

不動産登記法四九条の有効要件の緩和と公示の原則

野 口 昌 宏

一 はしがき

二 不動産登記法四九条の意義と有効要件の緩和

(一) 不動産登記法四九条の意義

(二) 形式的有効要件緩和の判例法理

三 有効要件の緩和と公示の原則の修正

(一) 有効要件の緩和と対抗問題

(二) 不動産利用権と公示の原則の修正

四 あとがき

一 はしがき

物権は、排他的効力を有することから、物権の存在や物権変動は、登記、登録、占有などと言ったすべての人から認識

不動産登記法四九条の有効要件の緩和と公示の原則（野口）

できるような何らかの表象を伴う公示の方法が必要となるが、不動産物権変動においては、この表象として現在最も適当な方法として登記制度がある。わが国の不動産登記制度は、周知の通りドイツの土地登記制度にならい、いわゆる物的編成主義を採用した結果、個々の土地、建物ごとに登記簿を調整することになっており、わが国の不動産登記法が最初から物的編成主義を採用したことは、フランス民法と比べて一大進歩であったと言われる²⁾。登記は、一定の国家機関が法定の手続きによってこれをなさなければならぬことになっている（不登二一条等）が、現実の問題として、明治初年からの土地の測量や区画は未だ精密なものが全国的に整備されているとはいいがたく、今日に至っても未登記不動産や実際の区画や面積が登記簿と一致しない場合があることは決して珍しいことではない³⁾。登記簿という一定の帳簿を用いて、国家がこのような帳簿を保管することとしたのは、不動産は、国家存立の基礎をなすものであるから、その権利関係の混乱、紛争を防止し、不動産取引の安全と円滑を図ること、および国家の全域にわたる不動産について、その権利関係を正確に公示する帳簿を維持、保管するには莫大な費用を要する、などの理由により国家がこれを担当することがもっとも妥当であると考えられたことによる⁴⁾。

不動産取引は、国家の管理する公簿である登記簿を基礎として行われることになるため、不動産登記は、不動産取引の安全を図るためには欠くことができない制度であり、きわめて重要な作用を営んでいることは、あらためて言うまでもない。物権は、物に対する直接・排他的な支配権であるから、特定の当事者間の関係のみならず、社会一般の利害に直接関係するものであるから、物権の存否、帰属、物権の変動については、外部から認識できるなんらかの表象が必要となる。そこで不動産登記制度としての公示の原則は、第一に、取引の客体となる全ての不動産を登記簿に記載し、かつ未登記不動産の存在や二重登記を避けること、第二に、全ての物権変動は、正確に登記簿に反映されること、第三に、その登記を信頼して取引関係を有した者は、国家によって何らかの保護が与えられると言う登記簿に公信力を認めること、が理想で

あろう。⁽⁵⁾

しかし、我が民法上、登記は単に第三者に対する對抗要件にとどまり、ドイツの登記制度のように登記を物権変動の要件としなかったため⁽⁶⁾、当事者間の物権変動の効力に関しては登記を必要としないことから、個々の物権変動を登記簿に記載するかどうかは、当事者の登記申請意思によるほかになく、すべての物権変動を登記簿に記載させることは不可能である。不動産登記の理想からすると、取引の客体となるすべての不動産を登記簿に記載し、すべての物権変動は正確に登記簿に反映され、その登記を信頼したものは何等かの保護が与えられるべきであるから、かつての多くの学説・判例においても、すべての不動産物権変動を画一的に可能な限り忠実に登記に反映させようと試みた。

しかし、わが国の不動産物権変動における公示の原則の欠陥は、言うまでもなく、登記が単なる對抗要件であって物権変動の要件ではないという對抗要件主義を採用していること、公信の原則を伴わない結果、登記簿の記載は、必ずしも正確な実体的権利関係を反映しているとは限らず、したがって、不動産取引については、登記簿を信頼することなく、その記載にしたがった実体的権利関係が存在するか否か、現地に赴いて実体的権利関係を調査、検認しなければならぬことになる。このことは、たとえば建物保護法に基づく借地権の對抗問題に関して見ると、借地権を土地取引一般の保護を目的とする公示の枠内のみで捉えるのではなく、土地に対する現実の支配を重視するということから、公示の原則に対する大きな修正と言える。

一方、登記申請の形式的有効要件は、権利の登記が対抗力を認められるための要件であり、実体上の権利関係を登記面に反映させようという目的のために要求されるのであるから、登記が有効であるためには、その登記が不動産登記法にしたがって手続きされることを必要とする。しかし、学説・判例は、不登法四九条規定の有効要件を欠く登記について、有効要件緩和の方向を打ち出し、すでになされた登記は、実体的権利関係に符合し、登記義務者に登記を拒みうる特段の事

情がなく、登記権利者に当該登記を信ずるにつき善意である場合は、登記義務者の登記申請意思を問題にすることなく有効とするに至っている。⁽⁷⁾ わが国において、公示方法としての登記簿と実体的権利変動とをできるだけ一致させ、これに對抗力を付与するという公示制度をもって取引の安全確保の要請に答えるためには、公示制度の存在意義の確保をいかにするか困難な問題があり、わが国の登記制度の現状からは、今日の判例が示すように、登記の形式的有効要件の緩和もって対抗関係を決するということも不動産取引に対する問題の止むを得ない方策であろう。

このように公示の原則に対する形式的有効要件の緩和によって登記の絶対性が否定される結果、不動産物権変動を対外的に登記の一定の形式的要件にしたがって画一的に公示しようとする理想は、不可能に近い。したがって、我が国の対抗問題は、登記を必要とする物権変動の原因の種類と対抗関係を関連させて一般的に論ずることは無意味であり、登記は、特定の第三者との関係で初めて意味を持つと考えなければならない。

このことは、占有という実体関係を表象として借地権を第三者に対抗しうるとした建物保護法が、登記すべき権利関係のうち借地権について、不動産の利用自体を持って第三者に対抗しうるとする特例を認めたことを見ても分かる通り、かつて判例が、すべての物権変動は、その原因のいかんを問わず「登記法ノ定ムル所ニ従ヒ其登記ヲ為シ非ザレバ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルヲ得ザル」（大連判明治四一年一月二五日民録一四輯二三〇一頁）として、不動産の権利及び物権変動をできる限り忠実に登記簿に反映させようとした不動産公示の原則に対する大きな修正であった。借地権の登記なくして借地権を第三者に対抗しうるという意味で、この公示の原則に対する例外は、実質的には、占有を表象として、借地権の登記なくして第三者に対抗しうる権利関係を認めたことと同視すべきものである。

したがって、公示制度の問題は、登記の形式的有効要件の緩和による公示の原則の修正の結果、いかなる事項を登記させることが望ましいかという公示の手續上の問題と、いかなる事項を登記しなければ対抗できないかという対抗力の問題

とを区別して問題とされなければならないことになろう。

(1) わが国の不動産登記制度は、ドイツの登記制度にならない、権利の客体たる不動産を単位として登記を編成するという物的編成主義を採用した。不動産登記制度について、わが国のような方法は、例えば、個々の物権変動ごとに順を追って記録する年次順編成主義と比較して、より合理的であると言われているが、それは、社会的利益衡量によって決せられるべき一つの政策問題であり、公示制度とは物的編成のものでなければならぬといった先駆的公理があるわけではない(幾代通・不動産登記法(新版)九頁)。

なお、わが国の不動産登記制度の制定の経緯については、福島正夫「わが国における登記制度の変遷」(不動産登記の諸問題・上(登記研究三〇〇号記念)所収)一七頁以下参照)。

(2) わが国に近代的な登記制度を導入したのは、明治一九年八月一三日制定、公布した旧登記法である。旧登記法は、全文四一條からなる法律であり、第一章総則、第二章売買譲与、第三章質入書入、第四章登記料及手数料、第五章罰則、附則という構成をとっている。なお、旧登記法制定後、従来の地券制度は廃止されて、土地台帳制度が設けられ(明治三二年)、地券台帳は土地台帳へ転化・移行した。詳しくは、吉野衛「注釈不動産登記法総論」(新版・上)一〇頁以下参照)。

(3) わが国の地積調査がどのくらい進んでいるかということについては、例えば、昭和五四年の段階で国土面積の一七〇一八パーセントと非常に少ない。山林原野を除いても二分の一から三分の一程度の達成率で、しかも地域的には東京・神奈川・東海・近畿等では調査が大幅に遅れている(日本土地法学会編不動産登記制度・建築確認制度(土地問題双書12)一〇二頁以下)。

(4) 吉野・前掲書、二頁。
登記事件の激増に対処するための方策として、昭和二六年からバインダー方式を採用し、その結果、一不動産一登記用紙主義が前進し、登記事務の処理能力が高まりバインダー化の持つ意義はきわめて大きいと言われている(枇杷田泰助「不動産登記制度の現状と将来の展望」不動産登記の諸問題・上(登記研究三〇〇号記念)所収六頁)。

