

強制執行法改正と仮登記担保

(一)

清田明夫

目次

- 一 はじめに
- 二 仮登記担保の問題状況
 - (一) 日本に於ける仮登記担保の問題状況—三種の神器の一人歩きとその肯認状況—
 - (二) 諸外国に於ける仮登記担保—その不存在の状況と流抵当禁止の法制—
 - (三) 日本に於ける仮登記担保に関する法制—国税徴収法及び強制執行法改正作業での取扱い—
- (以上本号)
- 三 立法論的検討と若干の提言
 - (一) 換価制度上の前手続の設置の必要
 - (二) 担保法の整備の必要

一 はじめに

従来より、種々、議論の存する仮登記担保⁽¹⁾とりわけ、その原因を代物弁済予約とするものに関して⁽²⁾は三一例の最高裁判所の判例の変遷と、これに対する学説・実務の対応に順じて、多くの成果が発表されている。ましてや、昭和四九年の最高裁大法院判決⁽³⁾の現出するに及んで、それが実体面、手続面に亘る問題⁽⁴⁾を内包しているがゆえに、さらに議論の錯綜をさわめるに至ったといえる。

そこで、本稿では、仮登記担保に関する諸外国の法制及び日本に於ける実態調査ならびに法制を概観し、そして手続法的側面より、この問題にアプローチし、最終的には、近時の強制執行法改正作業の遂行がなされている最中でもあるので、私なり

の若干の立法論的提言を中心にしたと考えている。ただ、本稿を研究ノートと銘打った手前、出来る限り、その趣旨に沿う積りであるが、これよりの逸脱がある部分もあると思われる点はご宥願したい。

(1) 周知の如く、代物弁済予約を原因とする所有権移転請求権保全仮登記が、判例史上、その担保的性格を保有するに過ぎないとの確認を得たのは、昭和四九年一〇月二三日の最高裁大法廷判決に於てである。それ迄は、最高裁判例を辿る限り昭和四二年一月二六日の第一小法廷判決から近くは昭和四八年一月二六日の第二小法廷の判決に至る三一例の判例をみるときその性格づけについて迂余曲折が存した。従つて初期の最高裁判決の頃の論稿では、仮登記担保という用語の定着化がみられなかったことは当然のことである。以下に於ては、大法廷判決を頂点として、これに至る迄の論稿・資料と大法廷判決以降のそれについて年代順にこれを列記した。なお、仮登記担保に関しては、過去にも現在も多くの論稿が発表されているが、若干のものは例外として主として自己弁護的な実務家のそれは割愛していることを宥願したい。

(2) 仮登記担保はそのものの肯認状況というよりも、流抵当契約に関連して代物弁済予約の仮登記の契約それ自体の有効性が一時は問題とされた。以下は当該契約の有効性に疑義を抱くか、その制限を唱えるものである。我妻・債権各論(上)―一部無効・不合理な内容の改訂―債権各論(上)所収、白羽・契約の自由―現代社会に於ける契約の自由の意義―契約法大系1、白羽・所謂 *Daseinsvorsorge* の領域に於ける契約構造・法学新報七四巻四号・五号、

星野・現代における契約・講座現代法8、椿・契約の現代的制約・ジュリスト四一三三三(昭和四十四年)。

次に、仮登記全般の諸々の問題について、実務家の立場から詳論した内海・仮登記の理論と実務(昭和三七年、改訂版昭和四十八年)は、大阪・福岡に於ける昭和二七年から三一年迄の仮登記事件の内容の分析を含む各種の理論的問題点を指摘し、結論的に請求権保全仮登記の存置については疑問を呈し、特にその利用が脱税の目的から少からず利用されている現況に対して、その濫用防止策の一環として登録税の改正等の必要を唱えている。代物弁済予約を原因とする非典型担保の性格づけに関して、米倉・抵当不動産における代物弁済の予約・ジュリスト二八一号、米倉・譲渡担保その他―非典型担保―ジュリスト四一三三三(昭和四四年)は本来、代物弁済(予約)は清算型であることを強調し、生熊・仮登記について―物権・債務という概念との関係に於て―法学三六巻三三三(昭和四七年)、生熊・仮登記の機能的類別について・民商法雑誌六九巻四号(昭和四九年)、私法三六号(昭和四九年)のうち後者は、代物弁済予約の仮登記は、中間的権利であるはずであるが、むしろ機能面では担保物権の本登記的機能を有している側面があり、この限りでは担保物権の構成を示唆し、加えて不動産登記法に所謂、債権的請求権保全の仮登記(二条二号)と物権保全の仮登記(二条一号)との間に明確な機能的類別は今や存しないとしている。

