

## 遺贈と登記

七戸, 克彦  
慶應義塾大学法学部 : 助教授

<https://hdl.handle.net/2324/6196>

---

出版情報 : 新・不動産登記講座. 2 (総論2), pp.94-121, 1998-05-15. 日本評論社  
バージョン :  
権利関係 :

●  
第5講

遺贈と登記

●  
七戸克彦  
●

## 1 問題の所在

遺贈は、遺言によってなされる、遺産の全部または一部に関する無償または負担付の譲与行為であって、包括名義の遺贈（包括遺贈）と特定名義の遺贈（特定遺贈）とに分かれる（民964条本文）。このうち、包括遺贈とは、遺産の全部あるいは何分の一を与えるというように、遺産の全部または割合で示された一部の遺贈をいう。他方、特定遺贈とは、遺産中の特定の財産の遺贈をいうが、これはさらに、目的物が特定物の場合（特定物遺贈）と、金銭あるいは種類物の場合（不特定物遺贈）とに分かれる。

右遺贈と登記との関係という場合、従来より論じられてきた争点は、次の二つの側面に大別される。その一は、実体法上の論点、すなわち、遺贈による不動産物権変動は登記なくして第三者に対抗できないのか否か、という問題である。その二は、登記手続法上の問題、すなわち、遺贈を原因とする権利移転に関する登記手続はいかなる形で行われるべきか、という論点である。

紙幅の関係上、以下では、このうちの前者の問題につき考察を加えること<sup>(1)</sup>としたい。

## 2 遺贈による物権変動時期

周知のごとく、売買等の通常的意思表示に基づく不動産物権変動に関しては、民法176条の意思主義と民法177条の対抗要件主義の関係をどのように捉えるかにつき争いがみられ、この点に関しては、176条の規定の解釈（同条にいう「意思表示」は物権的意思表示か債権的意思表示か、あるいは、そこで生ずる物権変動は完全か不完全か、さらには、物権変動時期はいつか）が、前提問題として控えていた。

これに対して、相続による物権変動に関しては、相続人が相続開始時にお

いて被相続人の財産法的地位を当然に承継することから（民896条）、相続による物権変動は相続開始時に即時完全に発生すると、一般には考えられているようである。

では、遺贈に関してはどうかであろうか。従来の判例・学説は、(1)包括遺贈に関しては、これを相続と同様に理解し、(2)特定遺贈に関しては、通常の意味表示による物権変動と同様に理解してきた。以下、この点を分説する。

### (1) 包括遺贈

判例および学説によれば、包括受遺者は、遺言の効力が発生すると同時に、遺贈の目的物とされた遺産の全部または一部につき当然に権利を取得するとされ、その根拠は、包括遺贈における受遺者については相続人と同一の権利義務を有するとする民法990条の規定に求められている<sup>(2)</sup>。

しかしながら、包括遺贈による物権変動の効力が、相続におけると同様、即時完全に発生するとすれば、遺贈の結果、相続人側にはもはや何らの権利も残されていないということになり、いわゆる「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」の峻別という伝統的理論に立脚する限り、相続人からの取得者は無権利者からの取得者であって177条の「第三者」に該当しないことになってしまう。だが、次にみる特定遺贈の問題と異なり、包括遺贈に関する学説は、この点をあまり論じていない。

### (2) 特定遺贈

#### (ア) 特定物遺贈

上記包括遺贈に対して、特定遺贈のうちでも、特定物遺贈に関しては、判例・学説上、176条におけると同様の争いが存在する。

#### (a) 物権的効力説

これは、物権の移転等をはじめとする遺言者の権利義務ないし法的地位の承継は、遺贈の効力が発生した時（民985条）に、当事者間においても第三者との関係においてもただちに発生すると解する見解であり、明治民法典の起草者<sup>(3)</sup>、および、判例・多数説<sup>(4)</sup>の立場である。右見解は、176条に関するい<sup>(5)</sup>

いわゆる独自性否定一契約時移転説（売買等の意思表示段階における物権の即時完全移転）を前提とし、右一般原則は、同じ意思表示（ここでは単独行為）による物権変動たる特定遺贈の場合にもそのまま妥当すると考える<sup>(6)</sup>。

もっとも、ここで、176条の解釈論において同じく独自性否定説に立ったとしても、物権変動時期に関して、契約時移転説をとらず、代金支払い・引渡し・登記時移転説に立った場合には、「相続人から受遺者へのあらためての物権移転行為は必要ではないが、受遺者への移転登記または引渡がなされたときに物権が移転する、という説がとられることになりそうである」との指摘がなされていることには留意したい<sup>(7)</sup>。

#### (b) 債権的効力説

これに対して、遺言者の死亡時においては、受遺者は遺贈に基づく物権移転請求権という債権を取得するにすぎず、相続人または遺言執行者が右遺贈義務を履行することによってはじめて物権を取得することになるとする見解が、物権行為の独自性肯定説を前提に、かつては有力に主張されたことがあった<sup>(8)</sup>。その論拠は、①民法中に「遺贈義務者」（987条・991条・993条1項等）、遺贈の「弁済期」（991条）、「遺贈の履行」（992条）等の文言が認められること、②限定承認・財産分離に関する規定（931条・947条・950条）が、相続人は相続債権者に弁済した後でなければ受遺者に弁済できないとしていることは、相続開始によって相続財産がいったん相続人に帰属した後、相続人が遺贈の義務を履行することによって、遺贈の効力発生時に遡及して受遺者が遺贈の目的物を取得する、という構成をとっていると考えられること、③物権的効力説によると、受遺者が相続債権者に優先して財産上の利益を受けることとなり、相続債権者を害する目的でなされる遺贈を防止しようとする民法の規定の趣旨を没却する結果となること、④物権的効力説に立つ判例が、かつて、特定物の受遺者は登記なくして相続人からの譲受人に対抗できるとの結論をとっていたことから、右結論は取引の安全を害すること、に求められていた<sup>(9)</sup>。

#### (c) なしとすしの移転説

以上の物権的効力説・債権的効力説の対立に対して、鈴木祿彌教授は、右

議論の実益を疑問視され、「売買契約が締結されてから、その履行（引渡・登記・代金支払）が完了するまでの間と、遺言者が死亡してから遺贈に基づく義務が完全に履行されるまでの間とは、目的物の帰属に関しては浮動の状態がつづいているのであり、売主ないし相続人も、買主ないし受遺者も完全には所有権をもっていないが、それを全然もっていないともいえない。この浮動状態の間は、当事者の間では債権的権利義務が、『第三者』に対する関係では対抗要件が、ものをいう」とされる。<sup>(11)</sup>

#### (d) 検討

まず、物権的効力説と債権的効力説の古典的対立について。上記債権的効力説の主張のうち、④の点から述べるならば、その後の判例は登記不要説から登記必要説へと変更されている。<sup>(12)</sup>同様に、③の点に関しても、今日の学説は登記必要説に立つものようであり、したがって、これらの点に関して、物権的効力説と債権的効力説の対立は——少なくとも結論上は——顕在化しない。他方、①②の批判は、物権行為の独自性否定説に対して向けられた批判——独自性否定説は民法555条が売買契約の効果として財産権移転義務が発生すると規定している点と矛盾する——と、類似のもののように見受けられる。この点につき、独自性否定説は、右移転義務とは、不特定物売買・他人物売買等に限って生ずるものであるとし、あるいは、それは所有権移転義務ではなくして、目的物引渡義務・登記義務といった具体的な履行義務のことを指すと主張しており、右と同様の反論がここでも成り立ちうるであろう。<sup>(14)</sup>

もっとも、なしくずし的移転説が批判するように、遺贈の効力が物権的か債権的かをまず決定し、そこから、遺贈による権利義務ないし法的地位の承継に関わる種々の問題に対する結論を一律に演繹するという従前の学説の手法は、いささか形式論理にすぎる。しかし、だからといって、物権がなしくずし的に移転すると説明すれば、妥当な解決が図られるというわけでもない。たとえば、なしくずし的移転説は、当事者間の紛争に関して、物権変動のプロセス中における所有権確認は訴えの利益がないとする。<sup>(15)</sup>あるいは、対第三者関係を一律に登記で決するこの見解は、不法占拠者等に対する物権的請求

権の行使についても登記を要件としていることになる。これらの結論は、具体的妥当性の見地だけからみても問題があろう。かかる結論をとってまで、所有権絶対の原則に逆らって、物権のなしくずし的・段階的移転を主張するメリットは存在するのであろうか。176条につき契約時移転説を前提とし、単独行為たる遺贈に関してもその理は基本的に変わることはないとして（物権的効力説）、そのうえに、問題となっている具体的な法律関係ごとに（ここでは遺贈の特質）具体的な修正法理を積み上げれば足りるのではあるまいか。<sup>(16)</sup>

