

- (22) 赤松『十九世紀ドイツ私法学の実像』(成文堂、一九九五年)一〇五頁以下(とくに一一四頁以下)、一六三頁以下参照。
- (23) Vgl. Westermann-Eickmann / Pinger, a. a. O., S. 165.

付記

本稿は、ドイツ民法研究会(一九九六年九月二二日、於法政大学)における報告を基礎にしている。

- (17) Heping, a. a. O., NJW 1987, S. 871f., vgl. auch J. Hager, Die Vormerkung, Jus 1990, S. 438.
- (18) Wolf-Raiser, a. a. O., S.163f. ; F. Baur, a. a. O., S. 204; Palandt-Bassenge 56. Aufl., S. 1184f.; Medicus, Bürgerliches Recht 17. Aufl. S. 395f.; a. a. O., AcP 163, S. 11; Canaris, a. a. O., FS für Flume, S.389; a. a. O., JZ 1969, S. 84.; Wiegand, a. a. O., Jus 1975, S.212f.; J. Wilhelm, a. a. O., S. 712; Reinicke, a. a. O., NJW 1964, S. 2378; Staudinger-Grusky 12. Aufl. (1989) § 892 Rz 45; Soergel-Stürner § 893 Rz 845u°.
- (19) J. Baur, a. a. O., JZ 1967, S. 438.
- (20) Münchener-Wacke § 883 Rz 66 ; Alternativkommentar-v. Schweinitz § 885 Rz 269回註°.
- (21) S. E. Wunne, Gutgläubenschutz und Rechtsnatur der Vormerkung, NJW 1969, S. 117.
- (22) L. Kempf, Zur Rechtsnatur der Vormerkung - BGHZ 25, 16, Jus 1961, S. 24 (そのほか、少数説として、G. Furtner, Gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung ?, NJW 1963, S. 1485; Erman-Hagen, § 884 Rz 28; Westermann-Eickmann / Pinger S. 166f.; Wieling, a. a. O., S. 306f.は、無効な仮登記が登記簿に記載され、それを信頼した場合に限り、その善意取得を認めてよいとする。したがって、たとえば、無権利者が登記簿上所有者として登記されているBに対してKが所有権移転請求権を取得し、BがKのために仮登記を承諾し、それが登記簿上に記載されたとする。この場合、Kが悪意であれば、Kは仮登記を有効に取得できないが、Kから善意で請求権と仮登記を譲り受けたXは、仮登記を善意取得する。これに対して、Xが悪意であるとして、そのXから善意で請求権と仮登記をYが譲り受けたとしても、Yが仮登記を善意取得するとはしない。本文中で紹介したBGHZ 25, 16, 23f. も同様の趣旨である。また、Hager, a. a. O., Jus 1990, S. 438f. ; Münchener-Wacke § 883 Rz 669回註°)。
- (23) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3 Sachenrecht (1888) S. 241.
- (24) Vgl. H.-H. Jakobs/W. Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I § § 854-1017 (1985) S. 341ff.
- (25) Protokolle, Bd. 3, S. 114.
- (26) a. a. O., S. 703, vgl. auch Reinicke, a. a. O., NJW 1964, S. 2373.

- (2) Wolf-Raiser, Sachenrecht 10. Aufl. (1957) S. 162 ; F. Baur, Sachenrecht 16. Aufl. (1992) S. 204; D. Medicus, Bürgerliches Recht 17. Aufl. (1996) S. 392f. ; derselbe, Vormerkung, Widerspruch und Beschwerde, AcP 163 (1963), S. 4, 6; Palandt-Bassenge 56. Aufl. (1996) S. 1084; Münchener-Wacke 2. Aufl. (1986) § 883 Rz 65, 77 ; Alternativkommentar-v. Schweinitz (1983) § 885 Rz 23-25 ; C.-W. Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Festschrift für W. Flume zum 70. Geburtstag, Bd. 1 (1978) S. 388; derselbe, JZ 1969, S.81f.; Erman-Hagen 9. Aufl. (1993), § 884 Rz 28, § 892 Rz 19 ; J. Wilhelm, Sachenrecht (1993) S. 703; D. Reinicke, Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb einer Vormerkung, NJW 1964, S. 2375; Westermann-Eickmann/Pinger Bd. 2, 6. Aufl. (1988) S.166 ; H.-J. Wieling, Sachenrecht 2. Aufl. (1994) S. 304f., 377f. ; Soergel-Stürner 12. Aufl. (1989) § 893 Rz 7 4°.
- (3) Vgl. Hepting, a. a. O., NJW 1987, 867f.
- (4) Hepting, a. a. O., NJW 1987, S. 873.
- (5) H. Goetzke und N. Habermann, Die Wirkung der gutgläubig erworbenen Auflassungsvormerkung gegenüber dem wahren Berechtigten, BGHZ 57, 341, Jus 1975, S. 86f.
- (6) W. Wiegand, Der öffentliche Glaube des Grundbuchs, Jus 1975, S. 212. 及び 櫻井・新谷の「特許秘密の公開」 P. Knöpfle, Die Vormerkung, Jus 1981, S.165f.
- (7) J. F. Baur, Die Durchsetzung eines gutgläubig erworbenen Auflassungsvormerkung, JZ 1967, S. 439f.; B. Kupisch, Auflassungsvormerkung und guter Glaube, JZ 1977, S. 455f. 及び J. Baur の「登記の公示」及び「公示の公示」の論議 Vgl. Knöpfle, a. a. O., Jus 1981, S. 166.
- (8) W. Roloff, Die Durchsetzbarkeit der gutgläubig erworbenen Vormerkung gegenüber dem wahren Berechtigten, NJW 1968, S. 485.
- (9) Hepting, a. a. O., NJW 1987, S. 867.
- (10) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3 Sachenrecht (1899), S. 81.
- (11) Hepting, a. a. O., NJW 1987, S. 869f.

