

# 登記請求訴訟と所有権の帰属

金

祥  
洙

## 目次

- 一 はじめに
- 二 登記の意義
- 三 登記請求訴訟と所有権確認訴訟
- 四 登記請求訴訟の効果
- 五 結び

## 一 はじめに

登記が對抗要件とされる物権変動の場合、その登記請求訴訟<sup>(1)</sup>の確定判決の既判力は、物権自体の存否には及ばないとするのが、通説と判例である。<sup>(2)</sup>この考え方は、登記請求権自体を本権となる物権とは別の独自の権利、すなわち登記請求権のみが訴訟物になるということを主な根拠とする。このような考え方は、既判力の客観的範囲からみて所有権の存否にまで既判力を及ぼすことは困難であり、現在の登記請求訴訟の構造や仕方では、もちろん所有権の存否まで審理される場合もあるが、すべての場合にわたってそれがなされえないことからみても首肯できないわけではない。<sup>(3)</sup>

しかし、だからといって、このように解した上でさらに登記請求訴訟の後に所有権の存否を争うことができることは、果たして取引の实情や実際の法律関係に合致するといえるか、また登記請求訴訟の判決の意義ないしは実効性はどこにあるのかという疑問が残るのではないかと考える。すなわち、民法における登記の意義、訴訟法における確定判決の意義という二つの面からの疑問である。

## 二 登記の意義

周知のように、登記とは、物権変動を第三者に対抗するために必要な對抗要件であつて、効力発生要件ではない。

そこで、登記がなくても、当事者間では契約だけで物権は移転する<sup>(4)</sup>。しかし他方、第三者との関係ではそれだけでは完全でなく、登記がなければ失権してしまう可能性があり、結局、先に登記を得たほうが確定的に所有権を取得する<sup>(6)</sup>。いいかえれば、意思表示だけで生じた物権変動の効果は、第三者に対する対抗力を欠き、対抗力を欠く物権変動の実際上の価値は少ないのである<sup>(7)</sup>。すると、登記請求訴訟で勝訴し、その確定判決により登記を取得した当事者は、当該判決効の及ぶ当事者やその他の者との間においてはその対象となる目的物の所有権者であるとするのが、登記の意義に合致するのではなからうか。

しかも、実際上の不動産取引は、確実な所有権の取得を期するため、通常、代金の支払いと登記の移転が同時になされ、所有権もこのときに移転する。当事者の意思により、登記の移転がなされる時点が所有権の移転時期とされるのである。このような場合は、所有権の移転につき形式主義をとるドイツ法と類似するとみることができ。ドイツでは、登記簿はそれだけで法律状況を証するものであるから、その訂正を求める訴えは、所有権の確認を求め特殊形態にすぎないとして、登記請求訴訟の既判力は所有権にも及ぶとするのが通説である<sup>(9)</sup>。すると、不動産の取引の実情によつては、日本法でもドイツ法と同様な結果になる余地はあるとみなければならぬ。もつとも、ドイツでは登記に公信力があるが、日本にはなく、登記の意味が違うことを看過してはならないであろう<sup>(10)</sup>。しかし、不動産の登記には公信力がないとしても、民法九四条二項が類推適用されると、事実上登記に公信力が与えられる結果になり、確定判決に基づく登記の場合にはとくにそのようになる（確定判決に基づく登記であることを確認して買ひ受けた第三者はすべて民法九四条二項の第三者となる）可能性が高いのである<sup>(11)</sup>。

さらに、不動産の二重譲渡の例からも登記請求訴訟による登記の意義を読み取ることができる。不動産の二重譲渡に関しては、その法的構成についてはともかく、次のような結論については、すべての者が一致しているとされ

ている。<sup>(12)</sup>すなわち、甲所有の不動産を乙が買い、代金を支払ったが、引渡しを受けず、移転登記もしないうちに、甲がこの不動産をさらに丙に売り、丙が引渡しを受けたとする。まず、乙は、甲から自己への移転登記をしない限り、丙に対して不動産の引渡しを請求しえない。次に、もし、乙より先に、丙が甲からの移転登記をしまつと、甲に対する丙の所有権取得は確定的となる。このとき、乙がこの不動産の所有権者となるためには、甲と丙間の売買の無効や背信的悪意の第三者であることなどを理由に丙に対して登記請求訴訟を提起し、自己名義の登記を取得するしかない。<sup>(13)</sup>そして、乙が丙に対して登記請求訴訟を起こしたが敗訴確定してしまつた場合には、乙が丙に対して自己名義の登記を取得する方法はもはや考えられず、他方、乙が確定的に勝訴した場合には、丙が乙に対して登記を取得する可能性はなくなるであらう。

同様に、甲が乙に不動産を売りその移転登記もした後、乙が契約を完全に履行しないので当該売買契約を解除したが、(たとえば解除後直ちに処分禁止の仮処分をしておかなかつたため)乙はさらに丙に移転登記をした場合を考えてみよう。民法の問題は、甲が丙に対抗できるか否かである。甲は、理論上所有権者であるが、抹消登記をしておかないと(これが認められるかどうか民法の問題である)完全な所有権者にはなれないので、甲は丙に対して抹消登記請求訴訟を提起しなければならぬ。そして、登記の抹消を求める訴訟を提起し、勝訴(反対に敗訴)確定してしまつた場合には、先の例と同様にもはや登記を失う可能性(反対に完全なる所有権者になるために抹消登記をしておく方法)はないであらう。

あるいは、甲が二重売買により、先に乙に、その後丙に自己所有の不動産を売つたが、まだ登記名義は甲のままであるとす。この場合、丙が先に甲に対して移転登記請求訴訟を提起して勝訴し、その確定判決に基づいて所望の登記をすると、丙の当該不動産の所有権の取得は対抗要件を有するものとなり、乙にも対抗できる。甲と丙との

