

韓国における不動産物権と 不動産登記制度

高 翔龍

I はじめに

2006年6月17日から18日までの2日間にわたって、中国社会科学院法学研究所の中日民商法研究会（会長＝梁慧星教授）の主催により、南京大学で行われた第5回シンポジウムは、主に中国物権法の立法論を中心として、日本および韓国の物権法に関する様々な問題をめぐる学術会議であった。

今日の中国においては、民事全体の法典がなく、民法通則（1986年制定、1987年実施）、担保法（1995年制定・施行）、合同法（＝契約法、1999年制定・施行）、婚姻法（1980年制定、1981年施行、2001年4月一部改正）といった各個の法律が制定・施行されているが、「物権法」は未制定である。2005年6月に開かれた全国人民代表大会常務委員会第3次会議において「物権法試案」が議決され、その案が公布されたが、各界からの多様な修正意見や、社会主義憲法に反すとか、反マルクス主義的立法であるといった激しい批判意見が出され、2006年3月の全国人民代表大会で議決される予定であったのが、結局留保されることになった。現在、新たな物権法草案が作成されており（2006年6月）、2007年3月の全国人民代表大会で議決される予定であるとされている。中国の物権法草案における不動産物権に関していえば、土地所有権は国有であるため、売買の対象にはならないが、その土地の使用権が用益物権となってお

り、譲渡などが認められている。また、地上建物の個人所有権も認められている。不動産登記は物権変動の成立要件であり、その登記には原則的として公信力が認められるなど、相当部分が日本の不動産物権制度とは異なる。

これらの分野についての関心から、今後の中国物権法の立法の際の資料として僅かでも参考になればと考え、韓国の不動産物権変動が形式主義をとっているにもかかわらず登記に公信力を認めていない理由、および所有権移転登記に関して韓国で様々な特別法が制定されている点等につき、今回のシンポジウムで紹介したものが、本稿のテーマである。

韓国の不動産物権制度や不動産登記制度については、日本においてもあまり知られていないのではないかと思う。そこで、本稿では、上記シンポジウムで筆者が発表した内容に若干加筆し、これらの制度を紹介することにした。民法全体から見れば極めて狭い分野には違いないが、韓国民事法の理解に少しでも役立てれば幸いである。韓国民法典の沿革、その体系および構成については以前に本誌¹⁾で紹介したことがあるので省略し、物権法の中から不動産物権を中心に紹介する。

Ⅱ 不動産物権

韓国民法の物権編には、総則・占有権・所有権、3種類の用益物権（地上権・地役権・伝賃権）、同じく3種類の担保物権（留置権・質権・抵当権）の全9章があり、188個の条文で構成されている。物権編は、財産法の中で、日本法と最も大きく異なる部分である。

1. 不動産物権変動と不動産登記

韓国民事法における不動産物権変動には、日本法と同様、法律行為による物権変動と法律の規定による物権変動がある。しかし、両国の民事法は、前者について著しく異なっているということに注意を払う必要がある。

(1) 法律行為による物権変動と登記

1 朝鮮民事令・旧民法と意思主義（対抗要件主義）

日本植民地時代に韓国で適用された民事に関する基本法令は朝鮮民事令（1912（明治15）年3月制令第7号）であり、その第1条は、「民事ニ関スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル」とし、「左ノ法律」として同条1号に挙げられている日本の「民法」が、韓国にも適用された。さらに、同令は、不動産物権変動に対する特別規定を設け、「不動産ニ関スル物権ノ得喪及変更ニ付朝鮮不動産登記令ニ於テ登記ノ規定ヲ設ケタルモノハ其ノ登記ヲ受クルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」（第13条）と規定して、対抗要件主義をとっていた。

これらの法令による日本民事法の適用は、現行民法（以下、単に「民法」とする場合は、韓国の民法典を指す）が施行（1960年1月1日）されるまで、引き続き適用された（これを旧民法又は依用民法という）。したがって、旧民法時代（1945年8月15日～1959年12月31日）には、不動産物権変動の効力発生に関しても日本民事法の規定によっており、日本民法第176条が適用され、登記を対抗要件とする対抗要件主義がとられていた（朝鮮民事令第13条、日本民法177条）。

2 現行民法と形式主義（成立要件主義）

それでは、現行民法が登記を物権変動の成立要件とする成立要件主義（形式主義）をとるに至った理由は何か、その立法過程を若干探ってみる。

(ア) 韓国民法第186条

不動産の物権変動は、法律行為または様々な法定の原因によって、その効力を生ずる。この点については日本法と変わらない。しかし、法律行為による不動産物権変動は、その不動産の登記をしない限り効力を生じないという点で、日本民法の場合と著しく異なっている。すなわち、韓国民法第186条は「不動産に関する法律行為に因る物権の得失変更は、登記しなければ、その効力を生じない」と規定し、公示方法としての登記を不動産物権変動の「成立要件」に定めている。これとは対照的に、日本民法の第176条は「物権の設定及び移転

は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる」と規定し、当事者の意思表示のみにより物権変動の効力を認める。ただし、その不動産の物権変動は、登記をしない限り第三者に対抗することができないと規定され（第177条）、登記が不動産物権変動の「対抗要件」として定められている。要するに、一般論として、韓国民法は成立要件主義をとっているのに対して、日本民法は対抗要件主義をとっているとされる。しかし、韓国民法は、成立要件主義をとっているにもかかわらず、登記の公信力を認めていないという点で、同じ成立要件主義をとるドイツ法とは異なり、日本法と同じであるといえよう。このように、韓国法が、登記を成立要件としながらも、登記に公信力を認めていないという点につき、疑問をもたれた読者もおられるだろう。

(イ) 立法過程

(a) 現行民法が旧民法と異なる形式主義を採用した理由は何であろうか。

立法過程においても賛否両論が激しく対立した。学界は、形式主義の採用に対して、主に次のような理由から反対の立場をとった。①登記主義（形式主義）の利点として、法律関係の画一化が主張されるが、画一化それ自体に絶対的価値があるのではなく、むしろ法律関係を完全に画一化できないことが、法の世界における普遍的な現象である。②登記主義採用の可否は、登記に対する信頼性、すなわち、どこまで真の権利関係の表示が実行されているかにかかっているが、韓国では、あまり実行できていないのが実情であり、このような状態で登記主義を採用すれば多大な弊害を生ずることになる。③登記主義を採用しながら、登記に公信力を認めないというのは跛行的法制である²⁾。

国会の審議過程においても、賛否の意見が激しく対立した。政府は、旧民法の意思主義（対抗要件主義）から形式主義（成立要件主義）に転換しようとする理由として、「物権法制において、可能な限り、一般の取引に安定と確信を与えるためには、形式主義がすぐれている」³⁾ といったことを挙げている。

国会法制司法委員会で民法案に賛成の立場をとった側の委員は、形式主義について、「権利関係を明確にし、また、物権がいつ設定され、移転されたか、その時期を明確にすることが、取引の安全を図る上で進展した法制である」⁴⁾

と述べ、さらに、形式主義を採用した理由につき、物権の排他性と関連させて説いている。すなわち、「物権という権利は、排他性をもつのが本質であり、債権とは違うこと……（省略—筆者、以下同じ）つまり、第三者に対して、自分が所有権をもつ、自分に財産権があるということを主張できるという排他性が……本質的なものであり、この物権については、登記がないと排他性を認められない。その結果、第三者に対抗することもできない。……そうすると、排他性のない所有権を認めることになり、それでは何の意味もない」⁵⁾と説き、形式主義をとる民法案について賛成する立場をとった。これに対する反対意見は、上記の学界意見を土台として、不動産物権変動については旧民法の態度を維持しようとする立場をとった⁶⁾。すなわち、その理由として、①法律関係を簡易・便利にする。②意思表示主義の原則に符合する。③形式主義を採用するためには、実際に登記が奨励されなければならないが、現実にはそうになっていない。④形式主義は公信力と密接に関連しているため、形式主義を採用すれば公信力を認めなければならなくなるが、現状では公信力を認定できるだけの条件が整っていない。よって、意思主義を採用すべきであるという立場をとった。

