

相続と登記：物権変動の一般理論の試金石としての

七戸, 克彦
九州大学大学院法学研究院：教授

<https://hdl.handle.net/2324/1522113>

出版情報：月報司法書士. 521, pp.4-16, 2015-07-10. 日本司法書士会連合会
バージョン：
権利関係：

相続法に関わる分野は、不動産登記・成年後見を扱う司法書士にとって不可欠な領域であり各自が十分な研鑽を積みまた業務における豊富な経験をお持ちの方が多いと思う。「相続と登記」を考えるまでもなく家族法と財産法の領域にまたがる重要な問題がひしめいている相続法は、大量の判例と実務が集積しており、われわれが業務を遂行するうえで特段の支障があるようにはみえない。しかしひとたび個別の事件にあたると、いつも常に明確な事例ばかりとは言えず対応に迷うことが多いのも事実である。また、自明なことのようにいって実はよく解明されていないケースもある。そこで、今回は主に相続と登記を始め相続の効力に関するいくつかの論点について、相続法の基本的なルールを再確認しつつ、現行相続法の現実の姿とともに今後のあるべき相続のかたちを考えてみることを企画した。

相続と登記 ——物権変動の一般理論の試金石としての

九州大学大学院法学研究院教授
しちのへ かつひこ
七戸 克彦



はじめに

物権法の教科書などで「相続と登記」というテーマの下に扱われている論点には、以下のものがある（なお、このほか戦前には(0)「生前相続と登記」の論点が存在した。後述）。

- (1) 被相続人の生前譲渡と登記——被相続人Aが生前にCに譲渡した不動産につき、Aの死亡後に相続人Bが相続を原因とする所有権移転登記を経由すれば、BはCに対抗できるか。
- (2) 共同相続と登記——共同相続人BCの遺産共有の状態にある不動産をCがDに譲渡した場合、BはDに自己の持分を登記なくして対抗できるか。
- (3) 遺産分割と登記——共同相続人BC間において、相続財産に属する不動産をBの単独所有とする旨の遺産分割がされたが、Cが自己の持分をDに譲渡した場合、BはDに当該持分部分を登記なくして対抗できるか。
- (4) 相続放棄と登記——被相続人Aの共同相続人BCのうち、Cが相続放棄をした結果、相続財産である不動産がBの単独所有となったが、Cが自己の持分をDに譲渡した場合、BはDに当該持分部分を登記なくして対抗できるか。
- (5) 相続欠格・廃除と登記——被相続人Aが死亡し、相続人Bが相続財産である不動産を取得したが、相続欠格者・被廃除者Cが当該不動産をDに譲渡した場合、BはDに対抗できるか。
- (6) 認知と登記——被相続人Aの死亡後Bが認知された結果、相続人Cの相続資格の喪失あるいは相続分の縮減が生じた場合、被認知者BはCからの譲受人Dに自己の相続分を対抗できるか。
- (7) 遺贈と登記——AがBに遺贈した不動産を、Aの相続人CがDに譲渡した場合、BとDの関係は、法定相続の場合と同様になるか、それとも贈与の場合と同様になるか。
- (8) 死因贈与と登記——AがBに死因贈与した不動産を、相続人CがDに譲渡した場合

の処理は、生前贈与と同様になるか、遺贈・相続と同様になるか。

(9) 「相続させる」旨の遺言と登記——遺言者Aが、全財産あるいは特定の不動産を共同相続人BCのうち一人Bに「相続させる」旨の遺言をしたが、他の共同相続人Cが自己の持分をDに譲渡した場合、BはDに当該持分部分を登記なくして対抗できるか。

(10) 遺留分の減殺と登記——遺留分権利者Bは、受遺者・受贈者Cからの譲受人Dに登記なくして対抗できるか。

これらの設例につき、判例がどのような結論をとっているかは、きわめて初歩的な暗記事項に属する¹⁾。ところが、当該結論を導く根拠論(理論構成)に関しては、戦前からの概念法学的な形式論理に対し、昭和40年代以降に比較法的・沿革的考察や実質的価値判断・利益衡量論といった新たな手法を用いた反対説が主張されたものの、その後の議論は一転して沈滞状態に陥った。

しかしながら、今般の民法(債権関係)改正を通じて、研究者のみならず実務家もまた、個々の法制度や判例の背後に控える一般理論の重要性を再認識することとなった。債権者代位権の転用に関する条文の新設や、担保責任に関する特定物ドグマの排斥と債務不履行説の採用は、法制度の基本的な構造理解に関する一般理論の上に成り立っている。

一方、民法(物権関係)に関する一般理論の重要性は、専門実務家である司法書士においては、かつては強く意識されており、たとえば二重譲渡の法的構成につき学界に衝撃を与えた星野英一の法定制度論(後述)は、昭和52年2月21日に広島で開催された全国青年司法書士〔連絡〕協議会(全青司)全国大会での講演で公表されたものであった²⁾。

それから38年もの歳月を経た現在、同じく司法書士の機関誌であるところの本誌より、「相続と登記」をめぐる諸問題を物権変動の基本構造まで掘り下げて説明するよう依頼さ

れたことに、筆者は大いに驚き、また敬服する。星野教授の全青司での講演には遠く及ばないが、以下、読者諸賢の問題意識に応えられるような内容の記述を心がけたい。

民法177条の要件論

(1) 制限説・無制限説

対抗要件主義の母法フランス法は、①登記をしなければ対抗することができない物権変動原因、②登記をしなければ対抗することができない第三者のいずれに関しても、限定列挙の形で条文を規定している(①変動原因に関しては、法律行為(意思表示)ならびに判決による物権変動とする制限説、②第三者に関しては、自身の登記を要求する——したがって上記①本人とまったく同様に②第三者もまた登記能力のある物権変動原因(法律行為または判決)による権利取得者に必然的に限定されることになる——制限説)³⁾。

そして、この点は、わがボワソナード旧民法においても同様であった。

ところが、現行民法177条は、①物権変動原因・②第三者のいずれの要件に関しても、文言上制限を設けていない。これは、フランス法・旧民法からの意図的な変更であって、現行民法起草者は、①すべての物権変動は、②すべての第三者に対して、登記をしなければ対抗できないとすることによって(①・②要件とも無制限説)、登記中心の取引社会を確立しようとしたのである。

