
不動産工事の先取特権と登記

川 添 利 賢

- 1 はじめに
- 2 不動産工事の先取特権の登記の効力に関する学説
- 3 不動産工事の先取特権の登記の効力に関する判例
- 4 検 討

1 はじめに

本稿は、私が、弁護士として、沖縄県弁護士会の与世田兼稔弁護士、照屋林英弁護士及び新見研吾弁護士と共同で受任した民事訴訟を遂行する中で検討した成果を基にした論文で、その後、幾多の修正・変更を加えてはいるものの、未だ、その時の成果に多くの部分を負っているため、上記3人の先生のご了解を得て、執筆したものである。

この訴訟では、不動産工事の先取特権と登記の関係を論ずる法律論が中心的争点となり、われわれの側で上告して上告審まで行ったものであるが、残念ながら、最高裁では、3行半判決で上告が棄却されている。

この事件は、分譲マンションの購入者より不動産工事先取特権の登記抹消の訴えを提起された建設業者から受任したもので、分譲マンションの購入者である原告側が、工事着手後に登記された不動産工事の先取特権は無効であると主張するのに対して、われわれ被告側は、不動産工事の先取特権の登記は対抗要件と解すべきであると主張していた。

不動産工事の先取特権は、もともと、あまり利用されていない担保権であるが（加藤木精一「不動産工事・保存の先取特権」別冊 NBL10 号 担保法の現代的課題 27 頁）、工事着手前に登記されなければ全く効力が生じないとする解釈が確

定してしまえば、いよいよ使われることがなくなり、民法が不動産工事の先取特権を法定担保物権として定めたことの意味は殆ど失われてしまうことになる。

不動産工事の先取特権の登記を効力要件とまでする必要はなく、対抗要件に留まらせてよいとする見解は、おそらく、立法論としては大方の賛同を得られるところであろうが、後述のとおり、この点についての立法上の手当が期待できない現在、これを解釈論として定着できれば、分譲マンション等の不動産の建築販売における健全な取引関係形成の一助になるのではないかと考える。

工事着手前に登記しなかった不動産工事の先取特権の効力について判断した上告審判決は、後記のとおり、大正6年2月9日と昭和9年5月21日の大審院判決があるだけで、最高裁判決は未だ出ていない。そして、これら大審院判決からは、既に1世紀近くが経とうとしているのであるから、現在、改めてこの問題について議論を提示する価値は十分にあると思っている。

このような、法律実務家としての実践的な考慮から、この論文を本紀要に発表する次第である。

2 不動産工事の先取特権の登記の効力に関する学説

不動産工事の先取特権の登記の効力については、これを効力要件とする効力要件説と、対抗要件とする対抗要件説がある。

両説の概要は次のとおりである。

(1) 効力要件説

効力要件説は、民法338条1項前段の意味について、「工事を始める前」の登記を先取特権の発生要件と解し、「工事を始める前」の登記がなされなければ、先取特権はそもそも発生しないという意味に解するものである。

効力要件説によれば、工事着工前に先取特権の登記をしなかった場合には、たとえ工事着工後に登記したとしても、登記前の抵当権・不動産質権に対して優先し得ないことはもちろん、登記後の抵当権・不動産質権との関係でも、先取特権を主張できないことになる。のみならず、このような先取特権は、そもそも、設定当事者間でも効力が生じていないのであるから、競売申立権自体が

認められないことになる。

この効力要件説の主な根拠としては、①民法 337 条及び 338 条の先取特権は、登記された両先取特権が既登記抵当権にも優先する効力を有することからして、そもそも対抗要件主義の例外となっていること（道垣内弘人『担保物権法（現代民法Ⅲ）』〔第 3 版、有斐閣、2008 年〕59 頁）、②効力要件と解さなければ、ほぼ出来上がった完成前の家屋に抵当権を設定した者が、その後の工事費の登記によって優先されるという弊害が生じること（我妻栄『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』〔岩波書店、1968 年〕97 頁）、③民法 338 条 1 項但書において、工事費用が登記された予算額を超える場合、「先取特権はその超過額については存在しない」とされていること（道垣内・前掲 59 頁）、④民法 338 条 1 項前段が、登記につき「効力を保存する」という文言を使っていること（道垣内・前掲 59 頁）等が挙げられている。

（2）対抗要件説

他方、対抗要件説は、民法 338 条 1 項前段の「効力を保存する」との文言は、登記によって対抗力を生ずる、すなわち、登記のない限りその効果を第三者に対抗できないという意味であって、先取特権それ自体は法の規定により当然に発生し、民法 338 条 1 項は、対抗力を生じさせうる登記期間を定めたものに過ぎないと解する。