結局、民法が形式主義を採用するに至った理由は、何よりも、現行民法制定当時まで依用（適用）されていた日本民法の意思主義・対抗要件主義の下で発生する問題点を是正しようとするところにあった。つまり、物権変動の存否とその時期を明確にし、取引の安全を図り、当事者間の法律関係に生じる矛盾を避けようとするところに、その主たる目的があったのである⁷⁾。

(b) 現行民法が形式主義を採用しながら、登記に公信力を認めない理由は何であろうか。

立法当時の民法案起草委員長は、国会法制司法委員会で次のように陳述している。「……この契約において、できるだけ一般の取引関係に安定と確信を与えようとするれば、形式主義に長所がある。……だからといって、その原因が無効、あるいは、全く原因のない、当事者にとって全く効力がないような場合には、形式主義の信憑性を与えない。つまり、折衷的意味がこの中に込められています」⁸⁾と説き、登記の公信力を否定することを明らかにしている。登記

の公信力を否定する理由については、形式主義採用に対する反対意見からも明らかになっているが、結局のところ、上記起草委員長の発言どおり、韓国法は、意思主義と形式主義との折衷的意味を有する韓国型物権変動主義（形式主義をとりながらも登記の公信力を否定する）を採用したものであるといえる。

(2) 法律の規定による不動産物権変動と公示

1 韓国民法第187条

民法は、当事者意思に関係なく、一定の要件が備われば当然に物権変動の効果が発生するという形式主義の例外規定を設けている。すなわち、民法第187条は「相続、公用徴収、判決、競売その他法律の規定に依る不動産に関する物権の取得は、登記を要しない。ただし、登記をしなければこれを処分することができない」と規定し、法律行為による物権変動の場合とは異なり、法律の規定による不動産物権変動の場合には、登記なしに不動産物権変動の効力が発生するということを明らかにしている。

2 登記不要の理由

法律の規定による不動産物権変動の場合に、その登記が必要とされない理由は何であろうか。その理由についての見解は分かれている。すなわち、①性質上登記が不可能であるもの（例、包括承継、死亡、物の発生・滅失・増減等）と、政策的理由（例、公用徴収等）によるものがあると説く見解⁹⁾、②物権変動に関して成立要件主義を採用した結果として生じる法律関係の空白状態（例、法制上、時間の経過・死亡・国家の行為等により、一定の時期に権利変動が生じるような場合）を防止するためであるといった見解¹⁰⁾ などがある。

上記いずれの見解も妥当な理由であるが、それらは様々な理由を一面的に説明しているにすぎない。例えば、登記が性質上不可能な場合もあるし（例、相続・目的物の滅失等の場合）、政策的理由による場合もある（例、判決・公用徴収等の場合）。また、法律関係の空白状態を防止しなければならない場合もある（例、相続・財団法人の出捐財産の帰属時期等の場合）。したがって、民法第187条は、現在の権利状態を尊重することに主眼を置くものであり、具体

的には、登記の不可能、政策的考慮、法的空白状態の防止等の様々な直接的理由に基づく措置であると解されよう。

3 取得時効と登記

問題は、取得時効による不動産所有権取得の場合に、法律の規定によるものであるにもかかわらず、占有だけではなく必ず登記もしなければ取得できないことが規定されている点である。すなわち、民法物権編に規定されている第245条1項は、「20年間、所有の意思で、平穩、公然に不動産を占有する者は、登記することをもって、その所有権を取得する」とし、いわゆる占有取得時効の場合には登記を要することを定めている。その理由は明らかでないが、当事者以外の第三者に対して取得時効による所有権取得を公示することにより、取引の安全を図ろうとするものであると思われる。これは、第187条の例外に当たるものと解されよう¹¹⁾。

さらに、民法第245条2項は「不動産の所有者として登記した者が、10年間所有の意思で平穩、公然に、善意で過失なく、その不動産を占有したときには、所有権を取得する」とし、いわゆる登記簿取得時効を定めているが、登記という要件以外は日本の不動産取得時効制度（第162条以下）と同様であると解される。

(3) 物権変動の時期

韓国民法においては不動産物権変動の時期が明白になっている。既述したとおり、不動産の物権変動は、登記をしなければその効力を生じないから、登記をしたときが物権変動の時期となる。したがって、韓国では、日本民法の第176条の解釈をめぐって生じる不動産の物権変動の時期に関連する問題は生じない。

2. 慣習法上の物権と公示

(1) 民法第185条

民法第185条は「物権は、法律又は慣習法に依る外は、任意に創設すること

ができない」と規定し、物権法定主義を掲げている。この規定は日本民法（第175条）と同様の趣旨であるが、「慣習法」による物権の成立を明文で認めていることが1つの特色である。慣習法上の物権として認められている典型的な例は、以下の2つである。

（2）慣習法上の物権

1 慣習法上の墳墓基地権

朝鮮時代（1392年～1910年）に、儒教の強い影響を受けた祖先崇拜思想に基づいて形成されてきた土葬文化の1つとして、いわゆる「墳墓基地権」という権利が認められた¹²⁾。すなわち、他人所有の土地に墳墓を設置・保有する目的に限定して、その土地を使用することができるという、地上権類似の権利を認める慣習があった¹³⁾。判例はこのような慣習上の権利を墳墓基地権といい、一種の地上権として認めている¹⁴⁾。このような墳墓基地権は、外部から墳墓の存在を認識することができる形態が備えられている場合に限って認められ、その登記は必要とされない¹⁵⁾。学説も同じ立場をとっている。

実際、日本の場合にも温泉利用権などを慣習上の物権として認めている大審院の判決があり¹⁶⁾、下級審判決も「墳墓使用权」について慣習法上の物権として認めている¹⁷⁾。ということから考えれば、日本法においても、明文規定こそないが、慣習法による物権の創設が認められているものと解されよう。

2 慣習上の法定地上権

慣習上の法定地上権は朝鮮時代の一般慣習として認められてきた権利である。すなわち、植民地時代の朝鮮高等法院は「同一人の所有に属する土地と家屋が、任意競売に因りて各其の所有者を異にする場合に、その家屋の売買に関して、家屋を毀損し、それを撤去するという合意がないかぎり、家屋の所有者は、その土地に地上権を取得し、土地所有者はその権利に基づいて、その家屋の撤去を強要することができないのが、朝鮮における一般の慣習である」とし、「朝鮮における一般慣習は、強制競売により、従来同一所有者に属する土地と家屋が各別異の所有者に属する場合にも適用」¹⁸⁾していたと判示し、任意

競売の場合だけではなく強制競売の場合においても慣習上の法定地上権を認めた。なお、「旧時ノ慣習ニ於テハ他人ガ無断ニテ自己ノ所有地ニ家屋ヲ建設シタル場合ト雖之ガ取除ヲ求ムルコトヲ得ス唯地代ヲ請求シ得タルニ止ル」¹⁹⁾ という慣習があった。

