

## 〔判例研究〕

### 遺贈と登記

——不動産の二重譲受人双方が譲渡人を相続した場合の對抗関係について——

（最高裁昭和四六年一月一六日判決民集二五卷八号一一八二頁）  
（遺産確認等請求事件）

高 森 八 四 郎  
濱 田 絵 美

一 はじめに

二 事実の概要と判旨

三 研 究

四 おわりに

#### 一 はじめに

財産法と家族法の接点ないし交錯領域の研究に興味を感じ、それを進展せしめるにあたり、とりあえず、「遺贈と登記」を取り上げたいと思う。

右の交錯領域としては、「利益相反行為」（法人代表者と法人、親と子・後見人と被後見人の関係）、「無権代理と相続」、「夫婦の日常家事行為と表見代理」などと並んで、いわゆる「相続と登記」の問題がある。「相続」自体、権利変動原因、したがって物権

変動原因であるのだから、それが、不動産物権変動の對抗要件たる登記といかなる関係に立つか、すなわち、第三者に相続による物権変動を主張するために登記を必要とするか否かが一般的に問題とされ、解明されていなければならない。もちろんこれまで、個別的に優れた研究が公にされていて、それに付け加えるべきものは少ないと評する向きもあるが、他方、いまなお不透明な点が残されているとも感じられないではない。それゆえ、「相続と登記」の問題を総合的に研究し、統一的視野の下に理論的に考究するため、まず関連する全ての判例を個別的に判例研究する必要性を痛感するに至った。

右のような考えの下に先ず取り上げるべき問題として、不動産の二重譲受人双方が譲渡人を相続した場合の両者の對抗関係をいかに考えるかという、いわゆる「遺贈と登記」に関する最判昭和四六年一月一日（以下、最判昭和四六年とする）を、二重地位の並存ないし兼有という視点から考究しようと思う。

## 二 事実の概要と判旨

### 【事案】

旅館を経営していたAが、不動産などの財産を残して昭和二四年一月六日死亡した。Aの妻Bと四人の子X・C・D・E及びABの子であり既に死亡したFに代わりその子G・Hが当該遺産を法定相続分にしたがって相続ないし代襲相続した結果、Bが $\frac{1}{3}$ 、X・C・D・Eが $\frac{2}{15}$ 、G・Hが $\frac{1}{15}$ の持分を有することとなった。（改正前民法九〇〇条一項は、法定相続分を配偶者 $\frac{1}{3}$ 、子 $\frac{2}{3}$ としている。）この時点で、A死亡を理由とする相続登記はなされていなかった。

昭和二八年一月一日、Bは本件不動産につき自己の持分を、Aの死亡後旅館経営を引き継いだCに公正証書で贈与したが、登記はしなかった。その後、登記未了のまま昭和三一年三月二七日にCが死亡し、Cの妻であるY<sub>1</sub>と七名の子等Y<sub>2</sub>—Y<sub>8</sub>（被告・反訴原告、控訴人、被上告人）に相続がなされた。そして、Bは改めて、昭和三三年三月一九日上記持分をX（原告・反诉被告、被控訴人、上告人）に遺贈する旨の公正証書を作成した（第一審の認定中、Bは、上記Cへの贈与及びXへの遺贈の間に、他の

者に遺贈する旨の公正証書を作成したり、Xに遺贈する旨の公正証書（ただし、昭和三年の公正証書とは遺言執行者が異なる）を作成しているが、これは昭和三年のXに対する遺贈の公正証書によって取り消されたものと解されているようである。

原審及び上告審では特に触れていない。昭和四年三月二日にBが死亡し、その一年後である昭和五年三月一日、Xは本件不動産につきA死亡による共同相続登記をするともに、右遺贈を登記原因としてBの持分の取得登記を了した。

そしてXは、本件不動産のほか、現C名義の不動産も旅館経営の収益によって建築されたもので一時はA名義となっていたことを理由にAの遺産を構成すること、及び昭和三年にBがその所有する持分を自己に遺贈したことを理由に、他の生存相続人（被告）に対しては自己が7/15の持分を有することの確認を、Cの妻Y<sup>1</sup>とその七名の子Y<sup>2</sup>—Y<sup>8</sup>に対しては持分の確認とともにC名義の不動産につき抹消登記手続を求めた。これに対しYらは、一時A名義となっていた現C名義の不動産は、法定推定家督相続人であったCが将来自分のものになることを当然のこととしてAを喜ばせるためにA名義の登記とただで、現C名義の不動産はもちろん、Bの贈与に基づき本件不動産のうちBの持分もCの所有に属するものであってYらがこれを相続したとして、Xのした相続登記と持分取得登記の抹消登記手続を求めて反訴を提起した。

第一審（福岡地判昭和三九・九・八）は、Aの相続人に対するXの請求を、確認の利益がないことを理由に却下した。また、Yらに対する請求中、現C名義の不動産はCの財産であるとしてこれに係るXの請求は棄却したが、本件不動産に対するXの持分確認請求については、Xに対する遺贈とCに対する贈与は二重譲渡の関係にあり、對抗要件を備えているXに対しYらは對抗できないとして、Xの請求を認容した。反訴請求も棄却されたため、Yらが控訴した。原審（福岡高判昭和四三・六・三）は、「一般に不動産の二重譲渡においては、譲受人が譲渡人の法定推定相続人である場合でも、譲渡人の生存中には民法第一百七七条の適用を見ることは論を俟たないところであるが、譲渡人が死亡しその遺産相続が開始した場合には、相続人たる譲受人は譲渡人の地位を包括承継し、譲渡人の他の譲受人に対する所有権移転の登記義務を承継する結果、最早他方の所有権取得を否定し、自己の所有権取得を主張する権利を失ったものと解するのが相当である。」と判示した上で、以下のように判示した。すなわち、

