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

相続と登記 ： 民法改正（新設）八九九条の二をめぐって

七戸, 克彦
九州大学大学院法学研究院 ： 教授

https://doi.org/10.15017/2230997

出版情報：法政研究. 85 (3/4), pp.159-197, 2019-03-08. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

相続と登記

――民法改正（新設）八九九条の二をめぐって――

七戸克彦

一　序　章
二　対抗要件主義の適用範囲に関する前提確認
（一）　フランス法・ボワソナード旧民法・現行民法
（二）　明治四一年大審院民事連合部判決
（三）　昭和三八年「共同相続と登記」最高裁判決
三　新法八九九条の二第一項の制定過程における議論
（一）　部会資料５〔①〕～中間試案〔⑥〕に関する議論
（二）　部会資料17〔⑦〕に関する議論
（三）　部会資料21〔⑧〕～部会資料23―１〔⑩〕に関する議論
（四）　部会資料24―１〔⑪〕～新法八九九条の二第一項〔⑯〕に関する議論
四　終　章

一　序　章

本稿は、平成三〇年七月一三日公布法律第七二号「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」一条に基づく民法の改正条文のうち、新設の八九九条の二第一項に関する立法段階での審議に焦点を当てて、「相続と登記」をめぐる諸論点、さらには対抗要件主義の一般理論について検討を加えるものである。(1)

1　新法八九九条の二第一項の制定過程における変化

同条項は、相続による権利の承継につき、法定相続分を超える部分に対抗要件主義を適用する旨を規定している。「相続と登記」の論点に関して対抗要件主義を適用する旨の議論や提言が登場するのは、民法（相続関係）部会の平成二七年九月八日第五回会議（後記①部会資料5）以降のことであるが、その内容・書きぶりは、平成三〇年七月一三日の公布（後記⑯）に至るまでの間に、以下のように変化した。

（1）法制審議会・民法（相続関係）部会

① 平成二七年九月八日第五回会議（部会資料5）

> 相続人が遺言（相続分の指定、遺贈、遺産分割方法の指定）によって相続財産に属する権利を取得した場合であっても、その相続人は、その法定相続分に相当する割合を超える部分については、登記その他の対抗要件を備えなければ、第三者に対抗することができない。

②　平成二八年一月一九日第九回会議（部会資料９）

相続人が遺言（相続分の指定、遺贈、遺産分割方法の指定）によって相続財産に属する権利を取得した場合であっても、その相続人は、その法定相続分に相当する割合を超える部分については、登記、**登録**その他の**第三者に対抗することができる要件**を備えなければ、第三者に対抗することができない。

③　平成二八年四月一二日第一一回会議（部会資料11）

相続人が遺言（相続分の指定、遺贈、遺産分割方法の指定）によって相続財産に属する権利を取得した場合であっても、その相続人は、その法定相続分に相当する割合を超える部分については、登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件を備えなければ、第三者に対抗することができない**ものとする**。

④　平成二八年五月一七日第一二回会議（部会資料12）

相続人が遺言（相続分の指定、遺贈、遺産分割方法の指定）によって相続財産に属する権利を取得した場合であっても、その相続人は、その法定相続分に相当する割合を超える部分については、登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件を備えなければ、第三者に対抗することができないものとする。

⑤　平成二八年六月二一日第一三回会議（部会資料13）

相続人が遺言（相続分の指定、遺贈、遺産分割方法の指定）によって相続財産に属する権利を取得した場合であっても、その相続人は、その法定相続分に相当する割合を超える部分については、登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件を備えなければ、第三者に対抗することができないものとする。

⑥　平成二八年六月二一日「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案」（中間試案）

相続人が遺言（相続分の指定、遺贈、遺産分割方法の指定）によって相続財産に属する権利を取得した場合であっても、その相続人は、その法定相続分に相当する割合を超える部分については、登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件を備えなければ、第三者に対抗することができないものとする。

⑦　平成二九年一月二四日第一七回会議（部会資料17）

相続人が**相続分の指定又は遺産分割方法の指定により**相続財産に属する**財産**を取得した場合であっても、その相続人（**以下「受益相続人」という。**）は、その法定相続分**を超える部分の取得**については、登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件を備えなければ、第三者に対抗することができないものとする。

⑧　平成二九年五月二三日第二一回会議（部会資料21）

遺産分割（遺産分割方法の指定を含む。）又は相続分の指定による不動産又は動産に関する物権の承継は、民法第一七七条又は第一七八条の要件を備えなければ、第三者に対抗することができないものとする。

⑨　平成二九年六月二〇日第二二回会議（部会資料23―1）

遺産分割（遺産分割方法の指定を含む。）又は相続分の指定による不動産又は動産に関する物権の承継は、民法第一七七条又は第一七八条の要件を備えなければ、第三者に対抗することができないものとする。

⑩　平成二九年七月一八日第二三回会議（部会資料23―1）

遺産分割（遺産分割方法の指定を含む。）又は相続分の指定による不動産又は動産に関する物権の承継は、民法第一七七条又は第一七八条の要件を備えなければ、第三者に対抗することができないものとする。

⑪ 平成二九年一〇月一七日第二四回会議（部会資料24―1）

相続による権利の承継は、遺産の分割によるものかどうかにかかわらず、法定相続分を超える部分については、登記、登録その他の権利の移転についての対抗要件を備えなければ、第三者に対抗することができない。

⑫ 平成二九年一二月一九日第二五回会議（部会資料25―1）

相続による権利の承継は、遺産の分割によるものかどうかにかかわらず、法定相続分を超える部分については、登記、登録その他の権利の移転についての対抗要件を備えなければ、第三者に対抗することができない。

⑬ 平成三〇年一月一六日第二六回会議（部会資料26―1）

相続による権利の承継は、遺産の分割によるものかどうかにかかわらず、法定相続分を超える部分については、登記、登録その他の対抗要件を備えなければ、第三者に対抗することができない。

（2） 法制審議会・総会

⑭ 平成三〇年二月一六日「民法（相続関係）等の改正に関する要綱」

相続による権利の承継は、遺産の分割によるものかどうかにかかわらず、法定相続分を超える部分については、登記、登録その他の対抗要件を備えなければ、第三者に対抗することができない。

（3） 国会

⑮ 法律案（民法八九九条の二第一項）

相続による権利の承継は、遺産の分割によるものかどうかにかかわらず、**次条及び第九〇一条の規定により算定した**相続分を超える部分については、登記、登録その他の対抗要件を備えなければ、第三者に対抗することができない。

⑯　新法（民法八九九条の二第一項）

相続による権利の承継は、遺産の分割によるものかどうかにかかわらず、次条及び第九〇一条の規定により算定した相続分を超える部分については、登記、登録その他の対抗要件を備えなければ、第三者に対抗することができない。

2　新法八九九条の二第一項の適用範囲

問題は、新法八九九条の二第一項の適用範囲である。

（1）　①（部会資料5）～⑥（中間試案）

①（部会資料5）～⑥（中間試案）においては、相続関係の物権変動のうち、新たに対抗要件主義の適用を受けることとなるのは、「相続分の指定」「遺贈」「遺産分割方法の指定」の三つであることが、文言上明白である。

（2）　⑦（部会資料17）

ところが、上記⑥中間試案がパブリックコメントに付された半年後に民法（相続関係）部会に提出された事務当局作成案⑦（部会資料17）においては、①～⑥の案の文言のうち、「遺贈」の文字が消えている。

（3）　⑧（部会資料21）～⑩（部会資料23―1）

さらに、右⑦の審議から四か月後の会議に提出された事務当局作成案⑧（部会資料21）で、それまでの「遺産分割方法の指定」の文言が、「遺産分割（遺産分割方法の指定を含む。）」に改められている。それまでの①～⑥および⑦の案が、もっぱら遺贈者ないし被相続人の行った行為を問題としていたのに対し、⑧～⑩の案は、相続人の行為である遺産分割を同一規定中に取り込んだ点において、規律の対象・範囲を拡大しているようにも見える。

（4）⑪（部会資料24―1）～⑯（新法八九九条の二第一項）

さらに⑩（部会資料23―1）審議の三か月後、第二四回会議に提出された事務当局作成案⑪（部会資料24―1）において、字句は大きく修正され、それまでの案に存在していた遺贈者ないし被相続人の行為（遺贈・相続分の指定・遺産分割方法の指定）に関する文言は消失し、⑧（部会資料21）以降に登場した（相続人の行為であるところの）遺産分割のみが例示的に掲げられるようになる。

そして、この書きぶりが⑯新法八九九条の二第一項として結実するのであるが、「遺産の分割によるものかどうかにかかわらず」との表現は、少なくとも条文の文言をそのまま理解する限りでは、遺言者・被相続人の行為を念頭に置く規定というよりは、相続人の行った行為について、遺産分割に限らずすべてが（たとえば相続放棄なども）対抗要件主義に服する旨を定めた規定であるかのごとき印象を抱かせる。

3　新法八九九条の二第一項に関する「立法者意思」

だが、新法の成立に伴い法務省民事局が公表した「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律について（相続法の改正）」中「相続の効力等の見直し」によれば、この「制度導入のメリット」は、遺産分割・遺贈のほか「相続させる旨の遺言についても、法定相続分を超える部分については、登記等の対抗要件を具備しなければ、債務者・第三者に対抗することができない」とすることで、「遺言の有無及び内容を知り得ない相続債権者・債務者等の利益や第三者の取引の安全を確保」する点にあるとされている。(2)

