

# 行政訴訟における処分性と不動産登記法

## 巨 理 格

- I はじめに
- II 不動産登記制度の概要と民法学の議論
- III 不動産登記行為の処分性——判例の概観
- IV 分筆・合筆の登記の処分性——詳論
- V むすび

### I はじめに

行政事件訴訟法三条が定める抗告訴訟は、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟（二項）であり、なかでも同条二項以下の規定は、行政庁の「処分」又は「裁決」に関する数種類の法定抗告訴訟（取消訴訟、無効等確認訴訟、不作為の違法確認訴訟、義務付け訴訟、差止め訴訟）を定めている。ここで「処分」とは、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たたる行為」の中から「裁決」を除いたもの（二項）であり、「裁決」とは、「審査請求その他の不服申立て（以

下单に「審査請求」という。)に対する行政庁の裁決、決定その他の行為」(三項)である。後者すなわち「裁決」に関する法定抗告訴訟は、それ自体、行政庁の「処分」に対して審査請求その他の不服申立てがなされたことを前提に、当該申立てを受けた行政庁の応答(裁決、決定その他の行為)(三項)に対し提起される訴訟であるので、裁決に関するものも含むすべての法定抗告訴訟は、行政庁の「処分」をめぐって提起される訴訟であると捉えることができる。したがって、行政庁の「処分」は法定抗告訴訟の根幹に関わる概念であり、それ故、行政庁の行為に対して提起された取消訴訟その他の法定抗告訴訟が適法な訴えと認められるには、当該行政庁の行為に「処分」たる性質が認められなければならない。これが、一般に「処分」性と呼ばれる訴訟要件であり、法定抗告訴訟につき訴えの提起が適法と認められるため満たすべき要件の一つとして論じられ、原告適格や狭義の訴えの利益等と並んで、従来数多くの判例を生み出してきた。

では、「処分」とは行政庁のいかなる行為でなければならないか。換言すれば、「処分」性が認められるためには、いかなる条件を具備した行為でなければならないか。判例によれば、「行政庁の処分」とは、「行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」をいう(最一小判昭和三九・一〇・二九民集一八卷八号一八〇九頁、判時三九五号二〇頁)。この確立した判例理論によれば、「処分」たる性質が認められるには、一般私人間の法律行為のように対等当事者間で行われるのではなく、「公権力の主体たる」国や公共団体等によって行われる行為でなければならない(a. 公権力行使要件)。また、「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定すること」が法律上認められるものでなければならない。つまり、国民の権利義務関係に変動を及ぼ

す等直接的な影響を及ぼす行為でなければならぬ（b. 権利義務変動要件）。また念のため付言するならば、この権利義務関係への直接的影響（国民の権利義務の形成又はその範囲の確定）は、個別具体的なものであることが暗黙の前提とされている。つまり国民の権利義務の形成ないしその範囲の確定という法律効果の発生は、法令の制定等のような一般的なものであつては足りず、個別具体的な性質のものでなければならぬ（c. 個別具体性要件）とされてきた。<sup>(1)</sup>

上述の「処分」概念には、以上のような三つの要件がすべて満たされることを要するという意図が含蓄されており、実際、この三つの側面それぞれについて、数多くの判例が今日まで蓄積されてきた。そのような諸判例中の一群として、不動産登記法上登記官が行う登記に処分性が認められるか否かをめぐって下された、一連の判決例が存在する。もつとも、不動産の登記に関しては、上述のaとcの要件が満たされることは自明であり、<sup>(2)</sup>実際に争われることはない。これに対し、要件bについては、果たして不動産の登記のすべてに、国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定する法的効果があると認め得るかが問題となり、これが認められないとすれば処分性が否定されることとなる。

かかる登記の処分性に関する判決例がどのような考え方を採用しているかについては、後に詳細に検討するが、その基本的な考え方をあらかじめ要約すると、以下のとおりである。すなわちまず、不動産登記法上の諸々の登記は「表示に関する登記」と「権利に関する登記」に二分されるが、このうち後者すなわち「権利に関する登記」に関しては上述三つの要件がすべて具備しており、それ故処分性が認められる。これに対し、前者すなわち表示の登記に関しては、国民の権利義務に直接影響を及ぼすものではないとして、上述の要件bを満たさないことを理由に、処分性は原則として否定される。土地の地目や地積に関する登記には処分性が認められないという理由で、当該登記の取消

しや変更登記の義務づけ等を求める訴えが不適法として却下される場合<sup>(3)</sup>が、その典型例である。

しかしこれは、あくまでも一般的な原則であつて、表示に関する登記の中でも何らかの形で国民の権利に影響を及ぼす性質のものについては、処分性を認める判決例が存在する。後述(Ⅲの2~4)のように、土地又は建物の滅失登記に関しては、処分性があることを暗黙の前提とする判決例が、最高裁判決も含めて従来から存在する。また、表示に関する登記に明示的に処分性を認めた代表的な最高裁判例として、表題部に所有者を記載する行為には処分性があるとして、その取消しを求める訴えを適法と認めた判例(最三小判平成九・三・一一判時一五九九号四八頁、訟月四四卷一〇号一七七六頁)がある。その他にも、既に権利登記がなされている不動産について表示登記の抹消を行う登記について処分性を認めた下級審判例(横浜地判平成一五・三・五訟月五〇卷八号二二九七頁)等々がある。他方、土地の分筆・合筆の登記については処分性を否定する裁判例が多数に上るが、後述(Ⅲの5)のように、なかには処分性を明快に肯定した判決例があるし、また処分性があるという暗黙の判断を前提に下されたと思われる判決例も存在する。

以上のような諸々の判決例の考え方は、不動産登記法上の登記に関するいかなる考え方をベースに下されたものなのだろうか。また、不動産登記法上の諸登記の法的性質に関する民法学の考え方と、どのような関係にあるのだろうか。本稿では、以上の疑問点を解消することを目的に、まずⅡにおいて、不動産登記法上の諸々の登記に関する民法学での議論を参照し、本稿のテーマの探求に必要な範囲で整理する。その上でⅢにおいて、不動産登記法上の諸々の登記の処分性に関する従来の判例の考え方を、民法学における議論との対応関係に留意しながら詳細に分析・整理し、民法学上の議論との整合性を検証するとともに、可能な範囲で私見を提示することにした。そのような検討過程において、特に分筆・合筆の登記に処分性を認めるべきか否かが主たる問題として浮上することとなる。またこの

問題を解決する上で、分筆・合筆の登記の申請にいかなる法的性質を認めるべきかが、問題の焦点であることが判明すると思われる。そこで、この問題について、最後に(Ⅳ)検討する。

## Ⅱ 不動産登記制度の概要と民法学の議論

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」を定めた法律(一条)である。この法律で不動産とは「土地又は建物」であり(二条一号)、この法律が規律対象とする諸々の登記は、土地又は建物の表示に関する登記と土地又は建物についての権利に関する登記に二分される(同条三号・四号)。

この区分に応じて、登記記録<sup>(4)</sup>は、表示に関する登記と権利に関する登記それぞれについて、「一筆の土地又は一個の建物ごとに」作成され、公示される(同条五号)<sup>(5)</sup>。また、登記記録の中で表示に関する登記が記録される部分が表題部であり、権利に関する登記が記録される部分が権利部である(同条七号・八号)。このうち表題部に記録される表示に関する登記の登記事項には、登記原因とその日付、登記の年月日、所有権の登記がない不動産の場合における所有者の氏名又は名称等、不動産を識別するために共通に記録すべき登記事項(二七条)のほか、土地と建物それぞれにつき固有に記録されるべき登記事項が規定される<sup>(6)</sup>。他方、権利に関する登記の対象となる権利は、所有権、地上権、永小作権、地役権、先取特権、質権、抵当権、賃借権、配偶者居住権、及び採石法所定の採石権であり(法三条各号)、登記記録上、権利部は甲区と乙区に二分され、甲区には所有権に関する登記の登記事項が記録され、乙区には所有権以外の権利に関する登記の登記事項が記録される(不動産登記規則四条四項)。権利に関する登記についても、登記の

目的、登記申請の受付年月日と受付番号、登記原因とその日付、登記に係る権利の権利者の氏名又は名称等、権利部に共通に記録されべき登記事項が規定される（五九条）ほか、所有権その他の各権利の種類に応じた登記事項に関する規定が定められている。

以上のように、不動産の登記は表示に関する登記と権利に関する登記に二分されるが、このうち権利に関する登記の登記事項には、民法一七七条等の規定に基づき、実体法上の権利変動に伴う対抗力が付与される。これが登記によって生じる最も重要な効果であり、「登記が有効である」とは、「その登記が対抗力を有する」という意味だと言い得るところ、登記の記載事項は真正であろう、つまり、記載どおりの実体的権利関係が存在するであろう、という推定を生ぜしめる効果——登記の推定力——<sup>(7)</sup>が認められると解されており、また、「登記が存在する以上は、その有効・無効を問わず、爾後何びとといえども登記手続上はこれを無視して行動することができない、という効果」が、「純粋に登記手続上の一種の形式的確定力とでもよぶべきもの」として認められるとされてきた。<sup>(9)</sup>もつとも、こうした人の権利や法律上の利益に関わる法的効果は、主として権利に関する登記の登記事項に認められてきたものであり、表題部に記録される表示の登記については、以上のような法的効果は原則として認められないとされてきた。また権利に関する登記の中でも仮登記と予告登記については、対抗力がそのまま認められるものではないとされてきた。<sup>(10)</sup>

