

## 破産・会社更生における否認の登記

竹 下 守 夫

### 一 昭和四九年六月二十七日の最高裁判決

(49) 破産・会社更生における否認の登記

一 破産法一二三条一項は、破産手続上、「登記ノ原因タル行為カ否認セラレタルトキ」または「登記カ否認セラレタルトキ」は、「破産管財人ハ否認ノ登記ヲ為スコトヲ要ス」と定めているが、ここにいう「否認ノ登記」とはいかなる登記を指すのか、またそれとの関係で、否認の登記はいかなる手続によってなすのか、については、周知のとおり、古くから学説、判例上見解の対立があった。破産法一二三条一項を範として定められた会社更生法二一条一項についても、問題状況は同じであるといつてよい。ところが、昭和四九年六月二十七日、この問題について最高裁判所の判決が出され（最判一小昭和四九

年六月二十七日民集二八卷五号六四一頁）、登記実務および破産実務、会社更生実務に大きな影響を与えることが予測される。そこで、この機会に、この判決に示された見解の問題点を検討し、問題解決の方向を探ってみよう。

二 まず、この最高裁判決の判旨を紹介しよう。事案は、破産者Aが、破産申立後破産宣告前に、その所有土地をY<sub>1</sub>（Aの妻の父）に譲渡し、ついでY<sub>1</sub>は、これをY<sub>2</sub>（Aの妻、Y<sub>1</sub>の娘）に贈与して、それぞれ売買および贈与を原因として所有権移転登記をしたので、破産管財人Xが、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>に対して訴を提起し、Y<sub>1</sub>に対しては破産法七二条一号および四号、Y<sub>2</sub>に対しては同八三条二号に基づいてA・Y<sub>1</sub>間の売買契約を否認し、各所有権移転登記の抹消を求めたものである。第一審は、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>に対し、抹消登

記手続ではなく、各自のための所有権移転登記の「否認登記手続をせよ。」と命ずるとともに、「原告その余の請求を棄却する。」旨の判決をした。第二審も、破産法上登記の原因行為が否認された場合は、否認を肯定する確定判決に基づき、破産管財人において、「否認の登記」をすべく、抹消登記の方法によるべきではないとし、またXの本訴請求の趣旨の中には否認登記手続を求める趣旨が含まれると解しうる、としてY<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>の控訴を棄却した。Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>の上告に対し、最高裁は次のように述べて、これを棄却した。

「破産者の行為が否認されると、その行為は直ちに効力を失い、右行為により逸出した破産者の財産は物権的に破産財団に復帰し、破産管財人は行為の相手方に対して破産財団への原状回復を請求することができることとなるが、否認の右のような効力は、破産財団との関係において、かつ、破産状態の存続する限りにおいて生ずるとどまり、破産が取消、廃止、終結となったときにはその効力も当然消滅するのである。そして、破産法は、否認により登記を原状に回復する場合について、一般の抹消登記とは別に否認の登記という制度を設けてこれに

よるべきこととし（破産法二二三条一項）、また破産が取消、廃止、終結となった場合には職権によって右否認の登記を抹消すべきことを定めている（同法二二三条二項、一二一条、二二〇条）ところ、破産法が特に右のような否認の登記及びその職権による抹消という特別の制度を定めているのは、前述のような否認の効力にかんがみ、否認の場合に一般の抹消登記によったり、また否認の効力が消滅した場合に抹消登記の回復登記によったりすることは、いずれも相当でないとするからにはかならない。

右の法の趣旨に鑑みると、破産者がその財産の所有権を他に移転しその登記を経た後に、破産者の右行為が否認された場合において、登記の原状を回復するためには、破産管財人は、右行為の相手方に対して右登記の否認の登記手続を請求すべきものといわなければならない。

ところで、Xは、本訴において、本件不動産に関する破産者AからY<sub>1</sub>への、Y<sub>1</sub>からY<sub>2</sub>への各所有権譲渡行為を否認し、これを原因とする各登記の抹消登記手続を請求しているが、本件記録によると、右請求には否認の登記手続の請求が含まれていると解することができるのであって、原判決がY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>に対して否認の登記手続を命じた

ことは適法というべきである。」

## 二 従来の学説・判例と昭和四九年判決の意義

一 従来の学説・判例 では、否認の登記について、従来の学説・判例はどのように考えて来たのであろうか。右の最高裁判決の意義を測定するため、次に、この問題をめぐる従来の学説・判例をふり返ってみよう。<sup>(1)</sup>

学説・判例の見解は、次の三つに分れる。

(1) 特殊登記説 否認の登記は、破産法および会社更生法が、否認による不動産の破産財団または更生会社への復帰という、特別の物権変動を公示するために設けた特別の登記であり、通常の抹消登記や移転登記とは異なり、その「登記ノ目的」(不登五一条二項)としては、たとえば、「何番所有権移転登記原因の否認」等と記載すべきである、とする見解である。この説を合理的とする根拠としては、次のように説かれている。すなわち、否認の効果は、破産でいえば、破産取消、あるいはさらに破産廃止・終結によって消滅し、それ故、もしそれまで当該不動産が換価されずに破産財団にとどまっていれば、その所有権等は受益者に復帰することになるが、この場合、