Y<sub>1</sub> (Cの妻) は、Bの包括承継人ではないため、BC間の贈与契約に基づき、BのCに贈与した本件不動産に対する持分 $\frac{1}{3}$ の内、その相続分 $\frac{1}{3}$ の割合による $\frac{1}{9}$ の持分を取得する。しかし、XはBの相続人であるから自己の遺贈による持分取得をY<sub>1</sub>らに主張する権利を失い、他方Y<sub>2</sub>—Y<sub>3</sub>はBの包括承継人として贈与による自己の持分取得をXに主張する権利を失ったため、Bの共同相続人間においては、Bの持分中Y<sub>1</sub>の取得した $\frac{1}{9}$ を控除した $\frac{2}{9}$ に対する自己の相続分 $\frac{1}{5}$ の割合による $\frac{2}{45}$ のみ相続したものとする。よって、Xは本件不動産につき、A死亡による相続を理由とする持分とB死亡による相続を理由とする持分を合わせた、 $\frac{8}{45}$ の持分を有するとした。これに対し、Xは、親がその所有不動産を息子に贈与し、さらにこれを娘に遺贈したような場合、その優劣は対抗要件である登記をどちらが備えたかで決定すべきであり、親の死亡の前後で変わる必要はないこと、原審の示した判断基準は、あくまで他方の譲受人が譲渡人と関係のない第三者である場合のものであり、譲受人双方が相続人であり包括承継人たる地位になんら差異がない場合には該当しないこと、等を理由として上告した(上告理由中に、広島高判昭和三五年を挙げ、原審はこれを検討することなく踏襲していると批判)。

【判旨】 破棄自判

「被相続人が、生前、その所有にかかる不動産を推定相続人の一人に贈与したが、その登記未了の間に、他の推定相続人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。」として、Xが本件不動産につき適法に登記を有していることから、 $\frac{7}{15}$ の共有持分を有することを認容した。

この判例は、親族間において贈与又は遺贈という形で不動産の二重譲渡がなされ、被相続人であった譲渡人が死亡したことによって開始した相続により、譲受人双方が譲渡人の地位を相続した場合の対抗関係について、被相続人たる譲渡人の死亡の先後に

関わらず対抗要件（登記）を備えた者が優先すると判示した最初の最高裁判例である。

### 三 研 究

#### 1 関連判例

最判昭和四六年は、不動産の二重譲渡における譲受人双方が、登記の履行請求権を有する特定承継人たる地位と、その履行義務を負う承継人たる地位を併せ持つ場合の両者の優劣に関する初めての最高裁判例である。

この問題に関連する本判決以前の下級審判例として、譲受人の一方のみが、受贈者としての権利者の地位と、相続人として相続によって引き継いだ義務者の地位を併せ持つ事例である広島高判昭和三五年三月三十一日高裁民集一三卷二号二三七頁（以下、広島高判昭和三五年とする）と東京地判昭和三九年一月二三日下民集一五卷一号五四頁（以下、東京地判昭和三九年とする）がある。以下にこれを紹介する。

#### (1) 広島高判昭和三五年三月三十一日（高裁民集一三卷二号二三七頁）所有権移転登記手続等請求事件

##### 【事案】

原告X（被控訴人、被上告人）は、昭和二三年五月一日、被告Y（控訴人、上告人）の父Aより本件山林を買い受けた。一方でYは、同年九月二日、Aより本件山林の贈与を受けた。そしていずれも移転登記手続未了のまま、昭和二七年二月一四日、Aは死亡した。そこでXは、Yが相続によりAの権利義務を承継したことに基づき、Yに対し本件山林の所有権移転登記手続を求めて本訴を提起し、昭和二七年四月二二日、Yに代位してYのために相続による所有権移転登記手続をなした。第一審（津山簡裁）及び原審（岡山地裁）ともX勝訴。原審は、以下のように判示している。すなわち、Aの行為は二重譲渡であり、Aの生存中は、Yはその所有権をXに対抗できない。この状態において相続が開始し、YはAの法律上の地位を承継した。民法一七七条

の「第三者」には当該物権変動の当事者及びその包括承継人は含まれないため、Xの代位によりYのために所有権移転登記手續がなされたからといってYはXに対し登記の欠缺を主張しえないし、登記義務を免れることはできない。これに対し、Yは、自身は本件山林をAから贈与されているため、その所有権に基づきAに対し所有権移転登記請求権を取得しているのであって、本件山林に関する限り、Xに対するAの法律上の地位を承継しない、そのためXYは民法一七七条にいう第三者の關係であって、Xの代位によるとはいえYのためになされた相続を原因とする所有権取得登記は有効なもので、現在の真実の権利状態を公示しているのでXに対抗し得る、として上告した。

【判旨】 上告棄却

YはAに対する關係では受贈者として既に本件山林につき所有権を取得していて、移転登記請求権を取得しているのでその所有権を相続することはあり得ないが、一方でYはAの相続人として被相続人の法律上の地位を承継しており、AのXに対して負担していた本件山林所有権の移転登記義務についても承継していることが明らかである。「即ちAの生前においてはいわゆる不動産の二重譲渡の場合に該当し、YとXは互にその権利を主張し得ない立場にあり、いずれか早く登記を経由して始めてその所有権を対抗し得た關係にあり、Yが先に自己名義の所有権取得登記を得ておれば自己の所有権を以てXに対抗し得べく、反対にXは所有権取得を主張し得ず、従ってその後Yのため相続が開始してもXに対する登記義務の承継とゆうことはあり得ない。しかし本件の如くYが被相続人から生前贈与を受けた不動産につき登記のないまま被相続人が死亡し、その相続をした場合には異なる。即ちYは相続前生前贈与による所有権を以て第三者に対抗し得なかった關係上、右贈与がなくなして相続が開始された場合と同一の立場になりYは被相続人のX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Yは所謂二重譲渡を受たものとしての立場を失ったものとうべく、Yは民法第一七七条にいわゆる第三者に該当せず、登記なき故を以てXの所有権を否定し得ないと同時に、Y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Xに対し優先的所有権取得を主張し得ないものと解すべきである。又相続による所有権取得登記に対し生前なされた贈与による所有権

