



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	仮登記担保法における通知の意義 一最二小判昭六一年四月一一日民集四〇巻三号五八四頁を手掛りに一
Author(s)	高見, 進; TAKAMI, Susumu
Citation	北大法学論集, 38(5-6下), 431-455
Issue Date	1988-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16615
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(5-6)2_p431-455.pdf



仮登記担保法における通知の意義

——最二小判昭六一年四月二一日

民集四〇卷三号五八四頁を手掛りに——

高
見
進

- 一 はじめに
- 二 仮登記担保法二条の通知
- 三 仮登記担保法五条の通知
- 四 おわりに

一 はじめに

論

債権者がその金銭債権を債務者等の不動産によつて担保する手段としては、民法に規定のある抵当権があるが、周知のように、その他に、債務者あるいは第三者（以下では、便宜上もつぱら債務者の場合を考える）の不動産について、代物弁済の予約あるいは停止条件付代物弁済契約をすることともに、債権者の権利について不動産上に仮登記を得ておき、債務の不履行のさいには、不動産の所有権を債権者に移転させることによつて債権の満足をはかる、いわゆる仮登記担保という手段が存在する。仮登記担保契約に関する法律（以下では、仮登記担保法、あるいは、法という）は、この仮登記担保を合理的に規制すべく立法されたものであるが、本稿では、仮登記担保法二条、および、五条一項、二項に規定されている通知の意義と効力を検討することとしたい。

二 仮登記担保法二条の通知

(1) 通知の意義

法二条一項は、仮登記担保契約が土地または建物の所有権の移転を目的とするものである場合には、予約完結する意思を表示した日、停止条件が成就した日その他のその契約において所有権を移転するものとされている日以後に、債権者（以下では、仮登記担保権者ともいう）が、法三条に規定する精算金の見積額を債務者に通知し、かつ、その通知が債権者に到達した日から二月を経過しなければ（精算期間）、その所有権の移転の効力が生じないとしている。ここでは、債権者による債務者への通知（以下では、法二条一項の通知という）は、仮登記担保の目的物である土地または建物の所有権を移転させるのに必要な要件の一つとなっており、精算期間が経過したときに、目的物の所有権が債権者に移転

することとなる（担保という観点からは、この通知は、仮登記担保権の私的実行手続の着手ということになる）。

法のこの規定は、民法の本来の原則からいえば、契約の効力として、債権者が予約を完結する意思表示し、それが、債務者に到達した日、あるいは、停止条件が成就した日等に債務者から債権者に仮登記担保の目的である土地または建物の所有権が移転するはずであることを、債務者保護の見地から精算期間の経過まではそれを制限したものである。この規定により、債務者は、精算期間の経過までに仮登記担保にかかわる債務を債権者に弁済すれば、仮登記担保の目的である土地または建物の所有権を失わないことになる。精算期間の存在は、後順位の担保権者との関係でも重要な意義をもつが、それは、三で検討する。

また、仮登記担保権者は目的物の所有権を得ることになっても、法三条一項により、剰余部分があれば、債務者に精算金を支払わなければならないが、法八条一項は、禁反言的な考慮から、仮登記担保権者は、精算金の額が債務者に通知した精算金の見積額に満たないことを主張することができないとしている（逆に、債務者の方で、精算金の額が債務者に通知された精算金の見積額を越えることを主張することは妨げられない）。

通知すべき事項は、法二条一、二項が規定している。それによると、債権者は、精算期間が経過する時の担保目的物の見積額と、そのときの債権額および債務者が負担すべき費用で債権者が代わって負担したものの額を明らかにした上で、前者が後者を越えるときは、その越える額（精算金の見積額）を、前者が後者を越えないときは精算金がない旨を債務者に通知しなければならない。

(2) 通知がない場合の効果

通知がなされない場合は、精算期間が経過しないので、目的物の所有権は仮登記担保権者に移転しない。また、通知はその契約において所有権を移転するものとされている日以後にしなければならないので、それより前になされた通知

は何らの効果も生じさせない。それゆえ、その場合には、通知ができる日が到来してから、改めて、この通知をしなければならぬ⁽³⁾。もつとも、債務者が精算金を異議なく受け取り、所有権移転の本登記がなされたような場合などは、法的安定の見地などから別異に解する余地があろう。

(1) 仮登記担保法は積極的に目的物の所有権の移転の時期を定めていないが、立法担当者は、精算金の支払い時期を定める法三条一項、債権の一部消滅に関する法九条、受戻権に関する法一一條の各規定に照らして、本文のように解するのが、もつとも合理的であるとする(法務省民事局参事官室編『仮登記担保法と実務』(金融財政事情研究会・昭和四四年)二二頁以下、同旨、高木多喜男『注釈民法(9)(増補再訂版)』(有斐閣・昭和五七)五二五頁)。なお、鈴木祿弥『仮登記担保法雑考(3)』、『金融法務事情』八七二号(昭和五三年)一一頁以下参照。

(2) 精算金がある場合には、債務者等はその支払いを受けるまでは、一定の制限はあるが、債務を弁済することにより、土地、建物の所有権を受戻すことができる(法一一條)。

(3) 参事官室編・前掲書一九頁

三 仮登記担保法五条の通知

一 仮登記担保法五条一項の通知

(1) 通知の意義

法五条一項は、法二條一項の通知が債務者に到達したときに、仮登記担保権者のした担保仮登記後に登記がされてい⁽⁴⁾る先取特権、質権もしくは抵当権を有する者または後順位⁽⁴⁾の担保仮登記権利者(以下では、後順位担保権者という)が

あるときには、債権者は、遅滞なく、右の通知をした旨とその通知の内容、および、その通知が債務者に到達した日を、それらの者に対して通知しなければならぬとしている。この通知の意義はつぎのように解される。

周知のように、最大判昭和四九年一〇月二三日民集二八巻七号一四七三頁は、後順位担保権者が精算金に対してその順位に従って権利行使ができるとのそれまでの判例を変更したが、それでは後順位担保権者が剰余担保価値を十分には把握できないという不満が生じたので、仮登記担保法によって、立法的解決がはかられた。すなわち、法四条は、仮登記担保権者に登記の順位で後れる抵当権者等の後順位担保権者が、債務者の受け取るべき精算金に対して差押えをすることによって、その順位に従って権利行使ができるとし、また、法六条は、一項で、精算期間が経過するまでは債務者に譲渡その他の処分を禁じ、二項で、精算期間が経過するまでは仮登記担保権者の債務者に対する精算金の支払いは後順位担保権者に対抗できないとしている。後順位担保権者のためには、精算金請求権はその払渡し前に差押えがなされなければならないが、この規定があるため、後順位担保権者は、精算期間内であれば精算金を確実に差し押えることができるし、また、精算期間内は精算金請求権はその立法趣旨から、転付命令を求めることができず、後順位債権者の一人が順位にかかわらず抜け駆け的に満足を得ることはできない。