対抗要件説によると、不動産工事の先取特権は、工事着工前に登記されれば、それ以前の抵当権に対しても優先することはいうまでもないが（民法 339 条）、工事着工後に登記された先取特権にも、この先取特権の登記後に登記された抵当権者や第三取得者に対する関係では、優先権が認められるという結論となる。

対抗要件説の主な根拠としては、①民法 338 条 1 項は「効力を保存する」という特別の文言を用いているが、登記を対抗要件とする物権法の一般理論（民法 177 条）の例外とみるほどの実質的な理由がないこと（我妻・前掲 98 頁、西原道雄『注釈民法(8)』〔有斐閣、1965 年〕218 頁、尾崎三芳「不動産の特別先取特権の内容・効力」加藤一郎ほか『担保法大系第 2 巻』〔金融財政事情研究会、1985 年〕424 頁、437 頁、勝本正見『担保物権法上巻』〔有斐閣、1949 年〕212 頁、末弘巖太

郎『債権総論（現代法学全集第6巻）』（日本評論社，1938年）71頁），②民法は一般に登記なき物権を認めているところ，先取特権は法定担保物権であり，その要件を充足した時点で登記なき先取特権が成立すると解するのが自然であること（田山輝明「不動産工事の先取特権の対抗力」ジュリスト増刊・担保法の判例Ⅱ 159頁），③民法339条の「前二条（337条，338条）の規定に従って登記をした先取特権」という文言は，「前二条の規定」に従わずに登記した先取特権や登記のない先取特権の存在を予想しているように読めること（勝本・前掲213頁，加藤木・前掲「不動産工事・保存の先取特権」32頁，加藤ほか・前掲424頁），④対抗力のない先取特権でも債務名義なしで目的物を競売できるので，これを認める実益のあること（勝本・前掲213頁，加藤ほか・前掲424頁，後掲東京高裁決定昭和42年12月14日参照），⑤民法338条1項が登記期限を限定した立法趣旨は，登記が遅れるときは，第三者に不測の損害を与え，又は登記の日付を虚構して第三者の権利を害するおそれがあるからであって，これは登記をもって単なる公示方法，対抗方法となすことにより救われること（勝本・前掲212頁），⑥工事開始後その完了までの間に先取特権が登記され，その後に抵当権等取得した者は，先取特権登記が工事開始前になされなかったからといって，何ら損害を受けないこと（西原・前掲220頁，横悌二『担保物権法』（有斐閣，1981年）72頁），⑧不動産工事の先取特権は，工事によって生じた不動産の増加が現存する場合に限り，その増加額についてのみ認められるに過ぎないことから，抵当権等の設定後に不動産工事の先取特権が成立しても，もともと抵当権等の目的物の価値には工事による増加額は含まれていないので，抵当権者等の安全が害されることはないこと（尾崎・前掲436頁，西原・前掲220頁）等が挙げられている。

(3) なお，抵当権者等に対する関係と目的物の第三取得者に対する関係とを分けて論じる学説も存在する。

すなわち，工事着工後の登記は抵当権者等に対しては無効であるが，第三取得者に対しては，一般原則により登記の前後により決せられるとするのである（星野英一『民法概論Ⅱ』（良書普及会，1974年）216頁，高木多喜男『担保物権法

〔新版〕〔有斐閣，1993 年〕52 頁）。

3 不動産工事の先取特権の登記の効力に関する判例

(1) 前記大正 6 年 2 月 9 日と昭和 9 年 5 月 21 日の大審院判決は，工事着手前に登記されなかった不動産工事の先取特権の効力につき，次のように判断している。

① 大審院大正 6 年 2 月 9 日判決（民録 23 輯 244 頁）

「不動産工事ノ先取特権ハ民法第三百三十八条第一項ノ規定ニ従イ工事ヲ始ムル前ニ登記ヲ為スニ非サレハ其効力ヲ保存スルコトヲ得サルヲ以テ本件建物新築工事ノ先取特権ノ登記カ其工事ノ請負及ヒ著手後ニ為シタルモノナルコト原判示ノ如クナル以上ハ本件先取特権及ヒ其登記ハ全然無効ニシテ從テ其先取特権ヲ目的トセル上告人ノ担保権モ亦無効ナリト謂ワサルヲ得ス」

「先取特権ノ登記前ニ為シタル工事ト其登記後ニ為シタル工事トハ別個独立ノ工事ニ非スシテ単一ナル本件工事ノ部分ニ属スルモノニ外ナラサレハ本件工事ノ先取特権ハ其工事ヲ始ムル前ニ之ヲ登記スルニ非サレハ全然其効力ヲ保存スルコトヲ得サルハ民法第三百三十八条第一項ノ規定上明白ニシテ其登記後ノ工事ヲ分割シテ之ニ対シ先取特権ノ効力ヲ認ムルコトヲ得サルヤ毫モ疑ヲ容レス」

