

# 偽造文書と登記の効力

後 藤 泰 一

## 目次

1. はじめに——問題の所在
2. 判例の概観および検討
3. 学説の概観および検討
4. 登記手続と有効要件およびその欠缺
5. 結びに代えて

## 1. はじめに——問題の所在

偽造文書によって申請された登記の効力の問題については、実体法的側面からのみならず、手続法的ないし訴訟実務的側面からも、これまで数多くの論文が発表されてきた<sup>1</sup>。問題の焦点は次の点にある。すなわち、不動産登記における登記の基本的・中心的効力は民法177条の物権変動の対抗力にあるが<sup>2</sup>、この対抗力が付与されるには、登記と実体上の権利関係が合致・符合していること（実質的有效要件）、およびその登記が一定の適法な手続をもってなされたこと（形式的ないし手続的有效要件）、を必要とすることには異論がない。それでは、形式的有効要件に関して、登記申請手続が偽造文

<sup>1</sup> 例えば、林良平＝川村俊雄「申請手続に瑕疵のある登記の効力」民商法雑誌55巻5号722頁、同6号883頁（1966年）。岡垣学「偽造申請書類による登記の効力」司法研修所創立50周年記念論文集上巻（1962年）33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・下巻』（1976年・帝国判例法規出版社）。野口昌宏「不動産登記法49条の有效要件の緩和と公示の原則」大東法学第17号（1990年）101頁以下。林良平「瑕疵ある申請書類に基づく登記の効力」香川最高裁判事退官記念論文集『民法と登記 上巻』（1993年・テイハン）ほか多数。

書によって行われた場合——しかしながら登記の記載に合致する実質上の権利関係が存在している——、偽造という瑕疵があることによって、その登記は効力を失うのかどうかの問題となるわけである。偽造文書による登記申請は、実際上は、登記義務者の申請意思を欠いている場合に問題となろう。登記権利者についていえば、「当該名義を偽ってまでも登記手続を経ようとする実際上の必要がない」と考えられるからである<sup>3</sup>。また、登記実務の上で、当該登記手続にまったく無縁・無関係に第三者が偽造文書を作成して登記手続がなされることは、皆無ではないが滅多にないといってよい<sup>4</sup>。かりにそういう場合があっても、そこでは登記と実体的権利関係が合致するということはほとんど考えられず、したがって、そういう場合、登記と実体的権利関係の不一致という事情に基づき、登記の効力を認めない、登記は無効であると考えればいいわけである<sup>5</sup>。それとは別に、登記の権限のある者の偽造文書によって申請された登記が、はじめから、つまり登記の手続段階より実体的権利関係と一致している場合、あるいはその後、つまり登記手続の段階に際しては実体的権利関係と一致していなかったが、その後何らかの事情によって実体的権利関係と一致するに至った場合に、その登記の効力を認めるべ

<sup>2</sup> 民法177条における対抗ないし登記の機能・作用をどのようにみるかという問題が、偽造文書による登記の効力の問題にかかわってくるだろうか。登記の機能につき付言すると、優劣決定機能限定説（権利の優劣決定機能に限定し、いわば食うか食われるかという問題解決の決め手としてのみ登記が機能するという考え方——船橋諄一『物権法』（1960年・有斐閣）159頁、182頁参照）のほかに、権利保護機能（優劣決定機能のほかに一種の権利証明的機能をも有するという考え方——我妻=有泉『新訂物権法』（1987年・岩波書店）148頁・159頁、鈴木祿弥『物権法講義（4訂版）』（1990年・創文社）134頁、近江幸治『民法講義II物権法（第2版）』（2003年・成文堂）74頁、良永和隆「登記の保護機能(-)——『取得時効と登記』問題の解決に向けて」専修法学論集48号（1988年）109頁、川井健『民法概論2物権』（1997年・有斐閣）37頁などを参照）がある。偽造による登記が権利証明的機能を果たしうるかどうか、ひとつの問題たりうるのではなからうか。

<sup>3</sup> 奈良・前掲「偽造文書による登記」23頁参照。

<sup>4</sup> 例えば、大判大正2年6月26日民録19輯513頁、大判大正11年2月18日刑輯1巻47頁などを参照。

<sup>5</sup> 奈良・前掲「偽造文書による登記」23～24頁参照。

きかどうか問題となりうる。

偽造文書による登記が有効かどうかという問題は、不動産取引において、その登記が対第三者との関係で対抗力を有するかどうかという問題と（登記名義人と第三者との間でどう扱われるかという問題）、他方では登記申請に必要な書類を偽造された登記義務者がその登記を抹消請求すること（抹消登記）ができるかどうか（当事者間の問題）という問題が含まれている<sup>6</sup>。もっとも、この問題については、学説では、偽造文書によって申請された登記が有効か無効かの結論を導くに当たって二つの問題を関連させた論理構成が提示されている（後述）。