一方で、現在、登記簿をバインダーから自由に取り外しが出来る方式を取っていることから、最近の登記事件の増加にともなう、登記従事職員の不足について、登記簿をバインダーから取り外して外部に持ち出して、不正に書き込んで戻すとか、

登記済証の偽造、印鑑証明書偽造、など各種の証明書の偽造など、登記所を利用した各種の詐欺事件やあるいは不適正な事件処理が問題になっており、登記事務処理上の機械化・能率化が要請されている。

(5) この三点のうち、第一と第二は実体法に関する問題で、第三は手続法の問題である。我妻博士は、第二の問題について、この理想を輕易にしかも完全に達成する手段としては、登記なくしては意思表示による物権変動はその効力を生ぜずと定めること、即ち登記を持って不動産物権変動の効力発生要件とする主義を採ることであると云われる(我妻栄「不動産物権変動における公示の原則の動搖」民法研究Ⅲ物権所収五八頁以下)。

(6) ドイツの登記制度が、登記を物権変動の要件とし、これに公信力が認められた経緯については、吉野・前掲書、九頁以下参照。

(7) 後述一一五頁以下、最判昭和四一年一月一八日民集二〇卷九号一八二七頁など参照。

二 不動産登記法四九条の意義と有効要件の緩和

(一) 不動産登記法四九条の意義

わが国の不動産登記法は、登記の申請について厳格な形式を要求し、その形式を具備しない登記の申請は、たとえ実質的要件を具備する場合でも登記官はこれを却下すべしとしている(不登法四九条)。登記の目的が、不動産に関する物権および物権変動を公示し不動産取引の安全を図るところにあるから、登記に公信力が認められると否とにかかわらず、登記と実体的権利関係とが符合するように努めるべきことは当然である。しかも、わが国の登記制度においては、登記官が実質的審査権を有さないため、登記申請の受理の際に形式的審査を通してなされるように、不動産登記法が登記の申請に厳格な形式を要求したのは当然である。したがって、登記が有効であるためには、その登記が不動産登記法所定の手続きによってなされることを必要とするが、形式的有効要件は、実体上の権利関係を登記面に反映させようという目的達成のため

めに要求されるものであるから、登記の申請が不動産登記法四九条の各号のいずれかに該当する場合は、登記官はその申請を却下しなければならないことになろう。不動産登記は、不動産登記法その他の手続的規定の定める要件を満たしても、登記に対応する実体的権利関係が存在しない場合には無効となるのは当然としても、同様に実体的権利関係に符合する登記でも、申請手続の形式に瑕疵がある場合にも無効となるか、その有効性が問題となる。

対抗要件主義を採用するわが国において、登記の有効要件とは、権利の登記がその対抗力が認められるための要件であるから、ある登記が、有効であるか無効であるかは、権利に関する登記について、その記載内容である権利変動に実体法上対抗力を付与するような登記であるか否かであることを意味する¹⁾。すでになされた登記が、対抗力を有するかどうかという問題は、登記法の定める手続的要件を充しているかどうかという点と、実体法上の権利関係に符合する登記であるかどうかという点について論じられる²⁾。登記の目的は、登記すべき物権変動があった場合に、これを正確かつ迅速に登記することによって、不動産取引の安全と円滑に寄与することにある。対抗要件主義のもとにおいてわが国の登記簿は、不動産物権変動の公示機能と対抗力付与機能を有するわけであるから、登記と実体的権利関係を符合させることが重要であり、登記申請において形式的要件を具備することによって無効な登記申請を予防することに務めなければならないことは改めて言うまでもない³⁾。

わが国の登記に公信力があるかないにかかわらず、登記の申請がなされた場合、登記官としては登記と実体関係とが符合するように最大の努力し登記制度に対する社会一般の信頼を失わせないよう努めるべきことは当然であるが、登記と実体的権利関係との符合を完全にしようとするれば、登記事務の迅速性の要請からかけ離れ取引の円滑を阻害しかねない⁴⁾。そこで、不動産登記法は、四九条で登記申請について登記官が申請を却下すべき場合および却下の形式的手続要件を規定し、この範囲で審査がおこなわれるべきことを定めている。

不動産登記法四九条の形式的要件を欠く登記の申請は、大きく分けて、(一)登記が、その登記された登記所の管轄に属さない場合(不登法四九条一号)、(二)事件が登記すべきものでない場合(不登法四九条二号)、(三)登記申請手続きに瑕疵がある場合(不登法四九条三〜一一号)があり、これらを確認することによって、不動産に関する権利関係の公示の目的を達成しようとするところから、そのいずれの場合も登記申請を却下すべきものとしている(不登法四九条⁶)。

このように登記官の審査は、不登法四九条の各号に定められた手続的要件にしたがって行われるにすぎないので、例えば、その権利関係に全く無縁の者が偽造した委任状や登記原因証書による登記申請や無権代理人による登記申請のような場合であっても、それらの委任状(不登法三五条一項五号・四九条八号)や登記原因証書(不登法三五条一項二号)が提出され、申請が形式的有効要件を満たしている限り受理されざるをえないことになる。登記の有効要件の問題は、登記申請に符合する物権変動が存在しないという実質的要件を欠く場合と、実体関係は存在するが委任状や登記原因証書の提出という手続的な形式的有効要件を欠く場合とがある。

これらの登記の瑕疵は、登記にどのような影響を与えるかについて、判例はかつて、大判明治四五年二月一二日民録一八輯九七頁において、民法一七七条の「登記法ノ定ムル所ニ從ヒ」と言う場合の登記の形式的有効要件を厳格に解した。すなわち、Xが代理人Aの詭計によりYにAを代理人とする旨の通知をなし、Yとの間で消費貸借の締結ならびに抵当権等の設定をなした場合について、民法一〇九条の表見代理が成立するとしても、代理人の作成した偽造の申請書と委任状による抵当権及び地上権の設定登記について、「地上権抵当権其他登記ヲ要スル権利ノ得喪変更ニ付キ登記ヲ為スニハ事实上ニ於テ是等権利ノ得喪変更アリタルノミヲ以テ足レリトセス登記法ニ定ムル形式上ノ要件ヲ充タスコトヲ必要トシ之ヲ缺ク所の登記ハ不合法ナルヲ以テ登記法上其抹消ヲ請求スル権利ヲ有スル者ハ其登記ヲ抹消シテ之ヲ登記ヲ為シタル以前ノ原状ニ復セシムルヲ得ヘク：既ニ為シタル登記カ形式上ノ要件ヲ缺クモ実体上ノ要件具備スルノ故ヲ以テ之ヲ適法ナ

リトシ形式ノ欠缺ヲ不問ニ置クコトヲ得ス何トナレハ斯クスルニ於テハ法律カ登記ニ付キ形式上ノ要件ヲ設定シ登記申請者ヲシテ之ヲ遵守セシムル所以ノ公益上ノ目的ハ之ヲ貫徹スルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ」として、偽造の申請書および委任状にもとづいてなされた登記は、それが実質関係に符合し、かつ、その登記申請につき代理人の表見代理が成立する場合でもこれを無効とし、登記法の諸手続規定をきわめて厳格に解していた。⁽⁸⁾

しかし、登記が有効であるためには、不動産登記法にしたがった手続がなされる必要があるわけだが、現実問題として対抗要件主義をとるわが国においては、少なくとも当事者の関係では物権変動は登記簿に反映されない場合もあり、実体的権利関係である物権変動の態様やその過程がことごとく登記と一致することを期待することはできない。したがって、少なくとも権利変動があった結果としての現在の権利状態と符合する点で有効・無効を判断せざるをえない。その後において判例は、登記は結局、実体上の権利関係を登記面に反映させようという目的から公示する手段であるから、手続的に瑕疵があっても一旦登記官によって受理された登記は、その登記が実質的要件を具備する以上は当事者および第三者がそのために特に不利益を被らない場合は、これを手続的瑕疵だけの理由で無効にすることは、登記を信頼した第三者の利益を害し、かえって不動産取引の安全を害することになるため、不動産登記法四九条は、一号、二号に該当する場合をのぞいて、登記官がこれを受理した以上、不動産登記法一五二条による審査請求の申し立てによっても、一般の訴えの方法によってもその無効および抹消を主張できないとする。⁽⁹⁾したがって、登記の公示性を図るといふ手続的有効要件と、すでにされてしまった登記に基づく不動産取引の安全という点をどの様に調和させるかの問題にかかって来る。

