所有者不明土地と日本民法相続法の問題点(中)

一登記制度も含め、フランス民法典相続法との対比の中での検討―

東京大学名誉教授・弁護士 原田 純孝 はらだ すみたか

目次

- I 問題の所在と本稿の課題
- Ⅲ フランス民法典相続法の制度的特徴と相続による 所有権移転の公示
 - 1 諸子均分相続の原則——現物分割の許容とその 現代的変容
 - 2 遺産分割手続の複雑さと公証人の関与
 - 3 登記制度の沿革と相続による所有権移転の公示
 - (1) 1855 年登記法以前の状態
 - (2) 1855 年法の登記制度と相続による所有権移転の公示
 - (3) 1935 年法による改正
 - (4) 1955 年不動産登記法における相続による所有 権移転の公示
 - 1)「(死亡による) 不動産所有権移転公証人証明 書」の内容の明確化と作成及び公示の義務づ け
 - 2) 遺産の分割証書の公示義務
 - 3) 相続による所有権移転の公示の効果と義務づけの内容
 - (5) 公知証書及び相続税申告書
 - 1)公知証書
 - 2) 相続税申告書
 - 4 フランスについての小括 (以上、本誌 2019 年秋号)

Ⅲ 日本民法相続法の制度的不備と問題点

現在の日本民法相続法の制度的不備と問題点、 そして相続による土地所有権移転の登記が必ずし も適時になされないという問題の根底的な原因を 検討するに当たっても、面倒ではあれ、やはりそ の沿革に遡っての幅広い考察を必要とする。ただ、 本稿を通じて最終的に追及しようとしているのは、 <相続未登記の結果として権利関係が不明確化す る土地が広範に存在し、今後も一層増加していく 恐れが大きいという事態にどのように対処するの が望ましく、かつ適切か>という問題であるから、まず相続未登記土地 (ここでは農地) の存在実態と特徴を確認することから始めたい。民法相続法の制度的な問題点をよりよく理解する上でも、その存在実態を知っておくことが有益だからである。

1 相続未登記農地の存在実態と特徴

先にも触れたように、日本には2016年の時点で、約93.4万haという膨大な相続未登記農地(相続未登記であるおそれのある農地を含む)が存在する。その存在実態と特徴については、すでに前稿で詳しく考察しているので、ここではその要点を簡単に確認するにとどめる⁽⁴⁸⁾。

(1)表1から見て取れること

① ②「登記名義人が死亡していることが確認された農地」(狭義の相続未登記農地)は約47.7万ha、⑤「相続未登記であるおそれのある農地」は約45.8万haで、両者の合計が93.4万haとなる。これは推測値ではなく、全国の農業委員会による悉皆的な調査結果であり、その面積は、2016年の全農地の20.8%に相当する。以下では、両者を合わせて「相続未登記農地」という⁽⁴⁹⁾。

⁽⁴⁸⁾ 本節の内容は、原田・前掲① (注 4) 29-30 頁とほぼ重複している。その実態のより詳細な分析については、原田・前掲②の(4) (本誌 2018 年秋号) 152-157 頁を参照されたい。表1及び図1の基礎となった調査の説明もそこにある。

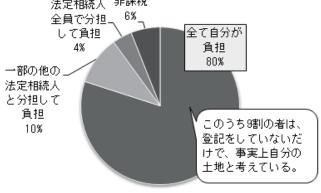
⁽⁴⁹⁾ なお、@⑥とも、その定義の仕方(登記があり、登記名義人の記載があることが前提とされている)からすると、明治19年登記法の制定以降のどこかの時点で、

相続未登記農地の実態 農地の相続未登記の状況を悉皆で調査した結果、 ・全農地の2割の農地が相続未登記 ・うち遊休農地は6%		
相続未登記農地		47.7万ha
	うち遊休農地	2.7万ha
相続未登記のおそれ のある農地		45.8万ha
	うち遊休農地	2.7万ha
合 計		93.4万ha (農地(447万ha)の20.8%)
	うち遊休農地	5.4万ha (相続未登記農地等の6%)

表 1 相続未登記農地の実態

出所:内閣府HP「平成29年第6回経済財政諮問会議:会議結果」「配布資料4 (農林水産大臣提出資料)」。 注:2016年の農水省「相続未登記農地の実態調査結果」(2016年8月1日現在)のデータにより、農水省が作成。

図 1 相続未登記農地における固定資産税の納付状況 法定相続人 非課税



出所:内閣府HP「平成29年第6回経済財政諮問会議:会議結果」「配布資料4 (農林水産大臣提出資料)」より土 地総合研究所作成。

注:本文(2)の○の注 51 に記した農水省「相続未登記農地実態委託調査」において相続未登記農地の共有者に対して行われたアンケート調査の結果に基づいて、農水省が作成。回答の母数は、588 回答。

回 ⑤は、正確には、「登記名義人の市町村外転出、住民票除票の不存在等により、住民基本台帳上ではその生死が確認できず、相続未登記となっているおそれのある農地」である。つまり、その登記名義人は基本的に、調査時点では「不在村となっていた者」ということになる。

② ② ③ ⑤ とも、大部分(全体の94%)は現に耕作・利用されており、その耕作・利用者は、共有者自身(少なくともその一人)であるか、又は、その共有者から耕作・利用の「権利」(事実上の賃貸借や経営委託を含む)を託された者であると見られる。もちろん、共有者の一部の者が不明化している「共有者不明農地」が一定の割合で含まれていること(数次相続になっている場合も当然ありうる)は、十分に考えられるが、相続未登記農

所有権者を記載した土地登記が一度はなされていた農 地であるということになる。 地の大部分が、少なくとも一人の共有者は確知され、その共有者の管理下で現に耕作・利用されている農地であることは、政策的対処の方策等を検討する際にも押さえておくべき重要な事実である。

また、その意味で、相続未登記農地の実態は、「所有者不明土地」という言葉が与えるイメージと同じものではない。例えば法制審議会の「部会資料8」1 頁では、「所有者不明土地」は、「不動産登記簿により所有者が直ちに判明せず、文は判明しても連絡がつかない土地」(傍点筆者)と定義されているが、農村の現場では、相続未登記農地イコール「所有者不明農地」とは、およそ意識されていない。ましてや、世上で喧伝される<九州の面積を上回る「所有者不明土地」がある>という通称「増田研究会」の『中間報告』が与えるイメージとは、相当にかけ離れたものである (50)。後述する○の点も、両者の違いを裏付けている。

□ 一方、遊休農地が全体の6%ある。この6% という比率は、2016年の「遊休農地」(農地法32条1項のそれ)の総面積(10.4万ha)が全農地面積中に占める比率(2.3%)と比べると、その倍以上の数値である。また、直接には対応していないデータかもしれないが、2016年の「遊休農地」の総面積が10.4万haとされるのに対して、その内の5.4万ha、約52%が相続未登記農地であった、

(50) 事実、同研究会の「中間報告」も、「所有者不明土 地」――国交省が行った地籍調査に当たって<登記簿上 の登記名義人(土地所有者)の登記簿上の住所に、調査 実施者から現地調査の通知を郵送したが、その通知が到 達しなかったもの(約62万筆)>---について、登記 名義人の戸籍・住民票等により土地所有者の所在を調査 して再通知した結果では、ほぼ全ての土地の所有者(共 有地の場合には、少なくとも共有者の1人) に通知が行 き届いており、最終的に所有者が所在不明であった土地 は、全体の 0.41%に過ぎなかったことを認めている。 この点では、「所有者不明土地」の面積について流布し ている一般的なイメージは、補正される必要がある。こ の研究会=「所有者不明土地問題研究会」(座長・増田 寛也)の『中間整理―所有者不明土地はどれだけ存在し、 何が問題なのか、議論の前提となる実態把握からのアプ ローチ』(2017年6月)が国交省の調査結果に基づき算 定・公表した「所有者不明土地の推定値」と農水省調査 における「相続未登記農地」との異同については、原田・ 前掲②(注4)の(4)156 頁参照。

という評価もできなくはない。ここから見ると、 相続未登記農地においては、そうでない農地と比 べて、遊休農地が大幅に高い頻度で発生している ということになる。

⊕ ただし、そのことから、<相続未登記農地は遊休農地となりやすい>という一方向的な結論を直ちに演繹することには、慎重さが必要である。というのは、<遊休農地として放置されるような条件の悪い農地だから、権利関係の面でも相続未登記で放置されている>という因果関係も、またありうるからである。 @の相続未登記農地と⑤の相続未登記農地とで、遊休農地の発生比率がほとんど変わらないことも、後者の因果関係の存在を傍証するものと言える。

(2) 図1から見て取れること

○表1とはデータの母数と調査者が異なるものの (51)、相続未登記であっても固定資産税は基本的に納付されており、課税台帳上で納税義務者は把握されている。このことと上の⊙の点を合わせると、<相続未登記農地の大宗は、「登記されていないだけで、固定資産税の納税義務者等、事実上の管理者 (相続人の一人) は確認され、現に耕作・利用されている農地」である>という農水省の評価が導かれる。広範な農地がいわゆる「死亡者課税」になっているわけであるが、課税担当部署としては、納税義務者が確定され、固定資産税がきちんと納税されていればとくに大きな問題とはしないということなのかもしれない。

⑤ 「事実上の管理者」=固定資産税納付者は、 共有者(法定相続人)一人である場合が80%を占め、かつ、そのうちの9割は、「登記をしていない だけで、事実上自分の土地と考えている」。農地行政の現場(農業委員会等)から、<一定の要件を 備えた「事実上の管理者」の判断と意思決定だけ で相続未登記農地に利用権設定ができるようにし

⁽⁵¹⁾ 農水省が前記の全国調査の結果を踏まえて民間機関に委託したアンケート調査の結果に基づく(調査は2017年1月~3月、サンプル数は637人)。調査機関と調査結果報告書の所在は、原田・前掲②(注4)の(4)156頁注180参照。

このような実態と意識を反映したものである (52)。

(5) なお、具体的なデータは示されていないが、
図1の「出所」に記した「配布資料4」では、し
かし「事実上の管理者は高齢者が多く、近い将来

てほしい>という要望が強く提起されてくるのも、

のリタイアの際には、貸付けが困難な相続未登記 農地が遊休農地になるおそれが大きい。」という農 水省のコメントが付記されていた。この「おそれ」 は大いにあると、筆者も考えている。

しかも、今日の日本の地域農業と農地所有をとりまく極めて困難な諸事情(概略は後述する)を考慮すると、現状のままでは相続未登記農地それ自体もさらに増加していく可能性が極めて大きい。 農政も、また民法相続法や不動産登記法も、これにどのように対処していくかを問われているのである。

2 明治19年登記法と相続による土地所有権移転の 登記

日本では、なぜこのような状況が生じたのか。 その由来の遠因は、明治初期にまでさかのぼる。 ただし、本稿は史料に基づく歴史研究をしようと するものではないので、以下の論述は、先行研究 に依拠して(それも限られた範囲のものであるが …)、本稿の視点から注目すべき事柄について、そ の概略を整理するものにとどまる (53)。

(1) 明治19 (1886) 年登記法の概要

明治19(1886)年8月11日に公文式の法律第1

(52) 2000 年過ぎから明確化したこの要望や要請の詳細については、原田・前論文②の(4)、162 頁以下参照。(53) 本節の(1)から(5)までの論述については、川口由彦『日本近代法史』(新生社、1998年)の記述を全体のベースとしつつ、清水誠「わが国における登記制度の歩み」日本司法書士連合会『不動産登記制度の歴史と展望』(有斐閣、1986年)99 頁以下、福島正夫「旧登記法の制定とその意義」同前書5 頁以下(初出は1939年、法学協会雑誌57巻8号、10号、11号)、今村・前掲(注19)の該当箇所に依拠している。ただし、煩雑さを避けるため、個別的な引示は大幅に割愛し、引用を要すると思われる箇所のみを本文中又は脚注で引示する。他に、原田・前掲①(注4)34頁注12でも引用した福島正夫編『日本近代法体制の形成・下巻』(日本評論社、1982年)69-72頁(福島正夫・丹羽邦男)も参照した。

号として公布された登記法(全41条。以下「明治19年登記法」)は、従前の土地取引の公証制度を全面的に改革し、プロイセンの土地原簿制を参照しながら、物的編成主義による日本最初の近代的な不動産登記制度を創出した(施行は翌年2月1日)。制度の要点は以下のようであり(条文は制定時のもの)、これによって、今日まで続く登記制度の基本的な骨格・原型がほぼ定まることになった(清水・前掲133頁)。本稿がその形成過程と制度的特徴の考察に相応の紙幅を充てるのも、その故である。

①「地所建物船舶ノ売買譲与質入書入」は、当事者の任意申請により登記を請うべきものとされ(1条)、②「登記ヲ為サゝル…売買譲与質入書入ハ第三者ニ対シ法律上其効ナキモノトス」(6条)。 ③登記簿は完全かつ無条件に公開される(11条。ただし、手数料5銭が必要。30条第2)。

