

1 筆の土地の一部についての所有権移転 登記請求権を保全する土地全部についての 処分禁止の仮処分と保全の必要性

最高裁令和 5 年 10 月 6 日第三小法廷決定

(令和 5 年(許)第 9 号: 仮処分命令申立て却下決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件)

民集 77 卷 7 号 1631 頁

日比野 泰 久

【事案の概要】

X の申立てによれば、事案の概要は以下のものである。

X (債権者・抗告人・抗告人) の配偶者である A は、B から大阪市内の土地を建物所有目的で賃借していた。この賃貸借契約の際の A の占有部分は、賃借した土地部分にとどまらず、Y₁ (債務者・相手方・相手方) 所有の本件土地①の一部および Y₂ (債務者・相手方・相手方) 所有の本件土地②の一部にも及んでいた。

A は、昭和 40 年 2 月 25 日、B から賃借していた土地を買い受け、所有の意思をもって占有を開始した。その際、A は、「本件土地②の一部 (Y₂ 関係部分)」も賃貸借契約時から占有していたことから、これも合わせて所有の意思をもって占有を開始し、昭和 60 年 2 月 25 日の経過によって、これを時効取得した。

A は平成 20 年 11 月 1 日に死亡し、X が本件土地②の A が時効取得した部分の所有権を相続した。X は、同日、「本件土地①の一部 (Y₁ 関係部

分)」につき、所有の意思をもって占有を開始した。Xは、占有開始の際に、Yらを含む他人から苦情を言われたことはなく、他人の所有を疑わせるような事情もなく、夫であるAを信頼していたことから、上記土地部分が自己の所有に属するとXが信じたことにつき、過失はなかった。Xは、平成30年11月1日の経過によって、Y₁関係部分を時効取得した¹。

Y₁関係部分の本件土地①全体に対する割合は、約9分の4であり、Y₂関係部分の本件土地②全体に対する割合は、約5分の1である。

【Xの申立て】

Xは、「一筆の土地の一部を時効取得し、当該一部についてのみ仮処分をする場合には、土地の分筆が必要であるが、分筆を行えば、保全の密行性を害する上、あらかじめ本件各土地の全体につき、処分禁止の仮処分をしなければ、第三者に対し、本件各土地の一部である時効取得部分について時効取得を対抗することができない」として、以下のような主位的及び予備的申立てをした。

(a) 主位的申立て

Y₁に対し、Xが独自の占有で時効取得した本件土地①の一部（Y₁関係部分）についての分筆・所有権移転登記請求権を被保全権利として、Y₂に対し、Aが時効取得し、Xが相続した本件土地②の一部（Y₂関係部分）についての分筆・所有権移転登記請求権を被保全権利として、本件各土地全体に対する不動産処分禁止の仮処分命令を申し立てた。

(b) 予備的申立て

Y₁に対し、本件土地①のうちXが時効取得した部分に対応する割合的所有権に基づく所有権一部移転登記請求権を被保全権利として、Y₂に対し、本件土地②のAが時効取得し、Xが相続した部分に対応する割合的所有権に基づく所有権一部移転登記請求権を被保全権利として、本件各土

1 原々決定（民集77巻7号1645頁）の記載からは、本件土地①、本件土地②とY₁関係部分、Y₂関係部分の関係が正確に読み取れなかったため、筆者の理解にもとづいて本文のように整理した。

1 筆の土地の一部についての所有権移転登記請求権を保全する
土地全部についての処分禁止の仮処分と保全の必要性

地の時効取得した部分の土地割合に応じた割合につき、不動産処分禁止の仮処分命令を申し立てた。

【原々審の決定の要旨】

原々審（大阪地決令和4・6・15民集77巻7号1645頁）は、Xの（a）主位的申立て、（b）予備的申立てのいずれも却下した。

（a）主位的申立て（分筆・所有権移転登記請求権を被保全権利とする申立て）について

「一筆の土地の一部について不動産処分禁止仮処分を求め、その保全執行をする場合には、当該一部につき、不動産処分禁止仮処分命令を得た上で、当該命令の正本を代位原因と（原文ママ）証する書面として所有権者である債務者らに代位して分筆登記をし、処分禁止仮処分登記をすれば足り、その後に本案訴訟を提起したとしても、本案の債務名義に基づく執行手続において権利を実行することができなくなるおそれがあるとはいえず、また、権利を実行するのに著しい困難を生ずるおそれがあるといえないから、原則として、一筆の土地の全部について不動産処分禁止仮処分を求める必要性があるとはいえない。

これを本件について見ると、Xが、Y₁関係部分あるいはY₂関係部分について、相続又は時効取得によって所有権を取得した事実が一応認められたとしても、それらはいずれも一筆の土地である本件各土地の一部の所有権に過ぎない。また、その所有割合も、本件土地①については、一筆の土地の約5割程度、本件土地②については、一筆の土地の約2割に満たないというのであるから、上記のとおり別途の方法で自己の権利を保全することができる以上、本件各土地全体について不動産処分禁止仮処分を求めることにつき保全の必要性があるとはいえない。他に、本件において、時効取得した土地部分を超えて本件各土地の全体につき仮処分をする必要性を認めるに足る疎明があるともいえない。

以上によれば、被保全債権につき判断するまでもなく、保全の必要性が認められないから、主位的請求にはいずれも理由がない。」

(b) 予備的申立て（割合的所有権に基づく所有権一部移転登記請求権を被保全権利とする申立て）について

「割合的所有権を認めることは、共有持分権と同様に土地全体に所有割合に応じた使用を認めることとなり、結局は時効取得者が所有権を主張する部分以外の土地の所有者に対し、時効取得部分以外の土地についてまでその使用や収益、処分を制限することとなって、合理性を欠く以上、土地の時効取得によって土地全体につき割合的所有権を取得するものと解することはできない。