以上の叙述は、不動産登記法に関する民法学での議論においては基礎的知識とされてきたことを整理したものに過ぎないが、それでも、権利に関する登記と表示に関する登記は、その法的効果ないし法的意味づけを異にしたものであり、また不動産登記制度上の位置づけが相当異なるものであることが判明したという点で、本稿の検討にとっては

非常に重要な基本的認識を得ることができた。そして、そのような異なった扱い方は、一九六〇年の法改正に由来する。というのは、不動産登記法は、一八九九年制定以来、不動産に関する権利変動を公示するための登記制度を規律する法律として今日まで存続しており、この法律に基づき土地登記簿と建物登記簿が作成される。ところが、他方、これとは別に課税目的で作成された土地台帳と建物台帳が存在したところ、一九六〇年の法改正により、土地・建物に関する登記簿と土地・建物に関する台帳制度が統合され、「いわゆる登記簿・台帳の一元化」<sup>(11)</sup>が成し遂げられた。不動産の物的現況を示すための公的記録が、従来は不動産登記簿の表題部と土地台帳・建物台帳に並存するという「二重管理」状態にあったが、「従来の土地台帳・建物台帳の記載を土地登記簿・建物登記簿へ移し、統合が図られた」<sup>(12)</sup>。以上のような歴史的沿革故に、現在の不動産登記制度には、権利に関する登記と表示に関する登記という法的な性格ないし効果を異にする二つの登記制度が並存することとなったのである。

### Ⅲ 不動産登記行為の処分性——判例の概観

#### 1 権利に関する登記と表示に関する登記——処分性に関する原則論

上述のように、不動産に関する所有権又は所有権以外の権利に関する移転、設定、変更、更正、抹消等々の登記は、権利性を疑い得ない物権その他の私法上の権利の形成・変動について、その記録及び公示により第三者に対する対抗力に加えて、その真正性に関する推定力やその後登記手続上無視し得ないとの法的効力を生じさせる。したがって、権利に関する登記については、処分性承認のための上述の諸要件をすべて満たし処分性が肯定されることは疑い

得ない。実際、権利に関する登記の取消し等を求める抗告訴訟が提起される事案では、処分性が認められることは自明のこととして、出訴期間の経過がないか等処分性以外の訴訟要件に関する争点が主に論じられ、又は訴訟要件はすべて満たした上で、係争の処分たる登記官による登記に違法の瑕疵があるか否かが直接に争われることとなる。また、登記官の処分に対して、また不作為に係る処分の申請に対し何らの処分もなされない不作為がある場合には、登記官を介して法務局又は地方法務局の長に対する不服申立ての提起<sup>(13)</sup>が可能であり（現行法の一五六条）、かかる不服申立て（以下、現行法の用語に従い、「審査請求」と呼ぶ）に関しても、権利に関する登記は登記官の「処分」たる要件を満たすと考えられる。もつとも、登記申請を受けた登記官が行う登記要件を満たすか否かに関する審査権限が制限されることに伴って、当該登記が適法か否かをめぐっては適法性判断の範囲が相当程度制約されるという問題が、別途生ずることとなるが、この問題はむしろ、本案の問題として処理されるべきものである<sup>(14)</sup>。

以上のように権利に関する登記には処分性が当然認められると考えられるのに対し、表示の登記については、処分性が原則として否定される。

一例として土地の表示に関する登記については、土地の所在する市区町村等と地番のほか、地目と地積を表示する必要がある（法三四条一項）が、このうち地目の登記については、以下の理由により処分性が否定されてきた。すなわちある事案では、地目を「宅地」から「畑」に職権で更正する更正登記の処分性が争われたが、第一審と控訴審の判決はいずれも、地目更正の登記は直接原告の権利義務を形成又は変動させるものではないとの理由で、処分性を否定し不適法な訴えであると結論づけた（名古屋地判昭和五七・三・二九訟月二九卷一八頁、名古屋高判昭和五七・七・一三行集三三卷七号一四九五頁、訟月二九卷一八号一三八頁）。このうち控訴審判決では、地目更正登記の処分性が否定される

理由として、「地目を農地として表示することは、当該土地が農地であることを一般的に証明する効力を有するものであるが、ある土地が農地であるかどうかは、登記簿上の地目の記載とはかわりがなく、当該土地の客観的現況によって決すべきものであるから、登記簿上の地目の表示は、これにより直接国民の権利義務を形成し、あるいはその範囲を明確にする性質を有するものではない」という判断が示された。同様に処分性を否定する判断は、「宅地を雑種地に更正する」旨の地目更正登記の取消しを求める訴訟でも示され（名古屋地判昭和五七・二・二六行集三三三卷一・二号三二〇頁）、また「田又は畑」から「雑種地又は山林」への地目変更登記の申請に対しこれを却下する旨の決定の取消しを求める訴訟でも示されている（名古屋地判平成一三・一〇・一九判タ一〇八九号一四五頁）。

また、地積の更正登記の処分性が争われた事案においても、処分性は否定されてきた。ある事案の第一審判決の判決理由によれば、「地積更正登記により当該土地の権利関係、形状、範囲等が変更されるものでなく、又隣接地との境界、隣接地の範囲等に変更が生じるものでもないから、当該土地の所有者はもとより隣接地の所有者の権利義務に何らの影響を与えるものではない」との理由で地積更正登記の処分性が否定されており（大阪地判昭和五四・一一・一二行集三〇卷一一号一八五二頁）、控訴審もこのこの理由をそのまま引用し処分性を否定した（大阪高判昭和五五・七・一八行集三二卷七号一五二三頁）<sup>16</sup>。

さらに、登記所に備え付けられる地図及び建物所在図（地図に準ずる図面も含めて、「地図等」という）の記載についても、第一審と控訴審がともに処分性を否定した事案がある。地図は、一筆又は二筆以上の土地ごとに作成し、「各土地の区画を明確にし、地番を表示する」ものであり、建物所在図も、一個又は二個以上の建物ごとに作成し、「各建物物の位置及び家屋番号を表示する」ものである（法一四条二項・三項）が、隣接地との筆界線を記入する地図訂正行為

の取消し及び当該筆界線の抹消が求められた事案について、地図訂正行為の処分性が否定された。第一審判決（山口地判平成一九・一一・一登記情報五〇巻二号（五七九号）一三九頁）は、「地図等が登記所に備え付けられたからといって、当該地図等に図示された土地をめぐる権利関係や境界等に直接法律的な変動がたらされるわけではないものというべく、登記官において地図等を訂正することもまた同様であると解される」として、地図等の備付け及び訂正行為のいづれについても処分性を否定した。もっとも、同判決は、登記所が備え付ける地図等には「事実上の証明力」があり、境界確定訴訟等の争訟の場において「有用な証拠の一つ」となり得ることは認めていた。にもかかわらず処分性を認め得ないとする理由について、判決理由は、境界確定訴訟その他の争訟の当事者には、「反証を挙げて地図等の証明力を争うこと」が可能であり、それ故、地図等によって当該争訟の当事者が受ける利益・不利益は、「事実上のものにすぎない」と論じている。

控訴審判決（広島高判平成二〇・五・一五登記情報五〇巻二号（五七九号）一三五頁）も、新たな理由を付加したほかは、以上のような第一審判決の理由をそのまま引用し、控訴を棄却した。地図や建物所在図は、それ自体が登記事項に当たるものでないことは言うまでもないが、登記に随伴して登記所に備え付けられることにより、登記の事実上の証明力を補完する性質を有するものと思われる。そのような地図等の記載や訂正及び備え付けという行為に処分性が否定されるのも、それ自体が人の権利義務を直接形成しまたはその範囲を確定するものではない、という理由に依拠するものであることが分かる。

以上のように、不動産の表示に関する登記及びそれに類する行為については、処分性が原則として否定される。ところが以下に見るように、表示に関する登記の中でも、何らかの意味で人の権利義務ないし法的地位に影響を及ぼす

と考えられるものについては、処分性が認められてきた。そのような判決例の中には、ある種の登記について処分性が認められることを暗黙の前提に下されたと見られるものと、明示的に処分性を認めたものが存在する。

## 2 土地又は建物の滅失登記の処分性

土地又は建物の滅失登記について、従前から裁判所は、処分性が認められることを前提とする判断を示してきた。

滅失登記の場合、滅失した土地又は建物の表題部所有者又は所有権の登記名義人に、「その滅失の日から一月以内」における登記申請が義務づけられる（四二条、五七条）。当該義務違反に対しては、秩序罰として、一〇万円以下の過料による制裁が科される（一六四条）。また、表示に関する登記については、登記官の職権による登記が原則であり（二八条）、それを裏付けるための調査権も規定されている（二九条）。したがって、滅失の登記に関しては職権による場合と申請による場合があり得るが、いずれの場合であれ、裁判所は従来、複数の最高裁判例も含めて、処分性が認められることを暗黙の前提とする判断を示してきたのである。<sup>(17)</sup>

滅失登記の場合、当該土地又は建物の登記記録の表題部における登記事項が抹消されるとともに、登記記録自体が閉鎖される（不動産登記規則一〇九条、一四四条）。これにより登記記録の存在を前提とする所有権その他の権利の登記はその存在の可能性を否定される。以上の点に鑑みると、滅失登記に処分性が認められて当然と言えるであろう。

