

動産につき権利を取得した第三者に対し、自己の権利取得を対抗することができないとするのが判例（最判昭和四六・一・二一六民集二五・一・九〇）であるから、AとDは、対抗関係にたつこととなる（西口・前掲・判タ八二二号五三頁）、「第三者に対しては、受遺者と同様、登記なくして対抗しえないと解すべきである（最二小判昭和三九・三・六民集一八・三・四三七、最三小判昭和四六・一・二六・民集二五・一・九〇）」（瀬戸・前掲・金法二二二〇号九頁）。

(13) 松尾・前掲・判タ九〇一号八一頁。

(14) 伊藤・前掲・判評四四一号二〇三頁。

(15) 西口・前掲・判タ八二二号五〇頁。

(16) 山口純夫・本件判批・私法判例リマックス一九九二年（上）九三頁。

〔付記〕本稿は、家族法研究会第五回例会（平成一〇（一九九八）年六月一七日、於福岡家庭裁判所小会議室）における報告に、当日の討論を踏まえて、加筆訂正を施し最小限の注記を付したものである。

ば、証人調べをして、このような事情を解明し、遺言者の「合理的意思」を明らかにすることができるが、形式的審査権しかない、登記官には、そのようなことは望むべくもない。そうだとすると、結局のところ、文言に拘泥せず、すべて「相続させる」趣旨に解釈すべきという方向に進まざるを得ないのであろうか。あるいは、これは、はじめ登記手続きと税制上の便宜を求めて考案されたこのような遺言の記載が、ここまでわが国の法制度を揺さぶるまでに至った、ということなのであろうか。

注

(1) 中川善之助・泉久雄『相続法（新版）』（有斐閣、一九七四年）二二四頁。

(2) 伊藤昌司『相続させる』遺言は遺贈と異なる財産処分であるか」九州大学法政研究五七巻四号（一九九一年）六五三頁以下。

(3) 瀬戸正二『相続させる』との遺言の効力」金融法務事情二二一〇号（一九八九年）七頁。

(4) 水野謙『相続させる』旨の遺言に関する一視点—東京高裁昭和六三年七月二一日判決の検討を兼ねて」法律時報六二巻七号（一九九〇年）八二頁。

(5) とくに、伊藤・前掲。

(6) 西口元『相続させる』遺言の効力をめぐる諸問題」判例タイムズ八二二二号（一九九三年）五一頁。

(7) 西口・前掲・判タ八二二二号四九頁。

(8) 松尾知子・本件批判・判タ九〇一号（一九九六年）八一頁。

(9) 登記研究五二三号（一九九一年）一四〇頁。

(10) 竹中史郎『相続させる』旨の遺言の最高裁判決は遺言執行者の関与を排除したものか」判タ八二三号（一九九三年）三四頁。

(11) 伊藤昌司・本件批判・判例評論四四一号（一九九五年）二〇三頁、二〇四頁。

(12) 『相続させる』遺言を遺産分割方法の指定と解して遺産の一部分割の効果を認める香川判決によれば、遺言の効力発生同時に遺産の一部分割がなされたことになるのであるから、遺産分割後に権利を取得した第三者との関係として処理されることにならう。したがって、遺産分割により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

については、現在の公証実務からして、遺贈の趣旨の遺言書はまずないといえるであろうし、自筆証書遺言についても、遺言者は、相続人に有利になるように遺言しているのであるから、『相続させる』遺言が登記手続等で相続人に有利であるならば、遺言の解釈としては、極力『相続させる』遺言として理解すべきであろう。したがって、『相続させる』遺言のみならず他の表現を使った遺言書の解釈においても、遺贈と解する余地は殆どないように思われる¹⁶⁾。あるいは、平成三年判決において『遺言書の記載からその趣旨が遺贈であることが明らかである場合』、あるいは『遺贈と解すべき特段の事情』というのは、何をさすのであろうか。：通常遺言者に遺贈と遺産分割方法の指定の法律構成の違いについての知識がないという実態を考えると、遺言者が『相続させる』、『譲与する』、『取得させる』と書いたときと、『遺贈する』と書いたときで、前者は、遺産分割方法の指定で、後者は、『遺贈』だと、単純に割り切って考えることができるかは、問題である。そういうことを考えると、解釈論的には、相続人に対する出捐はすべて遺産分割の指定か、あるいは相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定だと解するようにすべきであるし、将来的には立法的解決が必要になると思われる¹⁶⁾。

