

仮登記の対抗力(二・完)

——フランス法からの考察——

滝 沢 聿 代

- 一 問題の所在
- 二 フランス法における仮登記(②まで三号)
- 三 対抗力の分析
- 四 結び(以上本号)

(3) アルザス・ロレーヌ法の仮登記

独仏の境界に位置するアルザス・ロレーヌ地方は、両国の政治的抗争の歴史を反映して、今日なお不動産登記制度においても独仏法の中間をゆくユニークな形態を示している。即ち、高ライン、低ライン及びモゼールの三県は、普仏戦争後の一八七一年にプロシアに割譲されたため、そこでは仮登記を含めたドイツ法の土地登記簿制度が行なわれていた。⁽¹⁾ 次いで、第一次大戦後のフランス復帰に伴い、一九二四年六月一日法⁽²⁾によって、不動産登記法のフランス化がはかられ、ドイツ法的な登記主義及び債権契約と物権契約の峻別理論は廃止されて、フランス民法典一一三八条に代表される意思主義の原則が確認されることになる。同時に、一八五五年三月二三日法三条の対抗要件主義及び民法典九四一条、一〇七七条の無償行為の公示の原則の適用も確認された。しかし、それ以外の点では、

一九二四年法はむしろドイツ法的な伝統をそのまま維持する方針をとり、公正証書による登記、登記の相対効、登記却下の手続、仮登記等がほぼ従来通りのかたちで条文化された。⁽³⁾土地登記簿の制度と不動産判事による実質審査主義も廃されていない。しかし、登記簿には公信力は認められず、単に推定力のみが付与された。即ち、登記された権利及び登記を抹消された権利は、適法に存在し又は消滅しているという法律上の推定によって強化され、反対の立証が成功した場合のみ推定は覆えされる。学説はこれを確実性の推定 (*présomption de l'exactitude*) と呼んでいる。⁽⁴⁾

右のような事情のために、アルザス・ロレーヌ法は、仮登記の点では、ドイツ法に由来するこの制度が果してフランス法主義とよく調和するか、制度化する場合にはいかなる修正が必要となりまたいかなる特色が発揮されることになるのかという問題研究のための具体的な資料となりうる。研究自体は、フランスにおいても今後の課題とみられ、ここで十分な分析はなしえないが、とりあえずその仮登記に関する諸規定を概観しておくことにする。

先ず一九二四年法三八条は、登記すべき権利として全ての不動産物権、一二年以上の賃借権及び未払いの三年分以上の賃料又は小作料についての譲渡又は予めの支払い、処分権の制限を列挙的に掲げている。⁽⁵⁾登記の欠如の制裁は、旧県におけると同様「第三者に対抗しえない」というものである(四〇条一項参照)。つづいて仮登記に関する三九条が次のように規定する。

「仮登記は利害関係人の同意又は判決に従ってなしうる。⁽⁶⁾その目的は三八条に掲げた権利の一つに對し、登記の順位を確保し、後の訂正を効果あらしめるためのものである。」⁽⁷⁾

右の条文は、ドイツ法の仮登記と異議登記を一括して規定したものと見えよう。その他に、四九条、五〇条、五六条が先取特権、法定抵当権の仮登記を規定し、施行法である一九二四年一月一八日デクレにもいくつかの手続法的な仮登記の規定がある。後者の多くは、先の(1)において検討した民法典中の仮の公示を仮登記という形式にの

せて規定し直したものであり、仮登記の効力に関しては、デクレ二二条が、「仮登記は将来の権利又は条件付の権利の順位を保全するために行なう。」としている。また、先取特権、抵当権の仮登記は一〇年で失効し更新は認められないが、その他の仮登記は無期限とされているので、本登記が行なわれず放置されたような場合には、仮登記義務者から抹消を請求しなければならぬ。

仮登記の申請は不動産登記裁判官の司る登記所に提示され、申請受理の日付によって順位が決定される(デクレ一二条)。登記に障害がある場合には、裁判官は訂正のために相当の期限を与える中間的命令を出し、最終的に申請を拒否する場合には理由を付した決定によって却下する(デクレ一三条)。申請について確定的な裁決がなされないうちに、同一権利又は同一不動産について第三者の登記がなされる場合には、裁判官は職権で第一申請人のために仮登記をする義務があり、申請を却下した場合には職権で抹消する(デクレ一三条二項)。これらの手続は急速審理(*reféré*)によって行なわれ、上訴の道が開かれていることは言うまでもない。なお、アルザス・ローヌ法を適用した判例によれば、仮登記の可否について審理中、職権による仮登記がなされずに係争不動産の第三者への売却による本登記がなされた場合であっても、仮登記申請の日付が本登記より早ければ後の許可と共に有効に仮登記をなしうるとされ、仮登記権利者の保護への積極的な配慮がみられる。⁽⁸⁾

(1) 一九〇〇年一月一日以降はドイツ民法が施行されたわけであるが、アルザス・ローヌ地方には不動産登記簿が十分整備されていなかったため、ドイツ法主義が完全に行なわれえたのは最終的不動産登記簿(*Livre foncier définitif*)を有する一部市町村(一五パーセント以下)においてのみであり、暫定的不動産登記簿(*Livre foncier provisoire*)、所有権簿(*Livre de propriété*)を有する地方には経過法が適用されて登記簿の公信力などは認められていなかった。この状態は復帰の時まで続き、一九二四年法によって三種の帳簿は一括して公示簿である不動産登記簿とされ、十年間は存続するとされた。M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, par M. Picard, 1952, no 666 et s.; François Lotz, *Droit civil alsacien-lorrain*, 1978, no 76 et s.

(2) 一九二四年六月一日法 (Loi du 1^{er} juin 1924. 一九二五年一月一日施行) は、三県にフランス民法を導入するものと、商法の導入に関するものとの二法に分かれており、その他の領域に関する規定も含まれる。一般の方針としても地方法独自の制度の継続を適宜認めているが、特に不動産登記に関しては伝統的なフランス法の不備が自覚され、基本原則のみの導入にとどめられた。

(3) これらは仮登記を除いて全て一九五五年一月四日デクレによりフランス旧県の不動産登記法中に採用されたことにな^る。

(4) この推定力は、登記申請の書類が不動産登記判事によって審査されなければならないという原則 (principe de légalité) と、公正証書による登記という建前の二つを基礎としてはじめて成り立っている。Picard, op. cit., no 680; Lotz, op. cit., no 92.

(5) 証書の登記ではなく権利の登記という規定になっている点が注目される。処分権の制限には当事者の合意によるもの、裁判によるもの、立法によるものの三種を区別することが出来、売買予約、優先契約、条件付遺贈及び贈与、買戻約款、破産、不動産差押、贈与の撤回等を含み極めて広範囲である。他に権利の溯及的復帰を求める権利も列挙されているが、無効の訴え、レジオンによる解除の訴えのように登記を要求されていないものも多い。Lotz, op. cit., no 150 et s.

(6) 本登記はフランス旧県におけると同様単独申請主義である。このことは意思主義の原則の当然の帰結とみられてい^る。E. Frank, note sous Cass. civ. 5 mars 1970, D. 1970. 477 (précité).

(7) 本登記の対象となる権利の全てについて仮登記が可能である。そこで処分権の制限として登記しうる権利については、本登記、仮登記のいずれを選んでもよいことになり、事実上仮登記は無意味になっている。その他、物権契約と債権契約の概念区別がないこと、権利の溯及的復帰に登記を要しない場合が多いことを指摘して、学説は仮登記の役割は小さくとみてい^る。Picard, op. cit., no 679.

(8) Cass. civ. 26 oct. 1966, D. S. 1966. 733. 第一譲受人は不動産に関する売買一方の予約の受益者であるが、契約書は売主夫妻のうち妻の署名を欠いていた。買主は予約完結権を行使し、売買の履行を訴求すると共に本案訴訟中処分禁止をする仮登記を申請し一審で却下された。その間に公正証書による第二譲渡がなされて既に登記されていたからである。原審は仮登記の申請の方が先であるとして買主を勝たせたので、売主夫妻が上告。棄却。仮登記申請の寄託に裁判所の許可は不要であり、寄託の日付が仮登記の順位を決定すると論じる。

(4) 土地台帳委員会による仮登記の構想

土地台帳委員会の議事録は、年代的には古いが、フランス法への仮登記の導入という問題に関しては、今日なお最も貴重な研究と評価されているので、ロシエの紹介によりつつ、要点だけをみておきたい。

委員会の大勢は、フランス法の中心をなす意思主義の原則を廃することは早急との見解であったが、議論の過程で結局一八七二年五月五日のプロシア所有権取得法的一条から八条までを採用し、登記主義に切り換えるという画期的な報告が出されるに至った。しかし、仮登記制度の採用はこの問題とは別個に決定されており、委員会は意思主義の原則と仮登記との関係に特に配慮が必要とは考えなかつたようである。草案二四条は次のような条文である。

「不動産上に権利を主張する者は、この権利の仮の保全のために不動産登記簿に仮登記を申請することが出来る。二五条一項に規定した場合を除いて、仮登記の申請は、権利の承認を求める裁判上の訴えの抄本か又は不動産所在地の裁判所の裁判長が出す命令に基づかなければならず、申請者が死因取得を主張する場合には、相続開始地の裁判長の命令による。

仮登記の日付は、権利の終局的登記の順位を決定する（不動産上になされる登記の順序において）。仮登記が命令に従って取得された場合には、その効果は、終局登記が六ヶ月以内になされないか又は同じ期間内に訴えが提起され、仮登記の続ぎに付記されなければ失効する。

相続権又は遺言による処分に従って行なわれた仮登記の申請は、それ自体では相続又は遺贈の承認とならない。」
また、草案二五条は次のように規定する。

「既判力を取得していない判決は登記の基礎となりえない。仮登記が許されるのみである。既判力を取得した判決に対し非常手続によってなされた救済の訴えは登記の障害とならない。救済の承認は不動産上に権利を取得した