現行民法は、日本民法（第85条）と同様に、土地と建物を別個の独立した不動産として規定（民法第99条「土地及びその定着物は、不動産である」）しているため、抵当権を設定した不動産が競売されたとき、法定地上権の問題が生ずる。すなわち、民法第366条本文は、「抵当物の競売に因って、土地及びその地上建物が異なる所有者に属した場合には、土地の所有者が、建物所有者に対して、地上権を設定したものとみなす」と規定し、法定地上権を認めている。この点は日本の民法（第388条）と同様である。しかし、日本民法には、法定地上権の要件について韓国法と異なる点がある。すなわち、日本の場合は「その実行により」（民法第388条）土地または建物の所有者を異にすることを要しながら、民事執行法第81条で、その土地または建物の「差押えがあり、その売却により」所有者を異にした場合にも、法定地上権を認めている。したがって、一般債権による強制執行の場合にも法定地上権が認められる。しかし、韓国の場合には、抵当物の「競売」という原因により土地とその地上建物が異なる所有者に属する場合に限って、法定地上権を認めているため、競売以外の原因、例えば、国税徴収法による「公売」や一般債権による「強制競売」などの原因により土地とその地上建物が所有者を異にした場合には、法定地上権が認められないということになり、結局、地上建物を撤去せざるをえなくなるという深刻な問題が生ずる。このような民法第366条の欠陥を補うための、慣行として行われてきた「慣習上の法定地上権」が認められたのである²⁰⁾。

このような慣習上の法定地上権は、慣習法によって取得される不動産物権であるから、登記を必要としない（第187条）。したがって、慣習上の法定地上権を取得した者は、その取得当時の土地所有者から土地所有権を転得した第三者に対しても、登記なしに権利を主張することができる²¹⁾。ただし、法定地上権者は、その登記をしなければ、その地上権を処分することができない（第

187条但し書)。登記をしないまま建物が処分された場合、建物の転得者は、土地所有者に対して、法定地上権を主張することができない²²⁾。結局のところ第三者が慣習上の法定地上権を転得するためには、建物の前所有者による法定地上権の登記を経た後に、地上権の移転登記をしなければならないのである。

〈参考資料〉物権変動に関する民法上の規定

第185条（物権の種類）

物権は、法律又は慣習法に依る外は、任意に創設することができない。

第186条（不動産物権変動の効力）

不動産に関する法律行為に因る物権の得失変更は、登記しなければ、その効力を生じない。

第187条（登記を要しない不動産物権取得）

相続、公用徴収、判決、競売その他法律の規定に依る不動産に関する物権の取得は、登記を要しない。ただし、登記をしなければこれを処分することができない。

第188条（動産物権譲渡の効力、簡易の引渡し）

①動産に関する物権の譲渡は、その動産を引き渡さなければ効力を生じない。

②譲受人が、すでにその動産を占有するときには、当事者の意思表示のみで、その効力を生ずる。

第189条（占有改定）

動産に関する物権を譲渡する場合に、当事者の契約で、譲渡人がその動産の占有を継続するときには、譲受人が引渡しを受けたものとみなす。

第190条（目的物返還請求権の譲渡）

第三者が占有している動産に関する物権を譲渡する場合には、譲渡人がその第三者に対する返還請求権を譲受人に譲渡することをもって、動産を引き渡したものとみなす。

第191条（混同に因る物権の消滅）

①同一の物件に対する所有権と他の物権が同一の人に帰属したときには、他の物権は消滅する。ただし、その物権が第三者の権利の目的となるときには消滅しない。

②前項の規定は、所有権以外の物権とそれを目的とする他の物権が同一の人に帰属した場合に準用する。

③占有権に関しては前二項の規定を適用しない。

Ⅲ 不動産登記制度

朝鮮不動産登記令による日本の不動産登記制度の依用（適用）は、1945年8月15日以後も引き継がれてきたが、民法が制定され（1958年2月22日法律第471号）、1960年1月1日から施行されると同時に、朝鮮不動産登記令は廃止された。1960年1月1日に不動産登記法（法律第536号）が制定・施行された。

一 不動産登記法

1. 不動産登記法の主な内容

(1) 立法当初からの不動産登記法の主な内容

立法当初から改正されずに今日に至っている主な内容は、以下のとおりである。

①新設された物権である伝賃権（ちよんせくおん民法第303条以下）を登記対象とし、その登記手続を定めた（不登法第2条）。

②不動産物権変動において、登記を成立要件とする形式主義が採用されたことにより（民法第186条）、登記をするために必要な手続上の要件が規定され、請求権保全の場合にのみ、仮登記をすることが認められた（不登法第3条）。

③共同所有形態の1つとして、総有が明文化されたことにより（民法第275条）、宗中・門中その他法人でない社団または財団が所有する不動産を、その団体名義で登記できるようにした（不登法第30条「(法人でない社団等の登記申請人) ①宗中、門中その他代表者や管理人がいる法人でない社団や財団に属する不動産の登記に関しては、その社団又は財団を登記権利者又は登記義務者とする。②第1項の登記は、その社団又は財団の名義で、その代表者又は管理人がこれを申請する」）。

④共同所有形態の1つとして、合有が明文化されたことから（民法第271条以下）、登記する権利が合有財産である場合に、登記申請書にその旨を記載するようにした。

⑤根抵当制度が明文化されたことから（民法第357条）、抵当権の内容が根抵当である場合に、設定登記申請書にその旨と債権の最高額（極度額）を記載するようにした。

⑥抵当権は被担保債権と分離して処分することができないことから（民法第361条）、抵当権移転登記を申請する場合に被担保債権がともに移転する旨を記載するようにした。

⑦登記簿が滅失した場合の回復手続として、申請書編綴制度が設けられた。

⑧登記簿閉鎖制度が設けられた。

(2) 主な改正内容

不動産登記法は、今日に至るまで16回にわたって改正されたが、根本的な内容に関する改正はない。主な改正内容は以下のとおりである。

①所有権を売買または交換する場合において、検認契約書を提出することを登記申請の要件とした（第40条2項、第2次改正）。

②登記業務処理の機械化と能率化を図るために登記簿をカード化し、虚無人名義登記を防止することなどの目的で、全ての登記に登記権利者（個人に限る）の住民登録番号を氏名に併記するようにした（第57条2項、第3次改正）。

③「集合建物の所有及び管理に関する法律」（1984年4月10日法律第3725号）の制定に伴い、区分地上権（民法第289の2）および区分所有権の登記に関する新しい規定が設けられた（第15条、第4次改正）。

2. 不動産登記法の構成

不動産登記法は、物権編成主義をとっており（同法第15条）、登記簿は、土地登記簿と建物登記簿の2種類で編成されている（同法第14条）。共同申請主義の原則をとり（同法第27条）、登記公務員は形式的審査権だけを有する（しかし、現在、区分所有権登記申請の場合において、必要などときには登記官の調査権が認められる。同法第56条の2）。登記事務の管掌については、不動産の所在地を管轄する地方法院を管轄登記所としている点（同法第7条）で朝鮮不

動産登記令による場合と異なっている。

二 不動産登記の特別法

不動産登記に関しては様々な特別法があるが、ここでは主な特別法だけを取り上げる。

1. 不動産所有権移転登記特別措置法

(1) 趣旨

既述のとおり、現行の不動産登記法が実施（1960年1月1日）されるまでは、意思主義をとっていた依用民法および朝鮮不動産登記令が適用されていたため、形式主義をとる現行民法が施行（1960年1月1日）されて久しい今日においても、所有権移転登記がなされていない不動産が相当数にのぼる状況である。このため、不動産所有権移転登記等に関する特別措置法として、現行法施行当時に所有権保存登記をしなかったか、または登記簿の記載が真実の権利関係と一致していない不動産について、簡易な手続で登記をすることができるように、過去数回にわたって限時法が施行されてきた。1977年と1992年に制定された「不動産所有権移転登記等に関する特別措置法」がそれであるが、このような法律を知らなかったか、あるいは登記することを怠ったために、現在でも所有権移転登記等を済ませていない不動産の実所有者は多い。このようなことから、簡易な手続で登記を促進することにより真正な権利者の所有権保護および国民の実質的権利を救済し、制度の悪用素地を最小化するために、保証書の真正性の確保等の対策を講じ、登記が財産権としての機能を果たすことができるようにする趣旨で、2005年5月4日、「不動産所有権移転登記等に関する特別措置法」が国会で可決された。同法も限時法であり、2006年1月1日から2007年12月31日までの間に限って効力を有する。

