

相続と登記をめぐる課題：民法改正(新設)899条の2 めぐって

七戸, 克彦
九州大学大学院法学研究院：教授

<https://hdl.handle.net/2324/2232278>

出版情報：Citizen & Law. 116, pp.32-40, 2019-04-01. 民事法研究会
バージョン：
権利関係：

特集 相続と土地法をめぐる現代的課題

Ⅱ 相続と登記をめぐる課題

——民法改正(新設)899条の2をめぐる——

九州大学教授 七戸克彦

1 はじめに

日本土地法学会2018年大会において筆者が行った標記報告については、当日配布資料の圧縮版を筆者の本務校の紀要に掲載しているが(注1)、この圧縮版では、立法過程での議論を中心に記述をまとめたため、①改正案に対して向けられた種々の批評については、大半を割愛せざるを得なかった。②また、現在では、立法担当者らの解説等も多数公刊されていることから(注2)、本稿では、以上①・②の点につき、前稿の記述を補充することとしたい。

(注1) 七戸克彦「相続と登記——民法改正(新設)899条の2をめぐる」法政研究85巻3・4号(2019年3月)157頁。

(注2) 【2018年10月】潮見佳男=白石大=藤原彰吾=堂蘭幹一郎=増田勝久「(座談会)改正相続法の金融実務への影響」金法2100号6頁、増田勝久「民法(相続法)改正法の解説」法の支配191号77頁、【11月】日本弁護士連合会編『Q&A 改正相続法のポイント——改正経緯をふまえた実務の視点』(新日本法規)21頁、二宮周平「相続法入門(17)改正相続法の検討(3・完) 遺言・遺留分・相続の効力」戸籍時報775号2頁、【12月】堂蘭幹一郎「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律の改正の概要(相続法制の見直し)(特集・民法(相続分野)の改正)」法律のひろば71巻12号4頁、堂蘭幹一郎「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律(相続法制の見直し)」税理61巻15号129頁、堂蘭幹一郎「相続法改正の背景(特集・民法(相続法)改正について)」自由と正義69巻12号8頁、加藤祐司「配偶者居住権、自筆証書遺言そ

の他の改正(特集・民法(相続法)改正について)」同上24頁、沖野眞巳=堂蘭幹一郎=道垣内弘人「(対談)相続法の改正をめぐる(特集・相続法改正と実務)」ジュリスト1526号14頁、鈴木龍介「司法書士実務の視点から——不動産登記に関する論点を中心に(特集・相続法改正と実務)」同上49頁、堂蘭幹一郎「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律(相続法改正)の概要」家庭の法と裁判17号30頁、潮見佳男『詳解相続法』(弘文堂)143頁、298頁、495頁、【2019年1月】堂蘭幹一郎=笹井朋昭=神吉康二=宇野直紀=倉重龍輔=満田悟=秋田純「担当者解説・改正相続法の要点——金融実務に関連する項目を中心に(4・完)」金法2105号33頁、窪田充見「(新法解説)相続法改正(上)」法学教室460号59頁、【2月】堂蘭幹一郎=笹井朋昭=神吉康二=宇野直紀=倉重龍輔=満田悟=秋田純「相続法改正の概要(4・完)」NBL1139号51頁、【3月】窪田充見=柳本つとむ=三橋泰友=笹川豪介=竹内裕美=須田悠花子「(パネルディスカッション)相続法改正が裁判実務・銀行実務に与える影響(下)」銀法389号28頁、堂蘭幹一郎=笹井朋昭=倉重龍輔「相続法改正の解説(3)」民事月報74巻2号、堂蘭幹一郎=野口宣大「一問一答・新しい相続法——平成30年民法等(相続法)改正、遺言書保管法の解説」(商事法務)。

2 立法担当者の説明

改正法899条の2に連なる原案は、当初、法定相続分を超える部分について登記をしなければ対抗できない対象を「遺言(相続分の指定、遺贈、遺産分割方法の指定)」による権利取得としてい

た(注3)。ところが、その後、相続人の行為であるところの「遺産分割」の文言が加わる一方で、被相続人の行為であるところの上記「遺言(相続分の指定、遺贈、遺産分割方法の指定)」による権利取得の文言が、ことごとく消失して899条の2に至ったものである。

