

## 相続登記の促進のためのインフラストラクチャー整備 —ドイツ法を参考にして—

平成国際大学 法学部 法学科 教授 小西 飛鳥  
こにし あすか

### 1 はじめに

わが国において相続人が存在しているにもかかわらず、相続登記が速やかになされず、所有者が不明となっている不動産、特に土地について、その解決の糸口をドイツ法に求めるのが本稿のねらいである。

ドイツにおいては、不動産の所有者が不明となる事案としてはあまり問題視されていないようである。つまり、相続が発生しているにもかかわらず、当該不動産を取得した所有者が相続登記をしない、さらに数代にわたり相続が発生しているにもかかわらず、それが登記に反映されないといったわが国で生じている問題は文献で見ると指摘されない。

その一つの要因として、相続人が速やかに相続手続きを行う制度が整っているからではないかと思われる。被相続人の死亡により相続人は不動産については相続登記をすることになるが、その際の申請書類として基本的に相続証書 (Erbschein) があれば足りるようになっており、その相続証書は、相続人が遺産裁判所 (Nachlassgericht) に申請し付与されるというシンプルかつ信頼性の高い制度が用意されている。さらに相続人が申請しない場合には、職権で登記を行う途も確保されている。

もう一つの要因として、相続人の存在が不明であったり相続人が相続放棄をした場合には、手続きをせずに放置しておくことはせずに、相続人が国庫以外には存在しないことを明確にし、最終的

には当該不動産は国庫に帰属するという手続きを執っていることから、所有者不明という形での問題にはならないのではないかと思われる<sup>1</sup>。

以下では、ドイツ法における相続手続きを概観したうえで、我が国における相続登記の促進への提言を試みる。

提言のポイントとしては、次の3点にまとめることができる。第1に、相続手続きにおいて法律専門家が関与する制度を整えることである。ドイツ法では、法律行為においては、所有権譲渡契約では公正証書化が義務付けられ (BGB (ドイツ民法) 311b 条第1項)、さらにアウフラッシングを公証人の面前で行わなければならないことから (BGB 925 条)、公証人が法律の専門家として関わることになる。相続の場面では遺産裁判所が法律の専門機関としての役割を果たしている。このようにドイツでは、不動産登記に関わる場面では専門家が関与する仕組みが整っており、一般の市民は登記手続きをスムーズに進めることができる。第2に、法定相続情報証明制度の拡充である。法定相続情報証明を専門家が作成し、この証明のみでも登記申請を可能とする。第3に、登記申請を促すための制度として、一定期間内の申請については登録

<sup>1</sup> “Welt online” von 31.10.2016, “Der Staat erbt 10000 Häuser” では、ドイツにおいては国庫が相続する不動産の数が増加していること、ベルリンやハンブルクのように不動産の需要の見込まれる地域においては財政上の負担とならないが、そうではない地域では問題となっていることが指摘されている。

免許税を無料または軽減する。逆に、相続登記を義務化し、登記をしない者については、過料に付す仕組みを導入する。

## 2 相続手続きにおける法律専門家の関与

一つ目の提言である法律専門家の関与について触れる前に、ドイツの制度を概観する。

### (1) 相続の開始

ドイツでは、被相続人が死亡すると、わが国と同様に相続人が自動的に相続する(BGB1922条、1942条1項)。相続人の範囲は、パレンテールシステム(親系主義)を採用していることから、わが国と異なり、配偶者がいない場合には、血族の隔たりによる制限はなく遡るため、理論的には必ず相続人が存在することになる(BGB1924条、1925条、1926条、1928条、1929条)<sup>2</sup>。

相続人が明らかであるときは、相続人又はその代理人として公証人<sup>3</sup>が相続証書を申請し、相続登記の申請につなげるのが原則である。また、相続人が相続の放棄をした場合には、最終的にはその相続財産は国庫に帰属することになる。血縁関係のある限り無制限に相続の可能性が認められる結果、被相続人が死亡してもその血縁関係の遠さ故に相続人自身が相続の発生を知らなかったり、そもそも自身が相続人であることを知らない場合も多く、その結果、自ら相続手続きを開始しないこ

とも多い<sup>4</sup>。

このことは、相続が生じて、相続人からの相続証書の申請がなされないことにより顕在化する。この場合は、相続人の搜索手続きに進み、相続人不存在の確定をすることになる。もちろん、この搜索手続きの中で相続人が明らかになった場合には、当該相続人が相続証書の申請を行うことになる<sup>5</sup>。

### (2) 法律専門家の関与

ドイツ法においては、不動産の物権変動については法律の専門家の関与が必須となっている。先にも触れたが、売買契約等の法律行為による所有権譲渡契約では公正証書化が義務付けられ(BGB311b条第1項)、さらにアウフラッシングを公証人の面前で行わなければならないことから(BGB925条)公証人が法律の専門家として関わることになる。これに対して、相続の場面では遺産裁判所が法律の専門機関としての役割を果たしている。

被相続人の死亡により、相続という登記簿外での権利変動が原因で、土地登記簿上<sup>6</sup>、不真正の状態が生じる(BGB1922条、1942条)。この登記と実体関係の齟齬を除去するための手段として、訂正登記請求権が用意されている(BGB894条)<sup>7</sup>。相続人は、この訂正登記請求を行う権限を有しており(GBO(ドイツ土地登記法)13条1項)、相続人がこの権限を行使することが予定されている。相続人は、相続により土地登記簿が実体と乖離したこと、つまり登記の不真正についてGBO22条1項1文に基づき証明しなければならない。この証明をするために、相続証書の提出が必要(GBO35条1項1文)とされ<sup>8</sup>、この相続証書付与手続きを实行

<sup>2</sup> Walter Zimmermann, *Erbrecht*, 4. Aufl., 2013, Rz. 23.