取得登記と同一の遡及的効力を附与することはできない。」

この判例は、不動産の二重譲渡における譲受人の一方が、その所有権移転については未登記のまま、相続によって譲渡人の地位を承継したことで、権利者たる地位と義務者たる地位を併せ持った場合、相続人たる譲受人はもはや権利者としての地位を主張しえず、他方の譲受人に対する被相続人の所有権移転登記義務のみを承継するとした判例である。

(2) 東京地判昭和三十九年一月二三日（下民集一五卷一号五四頁）建物収去土地明渡請求事件

#### 【事案】

Y（被告、控訴人）は、昭和二六年六月二九日、Aより本件土地を六万三〇〇〇円にて買い受けた。その際、代金の内金四万円を即日支払い、残代金は同年末日限り、所有権移転登記手続の完了と同時にこれを支払う旨定めた。その後、Aより、残代金を支払えば登記をする旨の申し出があったため、同年一〇月二一日、YはAに対し、残代金を支払った。しかしAは、その後のYの再三の要請にもかかわらず、本件土地が当時一筆の土地の一部であり分筆登記に手数を要することを理由に、所有権移転登記手続を行わなかった。

一方、X（原告、被控訴人）は、昭和三二年二月二六日、本件土地を含む土地を父であるAより贈与され、これを原因として同月二八日所有権移転登記を経由した。その後、Aは、同年三月に死亡した。

そこでXは、Yに対し、自己の所有権に基づき、建物収去土地明渡を求めて提訴した。これに対し、Yは、所有権移転登記手続を求めて反訴を提起した。第一審（中野簡裁）は、Xの請求を認容した。Yは、AX間の贈与は不存在であり、仮にあったとしても、現にYが居住しAより本件土地を買い受けたことを知りながら、Aの死亡直前に贈与を受けるといふのは背信的悪意者にあたるとして控訴した。

【判旨】 取消自判

裁判所は、まず、「本件土地は、Aの生前にYとXとに二重に譲渡されたこととなり、従って、Yが所有権取得の登記を経由していないにもかかわらず、売買に基づく所有権の取得をもってXに対抗できるかどうかは、XがYの登記の欠缺を主張することのできる第三者にあたるかどうかによって決せられることとなる。」その上で、不動産登記法四条五条（現同法五条一項及び同条二項、筆者）の登記の欠缺を主張することができない場合というのは限定的に解すべきではなく、両条に直接該当しない場合でも、背信的と認められる場合は、登記の欠缺を主張することができないものと解すべきだとした。そしてこれを本件に当てはめてみると、Xは、Aが既に本件土地をYに売り渡しており、売主としての義務を負担していることを知りながら、A死亡の直前にその死亡を予見し、相続による所有権取得にかえて生前贈与により本件土地の所有権を取得しようと図ったこと、一方のYに登記手続きを怠ったような事情はないことから、XはYに対して登記の欠缺を主張できないというものであるとした。

この判例は、不動産の二重譲渡における譲受人の一方が、登記を備えた後に譲渡人が死亡し、相続によって売主としての義務者の地位を有した場合、当該譲受人が背信的と認められるならば、他方の譲受人は登記なくして対抗できる、としたものである。

2 理論的前提

遺贈と登記という問題に関しては、従来、被相続人からの譲受人と、相続人又は相続人からの権利取得者との優劣問題として論じられることが多かった。<sup>(1)</sup> 本判例の研究に入る前に、前提となる理論を検討する。

(1) 特定物遺贈の効力

まず、基礎的な問題として、遺贈の効力が、物権的効力を有するか、債権的効力を有するか、というものがある。すなわち、「受遺者は、遺贈が効力を生じると同時に、当然遺贈物上の権利を取得するのか、それとも、受遺者は、遺贈された権利の移転を



相続人に請求することのできる債権を取得するに止まるのかの争いである」<sup>(2)</sup>と説明されており、中でも特定物遺贈の場合の効力が問題となる。<sup>(3)</sup>

物権的効力説は、遺贈の効力につき、立法者が財産権変動の一般原則の適用を予定していたことを挙げ、特定物遺贈の場合、遺贈の効力発生と同時に権利は受遺者に移転するとする。ただし、この場合でも相続人などの遺贈義務者は、移転登記に協力する等の義務を負うとする。一方、債権的効力説は、例えば相続人が限定承認した場合、相続債権者が受遺者に優先して弁済を受けると規定されているにもかかわらず<sup>(4)</sup>（九三一条）、遺贈に物権的効力を認めてしまうと、受遺者が相続債権者に優先することになり、受遺者と相続債権者の保護の調整が前後矛盾するとして、物権的効力説を批判する。これに対し、物権的効力説は、受遺者が当然に権利を取得しても、対抗要件を具備するまでは相続債権者に対抗できないため、従って、相続債権者の権利を侵害しないと抗弁する。

この問題につき、判例は、大判大正五年一月八日民録二三輯二一七八頁<sup>(4)</sup>において、特定遺贈に物権的効力を認めており、本判例においても、同様の立場を採ると解される。

## (2) 遺贈による特定不動産の権利の取得を第三者に対抗するための登記の要否<sup>(5)</sup>

特定物遺贈によって不動産の権利を取得した者は、その所有権を第三者に対抗するために、登記を要するか否かという問題である。

学説においては、遺贈は遺贈者の意思表示による物権変動であり、この点他の物権変動と異ならないということを理由に、登記必要説が通説となっている。<sup>(6)</sup>これに対し、登記不要説は、①受遺者は遺贈の存在自体を知らない場合があり、登記を必要とすれば受遺者にあまりに酷である、②遺言の効力が生じて受遺者に所有権が移転すると、被相続人はもはや二重譲渡をなしうる能力を喪失するし（九八五条）、遺言作成後に遺贈の目的物を他に譲渡した場合、遺言が撤回されたものとみなされるから（一〇二三条二