この他に遠田・代物弁済の機能の変遷・広政経論叢二一巻五号・六号、上杉・代物弁済とその予約に関する判例の研究・司法

研究報告書二三卷三号(昭和四九年二月)、椿・代物弁済予約の研究・有斐閣(昭和五〇年四月)、特に後者は論者の代物弁済予約に関する集大成である。

こうした仮登記担保の性格・内容に関する議論の最中であつて仮登記担保に関する立法化の動きないしは試案の提示も行われた。清水誠・仮登記担保—立法試案の提示—私法三四号(昭和四七年)、我妻・仮登記担保試案(昭和四七年一二月)、こうした試案の基礎はシンポジウムによって支えられたとみられる。シンポジウム・不動産担保制度に関する当面の課題・私法三四号(昭和四七年)。

以上の如き、実体面での動きに対応して、進行中であつた強制執行法改正試案の提出に伴つて立法試案めぐる議論も活発化した。研究会・強制執行法改正要綱と民法・ジュリスト五一七号(昭和四七年)、シンポジウム・強制執行法改正と実体法・私法三五号(昭和四八年一〇月)であつた。

こうして、強制執行法の場を借りて登場して来た仮登記担保に関しては、訴訟法学者側の反応が存するものも極めて当然のことである。古くは国税徴収法の立法化に際して仮登記担保の取扱いに触れる、三ヶ月・強制執行と滞納処分の統一的理解・民事訴訟法研究二卷(昭和三五年)を始めとして、竹下・不動産競売に於ける物上負担の取扱・裁判法の諸問題〔兼子博士還歴記念〕(下)(昭和四五年三月)、中野・強制執行における変態担保・演習民事訴訟法(下)(昭和四八年)二八三ページ、中野・竹下・浦野・〔研究会〕実態調査からみた不動産競売・判例タイムズ三一二号(昭和四九年三月)、坂本・抵当権実行と代物弁済予約の仮登記の効

力〔斎藤・山木戸還歴記念〕(上)(昭和四九年八月)、近くは大法院判決後の、石川(明)・仮登記担保判決と手続上の問題点・商事法務〔仮登記担保の実務研究〕(昭和五〇年三月)、及び中野・仮登記担保権と競売手続との関係・ジュリスト五九〇(昭和五〇年)、福永・仮登記担保権の実行方法とその効果・判例タイムズ三一六号(昭和五〇年四月)、さらに竹下・仮登記担保と不動産競売・私法学の新たな展開〔我妻先生追悼論文集〕(昭和五〇年九月)六三九ページ、及び上田・仮登記担保権の実行と競売手続・法律時報四七卷一〇号(昭和五〇年一〇月)二七ページ、そして、中野・仮登記担保と競売手続〔判例問題研究—強制執行法〕(昭和五〇年十一月)などである。本来・仮登記担保ないし非典型担保が多分に実体法的側面の多い問題であることには相違ないが、事、強制執行法上の処理の問題となれば、前記の訴訟学者の論稿における指摘に加え、その取扱いについては多くの問題を含む。それ等については、二仮登記担保の問題状況(三)及び三立法論的検討と若干の提言に於て具体的に扱う。

(3) 最高裁大法院判決・昭和四九年一〇月二三日(民集二二卷九号二四三〇ページ)。

(4) 確かに仮登記担保として担保的性格の確認は究明されたものの、こうした仮登記担保の存在をめぐる実体法での側面に加え、強制執行制度上での位置づけには多くの問題を抱えていることは、中野・前掲の明確に指摘するところである。

(5) 大法院判決後の仮登記担保に関する反応も多様化している。大法院判例に至る迄の三一例の最高裁判決の対比と大法院判決の持つ意義を明解に分析した鈴木(禄)・仮登記担保権についての判

例理論の趨勢(上)(下)・ジュリスト五七七号・五七九号(昭和四九年一月・五〇年一月)に始まり、高木・仮登記担保に関する最高裁大法廷判決について・判例時報七五九号(昭和五〇年)・椿Ⅱ谷口Ⅱ岩城・仮登記担保大法廷判決の問題点・商事法務「仮登記担保の実務研究」(昭和五〇年三月)、以下いずれも掲載誌・発表年月同じ。鈴木・最高裁大法廷判決に於けるいわゆる仮登記担保理論、石川・前掲、篠原Ⅱ稲田Ⅱ水辺・仮登記担保判決の取引実務への影響、堀内・仮登記担保判決後の金融取引実務、石田・仮登記担保判決と仮登記制度などがある。山田(卓)Ⅱ石川・大法廷判決による仮登記担保権の法理の検討(上)(下)判例タイムズ三一六・三一七号(昭和五〇年四月・五月)、そして、椿・仮登記担保の実行と清算請求権者、遠藤・仮登記担保と抵当権規定の準用、玉田・仮登記担保の不動産変態担保への影響、高木・動産変態担保への影響、生熊・仮登記担保権と仮登記制度との関連性・以上いずれも法律時報四七卷一・一号仮登記担保権論の展望(昭和五〇年一〇月)所収、などがみられる。