否認に際し受益者のための所有権移転登記等を抹消してしまつてみると、その回復登記をしなければならなくなつて、受益者に過重の負担を負わせることになる。これに対し、前述のような否認の登記をすゝるとどめ、所有権移転登記等の抹消をしないでおけば、破産の取消・廃止・終結の場合、職権でその登記がなされ(破二〇条・一二一条一二三条二項)、それによって否認の効果が消滅し否認の登記の失効したことが明らかとなるから、それだけで受益者への所有権等の復帰が公示されることとなり、破産目的に必要な限りで破産者の行為の効力を否定するといふ、否認制度の趣旨によく合致する、<sup>(2)</sup> といふのである。会社更生では、更生手続開始決定の取消(会社更生五一条、更生計画認可前の廃止(同二七三条、二七三条の二、二七四条)、更生裁判所による更生計画不認可(同二三八条)——要するに更生計画認可前における更生手続の終了——の場合に、否認の効果が消滅すると解されるから、<sup>(3)</sup> この限度において、右と同様に、抹消登記の不当、否認の登記の効用が主張されることにならう。

この特殊登記説は、現行破産法施行(大正十二年一月一日)直後に、まず行政解釈として示され、<sup>(4)</sup> 次いで有力学

説によつて主張されたところから、多くの支持を受け、少なくとも破産法一二三条に関する限り、今日に至るまで通説の地位を得ている。<sup>(6)</sup> 会社更生法二一条に関しても、おそらくこの説が通説と見てよいであろう。しかし、判例では、これまで、最上級審判決でこの説によつたものはなく、戦後の下級審判決で支持されたにとどまった。<sup>(7)</sup>

右のように、特殊登記説は、破産法一二三条一項、会社更生法二一条一項を、予備登記ではなく、否認による物権変動を公示する終局登記(本登記)であると解し、そのような登記として特別の登記であるとするのであって、否認の登記手続を求める訴が提起されたときに、予告登記をなす必要があるか否はこれとは別問題であるとされる。そして、この説の支持者も、多くは予告登記の必要を承認し、ただ、それは不登法三条・三四条の一般規定による、とするのである。もっとも、登記先例は、否認の登記手続を求める訴が提起されたことを理由とする予告登記の嘱託は、受理できないとしている。<sup>(8)</sup>

(2) 予告登記説 破産法一二三条一項、会社更生法二一条一項にいう否認の登記は、不動産登記法の定める予告登記の一種であるが、否認権は訴によるほか抗弁によつ

ても行使されるから(破七六条。会社更生ではさらに「否認の請求」も可。会社更生八二条)、訴を前提とする不登法三条・三四条のみでは不十分であり、また登記をするについても裁判所の嘱託によるより否認権を行使した管財人の申請によらしめるのが適当であるところから、破産法、会社更生法が、右の各法条において、その登記手続につき特別を設けたものである、とする見解である。この見解は、いわゆる否認の登記は終局登記ではなくして予告登記であるとすが、この見解によつても、否認訴訟で管財人が勝訴すれば、これとは別に、否認の効果たる物権変動を公示する終局登記をなす必要のあることは勿論承認されている。そして、そのような終局登記は、一般原則により抹消登記(または場合により移転登記)であるとする。<sup>(9)</sup>

この見解は、学説上は終始少数説にとどまるが、大審院時代の判例では、むしろ主流をなしていたといえよう。ただ、戦後は、ほとんど影をひそめ、また今日では登記実務上も、管財人の申請による予告登記は受理すべきではない、とされている。<sup>(10)</sup>

(3) 各種登記説(または通常登記総称説) 破産法一二三

条一項、会社更生法二一条にいう否認の登記は、特別な終局登記でもなければ、また単に否認権の行使に伴ってなされる予告登記でもなく、否認の効果たる物権変動を公示するため、各場合にに応じて必要とされる抹消登記・移転登記等の通常の終局登記の総称にすぎない、とする見解である。たとえば、売買を原因とする所有権移転登記を得ている受益者に対して、原因行為を否認するとき、その移転登記の抹消登記を訴求すべく、また転得者がある場合に、転得者に対してのみ否認権を行使するとき、移転登記を求めることができ、これらの場合に、管財人が勝訴判決を得れば、それに基づいて抹消登記、移転登記をすべきであるが、これらの登記が「否認ノ登記」と総称されているに過ぎない、というわけである。この見解でも、右のような終局登記とは別に、一般原則に基づき、予告登記をすべきことにならう。

この見解は、大審院の未登載判例<sup>(15)</sup>によって打ち出されたものであったが、戦後、最高裁の公式判例の中にこれを支持する趣旨と解されるものが現われ、またこの見解による下級審判決も多く、<sup>(17)</sup>実務上は相当広く根を下していたと思われる。近時、学説上も、これを支持するもの

が現われている。<sup>(18)</sup>

(4)各説相互の実質的な差異 右のように眺めて来ると、学説・判例の真の対立点を的確に把握するには、実は「否認ノ登記」とは何を指すか、という問に対する直接の答を比較しただけでは十分ではなく、むしろ、(イ)否認訴訟が開始された場合に、予告登記をすべきか否か(抗弁による行使や否認の請求による行使の場合にもすべきか)を、一般原則に任せておけば足りるとするか、特別に取り扱う必要があるとするか、(ロ)否認の効果たる物権変動を公示する終局登記を、一般原則に任せ、抹消登記、移転登記等によらせれば足りるとするか、特別に扱って、特殊の登記によらせる必要があるとするか、の二点について考察すべきであることが分かる。

