

## 予告登記の廃止

七戸, 克彦  
慶應義塾大学法学部 : 教授

<https://hdl.handle.net/2324/6299>

---

出版情報 : 月刊登記情報. 43 (8), pp.30-35, 2003-08. 金融財政事情研究会  
バージョン :  
権利関係 :

## 予告登記の廃止

七戸 克彦 慶應義塾大学教授

### 1 はじめに

平成15年7月1日公表の法務省民事局民事第二課「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」(本誌500号34頁掲載)は、オンライン登記申請に関する「第1」(「補足説明」では「第1」-「第7」)と、現代語化その他の事項に関する「第2」(「補足説明」では「第8」)の2つの部分から成る。

今回の改正の中心論点が、「骨子案」第1のオンライン申請関連事項にあることはいまでもない。しかし、「第2」の部分の中にも、例えばコンピュータ処理の本則化の項(「第2-2」)における共同担保目録提出制度の廃止(「補足説明」73)、「不動産特定番号」の新設(「第2-3」)、予告登記の廃止(「第2-4」)その他、大きな改正点が数多く含まれている。そこで、以下では、この「骨子案」第2の部分の中でも、特に「第2-4」予告登記の廃止の論点に絞って、検討を行うことにする。

なお、筆者は、今回の不動産登記法改正につき、本年度の日本私法学会において開催される「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——」と題する拡大ワークショップでの報告を仰せつかっており(10月12日、関西大学)、その報告内容に関しては、あらかじめ本誌次号(502号)に掲載する予定である。以下で取り上げる論点を含め、本「骨子

案」をめぐる論点の詳細に関しては、それら日本私法学会関連の資料を併せてご参照いただければ幸いである。

### 2 予告登記廃止の提言理由

「補足説明」79によれば、今回の予告登記廃止の提言理由は、この制度が「執行妨害に利用されるなど濫用されている」点にある。

この濫用の問題は、予告登記の抹消の問題と関連して、近年大いに論じられているところのものである。

#### (1) 予告登記の抹消

A B間の法律行為の無効・取消しによる抹消登記・回復登記請求訴訟が、Aの敗訴若しくはそれに準ずる不利益な結果に終わった場合には、裁判所書記官の嘱託により予告登記は抹消される(不登法145条1項)。訴訟がAの有利に終了し、抹消登記・回復登記がなされた場合も同様である(同条3項)。

だが、3項の限りでは、Aが勝訴判決を得たにもかかわらず、裁判外の和解等により権利を放棄した場合には、予告登記は抹消されずに残存することになってしまう。そこで、平成5年の不登法改正により新たに同条2項が追加され、確定判決と同一の効力を有する権利放棄を証する書面が提出されたときは、裁判所書記官は予告登記の抹消を嘱託すべきものとされた。

ところが、この改正によっても、上記権利放棄書面が提出されなければ、やはり予告登記は

残存してしまう。そこで、この制度上の欠陥を奇貨として、近年、権利放棄書面の交付の対価を求めるなど、執行妨害目的で予告登記を利用する事例が目立ち始めたのである。

この問題に関して、学説からは種々の解釈論的提言が行われており、また、下級審裁判例も幾つか現れているが、しかしながら、いずれの法律構成にも難点があるとされる。

## (2) 予告登記制度廃止論の背景

そこで、これに業を煮やした格好で登場したのが、このような執行妨害ばかり目立つ予告登記の制度については、いっそのこと廃止してしまえ、との主張であった。これは、担保・執行法制の改正論における、短期貸借の廃止の発想と全く同様であり、そして、実際にも、担保・執行法制改正論議において執行妨害目的の予告登記が問題となり、それが今回の不登法改正へと持ち込まれたものようである。

こうした事情から、今回改正における予告登記廃止をめぐる議論は、予告登記の抹消に関する現行法の不備と、それに付け込んだ執行妨害の問題を中心に進められている。

しかしながら、このような問題設定の仕方は、従来の予告登記制度存廃をめぐる議論を捨象し、問題を限局・矮小化した形で議論を進めているように見えてならない。

## 3 予告登記廃止をめぐる従来の議論

予告登記の存廃をめぐる従来の議論の内容は、以下のようなものであった。

### (1) 予告登記制度の存在意義の消失

「補足説明」も述べるように、「予告登記は、登記に公信力がないことを前提として、登記原因の無効又は取消しによる登記の抹消又は回復の訴えの提起があった場合において、新たに取引に入ろうとする善意の第三者を保護しようとする制度」と、一般に理解されている。

#### (i) 復帰的物権変動構成の通説化

だが、この説明は、 $A \rightarrow B \rightarrow C$ の物権変動において $AB$ 間の法律行為が取り消された場合、これを $B \rightarrow A$ への復帰的物権変動とは捉えず、したがって $AC$ 間は177条の対抗問題にはならず、「無権利の法理」によって処理される(=常に $C$ が負ける)との理解を前提としてはじめて成り立つものである。