わけではな^い、とまで、立法者をして言わせた背景・基盤が何であったかも興味深いのだが、それはともかくとして、仮登記の効力の細部をめぐっては法の欠缺があるといわれる。もっとも欠缺ではなく、この点、意図的に学説と判例に委ねたものとする理解もある。J. Wilhelmは、最近の教科書の中で、仮登記と善意取得について「第二委員会において設けられたものはしばしばその規制が完全に考えぬかれていないことを特徴とする（共同遺言の規制を見よ）。その場合、その規制を一貫させ完了することは、学説と実務の課題である」と述べている⁽²¹⁾。このように、ドイツ民法典の性格理解につながる重要な問題が、仮登記と善意取得の問題を介してうかがわれる⁽²²⁾。

六、結びに代えて

日本民法典は、不動産に対する権利の善意取得という制度を知らない。だから、本稿で扱ってきた問題は、直接にわが国における解釈論に示唆を与えるものとはいえない。しかし、もう少しマクロの視点から眺めてみると、この問題は、仮登記された請求権に、善意取得という物権法上の制度が適用されるのか、適用されるとしてそれはどの範囲まで及ぶのかというものである。つまり、仮登記された請求権がどこまで物権法上の原理に従うのか、基本的に債権である権利にどの程度まで物権的効力が認められるのか、という問題である。その意味で、物権と債権を峻別する財産法のシステムの下で、物権と債権の中間形態が認められていると同時に、この問題は、物権と債権の概念的区別からは答えを出せない問題である⁽²³⁾。そして、立法者は、その解決を後の学説と判例に委ねている、といえる。判例をめぐって展開されてきた学説の議論がそれにほかならない。ここには、ドイツ民法典の性格規定（さらには、そこに流れ込んでいった一九世紀ドイツ・パンデクテン法学の性格理解）にまで及ぶ問題が横たわっているといえよう。

注

(一) Vgl. R. Hepping, *Der Gutgläubenschutz bei Vormerkungen für künftige Ansprüche*, NJW 1987, S. 873.

られることになった制度であることに由来するといわれる。仮登記の取得に善意取得規定が適用されるか、適用されるとしてその要件・効果はいかなるものか、という本判決の問題もその一つといってよい。この問題をめぐっては、種々の論点について判例をきっかけに学説が議論を繰り返し、今日に至っている。

周知のように、今日見られるような仮登記の制度、将来の物権の設定・移転を目的とする請求権を保全する制度としての仮登記はドイツ民法典第一草案にはない。そこにある *Vormerkung* は、今日の異議に対応するものである。理由は、今日のような仮登記制度を認めない理由を次のように説明している。「その取得のために登記が必要とされる物権の設定、もしくは登記された権利の消滅を目的とする請求権の保全のために仮登記を草案は認めない。債権的請求権には仮差押えもしくは仮処分の方法により、裁判所の処分禁止命令とその登記による権利実現が保障されるのだから、草案の立場からは、請求権を債務者による処分に對してだけでなく、さらに、暫定的な登記つまり清算がなされるという条件下で有効となる権利の登記を通じて、とくに破産の場合のためにも請求権を保全する目的で、特別な法制度を設けようというものであろう。しかし、こうした制度には重大な疑問がある¹⁸⁾。つまり、債権的請求権が物権的効力を発揮する場合をできる限り限定すること、言い換えれば、債権の概念的純粹性を維持すべきことが、仮登記を認めない理由であったといえてよい。これに對して、第二委員会の審議以降、仮登記の制度が認められていく¹⁹⁾。第二委員会の議事録によれば、「仮登記に反對して持ち出された理由は、理論的な意味しか持たない。 *Jus ad rem* が問題となっているのではない。 *Jus ad rem* を民法典に導入することが意図されているのではない。むしろ、合目的な理由から、債権者とその債権的権利に登記制度を通じて可能な保護を与えることだけが問題とされているにすぎない。：物権と債権の区別はしかし常にどのような場合でも事物の本性によって与えられているわけではなく、しばしば偶然に依存し、時には一目瞭然というわけでは必ずしもない。同一の要件に法律は時には物権的な、時には債権的な請求権を結び付けることがある²⁰⁾」とされる。第二委員会では、仮登記をめぐる、第一草案理由書の立場とは対照的に、概念論理にとらわれない自由な政策論議が見られる。「物権と債権の区別はしかし常にどのような場合でも事物の本性によって与えられている