そして、いわゆる特殊登記説は、(イ)の予告登記の点は一一般原則に任せ、(ロ)の終局登記の点で特別の登記をすべきであるとするのに対し、予告登記説は、特別を認めるべきは(イ)の点についてであり、終局登記は一一般原則に任せればよいとするわけである。これに対して、各種登記説は、(イ)、(ロ)、いずれの点も一般原則どおりで足りるとする説であるといえよう。

- (1) 否認の登記をめぐる学説・判例の詳しい紹介としては、すでに次のものがある。したがって、ここでは、以下の論述に必要な限度にとどめる。鈴木(正)・判批・判タ三一八号九七頁、兼子||三ヶ月||竹下||霜島||前田||田村||青山・条解会社更生法(以下、三ヶ月ほか・条解会社更生法と略記)(上)二二条(二)ないし(四)、中野「否認の登記」不動産登記先例百選(以下、登記百選と略記)二二二頁。
- (2) 破産取消との関係につき、加藤・破産法研究六卷四三〇頁以下、同八卷一六二頁以下、同九卷一八七頁以下の説くところであり、中田・破産法和議法一七三頁以下が、これを破産廃止・終結の場合にも拡張した。
- (3) 三ヶ月ほか・条解会社更生法(上)二二条(九)ないし(一一)、同(中)八七条(一八)(一九)。
- (4) 司法次官通牒大正一二年三月三日登記関係先例集上四九八頁。
- (5) 加藤「破産法或問」法学新報三五卷(大正一四年)三〇七頁以下。これが後に、破産法研究六卷四三〇頁以下に収録された。
- (6) 注(2)掲記のものほか、齋藤(常)・日本破産法二六六頁、菊井・破産法概要一二四頁、兼子・破産法二一八頁、山木戸・破産法二二七頁、石原・破産法和議法実務総攬二八八頁など。
- (7) 東京地判昭和三十六年一月一九日下級民集一二卷二二九二九四頁、東京高判昭和三十九年七月三一日下級民集一五卷七号一八九二頁、東京地判昭和四二年六月六日下級民集一八卷五・六号六一三頁。
- (8) 加藤・破産法研究九卷一九七頁、中田・破産法和議法一七三頁、幾代・不動産登記法(新版)二一九頁、吉野・注釈不動産登記法総論一五二頁など。反対、山木戸・破産法二二八頁。
- (9) 法務省民事局長回答昭和四七年六月三〇日登記先例解説集一二卷八号一頁。
- (10) 後掲大判昭和八年四月一五日民集一二卷六三七頁、黒川「否認の登記に就いて」法曹会雑誌九卷一一号二四頁。
- (11) 前注掲記の黒川論文のほか、松岡・破産法論上二七六頁。
- (12) 大判昭和八年四月一五日民集一二卷六三七頁、同昭和一〇年一月一九日新聞三八〇七号一頁、同昭和一二年五月六日新聞四一四五号七頁。
- (13) 判例としては、大阪地判昭和三八年六月二八日下級民集一四卷六号一二九一頁のみである。しかし、中野「前掲」登記百選二二二頁は、予告登記説に傾斜しているように見える。
- (14) 法務省民事局長心得通達昭和三三年七月一八日登記関係先例集追II三〇八頁。なお、同日付同回答登記関係先例集追II三〇九頁。
- (15) 大判昭和一七年七月三一日新聞四七九一五頁。

(55) 破産・会社更生における否認の登記

(16) 最判昭和二十三年一〇月二日民集二卷一〇号三六五頁。  
(17) 神戸地判昭和三十一年八月七日下級民集七卷八号二一六頁、東京高判昭和三十一年一〇月一二日高裁民集九卷九号五八五頁、東京地判昭和三十一年二月九日下級民集八卷一二号二二九〇頁など。

(18) 破産につき、鈴木(正)判批・判タ三一八号九七頁、会社更生につき、三ヶ月ほか・条解会社更生法(上)二二条(四)。なお、古くは、岡村・破産法要義二二〇頁。

二 昭和四九年判決の意義

(1) 特殊登記説への転向 右のような従来の学説・判例と対比して見ると、本稿の冒頭にとり上げた昭和四九年六月二十七日の最高裁判決は、最高裁が、大審院以来の判例の立場を改め、学説上の通説である特殊登記説にしたがうことを宣明したものであることが分かる。これまで、大審院、最高裁は、少くとも否認の効果を公示する終局登記に関する限り(前述(四)の点)、一貫して通常の抹消登記、移転登記等によることを認めて来たのであり、これを特殊登記としての否認の登記をすべきことに改めたのは、判例法上の大きな転換といふべきである。ただ、登記実務や下級審判決、したがってまた第一線の破産裁判実務では、かなり以前から、かかる否認の登記が認めら