<sup>3</sup> ドイツの公証人は州(Land)により、専業公証人(Hauptberuflichenotar, 1479人)、弁護士兼公証人(Anwaltsnotar, 5558人)、公務員としての公証人(Der im Landesdienst tätigen Notar 数は不明)に分かれている(2017年の統計による)。http://www.bnotk.de/Notar/Statistik/index.php

専業公証人は、バイエルン、ラインラント・ファルツ、ザールラントなどの南部の州に多く、弁護士兼公証人は、旧プロイセンの地域であるベルリン、ブレーメン、ヘッセン、ニーダーザクセン等であり、公務員としての公証人は、パーデン・ヴェルテンベルクのみである。

弁護士兼公証人の場合は、弁護士としての職務を行うのかそれとも公証人としての職務を行うのかは依頼者からの委任事項により明確に区別される。

<sup>4</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 23.

<sup>5</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 69f.

<sup>6</sup> ドイツではわが国と異なり、不動産とは土地だけであって、建物は土地の本質的な構成部分である(BGB894条1項)。

<sup>7</sup> 石川清・小西飛鳥『ドイツ土地登記法』(三省堂、2011年)192頁以下も参照されたい。

<sup>8</sup> Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl., 2015, Rz. 500.

するために必ず遺産裁判所<sup>9</sup>が関わることになる。相続証書とは、遺産裁判所から相続人に付与される相続権についての証明である (BGB2353 条参照)。相続証書の申請は、区裁判所の遺産裁判所に申請しなければならない。区裁判所のみが相続証書の付与について管轄を有しており、遺産の多寡により管轄が変更されることはない。他方、抗告裁判所としての上級裁判所には、相続証書の付与については管轄権がない。区裁判所が相続証書の申請を却下した場合には、上級裁判所に対して抗告することになるが、上級裁判所自体は相続証書を付与することは許されず、区裁判所がこれについて指示しなければならない<sup>10</sup>。

遺産裁判所において相続証書の付与手続きを主に担うのは司法補助官 (Rechtspfleger) である。司法補助官とは、裁判事務を独立かつ自己の責任で処理すべく権限を委譲された司法公務員である。

---

相続証書の付与手続きについて詳細に検討した文献として、金子敬明「相続財産の重層性をめぐって (四)」法学協会雑誌 120 巻 11 号 2178 頁以下がある。また、ドイツ法の相続証書制度に関する最近の文献として、松尾知子「相続人資格証明制度の諸相—ドイツ/フランス法の対応—」公証法学 34 号 (2004 年) 71 頁以下、同「ドイツにおける相続証書 (Erbschein) の歴史的発展」慶應義塾大学法学政治学論究 15 号 (1992 年) 189 頁以下、道山治延「相続証書、その手続きの問題と効果」福岡大学大学院論集 19 巻 2 号 (1987 年) 46 頁以下、同「ドイツ民法典における相続証書 Erbschein について」福岡大学大学院論集 18 巻 2 号 (1987 年) 142 頁以下、植村秀三「遺言書の開示と相続人資格証明—西独と日本の制度比較論—」公証法学 14 号 (1985 年) 51 頁以下がある。<sup>9</sup> ドイツでは民事事件の通常裁判権を担当する最上級審として連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof) があり、その下級裁判所として高等裁判所 (Oberlandesgericht)、地方裁判所 (Landgericht)、区裁判所 (Amtsgericht) がある。下級裁判所はいずれも州の裁判所と位置付けられている。区裁判所は日本の簡易裁判所と異なり、裁判官は全員、法曹資格のある正規の裁判官から構成される。区裁判所が管轄する事件には民事事件 (訴訟物の価額が 5000 ユーロ以下の事件、使用賃貸借事件、督促手続き)、刑事事件以外に、家事事件、住居所有権事件、土地登記事件、遺産事件、後見事件、後見及び世話事件、執行事件、商業登記事件がある。わが国とは異なり、土地登記及び商業登記について、裁判所にその管轄があるのが特徴である。また、遺産事件を扱う部門を指して、遺産裁判所と称している (Alfred Zausinger, Besuch einer Gerichtsverhandlung, 2014, S. 36-54.)。

<sup>10</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 661.

彼らは裁判所における上級公務員に属する<sup>11</sup>。司法補助官の学位を得るためには、専門大学 (Fachhochschule) における研修期間を含め最低 3 年の高度な司法教育を要する<sup>12</sup>。司法補助官の歴史は 20 世紀の初めの裁判所書記官に遡る。徐々に裁判官の権限が司法補助官に委譲され、1921 年以降は土地登記事件及び刑の執行に関する権限が委ねられ、1923 年に初めて「司法補助官」という名称が使われるようになった。第 2 次大戦後は裁判所の人手不足に対処するために司法補助官が裁判官の職務とされている事項を含むようになり、1957 年 2 月 8 日に Rpf1G (司法補助官法) が初めて公布された。Rpf1G において初めて裁判所構成員としての地位が定められ、裁判官に留保された職務の一部が、又は裁判官と重ねて司法補助官に委譲された。その後も、度々改正され 1970 年の改正では、登記事件における業務の全ては司法補助官に委譲されて、判事に留保されているものはない<sup>13</sup>。

司法補助官の対象とされている職務は、大きく非訟事件、刑事事件及び民事事件に分けられる。対象とされている職務のうち、全ての範囲を司法補助官に委譲している職務 (親子関係及び後見事件を除く家事事件、土地登記事件、強制執行事件など、Rpf1G3 条 1 項)、例外的に一部が判事に留保されているものの原則として司法補助官に委譲されている職務 (親子関係及び養子縁組事件、後見事件遺産事件、商業登記事件など、司法補助官法 3 条 2 項)、一部のみが司法補助官に委譲されている職務 (特許事件、国際的な法律関係など、Rpf1G3 条 3、4 項) に分けられる<sup>14</sup>。

これまで述べてきたように、遺産事件は、原則

---

<sup>11</sup> Kornelia Schmid, Rechtspflegergesetz, 1. Aufl., 2012, Einleitung, Rz. 1, 日本裁判所書記官協議会国際交流部訳『E U R 白書〜「ヨーロッパ司法補助官」に向けての提言〜』5 頁。http://www.rechtspfleger.org/wp-content/uploads/2015/07/greenpaper-japanese-version.pdf

<sup>12</sup> 例えば、ニーダーザクセン州の専門大学 http://www.hr-nord.niedersachsen.de/index.php?id=20

<sup>13</sup> Kornelia Schmid, a. a. O., Einleitung, Rz. 2-3.