ある善意取得を適用する前提に欠けること、この場合、被保全債権自体は法律行為によって譲渡されても、仮登記はド民四〇一条によって、法律上当然に随伴していくのであって、仮登記そのものが法律行為によって譲渡されるのではないから、やはり善意取得を適用する前提にないこと、⁽¹⁴⁾そもそも無効な仮登記の善意取得を認める実際上の必要性があまりないこと、などが理由としてあげられている。なお、同じく債権担保の手段である抵当権は、やはり被担保債権が譲渡され、抵当権が随伴するのであるが、ド民一一五四条は、その場合、抵当証券が発行されていないときには、ド民八七三条、八七九条を準用し、物権的合意と登記という物権譲渡の方式に従うべきものとしている。したがって、無効な抵当権を譲り受けた善意者は、それを善意取得する可能性が認められている（ド民一一五五条参照）。しかし、抵当権に比べて、それほど長い期間存立することが予定されていない仮登記に、抵当権の流通性を高めることを主眼として置かれたこれらの規定を類推適用する必要もない、といわれている。

これに対して、ド民四〇一条に従って債権が譲渡され、仮登記が法上当然に随伴する法形式にとらわれる必要はなく、むしろ、この場合、善意取得を認めないと、請求権の譲渡の度に、いちいち安全のため、登記名義人と債権譲受人の間で仮登記をしなければならなくなり、不便であるという批判もある。⁽¹⁵⁾また、Wunnerは、被保全債権が法律行為により譲渡され、仮登記が法上当然に随伴するというのは形式論に偏りすぎ、実際には、仮登記により保全された債権が一体として法律行為により譲渡されるものと観念すべきであるとする。⁽¹⁶⁾Kempfは、債権は有効に成立したが、無効な保全抵当権が登記された場合、これらを善意で譲り受けた者は、抵当権を善意取得できるとの平行に考え、有効に成立した債権と、権利者が仮登記を承諾し登記されたが無効な場合、これらを善意で譲り受けた者が仮登記権利者の地位を善意取得すると解すべきであるとする。⁽¹⁷⁾

五、ドイツ民法典編纂時の議論 — 「概念法学」あるいは自由な政策論議？

仮登記制度をめぐる未解決な問題が多いといわれる。それは、仮登記が本来第一草案になく、第二委員会で設け

負う旨約定した。ところが、登記官は、この先買権が条件付きのものであるため、物権としては仮登記できないものと解し、これを所有権移転請求権保全の仮登記の申請と意思解釈して（ド民一四〇条）、その旨の仮登記をした。これに対して、Tは不動産登記法七一条に基づき、職権により異議の登記を行うよう抗告（Beschwerde）した。地裁はこの抗告を認めなかったので、Tはさらにハム上級地方裁判所へ抗告したが、ハム上級地方裁判所は、ベルリン上級地方裁判所の先例に抵触するおそれがあるとして、連邦通常裁判所の判断を求めた。連邦通常裁判所は、異議の登記はある土地や権利が他人によって善意取得されるのを排除するためになされるものであるから、不登法七一条一項の抗告により職権による異議の登記を求めることができるのは、善意取得の可能性があり、それを排除するために必要な場合に限られる、という前提に立つ。これによれば、要するに、問題は、仮登記の善意取得が認められるか否かに係ることになる。そして、この点について、連邦通常裁判所は次のように述べる。「限定された範囲で、しかし、登記の公信力の原則は、仮登記にも適用される。…登記された無権利者が他人の所有する土地を売却し、善意の買主に所有権移転の仮登記を承諾した場合、その買主にとっては、登記簿は真正なものとしての効力をもつ〔引用省略〕。有効に成立した所有権移転請求権のために、無権利者から仮登記が悪意者のために承諾されたとすると、仮登記はこの悪意者の善意の権利承継人においては有効なものとなる〔引用省略〕。異議の登記は、これらの事案においては、善意取得を妨げるから、重要な意味をもつ。」

この判例のこの部分についての説示は傍論といってよいと思うが、この判例をきっかけになされた議論において、多数の学説は、むしろ無効な仮登記の善意取得を認めるべきではない、と解する⁽¹³⁾。その理由は、仮登記権利者の地位の譲渡の方式にある。仮登記は、物権の移転や設定を求める請求権を保全するための手段である。この意味では、仮登記は、たとえば抵当権などと同様に、被保全債権に対する附従性をもつ。そのため、仮登記権利者の地位だけを譲渡するといふことは考えられない。だから、被保全債権が通常の債権譲渡の方式に従って譲渡されると、仮登記はこれに随伴していくだけである。この場合、被保全債権と仮登記の譲渡は、債権譲渡の方式に従ってなされるから、物権法上の制度で