しかし、このような成立要件主義に等しい過激な立法に対して、社会はついてゆけなかった。現行民法施行前において、裁判官は、旧民法を参照しつつ判決を下していたため、現行民法の立法直後より、①「物権変動」要件・②「第三者」要件のいずれに関しても、旧民法の制限説に立つ判例と、現行民法の無制限説に立つ判例が現れて、民法177条の適用範囲の解釈に混乱が生じた。

(2) 明治41年大審院民事連合部判決

そこで、大審院は、明治41年、同日付の2つの民事連合部判決により、①「物権変動」要件については現行民法の起草者の見解に従い無制限説をとる一方、②「第三者」要件については「正当ノ利益」（今日の表現では「正当な利益」）を有する第三者に限る旨の制限説を採用することで、判例統一を図った⁴⁾。

その後の判例は、今日に至るまで、明治41年民事連合部判決の定立した民法177条適用の判断枠組みを基本的に維持しているといわれているが、このうちの①「物権変動」要件に関する民事連合部判決は、前記「相続と登記」をめぐる種々の論点のうち、戦前の家族法下において存在した(0)「生前相続と登記」の論点に関する判例であって、Aの隠居により家督相続人Bが相続した不動産を、隠居者AがCに贈与した事案であった。

原審⁵⁾は、「隠居に因る家督相続は死亡に因る家督相続の場合と異り隠居者生存するが故に第三者が其隠居の事実を知らず隠居者を戸主と信じ若しくは隠居者たることを知るも留保財産と信じ隠居者と不動産に関する法律行為を為したる場合に相続人より突然その相続財産なることを原因として右法律行為の無効を主張することを得るものとせば第三者は意外の損害を蒙るべきを以て隠居に因る相続不動産の取得も亦民法第177条の適用を受け其登記を為すに非ざれば第三者に対抗するを得ざるものと解せざるべからず」と判示。

これに対して、家督相続人Bが上告し、「同条ハ不動産ニ関スル物権カ当事者ノ意思表示ニヨリテ発生移転スル場合ノミヲ規定シタルモノニテ相続（死亡ト隠居トヲ問ハス）ニヨリ不動産上ノ物権ヲ取得セル場合ニ適用スヘキモノニアラサルコトハ御院明治38年（オ）第203号明治38年12月11日第2民事部ノ判決⁶⁾ノ判例ニ徴スルモ明白」と主張した。

しかし、判旨は、次のように述べてBの上告理由を排斥した。「第177条ノ規定ハ……畢

竟第三者保護ノ規定ナルコトハ其法意ニ徴シテ毫モ疑ヲ容レス而シテ右第三者ニ在リテハ物権ノ得喪及ヒ変更カ当事者ノ意思表示ニ因リ生シタルト將タ之ニ因ラスシテ家督相続ノ如キ法律ノ規定ニ因リ生シタルトハ毫モ異ナル所ナキカ故ニ其間區別ヲ設ケ前者ノ場合ニ於テハ之ニ對抗スルニハ登記ヲ要スルモノトシ後者ノ場合ニ於テハ登記ヲ要セサルモノトスル理由ナケレハナリ加之家督相続ノ如キ法律ノ規定ニ因リ物権ヲ取得シタル者ニ於テハ意思表示ニ因リ物権ヲ取得シタル者ト均シク登記法ノ定ムル所ニ從ヒ登記ヲ為シ以テ自ラ其権利ヲ自衛シ第三者ヲモ害セサル手續ヲ為シ得ヘキハ言ヲ俟タサル所ナレハ其間敢テ區別ヲ設ケ前者ハ登記ヲ為サシテ其権利ヲ第三者ニ對抗シ得ルモノトシ後者ノミ登記ナクシテ其権利ヲ第三者ニ對抗シ得サルモノトスルノ必要ヲ認ムルニ由ナケレハナリ」。

ここでは、上記引用の後段部分（「加之……」以下）の説示に注目したい。判旨は、原審と同様、相続の中でも、とくに生前相続に関しては、「意思表示ニ因リ物権ヲ取得シタル者ト均シク登記法ノ定ムル所ニ從ヒ登記ヲ為シ以テ自ラ其権利ヲ自衛シ第三者ヲモ害セサル手續ヲ為シ得ヘキ」とする。すなわち、相続の中でもとくに生前相続による物権変動について（だけ？）は、通常の意思表示による物権変動の場合と同様、登記をしないことの帰責性を認定して、民法177条の対抗不能の制裁を課して差し支えない、というのである。

一方、この点に関して、上告理由が引用する大判明治38・12・11は、生前相続の場合であっても、相続人が相続の事実を知らない場合があり、また、相続の事実を知って以降も、相続の承認・放棄につき3か月の熟慮期間が認められていることから（民法旧1017条……現行915条）、少なくとも熟慮期間内においては、相続人に登記をしないことの帰責性は認められない、と説示していた。

相続人の帰責性の有無をめぐる以上のように

な実質的価値判断の対立は、後記のように、今日の学説が論じているところと、まったく同様のものである。

だが、その後、このような帰責性をめぐる個別事例に即した実質判断は見失われ、明治41年民事連合部判決の立場は、およそすべての物権変動は登記をしなければ対抗することができないとの抽象的命題へと変質し、一人歩きすることとなった。

二重譲渡の法的構成

(1) 「無権利者からの取得」構成と「権利者からの取得」構成

一方、昭和50年代までのわが国では、176条の意思主義と177条（および178条）の対抗要件主義の関係をどのように理解するかについて、活発な議論が行われていた。「二重譲渡の法的構成」と呼ばれるこの論点に関して、学説は、以下の2種に大別される。

その1は、176条の意思主義にもかかわらず、A→Bの第1譲渡の後も、Bが登記を経由するまでは、Bの取得した権利は、相対的効力しか有さない物権（相対的効力説・関係的所有権説）・不完全な物権（不完全物権変動説）ないし優先的効力のない物権（優先的効力説）にすぎず、対抗要件主義の条文は、登記の経由によって、物権に絶対性・完全性ないし優先的効力を付与・補完する規定であると説明する見解である。この見解に立った場合、第1譲渡の後においても、譲渡人Aは完全な無権利者ではないと評価されるので、第2譲受人Cの権利取得は、権利者からの取得ということになる。