#### (イ) 不特定物遺贈

以上の特定物遺贈に対して、不特定物遺贈（たとえば「山林100ヘクタール中10ヘクタールを遺贈する」旨の遺言の場合）に関しては、遺言者の死亡により遺言の効力が発生しても、相続人または遺言執行者により目的物の特定がなされる前の段階では、いまだ所有権移転効果は発生していないとする点については、判例・学説上さしあたり異論がない。<sup>(17)</sup>

問題は、特定がなされた後の物権の帰属関係であるが、上記(イ)特定物遺贈に関する議論より推断する限り、176条に関する契約時移転説を前提とするならば、特定段階で物権的効力が生ずるのに対して、代金支払い・引渡し・登記時移転説、債権的効力説、なしくずし的移転説によれば、受遺者は登記等を具備した時点においてはじめて完全な物権者となる、という結論が導かれることになろう。

### 3 遺贈の登記の対抗力

民法177条が適用されるための要件は、(i)登記なくして対抗できない「物権ノ得喪及ヒ変更〔＝物権変動〕」であること、(ii)登記なくして対抗できない「第三者」であることの二つである。売買・贈与等の通常的意思表示に基づく物権変動が、(i)登記なくして対抗できない「物権変動」であること、あるいは、これらの変動原因による取得が(ii)登記なくして対抗できない「第三

者」の客観的範囲に属することに関してはまったく争いが無い。この点は、遺贈と類似するところの、死因贈与に関しても同様である。

一方、相続に関して、判例は、(i)の問題に関しては、①生前相続と登記については登記必要説<sup>(18)</sup>、②表見相続人からの譲受人との関係では登記不要説<sup>(19)</sup>、③相続介在型二重譲渡については登記必要説<sup>(20)</sup>、④共同相続と登記については登記不要説<sup>(21)</sup>、⑤相続放棄と登記に関しては登記不要説<sup>(22)</sup>、⑥遺産分割と登記については登記必要説<sup>(23)</sup>に立つ。他方、(ii)の問題に関しては、包括承継人たる相続人は、被相続人の地位を当然に承継するから、被相続人からの取得者との関係では「当事者」たる地位に立つとして、登記不要の結論がとられている<sup>(24)</sup>。

では、遺贈に関してはどうか。判例に登場した事案は、(1)遺言者Aからの受遺者Bの存在にもかかわらず、Aの相続人A'が遺贈の対象となった不動産を第三者Cに譲渡したような場合、Bは登記なくしてCに対抗できないのか（一般に「遺贈と登記」の問題といわれるものはこの事例である）、(2)Aの生前に当該不動産を取得したCは、登記なくして受遺者Bに対抗できないのか、の二つに分類される<sup>(25)</sup>。以下、その各々につき順次検討を行う。

## (1) 相続人からの取得者との関係

### (ア) 判例

明治41・12・15の二つの大審院連合部判決以降<sup>(26)</sup>、判例は、民法177条の二要件につき、(i)「物権変動」要件については無制限説をとりつつ、(ii)「第三者」要件で制限説に立って絞りをかけるという操作を行ってきた。したがって、右判例法理のもとでは、(i)遺贈による物権変動もまた177条にいう登記なくして対抗できない「物権変動」であるとの結論は動かせない。かかる前提において、遺贈による権利取得者が登記なくして相続人からの取得者に対抗しようとの結論を導こうとすれば、その論理構成は、177条のもう一方の要件たる(ii)「第三者」要件の欠落の側に求めるほかはない。ここで判例は、「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」の峻別法理に立脚して、遺贈による物権変動の結果、相続人は完全な無権利者となるから、右相続人からの取得者は177条の「第三者」に当たらず、受



遺者は登記なくして彼に対抗しうるとし（登記不要説）、あるいは、遺贈がなされた場合においても、相続人は完全な無権利者にはならないから、彼からの取得者も177条の「第三者」に該当する（登記必要説）、と説示してきた。

ところで、ここで問題となっている事例（狭義の「遺贈と登記」の事例）は、いわゆる相続介入型二重譲渡において、被相続人Aからの譲受人Bの取得原因が遺贈であった場合にほかならない。初期の判例は、相続介入型二重譲渡の事例一般につき、Bの権利取得の結果、相続人A'は完全な無権利者となるというべきであり、したがって、無権利者A'からの譲受人Cは177条の「第三者」に該当せず、Bは登記なくしてCに対抗できるとしており、この理は、Bの権利取得原因が遺贈の事例にも妥当した<sup>(27)</sup>。

しかし、大審院大正15・2・1連合部判決は、Bの取得原因が贈与のケースにつき、右の立場を改め、Bへの譲渡後もAは「所謂関係的所有権」を有しており、したがって、これを包括承継した相続人A'は無権利者とならないから、A'からの譲受人Cは177条の登記なくして対抗できない「第三者」に該当する、と判示するに至った<sup>(28)</sup>。

ところが、右連合部判決の後においても、Bの取得原因が遺贈および死因贈与の事例に関しては、判例の立場は依然として統一されず、Cは177条の「第三者」に当たるとする判例<sup>(29)</sup>、「第三者」に当たらないとする判例<sup>(30)</sup>、特定遺贈に関しては上記連合部判決の理論が成り立つが、包括遺贈に関しては無権利構成が成り立つとする判例<sup>(31)</sup>の分裂状態が続いたのである。

しかるに、戦後、最判昭和33・10・14は、Bの取得原因が贈与のケースに関して、上記大正15年判決を引用しながらも、「本件土地の元所有者亡Aが本件土地をBに贈与しても、その旨の登記手続き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A'から本件土地を買い受けその旨の登記を得たCは、民法177条にいわゆる第三者に該当する」と判示し、いわゆる不完全物権変動説を前提に登記必要説に立つ旨を判示するに至った<sup>(32)</sup>。そして、最判昭和39・3・6は、特定物遺贈のケースに関して、上記昭和33年判決を引用しつつ「不動産の所有者が右不動産を他人に贈与しても、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、所有者は全くの無権利者にはならないと解すべきところ、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」として、同様の不完全物権変動説に立って登記必要の結論を導くに至ったのである。右最高裁昭和39年判決の後、判例は、特定物遺贈のケースに関しては、登記必要説に確定したとみられている。<sup>(34)</sup>

では、包括遺贈に関してはどうかであろうか。包括遺贈を相続に近づけて考える見解に立てば、表見相続人による譲渡や「共同相続と登記」の事例において「無権利」構成をとり登記不要の結論を導く判例法理が、包括遺贈に関しても妥当するようにも思われる。最高裁判決において包括遺贈のケースはいまだ現われておらず、したがって、包括遺贈に関しては登記不要とする大審院判例は、依然として生きているとする見方もあるが<sup>(35)</sup>、しかしながら、下級審レベルでは登記必要説に立つ判例も現われており、また、上記昭和39年判決の射程距離は包括遺贈にまで及んでいるとする見解も存在する。<sup>(36)</sup><sup>(37)</sup>

#### (イ) 学説

一方、学説は、次の諸説に分かれる。

(a) 多数説は、遺贈もまた意思表示による物権変動の一種であることを理由に、登記必要説<sup>(38)</sup>に立つ。もっとも、その理論構成に関しては争いがみられ、この問題に関する判例の理論構成（177条の(i)「物権変動」原因につき無制限説をとる結果、この問題をもつば(ii)「第三者」要件に関する「無権利の法理」「対抗の法理」の適用問題として処理する）に反対し、物権変動原因制限説ないし対抗問題説<sup>(39)</sup>に立ちつつ登記を要求する見解もある。

(b) その一方、右多数説の登記必要の結論に対しては、遺贈と他の処分行為とを区別して、遺贈による物権変動は登記なくして第三者に対抗しうとする見解も有力に主張されている。その根拠としては、①相続人による譲渡<sup>(40)</sup>