<sup>14</sup> Kornelia Schmid, a. a. O., § 3, Rz. 1-14.

として司法補助官に委譲されている。そのため、法定相続についてドイツ法を適用する場合には、相続証書の付与は司法補助官の管轄に属する。外国法の適用を考慮しなければならない場合には、司法補助官は相続証書の付与行為を裁判官に委譲できる<sup>15</sup>。また、以下の場合にはこの権限を裁判官に留保できる。例えば、遺言や相続契約といった死因処分が提示されたり、とりわけ存在しないとされていた遺言の存在が主張された場合である<sup>16</sup>。

このように、原則として司法補助官が裁判官に代わって相続証書の付与手続きを担っていることから、裁判官の負担を軽減しつつ、同時に相続手続きに法律の専門家が関与できる仕組みになっていることが分かる。

### (3) 相続手続きにおける法律専門家の関与の提言

わが国において法律の専門家を法務局に配置し、法定相続証明制度の発行及び相続登記手続きに関与させることを提言する。この点について、「人口減少化における土地の所有と管理に係る今後の制度のあり方に関する研究会」<sup>17</sup>において、小柳春一郎教授がフランス法において公証人が法律の専門家として大きな役割を果たしているとの研究を踏まえて、法務局に司法書士を専門家として配置する提案をされたが<sup>18</sup>、その提案に賛成するものである。すでに筆界特定制度においては民間の専門家である筆界調査委員として、表示の登記で重要な役割を担ってきた土地家屋調査士が機能している。これと同様に、権利の登記で重要な役割を果たしている司法書士を同様に配置することにより、登記官がこれ以上に加重な負担を課すことなく相続登記において機能することが期待される。

<sup>15</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 664.

<sup>16</sup> BayObLG Rpfleger 1977, 210.

<sup>17</sup> 「一般財団法人 土地総合研究所」主催

<sup>18</sup> 「人口減少化における土地の所有と管理に係る今後の制度のあり方に関する研究会」第18回2018年4月16日開催 詳細は、小柳春一郎「相続登記進捗策—相続登記義務と資格者・専門家関与強化」土地総合研究26巻3号(2018年)105頁以下を参照されたい。

## 3 法定相続情報証明制度の拡充

### (1) 相続登記における法定相続情報証明制度の意義

法定相続情報証明制度は、戸除籍謄本等の記載に基づく法定相続人を明らかにするためのものであり、法定相続人を示す一覧図を申請者が作成し、その写しを登記所が交付する。そのため、相続放棄や遺産分割協議の結果によって、実際には相続人とならない者も、法定相続情報一覧図には記載された状態で記載される<sup>19</sup>。

このように法定相続情報証明制度は、相続登記申請で求められている登記権利者を明らかにする書類としての機能を有しているが、あくまで戸籍謄本等の記載をもとにして法定相続人の一覧を示す書類にすぎない。同様の書類は銀行等での手続きにおいても求められることから、その発行手数料等を抑えるメリットはあるものの、相続登記申請そのものにおいて特に独自の働きを果たすものではないと言えよう。この点について、相続登記申請に携わることの多い司法書士から、法定相続情報証明制度を利用して一覧図の写しを取得しなければ相続登記ができないわけではないこと、特に遺産分割が行われる場合には、遺産分割協議書及び印鑑証明書が複数枚必要になることから相続登記申請という場面においてはメリットがないことが指摘されている<sup>20</sup>。

### (2) ドイツ法における相続証書の意義

相続証書とは、遺産裁判所から相続人に付与される相続権についての証明である(BGB2353条参照)。相続証書では、相続人の相続権及びその処分権が遺言の執行または後位相続によって制限されているかどうかについて証明される。相続証書は、裁判所において付与されるが、確定力のある判決ではなく、既判力を有することはない。つまり、相続証書が不真正である場合、真の相続の権利関係を変更するものではないが、相続証書が真正であ

<sup>19</sup> 法務局 法定相続情報証明制度の留意事項 [http://houmukyoku.moj.go.jp/homu/page7\\_000014.html](http://houmukyoku.moj.go.jp/homu/page7_000014.html)

<sup>20</sup> 土山幸男「法定相続情報証明制度の検証と課題」月報司法書士557号(2018年)16頁以下。

る場合に、真の相続の権利関係を証するものである<sup>21</sup>。また、相続証書には公信力が付与され、相続証書の内容を信頼し取引に入った者は保護される (BGB2366 条)。

### (3) 相続証書の申請

遺産裁判所は、申請に基づいてのみ相続証書を付与するのであり (BGB2353 条)、相続証書は、職権により付与されるものではない。申請がされなかったにもかかわらず付与された相続証書であっても無効にはならないが、BGB2361 条に基づき回収され得る<sup>22</sup>。

#### (a) 申請の形式及び期間

相続証書の申請には特別な方式の規定は存在しない (FamFG (家事事件及び非訟事件の手続きに関する法律) 23 条)。特に弁護士強制といった専門家による申請の強制は存在しない。また、申請は公証人による公正証書によってなされる必要もない<sup>23</sup>。申請者は、遺産裁判所に個人的に申請することもできるが、その際に BGB2356 条 2 項の宣誓に代わる保証をしなければならない。申請に関する期間に制限は存在しない。そのため、被相続人の死後 100 年以上経過したような場合、例えば 1900 年 1 月 1 日の BGB 施行前に死亡した事案についても、相続人は相続証書を申請できる<sup>24</sup>。

