

中間省略登記の代替手段について

七戸, 克彦
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://hdl.handle.net/2324/12479>

出版情報 : マンション学. 30, pp.34-39, 2008-04-11. Japan Institute for Condominium Living
バージョン :
権利関係 :

中間省略登記の代替手段について

七戸克彦*

1 議論の発端

(1) 中間省略登記の意義

実際には甲→乙→丙と物権（以下、所有権を例に説明する）が順次移転しているにもかかわらず、中間者乙を省略して、甲→丙の直接の登記がなされる場合を中間省略登記という。

これに対して、本稿のテーマである中間省略登記の代替手段（後述する第三者のためにする契約および買主の地位の譲渡）においては、実際にも甲→丙の直接の権利変動が存在するから、その場合の甲→丙の登記は、権利変動の過程を正しく反映した登記であって、中間省略登記ではない。

にもかかわらず、これらの代替手段を指して中間省略登記と呼ぼうとする用例は、①中間省略登記と上記代替手段とを意図的に混同させることで、中間省略登記そのものを正当化させようとする目的と結びついている。もっとも、この用語法は、②実際には甲→乙→丙の順次移転がなされているにもかかわらず、第三者のためにする契約・買主の地位の譲渡があったとする虚偽の登記原因証明情報を提供して登記申請を行うことを推奨する意図をもつものではあるまい。というのも、このような申請を行った当事者は、公正証書原本不実記載罪（刑法157条）に問われるおそれがあり¹⁾、また、これに関与した司法書士も、懲戒処分の対象となる余地が生ずるからである。

(2) 旧法における中間省略登記の申請

一方、上記定義にいう中間省略登記をめぐる論点は、「申請」の可否の問題、「請求」の可否の問題、「有効性」（対抗力の有無および抹消登記の可否）の問題に分かれるが²⁾、このうちの「申請」の論点に関して、登記実務は、①法律の規定があ

る場合および②判決による登記の場合を除いて却下する処理をとっている。ところが、一般には、2004年改正前の旧不動産登記法（以下、「旧法」という）の下では、中間省略登記の申請が認められていた、との誤った理解が定着していた。

その原因としては、④従来の物権法・不動産登記法の教科書において、上記「申請」に関する登記実務の立場が参照されなかったこと³⁾、⑤学説が、——登記官に対する登記「申請」権と私人間の登記「請求」権の区別の強調にもかかわらず——、私法関係である登記「請求」に関する判例の立場を、そのまま公法行為である「申請」の許容に結びつけたこと（後述）をあげうるが、最大の理由は、⑥旧法の規定では、中間省略登記の申請を防止できなかった点に求められる。旧法の問題点は、①第1に、登記原因証書に代えて申請書副本を提出すれば足りるとされていた点であり（旧法40条）、②第2に、登記原因証書の内容が、単に「売った。買った。所有権が移転した」程度の売渡証書で足りるとされていた点である。その結果、実際には甲→乙→丙と所有権が移転したにもかかわらず、①登記原因証書が当初より存在しないうち提出不能であるとして、申請書副本を提出して甲→丙の直接移転登記の申請を行い、あるいは②実体関係と異なる甲→丙の直接の所有権移転を記載した売渡証書が提出された場合、形式的（書面）審査権しかもたない登記官の側では、申請どおりの登記を実行するほかなかった。

(3) 新法における中間省略登記の申請

だが、これに対して、2004年新不動産登記法（以下、「新法」という）においては、登記原因証明情報の提供の①必須化、②精緻化が図られた結

*九州大学大学院法学研究院教授

果（新法61条）、中間省略登記に関しても、甲→丙の直接移転登記の申請がなされた場合につき、登記官が、登記原因証明情報から、実際には甲→乙→丙の順次移転が存在したことを捕捉する余地は広がり、却下の可能性は、旧法と比較して格段に大きくなった⁴⁾。