二、本判決の意義

本判決は、それでは、遺言書の文言にかかわらず、遺産分割方法の指定、相続分の指定の意味に解釈すべきであるという、このような従来からの指摘に従ったものなのか。実は、まだ完全にそこまで踏み込んだものではないように思われる。仮に、公証人が両者の違いを示唆したにもかかわらず、遺言者Aが「遺贈する」を選択した場合には、その遺言書は、なお遺贈と解釈されるべきであろう。しかし、本件では、Aは、弁護士Bに、まず、全財産をXに譲りたい、という意思を伝え、その手続きを依頼した。Bは、これに基き、公証人に公正証書遺言の作成方を依頼した。そして、公証人は、「遺贈する」旨の遺言書を作成した。本件の場合、公証人は、遺言者本人であるAに、「遺贈する」遺言と、「相続させる」遺言の違い、登録免許税の違いなどを説明していない。このような事実関係のもとで、もし、「遺贈する」と「相続させる」の違いを公証人がきちんと示唆したならば、遺言者Aは、相続人に有利な「相続させる」を選んだであろう、というのが、本判決の趣旨であろう。その意味で、いかなる場合でももはや遺言書の文言には関わりない、という趣旨ではないように思われる。

もっとも、このように判示されたことで、登記実務は、問題を抱え込むことになったと言えるであろう。すなわち、裁判所なら

以上の検討に鑑みれば、『遺言者はその所有に属する遺産全部を包括して遺言者の長男X（…）に遺贈する。』旨の本件遺言の内容について、当該遺言に表明されたAの合理的意図は、経験則上、特段の事情がない限り、その文言の違いによって所有権移転登記申請における登記免許税の額に差異が生じるとするならば、その文言如何にかかわりなく、相続人たるXに有利な方法を選択したものと推認することができる。右特段の事情の認められない本件にあっては、本件遺言書は、相続分の指定をしたものと解すべきであり、これに反する現行の登記実務は統一性、合理性を欠き、この解釈の妨げにはならないものといふべきである。

したがって、本件遺言書は、不動産登記法四一条の相続を証する書面に該当するから、同書面の添付がないとして本件申請を却下した被告の本件決定は、不動産登記法四九条に違反する。

【研究】

一、本判決と平成三年判決

本判決は、「遺贈する」という文言があえて用いられている遺言公正証書にもとづいても、「相続させる」遺言と同様に、当該相続人からの登記の単独申請を認めるべきであると述べる。その判決理由は、多岐に渡るが、パラフレーズすれば、本件では、公証人が、法律の素人である遺言者に、「遺贈する」と「相続する」の相違を説明することなく、「遺贈する」との文言の遺言公正証書を作成したこと、だから遺言者がこれを知っていたら、税金の負担の軽い「相続させる」遺言を望んだというのが合理的な意思解釈であること、財産全部の包括遺贈について、それが相続人のうち一部に対してなされた場合は、従来、登記実務は遺贈として扱ってきたが、相続人全員に対してなされた場合には、遺言書の文言に拘泥せず、相続として扱ってきたこと、などが理由である。ところで、前述の平成三年判決は次のように述べる。

「遺言書において特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』趣旨の遺言者の意思が表明されている場合、…当該遺産を当該相続人をして、他の共同相続人と共にではなくして、単独で相続させようとする趣旨のものと解するのが当然の合理的な意思解釈といふべきであり、遺言書の記載から、その趣旨が遺贈であることが明らかであるかまたは遺贈と解すべき特段の事情がない限り、遺贈と解すべきではない」ところが、この判例が、遺贈と解すべき例外が認められるように説示している点に関しては、従来から、果たして実際に、このような例外を認める余地が現実にはあるのかという、次のような指摘があった。たとえば、「公正証書遺言

包括遺贈する旨の遺言をなした場合でも、右の違いについて特に専門家による説明を受ける等しない限り、遺言者としては、せいぜい自己の所有する財産のすべてを一人の相続人に引き継がせるという程度の意思内容にとどまり、その法律的な構成を、遺贈とするか、相続とするかというところにまで、意識が及んでいないのが通常であると解せられる。

「右のとおり、遺言書に『相続させる』旨記載した場合と、『包括遺贈する』旨記載した場合とは、いずれも遺言者の財産全部が受遺者（相続人）の所有となるという効果に違いはないにもかかわらず、これら遺言に基いて所有権移転登記がなされる際に徴収される登録免許税については、前者によれば、不動産の価額の 1000 分の 6 で済むのに対し、後者によれば、 1000 分の 25 と、相続の場合の 4 倍以上の課税がなされるとの不都合な結果となっていた。