本件においては、Xが所有権を取得したと主張する本件各土地の一部は、いずれも時効取得を原因とするものであるから、所有権を取得するのは時効取得の基礎となる事実として占有していた部分に限られるため、本件各土地全体に効力を及ぼすX主張の割合的所有権が認められる余地はない。

以上によれば、X主張の被保全債権の疎明があるとはいえないから、予備的請求にはいずれも理由はない。」

これに対して、Xが即時抗告した。

【原審の決定の要旨】

原審（大阪高決令和5・1・18民集77巻7号1650頁）も、Xの(a)主位的申立て、(b)予備的申立てはいずれも理由がないとしてXの抗告を棄却した。

棄却の理由については、原々審の決定「理由」を引用するほか、主位的申立てについては、以下の理由を付加した。

「Xにおいて処分禁止の仮処分により保全しようとする所有権移転登記請求権が、本件土地①と本件土地②という各一筆の土地の一部について存するにすぎないものである以上、これらの部分のみについて処分禁止の措置を講ずればその保全の目的を達するに十分であって、上記保全すべき所有権移転登記請求権の対象土地（以下「本件土地部分」という。）が、それぞれ一筆である本件土地①や本件土地②の一部であるとしても、この一

1 筆の土地の一部についての所有権移転登記請求権を保全する
土地全部についての処分禁止の仮処分と保全の必要性

事により X 主張に係る所有権の目的でない他の土地部分を含めて本件各土地の全体に対して処分禁止の仮処分をする必要があるということとはできない。

そして、本件のように、一筆の土地の一部につき処分禁止の仮処分がされた場合であっても、その一部の土地が全体のいずれの部分に該当するかを明確にしてさえあれば、本件の仮処分債務者である Y らにおいて任意に本件土地部分を分筆しその登記をしないとしても、X は本件の仮処分命令正本を代位原因を証する書面として Y らに代位して本件土地部分の分筆登記を申請することができるから、分筆手続を経た後にあっては、仮処分命令を発した裁判所において本件土地部分に対する処分禁止の仮処分の執行としての処分禁止の登記を嘱託することに妨げはないというべきである（最高裁昭和 25 年（オ）第 44 号同 28 年 4 月 16 日第一小法廷判決・民集 7 卷 4 号 321 頁、最高裁平成 13 年（許）第 29 号同年 12 月 18 日第三小法廷決定・「許可抗告事件の実情」87 頁参照²）。X は、仮処分の密行性を保ちつつ土地測量をして分筆登記をすることは不動産登記実務上不可能である旨主張するが、甲 18 添付資料（東京法務局民事行政部不動産登記部門監修による文献³）の記載内容（一筆の土地の一部についての仮処分について、代位による分筆登記申請と仮処分登記嘱託は同時に提出でき、提出のあった法務局では、即時に分筆登記を行い、分筆後の土地に仮処分登記を行う、ただし、その後、分筆登記に係る現地調査を行い、調査の結果、隣接地の各筆界点についての確認ができない場合には、職権で、「錯誤により抹消」を原因として分筆の登記を抹消することになる、との記載内容）に照らすと、採用できない。そして、以上のことに加え、当審が引用する原決定が説示するとおり、本件土地部分の範囲が、本件土地①につ

2 判例時報編集部編『許可抗告事件の実情（平成 10～29 年度）』（判例時報社、2019 年）87 頁〔富越和厚〕。

3 この「文献」は、東京法務局民事行政部不動産登記部門監修／新井史年（担当）「（相談事例）仮処分決定に基づく代位による分筆の登記の申請と仮処分登記の嘱託について」登記インターネット 10 卷 4 号（2008 年）93 頁以下である（七戸・後掲注 4）655 頁による）。

いては一筆の土地の約5割に、本件土地②については一筆の土地の約2割にそれぞれ満たない程度であり、本件各土地の本件土地部分を除いた残余部分の処分を制限されることによりYらが被る不利益は小さいとはいえないことも併せ考慮すると、本件において、本件各土地全体について処分禁止の仮処分を求めるについての保全の必要性はないというべきである。」

Xは、分筆登記の申請には「地積測量図」の添付が必要とされているが、仮処分の密行性を保ちつつ土地測量をして法定の「地積測量図」を作成することは不可能であることを主たる理由として、許可抗告の申立てをし、原審はこれを許可した。

【決定要旨】

最高裁は、以下のとおり判示して、保全の必要性を否定した原決定を破棄するとともに、分筆の登記ができない又は著しく困難であるなどの特段の事情の有無、本件登記請求権の存在や内容、Yらの不利益の内容や程度等について更に審理を尽くさせるために、本件を原審に差し戻した。

「1筆の土地の一部分についての所有権移転登記請求権を保全するためには、当該一部分について処分禁止の登記をする方法により仮処分の執行がされることで足りるから、当該登記請求権を被保全権利とする当該土地の全部についての処分禁止の仮処分命令は、原則として当該一部分を超える部分については保全の必要性を欠くものと解される。

もっとも、上記一部分について処分禁止の登記がされるためには、その前提として当該一部分について分筆の登記がされる必要があるところ、上記登記請求権を有する債権者において当該分筆の登記の申請をすることができるか否かは、当該債権者が民事保全手続における密行性や迅速性を損なうことなく不動産登記に関する法令の規定等に従い当該申請に必要な事項としての情報を提供することの障害となる客観的事情があるか否かに左右されるから、当該債権者において当該申請をすることができない又は著しく困難である場合があることも否定できないというべきである。そして、

