

物権変動論からみた改正不動産登記法

不実登記への対応を中心に

多田 利隆

- 一 はじめに
- 二 改正不動産登記法と不作為型不実登記
 - 1 物権変動論と不作為型不実登記
 - 2 オンライン申請導入の影響について
 - 3 不作為型不実登記中心の物権変動論のあり方について
 - 4 画一的・定型的取り扱いの修正・緩和という視点
- 三 作為型不実登記への対応と物権変動論
 - 1 登記識別情報及び登記原因証明情報
 - 2 登記原因証明情報制度と意思主義の内容見直しとの関係
 - 3 物権変動論への影響
 - 4 中間省略登記の取り扱いについて
 - (1) 東京地裁平成19年6月15日判決及び東京高裁平成20年3月27日判決
 - (2) 第三者のためにする契約及び買主の地位の譲渡
- 四 結びに代えて - 登記に対する信頼保護との関係 -
 - 1 積極的公信力と消極的公信力
 - 2 94条2項類推適用論の問題点と公信力立法論

一 はじめに

本稿は、改正不動産登記法（平成16年法律第123号、同17年3月7日施行）と民法学における不動産物権変動論との関わりについて考察を試みたものである。不動産物権変動論（以下、単に「物権変動論」とする。）が登記の実態と深い関わりを持っており、従来の物権変動論も、わが国の登記法制及び登記実務並

びに国民による利用実態や意識を踏まえて展開されてきたことは改めていうまでもないであろう。平成16年に、およそ百年ぶりという不動産登記法の大改正（旧法を全面的に改正する全部改正という形式がとられている）が行われた。それは、わが国の登記制度の大幅な実質的変更を伴うものであり、その影響が、登記對抗要件主義を定めた民法177条やそれと不可分の関係にある意思主義を定めた同176条をめぐる解釈論、あるいは、登記に対する信頼をどのように保護すべきかをめぐる議論など、いわゆる物権変動論に対しても及ぶことは不可避であろう。不動産登記法の改正を受けて、従来の物権変動論はその前提としてきた登記についての認識を見直す必要がないのか否か、見直すとしたらそれはどのような点なのか。また、逆に、今回の改正に対して物権変動論がその内容に少なからぬ影響を与えた事実があるとすれば、それを確認し検証することが、改正不動産登記法の理解を深めその運用や適用の指針を明らかにするために有益ではないだろうか。本稿は、そのような問題意識から、この両者の関係について考察を試みたものである。⁽¹⁾

平成16年改正法の大きな特徴のひとつは、登記制度の理念の中でも、特に登記の真正さを維持し高めることを重視しているという点である。たとえば、改正の趣旨については、「高度情報化社会の進展に鑑み、登記の正確性を確保しつつ国民の利便性の一層の向上を図るために、条文の現代語化のほかに、オンライン申請の導入、磁気ディスク登記簿への規定の一本化、地図の電子化など実質的な改正が盛り込まれている」と説明されている。⁽²⁾ 登記の電子化が利便性向上を主な目的としていることはいうまでもないが、同時に、登記の正確性を確保することも重要であり、この二つを両立させともに充実させることが改正の目的であったということである。しかも、正確性の確保については、後に見るように、単に電子化に対応した措置を導入するにとどまらず、電子化を機会にこの理念をより積極的に推進できる登記実務や取引慣行を実現しようという意図が込められており、それが今回の改正法の大きな特徴をなしている。

登記の正確性あるいは真实性の確保というのは、真の権利関係と登記内容の食い違いすなわち広い意味での不実登記の防止ということになるであろう。そ

して、従来のわが国の物権変動論が検討の対象としてきたのは、「対抗」にせよ「公信」にせよ、その多くがそのような不実登記の問題場面である。したがって、以下では、改正法の重視している課題と物権変動論の想定している問題場面とが重なり合っている不実登記を軸として、両者の関係を考察することにする。⁽³⁾

なお、本稿は、平成20年10月4日に開催された日本土地法学会主催のシンポジウム「不動産物権変動と登記のオンライン・システム」(『土地問題双書』(有斐閣)に掲載予定)において、「物権変動論から見たオンライン・システム」というタイトルで行った報告原稿に大幅に加筆修正を施したものである。当時の報告内容とはかなり異なる内容となっているが、このような形で紀要に掲載することについては日本土地法学会に了承していただいた。そうした経緯もあり、今となっては公表が時機を失した感を否めないのであるが、物権変動論に軸足を置いた考察としてなお意義を持ちうるのではないかと考え、改めて論説として公表する次第である。

- (1) 平成16年の不動産登記法改正と物権変動論との関係については、改正前の平成15年10月12日に、日本私法学会・拡大ワークショップにおいて、七戸克彦教授による「不動産登記法の改正 - その物権変動論に及ぼす影響について」という報告が行われ意見交換がなされたところである(登記情報502号4頁以下(2003年)に同タイトルの論稿が掲載されている。また、拡大ワークショップの概要については私法66号106頁以下(2004年)に紹介されている)

ただ、その際には、平成15年7月1日に法務省が公表した「電子情報処理組織を使用する方法による申請の導入等に伴う不動産登記法の改正に関する担当者骨子案」の内容が主に俎上に上げられるにとどまり、物権変動論に軸足を置いてより一般的な見地からこの問題に触れることはほとんどなされなかったのではないと思われる。

- (2) 多くの文献の中で改正法の趣旨の説明として同様の内容が述べられているが、この部分は、鎌田薫・道垣内弘人・安永正昭・始関正光・松岡久和、山野目章夫、河合芳光、齋木賢二「不動産法セミナー(第1回)不動産登記法改正」ジュリスト1289号134頁(河合発言)(2005年)から引用したものである。
- (3) 不実登記をめぐる判例については、七戸克彦教授による詳細で網羅的な整理と分析がある。七戸克彦「不動産物権変動における公示の原則の動揺・補遺(1)~(10)」民事研修604号(2007年)~613号(2008年)

二 改正不動産登記法と不作為型不実登記

1 物権変動論と不作為型不実登記

不実登記のタイプのひとつは、物権変動が生じたにもかかわらず登記手続きが取られないために真の権利関係と登記の記載との間に齟齬が生じているという場合である。以下では、そのような不実登記を不作為型不実登記と呼ぶことにする。

不作為型不実登記は、民法典が意思主義（176条）と対抗要件主義（177条）を採用し、登記への動機付けを「対抗できない」という不利益負担の危険性に委ねていることから半ば不可避免的に生じるものである。しかし、それが解釈論上重要な問題となるか否かは、実際に物権変動と登記との間隙から「第三者」と例えば第二譲受人が現れて、物権を取得した者の地位がそれによって覆ってしまう事態がどれだけ生じるのかによって左右される。その点について、かつてのわが国の物権変動論は、そのような事態は少なからず生じるという認識を前提に、二重譲渡を基本モデルとして、不作為型不実登記への対応を論じることにより力を注いでいた。民法177条の適用範囲すなわち登記がなければ対抗できない物権変動及び第三者の範囲をめぐる論点の多くはこれに属するものである。⁽⁴⁾

このように、不作為型不実登記の発生を半ば所与のものとして、それを前提に解釈論が展開されてきたのは、そこに次のような要因が作用していたからであろう。第一に、176条の意思主義は「口約束だけでも所有権が移転する」という簡便な方法による物権変動を認めるものであると受け止められていたこと。そのような意思主義の下では、物権変動が生じたにもかかわらず登記はまだ移転しておらず、その間に二重譲渡がなされるような事態を広く想定することができる。第二に、わが国では登記慣行がなかなか定着しないという認識が一般的なものとなっていたこと。つまり、登記制度の現状に即して考えれば、不作為型不実登記の発生は希ではなく、しかも、登記の有無による決着を貫徹することは社会通念に照らして妥当性を欠くことが少なくないと受け止められていたということである。たとえば、我妻博士は、「公示の原則の動揺」と称する論文の中で、「不動産物権変動をことごとく公簿の上に反映せしめんとす

