

判例研究

所有権移転登記等をさせた行為と 電磁的公正証書原本不実記録罪の成否

法学部教授 岡田 好史

法学研究科博士後期課程 平子 友紀

最高裁平成28年12月5日第一小法廷判決

(平成26年(あ)第1197号電磁的公正証書原本不実記録, 同供用被告事件)

刑集70巻8号749頁

【参照条文】刑法157条1項, 158条1項

【事実の概要】

A社代表取締役である被告人Xらによる土地の登記までの経緯は、以下のとおりである。

①指定暴力団B総長Yは、茨城県内に暴力団の会館を造ろうと考え、不動産仲業者Cに対して土地探し等を依頼していた。②Yは、茨城県暴力団排除条例¹(以下、排除条例)によって、自らは不動産業者と取引することができないと考え、不動産の所有者等となることを隠蔽するために、Xに対して名義貸しを依頼し、同人はこれを承諾した。X、Y及びCは、協議の上、土地の売買契約において、A社が買受名

1 平成22年茨城県条例36号。同条例は、暴力団排除の基本理念を定め、県及び県民等の責務の明確化、暴力団排除に関する基本的施策、青少年の健全育成を図るための措置、暴力団員等に対する利益供与等の禁止その他必要な事項を定めることで、「暴力団の排除を推進し、もって県民の安全で平穏な生活の確保と社会経済の健全な発展に寄与することを目的」としている(1条)。不動産の譲渡等に関しては、18条で契約の相手方に対し、不動産を暴力団事務所の用に供するものでないことを確認するようすること等を求めるとともに、19条において、不動産の譲渡等を代理又は媒介する者に、譲渡等をしようとする者に対し、18条の規定遵守に関し必要な助言等の措置を講じなければならない(1項)とした上で、他人が譲渡等をしようとしている不動産が暴力団事務所の用に供されることとなることを知って、当該不動産の譲渡等を代理し、又は媒介してはならないとしている(2項)。

義人となり、A名義で登記を申請することとした。③Xは、Bの幹部及びCらと共謀の上、茨城県内の土地5筆（以下、「本件土地」という。）をAが買主として売主らとの間の売買契約の締結に当たって、Xが立ち会い、売買契約書等の作成を行った。なお、売買契約はA名義で行われ、Yのためにすることは一切表示されておらず、売主らは、契約の相手方がAであると認識していた。④本件土地に対し、売買を原因として、売主らからAへ所有権移転登記等が行われた。⑤本件土地及び建物の取得代金、登記費用等の合計約1億2000万円の費用は、Yが出捐した。

そして、登記官に対してAを買主とする登記申請をして、登記簿（電磁ディスク）に記録をさせて、これを備え付けさせて供用した。これが電磁的公正証書原本不実記録罪と同供用罪（以下、両罪を併せて「不実記録罪等」とする。）となるとして、Xは起訴された²。

原原審（水戸地土浦支判平成25年10月16日刑集70巻8号784頁）において、検察官は、土地の所有権は各売主から直接Yに移転したものであり、X又はAが各売主から所有権を取得したという事実はない、また、本件建物については、Yがその所有権を原始取得したものであり、Xは本件建物の所有権を取得していないと主張した。これに対して、Xは、X又はA名義で登記を取得したことは本件委託契約に基づくものであり不実のものではないため無罪であると主張した。

原原審は、「不動産登記においては、真実の物権変動又は物権の帰属等を反映させる必要があり、また、原則として中間省略登記は認められていないことからすると、本件においては、本件土地の所有権が各売主から直接Yに移転したといえるかどうか（各売主から被告人又はAに所有権が移転していないといえるかどうか）、また、本件建物の所有権をYが原始取得したといえるかどうか（被告人が本件建物の所有権を取得していないといえるかどうか）が争点となる。」と整理した上で、「本件土地の所有権は、各売主との間の売買契約に基づき、各売主から被告人又はAに移転し、その後即時に、被告人とYとの間の上記委任契約に基づき、被告人又はAからYに移転したと考えるのが相当である。」ので、不実記録罪等の犯罪の証明がないとして、Xを無罪とした³が、その際、「民事とは別に、刑事独自の契約関係又は所有権の移転経路を考えるとという立場もあり得る。……公正証書原本不実記録罪等については、民事上の物権変動又は物権の帰属等を公示する不動産登記簿等