③登記を申請できる事項は、1条の規定の文言を超えて、「差押仮差押」等の処分(9条)、生前の家督相続(15条1項)又は「死亡者失踪者若力、八離縁戸主)…相続」(同条2項)、公売処分(16条)、官有地等の払下げ(17条)、裁判執行上の競売・入札(19条)等にも広く及んでいる「54」。④「売買譲与質入書入」及び生前の家督相続の登記等は、当事者が「放方出頭シ証書ラ示」して「請求」すべきものとされた(10条、14条1項、15条1項、21条1項等)(以上、傍点は筆者)。

⑤「売買代価」又は「時価相当ノ価格」に応じて定まる「登記料」の額も細かく規定されている(25条以下)。そして、⑥登記した者は、「登記済ノ証」を受け取ることができる(20条。なお、その余の手続的規定は省略する)。

では、①なぜこの時期に、いまだ民法等の実体 法が無い状態の下で、いかなる背景と理由によっ てこのような形式面の手続制度が用意されたのか。 また、②当時の立法者に広く参照されていたフラ ンス法には相続による土地所有権移転を公示する

⁽⁵⁴⁾ 原田・前掲①(注4)33頁では、法1条の文言の意味について「登記事項の限定」と注記したが、この点は本文のように訂正する。

手続制度がいまだ存在していなかった(プロイセン法でもなかった。後述)のに、日本の登記法にはなぜ相続による不動産所有権移転の登記申請を定める規定(上記15条1項及び2項)が入ったのか。そして、○この登記法は、実際にはどのように運用され、いかなる機能を果たしたのか。

これらの問題を考えるためには、当然にも、この登記制度形成の全体的な流れの中での考察が必要になる。相続による不動産所有権移転の「確認」「公証」「公示」の問題も、その全体の流れの中で位置づけられ、取り扱われていたからである。以下、現在の筆者に可能な範囲で、順次検討していくことにする。

なお、②登記法制定之議案と一緒に公証人規則制定之議案が元老院会議に連帯附議され、両者の審議は分離されたものの(福島・前掲52頁)、登記法と同年同日に公文式の法律第2号として「公証人規則」も公布された。両者の関係は詳らかでないが、その点についても最後に多少の検討を加えよう。

(2) 登記法制定前の土地取引及び相続とその公証 制度

1) 土地取引の自由化と地券制度ならびに土地担 保権の公証制度

周知のように、近代日本の土地取引と土地の私的所有権化(商品化)は、明治 5 (1872) 年 2 月 15 日の田畑永代売買の許可(太政官布告 50 号)とその 9 日後の「土地売買譲渡ニ付地券渡方規則」(太政官達=大蔵省 25 号)を契機として始まった。売買譲渡の際に当事者の申出により地券が交付され、その後の売買譲渡については地券書換が行われる(「壬申地券」と呼ばれる)。この地券が「地所持主タル確証」とされたのである。府県庁には、のちに「地券大帳」と呼ばれる元帳が備えられ、1 年毎に大蔵省に差し出される。地券渡方規則は施行後 4 カ月ほどで改正され、地券は、従来の百姓所持地すべてに発行されることとなった(清水・前掲 110 頁、川口・前掲 98 頁)。

一方、明治 6 (1873) 年 1 月には「地所質入書

入規則」(太政官布告)が制定され、土地担保貸付の安全性の確保が図られた。ここでは、旧幕時代の名主加判の制を踏まえて、証文への町村戸長の奥書証印と、戸長役場に備えられた「地所質入書入奥書割印張」への記載・割印を受けるべきこととされた。「若シ戸長ノ奥書並ニ割印ナキ証文ハ貸附ノ証拠ニ不相成候事」とされている (55)。

明治 8 (1875) 年 9 月の「建物書入質規則」も 同様の取扱い――証文への奥書割印と「建物書入 質記載帳」への記入――を引き継いでいる。そし て、同規則と同時に制定された「建物売買譲渡規 則」は、建物の売買譲渡についても、――建物に は地券がないから――同じ手続(帳簿は同じく「建 物書入質記載帳」)をすべきこととした。 奥書割印 がなされない場合については、「書入質ノ効ナキニ 付」その借用証文は「書入質ナキ借用証文ト見做 スヘシ」、また同じく、「建物買受譲受ノ効ナキニ 付建物ノ代価ヲ受取リタル旨ヲ記シタル建物売渡 証文ハ金銭借用証文ト見做ス可シ」とされる。明 治7(1874)年1月の土地質入書入規則改正(前 出注55の末尾参照)と歩を揃えたわけであり、こ こにおいて奥書割印が不動産担保物権設定と建物 所有権の移転の「証拠方法」であることが明確化 した。ただし、この「証拠方法」が土地・建物へ の担保物権設定及び建物所有権移転の「効力発生 要件としての公示」とまで言えるものだったのか どうかは、筆者には判断しがたい (56)。

⁽⁵⁵⁾ 清水・前掲(注 52)122 頁は、その文言からみると 奥書割印は、金銭貸主が後日に担保権を実行し、所有権 と地券を取得するための要件ということになるが、基本 的な狙いは、地租納税義務者を確定するため土地所有権 の移転・帰属状況を掌握することにあり、「むしろ戸長 に担保取引の存在についての確認義務を負わせること によって土地の権利関係の明確化をはかったもの」と言 えるのではないか、という趣旨を述べている。一方、川 ロ・前掲(注 52)は、「奥書割印のない証文は、質入書 入のみでなく、貸借証文としての効力まで否定された」 と記した上(104 頁)、この点は、明治 7(1874)年 1 月の同規則の改正で、奥書割印なくとも債権のみは有効 と改められたとする(121 頁)。

⁽⁵⁶⁾ 清水・前掲(注52)124頁は、この「公証」は、「公示制度というよりも、証拠としての有効要件として把握され、そこにおける戸長による確認行為としての意義が

ともあれ、これらの規則により、土地担保、建物担保及び建物の売買譲渡については、戸長役場での奥書割印を「公証」の方法とする制度が整えられたのである⁽⁵⁷⁾。

2) 地租改正と地券制度の変容

一方、明治6 (1873) 年7月28日公布の「地租改正条例」を中核とする地租改正法により、地租改正の大事業が開始された。その過程で地券制度は種々の変容を受ける(清水・前掲113頁以下)が、ここでは、以下の3点を確認しておきたい。

① すべての所持地につき、売買譲渡の有無に関係なく、1 筆ごとに 1 枚の地券が「適当ノ代価」を定めて発行され(「改正地券」)、それに基づく物的編成により、地価・地租・地券授与年月日・地主の住所氏名を記載した地券大帳(明治 9=1876年から地券台帳)が作成され、これが地租徴収の課税台帳として機能した。

② 地所の売買は地券の書換を要し、当初の規定 (明治7=1874年10月3日太政官布告104号)では、書換がなければ「買主二其地所所有ノ権無之 候」という文言も表れていたが、明治10(1877)年7月7日の司法省達では、地券書換の手続を経てない場合でも、「売買約束ノ成リタル上ハ其地券書換ノ訴求ヲ為シ得ヘキ事ハ疑ヲ容ル可カラサルナリ」として、買主への所有権移転を認める内容が記されている。前者だと「効力発生要件」的、後者だと「対抗要件」的という捉え方もできる。それゆえ福島・前掲14頁は、後者について、地券書換に「第三者対抗要件」たる性質を認めたものとしている「88」が、清水・前掲115・117頁は、いずれも私法的効力の明確化を意図したものではなく、政府としては、すべからく地券書換を行わせ、 所有者=地租納税義務者を確定・確保することに 関心が向けられていたものと評価している(なお、 地券書換は明治 12=1879 年から裏書方式に改め られた)。

事実、川口・前掲 120 頁によると、実際の土地 取引では、戸長を介して地券書換願を府県庁に提 出すると同時に、他方では、旧幕期以来の慣行の 上に、売買証文には親類、戸長が奥印してその真 正さを証明していた。この戸長奥印による「公証」 こそが土地所有権の移転を保証していたのであり、 地券書換は、「実態的には、戸長役場の公証に外側 からかぶさってくるものにすぎない」。それ故、地 券書換を「効力要件」的に捉えても、現実にはほ とんど実効性がなく、「実際の取引では、地券書換 は、『第三者対抗要件』に限りなく近いものだった といえる」。その上で、川口・同前頁は、その後に おける「対抗要件主義」の確立も、外国法(この 文脈ではフランス法)の継受の問題ではなく、当 時における「村レベルでの地所移転手続」と、国 が整備する租税徴収手続制度の乖離・対立との関 係で理解されるべきことを示唆している。

③ さらに、注目すべきことは、明治 8 (1875) 年 10 月 9 日太政官布告 153 号が、生前家督相続や「贈遺」による土地所有権移転についても、当事者双方の出頭による地券書換(この時点では、上の②の前者=明治 7 年布告の規定のそれ)を要求していたことである。また、とくに死亡家督相続については、6 カ月内の地券書換を証印税 5 倍の科料により強制していた (59)。相続による土地所有権移転も、売買譲渡による所有権移転と同様の取扱いの対象とされたのである。

ただし、これも、相続による土地所有権移転を

重視されていることが注目される」とする。

(57) 以上の公証制度の整備については、清水・前掲(注52) 120 頁以下が詳しい。なお、この時期の公証制度と明治19 (1886) 年公証人規則の特徴については、今村与一「日本の公証人法」消費者法No.41 (2018年12月)47-50頁に、簡潔にして要を得た整理がある。

(58) なお、福島・前掲(注52) は、本文引示の箇所に付した注4において、前記明治10=1877年7月7日の司法省達につき、「この理論は明らかに仏法的である。」というコメントを記している。

(59) 清水・前掲(注 52)115 頁による。ただし、川口・前掲(注 52)118 頁によると、「証印税 5 倍の額の罰金」は、地券書換をしない場合一般について先に定められており、しかもその罰則は、明治8(1875)年 6 月の太政官布告で廃止されたという。しかし、後に見る明治 13(1880)年 11 月 30 日の「土地売買譲渡規則」でも、死亡相続後 6 カ月内に地券書換がない場合につき「証印税5 倍ノ科料」が定められていることに鑑みれば、死亡相続の場合についての科料は、特別の意味付けを与えられていたものと見られる。

「公証」又は「公示」しようとするものではなく、 地租納税義務者を確定・確保することを意図した ものと見られる。実際、"地券書換がなければ、相 続は法律上の効果を生じない"とすることは、お よそ考えがたいことであろう。この問題は、のち に立ち返って検討する。

3) 地租徴収制度の確定及び公証制度の整備と限 界

① 地租改正事業は、明治 14 (1881) 年に終了 した。先述した地券大帳→地券台帳は、明治 17 (1884) 年の地租条例を契機に土地台帳に名称変 更され、明治22(1889)年3月23日の「土地台 帳規則」(勅令39号)によってその内容と性格が 確定される。同規則の1条は、「土地台帳ハ地租ニ 関スル事項ヲ登録ス」と規定し、同年11月30日 の改正地租条例(法律30号)は、「地租ハ土地台 帳記名者ヨリ徴収ス」と定めた(60)。土地台帳は職 権で編製される。一方、地券制度は、土地台帳規 則と同日の法律 13 号で廃止された。実際、明治 19年登記法の制定後には、地券と地券による取引 慣行の存続は、新法の運用(登記の励行)に対す る桎梏に転じていた (61)。明治国家の最重要な財源 をなす地租の強権的な徴収システムがここに完成 したのである。

なお、この間 (明治 18=1885~明治 21=1888 年)には全国にわたる「地押調査」も実施された。 ただし、この調査も、末端は「村仕事」の形で実 施され、府県庁の強い圧力の下で課税対象筆数の 大幅な増加(更正申告)は引き出したが、地籍の 確定という点では多くの不備を残したものであっ た (川口・前掲187頁)。このことが、今日にまで つながる地籍・公図の不正確さの問題の起点にな ったものと見られる。

② 一方、私的土地取引については、明治13(1880) 年11月30日の「土地売買譲渡規則」(太政官布告 52号)によって、土地売買等についても戸長役場 での奥書割印の手続が導入された。

すなわち、①「凡ソ所有ノ土地ラ売渡シ文ハ譲

地券の提出が要求されていること、第2に、「売渡」 (「買受人」)と「譲渡」(「譲受人」)とが区別され ていることである。「売渡」が売買であることは当 然だが、「譲渡」は、広く贈与・遺贈(贈遺)や生 前家督相続をも含んだものとみて差し支えあるま い。そのことは、一つには、前記明治 8 (1875) 年10月9日太政官布告153号には明記されていた、 生前家督相続や「贈遺」による土地所有権移転に 関する規定がこの規則には存在しないこと、いま 一つには、この規則の5条1項に「死亡者失踪者 ノ家督相続若クハ遺産相続及ヒ離縁戸主ノ家督相 続ニ由リ十地ヲ譲受ケタル者」という表現が出て いることからも見て取れる。