ところで、私は、先に不動産売買における心理的瑕疵（環境瑕疵の1つ）という問題とのかかわりにおいて不動産媒介業者（仲介業者）の説明・調査義務について考えたことがあり<sup>7</sup>、その際に、不動産取引における理論と実務の関係という問題に関心をもった。不動産登記は、まさにそのような問題が顕著に交錯する領域であるといえる。このような関心のもとに、偽造文書による登記の効力という問題につき、これまでの判例（大審院・最高裁判例を中心に）及び学説の見解・特徴を私なりに大まかに整理し、私なりの立場を明確にするための前提・予備的作業を試みてみよう思ったのが本稿執筆のきっかけである。なお、判例・学説については、私なりにごく粗くまとめている点を予めお断りしておきたい。

## 2. 判例の概観および検討

登記の権限ある者が登記義務者の文書を偽造して申請した場合に、登記は有効かどうかの問題について、判例①は無効説をとっていた。

【判例①】大判明治45年2月12日民録18輯97頁

AがXを欺罔しYに対してAがXの代理人であるとXに表示させ、AがX

<sup>6</sup> 奈良・同上35頁参照。

<sup>7</sup> 拙稿「不動産の売買と心理的瑕疵について」信州大学法学論集3号（2004年）25頁以下。

## 偽造文書と登記の効力

に無断でYから借財し、その際にXの登記原因証書、委任状を偽造して抵当権等の登記をした場合において、実体的関係は表見代理により有効としつつも登記は無効であるとしてつぎのように述べる。「地上権設定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実体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欠ク所ノ登記ハ不適法ナルヲ以テ登記法上其抹消ヲ請求スルノ権利ヲ有スルノ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登記権利者ハ更ニ正当ナル手續ヲ踏ミ登記義務者ノ承諾又ハ之ニ代ハルヘキ判決ニ因リ登記ヲ為スコトヲ要シ既ニ為シタル登記カ形式上ノ要件ヲ欠クモ実体上ノ要件ヲ具備スルノ故ヲ以テ之ヲ適法ナリト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。」

### 【判例②】大判昭和15年11月12日民集19卷2029頁

偽造の承諾書を用いてなされた仮登記につき、後日登記義務者（偽造された者）による追認があっても、偽造を理由に効力を否定する。すなわち、「本件登記ハ無権代理人ニ依リテ為サレタモノニアラス登記権利者タル上告人自身之ヲ為シタルモ登記義務者ノ承諾書カ偽造ナリシ為メ其ノ効力ヲ有セサルモノナリ故ニ此ノ登記ニ対シテハ無権代理行為ノ追認ニ関スル規定ノ適用ナケレハナリ……追認シタルハトテ該仮登記ハ本登記ヲシテ仮登記ノ時ニ遡リテ対抗力ヲ生セシムルコトヲ得サレハ勿論追認ノ意思表示アリタル時迄遡及スル効力モ亦之ヲ有スルコトナキモノト謂ハサルヘカラス」と述べる。

### 【判例③】大判昭和18年1月29日民集22卷1号1頁

正当な代理権に基づいて抵当権設定がなされたが登記の当時に代理権が消滅したという場合につき、抹消に正当利益がある場合には、効力を否定し抹消を許すとする<sup>8</sup>。すなわち、「仮ニ登記カ代理権ノ欠缺ヲ理由トシテ抹消セラルトスルモ抵当権ノ設定自体カ有効ナル以上上告人ハ其抵当権ニ基キ更ニ

<sup>8</sup> 林・前掲「瑕疵ある申請書類に基づく登記の効力」8頁。

之カ登記ヲ請求シ得ヘク上告人ハ初次ノ相続人トシテ登記義務ヲモ承継シ居ルカ故ニ右請求ニ応シテ再ヒ登記ヲ為サルヘカラススクノ如ク上告人ハ仮令本件登記ヲ一旦抹消スルモ更ニ被上告人ノ請求ニ応シテ再ヒ同一登記ヲ為サルヘカラサル以上右抹消登記ノ請求ノ如キハ何ラ正当ノ利益アルモノト云ウヲ得ス」と述べ、とし、「實際上偽造文書による登記について有効性を肯定」<sup>9</sup>したものとされている<sup>10</sup>。

以上のように、大審院時代における判例をみると、はじめは無効という立場であったが、判例③に至り、登記義務者が登記の抹消を請求するにつき「正当利益」があるとはいえないとして実質的に登記についての有効性を肯定しはじめている（上述のように、抹消に正当の利益あるときは効力を否定し抹消を認めるということである）。

その後、最高裁の時代に入ると、偽造文書による登記の効力に関して以下のような判断を示すに至った。

【判例④】最判昭和34年7月14日民集13巻7号1005頁<sup>11</sup>

登記申請書に添付された印鑑証明書の日付が変造された事案につき、「本件の登記申請は、登記義務者たる上告人の意思に基づいてなされたものであると言って差支えない。ただ本件では登記申請の際に添付された印鑑証明書

