九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

不動産物権変動における公示の原則の動揺・補遺(1)-(10・完)

七戸, 克彦
九州大学大学院法学研究院 : 教授

https://hdl.handle.net/2324/12542

出版情報：民事研修. 604, pp.2-28, 2008-05-01. 民事研修編集室
バージョン：
権利関係：

論説・解説

不動産物権変動における公示の原則の動揺・補遺（7）

七　戸　克　彦

Ⅰ　序論――我妻論文・補遺
Ⅱ　登記の要件の緩和
　A　登記の実質的要件の緩和
　　1　物権変動の過程に合致しない登記
　　2　物権変動の態様に合致しない登記……（以上604・605・606号）
　B　登記の形式的要件の緩和
　　1　却下事由の有為的操作
　　(1)　新法25条1号の却下事由
　　(2)　新法25条2号・3号・13号の却下事由……（以上607号）
　　(3)　新法25条4号の却下事由
　　(4)　新法25条5号の却下事由
　　(5)　新法25条6号の却下事由
　　(6)　新法25条7号の却下事由
　　(7)　新法25条8号の却下事由
　　(8)　新法25条9号の却下事由……（以上608号）
　　(9)　新法25条10号の却下事由
　　(10)　新法25条11号の却下事由
　　(11)　新法25条12号の却下事由……（以上609号）
　　(12)　理論の発生時期および素地
　　2　登記官の審査の萎縮　……（以上本号）
Ⅲ　不正登記の申請と刑罰法規の適用
Ⅳ　平成期の裁判例の動向
Ⅴ　結語――新不動産登記法と公示の原則

⑿ 理論の登場時期および素地

すでに触れたように，「登記の形式的要件」の用語は，次の２つの内容を有している。その１は，登記官の審査「対象」につき，登記の実体（法）的要件（登記と実体的な権利状態ないし権利変動の過程・態様の合致）と対比されるところの，登記制度上の要請に基づき要求されている手続（法）的な要件（管轄・一不動産一登記記録主義・登記申請意思・登記の連続性の原則など）の意味である（【図表27】②）。その２は，これら実体的要件および手続的要件に関する登記官の審査「方法」，すなわち当事者から提出（提供）された書面（情報）の限りで画一的・定型的に審査されるところの，却下事由の該当性（適式性）の意味である（【図表27】③）。

【図表27】 登記の形式的要件の二義性

<table>
<tr><th colspan="2">審査の「対象」</th><th colspan="6">審査の「方法」</th></tr>
<tr><td rowspan="2">①</td><td rowspan="2">実体（法）的要件</td><td rowspan="3">③</td><td rowspan="3">適式性（却下事由該当性）審査</td><td rowspan="2">A</td><td rowspan="2">職権抹消（旧法149条→新法71条）</td><td>旧法49条１号</td><td>新法25条１号</td></tr>
<tr><td>旧法49条２号</td><td>新法25条２号・３号・13号（新令20条１～８号）</td></tr>
<tr><td>②</td><td>手続（法）的要件</td><td>B</td><td>申請による抹消</td><td>旧法49条３号～11号</td><td>新法25条４号～12号</td></tr>
</table>

だが，③適式性要件に関する旧法49条およびこれを基本的に承継した新法25条各号の却下事由は，登記の①実体的要件ならびに②手続的要件のいずれを審査する制度であるかを明確化した構造になっておらず，その結果，(ア)１つの却下事由の中で，複数の実体的ないし手続的要件が審査され，あるいは，(イ)１個の実体的ないし手続的要件が，複数の却下事由に重複して該当する事態が生ずる。

このうちの(ア)の問題は，上記「登記の形式的要件」の二義性ないし②手続法的要件と③適式性要件の混同と相まって，従前の学説の用語法にいう登記の「実質的要件」（＝①）と「形式的要件」（＝②＋③）の関係を不明瞭なものにした。たとえば中間省略登記の問題は，登記と実体法上の物権変動の不合致の側面（①実体法的要件）を争った場合には，従前の学説に

いう「実質的要件」の問題となるが，その申請を受理あるいは却下した登記官の処分を争う場合には（③適式性要件ないし②手続法的要件），従前の学説にいう「形式的要件」の問題となる。

一方，上記(イ)複数の却下事由への該当可能性の問題は，登記申請の際の審査段階における，職権抹消の対象となる旧法49条２号の規定していた抽象的文言「事件カ登記スヘキモノニ非サルトキ」の限定解釈と，３号以下の却下事由への有為的な「振り替え」操作を生ぜしめた。

この問題は，なされてしまった登記の有効性に関して，①実体法的要件・②手続法的要件を争う場合と，③適式性要件の欠缺を争う場合とで，不服申立方法ないし審理対象が異なることと関係している。

すなわち，なされてしまった登記の抹消手段には，〔Ⅰ〕共同申請（登記名義人がこれに応じない場合には，抹消登記請求訴訟を提起し，確定判決を得たうえでの，判決による登記の単独申請）のほかに，〔Ⅱ〕不動産登記法上の制度である審査請求（旧法152条以下・新法156条以下）と，〔Ⅲ〕行政事件訴訟法上の制度である抗告訴訟（行訴３条，８条以下。ここでは登記官の行った登記処分の取消訴訟ないし無効確認訴訟）があるが，このうちの〔Ⅱ〕〔Ⅲ〕の制度には，以下の２つの制約(a)(b)がある[251]。

(a)　第１に，これらの制度における審理の対象は，もっぱら③登記官が形式的書面審査の限りで行った却下事由判断の適式性の側面に限られ，①実体法的要件あるいは②手続法的要件に関する立ち入った実質的判断は行われない（〔Ⅱ〕および〔Ⅲ〕に関する事案において，事実関係の詳細が不明な場合が多いのは，このことによる）。したがってまた，①実体法的要件あるいは②手続法的要件を争う場合には，〔Ⅱ〕〔Ⅲ〕の制度を利用することはできない。

(b)　第２に，そもそも〔Ⅱ〕審査請求・〔Ⅲ〕抗告訴訟の制度は，登記官の処分を是正するためのものであるから，登記手続上その是正手段が存在していなければ，これらの制度を利用することができない（審査請求に即していえば，登記官が「相当な処分」をすることができる場合（新法156条）でなければ，そもそもこの制度を利用することができない）。そして，③適式性要件を欠く登記の抹消に関しては，すでに見たように，職権抹消（旧法149条・新法71条）の対象となる場合――すなわち旧法49条１号，２号（新法25条１号，２号・３号・13号）の却下事由を看過して登記がなされた場合でなければ，〔Ⅱ〕審査請求あるいは〔Ⅲ〕抗告訴訟は認められ

ない，というのが登記実務・判例の立場であった。

その結果，(a)登記の①実体法的要件あるいは②手続法的要件を争う場合，および，(b)③適式性要件のうち旧法49条3号～11号（新法25条4号～12号）を争う場合には，〔Ⅰ〕申請による登記（共同申請もしくは判決による登記の単独申請）によるほかないのであるが，従前の学説の中には，上記(a)(b)との関係で〔Ⅱ〕審査請求・〔Ⅲ〕抗告訴訟が認められなかった先例・先例を捉えて，登記の「実質的要件」（①）あるいは「形式的要件」（②・③）を欠いていても，なされてしまった登記は「有効」と述べるものがある。

以上の点を確認したうえで，従来の用語法にいわゆる「登記の形式的要件」の側面における，公示の原則の「動揺」ないし「崩壊」現象を整理するならば，以下のようになる。

ア　旧法49条2号の限定解釈

まず，旧法49条2号の却下事由「事件カ登記スヘキモノニ非サルトキ」の解釈に関しては，従来，【250】大決大正2年6月21日（「同法第1条ニ掲クル権利又ハ事項ニアラサルヤ否ヤト謂フカ如キ形式上ノ問題ニ関スルモノニシテ……実質上ノ問題ニ関スルモノニアラサルヲ以テ」），【386】大決昭和6年2月6日（「例ヘハ登記申請カ同法第1条ニ掲クル権利又ハ事項ニ関セサル場合ノ如ク主トシテ申請カ其ノ趣旨自体ニ於テ既ニ法律上許容スヘカラサルコト明ナル場合」）が引用されることが多かった。これらの判例のうち，【250】は，(a)旧法49条2号の適用範囲を不動産登記法の規定に違反する場合（すなわち登記の手続法的要件を欠く場合）に限定するものであり，他方，【386】は，(b)旧法1条（新法では3条）違反の登記能力なき権利・権利変動あるいは客体（不動産以外）の申請のように，当該事案につき個別具体的な判断を行うまでもなく，一見して明白な場合に限定するものである。

しかしながら，第1に，このような旧法49条2号の文言の限定解釈は，上記判例に始まるものではなく，立法当初からのものであった（【247】明治32年11月2日回答の照会内容参照）。

(a)　強行法規（実体法と手続法（登記法）とを含む）違反

のみならず，第2に，上記制限解釈のうち(a)の点に関して，その後の登記実務・判例は，不動産登記法の規定違反の場合（すなわち登記の②手続法的要件の欠缺の場合）に限らず，民法その他の実体法の規定違反の場合（①実体法的要件の欠缺の場合）に関しても，旧法49条2号の却下事由へ

の該当性を認めるようになっている。なお，かかる変化の発生時期に関していえば，当初，明治期の下級審裁判例の中には，登記原因の無効が明白な場合を，旧法49条2号該当事例とするものもあった（後掲【466】）。しかしながら，その後，上記のごとく，大審院判例【250】【386】は，不動産登記法（旧法1条）違反を例示するにとどまり，また，両判例の間の時期に位置する【259】大決大正7年4月30日（売買と同時にしなかった買戻特約の仮登記の申請。民法581条違反）を除けば，戦前において，実体法の規定違反につき旧法49条2号の適用を肯定した事例は，同判例以外に見当たらず，しかも，同判例において問題となった民法581条は，民法典中の条文ではあるけれども，①実体法的要件ではなくして，②手続法的要件を定めた規定とも解される。これに対して，明らかな①実体法的要件の欠缺に対する本号適用肯定例が登場するのは，終戦後の登記実務においてである（【214】昭和28年4月14日通達（民法旧818条違反），【280】昭和29年6月2日通達・【281】同年6月28日通達（いずれも利息制限法違反），【284】昭和30年6月10日回答（民法256条違反）など）。

そして，平成16年新法は，かかる戦後の変化後の立場を立法に反映させ，新令20条8号において，「申請に係る登記が民法その他の法令の規定により無効とされることが申請情報若しくは添付情報又は登記記録から明らかであるとき。」と規定するに至った[252]。すなわち，上記(a)の基準に関しては，「民法その他の法令の規定により無効とされる」場合，すなわち，不動産登記法の規定違反（＝②手続法的要件の欠缺）のみならず，民法その他の実体法規定違反（＝①実体法的要件の欠缺）をも含むところの，およそすべての強行法規違反が，職権抹消の対象となる却下事由となりうることが明文化されたのである。

(b)　一見明白性

だが，第3に，問題は，上記制限のうちの(b)前示判例【386】にいう「明ナル場合」――これを承継した新令20条8号の表現によれば「申請情報若しくは添付情報又は登記記録から明らかであるとき」――の具体的な内容・認定基準の側に存した。この点に関する旧法下の登記実務・判例の態度は，必ずしも一定していない。

まず，審査に供される資料に関していえば，登記官は，権利に関する登記の申請においては，〔α〕申請人が提出した申請情報・添付情報と登記簿記載の登記記録の限りで実体法的要件・手続法的要件を審査すればよく，それ以外の資料を参照する必要はないとされる（提出された戸籍謄本

の限りにおいて申請人が相続人であると判断する点につき【223】大正5年7月27日回答，【389】最判昭和42年5月25日。印鑑証明書の発行者より提出された書面を審査しない点につき【413】昭和31年3月2日通達)。

一方，上記資料の限りでの審査から，実体法的要件ないし手続法的要件の欠缺が判明した場合であったとしても，旧法下の登記実務・判例は，これをさらに，〔β〕欠缺が明らかな場合と，〔γ〕明らかでない場合の2種に分け，前者についてのみ旧法49条2号の却下事由に該当すると解していた。上記判例【386】(相続関係証明書として「提出サレタル戸籍簿ノ記載ニ依リテハ同人ニ相続権ノ存スルコトヲ認メ得サル場合」であるにもかかわらず，旧法49条2号該当性を否定した事案）は，このうちの〔γ〕に当たるが，しかし，いずれの点を捉えて一見明白性を欠くと評価したのか，その理由は結局不明である。【424】最判昭和37年3月16日（未成年者所有の不動産につき偽造書類を用いて移転登記が経由された事案につき，【386】を引用しつつ旧法49条2号該当性を否定）も，同様に〔γ〕の類型に属するが，本件に関しては，登記官に提出された印鑑証明書等の書面の記載から，申請人が未成年者であることが判明するにもかかわらず，一見明白性を欠くと判断されたのか，それとも，印鑑証明書の年齢記載も偽造された事案なのかが明らかではない。【307】最判昭和38年2月19日（二重登記の一方につき未成年者への移転登記がなされた事案につき，【424】を引用しつつ旧法49条2号該当性を否定）についても同様である。

もっとも，従前の登記実務・判例は，〔β〕と〔γ〕とを隔てる基準として，上記戸籍謄本・印鑑証明書といった書面の種類ではなくして，一方において当該資料に関する法的評価の困難性，他方において当該当事者の要保護性や社会意味における重要性といった実質的観点の側に，もっぱら着眼しているように見える。たとえば，かつて上記判例【250】は，「元来登記官吏ハ専ラ形式上ノ事項ヲ調査スヘキモノニシテ重利ノ契約ハ有効ナリヤ否ヤ及ヒ抵当権ノ効力ノ及フ範囲如何ト謂フカ如キ実質上ノ事項ヲ審査シテ申請ノ許否ヲ決スヘキモノニアラス」としていたが，【268】昭和17年7月2日回答は，無尽業法7条違反の行為は私法上の効果に影響を及ぼさないことを理由に登記申請を認めながらも，「登記官吏カ事件取扱ニ際シ明ニ無尽業法ニ違反スルコトヲ知リタルトキハ申請人ニ対シ其ノ旨ノ注意ヲ為ス等適当ナル措置ヲ講スヘキモノト思考致候」とし，さらに，上記(a)強行法規要件の拡張の個所で掲げた【280】【281】は，利息制限法の施行（昭和29年5月15日法律第100号，同年6月15日施行）を受けて発出さ