2 なお、Xは建物の表題登記等に関する不実記録罪等でも起訴されている。

3 ただし、建物の表題登記等に係る部分については不実記録罪等の成立を認めている。

の記載・記録に対する公共の信用を保護法益とするものであるから、民事上の所有権の所在と別異に解することは問題であり、当裁判所の採用するところではない。」と述べている。

検察官は、民事法に関する誤った法解釈を前提として、契約関係やその法的効力に関する事実を誤認し、各売主からAに所有権移転登記をしたことは、内容虚偽の不実の登記ではないとしたのは、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認があるとし、Xは、建物の表題登記等に係る公訴事実について、不実記録罪等の成立を認めたのは、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認があるとして、それぞれ控訴した。

原審（東京高判平成26年6月19日刑集70巻8号794頁）は、「本件土地の所有権は、各売主から被告人が買主となって契約を締結した時に、被告人とYとの間の名義貸しの合意によって各売主からAの名を借りたYに直接移転したものであり、本件土地にかかるAの登記は不実の登記ということが出来る（各売主が錯誤無効等を理由に売買契約の効力を争うことが出来るかどうかとは別問題である。）」として、原原判決を破棄して、すべての公訴事実について不実記録罪等の成立を認めた。

これに対して、被告人側が上告した。

【判旨】

最高裁は、弁護人の上告趣意は刑訴法405条の上告理由に当たらないとしつつ、職権で次のように判示して原判決を破棄した上で、量刑判断を含め1審判決を維持するのが相当であるとした。

「電磁的公正証書原本不実記録罪及び同供用罪の保護法益は、公正証書の原本として用いられる電磁的記録に対する公共的信用であると解される場所、不動産に係る物権変動を公示することにより不動産取引の安全と円滑に資するという不動産登記制度の目的を踏まえると、上記各罪の成否に関し、不動産の権利に関する登記の申請が虚偽の申立てに当たるか否か、また、当該登記が不実の記録に当たるか否かについては、登記実務上許容されている例外的な場合を除き、当該登記が当該不動産に係る民事実体法上の物権変動の過程を忠実に反映しているか否かという観点から判断すべきものである。

そうすると、本件各登記の申請が虚偽の申立てに当たるか否か、また、本件各登記が不実の記録に当たるか否かを検討するにあたっては、本件各土地の所有権が本

件売主らから、Yに直接移転したのか、それともA社に一旦移転したのかが問題となる。

原判決は、本件は、Yの存在を秘匿して、買受名義人を偽装した名義貸しであるとし、その実態を踏まえて、本件各土地の所有権がA社の名を借りたYに直接移転したものと認めるべきであるとした。

しかし、本件事実関係によれば、本件各売買契約における買主の名義はいずれもA社であり、被告人がA社の代表者として、本件売主らの面前で、売買契約書等を作成し、代金全額を支払っている。また、被告人がYのために本件各売買契約を締結する旨の顕名は一切なく、本件売主らはA社が買主であると認識していた。そうすると、本件各売買契約の当事者は、本件売主らとA社であり、本件各売買契約により本件各土地の所有権は、本件売主らからA社に移転したものと認めるのが相当である。

原判決は、被告人とYとの間の合意の存在を重視するが、本件各売買契約における本件売主らの認識等を踏まえれば、上記合意の存在によって上記の認定が左右されるものではない。

また、本件事実関係の下では、民法が採用する顕名主義の例外を認めるなどの構成によって本件各土地の所有権がYへ直接移転したということもできない。

以上によれば、本件各土地の所有権が本件各売買を原因としてA社に移転したことなどを内容とする本件各登記は、当該不動産に係る民事実体法上の物権変動の過程を忠実に反映したものであるから、これに係る申請が虚偽の申立てであるとはいえず、また、当該登記が不実の記録であるともいえない。」

「したがって、本件各土地の所有権が本件売主らからYに直接移転した旨の認定を前提に、本件各登記の申請を虚偽の申立てであるとし、また、本件各登記が不実の記録に当たるとして第1審判決を破棄し、本件公訴事実第1及び第2について被告人を有罪とした原判決には、事実を誤認して法令の解釈適用を誤った違法があり、この違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであって、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる」。