<sup>9</sup> 奈良・前掲「偽造文書による登記」27～28頁。

<sup>10</sup> なお、大判昭和9年1月13日新聞3665号17頁は、無権代理人Aが抵当権設定契約及びその登記をし、本人がこれを追認したという場合につき、以下のように述べて本人からの抹消登記請求を認めなかった。すなわち、「登記ハ茲ニ全ク実体上ノ権利状態ト吻合スルニ至リタルノミナラス右申請ヲ為シタルAハ結局当初ヨリ之ヲ為スヘキ代理権ヲ有シタルト同一ニ帰シタルモノト云フヘクスクノ如キ場合ニ於いては当該登記ハ之ヲ抹消スヘキモノニ非ス」とする。

<sup>11</sup> なお、最判昭和29年6月25日民集8巻6号1321頁は、所有不動産をCに譲渡したAが、先にB名義になした所有権移転登記の抹消登記登記手続のため同人から交付を受けた同人名義の必要書類を冒用してBからCに移転登記手続をなした場合につき、「その登記はBが抹消登記をする限度においてはAに登記申請の代理権を与えたことに基づくものであり、しかもCに対する所有権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、かかる登記をも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」として、Cから移転登記を受けた者の登記も有効であるとする。

の日付が昭和23年を25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いないが、印鑑証明は、文書に押し印影が本人のものであること、従って、その文書の作成者本人に相違ないことを証明するものに外ならず、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づ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ものというべきである」と判示した。

この判決は、登記申請の意思を重視し、「登記申請は登記義務者の……意思に基づいてなされたもの」であり、印鑑証明書の日付が上記の如く変造されたものであっても、登記義務者たる「上告人の意思に基づくものである」以上、登記の効力は妨げられないというのである。

【判例⑤】最判昭和37年5月24日民集16巻7号1251頁

無権代理人が根抵当権設定契約を締結し、偽造登記申請委任状によってその登記をしたという場合に、その設定契約が民法110条の表見代理によって有効とされる事案につき、「本件根抵当権設定契約は表見代理の規定により実体上の効力を生じているから、本件根抵当権設定登記は、実体上の権利関係に符号するものであるから、……登記権利者が登記義務者に登記申請行為をなすべく請求（登記請求権の行使）する場合には、Xはこれに応じて登記に協力すべき義務のあることを免れない……従って、たとえXに登記意思がなかったとしても、表見代理人たるAに登記意思が存した以上、右登記に伴う私法上の法律効果が存した以上、右登記に伴う私法上の効果はXに帰属するものというべきであり、従って、一般偽造文書による登記とは異なり、Xはすでになされた本件根抵当権設定登記の無効を主張してその抹消を請求することは許されない」とした。

この判例も登記申請人の意思を強調し、「手続的要件の瑕疵の存することを認めながらも、根本的には、実体関係との一致を背後にひめながら、登記の有効を肯認しようとする」ものであり、とくに、「申請人の登記申請意思の存在を理由としても、登記申請意思の有無は、いわば具体的に存するとい

うことよりも、登記義務の存する以上客観的に登記申請意思が存するものとみていると考えてよく、一応形式的には主観説に立つように見えながら、その実は、より客観的なものへの転回を背後に秘めていたとってよい」と評される<sup>12</sup>。

【判例⑥】最判昭和41年11月18日民集20巻9号1827頁

上記⑤とほぼ同様の事案につき、「偽造文書による登記申請は不適法であり（不動産登記法26条、35条1項5号）、公法上の行為である登記申請行為自体に表見代理に関する民法の規定のないことは、所論のとおりである。しかしながら、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があるときは、登記義務者は右登記の無効を主張できないものと解するのが相当である」として登記抹消請求を認めなかった。

この判例⑥において、偽造文書によってなされた登記であっても、その登記の記載が実体的法律関係に符合し、かつ、i 登記義務者において登記を拒みうる特段に事情がなく、ii 登記権利者において当該登記申請が適法と信ずるにつき正当の事由があるときは、登記義務者は登記の無効を主張することができないとするにいたった。言い換えれば、そのような登記も実体的権利関係に符合していれば有効であるが、ただ、それは、上記iの登記義務者に登記を拒みうる特段の事情がなく、iiの登記権利者において当該登記申請が適法と信ずるにつき正当の事由があるとき、という2重の限定をつけている点に注意すべきである<sup>13</sup>。この判例⑥を少なくとも現在の判例のとる基準で

<sup>12</sup> 奈良・前掲「偽造文書による登記」33頁参照。

<sup>13</sup> 林・前掲「瑕疵のある申請書類に基づく登記の効力」10頁・野口・前掲「不動産登記法49条の有効要件の緩和と公示の原則」113～117頁参照。

<sup>14</sup> 最近の学説は、最高裁以降の判例について、偽造文書でなされた登記であってもそれ現在の実体的な権利関係と符合しているかぎり登記は有効だとみていると評する。例えば、川井・前掲87頁、近江・前掲121頁以下を参照。