第三者に対しては効力を生じない。但し、第三者が訴えについて悪意であったり、仮登記が行なわれていた場合にはこの限りでない。」

右の一般的規定の他に、以下のような個別的仮登記を認める規定もある。⁽²⁾(イ)遺留分滅殺の訴及び直系尊属親の相続分指定行為の無効又は訂正の訴の仮登記、(ロ)適法な所有者の所有権回復の訴又は不動産物権の移転的又は宣言的行為が契約に対する取得又は無効の訴の仮登記、(ハ)商法旧規定四四六条、四四七条に基づく無効の訴の仮登記、(ニ)取得時効及び消滅時効の仮登記、(ホ)表見相続人又は表見受遺者により有償でなされた権利の譲渡又は設定に対し真の相続人又は受遺者がなす仮登記、(ヘ)登記簿の処分権制限の欄に贈与、遺言、尊属親の相続分指定行為、夫婦間の贈与による権利の取得に関してなされた付記は、贈与者の子の出生の場合を除き、前条(イ)参照)に列举した解除又は撤回の原因に関しては仮登記に相当する、(ト)忘恩を理由とする贈与の撤回の仮登記、(チ)離婚による夫婦の特権の撤回に關し、離婚又は別居の訴と共に贈与者たる配偶者の申請によりなされる仮登記、(リ)条件成就後でなければ登記しえない停止条件付権利の仮登記、(ル)追認がなされない間に取得者として保障された第三者による不動産物権又は所有権取得の仮登記、(レ)不動産の共有部分に設定された権利の仮登記(この場合、共有不動産については、仮登記は一定期間分割に対する異議に相当する)。

(1)で指摘した民法典の仮の登記が正規の仮登記として条文化されている点は注目される(ト参照)。これらの特別の仮登記の全てを一律に同じ理論で把握することが可能か、機能的に異なる種類のものが含まれないか等については研究もなく、運用の実績も全くないため余り議論の余地はない。⁽³⁾ただ、委員会はこれらの点に何ら疑問は投じずに、仮登記の効力について次のような理解を示している。「仮登記の効力の表明は、仮登記が単なる便宜的なものではないことを知らしめるのに十分である。それは所有者から自己の利益のために登記されている権利の処分権能を奪うことはないとしても、明らかにこの権能の行使を阻害し、信用を落させる。従って、少なくとも不動産上

に主張される権利の存在の推定がない場合には仮登記は登記簿に記入されず、また関係当事者がこの権利の証明を熱心に遂行しない場合にはかなり早く失効することが重要である。」かくして草案は、仮登記の効力期間を原則として六ヶ月とし、期間内に訴えが提起された場合にのみ例外として延長を認めた。その他、悪意の第三者との関係で民法典一〇七一条を採用し、「詐欺的共謀 (collusion fraudulente) の場合を除き、仮登記の欠如は登記以外の手段による第三者の悪意によってカバーされない。」との規定をおいた点などが注目値する。

(1) Roehé, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1964, p. 38 et s.

(2) 全てロシエの紹介によるが、(1)の仮登記は、委員会が意思主義理論を採用していた段階で規定されたとの指摘がある。また、売買予約や優先契約について何もふれていない点は問題となる。

(3) ロシエは、これら全ての仮登記の目的は、仮登記権利者の主張する権利又は第三者に対しなされた処分行為に対する訴権を保全するものであり、その場合の第三者の権利は、もし仮登記制度がなければ、善意で取得された場合には仮登記権利者の主張する権利に優先するという点で共通の性格を有すると指摘し、仮登記の本質的効力は、遡及効によって仮登記権利者の権利を一律に第三者に對抗せしめるものであると分析する。Roehé, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1964, p. 41.

(5)まとめ

はじめに、フランス法上仮登記に準ずる制度とみられているものが、真の意味での仮登記にあたるかという問題がある。ドイツ法、日本法にみられる伝統的な仮登記の概念は、仮の登記と終局登記の二つが存在すること、前者が後者の順位を決定することを基本的な要素としている。しかし、忘恩による贈与の撤回の公示、建築家・請負人の先取特権の公示においては、本登記にあたるものが必ずしも厳格に条件づけられていない点は既に指摘した。また、一九五五年法における公示却下の附記登記も、それ自体は必ずしも本来の公示にあたるわけではなく、申請書の不備が補正されれば公示の順位は既になされた受付の日付により決定されるのであって、附記の日付は順位の

保全とは無關係である。

これに対し、仮の登記があれば、将来一定の条件が満たされた時に何らかの実体法上の効果が仮登記の時に遡って生じるといふ遡及効は、いずれの仮の登記にも共通している。フランスの学説がこれらの諸例を仮登記と呼ぶ場合に念頭においているのも後者の点の方であるとみられ、フランス法上仮登記と呼ばれるものの最大公約数はこの遡及効にあると言ふことが出来る。これを、法技術的に「仮登記による順位決定」として明確化するまでには至っていないのが現状であるといえよう。⁽¹⁾

二重の登記の存在と遡及効という二つの要件⁽²⁾からみて、一応仮登記としての形態を整えているのは、法定抵当権、裁判抵当権の仮の公示と、公正証書を取得しえない場合の三七―2条の公示にしばらくは、しかし、ここでも遡及効の具体的内容ないし仮登記自体の効力は必ずしも一律明確ではない。例えば、本稿が主たる関心の対象とした物権変動の効果が既に生じているが公正証書を取得しえない場合の仮登記に関しては、先の判例①～⑥までの検討から明らかであるように、公正証書による終局登記という要件は手続の補完に準ずる極めてマイナーな評価しか与えられていない。ここでは、本登記の遡及効というよりは、本登記を怠ることを解除条件として予め仮登記自体に対抗力を付与するとうかたちで問題解決がなされており、仮登記自体に一〇〇パーセントといわないまでも相当程度本登記に近い効力を認めてしまっている。そもそも伝統的なフランス法のシステムは、単独申請による契約証書の自由な公示を建前とするものであって、これは順位優先主義という對抗要件主義の原則のコロラリーであるといつても差支えない。それ故、登記内容の明確化をはかるために公証人の介入が義務づけられた時、そこに含まれる共同申請主義の実態はたちまち矛盾として自覚されるよりなく、後の立法による修正を導いた。この場合の修正は同時に後退を意味したであらう。しかし、既に物権変動が生じているという原則を曲げない以上は、これを仮登記して公示の順位を保全した第一譲受人の実体的権利者としての地位を否定する理由はなく、衡平の観点から判

断して判例が仮登記権利者の地位を極力本登記取得者のそれに近づけていることは妥当と言わざるを得ない。

法定抵当権と保存的裁判抵当権においては、訴えの提起の公示と勝訴判決の公示とが予想され、判決の効果が訴えの提起の時点に遡るといふ文字通りの遡及効である。しかし、前者においては問題は被担保債権額の確定のみであり、抵当権自体は法律上当然に発生していること、これに対し、後者は抵当権設定自体が裁判所の許可にかかっている上に、仮の登記に対しては、不動産差押の効力に近い処分禁止の効果が付与されていることを見落しえない⁽³⁾。即ち、保存的裁判抵当権の公示は単なる順位保全的効力以上のものを持ち、いわば特殊な物権の本登記に近いものとなっている。一般に、仮登記のみがなされている状態の効力についても議論はほとんどされていないが、遡及効によって仮登記権利者の利益が完全にカヴァーされるならば、それ以上に仮登記のみの状態における効力を論じる実質的意義はあまりないであろう。

以上のように、フランス法上の仮登記には、明確な仮登記理論といったものは存在しない代りに、ごく一般的に何らかの理由で本来の公示がなされない場合将来の要件の完備を見越してなされる予めの登記を仮の登記と呼んでいるわけで、その限りでは極めて自由な運用が可能となっている。こうした理解からすれば、仮登記の効力は、いかなる必要性に基づいて仮の登記を認めたのかに従って、仮登記権利者に与えられるべき最も妥当な保護を個別的に認めてゆけばよいということにもなり、わが国の仮登記の効力論を考えるにあたっても、ドイツ法理論に拘束されない柔軟な思考を示唆することになるであろう。

本来ドイツ法的な制度である仮登記が、フランス法と調和的に存立しうるのかという問題については、ロシエがその論文において、「第三者に対抗しえない」という実体的制裁が登記簿に認められている限度で仮登記は意義を持ちうる⁽⁴⁾と極めて適切に結論づけている。即ち、この限度での実体的効力を仮に保全する必要がある場合にこれを否定する理由はない。但し、その機能の仕方にドイツ法との若干の相違が出て来ることは確認しておく必要がある。

先ず二重譲渡のようなケースにおいて、物権変動の請求権を保全した仮登記権利者の地位と既に物権を取得してしまっている者の地位とを同一に論じえないという問題があり、ドイツ法上前者の地位が *ius p. rem* ないしそれに近い物権的効力の承認と解されるならば、既に検討したようにフランス法における後者の仮登記にはそれ以上の効果を認めることが恐らく合理的な解決となるであろう。次に、フランス法の売買一方の予約や優先契約の仮登記については、これが実現するならば、最もプロパーな債権保全のための仮登記としてドイツ法を積極的に参照してゆく余地もあると考えられる。しかし、その場合でも、フランスの登記の実体的効力は「第三者に対抗しえない」という内容しか持たないのであるから、ドイツ法の仮登記について言われる相対的無効はまさに本登記の効力にあたり、仮登記の効力は理論的にもそれより弱いものとならざるを得ないのではなからうか。第三に、物権の遡及的復帰を求める権利の公示の問題がある。ドイツ法の異議登記は、登記の公信力による善意の第三者保護を前提とした上で真の権利者保護のために認められたものである（BGB八九二条参照）のに対し、登記簿に公信力を認めていないフランス法が同じ意味でこの制度を設ける必然性はない。しかし、既に紹介したダゴの提案のように、訴えの提起の仮登記、本裁判決の本登記という二重の登記を認め、遡及効を仮登記の時点までにおさえるという方式が実現されるならば、実体的遡及効を制限することにより第三取得者を保護するための道が開ける。即ち、仮登記はここでは公信力に代わるものとして第三者保護のために機能しうることになる。もっとも、第二、第三の例は共にフランス法にとって将来の課題であるにすぎない。

- (1) 遡及効の根拠は、第三者に対し将来の権利変動が予告され、警告されているという機能面から導かれるか、あるいは公示を含む一連の法的手続に中断事由ないし不確定要素があり後にこれが補完されると手続が当初から有効であったとみなされる場合を仮登記に基づく遡及効として扱っているにすぎない。