れていたようであり、むしろ、今回の最高裁判決は、下級審の取扱いの混乱を統一する意味をもつものと評しよう。<sup>(19)</sup>

(2) 従来の特殊登記説との差異 右のように、この最高裁判決は、基本的には特殊登記説にしたがうものであるが、しかし、従来の特殊登記説と一点において看過しえない違いがある。それは、破産法一二三条二項の解釈に關連し、否認の登記をした後、破産が取消、廃止、終結となった場合には、破産法一二〇条・一二一条の準用により、職権によって否認の登記の抹消を嘱託すべきであるとしている点である。従来の特殊登記説では、破産法一二三条二項は、破産の取消、廃止、終結の際に、裁判所は、否認の登記のある不動産につき、破産取消・廃止・終結の登記を嘱託すべきことを定めたものであり、それらの登記がなされれば、それによっておのずから否認の効果の消滅したことが明らかとなる、と解していたものと思われ<sup>(20)</sup>。しかし、この点は、判旨のように解した方が、否認の効果の消滅したことが明確になることは疑いなく、これは、最高裁が、特殊登記説をとりつつ、その難点を修正しようとする姿勢を示すものとして注目

される。

(3) 予告登記の問題 最高裁は、特殊登記説をとることにより、予告登記の要否なし可否は、不動産登記法の一般原則によらしめる趣旨であることを示したものである。しかし、その一般原則上、否認の登記手続を請求する訴が提起された場合、果して予告登記ができるかすべきか否かは、この事件では問題とされなかったため、判旨は、当然のことながら、これに触れていない。これは、今後の問題ということになる。

(19) 登記実務としては、すでに注(14)掲記の昭和三年の通達が、特殊登記説によっていると解されているほか、昭和四五年三月三十一日民事局長通達民事甲第九六号として法務省民事局から出されている「不動産登記記載例」三四八頁には、特殊登記としての否認の登記の記載例が掲げられている。下級審判決としては、注(7)掲記のものがある。なお、実務の扱いにつき、小河「破産・和議・会社更生に関する登記」不動産法大系IV登記五一六頁、飯原・判批・民商七二巻五号八七五頁、柳川編・破産手続の実態二九四頁参照。

(20) もっとも、この最高裁判決の事実では、原告が抹消登記を請求したのに、第一審が、一部棄却の形で、否認の登記手続を命ずる判決をしたので、上告理由がこの点をつい

て、民訴法一八六条違反だと主張したのであった。それ故、最高裁判決の真の判決理由は、抹消登記の請求に対し、否認の登記を命じても一八六条に違反しない、というだけで抹消登記不可といった部分は傍論である、という向きもあるかも知れない。しかし、そうすると、否認の登記を請求するか、抹消登記等を請求するかを管財人の選択に任せたことになるが、この判決をそう解するのは無理であろう。

(21) 加藤・破産法研究六巻四三二頁、中田・破産法和議法一七四頁、石原・総攬二九二頁(ただし、破産廃止・終結の場合は、否認の効果は消滅しないとする)。

### 三 特殊登記説に対する近時の批判

一 右のように、判例が、少なくとも最上級審の判決に見る限り大正一二年の破産法施行以来五〇年間維持して来た立場を捨てて、学説上の通説へと転回を示した程度この時期に、学説の側では、その通説たる特殊登記説への批判が高まりつつある。

批判の第一は、否認の登記をすると抹消登記をした場合より、管財人が否認権を行使して取り戻した財産を換価するのが困難になる、ということである。<sup>(21)</sup>つまり、たとえば、右の最高裁判決の事実で、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>の所有権取得

登記が抹消されていれば、登記上、破産者が所有者であることが明確になるから、換価し易いのに対し、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>の所有権取得登記が残されたままでは、Aの管財人が処分をしようとしても、買手が不安を感じて、換価が困難になる、というのである。

また、その二は、そもそも、特殊登記説は、破産の取消、廃止、終結の際に、当該不動産が換価されずに破産財団にとどまっているという場合に効用を発揮するのであるが、実際には、破産解止前に否認訴訟の判決が確定し、否認の登記のなされた不動産が、破産解止の時にまだ換価されずに残っているというようなことは、ほとんどありえないというのである。<sup>(2)</sup>つまり、特殊登記説は、実際には効用がない、というわけである。

さらに、第三は、否認権が抗弁によって行使された場合にも予告登記の必要があるが、特殊登記説ではこの要請を充たしえないとするものであり、かつての予告登記説に通ずる批判といえよう。<sup>(3)</sup>

(1) 中野「前掲」登記百選二二三頁、三ヶ月ほか・条解会社更生法(上)二一条(四)、鈴木(正)・判批・判タ三八号一〇〇頁(もっとも、鈴木教授は、断定はできない、

と留保をつけておられる)。

(2) 鈴木(正)判批・判タ三八号一〇一頁以下が、このことを詳細に論証する。これ以前に、この点を指摘するのは、中野「前掲」登記百選二二三頁。

(3) 中野「前掲」登記百選二二三頁。

二 そこで、次に、果してこれらの批判はいかなる限度で当たっているのかを検討しつつ、問題解決の出発点を探り、問題解決の方向を見定めることにしよう。

#### 四 問題解決の方向

##### 一 問題解決の基点

(1)否認の登記をめぐる見解の対立は、第二節で指摘したように、(イ)否認訴訟に関しては、予告登記の可否を一般原則に任せておけば足りるか、(ロ)否認の効果を公示する終局登記を一般原則に任せておけば足りるか、の二つの論点をめぐるものであった。