しかしながら、条文の適用範囲を右の行為に限定する趣旨が明確になるのは、上記のうち**2（1）**（①～⑥）か**（2）**（⑦）か**（3）**（⑧～⑩）であるところ、それらの文案は正文では採用されなかった。これはいかなる事情に基づくものか。

二　対抗要件主義の適用範囲に関する前提確認

新法八九九条の二第一項の制定過程における審議内容に立ち入る前に、まず、民法一七七条の規定する不動産物権変動の対抗要件主義の適用範囲に関する議論を確認しておこう。

（一）　フランス法・ボワソナード旧民法・現行民法

1　フランス法

（1）「物権変動」要件

対抗要件主義の母法であるフランス法は、不動産公示（登記）に関して、基本的には「契約」の公示制度を採用しているため、公示をしなければ対抗することができない①「物権の得喪及び変更〔物権変動〕」の種類も、必然的に「契約」による物権変動に限定される（わが国の学説にいう「意思表示」制限説よりもさらに狭い「契約」制限説）。

一方、契約（合意）による物権変動の要件に関して、フランス法は意思主義を採用しているため、物権変動の原因が契約である場合につき、意思主義と対抗要件主義の間の論理関係が問題となるが、フランス法学説は、意思主義によって物権は契約の時点で譲渡人Aから譲受人Bに移転し、その結果、譲渡人Aは完全な無権利者となるが、対抗要件主義は、この意思主義の原則に対する例外として、登記を懈怠した譲受人Bの帰責性を咎めて、A→B間の契約を一定の第三者Cとの関係で失権させる制度と理解している（二重譲渡の法的構成に関する「無権利者からの取得」構成）。

それゆえ、契約以外の物権変動原因に関しては、対抗要件主義の本来の射程距離外の事項となる。もっとも、契約の無効・取消し・解除については、判決証書を公示しなければ対抗できない旨の特別規定が設置されている。だが、これ

に対して、相続については、公示がなければ対抗できない旨の条項は設けられていない。

(2)「第三者」要件

他方、公示をしなければ対抗することができない②「第三者」に関して、フランス法は、(1)同一前主から、(2)競合する権原（権利取得原因）を有効に（＝二重譲渡を原因とする前主の無権利の瑕疵以外の瑕疵なく）取得した者で、かつ、(3)自身が公示を具備していることを要求している（対抗要件主義の保護を受ける者を(1)(2)(3)の要件を備えた者に限定する制限説）。

2 ボワソナード旧民法

ボワソナード旧民法の特徴は、「第三者」の主観的要件（善意）を明文で規定している点であるが、登記をしなければ対抗することができない①「物権変動」要件と②「第三者」の客観的要件に関しては、フランス法と同じく、①要件につき意思表示（契約）制限説、②要件につき(1)同一前主から(2)競合する権原を有効に取得し(3)その登記を経由した者に限定する制限説に立っている。

なお、フランス法学説と同様、ボワソナードもまた、意思主義によってA→Bの第一譲渡の結果譲渡人Aは完全な無権利者になっているが、対抗要件主義は、第一譲受人Bの登記懈怠の帰責性を咎めて、第二譲受人CにA→Bの第一譲渡を否定する主張を認める制度と説明している（「無権利者からの取得」構成）。

3 現行民法

だが、これに対して、現行民法一七七条には、①「物権変動」要件、②「第三者」要件のいずれに関しても、旧民法にあったような制限を加える文言が存在していない。

このうち①「物権変動」要件に関して、法典調査会における原案（一七八条）の起草担当者である穂積陳重は、「本条ノ規定ニ拠ルト不動産ニ関スル物権ト云フモノハ悉ク登記ヲシナケレバ絶対的ニ効力ハ生ゼヌ夫故ニ若シ外ニ規定ガ出来ナカツタナラバ遺贈等ノ場合ニ於テモ物権ト云フモノハ登記ヲシナケレバ往カヌ或ハ相続モ之等ノ問題ガ随分諸国ニ

アルコトデアリマセウガ矢張リ相続丈ケハ登記シナケレバナラヌト云フコトデアリマスレバ矢張リ本条ガ当ルノデアラウ其辺ハ随分各種ノ問題ヲ調ベテ見マシテ絶対的ニ斯ノ如キ規定ヲ設ケタノデアリマス」と説明しており[3]、同じく法典調査会の起草委員であった梅謙次郎や富井政章も、一七七条の①「物権変動」要件・②「第三者」要件のいずれに関しても無制限説に立つ[4]。すなわち、現行民法典の起草者たちは、登記をしなければ、①すべての物権変動は、②すべての第三者に対抗することができない旨の立法を行うことで、日本を登記中心の取引社会に導こうとしたのである。

（二）明治四一年大審院民事連合部判決

しかし、判例は、起草者意思に従わなかった。明治四一年一二月一五日、大審院は二つの民事連合部判決をもって、①「物権変動」要件については、起草者の見解に従い無制限説に立つものの、②「第三者」要件については、起草者意思に反して制限説に立つ旨を説示したのである（①につき民録一四輯一三〇一頁、②につき民録一四輯一二七六頁）。

1　「相続登記要求」民事連合部判決

このうち、①「物権変動」要件に関する民事連合部判決の事案は、Aの隠居による家督相続人Bが不動産につき登記を怠っていたところ、AがこれをCに贈与したため、BがCに対して抹消登記手続を請求した事件であったが、判旨は、民法一七六条と一七七条の「両条ハ全ク別異ノ関係ヲ規定シタルモノ」であるとする。すなわち、一七六条は、種々の物権変動のうち、意思表示による物権変動に関して、意思表示以外の要件を不要とした規定であるのに対して、一七七条は、「第三者保護ノ規定」であるところ、「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将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」、すべての物権変動につき登記が要求されるというのである。

2 「『正当ノ利益』制限」民事連合部判決

だが、その一方で、大審院は、②「第三者」の範囲を「正当ノ権利若クハ利益ヲ有スル第三者」に制限する立場をとった。その具体例に関して、判旨は、「同一ノ不動産ニ関スル所有権抵当権等ノ物権又ハ賃借権ヲ正当ノ権原ニ因リテ取得シタル者ノ如キ又同一ノ不動産ヲ差押ヘタル債権者若クハ其差押ニ付テ配当加入ヲ申立テタル債権者ノ如キ皆均シク所謂第三者ナリ之ニ反シテ同一ノ不動産ニ関シ正当ノ権原ニ因ラスシテ権利ヲ主張シ或ハ不法行為ニ因リテ損害ヲ加ヘタル者ノ類ハ皆第三者ト称スルコトヲ得ス」と述べる。なお、同判決の事案は、BのCに対する建物所有権確認請求訴訟において、Bが本件建物をAから買い受けた旨を主張したのに対し、Cが本件建物はC自身が建築した旨を主張したものであった。これに対して、判旨は、Bの登記の欠缺を理由に請求を退けた原審判断を破棄し、もしBの主張が真実で、Cの主張が真実でない場合には、Cは「正当ノ権利若クハ利益ヲ有セサル者ナルヲ以テ民法第一七七条ニ所謂第三者ニ該当セサル者」になるとして、この点に関する審理を尽くさせるため、事件を原審に差し戻したものである。

右の説示から知られるように、同判決は、「正当ノ利益」（今日の判例・学説の表現では「正当な利益」）の語を、「正当ノ権利」「正当ノ権原」の語に置き換えており、したがって、「正当ノ利益」（すなわち「正当ノ権利」ないし「正当ノ権原」）がない場合とは、㋐第三者Cの取得した権原それ自体に（下記㋑以外の）瑕疵が存在した場合か、あるいは、㋑第三者Cないしその前主に無権利の瑕疵が存在した場合を意味する。だが、このうちの㋑の場合をめぐって、その後の判例・学説は迷走を始める。

3 「相続と登記」をめぐる戦前の判例

明治四一年第三者制限民事連合部判決が、「正当ノ利益」を有さない第三者の例として挙げていた無権利者のうち、㋐A→B、A→Cの二重譲渡事例において、A→Cの権利変動原因それ自体が不存在・無効であった場合に関して、判例は、Cは「正当ノ利益〔権利・権原〕」を有する第三者ではないとしている。[5] また、㋑第三者Cあるいはその前主の無

権利の事案のうち、Cの主張する権利取得が、共通前主A以外の者（X）に由来する場合に関しても、Aが権利者と認定されれば、Cは無権利者ないし無権利者Xからの取得者であって「正当ノ利益〔権利・権原〕」を有する第三者に該当しないとされている。(6)

ところが、対抗要件主義の本来の守備範囲であるところの同一前主Aからの権利取得の事案に関して、判例は、A→Bの物権変動の結果Aは無権利者になるから、無権利者Aの承継人であるCは「正当ノ利益」を有する第三者に該当しないとする立場と、この場合のCも「正当ノ利益」を有する第三者に当たるとして一七七条を適用する立場に分かれた。この対立が最も先鋭化したのは、時効取得と相続の事案であったが、フランス法・旧民法においては時効・相続による物権変動が対抗要件主義の規律の対象外とされていることよりすれば、わが国において対抗要件主義に関する議論が混迷を極めることとなった原因は、①「物権変動」要件につき、フランス法・旧民法系の意思表示制限説を捨てて、無制限説を採用した点が大きいだろう。