二 仮登記担保の問題情況

(一) 日本に於ける仮登記担保(代物弁済予約を原因とする)の問題情況—三種の神器の一人歩きとその肯認情況—

ところで、代物弁済予約を原因とする所有権移転請求権保全仮登記に代表される仮登記担保に関しては、学説・判例の努力にも拘らず、その事実の先行性が形成されている。この事の証左は、各種の実態調査によって明らかにされている。

第一に、昭和二七年の不動産登記制度研究会が行った実態調査⁽²⁾では、抵当権設定総数64件のうち、代物弁済予約の仮登記がなされているものは2件(権利者・信用組合)、そして、賃借権設定の仮登記がなされているもの6件(権利者・信用組合3件、私人2件、無尽会社1件)の報告がなされている。しかも、権利者はいずれも上記の如き信用組合を頂点とするところにも特色があるとされている。

第二に、極く最近、訴訟法学者の手でなされた精緻な実態調査⁽³⁾では別表1の如き結果が報告されている。ここでの特色は、所謂、三種の神器型ともいわれる、抵当権+所有権仮登記+賃借権仮登記が群を抜き、ついで、抵当権+所有権仮登記の併用型へと順次利用度数が逡減していることが指摘できる。更に、前記昭和二七年の実態調査に比較して特徴的なのは、仮登記権利者が、ひろく信用金庫、地方・市中銀行へと広域化が見られることである。このように、仮登記担保権者の広域化と合わせて、仮登記担保、そのものの利用がかなり進んでいることも、右実態調査によって明らかに指摘できる。

第三に、前記二種の実態調査を参考に、私個人が大手不動産会社で行なったつたない面接調査の結果からも、かなりの程度仮登記担保の利用の提携が進んでいる情況に接した。例えば、別表2は三種の併用型の設定を求めると不動産会社の不動産の購売価格表等に附帯した担保に関する内容であるが、その内容を中心とする仮登記担保に関する面接調査の結果を総合すると

次のことが明確に指摘できる。(イ)まず、仮登記担保に関しては、原因を代物弁済予約とするものであっても、原則として担保として把握していること、また賃借権の仮登記に関しては、やはり抵当権保護の機能を付与しているということである。

(ロ)ただ、こうした仮登記担保設定に関しては、契約自由は後退し、本契約(売買契約ないし保証委託契約)と附合されており、この限りでは契約強制である。(ハ)ついでながら、本ケースが住宅金融に関する点で他の点に触れておくと、仮登記担保の設定は借入型態(金額の多寡・借入期間)に関係なくなされていること、更にその人的範囲に関しても契約者全員に設定されることが知り得た。そして、調査先の話しでは、種々問題はあるとしても、利用者の金円の貸出の為の信用保証を銀行に行う不動産会社としては、それなりのみかえり、(仮登記担保)はいわば最低の担保としては認められるはずとの意見であった。

このように各種の実態調査ないし簡略な意識調査から得られた結果は、その是非は、一応措くとしても、仮登記担保に関して、その意識の面でも実態の面でもかなり定着がみられることは指摘できうる状況にある。

(二) 諸外国に於ける仮登記担保—その不存在の状況と流抵当禁止の法制—

ところでこのように日本に於て実態の面でもかなり定着がみられる仮登記担保については、諸外国でのその存否は如何であるか。このことについては別表3諸外国に於ける仮登記担保な

いし仮登記法制に関する比較対照表を参照頂きたい。比較対照国はフランス・ドイツ・スイス・オーストリー・イギリス・アメリカ・イタリア、そして日本という順序で行い、それぞれについて、仮登記制度の存否、仮登記担保の存否、流抵当禁止・制限の存否、そして最後に参考として登記制度の若干の内容ならびに、強制換価制度上の関連条項の引用及び邦語の参照文献の各項目毎に現時点迄知り得た仮登記担保に関する各国の比較対照を企図した⁽⁴⁾。