このように、仮登記担保権者の見積った精算金額に満足する後順位担保権者は精算期間内に精算金を差し押えればよいわけであるが、その精算期間は、仮登記担保権者の債務者に対する法二条一項の通知が債務者に到達したときから計算されるので、法五条一項は、債務者への通知の事実を直ちに後順位担保権者に知らせることによって、後順位担保権者に対して自らの権利行使の機会を実質的に保障している。ここに、法五条一項の通知の意義がある。

ところで、後順位担保権者が、仮登記担保権者の精算金の見積額が客観的な精算金の額より少ないと考えた場合でも、法八条二項は、それを仮登記担保権者に対して主張することはできないとしている。その制約の反面、精算金の見積額

に不服のある後順位担保権者は、精算金の支払いがあるまでは、担保権の實行としての競売を申し立てることにより、競売手続で目的物を実際に売つてみて、客観的な精算金を確定させることができる(法一五条)⁽⁷⁾⁽⁸⁾⁽⁹⁾。先にみたように、精算期間内の精算金の支払いは後順位担保権者に対抗できないので、後順位担保権者は、精算期間内であれば、確実に、担保権の實行としての競売に訴えることができることになる⁽¹¹⁾。後順位担保権者が、精算金の見積額に不服のある場合には、この権能が非常に重要であるが、この権能を実質的に保障するためにも、法五条一項の通知の意義がある⁽¹²⁾。そして、このことは、精算金の見積額が零であり、しかも、後順位担保権者がその見積りに不服のときには、一層あてはまる。

通知の時期については、債務者への法二条一項の通知が債務者に到達したときから精算期間を計算するので、そのときから遅滞なくするものとされている(法五条一項)。

(2) 通知がない場合の効果

法二条二項という精算期間は法二条一項の通知が債務者に到達したときから二月を経過すれば満了するとされているのであるから、法五条一項の通知がなくても精算期間自体は満了してしまうことは認めざるをえない。しかし、それだけでは後順位担保権者の保護がはかれないことは明らかである。そこで、法六条二項後段は、通知がなされないままに、精算金が支払われた場合には、その支払いは、後順位担保権者に対抗できないとしている。このため、後順位担保権者は、かりに仮登記担保権者が精算金を債務者に支払つていても、それを無視して、精算金請求権を差し押え、これに対して権利行使ができる。しかし、後順位担保権者が精算金の見積額に不服がある場合を考えると、この場合は、先に述べたように、後順位担保権者は見積額自体を争うことはできないのであるから、競売の申立てをせざるをえない。しかし、法一五条二項は、目的物について強制競売等の開始決定があつた場合において、その決定が精算金の支払い後(精算金がないときは、精算期間の経過後)になされた申立てにもとづくときには、仮登記担保権者は目的物の所有権

の取得を差押債権者に対抗することができるとしている。そこで、後順位担保権者に通知がないままに精算期間が経過し、仮登記担保権者が精算金を支払ってしまった場合（精算金がないときは、精算期間が経過した場合）でも、後順位担保権者は、仮登記担保権者の目的物に対する所有権を認めざるをえなくなりそうである。

(1) 判例 この問題を取り扱った判例として、最二小判昭和六一年四月一日民集四〇巻三号五八四頁¹³⁾がある。事実および判旨はつぎのようなものである。

XとY₁との間で、Y₁がXに対して負担する金銭債務を担保するために、将来、Y₁に債務不履行があるときには、弁済に代えてXに建物Aの所有権を移転する旨の代物弁済の予約がなされ（昭和五二年九月一日）、この合意にもとづいて、所有権移転請求権保全仮登記がなされた（同年一〇月一七日）。その後、建物Bについて同内容の契約がなされ（同年一月一八日）、仮登記もなされた（同年一月二五日）。これらの契約では、Y₁に対し、和議の申立てがあつたときは、Xからの通知、催告がなくてもY₁は当然にY₁のXに対する債務について期限の利益を失うこととされていた。なお、これらの契約では、被担保債権は、金銭貸借取引による現在および将来の一切の債権、手形上および小切手上的の現在および将来の一切の債権等とされていたので、Xはいわゆる根拠登記担保を取得していたことになる。その後、Y₁はY₂に対して、これらの建物について根拠当権を設定し、その旨の登記がなされた（昭和五六年七月七日）。Y₁が、昭和五七年二月二六日和議を申し立てられたので、XはY₁に対し、同年三月一七日到達の書面で、代物弁済予約完結の意思表示するとともに、二カ月後における目的建物の見積額が六、四五〇万円、被担保債権額の合計が九、四一八万四、一〇〇円ほか利息および遅延損害金であり、精算金がない旨の通知をした。

Xは、Y₁を訴え、Y₁に対しては、仮登記にもとづく本登記として、代物弁済を原因とする所有権移転登記手続を求め、Y₂に対しては、その本登記の承諾を求めた。これに対してY₁は争わなかったが、Y₂は、仮登記担保権実行につき法五条一項の通知がなかったとしてXの請求を争う一方で、大阪地方裁判所に対して、右の建物につき抵当権の実行としての競売の申立てをし、競売開始決

説 定を得た（昭和五七年一〇月一三日）。

論

一番は、XのY₁に対する請求を認容したが、Y₂に対する請求は棄却した。判決は、その理由を、「……仮登記担保法の機能する場面においては、後順位担保権者は、仮登記担保権者が債務者に通知した精算金の見積額を低額として争うことができず（同法八条二項）、その代りに競売請求をすることができ（同法一二条）、それによつて仮登記に基づく本登記の請求を阻止する途が残されている（同法一五条一項）のである。したがつて、競売請求の選択によつて後順位担保権者と仮登記担保権者の利害の調節が図られているというべきである。しかるに、仮登記担保権者が後順位担保権者に仮登記担保法四条一項の通知を怠ることは、後順位担保権者のこの利益を不当に奪う結果になるのであり、それは、損害賠償請求によつて救済すればよいというものではない。その理由は、仮登記担保権者が不当に低額に精算金を見積つたときに、後順位担保権者は競売請求によつて簡便に公的機関の判断による適正な評価が得られるのに対し、損害賠償請求の場合には、後順位担保権者が損害発生につき立証責任を負うという不利益があるからである。そればかりでなく、もし、仮登記担保法五条一項に違反しても本登記請求の妨げにならないとすると、競売請求を回避しようとする仮登記担保権者は、すべて同法五条一項の通知を意識的に無視することになり、仮登記担保の実行と競売手続との調整を目的とした同法の立法趣旨が没却されることにもなりかねない。このようなわけで、同法五条一項の通知がない場合には、仮登記担保権の実行として本登記手続の請求をすることは許されない（少なくとも通知しなかつた後順位担保権者に承諾を求めることはできない）と解するのが相当である。」と述べている。