項)、遺贈の場合、被相続人は二重譲渡をなしうる地位を一度ももたない、などを理由に、登記は不要であると指摘する。<sup>(7)</sup>

しかし、これら登記不要説の批判に対し、幾代教授は、以下のように丁寧な反論を行っている。<sup>(8)</sup>すなわち、一点目については、相続人も遺贈の事実を知らないまま第三者に当該不動産を譲渡する場合があり、このような場合の第三者が勤勉に登記を具備することにより受遺者より優先されることは不当ではない、かつ、相続人からの権利取得の多くは有償であり、遺贈は無償の権利取得であることも考慮に入れるべきであるとする。また二点目については、「生存中の遺贈者は二重譲渡をなしうる地位にない」との意味は、後発の抵触処分によつて遺贈の効力それ自体が失効するがゆえに對抗問題は生じない、ということであつて、その逆で對抗問題が生じないのではない、そもそも一種の法定の解除条件付法律行為である遺贈による受遺者の権利は並みよりも弱く、その権利が遺贈者の死亡という事実によつて登記なくして万人に対抗しうる絶対的効力を取得するのは不可解である、とされる。そして、登記必要説と登記不要説の違いは、遺贈を生前贈与に近いものとみるか、相続に近いものと見るかという立場の違いであり、社会的利益衡量の結果、実質的により妥当なのはどちらか、という視点を挙げた上で、登記必要説を主張される。

一方判例は、かつては遺贈や生前贈与をも含めて、相続開始時までに被相続人から権利を取得した者は、相続人及び相続人からの権利取得者に対しては、相続人の無権利を主張することにより、登記なくして他方に優先するという判例法理を採っていた。<sup>(9)</sup>しかし、これは大連判大正一五年二月一日民集五卷四四頁によつて改められ、被相続人からの受贈者と相続人からの譲受人は對抗関係にたち、他方に優先するためには登記を要するとされた。<sup>(10)</sup>その後も遺贈の場合については大審院自体の判例が割れていたが、最高裁は、最判昭和三九年三月六日民集一八卷三三四三七頁<sup>(12)</sup>において、生前贈与の受贈者と相続人からの譲受人の優劣を對抗問題で処理した最判昭和三三年一〇月一四日民集一二卷一四号三一頁<sup>(13)</sup>を引用して、特定物遺贈に基づく所有権の取得も登記をしなれば第三者に対抗できないとした。このように現在では、受贈者又は受遺者は、登記を経由しなければ第三者、具体的には相続人から当該不動産の所有権を譲渡された第三者に対抗できないとされている。

この点につき、本判例は、通説・判例の立場を踏襲し、登記必要説に立つと解される。

(3) 生前贈与の対象不動産は、九九六条の適用対象となるか否か<sup>(14)</sup>

本判例との関係において、そもそもの二重譲渡の成立の問題として、九九六条との関係が挙げられる。つまり、例えば譲渡人たる被相続人Aが生前Bに当該不動産を贈与したことで、当該不動産はAの死亡時に相続財産に属しないと考えるならば、九九六条に基づき、当該不動産を対象とする特定物遺贈は効力を生じない。そうであれば、そもそも二重譲渡は生じないと考えられる。しかし、判例は前述の最判昭和三十三年一〇月一四日において、譲渡人たる被相続人の生存中で、登記未了の間は完全に排他性ある物権変動が生じたわけではないので、被相続人は改めて他に譲渡することが可能であるとし、これは相続の対象となりうるとしている。そして、遺贈についても、前述の最判昭和三十三年三月六日において、生前贈与と同様に扱うとしているので、未登記である限り、その不動産は相続財産に含まれており、九九六条の適用によって遺贈が無効になるとはいえない。

本判例においても、この点を特に検討することなく、当然に相続財産に含まれ、ひいては遺贈の効力は有効であるとの前提に立っている。

3 本判例の検討——譲受人が権利者の地位と義務者の地位を併せ持つ場合

(1) 最判昭和四六年と二つの関連判例との比較

本判例研究において取り上げる最判昭和四六年は、遺贈と登記を巡る問題の中でも特に、被相続人が同一不動産の贈与及び遺贈を二者にしたことで、それぞれの受贈者及び受遺者は自らの所有権を主張しそれに基づく登記移転請求権を有すると同時に、両者とも相続人であったことから、被相続人の承継人として他方に登記義務を負うという事案である。すなわち、譲受人双方が、登記の移転請求権を有する特定承継人たる地位と、その履行義務を負う包括承継人たる地位を併せ持つ場合である。この場合に関する判例は、本判例以前にはなく、これが最初の最高裁判例である。

三―1において述べたように、当事者が、譲受人たる権利者の地位と、譲渡人たる義務者の地位を両方取得した裁判例として、

広島高判昭和三五年と東京地判昭和三九年がある。この両判例はいずれも、譲受人の一方のみが権利者と義務者の地位を取得した場合であり、直接に最判昭和四六年と事案を同じくするものではないが、これら両判例と最判昭和四六年を比較したい。

まず広島高判昭和三五年は、譲渡人たる被相続人死亡時に、譲受人の双方ともが登記を得ていなかった場合である。この場合に付き、広島高裁は、以下のように判示した。すなわち、Y（受贈者・相続人）がA（被相続人）から生前贈与を受けた本件不動産につき所有権移転登記を経ていれば、譲受人としての権利者の地位をX（買受人）に対抗することができる。しかし、未登記の状態で相続が始まった以上、もはやYはAからの贈与による所有権取得を第三者に対抗できず、当該贈与がなかったのと同様に、AのXに対して有する所有権移転登記義務を承継することになり、二重譲渡の譲受人たる地位を失ったとした。なぜ、Aの地位を相続したことでYが権利者たる地位を喪失するのかについては説明がなく、あいまいなままである。しかし、本広島高判は、譲受人の一方が、譲受人たる権利者の地位と、譲渡人たる義務者の地位を併せ持つ場合、権利者の地位のみを有する相手方に対しては、両地位を併せ持つ譲受人の権利者としての地位は後退し、相続によって引き継いだ義務者としての地位が強調されるということを示しており、これについては賛成できる。なぜならば、譲受人かつ相続人である者の有する権利者としての地位は、未だ排他性を備えておらず、他方、被相続人の相手方に対する義務は、相続人が具体的に承継しているからである。

