

---

---

論 説

---

---

## 朝鮮高等法院の判例の再評価

——不動産の信託的譲渡を中心に——

金 祥 洙

(KIM Sangsoo)

- I はじめに
- II 朝鮮高等法院による信託的譲渡論の登場
  - 1 判例の理論
  - 2 理論的背景
  - 3 宗中所有の不動産の登記方法
  - 4 戦前の大審院の対応
- III 戦後の韓国における対応
  - 1 大法院
  - 2 学 説
- IV 戦後の日本における対応
- V 終わりに
  - 1 議論の整理
  - 2 結びに代えて

### I はじめに

韓国法においては、不動産の所有者がその登記名義を自分でなく他人の名義にしておくことを「名義信託」という法律用語で表している。これは、100年ほど前に登記制度が導入されたとき、権利能力のない団体が自己の所有する不動産の登記をするときにその構成員の名前で登記をしたことに端を

発する。ところが、他人の名義で登記をすることは税金の対策などの脱法手段として幅広く行われていたため、現在では法律によって禁止されている。

さて、この「名義信託」という概念は、韓国の最高裁である大法院によって認められた法理であるが、それは本稿でも取り上げるように、同じような問題状況において判決を下した朝鮮高等法院（以下、「朝高院」とする）の判例を取り入れたものである。ただ、朝高院では、「名義信託」という用語は使わず、「信託的譲渡」という用語を使っていた。このような朝高院の判例に対しては、否定的な見方で接しているのが多くの韓国の学説の立場であった。

「信託的譲渡」論は、そもそも譲渡担保の理論として考え出されたものであるが、譲渡担保と類似する他人名義の登記の効力についても、そのような登記の効力を認める法理として朝高院で使われたものである。しかし、大戦後の独立によって作られた大法院もそれと類似する判断を示し、同時に「名義信託」という用語を取り入れ、その内容もさらに精緻化されたわけである<sup>1)</sup>。おそらく大法院は、当時すでに法曹界など社会で一般に使われていた「名義信託」という用語をはじめて判例において使用したと考えられる。

ところで、名義信託を意味する信託的譲渡論は朝高院ではじめて使われたのであるが、具体的に朝高院はどのような理論として現在の名義信託の基礎となった法的判断を下したのか、正しく理解されていない面がある。これまで韓国では、朝高院の判例については否定的な観点からみられてきたため、その研究は十分ではなかった。このことは、信託的譲渡論だけでなく広く朝高院の判例全体についてもいえることである。

そこで本稿は、朝高院が取り入れた信託的譲渡論の背景は何であるか、それについては現在まで正しく理解されてきたのか、単純な印象論として朝高院が考え出した解釈論が正しくないと主張されてきたのではないかと、さらに、朝高院の判例を再評価すべきではないか、などを研究しようとするものである。議論の順序は、時期に沿って、朝高院による信託的譲渡論の登場と戦前の日本の状況、戦後の大法院の判例および学説という韓国の状況、そし

て戦後の最高裁の立場を検討し、結びに代えたいと考える。

## II 朝鮮高等法院による信託的譲渡論の登場

### 1 判例の理論

朝高院が信託譲渡論をはじめて判示したのは、譲渡担保に関する事件においてである。すなわち、朝高院判決大正元年10月29日朝高院民事判決録2巻43頁では、次のように判断された。

「原院ハ上告人ニ於テ明治四十三年二月八日担保ノ目的ヲ以テスル売買所謂信託行為ニ依リ係争物件ノ所有權ヲ訴外高宮夏ニ移転シ被上告人ハ其後善意ニ高宮ヨリ之ヲ買受ケ且上告人ハ右信託行為ト同時ニ為シタル特約ニ因リ最早高宮ニ対シテモ係争物ハ返還ヲ求ムヘキ權利ヲ失ヘル事實ヲ認定シテアリテ該信託行為當時ニ在リテハ当事者タル上告人及高宮夏ハ各其国籍ヲ異ニスト雖不動産所有權ノ得喪ニ付テハ其原因事實ノ完成當時ニ於ケル目的不動産ノ所在地法ニ依ルヘキモノニシテ前示信託行為完成當時ニ於ケル不動産ノ所在地法タル旧韓国ノ法律ニ依レハ信託行為ニ因リ受託者ハ信託者以外ノ者ニ対シ信託者ノ承諾ヲ得シテ目的物ヲ処分セサル債務負担ノ下ニ所有權ヲ取得シ其後右債務ニ違背シ目的物ヲ第三者ニ譲渡シタル場合ニ於テモ譲受人善意ナルトキハ完全ニ其所有權ヲ取得スヘキモノトス故ニ原院ニ於テ信託行為ニ基ク所有權ノ移転ノ効力ヲ認メタルハ相当ニシテ上告論旨ハ其理由ナシ」<sup>2)</sup>

この朝高院の判決の第一審判決（明治44〔1911〕年民第105号）は、明治44年4月5日に京城地方裁判所でなされた。ここで京城地方裁判所は、単純に譲渡担保（当時は「典当」と呼ばれた）として認められないという事実認定をして裁判をしただけである。控訴審判決（明治44年民控第116号）は、明治45（1912）年6月18日に京城覆審法院でなされたが、ここでは担保の目的としての所有

権移転をいわゆる信託行為であるとし、担保の目的としてなされた売買は善意の第三者に対する関係においては、純然たる売買であると判示された<sup>3)</sup>。

次に、権利能力のない血族団体である宗中と関連する意味での信託的譲渡論が判例に現れたのは、翌年 1913 年のことである。すなわち、朝高院判決大正 2 年 9 月 9 日朝高院民事判決録 2 卷 315 頁では、係争土地は甲門中の共有であるが、その管理を自己の構成員たる乙に任せて便宜上乙の所有名義にした場合について、次のように判断された。

「甲カ乙ヲ所有名義ト為シタル行為カ信託行為ニ基クトキハ信託者ト受託者トノ内部關係ニ於テハ所有權移転ノ効果ヲ生セサルモ第三者ニ対スル外部關係ニ於テハ表面上ノ所有者ハ真ノ所有者ト看做サルヘキヲ以テ第三者カ之レト売買ヲ為シタルトキハ其売買ハ有効ナリトス若シ又虚偽ノ意思表示ニ因ルトキハ当事者間ニハ所有權移転ノ効力ヲ生セサルモ其事情ヲ知ラサル善意ノ第三者カ表面上ノ所有者ヲ以テ真ノ所有者ナリト信シ之ト売買契約ヲ為シタルトキハ其契約ハ有効ニシテ第三者ハ所有權ヲ取得スヘキノトス而シテ此法則ハ朝鮮民事令施行前ト雖朝鮮ニ行ハレタルモノナリ」<sup>4)</sup>

この控訴審判決（大正 2 年民控第 18 号）は、大正 2 年 3 月 24 日に大邱覆審法院でなされた<sup>5)</sup>。ここでは、名義だけを移転したことは適法な所有権移転ではなく、それをさらに転売してもそれだけで所有権を取得することはできないと判示したものであるが、この朝高院の判決はこれを変更したものである。ただし、上記 1913 年の朝高院の判決では、信託行為として構成した場合、受託者と取引した第三者の善意または悪意を問わないとする判断までは出されていない。ただ、単に売買をすればその売買は有効であるということのみが判示されているだけである<sup>6)</sup>。

