

所有者不明土地と日本民法相続法の問題点（下） —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
- II 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
 - 1 相続未登記農地の存在実態と特徴
 - (1) 表1から見て取れること
 - (2) 図1から見て取れること
 - 2 明治19年登記法と相続による土地所有権移転の登記
 - (1) 明治19(1886)年登記法の概要
 - (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
 - 2) 地租改正と地券制度の変容
 - 3) 地租徴収制度の確定及び公証制度の整備と限界
 - 4) 登記法制定の調査立案作業とその目的

- (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
 - 2) 制度一般に関して留意しておきたい特徴点
 - 3) 相続による土地所有権移転の登記
- (4) 明治19年登記法についての小括
- (5) 補——明治19年公証人規則の位置と登記法との関係
- 3 明治民法の「家」制度と相続の登記
 - (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
 - 2) 家督相続と遺産相続
 - (2) 不動産登記法の下での相続の登記
 - 1) 制度上の留意点について
 - 2) 相続登記の実態について
 - (3) 「相続ニ因ル登記」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
 - 2) 相続登記連合部判決の論旨
 - 3) 論旨の理由と内容についての問題点
 - 4) フランス民法典相続法における贈与分割との対比
 - 5) 遺産相続への民法177条の適用について
(以上、本誌2020年冬号)

4 戦後民法相続法の下での相続の登記

- (1) 戦後改革における“断絶”と“連続”の契機
 第2次大戦敗戦後の戦後改革は、日本の政治・経済・社会に極めて大きな変革をもたらした。本稿が対象とする相続制度については、昭和22(1947)年の家族制度改革(明治民法第4編及び第5編の全面改正)による「新民法」の制定(同年12月22日成立。以下「戦後民法」ともいう)によって、「家」制度は廃止され、同時に家督相続制度も廃止された。土地制度に関しても、農地については農地改革により戦前の地主制は廃止され、

いわゆる戦後自作農体制が創出された。ただし、それらの改革は、“断絶”の契機だけではなく、“連続”の契機も含んでいることを看過してはならない。

例えば、㊦戦後民法相続法の相続制度は、明治民法第5編の第2章にあった「遺産相続」制度が第1章の「家督相続」制度の廃止に伴い、「相続」と名を変えて前面に立ち現れたという側面を持っている。㊧戦後民法で新たに認められた配偶者の相続権も、大正期以来の議論を踏まえて実現されたものであった。また、㊨戦前来の日本社会に深く根差した家督相続ないし「家」的な相続の社会的慣行は、一朝一夕に変化し、無くなっていくものではない。とくに農家相続においては、後に見るように、戦前来の「家」的な相続実態が長らく存続した。一方、㊩明治32年不動産登記法は、特段の改正を受けることなく戦後に引き継がれ、「相続ニ因ル登記」の規定もそのまま存続した⁽¹⁰⁹⁾。そして、㊪「相続ニ因ル登記」にも民法177条が適用されるとした明治41年連合部判決の一般抽象的命題も、「民法177条の物権変動の範囲」について無制限説を採った先例として、判例上及び学説上で基本的に引き継がれた⁽¹¹⁰⁾。

このような諸事情が相俟った下で出発した戦後民法相続法の共同相続と遺産分割が土地について実際にどのように行われ、登記簿上にどう反映されていくことになるのか、そして、それは、戦後日本の社会経済の大きな発展と変容の中でどのような変化・変遷をたどっていくのか。その実態と実相を追究することは、極めてむずかしい課題であるが、以下では、いま筆者に可能な範囲で、そのおおよその様相を窺わせる事柄の概要を整理・分析し、本稿の課題への接近を試みてみる。

ただし、その作業は、それぞれ性質の異なる多

様な事柄に関する情報・資料を整理し相互に関連づけて繋ぎ合せ、それらを全体として観察することを通じて一つの見取図ないし基本的傾向を描き出そうとする作業となる。筆者にとっても、ある意味では初めての研究方法の試みであり、結果として、論述の仕方がやや込み入った形のものになることを断っておきたい。

(2) 戦後民法相続法改正の意義と改正点

戦後の家族制度改革は、「家族生活における個人の尊厳・両性の平等」を定める新憲法＝日本国憲法の施行(昭和22=1947年5月3日)を間近に控えて⁽¹¹¹⁾、できればそれに間に合わせるべく極めて短時日のうちに大急ぎで行われた⁽¹¹²⁾。立案担当者たちの集中的かつ精力的な努力により、第4編親族の規定は、平仮名口語体への変更とも併せて、面目を一新したものとなったが、第5編相続では、明治民法第5編の「第2章 遺産相続」以下にあった条文の多くがそのまま引き継がれ(以下、旧法又は旧規定という)、改正又は新設された条項の数は限られたものにとどまった⁽¹¹³⁾。この相続法改正が“引き算の改正”(明治民法の相続法から家督相続制度を削除しただけの改正という含意)と評されることがあったのも、その故である。

しかし、改正又は新設された条項を含めてこの改正の全体を捉えれば、その相続制度改革としての意義には、やはり大きなものがあつた。本稿の課題との関係で確認しておいた方がよいと思われる事柄を簡単に見ておくと、以下のようである⁽¹¹⁴⁾。

⁽¹¹¹⁾ 新憲法第24条の条文を読めばすぐわかるように、相続の規定を含め、明治民法第4編・第5編の全面改正が不可避なことは、誰の目にも明らかであった。

⁽¹¹²⁾ その経緯は、我妻栄編『戦後における民法改正の経過』(日本評論社、1956年)に詳しい。実際には新憲法施行に間に合わず、新民法施行(昭和23=1948年1月1日)までのいわば繋ぎとして、昭和22(1947)年4月19日に「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律」(全10カ条)が制定された。

⁽¹¹³⁾ 我妻・同前369頁以下にある「新旧規定対照表」の相続の部分を見れば、そのことは一目瞭然である。

⁽¹¹⁴⁾ 筆者は以前に、本稿とは異なった視点からであるが、この相続法改正の意義をひとわり検討したことがある。原田純孝「扶養と相続——フランス法と比較してみた日本法の特質」比較家族史学会監修／奥山恭子・田中

⁽¹⁰⁹⁾ もっとも、登記事務の管轄は昭和22=1947年12月に新設の法務庁に移された後、昭和24=1949年から法務局及び地方法務局の管轄となる。また、昭和25=1950年には、新しい司法書士法が制定されている。

⁽¹¹⁰⁾ それゆえ現在でも、前出注108所掲の『民法判例百選I(第8版)』において、「民法177条の物権変動の範囲」という表題の下に同判決の解説が掲載されている(54事件)。

① 新民法の諸子均分相続制度は、形式的には明治民法の遺産相続制度の延長上のもので捉えることができるが、実質的には極めて大きな意味を持つ制度改革であった。戦前の相続の中心であった家督相続の廃止により、まさにその「遺産相続」＝被相続人の死亡による子の中の均分相続⁽¹¹⁵⁾が全国民共通の普遍的な相続形態となったからである。改正過程で保守派から繰り返し主張された「祭祀財産の承継者に特別の相続分を認めよ」との主張も、一貫して排斥された⁽¹¹⁶⁾。ただし、直系卑属のみ、又は直系卑属と配偶者がともに相続人となる場合の遺留分の割合は、最初の幹事案では被相続人の財産の3分の2とされていたが、被相続人の財産処分の自由を拘束しすぎることは妥当でないという理由から、2分の1に引き下げられた(1980年民法一部改正前の民法1028条1号。以下、とくに断らないときは新民法の条文である)。

② 配偶者の相続権の法定(直系卑属がいるときの法定相続分は3分の1。1980年民法一部改正前の900条1号)は、言うまでもなく最重要な改正点の一つである。改正作業の当初から、「残存配偶者は直系卑属と同順位に於て一定の持分により遺産相続人となるものとする」と掲げられ、具体的内容についての多少の曲折はあったものの、さほどの反対論もなく、新民法の規定が形成された。妻の地位をおよそ考慮しなかった家督相続に代わって遺産相続が普遍的形態となったことと合わせれば、それは、明治民法の発想からの180度の転換を実現し、「妻及び母としての女性の地位」を法律上では抜本的に強化したものと言える。明治民法の遺産相続制度の母法となったフランス民

法典相続法では「生存配偶者は、本来的には直系卑属と並ぶ相続人ではない」とされていたこと⁽¹¹⁷⁾と対比しても、それは極めて大きな、日本独自の改革であった。

そのように大きな改革が戦後の日本で、いわば“すんなりと”法制化されえた理由と根拠については、多くの事柄を考える必要があるが、ここでは、少なくともその重要なもの一つとして、昭和2(1927)年の臨時法制審議会「民法相続編中改正ノ要綱」の影響が推測されることだけを指摘しておこう。大正期からの議論を踏まえてまとめられた同「要綱」は、遺産相続における配偶者の地位の大幅な改善案を提示しており、そこには、まさに戦後の法改正につながるような内容が含まれていたからである⁽¹¹⁸⁾。

③ 相続人は、被相続人の財産に属する一切の権利義務を承継し(896条。一身専属的なものは除く)、相続人が数人あるときは、相続財産はその共有となり(898条)、各共同相続人がその相続分に応じて被相続人の権利義務を承継する(899条)(いずれも単純承認の場合。以下も、基本的にその場合を前提とする)。これは、旧法と同じである(ただし、祭祀財産が別扱いとなることは前出注116)が、新民法では新たに、遺産分割の基準と分割の実行方法を定める規定が設けられた⁽¹¹⁹⁾。

すなわち、④共同相続人は、被相続人が遺言で

⁽¹¹⁷⁾ フランスでも19世紀末期から女性の地位の改善・強化を目指すさまざまな動きが登場して発展し、その流れの中で生存配偶者(妻)の「相続財産に対する権利」の強化を行う法改正もなされていくが、フランスでは、日本のような第2次大戦直後の家族制度改革はなかった。生存配偶者が「本来の相続人」として位置づけられるのは、1958年以降のことである。この経緯の概要は、原田・前掲(注114)198頁以下参照。

⁽¹¹⁸⁾ 具体的な内容は、原田・前掲(注114)176頁以下。同箇所での考察は、堀内節『家事審判制度の研究』(中央大学出版部、1970年)及び同『続家事審判制度の研究』(中央大学出版部、1976年)所掲の資料と分析に依拠したものであり、両書中の参照頁も上記拙稿の同前箇所に掲げてある。

⁽¹¹⁹⁾ 分割の実行については、次述の④⑤の他に、「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)」(908条)がある。これは旧法1010条を引き継いだものだが、本稿では視野の外に置く。

真砂子・義江明子編『扶養と相続』(早稲田大学出版会、1998年)の179-190頁の部分であり、以下の叙述もそれを踏まえたものとなる。

⁽¹¹⁵⁾ 新民法制定時の887条では、第1順位の相続人を「直系卑属」と記していたが、昭和37=1962年の民法一部改正で「子」に改められた。

⁽¹¹⁶⁾ ただし、祭祀財産については、他の相続財産とは別扱いとし、「祖先の祭祀を主宰すべき者」がこれを単独承継するという民法897条が設けられた。この規定は、「家」の観念を存続させる上で大きな意味を持つことになる。

禁じた場合を除き、「何時でも、その協議で、遺産の分割をすることができる」（907条1項）。⑤協議不調のときは、各共同相続人はその分割を家庭裁判所に請求できる（同条2項）。そして、③分割の基準については、「遺産に属する物又は権利の種類及び性質、各相続人の職業その他一切の事情を考慮してこれをする。」（906条。傍点筆者）という極めて抽象的で一般原則的な規定が置かれた⁽¹²⁰⁾。若干のコメントを付しておこう。

まず、④協議による遺産分割は、共同相続人の自由な意思に基づく限り、なんら特別の方式を要することなく、自由かつ私的に行うことができる。分割の内容が法定相続分に対応しているか、また、906条の定める分割の基準（③）に即したものとなっているかが法的規律の局面で取り立てて問題とされることも、基本的にはない。遺産分割をいつするかも共同相続人の自由である。その意味で、協議分割は、共同相続人の私的自治に委ねられていると言える。

そのことについての学説の説明（正当化の理由・根拠づけ）には様々なものがある⁽¹²¹⁾が、一般的な説明の仕方としては、＜遺産の分割協議は、各相続人の取得財産に多かれ少なかれでこぼこができる結果となることを共同相続人の全員が承認し合って互譲解決する「和解的性格」を有する行為である＞というのがわかり易いかもしれない⁽¹²²⁾。

では、⑥家庭裁判所に分割を請求したときはどうなるか。この裁判は、家事審判法の非訟手続によって行われる遺産分割の審判事件となる（同法9条1項乙類10号）。旧法では遺産分割も共有物分割訴訟（民法258条）の一つとして通常裁判所

の管轄下に置かれていたのを改めたもので、そのこと自体が重要な改正点の一つをなすが、これにも次のような特徴点がある。

家庭裁判所は、上記の乙類審判事件を何時でも調停に付することができる（同法11条）だけでなく、事件の受理に当たって先ず調停事件として申し立てるよう当事者を指導したので、家庭裁判所における遺産分割の手続は、通常は調停事件として開始される（乙類調停事件）。調停が成立した場合は、調停で合意された遺産分割の内容が確定判決と同一の効力をもつ。他方、調停が不成立に終われば、審判手続に移行する。

調停分割においては、調停委員が重要な役割を担うが、法律上の問題点だけでなく、人間関係上の問題点をも調査・整理しながら斡旋し、調停案をも示しつつ当事者間の互譲を促して合意を導くよう努めるので、その結果は、実質的には協議分割と共通する側面を持つ。ただし、共同相続人だけの協議の場合と比べれば、法律的観点からの配慮がより強く作用するであろうから、906条の分割の基準（③）が考慮される余地もより大きくなると言えるかもしれない⁽¹²³⁾。

他方、審判手続による場合には、＜法律＝民法の規定が尊重・遵守されてしかるべきだ＞と言えそうにも思われるが、日本民法相続法には、諸外国の場合（例えば先に見たフランスの場合）と異なり、裁判上の分割方法に関する詳細な規定は置かれていない。その結果、民法906条はむしろ、「一切の事情を考慮して自由裁量により〔遺産分割の内容を——筆者挿入〕形成する裁判官の権利」を認める規定として機能する。その故に、「わが民法では、家庭裁判所が非訟手続による審判をもって協議に代わる分割の形成処分を行いうるのであり、906条にきわめて抽象的な分割基準を規定するだけで裁判所の自由裁量による形成的処分行為が認められていることは特色である」という評価がなされるのである⁽¹²⁴⁾。

⁽¹²⁰⁾ なお、906条は、昭和55（1980）年の民法一部改正で、「各相続人の…」以下の部分が、「各相続人の年齢、職業、心身の状態及び生活の状況その他一切の事情」と改められている。

⁽¹²¹⁾ 谷口知平・久貴忠彦編『新版注釈民法（27）相続②』（有斐閣、1989年）314頁以下（谷口知平）、346頁、356-358頁（伊藤昌司）参照。

⁽¹²²⁾ 遺産分割が「和解的性格」を有することについては、星野英一「遺産分割の協議と調停」中川善之助教授還暦記念家族法体系刊行委員会『家族法体系VI 相続①』（有斐閣、1960年）348頁を参照した。

⁽¹²³⁾ 以上については、前掲『新版注釈民法（27）』（注121）361-362頁（伊藤昌司）を参照した。

⁽¹²⁴⁾ 引用は、前掲『新版注釈民法（27）』（注121）302

④ 新民法は、遺産分割の遡及効を定める旧法1012条の規定を維持しつつも(909条本文)、「但し、第三者の権利を害することができない。」(同条但書)という制限を加えた。これは、相続開始後遺産分割前に生じた第三者を保護するために遺産分割の遡及効＝宣言的効力を明文で修正したものである。

修正の背後には、次のような事情に対する配慮があったものと推測される。すなわち、^①わが国では、被相続人死亡後の法定相続が一般的になるであろう(遺言や遺贈の数は少ない。後出注125参照)が、^②相続開始後すぐに共同相続の登記がなされることは一般的には期待しがたい上、^③遺産分割がなされるまでに相当の年月が経過することも多いであろうから、^④その間に、遺産中の財産につき共同相続人の法定相続分を前提として取引関係に入る第三者が登場することが少なからず予想され、^⑤その第三者の権利を後の遺産分割の遡及効から保護する必要がある^⑥という考慮である。この但書の付加の意義をめぐっては、学説上で遺産共有の性質に関する共有説、合有説の双方から様々な議論がなされてきたが、判例は、戦前以来一貫して共有説の立場に立っている。

909条但書は、上記のように、一部の共同相続人による遺産分割前の個々の財産の共有持分の処分が有効であることを前提としているから、文理上では共有説に有力な論拠を与えたものと言える。さらに、のちの最高裁判決では、遺産分割による不動産所有権の移転(法定相続分と異なる共有持分の得喪変更)は、その旨の登記を経なければ、遺産分割後に当該不動産につき相続人の相続分に応じた権利を取得した第三者に対して対抗することができないことも判示された。「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものではあるが、第三者に対する関係においては、相続人が相続によりいったん取得した権利につき分割時に新たな変更を生ずると実質上異なるものであるから」である(最判昭46年1月26

頁、313頁(谷口知平)。

日民集25巻1号90頁。詳細は後述)。

但書が付加されたことにより、第三者との関係では遺産分割は移転的効力を持つものと解されることになったわけである。これは、母法であるフランス民法典相続法とは異なった日本民法の特徴である。

(3) 戦後民法相続法の不備と問題点

新民法の相続法(以下、新相続法)は、重要な戦後改革の一つとして大きな社会的意義を持った(とくに前節の①②参照)が、他方で、様々な制度的不備と問題点を内在させていた。ここでは、無遺言の法定相続の場合を念頭において(以下でも同様)⁽¹²⁵⁾、次の3点を指摘しておきたい。

