

## 不動産登記法の改正：その物権変動論に及ぼす影響 について

七戸，克彦  
慶應義塾大学法学部：教授

<https://hdl.handle.net/2324/6300>

---

出版情報：月刊登記情報. 43 (9), pp.4-45, 2003-09. 金融財政事情研究会  
バージョン：  
権利関係：



# 不動産登記法の改正

## ——その物権変動論に及ぼす影響について——

慶應義塾大学教授 七戸克彦

### 目次

- |  |   |
|--|---|
| <p>I はじめに</p> <p>補足説明第1-2 不動産登記の電子化の歩み</p> <p>補足説明第1-3 改正の基本方針</p> <p>II 骨子案「第1」について</p> <p>第1-1/2 オンライン申請と窓口申請との関係</p> <p>第1-3/4 申請構造の見直し</p> <p>第1-3 出頭主義の廃止</p> <p>第1-4 共同申請主義の維持</p> <p>第1-5/6/7 本人確認</p> <p>第1-5 登記済証の廃止と代替手段</p> <p>第1-6 登記識別情報がない場合の本人確認</p> <p>第1-7 本人確認に関する登記官の審査権限</p> <p>第1-8/9/10 取得原因の有効性確認</p> <p>第1-8 表示登記——原本である書面の写しに相当する情報</p> | <p>第1-9/10 権利登記——登記原因証明情報</p> <p>第1-11/12/13 その他</p> <p>第1-11 登記完了通知</p> <p>第1-12 同時申請のみなし制度</p> <p>第1-13 登記事項証明書のオンライン請求</p> <p>III 骨子案「第2」について</p> <p>第2-1 現代語化等</p> <p>第2-2 電磁的な登記簿等の本則化</p> <p>第2-3 不動産特定番号</p> <p>第2-4 予告登記制度の廃止</p> <p>第2-5 電磁的記録を用いた窓口申請</p> <p>第2-6 職権更正・審査請求手続の改正</p> <p>第2-7 その他</p> <p>IV おわりに</p> |
|--|---|

### I はじめに

〔1〕平成15年7月1日、法務省（民事局民事第二課）は、不動産登記法（以下「不登法」という。）の大改正に向けて、「電子情報処理組織を使用する方法による申請の導入等に伴う不動産登記法の改正に関する担当者骨子案」を公表した（注1）。本稿は、その内容につき、特に物権変動の法理論との関係で、批判的検討を加えるものであるが、上記骨子案の表題からも知られるように、今次の改正の中心は、オンライン申請の導入にある。今回これを行う理由・経緯に関しては、骨子案中にも簡単な説明があるが（補足説明第1-2）、以下では、まず、この点につき、さらなる補足説明を行っておくことにする。

### 補足説明第1-2 不動産登記の電子化の歩み（注2）

〔2〕不動産登記の電子化への取組は非常に古く、法務省は、既に昭和42年より（独立の予算措置がついたのは昭和47年度以降）登記事務のコンピュータ化に関する研究を開始していた。システム開発は困難を極めたが、しかし、昭和58年のパイロット・システム稼働によって実用の見通しが立ってからの対応は早かった。直ちに昭和60年5月1日法律第33号「電子情報処理組織による登記事務処理の円滑化のための処置等に関する法律」（円滑化法）、6月7日法律第54号「登記特別会計法」の手当てが行われ、そして、昭和63年6月11日法律第81号「不動産登記法及び商業登記法の一部を改正する法律」に

より、ついに従来の紙ベースの登記簿から電磁的記録媒体を用いたブックレス・システム（登記情報システム）への移行が開始されたのである。

こうして実施に移された登記情報システムは、当時の行政事務の電子化の中でも非常に先進的なものであり、その導入をいち早く決断した法務省の先見の明は賞賛に値する。ただ、この昭和63年改正の目的は、登記所のカウンター内部の事務処理の負担軽減にあり、利用者へのサービス向上の視点を含んでいなかった。

〔3〕 しかし、その後、政府が打ち出した「行政情報化推進基本計画」（平成6年12月25日閣議決定、平成9年12月20日改定）（注3）の結果、行政事務の電子化の目的と内容に変化が生ずることとなる。

同基本計画は、第1に、コンピュータ化の目的に関して、行政事務の簡素化・効率化のみならず、利用者の利便性の向上をも掲げている。第2に、電子化の内容に関しても、従来型の①単なる電磁的記録とその出力による証明書発行事務にとどまらず、通信ネットワーク（オンライン）による②電子的な情報提供、③申請・届出、④情報の統合・一元化を図るべきものとされた。そして、同基本計画を受けて、法務省は、「法務省行政情報化推進計画」（平成10年3月20日法務省情報処理連絡会議承認）を策定し、これにより、戸籍、不動産登記、商業・法

人登記、債権譲渡登記等の省内事務は、上記目的に沿った整備が行われることとなった。

〔4〕 その結果、上記電子化のうち、②電子的な情報提供に関しては、「電気通信回線による登記情報の提供に関する法律」（平成11年12月22日法律第226号）、「電気通信回線による登記情報の提供に関する法律施行令」（平成12年3月31日政令第177号）、「電気通信回線による登記情報の提供に関する法律施行規則」（平成12年5月15日法務省令第28号）が整備され、平成12年9月よりインターネットを通じた情報提供（登記情報提供システム）が開始された（注4）。

また、同年には、登記事項証明書の交付事務についても、コンピュータ化された登記所間を通信回線で結ぶことで、最寄りの登記所から管轄の異なる登記所の登記事項証明書等を入手できるサービス（登記情報交換システム）の開始をみるに至った（注5）。

〔5〕 だが、これに対して、③申請手続の電子化は遅れた。政府が発出した「ミレニアム・プロジェクト（新しい千年紀プロジェクト）について」（平成11年12月19日内閣総理大臣決定）（注6）と、これに基づく「申請・届出等手続の電子化推進のための基本的枠組み」（平成12年3月31日行政情報システム各省庁連絡会議了承）を受けて、法務省は、「法務省申請・届出等手続の電子化推進アクション・プラン」（平

〔注1〕 本誌500号（2003年）34頁。なお、同骨子案は、法務省のホームページ（[http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI34/pub\\_minji34.html](http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI34/pub_minji34.html)）のページ末尾のリンク参照）にも掲載されている。

〔注2〕 不動産登記の電子化の歴史に関しては、差し当たり、林良平＝青山正明（編）『（注解不動産法・第6巻）不動産登記法（補訂版）』（青林書院、1992年）26頁〔青山〕、寺田逸郎「不動産登記——その制度と運用」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、1997年）1頁、小口哲男「登記事務のコンピュータ化」・前掲書199頁、藤原勇喜「体系不動産登記——不動産登記の体系化と不動産登記法改正への提言——」（テイハン、2003年）38頁参照。

〔注3〕 骨子案の補足説明第1-2参照。なお、「行政情報化推進基本計画」（<http://www.soumu.go.jp/gyoukan/kanri/kaitai9.htm>）の内容及び進展状況に関しては、行政情報化研究会（編著）『行政情報化白書』（ぎょうせい、1998年）参照。

〔注4〕 「登記情報提供システム」に関しては、法務省民事局ホームページ（<http://www.moj.go.jp/MINJI/minji25.html>）、民事法務協会ホームページ（<http://www1.touki.or.jp/gateway.html>）参照。

〔注5〕 「登記情報交換システム」に関しては、法務省ホームページ（<http://info.moj.go.jp/misc/realestate/1802/page001.htm>）参照。

〔注6〕 補足説明第1-2。その全文については、<http://www.kantei.go.jp/jp/mille/index.html>参照。

成12年9月29日情報処理連絡会議承認)を策定し、その後、政府が新たに打ち出した「e-Japan戦略」と、これに基づく「高度情報通信ネットワーク社会形成基本法」(平成12年12月6日法律第144号)及び「e-Japan重点計画」(平成13年3月29日高度情報通信社会推進戦略本部(IT戦略本部)決定)(注7)の実施に伴い、法務省の「アクション・プラン」並びに上記〔3〕「法務省行政情報化推進計画」も改定されたが(前者につき平成13年7月6日、後者につき同年7月31日。いずれも法務省情報化推進会議承認)、ところが、「すべての申請・届出手続を2003年までのできる限り早期にインターネット等で行えるようにする」との「e-Japan重点計画」に対して、法務省の「アクション・プラン」は、「平成16年度中にオンライン化を実現したいが……平成15年度までに達成することは困難な状況にある」と述べて、「e-Japan重点計画」の求める目標年度内での実現を早々に断念してしまっていた。

だが、こうした法務省の消極的姿勢とは対照的に、他府省における③申請・届出のオンライン化は順調に進捗し、また、オンライン申請の際に不可欠な電子認証制度についても、民間認証基盤に関しては、平成12年5月31日法律第102号「電子署名及び認証業務に関する法律」が制定され、法務省も、平成12年10月より、商業登記に基づく電子認証制度の運用を開始している。他方、政府認証基盤(GPKI:Government Public Key Infrastructure)に関しても、平成13年4月27日にブリッジ認証局及び先行3省の府省認証局の設立の後、平成15年5月には全府省の府省認証局の運用が開始された(注8)。さらに、地方公共団体に関しても、平成14年12月13日法律第153号「電子署名に係る地方公共団体の認証業務に関する法律」が制定されている。

〔6〕このような状況の中で、法務省は、③登

記申請のオンライン化の早期実現を図るべく、平成13年度に(財)民事務協会の委託研究として「オンライン登記申請制度研究会」を立ち上げ、同研究会は、平成14年3月には「中間報告書」(注9)を、翌平成15年3月には「最終報告書」(注10)を公表した。

〔7〕しかし、その間にも、他府省の電子化政策は着々と実施に移され、上記「e-Japan重点計画」のうち平成13年度実施予定の施策はすべて年度内に完了したため、政府は同計画の改定——「e-Japan重点計画2002」(平成14年6月18日IT戦略本部決定)——を行って計画を加速・前倒しし、これを受けて、法務省も、上記〔5〕「アクション・プラン」並びに「行政情報化推進計画」につき再度の改定を行ったが(前者につき平成14年7月30日、後者につき8月30日。いずれも法務省情報化推進会議承認)、オンライン化に関しては、前示旧「アクション・プラン」と同様、平成15年度までの達成は困難との消極的弁明が繰り返された。

だが、その一方で、政府は、各府省がアクション・プランで提示した全5万2000の行政手続のオンライン化を可能にするため、以下の3つの法律を成立させた(行政手続のオンライン化関係三法)。その1は、平成14年12月13日法律第151号「行政手続等における情報通信の技術の利用に関する法律」(行政手続オンライン化法)、その2は、平成14年12月13日法律第152号「行政手続等における情報通信の技術の利用に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」(整備法)、その3は、前示〔5〕「電子署名に係る地方公共団体の認証業務に関する法律」(公的個人認証法)である。

〔8〕以上のように矢継ぎ早に繰り出される施策の数々は、バブル崩壊後、国力の急速に衰えつつある日本を再生させようとする政府の、並々ならぬ意欲の表れであるが、それにひきかえ、昭和63年改正までは日本の最先端を走って

いた法務省の不動産登記の電子化が、その後他府省に次々と追い抜かれ、今や「e-Japan重点計画」の足を引っ張る結果となっているのは、誠に残念なことと言わなければならない。

以上のような状況から、③不動産登記申請のオンライン化は、平成16年国会での可決成立、同年度中の実施が、ひとり法務省のみならず、国策としての絶対条件となっている。

〔9〕 本稿の検討対象である担当者骨子案は、このような状況下において公表され、現在意見募集を終えて、その整理に入った段階にある。今後のスケジュールとしては、10月に法制審議会に不登法改正のための部会を新規に立ち上げて、本骨子案並びにこれに寄せられた意見を基に審議を行い、本年中には審議を終了、その審議結果を基に法務省民事局内で改正法案を作成し、来年の国会に提出という手順を予定している旨聞き及んでいる。

### 補足説明第1-3 改正の基本方針

〔10〕 しかしながら、骨子案の提示する改正内容は、オンライン申請のみにとどまらない。立法担当者は、今回の大改正の機をとらえて、オンライン申請以外の懸案事項についても、併せて改正を行う意図を有しており、この点につき、骨子案の補足説明第1-3は、次のようにいう。「不動産登記制度にオンライン申請を導入するに当たっても、これにより、オンライン申請の一般的メリット（登記所の窓口に行かずに即時に申請行為が可能であること）を実現することはもちろん、オンライン以外の方法により行われる申請を含め、不動産登記の手続全般について見直し、登記事務の簡素化・効率化及び

利用者の負担軽減を図る必要がある」。

骨子案のこの積極的な姿勢は、基本的には高く評価されてよいであろう（注11）。

〔11〕 しかし、その一方では、かくも積極的な姿勢で今回改正に臨むというのであれば、それをどうして徹底させないのか、との不満も残る。

例えば電子化との関係で一例を挙げれば、前記（〔3〕）において述べたように、そもそもオンライン化の最終到達目標は、今次改正によって実現する③申請・届出手続ではなくして、更にその先に控えているところの④情報の統合・一元化にある。そして、この点に関しては、従来から、地図情報システムの実施あるいは不動産情報システムの構築といったテーマの下に、既に議論が詰められていた。ところが、この④の側面に関して、今回の改正では、地図・建物所在図の電子データ化（骨子案第2-2）や、不動産特定番号の採用（同第2-3）といった、初期段階の制度しか導入が考えられていない。

また、電子化とは関わりなく問題となる事項についても、例えば予告登記の廃止（骨子案第2-4）の提案は、専ら近時の執行妨害の問題との関係で取り上げられたもので、些末とまではいわないまでも、特定の業界に固有の問題である。こうした問題を改正事項として取り上げておきながら、なぜ、我が国の不動産登記制度の抱える根本的な欠陥として古くから大いに議論されてきた問題——登記が実体関係（現在の権利状態並びに権利変動の過程・態様）を反映する蓋然性の低さ——を正面から取り上げ、根本的な解消を図ろうとはしないのか。

〔12〕 こうした改正内容の不徹底さの理由は、

（注7） 補足説明第1-2。その全文については、<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/index.html>参照。

（注8） 補足説明第1-2。政府認証基盤の詳細につき、<http://www.gpki.go.jp/>参照。

（注9） 本誌491号（2002年）92頁。

（注10） 本誌499号（2003年）14頁。なお、同報告書は、法務省のホームページにも掲載されている（<http://www.mojigo.jp/PUBLIC/MINJI32/refer01.pdf>）。

（注11） 山野日章夫「不動産登記法の改正に関する担当者骨子案の読みどころ」本誌501号（2003年）42頁も、「オンライン以外の論点に目配りがなされていることを評価する」としている。

今回の改正が、直接には政府の「e-Japan戦略」や、担保・執行法制改正論議といった、昨今の外部からの要請に突き動かされて生じたものであり、そのため、立法担当者の意識の中に、これら外部からの風当たりの強い部分についてだけ応急手当を行っておけば当面はしのげる、との発想が存在しているからであろう。

しかしながら、今回の改正は、条文1つ2つの変更にとどまらず、全くの新法（新「不動産登記法」）制定の形式となるため（注12）、この機を逃した場合には、章立てや条文配列の大規模な組替えは、ほぼ不可能となる。現行不登法が、明治32年の制定以来100年を越える歳月にわたって維持されたことを考えれば、今次の改正によって成立する新不登法についても、これと同程度かそれ以上の存続に耐え得る立法が望まれる。

骨子案の提案内容は、これに応えられるだけの内容となっているか。以下、骨子案の項目に沿って順番に検討を加える。

## II 骨子案「第1」について

[13] 今回改正の中心問題に関する骨子案「第1 電子情報処理組織を使用する方法による申請の導入に伴う申請手続の見直し」の部分は、前記（〔6〕）オンライン登記制度「研究会〔最終〕報告書及びこれに対する意見募集の結果を踏まえ、法務省民事局の担当者において作成したもの」（補足説明第1-1）であり、内容的にも「大きな差異はない」（注13）。したがって、担当者が骨子案作成に際して考慮した基本的な留意点は、研究会がオンライン申請の検討に際して留意した観点と同様であると考えられるところ、研究会は、以下の4点を問題としていた。すなわち、①オンライン申請制度の導入後においても登記の正確性を確保するとともに、登記の正確性の一層の充実を図ること（正確性の観点）、②登記事務処理の迅速性及び効率性を高

めること（登記事務処理の迅速性等の観点）、③合理的な範囲において、申請人の負担軽減を図ること（負担軽減の観点）、④現在の実務・取引慣行に配慮すること（実務配慮の観点）である（報告書第1-2補足説明(2)）（注14）。

同報告書もいうように、「これらの観点は、論点によっては相互に対立する要素も含んでいる」。そして、同報告書は、「提言に当たっては、論点ごとに問題状況を分析し、これらの適正な調整を図っている」と述べるのであるが、実際のところは、④実務配慮の観点に比重が置かれ、①正確性の観点が弱い印象を受ける。そして、この点は、骨子案についても同様である。

### 第1-1/2 オンライン申請と窓口申請との関係

#### (A) 骨子案の説明

[14] まず、オンライン申請と窓口申請の関係につき、骨子案は、改正法においては、両者を併存させる、とする（骨子案第1-1）。

この点に関する骨子案の説明は、次のようなものである。上記（〔13〕）②登記事務の効率化という観点からは、オンライン申請に一本化することが望ましい。しかし、③国民の利便性という観点からは、窓口申請を廃止することは「現時点では考えられない」（補足説明第2-4）。

[15] なお、その結果併存することになるオンライン申請と窓口申請は、いずれも受付の順序に従って処理するものとし、また、両者の先後関係については、各々の申請の受付の時点を経準とする（骨子案第1-2）。

#### (B) 考察と私見

[16] 現時点において、窓口申請を廃止すべきと主張する者は、おそらく皆無であろう。しかしながら、今後の不動産取引が電子化の方向に進んでいくのは必定であるから、今回の法改正においては、この方向性をあらかじめ見越した

上での規定の仕方をするのが、上記②登記事務の効率化のみならず、将来の③利用者の利便性並びに④実務への配慮の観点からも望ましい。特に今回の法改正が、新法制定の形式で行われ、新法が現行不登法と同様長期にわたって維持されるとなれば、なおさらである。

この点との関係で興味深いのは、特許庁のオンライン出願システムの利用状況である。特許庁が特許出願に関するペーパーレス計画を開始したのは昭和59年であったが、その迅速な作業は直ちに法務省の電子化を抜き去り、早くも平成2年にはオンライン申請を実施に移している。なお、その際に採られた立法形式は、オンライン申請及び窓口申請においてフロッピーディスクを提出する方法を認める特別法(平成2年6月13日法律第30号「工業所有権に関する手続等の特例に関する法律」)を新たに制定することで、従来型の紙申請を規定する特許法等には手を加えずにオンライン申請を実現するというものであったが、ところが、システムが稼働を開始した同年12月の1か月における申請比率は、オンライン申請42.8%、フロッピーディスク申請48.5%に対して、紙申請はわずか8.7%にすぎなかった(注15)。さらに、システム導入より12年を経た平成14年3月現在において、オンライン出願率は97%に達している(注16)。