この判決をはじめとして、朝高院は続けて名義信託理論に該当する法理を定立していくようになった<sup>7)</sup>。まず、所有権の信託的譲渡は公序良俗に違反しない<sup>8)</sup>。また、信託的譲渡となる売買によって達成しようとする目的および売買の形式方法については制限がない<sup>9)</sup>。なお、これらは、宗中ないし共

有形態でない単独所有の場合の信託的譲渡に関するものである。

名義信託の効力に関連してその外部関係においては、宗中と関連する事案であるが、信託的に譲渡された目的物を買受けた第三者は信託の事実を知っているか否かにかかわらず、完全にその所有権を取得する<sup>10)</sup>。また、名義信託をした者が受託者以外の者に対して所有権を主張するためには、信託者が受託者に移転した所有権を回復した後でなければ主張することができない<sup>11)</sup>。さらに、譲渡担保の場合の信託理論であるが、信託者が不動産を信託行為によって譲渡した後、当該信託契約を解除した場合においても、それ以前に受託者から第三者に転々譲渡されその登記が経由した場合には、この第三者に対してはその善意または悪意を問わず、解除をもって対抗することができない<sup>12)</sup>。

他方、内部関係においては、受託者は権利行為として共有<sup>13)</sup>物に対する訴えに应诉することができ、应诉のための必要費用の支出と弁護士報酬の支出に対する償還請求権がある<sup>14)</sup>。また、受託者が自己の所有名義になっていることを奇貨としてこれを他人に売り渡すことは横領罪を構成する<sup>15)</sup>。受託者がする占有の性質はその権限の性質上いわゆる自主占有ではなく、所有の意思で新たに占有を開始するために適合する別個の権限がなければ、受託者の相続人は時効の効果によって、信託物の所有権を取得することができない<sup>16)</sup>。ただし、当事者の意思表示によって内外部すべての所有権を移転することができる<sup>17)</sup>。

このように、朝高院の判例には、共有であるか単独所有であるかにかかわらず、幅広く名義信託の有効性を認めたこと、外部関係においては受託者が所有者であり、内部関係では当事者間の特別の意思表示のない限り信託者が所有者である（これが通例）としたことに特徴がある。

## 2 理論的背景

名義信託理論の根拠となる理論は、周知のように、ドイツにおける譲渡担

保の理論的構成に関する議論から始まった。ドイツにおける譲渡担保論の直接的系譜をなすのはローマ法における fiducia (信託) であるが<sup>18)</sup>、ドイツの譲渡担保理論の展開はラント法の時代であった 19 世紀のパンデクテン法学の確立期にすでに始まっていた。譲渡担保の基礎理論として定立されたローマ法に由来する信託行為理論は、所有権移転の形式に基づき譲渡担保の法的構成を試みたものであったが、これは現在に至るまで一貫して通説的地位を保っている。1880 年代に入って、とくに Regelsberger の信託行為理論の提唱によってようやく、譲渡担保は虚偽表示でも脱法行為でもない有効な法律行為として理論的根拠をもつことになり、譲渡担保は信託行為 (fiduziarisches Geschäft) として、これを認めるドイツの判例の動向は 1900 年代に入って定着することになった。

上記のような理論が日本に入ってきたのは、1902 年に出された岡松の論文<sup>19)</sup>においてドイツの議論が紹介されてからである。岡松はドイツにおける議論を紹介<sup>20)</sup>した後、次のように述べている<sup>21)</sup>。一番目に、法律的論理からいえば受信者と与信者の間には確かに所有権が移転または債権が移転する意思表示をし、またその意思は互いに合致する。したがって、所有権または債権が受信者に移転するといわなければならない。二番目に、しかしながら、所有権または債権が移転とした場合にはその結果として取戻権があると解さなければならない。このような取戻権があるというためには関係的所有権論によるほかない。関係的所有権という観念が認められるかについては、成文法上に関係的权利が認められるか否かによるが、民法 176 条ないし 178 条の場合の物権は契約により移転するが、登記が経由するまでには第三者に対抗しえないことになっているから、これは内外において効力を異にするものとして関係的所有権の適例であるということである。

このように岡松の論文で関係的所有権理論が主張され、かかる関係的所有権論は学説でも一定の範囲で支持が広がり、判例においても外部的には移転し、内部的には移転しないという構成を採用するに至った。すなわち、譲渡担保に関する信託行為 = 関係的所有権理論は、日本の下級審判例で出され

るようになり、最終審たる大審院でも認められることになった<sup>22)</sup>。しかし、その後大審院はこの立場を若干変更して、当事者の意思が明確でない場合には、その意思は内外ともに財産権を移転するものであると推定するのが相当であると判示した<sup>23)</sup>。日本の判例がドイツの少数説であった関係的所有権移転説から通説的見解である絶対的所有権移転説への修正を試みたことを意味する。

日本の判例は、譲渡担保の法的構成について内外部ともに移転することを原則であるとしたが、そこから導き出される法的効果についてはすでに提示された外部的のみ移転するということから導き出される効果に統一されていく。さらに、譲渡担保の法的構成を所有権の構成にすれば、第三取得者は譲渡担保の存在について悪意であっても目的物の所有権を取得し、設定者は譲渡担保権者に債務不履行責任を問えるだけである<sup>24)</sup>。

以上のように、譲渡担保における関係的所有権論（信託的譲渡論）がまさに名義信託の理論的根拠になったと評価することができる。また、朝高院は日本の大審院とほぼ同じ時期（約3ヵ月後）にそのような理論を受け入れる判決を下したのである。ところで、朝高院は前述（注17）したように、日本の大審院より6年も早く、外部的所有権は常に移転するが、内部的所有権は当事者の意思にかかわることを明確に判示した。しかし、当事者の意思にかかわるとしても、実質的には内外の所有権に区分することが通例であると認識された。このような区分の実質的な理由については、登記申請を認めるために行われた土地査定という制度の特性により、外部的関係では査定を重視して査定名義者を所有者とし、当事者の内部関係では実質関係を重視して査定名義者でない真正の所有者の権利を認めることがもっとも適切であると解したであろうという主張がある<sup>25)</sup>。

### 3 宗中所有の不動産の登記方法

名義信託が登場することになった重要な原因は、宗中財産の登記方法との

関係からである。宗中の登記能力が認められる前の宗中不動産の登記方法につき、朝高院は次のように解していた<sup>26)</sup>。すなわち、合有不動産の登記については朝鮮の現行法上なら規定がないから、それを直接登記する方法がないとしても、信託によって受託者名義でその登記をすることを一つの方法にしていることはすでに朝高院も認めていた。したがって、宗中の規約その他合有物の処分に関する慣習（たとえば、宗中の3分の2以上の合意）によってその権利を第三者または合意者の一員または全員に信託譲渡して、対外関係では受託者の単独所有または共有としてその権利の保存または得喪について登記することができるとしていた。要するに、宗中自体の登記は不可能であるとしても構成員の一部による登記を認めたのである。ただし、宗中が合有に属する土地につき便宜上一人または数人にその権利を信託してその者の単独所有または共有として査定または登記を得れば、通常合有関係は内部に限られ、対外関係では受託者の単独所有または共有とする趣旨としてなされたものであると判示された<sup>27)</sup>。