がド民八九二条二項において示した価値判断を一貫させることにより解決しようとする。この規定は、善意取得の要件である善意は、登記が完了したときではなく、登記を申請する時点で存していれば足りると規定している。第二委員会が付加されたこの規定は、土地の売買において、契約締結後、移転登記を申請する時点で買主が代金を支払うという北ドイツの慣行を考慮したものであった。⁽¹⁰⁾ ここからは、善意取得による保護は、当事者がリスクなしに反対給付を行うことができるような信頼の基礎を作り出すものである点において、その正当化根拠を見出すという価値判断がうかがわれる。要するに、善意取得とは、登記簿の記載を信頼して対価を支払った者を保護する制度なのである。⁽¹¹⁾ したがって、Hepfingは、通常対価を支払うことが考えられうる時点として、将来債権・停止条件付債権の場合、債権が成立した時点が基準とされるべきであると考ええる。したがって、将来債権・停止条件付債権の仮登記の場合、それらの債権が発生した時点でなお、仮登記権利者が善意であることが必要であると解するのである。⁽¹²⁾ したがって、この見解によれば、本件では、一九六七年八月一日に仮登記がなされ、一九六九年一月二三日異議の登記がなされ、将来債権が有効に成立したのがその後の一九七一年五月二四日であるから、将来債権が成立した時点ではすでに異議の登記がされており、したがって、後に所有権移行為・本登記がされても所有権の善意取得は認められず、判決の結論は誤りということになる。

四、無効な仮登記の善意取得

AがBに土地を売却し、売買契約は有効に成立したので、BはAに対する所有権移転請求権を取得したとする。そして、AがBに仮登記を承諾し、それが登記されたが、Bの仮登記が何らかの原因で無効であったとする。この場合、Cが仮登記が無効であることを知らずに、Bの仮登記権利者としての地位を譲り受けた場合、Cは仮登記を善意取得することができるか。

この問題については、連邦通常裁判所の判例は、限定的ながら肯定するものと解されている。すなわち、BGHZ 25, 16は、次のような事案である。Tは、ある土地についてSに先買権を与え、それを登記簿の第二部に仮登記する義務を

ド民一八五条の同意する義務を負わされるとすれば、たとえばいったん同意を与えてしまった後に、Gが実は悪意であったことが判明した場合でも、NからGへの所有権移転自体は有効なままであり、そうだとすると、仮登記を介さないでEが自己の所有権を第三者に善意取得される場合に比べて著しく不利であり均衡を失するという批判もある。⁽⁸⁾

三、将来発生する請求権の仮登記と善意取得

ド民八八三条一項二文は、将来の請求権又は条件付請求権を保全するために仮登記を行うことができる旨を規定している。ここでいう仮登記により保全される将来の請求権とは、判例によれば、請求権を成立させることが専ら権利者側の意思のみに係っている場合をいうものとされる。本判決もまた、「拘束力のある申込みがなされたことにより、将来の請求権の成立のための法的基礎がすでに整えられ、その結果、請求権の成立が将来の債権者の意思のみに係らしめられている場合には、将来の債権もまた仮登記による保護を享受しうる」と述べる。これに対して、通説によれば、もう少し範囲が広く、請求権の成立が債務者の意思に係っていなければ、それが権利者の意思に係っているかどうかは問題ではないとされる。また、条件付請求権については、すでに意思表示は完了しているのであるから、このような限定はなされない。⁽⁹⁾

ところで、判例・通説は、無権利の登記名義人から善意で仮登記を取得した者は、その後、所有権移転の合意と本登記がなされる時には、悪意に転じていても、土地を善意取得することができる。このことは、本判決によれば、将来の請求権または条件付請求権を保全するために仮登記がなされた場合にもあてはまる。その結果、仮登記の時点で善意であれば、将来の請求権が確定的に発生し、あるいは条件が成就して請求権が効力を生じる時点で悪意に転じていても、やはり善意取得が認められる。前述のように、この関連を明らかにしたことが、本判決の意義の一つである。そして、通説もこれを支持するようである。

この点で興味深いのは、Hepingの見解である。Hepingは、判例の見解に反対し、この問題をドイツ民法典の起草者

また、Wiegandは、真実の所有者の地位を考慮すれば、たとえ仮登記を善意取得しても、所有権移転の合意と本登記の最後のぎりぎりの時点までに、取得者が悪意に転じた場合には、善意取得は否定されるべきであるとする⁽⁶⁾。

なお、無権利の登記名義人Nから仮登記の善意取得を認めるとして、その後の処理はどうなるのであろうか。仮登記を善意取得した者Gは、その後悪意に転じても、後に本登記をすることによって結局所有権そのものを取得する。それでは、善意取得者Gは、自己の権利をどのように貫徹すればよいか、この場合の真実の権利者Eの協力なしに所有権を取得するか、という問題である。前述のリーディング・ケースであるRG 121, 44は、無権利の登記名義人NがGに完全な所有権を移転できるのを当然視している（「仮登記が登記名義人の承諾に基づき、民法八九二条の準則に従って有効に成立すれば、それにより請求権の履行が可能であるための原因が与えられ、その後の登記内容の変更と権利者の善意に影響されることなく、権利それ自体の取得がなされる」）。これに対して、J. Baurは、仮登記取得の後、本登記までにGが悪意に転じた場合、つまり所有権をGが取得すべき時点では、実はNは所有権をGに有効に移転することができないことに着目する。この場合、中間処分を仮登記権利者に対する関係では相対的に無効とするド民八八三条二項を持ち出しても意味がない。それは、中間処分を相対的に無効とするだけであり、積極的にNに処分権を付与するものではなく、それが欠けていることがここでの問題だからである。要するに、所有権を取得する時点で善意取得の要件を具備していないことがここでの問題である。だからNがGに対して所有権移転行為をしても、これを真実の所有者Eが同意しなければ、所有権移転の効力は生じない（ド民一八五条）。この場合、J. Baurは、法の欠缺があるとする。そして、J. Baurは、ド民八八八条を類推すべきものとする。この規定は、通常の仮登記の法律関係において、仮登記義務者が第三者に対して中間処分を行った後に仮登記義務者へ所有権を移転する場合、中間処分を受けた第三者が仮登記義務者から仮登記権利者への移転登記手続について、登記法上必要な承諾をする義務をその第三者に負わせる規定である。この規定の類推適用を根拠に、J. Baurによれば、仮登記をすでに善意取得したGはNからの所有権移転と登記について、Eの同意を請求することができるものと解する⁽⁷⁾。しかし、このJ. Baurの見解に対しては、そのように真正権利者Eが