(1) 幾代 通・不動産登記法四〇一頁。

(2) 原島重義・注釈民法(6)二四四頁以下参照。

- (3) ドイツ民法のように、登記が物権変動の要件とする登記の効力発生要件主義のもとでは、問題はつねに、物権変動が生ずるか否かというかたちで生じ、わが国のような對抗の問題が生ずる余地はなく、わが国の場合のような物権変動の對抗問題が生ずるのは、不動産取引における意思主義的構成に基づくためである（原島・前掲書、二四五頁、同「債権契約と物権契約」契約法大系Ⅱ一七頁以下参照）。
- (4) 幾代教授の指摘されるように、この両者をどの様に調和させるかが問題となる。幾代・前掲書、一三九頁以下参照。
- (5) 事件が登記すべきものでない場合について、二つの類型がある。
すなわち、(1)例え、入会権や留置権の登記申請のような登記手続法上登記能力のない権利、または同一不動産についての二重の保存登記（大決大正七年五月三〇日民録二四輯一〇五九頁）や二重の地上権設定登記（大判明治三九年一〇月三十一日民録一二輯一三六六頁）のように既存の登記事項と抵触するような登記といったような、登記法自体の要請から許されない場合と、(2)例え、利息制限法の限度を越える利息の定めある抵当権の登記（最判昭和三〇年七月一五日民集九卷一〇五八頁）のように実体法上当然に無効であり対抗力を取得する余地のないような事項を目的とする場合である。幾代・前掲書、一四二頁以下参照。
- (6) 不動産登記法施行細則四七条は、登記官の審査権限について、登記官が申請書を受け取ったときは、「遅滞なく申請ニ関スル総テノ事項ヲ調査スヘシ」としているが、不動産登記法自体は、審査権限について一般的規定を持たない。従って、わが国においては、不登法四九条はいわゆる形式的審査主義を示すもので、登記官は実質的審査権を有しないとされている。幾代・前掲書、一四〇頁参照。
- (7) 登記官の審査は、形式的審査主義であるから、窓口による書面を通してなされることになるため、その申請内容と一致した実体的権利関係が存在することにつき積極的な確信ないしはそれに近い程度の心証を持つまで審査すべきであるということまで要求しているのではない（幾代・前掲書、一四八頁）。登記官は、申請書類が作成名義人によって真実に為されたものかどうか審査するわけであるが、その注意義務については、「添付された書面の形式的真否を、添付書類、登記簿、印影の相互対照などによって判定し、これによって判定しうる不真正な書類にもとづく登記申請を却下すべき注意義務が要求されるものといわなければならない」（東京地裁昭和五〇年九月二十九日判時八一一号七〇頁）とされている。
- (8) 本判決以前の大判明治二八年七月一日民録一輯一卷一一頁は、被相続人Aの生前に本件土地家屋をYに譲渡し登記手続を開始したが、印鑑証明がなかったために登記手続を経ないうちにAが死亡し、その後Yが登記手続をしたが、相続人Xが右譲渡

の無効を訴求した場合について、被相続人Aが「生存中乙第二号証ノ如キ譲与ヲ為タル未登記ニ着手シタル事実明了ナル以上ハ之ヲ無効トセサルヘカラサルノ要ナキノミナラス假リニA死亡後ニ為タル手続ハ幾分ノ瑕瑾タルヲ免レストスルモ是只タ手続上ノ事ニシテ本案曲直ニ影響セサル事柄ナレハ之カ為メ原裁判破毀ノ因由トスルニ足ラサルモノトス如何トナレハ乙第二号証ニシテ真実ト決スル以上ハ登記手続ノ不都合ハ之ヲ改正セシムルニ止マリテXノ所有トスル能ハサルコトハ結局同一ナルヲ以テナリ」として登記は有効であるとした。しかし、本判決（大判明治四五年二月二日）は、これとは逆に登記の形式的要件を厳格に解し、その後の実務を支配した。

(9) 判例は早くからこの態度をとる。例えば、大決大正五年二月二六日民録二二輯二五二一頁、大決大正八年三月二〇日民録二五輯四三七頁など。登記が実質的要件をそなえない場合に限り利害関係人は、民事訴訟によって登記の効力を争うことになる。杉之原舜一・新版不動産登記法六五頁、四三二頁以下参照。

(二) 形式的有効要件緩和の判例法理

手続的有効要件を欠くいかなる場合が、登記の効力にどのように影響をおよぼすかが問題となるのであるが、不動産登記法一四九条は、四九条において形式的要件を欠く結果、登記が無効となる場合について、一号、二号は、たとえ実質的要件を具備する場合であっても無効であつて、利害関係人はもとより、登記官も自ら職権によってこれを抹消できると規定する（不登記法一四九条ないし一五一條）。しかし、三号以下の規定について、判例は、不動産取引の安全確保という登記制度の本来の目的によって、前述の大判明治四五年二月二日民録一八輯九七頁で示した厳格な形式主義から次第に緩和の方向を示してきた。

そこで、判例の傾向を概観すると、判例は、比較的早くから四九条一号、二号を三号以下と区別して、一号、二号の場合には職権を持って抹消すべきものとし、三号以下に該当する場合は、形式的要件を具備しない場合でも、登記の申請が一旦受理され登記を完了したときは、その登記が実体的権利関係と一致して実質的要件を具備するかぎり有効とするという

理論を示している。

すなわち、大決大正五年一二月二六日民録二二輯二五二一頁は、「不動産登記法四九条一号及ヒ二号ノ場合ヲ除クノ外ハ意思無能力者カ登記ヲ申請シタル場合ト雖モ登記官吏カ一旦登記手續ヲ完了シタル後ハ抹消登記ノ登記権利者ハ其登記義務者ト共同スルカ又ハ之カ意思表示ニ代ルヘキ裁判ヲ提出……スルニアラサレハ登記ノ抹消ヲ申請スルコトヲ得サルモノニシテ即チ登記ニ対スル抗告ノ方法ニ依リテ登記ノ抹消ヲ求ムルコトヲ得サルモノト解スル」として、形式的要件に瑕疵のある登記でもそれが実体的な権利関係と一致している限り、その登記は物権変動の過程を如実に示しており、形式的要件について瑕疵のない登記と変わるところがないとの考えから、不登法四九条三号以下の要件を欠く場合でも、その形式的要件の瑕疵のためにすべての登記が当然に無効になるわけではないとした¹⁾。その後の大審院判決もこの理論を踏襲し、例えば、大判昭和一〇年二月二五日民集一四卷二二六頁は、未成年者が特別代理人によらないで自らした登記申請は、取消すべきものであるが、登記官においてこれを受理しその登記をした以上は無効ではないとして、「不動産登記法四十九条ハ登記申請カ同法第三十五条所定ノ要件ヲ具備セサル等ノ場合ニ於テハ登記官吏カ之ヲ却下スヘキ旨規定シ尙同法四十九条ノ二ニ依レハ同法第四十九条第一号又ハ第二号ニ該当スルトキノミ將ニ登記ヲ抹消スヘキ旨規定シアリテ同号ニ該当セサル本件登記ノ如キハ之レヲ抹消セシメサル」としている。その理由とするところは、まさに不動産取引の安全の要請からくるものであり、登記がいったん受理され登記された場合には、登記簿上権利者としての地位を有するのみならず、それを無効とすると、以後、その登記を経た権利に関してさらに変更等の登記をなさなければならぬことになり、登記した権利者の地位の安定を危うくし、かつその他の利害関係人の利益を害することになるから、というものである²⁾。

またさらに、大判昭和一八年一月二九日民集二二卷一頁は、抵当権設定が正当な代理権に基づいてなされていたが、抵当権設定登記の前日、本人が死亡していた場合について、「登記当時ニ於テハ代理権消滅シ居リタリトスルモ登記セラレ

タル事項ハ真実ニ合スルモノナルカ故ニ上告人ハ之カ抹消ヲ請求シ得サルモノト云ハサルヘカラス」とし、かりに登記が代理権の欠缺を理由として抹消されるとしても抵当権の設定自体は有効であるから、抵当権者はその相続人に抵当権の登記を請求でき、相続人として登記義務を承継しているので再び登記をなさなければならず、相続人の抹消請求は正当な利益がないとして、申請が受理されて登記されそれが真実に符合する以上形式的瑕疵は治癒されるとした。⁽³⁾かくて、申請に手続的瑕疵があっても実体的権利関係に符合するものであれば、手続的瑕疵そのものを理由に無効とすべきでないとし、不登法四九条三号以下の要件に瑕疵ある登記は当然に無効でないとした。大審院時代末期のこの判例は、その後の最高裁判決に大きな影響を与えた。

戦後の最高裁時代になって判例は、大審院時代の判例理論をしばらくの間踏襲した。例えば、最判昭和二九年六月二五日民集八卷六号一三二一頁は、仮装売買に基づく甲から乙への所有権移転登記の抹消手続をするため、乙から必要書類の交付を受けた甲が、その書面を利用して目的不動産を丙に売却し乙から丙へ移転登記した場合について、「その登記は、乙が抹消登記をする限度においては甲に登記申請の代理権を与えたことに基くものであり、しかも丙に対する所有権の移転登記をしたことは実体上の権利関係と一致するのであるから、かかる登記を持って偽造の申請書による登記と同視しこれを無効とすることはできない」とし、登記申請の形式的瑕疵は、登記が実体的権利関係に合致する限り、原則として治癒されることを認めている。⁽⁴⁾