「民法ニハ第三百三十八条第一項ニ不動産工事ノ先取特権ハ工事ヲ始ムル前ニ其費用ノ予算額ヲ登記スルニ因リテ其効力ヲ保存ストアリテ此規定ニ從ヒ登記ヲ為ササル場合ニ於テモ尚先取特権ノ効力ヲ保有スルコトアルヘキ何等ノ規定存スルコトナク又上告人ノ引用スル旧民法ニ所謂法律上ノ抵当ヲ認ムルコトナシ故ニ不動産工事ノ先取特権ハ前示法条第一項ノ規定ニ從ヒ工事ヲ始ムル前ニ登記スルコトヲ以テ其効力ヲ保存スル要件ト為スモノニシテ既ニ工事ヲ始メタル後ニ至リテハ之ヲ登記スルモ何等ノ効力ヲ有セサルモノト解スルヲ当然トス」

② 大審昭和 9 年 5 月 21 日（新聞 3703 号 10 頁）

「民法第三百三十八条第一項ニハ不動産工事ノ先取特権ハ工事ヲ始ムル前

ニ其ノ費用ノ予算額ヲ登記スルニ因リテ其ノ効力ヲ保存スト規定シアルヲ以テ工匠技師請負人カ債務者ノ不動産ニ関シテ為シタル工事ノ費用ニ付先取特権ヲ取得スルニハ其ノ工事ヲ始ムル前ニ之カ保存登記ヲ為スコトヲ要シ工事着手後ニ其ノ登記ヲ為スモ効力ヲ生セサルコトハ当院判例ノ認ムル所ナリ蓋シ不動産工事ノ先取特権ハ登記ノ前後ニ拘ラス抵当権者ニ対シ優先シ（民法第三百三十九条）又不動産質権者ニモ優先スルヲ以テ（民法第三百六十一条参照）若シ上告人所論ノ如ク工事完成迄ハ何時ニテモ其ノ登記ヲ為スコトヲ得ルモノトセハ債務者ト相通シテ不正ノ登記ヲ為スノ虞ナキニ非サレハナリ（大正五年（オ）第一一〇一号大正六年二月九日当院判決参照）」

(2) 前述のとおり、工事着手後に登記されなかった不動産工事の先取特権の効力に関して判断した最高裁判例はないが、高裁判例には、次のようなものがある。

① 東京高等裁判所昭和42年12月14日決定（下民集18巻11・12号1160頁）

「抗告人が右各工事を始める前にその費用の予算額を登記したことについては、抗告人より何らの主張もなく、本件記録上このことを認めうる資料も存しないから、民法第三三八条により右各先取特権は当事者間においてもその効力を生じないと解すべきもののようである。

しかしながら、先取特権は法定の担保物権であつて、法定の要件を具備することにより当然に成立しその効力を生ずる。また登記はわが民法上不動産物権変動における対抗要件とされているにとどまり、それに創設的効力を認める建前はとられていない。それ故不動産工事の先取特権が民法第三三八条第一項本文所定の登記をすることによつて始めてその効力を生ずるものと解することは、先取特権の法定担保権たる本質に反し、登記を公示方法とするにとどめる物権法上の原則にも矛盾する。もつとも右規定にしたがつて登記した先取特権は、それ以前に登記された抵当権および不動産質権にも優先する効力を持つ（民法第三三九条、第三六一条）関係上、この特権の存在を知らない第三者をして不測の損害を被らしめ、また後に至つて債権者と債務者

とが通謀し虚偽の登記をなし他の債権者らを害する弊を生ずるに至る虞れなしとしないけれども、この第三者が受けることあるべき損害は、登記を対抗要件としつつただその登記をなすべき時期を民法第三三十八条第一項本文に定められてあるとおりに限定することによつて予防されうるのであるから、かような弊害の生ずる虞れがあることの故をもつて、同条が所定の登記により始めて先取特権の効力を発生せしめる趣旨であるとまで解する必要はなく、その他前記の本質および原則に対する例外を不動産の先取特権に限つて認めるべき実質上の根拠を見出し難い。そこで右法条は、登記の性質ないし効力自体に特殊な変容を加えたものではなく、ただ登記をすべき時期を限定したにとどまるものであつて、本来何時でもその欲する時に登記を経由しうる権利者の自由を時期的に制限し、工事を始める前にその費用の予算額を登記した場合における当該登記のみを有効としてこれに登記の持つ対抗力—民法第三三九条、第三六一条により付与された抵当権および不動産質権に対する優先権を含む。—を発生させることとし、第三者に対する影響をできる限りすくなくしようとしたものというべきである。すなわち民法第三三十八条第一項は、「其効力ヲ保存ス」という用語にかかわらず、同項所定の登記を経由しない不動産工事の先取特権が第三者に対抗しえないことを定めたものと解するのが相当である。」