関係で、所有権の存否につき既判力が生じないとしても、甲が現に丙名義になっている不動産登記を移転ないし抹消するためには、確認の訴えでは不可能であり、給付の訴えを提起しなければならぬ。しかし、この給付の訴えは、原則として先の丙による移転登記請求訴訟の既判力にふれる以上、甲が自己名義の登記を丙から取得する可能性はもはや考えられないと解さなければならない。他方、乙が所有権を取得する方法として丙に対して登記請求できるかどうかは、民法の問題であり、乙は、甲と丙との間の判決の効力を受けないから、丙に対して登記請求訴訟（所有権確認訴訟ではなく）を提起して争うことができるのは当然である。

このような所有権との関係における登記の意義（登記を得ることの重要性）については、最近の次のような事例からも窺うことができる。まず、最判平成八年一月二九日民集五〇卷九号二五〇六頁は、所有権者甲から乙が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、甲から丙が当該不動産を二重に買い受け、さらに丙から転得者丁が買い受けて登記を完了した場合には、丁自身が背信的悪意者でない限り、当該所有権の取得を乙に対抗できるとされた事例である。ここでは、現に登記名義は丁になっており、乙は丁に対して所有権の確認を求めべきではなく、移転登記請求をすべきであり、実際にそうした方が、結果的には敗訴することになった。このような場合、乙が丁を相手方として当該不動産の所有権者になる可能性はもはやないといわなければならないであろう。また、最判平成八年一月一二日民集五〇卷一〇号二五九一頁は、甲名義の土地建物につき、甲の子である乙が管理し、乙の死亡後は、その妻子丙らがその後も当該土地建物を事実上支配し、丙が取得時効に基づく移転登記を、甲を相手方として請求した事例である。この移転登記訴訟では丙が勝訴しその判決が確定したわけであるが、ここでも同様に、甲が丙を相手方として登記を取得する可能性はもはやなく、また丙がはじめから甲を相手方として所有権確認の訴えを起す意味はない<sup>140</sup>。

## 三 登記請求訴訟と所有権確認訴訟

## 1 両者の関係

以上でもみたように、對抗要件としての登記の意義からすれば、対抗力を伴わない単なる所有権の確認は原則として意味がないのではないかと考える。<sup>(15)</sup> このようなことは、さらに次のような例からも明らかとなる。

まず、一般的な不動産取引の例として、甲が自己所有の不動産を売買契約により乙に売り渡したが、まだ登記は移転されていない場合を考えてみよう。この場合、乙が完全な所有権者となるためには、甲に対して所有権確認訴訟を提起しても自己が当該不動産の完全な所有権者になれるという保障はないから、所有権確認訴訟ではなく移転登記請求訴訟を提起すべきである。また、甲が乙と丙の両方に自己の不動産を売買により譲渡し、遅れて契約した丙に先に移転登記をしたとする。この場合も、乙が甲や丙に対して所有権確認訴訟を提起する利益はないであろう。乙は甲に対して損害賠償か不当利得返還を請求するのは別として、そもそも登記のない甲に対して所有権の確認を求める利益はないからである。他方、乙が所有権者として丙に対抗できるためには、登記を取得しなければならぬ以上、乙は、丙に対して給付訴訟として移転や抹消登記を請求しなければならぬ。従って、より実効的な手段がある以上、単に甲や丙に対して所有権確認の訴えを提起しても、この確認の訴えは訴えの利益がないと解すべきであろう。<sup>(16)</sup> さらに、所有権確認訴訟とともに登記請求訴訟を併合提起した場合についても、原則として、所有権確

認だけでは意味がなく、より重要な登記請求訴訟を提起すべきであるから、登記請求訴訟だけで十分であると考え<sup>17)</sup>る。

ところで、紛争当事者間の真の紛争は、当該不動産に対する所有権の帰属問題であり、登記請求はこれに伴う派的・第二次的紛争（問題）といえるとする見解<sup>18)</sup>がある。この見解は、実体権（物権）そのものの確認請求が登記請求と併合して提起されるべきであり、そうでないときは積明すべきで、積明に応じないと登記請求だけの訴えは不合法却下すべきと主張する<sup>19)</sup>。しかし、すでにみてきたように、登記請求訴訟の結果によつて完全な所有権の取得を示す登記の帰属が確定的なものになるということからすれば、登記の移転を命じる登記請求訴訟の判決だけで紛争の抜本的な解決になるのであるし、それが実際の不動産の所有権をめぐる法律関係とも合致するから、登記請求だけで十分であると解すべきであろう。

このように登記請求が重要であることは、登記なくして対抗できる場合にも同様である。すなわち、甲所有の不動産につき、無権利者乙が偽造文書を用いて乙名義に移転登記をしたとき、丙が偽造文書を用いて無権利者乙名義に移転登記をしたとき、ないしは、登記官の過誤により乙名義に書き換えられたときには、甲は、乙に対して物権的請求権的な登記請求権を有する<sup>20)</sup>。乙からさらに丁にこの不動産が譲渡され、丁に登記が移っていても、甲は、丁に対しても、乙→丁の移転登記の抹消登記を請求することができる<sup>21)</sup>。このように甲が乙や丙に対して登記なくして対抗できるとしても、甲は、乙や丙に対して所有権の確認を求めるときではなく、登記名義人に対する登記請求すべきである。

## 2 所有権確認の訴えが認められる場合

しかし、次のような二つの場合には、例外的に、登記請求訴訟ではなく所有権確認訴訟が認められる。その一つは、そもそも登記がない未登記建物の場合である。<sup>22)</sup> 未登記建物の所有者は表示登記を申請する義務があり（不動産登記法一五九条の二）、その者の申請により、通常、権利に関する登記として所有権保存登記（不動産登記法一〇〇条一項）がなされる。未登記建物についても所有権移転の對抗要件は登記であるから、かかる建物の買主は、自己名義の取得登記を経由する必要がある。このための二つの方法として、まず、自分で保存登記をすることがあり、不動産登記法一〇〇条一項二号により、確定判決（前述のように確認判決でもよく、かつ判決の正文に限らず理由により所有権者と証明されれば十分である）を得て登記を申請することになる。二番目は、移転登記してもらうことである。移転登記請求訴訟で勝訴すれば、売主名義に保存登記がなされた後、さらに自己に移転登記される。とはいえ、この兩者には実質的な差異はなく、結局、所有権確認の訴えを認める利益はある。なお、最判昭和三三年六月二〇日民集一二卷一〇号一五八五頁の事例は、未登記であり、家屋台帳に登録されていない建物に対して所有権確認の訴えが認められた場合であるが、かかる所有権確認の訴えの当否については、民法における争い（そもそも所有権確認の訴えは訴えの利益がないとか、売買契約の解釈の問題であるとか）がある。しかし、この事例については、実体法からの争いは別として、登記がないという理由から所有権確認が認められたものとして解することができる。