ついでに善意の保護は認められないものの、仮登記がされた土地または土地の一部についての善意の保護が認められる。：控訴裁判所の認定によれば、所有権移転の仮登記の時点（一九五八年三月七日）〔引用省略〕、つまり、仮登記権利者の善意にとって基準となる仮登記の申請書の提出の時点で、一九五八年四月二六日の相続証書が真正でないことを知らなかったのであるから、アウフラスングの仮登記を善意で、それゆえ有効に取得したことになる。このことは、Xの善意は、債権的請求権が目的とする後の物権の取得にとっても、Xの善意が決定的であり続けることを意味する。それゆえ、この点でもさらに控訴裁判所に従うべきなのだが、Xが所有者として登記された時点（一九六〇年一月一日）に相続証書の真正でないことを知り、一九六一年三月二四日にXの所有者の登記に対して異議の登記がされたとしても、これらは意味をもたない。」

通説もまた、以上の判例を支持し、仮登記を取得する時点で善意であれば、後に所有権移転の合意・本登記をする時点で悪意に転じていても、善意取得はもはや妨げられない、と解する。²⁾ 仮登記だけを善意取得すると解しても、結局それが後の物権自体の取得につながらなければ意味がない、とか、あるいは、仮登記はされた請求権は、完全な物権とはいえないが、物権的効力の一部を付与されているから、善意取得という物権法上の制度の適用を認めるべきである、などの理由があげられている。

仮登記の時点の善意でもって、後の所有権移転の合意と本登記の善意は不要とする通説・判例（取得保護・大きな解決）に対しては、しかし、所有権の取得という大きな効果を、仮登記の時点の善意という小さな要件で認めるのは一貫しない。この小さな要件に釣り合うためには、仮登記そのものの善意取得（処分保護・小さな解決）がその効果でなければならぬ、という批判がある。³⁾ また、以上のような意味で、無権利の登記名義人から仮登記を善意取得することを認めると、それは、甘言を弄して他人の土地を自己名義に登記させ、事情を知らない第三者に買い取らせる形の経済犯罪に手を貸すことにつながる、という批判もある。⁴⁾ また、Goetzke-Habermannは、本来、仮登記は、中間処分を相対的に無効にするものであり、それ以上に真実の権利者に対する法的地位をもたらすものではないとして、通説に反対する。⁵⁾

分の禁止を命じる仮処分が、一九五三年一月六日に送達され、それによりXが、自己の利益のために承諾された仮登記に基づき本登記する前に、処分禁止について知悉していたことは、妨げとならない。すでに引用した、連邦通常裁判所判例集によっても承認されたライヒ裁判所の判例から明らかのように、仮登記の記載を承諾することは、登記がなされた場合、民法八九三条の意味での処分とみなされうる、その結果、この規定で予定されている民法八九二条の準用により、仮登記権利者には、仮登記がなされた土地の物権的な拘束について、善意の保護が認められ、仮登記の取得の際の善意は、債権的請求権が目的としている物権の取得にとっても決定的であり続ける。これによれば、仮登記の承諾は、登記がなされれば、民法八九三条の意味における処分とみなされ、そして、民法八九二条が類推適用される結果、登記の申請の時点の善意を基準とする民法八九二条二項の規定もまた類推されねばならない。

また、BGHZ57, 341は、登記簿と同様に公信力が認められる相続証書の記載（ド民二三六六、二三六七条参照）について、同様の法理を認めている。Mが死亡し、一九四八年四月二六日の相続証書によれば、Mが所有し登記されていた土地を二八名の法定相続人Yらが承継したが、一九五八年一月二七日、これらの者からその土地の一部がXに売却され、同年三月七日、仮登記がなされた。ところが、その後一九六〇年七月になって、Mの遺言書が発見され、それよるとN市が相続人に指定されていた。一九六〇年八月一二日、前述の相続証書につき無効宣言がなされたが、にもかかわらず、一九六〇年一〇月一日、Xを所有者とする登記がなされたので、N市は、一九六一年三月二四日、これに対して仮処分により異議の登記をした。Xは、二八名の法定相続人Yらに対して、損害賠償の請求をしたという事案である。Xは土地を善意取得するから、損害を被っていないという趣旨の原審判断を支持して、連邦通常裁判所は、次のように述べている。「仮登記は、土地についての物権ではないが、特殊な保護手段として、被保全債権に一定の範囲で物権的効力を付与するものである。このことから、仮登記は、それがなされた土地または土地の一部の物権的拘束をもたらし、それゆえ仮登記の承諾は、その記載がなされれば、民法八九三条の意味における処分とみなすことができる、ということが導かれる、その結果、この規定において予定されている民法八九二条の準用によって、仮登記権利者に債権の成立に