- (2) この他に、仮登記の有効期間を定めるか否か、当事者の申請のみによる仮登記を認めるか等の技術的問題があるが、いずれも本質的要素ではないとみうる。
- (3) 保存的裁判抵当権は本案の勝訴判決後二ヶ月の期間内に本登記されれば通常の抵当権として仮登記の日付により順位を取得し、そうでない場合は失効する。ところが、仮登記だけの状態にある間の方がその効果はずっと強力であり、旧民訴法五六条は次のような内容の処分禁止を規定している。(イ)全ての無償譲渡の無効。(ロ)裁判所の許可のない賃貸借契約の禁止。(ハ)当該債権者に対抗しうる物権の設定及び一年以上の収入の予めの受領又は譲渡契約の無効。art. 56 du loi n° 55—1475 du 12 nov. 1955, D. S. 1955, IV, 471; Marty et Raynaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 283; Donnier, op. cit., D., 1961, C, p. 81.
- (4) Roché, op. cit., Rev. trim. dr. civ., 1964, p. 44. この点がロッシュの論文の主たる論点であり、同時に彼は対抗要件の適用範囲が極めて限られている一九五五年法の下では仮登記の存在意義は余り大きくないことを指摘しているが、仮登記制度の必要性は強調する。
- (5) 生熊・前掲論文法学三六卷三三〇頁以下参照。ドイツ法の順位保全効は法文上は相対的無効であるが(BGB八八三条三項)、物権的效果如何が議論されて来た。
- (6) E. Mezger, *Rôle comparé de la transcription immobilière française et de la "prénotation" du droit allemand*, Rev. intern. dr. comp., 1949, p. 324 et s. この論文でメツガーは、不動産二重譲渡における悪意の第二譲受人からの転得者の地位について独仏法の比較検討を試みている。フランス法上転得者問題の議論のきっかけとなった破産院一九四九年五月一〇日判決(Cass. civ. 10 mai 1947, D. 1949, 277)をとり上げ、ドイツ法においては事案のような場合の善意転得者は公信力の効果により当然に保護されるとの一般の見解を批判し、ドイツ法上は異議登記制度があること、事案における第一譲受人の場合は所有権者ではないから異議登記はなしえないとしても、所有権移転請求権保全の仮登記をなすことにより、必ずしも転得者の優越という結論にはならないことを指摘する。
- (7) 本稿(一)成城法学三号四八頁以下参照。提案は仮登記における遡及効というテクニクに注目しているが、このような仮登記が果して実現可能であるのかについてはなお検討を要する。

三 対抗力の分析

日本法に關しては、一において極めて大まかに問題設定したところに従い、先ずフランス法と直接比較考察が可能である物權變動の効力が既に生じた後でなされる仮登記について、その意義及び効力を明確にし、次いで同様の考察を請求權保全の仮登記にまで及ぼしうるかという角度から考察をすすめることにしたい。

(1) 不動産登記法二条一号の仮登記

i 意義

二条一号は、「登記ノ申請ニ必要ナル手續上ノ条件カ具備セサルトキ」に仮登記をなしうると規定しており、これを登記すべき実体法上の權利變動が生じた後に物權保全の目的でなされる仮登記と解することに學說上も異論はない。しかし、手續上の条件の不備にいかなる範圍の内容を含ませるかについて若干の見解の相違がみられる。通常指摘されているのは次の三つの場合である。⁽¹⁾ (イ)登記義務者が登記の申請に協力しないとき。(ロ)登記義務者の權利に關する登記済証が提出しえないとき。(ハ)登記原因について第三者の許可、同意、承諾を要する場合に、これらを証する書面が提出しえないとき。もちろん、その他にも手續の不備にあたる状況は種々起りうるわけであり、登記義務者の出頭不能、印鑑証明書、住所証明書、登記原因を証する書面の提出不能、代理人によって登記を申請する場合の委任状の提出不能、登録税(登録免許税)の調達不能等の諸ケースが指摘されるが、ほとんどは調達によって仮登記は認められないとされている。⁽²⁾ また、不登法四〇条は、登記原因を証する書面を提出しえない場合には申請書の副本でもよいと規定しているため、ここでも仮登記にはあたらないと解される。

これに対し、通説の掲げる(イ)、(ロ)の場合にも二条一号の仮登記は認められないという指摘が一方にはみられる。⁽³⁾

そのうち(ロ)に関しては、登記済証滅失の場合に保証書の添付を要求する不登法四四条の規定があるため、先の四〇条の場合と同様に仮登記の理由なしと解されるのであるが、昭和三五年、三九年の法改正の結果四四条ノ二が新設され、保証書による仮登記申請の場合には、所有権に関する登記の申請に限って登記義務者への事前通知が要件とされたので、受付順位の遅れを防ぐために仮登記の理由ありと実務上認められるに至ったことは否定説に立つ論者も妥当とみておられる⁽⁴⁾。そこで、滅失の場合以外で登記義務者が登記済証の提出を拒むような場合が(イ)の登記への協力を得られない場合に包摂され、結局問題は(イ)の点をどうみるかに帰着する。少数説は、仮登記といえども共同申請を原則とするとの理由から、一方当事者が全く登記に協力しないならばそもそも手続は不可能とされるわけである。従って、仮登記が認められるのは(ロ)に該当するわずかなケースに限られ、⁽⁵⁾實際上二条一号の規定は空文に等しいとの評価も生じることになる。

右の問題状況には、仮登記にまで貫かれている登記共同申請の原則ひいてはドイツ法的な仮登記の規定と対抗要件主義との矛盾が端的に示されている。即ち、登記義務者が登記に協力しない場合には、判決による（不登法二七条）ほかに、特に仮登記仮処分の手続が予定されており（不登法三三条）、直ちに二条一号の仮登記をなしうる場合とならないことは否定しえない。にもかかわらず、通説がこの場合をも当然に二条一号に含めて解するのは、これが物権保全のための仮登記であるという前提⁽⁷⁾を重視すると共に、登記への協力を得られない物権取得者のために仮登記を予想することが極めて妥当な措置であるからにはほかならない。しかし、その意味では少なくとも二条一号の仮登記に関する限り、単独申請が可能であることが必須の要件となるべきであった⁽⁸⁾。

そこで、現行規定の下では、物権保全の仮登記の主たる場合については仮登記仮処分の運用状況の面から考察する必要がある。通常説かかっていると依る限り、仮登記申請を直ちに登記所に行ないえず、予め不動産所在地を管轄する地方裁判所に赴かなくてはならないという点を除けば、仮登記仮処分は物権変動原因の疎明が可能であ

る者にとつて極めて有利な単独申請主義に近い実態を持つてゐるといふことが出来る。⁽⁹⁾ 先ず疏明に関しては、不動産の売買契約書等の仮登記原因を証する登記義務者名義の書証が提示されれば原則的に疏明は成立するようであり、妥当な解決とみうる。またその性質は非訟事件に属すると解されるため、仮登記義務者との間に紛争関係の存在を予想してゐないし、対立当事者の概念も欠くと指摘されている点も、物権取得の順位を迅速に保全したいと望む者にとつて有利な状況である。更に登録税も低額である。これらの事情から、仮登記権利者の便宜が大きく、仮登記義務者には不利な面のみが多いといふ指摘もみられるが、⁽¹⁰⁾ 疏明内容の真実を前提とする限り、物権取得者に対しこの程度の制度的配慮がなされることは、對抗要件主義の不可欠の前提といふべきであらう。

言いかえれば現行の制度は、仮登記仮処分の規定を持つために、登記共同申請主義の原則にもかかわらず民法一七七条の對抗要件主義を順位優先主義に基づく制度として運用してゆく基盤は一応整つてゐるといふことになる。同時に、先の通説の立場のように、二条一号の条件不備のうちに仮登記仮処分命令による場合を含ませ、二条一号を物権保全のための仮登記として明確に性格づけてゆくことがフランス法主義の建前からは望ましいといえよう。⁽¹¹⁾

然るに実際上は、学説、判例、実務共に二条一号の仮登記と二条二号のそれを厳密に区別することを疑問視し、両者の取扱いはほとんど差異ないものとして行なわれているようである。⁽¹²⁾ 仮登記の効力を一律に登記の順位保全と解するならば、二つの仮登記の区別を不要とすることも十分な論拠がある。しかし、先のフランス法の例のように、物権保全の仮登記に対しては特に本登記に近い効力を付与する実質的理由ありとみる場合には、両者の区別を一応明確にしておく必要がある、また効力論とは別に、登記の真実という観点からみて当然に無差別を肯定することは問題があらう。

のみならず、二条一号と二号とに差異を認めない理由として、一号仮登記を経た所有権であつても実質的に債権と変わりがないといふ論拠が指摘されることに對しては、⁽¹³⁾ 論者とは逆に、對抗要件主義の解釈そのものが再検討さ

れるべきであり、またドイツ法的な仮登記の規定によってこれの登記主義的解釈への傾斜がいつそう助長される危険に對してむしろ警戒を要するのではないかと考える。わたくしは先に、相対的無効というかたちで對抗要件主義の適用範囲を拡大し、未登記物権の効力を縮小することが可能であることを指摘したが、民法一七七条をこの方向で性格づけてゆくとしても、それはあくまでも登記中心主義をおし進めるべきであるという政策的判断とその理論的裏付けがなされた上でのことであり、本来のフランス法主義は必ずしもそのようなものではないこと、フランスの不動産登記制度に問題が多いことは確かであるとしても、伝統的な意思主義理論にも相応のメリットがあることはこれまで以上に再確認される必要があるかと考えている。現行の登記共同申請主義や仮登記の規定を前提とした場合にも、前述したようにこれをフランス法主義に基づいて理論化してゆくことは十分可能だからである。

かくして、通説及び伝統的議論のように意思主義による物権変動の効果を当然の前提とする以上、その一号仮登記の位置づけを妥当とすべきであり、一号仮登記はそれだけでも相当の数が予想されるのであるが、何故にこれが稀にしか行なわれないと一般に指摘されているのであろうか。仮登記仮処分は制度本来の趣旨を生かして従来より以上に活用されてよいのではないかと考えられる。

最後に、通達等により二条二号による仮登記の対象から除外されているその他の手続不備の場合について再考の余地を検討することが残されている。先ず、当事者の出頭不能については、登記義務者に関する限り先の(イ)の問題として処理されるべきであり、登記権利者に関しては少なくとも代理人によらなければ仮登記自体もなしえないのであるから(二六条、三二条、除外は当然であろう。登記原因証書、住所証明書の提出不能の場合も、従来の解決が妥当とみうる。¹⁶)。印鑑証明書の提出不能については問題が指摘されている。否定される根拠はそれが当事者本人を確認する手段だからであり、仮登記であるという理由からこの要請を緩和しえないというものである。正論であり、仮に緩和を認めるとすれば仮受付のような処理が最も望ましいのではなからうか。¹⁷登録税の調達不能は、登記