そこで、まず予告登記の点を考えよう。すでに見たとおり、特殊登記説の論者も、多くは、否認の登記を求める訴が提起された場合に、予告登記の必要があることは肯定するが、ただそれは不動産登記法の一般原則に任せ

れば足りるとし、一般原則上は予告登記が可能であると説く。もっとも、これに対しては、否認の登記を求める訴が提起されても、不登法三条但書により予告登記がでないとする見解<sup>(1)</sup>、否認の登記を求める訴でも、破産法八三条一項三号(会社更生法九〇条一項二号も同じ)の転得者との関係では、予告登記をすべきようにも見えるが、かかる転得者は、善意ならば、否認されても、現に受ける利益を償還するのみで足りるから(破八三条二項・七七条二項)、結局、予告登記をする必要がなく、許されな<sup>(2)</sup>いとの見解がある。しかし、まさしく、この後者の見解も認めるとおり、破産法八三条一項三号、会社更生法九〇条一項二号の転得者は、善意であっても、受益者に対する否認を對抗されるのであるから、この場合不登法三条但書には該当しないと思われ、右前者の見解は当然ない。また、後者の見解がいうとおり、まさしくかかる転得者は、善意ならば、現に受ける利益を償還すれば足りるのであり、その意味で予告登記の必要性はさほど大きいものでないことは認めざるをえないが、やはりこの限度で期待的利益が奪われるのであるから、その必要は肯定<sup>(3)</sup>されよう。

ただ、たしかに、不動産登記法上の一般原則によるのであれば、否認権が抗弁によって行使された場合には、予告登記をすることは不可能である。しかし、そもそも抗弁によって行使された場合に、予告登記の必要があるのであろうか。たとえば、受益者から管財人に対する家屋明渡訴訟の抗弁として、管財人が破産者と受益者との間の売買を否認した場合、管財人勝訴の判決が確定しても、多数説によれば、それによって否認の登記がなされるわけではなく<sup>(4)</sup>、また、前提問題たる否認権の存在、受益者の所有権の不存在についての判決理由中の判断に既判力が生ずるわけでもない。したがって、予告登記は、管財人が、否認の登記を求める反訴を提起したときにはじめてすれば足りるのではあるまいか。これに対して、会社更生法上の否認の請求(会社更生八二条一項・八三条)によって、否認の登記が求められた場合は、否認の請求が簡易な否認の訴としての実質を持つことからいって(会社更生八四条・八六条参照)、不登法三条を類推し、更生裁判所は予告登記の嘱託をすべきであろう。

このように考えると、否認権行使に際しなすべき予告登記は、一般原則に任せれば足り、破産法一二三条一項、

会社更生法二一条一項所定の「否認ノ登記」の問題を、予告登記と関連づける必要はないということになる。

(2)そこで、問題は、否認の効果としての物権変動を公示する終局登記を、一般原則に任せ抹消登記等の通常の登記によられば足りるか、特別の登記によらせるべきか、に絞られる。ところが、前節で見たように、この点に関し、近時、いわゆる特殊登記説に対しては、効用がないということと、實際上換価の障害になるといふことの二面から批判がなされている。

たしかに、破産の場合を考えると、破産解止の時までに、否認訴訟が終了して否認の登記がなされ、しかも目的不動産が換価されずに破産財団にとどまっているという事態は、稀有の事に属するであろう。しかし、会社更生では事情が異なる。ここでは、一方で、否認の請求という簡易な否認権行使の方法が認められ、したがって、否認の登記がなされるまでに長い時間がかかるとは限らないし、しかも、他方では、否認によって取り戻した不動産は直ちに換価されることなく、むしろ少なくとも更生計画の認否の裁判の時まで会社財産としてとどめておかれるのが原則と思われる(会社更生二二七条参照)。し

たがって、更生計画認可前における更生手続の終了(開始決定の取消、認可前の廃止、更生裁判所による不認可)の時までに、否認の登記がなされ、しかも目的不動産が会社財産にとどまっているという事態は、決して稀ではない筈である。そこで、少なくとも会社更生については、右の意味で特殊登記説は効用がないとはいえない。

また、否認の登記が換価の障害になるといふ批判も、果してどこまで当てているのか、それは管財人が否認の効果をも十分に説明しても除きえない程の障害なのか、疑問の余地がある。少なくともこれまで諸家の示されたところ(5)だけでは、決定的な証拠にならないように思われる。

(3)そこで結局、問題解決の基点は、不動産物権変動の過程を忠実かつ明確に公示するという、不動産登記制度の目的から見て、否認の効果を忠実かつ明確に公示するにはいかなる登記によるべきか、というところ(6)に求めるべきであろう。特殊登記としての否認の登記が不動産換価の障害となるという、右の非難も、この登記が否認の効果としての物権変動を忠実かつ明確に表わしていない場合にはじめて、理由があるといえる。

