

第20節 仮登記

I 基礎

1 仮登記の基本的な機能

【1】

土地権利の設定及び譲渡において、ドイツ法独特の債権行為と物権行為の分離原則は、債権法上の権利者にすぎない人の権利を明確に保障するとの要請をもたらす。というのは、登記簿に記載されてはじめて、その権利は安心できるのである。登記が行われるまで、債務者は、たとえば売却した権利を他人に譲渡することによって、物権変動に関する請求権を挫折させることができる。債務者は損害賠償請求権（例えば440条^①、325条^②に基づいて）に服するが、成立した物権の権利状態はもはや修復できない。

【2】

この中にどのような経済上の抗争が隠れているかは、次のような実例によって明白に示しうる。百貨店Kは、隣のVの更地が競争相手に売却されるのを妨げたい。VとKは売買契約を締結し、物権的合意はVが死亡した後に行われるべきであるとされた。ある百貨店Dは、土地の売買についてVと相談し、（土地はすでに売却されているという）Vの躊躇を解消して、土地の自分への売却及び譲渡を最終的に達成した。Dが登記されれば、次のような事情がない限り、彼の所有権は揺るがされえない。すなわち、VとDの売買契約が例外的に公序良俗に違反する場合（138条^③1項）、たとえばDがKを知らず、高値をつけたり、躊躇のあるVをKの損害賠償請求権から解放した場合（これに関しては、BGH NJW 1981, 2185 m.Nw。またはBGHZ 103, 235, 241; NJW-RR 1996, 869）である。Kは、Vに不当利得法上の復帰的譲渡合意請求権の譲渡を求めることができる（440条1項、325条、281条^④、812条^⑤1項1文1句のみならず814条^⑥、817条^⑦2文）、あるいは826条^⑦、249条^⑧または不正競争防止法1条、民法249条に基づいて、Dに物権的合意を求めることができる（争いがある）。しかし、二重売買の通常の場合においては、Dが所有権者にとどまり、第一買主の〔例外を基礎づける事情の〕立証はかなり難しい。

【3】

① 440条 解除と損害賠償に関する特別の規定

② 325条 損害賠償と契約の解除

③ 138条 公序良俗に違反した法律行為及び暴利

④ 281条 給付を提供しないあるいは約定した給付を提供しない場合に発生する代替給付の損害賠償

⑤ 812条 返還義務

⑥ 814条 無債務の明知

⑦ 817条 法律あるいは公序良俗の違反

⑦ 826条 公序良俗に違反する故意の不法行為

⑧ 249条 損害賠償の方法と範囲

この場合には、仮登記制度が置かれている。法律（883条^⑨以下）は、それによって、請求権者に一時的な保全手段を与えて、彼らを保護する。仮登記は登記簿に記載されることによって、すべての取得者に次のような注意を促す。すなわち、彼は、自分の登記をすることができるにもかかわらず、他人のための登記を迫られる。彼は、自分の権利を再び失うことを前もって計算しなければならない、と。

2 仮登記の個々の形式

【4】

以上のように略述した仮登記の適用範囲は、今では実践上、多種の形式に変わっている。上述の物権的合意に関する仮登記以外、一般的な形式としては、抹消に関する仮登記及び土地担保法上の法定抹消請求権がある（上述の17章欄外番号10、詳しいことは46章欄外番号33以下）。土地担保法上の法定抹消請求権の作用は、抹消登記に関する仮登記のそれと同じである（1179a条^⑩1項3文）。すなわち、法定抹消請求権は、先順位の担保物権と所有権が混同した場合に、先順位の担保物権を抹消するという後順位権利者の請求権を保護する。

【5】

物権的合意に関する仮登記の目的と、抹消に関する仮登記・法定抹消請求権の目的とは著しく異なる。前者は、売買と所有権取得の間にある相当に短い期間を調節することを目的とするが、抹消に関する仮登記・法定抹消請求権は、保護される後順位の債権者のために、相当不確定な将来の出来事（たとえば所有権と担保物権の混同）を確定することを目的とする。この目的は、現代的な多種多様の仮登記の形式によって示される。これらに共通するのは、たしかに物権の帰属状態は今あるいは近い将来には変更されないが、一定の事件または一定の時間の経過によって、権利変動が生じるべきことである。仮登記は、物権変動がこの間隙において、挫折しないことを保障する。これに属するのは、例えば、債権法上の買戻権に基づく請求権に関する仮登記、あるいはその他の復帰的譲渡請求権に関する仮登記である。

実例：Vは自分の営業用の建物を息子Sに譲渡したが、Sが営業をやめる場合の買戻権を保留した。この権利は仮登記によって保全される（RGZ 125, 242, 247; BGHZ 75, 288; 117, 390 = NJW 1992, 1683; BGH NJW 1996, 59; DNotZ 1959, 399; *Streuer Rpfleger* 1986, 245; BayObLG NJW-RR 1990, 662; DnotZ 1996, 374）¹。

^⑨ 883 条 仮登記の要件と効果

^⑩ 1179a 条 他人の権利状態の下にある抹消請求権

¹ 復帰的譲渡合意請求権と仮登記、またそれらがそれぞれ権利者の生存中に限定される場合は、不動産登記法 23 条は適用されない（BGHZ 117, 390; BGH NJW 1996, 59; *Tiedtke* DNotZ 1992, 539; *Streuer Rpfleger* 1994, 346; 反対説は *Rastätter* BWNNotZ 1994, 135; *Lülsdorf MittRhNotk* 1994, 135）。復帰的譲渡合意請求権はもはや生じないと判明した場合は、不動産登記法 22 条または 894 条に基づいて、抹消が行われる。欄外番号 25 も参照。

【6】

あるいは、予約に基づいて生じた請求権の仮登記、所有権者から与えられた —— 代金の支払いを条件とする —— 購入権 (Ankaufsrecht、売買選択権 Option とも称される本書第 21 節欄外番号 38 以下を参照) によって生じた請求権の仮登記。

実例: E はある事由で土地を売却すれば、特定の価格で、この土地を A に売却する義務を負う… (RGZ154, 355; BayObLG DnotZ 1956,206; Rpfleger 1993,58; 同様に BGH NJW1981,446) A の権利は、仮登記によって保障される。

【7】

他の場合、債権的な先買権に基づく請求権を保護するために、行った仮登記 (RGZ 104, 122)。授与された優先順位の給与を保護するために、行った仮登記など。

土地の分割 (Grundstücksparzellierung) において、仮登記は非常に重要な実践的な意義がある。

実例: V は K に土地を売却して、そして、土地所有権の譲渡を合意した。K が自分のために、登記簿に記載される前に、K は土地を分けて、家を建てようとする人に売却することができる。たとえば、K は B に土地を売却し、そして、B と所有権の譲渡合意をした。B が登記するまでは、V が所有権者であるために、K も B も担保的な必要性があると明確である。仮登記はこの保全の要求を充たすことができる (その具体的な操作は相当複雑である。Vollkommer Rpfleger 1968,337 を参照)。

【8】

要するに、仮登記制度の運用においては、正当な保全の要求を満たす必要がある。もう 1 つは、未来を確定するという考え方もある。後者の考えは、将来の相続法上の請求権を仮登記によって担保しようとする場合 (BGHZ 12, 115 = Baur, E.Slg.Fall7; 本章の 15 も参照) の —— 今までまだ成果が認められないが —— 試みである。

3 目的、効力及び法的性質

【9】

仮登記制度の目的は、物権変動を内容とする請求権を保護し、それが債務者の処分行為によって挫折することを避けることにある。しかし、結果としては、もちろん土地登記の障害にはならない。債務者は、仮登記される前と同様に、自己の権利を処分することができる。ただし、その処分行為は仮登記によって保護される者に対しては、効力が生じない —— つまり、**相対的に無効**である。さらにそれを超えて、仮登記は、完全効 *Vollwirkung* を有する。すなわち、それはあたかも一個の制限物権のように扱われ、債務者の倒産や支払不能 (倒産法 24 条、支払不能手続法 106 条)、または、相続人の責任が制限される場合 (民法 884 条) に、その効力が発揮される。さらに、仮登記は、後に設定される権利の順