② 東京高等裁判所昭和 44 年 11 月 28 日決定（判タ 246 号 296 頁）

「民法三二五条二号の規定によつて不動産の工事を原因として生じた債権につき先取特権を取得する者は、同法第三三十八条一項の定めるところにより、右工事を始める前に予かじめその費用の予算額を登記することによつてその効力を保存しうるものとされているため（建物を新築する場合の登記手續については不動産登記法一三六条ないし一四〇条に定めるところによる）、たとえ不動産の工事を原因として生じた債権であつても、それが登記されておらず、あるいはすでに工事を始めた後にその登記をしたとしても、第三者との関係においてはもとより、当事者間においてもその効力を有しないと解するのが相当である（大審院大正六年二月九日判決民録二三輯二四四頁、同院

昭和九年五月二日判決法律新聞三七〇三号一〇頁参照)。これを本件についてみるに、本件記録に編綴されている本件家屋の登記簿謄本によると、相手方がその主張にかかる本件家屋の工事を原因として生じた債権につき何らの登記をもしていないことが認められ、他に右登記の存在することを認めるに足る証拠はない。したがって、相手方はその主張にかかる不動産工事を原因として生じた債権につき先取特権を有することを原告人に対しても主張することができない。」

③ 東京高等裁判所昭和 60 年 11 月 21 日判決（金融法務事情 1119 号 46 頁）

「控訴人が民法三三八条一項所定の登記手続を履践することを妨げる行為に出るなどして、ことさらに控訴人の造成工事による増加額についての控訴人の権利の保全を妨害し、もつて、右増加額からも自己の債権の回収を図ろうとした等の事情が存する場合は格別、かかる事情の認められない本件にあつては、右増加額が被控訴人に配当されることになるとしても、それは、専ら、控訴人が右三三八条一項の定める登記をせず、自らの権利の保全を怠つたことの反射的結果であつてもとより適法というほかなく、……」

なお、この東京高裁判決は、原審の浦和地方裁判所昭和 59 年 12 月 26 日判決（判タ 549 号 223 頁）の次のような判示を引用している。

「ところで、民法三三八条一項は、『不動産工事ノ先取特権ハ工事ヲ始ムル前ニ其費用ノ予算額ヲ登記スルニ因リテ其効力ヲ保存ス』と規定し、この規定は不動産工事の請負人等が工事の費用について先取特権を取得するには、その工事開始前にその旨の保存登記をすることを要し、工事着手後にその登記をしても効力を生じない旨を定めたものと解するのが相当である。しかし、被告のなした本件仮登記は、前記のとおり、工事着工後になしたことが明らかであるから、右工事費用につき先取特権の効力を生ずるに由なく、したがって、被告は原告の本件抵当権に優先して右工事費用の配当を受ける権利を有するものではないといわざるを得ない。」

④ 仙台高等裁判所昭和 62 年 5 月 28 日判決（金融法務事情 1162 号 85 頁）

「控訴人は、被控訴人らの右交付金の受領が『法律上の原因のない利得』

にあたり、不当利得が成立する理由として、控訴人が本件不動産について民法三二七条所定の不動産工事の先取特権を有していたのに被控訴人らはこれを見做して配当を受けた旨主張する。

しかし、民法三三八条によれば、不動産工事の先取特権は工事を始める前にその費用の予算額を登記しなければ、これをもつて第三者に対抗することができない旨定められており、控訴人が右のような登記を経ていなかったことは前記のとおりであるから、控訴人が右不動産工事の先取特権をもつて被控訴人らに対抗できず、従つて被控訴人らが本件不動産の抵当権の効力に基づいて、控訴人に優先して競売代金のうちから弁済を受けたとしても、それは法律上定められた優先順位に従つて弁済がなされたというにすぎず、これをもつて控訴人主張のごとく被控訴人らが控訴人の先取特権を見做した配当を受けたものということとはできない。

控訴人は、被控訴人らはいずれも本件不動産について控訴人が宅地造成工事をなす以前から抵当権を有しており、また宅地造成工事をなすについて同意を与えていたものであり、同工事により本件土地の価値が増加することを十分予想し得ていたものであるから、控訴人は登記なくしても右先取特権を被控訴人らに対抗できる旨主張する。そして被控訴人らがいずれも本件不動産について控訴人主張の宅地造成工事がなされる以前から抵当権ないし根抵当権を有していたものであるところ、訴外会社が本件不動産について造成工事を行なうに際して、開発行為の施行（ママ）に同意する旨の同意書の交付を被控訴人らに依頼したので、被控訴人らが右内容の同意書を訴外会社に交付したことは被控訴人らの認めるところであるが、右事実があつたにしても、控訴人主張のごとく登記なくして右先取特権を被控訴人らに対抗することができるものとは解されないし、他に登記なくして右先取特権の対抗を認めなければ、先取特権を認めた法の趣旨に悖るような格別の事由のあつたことを認めるに足る証拠もない。」