① 第1は、時間的に切迫した状況下で強いられたこととはいえ、上述した改正点を除き、旧法の遺産相続の規定をほぼそのまま引き継いだことに伴う問題である。明治民法においては家督相続こそが重要であり、遺産相続は副次的な位置づけしか与えられていなかったから、遺産相続に関する規定も十分に吟味・検討されたものとはなっておらず、条文数も少なかった(本誌2020年冬号110頁)。明治民法施行後も、多少の財産を有する者は分家して戸主となることが多かったので、相続と言えばほとんど常に家督相続が問題となり、概して零細な遺産の共同相続となる遺産相続では紛争が生じることも少なく、その条項の解釈法理の発展も極めて遅れていた。それ故、新相続法の施行後に、戦前の判例・学説で取り扱われなかった問題が次々と続出してくることになる⁽¹²⁶⁾。

② 第2は、第1点の延長線上の問題でもあるが、国民による新相続法の運用や相続実態がどのようになっているか(あるいは、いくべきか)につい

⁽¹²⁵⁾ 日本では遺言の利用は、欧米に比べると、もともと非常に少なかった。例えば武井・後掲(注162)29頁によると、自筆遺言書の検認数は、昭和30年:640件、昭和40年:971件、昭和45年:1,262件、昭和52年:2,139件という状況であった。むしろ公正証書遺言のほうが当時からより多く利用され、漸増の趨勢を見せていたが、その数も、昭和40年:7,700件余、昭和45年:13,000件余であった。

⁽¹²⁶⁾ 前掲『新版注釈民法(27)』(注121)301頁(谷口知平)参照。

ての配慮や目配りが——農家相続等の場合についての問題意識はあったことを別とすれば⁽¹²⁷⁾——結果としては極めて不十分であったと言わざるを得ないことである。この点に関しては、幾つかの重層する問題を指摘できる。

④ 条文上では、法定相続（無遺言の死後相続）で生じた遺産共有状態は、通常的には、共同相続人の協議による遺産分割で解消されるものとされる。しかし、遺産分割は、通常の共有の分割とは趣を異にする複雑な考慮要素と処理過程を伴い、複雑・微妙な手続・操作（思考経路上のそれを含む）を経て行われるものである。そのことは、遺産共有の性質について共有説を採った場合にも変わりはない⁽¹²⁸⁾。

しかるに、新相続法は、その遺産分割の実行を、あげて共同相続人の自由な協議と私的な合意に委ねた。分割の基準を記した906条はあっても、同条はその「自由な私的合意」の内容を拘束する意義を持たず（前述）、各共同相続人の権利の具体的な実現を図るための手立てとなる規定も存在しない。いわば「共同相続人たる家族員の私的自治への“丸投げ”」であり、その下で、次の（４）で見るとような相続実態が展開することになる。

それに対し、新相続法の母法となったフランス民法典相続法の場合、同じく協議分割の自由を認めつつも、価値的平等の原則が尊重されるべきことを民法典中に定めるとともに、＜分割協議の場には公証人が関与して適宜の法律的かつ実際の

な助言を行いつつ、具体的な分割の合意が形成される（そして公証人証書が作成される）＞という伝統的慣行をその法運用の一般的な前提として予定していた（本誌2019年秋号77-79頁）。この前提があるのと無いのとで、「協議分割の自由」の持つ意味が大きく異なりうることは見やすいところであるが、しかし、新相続法の立法時にこのような彼我の相違が意識され、参照・考慮された節はない⁽¹²⁹⁾。

もちろん、仮にその相違が意識されたとしても、フランスのような公証人慣行を簡単に日本に移植できないことは明らかである。とはいえ、そのような司法インフラがない日本社会において新相続法の「協議分割の自由」がどのように運用され機能していくかという点に対する目配りと配慮は、本来的にはもっとなされてよかつたのではないかと思われる。

⑤ 遺産分割をする時期には制限がなく、遺産共有状態が長期間に及びうることも予想されていた（前出（２）④の前段）が、その間の遺産の管理に関する特別の規定も、相続法中には存在しない。5年以内の期間につき分割を禁止する遺言があった場合（908条後段）についても、同様である。制定当時のフランス民法典相続法も、法定相続後の「不分割」は速やかに個人所有に帰すべきものとの立場に立っていたので、「不分割の管理」にかかる規定を置いていなかったが、この点の不備は、フランスでは後の判例・学説によってある程度まで補完・補充されてきていた⁽¹³⁰⁾。

⑥ もっとも、④（及び部分的には⑤）の点の不備については、家庭裁判所に対する分割請求の方法が新たに用意されたので、それによってその不備はカバーされうると考えられたかもしれない。しかし、家庭裁判所の関与は、共同相続人間に紛争が生じて当事者が求めたときにはじめてなされるもので、いわば裁判所の後見的かつ裁量的な関与の下での紛争解決＝分割の実現という性格を有

⁽¹²⁷⁾ 仮に均分的な分割相続が実際に行われた場合には自作農家の経営や商工の家族経営の継承・存続に大きな問題が生じるのではないかという、いわば制度の論理構造的な問題は、立案作業の当初から意識され、対処措置の必要性が考えられていた。例えば、我妻編・前掲（注112）285頁所掲の「臨時法制調査会第三回総会議事速記録」（昭和21年10月24日）にある奥野健一幹事（司法省民事局長）の発言、利谷・後掲（注134）291-292頁の引用する我妻栄の発言等参照。農林省も同様の見解を有していた。そして、農家相続については、次の（４）②①で見ると「農業資産相続特例法案」が第1国会と第5国会に提出されたが、結局成立しなかった。中尾・後掲（注133）136頁以下にもこの経緯の紹介がある。

⁽¹²⁸⁾ 遺産分割のそのような特徴と性格については、星野・前掲（注122）346頁以下参照。

⁽¹²⁹⁾ この点については、子細な検証はなし得ていないので、誤っていたらいつでも訂正する。

⁽¹³⁰⁾ 星野・前掲（注122）345-346頁。

している。

実際、先に見たように調停分割は、裁判所の選任する調停委員の後見的・裁量的な助言と斡旋の下で紛争当事者間の互譲による合意を促す手続である。さらに、遺産分割審判も、分割方法を具体的に規律する規定がない条件下で、裁判所が非訟手続によって、当該事案における「一切の事情を考慮して自由裁量により」「協議に代わる分割の形成処分を行う」という性質を持っている（前述）。それに対し、フランスの場合は、裁判上の分割については相続法中に分割方法に関する詳細な規定があり、裁判官は、その規定に従って判決を行う。同じく“裁判所の関与・判断による分割”とは言っても、両者の間には性質的にも実質的にも大きな違いがあると言わなければならない。

したがって、調停分割はもとより審判分割においても、“共同相続人各人の権利の可及的な実現”という視点がどのように、どの程度作用していくのか——あるいは、いくべきものと考えられているのか——は定かではない⁽¹³¹⁾。また、いずれも個別の紛争事例でのみ使われるものであるから、調停事例や審判事例の蓄積の中から協議分割一般の適切なあり方の指針となるようなものが見出され、通常の任意の協議分割に影響を及ぼすという作用も期待しがたいのではないか。ただし、これらは、実務の実際に疎い筆者の、いわば外部からの憶測である。

なお、遺産分割審判については、「遺産分割の前提問題」（分割当事者である相続人の範囲と資格・相続分、分割の対象となる遺産の範囲など）に関して通常裁判所でなすべき訴訟手続との関係・関連づけをどうするかが制度上で分明でなく、審判事件の当事者たる相続人の負担を加重するという問題も生じたが、本稿ではそれは省略する。

③ 第3は、被相続人死亡後の共同相続と「相続

ニ因ル登記」との関係ないし関連性について、ほとんど目配りがなされていなかったことである。家督相続の廃止により、明治41年相続登記連合部判決の前提となっていたく生前家督相続による不動産所有権移転を第三者に対抗するには、民法177条に従い、その登記を為すことを要する>という要請は消失した。では、新相続法の下での無遺言の法定相続＝共同相続による所有権移転については、その点はどうなるのか。

この問題は、先述の如くすでに戦前から登場し、大審院判決でも判断が分かっていると理解されていた論点であった（詳細は後述）が、新相続法の立法に際してその問題が吟味・検討された形跡は見られない。不動産登記法の「相続ニ因ル登記」の規定も、従来通りで維持された。もともとは生前家督相続による所有権移転を強く意識しながら日本独自のものとして形成された「相続の登記」の制度が、特段の検討を加えられることなく、戦後の共同相続による所有権移転に連結されたのである。

「しかし、この民法改正によって、それまでいわば陰に隠れがちであった広義における相続と登記の諸問題が全面的に白日のもとに曝され、多くの論議を呼ぶことになった」。新相続法下の相続は、被相続人の死亡、共同相続（承認・放棄）、自由な遺産分割という時系列段階を通過し、内容的には相続人各人の法定相続分、抽象的な具体的相続分（結局の相続分）、次いで実際の取得分としての現実の相続分の確定という段階を伴い、しかも、その間に相続放棄の遡及効（昭和37＝1952年民法一部改正前の939条1項）や、遺産分割の遡及効・宣言主義とその制限（909条）などの法的擬制が介在してくる。そのプロセスのどこで、どのような登記がなされるか、あるいはなされないかにより、相続人間及び対第三者間の関係は錯綜した様相を呈することになるからである⁽¹³²⁾。

その「錯綜した様相を呈する法律問題」に細か

⁽¹³¹⁾ フランス民法典相続法の場合は、まさに共同相続人各人の権利の実現を目して裁判上の分割方法に関する詳細な規定が用意されており、それが「物的均分主義」にもつながったことは前述した。本誌 2019 年秋号 75 頁。

⁽¹³²⁾ 先の引用を含め、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』（有斐閣、1984 年）178 頁参照。

く立ち入るつもりはないが、筆者の見るところでは、その問題の初発となる起点には、<死亡による無遺言の法定相続＝共同相続による不動産所有権の移転の登記とはいかなる性質のものか>についての確たる理解が、戦後相続制度改革の時期においても未だ形成されていなかったことがある。この点は本稿の課題に直接かかわる問題であるので、後の(5) 1) ②と2)において改めて考察を加えることにしたい。

もっとも、その点が当時(1947年)のフランス法においてどのようになっていたかは、ここで改めて確認しておくことが有益であろう。当時のフランスには、無遺言の法定相続による不動産所有権の移転を公示する制度は存在しなかった(本誌2019年秋号81頁以下)。1935年法が導入した「死亡による不動産所有権移転公証人証明書」も、相続人が一人だけ(又は包括受遺者一人だけ)の場合に作成・騰記されるもので、その騰記＝公示の懈怠に「対抗不能の制裁」が課されることはなく、その騰記も義務づけられてはいなかった。共同相続人が複数いる場合には、遺産分割の公証人証書が騰記されるが、その騰記の義務づけも、騰記の懈怠に対する「対抗不能の制裁」もなかった。一見“法定相続による不動産所有権移転の公示の不備”とも言えそうだが、そこは、伝統的な公証人慣行がカバーしていた。その後の1955年不動産登記法では「死亡による不動産所有権移転公証人証明書」の作成・公示が一般的に義務づけられるが、その意義は第三者に対する情報の提供にとどまり、その公示の懈怠が「対抗不能の制裁」を受けることはない(同前誌同号83頁以下)。

これを“不動産物権変動の公示制度の整備の遅れ”と言うかどうかは別として、新相続法の母法となったフランス法では「無遺言の法定相続による不動産所有権の移転」とその「公示」がどのようなものと捉えられていたかは、やはり確認しておく意味がある。しかし、新相続法(以下、新法)の立法時にはこの点に意識が向けられることもなかったようである。

(4) 新法施行後の共同相続の実態と態様

1) 本節の課題と検討の視点

さて、新法施行後の共同相続の実態はどうなっていたか。この点については、日本私法学会による全国調査(昭和26～28年)をはじめ、逐次の調査が行われた農家相続の場合がよく知られている。それゆえ以下でも、その場合が主たる検討対象となる(→2))。先にIII 1)で見た相続未登記農地がもつ意味を考える上でも、その検討は有益であろう。

一方、勤労者世帯等も含めた国民全般の相続の実態については、適当な調査資料がない。したがって、その相続の実態については、限られた資料・情報からその傾向を推測するよりほかはないが、早い時期にその作業を行った先行研究があるので⁽¹³³⁾、それを参考にし、かつ追加的な資料で補いながら、全般的な相続実態の基本的な傾向と特徴を検討してみる(→3))。

ただし、あらかじめ次の2点に注意しておく。

第1に、本節の課題は、共同相続の実態それ自体を分析することではない。本稿の重要な目的は、新法の共同相続の結果としての土地所有権の移転がどのように相続登記につながったのか——あるいはつながらなかったのか——を考察することにあるから、本節の目的も、相続実態の基本的な傾向と態様を確認することを通じて、相続の結果の登記簿への反映のあり方の如何を検討するための前提となる材料ないし情報を得ることにある。実際、相続による土地所有権移転と登記とのつながり方は、当然にも、当該相続の処理・決済の態様に応じて異なりうるであろう。また、相続で土地所有権を取得した者の側から見ても、その登記をする必要性や申請手続をめぐる事情等は、当該相続の処理・決済のあり方に応じて違ってくるであろう。

第2に、検討対象とする時期は、昭和20年代か

⁽¹³³⁾ 中尾英俊「民法の共同相続規定と相続の現実」前掲『家族法体系VI 相続1』(注122, 1960年)131頁以下、石田喜久夫「事実上の相続放棄」前掲『家族法体系VII 相続2』(注122, 1960年)134頁以下など。

ら昭和40年代半ば頃までとする。新法の施行が相続実態に及ぼした影響及びそれと相続登記との関係を検討する本節の課題との関係では、それが適切だからである。

すなわち、相続の実態は、民法相続法の規定によるよりも、むしろ当該家族の相続をとりまく経済的・社会的諸条件（その因子はすこぶる多い）によってより大きく決定づけられる。農家相続の場合が典型であるが、農家以外の相続の場合でも基本的には異なるところはない。協議分割の自由と柔軟性を認める民法の規定も、それを裏打ちする意義をもった。そして、戦後日本の場合、その経済的・社会的諸条件は、高度成長を経ることによって大きく変化・変容し、昭和40年代半ばからは、相続実態にも新しい要素と様相が登場してくる。そこで、まずもってはそれ以前の時期における状況を確認しておく必要があるのである。

2) 農家相続の場合

① 「農業資産相続特例法」案とその帰結

先にも触れたように、新法の施行との関係で当初から大きな問題とされたのは、農家＝農地相続の場合をどうするかであった（前出注127）。そこで農林省は、つとに零細さを指摘されていた自作農家が共同・分割相続によりさらに細分化されていくのを抑止するべく「農業資産相続特例法」案を立案し、新民法との同時施行を意図して昭和22（1947）年8月、第1国会に提出したが審議に至らず、次いで大幅な修正を加えた新法案を昭和24（1949）年5月、第5国会に提出したが、これも審議未了に終わった。法案の不成立の理由には、「家」制度の維持温存につながり農村の民主化を妨げるという批判をはじめ、憲法違反等の事柄もあった⁽¹³⁴⁾が、ここでは、重要な理由の一つに、<新民法施行後も、まだ分割相続によって農業経営が零細化したというケースがほとんどないとい

⁽¹³⁴⁾ 以上の経緯の詳細は、利谷信義「農家相続と戦後農政」加藤一郎・坂本楠彦編『日本農政の展開過程』（東京大学出版会、1967年）295-299頁及び315-316頁参照。なお、当初は「特例法」の必要性を認めていた我妻榮や川島武宜らの民法学者も、第5国会の段階では法案を批判する立場に移行していたことに注意しておきたい。

う現実認識があった>ことが重要である（中尾・前掲〔注133〕149頁）。

② 昭和26～28年の日本私法学会調査

農地については、「特例法」がなくても、実態上、後継ぎによる単独相続がなされているという状況は、昭和26（1951）年に行われた日本私法学会の全国調査（以下「私法学会調査」）で明確に確認された。純農村地域の純農家を対象に、昭和23年1月1日（新民法施行の日）以降に経営主等が死亡した農家241戸を調査した結果では、相続に際して「家の後継者」（同調査での用語）が「実質上の単独相続」をしたものが237戸、農地を分割したものは、わずか4戸（すべて九州地区）に過ぎなかった⁽¹³⁵⁾。私法学会は、対象を農家以外にも広げつつ昭和27～28年にも調査を継続したが、農家についての調査結果は上記と同様であった（後掲表3参照）。これらを踏まえて、民法学者をはじめとする学界も、特例法不要論に歩を揃えることになる⁽¹³⁶⁾。

本稿の課題との関係では、次の事実が注目される。すなわち、昭和26年の調査では、「実質上の単独相続」をした農家237戸のうち、他の相続人への「財産分け」（生前贈与を含む）がなかった農家が189戸あり、その189戸中、他の相続人は「法律上の放棄だけをした」ケースが42戸（22.2%）、他の相続人は「法律上の放棄をしなかった」ケースが140戸（74.1%）あった⁽¹³⁷⁾。これは、新民法が相続放棄の申述や遺産分割協議を「家族の私

⁽¹³⁵⁾ この昭和26年調査の総括整理表と個表は、農林省農政局『農家相続の実態－農家別調査資料』（昭和27年3月）に収録されている。同書の「序」によれば、同調査の正式名称は「農家の相続放棄に関する調査」であった。調査を担当した民法学者による報告は、中川善之助ほか「農家相続実態調査の中間報告」私法7号（1952年）25頁以下、及び、昭和27～28年の調査（本文次述）をも含めた調査結果全体の報告は、中川善之助ほか「新民法における相続の実態」私法15号（1956年）2頁以下参照。

⁽¹³⁶⁾ 利谷・前掲（注134）336頁。

⁽¹³⁷⁾ 前掲『農家相続の実態』（注135）36頁の次葉にある「相続形態の各村ごと総括表」による。なお、他の7戸は、「法律上の放棄をした相続人」と「法律上の放棄をしなかった相続人」の双方がいたケースである。

的自治」に委ねたことの帰結であるが、同時に、この時点における「実質上の単独相続」の背後には、家督相続ないし「家」的な相続意識がなお強く作用していたことを推認させる⁽¹³⁸⁾。