## 3 表題部所有者の記載の処分性

(1) 判例―最三小判平成九年三月二一日

表示に関する登記について明示的に処分性を認めた裁判例として、表題部所有者を記載する行為の処分性を肯定した最高裁判決（最三小判平成九・三・一一判時一五九九号四八頁、訟月四四卷一〇号一七七六頁）に注目しなければならない。本件事案は、上述の一九六〇年「登記簿・台帳の一元化」の実施の際に、土地台帳に、小さな私設神社の境内地である土地の所有者として「A外七名」という記載があったため、これがそのまま土地登記簿の表題部に移記されたという事実関係を背景としており、これに対しAの一般承継人である第一審原告がみずからを単独所有者であると主張し、登記官に対して所有権保存登記の申請等を行ったが却下されたため、当該決定等の取消しを求めるとともに、表題部における所有者の記載として「外七名」とする部分の無効確認を求めて出訴したというものである。このうち所有権保存登記申請却下決定の取消し等の請求について、第一審判決は、登記簿表題部の所有者について、登記官が土地台帳における「A外七名」という記載をそのまま移記したことには何らの違法もない等の理由により、当該請求を棄却する<sup>18)</sup>一方、当該所有者に関する記載の無効確認請求については、「登記簿の表題部の作成は、公証行為というべきものであって、その作成自体によつてはおよそ国民の権利義務に影響を与えるものではない」との理由により、当該表題部の記載に処分性を否定し請求を却下した（東京地判平成五・一・一八訟月四四卷一〇号一七八五頁）。控訴審判決も、保存登記申請却下決定の取消等請求については新たな理由を付加し第一審の請求棄却の判断を是認したほかは、第一審判決をそのまま是認する判断を下した（東京高判平成六・六・二九訟月四四卷一〇号一七九四頁）。

以上のように、第一審及び控訴審の判決は、表題部の所有者記載について処分性を否定したが、それは、表題部ないし表示に関する登記には国民の権利義務に対し直接の影響を及ぼす法的効果が存在しないという理由によるものであり、当該理由は、表示に関する登記について従来一般的に受け容れられてきた考え方に従ったものである。これに対し、上告審において最高裁は、「登記官が不動産登記簿の表題部に所有者を記載する行為は、所有者と記載された特定の個人に不動産登記法一〇〇条一項一号に基づき所有権保存登記申請をすることができるとする地位を与えるという法的効果を有するから、抗告訴訟の対象となる行政処分当たると解するのが相当である」、との理由により表題部における所有者の記載に処分性を認め、「外七名」とする記載部分に係る無効確認請求の訴えを適法と認めた。なお、上記判決理由中で所有権保存登記の申請をなし得る地位の根拠として挙示される「不動産登記法一〇〇条一項一号」は、現行法では七四条一項一号に相当する規定である。<sup>19)</sup>つまり、登記簿表題部に所有者として記載された者には、所有権保存登記の申請をなし得る法的地位が認められ、それ故、表題部に所有者として記載されることにより、その者の権利義務に新たな要素が付加されることになる。表題部における所有者の記載に処分性が認められたのは、以上の理由により国民の権利義務に直接的な影響を及ぼすものと解されるからである。

以上により、本判決は、表示に関する登記一般に処分性を否定してきた支配的な判例傾向に従った第一審及び控訴審の判断を覆し、法律上表題部所有者の記載に固有に付与される効果を理由に処分性を肯定した。この点で、非常に重要な最高裁判決である。では、以上のような本判決には、不動産登記法に関する民法学説との関係でどのような意義を認めるべきなのだろうか。また、行政事件訴訟法上の「処分」に関する判例一般との関係で、どのような意義を有するのだろうか。以下では以上二つの視点から、当該最高裁判例の意義の明確化を試みることにしよう。

## (2) 表題部所有者記載事項に関する民法学説との関係

まず不動産登記法に関する民法学説との関係で、本判決にはいかなる意味づけのない位置づけがなされるべきだろうか。この問題の考察に際しての前提として、表題部における所有者に関する記載は、甲区における所有権の登記が未だなされていない場合に限りなされる（現行法二七条三号）ものであり、専ら登記官の職権によりなされる（現行法二八条）ものだという点を押さえておく必要がある。また、本件の第一審・控訴審の各判決が強調していた点であるが、登記の際における登記官の審査は、実体的権利関係に関する実質的審査までは及ばないという点も押さえておく必要がある。実際、本件事案のように、一九六〇年の土地台帳・建物台帳と不動産登記簿の一元化の際には、土地台帳・建物台帳における記載をそのまま登記簿表題部に移記することが広く一般的に行われたのである。このような歴史的経緯の下で実定法化された表題部所有者の記載は、「所有権の登記がない場合における、当該不動産の所有関係についての、いくぶん弱い一種の公証、という機能を有する」と言われるが、しかし、「弱い公証機能とはいえ、そこで所有者と記載された者は、次の瞬間からいつでも自己名義での所有権保存登記を獲得できる地位を認められ」（本件事案当時の一〇〇条一項一号。現行法七四条一項一号）<sup>(20)</sup>。この点で、表題部所有者に関する記載は、「実際上は侮りがたい意味をもっている」登記事項なのであり、以上の点で、不動産の表示に関する他の一般的な登記事項が、「不動産の客観的・物理的な現況を把握し公示する作用を有する」に止まるとされてきたことに比すると、「どうみても異質のもの、といわざるをえない」性質のもの<sup>(21)</sup>と見なされてきた。

以上の検討から明らかのように、表題部における所有者に関する登記事項は、表示に関する登記における他の一般的な登記諸事項に比して、実体的な権利義務関係に関する事項に近い特殊の性質を有するという点で例外的な性質を

有する。そのような民法学説における認識に照らして、本件事案で上告審判決が示した処分性肯定の判断は、第一審及び控訴審の判断に比してより妥当な考え方を示したものと捉えるべきである。

なお、表示に関する登記の登記事項一般の法的性質に比して特殊な性質を有するとされてきたもう一つの登記事項として、区分建物における「敷地権の表示の登記」がある（現行法四四四条一項九号）。敷地権とは、区分所有法の規定に基づき、区分所有者が自己の専有部分の所有のため敷地として設定される利用権であり、自己の専有部分から分離した処分が禁じられる権利であり、敷地権を登記簿表題部に最初に登記する際には、登記記録中の所有権や地上権等が敷地権に当たたる旨を登記しなければならぬ（現行法四六条）。敷地権の登記に関しては、表題部の所有者に関する記載以上に権利義務関係に近い性質を有すと認めなければならない。したがって、不動産登記法に関する民法学説上も、「その実質においては、区分建物（専有部分）の所有権に関する登記をもつて敷地利用権たる土地の権利の処分に關する登記の効果をも当然に生ぜしめるなどの機能を有するもの」とされており、それ故、「少なくとも広義においての、権利に關する登記の一種というべきであろう」とされてきた。<sup>22)</sup> 以上のような特殊性故に、敷地権に關する登記についても処分性を認め、抗告訴訟の提起可能性を認めることが妥当と思われる。

### （3）処分性に關する行政判例の一般的傾向との關係

次に行政事件訴訟法上の処分性に關する近時の判例理論との關係では、処分性判断の基準ないし方法の柔軟化・多樣化という近時の判例傾向の中に本判決を位置づけることが可能である。上告審判決理由に端的に示されているように、一般には処分性が否定される登記簿表題部の記載であっても、個々の法律等の規定を介して国民の法的地位に無

視し得ない何らかの影響が及ぶと考えられる記載行為については、その点を理由に処分性が認められ得ることとなるのであり、処分性問題に対する以上のような対応は、不動産登記以外の分野において行政庁の行為に処分性が認められるか否かが問われる場合において、最高裁判所が近時示してきた一連の重要判例にほぼ共通する姿勢であると言えることができる。<sup>(23)</sup>

#### 4 表示登記抹消登記の処分性

表示に関する登記の変更の登記は、土地又は建物の表示に関する登記事項について登記後に変化が生じたために登記と実体関係の間に後発的な不一致を生じる場合において、かかる不一致な状態を実体関係に適合的な形で一致させるために行われる登記であり、また表示に関する登記の更正の登記は、表示に関する登記に当初から「錯誤又は遺漏」による誤りがあり、登記と実体関係間に原始的な不一致がある場合に、この不一致を解消させるため表示に関する登記の内容の一部を訂正・補充するための登記である。<sup>(24)</sup> いずれの場合も、表示の登記の変更又は更正の登記である限り、対象となる不動産を特定するために、客観的・物理的な形状や位置を公示することにより事実上の推定をなさしめる公証行為に過ぎないとされてきた。権利の対象である当該不動産の形状や位置自体は客観的に決せられるべきものであり、登記の記載によって拘束されるものではないため、上記のような変更又は更正の登記には処分性が否定される。

これに対し表示に関する登記の抹消の登記については、登記事項のすべてが不適法なものとなされ、登記記録はすべて抹消される<sup>(25)</sup>。表示に関する登記であっても抹消登記がなされると、当該不動産に関する登記記録は閉鎖される