所有権確認の訴えが認められるもう一つの例は、登記名義人による所有権確認の場合である。この例として、最



判昭和四三年八月二日民集二三卷八号一五七一頁の事例をあげることができる。ここでは、およそ、甲は乙に自己所有の不動産を譲渡し、乙は登記しないで占有・管理していたところ、丙がさらに甲から本件不動産を買い受け登記も移転した。その後、丙は、乙に本件不動産の買取りを要求し、乙がこれを拒否したため、乙に対する所有権確認の訴えを提起したが、この丙の訴えは請求棄却として確定された場合である。本事例の意義は、民法上の対抗力の問題として、丙は背信的悪意者であり、乙は登記なくして丙に対抗できるとされたことである。このような場合、丙の所有権確認の訴えが認められるのは、登記の名義人としてその権利を確認する利益が存するからである。これに対し、乙にとっては、前述のように、丙を相手方として、所有権確認ではなく自己への登記の移転（正確には甲↓丙の移転登記の抹消請求とさらに自己への移転登記請求であるが、実際に認められている丙に対する直接的な移転登記請求）を求める権利があるということになる。

#### 四 登記請求訴訟の効果

##### 1 登記請求訴訟の訴訟物

登記請求訴訟の訴訟物の個数については、議論がないわけではないが、その訴訟物を登記回復請求として一本化していくのが妥当であり、裁判実務の主流でもあると考えられている。<sup>23</sup> すなわち、登記請求の理由によってその訴訟物を分割することは実社会の法感情にも背馳するものであり、登記請求訴訟の訴訟物を一本化することは、一つ

の物の帰属関係を示すといった前述のような登記の意義からしても、妥当であると考え<sup>25)</sup>。

このように解すれば、次のような事例の場合、前訴と後訴はいずれも同じ物上請求権を訴訟物としているものとなる。<sup>26)</sup>すなわち、「AからBへ売買を原因とする所有権移転登記がされ、Aが右契約に付された解除条件が成就したとして、Bに対し、所有権に基づき所有権移転登記請求をして敗訴(解除条件付与が認められなかった)した後、右売買契約が存在または無効であるとしてBに対し所有権移転登記をすることができるか」という設例でAの前後両訴は同じ訴訟物である。<sup>27)</sup>

## 2 登記請求訴訟の判決と所有権の帰属

### (1) 判例

判例は、すでに述べたように、登記請求訴訟と所有権確認訴訟の訴訟物が形式的に別個であるとして、登記請求訴訟の判決の既判力は所有権の存否には及ばないとしている。まずは、この点について判示したこれまでの判例を簡単に検討しておくことにする。

〔1〕大判大正一四年四月二三日法律新聞二四一八号一八頁

Xがドイツ旅行中に、Yは、XがX所有の不動産を自分に贈与したと偽ってXに対する移転登記請求訴訟を提起し、欠席判決に基づき、XのYへの贈与ということで移転登記を得た。Yはさらに事情を知らないZに移転登記した。そこで、XはYとZを相手方として、Y↓Z間の移転登記の抹消を請求したのに対し、次のようにXの請求が認容された事例である。

「不法に登記簿上土地を自己名義に書き換えても所有権はこれにより移転することはない．．．Xは自己に所有権の存することを理由に登記の抹消を求めることができるのは明白である．．．（移転登記請求訴訟の）確定判決は単に移転登記手続の請求権についてのみ確定力を有するというべきであり、Yに所有権が移転した点まで確定力を有するものではない。」

これについては、登記請求訴訟によりXとY間の所有権の存否が確定されることはないと言われた事例とも解することができ、むしろYの勝訴判決自体が無効判決にあたるものとして、Xは登記なしにYとZに対抗できるといふ事例であると解するのが妥当であろう。

〔2〕大判昭和一二年四月七日民集一六卷七号三九八頁

Aは自己所有の不動産に保存登記をし、これをBに移転登記した。BはさらにCのために抵当権を設定し、その登記がなされた。その後、本件不動産の競売が行われ、Xがこれを競落して登記を取得して所有権者となったが、Yが不法占有していたため、その明渡しを請求した事件である。ところで、Yはもともと本件不動産は自分が建築したものであり、Aが不法にA名義で保存登記をしたので、本訴の前に、Aに対し保存登記の抹消請求とCに対して抵当権設定登記の抹消請求をしたが、前者では勝訴し、後者では所有権取得登記を経ていないという理由で敗訴がそれぞれ確定していた。本訴において、Xは抵当権抹消請求訴訟判決の既判力を援用し、原審はこれを認容したが、次のような理由から破棄差戻しとなった事例である。

「Aに対する本件不動産の保存登記抹消請求は、確定判決を以て認容されたことは前述したとおりであり、Yの本件不動産に対する所有権はAに対しては確認されたと解すべきである。従って、Yは自己の本件不動産の所有権保存登記を抹消し自ら保存登記をなしえる地位にあり．．．原審がYのCに対する抵当権抹消請求を棄却する判決が

確定した事実専ら着眼し、その棄却の理由が実質的に当該抵当権の有効であることを確認されていないことを看過して、Yの右所有権が確認された今日においても、右抵当権抹消請求棄却の判決の既判力を援用して、右抵当権が実質的に有効であると論断し、その抵当権実行の競売手続において本件不動産を競落したるXの本件請求を認容したことは、右判決の実質的確定力の範囲を正当に理解しなかつた違法なものである。」

本事例は、前訴によりYが確定的に登記（保存）を取得することは認められず、Aに対する勝訴判決の効力もCやXには及ばないのであるから、前訴による所有権の帰属を論じる実益はなく、本稿と関連する適切な事例ではないとも考えられる。