このうち、本稿のテーマである「相続と登記」の論点について見てみると――、

第一に、戦前の生前相続（戸主の隠居・分家・入夫婚姻等。民法旧九六四条参照）についていえば、隠居者・入夫婚姻をする女戸主が財産を留保するためには、確定日付ある証書が必要であったが（民法旧九八八条）、A→Bの生前相続の後に、㋐被相続人Aあるいは㋑Aの留保財産を遺産相続（＝死亡相続。民法旧九九二条）したCが不動産をDに譲渡する事案は、しばしば生じた。このうち、㋐被相続人Aの譲渡事例に関しては、明治四一年判決の登記必要説の立場が、再三確認されている。(7)だが、これに対して、㋑遺産相続人Cの譲渡事例に関して、判例は、A→Bの生前相続の結果Aは無権利者となり、したがってCあるいはCからの譲受人Dは無権利者からの譲受人＝無権利者なので「正当ノ利益」を有する第三者に該当しないとしている。(8)

第二に、死亡相続（遺産相続）の事例のうち、「共同相続と登記」の事案（Aの死亡によりBCが共同相続した不動産につき、

Cが単独名義の登記を経由のうえDに譲渡した事案）につき、大正八年の大審院判決は、Bは登記なくして自己の持分をDに主張できるとしたが[9]、翌大正九年の大審院判決は、明治四一年「相続登記要求」民事連合部判決を引用しつつ、Bは共同相続の事実そのものをDに対抗できないとした[10]。

第三に、被相続人AのEへの譲渡がFへの相続（生前相続・死亡相続）より前であった事案に関しては、A→Eの相続前譲渡の結果不動産は「Eノ所有ニ帰シタルモノニテFノ相続シタルモノニ非ス」との理由で、Fからの譲受人Gは「正当ノ利益」を有する第三者に当たらないとした判例もあったが[11]、大正一五年、大審院は民事連合部判決をもって、一七七条適用説に転じた[12]。注目すべきは、その理由づけであり――、

> 不動産ヲ甲ニ譲渡シタル被相続人ハ甲トノ関係ニ於テハ該不動産ノ所有者ト謂フコトヲ得スト雖譲渡ノ登記ナキヲ以テ甲ハ其ノ所有権取得ヲ之ト反対若ハ相容レサル権利ヲ取得シ其ノ登記ヲ為シタル第三者ニ対抗スルコトヲ得サルカ故ニ若此ノ被相続人カ相続開始前同一不動産ヲ更ニ乙ニ譲渡シ登記ヲ為シタリトセハ乙ハ完全ナル所有権ヲ取得スヘク従テ乙ハ甲ノ登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル第三者ナルコト疑ナキ所ナレハ右ノ被相続人ハ譲渡ノ登記アラサル結果甲ニ対スル譲渡ニ因リテ全ク不動産ノ所有権ヲ失ヒタル者ニ非スシテ乙ニ対スル関係ニ於テハ依然所有者ニシテ所謂関係的所有権ヲ有スルモノナリト謂フヲ得ヘシ然ルニ右被相続人カ該不動産ヲ乙ニ譲渡スル以前ニ於テ相続開始シタルトキハ其ノ相続人ハ此ノ関係的所有権ヲ承継スルモノト謂フヘク従テ乙カ此ノ相続人ヨリ同一不動産ノ譲渡ヲ受ケ其ノ登記ヲ経由シタルトキハ甲ハ被相続人ヨリ取得シタル該不動産ノ所有権ヲ以テ之ニ対抗スルコトヲ得スシテ乙ハ完全ナル所有権ヲ取得スルモノト謂ハサルヲ得ス

――同判決以降、対抗要件主義の構造理解に関する「権利者からの取得」構成を根拠に、第二譲受人の権利取得が「権利者からの取得」である場合には「正当ノ利益」を有する第三者に当たるとする論理が一般化する[13]。

（三）　昭和三八年「共同相続と登記」最高裁判決

1　「無権利の法理」「対抗の法理」の振り分け論の定着

上記戦前の判例の第三の事例（「被相続人の相続前譲渡と登記」の事案）に関して、戦後の昭和三三年、最高裁は、大正一五年民事連合部判決を引用しつつ、「本件土地の元所有者亡Aが本件土地をEに贈与しても、その旨の登記手続をしない間は完全に排他性ある権利変動を生ぜず、Aも完全な無権利者とはならないのであるから、右Aと法律上同一の地位にあるものといえる相続人Fから本件土地を買受けその旨の登記を得たGは、民法一七七条にいわゆる第三者に該当する」旨を説示した(14)。

そして、その後の判例は、通常の二重譲渡に関しても、昭和三三年最高裁判決を引用して、第二譲受人が権利者からの取得者であることを理由に、登記の欠缺を主張する「正当な利益」を有する第三者である旨を説示するようになる(15)。

2　共同相続持分に関する「無権利の法理」の適用

一方、上記戦前の判例の第二の事例（「共同相続と登記」の事案）につき、昭和三八年、最高裁は、以下のように説示して、持分の限りで無権利の法理を適用した。

> 相続財産に属する不動産につき単独所有権移転の登記をした共同相続人中の乙ならびに乙から単独所有権移転の登記をうけた第三取得者丙に対し、他の共同相続人甲は自己の持分を登記なくして対抗しうるものと解すべきである。けだし乙の登記は甲の持分に関する限り無権利の登記であり、登記に公信力なき結果丙も甲の持分に関する限りその権利を取得するに由ないからである（大正八年一一月三日大審院判決、民録二五輯一九四四頁参照）。そして、この場合に甲がその共有権に対する妨害排除として登記を実体的権利に合致させるため乙、丙に対し請求できるのは、各所有権取得登記の全部抹消登記手続ではなくして、甲の持分についてのみの一部抹消（更正）登記手続でなければならない（大正一〇年一〇月二七日大審院判決、民録二七

輯二〇四〇頁、昭和三七年五月二四日最高裁判所第一小法廷判決、裁判集六〇巻七六七頁参照）。けだし右各移転登記は乙の持分に関する限り実体関係に符合しており、また甲は自己の持分についてのみ妨害排除の請求権を有するに過ぎないからである。

そして、同判決の立場は、その後の判例に踏襲され[16]、やがて抗いがたい公理のごとき存在となって、今般の民法（相続関係）改正時の議論を支配したのである。

三　新法八九九条の二第一項の制定過程における議論

本稿冒頭で触れたように、新法八九九条の二第一項は、（一）部会資料5〔①〕～中間試案〔⑥〕、（二）部会資料17〔⑦〕、（三）部会資料21〔⑧〕～部会資料23―1〔⑩〕、（四）部会資料24―1〔⑪〕～新法八九九条の二第一項〔⑯〕の四段階の変遷の末に成立した。以下では、各々の審議内容を順番に見てゆくことにしよう。

（一）　部会資料5〔①〕～中間試案〔⑥〕に関する議論

1　部会資料5〔①〕

法制審議会・民法（相続関係）部会に、最初の案（前記一1（1）①）を提示した際の、事務当局の問題意識は、次のようなものであった[17]。

ア　遺言による権利の取得について

前記①は、前記1で指摘されている問題点等を踏まえ、遺言の内容を知り得ない第三者の取引の安全を図る観点から、遺言によって相続人が相続財産に属する権利（積極財産）を取得した場合であっても、その相続人の法定相続分を超え

る部分については、登記等の対抗要件を備えなければ第三者に対抗することができないこととするものである。

このような方策を講ずる場合には、相続による権利取得（包括承継）でありながら①のような規律を設けることの理論的根拠をどのように説明するかが問題となるが、取引の安全の確保等の政策的理由に加え、少なくとも相続人の法定相続分を超える部分については、遺言という意思表示があって初めて権利変動が生ずるものであり、必ずしも他の意思表示による権利変動と取扱いを異にすべき必然性はないと考えられること等にその根拠を求めることが考えられる。

右の説明からは、新設規定による規律対象として想定されていた物権変動が、もっぱら遺言による財産処分――①相続分の指定、②遺産分割方法の指定（＝「相続させる」旨の遺言）、③遺贈（特定遺贈・包括遺贈）――であり、それ以外の物権変動については考えられていないことが分かる。

部会審議では、窪田充見委員から、「遺産分割の段階で、ある特定の相続人が実際に丸ごと承継するといったような、他の相続人は事実上の相続放棄をするというような形のタイプ」についても、規律が及ぶのかとの質問が提出された[18]だが、これに対して、事務当局側は「御指摘の点については十分な検討ができておりませんので、引き続き検討してみたいと思います」と答えたにとどまり[19]、以後、部会において、相続放棄に関する議論が行われることはなかった。

2　部会資料9〔②〕

部会第九回会議に事務当局が提出した部会資料9〔②〕では、部会資料5〔①〕の「登記その他の対抗要件」の文言が、「登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件」に変わっているが、内容的な変更はない[20]。なお「第三者に対抗することができる要件」の文言は、部会資料24―1〔⑪〕以降「対抗要件」の語に復帰して新法八九二条の二第一項に至っている。

一方、部会審議からは、事務当局のみならず、潮見佳男委員ら研究者・実務家もまた、「無権利の法理」と「対抗の法理」の振り分け論に立脚していることが知られる[21]。

3　部会資料11〔③〕

部会第一一回会議に事務当局が提出した部会資料11〔③〕は、部会資料9〔②〕との間の違いはない。[22] 部会審議においても、「遺言によって権利を取得した場合でも、法定相続分を超える部分について、対抗要件を具備するまで第三者対抗力を有しないという整理になったということについては特に異論はありませんので、この見せ方でよろしいかと思います」との意見が出ただけで、[23] 特段の議論は行われなかった。