ことになる。そこで、表示登記の抹消の登記については処分性が認められるべきではないかが問題となる。この問題が争われた事案に関する裁判例として、少なくとも既に権利の登記がなされている不動産について表示の登記を抹消する登記には処分性を認めるべきだ、とする下級審判決例が存在する（横浜地判平成一五・三・五訟月五〇卷八号二二九七頁）。

事案は、建物の所有権をめぐる親族間の紛争で一つの建物について二つの登記簿が並存するという状態（重複登記・二重登記）の下で、一方の登記簿の登記を登記官が職権で抹消したという事実関係を背景としており、これに対して親族間紛争の一方当事者が当該抹消登記の無効確認請求の訴えを提起したというものである。判決は、表示に関する登記ではあっても、既存の登記を抹消する登記は、「既存の登記全部を法律的に消滅させるもの」であり、その結果「登記用紙が閉鎖されることから、これを前提とする権利の登記は存在の可能性を否定されることとなる」と論じる。判決理由は、「したがって、」として、「少なくとも当該不動産について権利の登記がされている場合における表示登記の抹消登記は、単なる不動産の公証としての機能を果たすものにとどまらず、国民の権利、義務に消長を及ぼすものであると評価すべきである」として、当該表示登記抹消登記に処分性を認める判断を下した。

当該判決も、表示の登記には通常の人の権利義務に対する影響が認められず、したがって一般に処分性は否定されることを前提とする一方、表示の抹消登記からは登記用紙の閉鎖<sup>26</sup>という帰結が生じることに着目した結果、少なくとも既に権利の登記がなされている登記用紙について表示登記の抹消登記がなされる場合には、処分性を認める判断が示されたわけである。<sup>(27)</sup> 個々の法律規定の特殊性に照らして処分性の否定という一般原則を覆す可能性を認めた判決例であり、この点で、本判決も、処分性という問題に対する近時の最高裁判例の接近方法に適合的な判断を示したもの

と言えよう。

## 5 分筆・合筆の登記の処分性

表示に関する登記の中で処分性の成否が問題となる最後の場合として、土地の分筆・合筆の登記には処分性が認められるべきか、という問題について検討する。

分筆・合筆の登記については、処分性を否定する判決例が優勢ではある。一例として、土地の分筆登記及び地積更正登記の無効確認訴訟が提起された事案において、当該二つの登記は、「いずれも当該土地の権利関係、物理的形状を変更、確定するものではなく隣接地との境界、外延、範囲に変更を生じるものではないから、当該土地の所有者はもとより、隣接地の所有者の権利義務に何らの影響を与えてもならない」との理由により、処分性を否定した判決例がある（神戸地判昭和五一・八・二七訟月二三卷一〇号一七六六頁<sup>(28)</sup>）。この判決理由によれば、分筆登記は、「客観的に存在する一筆の土地を土地の物理的形状には何らの変動もないうままに登記簿上細分化して数筆の土地としその所屬籍を変更するに過ぎ」ない行為であり、それ故、当該土地の権利関係や物理的形状を何ら変更・確定するものではないとされる。以上のような判決理由は、土地の分筆・合筆登記の処分性を否定する理由として多くの判決例がほぼ共通して採用する典型的な論理を示している。

ところが、分筆・合筆登記については処分性を肯定する判決例も存在する。この点が、一般に処分性が否定されてきた他の表示の登記の場合とは大きく異なる。

なかでも、同一の事案で第一審と控訴審の判断が分かれたケースが興味深い。当該事案は、二度にわたる分筆登記

により分割された土地の一筆につき売買予約上の買主たる地位に基づき予約完結権行使の意思表示をしたと主張する第三者が、当該分筆登記の無効確認を求めて提起した訴訟である。第一審は、分筆登記の処分性は認めしたが、原告には係争地のいずれかについて何の権利も取得していないことを理由に「訴えの利益」がないとして、結論としては却下判決を下した（松山地判昭和五九・三・二二行集三五卷一二号二二一〇頁、訟月三〇卷八号一四四三頁）。これに対し、控訴審は、他の多くの判決例と同様に分筆登記の処分性を否定し、第一審判決を取り消した上で却下判決を下した（高松高判昭和五九・二二・一八行集三五卷一二号二二〇四頁、訟月三一巻八号一八七四頁）。

第一審が分筆登記の処分性を認めた際の判決理由において、興味深い理由を示しているので、以下にその理由を多少立ち入って検討することにしよう。

分筆は、一筆の土地について、「土地の物理的形状や所有権等実体法上の権利関係には何ら変動のないままに、公簿上細分化して数筆の土地とするだけのもの」であり、当該土地及び隣接土地に対して「区画形質に変動を与えたり実体法上の権利関係に直接影響を及ぼしたりするものではない」。第一審判決理由も、以上の点は認めた上で、しかしながら、分筆登記に行政事件訴訟法上の処分性（行訴三条二項）を認め得るかについては別途の考慮を要するとして、以下のように論ずる。すなわち、「登記は土地に対する権利の得喪変更を第三者に対抗するための要件であるから、土地所有者にとって自己所有地が一筆であるかそれが分筆されて複数の筆になっているか、複数の筆になっているとしてそれぞれがどの位置にどのような地形で存在するかは、それを処分する場合などに實際上重要な意味を持てるものである。したがって、土地所有者の、自己の土地を何筆の土地として所有するか、複数の筆として所有するものとしてそれぞれの筆をどの位置にどのような形で所有するかの自由（この自由の中には、当然のこととして、自己所有地

を意に反して法律上の根拠なく分筆されないということが含まれる。は、法的保護に値する利益であるということができ  
る。

以上により、当該判決理由は、自己の土地を何筆の土地として所有し且つ各筆をいかなる位置と形状の土地として  
所有するかを自らの意思で決する自由を「法的保護に値する利益」と認めたと、その上で更に、判決理由は、以下に  
見るように、当該利益が根拠法である不動産登記法の諸規定によって保護された利益でもあるとする。その理由は、  
所有名義人として分筆登記の申請をなし得る地位には「法的権利」性を認め得るというものである。すなわち、登記  
官が職権により分筆登記をなすべき例外的場合を除いて、分筆の登記はすべて、表題部所有者又は所有権の登記名義  
人の「申請」によってのみなされ得る（当時の法八一一条の二第一項・四項。現行の三九条一項）とされており、しかも、  
「申請を行うか否かは」、例外的場合を除いて「完全に所有名義人の自由に委ねられている」一方、申請を受けた登記  
官は、「申請が所定の要件を具備している限り必ずこれに応じた分筆登記をしなければならない」（当時の法四九条。現  
行法二五条に相当）。以上のような実定法規に鑑みれば、現行法は、土地所有者が有する上述のような自由を「法的権  
利として承認している」と解される。以上の理由から、「登記官の行う分筆は、法によって保護されている右権利に  
直接影響を与えるものであるから」、国民の権利義務に法律上の効果を及ぼすと解されるとして、行政事件訴訟法上  
の「処分」性を認めた。

以上のように、第一審判決は、土地の分筆に関する登記名義人の登記の申請には、法律上保護された「権利」性が  
認められ、登記官の側にはそれに応じた登記をなすべき義務があるという理解の下、分筆登記の処分性を肯定した。  
これに対し控訴審判決は、土地の登記に由来する個人の法的地位の総和は分筆の前後を通じて等価であり、したがっ

て、分筆登記がなされても登記名義人はもとより、隣地所有者その他の第三者も法的な不利益を受けることはないとの理由から、分筆登記の処分性を否定した。<sup>(29)</sup>

分筆・合筆の登記に関しては以上のような処分性肯定例はあるものの、<sup>(30)</sup>本項冒頭で述べたように、処分性を否定する判決例が遙かに優勢である。<sup>(31)</sup>

分筆・合筆登記に関しては、何故、他の表示の登記の一般的類型とは異なり、登記の処分性を認める判決が少数とはいえ下されてきたのだろうか。また、それにも関わらず、何故、そのような処分性肯定型判決例は少数に止まっており、表示に関する登記一般と同様の処分性否定論が支配的なのだろうか。ごく自然に生じる以上のような疑問を機縁として、以下では節を改めて、分筆又は合筆の登記の処分性をめぐる判決例において示された処分性否定論と肯定論の双方について、各々の立場を支える論理について詳細な検討を加えることにしたい。

#### IV 分筆・合筆の登記の処分性——詳論

##### 1 処分性否定判例の論理

分筆・合筆の登記に処分性を否定した近時の判決例の一つは、その理由を以下のように論じている。「合筆の登記及び分筆の登記は、いずれも、客観的に存在する土地につき、その物理的形狀及び隣接地との境界等の変更並びにその権利関係の変動を生じさせることなく登記簿上の土地の個数を変更するものにすぎず、当該登記に係る土地及びその隣接地の所有者の権利義務に何ら影響を与えないから、行政庁の処分その他公権力の行使に当たるものではない」

（福井地判平成二二・二・一〇登記情報五二卷一号（六〇二号）一三六頁）。

以上のような処分性否定の理由は、上述の高松高判昭和五九年二月一八日をはじめとした処分性否定判決例における処分性否定理由とほぼ共通しており、分筆と合筆双方の処分性を共通に否定するための標準的な論理を示すものと捉え得る。この論理を要約するならば、分筆・合筆の登記は土地の客観的状況（物理的形状及び隣接地との境界等）及び権利関係に何ら変動を及ぼすことなく、登記上の土地の個数を変更させるに過ぎない。それ故、処分性は否定されるというのである。