〔3〕最判昭和三〇年一月一日民集九卷一三号一九〇三頁

XはAから本件土地を買い受け登記を得ていたが、YがXの名を冒用して所有権移転登記をしたので、Yに対する移転登記抹消請求訴訟を提起し、X勝訴の判決によりYの所有権移転登記は抹消された。ところが、Yが本件土地を不法占有していたので、XはYに対する建物収去・土地明渡請求訴訟を提起したのに対し、Yが反訴により所有権の確認と移転登記を請求した事例である。原審はYの反訴をいづれも斥けたが、最高裁は、登記請求権は所有権とは異なる独自の権利である点のほかに、次のような理由から、移転登記請求の反訴は既判力にふれても、Yの所有権確認の反訴は、前訴たる登記請求訴訟の既判力にふれないと判示した。

「原告がかかる前提問題たる法律関係の存否についても既判力を得んと欲するならば、単に請求原因として主張するに止まらず、その請求の趣旨において訴訟物としてこれを主張しなければならぬのである。」

しかし、本判決のいうように、Yの所有権確認の反訴が認められ、さらにYがそれに勝訴した場合、果たしてYが所有権者になれるかは疑問である。本判決でも認めるように、前訴で所有権移転登記請求または所有権抹消登記

請求を認容する判決が確定した後、その被告が原告に対し、後訴で、基準時前の事由に基づいて、その逆の請求（すなわち、移転登記の抹消登記請求または移転登記請求）をすることは、許されない。また、仮登記に基づく本登記請求を認容する判決の確定後、その被告が原告に対し、基準時前の事由に基づいて、その仮登記の抹消を請求する場合も、同様である。このようなことは、登記請求訴訟での敗訴判決の確定後、後訴でその基準時前の事由により所有権の存否をさらに争って勝訴し、これに基づいて、移転登記訴訟を提起するときに、実質的に基準時前の事由を主張するにすぎないから、同様な結果を導くと解すべきである。すると、登記のないYの所有権確認の請求自体に利益がないことは別として、基準時前の事由により所有権確認の訴えなどの後訴で所有権の存否を争うことができるとしても、もはや登記はもどらず、登記がもどらない限り、完全な所有権者にはなれないから、その可能性が基準時前の事由によつてはなくなつたといわなければならない。

〔4〕最判昭和三十一年四月三日民集一〇卷四号二九七頁

XはYに対し、譲渡担保に基づき自己所有の不動産を移転登記したが、その後、債務の消滅を理由として、Yにさらに移転登記を請求した事例である。原審では債務は全部消滅していないので、Xが敗訴したが、Yは本件不動産を単に買い受けたとして、上告した。これに対し、最高裁は、判例〔3〕を引用しながら、「登記請求訴訟で敗訴しても、なお、自ら訴えを提起しまたは相手方の請求に応訴することによつて、所有権が自己に存することを主張して争うことができる」から、上告の利益はないと判示した。

Yに上告の利益がないとした点は首肯できるが、その理由としてあげていることは、判例〔3〕でみたように、疑問である。

〔5〕最判昭和四九年二月八日金融商事四〇三号六頁

XはYに対し移転登記を請求したが、この係属中にYはXに対し別訴として同一の不動産に関する所有権の確認と登記請求権不存在の確認を求めた事例である。これに対しては、次のように、前者は二重起訴でなく、後者は二重起訴であると判断された。

「確定判決の既判力は、主文に包含するもの、すなわち訴訟物として主張された法律関係の存否に関する判断の結果論そのものについて及ぶだけで、その前提たる法律関係の存否にまで及ぶものではなく（昭和三〇年判決を引用）、本件の場合、本件土地ほか二筆の土地の売買契約による所有権に基づき右土地の所有権移転登記手続を求める別件訴につき、かりにこれを認容する判決が確定しても、その既判力は基本たる所有権の存否に及ばないから、後訴である本権訴のうち所有権の確認を求める請求に関する部分は、前訴である別件訴と重複して提起された訴として民訴二二一条の規定に違反するものと解することはできない。」

Yの所有権確認の別訴が二重起訴にあたらないとしたことは、同一物に対する双方当事者の所有権確認請求は別々の訴訟物を構成することからみても、首肯できないわけではない。ただし、XとYがともに勝訴した場合を考えれば、二重起訴にあたらなくても、訴えの併合で処理すべきであったのではないかと考へる。

〔6〕最判昭和五六年七月三日判時一〇一四号六九頁

Xは、Aに建物の工事を依頼したが、工事の途中で当該契約を解除した。ところが、Aは工事を続け、Yに本件建物を代物弁済により移転し、Y名義での保存登記がなされた。その後、YはXが本件建物を不法占有していたので、それを排除するために、所有権を被保全権利としてXに対する立ち入り禁止の仮処分を得た。これに対し、XはYに対し保存登記の抹消請求を提起し、本件建物の所有権がXにあるということで勝訴したが、この訴訟の途中

でYは当該仮処分を取り下げたので、XはYに対しさらに仮処分による損害賠償を求めた事例である。最高裁は、判例「3」・「4」を引用しながら、登記請求訴訟判決の既判力は所有権の帰属には及ばず、また登記請求訴訟の敗訴当事者たるYが所有権者であり、当該仮処分は違法ではないと判示した。

この事例は、保存登記の抹消請求であり、これが認められることによって登記がない状態となる。しかし、当該訴訟の勝訴者が所有権者であることが当該判決の理由中にも認められれば、その勝訴者は、不動産登記法一〇〇条一項二号によりさらに自己名義への保存登記を取得することができる。本件でのXがまさにこれにあたる。すると、Xの自己名義への保存登記の後には、Yがこれを抹消する方法はこれまでみてきたように、もはや考えられず、完全なる所有権者になれないYを所有権者であることは、妥当ではないであろう。