回 戸長役場は、「土地売買譲渡奥書割印張」を 備えおき、「土地質入書入奥書割印張ヲ見合セ登記 ナキニ於テハ | 証文に奥書割印を行う (2条)。 地券については、当事者双方が書換/裏書願書に 連印の上、戸長役場を経て管轄庁に差し出す(3 条)。その上で、〇「第1条ノ手続ラ以テ其土地所 券ニ記載セル姓名ノ者ヨリ之ヲ徴収スヘシ」とさ れた (4条1項) ⁽⁶²⁾。 なお、 奥書割印に際しては、 売買譲渡証文を騰記ないし抄記して奥書割印張に 編綴したようである (川口・前掲 186 頁)。

これにより、土地については上の2種類の奥書 割印張 (「土地売買譲渡奥書割印張」及び「土地質 入書入奥書割印張」)、建物については前記の「建 物書入質奥書割印張」が不動産の売買譲渡及び担 保権設定の公証・公示方法として位置づけられ、 戸長役場の公証役場としての性格が国家法で確定

其地ノ戸長役場ニ差出シ奥書割印ヲ受ケ之ヲ買受 人又ハ譲受人へ附与スヘシ(十五年第二号布達参 看)」(1条1項。傍点は筆者。以下同様)。 この条文につき注意しておきたいのは、第1に、

⁽⁶⁰⁾ 引用は、清水・前掲 (注 52) 118 頁による。

⁽⁶¹⁾ 福島・前掲(注52)83頁。

⁽⁶²⁾ 川口・前掲 (注 52) 185-186 頁、清水・前掲 (注 52) 126-128 頁参照。土地売買譲渡規則1条~5条の条文は、 川口・同前 186 頁に掲記されている。2 条中に「登記」 という用語が記されていることにも注意したい。

されたわけである。公証手続自体は無償であり、 その事務は戸長の負担で行われた。

なお、さらに次の3点に留意しておきたい。

その1は、4条1項(二)の傍点箇所の文言の 意味である。清水・前掲 126 頁は、「この場合の公 証は効力発生要件と解してよかろう」としている が、川口・前掲186頁は、所有権移転という私法 を認めたものと解しているようである。福島・前 掲16頁も、川口と同様の見方をつとに示していた。 筆者も、後にも記すような土地取引の実態・実情 を踏まえれば、この「公証手続」をもって「土地 所有権移転の効力発生要件」と捉えることには無 理があり、川口の見方が妥当なのではないかと考 える。

その2は、それでは地券書換はいかなる意味を もったのかということである。川口・前掲同頁は、 上記の理解を踏まえて、「地券は、ついに、その私 法的機能を完全に失い、純粋に租税徴収機能を果 たすものとなった」と記している。福島・前掲同 頁も、地券はなお存続したが、「実はすでにこの時 をもって私法的な機能をほとんど奪われた」とし ていた。他方、清水・前掲同頁は、「一見したとこ ろ地券は所有権の帰属とは切り離されたようにも 見える。しかし、譲受人がその所有権をさらに他 に譲渡するときには、…地券の提出が義務づけら れているのであるから、地券はなお土地所有権の 流通を規制しているといってよかろう」とする(63)。

「地租徴収のための名義者確定を第一義的目標 としてその実現のために戸長のもつ公証機能を一 ―いわば戸長の負担において――利用し、併せて その公証機能を不動産取引の必要のための便宜に 供したといってよいのではなかろうか」という清 水・同前 127 頁の指摘とも併せて、明治 13 (1880) 年というこの段階では、清水のような両面からの 見方にも妥当性があるのではなかろうか。

その3は、土地売買譲渡規則の5条1項に、「死

(63) なお、清水がここに言う「譲渡」「譲受人」は、今 日一般の用法のそれであり、売買・買受人を含むものと 見られる。

亡者失踪者ノ家督相続若クハ遺産相続及ヒ離縁戸 主ノ家督相続ニ由リ土地ヲ譲受ケタル者ハ親族 (親族ナキモノハ近隣ノ戸主) ト連印ノ上戸長役 場ヲ経テ地券書換/裏書願書ヲ管轄庁へ差出スへ シ若シ家督相続又ハ遺産相続ノ日ヨリ六箇月以内 ニ戸長役場迄之ヲ出ササル者ハ証印税 5 倍ノ科料 ニ処ス」という規定が置かれていることである。 これは、先に2)③で見た「死亡家督相続」につ いての規定と同旨のものである。ただし、戸主以 外の者の死亡・失踪による遺産相続の文言がここ ではじめて登場したのかどうかは定かでない (64)。

しかも、興味深いことに、死亡による家督相続 又は遺産相続については、戸長役場による公証手 続を行うのではなく、戸長役場を経て地券書換・ 裏書の手続を行うこととし、6 カ月以上遅れた場 合の罰則まで定めている (65)。 生前の家督相続・隠 居相続については、一般の売買譲渡と同視し、そ れと同一の公証手続がなされるべきこと(それに より土地所有権者の移動が把握されること)を前 提とした上で(それゆえ特別の規定は置かれてい ない。上記①参照。また川口・前掲184頁)、その 手続では把握できない死亡・失踪に伴う家督相続、 遺産相続等の場合(66)について土地所有権者=地 租納税義務者の移動を掌握するために、とくに定 められた規定と言える。その意味では、土地売買 譲渡規則は、その名称にもかかわらず、地租徴収 のための名義者の把握・確定という機能をなお同 時に担わせられていたわけである。

③ もっとも、実際の土地取引の多くは、基本的 に村内(旧村)ないし近隣の地域内で、従来から

⁽⁶⁴⁾ **2)** ③では、「死亡家督相続」とのみ記したが、そ れは、筆者が明治8 (1875) 年の前掲太政官布告を参照 しえていないことによる。布告の条文では、本文所掲の 規則の条文と同様の文言であった可能性もある。

⁽⁶⁵⁾ 死亡・失踪により家督相続又は遺産相続が生じたこ とは、戸籍によって確認・把握されるが、そのことを前 提とした上で、別途、地券書換を要求しているわけであ

^{(66) 5}条1項中にある「離縁戸主ノ家督相続」は、養子 戸主の離縁に伴う家督相続で、前戸主 (養子戸主)の生 前に生じるものであるが、「死亡者ノ家督相続」と同視 された。その理由は後述する。

の慣行通り、売買証文に親類や旧村の名望家の証 印を受け、これを証拠としながら行われていた。 戸長役場の管区が旧来の村を幾つか集めたもので (6町村に1つの割合)、必ずしも身近とは言えな い事情もあったから、戸長役場の公証手続が人々 にどのようになじんでいったかという問題も残る。 確たる根拠は示せないが、前記2)②の後段に記 した川口・前掲の見方も踏まえれば、人々の意識 では、<上記のような証印を受けた売買証文が作 成されれば、土地所有権は――私法上では――買 主に移転するのであり、その後の戸長役場での奥 書割印はそれに重ねて被せられるお上の公証を得 る手続である>というように理解されていたので はなかろうか。一方、戸長役場での公証手続は、 「村の土地統制の一環」たる性格を持ち、戸長や 村の名望家が「村の土地」を高利貸から守るため、 公証偽造を行うこともしばしばであったという

しかし、明治14年以降の松方デフレの下で、こ の状況には大きな変化が生じていった。米価や繭 価等の下落により窮乏した農民層は、高利貸・商 人・地主等から土地担保貸付を受け、下落した地 価で農地を手放し、自作農から小作農へ、あるい は都市の労働者へと転落・流出していった。土地 取引(土地担保貸付を含む)は急増し、その当事 者・取引範囲も、旧来の町村の範囲を越えた広域 的なものが増加した。その中で、寄生地主制の成 立へ向かうプロセスが進んでいったのである。

しかし、戸長役場による公証制度は、この状況 によく対応しえなかった。急増する事務量に対す る戸長の能力や適性の欠如の問題、戸長を欺く「二 重登記 | や「詐欺登記」の続出、戸長自身による 偽造公証の頻出、公証手続や帳簿の作成・保管の 杜撰・怠慢・不分明、帳簿の滅失・毀損などの事 態が相当に蔓延したという。また、奥書割印張は、 受付順に作成した証書の騰記・抄記を編綴したも のであったから、検索の不便、見落とし、錯誤等

の問題もしばしば発生した(68)。公証制度は、取引 の情勢、時代の要求に適合しえなくなったのであ

4) 登記法制定の調査立案作業とその目的

明治19年登記法の調査・立案作業は、このよう な状況を背景に明治14(1881)年に始まった。た だし、その直接の動機・制定理由は、戸長の負担 で無償でなされていた公証手続を国の機関の管轄 下に置いて有料化し、登記税収入を確保すること であった。立案当局も政府も、このことを明言し ている(後出注71所掲の草案の名称参照)。それ ゆえ福島・前掲27頁は、国家財政上の見地から出 発した「収税主義の下にある制度調査が、いわゆ る登記の実体的方面において格別の変革を試みず、 従来の方針に従ったのは、怪しむに足らぬところ である。このことは、わが登記法の根本的性格を 把握する上において、最も注意すべき一の点であ ろう。」と記している。しかし、調査が歩を進める に従い、上記のような公証制度の不備への対処と その改革が急務として認識されたことも、また事 実であった。この関係では、「不動産ノ保護」がい ま一方の制定理由として挙げられていた (70)。

先に見たように、フランスの1855年登記法は、 産業発展に必要な不動産抵当貸付の制度的基盤を 整備することを目的として制定された (本誌 2019 年秋号80頁)。プロイセンの土地登記制度の整備 も、同じく土地金融の改良助長のため抵当権者の 保護を図ることを重要な目的として進められた。 これらと比べると、日本の登記法制定の目的は、 大きく異なったものであったわけである(福島・

⁽⁶⁷⁾ 以上は、川口・前掲(注 52)186 頁・254 頁を参照 して筆者がまとめた記述である。

⁽⁶⁸⁾ この状態では、仮にこの公証を「土地所有権移転の 効力発生要件 として機能させようとしても、到底無理 な話であったと考えられよう。

⁽⁶⁹⁾ 川口・前掲(注 52)254 頁、清水・前掲(注 52)131 頁、福島・前掲(注 52)22-24 頁。

⁽⁷⁰⁾ 元老院会議での内閣委員の制定理由説明(福島・前 掲(注52)53頁)。なお、そこに言う「不動産ノ保護」 が「人民ノ財産権ノ保護」であることは、次の(3)2) の① (明治 20=1887 年の第1次改正の際の内閣委員の 説明)を参照せよ。不動産取引の安全とか、抵当貸付の 保護など、「第三者の保護」にかかわる視点は出ていな いようである。

前掲26頁、71頁)。

当初は内務省で開始された登記法の立案作業は、明治17 (1884) 年に司法省に引き継がれ、明治19 年登記法制定後の登記事務も、司法省・裁判所の管轄下に置かれることになる (71) (72)。

(3) 明治19年登記法の特徴と相続による土地所有 権移転の登記

1) 登記法の不評と2度の改正

登記法は、施行後わずか5カ月で明治20(1887) 年7月の第1次改正、次いで明治23(1890)年9 月に広範な内容の第2次改正を受けている。登記 法が著しく不評で、登記の申請がさほどなされず、 収税額も政府の目論見には到底達しがたいという 事実がその背景をなした。不評の主たる理由は、 ⑦治安裁判所(明治23=1890年3月以降、区裁判 所に改称)を中核として設置された登記所数の少 なさとそれに伴う遠隔・不便、回登記料の高さ、 ○手続の煩雑さと厳格さ、□登記官吏の横柄・不 親切さなどであり、民間からも登記法の改正運動 がまき起こった。川口・前掲255頁は、これを「村 をこえた疎遠な登記制度」で、「厖大な未登記物件 を抱え込む超越的な登記制度」と総評している。 そのような事情に対処するべく、政府も登記法の 改正を行ったのである (73)。

以下では、この2度の改正を含めて、本稿の課題にかかわる登記法の特徴を、2)と3)に分けて見ることにする。

2) 制度一般に関して留意しておきたい特徴点

① 登記の当事者任意申請主義に関して、第1次改正は、1条中の「登記ヲ請ントスル者ハ本法ニ

力(6条。第三者対抗要件)についても変更は加 えられていない。結果として、登記は、依然不振 であった。 なお、この第1次改正をめぐっては、興味深い 議論が元老院会議でなされている。すなわち、箕 作麟祥議官は、「第1条ヲ改メ登記ヲ命令ノ主義ト 為セル上カラハ、第六条モ亦此主義ニ依リ、登記 ヲ為サゝル売買譲与質入書入ハ全ク無効ニ帰スル ノ意ニ修正セサレハ主意貫徹セス」と追及した。 これに対し内閣委員は、「至極尤モナル論ニシテ此 事ハ内閣ニ於モ大ニ詮議ヲ尽セシ所ナリ。然ルニ 如何セン。我邦今日ノ状況ヲ見レハ、人民ノ財産 ニシテ法律上稍確定セル者ハ僅ニ地所船舶ニ過キ ス。(地券と鑑札がある) ……家屋ニ至テハ之ヲ書 上クルノ法アルモ、只地方税徴収ノ為メニ地方庁 施行ノ法タルニ過キス。然ルニ今必ス登記セヨ、 感触ナキ能ハス。……法律カ人民相互ノ約束ニマ テ立入り、登記セサル者ハ罰スト云ウハ、正当ノ