1 筆の土地の一部についての所有権移転登記請求権を保全する
土地全部についての処分禁止の仮処分と保全の必要性

その場合、上記債権者は、上記一部分について処分禁止の仮処分命令を得たとしても上記登記請求権を保全することができないから、当該登記請求権を保全するためには上記土地の全部について処分禁止の仮処分命令を申し立てるほかないというべきである。上記の申立てにより仮処分命令がされると、債務者は上記一部分を超えて上記土地についての権利行使を制約されることになるが、その不利益の内容や程度は当該申立てについての決定に当たって別途考慮され、当該債務者において当該権利行使を過度に制約されないと思えられるだけの事情がない場合には当該申立ては却下されるべきものと解される。

以上によれば、上記債権者が上記登記請求権を被保全権利として上記土地の全部について処分禁止の仮処分命令の申立てをした場合に、当該債権者において上記分筆の登記の申請をすることができない又は著しく困難であるなどの特段の事情が認められるときは、当該仮処分命令は、当該土地の全部についてのものであることをもって直ちに保全の必要性を欠くものではないと解するのが相当である。

以上と異なる見解に立ち、本件各土地の分筆の登記に関する登記官の回答を記載した X 代理人の報告書が提出されているにもかかわらず、当該回答を裏付ける資料による疎明を求めるなどして X が地積測量図等の分筆の登記の申請に必要な事項としての情報を提供することの障害となる客観的事情があるか否かを検討せず、上記特段の事情が認められるか否かについて審理を尽くさないまま、保全の必要性があるとはいえないとして、本件申立てをいずれも却下すべきものとした原審の判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原決定は破棄を免れない。そして上記特段の事情の有無、本件登記請求権の存在や内容、Y らの不利益の内容や程度等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すことにする。⁴

4 本決定の判例評釈として、安見ゆかり「判批」判例秘書ジャーナル文献番号 HJ100194 (2024 年)、高原知明「判批」令和 5 年度重判解 (ジュリ 1597 号) 124 頁、工藤敏隆「判批」法教 525 号 (2024 年) 124 頁、一藤哲志「判批」ジュ

【検討】

1 はじめに

本件は、1筆の土地の一部について時効によって所有権を取得したと主張する者が当該土地の所有権の登記名義人に対し、当該一部分についての所有権移転登記請求権を被保全権利として当該土地の全部について処分禁止の仮処分命令を申し立てた事案である。

1筆の土地の一部について時効によって所有権を取得した者は、当該土地の登記名義人に対し、当該一部分を特定することにより時効取得を原因とする所有権移転登記請求をすることができる⁵。そして、当該一部分についての所有権移転登記請求権を被保全権利として当該一部分について処分禁止の仮処分命令を申し立てることができる。しかし、本件においては、上記の者が当該土地の一部ではなく全部についての処分禁止の仮処分命令の申立てをしたために、当該仮処分命令についての保全の必要性の有無が問題となった。

2 関連判例と登記実務の変容（厳格化）

(1) 最一小判昭和28年4月16日民集7巻4号321頁⁶

これに関するリーディングケースとして、最高裁昭和28年4月16日第一小法廷判決（民集7巻4号321頁（以下「昭和28年最判」という））がある。

事案は、1筆の土地（119坪余）の一部（28坪）を目的物とする賃借権に基づく引渡請求権を被保全権利⁷としてその土地の全部を対象として

リ1599号（2024年）123頁、七戸克彦「判批」民商160巻4号（2024年）653頁、林昭一「判批」リマークス70号（2025年）124頁がある。

5 大判大正13・10・7民集3巻509頁

6 本件評釈として、乾昭三「判批」民商29巻3号（1954年）37頁、小笠原昭夫「判批」保全判例百選（1969年）32頁、河上正二「判批」法協96巻10号（1979年）143頁、安田保男「判批」法研61巻6号（1988年）119頁がある。

7 被保全権利は、罹災都市借地借家臨時処理法2条の賃借権に基づく引渡請求権である。

1筆の土地の一部についての所有権移転登記請求権を保全する
土地全部についての処分禁止の仮処分と保全の必要性

発令された仮処分命令に対する異議の訴え（旧民訴 756 条、744 条 1 項）がなされたものである。

控訴審判決は、賃借権の対象となった「28 坪は 1 筆である本件土地 119 坪 8 合 2 勺の一部であるから仮処分の性質上右のような処置 [= 土地全体についての仮処分] は止むを得ないものと言わなければならない」として、1 筆の土地全体につき所有権の譲渡その他一切の処分を禁止する仮処分決定を認可すべきものとした。

これに対し、上告審判決は、「原審が前説示の如く判示して第一審判決を維持したことは、仮処分の目的を達するに必要な範囲程度を逸脱したもの」として原判決を破棄差し戻した。

[判旨]

「仮処分は請求保全の目的を以てなされるものであり、裁判所はこの目的を達するに十分に必要限度においてのみその処分を定めなければならないこと多言を要しない。果して然りとすれば、X において本件仮処分により保全せんとする賃借権が本件土地の一部 28 坪について存するに過ぎないものである以上、この部分のみにつき処分禁止の措置を講ずればその請求保全の目的を達するに十分であること勿論であってたと右 28 坪が 1 筆である本件土地の一部であるとしてもこの一事により X 主張にかかる賃借権の目的でない他の部分を含めて本件土地全部に対して仮処分をなす必要ありということはできない。原判決が前示の如き理由説明をなして第 1 審判決を是認した所以のものは 1 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と考慮した結果に外ならないと思われる。しかし 1 筆の土地の一部につき処分禁止の仮処分がなされた場合であってもその一部の土地が全体のいずれの部分に該当するかを明確にしてさえあればかかる仮処分と雖も必ずしも法律上執行不能とはいえないのである。すなわち本件についてこれを見れば本件土地の中 X が賃借権を取得したと主張する 28 坪がその全体のいずれの部分に該当するかを明確にしそしてその部分のみにつき