不動産登記の申請に関しても、将来的には遅かれ早かれ同様の状況となることが予想される。となれば、今回の改正法においては、オンライン申請と窓口申請の両者を認めるにしても、前者を本則として規定すべきである。

なお、骨子案は、今回の「不動産登記法の全面的な改正にあつては、コンピュータ登記簿を前提とする規定を本則とし、紙の登記簿を前提とする規定は設けない(紙の登記簿については、現行の不動産登記法の規定を適用する)」としていることから(骨子案第2-2、補足説明第8-73)、申請の側面に関しても、新法では専らオンライン申請のみを規定し、窓口申請に関しては旧法に従う旨を規定するだけにとどめる方法も考えられる。

[17] 一方、骨子案第1-2のうち、オンライン申請に関しても、窓口申請と同様、受付順(この場合は着信順)に従って登記を行うとする点については、特に異論はないであろう(注17)。

また、オンライン申請と窓口申請の順位問題のうち、従来型の出頭申請との関係については、登記官の窓口での受領と同時に、登記情報システムと連動した自動発券機による発券処理を行うことで(報告書第3-3補足説明(13))、オンライン申請との間の先後が決せられる。

問題は、窓口申請の中でも、骨子案が新規に提示する郵送申請との先後関係であるが、この点に関して、骨子案は、登記所の閉庁時間内に送信されたオンライン申請は、開庁時間の開始直後においてされた窓口申請に先立って受付を行うとし(補足説明第2-6(注))、一方、郵送申請の受付は、法務局に配達された時点ではなく、その後局内を移動して登記所の受付窓口に到達した時点を基準時としていることから(補足説明第3-10(注))。なお、報告書第3-3補足説明(14)も参照)、オンライン申請が郵送申請に常

(注12) 小林昭彦「不動産登記制度の課題」本誌500号(2003年)4頁。

(注13) 山野目・前掲(注11)40頁。

(注14) 骨子案に関しても、この最終報告書の掲げる観点からの分析の必要性を説くものとして、中井一士「オンライン登記申請制度導入とその問題点」本誌501号(2003年)36頁。

(注15) 『行政情報化白書』前掲(注3)205頁。

(注16) 特許庁(編)『特許行政年次報告書2002年版』(発明協会、2002年)102頁。

(注17) なお、研究会においては、いわゆる連件申請の際に、他からの登記申請が割り込む危険性が指摘されていた(報告書第3-3補足説明(12))。この点につき、山野目・前掲(注11)41-42頁は、骨子案の提示する資格者代理人制度によって、打開の見通しがついてきたとする。

に優先することになる。

すなわち、登記申請につき一刻をも争う場合には、窓口申請（出頭申請と郵送申請とを含む）よりもオンライン申請のほうが有利なのであるが、しかし、これにより、利用者がオンライン申請の側に誘導されるかは、分からない。

### 第1-3/4 申請構造の見直し

[18] 一方、骨子案第1-3及び第1-4の掲げる「申請手続の構造」の見直しの問題は、現行不登法26条の定める出頭主義と共同申請主義に関する。これについての骨子案の提言は、窓口申請に関しても出頭主義を廃止するが（骨子案第1-3）、他方、共同申請は維持する（同第1-4）というものである。

#### 第1-3 出頭主義の廃止

[19] まず、出頭主義の廃止に関していえば、この改正は、専ら従来型の窓口申請にかかわる問題であって、オンライン申請とは直接関係ない点に注意を要する。

そもそもオンライン申請は、事柄の性質上、出頭主義とは根本的に相容れないものである。したがって、従来型の窓口申請につき出頭主義を維持すると否とにかかわらず、オンライン申請に関しては、現行の出頭主義の規定を排除する改正が行われなければならないところ、この点に関する改正は、補足説明第3-7も述べるように、既に完了している。それが、先にも触れた平成14年「行政手続等における情報通信の技術の利用に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」〔7〕であって、同法19条により、現行不登法26条1項の文言は、既に次のように変更済みである（下線部を追加）。「登記ハ行政手続等における情報通信の技術の利用に関する法律第3条第1項ノ規定ニ依リ同項ニ規定スル電子情報処理組織ヲ使用シテ申請スル場合ヲ除ク外登記権利者及ヒ登記義務

者又ハ其代理人登記所ニ出頭シテ之ヲ申請スルコトヲ要ス」〔注18〕。

それゆえ、ここでの問題は、従来型の窓口申請につき、出頭主義の適用を引き続き維持すべきか、それとも窓口申請に関してもこの機に出頭主義を廃止すべきか、という点になるが、骨子案は、このうちの後者の選択肢を採用した。

#### (A) 骨子案の説明

[20] 骨子案の説明は、次のとおりである。

まず、(1)起草者の見解に関しては、「現行法の立法過程において、出頭主義が導入された理由は必ずしも明らかではない」。一方、今日の学説の理解する出頭主義の制度趣旨は、(2)「対面により申請人が本人であることを確認すること」、(3)「郵送申請を認めると受付順位の決定に不便を来すこと」、(4)「即日補正の便宜を図ること」（不登法49条ただし書参照）の3点に求められている（補足説明第3-8）。

しかしながら、上記(2)の「登記の真实性を確保するための本人確認は、出頭主義を維持すること以外の方法によっても可能である」。また、(3)の「受付順位の決定については、……同一の不動産について前後が明らかでない数個の申請についての規律を設けることを前提にすると、順位の決定に不便を来すとはいえない」。さらに、(4)の「補正の問題は、出頭主義を採るか否かにかかわらず、制度の運用の問題として考慮すべき問題である」（補足説明第3-9）。以上の理由から、出頭主義を廃止することによるデメリットはない。

他方、(5)出頭主義を廃止するメリットは、「申請人の負担を軽減する」ことにある（補足説明第3-9）、というのである。

#### (B) 考察と私見

[21] 骨子案の説明は、おそらく、吉野衛『注釈不動産登記法総論』と、幾代通＝徳本鎮『不動産登記法』に依拠したものであろう（注19）。

このうち、吉野・前掲書は、現行不登法26条

の立法過程を詳細に紹介しつつ、出頭主義の制度趣旨を論じている。すなわち、同条の基となった法典調査会明治29年3月6日第8回不動産登記法案審議での原案30条(注20)並びに同年5月20日第22回審議での修正案30条(注21)には、現行26条に見られるような「登記所ニ出頭シテ」の文言が存在しておらず、この文言は、明治31年4月4日第1回及び同月8日第2回の登記法整理会に提出された整理案26条(注22)において突如として登場する。ところが、法典調査会においても整理会においても、出頭主義に関しては特に議論されていない。したがって、「〔A〕出頭主義が採用されるに至った理由については、上記議事筆記から明らかでない以上、起草者がどんな考えをいただいていたかは、これを想像する以外に方法はない。〔B〕そして、私の想像では、起草者が特段の説明を加えていないところからみて、私人が国家機関である登記所に登記を申請するのは、いわゆる『お上』に登記をお願いするのであるから、登記所に出頭するのは当然だという位の官尊民卑的な意識しかなかったのではないかと思う(官公署には囑託を認めていることを考えよ)。〔C〕しかし、今日の時点で、出頭主義採用の

理由を合理的に説明するとすれば、申請人に即日補正の機会を与えて、権利の順位を確保する便宜を付与することにあるものと考えらるべきであろう(ほぼ同旨、幾代133頁)」「〔 〕内は引用者」(注23)。

骨子案の前記(〔20〕)の説明は、この見解のうち〔A〕〔C〕部分を参照したものと推測される。

#### (1) 起草者の見解

〔22〕 しかしながら、前示引用のうち〔A〕〔B〕部分に関して、私見は、吉野説とは異なる理解に立つものである。

現行不登法は、明治19年旧登記法、明治23年旧民法、現行民法草案、フランス1855年登記法、ザクセン1865年1月9日勅令、プロイセン1871年不動産登記法、1872年所有権取得法(E E G)、ドイツ民法(B G B)第1草案、第2草案、不動産登記法(G B O)第1草案(注24)等を参照して立法されたが、上記法典調査会原案30条に関して参照されているのは、旧登記法8条1項、B G B第1草案828条1項・833条1項、同第2草案794条1項・796条1項、G B O第1草案19条2項である。このうち、B G B及びG B O草案の規定は、不動産物権変動の

(注18) なお、「行政手続等における情報通信の技術の利用に関する法律」(オンライン化法)3条1項の規定は以下のとおり。「行政機関等は、申請等のうち当該申請等に関する他の法令の規定により書面等により行うこととしているものについては、当該法令の規定にかかわらず、主務省令で定めるところにより、電子情報処理組織(行政機関等の使用に係る電子計算機(入出力装置を含む。以下同じ。))と申請等をする者の使用に係る電子計算機とを電気通信回線で接続した電子情報処理組織をいう。)を使用して行わせることができる。」

(注19) 吉野衛『注釈不動産登記法総論(新版)(上)』(キンザイ、1982年)501頁以下、幾代通(著)＝徳本鎮(補訂)『不動産登記法(第4版)』(有斐閣・法律学全集25-II、1994年)146頁以下。

(注20) 「法典調査会・不動産登記法案議事筆記」法務大臣官房司法法制調査部(監修)『日本近代立法資料叢書26』(商事法務研究会、1986年)69頁。

(注21) 「法典調査会・不動産登記法案議事筆記」前掲(注20)262頁。

(注22) 「法典調査会・登記法整理会議事要録」『日本近代立法資料叢書26』前掲(注20)4頁、8頁。

(注23) 吉野・前掲(注19)502-3頁。さらに、吉野「(再開)不動産の表示に関する登記講義(6)登記研究648号(2002年)61頁の説明も同様。なお、本文引用部分のうち、「幾代133頁」とは、幾代通『不動産登記法(新版)』(有斐閣・法律学全集25-II、1971年)133頁を指す。同書の最新版である、幾代＝徳本・前掲(注19)147頁注(1)は、今度は吉野・同所を参照しつつ、本文引用部分〔B〕の仮説に賛成している。

(注24) 「法典調査会・不動産登記法案議事筆記」において、同草案は、単に「独登」とだけ表記されている。しかし、G B Oの成立は1897年3月24日であるから、上記表記はG B Oの成文ではなく草案を指すと考えられる。さらに、G B O草案にも、ヨホフ(Johow)起草の2つの前草案(1883年のいわゆる第1前草案と、1888年の第2前草案)、1888年の第1草案、1896年の第2草案があるが、内容的に見て、上記表記は、第1草案を指すものと考えられる。G B Oの制定過程及び諸草案に関しては、Schubert(Werner), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sachenrecht III: Grundbuchordnung, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1982参照。

一般原則であって、そこでは所有権移転に関する特則であるアウフラッシング (Auflassung) のような出頭主義は採られていない。問題は、旧登記法8条1項の側である。

同条は、明治19年の成立時の原始規定においては、次のようなものであった。

【旧登記法8条 (原始規定)】

登記ヲ請フ者アルトキハ登記官吏直ニ前条ノ該目ヲ審査シテ登記簿ニ登記シ本人ニ之ヲ示シ又ハ読聞セタル上本人ヲシテ署名捺印ス可シ

つまり、旧登記法8条の原始規定には、そもそも1項(2項・3項)など存在していない(注25)。ところが、同条は、明治23年の大改正(明治23年9月2日法律第78号)において、次のような内容に変更される。

【旧登記法8条 (明治23年改正後)】

- ① 登記ハ契約者双方又ハ其代理人登記所ニ出頭シテ之ヲ請求ス可シ
- ② 登記ヲ請フ者アルトキハ登記官吏ハ之ヲ受付帳ニ記載シ契約者ヨリ差出シタル書類ノ受取証ヲ下付ス可シ
- ③ 登記ヲ為スニハ登記ノ番号ヲ記シ登記官吏之ニ署名捺印ス可シ

文言の近似性から考えて、前記整理会案26条及び現行不登法26条が、この明治23年改正8条1項に由来することは、疑いないであろう。それゆえ、「出頭主義が採用されるに至った理由について……起草者が特段の説明を加えていない」理由は、ただ単に、当時の現行法たる旧登記法をそのまま継受したからと理解するのが、素直な解釈ではあるまいか。

[23] したがって、現行不登法の起草者の考える出頭主義の制度趣旨は、旧登記法における制度趣旨と同一と考えるのが穏当ということになるが、ところが、明治23年改正はもとより、明治19年の制定時においても、——少なくとも明治19年法制定に関する元老院審議(注26)並びに明治23年法改正に関する衆議院審議(注27)

を見た限りでは——、出頭主義はむしろ当然の前提と理解されており、その採用の可否自体をめぐって議論がなされた形跡はない。これは、旧登記法が、旧来の公証制度の出頭主義をそのまま継受したためと考えられる(注28)。

そして、この公証制度の出頭主義は、旧幕時代の名主加判の制に由来する(注29)。名主加判の制度とは、名主(関西では庄屋)に対して当事者が不動産譲渡・担保設定契約書を提出し、名主はその有効性を審査して異状がなければ契約書に奥書証印をする、というものであって、この制度においては、村役人である名主と村民である当事者の間には面識があるため、出頭主義を採ることは、①本人確認と②物権変動の意思表示の有効性確認の2つの機能を同時に有し得た。公証制度は、この名主の審査を明治政府の行政組織である区戸長の審査に置き換えたものであり、明治19年登記法は、更にこれを裁判所の組織である登記所の審査に移行させたもの、明治23年改正は、登記所の数が少なく不便であったことから、従前の公証制度と同様、町村長の登記事務をも補充的に認めたものであって、要するに、現行不登法26条の出頭主義は、旧幕時代の名主加判→公証制度→旧登記法の立場をそのまま受け継いだものであり、したがって、その制度趣旨は、これら従前の法制度におけると同様、①本人確認と②物権変動原因の有効性確認の2点にあったというべきであろう。なお、上記吉野[B]の説明は、この制度が地券制度に淵源を有するものならば肯首しうるが(地券制度においても出頭主義と共同申請主義が採られていた。[34](1)参照)、しかし、現行不登法立法時の参照条文(旧登記法8条1項)を尊重するならば、上記のような沿革と趣旨と理解するのが穏当と思われる。

(2) 登記の真実性確保

[24] それゆえ、前記(1)起草者意思の合理性に関する考察は、骨子案の述べる登記の真実性確

保の論点（〔20〕(2)）の中に解消されることになる。もっとも、上述したように、起草者における出頭主義の制度趣旨は、①本人確認と②当事者意思（物権変動意思ないし登記申請意思）の有効性確認の2つにあると考えられるところ、骨子案は、このうちの①本人確認の側面にしか注目していない（注30）。

しかも、この①本人確認機能は、名主と村人あるいは区戸長と住民といった面識のある者どうしでは成り立ってはいたが、この機能は、旧登記法が登記所を登記機関とし（注31）、また代理人による申請を認めた段階で（注32）、既に消失してしまっている。加えて、現行不登法の下では、登記官が出頭者に対して積極的な本人確認を行うことは審査権の範囲外であって許されないとされているため、①本人確認との関係で出頭主義のもつ意味はそもそもほとんどな

い、というのが、従前の学説の理解であった（注33）。

### （3）受付順位の決定

〔25〕一方、従前の学説は、郵送申請を認めると受付順位の決定に不便を来すことを出頭主義の理由として掲げ、これに対して、骨子案は、同時到達のみなし制度を設けることによって、この問題に対処し得ると説く（骨子案第1-12、補足説明第7-68）。

しかし、こののみなし制度が導入された場合の結論たるや、いずれの申請も却下されるというものであって（補足説明第7-69）、これは、譲受人に極めて酷な結果をもたらす（この点に関しては、骨子案第1-12の項で改めて論ずる）。

### （4）即日補正の利便性

〔26〕一方、即日補正（不登法49条ただし書）の利便性の問題は、オンライン申請に関しても

〔注25〕 なお、旧登記法は、原始規定においても、出頭主義が原則であった。ただ、それは、①売買譲与（14条「当事者出頭シ」）・②家督相続（15条「双方出頭シ」）・③質入書入（21条「契約者双方出頭シ」）・④質入書入の解除又は変更（23条「契約者双方出頭シ」）に関する各論規定で個別的に定められており、本文で示したとおり、総論規定たる8条には「出頭」の文言は存在していない。

〔注26〕 『元老院会議筆記（後期・第25巻）』（元老院会議筆記刊行会、1981年）1991頁「登記法（第521号議案）」。

〔注27〕 『帝国議会・衆議院議事速記録3（第2回議会・明治24年）』（東京大学出版会、1979年）58頁「登記法改正法律案」。

〔注28〕 同旨、田中康久「不動産登記制度の変遷と今後の課題」田中康久（編著）『（不動産登記制度100周年記念）不動産登記制度と実務上の諸問題(上)』（テイハン、1987年）24頁。

〔注29〕 旧幕時代の名主加判の制、明治初期の公証制度、明治19年の旧登記法の制定並びに明治23年大改正に関しては、福島正夫①「旧登記法の制定とその意義」『福島正夫著作集第4巻民法（土地・登記）』（勁草書房、1993年）329頁、同②「日本における不動産登記制度の歴史」前掲書406頁、同③「わが国における登記制度の変遷」前掲書428頁、清水誠「わが国における登記制度の歩み——素描と試論——」日本司法書士会連合会（編）『不動産登記制度の歴史と展望』（有斐閣、1986年）101頁、藤下健「登記原因証書概念形成史瞥見」登記研究601号（1998年）41頁参照。

〔注30〕 不登法26条に関する学説において、①本人確認の側面のみを挙げる見解として、香川保一「不動産登記法逐条解説（13）」登記研究626号（2000年）89頁。しかし、これに対して、②当事者の申請意思の確認機能のみを挙げる見解として、『注解不動産法6不動産登記法（補訂版）』前掲（注2）183頁〔山田誠一〕。なお、吉野・前掲（注19）はこの機能につき一切触れず、他方、幾代=徳本・前掲（注19）147頁、藤原・前掲（注2）1211頁は、①・②の両側面を問題にしているように読める。なお、不登法49条3号との関係では、学説は、②の側面であるところの当事者の意思能力の審査がなされるとしている（〔59〕）。

〔注31〕 明治19年登記法の元老院審議において、尾崎三良議員は次のようにいう。「現今ノ戸長ニハ尚ホ民選ニ係ル者アリ仮令官選ニ出ルモ常ニ町村ノ住民ト接近シテ相ヒ面識シ相ヒ親和ス故ニ公証取扱上甚タ便宜ヲ得タリ今ヤ強テ之レヲ治安裁判所ニ移ストキハ徒ラニ人民ヲシテ畏懼ノ念慮ヲ増サシメンノミ大抵田舎人ノ風習時ル〔ママ〕官吏ヲ視ル恰モ鬼神ノ如ク其官衙ニ上ルハ恰モ閻羅府ニ入ルカ如キノ思ヒヲ為ス是レ深く察セサル可カラス」。『元老院会議筆記（後期・第25巻）』前掲（注26）2099頁。