る理想」に「近づけしめんとする態度で解釈論を構成することは今や断念するの他はな」いとされ、具体例として、民法177条の「第三者」の範囲に関する制限説をあげられている。すなわち、制限説は、「登記をもって個々の物権取引における安全を保持せんとする制度と観念し、従って、互いに衝突する物権変動の優劣を決定する標準たるにすぎざるものとなさんとするもの」であるとされている。⁽⁵⁾この部分は、主に利用権保護のための「公示の原則の後退」について述べられたものであるが、この中では、不動産物権変動を正確に登記に反映させようとしてもわが国の登記慣行の下では無理であり、したがって、177条の第三者の範囲に関しては、登記が「互いに衝突する物権変動の優劣を決定する標準」となるかぎりにおいて第三者性を認める方向にならざるを得ないという考え方が示されている。第三に、第二点とも関連するが、不作為型不実登記に対して177条をそのまま適用することは、不動産の利用利益保護の要請と衝突すると考えられてきたことを指摘することができるであろう。引渡しを受けて現実に土地・建物を利用していながら登記は得ていないという状況は、不動産の利用利益と第三者の取引利益との調節の場として解釈論上重要な意味を持っていたのである。このような、利用利益との関係における登記の公示力の相対化は、たとえば、二重譲渡における第一買主が現実に目的物を居住または事業のために利用していた場合に、それを知りつつ譲り受けた第二譲受人は背信的悪意者に相当すべきであると解する有力説や、⁽⁶⁾177条に組み込まれている登記に対する信頼保護の要素を登記の公信力という法律構成に高めるべきことを説きつつも、第三者の善意無過失要件に関しては現地検分を重視する公信力説⁽⁷⁾の中にも認めることができる（利用利益との関係における登記の公信力の相対化ということになるであろう）。

- (4) たとえば、取消しと登記、解除と登記、相続と登記（共同相続と登記、遺産分割と登記、相続放棄と登記）、質貸借と登記、第三者の善意・悪意の問題あるいは背信的悪意者排除の法理等、いずれも、実質的権利関係においては物権が変動しているにもかかわらず登記がそれに伴っていない場合の問題である。
- (5) 我妻栄「不動産物権変動における公示の原則の動揺」『民法研究 物権』（有斐閣1966年）5頁以下（初出は、法協57巻1号18頁以下（1939年））。

- (6) たとえば、広中俊雄『物権法 第2版補訂』(青林書院 1987年)103頁、水本浩「不動産物権変動における利益衡量」『我妻栄先生追悼論文集 私法学の新たな展開』(有斐閣 1975年)269頁以下。
- (7) 公信力説に関する論稿は多数にのぼるが、たとえば、篠塚昭次『民法セミナー 物権法A』(敬文堂 1970年)148頁以下、同「物権の二重譲渡」『論争民法学1』(成文堂 1970年)14頁以下(初出は法学セミナー1965年8月号(1965年)),篠塚昭次・月岡利男「対抗問題の原点」登記研究270号,271号(1970年)等。
- 登記の公信力立法論の中でも、たとえば、幾代通博士は、現地検分を介して現実の利用を知り得た場合には「無過失」要件を満たさないとされており、この点では公信力説と一致する。幾代通「不実登記と公信力 ひとつの立法論」名大法政論集2巻1号1頁以下(1955年)

2 オンライン申請導入の影響について

このように、不作為型不実登記を半ば所与のものとして展開されてきたという状況は、これらに続く時期の物権変動論においても特に変わることなく、基本的には今日まで維持されているということができよう。改正不動産登記法は、そのような状況に対して何らかの影響を及ぼすのであろうか。まず思い浮かぶのは、オンライン申請の導入によってこのタイプすなわち不作為型の不実登記が減少するのではないかということである。

オンライン申請の利用状況は、制度発足当初は申請件数はごく少なかったが、ここ数年間急激に増加している。⁽⁸⁾ オンライン申請の件数と書面申請の件数を合計した数が以前よりも大幅に増えているならば、オンライン申請の導入によって以前よりも登記が励行され不作為型不実登記が減少する傾向にあると見ることもできるかもしれないが、登記総数はいろいろな社会・経済状態によって規定されるから、簡単にはそのように結論づけるわけには行かない。むしろ、以下のような事情を考慮すると、少なくとも短期的(たとえば10年以内)には、オンライン申請の利便性によって目立って不作為型不実登記が減少するということにはならないのではないかと思われる。⁽⁹⁾

それは、登記申請のための端末操作、電子署名とか添付情報の取り扱い等、一般市民にとってはまだ技術的なハードルがかなり高いということもあるが、最も決定的なのは、登記申請が不動産取引の一環であり仕上げに相当するプロセスであるだけに、その手続きには実体的な権利関係も含めた法的な知識の裏

付けが不可欠であり、また、当事者の心理として、専門家の手を借りて不安や危険を除去しようとするのが通常であろうという点にある。専門家の手を借りるということになれば、当事者にとってはオンライン申請であろうが書面申請であろうがたいして違いはなく、登記手続きするか否かは、むしろ、それに伴う面倒さや経済的負担（登録免許税や司法書士への謝礼）いかにかかってくるであろう。

さらに根本的な理由は、今日のわが国では、取引による不動産物権変動特に売買、担保権設定等については、登記慣行はすでに定着しており、オンライン申請によって少なくともそれらの物権変動類型について登記の率が高まる余地はあまり残されていないのではないかということである。そして、このことは、従来の物権変動論の立脚点が現在でも維持されるべきものなのか否かについて、重大な疑問を投げかけるものでもある。

- (8) 開始年度である17年度はごくわずかであり、平成18年は全国で1,122件にとどまっていた。しかし、平成20年になると1,022,347件に達し、21年が1,620,100件、22年が2,699,594件と大幅な増加が続いている。（法務省ホームページより）

この点については、すべての登記所のオンライン庁指定が完了したことのみではなく、改正法施行後の様々な施策が効を奏してきたことが推測される。たとえば、平成20年の不動産登記令及び不動産登記規則の一部改正により、オンライン申請の阻害要因が一定程度解消されるまでの当分の間の措置として、添付情報（登記識別情報を除く）が書面に記載されているときは当該書面を登記所に提出する方法によって添付情報を提供することが可能とされたこと、登記識別情報についても、PDFファイル化したものを申請情報と併せて送信することで提供できるようになったこと、また、平成19年の租税特別措置法の改正で、電子申請によるときの登録免許税が、平成20年1月から、2年間の時限的措置ではあるが10%（ただし上限5000円）減額されたこと等である。

また、法務省は、処理性能の向上、拡張性の確保、環境設定の簡素化、ユーザーの利用形態に応じた申請方法の提供などを盛り込んだシステムとして、「登記・供託オンライン申請システム」（新オンラインシステム）を整備し、平成23年2月14日から、その新しいシステムの運用が開始された。新オンライン申請システムについては、井上克巳「新オンライン申請システムについて」登記研究757号9頁以下（2011年）、大野静香「オンライン登記申請が新しいステージへ～登記・供託オンライン申請システムの運用開始～」登記研究757号31頁以下（2011年）参照。また、オンライン申請の利用促進のための施策の概要については、小出邦夫「不実登記制度をめぐる最近の動向」登記研究757号1頁以下（2011年）参照。

- (9) 長期的には、特にIT技術の一層の進歩に伴い、自宅のパソコンあるいはモバイル等

からだれもが簡単な操作で、法的な問題のチェックも含めて安全簡便に登記申請ができるようになる可能性は大いにあるであろう。費用負担の軽減を伴えば、不作為型不実登記はかなり減少することが予測される。

3 不作為型不実登記中心の物権変動論のあり方について

1において、従来の物権変動論が不作為型不実登記の発生を所与のものとして、それを主な問題場面として展開されてきたということ、そして、それを導いたものとして3つの要因が考えられることを述べた。また、2においては、オンライン申請の影響に関連して、その第二の要因すなわちわが国では登記慣行が定着していないというのは、もはや実態とは異なっているということ指摘したところである。他の2つの要因についてはどうであろうか。