ところが、判例・学説は、「取消しと登記」「解除と登記」の論点につき、昭和初期に、無権利説から対抗問題説に転換している。だが、この対抗問題説の立場は、取消し・解除の場合に予告登記を行う意味を失わせる。なぜなら、この場合の $AC$ 間が対抗問題によって処理されるならば、 $C$ はたとえ悪意であっても登記さえ備えれば権利を取得できるのであって、予告登記を行うことで $AB$ 間の取消可能性を公示し、 $C$ が損害を被らないように警告する必要性など、もとより存在しないからである。そして、この点が、従来の議論における予告登記廃止の第1の理由であった。

#### (ii) 94条2項類推適用法理の通説化

となれば、判例・通説たる対抗問題説に立脚する限り、予告登記が存在意義を有するのは、 $AB$ 間の法律行為が無効であった場合に限られてくることになる。しかし、昭和30年代以降に形成・確立された94条2項類推適用法理によって、無効の側面においても、予告登記を行う実益はなくなってしまった。

前示「補足説明」にもあるように、そもそも「予告登記は、登記に公信力がないことを前提として」、無権利の瑕疵により損害を被る第三者に対して、取引関係に入らないよう警告するための制度である。したがって、94条2項類推適用法理により登記に公信力を認めたと同様の効果が付与されている以上、予告登記の存在意義はもはや消失している、というのが、従来の予告登記廃止論の主張の第2であった。

#### (2) 予告登記制度の濫用の危険性

一方、予告登記濫用の問題は、従来の議論においては、次のような側面で論じられていた。

(i) 予告登記の要件・審査の甘さ

上に見たように、予告登記は、善意の第三者にも対抗できる場合にだけ行われる（不登法3条ただし書）。その結果として、予告登記には、第三者を取引関係に入らせないという事実上の効力（警告的機能）を付与すれば足り、第三者が保護される可能性を前提とした上での効力——対抗力・推定力・公信力といった終局登記の効力や、処分禁止仮処分の登記に認められる当事者恒定効・権利保全的効力（民事保全法58条）、あるいは仮登記に認められる順位保全効力（不登法7条2項）——は、一切認める必要がない。そして、こうした効力が全く認められないのであるから、予告登記については、終局登記あるいは処分禁止の仮処分登記・仮登記の手續におけるような登記原因の厳密な審査等も必要ない。ただ、予告登記がなされることによって、当該不動産に関する取引が事実上阻害されることは否定できないから、この制度の悪用を防止するために、ただ単に無効・取消しを主張しただけでは予告登記を認めず、その訴えが提起された場合に限ってこれを認めることにする、というのが、不登法の立法者の考え方であった。

このような立法者の判断は、今日の予告登記制度の濫用の実態からすれば、予告登記の警告的機能を過小評価していたといわざるを得ないが、濫用をめぐる従来の議論は、こうした予告登記の要件ないし審査の甘さの側に向けられている。すなわち、従来の学説は、そもそも詐欺的予告登記を行わせないための予防策を論じていたのであって、今日の改正論議におけるような、既になされてしまった詐欺的予告登記の抹消の次元になってはじめて濫用の問題を論じていたのではない。

(ii) 抹消登記に代えて行う移転登記の許容

ところで、不登法3条は「登記原因ノ無効又ハ取消ニ因ル登記ノ抹消又ハ回復ノ訴ノ提起アリタル場合」と規定しており、無効・取消しの場合に移転登記の方法による登記名義回復を想定していない。そして、この点もまた、不登法の立法者が、上記「取消しと登記」「解除と登記」の論点において、復歸的物権変動構成を採らず、無権利構成を採っていたことの証左にもなっていたのであるが、しかし、判例は、大正期以降、中間省略登記の承認と相前後して、抹消登記に代えて移転登記をすることができるとの立場に確定した。これは、公信力を認めない我が国の登記においては、物権の現状のみならず物権変動の過程及び態様も正確に公示されなければならない、との命題の後退を意味する。

これに対して、登記実務では、抹消登記に代えて移転登記を請求する訴訟が提起された場合には、予告登記の囑託を受理しない立場を堅持しているが、その理由は、このような物権変動の態様に合致しない場合にまで予告登記を安易に拡張すると、制度の濫用の危険が生ずるからとされている。もっとも、上記訴訟の判決確定後においては、「真正な登記名義の回復」を登記原因として移転登記を認めるのが現在の登記実務の立場であり、上記予告登記不受理の取扱いに関しても、学説の反対が多い。