るベルリン上級地方裁判所は、XとYの間の所有権移転が無効であることは認められたものの、一九二四年一月三〇日の時点に基づきによるこの土地の善意取得を認め、結局、Xの請求を棄却している。ライヒ裁判所は、次のように述べて、控訴裁判所の判断を支持している。「ライヒ裁判所の第五部は、RGZ. Bd. 118 S. 230において公表された判決で、仮登記の承諾は、その登記がなされた場合、民法八九三条の意味における処分を意味することを明らかにした。この場合、準用される民法八九二条の規定によれば、仮登記権利者には、登記簿の公信力の保護が、債権の成立については認められないものの、仮登記が付される土地もしくは権利の物権的な拘束については、それが認められる。この保護は、仮登記がなされた者が、登記されており「それについて」仮登記がなされた権利について善意である場合、保護されるということである。こうした原則は当法廷によっても支持される。…そこで展開された原則は、仮登記の取得の時点での善意は、仮登記により保全された債権的請求権が目的とする物権の取得のためにも、意味をもち続けるのでなければ、首尾一貫しない。仮登記の記載は、土地に対する権利（あるいは登記された権利）の将来の取得のための物権的保護手段を形成すること、および権利の順位を保全することの二つの任務を有する。反対説は、仮登記の第一の目的を見落としているのであるが、この目的は、民法八八三条一項およびとくに二項から明らかである。これによれば、後の処分は、それが請求権を阻害し妨げる限りにおいて、たとえそれが強制執行によりなされようとも、無効とされるからである」。

また、連邦通常裁判所の判例も、これを踏襲する。たとえば、本判決が引用するBGHZ 28, 182は、次のような事案である。Xは、所有者Eから土地を買い受け、一九五三年一月二七日仮登記を申請し、同年一月一日仮登記がなされ、一九五四年六月三〇日日本登記がなされている。他方、Yは、一九四八年三月二八日から同じ土地を買い取る権利を有するとして、一九五三年一月二八日から一月二七日にかけて仮登記仮処分を申請、また、同年一月五日には処分禁止仮処分を申請し、一月六日にXに送達され、その旨が登記簿に記載された。Xは仮処分による登記の抹消を求めて本訴に及んだ。連邦通常裁判所は次のように述べて、Xの請求を認容した原審判断を支持している。「控訴裁判所は、法律の錯誤なく、次のように考えている、つまり、Yの土地についての所有権取得に対して、Yの利益のために処

仮登記を善意取得するというこの意味は、要するに、こうした仮登記により保全された地位を登記名義を有する無権利者から善意取得することに尽きる、と解する学説がある。これによれば、登記名義人Nが無権利者であることを知らずにNと売買契約を締結し、所有権移転請求権を仮登記したGは、Nが同じく善意のDに同じ土地を売却した場合、Gが仮登記の時点で善意であったとして、そのことでGが取得するのは仮登記権利者の地位だけである。Gが所有権もまた善意取得するためには、NからGへの所有権移転と本登記の時点でもなおGが善意でなければならぬ。その結果、GもDも所有権移転・本登記の時点で善意である場合には、Gが先に善意取得していた仮登記が効力を発揮し、この土地はGのものとなる。ところが、逆に、Gが所有権移転・本登記の時点で悪意に転じていたが、Dがなお善意であった場合、結局この土地はDが善意取得することになる。この場合、Dは真正権利者Eに対して善意取得した所有権を主張できるのであるから、それより弱い立場にある仮登記権利者GはDに対しては劣後するほかないからである。¹⁾

これに対して、仮登記を善意取得するということは、将来の所有権の取得を先取りすることであると解するのが、判例であり、多数説である。もう少し正確に言うと、Nが無権利者であることを知らずに、売買契約を締結しNに仮登記を承諾させたGは、仮登記の時点で善意であれば（より正確に言うと仮登記申請の書類を提出した時点で善意であれば（ド民八九二条二項の類推適用）、その後、所有権移転の合意と登記がなされる時点では悪意に転じていても、あるいは、この時点までに真正権利者のEから、本来は善意取得を阻止できるはずの更正登記（ド民八九四条）や異議の登記（ド民八九九条）がなされていても、善意取得による所有権そのものの取得がもはや妨げられることはない）と解する。

嚆矢となったのは、本判決も引用するライヒ裁判所の判例（RGZ 121, 44）である。事案は次のとおりである。Xは、Yに土地を売却して移転登記をしたが、誤った代金額が公証されたため無効であり、したがって所有権はまだXにある旨主張して、登記名義の回復を請求した。他方、Yは、一九二四年一月一八日Lにこの土地を売却し、Lのために仮登記を承諾し、同年二月三〇日に仮登記が登記簿に記載されている。その後の一九二五年九月二五日に、Xによる異議の登記がなされた。一九二五年一月三〇日YからLへ本登記がなされている、というものであった。控訴裁判所であ