以上のように、支配的判例が分筆・合筆の登記に処分性を否定する論理は、当該登記という行為の前後において対象地の客観的状況とその権利関係に一切変化がない、ということに尽きる。もともと、変化がないとされる「権利関係」として念頭に置かれているのは、当該土地の所有権その他狭義の「権利」ないし「私法上の権利」であることに留意しなければならない。確かに、土地の客観的状況と所有権等の権利に変化が生じないというのは、その通りである。しかし、そのことを理由に、当該登記の処分性を否定するという結論を導くのは、果たして適切なのだろうか。この問いに答えるため、以下ではまず、分筆・合筆の登記によって影響を受ける法的な地位や利益を想定し得ないか、という問題を検討し、次に、分筆・合筆登記の申請という行為に権利性、つまり「申請権」の存在を認め得ないか、という問題を検討する。

## 2 分筆・合筆の登記により影響を受ける「法的地位」

処分性が認められるために満たさなければならない要件の一つとして要求されてきた上述の要件b.（権利義務変動

要件)は、当該行為によつて影響を受ける国民の法的地位を狭義の「権利」に限定するものではないし、いわんや所有権等の「私法上の権利」に限定する趣旨のものではない。権利義務関係への直接的な影響があるか否かは、従来、何らかの法的地位に形成変動等の影響を直接的に及ぼすものであるか否かにより判断されてきた。特に近時の処分性に関する多くの最高裁判例は、「個々の行政作用が相手方や関係者の利益や地位に対していかなる影響を及ぼすかを、当該行政作用の実態に即し詳細に分析すること」により判断する傾向が顕著である。<sup>(32)</sup> その結果、相手方や第三者の利益や地位が何らかの「法的地位」として把握し得るものであるときには、柔軟な処分性認定が行われてきた。<sup>(33)</sup>

以上のような処分性判断要件本来の趣旨及び近時における処分性判例の一般的傾向を踏まえて言うならば、分筆・合筆の登記には登記対象である土地の客観的状況及び所有権その他の権利に変動を生じさせる効果がないからと言って、それが直ちに処分性否定の理由にはなり得ないと言わなければならない。何故なら、分筆・合筆の登記に関する不動産登記法の諸規定は、土地の客観的状況及び所有権その他の権利以外の面で、登記申請者の何らかの利益や地位を同法が保護する「法的地位」として認めている可能性があるものであり、仮にそのような「法的地位」が分筆・合筆の登記により直接的な影響を受けるのであれば、当該登記には処分性が認められることになるからである。

では、不動産登記法は、所有権その他狭義の「権利」以外に、分筆・合筆の登記によつて何らかの影響を受けることとなる利益や地位を、同法によつて保護される「法的地位」と解する可能性を含意していないのだろうか。この問題に正面から応答しようとした稀有な例が、分筆登記の処分性を認めた判決例として既に言及した松山地判昭和五九年三月二一日である。同判決理由によれば、「自己の土地を何筆の土地として所有するか、複数の筆として所有するとしてそれぞれの筆をどの位置にどのような形で所有するか」につき土地所有者が有する「自由」は、「法的保護に

値する利益」に当たるとされた。その上で、同判決理由は、不動産登記法上、分筆登記の申請を受けた登記官には、当該登記申請が所定の要件を具備している限り「必ずこれに応じた分筆登記をしなければならぬものとされている」ことを理由に、分筆登記につき登記申請者が有する上述の利益は同法によって保護された利益に該当すると論じた。かかる判決理由を要約するならば、分筆・合筆の登記の登記申請を行った所有者には、不動産登記法上、所定の要件を具備すれば申請どおりの登記を受ける法的地位が認められる。登記官が登記をなすか否かはかかる法的地位を形成・変動させる効果を有するので、当該登記官の行為には処分性が認められる、という論理として把握することができる。

以上のように、分筆・合筆登記の処分性に関する否定論と肯定論の対立は、分筆・合筆の登記によって影響を受ける地位ないし利益の捉え方の違いに起因している。処分性否定論においては、上述のように、登記の前後において一切変動がないとされた「権利関係」として想定されていたのは、当該土地に関する所有権その他狭義の「権利」ないし「私法上の権利」であると考えられる。これに対し、処分性肯定を論じた昭和五九年松山地裁判決の判決理由において想定されていた「権利関係」は、「自己の土地を何筆の土地として所有するか、複数の筆として所有する」としてそれぞれの筆をどの位置にどのような形で所有するか」につき土地所有者が有する「自由」であり、このような法的地位は単に「法的保護に値する」止まらず、不動産登記法により保護された利益でもあるとされたのである。

では、処分性判断において問われる「権利関係」の意味に関して、処分性否定論と肯定論の双方において想定されている以上のような二つの考え方のうち、いずれを妥当と考えるべきだろうか。

この問題を検討するために考慮に入れるべき事項は多岐にわたると思われるが、中でも第一に考慮すべき点は、所

有権の中にはいかなる地位や利益が含まれるかという問題であり、いわば所有権概念の外延を考慮する必要があるように思われる。そもそも所有権とは、財に対する排他的な支配権であり、法令の制限内で「自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利」（民法二〇六条）を意味する。かかる所有権概念は、所有者は、法令に違反しない限り自己の所有物を自己の意図と嗜好に沿って保有し得る地位にあることを、前提としているように思われる。

第二に考慮すべき点として、土地の売買その他の取引等による権利変動は、通常、各筆単位に行われると考えられる<sup>(34)</sup>。所有権保障には、売買その他の取引におけるそのような通常の方法をとることに伴う便宜性も含む多様な利益保障が含まれると解する可能性は十分にあり、不動産登記法はそのような利益を、申請の機会保障と申請を受けた登記官による諾否応答の義務を定めることにより保障したと解すことが可能である。

第三に考慮すべき点として、土地の地目や地積の表示と分筆又は合筆の登記との間には、性質上重要な差違があるのではないかという問題である。表題部における地目や地積の記載行為について処分性が否定される主たる理由は、地目や地積は土地の現況を實際に観察し測量等を含む調査を行えば正確な事実を把握することが可能であり、地目や地積に関する登記簿上の表示はそのような客観的事実によって覆し得ることを当然の前提とした仮の措置に止まるが故に、所有権等の権利関係を直接左右するものではないという点にある。では、これと同じ論理が分筆又は合筆の登記に当てはまるだろうか。否である。何故なら、分筆又は合筆の登記において表示される各筆の位置や形状は、登記記録（又は登記用紙）それ自体によってしかその正確性を確認し得ないものであり、土地の現況を観察することによってその正確性を検証し得る性質のものではない。言い換えれば、分筆又は合筆の登記の法的効果は、登記記録上の記載内容によって完結しているのである。そうならば、分筆又は合筆の登記の記載に不服のある者は、当該記載自体の

法的効果を争う以外にその不服を解消する方法はないのかと思われる。したがって、表示に関する登記の一部であるという点で共通するとはいえ、分筆又は合筆の登記を、地目や地積の表示に関する登記の記載と同一に論ずべきではないと思われる。

したがって、支配的判例が、分筆又は合筆がなされたとしても筆の個数と各筆の形状が変わるだけであつて土地の客観的状況と権利関係に変更・変動はないという理由により、所有者の権利義務関係に対し法的には何らの変動もないとする論理には、十分な説得力を認め得ないように思われる。

### 3 分筆・合筆登記申請の権利性——「申請権」の成否

#### (1) 申請権と登記の処分性

次に、登記申請の手続法的側面に目を転じるならば、土地所有者には自己の土地の分筆・合筆登記について法律上の申請権が保障されていると解すべきだが、問題となる。申請について法律上権利性が認められるとすると、当該申請を受け付けた行政庁には適正な判断を経て諾否の応答をなすべき義務が課されることになる。このような申請手続に関わる権利義務関係は、行政庁による諾否の応答によつて影響を受けるが、当該諾否の応答は法律上適正な判断を経てなすべきものである以上、上述の影響は単なる事実上の影響に止まるものとは言えない。したがって、申請を受けた行政庁による諾否の応答には処分性が認められる可能性が生じることとなる。

以上の理由から、分筆・合筆の登記に処分性を認めるべきか否かの検討に際しては、当該登記の申請に権利性を認め得るか、言い換えれば「申請権」の存在を想定し得るか否かを検討する必要がある。

この問いに答えるため、まず行政法において「申請」及び「申請権」が従来どのような意味を有すると考えられてきたか、という問題を検討し、次に分筆・合筆の登記申請に関する不動産登記法の諸規定を検討し、不動産登記法における表示登記に関する一般的な規定との対比で比較検討する。

## (2) 行政法における「申請」と「申請権」

行政手続法二条三号には、「申請」の定義が定められている。即ち、申請とは、「法令に基づき、行政庁の許可、認可、免許その他の自己に対し何らかの利益を付与する処分（以下「許認可等」という。）を求める行為であつて、当該行為に対して行政庁が諾否の応答をすべきこととされているもの」を言う。この定義を要約すれば、申請とは、行政庁の許認可等を求める行為であつて、行政庁に諾否応答が義務づけられるものということになるが、留意すべき点の第一として、申請の目的たる行為は「許可、認可、免許」に限られず、「その他の自己に対し何らかの利益を付与する」行政庁の行為を全て含むという点であり、したがつて、社会保険給付や生活保護の申請、土地収用事業の認定や収用裁決等々、申請を経て行われる授益的処分を広く包摂する概念である。第二に留意すべき点として、申請を受けた行政庁には、法令に基づき諾否応答をなすべき義務が課されている必要がある。申請自体が「法令に基づき」なすものであることから、行政庁による諾否応答も、法令に照らして適正なものであるべきことが暗黙の前提とされていると解し得る。