の時期に条件が付されているような場合と共に、脱税目的で仮登記が濫用されるという危惧から除外の対象とされて来た。税額の当否は別とすれば、そのような政策的配慮自体を特に批難する理由はないと考える。⁽¹⁸⁾

ii 効力

右のような事情から、ここで効力を検討するのは厳密に言えば不登記法二条一号の仮登記というよりは、仮登記仮処分による場合を含む物権保全のための仮登記についてである。

さて判例は、代物弁済予約の仮登記がなされた後、当該不動産が国税滞納による公売処分を経て競落人に本登記されているという状況において、予約完結権を行使した原告（被上告人）が仮登記のままに競落人に登記抹消・明渡請求をした場合に、抹消登記請求は認める一方、明渡請求は否定し、「仮登記は本登記の順位を保全する効力があるに止まり、仮登記のままに本登記を経由したのと同じの効力があるとはいえない。従って、本登記の手続が終るまでは上告人は被上告人の右登記の欠缺を主張しうる。」と論じている。⁽¹⁹⁾ 登記手続面の問題はここでは先ず措いて、第三者に対する実体的対抗力の問題にかかわる明渡請求の当否を検討してみよう。

本件事案において代物弁済予約及び予約完結の有効は承認済みであるから、先の二(1)に掲げたフランスの判決に従えば、原告の仮登記の日付が先であり、後から登記した者に対抗しようという理由づけで当然に被上告人の勝訴を導きうるわけである。もちろんそこでも正確には本登記を条件としてという解除条件的留保はあるが、仮登記によって順位が確保されている以上既に生じている物権変動の効果を否定する必要はないという基本的理解を背後に認めることが出来る。他面、そのために公正証書による公示という理想の方が後退せしめられているのは確かである。ただ、一九五五年法三二―二条は仮の登記の効力期間を三ヶ年としているので、期間徒過と共に暫定的解決の当否⁽²⁰⁾は必然的に結着がつくという利点があることを見落しえない。これが当然本登記への強制力ともなるはずである。

フランス法の右の仮登記は、まさに日本法において登記義務者の協力が得られないために仮登記仮処分が求められる状況にあたるものであった。わが国の判例、学説によれば、この場合の仮登記にも前例同様対抗力が認められないのであるが、順位保全の効力のみ有するという仮登記の建前論に従っているという限りにおいてこれらの結論を批難する余地はない。しかし、実質的にみるならば、既に仮の公示を経た仮登記権利者に本登記の条件が整っていることを裁判所が確認している以上、そこで本登記を要求する意義は全く形式的なものでしかない。即ち、登録税が未払いであることを除いては、単に登記を二度するという制度的建前を堅持する必要があるからだといつても過言ではない。

更には、一般に二条一号の仮登記がなされる状況をみても、例えば農地売買における知事の許可証の紛失とか取締役と会社との取引における取締役会の承認の議事録未提出等のような場合でも、知事の許可、取締役会の承認といった実的要件は既に満たされていることが前提であつて、⁽²¹⁾ 手続の補完は早晚予定されているわけであり、仮登記というよりは本登記の仮受付を認めてもよいような事情を仮登記権利者の側に認めることが出来る。また仮登記仮処分による場合にも、書証に基づく登記原因の疎明はなされているのであるから、共同申請主義が登記の真実を⁽²²⁾ 保証する程度の確実性は認めうるであらう。

こうして、二条一号の仮登記においては、仮登記に直ちに本登記同様の対抗力を承認してしまうことも必ずしも不当ではないというだけの利益状況を肯定することが出来る。ではこの場合の仮登記にストレートに対抗力を肯定すべきであらうか。仮登記権利者が仮登記義務者に対して本登記請求の訴えを提起し、これと併合して仮登記後の賃借人に明渡請求をした場合に、本登記請求に勝訴し本登記した後で改めて明渡請求の訴えを提起させることは迂遠な手続であるとして仮登記のままに明渡請求を認めたと下級審判決もみられる。⁽²³⁾ しかし、フランス法と違って仮登記に効力期間の定めがないわが国の制度の下では、これを肯定してしまうと仮登記権利者は永久に本登記しない恐

れもあるわけで、本登記制度をおいた意味は失われる。また、登録税未払という問題も無視しえない。そこで、ほとんど形式的手続にすぎない本登記をその形式性の故に堅持せざるを得ないという結論になる。但し、事例におけるように登記義務者に対して本登記請求の訴えが提起されている場合には、本登記手続を条件とする将来の明渡請求を認めることが出来るはずであり、フランス法との対比からも最も妥当な解決といえよう。⁽²⁴⁾

そこで、仮登記自体には対抗力を認めえないとすれば、前述のような仮登記権利者の地位を保護するために次に考えられるのは本登記の対抗力を遡及させることである。即ち、本登記の対抗力が仮登記の時点まで遡って生じるとみてもこの場合仮登記権利者を不当に有利に扱うことにはならないはずである。⁽²⁵⁾ というよりは、そもそもこのような状況の下での仮登記を認めた趣旨が、物権取得者に予め本登記しえたと同様の状況を確保させることであつたとみるべきであらう。⁽²⁷⁾

しかも、不登法七条二項の「本登記ノ順位ハ仮登記ノ順位ニ依ル」の趣旨は、少なくとも二条一号の仮登記に関しては、対抗力遡及説によらなければ理論的にも十分把握しえない。なぜならば、売買契約をして本登記した買主は、仮登記を経由していると否とを問わず売買契約の時点(ないし所有権を取得すべき時点)から有効に目的不動産を取得したことになるのであり、その間の第三者の権利取得を認める余地は全くないからである。⁽²⁸⁾ 即ち、Aからの不動産取得者Bの仮登記後に、第二譲受人Cが出現し本登記すれば、B・C間に順位の問題を生じ、Bは後から本登記しても仮登記があるために優先しうる。これを順位だけの問題といってみても、結果としてBは仮登記の時点で以前の物権取得時にまで遡ってCの地位を失効せしめるという結論は変らず、仮登記後本登記までの間のCの取得が正当なものとして生きる余地はないのである。⁽²⁹⁾ 判例も結論としては常に仮登記後の中間処分⁽³⁰⁾の失効を認めているので、対抗力非遡及説によらなければ妥当な解決を導きえないというケースは実際にも極めて少ない。

ではなぜ本登記の順位だけが仮登記の順位によって決定されるという説明が強調されるのであろうか。諸説の論

抛は必ずしも十分に明示されておらず、不登法七条二項の文言的解釈からの影響が大きいともみられるが、その他には中間処分の効力について、仮登記権利者と第三者の利益の衡平を図るべきであるという理解、及び請求権保全の仮登記を対抗力遡及説によって十分説明しえないことの二点が主たる理由とされるようである。そこで次には中間処分の取扱いにもう少し立ち入ってみよう。

典型的なケースとして議論の対象となっているのは次のような事例である。

(イ) Bの仮登記後に目的不動産を賃借していたCは、Bの仮登記が本登記に改められた後はBの明渡請求に応じなければならぬが、その場合不法占拠を理由とする損害賠償をも支払わなければならない⁽³³⁾。

(ロ) 同様の状況において、Cが賃借人ではなく、所有権を取得し本登記した後目的不動産をDに賃貸していた者であった場合には、Cは取戻した賃料をBに不当利得返還すべきであるか⁽³⁴⁾。

本登記の対抗力が仮登記の時点まで遡及するということは、中間処分が仮登記の日以後仮登記権利者に対抗しえないことを意味するけれども、仮登記義務者に中間処分の権利を認めるという前提を否定するものではない⁽³⁵⁾。従って、本登記と共に仮登記後の賃借人の地位が（それが仮登記義務者の設定によると第三取得者によることを問わず）失効せざるを得ない場合にも、賃借人のそれまでの目的物利用の關係が不法占拠ないし不法行為になることは一般論として否定すべきであろう⁽³⁶⁾。賃借人は有効な賃貸借契約に基づいて通常は恐らくは仮登記義務者に対して賃料支払いをしているはずであり、賃料に関する不当利得請求は本来仮登記義務者に向けられるべきものと考えられる。もっと遡れば、(イ)例のように買主が未登記の段階で対抗要件をそなえた賃借人が出現した場合に、賃料は新旧所有者のいずれの方に支払われるべきかは、民法一七七条ブローパーの問題として議論されて来ている。新所有者は本登記しなければ賃料請求しえないとするのが判例・通説であるが、未登記でも、あるいは仮登記のままでも賃料を取得しうると解したならば、ここでの損害賠償請求のような問題は生じえないであろう⁽³⁷⁾。

同様に、(ロ)のケースでも仮登記権利者Bの所有権取得以後は原則として不当利得返還を肯定しなければならぬ。従って、Bの所有権取得の時期如何が重要な論点となるのであるが、ただ一般的に言って買主の本登記取得以前の段階は一応売買契約途上と解しうるために、Bがいかなる権利を持つかは單純に所有権のみによって論じることが出来ないようである。即ち、(ロ)のケースは、通常の二重譲渡において先に引渡を受けていたCはBの本登記後明渡しと共にBに対し果実も返還すべきかの問題におきかえられるであろう。この場合Bの返還請求を肯定すべきか否かは、BがAに対し引渡についていかなる主張をなしたかと密接に関連して来る。また、民法七五七条一項が引渡前の果実取権は売主にあると規定していることを無視しえない。先の大審院大正一四年二月一日判決(前註(34)参照)が同条を援用して、引渡前の賃料は当然売主に帰属すべきものであることを理由にこの請求を否定したのは、事案との関連で若干疑問は残るとしても、賃料取権者は誰かという問題に明確に視点を据えている故に問題処理の論理として極めて適切であつたと考えられる。言いかえれば(イ)、(ロ)のケースは、仮登記の対抗力が遡及するか否かのみによって一律に回答が導かれる性質のものではないのであり、ここでBの請求を否定するために対抗力不遡及説をとらなければならないと論じる必要はない。

以上のように、不登記七条二項の規定する順位保全的効力の実質的内容については、二条一号の仮登記の観点からみる限り対抗力遡及説がもっとも妥当な解釈になると考えられる。そして、本登記の効力が遡及することによって予め仮登記をした目的が十分達しうるならば、仮登記だけの状態には特に対抗力を認める必要もない。然るに、仮登記自体に対抗的効力があるという見方が学説においては一般的であり、問題は一において指摘したように不登記法一〇五条の解釈を中心に論じられて来ている⁽³⁵⁾。そこで再び冒頭の判例に立ち戻り、仮登記権利者は仮登記のまま中間処分による本登記の抹消を第三者に請求しうるかという角度からの検討をすすめなければならぬ。