二、仮登記の善意取得

問題は次の通りである。Eが真実の所有者であるある土地について、登記簿上はN所有名義に登記されているとする。この場合、たとえば、Nがこの土地をGに売却する契約を締結し、Gが所有権移転請求権を取得したとする。この時、Nが本当は無権利者であることについてGが善意であれば（無過失は要求されない。ドイツ民法（以下ド民と略称する）八九二条）、仮登記された地位を善意取得するものと解されている（ただし、この場合、GのNに対する所有権移転請求権は有効に成立していなければならない。本当はG・N間の売買契約が無効であるのに、Gがこれをいくら有効と信じたとしても、請求権を善意取得することは認められない。抵当権に関するド民一一三八条は、仮登記には類推適用されない。善意取得は物権法上の制度だからである。また、仮登記による保護を善意取得するとして、その場合、根拠条文はド民八九二条なのかあるいは八九三条なのかという点についても争いがあるが、八九三条の類推適用によるというのが多数説のようである）。

ここにさらに問題とされるのが、仮登記の善意取得ということの意味である。つまり、仮登記を善意取得する場合、その効果はどの範囲まで及ぶのか、言い換えれば、善意取得するのは仮登記の保護だけか、あるいは結局所有権そのものまで善意取得するのかという問題である。周知のように、たとえば、ある土地について所有権移転請求権が仮登記された場合、その後には仮登記義務者がこの土地について行った中間処分は、仮登記により保全された請求権の実現を妨げる限りにおいて、仮登記権利者に対する関係では相対的に無効とされる（ド民八八三条二項一文）。したがって、仮登記権利者は中間処分を無視して、仮登記義務者から所有権移転の意思表示と移転登記を請求することができる。その際、すでに中間処分を受けた第三者へ登記名義が移されているから、仮登記義務者から仮登記権利者への移転登記するためには、ドイツ不動産登記法一九条により利害関係人としてこの第三者の承諾が必要である。そして、仮登記権利者は、第三者に対してこの承諾を請求することができる（ド民八八八条）。

利を行使し、仮登記の効力を行使することができる。」

三、Rの解除は効を奏しない。なぜなら、Rは後位相続人の記載による負担を除去する義務をMに対して履行していないから、Mが代金を払わなかったとしても、それは遅滞ではない。

「四、原告の母は、一九七三年一月三日の和解において表明されたアウフラッシングに基づき、登記簿に登記することによって、土地所有権を後位相続人の権利による制限なしに取得した。正当にも控訴裁判所は、アウフラッシングの仮登記を取得した時点の善意が（状況によっては当該の登記申請の提出の際の善意、民法八九二条二項）が問題になり、この善意が所有権取得にとって基準となるものとしている。これはすでにライヒ裁判所の見解でもあった（RGZ 121, 44 (47)）。当法廷もこれに従い、従来の判例を堅持する（BGHZ 28, 182 (187) = NJW 1958, 2013; BGHZ 57, 341 (343) = NJW 1972, 434）。この判例はまた大部分の法文献によっても承認されている〔引用省略〕。この問題を概念・ドグマ的視点から考えるのは適切ではない。登記できる権利を目的とする請求権のための信頼に足る保護手段を求める実務の要請に適合的に、ライヒ裁判所と当法廷は、仮登記の保持者に、取引の安全を重視した法的地位を付与している。登記簿の状態と仮登記取得の時点におけるそれに対する善意は、仮登記がそれに奉仕するところの物権の取得にとっても基準でなければならない。——判例に従い実務が信頼をおいている——このような仮登記による取得の保護を疑問視するならば、仮登記は法的取引きにおいて著しくその意義を失うであろう。」

【研究】

一、本判決の意義

本判決は、仮登記の善意取得について、従来の判例の路線を踏襲することを確認する。その上で、本判決は、この法理を被保全請求権が将来発生するものである場合についてより精密化し、この場合でも取得者は仮登記の時点で善意であればよい、との判断を示している。