あるとみてよいと思われる<sup>14</sup>。

なお、つぎの大阪高裁昭和40年8月12日判決（下民16巻8号1351頁）を参考までに上げておこう。当時の「最高裁の見解を要約している」<sup>15</sup>と評されているからである。すなわち、偽造文書による抹消登記の回復登記請求が許されるかどうかにつき、つぎのように述べる。すなわち、「元来不動産登記は、物権変動の権利関係を公示するための方法であり、それ故に真実の権利関係を登記簿上忠実に反映すべきものであり、登記それ自体は権利の実体ではなく外形に過ぎないのであるから、登記それ自身の適式のための要件に瑕疵（例えば登記義務者の登記意思の欠缺、登記手続上の文書の偽造等）があったとしても、既になされた登記が実質的権利関係に符合する以上、その登記上の瑕疵の存在のみを理由にして、直ちに、すべての場合にその効力を否定し、その是正ないし再施を要求することは、必ずしも当事者の権利保護に資する所以ではない。ただ、登記が結果的にみて実体関係に符合する場合でも、当該登記について、(イ)登記義務者において元来当該登記を法律上拒み得る実質的利益を存したとき（例えば登記の履践につき同時遅行の抗弁権を有するとき、かかる場合すでになされた登記が実体関係に符合するとの理由のみで、当該登記を無制限に是認すると、登記義務者の有する正当な抗弁権を不当に剝奪する結果をもたらす。）、(ロ)登記権利者において登記手続の瑕疵につき背信的悪意を有するとき（例えば登記権利者が故らに登記用の偽造文書作成し、又は偽造文書たることを知悉して登記したとき、かかる場合は登記実行上の信義則に鑑み、かような背信的悪意者の行為を無条件に容認保護すべきではない。）、(ハ)違法な登記の是正ないし再施について、第三者との関係で法律上利害関係を生ずるとき、以上の如き場合は、既になされた登記が、たまたま実体関係に符合するとの理由によって、その存在を許すわけにはいかない」と述べる。

### 3. 学説の概観および検討

<sup>15</sup> 奈良・前掲「偽造文書による登記」38頁。

偽造文書によってなされた登記を有効と考えるか無効と考えるかにつき、学説上、実に様々な見解があるが、ただ、有効ということに関しては、有効要件は対抗力の付与であり、有効である以上は抹消請求されることはないという立場と、対抗要件として有効であっても登記を保持しえないとき、すなわち、抹消請求に服する場合もあるとする立場があることに留意しておく必要がある<sup>16</sup>。学説上は、特徴的に大きく分類すると、以下のように、(1)形式主義、(2)主観主義（意思主義）、(3)客観主義、(4)限定的主観主義（原則登記有効）、(5)限定的客観主義（原則有効）、に分かれる。

(1) 形式主義 偽造文書による登記、換言すれば、登記法に定める手続の一つにでも反すれば、無効とみる見解である<sup>17</sup>。判例①②にみられる。「結果的には意思主義と合致するが、法務行政処分として登記が無効であり、したがって、民法上の対抗力もないとするものである」<sup>18</sup>とも評されるが、現在、この立場を主張する学説は見当たらないようである。

(2) 主観主義（意思主義） 登記義務者における登記申請意思の存在を重視し、手続上の登記義務者の登記申請意思を欠いていた場合には、たとえ登記が実体上の権利関係に符合していても登記は無効であるとする見解である。つまり、登記義務者の側では登記をしようとしていたが、登記義務者の知らないうちに登記申請がなされた（例えば、上偽造文書による手続上瑕疵のある登記がなされた）という場合には、意思の欠缺（その者に意思がなかった）という理由により登記を無効とするのである<sup>19</sup>。最高裁はどちらかというとうと登記申請意思を重視する傾向があるといえるが、この説そのものではないように思われる。

