

# 一筆の一部の土地の 所有権移転請求訴訟 仮処分と本訴と分筆登記との関連

大 塚 明

1. 問題点の所在
2. 一筆の一部についての処分禁止仮処分の可否
3. 昭和28年4月16日最高裁判決
4. 最高裁判決後の分筆登記実務の変化
5. 大阪高裁平成23年4月6日決定
6. 大阪高裁決定の評価
7. 代替的な解決策の検討
8. 判決による代位登記一図面と隣地合意筆界との相違の場合
9. おわりに

## 1. 問題点の所在

土地の所有権移転は、多くの場合は一あるいは複数の「筆」について行われ、一筆の一部の所有権移転は例外的である。通常取引であれば、仮に一筆の一部についての所有権移転を行う場合には、取引に先立って分筆が行われ、結果として筆の一部についての取引という「例外」は回避される。というより、そもそも土地においては本来的には連続していて物としての区分性を欠き「個数」の概念を容れないものを、人為的に分割して「筆」に分け、もって取引の簡便に資するよう制度設計されているというべきである。<sup>(1)</sup>

しかし時効取得の場合には、それが取引によるものではなく占有という事実上の状態の結果として、筆界とは無関係に発生することから、むしろ一筆の一部についての所有権移転の方が通例であろう。また、取引の場合においても、現実の占有に合わせて所有権界を移転する場合など、分筆に先立って所有権移転の合意が行われるケースは、必ずしも希とは言えない。

取得時効の成立を相手方が認容する場合や、取引が円満に進行する場合は、たとえ一筆の一部であっても問題ないであろうが、いったんこれが紛争となり訴訟手続によらなければならない場合には、係争物件が一筆の一部であるということから、一筆の全部の場合とは異なる問題が発生してくる。いずれの場合においても、紛争自体は所有権移転登記請求訴訟（もしくはこれに先立つ所有権確認請求訴訟）の問題として立ち現れる。しかし、この本案訴訟の前に、処分禁止の保全処分を必要とすることが多いであろう。本案判決確定前に登記簿上の所有名義が移転されてしまえば、二重譲渡の対抗要件の問題となって、原則的には原告は第三者である所有名義移転先に対抗することができないからである。そして、一筆の一部の権利に関する保全処分と本案訴訟は、それが必然的に不動産登記、とくに分筆登記と密接に関係してくることから、保全処分を含む民事訴訟手続と登記手続との関連を中心に、実務上では、かなり困難な問題が生じてくる。

今回、筆者が債権者代理人となって高裁段階で新たな仮処分決定例を得ることができ、その後、本案訴訟においても円満に和解が成立した。これを機会に、一筆の一部に関する権利を被保全権利とする一筆全部に対する処分禁止仮処分、およびこれに代わる代替措置の可能性、本訴に

---

(1) 幾代通『不動産登記法（新版）』[法律学全集25-II] 28頁（有斐閣，昭和46），我妻榮『新訂民法総則』212頁（昭和40，岩波書店），川島武宜『民法総論』[法律学全集17] 145頁（有斐閣，昭和40年），田中整爾『新版注釈民法(2)』611頁[林良平・前田達明編]（有斐閣，平成3）

## 一筆の一部の土地の所有権移転請求訴訟

おける問題点、などについて再度検討し、この問題の全体像を俯瞰検討してみる意味は少なくないであろう。

まずは、所有権移転登記手続請求訴訟に先だつ当事者恒定のための処分禁止仮処分においては、一筆の一部についての処分禁止仮処分の可否と、それが可とされた場合の登記方法の問題がある。従来は、後述の最高裁昭和28年判決の存在から、本訴前の当事者恒定のための保全処分はなかばあきらめられてしまい、改めて理論的にまとまって検討されることの少なかった問題である。

次に、所有権移転登記請求訴訟における請求の趣旨（判決主文）と分筆登記申請との関係である。分筆登記は、いずれの場合においても所有名義人に代位して行うこととなるが、その場合には当該筆の全隣地との筆界確認が必要であり、この合意による筆界確認において判決主文とは異なる筆界が出現した場合の、判決上での筆界との相違の問題がある。

以下、順次検討する。

### 2. 一筆の一部についての処分禁止仮処分の可否

所有権移転登記手続請求事件においては、通常は事前に処分禁止仮処分を求めることが通例である。なぜなら、従前の登記名義人が所有権を他に移転登記してしまえば、登記の対抗力により原告は新たな登記名義人に対して所有権取得を対抗できなくなるからである。これは、時効取得による場合であれ、売買による場合であれ、同様である。

では、一筆の一部の土地についての処分禁止仮処分は認められるか。これについては現在では、否定する学説も判例もないように思われる。判例は、古くは一筆の一部についての所有権時効取得を否定していたが、後にこれを改め、<sup>(2)</sup>その後取得時効以外の取引についても一筆の一部の

---

(2) 土地の一部についての取得時効は、古くは判例はこれを否定していた（大判大正11年10月10日民集1巻575頁）が、後にこれを改めた（大連判大正13年10月7日民集3巻509頁）。

所有権移転を認めるに至った。<sup>(3)</sup>最高裁も、これを踏襲することを明らかにしている。<sup>(4)</sup>したがって、仮処分決定後の登記方法を問題の外とするならば、一筆の一部の土地についての処分禁止仮処分については法律上の問題点はないと言って良い。

では、そのような仮処分決定を得たとして、その登記は可能であるか。

当該「一部」が「共有持分」である場合には、所有権の一部に関するものであることを明示しての保全処分が可能であるし、これについては登記も共有持分に関するものとして可能である。<sup>(5)</sup>これについても問題はあるまい。