4　部会資料12〔④〕

部会第一二回会議に事務当局が提出した部会資料12〔④〕は、部会資料11〔③〕と同文であり、変更点はない。[24] 部会審議においては、「特にご異論はない」「特に御意見はない」として処理されている。[25]

5　部会資料13〔⑤〕

部会第一三回会議に事務当局が提出した部会資料13〔⑤〕（「中間試案（案）」）も、部会資料12〔④〕と同文であり、変更点はない。[26]

6　中間試案〔⑥〕

右第一三回会議での承認を得てパブリックコメントの手続に付された「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案」〔⑥〕の文言は、部会資料13〔⑤〕（「中間試案（案）」）と同文である。その「補足説明」の内容も、[27] 事務当局の当初の説明（前記1部会資料5〔①〕）とほぼ同一である。

（二）　部会資料17〔⑦〕に関する議論

パブリックコメント後の部会第一四回会議における事務当局の報告によれば、中間試案〔⑥〕に対しては、賛成意見

が多数を占めたとされている。[28]

1　第一七回会議「部会資料17」「補足説明」

だが、翌平成二九年一月二四日第一七回会議に事務当局が提出した案（部会資料17〔⑦〕）においては、中間試案までの案で掲げられていた遺贈が、規律の対象から除外された。

（1）意思表示制限説と、その例外的拡張（目的外転用）規定の設置

部会資料17の「補足説明」は、意思主義と対抗要件主義の関係につき、「民法は、第一七六条で物権変動は当事者の意思表示のみによって生ずることとしつつ、当事者の意思表示の存否は第三者には分からない場合が多いこと等を考慮し、取引の安全を図るなどの見地から、その旨の公示がなければ第三者に対抗することができないとする対抗要件主義（第一七七条及び第一七八条）を採用したものである」と説明している。[29]この理解は、当事者側の「物権変動」要件に関して、現行民法の起草者ならびに明治四一年「相続登記要求」大審院民事連合部判決が排斥した、フランス法・ボワソナード旧民法系の意思表示制限説の立場である。

そして、右の前提のうえに、「補足説明」は、「包括承継である相続による権利変動のうち対抗要件主義の適用対象外とするのは、相続開始の事実や被相続人との身分関係によって客観的に定まる法定相続分の割合に従ったものに限定し、包括承継の性質を有するものであっても、意思表示が介在し、被相続人による処分性が認められるものについては対抗要件主義の適用対象とすることにも十分な合理性がある」とする。[30]すなわち、意思表示制限説を本則としつつ、「意思表示が介在し、被相続人による処分性が認められる」「包括承継」に対して、例外的に（条文の特別の定めをもって）対抗要件主義を目的外転用する、というのが、少なくとも部会資料17〔⑦〕において表明された「立法者意思」である。

以上の論理は、フランス法・ボワソナード旧民法と基本的に同一であるが、ただし、「補足説明」は、「権利者からの取得」構成に立った説明を行っている点において、フランス法系の立場と決定的に相違する。

（2） 遺贈の除外

また、遺贈を規律の対象から除外した理由につき、「補足説明」は、「本規律は、包括承継であるが故に民法第一七七条、第一七八条及び第四六七条の適用対象外となる場合についても、権利変動の過程に意思表示が介在する場合には、民法第一七七条等と同様の規律（対抗要件主義）を適用することに存在意義がある」とする一方で、「遺贈のように特定承継であることが明らかなものについては、現行法と同様、民法第一七七条等の適用範囲に含めるのが相当である」としている[31]。だが、この説明では、遺贈の中でも包括遺贈がこぼれ落ちてしまっている。

2 部会審議

右のように、部会資料17の内容は、非常に多くの論点を内包していたことから、部会では、これまでにない立ち入った議論が行われている。

（1） 意思表示制限説と、その特則

部会資料17〔⑦〕の案の位置づけに関して、相続を原因とする権利変動のうち、意思表示が介在するものについて、民法一七七条の特則を設けたものとする事務当局の説明に対し、異を唱える委員はいなかった。この説明は、民法一七七条の「物権変動」要件に関して、現行民法起草者や明治四一年民事連合部判決の無制限説を捨てて、フランス法系の意思表示制限説を採用する、非常にドラスティックな変更であるが、この点に関して、事務当局や委員がどれほどの意識を有していたかは、必ずしも明らかではない。

（2） 二重譲渡の法的構成

一方、上記「補足説明」の述べる二重譲渡の法的構成に関する「権利者からの取得」構成につき、事務当局（堂薗幹一郎幹事）は、次のような説明を行っている[32]。

次に、二重譲渡との関係なんですけれども、ここで考えているのは、基本的には、被相続人が遺贈した場合と同じように、

遺産分割方法の指定や相続分の指定がされた場合も考えることが可能なのではないかということでございまして、それはむしろこういった規律を設けることによって、そういった説明が可能になるのではないかという趣旨なんですが、遺贈の場合については、被相続人が遺言書を作成して遺贈をした場合でも、その後、その被相続人が亡くなり、相続人が法定相続分に従って処分をするなり、あるいは相続人の法定相続分に相当する部分について差押えがされた場合は対抗関係に立つという判例があるかと思うんですけれども、それを前提にしますと、遺言者が遺言において遺贈した場合でも、やはりなお第三者との関係では、被相続人には処分権限が残っており、その処分権限が相続によって相続人に承継され、したがって、相続人は第三者との関係では有効に処分ができるという法律関係になるのではないかと考えております。

現行の判例の考え方ですと、相続分の指定や遺産分割方法の指定の場合には、受益相続人以外の相続人は何ら権利を取得しない。したがって、処分権限がないという前提なんだと思うんですが、こういった規律を設けることによって、そこはそうではなくて、少なくとも第三者との関係では、やはり受益相続人以外の相続人も法定相続分に従った処分権限を相続するということになるのではないか。したがって、相続人がそれを処分した場合には、遺贈の場合と同じように二重譲渡類似の関係に立つという説明が可能になるのではないかというのが、この（注）で書いた趣旨でございます。

「無権利者」からの取得者を「権利者」からの取得者と評価する旨の特別の規律を設ける、との説明は、対抗要件主義を無権利者からの取得者保護法理の一種と解するフランス法学説・ボワソナードの説明とまったく同一である。だが、それにもかかわらず、他方において、説明者は「無権利の法理」と「対抗の法理」の振り分け論に終始している。「権利者からの取得」構成や、「無権利の法理」と「対抗の法理」の振り分け論は、大正一五年大審院判決に端を発し、戦後昭和三〇年代になって一般化した（無自覚的な）レトリックであったが、立法担当者らは、この新奇な思惟の迷路から逃れることができなかったのである。この点に関しては、さらに、水野紀子委員の発言も引いておこう。(33)

……昔から判例理論をきれいに説明することはできなかったのだろうと思います。共同相続と登記と言われる判例法に対し

て、我妻先生が登記ゴムまり論という解釈論で、登記を信用した第三者を救済しようとされたのですが、その我妻説は無権利の法理と合わないと批判されました。二重譲渡の場合の登記を信頼したときの救済手段を、もともと無権利だった部分を虚偽の遺産分割登記で増やした場合に使うというのは、無理だと批判されたのです。最高裁も、その後も我妻説を容れず、この判例は固まっています。しかし一方で、それでは遺贈の場合の判例理論はそれで説明できるかというと、遺贈は死の瞬間に受遺者にいってしまっているわけですから、法定相続人はそもそも無権利者だったはずです。それでも法定相続人名義の登記の信頼を守った、遺贈についての判例理論は、無権利の法理を採用していません。現在の判例理論の全体を、無権利の法理などの一貫した理論体系で整合的に説明することは非常に難しいのではないかと思います。

……〔中略〕……

……今度の御提案は、昭和期の判例が作り上げた、ある種の取引安全の秩序に近づけようという御尽力なのだろうと思います。そして、それはあちこちでは登記理論とのそごはあるかもしれないのですけれども、それもやむを得ないもので、結論的には合理的な線を狙っておられる解決であるように思います。それを無権利の法理などの登記理論とすべて整合的に説明せよという要求は、かなり酷なことを事務局に求めておられるような気もします。従来の判例理論すらきれいに説明はできなかったものではないかと思いますので。

「現在の判例理論の全体を、無権利の法理などの一貫した理論体系で整合的に説明することは非常に難しい」とする水野委員の所見は、おそらく他の委員においても同様なのだろう。

しかし、一貫した理論体系で整合的に説明することができない条文は、そこに明記されている事項以外、適用の可否についての疑問が常につきまとう。

(3) 包括遺贈

たとえば部会資料17〔⑦〕で規律の対象から除外された遺贈に関していえば、「今回提案いただいた規律では、遺贈

を対象から除かれているとのことですが、ここで除外対象としているのは、いわゆる特定遺贈だと理解しております。そこで、いわゆる包括遺贈はどのような規律となるのか、まずはこの点を確認したいと思います」との浅田隆委員の質問に対して、満田悟関係官は「包括遺贈について、この〔部会資料17〔⑦〕の〕規律が適用されるかどうかによって結論が分かれることはない」と回答したため、浅田委員は「国民への分かりやすさの観点からも、明文化も含めて何らかの形で明らかになるように御検討いただければと思っております」との要望を伝えている。(34)