しかし、立法担当者によれば、899条の2は、当初案から遺贈を除外しただけで(「遺贈と登記」に関しては、民法177条を適用する従来の判例法理で処理される)、その他の遺言(特に「相続させる」旨の遺言(注4))による権利取得に関して、法定相続分を超える部分に限って対抗要件主義を適用する趣意に出たものとされる。

一方、かかる規定を新設する理由についての説明も、当初案から基本的に変化はない。以下では、2018年12月の「ジュリスト」掲載記事を引こう(注5)(〔①〕〔②〕〔③〕は引用者)。

堂蘭 899条の2は、相続を原因とする権利の承継についても対抗要件主義を適用することとするものです。現行法の下では、判例上、遺産分割方法の指定や相続分の指定については、包括承継であることを理由に対抗要件主義の適用はないこととされ、登記等の対抗要件を備えなくてもその権利の承継を第三者に対抗することができる(最判平成14・6・10家月55巻1号77頁)こととされています。〔①〕しかし、そのような規律だと、遺言の有無及びその内容を知る手段を有していない第三者、特に被相続人の債権者や債務者などの従前からの利害関係人が不測の損害を受けるおそれがあります。また、判例法理を前提にすると、実体的な権利関係と登記などの対抗要件の不一致を生じさせる場面が増えることとなりますので、不動産登記制度を含む対抗要件制度に対する信頼を害するおそれもあります。

〔②〕他方、相続人は、被相続人の法的地位を包括的に承継しているため、相続債権者などの第三者との関係では、権利の承継の場面でも、法定相続分に従った権利の承継が

あったものと取り扱われ、相続債権者からそれを前提に権利行使をされたとしても、基本的にはやむを得ない立場にあるのではないかと、それが嫌であれば早く対抗要件を備えてくださいという規律にも相応の合理性があるように思われます。

〔③〕更に、実態として、遺言者は、遺産分割方法の指定(民908条)なのか、遺贈(民964条)なのかというのはあまり明確に意識せずに遺言をしているのではないかと思います。そうであるにもかかわらず、その効果に大きな違いを生じさせるのはどうなのかという問題もあるように思われます。

今回の改正では、これらの点を考慮して判例の法理を変更することとし、遺産分割方法の指定等の相続による権利の承継についても対抗要件主義を適用することとしたものです。

上記引用文のうち、〔①〕および〔②〕の部分は、民法177条の要件に即していれば、登記をしなければ対抗することができない「物権の得喪及び変更」(物権変動)要件に関して、登記懈怠に関する本人側の帰責性を咎め(〔②〕)、登記をしなければ対抗することができない「第三者」要件に関して、この者(特に相続債権者)の信頼を保護する必要性を説くものである(〔①〕)。

他方、〔③〕は、「特定遺贈と登記」に対して対抗要件主義を適用する判例理論(注6)とのアンバランスを理由に「『相続させる』旨の遺言と登記」に関する判例理論(注7)の変更を説くものであるが、しかし、遺贈に関する判例理論と異なり、899条の2は、法定相続分の限りでは対抗要件主義を適用しない(注8)。この取扱いは、「共同相続と登記」に関する判例理論(注9)に依拠したものである。同様に、同条1項の「遺産の分割によるものかどうかにかかわらず」の文言も、「遺産分割と登記」につき法定相続分を超える部分に関してだけ対抗要件主義を適用する判例の立場(注10)を明文化したものであるが、かかる処理に関して、沖野眞巳(法制審議会・民法(相続関

係) 部会委員) は次のように述べている(注11)。

更に、899条の2の規定によると、法定相続分を超える場合で、しかもそれが遺言による点で、一種、意思的な物権変動や、二重譲渡的な状況をそこに見いだしていると説明できるように思われます。そうすると、今までは「相続分で承継する」というのは指定相続分も含めて考えていたと思いますけれども、法定相続分というのが大きな意味を持つてくるわけであり、法定相続分による承継ということが、相続による承継の基本だという点がクローズアップされてくるのかと思っています。

この説明は、二つの異なる視点を含んでいる。その1は、対抗要件主義が適用されるのは、本来的には「意思的な物権変動」であるとする理解(登記なくして対抗できない「物権変動」の種類・範囲に関する「意思表示」制限説)である。その2は、法定相続にあつては、対抗要件主義不適用により、第三者の信頼・取引安全の要請を害してまでも、相続人を保護すべきであるが、遺言相続における相続人保護の要請は、第三者保護の要請に劣後する程度に弱いという、法定相続優越の制度観である。