一方、東京地判昭和三九年は、譲渡人たる被相続人死亡時に、既に、譲受人たる権利者の地位と譲渡人たる義務者の地位を併せ持つ相続人が登記を備えていた場合である。本東京地判そのものは、登記を経た状況等から、当該譲受人兼相続人を背信的として一七七条の第三者には当たらないとし、他方の権利者の地位のみを有する譲受人の権利を保護している。仮に、前者が背信的でなかった場合は、どうなっていただろうか。つまり、相続開始時までに譲渡人から両地位を併せ持つことになる譲受人への所有権移転登記が正当になされていた場合、その時点で当該不動産に関する権利は確定するために、両地位を併せ持つ譲受人は権利者たる地位に基づき、他方の譲受人に自己の権利を主張することができる。しかし、相続によって引き継いだ譲渡人としての地位は残るため、両地位を併せ持つ譲受人は、売主としての義務の履行不能の結果、他方の譲受人に対して損害賠償義務を負うことになる。

考えられる。

最判昭和四六年は、譲受人双方が、譲受人たる権利者の地位と譲渡人たる義務者の地位を併せ持つ場合であり、最高裁はこれを対抗問題として処理した。これは、広島高裁の場合と異なり、譲受人双方の地位や利益状況が異ならないため、相続によって引き継いだ義務者たる地位が後退し、権利者性のみが前面に出された結果であると考えられる。広島高判昭和三五年で前提として述べられているように、譲渡人たる被相続人の死亡時まで譲受人のいずれかが登記を備えていれば、当該不動産に関する権利が確定するのであって、このような問題は生じなかったのであり、問題となるのは相続開始時に譲受人双方とも未登記の場合である。<sup>(15)</sup>そして、被相続人の義務は両者とも相手方に対して承継しており、両すくみの関係となるから、その地位は後退し、権利者としての関係が前面化し対抗関係になると考える。判旨が、「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。」と言っているのは、このようなことを指しているのだと解したい。ただし、このような未登記の場合、被相続人の地位を相続によって承継していることから、両地位を併せ持つ譲受人の権利者たる地位が前面化するからといって、義務者たる地位が常に完全には喪失するとは限らないと考える（後述<sup>(3)</sup>③）。

(2) 譲受人双方が、権利者たる地位と義務者たる地位を併せ持つもう一つの判例——最判昭和六三年一月一日  
前述のとおり、最判昭和四六年は非常に稀な事案であり、事案を同一にする直接の判例は、最判昭和六三年一月一日のみである。以下にこれを紹介する。

最判昭和六三年一月一日（判例集未登載、民商一〇〇卷六号一七三頁）<sup>(16)</sup> 土地所有権移転登記手続請求事件

#### 【事実の概要】

昭和二四年、本件土地（農地）の登記簿上の名義人である長男Aは、これを占有耕作していた三男のBに対し、本件土地の明

渡し及び損害賠償請求を求めて提訴したが、第一審は本件土地をBの所有に帰属するものとしてAの請求を棄却した。これに対し、Aは控訴したが、昭和二八年一月一九日、両者の間で裁判上の和解が成立した。その内容は、① Bは、本件土地がAのものであることを承認すること、② Aは、B及びその子孫に対し、本件土地を無償で耕作する権利を与え、その権利を失わせようない切の処分をしないこと、③ Aの死亡後は、本件土地をB及びその相続人に贈与すること、などであった。

昭和三八年二月一九日、Bが死亡したため、その妻 $X_1$ 及び子 $X_2$ — $X_5$ が同人を相続した。一方Aは、昭和四七年二月二五日、本件土地をZ (ABの兄弟で、次男) に売却した後に、昭和四七年四月三〇日に死亡した。これにより、その妻 $Y_1$ と母 $Y_2$ が同人を相続した。その後、Xらが、 $Y_1$ 及び $Y_2$ を相手取って、死因贈与に基づく本件土地の所有権移転登記を求めたのが本件である。Yらは、生前にAが本件土地をZに売却したことによって死因贈与は取り消されたと抗弁した。なお、本件係争中に $Y_2$ が死亡したため、同人をZ (次男)、 $Y_3$  (五男)、 $Y_4$  (長女)、 $X_2$ — $X_5$  (B死亡により、孫が代襲相続) が相続した。

第一審は、本件和解による死因贈与は、その成立の経緯に照らして撤回することはできないとしたため、Yらが控訴。特に、Zは独立の当事者として参加し、死因贈与は後日の取消しの可能性を含むものであって、まさにAZ間の売買契約によって本件死因贈与は撤回されたとし、売買を原因とする自己 (Z) への所有権移転登記手続を求めた。しかし原審も、Xらの主張を認めた。その理由は、以下のとおりである。すなわち、本件和解の成立経緯からみて本件死因贈与は、贈与者が受贈者に対し贈与物の所有権を移転することを確定的に約したものと認められ、後の取消し又は変更を許すことが明らかに不当と認められる特別の事情がある場合には、贈与者の最終意思を尊重する遺贈と同一視すべきではないため、本件死因贈与に民法一〇二二条は準用されないし、本件死因贈与が取消し可能なものであることが前提とされていたというZの主張は失当である、ということである。そこでZは、① 死因贈与に民法一〇二二条は準用されるべきである、② 仮に死因贈与の取消しが認められないとしても、本件死因贈与と本件売買とは二重譲渡の関係となり、ZとXら是对抗関係にたつとして、上告した。これに対し、最高裁は、① については原審と同様に「贈与に至る経過、それが裁判上の和解でされたという特殊な態様及び和解条項の内容等を総合すれば、