## （2）学説

判例に賛成する見解からみれば、まず最初に、「AからBへ売買を原因とする所有権移転登記がなされ、Aが当該売買契約が存在または無効であるとしてBに対し所有権移転登記の抹消登記請求をして敗訴した後、Bに対し所有権に基づく所有権移転登記請求をすることができるか」という設例につき、「前訴と後訴は同一の物上請求権にかかわるものであり、既判力がAの所有権に基づく物上請求権の存否の判断に既判力が生ずることに争いはないものと思われる」としながら、「Aの所有権の存否についての判断には、既判力が及ばない」とするものがある<sup>93</sup>。しかし、既判力が及ばないとして、Aはもはや自己名義の登記を取得する可能性がないのに自己に所有権があるとさらに争うことができるという関係を認めることになれば、すでに登記の意義のところでもみたように、実際の法律関係と矛盾するのではなからうか。また、登記請求訴訟が登記回復請求として統合されるとすれば、前述の主張でもある

ように、登記請求訴訟で敗訴したAはもはやBに対しては登記請求をすることはできず、Bが任意に応じない限り、基準時前の事由では自己に登記が戻ってこないのである。

また、前述のリーディングケースである判例「3」に賛成する評釈の一つは、登記請求の訴訟物は、常に登記請求の原因である実質上の権利の存否の確認の請求であると考え、行過ぎであるとして、次のような三つの例をあげている。まず、一番目の例として、甲より乙、乙から丙へと順次なされた所有権の移転が、いずれも無効であるときは、乙もまた、丙に対しその取得登記の抹消を求めることができるが、この場合の訴訟物は、乙の所有権の確認請求であるということはできないとする。二番目の例として、甲が乙に対して所有権移転登記の抹消請求をした場合に、乙が所有権を有しないことの主張・立証で十分であり、甲が所有権を有するとの主張・立証は不要であるとする。さらに、三番目の例として、甲所有の不動産上に丙が不法に制限物権設定の登記をし、その後、甲が乙にその所有権を移転登記し、このときに乙が丙の登記を知ることになった場合、乙は、自己に移転登記を受け以前に丙に登記抹消を求めても、当事者適格がないから敗訴し、乙の所有権や丙の制限物権の存否が確定するのではないとする。

このような例に対し、私見は次のように考える。まず、一番目の事例に対しては、前注(4)でも述べたように、判決効は当事者間だけに及ぶということを強調したい。乙と丙との間でのみ登記請求訴訟が提起され、その判決が確定しても、甲には乙と丙との間の判決の効力は及ばない。すなわち、甲は登記なくして乙に対抗できるはずである。すると、乙と丙との間において乙の勝訴により所有権は乙にあるという結論を導くことは不可能ではない。また、二番目の事例についても、甲が自己の所有権の主張・立証をする必要がないとしても、甲と乙間の抹消登記訴訟の結果は、すでにみてきたように事実上甲と乙との関係を確定的にするものである。三番目の事例に対しては、当事者



適格がないため訴え却下の判決がなされたのであり、乙の所有権については判断があるが、制限物権については判断がなく、当然、乙は移転登記後に制限物権の抹消登記訴訟を提起することができるはずである。

次に、同様に前述のリーディングケースに賛成する評釈は、所有権存否にも既判力を認めることによる問題点として、次のようなことを指摘する。<sup>63)</sup> すなわち、「実体法理論として、登記請求権や物上請求権が、実質関係とは別個独立の権利としての存在を承認されている以上、登記請求権のみが訴訟物であり、所有権の存否は、単に請求を理由あらしめる事実すぎないとみるのを当然とすることはいうまでもなく、訴訟物理論としても当然それを反映すべきで、ひとり登記請求権の問題のみ特別扱いをするのは筋がとおらないと思うのである」という主張である。<sup>63)</sup> しかし、このように考えるのは、実際における登記の意義と離れた形式的にすぎる考え方ではなからうか。すでにみてきたように、確定判決によって登記の取得が認められれば、事実上その当事者間ではもはや所有権を争える意味がなくなるということを考えなければならぬであろう。

他方、登記請求訴訟と所有権確認訴訟の訴訟物を形式的に区別し、前者によっては所有権の存否は確定されないという考え方に対しては、すでに兼子博士による次のような批判があった。<sup>64)</sup> すなわち、「登記変更の請求における訴訟物を厳格に登記請求権それ自身のみ局限して、その背後の実質的権利関係の存否の主張を包含しないものとし、これに関する既判力を否定するのが従来の通説判例のようであるが、私は寧ろ本判旨の理論に賛成する。蓋し登記や戸籍は実質上権利関係を反映すべきもので、実質上の権利関係との不一致を理由にその変更訂正を求める訴えにおいては、常に実質上の権利関係の存否自体が請求の主内容をなし、抹消訂正等に協力すべき旨の請求は技術的にこれに付随してされるに止まるといふべきで、登記請求のみを独立の訴訟物と考えるのは甚だ概念的にすぎるからである。従って、原告の物権の主張であれば、当該物権の存否が判断された限り、これについて既判力を生ずる。もつ

とも、登記の移転、設定等の請求が売買その他の債権関係に基づく場合は、当該契約上の請求権が確定されるに止まるわけである」という指摘である。<sup>335</sup> このような兼子説に対しては、登記請求の訴えの訴訟物の概念的統一を乱すことになるだろうとする批判がある。しかし、この批判は、先に指摘したように訴訟物という形式にとられすぎたもの、または物権的返還請求権を所有権とは別個の独立した実体権とみる従来の物権的返還請求権理論にとらわれた議論であろう。

さらに、兼子説と結論を同じくする次のような見解もみられる。<sup>337</sup> この見解は、(a) いわゆる旧訴訟物論のもつ画一的観念的傾向への反省、(b) 実体法分野における登記請求権の物権的（物権内在的）性格への認識、(c) 客観的権利関係の登記面への反映を要請する登記制度の理想、さらに(d) 「登記請求権と基本権との一体化、したがってたとえば、その実質的同一争点性、少なくとも右基本権の争点的把握意識を、当事者の側からも、またこれを受けて立つ裁判所の側としても如実に痛感するのであり、まさしく「真の相手は本能寺にあり」というべく、われわれは、訴訟や登記といういわば手段的技術的なものの概念構成等にとられすぎて、その真の目的と意義を見失ってはならぬと考えるのである」とする実務感覚などを根拠として、次のように主張する。すなわち、一般の給付訴訟とは異なり、少なくとも登記手続請求の訴訟物は、当該登記請求権のみならず、その基礎をなす（むしろ当該請求権と一体を成すというべき）実体的権利関係をも包含すると考えるものである、としており、この見解も兼子説とはほぼ同様なのである。<sup>338</sup>