れたものであった。

ただし，このうちの当事者の要保護性に関していえば，当該事案が(b)一見明白性を欠くとして旧法49条２号（新法25条２号・３号・13号）該当性を否定されたところで，却下事由の重複適用の余地のある旧法ならびにこれを受け継いだ新法の下では，旧法49条３号～11号（新法25条４号～12号）という次善の救済措置が控えている。

イ　旧法49条３号以下の却下事由への振り替え

旧法49条３号以下の却下事由への振り替え先は，旧法49条２号の適用否定事例のすべてに関して，潜在的に問題となりうるものであるが，振り替え先まで明示した最初期の判例は，上記【386】であって，先に触れたように，同判例は，相続原因を証する書面として提出された戸籍簿の記載から申請人に相続権の存することを認め得ない場合には，旧法49条２号ではなく，７号（申請書と登記原因証書の不合致）により却下すべきものとした。一方，戦後の判例では，未成年者を申請人とする登記申請に関する上記【424】【307】が，この場合には親権者の同意書の欠缺を問題とすべきであり，したがって８号（添付書面の不提出）を根拠に却下すべきものとする。

他方，登記先例の側を見てみると，【231】昭和30年７月４日通達は，二重登記の一方に関する移転登記の申請につき，旧法49条２号により却下すべきかとの大津地方法務局長の照会に対して，６号により却下すべきとし，【344】昭和34年10月16日回答は，登記原因を「財産分割」と記載した登記申請につき，２号により却下すべきかとの静岡地方法務局長の照会に対して，４号により却下すべきとし，【382】昭和41年４月22日回答は，自創法３条に基づく国への買収登記がなされている不動産に関する被買収者の相続人の相続登記の申請につき，２号により却下すべきかとの横浜地方法務局長の照会に対して，６号により却下すべきとし，【350】昭和43年４月12日回答は，信託期間修了後に信託期間終了前の日付でなされた無償行為を原因とする登記申請につき，２号または４号により却下して差し支えないかとの大津地方法務局長の照会に対し，４号により却下すべきとし，【352】昭和44年12月11日回答は，同一申請書でなされた土地・建物の登記申請において，建物について保存登記がない場合，２号により却下すべきかとの広島法務局長の照会に対して，また，【355】昭和54年４月４日回答は，数筆分の土地の借賃の合算額を記載した賃借権登記の申請につき，２号により却下すべきかとの大阪法務局民事行政部長の照会に対して，い

ずれも4号により却下すべきとする，というように，戦後の登記先例は，2号却下事由の照会に対して，職権抹消とならない却下事由による処理を指示しており，その逆は存在しない。

ウ　なされてしまった登記の有効性

一方，なされてしまった登記の有効性の問題は，③旧法49条（新法25条）各号所定の適式の書面の不提出（偽造書面の提出その他不適式の書面の提出を含む）それ自体から生ずる無効効果と，かかる適式の書面の要求によって担保されるところの，登記の①実体法的要件・②手続法的要件の欠缺から生ずる無効効果の2つの階層に分かれる。そして，すでに述べたように，〔Ⅰ〕抹消登記請求においては，後者（①および②）に関しても判断が行われるのに対して，〔Ⅱ〕審査請求（抗告訴訟）においては，前者（③）に関する判断しか行われない。

一方，適式の書面の不提出の原因としては，申請人（本人または代理人）の過失に基づく場合と，故意で虚偽の申請書類を作成する場合とがあり得るが，しかし，上記救済手段のうち〔Ⅱ〕審査請求（抗告訴訟）においては，この点に関する実質的判断を行わないので，両者の違い（申請人本人または代理人の悪性ないし帰責性の有無・程度）を考慮することができるのは，〔Ⅰ〕抹消登記請求の場合のみである。

また，とくに代理人申請の場合において，この者が③適式の書面を提出せずに，あるいは①実体法上の代理権もしくは②登記申請代理権なくして登記を行う原因としては，通常型（本人が能力者である場合）の無権代理の事例のほかに，本人が意思能力・行為能力を欠く場合や，本人が譲渡契約の後に死亡してしまった事案（権利能力の喪失事例）も，数多く存在する点に特徴があり，これらの類型の違いにより，処理を異にすべきかも問題となってくる。

(a)　明治期

旧不動産登記法施行前の明治19年旧登記法に関する判例【389e】大判明治28年7月1日は，本人死亡後の申請という手続法的要件の瑕疵は，なされてしまった登記の効力に影響を与えないとして〔Ⅰ〕抹消登記請求を否定していた。

だが，この立場は，通常型（本人が能力者である場合）の無権代理事例に関する【390】大判明治45年2月12日により変更され，「既ニ為シタル登記カ形式上ノ要件ヲ欠クモ実体上ノ要件具備スルノ故ヲ以テ之ヲ適法ナリトシ形式ノ欠缺ヲ不問ニ置クコトヲ得ス何トナレハ斯クスルニ於テハ法律

カ登記ニ付キ形式上ノ要件ヲ設定シ登記申請者ヲシテ之ヲ遵守セシムル所以ノ公益上ノ目的ハ之ヲ貫徹スルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ」との理由で〔Ⅰ〕抹消登記請求が肯定されるに至る。

(b) **大正期**

その後，大正期に入ると，〔Ⅱ〕現行法にいわゆる審査請求（抗告訴訟）に関して，これを職権抹消が認められている旧法49条1号，2号の却下事由に限定する判例理論が登場する。前述したように，その嚆矢となったのが，【392】大決大正5年12月26日（意思無能力者を申請人とする登記）であり，この立場は，その後，【396】大正8年3月20日（未成年者事例），【340】大正12年3月28日（通常型無権代理事例），【398】大決大正13年11月14日（第三者の承諾書を欠く抹消登記），【264】大決大正13年11月15日（隠居者が隠居後に取得した不動産につき家督相続人が経由した相続登記），【265】大決大正15年10月19日（売買契約の登記後1年になされた買戻しの仮登記）へと受け継がれる。

だが，これらの判例は，あくまでも〔Ⅱ〕審査請求（抗告訴訟）の方法による救済を否定するものにすぎず，前示【390】の判示する〔Ⅰ〕抹消登記請求訴訟の方法での救済まで否定するものではない。

なお，その中にあって，【458】大判大正7年6月10日は，登録税逋脱の目的で，抵当権者と競落人が通謀して，少額で不動産を競落したうえ，残金を抵当権者に交付したのに対して，元所有者が，競落人を相手に提起した〔Ⅰ〕抹消登記請求を否定しているが，これは，競売それ自体の有効性が認定されたことによるものであり，その結果，登記に関しても，登録税未納付の瑕疵（旧法49条9号却下事由）がそもそも存在しないとされた事案である（実体的権利関係認定型）。

(c) **昭和初期**

上記2種の救済方法のうち，〔Ⅱ〕審査請求（抗告訴訟）に関して大正期に定立された上記判例理論は，昭和期に入ると，ますます確固たる地位を築いていく。この時期の判例としては，以下のものがある。【385e】大決昭和2年3月5日（登記名義人の前主に対する判決を提出して行った単独申請の登記），【398a】大決昭和2年4月10日（未成年者を申請人とする登記で親族会の同意書の添付がない場合），【398b】大決昭和2年6月14日（未登記建物の保存登記の申請につき所有権証明情報の添付がない場合），【375a】大決昭和2年7月12日（嘱託書・添付書類における建物所有者の表示が登記簿の建物所有者の表示と符合しない場合），【398c】大決

昭和3年4月10日（未成年者を申請人とする登記で親族会の同意書の添付がない場合），【398d】大決昭和4年11月20日（立木の所有権を証する書面の添付なき立木所有権保存登記），【375b】大決昭和5年6月28日（第三者の承諾書の添付なき回復登記），【375c】大決昭和5年10月8日（旧法49条6号・7号却下事由を看過してなされた質権登記），【398e】大決昭和5年12月15日（第三者の承諾書なき回復登記）。

一方，〔Ⅰ〕抹消登記請求に関する昭和期の判例は，なされてしまった登記を有効化する方向に向かい始める。もっとも，その法律構成は，以下に見るように，一様ではない。

第1に，【400】大判昭和9年1月13日（通常型無権代理事例）は，本人の追認を理由に，抹消登記請求を否定する（追認構成）。

第2に，【401】大判昭和10年2月25日は，親子間の利益相反行為であるにもかかわらず特別代理人によらずになされた所有権移転登記は，①未成年者たる子が取消権を行使するまでは一応有効であるとの理由で，抹消登記請求を否定する（不確定的有効構成。なお，同判決は，もし抹消登記請求訴訟の勝訴判決が確定したとしても，これに基づく職権抹消はなされない旨を判示するが，この場合には申請による登記（判決による単独申請の登記）をなすべきことについては，さしあたり争いはない）。

第3に，【230】大判昭和12年8月4日は，無権代理人が行った代位による所有権保存登記につき，本人自ら有効に行えるものであったことを理由に，抹消登記請求を否定している。

第4に，【403】大判昭和18年1月29日は，抵当権設定契約後，本人が死亡した場合の登記申請につき，本人が存命中に行った抵当権設定契約が有効である以上，登記義務自体は存続するから，たとえ抹消を認めたとしても，再び登記を経由しなければならないので，抹消登記請求は認められないとする（登記義務の存在に着眼）。

だが，以上の傾向に対して，第5に，【402】大判昭和15年11月12日は，無権代理人により偽造の承諾書を添付してなされた仮登記につき，登記申請行為に関しては，無権代理の追認に関する適用はないとした。これは，上記第1【400】の追認構成と相容れない。

(d) 戦後

戦後の判例のうち，〔Ⅱ〕審査請求（抗告訴訟）に関する【424】最判昭和37年3月16日，【307】最判昭和38年2月19日，【389】最判昭和42年5月25日については，すでに触れた。

一方，〔Ⅰ〕抹消登記請求（抹消登記に代えて行う移転登記請求を含む）に関する戦後の判例は，(i) 通常型（本人が能力者である場合）の無権代理の事案と，(ii) 本人の死亡（権利能力喪失）および意思無能力・行為能力制限の事案とで，法律構成を異にしている。

(i) **通常型無権代理事例**　まず，通常型の無権代理の事案に関して，【403a】東京高判昭和23年1月30日（上告審）は，登記の有効要件としては，①実体法的要件（登記と実体関係の一致）のほか，②手続的要件を満たす必要があるとしたうえで，その中でも本人の登記申請意思の重要性を説き，その欠缺をもたらすところの偽造書類による登記は，他の比較的軽微な方式違反と異なり，登記が実体上の権利関係に合致していても，無効であるとする。この立場は，登記の手続法的要件につき，その重要性に応じて，欠缺する場合の効果に差異を設けるものである。

だが，その後，この類型（通常型無権代理事例）に関しては，本人の帰責性を問う形で，表見代理構成が有力化する。ただし，その法律構成の内容に関しては，①実体法的要件である物権変動行為に関する代理権を問題とするものと，②手続法的要件たる登記申請代理権を問題とするものがあり，【407】最判昭和29年6月25日は，無権代理人が行った中間省略の移転登記につき，抹消登記に関する申請代理権の授与（＝②）に加えて，登記と実体上の権利関係の一致を理由に，抹消登記請求を否定するのに対して，【414a】最判昭和31年5月22日は，もっぱら①実体法的な物権変動契約に関する代理権を問題としている（なお，同じく①実体法的要件としての物権変動に関する代理権を問題としつつ，民法110条の要件不充足を認定した判例として，【422a】最判昭和36年1月17日がある）。

そして，その後，【425】最判昭和37年5月24日は，①の構成に立って，まず実体法的な物権変動に関する110条の表見代理を肯定し，これに基づき本人に登記義務が生ずるとしたうえで，同義務に基づく登記申請行為も私法関係と解せられる以上，これに110条の表見代理の成立を認めて差し支えない旨を判示するに至る（なお，同判決は，一般偽造文書による登記の場合については，以上の表見代理法理の適用はないとするようであり，この立場は，上記【403a】と軌を一にする）。

ところが，この立場は，【429】最判昭和41年11月18日において微妙に変化する。すなわち，判旨は，「公法上の行為である登記申請行為自体に表見代理に関する民法の規定の適用のないことは，所論の通りである。」として戦前の判例【402】の立場に復帰しつつも，①登記の記載が実体的法

律関係に符合し，②登記義務者において登記を拒みうる特段の事情がなく，③登記権利者において当該登記申請が適法であると信ずるにつき正当の事由がないときには，登記義務者は登記の無効を主張することができないとした。判旨中，①②は中間省略登記に関する判例理論と同様のものであるのに対して（同時期の中間省略登記に関する判例【24】最判昭和41年1月13日，【25】最判昭和42年6月6日，【30】最判昭和46年4月8日との間の判旨の表現の類似性に注目したい），③は従前の表見代理構成の影響を受けている。そして，同判決の立場は，【436c】昭和54年4月17日にそのまま受け継がれた。

(ii) **本人死亡，意思無能力・制限行為能力事例** 以上のように，通常の無権代理に関する判例が，表見代理の規定の参照へと傾斜していったのに対して，本人死亡型および無能力型の類型の判例は，前示戦前の判例理論ないしは中間省略登記に関する判例理論の影響を受けている。

まず，本人死亡後の登記申請に関する【408】最判昭和29年12月17日は，①この登記が事実上の権利関係に合致していることに加えて，②相続人はもともと本人の移転登記義務を承継する地位にあることを理由に，相続人からの抹消登記請求を否定する。判旨①は戦前の判例【230】，②は【403】の法律構成である。また，【411】最判昭和30年9月9日は，①登記手続への相続人の関与の事実から，移転登記が相続人の意思に反するものではないこと，②登記が所有権移転の実体と吻合するものであることを理由に，相続人による抹消登記請求を否定する。判旨①は戦前の判例【400】の追認構成の要件緩和説，②は上記【230】【408】と同様，中間省略登記に関する判例理論と同様の理由づけであるが，【416】最判昭和31年7月27日は，このうちの②の側をさらに推し進め，端的に，登記が現在の真実の権利状態に符合していれば有効である旨を判示する。なお，その後の判例【436a】最判昭和50年7月15日は，二重譲渡の第2譲受人が，本人死亡後に偽造書類を用いて行った登記につき，第2譲受人は背信的悪意者であるから，①登記は実体関係を反映しておらず，②登記申請手続の態様がそれ自体違法と目されることを理由に，第1譲受人の抹消登記請求を肯定している。これも，基本的には中間省略登記の場合と同様の法律構成に立つものといえよう。