ここで集約すべき点は、もとより仮登記担保の存否にしろられるが、しかし、事柄の性質上、問題は、広く各国に於ける担保制度のあり方に係る故⁽⁵⁾、余り微視的な集約は避けたいが、この点を一応措くとすれば、次の如き一般的特徴がみられる。

第一に、フランス・イギリス・アメリカ・イタリアに於ては仮登記制度自体が存在しない。フランスでは、一九〇六年の台帳委員会が仮登記制度(Précaution)を法律予備草案に於て採用していたが実施しなかったといわれるし、イギリスに於ける土地登記法(Land Registration Act 1925)に於ても仮登記制度は存在しなく、アメリカでは、一八九七年イリノイ州ほか一九州が任意採用したトレンス制度(Torrens system)と、本来行われていたレコーディング制度によるも、仮登記制度は存在しなく、近代法継受の集約点とも云われるイタリアでもその存在は見い出せない。

これに対して、ドイツ・スイス・オーストリー及び日本に於

ては仮登記制度が、それぞれの特徴を内包しながら、現存しているということである。とりわけ、日本では、明治三十二年二月即ち民法典施行の翌年、仮登記制度を完備させており、この点は、登記制度はフランス法制に学びながら、登記簿に関してはプロイセン方式に倣ったと言われる点にその根拠が存すると言えようか。

第二に以上の如き仮登記制度自体を有しないフランス・イギリス・アメリカ・イタリーでは、容易に仮登記担保(制度)は存在しないという結論に達する。ただ、先にも指摘した如く、それぞれの国に於ける他の担保制度との比較関連でみるべき事はいふ迄もなく、とりわけ、イギリス・アメリカでのモーゲツジ(Mortgage)の存在などは、その性格・機能面に注意する必要がある。これ等に関しては諸家の研究を参照願いたい。

ところで、それでは、仮登記制度を完備しているドイツ・スイス・オーストリー・日本に於て、仮登記担保は存在するか、日本での事実の先行性(存在)は一に於て指摘した点に譲るが、前三者では如何。ここでは、他に考慮すべき要因として、流抵当契約の取扱いが問題とされざるを得ない。何故なら、仮登記担保は、性質的には、抵当権の補充的ないし担保的機能を有しているが故に、抵当権実行に替えて仮登記担保への移行の為の契約即ち流抵当契約が問題となるからである。この点に関して、ドイツ・スイスとも明確にその流抵当契約の禁止・制限を打出している。前者はBGB第一一四九条があり、後者ではス

イス民法八一六条二項に於てである。

以上の如く、仮登記制度自体を有しないフランス・イギリス・アメリカ・イタリーでは当然の事として、仮登記制度自体を保有するドイツ・スイスに於ても仮登記担保の存在する基盤が存しないことを見た。但し、以上の各国の比較対照は、特に法律上或いは、日本的な感覚に基く仮登記担保の存在の探索の結果であり、斯国に於ける担保制度の実態或いは、他の類似の担保制度を見極めた上での集約ではないので、この点の留保を致して置きたい。これ等はともかくとしても、仮登記担保の存在は極めて、日本に特有なものである事が伺える。そこで、次にこうした仮登記担保に関して日本の法制はこれを如何に取組み、処遇せんとしたかを日本での若干の法制を追って問題点と議論の焦点を明確にしたい。

(三) 日本に於ける仮登記担保に関する法制——国税徴収法及び強制執行法改正作業での取扱い——

(1) 第一に新国税徴収法に於ける仮登記担保の位置づけ。昭和三四年四月二〇日法一四七の新国税徴収法に於ける仮登記の取扱いについては、既に明らかにされているように、⁽⁹⁾それ迄の旧国税徴収法に依れば、納税者の財産上に権利移転の請求権保全の仮登記が存在する場合に於て滞納処分による差押がなされても、後に当該仮登記に基く本登記がなされると、その順位保全の効力として遡及的に効力が生ずる為、滞納処分の効力が失われる結果となっており、この点は、他の変態担保として譲渡

担保の場合などと同様に適当でないとの観点から、その処遇が大きな問題となっていた。そこで答申では、一つには、納税者の財産上に担保的機能を営む請求権保全の仮登記が存するときには、当仮登記により保全されている請求権は、滞納処分による公売により消滅するものとする⁽¹⁰⁾こと、二つには、上記の仮登記も、納税の法定期限前になされているものは従来通り租税に優先し、それ以後のものについては劣後するものとする⁽¹¹⁾ことの措置が答申された。このことは、「従来、租税の優先的効力をもつてしてもどうにもしようのなかつたところに、租税が切りこんでゆこうとするものである⁽¹⁰⁾」とされ、そしてまた、この点については、最も議論のあつたところとも指摘されている⁽¹¹⁾。しかも、こうした取扱いは、一面、譲渡担保と同じく、請求権保全の仮登記も、担保的作用を営むことには疑いがなく、その意味では、これを抵当権もしくは質権と同一の基準に従つて処遇しようとする⁽¹²⁾ことにも、充分の理由があることになる。しかし、請求権保全の仮登記の態様には、担保的目的を有するものから、その他種々の態様が存在すると考えられるところから、処遇の面で担保的機能を有するもののみをより分けることは簡単ではないし、これは一面私法学の任務として、これ等の取扱いを確立することが急務ともされた⁽¹²⁾。