は無効である、なぜなら仮登記が登記簿に記載された時（一九六七年八月一日）後位相続人の記載は登記簿になく、また、買主が当時売主の先位相続人としての地位を知っていたことについて主張がなされていないからである。この関連で、基準となるのは、申込みの承諾がなされた日ではなく、仮登記の記載の時点のみである。しかしながら、厳格な附従性をもつ仮登記は、その成立と存続において、常に被保全債権に依存している。アウフラッシングを求める請求権が本件では契約の申込みが承諾されることによって（一九七一年五月二四日）成立したことは、しかし、将来債権のための仮登記の善意取得の場合、どの時点が基準とされるべきで、いつこうした仮登記の保護効が生じるかという問題に、解答を与えるものではない。立法者は、将来の請求権のための仮登記による保護を明示的に認めており（民法八八三条一項三文）、一般的に（したがってこのような事案においても）その請求権の目的である権利の順位については、仮登記が記載された日を基準としている（民法八八三条三項）。将来の請求権のための仮登記の保護を、被保全請求権が成立した時点から生ぜしめるとするならば、その保護は意味がないことになる。民法八八三条一項二文は、その意味を失い、余計なものとなる。法規の文言と目的によれば、この規定は、むしろ仮登記に特有の保護効（民法八八三条二項）をまさにまだ成立していない請求権に与えようとするものである。もちろんこの効力は、請求権が成立した後はじめて行使することができるが、仮登記が記載された時点までの遡及効を伴う〔引用省略〕。ここまでは明らかに誰も疑問を差し挟まない。このように、将来の請求権がこのような意味で保護されるならば、こうした事案において、仮登記の善意取得のための登記簿の状態については、仮登記が記載された日だけが問題となりうる。その日において、仮登記の効力が生ずるための取得要件は完了し、この仮登記の効力は、登記簿の外で、さらなる要件、つまり請求権の成立がさらに付け加わった時にはじめて、行使することができるのである。上告の見解によれば、申込みの受領者には、申込みを承諾するかしないかが委ねられており、また、自らの権利に第三者の権利が対峙していることを見極めた上で自己の法的地位を取得しようとするから、保護する必要はないとされる。これは、問題の本質を見逃している。将来の請求権に仮登記による保護が上述のような意味において付与されるならば、売買の申込みの受領者は、申込みを承諾する権

しかし、一九七三年一月三日、区裁判所でなされた和解により、Mが残代金二六五、〇〇〇マルクを支払うことと引き換えに、Rがアウフラッシングを行うこととなった。これに依じて、一九七三年一月七日、仮登記の抹消と所有権移転の登記がなされ、その後、一九七三年一月二十九日、Mは本件土地を娘のXに譲渡し、一九七四年六月二十五日その旨の登記がなされた。Xは、Y₁、Y₂およびその間に死亡したSの相続人Y₃を相手に、後位相続人の記載の抹消を求めて本訴に及んだ。第一審、第二審ともXの勝訴。一九六七年八月一日のRM間に仮登記がなされた時点では、Y₁、Y₂、Sという後位相続人がいる旨の異議の登記はなされておらず、Mもこのことについて善意であった。したがって、Mは、負担の全くない所有権を後の登記の時点で善意取得するというのが、控訴裁判所の理由だったようである。

【判旨】

「一、一九六七年一月三〇日^マの公正証書による売買の申込みにより、成立した将来のアウフラッシング請求権は、上告の見解とは異なり、仮登記することができる（民法八八三条一項二文）。拘束力のある申込みがなされたことにより、将来の請求権の成立のための法的基礎がすでに整えられ、その結果、請求権の成立が将来の債権者の意思のみに係らしめられている場合には、将来の債権もまた仮登記による保護を享受しうる〔引用省略〕。売買の申込みは、一九七一年五月三十一日まで基本的に撤回することができない。M夫人が二、〇〇〇マルクの賃料の支払いを一ヶ月以上遅滞しているときには、Rが撤回権を留保していたとしても、アウフラッシングを求める請求権の成立は、Mの意思（申込みの承諾）のみに係っている。上告は、撤回の要件を生ぜしめるか否かが、M夫人の手に委ねられていることを見落としている。彼女は、支払いが滞ったことにつき責めに帰すべき事由がなければ、賃料の支払いを遅滞したことにはならないからである（民法二八五条）。」

「二、控訴裁判所は、正当にも、M夫人はアウフラッシングの仮登記を『何らの負担なく』善意取得したものと解している（民法二二二三条三項、八九三条、八九二条）。先位相続人による処分の制限（民法二二二三条）は、Mに対して

仮登記と善意取得

(ドイツ民法判例研究・BGH Urteil vom 31. 10. 1980 = NJW 1981, 446)

赤松 秀岳

【事実】

被相続人とF¹とF²の息子であるRは、両親の死亡後の、一九六一年六月二九日、相続財産に属する本件土地について、遺言により単独で相続したものととして、単独名義の登記をした。一九六七年六月三〇日、Rは、公正証書によりM夫人に対して、本件土地の売買契約の申込みをし、その際、この申込みは一九七一年五月三十一日まで撤回できないものとした。Rは、Mのために将来の請求権保全のための仮登記を承諾し、一九六七年八月一日、その旨が登記簿に記載された。他方、Rの姉妹であるY¹とY²およびSは、一九六八年一月一九日、Rが単独相続人である旨の登記に対して、異議の登記をした。実は、F¹とF²の遺言には、Rが死亡し、Rの卑属がいなるときは、相続財産の半分は、Rの姉妹であるY¹、Y²およびSが相続する旨の後位相続人の指定がなされており、この場合、先位相続人であるRの処分は制限されるからである(ドイツ民法二二二条、二二三条)。一九六九年二月二三日、後位相続人の記載(Vermerk)が登記簿に記載された。Mは、一九七一年五月二四日、売買契約の申込みを承諾した。その後、代金額をめぐってRとMで争いが生じ、Rは一度は、残代金二五五、〇〇〇マルクの支払いを催告した上で、売買契約を解除する意思表示をした。