これに対しては、⑦最高裁判例は、中間者の同意がある場合には中間省略登記請求権の発生を認めている、④わが国の登記は、現在の権利状態を公示する制度であって、権利変動の過程および態様は公示の対象ではない、②旧法下では中間省略登記が事実上容認され慣行となっていたのであるから、新法がさしたる議論もなくこれを禁止したのは不当である、との主張もなされているが、しかし、⑦の主張は、先に触れた、登記「請求」と登記「申請」とを混同する従来の学説に立脚したものであり⁵⁾、また、④に関しては、反対論者自身の引用する最判昭40・9・21民集19巻6号1560頁が、「……物権変動の経過をそのまま登記簿に反映させようとする不動産登記法の建前に照らし当然のことであって、中間省略登記こそが例外的な便法である」と述べている⁶⁾。一方、⑦と同様の主張は、1960年旧法改正において、仮登記に基づく本登記の申請に関して、新たに第三者の承諾書の添付を要求した際にも（旧法105条1項、新法では109条1項）なされたことがあったが、最判昭46・4・21民集25巻3号321頁は、「登記申請の事務上の要件を如何に定めるかは、立法政策に属する問題と云うるのであるから、前記規定の新設の結果として、従前の取扱いに比較し、仮登記名義人の本登記申請権の行使に前述のような制約が加えられることとなつたとしても、それは、公示制度を整備することにより公示の混乱を避けて不動産取引の安全を保護しようという前叙の立法趣旨に徴し、公共の福祉の実現をはかるための必要かつ合理的な制約であり、仮登記名義人において受忍すべきものと解さなければならない」旨を判示しており、最判昭49・5・30金法724号32頁も、同判決を引用しつつ同旨を説く⁷⁾。

また、実際の裁判例においても、東京地判19・6・15登記情報549号30頁が、甲→乙、乙→丙の2つの売買並びに甲・乙・丙3者の同意を内

容とする登記原因証明情報を提供した甲→丙の直接移転登記申請を却下した登記官の処分を適法としたため⁸⁾、実際に甲→乙→丙と所有権が移転している場合において、中間者乙の同意書を添付して行う甲→丙への直接移転登記申請の方法は、閉ざされた状態にある。

2 中間省略登記の代替手段

そこで模索されたのが、実体的な物権変動の側において、そもそも甲→乙→丙の順次移転を行わず、甲→丙の直接の権利移転を行う契約スキームであるが、これには以下のものが存在した⁹⁾。

- ① 「予約完結権の譲渡（売買予約）」方式
- ② 「買主の地位の譲渡」方式
- ③ 「第三者のためにする契約」方式
- ④ 「契約解除→再契約」方式
- ⑤ 「二重譲渡」方式
- ⑥ 「即決和解」方式

以上の代替手段は、それぞれに問題点を抱えているのであるが、本稿では、以下に述べるような経緯から、②および③に関してのみ検討を行う。

(1) 規制改革・民間開放推進会議「第3次答申」

2006年12月21日、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は、法務省民事局民事第二課長に対し、「甲を登記義務者、丙を登記権利者とし、別紙1〔＝上記③第三者のためにする契約〕又は別紙2〔＝②買主の地位の譲渡〕の登記原因証明情報を提供して行われた甲から丙への所有権移転の登記の申請は、他に却下事由が存在しない限り、いずれも受理されるものと考えて差し支えないか」との照会を行い、翌22日、差し支えない旨の回答を得た。そこで、同月25日、規制改革・民間開放推進会議「規制改革・民間開放の推進に関する第3次答申——さらなる飛躍を目指して——」は、上記照会回答の内容を周知すべき旨を答申し¹⁰⁾、これを受けて、法務省は、平19・1・12法務省民二第52号民事第二課長通知を发出して、上記照会回答内容の周知を図った¹¹⁾。

規制改革・民間開放推進会議が、前示種々考えられる代替方法のうち、②買主の地位の譲渡および③第三者のためにする契約に限って照会を行ったのは、当時この2つの方法につき否定的な見解

が提示されていたことへの対応と推測されるが、結果において、上記②③以外の方法は、答申の埒外におかれ、これを受理するか否かは、もっぱら登記行政側の判断に委ねられることとなった。