〔注32〕 なお、旧登記法の原始規定においては、代理人申請が条文の文言上現れていないが、しかし、元老院審議では、「本法中代人ノコトヲ規定セス是レ悉ク本人ニ限ル者ニシテ総テ代人ヲ用ユルヲ許サルヤ」との渡辺清議員の質問に対して、内閣委員（周布公平）は「本法ニ依リ登記ヲ請フ者ハ代人ヲ用ユルヲ得ルヤ否ヤヲ問ヘリ是レ普通代人規則ニ依リ之レヲ用ユルコトヲ得ルナリ」と回答している。『元老院会議筆記（後期・第25巻）』前掲（注26）2093-4頁、2096頁。ちなみに、ドイツ民法の制定過程においても、アフラスングに関する出頭主義は、代理人によるアフラスングが認められる以上実益がないとの批判がなされている。七戸「ドイツ民法典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（1989年）291頁。

〔注33〕 幾代=徳本・前掲（注19）147頁、164頁。

問題となるが、この点につき、研究会報告書は、「法務省オンライン申請システム」に掲示する方法のほか、登記所から申請者に向けてメールを送信する方法を提案していた（報告書第3-8補足説明(5)）。他方、報告書は、郵送申請の場合の補正は、窓口において行うとするようであるが（同(5)）、しかし、これでは郵送申請・即日補正双方の利便性が生かされないことになる。

以上の報告書に対して、骨子案は、先にも引用したように（〔20〕(4)）、「補正の問題は、出頭主義を採るか否かにかかわらず、制度の運用の問題として考慮すべき問題である」（補足説明第3-9）と述べるのみで、そこにいう「運用」の具体的内容に関しては、オンライン申請の場合も含めて、何ら触れるところがない。

#### (5) 申請人の負担軽減

〔27〕 なお、出頭主義の廃止は、一見すると骨子案が述べる「申請人の負担を軽減する」もののようにも感じられる。しかしながら、実際には、上記(2)(3)(4)で述べた問題のほか、郵送申請に関して、郵便物の受領の有無や内容物の有無をめぐって紛争が生ずる可能性もあり（報告書第3-1補足説明(4)）、要するに、申請それ自体は楽でも、その後の段階になってから、かえって当事者に過酷な負担を課し、紛争に巻き込む危険をもたらす。

また、今回の法改正の趣旨は、利用者の負担軽減（〔13〕③）と同時に、登記事務の簡素化・効率化（〔13〕②）にも存したところ、出頭以外の種々の方法による申請を許容することは、登記事務の錯雑化による処理の遅延を招くおそれがある。

さらに、先にも述べたように（〔16〕）、今後の不動産登記法制の基本的な制度設計との関係では、将来的にはオンライン申請に一本化する方向に誘導するのが望ましく、従来型の窓口申請に関して、現行制度をあえて変更してまで、

オンライン申請とは別の新しい申請方法を提示する必要はないように思う（注34）。

### 第1-4 共同申請主義の維持

#### (A) 骨子案の説明

〔28〕 以上の出頭主義に対して、同じ現行不登記法26条の文言の中でも、共同申請主義の部分に関しては、骨子案は、これを維持する。

(1) この点に関する骨子案の説明は、共同申請主義の根拠から開始される。すなわち、この主義において、まず、①登記権利者の関与が要求されているのは、「民法第177条が登記を物権変動の対抗要件と位置づけていることから、登記を申請するの可否かは、原則として当事者の自由といえる。したがって、登記権利者について自ら関与せず登記が申請されるのは望ましくない」からである。他方、②登記義務者の関与が要求されているのは、「登記名義人である登記義務者が自ら不利益を受ける登記について、登記申請人となって申請していることにより、登記の真实性を確保することができる」からである（補足説明第3-11）。

(2) 次に説明されるのは、単独申請の根拠である。すなわち、上記(1)②にいう真实性確保の根幹部分は、要するに、登記義務者が承諾している点に求められるのだから、この承諾が手続上明らかであれば、登記義務者を申請人とする論理必然性はなく、登記権利者が登記義務者の承諾を得て単独申請をする構造にしても差し支えないはずである（補足説明第3-12）。

(3) しかし、それにもかかわらず、骨子案は、共同申請主義維持の結論を採るのであるが、この点に関する骨子案の説明は、すこぶる歯切れが悪い。すなわち、①共同申請主義は現行制度の基本的な仕組みである、②出頭主義の廃止が予定されているので、共同申請主義を維持しても当事者の負担にはならない、③単独申請においても登記義務者の承諾が必要になるので、利

便性の観点から見ても共同申請主義と大差がない。したがって、「共同申請構造自体を変更する積極的な理由はない」というのである（補足説明第3-13）。

## (B) 考察と私見

[29] 骨子案の述べる共同申請主義の根拠は、幾代=徳本『不動産登記法』の述べるところと類似する。ただ、同書は、①登記権利者の関与が要求されている根拠につき、「利益といえども本人の意に反してこれを押しつけるべきではない、という思想がある」と述べるにとどまり（注35）、骨子案のように、民法177条の下では登記をするもしないも登記権利者の自由である、とまでは述べていない。また、同書は、共同申請主義は、登記の連続の原則（登記名義人の連続=物権変動の過程の連続を指す）を当然に包含した観念であるとするが（注36）、先に見たように、この根拠につき、骨子案は言及していない。

### (1) 起草者の見解

[30] 一方、共同申請主義の由来につき、従来の学説の説明は、次の2系統に分かれる。

(a) その1は、法典調査会の不動産登記法案審議における田部芳の次の発言を参照するものである（注37）。「此登記ニ付テハ承諾主義ヲ採用シタリ即独逸ノ『こんぜんす、ておの〔り〕ー』ノ主義ニ倣ヒタリ」（注38）。

(b) その2は、上述の登記の連続の原則に関して、同原則は旧登記法においても実質的には採

用されており、現行不登法制定の際にも当然の前提とされていたとして、旧登記法以来の沿革を示唆するものである（注39）。

[31] 上記(a)の引用にいうドイツ法の「承諾主義」「こんぜんす、ておりー（Konsenstheorie; Konsensprinzip）」（現在では通常「合意主義」と訳出される）は、物権変動の要件として、形式のほかに意思の要素を要求するプロイセン法の立場を指すもので、その反対概念は、ザクセン法の形式的確定力原則である。ただ、プロイセン法においては、この意思的要素の中に、実体的な物権変動に向けられた意思と、登記申請に向けられた意思の、両者が未分化のまま包摂されていた。しかし、このプロイセン法の立場を採用したドイツ民法典の起草者は、物権変動の実体的要件としての意思と手続的要件としての意思を峻別し、前者については民法典で、後者については不動産登記法で、各々別個に規定すべきこととした。その結果成立したのが、B G Bの定める物権的合意（Einigung）であり、G B O（第1草案）における両当事者の共同申請なのである（注40）。

さて、以上の点を基礎知識として、先に出頭主義の立法過程の個所で触れた、現行不登法26条制定の際に参照された立法例に再び立ち戻るならば、そこでは、物権契約ないし物権的合意を規定したB G B第1草案828条1項・833条1項、同第2草案794条1項・796条1項、G B O第1草案、並びに、共同申請主義を規定したG

(注34) ただし、改正法における原則は、あくまでもオンライン申請であって、窓口申請ないし出頭主義は、これに対する例外として位置づけられるべきである。これに対して、西川艶子=大川幸生=清水政人=木島洋史=野村和身=曾我修=柳川謙二「不動産登記のオンライン申請に関する一考察(下) みんなん (民事研修) 552号 (2003年) 44頁は、「原則として当事者出頭主義を残すことにし、オンライン申請は、当事者出頭主義の例外として認めるかたちで整理する」とするが、そのような旧制度を本則とする立法では、社会の発展から直ちに取り残される。

(注35) 幾代=徳本・前掲（注19）71頁。

(注36) 幾代=徳本・前掲（注19）72頁。なお、この点は、他の学説においても通常挙げられるところのものである。吉野・前掲（注19）500-501頁、『注解不動産法6不動産登記法（補訂版）』前掲（注2）182頁〔山田誠一〕。

(注37) 吉野・前掲（注19）500頁、幾代=徳本・前掲（注19）72頁注(1)。

(注38) 「法典調査会・不動産登記法案議事筆記」前掲（注20）70頁。

(注39) 幾代=徳本・前掲（注19）72頁。

(注40) その詳細に関しては、七戸・前掲（注32）277頁、七戸「意思主義の今日的妥当性——とくに証拠保全との関係で——」半田正夫教授還暦記念論集『民法と著作権法の諸問題』（法学書院、1993年）30頁参照。

B O 第 1 草案 19 条 2 項が参照されていた ([22])。

したがって、我が現行不登法 26 条の共同申請主義が、このプロイセン法の合意主義に由来するとするならば、その制度趣旨は、中世法の裁判上のアウフラッシング（所有権移転の仮装訴訟に淵源をもつ裁判官の面前での譲渡行為）の系譜を受け継ぎ、登記官の面前で、一方当事者が物権放棄の意思表示を行い、また他方当事者が物権取得の意思表示を行い、さらに、この意思表示を登記官が対面で審査し有効性を確認することによって、物権変動の真实性を確保する点にある。

[32] 一方、現行不登法 26 条の共同申請主義が旧登記法に由来するとすれば（前記 [30] (b)）、その制度趣旨もまた旧登記法と同様ということになるが、旧登記法において共同申請主義を定めた 10 条は、地券制度に由来すると考えられている（注 41）。そして、地券書換の手続は、土地売買の当事者が府県庁に連署出願するというものであり（出頭主義と共同申請主義）、その機能もまた、ドイツ法の合意主義 ([31]) や、明治期の公証制度 ([23]) と同様、物権変動の真实性確保にあったと考えられる。

なお、地券書換は、後に、地券の裏書の方法に変更された結果、地券上に所有権移転の来歴経過が表象されることになったが、しかし、これは直接には用紙の節約を目的としたものであって、今日の学説にいう登記の連続の原則 ([29]) を企図したものではない。

## (2) 共同申請主義と許諾主義

[33] ところで、G B O の成文（原始規定）は、我が現行不登法の立法過程において参照された G B O 第 1 草案 19 条 2 項の共同申請主義の立場を採用していない。

### 【G B O 第 1 草案 19 条】

① 登記官は、申請に基づいてのみ不動産登記

簿に登記しなければならない。

② 申請の権限は、その利益のために登記がなされる者、並びに、その権利に向けられて登記がなされる者のみに認められる。

ところが、この共同申請原則は、G B O 第 2 草案以降改められ、次のような規定となった。

### 【G B O 19 条（原始規定）】

登記は、その権利に関係を有する者が、これに許諾した場合に行われる。

すなわち、登記によって権利を喪失する者の登記許諾（Bewilligung）のみが、登記申請の要件とされるに至ったのであり、この現行 G B O の立場を許諾主義（Bewilligungsprinzip）という。

この変更は、当事者の利便性と登記官の事務処理の効率化の双方における意味で、登記手続の簡便化・迅速化を図ったものであるが、他方、登記の真实性の観点からいえば、ここには、登記義務者側の許諾さえあれば、登記の真实性は確保されるという理解が存する（注 42）。これは、骨子案の述べていた、登記義務者の承諾を得て行う単独申請主義の根拠 ([28] (2)) と、全く同様である。したがって、骨子案が、この立場に反対し、共同申請主義を維持しようとするのは、G B O の成文に反対し、ドイツにおいては放棄された、第 1 草案の立場の維持を主張しているに等しい。

### (3) 出頭主義と共同申請主義の関係等

[34] ところが、共同申請主義維持の理由づけに窮した骨子案は、ここで奇妙な論理を展開する。すなわち、出頭主義を廃止するので共同申請主義を維持しても当事者の負担にはならないし ([28] (3)②)、単独申請においても登記義務者の承諾を必要とするから当事者の負担は共同申請主義と大差がない ([28] (3)③) というのである。

(1) しかしながら、第 1 の点に関していえば、所有権移転の仮装訴訟に由来するプロイセン法

の合意主義は、両当事者が裁判所（登記所）に出頭して、原告（譲受人）が所有権移転の請求（物権取得の意思表示）を行い、被告（譲渡人）が請求の認諾（物権放棄の意思表示）を行い、これを裁判官（登記官）が審査した上で、判決証書（登記簿）を作成するというもので、出頭主義と共同申請主義とは、本来的に不即不離の関係にある。我が国の地券制度や公証制度においても、この点は同様であろう。

したがって、今回骨子案が出頭主義を廃止するというのであればなおさら、これと一体的な関係にある（それだからこそ両原則は不登法26条という1つの条文中に規定されている）共同申請主義に関しても、これを廃止するのが、本来的な筋である。

(2) のみならず、現行日本法の下においても、登記実務・判例・学説によれば、一方当事者が他方を代理し、あるいは司法書士等が両当事者を双方代理して行う登記申請は、民法108条に違反しないとされ（注43）、そして、実際にも、そのような形の代理申請が常態化している。

骨子案の主張の第2点は、この点をとらえて、登記義務者の承諾を前提とする単独申請主義と共同申請主義とでは当事者の負担に違いがないとするが、そもそも単独申請主義の主張では、かかる現実に対して、共同申請主義のままでは、108条違反の疑念を払拭できない、という理論的側面を問題としているのであって、現在の実務慣行と全く異なる制度への移行を主張しているわけではない。

[35] 以上より、オンライン申請に関してはもちろん（なお、前記〔19〕改正不登法26条は、

オンライン申請に関して、出頭主義と同時に共同申請主義も排斥しているようにも読める）、窓口申請に関しても、登記義務者の承諾書を付した単独申請主義（現行不登法32条の仮登記の単独申請と同様のもの）を採用すべきである。

なお、骨子案の述べる、民法177条の下では登記をするもしないも当事者の自由であるとの理解（〔28〕(1)①）に関しては、それは対抗要件主義の基本構造に関する一部学説の主張にすぎず、普遍的な承認を得てはならないことを付言しておく。

### 第1-5/6/7 本人確認

[36] 骨子案は、①その第1-5/6/7で、権利証につき、また、②続く第1-8/9/10で、表示登記の申請に必要な「所有権ヲ証スル書面」と、権利登記の申請に必要な「登記原因ヲ証スル書面」につき、それぞれオンライン化した場合の代替措置を論じている。

登記に公信力を認めない我が国において、登記名義人Yが真の権利者であるためには、Yの権利取得がXからの承継取得であった場合には、①前主Xが物権者であり、かつ、②XY間の取得権原が有効であることが要件となるから、登記申請に際しては、この2点に関する審査・確認が必要であるところ、現行不登法においては、①については登記済証が、②については登記原因証書が、その中心的役割を担っている。一方、Yの権利取得が原始取得の場合には、②に関する確認のみが行われるが、その際の資料となるのが、所有権を証する書面である。

したがって、骨子案第1-5/6/7の部分は、登

(注41) 福島・前掲（注29）①379頁注(1)。

(注42) GBOの立法過程での議論については、Schubert, supra (note 24), S. 455 ff. 参照。なお、現行GBO19条に関する詳細な逐条解説である石川清「ドイツ土地登記法30講(4)」登記研究654号（2002年）163頁も、許諾主義の根拠につき、「登記事件処理の簡素化を目的としている」とする（165頁）。

(注43) 大正14年9月18日民事第8559号民事局長回答・先例集上530頁、大判昭和19年2月4日民集23巻42頁、吉野・前掲（注19）509頁、幾代＝徳本・前掲（注19）102頁注(3)。

記の真実性確保の問題のうち、①登記義務者の本人確認の問題、骨子案第1-8/9/10は、②登記権利者（申請人）の権利取得原因の有効性確認の問題とすることができる。もっとも、①に関しては、本人確認機能を担っているのは、登記済証だけではないし、逆に、登記済証の機能は、本人確認機能だけではない。

### 第1-5 登記済証の廃止と代替手段

[37] 現行の不動産登記の申請手続における本人確認の方法は、一般的な本人確認方法であるところの①印鑑及び②印鑑証明書と、不動産登記申請に固有の本人確認方法である③登記済証の3つの審査である。

しかし、オンライン申請においては、上記紙ベースの本人確認方法を維持することはできないから、それらを他のものに置き換えるか、あるいは廃止することを考えなければならない。ここで、骨子案は、まず、①印鑑及び②印鑑証明書に関しては、各々①電子署名及び②電子証明書に置き換えるとする（骨子案第1-5前注、補足説明第4-16）。これは、政府の「e-Japan重点計画」に沿ったものであり、したがって、①電子署名及び②電子証明書の種類に関しても、政府認証基盤（〔5〕）を用いるとされている（補足説明第4-15）。そして、この点は所与の前提であって、変更の余地はない。

それゆえ、問題は、残る③登記済証に関して、これを単純に廃止するか、それとも何らかの他の制度に置換するか、という点にあり、そして、骨子案は、後者の選択肢を採用し、「登記識別情報」なる新制度をもって登記済証に代替させることとした（骨子案第1-5）。

#### (A) 骨子案の説明

[38] この点に関する骨子案の説明は、以下のようなものである。

(1) まず、現行法の登記済証の制度趣旨ないし機能に関して、骨子案は、次の3つを挙げてい

る。①その第1は、本人確認機能であり（申請人が登記義務者本人であることを確認する機能。補足説明第4-17/18/19）、②第2は、登記手続の完了を通知する機能であり（補足説明第4-18）、③第3は、代金決済手段としての機能である（補足説明第4-19「現実の社会において、登記済証が登記申請手続上の本人確認手段という制度上の存在意義にとどまらず、不動産取引当事者間において登記申請に必要な書類と引換えに代金決済をする場面で重要な役割を果たしていることも無視することはできない」）。

なお、研究会報告書は、登記済証の機能として、以下の5つを挙げていた。すなわち、登記手続上の正規の機能として、①登記完了通知機能、②登記義務者の本人確認機能、③滅失登記の回復資料としての機能、事実上の機能として、④事実上の権原証書（いわゆる権利証）としての機能、⑤二重譲渡による登記申請の防止機能であるが（報告書第2-2）、これと、骨子案では、①=②、②=①の2つの機能しか重なり合っていない。

(2) 一方、骨子案は、登記済証を単純に廃止するという選択肢についても検討している。

すなわち、上記骨子案の理解する登記済証の機能のうち、②登記完了通知機能に関しては、別個の通知制度を設けることで、代替が可能である（補足説明第4-18）。だが、これに対して、①本人確認機能に関しては、前記（〔37〕）電子署名・電子証明書だけで本人確認をすとなれば、現行制度よりも本人確認の水準が下がるとする（補足説明第4-19）。さらに、骨子案は、オンライン申請導入後においても、③代金決済機能を有する何らかの代替的制度を設けることが相当であるとする（補足説明第4-19）。