ただ、偽造文書による登記申請について最高裁は、厳格な形式主義を採用していた。すなわち前述の最判昭和二九年六月二五日は、手続的瑕疵の問題と偽造文書による登記手続の問題を区別して、本判決の場合に「偽造の申請書による登記と同視しこれを無効とすることはできない」としていることから、明言こそしないが、たとえその登記が実体的権利関係に合致するものでも偽造書類のように形式的要件を欠く場合は無効と解しているとみられる。

しかし、この問題についても、その後の最高裁は、最判昭和三四年七月一四日民集一三卷七号一〇〇五頁において、貸金の債権者は、売渡担保の目的で債務者所有の不動産につき不動産売渡証、委任状、印鑑証明書などの交付を受けていたが、債務不履行により右不動産の所有権を取得した後、これを第三者に譲渡し、右第三者は債務者から自己に移転登記する際に、債務者が債権者に交付していた印鑑証明書の日付を昭和二三年から昭和二五年に変造してそのまま使用したという事案について、本件の登記申請は、登記義務者（債務者）の意思に基づいているとして、「印鑑証明書の日付が昭和二三年を昭和二五年と変造されたものであるというのであるから、右登記申請が瑕疵のあるものであることは疑ないが、印鑑証明は、文書に押しして印影が本人のものであること、従って……右の如く変造されたものであっても、本件登記申請が上告人の意思に基くものであることに変わりはないのである。されば、その瑕疵は比較的軽微な方式に違反する場合として、よってなされた登記の効力を妨げない」とした。この判決は、従来の判例が偽造、変造文書による登記申請を無効としていたのに対して、たとえ偽造、変造による場合でもそれが登記義務者の意思に基づくときは有効とするとして、その判断基準を登記義務者の意思の存否においた。⁵⁾ このことは、物権変動が登記義務者の意思に基づいてなされること、権利関係の公示制度をとまなう不動産取引による取引の安全確保の意味から、この種の問題について最高裁の考え方をかなり明確にしたことに意義を認めることが出来る。⁶⁾

このように、これまでの判例理論の推移を検討すると、⁷⁾ 登記申請の形式的要件の瑕疵について一連の判例が判断基準としていっているところは、①実質的要件に関して、なされた登記が実体的権利関係と符合していること、②抹消請求をした者の側にもともと登記協力義務があること、③登記義務者に登記申請意思があること、を要件あるいは理由としてすでになされた登記を有効としてきた。すなわち、実体的権利関係とすでになされた登記との符合という実質的要件に対して、あくまでも形式的要件尊重の理由から、その登記が登記義務者の申請意思の有無を問題とすることによって、形式的要件の緩

和に対する問題を決しようとする構成をとったと言えよう。

このような形式的有効要件緩和の傾向に対して、その後の判例は、さらに方向転換を行った。すなわち、最判昭和四一年一月一八日民集二〇巻九号一八二七頁は、これまでの申請意思の存否を問う立場を捨てて、この申請意思を中心とする構成とは違った立場をとるにいたった。本判決は、Aが金員を借受けるにあたりXの実印を用いてXを連帯保証人とするとともに偽造の登記申請委任状に基づいてXの所有する不動産に根抵当権設定登記した場合について、表見代理の成立を認めかつなされた登記と実体的権利関係との符合を認めつつも、Aの登記申請行為は公法上の行為であって表見代理に関する民法の規定は適用されないとして、「偽造文書による登記申請が受理されて登記を経由した場合に、その登記の記載が実体的法律関係に符合し、かつ、登記義務者においてその登記を拒みうる特段の事情がなく、登記権利者において当該登記申請が適法であると信ずるにつき正当の事由あるときは、登記義務者は右登記の無効を主張することができない」とした。本判決は、登記申請行為が公法上の行為であるが故に表見代理の法理の適用を否定した点で、従来の判例（たとえば、最判昭和三七年五月二四日民集一六巻七号一二五一頁：根抵当設定契約が表見代理の規定により効力を生じる場合には、偽造委任状に基づいてなされた根抵当権設定登記であっても、実体法上の権利に符合するから、有効であるとした）とは異なり、しかも、登記を有効とする要件を従来の登記申請意思を中心とする判例理論をさらにすすめて、たとえ実体的権利関係と符合するとしても、登記申請行為に表見代理の法理適用を否定しておいて、その上で登記を有効とした理由として、本判決は、①前述のように、登記と実体関係の符合することのほか、②登記義務者の登記を拒みうる特段の事情がないこと、③登記権利者の当該登記申請が適法であると信ずるにつき正当の事由あること、を挙げている。とくに、「登記義務者においてその登記を拒みうる特段の事情がないこと」ということを要件としたことは、登記義務者に、たとえば、同時履行の抗弁権がない場合などを指すことが考えられ、登記権利者の方からは、登記請求権のあることを意味すると考えられる。さらに、「登記

権利者に於て当該登記申請が適法であると信ずるにつき正当の事由があるとき」という基準によって、これまでの登記申請意思を中心とする構成ではなく、登記申請意思の有無を問うことなく登記義務者のある程度の関与を前提として登記がなされることを要求していると理解することが出来る。⁹⁾そして、その後の判例も基本的には、右最判昭和四一年一月一八日を踏襲していると言える。¹⁰⁾

このような判例の態度に対して、学説は、手続上の登記義務者の登記申請意思を欠いた場合は、たとえ登記が実体的権利関係に符合していても、登記は無効とするもの（主観説）、実体関係に符合していれば、登記申請上の瑕疵は、いかなる意味においてもそれ自体として無効ではないとするもの（客観説）、申請手続上の瑕疵は、それ自体としては無効ではないが、登記義務者に登記申請を拒みうる正当の事由ある場合で、かつ登記上利害関係ある第三者が出現していない場合に限り登記は無効とするもの（制限された客観説＝折衷説）、など多岐にわたるが、学説の多くは、客観説ないしは折衷説を主張する。¹¹⁾

わが国においては、登記は物権変動の要件ではないこと、登記に公信力がなく、登記官に実質的審査権限がないことの結果として、登記申請につき登記簿と実際の不動産の現況や権利関係について正確さを欠くものがあることなど、登記制度の多くの欠陥から、不動産取引の安全を確保し、公示方法としての登記制度の存在意義をいかに確保するかという問題がある。この有効要件の問題については、登記はもともと不動産物権の実体的変動と登記簿とをできるだけ一致させ、これに対して対抗力を与える公示作用を目的とする制度であること、及びこの公示制度を持って取引の安全を害しないようにする必要があり、などを考え合わせると、真実の登記義務者においてその登記を拒みうる特段の事情がなく、しかも登記簿上の権利者が善意であるときは、先に述べた不動産公示制度の理想はさておき、その登記を有効とするという有効要件の緩和はやむを得ないところであると言えよう。¹²⁾そして、すでになされた登記については、その登記が登記義務

者の申請意思に基づかないとしても、それが実体関係に符合するものであり、登記義務者にこれを拒みうる正当な事由がない限り、それは当然なされるべき登記であるはずであり、もし、登記義務者の意思に基づかないとの理由で登記の抹消を認めたとしても、結局、あらためて登記権利者から同じ登記の請求がなされることになろうし、登記義務者はそれに応じなければならぬことになる。またさらに、実体的権利関係に符合している登記について言えば、共同申請主義の原則と対抗要件主義のもとにおいて、対抗要件の取得は当事者の自由意思に任されているとはいっても、当事者の登記意思という主観的な態様によって、登記の有効・無効を決することは、不動産取引に於いて、対抗力を与える公示作用を目的とする制度として望ましいものと言えないであろう。⁽¹³⁾ここにわが国の登記制度に於ける形式的要件が、緩和されざるをえない問題があり、判例理論はこの問題を追認してきたと言えよう。

(1) 本件は、未成年者が単独で登記申請をなし、それが受理された場合で、民法の無能力の規定が適用されることを前提として、登記申請の形式的瑕疵は、登記の完了によって治癒され得るという理論のはしりの判決とされる(三淵乾太郎「登記の有効要件に関する一考察」民事研修三三三三六頁)。同様に未成年者が特別代理人によらないでなした登記について手続的瑕疵の瑕疵の治癒を認めたものとして、大決大正八年三月二〇日民録二五輯四三七頁、大判昭和一〇年二月二五日民集一四卷二二六頁などがある。

(2) 同旨、例えば、大決大正一二年三月二八日民集二卷一八五頁(登記申請書添付の委任状に押捺した不動産所有者の印影が印鑑簿中の同人の印影と符合しない場合)など。

(3) 本判決の判例批評として、来栖三郎・判民昭和一八年度一事件、末川 博「登記申請の代理権欠缺と其登記の効力」民商法一八卷二号九〇頁がある。同旨、大判昭和一〇年一月九日法学五卷六三三六頁がある。

(4) 本判決の批評に、長谷部茂吉「抹消登記のために交付された書類を利用した移転登記の効力」(法曹時報六卷八号一一六頁)、樺 寿夫「抹消登記のために交付された書類を利用してなした移転登記の効力」(民商法三一巻五号八五頁)、菅原勝伴「偽造の登記申請委任状による登記」(別冊ジュリスト一〇号六二頁)がある。