抹消代理権への転換とする見解については、Amann DNotZ 1998,6ff。

位を〔予め〕保全することができる（民法 883 条 3 項：順位保全効）。

【10】

仮登記が有しているこの「中間的な立場」は、その法的性質を判断するのに困難をもたらす。これについての最終的判断は、他の問題を検討して初めて可能である。それゆえ、ここでは概略的に総括しかできない。一方では、仮登記は、物権変動を目的とする債権法上の請求権を保障するから、債権法の領域に位置づけられる。他方で、仮登記は、その効力が物権的性質を有するから、物権法の領域にも属する。それゆえに、仮登記は、物権変動を目的とする請求権を保障し、物権的効力を持つ保全手段と特徴づけることができる。

【11】

請求権と物「権」との結びつき（付従性）の面から見れば、仮登記と抵当権とはある部分が似ている。抵当権と同じように、仮登記は、その設定及び存続が、被保全債権に依存する。抵当権と同じように、仮登記上の権利は、債権譲渡に従って新たな権利者に移転する。しかし、両者の目的は異なる。抵当権は債権者に —— 担保される金銭債権によって生じる請求権のほかに —— 換価権を与える。これに対して、仮登記の機能は、第三者が仮登記の後に権利を取得し、しかもそれによって仮登記によって保護される物権変動請求権を侵害するときに、当該第三者に対して、物権変動の実現を可能にする請求権を主張できる点にある。

4 仮登記と異議

【12】

暫定的な保全手段として、仮登記は異議と類似性を有している。しかし、そのような法的な補助手段は、原則として区別されるべきである。異議は、不動産登記簿の正確性に向けられており現実の権利者を、登記されている〔括弧付きの〕「権利者」の処分から保護している（上述の第 18 章欄外番号 10 以下を見よ）。これに対して、仮登記は、登記簿の正確性には向けられておらず、むしろ将来の権利変動の予告を含んでおり、債務法上の請求権所持者を、現実の権利者の処分から保護する。「仮登記は予告する」（つまり、不動産登記簿における将来の権利変動を）、「異議は抗議する」（つまり、登記簿の正確性に対して）という言葉が用いられる。

【13】

勿論、個々のケースでは、仮登記と異議のどちらが適切な法的補助手段であるかということに疑念が生じうる。この場合、そのような法的補助手段両方の累積的利用、ないし、一方の手段の他方への転換が認められなければならない。

実例：E が自己の不動産を K に売却し不動産譲渡行為 *Auflassung* を行った後に、K により悪意で欺罔されたのだから有効にこれを取り消したと主張したとき、取消しが売買契約のみを包含しているに過

ぎない場合には、適切な補助手段は仮登記である（その場合、仮登記は不当利得に由来する返還請求権を保護している）。取消が不動産譲渡行為にも及んでいる場合に法的状態を不正確に評価したことによって不利益が増加してはならない。つまり、E が仮登記を登記した場合においては、裁判所が不動産譲渡行為の無効を認めた時は、仮登記は異議として扱われるべきである（RGZ 139, 353, 355 ; RG SeuffA 78 Nr. 168 S. 276 ; 賛同する者として, *Heck* §47 II 8 ; *Westermann/Eickmann* §100 II 1 b)。

II. 仮登記の対象

1 保護の対象となる請求権

【14】

883 条は、仮登記が保護の対象としている請求権を挙げている。そのような請求権は、不動産権の設定又は不動産権上の権利の設定、不動産の放棄、権利の内容変更、順位変更を目的としなければならない。

そこから以下のことが導かれる。

a) 請求権の法的原因

【15】

請求権は、非常に異なった性質を持つ法的原因に対応しうる。法的原因是債務法上の性質を有しうる。（典型は売買契約に基づく不動産譲渡行為の仮登記）。また、法的原因是、家族法において設定されることがあり得る（例えば、家庭裁判所が一方の配偶者に 1383 条により不動産の譲渡請求権を認めた場合）。最後に、完全に成立した相続法上の請求権も仮登記によって保全しうる（例えば、相続開始後の遺贈請求権）。

これに対して、相続前には、遺言による遺贈請求権と同様に相続契約上の請求権を仮登記によって担保することはできない（BGHZ 12, 115 ; OLG Hamm, DnotZ 1956, 151. 争いがある）¹。将来の不動産登記簿訂正を求める物権法上の請求権も同様に担保不能である（BayObLG DnotZ 1976, 106. 仮登記ではなく異議であり、場合によっては転換があり得る。上述の欄外番号 13 を参照）。

【16】

b) 有効に成立しかつ存続する請求権

請求権は、有効に成立しかつ存続しなければならない。

¹ これについては、・・・を見よ。担保できるのは、相続開始後の遺贈請求権（・・・）ないし後位相続開始後の遺贈請求権（・・・）である。更に、贈与契約又は同様の拘束力を持つ贈与の申込に由来する請求権も担保可能である。確かに、その際には贈与は死亡時点になってはじめて期限が到来する。しかし、受贈者の生存（2301 条）を条件にすることは出来ない（・・・）。批判的な見解として *Westermann/Eickmann* § 100 II 1c. 生存を条件とした贈与と死亡時点で無条件に期限が到来する贈与の相違に関しては・・・参照）。

実例 (BGHZ 54,56) : V が公証証書の形で土地を K に売却し、公証された値段は 175,000 マルクで、しかし実際に合意された値段は 200,000 マルクであった。V が K のための不動産譲渡行為の仮登記を承諾した。その後、G のための地役権の仮登記もされた。——この虚偽の公証売買契約が、民法 117 条 1 項¹により、無効とされた。そして、真実の売買契約は、K が所有者であると登記されて初めて効力が生じる (民法 117 条 2 項、125 条²、313 条 2 文)。したがって、不動産譲渡行為の仮登記は有効な債権の基礎を欠いている。この仮登記は将来債権の仮登記 (これについては、以下 2 及び 3) として保留することもできない (*Medicus, Bürgerl. R.*, 欄外番号.555; a.A. *Lüke Jus* 1971, 341)。それゆえ、民法 883 条 2 項³が適用される余地はなく、地役権の仮登記は影響を受けない。K が土地所有者として登記された後にも、当該地役権の仮登記は依然として実現される (民法 888 条⁴)。

【17】

売主が土地所有権の譲渡に同意し、買主の登記にも同意すれば、買主の取得した所有権供与請求権 (*Eigentumsverschaffungsanspruch*) は、登記まで存続している。つまり、この仮登記を通じて、権利が保全される (*MünchKomm/Wake § 883* 欄外番号.30 及び最終的には、BGH NJW 1994, 2974)。

土地登記所は原則的に被担保債権が成立するかどうかを審査しない。しかし、もし請求権の不存在が確実に発見され、かつ将来も成立しないものであれば、登記は拒絶されるべきである (*BayObLG Rpfleger* 1993, 328; 第 16 節欄外番号 49 以下も参照)。

【18】

c) 法律で許される登記を実現する趣旨

仮登記に担保される請求権は、法律で許される登記を実現することを趣旨とされなければならない。

用益賃貸借の予約に基づいて生じる将来の用益賃貸権を、仮登記によって保全することは、法律で許されない。

【19】

d) 保全される債権の債権者と債務者

仮登記により保護される者 (*Vormerkungsgeschützter*) は、保全される債権の債権者で

¹ 117 条 相手方に対して為すべき意思表示は、相手方の同意により単に仮装の為のみに為すたるものなるときは、之を無効とす。

仮装行為が他の法律を隠匿したるときは、隠匿行為に関する規定を適用す。

² 125 条 法律の規定する方式を欠きたる法律行為は、之を無効とす。法律行為を以て定めたる方式を欠きたる場合に於いて、疑はしきときは亦之を無効とす。

³ 883 条 2 項 仮登記後不動産または権利に付為したる処分は、前項の請求権の全部または一部を侵害する限度に於いて、之を無効とす。強制執行又は仮差押による処分または破産管財人による処分に付亦同じ。

請求権が権利の譲渡に関する時は、其の権利の順位は仮登記の順位により之を定める。

⁴ 888 条 登記したる権利又は其の権利上の権利の取得が、仮登記により利益を受くべき者に対して無効なる時は、仮登記により保全せられたる請求権の実行のため必要なる登記または登記の抹消に付、取得者に対して、其の同意を求むることを得。

請求権が譲渡禁止によりて保全せられたる時も同じ。

なければならない。被保全債権の相手方は、仮登記に関係する権利者または相続人でなければならない。⁵

つまり、債権者の地位と仮登記上の権利者の地位は一致しなければならない。債務者は仮登記により負担を受ける権利の権利者と同一でなければならない。

しかし、第三者のための契約の受益者が、仮登記によって保護を受けることは妨げない。なぜかという、この受益者は「給付を請求する」権利を持っているからである（328条1項。これについては、*Holch JZ 1958, 724*）。