第一の要因として掲げたこと、すなわち、176条の意思主義は「口約束だけでも所有権が移転する」という簡便な方法による物権変動を認めるものであると受け止められていたために、物権変動が生じたにもかかわらず登記はそのまま、その間に二重譲渡がなされるような事態が広く想定されていたという点については、後に改めて言及するが、フランスの意思主義の実態から日本の意思主義のあり方を見直して、176条の「意思表示」を登記手続きに近い時点に認めるべきであるとする見解が近年では有力となっている。そして、改正不動産登記法は、たとえば次に取り上げる登記原因証明情報制度を介して、そのような状況に近づくことを企図している。もしもそれが実現するならば、第一の要因は適合性を持たなくなるであろう。また、実際の不動産売買においては「売買代金完済時に所有権が移転し、速やかに移転登記手続きを行う」ことが契約条項とされているのがほとんどであることに鑑みれば、現在でも第一の要因は理想的・仮想的なものにすぎないということができるかもしれない。

第三の要因として掲げた、利用利益との関係における登記の公示力の相対化についてはどうであろうか。この点は、今日においても対抗問題にとって考慮すべき重要な要因のひとつであり、近年の最高裁判決の中には、背信的悪意者に該当するか否かの判断に際して実質的にそれを考慮したと解されるものもある。⁽¹⁰⁾ただ、それについて、借地借家法が建物の登記や引渡しを対抗要件と

しているのと同列に登記の公示力の相対化という文脈で捉えるべきではないであろう。

- (10) そのような判決として、最判平成10・2・13民集52 1 65と最判平成18・1・17民集60 1 27がある。前者は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であった場合には、「何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであって、右の譲受人が地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反するものというべきである」としたものであり、後者は、不動産の譲渡を受けた時点において他人が多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識していた場合には、取得時効の成立要件を充足していることをすべて具体的に認識していなくても、背信的悪意者と認められる場合がありうるとしたものである。

これらの事案で第三者に対抗できるか否かが問題となったのは、平成10年判決では通行地役権の設定であり、平成18年判決では所有権の時効取得であって、いずれも取引による所有権取得ではない。取引によって物権を取得して登記ができたにもかかわらず登記をしなかったという事情は認められず、一般的に不作為型不実登記が生じやすいケースであった。

4 画一的・定型的取り扱いの修正・緩和という視点

わが国における「登記になじまない実際取引の実情」を前提として不作為型不実登記を中心に物権変動の当事者と第三者との利益調節を考えるという従来の物権変動論のあり方が適合性を持ち得ないとすると、それに代わるどのような基本的視座を設定すべきであろうか。私見は、民法177条が採用した徹底した定型的・画一的取り扱いの緩和・修正という視点がそれに該当するのではないかと考える。

日本民法典は、登記制度を確立し登記に即した不動産取引秩序を早急に確立しなければならないという強い法政策的ベクトルの作用の下で、敢えて、登記の有無のみによって物権主張の可否を決めるといって、徹底した定型的・画一的な対抗要件主義を採用した。そのことは、不動産登記は「公益にもとづく公示法」であり、その「効を奏する」ためには「絶対的」なものでなければならない。すなわち、登記対抗要件主義は「第三者のために重（原文のママ）に採

た」のであるが、この規定は、登記に対する信頼保護や登記をしなかったことによる不利益負担について私人間の個別的な利益調節を図るものではなく、「公益」を図る規定であるから、「既成法典（＝立法に際して参考にした外国の法典 筆者注）とは趣を異にして」、「第三者の善意とか悪意とか云う形容詞をつけなかった」し、「物権というものは悉く登記しなければ絶対的に効力は生ぜぬ」としたのだという、民法典の起草者の一人である穂積陳重の言葉に端的に示されている。⁽¹¹⁾

しかし、そのような極端な取り扱いは、それを支える強い法政策的要請が後退すれば、具体的妥当性と正義衡平の要請によって修正を被らざるを得ない。すなわち、具体的な事情を考慮する方向で修正されるということである。そして、いかなる事情を考慮すべきかについては、177条を構成している実質的要素に照らして判断される。登記をしなかったことが第三者との関係で不利益を被ってもやむをえない事情に当たるという帰責の要素と、登記に依拠して取引をしたことが保護されるべきであるという登記という人為的な外観に対する信頼保護がそれに相当する。⁽¹²⁾

従来の物権変動論の状況を改めて展望してみると、議論の集中してきた論点は、共通して、立法者意思に沿った登記の有無による定型的・画一的処理が妥当性を保持しえなくなる可能性が高く、それゆえにその修正の必要性が問われる問題である。たとえば、時効と登記や相続と登記においては、真の権利者側が登記をしなかったことについて一般的に帰責事由を想定してよいのかが問われる。また、取消しと登記においては、94条2項の類推適用を説くものと177条の適用を説くものに学説が分かれているが、法律構成は異なっても物権変動の当事者側の帰責事由と第三者側の保護事由の双方を具体的に考慮しようとするものである点では共通している。あるいは、第三者の主観についての単純悪意者排除説の有力化という動向も、信頼保護構成をとるか不法行為その他の構成をとるかの違いはあっても、定型的・画一的取り扱いの修正を背信的悪意者排除からさらに一歩進めるものとして位置づけることができるであろう。現実の利用状況の認識を背信性と結びつけたり、現地検分と善意無過失要件の充足を結びつける二1で取り上げた見解も、現実の利用利益優先という観

点から177条の定型的・画一的取り扱いの修正を説く点において上記のような大きな流れに沿うものであることに変わりはない。

定型的・画一的処理を定めた規定は177条以外にも民法典の中に散在しており、その修正・緩和について検討することは民法学にとってひとつの課題たりうるのではないと思われる。また、外国の立法例も含めて、人為的な権利外観である登記については、不動産登記にかぎらず、程度の差はあれその実質的内容である信頼保護が定型的・画一的になされる例が少なくない。日本民法典の177条を、信頼保護法理に即して法律構成すべきか否かは別として、わが国の物権変動論の共通の課題が上記の点にあることを認識し、それをひとつの基本的な視座として従来の議論を見直し、その成果を解釈あるいは立法に生かしてゆくべきではないかと考える⁽¹³⁾。

- (11) 『法典調査会民法議事速記録 日本近代立法資料叢書1』(商事法務研究会)264頁(穂積秀言)学振版『法典調査会議事速記録』6ノ29表)
- (12) 民法177条を構成している実質的要素については、鈴木祿弥教授によって早くから指摘されていたところである。鈴木祿弥『物権法講義 五訂版』(創文社 2007年)131頁以下参照。鈴木教授の挙げられている、第二買主側の「登記上に記載されていない物権変動は存在しないものとして、乙を無視して行動でき」という要因と、第一買主側の「かれが甲から土地を買い、自己の所有権取得を登記しようようになったのに、それをせずに放置し、自己の権利を擁護する手段を講ずることを怠っていた」という要因は、ちょうど信頼保護における保護事由と帰責事由に相当するのであるが、鈴木教授は、これらは実質的要因にとどまるものとして、177条の「対抗」の法律構成や要件論の中にそれを取り入れることはされていない。
- (13) 筆者は、民法177条は公示方法に特有の抽象的・定型的な消極的信頼保護の規定と解すべきであると考えている(消極的公信力説)。そして、定型的・画一的取り扱いを導いた法政策的な事情が後退するにしたがって、公示方法に対する信頼保護であるという特性を失わない範囲で、帰責事由と保護事由をより具体的に取り扱う方向に変化すべきであり、実際判例・学説はそのように進んできたのではないかと考えている。私見については、多田利隆「民法177条の『対抗』問題における形式的整合性と実質的整合性 消極的公示主義構成の試み (3)」民商法雑誌102巻4号426頁以下(1990年)、同「消極的公示主義と民法177条の適用範囲」『高島平蔵先生古希記念 民法学の新たな展開』(成文堂 1993年)153頁以下、同『信頼保護における帰責の理論』(信山社 1996年)310頁以下、同「不動産取引における信頼保護 民法177条の二面性と信頼保護法理」内田勝一・浦川道太郎・鎌田薫編『現代の土地と土地私法』(有斐閣 2001年)74頁以下等参照。