(2) 2005年特別措置法の主な内容

2005年の特別措置法の主な内容は、以下のとおりである。

①適用対象の不動産は、同法の施行日現在において、土地台帳または林野台帳に登録されている土地および建築物台帳に記載されている建物とする（第2条）。

②適用範囲は、1995年6月30日以前の売買・贈与・交換等の法律行為により事実上譲渡された不動産、相続された不動産および所有権保存登記がなされていない不動産である（第3条）。

③適用地域および対象は、修復地区を除いた邑・面地域の土地および建物と広域市および市地域の農地・林野および地価1㎡当たり6万500ウォン以下の全土地とし、広域市および人口50万人以上の市については、1995年1月1日以後において広域市またはその市に編入された地域とする（第4条）。

④未登記不動産を事実上譲り受けた者等は、確認書を添付して当該不動産の台帳所管庁に台帳上の所有名義人変更登録または復旧登録を申請することができるようにし、変更登録または復旧登録された台帳上の所有名義人は、その台帳謄本を添付して、自己の名義で所有権移転登記を申請することができるようにする（第6条）。

⑤登記申請をする場合に、当該不動産の台帳所管庁が発給する確認書を添付する。その確認書の発給を受けようとする者は、市・区・邑・面長が、当該不動産所在地の洞・里で大統領令が定める期間以上居住している者の中から委嘱した3人以上の保証書を添付して、書面で申請する。台帳所管庁は、保証人らに虚偽保証をした場合の処罰を告知するとともに、保証趣旨を直接確認し、現場調査を経た後で確認書を発給する（第9条、第10条）。

⑥虚偽の方法により確認書の発給を受けた者、行使の目的で確認書等の文書を偽造または変造した者、虚偽保証書を作成した者は、1年以上10年以下の懲役刑または500万ウォン以上1億ウォン以下の罰金刑に処する。この場合、これらを併科することができる（第14条）。

⑦2006年1月1日に施行されてから、2007年12月31日までの間に限って効力を有する。同法施行中に確認書の発給を申請した不動産については、有効期間経過後6カ月以内に、同法による登記を申請しなければならない（付則第1

条、第2条)。

2. 不動産登記特別措置法

(1) 趣旨

不動産取引に関する実体的権利関係に合致する登記を促進し、健全な不動産取引秩序を確立することを目的として、「不動産登記特別措置法」(1990年8月1日法律第4244号)が制定された。同法の核心は、不動産投機の方法として利用されている不動産の未登記転売、すなわち中間省略登記を禁止するという趣旨にある。同法は、その後5回にわたる改正を経て、今日に至っている。

(2) 主な内容

同法の主な内容は、以下のとおりである。

①不動産の所有権移転を内容とする契約を締結した者は、互いに対価的債務を負う場合には反対給付の履行が完了した日から、契約当事者の一方のみが債務を負う場合にはその契約の効力が発生した日から、60日以内に所有権移転登記を申請しなければならない(第2条1項)。

②その場合に、契約の締結により当該不動産の所有権の移転を受けることになった者が、①の日(反対給付の履行の完了日・契約の効力発生日)以後、その不動産に関し、さらに第三者との間で所有権移転を内容とする契約または第三者に契約当事者の地位を移転する内容の契約を締結しようとするときは、その第三者との契約を締結する前に、先に締結された契約に基づいて所有権移転登記を申請しなければならない(第2条2項)。

③その場合に、契約の締結により当該不動産の所有権の移転を受けることになった者が、①の日(反対給付の履行の完了日・契約の効力発生日)よりも前に、その不動産について、さらに第三者との間で所有権移転を内容とする契約を締結したときは、先に締結された契約の反対給付の履行が完了し、または契約の効力が発生した日から60日以内に、先に締結された契約に基づく所有権移転登記を申請しなければならない(第2条3項)。

④契約書等の検印についての特例として、第3条1項は、「契約を原因として所有権移転登記を申請するときには、次の各号の事項が記載された契約書に、検印申請人を表示して、不動産の所在地を管轄する市長（区が設置されている市においては区庁長）・郡守（以下「市長等」とする）、またはその権限を委任された者の検印を受けて、管轄登記所にこれを提出しなければならない」としている。

⑤上記の②と③に違反した者は、3年以下の懲役刑または1億ウォン以下の罰金刑に処せられる（第8条1号）。

検印契約書制度は、契約書上の価額を取得税、登録税の算出基準とし、かつ未登記転売を防止することを目的とするものであるが、検印申請を受理した市長等は、その証書が形式的要件を具備しているかどうかだけを確認する権限しかなく、その記載に欠陥がない場合には、ただちに検印して交付しなければならない。

既述のとおり、同法は、不動産投機の方法として利用される不動産の未登記転売などを禁止する趣旨で立法されたものであるが、同法の禁止規定に違反して不動産売買契約が締結された場合の、その契約の有効性が問題となる。この点につき、判例は「不動産登記特別措置法上、脱税や不動産投機などを防止するための同法第2条2項及び第8条1号は、登記をせずに第三者に転売する行為を、一定の目的の範囲内で刑事処罰することを定めているが、これをもって順次売り渡した当事者間の中間省略登記の合意に関する私法上の効力までも無効とするという趣旨ではない」²³⁾とする立場をとっている。適切な判決ではないかと思われる。

3. 不動産実名制法

(1) 立法趣旨および主要内容

1 立法趣旨

政府は、不動産に関する所有権その他の物権を、実体的権利関係と符合するように実質的権利者である実権利者名義で登記させることによって、不動産登

記制度を悪用した投機・脱税・脱法行為等の反社会的行為を防止し、かつ不動産取引の正常化と不動産価格の安定を図り、国民経済の健全な発展に資することを目的として、「不動産実権利者名義登記に関する法律案」を第173回臨時国会に上程した。国会の法制司法委員会は、この法律案にいくつかの事項を追加または調整して、本会議で可決した。この「不動産実権利者名義登記に関する法律」(1995年3月30日法律第4944号、以下「不動産実名制法」とする)は、1995年7月1日から施行され、その後7回にわたる改正を経て、今日に至っている。

2 主な内容

不動産実名制法は立法当初、本文15カ条、付則5カ条から構成されていた。同法の主な内容は以下のとおりである。

①何人も不動産に関する物権を、名義信託約定に依って、名義受託者の名義で登記してはならない(第3条)。すなわち、不動産物権変動の登記は実権利者名義でなされなければならない。名義信託約定は無効であり(第4条1項)、後述する「契約名義信託」の場合を除いて、名義信託約定に従って行われた登記に依る不動産に関する物権変動は無効である(第4条2項)。第1項および第2項の無効は、これをもって第三者に対抗することができない(第4条3項)。

②他人名義で登記をした名義信託者には、当該不動産価額の30%に該当する金額の範囲内で課徴金が賦課される(第5条1項、2002年3月30日改正)。譲渡担保事実記載義務に違反した債権者に対しては課徴金が賦課される(第5条1項2号、第3条2項)。課徴金を賦課された者が実権利者名義で登記をしない場合には、原則として、1年目には当該不動産価額の10%に該当する金額が、2年目には当該不動産価額の20%に該当する金額が、それぞれ履行強制金として賦課される(第6条2項)。

③名義信託約定により他人名義で登記した名義信託者と譲渡担保事実記載義務に違反した債権者およびその教唆者等は5年以下の懲役刑または2億ウォン以下の罰金刑に処せられる。名義受託者およびその教唆者は3年以下の懲役刑または1億ウォン以下の罰金刑、またその幫助者は1年以下の懲役刑または3