これを受けての新国税徴収法案第二章国税と他の債権との調整第四節国税と仮登記又は譲渡担保に係る債権との調整第二十二條に於て、仮登記担保の取扱いが具体化された⁽¹³⁾。第一は、債

務不履行を停止条件とする代物弁済の予約に基づく権利移転の請求権保全の爲の仮登記その他これに類する担保の目的でされている仮登記後の滞納処分による差押は、本登記後も、その効力を失わないとし、例外として、権利設定(質権・抵当権又は優先権)の仮登記と法定期限前の仮登記は除外した。第二に、前記の差押を仮登記権者に通知義務を税務署長に課し、第三に、前記の通知に係る差押につき再調査の請求・審査の請求又は訴の提起があつた場合の当該手続係属中の換価処分の停止を定めた。

ここに於ける法案と答申の間の大きな相違点は、影響を受ける仮登記を狭義の担保的機能を有するものに限定したこととされる。従つて、これ等以外の仮登記である、担保権の仮登記はむろん、売買契約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記、売買に基づく所有権移転の仮登記、債務不履行を停止条件とする賃借権設定請求権保全の仮登記はその適用が除外もしくは取扱いが微妙になると指摘された⁽¹⁴⁾。実務界では、少くとも、その適用範囲を答申よりも著しく縮少し、経済界の要望をこの点でも相当容れたものであるとの評論すら見えた⁽¹⁵⁾。

しかし、いずれにせよ、国税徴収法改正作業での大きな進歩は、従来⁽¹⁶⁾の請求権保全の仮登記を若干の制限の下ではあれ、その優先的効力に対して、租税徴収権との調整に先鞭をつけた点にあると云える。そして、派生的問題点として、担保的機能を有する仮登記についてのみ法二十三條の適用下に置くしたとこ

ろから、その範囲・内容・限界が片や、不動産登記法第二条一
号・二号の処遇とも相まって議論される素地を提供してゆくこ
とになったと云える。⁽¹⁶⁾

(2) 第二に近時の強制執行法改正作業での仮登記担保の取扱
いは如何であろうか。周知の如く、現在迄の改正作業では、第
一次試案及び第二次試案が提出されているが、ここでの取扱い
は別表4に見る通りである。そして簡略ながら、仮登記担保に
関する取扱いの特徴を示せば次のようである。

まず、一つには、仮登記権者を二分し、それぞれに見合った
手続体系を整備したことである。即ち、債権担保的な仮登記、
所謂、仮登記担保権者と、仮登記権利者であっても全く、債権
担保の性格を持たぬ権利者に二分し、それぞれに於いて、前者
では、通常担保権者（質権者あるいは抵当権者）に準じて取扱い
がなされ、後者に関しては、巨視的には所有権者に準じて立法
上の手当がなされている点である。⁽¹⁸⁾

第二に、権利（担保権）の実行についての特異性である。そ
の原因を代物弁済予約を原因とする点にも基因するが、予約完
結権の行使による所有権者の構成にも考慮を払い、裁判所の手
による競売手続に代る仮登記権者自らの手による換価処分行為
の許容という面である。これは、別表4に見る随意売却という
方途⁽¹⁹⁾にみられるものである。

(3) しかし、いずれにせよ、現在の強制執行法改正作業で
は、仮登記担保に関する一定の手当を織り込む事が既定の事実

であることと、ほぼ、手続処理体系にもせよ、その実定法上の
根拠を許容せんとする峠に現在の日本の法制はさしかかり、
また、既存の法制として、国税徴収という特殊な分野ではある
が、広範な意味では強制換価制度の一環として位置づけうる同
法の中には既に仮登記担保に関する取扱根拠が現存するという
事実である。こうした点は、更に日本法が流抵当契約禁止・制
限の法制にないことと相まって、事実の先行性が生み出した非
典型担保の処理を、改正作業が、いやが上にも迫られていると
いった感じが強いように私には思われる。