当該一部が、単なる持分権ではなく、具体的に範囲の決まった物理的な一部である場合には、処分禁止を求める範囲（部分）を図面等により特定する限り、当該部分についての被保全権利と保全の必要性が疎明されれば、仮処分命令をだすこと自体には何の問題もない。<sup>(6)</sup>しかし、この仮処分は、そのままでは登記をすることができない。「一筆の一部についての登記」が、前述の共有持分という形式以外には、不動産登記法上では認められていないからである。したがって、仮処分命令を得た後に、仮処分命令に基づいて所有名義人に代位して当該部分の分筆登記を行い、その後に至ってはじめて分筆後の「一筆」についての仮処分登記が可能となるのである。してみると、緊急性と密行性が要求される保全手続にあっては、仮にかかる仮処分命令が発令されても、それは分筆手続が完

---

(3) 大連判大正13年10月7日民集3巻476頁

(4) 最判昭和28年4月16日民集7巻321頁、最判昭和30年6月24日民集9巻919頁、および同解説である三淵『最高裁判所判例解説民事編』（法曹会昭和30年）77頁

(5) 中村巽『不動産の一部に対する処分の制限とその登記方法』「香川最高裁判事退官記念論文集 民法と登記 下」151頁（テイハン、平成5）、香川歩一編『全訂不動産登記書式精義 民事保全関係追補』108頁（テイハン 平成3）

(6) 中村巽 前掲書 152頁

### 一筆の一部の土地の所有権移転請求訴訟

了して保全処分の登記が完了するまでの間は、単に保全債務者に対する命令にすぎず（しかも、密行性の要求から、登記完了までは債務者に対する送達は行われぬ）、所有権移転登記を阻止する何らの実効性もないと言わなければならない。そして、後述するように諸般の事情から分筆手続が歴史的に次第に申請要件が厳格化され、隣接所有者の境界合意がなければ分筆が許されない今日では、実際上は保全債務者に知られることなく、かつ短期間のうちに、分筆手続を行うことは事実上不可能である。してみれば、一筆の一部に関する仮処分が許されるとしても、それは仮処分の目的の重要な要素を占める密行性と緊急性を放棄してのものにならざるを得ないと言わなければならない。したがって、一筆の一部の土地に関する処分禁止仮処分命令とは、所詮机上の空論という外はないのである。<sup>(7)</sup>

してみると、一筆の一部についての処分禁止を求めようとする場合でも、実効性のある登記手続を考えると、一部ではなく当該筆全体についての処分禁止を求めざるを得ないことは明白である。問題はこのような処分禁止仮処分が認められるか否かである。

### 3. 昭和28年4月16日最高裁判決

これについては、既に最高裁のリーディングケースの判例がある。<sup>(8)</sup>

---

(7) 従前の実務書の論述は、おしなべて後述の昭和28年最高裁判決を踏襲して、代位しての「分筆後」の当該土地について「のみ」仮処分の登記を認める。例えば、仲田哲『実務民事保全法 3訂判』（商事法務 2011年）293頁、中村巽 前掲書 152頁。しかし、実務上の要請から言えば、現状では代位分筆後の仮処分登記というのは、「絵に描いた餅」にすぎず、実務家の現場の要請の応えるものとはとうてい言い難い。なお、従前実務により分筆を行う場合には、たとえ代位登記であろうとも、分筆申請書には分割後の土地の地積測量図を添付しなければならない。荒堀稔穂編『Q&A表示登記の実務（上）～表示登記総論、分合筆・地積更正等～』（日本加除出版 平成9）160頁参照

れは一・二審が、筆の一部の権利を被保全権利とする申請において筆全体についての仮処分命令を発したのに対する保全異議訴訟の上告審判決である。この最高裁判決は、原審と原原審とが「右（取得土地）は一筆である本件土地……の一部であるから仮処分の性質上右のような処置（本件土地全部に関する仮処分決定）は止むを得ないもの」と判示したことについては理解を示し、「一筆の土地の一部につき処分禁止の仮処分をしても、土地の一部についての処分を認めていない法制上かかる仮処分の執行としてその禁止を登記簿に記入することが法律上不可能であることを考慮した結果に外ならないものと思われる。」と認めつつ、しかし「仮処分債権者は当該命令正本を代位原因を証する書面として債権者に代位してその部分の分筆の申告およびその登記をすることができるのであるから」として、昭和27年9月19日民事甲308号民事局長回答<sup>(9)</sup>を引用して、「法律上執行不能とはいえない」として、当該部分（一筆の一部）のみに仮処分を限定すべきだとしたのである。

この小法廷判決は、当時の登記実務を前提とするなら、必ずしも首肯できないものではない。この判決の一・二審が筆全体についての仮処分を認めたのに対して、最高裁もその判断に対しては、「筆の一部」についての仮処分登記が「法律上不可能であることを考慮した結果に外ならない」と理解を示しつつ、しかし「実は法律上不可能ではない」ことを示して、原審を破棄して差し戻したものである。つまり、法律上および登記手続上の問題点を正しく把握したうえで、当事者双方の利益考量も考慮して、つまり問題点を正しく認識したうえでの判断であったからである。

この事案では、全土地約120坪のうちの28坪の権利が被保全権利とされており、その意味では、上告理由の「仮処分は被保全権利の範囲内において許されるべき性質を忘れた根拠なき独断」という主張もあながち