本件の死因贈与は、贈与者であるAにおいて自由には取り消すことができないものと解するのが相当である。」と判示して、Zの請求を棄却した。しかし、②の主張については、贈与者による死因贈与の自由な取消しの可否と、贈与者が目的不動産を第三者に売却することの可否は次元を異にする別個の問題であり、前者が許されないからといって、このことから直ちに、「贈与者は死因贈与の目的たる不動産を第三者に売り渡すことができないとか、又はこれ売り渡しても当然に無効であるとはいえないから（受贈者と買主との関係はいわゆる二重譲渡の場合における対抗問題によって解決されることになる。）、原審が前記のような理由のみで売買に関するZの主張を排斥したことは正当でないといわなければならない。」として、この点（売買契約の存否及びその効力）につき審理させるため、破棄差戻しとした（最判昭和五八年一月二四日民集三七卷一号二二頁）。

その後、差し戻し審である東京高判昭和五九年九月二七日（判時一一三三三号七四頁）は、次のように判示してXらを勝訴とした。すなわち、「二重譲渡の各譲受人が相互に譲渡人の義務をも負担しているという複合的な地位にある場合、譲受人間の優劣は、結局、(イ) 義務の負担者という一面を捨象して権利者の面にのみ着目し登記の有無、先後によってこれを決める、但しこの場合いわゆる背信的悪意者の法理の適用によって修正されるべきである、(ロ) 各譲受の経緯、内容、登記の有無、先後等を総合して信義則に照らして優劣を決める、のいずれかの途をとるほかないと解される。」その上で、Zは、本件和解時にはBの側にたつてその成立に尽力しており、当該和解の趣旨及び内容を熟知していたことから、その趣旨を没却するような本件売買契約は信義則に反するものであり、(イ)の立場に立てば背信的悪意者として、(ロ)の立場に立てば信義則に照らし、いずれもXらの請求を認めるべきである、とした。これに対し、Zが上告した。その理由は、① Zは、A及びY<sub>2</sub>の死亡により相続した持分を超える部分については義務を負わない、② 原判決の解釈論はきわめてあいまいで法的安定性を欠く、③ 背信的悪意者に関する判例法理を異種のケースに適用することは危険である、また④ Zが背信的悪意者に該当する旨の判決は判例に違背する、⑤ 原審は背信性の立証責任を誤ってZに課している、というものである。

#### 【判旨】 上告棄却

上告理由①—③については、「生前その所有にかかる不動産を特定の者に死因贈与した者が、右死因贈与が取消を許されないものであるのに、他の者にも右不動産を売渡し、その登記をしないまま死亡した場合において、受贈者及び買受人が、譲渡人の共同相続人の一人を相続したために、受贈者が売買契約上の履行義務を、買受人が死因贈与契約上の履行義務を、それぞれ承継したとしても、右死因贈与及び売買による物権変動の優劣は、對抗要件である登記の有無によって決するものと解するのが相当であり（最判昭和四六年一月一六日民集二五卷八号一一八二頁参照）、この場合、右買受人がいわゆる背信的悪意者であるときは、買受人は受贈者の登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないといふべきである。」同④—⑤については、原審の確定した事実関係のもとにおいて、「Zが登記の欠缺を主張することの許されないいわゆる背信的悪意者に該当する」とした原審の判断は正当である」とし、Zの上告を棄却した。

### (3) 検 討

① 最判昭和四六年と最判昭和六三年のように、不動産の二重譲受人双方が譲渡人を相続した場合とは、必然的に、親族間のみで問題が生じているということになる。そこで、両判例の評釈において、このような親族間の問題に、取引の安全を目的とする一七七条を適用すべきではないという批判が存在する。<sup>(17)</sup>この立場によれば、例えば最判昭和四六年の場合、BからCに対する贈与を死因贈与とみなした上で、後にBからXへの遺贈がなされたために一〇二三条二項に基づきCへの贈与は撤回されたと考えることで、譲渡人Bの最終意思を尊重する論理構成をとるべきであったとする。そして、判例がそのような構成をとらなかったのは、ひとえに当事者のいずれもが死因贈与を主張しなかったためであり、一七七条によって解決したのは論理の借用にすぎないとする。

しかし、このような勝手な解釈は許されないと思う。裁判所が贈与と認定している以上、その認定に沿って解釈すべきである。そしてその認定によれば、最判昭和四六年は、譲受人双方とも、権利者たる地位と相続人として引き継いだ義務者たる地



位を兼有している。よって、両者の利益状況に差はなく、民法一七七条の予定する對抗関係にあると考えてよく、一七七条を適用して登記の有無によって決するという判例の立場に賛成する。<sup>(18)</sup>

② 判例に従えば、不動産の二重譲渡の譲受人双方が相続人となり、譲受人としての権利者たる地位と、相続によって引き継いだ義務者たる地位を併せ持つ場合、譲受人の第三者性（権利者性）を強調し、この関係を對抗問題で処理する。では右記の場合で、かつ両譲受人とも未登記のまま相続が開始したとすると、実際上はどのような手続きでもって登記を先に備えることができるのか。<sup>(19)</sup>当然、権利者たる地位を他の相続人に主張し、これを理由とする所有権移転登記が認められ登記に協力されれば争いは生じないが、今回の場合は、二重譲渡の譲受人双方が相続人であり、権利者たる地位を主張して争っている他方の相続人の協力は得られない。この場合、実際に他方の相続人に先んじて登記を得るための手段は、どのようなものが考えられるのか。