他方、登記実務においては、朝高院によって宗中の所有形態が共有から合有に変更する前においては、宗中財産はもともと権利の主体でない一族一門の共有財産であり、民法のいわゆる共有関係とはいささかその性質を異にする朝鮮特有の一族間における共有財産として個人関係ではないから、これによって権利の主体とすることは間違いであると判断されていた<sup>28)</sup>。また、臨時土地調査局規程8条では、「書院、宗中其他団体名ヲ以テ申告シタルモノニ付テハ法人タルノ資格ヲ具備スルヤ否ヤヲ取調ヘ法人タルノ資格ヲ有セサルモノニ付テハ其ノ性質ニ依リ共有名義トシテ申告セシムヘシ但団体員ニ於テ相当名義人ヲ立テ申告ヲ為シタルトキハ之ヲ受理スルコトヲ得」と規定していた。

ところが、1930年に朝鮮不動産登記令が改正され、同登記令の第2条の4第1項では、「宗中、門中其ノ他法人ニ非サル社団又ハ財団ニシテ朝鮮総督ノ定ムルモノニ属スル不動産ノ登記ニ付テハ其ノ社団又ハ財団ヲ以テ登記権利者又ハ登記義務者ト看做ス」とし、第2項では、「前項ノ登記ハ其ノ社団



又ハ財団ノ名ヲ以テ其ノ代表者又ハ管理人ヨリ之ヲ申請スヘシ」と規定して、宗中に登記能力を認めることになった<sup>29)</sup>。朝鮮不動産登記令第2条の4が規定する社団または財団は1931年8月29日の府令第106号として指定され、同年10月1日から施行された<sup>30)</sup>。これによって、宗中（または門中）名義に保存登記を経由することはできないが、移転登記においてはその査定名義人として宗中（または門中）の代表者または管理人を選定し、その者から宗中（または門中）名義に登記を申請することができるようになった<sup>31)</sup>。

さらに、朝鮮不動産登記令第2条の4が改正される前に土地台帳に宗中（または門中）の一員を表示し、傍書でもって「宗中」または「門中」の趣旨が併記されている場合には、所有権保存登記の名義人を宗中（または門中）の名義に変更するためには、当該名義から宗中名義に所有権移転登記をなさしめた<sup>32)</sup>。土地調査令による査定時に「宗中財産」であると併記した場合であるとしても、それは内部の関係を表示したものにすぎず、外部関係では信託契約によって合有者の個人で査定されたものとみるほかないから、個人名義で所有権保存登記をしてから所有権移転登記手続によって宗中名義に変更すべきとする手続を求めたものである<sup>33)</sup>。

以上のような朝鮮登記令の規定は日本の場合よりも進んだ立法であり、現在の韓国の登記制度にも引き継がれている。日本の民法には韓国の民法とは異なって、合有・総有という規定はなくそれらは学説上認められる共同所有形態であるが、日本の判例と実務は今まで変わらず、権利能力のない社団（または財団）の登記能力なく、代表者個人名義（代表資格を付するのも許されない）や構成員全員の共有の登記だけを認めている<sup>34)</sup>。他方、入会権は登記能力がなくても対抗することができるという立場である<sup>35)</sup>。このような判例と実務の立場は沿革や便宜によるものであるが、これに対しては学説上そのままで良いか問題があるといわれている<sup>36)</sup>。

#### 4 戦前の大審院の対応

第二次大戦以前の大審院時代の判例は、まず信託的譲渡に関するものであるか否か明らかでないが、所有権者でない者が登記名義人の場合（共同所有ではない）には、その登記は無効であり、当該土地を買い受けた第三者に対して所有権者は対抗できるとした判例がある<sup>37)</sup>。仮装売買の場合にも同じく無効であると判断した下級審の判例もある<sup>38)</sup>。このような議論によれば、本来の所有権者は登記を回復するために現在の登記名義人に対して移転登記請求でない抹消登記請求をすべきということになる。そこで、抹消登記をすべきとした判例は、早くも明治39年に出された<sup>39)</sup>。

ここでは、「不動産ヲ寄託ノ目的ト為スコトハ民法ニ除外セラレタル所ナキカ故ニ之ヲ寄託ノ目的ト為スコトヲ得可シト雖モ不動産ノ寄託ハ之ヲ引渡シテ単ニ其保管ヲ託スルニ止マルモノニシテ所有名義ヲ受寄者ニ移転ス可キモノニ非ス而シテ当事者ノ目的ハ寄託ニ在リテ其不動産ノ所有名義ヲ売買名義ニテ受寄者ニ移スニ於テハ其移転ハ当事者ノ意思ニ副ハサル虚偽仮装ニ属スルモノトス而シテ本件ハ原院ノ確定シタル事実ニ従ヘハ他人ノ不正行為ニ因リ成立シタル債権ニ基キ被告ノ不動産ニ強制執行ヲ受クルコトヲ避クル為メ単ニ係争不動産ノ所有名義ヲ原告人ニ移転シ又ハ真実成立セサル債権ニ対シ抵当権ヲ設定シタルモノニシテ原告人所論ノ如ク不動産ヲ引渡シテ其保管ヲ原告人ニ託シタリト云フニ非サルカ故ニ当事者間ノ法律関係ハ寄託ニ非サルヲ以テ此点ニ関スル原告論旨ハ採用スルヲ得ス又登記ハ当事者間ニ成立シタル法律行為ヲ公示スル方法ナレハ其法律行為カ相通シテ為シタルモノニシテ民法第九十四条ニ依リ無効ナル以上ハ当事者ハ之ヲ主張シテ登記ノ抹消ヲモ請求スルコトヲ得可キヤ勿論ナリ」と判示された。

このような解釈は、その後も多くの判例で繰り返された<sup>40)</sup>。とくに、登記回復の方法としての抹消登記請求の被告は現在の登記名義人であり<sup>41)</sup>、不動産の所有者から管理のために登記簿上の所有名義の移転を受けた者およ

びその相続人は日本民法第 177 条のいわゆる第三者に該当しない、すなわち登記なく対抗できる第三者であると判示された<sup>42)</sup>。

しかし、共有関係については、たとえば数人の共有する共有物に対して協議を通じてその一人の所有名義とした場合、全員の承諾のある場合でなければ所有名義の変更を求めることができないという特約がない以上、各共有者はその他の共有者の意思の如何にかかわらず現在の名義者に対して一人専有の名義を解消し、これを共有名義に変更してその中に自己の共有名義を表示すべきことを求める権利があるとして、共有者中の一人名義の登記を認める立場であった<sup>43)</sup>。すなわち、共有の場合には、構成員の一人名義で登記する事例があり、日本の判例はそのような登記を認めたといえよう。また、登記回復の方法として、移転登記請求をも認めた<sup>44)</sup>。その他、共有でないケースで抹消登記請求でない移転登記請求を認めた判例も例外的に見つけることができる<sup>45)</sup>。