三 作為型不実登記への対応と物権変動論

これまでみてきたのは、物権が変動したにもかかわらずそれに対応した登記をしなかったという不作為型不実登記であるが、不実登記には、それとは異なり、積極的に虚偽の登記がなされるというタイプがある。不作為型不実登記に対して、作為型不実登記と呼ぶことができるであろう。このタイプの不実登記には、さらに、登記権利者・義務者でない者がそれらを装って(なりすまして)登記申請をする場合と、実際とは異なる登記原因で申請する場合が含まれる。前者については、「なりすまし型」不実登記と称されることがある。後者については、「不実原因型」と呼ぶことにしよう。改正不動産登記法の、「登記の正確性を確保」という目的が具体的な形で現れているのは、この作為型不実登記への対応である。

1 登記識別情報及び登記原因証明情報

オンライン申請制度の導入に伴い、改正法は、作為型不実登記に対処する方法として、登記識別情報と登記原因証明情報の制度を新設した。

登記識別情報とは、「当該登記名義人自らが当該登記を申請していることを確認するために用いられる符号その他の情報であって、登記名義人を識別することができるもの」(2条14号)であり、申請人は、申請情報と併せて登記義務者の登記識別情報を提供しなければならない(22条)。登記識別情報は、登記名義人となった登記申請人に対して登記所から通知されるので(21条)、その登記名義人が登記義務者として登記を申請する場合に登記識別情報の提供を求めることによって、登記名義人本人が申請していることを確認できるものとされているのである。旧法において本人確認の手段として用いられていた登記済証(権利証)(旧35条1項3号、60条)に代わるものである。登記識別情報は、アラビア数字とアルファベットの組み合わせからなる長いパスワードのようなもの(12桁)で(規則61条)、この内容は本人だけが知りうるようになっている。当該申請人があらかじめ登記識別情報の通知を希望しない旨を申し出ることによって通知を受けないこともできる(不通知制度 21条)。

登記識別情報制度は、IT化社会の進展に伴って本人確認の手段として広く

用いられるようになってきている暗証番号制度を不動産登記に導入したものであり、登記済証の偽造・不正使用という危険性を排除して、なりすまし型不実登記の防止に有効に機能することが期待されている。もっとも、本人の管理の仕方いかんによってはそのような目的が十分に果たされない点は、その他の手続きにおける暗証番号と異ならない。また、物ではなく情報であるがゆえに、コンピューターを介した犯罪的行為や操作の誤りあるいはシステムの事故によって逆に外部に容易に流出する危険性もある。この制度の実効性を維持するためには、システムの安全対策を充実させるとともに、一般市民の啓発に努めることも必要であろう。

次に、登記原因証明情報とは、登記原因（登記の原因となる事実又は法律行為 5条2項）を証明する情報であり、権利に関する登記を申請する場合には、申請人は、法令に別段の定めがある場合を除き、その申請情報と併せて登記原因証明情報を提供しなければならないものとされている（61条、施行令7条1項5号口）。そして、申請情報の内容が第61条に規定する登記原因を証する情報の内容と合致しないときには、登記申請は却下される（25条8号旧法49条7号の「申請書に掲げた事項が登記原因を証する書面と符合せざるとき」に相当）。この制度の趣旨は、登記原因が真正なものであることを確認し、登記原因が真実と異なる登記を防止するところにある（不実原因型不実登記の防止）。旧法下でも、登記原因の真正さをチェックする手段として登記原因証書（「登記原因ヲ証スル書面」旧不登法35条1項2号）を提出すべきものとされていたが、登記原因証書はそれを用いて登記済証を作成する機能があり、その機能は申請書副本でも代替可能であったため、申請書副本で登記原因証書に代える便法が認められていた（旧不登法40条）。そのような登記実務及び取引慣行の下では、登記原因を証明するための資料の提出は実質を伴わないことが少なくなかったのである。改正法では、登記原因に関する情報の提供が必須化されたので、そのような便法は認められなくなった。また、従来は登記原因証書を観念できなかった錯誤による更正登記、相続登記、相続による真正な登記名義の回復、取得時効などについても、登記原因証明情報の提供手続きにより拾い上げられることとなった。

登記原因証明情報は、登記官が形式的審査権しか有しないことに照らして、登記原因を登記官が審査することが可能な形で提出する必要がある。したがって、登記原因となる事実や法律行為に該当する具体的事実を示すもの（売買契約書等）と、それにもとづいて権利の変動が生じたことを内容とするものが必要である。具体的に何がそれに該当するのかは、事案に即して個別に判断するほかないが、単に物権変動の態様を簡潔に記したのではなく、物権変動の過程をある程度具体的かつ丁寧に記述したものが必要とされるものと解されている。⁽¹⁴⁾

- (14) 鎌田ほか前掲注(2)70頁以下(鎌田発言)。登記原因証明情報の具体的内容については、たとえば、上記文献65頁以下、司法書士登記実務研究会『新不動産登記法の実務と書式』(民法研究会 2005年)110頁以下、清水響『不動産登記法Q & A』(商事法務 2007年)204頁以下、山野目章夫『不動産登記法』(商事法務 2009年)298頁以下参照。

2 登記原因証明情報制度と意思主義の内容見直しとの関係

登記原因証明情報について注目されるのは、この制度には、単に登記原因の真正さをチェックする作用が期待されているにとどまらず、公示される内容自体の具体化・精密化による公示機能の充実(登記原因証明情報は、登記簿の附属書類として保存され、写しの交付や閲覧を通じてその内容を知ることができる。121条参照)や、登記原因証明情報提供手続きを介して、当事者が取引関係を見直して、後にトラブルがおきないように意思を確認しきちんとした契約書を作成する慣行が定着すること、さらには、契約関係の終局的場面である登記申請に司法書士等が関与して、原因関係を調査・整理し意思を確認して書面化するという専門家の積極的な役割を引き出す効果が期待されているということである。⁽¹⁵⁾ 不動産取引における契約締結を明確な最終的合意の成否にかからしめること、また、その内容の確認について専門家としての司法書士が大きな役割を果たすことが想定されているのである。

物権変動論という観点から見ると、このような方向性は、民法176条の意思主義の内容を見直そうとする近時の学説動向と重なり合うものである。今回

の改正で法制審議会不動産登記法部会長を勤められた鎌田薫教授はそのような理論動向をリードしてこられた方であるから、それが改正法の内容に反映したことは間違いないであろう。鎌田教授は、日本民法典の意思主義・対抗要件主義の継受元であるフランスでは、たとえば不動産の売買契約の成立は、代金も決済するし確定的に所有権を移転する意思も持っているという売買の終局段階で公正証書によって行われていること（意思主義における「意思」は公証人の行為を通じて明確化され証書化された意思であること）また、そのような取引慣行の下では登記原因証書のない不動産売買契約はおよそ存在しないし二重譲渡の生じる余地も現実にはほとんど存在しないことを明らかにされ、わが国においても、不動産取引の実態においては、交渉過程から明確な契約締結へと取引が熟してゆくというプロセスが認められるのであり、物権変動を生じさせる意思表示に相当する契約締結はかなり後の時点に認めるべきこと（契約の「熟度論」）、取引内容の明確さと登記の真正さを向上させるために司法書士等の専門家が積極的な役割を果たすべきこと、さらに、登記制度の機能としては、事後的に取引の安全を保護することよりも、紛争を予防し取引の安定性を図ることをより重視すべきことを説かれてきた。⁽¹⁵⁾このような指摘は、従来の物権変動論に対してその足元の見直しを迫るものであり、多くの支持を集めるに到り、今日のわが国の物権変動論の大きな潮流のひとつをなしている。それが登記法の改正に反映されていることについて、たとえば、小粥太郎教授は、幾代通博士による「旧不登法実務に沿う簡便な登記制度・『物権の現況』公示の重視」という方向（英吉利風）から、鎌田教授による「真正確保にヨリ意を用いた重厚な登記制度・『物権変動原因（契約）』公示の重視」という方向（「仏蘭西風」）へと表現されている。⁽¹⁷⁾