(1) 山木戸・破産法二二八頁。

(2) 法務省民事局長回答昭和四七年六月三〇日登記先例解説集一二卷八号一頁が、このような見解によって見られることにつき、同誌一三頁の諸家の発言参照。

(3) 否認の登記手続を求める訴の場合にも、予告登記ができるとするのは、第二節注(8)掲記のものほか、杉原・新版不動産登記法二八〇頁注(1)、北川「予告登記はどういう場合にするのか」判タ一七七号一八九頁、橋「予告登記」不動産法大系IV登記三二六頁。

(4) 加藤・破産法要論一七一頁、齋藤・日本破産法二六七頁、飯原・判批・民商七二卷五号八七〇頁。反対、三月・判例民訴法四〇六頁、宗田「最近一〇年間の破産判例の動向II」民訴雑誌18二一九頁。

(5) 否認の登記が実務上換価の障害になるといふことの論拠として諸家が引き合いに出すのは、もっぱら、柳川編「破産手続の実態」二九四頁の藤江発言である。しかし、この点には反論もある。飯原・判批・民商七二卷五号八七五頁。また、田尾・判例解説・法曹時報二七卷六号一〇九九頁も、馴れの問題あるいは理解不足に由来する問題であって、さほど重大なことではない、とする。

(6) ほぼ同じ志向を示すと認められるのは、飯原・判批・民商七二卷五号八六七頁以下、田尾・判例解説・法曹時報二七卷六号一〇九八頁。

二 否認の効果と各種登記説・特殊登記説によるその表現

(1) 右の基点に立って問題の解決を試みようとする時、まず確定しておかなければならないのは、否認の効果としての物権変動の内容である。周知のように、否認の効果については、かつて否認権の性質の問題として争われたところであるが、現在では、いわゆる物権的相対無効説が通説であり、判例もまたこの見解によっているといえよう。(9) これによれば、不動産処分行為の否認の場合には、受益者または転得者の意思表示その他の返還行為を要せずして不動産は破産財団あるいは更生会社財産に復帰するが、その効果は相対的であって、否認の相手方とされなかつた受益者または転得者には及ばず(人的範囲の相対性)、また破産または会社更生の目的を実現すべく手続が存続している限りでのみ生ずる(手続との関係での相対性)。(10) もっとも、否認の効力の人的範囲の面での相対性は、否認の時までに当該目的物についてすでに物権的地位を得ている者は、みずから否認の相手方とされない限り、その地位を奪われることがなく、また、債務者、受益者、転得者相互の関係では、その間の法律行為の効力に影響はない、との意味に解すべきであろう。(10) 否認の相手方とされた者が——少なくとも将来に向けて

——その権利を実体的に失なつたこと自体は、対第三者関係でも、これらの者相互間でも、否定できないものと思われる。それ故にこそ、転得者が否認を受ければ、受益者に対して担保責任を追及できるのであるし、また、転得者が更に第三者との間で売買契約を結んでも、この買主は何らの実体的権利をも取得できないから、その権利を登記することもできないと解されるのである。

(2)そこで、このような否認の効果が、各種登記説、特殊登記説の下で、それぞれのよう<sup>(12)</sup>に登記に表示されるのか、を具体的に検討してみよう。まず、各種登記説によると、〔例一〕破産者AからBに対し、売買を原因として移転登記がなされていたにとどまる場合に、この売買が否認されたときは（転得者なき場合の受益者に対する否認）、Bの所有権取得登記の抹消登記をすべきであるとされる。これに対して、〔例二〕BがすでにCのため抵当権の設定をして、その登記を済ませている場合に、Bのみに対して否認権を行使したときには（転得者ある場合の受益者に対する否認）、BからAへの移転登記をすべきである（抹消登記はできない。不登一四六条参照）。また、〔例三〕BがすでにDに所有権を譲渡し移転登記を

している場合に、転得者Dに対してのみ否認権を行使したときも（転得者のみに対する否認、DからAへの移転登記をするべきであるという。しかし、〔例四〕この場合、受益者Bと転得者Dとの双方に対して否認権を行使したのであれば（受益者、転得者双方に対する否認）、再び抹消登記をすることになる。他方また、〔例五〕Aが未登記の不動産をEに譲渡し、Eが保存登記をした場合、あるいは、〔例六〕AがFから取得した不動産につき移転登記をしないうちにGに譲渡し、FからGに中間省略登記をした場合に、EなりGなりに否認権を行使したときは（債務者が登記面に現われない場合の否認）、移転登記をすべきことにならう。

このような帰結を見て、誰しもまず抱く疑問は、——もちろん、一般に、法律行為の取消を原因とする場合にも、抹消登記に代えて、移転登記をしてよいとの立場を立てば別であるが——否認による所有権の破産財団、更生会社財産への復帰であるのに、ある場合には抹消登記、ある場合には移転登記というのは、物権変動の過程を忠実に登記に反映させているとはいえないのではないか、ということであろう。また、破産解止の時、または計画

認可前の更生手続の終了の時に、目的不動産が管財人によって処分されずに残っていれば、否認の相手方の権利も復活するという意味で、その権利の喪失は不確定的であるのに、確定的な抹消登記、移転登記をしてしまうのも、物権変動の内容と一致していないともいえよう。しかし、よく考えて見ると、否認権行使の相手方とされた者の権利しか消滅しないという否認の効果の相対性を、現行登記法の枠内で（ことに不登法一四六条参照）、登記面に示そうとすれば、このような結果になることはやむをえないともいえる。また前述のように、否認によって、その相手方の権利は実体的に失なわれるのであるとすると、抹消登記や移転登記をする方が、権利変動に忠実だという面もないではない。