その2は、176条の意思主義の結果、物権は第1譲受人Bに完全に移転し、譲渡人Aは完全な無権利者となっていると解する見解である。この見解に立った場合には、対抗要件主義の条文は、無権利者からの取得者を例外的に保護する特別規定の一種と理解される。

(2) 「対抗の法理」と「無権利の法理」の振り分け論

そして、上記2種類の見解のうち、「権利者からの取得」構成から生じたのが、「相続と登記」のほか「取消しと登記」「解除と登記」の論点で用いられる「対抗の法理」と「無権利の法理」ないし「公示の原則」と「公信の原則」の振り分け論である。

このうち「対抗の法理」ないし「公示の原則」の適用事例とは、第2譲受人Cが「権利者からの取得者」であるとして、対抗要件主義を適用し、登記の前後でB・Cの優先関係を決する場合をいい、「無権利の法理」ないし「公信の原則」の適用事例とは、Cは「無権利者からの取得者」であるとして対抗要件主義の適用を排除し、民法94条2項類推適用法理その他の「無権利者からの取得者」保護法理の適用なき限り保護しない場合をいう。

だが、この振り分け論は、結局のところ、個々の事案につき、一定の実質的価値判断を行ったうえで、登記の前後で画一的に処理するのが妥当と結論づけた場合には、第三者は「権利者からの取得者」であるから「対抗の法理」ないし「公示の原則」が適用される事案であるといい、第1譲受人を保護し、あるいは登記を信頼した第三者のみを保護するのが実質的に見て妥当と判断した場合には、第三者は「無権利者からの取得者」であるから「無権利の法理」ないし「公信の原則」が適用されると述べているにすぎない。問われるべきは、そのような後付けの形式論理の側ではなく、かかる評価を導いた実質的価値判断の具体的内容の側である。

一方、「無権利者からの取得」構成には、異なる二つの系統が存在する。その1は、昭和40年代半ばに登場した「公信力説」と呼ばれる学説群で、同説は、前記民法177条の2要件のうち、②「第三者」要件に関して、先行譲渡に関する第三者の善意を要求する点に特徴がある（悪意者排除説⁷⁾。その2は、昭

和50年代に登場したフランス法→ボワソナード旧民法→現行民法の沿革的考察を行う学説群で、同説は、民法177条の2要件のうち、①本人側の「物権変動」要件に関して、対抗要件主義は、第1譲受人の登記の懈怠を咎めて第1譲渡を失権させることで、反射的に第2譲受人の物権取得を認める規定であり、したがって、①「物権変動」要件は、登記をしないことにつき帰責性を認定できるような種類の物権変動に限定されると説く⁸⁾。

これら2系統の学説は、結論的には、対抗要件主義の規定もまた、即時取得あるいは民法94条2項類推適用法理などと同じ権利外観法理の一種と解する点において、同一に帰し、その結果、同説における要件論の判断枠組みは、権利外観法理の一般理論に従い、①本人の「帰責性」の有無と、②第三者の「信頼」の有無に関する実質判断となる。この判断枠組みは、「権利者からの取得」構成における「対抗の法理」と「無権利の法理」ないし「公示の原則」と「公信の原則」の振り分け論よりも、はるかに明瞭である。

なお、これら「権利者からの取得」構成の用いているタームに即して「無権利者からの取得」構成を説明すれば、①「無権利の法理」の原則に対して、②「対抗の法理」＝「公示の原則」(177条)と、③「公信の原則」(94条2項類推適用法理)が、二つながら例外を形成する関係に立つことになる(②はA→Bの登記の不存在からAの登記を信頼したCの救済法理(消極的信頼保護法理)、③はA→Bの登記の存在からBの登記を信頼したDの救済法理(積極的信頼保護法理)である)。

(3) 法定制度論の功罪

ところが、その後の学説においては、「二重譲渡の法的構成」を論ずる実益を疑問視する見解が有力化してくる。「177条の制度については、諸学説のようにあえて巧妙な法的構成をなす実益はほとんどなく、むしろ、『二重譲渡の場合に、契約締結・代金支払・引渡

等の前後にかかわらず、登記を先に備えたものが優先的に物権を取得したものと見る』という趣旨の法定の制度である、と解すれば足りる」とする鈴木禄弥の所説や⁹⁾、「177条が第2の譲渡を法律上意味あるものとしている、換言すれば〔物権の移転という意味での〕二重譲渡を法律上も可能としているということです。いうなれば、177条と178条の明文によって〔右の意味での〕二重譲渡が可能にされているということです。……それ以上に、公信力説とか、法定証拠説とか、いろいろむずかしいことを言う必要がそもそもあるのだろうか、そんなことで学者はもちろん学生などが苦勞する必要があるのだろうかについて、私は深い疑問を持つものです」とする星野英一の所説が¹⁰⁾典型である。

これら「法定制度論」と呼ばれる見解が登場したことで、その後の学説においては、「二重譲渡の法的構成」を論ずる実益なし、との意識が定着した。今日の物権法の教科書において、この論点に関する記述が消失しているのは、そのためである。

だが、「法定制度論」の主張には、奇妙な矛盾が存在した。というのも、同説の論者は、一方では「二重譲渡の法的構成」を論ずる実益なしとしておきながら、他方において従来の通説の見解である「権利者からの取得」構成に与していたからである(鈴木禄弥は、上記引用からも知られるように優先的効力説に立ち、星野英一は、不完全物権変動説に立っている¹¹⁾)。その結果、鈴木・星野らの実益論的批判は、「二重譲渡の法的構成」の論点との関係では、もっぱら「無権利者からの取得」構成を排斥する方向に、一方的に働いた。

もともと、民法177条の要件論との関係では、鈴木・星野らの実益論は、それまでの「権利者からの取得」構成の形式論理に対しても破壊的であった。鈴木説は、民法177条適用の判断枠組みに関して、「それぞれの類型について、取引の安全・登記制度の趣旨・登記をせぬ物権取得者の保護等々の見地から、個別