(注3) 平成27年9月8日第5回会議「部会資料5」8頁。

(注4) 「相続させる」旨の遺言に関して、判例は、特段の事情がない限り遺産分割方法の指定と解すべきとしているが(最(二小)判平3・4・19民集45巻4号477頁)、改正法1014条2項は「遺産の分割の方法の指定として遺産に属する特定の財産を共同相続人の一人又は数人に承継させる旨の遺言」に対して「特定財産承継遺言」なる呼称を与えている。

(注5) 沖野=堂蘭=道垣内・前掲(注2)16頁。

(注6) 最(二小)判昭39・3・6民集18巻3号437頁。

(注7) 引用文冒頭でも引用されている最(二小)判平14・6・10家月55巻1号77頁。

(注8) このアンバランスの問題は、すでに立法段階より、包括遺贈と相続分の指定の制度

間競合の問題と関連して、羽生香織「遺言制度に関する見直し(特集・相続法制の見直しに向けた課題)」論究ジュリスト20号(2017年2月)26頁~27頁が指摘していたところであった。

(注9) 最(二小)判昭38・2・22民集17巻1号235頁。

(注10) 最(三小)判昭46・1・26民集25巻1号90頁。

(注11) 沖野=堂蘭=道垣内・前掲(注2)17頁。

3 改正案に対する評価

上記のような立法理由に基づく899条の2の規律に対しては、法制審議会での審議当時より、種々の異なる視点からの批評が加えられていた。

(1) 伊藤栄寿

伊藤栄寿は、「包括承継・特定承継という区別を放棄し、被相続人の意思表示であることに着目し検討する中間試案は、理論的にも実質的に一定の合理性を有する」と評価する(注12)一方、「共同相続と登記」の論点に関して、次のようにいう。「共同相続による共有(遺産共有)を、暫定的な状態として捉え、第三者が害されるおそれがあると考えるのであれば、この場合にも、177条の適用を認めるべきである。他方、法定相続分による遺産共有状態を、暫定的な状態ではなく、確定的な権利取得と捉え、遺産分割はあくまで共同相続人の意思による財産の交換・売買と捉えるのであれば、177条の適用を否定すべきである。そして、第三者の権利保護は、94条2項類推適用などによって図るべきである。現行法は、後者の観点から再検討をしなければならない」(注13)。

(2) 松尾知子

松尾知子は、「民法177条の適用に関して、『意思表示による』権利変動かどうかということがしばしば論じられるが、その意味は曖昧である」とし(注14)、「死亡という、誰の意思にもよらない、よるべきではない事実によって開始する法律関係は、遺言に基づく場合でも、民法177条の対抗関係におくべきではない」と結論づける(注15)。

もっとも、松尾は、「現行制度の下では、無権利の法理によっても、177条によっても、妥当な

結論を得ることは難しい」とも述べており(注16)、法定相続分については登記なくして対抗できる判例理論についても、「相続人がいつまでも登記せぬまま放置して、それでも登記なくして第三者にその所有権を対抗することができるというのはおかしい話である。そのような場合は、現在でも、民法94条2項類推適用論の中に救済の道を見つかることが可能かもしれないが、より明確に、遺産分割ないし遺言執行に期間制限を設けることが考えられてよいであろう。この期間に終えることができない場合は、仮登記等による公示がなければ、それ以降は対抗しえない、としてよいのではないか」とする(注17)。

(3) 良永和隆

良永和隆は、改正案の内容につき「実質面(妥当性)の検討」「理論面の検討」「他の解釈論や実務に及ぼす影響の検討」を行っている(注18)。

このうち「他の解釈論や実務に及ぼす影響の検討」は、①遺贈と「相続させる」旨の遺言の登記申請方法、②明文化されていない物権変動への影響、③不完全物権変動説および「無権利の法理」「対抗の法理」との整合性、④債権回収の実務への影響の4点からなるが、②に関しては、「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)」との懸念が指摘される(注19)。