【検討】

1 本判決の意義

本判決は、Xが暴力団員Yとの間でYに土地の所有権を取得させる旨の合意を

し、Xが代表者を務めるA社名義で土地を売主から買い受けた場合において、当該土地につき売買契約を登記原因とする所有権移転登記等を当該会社名義で申請して当該登記等をさせた行為について、売主が買主はA社であると認識していたなどの事実関係の下では、当該登記等は当該土地に係る民事実体法上の物権変動の過程を忠実に反映したものであり、これに係る申請が不実記録罪等という「虚偽の申立て」及び当該登記等が同罪という「不実の記録」には当たらないとしたものである。不実記録罪における登記の不実性の判断は、民事実体法に基づいて物権変動の過程を忠実に反映しているか否かという観点から判断することを判示したという点で、本件は、実務上、重要な意義を有する⁴。

2 刑法157条1項の成立要件

刑法157条1項は、公務員に対し虚偽の申立てをして、権利若しくは義務に関する公正証書の原本に不実の記載ないし電磁的記録に不実の記録をさせることを処罰するものである。

本罪の主体は、公正証書の作成権限を有する公務員に対して、虚偽の申立てをして、これらに不実の記載（記録）をさせる者であり、私人に限らず、公務員もその主体となりうる。

客体は、権利若しくは義務に関する公正証書の原本、あるいは原本たるべき電磁的記録⁵である。「公正証書の原本」の例示として登記簿、戸籍簿が挙げられているが、大審院は、当初、「権利義務ノ得喪変更等ノ証明ヲ目的トスル公簿」と狭く解し、住民票の前身である「寄留簿」について公正証書原本該当性を否定していた⁶。その後、権利義務の得喪を証明する文書に限らず、「権利義務ニ関スル或ル事実ヲ証明スル効力ヲ有スル文書」もこれに含まれるとして、土地台帳規則に基づく土地台帳の該当性を肯定し⁷、最高裁も、大審院の判断を踏襲して土地台帳法に基づく「土地台帳」の「公正証書ノ原本」該当性を肯定した⁸。

「権利・義務」には、財産上の権利・義務のみならず身分上の権利・義務を含む。

4 松永栄治「判解」『最判解刑事平成28年』（法曹会、2019年）228頁、上原龍「判批」警論70巻9号（2017年）183頁等参照。

5 電磁的記録については、1987（昭和62）年刑法の一部改正により追加された。ここでいう電磁的記録とは、公正証書の原本の機能を果たす各種登録ファイルを指す。

6 大判大正9年7月1日刑録26巻541頁。

7 大判大正11年12月22日刑集1巻828頁。

8 最決昭和36年3月30日刑集15巻3号605頁。

登記簿、戸籍簿は権利・義務に関する公正証書の例であるが、その他のものとしては、前述の土地台帳のほか、住民票⁹、外国人登録原票¹⁰、船籍簿¹¹等がこれにあたり、自動車運転免許台帳¹²、各種課税台帳¹³はあたらないとされている。

本罪の行為は、公務員に対し虚偽の申立てをし、権利・義務に関する公正証書の原本に不実の記載をさせ、又は、権利・義務に関する公正証書の原本たるべき電磁的記録に不実の記録をさせることである。

「虚偽の申立て」とは、真実に反することを申し立てることいい¹⁴、客観的に真実に合致している事項を虚偽と錯覚して申し立てる場合には成立しない。

「不実の記載」とは、権利関係に重要な意味を持つ点において客観的な真実に反することをいうとされる¹⁵。「不実の記録」とは、客観的な事実と反するデータを入力して電磁的記録に記録することをいう¹⁶。

本件では、Xが行った各土地の所有権移転登記等を申請する行為が「虚偽の申立て」に当たるかが問題である。その際には、申立ての虚偽性の判断をいかにするか、とりわけ所有権が誰に移転したのかという点が重要となる。

3 いわゆる「名義貸し」と157条1項の成否について

実質的所有者とは異なる者の名義（いわゆる「名義貸し」）による登記が刑法157条1項に該当するかという点について、下級審では、これを肯定するものがみられたところである¹⁷。それに対し、本件において最高裁は、暴力団員に土地の所