(3) その結果、骨子案は、登記済証を廃止する代わりに、上記3つの機能を担う代替的制度を新設するものとした。すなわち――

①本人確認機能を担う代替的制度として、登

記識別情報（骨子案第1-5-(1)）。

②登記完了通知機能を担う代替の制度として、オンラインを利用した新たな登記完了通知の制度（骨子案第1-11）。

③代金決済機能を担う制度として、登記識別情報の有効証明（骨子案第1-5-(3)）。

## (B) 考察と私見

[39] ここでの問題は2つ、すなわち、第1に、そもそも現行法における登記済証の機能は、骨子案の述べる①②③と理解してよいのか、第2に、仮にこの理解が正しいとして、その各々につき骨子案が提示する代替策は適切か、という点である。

そこで、まず、第1の点から検討するならば、従来の学説は、①本人確認機能に関しては不登法35条1項3号の制度趣旨との関係で、また、②登記完了通知機能に関しては同法60条の制度趣旨との関係で、ほぼ異論なくこれらを承認する。ただし、①に関しては、登記申請に際しての登記済証の要求の理由を、意思確認（申請が登記義務者の真意に出たものであることを確認する点）にあるとする見解も少なくない（注44）。

なお、こうした条文の規定からすれば、研究会報告書の③不登法70条の滅失登記の回復資料としての機能も、登記済証の機能に当然含まれてくる。しかし、現在では、コンピュータ化された登記所（コンピュータ庁）においては、バックアップ・データが利用されているので、この機能は既に消失しつつある（報告書第1-6）。骨子案は、この点にかんがみて、あえて問題としなかっただけであろう。

以上に対して、問題は、骨子案の③代金決済機能と、報告書の④権利証としての機能であっ

て、これらの点に関して積極的な意義を見いだす見解は、少なくとも教科書レベルでは存在していない。

では、現行不登法の起草者は、登記済証の機能として、どのようなものを考えていたのか。

### (1) 起草者の見解

[40] 法典調査会・不動産登記法第9回審議（明治29年3月13日）において、現行35条の基となった原案36条につき、長谷川喬の「登記済証ヲ必要トスルハ詐偽〔ママ〕ヲ拒グノ為メナルヤ」との質問に対して、田部芳は「第3号ノ登記済証ハ長谷川君ノ質問ノ如ク全ク詐欺ヲ禦グノ必要之レアリ其ハ仮令土地台帳是有リトモ登記官吏果シテ其真ノ者ナルヤ否ヤヲ知ル能ハザレバナリ」と述べる（注45）。

したがって、骨子案の説明のうち①本人確認機能は、起草者も想定していたものである。

[41] ところが、その一方で、諸外国に登記済証の立法例はあるかとの長谷川の質問に答えて、田部は、次のようにも述べる。「外国ノ例ハ種々アリを一とりつ州ノ如キハ登記済書ヲ渡ス独逸ノ如キハ土地債務及ビ抵当ノ場合ニ限り登記済証トシテ渡スヤ否ヤヲ保セザルモ兎ニ角証書ヲ渡スナリ然レドモ本案ノ如ク登記済証ノ厳格ナルモノハ外国ニ其類莫カル可シ尤モ独逸ノ如キハ登記判事ノ面前ニテ当事者自白スルモノナレバ本法ノ如ク厳格ニスルノ必要ハ莫カル可シ或ハ又証書ニテ登記所ニ提出セルヲ以テ足レリトシ其証書ハ公証人ノ証明ヲ要スル主義ヲ採用セル国之レアリト雖モ我国ノ如キハ今日公証人ノ数尠ク到底行ハレザル可シ且ツ今日ノ公証人ハ殆ド無責任ノ姿ナルヲ以テ他日公証人ノ数ヲ加ヘ且ツ責任ヲ重ルニ至ルノ時ヲ期セバ兎ニ角不然バ不能ノコトナリ」（注46）。

〔注44〕 御園生進「不動産登記申請に必要な書類をめぐる諸問題」中川善之助＝兼子一（監修）『不動産法大系Ⅳ登記』（青林書院新社、1971年）177頁、『注解不動産法6不動産登記法（補訂版）』前掲（注2）248頁〔松尾英夫〕、幾代＝徳本・前掲（注19）136頁、小坂信行「登記申請に関する書類」鎌田薫＝寺田逸郎＝小池信行（編）『新不動産登記講座3総論Ⅲ』（日本評論社、1998年）143頁、藤原・前掲（注2）1190頁。

〔注45〕 「法典調査会・不動産登記法案議事筆記」前掲（注20）79頁、80頁。

この説明からは、起草者が、登記済証の機能として、本人確認機能のみならず、骨子案が触れていなかった意思確認機能（〔39〕）をも想定していたことが理解される。

しかしながら、より重要な点は、この説明が、登記済が廃止された場合に、その機能——それは今や（〔38〕）①本人確認機能と②物権変動原因確認機能の両者であることが判明した——を代替する制度として何があるかを、明確に指摘していることにある。すなわち、その1は、ドイツ法の登記官の面前での物権変動であり、その2は、登記原因証書の公正証書化（これはおそらくフランス法を念頭に置いている）である。それゆえ、今回の改正に関して、登記済証を廃止した場合の代替措置としては、骨子案の掲げる登記識別情報等の物的手段のほかに、登記官ないし資格者（公証人等）の審査権限の拡充という人的手段もあり得る、ということになる。

〔42〕 なお、研究会報告書にいう④登記済証の権利証としての機能や、骨子案にいう③代金決済機能は、立法段階では想定されていない。

そもそも登記済証という制度が登場するのは、旧登記法20条においてであるが（「地所船舶売買譲与ノ登記ヲ受ケ地券鑑札ノ下付若クハ書換ヲ請求ントスル者ハ登記所ヨリ登記済ノ証ヲ受ク可シ」）、条文の文言から知られるように、ここでの登記済証の機能は、地券の下付・書換の要件となる点にあった。しかしながら、登記済証そのものに地券と同様の権利証としての機能をもたせる理解は、旧登記法あるいは現行不登法の立法過程において存在していない。

## （2）登記識別情報

〔43〕 さて、骨子案は、登記済証の諸機能のうち、本人確認機能を代替する制度として、「登記識別情報」なる制度を提案している。

しかし、この新制度が、専ら本人確認機能を担うとするならば、その名称も、端的に「本人

確認情報」とすべきである。なお、「本人確認」の用語は、既に、平成14年4月26日法律第32号「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律」（本人確認法）でも認められており、また、この情報がない場合に、資格者代理人が本人確認をした上で提出する情報に関しても用いられていることから（〔50〕（3））、それらと同一の用語に統一しておくほうが、概念の混乱が生ずるおそれがない。

一方、この制度は、研究会報告書では登記識別「記号」と呼ばれていたところ、それが抽象度の高い登記識別「情報」になった点は評価できる（注47）。もっとも、ここにいう「情報」の具体的内容として現在考えられているのは、研究会報告書におけると同様、英数字（AからZまで及び0から9まで）等の組み合わせによる登記識別「記号」である（補足説明第4-22）。

なお、骨子案は、この制度の管理・通知・失効その他について詳細な提案を行っているが（補足説明第4-23以下）、本稿では深くは立ち入らない。というのも、本人確認に関するテクノロジーは、骨子案の提示するID・パスワード方式から、より真実性と安全性の高いバイオメトリクス（biometrics）（計量生物学・生物測定学）を用いた認証形式——バイオメトリクス認証・生体認証——へと移行しつつあり、登記識別「情報」の具体的内容として「記号」を用いる骨子案の方法は、それまでの短期間の「中継ぎ」にすぎないからである。その意味では、仮にこの制度を導入するにしても、改正条文の形式や表現に関しては、こうしたテクノロジーの進化にも対応できるような配慮が求められる。

ただ、この点との関係で根本的に問題となるのは、今回改正において導入が決定されている政府認証基盤（〔37〕）との関係であって、政府認証基盤の側でも現行の電子署名・電子証明書に代えてバイオメトリクス認証を採用するであろうから、それだけで本人確認は万全な体制に

なり、その上に重ねて、不動産登記に固有の本人確認制度を置いておくことは、ただ単に手続を鈍重にするだけになってしまう。

[44] 一方、そもそも登記識別情報の制度は、登記済証廃止に難色を示す実務の声を尊重して考案されたものであった。ところが、登記済証廃止反対論者は、この登記識別情報制度にも反対しているという(注48)。つまり、登記済証廃止反対論の本質は、要するに、オンライン申請そのものに根本的に反対なのである。

しかし、そうであるとすれば、上述したようなテクノロジーと法理論の双方において問題の多いこの制度を、実務への配慮の観点([13]④)に基づく妥協的産物として、あえて考案する必要性など、そもそも存在していなかった、ということになる。

以上の理由から、私見は、この制度導入に賛成していた旧見解(注49)を撤回し、登記識別情報制度不要論(注50)に与することにしたい。

[45] なお、骨子案は、窓口申請に関しても登記済証を廃止し登記識別情報に切り替えるものとしており、この点に関しては、従来型の「登記済証の交付ができるようにするのがよい」との反対説もあるが(注51)、しかし、この反対説と骨子案の間には、実はほとんど差異がない。というのも、骨子案は、窓口申請に関しては、登記識別情報を記載した紙に目隠しシールを付した「登記識別情報通知書」なる書面の交付を予定しているのであって(補足説明第4-25)、これは従来型の登記済証と何ら変わるところがないからである。その結果、登記済証廃

止反対論者は、オンライン申請導入後も、この「登記識別情報通知書」を求めて窓口申請の側に流れ、その結果、せっかく導入したオンライン申請が、結局利用されずに終わることが懸念される。

これに対して、私見のように、登記識別情報不要論に立った場合には、後述の骨子案第1-6(登記識別情報がない場合の本人確認)並びに第1-7(本人確認に関する登記官の審査権限)の制度を、すべての申請に関して適用する、ということになる。また、上述したように、登記済証の機能は、本人確認のみならず、意思確認にも存したから([41])、登記済証を廃止した場合には、当事者の意思確認に関する手当ても必要となるから、骨子案第1-6/7(本人確認)の資格者及び登記官の審査は、骨子案第1-8/9/10(取得権原確認)の側にも適用すべきこととなる。

### (3) オンラインによる登記完了通知

[46] 以上に対して、登記済証の有する登記完了通知機能に関する、骨子案第1-11の代替制度の提案([38](3)②)については、おそらく異論はないであろう。

なお、通知方法に関して、骨子案は、①登記識別情報の通知とともにオンラインで通知するか、あるいは、②「法務省オンライン申請システム」に掲示する方法を提示している(補足説明第7-67)。

### (4) 登記識別情報の有効証明

[47] 一方、登記識別情報の有効証明の制度(骨子案第1-5-(3))は、実務側からの、次のような批判を受けて考案されたものである。すな

(注46) 「法典調査会・不動産登記法案議事筆記」前掲(注20)80頁。

(注47) 山野日・前掲(注11)40頁。

(注48) 司法書士側の反応を伝えるものとして、里村美喜夫「登記識別情報制度に関する一考察」本誌501号(2003年)29頁。他方、登記官の側からも、有体物としての登記済証を望む声があることから(西川ら・前掲(注34)45頁)、結局、骨子案の提案する登記識別情報という折衷的産物は、登記実務の双方から背を向けられたことになる。

(注49) 七戸「登記申請のオンライン化に関する若干の提言・要望」本誌494号(2003年)23頁。

(注50) 里村・前掲(注48)29頁。

(注51) 中井・前掲(注14)36頁。

わち、登記義務者が登記済証を交付した時点で登記権利者が代金を支払うのは、その際に、登記権利者又は資格者代理人（司法書士等）が登記済証の紙質その他を検査し、偽造文書でないことを確認しているからである。ところが、登記済証が視認性のない登記識別情報に置き換わった場合には、登記権利者や司法書士は、自分ではその真実性を判断することができず、登記官が登記申請を受理してはじめて、それが真実であったことを知ることになるから、代金決済は、申請受理の時点まで引き延ばさざるを得なくなる。それでは、取引を急ぐ当事者の不利益が著しい、というのである。

[48] そこで、登記原因証明情報に関する有効証明の制度を設け、当事者が取引の際にこれを提示することによって、従来と同一時期での代金決済が可能になる、というのが、この制度の提案の趣旨であるが（補足説明第4-30）、一方、構造的に言えば、この制度は、ちょうど、印鑑（これも登記済証と同様世界に1つしかない）に対し、その真実性を担保するために印鑑証明の制度を設けたのと同じものである。

しかし、現在、①印鑑と②印鑑証明の制度は、①電子署名と②電子証明書へと移行しているから（[37]）、登記原因証明情報に対応する有効証明もまた、電子情報とされるのが筋である。

ところが、この点に関する骨子案の立場は必ずしも明確ではない。先に見たように、登記識別証明の通知方法に関して骨子案が示す様式が「登記識別情報通知書」なる書面であったのに対して（[45]）、有効証明に関する様式の名称が単に「登記識別情報有効証明」とだけあることよりすれば（補足説明第4-33）、有効証明自体も電子情報としてオンラインで提供されるようにも思われるが、しかし、様式の内容からすれば、書面形式を予定しているようにも見える。

これが、もし書面であった場合には、その書面それ自体につき偽造か否かを当事者ないし司法書士が審査する必要が生ずるから、これは、従来の登記済証におけると、状況が全く変わらない。他方、仮に有効証明が電子情報であったとしても、当事者は、登記申請のためには、①電子署名とその②電子証明書のほか、③登記識別情報（それは忘失等に関する細心の注意が要求される）と、更に加えて、その④有効証明（その取り寄せは新たな費用負担となる。補足説明第3-31）を用意しなければならないことになり、当事者が登記申請に要する手間は、今以上に複雑化し重いものとなる。

この問題は、そもそも③登記識別情報を要求したことから生じたものであり、後述の登記官・資格者による本人確認の制度（[54] [55]）を強化しておけば、③以下の制度は不要と解する。そもそも、旧制度を1つ廃止するために、新制度を合計3つも作るのは、今回改正の趣旨に合致しない。

## 第1-6 登記識別情報がない場合の本人確認

[49] 続く骨子案第1-6は、上記登記識別情報が存在しない場合に関する本人確認の方法に関する。これは、オンライン申請のみならず、窓口申請において、登記済証がない場合にも適用されてくる。

この点に関する現行法の手続は、当初は、(1)登記済証に代えて、その登記所において登記を受けた成年人2名以上が登記義務者の人違いでないことを保証した書面（保証書）2通の提出を義務付ける一方（不登法44条）、(2)虚偽の保証書が提出された場合に備えて、念のため登記後に登記義務者に対して通知を行う（事後通知。同旧61条）、というものであった。

ところが、上記(1)につき虚偽の保証書が提出される例が絶えないため、昭和35年改正で現行44条ノ2を新設して(2)の手続を改め、登記申請

が行われている旨の通知を事前に登記義務者に対して行うこととした（事前通知）。

その一方で、(1)保証書に関しては、その作成資格者を、同じ登記所で登記したことのある者に限定するのは、円滑な取引に支障を来すとされ、平成5年改正において、この制約を撤廃するとともに（44条前段一部削除）、保証書の真実性確保のため、他の登記所で登記を受けた者である場合には、その登記簿の謄本を添付すべきこととされた（44条後段追加）。

#### (A) 骨子案の説明

[50] これに対して、今回の改正骨子案は、(1)保証書の制度に関しては、これを廃止し、(2)事前通知の制度に関しては、その変更を行い、さらに、新たに、(3)資格者代理人による本人確認制度を設ける、というものである。

(1) まず、保証書の廃止の理由としては、①その有用性に疑問があること、及び、②匿名性の高い現代社会においては、将来にわたって有効に機能していくとは思われないこと、の2点が挙げられている（補足説明第4-39）。

(2) 一方、事前通知に関しては、まず、現行制度の問題点として、①原則として普通郵便で送付されること、②住所移転についての登記名義人の表示の変更登記が成りすましによるものであった場合、通知は変更後の住所宛になされることから、不正登記申請事案が発生していることが指摘される（補足説明第4-39）。

そこで、この現行制度を、①「本人が確実に受領することができる方法」に改めるとともに、②過去の一定期間内に住所に関する表示の変更登記がある場合には、変更前の住所に対しても通知を行うことにする（補足説明第4-39）。

(3) ただし、「資格者」（登記申請の代理を業とすることができる者をいい、具体的には、司法書士、土地家屋調査士、弁護士の3者を指す）による代理申請の場合に、この資格者代理人が本人確認を行った旨の情報（骨子案はこれを「本人確

認情報」と呼ぶ。補足説明第4-44）を提出した場合には、上記(2)事前通知は、住所変更登記がある場合を除き、基本的には行わない（補足説明第4-43）。

なお、この資格者代理人の本人確認情報の作成権限の法的根拠に関しては、現行法における職責上の権利義務（司法書士法2条、土地家屋調査士法1条の2、弁護士法1条・2条）と理解し（補足説明第4-42）、したがって、虚偽の本人確認情報を提出した場合には、当該職能法上の制裁が課せられることになる（同第4-44）。

また、認証権限を有する者（公証人、領事等の公務員）が登記申請情報・委任情報を認証している場合にも、上記(2)事前通知制度を基本的に省略する（補足説明第4-45）。

#### (B) 考察と私見

[51] 以上の骨子案の基となった研究会報告書を作成する際には、韓国の不動産登記制度が参照された（骨子案の補足説明第4-42にも、韓国の法制度に関する言及がある）。

韓国の不動産登記法は、日本の不動産登記法を継受したものであり、日本と同様、登記済証の制度、並びに、登記済証がない場合の保証書の制度を有していたが、しかし、(1)保証書に関しては、我が国と同様の虚偽申請の問題が生じていたことから、1991年の法改正により廃止され、(2)原則として登記義務者に登記所への出頭義務が課され（韓国不動産登記法49条項1項本文）、登記官が対面審査による本人確認を行い、確認調査を作成することとされた（同条2項）。(3)ただし、これには2つの例外が認められており、資格者（弁護士又は法務士）による確認書面が提出された場合、及び、公証人による公証書面の副本が提出された場合には、登記所への出頭が免除される（同条1項ただし書）。なお、(2)(3)の手續に関しては、かつての日本法と同様、事後通知が行われている（同法69条）（注52）。

研究会報告書及び骨子案の立場は、韓国法における(2)の登記官の対面審査による本人確認制度を、事前通知制度に置き換えたほかは、基本的には韓国法の立場と同様であり、今回改正は、日本法を継受した韓国法からの逆継受という点で、比較法的にも注目すべき事例となる。