昭和 27～28 年の追加調査をも含めた後掲表 3 の数値でも、「実質的な単独相続」（財産分けがあつたものを含む）の農家（384 戸）のうち、①家の後継者以外のすべての共同相続人が法律上の放棄をした農家は 75 戸（384 戸中の 19.5%）で、②家の後継者と、何らの財産分けも受けず法律上の放棄もしていない共同相続人のみから構成されている農家が 205 戸（同じく 53.4%）となる⁽¹³⁹⁾。

では、「家の後継者」による農地の単独相続を認めつつも、法律上の相続放棄をしないで済ませているというのは、いかなる状態なのか。簡単に言えば、＜他の共同相続人はとくに相続法上の権利を主張することなく、「家の後継者」による経営承継と農地の単独相続（独占的な遺産の管理・支配）を明示又は黙示に承認（さらには放任・放置）している状態＞と言えるであろう。そして私法学会調査の場合を含め、ある時期までは、この状態を「事実上の相続放棄」と呼びならわしていた⁽¹⁴⁰⁾。

しかし、本稿では、これを「事実実態上の相続放棄」と呼ぶことにする。理由は次の通りである。

今日の民法学の通例では、「事実上の相続放棄」という言葉は、これとは異なった状態、すなわち実質的には相続放棄であるのに、民法上の相続放棄の申述は行わず、別の法律的形式を用いて相続放棄と同様の結果を実現している場合――例えば共同相続人の一部の者が、実際にはそうでないのに、民法 903 条の特別受益を受けているから自己の相続分はない旨の書面（相続分皆無証明書、特別受益証明書、相続分不存在申述書）を作成するとか、遺産分割協議書中に同旨の条項を記載することに同意する場合――を指して用いられている⁽¹⁴¹⁾。しかも、この意味での、いわば狭義の「事実上の相続放棄」の場合と、上記の「事実実態上の相続放棄」の場合とでは、本稿で追究する相続登記との関係のあり方の問題は異なった様相を呈する。それゆえ本稿では、両者を明確に区別して取り扱う必要があるのである。

③ 相続放棄の申請数の推移

ちなみに、家庭裁判所への相続放棄の申請数をみておくと、表 2 のようであり、昭和 24 年からは申請数が大きく増加している。そして、中尾・前掲 143 頁によれば、「この放棄の申請者のうちの約三分の一が、また放棄申請者中有業者の三分の二が、農業従事者によって占められている。このことは、とくに農民が単独相続を維持するためにこの放棄の制度を活用していることを示しているものであるといえよう」（傍点原文）と評価された。

ただし、同時に中尾は、上記の意味での「事実実態上の相続放棄」、そしてその反面としての「事実上の単独相続は實際上非常に多いと考えられる」と指摘していた（同前 142 頁）。実際、表 2 の右端に記した 40 歳以上の者（一定の遺産を遺す可能性のある者）の死亡数や当時の農家戸数・農村人口

⁽¹³⁸⁾ 石田・前掲（注 133）139-140 頁参照。なお、旧法でも、遺産相続では相続放棄が認められていた（旧法 1017 条・1038 条。家督相続では認められなかった。1020 条）が、広く使われることはなかったようである。

⁽¹³⁹⁾ 他に、「財産分けをうけてしかもなお実質的に単独相続形態とみられる農家」があることは、表 3 の注④参照。なお、川島編著・後掲（注 144）35 頁は、3 年間の調査結果について非農村を除外した 19 村の相続農家サンプルでみると、「事実上の単独相続」をした農家（337 戸）中、「民法上の相続放棄手続をしなかったケース」は 183 件で、54.3%となると記している。

⁽¹⁴⁰⁾ 石田・前掲（注 133）134 頁以下は、私法学会調査における「事実上の相続放棄」の概念の曖昧さを指摘しつつも、その用語を用いて私法学会調査の結果を分析している。また、星野・前掲（注 122.1960 年）353 頁にある「事実上の相続放棄」も、この状態を指したものである。なお、石田・同前 135-136 頁は、すでに、次の本文で述べるような場合こそ『事実上の相続放棄』ということばがよりピッタリするように思われる」と指摘していたことにも注意しておきたい。

⁽¹⁴¹⁾ 例えば、前掲『新版注釈民法(27)』（注 121）242 頁（有地亨）、同前 358 頁（伊藤昌司）、同前 589 頁（山木戸克己・宮井忠夫）、高橋朋子・床谷文雄・棚村政行『民法 7 親族相続（第 6 版）』（有斐閣、2020 年）364 頁など。なお、右近健男「事実上の相続放棄」中川善之助先生追悼『現代家族法体系 5（相続 2）』（有斐閣、1979 年）177 頁以下は、すでに本文の意味でこの言葉を説明していた。

表2 家庭裁判所への相続放棄の申請数

年次	審判事件 総数(A)	相続放棄 申請数(B)	(B)/(A) (%)	40歳以上の 死亡者数※ (千人)
昭23	152,618	63,810	41	---
24	265,802	148,192	56	485
25	302,022	183,163	60	507
26	315,938	191,000	60	---
27	292,401	160,376	55	---
28	334,118	166,891	50	516
29	339,320	152,308	45	---
30	304,396	142,289	46	490
31	303,066	144,107	47	---
32	310,883	147,386	47	---
33	286,524	133,316	46	---

注：昭和33年司法資料統計書による。

出所：中尾・前掲（注133）142頁から転載。

※印の数値は、後出注142所掲の「相続税制度改正に関する税制特別調査会答申」27頁の第6表により、筆者が補充した。

の大きさを考慮すると、各年の相続放棄の申請数はそれほど大きなものではない。他方、④で見る昭和37年の調査でも、農家の死後遺産相続の実態は基本的に単独相続であることが確認されている。昭和30年代には、後継ぎの単独相続を明確化する法律的手続として、他の相続人が民法903条の特別受益証明書、相続分皆無証明書等を作成するとか、遺産分割協議書を用いるとかの手法も登場してくるが、少なくとも農村では、それらの利用はまだ一般化していなかった（次の④の⑧参照）。したがって、上記の中尾の指摘は、当を得たものと考えられる。

なお、相続放棄申請数は、昭和26年をピークに以後漸減していく。そのうち昭和32年までの時期については、シャープ勧告に基づく昭和25年相続税制改正の結果、昭和32年まで各相続人単位の遺産取得課税方式が適用され、仮に形式的にでも分割相続をしたほうがトータルとしての相続税額が少なくて済んだという事情⁽¹⁴²⁾が、あるいは作用

していた可能性もありうる（後述③）①⑨参照）。しかし、相続税が遺産課税方式（相続税額は、遺産を取得した相続人の数とは無関係に決定される）になった昭和33年以降も相続放棄の申請件数は減少を続け、昭和40年には110,242件、昭和50年には48,981件、昭和61年には47,600件にまで減少していく⁽¹⁴³⁾。ここから見ると、相続税の課税方式の変更の影響はさほど大きなものではなく、相続放棄申請数の減少の理由については他の要因を考える必要がある。

④ 昭和37年調査

昭和30年代半ばの農家相続の実態は、農林省の委託（受託主体は農政調査委員会）により私法学者

とも合わせた累積無償財産取得税制度の内容とその問題点、そして、その故になされた昭和33年相続税制改正の内容と考え方については、「相続税制度改正に関する税制特別調査会答申」（昭和32年12月）参照。この資料は、http://www.soken.or.jp/p_document/zeiseichousa_toushinshu.html に公開されている。その所在については、水野紀子教授から教示を受けた。

⁽¹⁴³⁾ 前掲『新版注釈民法(27)』（注121）590頁（山木戸克己・宮井忠夫）参照。

⁽¹⁴²⁾ シャープ勧告に基づく相続税（昭和27年までは贈

グループ（代表者は川島武宜）が実施した「昭和37年調査」で確認された⁽¹⁴⁴⁾。調査対象は昭和34～36年度に世帯主の死亡により相続の発生した農家であり、全国一般の状況を把握するため、多様な地域の多様な性格の市町村を選定した。調査においては、死後の遺産相続だけでなく、被相続人が推定相続人に対して行った多様な種類・形態の「生前分与」も「生前相続」と捉え、両者を合わせた全体の相続実態を把握することが目指された。その結果確認された基本的な事項は、次の3点に要約できる。

第1に、死後の遺産相続では「あととり」（同調査での用語。農業の承継者をいう）が農地を含めた遺産の全部を「事実上」単独相続したケース（363戸）が支配的で、全有効サンプル622戸の58.4%を占める。しかも、全有効サンプル中には相続の処理が未決定のものが94件含まれているので、これを除外した母数（528戸）で計算すると、あととりによる遺産全部の単独相続のケースの比率は、68.8%になる。さらに、あととり以外の相続人への遺産分割があった（全部で126戸）が農地は分割しなかったもの（126戸中の36戸）を分子に加えると、遺産相続決定済みの農家（528戸）中、遺産中の農地はあととりが単独相続したケースの比率は、75.6%まで増加する。

他方、第2に、あととりが遺産の全部を「事実上」単独相続した363戸中には、他の相続人への生前分与がなされていたケースが282戸（77.7%）あり、この中には、農地の生前分与があったケースも50戸含まれていた。また、全有効サンプル622戸で見れば、農地の生前分与があったケースは111戸で、遺産分割で農地を分割したケース（90戸）より多く、かつ、農地の生前分与の面積規模は、北海道を除いた数値で、一人当たり10a以下のものが33.6%、一人当たり50a以下のものだと89.3%となる。これを、その生前分与を受けた者の就業状態（農業従事者が36.3%、収入が低いか

不安定な者が31.1%）と合わせると、その農地は耕作目的で分与されたものと推測できる。

つまり、農地所有と経営規模の縮減は、遺産分割ではなく、生前分与を介して進んでおり、これをも含めて見れば、たとえ不均分ではあれ、共同・分割相続が農村の重要な相続形態となっているといえる。しかもそれは、戦前以来の慣行であった。

そして第3に、あととりによる遺産の単独相続（死後単独相続）が支配的相続形態として現象すること（第1点）は、第2点によって裏打ちされている。つまり、農村の相続慣行では、被相続人は、あととり以外の推定相続人への財産分与のあり方を生前行為で決定・処理しており（生前相続）、死後に残された財産＝遺産は、あととりが単独相続するのが原則となるのである⁽¹⁴⁵⁾。

生前分与・生前相続の態様の詳細はここではさて置き、以下では、上の第1点にかかわって注目される幾つかの事柄を確認しておこう。

④あととりが遺産の全部を「事実上」単独相続したケース（363件）中、④民法上の相続放棄手続を伴ったものは132件、36.4%に過ぎない。一方、あとつぎによる単独相続を根拠づける処置として、⑤遺産分割協議書（「遺産の全部をあととりとに与え、他の共同相続人は金銭による補償（現金で、もしくは将来決済されるべき債務の負担という形で）を得る旨を記載する」）を作成したケースが42件（11.7%）、⑥他の相続人は民法903条の出捐を受けているので、相続分はない旨を確認する書面を作成したケースが15件（4.1%）あった。ただし、⑤と⑥は、いずれも限られた地域に集中しており、不動産登記名義の変更の相談に際し、たまたまその地域にそうしたテクニックを教える司法書士がいたことによるものであって、「実を伴わない全くの形式的文書」である（つまりは、先述した狭義の「事実上の相続放棄」と評価されている。そして、⑦残りの174件（47.9%）は、何

⁽¹⁴⁴⁾ 調査結果は、川島武宜編著『農家相続と農地』（東京大学出版会、1965年）で報告された。以下、「川島・前掲」として本文中にも引用する。

⁽¹⁴⁵⁾ 以上の3点の記述は、川島・前掲（注144）23-27頁、34頁、64-68頁、72-73頁、及び76頁の第1表に基づいて、筆者が数値を算定しつつ、適宜に要約したものである。

らの法律上の操作もなされていないケースであった⁽¹⁴⁶⁾。

筆者のいう「事実実態上の相続放棄」による「事実上の」単独相続が死後単独相続事例の半数近くを占めるという実態は、昭和20年代半ばと比べても、大きな変化はなかったわけである。本調査で確認された先の第2、第3点を加味して考えると、その状態は、家族の生活関係の中では、思いのほか“安定的なもの”だったのかもしれない。もしそうだとすると、あととりは、将来への不安は抱きつつも（前出注146参照）、その法律関係を急いで明確化し、自己名義への移転登記の申請をしようとする行動を積極的には起こさないという可能性も、十分に推測できるであろう。なお、遺産相続決定済みの農家（528戸）中には、被相続人の男子が幼少である等の事由により被相続人の妻が「仲継ぎ相続人的な」立場であととり（農業の承継者）となったケースが37件含まれていた（川島・前掲29頁、33-34頁）。

④ 死後の共同・分割相続で農地の分割を行ったもの（全90件。特殊な相続慣行のある鹿児島県も含む）について内容を見ると、被相続人の妻が農地を取得した場合が35件あった。全サンプル農家において、被相続人の妻で相続開始時に生存していたものは373人であるから、そのうちの9.4%という高い比率である。ただし、その事由は、「あととりが幼少」（11件）、「あととりが養子又は娘婿」（2+4件）、「妻の老後保障」（6件）、「隠居分家」（5件。鹿児島県と見られる）、「税金対策」（4件）などであり、「法律上の権利主張」としたのは1件しかない（川島・前掲41頁）。つまり、妻への農地の分割（所有名義の付与）も、大部分は「仲継ぎ相続人的な」立場でのものであり、農業経営の分割はもたらししていない。遺産分割による農地分割の事例の全体で見ても、特殊な相続慣行のあ

る鹿児島県を除けば、その4分の3は、基本的に同一世帯内での所有名義の分裂であって、経営の細分化を伴っていないのである（川島・前掲39頁、45-46頁、72頁）。

なお、昭和37年調査の上記のような結果を検証するため、農水省は、昭和38年度に大量の郵送調査（昭和36～38年度に相続開始の農家。有効回答数16,141）を、また昭和40年には、昭和37年調査の調査地区（北海道と鹿児島県を除く）についての追跡的実態調査（昭和37～39年度に相続開始の農家。472戸）を実施した。その結果も、基本的に昭和37年調査の結果を確認させるものであった⁽¹⁴⁷⁾。

⑤ 昭和43年調査

昭和40年代初めの農家相続の実態は、農水省の委託により農政調査委員会が昭和43年度に実施した「農家相続実態調査」で確認された（総括責任者は黒木三郎）。この調査（以下「今回調査」）は、全国については昭和37年調査の対象地区（ただし、面積規模が異なる北海道は除く）において昭和40～42年度に相続が開始した農家600戸を対象とし（以下「全国調査」）、昭和30年代半ばからの変化を追跡することを狙いとする一方で、昭和37年調査の前提とした経済的・社会的諸条件の変化が相続実態に及ぼす影響を捉えるため、農業地帯5地区と工業化・都市化地帯1地区（川崎市）で「地域集約調査」を行った⁽¹⁴⁸⁾。ここで確認しておいてよい事柄を主に全国調査に即してみると、以下のような点がある。なお、以下で、比較のために

⁽¹⁴⁷⁾ 後者＝昭和40年の調査では、死後遺産相続で農地の共同・分割相続があったのは全農家の9%、それにより経営の細分化を生じたのは3%に過ぎなかった。利谷・前掲（注134）338頁参照。

⁽¹⁴⁸⁾ 最初の報告書は、農林省農政局『農家相続実態調査報告書』（1969年6月）。その結果を改めて整理し分析した報告書は、黒木三郎・武井正臣・中尾英俊・浜田稔・湯沢雍彦・利谷信義『現代の農家相続』日本の農業71集（農政調査委員会、1970年8月）。以下、後者は、本文中でも「黒木ほか・前掲」として引用する。なお、昭和43年調査の結果の概要は、利谷信義によって農政調査委員会・後掲『農家相続と農地』（注155）4-11頁に要約されている。

⁽¹⁴⁶⁾ 以上は、川島・前掲35-36頁参照。なお、川島は、以上に続く箇所でも、⊖の状態は必ずしもあととりの望むところではなく、将来の法律関係の不安定さを残すこと、第三者とりわけ被相続人の債権者との関係でも問題を残すことを指摘している。

参照する昭和37年調査の数値は、北海道を除いて計算した数値である。

まず、昭和37年調査（以下「前回調査」）で確認された3つの基本的な事項は、一層明確な形で確認された。

第1に、死後遺産相続で「あとつぎ」（今回の調査での用語。農業の後継者をいう）が農地を含めた遺産の全部を「事実上」単独相続したケース（428戸）は、全サンプル600戸の71.3%を占める。相続の処理が未決定なもの23戸を除外した母数だと、74.2%になる。さらに、あとつぎ以外の相続人への遺産分割があった（129戸）が農地は分割しなかったもの（129戸中の71戸）を分子に加えると、遺産中の農地はあとつぎが単独相続したケースの比率は、83.1%になる（前回調査の北海道を除く数値は76.2%）。

他方、第2に、死後の単独相続428戸中の377戸（88.1%）では、他の相続人への生前分与がなされていた。そのうち、農地の生前分与があったものは57戸（377戸中の15.1%）で、金銭の生前分与が300戸（同じく70.1%）と圧倒的に多く、農地以外の不動産の生前分与が20戸であった。農地の生前分与の事例の比率は、上の数値で見ても、また全サンプルについて見ても（600戸中の94戸、15.7%）、前回調査（北海道を除く全サンプルで17.7%）よりも減少しているが、その反面で金銭の生前分与が全サンプルで大幅に増加している（北海道を除く前回調査では54.4%→今回調査では66.5%）。

したがって第3に、遺産中の農地の単独相続の比率の増加（第1点）は金銭の生前分与の増加によって裏打ちされていることを、ここから見て取れる。死後の単独相続の事例において金銭の生前分与の比率がとくに高いことも、そのことを示すものと言えよう⁽¹⁴⁹⁾。ただし、生前分与・生前相続と死後の単独相続との対応関係の意味内容と性質には新たな変化が表われていることは、後に述