9 最判昭和36年6月20日刑集15巻6号984頁、最決昭和48年3月15日刑集27巻2号115頁等。

10 長崎地佐世保支判昭和33年4月21日第一審刑集1巻追録2292頁、名古屋高判平成10年12月14日高刑集51巻3号510頁。

11 最決平成16年7月13日刑集58巻5号476頁。

12 福岡高判昭和40年6月24日高刑速953号。

13 名古屋高金沢支判昭和49年7月30日高刑集27巻4号324頁。

14 大判大正8年6月6日刑録25輯754頁、最決平成3年2月28日刑集45巻2号77頁。不動産登記法上の官公署が権利主体として行う登記の嘱託（同法30条、31条）も157条1項の「申立て」に当たる（最決平成元年2月17日刑集43巻2号81頁）。

15 大判明治43年8月16日刑録16輯1457頁。なお、「不実性」が否定されたものとして、大判昭和9年9月14日刑集13巻1257頁、最判昭和46年2月23日裁判集刑179号89頁、宮崎地判昭和39年4月21日下刑6巻3・4号507頁、大隅簡易裁判決昭和41年9月26日下刑8巻9号1280頁等参照。

16 最決平成17年12月13日刑集59巻10号1938頁参照。

17 東京地判平成4年3月23日判タ799号248頁、鳥取地米子支判平成4年7月3日判タ792号

有権を取得させる旨の合意があっても、民事実体法上の物権変動の過程を忠実に反映した登記の場合には、「虚偽の申立て」ではないとした。

自動車の所有等の実態を隠ぺいするために、実質的な所有者とは別人が自動車売買契約の当事者となり、契約者名義による自動車登録ファイルへの新規登録及び移転登録をした事例において、東京地裁は電磁的公正証書原本の不実記録に該当するとした。裁判所は、制度の沿革、目的等から、自動車登録ファイルの行政登録としての性格からすれば、現況を公示することに意味があるから、契約者が所有者であるとして新規登録又は移転登録した行為は、現況を公示していないという意味において、いずれも不実記録に当たると結論付けた。

公正証書とは、一般的には公証人が作成する公正証書を指すが、本罪においては、公務員がその職務上作成する文書で権利・義務の得喪・変更に関する事実を公的に証明する効力を有する文書をいう。本罪の保護法益は、「公正証書の原本として用いられる電磁的記録に対する公共的信用である」と解されている¹⁸。私人が作成した私文書とは区別され、公正な第三者である公務員がその権限に基づいて作成したことで、文書の成立について真正であると強い推定が働くのであって、公証の当該機関が、一定の事実についてそれが真実であることを証明して、公の信用に供するのである。それゆえ、仮に真実の権利者に対する登記申請の場合であっても、虚偽内容の権利移転行為を原因とする登記申請によって、所有権移転登記を行うときは、本罪を構成するのである¹⁹。

もっとも、自動車登録制度は、自動車の権利関係の変動を公示することにより私

232頁。もっとも、米子の事例では、暴力団員と競売建物の所有者が、競売物件につき、執行妨害目的で、競売建物につき賃借権を有している旨の虚偽の条件付賃借権設定の仮登記の申請をして、登記官をして登記簿の原本にその旨の不実の記載をさせた行為が不実記載等に当たるとされたが、内容の虚偽性については争いのない事案であったとされる（前田雅英「判批」捜研803号（2017年）53頁）。

18 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法8巻』（青林書院、3版、2014年）180頁〔波床昌則〕、橋本正博『刑法各論』（新世社、2017年）385頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論』（弘文堂、7版、2018年）375頁、日高義博『刑法各論』（成文堂、2020年）497頁、前田雅英『刑法各論講義』（東京大学出版会、7版、2020年）383頁、前田雅英ほか編『条解刑法』（弘文堂、4版、2020年）445頁、松原芳博「文書偽造罪」（曾根威彦ほか編『重点課題刑法各論』（成文堂、2008年）199頁以下等。東京高判昭和27年5月27日高刑集5巻5号861頁は、公正証書の内容の真実性に対する公共の信用を保護法益とする旨判示している。