椿教授は、登記が権利変動の對抗要件にすぎないことから「形式的審査主義法制の下では、手続の適法を要求しても、動的状态の反映にはおのづから限界があること、を認めるにつれ、登記の効力における厳格性を緩和してきたようにみえるが、有効とする理由は、結局、かかる登記も事実符合し、権利公示という登記の目的に反しない、という点に求められている」と述べておられる（前掲、椿 寿夫「抹消登記のために交付された書類を利用してなした移転登記の効力」八七頁）。

同旨、讓渡人の死亡後に同人またはその代理人名義でなされた登記申請について、最判昭和二十九年二月一七日民集八卷一
二号二一八二頁および同昭和三十一年七月二十七日民集一〇卷八号一一二二頁などがある。

(5) 登記意思とはいかなるものをいうかについて、幾代教授は、登記申請手続が私法上有する意義や、登記申請手続を支配する書面主義を考えるとかなりの程度までに客観化された定式化されたものであることを要するとして、「適式な書類を登記所へ提出するか登記権利者その他の申請代理人へ交付することによって表示されることが必要であり（ゆえに、はじめからの全面的文書偽造にもとづく場合は、申請意思なしと見るべきである）、かつそれだけで足りる（たとえば、その後、登記までの間に義務者が死亡しても、なされた登記の効力は変わらぬ——最高裁昭和二九・一二・一七民集八卷二二八二頁）」と述べておられる（幾代 通「瑕疵ある登記申請に基いてなされた登記の効力」民商法四一巻六号一一〇頁以下）。

(6) 本件の判例批評に、三淵乾太郎「瑕疵ある登記申請に基いてなされた登記の効力」法曹時報一一卷九号一〇五頁、下森 定「瑕疵ある登記申請（印鑑証明書の日附の変造）に基いてなされた登記の効力」法協七八卷一号一一〇頁、幾代・前掲論文、「瑕疵ある登記申請に基いてなされた登記の効力」一一六頁などがある。

(7) 判例の推移や傾向については、三淵・前掲論文、「登記の有効要件に関する一考察」二九頁、杉内信義「瑕疵ある登記申請に基いてなされた登記の効力」民事研修四二号二七頁、林 良平・川村俊雄「申請手続に瑕疵のある登記の効力」民商法五五巻五号七二二頁・同六号八八三頁、奈良次郎「偽造文書による登記」香川保一編・不動産登記の諸問題（下）所収二一頁、などが、詳しい分析を展開しているの、ここでは結論のみを指摘しておく。

(8) 本判決の判例批評として、宮田信夫「一 登記申請行為と表見代理 二 偽造文書による登記の効力」法曹時報一九巻三号一二五頁、下森 定「表見代理人によってなされた偽造文書による登記が有効とされた事例」法協八四巻一号一五四〇頁、原島重義「一 登記申請行為と表見代理 二 偽造文書による登記の効力」民商法五六巻五号八三四頁がある。

(9) 原島・前掲論文、「一 登記申請行為と表見代理 二 偽造文書による登記の効力」八四一頁以下、下森・前掲論文、「表見代理人によってなされた偽造文書による登記が有効とされた事例」一五四六頁以下、参照。この事は、中間省略登記において

中間者の登記義務が登記権利者の代金支払いと同時履行の関係にある場合に、中間者の同意を必要とすることと同様の要件であると言えよう。

(10) 例えば、最判昭和四二年二月二三裁判集八六号三三五頁。同旨、下級審であるが、札幌地裁判昭和四四年一月一七日判タ二四二号二六七頁など。なお、最判昭和四四年四月二四日判時五五九号三九頁は、代理人として登記申請をした者が、登記申請書添付の委任状の名宛人として記載された者と異なる場合の登記の効力について、「登記申請書に適式の代理委任状その他の代理権を証する書面が添付されていなかったとの一事によって、登記義務者の意思に基づく申請によってなされた登記がその効力を生じえない、と解すべき根拠はない」として、登記義務者の意思に基づく申請であることを理由としているが、あえて最判昭和四一年一月一七日の見解を否定しているわけではない。

(11) この点に関する学説については、主観説、客観説、折衷説など多岐にわたっているが、幾代 通・不動産登記法(新版)四三五頁以下、林良平・川村俊雄「申請手続に瑕疵のある登記の効力」民商法五五巻六号八八四頁以下、半田正夫「登記の形式的有効要件」不動産取引の研究所収一二〇頁以下が、詳細かつ要領よく細分している。

(12) 半田教授は、客観説の立場から有効要件の緩和について、「登記の形式的要件は、登記官吏に実質的審査権がないのに対応して、実体的な権利関係を登記面に正確に反映させるためのひとつの技術的手段として設けられたものであってそれ以上に出るものではなく、したがって形式的要件の意味を過大に評価すべきでない」と述べられている(半田・前掲論文、「登記の形式的有効要件」一二四頁)。

(13) 幾代・前掲書、四三八頁参照。

三 有効要件の緩和と公示の原則の修正

(一) 有効要件の緩和と対抗問題

このように不動産登記における手続的要件に瑕疵のある登記に対する法的評価については、前出の大判明治四五年二月一二日民録一八輯九七頁が示すように、実質的権利関係に符合しかつ表見代理が成立する場合でもこれを無効とする判例

に代表されるような極端な形式主義から出発して、その後、登記義務者の申請意思に基づくか否かを有効無効の判断基準とするいわゆる主観主義を採用し、さらに、この主観主義を越えて申請意思の存否を問う立場をすて、客観主義の方向へ進もうとしている²。従来の判例の立場がどうであるかの認識については、たとえば、登記を有効とした理由として、前出の最判昭和二九年六月二五日は、「偽造の申請書による登記と同視しこれを無効とすることはできない」とし、また、最判昭和二九年一月一七日民集八卷一二号二一八二頁は、右登記登録が「被上告人の偽造にかかる申請書にもとづいてなされたもの」でないと断わりつつ、その登記が実体的権利関係に合致すれば形式的有効要件を欠く場合でも有効と解した。しかし、偽造文書による登記申請についても判例は、登記義務者の申請意思を判断基準とすることについて、これをどのように見ているか困難な点もあるが、一般論としてのあるべき解釈論は、前出最判昭和四一年一月一八日によって客観主義（あるいは折衷説を含めた客観主義の方向）の傾向に向かいつつあり、基本的には、多くの学説・判例によって形式的有効要件は、緩和の一途をたどってきた。

不動産物権における登記こそ近代法における公示の生命であることは異論のないところであり、民法一七七条に規定する登記を要する「得喪及ヒ変更」とは、一切の物権変動を指すと解すると、不動産登記の公示制度は、公示の原則の理想として、すべての不動産を登記簿に登記し、すべての不動産物権変動を如実に登記簿に反映させ、かつ登記簿に公信力を認めることもできるであろう。しかし、わが国の不動産物権変動における公示の原則の欠陥は、いうまでもなく、登記が単なる対抗要件であって物権変動の要件ではないこと、公信の原則を伴わないことにある。その結果、この欠陥をふまえて、学説、判例は、登記に出来る限り最大の効果を与え、不動産物権変動を可能な限り忠実に登記簿に反映させようと試みてきたのであった。

わが国においては、前述のように、登記は対抗要件主義をとり、公信力を有さないこと、かつ、登記官に実質的審査権

限がないため、登記申請につき登記簿と実際の不動産の現況や権利関係について正確さを欠くなど、登記制度の多くの欠陥を有する中で、現実に不動産取引の安全を確保し、公示方法としての登記制度の存在意義をいかに確保するかという困難な問題が存在する。したがって、登記がもともと不動産物権の実体的権利変動と登記簿とをできるだけ一致させ、これに対して対抗力を与える公示作用を目的とする制度であること、およびこの公示制度を持って取引の安全を害しないようにする必要があるのであることを考え合わせると、形式的要件の意味を過大に評価すべきでなく登記と実体的権利関係とが符合し、真実の登記義務者においてその登記を拒みうる特段の事情がなく、しかも登記簿上の権利者が当該登記申請が適法であると信ずるにつき善意であるときは、その登記を有効とするという有効要件の緩和はやむを得ないところであると言えよう⁴⁾。そして、すでになされた登記については、その登記が登記義務者の申請意思に基づかないとしても、それが実体関係に符合するものであり、登記義務者にこれを拒みうる正当な事由がない限り、それは当然なされるべき登記であったはずであり、仮にこの登記の抹消を認めたとしても、あらためて同じ登記の請求がなされれば、結局、登記義務者はそれに応じなければならないことになる。さらに言えば、前述のように実体的権利関係に符合している登記が、共同申請主義の原則の結果、対抗要件の取得は当事者の自由意思に基づくとはいっても、当事者の登記意思の有無という主観的な態様によって、登記の有効・無効を決することは、登記に対抗力を与え第三者に対する公示作用を目的とする以上望ましくないと見えよう⁵⁾。ここにわが国の登記制度に於ける形式的要件が、緩和されざるをえない問題があると言える。