---

(8) 最判昭和28年4月16日民集7巻321頁、その解説として三宅「重要判例紹介」（判例タイムズ30号37頁）

無理からぬものとも思える余地があるのである。(ちなみに、この事案では、一審では実体上の権利関係についての争いであって、筆の一部に関する主張はなく、二審に至ってはじめて筆の一部との主張が出されたものごとくであり、上告理由としても全5点の最後として「被保全権利の範囲を超えて仮処分を認容した違法がある」と主張されたのみである。)

この点についての当時の登記実務である昭和27年9月19日民事甲308号民事局長回答は、<sup>(9)</sup>「処分制限命令を得て、この命令正本を代位原因証書として、債務者に代位して分筆等の登記の申請をして、不動産を分割または区分し、債権者は、その旨を裁判所に申し出て当該処分制限命令の対象となっている分割、区分した不動産について所要の処分制限の嘱託登記をしてもらうことができることとなる。」としている。そして、当時の分筆登記手続では、分筆登記申請には測量図の添付こそ必要であったものの、隣地所有者の立会や境界確認は必要とはされていなかった。つまり、この最高裁判決の時点では、測量という作業こそ必要ではあるが、これについては仮処分申請においても対象土地の特定のためには必要とされるであろうから、それ以上の時間と手間を要するものではない。仮処分命令が発令された時点では、あとは次項に述べる通り、仮処分決定を添付して所有者に代位して分筆登記を行い、そのうえで仮処分(嘱託)登記をすればよいのであるから、仮処分債権者にとっては若干の手間と時間を要するとは言いながら、最高裁の判示するように、「実は法律上不可能ではない」という論理は、それなりの説得力を持っていたと言わなければならない。つまり、当時の分筆登記実務は現在に比較して格段に容易であったから、最高裁の判断もあながち不当とはいきれないのである。

---

(9) 浦野雄幸『不動産の一部に対する処分制限の登記の可否』別冊ジュリスト No. 75「不動産登記先例百選 第二版」(有斐閣 1982年)206頁,先例集下1926頁,登記研究59号26頁

ところが、その後の登記実務は、地積更正と分筆登記を巡って厳格化の一途を辿った。これは、いわゆる地面師等による詐欺の防止の為であるといわれている。これは、地積つまり登記簿上表示の土地面積を登記簿上で修正する地積更正によって、土地を実際よりも著しく過大に見せかけて、実際には狭い土地を広く見せかけて高値で売りつける詐欺である。これを防止する方策は、直接的には地積更正をいかにして厳格な手続として、実際にありえない登記簿上面積表示を防止するかという問題であった。このためには、地積更正において隣地所有者の境界同意を義務付けることが必要となるし、それによって違法な地積更正は防止できるはずであった。しかし、その潜脱方法として、自己所有地を分筆することによって詐欺目的地の周囲の隣接地をすべて自己の所有名義とし、もって隣地境界同意を事実上自分ひとりで行うことにより、容易に地積更正の厳格化をすりぬけるという方法が出現する。このために、次項に述べるように、地積更正とあわせて分筆規制の厳格化が必要とされたのである。

#### 4. 最高裁判決後の分筆登記実務の変化

本案判決によって、一筆の一部に関する所有権移転登記手続請求が認容された場合は、その確定により、原告が所有名義人である被告に代位して分筆登記申請ができる。これは処分命令においても同様であって、債権者が債務者に代位して分筆登記申請をすることができる。しかしこれは本来所有名義人が行うべき登記手続を判決等によって代位が認められるだけであるから、確定判決の存在や代位ということによって分筆手続の要件が簡略化される訳ではないことは当然である。このことは、原被告間の判決は原被告間の所有権界を確定するだけであって、当該筆の外周の境界（筆界）についてはなんら効力を及ぼすものでないことから当然であろう。

分筆手続について、神戸地方法務局の例をとってみると、昭和46年10

月の「不動産表示登記事務取扱要領」によって、地積更正には筆界確認書（印鑑証明書添付）が必要とされるようになったが、この時点ではまだ、分筆登記には隣地所有者立会証明書は必要とはされていなかった。<sup>(10)</sup> 分筆登記に「分筆地の隣地所有者全員の境界確認同意」が要求されるようになったのは、昭和54年3月の不動産表示登記事務取扱要領の改正<sup>(11)</sup>からである。これによって、分筆登記申請には隣地所有者の立会証明書の添付（但し、押印は認印でも可）が必要とされるに至った。この改正前は、「分筆」は、当該土地をいくつかに分割するという当該土地だけの問題であり、隣地には影響しない問題であると認識されており、そのために隣地所有者は関係者とはされていなかったためである。これに対して、登記簿上の面積の訂正（実際に合わせての修正）としての「地積更正」については、改正前から隣地の筆界確認書類が要求されていた。これは、地積更正は場合によっては隣地境界を外側に押し広げる可能性があるという意味で、隣地の境界の変更に連結する可能性があるとして認識されていたこととの相違である。ところが、地積更正に隣地の承諾が必要であることを潜脱するために、隣地承諾の必要のない分筆手続を利用して自己所有地をたとえば井桁の9個に分割して、その中央の1個を周囲の隣地である自己所有地の承諾をもって巨大に地積更正し、もって従前の1個の土地を、事実上隣地承諾なしに大幅に面積を増大させる地積更正する地面師などの詐欺的手法が罷り通っていたこと、これを防止するために、前述の不動産表示登記事務取扱要領を改正して、土地分筆登記にも隣地所有者立会証明を要求することとしたこと、は、前述の通りである。