が行われてしまうのは、相続開始後から遺言の執行がなされるまでにかかりの時間が経過してしまうことによるものであり、かかる現実を無視して登記必要説をとれば、遺言の効力ひいては遺言に関する民法の規定が空文化すること、②登記必要説によれば、受遺者の犠牲において相続人の債権者を保護する結果となること、③遺贈の効力発生時においては遺贈者（＝被相続人）はすでに死亡しているのであるから、もはや二重譲渡をなしうる能力を喪失しており、また、遺言者が遺言の後これと抵触する処分行為を行った場合には遺言は撤回されたものとみなされることから（民1023条2項）、結局、遺贈者（被相続人）には二重譲渡権限はまったく存在せず、したがって、「無権利の法理」を適用せざるをえないこと、④遺言の存在は第三者がこれを知りえないことが多いから、登記不要説に立てば取引安全を害する危険は大きい、しかし、このような結果は包括遺贈の場合には当然承認されなければならない、また遺言執行者がある場合の相続人の処分権喪失（民1013条）を第三者が知りえないのと同様、法はこれを許容していると考えられること、⑤受遺者は遺贈の事実を早く知りえないことが多く、したがって、遺贈の登記懈怠を非難することは不当であり、また、登記実務上、遺贈の仮登記が認められていないため、<sup>(41)</sup>登記により自己の権利を保全する方策もないこと、<sup>(42)</sup>が挙げられている。

(c) 右主張を受け、学説のなかには、基本的には上記(a)説に立ちつつも、遺贈の場合には、背信的悪意者排除説を緩和し、批判説のいう利益衡量を入れて、広く一般的に悪意の場合を177条の「第三者」から除外すべき旨を主張する見解が<sup>(43)</sup>現われた。

(d) 他方、相続人无権利構成（＝(b)説）の側にあっても、特定遺贈と包括遺贈とを分かち、特定遺贈に関しては(a)説と同様登記必要説に立つも、包括遺贈に関しては、包括受遺者を相続人と同視する民法990条を根拠に、表見相続人の事例等と同様、無権利構成に立って登記不要の結論を導く見解が<sup>(44)</sup>ある。

(e) また、同じく無権利構成（＝(b)説）をとる学説のなかには、権利外観法理ないし公信の原則たる民法94条2項あるいは32条1項但書を類推適用す

ることにより、相続人からの取得者が「善意（無過失）」の場合に限って保護する見解もある。<sup>(45)</sup>

(f) さらに、学説中には、包括遺贈につき、同じく無権利構成（＝(b)説）を前提としつつ、表見代理の成立を認めて、相続人からの取得者が「善意無過失」の場合に限って保護する見解も提示されている。<sup>(46)</sup>

#### (ウ) 検討

以上の判例・学説はいずれも、「無権利の法理」「対抗の法理」の峻別論に立ったうえで、遺贈による物権変動に関して、そのいずれが適用されるか、という形で論を進めている（「対抗の法理」適用説＝(a)説、その修正説＝(c)説、「無権利の法理」適用説＝(b)説、その修正説（ないし(a)説との折衷説）＝(d)説・(e)説・(f)説）。しかしながら、右「遺贈と登記」あるいは「相続と登記」における判例・学説の混迷からも看取されるように、具体的事案において「無権利の法理」「対抗の法理」のいずれが適用されるかの基準は、いずれの学説によっても結局不明瞭というほかはなく、その結果、右峻別論は事案の解決にとって有用な論理装置となっていない。

ところで、「無権利の法理」「対抗の法理」の峻別論は、二重譲渡の法的構成に関する権利の分割的帰属論（「対抗の法理」の適用事例においては、第一譲渡の後にも譲渡人には何らかの譲渡権限が残されているとする説。不完全物権変動説等）を前提としている。だが、上記のごとく、「無権利の法理」「対抗の法理」の峻別論の有用性に疑問があるにもかかわらず、これを導くために、通常的意思表示に関する契約時移転説ないし遺贈に関する物権的効力説をとりつつ、そこで移転した権利が「关系的」ないし「不完全」であるといった矛盾した説明をあえて行うメリットは、そもそも存在するのであろうか。

これに対して、二重譲渡の法的構成に関する学説中には、通常的意思表示の場合はもとより、あらゆる物権変動につき、第一取得の結果、原権利者は完全な無権利者となるとの前提のもとに、177条もまた、94条2項・32条1項但書等と同様の、無権利者からの取得者保護法理の一種であると説く見解がある（公信力説<sup>(47)</sup>・失権説<sup>(48)</sup>）。右見解に立った場合には、二重譲渡の法的構成につき、権利の分割的帰属論におけるがごとき、矛盾した説明をする必要

もない。また、判例・通説にいう「対抗の法理」ないし「公示の原則」もまた、「公信の原則」そのもの（公信力説）あるいはこれと同様の「無権利の法理」に対する例外規定（失権説）として位置づけられることから、判例・通説における「対抗の法理」と「無権利の法理」の峻別あるいは「公示の原則」と「公信の原則」の対置という、基準の曖昧な形式論理は、もはや成り立たなくなる。その一方において、この見解は、177条の二要件（登記なくして対抗できない(i)「物権変動」と(ii)「第三者」）を、権利外観法理ないし表見法理の一般的要件（(i)当事者〔第一取得者〕の「帰責性」と(ii)第三者〔第二取得者〕側の「信頼」）と同様の実質的基準に引き直す。すなわち、この見解によれば、(i)177条にいう登記なくして対抗できない「物権変動」とは、登記能力のある権利変動であって、かつ、登記欠缺につき第一取得者側に帰責性（登記義務違反）が認められるような物権変動をいい、(ii)登記なくして対抗できない「第三者」とは、同じく登記能力ある権利変動による取得者であって、かつ、原権利者の許に残存している登記を現実に信頼して行動した者（善意無過失）をいう、と理解される<sup>(49)</sup>。

ところで、近時の学説にあっては、「論議が『無権利の法理』か『対抗の法理』か」という抽象論のレベルではなく、『受遺者をどの程度保護すべきか』との利益衡量を主眼として展開されている<sup>(50)</sup>といわれる。あるいは、「この問題での決め手は……、遺贈があったことを知らない無償の譲受人たる受遺者と相続人から善意で遺贈目的物の有償譲渡を受けた譲受人のいずれを保護すべきか、という実質的利益衡量の問題であり、また、後者を優先させるとすればいかなる論理を組み立てるべきか、という法律構成の問題である<sup>(51)</sup>」とされる。「無権利の法理」「対抗の法理」等の形式論的・演繹的手法論から脱却して、まずは当該事案における実質的利益衡量を行い、そして、その後、これに適合的な論理構成を模索するという傾向は、「遺贈と登記」の問題に限らず、近時の物権変動論一般について認められる傾向である。だが、そうであるとすれば、「無権利の法理」「対抗の法理」峻別論に頼らず、177条の要件判断につき、(i)第一取得者の「帰責性」と(ii)第二取得者の「信頼」という当事者間の実質的利益衡量を直視した基準を前面に立てる上記学

説は、右近時の傾向に最も適合的なものといえるのではなかろうか。

では、公信力説・失権説に立った場合、この問題（とりわけ遺贈につき善意の受遺者と相続人からの善意の譲受人の紛争）は、どのように処理されるか。この事例との関係で問題となるのは、(i)「物権変動」要件に関する第一取得者（ここでは受遺者）の「帰責性」（登記義務違反）の側であるが、右学説に立っても、いやしくも法制度上登記の途が開かれている以上、これを怠った場合にはたとえ善意であったとしても過失が認められるとして、帰責性ありとする考え方と、登記不要説の主張（上記(i)(b)説⑤）と同様、帰責性なしとする考え方の二つがありえよう。<sup>(52)</sup> もっとも、公信力説および失権説の一部は、177条のもう一方の要件たる(ii)「第三者」につき善意無過失という絞りをかけていることから、(i)「物権変動」要件に関する帰責性については、包括遺贈・特定遺贈の別なく、これを比較的広く認めても、バランスが大きく崩れるということもなさそうである。いずれにせよ、公信力説・失権説をとった場合の結論は、上記学説中、「対抗の法理」「無権利の法理」単純適用説に対する修正説（=(c)説・(d)説・(e)説・(f)説）と、ほぼ同様のものになる。

## (2) 被相続人（遺贈者）からの取得者との関係

以上の受遺者—遺贈の効力発生後の取得者間の紛争事例に対して、遺贈の効力発生前の取得者、すなわち、Aが生前に当該不動産をCに譲渡したが、その後、Aが同一不動産をBに遺贈し、Aの死亡により遺贈の効力が発生したような場合、第一取得者Cは、登記がなければ第二取得者Bに対抗することができないか。判例・学説の多くは、この問題に関しては、いわゆる「当事者の法理」「第三者の法理」を前提に論を進める。すなわち、遺贈と相続の類似性を強調する見解によれば、受遺者Bは、AがCに対して有していた権利義務をそのまま承継するところの物権変動の「当事者」たる地位に立ち、したがって、Cは登記なくしてBに対抗しうる。これに対して、遺贈は通常の意味表示による物権変動と変わるところがないとする見解によれば、Bは、Cが登記なくして対抗できないところの「第三者」に当たるということになる。