#### (1) 保証書の廃止

[52] 現行法の保証書の制度に関しては、従来からその存在意義を疑問視する向きが多かった。これを廃止することに関しては、おそらく異論はあるまい。

#### (2) 事前通知制度の変更

[53] 一方、事前通知制度に関する変更内容のうち、住所変更登記がある場合には過去の住所にも通知を行うとする点は ([50] (2)②)、成りすましによる登記詐取を防止する有効な手段と解される。ただ、研究会報告書が、過去1年以内の住所変更としていたのに対して(報告書第3-5-A2)、骨子案では「例えば6か月」(ただし検討中)となっている(補足説明第4-40)。この点に関しては、成りすましを完全に封じ込めるような期間設定が必要である。

一方、事前通知の方法 ([50] (2)①) に関して、骨子案は、その具体的内容を明らかにしていない。これに対して、研究会報告書は、本人限定受取郵便等の方法によるとし、通知費用に関しては、申請人負担とすべきとしていたが(報告書第3(2)5補足説明(42))、この点に関して、なおも詳細を詰める必要がある。

なお、骨子案は、この事前通知の場合には、上記韓国法におけるような、登記官の対面審査は、必ずしも行わなくてもよいとしている(補足説明第4-37(注))。この処理は、登記識別情報が提出されている場合、及び、資格者代理人の本人確認情報が提出されている場合と比較して、本人確認のレベルが低いようにも思われるが、しかし、この点は、本人確認に関する登記官の実質的審査権限(骨子案第1-7)の運用に

より対処可能かと思われる。

#### (3) 資格者代理人の本人確認情報

[54] 一方、資格者代理人による本人確認情報の制度は、今回改正の眼目の1つといえるものであり、物権変動の有効性(それはすなわち登記の実体的有効要件でもある)の審査機関の事実上の不在という日本法の根本的欠陥を是正する第一歩として、重要な意義を有する。

ただ、この点に関して不完全なのは、骨子案が、資格者代理人の本人確認権限につき、独立の審査権限として法文上規定することを避けた点である(補足説明第4-42)。ちなみに、この点につき、研究会報告書は、「なお検討を要する」としていた。報告書第3-5補足説明(41)。

既に見たように、登記識別情報もまた、政府認証基盤による電子署名・電子証明書に加重して提出される、登記官作成の本人確認情報にはかならないところ、資格者代理人の作成する本人確認情報は、この登記識別情報がない場合に、それに代置する制度と位置づけられ、かつ、公証人・領事等の認証と同格に置かれているのであるから、これもまた認証の一種と理解すべきことになる。しかし、そうであるならば、こうした認証権限については、明文をもって規定するのが、昨今の電子認証立法の一般的な態度である([5])。資格者の責任内容を明確にする意味でも、本人確認情報の作成権限の性質等に関する規定を新設するのが望ましいように思う。

### 第1-7 本人確認に関する登記官の審査権限

[55] 一方、骨子案第1-7は、現行不登法26条の出頭主義の全面廃止(骨子案第1-3)を受けて、同法49条の申請却下事由のうち、当事者の不出頭を却下事由とする規定(同条3号)を変更する必要から提示されたものである。

骨子案の説明にもあるように、現行不登法における登記官の審査の方法は、当事者から提出

される書面（不登法35条以下）の限りでの審査を原則とする（補足説明第4-46）。

しかし、現行法は、出頭した申請人が登記名義人本人でないことが判明した場合には、当事者が出頭していないことを理由に、申請を却下すべきものとしており（49条3号）、その限りでは、現行法においては、書面審査だけではなく、骨子案の表現によれば「対人審査」も行われている（補足説明第4-47）。

そこで、今回改正における出頭主義の全面廃止に伴い、上記「対人審査」に関しても、これを廃止するか、それとも存続させるかが問題となるが、骨子案は、一定の場合に限って、この「対人審査」を認めるものとした（骨子案第1-7）。

[56] なお、ここにいう登記官の「対人審査」なる表現に関しては、従来、実質的審査・形式的審査の用語が用いられることが多い。しかしながら、この用語の意味内容につき、学説の理解するところはまちまちであり、そのことが議論の混乱を招いている部分があった（注53）。

そもそも、この用語の由来するドイツでは、かつてのプロイセン法のように、①審査の対象につき、物権契約のみならず原因関係の有効性も審査を行い、かつ、②審査の方法につき、過去の仮装訴訟の沿革を引いて裁判官的な審査を行う主義を指して実質的審査主義、①審査の対象につき、無因性原則を前提に原因関係の審査は行わず、かつ、②審査の方法についても書面

審査を行う、現行ドイツ法の立場を指して、形式的審査主義と呼んでいる。

ところが、我が国においては、①審査の対象に関しては、無因性原則を採らない日本法の下では原因関係の審査を行う点につき争いが無いため、この観点から実質的審査主義・形式的審査主義の区別することはなされず、他方、②審査の方法に関しては、我が国では、かつてのプロイセン法のような裁判官の審査を、今でもドイツが行っているとの、全くの誤解が一般に定着しているため（注54）、例えば、「実質的審査主義を採るドイツと異なり、形式的審査主義を採る日本では、公信力を認めることができない」などという誤った説明が、民法の教科書レベルで普通に行われている。

こうした不適切な用例を避けるため、研究会報告書では、実質的審査主義・形式的審査主義の用語が用いられなかったが、骨子案が、登記官の審査の方法につき、裁判官的な対面審査を指して「対人審査」という耳慣れない用語を用いているのも、同様の趣旨に基づくものと考えられる。ただし、問題は、その反対語の側で、オンライン申請下で「書面審査」や「窓口審査」の用語はもはや用いることはできず、無体物である情報の審査に対して「対物審査」と言うわけにもいかない。この点に関する適切な用語を早期のうちに確定しておく必要はありそうである。

#### (A) 骨子案の説明

[注52] 中井幸雄「保証書制度の現状と今後のあり方について（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（民事研修）518号（2000年）46頁。なお、オンライン登記申請制度研究会「中間報告書」前掲（注9）122-3頁参照。

[注53] 我が国における実質的審査主義・形式的審査主義の用語法の混乱を指摘し、理解の統一の必要性を説いたのは、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」『抵当制度の研究』（一粒社、1968年）97頁の功績であり、その結果、少なくともその後の不動産登記法の教科書においては、この用語の正確な定義に配慮した記述が行われている。吉野衛『注釈不動産登記法総論（新版）下』（キンザイ、1982年）291頁、『注解不動産法6不動産登記法（補訂版）』前掲（注2）328頁〔永井紀昭〕、幾代=徳本・前掲（注19）153頁、161頁。

[注54] しかも、これは二重の意味で誤りであって、まず第1に、ドイツの現行民法・登記法は、原始規定の段階でも、所有権移転の場合を除き、プロイセン法のアフラスング原則（登記官による対面審査）を採用していない。第2に、所有権移転に関するアフラスングについても、その後の改正によって、登記官の対面審査から、公証人が審査を行い、公正証書を登記官に提出する方法に改められている。七戸・前掲（注32）277頁、民法施行100周年記念シンポジウム「物権変動理論と公示制度の現実」司法書士論叢THINK 95号（1999年）34頁〔七戸〕。

[57] 一方、骨子案の提示する登記官の「対人審査」の具体的要件・方法・対象等は、以下のとおりである。

(1) まず、大前提として、改正法においても、現行法と同様、提出された情報の限りでの審査を原則とする（補足説明第4-46）。

しかし、提供された情報から、申請人となるべき者以外の者が申請していると疑うに足りる相当な理由がある場合ですら、上記原則に従い、提供された情報のみを用いた形式的判断だけで登記を実行するのは不合理であるから、この場合には、例外的な措置として対人審査を認める（補足説明第4-47）。

(2) それゆえ、この例外措置である対人審査が認められるための要件は、提供された情報に関する従来いわゆる書面審査において、申請人となるべき者が申請しているという外形がある場合に、なおも本人ではないと疑うに足りる理由があり、かつ、その理由に相当性がある場合に限られる（補足説明第4-48）。

なお、ここにいう理由の相当性は、極めて限定的であり、骨子案の挙げる具体例は、主として故意の成りすましによる登記騙取の事例を想定している（補足説明第4-49）。

(3) 一方、対人審査の方法は、申請人・代理人に対して、①出頭を求めて質問するか、あるいは、②必要な情報の提供を求めることの、2つである（補足説明第4-50）。

なお、このうち、出頭を求める場合に関して、当事者が遠隔地に居住しているとき等においては、管轄裁判所の登記官は、当事者の最寄りの登記所の登記官に、この出頭による対人審査を嘱託できるものとする（骨子案第1-7後段、補足説明第4-52）。

(4) また、審査の対象に関しても、上記のように、対人審査を例外的に認めた制度趣旨が、本人確認にあることから、登記申請意思の有効性に関する審査は行うことができない（補足説明

第4-50）。

## (B) 考察と私見

[58] オンライン申請の場合にも、例外的に登記官が対人審査を行う必要があることにつき、おそらく異論はないであろう。したがって、検討されるべきは、対人審査の具体的な要件・方法・対象ということになるが、問題は、再び出頭主義の制度趣旨の論点（〔19〕-〔27〕）へとフィードバックする。すなわち、出頭主義の制度趣旨は、本人確認のみならず、物権変動意思ないし登記申請意思の確認にも存すると解されるころ、出頭主義廃止の論点において、骨子案は、前者のみを制度趣旨と理解していた。そして、この点は、本論点においても同様であって、骨子案は、対人審査の要件あるいは対象に関して、本人確認の側面しか問題にしていない。

### (1) 対人審査の対象

[59] しかし、現行不登法49条3項に関して、通説は、ここにいう「当事者」とは、登記申請能力（意思能力）ある当事者を意味するとして、出頭してきた申請人に意思能力がないことが一見して明らかな場合には、本号に基づき申請を却下すべきものとしている（注55）。これは、出頭主義の制度趣旨につき、本人確認のみならず、その本人の行った意思の有効性確認も含むことを意味する。

したがって、出頭主義を廃止した場合には、この点に関して従来行われていた審査につき、何らかの代替制度を用意しておかなければ、登記の真実性は従前に比べて低下すると理解されるころ、骨子案は、後述のように、当事者の意思確認の側面に関して特段の手当ても行っていない（骨子案第1-9/10参照）。

それゆえ、上述の通説との関係では、最低限、対人審査の際には、出頭してきた当事者に意思能力がないことが一見して明らかな場合には、申請を却下する余地を認めておく必要があ

る。その意味では、改正法の条文表現につき、現行不登法49条3号の「当事者」の文言が消えるのはやむを得ないとしても、これを商業登記法24条4号と同様「事件が申請の権限を有しない者の申請によるとき」としたのでは（補足説明第4-51）、狭すぎる。

## (2) 対人審査の要件・方法

[60] 一方、問題を本人確認の側面に限ってみても、骨子案の述べる対人審査の要件は、第1に、提供された情報から、申請人が本人であることが疑われる場合の中でも、それが極めて明白な場合（骨子案の表現によれば「相当」な場合）にしか、対人審査を認めない点において、やはり狭すぎる。また、第2に、従来いわゆる書面外資料から申請人が本人でない疑いが生じた場合に関しても、骨子案は、極めて厳格な要件の下でしか対人審査を認めない（補足説明第4-49に掲げられた具体例③）。

さらに、仮に対人審査が認められたとしても、その際の審査の方法につき、骨子案が認めているのは、表示の登記について登記官に認められている実地調査権（不登法50条2項）と同一のものである。

これに対して、現行法の出頭主義下における登記官の審査につき、学説の中には、（従来いわゆる）形式的書面審査の原則を硬直的に解さず、柔軟な運用を図るべきとの主張も存在している（注56）。ましてや、骨子案の提示する対人審査の制度は、この形式的書面審査の原則に対する明確な例外として条文上規定されるのであるから、その審査の方式や対象は、従来の学説が形式的書面審査の枠内で述べていたところのものより、高い自由度が認められてよいはずである。

にもかかわらず、骨子案の提言は、従来の通説的見解における登記官の審査権の範囲や方法を、基本的にそのまま対人審査にスライドさせているように見受けられる。

こうした骨子案の消極的姿勢は、一面では、登記事務の遅延を防ぐためでもあるが、他面、登記官の審査権限（それは同時に審査義務でもある）の範囲を当初より狭く解しておくことで、虚偽申請の場合の登記官の国家賠償責任を回避する目的がある。しかし、虚偽の登記申請の疑いを抱きながら、形式的書面審査の原則性を盾に、見て見ぬふりをして手続を進めることは、虚偽の登記申請に間接的に加担・助力しているに等しい。

これが、もし、他の申請手続であれば、多少とも疑念がある場合には申請を却下しているはずである。ところが、登記申請に関しては、形式的書面審査主義の強調の結果、それが、ねじれた形で逆転し、少々の疑念なら受理するという結果になってしまっている。こうした状態において、新たな法制度を作る場合の、基本的な制度設計の方向性は、登記官の対人審査の強化よりも、他の本人確認制度（電子署名・電子証明書、資格者代理人の本人確認情報等）の充実を求めるべきことにならうが、そうであるとしても、骨子案における対人審査の対象・要件・方法は、少々狭すぎる印象を受ける。

## 第1-8/9/10 取得原因の有効性確認

[61] 骨子案第1-8/9/10は、登記申請に際して権利取得原因の有効性確認のために要求される証書に関する問題である。このうち、骨子案第1-8は表示の登記の申請に必要な「所有権ヲ証スル書面」の電子情報化、骨子案第1-9/10は権

(注55) 舟橋諒一「不動産登記法」『新法学全集第12巻』（日本評論社、1937年）146頁、『注解不動産法6 不動産登記法（補訂版）』前掲（注2）348頁〔永井紀昭〕、幾代=徳本・前掲（注19）158頁。

(注56) 畦地靖郎「登記官の審査権について」民事研修348号（1986年）10頁、佐藤勇「登記官の審査権」田中康久（編著）『（不動産登記制度100周年記念）不動産登記制度と実務上の諸問題（下）』（テイハン、1988年）79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」本誌478号（2001年）38頁。

利の登記の申請に必要な「登記原因ヲ証スル書面」の電子情報化に関する。

### 第1-8 表示登記——原本である書面の写しに相当する情報

[62] 表示の登記に関しては、①当事者の申請によるほか、登記官による職権による登記も認められているが（不登法25条ノ2）、実際には、申請による登記がほとんどであるため、骨子案第1-1/2のオンライン申請と窓口申請の関係の問題は、表示登記に関しても妥当する。しかし、②権利登記と異なり出頭主義が採られておらず（不登法26条2項）、したがって、郵送申請も認められているため、骨子案第1-3の論点は問題とならない。また、③単独申請主義が採用されているため（未登記不動産に関しては不動産の所有者の単独申請（80条1項・3項、93条1項・3項）、権利の登記も存在している場合は登記名義人の単独申請（81条1項、81条ノ2第1項、81条ノ8第1項、93条ノ2第1項、93条ノ3第1項、93条ノ6第1項など）、骨子案第1-4も直接影響しない。また、④登記済証の提出が要求される場合もほとんどない（ただし、81条ノ2第2項などの例外はある）、骨子案第1-5/6も、ほぼ問題とならず、さらに、⑤登記官に実地調査権が認められており、その審査方法は、骨子案第1-7の対人審査と同様のものである（50条2項）、この点に関しても、法改正による大きな影響はない。

しかし、表示登記の申請の際には、上記のほかに、⑥図面（土地の場合には地積測量図・土地所在図、建物の場合には建物図面・各階平面図）、並びに、⑦「申請人ノ所有権ヲ証スル書面」（土地につき80条2項、建物につき93条2項）の添付が要求されており、したがって、オンライン申請の際、これらの図面及び書面をどのようなものに置換するかが問題となる。骨子案は、このうちの⑥の図面の問題に関しては後

回しにして（骨子案第2-2、第2-5）、次述の権利登記に関する登記原因証書の電子情報化問題（骨子案第1-9/10）に揃える形で、⑦所有権を証する書面の電子情報化問題について触れている（骨子案第1-8）。

[63] 所有権を証する書面とは、具体的には、土地に関しては、公有水面埋立法22条の規定による竣工許可書、官公署の証明書その他申請人の所有権が推認できる書面をいい（不動産登記事務取扱手続準則121条）、建物に関しては、建築基準法6条の規定による確認及び同法7条の規定による検査のあったことを証する書面、建築請負人又は敷地所有者の証明書、固定資産税の納付証明書その他申請人の所有権の取得を証するに足る書面をいう（同準則147条1項）。また、所有権を証する書面で私人の作成に係るものについては、印鑑証明書を添付しなければならない（同準則89条）。さらに、実際には、以上の法定の必要的添付書面のほかに、任意的添付書面（土地家屋調査士が作成する現況調査報告書とその裏付け資料など）が提出されることもある。

このように、所有権を証する書面には種々のものがあり、かつ作成者も多岐にわたるため、オンライン申請に際して、これらの書面をすべて電子情報に変換して、かつ原本である書面の作成者の電子署名及び電子証明書を付さなければならないとすると、申請人に過酷な負担を課すことになる。そこで、骨子案は、申請者又はその代理人が作成した「原本である書面の写しに相当する情報」をもって、所有権を証する書面に代えることとした（骨子案第1-8）。

#### (A) 骨子案の説明

[64] この点に関する骨子案の説明は、以下のようなものである。

(1) まず、原本である書面の電子情報化に関しては、一般論としては、①「原本である書面の写しに相当する情報」を作成し、これに、②原

本作成者がその内容を確認した旨の情報並びに③原本作成者の電子署名及び電子証明書があれば、原本と同程度の証明力を認めることはできる(補足説明第5-53)。

(2) しかしながら、第1に、表示登記の申請のために必要な、所有権を証する書面に関しては、原本が多岐にわたるため、上記(1)の一般原則に基づく電子情報を要求すると、申請人の負担が大きすぎる(補足説明第5-54)。

(3) また、第2に、表示登記に関しては、登記官の実地調査権が認められているので(不登法50条)、上記(1)の一般原則を厳格に適用しなくても、登記官の審査権を通じて真実性確保を補完できる(補足説明第5-55)。

(4) さらに、第3に、表示登記の申請の大部分は、資格者代理人である土地家屋調査士によって行われているから、「原本である書面の写しに相当する情報」の作成、及び、原本である書面の保管と登記官への提示は、土地家屋調査士が行うことになる(補足説明第5-56)。

## (B) 考察と私見

[65] 以上の骨子案の説明は、後に見る権利登記に関する登記原因証明情報を検討する上でも、重要な観点を提供する。

すなわち、まず第1に、骨子案は、権利取得原因の有効性確認に関しては、取得原因証書それ自体をいちいち電子情報化する必要はなく、種々の証拠資料を要約し統合したデータであっても、十分な有効性確認ができる、との前提に立っている。となれば、権利登記に関する登記原因証明情報に関しても、売買契約書そのものの電子データではなく、物権変動を証明する種々の書面を要約・統合したデータの提出で足りるということになる。なお、骨子案は、「登記原因ヲ証スル書面」の電子データを「登記原因証明情報」と呼んでいるのに、「所有権ヲ証スル書面」の電子データを「原本である書面の写しに相当する情報」と呼ぶのは、冗長にすぎ