Xの控訴に対して、二審は一審判決を維持。Xは上告し、法五条の通知は後順位担保権者等の剰余担保価値の確保をねらつたものであるから、客観的に剰余担保価値がない場合には、後順位担保権者等への通知は不要である、剰余担保価値の有無は、競売申立ての抗弁がなされた場合に本登記請求訴訟の中で審理すればたりる、本件では、Y₁はXに対して、後順位抵当権を設定しないことを約していた、担保目的物にはXと訴外Zの巨額の担保権の設定があるため剰余担保価値がなく、よもや、Y₂の抵当権が設定さ

れているとは予想されなかったという事情がある、Y₂の申し立てた競売手続は全く進行せず、早晩無剰余で取り消されるなどと主張した。上告棄却。

判旨「土地又は建物（以下「土地等」という。）の所有権の移転を目的とする仮登記担保契約に関する法律（以下「法」という。）一条にいう仮登記担保契約の債権者（以下「仮登記担保権者」という。）は、右契約の相手方である債務者又は第三者（以下「債務者等」という。）に対し法二条一項の規定による通知をし、その到達の日から二月の精算期間を経過したのちであっても、法五条一項に規定する先取特権、質権若しくは抵当権を有する者又は後順位担保登記の権利者（以下これらの者を「後順位担保権者」という。）のうち同項の規定による通知（以下「五条通知」という。）をしていない者があるときには、その後順位担保権者に対しては、法二条一項の規定により、土地等の所有権を取得した旨を主張して、仮登記に基づく本登記についての承諾の請求（不動産登記法一〇五条一項、一四六条一項参照）をすることはできないものというべきであり、また、五条通知を受けていない後順位担保権者は、精算期間の経過したのちにおいても、法一二条の規定の類推適用により、土地等の競売を請求できるものと解するのが相当である。けだし、法が後順位担保権者に対し五条通知をすべきであるとしている趣旨は、後順位担保権者が通知に係る精算金の見積額（精算金がない場合を含む。）に拘束される関係にかんがみ、この拘束を甘受するか（精算金がある場合は、法四条の規定により精算金に対しその権利を行使するか）、又は法一二条の規定により競売を請求して売却代金からの配当を期待するかを選択をなしうるようにし、もつて、仮登記担保権者と後順位担保権者との利害の調整を図るところにあると解されるところ、後順位担保権者が五条通知を受けていない場合であっても精算期間の経過により法一二条の規定による競売の請求ができなくなる

と解し、かつ、仮登記担保権者が五条通知をしなかった後順位担保権者に対しても仮登記に基づく本登記についての承諾の請求をすることができると解するときには、五条通知を受けていない後順位担保権者を著しく不利な立場に置き、法五条一項の規定の趣旨を没却することとなるからである。そして、仮に土地等が競売されたとしても、当該競売による売却代金で共益費用たる執

論
説
行費用、仮登記担保権者の被担保債権及び五条通知を受けていない後順位担保権者の被担保債権に優先する債権を弁済するときには剰余を生ずる見込がないとの事由は、右後順位担保権者に対する五条通知を不要ならしめるものと解すべきではなく、仮登記担保権者は、右事由があるとのことをもつて、五条通知をしていない後順位担保権者に対し、仮登記に基づく本登記についての承諾の請求をするべきでないものというべきである（なお、民事執行法六三条二項本文（同法一八八条で準用される場合を含む。）

の規定により競売手続が取り消された場合には、後順位担保権者に対する通知を欠いていたときであつても、仮登記担保権者は当該後順位担保権者に対し仮登記に基づく本登記についての承諾の請求をすることができると解するのが相当である。〕。

……」

(四) 学 説

法五条一項の通知違反としては、(イ)の判例で問題となつたような、通知がなかつた場合のほかに、通知はあつたが遅滞した場合、あるいは、通知の内容が債務者に対するものと異なつていた場合が考られるので、それらを順次検討する。

(i) 通知がなかつた場合

後順位担保権者への通知がないままに、精算期間が経過し、仮登記担保権者が債務者に精算金を支払つたという場合を考えてみる。この場合には、他の方法では後順位担保権者の救済がはかれない場合に、後順位担保権者が、一般不法行為としての損害賠償請求権をもつことはあまり問題がない。⁽¹⁴⁾しかし、これだけでは不十分であることも確かである。すなわち、不法行為を理由とする損害賠償請求については、後順位担保権者が金銭請求手続をとらなければならぬ手続負担も無視できないし、⁽¹⁵⁾そのことの一部でもあるが、後順位担保権者は損害発生につき立証責任を負うが、具体的な損害額を主張することは容易ではないし、⁽¹⁶⁾その手続をとつて勝訴判決を得たところで、損害額の回収が保証されるわけでもない。⁽¹⁷⁾

そこで、この場合、後順位担保権者は、仮登記担保権者の本登記承諾請求に対して、精算金が見積額より多いことを理由に、その多い額の支払いと引き換えにしか本登記の承諾に応じないとして、引換給付の抗弁を提出できるとの説¹⁸⁾と、後順位担保権者は精算期間内と同じように自己の担保権にもとづく競売の申立てができるとの説¹⁹⁾が主張されている。

前説は鈴木教授の説かれるところであり、甲を担保目的物たる土地の所有者、乙を仮登記担保権者、丙を後順位の抵当権者とする例で、信義則を根拠に、「乙は、丙が適時の機会を与えられたならば回収しえたはずの金額、つまり、客観的にあるべき精算金額（争いがあれば、乙が立証すべきである）の範囲内で丙の被担保債権の弁済に必要な限りの金額を提供してのみ、丙に対し本登記承諾を請求しようと、解すべきである。」とされ、後説に対しては、「ここで丙の利益保護の立場からいえば、丙に対する所定の通知がなかった以上、丙に対する関係では、乙の仮登記担保私的実行手続は無効であり、乙はこの手続を法二条一項の甲への通知の段階からやり直す必要があるとするのが、最も徹底している。このやり直しによって乙の被ることになる損害は、いわば自業自得ということもできよう。しかし、そう解すると、すでに乙から精算金の支払を受けている甲は、少なくともいったんはこれを乙に返還しなければならなくなる。また、もし、乙の後順位に丙の抵当権以外に、たとえば丁の抵当権が存し、丁が適式に精算金上の物上代位権行使の手続をとっている場合を考えると、この丁の努力は徒労に帰することとなる。このように、すでに進捗していた乙の仮登記担保私的実行手続を否定し、甲・丁が築き上げてきた利益・期待を一挙に覆すことは、たとえ丙の利益保護のためとはいえ、その妥当性は認めがたいというべきであろう。」とされる。²⁰⁾また、新美助教教授は、「仮登記担保法が目的物の適正な評価を競売手続に委ねているとしても、仮登記に基づく本登記承諾訴訟での目的物の適正な評価を禁止するものであるのかどうか……。……。そこでは、仮登記担保権者ではなく、裁判所が目的物の価額についての評価主体として登場しているものであり、その裁判所では不適当であり、競売手続でなければならぬとするこの積極的な理由は見当たらない