しかし、公証人の間で、このような遺言書の形式的な文言の違いのみによって遺言者の利益に大きな影響を与えることの不合理が問題として取り上げられるようになった。そして、昭和五二年の時点では、既に、遺言公正証書の作成にあたっては、公証人が右の税額の違いについて説明し、これによって嘱託人は、皆『相続させる』との文言を選択するようになり、それが公証実務における常識となっていた。

このような事実には照らせば、自己の所有する財産を相続人に引き継がせるという程度の意思内容を有しているにとどまる遺言者が、このような違いを知ったならば、当然、受遺者（相続人）の負担する税額の少ない方を選ぶのが合理的である。

「公正証書の作成を嘱託された公証人が、前記のような当時の公証実務の一般的な取扱いに反して、遺言公正証書に『包括遺贈する』旨記載した場合と『相続させる』旨記載した場合との違いについて説明をしなかったために、遺言者の財産を譲り受ける者に不利益が課せられ、遺言者の合理的意思に反する結果になることは、いかにも不合理であるといわざるを得ない。

さらに、登記実務上の取扱いの上においても、既に、『相続させる』旨の遺言については、その文言のみを重視して、相続財産全部の処分を受ける者が相続人全員である場合と相続人の一人である場合とを問わず、相続を証する書面に該当するとして、その実体法上の法的な性質を無視するような取扱いをしておきながら、他方において、相続財産の全部を『包括的に贈与する』旨の遺言があるときであっても、相続財産の全部の処分を受ける者が相続人全員である場合には、遺言者の意思を尊重して、遺言の趣旨は相続分の指定と同趣旨であるとし、その所有権移転登記の登記原因を相続としているのであり、遺言の文言が『相続』か『遺贈』かという違いのみを右区別の基準とすることを徹底しているわけではない。：

、来相続人以外のものに対してなされることを予定しており、相続人に対する包括遺贈は、相続分の指定と解すべきこと、(3) Aの真意もまた、遺産をすべて長男であるXに相続させることであり、相続分指定と解すべきこと、(4) 登記実務では、相続人全員に対する包括遺贈がされた場合、相続を原因とする登記を認めており、文言に拘泥する意味がないこと、(5) 包括遺贈する旨の遺言書を相続を証する書面として認めても、登記の際の登録免許税が、一〇〇〇分の二五（遺贈）ではなく、一〇〇〇分の六（相続）となり国家財政に多少の影響を与えるが、それより遺言者や登記申請者の意思を尊重すべきこと、などを主張した。

これに対して、Yは、(1) 登記官には形式的審査権しかなく、登記実務は、遺言書に表明された意思の尊重を基本として合理的にその趣旨を解釈しており、被相続人が相続人に対して財産全部を包括遺贈する遺言書があるときは、相続財産全部の処分を受ける者が相続人中の一部の者であるときは、遺贈とし、処分を受ける者が相続人全員であるときは、相続分指定と同趣旨として、相続を原因とする移転登記を認めていること、(2) 本件遺言書では、相続分指定の方法を取らず、「相続させる」旨の記載もなく、包括して遺贈するという文言を用いており、それ以外は、遺言執行者を指定するのみで、遺言書の記載から、包括遺贈以外のものを見る余地がないこと、を主張した。

【判旨】請求容認（控訴）。

「遺言の解釈にあたっては、一般に、文言を形式的に判断するだけではなく、遺言者の真意を探究すべきものであり、…遺言書の全記載との関連、遺言書作成当時の事情及び遺言者の置かれていた状況などを考慮して遺言者の真意を探究し当該条項の趣旨を確定すべきものであり（…）、右の趣旨は、不動産登記申請の際に添付書類として提出された遺言書の解釈にあっても、基本的に妥当するものと考えられる。

…登記官は、登記申請に際して添付書類として提出された遺言書の遺言の内容につき、文言どおり形式的に解釈すれば足りるわけではなく、右限定された審査の資料と経験則を基にして、右遺言解釈の原則どおり、可能な限り遺言者の真意を探究してこれを解釈することが求められるというべきである。

…

…経験則上、遺言をしようとする一般人に、「遺贈と相続についての」右のような違いが認識されているとは到底考えられず、

のような視点から、私としては、「相続させる」遺言についても、遺言執行者の関与を認める見解を支持したい。

また、本件において、Xは終始、本件遺言書が遺贈と解釈されるべきであると主張している。しかし、仮に、これが遺贈であるとしても、XのYに対する損害賠償請求など認められないという次のような指摘もあることを付け加えておきたい。「いま仮に、Xへの遺贈がなされていたとしても、他の共同相続人のほうに遺贈を円満に履行する意思がある場合には、遺言執行者を相手にしないでも、相続人全員を登記義務者とし受遺者を登記権利者とする遺贈の移転登記ができるはずである。遺言執行者は同一の証書で指定されているとは限らないので、登記官は添付されていない遺言書の存在を知ることができず、遺言執行者の関与を要求することはできない。同一証書で指定されていた場合でも、遺言執行者が就職を拒むことがあるので、本来の遺贈義務者である相続人が登記義務を履行する以上は、それを違法とする必要もない。つまり、遺贈を原因とする移転登記にとって、遺言執行者は、必要不可欠な存在ではなく、したがって、遺言の文言が遺贈であれば必ず遺言執行者の登記義務が肯定され、怠れば損害賠償義務が生ずるとはいえない」¹⁴⁾。