る。「登記原因証明情報」に揃えて「所有権証明情報」と呼ぶか、あるいは、この機に両概念を統一してしまうべきであろう([74]参照)。

[66] 第2に、骨子案が、こうした要約・統合データの提出で足りるとする根拠は、登記官の実地調査権と、土地家屋調査士の存在の2点に求められている。ところが、骨子案は、登記原因証明情報に関する個所では、驚くべきことに、司法書士について全く言及していない。表示登記の申請の大部分が土地家屋調査士によって行われていると同様、権利登記の申請の大半は司法書士によって行われているのであり、表示登記に関して土地家屋調査士の役割を評価した制度を設けるのなら、権利登記についても、司法書士を基軸とする同様の制度の導入可能性を検討すべきであった。

これに対しては、おそらく、権利登記に関しては、登記官の実地調査権のような審査権が認められていないから、表示登記と同様の制度を考えなかったのだ、との答えが返ってくるのだろう。しかしながら、今回の法改正において、登記官の審査権につき、現行の法制度をそのまま維持しなければならない、という制約は存在していないのであるから([10])、新法において、権利登記に関しても、登記官に物権変動原因に関する積極的な審査権限を認めれば、表示登記に関する骨子案と同様のシステムを、権利登記に導入することもできるはずである。

この点に関しては、おそらく、権利登記に関してまで登記官の積極的審査権限を認めると、登記官の負担が大きく、登記事務が遅延するとの反論が返ってくるのであろう。しかし、表示登記に関する登記官の審査権に関しても、今回改正において、その負担軽減化が図られるべきであって、骨子案の提示する「原本である書面の写しに相当する情報」についても、利用者のみならず、登記官の負担軽減の効果をも考慮に入れて制度設計すべきことは、今回改正の基本

方針である。表示登記に関する登記官の審査権限の内容についても、現行法と同一にしなければならないとする制約は、どこにも存在していない。

そして、実際にも、今回導入される「原本である書面の写しに相当する情報」が、資格者代理人（土地家屋調査士）の作成したものであれば、登記官の調査の負担は、事実上軽減されるのであるから、その分浮いた労力を、本人申請の場合の「原本である書面の写しに相当する情報」の審査とともに、権利登記に関する登記原因証明情報の審査に振り当てればよい。

以上を要するに、第1に、表示登記に関する「原本である書面の写しに相当する情報」の制度に関しては、それが資格者代理人（土地家屋調査士）の作成に係るものであれば、登記官の審査を軽減する方向で処理を行い、本人の作成したものについてだけ、現行法と同程度の審査を行うことにすべきである。そして、第2に、これと同様の構造を、権利登記に関する登記原因証明情報についても認めるべきである。

[67] さらに、第3に、これら取得権原の有効性確認に関する制度は、本人確認の側面に関して骨子案が提示する、本人確認情報及び登記官の対人審査の制度の中に吸収する形で、統合・一本化すべきである。

既に指摘したように、この対人審査の制度は、本人確認の側面のみならず、本人の意思能力といった取得権原の有効性確認も行わなければならない、出頭主義廃止に伴う代替的措置として機能しない（[59]）。そうであるとすれば、この制度の適用対象を、取得権原の有効性確認についても拡張する形で、物権変動ないし登記の有効性を担保する統一的法制度として位置づけるべきである。

実際にも、本人確認と取得権原の有効性確認は、相互に密接に結合し、一体的に審査・確認が行われるのが常であるから、これを、骨子案

のように、本人確認のための審査手続と、取得権原の有効性確認のための審査手続に峻別し、全く異なる基準や方法で判断するのは不合理である。

## 第1-9/10 権利登記——登記原因証明情報

### (A) 骨子案の説明

[68] 一方、物権変動論との関係で、最もインパクトが大きいと思われるのが、権利登記の申請に関する「登記原因証明情報」の制度（骨子案第1-9）である。この制度に関する骨子案の説明は、大略次のとおりである。

(1) 登記原因証書の制度趣旨ないし機能は、①我が国の登記制度の目的が、物権変動の過程及び態様をも公示する点にあることから（補足説明第6-58）、これらの過程・態様の有効性を確認する点に存する。しかし、現行法においては、それと同時に、②登記原因証書の副本を利用して登記済証を作成する機能（不登法60条）も認められている（補足説明第6-59）。

(2) しかし、このうちの②登記済証作成機能に関しては、今回改正によって、登記済証が廃止され登記識別情報へと置き換わる結果、消失することとなるので、現行法において、この機能を代替する趣旨で設けられている申請書副本の提出制度（40条）は、その存在意義を失うがゆえに、廃止する（補足説明第6-60）。

(3) 他方、登記原因証書の①の機能に関しても、現行法の下においては、「登記名義人の真実性に比べ、登記原因の真実性の程度は劣り、後で取引を行う者にとっては、不動産の権利関係を調査する際に支障がある」（補足説明第6-61）。したがって、今回改正を機に、登記原因の真実性を向上させる。

(4) しかし、そのための方法として、契約書ないし電子契約書を要求する方法は採用しない。その理由は、①民法176条の意思主義との整合性がとれないこと、②申請人に加重な負担をか

け、迅速・円滑な不動産取引を阻害することにある（補足説明第6-61）。

(5) そこで、今回改正においては、権利変動の原因となる具体的な法律要件事実に関する情報を「登記原因証明情報」として提出させることとする（補足説明第6-61、第6-62）。

なお、その内容に関しては、(i)単独申請の場合と、(ii)共同申請の場合とで、違いを設ける。すなわち、(i)単独申請の場合には、原則として申請人以外の者が作成した客観的な情報（公文書等）のみが登記原因証明情報となる。これに対して、(ii)共同申請の場合には、そのような制限は設けない（補足説明第6-63）。

(6) 一方、登記原因証明情報として提供された情報は、登記記録の付属記録として登記所に保管される（骨子案第1-10）。

## (B) 考察と私見

[69] 現行の登記原因証書に関する従来の議論は、(a)廃止論と(b)強制論という、全く正反対の立場に分かれていた。

(a) 廃止論（注57）の理由は、登記原因証書の機能に関して、上記①の真实性担保機能はほとんど意味をもたず、したがって、②登記済証作成機能しか有していない、との認識を前提とする。①の機能がないとする理由としては、登記官が裁判官的審査権をもたないこと、真实性担保機能は印鑑や登記済証によって担われていること、実際に提出されるのも、登記済証になることを予定しての「登記手続用」の原因証書であって、真実の売買契約書ではないこと、登記所の側でも、売買契約書が提出された場合には

（所有権移転時期が明確にならないため）却下する場合があること、等が挙げられている。それゆえ、登記原因証書の主たる機能は、②登記済証作成機能にあるので、それならば、あらゆる申請について申請書副本の提出を要求するほうが望ましい、というのが、廃止論の主張である。

(b) 一方、強制論には、種々のバリエーションが存在するが（注58）、基本的に共通しているのは、フランス法と同様、一定の資格者（フランスの場合は公証人、日本では司法書士が想定されている）が当事者間の物権変動原因契約を審査し、その記録を登記原因証書として必ず提出させる、という構造である。

(c) なお、両説の間には、司法書士等の資格者が売買等の原因契約を審査した上で作成する売渡証書の提出で足りるとする見解もあるが（注59）、問題は、ここにいう売渡証書の内容であって、それが原因関係を捨象した抽象的な物権変動事実だけを記載したものならば、それは申請書（副本）と変わりがないから、(a)説に近づき（ただし、物権変動の審査者が登記官か司法書士も入るかという点に違いがある）、売買契約書に近い詳しい内容が記載されてあれば、それは売買契約の公正証書的な位置づけになって、(b)説に近接してゆくことになる。

### (1) 起草者の見解

[70] 登記原因証書をめぐる上記(a)(b)両説の対立の萌芽は、現行不登法の立法段階から生じており、そして、それが、申請書の中に物権変動意思を見いだすドイツ法主義と、登記原因証書

(注57) 幾代=徳本・前掲（注19）129-30頁、134-5頁。

(注58) 木茂鉄=木茂隆雄『不動産登記の原理』（法律文化社、1973年）、住吉博『不動産登記と司法書士機能』（テイハン、1986年）、藤原勇喜『登記原因証書の理論と実務』（キンザイ、1986年）、鎌田薫「不動産物権変動の理論と登記手続の実務——日本の『フランス法主義』の特質——」不動産登記制度100周年記念論文集『不動産登記をめぐる今日的課題』（日本加除出版、1987年）57頁、甲斐道太郎『『登記原因証書』覚え書』前掲『不動産登記をめぐる今日的課題』351頁、池田恒男『『登記の真正』の確保と『登記原因証書』問題』民事研修364号（1987年）12頁。今般のオンライン申請につきこれを説く見解として、横山美夏『信頼性の高い登記制度に向けて』本誌494号（2003年）34頁。

(注59) 加藤俊明『登記原因証書の適格性——登記原因証書に関する各界の意見を検証する(1)・(2)』市民と法8号（2001年）75頁、9号77頁。

の中に物権変動意思を見いだすフランス法主義の相違に起因することは、既によく知られている(注60)。

物権変動の実体法に関して、我が国は、フランス法の立場を採用したが、しかし、その継受の仕方は極めて不完全であった。すなわち、フランス民法典は、意思主義を定める一方で、書証優越原則(1341条)を規定しており、また、不動産取引は、公証人を介して行うのが慣行となっているため、登記原因証書のない不動産譲渡契約が、およそ存在しない。すなわち、フランス法の立場は、実は隠れた要式主義である。ところが、我が国において、書証優越原則は、旧民法から現行民法への移行の際に削除され、また、公証人慣行も一般化しなかったため、現行日本法の立場は、フランス法とは似て非なる、裸の意思主義となってしまう、登記原因証書のない物権変動が常態化している。

しかも、その一方で、物権変動の手続法(登記法)に関して、我が現行法は、フランス法・旧民法の原因証書の公示システムを採用せず、ドイツ法・旧登記法の物的編成の帳簿制度を採用した。そして、その中には、共同申請主義のように、物権行為の独自性を前提とする条文が含まれている。先に触れたように([31])、ドイツにおける物権契約と共同申請意思はそもそも同一物であって、それがBGBの立法過程において単に理論の限りで峻別されただけにすぎない。なお、この点は、単独申請主義(許諾主義)を採用する現行GBOにおいても同様であり、登記許諾書及び申請書の中に、物権的合意が含まれていると解されている(注61)。

[71] この点に関しては、現行不登法の立法過程において、以下のような議論がある(注62)。

論点は、申請書に表象された意思と、登記原因証書に表象された意思とが矛盾する場合、どちらの内容に従って登記がなされるのか、という問題であるが、立法過程においては、予決議

案として、申請書の側を重視する立場が決まっていた。そのため、当初の議論においては、登記原因証書不要論まで飛び出すほどであり、例えば、現行35条の基となった原案36条の審議において、箕作麟祥は「第2号ノ原因証書ハ是非必要ナリヤ」との質問を行い、長谷川喬は「第1号ノ申請書ヲ精密ニスルトノコトナレバ第2号ハ不用ナル可シ」と返答している(注63)。

ところが、その後、現行49条7号の基となった原案44条5号の規定をめぐって、委員は、申請書重視の立場と、登記原因証書重視の立場に分かれて争い始める。そして、ここでは、フランス法主義を採る民法との関係が意識されており、穂積陳重は、次のように述べる。「登記法ハ民法修正案第177条ヲ以テ基礎トセザル可カラズ然ルニ同条ニハ『不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ハ登記法ニ従ヒ』云々トアリ故ニ右ノ原因ニヨリ登記スルモノナレバ其原因ヲ証スル書面ヲ必要トスルヤ言ヲ待タズ加之一朝疑ノ存スルトキハ之ヲ以テ証スベキナリ然ルニ其証書ノ如何ニ係ハラズ単ニ申請書ヲ以テ主トスルハ余ノ採ラザルトコロナリ且若此条ノ場合ニ於テ原因証書ト申請書ト相違スルトキハ其申請書ニ拠ルトセバ益民法ト抵触スルニアラズヤ乍併一旦登記セシモノニ対シテ他日間違アランガ固ヨリ本案ハ申請書ヲ保存スルノ主義ナレバ此申請書ニ拠ル可キハ当然ナリ唯余ノ希望ハ現ニ登記ヲ申請スルニ際シテハ其原因証書ヲ以テ信憑スベキモノト云フニ在リ」(注64)。その後、同条に関する議論は、登記原因証書重視の立場が勝ちを収めるのであるが、しかし、この立場と、それ以前に申請書重視の立場に立って審議済みの条文との間の整合性が図られることはなかった。すなわち、申請書に表象された原因契約とは独立的な物権変動意思(物権契約)を登記官が審査・確定するドイツ法系の構造は、排除されることなく残存したのである。

この点からすれば、物権変動の一般論として

は民法176条のフランス法系の独自性否定説が妥当するが、ただし、不動産物権変動に限っては不登法の前提とする物権契約の独自性肯定説が妥当する（民法176条と不登法26条その他の条文が一般法・特別法の関係に立つ）との解釈も、あるいは成り立つのかもしれない。

今日の登記実務において、登記原因証書として売買契約書のみを提出した場合には申請を却下する一方で、登記申請のためだけに新たに作成された原因証書ないし売渡証書による申請を当然に容認するのも、この新規作成の原因証書の中に、原因契約とは独立別個の物権契約を見いだしているからのようにも見える。一方、このような申請の実情に照らして、いっそのこと登記原因証書の制度を廃止し、すべて申請書副本の提出で足りるとする主張（〔69〕(a)説）もまた、ドイツ法と同様、申請書中に見いだされる物権契約の限りで登記官が審査すれば登記の真実性は確保される、との発想に立っているようにも見える。

## (2) 登記原因証明情報

〔72〕ところが、これに対して、今回骨子案は、従来の登記原因証書において形骸化していた物権変動の過程及び態様に関する証明機能を復活させる目的で、すべての登記申請につき登記原因証明情報の提出を義務付けるとする。すなわち、骨子案は、従来の登記原因証書をめぐる学説の対立（〔69〕）につき、(a)廃止論の立場を排斥し、(b)強制論の立場に立つ旨を宣明したのである。

しかしながら、従来の登記原因証書強制論と、今回骨子案の内容とを比較した場合、そこ

には決定的な差異が認められる。すなわち、従来の強制論においては、フランス法におけると同様、証書の真実性確保の目的から、一定の資格者が審査・作成した登記原因証書を要求していたのに対して、骨子案は、資格者の審査を想定していない。なお、骨子案は、(i)単独申請と(ii)共同申請とで、登記原因証明情報の内容に区別を設けているが、この立場は、基本的には登記原因証書廃止＝申請書（副本）重視の立場に立ちつつ、(i)単独申請の場合にのみ、登記申請書の真実性を担保するため、登記原因証書の提出を求め、(ii)共同申請の場合には、真実性の担保があるので、登記原因証書は提出不要とする幾代＝徳本『不動産登記法』の主張を参考にしたものであろう（注65）。

### (i) 単独申請の場合

〔73〕骨子案の立場は、単独申請の場合の登記原因証明情報として公文書等が提出されている限りでは、従来の登記原因証書強制論の主張にほぼ一致する。そして、この登記申請を媒介項とした間接的な証書（証明情報）強制の結果、単独申請の登記原因が法律行為である場合に、公文書等（の証明情報）を作成することが常態化すれば、フランスと同様、意思主義原則にもかわらず、この情報作成時が契約時であり、したがってまた物権変動時であるとの認定が行われるようになるだろう。

なお、この場合の登記原因証明情報の具体的内容は、現行不登法27条の判決による登記の場合には、当該判決書を電子情報化したものとなる。これに対して、相続による移転登記の場合には、従来、戸籍謄本や遺言書は――前者は当

〔注60〕 この問題に関する学説の詳細は、七戸「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（1999年）245頁参照。

〔注61〕 石川・前掲（注42）165頁。

〔注62〕 藤原・前掲（注58）453頁、七戸・前掲（注40）41頁、吉野衛「登記原因証書をめぐる諸問題」登記研究624号（2000年）9頁。

〔注63〕 「法典調査会・不動産登記法案議事筆記」前掲（注20）80頁。

〔注64〕 「法典調査会・不動産登記法案議事筆記」前掲（注20）101-2頁。

〔注65〕 幾代＝徳本・前掲（注19）135頁。

該不動産の権利関係が示されておらず、後者は死亡の日時が示されていないため——登記原因証書にならないとされ(注66)、申請書副本による申請が行われていることから、どのようなものが登記原因証明情報になるかが問題となるが、おそらく、現行41条の「相続ヲ証スル市町村長若クハ区長ノ書面又ハ之ヲ証スルニ足ルヘキ書面」を電子情報化したもの、ということになるのであろう。所有権の保存登記につき現行101条1項の要求する申請書副本及び「必要ナル証明書類」に関しても同様と思われる。

[74] だが、ここでは、先述の表示登記との関係で、以下の2点が問題となる。

まず第1に、表示登記は、すべて、申請書副本の提出が要求される場合であると理解されているが(注67)、先に見たように、骨子案は、この場合に要求される「所有権ヲ証スル書面」に代わる電子情報の名称を「原本である書面の写しに相当する情報」と呼んでいる(骨子案第1-8)。しかし、それは、上記所有権の保存登記について要求される「登記原因証明情報」と同一概念になるように思う。したがって、これを機に、表示登記に関しても、「登記原因証明情報」の用語に統一してはいかかがか([65]参照)。

第2に、表示登記について要求される「所有権ヲ証スル書面」と同様、所有権の保存登記について要求される「必要ナル証明書類」は、極めて多岐にわたる。したがって、骨子案の立場に従うならば、表示登記に関する「原本である書面の写しに相当する情報」と同様、保存登記に関する登記原因証明情報の内容も、それらの証明書類を統合・整理したものにならざるを得ないであろうが、表示登記に関しては、登記官の現地調査権と土地家屋調査士の存在を根拠として、「原本である書面の写しに相当する情報」の導入を説きながら([64](3)(4))、権利登記に関して、そのような制度的保障のないまま

に、登記原因証明情報の導入を主張するのは、バランスを欠く。したがって、この点に関しても、表示登記と権利登記は同一に取り扱うべく、登記官ないし資格者の審査を介在させた単一の制度を考えるべきである。

(ii) 共同申請の場合

[75] 一方、共同申請に関して、骨子案は、単独申請と異なり、登記原因証明情報の種類に制約を設けてないが、しかし、そもそも、単独申請と共同申請とで、このような区別を設ける意味はないように思う。