(15) 鎌田薫ほか「不動産法セミナー（第2回）不動産登記法改正」ジュリスト1295号70頁以下（鎌田発言）（2005年）、同「不動産法セミナー（第4回）不動産登記法改正」ジュリスト1295号200頁（鎌田発言）（2005年）。

(16) 鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割（1）（2）」早稲田法学56巻1号31頁以下、2号1頁以下（1981年）、同「不動産物権変動の理論と登記手続の実務

日本の『フランス法主義』の特質」法務省法務総合研究所編『不動産登記制度100周年記念論文集 不動産登記をめぐる今日的課題』（日本加除出版 1987年）57頁以下（初出は民事研修360号1987年），加藤雅信・加藤新太郎編著『現代民法学と実務（上）』（判例タイムズ社 2008年）303頁以下（初出は判タ1182号7頁以下 2005年）。

- (17) 小粥太郎「不動産登記法」内田貴・大村敦志編『ジュリスト増刊 民法の争点』（有斐閣 2007年）103頁以下。また、七戸克彦教授は、小粥教授の指摘を踏まえて、これを、「幾代モデル」から「鎌田モデル」へと表現され、それがわが国の経済社会の動向に対応していることを指摘されている。（七戸前掲注（3）613号3頁以下）。

3 物権変動論への影響

改正法に、意思主義の内容見直しの動向が反映されているとすると、逆に物権変動論に対して、そのことがどのような影響を与えるであろうか。二において述べたように、不作為型不実登記を所与のものとして対抗問題を考えるという従前のやり方は、すでに現実適合性を失っていると考えられるが、不動産取引における契約締結を明確な最終的合意の成否にかからしめ、その内容の確認について専門家としての司法書士が大きな役割を果たすという改正法の示す方向が実現するならば、ますますそのことが顕著になるであろう。

もっとも、意図されたような状況が実現しているのかということになると、現状ではまだそうはなっていないように思われる。問題は、そのような方向を押し進めるための制度的な手だてが、改正法の中には十分準備されていないという点である。特に、司法書士が、物権変動の有無や効力について実質的な審査を行って当事者に的確な助言をしたり、さらには、ドイツやフランスの公証人と同等あるいはそれに準ずる役割をどこまで果たすことができるのかは、その制度的な裏付けがないわが国の現状ではなかなか見通しが立たないのではないと思われる。⁽¹⁸⁾

なお、177条をめぐる従来の論点の多くが不作為型不実登記をめぐるものであることは先に見たとおりである。登記原因証明情報は作為型不実登記防止に向けられた制度であるから、それが効を奏したとしても、従来の物権変動論の論点に直接影響を与えるものではない。作為型不実登記に関してより直接に改正法の影響が及ぶことが考えられるのは、次に述べる中間省略登記の取り扱いである。

- (18) 改正不動産登記法下における司法書士の役割については、改正前の平成15年の日本私法学会拡大ワークショップにおいて、取得原因の有効性確認について司法書士作成の登記原因証明情報に特別な意味を持たせるべきか否か、日本の司法書士にフランスの公証人のように当事者から独立した公的機関としての地位を認めるべきか否かをめぐって活発に意見交換がなされたところである。私法66号106頁以下(2004年)参照。

4 中間省略登記の取り扱いについて

改正前の不動産登記法の下では、たとえば、A B、B Cという二段階の所有権移転があった場合に、登録免許税の負担を回避するなどの便宜のために、A Cの所有権移転を内容とする登記申請がなされて、そのとおりの登記がなされることがあった。そのようないわゆる中間省略登記は、現在の権利関係には合致しているが権利変動の過程と異なるものであるから、作為型不実登記の一種である。その目的に着目して、便宜型不実登記の一つということができるであろう。

中間省略登記をめぐっては、平成16年の登記法改正前と改正後で事情が変わっている。改正前は、登記原因証書がない場合には申請書副本でもよいこととされていたのに対して、改正後は登記原因証明情報の必要的提供制度がとられたためにそのような便法が認められなくなった。すなわち、改正法の下では、上の例ではA B、B Cという二つの権利変動が常に添付情報として提出されるので、AからCへの所有権移転登記を内容とする登記申請がなされたならば、申請情報の内容と登記原因証明情報の内容が異なることが明白となり、25条8号の登記申請却下事由に該当することになる。そのような変化を受けて、新法下の登記行政実務では、そのような登記申請は、実体上の権利変動と申請に係る登記の内容が合致せず、権利の得喪及び変更の過程・態様を正確に登記に反映すべきとの不動産登記制度の要請に反するものとして、不動産登記法第25条8号により却下すべきであるという方針が採られている。⁽¹⁹⁾しかし、これに対しては、旧法下では事実上中間省略登記が行われていたこと、最高裁判決の中にも、すでになされた中間省略登記の抹消登記請求を制限したり、登

記名義人および中間者の同意がある場合には中間省略登記請求権を認める余地があるとしたものがあること等から、新法下でも引き続き中間省略登記を認めるべきであるとの見解も有力であった。しかし、通説は、新法下では中間省略登記は認められないと解しており、下級審段階ではあるが、中間省略登記の申請を却下した処分を正当であると判示した判決がある。中間省略登記を認めるべきでない理由について、その中で詳細に述べられているので、以下、その内容を整理して紹介することにしたい。

(1) 東京地裁平成19年6月15日判決及び東京高裁平成20年3月27日判決

その判決とは、東京地判平成19年6月15日登記情報549号30頁及びその控訴審判決である東京高判平成20年3月27日(公刊物未登載)である。事案は、登記原因を平成17年7月13日売買による本件建物所有権の取得、登記権利者をX、登記義務者をAとする建物の所有権移転登記が申請されたが、登記原因証明情報は、7月12日のAB間の売買および7月13日のBX間の売買によって建物所有権がAからB、BからXに順次移転したこと、また、直接AからXに移転登記することをBが異議なく承諾したことを示す内容のものであったというものである。登記官が不動産登記法25条8号を根拠として申請を却下したのに対して、Xが、処分の取消しと、当該登記申請にもとづく登記実行処分の義務づけ(行政事件訴訟法3条6項2号)を請求した。

Xは、本件の申請情報は、7月13日売買によって建物所有権を取得したから登記義務者のAから所有権の移転登記を求めるというものであり、登記原因証明情報は、AからB、BからXにそれぞれ売買によって所有権が移転し、AからCに移転登記することをBが承諾しているというものであるから、Aが適法な登記義務者、Cが適法な登記権利者に当たり、申請情報と登記原因証明情報とは合致しており不動産登記法25条8号には当たらないと主張したが、第一審、第二審とも、本事案の申請情報は、平成17年7月13日にAからXに売買によって移転したというものと解さざるを得ず、そうであるならば提供された登記原因証明情報とは明らかに異なるとして原告の請求を棄却した。その

理由については、第一審と第二審で共通している部分が多いので、それを抽出して以下に示すことにしよう。

第一に、登記原因証明情報を添付情報として提供しなければならないとされる趣旨は、「これにより、権利に関する登記の登記事項である登記原因及びその日付が客観的な裏付けのあるものであることを確保し、もって、不動産の物権変動を公示するため権利の変動に逐一对応する登記をすることとし、申請情報と登記原因証明情報とを合致させて登記内容に物権変動の過程を正確に反映させようとする」ことを制度の趣旨とするものであり（控訴審）、⁽²⁰⁾ その点においては、旧法下で登記原因証書を提出すべきものとされていたことと変わりはない。第二に、旧法下で中間省略登記が行われることがあったのは、登記原因証書がない場合には申請書副本でもよいとされていたので（旧不動産登記法40条）、形式的審査権しか持たない登記官が、登記申請に掲げられた事項と真実の登記原因が合致しないことを知ることができないまま、提出された登記申請書の副本に基づいて登記申請を受理することを避けられなかったからであり、けっして、中間省略登記が登記所において正当なものとして受理されていたことを意味しない。⁽²¹⁾ 第三に、Xが提供した登記原因証明情報の内容は、本件建物がAからBに対し平成17年7月12日に売却されて所有権がAからBに移転したこと、引き続いて、BからXに同月13日に売却されて所有権がBからXに移転したというものであるが、提供された所有権移転登記の登記原因は、平成17年7月13日にAからXに売買によって移転したというものであるから、申請情報と登記原因証明情報に記載されている登記原因が異なることは明らかである。第四に、これまでの最高裁判決は、本件のような中間省略登記の申請を認めるべきであるとする先例たりえない。最高裁の従来判決は、厳密には、登記名義人および中間者の同意がある場合に中間省略登記請求を認めたものとはいえないし、登記名義人及び中間者の同意の下で中間省略登記の申請があった場合に、同意があることを理由に登記官に中間省略登記の申請どおりの登記をする義務を負担させる趣旨のものではない（控訴審判決）。⁽²²⁾