一方，意思無能力者・制限行為能力者を申請人とする登記につき〔Ⅰ〕抹消登記請求（抹消登記に代えての移転登記請求を含む）が問題となった戦後の判例は，未成年者に関する【420a】最判昭和35年8月26日の1例

にすぎないが，判旨は，後見人が不動産を売却した後，職務執行停止の仮処分がされた場合，元後見人が行った登記に関して，不動産の売却行為が有効であり，したがって登記が事実関係に符合する以上，本人に（抹消登記に代えての）移転登記を請求する権利はないとする。

以上のように，〔Ⅰ〕抹消登記請求に関する戦後の判例は，(ii) 本人死亡・無能力事例に関しては，中間省略登記に関する判例理論と歩調を同じくするのに対して，(i) 通常型（本人が能力者の場合）の無権代理事例においては，表見代理構成の席捲の後，中間省略登記に関する判例理論との折衷物になって落ち着いた状態にある。ただし，【422a】【425】は，本人の登記申請意思のまったく認められない虚偽文書による登記については，たとえ現在の権利状態と合致していても登記が有効化することはない旨を説示しており，このような本人の関与ないし帰責性の有無・程度への顧慮は，(ii) 本人死亡・無能力事例に影響を与える可能性はある（とくに無能力事例においては，本人に酷な場合がありうる）。以上を要するに，登記の②手続法的要件のうち，少なくとも登記申請意思に関しては，これをまったく欠いた形でなされた登記は，たとえ①実体法的要件（登記と実体関係の合致）を満たしていたとしても，〔Ⅰ〕当事者間の抹消登記請求に屈することとなる（なお，第三者との間の訴訟においても，この手続法的要件の欠缺が証明されれば，対抗力についても否定されることになろう）。

2　登記官の審査の萎縮

もっとも，まったくの偽造書類に基づく登記に関しては，当事者の要保護性が高いとして，〔Ⅰ〕私人間の抹消登記請求のみならず，〔Ⅱ〕審査請求・抗告訴訟の方法による保護の対象にもなると解すべきかに関しては，さらなる考慮が必要となる。

(1)　登記官の国家賠償責任

というのも，審査請求・抗告訴訟に関して登記実務・判例のとる消極的姿勢は，登記官の国家賠償責任(253)に関して生じている現象と，同一の背景に由来するものと考えられるからである。

およそ損害の救済方法には，〔Ⅰ〕金銭賠償と〔Ⅱ〕原状回復（現物賠償）の２通りのものがあるが，登記に関していえば，このうちの〔Ⅱ〕は，登記名義の是正・回復ということになる（【図表28】参照）。一方，登記の場合，請求の相手方は，〔A〕私人（登記名義人・不法行為者な

ど），〔B〕登記機関（登記官・国など）の2方向に分かれ，登記官の国家賠償責任は，そのうちの〔B〕〔Ⅰ〕のカテゴリーに属する。

【図表28】 登記に関する当事者の救済方法

	〔A〕私人に対して	〔B〕登記機関に対して
〔Ⅰ〕損害賠償（金銭賠償）	不法行為責任	国家賠償責任
〔Ⅱ〕原状回復（登記の是正）	抹消登記請求	審査請求・抗告訴訟

戦前の旧憲法においては，現行憲法17条のような国・地方公共団体の賠償責任を認めた規定は存在せず，その結果，国は権力行政作用に伴い生じた責任を負わないとされた一方，公務員個人に関しても，個別法規において，故意または重過失を要件として責任を認める規定が設置されることがあるにすぎなかった。なお，登記官の責任に関しては，旧法が，明治32年の立法当初より「登記官吏カ其職務ノ執行ニ付キ申請人其他ノ者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其損害カ登記官吏ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル場合ニ限リ之ヲ賠償スル責ニ任ス」る旨を規定していたが（旧法旧13条），しかしながら，「故意又ハ重大ナル過失」要件の厳格性によるものか，実際に同条を適用した事例は存在していなかったという(254)。

これに対して，戦後，上記憲法17条を受けて国家賠償法（昭和22年10月27日法律第12号）が制定されると，登記官に対する国家賠償法1条責任の追及事例は年を追って増加し，国家賠償事件全体に占める割合も相当数にのぼるようになった(255)。しかし，その内訳は，先に見たような偽造文書による登記騙取事例において，登記官の注意義務違反を問われた事案が多数を占めている。そこで，こうした実情に対しては，「この種の事案の本質が，公益のための私権の制約・侵害といった問題ではなく，あくまでも私人間の財産的紛争であること，さらにいえば，多くの場合，大なり小なり迂闊な取引当事者の損失をどこまで税金で補填するかという問題であることは，確認しておく必要があるだろう。」「要するに，登記国賠訴訟について考えるにあたっては，抽象的に登記制度への信頼とか被害者保護，あるいは登記官の職務の特殊性を持ち出すだけでは十分ではなく，登記官の行為規範をどのような水準に設定するのか，それを達成するために必要な制度的・人的・物的手当はどのようなもので，それに要するコストはどのようなものか，それを最終的に負担するのは誰か等々の具体的な検討が必要なはずである。」との主張が唱えられることとなる(256)。

【図表28】〔B〕〔Ⅱ〕登記機関を相手に行う原状回復請求であるところ

の審査請求・抗告訴訟についても，以上と同様の事柄が成り立つ。審査請求・抗告訴訟においては，〔B〕〔Ⅰ〕国家賠償のような国庫（税金）支出の問題は生じない。しかしながら，登記の抹消という原状回復効果は，現在の登記名義人および利害関係人に直接的な影響をもたらす点において，金銭賠償である国家賠償責任の比ではない。しかも，上記引用のいうように，紛争の実態の多くが，登記騙取者と「大なり小なり迂闊な取引当事者」との間の「あくまでも私人間の財産的紛争」であるとするならば，制度運用の基本的な方向性としては，紛争解決を〔A〕私人間での〔Ⅰ〕損害賠償または〔Ⅱ〕抹消登記請求に委ねるのが妥当ということになる。

しかしながら，仮に一般論としてそのようにいえるとしても，要保護性が高い者に対しては，ピンポイントで確実な救済が行われる必要があり，謙抑的な制度運用の結果，真に救済が必要な者までも捨象されてしまうような事態は回避されなければならない。

他方において，この問題は，〔B〕〔Ⅰ〕国家賠償法１条の定める「故意又は過失」要件の前提となる注意義務の内容・程度とも関係してくるが，登記官に関していえば，その注意義務の内容・程度は，法令の定める審査権ないし審査義務と，その解釈・運用指針に関する内部的な行政指導である通達等により，画一的に決せられる点に特徴がある。だが，この法令・通達等により規律される登記官の審査権ないし審査義務の内容は，基本的には，登記の真実性担保と，迅速な事務処理による不動産取引の円滑化という，しばしば相対立する２つの要請を，現在の登記所における限られた人的・物的リソースの中で，いかに調和的に実現するか，という観点から設定されるものであり[257]，この本来の目的を逸脱する形で，もっぱら被害者救済のためだけに高度な審査義務が課されるわけではないし，あるいは，逆に，国家賠償責任を回避するだけの目的で，審査義務の程度が低く設定されるようなことがあってはならない。

同じく〔B〕〔Ⅱ〕登記官を相手方とする救済制度であるところの審査請求・抗告訴訟の認められる要件に関しても，これとまったく同様のことがいえる。すなわち，登記実務・判例が結合させているところの，職権抹消の認められる旧法49条１号，２号（新法25条１号，２号・３号・13号）却下事由と，審査請求・抗告訴訟の制度は，それぞれ制度趣旨を異にしているのであって，登記官の審査権・審査義務の内容の具体化規定である前者の運用を，後者の制度趣旨に照らして変更できるものではない。

ところが，わが国の登記官の審査権・審査義務は，第１に，法令の定め

ている規定の内容そのものが，上記制度趣旨に十分に応えるものになっていない。のみならず，第2に，その運用面での問題が，規定の欠陥をさらに拡大化させている。第3に，上記のごとく，とりわけ国家賠償責任との関係では，それが登記官にもたらした極端な萎縮効果のため，審査権・審査義務の内容・程度が，本来の制度趣旨が忘れ去られた形で，歪に改変されている[258]。そして，その際に，審査義務の軽減化を正当化する常套句として用いられてきたのが，「形式的審査権」なる用語であった。

(2) 登記官の形式的審査権

ア 法令上の欠陥

「実質的審査権」「形式的審査権」の用語はドイツ法に由来し，それは，本来的には，登記官の審査の「対象」の違いに関する用語であった（物権行為と債権行為の独自性・無因性を前提に，物権行為のみならず，原因行為たる債権行為の審査をも行うものが「実質的審査権」，物権行為についてのみ審査を行うものが「形式的審査権」）。ところが，わが国においては，この用語が，登記官の審査の「方法」の違いを意味する用語としても用いられてきた（裁判官的な対人審査を指して「実質的審査権」と呼び，書面による窓口的審査を指して「形式的審査権」と呼ぶ用例など）[259]。

しかも，わが国においては，たとえば登記の公信力を論ずる際に，次のような説明がなされることが一般的であった。すなわち，「登記官に実質的審査権を認めるドイツと異なり，登記官に形式的審査権しか与えられていない日本において，公信力を認めることはできない」。

だが，実際のドイツにおいては，登記官の審査の「対象」のみならず，審査の「方法」に関しても「形式的審査主義」すなわち窓口的な書面審査主義がとられている。この点に関しては，そもそもわが国の登記制度が，まさにそのドイツ法を継受したことを想起するならば，両国が同一の主義をとっていることに，容易に思い至るはずである。

ドイツ法と日本法の相違を正しく言い直すならば，両国の法制度の違いは，同じ書面審査主義をとりながらも，登記官の審査に供される書面の種類・内容の側面において，ドイツのほうが格段に優れている点に求められる。すなわち，ドイツにおいては，無因性原則にもかかわらず債権契約証書の提出も義務づけられ，しかも，物権契約証書・債権契約証書のいずれについても，公正証書でなければならない[260]。なお，フランスにおいても，意思主義にもかかわらず，登記申請の際には，公正証書の提出が義務づけられている[261]。

以上を要するに，わが国の登記制度が実体関係を反映する蓋然性が低いのは，登記官の審査「方法」につき「形式的審査主義」がとられているからではなくして（同様の主義は母法ドイツでもとられている），第1に，その形式的審査に供せられる書面の実体関係を反映する蓋然性の低さに由来する。そして，この点が，上記第1の，わが国の登記官の審査権・審査義務の内容に関する，法令の定めそのものの有する欠陥である。

イ　運用上の欠陥

一方，第2の点，すなわち，わが国の「形式的審査主義」の運用の側面における問題とは，法令の定める「形式的審査権」に関する具体的な解釈指針となるところの通達等において，その内容を縮小・軽減化させる方向での解釈が示されることが多い点である。

法令の定める「形式的審査主義」の具体的内容が，現場の運用によっていかに変化するかに関して，以下では，第1回日韓パートナーシップ研修における中本昌彦報告「虚偽申請と登記官の審査権限」に対する韓国側の反応について引用しよう(262)。

中本報告が取り上げた千葉地判平成11年2月25日判例地方自治197号18頁は，登記官の審査権限の内容につき，次のように判示する。「登記官の審査すべき対象は，登記申請書及び附属書類について，当該登記申請が形式上の要件を具備しているかどうかという形式的事項にとどまり，進んでその登記事項が真実であるかどうかにつき実質的審査をする権限を有するものではないことは明らかである（最判昭和35年4月21日〔＝【294】〕）。」「そして，審査対象を右のように規定するのは，登記官の主観の混入を排除して迅速的な登記事務処理を図る趣旨であり，また，現行法上，登記官が登記申請に係る実質的事項について調査する権限・制度が認められていないことからすると，その審査の方法は，原則として，当該申請書及び附属書類の形式的真否を登記申請書，附属書類，登記簿，印影の相互対照等によって判定すべきであって，申請のため窓口に出頭している者やその他の者の口頭による審尋の結果などその他の資料は審査方法として用いるべきではないと解するのが相当である。」「しかしながら，現在の不動産取引または社会生活において，不動産登記制度は単に登記申請に基づく形式的な不動産の権利関係を公示するのみならず，不動産登記に係る権利関係が実体の権利関係に符合するものとして，安全・円滑な不動産取引を実現させるための指針としての機能を有していることに鑑みると，登記事務処理においても，登記官が，登記審査の過程において職務上知り得た資料から

すると，当該登記申請書またはその附属書類の形式的真正に明白な疑義が生じた場合には，例外的に，それらの事実を当該登記申請書またはその附属書類の適法性の判断の一要素とすることができ，その結果，当該登記申請につき不動産登記法49条に定める却下事由があると判断されたときは，当該書面の補正を命じ，右補正がなされないときは，当該登記申請を却下すべき注意義務があると解するのが相当であり，かかる場合においても，これらの資料を判断の基礎とする審査方法を採用できないとすると，前示の不動産登記制度の機能に反するばかりか，実質的に登記官に不実，無効な登記を強要することにもなり，非合理的であることは明らかである。」

だが，判旨中に引用される判例【421】のほか，登記実務も，審査資料を申請人の提出した書面と登記簿のみに限定し，それ以外の資料を用いた審査を認めていない（【413】昭和31年3月2日民事局長通達）。それゆえ，報告者は，上記判旨が説示するような申請書等以外の資料を審査資料とすることができるか，という形の討論を想定していた。ところが，韓国側の反応は，予想外にも，「『韓国において千葉地方裁判所のような事例があった場合，その通報（又は申出）により虚偽の申請である疑いが生じるので，登記官は電話等によりその真偽を確認する必要があるし，その結果虚偽申請であると判明した場合は当然却下することとなる。にもかかわらず，日本ではそのような疑いの高い申請を何故受理し，登記を完了してしまうのか。』というものであり，我々への韓国側からの質問はその点に集中した。」というのであった(263)。

韓国では，かつて適用されていた日本の不動産登記法を受け継いで，わが国とほぼ同様の内容の形式的審査主義が採用されている。にもかかわらず，このような意識の相違が生じた理由は，もっぱら制度の運用（形式的審査主義を定めた規定の解釈）の側にある。