先の事案で、原所有者をA、この者と契約して代物弁済予約の仮登記をした者をB、中間処分に基つき本登記し

た第三者をCとする。一において言及したように、不登法一〇五条の立法以前の段階では、Bの仮登記を本登記に改めるに際して、BからAへの本登記請求とBからCへの抹消登記請求という二つの手続が必要とされたわけである。⁽⁴⁰⁾ いずれを先になすべきかをめぐっての論争を立法的に解決すべく、一〇五条一項は、所有権に関する仮登記を本登記に改める場合の手続に限って、登記の抹消に関する規定である一四六条一項を準用し、登記上利害関係ある第三者が存在する場合にはこの者の承諾書又はこれに対抗することを得べき裁判の謄本を添付しなければならないとした。即ち、一〇五条によれば、BはCに仮登記を本登記に改めることの承諾を求め（Cが承諾しなければ承諾を求める訴訟に勝訴判決を得た上で）、それを証する書面と共に本登記の申請をすることが出来、従来の仮登記の余白に本登記がなされると、Cの本登記は職権で抹消される（一〇五条二項参照）。

ここで要求されているCの承諾は、言うまでもなくBからCへの抹消登記請求に代わるものである。しかし、事案のような場合にCが承諾を拒みうる余地があるであろうか。Bの仮登記を本登記に改める実体的要件が整っていることは裁判所が確認済みであり、諸説もこのような状況ではCは当然に承諾義務があると論じている。⁽⁴¹⁾ つまり、Cの関与が必要とされるのは、抹消登記手続においても共同申請主義が貫かれ、Cの協力なしには抹消がなしえないからにはかならない。仮に判決に基づいて本登記がなされる場合には、これと抵触する登記は職権で抹消しうるという取扱いにしたならば、また当事者の合意により本登記がなされる場合の第三者の登記の適否についてはこれを登記官の審査に服さしめたならば、⁽⁴²⁾ 承諾の問題は全くなくなるわけで、少なくともこの次元での仮登記のみの効力如何という議論をする必要はなくなるであろう。言いかえれば、第三者に対する承諾請求権の性質如何は純然たる手続次元の問題であり、仮登記の対抗力如何というような内在的理論の問題ではないのである。従って、仮登記自体に対抗力があるか否か、又は認めるべきか否かという観点からこれを考察すべきではなく、登記の手順の問題として技術的に処理することが妥当であり、仮登記を順位保全的効力によって性格づける以上、仮登記のみの状態

で第三者に登記請求権を行使させるような状況をつくらないことが立法としても望ましいわけである。⁽⁴³⁾

然るに、現行の一〇五条の規定は、仮登記のみの効力という議論を不可避とするため、ドイツ法同様の相対的無効（更には相対的処分禁止の効力）の承認という理解をも導くに至った。⁽⁴⁴⁾しかし、論者も指摘されるように、処分禁止仮処分の効力と同一内容のものは仮登記には認められていないし、⁽⁴⁵⁾中間処分の可能性を肯定している通説的見解にも相反する。結局、解釈としては一〇五条の承諾請求権の範囲内という限定をつけざるを得ず、トートロジ一的な説明の域を出ない。しかし、一〇五条がある以上、いずれにしても承諾を得なければ本登記申請をなしえないのであるから、この間の説明としては、一応順位保全の効力の手続面に現われた一作用と呼んでおくことが当を得ているのではなからうか。⁽⁴⁶⁾

一般にわが国の不動産登記法の下では、手法面に種々の複雑な問題が派生しているとみられるが、⁽⁴⁷⁾その多くについて登記共同申請の原則が直接間接に原因をなしていることはこれまであまり指摘されることがなかった。⁽⁴⁸⁾ドイツ法のアウフラッシングのようにそれ自体で所有権を移転するという意味を持たないのであるから、わが国の共同申請は建前としても手続の方式である。登記義務者及び第三者の承諾には実体的真実の確認という意義が求められているとしても、これに余りに依存しすぎるとは問題であり、またその必要がない状況においては形骸化した承諾の有無に拘泥せず、大胆にこれを単独申請ないし職権処理へと向けるべく理論構成してゆくことが登記関係を明快にするための糸口になるのではないかと考えられる。

(1) 杉之原・前掲書二六二頁以下、舟橋・前掲書一八五頁以下、篠塚昭次・不動産登記法講義一六六頁以下、内海一・改訂仮登記の理論と実務八五頁以下、浦野雄幸・新不動産登記読本新訂第二版三〇頁以下、宮本・前掲論文不動産法大系IV三四〇頁以下、小倉馨「一号仮登記の出来る場合」ジュリスト不動産登記先例百選一六〇頁以下等参照。通説的見解である。

(2) 通達は、内海・前掲書八八頁以下、宮本・前掲論文不動産法大系IV三四〇頁以下に詳しい。

- (3) 幾代・前掲書(新版)一九〇頁、我妻栄他著・不動産の登記―不動産セミナー(2)四九六頁参照。
- (4) 幾代・前掲書(新版)一九一頁註(一)参照。
- (5) 具体例としては、農地の所有権移転について知事の許可証を紛失した場合、取締役と会社との取引について商法二六五条に基づく取締役会の承認の議事録がまだ出来ていない場合、未成年者、準禁治産者の法律行為について民法四条、一二条に基づく法定代理人又は保佐人の同意を証する書面を提出しえない場合等が含まれる。我妻他・前掲書四九九頁、内海・前掲書八七頁以下参照。
- (6) 我妻他・前掲書四九七頁参照。また二条一号の仮登記が稀であることはしばしば指摘される。
- (7) 不登記二条一号の文言はあくまでも手続上の条件の不備であり、物権の保全は全くうたわれていない点は改めて注目を要する。この前提は、通説及び伝統的説明が解釈論的に補充して来たものであって、必ずしも二条一号の全てをカヴァーせず、例えば幾代教授は賃借権も一号仮登記の対象となることを指摘される。幾代・前掲書(新版)一九三頁参照。また沿革的にも二条一号にあたるドイツ法の規定は請求権保全を目的とする仮登記であったことが指摘されている。生熊・前掲論文法学三六卷三号八九頁参照。
- (8) アルザス・ローヌ法でも仮登記はドイツ法的に仮登記義務者の承諾又は判決によってなされるが、ここでは本登記が単独申請とされている。
- (9) 幾代・前掲書(新版)二〇六頁以下、杉之原・前掲書二七一頁以下、三宅弘人「仮登記仮処分」不動産法大系IV三六五頁以下参照。
- (10) 三宅・前掲論文不動産法大系IV三六八頁参照。
- (11) 即ち、登記義務者の協力が得られない場合に二条一号の仮登記をなしうるかの問題は、仮登記仮処分を別個に扱つか、仮処分命令の正本を得て二条一号によるかとの説明の仕方にすぎない。文言的には前説の方が正確のようでもあるが、昭和三五年改正により、仮処分命令に基づく仮登記が従来の嘱託による登記から当事者の申請に改められたことも本文のような理解には好都合であろう。
- (12) 最判昭和三二年六月七日民集一一卷六号九三六頁、最判昭和三七年七月六日民集一六卷七号一四六二頁、幾代・前掲書(新版)一九三頁以下、杉之原・前掲書一一七頁以下、我妻他・前掲書五〇一頁、奈良次郎「不登記二条一号仮登記すべきなのに二号の仮登記をした場合の効力」判例タイムズ一七七号一五六頁以下参照。

(13) 幾代・前掲書(新版)一九三頁、同「登記請求権における実体法と手続法(内)」民商五六卷六号一〇頁、鈴木・前掲書一四〇頁以下、篠塚・前掲書一六七頁参照。

(14) 滝沢・前掲論文(五)法協九四卷七号一七四頁以下参照。

(15) 先の少数説のように仮登記仮処分を二条一号からはずして考察するならば、同条の適用範囲が狭いことは規定の趣旨からみてむしろ当然であろう。しかし、少なくとも不動産売買がなされた場合に、買主が登記の順位を確保する必要性ないし可能性が十分認識されたならば、仮登記仮処分—一号仮登記は不可欠のルートとなるはずである。物権変動が完了する以前の段階では物権と債権の区別が不明確であるから、二条一号と二号の仮登記を十分区別しえないという議論もあるが(鈴木・前掲書一四〇頁以下参照)、むしろ逆に、買主(所有権取得者)の側に権利意識が明確でないこと、仮登記仮処分手続が十分機能しえていないこと等があつて本登記以前の段階における買主の地位が不当に軽視されているために、理論面では登記前の段階における債権説を生み、所有権移転時期に関するフランス法理論の修正を強調せしめる結果にもなっているのが実状ではないかと考えられる。フランス法主義の建前からは、明確に所有権移転が留保されている場合を除いてはやはり一号仮登記によるのが本筋である。

(16) 仮登記仮処分を経れば登記原因証書は不要となるし(幾代・前掲書二〇七頁参照)、仮登記といえども当事者本人の確認手段は必要である。

(17) 登記所まで来たが印鑑証明書を忘れるとか紛失したために、せめて仮登記だけでもしたいというケースが実務上考えられるようである(我妻他・前掲書四九八頁参照)。理由を付し期限付きで仮受付するというような当事者本位の柔軟な取扱いを少なくとも仮登記についてだけ認めることは、実務の多少の配慮で可能になるはずである。

(18) 登録税は手数料外の費用で、本登記につき物件価額の一〇〇〇分の五〇、仮登記につき一〇〇〇分の六とされており、極めて格差が大きいことが批判されている(我妻他・前掲書五〇二頁以下参照)。もっとも、脱税目的の仮登記が二条二号に流れている現状(我妻他・前掲書五〇〇頁参照)からみれば、この場合に二条一号の仮登記を認めれば、少なくとも登記簿の真実という面では有益のほずであり、後の更生登記手続のような煩雑を回避しようという利点はある。内海一「条件不備の仮登記によるべきものを、誤つて条件付権利の仮登記をした場合の、仮登記に基づく本登記の可否」不動産登記先例百選一五六頁以下参照。