べる。

次に、前回調査の場合と同じく、上の第1点にかかわって注目される事柄を以下に指摘しておこう。

① あとつぎが遺産の全部を単独相続したケース（428戸）中、①民法上の相続放棄手続きを伴ったものは97件（22.7%）に過ぎず、前回調査（北海道を除く数値で36.8%）より大幅に減少している。他方、②遺産分割協議書（あとつぎに遺産の全部を与え、他の共同相続人は金銭で補償を受けるか、又は生前に民法903条の出捐を受けているから相続分はない旨を記載）を作成したものは40件（9.3%）、③民法903条の出捐を受けているから相続分はない旨を記載した書面（黒木ほか・前掲は「民法903条の書面」と呼ぶ）を作成したものは108件（25.2%）あった（他に、④と⑤を併用したものが5件ある）。そのうち④は、前回調査と同じく特定の地区に偏っており、登記名義の変更の際に司法書士から指示された「実を伴わない形式的文書であろうが、あとつぎによる不動産の単独相続という実態に関しては、これをそのままに反映しているもの」と評価されている（黒木ほか・前掲30-31頁）。

注目されるのは、⑤の著しい増加である。前回調査の北海道を除く数値は、15件で4.5%に過ぎなかった。その地理的分布も前回調査より広がっている。そして、あとつぎ側のその地位を明確化しておきたいという要請との関係では、⑤＝民法903条の書面の著増が④＝民法上の相続放棄の大幅な減少を補っていると言える。

この⑤の著増にも、登記名義変更の際の司法書士からの助言等の影響があったと見られるが、単にそれだけではなく、他の徴憑（実際金銭の生前分与の増加、遺産分割時の遺産分割要求の動向、遺産分割未決定事例の減少など）とも併せてみれば、その背後には「共同相続人の相続権の意識の伸長の影響」があったと評価できる。すなわち、共同相続人からすれば、家庭裁判所の関与の下で相続放棄、すなわち相続人とならない旨の申述をするよりも、相続人としての地位は維持したままで、民法上の相続放棄の期限（915条1項。相続

⁽¹⁴⁹⁾ 以上の3点は、黒木ほか・前掲22-24頁、13-14頁、及び20-21頁の第11-6表・第11-7表に基づいて、筆者が数値を算定しつつ、適宜に要約したものである。

開始から3ヵ月以内)にとらわれず共同相続人間での話し合いにより、場合によっては“ハンコ代”等の金銭も受領しながら問題を解決する(あとつぎにその地位を確保させてやる)ほうが自己納得がしやすい、という行動原理である⁽¹⁵⁰⁾。

とはいえ、㊦あとつぎが遺産全部を単独相続したケース428戸中の178戸(41.6%)では、なんらの法律上の手続も取られていなかった。「事実実態上の相続放棄」による「事実上の」単独相続の事例は、なお広範に存続し続けていたのである。しかも、次の㊦の後段の点を加味すれば、そのような状態は、農業経営の維持発展を指向する「農家らしい農家」ほど、より広く見られたものとみてよい。そしてそうした農家の中にこそ、今日まで存続している農家の多くが存在していたのである⁽¹⁵¹⁾。

㊦ 死後の共同・分割相続で農地の分割を行ったケースは、共同・分割相続事例129戸中の58戸(44.9%)で、その比率は前回調査(北海道を除いた数値で70.8%)よりも大幅に減少した。被相続人の妻で農地の分割を受けたものの数も大幅に減少した(18人。相続開始時に生存していた妻の4.2%)。あとつぎ以外の共同相続人(妻を含む)が遺産分割で取得した農地の面積も、30a未満のものが90.1%(84人中の76人)と、前回調査(97人中の62人で63.9%)より小規模化している。同様に、農地の生前分与があった農家の比率(15.7%)も前回調査(17.7%)より減少しており、そこでも30a未満のものが65.3%を占めている(黒木ほか・前掲33-39頁、14-17頁)。

これらのことを先の第1点と併せ、かつ、経営規模別の違い及び地域差をも踏まえて総合的に考

察すると、「単独相続および農地不分割の傾向は、経営規模が大きいほど、そしてまた、農村的色彩のつよい地域ほど、顕著であるという特徴」が見出される(黒木ほか・前掲51頁)。高度経済成長下の農民層分解が進行する中で、そうした「農家らしい農家」ほど経営維持に対する強い要求が存在し、金銭等の生前分与の増加を通じて他の共同相続人との利害調整を図りながら、その要求を実現していこうとする努力がなされていたのである。その意味では、この段階における生前分与・生前相続と死後の単独相続との対応関係は、「家業としての農業経営維持」の要請とその意味での「家のあとつぎ」という意識こそ通貫しているものの⁽¹⁵²⁾、もはや戦前来の慣行の単なる延長上のものでなく、戦後民法の均分相続規定と相続権意識の伸長を背景としながら農家自身が作り出した<新しい意味内容と性質を伴った農家相続の構造>とみるべきものであろう⁽¹⁵³⁾。

㊦ 一方、工業化・都市化した地域では、それは性質・内容の異なる農家相続の実態が登場してきていた。そうした地域では「零細な農家が零細な農地を分割している」ことが全国調査でも確認された。「急激な地価上昇と兼業化を背景として、零細農家は、農業経営としての単位性を失い、兼業化によって経営規模の縮小を指向すると同時に、あとつぎ以外の共同相続人による宅地ないし家計補助な農地所有に対する要求にこたえて、農地の分割を行っている」。そこでは妻も、将来の生活関係の変動への対処や老後保障の意味合いを伴って分割要求者として立ち現れる頻度が高い(黒木ほか・前掲51-52頁)。そして、以上のような実態は、

⁽¹⁵⁰⁾ 黒木ほか・同前32頁、46-49頁、52-53頁参照。もっとも、㊦(及び㊦)のうちのどの程度が狭義の「事実上の相続放棄」に相当するものであったかは、不明である。

⁽¹⁵¹⁾ 農家戸数は、昭和30=1955年の604万戸から、昭和40=1965年の567万戸、昭和50=1975年の495万戸、昭和60年の438万戸へと減少していく。その中では専業農家の比率が大きく減少し(昭和50年では12.4%)、第二種兼業農家の比率が急増していった(同年では62.1%)。

⁽¹⁵²⁾ この点をあえて記すのは、くどくに中山間地域等の場合を考えると、日本の農業を担い、これまで維持存続させてきたのは、農村集落=むらの構成員である農家の家族による農業経営であった>ということ、最近改めて強く感じているからである。例えば『土地と農業』50号発行記念座談会：この50年間の農業構造の変化と農地政策を振り返って(安藤光義・後藤光蔵・田代洋一・原田純孝・渡辺好明)土地と農業50号(2020年3月)10-12頁、19頁、34頁の筆者の発言参照。

⁽¹⁵³⁾ 利谷ほか・後掲『農家相続と相続税』(注157)5頁も、同様の見方を提示していた。

川越市の地域集約調査において——相続税の課税負担問題の大きさと併せて——より詳細に確認された。

⑥ 昭和48・49年調査と昭和49年川越市調査

昭和40年代半ば(1970年前後)は、農業・農地と農家・農業経営を取りまく社会経済的諸条件と制度・政策的環境に大きな変化が生じた時期であった⁽¹⁵⁴⁾。その結果は、一言でいえば、都市化現象と急激な地価上昇の全国的な波及・拡大、そして農家の兼業化の一層の深化である。それに伴う相続実態の変化を捉えるため、昭和40年代末期に2つの調査が行われている。本稿との関係で注目される事柄の要点を簡単にフォローしておこう。

(i) 一つは、昭和48・49年に農政調査委員会が10府県20地区で実施した調査で、対象は昭和45～48年度に相続が開始した農家400戸である(主査は利谷信義)⁽¹⁵⁵⁾。

① 遺産中の農地をあとつぎが単独相続したものは291戸(400戸中の72.8%)、農地の分割相続があったものは68戸(同じく17.0%)であるが、全サンプル中には、遺産分割方法「未定」のものが30戸、「遺産農地なし」(農地については生前に処理がついていたもの)が11戸あるので、それらを除外した359戸を母数にすると、単独相続が81.1%、分割相続が18.9%となる。遺産相続では農地の単独相続がなお圧倒的な比重を占めているわけであるが、昭和43年調査と比べると、分割相続の比率が若干増大している。これは、主として都市化と地価上昇の影響の強い地域での分割要求の強まりによるものと評価された(前掲報告書

39-43、61頁)⁽¹⁵⁶⁾。

② 遺産相続の手続面では、①民法上の相続放棄が121戸で最も多く(全サンプル中の30.3%)、③遺産分割協議書が47戸(同じく11.8%)、④民法903条の特別受益証明書が57戸(同じく14.3%)、①と③の併用が10戸(同じく2.5%)であった。昭和43年調査と比べると、①相続放棄と③遺産分割協議書の増加、④特別受益証明書の減少が目立つ。他方、⑤「未定・放置」(実質的な相続方法は決定済みを含む)が110戸(同じく27.5%)、⑥「その他」(司法書士等に依頼したが手続内容は不明、遺産農地なし、調停[1件]等を含む)に分類されたものが49戸(同じく12.3%)あった(前掲報告書44-47頁)。

このうち、①民法上の相続放棄の増加については、都市化・地価上昇と相続権意識の強まりを背景に「相続関係の不安定化」の傾向が生じていることから、早期の決着を図ろうとする意識が作用しているのではないかと、⑤「未定・放置」事例が多数存在するのもその「不安定化」の表れであろうと推測された(前掲報告書44頁)。とすれば、③分割協議書の増加と④特別受益証明書の減少も、地価の上昇と相続権意識の強まりを媒介として生じてきた変化と見ることができそうに思われる。

とはいえ、昭和40年代後半になっても、明確な法律上の手続を取った事例が全サンプルの6割+ α (⑥「その他」の一部)程度にとどまっていることは、やはり注目に値する。そのことは、都市化の影響の度合いが小さい農村部では、「事実実態上の相続放棄」と農地の「事実上の」単独相続がなお広く存在していたことを示唆するからである。

⑦ 農地の遺産相続における被相続人の妻の位置の高まりが見られる。まず、あとつぎが妻である事例が29戸あり(全サンプル中の7.3%)、その比率は昭和43年調査(5.8%)より増加している。その中には「仲継ぎ相続人的な」ものもある

⁽¹⁵⁴⁾ 例えば、昭和43=1968年の新都市計画法、昭和44=1969年の農業地域振興整備法、同年の新全国総合開発計画、昭和45=1970年の農地法大改正と農業者年金基金法、同年以降の米価据え置きと減反政策の開始、昭和46=1971年の農村地域工業導入促進法、昭和47=1972年の土地改良法大改正、同年の「日本列島改造論」と地価高騰、昭和48=1973年の石油危機と狂乱物価、昭和49=1974年の国土利用計画法などを想起せよ。

⁽¹⁵⁵⁾ 調査の結果は、農政調査委員会『農家相続と農地—農家相続実態調査報告書』(1970年3月)。以下、本文中で「前掲報告書」として引用する。

⁽¹⁵⁶⁾ なお、相続税を課せられた農家は、昭和43年調査では600戸中17戸(4.3%)に過ぎなかったのに、昭和48・49年調査では、地価高騰の結果、400戸中の67戸(16.8%)に急増している(前掲報告書56頁)。

であろうが、家族労働力の農外流出に伴うものも出てきていると推測された(前掲報告書 42-43 頁)。また、農地の分割相続をした 68 戸中の 31 戸(45.6%)では、妻が農地の分割を受けている。これは、基本的には都市化の影響の強い地域を中心としたものようである(前掲報告書 51 頁、54-56 頁)。

(ii) もう一つは、昭和 48・49 年調査に表われた都市化・工業化と地価上昇、とりわけ相続税の影響をより明らかにするため、昭和 49 年に川越市で行われた地域集約調査である。水田地帯の Y 地区と畑作地帯の F 地区において昭和 46~48 年に相続開始した各 15 戸(計 30 戸)の農家を対象とした⁽¹⁵⁷⁾。その結果が示す相続実態は、全国一般のそれとは異なるところがある。本稿との関係で注目される点のみを簡単に略記しよう。

① 死後遺産相続では農地分割をしない事例がなお多数であるが、Y 地区 10 戸 + F 地区 7 戸(全体の 57.7%)にとどまっており、その比率は低い(利谷ほか・前掲 33、56、123 頁)。② 農地の単独相続を可能にするため生前分与が「普遍化」している。農地の生前分与もあるが、その面積は、農業分家の 1 件を除けば、数 a 程度の宅地用のものである(同前 121 頁)。③ それゆえ Y 地区では、農地の単独相続の農家 7 戸で、“ハンコ代”付きではあるが民法上の相続放棄がされていた(同前 33 頁)。F 地区でも相続放棄の個別事例が記されているが、その集計はない⁽¹⁵⁸⁾。

他方、④ 遺産相続で農地分割をした事例は、Y 地区 5 戸 + F 地区 8 戸で、全体の 43.3%に当たる。ただし、⑤ 他出者(予定者)が取得した面積は少なく、一人当たり数 a 程度のものであり、「あとつ

ぎ世帯」が関係農地総面積の大部分を承継している(Y 地区では 93.4%、F 地区では 97.5%)。一方、「あとつぎ世帯」にとどまる他の共同相続人には相当規模の農地が分割されており(Y 地区では関係農地総面積の 21.0%、F 地区では 40.4%)、その中では被相続人の妻が大きな比重を占めている(Y 地区では妻 3 人で関係農地総面積の 12.7%、F 地区では妻 5 人で 7.7%) (以上、同前 124、35、56 頁)。

加えて、特徴的な事実は、あとつぎの妻(Y 地区 1 人、F 地区 2 人)又はあとつぎのあとつぎ予定者(被相続人の孫。F 地区 2 人)が被相続人の養子となり、相当面積の農地分割を受けていることであった(同前 35、65 頁)。これは、主要には、共同相続人の数を増やし、また農地相続の機会を一代減らすことにより、相続税負担を軽減・回避するための措置であり、「相続養子」「孫養子・飛びこし養子」と評された。被相続人の妻への農地分割も、老後不安への対処・保障だけでなく、相続税対策の意味を伴っている(同前 125 頁)⁽¹⁵⁹⁾。

以上を要すると、都市化・高地価地域では、農地はあとつぎが単独相続しようとする慣行もなお根強く存続する一方、主要には相続税負担の軽減を目的として、<「あとつぎ世帯」への農地所有の集中により経営単位の維持を図りつつも、農地の所有関係は世帯内で分割・分化する>という対応が進行していたということである(同前 124 頁)。

ただし、そうした目的意識的な対応がなされている場合であっても、農地相続の処理・決済の結果がどのように登記簿に反映されたのかについては、また別個の視点からの検討が必要になる。相続税の納税申告に際しては、“登記済み”という書類を提出することは要求されていないからである。

3) 国民全般の相続の場合

先に述べたように、農家以外の国民全般の相続実態については適当な調査資料がない。以下では、筆者の目にとまった事柄を断片的に記述することになる。

⁽¹⁵⁷⁾ 報告書は、利谷信義ほか『農家相続と相続税』日本の農業 105 集(農政調査委員会、1976 年 3 月)。以下、「利谷ほか・前掲」として本文中に引用する。

⁽¹⁵⁸⁾ なお、利谷ほか・同前 122 頁の表によれば、埼玉家庭裁判所川越支部における相続放棄審判事件の新受件数は、1963 年の 2,155 件→1968 年の 1,159 件→1974 年の 568 件と急減してきている。この趨勢と本調査の相続放棄事例件数との関連づけについては、十分な説明がなされていないように思われる。

⁽¹⁵⁹⁾ もっとも、同前 125 頁に記された Y 地区の「相続養子」の数は、同前 35-36 頁の記述と一致していない。

表3 単独相続と「相続放棄」の件数

(単位：戸数)

職業	調査地数	単独相続	分割相続	単独相続のうち	
				事実上の放棄	法律上の放棄
農業	22	384	7	205	75
漁業	8	96	5	68	17
中小商工業	6	117	15	62	19
給料生活者	3	72	62	45	12
計	39	669	89	380	123

出所：左半分は、中尾・前掲（注133）140頁から転載。右半分は、石田・前掲（注133）138頁所掲の表をもとに、筆者が一部を補正して作成（下記注②参照）。

注：①データの出所は、いずれも、私法15号（前出注135）4-7頁による。

②石田・同前頁の表では、秋田県の調査地区が落ちていたので、その地区を「中小商工業」の地区に加え（中尾・同前頁は、集計されている数値から判断して、その取扱いをしたものと見られる）、所要の数値を筆者が補充した。

③表中の「単独相続」は「実質的な単独相続」。「分割相続」には、相続発生後、単独か分割か、未処置のもの（22件）を含む（中尾・同前頁）。

④「事実上の放棄」は、家の後継者と、なんら財産分けをししてもらわずに法律上の放棄もしていない共同相続人のみから構成されている場合、「法律上の放棄」は、家の後継者以外のすべての共同相続人が法律上放棄した場合を示す。したがって、「財産分けをうけてしかもなお実質的に単独相続形態とみられる場合」は、表の右半分の数値には表われていない（石田・同前頁）。

① 昭和30年代半ばまでの状況

① 昭和26～28年の私法学会調査は、追加調査で農家以外の相続事例をも対象としたので、その結果の全体を職業別にまとめると、表3のデータが得られる。

中小商工業では、農家の場合と同じく、「実質的な単独相続」が圧倒的に多い（全サンプルの88.6%）。そのうちの「事実実態上の相続放棄」（表3では「事実上の放棄」と記載されている）の比重も大きく（53.0%）、法律上の放棄の割合はわずかである（16.2%）。農村地帯の場合は、農家のそれに類似した相続実態があったものと見られるが、都市地域ではそれとは異なる状況（例えば、単独相続の場合でも「家」的な意識を伴わず「企業の承継」と意識されるなど）が生じていたことも指摘されていた（石田・前掲140-141頁）。なお、漁業者については言及を割愛する。

② しかし、給料生活者・サラリーマンでは、「実質的な単独相続」の割合は減少し、「分割相続」が全サンプルの46.3%を占める。ただ、前者のうち

には「事実実態上の相続放棄」（同前）の事例が62.5%あり、法律上の放棄はやはりわずかである（16.7%）。分割指向は強くても、「事実上の実質的な単独相続」の場合の法的な処理はきちんとなされていなかったということであろうか。