判例(二) 仙台地判平成九年八月二八日金判一〇二六号四四頁。

【事実】

Aは、昭和六二年二月一四日、「遺言者はその所有に属する遺産全部を包括して遺言者の長男X(…)に遺贈する」旨の公正証書遺言を行った。その際、Aは、後のXの本件訴訟代理人Bに、自分が死んだら財産は長男にあげたいのでそのような手続きをしてほしいと依頼し、Bは、公証人に遺言公正証書の作成を嘱託したところ、公証人は、登録免許税額の相違や当時の公証実務について示唆することなしに、上記の遺言書を作成したものとされている。その後、平成八年六月四日にAが死亡し、Xは、同年九月二日、この遺言公正証書と戸籍謄本を添付して、相続財産中の不動産につき、相続を原因とするA↓Xの所有権移転を申請したが、登記官Yは、同年九月一二日、相続を証明する書面の添付がないことを理由に、この移転登記申請を却下する決定をした。そこで、XはYを相手方として、この決定の取消しを請求して本訴に及んだ。

Xは、(1)遺言の解釈は遺言書の文言を形式的に判断するだけでなく、遺言者の真意を探究すべきこと、(2)民法は、包括遺贈は本

記の抹消請求の訴えを提起して、これが認容された（登記はまだ抹消されていない）のに対して、今度は、BCDEの側から、Xを相手方として、遺留分放棄が錯誤により無効であるから、改めて遺留分減殺請求をするともに、持分移転登記の請求をしたというものである。東京高等裁判所は、これに対して、Xの被告適格を否定して、この請求はZに対してなされるべきであるとするのだが、その際、次のように述べている。「遺言執行者がある場合の相続財産の管理、処分に関する訴訟においては、訴訟追行権は遺言執行者に帰属し、相続人はこれを失い、遺言執行者のみが当事者適格を有するものと解するのが相当である。…これを本件についてみるに、本件遺言の執行について遺言執行者としてZが選任されていることは前記のとおりであり、同人には、「…本件建物及び本件土地について」Xのために同日相続を原因とするA持分全部移転登記をすべき職務が残っており、現にAの遺産の管理権を有するものと解される。

そうすると、本件訴訟は遺言執行者を被告として提起すべきものであるから、Xを被告として提起されたBらの訴えは、いずれも不適法として却下を免れない」。

遺言執行者Z「には、…本件建物及び本件土地についてXのために同日相続を原因とするA持分全部移転登記をすべき職務が残っており」と判示されている部分と、本判決つまり平成七年判決が、遺言執行者の登記義務を否定している点との関係をどう理解すればよいかは、気になるところである。

付言すれば、この別件では、共同相続人BCDEから、遺言により不動産を「相続させ」られたXに対して、今度は遺留分減殺請求と登記請求がなされている。このような共同相続人間の骨肉の争いが生じるのは、「相続させる」遺言により、いとも簡単に特定不動産を特定相続人に承継させることができ、しかもその相続人が単独申請でいとも簡単に自己の単独名義に登記できることが、他の共同相続人の反感を買うからとは言えないだろうか。そうだとすると、このような簡便な手続きができるから、もはや遺言執行者は不要と解するのではなく、そうであっても、あるいはそうであるからこそ、第三者である遺言執行者が関与して、遺言によりその不動産を「相続させ」られた相続人へ登記名義を移す必要があるとは言えないだろうか。その遺言執行者が「指一方動かしことなしに、関係者全員が自発的に遺言に服する」ような重みをもつ人物であれば、それで関係者を納得させることができるであろうし、そうでなくても、登記をしたのは遺言執行者であるというだけでも、他の共同相続人の憤りを第三者である遺言執行者に向けることができるだろうから、それだけ、本件と別件のようなきょうだい間の骨肉の争いを回避できるように思われる。こ