ところが，従来の議論においては，(ア)実質的審査主義をとるか形式的審査主義をとるかという法令レベルの問題と，(イ)形式的審査主義の具体的運用レベルの問題とが，混同される傾向にあった。

(3) 「形式的審査権」の運用実態

そこで，この点に関する混同の実情を見るために，判旨あるいは当事者の主張において，「実質的」「形式的」審査権の用語を使用し，または審査の内容に立ち入って言及している判例・先例を改めて拾い直してみると，次のようになる。

【図表29】「実質的」「形式的」審査の語の登場する判例・先例

【245】	明治33年8月8日回答（前掲）	登記申請
【466】	宮城控決明治42年7月24日最近判例集5巻152頁	抗告（旧）
【467】	大判明治44年5月25日刑録17輯959頁	詐欺
【468】	函館控判明治44年10月26日新聞756号27頁	抹消登記請求？
【469】	大判明治44年11月17日民録17輯669頁	漁業権登録抹消請求
【470】	大判大正2年6月16日民録19輯637頁	土地明渡請求
【250】	大決大正2年6月21日（前掲）	抗告（旧）
【251】	大正2年6月30日回答（前掲）	登記申請
【471】	大判大正2年7月2日民録19輯598頁	土地明渡請求
【472】	大決大正3年11月3日民録20輯881頁	抗告（旧）
【392】	大決大正5年12月26日（前掲）	抗告（旧）
【395】	大決大正7年10月14日（前掲）	抗告（旧）
【473】	大決大正8年1月16日民録25輯43頁	抗告（旧）
【260】	大決大正8年8月28日（前掲）	抗告（旧）
【474】	大決大正9年11月24日民録26輯1790頁	抗告（旧）
【475】	大判大正10年3月24日民録27輯678頁(264)	船舶登記抹消請求
【476】	大決大正10年5月25日民録27輯972頁	抗告（旧）
【477】	大判大正10年7月11日民録27輯1378頁	仮登記抹消請求
【478】	大決大正11年9月11日新聞2043号23頁	抗告（旧）
【340】	大決大正12年3月28日（前掲）	抗告（旧）
【362a】	大判大正12年7月23日（前掲）	競売申立取下請求
【479】	大決大正14年9月22日民集4巻467頁	抗告（旧）
【265】	大決大正15年10月19日（前掲）	抗告（旧）
【480】	大決昭和4年9月25日大審院裁判例3巻民109頁	抗告（旧）
【386】	大決昭和6年2月6日（前掲）	抗告（旧）
【481】	大判昭和15年4月5日新聞4563号12頁・評論29巻諸法330頁	公正証書原本不実記載
【482】	昭和28年4月25日民甲697号民事局長通達先例集下2025頁	登記申請
【413】	昭和31年3月2日通達（前掲）	登記申請
【483】	昭和31年11月2日民事局長事務代理通達先例集追Ⅰ757頁	登記申請
【388b】	最（3小）判昭和32年9月17日民集11巻9号1555頁(265)	移転登記請求
【294】	最（1小）判昭和35年4月21日（前掲）	登記処分取消請求
【484】	最（1小）判昭和35年7月14日民集14巻9号1755頁(266)	抹消登記請求
【485】	昭和35年7月26日民甲1897号民事局長通達先例集追Ⅲ267頁	登記申請

【235a】	最（1小）判昭和36年3月16日（前掲）	火災保険金請求
【486】	最（1小）判昭和36年3月30日刑集15巻3号605頁	公正証書原本不実記載
【487】	最（1小）判昭和36年4月28日民集15巻4号1230頁(267)	抹消登記請求
【237】	最（3小）判昭和37年1月23日（前掲）	登記処分取消請求
【424】	最（2小）判昭和37年3月16日（前掲）	異議（旧）
【425a】	最（1小）判昭和37年9月13日（前掲）	移転登記請求
【488】	昭和37年10月4日民甲2804民事局長回答先例集追Ⅲ994頁	登記申請
【489】	最（1小）判昭和43年6月27日訟務月報14巻9号1003頁	損害賠償請求（国賠）
【490】	最（1小）判昭和43年6月27日民集22巻6号1339頁(268)	損害賠償請求（国賠）
【491】	最（大）判昭和45年7月15日民集24巻7号771頁(269)	供託処分取消請求
【492】	最（1小）判昭和45年7月16日判時605号64頁	抹消登記請求
【434】	最（大）判昭和46年4月21日（前掲）	損害賠償請求（国賠）
【319】	最（2小）判昭和47年6月2日（前掲）	移転登記請求
【493】	最（1小）判昭和50年2月13日民集29巻2号83頁(270)	建物収去土地明渡請求
【494】	最（1小）判昭和62年7月9日民集41巻5号1145頁(271)	登記処分取消請求
【495】	最（3小）判平成7年1月24日判時1523号81頁・判タ874号130頁	損害賠償請求

ア 戦前

(a) 明治期

登記官の審査権に関する最初期の登記先例である【245】は，「5年以上共有権ヲ分割セサル契約ハ無効ナレトモ登記官吏ハ契約ノ有効無効ヲ審査スルノ責任ナキカ故ニ無効ノ契約ト雖モ申請アレハ受理セサルヲ得サル可シ」としていた。しかしながら，この立場は，【284】昭和30年6月10日回答により変更され，しかも，平成16年新法の立法担当者は，その却下事由を職権抹消の対象となる新令20条8号と解している(272)。

【466】は下級審裁判例であるが（事案は【247】と同様，処分禁止の仮処分登記後の登記申請を旧法49条2号により却下したもの），登記官の審査権限の範囲ならびに旧法49条2号の抽象的文言に関して判示した最初期の例として引用しておく。「登記官吏ハ登記原因ニ付キ実体上ノ審査ヲ為ササルヲ本則ト為スト雖モ登記官吏ハ登記ヲ為スニ当リ登記簿ノ記載ヲ調査スヘキ職責ヲ有スルモノナレハ登記原因ノ無効ナルコト登記簿上明白ナル場合ニ於テハ之カ登記ヲ為スヘキニアラサルコト勿論ニシテ前示法条ニ『事件カ登記スヘキモノニ非サルトキ』トアルハ斯ノ如キ場合ヲモ包含スルモノトス」。

一方，【467】は，「登記官吏ハ其職権ヲ以テ登記申請者ノ申告シタル課税標準ノ価格ヲ調査シ之ニ課税スルノ権限ヲ有スルモノナルヲ以テ」，不相当の標準価格を申告し，これによって登録税の免脱を得たとしても，詐欺罪（刑法246条２項）を構成しないとする。

以上に対して，【468】は，偽造書類による登記の事案につき，審査義務を否定するが，しかし，引用判旨後段は，なされてしまった登記は実体関係に合致する限り有効とするものである。「登記官吏ハ証書ノ内容ヲ審査スル職責ナク苟モ登記法ノ要求スル証書ノ形式ヲ備フレハ之ニ基キ登記スヘキモノニシテ右証明書ハ仮令偽造ナリト雖モ其形式ニ於テ欠クル所ナキヲ以テ登記官吏カ之ニ依リ所有権保存登記ヲ為シタルハ固ヨリ当然ニシテ而モＡハ真実該建物ノ所有権ヲ有シ実質的事実ニ吻合スルヲ以テ該保存登記ヲ無効トスヘキ謂ナシ」。

なお，【469】は，漁業権・入漁権の登録に関する事案であるが，登録管理の審査内容は，不動産登記と変わるところがないとして，その審査内容につき，次のように述べる。「登録官吏ハ登録ノ申請カ苟クモ形式上ノ要件ヲ具備スルニ於テハ其申請ヲ受理シテ登録ヲ為スノ義務アリ如何ナル場合ニ於テモ自カラ権利ノ存否其内容範囲如何ヲ判断シテ登録ノ申請ヲ許否スルコトヲ得サルハ不動産ニ関スル登記ニ於ケル登記官吏ノ地位ト全然同一ニシテ此点ニ関シテ両者間何等区別ノ存在スルモノニアラサルハ登録行為ノ性質上毫モ疑ヲ容レサル所ナリ」。

(b)　大正期

【470】は，登記名義人を所有者と信じた買主に過失はないとして，民法162条２項の10年時効を肯定した事案であるが，判旨は，登記簿の公簿としての信用性を述べる際に，登記官の「形式」的審査を，積極的意味において論じている。「登記簿ノ記載ハ登記官吏カ登記願書売買証書等ノ附属書類ニ基キ職権ヲ以テ形式上ノ調査ヲ遂ケ之ヲ為スヘキモノナレハ登記簿ノ記載ニ依リＡＢ両名カ所有権ヲ取得シタル事実ヲ知了シ得ル以上ハ此記載ヲ真実ナリト信用スヘキハ当然ニシテ此外ニ尚登記願書売買証書等ノ記載ヲ調査セサルモ之ヲ以テ過失アリト云フヲ得ス」。

これに対して，【250】は，すでに見たように，旧法49条「２号ニ『事件カ登記スヘキモノニアラサルトキ』トアルハ同法第１条ニ掲クル権利又ハ事項ニアラサルヤ否ヤト謂フカ如キ形式上ノ問題ニ関スルモノニシテ右ニ示シタルカ如キ実質上ノ問題ニ関スルモノニアラサル」との限定解釈によ

り，抗告の方法による救済を認めなかった事案である。

一方，【251】は，隠居者の財産留保の有無は「登記官吏ノ審査権ニ属セス」として，家督相続人の相続登記の申請，隠居者の保存または処分の登記の申請のいずれを問わず，「登記官吏ハ其申請カ形式上登記法ノ規定ニ反セサル以上ハ之ヲ受理スヘキモノトス」とし，また，隠居者が登記を経由した場合に，家督相続人が留保財産でないことを疎明して家督相続登記の申請をしたとしても，「登記官吏ハ疎明ニ依リ留保ナキコトヲ調査スルコトヲ得ス」との理由で，申請を却下すべきとする。

【471】も，上記【470】と同様，短期時効の無過失要件に関する事案であるが，上告理由は，登記官の審査内容につき，次のように述べていた。「登記官吏ハ唯登記簿ニ記載ノ所有者ノ氏名及其印鑑ト登記申請人ノ氏名及其印影ト対照シテ相違ナキコトヲ認メタルトキニ登記ヲ為スモノニシテ該申請人ハ有夫ノ妻ナルヤ又ハ禁治産ナルヤ否ヤハ知ラサルコトヲ通例ト為ス斯ル場合ニ登記官吏ハ無過失ナリト雖モ登記申請人ハ其相手方ノ能力如何ヲ知ルノ責アリ」。

【473】は，登記官の行った説示に関する事案である。共有者の１人が持分を放棄したため，その持分が民法255条により他の共有者に帰属した場合には，持分取得登記をすべき旨を説示して，持分登記の抹消の申請を却下したのに対し，抗告人は，これは登記の形式を強要するものであると主張。しかし，原審は，「登記官吏ハ登記申請ヲ受理スルニ際シ其申請カ形式上適法ナルヤ否ヤヲ調査スル職責ヲ有シ登記申請ニシテ形式上欠缺スル所アランカ之カ欠缺ヲ補正セシメ又ハ其申請ヲ却下スルコトヲ要スルモノナルヲ以テ前記ノ如ク適法ナル申請方法ヲ摘示シタレハトテ何等妨クル所ナシ」とし，判旨も「共有者ノ一人カ其持分ヲ抛棄シタル場合ニハ登記ノ抹消ヲ申請スヘキモノニアラスシテ其持分ノ帰属者ヨリ持分ノ抛棄ニ基ク権利取得ノ登記ヲ申請スルヲ相当トスル旨説示シテ登記ノ抹消ノ申請ヲ却下スルハ抹消ノ申請ヲ許スヘカラサル理由ヲ説明スルニ止マリ取得登記ヲ強要スルモノニアラサルコト明瞭ナレハ之ト同趣旨ニ出テタル原決定ノ説明ハ正当」とする。

【392】は，すでに見たように，意思無能力者Ａを申請人とする登記につき，抗告の方法での救済を否定した事案であるが，抗告人は，次のように主張していた。「京都地方裁判所ハ当該登記官吏ハ申請書自体ニ徴シ申請人ノ資格並ニ能力ノ有無ヲ調査スヘキ義務アルモ其実質ヲ調査スヘキ義

務ナキヲ以テＡカ登記申請当時無能力ナルコト同人ノ戸籍謄本ニ徴シ明瞭ナルモ本件登記申請書ニハ申請人Ａト而已記載アリテ其生年月日等無能力ノ有無ヲ判定スヘキ記載ナキ以上当該官吏ニ於テ一応能力アルモノト認メ右申請書ヲ受理シ之ニ基キ本件登記手続ヲ為シタルハ適法ナリトシテ抗告却下セラレタリ」「然レトモ……登記申請者ノ申請者本人ナリヤ否ヤハ職権調査事項ニ属シ従フテ其申請者ノ資格ノ有無ハ実質調査事項ニアラスシテ形式調査事項ニ属スルヲ以テ当該官吏ハ申請書自体ニ付キ申請者本人ナリヤ否ヤヲ確メ其能力ノ有無ヲ定ムヘキ義務ヲ有スルモノナルニ拘ハラス京都地方裁判所ハ斯ル調査ハ実質調査事項ニ属シ当該官吏ハ之等ヲ調査スヘキ義務ナシトシテ抗告却下セラレタルハ法律ニ違背シタル決定ナリ」。

同様に，【395】も，第三者の同意書の添付のない登記につき，抗告の方法による救済を否定した事案であるが，先にも引用したように，判旨は，「登記官吏ハ固ヨリ実質的審査権ヲ有スルモノニアラサルモ不動産登記法第35条第４号第49条第８号ニ依リ登記申請書ニ第三者ノ許可書ノ添附ヲ必要トスル場合ニ於テ其書面ヲ添附セサルトキハ其申請ヲ却下スヘキ職責ヲ有スル者ナルヲ以テ本件ノ如ク前示ノ理由ニ依リ其書面ノ添附ヲ必要トスル疑十分ナル場合ニ於テハ登記官吏ハ当事者ニ対シ右書面添附ノ必要ナキ旨ノ証明ヲ要求スルコトヲ得ヘク若シ当事者ニ於テ其証明ヲ為ササルトキハ其申請ヲ却下シ得ヘキモノト謂ハサルヲ得ス」として，登記官の積極的な審査の余地を認める。