## 五 結 び

以上のことからすれば、結論的に登記請求訴訟の判決が確定された後は、その基本となる所有権の存否についてはさらに争うことができないようにすべきであると考ええる。そのための方法であるが、現在のところ、ストレートに所有権の存否にも登記請求訴訟判決の既判力が及ぶと解することは困難であるとすれば、登記請求訴訟の意義を再認識し、原則として信義則や争点効でカバーできるようにするのがもつともではなからうか。すなわち、裁判所と当事者が登記請求訴訟の結果による効果を再認識し、信義則や争点効が適用できるように、登記請求訴訟が所有権の存否についての判断を伴った上で処理されるべきであるという考えである。<sup>39</sup>

これに対し、黙示の中間確認の訴えが提起されたものとして、所有権の存否に既判力が及ぶことを導く見解がある。しかし、なぜ中間確認の訴えの場合には黙示によるのが認められるのか、その根拠が曖昧ではなからうか。また、黙示であるとしても、いずれは、当事者の主張や裁判所の釈明によって明らかにされるのではないか、本当に裁判官と当事者双方が黙って押し通すことはありえないのではないかと考える。<sup>40</sup>

なお、登記請求訴訟ではなく所有権に基づく明渡請求訴訟などの物権的請求訴訟の場合にも、登記請求訴訟と類似しており、同様の結果になると解する余地はある。しかし、物権的請求訴訟の場合には、当然登記が伴うことにならない以上、基準時前の事由で登記が変わる可能性が残されており、すなわち敗訴した者も完全な所有権者となる可能性が残されており、所有権の存否につき争えなくなると導く必然性はない。もちろん、理由中の判断に拘束力を認めることによって、物権的請求訴訟でも所有権の存否を後訴で争えなくなるといふ結論を導くことは

可能であり、かつそのようにすべきであろう。

## 注

- (1) 移転登記請求または抹消登記請求を指し、登記請求訴訟といえば、ほぼこの二つのタイプに収斂され、かつその確定勝訴判決により自己名義の登記を直ちに取得できる場合である。ただし、後述のように保存登記の抹消請求の場合はやや事情が異なる。
- (2) 学説については、兼子ほか・条解民事訴訟法（一九八六）六一七頁以下「竹下」、齋藤など編・注解民事訴訟法（五）「第二版」（一九九二）六六頁「齋藤Ⅱ渡部Ⅱ小室」など参照。現在のところ反対説は、後注③④・③⑦・③⑧にみる限りである。判例としては、リーディングケースとして、最判昭和三〇年二月一日民集九卷一三三〇三頁（この評釈として、小山昇・法学会論集（北大）七卷三〓四号（一九五七）九〇頁、中野貞一郎・民商法雑誌三四卷四号（一九五七）五九〇頁、木川統一郎・ジュリスト二〇〇号（一九六〇）一五八頁があり、いずれも判旨に賛成している）が、大審院時代の判例の不統一（大審判大正一四年四月二二日法律新聞二四一八号一八頁は同旨であるが、大審判昭和二年四月七日民集一六卷七号三九八頁は反対であったといわれる）を改め、最判昭和三年四月三日民集一〇卷四号二九七頁、最判昭和四九年二月八日金融商事四〇三三六頁および最判昭和五六年七月三日判時一〇一四号六九頁（評釈として、判旨に賛成する上北武男「判例研究」同志社法学三四卷三号（一九八二）一五五頁がある）が踏襲している。
- (3) なお、ここで明らかにすべきことは、登記請求訴訟の確定判決の既判力が物権自体の存在には及ぶか否かの意味である。たとえば、甲が乙に対して登記請求訴訟をして、甲がその確定判決により登記を取得した場合には甲が所有権者であることも確定されるのか、逆に甲が確定的に敗訴した場合には甲が所有権者でないことが確定するのか、の問題である。乙の所有権の存否は、乙から何らかの請求の主張がない限り、甲の請求だけでは当然確定されないことになる。
- (4) 以下、理解の便宜上不動産の所有権または単に所有権という用語で統一する。担保物権もこれに準じる。

- (5) 以下、民法の議論については、主に、星野英一・民法概論二（物権・担保物権）（一九七六）二九頁以下、我妻栄（有泉亨補訂）・物権法〔新訂〕（一九八三）六七頁以下、鈴木祿弥・物権法〔四訂版〕（一九九四）一一〇頁以下、内田貴・民法一（一九九四）三七六頁以下を参考とした。
- (6) たとえば、内田・前掲書（注⑤）三七六頁。また、同三七四頁では、とくに、所有権の移転時期の問題につき、重要なのは考え方であり、所有権という魔術的な概念にふりまわされない視点を獲得することであるといわれている。
- (7) 我妻・前掲書（注⑤）六七頁。なお、登記請求訴訟の勝訴者が実際に登記を取得する前に、登記名義人たる敗訴者と第三者との共同申請により移転登記がなされる場合、または不動産登記法三三・三三条による仮登記仮処分もしくは処分禁止の仮処分に基づく同法一〇五条の手続により結果的に第三者が登記を取得した場合には、登記請求訴訟で勝訴しても登記を失う可能性があり、そのため、登記請求訴訟の前にまたは同時に処分禁止の仮処分をかけるのが通常である。
- (8) なお、登記請求権の意義は、一般に次のように解されている（もちろん、その法的性質については、様々な議論があるが、以下のような結果については、民法の議論としてはほぼ承認されている。これについては、幾代通（徳本伸一補訂）・不動産登記法〔第四版〕（一九九四）七四頁以下、幾代通・登記請求権（一九七九）一頁以下、ほかに我妻・前掲書（注⑤）一三七頁、鈴木・前掲書（注⑤）一四一頁、内田・前掲書（注⑤）三八三頁、など参照）。すなわち、登記請求権とは、登記権利者が登記義務者に登記申請に協力せよと請求する権利のことであり、基本的に実体法上の裏付けがなければならない。そして、登記請求権者は、相手方（登記協力義務者）に対し登記請求権を行使して勝訴すれば、その確定判決を用いて、所望の登記ができることになる。このように、登記請求訴訟により適法な登記を取得したということは、それにより対抗要件を有する完全な所有権を取得したことになるのである。
- (9) Vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO(1987), S322, Rdnr.220 (& Rdnr.92). ただし, Zöllner, ZPO (15Aufl.), S322 は反対。
- (10) これに対し、動産の場合には占有に公信力があるので（民法一九二条）、動産引渡請求訴訟の判決の既判力はその基本となる