4 検 討

(1) 先取特権制度の概観

先取特権は、法律に定められた一定の債権につき、債務者の財産から、他の債権者に先だって自己の債権の弁済を受けることのできる法定担保物権である(民法 303 条)。民法が、このように、一定の債権について「先取特権」として優先弁済権を与えた根拠は、一般に、①当事者の意思の推測、②当事者間の公平の実現、③公益的乃至社会政策的理由に基づくものであると説明されるが、すべての先取特権についての統一的な根拠付けは困難で、個別の先取特権制度毎にこの制度目的等を検討する必要があるとされている。

そして、不動産の先取特権には、①不動産保存の先取特権、②不動産工事の先取特権、③不動産売買の先取特権の3種があり、これらの先取特権の制度理由は、「債務者にその不動産を取得せしめまたは債務者所有の不動産の経済的価値を維持乃至増加せしめるものであるから、債権者にかかる不動産の上の先取特権を与えるのが公平の趣旨に適うものである」とされており、そのうち、不動産工事の先取特権については、「主として建築業者を保護することによって建築を容易ならしめようとする点」にあり、「債権者の行為(不動産の工事)によって新たにその不動産が債務者の財産に加わり、あるいは既存の不動産の価値が増加したのであるから、その債権について、かかる工事によつて増加した価値の上に先取特権を与えるのが、公平の原則にかなうものと考えられる」とされている(前掲『注釈民法(8)』162頁)。

(2) 不動産工事の先取特権を定める民法の規定

不動産工事の先取特権に関する民法の規定を見ると、同法第 327 条 1 項は、「不動産の工事の先取特権は、工事の設計、施工又は監理をする者が債務者の不動産に関してした工事の費用に関し、その不動産について存在する。」と定め、同法 2 項は「前項の先取特権は、工事によって生じた不動産の価格の増加が現存する場合に限り、その増価額についてのみ存在する。」と定めている。また、同法 338 条 1 項は、「不動産の工事の先取特権の効力を保存するために

は、工事を始める前にその費用の予算額を登記しなければならない。この場合において、工事の費用が予算額を超えるときは、先取特権は、その超過額については存在しない。」とし、同法 339 条は、「前二条の規定に従って登記をした先取特権は、抵当権に先立って行使することができる。」としている。

効力要件説は、上記 3 条を併せて、不動産工事の先取特権の成立について定めたものと理解するのに対して、対抗要件説は、民法 327 条で不動産工事の先取特権の成立について定め、同法 338 条 1 項前段と同法 339 条でその対抗要件を定めたものと解していることになる。

なお、民法 338 条 1 項は、従来、「不動産工事ノ先取特権ハ工事ヲ始ムル前ニ其費用ノ予算額ヲ登記スルニ因リテ其効力ヲ保存ス但工事ノ費用カ予算額ヲ超ユルトキハ先取特権ハ其超過額ニ付テハ存在セス」と定められていたのが、民法の現代語化が行われた平成 16 年法第 147 号改正で、上記のような構文と内容に変更されているが、これが不動産工事の先取特権の登記の効力についての法の態度を明らかにしたものかどうか、文言だけでは明らかではない。

しかしながら、不動産工事の先取特権については、平成 15 年の担保法改正の際、不動産工事の先取特権を工事着手前に登記することは困難であり、請負人の工事代金債権を確保する制度としては不十分であるとの指摘があったため、工事後直ちに登記することによって主張することを可能にする法改正が検討されたが、工事開始後に発注者の業況等が悪化した場合に割高な費用額が登記される可能性があることなど、抵当権者に不測の損害を与えるおそれがあることや、上記内容に留まる改正では不十分であるとして不動産工事の先取特権者の登記単独申請を認めるべきだとの意見が出て検討問題として残ったことなどから、その改正が見送られたという経緯があり（日本弁護士連合会「民事訴訟法、（新）人事訴訟法、担保・執行法 改正のポイント 2004 年 2 月」）、平成 16 年法第 147 号改正による民法 338 条 1 項の構文および内容の変更が、上記のような不動産工事の先取特権の登記の効力についての内容的変更を含むものとは考えがたい。