ように思われるからである。むしろ、訴訟経済の観点からは、本登記承諾請求訴訟で決着をつけた方が妥当であるようにも思われる。」とされる。⁽²¹⁾

これに対して、後説に立つ宇佐美参事官はその理由を、「法五条一項の規定による通知がされないで精算金が弁済されても、それは後順位の担保権者に対抗できないから、通知を受けなかったこれらの者としては、自己との関係においては精算金支払債務の弁済は、いまだないものとして行動をとることができる。すなわち、……被担保債権の弁済期が到来している場合には競売の申立をして本登記の請求を阻止することも可能であり、また担保仮登記の権利者から本登記の承諾を求められても精算金の未払いを理由としてこれを拒絶することも可能である。」とされる。⁽²²⁾そして、このように解するときの前説からの批判に対しては、吉野参事官は、「たとえば、先順位の抵当権者等が精算金請求権を差し押さえて、精算期間経過後、取立命令をもらったというときに、それが覆るかという点、六条が相対的無効の関係にしていますから、それは有効であるわけです。そうしますと、一番・二番は物上代位による差押えで完全に弁済を受けてしまった、たまたま三番の抵当権者が、五条一項の通知を受けないで競売の請求をしたということになりますと、一番・二番が抜けていきました、三番の抵当権者が競売手続を執行して、競売代金から優先配当を受けるということになるわけです。……この場合は、「三番の抵当権者は」一番・二番が存在したとすれば受けられるべき金額しか配当を受けられないのではないかと、一番・二番がもらうものは、所有者がもらう」ことで、手続の動揺による関係者の不利益は防げるとされる。⁽²³⁾川口判事は、前説は、個別訴訟の中で精算金の有無・額を争う余地をなくそうとした法の趣旨に反するし、仮登記担保権者が目的物の所有権を取得するため故意に後順位担保権者に対する通知をしない弊を助長するおそれがあるとされる。⁽²⁴⁾また、生熊教授は、法五条一項の規定の趣旨を正面からもちだす(1)の上告審判決の説くところ、その原審判決の説くところ、川口判事の説かれるところ、吉野参事官の鈴木説に対する反論などを総合して後説にたたれるが、さ

らに、鈴木説では仮登記担保権者が適正な精算金を後順位担保権者に提供するまで、後順位担保権者は身動きがとれないことも理由に付け加えておられる。²⁵⁾

思うに、宇佐美参事官の説くところは巧妙ではあるが、やはり、それだけでは不十分であり、法の形式的な整合性を多少破るかたちで利益考量をしなければ妥当な解決は得られないと考える。そして、後説にたつ諸氏の説かれる実質的観点はいずれも正当であろう。やや、問題のあるのは、吉野参事官が前説を批判するさいに用いた例で、三番の抵当権者が一番・二番が存在したとすれば受け取るべき金額しか配当を受け取れず、本来一番・二番が受け取るべきものを、仮登記担保権者が受け取ることの説明であるが、これは、仮登記担保権者が、債務者の一番・二番の抵当権者に対する債務を代位弁済した関係と考えれば、弁済者代位として説明できるのではないかと考える。

もつとも、精算金がないことが明白である場合は、やや問題がある。中田調査官は、「仮登記担保法は、精算金がない場合でも仮登記担保権者にその旨の通知をするよう義務づけており（法二条一項、五条一項）、精算不要を理由として仮登記担保権者が競売手続を排除できるとは考え難いし……、また、同法が競売手続を優先させたのは、精算金について争いが生じた場合、仮登記担保権の実行手続においては適正な精算金を算定するための完結した手続がないところからその適正な評価を競売手続に委ねたわけであり……、仮登記に基づく本登記承諾請求訴訟において剰余の有無を認定判断することは法の予想していないことと思われる。」とされる。²⁶⁾ 思うに、精算金がないことが明白である場合にも、通知がなかったというだけで、後順位担保権者が仮登記担保権者の本登記承諾請求を拒めるというのは、形式的に過ぎると感じられる面がある。しかし、仮登記担保権者としては、通知をやり直せばそれから約二月後には本登記承諾請求の障害はなくなるし、また、その間に後順位担保権者が競売手続を申し立てていても、それは無剰余によって簡単に取り消されるはずであるから、競売手続が民事執行法の予定するように行われる限り、それを待つても本登記承諾

請求訴訟をそれほど遅らせることもないはずである。⁽²⁸⁾ それゆえ、この場合も、後順位担保権者は通知がないことを理由に、本登記の承諾を拒むことができる⁽²⁹⁾と解する。

仮登記担保権者としては、法五条一項の通知が欠けていたことに気がついたときには、改めて法二条一項の債務者への通知からやり直すべきである。⁽²⁹⁾ それによつて、通知を受けていなかった後順位担保権者との関係でも、精算期間が経過することとなる。もつとも、(イ)の上告審の判旨が述べるように、民執六三条二項本文の規定により、競売手続が取り消された場合は、仮登記担保権者の後順位担保権者に対する本登記承諾請求について、法五条一項の通知がなかったことを抗弁として主張することはできないと解される。⁽³⁰⁾ 仮登記担保権者が法二条一項の債務者への通知をやり直さず、法五条一項の通知のみをした場合は、つぎに述べる法五条一項の通知が遅滞した場合と同じである。

(ii) 通知が遅滞した場合

この場合の効果は通知がなかった場合と同じであるとされている。⁽³¹⁾ 確かに、精算期間の経過後に後順位担保権者が五条一項の通知を受けてもどうしようもないし、五条一項の通知を受けてから相当期間内であれば、後順位担保権者はその権利を行使できるとすればよいようだが、それでは、相当期間をめぐつて争いが生じ、関係者の地位が不安定になるおそれがある。⁽³²⁾ しかし、後順位担保権者の立場にたつてみても、五条通知が自分になされれば、当然、見積額に満足であれば精算金請求権を差し押えるであろうし、見積額に不満があれば競売を申し立てるのである。通知によつて権利行使の機会を与えられながら何もしないで、後から文句を言わせるのもおもしろくない。もちろん、仮登記担保権者としては、改めて法二条一項の債務者への通知からやり直せば確実であるが、それをしなかった場合も相当期間(原則として法五条一項の通知が発信されてから二カ月)経過すれば、もはや、後順位担保権者は五条通知の遅滞を咎めることはできないと解する。⁽³³⁾ このことによる関係者の地位の不安定も、(i)での後説が説くように相対的な処理をすればそ