また、③に関しては、「被相続人が相続人の1人に法定相続分を超える相続分の指定や遺産分割方法の指定(そして相続させる遺言)をした場合に、他の共同相続人は理論的には一度たりとも権利を取得していないはずであって、被相続人のこれらの指定を不完全物権変動であるといってみたら、他の相続人の処分権限の存在を認める理由にはならない」とする一方、「もともと日本の民法177条は、フランス民法とは異なり、二重譲渡に限定した規定がされているわけではないので、……二重譲渡の構成が可能かどうかにかかわ

らず、また、処分権が残っているとの構成が可能かにかかわらず、登記がなければ第三者に対抗できないと法制度化することは、法政策的判断として可能というべきであろう」とされる(注20)。

(4) 石田剛

民法177条の適用範囲につき、判例の「物権変動」無制限説と「第三者」制限説(「正当の利益」制限説)に依拠する石田剛は、意思表示制限説に立脚して遺言相続=対抗要件主義適用、法定相続=対抗要件主義不適用の結論を導く、改正法の立法者の立場に対して批判的である(注21)。

さらに、石田の批判は、意思表示制限説と共に立法者が依拠した、不完全物権変動説とこれに基づく「無権利の法理」「対抗の法理」の振り分け論にも向けられる。法定相続については、被相続人の死亡の瞬間に完全な効力が発生するので(石田の表現によれば「宣言主義」的理解)「無権利の法理」が適用されるが、その後に行われる遺産分割は、共同相続人間で行われる意思に基づく権利の移転なので(「移転主義」的理解)不完全物権変動説と「対抗の法理」が妥当する、というのが立法者の説明である。しかし、遺産分割が意思に基づく権利移転である以上、遺産分割による権利移転のすべてが「対抗の法理」に服するはずであり、法定相続分を超える部分についてだけ「対抗の法理」が適用されるとする改正法の二分論は、理論的に正当化できない(注22)。

かくして石田は、改正案の立場に全面的に反対し、「物権変動」要件に関する無制限説の下では、遺言相続のみならず法定相続もまた177条の対抗要件主義に服するとしたうえで、法定相続の場合に関しては、以下の三つの時期に分けた、本人の登記に関する期待可能性と、第三者の要保護性の、相関的考慮を行うべき旨を主張する(注23)。

- ① 相続開始後-熟慮期間経過前 この時点では、相続人には登記の期待可能性がない一方、第三者には登記の欠缺を主張する「正当の利益」がない。
- ② 熟慮期間経過後-遺産分割前 この期間においても、相続人に対して登記経由を期待することには酷な面もあるので、実際の権利

変動に関して悪意・過失の第三者を排除すべきである。

- ③ 遺産分割後 遺産分割による権利取得者が登記を経由しないことに帰責性が認められるので、権利取得全部について対抗することができない。ただし、背信的悪意者排除論において、法定相続分の限りで対抗可能とする余地もありうる。

なお、「相続させる」旨の遺言に関しては、相続開始時より③の規律に服する。

(5) 田高寛貴

田高寛貴は、遺言による物権変動の対処方法については、①「177条適用」、②「177条限定的適用」、③「177条不適用＝無権利構成」という三つの方法が考えられるとして、各方法に関して順次検討を加える。

- ① 177条適用 改正法の立法者の依拠する意思表示制限説は、意思表示に関与した者については、登記懈怠の帰責性を理由に対抗不能の制裁を課すことは妥当視されるが、遺言相続による権利取得者については「登記をしようと思えばできた」とまではいえない。また、前記(4)石田剛の所論のように、177条の適用を肯定したうえで、第三者の「正当の利益」判断で調整を図る方法も、「問題解決のための筋道を不透明なものにしてしまうおそれがある。のみならず、例外の拡大は登記制度自体を不安定なものにしかねない」(注24)。
- ② 177条限定適用 また、「取得時効と登記」における類型説と同様、「遺言による物権の取得者が実際に登記をなした場合は認定し、177条の適用範囲を画する方法」についても、「多様な背景事情を抱える遺言の事例においては、取得時効の場合以上に、明確な類型化が可能となるかは甚だ疑問である」(注25)。
- ③ 177条不適用＝無権利の法理＋表見法理 田高が賛成するのは、「遺言の物権変動を無権利の法理で把握し、第三者保護の要請には表見法理で対処する」方法であるが、その理由は、以下のようなものである。「遺言の受