## (ア) 判例

ところで、判例において争われた事案は、受遺者Bが同時に相続人でもあったケースであり、この場合における判例の考え方は、受遺者たる地位と相続人たる地位の資格融合の論点加わる結果、次の三通りに分かれる。すなわち、(a)受遺者は177条の「第三者」であるとの前提に立ち、かつ、この場合のBは右受遺者たる地位を主張しようとする立場、(b)受遺者は「第三者」であるが、この場合のBは相続人(=「当事者」)たる地位しか主張できないとする立場、(c)受遺者もまた「当事者」であり、したがって、受遺者・相続人のいずれの地位を主張しようとも、Cは登記なくしてBに対抗できるとする立場である。

かつて、大判大正4・11・2は、Cが家督相続人にして遺産相続人、Bが家督相続後の受贈者にして同じく遺産相続人であった事例において、Bは177条の「第三者」に当たる旨を判示していた(上記(a)説)<sup>(53)</sup>。

戦後、広島高判昭和35・3・31は、 $A \rightarrow C = \text{売買}$ 、 $A \rightarrow B = \text{生前贈与} \cdot \text{相続}$ のケースにつき上記(b)説に立ち<sup>(54)</sup>、また、最判昭和42・10・31は、 $A \cdot B$ らがその共有不動産をC・Dに二重売買した後、BがDよりこれを買受けた結果、売主たる地位と転得者たる地位を併有するに至った事案につき、Bは $A \cdot B \rightarrow C$ 間「売買契約の当事者というべきであるから、民法177条にいう『第三者』にあたらぬ」旨を判示した((b)説と同様の理論構成)<sup>(55)</sup>。

しかしながら、遺贈と相続の併有ケースに関しては、その後、最判昭和46・11・16( $A \rightarrow C = \text{贈与}$ 、 $A \rightarrow B = \text{遺贈} \cdot \text{相続}$ )<sup>(56)</sup>および最判昭和47・7・18( $A \rightarrow C = \text{家督相続}$ 、 $A \rightarrow B = \text{遺贈} \cdot \text{相続}$ )<sup>(57)</sup>が上記(a)説をとったところから、判例の立場は、(a)説に固まったかのように思われた。

ところが、その後、名古屋高判昭和51・8・9は、 $A \rightarrow C = \text{時効取得}$ 、 $A \rightarrow B = \text{遺贈} \cdot \text{相続}$ のケースにつき上記(c)説を採用するに至り、右判決の結果、今日の判例の立場は、再び不明というほかはなくなってしまった。<sup>(58)</sup>

## (イ) 学説

学説の多くは、この事例につき——「無権利の法理」「対抗の法理」の問題に関しては、判例と同様、後者の適用ケースであるとの前提のもとに——

上記(a)説に立つて、受遺者は177条の「第三者」に該当し、かつ、受遺者でもある相続人Bは単なる相続人ではないから、Bは右受遺者＝第三者たる地位の側を主張できるとしている。<sup>(59)</sup>

しかしながら、学説中には、上記(b)説ないし(c)説に立つて、「少くとも第二譲受人が贈与〔遺贈〕によって権利を取得した場合、相続人の地位を兼ねているときは『第三者』ではないと解すべきである」とする見解も存する。<sup>(60)</sup>

さらに、学説のなかには、(d)この事例もまた「無権利の法理」の適用されるケースであるとし、A→C間第一取得の結果、Aは完全に無権利者になるから、Aからの受遺者にして相続人であるBは、いずれの地位においても無権利者であるとして、「当事者の法理」の問題に立ち入るまでもなく、Cは登記なくしてBに対抗できる（ただし、94条2項・32条1項但書による保護の余地は存する）とする見解もある。<sup>(61)</sup>

#### (ウ) 検討

判例・学説の対立点は、①この事例が「対抗の法理」の適用事例か（上記(a)(b)(c)説）「無権利の法理」の適用事例か（上記(d)説）、②「対抗の法理」の適用事例であるとした場合、遺贈による取得者は177条の「第三者」か（(a)説）「当事者」か（(c)説）、③「第三者」たる地位と「当事者」たる地位は、資格併存の関係にあるか（(a)説）資格融合の関係にあるか（(b)説）の三点である。

このうち、①の問題に関しては、すでに上記(1)で触れたように、近時の学説は、区別の基準の曖昧な「対抗の法理」「無権利の法理」の形式論理に頼らず、当該事例における当事者間の実質的利益衡量の側を、177条の適用の可否を分ける決定的基準と捉えている。これを公信力説・失権説に引き直して言い換えるならば、(i)当事者（第一取得者。ここではC）の登記欠缺に関する「帰責性」の有無、および、(ii)第三者（第二取得者。ここではB）の「信頼」の有無が、177条の適用の可否を決する基準となっている。

まず、(i)の点についていえば、判例に現われた事例のうち、Cの取得原因が売買・贈与の場合に関しては、登記欠缺に関する帰責性は容易に認められよう。また、家督相続に関しては、周知のごとく、大審院明治41年相続登記



要求連合部判決がある。<sup>(63)</sup>問題は、時効取得のケースである。上記判例は、(i)「物権変動」原因無制限説に立ち、かつ、(ii)時効完成後の取得者は「第三者」であるとの判例理論を前提としているため、この場合のCを救済するため「当事者の法理」を援用したのであった。しかし、現実の登記可能性という観点に着眼する近時の学説によれば、<sup>(64)</sup>Cの時効取得は、そもそも177条にいう登記なくして対抗できない「物権変動」(=(i)「帰責性」のある物権変動)ではない、という形で、177条の適用が否定されることとなる。

一方、上記判例・学説の対立点②③は、公信力説・失権説によれば、(ii)第三者の「信頼」の問題として捉えられる。

このうち、②は、第三者の客観的範囲の問題——第三者の取得した権利ないし法的地位が、その客観的性質上177条の土俵に乗るか、という問題——であるが、上記(1)の論点において、遺贈もまた登記欠缺につき「帰責性」の生ずる種類の物権変動原因であるとされるならば、振り返って、受遺者は177条の「第三者」たる客観的資格(客観的「信頼」)を有するといえるであろう。

他方、③の資格併有の問題は、「相続の二面性」を強調する学説にあっては、被相続人たる地位と相続人固有の地位の併有という形で、通常の相続事例においても生じている事柄である。<sup>(65)</sup>しかるに、これを含めた当事者たる地位と承継人固有の地位の併有ケース一般につき、判例・学説は「当事者の法理」を単純に適用する。だが、右「当事者の法理」は、物権変動の当事者そのものについては成り立ちえても、その特定ないし包括承継人に対しては、機械的・形式的に当てはめることはできないのではあるまいか。すなわち、ここでは、当事者たる地位と承継人固有の地位のうち、後者がなにゆえ消失するかにつき、具体的利益衡量に立った実質的説明が必要となるはずのところ、判例・学説における「当事者の法理」の援用は、その実質的説明部分を省略して、承継人固有の地位消失という結論部分を述べただけのものにすぎない。

したがって、先の「無権利の法理」「対抗の法理」におけると同様、ここで問われるべきは、当事者たる地位と特定ないし包括承継人たる地位のうち、

後者の地位の消長を決する実質的基準であり、また、右実質的基準に適切な論理構成であるが、ここでは、無権代理人たる地位と本人たる地位の併有事例につき、判例が資格併存説に立ちつつ、利益衡量上不当と解される権利主張を、信義則によって排除していることが想起されてよい。<sup>(66)</sup>他方、売主たる地位と転得者たる地位の併有ケースに関しても、背信的悪意者排除論によって彼を「第三者」から除くべきとする学説が存在する。<sup>(67)</sup>すなわち、資格併有ケースにおける不当な権利主張は、「第三者」たる地位の喪失事由としての、主観的「信頼」の有無を問題とすることで排斥できる。なお、ここでは、右主観的「信頼」の具体的内容につき、背信的悪意者排除論をとるか悪意(過失)者排除論をとるかの問題があるが、後者の立場に従った場合には、結論は、上記(i)(d)説と同様のものとなろう。