その後、昭和62年3月には「不動産表示登記事務取扱基準」が施行さ

---

(10) 昭和46年10月13日付け登第1752号神戸地方法務局長通知、なお、以下の不動産登記における分筆登記実務については、仮処分申請での疎明から大阪高裁決定にいたるまで、中村光司土地家屋調査士に御教示を頂き、現場測量についても御世話になった。

(11) 昭和54年3月10日付け登第120号神戸地方法務局長通達

(12) れ、ここで分筆残地についても隣接地所有者の同意が原則必要となり、残地部分の辺長の記載、地積更正における筆界確認書の添付、が必要となった。同基準の平成11年10月施行の改正<sup>(13)</sup>では、事務手続はさらに厳格化され、分筆申請においては筆界確認書に隣地所有者の実印の押捺と印鑑証明書の添付が要求されるに至っている。

したがって、昭和54年以前であれば、厳格な筆界確認を経ない簡易な代位分筆登記も可能であったが、現在では次に述べるとおり、この方法は不可能と言わなければならない。

仮に本件で代位による分筆登記申請を行うとすれば、本件係争土地のみについての仮処分決定を得た後、これを代位原因として、本件係争土地を含む当該筆全体の周囲の全隣地所有者に境界立会を求め、境界確認書類に実印の押捺を得たうえでその印鑑証明書を添付して分筆登記申請を行い、その分筆後に仮処分の登記を裁判所からの嘱託により行わなければならない。通常、境界立会と確認には平常の場合であっても数ヶ月を要することは珍しいことではない。仮に境界協定が円滑に進まない場合には、別途の境界確定訴訟や筆界確定手続をしなければならないが、これらを債権者代位によることができるかどうかの問題とともに、仮に可能であるとしても、このような長期作業は債務者に秘しての密行性を犠牲にせざるを得ないし、そもそも仮処分の執行期限内にこれらを完結することはとうてい不可能である。これでは、現在の登記実務を前提とする以上は、昭和28年最高裁判決に言うところの「実は法律上不可能ではない」という説示は、今やその前提を欠いており、現在では「法律上も事実上もまったく不可能である」と言わなければならない。

このように、先の最高裁判決は、当時の登記実務を勸案したうえで、

---

(12) 神戸地方務局長通達 昭和62年1月22日付け不第40号「不動産表示登記事務取扱基準」同年3月1日施行

(13) 神戸地方務局長通達 平成11年5月21日付け不第399号「不動産表示登記事務取扱基準の改正について」同年10月1日施行

## 一筆の一部の土地の所有権移転請求訴訟

一筆の一部の仮処分が執行法上も実現不可能ではないとして原判決を破棄し、これを原審に差し戻した。つまり、最高裁判決のレイシオ・デシデンダイは、「法律上不可能という理由によって認めた原審の仮処分決定は、実は不可能ではない可能性がある。」という点にある。しかしながら、以上のように登記実務が変遷し、分筆登記が格段に厳格化した後は、最高裁が前提としていた「法律上不可能ではない」が次第に「法律上も極めて困難」となり、現在ではもはや「法律上まったく不可能」となってしまった。昭和28年最高裁判決では「法律上不可能ではない」からこそ違法とされた原審等の仮処分決定が、現時点では事実上「不可能」となってみれば、この最高裁判決は根拠を失い、先例としての価値を失うことになると言わざるを得ない。少なくとも、最高裁が前提とした分筆登記の法律上事実上の可能性を検討しない限り、盲目的に最高裁判決の結論に従うことは許されなくなっていたと言わなければならない。

## 5. 大阪高裁平成23年4月6日決定

今回の大阪高裁決定<sup>(14)</sup>は、債権者が債務者から一筆の土地の一部を売買により買い受けたと主張し、予備的に売買後の自主占有の継続によって時効取得したとして、譲渡禁止等の仮処分を申請したのに対して、先の昭和27年民事局長回答や昭和28年最高裁判決を引用したうえで、これを「分筆登記について上記のような厳格な手続が要求されていなかった時期における先例や判例であること、……土地の範囲は、本件土地……の約80%を占めること」から「本件申立はいずれも理由があるというべきである。」として、申立を却下した原審決定を取消し、保証金額決定等のために原審に差し戻した。

原審である神戸地裁は、先の昭和28年最高裁判決を引用して、「確かに、分筆登記に関しては、従前よりも厳格な手続を要するようになって

---

(14) 大高平成23・4・6判例時報2123号43頁

いるけれども、仮処分債権者が代位して分筆登記することが法律上不可能になっているわけではないから、分筆登記手続が厳格化されたことのみから直ちに被保全権利を超えた処分禁止の仮処分が容認されるものではない。」としたうえで、「被保全権利を超えた処分禁止の仮処分を認めなければ保全の目的を達成できないような必要性があるかどうかを個別の事案において判断することが必要」として「具体的危険をうかがうことはできない」として申請を却下していた。これに対して申し立てた即時抗告に対する判断が、先の大阪高裁決定である。

大阪高裁決定も、「一筆の土地の一部についての権利を保全するため、当該一筆の土地全部について処分禁止の仮処分の申立をすることも、原則として、保全の必要性を欠くものとして、理由がないというべきである。」とする。