益者と第三者との関係を、取引関係に入った者同士のような対等な競合関係にあるものとして扱うのは妥当とは思われない。そうであるならば、遺言者の意思を尊重すべきことへの要請や、遺言の受益者における事情、そして登記を信じて取引した者の要保護性とを総合考慮して優劣を決するべきであり、そのための道具立てとしては94条2項類推適用が適切なものといえる」(注26)。

- (注12) 伊藤栄寿「民法の相続関係規定の見直しと不動産登記(特集・不動産登記制度の現状と課題)」ジュリスト1502号(2017年)56頁
- (注13) 伊藤・前掲(注12)57頁。
- (注14) 松尾知子①「遺言制度に迫る危機——民法(相続関係)等の改正に関する中間試案を契機として」関西大学法学論集67巻1号(2017年)184頁。なお、松尾知子②「『相続と登記』の解釈論の限界と登記制度の再検討の必要性」本誌109号(2018年)11頁も参照
- (注15) 松尾・前掲(注14)①187頁。
- (注16) 松尾・前掲(注14)①189頁、②15頁～16頁
- (注17) 松尾・前掲(注14)①192頁、②16頁～17頁
- (注18) 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130号(2017年)310頁～313頁。
- (注19) 良永・前掲(注18)315頁。
- (注20) 良永・前掲(注18)316頁～317頁。
- (注21) 石田剛①「不動産登記の多様な役割と民法理論——相続と登記の問題を素材に(小特集・不動産登記の未来)」法律時報89巻9号(2017年)66頁～68頁、石田剛②「『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『21世紀民事法学の挑戦(上)』(信山社、2018年)486頁、501頁～502頁。
- (注22) 石田・前掲(注21)①66頁、②502頁～503頁
- (注23) 石田・前掲(注21)②507頁～511頁。
- (注24) 田高寛貴「遺言と登記をめぐる相続法改正の課題(特集・相続法の分析と構築)」法律時報89巻11号(2017年)41頁。
- (注25) 田高・前掲(注24)42頁。
- (注26) 田高・前掲(注24)42頁。

4 私見

改正法の立法者も、批評者も、法定相続・遺言相続による権利変動に対抗要件主義を適用すべき

か否かを検討する際、以下の利害関係人間の実質的利益衡量を行っている（被相続人＝遺言者をA、共同相続人B・Cのうち遺言による権利取得者をB、被相続人＝遺言者Aの債権者をD、法定相続による権利取得者Cの権利者（法定相続分の取得者や差押債権者）をE、遺言による権利取得者Bの権利者をFとする）。

- ① 遺言による権利取得者B 遺言者Aの意思を最大限に尊重すべきとする見解は、対抗要件主義は取引法を対象とする規律であるとして、相続（法定相続・遺言相続）による権利変動への適用を否定したうえで、相続による権利変動の間では、遺言による権利取得者B（およびBの権利者F？）の、他の法定相続人C並びに相続債権者Dあるいは法定相続人Cの権利者Eに対する優越を説く。
- ② 法定相続人C これに対して、法定相続を遺言相続より優先させる見解は、対抗要件主義の適用範囲に関する意思表示制限説を前提に、遺言による権利取得者Bに対して登記懈怠の帰責性を認定して、遺言相続（A→B）についてのみ対抗要件主義を適用する（これに対して、②A→B・Cの法定相続に関しては対抗要件主義を適用しない）。
- ③ 相続債権者D 改正法の立法者は、上記②の法定相続優先主義に加えて、相続債権者Dについても、法定相続（A→B・C）による権利取得に対する信頼保護を理由に、法定相続人Cの相続分の限りで、対抗要件主義を適用する（なお、法定相続分に関する信頼保護の要請は、法定相続人Cの権利者Eに対しても同様に成り立つであろう。これに対して、上記①で遺言相続の優越を説く見解は、遺言による権利取得者Bの権利者Fについても、遺言相続があるとの信頼の保護を主張することになる）。

(1) 家族法上の権利変動除外説

以上の諸説のうち、対抗要件主義は取引法に関する規律であるとの理由で、相続（法定相続・遺言相続）による権利変動への不適用を説く見解は、古典的な財産法・家族法（身分法）の峻別論を想