## 4 結 語

以上を要するに、判例・通説の採用する「無権利の法理」「対抗の法理」の振り分けは、物権変動原因の性質・種類から論理必然的に決定されておらず、結局、判例・通説にいう「無権利の法理」の適用される事例とは、実質的にみて、まったくの無権利者と同様177条の適用を否定すべき事例ということの言い換えにすぎず、「対抗の法理」の適用される事例とは、売買・贈与等の典型的な意思表示による取得者と同様177条の適用を肯定すべき事例といっているだけの事柄である。他方、「当事者の法理」は、特定ないし包括承継人の併有する二つの法的地位のうち、その一方を強調しただけのものであって、承継人固有の法的地位がなにゆえ主張できなくなるのかに関する実質的な説明部分が省略されている。これに対して、近時の学説は、右「無権利の法理」「対抗の法理」ないし「当事者の法理」といった不明瞭な形式論理を捨て、具体的事例ごとの利益衡量に基づき177条の適用の可否を考えようとする傾向にあるが、右見解は、従前の判例・通説が暗黙のうちに前提としていた当事者間の実質的利益衡量を、(i)第一取得者側の「帰責性」と(ii)

第二取得者側の「信託」という形で、177条の二要件——登記なくして対抗できない(i)「物権変動」と(ii)「第三者」——の各々の判断要素として端的に明示する、公信力説・失権説の主張に限りなく近づく。そして、「遺贈と登記」の論点は、物権変動論全般につき生じている右傾向が、最も顕著に認められる領域の一つといえることができるだろう。

- (1) 遺贈の登記手続法上の問題に関しては、穂積重遠「特定遺贈ト登記」法学新報(中央大)29巻7号(1919年)60頁、鈴木健一「遺贈と登記」旧講座I273頁以下、幾代通「遺贈と登記」『不動産物権変動と登記』(一粒社、1986年)54頁以下(初出:中川善之助先生追悼『現代家族法大系5相続II遺産分割・遺言等』有斐閣、1979年)、野田愛子「遺贈の登記義務者」『家族法実務研究』(判例タイムズ社、1988年)425頁(初出:『相続法の基礎』青林書院、1977年)、品川孝次「遺言と登記手続」野田愛子・泉久雄編『家庭裁判所制度40周年記念 遺産分割・遺言215題』(判夕688号、1989年)353頁、谷口正人「遺贈と登記」前出『遺産分割・遺言215題』443頁、藤原勇喜「相続・遺贈に関する登記をめぐる諸問題(f)」登解25巻12号(1985年)34頁、同『相続・遺贈の登記』(テイハン、1994年)701頁以下、房村精一「公正証書遺言と登記をめぐる若干の問題について」登解35巻8号(1995年)6頁を参照されたい。
- (2) 高松高判昭和32・12・11下民集8巻12号2336頁(=後出注(36))。「包括受遺者は旧民法第1092条により遺産相続人と同一の権利義務を有するものであるから遺言書が効力を発生するとともに遺贈の目的物は直接受遺者に対し民法第176条の如く物権的に移転する」。鈴木健一・前出注(1)269頁、中川善之助・泉久雄『相続法〔第3版〕』(有斐閣・法律学全集、1988年)537頁、久貴忠彦「特定遺贈の効力」前出注(1)『遺産分割・遺言215題』351頁、加藤永一「遺言の効力」『遺言の判例と法理』(一粒社、1990年)129頁(初出:中川善之助教授還暦記念『家族法大系VII』有斐閣、1960年)、松坂佐一『民法提要(親族法・相続法)〔第4版〕』(有斐閣、1992年)326頁。
- (3) 第194回法典調査会における富井正章委員の説明(「遺言ハ即チ遺言者死亡ノ時ニ効力ヲ生ズルモノデアル遺贈ニアツテハ則チ其時ニ権利ガ受遺者ニ移ルノデアル特定物ヲ目的トスル遺贈デアレバ其時ニ所有権ガ受遺者ニ移ル……本案ニ於テモ既ニ物権ノ総則即チ第176条デアツタト思ヒマス第176条ノ

規定ニ依テ物權ハ当事者ノ意思ノミニ因リテ移ルトイフコトニナツテ居ル從テ遺贈ノ場合ニ於テモ其主義ヲ覆ス丈ケノ理由ハナイト思ヒマス」。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録7』（商事法務研究会・日本近代立法資料叢書(7)、1984年）706頁）。なお、梅謙次郎『民法要義卷之五相統編』（有斐閣、1913年、復刻版・1984年）323頁も同旨。

- (4) 大決大正3・8・3民録20輯26卷641頁（家督相続人から受遺者になされた移転登記抹消に対する抗告事件）、大判大正12・1・26民集2巻1号24頁（遺贈目的物に関する訴訟承継人は相続人か受遺者かが争われた事案。本件評釈：菊井維大・判民大正12年度5事件23頁）、東京控判昭和6・3・30評論20巻民法〔265〕863頁（遺言執行者がある場合に相続人が行った相続財産処分の有効性が争われた事案）、東京控判昭和11・10・31法学（東北大）6巻2号226頁（所有権確認並びに所有権移転登記抹消請求事件。事案の詳細不明）、東京控判昭和14・6・29新聞4472号8頁（遺贈の履行を求める訴訟の相手方は遺言執行者であって相続人ではない。本件評釈：福島四郎・銀行論叢34巻2号〔1940年〕690頁）、大判昭和15・2・13評論29巻民法〔144〕606頁・判決全集7輯16号544頁・新報582号29頁（遺贈の履行を求める訴訟の相手方は遺言執行者であって相続人ではない）、東京高判昭和23・3・26高民集1巻1号78頁（不特定物遺贈の効力発生時期。後出注(17)）、広島高岡山支決昭和52・7・8家月29巻11号90頁（物權的効力説に立つときには遺言の執行という観念を容れる余地がないが、遺贈の登記は共同申請であり、そこでは遺言の執行を必要とするから、遺言執行者の指定がない場合にはこれを選任すべきとする。遺贈の登記手続に関する単独申請説・共同申請説の争いについては、前出注(1)に掲げる文献参照）等。なお、判例は、債權遺贈に関しても同様に物權的効力説に立っている。大判大正5・11・8民録22輯30巻2078頁（本件評釈：中川善之助『民法・活きている判例』（日本評論社、1962年）182頁〔初出：法学セミナー34号（1959年）〕、佐藤隆夫『家族法判例百選〔初版〕』（別冊ジュリ12号、1967年）200頁、同『家族法判例百選〔新版〕』（別冊ジュリ40号、1973年）272頁）、東京控判昭和12・4・12新聞4137号14頁・法律評論26巻民法〔155〕524頁、大判昭和13・2・23民集17巻3号259頁（本件評釈：兼子一・判民昭和13年度17事件64頁）。
- (5) 柳川勝二『日本相続法註釈(下)』（巖松堂書店、1920年）390頁以下、川島武宜『民法(3)』（有斐閣全書、1951年）197頁以下、加藤一郎「遺言の効力と執行」法学セミナー24号（1958年）33頁、山本正憲・後出注(33)566頁、青

山道夫『改訂家族法論II』（法律文化社、1971年）377-378頁、阿部浩二・注釈(26)144頁、同・新注釈(28)179頁、加藤永一・前出注(2)132頁、中川＝泉・前出注(2)537頁以下、広中俊雄『物権法〔第2版増補〕』（青林書院、1987年）113頁、松坂・前出注(2)327頁等。

(6) 鈴木健一・前出注(1)269頁。

(7) 鈴木祿彌「特定物遺贈における物権変動の時期」『物権法の研究』（創文社、1976年）185頁（初出：民事研修51号〔1961年〕）。なお、大判大正1・9・24民録18輯21巻739頁は、負担付遺贈につき、「〔遺贈者A〕カ〔受贈者X〕ニ為セル遺贈ニ因リ係争不動産ノ所有権カXニ移転スルノ時期ハ該不動産上ノ負担タル約八千円ノ債務ノ弁済ニ因リ該不動産カ負担ナキニ到リタル時ニ在ルモノトス此確定事実ニ從フトキハ右移転時期ノ到来前ニ在テハ係争不動産ノ所有権ハ未タXニ移転セスAノ相続人ニ於テ承継スヘキ相続財産ニ属スルヲ以テAノ指定相続人タルYニ於テ之ヲXニ贈与スルノ契約ヲ結フコトハ不能ニアラス」と判示し、176条論にいわゆる有償性説に立つかのごときである。

(8) 川名兼四郎「遺贈ニ就キテ」法協27巻11号（1909年）1759頁、近藤英吉「遺贈に就て(2・完)」民商6巻2号（1937年）305頁以下、同『相続法(3・完)』（日本評論社・新法学全集、1937年）313頁、穂積重遠・後出注(27)359-360頁、同『相続法第2分冊』（岩波書店、1947年）412頁以下、福島・前出注(4)695頁以下、谷口知平「包括遺贈と特定遺贈」『家族法の研究(F)』（信山社、1991年）155頁（初出：大阪市大法学雑誌1巻1号〔1954年〕）、谷口知平・後出注(17)64頁。