従ヒ…登記所二登記ヲ請フヘシ」という文言の傍 点箇所を「登記ヲ為ス者ハ」に改め、登記の"強

制・義務化"のニュアンスを出そうとした(清水・

前掲142頁による)。登記件数の実績を上げること

が政府の狙いであったが、罰則等の制裁はなく、

ただ地所の売買譲与について地券書換を請うには 登記済証の提出を要するという"間接的な強制"

規定を定めおくにとどまった(20条)。登記の効

ここには、登記法が登記の効力要件主義を採らず(又は採りえず)、対抗要件主義を採用した実質的な理由と判断要素が示されていると言えるのではなかろうか (74)。

道理アルコトトモ思ハレス。故二先ツ已ムヲ得サ

ル所ノミヲ改正シ、成ル可ク人民ノ財産権ヲ保護

スル主意ヲ傷ケサランコトヲ務メタリ。」と弁明している(福島・前掲81頁からの引用。傍点は筆者)。

⁽⁷¹⁾ 以上の経緯は、福島・前掲(注 52) 25 頁以下、53 頁、川口・前掲(注 52) 253-254 頁、清水・前掲(注 52) 131-132 頁。なお、清水・同前によると、内務省で作成された当初の2つの草案では、「地所建物登記税条例」、「地所建物質入書入登記税条例」という呼称が使われていた(傍点筆者)。

⁽⁷²⁾ 第2次大戦後は、1947年12月の法務庁設置に伴い 法務庁の管轄に移され、今日(法務省管轄)に至ること になる。

⁽⁷³⁾ 以上の経緯は、福島・前掲(注 52) 74 頁以下、84 頁以下、川口・前掲(注 52) 253-255 頁、清水・前掲(注 52) 134 頁以下、156 頁。

⁽⁷⁴⁾ なお、福島・前掲(注 52) 81 頁は、上記の論議につき、「元老院側も政府側も、登記の効力を有効要件と変ずるは、『所有権保護ノ主義』を収税主義に転ずること余りに露骨のものみた」ことを示すもの、とコメントしている。

② その対抗要件主義については、さらに幾つか 確認しておいたほうがよいことがある。

第1は、上の内閣委員の発言にあるように、「我 邦今日ノ状況ヲ見レハ」登記を効力発生要件と規 定し、その"強制・義務化"を図ることは、現実 的には採りがたい道であったと見られることであ る。先に見た戸長役場の公証制度に与えられた役 割と法的効果、実際の取引実態との関係のあり方、 公証制度の実務の様々な紊乱(前出注68も参照)、 地籍台帳・「土地原簿」の不確実さなども、その法 状態から一足飛びに、登記を効力発生要件とする 登記制度へと移行する条件はなかったことを示し ている。

事実、公証制度の整備の過程でも、初期には効 力要件的な文言を置いた法令もあったものの、明 治10(1877)年7月の司法省達や明治13(1880) 年11月の土地売買譲渡規則は、「公証」「公示」の 私法上の機能については対抗要件的な理解に立っ ていたと評価できる。また、上の内閣委員の発言 からは、従来の慣習の上になされている民衆の土 地・不動産取引の領域(私的自治の領域)に強権 的に踏み込むことは「道理」に適わないという価 値判断があったことも窺われる。川口・前掲 255 頁も、「実は、それは、法理論上の選択ではなく、 土地取引の実態に規定されてできあがった制度が、 たまたま、外国の制度に類似物をみいだしたにす ぎない」と記している。

第2は、登記機関(治安裁判所)や登記制度の 枠組・内容に関しては多くをプロイセン法に範を とりつつも、対抗要件主義が採られたことへのフ ランス法の影響の評価である。ボアソナードの民 法草案もすでに知られており⁽⁷⁵⁾、その基調にフラ ンス法の影響があったことは間違いない(福島・

(75) ボワソナードは、1883年から1887年にかけて第2 編財産編と第3編財産取得編(相続を除く部分)を完成 させていた。起草過程で作成した草案は逐次活字化され、 彼自身がそれを用いた講義を行っていた。「再閲民法草 案」の物権の部は明治 15 (1882) 年 9 月に大木喬任民 法編纂局総裁に上程され、明治19(1886)3月には「民 法草案修正案」(財産法部分)が大木総裁から提示され ていた。川口・前掲(注52)183頁、245頁。

前掲65頁)。ただし、「登記ヲ為サゝル…売買譲与 質入書入ハ第三者ニ対シ法律上其効ナキモノトス」 という6条の文言(傍点筆者)は、フランスの1855 年登記法3条とも、また、ボアソナード草案を踏 まえて制定された旧民法財産編350条とも異なっ ている。

すなわち、1855年登記法3条は、先にみたよう に (本誌 2019 年秋号 80 頁)、騰記なくしては「そ の不動産上に権利を有し、かつ、法律に従って自 この権利を保存した第三者に対して対抗すること ができない。」と規定する(傍点筆者。以下も同様)。 そして、旧民法の上記350条は、「其登記ヲ為スマ テハ仍ホ名義上ノ所有者ト此ノ物権ニ付キ約束シ タル者又ハ其所有者ヨリ此物権ト相容レサル権利 ヲ取得シタル者ニ対抗スルコトヲ得ス但其者ノ善 之ヲ為シタルトキニ限ル。」と定める。同条の但書 の後段は、1855年登記法3条の傍点箇所と同趣旨 のものである。他方、但書の前段は、当時のフラ ンスにおける判例・学説の議論 (76) を踏まえて、 ボワソナードが自己の判断で付加したものと見ら

それに対して、登記法6条は、第三者の範囲に ついて何らの限定も付さず、かつ、「第三者ニ対シ 法律上其効ナキモノトス」という表現も固有のも のである。フランス法の影響を受けていたとして も、そこには立法者の独自の判断が加わっていた わけである。史料によってその「独自の判断」の 内容を詳らかにする用意はないが、あるいは、登 記があれば対抗できる第三者の範囲を広げて登記 の効力をできるだけ強いものにしたいという意図 があったのかもしれない⁽⁷⁸⁾。

必要もあり、また、「当初はやはり一種の効力発生要件 主義的な発想が根強かったのではないか」と推測してい る。福島・前掲(注52)70頁も、「仏法への単なる盲従 でないこと」を指摘する。

⁽⁷⁶⁾ 第三者の善意・悪意をめぐるフランスの判例・学説 の状況については、星野・前掲(注19)298-299頁。 (77) なお、旧民法債権担保編 213 条の抵当権の登記の対 抗力に関する文言は、また別のものになっている。 (78) 清水・前掲 (注 52) 143-144 頁は、実体法たる民法 がない状況下では実体法的な効力のニュアンスを出す

③ 本稿の主題とは直接関係のない事柄であるが、登記の申請手続と審査手続の問題に一言ふれておく。当初の登記法と附属規則では、登記申請の手続・書類も、登記官吏の審査手続も、極めて煩雑で厳格なものであった。しかし、それが登記官吏の傲慢不親切な態度と相俟って、民衆を登記所から遠ざける主原因の一つとなっていたことから、第2次改正ではその手続規定を全面的に改め、大幅に簡易・簡略化した。その結果、権原や契約の真正さの審査手続は形式的なものとなった(福島・前掲64、80頁、清水・前掲142-143頁)。これは、登記の効力の強化とは逆方向の改正であり、今日に続く形式的審査主義の起点となる。

3) 相続による土地所有権移転の登記

では、本稿の主題にかかわる相続による土地所 有権移転の登記は、どのようなものとして、如何 に扱われたのか。先に見たように、日本では明治 の初期から、相続による所有権移転も、地券書換 及び戸長役場での公証手続に服することが求めら れてきた。登記法も、(1)の③に記した如く、生 前の家督相続及び死後の相続等を登記の申請がで きる事項としている。フランスの1855年登記法に は相続による土地所有権移転の公示手続はなく、 また、プロイセン法(1872年5月5日の「土地登 記条例」) でも相続・婚姻による所有権取得には登 記を要しないとされていた(福島・前掲37頁)か ら、上記の取扱いが日本独自の理由と判断に基づ く手続規定であったことは確かである。史料に基 づく明確な分析作業はできないが、先行研究とこ れまでの考察から今わかる限りのことを記してお こう。

① 第1に、明治8 (1875) 年の太政官布告 153 号における地券書換は、先にも指摘した如く、地 租納税義務者を確定・確保することを目的とした ものと見られる (前出100頁)。

まず、①生前家督相続及び贈遺は、隠居による戸主の交替であっても、土地(及びその他の「公証記名財産」)についての権利の移転に関しては、前戸主の個人財産の新戸主への生前贈与と同視された。地券は、当初から「家」ではなく「人」(個

人)に付与するものとされたこと⁽⁷⁹⁾、及び、前戸主 (隠居者) は、全財産を新戸主に移転する義務 はなく、一定の財産 (例えば自己名義の地券のある土地)を留保財産として自己に留保することができたことが、その背景にあった (川口・前掲114-115 頁)。新戸主に移転した土地と納税義務者を確定する必要があったわけである。

回戸主の死亡文は失踪による相続については、その内容が家督相続(単独相続)であることがつとに確認され(明治6=1873年7月22日太政官布告263号。分割相続の否定。川口・前掲94頁)(80)、所有権移転は当然のものとされた。戸主以外の者の死亡による遺産相続についても、その内容は未確認だが、所有権移転は当然とされた。ただ、この当然相続の場合には相続人が何もしないで放置する可能性があることを慮って、とくに6カ月以内の地券書換を科料によって強制したものと見られる(81)

② 第 2 に、明治 13 (1880) 年 11 月 30 日の土地売買譲渡規則は、①生前家督相続については売買譲渡のそれと同一の公証手続がなされるべきことを前提とした上で(前述)、回死亡文は失踪による家督相続文は遺産相続 (82) については、所有権は当然に移転するものとしつつ(したがって公証

(79) このことは、明治10=1877年8月28日の太政官指

「家産」の散逸を阻止してその所有と管理権限を戸主に集中し、有能な管理者を確保して(無能であれば「廃嫡」・「廃戸主」ができる)家族経営の拡張を図ることが経済振興のためには必要であると考えられたことにある、と理解されている。利谷信義「明治民法における『家』と相続」社会科学研究23巻1号(1971年)34-35頁も、つとに同様の指摘を行っていた。

令でも明確に確認された。事実、生前家督相続の場合の 地券書換は、すでに地券渡方規則に規定されていた。 (80) なお、川口前掲(注 52)82 頁、117 頁、250-251 頁 等によると、分割相続の否定の理由は、農業を含む当時 の産業が家族経営で営まれていた状況を前提とすれば、 「家産」の散逸を阻止してその所有と管理権限を戸主に 集中し、有能な管理者を確保して(無能であれば「廃

⁽⁸¹⁾ 川口・前掲(注52) 115 頁。期間を徒過しても科料を課されるだけで、地券は付与される。なお、この罰金がとくに定められたものと見られることは、既に述べた。前出注59 参照。

⁽⁸²⁾ 戸主でない者も個人として地券を取得できたから、 その死亡による遺産相続についても、同じ扱いを定めて おく必要があった。

手続はなされない)、戸長役場を経て地券書換を行 うことを命じた。科料の制裁があることも、①の 回と同様である(同規則5条1項)。その狙いは、 やはり地租納入義務者の把握・確定にあったと見 られる(前出102頁)。

なお、同条同項に死亡相続と並んで記された「離 縁戸主ノ家督相続」は、養子戸主の離縁(実家復 帰) に伴う家督相続で、前戸主(養子戸主)の生 前に生じるものであるが、「死亡者ノ家督相続」と 同視された。その前提には、養子戸主離縁に際し ては、養子戸主が養子期間中に取得した土地・地 券は、養子戸主が自己の才覚で得たものも含め、 すべて養家に残すべきこと(養子戸主が実家から 持ち込んだ土地は除く)が、すでに定められてい たことがある(明治10=1877年8月の太政官指令 及び明治 11=1878 年 7 月の内務省指令)。土地・ 地券は「人」(個人)に属するものとした一方で、 ここでは、土地・地券は「家」に属するものとす る論理が優先させられていたのである(川口・前 掲 117、184 頁)。