起させるが、では、同説の論者は、「財産分与と登記」に関しても、家族法秩序の優越を説いて、対抗要件主義不適用を主張するであろうか。ここでは、「財産権を目的としない行為については、適用しない」旨の明文規定をもつ詐害行為取消権につき（民法424条2項）、財産分与に関しては、不相当に過大な部分は財産分与に仮託してされた財産処分であるとして詐害行為取消しの対象とする（注27）一方、遺産分割協議は、財産権を目的とする法律行為であるとして、その全部を詐害行為取消しの対象とする（注28）判例理論との整合性も問題となる。

(2) 意思表示制限説

対抗要件主義の規律の限界の論点は、比較法並びに立法沿革の観点からすれば、改正法の立法者の依拠する意思表示制限説との関係で検討されるべきものである。

(A) フランス法

日本の対抗要件主義は、フランス法の継受といわれるが、しかし、契約証書・裁判証書の公示制度を採用するフランス法において、対抗不能の制裁を課されるのは、契約証書の公示を懈怠した者だけであった（わが民法177条の登記なくして対抗できない「物権変動」要件に関する「意思表示」制限説よりもさらに狭い「契約」制限説）。公示の対象は、その後、相続・遺贈に関する公証人の確認証書にも拡大されたが、対抗不能の制裁を課す旨の規定は、法定相続および包括遺贈に関しては設けられていない。時効取得の判決証書についても同様である（注29）。

このように、フランスの対抗要件主義は、契約に基づく権利変動につき公示の懈怠に対して制裁を課す制度であることから、この規律を契約以外の原因に基づく権利変動に拡張・転用するためには、特別の明文規定を必要とし、明文がない場合の第三者の保護に関しては、表見所有者からの取得者に関する判例法理（わが国の民法94条2項類推適用法理に相当する）が用いられる（注30）。

この点との関係で、物権変動に関する比較法研究の第一人者である良永和隆が、意思表示制限説を前提に立法された899条の2の下では「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」との危惧を抱くのは（前記3(3)参照）当然である。しかし、「対抗要件主義」の用語の意味内容を、母法フランス法に忠実に理解するのであれば、この制度は、所詮はその程度の射程距離しか有していないと諦めて、契約以外の物権変動（相続や時効取得）における第三者の保護は、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に頼らざるを得ないと解するのが、制度の沿革に忠実な解釈ともいえる。

(B) 現行日本法

もっとも、良永も述べるように「日本の民法177条は、フランス民法とは異なり、二重譲渡に限定した規定がされているわけではない」。現行民法典の起草者は、177条の「物権変動」要件・「第三者」要件のいずれに関しても無制限説に立ち、すべての物権変動は（財産行為による変動と身分行為による変動とを問わず、また意思表示による変動と意思表示以外の原因による変動とを問わず）、登記をしなければ、すべての第三者に対して対抗できない旨を規定することで、公示の要請を貫徹させようとした。

この試みは、明治41年の二つの民事連合部判決により、「第三者」要件に関しては「正当の利益」制限説への変更が加えられたものの、「物権変動」要件に関しては維持されている。一方、改正法の立法者の指摘する、権利取得者の登記欠如に関する帰責性は、意思表示に基づかない権利変動についても認定される余地があるので、帰責性の問題から直ちに意思表示制限説が導かれるわけではない。この点において、明治41年民事連合部判決の立場を支持して改正法に反対する石田剛の所論（前記3(4)参照）には説得力がある。

(3) 「対抗の法理」「無権利の法理」

一方、改正法の立法者が、対抗要件主義の範囲を画する基準として、意思表示制限説と共に依拠していた、「対抗の法理」「無権利の法理」の振り分け論や不完全物権変動説は、「第三者」要件に関する「正当の利益」制限説の派生理論として、大正末期以降に形成された比較的新奇な判例法理

であって、その意味するところは要するに、A→B、A→Cの物権変動につき、Bの帰責性とCの信頼の程度を比較衡量した結果として、対抗要件主義を適用して登記の先後で決するのが妥当との結論を得た場合には、A→Bの第1物権変動は不完全物権変動であるからAは完全な無権利者ではなく、したがってCは権利者からの取得者であるから「正当の利益」を有する第三者であるといい、Bを保護すべきと判断した場合には、A→Bの権利変動の結果Aは完全な無権利者になっているから、無権利者Aからの取得者Cもまた無権利者であるので「正当の利益」を有する第三者ではないと述べているだけの、単なる後付けのレトリックにすぎない。