(3) 客観主義（実体主義） いったん登記がなされ、それが実体上の権利関係と符合するかぎり、申請手続の瑕疵や申請意思の如何を問わず、常に有

<sup>16</sup> 林・前掲「瑕疵ある申請書類に基づく登記の効力」11頁参照。

<sup>17</sup> 例えば、勝本正晃『物権法』（1950年・弘文堂）90頁。

<sup>18</sup> 林・前掲「瑕疵ある申請書類に基づく登記の効力」12頁。

<sup>19</sup> 例えば、山田晟＝鈴木祿弥・判例研究2巻3号127頁（1949年）参照。

効であるとする見解である<sup>20</sup>。例えば、その理由として、基本的には、登記申請手続の手段的性格を重視することが妥当であるとし、「第一に、申請手続上の瑕疵を理由に登記を無効としてその抹消登記を認めても、結局また同じ登記をなすよう請求されるということは、いかにも無益なことと思われ、……、第二に、実体的権利関係に符合している登記が、手続上の登記義務者・登記権利者の一方または双方の主観的・具体的な容態に如何によって、第三者に対する対抗要件としてあるいは有効とされたり無効とされたりすることは、法律関係の明確化と安定とに奉仕すべき登記制度の理想から見て望ましくない」<sup>21</sup>からというように説明される。もっとも。この説において、手続上の登記義務者の同時履行の抗弁権（代金未済などによる）など登記を即時無条件に渡すことを拒みうる正当な権利が侵害された場合について問題となるが、これについては実体法の自己の債権に基づいて契約解除をし、自己の登記名義を回復しうる（登記を抹消すればよい）とし、また、偽造に伴う非倫理性・犯罪性を見過ごすのではないかという疑問もあるが、これについては、刑事・民事の責任の追求（刑事上・民事上の制裁）で処理すれば足りるとする<sup>22</sup>。この刑事上の制裁（おそらくは文書偽造罪をさすのであろうが）につき、刑事上起訴されないなら、これは十分に機能せず実効はほとんどなくその効果は極めて薄いだろうし、登記義務者に対し当該不動産についての処分の自由性を与えるという私法上の理由とは関係がなく、また民事上・私法上の責任追及・救済とは具体的にどのようなものか、損害賠償だと

<sup>20</sup> 例えば、我妻栄『物権法』（昭和40年・岩波書店）82頁、柚木馨・高木多喜男『判例物権法総論（補訂版）』（1972年・有斐閣）161頁、杉之原舜一『新版不動産登記法』（1970年・一粒社）63頁。幾代通『不動産登記法（新版）』（1974年・有斐閣）438頁は、旧説の主観説を改め、「徹底した客観主義、でなければ、制限された客観主義のうち登記したいとしてはつねに有効という説（本稿でいう限定的客観主義——カッコ内筆者）に同調したいと思う」とする。

<sup>21</sup> 幾代・前掲438～439頁参照。なお、幾代・同前439頁によれば、「徹底した客観主義をとっても、だいたい不都合はないと思われるが、登記はつねに有効とし、債権の抹消請求権という特別の救済を与える説……にも惹かれるところがあり、このところは、なお態度を保留しておきたい」とされている。

<sup>22</sup> 幾代・同前439頁の注(1)(2)を参照。

したら損害の立証が困難であろう、といった批判がある<sup>23</sup>。

(4) 限定的主観主義<sup>24</sup>（登記無効） 登記義務者として登記を拒みうる根拠があるときには、登記は無効であるが、登記上利害関係のある第三者が現れれば無効の主張は許されず、有効と取り扱うとする見解である<sup>25</sup>。すなわち、登記はおよそ無効であるが、登記上利害関係ある第三者の出現により有効となるというのである。第三者の出現しない限りは無効であるが、出現すれば有効となるとの論理的説明に難があり、また、第三者から見れば、このような登記が存在する場合に、利害関係ある第三者があるまでは、有効か無効か実質的關係を調査しなければ判明しないことになる、との批判がある<sup>26</sup>。なお、この立場の説は、つぎの限定的客観主義とともに、形式主観と客観主義との中間に位置するものといえる。

(5) 限定的客観主義<sup>27</sup>（制限された（条件付）客観主義——登記有効・当事者間抹消可能） 登記が実体上の権利関係と一致する限り有効であり第三者に対する対抗力を有するが、登記義務者に登記を拒絶しうる正当の事由があれば当事者間では登記義務者から抹消請求ができる（ただ、第三者に登記が移れば、その第三者に対してまで抹消請求をすることはできない）とする説である<sup>28</sup>。

<sup>23</sup> 奈良・前掲「偽造文書による登記」47～48頁参照。

<sup>24</sup> 限定的主観主義という言い方は、林・前掲「瑕疵ある申請書類に基づく登記の効力」14頁より引用した。

<sup>25</sup> 例えば、船橋・前掲116頁参照。なお、偽造をするなどして自ら不正をなした者またはそのことをしりながらそれを受け継いだ者は、保護の必要がなく、これは対抗問題における背信的悪意者に類するものであるとする説明もある（奈良・前掲「偽造文書による登記」21頁参照）。この限定的主観主義に立つ説でも、申請行為の瑕疵について登記権利者側の善意無過失を要求する説（岡垣・前掲33頁参照）、登記義務者を害する者や害する登記であることを知って登記上の利害関係（転得者による移転登記）をもった者を除外するという説（野田宏「登記申請意思、代理権の欠缺と登記の効力」不動産法大系IV（1971年・青林書院新社車）137頁）などもある。

<sup>26</sup> 林・前掲「瑕疵ある申請書類に基づく登記の瑕疵」14頁参照。

<sup>27</sup> 限定的客観主義という言い方は、林・前掲「瑕疵ある申請書類に基づく登記の効力」15頁より引用した。

#### 4. 登記手続と有効要件およびその欠缺

(1) 登記手続 民法177条は、不動産に関する物権の得喪及び変更は、「登記法ノ定ムル所ニ従ヒ其登記ヲ為スニ非サレハ」これをもって「第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定する。つまり、物権変動を第三者に対抗するためには、登記法の定めに従った（登記法の要件を満たした）登記がなければならない、いいかえれば、そのような登記であってはじめて、対抗力が生じるというものである（手続的有效要件ないし形式的有効要件）。