処分禁止の仮処分がなされたとしてこの場合仮処分債務者たる Y（賃借権を対抗せられる土地所有者）において任意右 28 坪を分筆しその登記をしないとしても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務者に代位してその部分の分筆の申告及びその登記をすることができるのであるから（昭和 27 年 9 月 19 日法務省民事局甲第 308 号民事局長回答法務省民事局編民事月報第 7 巻第 10 号 154 頁参照）かかる手続を経た後にあっては、仮処分裁判所において前示 28 坪に対する仮処分の執行としての登記記入をなさしめることにつき何等の妨もないこと明らかである（民訴 758 条 3 項〔現行民保 53 条〕参照。）」

(2) 代位による分筆の登記について

登記請求権を保全するための処分禁止の仮処分の執行は、処分禁止の登記をする方法で行い（民保 53 条 1 項）、処分禁止の登記は裁判所書記官の囑託によるところ（同条 3 項、47 条 3 項）、処分禁止の仮処分の対象が、1 筆の土地の一部である場合に同部分について処分禁止の登記をするためには、その前提として、同部分につき分筆の登記がされていなければならない⁸。昭和 28 年最判は、債権者は、代位による分筆登記という手段によって、権利の対象となる土地の一部について処分禁止の登記を得ることができるから、土地全体について処分禁止の仮処分決定を申し立てることは、自ら有する被保全権利を超える地位を求めものとして保全の必要性を欠くとするものであった⁹。

-
- 8 一不動産一登記用紙の原則との関係上、問題の土地全体のために開設されている登記用紙にその一部に関する処分禁止の仮処分の登記を記入することは認められないから、この登記をする前提として分筆登記が必要となる（野村・後掲注 22）169 頁）。1 筆の土地の一部についてのみ処分禁止の仮処分の登記囑託がなされても、登記所において不動産の表示が登記記録と合致しないとして却下される（不登 25 条 6 号、16 条 2 項）。江原健志＝品川英基編著『民事保全の実務〔第 4 版〕（下）』（金融財政事情研究会、2021 年）294 頁。
- 9 学説は、おおむねこれを支持している。三ヶ月章「戦後の仮処分判例の研究」同『民事訴訟法研究第 2 巻』（1962 年）9 頁以下、山崎潮監修・瀬木比呂志編集代表『注釈民事保全法（上）』（民事法情報センター、1999 年）309 頁〔近藤昌昭〕、武田聿弘「土地の一部に対する民事保全」丹野達＝青山善充編『裁

1筆の土地の一部についての所有権移転登記請求権を保全する
土地全部についての処分禁止の仮処分と保全の必要性

昭和28年最判では、「昭和27年9月19日法務省民事甲第308号民事局長回答」¹⁰が引用されている。これは、「[先例要旨] 1筆の土地の一部に対する処分の制限の登記の嘱託は受理することができないが、債権者が当該命令正本を代位原因を証する書面として、債務者に代位してその部分の分筆の登記を申請することができるので、その分筆の登記がなされた後に当該処分の制限の登記の嘱託がなされたときは、これを受理することができる」¹¹とするものであった。この登記先例によれば、債権者は、①当該部分を図面に具体的に特定して仮処分命令を申し立て、②仮処分命令を得た後に、仮処分命令の正本を代位原因証書として債務者に代位して分筆登記の申請を行い、③これによる分筆登記を経た上で、仮処分裁判所から登記官に対し処分禁止の登記が嘱託されることになる¹²。

分筆の登記の申請に関して、昭和28年最判の当時の土地台帳法（昭和22年施行、昭和35年廃止）は、その29条1項において「分筆をしたときは、測量して各筆の地積を定める。」としていた。この規定からは、分筆の登記がされた後に地積測量図を作成することが許容されていたように思われる¹³。すなわち、この当時においては、分筆登記の添付情報としての地積測量図は要求されておらず、分筆登記の後に提出することも許されていたとされる¹⁴。また、当時の登記実務では、分筆の登記の申請に際し測量図の添付が必要であったものの、隣地所有者の立会いや境界確認は必要とされていなかったとされる¹⁵。このような取り扱いであれば、地積測量図の作成が仮処分の密行性・迅速性を阻害するという問題も生じていなかったであろう。

判実務大系4民事保全法』（青林書院、1999年）127頁など。

- 10 昭和27年9月19日民事甲308号民事局長回答「登記及び台帳事務の取り扱いについて」（先例集下1926頁、登記研究59号26頁）。
- 11 浦野雄幸「不動産の一部に対する処分制限の登記の可否」不動産登記先例百選〔第2版〕（1982年）206頁。
- 12 浦野・前掲注11）206頁以下、七戸・前掲注4）660頁。
- 13 野村・後掲注22）169頁。
- 14 早山眞一郎「（処分禁止）土地の一部についての処分禁止の仮処分」須藤典明＝深見敏正編著『最新裁判実務大系3民事保全』（青林書院、2016年）258頁。
- 15 大塚明「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」神院41巻第3・4号（2012年）109頁、高原・前掲注4）125頁。

(3) 分筆の登記の厳格化——地積測量図の添付

分筆登記の申請の際の添付情報（旧不動産登記法では「添附」「書面」）として地積測量図が要求されるようになったのは、昭和35年の旧不動産登記法改正で81条ノ2が新設されて以降である。同条第2項で「分筆ノ登記ノ申請書ニハ分割後ノ土地ノ地積ノ測量図ヲ添附スルコトヲ要ス」との規定が設けられた。これによって、分筆の申請の際に添付情報として「分筆後の土地の地積測量図」（現行法では、不動産登記令「別表3」8項添付情報欄イ）が要求されるようになった¹⁶。この地積測量図には、分筆前の土地を図示し、分筆線を明らかにし、方位、地番、地積および求積の方法を記載し、かつ、土地の筆界に境界線があるときはこれを、地番区域の名称等とともに記載しなければならない（旧不動産登記法施行規則42条ノ4、現行不動産登記規則77条・78条）。さらに、地積測量図の添付に加えて、その筆界が明確にされたうえで地積測量図が作成されたことを担保するために、現在の実務上は隣地所有者の筆界確認書、立会証明書、印鑑証明書の添付が要求されている¹⁷。