【473】は，競落許可決定の確定により，不動産上に設定された抵当権が消滅したため，裁判所の嘱託によりなされた抵当権登記の抹消に対する，抵当権者による抗告事件であり，原裁判所は「登記官吏ハ実質上ノ事項ヲ審査スルノ権ナキヲ以テ特約ノ有無登記権利ノ有無ニ拘ハラス其抹消登記申請ヲ容ルルモ失当ニアラス」としたのに対し，抗告人は「事実ニ反スル登記ハ登記制度ノ公信ヲ紊ルルモノニシテ其実否ノ調査ハ登記官吏ノ権限ニ属セサルヘカラス登記ハ単ニ形式ノ整頓ニアラスシテ権利ノ記録ナリ消滅セサルモノヲ抹消シ権利ナキ申請ヲ容レ得ルノ道理ナシ然ラハ其消滅ノ有無乃至登記請求権ノ有無ノ調査ヲ要スヘキ殆ント疑ナカラントス」と主張したが，判旨は原審判断を指示した。

【260】は，処分禁止の仮処分命令の登記前にされた売買による所有権の移転について仮登記に基づく本登記の申請を却下したことに対する抗告が認められた事案であるが，抗告人は，次のように主張していた。「対抗

力ナキカ故ニ登記申請ヲ許容スヘカラストスルハ誤レリ何トナレハ効力上対抗シ得ヘキヤ否ヤハ自ラ別問題ニ属シ苟モ不動産ニ関スル権利ノ得喪ニ付テハ形式ヲ具備セル適法ノ登記申請ニシテ其原因ト符合スル以上之ヲ受理登記スヘキハ自ラ登記官吏ノ義務ニ属ス然ラサレハ登記官吏ハ一一対抗力ノ有無ヲ審査シ其登記スルト否トハ一ニ其意見ニ属セサルヘカラス如是ハ判断力ヲ有セサル登記官吏ノ為シ得ヘキ所ニ非サルノミナラス登記ノ申請人ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムル場合決シテ少シトセス」。

【474】は，作成者の押印のない登記原因証書を添付してなされた登記に対する抗告事件であり，原裁判所が「右捺印ノ有無ヲ以テ直チニ登記原因ノ証明書トシテ許容スヘキヤ否ヤヲ決定スヘキニアラス」としたことに対して，抗告人は「凡ソ登記官カ職権調査ヲ行フニ当リ其提出スル書面ノ筆記ヲ鑑別スルカ如キハ到底不可能ナルヲ以テ茲ニ印鑑簿ヲ備ヘ其印影ノ対照ヲ為シ以テ許否ヲ決スルヲ例トス然シテ此職権調査ハ合法ナリヤ否ヤヲ調査スルニ止マリ類推又ハ認定ヲ許ササルモノトス」と主張したが，判旨は原審の判断を維持した。

【475】は，抵当権の登記ある造船中の船舶を買受けた者が，造船工事完了後，特別登記を無視して経由した保存登記の効力が争われた事案であり，上告人は，「造船者ノ表示ニ誤記アリ脱字アリ其他ノ書記上ノ誤リニ依リ真実ニ副ワサル場合ニ在リテハ更正登記ノ方法ニ依リ之ヲ更正スレハ足ランモ（船舶登記規則第１条不動産登記法第63条）始メヨリ虚偽ノ造船者ヲ表示シテ登記ノ申請ヲ為シ且虚偽ノ証明書ヲ添附セル場合ニ更正登記ヲ以テ之ヲ更正スルコト能ワサルヘシ何トナレハ是実体的状態ノ変更ヲ為スモノニシテ登記官吏ハ斯ル点ニ付キ審査権ナケレハナリ」と主張したが，判旨は，特別登記簿には登記義務者の氏名・住所の記載があるので「如何ナル船舶ニ付キ登記ヲ為シタルヤハ登記簿上他ノ事項ノ記載ト相竢チテ之ヲ知ルコトヲ得ヘク偶叙上表示欄中造船者ノ氏名ノ記載ニ錯誤アルモ之ヲ以テ直ニ右登記ヲ全然無効トスヘキモノニ非ス」とした。

【476】は，ＸＡＢ３名の申請による売買による所有権移転の仮登記がある不動産につき，ＡＢ２名が行った売買による所有権移転登記に対する抗告訴訟であり，抗告人Ｘは「登記官ハ仮登記名義人タルＸ及ヒＡＢノ３名カ実体権ヲ保存セルヤ否ヤ又ハ仮登記ノ前提タル法律行為カ無効ナルヤ否ヤ又ハ仮登記中ノＡＢハ実体権ヲ有セサルモノナルヤヲ考慮シ審査スルノ実体的審査権ナキヲ以テ単ニ形式上登記ノ矛盾ヲ来ササル事ニ努メモシ

仮登記アル以上ハ之カ成立ヲ認メ以テ之ト牴触スル申請ヲ拒否スル事ヲ要スルナリ」と主張したが，判旨は，本件ＡＢの登記は「仮登記権利者以外ノ者カ為ス別箇ノ登記ニ外ナラスシテ仮登記ノ後為スヘキ本登記ト同一ニ論スヘキモノニ非サルヲ以テ実体的審査権ナキ登記官吏カ右両名ノ申請ヲ受理シ仮登記ノ次順位ニ別箇ノ登記ヲ為シタルハ相当」とした。

【477】は，不動産の賃借人の賃貸人に対する登記請求権ならびに仮登記をする権利を否定した著名な判決であるが，賃借人は，上告理由において，仮登記が認められる理由として，次のように主張していた。「仮登記ニ付キ仮登記義務者ノ承諾アル時ハ不動産登記法第33条ニヨリテ其承諾書ヲ添付シテ仮登記権利者一人ニテ申請スルコトヲ得登記所ハ登記義務者ノ承諾書ヲ文言ニ従イ形式的ニ審査スルコトヲ得レトモ其真実ニ承諾アリタルヤ否ヤノ実質的条件ヲ審査スルコトノ職権ヲ有セス之レ本登記ニ於テ形式適法主義ヲ採用セル点及不動産登記法第49条ニ規定セル登記ノ申請却下ス可キ条件カ同時ニ仮登記ニモ適用セラレアルヨリ見ルモ明カナリ（スタブ〔ウ〕ヂンガーコンメンタール163頁ｂノ部参照）」。

【478】は，「登記官吏ハ嘱託ノ形式ニ於テ競落許可決定ノ確定セルコト明カナル以上ハ登記ヲ為スベキ職責ヲ有スルモノニシテ競落許可決定ガ実質上未確定ナリヤ否ヤヲ審査シテ登記ノ許否ヲ決スベキ権限ヲ有スルモノニ非ザレバ」，仮に競落許可決定が実質上未確定であったとしても，登記官の行った登記処分は有効であるとする。

【340】は，先にも見たように，委任状の印影が，印鑑簿の印影と一致しない場合に関する事案であり，抗告裁判所が「登記管理ハ代理権ノ有無ニ付実質上ノ審査権ヲ有セス而シテ委任状押捺ノ印影面ニ『Ｘ』トアル以上ハ形式上ノ審査ニ於テ之ヲＡノ委任状ト認ムルヲ得ヘキモノナレハ登記官吏カＡニ代理権アリト認メ登記申請ヲ受理シテ登記ヲ為シタルハ適当ナル処分ナリ」とししたため，Ｘは再抗告に及んだが，判旨は，抗告の方法によりその登記の抹消を求めることができないとした。

【362a】は，①抵当権が未登記の場合には，登記官が審査をすることができないから，抵当権の実行としての競売の申立てはできない，②登記官は，抵当権実行の嘱託登記の当否を審査することもできない，との上告理由を廃し，①②いずれとも肯定している。

【479】は，新法において廃止された予告登記に関する事案であり，原審が「凡ソ登記官吏ハ登記申請又ハ其ノ嘱託アリタル場合ニハ専ラ其ノ形

式的要件ノミヲ審査スヘク実質要件ヲ審査スル権限ナシ」「本件予告登記原因タル訴状ニ依レハ不充分ナカラ既ニ為サレタル所有権移転登記原因ノ売買カ無効ナルコトヲ請求原因ト為セルモノナルコトヲ認定シ得ルヲ以テ之ニ基ク予告登記ノ嘱託ヲ拒否シ得ヘキ権限ナシ」としたのに対して，抗告人は，「登記官吏ハ登記原因ト為ルヘキ提起訴訟ノ請求原因ヲ如何ナルモノナルカヲ訴状謄本ニ就キ調査スル職責アリ固ヨリ其ノ内容真否ヲ審査スヘキモノニアラサルモ訴状ノ文章ヲ解釈シ請求原因夫自体カ不動産登記法第3条ニ該当スルヤ否ヲ充分ニ審査スルコトヲ要ス」と主張。判旨は，抗告理由を容れて，虚偽表示に基づく所有権移転登記の抹消については予告登記をなすべきではないとした。

【265】は，10年の期間の付された買戻特約につき嘱託による仮登記の抹消を求める抗告事件であるが，判旨は，「登記官吏カ法律ノ規定ニ基キ登記ノ嘱託ヲ受ケタル場合ニアリテモ嘱託セラレタル登記事項カ果シテ法律上登記スヘキモノナリヤ否ヲ審査シ其ノ登記ス可キモノニアラサルトキハ其ノ嘱託ヲ拒絶セサル可カラス」とし，なされてしまった登記についても，抗告の方法による抹消を認めた。

(c) 昭和初期

【480】は，執行裁判所が誤って賃借権の登記の抹消を嘱託し，登記官もこれに基づき賃借権登記を抹消してしまった事案につき，「執行裁判所カ其ノ抹消ヲ嘱託シタルハ違法タルヲ免レスト雖登記官吏ハ嘱託ニ付斯ル実体上ノ審査ヲ為ス権限ヲ有セサルモノナルカ故ニ該嘱託ニ基キ本件賃貸借ノ登記ヲ抹消シタルハ登記官吏トシテ正ニ為スヘキコトヲ為シタルモノニシテ之ヲ不法ナリト為スヲ得ス」とする。

【386】は，先にも述べたように，提出された戸籍簿からは申請人の相続権が証明されないにもかかわらずなされてしまった登記の事案に関して，旧法49条2号の文言解釈と，職権抹消の対象とならない却下事由への振り替えに関するリーディングケースであるが，判旨は，職権抹消のできない理由に関して，次のように述べていた。「何人カ真正ナル相続人ナリヤニ付実質上ノ審査ヲ為ス権利ナキ登記官吏カ既ニ完了シタル登記ニ誤謬アリトシテ妄リニ之ヲ職権ヲ以テ抹消セントスルカ如キハ孰レノ点ヨリ観ルモ其ノ可ナル所以ヲ知ラサルナリ」。

なお，【481】は，「登記官吏ハ登記申請ニ対シ単ニ形式上ノ審査権ヲ有スルニ止リ申請内容カ実体法上ノ権利関係ト一致スルヤ否ノ審査権限ヲ有

セサルカ故ニ右小国出張所登記官吏ニ於テ右抹消登記申請ヲ不動産登記法第49条各号ニ該当セサルモノト認メタル以上縱令右申請ノ内容ニ前記ノ如キ虚偽ノ点アリトスルモ尚且之ヲ受理スヘキハ当然」であるとして，公正証書原本不実記載罪の成立を肯定した事案である。

イ　戦後

【482】は，「民法第826条の『親権者と子の利益相反行為』は個々の行為により判断すべきものと考えられるが，遺産分割の場合その協議書の内容について『利益相反する行為であるか否か』の判定は登記官吏の審査権に属するや，属するとせば如何なる基準に基き判断すべきか。」との照会に対して，これを積極に解する。

【413】は，先にも引用したように，「登記官は登記申請人の提出した書面と登記簿とを審査するのであって，証明書の発行者より，別に提出した書面を含め審査すべきではない」とするものであり，その後，申請書類以外の資料を用いてはならない，との一般命題として妥当するようになった。

【483】は，官公署が登記権者として登記を嘱託する場合にも，登記義務者の印鑑の提出を求める趣旨は，「嘱託書に添付すべき登記義務者の承諾書の真正なることを形式的に確証するため」であると述べる。なお，【485】は，この立場の維持を確認している。

【388b】は，判決による登記の可能な確定判決の内容につき，判決の主文に，売買の日付が表示されていなくても，理由中にこれが明示されておれば申請は可能としたものであるが，上告理由は，「原判決は登記原因たる売買の日附（昭和22年６月２日）を理由中で認定しておりながら主文にそれを遺脱しており結局右遺脱は判決に影響を及ぼすこと明らかである。右の如き判決によりて登記を申請せんとするも登記官吏には実質的審査権がないから登記要件（登記原因の日附）を欠くものとして申請却下の運命にあり結局執行力なき給付判決となり判決の効力自体問題となるのである。」と主張していた。

【484】は，仮処分債権者が，調停調書正本を添付するだけで，仮処分後になされた第三者の所有権移転請求権保全の仮登記とこれに基づく本登記の抹消登記を申請することができるとした事案であり，「登記官吏の右措置を支持した原判決の理由が登記官吏に実体上の法律関係乃至情況事実を判断する権能を認めそれに基いて為された登記官吏の措置であるから適

法であるという判旨ならば登記官吏の職能を紊す考え方で全く首肯できない。」「若し夫れ原判決が右登記官吏の措置を支持した理由は訴外Aの申請に因るにあらずして登記官吏の職権でできるという判旨ならばさような場合は不動産登記法第149条の2乃至5に規定するところであるに拘わらず，これが手順を践んでいないから違法であるし又右手順を践んでいないところから見て職権の扱いをしたのではないとも窺える。」との上告理由を，「右〔原審〕判断は登記官吏に所論権能ありとの前提の下に結論付けられたものではなく，また登記抹消が所論職権によりなされたからという理由に基いているものでもない。」として排斥している。

【294】は，登記官は前になされた登記申請書の印鑑と後になされた登記申請書の印鑑を対照する義務はないとした事案で，先に見たように，先例【421】とともに，登記官の審査資料を，提出書面に限定する一般命題を確立した判例であるが，判旨は次のようにいう。「しかし原（並びに原判決の引用した第1審）判決が，登記官吏は当該申請書及び附属書類について，登記申請が形式上の要件を具備しているかいないかのいわゆる形式審査をなし得るにとどまり，進んでその登記事項が真実であるかどうかのいわゆる実質的審査までする権限を有するものではないとしたこと，そして本件各登記申請は，不動産登記法及び同法施行規則に定める形式上の要件を具備するから（挙示の証拠によればこの事実認定は首肯できる），これに基いてなした本件各登記処分には何らの不当も違法もないとしたことはいずれも正当である。」。