この点に関しては、(i)財産がほとんどなく相続どころでないというケースもかなりあったようである（石田・前掲141頁）が、(ii)国民一般に、他の共同相続人が生前贈与を受けていても『家』の構成員ではないから、相続に関係がないとする意識があったこと（中尾・前掲146頁）、また、(iii)給料生活者の場合は、現金・有価証券等の生前分与や分割がなされていても、主要な財産である住宅（土地・建物）と祭祀系譜が特定の相続人に承継されるときは、なお「実質的な単独相続」と意識される場合が少なくないこと（中尾・同前147頁）にも注意しておく必要がある。

③ 中尾・前掲143頁によると、前出表2の相続放棄申請者のうちの約3分の2は非農業者であった。中尾はそのことも踏まえた上で、昭和33年の

司法資料統計書によって「放棄の事由」を考察している。「長男（長女）だけに家をつがせたい」という事由が最も多くて3割強を占め、「家」的な相続意識の存在を見て取れる。一方、なんらかの生前贈与を受けたから放棄するというものも3割強あり、上記㊸の(ii)(iii)の点とも併せて、農家相続で見られたのと類似する“相続意識・相続慣行”が非農業者の間にもあったことが窺える（中尾・同前 143-144 頁）。

㊹ 中尾・前掲 141 頁所掲の表によると、相続税納税者数は、昭和 28 年の 24,375 人から昭和 30 年 39,664 人→昭和 32 年 52,330 人へと倍増し、昭和 33 年には 13,402 人へと激減した。昭和 32 年までの増加は、相続人ごとの遺産取得税方式下では財産を取得した者の数が多いほど課税額が少なくなることが作用していた。前掲昭和 32 年 12 月の「相続税制度改正に関する税制特別調査会答申」（注 142）によると、その中には仮装の遺産分割によるものが「相当多いように見受けられる現状」であった（1 頁、12 頁）が、中尾・同前は、そのことを加味してもその数字は共同・分割相続の増加傾向を示すものと言えないかとしている。

もっとも、同前「税制特別調査会答申」は、「わが国財産相続の現状は、相続法の改正後まだ十分な時間が経過していないことも原因して必ずしも分割の慣習がまだ熟しておらず、相続財産の性質によっては、遺産の分割相続の観念が弱く、また、分割相続が行われる場合においても、相続後相当の期間経過後に行われる場合が多い。」と記していた（12 頁）。「被相続人 1 人当りの課税された相続人の数が平均 1.3 人であること」（27 頁）も、その根拠になっていたのではないか。

なお、昭和 33 年の納税者数の激減は、同年の税制改正の効果による⁽¹⁶⁰⁾。

㊺ 同「税制特別調査会答申」は、昭和 30 年中の相続で相続税が課せられた被相続人についてのサンプル調査に基づき、「一人当りの法定相続人数は 4.1 人で相続を放棄した者を除き実際に財産を相続した者の数は 2.4 人」（58.5%）としている⁽¹⁶¹⁾。「財産を取得した配偶者の数は、上述 2.4 人のうち 0.3 人」である（同「答申」29 頁）。遺産中の相応の部分が共同相続人の 6 割近くのものに分割されているわけであるが、配偶者（基本的には妻であろう）に分割されるケースは、極めて少ないと言える。

法定相続人数中の「財産を相続した相続人」数の割合を業種別で見ると、「農業者」では 4.4 人中の 2.4 人（54.5%）、「営業者」では 3.6 人中の 2.8 人（77.8%）、「その他」では 3.7 人中の 2.8 人（75.7%）である（同 29 頁）。「農業者」の数値は、先に見た実態よりも高い感じがするが、相続税を課せられる農家は、土地所有規模の大きい上層農家だからであろうか（なお、前出注 156 参照）。とはいえ、「農業者」の数値が全体の平均値（2.4 人、58.5%）を引き下げていることは確かである。なお、「営業者」と「その他」で、ほとんど違いがないことも注目される。

㊻ もっとも、同「答申」は、「農業や中企業の資産その他事実上遺産の分割が困難な資産については、分割することによりその経営維持の困難をきたすため、経済的には、これらの財産については単独又は少数の者によって相続せざるをえない現状」を指摘し（12 頁）、「通常の農家及びこれに準ずる程度の中小企業、その他の一般世帯の相続についてはなるべく相続税の課税対象外とすることが望ましい」（4 頁）としていた。

⁽¹⁶⁰⁾ 遺産課税方式への変更と同時に、相続税負担の軽減を意図して、基礎控除額の引き上げ、税率の見直し等により課税最低限を大幅に引き上げた。この遺産課税方式は、共同相続人が遺産を民法 900 条の法定相続分の割合により取得したものと仮定して（相続放棄や指定相続分の有無は無視する）算出した税額を、各相続人が相続により実際に取得した財産の価額に応じて納付させると

いう、いわば折衷的な方式であり、これが現行制度につながる。

⁽¹⁶¹⁾ 「実際に財産を相続した者の数は 2.4 人」が、先の「被相続人 1 人当りの課税された相続人の数が平均 1.3 人」と異なるのは、取得課税方式の下では、実際に財産を相続してもその額が少ない場合にはその者には課税されないケースがあるからではないかと思われる。なお、「2.4 人」以外の者の「放棄」の態様は不明である。

で済まされる蓋然性も高いからである。

それ故、その状態——法律的には相続未登記の遺産共有状態——が長年つづき特別受益の関係も不明瞭になる、さらには新しい相続が開始して相続人の数も増えるなどして、複雑な関係が生じる場合には、占有者＝「事実上の」単独相続人の時効取得(民法162条1項の長期取得時効と思われる)を認めることによって問題解決を図るべきだとする指摘が、早くからなされていた⁽¹⁶⁶⁾。しかし、その方法による問題解決の途は、のちの最判昭和54年4月17日(集民126号541頁)によって實際上閉ざされる⁽¹⁶⁷⁾。また、「事実上の」単独相続人が他の共同相続人の遺産分割請求に対して民法884条の消滅時効(5年又は20年)を援用することも、最大判昭和53年12月20日(民集32巻9号1674頁)以降の判例により事実上否定された。

ここからみると、「事実実態上の相続放棄」による農地の「事実上の」単独相続の広範な発生と累積が、先に見た相続未登記農地の膨大な存在(本誌2020年冬号95頁以下)の第1の基底的な土台となっていることは間違いがない。平成28(2016)年度地籍調査実施地区のサンプル地区15地区(13市町村)について国土交通省が行った調査結果において、農地の所有権登記が最終の登記から50年以上経過しているものが28.0%(4,379登記中の1,226件)、30年以上経過のものだと54.5%に及んでいたこと⁽¹⁶⁸⁾も、そのことを示すものと言

える。

では、あとの単独相続を裏打ちするため法律的手続が取られていた場合は、どうであろうか。先に見たように、早い時期の遺産分割協議書や特別受益証明書・相続分皆無証明書等は、登記名義の変更の相談の際に司法書士等の助言によって作成されたものようだから(前出72頁、74頁)、その場合には相続登記がなされていたと考えられる。しかし、あとの単独相続(ないし大部分の農地の相続)を明確にしておくには——実質的には狭義の「事実上の相続放棄」である場合を含めて——それらの書類を作成したほうがよいことが広く知られた段階においては、その書類の作成は必ずしも相続登記とは直結していない可能性もある。あとの単独相続からすれば、その書類があれば後々の不安から解放され安心できるということだけで終わる——したがって相続登記は必ずしも申請しない——ということも、十分ありうるからである。

そのことは、民法上の相続放棄がなされた場合でも同様である。あとの単独相続としては、他の共同相続人が相続放棄の申述をしたことを確認できれば、少なくともその者から後に相続権を主張される恐れはなくなり、安心できるが、だからといって速やかに相続登記をしなければならないということにはならないからである。以上のような法状態が生じうる原因・理由については、のちに改めて詳論しよう(→(6)2))。

なお、川越市の場合のように、農地の目的意識的な遺産分割がなされているときであっても、その分割による実体的な所有権移転の結果が登記にどう反映されていたかは、また別に問題となることも前述した。

要するに、本節でみた相続の実態及び態様とそれが登記簿にどう反映されるかは、別個の問題な

⁽¹⁶⁶⁾ 星野・前掲(注122,1960年)353頁。なお、前出注140でも触れたように、星野は、ここでは「事実上の相続放棄」という用語を用いている。

⁽¹⁶⁷⁾ この判決は、「数人の共同相続人の共有に属する相続財産たる不動産につきそのうちの一人による単独の自主占有が認められるためには、その一人が他に相続持分権を有する共同相続人のいることを知らないため単独で相続権を取得したと信じて当該不動産の占有を始めた場合など、その者に単独の所有権があると信ぜられるべき合理的な事由があることを要する」旨を判示した。なお、最判昭和47年9月8日(民集26巻7号1348頁)は、本文の文脈の局面で安易に持ち出すのは適切でない事案のように思われる。

⁽¹⁶⁸⁾ 国土交通省『平成30年版土地白書』(2018年6月)115頁の表から算出。調査対象となった登記全体(宅地、林地、その他を含む)について最終の登記から50年以

上経過しているものの比率は20.9%(15,213登記中の3,199件)、宅地のそれは11.1%(5,887登記中の656件)、林地のそれは29.4%(3,752登記中の1,103件)であった。なお、農地の登記については、後出注175の事実にも注意しておきたい。

のである⁽¹⁶⁹⁾。そこで、その「登記への反映のあり方」の問題を更に吟味するための前提として、昭和30年代の登記実務のあり方と、昭和40年代までの判例で逐次確認されていった相続登記の法的効力の内容を、次に検討しておくことにする。

(5) 相続登記の実務と相続登記の法的効力

1) 相続の登記の実務上の取扱いと問題点

① 相続による所有権移転の登記手続

最初に、昭和30年代前半期における共同相続及び遺産分割に関する登記手続の取扱いの概要を、昭和32年5月の法務省民事局担当官の「説明資料」を参照しつつ、他の文献情報とも合わせて確認・整理しておこう⁽¹⁷⁰⁾。なお、以下の取扱いの内容は、登録税（現在の登録免許税）の料率の改定はあるものの、基本的には今日まで大きな変更はないものと見られる。

④ 既登記不動産について共同相続人が「相続」を原因として共有名義の共同相続登記をするときは、各相続人の共有持分も記載する（不登法39条参照）。この共同相続の登記手続は、民法252条但書の保存行為とみなされるから、必ずしも共同相続人全員で申請する必要はなく、共同相続人中の一人からでも申請できる⁽¹⁷¹⁾。登記にかかる

登録税は、不動産価格の1000分の6である。

㊤ 共同相続の登記をした後、遺産分割の協議・調停・審判がなされたときは、取得原因を「遺産分割」として遺産分割の日付で、遺産分割により当該不動産の所有権を取得した者のために所有権移転（具体的には持分権移転）の登記をする。この場合の登記申請は、遺産分割により当該不動産の権利を取得した相続人を登記権利者、分割により権利を失う他の相続人を登記義務者とする共同申請の手続となる（不登法26条1項）。この登記にかかる登録税は、不動産価格の1000分の6である⁽¹⁷²⁾。

なお、上記「説明資料」では、この場合における共同申請手続の負担を軽減するため、遺産分割の調停調書又は審判においては、遺産分割当事者の登記申請手続をなすべき義務を定める一条項を「記載しておくことが望ましい」とされているが、家庭裁判所の裁判官には異論もあったようであり、この問題は本稿では省略する。

㊦ 一方、既登記不動産について共同相続の登記を経ることなく、直ちに遺産分割をしたときは、分割により当該不動産の所有権を取得した者は、共同相続の登記をする必要はなく、登記原因を「相続」として相続開始の日付で、直接にその者を所有名義人とする所有権移転の登記手続を申請できる。遺産分割には遡及効があるから、中間省略登記ではないとされる。しかも、その申請は、所有権取得者の単独申請でよい。この登記にかかる登録税は、不動産価格の1000分の6である。

なお、遺産分割の内容が＜当該不動産を共同相続人の共有とする＞というものであれば、この場合の「相続」を原因とする登記の内容が共有登記となることは言うまでもない。

㊧ また、上記「説明資料」には出ていないが、

が各々自己の相続分のみについて個々に別件として相続登記を申請することは、いずれも認められていない（昭和30.10.15民甲2216号法務省民事局長電報回答・登記関係先例集追加編I482頁）。幾代・前掲（注95）73頁による。

⁽¹⁷²⁾ 原島・前掲（注170）によれば、共有物分割に準じた税率（登録税法2条1項5号）であるという。

⁽¹⁶⁹⁾ 実は農地の生前分与・生前贈与についても、同様の問題がある。農地の生前贈与をしても、農地法上の許可の問題、贈与税並びに登録免許税の負担の問題があるから、必ずしも移転登記がされるとは限らず、相続発生後に形式上遺産相続の一環として手続的な処理をする（農地法の許可は不要で、税金も相続税の負担で済む）場合が少なからずあるとされる（利谷ほか・前掲【注157】155頁の中尾英俊の指摘）。そしてそれは、法律上の相続放棄件数を減少させる要因の一つとなる。ただし、本稿では、この問題まで考察の対象に取り込むことはできなかった。

⁽¹⁷⁰⁾ 「説明資料」というのは、昭和32年5月28日東京家庭裁判所における身分法研究会において法務省民事局の担当官が行った説明をその議事録から抜粋掲記した資料である。野田孝明「遺産分割の調停条項についての問題点」前掲『家族法体系VII 相続(2)』（注122.1960年）9頁以下に掲載されている。他に、原島重義「遺産分割と登記手続」（同前書所収）29頁以下、前掲『新版注釈民法(27)』（注121）241頁以下（有地亨）を参照した。

⁽¹⁷¹⁾ なお、共同相続人の一部の者が自己の相続分のみについて相続登記を申請すること、又は、共同相続人全員

他の共同相続人が作成した「相続分なき旨の証明書」(特別受益証明書、相続分不存在申述書等)を添付すれば、その余の一人又は複数の相続人は——必ずしも遺産分割協議書がなくとも——「相続」による所有権移転登記を簡便に申請することができる。これは、戦前から認められていた登記実務の取扱いで、そのまま戦後に引き継がれていた⁽¹⁷³⁾。

そのほか、上記「説明資料」には、以下の事項も記載されている。

㊸ 共同相続人の一人が民法上の相続放棄をしたにもかかわらず、同人を除くことなく共同相続登記がなされた場合には、更正登記による救済の途がある。

㊹ 遺産分割協議書に「共同相続人の一人又は数名の者の取得分は零又は無し」という条項がある場合も、その者が「相続財産の分割を受けない旨の意思」を示したものとして、「遺産分割」に基づく所有権取得の相続登記申請を受理している(法務省民事局長通達昭和32・4・4民事甲第689号)。

㊺ 遺産分割調停調書に「相続分を放棄する」旨の記載がある場合も、放棄した相続人の取得分は無いものとして、㊹の取扱いと同様にしている。

㊻ 遺産分割調停調書に「相続分を譲渡する」旨の記載がある場合には、先ず遺産たる不動産全部について共同相続登記をさせた上で、相続分譲渡人の各相続財産の共有持分を譲受人に移転する登記を行う。なお、「説明資料」には記されていないが、おそらく遺産分割協議書の場合でも同じ取扱いになるのではないかと推察される。

㊼ 「説明資料」は、相続財産が未登記不動産であるときの取扱いも、既登記不動産のそれと並べて詳しく記載している。おそらく、当時においては未登記不動産が相続対象となることが少なくな

かったのではないかと推察される。昭和35(1960)年に土地台帳(及び家屋台帳)と登記簿のいわゆる「一元化」が決定された際に新設された不登法78条5号の規定も、未登記の土地が少なからずあることを前提としていた⁽¹⁷⁴⁾⁽¹⁷⁵⁾。原島・前掲(注170)33頁も、福岡法務局昭和34年12月受理の相続登記の調査結果につき、既登記不動産の相続登記が94件、未登記不動産の相続保存登記が155件あったと記録している⁽¹⁷⁶⁾。

未登記不動産についても、取扱いの仕方・内容は既登記不動産のそれと基本的に同様である。

すなわち、相続人は、不登法105条1号(土地)又は106条1号(建物)に基づき共同相続による共有名義の所有権保存登記(登録税は1000分の6)をした上で、遺産分割後に「遺産分割」を原因とする権利取得者への所有権移転登記(さらに1000分の6の登録税が必要)をすることもできるが、共有名義の所有権保存登記をすることなく遺産分割を行い、遺産分割による権利取得者が単独申請により不登法の上記条項に基づいて、「相続」を原因とするその者の名義での所有権保存登記(登録税は1000分の6)をすることもできる。

② 登記実務の取扱いに内在する問題点

ところで、以上のような登記手続には、それ自

⁽¹⁷⁴⁾ この「一元化」措置に基づき、新様式となった不動産登記簿の表題部の「土地ノ表示ノ登記」に土地台帳の記載を職権で移記することが、ほぼ10年かかりで進められるが、新設の不登法78条5号は、その作業に際し、「所有権ノ登記ナキ土地ニ付テハ所有者ノ氏名、住所若シ所有者カ二名以上ナルトキハ其持分」を「登記スルコト」を定めた(傍点は筆者)。これは、所有権についての権利に関する登記がない土地(未登記の土地)についても、土地台帳が担っていた機能を引き継いで納税義務者を把握する必要があったことによる。なお、「表示に関する登記」は、「権利に関する登記」とは全く性質の異なるものである。

⁽¹⁷⁵⁾ もっとも、農地改革で買収・売渡の対象となった農地については、市町村段階でその事業を担った農地委員会の事務局の手によって所有権移転登記が経由されていた。

⁽¹⁷⁶⁾ ちなみに記すと、次の2)㉔で見ると(i)最判昭和46年1月26日も、(ii)最判昭和42年1月20日も、未登記不動産の相続において、共同相続人の一人の債権者の代位申請により法定相続分に応じた共同相続の所有権保存登記がなされた事案であった。

⁽¹⁷³⁾ 先例となる回答、通達等は、前掲『新版注釈民法(27)』

(注121)342頁(有地亭)、原島・前掲(注170)32頁。実際にもそのような「証明書」添付の単独相続登記が多いことは、原島・同前33頁(後出注203の㉔)からも見て取れる。幾代・前掲(注95)121頁も、その「証明書が提出される場合(これにより証明者以外の相続人の名義への相続登記を申請する)が実際上はきわめて多い」とする。