(19) 最判昭和三八年一〇月八日民集一七卷九号一一八二頁。仮登記のままでは第三者に対抗しえないとする先例として

は、本判決の引用する最判昭和三二年六月一日民集一一卷六号一〇八〇頁があり、本登記手続をなすまでは第三者に対し所有権確認をなしえないと判示している。なお、前例の解説としては、幾代通・判例批評民商五〇卷六号五七頁以下、佐々木金三「仮登記権利者のなす建物明渡請求」不動産取引判例百選九四頁以下、後例については、幾代通「仮登記の効力」判例評論一〇号判例時報一二四号一〇頁以下、石田喜久夫・判例批評民商三六卷六号九八頁以下、四宮和夫「仮登記権利者の本登記請求手続」不動産取引判例百選九六頁以下参照。

(20) 本稿(一) 成城法学三号四一頁参照。

(21) 知事の許可、取締役会の承認それ自体を欠く場合には契約自体が効力を生じないか無効となり、仮登記そのものものなしない。

(22) 登記義務者が協力を拒む正当な理由としては解除等の可能性が考えられるのであるが、この場合でも本登記を認めるか認めないかは両当事者のいづれにリスクを負わせるかの問題となるだけである。

(23) 東京地判昭和三十一年一〇月三〇日下民集七卷一〇号三〇四九頁、東京地判昭和三十六年六月一七日日下民集一二卷六号一八八頁等参照。

(24) 幾代・前掲批評民商五〇卷六号六二頁、奥村正策「仮登記と賃貸借」判例タイムズ一八八号六八頁参照。同旨の判決として、東京高判昭和三十六年六月二八日日下民集一二卷六号一四五一頁などがある。なお、本登記請求の訴えが併合、別訴などにより具体化している場合、既に勝訴判決を得ている場合などの他、単純に仮登記のみの状態で請求がなされた場合にも、本登記請求権の有無が関連判断事項となりうるならば、同様の解決を広げることは可能であり、必ずしも民法一八六条違反とはならないであろう(幾代・前掲批評は疑問とされる)。

(25) フランス法が期間内に本登記を怠ることを解除条件に予め対抗力を認めているのに対し、ここでは本登記を停止条件に将来の対抗力を付与するという解決になる。

(26) 第三者に対しては、ともかくも仮登記という明確な公示がなされているのであり、一般的に言っても仮登記が本登記に改められることなく抹消されるという場合は少ない。従って、仮登記の効力内容が正確に知悉せしめられている限り、第三者がこれによって不測の損害をこうむることはないはずである。

(27) 不登法二条一号の立法趣旨は明確ではないが、例えば板木教授は、ドイツ法の沿革に即しつつこれをドイツ法の異議登記とパラレルに把え、真の権利者保護の制度と位置づけておられる。板木・前掲論文立命館三五周年記念論文集法経

- (28) これは実は遡及させるべき本登記の對抗力自体をどう把えるかの問題であり、仮登記の効力を論じるための不可避の前提である。私見によればこのメカニズムは、未登記の第一譲受人が登記した第三者が出現しないことを条件として不確定的に不動産の取得者となることと、登記と共に確定的な所有権者となることによって説明しうるので、その間の第三者の権利取得が生きる余地は全くない（滝沢・前掲論文(五)法協九四卷七号一〇六頁以下参照）。しかし、通常説かれるように登記以前の段階では第一譲受人の地位と第二譲受人の地位とに変わりではなく相互に對抗しえないとみる場合にも、先に登記した者が契約時（所有権移転時期を修正する場合には引渡時、代金支払時など）に遡って完全な所有権者となることは認めざるを得ないであろう。この点を指摘されたのが舟橋・前掲書二〇四頁以下であり、舟橋教授はこのような本登記自体の遡及的効力の故に仮登記の時点まで對抗力が遡及するかの議論は実益がないとされるのであるが、やはり對抗力不遡及説の論拠を大きくゆるがすものである。私見は、本登記の効力は先ず仮登記の時点まで遡及すると解し、契約時（又は所有権を取得すべき時）から仮登記までの間が不確定的取得になるとみる。

- (29) これに対し、對抗力不遡及説の立場からは、「Bの本登記以前の期間についてはCが唯一の正当な所有者である」と論じられる。幾代・前掲書（旧版）一六七頁参照。

- (30) たとえば、仮登記後本登記までの間になされた抵当権の設定↓競売開始決定は、本登記後は続行しえない（大判大正三年一月二日一〇日民録二〇輯一〇六四頁、大判大正四年一月一日五民録二二輯五頁等）。所有権移転の仮登記後目的不動産が破産財団に組み入れられても本登記をして破産債権者に對抗しうる（大判大正一五年六月二九日民集五卷六〇七頁）。これらのケースにおいて、仮登記後本登記までの間の第三者の権利は有効であると論じても実質的意味はない。最高裁の判例としては、売買予約の仮登記後本登記前に設定された抵当権の実行によって建物を取得した競落人は、仮登記が本登記に改められた後は法定地上権の取得を仮登記権利者に對抗しえない（最判昭和四一年一月二一日民集一〇卷一号四二頁）、賃借権のついた土地の売買契約に基づき二条二号の仮登記がなされた後で、賃借地上の建物に保存登記がなされ對抗力を取得しても、仮登記が本登記に改められた後は明渡請求しうる（最判昭和四二年八月二四日民集二一卷七号一六八九頁）等がみられるが、むしろ對抗力遡及説による方が説明しやすい。また、仮登記後本登記前に土地取用処分がなされた場合は後に仮登記を本登記に改めても効力を生じないとしたケース（大判昭和一〇年三月五日民集一四卷五七九頁）などは、土地取用について例外的措置を認めたものと解しうる。

(31) 板木・前掲論文立命館三五周年記念論集法経篇二六一頁以下は、対抗力不遡及説を論じた最も詳細な文献とみうるが、「本登記は仮登記の順位を承継する」という結論を導く前提として検討されたドイツ法における仮登記の沿革史から導かれるところは、物権保全、請求権保全の仮登記の社会的経済的必要性の故にむしろ逆に対抗力遡及説の論拠たりうるのではないかと解される。また、杉之原・前掲書一〇二頁、幾代・前掲書(新版)三九三頁、奥村・前掲論文判例タイムズ一七七号六九頁等は、仮登記権利者と中間権利取得者との利益の折衷という観点を強調される。他はほとんど結論のみを明示される。末川・判例批評民商五卷三号五九二頁以下、舟橋・前掲書二〇四頁、鈴木・前掲書一三九頁、槇梯次・物権法九五頁、内海・前掲書一〇三頁、浦野・前掲書四九頁、石田喜久夫「仮登記」民事法學辞典上二八三頁、川島・前掲論文総合判例研究叢書二二頁、宮田・前掲論文不動産法大系IV三四六頁等参照。

(32) 「本登記ノ順位ハ仮登記ノ順位ニ依ル」というのであるから、これを漫然と対抗力が遡及すると解するよりは、順位の問題であるといった方がより正確であり、より洗練された解釈といえよう。また、登記簿上の取扱いも、順位欄は共通で仮登記の余白に本登記をなすという形式であるため、順位のみが注目され勝ちである(舟橋・不動産登記法八二頁以下は、この点から対抗力不遡及説を導いておられるようにも解される)。しかし、もう一步立ち入って検討すれば、順位を決定するのは日付に他ならない。順位を保全することは言いかえれば日付を確保することであり、それ故に本登記の対抗力は仮登記の日付まで遡りうるのである。日付を無視した単なる先後関係とみることは解釈としても極めて不正確である。なお、「順位が遡及する」という表現もみられるが、その意味するところは、例えば加藤一郎・判例評釈法協八三卷一一・一二合併号一二九頁(前掲最判昭和四一年一月二二日に対する)では対抗力不遡及説とみられ、於保・前掲書七九頁では対抗力の遡及を指すものようであって明確でない。

(33) 奥村・前掲論文判例タイムズ一八八号六九頁参照。最判昭和三六年六月二九日民集一五卷六号一七六四頁は、損害金の支払いを肯定するようである。本件の評釈としては、舟橋諄一・判例批評民商四六卷一号一七三頁以下、米倉明・判例評釈法協八〇卷二二二八頁以下、川添利起・解説法曹時報一三卷八号一二〇頁参照。

(34) 最も議論されている問題である。舟橋・前掲書二〇五頁、川島一郎・注釈民法(6)三五四頁、石田・前掲民事法學辞典上二八三頁等参照。判例としては、大判昭和二年二月二六日民集一六卷一七六頁(BからCに不当利得返還請求したケース)、東京地判昭和四年五月二二日新聞四四二六号一七頁(BからDに対し直接賃料請求したケース)、福岡高判昭和三年八月二一日高裁民集一一卷六号四〇七頁(判旨は本文の問題に言及し対抗力不遡及説を明言しているが、事

案は必ずしも明確ではなく、賃料との関係は傍論ともみうる)等がみられる。

(35) もっとも、中間処分を禁止する規定はないのであるが、仮登記義務者の処分権がどこまで正当なものであるかは、通常二重譲渡に準じて考えた場合にも疑問が多い。

(36) 川添・前掲解説法曹時報一三巻八号一二三頁、米倉・前掲評釈法協八〇巻二号一三二頁参照。但し、川添解説が損害金請求の可能性を一般的に否定される点は疑問であり、賃料が支払われていない場合は少なくとも不当利得にはなる。

(37) 真の所有者に弁済するという賃借人の利益を保護する意味では、物権保全の仮登記をした者は所有者に準じる扱いをしても十分差支えないはずである。しかし、仮登記の有無で区別するのは中途はんばであり、理論的にも例外扱いになるので、仮登記を要求するならばやはり本登記まで要求すべきことにならう。

(38) 当該ケースでは、代金の半分が内金として支払済であり、五七五条二項が代金の利息と果実とを関連づけた趣旨からみて単純に一項のみを適用しうるかは問題である。

(39) 本稿(一)成城法学三号三一頁註(11)参照。

(40) BからCに対し本登記請求するという見解もみられたが、最判昭和三二年六月七日民集六号三六頁はAを登記義務者としている。一〇五条成立前の学説、判例の状況は、幾代・前掲論文判例評論一〇号一〇頁以下、同・前掲書(新版)

二二〇頁以下、川島・前掲論文総合判例研究叢書民法(6)四〇頁以下、吉野・前掲論文判例評論七九号六五頁、四宮・前掲論文不動産取引判例百選九六頁等多数の文献に詳しい。