そもそも、登記がそのような効力を有するためには、登記の記載に符合した実体上の権利関係が存在することを必要とし、これを欠くときは、手続上の瑕疵がなくとも登記は無効である（実体的有効要件ないし実質的有效要件）。具体的には、i 登記に符合不動産の存在、ii 登記名義人が虚無人でないこと、iii 登記どおりの実体的権利変動ないし登記原因が存在すること、を要する<sup>29</sup>。登記が有効であるためには、このような手続有効要件を満たす必要がある。

不動産登記法における権利に関する登記について整理しておこう<sup>30</sup>。

- ① 物的に編成された登記簿に権利の登記が存在すること。
- ② 登記は、登記権利者および登記義務者又はその代理人が、登記所に出頭して登記申請を直接に（窓口で）する（不登25条、26条）——共同申請主義。
- ③ 登記申請を申請するには、以下の書面を提出することを要する（不登35条）。i 申請書、ii 登記原因を証する書面、iii 登記義務者の権利に関する登記済証、iv 登記原因につき第三者の許可、同意又は承諾を要するときはこれを証する書面、iv 代理人によって登記を申請するときはその権限を証する書

<sup>28</sup> 例えば、川島一郎「登記の申請における重大な瑕疵と登記の効力」登記研究202号5頁、中村修三「登記申請行方に瑕疵があるにも拘らずなされた登記の効力」判タ177号125頁、石田喜久夫・批判民商法雑誌45巻3号128頁、林＝川村「申請手続に瑕疵ある登記の効力」民商法雑誌55巻5号30頁以下、広中俊雄『物権法第2版』（1982年・青林書院新社）84頁、我妻＝有泉・前掲129頁など。

<sup>29</sup> 幾代・前掲403～404頁参照。

<sup>30</sup> 手続的有效要件については、主に林・前掲「瑕疵ある申請書類に基づく登記の効力」3頁以下を参照した。

面。

④ 申請書には以下の事項を記載し申請人がこれに署名、捺印することを要する（不登36条）。i 不動産所在の郡、市、区、町村、字および地番、ii 申請人の氏名・住所・もし申請人が法人なるときはその名称および事務所、iii 代理人によって登記を申請するときはその氏名、住所、iv 登記原因およびその日付、v 登記の目的、vi 登記所の表示、vii 年月日のほか、viii 土地の表示または土地を目的とする権利に関する登記を申請するには、地目・地番、ix 建物の表示または建物を目的とする権利に関する登記を申請するには、建物の種類・構造および床面積、家屋番号、建物の番号あるときはその番号、付属建物あるときはその種類・構造および床面積など。

⑤ 申請書の受付に関し、登記官が申請書を受け取りたるときは、受付帳に登記の目的、申請人の氏名、受付の年月日および受付番号を記載し申請書に受付の年月日および受付番号を記載することを要する。

⑥ 登記官の受付・申請の却下につき、登記官は、不登法49条に定める以下のような要件（受理要件）を満たしたかどうかを審査しその上で受け付け、受理要件を満たしていなければ申請を却下することを要する。すなわち、i 事件がその登記所の管轄に属せざるとき、ii 事件が登記すべきものに非ざるとき、iii 不動産の表示に関する登記を申請する場合を除く外当事者が出頭せざるとき、iv 申請書が方式に適合せざるとき、v 申請書に掲げたる不動産または登記の目的たる権利の表示が登記簿と抵触するとき、vi 不動産登記法42条に掲げたる書面を提出したる場合（相続人からの申請）を除く外申請書の登記義務者の表示が登記簿と符合せざるとき、vii 申請書に掲げたる事項が登記原因を証する書面と符合せざるとき、viii 申請書に必要な書面または図面を添付せざるとき、ix 登録免許税を納付せざるとき、x 土地または建物の表示に関する登記の申請書に掲げたる土地または建物の表示に関する事項が登記官の調査の結果と符合せざるとき、には登記官は申請を却下することを要する。

以上のことは、いわゆる窓口的審査であり、かつ書面審査である。これを

超えた実質的審査は司法的審査のなすべき事柄であり、法務行政処分を行う法務局がなすべき事柄ではない——「それがわが国の形式的審査主義である。ただ登記簿は、登記面上では権利変動が正しく連続して表示される『形式的』正確性を保つ仕くみになっており、それと相容れない申請は、形式的審査で受理されない。その実質が正しいかどうかは司法的審査に委ねられる。」<sup>31</sup>

⑦ 登記簿に記入されること——登記実行（不登51条以下）。記載事項に関して、以下の点が要求される。i 表題部に登記をなすには不動産の表示に関する事項、登記原因およびその日付ならびに年月日を記載して登記官捺印すること、ii 事項欄に登記を為すには申請書受付の年月日、受付番号、登記権利者の氏名、住所、登記原因、その日付、登記の目的その他申請書に掲げたる事項にして登記すべき権利に関するものを記載して登記官捺印すること、などが要求される。登記簿へ記載されて（登記実行）はじめて登記は完了し、記入されなければ登記は存在しない（登記の存在）<sup>32</sup>。