以上のように、行政手続法は、「申請」が法令に基づく「申請権」であることを認めた上で、「申請に基づく処分」に関する諸手続として、審査基準の設定と公表、標準処理期間の設定と公表、申請到達時点からの速やかな審査開始

義務、申請拒否処分の際の理由提示の義務等を明示的に定めた（行政手続法五条〜二条）。

ところで、法令に基づき諾否応答すべき義務を必要条件として組み込んだ「申請権」概念は、行政手続法の制定・施行（一九九三年一月二日公布、一九九四年一月一日施行）以前から、行政訴訟に関与した裁判官等の実務家を中心に徐々に形成され、一九六二年の行政事件訴訟法制定の際に、不作為の違法確認訴訟の立案過程での議論に引き継がれ、行政手続法制定時には、上述の定義規定にまで至ったと考えられている<sup>(35)</sup>。その間の経緯をつぶさに跡付けた村上裕章氏の研究成果によれば、申請に「申請権」としての権利性が認められるには、申請を受けた行政庁に「応答義務」がなければならぬことが当然の前提とされてきた<sup>(36)</sup>。二〇〇四年の行政事件訴訟法改正で導入された二本立ての義務付け訴訟に関しても、当該二本の義務付け訴訟を分かち分類指標は「法令に基づく申請又は審査請求」を想定し得るか否かである<sup>(37)</sup>。ここでも申請権の存否が、わが国における義務付け訴訟の基本構造を決定づけていることに注目する必要がある。そして、かかる「申請権」概念を行政法体系書中に明確に位置づけた小早川光郎氏によれば、「申請権」における申請の権利性とは、「申請が適正に取り扱われるべきことを自らの権利として要求しうる」ことである<sup>(38)</sup>、との説明がなされている。

以上の検討から明らかのように、わが国の行政法学上確立した概念としての「申請権」とは、申請が、法令に従い適正に取り扱われることにより諾否の応答がなされるべきことを求め得る地位を意味する、と解すべきものである。「申請権」を以上の意味に解した上で、以下では分筆又は合筆の登記の申請を取り上げ、不動産登記法上、それに「申請権」たる性質を認め得るか否かにつき検討することにしよう。

(3) 分筆・合筆登記申請に関する諸規定

不動産登記手続に関する民法学説によれば、不動産登記法上、権利に関する登記については、私的自治の原則の支配の下、私人間の関係において「ある私人が他の私人に対する関係において私法上これを（登記の申請を……筆者註）義務づけられることはあるし（いわゆる登記請求権、登記協力義務の問題）、また登記申請を怠ることによって私法上の不利益を受けることはある（民法一七七条など。主として登記権利者の場合）」<sup>(39)</sup>。しかし、「登記申請が公法上義務づけられる、ということはないのが原則である」とされる。つまり、権利に関する登記については、所有者その他の登記権利者や登記義務者の自由な意思に基づき登記申請をなすか否かが決められる。また、所有者等の私人が自らの意思に基づいて登記申請をしない限り登記はなされないというのが、権利に関する登記の原則であり、登記官の職権により登記をなし得るのは、登記官の過誤により錯誤又は遺漏のある登記がなされた場合における登記の更正（六七条）や、管轄違背、登記事項以外の記載、二重登記に当たる等、明らかに誤った登記がある場合における登記の抹消（七一条）等、ごく例外的な場合に限られる<sup>(40)</sup>。

これに対し、表示に関する登記に関しては、「不動産の物理的現況の客観的把握という、本来の私法的目的以外の各種目的にも奉仕すべき機能を具有することから」、所有者には「申請義務」が課されており、これに違反すれば「罰則による制裁」が科される<sup>(41)</sup>。実際、現行法によれば、土地の表題登記（三六条）、地目又は地積の変更の登記（三七条）、土地又は建物の滅失登記（四二条、五七条）、新築等された建物取得者による登記（四七条一項）、建物の合体による登記（四九条）、建物の表題部登記事項に関する変更の登記（五一条）、区分所有建物の共用部分に関する規約の廃止等の登記（五八条六項・七項）に関して、表題部所有者や登記名義人に、当該事実のあった日から一ヶ月以内の登記

申請義務が課されており、義務違反に対しては制裁として一〇万円以下の過料（秩序罰）が科される（一六四条）。また、登記官の職権による登記が一般原則とされており（二八条）、職権登記も含む登記の適正性確保のため、登記官には、「日出から日没までの」間、必要に応じて質問検査及び関係文書や電磁的記録の提出要求をなし得る権限が認められる（二九条）。

以上のように、権利に関する登記に関しては申請主義が採用されているが、それは義務的な申請ではなく（申請義務なき申請主義）、また申請がなければ登記は行われぬのが原則であって、職権による登記は例外である（職権主義の例外的地位<sup>(42)</sup>）のに対し、表示に関する登記に関しては、「申請義務づけ」と「職権主義の一般的採用」が支配するとされてきた。

登記申請の性質及び職権登記が占める比重の差違をめぐって権利に関する登記と表示に関する登記を対立的に捉える、以上のような思考方法に従うと、表示に関する登記における登記の申請は、あくまでも登記官が一般的に職権登記をなし得る権限を有することを前提に、その円滑な職権行使を確保するための端的かつ補完的手段として見なされることとなる可能性が大きい。実際、民法学説において、表示に関する登記の申請は、「理論上は、登記官の職権発動を促す一要因にすぎないと考えられ」てきた。また、登記申請を受けて登記官が行う審査は、権利に関する登記の申請に対しては「形式的審査しか」行われぬのに対し、表示に関する登記の審査については、登記を「なすべき登記原因が真実存在することを確認したうえで始めて登記をなすべきもの」という意味で、「実質的な審査」を行うものだとされてきた。このように、申請を受けて行われる審査の性質についても、表示に関する登記と権利に関する登記は対立的に捉えられる<sup>(43)</sup>。

以上のように、表示に関する登記は本来職権によるとする職権主義が採用されており、申請による登記がなされる場合における申請は義務づけられ、申請は登記官による調査に基づく登記をなすための契機に過ぎないという民法学説に従えば、表示に関する登記に係る所有者等（正確に言えば、表題部所有者又は所有権の登記名義人）の申請に権利性を認めることは困難だということになるのであろう。

ところが、表示に関する登記の申請の中には、申請が義務づけられない場合が幾つか存在することに留意しなければならぬ<sup>(44)</sup>。分筆・合筆の登記の申請も、実はそのような義務づけのない申請制度の一つである<sup>(45)</sup>。したがって、分筆・合筆の登記申請について権利性を認めるべきか否かは、登記が義務づけられる他の表示に関する登記の申請と同様の論理により判断されるべきではない。分筆・合筆の登記申請に権利性を認めるべき否か、換言すれば「申請権」の存在を認めるべきか否かは、申請に対して適正な審査を経て登記をなすか否かの判断をなすべき応答義務が、登記官の側に生じるか否かによって決せられるべき問題である。

#### (4) 申請に対する諾否応答義務

そこで最後に、登記申請を受けた登記官には諾否応答の義務が生じるか、という問題を検討するため、登記官による登記の審査に関する規定である不動産登記法二五条を参照してみよう。

同条は、登記申請を却下すべき場合として一号から二号まで明記した上で、その他「登記すべきものでないとき」に関する規定を政令に委任している（一三号）。そして当該委任規定を受けて定められた不動産登記令二〇条は、八項目にわたって登記申請を却下すべき場合を追加している。以上のような法律及び委任命令の規定態様は、却下す

べき場合を明確に定めた上で、それに該当しない限り登記をなすべきものとする趣旨を含意するものと解することができる。しかも、不動産登記法二五の柱書には、申請を却下する場合には、「理由を付した決定で」なすことを命じている。同法一五二条により、「登記官の処分」については行政手続法第二章の（申請に対する処分手続に関する）規定と第三章の（不利益処分手続に関する）規定の適用が全て排除されるので、特に申請拒否処分の際の「理由の提示」に関する規定（行政手続法八条）も適用されないが、それに匹敵する理由付記が、登記申請却下決定には義務づけられる。

以上の不動産登記法及び不動産登記令の規定に示された趣旨に照らして考えれば、同法は、申請を却下すべき場合として明確に定められた場合に該当しない限り登記をなすべきものと命じるとともに、却下すべき場合に該当する場合においても、理由を付記してその旨応答すべきことを登記官に義務づけていると解される。以上の理由から、登記申請者には、特段の理由と事情がない限り申請に対する諸否の応答がなされるべき地位が、手続法上の権利として保障されていると考えるのが素直な解釈であると言える。もともと、不動産登記法が定める諸登記とりわけ表示の登記の中には、所有権者等に申請が義務づけられる場合があることを考慮すると、かかる申請が義務づけられる場合の申請については「申請権」を認めることは困難であるとも考えられるであろう。しかし、分筆又は合筆の登記等、申請が義務づけられておらず、申請者自身の自由な意思により登記申請をなし得る種類の登記に関しては、表示に関する登記の場合も含めて、「申請権」を認めることが関係法令の規定に忠実な法解釈なのではないかと思われる。