千万ウォン以下の罰金刑に処せられる（第7条）。

④ 宗中^{ちよんじゅん}²⁴⁾が保有している不動産の登記が他人名義でなされた場合、または夫婦が保有している不動産の登記が共同名義ではなく、いずれか一方の名義でなされた場合であって、その登記が脱税、強制執行の免脱または法令上の制限の回避を目的としないときには、その登記は有効であり、かつ課徴金の賦課等の処罰もない（第8条）。

⑤不動産の取得日から60日以内に所有権移転登記をしなかったために、現行の不動産登記特別措置法に基づく過怠料賦課の対象となった者のうち、3年以内に所有権移転登記をしなかった者（以下「長期未登記者」とする）は、名義信託約定があった場合と同様に課徴金が賦課される（第10条1項、2002年3月30日改正）。

⑥この法が施行された1995年6月30日よりも前に、名義信託約定に依って不動産に関する物権を名義受託者の名義で登記し、または登記しようとした名義信託者（以下「既存名義信託者」とする）は、1995年7月1日から1年の猶予期間内に実名登記をするか、当該不動産に関する物権の売却処分をしなければならない。もし、実権利者に帰責事由がなく、他の法律の規定により実名登記や売却処分をなすことができない事由がある場合には、その事由が消滅した時から1年以内に実名登記または売却処分をしなければならない（第11条）。その期間内に実名登記または売却処分をしなかった場合には、その名義信託約定は無効とされ、課徴金が賦課される（第12条1項、第4条）。

⑦この法が施行される前に名義信託約定に依る登記をした事実がない者が、第11条に依る実名登記を仮装して登記をしたときには、5年以下の懲役刑または2億ウォン以下の罰金刑に処せられる（第12条3項）。

⑧既存名義信託約定に依る登記の実名登記（第11条1項）をした場合に、その前に納税義務を免れていたことが立証されると、未納額が追徴されることになるが、この場合において実名登記された不動産が1件であり、その価額が5千万ウォン以下であるときは、過去に非課税とされた1世帯1住宅の譲渡所得税と贈与税については追徴されない（第13条1項1号）。非業務用とされた不

動産が、猶予期間終了時まで法人の固有業務に直接使用された場合にも、所得税は課されない（第13条2項）。

⑨この法が施行される前に、債務の弁済を担保するために不動産に関する物権の移転を受けた債権者（以下「既存譲渡担保権者」とする）は、この法の施行日から1年の期間内に、債務者、債権金額および債務弁済のための担保である旨を記載した書面を、登記官に提出しなければならない（第14条1項、1998年12月28日改正）。これに違反した既存譲渡担保権者および譲渡担保事実記載書面に債務者を虚偽で記載して提出するようにした実債務者に対しては、当該不動産価額の30%に該当する金額の範囲内で、課徴金が賦課される（第14条2項、2002年3月30日改正）。

(2) 名義信託と不動産実名制法

以上に述べてきたように、不動産実名制法が規制しようとする主な対象は名義信託約定に基づく登記がなされた不動産であるから、名義信託がどのような制度であり、どのように生成・発展して今日に至っているかにつき、先立って説明する必要がある²⁵⁾。

1 名義信託の意義

判例は、不動産の名義信託に関して、「当事者の信託に関する債権契約により、信託者が実質的に自分の所有に属する不動産の登記名義を、実体的な取引関係のない受託者に売買等の形式で移転しておくことをいうものである」²⁶⁾と説いている。したがって、「対内的関係においては信託者が所有権を保有し、それを管理・収益するから、公簿上の所有名義だけは受託者に移る」²⁷⁾ことになる。それゆえに、対外的関係においては受託者が不動産の所有者となり、当該不動産に対する「処分権」を有することになる。すなわち、判例は「宗中が、その所有の不動産を宗中員に信託し、登記簿上その宗中員の名義で所有権の登記を済ませたときは、宗中とその受託者である宗中員との間に、いわゆる信託行為の法理が適用される。したがって、この受託者である宗中員からその不動産を譲り受けた第三者は、その者の善意・悪意を問わず、適法に信託者である

宗中の不動産所有権を取得するものと解さなければならない。なぜならば、信託行為において受託者は、その対外的関係では完全なる所有者としての権利を行使しうるものだからである²⁸⁾と判示しており、受託者にその「処分権」を認めたものと解されている。このように、判例は「信託行為の法理」というものを取り上げて名義受託者の当該不動産に関する処分権を認め、その論理必然的な帰結として、取引の相対方を無条件（善意・悪意を問わない）に保護するという立場をとってきており、今日では確固たる判例法として形成されている。

それでは「名義信託の法理」とはどのような法理であろうか。学説は多様であるが、善意・悪意を問わずに第三者が保護されるという「信託行為の法理」は、朝鮮高等裁判所の判決（以下「朝高判」とする）においても見られない法理である。おそらく、朝高判当時の売渡担保に関する法理ではないかと思われるが、その場合であっても、譲受人が善意である場合に限って、その所有権の取得を認めるという立場をとっていた²⁹⁾。結局、大法院はこのような理論的根拠を民法学における「信託行為理論」から持ち込んできたものと思われる。しかし、信託行為理論は、いわゆる譲渡担保の場合に適用されている法理であって、名義信託とは全く関係のない法理である。すなわち、その適用領域が全く異なる別の法理であるということが明白である。また、悪意の第三者までも保護されるということでは、法の正義に反するものとなろう。不動産実名制法自体もそのような誤りを犯している。すなわち、名義信託約定は無効であるとし、その約定に基づいて行われた登記による不動産物権変動は無効であると定めているものの（第4条1項、2項）、その無効を、善意・悪意を問わず、第三者に対抗することができないと規定（第4条3項）している。このことは甚だ理解しがたい。

2 名義信託の種類と不動産実名制法

名義信託について、宗中（門中）財産の名義信託（いわゆる宗中財産型名義信託）と不動産売買による名義信託（いわゆる不動産売買型名義信託）に分類して、それぞれに対する不動産実名制法の適用関係を概観してみよう。

(7) 宗中財産型名義信託と不動産実名制法

(a) 宗中財産の名義信託

韓国において、同一の祖先をもつ自然発生的な父系血族集団である宗中（門中）は、その団体が所有している不動産を保全または保管するために、団体構成員である宗中員の中の1人または数人の名義で所有権保存（または移転）登記を行う場合が多かった³⁰⁾。このような方法を不動産の名義信託といい、宗中財産の名義信託が、いわゆる名義信託の中で主なものとなっている。宗中財産の名義信託は、歴史的に避けられなかったという背景をもっている。韓日併合後、朝鮮総督府は、土地調査事業（1910年～1918年）の一環として1912年8月に土地調査令を、さらに1918年7月に林野調査令を發布して、土地所有者、林野所有者がその所有関係を管轄機関に届け出るようにし、一定期間内に届出をしなかった者は巨額の罰金刑に処せられることになった。問題は、その当時、法人ではない宗中（門中）の名義で宗中所有の財産を登記する方法がなかったということにある。すなわち、1912年の朝鮮不動産登記令が宗中名義で登記できるという規定を欠いていたために、やむをえず、宗孫・宗中員といった個人の名義で、または宗中の代表者である数人の名義で登記をすることになった。その後、1930年に朝鮮不動産登記令が改正され、宗中（門中）、その他法人でない社団または財団に属する不動産に関しては、その宗中、社団または財団が登記権利者・登記義務者として認められ、その代表者または管理人が所有関係を届け出るようにされた（同令第2条の2。この規定は現行の韓国不動産登記法第30条に当たる）。同令の改正により、個人名義から宗中名義へと所有権移転登記をした例もあるが、むしろ、大部分の宗中はそれをしなかった³¹⁾。このため、後になって宗中財産の所有名義が宗中員の個人名義のままで残っていることをきっかけに、その者が宗中財産を売却処分してしまうことがあり、これをめぐる紛争が頻りに起こったのである。朝高判は宗中財産の名義人と取引した第三者を保護するために、共有という法律関係をもって処理したが³²⁾、その後、他の宗中員を保護するために合有関係として処理するようになった³³⁾。終戦後、大法院はこのような紛争を解決するために「名義信託」という新たな法