このように第二次大戦以前の日本の判例の立場は、大きく二つに分けられる。すなわち、単独所有の場合と共同所有の場合である。前者においては、多数の判例が虚偽表示として信託的譲渡は無効であるとし、例外的に少数の判例が有効であるという立場をとっていた。後者においては、共有者中の一人の名義でした登記の効力を認める立場をとっていた。共有の場合には、数人の権利者の中の一部の者だけによる登記は一部無効となり<sup>46)</sup>、そのような登記は権利者の記載を漏落したものとして更正登記が認められるという理屈である<sup>47)</sup>。

### III 戦後の韓国における対応

#### 1 大法院

さて、大戦後の大法院は朝高院の信託的譲渡論を「名義信託」という用語

で使用したが、判例集から見つけられる名義信託という表現を使った最初の判例は、1957年の下級審のものである<sup>48)</sup>。ここでは、「農地改革法による農地の分配払下げにおいては、同法の精神と規定などからみて、他人に名義を信託してその分配を受けることは許されず、また分配農地の登記名義者が名義信託による権利者にすぎないとしても、第三者の善・悪意にかかわらず対外的にその所有権が受託者たる登記名義人に移転されるのであるから、上記分配農地の実体的な所有権者は受託者から分配農地を買い受けた第三者に対抗しえない」(下線は筆者による)と判示して名義信託という用語を使っている。その内容は、以下にみる大法院の判例や朝高院の判例と類似する。

大法院レベルで名義信託という用語がはじめて使われたのは、1961年の判例<sup>49)</sup>においてである。ここでは、直接に名義信託という他人名義の登記の問題について判断されたのではないが、判決文で名義信託という用語が使われた。ただし、ここでは単純に事実的な意味から名義信託という用語が使われたのにすぎず<sup>50)</sup>、法的な意味において名義信託の問題を扱った最初の判例は1963年の判例である<sup>51)</sup>。

そして、宗中財産との関連から、はじめて名義信託理論を判示した判例<sup>52)</sup>では、次のように判断された。すなわち、まず原審では「宗中所有財産の名義信託を受けた者が宗中の決議なく宗中の一員にその処分権を委任したことは、対宗中関係においては無効であり、その者によってなされた移転登記は原因無効である」と判断されたのに対し、大法院では「およそその所有する不動産を宗会員に信託して登記簿上その宗会員の名義で所有権の登記を経由したときには、この宗中とその受託者たる宗会員との間には、いわゆる信託行為の法理が適用され、したがってこの受託者たる宗会員からその不動産を譲受した第三者は善意か悪意にかかわらず、適法に信託者たる宗中の不動産についてその所有権を取得すると解すべきである。なぜなら、信託行為における受託者はその対外的関係では完全に所有権者になるからである」と判示された。

さらに、大法院が名義信託理論をより明確に判断した判例<sup>53)</sup>では、次の

ように判示された。すなわち、「原審は適法な証拠によって被告1の原告に対する債権10万ウォンを担保するために原告所有の本件不動産上に抵当権設定登記をする目的で、登記に必要な書類を司法書士に与えて登記手続をなさしめたが、司法書士の錯誤で被告1への所有権移転登記がなされ、後から原告が被告2から金員を借用するに際して原告と被告らの合意で被告1名義から被告2名義へ直接所有権移転登記が経由されたことを適法に確定したことが明らかである。たとえ、もともと被告1名義でなされた所有権移転登記が登記の原因のない無効の登記であるとしても、真正の所有者たる原告が後から被告1名義の登記を有効なものとして認め、関係する当事者間で適法な取引を成立させて真正の権利者の現在の権利関係に付合する登記を経由したときには、かかる一連の登記を無効とするのではなく、現在の真正の権利者の権利に付合する登記は有効な登記と解すべきことはもちろんであり、もともと登記の原因のない登記も一種の名義信託の登記と解されるから、その登記の無効ないし抹消を主張しえないと解するのが妥当である」と判断された。

以上のように名義信託という用語を使っているが、先にみた朝高院の判例を受け継いで名義信託の効力を幅広く認めたものと評価できる。また、そのような大法院の判例は、名義信託の対象たる不動産の所有が共有なのか否かはとくに区別せずその効力を認めたものであるが、共有か否かに関する点は後述することにする。

結局、大法院は1960年代の初めに名義信託理論を定立し<sup>54)</sup>、その法理(所有権を内部的なものと外部的なものに分け、名義信託された不動産を譲受した第三者は名義信託につき善意か悪意かにかかわらず、その所有権を取得するという法理)は、不動産実名制に関する特別法(「不動産実権利者名義の登記に関する法律」)によって禁止されるまで、そのまま認められてきたわけである。

## 2 学 説

以上のような判例の立場に対し、学説はおおよそ以下に述べるように批判的である。そのような批判は、大法院の母体である朝高院の判例が原因であると指摘するのが一般である。

学説において、名義信託に関する最初の本格的な論文は、郭潤直教授によって発表された<sup>55)</sup>。これによれば、大戦後短い期間の米軍政を経た後に大韓民国の政府樹立によって発足した大法院の判例は、根本的に朝高院の判例にそのまま従っていると言及する。また、朝高院の判例では、ある目的のために実質的な所有者でない者に不動産の公簿上の所有名義を移転または設定するものであれば、その目的の如何にかかわらず、また表面上の所有者(受託者)の権利・義務の有無および内容にかかわらず、それらをすべて信託行為の一種として信託理論を適用したものと解されると説明している<sup>56)</sup>。

朝高院の判例の背景となった宗中財産については、「宗中財産につきそれを宗中の名義で登記する方法がなかったので、宗中財産を登記する方法は実質的に宗中という団体それ自体に属する財産であるが、形式上(法律上)はこれを宗中員という自然人に属するものとして登記するほかなかった。すなわち、宗中財産を一種の便法として宗孫または宗中員の単独所有や宗中員数人の名義で登記をした。そのようにして現れたのが名義信託理論である」という主張<sup>57)</sup>がある<sup>58)</sup>。

そして、宗中に登記能力を認めなかったのは誤った判断であったという批判が提起される。すなわち、もともと名義信託の概念は植民地支配の初期に宗中の法的性質を正しく把握せず、その登記能力を認めなかったため、やむを得ずわが国の人々が宗中所有の土地をその宗員の名義で登記してこれを保存しようとしたことが広範囲に行われたことに起因するといわれる<sup>59)</sup>。

他方、朝高院が信託的譲渡論を採択した理由については、その当時は日本でドイツの信託理論が導入されたばかりの時期であり、信託における相対的

所有権 (ein relatives Eigentum) を主張する学説が紹介されたことにあると説明される<sup>60)</sup>。また、朝高院が信託理論を採択した理由については、「宗中財産を名義信託という特別な信託の法理によって宗中員の名義での登記を許容し、対内的には宗中が所有者であるとしても対外的には所有者として登記された宗中員の所有として、その所有名義者から宗中財産を取得した者は善意か悪意かにかかわらず所有権を取得すると解したことは、日本に対して組織的に抵抗することができるわが国の氏族共同体の財産的基礎を破壊しようとしたことにその目的があったと考えられる」という主張もある<sup>61)</sup>。