【20】

実例（RGZ 128, 246に依拠する）：Eは自分の農場Eから若干の土地をKに売却し、所有権を譲渡した。その際に、「E農場の現在の所有権者のために」、復帰的譲渡請求権が約定されている。これは仮登記によって保全される。E農場の所有者の地位によって、第三者のためにする契約の将来の権利者は、十分に示されている（他の判例として、BGHZ 28, 99, 103; BayObLG DNotZ 1987, 102; 1996, 374を参照。選択的権利者と承継的権利者については次の2を参照）。これに反して、第三者が後に指名される場合は、要約者の請求権（335条）についてのみ仮登記ができる（BGH NJW 1983, 1543; これについては *Ladwig NJW 1983, 2792*, *derselbe Rpfleger 1986, 345*; *Denck NJW 1984, 1009*; OLG Oldenburg NJW-RR 1990, 273）。

【21】

これに反して、将来取得する権利に負担を課すために仮登記をすることはできない。将来に取得する所有権者の土地債務の譲渡に関する請求権は、仮登記によって保全できない（RGZ 145, 343, 352; OLG Hamm NJW-RR 1990, 272）。1179条の特別規定に従って、このような将来に取得する権利を抹消するための請求権は、仮登記によって保全できる（第46節の欄外番号32, 33以下を参照）。その他の面白い判決としては、BayObLG DNotZ 1956, 206; OLG Köln JMBL. NRW 1960, 30 と BGH NJW 1966, 1656（購入権の保全）、BayObLG DNotZ 1974, 174（土地の特定の決定権を契約当事者の一方に任せた債権契約において、当該部分の土地の面積に関する物権的合意の仮登記）、BayObLG Rpfleger 1992, 292（住居所有権者の有する将来の建築法上の許可に従って、建物を建築する際の専用部分を認容する請求権）。

2 将来の請求権あるいは条件付きの請求権

【22】

883条1項2文の明確な定めによると、将来の請求権あるいは条件付きの請求権は、仮登記によって、保全される。

⁵ この点については、BGH NJW 1997, 861 = LM 5/1997 § 883 BGB Nr.24 (*Stürner/Bruns*)=Rpfleger 1997, 208; BayObLG Rpfleger 1997, 59。反対、OLG Hamm DNotZ 1995, 315 m.Anm. *Amann* aaO S.252。それに反して、第三者に負担を受けさせる契約は、請求権が生じられないために（個々の所有権者に対する請求権）、仮登記の能力もない（BGH NJW 1993, 324, 326）。

それによって、物権変動を内容とする、将来に発生する請求権の物権的担保は、広い分野で用いられている。ここに属するのは、例えば条件付き購入権あるいは買戻権（第 21 節欄外番号 37、38 を参照）、条件付きの土地復帰譲渡請求権¹。通説（BGH NJW 1997, 861=Rpfleger 1997, 208; BayObLG DNotZ 1996, 374, 377）によると、将来の物権変動による条件付き請求権は、審査なしで、仮登記が行われる一方、将来の請求権²の場合には、権利の基礎が十分に整い、請求権の成立が権利者の意思のみにかかるという状況に至らなければならない（BayObLG NJW 1978, 700; DNotZ 1996, 374, 376。この制限に反対するのは、*Wieling* §22 II c）。この区別の正当性は、疑わしい。というのは、条件付き請求権（158 条）と期限付き請求権（163 条）は、将来請求権の下位分類にすぎず、両者の違いは、請求権の成立が将来の不確定な事件に左右されるか、それとも期限の到来に左右されるかにあるだけである。これらの場合に必要不可欠なのは、債務者の側から一方的にもはや排除できない法律行為上の基礎が確定したことである（BGH NJW 1981, 446; 1997, 861=Rpfleger 1997, 208）。

【23】

実例 1（OLG Düsseldorf NJW 1957, 1282 の事案に拠る）：貸付金債権を担保する為に、E は G のため土地債務を設定し、登記をした。G は貸付金を弁済した後に土地債務を E に復帰的に譲渡する義務を負い、かつこの請求権について仮登記に同意した。この仮登記が保全しているのは、E の G に対する土地債務の復帰譲渡請求権であるため、この仮登記は認められなければならない（OGL Hamm NJW-RR 1990, 272）。E はこの請求権を第三者 D に譲渡することができる。そして、請求権の譲渡とともに、仮登記も D に移される（民法 401 条を準用）。本書第 46 節欄外番号 48 以下を参照。

【24】

実例 2（BGH NJW 1997, 861=Rpfleger 1997, 208 に拠る。これについては、*Jung Rpfleger* 1998, 51）：A は土地を B に売却して、譲渡した。双方は、B または B の相続人がこの土地を転々譲渡すると、A または A の相続人が売買契約を解除することができる、と約定した。解除によって生じる復帰譲渡請求権は仮登記によって保全された。この請求権の二重の成立条件、すなわち、請求権の効力が相続に及ぶことや、請求権の成立が当事者の行為によることは、請求権の仮登記能力を妨げない。民法 137 条 1 文の定めには違反しない。この時、民法 883 条により保全されているのは、民法 137 条 2 文に認められる義務だけである。もちろん、結果において、民法 883 条の定めは処分行為の制限に関する約定を、ある程度物権化させ、民法 137 条 1 文の定めを法的な効果を相対化することができた（本書第 4 節欄外番号 21）。

その他、仮登記を適用する場合、2 つの仮登記を通じて 2 の選択的な権利者を保全する

¹ 契約に違反する譲渡から当事者を保護するために！、原則として、このような約定は民法 137 条、138 条に違反しない。これについては、BGH NJW 1997, 861=Rpfleger 1997, 208; *Stürner/Bruns* LM §883 BGB Nr. 24; *Kohler* DNotZ 1989,339ff.; *Timm* JZ 1989,13ff.

² これについては、BayObLG Rpfleger 1995, 247。最終的に請求権が成立する場合には、登記簿の更正は生じない。

こともできる(BayObLG DnotZ 1985, 702)。あるいは、仮登記を通じて承継的な権利者を保全することもできる(BayObLG DnotZ 1985, 702, 706; NJW-RR 1990, 662)。あるいは多数の共同財産の権利者を保全することもできる(BayObLG DnotZ 1986, 371; 1993, 328)。

3 被保全請求権の欠如と消滅

【25】

もし被保全請求権が初めから存在しないなら、たとえすでに登記がなされていても、仮登記は成立しない⁶。もし請求権が事後に消滅したならば、仮登記もそれに従って消滅する⁷。このような 2 つの場合には、土地登記簿は不正確になる。不正確な仮登記によって負担を受ける者は、土地登記簿の更正を請求することができるが、これに対する異議登記をすることができない。なぜならば、譲渡——存在していない債権——においては、請求権者は、登記簿に対する信頼に依拠できないからである (BGHZ 25, 16 ; *Baur JZ* 1957, 629 ; *Medicus AcP* 163, 1, 3)。

実例 : V は土地を K に譲渡し、K の土地所有権譲渡合意の仮登記を許諾して、仮登記がなされた。その後、農業法が要求している国の許可を得ることができなかつたため、売買契約は初めから無効となった。V は K に対して、登記簿更正の許諾 (仮登記の抹消) を請求することはできるが、異議登記をすることはできない。それは、第三者が「請求権」についての善意取得をすることがないからであり、異議登記の意味はないのである。

4 不法な抹消

【26】

反対に、もし請求権がなお有効に存在しているが、仮登記が不法に抹消された場合には、

⁶ つまり、無効の請求権は、仮登記によって保全されない！ (BGHZ 54, 56 ff.; NJW-RR 1989, 199; BayObLG Rpfleger 1993, 58。また本書前述欄外番号.16 以下、及びその実例を参照。その他の説は、OLG Celle DNotZ 1958, 418 を参照)。もし新たな有効な契約を締結するなら、新しい仮登記に対しては、許諾と登記が必要である (OLG Zweibrücken Rpfleger 1989, 495 公法上の許可を得ていない時に)。しかし、無効契約に対する承認の場合には、状況が違ってくる (OLG Frankfurt/M. DNotZ, 1995, 539。これについて、前掲 *Wacke* 507 を参照) ——非常に疑わしい！