③ 第3に、登記法の規定も、明らかに以上の経 緯を踏まえたものである。

すなわち、①15条1項は、「家督相続二因リ地 所建物船舶ノ登記ヲ請フトキハ双方出頭シ其証書 、、、、、、 ヲ示ス可シ」とし (傍点筆者) ⁽⁸³⁾、生前の家督相 続を規定する。他方、回15条2項は、「死亡者失 踪者若クハ離縁戸主ノ遺留シタル地所建物船舶ヲ 相続スル者登記ヲ請フトキハ親族又親族ナキトキ ハ近隣ノ戸主二名以上連署ノ書面ヲ差出シ且証明 書類アルモノハ之ヲ示ス可シ」である。死亡・失 踪による「相続」を生前家督相続とは区別した上 で、家督相続(戸主の死亡の場合)及び遺産相続 (戸主以外の者の死亡の場合) の双方を含む文言 で規定していることに注意したい。ただし、回に ついての罰則規定はない。登記の任意申請主義の 下では罰則は定めがたかったと見られる。

もっとも、明治19年の段階では地租徴収はすで に土地台帳に依拠してなされていたから、この相 続の登記を地租納税義務者の把握・確定のためと 見ることはできない。そのことは、任意申請主義 との関係でも明らかである。では、①と回の相続 を登記の申請を為すべき事項としたのは何のため であったのか。確たることを言う準備はないが、 本稿の考察から気づいた若干の事柄を記しておこ う。

(a) ⑦については、いまだ明確な相続実体法規が ない状況下で、当事者の意思に発する生前の家督 相続が認められていたことが影響していた可能性 が大きい。登記法が、土地売買譲渡規則と異なり、 生前家督相続を独立した規定で定めていることも、 とくにこの場合の相続の登記の必要性(つまりは、 当該生前家督相続によって新戸主が取得した土地 所有権への第三者対抗力付与の必要性)が考慮さ れていたことを推測させるもののように見える (84)。 このこととの関連で筆者が想起するのは、フラ ンス民法典における土地資産の生前贈与及び贈与 分割の取扱いである。前者も共同相続人に対して なされるときは事実上相続の一部をなすし、後者 は、まさに尊属=被相続人の権威の下でなされる "生前の相続の決済"たる性質を持つ("決済"の 内容は日本とは異なるが…)。被相続人たる所有者 の意思に基づき家族構成員間の合意で行われる (したがって第三者にはわからない) それらの行 為は、いずれも、公証人証書による特別の厳格な 方式でなされ(これに反する場合は無効となる)、 かつ、その「証書の騰記」をしなければ第三者に 対して対抗できない(本誌 2019 年秋号 75-76 頁、 77-78 頁、79 頁)。

明治 19 年登記法には<公正証書による>とい う要件はないが、<当事者双方が出頭し証書を示 して登記官吏の厳格な審査を受け(制定時の審査

⁽⁸³⁾ 元老院会議に提出された原案では家督相続人の単 独申請とされていたが、元老院は「財産ヲ遺留セル際ニ 争論ノ起ルヲ防グ為メ」に「双方出頭」に修正したとい う。福島・前掲(注52)57頁。

⁽⁸⁴⁾ なお、少なくとも生前家督相続の登記については、 その登記の有無が土地所有権移転の対抗要件としてい かなる意味を持つのかという点が議論される余地があ るはずだが、今の筆者は、当時の史料や学説・解説書等 でそこを確認する作業はなし得ていない。

手続)、その登記をしなければ「第三者ニ対シ法律 上其効ナキモノトス」>という論理は、フランス 民法典のそれとも相通じるところがある。しかも、 生前の家督相続では、前戸主が一定の土地を自己 の留保財産=個人所有地として手許に残すことも 認められていた(特段の意思表示がなければ、前 戸主名義の地券のある土地は留保財産となるのが 原則とさえ考えられていたようである。後出注 103 参照)。登記法の立案者はおそらくフランス民 法典に関する知識を有していたと推測されること を考えると、両者の間に何らかの関連がなかった のかどうかを問うてみることも全く論外のことで はないかもしれない。

⑤ もっとも、回については、所有権移転は死亡 等により当然に生じるから、①におけるような問 題は、通常は発生しない。とすると、あるいは、 < 従前の法令の経緯を踏まえつつ、登記法制定の 理由とされた登記料徴収機会の増大と「財産ノ保 護」を図ることが念頭に置かれていた>というこ となのかもしれない。ただし、相続の登記(前記 15 条の登記) の登記料は、「時価相当ノ価格」を 定めた上、売買の場合の登記料の5分の1にする とされ(29条)、さらに、登記の励行を企図した 第2次改正では、相続登記の登記料のみを一件に つき3銭に下げている⁽⁸⁵⁾。

ともあれこうして、立法者の独自の考え方と判 断に基づいて、当時のフランスやプロイセンには なかった「相続の登記」の制度が日本に出来上が った。

(4) 明治19年登記法についての小括

最後に、以上の考察を踏まえて、多少のまとめ 的なコメントを記しておこう。

第1に、日本の登記制度は、土地取引や土地担

(85) 福島・前掲 (注 52) 80 頁。なお、清水・前掲 (注 52) 145 頁によると、明治29 (1896) 年登録税法の制定 で、登記料も「登録税」に織り込まれ、家督相続の登録 税は時価相当額の1000分の5(相続の日から60日経過 したときは1000分の10)となった。これは、第2次改 正の時のものと比べると、大幅な引き上げである。ちな みに、売買・贈与の登録税は、代価又は時価相当価格の 1000分の20とされていた。

保金融にかかる取引社会の必要・要請からではな く、国家からの外在的な要請に基づき、実体法た る民法に先立って創出された。地券制度が地租徴 収の手段であったことはもとよりとして、戸長役 場の公証制度も、部分的にではあれ、地租納入義 務者の把握・確定という機能をなお同時に担わさ れていた。登記法は、もはや地租徴収とは切り離 されていたが、新しい登記税・登記料収入の確保 を目的として、上記の"流れの外形"を引き継ぎ つつ制定された。そこに出来上がった登記制度が 取引慣行の実態や取引当事者から"疎遠な超越的 制度"となったこと(前出104頁)は、当然であ ったとも言える。フランスの登記制度が民法制定 から50年を経て整備されたのとは、まったく逆の 流れである。

第2に、登記法は、登記機関や登記制度の枠組・ 内容についてはプロイセン法に範を取り、登記の 効力についてはフランス法を参考にした対抗要件 主義を採りつつも、外国法をそのまま持ち込んだ ものではなく、当時の日本の土地取引の慣行と実 情、公証制度の現実の機能や地籍台帳の実態等を 勘案しながら、"いま可能な適切な仕組み"を独自 の見地・判断に基づいて作り出したもののように 見える。ただ、"いま可能な適切な仕組み"の見通 しがどこまで妥当しうるものであったかは、先に 見たとおりである。

第3に、相続の登記の制度も、第1点及び第2 点の特徴の故に創出されたものと言えそうである。 しかし、当時の国民の間に、"相続による土地所有 権の取得・移転を確実ならしめるために登記をす る"とか、"相続をしたら登記をしなければならな い"とかの意識があったのか、また、登記法の制 定によってそうした意識が根づいていっただろう かと考えると、それは大いに疑問であると言うほ かあるまい。この点でも、第1、第2の特徴点が また妥当するわけである。

(5)補——明治19年公証人規則の位置と登記法と の関係

登記法と、同時に制定された公証人規則との関 係は、先行研究においても必ずしも詳らかにされ

ていない。福島・前掲90頁以下は、戸長役場の公 証制度は契約書等の認証・公証機能(奥書証印) とその公示機能(割印張への記載)の双方を持っ ていたところ、後者の機能が登記法に移行するの で、前者の機能を公証人規則に託そうとしたので はないか、という論旨を記している。清水・前掲 147 頁以下・176 頁も、それと類似した観点から、 登記官吏では審査し切れない権利移転の合意の真 実性を確保するため公証人制度を用意しようとし たのではないかと推測している。

それに対して、今村・前掲(注57)49-50頁は、 旧民法の要式契約(贈与、抵当権設定契約等)で 公正証書が要求され、旧民法証拠編でも公正証書 に係る規定があったことに着目し、その制定・成 立を予定して公証人規則を定めたと見られるとこ ろ、旧民法が結局施行されなかったため、同規則 は「あて外れの不運な出発」をした結果になった、 と捉えている (86)。また、登記法との関係について は、今村・前掲(注19)177-178 頁は、制定時の 登記法が、登記申請には「契約者双方出頭シ其証 書ヲ示ス可シ」(14条1項。生前家督相続に関す る 15 条 1 項も同旨の規定) と定めた上、裁判所の 監督下の登記官吏による厳格な審査手続を用意し ていたことに着目し、戸長役場が担っていた「公 証」の延長上でより専門的な能力を持つ登記官吏 に「公証」の機能も同時に担わせようとしたので はないか、と推測している⁽⁸⁷⁾。いずれも断定でき る事柄ではないが、筆者には、今村の捉え方(と くに前者)には相応の説得力があるように思われ

いずれにせよ結果として、公証人規則は、契約 当事者の合意内容を前提に作成された公正証書⁽⁸⁸⁾

れなくなることは前述した。

に公正の証拠力と執行力を付与することを主眼と する制度となり(2条、3条参照)、登記法とは直 接の連絡・関係を持たないものとなった。そして、 当事者間の合意による土地所有権移転を登記手続 にまでつなげる役割は、 — フランスではそれを 公証人が担うのとは異なって――民間の代書人 (のちの司法書士) に委ねられることになるので ある (清水・前掲 148 頁)。

3 明治民法の「家」制度と相続の登記

明治民法は、財産法にかかる第1~第3編が明 治29 (1896) 年4月に、親族・相続にかかる第4、 第5編が明治31 (1898) 年6月に公布され、その 全体が明治 31 (1898) 年7月16日から施行され た(以下、本節では民法という)。後2編により日 本特有の「家」制度と家督相続制度が確立され、 第2次大戦後の家族制度改革(昭和22=1947年の 後2編の全面改正)まで日本の家族と相続を規律 することになる。登記に関しては、民法の附属法 として新しい不動産登記法が明治32(1899)年2 月に公布された。以下では、この体制の下で土地 の相続とその登記がどのようになされていったか を概観する。

(1)「家」制度における家督相続と遺産相続

1)「家」制度の基本的構造と特質

「家」制度は、明治初期から漸次に整備された 日本特有の戸籍制度を前提として、戸主の戸籍= 「家」に在る「戸主ノ親族」及びその配偶者を「家 族」とし(民法 732 条 1 項) (89)、家族構成員を戸

在まで引き継がれている。それに対し、フランスの場合 は、例えば遺産分割協議の公証人証書について先にみた ように、共同相続人全員が公証人の面前に出頭してその 場で協議内容を形成・合意し、公証人がその内容を全員 に確認させた上で、所定の方式に従って公証人証書を作 成するという手続になる (本誌 2019 年秋号 75 頁、77 頁)。この違いの持つ意味は極めて大きい。例えば公証 人規則制定時に、<生前家督相続の合意とその証書の作 成は公証人の面前で行うべし>とすることなど、およそ 考えがたかったに違いない。今村・前掲(注57)50頁 も、この違いの持つ意味を強調している。

(89) 「親族」は、6 親等内の血族、配偶者、3 親等内の 姻族である(同725条)。この範囲の広さも、「家」制度 の特徴の一つである。

⁽⁸⁶⁾ もっとも、仮に民法の条項中に公証人の関与を定め る規定が置かれたとしても、長い歴史の上に形成された フランスの公証人制度のような司法インフラが日本で うまく形成されえたかどうかは、また別問題である。 (87) ただし、仮に制定時にそのような意図があったとし ても、第2次改正の結果、そのような厳格な審査がなさ

⁽⁸⁸⁾ 日本では、戸長役場での「公証」(奥書証印) の時 代以来、「公証」は、当事者による合意と証書作成後の 手続であり、それは、公証人規則(1条参照)を経て現

主の身分統制権の下に置く家族制度である。戸主の変更・交替があっても「家」の同一継承性を確保するため、「旧戸主及ヒ其家族ハ新戸主ノ家族トス」とされた(同条2項。以下も条文は民法のそれ)。その制度的内容は、旧民法家族法の規定を踏まえながら「それをより完全なものに仕上げた」ものとされる(川口・前掲293頁)。「家」制度の内容はよく知られているので、本稿に必要な限りで、若干の特徴点のみを略記しておく。

① 戸主の家族構成員に対する統制権を裏打ちするのは、戸主による「家産」の管理権と運営権の掌握である。それは、2)で見る家督相続制度によって世代を超えて承継・確保された。戸主の地位は、家督相続により「家」の財産とともに家督相続人(最優先順位は嫡出の長男。970条)に承継され、「家」は、前戸主の時代と変わることなく、新戸主の下で一体的に継承され、存続していくのである。それゆえ立法時においても、「戸主ト云フモノハーツノ永ク続テ居ル謂ハハ法人ニ類似致シタヤウナ者ノ支配人のヤウナ者デアリマス」と評されている(穂積陳重)(90)。

戸主は、その反面の義務として、家族構成員に対して扶養義務を負った(747条)。新戸主が家督相続により一括して継承する「家」の財産(とりわけ土地)は、法律的には新戸主の個人的所有権に属するものとなるが、機能的・実態的には、戸主による管理・運営を通じてその「家」に属する「家族」(家族構成員)の生活と生存を保障する物的基盤たる役割を担わされているのである⁽⁹¹⁾。