かつて鳩山博士は、「不動産登記制度ノ理想ハ不動産ニ関スル一切ノ法律関係ヲ登記簿ニヨリテ明瞭ナラシムルニアリ」として、公信主義を採用しなかったわが国の不動産登記制度を、本来の登記制度の理想に近づけるために、全ての物権変動は登記され、かつ登記簿の記載が真正なものでなければならぬとし、そのためには、「登記ナクンバ第三者ニ対シテハ効力ヲ及バサス」と解釈すべきであるとして、大連判明治四一年一月一五日民録一四輯一二七六頁（いわゆる第三者制限

連合部判決)が、一七七条の第三者の範囲について、従来の無制限説から制限説に転換して第三者の範囲を限定したことに反対して、無制限説の正当性を強調した。すなわち、物権変動は登記なくしてすべての第三者に対抗できないとする無制限説を主張する解釈として、博士は、登記制度は単に個々の不動産取引の関係者を保護しようとする制度ではなく、法律が第三者に対抗しうべき有力な権利を個人に付与するに当たっては、これによって第三者に損害を及ぼすことがないことを条件とし、特に特定の個人的利益を保護することを目的とするのではなくて社会全部の利益を目的とすべきものであるが故に、その法律の付与する個人的権利について存する当然の制限であると言われ、不動産物権の得喪変更について登記をもって対抗要件とすることは、この原則適用の当然の結果と解すべきであるから、取引の安全のために設けたこれらの権利に対する特殊の制限と解すべきではないとした。⁽⁶⁾

また、我妻博士も、不動産に関する公示制度の理想は、全ての不動産物権変動をできうる限り忠実に登記簿上に反映させることであり、またその登記簿を基礎として不動産取引や不動産金融取引の安全と迅速を図ることであるとして、大連判明治四一年一月一五日民録一四輯一三〇一頁(いわゆる相続登記連合部判決)が、不動産に関する物権の得喪および変更は、「其原因ノ如何ヲ問ハズ総テ登記法ノ定ムル所ニ従ヒ其登記ヲ為スニ非ザレバ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルヲ得ザル」として、不動産物権変動は、意思表示によると否とに拘らず、登記がなければ第三者に対抗しえないことを宣言した点について、不動産物権変動が登記簿に反映すべき範囲が甚だしく拡大したと述べられたが、しかしまた、同じ日になされた前出、大連判明治四一年一月一五日民録一四輯一二七六頁(第三者制限連合部判決)に対しては、判例が従来の無制限説を改めて、第三者を「登記ノ欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル第三者」に限ると判示したことは、物権変動が登記簿に反映されるべき範囲に一大制限を加え、したがって、この理論の適用を受ける結果、物権変動の効果は当事者と第三者との間に分裂を生ずるのみならず、第三者のうちにも、更に差異を生ずることとなり、すべての物権変動をして公簿上に反

映せしめようとする理想からは遙かに遠ざかることとなったと述べられた⁽⁷⁾。

登記が対抗力を有するためには、不動産登記法にしたがった手続がなされることが必要であり、形式的有効要件は、実体上の権利関係を登記面に反映させる目的のために要求されることから、登記の有効要件とは、本来その権利の登記が対抗力を認められるための要件である。このことは、不動産取引に利害関係をもつ第三者のために、物権の所在ないし物権変動が公示されなければならないという意味での公示主義でもあり、登記制度を支える基本思想である。しかし、ドイツ法における登記制度のように、登記を物権変動の要件として登記簿の記載と権利変動が一体的に関連づけられ、登記官の実質的審査権が認められている効力発生要件主義の場合には、登記簿に対する第三者の信頼は十分に保護されるであろうが、わが国の対抗要件主義の場合には、登記がなされていなくても物権変動は有効に存在しうるため、第三者が登記を信頼した結果、保護される基盤は必ずしも十分ではない。

前出の大審院明治四一年一月一五日民録一四輯一三〇一頁（相続登記連合部判決）が、物権変動の原因につき無制限説を採用したことは、公示の原則に忠実であろうとする配慮が強く働いたものと推測されるが、前出のもう一方の大連判明治四一年一月一五日民録一四輯一二七六頁（第三者制限連合部判決）が、第三者の範囲について制限説を採用した理由は、もし無制限説の立場に立つと、たとえば、①建物の譲受人が未登記の間に第三者が故意または過失によって建物を毀損した場合、登記を経由していない譲受人は所有権侵害を理由に第三者に損害賠償を請求できないことになること、②不動産の譲受人が未登記の間に、第三者がその不動産を不法占拠した場合、譲受人はその第三者に対して明渡しを請求できないこととなること、③不動産の譲受人が未登記の間に第三者が書類を偽造して自己に所有権移転登記をした場合においても未登記の譲受人は第三者に対して偽造登記の抹消を請求できないことなど、が当然問題として考えられる。したがって、判例は、物権変動の原因において無制限説をとることによって、公示の原則に忠実であろうとする反面、これによっても

たらされる当事者の不利益を救済せざるをえないという現実的な処理をなすために、第三者の範囲を制限することによって、その妥協を図ったものと解される。⁽⁸⁾

学説も、こぞって制限説に転換するにいたり、今日の通説に至っているが、問題は、「第三者」制限の基準である。前出の大審院明治四一年一月一五日の第三者制限連合部判決は、「登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」を第三者の基準としたが、多くの学説はこの基準を不明瞭なものとして、より具体的な基準を設定しようと試みている。代表的な学説を挙げると、①物権変動を認めるとすれば内容がこれと両立せざるがため理論上当然に否認されねばならない権利を有するものなることを要するとする説（末広説）、⁽¹⁰⁾②登記制度は、あくまでも一般取引の安全のためのものであるから、物権的支配を争う関係に立ち、かつ登記に信頼して行動すべきものと認められるものに限るとする説（舟橋説）、⁽¹¹⁾③当該不動産に關して有効な取引関係に立てる第三者に限るとする説（我妻説）、⁽¹²⁾④對抗問題のある場合を限定することが理論必然的に第三者の範囲を限定することにもなるとする説（對抗問題説）⁽¹³⁾などが主張されている。

このように、不動産物権関係を対外的に登記の一定の形式的有効要件にしたがって画一的に取り扱おうとする理想の實現は、必ずしも登記手続が完全に実行されないわが国の実状からみて不可能に近い。したがって、このことは、登記を必要とする物権変動の原因の種類及び範囲を一般的に論ずることが無意味であり、登記は、第三者との関係ではじめて意味を持つと考えられなければならない。そして、登記の要否は特定の第三者との関係で決まるのであって、物権変動の原因の一般論から決まるものではないとする結果、⁽¹⁴⁾公示の原則に基づく登記の効力の絶対性が否定され有効要件の緩和が是認されざるをえないことになる。⁽¹⁵⁾

- (1) たとえば、最判昭和三四年七月一四日民集一三卷七号一〇〇五頁、最判昭和三七年五月二四日民集一六卷七号一二五一頁など。
- (2) たとえば、最判昭和四一年一月一八日民集二〇卷九号一八二七頁、最判昭和四二年二月二三日裁判集八六卷三三五頁など。
- (3) 我妻 栄「不動産物権変動における公示の原則の動搖」(民法研究Ⅲ所収) 五五頁参照。
- (4) 半田正夫「登記の形式的有効要件」不動産取引法の研究所収一二四頁参照。
- (5) 幾代 通・不動産登記法(新版) 四三八頁。
- (6) 鳩山秀夫「不動産物権の得喪変更に関する公信主義及び公示主義を論ず」(法協三三卷七・九・一二号)(債権法における信義誠実の原則所収三七頁以下)。
- (7) 我妻・前掲論文、「不動産物権変動における公示の原則の動搖」六〇頁。その後、博士は、無制限説から制限説に改説されている。詳しくは、我妻栄・物権法(民法講義Ⅱ、昭和七年) 八六頁以下参照。
- (8) 半田正夫「民法一七七条における第三者の範囲」(叢書民法総合判例研究⑦) 二二頁以下参照。この二つの大連判明治四一年一月一五日の關係について、原島教授は、従来の判例・学説が、「すべての物権変動につき登記を要する」という命題と、「登記によって対抗すべき第三者の範囲」の問題とは、きわめて対立的な方向を指向することが自覚されて来なかつたとして、両者の關係を詳細に検討されている(原島重義・注釈民法(6) 二七三頁以下参照)。
- (9) 学説の展開については、原島・前掲書、三二三頁以下参照。
- (10) 末弘巖太郎・物権法上一六六頁以下。
- (11) 舟橋諄一・物権法一八二頁。
- (12) 制限説に改説された我妻博士は、当該不動産に關して有効な取引關係に立つ第三者には、登記なくして対抗しえないが、その他の第三者に対しては登記なくして対抗しえると説く(我妻・前掲書、九七頁)。
- (13) 中川善之助・相続法の諸問題一七二頁、於保不二雄・物権法上一八二頁、などがある(詳しくは、吉原節夫・注釈民法(6) 三二五頁以下参照)。
- (14) 半田正夫「民法一七七の物権変動の範囲」別冊ジュリスト七七号一一九頁参照。
- (15) このことは、有効要件の緩和という点で、中間省略登記を中間者の利益を考慮しつつ有効としてきた理論と同様である。中