#### 4 従来の議論とのすり合わせの必要性

ところが、今回の法改正においては、以上のような従来からの論点が全く問題にされないまま議論が進行している。これは、今回の予告登記廃止案が、従来の議論における予告登記廃止の論拠をそのままは認めていることによる。

(1) 復歸的物権変動構成との関係

既に見たように、予告登記の制度は、無効・取消しが第三者に対抗できる場合に限りで行われるものであった。では、無効・取消しが善意の第三者に対抗できない場合には、当事者は、

どのような方法によって自己の権利を防衛することができるのか。不登法の立法者らは、この場合、当事者は、処分禁止の仮処分を行うか、あるいは取消しの結果生ずる権利復帰の請求権につき仮登記を行うべきであるとする。すなわち、現行不登法定制当初においては、(a)取消しが第三者に対抗不能の場合、第三者の登場よりも先に当事者に処分禁止仮処分の登記ないし仮登記を備えさせることによって保護することとし、(b)第三者を無権利の法理によって無条件に排斥する場合にだけ、予告登記の警告的機能を通じて第三者を取引関係に入らせない、という役割分担が考えられていたのである。

だが、「取消しと登記」「解除と登記」の論点における判例・通説たる復帰的物権変動構成を是認する限り(3(2)(i)参照)、取消し・解除に関して、上記(b)のケースは、ことごとく(a)の中に吸収されてしまうことになる。

この点に関する従来の学説の立場は、以下のように分かれていた。

- ① その1は、判例・通説の立場に反対して無権利構成に立ち、(b)のケースの独自性と、そこにおける予告登記の存在意義を強調する見解であり、これは不登法の立法者の意図に最も忠実な理解ではある。
- ② その2は、判例・通説の復帰的物権変動構成を是認しつつ、予告登記にも、処分禁止仮処分登記や仮登記と同様の当事者恒定効・権利保全的効力あるいは順位保全効を認めることを通じて、予告登記制度の維持を図ろうとする立場である。
- ③ その3は、上記②説と同様、判例・通説の復帰的物権変動構成を是認し、その結果、取消し・解除の場合には上記(b)のケースは(a)の中に吸収されており、したがって予告登記の機能は処分禁止仮処分の登記ないし仮登記によって代替されうるとして、予告登記制度を廃止するのが妥当と考える見解である。

今回改正における廃止案は、「補足説明」が「登記原因の無効又は取消しにより自己の権利の回復のために訴えを提起する者は、処分禁止の仮処分をするはずである」と述べていることから知られるように、上記のうち③説の立場に立脚している。

しかしながら、「取消しと登記」「解除と登記」の論点における判例・通説の復帰的物権変動構成に関しては、これに反対して無権利構成に立つ見解も依然として根強い。

ところで、周知のように、背信的悪意者排除論は、不登法4条・5条を条文上の根拠とし、その類推ないし拡張適用を発端に形成されたものであった。これと同様、不登法3条の定める予告登記の制度は、無権利構成を支える有力な条文根拠となっている。もちろん(背信的悪意者排除論が不登法4条・5条がなくとも主張可能であるように)、予告登記制度が廃止されたとしても、無権利構成を主張することはなおも可能であるが、しかし、今回改正の立法者が復帰的物権変動構成に立っている以上、この立法者意思との関係では、今後、無権利構成を主張するのは、かなり難しくなるであろう。要するに、今回の改正は、「取消しと登記」「解除と登記」の問題を過去の論点として物権法の教科書から消し去る可能性をはらんでいる。

## (2) 94条2項類推適用法理との関係

一方、今回改正「骨子案」の「補足説明」は、「登記に公信力がない」と述べるだけで、94条2項類推適用法理(3(2)(ii))に関しては、何ら触れるところがない。 1

- ① これに対して、従来の議論においては、登記に公信力を認めるドイツにおいても、公信力を阻止する法制度として異議登記が存在していることから、我が国の予告登記にもこれと同様の効力を付与すべきとの見解が存在した。
- ② また、若干法律構成は異なるが、予告登記に第三者の悪意・過失に関する推定力を認める

ことにより、94条2項類推適用その他の善意の第三者保護法理の成立を阻止する機能を営ませる見解も古くから主張されていた。

今回提示された、予告登記を廃止し、その機能を処分禁止仮処分の登記に代替させるという処理は、処分禁止仮処分の登記に上記①の機能を担わせることを意味する。ただ、この点に関しては、従来ほとんど議論がなされていなかっただけに、ドイツの異議登記制度との対比を含め、94条2項類推適用法理の要件・効果との整合性の確認作業が必要となつてこよう。

### (3) 仮登記仮処分の廃止問題との関係

以上のような実体法上の問題はあつたものの、予告登記を処分禁止仮処分の登記に吸収する形で廃止した場合、従来の議論のうち予告登記の要件・審査の甘さの問題(3(2)(i))は解消するし、また、今回改正の最大の要因であつた予告登記の抹消の問題も生ずる余地がない。