(2) 有効要件の欠缺 登記手続上は物権変動の内容の記録が間違いなく矛盾なく記載されてはいるが、その登記の記載に符合した実体法上の権利関係を欠いている場合には、登記は無効であり<sup>33</sup>（実体上の物権変動を示す登記にあたらぬ）、したがって、民法177条にいう対抗力も備えることはできない（実質的要件の欠缺）。また、書面としては整っているが、実は他人が本人と偽って偽造文書を作成して申請したというような場合には（そもそもこの場合には登記と実体的権利関係が合致するということはまずないだろう）、形式的要件が欠如しているから、そのような登記も効力を生じない——素直に考えればそうなるだろう。

しかし、林良平教授は、「登記の目的の多面性や、登記制度の発足にあたり登記設備を必ずしも充分なものにするのにも困難な事情があり、そのため、

<sup>31</sup> 林・前掲「瑕疵のある申請書類に基づく登記の効力」4頁。なお、野口・前掲「不動産登記法49条の有効要件の緩和と公示の原則」106～109頁参照。

<sup>32</sup> 幾代・前掲414頁、林・同前4頁。

<sup>33</sup> 幾代・同前401頁。

物権対象の確実な把握、表示や物権変動の過程の記録、現在の帰属者の正確な表示を確保するには、つねに不完全さを残さざるをえなかった。その不完全なものでもそれに効力を与える必要がある場合そのためにどの程度修正すべきことを法的に義務づけるか、不完全なものにそのままどの程度効力を認める（または否定する）のか、有効要件に微妙な調整を必要とした。一方で国家的制度として正確さが要求されるのであるが、他方で私人の物権変動の対抗力を与えるという意味で私人の所有財産保護に奉仕する法務行政でもある。後者のためには、多少の不正確さは堪えても、迅速さ利用の容易さなども必要である。両目的間には相矛盾する面があり、高所からみて、両目的と趣旨をどのように調整するかは、わが登記制度に宿命的に内在する問題である<sup>34</sup>といわれる。

たしかに、判例は、実質的有效要件につき、例えばいわゆる中間省略登記を当初は無効としたが<sup>35</sup>、後にはこれを認めるに至り<sup>36</sup>、物権変動の過程に関する事実については、実質的要件を緩和した。そのような中間省略登記であっても、現在の真実の権利状態を公示しているからであるとされる<sup>37</sup>。また、形式的要件についても、上記判例①でみたように、形式的要件を欠く登記は無効としたが、その後、不動産登記法49条1号2号違反の場合を除いては、たとえ形式的要件を欠いていたとしてもいったん受理され、登記がなされれば、その登記の申請が「登記権利者登記義務者ノ意思ニ基クモノナル以上」は、当該申請によってなされた登記の実際の権利関係と一致するときはその登記は有効であるとした。現在の権利関係と登記が一致している限りは、抹消登記ができないというのである<sup>38</sup>。つまり、申請書類に瑕疵がある場合であっても、不動産登記法49条1号2号違反以外は、申請が受理されれば有

<sup>34</sup> 林・前掲「瑕疵のある申請書類に基づく登記の効力」4～5頁参照。

<sup>35</sup> 大判明治44年5月4日民録17輯260頁。

<sup>36</sup> 大判大正5年9月12日民録22輯1702頁。

<sup>37</sup> 例えば、川井・前掲75頁を参照。

<sup>38</sup> 大判昭和3年5月25日法律新聞2876号9頁。林・前掲「瑕疵のある申請書類に基づく登記の効力」4頁参照。

効である——ただし当事者の意思に基づくことだけは必要であるという限定付——と認めたわけである。判例②では、受理されても提出文書が偽造であるという事情を理由に効力が否定され、判例③では、抹消に正当な利益があるときには効力を否定し抹消を許すとされている。要するにこれは、不動産登記法49条1号2号以外は受理されれば有効であるが、ただし、偽造文書の場合や抹消に正当利益ある場合には効力を否定するというように限定が付いていた。そしてその後、偽造文書に関しては、判例④でみたように、印鑑証明書の日付変更の場合において、登記申請が意思に基づくものであれば、登記の効力を妨げないとするに至った（判例⑤も申請意思を強調する）。そして、判例⑥には、登記と実体的権利関係との符合があればそれで足りるとの客観理論をとるに至った。ただ、i 登記義務者が登記を拒みうる正当な利益のないこと、ii 登記権利者において当該申請が適法であると信ずるにつき正当の理由があること、の二つの限定をつけていたことは、前述のとおりである。