このように登記実務が分筆登記等を巡って厳格化されたのは、いわゆる地面師等による詐欺の防止のためであるといわれている¹⁸。仮処分執行の前提となる分筆の登記の申請に上記のような添付情報が必要となると、仮処分の密行性・迅速性を保ちつつ地積測量図を作成することは、実際には不可能ないし著しく困難であることが問題となる。

(4) 最三小決平成13年12月18日〔平成13年（許）第29号〕許可抗告事件の実情 87頁

このように登記実務が変化し、分筆の登記に地積測量図の添付が必要と

16 野村・後掲注22) 169頁以下、七戸・前掲注4) 661頁。

17 山野目章夫「ビジネス&ロー新しい不動産登記(8)」NBL825号(2006年)60頁、野村・後掲注22) 170頁、早山・前掲注14) 258頁。

18 大塚・前掲注15) 110頁以下。地面師による詐欺の手口についても、同111頁が詳しい。安見・前掲注4) 8頁。

1筆の土地の一部についての所有権移転登記請求権を保全する
土地全部についての処分禁止の仮処分と保全の必要性

されるようになった後の最高裁判例として、最三小決平成13年12月18日〔平成13年（許）第29号〕許可抗告事件の実情87頁（以下「平成13年最決」という）がある。

Xは、Y所有の土地の一部を時効取得したと主張し、時効取得した部分についてYに対する処分禁止の仮処分命令を得た。しかし、法務局において時効取得した土地部分の位置を特定できないことを理由に分筆登記の申請が却下され、仮処分命令に基づく処分禁止の登記はされなかった。そこで、Xは、Y対し、改めて本件土地全体についての処分禁止の仮処分命令を申し立てた。これに対し、原々審はXの申立てを却下し、原審も、1筆の土地の一部分について取得時効が成立したにすぎない場合には、現実に仮処分債権者が分筆登記をすることができないときでも、1筆の土地全体につき処分禁止の仮処分命令をすることはできないとして、Xの抗告を棄却した。

Xは、仮処分が却下されると、本案の権利の実現を達成できなくなるおそれがあるから、1筆の土地の一部についてのみ時効取得した場合であっても、他に方法がない場合は、本案で認められる範囲を超えて保全することができる と解すべきであると主張して、抗告の許可を申し立てた。最高裁は、「所論の点に関する原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は採用できない」として、Xの抗告を棄却した。

平成13年最決は、1筆の土地の一部の時効取得の事案で、また、昭和28年最判と異なり、昭和35年不動産登記法改正で分筆登記申請の添付書面として地積測量図が要求されるようになった後の事件である。この平成13年最決と昭和28年最判との関係について、「同趣旨をいうもの」であり「判例の流れに従った判断をしたもの」とする見解がある¹⁹。しかし、事案の詳細は不明であるが、原審は、「現実に仮処分債権者が分筆登記をすることができないときでも、1筆の土地全体につき処分禁止の仮処分命令をすることはできない」としており、この点からすると、登記実務の厳

19 判例時報編集部編・前掲注2) 87頁。

格化によって分筆登記が困難になった状況を前提としての判断であるようにも思われる。そうであるとする、平成13年最決は、登記実務の変容を考慮したうえでの判断ということになり、本決定との整合性が問われることになろう。

この点について、平成13年最決は、1筆の土地の一部を特定できないために分筆の登記の申請が却下された事案であり、被保全権利である当該一部分についての所有権移転登記請求権の特定ができず、被保全権利の存在を前提とし得る事案ではなかった点で、昭和28年最判とは事案が異なり、登記実務の変容を問題にする必要がなかったとする見解がある²⁰。この見解によれば、平成13年最決と昭和28年最判との間に抵触はないということになる²¹。

20 一藤・前掲注4) 126頁。

21 本事案では、時効取得した部分についてYに対する処分禁止の仮処分命令を得たが、法務局において時効取得した土地部分の位置を特定できないことを理由に分筆登記の申請が却下され、仮処分命令に基づく処分禁止の登記はされなかったとされている。保全実務では、代位による分筆登記を前提に、一筆の土地の一部について処分禁止の仮処分を申し立てる場合には、その一部を分筆できる程度に具体的に特定しておくことが必要であり、通常、物件目録には一筆の土地の所在、地番、地目、地積を記載し、右土地のうち別紙図面○○○○を直線で結んだ範囲内の土地○○平方メートルという形式で記載するものとされている。そして、仮処分命令正本の添付図面と代位による分筆登記申請書の添付図面とが一致しないと分筆登記申請が受理されないことになるため、仮処分申立書に添付する図面は、分筆登記の際に必要な地積測量図（分割前の土地を図示し、分割線を明らかにした分割後の土地の地積測量図。不登令7条1項6号、別表8）と一致させておくべきであるとされる（丹野＝青山編・前掲注9）127頁以下、江原＝品川編著・前掲注8）294頁）。このような実務を前提とすると、仮処分命令の申立てにおいて、目的物の特定のために地積測量図が必要とされているのであるから、被保全権利の存在の疎明との関係であっても、平成13年最決において地積測量図の作成の困難さが問題とされる余地はあったのではなかろうか。