的に解決されるべきであり、現に、判例・学説で、『第三者の範囲』・『登記を必要とする物権変動の範囲』の問題として、個別的・政策的に処理されているのである」と述べるにとどまる¹²⁾。同様に、星野説も、「問題となる各場合ごとに、種々のファクターを考量して、登記の先後によって決するのが適当であるか否かを論ずべきでしょう」と述べるにとどまり¹³⁾、「種々のファクター」の具体的内容については、提示するところがない。結局、法定制度論は、それまでの学説の形式論理を非難し、実質的価値判断の重要性を指摘したものの、種々の実質的価値判断要素を整理・体系化するまでには至らなかった。

「相続と登記」をめぐる形式論と実質論

なお、本稿のテーマである「相続と登記」の論点に関しては、上記①本人側の「物権変動」要件に関する「対抗の法理」と「無権利の法理」の振り分け論のほか、②「第三者」要件についても、「当事者の法理」と「第三者の法理」の振り分け論が用いられる。この論理の登場する典型論点は「時効取得と登記」であるが、このほか、②「第三者」要件をめぐる概念法学的な理屈には、一般承継人（包括承継人）も物権変動の「当事者」であって「第三者」ではないとする論理や、転々譲渡の前主と後主は「当事者」であって「第三者」ではないとする論理などがある。

以下、本稿冒頭に掲げた各論点について、判例・通説の述べる「形式論」と「実質論」の内容を見てゆくことにしよう¹⁴⁾。

(1) 被相続人の生前譲渡と登記

被相続人Aが生前にCに譲渡（たとえば贈与）した不動産につき、Aの死亡後に相続人Bが相続登記を経由しても、譲受人（受贈者）Cは相続人Bに対抗できる一方、BはCに対抗できない。ここで用いられている論理は、人格承継説と当事者の法理の組合せであって、

物権変動の当事者Aと包括承継人Bとを同一視することによって、民法177条不適用の結論が導かれる。だが、この処理は、今日の判例・通説が、①A→Cの生前譲渡がBの無権代理であった場合や、②Bが時効期間を超える占有を継続した場合につき、人格承継説を棄てて、被相続人の地位（A=B）と相続人固有の独立的な地位（A→B）との資格併存説に立っていることと整合しない¹⁵⁾。

一方、相続人Bが不動産をDに譲渡した場合のCとDの関係につき、大正15年大審院民事連合部判決は、「無権利の法理」から「対抗の法理」への判例変更を行った¹⁶⁾。Cの登記欠缺の帰責性の程度に関しては、通常の二重譲渡と変わるところがないからである。

もっとも、DがA→Bの相続登記からBが権利者であると信頼した場合の（積極的信頼）保護は、94条2項類推適用の問題であって、177条の問題ではない。177条が予定するのは、A→Cの生前譲渡の登記の不存在からAが権利者であると信頼した（消極的信頼）相続人Bないし転得者Dの保護であって、両法理は、信頼の対象に関して要件的に異なる。

(2) 共同相続と登記

では、A→Cの物権変動原因も相続であった場合（A→B Cの共同相続にもかかわらず、CがDに不動産を譲渡した場合）はどうなるか。戦前の判例は、①「無権利の法理」を適用して、登記なくしてBは自己の持分をDに対抗できるとするものと¹⁷⁾、②前記（0）「生前相続と登記」に関する明治41年民事連合部判決を引用しつつ「対抗の法理」を適用するものに分かれていたが¹⁸⁾、戦後、最高裁は、①判決を引用しつつ、Bの持分につき「無権利の法理」を適用するに至った¹⁹⁾。

これに対して、学説の中には、「持分〔権〕の弾力性」を根拠に、共有名義の登記がされていない状態は、制限物権の登記がされていない状態と同様であるから、「対抗の法理」が適用されるとする見解もある。しかし、共

有の場合と制限物権の場合を同一視できる、という評価もまた、一定の実質的価値判断を経たうえでの後付けの理屈にほかならない。

そこで、以上のような形式論理の背後にある実質判断に目を向ければ、次の点が指摘されている。すなわち、BCの遺産共有は、遺産分割が行われるまでの暫定的・過渡的状态であるため、この段階で、Bに対し、A→BCの共有名義の相続登記を経由しない帰責性を問うのは酷である。他方、Cからの譲受人Dに関しては、登記名義が被相続人Aのままである場合に、A→BCの共同相続が存在しないと信頼したこと（A→Bの持分移転の不存在に対する消極的信頼）につき、要保護性は認められない（ただし、A→Cの単独名義の登記が経由されていた事案に関しては、C名義の登記作出に関するBの帰責性と、Dの積極的信頼を要件として、民法94条2項類推適用法理を別途適用する余地はあるだろう）。

(3) 遺産分割と登記

では、遺産分割により、当該不動産がBの単独所有とされた場合の、分割前にCの有していた共有持分についてはどうなるか。

遺産分割のように遡及効を定めた条文がある場合について（909条参照）用いられる形式論理は、「取消しと登記」「解除と登記」の論点に関しては、①取消し・解除前の第三者については「遡及効徹底」構成による「無権利の法理」の適用、②取消し・解除後の第三者については「復歸的物権変動」構成による「対抗の法理」の適用であるが、「遺産分割と登記」の論点に関しても、②遺産分割後にCの債権者DがCの有していた共有持分を差し押さえた事案につき、判例は「対抗の法理」を適用する²⁰⁾。

だが、その4年前、最高裁は、次述（4）相続放棄に関して、②相続放棄後の第三者につき「無権利の法理」を適用していたことから、両者の処理の違いをどのように正当化するかが問題となった。上記判決は、これを第