体として奇妙な、よくわからないところが少なからず含まれている⁽¹⁷⁷⁾。

第1に、㊦の共同相続の登記——各相続人の持分を記載した共有登記——は、その後に遺産分割がなされることを予定したもの(㊧参照)と考えられているから、いわば“暫定的で過渡的な”相続の登記とみなされていることになる。しかし、その共有登記は、共同相続人の共有を内容とする遺産分割の結果としてなされた共有登記(例えば㊨のなお書きの場合)と、登記簿上では区別がつかない。前者の共有登記(実質は“遺産共有なし遺産共有の登記”)を後者の共有登記と区別して行うことは、認められていないからである⁽¹⁷⁸⁾。しかも、その登記にかかる登録税は、いずれでも同額である。

第2に、共同相続の共有登記をした後に遺産分割による終局的な所有権移転登記をする場合(㊩の場合)は、——共同相続の共有登記がもつ“暫定的で過渡的な”性質にもかかわらず、あたかも通常の共有物の共有分割であるかの如くに——共有者間での共有持分の新たな移転とみなされ、登記原因を「遺産分割」とする共同申請手続を要求される。しかも、前者の登記で支払った登録税に重ねて、また同額の登録税を支払わなければならない。ところが、共同相続登記をせずに遺産分割で当該不動産の権利を取得した相続人(㊪の場合)は、「相続」による直接の権利取得として、単独申請により被相続人から自己への所有権移転登記をすることができる。しかも、この場合は、登録税は1度支払うことで済む。

これでは法務局が、<特別の必要がなければ、急いで共同相続の共有登記などしないほうがよいですよ>と言っているようなものである。

しかも、第3に、法律的にみても、上のような取扱いには少なからず疑問を呈する余地がある。

まず、㊫遺産分割は共同相続人間では純然たる

遡及効・宣言的効果を持つのであるから(民法909条本文)、上の㊬の場合(いったん共同相続登記がなされていた場合)においても、遺産分割の結果こそが当該相続による不動産所有権移転の実体的内容となるのではないか。そうだとすれば、遺産分割により不動産所有権を取得した相続人は、㊭の場合であっても「相続」による直接の権利取得として、単独で自己への所有権移転登記を申請できるとするほうが筋が通る。また、㊮遺産分割の結果こそが当該相続における実体的な所有権移転であることを踏まえれば、当該相続について同額の登録税を二重に徴収することは、筋が通らず合理性を欠くと言わざるを得ない。

それ故すでに当時においても、上記のような疑義の存在に言及しつつ、㊭の場合の遺産分割に基づく登記申請については、単独申請により共同相続登記に対する更正登記(その費用は手数料のみ)を求める途を開き、登録税の軽減も図るべきことが主張・提案されていた⁽¹⁷⁹⁾。これは、相続登記のあり方をめぐって今まさに議論されている論点の一つであるが、問題の所在自体はつとに認識されていたのである。

第4に、相続開始後に共同相続人はすべからず共同相続の登記をなすべきか否か——あるいは、それを促すべきか否か——について、登記管轄官庁には確とした方針はなかったように見える。上で見た㊬の場合と㊭の場合の取扱いの齟齬も、そのことと関連している。

不動産に関する実体的権利変動の過程と態様を如実に登記に反映・掲記すべきであるという登記制度の理想・原則論に立てば、㊮の場合にも共同相続登記をさせた上で、「遺産分割」を原因とする所有権移転(持分権移転)の登記を申請させるのが筋となるはずだが、㊮の取扱いでは、共同相続による所有権移転があったという事実は、登記簿上には表われないで終わる。この点は、未登記不動産の相続において直接に遺産分割がなされ、権

⁽¹⁷⁷⁾ 原島・前掲(注170)29頁は、これを、遺産分割という「この特殊な性格をもった物権変動を登記簿に反映させる上での登記法の側における制約」と評している。

⁽¹⁷⁸⁾ 原島・前掲(注170)39頁もこの問題を指摘する。

⁽¹⁷⁹⁾ 野田・前掲(注170)12-13頁。もっとも、原島・前掲(注170)36頁は、更正登記には問題が伴うことも指摘している。

利取得者名義の所有権保存登記がなされる場合も同様である(①参照)。他方、この取扱いは、前記の④の取扱い(共同相続登記がされていないときの遺産分割調停調書に「相続分を譲渡する」旨の記載がある場合には、共同相続登記を経た上で、共有持分譲渡の登記をさせること)とも、また齟齬している⁽¹⁸⁰⁾。

第5に、では何故にこのような状態が生じたのか。先にも触れた(前出68頁)が、筆者には、その原因は、<死亡による無遺言の法定相続=共同相続による不動産所有権の移転の登記とはいかなる性質のものか>という点についての理解を曖昧にしたままで登記実務が運用されていたことであつたように思われる。

すなわち、第1点で指摘したように、共同相続登記として相続人全員の名前でなされた共有登記(前記の④。以下「共有登記④」)は、通常的にはその後の遺産分割による変更を予定した“暫定的で過渡的な”性質のものと考えられているが、登記簿上では、それが遺産分割の意思をもってなされたものである場合(前記④のなお書き。以下「共有登記④」)と区別がつかない。両者を区別して捉えようとする視点も、登記実務にはなかつたようである。

それどころか、前者の「共有登記④」がなされた不動産について後に遺産分割による所有権(持分権)移転の登記がなされるときは、通常の共有不動産を共有者間で分割し持分権の移転登記を行う場合と同様の共同申請手続が適用され、改めて登録税の支払を要求される。その税額は、流石に売買・贈与のそれではなく、「相続」による登記のそれと同額である(ただし、根拠条文については前出注172参照)が、これでは、当該不動産の「相続」による所有権移転があたかも2度にわたって生じたかの如き結果になる。この場合の最初の所有権移転、すなわち「共有登記④」に掲記された所有権移転は、いったいどのようなものであつたことになるのであろうか。

他方、「共有登記④」を経ることなく遺産分割で所有権移転の態様が確定した場合には、「共有登記④」で示されるべきであつた遺産共有状態の存在は無視され、遺産分割による所有権取得者への直接の所有権移転登記が、その者の単独申請によって経由される。しかし、仮にくそれでは筋が通らない>として、この場合にも「共有登記④」をさせた上で終局的な権利取得者への所有権移転登記をするべきだと言うとしたら(上記第4点参照)、それは、登録税の二重払いを一般的に強要することになり、“徴税主義の登記制度”という批判を免れないことになるであろう。登記管轄官庁としては、そのような“愚”を犯すより、ともかく相続による所有権移転がどこかの段階で確定的に登記されればそれでよいと考えていたのかもしれない。

以上からみると、やはり、<被相続人の死亡により法律上当然に生じた遺産共有状態とその登記簿上への反映のさせ方についての考え方が定まらないままで、登記実務が運用されていた>と言わざるを得ないのではないか。そのことは、先にも触れたフランス法での取扱いの仕方(前出68頁)と対比すれば、より鮮明になる。

すなわち、フランス法では、1935年法の段階はもとより1955年登記法の下においても、無遺言の法定共同相続に伴う「不分割」での所有権移転を、売買・贈与等による所有権移転の騰記=公示と同じ意味で公示させる制度は、存在しなかつた。1955年登記法が一般的に義務づけた「死亡による不動産所有権移転公証人証明書」の公示も、「不分割」での所有権移転について相続不動産の詳細、相続人とその特性、遺贈の有無、各人の権利=相続分の範囲と割合などを具体的に記載して、その内容を第三者に情報提供するものであつて、その公示が「相続による不動産所有権移転の第三者対抗要件」たる性質や効力を持つことはない。民法典相続法の法定相続の基本原則(それは日仏共通である)からすれば、そのような考え方のほうが筋が通っている。そして、そう考えた場合には、日本でも共有名義の共同相続登記(前述①の④)はこれに類比する意味を持つものと考えてもよいので

⁽¹⁸⁰⁾ 野田・前掲(注170)13-14頁も、本文所掲のような問題の存在を指摘している。

はないかという見方も提示されうるかもしれない⁽¹⁸¹⁾ (ただし、実際にはそのようなものとは性質の異なる共同相続登記が多いことは後述する)。

しかし、日本では、死後の法定共同相続が一般的制度となった後においても、＜相続による所有権移転の登記による公示・対抗＞という観念が根強く存続していた。それは、一つには明治19年登記法以来の死亡相続の登記(死亡家督相続と遺産相続の双方を含む)の沿革と、いま一つには明治41年相続登記連合部判決の判示した一般抽象的な命題が影響を及ぼしていたためではないかと推測される。そして、後者の「一般抽象的な命題」の意味ないし射程については、のちの最高裁判例でその内容が明確化されることが必要となるのである。

2) 相続の登記の法的効力

そこで次に、＜相続による所有権移転の登記による公示・対抗＞の問題が戦後の判例及び学説においてどのように取り扱われたかを、本稿に必要な限りで見とこう。この問題の基本的な部分は、以下の局面において現れる。

㉑ 死亡相続による所有権移転そのものの対抗

＜死後の遺産相続において相続人がその所有権取得を第三者に対抗するには民法177条の登記を必要とするか＞という問題は、明治41年相続登記連合部判決を受けてすでに明治民法下で争われ、大審院でも、①それを否定する判決(前掲大判大正8.11.3)と、②肯定的に解すると見られる判決(前掲大判大正9.5.11)の双方が大正中期に登場していた(本誌2020年冬号119頁)。しかし、実はその後において、それを否定することを前提とした大審院民事連合部判決(大連判大正15年2月1日民集5巻44頁。以下「大正15年判決」)が現れていたのであるが、上の問題の文脈との関係における同判決の意義が注目され確認されたのは、昭和30年代半ばに至ってのことだったようであ

⁽¹⁸¹⁾ なお、日本でも登記が情報提供・情報伝達手段としての意義と機能を担う局面が存在することは、つとに指摘されていた。そのことについては、池田・前掲(注132)194頁参照。

る⁽¹⁸²⁾。

大正15年判決の事案はかなり複雑である⁽¹⁸³⁾が、煎じ詰めれば、＜被相続人Aが自己名義の土地を生前にBに贈与したが登記を移転しない間に死亡し、Aの遺産相続人となったA1が、遺産相続による自己への移転登記を経由した上、これをCに譲渡し、Cへの移転登記を経由した＞という「相続介在型二重譲渡」の事案である。原院は、「無権利の法理」(Bへの贈与によりAは当該土地につき無権利となるから、当該土地はAの遺産に属さず、その所有権はA1に移転しない)を適用してCの所有権取得を否定したが、大正15年判決は、BとCは対抗関係に立つことを判示して原判決を破棄・差し戻した。そして、この判決の判旨は、戦後の最判昭和33年10月14日(民集12巻14号3111頁)によって改めて確認される(ほぼ同様の事案において、大正15年判決を引用しつつ同旨を判示した)。学説にもその結論に異論はない。

もつとも、この判例が『相続』には登記は不要ということ論理的に含んでいる(石田・

⁽¹⁸²⁾ 前掲『新版注釈民法(27)』(注121)744-746頁(石田喜久夫)とそこで引用されている文献参照。ただし、同箇所では石田が先行論文(中川善之助[昭和24]及び於保不二雄[昭和37]の2論文)を引きつつ、大審院の『相続と登記』に関する判例は三転している」と記していること(同前744頁、745頁)には疑問がある。石田のいう「第1期」に当たる前掲大判明治38年12月11日と「第2期」に当たる前掲明治41年相続登記連合部判決はいずれも隠居による生前家督相続の事案であった(本誌2020年冬号114頁)のに対して、「第3期」を画したとされる上記大正15年判決は、次の本文でみるように死後の遺産相続の事案であり、問題となる＜相続による所有権移転＞の実体的内容が異なっているからである。

⁽¹⁸³⁾ 本件の事案の骨子は以下のようである。①Aは、自己名義の土地甲を留保財産として隠居し、A1が家督相続人となった。②Aは土地甲を、婿養子に出た次男Bに贈与し、引き渡したが、登記は移転しなかった。③その後、Aが死亡し、A1がAの遺産相続人となったが、甲土地の登記は移転しないままでA1が死亡し、④A1の家督相続人となったA2が、Aからの遺産相続を原因として自己名義の所有権移転登記を経由した。⑤A2はその後、甲土地をCに売却し、登記もCに移転した。⑥このC(原告X)が、甲土地を占有するBの子B1(被告Y)に対して、所有権確認及び引渡請求の訴えを提起した事件である。

前掲〔注182〕745頁)を理解するには、相応の説明が必要であった。簡単に言えば、次のようである。〈A1は、土地の相続登記をしなくても、Aの売主たる地位を引き継ぐ——その限りで「A1も完全な無権利者とはならない」と、前掲最判昭和33年10月14日は言う——が、A1はBとは当事者関係に立つので、Bに対しては自己の所有権を主張できない。一方、Aは死亡しているから、他にA1と第三者関係に立つ者が現れる余地もない。「してみれば、死亡相続による物権変動については、第三者に対する対抗の問題を生ずる余地は全くないのであって、この意味からいって、死亡相続による移転そのものを対抗するについては、登記不要と解するわけである」⁽¹⁸⁴⁾(傍点筆者)。けれども、A1からCが土地を買い受けると、あたかもA1による二重譲渡の場合と同様にBとCは対抗関係に立つから、Bは、登記なくしてその所有権をCに対抗できず、登記を備えたCは、所有権を取得できる。〉

現在ではこの考え方が、ほとんど異論なく承認されているとされる。

⑥ 共同相続における相続財産持分の対抗

では、遺産相続の共同相続人が相続による不動産持分の取得を第三者に対抗するためには、相続登記を必要とするか。④の冒頭で触れた2つの大審院判決(①と②)が扱った問題がこれであり、戦後に至っても学説では、登記不要説と登記必要説が入り乱れて、様々な議論を展開していた⁽¹⁸⁵⁾。一方、下級審裁判例では、登記必要説の立場のものもあったが、昭和30年代初頭には登記不要説の立場を採ったものも現れていた⁽¹⁸⁶⁾。

この状況に判例法上での決着をつけたのが、先にも触れた最判昭和38年2月22日(民集17巻1号235頁)である。同判決は、前掲大判大正8年11月3日(④)を引用しつつ、以下のように判示

した(原判決を正当とし、上告を棄却した判決である)。

「相続財産に属する不動産につき単独所有権移転の登記をした共同相続人中の乙ならびに乙から単独所有権移転の登記をうけた第三取得者丙に対し、他の共同相続人甲は自己の持分を登記なくして対抗しうるものと解すべきである。けだし乙の登記は甲の持分に関する限り無権利の登記であり、登記に公信力なき結果丙も甲の持分に関する限りその権利を取得するに由ないからである(…前掲大判大正8年の引用。略)。そして、この場合に甲がその共有権に対する妨害排除として登記を実体関係に合致させるため乙、丙に対し請求できるのは、各所有権取得登記の全部抹消手続ではなくして、甲の持分についてのみの一部抹消(更正)登記手続でなければならない(…先例の引用。略)。けだし右各移転登記は乙の持分に関する限り実体関係に符号しており、また甲は自己の持分についてのみ妨害排除の請求権を有するに過ぎないからである。」

もともと、この判決が出た後になっても学説では、第三者が不測の損害を被る可能性を排除することを意図して「登記必要説」を説くものや、同様の意図・目的からこの場合の第三者保護を可能にする別段の法律構成を考案・追加しようとするものなど、様々な諸説が提示されてきた⁽¹⁸⁷⁾。しかし、大勢としては、上記判旨の説くところ、ないし、少なくともその結論が通説的理解となっていると言ってよい。

その意味では、明治41年相続登記連合部判決の説いた「一般抽象的命題」(法定事由たる「相続」による所有権移転についても民法177条の登記を必要とする)は、④及び⑥の双方において否定されたわけである。このことを確認しておくことは、筆者には、戦後民法の死後法定相続による所有権移転とは何かを考える上で極めて重要なことのように思われる。そしてさらに、平成30(2018)年

⁽¹⁸⁴⁾ 船橋諄一『物権法』(有斐閣、1960年)165頁参照。

⁽¹⁸⁵⁾ 前掲『新版注釈民法(27)』(注121)750頁以下(石田喜久夫)、池田・前掲(注132)180頁以下参照。

⁽¹⁸⁶⁾ 前掲『新版注釈民法(27)』(注121)750頁(石田喜久夫)、原島・前掲(注170)42頁。

⁽¹⁸⁷⁾ 前出注185の2つの文献参照。また簡単には、前掲『判例百選I(第8版)』(注108)59事件「共同相続と登記」(占部洋之)121頁参照。

の民法一部改正で899条の2第1項⁽¹⁸⁸⁾が新設されたことにより、この結論は実定法上でも確認されたものとなる⁽¹⁸⁹⁾。

◎ 遺産分割及び相続放棄による所有権移転の対抗

(i) それに対して、遺産分割による相続人の不動産所有権の取得（本来的には遡及効をもつ）との関係では、遺産分割前に生じた第三者の権利は、909条但書により明文で保護されている。加えてさらに、先にも触れた最判昭和46年1月26日（民集25巻1号90頁）は、「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものではあるが、第三者に対する関係においては、相続人が相続によりいったん取得した権利につき分割時に新たな変更を生ずると実質上異なるものであるから、不動産に対する相続人の共有持分の遺産分割による得喪変更については、民法177条の適用があり、分割によりその相続分と異なる権利を取得した相続人は、その旨の登記を経なければ、分割後に当該不動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の権利の取得を対抗することができ

ない」旨を判示した（傍点筆者）。この判決の登場時期はやや遅れているが、その内容は、それまでの下級審裁判例の流れに沿ったものである⁽¹⁹⁰⁾。

学説にはなお一定の議論があるものの、通説は判例を支持している。そして、この判決の結論は、⑥のそれと同様に、上記平成30（2018）年民法一部改正による899条の2第1項においても維持されている⁽¹⁹¹⁾。