(1) 無論、担保形態の比喩的表現として用いられている用語ではあ
るが、後の本文に引用の実態調査にも現われているように、通
常、抵当権＋所有権移転仮登記＋賃借権仮登記の重疊的担保併用
形態を指すものと理解されているようである。

(2) 昭和二七年に不動産登記制度研究会という学者グループが行つ
た不動産登記は如何に行われているか、法律時報二四卷三号（昭
和二七年）の実態調査は、当時のフランス・ドイツ・スイス・イ
ギリス・アメリカそして日本に於ける登記制度の研究が行われた
ことと対応してなされたものとして貴重かつ興味深い。この頃か
ら既に仮登記担保の萌芽としての代物弁済予約が僅かながら仮登
記の形態で存したことは本文に於て見た通りである。

(3) 中野、竹下両教授を中心とするグループが昭和四八年三月既済
事件につき行った不動産競売の実態調査である。とりわけ、中
野、竹下、浦野、八研究会、実態調査からみた不動産競売・判例
タイムズ三一二号（昭和四九年三月）には本調査のいきさつ経緯

が示され、かつ各調査の分析は精緻を極めるものであることは言うに及ばず、前記昭和二七年の実態調査が実体法学者の手になるものと対比するとき、本調査が訴訟法学者の手になることも好対照を示すものである。

(4) とりわけ、仮登記担保の存立基盤として各国に於ける仮登記制度の存在自体が確認されねばならないのは当然のことである。その為の検索資料として、オーストリーに於ける場合を除き、以下の邦語文献資料に負うところが大きい。なお文献冠頭のゴチック数字は別表3諸外国に於ける仮登記担保ないし仮登記法制に関する比較対照表の項目のうち邦語の参照文献数字に該当する。

フランス法—①星野・フランスに於ける不動産物権公示制度の概観・民法論集二巻所収(昭和三二年)、②関口・登記制度の比較的研究—フランス—法律時報二四卷三号(昭和二七年)。ドイツ法—③鈴木(禄)・ドイツ及びスイスの登記法・抵当制度の研究所収(昭和四三年三月)、④鈴木(禄)・登記制度の比較的研究—ドイツ・スイス—法律時報二四卷三号(昭和二七年)、⑤生熊・仮登記について—物権・債権という概念との関係に於て—法学三六卷三号(昭和四七年)、⑥好美・Jus ad rem とその発展的消滅・一橋大学研究年報三(昭和三六年)。スイス法—鈴木(禄)・前掲ドイツ法に於ける文献参照。オーストリー法—本稿三立法論的検討と若干の提言に於ける参照文献及び⑦有紀・オーストリー強制執行法・法務資料四二一号(昭和五〇年)参照。⑧竹下・不動産競売に於ける物上負担の取扱・裁判法の諸問題(兼博士還歴記念)(下)(昭和四五年三月)。イギリス法—⑨幾代・英法に於ける不動産取引法と登記制度(一・二)法学協会雑誌六八巻

七・八号(昭和二五年)、⑩幾代・登記制度の比較的研究—イギリス—法律時報二四卷三号(昭和二七年)。アメリカ法—⑪新谷・登記制度の比較的研究—アメリカ—法律時報二四卷三号(昭和二七年)。イタリア法—⑫風間・イタリア民法典(昭和四八年)、⑬飯塚Ⅱ安井・イタリア民事訴訟法典の翻訳(一)〜(二三)・上智法学論集一四卷二号〜一八卷二号(昭和四六年〜五〇年)。日本法—⑭福島・日本に於ける不動産登記制度の歴史・法律時報二四卷三号(昭和二七年)。⑮三ヶ月・強制執行と滞納処分の一的理解・民事訴訟法研究二卷(昭和三五年)。

(5) 各種担保制度に関する主要論稿を掲記すれば次のようである。ドイツ法—米倉・流通過程に於ける所有権留保・法学協会雑誌八巻五号・八二卷一・二号(昭和三九年〜四一年)、鈴木(禄)・抵当制度の研究所収の諸論稿(昭和四三年四月)、鈴木(禄)・近代ドイツに於ける抵当権法発達史補論—信用抵当制度の生成について—概観ドイツ法(昭和四六年九月)。イギリス法—R・H・ブラウカーⅡ道田・アメリカ商取引法と日本民法Ⅱ(担保)・東大出版会(昭和三六年)、伊藤(正)・イギリスの担保制度について・経済連合二〇、大阪谷・動産担保要綱試案について—譲渡担保と信託—竜谷法学一卷二号。アメリカ法—加藤(一)・アメリカ不動産見聞記・不動産研究五—四、吉村(眸)・アメリカ不動産権限保険制度と登記制度・法政研究三三卷二号、日本不動産銀行部・アメリカの住宅モーゲッジ貸付・金融法務事情五六三号、(昭和四四年)などである。