理を創出したのである。

(b) 不動産実名制法第8条

第8条は、脱税、強制執行の免脱、脱法の目的でない限り、宗中財産の名義信託（同条1号）および夫婦間の名義信託（同条2号）を認めている。同法の起草過程においては、宗中財産型名義信託を認めるかどうかについて賛成論と反対論が鋭く対立していた。反対論の理由は、名義信託を認める合理的理由がない。むしろ、例外を認めた場合には、宗中による投機・脱法行為が予想されるということであった。しかし、すでに述べたように、宗中財産の名義信託は日帝時代の法制による不可避的な歴史的産物であり、投機や脱税とは全く関係なく生成されて今日に至ったものであるから、このような名義信託については、投機などの反社会性がない限り否認すべき理由はない。

ちなみに、夫婦間の名義信託が例外的に認められた理由は、夫婦間の家事費用は共同で負担するものであり、財産取得時に財産形成の寄与度による実質所有者を明確に登記するといった夫婦財産管理の慣行はなく、むしろ、その正反対の慣行が今日まで続いているということにある。しかし、民法は夫婦別産制（民法第830条）や離婚時の財産分割請求権（民法第839条の2）を認めているのであるから、夫婦間の名義信託を認めることは妥当でないという反対論もあった。このような夫婦間の名義信託を認めない立場をとった場合、夫婦間で、ある日突然に財産を分けて別々に登記しようと言い出すといったことになり、そのことが家庭の平和を破壊する引き金になることも考えられることから、夫婦を家族共同体の構成員という次元で考えることにより、夫婦間の名義信託を認めるのが妥当であろう。

(イ) 不動産売買型名義信託

不動産売買による名義信託は、朝高判では見られないが、結局のところ大法院が朝高判の宗中財産名義信託論を援用したことにより様々な法理が形成されたものと思われる。一般的にこのような名義信託は、①二者間名義信託、②中間省略型名義信託、③契約型名義信託、④相互名義信託の4つに分類されている。以下で、これらについて簡単に探る。

(a) 二者間名義信託と不動産実名制法

(i) 二者間名義信託

不動産の所有者その他の物権者が、その登記名義を他人に信託することを内容とする名義信託約定を締結し、その登記を受託者に移転する形式をとる名義信託をいう。このような名義信託が本来の意味における名義信託である³⁴⁾。かかる名義信託を「移転型名義信託」ともいう。この場合の所有者には、所有権移転登記をする前の不動産の登記名義人、建物を新築した場合の原始取得者、民法第187条に基づいて所有権を取得した者等が含まれる。

(ii) 不動産実名制法の第4条1項、2項本文および3項

① 不動産実名制法は、このような二者間名義信託の約定およびその約定に基づいて行われた不動産に関する物権変動は無効であるとして、二者間名義信託を禁止している（同法第4条1項、2項本文）。したがって、二者間名義信託の場合、原権利者である名義信託者は依然として当該不動産の所有権を保有することになるから、名義信託者は名義受託者を相手として、名義信託約定の解除（韓国法において、将来に向かってのみ効力を生ずる解除を意味する用語、以下同じ）を原因とする所有権移転登記請求または所有権移転登記抹消請求をすることができない。このような所有権移転登記や抹消登記申請は、申請の趣旨自体から法律上許容されないことが明白であるから、そのような申請を受理した登記官は不動産登記法第55条2号に該当するという理由により、当該申請を却下しなければならない³⁵⁾。

問題は、名義受託者が自分名義になっている不動産を第三者に譲渡したような場合である。韓国において、不動産登記には公信力が認められていないから、第三者保護の問題が生ずる。かかる問題を解決するために、不動産実名制法第4条3項は、「第1項及び第2項の無効はそれをもって第三者に対抗することができない」とし、第三者は善意・悪意を問わずに保護されるという確固とした判例理論を明文化した。しかし、名義信託の場合に、悪意の第三者までも保護すべき合理的な理由は全くない。また現行民法も、取引の相手方の保護、第三者の保護等、取引の安全を図るために様々な制度を設けており、いずれの場合

も最小限の要件として「善意」を要求している。これらの点に照らせば、同項は「善意の第三者に対抗することができない」と改正されるべきものであると思われる。

② 物権的請求権と信義則違反

二者間名義信託において、名義信託者は当該不動産の所有権を保有しているから、名義受託者に対して、所有権に基づく妨害排除請求により、受託者名義の所有権移転登記の抹消を請求することができる³⁶⁾。また、このような場合に、名義信託者は真正登記名義回復を原因とする所有権移転登記を請求することもできる³⁷⁾。この場合、不動産実名制法第3条1項（「何人も不動産に関する物権を、名義信託約定に依って、名義受託者の名義で登記してはならない」）に違反して名義信託を約定した名義信託者が、同法規に違反しているから無効であるという理由をもって妨害排除請求権を行使することは、信義則に反するのではないかという問題がある。判例は、農地改革法違反事件や国土利用管理法違反事件で、このような事情だけでは信義則に違反しないという立場をとっている³⁸⁾。したがって、名義信託者が不動産実名制法に違反する場合でも、名義信託者の妨害排除請求権は認められよう。

③ 不当利得返還請求と不法原因給付の問題

二者間名義信託約定が無効である以上、受託者名義の登記は法律上の原因なくしてなされたものであり、無効の登記名義も不当利得に該当するから、名義信託者は名義受託者を相手として不当利得返還請求権（民法第741条以下）を行使し、登記の抹消または移転登記を求めうるとする見解もあろうが、不当利得の返還は原物、すなわち、受益者が受けた目的物を返還するのが原則である。したがって、このような場合は、登記の抹消だけを請求することができるものと解するのが妥当であろう³⁹⁾。

では、名義信託約定による登記移転は不法原因給付（民法第746条）に該当するだろうか。そうであるとすれば、名義信託者は、名義受託者に対して不当利得返還を請求することができないのだろうか。判例は、強制執行を免れる目的で不動産所有者の名義を信託した場合は不法原因給付に該当しないという立

場をとっている⁴⁰⁾。民法第746条の「不法」の意味は、人格的に非難されるべき「悪」と解するのが妥当であると思われる。詐害行為や投機行為または他人の利益を害する行為などは第746条の不法に該当しないから、名義信託約定による登記移転行為は不法原因給付に該当しない。

(b) 中間省略型名義信託と不動産実名制法

(i) 中間省略型名義信託

中間省略型登記と名義信託が結合した形態の名義信託をいう。例えば、C所有の不動産を買い受けたAは、自分名義で登記をせず、Bとの間で名義信託約定を締結し、Cから名義受託者Bに所有権移転登記が行われた場合である。三者間登記名義信託とも呼ばれているが、名義信託は売渡人Cの協力によって行われるものであるから、主に投機や脱税等の方法として利用されている。したがって、このような弊害を防止するために、不動産実名制法は中間省略型名義信託を禁止している（同法第4条1項、2項本文）。

(ii) 不動産実名制法の第4条1項、2項本文

① 適用上の問題

中間省略型名義信託の場合も、不動産実名制法の第4条1項により、その名義信託約定は無効になる。しかし、同法第4条2項本文の「名義信託約定に従って行われた登記に依る不動産に関する物権変動は無効とする」という規定自体を中間省略型名義信託の場合にも適用できるのかという疑問が生ずる。なぜなら、この規定はまさに物権変動の原因が「約定」であるかのように表現しており、かかる約定が無効であるから、それに伴って物権変動も無効であるとしているように読めるからである。しかし、これは、名義信託者Aと不動産所有者Cが不動産売買契約を締結する際に、その登記名義を当事者以外の第三者である名義受託者Bの名義としてもらう旨を内容とする一種の特約をし、その履行として不動産所有者Cが名義受託者Bの名義で所有権移転登記をしたと解するのが妥当であろう。いずれにせよ、同法第4条2項本文により、受託者名義の所有権移転登記も無効であるということは否定できないが、法理論として定立するには難しい問題である。