(9) 後出注(27)掲記の判例参照。

(10) 以上の整理は、佐藤・前出注(4)『〔初版〕』200-201頁、同『〔新版〕』272-273頁、鈴木健一・前出注(1)269-270頁、阿部徹「特定遺贈の効力」山島正男＝泉久雄編『演習民法(相続)』（青林書院・新演習法律学講座(7)、1985年）284-285頁による。

(11) 鈴木祿彌・前出注(7)200-201頁、同『相続法講義〔改訂版〕』（創文社、1996年）122頁。

(12) 後出注(33)・(34)掲記の判例参照。

(13) 鈴木健一・前出注(1)270頁、広中・前出注(5)116頁、鈴木祿彌・前出注(7)194-196頁、佐藤義彦「特定遺贈の効力」森泉章＝半田正夫＝下森定＝田山輝明＝伊藤進＝中川高男編『民法基本論集第VII巻家族法』（法学書院、

1993年) 289頁以下。

- (14) 中川 = 泉・前出注(2)529-530頁。
- (15) 鈴木祿彌・最判昭和33・6・20民集12巻10号1585頁評釈『民法判例百選 I 総則・物権〔初版〕』(別冊ジュリ46号、1974年) 104頁。
- (16) 同旨、阿部徹・前出注(10)289頁。
- (17) 大判昭和11・6・9民集15巻12号1029頁(債権遺贈の事案。本件評釈：舟橋諄一・民商4巻6号〔1926年〕473頁、有泉亨・判民昭和11年度69事件259頁)、東京高判昭和23・3・26高民集1巻1号78頁(上告審判決。不動産遺贈の事案。本件評釈：谷口知平・民商25巻1号〔1949年〕58頁、来栖三郎 = 石村善助・判例研究2巻〔昭和23年度〕3号〔1949年〕139頁)。鈴木健一・前出注(1)269頁、中川 = 泉・前出注(2)537頁、久貴・前出注(2)351頁、加藤一郎・前出注(5)33頁、我妻榮 = 唄孝一『判例コンメンタールⅧ相続法』(日本評論社、1966年) 272頁。
- (18) 大連判明治41・12・15民録14輯29巻1301頁。
- (19) 大判大正3・12・1民録20輯1019頁。
- (20) 大連判大正15・2・1民集5巻1号44頁、最判昭和33・10・14民集12巻14号3111頁。
- (21) 最判昭和38・2・22民集17巻1号235頁。
- (22) 最判昭和42・1・20民集21巻1号16頁。
- (23) 最判昭和46・1・26民集25巻1号90頁。
- (24) 大判大正15・4・30民集5巻6号344頁、最判昭和50・10・24金法773号31頁。
- (25) その他、「遺贈と登記」関係の論点としては、(3)不動産特定遺贈の受遺者Bは、推定相続人廃除の審判前にその推定相続人A'の持分を差し押さえた債権者Cに登記なくして対抗できないか、また、(4)遺留分減殺請求権者Cは、受遺者(ないし受贈者)Bからの転得者Dに対して登記なくして対抗できないのか、という問題がある。いずれの事案に関しても、「取消と登記」「解除と登記」あるいは「遺産分割と登記」「相続放棄と登記」といった復帰的物権変動ないしは遡及効を有する物権変動との対比的考察が必要となろうが、このうちの(3)の問題に関して、大阪高判昭和59・3・21判タ527号109頁は、Cは「A'がAの死亡時にさかのぼって本件不動産につき何らの相続分権をも有しないこととなった結果、右差押えの対象たる権利が遡及的に消滅して実質的無権利者となった(推定相続分排除の遡及効については、法定解

- 除の遡及効に関する民法545条1項但書のように第三者との関係においてこれを制限する規定はおかれていないから、上記のように解するほかはない。)から、本件遺贈との関係で民法177条の『第三者』には該らないというべきである」としている。他方、(4)の問題に関して、最判昭和35・7・19民集14巻9号1779頁(本件評釈:福地陽子・神戸法学雑誌10巻1号〔1960年〕84頁、谷口知平・民商44巻2号〔1961年〕320頁、矢田貝三郎・法時33巻2号〔1961年〕92頁、高木多喜男『家族法判例百選〔初版〕』〔別冊ジュリ12号、1967年〕212頁、同『家族法判例百選〔新版〕』〔別冊ジュリ40号、1973年〕291頁)は、減殺の対象となる目的物が減殺請求後にDに譲渡された事案につき、CはDに登記なくして対抗できないとしている。
- (26) いわゆる相続登記要求連合部判決(前出注(18))、および、第三者制限連合部判決(民録14輯28巻1276頁)。もっとも、今日の判例はもはや変動原因無制限説をとっていないと評価する見解もある。
- (27) 大判明治44・12・15民録17輯29巻789頁、大判大正1・8・19民録18輯21巻733頁、大判大正1・9・24民録18輯21巻739頁(前出注(7))、大判大正10・6・29民録27輯19巻1291頁(本件評釈:穂積重遠『判例民法(大正10年度)』〔有斐閣、1923年〕〔111事件〕357頁)(前出注(8))。
- (28) 大連判大正15・2・1民集5巻1号44頁(「被相続人ハ譲渡ノ登記アサル結果甲〔B〕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〔C〕ニ対スル関係ニ於テハ依然所有者ニシテ所謂関係の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の所有権ヲ承継スルモノト謂フヘク從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經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故ニ乙ハ同一所有者カ同一不動産ヲ二重ニ売買シタル場合ニ於テ先ツ所有権取得ノ登記ヲ為シタル買主ト同一ノ地位ニ在ルモノニシテ甲ノ登記欠缺ヲ主張スヘキ正当ノ利益ヲ有スル第三者ニ該当スヘク乙カ甲ニ売渡シタル所有者ヨリ買受ケタルト其ノ相続人ヨリ買受タルトニ由リテ差異ヲ生スヘキモノニ非ス」)。
- (29) 朝鮮高等法院判昭和6・12・4司法協会雑誌11巻1号189頁・評論21巻民法〔380〕1274頁(朝鮮高等法院判大正13・10・3朝鮮高等法院判決録11輯163頁を引用。「関係的所有権」なる文言は用いられていない)、大判昭和

- 8・12・6新聞3666号10頁・評論22卷民法〔56〕154頁（大連判大正15・2・1〔前出注(28)〕を引用するが、しかし、「関係的所有権」なる表現は判決文には現われていない。なお、死因贈与のケースにつき、大判昭和13・9・28民集17巻20号1879頁（本件評釈：小石壽夫・民商9巻4号〔1939年〕655頁、折茂豊・判民昭和13年度116事件444頁）は、大連判大正15・2・1（前出注(28)）を引用しつつ「本件死因贈与ニ基ク不動産ノ讓渡契約ニ付テハ遺贈ニ関スル規定ニ従フト雖モ民法第177条ノ適用ニ付テハ此ノ場合ニ於テモ前示判例ト趣旨ヲ異ニス可キ法規ナキハ勿論法理アルコトナキカ故ニ」登記必要説に立った原審の判断を正当と判示している。
- (30) 大阪控判昭和6・12・23新聞3363号16頁・評論21卷民法〔129〕438頁（遺贈による所有権取得は登記なくして相続人の差押債権者に対抗しうるとする）、大判昭和10・8・21判決全集2輯21号15頁・法学（東北大）5巻2号350頁（「関係的所有権」理論あるいは包括遺贈と特定遺贈の区別に触れることなく、家督相続人A'の登記は「原因ヲ欠ク不法ノモノ」であって、右不法登記の名義人からの買主Cは、177条の「第三者」に該当しないのは「当院判例ノ示ス所ニシテ今之ヲ変更スルノ要アルヲ見ス」という）。
- (31) 大判昭和9・9・29判決全集1輯10号8頁・新聞3808号5頁・評論24卷民法〔40〕150頁（包括遺贈の場合においては、包括受遺者Bは相続人と同一の権利義務を承継することから、反面、相続人A'は「何等ノ権利義務ヲモ承継セス所謂関係的所有権ヲ有スヘキ筋合ニ非ルコト明瞭ナルヲ以テ」、A'からの譲受人Cは177条の「第三者」に該当せず、したがって、Bは登記なくしてCに対抗しうるとする）。その再上告事件に関する大判昭和13・2・26民集17巻3号275頁（本件評釈：中川善之助・民商8巻1号〔1938年〕149頁、近藤英吉・法学論叢（京大）39巻2号〔1938年〕346頁、岩田新・法学新報（中央大）48巻7号〔1938年〕167頁、川島武宜・判民昭和13年度18事件68頁）も、包括遺贈による物権変動は登記なくして対抗できるとの前提に立っているといわれる。
- (32) 最判昭和33・10・14民集12巻14号3111頁（本件評釈：遠藤浩・判例評論16号〔1959年〕14頁、福島四郎・民商40巻5号〔1959年〕778頁、井口牧郎・判解民昭和13年度111事件272頁）。
- (33) 最判昭和39・3・6民集18巻3号437頁（本件評釈：栗山忍・金法375号〔1964年〕17頁、同・判解民昭和39年度20事件69頁、林良平・判例評論72号〔1964年〕27頁、於保不二雄・民商51巻6号〔1965年〕922頁、甲斐道太郎・