(3) 他方、特殊登記説では、右の設例の場合にどう処理されるか。この説が、否認に特有な物権変動の内容を登記に反映させることを意図したものであることは疑いがないが、問題は、客観的にも、否認の効果を忠実かつ明確に表わしているか、である。この説によれば、前述の「例一」の場合には（転得者なき場合の受益者に対する否認）、甲区事項欄に、登記目的として、Bのための「何

番所有権移転登記原因の否認」と登記すべきであると考えられる。<sup>(14)</sup>「例二」の場合も（転得者ある場合の受益者に対する否認）、これと同様になろう。ところが、「例三」以降になると、特殊登記説の論者の従来の所説からは、どういう登記をすることになるのか明らかではない。<sup>(15)</sup>たとえば、「例三」では（転得者のみに対する否認）、否認されるのは債務者の行為であるとの原則を貫くと、Dのための移転登記の原因行為ではなくて、Bのための移転登記の原行為の否認、と記載することになるが、これで否認の効果が忠実かつ明確に公示されていることになるであろうか。また「例四」でも、Bに対する否認の登記も、Dに対する否認の登記も、全く同じになってしまう危険がある。「例五」、「例六」の場合にも（債務者が登記面に現れない場合の否認）、従来説かれて来たような方式では、処理に窮することになりそうである。

(7) 否認権の性質をめぐる議論の概観およびこれに関する文献については、三ヶ月ほか・条解会社更生法（中）七八条（一六）ないし（一八）、上田「否認権の意義と性質」演習破産法三七四頁、桜井「否認の効果」同上四六八頁参照。

- (8) 加藤「否認権論」破産法研究一〇卷四一八頁以下、菊井・破産法概要一一一頁、兼子・破産法二一二頁、中田・破産法和議法一四六頁以下、山木戸・破産法一七六頁など。
- (9) 詐害行為取消権に関する、大判(連)明治四四年三月二四日民録一七輯一一七頁のほか、破産法上の否認権につき、大判昭和三年三月九日評論一七卷諸法三七六頁。
- (10) 否認の効力の相対性につき精密に分析するのは、三月ほか・条解会社更生法(中)八七条(一〇)ないし(一九)。
- (11) 山木戸・破産法二三〇頁、三ヶ月ほか・条解会社更生法(中)八七条(一一)。
- (12) この点で、同じく相対的無効といっても、不動産差押の効力の相対性とは異なる。それ故、最高裁判決が、否認の物権的効果が「破産財団との関係において……生ずるにとどまり」といつているのは、ミスリーディングである。
- (13) 以下において各種登記説の帰結として示すところは、三ヶ月・条解会社更生法(上)二一条(六)による。
- (14) 法務省民事局長通達昭和四五年三月三十一日民事甲九六六号「不動産登記記載例」三四八頁。
- (15) このような特種登記説の難点は、すでに、小河「前掲論文」不動産法大系IV五一六頁が指摘している。
- 三 特殊登記説の今後の課題
- (1) 右に検討した、各種登記説、特殊登記説のそれぞれ

の帰結を比較して見ると、現状では、各種登記説の方が無難であるといえよう。当初から指摘されている、破産解止や認可前の更生手続終了の場合に、抹消された登記の回復登記や移転登記の抹消登記をしなければならなくなるとの難点も、今回の最高裁判決のように、破産法一二三条二項、会社更生法二一条二項の解釈として、裁判所が職権でこれらの登記の嘱託をすべきであると解しうるならば、それによって解消されるといえるであろう。

しかし、それにもかかわらず、折角、最高裁判決も出て、実務がその方向で統一されようとしている特殊登記説を、現時点で直ちに否定し去ってしまうのは、わたくしには、いささか早計のように思われる。各種登記説も、否認の効果を忠実に反映しているとはいいたいのであるし、また、この説によって、<sup>(16)</sup>管財人が移転登記の請求をするときには、予告登記ができないという難点も残っている。ただし、特殊登記説を維持するには、現実に登記事項欄にいかなる記載をするかについて、従来説かれて来たところをかなり大幅に修正する必要があるであろう。

(2) 特殊登記説が、さきに指摘したように個々の事例で

行き詰りを生ずる最大の原因は、もともと登記の記載例としてこの説の挙げるところが、その本来の意図に反して、否認による物権変動の内容ないし物権変動の結果としての権利状態を何ら示していないという点にあるように思われる。「何番所有権移転登記原因の否認」というだけでは、否認の結果権利関係がどうなったかは、破産法や会社更生法の、しかも判例をも含めた知識のある者以外には分からないであろう。権利変動を第三者に公示するという観点からすれば、重要なのは、いかなる行為が否認されたかではなく、誰のどの権利が否認によって変更を受け、誰が新たに権利者となったか、である。権利に関する一般の登記は、まさしくこのことを公示しているのである。それなのに、従来の特種登記説は、否認された行為を公示することにしていたため、債務者したがつてまたその行為が登記面に現われない場合（例五）（例六）に記載に窮し、また転得者に対する否認の場合（例三）（例四）にも、誰の権利が失なわれたのかを、的確に示しえなかったのである。