(2) 規制改革会議「第1次答申」・閣議決定「規制改革推進のための3か年計画」

一方、申請受理が確認された上記2種の便法に関しても、その後問題個所が判明した。2007年3月28日全国宅地建物取引業協会連合会第5回理事会において、乙が宅地建物取引業者で、丙が一般消費者である場合に、重要事項説明や瑕疵担保責任の特例といった宅地建物取引業法（以下、「宅建業法」という）の消費者保護規定が適用されるか否か、また、このような契約形態は、「宅地建物取引業者は、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（予約を含む。）を締結してはならない」とする宅建業法33条の2に違反するのではないか、との疑義が提起されたのである。

そこで、規制改革会議（前記規制改革・民間開放推進会議の後身）は、2007年5月30日「規制改革推進のための第1次答申——規制の集中改革プログラム——」において、以下のような提言を行った¹²⁾。まず、「買主の地位の譲渡」または「第三者のためにする契約」における乙丙間契約に関しては、①売買契約のほか、⑩無名契約の方法によることも可能とされ、①については、売買契約の締結を禁止した上記宅建業法33条の2の適用を除外する規定を新設する一方、乙丙間契約につき⑩無名契約を選択した場合には、宅建業法の規律が及ばない旨が確認された。その結果、⑩無名契約の方法による場合には、一般消費者が不利な地位に立たされることとなるが、答申は、「一般消費者の保護の観点からは、乙丙間の契約を売買契約として成立させる方式には十分な合理性がある」としつつも、結局は、丙の自己責任の問題に帰着させた（「そのような契約形式による場合には、宅建業者乙に宅建業法上の重要事項説明や瑕疵担保責任の特例等の規制が及ばないことや、瑕疵担保責任については個別の合意に基づく特約によることなど、丙が自らの法的地位を十分に理解した上で無名契約として締結することはもとより

望ましいが、無名契約とする場合については、宅建業法で規律するものでない旨についても周知徹底を図るべきである。）。なお、第三者のためにする契約を締結した場合の瑕疵担保責任に関しては、「乙丙間を無名契約とする場合には当事者間の個別の合意に基づく特約を設けることにより、また乙丙間を他人物の売買契約とする場合には宅建業法上の規定の適用により、丙に対する瑕疵担保責任を乙に課すことができ、結果として、①第三者のためにする売買契約に基づいて甲は乙に対し瑕疵担保責任を負う（ただし、特約によって瑕疵担保責任を排除することはできる）、②乙丙間の無名契約または他人物の売買契約に基づいて乙は丙に対し瑕疵担保責任を負う（他人物の売買契約の場合は宅建業法により瑕疵担保責任の排除はできない）、③甲は丙に対し瑕疵担保責任を負わない（契約当事者の関係にないため）」という契約形態をとることができる」とされている。

そして、以上の答申内容は、同年6月22日閣議決定「規制改革のための3か年計画」に反映され¹³⁾、これを受けて、翌7月10日、国土交通省は、宅建業法33条の2の適用除外規定である同条1号の委任を受けた宅地建物取引業法施行規則15条の6に、新たに4号として「宅地又は建物について、宅地建物取引業者が買主となる売買契約等であって当該宅地又は建物の所有権を当該宅地建物取引業者が指定する自己又は第三者に移転することを約するものを締結しているとき」を新設した¹⁴⁾。もっとも、上記⑩無名契約に関する処理が、一般消費者にあまりに酷と考えられたのであろう、同日付けにて発出された「いわゆる『中間省略登記』に係る不動産取引の運用改善について」は、「丙との間の契約当事者である乙は、そのような無名契約の前提について、丙に対して十分な説明を行った上で、両当事者の意思の合致のもとで契約を締結する必要があることに留意すること」との注記を追加している¹⁵⁾。

3 代替手段の検討

(1) 買主の地位の譲渡

だが、上記2つの代替手段のうち、「買主の地位の譲渡」方式に関しては、すでに早期より限界

が意識されていた。第1に、中間者乙の得た転売差益が丙の知るところとなる点が、不動産業者に嫌われた。この方式では、乙の甲に対する所有権移転請求権とともに、乙の甲に対する代金支払義務が、そのまま丙に移転することになるからである。第2に、この方式においては、中間者乙が契約関係から離脱するため、不動産価格を売上げとして計上できない点も問題とされた¹⁶⁾。