ここで「原則として」という意味をどう解するかは一つの問題ではある。つまり、例外としては、「一筆の土地の一部についての権利を保全するため、当該一筆の土地全部について処分禁止の仮処分の申立をすることも許される」場合があると解する余地があるからである。具体的には様々な例外が想定されるであろうが、典型的には、当該一筆の土地のほとんど全部の権利を取得した場合が考えられよう。先の大阪高裁決定では、「一部の権利」は一筆の約8割であったが、仮にこれが99%であったりした場合には、どうであろうか。もちろん、それは割合の大小だけではあるまい。ここで大阪高裁が理由としているのは「保全の必要性」であるから、割合的大小だけではなく具体的な保全の必要性に鑑みて判断されることにはなるであろうけれども、その割合自体も保全の必要性の判断にあたっては大きな要素を占める可能性は否定できまい。

次いで大阪高裁決定は、「現行の登記実務においては、……隣地所有者立会の上作成された筆界確認書、立会者の印鑑登録証明書、測量図の提出が要求されることとなる。」として、分筆手続を履践していると「相当の時間を要するばかりでなく、その密行性を保てなくなるおそれ

## 一筆の一部の土地の所有権移転請求訴訟

があり、……仮処分の目的が達成できなくなることも十分に考えられる。」として、前述のとおり原審判断を覆してこれを原審に差し戻したのである。

ただ、ここで考えなければならないのは、大阪高裁決定も「土地の範囲は、本件土地……の約80%を占める」ことから、「残余部分の処分を制限されることにより債務者らが被る不利益は小さいといえることから」申立を理由ありとしているのであって、一般のごくわずかの一部の権利の存在をもって、当然に全体の処分禁止を一般的に認めたものとまでは言いきることができないのである。

## 6. 大阪高裁決定の評価

既に述べた通り、昭和28年最高裁判決は当時の登記実務を勘案する限り、必ずしも不当なものとはまでは言いきることはできない。もちろん、その原審である札幌高裁、原原審である札幌地裁小樽支部の決定も、分筆登記手続が現在よりは容易であったとはいえ、密行性や迅速性を勘案したときには必要に応じて一部権利による全部の処分禁止も保全の必要性として認められるという判断をしたのであって、これまた現場実務をよく承知した判断であったと評価することができる。原審、原原審と最高裁とは、結論を異にするとは言え、処分禁止効の債権者にとっての効果と利益、債務者にとっての不利益と弊害、とを慎重に勘案し、然る上での判断の相違であったとすることができる。

しかし、その後の裁判所実務は、この最高裁判決を、法益の比較考量と登記実務との関連の検討の点を考慮することなく、単に結論のみを金科玉条として、一筆の一部の権利に基づく一筆全部の処分禁止仮処分を認めてこなかった。これは先例の尊重というよりも、先例の結論のみに対する盲従との批判を受けても仕方があるまい。具体的事案を前にしての検討をした先の地裁、高裁や最高裁に比して、その後の裁判所は具体的検討をどこまでしてきたのか、またかかる事案に遭遇した代理人は、

先の最高裁判例の十分な検討を踏まえて具体的事案における個別的主張をどこまで尽くしてきたか、若干の不安を覚えるのである。

筆者も、既に述べてきた通り、この最高裁判決に全面的に異論を唱えるものではない。ただ、この判決は当時の登記実務を前提として、「土地の一部に関する処分禁止仮処分登記が法律上可能である」という見地から仮処分申請を認めなかったのであって、登記実務が変われば当然に判断も変わる余地を残しているものであったと考える。その意味で、今回の大阪高裁決定は、最高裁判決になんら抵触するものではなく、むしろその延長線上で具体的なひとつの先例を創ったと評価すべきではあるまいか。

そもそも、「一筆の一部に関する権利」という点では、前述の通り、大正11年10月10日の大審院判決は、1筆の土地の一部に物権の成立することを否定していた。しかし、少なくとも取得時効については、1筆の土地の一部についての成立を認める他なく、大審院も後に連合部判決でこれを変更しており、さらに時効以外の原因によっても、土地の一部についての物権（たとえば所有権）が成立することを認めるに至っている。この点については、既に判例の確立したところであり、学説上も異論をみない。これは、物権の「成立」そのものに関することであって、その「公示」という技術的な見地から「成立」自体の存否が決せられるものでないことから明らかであろう。取得時効は権利の承継取得ではなく原始取得であるとされるが、そのことを別としても、一筆の一部について権利変動があった場合は、その部分の分筆が、法律上も実際上も可能であるならば、分筆の上で権利変動を公示することが望ましいが、しかし同時に、分筆が実際上不可能である場合には、登記簿による公示機能を犠牲にせざるを得ない。このことは、「公示」は既存の権利変動に仕えるものであって、「権利変動」が公示に仕えるものでないという当然の事実からも明らかであると言えよう。してみれば、本件のような事案においては、保全の必要性和債務者の不利益との比較考量の視点は避け

て通れないものの、ア・プリオリに「一筆の一部の権利に基づく全部の処分禁止はできない」と言いきることには大きな不満を覚えるのである。そしてこの不満は、今述べたテーゼを当然の前提として、安易に事前の分筆を求めようとする、現行実務に関する諸論考に対しても残るのである。