そこで、ことは登記という技術的の制度に関連し、門外漢が記載例の提案をしても外的外れになる危険が大きいこ

とを承知しつつあえていえば、否認の登記には必ず登記義務者と登記権利者とを記載することにはいかかがであろうか。登記義務者は、一般の登記では記載事項とされていないが（不登五一条二項参照）、これは通常記載しなくても分かるからであって、必要な場合には記載しうるとの先例もあり、現にそのような例もある<sup>(17)</sup>。否認の登記では、まさしく誰の権利が否定されるのかを示さないと疑義の生ずるおそれがあるから、これを記載すべきであろう。登記義務者は否認の相手方である。また従来に記載例では、登記権利者も記載されていないが、否認の登記においても、通常の登記と同様、否認の結果誰が管理処分権を有するに至ったかを示すことが必要と思われる。登記原因を否認する旨の登記と破産・更生開始の登記（破二〇条、会社更生一八条）とでそれを示すのは、一般の第三者には分かりにくい。もっとも、抵当権設定行為の否認のように、否認によって失なわれる権利が破産財団・更生会社財産に帰属するに至るのでない場合は、登記権利者の記載は必要ない。登記権利者は管財人であるが、登記面上は、管理処分権者（破七条、会社更生五三条参照）としてただ何某破産管財人、更生会社何社管財

人と記載すべきであろう（個人名は記載しない）。そうすると、たとえば、前述の「例一」では、登記の目的は、「Bに対し何番所有権移転登記原因の否認」、登記原因は、従来どおり、「何年何月何日判決」、登記権利者は、「管理処分権者 A破産管財人」となる。また「例三」では、登記の目的は、「Dに対し何番所有権移転登記（Bの登記）原因の否認」となり、登記原因、登記権利者は右と同じである。「例二」、「例四」は右に準ずる。

〔例五〕、〔例六〕では、否認された原因行為が登記面に表われていないから、否認の効果を忠実に示そうとすれば、「Eに対し所有権取得行為の否認」、「Gに対し所有権取得行為の否認」とするしか仕方がないのであるまいか。これは、もともと登記の記載が実体に合致していないことから生ずる変容であり、やむをえない。登記の否認の場合も、これらに準じて考えることができよう。

以上は、門外漢の提案であるから、示した記載例も登記についての伝統的約束事に抵触するところであろう。それらは専門家によって訂正されることを希望する。要は、特殊登記としての否認の登記は、否認による物権変動の結果——ことに誰の権利が否定され誰が処分権者に

なるか——が、一般第三者に分かるように修正されるべきである、ということである。

(16) 抹消登記に代わる移転登記請求でも、予告登記の嘱託を受理しえないとするのは、法務省民事局長通達昭和三年八月三十一日法曹時報一二卷一〇号一四八一頁、同回答昭和三年九月一二日同一二卷一〇号一四八三頁、同昭和三年一月二日同一五卷三三号四七二頁。ただし、学説上は、反対が多い。幾代・不動産登記法二二〇頁、北川「前掲論文」判タ一七七号一八八頁、橋「前掲論文」不動産法大系IV三二四頁。

(17) 司法次官通牒明治三二年六月六日民刑第九七五号。吉野・注釈不動産登記法総論七九五頁による。

(18) 二人以上の共有者のうち、一人の持分の移転のように、二人以上の登記名義人がいて、そのうちの一部分のみが登記義務者となる場合。なお、吉野・注釈不動産登記法総論七九五頁参照。

#### 四 否認の登記の手續

最後に、特殊登記説をとった場合の登記手續、および破産手續、会社更生手續のその後の経過に伴なう事後処理につき一言する。

特殊登記説を前提とすれば、否認の登記は、否認訴訟における管財人勝訴判決の確定後、管財人がこの判決に

に基づき、単独申請によってする。登記原因は確定判決自体である。登記申請の添付書類は、確定判決の正本と管財人の資格証明書である。<sup>(19)</sup>このための確定判決としては、否認の登記手続を命ずる給付判決であることを要し、判決理由で否認権の行使を認めたものでは足りない(前述四二〇頁参照)。

否認の登記において、前述のように、管財人を管理処分権者として記載することにすれば、この登記の後、重ねて破産の登記(破二二〇条後段)、更生手続開始の登記(会社更生一八条一項)をする必要はないことになる。

否認の登記がなされた後、破産取消、廃止、終結となつたとき、更生手続開始決定の取消、更生計画認可前の廃止、更生裁判所による更生計画不認可となつたときは、

最高裁判決の説くように、裁判所は職権で否認の登記の抹消を囑託すべきである(破二三条二項、会社更生二一条二項)<sup>(20)</sup>。

(19) 小河「前掲論文」不動産法大系IV五一七頁、石原・総攬二九〇頁。なお、司法次官通牒大正一二年三月三日登記関係先例集上四九八頁参照。

(20) 会社更生で更生計画認可となつた場合は、その後の手続廃止(会社更生二七七条)、手続終結の時(会社更生二七二条)またはそれ以前に取締役に処分権が付与された時(同二二一条三項、二四八条の二)に、会社への移転登記を囑託すべきことになるか。

(昭和五一年一月二一日)

(一橋大学教授)