れほど深刻が問題とはならないであろう。

(iii) 債務者に対する通知と後順位担保権者に対する通知の内容が異なるとき

この場合にも、そのことによつて後順位担保権者が被つた損害について、不法行為を理由とする損害賠償請求ができることはあまり問題はない。³⁴⁾ 鈴木教授は、甲を担保目的物たる土地の所有者、乙を仮登記担保権者、丙を被担保債権額一七〇万円の後順位の抵当権者とし、乙が、甲への法二条一項の通知においては精算金見積額を一五〇万円としたが、丙への法五条一項の通知においては精算金見積額を二〇〇万円としてしまい、その後、丙が甲の乙に対する精算金請求権を差し押え、精算期間経過後に乙が法七条により一五〇万円を供託したという設例で、「乙は、丙に対する関係では、二〇〇万円の範囲内で丙が物上代位権行使により自己の債権の満足を得られるだけの額（一七〇万円）の精算金支払義務を負っていると解すべきである。そう解すると、上掲設例において乙が二〇万円の追加供託をしないうちは、丙に対する関係では、乙の精算金支払義務は履行されたことにはならないから、法一八条本文を利用して乙が丙の承諾なしに本登記をすることはできない結果となる。そればかりではなく、追加供託のない間は、丙は——精算金請求権上の物上代位により乙に対し一七〇万円の取立権を取得している結果——供託不足額二〇万円については、必要なら取立訴訟を提起してでも、乙からこれを取り立てることができる。さらに、追加供託がなされない間に丙の被担保債権の弁済期が到来すれば（精算期間はすでに経過している点に注意（法一二条参照）、丙は、その抵当権の実行を申し立てることによつて、乙の仮登記担保の私的実行の企図を覆すこと（法一五条一項）さえも可能だといふべきである。」³⁵⁾とされる。この場合、法一八条本文を利用して乙が丙の承諾なしに本登記ができ、丙の登記が抹消されてしまうのでは、丙の保護は図れないが、それについては、「乙が一五〇万円のみを供託して、法一八条によつて本登記の申請をしてきた場合には、後順位権利者丙が甲の精算金請求権の差押命令の申請の際に被差押債権の数額として表示（民訴法五九六条一項）³⁶⁾した

二〇〇万円に満たない一五〇万円しか供託されていないのだから、法一八条本文所定の要件は少なくとも形式上備わっていない、登記官は、乙のこの本登記申請を却下すべきものと解すれば、別段困難を生じない。」とされる⁽³⁷⁾。また、後順位担保権者が複数で、その相互間で通知された見積額が食い違う場合についても、仮登記担保権者と後順位担保権者との関係においては、その者への通知に示された見積額の範囲内で、その者の被担保債権の回収に必要な限りの額の精算金支払義務を仮登記担保権者が仮登記義務者に対して負うとされる⁽³⁸⁾。

思うに、この場合は、ともかく適時に通知がなされているので、後順位担保権者が何もできないまま、精算金が支払われてしまうということはないので、精算金が支払われてしまつてから、それが、後順位担保権者の担保権の実行で覆されるといふことはなく、(i)の場合と較べて関係者の地位の不安定もそれほどではない。それ故、(i)で後説をとる立場からは鈴木教授の説に従ふことにならう。後順位担保権者に通知した見積額が過大であったときは、禁反言を理由に仮登記担保権者を見積額に拘束することが不適當な場合もあると考えて、この場合に法五条一項の通知がなかったとして(i)と全く同じに扱ふことも考えられるが、どうしても不適當な場合は、意思表示の錯誤に関する民法九五条の適用などで救済すればよいであろう⁽³⁹⁾。

最後に、仮登記担保権者が、法五条一項の通知をしないままに、債務者に対して本登記手続請求の訴えを、また、後順位担保権者に対して本登記承諾請求の訴えを提起した場合の裁判所の取り扱いについて検討しておこう。(i)の判例は、債務者にたいする請求については認容、後順位担保権者に対する請求については棄却としている。仮登記担保の私的実行に優先する競売の申立てがあると、本登記の請求ができなくなるが(法一五条一項)、すでに、仮登記担保権者の仮登記にもとづく本登記手続請求訴訟あるいは本登記承諾請求訴訟が裁判所に係属中である場合に、これらの訴訟をどうするかについては訴えの利益を欠くものとして訴えを却下すべしとする説、本登記請求権がないものとして請求を棄

却すべしとする説、競売申立ての取下げまたは競売手続の取消しがあつたときは本登記手続または本登記承諾をせよとの条件付請求認容判決をすべしとの説が考えられている。⁴⁰⁾(1)の判決は請求棄却説をとつたものであると思われるが、債権者に対する請求が認容されている点は、裁判所が、後順位担保権者に対する法五条一項の通知が欠けていることを主張できるのは当該の後順位担保権者だけで、それ以外の者である債務者はその主張ができず、その結果、すでに精算期間が経過している以上、債権者に対しては本登記の請求ができると考えたからであろう。

二 仮登記担保法五条二項の通知

(1) 通知の意義

法五条二項は、二条一項の規定による通知が債務者に到達したときにおいて、担保仮登記にもとづく本登記につき登記上利害関係を有する第三者があるときは、債権者は、遅滞なく、その第三者に対し、先の規定による通知をした旨および債務者に通知した債権等の額を通知しなければならないとしている。もつとも、それらの第三者のうち、法五条一項で、より詳しい通知がなされる者に対してはそれで十分であるので、この通知は不要とされている。

仮登記担保法は、担保仮登記が、実質は仮登記担保という担保権の公示手段であっても、登記法上は一般の仮登記の一種にほかならないとの立場を維持している⁴¹⁾ので、仮登記担保契約にもとづいて仮登記がなされている場合には、その仮登記後になされた第三者の権利に関する登記は、仮登記の効力により、仮登記にもとづく本登記の要件が具備された時に失効し、その本登記がされるときに、登記官の職権により抹消されてしまう(不登法一〇五条二項)。しかし、もともと右の仮登記は金銭債務を担保するためにされるものであるから、その債務が弁済されるならば、目的を達し、仮登

記の方が抹消されることになる。そこで、債務の弁済について正当な利益を有するそれらの第三者に代位弁済の機会を保障するためこの規定が設けられているというのが、この規定の趣旨についての立法担当者の説明である。⁽⁴²⁾土地の見積価額および精算金の有無、額が通知されないのは、これらの者は精算金請求権に物上代位できるわけではないし、競売を申し立てることができるわけでもないからである。