## 5. 結びに代えて

判例・学説についての大きな流れをみてきた。そこでは、少なくとも、最高裁判例（判例⑥）、学説のいう客観主義ないし限定的客観主義の立場すなわち、偽造文書による登記も無効ではなく有効と考える方向にあることは否定できない。偽造文書によってなされた登記でも、登記と実体的権利関係が符合しておれば、登記自体は有効であるという客観主義をとった場合、実際にどういふ難しい問題が出てくるだろうか。抹消登記を許しうる正当な理由があれば当事者間において抹消請求を認める——登記上第三者が出現しない間は認めるが第三者が出現すればこの抹消請求もできなくなる——という限定的客観主義の立場も説得力がある。しかしながら、当事者間において抹消請求を認めるとしても、「結局また同じ登記をなすよう請求されるということは、いかにも無益なこと」<sup>39</sup>であることもまた確かである。その意味では、

<sup>39</sup> 幾代・前掲438頁。

このような登記であっても有効と考えるのが合理的ではある。このことは、判例⑥が登記権利者において登記申請適法の正当事由の存在を要求する立場——登記権利者が自ら文書偽造という不正なことをしたときにはその登記の効力を受けることができず、登記義務者は登記抹消を請求することができるという立場——についてもいえよう。それならば、まったく客観主義でいいのかということ、どうしてもそこまで割り切ることができない。客観主義に立った場合、どうしてもひっかかるのは、本稿の中心問題である「偽造」の文書によって申請された登記を有効とする扱いが社会的に妥当性を有するか、あるいは社会通念によって支持されるかどうかである。私は、偽造文書による登記がいかなる意味においても（実体的権利関係に符合しておれば）つねに有効と考えるのはどうしても行き過ぎのように思うのである。そのような登記が有効というための何らかの限定をつけるか、あるいは何らかの意味でペナルティを与えるか（刑事上・民事上の責任追及によって）、そういった扱いも必要だとの考えにも一理ある。ただ、刑事上の制裁が大きな役割を果たしうるかどうかは疑問があり、また私法上の救済とは、具体的にどのようなものかといった問題が指摘されていることはすでに述べたとおりである（三の(3)の客観主義の箇所を参照）。

こう考えてくると、偽造文書によって申請された登記は、それによって実質的な利益の侵害があれば、有効な登記の抹消を認めるとする限定的客観主義に近づいてくる。と同時に他方で、私は、抽象的にいえば、偽造文書による申請によって受理された登記の場合（悪質な場合）と、そうでない場合——単なる手続的瑕疵があったにも拘わらず受理されて登記がなされたという場合（悪質でない場合）——とを区別し、両者を別々に扱うべきではない

<sup>40</sup> 林良平「不動産登記における実体法理と手続法理の交錯」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の課題』（1987年・日本加除出版株式会社）20頁は、「形式的審査では、申請行為であると判断されても、実体上当事者の申請行為とみられないもの——偽造登記など——は、少なくとも債権的な登記請求権とはみられないものである。つまり、登記請求権の効力は、登記請求権の実現とみられる限り有効」と述べられるが、相当の重みがある。

かと思ったりもしている<sup>40</sup>。この方向で考えていくと、悪質な偽造文書による場合以外の瑕疵ある文書でなされた登記は、それが実体的権利関係と符合する限りは有効であるが、ただし、偽造文書によってなされた登記は無効——この場合には、実体的権利関係に合致した登記の申請をやり直すということになる——といった考えもありうるのではなかろうか。偽造文書による登記がいかなる意味においても有効である（無効にはならない）とすることに、社会的妥当性（あるいは社会的正義）という視点から、どうしても抵抗感があるのである偽造文書が悪質である場合にはとくにそうであろう。いずれにせよ、この問題についての私の態度はまだ定まっていないこの点はなお留保しておきたい。

以上、偽造文書による登記の効力という問題につき、私なりのまとめ・整理をしてきたが、本稿では、詳細な判例・学説の分析・検討という段階にまで到達していない。そのため私なりの見解・主張は決して熟しているとはいえず、また、その基盤・論理構成もまだまだ弱いものであることを申し添えておきたい。ただ、今後この問題を考えるについての手がかりを感じている。他日を期したいと思う<sup>41</sup>。

---

<sup>41</sup> なお、東京高判平成14年12月1日は、登記官が偽造の登記済証（登記済印番号が記載されていない）を看過して所有権移転登記をした場合において、同登記申請人に対する国家賠償責任が認められたという事例であるが、登記官に要求される注意義務は、その性質上かなり高いものとされているようである（塩崎勤「登記官が偽造の登記済証を看過して登記をした場合と国家賠償責任」登記インターネット5巻8号（2003・8・1）51頁以下）。この種の事案のリーディングケースとして、最判昭和43年6月27日民集6号1339頁があるが、下級審の裁判例として、さらに東京地判昭和60年9月24日訟務月報32巻6号1121頁、大阪高判平成4年2月28日訟務月報38巻7号1200頁などが散見される。この登記官の過失・注意義務違反といった問題は、本稿と関連してくる問題でもある。