譲受人双方が、いかなる理由で権利者たる地位を有するに至ったのかにより、その手続きは異なるが、大きく分けて、二つに分類されると考えられる。一つは、譲受人が売買や生前贈与によって当該不動産を譲渡されており、被相続人たる譲渡人が、譲受人ないし代理人に対し、当該不動産の所有権移転登記手を委任し、そのための書類等を交付していた場合である。通常、委任は委任者の死亡により終了するが（六五三条）、登記申請のための代理人の権限は、委任者本人の死亡によっても消滅しないとの規定がある（不登法一七条一項）。そのため、被相続人たる譲渡人が死亡し相続が開始した後でも、譲渡人からの移転登記を取得することができる。もう一つは、遺贈により当該不動産を取得した場合である。遺言執行者が指定されている場合、遺言執行者は被相続人たる譲渡人の遺言に従って、遺贈を原因とする所有権移転登記手続を行うことができる。また、遺言執行者が指定されていない場合、受遺者は裁判所に対し遺言執行者の選任を申し立てることができる。死因贈与によって権利を譲り受けた場合は、登記を取得するためには他方の相続人の協力が必要であるため、非常に難しいと言えるが、譲渡人たる被相続人の死亡前

に死因贈与による所有権移転の仮登記をすることができるので、死因贈与による受贈者が特に不利な立場におかれることはないと考えられる。

贈与や売買といった生前行為によって有効に権利を取得した場合、相続開始前に有効に移転登記をすることができるため、当該譲受人はもつとも登記を得易い立場にあるといえる。しかし、他の譲受人にも現実の登記を得る手段がそれぞれ存在するため、やはり利益状況は異ならず、譲受人双方ともに権利者たる地位と義務者たる地位を併せ持つ本件事案の場合にも、対抗問題として登記の先後で決することに異論はないと思われる。

- ③ では、譲受人の一方が登記を備えたことで権利が確定すると、他方の権利はどのように保護されるべきか。本判例研究において取り扱っている関係は、不動産の二重譲受人双方が権利者たる地位と義務者たる地位を併せ持つ場合である。これを対抗問題で決するとした判例の立場は、両者の利益状況に差異がないために、譲受人の第三者性（権利者性）を前面に出して対抗問題で処理するしたのであって、相続によって引き継いだ義務者たる地位を常に完全に喪失したとするものではないと考えられる。例えば、例外的ながら、遺贈によって権利者たる地位をもつ譲受人Aと、売買によって権利者たる地位をもつ譲受人Bが、双方ともに譲渡人Cの地位を相続によって引き継いだ状況下で、Aが遺言執行者により遺贈を理由とする所有権移転登記を取得した場合である。この場合、登記を先に取得したAが不動産の権利を取得する。しかし、一方のBが既に譲渡人に対して売買代金を支払っていた場合、AB間が両すくみの関係にあり、常に義務者性を喪失すると考えると、あまりにもBの立場が保護されないと考える。Bは、本来ならば、登記を得ることができなかった二重譲渡の譲受人として譲渡人Cに対して契約を解除し、代金返還を主張することができるのだから、この場合に限り、相続分の割合に応じて、BはAに対し代金の返還請求ができ、相続によって引き継いだAの有する義務者性はその限りで残ると考えられる。

#### (4) 結 論

本判例の述べるように、不動産の二重譲渡の譲受人双方が譲渡人を相続したことで、譲受人としての権利者たる地位と、相続によって引き継いだ譲渡人としての義務者たる地位の両方を併せ持つ場合、両者の優劣問題を対抗関係で処理することに賛成である。そして、その延長として、背信的悪意者論を適用することも肯定すべきであろう。

#### 四 お わ り に

本判例は、不動産の二重譲渡の譲受人双方が譲渡人を相続したことで、譲受人としての権利者たる地位と、相続によって引き継いだ譲渡人としての義務者たる地位の両方を併せ持つ場合の、両者の優劣問題につき、第三者性（権利者性）を前面に出し、義務者を後退させることで、対抗問題として扱った判例である。

さて、本判例における二重譲渡の方法は贈与と遺贈であり、本判例に事案の近い最判昭和六三年のそれは、売買と死因贈与であって、これは常に、両譲受人は共に権利者として特定物の所有権を有している場合である。もし仮に、譲渡手段が包括遺贈である場合にはどのような処理がなされるであろうか。包括遺贈の場合、九九〇条に基づき、包括受遺者は相続人と同一の権利義務を有するとみなされるので、登記なくして他者に対抗できるか否かという問題がある。学説においては、登記不要説も存在するが、<sup>(20)</sup> 実質的な利益衡量からみても特定物遺贈の場合と同様に、登記なしでは第三者に対抗できないという登記必要説が主張されている。<sup>(21)</sup> この点につき、下級審ではあるが、大阪高判平成一八年八月二十九日（判タ一二二八号二五七頁、判時一九六三号七七頁）は、登記によって優劣を決した。これは上告受理申立がなされているため、包括遺贈のケースについては、最高裁の判断を待ちたい。

(1) もう一つの問題として、登記手続法の問題として、遺贈による権利移転の登記手続のあり方があげられるが、本稿では割愛する。この問題についての詳細は、幾代通「遺贈と登記」『現代家族法大系五（相続二）遺産分割・遺言等』（一九七九年、有斐閣）一二八—一三一頁以下参照。