三者保護規定の有無（909条・939条参照）に求める。「遺産分割についての右規定〔909条ただし書〕の趣旨は、相続開始後遺産分割前に相続財産に対し第三者が利害関係を有するにいたることが少なくなく、分割により右第三者の地位を覆えすことは法律関係の安定を害するため、これを保護するよう要請されるというところにあるものと解され、他方、相続放棄については、これが相続開始後短期間のみ可能であり、かつ、相続財産に対する処分行為があれば放棄は許されなくなるため、右のような第三者の出現を顧慮する余地は比較的乏しいものと考えられるのであって、両者の効力に差別を設けることにも合理的理由が認められるのである。そして、さらに、遺産分割後においても、分割前の状態における共同相続の外観を信頼して、相続人の持分につき第三者が権利を取得することは、相続放棄の場合に比して、多く予想されるところであって、このような第三者をも保護すべき要請は、分割前に利害関係を有するにいたった第三者を保護すべき前示の要請と同様に認められるのであり、したがって、分割後の第三者に対する関係においては、分割により新たな物権変動を生じたものと同視して、分割につき対抗要件を必要とするものと解する理由があるといわなくてはならない」。

(4) 相続放棄と登記

これに対して、判例は、相続放棄後の第三者の事案につき「遡及効徹底」構成に立って「無権利の法理」を適用する²¹⁾。遺産分割と相続放棄で理論構成を異にする実質的根拠につき、学説は、上記最高裁判決の説示する観点のほか、①共同相続人の一人が相続放棄をしても、他の共同相続人の遺産共有状態は続くので、結局、遺産分割がされるまでは、相続人の登記経由を期待しがたいこと、②他方、第三者は、相続放棄の有無については家庭裁判所で確認できるので、登記への信頼保護の必要性が低いこと等を挙げている。

(5) 相続欠格・廃除と登記

① 相続欠格——Aの相続人と称するCがDに相続財産たる不動産を譲渡したが、その後、Cが相続欠格者（民法891条）であることが判明した場合、Cは当初より無権利者であるから、相続人Bは、登記なくしてA→Bの相続による物権変動をCおよびCからの譲受人Dに対抗できる²²⁾。

② 推定相続人の廃除・廃除の取消し——遺言による推定相続人の廃除・廃除の取消しの効果は、被相続人の死亡時に遡及する（893条・894条2項）。判例は、廃除・廃除の取消しの審判が確定した後に第三者が登場した事案（推定相続人Cの廃除の結果、Bが不動産を単独相続したが、その後にCがDに共有持分を譲渡した場合や、Bに対する廃除が取り消された結果、Bが共同相続人たる地位を回復したが、その後にCが不動産をDに譲渡した場合）につき、いずれも「無権利の法理」を適用して相続資格取得者・回復者Bを保護する²³⁾。なお、推定相続人の廃除・廃除の取消しに関しては、前記（3）遺産分割のような第三者保護規定は存在しないので、廃除・廃除の取消前の第三者Dに対して、Bは登記なくして対抗できる（「遡及効徹底」構成による「無権利の法理」）。

(6) 相続開始後の認知と登記

認知の効力も出生時に遡及するが（民法784条本文）、ただし、認知に関しては第三者保護規定が存在する（同条ただし書）²⁴⁾。なお、他の共同相続人Cとの関係では、相続開始後の認知（781条2項・787条ただし書）によって相続人となった者Bは、遺産分割その他の処分がされた後であっても、価額の支払請求権が認められているが（910条）、しかし、認知前に行われたC→Dの処分それ自体の物権的効力を争うことはできない。

では、認知の効力発生後に第三者が登場した場合はどうなるか。Bはすでに相続人たる

地位を取得しているから、上記（2）「共同相続と登記」の一般理論に従えば、Bは、認知後に登場したCからの譲受人Dに対して、登記なくして自己の相続分を対抗できることになるが、この結論は、認知の効力発生前の第三者との権衡を欠くようにも見える。

(7) 遺贈と登記

以上の(3)~(6)の論点は、「遡及効と登記」をめぐる議論との組合せ問題であったが、(7)~(9)は、法定相続と遺贈ないし贈与の異同を問う問題である。

① 特定遺贈と登記——判例は、特定遺贈の事案につき、「遺贈は遺言によって受遺者に財産権を与える遺言者の意思表示にほかならず、遺言者の死亡を不確定期限とするものではあるが、意思表示によって物権変動の効果を生ずる点においては贈与と異なるところはないのであるから、遺贈が効力を生じた場合においても、遺贈を原因とする所有権移転登記のなされない間は、完全に排他的な権利変動を生じないものと解すべきである。そして、民法177条が広く物権の得喪変更について登記をもって対抗要件としているところから見れば、遺贈をもってその例外とする理由はない」とする（「対抗の法理」）²⁵⁾。ただし、その後の判例は、遺言執行者がある場合には、「相続人が、同法〔民法〕1013条の規定に違反して、遺贈の目的不動産を第三者に譲渡し又はこれに第三者のため抵当権を設定してその登記をしたとしても、相続人の右処分行為は無効であり、受遺者は、遺贈による目的不動産の所有権取得を登記なくして右処分行為の相手方たる第三者に対抗することができる」としている（相続人の処分権制限を理由とする「無権利の法理」）²⁶⁾、177条が適用されるのは、遺言執行者の選任前に相続人から権利を取得した第三者に限られる。

② 包括遺贈と登記——これに対して、包括遺贈に関しては、「包括受遺者は、相続人と同一の権利義務を有する」旨の規定がある

ため(990条)、上記(2)「共同相続と登記」に関する「無権利の法理」が妥当するようにも見える。戦前の大審院判例には「無権利の法理」に立つものがあるが²⁷⁾、戦後の下級審裁判例は「対抗の法理」を適用している²⁸⁾。

(8) 死因贈与と登記

死因贈与に関しては、「その性質に反しない限り、遺贈に関する規定を準用する」旨の規定がある(民法554条)。しかし、単独行為であるところの遺贈と異なり、契約であるところの死因贈与においては、受贈者Bは、将来の権利取得の可能性について当然に認識しているので、贈与者Aの死亡後に登記を経由しなかったことにつき帰責性が認められる。また、受贈者Bは、贈与者Aと死因贈与契約を締結した段階で、請求権保全の仮登記(不登法105条2号)を経由することもできる。