（3）不動産工事の先取特権活用の必要性

不動産工事の先取特権が実際に利用されることは稀であり、そのことには、受注競争が厳しい建設業界で、建築業者がこの権利を主張することが憚られるという事情や、住宅ローン等の融資制度が整備されている昨今、不動産の先取特権を行使しなければならない必要性が薄いという事情も影響しているようである（加藤木・前掲「不動産工事・保存の先取特権」27頁）。

しかしながら、建設工事の請負契約締結後に突然、予定されていた融資の途が絶たれたり、信頼していた発注者の資産状態が急に悪化したりすることは、ままあることであり、このような場合に、不動産工事の先取特権によって、工事を施工した建設業者の請負代金債権の回収を図ることができれば、不動産工事の先取特権が法定担保物権として定められたことの意義が、まさに発揮されることになるのである。

ところが、建物の建築工事は、着工時までに工事費予算額が決定していない場合が少なくなく（加藤木・前掲「不動産工事・保存の先取特権」33頁注（10））また、後記のとおり不動産工事の先取特権の登記の手続は、やや特殊で煩わしい面もあって、上記のような不測の事態に備えて、工事着手前から不動産工事の先取特権の登記をすることが通例となるようなことは、現実的にはあまり考えられず、工事着手後に登記された不動産工事の先取特権が全く効力を生じないとすれば、この担保物権は、実際には、上記のような工事代金の支払不安には対応できないものとなって、これが法定担保物権として活用される場面はほとんどなくなってしまうことになる。

（4）学説・判例の位置づけ

学説は、従来、効力要件説が主流であったといえるであろう。

そして、これは、主として、この先取特権は登記されることによって、既に登記されている抵当権にも優先する効力を有することから、不動産工事着工前に工事予算額の登記をせずに工事完成後の登記でもって、既に当該不動産に設定されている抵当権等に優先する効力を主張できるとすると、抵当権が常に当該担保物件の現在価値（交換価値）を支配する権利であるとの本質を否定することになることや、このような行為が許されるとすれば、債務者と工事請負業

者との共謀により既存の抵当権者の優先弁済権を実に容易に排除できるという危険性が存していることを理由とするものと思われる。

しかしながら、不動産工事の先取特権は、工事によって生じた不動産の増加が現存する限り、その増価額についてのみ存在するのであるから（民法 327 条 2 項）、抵当権等の設定後に不動産工事先取特権が成立しても、抵当権者の予測した優先弁済額は、これによって影響を受けず、これらの者との関係で、不動産工事の先取特権に工事着手前の登記を要求する意味はあまりなく、他方、この先取特権成立後に抵当権等の設定を受けた者に対しては、通常の対抗関係で考えれば十分であるなどとして、効力要件説に疑問を差し挟む学説が多数となっており（高島平蔵『物的担保法論Ⅰ総論・法定担保権』〔成文堂、1987 年〕214 頁）、我妻・前掲 98 頁、西原・前掲 220 頁）、さらに、これを、立法論としてではなく、明確に解釈論として主張する学説も少なからず存在する（中川善之助＝兼子一編『不動産法大系Ⅱ担保〔改訂版〕』〔青林書院新社、1977 年〕41 頁〔石田喜久夫執筆〕）。

判例は、前記 3(1)①の大正 6 年 2 月 9 日と②の昭和 9 年 5 月 21 日の各大審院判決は、不動産工事の先取特権の工事開始前の登記を、効力発生要件と解していた。

しかし、同(2)①の昭和 42 年 12 月 14 日東京高裁決定と④の仙台高等裁判所昭和 62 年 5 月 28 日判決は、不動産工事の先取特権の登記を第三者対抗要件と解し、しかも、上記東京高裁決定は、理由を詳細に述べた上で、これを効力要件と解する必要はないとし、登記のない不動産工事の先取特権でも債務者との関係では競売を申請できるものとしている。

他方、②の東京高裁昭和 44 年 11 月 28 日決定と③の同裁判所昭和 60 年 11 月 21 日判決は、着手前の登記を不動産工事の先取特権の効力要件と解しているが、その論拠は示されていない。

(5) 問題の分析と検討

ア 問題の所在

不動産工事の先取特権の登記を効力要件と見るか対抗要件と見るかは、ひと

つには、登記のされていない不動産工事の先取特権で競売を実行できるかどうかの問題として現れる。前記3(2)①及び②の判例が、この問題を扱った判例である。

また、この効力要件説と対抗要件説の対立は、登記が工事着手前になされなければ、先取特権は効力を生じない（あるいは成立しない）と考えるか、それとも、工事着手後に登記された先取特権は登記前の抵当権者に対抗できないのは当然として、登記後に生じた抵当権者等の第三者に対する対抗力は認めることができるかという問題としても現れる。前記3(2)③及び④の判例は、この関係での判例である。