その他、名義信託理論を継受した大法院の立場に対する批判もある。すなわち、名義信託は虚偽表示として無効であると解すべきであり、たとえそのまま認めるとしてもその要件を厳格に要求し、各種の脱法的な手段として利用されることを防ぐ十分な対策を立てるべきであり、名義信託は百害無益なものであるからこの制度を利用しようとする善意の者には多少の不便を被ることがあるとしても、とうていその有効性を認めることはできず、できるだけ早くこのような制度は無効化されるべきであるという批判である<sup>62)</sup>。また、大法院の名義信託は表見所有権という表見法理として構成されるべきであり、登記名義受託者たる宗員は処分権がなく、悪意の第三者は登記名義受託者から移転登記を得ても保護されないと解すべきであるという主張もある<sup>63)</sup>。その他、実際に、ほとんどの判例が名義信託関係を認定するにおいてなら実質的な関係なしに、もっぱら形式的に名義だけを信託した場合を厳格に選り出して、それに限定して名義信託理論を適用したのかは、非常に疑問であるという見解もある<sup>64)</sup>。

#### IV 戦後の日本における対応

他人名義の登記の効力につき、最終審が大審院から最高裁に変わった後の日本の判例の立場は、共同所有形態でない場合につき、以下のように虚偽表

示による無効になるということで統一される。

虚偽の所有権移転登記が経由された事案で、最高裁は次のように判示した。

「甲から不動産を買受けた乙が、丙にその所有権を移転する意思がないに拘らず、甲から丙名義に所有権移転登記を受けることを承認したときは、民法第94条第2項を類推し、乙は丙が所有権を取得しなかつたことを以て善意の第三者に対抗し得ないものと解すべきである……乙が買受けた不動産につき単に名義上所有権取得の登記を受けたにすぎない丙が、右登記名義を他に移転してしまつた後においては、乙は右不動産が自己の所有であるというだけの理由で丙に対し所有権移転登記を求めることは許されない」<sup>65)</sup> (ただし、少数意見がある。)

日本の民法第94条第2項の類推適用を認めて、所有権を取得しえず、善意の第三者に対抗することができないという判断である。このような法理は、代理人を通じて土地を買い受けて、当該代理人をして移転登記請求訴訟を提起させ、そのうえで登記の移転を得させた場合にも同じである<sup>66)</sup>。また、このような二つの判例が提示した法理を所有権移転登記でない保存登記にも敷衍する判例がある<sup>67)</sup>。

とくに、この保存登記事件の判例においては、先の二つの最高裁判例で単に「虚偽仮装の所有権移転登記」という表現をして、あたかも登記自体が虚偽行為であるような感じをもたせたため表現としては不正確であったが<sup>68)</sup>、この点に留意して判決文の中に「実質的に」という表現を追加して、かかる誤解が生じないように表示された。

このような最高裁の判断によって、他人の承諾を得てその者の登記名義を借用した者は、日本民法第94条第2項の類推適用によって登記の無効を善意の第三者に対抗することができないという法理が判例上確立された。また、当該他人名義の仮装登記は移転登記か保存登記かを問わないこととなつた<sup>69)</sup>。さらに、このような判例の解釈に賛成する見解は、虚偽表示でない対抗の法理も可能であるが、対抗の法理は自由競争の範囲内の問題であるか



ら、第三者の善意か悪意かは問わないこととなるが、対抗の法理は現在では善意取引保護のために借用するというよりはむしろ濫用される感じがあるので、判例が対抗の法理を採択せず虚偽表示に従ったことに賛成したいと述べている<sup>70)</sup>。

## V 終わりに

### 1 議論の整理

日本の場合には、およそ最高裁が登場する前には韓国と似ている状況であったが、その後に単独所有の場合の登記名義に関する信託的譲渡（名義信託）ケースにおいて虚偽表示として無効になったという点に差異がある。大審院の判例が有する先例性はそれなりに重要な意味をもっており、最高裁が大審院と異なる見解を示すときにはそのような趣旨の判例変更をするが、信託的譲渡（名義信託）に関するケースでは大審院の判断は明示的には変更されていない。しかし、大正6年1月18日の大審院判例（前注45）と異なる趣旨の最高裁の判例が出ており、実際の取引でもそのような信託的譲渡のための登記移転はほとんど行われていないといえよう。したがって、当該大審院の判例は先例として機能する場面をもたなくなった状況であると整理できる。

他方、共有者一人による単独登記の場合には一部無効として更正登記が認められるという点では、韓国と日本の間に大きな差異はない。韓国の場合、明確に共有者一人の名義でした登記を更正登記申請によって全構成員の登記に変更できるかに関する明確な判例は見あたらない。しかし、それを認めたような論理をみせる先例は多数存在する。すなわち、国家から農地の分配を得て償還完了証書まで共同名義で交付されたが、所有権移転登記は単独名義でした場合、単独名義を共有名義にする更正登記を認めた例<sup>71)</sup>、錯誤で共

有者らの実際の持分と異なる持分比率で所有権移転登記がなされた場合の更正登記を認めた例<sup>72)</sup>、共有から合有への更正登記を認めた例<sup>73)</sup>がそれである<sup>74)</sup>。

## 2 結びに代えて

以上でみてきたように、朝高院は登記名義だけを譲渡する信託的譲渡を幅広く認めていた。このことは第二次大戦以前の日本の多数の判例や第二次大戦後の最高裁の判例の立場とは差異がある。朝高院のときに信託的譲渡という法理論が出されたきっかけは、団体の所有権と関連する問題が発端である。まずは、韓国において、1910年にいきなり近代的な登記制度がはじめて導入されたときを基準に考えてみよう。当時の日本民法には共有だけが規定されており、合有や総有という規定はなかった。最初に朝高院が宗中の所有形態を共有であると解釈したことはもちろん現在の視点からみれば問題であるともいえるが、当時の状況ではやむを得ない選択であったと解される。また、直接的に宗中を当時の日本の民法で規定する権利能力のある法人として認めることも困難であった。このことは、現在でも韓国において要件を満たさない宗中は法人にはなれないことと同様である。韓国の学説でも、宗中それ自体を直接に権利能力が認められる法人とすべきとの主張は見あたらない。

共有の登記については先にみたように、その構成員の一人の登記は全部無効ではなく更正登記で修正できるから、結局、朝高院が宗中財産に対する宗中員の一人による登記に対して信託的譲渡として理論構成をしたことはそれなりに一理あるといえよう。そのような理論自体も当時においては最先端の理論であった。そのような登記を個別的なケースによって有効・無効に区分することは、登記制度が始められたときにはとりにくい対処であったと考えられる。登記制度の定着、査定 of 効力の維持さらには宗中の所有権認定のためのやむを得ない選択であったと理解するのが穏当な見方であろう。