#### (b) 申請権者

相続人は、相続の承認以後、申請権を有する (BGB2353 条)。すなわち、申請をすることで相続人は相続を承認したことになる。

共同相続の場合、共同相続証書の付与については、全員から、単独でまたはそのうちの数人から

の申請が可能である (BGB2357 条 1 項 2 文)。共同相続人は、さらに単独で自らの相続分についての部分相続証書を申請することもできる<sup>25</sup>。

国庫は、国庫が相続人であるとき、相続証書を付与させることができる<sup>26</sup>。

税務署は、税務署が ZPO (民事訴訟法) 792 条の遺産債権者である場合にのみ、相続証書を申請する権限を有する<sup>27</sup>。相続人の債権者もまた、相続証書を強制執行の目的で必要とする場合には、申請権を有する<sup>28</sup>。

相続人が相続証書を申請する前に死亡した場合、相続人の相続人もまた申請権を有する。申請権は、相続可能である。相続人の相続人が複数いる場合には、各人が単独で申請することができる。しかし、相続人の相続人は、最初に発生した相続における相続人の名前でのみ申請できる。これらの相続は、2つの相続証書で証明される。1つ目は、A が B によって相続されたことであり、2つ目は、B が C によって相続されたことである。この相続証明書は、形式的には 1 枚の証書にまとめることができる<sup>29</sup>。

#### (c) 申請の根拠及びその証明

法定相続人として相続証書を申請する者は、FamFG352 条に基づき定められた事項を申請者が申し立てなければならない。まず、被相続人の死亡及びその年月日を証する公的証明書 (死亡証書) によって被相続人が死亡した日時を申し立て、証明しなければならない (FamFG352 条 1 項 1 号)。次に、法定相続人は、被相続人との親族関係または配偶者であることを証する証明が必要である (FamFG352 条 1 項 3 号)。また、死亡を原因とする遺言書または相続契約といった処分の有無、相続権について係争中であるか否か、被相続人の最後の住所地及び国籍を申し立てなければならない (FamFG352 条 2 号、4 号ないし 6 号)<sup>30</sup>。

<sup>21</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 641.

<sup>22</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 645.

<sup>23</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 650. 制度上は、本人が遺産裁判所で相続証書を申請すればよいのであるが、実際は、公証人による代理申請が勧められているようである。 [https://www.berlin.de/sen/justiz/vorschriften/?vorschrift=/ag-tiergarten/organisation/dienstliche-regelungen/mbd-ganwrast\\_va\\_2014.pdf](https://www.berlin.de/sen/justiz/vorschriften/?vorschrift=/ag-tiergarten/organisation/dienstliche-regelungen/mbd-ganwrast_va_2014.pdf) 参照。相続登記の申請における公証人の役割については、別稿で扱いたい。

<sup>24</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 646.

<sup>25</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 647.

<sup>26</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 647.

<sup>27</sup> LGMünchen 1 FamRZ 1998, 1067 (zu § 2369 BGB).

<sup>28</sup> OLG Celle JR 1948, 317.

<sup>29</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 649.

<sup>30</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 658.

申請者は、原則として公的証書によって申立て事項について証明しなければならない。すなわち、被相続人の死亡の年月日、被相続人との親族関係、相続人とならない者を証明しなければならない。

これに対して、特定の事実については通常、公的証書によって証明することができない。そのため、申請者の表明によって代えることができる。例えば、他に何も遺言や相続契約が存在しないこと、相続権について係争中ではないことなどである<sup>31</sup>。

#### (d) 相続証書の記載内容

相続証書には、相続権、相続分の割合、個々の遺産について相続人が有する処分権限に対する制限が記載される。それ以外の事項は原則として記載されるべきではない。相続証書の記載からだけでこれらの内容が分かるようにしなければならず、他の文書の参照に委ねることはできない。記載内容の基準時は、原則として相続開始時である。遺言の取り消し、相続放棄などはその効果が相続開始時に遡及するため、相続証書の記載にも影響を及ぼすことになる。

相続権に関しては、被相続人及び相続人が、混同のおそれがない程度にまで明確に示されるべきである。以下は、単独相続の場合に付与される相続証書の例である<sup>32</sup>。

#### 相続証書

何年何月何日に Adorf で死亡した商人 Georg Etzel は、何年何月何日生まれ、最後の住所は 94036 Adorf, Donaugasse 3 であるが、その娘 Frieda Etzel 何年何月何日生まれ 住所 94036 Adorf, Residenzplatz 13 によって単独相続されたことをここに証明する。

共同相続の場合には、相続分の割合を示さなければならない。共同相続人全員のための相続証書には、例えば、「E は、A、B 及び C によって 3 分の

1 の割合で相続されたことを証明する」という形式で付与される。共同相続人中、一人のための相続証書には、例えば、「E は、A によって 3 分の 1 の割合で相続されたことを証明する」という形式で付与することも可能である<sup>33</sup>。

処分の制限の場合については、その内容が示されなければならない。例えば、被相続人が遺言の執行について指示した場合、その執行者の任命は相続人への制限として相続証書に記載されなければならない。例えば、「A は B によって単独相続されたが、遺言執行者が任命されていることを証明する」という形式でその制限が示される。遺言執行者の氏名は相続証書に記載する必要はない。遺言執行者の氏名については、相続証書の真正さの推定は及ばない<sup>34</sup>。

#### (e) 相続証書の訂正及び補足

相続証書が不真正な内容を含んでいる場合、その相続証書を回収し (BGB2361 条)、真正な相続証書の付与を考慮することになる。単なる場所や氏名の誤記のような (München の代わりに誤って Münchn と書いたような場合) 非常に例外的な場合にのみ、訂正ないし補足が可能である<sup>35</sup>。

#### (f) 相続証書の回収及び効力を失った旨の宣告

付与された相続証書は公信力を有するため (BGB2366 条)、不真正な相続証書は真の相続人に対しその相続権を侵害する可能性がある。それ故、BGB2361 条において、その相続証書の回収及び効力を失う旨の宣告の規定が置かれている。

相続証書の内容が客観的にかつ原始的に不真正であれば、裁判所又は当事者の過失の有無を問わず回収することができる。例えば、これまで見つかっていなかった遺言があることが判明した、あるいは他に相続人が存在することが見すごされていた場合などが考えられる<sup>36</sup>。

相続証書の回収に時間的な限界はなく、仮に数十年経過した後であっても回収される可能性がある

<sup>31</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 659f.