動産の所有権にも及ぶと解することができる。

- (11) この例としてあげることができるのが、最判昭和四四年五月二七日民集二三卷六号九九八頁である。本事案は複雑であるが、要約すれば次のとおりである。Xらの先代Aは、自己所有の土地に抵当権を設定したが、本件土地の競売において、銀行から金を借りて単なる名義貸しとしてのBの名義で本件土地を競落した(このときBとは、Aが銀行に債務を弁済すれば登記を移転すると約定していた)。ところで、本件土地は、その後、Bの名義のまま、別の銀行Cのために抵当権の設定登記がなされた。そこで、AはCに対して、抵当権設定行為の無効確認と登記抹消を請求したが、敗訴確定した。その後、Cの承継人Zは、Bの承継人Yから本件土地を買い受けたが、登記を得ていない間にXらがYらに対して求めた移転登記請求訴訟に、独立当事者参加し、さらに自己への移転登記を求めた事例である。これに対し、原審と上告審で認められた第一審の判断は、次のようなことも理由にあげ、Zは民法九四条二項による善意の第三者にあたり、移転登記を得る権利があると判断されたのである。すなわち、「ZはAとC間の抵当権関連の訴訟の結果に関する判決により抵当権は有効であったと信じたし、土地の登記名簿上の所有名義人がYであることを確かめた上で買い受けた」という点である。
- (12) 以下はさしあたり、鈴木・前掲書(注(5))一一〇頁参照。
- (13) (不動産の二重譲渡において)登記を備えた一方が他方の権利を認めることは、債権関係としてはともかく、物権法秩序の中では許されないとされている(我妻・前掲書(注(5))一五三頁)。
- (14) このようなことは對抗関係の事例ではないが、次の例(大判大正九年一月二日民二六輯一八五六頁)でもそうである。すなわち、甲が自己所有の不動産を乙に売り、乙はさらにこれを丙に売ったとしよう。登記名義が甲のままである場合、理論上所有権者でない乙も甲に対して登記請求をすることができる。ここで乙が勝訴したら、乙は甲に対する関係で所有権者であるということになり、この判決の効力を受けない丙は、当然乙に対して登記請求訴訟を提起し、所有権の存否を争うことができるはずである。

- (15) とりわけ、民法における段階的所有権移転説（鈴木禄弥「特定物売買における所有権移転の時期」契約法大系二（一九六二）八五頁以下）によれば、所有権確認の意義はそもそも認められない。
- (16) 自己名義の登記が不当に他人名義になっている場合にも、所有権確認の訴えを提起して、処分禁止の仮処分を求めることは認められず、登記請求訴訟を本案としてかかる仮処分を求めるべきである。
- (17) なお、所有権確認と登記請求の訴えの両者が併合提起されたが、原告が敗訴した場合、原告は所有権者ではないが、だからといって被告も所有権者であると確定されたのではないとする立場がある（大判昭和一六年七月一八日民集二〇卷一五号九七四頁。この評釈として、中村宗雄・民商法雑誌一五卷一号（一九四二）九七頁へただし、同・一〇三頁では、理由中の判断にも既判力を認める余地のあることを言及する）と菊井維大・判例民事手続法二九頁（一九五二）があるが、いずれも判旨に賛成している）。このような立場に対しては、結論に賛成しながらも、それに伴う問題として、同一物の所有権が第三者に移転したわけでもないのに、当事者のいずれにも属しないという奇現象が生ずるが、これは当事者の反訴によるほかないとする見解（菊井・前掲書三一頁）がある。
- (18) 納谷廣美「所有権に基づく登記請求訴訟」三ヶ月章先生古希祝賀民事手続法学の革新中巻（一九九一）二二二頁。
- (19) 納谷・前掲（注18）二二五頁。より詳しくいえば、「裁判所は訴えの利益の問題として対処すべきである。所有権の存否につき争いのあることが訴訟で明らかになった以上、所有権の問題が解決しない限り、登記請求だけの判決では紛争の抜本的解決にならない。登記請求だけの訴えは却下すべきであり、これは当事者に訴えの併合を強制するものであるが、やむをえない措置である」との主張である（同・二三三―二三四頁）。
- (20) 鈴木・前掲書（注5）一四六頁、我妻・前掲書（注5）一二九頁。
- (21) 鈴木・前掲書（注5）一四六頁、我妻・前掲書（注5）一二九頁。
- (22) 未登記不動産の保存登記（不動産登記法一〇〇条二号）は、もとより確認判決を本則とする（我妻・前掲書（注5）一四六頁）。

なお、以下についてはさしあたり、山口幸雄「移転登記、保存等（一）」岡崎Ⅱ白石編・裁判実務大系二二不動産登記訴訟法（一九九二）一四一頁以下参照。

(23) 塩月秀平「所有権移転登記請求訴訟の請求の同一性」民事訴訟雑誌二九号（一九八三）六頁以下、遠山廣直「登記請求訴訟の判決の拘束力」岡崎Ⅱ白石編・裁判実務大系二二不動産登記訴訟法（一九九二）前掲（注22）一三七頁以下、出口雅久「訴訟物・移転登記請求と抹消登記請求」民事訴訟法判例百選二（一九九二）二九九頁など参照。

(24) ただし、東京地判昭和六三年二月二〇日判時一三二四号七五頁のように、原則的には登記回復請求権の訴訟物とし、登記請求権の訴訟物に關し疑義が生じた場合に限って、信義則によって遮断していくべきである（出口・前掲（注21）二九九頁）。なお、当該判決については後注39参照。