② もっとも、戸主の変更・交替については、満60歳以上の戸主の隠居による交替(752条。他に裁判所の許可を得てする隠居もある。753・754条)、女戸主の入夫婚姻による交替(755条。女戸主は

隠居者となる)も認められた。隠居には、「完全ノ能力ヲ有スル家督相続人カ相続ノ単純承認ヲ為スコト」が必要であり(752条2号)、隠居は、「隠居者及ヒ其家督相続人ヨリ之ヲ戸籍吏ニ届出イツルニ因リテ其効力ヲ生ス」(757条)。当事者双方からの届出を要することに注意しておきたい。

2) 家督相続と遺産相続

a) 家督相続

民法第5編は、冒頭の第1章に「家督相続」の 規定を置いた。第1章の条文数は28カ条である。

- ① 家督相続は、上記のように、原則的には長男による単独相続であるが、①戸主の死亡によるほか、②戸主の隠居、②戸主が婚姻又は養子縁組の取消により「家」を去ること、②女戸主の入夫婚姻又は入夫の離婚によって開始する(964条。後出注101参照)。②~②が前戸主の生前の家督相続である。
- ② 家督相続人は、一身専属的なものを除き、「相 続開始ノ時ヨリ前戸主ノ有セシ権利義務ヲ承継ス」 (986条1項)。家督相続人が法定家督相続人であ るときは、家督相続人は相続を「抛棄」すること ができない(1020条本文)。
- ③ ただし、上の回及び回の前者の場合、すなわち、隠居者及び入夫婚姻をする女戸主は、家督相続人の遺留分を侵害しない範囲で、「確定日付アル証書二依リテ其財産ヲ留保スルコトヲ得」(988条1項)。遺留分は、法定家督相続人たる直系卑属については「被相続人ノ財産ノ半額」(1130条1項)、その他の家督相続人については「被相続人ノ財産ノ三分ノー」である(同条2項)。留保財産は、「家」の財産の外に出て、前戸主の個人的な所有財産となる(92)。

b)遺産相続

家督相続に続く第2章に「遺産相続」の規定がある。第2章の条文数は15カ条である。ここでは、旧民法(財産取得編314条)と異なり、フランス

⁽⁹⁰⁾ 利谷・前掲 (注80) 75 頁から引用。

⁽⁹¹⁾ 戸主と家産がそのような地位と機能を持つが故に、「法定ノ推定家督相続人」であっても「正当ノ事由アルトキハ」、被相続人(現戸主)が親族会の同意を得て、その廃除を裁判所に請求できるとする規定が置かれた(975条2項)。「家」を維持・存続させるための措置を認めたのである。川口・前掲(注52)296頁、利谷・前掲(注80)76頁、88頁以下。

⁽⁹²⁾ それ故、隠居又は入夫婚姻による家督相続の場合には、前戸主の債権者は、家督相続人に対してだけでなく(988条3項)、前戸主に対しても弁済の請求ができること(同条1項)が規定されている。

民法典相続法と同様の、男女の別を問わない諸子 均分相続の原則が採られていることが特徴的であ

- ① 遺産相続は、「家族ノ死亡」、すなわち戸主以 外の家族構成員の死亡によって開始する(992条)。 相続人は、被相続人の直系卑属、具体的には子が 第1順位で、男女の別はなく(994条)、代襲相続 の規定もある (995条)。一方、配偶者は、直系卑 属たる遺産相続人がいない場合に、はじめて遺産 相続人となる (996条1号)。
- ② 遺産相続人は、一身専属的なものを除き、「相 続開始ノ時ヨリ被相続人ノ財産ニ属セシ一切ノ権 利義務ヲ承継ス」(1001条)(93)。遺産相続人が複 数のときは、「相続財産ハ其共有ニ属ス」(1002条)。
- ③ 同順位の複数の相続人の相続分は、男女の別 を問わず、均等である(1004条本文)が、直系卑 属中の「庶子及ヒ私生子」(昭和 17=1942 年改正 前の文言)の相続分は、嫡出子の相続分の2分の 1とされた(同条但書)。具体的相続分の算定につ いては、現行民法と同様に、特別受益の持戻しが 行われる(1007条)。なお、遺産相続人たる直系 卑属の遺留分は、「被相続人ノ財産ノ半額」である (1131条1項)。
- ④ 遺産分割に関しては、被相続人の遺言による 分割方法の指定又はその指定の第三者への委託 (1010条)、又は5年を超えない期間についての 分割の禁止(1011条)、及び、遺産分割の遡及効 (1012条) の規定はある (94) が、現行民法 906条 のような遺産分割の基準や指針を示す規定はない。 すべて「家族」・「家」内での任意の判断に委ねら れたわけである。

(2) 不動産登記法の下での相続の登記

明治32(1899)年2月公布の不動産登記法(以 下、不登法) は、明治 19 年登記法(以下、旧登記 法という) の基本的な骨格を継承しつつも、民法

(93) この 1001 条と異なり、家督相続の効力に関する 986 条1項に「一切ノ」という文言がないのは、生前家督相 続では留保財産がありうることを考慮したものである。 ⁽⁹⁴⁾ 1010 条と 1011 条が現行民法の 908 条となる。1012 条が現行民法 909 条の本文である。

の制定に合わせて登記事項や登記の種類を拡充し、 かつ、旧登記法施行以来の経験を踏まえて組み立 てられた新しい手続構造を作り出した(対象は不 動産に限定)。条文数も大幅に増えている。この不 登法は、多くの改正を経ながらも 2004 年まで現行 法として適用されていたものであり、その内容や 特徴は広く知られているから、以下では、本稿の 課題との関係で注目される事柄のみを略記してお く。

1) 制度上の留意点について

① 不登法中の「相続による登記」の規定は後に 見るが、注目されるのは、同法制定に関する審議 の早い段階から相続による登記の規定を置くこと が決定されていたことである。すなわち、明治28 (1895) 年5月に法典調査会に提出された登記法 に関する乙号議案の18号は、登記法制定に関する 基本方針を9項目に要約し、その中で「七、登記 ノ申請書及ヒ登記申請ノ委任状ハ私署証書タルヲ 得ルコト、八、相続遺贈ヲ原因トスル不動産物権 ルコト (相続編)規定確定セサルモ) と記してい た(清水・前掲158頁による。傍点筆者)。ここか らは、幾つかのことを読み取れる。

第1に、民法の相続編の確定を待たないでも(傍 点箇所)、登記法には相続の登記の規定(おそらく は従前の例を踏まえたもの)を置くこと、第2に、 その登記の申請に際しても、とくに公正証書は要 求せず、私署証書でよいとすることが、すでにこ の時点で方針とされていた。また第3に、「相続遺 贈ヲ原因トスル不動産物権ノ得喪及ヒ変更」とい う表現は、当時審議中であった民法物権編 177 条 の規定との関連を明らかに意識したものと見られ る。とすれば、上記乙号議案の18号の作成者は相 続遺贈による不動産物権変動と売買等による不動 産物権変動を同じ性質のもの(したがって当然に 登記すべきもの)と捉えていたのではないかとい うことも、推測される。そうだとすると、相続や 遺贈による土地所有権の移転に民法 177 条がどの ように適用されるのかというその後の解釈問題の 原因は、すでにこの時点で胚胎されていたという

ことになる。

そして第4に、これらのことは、<日本の登記制度における相続の登記の規定は、日本に特有の背景事情と歴史的経緯の上に立法者が独自の考え方と判断に基づいて設けたものと考えられる>という筆者の前記の評価(前述108頁)を改めて裏付ける材料を提供する意味を持つのではなかろうか。

- ② 物権変動の当事者共同での登記の任意申請主義には変更はない(不登法 25 条 1 項、26 条)。 ただし、登記機関の裁判所機構下への純化がさらに進められた結果、登記所の数は減少した。交通機関の一定の発達はあったかもしれないが、登記機関は、民衆の生活からは一層遠ざかった(清水・前掲 163 頁、川口・前掲 303 頁)。
- ③ 未登記不動産について始めての所有権の登記=保存登記をする手続が規定された。土地についての申請者は、第1に「土地台帳謄本二依リ自己又ハ被相続人力土地台帳ニ所有者トシテ登録セラレタルコトヲ証スル者」である(106条1号。条文は清水・前掲166頁)。これで土地台帳と登記簿との連動が図られたわけであるが、これにより土地所有権の保存登記が実際にどのようになされたのかは、今の筆者にはわからない。
- ④ 登記が第三者対抗要件であることは、民法 177条によって明定された。「登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」という表現は、フランスの1855年登記法3条のそれと同旨のものであるが、同前3条と異なり、「第三者」には何らの限定も付されていない(本誌2019年秋号80頁参照)。ここから、後の「第三者の範囲」に関する解釈問題が起こることになる。
- ⑤ 相続による登記については、次の2つの規定 が置かれた。若干の点をコメントしておく。

「27条 判決又ハ相続ニ因ル登記ハ登記権利者 ノミニテ之ヲ申請スルコトヲ得」。

「41条 登記原因カ相続ナルトキハ申請書ニ相 続ヲ証スル市町村長若シクハ区長ノ書面又ハ之 ヲ証スルニ足ルヘキ書面ヲ添付スルコトヲ要 ス」。 ①旧登記法にあった生前家督相続と死後相続と の区別が姿を消し、「相続ニ因ル登記」という文言 で一括された。このことは、民法及び不登法施行 後の解釈論にも影響を及ぼした可能性がある(後 述)。

そして、回当事者共同申請主義の例外として単独申請を認める27条の規定は、死後相続だけでなく、生前の家督相続にも適用される。このことは、明治33年8月9日の民刑局長回答で確認された。生前家督相続の場合であっても、その事実の発生(相続の開始)は、戸籍簿等によって比較的容易かつ確実に登記官吏が推認しうることがその理由である(95)。親族・相続に関する実体法規が確定し、隠居には当事者文方から、戸籍吏への届出が効力発生要件となる(前出民法757条)、隠居者が財産を留保するには「確定日付アル証書」(公正証書はそれに当たる)を要する(同988条1項)など手続面の規定が整備されたので、旧登記法のように当事者「双方出頭シ証書ヲ示」して申請させるまでの必要はないと判断されたものと見られる。

②41条にいう「相続ヲ証スル…書面」に戸籍謄本等が入るのは間違いないが、隠居者が留保財産を残す場合の「確定日付アル証書」、遺産相続の場合の遺産分割の証書などがどのように扱われたのかは、未確認である。

□なお、例えば、被相続人が土地を買い受けた後、移転登記をせぬまま死亡したなどの場合は、42条に基づき相続人が「其身分ヲ証スル…書面」を添付して、登記義務者から被相続人への移転登記を申請できる。そしてその際に、併せて相続人自身への「相続ニ因ル登記」を申請することも可能である (96)。

⑥「相続ニ因ル登記」が民法 177 条との関係でいかなる効力を持つのかは、不登法の規定からはわからない。ただ、先に見たように、不登法の立案者は、少なくとも生前の家督相続や遺贈による

⁽⁹⁵⁾ 幾代通『不動産登記法 (新版)』(有斐閣、1980年) 72-73 頁。

⁽⁹⁶⁾ この 42 条の規定の意義については、幾代・同前 79 頁以下。

不動産物権の移転については、売買等による物権 移転の場合と同列に捉えていたもののように見え

また、今村・前掲(注19)249頁が引用する穂 積陳重『隠居論』(有斐閣、1915年) 467-468 頁の 記述には、「民法起草の際、其原案の初稿に於ては、 隠居及び女戸主の入夫婚姻に因る相続の場合に於 ては、…特に第三者を保護する必要あるを認め、 是等の場合には一定の期間内に登記することを要 するの規定を設けたるも」、結局「別条」を設けな いことにしたことが書かれている。そして、穂積 はさらに同前箇所で、その別条を設けなかった理 由の一つとして、「相続が他の原因に因りて開始し たる場合に於ても総て之を登記すべきものなるに、 特に隠居及び入夫婚姻に因る場合のみを挙ぐると きは、他の場合は第百七十七条に包含せられざる ものと解せらるる虞あるを以て、竟に総て第百七 十七条中に包含せらるるものとし」たことを挙げ る (傍点は原文)。ここから見ると、穂積は、死後 の家督相続や遺産相続・遺産分割の場合にもやは り登記を要すると考えていたようである。

この問題は、のちに大きな解釈問題となる事柄 であるので、最後に改めて検討してみることにす る。

⑦ 不登法は、旧登記法よりさらに徹底した形式 的審査主義を採用した。公証人・公正証書との関 連づけもなく、当事者間の取引や権利移転の真正 さの確認・公証という契機は、日本の登記制度で は極めて不完全なものとなったのである(清水・ 前掲 167-168 頁、174 頁以下)。もっとも、生前家 督相続による登記については、当事者双方の届出 による戸籍謄本と留保財産に係る「確定日付アル 証書」の作成が前提的要件となっていたから、形 式的審査に伴う弊害は、さほど問題とはならなか ったかもしれない。