この点について、七戸・前掲注4) 665頁以下でも、「地積測量図は、平成元年制定の現行民事保全法下では、①仮処分命令申立書の添付書面とされているため（民事保全規則23条による同規則20条〔仮差押命令の申立書の添付書面〕1号ロ（2）の準用）、地積測量図がなければ、②代位による分筆登記を申請する際の代位原因証明情報となるべき①仮処分命令そのものが発令されない。」と指摘している。しかし、平成13年最決の事案においては、「時効取得した部分の処分禁止の仮処分命令を得た。」とされており、地積測量図を仮処分命令の申立書の添付書面として提出できたものとも読み取れる。この点につ

1筆の土地の一部についての所有権移転登記請求権を保全する
土地全部についての処分禁止の仮処分と保全の必要性

(5) 大阪高決平成 23 年 4 月 6 日判時 2123 号 43 頁²²

このような状況の中、大阪高決平成 23 年 4 月 6 日判時 2123 号 43 頁(以下「平成 23 年大阪高決」という)が登記実務の変容を考慮して次のような判断を示した。事案は、A (X1 先代) ならびに X2 が、B 所有の土地の一部をそれぞれ買い受け同地上に建物を所有し居住していたことから、X らが、B の相続人である Y らに対し、主的に売買、予備的に時効取得を原因とする所有権移転登記手続を請求するとともに、同登記請求権を被保全権利として、土地全部についての処分禁止の仮処分を申し立てたものである。

原審が昭和 28 年最判を引用して X らの申立てを却下したため、X らが抗告。

大阪高裁は、以下のように述べて、原決定を取り消し、事件を原審に差し戻した。

「1 筆の土地の一部についての権利を保全するため、当該 1 筆の土地全部について処分禁止の仮処分の申立てをすることも、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。

しかしながら、仮処分債権者において、1 筆の土地の一部についての仮処分命令の発令を得た場合、その執行として公示のための登記をするには、当該仮処分命令の正本を代位原因を証する書面として、債務者に代位して当該対象部分の分筆の手続を行い、その上でその部分について仮処分の内容に沿う仮処分登記手続をすることになるのであるが、現行の登記実務に

いて、本決定(令和 5 年最決)における X の「抗告許可申立理由」は、平成 13 年最決の事案を、密行性を保つため不十分な測量しかできなかったために「地積測量図」が不正確で十分な測量ができなかった事案であると推測している(民集 77 巻 7 号 1643 頁)。そうであるとする、不正確ではあるが「地積測量図」は一応添付されており、地積測量図以外の疎明資料もあって仮処分命令がなされたのかもしれない。いずれにせよ、事案の詳細は残念ながら不明である。

22 本決定の判例評釈として、野村秀敏「判批」判評 639 号(判時 2142 号)(2012 年)168 頁。関連する論文として、大塚・前掲注 15)103 頁以下(なお、著者は本件の債権者の代理人弁護士である)。

においては、実際には、分筆手続のためには、すでに地積測量図が作成されているような場合を除いて、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。したがって、仮処分債権者において、仮処分発令後に分筆のための手続を履践していると、測量等に相当な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があり、その間に債務者が土地を1筆ごと転売するなどして、仮処分の目的が達成されなくなることも十分に考えられる。

そして、本件にあっては、X1及びX2の本件申立てにかかる被保全権利については、その疎明はあると認められる。また、『1筆の土地の一部に対する処分の制限の登記の嘱託は受理することができないが、債権者が当該命令正本を代位原因を証する書面として、債務者に代位してその部分の分筆の登記の申請することができるので、その分筆の登記がなされた後に当該処分の制限の登記の嘱託がなされたときは、これを受理することができる。』とする昭和27年9月19日民事甲308号民事局長回答、並びに『土地の一部について（被保全権利が）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。』とする最高裁判所昭和28年4月16日第一小法廷判決・民集7巻4号321頁は、いずれも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、一件記録によると、XらがBから買い受けてそれぞれ占有してきた土地の範囲は、本件土地…の約80パーセントを占めることが認められ、残余部分の処分を制限されることによりYらが被る不利益は小さいといえることからすると、本件申立ては、いずれも理由があるというべきである。』

以上のように、平成23年大阪高決は、昭和28年最判等は「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」であり、本件事件では地積測量図は未作成であり、分筆登記のための測量等に相当の時間を要し密行性を保てず、その間に債務者が土地全部を転売するなどして仮処分の目的が達成されなくなるおそれがあること、また係争地は1筆の土地の約80%を占め、残部の処分を制限されることにより債務者が被る不利

1 筆の土地の一部についての所有権移転登記請求権を保全する
土地全部についての処分禁止の仮処分と保全の必要性

益は小さいことを判示して、昭和 28 年最判に沿って保全の必要性の疎明なしとした原決定を取り消して原審に差し戻したのである。

これに対して、本決定（令和 5 年最決）の原審（大阪高決令和 5・1・18 民集 77 卷 7 号 1652 頁以下）は、「東京法務局民事行政部不動産部門監修による文献」²³の「一筆の土地の一部についての仮処分について、代位による分筆登記申請と仮処分登記嘱託は同時に提出でき、提出のあった法務局では、即時に分筆登記を行い、分筆後の土地に仮処分登記を行う、ただし、その後、分筆登記に係る現地調査を行い、調査の結果、隣接地の各筆界点についての確認ができない場合には、職権で、「錯誤により抹消」を原因として分筆の登記を抹消することになる」との記載内容に依拠して、仮処分の密行性を保ちつつ土地測量をして分筆登記をすることは不動産登記実務上不可能である旨の X 主張を排斥している。同じ大阪高裁の判断がこのように 180 度異なっているのはなぜであろうか²⁴。