しかしながら、この点は、その後の案には反映されず、包括遺贈が新法八九九条の二第一項の適用を受けるのか、一七七条の一般原則の適用を受けるのかについては、結局不明瞭な状態のままとなった。

（4）遺産分割

一方、遺産分割に関しては、中田裕康委員から、新規定設置の制度趣旨が、遺言者の財産処分を念頭に置いているのに、「相続人の意思表示が関与する場合、つまり遺産分割ですとか相続放棄ですとか遺留分減殺とか、そこは〔遺言制度を念頭に置く規定の射程とは〕別の話になるのではないかなという気がいたします」との疑問が提起されている。(35)これに対する事務当局側の回答は、従来の判例において、「対抗の法理」を適用して登記を要求している類型については、一括して同一の条文で処理する、というものであったが、この回答に対し、中田委員は、「この機会にといいますか、あるいは相続を原因とする権利変動のうち処理〔＝関係者の意思的要素〕が介在するものという概念を広く捉えてそちらにも及ぼそうとしているのだと思いますが、その実質的な理由というのは〔遺言者の財産処分を念頭に置く当初の立法趣旨・射程と〕ちょっと違ってくるのかなという気がいたしました」との感想を述べている。

しかしながら、その後の審議において、この点は論じられず、相続人の側が行った法定相続分と異なる財産処分については、条文の明定する遺産分割以外、対抗要件主義に服するか否かが不明のまま残った。(36)

（三）　部会資料21〔⑧〕～部会資料23―1〔⑩〕に関する議論

1　部会資料21〔⑧〕

右部会資料17〔⑦〕は、第二一回会議に提出された部会資料21〔⑧〕において、さらに変更される。[37] 部会資料17〔⑦〕の審議の際に問題となった遺産分割は、この修正によって追加された。

一方、従前の案に存在していた「法定相続分を超える部分の取得については」の文言を削除した点に関しては、中田裕康委員から疑義が唱えられ、[38] その後、この文言は復活することとなる。

2　部会資料22―1〔⑨〕

第二二回会議に提出された部会資料22―1〔⑨〕は、部会資料21〔⑧〕と同文である。[39]

3　部会資料23―1〔⑩〕

第二三回会議に提出された部会資料23―1〔⑩〕に関しても、前回（部会資料22―1〔⑨〕）からの変更個所はない。[40] 部会審議においても、同案に関しては、特段の意見も提出されていない。

（四）　部会資料24―1〔⑪〕～新法八九九条の二第一項〔⑯〕に関する議論

1　部会資料24―1〔⑪〕

ところが、第二四回会議に提出された部会資料24―1〔⑪〕において、条文の書きぶりは大きく改められ、そして、同案の体裁が、新法八九九条の二第一項として結実することとなる。[41]

第二一回会議（部会資料21〔⑧〕）における中田裕康委員の意見を受けて、「法定相続分を超える部分については」の文

言が復活するのもこのときであるが、事務当局の説明は、従前と同様、「無権利の法理」と「対抗の法理」の振り分け論に終始している。その一方で、今回の修正案においては、それまでの案が規律対象として明記していた「遺産分割方法の指定」「相続分の指定」の文言が消失してしまっているが、部会審議においては、同案に関する意見はまったく提出されなかった。

2　部会資料25―1〔⑫〕

第二五回会議に提出された案（部会資料25―1〔⑫〕）は、前回提出の案と同文である。

部会審議においては、前回と同様、特段の意見も提出されていない。

3　部会資料26―1〔⑬〕

第二六回会議に提出された案（部会資料26―1〔⑬〕）も、前回提出の案と同文である。

部会審議においては、前々回・前回と同様、特段の意見もなく、部会資料26―1「民法（相続関係）等の改正に関する要綱案（案）」、部会資料26―2「補足説明」は、部会の承認を得て、総会に提出の運びとなった。

4　法制審議会「民法（相続関係）等の改正に関する要綱」〔⑭〕

部会作成の要綱案は、平成三〇年二月一六日開催の法制審議会第一八〇回総会に付議された。(42)

総会審議では、当該規律の部分に関しては、特段の議論もなく、総会は原案通り採択、成立した「要綱」は、会議終了後法務大臣に答申された。

5　平成三〇年閣法第五八号「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律案」〔⑮〕

その後、要綱は、法文の体裁に整えられ、第一九六回国会（常会）閣法第五八号「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律案」として、閣法第五九号「法務局における遺言書の保管等に関する法律案」とともに、平成三〇年三月一三日衆議院に提出された。要綱〔⑭〕との相違個所は、「法定相続分を超える部分については」の文言が、「次条及び

第九〇一条の規定により算定した相続分を超える部分については」に変更されただけで、実質的な変更はない。

衆参両院の法務委員会・本会議でも、法律案八九九条の二をめぐって具体的な議論が行われることはなかった。ただし、六月一三日衆議院法務委員会に参考人として出席した窪田充見〔元〕法制審議会・民法（相続関係）部会委員は、同条に関して、次のような説明を行っている。[43]

> 今回、意見を述べる機会を頂戴いたしましたが、このように今回の法案の内容は非常に多岐にわたるため、特に五つのポイントに絞って、簡単に意見を述べさせていただくことにしたいと思います。
>
> ……〔第一・略〕……。
>
> 第二に、今回の法案において、権利と義務の承継について透明度の高い形で整備されていることの意義について触れておきたいと思います。これは、幾つかの観点でその積極的意義を示すことができるものであろうと思っております。
>
> まず、かなり専門的なことになって恐縮ですが、相続に際して承継される財産については、相続のルールによるものとして理解するのか、財産の処分として理解するのかによって、その取扱いが大きく異なってきました。相続による承継だとすると、登記等の対抗要件がなくても取得した権利を第三者に対抗することができる、他方、財産の処分だとされると、対抗要件がなければ第三者に対抗することができないとされてきました。
>
> 冒頭でも申し上げたとおり、我が国の相続法では、判例によって形成されてきたルールが重要な位置を占めておりますが、その中でも、とりわけこの点については大変に見通しの悪い状況、整合的な説明が、あるいは理解が困難な状況になっておりました。実際にはほとんど同じ内容の遺言であるのに、ある場面では対抗要件が不要とされ、別の場面では対抗要件が必要とされるといったことについて、適切に説明することはもはや困難となっていたように思われます。
>
> 今回の法案においては、法定相続分を前提としつつ、それを超える部分について対抗要件を備えることが必要だという形で、一貫したルールを整備することが提案されております。これによって制度的な見通しは大変によくなるのではないかと考えて

おります。

……〔第三～第五・略〕……。

今回の法案については、当然のことですが、全て私自身が研究者として考えていたことと一致するわけではございません。別の制度設計が考えられるのではないかと思う部分もございます。しかし、相続という仕組みは国民の全てにかかわる基本的な制度である以上、単純に理論的に正しいか否かということが決まるようなものではなく、その内容が幅広く共有され、理解されるものであるかが重要であるように思います。その点では、以上述べてきた五つのポイントについては、十分に理解することができ、また積極的に評価されるべきものであるというふうに考えております。

しかし、窪田参考人の挙げる五つのポイントのうち、本稿で検討してきた第二の点は、「その内容が幅広く共有され、理解されるもの」といえるだろうか。対抗要件主義の適用範囲は、当初の案においては、遺言による財産処分（相続分の指定・遺贈・遺産分割方法の指定〔＝「相続させる」旨の遺言〕）である旨が明記されていたところ、やがてこれらの文言が消失する一方で、相続人側の問題である遺産分割だけが明示的に規定されるようになり、対抗要件主義に服する相続関係の物権変動の種類・範囲は、当初案よりも不明瞭なものとなっている。

「今回の法案については……全て私自身が研究者として考えていたことと一致するわけではございません」との窪田参考人の言からすれば、上記第二の点に関して「判例によって形成されてきたルールが……大変に見通しの悪い状況、整合的な説明が、あるいは理解が困難な状況になっておりました」のを、「透明度の高い形で整備」あるいは「一貫したルールを整備」したとする説明も、あるいは本意でないのかもしれない。常は緻密な理論をもって知られる窪田参考人には意想外の「相続という仕組みは……単純に理論的に正しいか否かということが決まるようなものではなく」との言についても、部会審議における水野紀子委員の発言――「現在の判例理論の全体を、無権利の法理などの一貫した理論体系で整合的に説明することは非常に難しいのではないかと思います」（前記（二）2（2）参照）――と通底する、

今回の立法に対するある種の諦念のようなものを感じる。

だが、新法八九九条の二の適用範囲の不明瞭（透明度の低さ・見通しの悪さ・一貫性のなさ）の理由は、むしろ立法の前提として依拠した理論の側に問題があったためではなかろうか。

四　終　章

1　対抗要件主義の構造論・効果論

まず、対抗要件主義の構造論ないし効果論に関していえば、「相続と登記」問題に限らず、すべての「物権変動と登記」の論点を通じて、水野紀子委員にいう「無権利の法理などの一貫した理論体系で整合的に説明する」フランス法・ボワソナード旧民法の立場が、理論的に正しいと考える。

再三述べているように、対抗要件主義は、ドイツの登記の公信力や日本の九四条二項類推適用法理などと同様、無権利者からの取得者を保護する例外的救済制度の一つであって、A→Bの物権変動につき公示を懈怠したBの帰責性を咎めて、前主AからBと競合する権原を取得したCに、A→Bの物権変動の存在を否定する権能を付与することで、前主Aの無権利の瑕疵を例外的に治癒する制度である。