間省略登記を有効とする判例が登場するのは、大判大正五年九月二日民録二二輯一七〇二頁であり、以後これに続いて判例は中間省略登記を肯定し、最高裁時代に入って、たとえば、最判昭和三五年四月二一日民集一四卷六号九四六頁は、未登記の建物¹が、A↓X↓Bと譲渡され、BからさらにCとYに二重譲渡され、登記は、XとBの中間者の同意をえることなくAが保存登記としてAからYに移転登記されたが、XはBが二重譲渡したのを知り、譲受人の一人であるCの利益のために、中間者の同意がないとしてYにその登記抹消を請求した事案について、「Xには本件登記の抹消を訴求するについての法律上の利益を認めがた²く、本訴請求は失当である」と判決した。

(二) 不動産利用権と公示の原則の修正

登記の手続的有効要件の緩和の問題は、これまで述べてきた通り、多くの判例・学説は、手続における形式主義を脱して客観主義を指向し、客観的基準から登記の有効・無効を判断しようとするものであるが、さらに純粹な客観主義に至っては、実体的権利関係に符合しているか否かによってのみ判定せられるべきで、登記申請手続の瑕疵それ自体は登記の効力を左右するものではないと主張する¹。このことは、わが登記法が登記手続につきその基本原則としていた厳格な形式主義は、不動産取引の実状からくる要請の前にはからずも崩れたのであり、その結果、登記と実体的権利関係との関係では、実体的権利関係に対する登記の従属性ないしは手段的性格を重視するということになった²。

そこで、登記に対する実体的権利関係の存在を問題にするとき、一般には、登記との符合の程度が問題とされ、符合の程度については、まず、不動産の物理的状況について登記の記載との間に多少の不一致があっても、両者の間に同一性が認められるか否かということ³で、登記の有効・無効が問題とされる。しかし、同時に他方では、登記法により公示すべきものとされている権利のうち、実体的権利関係が存在するが、それが登記簿に登記されていない場合、その権利はいかなる場合も対抗力を有さないのかが問題とされなければならない。

かつて、登記すべき不動産物権および物権変動は、できるだけ忠実にこれを登記簿に反映せしめ、これをもって對抗要件とすべしとしたが、しかしこれとは別に、たとえば建物保護法において、不動産の利用自体に対抗力を認めようとしたことは、不動産物権変動の公示の原則に対する大きな修正であった。前述のように、判例が、物権変動の原因につき無制限説をとることによって（前出、大連判明治四一年一月一日相続登記連合部判決）公示の原則に忠実であらうとする反面、当事者の不利益を救済するための公示の原則に対する妥協として第三者の範囲を制限した（前出、大連判明治四一年一月一日第三者制限連合部判決）ことは、すべての物権変動につき登記を要するということと、登記によって對抗すべき第三者の範囲の問題とは、きわめて対立するものであることを示唆した⁴。そして、これまで見てきたように、登記の形式的有効要件が、実体的権利関係の存在を基本的要件として、常に第三者との関係において緩和の一端をたどってきたことは、不動産の利用権についても占有という実体的権利関係をもって第三者との関係をも考慮すべき示唆を与えるものである。

すなわち、建物保護法によって保存登記された建物の所有を目的とした借地権の設定されている土地の所有権が、第三者に移転した場合、借地権者は民法六〇五条による借地権の登記を欠いていても保護されることになる。しかし、登記手続上、建物の登記は土地とはまったく別個の建物登記簿に記載されるものであるから、第三者は、当該土地について建物保護法によって対抗力を有する借地権の存在を、土地登記簿からは全く知りえないのである。建物保護法の立法趣旨が、登記の共同申請主義によって不動産利用権の登記がわが国の社会になじまない結果、地震売買⁵から社会的弱者である借地人の保護という生存権的救済論理が働いたとしても、借地権者と新土地所有者との関係は、あくまでも対抗問題であるから、建物保護法第一条は、本来登記制度が目的としていた不動産物権変動における公示の原則ないし理想から大きくかけ離れたものであると言える。

しかし、今日、登記の形式的有効要件の緩和によって、実体的権利関係に対する登記の従属性ないし手段的性格を重視

する結果、登記と対抗力との関係は、対抗関係の相手方である第三者に応じて異なつて考えるべきであり、誰が誰に対してどの権利を主張するかによつて、異なつた扱いがなされてしかるべきであらう⁷⁾。したがつて、占有という実体関係を表象として借地権を第三者に対抗しうるとした建物保護法が、主として経済的弱者である借地権者の保護という社会政策的理由から認められたものではあるが、これをすべての物権変動は登記されるべきとする命題から切り離して、第三者との対抗問題で捉えるとき、それが物権変動の公示の原則の致命的修正⁸⁾とは必ずしも言い切れないであらう。

なぜなら、すべての物権変動は、登記法の手続にしたがつて登記されることによつて有効となり対抗力を有するとする形式的有効要件が緩和され、公示に基づく登記の効力の絶対性が否定された今日において、借地関係においても、借地権者と敷地の登記を持つて対抗力を主張する対抗関係の相手方(第三者)との事情が考慮されることによつて、対抗関係が決められるべきであるからである⁹⁾。そして、建物保護法が、公示の原則に対する例外として、建物の登記によつて賃借権を対抗しうるとしたことは、わが国では登記を物権変動の要件としていないことから、当事者間の物権変動につき登記申請の意識が希薄で、わが国の社会に登記制度が十分になじまず、登記による公示機能に大きな期待を要求できないといった事情もあつたであらう。しかし、このような借地権の登記なくして借地権を第三者に対抗しうるという意味で、公示の原則に対する例外は、実質的には、占有を要件として第三者に対抗しうる権利関係を認めたとことと区別すべき何等の理由もないといえる。

このような例外を認めうる考え方に、不動産取引に関して、当事者は、登記簿の記載を持つて満足せず、現地を確認することが要求されていることにも現れている¹⁰⁾。たとえば、下級審判決ではあるが、大阪地裁昭和二五年六月二九日下級民集一卷六号一〇一五頁は、Xが、本件土地購入に際して、まったく現地の調査を為さなかつたために、本件土地につきYの建物の存在及び賃貸借契約の成立の事実を知らずに買受け移転登記をなしたが、Yの建物が未登記であつたため借地の

明渡しを請求した事案にたいして、「凡そ土地を買受けようとする者が其の土地の形状、賃貸借関係、地上建物の有無の調査をもしないで、軽々に之を買受ける如きは通常の事例とは言い難いものであり、……本件事務所の建築されていることを知らずに買受けたことは社会取引上の注意を著しく欠いたものと謂う他なく……Xは土地買受けに際しYの賃借権を知らなかったことに付重大なる過失があった」として、Xの明渡し請求を権利濫用としたことは、不動産取引について現地検認の必要を法的に認めたとと言える。

また、建物保護法一条の對抗要件として、賃借人が目的地の上に「登記シタル建物ヲ有スル」ことが必要であるが、この建物の登記名義について、最大判昭和四一年四月二七日民集二〇卷四号八七〇頁が、土地賃借人が同居する未成年の長男名義に保存登記した建物を所有していた場合について、借地権を主張しようとする者の所有名義であることを要するとして対抗力を否定したが（同頁、最判昭和四七年六月二三日民集二六卷五号一〇五一頁：借地人の妻名義で保存登記された場合）、この問題については、学説の賛否両論がある。すなわち、判例の要旨は、建物登記をもって、借地権の對抗要件としたのは、取引をする者が地上建物の登記簿の記載によって借地人の存在を推認するからであるから、他人名義の登記は、第三者の利益を害すること、他人名義の登記は実質上の権利と符合しないから無効であること、他人名義の登記では自己の所有権さえ対抗できないから、建物保護法についても自己の所有権を対抗しうる登記が必要であるとする⁽¹¹⁾。これに対して反対する立場は、建物保護法による建物登記の公示機能は、土地取引一般の保護を目的とする公示の原則の枠内でとらえるのではなく、借地権者保護と第三者保護との要請の調整で第三者に不測の損害のおそれがない限り、土地利用権の保護をはかるべきこと、土地の取引をしようとするものは現地を見るのが常態であり、そこに建物の存在を知れば借地権の存在を推知しうるから、借地権を対抗されても不測の損害を被るものではないとする⁽¹²⁾。この場合の問題についても、建物保護法による建物登記が、公示の原則の枠を越えて土地利用権保護の理念を重視してきたのであるから、重要なのは土地に対す