そして、後者の問題が、不動産工事の先取特権の登記の効力を直接検討する問題であり、前者の問題は、いわば、後者の問題で辿り着いた結論の適用といってよいであろう。

イ 不動産工事の先取特権の登記手続

不動産工事の先取特権は、工事をした者を登記権利者、不動産所有権の登記名義人を登記義務者として、共同申請によって行われる。

そして、建物が新築される場合は、建物が未だ存在しないため、申請書に、設計図に定めた建物の種類・構造・床面積、建物を建築する敷地の地番、工事費用の予算額・弁済期を記載し、設計図・図面を添付して申請することになり、登記についても、未だ登記簿は存在しないのであるから、新築すべき建物を表示する表題部を作成した上、甲区欄に登記義務者の表示と不動産工事の先取特権保存の登記により登記する旨を記載し、乙区欄に不動産工事の先取特権保存の登記をし、建物完成後、建物所有者が遅滞なく、建物の表示の登記と所有権保存登記を申請し、これを受けた登記官は、建物の表示の登記と所有権保存の登記をし、先取特権保存の登記の際に記載された表題部の表示の登記と甲区欄の不動産工事の先取特権の際に記載された登記義務者の表示と不動産工事の先取特権保存の登記により登記する旨を記載朱抹することになる。

なお、先取特権の登記につき、広島高裁松江支部平成5年4月26日決定（判時1457号104頁）は、このように、建物が未だ不動産として存在していな

い段階において、担保物権に関する登記が認められるのは、不動産登記法上、他に例を見ない唯一の例外といえるが、建物新築工事の前に不動産工事の先取特権の登記をしても、それは将来の建物の完成とともにその建物の上に適法に行行使できる先取特権を保全するものにすぎず、登記のときに先取特権が成立するものではなく、したがって、建物新築の場合に不動産工事の先取特権の保存登記のみが記載されている登記簿の謄本は、新築予定建物が完成したときに請負人が完成した建物につき先取特権を取得することを証明するものに止まり、先取特権が存在することを証明するものではなく、結局、建物が完成した後、その建物について表示登記がなされたときに、初めて先取特権の登記となるのであると説明している。

これに対して増築や付属建物新築工事の場合は、既存建物の登記の表題部に増築後の建物や付属建物の表示の登記をし、乙区欄に不動産工事の先取特権保存の登記をすることになるが、この登記も、工事の進捗によって建物の価値が増加した場合に、その増価部分に次第に不動産工事の先取特権が成立していくことになるのである。

ウ 工事着手後に登記された不動産工事の先取特権と第三者

(ア) 対抗要件説の相当性

前述のとおり、効力要件説を採る判例・学説は、その実質根拠として、①効力要件と解さなければ、ほぼ出来上がった完成前の家屋に抵当権を設定した者が、その後の工事費の登記によって優先されるという弊害が生じること、②不動産工事の先取特権は、登記の前後にかかわらず抵当権者や質権者に優先するのであるから、もし、工事完成まで何時でも登記することが出来るとすれば、債務者と相通じて不正の登記をするおそれがあることを挙げている。

しかしながら、このように、不動産工事の先取特権の登記を工事着手前にすることを要求した趣旨が、優先される抵当権者等の権利を不当に侵害されないためであるとすれば、対抗要件と解しても、その趣旨は十分に生かされるのであって、これを効力要件として、登記後の抵当権者等第三者にまで先取特権を主張できないものとしなければならない理由は出てこない。

また、効力要件説は、その論拠となる文言解釈として、①民法 338 条 1 項後段が、「先取特権は、その超過額については存在しない」としていること、②民法 338 条 1 項前段が、登記につき「効力を保存する」としていることを挙げている。

しかしながら、①については、民法 338 条 1 項但書は、被担保債権額について定めているに過ぎず、この文言から、不動産工事の先取特権そのものの効力発生要件を読みとることは難しいというべきであり、②については、「保存する」との文言は、既に不動産工事の先取特権が発生していることを前提としているということができ、また、「効力」とは対抗力を意味すると理解することもでき、さらに、前述のとおり、民法 339 条の「前二条 (337 条, 338 条) の規定に従って登記をした先取特権」という文言は、「前二条の規定」に従わずに登記した先取特権や登記のない先取特権の存在を予想しているように読めるとの指摘もあり、少なくとも、不動産工事の先取特権の規定には、その登記が効力要件か対抗要件かを定める決め手となるような文言は存在しないといわなければならない。

効力要件説は、不動産工事の先取特権が登記されると、既登記抵当権にも優先する効力を有することからして、そもそも対抗要件主義の例外となっているとも主張するが、不動産工事の先取特権の上記優先弁済権が対抗要件主義の例外であるとしても、これによって不動産工事の先取特権の登記が対抗要件主義の外に出るとするよりも、例外は上記優先弁済権に留まるものとし、先取特権は法定担保物権であり、その要件を充足した時点で登記なき先取特権が成立するとして、なお、対抗要件主義の原則の適用があると解するのが相当というべきであろう。