⁷ 請求権の存続期限が満了した場合にも同様である (OLG Frankfurt/M. NJW-RR 1993, 1489) 及びその引用 = DNotZ 1994, 247 *Promberger* の評注を付記。満期になる購買権の延期の時に、仮登記の保持に対する登記を行う必要がある。権利者死亡の時に請求権が消滅することを約束した場合には、BGHZ 117, 390; NJW 1996, 59 を参照 (不動産登記法 23 条を適用する余地はない。また本章上述欄外番号 4 以下も参照)。

付録 : 不動産登記法 23 条 (権利者の生存期間中に限定された権利の抹消)

(1) 権利者の生存中に期間限定された権利は、その抹消が権利者の死亡後 1 年以内に行われる場合、または権利承継者が登記所に抹消について異議を申し立てた場合において、履行遅滞が除かれなるときは、権利承継者の承諾がある場合にのみ、その死亡後に抹消することができる。異議は、職権により登記簿に登記されなければならない。権利者が死亡宣告されたときは、1 年の期間は、死亡宣告を言い渡す判決がされた時から起算する。

(2) 権利の抹消に際しては権利者の死亡の証明書で足りる旨登記簿に登記されているときは、前項の権利承継者の承諾を要しない。

仮登記により保護される者は、仮登記によって負担を受ける者に対して、登記簿更正を請求する権利がある。また、この場合には、異議登記をすることもできる。なぜならば、善意取得者が、「仮登記の負担のない」権利を取得する可能性があるからである (BGHZ 60, 46, 50; NJW 1991, 1113。本章後述欄外番号 62 以下も参照)。

実例：上の例で、国の許可を得た後、土地登記所の過誤により、当該土地所有権譲渡合意の仮登記が抹消されてしまったとする。この場合、K は、登記簿更正を通じて、仮登記を再び登記簿に記入することを請求することができる。もし V が、仮登記が再度記入される前に、D と所有権譲渡合意をし、D が仮登記の存在を知らないとすれば、D は、「仮登記の負担のない」土地所有権者になる。それゆえ、K は、異議登記によって保護されうる。

【27】

有効な被担保請求権と並んで (上述の欄外番号 14 以下)、—— 異議の場合と同様に —— 以下の事柄が必要となる。

1. 関係人の承諾、または、
2. 仮処分のいずれか。及びそれと共に、
3. 不動産登記簿における仮登記の記入 (885 条)
4. 承諾
 - a) 法的性質

【28】

仮登記は制限物権に類似している。つまり、873 条 1 項の準則によれば、両当事者の物権的合意が必要となる。しかし、885 条は利害関係人の承諾で十分であるとしている。

このような承諾は、実体法上の意思表示であって、不動産登記所または表示によって利益を受ける者に対してなされなければならない (BGH NJW-RR 1989, 199)。承諾は、不動産登記法 19 条による不動産登記法上の承諾と区別されるべきである。実務においては、たいてい、これらの意思表示は両方とも一緒になされる。しかし、区別には意味がある。[例えば、]不動産登記法上の承諾のみが無効であるにすぎず、実体法上の意思表示は有効であって登記も行われた場合には、仮登記は成立する (上述の第 16 節欄外番号 28 を見よ)。

承諾した内容が文言上許されない仮登記は、意図されかつ公示された限度で、縮減された範囲の効力を持ちうるにすぎない (BGH MDR 1993, 347)。

- b) 善意取得

【29】

法律行為による設定行為が問題となっているので、民法の 893 条によれば、不法に登記された承諾者の仮登記の善意取得が可能である。

実例：H の為に、E の不動産上に抵当権が登記された。抵当権が担保している消費貸借債権はとくに弁済されていた。つまり実際には、抵当権は E に所有者土地債務として帰属していた。H が D に対して抵当権を譲渡する義務を負っており、仮登記の承諾をした場合、D は仮登記を取得する (・・・)。

その後、D が抵当権者として登記されたとすれば、この時にはもはや善意ではなく、また、このときに H の登記に関する不動産登記簿の正確性に対する異議が登記されていても、D は抵当権を取得する（・・・批判的な見解として *Goetzke/Habermann JuS 1975, 82*）。仮登記の登記の際に、存在していた通行権が誤って抹消されていたとすれば、仮登記により権利を得た買主（民法 433 条 1 項 1 文、883 条）は負担のない状態で善意取得する（BGH NJW 1994, 2947）。

c) 承諾を要しない職権仮登記

【30】

職権による、つまり利害関係人の承諾を要しない仮登記については、第 16 節欄外番号 64 以下を見よ（不動産登記法 18 条 2 項、76 条）。

【31】

2 仮処分命令

これについては異議に関する論述を参照しうる（本書の上述第 18 節欄外番号 15）。仮処分命令の発布が、保全される請求権自身の有効が要求されるにもかかわらず⁸、当該請求権が危殆化されていることを疎明する必要はない（885 条 1 項 2 文⁹）。なぜならば、この危殆化は、登記権利者が処分行為を随時行える点にあるからである（例えば、BGHZ 39, 21）。

仮処分命令に基づき仮登記には、民法 893 条¹⁰の規定も適用されえない（法律行為による処分ではない！）¹¹。

仮処分命令に基づき仮登記と区別すべきは、民事訴訟法 895 条による仮登記である！後者に対しては善意取得ができる（争いがある）。

【32】

3 登記

登記は仮登記が成立する権利の設定（konstitutiv）要件である。登記の条件は、一般的な原則によって定められる（つまり登記の申請 —— 登記承諾または仮処分命令 —— 権利関係者）。

の登記）。

登記の各種の技術的形式に関しては、不動産登記法 12 条 1 項の規定を参照せよ。

⁸ この点については、OLG Frankfurt/M. NJW-RR 1993, 473.

⁹ 885 条 仮登記は、仮処分に基づきまたは仮登記に係る不動産あるいは権利を有する者の承諾書に基づき、之を為す。此の仮処分の命令には、保全すべき請求権が危険にあることの疎明は、之を要せず。

¹⁰ 893 条 不動産登記簿に権利の登記ある者に其の権利に基づき給付をなしたるとき又は其の者と第三者との間に其の権利に関し第 892 条に規定する以外の権利処分の法律行為をなしたるときは、第 892 条の規定を之を準用す。

¹¹ BayObLG DNotZ 1987, 618 を参照。反対意見の例として、*Wieling § 22 III 1b; Hager JuS 1990, 429, 438.*

承諾された仮登記が、処分行為と似ている特徴を持つために、登記の承諾と登記の間の時間的間隙によって生じる問題には、民法 878 条¹²の規定を準用しうる（同旨 *Heck* § 47 III 3; *Canaris aaO* S.390; 上記欄外番号 35 以下及び BGHZ 28, 182ff.; 33, 123, 129）。

実務上の難題は、土地の一部が譲渡され、それに不動産譲渡行為の仮登記も承諾されたが、譲渡された土地の部分がまだ独立した土地として登記簿に登記されないことである。この場合には、登記承諾の中の土地平面図および類似する説明を援用すると、仮登記を成立させうる（BGH NJW 1972, 2270; BayObLG Rpfleger 1981, 232; 1982, 17, .335; NJW-RR 1990, 662, 724; *Köln Rpfleger* 1993, 350）。

IV 効力

仮登記の効力は、保全効を（欄外番号34以下）、完全効（欄外番号45以下）及び順位効（欄外番号48以下）と区別されなければならない。

1 保全効

a) 相対的無効

【33】

これは883条^①2項、888条^②に規定されている。これに対する理解は難しい。

その困難を克服するためには、次のことを知っておかなければならない。仮登記を有効とするためには、立法者は様々な道を選ぶことができたはずである。荒っぽい最も簡単な手段は、登記障害とすることである。しかし、土地に関する権利の取引を不必要に阻害するという理由から、立法者はこの道を選ばなかった¹。第2の道は、取得者による債権法

¹² 878 条 第 873 条、第 875 条、第 877 条に従ひ権利者の為したる意思表示は、之が拘束力を生じ且不動産登記所に登記の申請を提出したる後は、権利者が其の処分を制限せらるるも、之が為に其の効力を妨げらるることなし。

^① 883 条 ①不動産物権もしくは不動産に設定された権利の上の権利の譲渡もしくは消滅の請求権またはこれらの権利の内容もしくは順位の変更の請求権を保全するときは、不動産登記簿に仮登記をすることができる。仮登記は将来の請求権または条件付請求権の保全のためにもこれを行うことができる。

② 仮登記された後に、不動産または権利について行った処分は、前項の請求権の全部または一部を侵害する限度において、これを無効とする。強制執行もしくは仮差押による処分または破産管財人による処分についても同じである。