る現実の支配であり、地上建物の登記はそれを知るべき一つの手がかりに過ぎないから、登記名義人が誰であるかは重要な問題ではないと言え⁽¹³⁾。それは、建物保護法が、建物の登記で対抗しようとしたことは、社会的弱者である借地人を地震売買から救済するという生存的救済措置であったとしても、土地上の物権変動の公示という立場からみれば、単に建物の存在すること、すなわち借地人が現実に利用しているということを要件としたという以外のなにものでもないからである⁽¹⁴⁾。

また、登記の公示の原則に対する現地確認の必要性は、法定地上権（民法三八八条）の場合にも同様である。抵当権設定当時、土地と建物とが同一人に帰属しているという要件のもとで、建物に土地所有者名義の登記を必要とするかという問題に対して、判例は、土地抵当権設定当時建物が未登記であった場合も（大判昭和七年一〇月二一日民集二七卷八号一〇六六頁）、土地抵当権設定当時建物の登記名義が前主のままであった場合も（最判昭和四八年九月一八日民集二七卷八号一〇六六頁）、法定地上権の成立を肯定する⁽¹⁵⁾。すなわち、この問題について前出最判昭和四八年九月一八日は、Yは自己所有の土地に抵当権を設定した当時、抵当地上にYが建物を所有していたが、移転登記を経由しておらず前主のままだったという事案について「土地に抵当権を取得しようとする者は、現実に土地を見て地上建物の存在を了知しこれを前提として評価するのが通例であり、競落人は抵当権者と同視すべきものであるから、建物につき登記がされているか、所有者が取得登記を経由しているか否かにかかわらず、法定地上権の成立を認めるのが法の趣旨」であるとした。

このように、これらの借地権や法定地上権の場合に、建物保護法による借地権の存在や、法定地上権の存在は登記簿からは確認することが出来ず、したがって不動産取引者は、登記簿の記載を持って満足せず、現地に赴いて建物が存在するか否かを確認することがむしろ当然としなければならない。これらの判例理論も、公示の原則に対する修正であり、不動産登記制度の欠陥とわが国の不動産取引の実際からみて、やむをえないと言わなければならない。

(1) 杉之原教授は、「その登記は実質的要件を具備する限り有効であって、形式的要件を欠く無効の登記ではない。したがって、利害関係人といえども登記の申請が形式的要件をそなえていないという理由で、第一五二条による審査請求の申立てによってはもちろん、一般の訴えの方法によっても、その登記の無効および抹消をもち主張しえない」と述べられ、申請手続上いかなる瑕疵があるうとも、実体的権利関係に合致していれば、つねに有効とされる(杉之原舜一・新版不動産登記法六五頁)。この純粹な客観主義に対しては、登記義務者の事情で登記申請手続をなすことを欲せず申請意思がないような場合で、登記権利者が自ら印鑑や文書を偽造して登記した場合なお有効とするか疑問が呈されている(幾代 通「不動産登記の有効要件」民事研究修六五号二八頁)。

(2) 幾代・前掲論文、「不動産登記の有効要件」二八頁。

(3) 山田 晟・注釈民法(6)一八九頁以下、幾代 通・不動産登記法(新版)四〇五頁以下、参照。

(4) 原島重義・注釈民法(6)二七三頁以下参照。

(5) 「地震売買」の用語の意味については、法律新聞四八八号二九頁参照。

(6) 水本 浩「建物保護法による借地権の対抗」ジュリスト五〇〇号一四五頁参照。

(7) 星野教授は、建物保護法に基づく建物の登記と第三者との関係について、「対抗とは、まさに『誰に対して』権利を主張するかによって結果を異にさせるための法技術である。これにさらに一歩進め、『どの権利』を主張するかによって結果を異にさせることは完全に可能であろう」と述べておられる(星野英一・借地・借家法三九四頁)。

(8) かつて我妻博士は、建物保護法のように登記こそ近代法における公示の原則の生命で、これを占有に代えることは不動産物権変動の公示の原則の致命的修正であると述べられた(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Ⅲ五五頁)。

(9) このことは、建物保護法による対抗力すら有さない借地権者と新土地所有者との関係についても同様のことが言える。対抗力なき借地権者に対する敷地の新所有者からの明渡しに対して、戦後の判例は、新土地所有者の明渡し請求が権利濫用となる場合を要件として、所有権に基づく明渡し請求を否定してきた。例えば、最判昭和三八年五月二四日民集一七卷五号六三九頁、最判昭和四三年九月三日民集二二卷九号一八一七頁、最判昭和四四年一月二一日判時五八三号五六頁。この問題に対して、戦後多くの下級審判例が出ている。拙稿「対抗力なき借地権と第三者の制限」(大東文化大学紀要二八号)三(2)判例による

不動産登記法四九条の有効要件の緩和と公示の原則(野口)

類型と傾向、八頁以下参照。

- (10) 法が、借地権の登記につき、借地権者の単独の登記申請という方法を採用せず、建物保護法によつた理由には、登記制度がわが国になじんでいないことと、当事者が現地を实地検分することを苦痛としないという事情があるとされる。我妻・前掲論文、「不動産物権変動における公示の原則の動搖」六七頁参照。

- (11) これに賛成する立場について、川井 健「建物保護法の登記における建物所有権公示機能と借地権公示機能」判タ一九四号 一一〇頁参照。

- (12) 前述、最判昭和四七年六月二二日民集二六卷五号一〇五一頁の判決に対する、大隅裁判官の反対意見参照。我妻 栄・判民四七事件（法協八四卷四号）、星野英一・借地・借家法三九〇、四〇二頁以下、野田 宏「借地人の妻名義で保存登記された建物と借地権の対抗力」別冊ジュリスト七八号二二九頁、参照。

- (13) この立場を徹底すると、立法論としては建物の登記の有無も重要ではないということも言える（野田・前掲論文二二九頁参照）。なお、本件最大判昭和四一年四月二七日には、六名の裁判官の反対意見があり、将来変更される可能性が存在するとされる（星野・前掲書、三九〇頁）。

- (14) 我妻・前掲論文、六五頁参照。

- (15) もっとも、この問題について判例は、大判昭和七年一〇月二二日民集二七卷八号一〇六六頁が、建物を新築したものは保存登記がなくとも所有権の取得を抵当権者に対抗できるから、競売以前に保存登記したものは法定地上権が生ずるとして対抗の問題としたのに対して、最判昭和四八年九月一八日民集二七卷八号一〇六六頁は、土地の抵当権者は、抵当地上に建物が存在することを通常知っていたはずであるから、建物の保存登記の有無は法定地上権の取得とは別個の問題とした。

四 あとがき

登記の目的は、登記をなすことが出来る物権変動があった場合に、これを正確かつ迅速に公示することにより不動産取引の安全と円滑とに寄与することであるから、登記が有効であるか無効であるかはかなり多義的である。ふつう登記が有

効であるためには、権利に関する登記について、その記載内容である権利変動に実体法上対抗力を付与するような登記であることを意味するが、登記の有効要件というのは、対抗力を生ずるための要件を指すことであるから、登記の記載に符合した実体法上の権利関係が存在しないときは、当然手続的に瑕疵がなくとも、登記は無効となることになる。¹⁾これに対して、実体的権利関係が存在しているが、手続的有效要件に瑕疵がある場合、判例、学説は、一定の要件のもとでこれを有効としてきた。

登記が不動産の権利関係の公示方法である以上は、登記されているすべての不動産について、登記と実体的権利関係が一致していることが望ましいことは言うまでもない。しかし、それはわが国の登記制度上不可能であり、現実には登記が真実の権利関係を反映しないこと、真実の権利関係が登記簿から判明しないことが生じるのであり、その結果、全ての不動産物権および物権変動は登記簿に反映されなければならないとする不動産公示制度の理想を貫くことは不可能である。したがって、わが国において、どのような原因に基づく物権変動について登記を要するかという問題について、登記制度の現状から、手続的有效要件が緩和されざるをえないのが実状である。したがって、いかなる事項を登記させることが望ましいかという手続上の問題と、いかなる事項が登記しなければ対抗できないかという対抗力の有無の問題とは区別されなければならない。そして、不動産物権変動の対抗問題に関しては、公示方法が種々有りうるわけで登記による公示はその一つの方法でもあると考える。したがって、登記が物権変動の効力発生要件とはせずに対抗要件主義をとるわが国では、第三者との対抗問題も個々の不動産取引において第三者の範囲が個々の不動産物権、物権変動に応じて制限されるべきであらう。

(1) 登記に符合する実体関係の存在とは、①登記に符合する不動産が存在すること（全然存在しない場合はもちろん、はじめは

登記に符合する不動産が存在していても、後に滅失すればその時から無効になる）、②登記の名義人が虚無人名義でないこと（権利関係は、実在する者を主体としてのみ存在しうる）、③登記どおりの実体的権利変動あるいは登記原因が存在すること、などを言う。幾代 通・不動産登記法（新版）四〇三頁以下参照。