この判決の意義につき、ここでは以下の点を指摘しておきたい。

まず、①判旨は、遺産分割を分割後の第三者に対する関係においては、通常の共有不動産の共有分割と「実質上異なるもの」と捉えている（前の傍点箇所）。引用した箇所の後に続く判決文中には、「分割により新たな物権変動を生じたものと同視して」という表現もある。この捉え方は、先に1）で見た登記実務における①②の取扱いの考え方も符合するものと言える。

しかし、②遺産分割のそのような性質の故に遺産分割による権利取得者がその取得した権利を遺産分割後に登場した第三者に対抗できないのは、法定相続分を超える部分に限られる（後の傍点箇所）。これは、⑥でみた最判昭和38年2月22日の論理を引き継いだものである⁽¹⁹²⁾。

⁽¹⁸⁸⁾ 平成30＝2018年改正後の民法899条の2第1項：「相続による権利の承継は、遺産の分割によるものかどうかにかかわらず、次条及び第901条の規定により算定した相続分を超える部分については、登記、登録その他の対抗要件を備えなければ、第三者に対抗することができない。」（傍点筆者）

⁽¹⁸⁹⁾ 同様の見方を示すものとして、例えば潮見佳男『詳解 相続法』（弘文堂、2018年）144頁参照。もっとも、学説の中には、この新設規定の説明の仕方につき、明治41年相続登記連合部判決の一般抽象的命題の存在を前提とした上で、「[その] 判決を前提とすれば、本条1項は、…177条の特則にあたとみるべきであろう。」とするものもある。潮見佳男・窪田充見・中込一洋・増田勝久・水野紀子・山田撰子編著『Before/After 相続法改正』（弘文堂、2019年）3頁（水津太郎）である。これはあるいは、＜上記明治41年連合部判決の“呪縛”は、民法解釈学の中には今日でも残っている＞ということなのであろうか。というのは、上記引用の「説明の仕方」は、＜本来は、相続による権利の承継・不動産所有権の移転についても民法177条の登記が必要なのだが、民法899条の2第1項の「特則」により、法定相続分については、登記なくして対抗できるものとされている＞という理解を示すもの、とも読めるからである。しかし、本稿で行ってきた考察を踏まえれば、そのような民法解釈は、歴史的事実に即した理解としては成り立ちがたいもののように、筆者には思われる。

⁽¹⁹⁰⁾ 前掲『判例百選Ⅰ（第8版）』（注108）72事件「遺産分割と登記」（作内良平）147頁。以下の叙述についても同解説を参照した。なお、下級審裁判例は、『判例百選Ⅰ（第1版）』（有斐閣、1974年）56事件「遺産分割と登記」（品川孝次）121頁参照。

⁽¹⁹¹⁾ 同様の見方を示すものとして、例えば潮見・前掲（注189）308頁参照。もっとも、堂園幹一郎・神吉康二『概説 改正相続法』（金融財政事情研究会、2019年）139頁によれば、改正前の判例法理では民法177条が根拠規定となっていたが、新规定の創設に伴い、遺産分割による権利の承継についても、今後は899条の2第1項が根拠規定として適用されるという。一方、潮見ほか・前掲（注189）3頁（水津太郎）は、新规定の下では、遺産分割後の第三者との関係で遺産分割による権利取得者に登記が要求されるのは、その者が「遺産分割により、相続開始時に…法定相続分を超える部分を承継した（宣言主義的構成）からであるとされることとなろう。」という、また別の見方を提示している。

⁽¹⁹²⁾ とすると、共同相続登記を経ずに当該遺産分割がなされていた場合には、その分割による権利取得者は、そ

一方、判決文の引用は省略したが、本判決は、遺産分割については——(ii)で見ると相続放棄の場合とは異なって——上記のように解すべき理由をかなり詳しく説明している。本稿との関係では、④「遺産分割後においても、分割前の状態における共同相続の外観を信頼して、相続人の持分につき第三者が権利を取得することは、相続放棄の場合に比して、多く予想されるところであって」、このような第三者をも保護すべき要請は、分割前の第三者保護の要請と同様である、と説いている点に注目したい。このことは、一方では、＜遺産分割がなされた後においても、分割による権利取得者が所有権移転登記を申請しないでいる場合が少なくない＞という認識が本判決の前提にあること⁽¹⁹³⁾を示すと同時に、他方では、本判決が間接的にではあれ、＜分割後は速やかにその登記を申請することが期待される＞という含意を伴っていたことを示唆するからである。なお、遺産分割がなされた後におけるこのような事態は、フランスではすでに基本的には生じえなくなっていたものである⁽¹⁹⁴⁾。

(ii)では、相続放棄があった場合はどうなるか。最高裁は、(i)の判決に先立つ最判昭和42年1月20日(民集21巻1号16頁)において、相続人

が所定の期間(民法915条。3ヵ月の熟慮期間)内に家庭裁判所に放棄の申述をすると(民法938条)、「相続人は相続開始時に遡って相続開始がなかったと同じ地位におかれることとなり、この効力は絶対的で、何人に対しても、登記等なくしてその効力を生ずる」ことを判示していた(傍点筆者)。昭和37年改正前の民法939条1項(「放棄は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずる。」)の規定は、改正後の現行規定(「相続の放棄をした者は、…初めから相続人とならなかつたものとみなす。」)と同趣旨のものであり、「民法が承認、放棄を為すべき期間を定めたのは、相続人に権利義務を無条件に承継することを強制しないこととして、相続人の利益を保護しようとしたものであることが、その理由である(傍点筆者)⁽¹⁹⁵⁾。なお、本判決の結論は、新しい民法899条の2第1項により影響を受けることはない。

この結論には、学説上も異論はないが、(i)の遺産分割の場合との違いの理由をどう理解し説明するかは、当然に問題となった。前記の最判昭和46年1月26日も、そのことを気にして、かなり詳しい説明を付言している。学説上でも、(i)と(ii)での取扱いの違いの妥当性をめぐって様々な議論が展開された⁽¹⁹⁶⁾が、今日では(i)(ii)の判

の後に第三者名義の登記が経由された後であっても、少なくとも自己の法定相続分については＜相続を原因として相続の日付での持分取得登記を求めることができる＞(前記1)①④の取扱い参照)ということになりそうだが、仮にそうだとすると、本文の④の意味での遺産分割の効果に関する理解と、直接の遺産分割の結果を「相続」を原因として「相続開始の日付」で登記する登記実務との間には、やはり奇妙な齟齬が生じるように思われる。もっとも、そのようなケースが実際にあるのかどうかは未確認である。

⁽¹⁹³⁾ 本判決の事案も、昭和34年4月に遺産分割調停(生存配偶者=妻X1を含む相続人7名の持分同等の共有とする)が成立したにもかかわらず、その旨の登記がなされなかったところに、昭和41年に至ってX1の債権者Yが法定相続分での所有権保存登記(共同相続登記)を代位申請して、X1の相続分(3分の1)を仮差押えた、というものであった。

⁽¹⁹⁴⁾ フランスではすでに1955年登記法によって、公証人の責任による遺産分割証書の公示義務(証書作成から3ヵ月内)が制度化されていた(本誌2019年秋号83頁)。

⁽¹⁹⁵⁾ 本件の事案は、簡単には次のようなものであった。昭和31年にAが死亡。7人の共同相続人中、長男X1とAの妻X2を除く5人が適法に相続放棄の申述をしたが、それを踏まえたX1及びX2の相続の登記はなされなかったところ、昭和39年になって、放棄した相続人Bの債権者Yが法定相続分での共同相続の所有権保存登記を代位申請し、Bの持分につき仮差押登記をした。X1とX2が第三者異議の訴えを提起したが、一審も二審(原審)も、Xらは登記なくしてBの持分についての権利取得をYに対抗できないとして、Xらの請求を退けた。これに対し本判決は、本文所掲のような理由を判示した上で原判決及び一審判決を破棄・取り消し、Yのした代位登記は実体に合わない無効なものであり、Bの持分に対する仮差押登記も無効であるとして、その抹消手続を命じる旨、自判した。

⁽¹⁹⁶⁾ 『家族法判例百選(新版・増補)』(有斐閣、1975年)103事件「遺産分割と登記」(品川孝次)、104事件「相続放棄と登記」(石田喜久夫)、前掲『判例百選I(第8版)』(注108)73事件「相続放棄と登記」(山本敬三)、72事件「遺産分割と登記」(作内・前掲[注190])、池

決をとともに支持するものが大勢となっている⁽¹⁹⁷⁾。その議論の詳細に立ち入ることは避けて、ここでは判例を前提とした上で、以下の点のみを確認しておこう。

④ 相続放棄は、相続開始後短期間のみ可能であり、放棄がなされたかどうかは、戸籍を確認したうえ家庭裁判所で調査できる可能性があるが、遺産分割には期限がなく、それがなされたか、またどうなされたかは、通常第三者には知る由がない。⑤ 相続放棄は、物権変動を生じさせようとする意思表示ではなく、被相続人が債務超過の場合等に相続人となることを自由に拒否する単独の意思表示であり、絶対的な遡及効が認められている。

また、⑥ 遺産分割の場合は、分割で権利を取得した者による登記申請（共同相続登記がなされていない場合は単独申請）が期待されてよいのに対し、相続放棄の場合は、放棄しなかった相続人が放棄の結果に基づく相続登記を速やかに行うことは、必ずしも一般的には期待できない。放棄しない相続人が複数あるときは更に遺産分割が必要となるし、相続人が単独になったときでも、その者に相続登記を行う必要性がどう生じるかは事情次第だからである。

なお、⑦ 上記の⑤の点の故に、判例も一部の民法学者も、相続放棄制度の趣旨を放棄者たる相続人の利益の保護のためと説明する⁽¹⁹⁸⁾が、制度構造上ないし制度設計上の説明としてはそれでよいとしても、相続放棄が日本社会で広く果たしている実態的な機能（前出（4）2）3）参照）との関係では、必ずしもそうは言えないことに注意を

要する⁽¹⁹⁹⁾。

（6）相続人の側から見た相続登記の意味と登記申請の期待可能性

1）問題の性質と検討作業の前提

さて、以上で見た登記実務と相続登記の法的効力を前提とした場合、相続人の側から見て相続登記はどのような意味を持つものと捉えられたのであろうか。これは、本来、一定の意識調査や実態調査を経た上でなければ的確な検討はなしがたい問題であるが、残念ながら筆者は、これまでそのような情報・資料に接したことがない。とはいえ、（5）で検討した事柄を踏まえつつ、それを（4）で見た相続実態と関連づけて考察すれば、ある程度の蓋然性のある推論を行うことは可能なように思われる。

そのポイントは、＜相続人の側から見た場合、どういときに相続登記がなされることが期待されるか＞を考えることであるが、その検討に際しては、以下の点を改めて確認しておくことが必要かつ有益である。

① 日本では、相続による不動産所有権移転も、物権変動の一つとして登記することができる（不登法1条、27条）。これは、日本の登記制度の固有の沿革の中で、とくに隠居等による生前家督相続があることを重視しながら制度化された、日本独自のものである。

② 「相続による登記」も、売買等による所有権移転の登記と同じものであり、売買等の場合と同じく、相続人には登記する義務はない（任意申請主義。不登法25条1項）。

③ しかも、死後共同相続が国民一般の制度となった戦後においては、（5）2）で見たように、④ 相続による所有権の移転・承継それ自体についても、⑤ 共同相続における相続財産持分（法定相続分）の取得・承継についても、登記なくして第三者に対抗できること——つまり、所有権又は相続持分権の取得を第三者に対抗するために相続登記をする必要はないこと——が確認された。

田・前掲（注132）183頁以下等を参照。
⁽¹⁹⁷⁾ 『新版注釈民法(6) 補訂版』（有斐閣、2019年）624-625頁（原島重義・児玉寛）。なお、遺産分割と相続放棄を峻別して扱う十分な理由はないとして、遺産分割後の第三者についても「無権利の法理」を説く学説（前掲昭和46年判決を批判する学説）も、同箇所でも適示されている。

⁽¹⁹⁸⁾ 前掲最判昭和42年1月20日の判旨（傍点箇所）のほか、品川・前掲103事件（注196）242頁など。ただし、これには、この局面で持ちだす理由とはならないという批判もある。山本・前掲73事件（注196）149頁。

⁽¹⁹⁹⁾ 後者の側面の機能を併せて指摘する民法教科書の例としては、高橋ほか・前掲（注141）362頁がある。

④ 一方、遺産分割は、期間制限もなく、共同相続人の任意の自由な協議＝「家族の私的自治」に委ねられ、その協議と合意形成をサポートする効果的な法的仕組みも用意されなかった。遺産分割（又はその他の法律的手続）で相続が処理・決済されなければ、相続による終局的な所有権移転の登記には進みえないにもかかわらず、である。

⑤ 加えて、上記③の㉑（相続人が一人だけの場合もある）及び㉒の法律的状态（遺産共有状態）をそれ自体として独自に「公示」する制度（例えばフランス法の「死亡による不動産所有権移転公証人証明書」のような制度）も用意されていない。誰が相続人でどのような法定相続分を持つかは通常戸籍を見れば容易に確認できることが、そのことの暗黙の前提にあったものと見られる（水野・後掲 [注 202] 204 頁参照）。それ故、共同相続人がその法律的状态を公示しようとするれば、通常の共有の登記と同じ共有登記をすることになる（上の㉒）。

⑥ 以上のような前提の上で、<ではどのような場合に相続人が自発的に相続登記をすることが期待され得るか>が実際上の問題となる。抽象的には、相続人が“自己の権利取得を確認し公示しておきたい”という意味を持つことも想定されうるが、法律的に登記の必要性が生じる場合は、基本的には次の2つの場合であろう。

一つは、㉑（5）2）で見た㉑の(i)、すなわち、遺産分割で法定相続分を超える権利を取得した相続人がその取得した権利を第三者に対抗する必要性が生じる場合である。しかし、このような局面でも遺産分割の結果を登記するかどうか、またいつ登記するかは、当該権利取得者の意思に委ねられている（上の㉒）。

いま一つは、㉑相続人が相続で取得した不動産を第三者に対して処分し（売買、抵当権設定など）、第三者に当該物権変動についての登記（対抗要件）を備えさせる必要がある場合である。この場合は、当然に、まず相続登記が経由される。

以下では、以上を前提とした上で、実際の相続の処理・決済過程の中で相続登記はどのような意

味を持つものとして取り扱われるであろうかを考えてみよう。

2) 相続の処理・決済過程の中での相続登記の位置

(4) で見たように、実際の相続のあり方は、多様なプロセスと多様な事柄、多様な内容を含んでいるが、ここではそのうち、登記との関係が注目される主だった事項を取り上げてみる⁽²⁰⁰⁾。

① 相続による権利取得・権利承継の意識の特徴
被相続人（以下「父」とする）の死亡により相続は法律上当然に開始するが、法定相続人が<それにより自分が亡父の所有不動産を取得し、所有権者となった>と意識することは、必ずしも一般的ではないようである。戦前の死後家督相続の場合も、前戸主の死亡で相続は開始するが、国民の間では、新戸主の名で新戸籍が編製された段階で正式に相続が生じるという意識を持つものが少なくなかったとされる⁽²⁰¹⁾。

死亡＝即相続開始＝即所有権移転とは考えないこの意識状況は、共同相続が原則となった戦後にも、おそらくはより強い理由をもって引き継がれ、かなり多くの国民は、<その後遺産承継や遺産分割についての話し合いがついたときに、相続とそれに伴う所有権移転が生じる>と意識しているようである⁽²⁰²⁾。例えば農村調査の際などに、父は何年前に死んだが「相続はまだである」とか、「未相続である」とかの言い方が今日でもしばしば聞かれるのも、そのことの表われである。一方、<登記をしておかないと権利を失う>とも考えられていない。

⁽²⁰⁰⁾ 農家相続の場合については、原田・前掲①論文（注4）37頁以下でも一定の考察を行っている。なお、農地の売買・贈与等による所有権移転を登記するには、農地法3条の許可を得ることが必要だが、相続や遺産分割による農地所有権移転の登記については、同条の許可は不要である。

⁽²⁰¹⁾ ただし、新戸籍の編製が相続登記につながったかどうかはまた別問題であることは、前述した（本誌2020年冬号113頁）。

⁽²⁰²⁾ 以上につき、水野紀子「相続財産の取引安全における『相続と登記』判例と表見理論『信託と信託法の広がり』（財）トラスト60研究叢書、2005年）202頁、前掲『新版注釈民法(27)』（注121）431頁（谷口知平）参照。

国民の一般的な意識がこのようなものだとすれば、<父が死んだから、速やかに相続登記を申請しよう>という行動様式が出てくることは期待しがたいことになる。

② 共同相続登記の“例外的な”性質

もともと、共同相続登記は、しようと思えば、共同相続人中の一人でも申請できる(前述)。^①例えば相続人の一人に自己の相続持分を急いで処分・換金する必要がある場合などには、そういうこともありうるかもしれない。^②裁判例にしばしば登場する、共同相続人の一人の債権者が共同相続登記を代位申請して当該相続人の持分を差し押さえるという場合も、それに類するものである。

^③より多く見られるのは、共同相続人が全員合意の下で遺産分割前の相続不動産を第三者に売却・処分するための前提として共同相続登記を行う場合であろう。公的主体が遺産中の土地を買収するため嘱託代位登記で共同相続登記を申請する場合も、それと同じ性質のものである⁽²⁰³⁾。しかし、この^④も、もとより一般的なものではない。

そして、^⑤そのような事情や必要がないのに相続人が共同相続登記の申請を司法書士に依頼するとすれば、通常的には<それはやめておいたほうがよいですよ。本当に皆の共有にするつもりなら別ですが…>という助言が戻ってくるものと思われる。その後には遺産分割による別段の処理が予定されるのであれば、その共同相続登記は、共同申請による再度の登記と登録税の二重払いを強いら