【235a】は，二重登記事例において，無効な登記の登記名義人は，火災保険契約の被保険利益を有しないとた事案であるが，上告理由は，以下のようなものであった。「同一不動産に付2人以上が各其所有権に基き全く別個の被保険利益を有するが如きは一見奇ではあるが右は不動産物権の得喪に付登記を以て対抗要件なりとなし乍ら登記官吏に審査義務を認めない結果同一不動産に付相対的に2個以上の所有権が同時に存在することを認容せざるべからざるに至った我法制に於ては当然の帰結であって敢て之を怪むに足らない。而るに拘らず原判決が登記の無効を以て直ちに上告人に被保険利益なしと判断したのは商法第630条の解釈を誤り判決理由に齟齬あるものである。」。

【486】は，旧土地台帳に関する刑事事件であるが，上告趣意「土地台帳登録事務は職権調査主義の支配するところであり，不動産登記事務が当

事者の申請どおりその趣旨に従ってなされるのと性質を異にするものである。この差異は，不動産登記が，利害関係人の意思に基き権利関係ないし権利変動をその意思に基いて公示することを目的とするに対し，土地台帳制度は，土地の客観的な状況を明確にすることを目的とすることによる。従って，土地台帳の登録申告は，単に登記所に対して台帳登録処分の資料を提供する意義を有するものであるにすぎず，登記官吏は，この申告を職権で調査し，相当と認めるときはそのとおりの登録をし，不相当と認めるときは職権調査の結果に従い正確と認める登録をすべきこととされている（土地台帳法第10条）。被告人Ａの本件分筆申告は，前述のとおり，実地に合致し，かつ適法な手続を履践したものであるが，もしかりに，右分筆申告が実地と相違しかつ申告手続が誤っていたと仮定しても，登記官吏が職権調査により，これを正しく訂正して登録すべき義務を負うのであるから，申告行為と登録との間に因果関係はなく，公正証書原本不実記載罪を成立させるものではないと解すべきである。」に対して，判旨は，「土地の分筆は，権利者が所論のごとくただ観念的に形成確定するものではなく，実地について現実に土地を分割した上これが登録をなすべきものであり，また，刑法157条１項の権利義務に関する公正証書とは，公務員がその職務上作成する文書であって，権利義務に関するある事実を証明する効力を有するものをいい，公務員において申立に基きその内容の如何を審査することなく記載するものであるともしくはその内容を審査しこれを取捨選択して記載するものであると，また，その目的が特に私法上の権利義務を証明するためであると，否とは問うを要せず，従って，土地台帳のごときは，いわゆる権利義務に関する公正証書に該当するものであることは，夙に大審院の判例とするところであって（大審院判例集１巻828頁以下），当法廷もこれを正当とするものであるから，所論法令違反の主張も採ることができない。」とした。

【487】は，数次譲渡が無効である場合の中間者による登記抹消請求の事案である。これを肯定した原判決に対して，上告理由は，以下のようにいう。「なるほど，権利関係の変動の過程を登記簿上に如実に示することが理想として望ましいことであることは，上告人の固より否定するところではない。然しわが法制の下に於て，この現実の社会に於て，しかく厳格にかかる理想が貫徹されているであらうか。（一）先づ根本的には，登記には，公信力がないのである。登記は対抗要件たるに止まると共に，登記

法上登記官吏は形式的審査権を有するに過ぎないから登記に公信力を与えることができないのである。（二）次には登記に現われない権利関係の存在即ち登記以外の公示方法が制度として多いのである。其主なるものを例示すれば，借家法第１条の占有，明認方法，権原により不動産に附属させた物，臨時処理法の借地権，同法の先借権，建物保護法第１条，民法254条，民法第1013条等に規定する場合のとおりである。（三）更に，今日，実際の取扱では，物権変動そのものの真相に一致しないところの登記が実に頻繁に行われている。これは登記費用を節約し，且手数を省略しようとする経済的事情に基因する。だからそのこと自体としては，むしろ取締まる必要があるともいえようが，今日広く慣習的に行われているこの種登記を無効のものとするならば，それこそ却って，取引の安全と円滑を阻害するゆゆしい結果を招来するであらう。しかも，現行の登記制度自体の建前に於て，物権変動の様相をそのまま反映するような登記を要求することができない事情が内在する。けだし，登記官吏は実質的審査権を有していないから，すべての場合に物権変動の真相を如実に示す登記を期待することができないのである。のみならず，取引の安全と円滑を期するという点からいっても第三者を保護するには，現在の権利状態を示せば足るのであって，必ずしも過去の物権変動の様相を一々正確に示さねばならぬ必要はないのである。」。しかしながら，判旨は，以上の上告理由を排斥して，原判決の立場を維持した。

【237】は，登記名義人を異にする二重の保存登記がある場合に関して，次のようにいう。「いわゆる二重登記といえども当然無効のものではなく，それが登記名義人を異にする場合，何れの登記が有効であるかは，専ら実体法上いずれの登記名義人が真の権利者であるかによって決定されるのであり，しかも不動産登記法は，登記事務の単純，迅速を図り物権の公示を完からしめるために，登記官吏に対し，登記事項が真実に符合するかどうかについての審査権限を与えることなく，当該申請が申請書及び附属書類に徴し形式上の要件を具備していると認められる限り，申請を受理すべきことを命じているのであるから，登記名義人を異にする二重の保存登記のある場合においても，何れか一方の登記名義人を登記義務者とする所有権移転登記の申請があれば，登記官吏としては，その登記名義人の保存登記が有効であるかどうかに関係なく，他の形式上の要件に欠くるところがないと認める以上，右申請を受理すべきである。」。

【424】は，未成年者が申請人であるにもかかわらず，同意書を添付せずになされてしまった登記につき，旧・異議（現・審査請求）による救済を否定した事案であるが，判旨は，「登記は，実質において，権利関係の実体と合致する以上，申請の手続において，形式的な瑕疵あるからといって当然に無効となるものでなく，たとえ訴をもってしてもかかる登記の抹消を請求することのできないことは，当裁判所判例（昭和29年(オ)第277号，同31年7月17日第3小法廷判決，民集10巻7号856頁〔【415】〕，昭和28年(オ)第111号，同31年7月27日第2小法廷判決，民集10巻8号1122頁〔【416】〕）の趣旨とするところであり，登記官吏はもとより実体的権利関係の存否について審査の権限をもたないものである（昭和33年(オ)第106号，同35年4月21日第1小法廷判決，民集14巻6号963頁〔【294】〕参照）から，既に登記完了の後においては，かかる登記官吏の処分はもはや不動産登記法150条（改正前）以下所定の異議の申立の対象とならないものと解するを相当とする（大正12年(ク)37号，同年3月28日大審院決定，民集2巻4号185頁〔【340】〕，大正13年(ク)513号，同年11月14日大審院決定，民集3巻11号499頁〔【398】〕参照）。」と述べる。

【425a】は，都道府県知事の許可を証する書面を添付しないでした地目変更登記も，なされてしまった後においては，当然に無効となるものではないとしたが，これに対して，上告理由は，次のように述べていた。「土地台帳法第10条では土地台帳の地目変換は土地所有者の申告と登記所の職権調査と何れでも出来ることになっているから，土地台帳の地目変換は登記所が職権調査により之を為す場合には農地法には関係なく従って都道府県知事の許可を必要としないと云はねばならぬであろう。」「然し之に反し不動産登記法は不動産に関する権利の設定，保存，移転，変更，消滅等を規定し，その第25条に於ては厳に申告主義を採って居り，土地台帳法とは全く異っている。従って不動産登記法に於ては登記官吏が職権で変更登記をする事が出来ない。又農地法は農地の権利得喪に関する事項を規定する立法趣旨より考え，その第4条の如き規定は厳格に解釈されなければならぬのであるから，農地法第4条の地目変更の登記申請については都道府県知事の許可は絶対的要件であり，その許可書は不動産登記法第35条第1項第4号の第三者の許可を証する書面に該当する。従ってこの許可書の添附なくして為された登記申請は不動産登記法第49条第4号により却下せらるべきものである。」。

【488】は，所有者を異にする不動産と機械器具についてなされた，工場抵当法2条の抵当権設定の登記申請については，それが「形式的審査において明らかである場合には」，受理すべきでないとする。

【489】【490】は，偽造の登記済証を用いた登記騙取による登記の申請を，登記官が看過して登記が実行されたため，この登記を信頼して取引関係に入り損害を蒙ったXが，国家賠償法1条に基づく損害賠償請求権を一部請求した事案であり，【489】訴訟の債権については，時効消滅が認定された。一方，【490】においては，Xの請求が認められたが，上告理由において，Xは，「実体を伴わない登記を信頼して取引することによる取引上の損害につき登記官吏に予見可能性があると言うためには，登記官吏が当該申請にかかる登記が実体上の権利関係に符合しているか否かについて判断すべき立場にあり，もし実体上の権利関係を伴わない登記の申請があれば，これを却下すべき義務の存することが前提とならなければならない理窟である。しかるに，わが不動産登記法における登記官吏の登記申請に対する審査権は，形式的審査の範囲に限られていて，登記官吏が登記申請を受理し当該登記を実行するに当って，申請にかかる登記が実体的権利関係と符合するか否かを判断することは許されていないものであり，然るときは，実体的権利関係を伴わない無効な登記を信頼して取引した者について生ずべき損害に関する登記官吏の予見可能性はそもそも理論上存在しないものと言うべきである。（原判決が，登記官吏には形式的審査権しかないことを認めながら，なお且つ実体上の損害について因果関係があるとするのは予見可能性の理論を無視し，これを後記登記手続上の損害についての予見可能性の理論と混同しているものである。）。換言すれば，登記官吏の故意過失に基づく違法な登記実行行為による損害の予見可能性は，それはあるにはあるが，当該登記が実体関係と符合するかどうかの問題，従ってその実体関係について信頼して取引をなした者に対していかなる取引上の損害を与えるかということとは全く無関係であって，右予見可能性とは登記官吏がその形式的審査義務に違反してなした不適法な登記実行行為自体により発生すべき損害についての予見可能性であり，その範囲は，当該違法な登記により登記簿上の権利関係に得喪変更をきたしたところの当事者が登記手続上蒙るべき損害に限られるのである。」「しかし，わが不動産登記法上は，先に述べたごとく，登記官吏は実体上の審査権を有しないのであるから，そもそも実体を伴わない無効な登記であるか否かの判断は許さ

れないし，又形式的に違法な登記であっても，一旦それがなされた以上は，不動産登記法第49条第1号第2号に該当する場合を除き（本件のような場合同条第2号に該当しないことは明らかである。）それが登記官吏の故意又は過失に基づくと否とを問わずこれを職権により抹消することは許されず，また，右のごとき無効又は違法な登記があるからと言って，当該登記について移転変更の登記申請がなされた場合この申請を却下することも許されないのである。」等の主張を展開している。

なお，【491】における松田二郎裁判官の反対意見は，供託官の審査権限を，登記官との対比において論じている。「以上の争訟の形式を論じるにあたっては，まず，供託官の審査権限が形式的審査権のみか，実質的審査権をも含むかについて検討することを要する。私の解するところによれば，供託が実質関係と常に符合することは望ましく，この点を無視することは供託制度の信用を失わしめるものであるが，しかし，このことを余りに強調して実質関係を確保しようとすれば，供託関係手続は渋滞し，迅速を欠くこととなろう。しかも，供託は今日，かつてのように裁判所の所管に属さず，供託官は，裁判所の行なう非訟的の権限は有していないのである。ここにおいて，この実質的関係の確保と供託関係手続の迅速の双方を考慮に容れるとき，供託官の審査権限は，申請者によって提出された書類による書面審理の範囲にとどまるものとし，その書面の成立または内容の実質的真正については，審査の権限なしとするのが原則であると考える（そしてこの点につき，留意を要するのは，供託官は，当事者が関係法令に基づいて提出した書面のみによって申請の適否を判断すべく，提出された書面の実質的真正を審査するため，当事者に対しさらに書面の提出を求めることは許されないのである）。したがって，たとえば，当該書面の成立の真正を担保するため法令の要求する要件が具備している場合，なおそこに押捺された印章が偽造または盗用にかかるものでないか否かについて，また供託の原因たる契約の存否について，あるいは後述のように書面の記載内容から一見して明らかに判断し得る場合でないのにかかわらずなお契約の効力の有無について，供託官は審査権を行使し得ないのである（登記官吏の審査権限についての昭和33年(オ)第106号同35年4月21日第1小法廷判決，民集14巻6号963頁〔【294】〕参照）。」[(273)(274)]。さらに，商業・法人登記に関する登記官の審査権限についても，不動産登記におけると同様である[(275)]。

一方，【492】は，「この登記〔建物の滅失の登記〕は，建物の表示に関する登記であるから，不動産登記法25条ノ2に基づき登記官が職権をもって調査してなすべき登記である（同法93条ノ6は，建物が滅失した場合に，一定の者に対して登記官の職権の発動を促す申請をすることを義務づけた規定であるが，この規定があることにより，他の利害関係人の職権の発動を促す申出を否定する趣旨ではない。）。したがって，本件事案においては，上告人が被上告人に対してその滅失登記手続をなすべきことを訴求する利益はないというべきである。」とした事案である。

【434】は，すでに見たように，昭和35年改正法によって新設された不動産登記法105条は，憲法29条違反に当たらない旨を判示した大法廷判決であるが，判旨は，「右規定の新設により，本登記が記入される際に，同時に第三者の登記が抹消されることになった反面，形式的審査権を有するにとどまる登記官にその登記が抹消されるべきものであるか否かの実質的判断をさせることなく，第三者の『承諾書』または第三者に『対抗スルコトヲ得ヘキ裁判ノ謄本』を添付させることにしたのである。」と述べる。