19 大判大正6年10月1日刑録23輯1034頁、最決昭和39年6月2日集刑151号337頁、東京高判昭和56年8月25日東高刑時報32巻8号53頁。

法上の権利関係の安定を図るといような面もあるが、自動車の実態把握、盗難予防等の目的から出発した行政登録としての性格が基本であり、現況の公示こそが重要であるということになる。それに対し、不動産登記制度は、不動産に関する権利関係の公示を主目的とし、不動産の権利変動の過程を登記に忠実に反映することを要求している²⁰という両者の相違は無視できないであろう。それゆえ、財産としての重要性、制度主旨の相違等からすれば、公共の信用の対象が異なるのであるから、自動車登録ファイルと不動産登記の場合で判断が異なるのは、必ずしも矛盾するものではないといえよう²¹。

4 不動産登記と「虚偽の申立て」

(1) 不動産の所有権の移転プロセス

まず、不動産の所有権の移転のプロセスを確認する。

不動産の所有権を取得する方法としては、売買（民法555条）、贈与（民法549条）などの契約による場合や、相続（民法第5編）による場合がある²²。売買とは、「当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し、相手方がこれに対してその代金を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。」ことをいう（民法555条）。売買は、合意のみで成立する諾成契約である²³。不動産とは、「土地及びその定着物」をいう（民法86条1項）。「不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成16年法律第123号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することはできない」（民法177条）。そのため、「売主は、買主に対し、登記、登記その他の売買の目的である権利の移転についての対抗要件を備えさせる義務を負」っているのである（民法560条）²⁴。

20 不動産登記法61条参照。2004（平成16）年の不動産登記法の全面改正によって、登記の原因となる事実を記載した書面（登記原因証明情報）を登記申請で添付することが必須となり、物権変動の過程を忠実に登記簿に記載することが求められているため、現行法の下では従来のような中間省略登記の申請は受理されず、不動産登記法の原則に照らし、裁判上の請求としても認められにくくなったと思われる（東京高判平成20年3月27日判例秘書判例番号L06320477、最判平成22年12月16日民集64巻8号2050頁参照）。

21 前田・前掲注17判批53頁以下、内田雅人「判批」研修831号（2017年）19頁、品田智史「判批」ジュリ1518号（2018年）160頁参照。

22 内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論』（東京大学出版会、4版、2008年）379頁。民法においては、取得原因の例外として原始取得が規定されている（民法239条～241条）。

23 内田貴『民法Ⅱ債権各論』（東京大学出版会、3版、2013年）112頁。

24 民法の一部を改正する法律（平成29年法律44号）によって、契約不適合の場合に買主が保

不動産登記法は、「不動産の表示及び不動産に関する権利を公示するための登記に関する制度について定めることにより、国民の権利の保全を図り、もって取引の安全と円滑に資することを目的と」している（1条）²⁵。登記には、民事上の権利関係を可視化することにより、物件取得者の権利を保全し、また、新たに物件を取得しようとする第三者が不測の損害を被ることないようにすることにその役割があると言えよう²⁶。

不動産の売買契約が成立後、登記権利者と登記義務者は、共同して所有権の移転登記の申請をしなければならない（60条）。登記申請の際、申請人は、必要事項を記載した申請書と登記の原因を証する添付書類を提出しなければならない（61条）。売買による所有権の移転登記の申請書には、原則として、売主と買主と間の登記原因証明情報（売買契約書、契約書がない場合には、契約の当事者、日時、対象物件の他、売買契約の存在と当該売買契約に基づき所有権が移転したことを売主が確認した書面）、売主の印鑑証明書（作成から3カ月以内のもの）と登記識別情報又は登記済証（いわゆる権利証）、買主の住民票の写しなどを添付しなければならない²⁷。

窓口で提出された申請書は、①申請書に受付年月日、受付番号を記載し、又は申請の受付の年月日及び受付番号を記載した書面が貼り付けられ²⁸、②登記の申請があった土地又は建物の登記記録の記録事項を確認しながら、申請内容が法律に適合するか、登記記録の記録事項と一致するか、必要な添付書類がそろっているか確認し²⁹、③申請に不備が無いことが確認されると、申請内容に従って、登記記録や地