(2) 通知違反の効果

この点については、明文の規定がない。立法担当者は、「もともと、右の第三者に対し代位弁済の機会を与えるという、いわば恩恵的なものであるばかりでなく、右の第三者の権利は、元来、担保仮登記の相対的無効の効力により、本登記の実体的要件の具備の際、失効すべき運命にあるものである。それゆえ、右の第三者は、右の通知を受けなかったからといって、特段の不利益を被るものではないと考える。したがって、物上代位権者に対する通知違反の場合と異なり、損害賠償も生ずることはないであろう。」とする。⁽⁴³⁾鈴木教授は、乙が甲に融資をし、甲所有のX地上に仮登記担保の設定を受け、のち、丙が甲からこの担保負担付きのままX地を譲り受けたという例で、法二条一項の通知の相手方は、解釈論上は、甲にならざるをえないが、X地の運命に第一に関心をもつのは丙であつて甲ではないので、立法論としては、丙への通知がまず必要と説かれる。その上で、「丙への法五条二項の通知の解怠ないし遅延によつて丙のこうむつた損害については、乙に賠償義務を課すべきはもちろんだが、さらに、少なくとも甲乙丙だけの間では、かかる乙の解怠ないし遅延が——その程度および態様いかんによつては——仮登記担保の私的実行手続を無効にする場合もある、と解すべきであろう。」とされる。⁽⁴⁴⁾

思うに、第三取得者については、法六条二項前段のような規定がないため、仮登記担保権者が法二条一項の通知を債務者にすると同時に精算金を債務者に支払つてしまう場合には、形式的に考えれば、本項の通知があつても、もはや、

第三取得者に代位弁済の機会はない。その意味で、立法担当者の説くところが、条文上は、素直であることは認めなければならぬ。しかし、第三取得者が、真に利用を目的として目的物を取得しており、代位弁済をする用意があるようなときは、鈴木教授の実質的な価値判断を妥当と考えるので、第三取得者の保護のため、仮登記担保権者が、法五条二項の通知を怠り、精算金を債務者に支払ってしまったような場合にも、第三取得者は、本登記承諾請求を拒むことができるし、代位弁済によって債務を消滅させて、目的物の所有権を確定的にすることができると解する。⁽⁴⁵⁾

(4) 法二条一項の通知が債務者に到達したときより後に登記された後順位担保権者に対する通知は必要ではない。それらの後順位担保権者も精算金請求権を差し押さえることよって順位に応じた自己の権利の確保ができるのではあるが、仮登記担保権者としては、常に登記を見張っておく訳にもいかないし、反面、法二条一項の通知がなされ、仮登記担保権が実行されるような時期に担保を取得する後順位担保権者の注意義務を高めても、公平の観点からは認めるからである(参事官室編・前掲書五六頁以下)。

(5) この判決については、米倉明「判例評釈」『法学協会雑誌』九三巻六号(昭和五十一年)九四〇頁、鈴木弘「判例解説」『法曹時報』二九巻六号(昭和五二年)一〇七頁、および、それらの末尾に付された参考文献参照。

(6) 竹下守夫「仮登記担保権実行手続上の諸問題」『ジュリスト』六七五号(昭和五十三年)六七頁。なお、参事官室編・前掲書三九頁。

(7) このような規整をした理由を、立法担当者は、「実際の精算金の額はもつと多いはずだから増額せよという主張を許容するときは、法律関係が複雑になる」、「後順位の担保権者が通知に係る精算金の見積額に不満のある場合、その争いを妥当に調整する方法は、競売手続をおいてはない」、「精算金について争いが生じた場合、仮登記担保権の実行手続においては、適正な精算金を算定するための完結した手続がないところから、その適正な評価を競売手続に委ねた」などと説明している(参事官室編・前掲書九一頁、一七五頁、一八九頁)。たとえば、後順位担保権者が、本登記承諾請求訴訟の中で引換給付としての精算金の額を争えらるとすれば、後順位担保権者ごとに精算金の額が区々となり、調整がつかないなどのことが生じうる。

なお、注(5)の判決の判旨参照。

- (8) 石田教授は、民法三八四条二項を類推して、仮登記担保権者の評価額の十分の一以上で競売できないときは、競売を申し立てた後順位担保権者が評価額の一割増しの価額で買い受けなければならないと主張される(石田喜久夫「判例批評」『民商法雑誌』九六巻四号(昭和六二年)一〇八頁)。これに対して、立法担当者は、「後順位担保権者に増価買受けの責任や担保供与の義務を負わせるのは、これらの者に重い負担を負わせて、この地位を弱体化するのみならず、通知に係る精算金の見積額に不満で競売の申立をするのは、おそらく限界にある後順位担保権者であり、競売に持ち込んで廉価にしか売却できないときは、その者がもっとも損害を被るわけであるから、本条による競売請求権の行使にも自ずから合理的な歯止めがかけられ、これが濫用されるおそれはないものと考えられる。しかも、第三取得者と抵当権との場合と異なり、価値権と利用権との調和を図るという問題ではない。そこで、本条の場合には増価競売の手法が採用されなかつたものである。」としている(参事官室編・前掲書一四二頁以下)。教授ご自身がいわれるように、競売価額が市価の六割程度であるとすれば、立法担当者の見解が一層あてはまることになる(仮登記担保権者は、剰余主義によっても保護されている(後注(27)参照)。後順位担保権者の被担保債権額が僅かな場合は、後順位担保権者は自らの債権の満足を犠牲にすることをあまり不利益とは感じないので、あえて、競売を申し立てるかもしれないが、そのような場合は、仮登記担保権者は後順位担保権者の債権を代位弁済して消滅させてしまつてもよい。そもそも、滌除の制度は、民法三八四条二項が規定する増価買受も抵当権者の負担となつて、むしろ濫用されているとの評価もあり(柚木馨編『注釈民法(9)〔改定版〕』(有斐閣・昭和四七年)一五八頁(柚木馨・上田徹一郎執筆)など)、類推には慎重でなければならないように思う。
- (9) 法一五条は、一般債権者の競売申立てが、精算金の支払債務の弁済前(精算金がないときは精算期間の経過前)になされたときも、仮登記担保権者の私的実行を覆すことを認めているので、この規定の意義は、仮登記担保権者と後順位担保権者との間の精算金の有無・額をめぐる争いを解決することに尽きるものではない。
- (10) 法一二条は、後順位担保権者の競売申立ての権能を保障するため、精算期間内は、被担保債権の弁済期の到来前であつても、競売の申立てを認めるとしている。なお、この場合、目的物の第三取得者に対する民法三八一条の通知は不要とされている(参事官室編・前掲書一四一頁以下)。
- (11) ただし、後順位の仮登記担保権者は、仮登記担保権それ自体にもとづいては、競売の申立てはできない。このことは、法