(25) なお、登記請求権には、債権的登記請求権と物権的登記請求権の二つがあり、両者は一般的には請求権競合の關係にあるとする見解（並木茂「登記請求権」岡崎Ⅱ白石編・裁判実務大系（一一）不動産登記訴訟法（一九九二）一三頁）がある。債権的登記請求権と物権的登記請求権が同時に成立する場合としては、売買により意思表示だけで所有権を移転し、まだ移転登記はしていない場合（これに対し、登記により所有権も移転されるとする場合にはまた所有権は移転せず物権的登記請求権は觀念されえないであろう）が考えられるが、このように場合、請求権競合に従うにせよ、実際にそれぞれの登記請求権に基づく二つの訴訟が前後して係属することはほとんどありえないであろう。

(26) 遠山・前掲（注23）一三七頁以下。また、このことは、東京地判昭和六〇年八月二六日判時二二〇〇号八四頁と同様である。

(27) ほかに、同様な判例として、東京地判昭和三九年四月一三日下民集一五卷四号七四頁、名古屋地岡崎支判昭和四〇年一〇月二五日判時四四四号八六頁、東京高判昭和六一年一〇月二三日判時二二二六号八一頁、がある。さらに、「所有権の権利としての実体はその取得原因いかんを問わず一個同一であって、所有権の存否、帰属を訴えにおいて主張する場合、その訴訟物は所有権の目的たる物件を特定することによって直ちに特定し、その所有権の取得原因は、訴訟物たる請求を理由あらしめるための主



張としての意味をもつにすぎない。」とされており（東京高判昭和六年五月二十九日判時一一九五号九四頁）、このようなことも登記請求訴訟の訴訟物を単一化することと同様な流れであるといえよう。

(28) 大阪高判昭四五年五月一四日高民二三卷二二五九頁、大阪地判昭四二年六月二八日判タ二〇九号二一五頁。

(29) 大分地判昭四九年四月一日判時七五六号九九頁。

(30) 遠山・前掲（注(23)）一三一頁以下。

(31) 小山・前掲（注(2)）九三頁以下。

(32) 木川・前掲（注(2)）一五九頁。中野・前掲（注(2)）五九四頁もほぼ同様である。ほかに、同様な考え方として、三ヶ月章「既判力の客観的範囲」中田三ヶ月編・民事訴訟法演習（一九六三）一九五頁は、「登記請求訴訟といっても、直接の争点」訴訟物は、登記請求権の存否である点で他の給付訴訟と格別異なることはないといえるし、それが確定すれば訴訟の目的は達成されたとみるべく、もし原告があわせて所有権の点についても既判力を及ぼしておく必要があると考えたならば、ここでも中間の確認の訴えという手段があるからそれによればよいではないかというのである。」とし、登記請求訴訟で敗訴確定した者は後から所有権確認訴訟を起こすことができるとする。

(33) とくに、単に抹消登記手続をなすべき旨の判決のみを求め、所有権確認を申し立てない場合、原告が所有権の確認を申し立てないことを訴状において明記している場合を考えなければならぬとする主張（中野・前掲（注(2)）五九五頁）もある。

(34) 兼子一・判例民事訴訟法（一九五〇）二九二頁（これは前掲判例「2」の評釈である）。

(35) 奇しくも、前述のリーディングケースの調査官解説（最高裁判所判例解説〈民事編〉昭和三〇年度一二六ケース二二三六頁〔長谷部茂吉〕）は、「ただ登記は我が法制の下においても確かに物権の反映であって、いわばその形式面としてこれと一体をなすとも考えられないことはない。登記はただ物権の効力を完成する形式であって、それ自体に実質的利益があるのではない。この意味からすれば我が法制の下においても、登記は物権完成の要件と見られないことはなく、登記請求はこれを物権完成のための請

求と見てその中に当然に物権の存否についての確定請求を包含すると解せられるような気がしなくてもない。この点では他の物上請求権がそれ自体実質的利益を有し、その独立的権利の色彩の濃厚な場合と多少趣きが違うのではないかと考えられる。」と  
し、兼子理論と同様であるといえよう（納谷・前掲（注18）二二〇頁）。

(36) 小山・前掲（注2）九四頁。

(37) 小谷卓男「登記手続請求訴訟の訴訟物」中川＝兼子監修・不動産法大系六訴訟「改訂版」（一九七五）五〇—五一頁。

(38) ほかに同様な見解として住吉博・民事訴訟法論集第一卷（一九七八）一五九頁がある。

(39) たとえば、東京地判昭和六三年二月二〇日判時一三三四号七五頁では、 $X \downarrow Y \downarrow Z$ へと順次移転登記され、前訴たるXのZに対する移転登記請求（YはZに補助参加）では、Xの敗訴が確定した（ここではXとY間の売買契約の成否、効力が主要な争点として争われた）。後訴は、XのYとZに対する所有権に基づく抹消登記請求と所有権確認請求であったが、前者は既判力にふれ、後者は信義則にふれるとされ、次のような理由があげられた事例である。

「前記認定の前訴の経過についての事実によれば、前訴においては、本件売買契約が有効に成立したことによって原告が本件土地の所有権を喪失か否かがもっぱら争点となつて、当事者間においてその点につき攻防が尽くされ、その結果、本件売買契約が有効に成立し、原告は本件土地の所有権を喪失したと認定されたものと認められる。」

この事例は、信義則が適用され、所有権の存否を争うことができないと判断されたものであるが、このような結論を導けるように、登記請求訴訟を運営ないしは追行すべきであるということである。

(40) 坂原正夫・民事訴訟法における既判力の研究（一九九三）一一二頁以下。この見解は、前述のリーディングケースにおいて「原告がその基本たる所有権をも訴訟物たらしめんとする意思をその請求の趣旨で黙示的に表明し、裁判所もまた主文において黙示的にその存否について裁判をしている場合、その判決が当該所有権の存否につき既判力を有すべきことはもちろんであるが」とされたことを素材に、黙示による中間確認の訴えを主張するものである。

(4) その他、請求の趣旨に黙示的に表明し、裁判所も黙示的にその存在について裁判するのはおかしいといわなければならないと主張されている（中野・前掲（注②）五九六―五九七頁）。