このように、この二つの判決は、旧法下で中間省略登記が事実上認められていたのは、登記行政においても司法的判断においても決してそれを積極的に容

認する趣旨ではなく、登記原因を証明すべき具体的情報の提出が必ずしも要求されていなかったために、掲げられた原因と真の原因との食い違いが見逃されていた結果生じたものにすぎず、登記原因証明情報制度が設けられた新法の下で提出された情報に照らして内容の齟齬が認められた場合に申請を却下するのは、登記内容に物権変動の過程を正確に反映させようとする制度趣旨に照らして当然のことであって、その点は旧法時代と特に変わるものではないという判断を示している。

この事案の原告のように、申請情報としては現在の所有者の所有権取得の事実と現在の登記名義人及び中間者の同意の事実を示す情報を提供し、登記原因証明情報としてはA B, B Xへの所有権移転を示す情報を提供するということは、現在の権利関係に即した登記がなされれば権利移転の経緯を登記しなくてもよいという取り扱いを申請に際して正面から求めているに等しい。もしもそれを認めると、申請書副本による代替が認められていたがゆえに「見逃し」によって生じていたにすぎない中間省略登記を新法下では意識的に認めることになってしまうが、それは明らかに、改正法の内容に逆行するものである。そのような申請がなされた場合にそれを法25条8号によって却下すべきは、むしろ、当然であるといわなければならない。⁽²³⁾それを回避するために三者間で合意のうえで改めてA Cの所有権移転を示す登記原因証明情報を作成すれば事実上登記官はそれを受理せざるを得ないが、そのような虚偽の登記原因証明情報を作成し提供することは、司法書士の職責に照らして許されるものではないであろう。⁽²⁴⁾

(19) 鎌田ほか前掲注(15)「不動産セミナー(第2回)」75頁以下(河合, 始関発言), 松田敦子「平成19年1月12日法務省民二第52号民事第二課長通知の解説」登記情報545号51頁(2007年)

(20) 第一審判決はこの点について、「物権変動を公示する制度である登記について、登記申請者に、物権変動の原因行為とこれに基づく物権変動を証明する登記原因証明情報を登記所に提供させ、これが申請情報と異なる場合には申請を却下することによって、登記が公示する物権変動の内容の正確性を確保しようとする趣旨である」としている。

- (21) 控訴新判決はこの点に関しては次のように述べている。「旧法下においても、本件と同内容の登記申請がされ、登記原因を証する書面として本件における登記原因証明情報と同内容の書面が登記所に提出された場合には、上記第49条第7号に該当するものとして登記申請が却下されるべきであったのであり、このことは現行の不動産登記法の上記規定の場合と同様であって、不動産登記法が現行法に改正される前と後とで、登記原因と異なる登記申請は却下するという基本的な考え方は何ら変更がないことは、上記の旧法及び現行法の不動産登記法の上記各規定の内容に照らして、明らかである。確かに旧法においては、その第40条で「登記原因ヲ証スル書面カ初ヨリ存在セス又八之ヲ提出スルコト能ハサルトキハ申請書ノ副本ヲ提出スルコトヲ要ス」と規定していたことから、旧法第35条第1項第2号所定の登記原因を証する書面に代えて登記申請書の副本を提出した場合には、形式的審査権しかない登記官としては、登記申請に掲げられた事項と真実の登記原因が合致しないことを知ることができないまま、提出された登記申請書の副本に基づいて登記申請を受理する結果となり得ることがあったことはうかがわれるものの、それは結局登記原因が事実と異なるにもかかわらず、旧法第40条が登記原因を証する書面に代えて登記申請書の副本の提出を認めていたことにより、虚偽の内容の申請を結果的に排除できなかったというに過ぎないものであって、このことから、旧法下でも、控訴人の主張するような中間省略登記が登記所において正当なものとして受理されていたことにはならないことは明らかである。」
- (22) この点について第一審判決は、最高裁判例は、一定の場合には中間省略登記請求権が発生することを認めていると解されるとしたうえで、実体上の中間省略登記請求権が認められる場合があるからといって、それを不動産登記制度にも反映する仕組みがあるべきだとか、判決による中間省略登記が許されるのであれば申請による中間省略登記も許されるべきではないかというのは、立法論あるいは研究課題としてはともかく、物権変動の内容を正確に反映させようという趣旨の下で改正された法の解釈論としては認められないとする。
- (23) 第一審判決の評釈としては、山野目章夫 判批 登記情報550号12頁以下(2007年)、第二審判決の評釈としては、池田雅則 判批 登記情報567号24頁以下(2009年)、舟橋秀明 判批 登記情報571号18頁以下(2009年)、名高亨卓 判批 民事研修625号48頁以下(2009年)
- (24) この点については、鎌田ほか掲注(15)「不動産法セミナー(第2回)」80頁以下。

(2) 第三者のためにする契約及び買主の地位の譲渡との関係

このような登記行政実務及び下級審判決の対応を受けて、不動産取引業界では、第三者のためにする売買契約や買主の地位の譲渡という方法を用いることで中間省略登記と同様の便宜を実現しようとする動きが生じることになった。たとえばA B間で第三者Cのためにする売買契約を締結するならば、Cの受益の意思表示によって所有権は直接AからCに移転するのであるから、A Cという移転登記の申請は所有権移転の経緯に合致しており、25条8号の却下事

由には当たらないことになる。また、たとえばAから不動産を購入したBが所有権を取得する前に買主の地位をCに譲渡し、その後売主から買主への所有権移転が生じたならば、やはり、A Cという移転登記の申請は所有権移転の経緯に合致しており却下事由には当たらないことになる。

この点については、「規制改革・民間開放推進会議住宅・土地ワーキンググループ主査」名で、法務省に対して、そのような申請は他に却下事由が存在しないかぎりいずれも受理されるものと考えて差し支えないかという照会がなされ、それに対して、法務省は、「いずれも貴見のとおりと考えます」との回答を行っている（平19・1・12民二第52号法務局民事行政部長・地方法務局長あて民事局民事第二課長通知）⁽²⁵⁾ 実際問題として、特に不動産業界には、登録免許税や不動産取得税等の税負担が売買価格に影響を与えてしまうこと等、中間省略登記に対する切実なニーズがあり、上記の回答を受けて、その後は、特に第三者のためにする契約方式を利用することが実際には相当広く行われているようである。⁽²⁶⁾

しかし、この回答は、そのような方式を経由して實際上中間省略登記をすることを容認したものではない。実際にはA B、B Cと所有権が移転したにもかかわらず、当事者が口裏を合わせて第三者のためにする契約や買主の地位の譲渡という虚偽の登記原因証明情報を作成したり、単に形式的にこのような方式を取ったにすぎない場合にそれを受理すべきことを認めたわけではないのであって、そのような、脱法行為的な中間省略登記の申請は却下すべきであろう。宅建業界では、回答を受けて、中間者のBが宅建業者でCが一般消費者である場合に、重要事項説明義務、瑕疵担保責任の特例などの宅建業法の消費者保護規定が適用されるのか、あるいは、宅建業法33条の2（宅建業者は自己の所有に属しない宅地又は建物について、自ら売主となる売買契約を締結してはならない。）に違反しないのか、さらには、法的問題のほかに、Bの転売差益がCに知られてしまうのではないかと、Bが不動産価格を売り上げとして計上できないのではないかなどの問題が検討されたようであるが、そのような問題は、実際にはA B Cという所有権の移転があることを前提として生じるものであるから、上記のような回答の内容に照らすならば、そのような問題設定