その結果、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。

(2) 第三者のためにする契約

しかし、「第三者のためにする契約」方式もまた、上記「買主の地位の譲渡」方式の抱える問題点から解放されているとは思われない。

第1に、乙の転売差益との関連でいえば、前示規制改革・民間開放会議「第3次答申」は、中間省略登記を認めないことの問題点を、「多くの場合、乙は第三者への対抗要件を必要とせず、また登記をする場合にはその費用を転売価格に上乗せしているため、丙の費用負担が増えることになる」と説明していた¹⁷⁾。すなわち、中間省略登記の代替手段を用いることによって生じた登録免許税の節減分は、中間者乙ではなくして、丙に還元されるものであり、この点が、丙にとって代替契約を選択するメリットである、というのである。となれば、丙が一般消費者の場合、乙は、契約締結の際に、通常の転々売買の方法を選択せず、あえて直接移転の便法を選択することが、乙の利得ではなく、もっぱら丙の費用節減のためであることを、具体的な節減額を示しつつ説明すべきことになろうし、また、この点に関する具体的説明を行わない取引業者には警戒するよう、一般消費者に対して広く注意を喚起すべきことになろう。

第2に、不動産価格を売上げとして計上できるかの点に関していえば、これは、乙が甲からいったん所有権を取得したうえで丙に移転する通常の他人物売買（民法560条）については成り立つであろう。しかし、これでは所有権が甲→乙→丙と順次移転してしまうから、甲→丙の直接移転登記ができなくなる。そこで、この点に関しては、

「乙丙間の契約において乙が所有権を取得することが重要な要素とされていないときは、当該乙丙間の契約は、『第三者』を指定するためにされた契約と解し得るものと考えられる。そのように解される場合には、甲乙間及び乙丙間の契約がいずれも売買契約として締結されていたとしても、甲から丙への直接の所有権移転の登記の申請は、することができる」とされるに至ったが¹⁸⁾、しかし、これは、乙丙間契約を単なる指定権の売買と解するものであるから、上記「買主の地位の譲渡」や「予約完結権の譲渡（売買予約）」と同様、乙は不動産価格を売上げに計上することができない。

一方の欠陥を解消したつもりが、他方に傷口を広げる、というのも、誠に皮肉な現象であるが、しかし、これは、元はといえば、順次移転の登記を回避せんとするあまり、実体的な物権変動の過程の側を不自然に操作しようとしたことに基因しているのであって、他の代替方法にも多かれ少なかれ共通する現象である。

ただ、「第三者のためにする契約」方式においては、その歪みが最も極端な形で顕在化する。というのも、そもそも「第三者のためにする契約」とは、要約者（乙）の債権者に対する受益者（丙）の優先効を確保させる目的で、諾約者（甲）に対する権利を受益者（丙）の下に直接発生させる法技術であって、すべての契約類型に付すことのできる付款として、契約総則部分に規定がおかれている。それゆえ、かかる補償関係たる甲乙間の契約類型の多様性を受けて、他の契約類型との対比において、受益者（丙）の取得する権利の具体的内容をめぐる紛争が多発するのである¹⁹⁾。

ところが、中間省略登記の代替方法として「第三者のためにする契約」の活用を模索する見解は、受益者（丙）の取得する種々の権利内容のうち、ただ1点——所有権の移転効果のみにしか目がいらず、そのため、上述のごとく、瑕疵担保責任のような基本論点を見落とすこととなった。

もちろん、瑕疵担保をはじめとする受益者（丙）の取得する権利内容は、諾約者（甲）・要約者（乙）間の補償関係に特約を付すことのできる。しかし、そもそも「第三者のためにする契約」は、諾約者（甲）・受益者（丙）