【319】は，権利能力なき社団の不動産については，社団の代表者の個人名で登記できるにすぎず，社団名義の登記や，社団の代表者である旨の肩書を付した代表者個人名義の登記をすることは許されないとした判例であるが，これに対して，上告理由は，次のように述べていた。「ここに考えられる反対説は，『登記官は，登記申請につき実質的審査権を有せず，形式的審査をなすにすぎないので，代表者が自己の個人資産を架空の社団名義をもって登記申請をし，それが登記される惧れがある』との見解である。しかし，登記官が実質的審査権を有しないため，登記が実体的権利関係を如実に反映しない場合があることは，個人や法人の資産の登記についてもすでに現実に存在する。登記官が登記申請につきある程度の実質的審査権を持つべきか，形式的審査権に止めるべきかは，登記制度の根本問題である。現行制度が登記官に形式的審査権を与えるに止めている以上，登記が常に権利関係の実体を如実に反映し得ないとしても，止むを得ないこととせねばならない。しかし，現行制度のもとにおいても，現実の問題としては，登記が実体的権利関係を反映しないことは，やはり例外的現象である。権利能力なき社団の資産について，上告人主張の登記の方法を採用した場合にも，登記官が形式的審査権を有するにすぎないため，個人がその所有の不動産を架空の権利能力なき社団の不動産として登記申請し，そ

れが受理されるという現象は，あくまで例外的であり，権利能力なき社団の不動産の登記の殆んど全部が，権利関係の実体を反映するであろうことは，推測するに難くない。そうすれば，前述の反対説は，上告人主張の方法を否定するに足るほど有力なものとはいえないであろう。」。

【493】は，表示に関する登記も，旧建物保護法１条（現在では借地借家法10条）にいう「登記シタル建物ヲ有スルトキ」に当たるとした判例であるが，上告理由は，次のように述べていた。「現行法上表示の登記は，不動産自体の現在の事実状態（現況）を登記簿に記載することであり，権利の登記は不動産に関する権利関係につき登記簿に記載することである。そして権利の登記は，不動産に関する権利の変動を第三者に対抗する要件であり，これが登記をするか否かは私的自治の原則からして当事者の自由意思に委ねられており登記官が職権で登記するということは原則として認められていないし又登記官には形式的審査権を有するに過ぎないのである。」「これに対し表示の登記については登記官の職権登記，罰則を伴う所有者の申請義務，不動産の現況についての登記官の職権調査が認められているのである。」「右の如く権利の登記と表示の登記とはそのたてまえを全く異にしているのである。」。

【494】は，土地区画整理法に基づき仮換地上に建物を移築するため解体した場合に，滅失を認定した事案であるが，判旨中には，「登記官は，表示に関する登記の申請については実質的審査をしてその許否を決すべきものである」との言及がある。

【495】は，「相続させる」旨の遺言の効力に関する事案であるが，上告理由は，次のように述べる。「原判決は，本件遺言に『相続させる』との記載がなされていることから，遺言執行者による登記手続を待つまでもなく上告人が単独で自己名義の所有権移転登記をなし得たことを理由に，かかる登記手続は本来遺言執行者の義務と目すべき行為ではなく，したがって，その不作為について被上告人に対して責任を問うこともできないとする。しかし，上告人が仮に右のような自己名義への登記申請をして，それが受理されたとしても，それは，登記手続上そのような扱いがなされているというにすぎない。即ち，遺言執行者が選任されているときは遺言執行者が登記手続をなすべきものとする結論を否定する理由となるものではない。このことは，現行法の建前として不動産の権利に関する登記が申請された場合，登記官には形式的審査権しか認められていないことに由来す

る。なぜなら，相続人から相続を原因とする不動産の所有権移転登記の申請がなされた場合，登記官としては，遺言執行者が存在するかどうか調査することもできず，そのまま受理せざるをえない。」。

ウ　理論の発生時期および素地

(a)　「実質的審査権」「形式的審査権」の用語の登場時期

まず，わが国の登記実務・判例における「実質的審査権」「形式的審査権」なる用語の登場時期から検討しよう。

明治においては，少なくとも上告審と登記実務に関していえば，「実質的審査権」「形式的審査権」の用語は，いまだ登場していない。

代わりに存在するのが，「実体上ノ審査」（【466】）という表現であるが，これと対句となるべき「形式上」の表現も，大正期の比較的早い時期に登場している（【470】【250】【251】【473】【477】）。

これに対して，「実質的審査権」という表現をはじめて用いたのは，大正7年の判例【395】であり，その後，「実質」の用語を用いる例が増えはじめる（【473】【340】【479】，昭和期では【386】）。もっとも，「実体的審査権」（【476】）をはじめ，「実体」の用語を用いる例も，依然として存在する（【480】）。

だが，戦後の用例は，「実質的審査権」にほぼ収斂していき（【388b】【421】【491】【319】【494】），これに対応する「形式的審査権」の語も一般化する（【487】【488】【490】【491】【434】【319】【495】）。

(b)　「実質的審査権」「形式的審査権」の意味内容

では，これらの登記実務・判例は，「実体的」「実質的」あるいは「形式的」審査権の用語を，いかなる意味において用いていたのか。

それが，ドイツ法の本来の意味におけるそれ――〔Ⅰ〕審査「対象」に関して，(i) 債権行為まで審査するか，(ii) 物権行為の限りでの審査かの違い――でないのは明らかである。

では，この用語法は，〔Ⅱ〕審査「方法」に関する，(i) 裁判官的な対人審査と，それとも，(ii) 書面による窓口審査の違いを念頭に置くものか，といえば，これも違う。

結論的にいえば，わが国の登記実務・判例における「実質的審査権」「形式的審査権」の用例は，上記〔Ⅱ〕登記官の審査「方法」における (ii) 書面審査の原則の意味における「形式的審査主義」の内部における，通達等によって行われている運用レベルでの解釈の相違を意味し，①法令レベ

ルで要求されている「形式的審査権」を厳格に解釈し，法令の規定する最低限の書面審査しか行わないもの（いわば「消極的な」書面審査主義とでもいうべきもの）と，②法令の規定に基づき提供された書面の真実性に疑念が生じた場合に，あくまでも当該書面審査の一環として，提出された以外の資料を用いて，問題となる書面の真実性を検討するもの（「積極的」書面審査主義。もっとも，これに関しては，どれほどまで追審査を行うかの程度につき，バリエーションがある）とが存在する。

そして，わが国の登記実務・判例の多くは，このうちの〔Ⅱ〕(ii) ①「消極的」書面審査主義をとるのに対して（【413】【294】），前示千葉地判平成11年2月25日や，あるいは韓国の登記実務は，〔Ⅱ〕(ii) ②「積極的」書面審査主義をとっている。両者はいずれも〔Ⅱ〕(ii) の意味における「形式的審査主義」なのであって，ただ，その現実の運用（規定の解釈）を異にするだけなのである[(276)]。

(251) 登記官の登記処分に対する不服申立方法（審査請求および抗告訴訟）に関する文献には，以下のものがある。内海一「登記官吏の処分に対する異議申立の実例」民事月報13巻6号（昭和33年）7頁，御園生進「登記官の過誤に基づく錯誤又は遺漏の登記の更正手続」民事月報20巻9号（昭和40年）11頁，佐野三郎兵衛「登記官の処分に対する審査請求についての一考察」民事研修110号（昭和41年）77頁，宮城俊治「登記所及び登記官の指揮監督権について」民事研修126号（昭和42年）44頁，官房訟務部第四課「登記官の処分に関する訴訟の裁判例（資料）」民事月報27巻5号（昭和46年）41頁，村重慶一「登記官の処分をめぐる行政訴訟」民事研修186号（昭和47年）16頁，高木昭美＝福井紀＝水野秋一＝伊藤廉三「登記官の過誤による登記の是正についての考察」民事研修199号（昭和48年）52頁，小松原明＝松下邦男＝国沢康男「登記官の過誤による錯誤・遺漏登記の更正についての問題点について」民事研修210号（昭和49年）29頁，佐藤勇「登記官の処分と不服申立」幾代通＝宮脇幸彦＝賀集唱＝枇杷田泰助＝吉野衛＝浦野雄幸（編）『不動産登記講座Ⅰ総論(1)』（日本評論社，昭和51年）21頁，大坪芳太郎「登記官の処分に対する審査請求について（東京法務局における裁決事例を中心として）」登記先例解説集16巻5号（昭和51年）27頁，一ノ瀬雄二＝舟元英一＝小野道雄＝藤田武治＝幸良秋夫「登記官の処分の行政処分性に関する若干の考察」民事研修327号（昭和59年）51頁，星野明一「審査請求事件と検証（登記夜話）」登記インターネット47号（5巻10号，平成15年）74頁，吉野衛「審査請求の一考察」登記研究672号（平成16年）17頁。

(252) 新法が，旧法49条2号の抽象的規定を明確化するため，これを新法25条2号，3号，13号（新令20条1号～8号）に分割したことについては，すでに触れた。このうち新法25条2号，3号，新令20条1号～7号は，新法の立法担当者が，独立項目として規定することが可能であった事項を列挙したもので，〔1〕新法25条2号および新令20条1号は，新法3条違反（登記能力なき権利・権利変動および客体の申請），〔2〕新法25条3号は，新法2条5号違反（一不動産一登記記録主義に反するところの二重登記の申請），〔3〕新令20条3号は，登記法がとくに定める個別的な登記申請禁止規定に対する違反であって，旧法下においても，それが旧法49条2号の却下事由に該当することについては，（当該事例が違反に該当するかの認定問題を除けば）争いがなかった。以上に対して，〔4〕新令20条4号・5号・6

号・7号に関しては，当該申請を禁止した個別規定は存在しないが，当該申請を定めた不動産登記法の規定の不存在それ自体が，わが国の登記制度の建前に照らして，当該申請を禁止する趣旨と解されるとの理由で，旧法時代の登記実務・判例が承認してきた事案を立法化したものである。なお，以上〔1〕～〔4〕の規定が，不動産登記法の規定違反（＝登記の②手続法的要件）の類型であるのに対して，〔5〕新令20条2号（権利能力の不存在）は，登記の②手続法的要件・①実体法的要件の，いずれの問題とも解される。一方，〔6〕新令20条8号は，以上のいずれの類型にも当てはまらない場合に関する包括的規定として設置されたものであり，その結果，旧法49条2号の抽象的文言をめぐる議論は，すべて新令20号8号の解釈論に引き継がれ，また，新令20条8号の掲げる要件は，新法25条2号・3号・13号のすべてに共通する一般要件として機能することとなる。

(253)　登記官の国家賠償責任に関する文献には，以下のものがある。杉本良吉「登記に関する国家賠償事件の実例」金法92号（昭和31年）8頁，村重慶一「判例にあらわれた登記官吏の過失をめぐる国家賠償」民事研修84号（昭和39年）7頁，浦野雄幸「登記官の過失と国家賠償責任(1)～（4・完）」登記研究195号（昭和39年）1頁，197号1頁，198号1頁，200号9頁……〔所収〕『判例不動産登記ノート（第3巻）』（テイハン，平成3年）411頁，武部文夫「瑕疵ある登記に起因する国家賠償責任について（資料）」民事研修148号（昭和44年）60頁，鈴木弘「登記官の違法処分による国家賠償責任」中川善之助＝兼子一（監修）『不動産法大系Ⅳ登記（改訂版）』（青林書院新社，昭和49年）597頁，松井瑛郎「不動産登記事件の処理をめぐる裁判の実情――国家賠償事件および行政事件(1)～（3・完）」民事月報28巻5号（昭和48年）109頁，6号94頁，7号97頁，古崎慶長①「登記と国家賠償責任」幾代通＝宮脇幸彦＝賀集唱＝枇杷田泰助＝吉野衛＝浦野雄幸（編）『不動産登記講座Ⅰ総論(1)』（日本評論社，昭和51年）38頁，同②「登記と国家賠償法責任」『国家賠償法の研究』（有斐閣，昭和55年）122頁，同③「登記と印鑑証明」ジュリ993号『（特集）国家賠償法判例展望』（平成4年）96頁，樋口哲夫①「登記行政に関する争訟と国家賠償(1)～（34・完）」民事研修247号（昭和52年）85頁，251号（昭和53年）85頁，252号97頁，253号91頁，257号93頁，261号（昭和54年）93頁，264号83頁，268号87頁，273号（昭和55年）87頁，280号93頁，824号81頁，286号（昭和56年）77頁，311号（昭和58年）79頁，312号75頁，314号83頁，316号77頁，320号69頁，323号（昭和59年）69頁，325号69頁，327号103頁，329号81頁，331号99頁，333号91頁，

335号（昭和60年）69頁，同②『登記官の行為に関する行政争訟と国家賠償』登記先例解説集314号（28巻1号，昭和63年），高渕秀嘉「登記官の過失をめぐる国家賠償責任(1)〜(6)」登記研究413号（昭和57年）63頁，414号61頁，416号101頁，419号65頁，421号（昭和58年）81頁，425号93頁，貝田守「国家賠償法第1条について――登記官の過失」日本法政学会法政論叢（日本大）23巻（昭和62年）128頁，岩谷久明「登記と国家賠償訴訟――最近の登記関係国家賠償の裁判等について（上）（下）」登記先例解説集323号（28巻10号，昭和63年）6頁，324号（28巻11号，昭和63年）45頁，田中克志①「不実登記をめぐる国家賠償と取引当事者の落ち度」静岡大学法経研究37巻3号（昭和63年）47頁，同②「不実登記をめぐる国家賠償責任――登記官の審査権に関する裁判例の動向」中川淳先生還暦祝賀論集『民事責任の現代的課題』（世界思想社，平成元年）274頁，伊藤進「登記官の注意義務懈怠と損害との因果関係――最近の登記に関する国家賠償判決を中心として――(1)〜(3)」登記研究512号（平成2年）19頁，513号61頁，527号（平成3年）11頁，久保田浩史「登記をめぐる国家賠償」鎌田薫＝寺田逸郎＝小池信行（編）『新不動産登記講座1総論Ⅰ』（平成9年，日本評論社）223頁，渡辺達徳「偽造の登記申請書類と登記官の注意義務――損害賠償請求に関する裁判例の分析」民事研修553号（平成15年）3頁。