<sup>32</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 680.

<sup>33</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 686.

<sup>34</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 686.

<sup>35</sup> KG OLGZ 1966, 612; OLG Hamm OLGZ 1983, 59/60.

<sup>36</sup> Walter Zimmerman, a. a. O., Rz. 693.

る。とは言え、30年以上経過した場合に回収されることはほとんどない、なぜならばBGB2018条に基づく引渡請求権は時効により消滅するからである(BGB197条1項1号)<sup>37</sup>。

#### (4) 相続証書の効力

##### (a) 相続人の証明

相続を証することが、相続証書の中心的な効力である。相続証書によって、相続人としてそこに示された者は、被相続人の銀行預金を引き出すことができ、また被相続人の執行名義を自分名義に書き換えることができる(ZP0727条1項)。また、土地登記簿への登記をすることができる(GB035条)。この相続については、相続証書によるのみではなく、公正証書遺言によっても可能である(GB035条1項2文)<sup>38</sup>。

##### (b) 相続証書が真正であることの推定

相続証書に相続人と記載された者は、相続証書に示された相続権を有すること及びそこに示された定め以外に何ら制限されないことが推定される(BGB2365条)。すなわち、相続証書に何も示されなかった場合には、遺言の執行や後位相続が存在していないことが推定される。これに対して先位相続人に相続証書が後位相続の注記及び後位相続人の氏名の申告とともに付与された場合(BGB2363条)、後位相続人が相続権を有していることの推定は働かない<sup>39</sup>。

##### (c) 相続証書の公信力

相続証書に相続人として記載された者から、相続財産を法律行為によって取得した者は、その権利を取得する。この者が、相続証書が不真正であることを知っていた場合を除き、その者ために、相続証書の内容は真正なものとして適用される。

例えば、①Kが、相続証書によって相続人と記載された非相続人Eから遺産に属する本を取得したところ、その後相続証書が不真正であるとして回収されても、相続証書の公信力によりKは、

所有権を取得できる。これに対して、②被相続人Eは、本を盗んだが、その後、死亡した。善意の相続人がこの本をKに譲渡しても、Kは所有権を取得しない(BGB935条)。なぜならば、KはEから所有権を取得できていなかったからである<sup>40</sup>。

相続証書の公信力により取得者が保護されるのは、取得者が法律行為によりその遺産を取得する場合である。例えば、Aが死亡し、Bがその相続人として相続証書で示された。ところがBは表見相続人であったところ、BはCに遺産に属する花瓶を贈与した場合、Cは所有権を取得できる<sup>41</sup>。

また、登記の公信力との関係では次のようになる。相続人として相続証書に記載されていたが、土地登記簿には所有者として登記されていない表見相続人Bが、遺産に属するその土地を譲渡した場合、相続権に関する問題であるため、BGB2366条に基づく相続証書の公信力の規定が適用される。これに対して、被相続人が土地登記簿に所有者として記載されているが、実体は所有者ではなかった場合、取得者について、BGB892条の土地登記簿の公信力の規定が適用される<sup>42</sup>。被相続人が所有者として土地登記簿に記載されているが、実体は所有者ではなく、また相続証書に相続人として記載されている表見相続人が相続財産を譲渡した場合には、BGB892条と2366条が重畳適用される<sup>43</sup>。

#### (5) 法定相続情報証明制度の拡充案

以上みてきたように、ドイツ法においては、相続登記の申請には相続証書の提出が必要であり、この相続証書は遺産裁判所が関与し真正だとの心証を得て付与されるものであり、実体関係を可能な限り反映した証書であることが分かる。さらに、この相続証書には公信力が認められていることから、仮に実体と異なる証書であったとしても、この証書を信頼して取引をした者は保護されること

<sup>37</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 693.

<sup>38</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 706.

<sup>39</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 707.

<sup>40</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 708.

<sup>41</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 710.

<sup>42</sup> Walter Zimmermann, a. a. O., Rz. 710.

<sup>43</sup> Walter Zimmermann, Erbschein Erbscheinsverfahren Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl., 2016, Rz. 773.

になる。遺産が土地であった場合については、相続証書を信頼して相続人から土地を取得した者には、土地所有権が認められることになる。これを相続人の側からみると、自己の相続権を確実に主張するためには、相続証書を申請しなければならないことになる。もちろん遺産裁判所が関与することにより、相続証書の信頼性は高いものとはなるが、万が一、相続証書が実体関係を反映していなかった場合、真の相続人は、相続証書に相続人と記載された表見相続人と取引に入った第三者との関係では権利を失う可能性がある。また、相続人が相続証書を申請すれば、本人による申請であれ公証人などの代理人を介した申請であれ、訂正登記の申請は容易に行うことができるから、自然に土地登記簿への登記申請へと誘導されているように思われる。この相続証書の公信力の効力は、登記に付与されている効力と平行であり、いざいざも実体関係との齟齬ができる限り生じない相続証書及び登記を備える審査制度を用意しているからこそ、公信力を付与しても真の権利者が害される可能性は非常に少ないという事実を導いている

法定相続証明書について、ドイツの相続証書と同様の効力を認めるかを考えるに際し、①相続証書の効力について、つまり公信力を付与するかどうかについて、②付与する場合には、不動産登記の効力とは別であってよいのかどうかについて考える必要があるであろう。相続証書には公信力を認め、不動産登記には公信力が認められないとすると、取引の安全を図る機能としてはバランスが悪くなるおそれがある<sup>44</sup>。さらに、公信力の効力を付与する場合には、実際にはこの規定が適用される場面はできるだけ最小限に抑える必要がある。そのためには相続証書の審査を充実させる必要がある。