ただ、従来の議論においては、予告登記に代わる法制度として、処分禁止の仮処分と並んで、仮登記が挙げられていた。しかしながら、今回「骨子案」の「補足説明」においては、専ら処分禁止仮処分の登記のみが代替策として掲げられ、仮登記については全く触れられていない。

ところで、仮登記の申請に際しては、①仮登記義務者の承諾書か、②仮処分命令の正本の添付が要求されている(不登法32条)。だが、このうちの②仮登記仮処分(不登法33条)に関しては、処分禁止の仮処分の制度があるため実益が少ないとして、従来から廃止論が根強かつた。そして、この点は、平成元年の民事保全法制定の際にも問題となつたが、議論を詰めていた時間がなく、先送りにされた経緯がある。

これは、今回の不登法改正における予告登記廃止論の登場の経緯や主張の内容とよく似ており、そうした事情からすれば、今回の不登法改正に際しても、従来からの懸案事項であつた仮

登記仮処分の廃止問題が俎上に載つてもよさそうなのに、それが無い。

この点もまた、今回の予告登記廃止案が、従来の議論を捨象し、当面の執行妨害の問題のみを念頭に置いた応急措置的な発想に基づくものであることを示している。

しかし、予告登記を代替すべき法制度として、専ら処分禁止仮処分の登記のみを考えるか、仮登記をも代替手段として想定するかを判断するためには、仮登記仮処分にどの程度の実用性があるのかを知らなければならない。このように、予告登記制度を他の制度に吸収・代替させる形で廃止するというのなら、そこにいう吸収・代替先の制度とは何なのか、そして、その制度が代替制度として十分に機能し得るのかについても、綿密な検討が必要なのはである。

### (4) 「真正な登記名義の回復」問題との関係

なお、「真正な登記名義の回復」の論点(3(2)(ii))との関係でも、復帰的物権変動構成との整合性が問題となることは、改めていうまでもないであろう。権利変動の遡及的消滅という法律構成はフィクションにすぎず、その実態は新たな物権変動であるとする復帰的物権変動構成の基本発想に立つた場合には、抹消登記・回復登記という制度そのものが成り立たなくなるのではないかと、という根本的疑問はさておき、およそ今回改正の「骨子案」全般についていえることは、そこで意図されている改正内容が、我が国の不動産登記制度の想定する公示の対象につき、①物権の現状のみならず物権変動の過程及び態様を正確に公示することという立法当初の目的を徹底させる方向に向かわせようとするものなのか、それとも、②94条2項類推適用法理という公信力類似の効力が承認され、また中間省略登記等の有効性が認められている現状を追認する形で、物権の現状のみが公示されれば足りるとするのかに関する、基本的な態度が

不明瞭な点である。

これは、今回の改正が、高度情報通信ネットワーク社会の構築という政府の施策や、前示担保・執行法制改正論議といった、専ら外部からの要請に突き動かされて行われているためと考えられる。しかしながら、数ある現行不登法の改正の中でも最大級のものとなる今次の改正は、今後の日本の不動産取引法制の進路を決める、極めて重要な意味を持つものである。したがって、今回改正に際しては、他からの要請に基づく目先の問題に対する応急措置をもって事足りりとせず、不動産登記制度の基本構造につき上記①・②のいずれの方向性に立脚するかの基本的態度決定を明確にすべきである。「骨子案」「第1」の諸論点を含め、改正の具体的内容はすべて、この点に関する基本的態度決定の結果おのずから導かれるものである。

## 5 おわりに

「骨子案」の示す予告登記制度廃止案につき、それが近時問題とされている論点のみにとらわれた近視眼的な弥縫策とならないことを願

う余り、与えられた紙幅を大幅に超過する結果となってしまった。だが、「骨子案」の提言中には、以上に述べた予告登記の問題と同等か、あるいは更に重要な論点が、法務省民事局担当者が立てた「補足説明」の項目数だけでも合計84個存在する。検討されるべき事項は、もちろんそのみに留まらないはずである。それらの一つ一つにつき、綿密な——しかし同時に平成16年の改正法成立に向けて迅速な——検討が必要となる。

今回の不登法改正の直接の動因となった「e-Japan戦略」は、バブル崩壊後、急速に世界の二流国へと転落しつつある日本の浮沈を賭して打ち出された国家政策であったが、不動産取引の電子化の遅れは、その足を引っ張る格好となっている。改正内容につき慎重な検討を行うことは絶対不可欠であるが、しかし、時間をかけてそれを行うというのであれば、だれにでもできる。これを短期間のうちに達成し、世界最先端の不動産取引法制を実現するのが、日本の産・官・学の英知というものであろう。

(しちのへ かつひこ)