③ 請求権が権利の譲渡に関するときは、その権利の順位は仮登記の順位によってこれを定める。

^② 888 条 ①登記した権利またはその権利上の権利の取得が、仮登記により保全された請求権の実行のために必要となる登記または登記の抹消につき、取得者に対して、その同意を求めることができる。

② 請求権が譲渡禁止によって保全されたときも同じ。

¹ OLG Hamm NJW-RR 1993, 529, 530 についても参照。ある特別な事例においては、バイエルン州最高裁判所は事実上、登記障害を選んだ（Rpfleger 1994, 17. 共有部分に対する持分の物権的合意の仮登記がすでになされている場合は、住居所有権法に従う分割意

上の義務の承継である²。法定的なこのような債務承継は、立法者にとっては、全く民法体系に反すると思われるから、これも採用しなかった。

【34】

したがって、次のような解決方法しか残されていない。仮登記をされた関係者には、自由に自分の権利を処分する権限が残っている（彼は権利者である）。ただその処分は、仮登記によって保護される者に対して、相対的に無効である³。しかも、「請求権を挫折させる、または妨害する」範囲内において、無効である（883条2項）。相対的無効は二重的である。すなわち、対人的な相対的無効（保護される人に対してのみ存在する、欄外番号35以下を参照）及び内容に関する相対的無効（挫折または妨害の範囲内においてのみ存在する、欄外番号38以下を参照）。

b) 対人的・相対的無効

【35】

処分行為は、「仮登記から利益を受ける」人に対してのみ、無効である（888条）。

これは次のことを意味する。取得者は、仮登記によって保護される人以外のすべてに対して、完全な権利の取得を主張できる。保護される請求権の主張は、その中から導かれる。

仮登記によって保護される者にとっては、権利者は依然として請求権の債務者であり、彼は、権利実現のために必要な物権的意思表示（例えば、873条1項の物権的合意と925条の不動産譲渡行為）をその人から請求する。しかし、取得者はすでに登記簿に記載されているため、彼は、保護される請求権を実現するための必要な登記に同意しなければならない（888条）。

【36】

設例：Vは、すでに土地をKに売却し、Kのために、土地所有権譲渡の合意の仮登記を許諾して仮登記がなされた。これにもかかわらず、Vは、さらに土地所有権をDに譲渡した。こうして、Dは、他のいかなる者に対しては土地の所有権者になるが、ただKに対しては（所有権者に）なっていない。Kにとっては、契約の相手方Vが依然として所有権者であるため、KはVに対して、土地所有権譲渡の合意を請求しまた強制することができる（例えば、433条1項1文。これについて、BGHZ 111, 364, 368）。しかし、Dは登記されている所有権者として、登記の許諾をしなければならない。Dがこの登記許諾の義務を負う根拠は、不動産登記法上の基本原則にあり、すなわち、登記済みの者が登記の許諾をしなければならない（登記済み原則！）。当該許諾は、裁判所の判決で替えることがで

思表示の変更は許されない）。

² これについて、*Westermann*, 5. Aufl., §84 IV 2 は正確に指摘している。

³ ほかの学説については、*Wolf* §13 A II h S.579（停止条件付きの無効）と *Knöpfle* aaO, S.157。

きる（民事訴訟法 894 条）。V との土地所有権譲渡の合意、およびに D の許諾（888 条）に基づいて、K は所有者として登記される（ところで、この場合には遡及効がない。BGHZ 99, 385, 387）。登記済みの第三者の許諾は、単に土地登記手続上の意義があるにすぎない（不動産登記法 19 条¹³）。許諾が欠けるのに登記がなされたとしても、土地登記簿は不正確にならない（BayObLG NJW-RR 1990, 724）。

【37】

すでに登記が存在していても、なお土地または土地権利を取得しようとする人がいるのだろうか、と問われるかもしれない。実際のところ、仮登記の実践上の機能は、しばしば、登記簿の障害になっている。しかし、例外の存在が可能である。例えば、K が自分の所有権取得に同意してくれるということを D が期待する場合である（RGZ 154, 355, 367）¹⁴。あるいは、D が V の言により、仮登記によって保全される請求権が最初から存在していないかもはや存在しないと信じる場合である。もし V の話が真実であれば、D は、仮登記が存在していないとの抗弁を主張することができる。その他の訴訟上の抗弁も同様である。例えば、K が契約上の義務を履行していないとすると、V は民法 325 条、326 条に基づいて、K との間の契約を解除すれば、V に対する K の有効な所有権譲渡請求権はもはや存在しない。そして、D は、これによって生じた抗弁権を主張することができる。（しかし、本来は V に帰属する抗弁権を、D が K に対して主張できるのかが疑問である。¹⁵これに対しては、民法 768 条、1137 条の規定を準用して肯定的に答えるべきであろう。いくつかの相対的な権利は、性質上の同一性がありうるが、この同一性によって、仮登記権利者（つまり K）が、保全される請求権の債務者すなわち本実例の V に対して、「先に起訴せよ」ということが強制できるわけではないのである！（BGH NJW-RR 1988, 1357）。

民法 888 条の規定にしたがって、K の登記に対しては、D はそれを許諾する義務がある。この義務の履行を D が遅滞した場合にも、BGHZ 49, 263 の判決は、D は、履行遅滞の原則によって K に損害賠償義務を負うことはない、と判断している（反対が妥当である。Reinicke NJW 1968, 788; Weitnauer DNotZ 1968, 708; Medicus Rn.451。;本書第 5 節欄外番号 25 以下を参照）。

C) 内容上の無効

【38】

処分行為は、内容上において、請求権を挫折しあるいは侵害する場合、その効力を生じ

¹³ 不動産登記法 19 条（承諾の原則） 登記は、その登記によって自己の権利が不利益を受ける者が登記を承諾したときに、行われる。

¹⁴ （原文 p226 注 4）部分的に争いがある！ 同旨 Gursky DNotZ 1998, 273. 反対 OLG Köln DNotZ 1998, 311（仮登記の変更には不利であり、「有効性の付記」がない）。

¹⁵ （原文 p227 注 1） これについて、RGZ 53, 31; 144, 281; Westermann/Eickmann § 100 IV 4c; Wörbelauer DNotZ 1963, 591ff.; Soergel/Stürenr § 888 Rn.8.を参照。

ない（民法 883 条 2 項）¹。立法者は慎重に「挫折」と「侵害」という言葉を次のように熟慮して選択した。（土地の取引を行う場合）仮登記を目にした上で、土地登記簿の状態を知らなければならない。処分行為は、この登記簿の状態を害するものである限り、仮登記によって保護される者に対して無効である。

【39】

上述欄外番号 36 以下の事例において、D に所有権を譲渡する行為が仮登記に反し、効力が生じないだけではなく、V が D の為に抵当権を設定する場合も同じである。そして、この時、民法 888 条の定めにより、D は K に対して抵当権登記の抹消に同意する義務がある（BGHZ, 99, 385, 388）。

事例：E は出資者として A 有限会社に経営参加した。A はある条件を満たす場合に、有限会社の為に 50,000 マルクの土地債務を登記する義務を負った。この請求権を保全する為に、E は何らの負担が無い土地に仮登記をすることに同意した。その後、E は H のために、この土地に 20,000 マルクの抵当権を設定し、さらにこの土地を D に売却した。もしも条件が満たされるならば、有限会社は民法 888 条の定めにより、E に土地債務の設定を請求することができ、D に土地債務の登記同意を請求することができる。土地債務は、H の抵当権に対する優先権を自動に取得し（民法 883 条 3 項）、H が後順位に下がることに同意する必要はない。

事例：E は自分の為に、所有者土地債務を登記した（民法 1197 条）。その後、K の為、土地所有権譲渡合意の仮登記をなされた。また、E は土地債務を X に譲渡した。この場合、仮登記は保全効がない（BGHZ 64, 316）。これに対して、所有者土地債務が成立する前に登記した土地所有権譲渡の仮登記には、保全効がある（*Rimmelspacher*, § 10 Rn 672 u.G; *Schneider DnotZ* 1982, 523）。

d) 仮登記によって制限された権利の処分

【40】

¹ 883 条 2 項 仮登記後不動産又ハ権利ニ付為シタル処分ハ、前項ノ請求権ノ全部又ハ一部ヲ侵害スル限度ニ於テ、之ヲ無効トス。強制執行若ハ仮差押ニ依ル処分又ハ破産管財人ニ依ル処分ニ付亦同ジ。