② 売渡人Cの物権的請求権

同法第4条2項本文により、名義受託者であるB名義の所有権移転登記は無効となるから、不動産売渡人Cは、その所有権に基づいた物権的請求権、すなわち妨害排除請求権を行使して、名義受託者Bに対して、B名義の所有権移転登記の抹消を請求することができる。または真正登記名義回復請求権に基づいて、名義受託者Bに対して、所有権移転登記を請求することができる。しかし、このような請求は売買契約の無効による原状回復請求ではないから、名義受託者Bは、不動産売渡人Cが売買代金を名義信託者に返還するまで登記抹消または移転登記の履行を拒否できるという同時履行の抗弁は認められない。

③ 名義信託者Aの所有権移転登記請求の方法

不動産実名制法は、名義信託者と名義受託者間の名義信託約定を無効とするだけであって、名義信託者と不動産所有者間に締結された売買契約までも無効にするものではないから、その売買契約は有効である。したがって、名義信託者が不動産売渡人を相手として売買代金の返還請求をすることはできないが、目的不動産を信託者自身の名義で登記するために、不動産売渡人に代位し、名義受託者を相手として、無効である受託者名義登記の抹消を求めた後に⁴¹⁾、不動産売渡人を相手として、売買契約に基づく所有権移転登記請求権を行使することができる。

④ 名義受託者Bの売却処分行為と第三者

名義受託者が信託不動産を第三者に対して任意に売却処分した場合、特別な事情がない限り、その買受人は有効に所有権を取得することができる（同法第4条3項）。この場合、売渡人Cは、名義受託者が信託不動産を他に処分していても、名義受託者から所有名義を回復してもらうまでは、名義信託者に対して、信義則ないし民法第536条1項本文（同時履行の抗弁権）の規定により、同時履行の関係にある売買代金返還債務の履行を拒むことができる。その一方で、名義信託者から売渡人に対して直接的に所有権移転登記請求をすることも許容されないから、結局のところ、売渡人が名義受託者の処分行為によって損害を負うことはない⁴²⁾。

(c) 契約型名義信託と不動産実名制法

(i) 契約型名義信託

例えば、名義信託者Aと名義受託者Bとの間に、当事者の地位に関する名義信託が約定され、契約上の当事者地位にある名義受託者Bが売渡人Cと売買契約を締結し、その後、名義受託者Bの名義で所有権移転登記をする場合を契約型名義信託という⁴³⁾。委任型名義信託ともいわれる。このような契約型名義信託の場合に、売渡人は、買受人が名義受託者であることを知らず、名義受託者の所有権移転登記に協力することになる。このような方法は、主に企業が役員個人名義で不動産を取得しようとする場合によく利用されるといわれる。不動産実名制法第4条2項但し書は、このような契約型名義信託に関する規定を定め、売渡人が名義信託約定の事実を知らなかった場合には、その約定に基づく物権変動の効力は有効であるとする例外規定を設けている。このような例外規定が置かれたために、不動産実名制法の実効性がはたしてどの程度あるのか疑問である。

(ii) 不動産実名制法第4条1項但し書

① 契約型名義信託約定の効力

契約型名義信託約定とは、民法第684条2項（「受任人が委任人のために自己の名義で取得した権利は委任人に移転しなければならない」）の規定と同じように、受託者が、自己の名義で不動産を買い受け、信託者に移転すべきことを内容とする一種の委任契約と、買い受けた不動産を受託者名義で登記することを内容とする名義信託約定から構成されている。このような契約型名義信託約定の構成部分である名義信託約定は、不動産実名制法第4条1項により無効となる。ところが、かかる名義信託約定は契約型名義信託約定の重要な構成要素でもあるから、その名義信託約定が無効である以上、委任契約も民法第137条本文（「法律行為の一部が無効であるときには、その全部を無効とする」）の一部無効の法理によって無効となる。したがって、名義信託者は契約型名義信託約定に基づき、名義受託者に対して、不動産に関する所有権移転登記請求をすることができないことになる。

② 売渡人が善意である場合

不動産実名制法第4条2項但し書は「不動産に関する物権を取得するための契約において、名義受託者がその一方当事者となり、その他方当事者が、名義信託約定があるという事実を知ることができなかつた場合には」、物権変動の効力が生ずると規定している。例えば、名義受託者Bがその一方の当事者となり、他方の当事者である売渡人Cが、名義信託者Aと名義受託者Bとの間に名義信託約定があるという事実を知ることができなかつた場合には、名義受託者であるB名義の登記についての物権変動は有効であり、B名義となったその登記も確定的に有効となる。

このような場合、名義信託者は、名義受託者を相手として、契約型名義信託約定に基づく所有権移転登記請求をすることができない。ただし、名義信託約定は無効であるから、名義信託者が名義受託者に提供した売買代金等は、法律上の原因なくして給付したものであるということになり、名義信託者は、名義受託者に支給した売買代金等を不当利得として、その返還請求をすることができる（民法第741条）。しかし、判例は、この場合においても、不当利得における原物返還原則を適用する立場をとり、当該不動産自体に対する返還請求を認めている。すなわち、名義受託者は、名義信託約定に従って名義信託者が提供した費用を売買代金として支給し、当該不動産に関する所有名義を取得したものである。しかし、名義信託者は、猶予期間（同法第11条。同法の施行日から1年以内に実名登記をなすべきことを定める。その後、3回にわたり、1年ずつ延長された）が経過するまでは、いつでも名義信託約定を解止して当該不動産に関する所有権を取得することができるし、同様に、名義信託者が、その猶予期間内に実名登記をせず、その期間が経過したときでも、同法第12条1項によって第4条が適用されるため、上記法理がそのまま適用されるというのである。したがって、名義受託者は不動産実名制法の施行によって当該不動産に関する完全なる所有権を取得することとなり、「当該不動産自体を不当利得した」ということになるのである。同法第3条および第4条は、名義信託者に所有権が帰属することを防止する趣旨の規定ではないから、名義受託者は、名義

信託者に対して、自分が取得した当該不動産を不当利得として返還する義務があるということになるのである⁴⁴⁾。

③ 売渡人が悪意である場合

他方の当事者である売渡人Cが、名義信託者Aと名義受託者Bとの間に名義信託約定があるという事実を知っている場合には、その物権変動は効力を生じないから、当該不動産の所有権は依然として前所有者であるCに属しているものと解されることになる。この場合、名義信託者Aは、Cに対して、いかなる権利も有しないが（AとCは契約当事者でない）、名義受託者Bは、Cに対して、Cの利得金（例えば、支払った売買代金）の返還を請求することができることになろう。

(d) 相互名義信託と不動産実名制法

判例は、土地所有者が土地の一部を売却し、その全部に関して買受人名義で所有権移転登記をした場合に、売買されていない部分について、当事者間に相互名義信託関係が成立するとする⁴⁵⁾。また、数人が一筆地の土地の各位置を特定して、その一部ずつを買い受けたが、便宜上その所有権移転登記を共有持分移転登記として済ませた場合に、各当事者の内部関係においては各特定買受部分の所有権を取得するが、各共有持分登記は、各者の特定買受部分に関して、それぞれが相互名義信託をなすものと説かれる⁴⁶⁾。このような相互名義信託は、共有関係においては持分の登記をすることができるだけであって、具体的な分割・利用関係を登記することができないために、不動産実名制法の規制対象からは除外されている。しかし、このような名義信託が許容されたとしても投機等の問題を生ずる危険性はないといわれる。