- 法時37卷1号〔1965年〕88頁、山本正憲・岡山大学法経学会雑誌14巻(52号)4号〔1965年〕563頁、高津幸一・法協83巻9=10号〔1966年〕1417頁、泉久雄・専修法学論集2号〔1966年〕91頁〔所収：『相続法論集』(信山社、1991年)622頁)、浦野雄幸『家族法判例百選〔新版〕』〔別冊ジュリ40号、1973年〕245頁、石田喜久夫『家族法判例百選〔第3版〕』〔別冊ジュリ66号、1980年〕222頁)。
- (34) 最判昭和46・11・16民集25巻8号1182頁(後出注(56))。不動産の特定遺贈の事例)、最判昭和49・4・26民集28巻3号540頁(債権の特定遺贈の事例。本件評釈：輪湖公寛・判解民昭和49年度60事件571頁、安永正昭・民商72巻4号〔1975年〕690頁)。
- (35) 大判昭和9・9・29(前出注(31))の立場は変更されていないとする、伊藤昌司「特定遺贈と登記」谷口知平=加藤一郎編『新版・判例演習民法5親族・相続』(有斐閣、1984年)302頁、稲本洋之助『民法II(物権)』(青林書院、1983年)140頁、遠藤浩=川井健=原島重義=広中俊雄=水本浩=山本進一編『民法(2)物権〔第4版〕』(有斐閣双書、1996年)62頁〔原島)、伊藤昌司『相続法の基礎的諸問題』(有斐閣、1981年)121頁)。
- (36) 高松高判昭和32・12・11下民集8巻12号2336頁(前出注(2))、東京高判昭和34・10・27高民集12巻9号421頁、大阪地判昭和52・3・28判タ363号305頁)。
- (37) 阿部徹・注釈(26)167頁、同・新注釈(28)207頁、山本・前出注(33)569頁、高津・前出注(33)1420頁)。
- (38) 鈴木健一・前出注(1)271-272頁、松坂・前出注(2)327頁、鈴木祿彌・前出注(11)121-122頁等、小石・前出注(29)661頁、折茂・前出注(29)446頁、栗山・金法375号(前出注(33))18頁、同・判解民昭和39年度(前出注(33))70頁、山本・前出注(33)568頁、泉・前出注(33)92頁、浦野・前出注(33)246頁、末川博『物権法』(日本評論社、1956年)121頁、舟橋諄一『物権法』(有斐閣・法律学全集、1960年)160頁、於保不二雄『物権法(上)』(有斐閣、1966年)103頁、杉之原35頁、星野英一『民法概論II(物権・担保物権)』(良書普及会、1976年)54頁、我妻栄=有泉亨『民法講義II新訂物権法』(岩波書店、1983年)94頁等。なお、多くの学説は、特定遺贈・包括遺贈の差異を格別問題としていない。包括遺贈についても登記必要説に立つ旨を明言するのは、鈴木健一・前出注(1)273頁、藤原・前出注(1)523頁以下、広中・前出注(5)116-117頁、林・前出注(33)56頁、有地亨「遺贈と対抗要件」川井

- 健編『判例と学説・民法Ⅲ(親族・相続)』(日本評論社、1976年)328頁、泉久雄「包括遺贈と相続」『相続法論集』(信山社、1991年)376-377頁(初出:山島正男=泉久雄編『演習民法(親族・相続)』〔青林書院・演習法律学大系(6)、1972年〕362頁)、阿部徹・新注釈(28)207頁。
- (39) 於保・前出注(33)925-926頁、高津・前出注(33)1419頁。なお、浦野・前出注(33)246頁も参照。
- (40) 古くは、姉齒松平「不動産の特定遺贈と民法第百七十七条」台法月報33巻6号(1939年)13頁。しかし、この見解が注目を浴びようになったのは、当事者間の実質的「利益衡量」の観点から取り上げた、甲斐・前出注(33)88頁以下の登場以降のことである。さらに、原島重義=高島平蔵=篠原弘志=石田喜久夫=白羽祐三=田中整爾=新田敏著『民法講義2物権』(有斐閣大学双書、1979年)72頁〔石田〕、石田・前出注(33)223頁も同旨。
- (41) 遺贈の仮登記は認められないとするのは、甲斐・前出注(33)91頁のほか、藤原・前出注(1)519頁以下、安藤次男・後出注(56)487頁。その理由は、遺言者の生存中は受遺者は何らの期待権すら有していないことに求められている。しかしながら、下級審判例・学説中には、仮登記を認める見解も存する。東京地判昭和40・11・25判タ187号176頁、中島玉吉「仮登記論」『民法論文集』(金刺芳流堂、1915年)318頁、幾代・前出注(1)56-57頁。
- (42) 以上の主張の当否に関しては、原島重義・注釈(6)278頁以下、原島重義=児玉寛・新注釈(6)477頁以下、幾代・前出注(1)60頁以下、石田・前出注(33)223頁、池田恒男「登記を要する物権変動」星野英一編集代表『民法講座2物権(1)』(有斐閣、1984年)188頁以下に、詳細な分析がある。
- (43) 加藤永一『遺言の効力』(一粒社・叢書民法総合判例研究(57)、1978年)77頁、117頁注(81)。
- (44) 加藤永一・前出注(2)128頁以下、稲本・前出注(35)140頁。
- (45) 伊藤・前出注(35)121頁以下、同「特定遺贈と登記」(後出注(56))299頁、埴陽子「相続と登記」『家族法の諸問題(上)』(信山社、1993年)289頁(初出:石田喜久夫=西原道雄=高木多喜男先生選歴記念論文集(上)『不動産法の課題と展望』〔日本評論社、1990年〕)。
- (46) 鈴木祿彌=唄孝一「包括遺贈と登記」法学セミナー124号(1966年)53頁以下において、鈴木教授が、共同相続と登記に関する唄教授の見解を包括遺贈に当てはめたもの。もっとも、唄教授は、遺贈に関しては対抗問題で決すべきとされる(53頁)。

- (47) 公信力説に関しては、さしあたり、半田正夫「不動産登記と公信力」星野英一編集代表『民法講座 2 物権(1)』(有斐閣、1984年) 197頁(とりわけ221頁以下)、鎌田薫『民法ノート物権法①』(日本評論社、1992年) 21頁以下と、そこに掲記された文献参照。
- (48) 滝沢幸代『物権変動の理論』(有斐閣、1987年) 126頁以下、190頁以下、同「物権変動論のその後の展開(2・完)」成城法学52号(1996年) 175頁、七戸克彦・大連判明治41・12・15(前出注(18)・(26))評釈『民法判例百選 I 総則・物権〔第4版〕』(別冊ジュリ136号、1996年) 108頁、「民法学の過去・現在・未来」研究会「物権変動論の最前線——不動産の二重譲渡問題を中心に」姫路法学20号(1996年) 161頁以下、202頁以下、206頁等〔七戸克彦〕。
- (49) ただし、公信力説は第三者の「信頼」の保護の側に、失権説は当事者の「帰責性」に対する制裁の側に、やや比重を置いた説明を行う。ちなみに、ドイツ法の登記の公信力にあつては、当事者の帰責性は問題とされていない。他方、失権説のなかでも、滝沢説は、第三者の「信頼」は問題とならないとして、背信的悪意者排除論に立つ(前出注(48)に掲げた文献参照)。
- (50) 石田喜久夫・後出注(56)『〔第4版〕』199頁、同『〔第5版〕』203頁。なお、林・前出注(33)56頁も、対抗問題・公信問題という『構成』は流動的であり、背後にある利益衡量を重視すべきものと思う」とする。さらに、阿部徹・前出注(10)286頁も参照。
- (51) 池田・前出注(42)191頁。
- (52) 安藤次男・後出注(56)489頁は、177条の「『自由競争の原理』に基づく早いもの勝ちの考え方は、登記や仮登記をすみやかにすることが期待されている当事者の存在を前提にすべき考え方なのに、受遺者や受贈者に対してはすみやかな登記は期待されえない」とする。同様の問題は、取得者側において権利取得に関する認識を欠くケースが生じうるところの、単独行為による物権変動一般、あるいは時効取得の場合に関しても生ずるが、「時効取得と登記」に関する近時の学説も、時効取得者側の現実の登記可能性を問題とする傾向にある(なお、この点に関する判例・学説の立場を分析・検討した近時の業績として、草野元己『取得時効の研究』〔信山社、1996年〕119頁以下〔書評：松岡久和・法時69巻2号(1997年)78頁〕)。
- (53) 大判大正4・11・2民録21輯29巻1806頁。
- (54) 広島高判昭和35・3・31高民集13巻2号237頁(「Bは相続生前贈与に