(41) 川島・注釈民法(6)三六〇頁、幾代・前掲書(新版)三九八頁、宮本・前掲論文不動産法大系三五五頁等参照。

(42) 既存の登記事項と抵触するような登記、実体法上許されない内容の登記等については、登記官に審査及び職権による抹消登記の権限が認められているのであるから(不登法一四九一―一五一条、幾代・前掲書(新版)一四二頁以下参照)、理論的には現行の登記制度の下でもこのような処理を認めうるはずである。

(43) 一〇五条以前の議論としては、AからBへの所有権移転登記をし、ついでCの登記を抹消するのが順序と考えられ(幾代・前掲論文判例評論一〇号一〇頁、同・前掲書(新版)二二二頁参照)、両手続を同時にするという説はCの仮登記が抹消されない危険に配慮するものとみるので、これらを共に満たす手続としてはやはり職権抹消の方向が妥当ではなからうか。Cはもろろん異議を述べ(不登法一四九条参照)。

(44) 倉田・前掲論文判例タイムズ一七七号一六三頁、吉野・前掲論文判例評論七九号六七頁以下、椿寿夫「担保としての

売買予約(下)」ジュリスト四五七号一〇四頁等参照。

(45) 倉田・前掲論文判例タイムズ一七七号一六三頁参照。

(46) 我妻栄「仮登記の効力に就いて」法協四〇巻六号一五五頁は、これを「本登記の順位保全の云はば間接的作用」とされる。しかし、これを「仮登記のまま第三者の登記に対抗する効力」と言いかえてしまうと逆戻りであり、問題の本質を明確に把えておくことが肝要と考える。石田・物権法論二〇五頁以下は、登記請求権の問題と仮登記の対抗力の問題とは全く別個のものであることを明確に指摘される。

(47) 当面の仮登記を本登記に改める手続の他に、登記請求権の理論的把握如何、中間省略登記をどのように肯定すべきか、移転登記が数次にわたりなされた場合の抹消登記請求の順序及び相手方等の問題を挙げることが出来る。

(48) 登記共同申請の原則を実体的な権利義務の問題から切り離し、純粹に手続的な性格の規定であることを明確にされたのは、幾代・前掲論文(一)民法商四九卷一、二、三号、五六卷五、六号、五七卷三号(特に四九卷二号五七頁以下等参照)である。わたくしも、登記請求権との関連でこの方向による問題の整理を試みている。滝沢幸代「所有権移転登記請求権は、所有権移転の事実が存する限り独立して消滅時効にかからない」判例評論二二二号判例時報五八三号一四一頁以下参照。

(2) 不動産登記法二条二号の仮登記

これまで論じたように、既に生じている物権変動の効力を保全するための仮登記については、理論的にも対抗力の遡及を結論づけることは容易である。しかし、実際には二条一号の仮登記は数も少なく、裁判上仮登記の効力論が争われる場合にもほとんどは二条二号の仮登記がなされているわけであって、問題の中心はむしろ二号仮登記の方にある。結論を先に言えば、二条二号の仮登記に関しても対抗力遡及の理論をあてはめることは十分可能であり、妥当な解決を導きうると考えられる。

二条二号は、「権利ノ設定、移転、変更又ハ消滅ノ請求権ヲ保全セントスルトキ」及び「右ノ請求権カ始期付又ハ停止条件付ナルトキ其他将来ニ於テ確定スヘキモノナルトキ」に仮登記しうるという規定である。手続面には若

干の疑問も指摘されているが、これをドイツ的な請求権保全の仮登記とみることに問題はないであろう。

さて、判例は初期においては、二条一号と二号とを問わず一律に仮登記の効力を対抗力遡及説によって説明していたのに対し、大審院昭和八年三月二八日判決において詳細な仮登記の効力論を展開し、二条一号の仮登記については対抗力遡及説を妥当とする一方、二号仮登記がなされ仮登記当時未だ義務履行期（物権変動の時期）が到来していなかった場合には、後の本登記の効力は義務履行期にまでしか遡りえないから、二条二号の仮登記の効力としては、本登記の対抗力を遡及せしめる効力の他に請求権を保全する効力という異なる二種のものを認めうると論じ、後の判例、学説に大きな影響を及ぼした。³⁾ 同じく、不登法七条二項を順位のみに関する規定とみて対抗力不遡及を説く通説の立場からも、主要な論拠の一つとして請求権保全の場合に仮登記の時点まで本登記の対抗力が遡及するのは不合理であることが指摘されている。⁴⁾ 二条一号における対抗力遡及説の根拠を、仮登記の時点で既に仮登記権利者に完全に近い対抗力を認めてもよいだけの利益状況があるという実質的理由によって基礎づけるならば、義務履行期の前後で仮登記の効力に区別を要するという見方は確かに当を得ている。結局、二条二号の仮登記の本質的問題はこの義務履行期以前の段階にあり、検討されなければならないのは、仮登記が請求権を保全するということの実質的意味であろう。

この点については、先ずドイツ民法が中間処分の相対的無効（BGB八八三条二項）を明文で規定していることに注目すべきであろう。そこでは債権の相対効という基本原則をあえて修正してまで仮登記権利者に将来の所有権移転の完全な効力を保障することが目ざされており、一般にもドイツ法の観点からは仮登記によって請求権は物権的に保護されるという議論が定着している。⁵⁾ 同様に、フランス法の場合では、二において⑧例として紹介した優先契約における公示のケースから示唆を得ることが出来るであろう。破産院は不動産売買の優先契約が公示された場合には第三者に対抗しうることを認め、公示後なされた公正証書による売買契約及びその公示は無効と判断してい

る。前述したように、このような優先契約受益者の地位は請求権保全の仮登記によって保護されることが望ましいとみられるのであるが、破毀院がここで意図しているのと同じ趣旨の解決を実現するためには、本契約たる売買契約の公示の効力が優先契約の公示（仮登記）の時点まで完全に遡及することを認める以外にない。即ち、受益者は仮登記という形式でその地位を公示することにより、将来取得すべき権利を予め手中に確保しうるのであり、これをフランス法的に説明するならば、「第三者に知らしめる」という公示の効力によって悪意の債権侵害の効果と同一のものを常に実現しうるのが仮登記制度であるということになる。

しかしながら、このように仮登記によって保全された債権の効力をドイツ法的に相対的無効によって説明することは、対抗要件主義とは両立し難い。なぜならば、先の⑧例が示すように、そこで優先契約受益者を害する限りで中間処分は無効であるとすることは、まさに対抗要件主義本来のサンクションを実現することであり、事実上仮登記と本登記の区別はなくなるからである。即ち、フランス法主義の下では登記の実体的効力が本来それだけ弱いのであり、基本的にはまさに順位優先主義を実現する手段でしかない。従って、ドイツ法のような中間物—債権のみの効力よりは強く本登記の効力よりは弱い仮登記の効力—を想定し一律に理論化することはほとんど不可能であり、フランス法においては仮登記の効力が遡及効中心に把握されていることは、この意味でも極めて適切な理論構成といえるわけである。

立法者のこの点への配慮を示すものかどうかは明らかではないが、わが国の仮登記の規定にはドイツ法的な相対的無効の条文はみられない（一〇五条の解釈を別とすれば）。従って、中間処分の失効は本登記の対抗力の遡及から導かれることが理論的にも最も妥当であり、本登記の効力が債権保全の日付にまで遡って生じると解しても、物権と債権の保護が一律に「第三者に対抗しえない」というサンクションによって把握されるという以上の問題は生じない。もっとも、物権変動の効果が本登記とは異なる時点で生じうるという問題は、フランス法主義に独自のも

のであり、物權變動の時期の前後で仮登記権利者の利益状況が異なることは認めざるを得ないから、損害賠償義務ないし不当利得返還義務との関係では債権の侵害を別個にとり扱うことが適當であり、それによって中間權利取得者の地位との間にバランスをとりうると思へられる。⁽¹⁰⁾即ち、先の(1)における(イ)(ロ)の事例で、本登記した仮登記権利者が賃料請求をなしうるのは、やはり所有權取得の時期以後と解するわけで、それ以前の段階については、特殊な不法行為のような場合だけが考慮されれば足りるということになる。

こうして本稿では、二条一号及び二条の仮登記の効力を共に對抗力遡及説によって把握しようという結論に至った。仮登記自体に對抗力を認めないことは、仮登記権利者の地位が保護に値しないことを意味するわけではなく、あくまでも本登記の遡及効によつてこれをカバーするため前提である。従つて、仮登記そのものの効力が別個に評價されるべきことは言うまでもない。⁽¹¹⁾問題となるのは、順位保全的効力から派生する警告的効力といわれるものの効果である。例えば判例、学説共抵当不動産について所有權、地上權、永小作權取得の仮登記をした者は、民法三八一条による抵当權実行の通知を受けうることを認めるし、⁽¹²⁾抵當權取得の仮登記をした者があれば、競売代金のうちのこの者に弁済すべき額は本登記をまつために供託すべきであると思はれる。⁽¹³⁾これらの範疇として仮登記權利者ほどの程度の保護を与えるかは、對抗力とは別個の問題として個別的政策的に判断しうるであらう。また、残された仮登記担保と仮登記との関係は、この次元の問題、特に後例のような解決の發展物として把えることが最も妥當な理解となるのではなからうか。

判例法の認める仮登記担保の典型的ケースでは、代物弁済予約契約に基づき所有權移轉請求權保全のために二条二号の仮登記がなされており、その効果としては、債務不履行の場合に清算を条件として目的不動産の所有權を取得しうることに、後順位担保權者、一般債權者からの競売手續が開始された場合仮登記のまま優先配當を受けうることに二点を中心とする。問題は後者との関係にあるが、ここでは仮登記權利者に本登記請求權を認め完全な所

有権取得を保護すべきであるという建前は既に前提として否定されてしまっている。言いかえれば、代物弁済予約という制度自体の担保化という実態が存在するわけで、代物弁済予約が仮登記された場合にも、その登記の意味するところは将来の完全な所有権移転の予告ではなく、判例の認めるような内容での抵当権に準ずる担保権の公示という意味しか持たないことになる。⁽¹⁴⁾ 代物弁済予約の内在の意味が判例法により修正されてしまっているのであるから、極言すればこれの登記が仮登記でなければならぬという理由もない。