この点につき、骨子案は、登記義務者の承認という要素を、共同申請に固有の真实性担保理由と考えているようであるが、しかしながら、この要素は、「仮登記義務者ノ承諾書」(不登法32条)からも知られるように、単独申請に関しても等しく存在する。のみならず、共同申請・単独申請の別なく問題となるところの、第三者の許可書・承諾書もまた、第三者の承認という要素を媒介項として、申請者の権利ないし権利取得の真实性を担保するものである。要するに、現行法の立場からすれば、私文書たる性質を有する情報に関しては利害関係人の承認が認められる場合に限って、また、公文書たる性質を有する情報に関しては常に、登記原因証明情報となり得るのであって、結局、単独申請に関して骨子案にいう「登記原因証明情報となるものは、申請人〔登記権利者〕以外の者が作成した客観的な情報(公文書等)に原則として限定される」との制約は、単独申請・共同申請の別なく成り立つ命題といわなければならない。

[76] むしろ、ここでの問題は、このうちの私文書たる性質を有する登記原因証明情報につき、相手方その他の利害関係人の承認という要素のみで真实性を担保できるか、という点にあり、そして、骨子案の認識と異なり、私見によれば、答えは、否である。そもそも共同申請主義を通じて十分に真实性が担保できるというの

であれば、現行法の下においても、登記が実体関係を反映する蓋然性は高いということになるが、しかし、いうまでもなく、現実、そうになっていない。

この点に関しては、今回骨子案では、物権変動の原因となる具体的な法律要件事実の提供を要求しているので、登記原因が実体関係を反映する蓋然性は高くなるはずだ、との反論があり得よう。しかしながら、骨子案は、登記申請において電子契約書それ自体の提出を義務付けることには反対し（補足説明第6-61）、また、具体的な売買代金額が明らかにされていない場合でも当事者（登記義務者）が売買契約の成立につき合意していれば登記申請を受理するとしているので（補足説明第6-64）、こうした骨子案の考え方のままで行けば、結局、当事者が作成する登記原因証明情報は、従前の「登記手続用」の登記原因証書と同程度の真実性しか有さないこととなろう。だからとて、ここでドイツ法的な考え方に立って、登記原因証明情報の中に、売買契約とは独立別個の物権契約を見いだすわけにもいくまい。あるいは、実際の物権変動と登記原因証明情報との間に不一致がないかを、登記官が積極的に審査するとなれば、登記事務が遅延する。

[77] となれば、最善の方策は、再三述べてきたように、登記識別情報がない場合に資格者代理人の作成する本人確認情報（骨子案第1-6）と同様の処理を、権利登記に関する登記原因証明情報についても認める方法であるように思われる。

この点に関する具体的な制度設計としては、例えば次のようなものが考えられる。

(1) まず、オンライン申請導入後は、物権の現

状のみならず、物権変動の過程及び態様をも正確に反映するようにする、との基本方針を徹底させるならば、登記原因証明情報としては、売買契約書そのものを正確に電子情報化したもの、及び、当該契約中に代金と引換えに所有権が移転する旨の約定がある場合には、代金支払の領収証を正確に電子化したものを提出させなければならない。

この点は、現行法において、表示登記における種々の「所有権ヲ証スル書面」（不登法80条2項、93条2項）や、相続登記に関する「之〔相続〕ヲ証スルニ足ルヘキ書面」（不登法40条）、保存登記に関する「必要ナル証明書類」（101条1項）等について行っている具体的な書面要求を、登記原因証書についても同一基準で適用することで、制度間の不均衡の是正と適正化を図るものであり、申請人への負担が増すと批判は当たらないと考えたい。

(2) 一方、売買契約書あるいは売買代金の領収証等がない場合、申請人は、それらの存在及び内容を証明するような具体的な情報を提出し、それらの具体的情報を用いて、登記官は、個々の物権変動原因事実（売買契約の存在、代金支払の有無等）を判断する。

これは、ちょうど本人確認に関して、登記識別情報がない場合に行われる事前通知あるいは登記官の対人審査に対応する。

(3) ただし、資格者代理人にあつては、上記(1)(2)の場合につき、個々の物権変動原因事実を審査した上で、これらの事実に関する種々の書面・情報を統合・一本化した形での登記原因証明情報の提出も認める。

これは、資格者代理人の本人確認情報に相当する。なお、骨子案にいう表示登記に関する

(注66) 戸籍謄本につき吉野・前掲（注53）106頁、『注解不動産法6不動産登記法（補訂版）』前掲（注2）247頁〔松尾英夫〕、幾代＝徳本・前掲（注19）130頁、遺言書につき昭和34年9月9日民事甲第1995号民事局長回答・先例集追II 530頁。

(注67) 幾代＝徳本・前掲（注19）340頁。

「原本である書面の写しに相当する情報」も、この次元における制度として位置づける。

また、この資格者代理人の作成する統合型の登記原因証明情報に関しては、売買の有効性に関しては資格者代理人において審査済みであるため、代金額等に関しては、必ずしも記載する必要がないものとする。

[78] 問題は、この統合型の登記原因証明情報の具体的な記載内容であって、①それが売買等の具体的原因事実の存在を証明しない程度に事実関係を捨象・抽象化されたものならば、それは、申請書（副本）あるいは売渡証書の提出で足りるという主張、ないし、物権契約を表象するドイツ型の法制度に近づき、②売買契約証書としての機能をもち得る程度の具体的記述があるならば、従来の学説におけるフランス型の登記原因証書強制論に近づく。

すべての場合につき統合型の登記原因証明情報を想定する骨子案は、その一方で、②フランス型の方向性を採用する旨を明言しているが、しかし、骨子案の説明（補足説明第6-64）だけでは、どの程度具体的な原因事実を記載すればよいのか、あるいは逆に言えば、どこまで原因事実を捨象することが許されるのかが、必ずしも明らかではない。これでは、申請人も困惑するであろうし、また、各人が適宜要約した種々雑多な様式の登記原因証明情報が提出されると、登記官の側でも審査に手間取る。それゆえ、ここでは、登記原因証明情報の具体的な様式につき、具体的な指定・例示を行うことが望ましい。

この点に関しては、一定の書式を指定することは、意思主義の原則と抵触するとの反論がなされるのだろうが、しかしながら、昭和58年改正で新設された不登法100条2項の、区分所有建物につき表題部に記載された所有者（原始取得者）から直接所有権を取得した者（転得者）の行う保存登記の際に要求される「証明書」に

関しては、通達で所有権譲渡証明書の例が示されているので（昭和58年11月11日民三第6569号民事局長通達）（注68）、登記原因証明情報の様式例を、通達レベルで発出することは可能と考える。

### （3）登記原因証明情報の開示

[79] 骨子案第1-10は、平成11年5月14日法律第42号「行政機関の保有する情報の公開に関する法律」（行政機関情報公開法）、同日法律第43号「行政機関の保有する情報の公開に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（整備法）による、不登法の改正との関係で、注意的に言及されたものである（注69）。

不登法21条1項の旧規定は、登記簿及びその付属書類・地図・建物所在図の閲覧を「利害ノ関係アル部分ニ限り」認めていたが、改正法は、この制限を原則的に撤廃した。しかし、登記簿の付属書類のうち地積測量図等以外のものについては、依然として「利害ノ関係アル部分」に限定して閲覧が認められており、骨子案は、登記原因証明情報が、この制限に服するものであることを確認したものである。

なお、当事者としては、「利害ノ関係アル部分ニ限ル」とはいえ、登記原因証明情報が閲覧されることを嫌い、例えば売買代金額等につき、虚偽の情報を提出する可能性もある。登記原因証明情報の具体的内容を定める際には、この点に関しても留意しておく必要がある。

### （4）登記原因の真実性向上の及ぼす影響

[80] 従前の学説は、我が国の登記法の建前ないし理想は、①現在の権利状態のみならず、②物権変動の過程及び態様も正確に公示することにあるが、②の理想は今日においては後退せざるを得ないと説いてきた。これに対して、骨子案は、「登記は、権利変動の過程及び態様についても、できるだけ正確に公示していることが望ましい」として（補足説明第6-58）、失われつつあった登記法の理想・目的の復権を図ろう

とする。

今回の登記原因証明情報の制度導入により、骨子案の意図が達成された場合、物権変動理論は、以下の点において大きく変化する。

(1) まず第1に、改正後には、物権変動の「過程」の不正確な登記（中間省略登記、冒頭省略登記、無効登記の流用等）、物権変動の「態様」の不正確な登記（贈与に代えて売買を登記原因とする登記、「真正な登記名義の回復」を登記原因とする登記等）がなされることはなくなり、その結果、改正後になされた登記に関しては、現在の権利状態のみならず、その過程ないし態様が不正確な場合には、その対抗力等を否定し、かつ、抹消登記請求を認める解釈が正当視されるようになる。さらに、登記原因部分の証明力（事実上の推定力）も、飛躍的に向上することとなる。

(2) 第2に、骨子案が他方において企図する、本人確認の側面での真実性確保（骨子案第1-5/6/7）にも成功した場合には、二重譲渡紛争はもちろん、登記名義人が無権利者であるケース一般が、大幅に減少することとなる。

現に、公証人の審査・作成する公正証書の謄本・抄本の公示システムを採用するフランスでは、対抗要件主義の規定の存在にもかかわらず、そもそも二重譲渡などというケースは、境界紛争型二重譲渡の事例を除けば、ほとんど生じないといわれている（注70）。他方、ドイツでも、登記申請に際して、登記申請書に表象された物権契約に関する登記官ないし公証人による審査に加えて、無因性原則にもかかわらず、債権契約証書の提出も要求されているため（しかも、所有権移転の債権契約は、公正証書での

締結が義務づけられている）、公信力の条文が実際に適用されることは、ほとんどない（注71）。

これに対して、我が国では、登記申請段階での審査を甘くして、いったんは当事者の負担を軽減する代わりに、その結果多発することになる紛争に巻き込まれる危険性に関しては、当事者にこれを甘受させ、ただし、その場合の裁判規範を充実させることによって一定の手当てを行うという、フランスやドイツとは全く逆向きのスタンスが採られてきた。対抗要件主義をめぐる種々の法律構成や、民法94条2項類推適用法理といった、極端に精緻な法理論が発展したのは、そのためである。

しかしながら、不動産取引に関しては放任主義を採り、事故が起こった後の事後処理だけを考えておけば足りるという立法政策は、望ましいものとはいえない。予防法学的な観点から、そもそも事故を起こさないような不動産取引制度を構築すべきである。

[81] だが、以上の変化が生ずるや否やは、今回導入する①本人確認制度並びに②取得権原の有効性確認制度の具体的内容と運用の仕方がいかにかかっている。

制度設計に関していえば、繰り返して述べているように、フランスやドイツにおけるような、物権変動の有効要件に関する「実質的」な審査権者が、依然として存在していない点に不安が残る。

他方、運用に関して、骨子案は、「現行の不動産登記法に規定されている事項のうち、法律事項とそれ以外の事項との区分を見直すこととする」としており（補足説明第8-72）、その具

(注68) 『注解不動産法6不動産登記法（補訂版）』前掲（注2）674頁【林久】。

(注69) 同法に基づく不登記改正の内容に関しては、石井隆＝小宮山秀史『『行政機関の保有する情報の公開に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律』による不動産登記法等の一部改正について』登記研究625号（2000年）51頁。

(注70) 七戸・前掲（注60）270頁注38並びに同所に引用する文献参照。

(注71) 七戸・前掲（注60）270頁注38並びに同所に引用する文献参照。

体的内容が注目されるが、運用プロパーの問題としては、登記官がどの程度の心証を形成すれば申請を受理するのかも、気にかかる点である。従来は、この点に関する心証度が極端に低かったため、結果において、判決による登記等と、当事者作成の登記原因証書に基づく登記の間に、信憑性において大きな隔たりが生じていた。改正後の制度においては、両者の間の格差を縮めるような運用が必要となる。

## 第1-11/12/13 その他

### 第1-11 登記完了通知

#### (A) 骨子案の説明

[82] この制度は、そもそも登記済証の廃止（骨子案第1-5）の論点の中で、登記済証に代替する諸制度として総合的に検討されるべきものであり、その採用につき異論がないであろうことは、既に述べた（〔46〕）。

#### (B) 考察と私見

[83] もっとも、登記済証の有していた種々の機能のうち、登記が完了したことを申請人に知らせる機能の果たす役割は、「登記済証」の名前に反して、実は余り大きくなかった。それゆえ、骨子案の説明に関しては、登記完了通知の制度よりも、登記手続の処理状況を「法務省オンライン申請システム」で刻々と通知する制度のほうが重要である（補足説明第7-67）。

### 第1-12 同時申請のみなし制度

#### (A) 骨子案の説明

[84] この制度も、直接的には、出頭主義の廃止（骨子案第1-3）に伴い、郵送申請が認められるようになることから必要とされたものであり、この点に関しては、当該個所において、既に言及した（〔17〕〔25〕）。

なお、骨子案の書き方は、事柄を郵送申請に限定していないが、しかし、既に述べたよう

に、オンライン申請に関しては、「法務省オンライン申請・受付管理システム」に配信された順番に決まるので、オンライン申請どうしても、（自然科学的意味における同時到達はほぼ生じないため）この制度が適用されることはない。一方、本人・代理人・使者等による出頭申請どうしの優先順位は、登記窓口の自動発券機での発券の順番で決まるから、これまた本制度が適用される余地はない。さらに、オンライン申請と窓口申請（出頭申請・郵送申請）の間でも、登記所の開庁時間中は、登記情報システムと窓口の自動発券機が連動しており、閉庁時間中の到達に関しては、オンライン申請が優先するため、やはり本制度が適用される余地はない。

したがって、この制度が問題となるのは、郵送申請相互間及び郵送申請と出頭申請の間の優先関係においてであるが、骨子案は、これらをいずれも窓口申請の一種として位置づけ、したがって、登記所の受付窓口に到達した時点で決ずるとしている（補足説明第3-10(注)）。

#### (B) 考察と私見

[85] ところが、郵送申請に関しては、この窓口に到達する時点が、偶発的な要素に左右されやすい。たとえば法務局に先に配達されたとしても、その後、職員が登記所の受付窓口を持ち込むのに遅れれば、その間になされた出頭申請に劣後するし、速達で送っても、普通郵便と一括して受付窓口を持ち込まれれば同時到達になる。債権譲渡で用いられるような配達証明郵便の方法も、ここでは意味をもたない。

のみならず、同時到達の場合の効果は、現行不登法47条1項ただし書と同様、同一の受付番号を記載した上、却下するというものであり、この効果は、債権譲渡通知の同時到達の場合などと比較した場合、譲受人に酷な結果をもたらす（債権譲渡通知の同時到達の場合には、譲渡通知それ自体は有効なものとされるため、二重

譲受人以外の第三者に対しては対抗可能であるのに対して、登記申請の同時到達の場合には、登記がなされないため、二重譲受人はいずれも第三者に対抗できない。また、二重譲受人相互の間の法律関係に関しても、債権譲渡通知の同時到達の場合と同様、困難な問題が待ち受けている(注72)。

すなわち、出頭主義を排除して郵便申請を認めることは、一見当事者の負担を軽減するように見えて、実は新たな紛争の火種を当事者に抱え込ませるものであり、従来の学説が郵送申請に反対していた理由も、この点にあった。既に述べたように、私見は、そもそも現行の窓口申請に関して出頭主義を廃止することに反対であるが、もし郵送申請を認めるにしても、その際には、上記のような不利益は申請人の自己責任であって登記所は責任を負わない旨を、周知徹底させておく必要がある。

### 第1-13 登記事項証明書のオンライン請求

#### (A) 骨子案の説明

[86] これは、今回改正の中心問題である甲号事務のオンライン化ではなくして、既に昭和63年より行われてきた乙号事務の電子化の問題であり、「e-Japan重点計画」及び法務省「アクション・プラン」が、すべての申請・届出事務をオンライン化するとの目標を立てていることから([7])、甲号事務のオンライン化と並んで、本改正において取り上げられたものである。

#### (B) 考察と私見

[87] 現在、登記事項証明書等の書面の交付

は、窓口での交付のほか、郵送での交付が認められており、また、その請求は、窓口あるいは郵送による請求書を送付する方法が認められている。今回の改正は、この証明書の送付請求の方法につき、オンラインでの請求を認めるものであり、特段異論はないであろう。

なお、将来的には、登記事項証明書自体が電子証明となり、オンラインで送付されることとなるだろうから、改正法においては、これを見越した上で条文表現等を整えておく必要がある。

## Ⅲ 骨子案「第2」について

[88] 以上の骨子案「第1」がオンライン登記申請制度研究会の最終報告書を参照したものであるのに対して、骨子案「第2 現代語化その他」の部分は、上記最終報告書とは無関係に「法務省民事局の担当者として、オンライン申請の導入に伴う今回の法令の改正において、併せて取り上げることを検討中の事項を列挙したものである」(補足説明第1-1)。

### 第2-1 現代語化等

#### (A) 骨子案の説明

[89] 既に昭和63年法改正により電子登記簿が導入され、乙号事務の電子化が開始された段階において、紙ベースの登記を前提とする現行不登法の規定は、全面的な改定を必要としていた。その上に、今次、甲号事務に関しても大規模な変更が加わるため、法改正の形式は、新法制定の方法で行う、というのが、法務省担当者の方針である([12])。しかしながら、新法に

(注72) なお、この問題に関する登記先例の立場は、①同時に所有権移転請求権保全の仮登記の申請があった場合は、2件とも同一の受付番号で受け付け(不登法47条1項ただし書)、同時に却下する(昭和30年4月11日民事甲693号民事局長通達・先例集追I 329頁)、②目的不動産を甲・乙・丙とする抵当権設定登記と甲・丁・戊とする抵当権設定登記の2つが同時に申請された場合には、同一の受付番号を記載し、同順位で登記する(昭和39年1月28日民事甲199号民事局長電報回答・先例集追IV 6頁)というものである。しかしながら、①の場合には、本登記の段階で優先関係の仕切り直しをすることができ、また、②の場合には、共同抵当となっている他の不動産から弁済を受ける可能性が高い。これに対して、所有権移転の本登記や、単一不動産に関する抵当権登記の申請が同時到達した場合、最終的にどのような形で決着がつくのかに関しては、今までほとんど検討がなされていない。

つき、これまでのカタカナ書き・文語体の表現を用いるわけにいかないところから、この提案がなされたものである。

#### (B) 考察と私見

[90] この点に関しては、異論はあるまい。

なお、骨子案は、「民法の一部や商法など」の現代語化を提言する司法制度改革審議会の意見書（平成13年6月12日）を引用しており（補足説明第8-71）、現代語化の作業が既に完了している民法典（前3編）に関しても、新不動産登記法とともに、来年（平成16年）国会への提出可能性を探っているやに見える。この点に関しても、私見は、早期改正の実現を切望するものである。