その結果、Cは、対抗要件主義の保護を受けた場合には、結果的に権利者からの取得者となり、対抗要件主義の保護を受けられない場合には、無権利者からの取得者たる地位にとどまることになるが、今日の判例・通説の依拠する「無権利の法理」と「対抗の法理」の振り分け論は、この論理の筋道の順逆の理を誤り、権利者からの取得者だけが対抗要件主義の保護を受け、無権利者からの取得者は対抗要件主義の保護を受けないと説く。結局のところ、判例・通説にいう「無権利の法理」「対抗の法理」なるものは、「対抗要件主義の適用されない場合」「適用される場合」という結論を、

ただ単に言い換えただけのものにすぎない。

2　対抗要件主義の要件論①――「物権変動」要件

このように、判例・通説は、結果的に無権利者からの取得者に対抗要件主義の救済を与える例外的処理を指して「対抗の法理」が適用される場合といい、この例外的救済が認められない原則状態を指して「無権利の法理」が適用される場合と述べているだけであるから、「無権利の法理」「対抗の法理」なるものは、要件論の問題ではない。

これに対して、対抗要件主義の要件論とは、①どのような物権変動に基づく権利取得者に対して対抗要件主義の制裁を課すべきか、また、②どのような第三者に対して対抗要件主義の例外的救済を認めるかの問題であるが、この論点に関する議論は、実質的な価値判断・利益衡量のレベルでは、対抗要件制度の構造論ないし効果論に関して「無権利の法理」「対抗の法理」の振り分け論に立つ通説と、「無権利者からの取得」構成に立つ少数説との間で、本質的な対立は存在していない。すなわち、①登記をしなければ対抗することのできない「物権変動」とは、登記の懈怠に関する「帰責性」が認められる物権変動であり、②登記をしなければ対抗することのできない「第三者」とは、登記の不存在から①の物権変動がないものと「信頼」して（＝非背信的悪意ないし善意で）権原を取得した第三者である。

ただし、対抗要件主義の構造論・効果論に関して「無権利者からの取得」構成に立つ少数説と、「無権利の法理」「対抗の法理」の振り分け論に立つ判例・通説の違いは、少数説が、右①本人側の帰責性と②第三者側の信頼の要件を、権利外観法理（表見法理）その他の無権利者からの取得者保護法理に共通する一般原則の中に位置づけるのに対して、判例・通説の側には、そのような一般理論の裏打ちが存在していない点にある。

(1)　「物権変動」の客観的要件（範囲）

登記をしなければ対抗することのできない①「物権変動」の客観的範囲に関する意思表示制限説は、対抗要件主義を意思主義に対する例外則とみるものであるから、意思表示によらない物権変動は、そもそも対抗要件主義の制度の射程

距離外のものであり、それらに本来の守備範囲を超えて対抗要件主義を適用させるためには、特にこれを認める旨の特別の明文規定が必要になる。(44)

これに対して、①「物権変動」の㋐客観的要件（帰責性が定型的に認定される物権変動の種類）について無制限説に立った場合には、登記能力のある権利変動のすべてが対抗要件主義の本来的な規律対象となるため、対抗要件主義の適用が否定される根拠は、他の要件――①「物権変動」の㋐主観的要件（個別具体的な次元における帰責性）の欠如か、②「第三者」の㋐客観的要件ないし㋑主観的要件の欠如に求められる。

だが、新法八九九条の二の立法過程では、部会資料17〔⑦〕において、現行民法起草者ならびに明治四一年民事連合部判決の無制限説に立たず、意思表示制限説に立つ旨が表明された（前記三（二）参照）。かかる新法の「立法者意思」に従えば、対抗要件主義の適用の埒外であるところの法定的な物権変動（たとえば相続による物権変動）に関しては、当事者（たとえば被相続人・遺贈者あるいは相続人）の意思的要素が介在する場合であっても、安易な類推適用は認められず、対抗要件主義を目的外適用する旨の明文の定めが必要となる。当初の案で明記されていながら新法では記載が消失した相続分の指定・遺贈・遺産分割方法の指定のうち、遺産分割方法の指定が（相続分の指定も？）新法八九九条の二の規律に服する点は、「立法者意思」の探究作業によって間接的に導かれることとなろうが、「立法者意思」が不明瞭な包括遺贈や相続放棄に関しては、意思表示制限説を前提とする限り、新法の規律は及ばない筋合いになる。

（2）「物権変動」の主観的要件（範囲）

これに対して、「物権変動」原因無制限説に立った場合には、「共同相続と登記」の論点も含めて、すべての物権変動につき登記をしなければ第三者に対抗できないのが本則となる。しかし、対抗要件主義が、当事者の登記懈怠の帰責性を咎めて物権変動の効果を一定の第三者との間で否定する制度である以上、当事者に登記懈怠の帰責性が認められない場合には、対抗要件主義は、その適用の基礎を失う。

3　対抗要件主義の要件論②――「第三者」要件

対抗要件主義の「第三者」要件に関する「正当ノ〔な〕利益」の内容につき、今日では、㋐明治四一年民事連合部判決が言い換えていた「正当ノ権利」「正当ノ権原」のほかに、㋑取得者の主観的態様が問題となっているが、前者㋐における第三者Cの取得権原の種類による分類もまた、先行するA→Bの物権変動の不存在に関する第三者Cの「信頼」の有無を、Cの取得した権原の客観的性質から定型的に導くものである。

（1）「第三者」の客観的要件（範囲）

新法八九九条の二の想定する「正当ノ権利」「正当ノ権原」すなわち「信頼」の存在を客観的・定型的に導く権原を有する第三者は、遺産分割方法の指定に関していえば、Aの共同相続人BCのうちBに「相続させる」旨の遺言がある場合の、他の共同相続人Cや、Cの法定相続分につき権原を取得したDである。

一方、新法八九九条の二が依拠した、昭和三八年「共同相続と登記」最高裁判決の法定相続分に関しては登記なくして対抗できるとの結論につき、「部会資料17〔⑦〕」の「補足説明」は次のように説明していた[45]。

> 他方、包括承継である相続の中においても、法定相続分による承継については、相続開始の事実や被相続人との身分関係によって客観的に定まるものであって（これらの事実については戸籍等によっても確認することが可能である。）、その限度では意思表示が介在する余地はないから、これについては、相続人以外の第三者に対しても対抗要件なくしてこれを対抗することができるとすることには合理性があるものと考えられる。

この記述の前段部分を、「第三者」の客観的要件の問題に引きに直していえば、以下のようになる。すなわち、A→BCの共同相続に関して、外部者（たとえば共同相続人の一人Cと取引しようとするD）は、Cの法定相続分（それは外部からある程度認識可能である）の限りでの権利取得を考えるのが普通である。それゆえ、C→Dの取得権原がCの法定相続分を超える内容であった場合には、超過部分（それはすなわち外部者Dから見ればBの法定相続分と認識される部分である）につ

いては、A→Bの物権変動（法定相続）がなかったとする信頼の基礎が、権原の客観的性質上欠けている。したがって、Dは、右超過部分に関しては「正当な利益（権利・権原）」を有する第三者に当たらない……。

……もっとも、昭和三八年「共同相続と登記」最高裁判決は、ただ単に「無権利の法理」が妥当すると述べるにとどまり、右のような説示は行っていない。一方、新法八九九二条の二の立法担当者は、右「補足説明」後段のごとく、「物権変動」要件の側で、現行民法起草者ならびに明治四一年民事連合部判決の無制限説の立場を捨て、意思表示制限説に立って、法定相続分に関しては「意思表示が介在する余地はない」から対抗要件主義の守備範囲外であるとの理由で、登記不要の結論を導出したのであった。

（2）「第三者」の主観的要件（範囲）

右（1）のような取得権原の種類（客観的性質）から導かれる第三者の抽象的な「信頼」の認定は、画一的処理によって、個別具体的な「信頼」判断を行うことによる紛争の多発を防ぎ、法律関係の安定化を図ることはできるが、しかし、そもそも公示制度が「知らない者に対して知らせる」（＝善意の者を悪意に変える）制度であることからすれば、A→Bの物権変動について悪意のCは、元来制度の対象外の者である。

この者の処遇に関しては、登記による画一的処理の要請を最優先させて、登記の不存在から一律に第三者Cの善意を擬制し、第一譲受人Bによる悪意の反対証明を一切認めない方法もあり得るが、フランスでは、古くから、第三者Cが譲渡人Aと通謀して第二譲渡を行った場合には、Bは公示なくしてCに対抗できるとする判例法理が存在していた（フロード説）。一方、日本においても、当初より旧不動産登記法四条・五条（現行不動産登記法五条一項・二項）の例外が明定されていたほか、第二次世界大戦後、悪意＋信義則違反の第三者に対しては、登記なくして対抗できるとの判例法理が確立されている（背信的悪意者排除説）。

なお、わが国にあっては、判例の背信的悪意者排除説に反対する見解として、登記の不存在による善意の推定を、（信

義則違反を不要とする）単純悪意の反対証明をもって覆滅できるとする立場（悪意者排除説）が唱えられているが、これとまったく同様の対立は、フランスにおいても存在しており、フランスの判例は、一九六八年に悪意者排除説（フォート説）に転換した後、善意悪意不問説（フロード説）への揺り戻しが生じたが、二〇一六年の債権法大改正において、対抗要件主義の保護を受ける者が「善意」の取得者に限定される旨が、民法典の明文をもって確定された（一一九八条二項）[46]。