(6) 星野・前掲①参照。
(7) 福島・前掲⑭参照。

(8) この点に関しては註(5)に引用のモーゲッジに関する論稿参照。

(9) 金融法務事情編集部・国税徴収法案(国税の優先関係)と現行制度との比較・金融法務事情二〇〇号(昭和三四年)一八ページ以下、吉国・国税徴収法案等の提出まで―その経緯と改正の必要―金融法務事情二〇〇号(昭和三四年)九ページ。

(10) 我妻・近代私法と租税の優先的効力・金融法務事情二〇〇号(昭和三四年)二二ページ。

(11) 我妻・前掲二ページ。

(12) 我妻・前掲三ページ。

(13) 本稿では国税徴収法改正作業の過程を追うことが必ずしもそのテーマではないが、筆者の知り得た範囲では法案は提出される迄に第二次試案及びその補正、そして第三次試案といった数次の試案が企図されその中で仮登記の取扱も迂余曲折の途をたどったことは容易に伺いうる。

(14) 岩田・堀内・安武・藤沢・水野・新国税徴収法案と銀行実務―改正後の実務はどう対処すべきか―金融法務事情二〇〇号(昭和三四年)二四ページ、香川・新国税徴収法案における登記実務について・金融法務事情二〇〇号(昭和三四年)一六ページ。

(15) 岩田・堀内・安武・藤沢・水野・前掲二〇ページ。

(16) 抽木・新国税徴収法案に対する私見・金融法務事情二〇〇号(昭和三四年)一三ページ以下では、担保的機能を有するか否かの判定が徴税機関によって適正になされるか否かの疑問の提起を出発点として、法二十三条の手續規制の実効性への疑問を提示し、最終的に仮登記に関する現行法秩序の乱脈性を指適し、立法的解

決が望まれると結んでいる。

(17) 法務省・強制執行法案要綱案(第一次試案)第二十九強制競売手續における仮登記権利者の地位(昭和四十六年十二月)、なお法務省・強制執行法案要綱案(第一次試案)についての照会に対する意見(昭和四十七年十月)一一九ページにみられるようにこの第二十九に対する意見は多様を極めているが、それ等の詳細の検討は本文三に於て行う積りである。さらに法務省・強制執行法案要綱案(第二次試案)第七十三他(昭和四十八年九月)。

(18) 法務省・前掲第二次試案・第七十四の4参照。

(19) 法務省・前掲第二次試案第九十四仮登記権利者に対する随意売却である。

別表1 併用担保の主体別個数(任意競売のみ)

併用の 態様	抵当権+所有 権仮登記		抵当権+賃借 権仮登記		抵当権+所有権 仮登記+賃借権 仮登記		所有権仮登記+ 賃借権仮登記	
	東京	大阪	東京	大阪	東京	大阪	東京	大阪
個人	63	74	116	6[4]	158	32[2]	1	
会社	54	52	28[1]	1	67	9	7[1]	1
銀行	17	15	6	2	7	5		
信用金庫	34	41	30		55	10		
信用組合	37	25	12		77	6		
保証協会		23						
その他	4	11			4	1		
合計	209	271	192[1]	9[4]	368	63[2]	8	1

(註) [] 内の数字は、賃借権につき本登記あるもので内数である。

[中野=竹下=浦野・実態調査からみた不動産競売 判例タイムズ No. 312 所収]

別表2 担保について

住宅金融公庫に対して、購入物件に第1順位の抵当権を設定させていただきます。
(※Tホームローンを併用される場合は当社が第2順位の抵当権及び代物弁済予約の仮登記、停止条件付賃借権の仮登記をさせていただきます)

求償権の担保

- ・甲が求償債務を履行しないときは、乙は甲の弁済の全部または一部に代えて、本物件の所有権を取得することができるものとし、甲は本物件について所有権移転(または保存)登記の申請と同時に乙のために前記代物弁済予約にもとづく所有権移転請求権保全の仮登記申請手続を講ずること。

前記代物弁済予約の完結権は乙のみが有するものとし、乙が予約完結の意思表示をしたときは、ただちに本物件の所有権は乙に移転し、甲は本物件についてただちに乙のために前記仮登記の本登記申請手続を講ずること。