護されるように改正された。例えば、民法570条、577条等参照。

25 本決定と関連する条項は、次のとおりである。登記記録（不動産登記法2条5号）は、「表示に関する登記又は権利に関する登記について、一筆の土地又は1個の建物ごとに第12条の規定により作成される電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他の他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下同じ。）をいう。」表題部（2条7号）は、「登記記録のうち、表示に関する登記が記録される部分をいう。」表題登記（2条20号）は、「表示に関する登記のうち、当該不動産について表題部に最初にされる登記をいう。」

26 鎮目征樹「判批」論ジュリ26号（2018年）204頁。

27 不動産登記令15-19条参照。オンライン申請については、不動産登記令10-14条参照。

28 不動産登記法19条、不動産登記規則56条2項。

29 不動産登記規則第57条。申請書に不備があった場合には補正する。なお、この際の登記官は、形式審査をなし得るにとどまるとする（最判昭和35年4月21日民集14巻6号963頁、最判昭和37年3月16日民集16巻3号567頁等参照）。ただし、申請人となるべき者以外の者が申請していると疑うに足りる相当な理由がある場合には、この限りではない（不動産登記法24条1項）。

図等に必要な事項を記入し、④申請された通りに登記できるかどうか、登記官が再度チェックし、正しく処理されたことを確認した場合、登記官が登記官の識別番号を登記記録に記録し³⁰、⑤登記識別情報及び登記完了証を作成して、⑥申請人が登記識別情報通知書及び登記完了証を受け取り完了となる³¹。

(2) 本件における「虚偽性」

本件事案においては、所有権の帰属について各裁判所の判断が分かれた。原原審と最高裁は、土地の所有権がA経由でYに移転したと解し、「虚偽の申立て」と「不実の記録」とはならないと判断した。これに対して、原審は、土地の所有権がA社を経由せずYに直接移転したので、「虚偽の申立て」と「不実の記録」となると判断している。

登記官には登記の実質的審査権がなく、真実の権利を反映していない登記が実際に多く存在し、登記の公信力を認めると真の権利者が害されることが多いこと、動産と比べ不動産取引は頻繁ではなく、取引の相手方に慎重さを要求しても良いことなどから、電磁的公正証書原本不実記録・同供用の成立に関しても、登記申請時の所有権者が正確に反映されることまでは要求できず、不動産の権利変動の過程が忠実に反映されていない場合に処罰されるにとどまると考えうるとする見解がある³²。確かに、登記は実際の物権変動の過程と大要を忠実に反映することが望ましい³³。また、民事判例においては、無効な登記であっても、その後に実際の物権関係と合

30 不動産登記規則7条。

31 不動産登記法第21条、不動産登記規則第181条1項。登記識別情報通知書の受取期間は、登記の完了時から3ヵ月以内である（不動産登記規則64条1項3号）。

32 内田・前掲注21判批19頁。

33 相続による所有権移転登記については、戸籍制度によって相続人であることの証明が可能であり、登記申請のメリットが少ないとされ、十分ではなかった。しかし、相続登記未了により、相続人の把握が困難になる問題（所有者不明土地問題）に対処するため、2021（令和3）年4月に「民法等の一部を改正する法律」（法律24号）及び「相続等により取得した土地所有権の国庫への帰属に関する法律」（法律25号）が成立・公布され、今後段階的に、①相続登記申請の義務化、②所有者が不明な土地・建物の管理に特化した制度等の新設、③相続等によって取得した土地を法務大臣の承認を受け国庫に帰属させる制度の新設等、制度が見直されることとなった。立法の経緯等わが国の現状については、日本弁護士連合会所有者不明土地問題等に関するワーキンググループ『新しい土地所有法制の解説：所有者不明土地関係の民法等改正と実務対応』（有斐閣、2021年）、松尾弘『物権法改正を読む：令和3年民法・不動産登記法改正等のポイント』（慶応義塾大学出版会、2021年）等参照。

致すれば追完されてその時から登記は有効となる³⁴と解し、登記が物権関係の現状と合致する限り登記を原則として有効としている³⁵。

従来、刑法157条1項の客体である登記簿の「虚偽性」の判断にあたって裁判所は、民事実体法上の判断を考慮に入れてきたと考えられる³⁶。本件最高裁も指摘するように、公共の信頼の対象が、不動産に係る物権変動を公示することにより不動産取引の安全と円滑に資するという不動産登記制度の目的を前提とした不動産の権利に関する登記簿にあるとすると、民事実体法上の物権変動の過程について民事実体法の判断に依拠せざるを得ないものと解される。