さらに付言するならば、本件事案においては、一筆の一部についての「売買」と「取得時効」とが権利変動の原因である。前者についていえば、当該部分の「分筆」は、「売主」である債務者らの義務であって、それを怠っていたことが、そもそもの本件紛争の原因である、ということが出来る。主位的主張である売買について、分筆にともなう「負担」は本来債務者らの債務であり、これを怠った債務者らに対する本訴請求のための保全にあたって、そのリスクを債権者らに負担させること自体が、そもそも誤りであるといわなければならない。その意味で、保全の必要性と債務者の利益との比較考量においては、債務者の売買対象地以外についても保全の効力をうけることは、債務者にとっての想定内であると言うこともできよう。予備的主張である取得時効については、債務者らの「分筆義務」は原始的にはないと考えることも可能であろうけれども、一方では、時効による権利変動の結果としての権利変動の登記簿への反映義務と考えれば、同様に債務者には分筆登記義務があると考えられることは十分に可能である。債務者らの本来負担すべき義務を、とりあえずいったんは債権者らが手間と費用とを負担し、そうしてでも権利保全をせざるを得ないと覚悟しての申立であったならば、保全範囲の広狭のリスクは債権者らに負担させるべきものではなく、債務者に負担させるべきであるとも言うこともできるのではあるまいか。もちろん、不当な、あるいは正当な理由を欠く超過申立が許されないのは、保全の必要性の原則からして明らかである。しかし、逆にいえば、保全の必要性が存在する限度では、土地の一部であることが一筆全部に関する保全の必要性を一般的に消去するものでないことも明らかである。そうでなけれ

ば、このような事案においては、係争部分が筆全体の極一部であったりするような特殊な場合を除いては、現在の登記実務を前提とする限り、筆全体についての仮処分を認めなければ、本案の請求自体を保全する方策は皆無となってしまふのである。

## 7. 代替的な解決策の検討

本件のような、一筆の一部の権利に基づく一筆全部の仮処分は、保全の必要性等の見地から、常に認められるとは限らない。たとえば、対象地が一筆のごく一部であるような場合、対象地の現状の利用状況から対象地以外の保全が債務者に致命的な不利益を与えるような場合、被保全権利の疎明が十分でない場合、等々には、一筆全部に関する保全が認めたい場合も想定されよう。しかし、そのようなケースにあっても、債権者にとってみれば保全の必要性が失われるわけではない。そのような場合には、一筆全部の保全に代わる、別途の代替策が考えられるであろうか。逆にいえば、別途代替策の存否によって、一筆全部の保全の必要性も考え直さなければならぬかもしれない。

ひとつの便宜的解決としては、登記簿への記入を前提とせずには債務者に対する単なる不作為命令として、一筆の一部についての仮処分命令の発令を求めることが考えられる。これをもってしては仮処分の登記はできないため、債務者が作為的に所有権移転登記をするような場合には実行性確保が困難ではあるが、債務者が裁判所の命令を尊重するならば、登記のない保全命令も意味がないわけではない。さらに、仮に債務者があえて所有権移転登記をなした場合には、悪意の仮処分命令違反の事実が明白であるから、その点でのペナルティ、たとえば損害賠償請求等は容易となろう。しかし、これは強いて言えば、債権者代理人からの内容証明郵便による警告と大差なく、本来の保全処分とはとうてい言い得ない。

さらに、部分的所有権を割合的所有権と考えることにより、所有権の

共有持分について処分禁止をすることが考えられないわけではない。これは、登記としても可能であるし、実効性は登記がない場合に比べれば、遥かに高いであろう。ただ、持分登記は一筆のうちの観念の一部であり、共有持分について登記がなされる以上は、事実上は正常な取引においては残余権利部分についても取引に多大の支障が出ることは明白である。このことは、共有地についての持分の取引が実際上はきわめて困難であることを想起すれば容易に理解できるであろう。したがって、債務者の不利益がまったくないわけではない。さらに言えば、一筆の一部の仮処分ならば、仮処分命令の内容から判断して残地については仮処分の効力のないことが明確であるのに比して、一筆全部についての割合的仮処分であるならば「残地」の概念は存在せず、効力としては全体についての仮処分とさほど変わらず、債務者の不利益は、むしろ大きいとさえいえるかもしれない。(逆に言えば、債務者の不利益があることによって、仮処分の実効性が確保されているということもできる。)

民事保全法による仮処分以外には、不動産登記法108条による仮登記が考えられる。これは同法106条により本登記の順位保全効がある。この仮登記は、旧不動産登記法では32条と33条1項に「仮処分命令」として規定されていたが、民事保全法に基づく仮処分ではなく非訟事件手続法によるものであり、「仮登記原因」の疎明が必要であるが担保提供の必要はない。また、本登記のような対抗力を有しない仮定的な予備的登記にすぎない<sup>(15)</sup>。このため平成16年の不動産登記法の全部改正により「仮処分」の用語を避けて「仮登記を命ずる処分」と改正された。しかし、この仮登記によっても、一筆の一部に関する仮登記は認められて居ら

---

(15) 仮登記については、幾代通『不動産登記法 [第3版]』[法律学全集 25-II] 209頁以下(有斐閣 平成元年)、ならびに、仲江利政『仮登記の効力と本登記手続』、丹野達『仮登記権利者の地位』、生熊長幸『仮登記上の権利の処分』いずれも「不動産登記講座Ⅱ総論(2)」(日本評論社 1977年)、

<sup>(16)</sup> ず、民事保全としての仮処分と同様の問題を生じることとなる。つまり非訟事件として、筆の一部の権利に基づいて、筆全部についての仮登記仮処分の決定を為し得るかという、民事保全と共通の問題である。証明のレベルとしては疎明という点で共通するが、その程度を考える時には、次に述べるような両当事者の利益考量が入ってくるであろう。即ち、仮登記の場合は、担保提供の不存在からくる万一の場合の損害賠償担保の欠落、筆全部に関する処分を禁止されることなく（順位保全効があるとはいえず）仮登記のままでは対抗力も有しないという法的効力の弱さ、起訴命令による抜本解決策の不存否、等が考えられる。