れるだけのものとなるからである(前述)⁽²⁰⁴⁾。

以上から見れば、共同相続の共有登記は、いわば“例外的なもの”ということになる。前出注203に記した^⑦~^⑩と^⑪の点も、そのことを示すものと言える⁽²⁰⁵⁾。

③ 民法上の相続放棄があった場合の相続登記

共同相続人の一部の者が民法上の相続放棄をした場合は、相続人の数が減り、相続放棄をしなかった相続人の相続分が法律上当然に増加する(民法939条)。その相続分の増加について登記をする必要は、とくには生じない(前掲最判昭和42年1月20日参照)。したがって、^①放棄しなかった共同相続人が複数あるときは、上記^②~^⑤の場合と同じ遺産共有状態となり、その後の相続登記がどうなるかも、^②~^⑤の場合と同様になる。

一方、^⑥特定の相続人に単独相続させるため他の共同相続人がすべて相続放棄した場合は、その相続人は、他の相続人の相続放棄の申述を証する書面を添えて単独で登記申請すれば、自己名義の相続登記をすることができる。実際にそうすることも多いであろう。

しかし、^⑦その相続人が登記申請するかどうかは、当該相続人の任意つまりは意思次第である。その相続人は、単独相続の登記をしないでも所有権取得を第三者に対抗できるし(前掲最判昭和42年1月20日)、他の相続人がすべて適法に相続放棄をしている以上、それらの者から後日に異議等を申し立てられる恐れもない。いわば相続人が当初から一人しかいないのと同じ状況である。

この状況は、特別受益証明書等の作成又は遺産分割協議書によって一人の相続人の単独相続とする場合以上に安定していると言えるから、単独相

⁽²⁰³⁾ 原島・前掲(注170)33-34頁は、福岡法務局昭和34年12月受理の既登記不動産の相続登記(94件)の内容を紹介している。それによれば、^⑦94件中の23件が土地買収のための官公署による嘱託代位登記で(共同相続登記と推測される。筆者)、^①相続人が申請した残り71件中の11件は、相続登記(共同相続登記か否かは記載がない。筆者)と同日に第三者への処分の登記がされていた。一方、94件中には、^⑧共同相続登記を経ない遺産分割登記が20件あったが、^⑨共同相続登記を経た遺産分割登記は見当たらなかった。また、相続登記の内容面では、精密な確認結果ではないとした上で、^⑩特別受益者の証明書添付の単独相続登記が24件あったこと、^⑪抽出しえた共同相続登記8件中、4件は、不動産を分割することなく後日売却した事例、1件は、市による買収のための嘱託代位登記であったことを記している。

⁽²⁰⁴⁾ 知り合いの複数の司法書士にも確認してみたが、その答えは、一致して本文のようなものであった。

⁽²⁰⁵⁾ 吉本・前掲(注163)319頁所掲の第24表(昭和45年1月中の関東法務局管下の相続登記申請件数を「妻単独の登記名義」「妻以外の者の登記名義」「法定相続(妻を含む)」の3つに分類・整理した表)でも、「法定相続(妻を含む)」の登記申請は、全961件中の53件=5.5%に過ぎない。なお、妻単独名義の申請件数は、168件=17.5%である。

続人にとっての登記申請の誘因は、より小さいかもしれない。のちに売却・処分等の必要が生じた場合は、その時点で単独での登記申請をすれば済むのである。

④ 特別受益証明書等が作成された場合の相続登記

民法 903 条の特別受益証明書・相続分不存在証明書等が作成された場合も、登記申請との関係では、相続放棄があった場合と類似する状態が生じる。まず、①その証明書を作成した相続人が共同相続人の一部にとどまるときは、遺産は、他の複数の相続人の共有状態となる。これは、③④の状態と同じである。

一方、⑤特定の相続人に単独相続させるため他の共同相続人がすべてその書面を作成・交付した場合は、その特定の相続人は、その書面を添えて単独で登記申請すれば、自己名義の相続登記をすることができる(前述)。前出注 203 の④のケースがそれであり、農家相続の場合には、まさにその登記をすることを目的としてその書面を作成することも多かったものと推測される。その書面が実質的には狭義の「事実上の相続放棄」に相当する場合であっても、単独名義の相続登記の効力には影響はない。

しかし、⑥上記③④の場合と同じく、その相続人が登記申請するかどうかは、当該相続人の任意つまりは意思次第である。その相続人は、他の共同相続人から後日に異議等を申し立てられる恐れはなくなり、のちに売却・処分等の必要が生じた場合は、その時点でそれらの書面を添えて単独での登記申請をすれば済むからである。農家相続の場合でも、そのようなケースが相当の割合で存在した可能性がある(前出 81 頁参照)。ただし、自己の法定相続分を超えて取得した部分については、第三者に対抗できないという問題は残される。

⑤ 遺産分割における分割態様と相続登記

遺産分割の内容・あり方は、当然に多様で千差万別とさえ言えるが、ここでは、(4) で見た主要な分割態様を考慮し、かつ、協議上の分割を念頭において考える。また、共同相続登記を経ずして遺産分割に基づく相続登記が直接に申請される場

合を想定する。前出注 203 の⑦⑧にもあるように、そのほうが一般的だと見られるからである。

(i) まず単純に考えれば、例えば遺産を構成する複数の土地を複数の共同相続人に分割帰属させるという場合が想定される。この場合には、相続人相互間の意識・関係性のあり方の面からみても、権利取得者の各人が自己名義の相続登記を単独申請する蓋然性が高いのではなかろうか。法定相続分を超える価額の土地を取得した者については、第三者対抗力の問題もあるから(前掲最判昭和 46 年 1 月 26 日参照)、なおさらである。なお、一筆の土地が現物分割された場合(共有ではない)にも、事情は同様であろう。

(ii) それに対して、例えば遺産たる農地の全部(もしくは大部分)を農業・農家の後継ぎに単独相続させる遺産分割が——おそらく多くの場合には「事実上の相続放棄」の実質を伴いつつ——なされたような場合は、どうであろうか。もちろん、①後継ぎが遺産分割協議書を添付して自己名義の単独相続登記を速やかに申請することも多いであろう。

しかし、⑥<この遺産分割協議書で相続の問題は解決した>と考えて、あえて登記申請までは行わないということも、少なからずありうるのではないか。自己の法定相続分を超える取得分については第三者対抗要件が備わらないという法律上の問題まで、農家の後継ぎが常に考慮するとは限るまい。一般の農業者や勤労者等の意識では「亡父の相続が済んだ」ということと、「その登記も済んだ」ということは必ずしも直結しておらず、ここでも、「登記はその必要が生じたらすればよい」という行動パターンがありうるように思われる⁽²⁰⁶⁾。

⁽²⁰⁶⁾ 遺産分割協議書の作成や民法上の相続放棄があってもその結果が必ずしも登記に反映されるとは限らないことは、裁判例上にも表われている。例えば前出注 193、195 を参照せよ。民法学者も、「遺産分割があっても相続人の登記名義をそのまま放置している、こういう場合が多いと思う」と発言していた。研究会「不動産物権変動の法理—登記を中心に(第 3 回)」ジュリスト 717 号(1980 年)120 頁(高木多喜男)。また、遺産分割の調停や審判があった場合でも、その後の登記申請の帰趨についての危惧が残されていたことは、前出 82 頁参照。

(iii) 都市勤労者の持家の相続においては、宅地の評価額が高騰した昭和 50 年前後の状況下では特別受益証明書はあまり利用されず、その時期には民法上の相続放棄も減少していたから(前出 80 頁)、あるいは遺産分割協議書が多用されていたのかもしれない。そしてこの場合には、親と同居する子(多くは長男であろう)又はその子と生存配偶者(妻=母)の住宅・宅地(高額の資産)の所有権取得を確定し居住の基盤を安定ならしめるため、相続登記もなされていた可能性が大きいのではと思われる。遺産分割をめぐる協議が長引いている場合はともかく、老親(母)及び同居の子の居住・生活の場である持家を相続未登記の状態に放置することは少ないだろうと考えられるからである。

もっとも、1991年に首都圏・福岡市周辺地域・山形市周辺地域の世帯を対象として実施されたアンケート調査の結果では、居住用不動産を「母親が相続した」と回答しつつも、登記名義は母親に変更していない場合が相当数あったことが報告されている⁽²⁰⁷⁾。母親の存命中は、あえて遺産分割や登記名義の変更は行わず、母親の死亡後まで先延ばしするケースがあることも、一つの理由かもしれない。

また、事情や原因は不明だが、2016年に国土交通省が行った調査において最終の登記から50年以上経過している登記の比率が宅地でも11.1%あったこと(前出注 168)も、意識しておく必要がある。

⑥ 「事実実態上の相続放棄」による「事実上の」単独相続の場合の登記

農家相続で広く見られた「事実実態上の相続放棄」による「事実上の」単独相続の場合は、後継ぎには直ちには登記するすべがない。

①家族・共同相続人間に特段の問題がなく、経営の継続にも支障がなければ、登記名義の変更は先送りにしたままで時が過ぎることも多いであろう。後継ぎが自己名義の相続登記をしようとすれ

ば、後継ぎは、自分から共同相続人を相手として⁽²⁰⁸⁾ 所要の法律的手続書類(上記④か⑤のそれ。③は期間制限がある)を用意する手間と費用をかけなければならない(それが却って共同相続人間に風波を立てることもある)、加えて登録免許税と司法書士の手数料の出捐を強いられる。②共同相続人間の話し合いが簡単にはまとまらない場合も、同様の事態が生じる可能性がある。年月が経てばたつほど決着が付きがたくなることもあろう。一方、そのいずれの場合であっても、民法上・不登記上の“違法”ということもないし、また、農村社会の実情からすれば、固定資産税の納税義務者が不明になるとかの問題も生じない。

しかし、①登記の必要性が生じたときは、改めて共同相続人を相手として、登記申請のための法律的手続を行わなければならない。この点に関し、ここで指摘し確認しておきたいことがある。ごくわかりやすい形で言えば、次のような事実である。

すなわち、例えば昭和40年代前半から半ば過ぎ(1960年代後半～1970年代初頭)には、農地転用需要の拡大に後押しされて、耕作目的の農地有償移動も年間6～7万haの規模に達していた(前出注 154参照)。しかし、そのいずれの農地取引についても、“相続未登記農地の存在が大きな支障になっている”とか、“多数の相続紛争を惹起している”とかの話は、ほとんど聞かれなかった。一方での農地価格の右肩上がりの上昇と、他方での、<農民層分解の進行下で「農家らしい農家」として存続していくには、後継ぎへの農地所有の一体的な帰属を可及的に維持する必要がある>ということが誰の目にも明らかだった状況下では⁽²⁰⁹⁾、相応

⁽²⁰⁸⁾ あえて本文のように書いたのは、日本には、相続の処理・決済をサポートするフランスの公証人のような司法インフラがないことを意識してのものである。

⁽²⁰⁹⁾ 当時の農政もそれを後押しする方向を取っていた。すなわち、1961年農業基本法は、「家族農業経営等が細分化することを防止するため、遺産の相続にあたって従前の農業経営をなるべく共同相続人の一人が引き継いで担当することができるように必要な施策を講ずるものとする。」(16条)とし、1963年改正の自作農維持資金融通法は農業後継者のための相続資金の貸付制度を拡充した。そして、1964年には農地の一括生前贈与の

⁽²⁰⁷⁾ 金丸ほか・前掲(注165)8頁。とくに山形市周辺地域でそれが多(21件中の7件)。

の金銭のやり取りも伴いつつ、上の㊦の手続を取ることにさほどの困難はなかったということなのではなかろうか⁽²¹⁰⁾。

そうだとすれば、次のような指摘が可能となりそうである。すなわち、「事実上の単独相続」だが「相続登記は未了」という状態（上述した③㊦、④㊦、⑤(ii)㊦の場合を含む）は、少なくともこの頃までの「農家らしい農家」においては、いわば「農家の世代交代の“生理のメカニズム”に組み込まれた事象」として捉えることができるのではないか。民法相続法と登記制度がそのような農家の対応の仕方を生み出し、許容してきていたのである。この“生理のメカニズム”の下では、農地の「権利の管理」の面での外形的な放置・放任・懈怠があっても、農地の「農地としての利用管理」の面での放置・放任は生じない⁽²¹¹⁾。

贈与税納税猶予制度（相続時まで。贈与の登記にかかる登録税[本来は1000分の25]も相続のそれ[1000分の6]と同じに軽減）、1970年には経営移譲年金制度（後継者への所有権移転又は使用収益権設定で経営移譲年金を支給）、1975年には農地の相続税納税猶予制度（農業承継人が相続した農地を対象）などが設けられた。

⁽²¹⁰⁾ 昭和53=1978年に全国農業会議所が行った農家相続実態調査（調査対象は概ね3年以内に相続開始した農家1510戸で、農業委員会が聴取り調査）でも、死後遺産相続における農地相続では後継者の単独相続が全国平均で83.2%に及んでいた。そのための法律的手続の内容は必ずしも分明的でないが、共同相続人4,698人中、「ハンコ代程度の話し合いで解決」が19.3%、「なにもしないで相続放棄した」が47.6%（すべてが民法上のそれかどうかは不明。筆者）である。もっとも、後継者が「農業縮小志向の場合」は、後継者が農地のすべてを相続しない事例の割合が約30%に及び、また、「農山村・山村」では単独相続の割合が92.4%であるのに対し、「都市近郊」では71.3%であった。以上は、宮崎俊行「農家相続」前掲『現代家族法体系4』（注141、1980年）42-45頁による。

⁽²¹¹⁾ 吉原祥子『人口減少時代の土地問題——「所有者不明化」と相続、空き家、制度のゆくえ』（中央公論新社、2017年）22頁は、農地の「農地としての利用管理」の面での放置（耕作放棄）を「管理の放置」と呼ぶ一方、何十年にも及ぶ相続未登記を所有者による「権利の放置」と捉えているが、本文で述べたような見方からすれば、相続未登記一般を「権利の放置」と呼ぶことには、違和感も残る。実体的な意味では権利の放置も放棄もないのだから、せめて「権利の管理の放置ないし懈怠」と呼ぶたいところである。

その両面での放置・放任が併進して“病理のメカニズム”というべき社会事象として顕現してくるのは、その後の社会的・経済的諸条件と制度・政策的環境の大きな変化の中でのことである。

IV 結びにかえて

本稿の冒頭で指摘したように、近年に至って、相続未登記土地を中心とする「所有者不明土地問題」は、早急に解決の手立てを講ずるべき大きな社会的課題として取り上げられることになった。吉原・前掲『人口減少時代の土地問題』（注211）がその全体像を描き出した問題である。日本社会が少子高齢化から人口減少・高齢・多死・縮退社会へと移行するなかで、多くは相続未登記に起因する土地の「所有者不明化」が土地の利用及び管理をめぐって様々な弊害を引き起こすようになったのである。そこでは、吉原の説くように土地の物理的な意味での「管理の放置」だけでなく、土地についての実体的な意味での「権利の放置」も生じている（前出注211参照）。

その課題に対処するため、一方では国土交通省国土政策審議会土地政策分科会において土地基本法の見直しが行われ、2020年3月27日に「土地基本法等の一部を改正する法律」が第201国会で成立した。同時に他方では、それと併行して、法務省法制審議会民法・不動産登記法部会において民法及び不動産登記法の大幅な見直し・改正のための検討作業が進められ、こちらは、両法等の改正に関する「中間試案」の公示とパブリックコメントの募集（2020年1月10日から同年3月10日まで）を経て、新たな見直し案の検討作業が現在進行中である⁽²¹²⁾。

本稿で検討した相続未登記農地・土地の発生のメカニズムが「所有者不明土地問題」の第1の基底的な土台となっていることは間違いないが、それが今日の“病理とも言うべき様相・症状”を伴う事象になったのは、さらにその上に社会的・経

⁽²¹²⁾ なお、国交省の上記分科会の分科会長、法制審の上記部会の部会長は、いずれも山野目章夫早稲田大学大学院法務研究科教授である。

済的な様々な事情・条件・原因がいわば層をなして積み重なってきたことによる。農地にかかわるそれらの追加された諸事情については、筆者が認識している主要なものをすでに原田・前掲①及び前掲②の中でひと通り整理して摘示してある⁽²¹³⁾が、上記のような制度改革が有しうる意義を考えるためにはそれらを改めて再整理してみることも必要になりそうである。もっとも、それらの諸事情・条件・原因はいずれも、上記のような制度改革が実現すればそれによって払拭されうるというような性質のものではないことにも注意を要する。

とはいえ、この問題の根底（第1の基底的な土台）にある民法相続法と相続登記の制度に内在する問題に“手当て”を行い、“所要の適切な処置”を施すことは、やはりどうしても必要である。その際の問題は、本稿で考察した問題状況と上記の追加された諸事情を踏まえた場合にくその処置がどのような意味とレベル・性質においていかに適切な処置となりうるか>ということである。しかし、そのための制度改革の具体的な内容は、いまだはっきりしたものにはなっていない。

例えば法制審の上記部会の第14回会議（2020年6月23日）では、パブリックコメントで提起された意見を考慮した上での新しい見直し案として、「遺産分割がなされないまま長期間が経過した場合の遺産分割」の取扱いにつき、次のような規律を設けることが提案されている。すなわち、「遺産の分割の請求が相続開始の時から10年を経過した後であった場合には、家庭裁判所は、民法第903条から第904条の2までの規定にかかわらず、同法第900条から第902条までの規定による相続分（法定相続分又は指定相続分）に応じて遺産を分割しなければならない。」（同日の会議に提出された「部会資料31」第1の1）。これは、「中間試案」の第1部第4で示されていた「遺産分割の期間制限」という方向・考え方とは、かなり異なった性

質、内容の改正提案である。一方、「中間試案」の第2部第6にあった「相続登記の申請の義務付け」に関しては、パブリックコメントを踏まえてどのような新しい見直し案が提示されるのか、いま現在では明らかにされていない。

そこで、当初の予想を超えて大変長いものとなった本稿はひとまずここで閉じることとし、やがて確定されるであろう民法相続法及び不動産登記法の改正提案を本稿の考察を踏まえてどのように評価するかについては、また別稿を期すことにしたい。

⁽²¹³⁾ 原田・前掲①（注4）46-47頁、及び、同・前掲②（注4）の(4)（「Ⅲ3 相続未登記・所有者不明化農地への対処策」）174-175頁と、そこで挙示した同前②論文の関係箇所を参照されたい。