本件各土地の売買契約における買主の名義はいずれもA社であり、A社の代表者としてXが売買契約書等を作成、代金全額を出捐している。また、売買契約の締結に際し当該暴力団員のためにする旨の顕名が一切なく、買主は、A社を契約の相手方と認識していたという事実関係の下において、当該登記等は当該土地に係る民事実体法上の物権変動の過程を忠実に反映したものであり、これに係る申請は、電磁的公正証書原本不実記録罪にいう「虚偽の申立て」であるということとはできない。したがって、また、当該登記等が同罪にいう「不実の記録」にもあたらないといえよう。

一定の要件（要件事実）があれば、一定の法律効果（権利）を生ずると実体法は定めており、要件に該当する事実があると考えられる場合、訴訟とは関係なく権利が当然に発生するように考えられうる。しかし、法律の定める要件には、その内容について解釈を必要とするものもあれば、権利の発生要件に該当する事実があるかについては、訴訟において提出された証拠に基づいて判断されるのである。権利の有無について当事者に争いがあるときは、判決があるまではその権利の有無は確定しないと考えることも、あながち不当とはいえないであろう³⁷。それゆえ、権利変動の過程について紛争が生じている場合で、権利の有無が確定した民事訴訟の確定判決が存在し、それと異なる内容が無断で申請したときには、不実記録罪等の「虚偽の申立て」・「不実の記録」となることは明らかであろう³⁸。

34 最判昭和29年1月28日民集8巻1号276頁。

35 大判大正8年2月6日民録25輯68頁、大判大正大9年7月23日民録26輯1151頁、大判大正15年4月30日民集5巻344頁等参照。

36 大判明治44年2月27日刑録17輯207頁、大判大正8年3月19日刑録25輯319頁、前掲・注17最決平成17年等。

37 小川浩三ほか『法のことわざと民法』（北海道大学図書刊行会、1985年）178頁〔福永有利〕。

38 もっとも、確定判決の内容と申請内容を異にする場合には、申請自体が却下されるであろう（不動産登記法25条6号参照）。

5 おわりに

以上の検討から明らかなように、本件事案において、被告人を無罪とした結論は正当である。

もっとも、物権変動の過程を基準とすると、不動産登記の場合、民事実体法における取消・無効事由に該当する場合、「虚偽の申立て」と「不実の記録」になりかねない。民事判例は、新建物に流用された旧建物の登記の場合³⁹や、名義人の表示の不一致の場合⁴⁰、登記を無効としている。たとえば、後者の場合、借地人が同居の子の名義でした建物の保存登記は、民事上は無効ということになり、借地権の対抗力がないことになるが、同居の家族の名義での登記は、権利関係を反映しているとすると、これを不実記録罪等に問うのは、酷ではないだろうか⁴¹。

また、物権変動の過程について訴訟が提起されている場合も問題となる。民事訴訟の確定判決と異なる内容が無断で申請したときは、前述の通りであるが、紛争解決のための民事訴訟の確定判決が存在しない場合、刑事訴訟を先行させると刑事と民事で判断が異なることがあり得ることとなる⁴²。このような状態は、私的自治の観点からは好ましくない。

本件事案は、権利変動の過程について紛争が生じている場合に、刑事訴訟が先行した類型であるといえる⁴³。このような理解を前提としていないが、最高裁は、不

39 最判昭和40年5月4日民集19巻4号797頁、最判昭和62年7月9日民集41巻5号1145頁。不動産の登記は、物権関係と登記が一致していることで登記の対抗力が認められるが、流用した登記は、実体と一致していないため、登記の対抗力の基本原則からは有効要件を欠くものとして無効となる。この場合に登記の流用をすると刑事上は、不実記録罪等に問われる余地があるということになる。なお、抵当権の流用登記については、第三者に対する関係は別にして当事者間では無効を主張する正当の利益を有しないと登記の無効を主張できないとしている（大判昭和11年1月14日民集15巻89頁、最判昭和37年3月15日集民59号243頁、最判昭和49年12月24日民集28巻10号2117頁）。