わが国において、相続証書の審査を充実させる仕組みとしては「2 相続手続きにおける法律専門家の関与」で述べたように、法律の専門家が相

続証書を審査し付与する制度を導入することを前提としたときに可能となるであろう。さらに、相続証書及び不動産登記に公信力を認めるべきかについては、これまでの対抗要件主義からの転換を図ることになり、相続の場面だけを前提に成立要件主義への転換を決めてしまうのは危険であると思われる。この点については、今後さらに検討を進めていきたい。

#### 4 登記申請を促すための制度

登記申請を促すための制度として、一定期間内の申請については、登録免許税を無料または軽減する。また逆に、相続登記を義務化し、登記をしない者については過料に付す仕組みを導入することを提言する。また、あわせて職権による相続登記を可能にすることを提言する。

##### (1) ドイツ法における所有者に対する訂正登記の義務化

ドイツにおいてはすでに上述したように、法律行為による物権変動に関しては、当事者の物権的合意に加えて登記をしなければ権利は移転しない(BGB873条)。特に、所有権を譲渡するためには、この物権的合意はアウフラッシングという方式で行わなければならないと定められている(BGB925条)。このように登記が物権変動の成立要件であることから、わが国と比べて実体と登記に齟齬が生じる可能性は低くなる。また、登記には公信力が付与され、登記を信頼した者が保護されるが、この規定が適用されることはほとんどないと言われるほど登記と実体とは一致していると考えられる。わが国においては登記が対抗要件となっていることから、登記と実体とが必ずしも一致するとは限らないが、登記をしないと第三者に対抗できないという不利益を受ける可能性があることから、その不利益を避けるために登記をすることが期待される。

これに対して、相続は法律行為によらない権利変動であるから、ドイツ法においても登記を効力要件とすることはできず、そのままでは登記簿と

<sup>44</sup> 前掲注8) 松尾論文「相続人資格証明制度の諸相」77頁。

実体関係に齟齬が生じることになる。この問題を解決するために、先に述べたように、相続人には訂正登記請求権が付与される (BGB894 条)。具体的には、登記の訂正は、GB013 条、22 条により原則として申請手続きにより実行される。登記の公信力により表見相続人が権利者として登記された場合に真の権利者の権利が害される恐れがあることから、通常は、相続人が申請手続きを行うことが期待され、相続人の登記の申請により登記簿と実体関係の齟齬は解消されることになる。

GB0 旧規定は、相続人である新所有者が自発的に登記簿の訂正を行うことを委ねていた。ところが実際には、相続人が申請手続きを行わない事例がしばしば見られたため、公法上の障害がもたらされた<sup>45</sup>。それ故、訂正登記をもたすためには、所有者は訂正登記の権限を有するが義務を負わないという原則を破る必要があると考えられるようになった。この考えにより、訂正登記の申請及びそのための必要書類を入手することを所有者に義務付ける規定 (GB082 条) を置くことになった<sup>46</sup>。

GB082 条から 83 条は、登記簿外での権利の移転によって所有者の登記が不真正になった場合に対応するために、登記簿の申請に関する公の利益の観点から (例えば土地税の徴収、土地台帳の継続)、訂正登記強制及び職権による訂正登記を定めるものである<sup>47</sup>。

GB082 条は、土地所有者に対して、土地所有権が登記簿外での移転によって所有権登記が不真正となった場合、その登記を訂正すべきことを義務化している。

まず、登記簿外での権利の移転により所有権の登記が不真正となっていることを登記官は確定しなければならない。登記の不真正となっていることの認識について、登記官は職務上知ることでもできる。例えば、①GB083 条に基づく遺産裁判所か

らの通知又は、②登記簿に記載された所有者が、長い年月が経っても登記が変更されず、その年月の経過から所有者がもはや生存していないということからも認識できる<sup>48</sup>。

この場合、訂正登記強制手続きを延期することの正当な理由が存在する場合には、登記所は手続きを延期すべきと定められている。例えば、相続が開始したが、土地の譲渡または所有権の放棄が予定されている場合には、登記の訂正は相続人に義務付けられない。少なくとも Kost0 (費用法) 60 条 4 項に定める 2 年の期間が経過するまでは、原則として登記の強制の措置の対象とはならない<sup>49</sup>。

#### (a) 訂正登記の義務者

訂正登記をなすべきことが義務付けられている者は、登記簿外で土地所有権を取得した所有者または土地の管理について権限を有している遺言執行者 (GB082 条 1 文) である。

相続人が複数おり、共有関係となっている場合、それぞれが単独で申請できることから、訂正すべき義務はそのうちの一人またはすべての者に課せられる<sup>50</sup>。

#### (b) 義務の内容

義務の内容は、①不真正な登記を訂正するための登記を申請すべきこと、②訂正登記のために必要な書類 (たとえば相続証書) を入手して、それを登記所に提出すべきことである。この必要書類とは、登記申請が強制された場合に特有のものではなく、訂正の登記申請に必要な書類である。すなわち、登記簿外において生じた所有権移転を証明する書類を入手して、提出すべきであり、相続であれば相続証書が要求される。また、税務署の納税義務履行証明書も訂正登記に必要な書類である<sup>51</sup>。

#### (c) 訂正登記の手続き

登記所は訂正登記の手続きを、職権をもって開始する。登記所が訂正登記の強制手続きを開始し

<sup>45</sup> Bauer/Schwab, Grundbuchordnung Kommentar, 4. Aufl., 2018, § 82 Rz. 1 (Budde).

<sup>46</sup> Demharter, Grundbuchordnung, 31. Aufl., 2018, § 83 Rz. 1.

<sup>47</sup> Demharter, a. a. O., § 83 Rz. 1.

<sup>48</sup> Demharter, a. a. O., § 83 Rz. 9f.

<sup>49</sup> Demharter, a. a. O., § 83 Rz. 12.

<sup>50</sup> Demharter, a. a. O., § 83 Rz. 15.

<sup>51</sup> Demharter, a. a. O., § 83 Rz. 18ff.