間を直接の権利義務関係で結合させる法技術であるところ、中間省略登記の代替手段としてのそれは、所有権移転効果以外の効果をことごとく要約者(乙)・受益者(丙)間に移行させるものであるから、受益者(丙)が取得した権利内容をめぐって、上記補償関係の多様性に基因する論点に加えて、特約の側面においても、紛争の火種を抱え込むこととなる。それゆえ、このスキームにおいては、甲乙間の補償関係につき、遺漏なき完璧な特約の作成が求められる一方、特に丙が一般消費者の場合には、乙はこの点に関する説明不足による紛争発生リスクを覚悟しなければならない。

乙の説明不足による紛争発生リスクは、上記補償関係のみならず、要約者(乙)・受益者(丙)間の対価関係に関しても生ずる。このスキームにおける対価関係の法構造は、すでにみたように、直接移転効果発生のため、①売買契約の内容を、他人物売買ではなくして、指定権の売買とする一方、宅建業法の規制回避の目的から、②無名契約の締結も認められているのであるが、丙が一般消費者の場合に、いずれの方法を締結するかは消費者の自己責任の問題にすぎないとの態度をとれば、現実の紛争リスクが増大するのみならず、不動産業界の社会的信用を落とすだけであろう。

4 まとめ

以上を要するに、「第三者のためにする契約」方式は、中間省略登記の代替手段の中でも、紛争発生リスクが高いスキームと考えられる。

そもそもこのような代替手段が模索された発端は、中間者の課税負担に存した。となれば、この問題は、特に転売目的の場合の登録免許税・不動産取得税の減免を提言する方向に向かうのが筋であり、そして、「第三者のためにする契約」その他の代替手段を推奨する論者も、当初はかかる方向性を有していた²⁰⁾。この程度の税制改革の提言を、規制改革会議の答申に盛り込むよう働きかけることは、論者をもってすれば、容易なことであろう。にもかかわらず、なぜ税制改革の提言が抛擲されてしまったのか、本稿のテーマに関して、筆者の抱く最大の謎は、この点にある。

注

- 1) 大判大 8・12・23刑録25輯1491頁。なお、同判決の存在にもかかわらず、中間省略登記は公正証書原本不実記載罪にあたらぬとするのが刑法上の通説であるが、この見解は、牧野英一に始まり、団藤重光を経て、その後の単純な反復引用の結果、通説と目されるようになったものである。この点に関しては、後掲(注2)の拙稿「(8)」参照。
- 2) 中間省略登記をはじめとする、登記の有効要件(実質的要件および形式的要件)を欠く①登記の申請の可否並びに②なされてしまった登記の効力に関する判例・登記実務の立場に関しては、筆者が現在「民事研修」誌に連載中の以下の論稿を参照されたい。七戸「不動産物権変動における公示の原則の動揺・補遺(1)～(8・未完)」民事研修604号(2007年)2頁、605号2頁、606号2頁、607号2頁、608号2頁、609号(2008年)12頁、610号2頁、611号2頁。
- 3) 七戸・前掲(注2)「(2)」2頁以下参照。
- 4) Y・S「(登記官の窓)新不動産登記法について」登記インターネット70号7巻9号(2005)81頁は、「判決による登記は別として、共同申請において旧法下で登録免許税の納付の潜脱等を目的として不当に行われて[いた]中間省略登記及び真正なる登記名義に回復登記の申請にブレーキがかかってきたように感ずる」とする。
- 5) しばしば、登記「申請」に関する登記実務の立場と登記「請求」に関する判例の立場は矛盾する旨が説かれることがあるが、「申請」の問題は、それが公法行為とされている以上は、当事者間の私法関係である「請求」の問題に先行し優越する。すなわち、そもそも却下されるような申請への協力を求める私法上の請求権は、不能を強いるものであって成立し得ない(たとえば不動産登記法25条1号の却下事由である管轄違いの登記所への申請を相手方に要求する請求権などというものは、そもそも成立し得ない)。したがって、公法関係である「申請」の側面において、中間省略登記の申請が判決による登記の場合に限られるとされている以上(そして、こうした登記手続上の処理は、後掲最判昭46・4・21にいう「立法政策に属する問題」であって、それが「公共の福祉の実現をはかるための必要かつ合理的な制約」である場合には許容される)、私人間における中間省略登記の「請求」は、