(9) 「相続させる」旨の遺言と登記

共同相続人の一人に特定の財産を「相続させる」旨の遺言書の記載が、民法の定める3種類の遺言事項——①相続分の指定(902条)・②遺産分割方法の指定(908条)・③遺贈(964条)——のいずれに当たるかの論点につき、判例は、②遺産分割方法の指定であると解し、かつ、その効果に関しては、特段の事情のない限り、遺産の一部分割が行われた場合と同様になるとした²⁹⁾。となれば、前記(3)「遺産分割と登記」の処理に従い「対抗の法理」が適用されるようにも思われる。しかし、判例は、「『相続させる』趣旨の遺言による権利の移転は、法定相続分又は指定相続分の相続の場合と本質において異なるところはない」として、法定相続分の相続に関する前記(2)「共同相続と登記」に関する判例ならびに指定相続分の相続に関する判例³⁰⁾を引用して「無権利の法理」を適用した³¹⁾。

「相続させる」旨の遺言の効力が、遺産分割と同様に確定的・最終的なものであるとしても、遺産分割と異なり、相続人は、遺言の

内容を知るまで確定的な権利取得を認識できないから、登記欠缺につき帰責性を問いくい、といえるかもしれない。もっとも、この点は、上記(7)「遺贈と登記」に関しても同様であるところ、同論点に関して、判例は「対抗の法理」を適用している。

(10) 遺留分の減殺と登記

被相続人AのCに対する贈与・遺贈・相続分の指定(「相続させる」旨の遺言の内容が法定相続分を超過している場合を含む)が遺留分権利者Bの遺留分を侵害している場合、BはCに対して遺留分減殺請求権を行使できるが(民法1031条)、「受贈者〔C〕が贈与の目的を他人〔D〕に譲り渡したとき」は、遺留分権利者Bは受贈者Cに対して価格弁償を請求しうるとどまる。ただし、「譲受人〔D〕が譲渡の時において遺留分権利者〔B〕に損害を加えることを知っていたときは、遺留分権利者〔B〕は、これ〔D〕に対しても減殺を請求することができる」(1040条1項本文・ただし書。なお、判例は、贈与に関する同条項を、遺贈・相続分の指定ないし「相続させる」旨の遺言にも類推適用する)。

Bの遺留分減殺請求権の行使前にCがDに不動産を譲渡した場合、判例によれば「遺留分権利者の減殺請求により贈与又は遺贈は遺留分を侵害する限度において失効し、受贈者又は受遺者が取得した権利は右の限度で当然に減殺請求をした遺留分権利者に帰属する」が³²⁾、しかし、Dの登記経由によってBは取得した持分を喪失する、というのが原審の説示である³³⁾。これが177条の「対抗の法理」の適用であるのか、それとも545条1項ただし書と同様、1040条1項ただし書の保護を受けるための特別な要件(権利保護要件)として登記を要求したものかは判然としない。

他方、Bの遺留分減殺請求権の行使後に受贈者Cが不動産をDに譲渡した事案につき、判例は、「Dが本件不動産を買い上げたのは前記のとおりBのCに対する減殺請求後であ

	論点		形式論	実質論	
				(本人)登記 欠缺の帰責性	(第三者)信頼 保護の必要性
(0)	生前相続と登記		対抗の法理	○	○
(1)	被相続人の生前譲渡 と登記	相続人との関係	当事者の法理 (人格承継説)	○	○
		相続人の譲受人との関係	対抗の法理	○	○
(2)	共同相続と登記		無権利の法理	×	×
(3)	遺産分割と登記	遺産分割前の第三者	909条ただし書	×	○
		遺産分割後の第三者	対抗の法理	○	○
(4)	相続放棄と登記	相続放棄前の第三者	無権利の法理	×	△
		相続放棄後の第三者	無権利の法理	×	△
(5)	相続欠格と登記		無権利の法理	×	△
	推定相続人の廃除と 登記	廃除前の第三者	(無権利の法理)	×	△
		廃除後の第三者	無権利の法理	×	△
	推定相続人の廃除の 取消しと登記	廃除取消前の第三者	(無権利の法理)	×	△
廃除取消後の第三者		無権利の法理	×	△	
(6)	相続開始後の認知と 登記	認知前の第三者	784条ただし書	×	○
		認知後の第三者	(無権利の法理?)	△	○
(7)	遺贈と登記	特定遺贈と登記	対抗の法理	△	○
		包括遺贈と登記	(対抗の法理?)	△	○
(8)	死因贈与と登記		対抗の法理	○	○
(9)	「相続させる」旨の遺言と登記		無権利の法理	△	○
(10)	遺留分の減殺と登記	減殺請求権行使前の第三者	1040条1項	×	○
		減殺請求権行使後の第三者	対抗の法理	○	○

【参考】

(1)	時効取得と登記	時効完成前の第三者	当事者の法理	×	○		
		時効完成後の第三者	第三者の法理	○	○		
(2)	取消しと登記	取消前の第三者	無権利の法理 96条3項	×	×	○	○
		取消後の第三者	対抗の法理	○	○		
(3)	解除と登記	解除前の第三者	545条1項ただし書	×	○		
		解除後の第三者	対抗の法理	○	○		

るから、かかる場合においては民法1040条〔1項〕但書の規定は適用なく、したがってBはDに対し滅殺の請求をなし得ないと解するほかない」とした原審の判断を是認したうえ、BとDの関係を「対抗の法理」で処理している³⁴⁾。もっとも、この場合の法律関係は、前記(1)「被相続人の生前譲渡〔生前贈与〕と登記」そのものになるから、相続人の地位を被相続人と同一視する人格承継説により、物権変動の流れは、A(=B)→C→Dの転々譲渡となって、Dは、登記がなくてもBに対抗できるようにも見える。

日本人の法意識と論理の説得力

以上の「相続と登記」をめぐる個別論点から知られるように、判例・通説が採用している①「物権変動」要件に関する「無権利の法理」と「対抗の法理」や、②「第三者」要件に関する「当事者の法理」と「第三者の法理」の振り分け論は、論理としての一貫性を欠いている。それは、この振り分けが、一定の実質的な価値判断・利益衡量を行った後の、単なる後付けの理屈にすぎないからである。