たときには、GB082 条の義務は命令又は決定の方式によって課せられる。この命令には訂正登記に必要な書類が具体的に記載されなければならない、さらにこの義務を履行するために適当な期日が定められていなければならない。

義務者が命令によって課せられた義務に、正当な理由がないにもかかわらず従わない場合には、その者を命令に服従させるために、義務を履行しないときには一定の強制金が課せられる旨の警告を発し、それでも従わないときには、強制金を定めることができる (FamFG35 条)<sup>52</sup>。

この強制金については、最初は低額の 100 ユーロを課し、それでも実行しない場合には、最高 250000 ユーロまで課すことができることを義務者に伝えることにより心理的な強制を働かすために使われている<sup>53</sup>。このように、強制金についてはかなり実行力を伴って利用されている。わが国の表示の登記における過料のように制度としては存在するが、実行しないままの制度ではなく、実際に機能している。

## (2) わが国における相続登記の義務化及び過料の導入

ドイツのように相続登記を義務化することが可能かどうかを以下で検討する。わが国では法律行為による物権変動についても對抗要件を定めているにすぎず、登記をするかしないかは当事者の意思に委ねられており、登記と実体関係の合致については、ドイツの成立要件主義に比べその要請の度合いは低くなる。また、相続については登記なくして自己の持分を第三者に主張できるとするのが判例<sup>54</sup>の立場であり、登記を促す方向には向いていない。また、登記には公信力は付与されておらず、ドイツと比べて登記への信頼性はそもそも低いという前提がある。こうしたわが国の制度の下で、相続の場合にのみ登記を強制できるかは理論的には、難しいように思われる。他方で、物権

的請求権や不法行為に基づく損害賠償請求権の行使の相手方である者の特定に際しても、重要な役割を果たす可能性があることが指摘されていることや<sup>55</sup>、公法上も単に課税対象者を明らかにするといったことだけでなく、国土の管理といった観点からも現在の不動産の所有者を把握する必要があることも指摘されている<sup>56</sup>。

法律行為による物権変動においては、登記を備えない者は第三者に権利を対抗できないという不利益を受けることから、その不利益を避けたい者は登記を備えることになるが、相続については登記をせずとも相続人が何ら不利益を受けないことになる、登記を備えるという動機づけは全く存在しないことになる。この点については理論的な説明としては不十分ではあるものの、上記で挙げた所有者を特定する機能及び国土管理といった公法上の機能を考慮して相続登記を義務化し、それに応じない者については過料を付すことを提言する。過料については低額に過ぎたり、また一度払えばそれで登記に応じなくてもよいと考える者が現れることを防ぐために、ドイツのように場合に依りて高額の過料を付す、また応じない者については応じるまで段階的に過料の金額を増額し何度でも過料を課す制度の導入を提言する。

## (3) ドイツにおける職権による登記申請

GB082 条による土地所有者に課した訂正登記強制によっても訂正登記が期待できない場合には、職権による訂正登記の可能性の途を開いたものである (GB082a 条)。

<sup>52</sup> 七戸克彦監修『条解不動産登記法』(弘文堂、2013 年) 18 頁 (石田剛)。

「例えば、土地の所有者が土地を不法占拠する建物の取去と土地の明渡しを請求する場合に、物権的請求権行使の相手方は本来、建物の取去権能を有する建物の実質的所有者である。しかし、不法占拠建物が譲渡された場合に、現在の建物所有者を土地所有者が探求するのはしばしば困難であることから、判例は建物名義人に対して物権的請求権を行使することを認めている。また、土地工作物責任の場面においても、登記名義を有する者に対して責任追及を認める見解が有力である。」

<sup>56</sup> 吉田克己「土地所有権の放棄は可能か」土地総合研究 25 巻 2 号 (2017 年) 98 頁以下。

<sup>52</sup> Demharter, a. a. O., § 83 Rz. 21f.

<sup>53</sup> Keidel, FamFG Kommentar, 19. Aufl., 2017, § 35 Rz. 42f.

<sup>54</sup> 最判昭和 38・2・22 民集 17 巻 1 号 235 頁。

登記簿外で所有権が移転する典型的な例であり、かつ最もその頻度が高い相続事件に関与する遺産裁判所に対して、相続の開始および相続人について、管轄登記所に通知することを義務付けている（GB083条）。

登記簿外での所有権移転による登記の不真正が確定し、かつGB082条の訂正登記強制手続きを実行することができずまたはその成果が期待できないときには、登記所は所有者の登記に限って、職権をもって訂正登記を実行することができる（GB082a条）。その具体例としては、①義務者がドイツ国外に居住している、または②義務者の住所を知ることができない場合や③義務者が無産者であるため、強制金手続きによってもその目的を達することができない場合などが考えられる<sup>57</sup>。

職権による訂正登記であっても、登記のために必要な不真正証明書は、登記の根拠として、登記のその他の要件と同様に充足されなければならない。また職権による訂正登記の枠内において、登記所は遺産裁判所に相続人の探知を囑託することができる（GB082a条）。

また相続証明書を交付しまたは相続人を探知した遺産裁判所も土地が遺産に属していることを知った場合には、管轄登記所に対して相続の開始および相続人について通知しなければならない（GB083条1文）。また遺産裁判所が、遺言または相続契約証書を開披した場合にも同様な通知義務が成立する（GB083条2文）ほか、遺産裁判所はそのような場合さらに、裁判所が相続人の居所を知っているかぎり、相続人に対しても、相続によって所有者の登記が不真正になっていることおよび相続による所有権移転登記についてはKost060条4項により、相続登記申請が相続開始後2年以内に登記所に提出された場合には、登記されている所有者の相続人の登記については無料である旨を指摘して通知しなければならない（GB083条2文）<sup>58</sup>。

#### (4) わが国における職権登記の導入

職権による登記についても、わが国において表示の登記については職権による登記が認められている。そこで、相続人に登記を義務化し過料を課しても登記申請が見込めない場合については、ドイツと同様に職権による登記を認めることを提言する。