IV おわりに

韓国の民法と不動産登記法が意思主義から形式主義に転換してから、今日で40有余年を過ぎているが、不動産登記が法の趣旨どおりに定着したとは言い難い。特に、従来からの慣行に従って譲受人名義での登記をしない傾向がいまだ根強く、また、登記制度上の不備から、不実の登記が発生する可能性も大き

いため、登記に公信力を認めることができない状況である⁴⁷⁾。登記の公信力を認めるためには、不動産取引と登記に関する一般人の意識向上、不動産登記制度の徹底した整備、専門的知識を有する登記官の養成など、相当な時間が必要であると思われる。本稿で紹介した不動産登記に関する様々な特別法は、まさにその過程で生ずる諸問題を解決するための過渡的な措置であると考えられよう。

- 1) 高翔龍「韓・中・日契約法の比較」大東ロージャーナル（創刊号）41頁以下。
- 2) 民法研究会、民法案意見書（1957年）67頁。
- 3) 第26回国会定期議会速記録（以下「速記録」とする）第30号（1957年）6頁以下；民議院法制司法委員会民法案審議小委員会、民法案審議録、上巻（1957年）118頁。
- 4) 「速記録」第45号19頁。
- 5) 上掲書。
- 6) 「速記録」第46号4頁以下。
- 7) 洪性載「不動産物権変動と登記主義の課題」21世紀の日韓民事法学（高翔龍先生日韓法学交流記念）（信山社、2005年）277頁。
- 8) 「速記録」第30号6頁以下。
- 9) 金曾漢／金学東、物権法（1997年）132頁。
- 10) 郭潤直、物権法（2004年）99頁。
- 11) 高翔龍、物権法（2002年）150頁。
- 12) 詳細については、高翔龍、上掲書442頁以下参照。
- 13) 朝鮮総督府、慣習調査報告書（1912年）122頁；朝鮮高等法院判決1927・3・8、民集14. 62。
- 14) 大法院判決1996・6・14、96 다 (ダ) 14036。
- 15) 大法院判決1996・6・14、96 다 (ダ) 14036。
- 16) 大審院判決1940（昭和15）・9・18民集19. 1611。
- 17) 山形地裁1964（昭和39）・2・26下級民集15. 2. 384。
- 18) 朝鮮高等法院判決1916・9・29、民集3. 722。
- 19) 朝鮮総督府、民事慣習回答彙集（1933年）23頁。
- 20) 大法院判決1995・7・28、95 다 (ダ) 9075。
- 21) 大法院判決1984・9・11、83 다카 (ダカ) 2245；同1991・6・28、90 다 (ダ) 16214。
- 22) 大法院判決1971・7・29、71 다 (ダ) 1131。
- 23) 大法院判決1993・1・26、92 다 (ダ) 39112。
- 24) 宗中とは、共同の祖先の子孫中、成年以上の男子が共同で祖先の祭祀を行い、かつ祖先の墳墓を守護・保存すると同時に、宗員相互間の親睦を図るために、自然的に発生した宗族団体をいう。詳細については、後述註30) 参照、または高翔龍「宗中財産と名義信託」北大法学論集第49巻3号（1998年）732頁以下参照。
- 25) 詳細については、上掲論文を参照。

- 26) 大法院判決1972・11・28、72다(ダ) 1789大法院判例集20. 3. 民事151。
- 27) 大法院判決1965・5・18、65다(ダ) 312。
- 28) 大法院判決1959・1・15、4290民上667；同1963・9・19、63다(ナ) 388、大法院判例集11. 2. 民事114；同1966・1・31、65다(ダ) 186；同1966・2・15、65다(ダ) 2531等。
- 29) 朝鮮高等法院判決1912(大正元)・10・29、民録2卷43。
- 30) 現行韓国法は、「姓」(原則的に父系血統を表示するもの)に必ず「本」を付けるようにしている(民法第781条(改正により2008年1月1日廃止予定)、戸籍法15条4号)。「本」とは、自分が属する祖先の発祥地名を示すものをいうが、本貫、貫籍、籍貫ともいわれる。韓国では祖先を異にする同姓が多いので、これを区別するために「本」が付けられる。「本」は血族系統を示す「姓」と不可分一体の関係にあり、同姓同本であれば、一応、同一父系血族に属するものとされる。宗中とは、このような同一の始祖に起源をもつ全ての者によって構成される最大の父系血族集団をいう。1911(明治44)年に慣習調査を行った朝鮮総督府取調局長官の回答によれば、宗中(門中)という団体の人格に関し、「朝鮮ニ於テ一門或ハ門中ト称スルハ親族ノ団体ニシテ人格ヲ有セス而シテ門中所有ノ財産ハ其団体ヲ組織スル親族ノ共有ニ属シ門長ハ当然代表権ヲ有セス唯實際ニ於テハ門中協議ノ上門長ヲシテ代表セシムルコト多キモ是レ素ヨリ門中親族ノ委任ニ因ルモノナリ」(朝鮮総督府、民事慣習回答彙集(1922年)73頁)とし、その団体には法人格がないとされた。このような慣習は、現在においてもあまり変わっていない。
- 日本の判例においても、ごく限られた地域の血縁団体ではあるが、沖縄における「門中」を権利能力なき社団に当たるとした事例がある。すなわち、「沖縄における血縁団体であるいわゆる『門中』が家譜記録等によって構成員の範囲を特定することができ、慣行により、有力家の当主を代表機関とし、かつ、毎年一定の時期に構成員の総意によって選任される当番員を日堂業務の執行機関として定め、祖先の1人によって寄附された土地等の財産を門中財産として有し、これを管理利用して得た収益によって祖先の祭祀等の行事、門中模合(頼母子講の一種)その他の相互扶助事業を行ってきたなど、判示のような実態を有する場合には、門中は権利能力なき社団にあたる」(日本・最判昭55(1980)・2・8、民集34卷2号138頁)としている。かかる血縁団体は、韓国の宗中与非常に似ており、歴史上、何らかの繋がりをもつ可能性もあろうかと思われる。今後の研究成果に関心もたれる。
- 31) 金俊輔「日帝下の産業経済史(1)」韓国文化史大系(高麗大学校民族文化研究所)476頁。
- 32) 朝鮮高等法院聯合部判決1923(大正13)・12・26、民録11卷264頁。
- 33) 朝鮮高等法院聯合部判決1927(昭和2)・9・23、民録14卷32頁。
- 34) 大法院判決1972・11・28、72다(ダ) 1789。
- 35) 大法院決定1997・5・1、97마(マ) 384。
- 36) 大法院判決1980・12・9(全員合議体(大法廷に該当一筆者))、79다(ダ) 634。
- 37) 大法院判決1990・11・27(全員合議体)、89다카(ダカ) 12398。
- 38) 大法院判決1991・9・10、91다(ダ) 19432；同1995・11・21、94다(ダ) 20532参照。
- 39) 大法院判決2002・12・26、2000다(ダ) 21123。

- 40) 大法院判決1994・4・15、93 다 (ダ) 61307。
- 41) 大法院判決1999・9・17、99 다 (ダ) 21738。
- 42) 大法院判決2002・3・15、2001 다 (ダ) 61654。
- 43) 大法院判決1993・4・23、92 다 (ダ) 909。
- 44) 大法院判決2002・12・26、2000 다 (ダ) 21123。
- 45) 大法院判決1989・9・12、88 다카 (ダカ) 33176；同1990・11・23、90 다카 (ダカ) 17597等多数。
- 46) 大法院判決1980・12・9、79 다 (ダ) 634等多数。
- 47) 大法院判決1979・7・24、79 다 (ダ) 942。