(4) 「帰責性」と「信頼」

(A) 対抗要件主義の構造論・効果論

意思表示に基づく権利変動であれ、意思表示以外の原因による権利変動であれ、A→Bの権利変動の結果Aは完全な無権利者となっており、したがって無権利者となったAからの取得者Cもまた権利を取得できないのが本則である。対抗要件主義は、その例外として、A→Bの登記欠如についてのBの帰責性とCの信頼の2点を要件として、A→Bの権利変動の否定の主張（=Aが依然として権利者であるとの主張）をCに認めることで、Aの無権利の瑕疵を治癒してCの権利取得を認める制度である。すなわち、対抗要件主義もまた、民法94条2項類推適用法理と全く同様、「無権利の法理」に対する例外規定（無権利者からの取得者保護法理の一つ）であり、真の権利者の帰責性と第三者の信頼とを要件とする権利外観法理（表見法理）の一種である。

(B) 対抗要件主義の要件論

ただ、民法94条2項類推適用法理の場合の帰責性並びに信頼の対象が、Aの不実の登記それ自体に対する真の権利者Bの作出ないし放置・容認であり第三者Cの信頼であるのに対して、対抗要件主義にあっては、Aの不実の登記の発生原因がA→Bの権利変動の登記の懈怠の場合に限定される。その意味において、対抗要件主義は、民法94条2項類推適用法理の、いわば特則のごとき規律であ

。では、一般規定である民法94条2項類推適用法に頼らず、特則である対抗要件主義を援用するリットは奈辺にあるか。それは、帰責性並びに頼の定型化による証明の負担軽減にある。

(a) 「帰責性」要件

① 帰責性の定型的な認定 改正法の立法者が依拠する意思表示制限説の前提には、権利取得に自ら関与した者については、権利変動に関する認識を有するがゆえに、登記をしないことにつき帰責性が認められるとの定型的な評価が控えている。自身が直接関与している遺産分割については対抗要件主義を適用し、他の共同相続人が行った相続放棄の結果生ずる権利取得については対抗要件主義を適用しない判例理論も、権利取得に関する直接関与の有無から、帰責性の有無を定型的に判断した結果といえる。この点との関係でいえば、遺言による権利取得も、権利取得者が関与しない取得形態に属するから、帰責性を定型的に認定できる権利変動原因には該当しない。

② 帰責性の個別具体的な認定 しかし、遺言の内容や相続放棄の事実を知った後は、登記することが可能であったのに、これを怠ったという帰責性を、個別具体的なレベルで認定することができる。一方、法定相続に関しても、石田剛が区分していたような、①相続開始後－熟慮期間経過前、②熟慮期間経過後－遺産分割前、③遺産分割後の各段階における、帰責性の程度の増大を個別具体的に認定しうる。

(b) 「信頼」要件

他方、「第三者」要件に関して従来の学説に第三者の①客観的要件・②主観的要件の区分にいても、①定型的な信頼・②個別具体的な信頼言い換えることができる。

① 信頼の定型的な認定 明治41年「第三者」制限民事連合部判決が、「正当ノ利益」の語を「正当ノ権原」と言い換えていたことから知られるように、第三者の信頼は、第1次的には、彼が取得した「権原」の客観的性質

から定型的に認定される。なお、取得権原の種類については争いがあるものの、A→Bの権利変動の共通前主Aとの間の権原(A→C)であること、それ自体(A→Bの権利変動の結果生じたAの無権利の瑕疵以外)有効な権原であることについては、全く異論がない(注31)。

② 信頼の個別具体的な認定 だが、第三者Cが「信頼」要件を定型的に充足するタイプの権原を有していたとしても、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)制度である以上、A→Bの権利変動について悪意のCは、対抗要件主義による保護の対象外の者である。