なお、「所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法」40条において長期間、相続登記等がされていない土地について、職権で所有権の登記名義人の死亡後長期間にわたり相続登記等がされていない土地である旨を付記登記すること（同条1項）及び、登記官が第1項の探索により当該土地の所有権の登記名義人となり得る者を知ったときは、その者に対し相続登記の申請を勧告すること（同条2項）の制度が導入されることになった。これらの制度は、ドイツで採用されている職権登記の制度を一部採用した制度であると考えられる。

#### (5) 登録免許税の無料化または減免の提言

ドイツにおいては、相続によって所有者の登記が不真正になっておりかつ相続による所有権移転登記については、相続登記申請が相続開始後2年以内に登記所に提出された場合には、登記されている所有者の相続人の登記については無料となる（Kost060条4項）<sup>59</sup>。

わが国においても同様の仕組みが暫定的に導入されているが、この制度を恒久的にすることを提言する。そもそも、登録免許税は、その名の通り税金であるべきなのか、それとも手数料としてと徴収すべきかについては考え方の分かれるところである。この点について、ドイツにおいては手数料として理解されており、我が国の登録免許税と比べ非常にその額は低額になる。例えば、500000ユーロの目的物の価格についての手数料を計算すると、その手数料は807ユーロとなる<sup>60</sup>。登録免許税が高額であることも相続人が登記申請

<sup>57</sup> Demharter, a. a. O., § 83 Rz. 24.

<sup>58</sup> Demharter, a. a. O., § 83 Rz. 24.

<sup>59</sup> 前掲注7) 210頁。

<sup>60</sup> 前掲注7) 418頁～419頁。

に躊躇する要因の一つとなっているように思われるため、手数料としての税額を抑えることも検討してはどうだろうか。

## 5 おわりに

不動産登記制度について、相続登記以外の法律行為による物権変動について成立要件主義を採用すべきか否か及び登記に公信力を認めるか否かについて、理論的には可能であり検討する価値は十分にあるように思われる。別の機会に改めて検討したい。

### 参考条文

\*BGBの条文の訳については、ヴォルフ／ヴェレンホーファー（大場浩之、水津太郎、鳥山泰志、根本尚徳訳）『ドイツ物権法』（成文堂、2016年）、太田武男、佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』（三省堂、1989年）を参照した。

#### BGB 第 894 条（土地登記簿の訂正）

土地を目的とする権利、その権利を目的とする権利又は第892条第1項に掲げる方法による処分制限について、土地登記簿の内容が真の権利状態と合致しないときは、自己の権利につき登記をされていない者、不真正の登記をされている者又は存在しない負担若しくは制限の登記によって侵害を受ける者は、土地登記簿の訂正に利害関係を有する権利者に対して、その訂正に同意することを請求することができる。

#### BGB 第 2353 条（遺産裁判所の管轄、申請）

遺産裁判所は、相続人に対してその相続権及び、相続財産の相続分を引用しなければならない場合、その相続分に関する証明書を申請により付与しなければならない（相続証書）。

#### BGB 第 2365 条（相続証書の真正さの推定）

相続証書に相続人として表示された者に対して、相続証書に示された相続権が属すること及び、この者はここで示された指示以外に何も制限されないことが推定される。

#### BGB 第 2366 条（相続証書の公信力）

相続証書において相続人と表示された者が、相続証書によって、法律行為によって相続財産上の物、その物の上にある権利を取得または相続財産に属する権利からの分離をした場合は、相続証書の内容は、2365条の推定がなされている限り、その者の有利になるよ

うに真正であるとして適用される。但し、その者が不真正を知っているかまたは、不真正を理由に遺産裁判所が相続証書の返還を請求したことを知っている場合はこの限りでない。

#### GB0 第 19 条（承諾の原則）

登記は、その登記によって自己の権利が不利益を受ける者が登記を承諾したときに、行われる。

#### GB0 第 22 条（登記簿の訂正）

(1) 登記簿の誤りが証明された場合には、その登記簿の訂正のために第19条による承諾を要しない。（以下省略）

#### GB0 第 35 条（相続等の証明）

(1) 相続の証明は、相続証明書（Erbschein）によってのみすることができる。ただし、相続が公正証書による死因処分にに基づく場合には、相続証明書の代わりに死因処分証書〔遺言証書または相続契約証書〕およびその死因処分証書の開披についての調書の提出で足りる。登記所は、これらの遺言証書によって相続が証明されないと認めるときは、相続証明書の提出を要求することができる。

(2) 項以下略

#### GB0 第 82 条（申請義務）

登記簿が、登記簿外での権利移転により、所有者の登記に関して不真正になった場合には、登記所は、所有者または土地の管理権限を有する遺言執行者に対し、登記簿の訂正を申請すべき旨および登記簿の訂正のために必要なすべての書類を提出すべき旨の義務を課すべきものとする。ただし、登記所は、正当な理由がある場合には、この措置をとらないことができる。民法上の組合が、所有者として登記されている場合において、組合員の登記が、第47条第2文に基づき、不真正になったとき、第1文および第2文が準用される。

#### GB0 第 82a 条（職権による訂正）

第82条に規定する場合において、訂正の強制の手続きを行うことができないとき、またはその成果の見込みがないときは、登記所は、職権により訂正をすることができる。登記所は、この場合に、遺産裁判所に所有者の相続人の調査を囑託することができる。

#### GB0 第 83 条（遺産裁判所による通知義務）

相続証明書を交付し、または相続人を調査した相続裁判所は、土地が遺産に属することが裁判所に明らかなきときは、管轄登記所に対して相続の開始および相続人を通知すべきものとする。遺言証書または相続契約証書が開披された場合において、土地が遺産に属するこ

とが裁判所に明らかなきは、裁判所は、管轄登記所に対して相続の開始を通知し、かつ相続人として指定された者の居所が裁判所に明らかなき場合に、相続人として指定された者に、相続の開始によって登記簿が不真正になっていることおよび登記簿に訂正につき手数料に関する法律上どのような優遇措置があるかについて、教示すべきものとする。