一方、わが国の新法八九九条の二の制定過程においては、前記「共同相続と登記」の論点におけるように、A→Bの権利変動（ここでは法定相続）が、第三者に認識ないし予測可能であるか否かを問題とした個所もあったが、しかし、先行する物権変動につき悪意の第三者は、そもそも制度の想定する保護の対象外ではないのか、といった公示・対抗要件制度の本質的構造に関わる議論は、まったく行われなかった。

4　対抗要件主義の規定に関する私案

以上屡述してきたように、新法八九九条の二の立法の際に採用された、対抗要件主義の構造論・効果論における不完全物権変動説その他の「権利者からの取得」構成と、同構成から導かれた「無権利の法理」「対抗の法理」の振り分け論、ならびに「物権変動」要件に関する意思表示制限説の立場は、とりわけ同条の具体的な適用領域に関して、混迷をもたらすものと推測される。

私見は、少なくとも不動産に関して、かつ取引行為による物権変動に限っていえば、成立要件主義に移行しても、現在の取引実態とさほど変わることはないと考えているが、仮に対抗要件主義を維持する場合には、構造論・効果論に関して「無権利者からの取得」構成であることが明確な条文、また、要件論に関しても、①「物権変動」要件については登記懈怠の「帰責性」、②「第三者」要件については先行する物権変動の不存在に関する「信頼」であることが明確な条文の策定を希望する。さらに、①帰責性・②信頼のいずれの要件に関しても、第一次的には、当事者・第三者の取得した権原の客観的性質から決定したうえ、第二次的に、当該事案の個別具体的事情に照らして、①帰責性がない・②信

頼がない旨の反対証明が認められた場合に限って、例外的に対抗要件主義の適用を否定する条文構造が望ましいと考える。すなわち、たとえば以下のような体裁の条文である。

1　不動産に関する物権の変動（物権の取得、喪失（効力が遡及的に消滅する場合を含む。）及び変更をいう。）は、不動産登記法（平成一六年法律第一二三号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、同一の前主から内容の相容れない権原を取得した第三者に、対抗することができない〔＝第三者は物権の変動（の結果生じた前主の無権利）を否定することができる〕。

2　前項の規定は、次の場合には適用しない。

一　物権の変動の登記をしなかったことについて帰責性がないとき。

二　登記をしなかった物権の変動を第三者が知りながら権原を取得したとき。

一項は①「物権変動」要件につき無制限説に立つもので、その結果、「共同相続と登記」の論点に関しても、登記をしなければ法定相続分を対抗できないことになるが、ただし、登記をしなかったことにつき帰責性がない旨（たとえば自己または他の共同相続人の熟慮期間が経過していないため、相続分の帰属が確定していない等）の主張・立証に成功すれば、二項の例外規定が適用されて、登記がなくても法定相続分を対抗できる。一方、「相続放棄と登記」の論点もまた、右と同様、Aの共同相続人BCのうちCの相続放棄により相続不動産がBの単独所有に帰した場合、BはCの法定相続分も含めた登記をしなければ、Cの法定相続分に関する差押債権者Dに対抗できないが（なお、BにとってはCも「第三者」であるが、Cは自ら相続放棄をしているので「正当な利益」を有する第三者に当たらない〔＝「信頼」の客観的・定型的要件を満たさない〕）、ただし、Bが登記をしなかったことにつき帰責性がない旨（BがCの相続放棄の事実を知らなかったこと等）の主張・立証に成功すれば、例外的に登記がなくても対抗できる。さらに、「遺贈（特定遺贈・包括遺贈）と登記」の論点に関しても、同様に、受遺者が遺贈の事実を知る前と後で、登記懈怠の帰責性の有無を問題とすることが可能である。

以上のように、①「物権変動」要件については「帰責性」制限説、②「第三者」要件については「信頼」制限説という、権利外観法理（表見法理）に代表される「無権利者からの取得者」保護法理の一般要件と同様の判断枠組みに立った場合、対抗要件主義の適用の肯定判例・否定判例は、当該事案の個別具体的事情に照らして①「帰責性」あるいは②「信頼」が認められるかという事実問題（事実認定の問題）を判断した事例判決にすぎなくなるから、これを「無権利の法理」「対抗の法理」なる法律問題と捉える判例・通説に向けられた、理論の不整合をめぐる批判は妥当しなくなる。

私見は、新法八九九条の二が成立する以前の一七七条の解釈論に関して、右のような①当事者の「帰責性」と②第三者の「信頼」を端的に要件に据えることで、「相続と登記」の事案に限らず、すべての論点に関する対抗要件主義の適用の可否の問題を、統一的・整合的に説明できると考えていた[47]。

しかしながら、新法八九九条の二の「立法者意思」（対抗要件主義の構造論・効果論に関する不完全物権変動説と「無権利の法理」「対抗の法理」振り分け論、「物権変動」要件に関する意思表示制限説）を尊重する限り、私見のような理解は、新法八九九条の二はもとより、対抗要件主義の一般規定である一七七条の解釈論としても、成り立ち得ないものとなった……というのが、本稿執筆のそもそもの動機である。

（1）なお、本稿と同様、新法八九九条の二の立法過程に焦点を当てて、「相続と登記」の問題を検討した論稿に、石田剛「『相続登記の欠缺を主張する正当の利益』に関する覚書」加藤雅信先生古稀記念『二一世紀民事法学の挑戦（上巻）』（信山社、二〇一八年）四八五頁がある。「改正案がその前提としている、変動原因に関する意思表示限定主義と未登記物権変動の効力の不完全性を根拠に対抗要件としての登記を要求する論法については、なお疑問を禁じ得ない」とする点は（五〇〇頁以下）、筆者が新法に対して抱いた問題意識と、基本的に同一である。

（2）http://www.moj.go.jp/content/001263489.pdf

（3）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1）法典調査会民法議事速記録・一』（商事法務、一九八三年）五八三～五八四頁。

（4）梅謙次郎①「民一七七、一七八等ニ所謂『第三者』ノ意義」法学志林五〇号（一九〇三年）頁……〔所収〕梅謙次郎『最近判例批評（正編）』（法政大学・有斐閣書房、一九〇六年）二〇頁……〔復刻〕梅謙次郎『最近判例批評（復刻版）』（新青出版、一九九五年）四四頁、同②「再ビ民一七七ノ『第三者』ノ意義ニ就テ」法学志林六四号（一九〇四年）頁……〔所収〕前掲書・二一頁……〔復刻〕前掲書・四五頁、同③「相続ニ因ル物権移転モ之ヲ登記スルニ非ザレバ第三者ニ対抗スルコトヲ得ズ」法学志林九巻三号（一九〇七年）五二頁……〔所収〕梅謙次郎『最近判例批評（続編）』（法政大学・有斐閣書房、一九〇九年）二九頁……〔復刻〕前掲書・五一五頁、同④「法典質疑録・民一六八六（相続ニ因ル物権ノ移転ニ対スル民一七七条ノ適用）」法学志林九巻三号（一九〇七年）六五頁……〔所収〕多々納滝蔵（編）『法典質疑録（中巻）』（法政大学・巌松堂書店、一九〇八年）四七頁「〔物権〕第六　相続ニ因ル物権ノ移転ハ登記ヲ為サシテ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルヤ否ヤ」……〔復刻〕『日本立法資料全集（別巻24）』（信山社、一九九三年）四七頁、同⑤「民法第一七七条ノ適用範囲ヲ論ズ」法学志林九巻四号（一九〇七年）四〇頁。富井政章『民法原論（第二巻・物権上）』（有斐閣書房、一九〇六年）六〇〜六六頁……〔合冊版〕富井政章『民法原論（第二巻・物権）』（有斐閣、一九二三年……〔完全復刻版〕（有斐閣、一九八五年）六〇〜六六頁。

（5）A→Cの第二譲渡が虚偽表示無効であった事案につき、大判明治四二年一月二六日民録一五輯二八頁、大判明治四二年一〇月一五日民録一五輯七七七頁、大判大正二年三月二〇日民録一九輯一五八頁。

（6）大判明治四一年一〇月二七日民録一四輯一〇五二頁、大判明治四三年二月二四日民録一六輯一三一頁、大判大正五年一〇月四日民録二二輯一八四二頁、大判大正六年二月二日民録二三輯一八六頁、大判大正九年一一月二五日民録二六輯一七九四頁。

（7）大判明治四四年一二月二〇日民録一七輯八七一頁、大判大正四年一〇月二日民録二一輯五四一頁、大判大正四年一一月二日民録二一輯一八〇六頁、大判大正一二年一月三一日民集二巻三八頁、大判昭和二年九月二八日法律新聞二七六九号一四頁・法律評論一六巻民法一三五一頁、大判昭和九年五月二二日法律新聞三七〇三号一七頁・法律評論二三巻民法五三四頁、大判昭和一四年三月二四日法律新聞四四三二号七頁・法律評論二八巻民法四七八頁、大判昭和一五年四月二〇日民集一九巻七三七頁。

（8）大判大正三年一〇月九日民録二〇輯七二七頁、大判昭和一二年八月二八日民集一六巻一三七三頁。

（9）大判大正八年一一月三日民録二五輯一九四四頁。

（10）大判大正九年五月一一日民録二六輯六四〇頁。

（11）大判明治四五年八月一九日民録一八輯七三三頁。

（12）大（民連）判大正一五年二月一日民集五巻四四頁。

（13）大正一五年民事連合部判決と同様の事案につき、同判決を引用しつつ対抗要件主義を適用する判例として、大判昭和二年一〇月八日法律新聞二七五九号一〇頁・法律評論一六巻民法一三三四頁。