以上の検討によるならば、仮登記処分においても本件と同様の問題点がある以上、本件の問題点は実務上避けて通ることのできない問題であると言わざるを得ない。

## 8. 判決による代位登記—図面と隣地合意筆界との相違の場合

以上は、保全における問題であるが、本訴においても実は問題は残っているのである。保全手続においては、本件大阪高裁決定のように筆全部についての保全登記がなされることによって保全の目的は達成でき、分筆登記の問題はまだ顕在化してこない。しかし、本案訴訟による判決の後には、それまで潜在化していた分筆登記問題が表面化してくる。

本案判決においては、原被告間の所有権境界が既判力をもって確定され、これを根拠として分筆登記と所有権移転登記がなされることとなる。しかし、分筆登記に関しては、この判決は実は、代位の根拠とはなり得ても、分筆登記それ自体の内容には一切触れることはないのである。つまり、分筆のためには、隣接土地全部の所有者との間で筆界確認の必要があるところ、この筆界については、本案判決は一切触れるところが

---

(16) 木村三男・藤谷定勝編著『仮登記の理論と実務』（日本加除出版 平成15年）115頁、および引用の昭和38年1月24日民事甲第157号民事局長回答

ない。つまり、隣地所有者との間で筆界確認ができなければ分筆登記は不可能である。筆界確認のためには、訴訟による境界確定、法務局（正確には筆界特定登記官）による筆界特定（不動産登記法131条）、あるいは土地家屋調査士のADR、等の利用も考えられよう。

問題は、これによって確定された周囲との筆界が、本案判決に示された筆界と相違するときに、判決による代位登記としての分筆が許されるか、ということである。判決は、隣接地番との筆界に関しては、なんらの既判力も確定力も有してはおらず、判決添付図面に周囲との筆界の記載はされるであろうけれども、それが判決の内容をなすものではない。したがって、判決添付図面の筆界と筆界確定図面での筆界との相違が直ちに判決の効力の問題とされる訳ではない。しかし、分筆申請が判決を基礎とする代位によるものである限り、代位原因としての効力はなければならず、その範囲においては判決に示された筆界と現実の（隣地所有者との間で確定された）筆界とがまったく相違している場合には、代位原因となることができるか、という意味での問題は残る可能性がある。

一般的にも、分筆申請においては、添付書類による隣地所有者との筆界確定書類と、法務局備付地図との相違は日常的なことである。してみれば、その相違が異常に大きなものでなければ代位登記においても登記申請受理に問題はないと考えるべきであろう。この点については、不動産登記事務取扱準則25条4項が地図等の精度を定めているため、この精度範囲内であれば、何の問題もないといえる。誤差がこの精度を超える場合は、既存の地積測量図等の過誤であることが考えられるため、一般的には、この訂正を先行させたうえで分筆登記を申請すべきであるとされる<sup>(17)</sup>。しかし、この地積訂正は分筆の前提とすべきではなく、代位によってそこまでの訂正を行う必要性は乏しいのではあるまいか。

ちなみに、大阪高裁平成23年4月6日決定をうけての本案訴訟におい

---

(17) 荒堀稔穂編『Q&A表示登記の実務（上）～表示登記総論、分合筆・地積更正等～』（日本加除出版 平成9）300頁

ては、筆者が原告代理人をつとめて請求の趣旨通りの和解が成立したが、その和解条項では、周囲の筆界の変動を考慮に入れて、「本和解に定める土地所有権境界は、原被告間の所有権境界であって、分筆登記手続にあたって必要とされる本件土地周囲の土地所有権者との境界協定にあたって、本和解で合意された所有権境界にしたがったうえで、周囲土地との境界協定によって先の所有権境界線が変更（延長または収縮）となることを、原告らと被告らは予め了解する。」という条項を挿入している。

それでは、判決に示された筆界が、現実の（関係者によって合意確認された、または筆界確定精度もしくは境界確定訴訟による）筆界と大きく相違し、仮に代位原因としての効力を否定されるに至ったような場合に、その点を補正するために再度の訴訟提起が可能であろうか。これは、事前の準備段階での測量等により、大方の場合は回避可能なことが多いとは思われるが、仮にそのようなケースに遭遇した場合には、前訴の既判力との抵触問題が考えられる。しかし、既判力をもって確定されるのは、原被告間の所有権境界であって、登記名義人所有土地の隣接地との筆界については、前訴判決は触れるところではない。もちろん、原被告間の所有権境界を定めるにあたって、その外延としての筆界が判決（正確には添付図面）に示されることとなるが、それは筆界が既判力をもって確定されるものでないことは明らかであろう。したがって、再度の訴訟提起が必要であれば再訴を妨げないし、当事者間で合意ができるのであれば、訴訟外の和解によることも可能である。

## 9. お わ り に

本件大阪高裁決定を得て思うことは、先例拘束性の考え方についてである。本件においては、地裁決定段階においては昭和28年の最高裁判決は極めて大きな意味を持っていた。しかし、この最高裁判決は、「一部土地の権利をもって全部土地の処分禁止を命じることを許さない」ものではなく、理由を付して、その理由の下に、当該具体的な事件について

処分禁止の保全を認めなかっただけなのである。その意味では、判例集の判決要旨が「仮処分により保全せんとする賃借権が土地の一部について存するに過ぎない場合は、処分禁止の措置は、この部分のみについて講ずべきである。」と書くのは、留保をとどめなかったという意味で表現が正確ではないと考える。そして、この判決要旨が、その後の下級審を過度に拘束してきたとすれば、この「要旨」の罪は決して軽くない。