自体がその趣旨に適合していないといわざるをえないであろう。⁽²⁷⁾

- (25) この照会と回答の内容については、たとえば、松田前掲注(18)50頁以下参照。
- (26) 七戸克彦「中間省略登記の代替手段について」マンション学30号2頁以下(2008年)。七戸教授によれば、実体的な物権変動としてA B Cの順次移転を行わず、A Cの直接の権利移転を行う契約スキームとしては、第三者のためにする契約と買主の地位の譲渡のほかに、「予約完結権の譲渡(売買予約)」方式、「契約解除 再契約」方式、「二重譲渡」方式、および、「即決和解」方式があるとされている。また、山野目教授は、A Bの売買契約を解除してB C間の売買を他人物売買としたうえでそれを追完する方法、所有権移転請求権の売買という理屈を使う方法、売買そのものをA Cにあったことに作り直すためにやり直す方法が考えられるとされる(鎌田ほか前掲注(15)「不動産法セミナー第二回」84頁(山野目発言))。
- 買主の地位の譲渡方式では、中間者Bの得た転売利益がCの知る所となる点や、中間者Bが契約関係から離脱するため不動産価格を売り上げとして計上できない点が問題とされ、現在では、中間省略登記の代替方法としては、もっぱら第三者のためにする契約の側が検討されており、買主の地位の譲渡の積極的活用を主張する者はもはや存在しないとされている(七戸上記文献)、江口正夫「『第三者のためにする契約・買い主の地位の譲渡』の現状」登記情報591号22頁は、買い主の地位の移転方式よりも第三者のためにする契約方式の利用が多いように思われるとされ、その理由は、後者であればCにA B間の売買契約の内容特に売買代金額を知られることがないという点にあるのではないかと指摘されている。
- (27) この回答に対しては、司法書士界や宅建業界の中で、第三者のためにする契約や売主の地位の譲渡という法律構成を介して中間省略登記ができるということではないかという受け止め方も一部に生じたようである。今川嘉典・坂巻豊・山野目章夫「座談会 不動産取引をめぐる近時の問題と不動産登記制度」登記情報557号21頁(今川発言)(2008年)参照。

五 結びに代えて - 登記に対する信頼保護との関係 -

権利関係を登記制度によって公示することが求められるのは、登記に依拠して安心して不動産取引を行うことができるためである。そのためには、登記内容が実体的な権利関係と異なっているという状態をできるだけ防止し排除しなければならない。しかし、その目的を達成するためには、予防的な取引の安全保障を図るのみでは不十分である。不実の登記が生じることやそれを信じて取

引が行われることを完全には防止できない以上、そのような取引事故から生じうる不利益負担を真の権利者と善意者との間で適正に配分しうる信頼保護のシステムが伴ってはじめて、登記の取引安全保護機能は十分に発揮されるのである。

そのような登記に対する信頼保護のシステムを認めるべきか否かは、登記も含めた不動産取引の実態によって大きく左右される。日本民法典は、占有に関する192条のような公示方法に対する積極的信頼保護を認める規定を不動産登記については置かなかつたが、それが当時の不動産取引の実態を反映したものであったことは改めていうまでもないであろう。そのような、登記の公信力の認否と不動産取引実態との強い関連性から考えると、登記の真正さを高めるための手だてや司法書士の積極的な関与によって不実登記の発生が減少することを企図している改正法が、登記の公信力をめぐる解釈論や立法論にどのような影響を及ぼすのか、興味を惹かれるところである。最後にその点について展望を試みることで、本稿の結びに代えることにしたい。

1 積極的公信力と消極的公信力

わが国で「登記の公信力」という場合には、動産即時取得に対応する不動産登記に対する積極的信頼保護を意味するのが通常である。積極的信頼保護というのは、消極的信頼保護に対応する概念であり、後者が、外観が変化していないので実体も変化していないという信頼を保護するものであるのに対して、前者は、外観に対応した実体があるという信頼を端的に保護するものである（主観的にどう信じたかではなく、いかなる信頼が保護されるのかという信頼保護の作用に即した分類である）。登記の公信力に関しても、それに応じて、積極的公信力と消極的公信力を観念しうが、わが国では後者の存在についての認識はきわめて薄く、たとえば民法177条を後者に即して法律構成することはほとんど行われていない。⁽²⁸⁾ 消極的公信力についてはすでに別稿で論じたことがあるので、本稿では、積極的公信力すなわち不動産登記に対する積極的信頼保護について取り上げることにしよう。

2 94条2項類推適用論の問題点と公信力立法論

改正不動産登記法と登記の公信力との関係については、たとえば、ジュリスト連載の「座談会 不動産法セミナー（第4回）」（注（15）参照）で取り上げられているが、そこでは、登記の信頼度が改正法によって向上するとしても、改めて公信力立法をするだけのニーズはまだ認められないという方向で意見が集約されたようである。^{（29）}また、先に触れた民法改正研究会による改正案の中でも、登記に公信力を認める規定は提案されていない。それらも含めて、近年では公信力立法論はほとんど陰を潜めているといつてよいであろう。それは、登記に対する信頼保護を認める必要がないと考えられているからではなく、登記に対する信頼保護については94条2項の類推適用法理によって対応できるので、改めて公信力立法をするだけの必要性が認められないと考えられているところに主な理由がある。しかし、そのような認識が、不動産登記に対する信頼は94条2項の類推適用法理で十分であり公信力を認める規定を置く必要はないという方向を指示しているとすれば、そのような選択の妥当性には疑問がある。

その理由は、第一に、94条2項類推適用法理はあるべき類推適用の範囲を超えている疑いが強く、そのような便宜的な対応を固定すべきではないということである。94条2項は、意図的に虚偽の意思表示をしたという表意者側の事情に照らして、善意の第三者との関係では隠された真意を持ち出して意思表示の効力を否定することはできないという、意思表示の有効性に対する信頼を保護する規定であり、権利外観に対する信頼保護を認めた規定ではない。ただ、虚偽の意思表示はしばしば虚偽の外観を伴うので、第三者の主観においては意思表示の有効性に対する信頼は登記等の外観に対する信頼であることが多く、両者が重なり合うかぎりでは94条2項は事実上そのような外観に対する信頼を保護する作用を担っているにすぎない。これに対して、94条2項の類推適用法理は、そのような枠を越えて、端的に外観に対する信頼保護の法理として展開されてきた。その内容にはまだ様々な不確定な要素や問題点が残されており、上記のような「逸脱」について理論的な整序もなされていない。たとえば民法改正研究会の改正案のように、従来のような虚偽表示規定の中に3項、4項と

して類推適用法理の内容を掲げるならば、類推適用法理が適切な所を得ることになるのではなく、逆に、ますます意思表示規定と外観法理規定とを同列に並べることの矛盾が浮き彫りにされるであろう。⁽³⁰⁾

第二に、94条2項は、権利外観法理をそれをもとにして構築するに適したものではないということである。登記に対する信頼保護に関して判例・学説が94条2項に注目してきた理由のひとつは、それが、たとえばドイツ法における公信力制度（絶対的公信主義）とは異なり、真の権利者側の帰責事由を通謀虚偽表示要件が拾い上げることができ（相対的公信主義）、それによって取引の安全に走らない妥当な利益調節ができるという認識にあったものと推測される。しかし、帰責事由の必要性は、94条2項のみに組み込まれているものではなく、信頼保護全般を通じた大原則である。しかも、94条2項における帰責事由は、信頼保護法理という観点から見るときわめて特殊なものであり、決して代表的・標準的なものではない。すなわち、それは、意図的に虚偽の表示をしたという点で帰責事由としてはかなり特殊でありかつ重いものである。