⑧ 旧登記法の登記料は、不登法の制定に先立つ 明治 29 (1896) 年登録税法の制定で「登録税」に 取り込まれていた(前出注85)が、明治32年不 登法の制定に伴う登録税法の改正が同じ年に行わ れ、不動産登記の登録税率が引き上げられた。例

えば売買の場合は、売買代価の 1000 分の 20 であ ったものが 1000 分の 25 となる。時価相当額の 1000 分の 5 (相続の日から 60 日経過したときは 1000 分の 10) であった家督相続の場合がどうなっ たかは未確認だ (97) が、登記制度を収税手段と位 置づける旧登記法以来の考え方は、不登法の下で も維持されたのである(清水・前掲179頁)。

2) 相続登記の実態について

不登法制定後、土地に係る登記がどのように励 行されたのかについては、保存登記や相続による 登記のそれを含めて、現時点では、残念ながら判 断材料を入手しえていない。

① もっとも、明治民法下の相続の中心であった 家督相続の場合には、家督相続人は常に一人であ るから、共同相続人間での利害調整の手続や、被 相続人の債権債務を整理して遺産分割を行うなど のことは、一切必要とならない。死亡による家督 相続では、法定家督相続人が戸籍吏に届け出て新 戸主の戸籍を編製することで(これは「義務」で ある)、相続の事実は容易に証明できたから、家督 相続人が望めば、単独で簡単に相続登記の申請が できたはずである。

ただし、他方で、相続した土地を処分する等の ことがなければ、あえて登録税を払ってまで相続 登記をする必要は生じない。自己が家督相続人、 すなわち、相続した土地の所有権者であることは 戸籍によって証明でき、家督相続人は、新戸主と して「家産」の管理・運営を何らの問題もなく継 続していくことができる。いわばここでは、フラ ンスの 1855 年登記法 (1935 年法による改正を含 む)の下で生じていたのと類似する法状態(所有 者たることの証明に困ることはなく、"対抗不能" のサンクションも働かない)が生じていたわけで ある。もしこちらの要素が強く作用していれば、 死後家督相続による登記は、それほどなされなか った可能性もある。

② 一方、生前家督相続では、当事者双方の戸籍 吏への届出により戸主変更の効力が生じ、その時

⁽⁹⁷⁾ ちなみに、相続による登記の現在の登録免許税は、 1000分の4である。

に相続が開始する。家督相続人が戸籍によって家督相続の事実を証明できることは、死後家督相続の場合と同じであるが、前戸主が留保財産を手許に残すことが認められていることを考慮すると、家督相続人の側には、自己が相続で取得した土地・不動産の範囲を明確に確定しておきたいという要請が生じることも考えられる。もしこの要請が強く作用していれば、生前家督相続による相続登記の申請も相続人が単独でできるから、この場合の登記申請は、死後家督相続の場合より頻繁になされた可能性がある (98)。次の(3)で見る明治41年の大審院「相続登記連合部判決」の登場は、その可能性をより強く現実化させる役割を担うものだったのかもしれない。

③ 遺産相続と遺産分割の登記については、手許になにの材料もない。不登法の立法者は、前記 27条と 41条により遺産相続・遺産分割の登記が共同相続人から申請されることを当然予定していたはずだが、明治民法下では土地・不動産を含む遺産相続の比重自体がさほど大きくなかったと考えられる。また、遺産分割(その証書は私署証書でもよい)には完全な遡及効が付与されていたから、遺産分割で土地を取得した相続人が仮にその登記をしなかったとしても、その権利を害されるリスクは、実際には小さかったのではなかろうか。ただし、(3)の5)で見るように、具体的な紛争事例が裁判所に持ち出されるケースも見受けられていた。

ともあれ、以上は、いわば抽象的な推測でしかない。のちに機会があれば、戦前=明治民法下の相続登記の実態を伝える文献・資料の探索を試みてみたい。

(3)「相続二因ル登記」への民法177条の適用問題

1) 明治41年12月の大審院相続登記連合部判決

不登法による相続の登記と民法 177 条との関係 はどうなるのか、という先に指摘した問題は、両 法の施行直後から現実の解釈問題となり、区々の 判断を示す裁判例が登場した。事案の多くは、隠 居による生前家督相続の事例で、典型的には、< 生前家督相続の後、不動産の登記が家督相続人に 移転されない間に、隠居者が当該不動産を第三者 に対して処分した>(抵当権設定を含む)という ケースである。大審院は当初、大判明治38年12 月 11 日 (民録 11 輯 1736 頁。以下、明治 38 年大 判) 等において、隠居等の事由によって当然に開 始する相続による不動産物権の取得については、 民法 177 条は適用されないという判断を示したが、 下級審にはそれに従わないものが多く、梅謙次郎 などからも強い批判論が提起された。その結果、 大審院は、同じく隠居による生前家督相続の事案 において、明治 41 年 12 月 15 日民事連合部判決で 判例変更を行い(民録 14 輯 1301 頁。いわゆる「相 続登記連合部判決」。以下、連合部判決)(99)、民法 177 条にいう「物権ノ得喪及ヒ変更」はその原因 の如何を問うものではなく、同条は「物権ノ得喪 及ヒ変更カ…家督相続ノ如キ法律ノ規定ニ因リ生 シタル」ときにも適用されることを判示した。い わゆる「民法 177 条の物権変動の範囲」に関する 「無制限説」の考え方で、これが今日まで続く判 例法理となる。

この判例法理の理解と解釈をめぐっては、幾多の裁判例と民法学説上の議論が積み重ねられてきた。本稿でそこに立ち入るつもりは毛頭ないが、筆者は、上記連合部判決を、177条の「物権変動」要件の「無制限説」を確定した判例として一般的に受容することについて、かねて違和感と疑念を抱いてきた。本稿の考察を踏まえると、その「違

⁽⁹⁸⁾ 先に本文で引用した穂積『隠居論』の同前箇所は、「此場合に於ける家督相続人は自己の利益の為め登記を為すべきを以て、これを自衛に委するも可なりとした」ことを、とくに「別条」を設けなかったいま一つの理由と記している。なお、次の(3)で見る大審院明治41年「相続登記連合部判決」も、それとほぼ同旨の言辞を用いていた。

⁽⁹⁹⁾ なお、大審院は、同年同日付けのもう一つの民事連合部判決(民録14輯1276頁)により、民法177条の第三者の範囲について「制限説」の立場に立つことを判示したが、本稿ではこの判決には言及しない。

和感と疑念」の拠って来たる原因・理由について、 ある程度までの説明を与えることができそうに思 われる。以下、それを少しく記してみたい。

もちろん、その「説明」は、民法解釈論レベルのものではなく、同判決登場までの歴史的経緯と そこに生起した制度的・法律的事実の客観的な認 識評価の問題として同判決の内容をどう見るか、 というレベルのものである。

また、上記連合部判決をめぐる判例及び学説の展開の経緯については、すでに今村・前掲(注19) 234 頁以下でその概要の的確な整理がなされている。以下の論述も、その整理を利用しながら行うものである。

2) 相続登記連合部判決の論旨

連合部判決の論旨は、ごく簡単に整理すれば、 次の3点である(今村・同前の整理とは若干異な る。傍点は筆者。以下同様)。

- ② 動産か不動産かを問わず、物権の設定・移転が当事者間では意思表示のみで生じることを定める民法 176 条と、「其原因)如何 す問 ウス総テ」の「不動産ニ関スル物権 ノ 得喪及 ヒ変更」について第三者対抗要件を定める民法 177 条とは、「全ク別異ノ関係ヲ規定シタルモノ」である。
- ⑤ 民法 177 条は「同一ノ不動産ニ関シテ正当ノ権利若シクハ利益ヲ有スル」「第三者ノ保護」のための規定であり、「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補続ノ如キ法律ノ規定ニ因リ生シタルトハ毫モ異ナル所」はない。
- ②「加之家督相続之如辛法律之規定三因り物権 亨取得シタル者ニ於テハ意思表示二因り物権ヲ取 得シタル者ト均シク登記法ノ定ムル所ニ従ヒ登記 亨為シ以テ自ラ其権利ヲ自衛シ第三者ヲモ害セサ ル手続ヲ為シ得ヘキハ言ヲ俟タサル所ナレハ其間 敢テ区別ヲ設ケ前者ハ登記ヲ為サスシテ其権利ヲ 第三者ニ対抗シ得ルモノト…スルノ必要ヲ認ムル」 理由がない。

この判決の事案は、隠居者が隠居後、土地の所 有権移転登記がなされる前に本件土地を第三者に 贈与し、第三者への所有権移転登記が経由された

ため、家督相続人がその移転登記の抹消を請求し たものである。本判決は、家督相続人の請求を排 斥した原判決を肯定した。したがって、厳密な意 味での「判決理由」(ratio decidendi) は、<隠 居に伴う生前家督相続による家督相続人への不動 産所有権の移転は、民法177条に従って登記をし なければ第三者に対抗できない>という点にある。 その「判決理由」には、筆者もなんら異論はない (後述4) 参照)。事実、原判決は、隠居による 生前家督相続と死亡による家督相続を明確に区別 し、前者に限って民法 177 条の適用を肯定したも のであった (今村・前掲 (注19) 242 頁)。しかる に、連合部判決は、生前家督相続の事案への民法 177 条の適用の肯定という内容を含ませつつも、 極めて一般的かつ抽象的な法律論(法律的論理構 成) を判示したのである。

3) 論旨の理由と内容についての疑問点

その理由と連合部判決の論旨の内容については、 以下のような事柄を指摘できる。

第1に、論旨の@及び心は、前掲明治38年大判 が、「我国ノ家督相続ナルモノハ戸主ノ死亡ニ因ル 等ノ事由中ノーアルニ因リ法律上当然開始スヘキ · ・、 モノ」である(民法 964 条)一方、民法 177 条は 「其権利力当事者ノ意思ニ因リテ発生移転スル場 者ハ東カニ登記ヲ為セハ第三者ニ対シテ自己ノ権 利ヲ保護スルコトヲ得可キニ此行為ヲ怠リタルト キハ第三者保護ノ為メ其者ニ不利益ヲ被フラシム ル精神ニ出タルコト疑ナシ」として、「相続ニ因リ テ不動産上ノ物権ヲ取得シタル相続人」の場合は、 相続人が速やかに移転登記を為しうるとは限らな いから、「明文ヲ以テ除外シタル規定ナシト雖モ… 法理上自カラ民法第177条ノ適用ヲ受ケサルモノ トス」と判示していたことを意識し、それを明確 に否定しようとしたものである (100)。 ©の中の傍

⁽¹⁰⁰⁾ なお、上の本文の最後の傍点箇所を含め、明治 38 年大判がその判示を補強するべく挙げている理由づけには種々の疑問があるが、それは、ここではさて置くことにする。

点部分も、明治38年大判中の上の最後の傍点箇所 を否定するために追加されたものと言える。

第2に、論旨の⑥及び©では、事案に即して「家督相続ノ如キ法律ノ規定ニ因リ」生じた物権変動について論じている(とくに⑥がよく妥当するのは、生前家督相続の場合である)が、⑧及び⑥の中では、民法177条は、物権変動の原因の如何を問わず、法律の規定によって生じた物権変動にも「総テ」適用される趣旨の記述がなされている。これが「無制限説」の根拠になるわけだが、そこには、さらに次のような問題がある。

まず、①生前家督相続と死後家督相続とが区別されていない(この点は、明治38年大判でも同様であった)。確かに民法964条では、「戸主ノ死亡」も、隠居や女戸主の入夫婚姻等も、家督相続の開始の法定の「事由」として、一括りにして列挙されている(101)。しかし、両者の性質、内容はけっして同じではない。生前家督相続は、本来当事者双方の意思に発するものであり、前戸主が一定の不動産を留保することも認められていた(前出110頁)。事実、その故に明治初期から明治19年登記法までは、生前家督相続と死後家督相続(及び遺産相続)とを明確に区別して取り扱う措置が取られてきたのである。

ところが、明治民法の起草者は、この違いと区別を民法の条文上では見えないものにし、一括して「家督相続」と概念規定した。隠居制度に対しては以前から反対論・廃止論も根強かったにもかかわらず、法典調査委員会の主査委員会には当初から「隠居ニ関スル規程ハ之ヲ親族編ニ掲クルコト」が提案されたこと(明治26=1893年の「予決議案第13号」)(102)、また、法典調査会においても穂積陳重が、隠居による家督相続を原則として死亡による相続と同視して「財産全部)相続ノ原因」

とし、ただ「確定日付アル証書」があるときにのみ例外として財産の留保を認めることが民法の規定(964、986、987条)の趣旨であると説明していること (103) を見ると、生前家督相続と死後家督相続を――「相続」による権利義務の移転の面では――原則として同列に扱うことが起草者の意図であったようである。隠居が当事者双方の意思に発する生前行為であることの特殊性を、法律規定で隠居も「相続」だと概念規定することにより、消去するわけである。