- ・甲が求償債務を履行しないときは、甲は本物件について標記賃貸借契約事項にもとづき乙に賃貸し、乙はこれを賃借するものとし、甲は本物件について所有権移転(または保存)登記の申請と同時に乙のために前記停止条件付賃借権設定の仮登記申請手続を講ずること。

担保権の実行

甲の求償債務の履行にかえて、乙は任意に第8条所定の抵当権の実行並びに賃借権設定の仮登記の本登記申請手続を行うか、または代物弁済予約完結の意思表示を行ない、所有権移転請求権保全の仮登記の本登記申請手続を行うことができるものとし、甲は異議なくこれに応じ前記登記手続について乙に協力することはもちろん、賃借権の効力が発生したとき、または代物弁済によって乙が本物件の所有権を取得したときは、ただちに本物件を乙に明渡すこと。

[T不動産KK・保証委託契約書所収]

別表3 諸外国における仮登記担保ないし仮登記法制に関する比較対照表

	仮登記制度	仮登記担保	流抵当禁止・制限の法制	登記制度及び強制換価制度上の地位	参考文献
フランス	× Prenotation (仮登記台帳) は 1906—5—16 の案に於て採用していたが実現せず。	×なし。登記しえない。あれば、法律上の名称は問わず、代物弁済が入るとする。	△	對抗要件主義 (成立・有効要件ではない)。公信力なし。意思主義—フランス法主義 ^[F]	星野→① 関口→②
ドイツ	○ 仮登記 (債権的請求権保全の仮登記) (BGB § 883(1) § 885(1) 異議登記 (BGB § 894, § 899, § 892)	△(×)	○ BGB § 1149	登記は物権変動の成立要件 登記主義—ドイツ法主義 ^[F] ZVG § 48, § 120 I ^[F] KO § 241, § 65, § 67	鈴木(緑)→③ 鈴木(緑)→④ 生熊→⑤ 生好美→⑥
スイス	○ 人的権利の仮登記 (§ 959) 処分制限の仮登記 (§ 960) 一時的登記 (§ 961)	△(×)	○ § 816②		鈴木(緑)→③ →④
オーストリア	○ 仮登記対象 (GBG § 9) 物権・負担買戻し権 (ABGB § 1070) 先買権 (§ 1072) 賃借権 (Bestandrecht) (§ 1095)	△(×)	△(○) ABGB § 1149	^[F] GBG § 36 (Die Vormerkung zur Erwirkung des Pfandrechtes) EO § 166② (仮確定) GBG § 42, EO § 228	有紀→⑦ 有竹下→⑧
イギリス	×	×		^[F] Torrence system (1925) による土地登記法の制定 (Land Registration Act 1925) 土地権利証 (Land Certificate) は登記簿の完全な謄本性、土地々一種の添付性。公信力の保護。一種	幾代→⑨ 幾代→⑩

（一）担保登記と改正執行法強制

					の地券を通じて権利変動を行っていく。	
アメリカ	×	×			二つの登記制度の存在 1. リンデネン登録の登記制度 2. トレルンズ登録1877年(イリノイ州)はか19州で任意採用。	新谷→⑪
イタリヤ	×	×				風間→⑫ 飯塚→⑬
日本	○明治 32・2 仮登記制度完備(民法典施行の翌年) 仮登記(不動産登記法) § 2 債権的請求権保全 § 2 物権保全仮登記	○最(大)判昭和49・10・23 (民集21・9・2430) 強制執行法案(第1次試案) 〃 (第2次試案) 国税徴収法 § 23 (国税の原則的優先) § 124 1	×		{ [7] 登記簿プロイセン方式 [1] 登記簿	福島→⑭ 三ヶ月→⑮

(註1) ○—存在 △—不明 +—不存在を示している。
 (註2) 文献欄数字は本文ニの註(4)掲記の文献証頭の数字である。
 (註3) [7]は登記制度のドイツ法主義を, [1]はフランス法主義を表す。

符号併用掲記は, () 内の符号が蓋然性が高い。

別表-4 各試案の条項対照

	競売申立権	公 告 通 知	競売手続への参加	消 除	引 受	配 当	随 意 売 却
二 次 試 案	cf § 117	§ 52 Ⅲ (2) § 53	§ 73 I	§ 73 Ⅱ Ⅲ	§ 73 Ⅱ § 75	§ 73 I § 271 I § 59 I (4) § 59 II (1)	§ 94 I, Ⅱ (§ 89, § 95~ § 112) § 102
一 次 試 案	cf § 64	§ 13 II Ⅲ	§ 29 I	§ 29 II Ⅲ	§ 29 II § 31	§ 29 I § 155(1) § 18 I (4) § 18 II (1)	§ 46