第三に、94条2項が取引の種類等に関係のない本来きわめて高い汎用性を持つ規定であるゆえに、その類推適用法理も同様の汎用性を備えることが予想される。すなわち、この類推適用法理が、民法あるいは私法全体を通じた一般的な信頼保護規範となる可能性があるが、そのような規範が存在するということが自体の持つ意味について慎重に考える必要があるのではないかとのことである。この点について想起されるのは、19世紀末から20世紀初めにかけてドイツにおいて華々しく展開された権利外観法理すなわちレヒツシャイン法理（Rechtsscheinstheorie）のことである。それはまさに、取引や外観の種類を問わずあらゆる法的取引に共通の（論者によっては訴訟法や公法も含めたすべての法分野に共通の）一般的な信頼保護規範の必要性を説き、その内容を検討して提示しようとしたものであった。意思にもとづく権利外観の作出・存続（帰責事由）と権利外観に対する信頼（保護事由）を要件とする権利外観法理は、意思本位の伝統的な私法のメカニズムを克服し実定法の欠缺を埋める一般規範として、広範で積極的な作用を担うべきことが説かれたのである。しかし、その成果は、法原則としては受け入れられて、その後のドイツの信頼保護理論

の基礎となったものの、解釈論上実効性を持つべき規範としては当時から通説・判例の受け入れるところとはならなかった。⁽³¹⁾ 94条2項類推適用法理の内容が、外観作出に対する意思的関与と外観に対する第三者の信頼を要件として信頼保護を認めるという方向に集約するならば、それは、内容においても当時のレヒツシャイン理論の説いていた一般的な権利外観規範とほぼ一致する。しかし、民法典に散在する信頼保護規定は、それぞれに、帰責事由にせよ保護事由にせよその問題状況に応じた異なる内容を有しており、当該問題場面に即して必要と判断した場合に個々の信頼保護規定を置いている（信頼保護規定の例外規定性）。94条2項が実際には登記に対する信頼保護に適用されることがあるとしても、それは、意図的に虚偽の意思表示をしたという重い帰責事由があり、真の権利者の被るべき不利益が表意者が当該意思表示に拘束されることと合致するかぎりにおいて認められる結果にすぎない。一般的な信頼保護規範は、そのような個別規定を導いている諸要素を無視し、個別規定がその場面では設けられなかった理由も無視するものである。はたして、そのような一般条項的ともいうべき包括的な信頼保護規範を認めるべきであろうか、はなはだ疑問である。

以上のような点に鑑みて、私見は、94条2項類推適用法理による対応は過渡的なものとして、いずれは、その内容を生かす形の登記の公信力を認める規定を設けるべきであると考えている。その内容は、従来のが国の立法論で説かれていたような絶対的公信主義ではなく、不実の登記（なりすまし型不実登記や便宜型不動産登記）の作出・存続について真の権利者の帰責事由を必要とする相対的公信主義に沿ったものとなるであろう。⁽³²⁾ そして、その帰責事由の内容は、94条2項のような意図的に虚偽の登記をしたというものから、同類推適用法理の中に見られるように外形作出に意思的関与をしたというもの、あるいは、重過失とか過失の有無を問題とするものなど、考えられる内容には幅がある。その点も含めて、登記に対する積極的信頼保護をどのような形で図るべきかについては、なお慎重に検討する必要があるものとする。

- (28) 民法177条が第三者の取引安全保護のために設けられた規定であることは民法典起草者が明言しているところであり、学説の中でも、177条の「対抗」の実質的要素のひとつが第三者の信頼保護にある点については特に異論のないところである。また、わが国では早くから、物権法の基本原則のひとつである公示の原則には、公示されない物権変動は無視してかまわないという公示方法に対する消極的な信頼保護が含まれていることが、我妻栄博士、舟橋諱博士、原島重義教授、稲本洋之助教授等によって指摘されてきた。この両者を併せ考えれば、177条は、登記に対する第三者の消極的信頼保護を図る規定であること、少なくともそれが重要な要素をなしていることが導かれるであろう。

ただ、従来の通説的見解は、公示制度の一般的な説明としてはともかく、177条の解釈論あるいは法律構成の中にそのような要素を組み入れることには消極的であった。その主な理由は、177条が第三者の善意・悪意を区別していないこと、そして、登記が残っているかぎり物権は何重にも（不完全ながら）譲渡でき「対抗」はその優劣関係を決するものであるから、第二譲渡人の所有権取得を信頼保護法理による無権利者からの取得と構成する余地はないということにあったものと考えられる。しかし、176条と177条との論理的な関係や、「対抗することができない」という規定の仕方に含まれているメカニズム、わが国が物権と債権の峻別体系を採用していること、譲渡人に残っている登記名義が第二譲受人に対してどのような意味を持つのか等を考えると、登記が残っているかぎり物権は何重にも譲渡でき、「対抗」はその優劣関係を決するものにすぎないというフランス法的構成をそのまま維持することの妥当性には疑問がある。また、善意・悪意に関しては、先に述べたように、極端な形式的・画一的な取り扱いは、それを支えるべき強力な法政策的ベクトルが後退すれば、具体的妥当性あるいは正義衡平の観点から修正を被らざるを得ないのであり、現に、学説も判例も、そのような方向で進展してきた。そして、そこで考慮されているのは、第三者側の保護事由と、真の権利者側の登記をしなかったことについての帰責事由である。それらを包摂する法理として最も適合性を持つのは、信頼保護法理であろう。消極的公信力説（私見）については、注(13)に掲げた文献を参照していただきたい。

- (29) 鎌田ほか前掲注(15)「不動産法セミナー(第4回)」197頁以下。
- (30) 民法改正研究会の改正案では、公信力立法を認めるのではなく、虚偽表示規定に3項、4項を新設して一般的な外観法理を定めた規定とし、その中に94条2項の類推適用法理の内容を盛り込むことが提案されている。たとえば、2009年10月に公表された民法改正研究会『民法改正 国民・法曹・学界有志案』(日本評論社 2009年)125頁、松岡久和「物権変動法制」ジュリスト1362号43頁(2008年)。
- (31) この点については、多田前掲注(13)『信頼保護における帰責の理論』118頁以下参照。
- (32) 従来の立法論は、公信力を認めるための要件として真正権利者側の帰責事由を要求するものと、それを不要とするものとの二種類に分けられる。たとえば、日本の信頼保護法学の基盤の構築とその後の趨勢に決定的な影響を与えた鳩山秀夫博士は、不動産取引に置ける静的安全と動的安全との適正な調節を図るという基本的視点から、登記簿に対する信頼保護に積極的に対応すべき必要性を説くとともに、実質的審査主義を採用していない日本の登記制度のもとでは「相対的公信主義」を採るべきことを主張した。「相対

的公信主義」とは、「登記の真正ならざる理由の如何は全く之を問ふことなし」とするドイツ法的な「絶対的公信主義」に対応する概念で、権利者側の帰責の有無によって公信力が左右されるべきものとする立場である。具体的には、「実質上の権利者と登記の誤謬との間に原因結果の関係の存する場合」にのみ公信力を認めるべきであるとされていた。すなわち、帰責の原理に関する当時のドイツの通説であった与因主義が採用されている（鳩山秀夫「不動産物権変動の得喪変更に関する公信主義及び公示主義を論ず」『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣 1955年）78頁以下（初出は法学協会雑誌33巻7, 9, 12号（1914年））。

これに対して、幾代通博士は、相対的公信主義による場合には信頼保護の範囲が狭すぎる結果となること、登記という公示手段の形成に国家が関与していること、および、一般人の法意識も登記を軽く考えてはいないことを指摘して、真正権利者側の帰責事由を必要としない「絶対的公信原則」を採用すべきことを主張された（幾代通前掲注（7））。半田正夫教授も、取引界においては登記によって確実に権利を取得したものであるという一般の意識が認められることに照らして絶対的公信主義の方向に踏み出すべきであるとして、幾代説に賛成されている（半田正夫「不動産登記と公信力」星野英一編『民法講座第2巻』（有斐閣 1984年）197頁以下）。