- (2) 中川善之助・泉久雄『法律学全集二四 相続法〔第四版〕』(二〇〇〇年、有斐閣) 五七九頁。
- (3) 包括遺贈の場合、包括受遺者は相続人と同一の立場に立つため(九九〇条)、遺贈部分について当然に権利を取得することから、物権的効力を有する。具体的に問題となるのは、特定物遺贈の場合である。以下、特定物遺贈の効力につき、中川・泉・前掲五七九頁以下、加藤永一「遺言の効力」『家族法大系Ⅶ(相続二)』(一九六〇年、有斐閣) 二一〇頁以下を参照。
- (4) 貸金請求ノ件。被相続人が死亡したため遺言書を確認したところ、Yに対する貸金債権を、家督相続人Xを含む八人の子及びその生母に分割して遺贈する、その際生母はAの指揮を受けよとの記載があったため、Aが遺言執行者となりYに貸金の取立てを行ったが、Yが応じなかったため、Xが訴えた事案のようであるが、古い判例なので具体的内容は不明。大審院は、遺贈の結果、貸金債権は各受遺者に移転したとし、特定遺贈に物権的効力を認めて、XによるYに対する貸金債権の取立てを認めなかった。
- (5) 幾代・前掲一三二頁以下、舟橋諄一・徳本鎮編『新版注釈民法(六)』(一九九七年、有斐閣) 原島重義・児玉寛担当部分 四七七頁以下参照。
- (6) 舟橋諄一『法律学全集一八 物権法』(一九六〇年、有斐閣) 一六〇頁、末川博『物権法』(一九五六年、日本評論社) 一二二頁など。
- (7) 甲斐道太郎「民事判例研究 不動産の遺贈と民法第一七七条の第三者」『法律時報三七卷一号八八―九一頁』。
- (8) 幾代・前掲一三三頁以下。
- (9) 幾代・前掲一二七頁以下参照。
- (10) Aが隠居(旧法における生前相続)する際に、本件土地を留保し、次男Cに贈与し、CからYに譲渡されたが移転登記はなされなかった。他方、Aが死亡し、Bとその後Dが家督相続し、Dが本件土地をXに譲渡し、Xが移転登記を受けている。そしてXがYに本件土地の所有権確認と引渡しを求めた事案である。原審は、AC間の贈与により本件土地はAの遺産に属さず、Dの登記は無効であってXは所有権を主張できないとしたが、大審院は、登記を備えた譲受人が完全なる所有権を取得するのであって、登記がなければ対抗できないと判示した。遠藤浩「民法基本判例解説(三四)」『民事研修四五八号 二四頁』。

(11) 登記必要説に立つた判例として、大判昭和八年二月六日新聞三六六号一〇頁、かつての判例理論である相続人無権理説に立ち登記を不要とした判例として、大判昭和一〇年八月二一日判決全集二一号一五頁などがある。これを詳細に述べたものとして、幾代・前掲一三一頁以下及び於保不二雄「不動産の遺贈と民法第一七七条の第三者」民商法雑誌五一巻六号四〇頁以下、石田喜久夫「遺贈と登記」百選四版二〇二頁等がある。

(12) 第三者異議事件。本件不動産の受遺者ら五名が所有権移転登記を経由しない間に、その他の相続人の債権者Yが、自己の債務者に代位して相続を理由とする本件不動産に関する持分取得を登記し、その持分について強制競売を申し立て、開始決定を得て登記したことにつき、遺言執行者たるXが、遺言執行の妨げになるとして第三者異議の訴を提起した事案。最高裁は、「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、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り、この場合も登記によってその優劣を決すべきであると判示して、Xの請求を棄却した。

(13) 家屋収去土地明渡請求事件。被相続人Aより本件宅地を贈与されたBから転贈された者Yが、登記を得ないままYの築造した本件宅地上の家屋に居住していたところ、Aが死亡して相続が開始され、相続人Cから本件宅地を譲渡されたXが、Yらに対し家屋の収去及び土地の明渡しを請求した事案。最高裁は、Aが本件土地をBに贈与しても、登記を経ているなければ完全に排他性ある物権変動が生じたとはいえず、Aも完全な無権利者にはならないので、相続人Cからの譲受人たるXは七七条の第三者にあたることを前提とした上で、Xの善意悪意に関係なく、対抗要件たる登記を備えていないYらは、Xに対し贈与による本件宅地の所有権取得を対抗できないとして、Xの請求を認容した。

(14) 柴田保幸「被相続人が同一不動産をある相続人に贈与するとともに他の相続人にも遺贈したのち相続が開始した場合と民法一七七条」法曹時報二四巻九号一七四頁、池田恒男「被相続人が同一不動産の持分をある相続人に贈与した後に別の相続人に遺贈してから相続が開始された場合に両者の物権変動の優劣は対抗要件たる登記の有無で決すべきか」法学協会雑誌九二巻二号九一頁。

(15) 田中整爾「相続人および第三者に対する不動産の二重譲渡と相続開始後の対抗力」民商四三巻六号一七一、一七二頁も同旨。

- (16) 松岡久和「二重譲受人の双方が譲渡人を相続した場合と対抗関係」民商法雑誌一〇〇巻六号一七三頁以下。
- (17) 篠原弘志「被相続人が同一不動産をある相続人に贈与するとともに他の相続人に遺贈したのち相続が開始した場合と民法一七七条」民商六七巻二号一〇〇頁以下、池田・前掲九四頁以下。
- (18) 篠田昌志「贈与―死因贈与の取消」『現代判例民法学の理論と展望―森泉章先生古希祝賀論集』（一九九八年、法学書院）四八四頁以下は、以下のように主張する。すなわち、ここでの問題は、受贈者と受遺者又は生前処分の相手方との間の利益調整である。最判昭和六三年のように死因贈与の撤回が認められない場合において、当該死因贈与とその後の生前処分たる遺贈はいずれも競争原理とは無縁であるのだから、取引の安全を目的とする対抗問題として捉えるべきではない。むしろ、多くの利益状況を正義・衡平の観念から調整を図ることを目的とする英米法上の信託法理によって処理してはどうかと提案する。

- (19) 道垣内弘人「不動産の二重譲受人が譲渡人を相続した場合について」『不動産法の課題と展望 石田喜久男・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集上巻』（一九九〇年、日本評論社）一一二頁以下が詳細な検討を行っている。
- (20) 幾代・前掲一三九、一四〇頁、鈴木祿弥『相続法講義改訂版』（一九九六年、創文社）一二二頁。
- (21) 所有権移転登記手続等請求事件。被相続人が死の直前、養子に対して、特定不動産についての自己の持分を贈与し、実子の一人に対して、遺言書によって財産全てを包括遺贈した事案。大阪高裁は、包括遺贈を特定遺贈と性質において異ならなとし、民法九〇〇条の規定にかかわらず、包括遺贈による物権変動も一七七条の対抗問題によって処理することとし、先に登記を備えた包括受遺者たる実子に所有権を認めた。評釈として、本山敦「包括受遺者の責任について」月報司法書士四二二号三九頁、山野目章夫「判例評釈 包括遺贈と登記」判タ一二四九号四五頁がある。