## 第2-2 電磁的な登記簿等の本則化

#### (A) 骨子案の説明

[91] 昭和63年改正で導入されたコンピュータ関係の法制度は、不登法の章立てでは、「第4章 登記手続」の後に、「第4章ノ2 電子情報処理組織ニ依ル登記ニ関スル特例」として追加された。しかし、現在、登記所の半数以上がコンピュータ庁となり、数年内には移行作業が完了することから、第4章ノ2にいう「特例」なる表現は、もはや実質的に成り立たなくなっている。このことから、骨子案は、「コンピュータ登記簿を前提とする規定を本則とし、紙の登記簿を前提とする規定は設けない……（紙の登記簿については、現行の不動産登記法の規定を適用する）」とする（補足説明第8-73）。

#### (B) 考察と私見

[92] 既に述べたように、この方針は、登記簿の形式や閲覧・証明書交付手続のみならず、申請手続に関しても徹底されるべきであるが、しかしながら、オンライン申請と窓口申請の関係（骨子案第1-1）や、電磁的記録を用いた窓口申請（骨子案第2-5）からも知られるように、この点に関する骨子案の態度は、必ずしも一貫し

ていない。

[93] なお、この項の中で、骨子案は、登記申請に共同担保目録を添付させる現行法の制度を、申請人の負担軽減の観点から、廃止する旨の提言を行っている（補足説明第8-73）。

私見は、結論的には賛成であるが、そもそもこの論点は、オンライン申請に際して、電子情報に移行させる書面と、この機に廃止する書面の分類・選択の問題であり、研究会報告書でも論じられていた事項であったから、むしろ骨子案の「第1」で、他の書面の存廃問題と並列して取り上げられるべきものであった。

## 第2-3 不動産特定番号

#### (A) 骨子案の説明

[94] これは、不動産の1つ1つに固有の番号を付すことにより、申請及び証明書等の請求における利用者の負担を軽減するとともに、登記事務の効率化を図る制度である（補足説明第8-77）。

#### (B) 考察と私見

[95] ところで、本稿冒頭で述べたように、政府の行政事務の電子化は、①電磁的記録とその出力による証明書発行という初歩的段階から、②電子的な情報提供（閲覧）のオンライン化、③申請事務のオンライン化を経て、④情報の統合・一元化を最終目標としているが（〔3〕）、今回の登記申請のオンライン化は、その③第3段階であって、この後には④の段階——「不動産情報の一元化」構想が控えている。

この構想は、登記所備え付けの地図の電子化につき、現在電子化への移行作業中の①段階（地図管理システム）を、②・③段階（地図情報システム）まで進化させた上で、これと登記情報システムとを結合させ、さらに、これに政府保有の種々の不動産に関する情報（土地の公示価格・相続税路線価・固定資産税評価額、国土利用計画法の監視区域、都市計画法の市街化

区域・市街化調整区域等の情報)を結合させて、不動産に関するすべての情報を一体化したデータベース(不動産情報システム)を構築するというもので、この最終形態が完成すれば、国民の側でも、オンライン端末から、特定の不動産に関する現況・権利関係から公的規制に至るまでのすべての情報を、直ちに把握することができるようになる(注73)。

今回骨子案の提示する不動産特定番号の制度は、この最終システム構築の橋頭堡として、日本の全不動産に関する検索キーを設定する意味を有しており、したがって、ここでは、上記④の最終段階をも見据えた上での制度設計が必要となる。

## 第2-4 予告登記制度の廃止

### (A) 骨子案の説明

[96] 現行不登法3条の定める予告登記の廃止に関しては、既に本誌掲載の別稿にて考察を加えているので(注74)、そちらを参照いただくこととし、ここでは改めて繰り返さない。

### (B) 考察と私見

[97] ただ、やはり気になるのは、民法177条に関する「取消と登記」「解除と登記」更には「無効と登記」の論点への影響である。

予告登記は、例えばA→B→Cと物権が変動した後、AがA B間の法律行為を取り消した場合に、Cが不測の損害を被らないよう、なされるものであるが、この制度の前提には、設例のCは無権利者であって必ずAに負ける、という理論構成が控えている。ところが、周知のように、今日の判例は、取消・解除後の第三者につき復帰的物権変動構成を採用しているため、上記無権利構成を前提とする予告登記の制度は、

取消・解除につき機能しなくなってしまった。これに対して、学説の中には無権利構成に立つ見解も少なからず存在するが、しかし、今回、立法担当者が、復帰的物権変動構成に立脚して、無権利構成を前提とする予告登記の制度を廃止するとなれば、無権利構成へのダメージは、かなり大きなものとなるであろう。

なお、廃止提案の直接の理由は、近年、予告登記が執行妨害目的で利用されている点に求められている(補足説明第8-79)。一方、平成13年における不動産登記件数の総数は2021万1733件(個数にして4431万7211個)、そのうち売買による所有権移転登記は186万4751件(335万5177個)、抵当権の設定登記は150万3938件(369万4850個)であるのに対して、予告登記は、わずか1209件(土地1052件、建物157件)にすぎない(注75)。これは、同時に、1年間に生ずる不動産物権変動の無効・取消・解除訴訟の件数でもあるが、この数字からいえば、予告登記を廃止したとしても、社会的な影響は小さい。

したがって、私見は、結論的には、骨子案に反対するものではないが、しかし、その際には、上述した物権変動論との間の理論的な関係を整理しておく必要があるように思う。

## 第2-5 電磁的記録を用いた窓口申請

### (A) 骨子案の説明

[98] 骨子案第2-5は、「申請書を提出する方法による申請においても、……電磁的記録を申請書に添付することができる」としている。これは、今般改正により導入される電磁的記録のオンライン申請と、従来型の書面を提出する窓口申請の中間形態として、電磁的記録を提出する

(注73) 地図管理システムないし地図情報システムの内容、作業の進捗状況に関しては、差し当たり、藤原・前掲(注2)63頁以下、小林・前掲(注12)6頁参照。

(注74) 七戸克彦「予告登記の廃止」本誌501号(2003年)30頁。

(注75) 法務省『第115民事・訟務・人権統計年報I』(法務省大臣官房司法法制部司法法制課、2001年)42頁「34種類別不動産登記の総括」。

方法での窓口申請を認めるものである。

## (B) 考察と私見

### (1) 書面の電磁的記録

[99] しかしながら、先行する特許出願のオンライン化の動向から類推するに ([16])、このような形態の申請は、オンライン申請が定着するまでの、過渡的・一時的なものにすぎない。

また、添付情報を電磁的記録の形で所持しているような申請人は、おそらくコンピュータに関する知識も、ある程度有しているであろうから、この場合には、申請書それ自体についても、電子情報として提出させても、申請人の負担にはならないように思われる。

以上より、規定の仕方としては、骨子案の原則と例外とを逆転させ、窓口申請（出頭申請と郵送申請とを含む）においても、電磁的記録を提出する方法（いわゆるフロッピーディスク申請）を認めるとし（その場合の様式は、申請書等も含めてオンライン申請と同一のものとする）、ただし、書面形式の資料については、そのままの提出も認める、とするほうがよいように思う。

### (2) 図面の電磁的記録

[100] また、この点は、表示登記の申請の際の添付資料としての図面 ([62] ⑥) に関しても同様であって、「他の添付情報と同様、電磁的記録で提出することも可能とする制度とした上で、将来検討すべき」（補足説明第8-80（注））とするのではなくして、電磁的記録で提出することを本則とした上で、ただし、電磁的記録で提出できない場合には、例外的に紙ベースの資料の提出も認める、との規定の仕方にすべきである。

近い将来、図面も含めてすべての申請書類が電子情報化することが明らかなのに、現時点の過渡的状況のみを念頭に、紙ベースの規定を原則とする近視眼的な立法を行えば、新不動産登記法は、またたく間に時代遅れとなる。

[101] なお、骨子案は、上記記述のほかは、地図管理システムないし地図情報システムに関して ([95])、全く言及していない。先にも述べたように、不動産登記の電子化の最終到達目標は、①登記情報システムと②地図情報システムを統合した「不動産情報システム」の構築であるところ、①登記情報システムに関する今回骨子案「第1」の提言に対して、②地図情報システムに関する改正内容は、貧弱すぎる（注76）。

## 第2-6 職権更正・審査請求手続の改正

[102] 骨子案第2-6は、(1)現行不登法64条の職権更正手続の改正、及び、(2)同法154条の審査請求手続の改正を提言するものであって、いずれも従前の手続の欠陥を是正する趣旨に基づく変更である。

### (1) 職権更正手続の改正

#### (A) 骨子案の説明

[103] 現行不登法63条は、①登記官が権利登記を完了した後に、②その登記について錯誤又は遺漏があることを登記官が発見した場合には、登記官は、登記権利者及び登記義務者に遅滞なく通知すべき旨を規定しているが、続く64条は、③上記錯誤・遺漏が登記官の過誤に基づく場合には、④「登記上利害ノ関係ヲ有スル第三者アル場合ヲ除ク外」、⑤監督法務局又は地方法務局の許可を得て、⑥更正登記の方法で、これを訂正することができるとしている。

だが、上記④の条文の文言の限りでは、たとえ第三者が同意していた場合であっても、登記官は更正登記ができず、当事者の申請を待たなければならないことになる。それでは、当事者に負担を課すことになるので、登記上利害関係を有する第三者がある場合であっても、その承諾がある場合には、登記官は職権で更正手続を行うことができるようにする、というのが骨子案の内容である。

**(B) 考察と私見**

[104] 骨子案の提言の内容自体には、特に異論はない。

しかしながら、現行64条に関して、従来議論があったのは、上記要件のうち⑥の部分であり、登記官の過誤に基づいて登記が抹消された場合に関して、更正登記ではなくて、抹消回復登記の方法による訂正を認める登記実務に対して、このような処理は同条の予定するところを逸脱するものであり、「立法によって手当てすべき問題であろう」との指摘がなされていた(注77)。

現行64条の内容に手を加えるというのであれば、従来からの論点に関しても十分に目を配り、見落としのない形で改正を行うべきであろう。なお、一般的に言って、骨子案が取り上げている論点は、実務上近時間問題化したものに集中し、また、改正内容も、これに対する応急措置的・弥縫的方法ばかりが目につく。この機に当該条文・法制度につき指摘されてきた問題点を一気に解消するとの、積極的姿勢が望まれる。

**(2) 審査請求手続の改正****(A) 骨子案の説明**

[105] 現行不登法154条2項後段は、登記官が審査請求につき理由があると判断した場合であっても、登記完了後は、前段の場合と異なり、自ら職権更正・職権抹消等の処分をすることはできず、審査請求があった旨の付記をして登記簿上の利害関係人に通知した上、監督法務局又は地方法務局庁に事件を送付すべきとしている。しかし、①この規定は、大正2年法改正

により登記官の処分権が認められた結果死文化していること、②審査請求がない場合には処分権が認められているのと比較してバランスを欠くこと、③最近の立法例においても、このような処分権の制限を定めた規定は存在していないことから(補足説明第8-82)、骨子案は、この場合の登記官による「是正手続を簡素化して整備する」としている(補足説明第8-83)。

**(B) 考察と私見**

[106] この論点は、同条に関して、従来から指摘されてきたところのものである(注78)。骨子案の「是正手続を簡素化して整備する」という表現はいささか歯切れが悪いが、要するに、後段削除でよいのではないか。

**第2-7 その他**

[107] 骨子案第2-7には、ただ単に「その他、登記の申請に関する規定を整理する」とだけあるが、補足説明は、その内容として、(1)第三者の許可書等を申請書への署名捺印に代える制度(現行不登法45条)の廃止と、(2)根抵当の元本の確定登記を単独申請とする改正の2点を挙げている。

しかしながら、改正すべき点は、これら「申請」の側面に限定されるべきはないし、また、「申請」の側面における改正点も、この2点にとどまらないはずである。

**(1) 第三者の許可書等を要する場合****(A) 骨子案の説明**

[108] 現行不登法45条は、第三者の許可書等を要する場合(35条1項4号の場合に限られるか、56条・67条・105条・146条も含むかについ

(注76) 今回改正に関して、地図・公図、地図情報システム、さらには、不動産情報システムに関する提言を行う論考として、本誌494号(2003年)「(特集)不動産登記法改正に対する提言・要望」所収の諸論考——上関克也「土地情報の整備と不動産登記」12頁、小滝晃「宅地情報提供システムの構築に向けて」14頁、瀬口潤二「電子化時代における地図の本質」24頁、中川寿一「地図に関する研究会の議論から」26頁、松岡直武「不動産登記法の改正に寄せて」30頁がある。

(注77) 吉野・前掲(注53)428頁。

(注78) 『注解不動産法6不動産登記法(補訂版)』前掲(注2)940頁〔辻武司〕。

ては争いがある)につき、申請書に第三者が直接署名・捺印する方法で、許可書等に代えることができる旨を規定している。

骨子案は、この規定が「利用されていない」として、「これを見直し、整理する」(補足説明第8-84)とする。

#### (B) 考察と私見

[109] 申請書に第三者の意思を表象させる45条の制度は、申請人本人に関して登記原因証書がない場合に申請書副本で代替させる制度と構造的によく似ており、ドイツ型の申請書重視の登記手続を彷彿とさせる。

しかしながら、第三者の許可書等を要する場合のうち、農地法3条あるいは5条の知事の許可や、商法265条の取締役会の承認に関しては、申請書に直接知事や取締役の署名・捺印を得ることが事実上困難であるから、知事の許可書や取締役会議事録等の書面が提出されるのが通常である。また、登記簿上利害関係を有する第三者に関しては、署名・捺印を得るため申請書を関係人間に持ち回ることが不便であるため、事務上ほとんど例外なく第三者の許可書等が用いられており、申請書を用いる方法は、ほぼ利用されていないとされているから(注79)、同条は、廃止の方向でよいであろう。

[110] なお、本来の第三者の許可書等の側に関してであるが、これについても、上記取締役会議事録等種々の書面があることから、その電子情報化に際しては、申請人に関する電子情報であるところの「原本である書面の写しに相当する情報」や登記原因証明情報と同様、種々の情報の統合が必要となり、したがってまた、統合の際の真実性の審査者も必要となってくる。

#### (2) 根抵当の元本の確定登記

##### (A) 骨子案の説明

[111] 一方、骨子案は、「根抵当権の元本の確定登記の単独申請については、担保執行法制及び倒産法制の見直しの動向を踏まえ、検討す

る」とする(補足説明第8-84)。

##### (B) 考察と私見

[112] しかしながら、この点に関しては、骨子案の公表後に成立した、平成15年8月1日法律第134号「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律」2条により、現行119条ノ8の次条として、下記の条文が追加される形で(その結果、現行119条ノ9は119条ノ10に繰り下げられる)、既に改正が終わっている。

#### 【不登法119条ノ9(新設)】

民法第398条ノ19第2項ノ規定ニ依リ根抵当権ノ担保スベキ元本ガ確定シタル場合ノ登記ハ申請書ニ同項ノ規定ニ依ル請求ヲ為シタルコトヲ証スル書面ヲ添付シタルトキハ根抵当権者ノミニテ之ヲ申請スルコトヲ得

[113] なお、上記改正法による不登法の改正には、もう1点あり、賃借権の設定・移転・転貸の登記の申請に関する現行不登法132条1項中、「若クハ賃借権」の文言が「賃借権」に改められ、譲渡・転貸を「許シタルトキ」の下に「若クハ敷金アルトキ」の文言が追加されたことを付言しておく。

## IV おわりに

[114] 以上、骨子案の提示する論点を逐一網羅的に検討してゆく手法で考察を進めてきたが、そこからも知られるように、骨子案の内容には、かなりの「偏り」と「穴」がある。新法制定の方法による全面改正を行うというのならば、現行不登法の初条から最終条までのすべてにつき、その内容に関して逐条検討を加え、存廃等を決定してゆく方法を探るべきであろう。

[115] さらに、加えて、ここでは、不動産登記法以外の法律の改正にも目を向けておく必要がある。特に問題となるのが、登録免許税法であって、たとえ、不動産登記法の側で、今回改正を通じて、登記申請に必要な書面(情報)の

正確性を向上させ、また登記官や資格者の審査を強化したところで、申請主義の下では、申請人側が意図する登録免許税免脱行為を、税率の平準化等の方策を通じて無意味化させ、虚偽申請のインセンティブを失わせない限り、不実の登記はなくなる。

この点に関しては、最近では、売買に代えて共有物分割を登記原因とする移転登記を行う方法による登録免許税免脱に対して、租税特別措置法84条の4を改正し、平成12年4月1日より税率を平準化した例があるが(注80)、しかしながら、現行の不動産登記制度に対する財務省側の不信感は強く、例えば、税制調査会の平成12年7月14日答申「わが国税制の現状と課題——21世紀に向けた国民の参加と選択——」は、その「第二・四・7・(2)・2」において、次のように述べる。「不動産登記について、不実の登記が行われる原因として、登記原因別に設定されている税率格差など登録免許税に関する点を挙げる意見もあります。しかし、例えば、〔A〕不実の登記と称されるもののうち登記の中間省略は、登記制度自体に起因しているとの指摘もあります。また、このような問題が発生する背景には、〔B〕登記原因の認定が書面審査によって行われていることのほか、税務当局に質問検査権がなく、不実の登記による登録免許税負担の回避をチェックできないことも挙げられています。いずれにしても、このような問題については、登記制度機能の信頼を確保していくという観点から、登録免許税においても何らかの対応が必要かどうか、登記実務

の実態を踏まえつつ、考えていかなければなりません」(〔 〕内は引用者)(注81)。

だが、今回の不登法改正が、〔A〕〔B〕のごとき批判を受けない内容になれば、税制調査会の主張は、その根拠を失う。それゆえ、不動産登記制度の側では、とりわけ〔A〕〔B〕の観点に留意した万全の法整備を行うとともに、その作業と併行して、今回改正に時期を合わせて、特に不実登記申請のインセンティブの完全解消を目的とした税制改革を行うよう、財務省側に強く働きかけてゆくべきであろう。

(しちのへ かつひこ)

(注79) 『注解不動産法6不動産登記法(補訂版)』前掲(注2)309頁〔松尾武〕。

(注80) 実際には所有権の全部を売買で移転しているにもかかわらず、登録免許税の免脱のため、まず、1筆の土地の所有権のごく一部の持分(100分の1、1000分の1)についてのみ税率の高い売買を登記原因とする移転登記の申請をし、残余の持分(100分の99、1000分の999)につき税率の低い共有物分割を登記原因とする移転登記を申請することで、登録免許税法を潜脱する方法に対して、売買と同じ1000分の50の税率を適用することとしたもの。相原茂「租税特別措置法84条の4の改正に係る不動産登記事務の取扱いについて」民事月報55巻2号(2000年)48頁、藤原・前掲(注2)99頁。

(注81) 財務省・税制調査会のホームページ中、「答申・報告書等」の項にある平成12年7月14日答申のリンク([http://www.mof.go.jp/singikai/zeicho/tosin/zeichof/zeicho\\_f.htm](http://www.mof.go.jp/singikai/zeicho/tosin/zeichof/zeicho_f.htm))参照。