sup> 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であろう。<sup>(25)</sup> 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

---

(24) 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。

(25) 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3・72以下を参照。

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、<sup>(26)</sup>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<sup>(27)</sup>と評価され得る。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<sup>(28)</sup>おり、その第三者の範囲については制限説を採用するとともに、<sup>(29)</sup>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。<sup>(30)</sup>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<sup>(31)</sup>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。

---

(26) 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認め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。

(27) 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。

(28) 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。

(29) 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。

(30) 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。

(31) 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

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<sup>(32)</sup>。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<sup>(33)</sup>。

## 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

---

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。

(32) 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）を参照。

(33) 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。

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。<sup>(34)</sup>そして、物権変動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<sup>(35)</sup>と思われる。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<sup>(36)</sup>と言える。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<sup>(37)</sup>であり、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

---

(34) 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(岩波書店、1987)を参照。

(35) 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る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。

(36) 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地位を占めていると思われる。

(37) 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—母法フランス法と対比しつつ」国民と

評価し得る。<sup>(38)</sup>

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、わが国の判例法や法制史、<sup>(39)</sup>さらにはドイツ法に依拠した研究<sup>(40)</sup>

---

司法書士 9 以下 (1980)、滝沢聿代『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。

(38) 公信用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「対抗問題から公信用へ」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 —フランスにおける判例の「転換」をめぐる一」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) —「フランス法主義」の理解のために—」早法56・1・31、56・2・1 (1980)などを参照。

(39) 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 —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—」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 (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。

(40) 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

も存在する。<sup>(41)</sup>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、議論は全く取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、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対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。

---

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。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) — 所有権譲渡理論における「意思主義」の歴史的小説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。

(41) ドイツ法に示唆を求めるものとして、石田・前掲注12・46・129、49・124、51・53などを参照。

## 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フラックおよび登記がなさ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、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。<sup>(42)</sup><sup>(43)</sup>

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。この点に関しては、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

---

(42) 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。

(43) 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る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12・51・87以下を参照。

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<sup>(44)</sup>。

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、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に関する重要な要素として考慮していると言える。

これらの点に鑑みるならば、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物を基準とし、意思表示のみによ

---

(44) 物権行為の基礎理論につき、詳しくは、田山輝明『物権法〔第二版〕』41頁以下(弘文堂、平16)を参照。

(45) 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。

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、<sup>(46)</sup>それとも、次に述べる第三者の範囲の問題として処理すべきかで、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

---

(46) この点につき、我妻栄著・有泉亨補訂『新訂・物権法』93頁(岩波書店、1983)を参照。

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<sup>(47)</sup>。

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

---

(47) 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。

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条の関係をめぐる問題としての、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ずでに前述した通り、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となる。<sup>(48)</sup>

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、意思表示のみによる物権変動の効力発生も認められざるを得ない<sup>(49)</sup>。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、その反射的效果として第一譲受人は当該所有権を失うことになるとする点に、民法177条の存在意義がある<sup>(50)</sup>のである。

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の否かを検討し、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メルクマールであると解される結果、双方未登記

---

(48) 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、判例と軌を一にすることになる。

(49) 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。

(50) 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37・「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、判例の採用する帰結とは異なることになる。

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、意思主義および対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、その対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<sup>(51)</sup>。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することができる<sup>(52)</sup>。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。

---

(51) 日本とドイツの不動産公示制度の歴史の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の変遷（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）、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。

(52) 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。

<sup>(53)</sup>  
うか。

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、理論的にも実際の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

---

(53) 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る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12・51・118以下を参照。

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、<sup>(54)</sup>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。

## 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言<sup>(55)</sup>える。

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

---

(54) 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.2, S.277 ff. を参照。

(55) 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。

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。<sup>(56)</sup>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

代表的な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

---

(56) 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。

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 *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とした仮登記制度が採用されるに至った。<sup>(57)</sup>

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。<sup>(58)</sup>

## 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

---

(57) *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 3・53以下を参照。

(58) 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。

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。<sup>(59)</sup>

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。<sup>(60)</sup> 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。

## 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

---

(59) 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。

(60) 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39・「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。

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。<sup>(61)</sup>

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と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。<sup>(62)</sup>

---

(61) 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。

(62) 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

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、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

本稿においては、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、ここまで検討を重ねてきた。最後に、結論として第一章から第三章までにおいて行われた検討の結果を提示し、さらに、今後の課題について触れることにしたい。

第一章においては、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対抗問題の法的構成、なら

---

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。

びに、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。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、<sup>(63)</sup>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。<sup>(64)</sup>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。そこで、第二章において、ドイツにおける仮登記制度に関して、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

(63) 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関して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。

(64) 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。

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<sup>(65)</sup>。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、第二委員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。その点について、本稿においては、仮登記の効果としての絶対的な効果は債権的請求権に付与されるのであって、その債権的請求権が物権に転化するのではないことを提示した。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、

---

(65) 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。

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、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<sup>(66)</sup>にある。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

(66) 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。

(67) 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。

と評価することができるのである。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<sup>(68)</sup>。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。

## 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、各論点に対する個別的な検討を進めていくだけでなく、物権概念と債権概念の理論的深化を図りつつ、とりわけ、債権法理論と不動産物権変動論の接合を試みることが重要になると思われる。不動産物権変動は、多くの場合、取引当事者間の契約関係を前提として成り立っているのであるから、原因行為としての債権契約を検討しなければ、不動産物権変動システムを理解するにあたって不十分であるとい

---

(68) 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。

うことになるであろう。わが国の民法典が原則として物権と債権を峻別した体系を構築していることを前提とした上で、両概念が交錯する一場面として、不動産物権変動システム全体を把握することが肝要であると思われる。

また、以上のような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非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<sup>(69)</sup>。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<sup>(70)</sup>。

#### 【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。

---

(69) 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。

(70) 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。