40 最大判昭和41年4月27日民集20巻4号870頁。

41 これらの判断は、あくまでも登記手続に限定されているといえ（大決昭和8年3月6日民集12巻334頁参照）、実体法上は、「同一性あり」と判断することで、同罪に問わないと解する余地はあろう。

42 例えば、①刑事訴訟において有罪判決が確定しつつ、後の民事訴訟で被告人にその権利があるとする場合、②犯罪を手段として物件を取得した者に対し、後の民事訴訟で勝訴判決を与える場合などが想定される（平子友紀「民事法と刑事法との「交錯類型」—財産犯を念頭に置いた検討—」専大院68号（2022年）111-112頁）。もっとも、最高裁は、①のケースについて、後の民事訴訟で被告人に権利が認められる場合があるとしている（最決昭和61年7月18日刑集40巻5号438頁参照）。

動産登記制度の目的を踏まえて、「登記実務上許容されている例外的な場合を除き、当該登記が当該不動産に係る民事実体法上の物権変動の過程を忠実に反映しているか否かという観点から判断すべき」であるとした。学説においても、この点について概ね賛同している⁴⁴。しかし、本罪の解釈に当たり、物権変動の過程について民事実体法の判断に依拠せざるを得ないとしても、そこには一定の限界がある⁴⁵ことは明らかであろう⁴⁶。

43 原審において、「各売主が錯誤無効等を理由に売買契約の効力を争うことができるかどうかとは別問題である。」と判示していることから、刑事訴訟が先行していることが推察される。民事訴訟と刑事訴訟の関係については、平子・前掲注42論文109頁以下参照。もっとも、売主らが民事訴訟を提起しなければ、刑事訴訟単発型となる（平子・同113頁以下参照）。

44 内田・前掲注21判批19頁、品田・前掲注21判批160頁、鎮目・前掲注26判批206頁、成瀬幸典「判批」法教438号（2017年）138頁、萩野貴史「判批」刑ジャ53号（2017年）152頁等参照。

45 前田教授は、「民事上の権利関係に刑事上の観点を加味することはあり得る」と指摘される（前田・前掲注17判批56頁）。

46 物権変動の過程を忠実に反映しているか否かを判断基底とするのであれば、登記原因証明情報の提出のみならず、ドイツの登記制度のように、公正証書の提出を必須にすることも将来的には検討されるべきではなからうか。ドイツにおいては、不動産における権利の設定及び移転を行なうためには、契約を有効に成立させる行為（債権行為）のほかに、権利を移転あるいは設定させるという物権的合意と登記が必要となる（BGB873 Abs1, BGB877）。物権的合意は、Auflassungという形式をとる必要がある（BGB925 Abs1）。Auflassungとは、契約当事者が譲渡人から譲受人への所有権の引渡に合意しているという両当事者の意思の表明のことをいい、所管官庁において同時に出頭して意思表示をされなければならない（小川清一郎「ドイツの不動産取引における公証人の役割」土地総合研究19巻1号（2011年）39頁、石川清・小西飛鳥『ドイツ土地登記法』（三省堂、2011年）56頁）。

ドイツにおいては、不動産取引に公正証書の作成が必要となるので、公証人が様々な形で契約の形成の段階で関与している（小川・同40頁）。そのため、登記所においては、原則的に原因行為を調査する必要はない（石川ら・同57頁）。登記に公信力が認められているため、取引段階で公証人を関与させることによって、登記と実体が合致しない登記が生じにくいのである。また、両当事者にとって、当事者の望んだ法的効果が得られるかどうかは、公証人が公正証書を作成している中で、公証人の教示義務の拡大により、両当事者の望んだ結果が得られやすいとされる（小川・同44頁）。

それに対して、わが国の登記制度には、公信力がないとされている（内田・前掲注24書62頁、松岡久和ほか編『新・コンメンタール民法（財産法）』（日本評論社、2020年）342頁〔松岡久和〕）。日本においては、登記官に形式的審査権しかないこと、意思主義法制の下では権利の存在と公示とが必ずしも一致しないこと（松岡・同342頁）、不動産のような価値の大きな財産については、真の権利者の保護を取引の安全よりも重視していること（内田・前掲注22書62頁）等がその大きな原因であるとされる。