それは、土地について個人の私的所有権を認めることと、土地を「家産」に含ましめ家督相続による一括承継の対象にしようとすることとのジレンマを解消するための方策であった。法律制度論的に見れば、その方策は、<現戸主の「自分は隠居し、お前に家督を譲る」という意思表示と家督相続人の「譲り受けます」という意思表示とに基づき、当事者双方からの戸籍吏への届出によって開始する生前家督相続に対して、死後家督相続のそれと同一の法的効果(ここでは、原則としての一切の権利義務の移転・承継)を付与することを、強行法規で擬制する措置である>と言える。

連合部判決は、意識的にこの区別の消去を確認することを意図したのであろうか。とすると、遺産相続にもまた、民法177条が適用されるということになりそうである(この問題は後述する)。

次に、回生前の家督相続と死後のそれを区別せず、「相続」による不動産物権の得喪及び変更には総て民法 177 条が適用されるとするのが連合部判決の立場だとして、その理由や論拠はどのようなものであったのだろうか。もとより明確なことは言えないが、形式的な理由としては、@生前であれ死後であれ、「相続」は「法律ノ規定ニ因リ」一定の「事由」があると法律上当然に開始すること、@民法 177 条の文言からも、不登法 27 条(「相続

⁽¹⁰¹⁾ 民法「第964条 家督相続ハ左ノ事由ニ因リテ開始 ス/1戸主ノ死亡、隠居又ハ国籍喪失/2戸主カ婚姻 又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ/3 女戸主ノ入夫婚姻又入夫ノ離婚」。

⁽¹⁰²⁾ 利谷・前掲 (注 80) 51 頁、81 頁。主査委員会でも、 西園寺公望(副総裁)による隠居廃止論が提起されたが、 変更はなされなかった。

⁽¹⁰³⁾ 利谷・前掲(注80) 81-83 頁。なお、穂積がその説明で述べている上記条文の実質的な狙い・目的は、従来は隠居による家督相続があっても土地その他の「公証記名財産」は隠居者の個人財産として留保されることが原則であったのに対して、その取扱いを否定し、原則と例外を逆転させることであった。

二因ル登記」)・41条(「登記原因カ相続ナルトキ」)の文言からも、両者を区別する解釈は文理上では出てこないことが挙げられそうである。②明治38年大判を批判した梅の前記論文も、〈民法177条も不登法の規定も、文理解釈としては、相続による不動産物権の移転も他の原因によるものと同じく登記すべきものであることを前提としている〉とした上で、〈死亡相続の場合は、相続人が相続開始を知らないため移転登記がなされないこともありうるが、被相続人はもう存在しないのだから、民法177条の適用ありとしても、登記がないことで相続人が損失を被ることはない〉という、いわば実質的な評価を追加している(104)。

もしこれらが論拠だとすれば、それは、事柄の 実質(生前家督相続と死後相続の違い)を見ない "概念法学"としか言いようがないもののように、 筆者には思われる⁽¹⁰⁵⁾。そしてそれは、「相続」に よる権利義務の移転の効果に関して生前家督相続 と死後家督相続との区別を原則として消去した民 法起草者の意図を超えるものなのではないか。そ れで「わかりました。」と言うわけにはいかないで あろう。

そうすると、結局、②民法 177 条と不登法 27 条・41 条の立法者意思はどのようなものであったのかという問題に逢着する。民法 177 条については、民法起草者であった穂積、梅らが相続一般についても同条が適用されるべきものと考えていたらしいことは、これまでにも触れたが、立法資料に基づく検証作業はなし得ていない。また、不登法については、明治 28 (1895) 年 5 月の乙号議案 18 号中で「相続遺贈ヲ原因トスル不動産物権ノ得喪及ヒ変更ニ関スル登記ノ規定」を設ける方針が示されていたことを見たが、同法の立法時の資料は、これまた検証し得ていない。ただ、明治 19 年登記法の制定理由で挙げられていた「財産ノ保護」に代わって、民法第 177 条と不登法においては、お

そらく不動産取引のその後の発展を踏まえて「第 三者ノ保護」に重点が移っていることは、指摘し てよさそうである。これらの点は、今後の研究の 進展に委ねたい。

もっとも、②仮に、それらの条文の立法者意思が<補続一般による不動産物権の得喪及び変更を登記の対象とし、等しく民法 177 条を適用する>というものであったとしても、立法者意思は何故そうであったのかがさらに問われる必要がある。明治 19 年登記法までの立法の経緯からみれば、上のような"立法者意思"は従前の経緯・考え方からの大きな転換である。また、その内容は、法理論的な思考・分析・判断の結果として簡単に導かれそうなものとも思われない。むしろ論理の飛躍があるとさえ言える。だからこそ、連合部判決は、その後に複雑かつ面倒な解釈論議を惹起したのである。

とすると、母少なくとも不登法については、不動産登記の登録税の税率引き上げと併せて(前出113頁)、その徴収対象のすそ野をできるだけ拡大しようとする意図があったのではないかという推測もできなくはない。今村・前掲244頁は、そのことも踏まえ、かつ、当時は司法省下の裁判所が登記事務全般の管理・管轄権限を担っていたことにも留意した上で、連合部判決は「民法177条の適用範囲を前条と無関係に拡張し、そこに不動産物権の得喪変更原因を問わない登記促進作用を期待し、総じて公示原則の徹底を図ろうとしたものではなかったか」という推論を提示している。

4) フランス民法典相続法における贈与分割との対比

ところで、以上で見たところを、先に見たフランス民法典相続法における「騰記」の位置づけ・ 使い方と対比すると、さらに興味深い事実を指摘できる。

すなわち、①先にも指摘したように(前出 107 頁)、フランス民法典相続法の贈与分割(donation-partage)の制度は、被相続人と法定共同相続人の間での"生前の相続の決済"たる性質を持つ。均分相続原則下での"相続の決済"の内容は異なる

⁽¹⁰⁴⁾ この梅の所説は、今村・前掲 (注 19) 239 頁の要約 紹介の記述に依拠して、筆者がさらに要約したものである。

⁽¹⁰⁵⁾ そのことは、明治38年大判についても同様である。

ものの、被相続人の財産のすべて(一定の財産や権利の留保は可能)が贈与分割の対象とされる場合は、それによって"事実上"相続は完了する⁽¹⁰⁶⁾。ただし、その行為は、法律的には「相続」ではなく、被相続人の意思表示(その財産の「贈与+分割」を同時に行う意思表示)に基づく法律行為(法定共同相続人全員との間の契約)として規定されている。

それ故その行為は、基本的には贈与者たる被相 続人の保護のために、公証人の面前で公証人証書 による厳格な方式でなされなければならず、これ に反する場合は無効となる。そして、贈与分割に よる不動産物権の移転は、抵当権保存所において その公正証書の「騰記」をしなければ、第三者に 対抗することができない⁽¹⁰⁷⁾。家族内での合意・ 契約による不動産物権の移転は、「公示」されなけ れば、第三者には知る由がないからである。

これは、民法典制定時(1804年)からの規定であり、1855年登記法とは関係がなかった。この点、死後の遺産相続については、相続があったという事実の「公示」はもとより、遺産分割がなされた場合のその証書の「騰記」(「公示」)もおよそ要求されていなかったこと(本誌 2019年秋号81頁)と比べれば、両者の間には大きな違いがある。

これに対し、回日本の隠居による生前家督相続は、本来的に当事者双方の意思に発するものであるにもかかわらず、「相続」と概念規定された。すなわち、隠居者及びその家督相続人からの戸籍吏への届出により「隠居」の効力が発生し(民法 757条)、その「隠居」という法定の「事由ニ因リテ」家督相続が法律上当然に開始する(民法 964条1号)。隠居者と家督相続人との間の合意を証する書面は、隠居者が留保財産を留保するには「確定日付アル証書」を要すること(986条本文)を除い

て、とくに要求されない。

しかし、隠居者の所有していた土地・不動産(登記もなされていたものとする)が家督相続人の所有に移転したことは、第三者には知る由がない。戸籍を確認すればわかることだという論もありうるが、隠居の届出は「公告」や「公示」の手続ではない。このことは、梅の前記批判論文でも指摘されていた(今村・前掲239頁)。また、第三者が隠居者名義の登記を確認し、それを信頼したと言ったらどうするのか。フランス民法典で贈与分割証書の「騰記」が当初から第三者対抗要件として要求されていたことからもわかるように、この場合に民法177条の適用を認めることには十分な合理性と妥当性がある。

しかるに、明治38年大判は、一方では、@生前家督相続が「相続」と概念規定されていること、及び他方では、@民法177条は「其権利力当事者)意思ニ因リテ発生移転え心場合ニ於テ」適用されるものであることを根拠として、隠居による生前家督相続への民法177条の適用を否定した。連合部判決は、この誤りを正したわけである。この点でのその「判決理由」の正当性は、先にも指摘したところである。

ところが、連合部判決は、上の®を否定するに際して、民法 177 条は、当事者の意思によるか否かなど「其ノ原因ノ如何ヲ問ワス総テ」の不動産物権の得喪変更に適用されるとした一方で、@の「相続」に関しては、明治 38 年判決とほぼ同様の概念的理解の上に――生前家督相続と死後家督相続を区別することなく――「法律ノ規定ニ因リ生シタル」物権の得喪変更として提示し説明した。その結果、生前家督相続は死後相続とは異なり、本来的に当事者放方の意恵に発するものであること(しかも、相続開始後も前戸主は一人の法的権利主体として存在すること)が完全に看過され、民法 177 条は死後相続、とりわけ遺産相続についても適用されるのかという、以後の議論につながっていくのである。

振り返ってみると、明治13年の土地売買譲渡規 則は、生前家督相続については売買譲渡のそれと

^{(106) &}quot;事実上"と記したのは、受贈者(共同相続人)の 爾後の忘恩行為・義務違反等による贈与分割の撤回(贈 与分割証書中の約定による)も認められているからであ る。

⁽¹⁰⁷⁾ この「第三者」の範囲が贈与者の一般債権者をも含む広いものであることは、本誌 2019 年秋号 79 頁、及び80 頁の注 21 参照。

同一の公証手続(奥書証印と奥書割印張への記載・割印)がなされるべきことを前提とした上で、 死亡・失踪による家督相続文は遺産相続については、所有権は当然に移転するものとしつつ(したがって公証手続はなされない)、戸長役場を経て地券書換を行うことを命じていた(前出 101、102頁)。また、明治19年登記法も、生前家督相続と死亡者・失踪者の相続とを区別し、別の手続規定を定めていた(前出98、107頁。生前家督相続では、「双方出頭シ其証書ヲ示ス」ことが要求された)。このような両者を区別する見方と考え方が民法及び不登法の下でなぜ消失し、大きく変更されていったのか。その後の民法解釈論上の一大問題の原因にかかわる事柄だけに、やはり改めて検討されてよい問題ではないかと考える。

5) 遺産相続への民法177条の適用について

先に見たように、フランス民法典相続法では、遺産相続は、その後の遺産分割証書(「確認的・宣言的証書」)をも含めて、もともと「騰記」の要否の問題(つまりは本来的な対抗問題)の枠外に置かれていた(本誌 2019 年秋号 81 頁)。遺産分割の全面的な遡及効を明記する明治民法 1012 条の下でも、素直に考えれば、それと同様の解釈・判断をする可能性があったのではないかと思われる。しかし、先の明治 41 年連合部判決が登場した結果、遺産分割への民法 177 条の適用の如何が裁判上で問題となった。

大審院の判例は、一方で、①共同相続人の一人が単独相続の登記をして第三者に不動産を売却し移転登記した事案において、他の共同相続人からの買主に対する登記抹消請求(正確には、その共同相続人の持分についての持分更正登記の請求)を認めたもの(大判大正 8.11.3 民録 25 輯 1944頁。この場合には民法 177 条が適用されないことが前提となる)と、他方で、回明治 41 年連合部判決を引用しつつ、「遺産相続ニ因ル本件不動産ノ所有権取得ニ付キ登記ヲ為ササルカ為メニ之ヲ以テ被上告人ニ対抗スルヲ得サル」と判示するもの(大

判大正9.5.11 民録26 輯640 頁) とに分かれた⁽¹⁰⁸⁾。 そして、この問題は、戦後の最判昭和38年2月22日(民集17巻1号235頁)が⑦の考え方(簡単に言えば、共同相続における不動産の法定相続分の持分権の取得については、民法177条は適用されず、共同相続人は登記なくしてその持分権を第三者に対抗できるとする考え方)を採用することによって、一応の決着をみることになる。

(続く)

⁽¹⁰⁸⁾ 以上は、『民法判例百選 I 総則・物権(第 8 版)』 (有斐閣、2018年)の54事件解説110頁(七戸克彦)、 59事件解説120頁(占部洋之)による。