この者の処遇に関しては、④登記による画一的処理の要請を最優先させ、登記の欠如から一律に第三者の善意を擬制する考え方もあるが(善意悪意不問説)、⑤判例は、悪意+信義則違反の者だけを保護の対象外としている(背信的悪意者排除説)。⑥だが、これに対しては、登記の欠如による善意の推定を、単純悪意の反対証明をもって覆滅できるとする見解も有力であり(悪意者排除説)、一方、①説と③説の間で揺れ動いていたフランスでは、2016年債権法改正で、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(1198条2項)。

(5) 対抗要件主義の一般規定に関する私案

上記のように、従来の判例・学説並びに改正法の立法者は、対抗要件主義が適用されるための判断基準として、①真の権利者(先行する権利取得者)の登記の欠如についての定型のおよび個別具体的な「帰責性」と、②第三者の定型のおよび個別具体的な「信頼」を問題としている。そうであるならば、他の無権利者からの取得者保護法理の一般的要件と同様、①・②の2点を、対抗要件主義が適用されるための要件として端的に承認すべきである。

一方、改正法の立法者の依拠する意思表示制限説や、一部学説の主張する相続による物権変動除

外説も、登記の欠如に関する定型的な「帰責性」の問題として理解すれば足りるから、民法177条の登記がなければ対抗できない「物権変動」の種類そのものに関しては、制限を設ける必要はない（石田剛の変動原因無制限説に賛成。ただし、本人側の帰責性をも第三者の「正当の利益」要件の中でとらえる石田説は「対抗の法理」「無権利の法理」の呪縛から脱却できていない。本人側のいま一つの要件である「登記をしなければ」要件の問題として理解すべきものとする）。改正法が177条の一般規定とは別個に899条の2を新設した狙いが、「相続させる」旨の遺言に関する判例の立場を、立法をもって疑念の余地なく変更しようとした点にあったことは理解できるが、しかし、このような立法は、およそ明文化されていない物権変動については対抗要件主義の適用はないとする解釈と結びつく。

この点との関係で、私見は、民法177条の一般規定の側を、①帰責性と②信頼の二つが要件であることが明確な体裁に改めるべきと考えている。たとえば以下のような内容の条文である。

- 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16年法律第123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。
- 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。

(注27) 最（一小）判平12・3・9民集54巻3号1013頁。

(注28) 最（二小）判平11・6・11民集53巻5号898頁。

(注29) フランスの公示・対抗要件制度の適用対象に関しては、今村与一『意思主義をめぐる

法的思索』（勁草書房、2018年）189頁以下と、同書掲記の諸論稿参照。

(注30) フランスの表見所有権理論については、中山布紗「無権利者からの不動産の権利取得を承認する法理としてのフランス表見所有権理論とフランス民法典1321条後段の趣旨」立命館法学363=364号（2016年）506頁参照。

(注31) 要件事実論という「対抗要件の抗弁」「対抗要件具備による所有権喪失の抗弁」は、原告Bが自己の所有権を基礎づける事実としてA→Bの所有権取得原因を主張・立証した場合に、被告Cが、Aのもと所有については争わず（権利自白）、自己も共通前主Aから所有権を取得した旨の原因事実を主張・立証することによって成立する（司法研修所編『新問題研究・要件事実』（法曹会、2015年）69頁以下、78頁以下）。すなわち、第三者Cは、共通前主Aとの間で両立し得ない権利に関する取得権原を有する者に限定される。

5 おわりに

筆者の見解は、多田利隆「消極的公示主義」構成（対抗要件主義を、商業登記や夫婦財産登記の効力と同様、過去の時代の公簿が有していた公信力の二つの側面（積極的信頼保護と消極的信頼保護）のうち消極的信頼保護（消極的公信（公示）効果）の部分継受・立法化したものと解する立場）と、結論的にはほぼ同一である。なお、多田教授は、筆者の報告に対するコメントの際、「物権変動」要件に関する意思表示制限説から、無制限説への改説の可能性を示唆された。この点に関しては、教授の続稿を待ちたい（注32）。

(注32) 本稿の校正時に、多田利隆「民法177条の適用範囲について——消極的公示主義構成からのアプローチ」近江幸治先生古稀記念論文集『社会の発展と民法学〔上巻〕』（成文堂、2019年）277頁に接した。学会の折に予告されたとおり、物権変動原因無制限説への改説が宣言されている（310頁～311頁）。なお、同論文は、その後、多田利隆『対抗の法理と信頼保護の法理』（成文堂、2019年）151頁に収録された。