(イ) 対抗要件説の検証

上記のとおり、不動産工事の先取特権の登記の効力については、対抗要件説が相当と考えるが、前述のとおり、新築工事の場合、不動産工事の先取特権は、新築すべき建物を表示する表題部を作成した上で、甲区欄に登記義務者を表示し不動産工事の先取特権保存の登記により登記する旨を記載し、乙区欄に不動

産工事の先取特権保存の登記をするという形でなされ、建物完成後、建物所有者の申請により、建物の表示の登記と所有権保存登記がなされることになるので、新築工事の場合は、抵当権設定契約その他の物権契約が、どの段階でなされようとも、その登記は、所有権保存登記がなされた後になされることになり、結局不動産工事の先取特権の登記に遅れることになる。

そこで、建物新築の場合について、工事着手後に登記された不動産工事の先取特権と第三者の関係につき、ケースを分けて、上記立場が相当性を欠くものでないかどうか、検証してみる必要がある。

工事着手後に、不動産工事の先取特権の登記がなされた場合、これと、抵当権設定との先後関係には、次のようなパターンが考えられる。

- ① 不動産工事の先取特権の登記が、工事着手後、建物完成前になされた場合
 - i 抵当権設定契約が、この登記の前に締結されたとき
 - ii 抵当権設定契約が、この登記の後、建物完成前に締結されたとき
 - iii 抵当権設定契約が、建物完成後に締結されたとき
- ② 不動産工事の先取特権の登記が、建物完成後になされた場合
 - i 抵当権設定契約が、建物完成前に締結されたとき
 - ii 抵当権設定契約が、建物完成後、この登記の前に締結されたとき
 - iii 抵当権設定契約が、この登記の後に締結されたとき

そのことを前提に考えるに、上記① ii・iiiと② iiiのケースは、どのように理論構成するにせよ、いずれも抵当権設定契約が不動産工事の先取特権の登記の後に締結されているのであるから、これが同先取特権に劣後するものとしても、問題はないであろう。

問題は、① i と② i・iiのように、抵当権設定契約が、不動産工事の先取特権の登記より前に締結されているケースである。

このうち、① i のケースは、抵当権設定契約が、未だ建物完成前（正確には、物権の対象としての独立性を備える前であるが、ここでは便宜上、建物完成前としておく。）になされ、これが債権関係に留まる段階で、不動産工事の先取特権の登記がなされ、その将来の優先弁済的効力が保存されているのであるから、

物権関係として考えれば、所有権保存登記がなされたときに、この不動産工事の先取特権に対抗力が生ずるとすることは相当といえるであろう。

次に、② i のケースは、抵当権設定契約締結後、建物が完成して、抵当権が物権として成立した後に、不動産工事の先取特権の登記がなされているのであるが、この抵当権設定契約自体は建物が未完成の段階で締結されており、その建築について請負代金請求権が発生していることを認識しているのであるから、これに法定担保物権としての不動産工事の先取特権を優先させて、同様に対抗力を認めることも、なお、相当といえるであろう。

② ii のケースは、建物完成後に抵当権設定契約が締結され、即時に抵当権が物権として成立しているのであるから、その後登記された不動産工事の先取特権が優先することを当然と見ることができる訳ではないが、他方、目的不動産の保存登記がなされる前の、登記を有しない抵当権者の方を優先させるべきだともいえず、結局、不動産工事の先取特権を法定担保物権とした法の趣旨に鑑みれば、このような先取特権の登記に、同様の対抗力を認めることも、あながち相当性を欠くものではないというべきであろう。

なお、この点について、坂本武憲「建築工事代金の確保——物権理論の変遷の中での展望」(米倉明ほか編『金融担保法講座Ⅳ 質権・留置権・先取特権・保証』〔筑摩書房、1986年〕384頁)が、「同じく所有権や他物権を掣肘する権利として認められる担保物権であっても、それを法律行為によって取得する場合と法律のみによって取得する場合とでは取得の効力は自ずと異なるというべきである。そして、後者では何らの要件なく取得を総ての者に対抗し得るものとし、ただ法が定める一定の期間内に単独申請でなしうる登記をしなければ権利が消滅するという意味で、登記を権利保存の要件として考えるべきではなかろうか。したがってここで問題の先取特権についても、請負人は法律に基づいて総ての者に対抗しうる形でこの権利を取得し、ただ工事完成後の一定期間内に登記がなされない時にはこの権利が消滅するという方向で、諸規定の改正がなされるのが最も望ましいであろうと思う。」としているのは、傾聴に値する。