上記「文献」によれば、原決定が引用した部分に続く〔解説〕において、「債権者代位による分筆の登記の登記申請情報に立会証明書、官民境界確定図等の境界の確認を証する情報の添付がされていることが望まれ」としつつ、これらの境界の確認を証する情報を添付することが困難であることも想定されるとし、「仮に、これらの情報の添付がなかったとしても、これらの情報の添付は法定添付情報とはなっていないことから、添付されていないからといって即時に却下されることはなく、登記官は、原則として関係者の立会いを求めて実地調査を実施、境界を確認すること」になるとする。さらに、「分筆元地と隣接地との境界が明らかであり、かつ、仮処分がされた一部の土地が分筆元地のどの部分に位置するのか仮処分決定上明らかになっていれば、債務者たる所有者から分筆点についての同意が得ら

23 東京法務局民事行政部不動産登記部門監修・前掲注 3) 93 頁以下。

24 高原・前掲注 4) 125 頁は、保全実務は、平成 23 年大阪高決を意識しつつも、昭和 28 年最判等の論理に沿った運用を原則としており、本決定の原審が保全の必要性を否定したのは、現在においても決して特異な判断ではなかったとする。

れなくとも分筆の登記が認められる」こともあるとする²⁵。この部分からすると、「仮処分の段階で分筆線を一応明確にすることができれば、とりあえずそれに沿って分筆登記を行い、正確な地積測量図はその後に作成されればよい」²⁶ということのようにも読み取れる。しかし、これに続く部分では、土地所有者（債務者）から分筆点について異議があった場合には、土地所有者との立会からは、分筆線の確認はできないが、「分筆前の土地につき隣接土地所有者との間で筆界点の確認ができ、仮処分命令正本に添付されている図面及び分筆の登記に添付された地積測量図（下線は筆者）に基づき、分筆点である各筆界点が現地の各筆界点と合致し、客観的に筆界が確認できる場合には分筆の登記の申請が受理される」ことになるとしている²⁷。そうであるとする、上記「文献」の立場でも分筆の登記の申請に際してやはり地積測量図が必要とされ、これを欠く場合には分筆の登記申請は却下されるのではないかとの疑問が生まれる²⁸。そして、本件（令和5年最決）のXが問題としていたのは、まさに分筆の登記の申請の添付情報として「分筆後の土地の地積測量図」（不動産登記令「別表3」8項添付情報欄イ）が要求されている点であり、仮処分の密行性を保ちつつ地積測量図を作成することは、本件事案の場合には不可能ないし著しく困難であるという点であった。

3 本決定（令和5年最決）の意義とその射程

(1) 本決定の意義

本決定は、昭和28年最判と同様に、土地全部を対象とする仮処分は保全の必要性を欠くとする原則は維持しつつ、平成23年大阪高決と同様の観点から例外を許容し、①債権者が分筆登記を申請することが不可能ないし著しく困難であるなどの特段の事情が認められるときは例外的に土地全

25 東京法務局民事行政部不動産部門監修・前掲注3) 94頁以下。

26 野村・前掲注22) 170頁。

27 東京法務局民事行政部不動産部門監修・前掲注3) 95頁。

28 一藤・前掲注4) 125頁。

1 筆の土地の一部についての所有権移転登記請求権を保全する
土地全部についての処分禁止の仮処分と保全の必要性

部を対象とする仮処分の保全の必要性が肯定される場合があるとし、②その場合には、一部分を超えて土地についての権利行使を制約される債務者側の不利益や程度を別途考慮した上で保全の必要性を判断すべきことを、最高裁として明らかにしたものである。

(2) 特段の事情の有無

例外を認める特段の事情について、本決定は、仮処分の密行性や迅速性を損なうことなく地積測量図等の分筆登記の申請に必要な情報を提供することの障害となる客観的事情の存在を示し、この申請ができないことまたは著しく困難であることを疎明しなければならないとする。分筆登記の申請に「地積測量図」の添付が必要とされている以上、地積測量図を作成するために、土地家屋調査士が本件土地の本件各土地部分を除いた残余部分を含む相手方が所有する隣接地等へ立ち入ることが必要となり、その際、所有者や占有者に無断で立ち入ることはできないであろうから、極秘に測量することは困難であることは容易に推測できよう。山林や原野であれば、密行性を保ちつつ測量して「地積測量図」を作成することは可能であるかもしれないが、市街地や住宅地であればそれはやはり困難であろう²⁹。このような事情は本決定のいう「障害となる客観的事情の存在」ということになろう³⁰。

(3) 債務者側の事情の考慮

本決定は、このような特段の事情が認められる場合には、さらに一筆の

29 Xの「抗告許可申立理由」(民集77巻7号1636頁)参照。

30 これについては、債務者に知られるのを懸念するなどの主観的事情では足りず、地積測量図の作成や登記官との折衝が奏功しないなどの具体的な事情を要するとの指摘がある(一藤・前掲注4)125頁)。登記官との折衝については、本決定においても、「本件各土地の分筆の登記に関する登記官の回答を記載したX代理人の報告書が提出されている」とされており、Xの「抗告許可申立理由」でも「登記官が『官民の筆界が特定できない限り』分筆登記は不可能であると述べている」との記載があることから、登記官との交渉が不奏功であったことが推測できる。

土地の一部を超えて権利行使を制約される債務者の不利益の内容や程度等について別途考慮することを求めている。この考慮によって、当該債務者において当該権利行使を過度に制約されないと認められるだけの事情がなければ、当該申立ては却下されるべきものとされる。