ところで、朝高院は宗中の所有形態を1930年になって共有から合有に変更し、続けて宗中の登記能力を認めた。登記能力を認めたことは重要な意味を有する。登記能力が認められた後であれば、合有の場合に団体名で登記することができたにもかかわらず、構成員一人の名義で登記をしたことになるので、虚偽表示として無効になるという解釈論が導けるからである。もしも登記が不可能であるためやむなく構成員の一人の名義で登記をしたとすれば、虚偽表示の法理は適用しにくいことになる。したがって、1930年以降の時期は、日本の多数の大審院判例におけると同様に信託的譲渡としての登記を無効とすることができたであろう。

すると、1930年の時点で朝高院は改めて信託的譲渡としての登記を全部無効であるとし、第三者の善意または悪意によって登記移転の効力を判断すべきであったのであるが、そのようなことが果たして可能であったのか考えてみれば、前述したように査定を通じた登記の有効性の確保という次元からはとりにくい選択であったと考えられる。さらに、宗中以外の場合にも信託的譲渡が幅広く許容されていたことも看過できない。

結局、朝高院のときの信託的譲渡理論は過去の所有形態を近代的登記制度につなげる過程で選択されたやむを得ない対応ではなかったのかと考えられる。信託的登記に表象された所有権を関係的所有権として理解して一定の効力を与えたことからそれを窺わせる。いいかえれば、近代的な登記制度を導入するうえで避けられない困難な問題であったことに重要な理由が内包されていたのではないかと考える。

その後、韓国の大法院は1960年代になって、信託的に譲渡された登記名義を朝高院が判断したのと同じ法論理で有効なものであると解釈した。韓国の学説でも指摘しているように、虚偽表示で対処することも可能であったし、韓国民法が日本の民法とは異なって不動産物権変動において意思主義でなく形式主義を採用した点からも、そのほうがより妥当な解釈であったといえよう<sup>75)</sup>。ところが、時はすでに50年ほど登記制度が施行された状況であった。信託的に譲渡された登記の効力を全部無効にすることが果たして大

法院として可能な判断であったか疑わしい。大法院としては、いわば自己なりに実務の健全な感覚をもとに判断したであろうと考えられるのである。

50年間にわたって信託的譲渡(名義信託)は社会に根深く浸透しており、良い意味でも悪い意味でも多くの国民がそれを利用していたし、今も利用しているであろう<sup>76)</sup>。また、信託的譲渡という法律構成をしていることからこれと類似する譲渡担保自体も広く利用されているし、これに対しては担保を目的としているということを理由にしているせいか、信託的譲渡(名義信託)でのような批判はほとんどない。譲渡担保と類似する構造をもつ信託的譲渡(名義信託)に対する批判も相対的に弱くなりやすい点であるともいえよう。

とはいえ、信託的譲渡(名義信託)自体は虚偽表示であり、禁止するのが妥当である。前述したような時代的な理由を勘案すれば、信託的譲渡(名義信託)を禁止し権利関係の実体に合う登記を促すことは、解釈論でなく現在の「不動産実権利者名義の登記に関する法律」のような制定法を通じた解決によるほかない問題ではなかったかと考える。1990年代でもなく1960年代ですら宗中の登記能力が認められたのであるから、信託的譲渡(名義信託)を明確に禁止する制定法を導入することが不可能であったとはいえないであろう。朝高院の判断や大法院の判断に対して批判するのなら、そのような立法の不備こそ先に批判すべきではなかったかと考えるのである。

【追記】 本稿を書くきっかけとなったのは、青木清先生のお計らいにより、2010年1月に開かれた南山大学法科大学院のスタッフセミナーで報告する機会を得たことである。そのときは、構想をまとめ将来の研究課題を提示するようなものであったが、その後、住友財団による2009年度「アジア諸国における日本関連研究助成」を得て本格的な研究に取り組むこととなり、完成にこぎ着けることができた。研究のきっかけを与えて下さった青木清先生、外国人のためのほぼ唯一の研究助成として多大な援助をしていただいた住友財団、さらに研究の途中にいろいろと日本の状況についてご教示をいただくことができた東京高裁の加藤新太郎先生、学習院大学の岡孝先生に、記して謝意を表する次第である。

注

- 1) 郭潤直, 名義信託에 관한 判例理論의 研究, ソウル大法学 15 卷 2 号 (通卷 32 号) (1974) 13 頁以下。姜鳳洙, 名義信託에 있어서 内部的 所有權의 意味, 民事裁判의 諸問題 5 卷 (1989) 50 頁。
- 2) この判決の裁判官は, 岩野新平, 浅見倫太郎, 牧山栄樹, 石川正, 平島直太郎である。
- 3) この控訴審の裁判長は, 山口貞昌である。山口は 1902 年 7 月に日本で判事に任命されて大阪区裁判所に在職し, 大阪地方裁判所の判事を経て大阪控訴院の判事になった後, 朝鮮統監府の判事に転勤し, 京城控訴院を経た後, 京城覆審法院に在職していた。
- 4) この判決の裁判官は, 初代朝鮮高等法院長たる渡邊暢のほか, 膳鉦次郎, 浅見倫太郎, 石川正, 金洛憲である。ちなみに, 判決文では, 「此法則ハ朝鮮民事令施行前ト雖朝鮮ニ行ハレタルモノナリ」という部分がある。判決文だけではその根拠が明確ではないが, おそらく, 「土地家屋等の売買では奴婢の名義または仮名である場合が多かったこと, (動産の場合であるが) 他人の所有物を売買や典当にする場合に買受人や典当権者が善意であれば有効である」とした朝鮮総督府の慣習調査報告書 (1912 年) (それぞれ 67 頁, 73 頁) では当時の慣習が調査・整理されそれがすでに公開されていたので, 朝鮮高等法院がそれを参考としたのではないかと考える。
- 5) 裁判長は, 浅田賢介であり, 1899 年司法官試補として任命された後, 京都区裁判所などの地方裁判所の判事を経て 1908 年 2 月に韓国政府に登用されてから, 大邱覆審法院の判事となっていた。
- 6) ただし, 虚偽表示になるとして, 善意の第三者が所有権を取得するという論理も提示している。なお, この判例に単純に従っている判例として大正 5 年 11 月 24 日民事判決録 3 卷 856 頁がある。
- 7) 名義信託に当たる信託的譲渡に関する朝鮮高等法院の判例を概括的に整理した韓国の文献として, 姜, 前掲 (注 1) 62 頁以下がある。
- 8) 大正 6 年 3 月 31 日民事判決録 4 卷 251 頁。土地調査の便宜上, 個人の単独所有の土地を信託譲渡したことを有効であると判示したものである。
- 9) 大正 6 年 7 月 6 日民事判決録 6 卷 118 頁では, およそ, 登記簿上に共有者一人の所有名義として登録されている事実によって, 共有者全員とその所有名義人との間で信託関係が存在することを認めることができるのは, その登録が共有者全員の合意による場合に限られ, 単に共有者の一人の所有名義として長い間公簿に登録されていることだけでは, その信託関係が存在することが推定されるのではないと判示された。
- 10) 大正 6 年 11 月 13 日民事判決録 4 卷 956 頁。
- 11) 大正 7 年 6 月 11 日民事判決録 5 卷 507 頁。