一二条が、後順位の仮登記担保権者を除外していることから窺えるし、立法者もそう解している（参事官室編・前掲書一三八頁）。

(12) 後順位担保権者が、精算金請求権を差し押さえ、それを維持したままで、目的物の競売を申し立てることができるか、あるいは、逆に、後順位担保権者が、競売を申し立てた後に、これを取り下げないままで、精算金請求権を差し押さえることができるかという問題があり、制限的肯定説、否定説、肯定説が対立している。立法担当者は、制限的肯定説で、後順位担保権者が精算金請求権を差し押さえたことは、精算金の見積額に不満のないことの表明とみられるから、他方で競売の申立てをするのは自己矛盾であり、かかる恣意を許すことは仮登記担保権者の利益を害することになるとして、精算期間内は、精算金請求権を差し押さえた後順位担保権者は、競売の申立てができないとするが、精算期間経過後は、仮登記担保権者に供託の義務が生じるわけでもなく、精算金の支払い債務と目的物の所有権移転の登記などが引換給付の關係にたつので、必ずしも精算金請求権に対して容易かつ確実に権利行使できるとは限らないことを理由に、競売の申立てを認める（参事官室編・前掲書一三六頁以下、同旨、石川明「仮登記担保権者と競売」『Law School』一〇号（昭和五三年）一三三頁以下）。鈴木教授は、否定説にたたれ、最小小判昭和五〇年三月六日民集二九号二〇三頁を援用され、後順位担保権者は、仮登記担保権者に対して有する精算金を取り立てる権利にもとづいて、仮登記担保権者の債務者に対する移転登記請求権などを代位行使でき、それによつて仮登記担保権者の同時履行の抗弁権が失われ、後順位担保権者は仮登記担保権者からの取立てをなすうと解すれば、精算期間経過後も、競売申立てを認める必要はないとされる（鈴木祿弥「仮登記担保法雑考」(1)、『金融法務事情』八八一号（昭和五四年）三九頁以下）。中野教授は、肯定説にたたれ、かりにそのような代位を認めるとしても、債務者が任意に応じない場合には訴訟が必要となり、端的に競売を申し立てるにしかないなどとされる（中野貞一郎「非典型担保権の私的実行」、『新・実務民事訴訟講座』12（日本評論社・昭和五九年）四三五頁以下）。石田喜久男・加藤一郎ほか「座談会・仮登記担保法の諸問題」、『ジュリスト』六七五号（昭和五三年）三九頁では、吉野参事官、新堂教授も肯定説にたたれる。なお、福永有利「仮登記担保と執行手続」、『ジュリスト増刊不動産物権変動の法理』（有斐閣・昭和五三年）一一三頁以下参照。

(13) 大阪地判昭和五八年三月二五日判時一〇八五号一〇四頁が一審判決である。原審判決の解説として、川口富男「季刊実務民事法」6号（昭和五九年）二〇七頁があり、上告審判決の解説、評釈として、生熊長幸「判例評釈」、『判例評論』三三四号（昭和六一年）一七三頁、中田昭孝「判例解説」、『ジュリスト』（昭和六一年）八六七号八一頁、吉原省三「仮登記担保権の

- 実行と後順位担保権者への通知」、『金融法務事情』一一三四号（昭和六一年）四頁、鎌田薫「判例解説」、『法学セミナー増刊最新判例演習室一九八七』（日本評論社・昭和六二年）一〇四頁、堀内仁「判例解説」、『手形研究』三九二号（昭和六一年）五三頁、新美育文「民法判例レビュー」、『判例タイムズ』六二八号（昭和六二年）八三頁、竹内俊雄「判例解説」、『ジュリス ト（昭和六一年度重要判例解説）』八八七号（昭和六二年）六八頁、石田・前掲批評（注（8））五五六頁がある。
- (14) 吉野衛「仮登記担保契約に関する法律の逐条解説」、『金融法務事情』八六六号（昭和五三年）三一頁、参事官室編・前掲書六〇頁、四五頁。
- (15) (17) 川口・前掲解説二〇七頁。
- (16) 鈴木祿弥「仮登記担保法雑考(9)」、『金融法務事情』八七九号（昭和五四年）三七頁。
- (18) この説は、折衷説あるいは引換給付説ともいわれる。
- (19) この説は、消極説あるいは競売肯定説ともいわれる。なお、不法行為等にもとづく損害賠償請求しかみとめない説は積極説あるいは本登記承諾説ともいわれる。
- (20) 鈴木・前掲論文三八頁。
- (21) 新美・前掲「判例レビュー」八五頁。
- (22) 宇佐見隆男「仮登記担保法拾遺」中、『金融法務事情』八九五号（昭和五四年）一二頁、同旨、加藤一郎、林良平ほか「座談会・銀行取引における仮登記担保運用とその問題点(2)」、『金融法務事情』八八〇号（昭和五四年）六頁の吉野参事官の発言。もっとも、法一五条は、精算金がある場合は、その支払いを基準に権利関係を規整しているので本文のような立論を展開できるが、精算金の見積額がないと債務者に通知されている場合は、精算期間の経過のみを基準に権利関係を規整しているので、本文のようにいうことはできず、その場合は、結局、率直に、精算期間を徒過しても例外的に競売請求ができることと解することになる（宇佐見・前掲論文一二頁）。
- (23) 吉野・前掲座談会六頁（出席者の加藤教授、竹下教授もそれに賛成）。
- (24) 川口・前掲解説二〇七頁。この点は、新美助教教授の疑問に対する回答となっていると考えられる。
- (25) 生熊・前掲評釈一七六頁。鈴木・前掲論文三九頁は、ペンディングになるといつても、実際には、本登記を得たい仮登記担保権者から後順位担保権者への精算金の支払いが促進されるとしている。