よる所有権を以て第三者に対抗しえなかった関係上、右贈与がなくなると相続が開始された場合と同一の立場になりBは被相続人のCに対する所有権移転登記義務を承継するものといわなければならない。したがってこの場合はBは所謂二重譲渡を受けたものとしての立場を失ったものというべく、Bは民法第177条にいわゆる第三者に該当せず、登記なき故を以てCの所有権を否定しえないと同時に、Bは最早生前贈与による登記ができず、相続による登記があってもCに対し優先的所有権取得を主張しえないものと解すべきである。本件評釈：石田喜久夫・法時32巻13号〔1960年〕86頁、田中整爾・民商43巻6号〔1961年〕967頁。

- (55) 最判昭和42・10・31民集21巻8号2213頁（本件評釈：瀬戸正二・判解民昭和42年度97事件544頁、林良平・民商58巻6号〔1968年〕896頁、湯浅道男・愛知学院大学論叢法学研究13巻3号〔1970年〕81頁）。
- (56) 最判昭和46・11・16民集25巻8号1182頁（「被相続人〔A〕が、生前、その所有に係る不動産を推定相続人の一人〔C〕に贈与したが、その登記未了の間に、他の推定相続人〔B〕に右不動産の特定遺贈をし、その後相続の開始があった場合、右贈与および遺贈による物権変動の優劣は、対抗要件たる登記の具備の有無をもって決すると解するのが相当であり、この場合、受贈者および受遺者が、相続人として、被相続人の権利義務を包括的に承継し、受贈者が遺贈の履行義務を、受遺者が贈与契約上の履行義務を承継することがあっても、このことは右の理を左右するに足りない」。本件評釈：柴田保幸・判解民昭和46年度54事件518頁、篠原弘志・民商67巻2号〔1972年〕263頁、安藤次男・法学（東北大）37巻3=4号〔1973年〕484頁、伊藤昌司・大阪市立大学法学雑誌19巻2号〔1972年〕345頁、同「特定遺贈と登記」（前出注〔35〕）293頁、貝田守・判タ289号〔1973年〕90頁、須永醇・判例評論171号〔1973年〕131頁、池田恒男・法協92巻2号〔1975年〕205頁、石田喜久夫『家族法判例百選〔第4版〕』（別冊ジュリ99号、1988年）198頁、同『家族法判例百選〔第5版〕』（別冊ジュリ132号、1995年）202頁）。
- (57) 最判昭和47・7・18判時678号37頁・判タ167号282頁・家月25巻4号36頁（「旧民法（明治31年法律9号）施行当時において生前相続によって不動産所有権を承継した家督相続人〔C〕は、登記を経なければ右所有権取得をもって第三者に対抗することができないものであり、被相続人〔A〕から同一不動産の遺贈を受けた者〔B〕は右第三者に該当するものと解すべきである。この場合において、受遺者が同時に被相続人の遺産相続人として被相続

人の家督相続人に対する登記義務を承継する地位にある者であること、および所論のように遺言が遺贈とともに遺産分割方法の指定または相続分の指定たる性質をあわせ有するものであることは、受遺者を遺贈による特定承継人と認めて右第三者に当たるものと解することを妨げるものではないというべきである」。本件評釈：中川淳＝貝田守・判タ292号〔1973年〕81頁）。

- (58) 名古屋高判昭和51・8・9下民集34巻9～12号1062頁（「特定遺贈は単なる贈与と異なり、その性質は相続と類似するものがあるのみならず、BはAの遺産相続人でもあるから、Cは登記なくしてBにその所有権取得を対抗できると解する」とする）。すなわち、Aは時効完成時における「当事者」であるからCは登記なくして対抗できるところ（本書第6講「取得時効と登記」参照）、時効完成後の受遺者にして相続人のBは、その併存するいずれの資格によってもAの「当事者」たる地位をそのまま承継するがゆえに、Cは登記なくしてBに対抗できるというのである。
- (59) 受贈者＝相続人ケース（前出注(54)）に関して、石田・前出注(54)87-88頁、田中・前出注(54)970-971頁、売主＝転得者ケース（前出注(55)）に関して（ただし、このケースについては「第三者」性は背信的悪意者排除論の側から結論的に否定される。後出注(67)参照）、瀬戸・前出注(55)546-547頁（なお、右結論は、二重譲受人「乙と甲のどちらを保護するのが妥当かという見地から考えるほかになく」とする）、林・前出注(55)901頁（「再び所有者となった前主は、その所有権取得の法律関係に基づいて所有権取得の効力を判定されるのが妥当である。初めの取引の当事者性はその取引限りで判定すべきものと思われる」とする）、湯浅・前出注(55)87頁、受遺者＝相続人ケース（前出注(56)・(57)）に関して、柴田・前出注(56)527頁以下、貝田・前出注(56)94頁、須永・前出注(56)133頁、中川＝貝田・前出注(57)84頁〔貝田〕。
- (60) 池田・前出注(56)209頁。
- (61) 伊藤「特定遺贈と登記」（前出注(35)）299頁以下。なお、伊藤・法学雑誌19巻2号（前出注(56)）350頁は、A・C間の「贈与が履行されているときには、『対抗問題』を生じないものとして、後の遺贈はせいぜい他人の物の遺贈とみうる範囲内でのみ有効とすべきではなかろうか」とする。これを通常の二重譲渡一般に敷衍していえば、第二譲渡に際して譲渡人の有している意思是、他人物譲渡の意思、すなわち債権的意思表示であって、たとえ第二譲受人の側が物権的意思表示を行ったとしても、譲渡契約は、右債権的意

思表示の限りでしか合致しない（一部無効の法理）ということになるうか。もっとも、この場合に譲渡人が他人物譲渡であることを秘して譲渡契約を締結したならば、心裡留保となり、第二譲受人が善意の場合には、物権契約として有効なものとなる（ただしそれが第三者に対抗可能か否かは177条の問題である）。177条の「第三者」論における悪意者排除説は、右合致論の側からも説明できることになりそうであるが、詳細な検討は他日を期したい。

- (62) なお、Cの取得原因が贈与であった場合には、①これを死因贈与と認定して後の遺贈により取り消されたものとみなす（民554条・1023条。宇都宮地判昭和55・7・30判時991号102頁）余地も存する（安藤・前出注(56)489-490頁、篠原・前出注(56)268-269頁。石田・前出注(56)『〔第4版〕』199頁、同『〔第5版〕』203頁もこれに賛同する）。あるいは、②「贈与が書面によらないものであつてしかも未履行であつたとすれば、そもそもそこには物権変動はいまだ生じていないと解する余地があるだけでなく、物権変動の原因たる契約自体が後の遺贈によって取消されたものと考えられるので、贈与と遺贈とのあいだの対抗問題は生じない。……遺贈のための遺言がなされた後に贈与が履行され〔た〕……場合は、遺贈の後にこれと抵触する贈与が行われたのと同じに考えてよいので、民法1023条2項の規定によって遺言そのものが撤回されたことになって、対抗問題は生じない」（伊藤・法学雑誌19巻2号〔前出注(56)〕349-350頁）。いずれにせよ、Cの取得原因が贈与の場合には、まずは、二重譲渡の成立それ自体を否定するという形での処理が考えられてよい。

(63) 前出注(18)・(26)参照。

(64) 前出注(52)参照。

(65) 田中・前出注(54)969頁以下。

(66) 最判昭和37・4・20民集16巻4号955頁、最判昭和48・7・3民集27巻7号751頁、最大判昭和49・9・4民集28巻6号1169頁、最判平成5・1・21民集47巻1号256頁。

(67) 瀬戸・前出注(55)547頁、林・前出注(55)901頁以下、湯浅・前出注(55)87-88頁、池田・前出注(56)209頁。

（しちのへ・かつひこ）