883 条 3 項 請求権ガ権利ノ譲渡ニ関スルトキハ、其ノ権利ノ順位ハ仮登記ノ順位ニ依リ之ヲ定ム。

888 条 登記シタル権利又ハ其ノ権利上ノ権利取得ガ、仮登記ニ因リテ利益ヲ受クベキ者ニ対シテ無効ナルトキハ、仮登記ニ因リ保全セラレタル請求権ノ実行ノ為必要ナル登記又ハ登記ノ抹消ニ付、取得者ニ対シテ、其ノ同意ヲ求ムルコトヲ得。

請求権ガ譲渡禁止ニ因リテ保全セラレタルトキ同ジ。

1197 条 所有者ガ債権者ナルトキハ、辨済ヲ受クル為ニ強制執行ヲ為スコトヲ得ズ。

所有権者ハ、他人ノ申請ニ因リ強制管理ノ為土地ガ差押ヘラレタル場合ニ限り且其ノ強制管理ノ継続期間ニ付テノミ、利息を受クルコトヲ得。

最後に、処分行為は仮登記に関する権利の処分でなければならない(民法 883 条 2 項)¹⁶。そして、強制執行あるいは仮差押による処分または破産管財人による処分は、法律行為の作用と同じように扱われる(883 条 2 項 2 文)。そうすると、強制執行行為も、仮登記によって保護される者に対しては、効力が生じない。

【41】

争いがありかつ重要な実践意義がある問題は、不動産譲渡行為の仮登記は土地の賃貸借の場合にも効力が生じるかである。すなわち、不動産譲渡行為請求権者が所有権を取得した後に、民法 571 条によるとは異なり、賃貸借契約の当事者にならないかである。この問題に関しては争いがある(BGHZ 13, 1 [=Baur, E.Slg.Fall 8]の論証を参照)。連邦最高裁判所は仮登記の効力を否定した(BGH NJW 1989, 451)。しかし、通説は、民法 883 条 2 項 2 文の規定を適用すべきだと主張し、「さもないと、債権者である賃借人が、法律上物権者である用益権者より優遇される」(たとえば、*Westermann/Eickmann* § 100 IV 3 c m.Nw.)。通説の理論には説得力があるにもかかわらず、結論から見れば、連邦最高裁判所の見解が正確と思われる。民法 571 条の趣旨とされ、強制執行法 57 条、破産法 21 条の規定においても強調される社会的な保護が、仮登記の保護より優先する¹⁷(それに反対する連邦最高裁判所のもう 1 つの論点は、土地の取得者は土地の賃貸借の締結を予測できないという点である。なぜならば、不動産譲渡行為の仮登記が成立される時には、土地はまだ賃貸されないからである)。

【42】

(e) 土地の事実上の変更に対する保護と費用の補償

仮登記によって保護される者が、(たとえば、仮登記が付けられている森林土地の取得者が木を伐採し始めるなどの)土地の事実上の変更に対して保護されるか、あるいはどういうふうに保護されるかは問題である。本書の見解によれば、ドイツ民法 1004 条の規定が準用できる。ドイツ民法 823 条 1 項の規定も考慮することができる(より詳しくは、たとえば、*Canaris aaO*, 383; *Hager JuS* 1990,437; BGH NJW 1991, 2019 およびこれについて本書 19 節欄外番号 20 も参照; 反対は、*Hoche* の反対評釈のある OLG München NJW 1963, 301; *Mollenkopf*, S 42ff., 60ff., 75f.)。土地の変更の場合において、仮登記に準物権的な(quasi-dinglich)保護を与えることは、BGHZ 99, 385 の判決によって認められている。すなわち、仮登記に反する土地債務の権利者は、焼失した建物に対する保険金請求権を弁済し受けた場合(ドイツ民法 1127 条以下。これについては本書 39 節欄外番号 65 も参照)、

¹⁶ 883 条 2 項 仮登記後不動産又ハ権利ニ付為シタル処分ハ、前項ノ請求権ノ全部又ハ一部ヲ侵害スル限度ニ於テ、之ヲ無効トス。強制執行若ハ仮差押ニ依ル処分又ハ破産管財人ニ依ル処分ニ付亦同ジ。

¹⁷ *Finger JR* 1974, 8; *Soergel/Stürner* §883 Rn.30; *Jauernig* §883 Anm.4e も同旨。
Staudinger/Gursky §883 Rn.139; *Wieling* §22 IV 1b,ee.は反対。

仮登記の権利者が土地債務者に侵害的不当利得返還請求権が主張できる（ドイツ民法 812 条 1 項 2 文）。

取得者が土地に費用をすでに払っている場合には、ドイツ民法 994 条以下の規定を準用する（これには疑問がある。詳しくは、BGHZ 75, 28; 88, 296, 297 を参照。反対、OLG Hamburg NJW 1961, 2350）。¹⁸

【43】

(f) 保全効と財産の引き受け

ドイツ民法 419 条¹⁹の判例には、仮登記の保全効につき興味深い [通常の扱いとは違う] 微妙な違いがある。ある土地が譲渡人の全部の財産を構成し、取得者がそれを知っている場合は、土地の引受人は土地所有権の譲渡合意時まで生じた譲渡人の債務について責任を負う（RGZ 134, 121, 125 ; BGHZ 33, 123, 125 ; 93, 135, 140 ; *Jauernig/Stürner* § 419 Rn.5, 12f.）。ただし、取得者のために、所有権譲渡行為の仮登記がなされている場合、取得者は、その仮登記の申請の前に生じた債務しか負わない。その理由は、以下の通りである。申請後に生じた債務に対して、その債権者が強制執行を申し立てた場合、その強制執行は、仮登記によって保護される者に対しては、つねに無効となろう（BGHZ 33, 123, 128f.）。この問題と区別されるべきは、取得者が、その土地が譲渡人の全部の財産であるということを知っているという基準はいつかという問題である。取得者は所有権者として登記簿に記入される時なのか（たとえば、なおこのようにいう BGH NJW 1966, 1748）、それとも不動産譲渡行為の仮登記の登記申請時なのか（たとえば、正当にも *Reinicke* NJW 1967, 1249 にならう BGHZ 55, 105; さらに、*Müller* Rn.1171s ff. も参照）。

【44】

(g) 建築負担の設定 (Baulastbestellung)

建築負担の設定の有効性は（本書 33 節欄外番号 3 を参照）、地役権の設定に相当する公法上の処分行為として、仮登記権利者の同意によるとされるべきであろう（*Drischler, Rpfleger* 1991, 234; VGH Mannheim NJW 1993, 673）。

【45】

2. 完全効力 (Vollwirkung)

a) 債務者の破産あるいは支払不能

仮登記が持っている物権と類似の性質は、債務者の破産と支払不能の場合に表れる。破産手続の開始にもかかわらず、仮登記によって保護される債権者は、破産管財人にこの請求権の履行を求めることができる（ドイツ破産法 24 条あるいはドイツ新支払不能法 106 条）。

¹⁸ S.dazu Gursky JR 1984,3;Kohler NJW 1984,2849.

¹⁹ 新しい「支払い不能条例」は 1999 年より発効するに従い、BGB419 条を破棄された。

したがって、債権者は、土地所有権譲渡合意の仮登記をする場合には、土地所有権譲渡合意と登記を請求することができる（その結果その土地を破産財団から取り戻せる）。土地債務の登記を求める仮登記をする場合には、土地債務の物権合意の設定と土地債務の登記を請求することができる（その結果、別除の方式で弁済を受ける）。

たとえば、*Baur/Stürner II, InsolvenzR, Rn.9, 15* および *BGHZ 79, 103 ff.*を参照。

【46】

b) 強制競売

強制競売の場合には、強制競売の申立人に対して優先権を有する仮登記は、そのまま存続する（883条^①2項）。この場合は、仮登記は「最低価額」（ドイツ強制執行・強制管理法44条、52条）を適用する。落札によって所有権を取得した買受人に対して、仮登記は一般の法律規定に従って、自分の効力を生じる（所有権譲渡行為の仮登記に関する判例は、*BGHZ 46, 124, 126*、新しく設定される制限物権の仮登記に関する判例は、*BGHZ 53, 47, 49*である）。それゆえ、所有権譲渡行為の仮登記は、ドイツ民事訴訟法771条の第三者異議の訴えを生じない（*BGHZ 46,127; NJW 1994, 128*）。強制執行の申立人が、優先順位を有する債権者である場合は、仮登記は落札によって消滅する（ドイツ強制執行・強制管理法91条）。仮登記権利者は、残された競売代金について配当を求める¹。また、強制競売の場合には、所有権譲渡行為の仮登記権利者は、268条^②1項に従って、債権者を満足させることができるというのも、完全効に属する（*BGH NJW 1994, 1475*）。