- 12) 昭和2年4月25日民事判決録14巻111頁。その他、名義受託者から当該土地を転得した第三者は信託者に対して信託の外部関係に基づく所有権の取得を主張することができる(昭和13年12月13日民事判決録25巻592頁)。
- 13) もともと朝高院は宗中の所有形態につき共有であると解釈していたが、連合部判決(昭和2年9月23日民事判決録14巻321頁)において、およそ朝鮮における門中またはその一派が朝鮮の墓地または祭位土を共同所有する場合においてはいわゆる合有の法律関係であり、共有の法律関係は存在しないものであるとして判例を変更した。
- 14) 大正6年12月11日民事判決録4巻1073頁。
- 15) 大正11年3月16日刑事判決録9巻42頁。その他、この判例に従うものとして、大正12年2月17日刑事判決録10巻1頁、昭和4年7月18日刑事判決録16巻31頁がある。
- 16) 昭和5年2月21日民事判決録17巻55頁。
- 17) 大正7年4月23日民事判決録5巻311頁。
- 18) 以下は、田高寛貴、担保法体系の新たな展開——譲渡担保を中心として(1996、勁草書房)25頁以下、とくに47頁以下を参照した。
- 19) 岡松参太郎、信託行為ノ効力ニ関スル学説ヲ批評ス、内外論叢1巻4号95頁以下、5号129頁以下、6号131頁以下。
- 20) およそ、信託行為(fiduziarsisches Geschäft)という名称はRegelsbergerによる点(岡松、前掲(注19)4号98頁)、関係的所有権説はJougeが主張し、1902年になってJäger(Konkursordnung 1902 § 43 Anm.17 fg)が実質的所有権と形式的所有権を区別し、第三者に対しては受信者が所有者であり、当事者間においては与信者が所有者であり、したがって受信者の破産の場合には与信者が取戻権を有する(岡松、前掲(注19)5号146頁)と説明する。
- 21) 岡松、前掲(注19)6号138頁以下。
- 22) 大判明治45年7月8日民録18輯691頁。
- 23) 大判大正13年12月24日民集3巻555頁。
- 24) ここでいう信託とは、英米法上の信託とは別の意味を有する。
- 25) 姜、前掲(注1)64頁以下。
- 26) 昭和3年7月27日民事判決録15巻218頁。
- 27) 昭和4年2月19日民事判決録16巻21頁。
- 28) 以下については、早川保次、朝鮮不動産登記の沿革(1921、大成印刷社)139頁以下を参照した。
- 29) 朝鮮不動産登記令施行細則第42条の2ではおよそ、朝鮮不動産登記令第2条の4に定められた社団または財団とは、同条1号では宗中または門中、2号では宗教団体または布教規則第15条第1項の規定によって同規則を準用する宗教類似団体、3

号では大正6年朝鮮総督府令第21号によって設立された神社，を定めていた。

- 30) 福田清吉，朝鮮不動産登記書式竝実例（1939，朝鮮図書出版）56頁以下参照。その社団または財団の表示方法および代表者または管理人たることを証明する書面については，次によるべきこととなっていた（1931年9月30日各地方院長宛て法務局長通牒）。① 宗中，門中および宗教団体などの表示はある郡ある村ある里ある番地○○郡○氏宗中「○○○氏門宗」またはある郡ある村ある里ある番地天主教「○○○派○○布教所」の例によること，② 代表者または管理人たることを証明する書面として，まず宗中，門中においては選定その他授権のあることの書面，次に宗教団体においては朝鮮総督の証明書，を添付することである。
- 31) 司法協会決議昭和6年12月2日。その他，福田清吉，前掲（注30）59頁以下参照。
- 32) 司協（司法協会）12巻5号 決議。
- 33) 司協（司法協会）12巻10号 決議。
- 34) 幾代通（徳本伸一補訂，不動産登記法〔第四版〕（1994，有斐閣）67頁以下は，学説は登記を許容すべきとする見解があるとし，著者は民事訴訟法上の非法人団体の当事者能力が認められ，そのような点で代表者たる資格を付した個人名義の登記は認めるべきであると主張している。
- 35) 大審院判決明治36年6月19日民録9輯759頁など。
- 36) 幾代，前掲（注34）51頁。
- 37) 大審院判決明治41年10月27日大審院民事判決録14輯1052頁（およそ登記簿上の不動産の所有名義者であるが，その者が本来所有権をもっていない者であるから，その者から当該不動産を買い受けても所有権移転の効果が生じないとする判断である）。
- 38) 大阪控訴院判決明治42年4月27日法律新聞575号12頁（およそ仮装売買によって所有権移転の登記をしなから，真正の所有者の請求によっていつでも所有権回復のための移転登記をするものと確約したにもかかわらず，当該登記がその情を知る第三者に転々譲渡された場合にもかかる所有権移転登記は無効であるとする判断である）。なお，仮装売買による登記がなされた場合，その売買は無効であったとされた判例として，東京控訴院判決大正1年8月13日最近判例集11巻116頁がある。
- 39) 大審院判決明治39年12月24日大審院民事判決録12輯1708頁。
- 40) そのような判例として，次のようなものがある。宮城控訴院判決明治41年12月14日最近判例集4巻57頁，大審院判決明治44年4月11日大審院民事判決録17輯205頁，大審院判決明治42年2月27日民録15輯171頁，大審院判決明治43年5月24日民録16輯422頁，大審院判決明治45年6月24日民録18輯636頁，大審院判決大正8年5月28日民録25輯936頁。
- 41) 大審院判決大正6年3月29日民事判決録23輯580頁。