裁判上の請求に必然的に限定される（裁判外の請求権はそもそも成立し得ない）。それゆえ、中間者の同意がある場合には中間省略登記の「請求」を認める最高裁判例（たとえば後記規制改革・民間開放推進会議『第3次答申』が引用する最判昭40・9・21など）の立場は、あくまでもこの裁判上の請求権に関して、さらなる制限を課したものにすぎない。

- 6) 同判決の内容に関しては、七戸・前掲（注2）「(1)」9頁以下、12頁以下（判例【25】）と同所に引用する文献参照。
- 7) 両判決の内容に関しては、七戸・前掲（注2）「(4)」15頁以下、「(5)」26頁、「(6)」33頁（判例【434】【435b】）と同所に引用する文献参照。
- 8) 本件評釈として、登記研究713号195頁、山野目章夫「判批」登記情報550号12頁、塩崎勤「判批」登記インターネット96号78頁がある。なお、七戸・前掲注2）「(2)」3頁参照（判例【38】）。
- 9) その詳細については、七戸・前掲（注2）「(1)」24頁以下注(38)掲記の新たな関連の文献のほか、「(登記簿)買主の地位を譲渡した場合に売主から買主の地位の譲受人へ直接所有権の移転の登記を申請することの可否について」登記研究691号207頁、「(カウンター相談)売主が指定する第三者に所有権を移転する旨の売買契約（第三者のためにする契約）とその買主と第三者との間の売買契約（他人物売買）を原因とする所有権の移転の登記の申請の可否について」登記研究691号211頁、中島佑介「新不動産登記法における中間省略登記の可能性——中間省略登記に関する平成17年施行不動産登記法の解釈と民法理論による代替契約を中心として——」大東法政論集14号3頁、山野目章夫「第三者のためにする契約に基づく所有権移転登記と司法書士執務上の留意事項」登記情報546号4頁、香川保一「(不動産登記の疑問の入出問(38))いわゆる中間省略登記の可否」登記インターネット92号46頁、「(登記簿)第三者のためにする売買契約による所有権の移転の登記の申請において提供す

べき登記原因証明情報について」登記研究714号187頁、福井秀夫＝吉田修平『中間省略登記の代替手段と不動産取引』参照。

- 10) 規制改革・民間開放推進会議「第3次答申」175～176頁。
- 11) 松田敦子「平成19・1・12法務省民二第52号民事第二課長通知の解説」①民事月報62巻2号193頁、②登記研究708号141頁、③登記情報545号50頁、④登記インターネット90号135頁。
- 12) 規制改革会議「第1次答申」53～54頁、57～59頁。
- 13) 閣議決定「規制改革のための3か年計画」52～54頁、315～316頁。
- 14) 「宅地建物取引業法施行規則の一部を改正する省令」平成19年7月10日国土交通省令第70号。
- 15) 平19・7・10国総動第17・18号総合政策局不動産課長発・各地方支部局主管部長／各都道府県主管部長あて通達、国総動第19号総合政策局不動産課発・社団法人全日本不動産協会理事長あて通達。
- 16) 福田龍介「中間省略登記を無用にする『直接移転売買』——最先端の不動産取引のテクニック——④」住宅新報平成19年3月27日号2面。
- 17) 規制改革・民間開放推進会議「第3次答申」54頁。
- 18) 松田・前掲（注11）①202頁＝②148頁＝③53頁と、④142頁との間に認められる、記載の相違（修正）に注目されたい。
- 19) その詳細に関しては、さしあたり、中馬義直「第三者のためにする契約」小野清一郎ほか編『総合判例研究叢書・民法(27)』1頁、春日一夫『第三者のためにする契約の法理』、谷川知平ほか編『新版注釈民法(13)債権(4)〔補訂版〕』694頁（中馬義直＝新堂明子）参照。
- 20) たとえば、住宅新報平成17年1月11日号12面記事は、次の言葉で結ばれている。「もっとも登録免許税額が軽減されれば、中間省略登記を望む者は大幅に減少すると思われるのだが」。