しかし、判例法のみならず近時の立法によっても、仮登記による公示という形式は変わらず、またそれ故に仮登記という形式が担保権の実質的内容に影響を及ぼすという事情も認められるようである。⁽¹⁵⁾ その名の示すように仮登記担保権が将来の所有権取得期待権と価値支配的な担保物権の性質を併せ持つのであれば、その公示は単なる仮登記とみることは不十分であり、立法の用いているような担保仮登記という新たな名称の特異な公示として位置づけられなければならない。しかし、当面立法もこの点には何ら手当をしていないため、担保目的を持たない本来の売買予約の仮登記との区別に支障を生じるといふ問題もあるようであり、⁽¹⁶⁾ 更には仮登記理論そのものにまで疑問が向けられることにもなるわけである。

(一) 物権変動自体が始期付又は停止条件付である場合に本条によりうるかが論じられている。判例は二条一号によるべしとするが、仮登記権利者の期待権の実質的内容は物権変動の請求権に等しいものであり、二号仮登記が妥当とみうる。末川博・判例批評(条件付所有権の仮登記の効力) 民商五巻三号五八九頁以下、幾代・前掲書(新版) 一九一頁、杉之原・前掲書二六五頁以下、宮本・前掲論文不動産法大系IV三四二頁以下等参照。

(二) 大判昭和八年三月二八日民集一 二巻三七五頁。事案は、売買代金完済時に所有権が移転するという契約に基づき仮登記した者が、代金を完済したとして本登記請求の訴えを提起して敗訴した後、改めて代金を完済して移転登記請求の訴えに勝訴し本登記したという状況の下で、仮登記後に売主に対する債権に基づき強制執行し競落人(X)から競売代金を受領した債権者(Y)に対し、競売代金の不当利得返還請求がなされたというもの。原審は本登記の効力が仮登記の

日付に遡るとしてXを勝たせたが、判旨は、最初の本登記請求の訴えに敗訴した時点で仮登記の効力は失効し、再び本登記しても前の仮登記を流用しえないから、競売代金の受領は不当利得にあたらぬとした。従って、判決理由にはその他にも種々の有用な仮登記理論が展開されているが、本文指摘の箇所を含め全て傍論である。解説としては、川島・前掲論文総合判例研究叢書民法(6)七頁以下、吾妻光俊・判例評釈判例民事法昭和八年三二事件参照。

(3) 後の判例にしばしば引用された他、最高裁判決にも物権変動の時期まで対抗力が遡及するとみるものがある(最判昭和三一年六月二八日民集一〇巻六号七五四頁)。学説としては、石田・前掲書二〇四頁、中川善之助・法学四巻七号八一九頁、於保・前掲書七九頁等が同旨。また、柚木馨・物権法八二頁は、対抗力は仮登記の時点まで遡及すると解しつつ、物権変動の有無によりその意義、内容が異なることを明らかにした判例の理論を評価される。私見も同様である。

(4) 板木・前掲論文立命館三五周年記念論集二八一頁以下、杉之原・前掲書一二三頁等参照。

(5) 板木・前掲論文立命館三五周年記念論集二七五頁以下、椿・前掲論文ジュリスト四五七号一〇六頁、生熊・前掲論文法学三六巻三号五九頁以下、鈴木・前掲書一四一頁等参照。

(6) 本稿(一)成城法学三号五〇頁以下参照。

(7) いかなる第三者に対抗せしめるかという観点からカズイックな区別をするよりなく、本登記の場合にはこの第三者の範囲が若干広くなるというような解決になるであろうか。

(8) ドイツ法の相対的無効の規定も中間処分を否定するものではないようであり、実質的には本登記の効力の遡及を予め確保したものと解しうるのではなからうか。

(9) 但し、「第三者に対抗しえない」の内容は、物権については不確定的取得を確定的にする意味を持ち、債権においては相対効を絶対化するという限度での差異を生じるが、対抗力という用語の範囲内で把え切れないものではない。

(10) 中間処分を禁ずる明文がないのであるから、第三者の側でも債権侵害にあたる取引が絶対的に排除されるといふ予測はない。対抗力は請求権の時期まで遡って生じる結果、中間第三者の取得は最終的には失効するけれども損害の認定においては債権の相対効を前提としうるわけである。

(11) 先ず、仮登記が不法に抹消されたときは、仮登記名義人は回復登記を求めうる(最判昭和四三年一月四日民集二二巻一三号二八五頁、杉之原・前掲書九四頁参照)という点が基本となる。また、杉之原教授は、仮登記後の中間権利取得者が本登記し完全な所有者となった場合に、仮登記権利者の権利が無効とならないことの理由づけとして仮登記に

一種の対抗力を肯定すべきであると論じておられるが(杉之原・前掲書一二五頁以下、同「仮登記の効力」法律時報三四卷一―号八七頁参照)、これはまさに順位保全的効力そのものであると考える。

(12) 大決昭和八年一月二八日民集一二卷二七六頁、大決昭和十五年八月二四日民集一九卷一八三六頁、舟橋・前掲書二二二頁、幾代・前掲書(新版)三九七頁、我妻榮・新訂担保物権法三七六頁等参照。

(13) 大判昭和二年五月二六日民集六卷二九二頁参照。

(14) 米倉・前掲書二七頁以下、樺寿夫・代物弁済予約の研究四八頁以下、鈴木・前掲書二六九頁以下参照。

(15) 例えば、第三取得者の地位が本登記をするについての承諾権者としてしか評価されない点などが指摘されている。

「仮登記担保法の諸問題(座談会)」(鈴木発言)ジュリスト六七五号四八頁参照。

(16) 仮登記に対しては、仮登記担保であるという推定が働くのか、逆に本来の仮登記であるとの推定が優先するのか、何を基準にして区別を認定しうるかの問題が指摘されている。前掲座談会(加藤・吉野発言)ジュリスト六七五号二二頁参照。後の発言にみられるような仮登記に被担保債権額を付記せしめるという手続が実現していたならば、公示の問題も一歩前進しえたであろう。石田喜久夫「仮登記担保判決と仮登記制度」仮登記担保の実務研究一〇二頁以下参照。

四 結 び

フランス法には、検討して来たように厳密な意味で仮登記と呼びうる制度はないと言っても過言ではないかもしれない。にもかかわらず実際上は、予め公示することにより将来の権利変動の効力を適及的に確保させることが有意義であるような状況はしばしば生じ、それらに与えられている仮の登記という形での柔軟な配慮は、ドイツ法のように順位保全、相対的無効といった概念に予め制約されていないために、かえって問題そのものが実体的必要性を根底にすえて考察されるべきものであることを示唆する結果になっている。本稿もこのような観点を軸として、日本法における仮登記の対抗力を分析してみた。

フランス法における主たる関心は、二の(2)においてとり上げた一九五五年法三七―二条の公示にあった。順位優

先主義の原則から推測されるとおり、フランス法は物権保全の仮登記には解除条件付で予め本登記と同じ効力を認めてしまうという取扱いをしている。しかし、この問題については、わが国の仮登記の特殊事情も勘案し、フランス法とは逆に停止条件付で（本登記することを停止条件として）仮登記に對抗力を認めることが適当であり、實質的には對抗力遡及説の限度で仮登記権利者を保護することが妥当であるとした。⁽¹⁾

不登法二条二号の仮登記がなされる債権ないし請求権保全の場合には、仮登記しても物権変動の時期以前に物権を取得しうることはないのは確かであるが、その場合でも将来における完全な権利の享受を予めの仮登記により確保せしめるのが制度本来の趣旨と考えて、對抗力遡及説の結論を排除する必要はないとみている。即ち、ドイツ法が相対的無効の規定によって請求権を物権的に保護したと同様に、本登記の對抗力を遡及せしめることによって、債権に対しても第三者に対する絶対的優先を保障しうるのである。⁽²⁾ 但し、その場合にも中間処分による損害ないし不当利得の認定に際しては、債権侵害の場合と物権（所有権）の侵害とを区別することが必要かつ可能と解される。

結論として、わが国の仮登記の効力は、順位保全と對抗力の遡及によって基礎づけられ、これにプラス一定範囲での警告的効力の効果を付与しうるようになるが、その他に、不登法一〇五条の理解という問題については、共同申請主義を実現するための手続的規定として別個に考察することが妥当であるとしたほか、仮登記担保における仮登記の効力に関しては、新たな担保物権の創設という実態に即してこれを把握し、仮登記の一般論からは一応切り離されたものとみることが妥当であるとした。

このようにみると、仮登記そのものに対抗力を肯定しうるのではないかという当初の設定とは逆に、むしろ形式的には對抗力はゼロという結論が導かれたことになる。しかし、これは本登記の對抗力の遡及という前提があつてはじめて肯定しうることであり、仮登記権利者の地位は本来對抗力不遡及説の立場によって評価されている以上の実体的利益を含むものである。そもそも仮登記自体が契約の一方当事者の利益に注目した制度とみられるのである。

が、わが国の対抗力不遑及説の背景には、これとはむしろ逆の取引の安全重視という一般的傾向があり、それ故に仮登記権利者の地位を後退させて第三者との間に折半的解決をはかることが目ざされているわけである。⁽³⁾

しかし、不登記七条二項を順位のみに関する規定と解することは、通常の問題処理には多くの場合差支えを生じないとしても、本登記以前の段階における当事者及び第三者の關係に理論的検証の余地を認めないために、やはり真の衡平を導く理論とはなりえないであろう。対抗力は本登記の時点から生じるか、それとも仮登記の時点から生じるかという一見マイナーな問題は、仮登記理論を体系づけるための基本的視点として今後も十分検討されなければならぬと考へる。

(1) 不登記二条一号は物権保全の仮登記と位置づけられている反面、実際の適用例は極めて少ないという現実がある。

「意思主義により物権が移転する」というフランス法主義の建前が再確認されるならば、一号仮登記の比重は当然もう少し大きくなるはずであり、ここでの議論が意味を持つことになろう。

(2) 即ち、対抗力という観点だけからは、物権保全と請求権保全の場合とを特に区別する必要はないと考へている。従って、現在認められているような一号仮登記と二号仮登記の間の流用も相当範囲内では肯定することが出来る。

(3) わが国の場合、仮登記のままの状態が長びくことはむしろ常態であるため、仮登記された物権の取引価値に配慮する必要は確かに生じる。しかし、その場合にも双方に妥協を強いることが説得的解決になるわけではなく、先ず仮登記の効力内容を十分認識せしめ、登記尊重の精神を確立することが目ざされなければならない。

(たきざわ・いつよ) 日本学助教授