- 42) 大審院判決大正4年11月4日民事判決録21輯1818頁。
- 43) 大審院判決明治37年4月29日民事判決録10輯4巻583頁。その他、大審院判決明治38年6月16日民録11輯975頁(およそ財産の隠匿手段として実際の所有権を移転することなく表面だけ不動産の所有名義を他人に移して登記をしたものがその回復のために自己の所有名義への変更を請求することは、登記簿上所有権移転の登記を求めるものであるから、不動産登記法第1条の所有権移転の項目に含まれると判断したものである)。
- 44) 大審院判決明治38年6月23日民事判決録11輯1009頁。
- 45) 寺が所有する土地を小作の管理のために信託をした場合にも移転登記請求を認めた判例として、大審院判決大正6年1月18日民事判決録23輯167頁がある。
- 46) 幾代, 前掲(注34)480頁。
- 47) 大審院判決大正4年2月9日民録21輯93頁。幾代, 前掲(注34)191頁以下。さらに、日本の旧不動産登記法第60条第1項但書参照(ただし、2007年の新不動産登記法では登記識別情報を提供することとなり、「登記畢証」制度は廃止された)。
- 48) ソウル高法判決1957.12.28, 4290 민공 753, 754。
- 49) 大法院判決1961.11.23, 60 누 43。
- 50) また、大法院判決1962.1.11, 4294 민상 548では、「自動車を運行する者が関係当局から免許を受けた者に名義信託をして免許を受けた者の名義で営業するいわゆる特殊の場合において、免許を受けた者は自動車を運行する者との内部関係はともかくとして、外部関係においては自己の営業名義を表示したのであるから、従業員を配置・監督する義務があり、本条の責任を免れない」として、運行免許の名義信託に関するもので不動産の名義信託に関するものではないが、名義信託という用語が社会的に多く使われていたことを窺わせる。
- 51) 大法院判決1963.7.25, 63 누 89。ここでは、「本件林野は、もともと原告の先代の所有であったが、日本人の名義で名義信託をして所有権移転登記をしたところ、その受託者たる日本人と争いがあつて原告は当時京城地方法院にその日本人を相手方として土地所有権移転登記手続の履行請求訴訟を提起し、原告勝訴の判決がなされこの判決は1941年6月8日に確定した。ところが、その判決による移転登記手続に入る前に終戦となつたため、本件林野は帰属財産取扱を受けることとなり、原告は訴請手続および簡易訴請による帰属解除確認の手続をとらなかつたため、結局完全に帰属財産となり……特別の事情のない限り、原告は適法に本件林野の3分の2を現在まで占有・管理していることが認められ、これは帰属財産処理法上の縁故権が認められる事由である」と判示された。
- 52) 大法院判決1963.9.19, 63 다 388。
- 53) 大法院判決1964.12.29, 64 다 1176。
- 54) その他、金俊鎬, 名義信託 - 그 본질과 판례이론・부동산실명법에 대한 평가를



중심으로 -, 민사재판의 제문제 (상) : 송천이시윤박사화갑기념 (1995) 159 頁參照。なお、法律用語たる「名義信託」という言葉が韓国の代表的な国語辞典の一つである、이희승編, 国語大辞典〔民衆書館〕の初版(1961)にはなく、3版(1994)になってはじめて載せられた。

- 55) 郭, 前掲(注1) 13 頁以下。
- 56) 姜, 前掲(注1) 62 頁。
- 57) 裨炳日, 名義信託, 민법학의 회고와 전망 ; 민법전시행 30 주년기념논문집 (1993) 336 頁。
- 58) 金, 前掲(注54) 159 頁でも, 「当時朝鮮不動産登記令には宗中自体の名義で登記することができるという規定がなかったためである。そのため、やむを得ず宗中所有の土地を宗中員一人の単独名義または数人の共同名義で査定を得て登記するほかなかったのであり、これがいわゆる名義信託の発端となった」と言及している。
- 59) 梁彰洙, 名義信託에 대한 規律 再考 - 不動産實名法 시행 5 년의 評價와 反省 -, 民法研究 6 卷 (2001, 博英社) 175 頁。
- 60) 金, 前掲(注54) 64 頁。その他, 梁, 前掲(注59) 175 頁。
- 61) 金相容, 名義信託, 민사법학 제 11·12 호 (1995) 270 頁。また、この主張は「日本では、名義信託を虚偽表示であるから無効であるとしていることに照らせば、なお一層確実になる。名義信託制度はその由来がわが国の共同体組織の破壊にあり、名義信託を通じて宗中内部の紛争を促したものと評価される」と付け加えている。
- 62) 郭, 前掲(注1) 13 頁以下。
- 63) 高翔龍, 民法総則 [전정판] (1999, 法文社) 421 頁以下。
- 64) 姜, 前掲(注1) 73 頁。その他, 民法学説のほとんどは名義信託は無効であると解している。
- 65) 最高裁第二小法廷判決昭和 29 年 8 月 20 日民集 8 卷 8 号 1505 頁。賛成する評釈として、柚木馨・民商法雑誌 32 卷 1 号 (1955) 30 頁以下などがある。
- 66) 最高裁第二小法廷判決昭和 37 年 9 月 14 日民集 16 卷 9 号 1935 頁(「丙を代理人として、甲の先代から不動産を買い受けた乙が、丙にその所有権を移転する意思がないにも拘らず、たまたま右の売買契約書に買主名義が丙となっていた関係上、丙をして甲に対する所有権移転登記手続請求の訴を提起させ、その勝訴の確定判決に基づいて甲より丙に所有権移転登記を受けさせた場合には、民法第 94 条第 2 項の法意に照し、乙は丙が所有権を取得しなかつたことをもつて善意の第三者に対抗しえない。』)。賛成する評釈として、舟橋諄一・民商法雑誌 48 卷 6 号 (1963) 933 頁以下などがある。
- 67) 最二小判昭和 41 年 3 月 18 日民集 20 卷 3 号 451 頁(「未登記の建物の所有者甲が、乙にその所有権を移転する意思がないのに、乙の承諾を得て、右建物について乙名義の所有権保存登記を経由したときは、民法第 94 条第 2 項を類推適用して、甲

- は、乙が右建物の所有権を取得しなかつたことをもつて、善意の第三者に対抗することができないものと解すべきである。』。評釈として、東法子、手形研究 277 号 (1978) 22 頁以下、豊水道祐、法曹時報 18 卷 5 号 (1966) 114 頁以下、高津幸一、法学協会雑誌 84 卷 2 号 (1967) 328 頁以下、於保不二雄、民法法雑誌 55 卷 4 号 (1967) 111 頁以下などがある。
- 68) 柚木、前掲 (注 65) 33 頁。
- 69) 於保、前掲 (注 67) 114 頁。このような判断に従っている判例として、最高裁判決昭和 45 年 7 月 24 日判例タイムズ 252 号 149 頁は、名義人の承諾が不要であることをはじめ明示して従来の判例法理を一步発展させた。その他にも、最高裁第三小法廷判決昭和 45 年 9 月 22 日民集 24 卷 10 号 1424 頁がある。
- 70) 於保、前掲 (注 67) 117 頁。
- 71) 登記先例 3-511 (1991.11.25 制定)。
- 72) 登記先例 3-711 (1992.07.06 制定)。
- 73) 登記先例 4-21 (1995.11.23 制定)。
- 74) すでに、朝鮮高等法院の判事による論稿、高橋隆二「宗中財産を繞る法律関係に就て」司法協会雑誌 19 卷 10・11 号 (1940) 17 頁で、宗中の登記能力が認められたことによって、その前に構成員の一人の名義による登記については、当然に登記名義人の表示の変更登記を認めるべきであると述べられている。なお、高橋隆二については、拙稿「朝鮮高等法院の裁判官について——高橋隆二のこと——」国際商事法務 2011 年 1 月号 136 頁参照。
- 75) また、姜、前掲 (注 1) 73 頁で指摘するように、「判例上名義信託理論は過去朝高院の判例でよくみかけた所有権の信託的譲渡から出たものであるが、ただそれが現在の名義信託に重点をおきすぎたため、結局はもっぱら『名義』だけの信託という定義にまで至ったものと考えられる」という問題がある。
- 76) 登記制度がある国であれば、他人の名前で登記をするケースはどこにもあるのではなかろうか。