(254) 古崎・前掲注（253）①38頁，②122頁。

(255) 古崎・前掲注（253）①38頁，②122頁。

(256) 久保田・前掲注（253）226頁。

(257) 登記官の審査権（審査の対象・審査の方法等）ないし審査義務一般に関する文献には，以下のものがある。藤本秀麿「独逸法系不動産登記簿の公信力に就いて(1)〜（2・完）」法協53巻4号（昭和10年）103頁，5号114頁，鮫島真男「登記官吏の審査権の範囲，その審査の基準時その他について」（昭和29年）1頁，幾代通①「不動産登記の公信力について」登記研究100号（昭和31年）3頁，同②「登記官吏の審査権小論」民事研修3号（昭和32年）15頁，鈴木禄彌「不動産登記におけるいわゆる実質的および形式的審査主義について」登記研究100号（昭和31年）9頁……〔所収〕『抵当制度の研究』（創文社，昭和43年）97頁，宮城俊治「不動産登記における登記官吏の審査権限の歴史的変遷」民事研修26号（昭和34年）19頁，川津圭一「登記済証の真偽に関する登記官吏の調査義務」民事研修54号（昭和36年）42頁，山田二郎「登記官吏の審査権」綜合法学5巻3号（昭和37年）36頁，吉田琢磨「登記官の審査権についての一考察(1)〜（2・完）」民事研

修103号（昭和40年）７頁，104号11頁，枇杷田泰助「登記官とその権限・職責」幾代通＝宮脇幸彦＝賀集唱＝枇杷田泰助＝吉野衛＝浦野雄幸（編）『不動産登記講座Ⅰ総論(1)』（日本評論社，昭和51年）11頁，胡口一郎「登記官の審査権をめぐる登記実務上の諸問題」香川保一（編）『不動産登記の諸問題（下）』（テイハン，昭和51年）351頁，小林康＝小谷秀＝犬塚孝＝高見忠義「登記官による登録免許税の課税標準価額の認定方法について」民事研修292号（昭和56年）42頁，境吉彦「登記官の実地調査との関連における土地家屋調査士の現地調査の重要性について」登記研究444号（昭和60年）75頁，畦地靖郎「登記官の審査権について――不動産の登記申請の審査における登記官の審査資料に関する検討――」民事研修348号（昭和61年）10頁，脇征男「登記官の職務上の注意義務をめぐる裁判例の研究」法務研究報告書74集３号（昭和62年），佐藤勇「登記官の審査権」田中康久（編）『不動産登記制度と実務上の諸問題（下）』（テイハン，昭和63年）79頁，甲斐道太郎「抵当証券交付における登記官の審査権限について」龍谷法学24巻３＝４号（平成４年）１頁，小西飛鳥「ドイツの不動産法における実質的審査主義――歴史的経過をたどって」法学政治学論究（慶応大）23号（平成６年）305頁，森一朋①「権利に関する登記における登記官の審査と登記簿」民事月報50巻11号（平成７年）７頁，同②「権利に関する登記における登記官の審査と登記簿」登記研究578号（平成８年）19頁，香川保一「登記官の形式的審査権と申請書の添付書面」登記研究600号（平成10年）７頁，名越功「登記所・登記官」鎌田薫＝寺田逸郎＝小池信行（編）『新不動産登記講座１総論Ⅰ』（日本評論社，平成10年）105頁，小林久起「登記申請に対する登記官の審査」『新不動産登記講座３総論Ⅲ』153頁，中本昌彦「虚偽申請と登記官の審査権限――第１回日韓パートナーシップ研修実務研究課題＜みんけんプラザ＞」民事研修516号（平成12年）23頁，「登記官の審査権と注意義務（登記官の窓）」登記インターネット10号（２巻９号，平成12年）174頁，佐藤武「登記官の権利の登記申請に係る審査のあり方について」登記情報478号（41巻９号，平成13年）38頁，浦川哲＝島袋達之＝染川洋一郎＝野寄精一「（香川登記研究奨励基金平成14年度共同研究）表示登記における登記官の実質的審査権とその限界――最近の事例における実地調査をめぐる諸問題(1)～（２）」登記研究672号（平成16年）113頁，森和雄「登記事務処理の問題点について――登記官による未評価土地に係る価額認定上の問題点」登記インターネット56号（６巻７号，平成16年）88頁，中井一士「新不動産登記法と登記官及び司法書士・土地家屋調

査士の責任(1)〜（8・未完）」登記インターネット74号（8巻1号，平成18年）74頁，75号（8巻2号）104頁，78号（8巻5号）30頁，85号（8巻12号）140頁，87号（9巻2号，平成19年）15頁，89号（9巻4号）111頁，90号（9巻5号）17頁，92号（9巻7号）33頁，松尾力実「登記の正確性を確保するための本人確認について——登記識別情報及び登記官の本人確認調査を中心として」民事研修598号（平成19年）47頁。

(258) 本稿では，これ以上の考察の拡大化を避けるため，国家賠償責任の論点には立ち入らない。登記官の国家賠償責任に関する裁判例を収録した資料として，前掲注（253）掲記の文献のほか，①昭和22年〜62年につき法務省訟務局内訟務研究会（編）『登記に関する国家賠償判例総覧（上）（下）』（民事法情報センター，昭和63年），②「昭和63年・登記に関する国家賠償判例総覧」登記先例解説集333号（29巻8号，平成元年），③「平成元年〜2年・登記に関する国家賠償判例総覧」登記先例解説集354号（31巻5号，平成3年），④「平成3年〜4年・登記に関する国家賠償判例総覧」登記先例解説集388号（34巻3号，平成6年），⑤「平成5年〜6年・登記に関する国家賠償判例総覧」登記先例解説集401号（35巻4号，平成7年），⑥「平成7年〜8年・登記に関する国家賠償判例総覧」登記情報426号（37巻5号，平成9年），なお，橘田博「平成7年・8年の登記に関する国家賠償裁判例をめぐって（上）（下）」登記情報429号（37巻8号，平成9年）77頁，430号（37巻9号）26頁も参照，⑦「平成9年〜10年・登記に関する国家賠償判例総覧」登記情報450号（39巻5号，平成11年），⑧「平成11年〜12年・登記に関する国家賠償判例総覧」登記インターネット18号（3巻5号，平成13年），⑨「平成13年〜14年・登記に関する国家賠償判例総覧」登記インターネット42号（5巻5号，平成15年），⑩「平成15年〜16年・登記に関する国家賠償判例総覧」登記インターネット67号（7巻6号，平成18年）参照。

(259) 「実質的審査主義」「形式的審査主義」の用語の正確な意味内容を明らかにしたのは，鈴木・前掲注（257）97頁（とりわけわが国の用語法につき109頁以下）の功績であるが，にもかかわらず，今日においてもなお，本来の用語法から外れた用例が後を絶たない。

(260) この点に関しては，鈴木・前掲注（257）111頁のほか，七戸①「ドイツ民法における不動産譲渡契約の要式性——『ドイツ法主義の理解のために』——」法学研究（慶大）62巻12号（平成元年）277頁（とりわけ300頁以下），同②「日本における登記制度と公証制度（の機能不全）」法学研究

（慶大）72巻12号（平成11年）245頁（とりわけ260頁以下）。

(261)　この点に関しては，七戸「不動産物権変動における意思主義の本質――売買契約を中心として――」慶大院法学研究科論文集24号（昭和61年）125頁。

(262)　中本・前掲注（257）23頁。

(263)　中本・前掲注（257）29頁。

(264)〔本件評釈〕鴻常夫①『海事判例百選』別ジュリ15号（昭和42年）24頁，同②『運輸判例百選』別ジュリ34号（昭和46年）38頁，同③『海事判例百選（増補版）』別ジュリ42号（昭和48年）24頁，同④『商法（保険・海商）判例百選』別ジュリ55号（昭和52年）122頁。

(265)〔本件評釈〕高島義郎・民商37巻3号（昭和33年）116頁，北村良一『最高裁判所判例解説民事篇（昭和32年度）』（法曹会，昭和33年）〔87事件〕202頁。

(266)〔本件評釈〕白石健三①・金法253号（昭和35年）12頁，同②『最高裁判所判例解説民事篇（昭和35年度）』（法曹会，昭和36年）〔85事件〕265頁，吉野衛・民事研修48号（昭和36年）9頁，幾代通・民商44巻2号（昭和36年）123頁，山田晟・法協80巻5号（昭和39年）121頁。

(267)〔本件評釈〕山本進一・判例評論41号（判時271号，昭和36年）13頁……〔所収〕『民法の基本問題（総則・物権）（民法研究第2巻）』（信山社，平成7年）283頁，沖永裕・民事研修56号（昭和36年）33頁，幾代通・民商45巻5号（昭和37年）208頁，香川保一・登記研究176号（昭和37年）19頁，白石健三『最高裁判所判例解説民事篇（昭和36年度）』（法曹会，昭和42年）〔54事件〕171頁，山田晟・法協80巻5号（昭和39年）135頁，児玉敏①『不動産取引判例百選』別ジュリ10号（昭和41年）74頁，同②『同（増補版）』別ジュリ10号（昭和52年）74頁，遠藤浩・民事研修462号（平成7年）40頁。

(268)〔本件評釈〕松島諄吉・判例評論123号（判時523号，昭和44年）35頁，幾代通・民商60巻2号（昭和44年）90頁，千種秀夫『最高裁判所判例解説民事篇（昭和43年度・上）』（法曹会，昭和46年）〔77事件〕705頁，芝田俊文『国家補償法大系3（国家賠償法の判例）』（日本評論社，昭和63年）233頁。

(269)〔本件評釈〕斎藤健＝樋口哲夫＝福田智一＝高橋正・民事研修162号（昭和45年）56頁，水田耕一・判評144号（判時615号，昭和46年）124頁，坂井芳雄・金法609号（昭和46年）16頁，藤原淳一郎①『昭和45年度重要判例解説』ジュリ臨増482頁（昭和46年）24頁，同②『供託先例判例百選』別ジュ

リ107号（平成２年）30頁，同③『同（第２版）』別ジュリ158号（平成13年）24頁，遠藤浩『昭和45年度重要判例解説』ジュリ臨増482号（昭和46年）42頁，甲斐道太郎・民商64巻５号（昭和46年）99頁，伊東乾＝斎藤和夫・法学研究（慶応大）44巻11号（昭和46年）111頁，中川哲男『最高裁判所判例解説民事篇（昭和45年度）』（法曹会，昭和46年）〔65事件〕625頁，石田穣・法協89巻３号（昭和47年）106頁，水本浩・法セミ222号（昭和49年）44頁，神長勲『行政判例百選Ⅱ』別ジュリ62号（昭和54年）370頁，白井皓喜①『行政判例百選Ⅱ（第２版）』別ジュリ93号（昭和62年）384頁，同②『同（第３版）』別ジュリ123号（平成５年）378頁，同③『同（第４版）』別ジュリ151号（平成11年）408頁。

(270) 〔本件評釈〕東条敬①・金法753号（昭和50年）21頁，同②・ジュリ591号（昭和50年）82頁，同③『最高裁判所判例解説民事篇（昭和50年度）』（法曹会，昭和54年）〔５事件〕33頁，石神兼文・民商73巻５号（昭和51年）73頁，石田喜久夫・判タ329号（昭和51年）89頁，吉田真澄『昭和50年度重要判例解説』ジュリ臨増615号（昭和51年）51頁，水辺芳郎＝冨岡保夫・日本法学44巻２号（昭和54年）106頁。

(271) 〔本件評釈〕小池信行・登記研究477号（昭和62年）１頁，岩城謙二・法令ニュース23巻５号（昭和63年）45頁，内田貴・法協106巻７号（平成元年）1323頁，好美清光『街づくり・国づくり判例百選』別ジュリ103号（平成元年）104頁，都築弘『昭和63年度主要民事判例解説』判タ臨増706号（平成元年）42頁，大西武士『判例金融取引法（下）担保・保証，為替・手形交換・付随業務，手形・小切手』（ビジネス教育出版社，平成２年）68頁，佐藤久夫『最高裁判所判例解説民事篇（昭和62年度）』（法曹会，平成２年）〔21事件〕410頁。

(272) 前掲注（149）参照。

(273) なお，本判決は，その後，最（２小）判昭和59年11月26日判時1149号87頁・判タ552号151頁により引用されている。

(274) その他，供託官の審査権限に関する判例としては，以下のものがある。①最（１小）判昭和36年10月12日訟務月報８巻２号325頁，②最（大）判昭和45年７月15日民集24巻７号771頁，③最（２小）判昭和59年11月26日判時1149号87頁・判タ552号151頁（①を引用），④最（１小）判昭和62年４月16日判時1242号43頁・判タ642号173頁（供託官の国家賠償責任に関する事例）。

(275) ①大決明治31年６月６日民録４輯６巻42頁，②大決大正２年12月12日民録19輯1016頁。③大決大正７年11月15日民録24輯2183頁，④大決大正７年

12月16日民録24輯2326頁，⑤大決大正10年12月12日民録27輯2113頁，⑥大決昭和8年7月31日民集12巻1968頁，⑦大決昭和16年6月3日民集20巻793頁，⑧最（3小）判昭和43年12月24日民集22巻13号3334頁，⑨最（1小）判昭和55年9月11日民集34巻5号717頁，⑩最（1小）判昭和60年2月21日判時1149号91頁・判タ553号144頁。なお，審査請求の構造も同一である。⑪最（3小）判昭和61年11月4日訟務月報33巻7号1981頁。

(276)　なお，形式的審査主義の母法ドイツ法もまた，〔Ⅱ〕(ii)②「積極的」書面審査主義を採用している。すなわち，「ドイツの登記官の審査権限は形式的適法審査主義に基づくといっても，申請された登記が形式的適法審査主義の原則に沿って審査したところ，形式的には適法であっても，当該申請された登記を実行したならば，その登記が不真正になるということを確実な知識に基づき登記官が知っている場合には，登記官は不真正な登記の出現に協力すべきでないから，登記官は中間処分によって釈明を求め，事情によっては，その登記を却下すべき権限を有していることである。したがって，この範囲内においてドイツの登記官は実質的審査権を有している。」（石川清「ドイツ土地登記法30講⑿」登記研究681号（平成16年）81頁。なお，鈴木・前掲注（257）104頁以下も参照）。もっとも，わが国にあっても，「登記官が……申請人となるべき者以外の者が申請すると疑うに足りる相当な理由があると認めるときは」，当事者の提出した書面以外の資料を用いた審査（対人審査ないし書面審査）を認める新法24条が新設されている。だが，同条を理由に，日本は実質的審査主義を採用するに至った，と表現することには，おそらく違和感を覚えるであろう。そして，この違和感こそが，わが国における「実質的審査主義」「形式的審査主義」の用語が，法令の条文レベルではなく（法令上の建前はドイツも日本も形式的審査主義である），もっぱら制度運用の実態の側を直視して用いられていることの証左でもある。

（九州大学大学院法学研究院教授）