^① 883条 ①不動産物権もしくは不動産に設定された権利の上の権利の譲渡もしくは消滅の請求権またはこれらの権利の内容もしくは順位の変更の請求権を保全するときは、不動産登記簿に仮登記をすることができる。仮登記は将来の請求権または条件付請求権の保全のためにもこれを行うことができる。

^② 仮登記された後に、不動産または権利について行った処分は、前項の請求権の全部または一部を侵害する限度において、これを無効とする。強制執行もしくは仮差押による処分または破産管財人による処分についても同じである。

^③ 請求権が権利の譲渡に関するときは、その権利の順位は仮登記の順位によってこれを定める。

¹ 個々の問題については多くの争点と問題がある。現金での申し出と配当の際には、仮登記によって保護される請求権の不存在に対する計算上の考慮や、仮登記された買主の反対給付の清算等。これらについては、*J. Blomeyer, DnotZ 1979,515; Keuk NJW 1968,476; Soergel/Stürner §883 Rn.40; Baur/ Stürner I, EinzelvollstreckungsR Rn.36.25,35.15*を参照。

^② 268条 ① 債権者は債務者の目的物に対して強制執行を行う場合において、強制執行によって当該目的物上の権利を失う恐れのあるすべての者は、債権者に弁済することができる。強制執行によって占有を失う恐れのある物の占有者は、同じ権利を有する。

^② 供託または相殺によって弁済をすることもできる。

^③ 第三者が債権者に弁済した場合、債権が第三者に移転する。債権者に不利をもたらすような移転は主張できない。

【47】

c) 仮登記と相続人の責任

仮登記 [の請求権] に対して、相続人は自分の責任制限を主張できない (884 条^③)。相続人は、破産管財人と似ていて、責任制限の実行の事情を主張できず、請求に応じて [債務を] 履行しなければならない。

【48】

3 順位保全効

ドイツ民法 883 条 3 項によると、請求権が権利の譲渡に関するときは、その権利の順位は仮登記の登記によって定まる。すなわち、仮登記された権利が本登記されたときは、その権利の順位は仮登記の登記時に遡る。換言すれば、つまり、仮登記に代わって、ただちに本登記をした場合に与えられるのと同じ順位が得られるということである。

例えば、負担のない土地の上に、Hのために、抵当権の仮登記が設定されたが、その後、他の二つの抵当権が登記されても、Hが第一順位を有する。

権利が自動的に仮登記の順位に上昇することは、技術的には度言う不動産登記規則 12 条 1 項の規定によって達成される。

【49】

同順位の不動産譲渡行為の仮登記は特別な問題である。これを認めるべきではない、登記されるべきではないというのは、正しい見解であるが (*Soergel/Stürner* §883 欄外番号 38)、通説は、第一の所有権譲渡が有効であるとする (*Bassenge* §883 欄外番号 29; OLG Celle VIZ 1996, 104; 一部の人は、各仮登記権利者は共有であることを支持する。例えば *Erman/Hagen* §883 欄外番号 8)。

V. 譲渡および消滅

【50】

仮登記は、付随性があり、物権変動を内容とする請求権を保全するためである。それゆえ、仮登記はその請求権の運命と法律上密接に繋がっている。これは、仮登記の成立においてのみならず (本章 Rn. 14ff)、仮登記の譲渡および消滅においても表れている。

1 譲渡

a) 付随性

^③ 884 条 仮登記によって保全された請求権に対しては、義務者の相続人はその限定責任を主張することができない。

【51】

仮登記は、単独でそれを譲渡することができない。ドイツ民法 401 条を準用し（同 412 条）、保全されている請求権の譲渡もしくは他の法的原因に基づく請求権の移転に従って、仮登記は、請求権を取得する者に移転し、²⁰しかも移転登記の必要がない。登記は、この場合においては、土地登記簿の更正に過ぎない²¹。

b) 善意取得？

【52】

請求権を取得した者は、当該請求権の存在については仮登記を援用することができない²²。もし、請求権は存在しているが、何らかの原因（たとえば、有効な許諾を備えていない場合）で、仮登記が成立していないならば、民法 892 条の規定を適用することができるかどうかは疑問に思われる²³。この問題に対しては、否定的な答えをするべきである。その根拠は、この場合の仮登記の取得は、直接に法律によるものであって（ドイツ民法 401 条）—— 仮登記は請求権に付属するものとする ——（ドイツ民法 892 条に要求されるような）法律行為によるものではないことにある。その他、抵当権に準じて肯定的な結論を出すこともできない。それは、仮登記によって保全されている請求権を譲渡する場合は —— 抵当権の場合とは異なって（ドイツ民法 1154 条、1155 条）—— 公示が要求されないからである。

最後に、*Medicus*, Bürgerl. R., Rn. 557 の見解に従って、この場合には、所有権譲渡請求権が取引の対象となることは否定される。これと区別すべきなのは、登記された非所有者からの仮登記に対する善意取得である（これについては、欄外番号 29 および 62 以下を参照）！

c) 契約による（仮登記）移転の排除

【53】

請求権が譲渡される際に、もし仮登記の移転が排除されるならば、仮登記は消滅することになる¹。

²⁰ BGHZ 25, 23; BGH NJW 1994, 2947f. (土地所有権譲渡請求権の譲渡の推定; 第三者への給付の場合における仮登記の効力、§ § 362 Abs. 2, 185 BGB)。

²¹ RGZ 142, 331; BayObLGZ 1995, 171。

²² BayObLG Rpfleger 1993, 58; 議論の余地のない通説は、oben Rn. 16f., 25 も参照。

²³ 肯定説: *Westermann/Eickmann* § 101IV; *Wunner* NJW 1969, 116ff.; BGHZ 25, 16, 23. 否定

説: *Baur* JZ 1957, 629; *Medicus*, Bürgerl. R., Rn. 553, 555ff. および同著者 AcP

163, 1, 8; *Manfred Wolf* Rn. 372; *Soergel/Stürner* § 893 Rn. 8; *Reinicke* NJW

1964, 2373, 2376; *Kupisch* aaO; *Görmer* Jus 1991, 1011, 1013. *Rimmelspacher* § 9

Rn. 626, 633ff. *Rimmelspacher* は、債権者が成立していない仮登記の権利者として、登記簿に記載されたかどうかによって、答えも異なってくる、と主張している。

2 消滅

【54】

仮登記の保全効及び準物権としての性格から見れば、仮登記の消滅原因もそこから生じる。

仮登記が消滅したときに、その前に仮登記に違反した処分行為は、完全に有効となる (BGHZ 117, 390=NJW 1992, 1683)。

a) 請求権の消滅

請求権が消滅することによって、仮登記も消滅する²。登記簿における抹消は、登記簿の更正のみである；仮登記によって、侵害を受けている者 (ドイツ民法 894 条) は仮登記権利者である名義人に登記の抹消を請求できる。また、ドイツ土地登記法 22 条も適用できる³。

b) その他の消滅原因

以下の場合において、仮登記も消滅する：

【55】

aa) 仮登記の放棄

仮登記によって保護されている債権者が仮登記を放棄することも仮登記の消滅原因である (ドイツ民法 875 条、876 条の定めを準用する。放棄の意思表示と登記の抹消⁴)。抹消登記だけで、仮登記を放棄することはできない。放棄の意思表示が欠けると、登記簿は不

² BGH NJW 1981,447; dazu Wacke NJW 1981,1557 u. H.Ebel NJW 1982,724; BGH NJW RR 1989,201. なお第 18 節欄外番号 39 も参照。

³ KG NJW 1969, 138; BayObLG DnotZ 1976, 160. 請求権が欠けることによって、仮登記が成立できない場合、本節欄外番号 15、25 を参照。

⁴ BGHZ 60, 46; 77, 151; BGH NJW 1994, 2947, 2949 1.Sp.