(14) 最（三小）判昭和三三年一〇月一四日民集一二巻一四号三一一一頁。
(15) 最（三小）判昭和三五年七月一九日民集一四巻九号一七七九頁、最（三小）判昭和三五年一一月一五日裁判集民事四六号二八五頁。
(16) 最（一小）判昭和三九年一月三〇日裁判集民事七一号四九九頁、最（二小）判昭和五四年三月二三日民集三三巻二号二九四頁。
(17) 平成二七年九月一八日第五回会議「民法（相続関係）部会資料5」七～八頁。
(18)「法制審議会・民法（相続関係）部会・第五回会議議事録」三三頁。
(19)「法制審議会・民法（相続関係）部会・第五回会議議事録」三四頁〔堂薗幹一郎幹事発言〕。
(20) 平成二八年一月一九日第九回会議「民法（相続関係）部会資料9」九頁。
(21)「法制審議会・民法（相続関係）部会・第九回会議議事録」三九頁。
(22) 平成二八年四月一二日第一一回会議「民法（相続関係）部会資料11」一六～一七頁。
(23)「法制審議会・民法（相続関係）部会・第一一回会議議事録」三四頁〔浅田隆委員発言〕。
(24) 平成二八年五月一七日第一二回会議「民法（相続関係）部会資料12」一八頁。
(25)「法制審議会・民法（相続関係）部会・第一二回会議議事録」二七頁〔大村敦志部会長発言〕。
(26) 平成二八年六月二一日第一三回会議「民法（相続関係）部会資料13」一二～一三頁。
(27) 法務省民事局参事官室「「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案の補足説明」（平成二八年七月）三八～四〇頁……〔所収〕商事法務（編）『民法（相続関係）等の改正に関する中間試案』別冊NBL一五七号（二〇一六年）六九～七〇頁。
(28) 平成二八年一〇月一八日「法制審議会・民法（相続関係）部会・第一四回会議議事録」二三～二四頁〔満田悟関係官発言〕。
(29) 平成二九年一月二四日第一七回会議「民法（相続関係）部会資料17」五頁。
(30) 前掲注（29）六頁。
(31) 前掲注（29）七頁。
(32)「法制審議会・民法（相続関係）部会・第一七回会議議事録」二七～二八頁。
(33)「法制審議会・民法（相続関係）部会・第一七回会議議事録」二九～三〇頁。
(34)「法制審議会・民法（相続関係）部会・第一七回会議議事録」一二頁。
(35)「法制審議会・民法（相続関係）部会・第一七回会議議事録」二六～二七頁。
(36) なお、立法後の座談会において、堂薗幹一郎〔元〕幹事は、「この点〔＝相続放棄を登記不要とする判例理論〕については、法制審議会でも見直しをしたほうがいいのではないかという議論は特にありませんでした」と述べている（沖野眞已＝堂薗幹一郎

＝道垣内弘人「（対談）相続法の改正をめぐって」ジュリスト一五二六号（二〇一八年）一七頁）。本文で見たように、法制審議会・民法（相続関係）部会では、相続放棄に対抗要件主義を適用しない判例理論の是非については、「議論は特にありませんでした」ことは事実である。しかしながら、そのことをもって法制審議会委員らが、相続放棄に関する判例理論を積極的に維持したと評価されてしまう点に、委員会審議の恐ろしさがある。

(37) 平成二九年五月二三日第二一回会議「部会資料21」二八～三〇頁。

(38) 「法制審議会・民法（相続関係）部会・第二一回会議議事録」五二頁。

(39) 平成二九年六月二〇日第二二回会議「部会資料22―2」三〇頁。

(40) 平成二九年七月一八日第二三回会議「部会資料23―2」一九頁。

(41) 平成二九年一〇月一七日第二四回会議「部会資料24―2」三六～三七頁。

(42) 平成三〇年二月一六日「法制審議会第一八〇回会議議事録」七頁。

(43) 第一九六回国会衆議院法務委員会議録二〇号（平成三〇年六月一三日）二頁。

(44) この点に関しては、良永和隆「遺言による不動産取得と第三者対抗要件――相続法改正案の検討」専修法学論集一三〇号（二〇一七年）三一五頁も、「対抗要件としての登記を必要とする条文を民法一七七条のほかに新設することは、一七七条の理論的位置づけや解釈論に影響を及ぼす可能性がある。……対抗要件としての登記を必要とする個別の条文が新設されたことによって、そうした規定のない権利変動（たとえば取得時効）への解釈論に影響があるか否かも考慮する必要がある（単純に論理解釈として、規定がないものについては登記不要という扱いになると反対解釈されることになるなど）」旨を指摘していた。

(45) 前掲注（29）五～六頁。

(46) 金子敬明「不動産物権変動における包括承継人の地位」瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集『社会の変容と民法の課題（上巻）』（成文堂、二〇一八年）一七一頁注24、荻野奈緒「フランスにおける契約侵害論の構造――契約侵害論の再構築に向けて」民法理論の対話と創造研究会（編）『民法理論の対話と創造』（日本評論社、二〇一八年）二四〇～二四一頁。

(47) なお、以上のような対抗要件主義に関する私見の理解は、多田利隆「消極的公示主義」構成と、基本的に同一である。多田説は、わが民法一七七条の対抗要件主義を、ドイツ民法八九二条の登記の公信力の規律する信頼保護の二つの側面――積極的信頼保護（登記の存在から権利の存在を信頼した者の保護）と消極的信頼保護（登記の不存在から権利の不存在を信頼した者の保護）――のうち、消極的信頼保護の部分を規定したものとする見解であるが、これはただ単に構造が偶然一致しているという意味ではなく、不動産公示のほか、商業・法人登記や夫婦財産登記の効力は、過去の時代の公簿の公信力のうち消極的効果の部分を採用・踏襲したものである、との歴史認識を基礎としている。

その結果、多田説もまた、対抗要件主義の構造論・効果論に関しては、「無権利者からの取得」構成に立つ（通説にいう㋐「対抗の法理」と「無権利の法理」あるいは㋑「公示の原則」と「公信の原則」の二項対立にいう「対抗」あるいは「公示」とは、「公信（の消極的側面）」の意味にほかならないから、㋐の振り分け論はただ単に公信の原則（消極的公信〔公示〕効果）が適用される場合とされない場合という結論を述べているだけのものと理解され、㋑は公信力のうち消極的公信〔公示〕効果しか認めないか積極的公信〔公示〕効果も認めるかの違いと理解される）。

一方、対抗要件主義の要件論――登記をしなければ対抗することができない①「物権変動」要件と②「第三者」要件――についても、消極的公示主義の二要件――①当事者の「帰責性」と②第三者の「信頼」――に引き直されることとなる。

ただし、多田説は、このうちの①「物権変動」の客観的範囲につき、意思表示制限説に立っている点が特徴的である（最新の論稿でいえば、多田利隆「民法一七七条の信頼保護的構成と適用範囲」深谷格＝西内祐介（編著）『大改正時代の民法学』（成文堂、二〇一七年）一六二頁以下）。

しかし、日本の現行法においては、第一に、登記法の規律する登記能力のある権利変動の種類が、フランス法・旧民法と比較してはるかに広汎であることに加えて、第二に、現行民法起草者が、登記をしなければ対抗することのできない「物権変動」の種類につき無制限説を明言していたこともあり、対抗要件主義（無権利の発生原因を先行する物権変動によって生じた場合に限定して認められた無権利者からの取得者保護制度）についても、その適用範囲を最大限に広げておくことが、公示の要請に沿うもののようにも思われる。

だが、今般の民法（相続関係）改正の立法者が、新法八九九条の二につき意思表示制限説の立場を宣明したことよりすれば、対抗要件主義の意味内容（＝用語の定義）・適用範囲については、本来の（＝母法フランス法と完全に同一の）理解に忠実に、そもそも対抗要件主義という法制度は、しょせんは意思表示（契約）による物権変動という限局した領域においてのみ公示の要請に応えたものにすぎず、対抗要件主義の守備範囲外であるところの意思表示（契約）によらない物権変動に関しては、フランス法と同様、目的外転用を認める特別の条文を設置するのでなければ、他の無権利者からの取得者保護法理（民法九四条二項類推適用法理等）に頼るしかない、と結論づけるのが最も美しい解釈かもしれない。新法八九九条の二をめぐる議論を読み返しているうちに、再び迷いが生じている。僕には分からない。

【追記】

本稿は、平成三〇年一〇月六日（土）に西南学院大学で開催された日本土地法学会二〇一八年大会（テーマ「相続と土地法をめぐる現代的課題」）において筆者（第一報告者）の配付した論文形式の報告資料（六万字）を、半分（三万字）に圧縮したものである。

報告に際しては、司会の労を執られた多田利隆（西南学院大学）教授のほか、秋山靖浩（早稲田大学）・鎌野邦樹（早稲田大学）・松本克美（立命館大学）・鳥谷部茂（広島大学）・藤井俊二（創価大学）の諸教授より、多くの貴重なご意見を賜った。記して謝意を申し述べたい。

なお、筆者の第一報告を含めた日本土地法学会の模様に関しては、「市民と法」一一六号（二〇一九年四月号）に特集記事が掲載予定である。