## V むすび

以上の検討から、分筆・合筆の登記の処分性を否定してきた一連の支配的判例は、二重の意味で、二者択一論的な独断に陥るものであったと評さざるを得ない。

第一に、所有権その他狭義の「権利」ないし「私法上の権利」に該当するか否かにより、狭義の「権利」に影響を及ぼす登記官の登記には処分性を認めるが、かかる影響を及ぼさない登記官の登記には処分性を否定するという思考枠組みであり、このような二者択一論により、多くの判決例は分筆又は合筆の登記に処分性を否定してきたと言える。

第二に、不動産登記法上の基本的な分類軸である「権利に関する登記」と「表示に関する登記」の区別を、登記官による登記の処分性判断の場にストレートに持ち込み、「権利に関する登記」には処分性を認めるが、「表示に関する登記」には処分性を原則として否定するという思考枠組みであり、このような半ば二者択一的な論理により、多くの判決例は分筆又は合筆の登記に処分性を否定してきた。もともと、この第二の点については、表題部所有者に関する登記の記載、表示登記抹消登記及び土地又は建物の滅失登記のように、その行為の処分性を認める判決が下されてきた例もある。分筆又は合筆の登記に関しても、処分性を否定する判決例が多数を占めてきた現状の転換を図る必要があるように思われる。

その理由を再度述べるならば、分筆又は合筆の登記に処分性を否定する従来の支配的な判例は、当該登記によって土地という財の客観的状況と権利関係には変動が及ばないということから、それ以外に法的保護利益性を肯定する

余地はないかを一切顧慮することなく直ちに分筆・合筆申請の権利性を否定するという点で、論理の飛躍を犯すものであったからである。換言すれば、土地の客観的実体と権利関係には影響がないことに囚われ、所有権保障に含まれるそれ以外の要素への適正な配慮を欠くものであると評さざるを得ない。行政訴訟における処分性に関する判例理論の到達点は、むしろ実体的権利概念から外れた地位や利益に着目することにより一定の「法的地位」を構成し得るのであれば、そのような「法的地位」に対して実質的な影響を及ぼす行政作用については、処分性を肯定する可能性が開かれるというものである。そのような処分性判例理論の到達点を踏まえた判断が、分筆・合筆の登記に関しても要請されると言えよう。

(1) 処分性を満たすための要件を本文に述べた三要件に整理する筆者の考え方及び各要件と具体的な最高裁判決例との対応関係については、巨理格『行政行為と司法的統制―日仏比較法の視点から』(有斐閣、二〇一八年)一五三頁以下、特に一五三―一五六頁参照。

なお、本文に掲げた昭和三九年最高裁判例の判示内容を忠実に辿るならば、本文で整理した三要件以外に、当該行為を行ったのが、①「行政庁」に当たること、②「国または公共団体」の行為と見なし得ること、及び、③当該行為による権利義務の変動という効果の発生が「法律上認められている」ことも要求される。このうち①については、法律の規定次第では、行政事務を民間事業者やその職員等が遂行するという場合があり、特に行政事務の民間化の下ではそのような立法例が増大している。この場合、当該民間事業者等が行う行為の法的効果が、要件②との関係で「国または公共団体」に帰属すると解される場合においては、当該行為に処分性が認められる可能性が生ずる。以上の点については、行政法総論ないし行政救済法に関する解説書等の該当箇所を参照して頂きたい。さらに、要件③については、国民の権利義務を公権力の行使によって変動させる行為には、法律の留保原則が厳格に適用されるため、③の要件が要求されるのは一面では当然である。しかし、法律の留保原則は元来、国民に対する公権力発動を根拠づける局面で要求される法原則であるのに対し、救済法制度の具体

的運用のあり方が問われる処分性の判断では、おのずから法律の留保論の適用とは異なった救済法的考慮が働く余地がある。以上のような事情から、近時の判例では、法律が定めた大枠の制度の運用過程で直接的には通達等の内部規範が定められた行政庁の行為について処分性を認める等、要件③の運用を柔軟化させる判決例も存在する。以上要件③との関係につき、巨理・前掲書二〇一—二〇五頁参照。

- (2) まず「公権力行使要件」との関係では、不動産登記は、登記官が、土地又は建物の所有者等（表題部所有者や所有権等の権利の登記名義人）の申請に基づき又は職権により行う行為であり、いずれの場合も登記官の自立的判断ないし認定に従い行われる行為であるという点で、「公権力の行使」に当たるとひとまず言うことができる。もともと、不動産の表示に関する登記に関しては、登記の法的効果が及ぶべき相手方として個々の「国民」を想定していると言えるか多少の疑問が残る。しかし、表題部所有者の記載等を想定すれば、表示に関する登記の場合も潜在的には相手方「国民」の存在を想定していると思えずことも可能ではないかと思われる。

また「個別具体性要件」との関係では、不動産登記はすべて、個々の土地又は建物を対象としてなされるものであり、この前提からすると、当該要件を当然満たしていると考えて良い。

- (3) 土地の地積の更正登記について処分性を否定した判決例として、大阪地判昭和五四・一一・一二行集三〇巻一一号一八五二頁、及びその控訴審判決として、大阪高判昭和五五・七・一八行集三一巻七号一五二三頁参照。また、地目を「宅地」から「畑」に更正する登記について処分性を否定した判決例として、名古屋地判昭和五七・三・二九訟月二九巻一八号八一頁、及びその控訴審判決として、名古屋高判昭和五七・七・二三行集三三巻七号一四九五頁、訟月二九巻二一号一三八頁参照。

- (4) 登記記録は、二〇〇四年制定された現行不動産登記法により、登記用紙に代わって採用された用語であり、表示に関する登記又は権利に関する登記について、「一筆の土地又は一個の建物ごと」に表題部と権利部に区分して作成される「電磁的記録」を意味する（二条五号）。二〇〇四年の現行法は、「登記簿のコンピュータ化を完成させ、そしてさらに登記申請の電子化という新機軸を導入した」法律であるとされている（山野目章夫『不動産登記法（第二版）』（商事法務、二〇二〇年）二二頁）が、「登記用紙」から「登記記録」への転換は、そのような登記簿のコンピュータ化の一環として位置づけられるであろう。なお、登記簿は二〇〇四年法以前の用語であるが、現行法では、「登記記録が記録される帳簿であって、磁気ディスク（……中略……）をもって調製するものをいう」（二条九号）。

- (5) 現行法との関係では、「不動産一登記記録主義」と呼ばれている考え方であり、二〇〇四年法以前は、「不動産一登記用紙主義」と呼ばれていた考え方(幾代通・徳本伸一(補訂)『不動産登記法(第四版)』(有斐閣、一九九四年)七―九頁、一四頁・二四頁、山野目・註(4)三七頁参照)である。
- (6) 土地については法三四条、建物については法四四条にそれぞれ特有の登記事項が定められている。
- (7) 山野目・註(4)五八四頁。また、幾代・徳本・註(5)四五〇頁以下参照。
- (8) 幾代・徳本・註(5)四五六頁以下。
- (9) 幾代・徳本・註(5)四六二頁。
- (10) 幾代・徳本・註(5)四五〇頁以下では、登記の効力に関する解説がなされているが、いずれの解説も、権利に関する登記を念頭に置いてなされていると言えよう。また、仮登記の効力については同書四六三頁以下、予告登記の効力については同書四七三頁以下参照。
- (11) 幾代・徳本註(5)八頁参照。
- (12) 山野目・註(4)二〇頁。
- (13) 登記官の処分に対する審査請求は、行政不服審査法二条と三条に定めた審査請求に該当し、その請求、審査、裁判に関する手続については、一部の規定(審査請求期間に関する規定、執行停止に関する規定、審査請求を受けた処分庁による弁明書提出に関する規定、口頭意見陳述に関する規定、関係行政庁等に対する裁判の拘束力に関する規定等)を除いて、行政不服審査法の規定が適用される(法一五八条)。
- (14) 登記官の行う登記を行政庁の処分と捉え、取消訴訟その他の抗告訴訟の訴えの対象とする場合において、当該登記の適法性について裁判所はいかなる範囲で適法性の審査をなし得るかという問題は、登記の対象となる不動産をめぐる所有権その他私法上の権利の変動とその帰属について提起され得る民事訴訟における裁判所の審査対象との関係で論じなければならぬ。当該問題に関しては、別稿において論じる予定である。
- (15) 表題部所有者欄の記載行為の処分性を肯定した平成九年の最高裁判決(最三小判平成九・三・一一判時一五九九号四八頁)における園部逸夫裁判官の補足意見は、「なお」として登記記載の適法性という本案問題にも言及している。その中で園部補足意見は、抗告訴訟において登記記載行為が違法と判断されるのは、当該記載行為が「審査基準に違反するところが」あ

る場合に限られる、という認識を自明の前提とする一方、「記載内容が真実の所有権の帰属と異なっている」という理由でその「食い違い」を正すために提起される訴訟は、「本来、実体権の帰属が争いとなる当事者間における民事訴訟によるべきものである」と論じている。抗告訴訟の本案問題で争われる登記の適法性とは、登記に係る審査基準への適合性のことであり、「真実の所有権の帰属」関係への整合性とは区別すべきものである。この点を付言する説示として、重要な指摘であると言えよう。