- (26) 中田・前掲解説八三頁。同旨、生熊・前掲評釈一七六頁、竹内・前掲解説七〇頁、石田・前掲批評五六〇頁以下。
- (27) 旧法上は、後順位担保権者の行う不動産競売について無剰余取消が認められるか否かが問題があったが、民事執行法には、民執一八八条、六三条の明文の規定があるので、先順位の仮登記担保権にかかわる債権を弁済して剰余を生じる見込みがなければ、競売手続は原則として取り消されることになる（福永有利「仮登記担保と民事執行手続上の問題点」加藤一郎・林良平編『担保法大系4』（昭和六〇年）二二四頁）。ところで、精算金がないと通知された後順位担保権者は、競売手続で精算金の有無を客観的に決めることができるといつても、剰余の見込みがないということであれば、その旨の通知を受けたのち一週間以内に、優先債権等の見込額などを越える額の保証を積むか、剰余を生ずる見込みがあることを証明しなければ競売手続は取り消されてしまう（民執六三条一項）。後順位担保権者が、仮登記担保権者のもつ債権の存在を争い、それによつて剰余を生ずる見込みがあることを、この手続の中で証明することは困難であるように思われるが、それは、後順位担保権者に対する通知の有無に関わらない一般的な問題である（この点についての、旧法上の解釈的提案については、中野貞一郎「仮登記担保法における競売優先の原則」『判例タイムズ』三八一号（昭和五四年）一〇頁参照）。
- (28) この点で、(1)の判例の事案で、Xの主張のとおりだとすれば、なぜY₂の申し立てた競売手続が長期にわたつて無剰余で取り消されていないのか理由がよく分からない。大阪地判昭和六二年二月一八日判時一二四四号一〇三頁は、同じ事件でXが再度Y₂を訴えたものと思われるが、今度は本登記承諾請求が認められていている。この判決によるとY₂の申立てにかかわる競売手続は無剰余により昭和六〇年一月二七日に取消決定がなされ、それが確定している。
- (29) 宇佐見・前掲論文二二頁。
- (30) 注(28)の大阪地裁の判決も同旨である。
- (31) 参事官室編・前掲書五九頁。
- (32) 宇佐見・前掲論文二二頁。
- (33) 吉原・前掲論文五頁も、法五条一項の通知だけのやり直しを認め、通知後二カ月以内の相当期間が経過すれば、仮登記担保権者は、所有権の取得を對抗できるとする。
- (34) 参事官室編・前掲書六一頁。
- (35) 鈴木・前掲論文三七頁。

- (36) 現行法では民事執行規則一三三條二項がこれに対応する。
- (37) 鈴木・前掲論文三八頁。
- (38) 鈴木・前掲論文三七頁。
- (39) 詐欺、錯誤を理由とする通知の瑕疵の主張については、参事官室編・前掲書九五頁参照。
- (40) 参事官室編・前掲書一八七頁。これらの説の詳細と問題点については、中野・前掲論文(注(12))四三七頁以下、および、加藤||林ほか「前掲座談会(4)」『金融法務事情』八八二号五頁以下参照。
- (41) 鈴木禄弥「仮登記担保法雑考(2)」『金融法務事情』八七一号(昭和五三年)一九頁。
- (42) 参事官室編・前掲書五五頁。滌除権者に対する抵当権の実行通知に関する民法三八一條の規定にならつたものとのことである。
- (43) 参事官室編・前掲書六四頁以下。
- (44) 鈴木・前掲論文一九頁。
- (45) 第三取得者が、債務者に対する法二條一項の通知の存在を知るなど、代位弁済の機会を事実上もつたが、それを行使しなかつたと評価される場合は、通知の不存在を理由に、後になつて代位弁済をすることはできない。

四 おわりに

これまで、仮登記担保法における通知の意義を、主として、それがなされなかつたときの効果を中心に検討してきた。文献の涉獵、および、学説をふまえた問題点の分析のいづれについても、はなはだ不十分なものではあるが、検討の結果をまとめると、つぎのようになる。

法二條一項の通知の違背については、仮登記担保権の私的実行手続の基本が欠けるため、仮登記担保権者への担保目的物の所有権移転の効果を生じさせない。

法五条一項の通知の違背については、それが欠けているときには、精算期間が経過し、精算金が債務者に支払われたときでも、後順位担保権者は、精算金請求権への差押えができるし、また、競売申立てもできる。通知の内容が、法二条一項の通知と異なるときには、仮登記担保権者は、後順位担保権者への通知内容に拘束される。法五条二項の通知の違背については、そのことが、目的物の第三取得者の代位弁済の機会を実質的に奪ったと評価される場合は、第三取得者は、仮登記担保権者への目的物の所有権の移転を否定することができる余地がある。

この要約を結びにかえて、本稿を終わることとする。

Some Observations on the “Notice” Requirement in the
“*Karitōkitanpokeiyaku ni kansuru Hōritsu*” (Law Regulating Pro-
visionally Registered Mortgages)

Susumu TAKAMI*

Japanese law provides that a creditor may secure a loan through a mortgage on real property. From a creditor's point of view, however, the problem with using the conventional mortgage is delay, since an auction sale is required. This takes many years to accomplish if there is resistance by any of those affected.

In order to circumvent these problems, creditors began to have their debtors enter into advance agreements to transfer title to the real property to the creditor in the event of the the debtor's default. Under this arrangement, transfer of title is provisionally registered (“*Karitōki*”) in advance. Apart from simplicity and speed, this method also allows the creditor, by taking title, to benefit from any interim appreciation of property values, which happens frequently under the prevailing conditions in the Japanese real estate market. At the same time, however, these advantages for the creditor were problematic for debtors and junior creditors, who lost their procedural rights under the auction sale system, as well as the benefit of appreciation in the value of the property. Many cases were brought to the courts, which examined the validity and scope of these agreements. Adopting the substantive principles developed in these cases, the “*Karitōkitanpokeiyaku ni kansuru Hōritsu*” (Law Regulating Provisionally Registered Mortgages) was enacted in 1978 to regulate these agreements.

This article discusses the notice requirement in the Law Regulating Provisionally Registered Mortgages. Under section 2a, the creditor must give notice to any debtor. If the debtor, once so notified, remains in default, the creditor takes title to the property subject to the debtor's right to redeem, which must be exercised within two months. If the value of the property exceeds the debt, the creditor must pay the excess to the debtor.

If, however, the creditor fails to provide notice to the debtor as required by section 2a, the transfer of title to the creditor does not occur. This is because the drafters regarded this notice as a fundamental to requirement assure the fairness

of transfer of title pursuant to this type of contract.

Section 5 requires that substantially the same notice must be sent to additional parties. Under section 5a, the creditor must also give notice to any junior creditors who held registered liens when the creditor gave notice to the debtor. If the creditor fails to provide this notice, a junior creditor can seize any excess that the creditor paid to the debtor. In addition, the junior creditor can force a sale by auction, even if the excess money has been paid to the debtor, or even if there is no excess money and the redemption period has passed (cf. section 15, which regulates junior creditors' rights in other respects).

Under section 5b, the creditor must give notice to others. The most typical case arises if the debtor, after entering into the provisionally registered mortgage, sells the property to a third party who then registers title. In such a case, the creditor must give notice to the third party, in order to give that third party the opportunity to pay the debt on the debtor's behalf. When a creditor neglects to give this notice, the third party purchaser can void the transfer to title to the creditor, if the failure to provide notice substantially deprived the purchaser of this opportunity to pay the debt and the creditor knew this.