一方、判例・通説の形式論理の背後に控えている実質的価値判断の基本枠組みは、対抗要件主義もまた権利外観法理の一種であるとする「無権利者からの取得」構成と、まったく同じ、①登記の欠缺に対する帰責性の程度と、②物権変動の不存在に関する信頼（消極的信頼）保護の必要性の程度の、相関的考慮と見受けられた。だが、「無権利者からの取得」構成が法定制度論によって駆逐された現在、民法177条の要件もまた①帰責性と②信頼であると述べることは、異端派の主張である。

対抗要件主義の規定が、ドイツの登記の公信力の消極的側面に対応するもの（消極的信頼保護規定）であることは、これまでもしばしば指摘されてきた。にもかかわらず、わが国において「権利者からの取得」構成における相対的ないし不完全な物権変動という発想

が通説的地位を維持している理由につき、日本法研究の第一人者であるマルチュケは、「いつまでも明確な態度を決定しようとしな、曖昧さを好む日本人の気質の反映」であると³⁵⁾。かかる外国人研究者の評価は、星野英一の法定制度論に全面的に賛成する高森八四郎の次のような記述に接するとき、あながちの外れでもないように思われる。

「星野教授の説明に私見も賛成である。非常にわかり易い説明で、フランス法の流れを承継したわが国の176条と177条（178条も）の関係が明らかになっている。そこで私は、講義において、上の関係を説明するために、千手観音になぞらえて話しをしている。千手観音は人間に似せて普通に目に見える形では二本の手だけであるが、その衆生救済の理念において、その救いの手は無数にある（千手とは無数の意味）と考えられている。このことを二重譲渡の問題にあてはめるなら、次のようにいえるのである。／『176条と177条とを素直に読めば、（観念的な）物権移転は二重にも三重にも行うことができ、多重譲受人は各々、譲渡人に対しては物権者として自己を主張するが、譲受人間では登記がなければ、自己が物権者であると主張することはできない、ということになる。この（観念的な）物権変動の多重性の肯定を千手観音になぞらえたのである』……」³⁶⁾。

少なくとも筆者は、「権利者からの取得」構成のこのような説明に対して、まったく説得力を感じない（本物の千手観音は、そもそも二重譲渡などという悪行は働かないと思う）。

しかしながら、「法理論は『判決を支える』ためにある。即ち、当該説明に説得力があるか否かは、訴訟当事者なかんずく敗訴者が承服し得るものか否かで決まる、といえるだろう。そして、どの程度の説明を行えば訴訟当事者が納得するかは、個々の論点によって異なる。ある論点においては『条文がそのように定めているから』と説示するだけで十分な

こともあろう。……そのような説明で紛争当事者が既に納得している論点についてまで、更に理論を追求する実益はない³⁷⁾。

それゆえ、大多数の日本人の一般的な法意識が、不完全物権変動説その他の「権利者からの取得」構成(=「千手観音」理論なる極東の島国に固有の特殊な信仰)に説得力を覚え、「無権利者からの取得」構成に違和感を抱くというのであれば、筆者は自らの不明と非常識を恥じるほかはない。

- 1) 判例の立場に関する初学者向けの説明としては、さしあたり、七戸『基本講義・物権法Ⅰ』(新世社、2013年)72頁以下参照。
- 2) 星野英一「日本民法の不動産物権変動制度」〔初出〕国民と司法書士(全国青年司法書士連絡協議会会報)臨時増刊号(1980年)……〔所収〕星野英一『民法論集(第6巻)』(有斐閣、1986年)87頁。
- 3) フランスの不動産公示制度に関する近時の労作として、佐藤義人(編訳著)『フランスの地籍制度とアルザス-モゼル土地登記法』(論創社、2014年)。
- 4) ①「物権変動」要件につき大(民連)判明治41・12・15民録14輯1301頁、②「第三者」要件につき同日民録14輯1276頁。なお、①判決に関する解説として、七戸「民法177条の物権変動の範囲——一般論」『民法判例百選Ⅰ総則・物権(第7版)』別冊ジュリスト223号(2015年)106頁。
- 5) 東京控判明治41・5・1新聞503号23頁。
- 6) 民録11輯1736頁「同法〔民法〕第177条ノ規定ハ其権利カ当事者ノ意思ニ因リテ発生移転スル場合ニ於テ其当事者ニシテ此行為ヲ自カラ為シタル者ハ速カニ登記ヲ為セハ第三者ニ対シテ自己ノ利益ヲ保護スルコトヲ得可キニ其手続ヲ怠リタルトキハ第三者保護ノ為メ其者ニ不利益ヲ被ラシムル精神ニ出テタルコト疑ナシ左レハ相続ニ因リテ不動産上ノ物権ヲ取得シタル相続人ハ権利移転ノ原因タル相続ノ開始ヲ知ラサルコトアリ之ヲ知ルトキニ於テモ単純若クハ限定承認ヲ為シ又ハ抛棄ヲ為ス為メ3个月ノ法定期間アルヲ以テ権利移転ノ原因発生シタルトキ法律上此ノ如ク直チニ登記ヲ為シ得サルコトアリ是等ノ場合ニ於テモ亦登記ヲ為サ、レハ其権

利ヲ第三者ニ対抗スルコトヲ得サルモノトストキハ相続人ニ不可能ヲ責ムルモノニシテ甚タ不条理タルヲ免レサル可シ故ニ明文ヲ以テ除外シタル規定ナシト雖モ此ノ如キ場合ハ法理上自カラ民法第177条ノ適用ヲ受ケサルモノトス。

- 7) なお、同説に関しては、ドイツの登記の公信力との関係で、以下の2点に注意しなければならない(ドイツの登記の公信力に関しては、石川清=小西飛鳥『ドイツ土地登記法』(三省堂、2011年)385頁以下参照)。

第1に、ドイツの登記の公信力は、「権利外観法理」の中でも「純粹権利外観法理(reines Rechtsscheinprinzip)」と呼ばれ、①本人側の帰責性を要件としない一方、②第三者の信頼の内容も、公の帳簿の真实性に対する国民の一般的信頼を意味し、したがって、第三者の過失・無過失が問題になる余地はない(実際にも、取引関係に入ろうとする者が自身で登記簿を閲覧することはなく、もっぱら公証人が物権変動の実質的審査の資料として用いるのが通例である)。これに対して、わが国における「公信力」の用語は、広義の権利外観法理と同義で用いられており、民法177条に関する「公信力説」についても、単に「権利外観法理説」と呼ぶほうが、誤解が少ない。