第 875 条 不動産物権ヲシシムルニハ、法律ニ別段ノ定ナキ限り、権利ヲ消滅セシムル権利者ノ意思表示及不動産登記簿ニ於タル権利ノ抹消ヲ為スコトヲ要ス。コノ意思表示ハ不動産登記所又ハ之ニ因リテ利益ヲ受クベキ者ニ対シテ為スコトヲ要ス。

前項ノ意思表示ハ、之ガ不動産登記所ニ対シテ為サレタルカ又ハ之ニ因。

第 876 条 不動産物権ガ第三者ノ権利ノ目的タルトキハ、之ヲ消滅セシムルニハ其ノ第三者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス。消滅セシメントスル権利ガ他ノ土地ノ現時ノ所有者ニ属スル場合ニ於テ、其ノ土地ガ第三者ノ権利ノ目的タルトキハ其ノ第三者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス、但シ、権利ヲ消滅セシムルコトガ其ノ第三者ノ権利ニ影響ヲ及ボサザルトキハコノ限ニ在ラズ。同意ハ不動産登記所又ハ之ニ因リテ利益ヲ受クベキ者ニ対シテ之ヲ為ス；同意ハ之ヲ撤回スルコトヲ得ズ。

第 886 条 仮登記ニ係ル不動産又ハ権利ヲ有スル者ガ、仮登記ニ因リ保全セラレラル請求権ノ行使ヲ永久的ニ排除スル抗弁権ヲ有スルトキハ、債権者ニ対シ仮登記ノ除去ヲ請求スルコトヲ得。

第 888 条 登記シタル権利又ハ其ノ権利上ノ権利取得ガ、仮登記ニ因リテ利益ヲ受クベキ者ニ対シテ無効ナルトキハ、仮登記ニ因リ保全セラレラル請求権ノ実行ノ為必要ナル登記又ハ登記ノ抹消ニ付、取得者ニ対シテ、其ノ同意ヲ求ムルコトヲ得。

請求権ガ譲渡禁止ニ因リテ保全セラレタルトキ同ジ。

正確となる。登記簿の更正は、もう一度登記することによって行われる。それより先に異議登記をなすことが許される（本節の上述欄外番号 25 を参照）。

請求権に対して永久的な抗弁権が対抗できるときは、仮登記の放棄を求める請求権をドイツ民法 886 条が定める（BGH NJW 1989, 220, 221。時効の援用）。

【56】

設例（BGHZ 60,46 による） 1963 年、E は原告のために、自分が所有する土地の上に土地所有権の譲渡合意の仮登記をした。1964 年、E は自分のために、所有者土地債務証券を登記し、そして、1970 年 3 月に、この証券土地債務を被告に譲渡した。この間、原告が 1968 年に所有権者として登記されたが、その土地所有権譲渡合意の仮登記は、1970 年 3 月に抹消された。原告が被告に対して土地債務の抹消を請求した。

仮登記の存続が前提である。この仮登記が抹消によって消滅しないのは、原告の放棄という意思表示が欠けるからである（ドイツ民法 875 条）。また、担保されている土地所有権譲渡の請求権が、原告を所有者として、登記された時点から消滅したことによっても、仮登記は消滅しない（というのは、それは、登記された中間的な権利、すなわち、E の所有者土地債務であり、この権利は登記簿外で、第三者に対して、仮登記に反する形で、譲渡することができたからである（BGH BB 1964, 576）。したがって、その決定の基準とは、被告が 1970 年 3 月に土地債務を取得したときに、この仮登記が抹消されていたかどうかである。もしも抹消されていたならば、被告は、善意の場合には、仮登記の負担なしの土地債務を取得する。また、そうでなければ、被告はドイツ民法 888 条によって、土地債務の抹消に同意する義務を負う（本節上述欄外番号 39 を参照）。

【57】

bb) 仮処分命令の取消

仮登記はその根拠となる仮処分の命令の取消しによっても、効力が消滅する（BGHZ 39, 21=JZ 1963, 710 mit Anm. *Rahn*; OLG Hamm Rpfleger 1983, 435）。

【58】

cc) 除権判決（Ausschlußurteil）

ドイツ民法 887²⁴条の場合の除権判決によっても、仮登記の消滅が生じる。

【59】

dd) 条件の成就

最後に、仮登記は、解除条件が付いている場合、その解除条件が成就することにより効力を失う。（BGHZ 117, 390, 392; BGH NJW 1996, 59）。仮登記の条件は、被保全請求権の条件あるいは期限とは区別されるべきである（欄外番号 4 以下、22 以下を参考せよ）。後者

²⁴ 887 条 仮登記ニヨリ保全セラシタル請求権ヲ有スル者が知レザル場合ニ於テ、抵当権者ノ除斥ニ付第 1170 条ニ定メタル要件存スル時ハ、公示催告ノ手続ニヨリ、其ノ権利ト共ニ債権者ヲ除斥スルコトヲ得。仮登記ハ除権判決ノ言渡ニヨリ其ノ効力ヲ失フ。

においては、条件の成就によって、請求権が消滅する。それに伴って仮登記も効力を失う（欄外番号 54 を参考せよ）。前者においては、仮登記の効力だけが失われる。

【60】

VI. “法的性質” —具体的な問題

仮登記の「概念の大空 (Begriffshimmel)」を晴れさせることについては、すなわち、その利益状態を明らかにするのみならず、特に立法上未だ規定されず、解釈上疑念を生じる問題点を解決することについては、ヘックの貢献が顕著である(同氏の『物権法』第 47 節)。したがって、ヘックによって書かれた講義の内容は——当然に簡単ではないが——非常に読むに値する。それは、利益法学から発展した法学方法論の基本原則の運用につき、模範となる例である。

【61】

1 仮登記の法的性質

仮登記は法律上の性格において、土地上の制限された物権なのか。あるいは、“消極的な支配権” という形式をもつ権利なのか。それとも単純な担保手段なのか。この問題については多くの議論がなされてきた²⁵。ただし、仮登記のすべての現象と効力を正しく概観する概念は、今まで存在しない。仮登記の混合的な性格、すなわち、債権的な領域と物権的な領域の中間的な立場にあるという性格を考えると、このことは不思議ではない。そのため、我々は次のような説明で満足せざるをえないであろう。すなわち、仮登記は、土地登記簿によって公示され、物権変動を目的とする請求権を保全する一定の物権的効力を与えられている、というのである。

【62】

2 仮登記と土地登記簿の公信力

以下では、仮登記が土地登記簿の公信力にどの程度を関係するかという問題をさらに検討する。これに関して確かに我々は体系的な関連性においてその点にすでに立ち入ったが、考慮される要件をまとめることで、仮登記の性質はもっと明らかになろう。²⁶

²⁵ 例えば、Heck § 47 IV; Canaris u. Dulckeit aaO; Schwab/Prütting § 18 VIII; Knöpfle aaO S.157,158 ff.; Westermann/Eickmann §100 I 2; Wieacker, Bodenrecht(1938) §19 IV 2; E,Wolf §13 A II a.を参照。

²⁶ この点については、Tiedtke, Gutgl. Erwerb, S.103ff.; Rimmelpacher Rn.611ff.; Jürgen F. Baur/Riede JuS 1987,380; Hepting NJW 1987,865 (仮登記と結合した債権の善意取得); Ludwig DNotZ 1987,403; Hager JuS 1990,429 を参照。

原則として覚えておいていいのは、土地登記簿の公信力は仮登記の保護している請求権を含んでいないこと、すなわち、請求権については、債権は善意取得できないことであり、これに対して、物権的効力をもつ担保権としての仮登記については、ドイツ民法 892 条、893 条の規定を適用することができる、ということである。

具体的には次のとおりである。

[BGB892 条]

不動産登記簿の内容は、法律行為によって不動産物権またはその権利の上の権利を取得した者の利益のために、それを正当なものとみなす、但し、正当なことに對して、異議の登記あるかまたは取得者がその正当でないことを知ったときはその限りでない。不動産登記簿に登記した権利の処分について、権利者が特定人の利益のためにこれを制限されるときはその制限は、それが不動産登記簿上明らかなるかまたは取得者がこれを知ったときに限り、取得者に対してその効力を有する。

取得者が前項の事実を知ったことについては、権利の取得に登記を要する場合には、登記の申請をした時または、第 873 条に従って権利の取得に必要な合意が登記後に成立するときは、合意のときをもって標準とする。

[BGB893 条]

不動産登記簿に権利の登記あるものにその権利に基づき給付をした時またはその者と第三者との間にその権利に関して、第 892 条に規定する以外の権利処分の法律行為をした時は、第 892 条の規定をこれに準用する。