法律上はもちろん同一事件についての上級審のみが下級審を拘束するのであるが、実際には上級審裁判所、とくに最高裁の判例が下級審、とくに地裁レベルでは圧倒的な事実上の拘束力を持っていることを痛感する。当該事件が上訴された場合に、上級審がどう判断するかは、下級審においても当然に考慮されるべきであろう。そうでなければ、いたずらに下級審判断が多様となり、判例統一と整合性確保のために、余計な上訴の時間と費用とをかけなければならない。しかし事実審である下級審としては、上級審判断が如何なる事実関係の下で、如何なる利益考量の下でなされたのか、それが今回のケースと合致するの否か、その点はずいぶん十分な審理と判断をしてもらいたい。英米法でいうところのレイショ・デシデンダイを再確認してほしい。いたずらに上級審の「結論」や「要旨」のみを金科玉条として、個別具体的な紛争解決を使命とする事実審裁判所の役割を忘れて欲しくないのである。さらには、上級審判断が述べてもいないことを、わざわざ忖度して、上級審判断をいたずらに拡張しないで欲しいのである。<sup>(18)</sup>

---

(18) 行政訴訟というまったく異なる分野ではあるが、行政処分性なしとして訴えを却下した1・2審判決を最高裁が覆し（最判昭和61・2・13民集40・1・1）、差し戻しの1・2審が訴えの利益なしとして却下したのを最高裁が再度覆した（最判平成4・1・24民集46・1・54）八鹿町営土地改良事件について、筆者は同じ意見を述べたことがある。大塚明『行政訴訟における処分性と訴えの利益—八鹿町営土地改良認可事件 結果報告』（日本弁護士連合会「自由と正義」46巻3号1995年）

また、滝井繁男「最高裁判所は変わったか——一裁判官の自己検証」

また、判例の変更と不都合克服の努力は、まず第一に代理人の責任に帰せられるべきであろう。裁判所の判断は、原則として代理人の主張の範囲に拘束されるのが弁論主義の帰結であるし、一審判断が相当でないときには、もちろん依頼者の意向もあるが、上級審である高裁の判断を仰ぐ努力を怠ってはなるまい。そしてその際には、法的理論もさることながら、具体的事実を丁寧に主張立証して、先例に反する事実を指摘し、あるいは先例の射程外であることを説得しなければなるまい。判例集積の責任は、第一に代理人弁護士に帰せられるべきである。<sup>(19)</sup>

実体法と訴訟法と登記法とは、実務家にとってはいわば一体のものであり、これらが相互に関連してくることは珍しくない。しかし、筆者の率直な感想でいえば、研究者の研究領域は個別に独立しており、その間には必ずや溝あるいは隙間があるのである。今回の問題も、本来は研究者において既に研究されていて然るべきであったというのは、筆者の欲張りであろうか。さらに言えば、不動産登記法は民法の物権法と密接な関係があるとはいえ、本来は行政法である。にもかかわらず、研究者の研究分野としては民法学者のテリトリーと考えられており、法務省担当者や法務行政に関与した経験のある裁判官を除いては、行政法研究者からの研究が手薄である。ニッチあるいは狭間の分野についても十分な研究がなされ、その成果が公表されるべきであろう。その意味では、研究

---

(2009年 岩波書店)は、判決後の調査官執筆による最高裁判例解説について、「判例を理解する上で貴重な文献となっている」と評価し、「各解説は、それが判決から直接導き出されるものではなく、推測であることを示す慎重な言い回しがなされている」ことを認めつつ、「下級審の判決のなかには、この判例解説の推測通りに判決の趣旨を理解する……のをみるとこの解説の下級審への影響の大きさを思わざるを得ない」として、この解説が「判例の解釈の幅を限定し、その後の事例に則した法解釈の途を塞ぐものであってはならない」とする。

(19) とはいえ、可能な限りの努力と説得を試みて上訴しても、その大半、否、ほとんどは、徒労に終わって、大きな失望と疲労感だけを残すのも、また事実である。

者には幅広い分野への目配りを御願いたいし、実務家には逆の意味で、現場に即した隙間のない研究が求められていると思うのである。

#### 謝辞

1973年に私が25期司法修習生となって神戸で実務修習をはじめたときに、丹治先生は23期で神戸で登録をされたばかりの弁護士であった。それ以来、丹治先生には先輩後輩としてかぎりない御世話になってきた。私が兵庫県弁護士会長や日本弁護士連合会副会長をつとめたのも、丹治先生の強いお勧めがあったからである。

本学に関しても同様である。丹治先生が神戸弁護士会（現在の兵庫県弁護士会）会長であったときにはじめられた弁護士会と大学との学術交流協定により、弁護士会から神戸学院大学の法学部に継続的に弁護士を非常勤講師として派遣するようになり、私は2000年から法学部学生に法学の初歩を教えることになった。その後、法科大学院の発足により「高齢者障害者問題」を開講するにあたって、丹治先生から勧められて（というよりは命じられて？）私がこの科目を担当することになった。2008年には、専任教授として民事訴訟法を開講することとなったが、これまた丹治先生の強いお勧め（というより命令？）であった。

丹治先生には、弁護士として今日まで多くの教えを頂いてきた。とりわけ刑事弁護については、私はほとんどを丹治先生に負っているといっても過言ではない。そのうえに、私を大学教員という道に導いて頂き、従来にもまして研究活動をひろげるようリード頂いたことに、心からの感謝を捧げる。