第2に、ドイツの登記の公信力の内容は、①登記されている権利の存在の擬制(積極的公示)と、②登記されていない権利の不存在の擬制(消極的公示)の2つの側面に分かれる。ところが、わが国では、ドイツの公信力は、もっぱら①の積極的信頼のみを保護する立法で、これに対して、②の消極的信頼保護の立法が対抗要件主義であると説明される。なお、実際の沿革上も、対抗要件主義は、ゲルマン法系の公信力のうちの②消極的公示効果に由来する。この点に関する沿革的考察は、商業登記の効力(商法9条)に関しては進んでいるのであるが、不動産登記に関しては立ち後れている。

- 8) さらに、その後、②「第三者」要件に関しても、旧民法起草者ボワソナードや現行民法起草者梅謙次郎が、登記が「知らない者に知らせる」制度である以上、対抗要件主義により例外的に救済される者は、先行する物権変動を「知らない者(善意者)」に限定されるところ、この第三者の「善意」要件は、登記の不存在から推定ないし擬制されると述べていることが明らかにされた。すなわち、公信力説が主張しているの

- と同様、第三者が対抗要件主義による保護を受けるためには「善意」が要件となっており、ただし、登記制度に対する一般的な信頼保護ないし登記の存否のみによる画一的処理の要請の観点から、悪意の反対証明を許す立法（旧民法）と、許さない立法（現行民法）に分かれる、というのである。
- 9) 鈴木祿弥「民法177条の『対抗スルコトヲ得ス』の意味」〔初出〕判例時報編集部（編）『民法基本問題150講 I 物権・債権』（一粒社、1966年）……〔所収〕鈴木祿弥『物権法の研究』（創文社、1976年）242頁。
- 10) 星野・前掲注2）〔所収〕106頁。
- 11) 星野英一『民法概論II（物権・担保物権）』（両書普及会、1976年）39頁「意思主義プラス対抗要件主義をとったときに、物権も対抗要件を具備しない限り、いわば完全な物権ではないということになったのである」。
- 12) 鈴木・前掲注9）〔所収〕243頁。
- 13) 星野・前掲注2）〔所収〕118頁。
- 14) 判例・学説の詳細については、『新版注釈民法（6）〔補訂版〕』（有斐閣、2009年）「§177IV」674頁以下〔原島重義＝児玉寛〕参照。
- 15) ①「無権代理人の本人相続」の論点につき最（1小）判平成5・1・21民集47巻1号265頁、②「相続の二面性」の論点のうち、185条の自主占有への転換事由としての「新たな権原」への該当性につき最（3小）判昭和46・11・30民集25巻8号1437頁、187条の相続人固有の占有の主張につき最（2小）判昭和37・5・18民集16巻5号1073頁。
- 16) 大（民連）判大正15・2・1民集5巻44頁。
- 17) 大判大正8・11・3民録25輯1944頁。
- 18) 大判大正9・5・11民録26輯640頁。
- 19) 最（2小）判昭和38・2・22民集17巻1号235頁。
- 20) 最（3小）判昭和46・1・26民集25巻1号90頁。
- 21) 最（2小）判昭和42・1・20民集21巻1号16頁。
- 22) 大判大正3・12・1民録20輯1019頁。
- 23) 廃除の事案につき大判昭和2・4・22民集6巻260頁、廃除の取消しの事案につき大判明治43・4・9民録16輯322頁。
- 24) なお、96条3項・545条1項ただし書・784条ただし書・909条ただし書といった、遡及効に対する制限規定の法的性質に関しても、①遡及効徹底構成に立ったうえで、無権利者からの取得者となった第三者Cに対し権利取得を認める例外規定と解する見解（「無権利者からの取得」構成）と、②第三者との関係では遡及効がそもそも発生しない旨を定めた規定であり、したがって第三者は通常の転々譲渡の転得者と評価されると解する見解（「権利者からの取得」構成）がある。
- 25) 最（2小）判昭和39・3・6民集18巻3号437頁。
- 26) 最（1小）判昭和62・4・23民集41巻3号474頁。
- 27) 大判昭和9・9・29評論24巻民法150頁。
- 28) 大阪高判平成18・8・25判時1963号77頁・判タ1228号257頁は、「実質的にみても、相続人の存在は、戸籍により明確に把握できるのに対し、遺贈の有無は、包括遺贈であれ特定遺贈であれ、外部からは当然には分からないのであるから、これによる所有権の移転が登記なしに第三者に対抗することができないと解することが、第三者の保護の見地からも妥当であるといえる」とする。
- 29) 最（2小）判平成3・4・19民集45巻4号477頁。
- 30) 最（2小）判平成5・7・19裁判集民事169号243頁・家裁月報46巻5号23頁……法定相続分を下回る相続分を指定された共同相続人Cから、法定相続分に応じた共有持分を譲り受けたDの超過部分に「無権利の法理」を適用。
- 31) 最（2小）判平成14・6・10裁判集民事206号445頁・家裁月報55巻1号77頁。
- 32) 最（2小）判昭和51・8・30民集30巻7号768頁。
- 33) 大阪高判昭和49・12・19民集30巻7号778頁「〔C〕は、故意またはすくなくとも過失により、〔係争土地〕を〔D〕に売却して登記を経由することにより、〔遺留分権利者Bら〕の〔係争土地〕に対するそれぞれ8分の1の共有持分権を喪失せしめたものというべきである」。
- 34) 最（3小）判昭和35・7・19民集14巻9号1779頁。
- 35) 七戸「（書評）ハンス・ペーター・マルチュケ著『日本不動産物権法における物権移転と善意取得——日本・フランス・ドイツの契約法及び不動産法に関する比較法的考察』」法学研究（慶応大）72巻3号（1999年）138頁。
- 36) 高森八四郎＝高森哉子『物権法講義（第1分冊・物権法総論）』（関西大学出版部、1998年）24頁。
- 37) 七戸「（書評）田中淳子著『相続と登記（物権法研究I）』」（成文堂、1999年）法学研究（慶応大）72巻10号（1999年）170頁。