(16) 地積の更正登記について同じく処分性を否定した判決例として、神戸地判昭和五一・八・二七訟月二三卷一〇号一七六六頁及び控訴審・大阪高判昭和五二・六・二九訟月二三卷一〇号一七六三頁も参照。

(17) 愛知県田原湾内干潟干拓事業に関する事案において、最三小判昭和六一・一二・一六民集四〇卷七号一二三六頁は、滅失登記取消請求を認容した第一審・原審の判決を以て法令解釈を誤った違法な判決として破棄・取り消した上で、請求棄却の判決を下したが、この判断(第一審と原審も同様)は、土地の滅失登記には処分性が認められることを暗黙の前提に本案につき判断を下したものである。同様の最高裁判例として、最三小判昭和五〇・五・二七訟月二一巻七号一四四八頁、判タ三二四号一九九頁は、建物滅失等の登記について当該登記申請を受理した登記官の行為の取消しを求める訴えにつき、処分性があることを前提に本案判断を下した事例である。また最一小判昭和六二・七・九民集四一巻五号一一四五頁も、建物滅失登記及び建物表示登記の抹消申請を却下する登記官の決定の取消しを求める訴えにつき、処分性があることを前提に本案判断を下した事例である。他方、下級審判決の一例として、名古屋地判平成四・三・一八行集四三巻三三四四一頁、判時一四六八号八三頁、判タ八〇六号一二〇頁がある。この事案も、田原湾内干潟干拓事業をめぐる事案の一つであり、一旦は共有持分権を放棄した者(原告)が、海面下に海没したとの理由により登記官が当該土地の滅失登記を行ったのに対し、当該滅失登記の抹消登記申請を行ったが申請を却下されたという背景の下、当該滅失登記の取消し及び抹消登記申請却下の取消しを求めて出訴したという事案で、原告適格及び狭義の訴えの利益の存在を認める旨の判断が下された。控訴審・名古屋高判平成九・一・三〇行集四八巻一―二二号一頁も、第一審判決をそのまま是認した。

(18) 本事案における所有権保存登記等の申請却下決定の適法性に関して、第一審から上告審までのすべての判決は、「A外七名」という記載に違法はなく、それ故請求を棄却すべしとする判断を下した。以上のような本案判断の結果、Aの一般承継人である第一審原告としては、共有者として表示された七名全員の承諾を得なければ当該表題部所有者の記載の更正登記申

- 請を行うことができず（現行法規定として不動産登記法三三条二項参照）、それ故結果的に、更正登記申請を実際にはなし得ない立場に置かれることとなる。本件上告審判決に関する判例評釈において、主に以上の点につき批判を加えるものとして、貝田守・判評四六七号（判時一六一八号）一九四頁以下、特に一九六一―一九七頁参照。
- (19) 現行法七四条一項によれば、所有権保存登記の申請権が認められる者は、表題部に所有者と記載された者のほか、確定判決により所有権者と確認された者及び取用手続により所有権を取得した者のみである。
- (20) 幾代・徳本・註(5) 三三三六頁。
- (21) 幾代・徳本・註(5) 三三三六頁。なお、本文で述べた異質な事項を表示に関する登記の記載事項として要求した法律の規定の趣旨について、幾代通博士は、第一には土地台帳・建物台帳が担っていた不動産課税台帳としての機能を不動産登記制度が継承する必要性があったという沿革的理由、第二に、現行法下でも、不動産に関する納税義務者の把握その他各種の不動産行政のための便宜的必要性にあったとされる。幾代・徳本・註(5) 三三六―三三七頁。
- (22) 幾代・徳本・註(5) 三三三六頁。
- (23) 処分性判断の柔軟化・多様化という近時の判例傾向を示す第一の側面として、影響を受ける相手方の法的地位の多様化を指摘し、その具体的な現れ方を分析した拙稿として、亘理・前掲書註(1) 一九三―一九八頁参照。
- (24) 幾代・徳本・前掲書註(5) 五五―五六頁参照。
- (25) 幾代・徳本・前掲書註(5) 一九五―二〇一頁参照。
- (26) 本判決において言及される「登記用紙」は、二〇〇四年法律一二三号による現在の不動産登記法の下では、「登記記録」へ改められた。現行法二条五号及び二条参照。以上につき、註(4) 参照。
- (27) 因みに、表示の登記がなされた不動産のほとんどは権利に関する登記を伴っており、表題部のみ登記の記載があるケースはむしろ少数と考えられる。したがって、表示の登記の抹消登記には、ほとんどの場合処分性が肯定されることとなる。
- (28) 控訴審判決（大阪高判昭和五二・六・二九訟月三三卷一〇号一七六三頁）も、当該第一審判決をほぼそのまま認した。
- (29) 控訴審判決は、結論においては分筆登記の処分性を否定したが、他方、第一審判決の処分性肯定論にも一定の理解を示しており、登記名義人には「分筆登記を請求する実体上の請求権」が認められるとの見解を採るならば分筆登記の処分性を肯定する余地がある、との見解を示してもいた。第一審判決が示した処分性肯定理由には相当程度の説得力があることを傍証

するものと言えよう。

(30) 筆者が把握し得た限りでは、土地の分筆登記申請却下決定の取消し等が請求された事案について、当該却下決定には処分性が認められることを前提に下されたと思われる判決例として、大阪地判平成六・九・九判タ八七四号一三七頁があるに止まる。当該事案では、処分取消訴訟の出訴期間（行訴一四条一項・二項）内に取消訴訟も審査請求も提起されなかったことを理由に、不適法な訴えとして却下判決が下された。行政事件訴訟法一四条の出訴期間制限が、何故不動産登記法上の審査請求にも適用されるのか全く以て疑問であるが、ともあれ、分筆登記の処分性について一切言及せず直ちに出訴期間の要件に関する判断に立ち入った本判決の論じ方は、分筆の登記に処分性が認められることを暗黙の前提としたものと解して大過なと思われる。

(31) 分筆の登記に処分性を否定する判決例として、上述の神戸地判昭和五一・八・二七訟月二三卷一〇号一七六頁とその控訴審・大阪高判昭和五二・六・二九訟月二三卷一〇号一七六三頁のほか、合筆・分筆の各登記の処分性を否定した福井地判平成二二・二・一〇登記情報五二卷一〇号（六〇二号）一三六頁。

(32) 巨理・前掲書註（一）一九三頁。

(33) 裁判所による「法的地位」認定の多様化という視点から処分性に関する近時の最高裁判例を検証し、その意義を論じたものとして、巨理・前掲書註（一）一九三―一九八頁参照。

(34) 不動産登記令二〇条四号によれば、一個の不動産の一部についての権利変動を目的とする登記は、原則として、「登記すべきものでない」として申請が却下される。これは、各筆単位での権利変動を予定した規定である。

(35) 村上裕章氏によれば、「申請権」概念は、まず、拒否処分取消訴訟の提起にも「法律上の利益」があることを理論的に根拠づけるための権利概念として、一九五三年頃に主に実務家によつて形成された。この概念は、その後、行政事件訴訟法制定时（一九六二年）には、義務付け訴訟の提起可能性が否定されることを前提に、不作為の違法確認訴訟を根拠づけるための手続法上の概念として法文化されたものであるとされる。村上裕章『申請権』概念の生成と確立（佐藤幸治・泉徳治編『滝井繁男先生追悼・行政訴訟の活性化と国民の権利重視の行政へ』（日本評論社、二〇一七年）三三六頁以下、特に三四一―三四六頁及び三五二―三五四頁）。

(36) 村上・前掲書註（35）三三六頁・三五二頁。

行政訴訟における処分性と不動産登記法（巨理）

- (37) 「申請権」概念が、行政手続法制定（一九九三年）及び行政事件訴訟法改正（二〇〇四年）の各立法過程において、「行政争訟法と行政手続法を貫く基本概念」として重要な機能を果たしたことを論ずるものとして、村上裕章「申請権」概念の展開」法政研究八四卷一号（二〇一七年）四一頁以下、特に五一頁参照。
- (38) 小早川光郎『行政法・上』（弘文堂、一九九九年）二二〇頁。また三一九頁も参照。
- (39) 幾代・徳本・前掲書註(5) 六二頁。
- (40) 幾代・徳本・前掲書註(5) 六三頁。
- (41) 幾代・徳本・前掲書註(5) 六二頁。
- (42) 幾代・徳本・前掲書註(5) 六二―六五頁。
- (43) 以上について、幾代・徳本・前掲書註(5) 六四―六五頁。
- (44) 分筆・合筆の登記以外に、申請義務なき申請主義が採用されている表示に関する登記の例として、表題部所有者の氏名等の変更又は更正の登記（三一条）、所有者と表題部所有者が食い違う場合の更正登記（三三条）、土地又は建物の表題部における登記事項の更正の登記（三八条・五三条）、建物の分割・区分・合併の登記（五四条）等がある。
- (45) 不動産登記法三九条一項は、表題部所有者及び所有権の登記名義人は分筆又は合筆の登記申請を当然なし得る地位にあることを暗黙の前提に、それ「以外の者」には申請をなし得る地位が認められないという趣旨の規定と解することができる。

（本学法学部教授）