保全の必要性の判断において、このような債務者側の不利益との比較衡量を行うべきかについては従来から議論があった。係争物に関する仮処分において、債務者の不利益は保全の必要性において比較衡量により判断されるべきではなく³¹、担保額の決定において考慮されるべきであるとの見解³²も有力であった。たしかに、通常の係争物に関する仮処分（本件においては1筆の土地の一部についての処分禁止の仮処分）においては、債務者の負担は担保決定において考慮すれば足りるとも言えよう。しかし、被保全権利の範囲を超えて、本来権利行使に何ら制約がない範囲についてまで仮処分の重大な効果が及ぶという場合には、仮処分が認められないことによる債権者の不利益と仮処分が認められることによる債務者の不利益との比較衡量も含めて保全の必要性を審理することも必要であろう³³。

(4) 被保全権利の対象となる土地の割合

債務者の不利益に関して、平成23年大阪高決は、被保全権利の対象となる土地が全体の8割を占め、土地の残余部分が全体の約2割にすぎないために債務者の不利益は小さいと判断して保全の必要性を肯定している。これに対して、本件原決定は、本件土地のXの所有割合がそれぞれ約5割程度と約2割に満たないことを挙げて、保全の必要性を否定している。学説においても、「1筆の土地の小さな部分にのみ被保全権利が認められるにすぎない場合にも、一筆全体について処分禁止の仮処分を許容することは、債務者に与える影響が大きすぎて、結果として妥当とはいえず

31 松本博之『民事執行保全法』（弘文堂、2011年）500頁。

32 瀬木比呂志『民事保全法〔新訂第2版〕』（日本評論社、2020年）215頁。

33 一藤・前掲注4）125頁、林・前掲注4）127頁。なお、平成23年大阪高決について、野村・前掲注22）171頁参照。

1筆の土地の一部についての所有権移転登記請求権を保全する
土地全部についての処分禁止の仮処分と保全の必要性

ないという素朴な感覚は否定できない」という指摘がなされている³⁴。

平成23年大阪高決のように被保全権利の対象となる土地が8割を占める場合は保全の必要性が肯定されるとし、それが6割や7割程度であったとしたらどうであろうか。8割に比べれば債務者に与える影響は大きくなるだろうが、8割との間に明確な区別は見出させないようにも思われる。これに関して、平成23年大阪高決の原審は³⁵、債務者が本件土地を処分するおそれがあるかという観点から特段の事情の有無を具体的に問題とし、債権者ら及び債務者らは数十年にわたって本件土地を放置してきており、この状況に変化が加えられるような具体的危険をうかがうことはできないとして、保全の必要性を否定している³⁶。この観点を逆から見れば、土地の面積の大小にかかわらず、当該土地が処分される具体的な危険が存在するかどうかは保全の必要性を肯定するか否かの基準となり、たとえ、所有割合が2割や5割であっても、保全の必要性を基礎づける債権者にとっての具体的な危険が疎明されれば、保全の必要性が肯定されるともいえるのではなかろうか³⁷。もっとも、本決定（令和5年最決）によれば、「債権者は債務者の権利行使が過度に制約されないことを疎明しなければならない」とされているため、この観点（債務者が当該土地を処分するおそれ）を考慮するとしても、少なくとも5割を超えないものについては債務者の権利行使が過度に制約されるとされる可能性が大きいようにも思われる。

4 最後に

ここでは、もう一度出発点に戻って考えてみたい。1筆の土地の一部分について時効によって所有権を取得した者は、当該土地の登記名義人に対

34 早山・前掲注14) 261頁。

35 神戸地決平成22年7月21日判時2123号45頁。

36 野村・前掲注22)は、結論としては原審決定の方が説得的であるとする。

37 林・前掲注4) 171頁は、考慮要素として、「所在地、地目、地積、評価額などの土地の基本的な属性は当然として、土地全体のこれまでの利用状況や利用に適した立地がどうか、それが処分されずに現在に至っている事情、そして、これらの状況に変化が生ずる具体的危険の有無などの諸事情」を挙げている。

し、当該一部分を特定することにより時効取得を原因とする所有権移転登記請求をすることができる。そして、当該一部分についての所有権移転登記請求権を被保全権利として当該一部分についての処分禁止の仮処分命令を申し立てることができる。この場合に、当該一部分が土地全体の8割であるか2割であるかに違いはない。債権者としても当該一部分についての処分禁止の仮処分が得られればそれで十分なはずである。そうであるとすれば、この場合に土地全体の処分禁止の仮処分ができるかを問題にすることは事柄の本質からはズレているように思われる。問題の解決のためには一部分についての処分禁止の仮処分ができればよいのであるから、その障害となっている分筆登記の手続を改める途を探るべきではなからうか。

分筆登記の手続が厳格化されたのは、いわゆる地面師に対する対策からであるといわれている³⁸。仮処分命令正本を代位原因を証する書面として、債務者に代位して行う分筆登記においては、地面師による分筆登記の濫用というような弊害は考えられないであろう。仮処分手続との関係では、分筆登記の添付情報として地積測量図等を必要とせず、一応分筆線を明確にできれば分筆登記を行い、仮処分の登記後にそれらを提出させるという取扱いによるという方法を使ったとしても、それほど大きな問題は生じないように思われる。そもそも仮処分の登記は本来暫定的なものであるはずであり、確定的な分筆登記による所有権移転登記は本案訴訟の確定判決に基づいてされるべきものであろう。そうであれば、隣地所有者等の筆界確認書等の提出もその段階でなされればよいのではなからうか³⁹。これが可能であれば、「鶏を割くのに牛刀を用いる」というような違和感も払拭されるのではなからうか。

38 大塚・前掲注15) 110頁以下、安見・前掲注4) 8頁参照。

39 大塚・前掲注15) 120頁以下は、本案訴訟の判決が確定したとしても、これに基づいて分筆登記をする際には、隣接土地所有者との間での紛争解決が必要となる場合があることを指摘している。