う権利と義務を有する、といえるであろう。：判決は更に、当該遺産は遺産分割を要せず、当該相続人に直接帰属するというのであるから、遺言執行事務のうち当該財産を取得させるに要する事務は必要ないことになり、それを除いた残りの事務について、遺言執行者は執行する権限をもち義務を負うことになろう。：ただ、登記実務では、いわゆる「相続させる」旨の遺言では、遺言執行者の関与を認めていない。これまで述べてきた理由により、遺言執行者の関与を認めるのが妥当であると思われるが、現行の登記実務の仕組みから、遺言執行者が登記申請に関与できないというのであれば、それはやむを得ない。：遺言執行者の存在を積極的に捉え、登記申請に関与できないから遺言書中で遺言執行者の指定は無効だとするのでなく、登記実務上から登記申請への関与が認められないにせよ、登記以外の管理行為や事実行為などへの関与を認め、遺言執行者が現に社会的に果たしている機能を果たし得るようにするのが妥当と思われる¹⁰⁾。

あるいは、また、同様の観点から、次のようにも説かれる。「遺言執行という概念は、遺言処分の履行義務より広い概念であり、遺言執行者は遺言受益者に対してのみ義務を負う存在ではなく、民法一〇一五条により、相続人全員の代理人として全ての法定相続人との関係で誠実に事務を処理する義務を負うものだからである。それ故にこそ、民法は、その報酬を含めて、一〇二一条により、遺言執行費用は遺言受益者が負担するのではなく相続財産の負担に属することを定めていることに留意すべきである」。「ある人物が遺言執行者であるという重みだけで、指一方動かすことなしに、関係者全員が自発的に遺言に服することもあり、この重みと報酬が見合っていると判断されうる場合もあってよい。いずれにせよ、遺言執行義務を登記義務に矮小化するのは誤りである。本判決の判旨は、むしろそのような矮小化に導きやすい欠点を含んでいる¹¹⁾」。これに対して、本判決は、遺言執行の余地はないとする概念と結びつきやすいような表現を用いていることは、前に指摘した通りである。

また、別の観点から、すなわち、「相続させる」遺言により特定不動産を取得する者も、その旨の登記をするまでは、遺産分割効果説によっても、たとえば、それ以前に共同相続登記がなされ、共同相続人からその登記された持分を譲り受けた第三者、あるいはその持分を差し押さえた第三者に対しては、単独での継承を對抗できないことから、つまり、この場合、対抗問題が生ずることから¹²⁾、遺言執行の必要性を指摘する見解もある¹³⁾。

なお、本件に関連しては、同じ当事者の別件がある。東京高判平成五年五月三一日判タ八五五号二六五頁で確定したこの事件は、次のようなものであった。Yがその後遺言執行者を解任され、新たに遺言執行者に就職したZは、XとBCDEによる共同相続登

三、「相続させる」遺言と遺言執行者・登記

前述の平成三年判決は、「相続させる」遺言が、遺言執行者の関与を排除するものかどうかについて直接に判示するものではなかった。しかし、平成三年判決の示した立場では、前述のように、「相続させる」遺言については、遺言執行者の関与を認めないものと理解する傾向に結びつきやすい。分割方法の指定により、直ちに物権的効力が生ずるものとされたことが、もはや遺言執行を必要とする余地はない、つまり、遺言の発効と同時に、遺言内容が実現されている、との感覚と結びつきやすいからである。同様に、本判決つまり平成七年判決もまた、遺言執行の余地はないとする観念に結びつきやすい表現を用いている。

この点、登記実務ではどうかという点、登記実務は、昭和四七年に既に相続させる旨の遺言により、当該相続人が単独で移転登記をすることを認める一方で、平成三年判決に至るまでは、遺言執行者がいる場合、遺言執行者が当該相続人を代理して、単独での登記申請をする道を排除していたわけではなかったとされる⁸⁾。しかし、平成三年判決を機に、登記実務は、Aに「相続させる」遺言がされた場合、「遺言者の死亡により直ちに当該物件がAに相続により承継されたものと解すべきである（平成三年四月一九日最高裁第二小法廷判決）から、遺言執行者は、Aへの相続を原因とする所有権移転の登記の申請をするについての代理権はないものと考えます」と対応することになった⁹⁾。こういった登記実務からは、「相続させる」遺言において、遺言執行者の関与に対して、消極的な考え方、つまり、遺言の執行行為はもはや不要という観念、さらには、遺言執行者の指定は結局無効ではないか、という考え方も出てくるかもしれない。

このように、所有権移転と、登記手続きだけに着目すれば、もはや「相続させる」遺言については、遺言執行という観念が入り込む余地はないようにみえる。しかし、これに対しては、遺言執行を、遺言内容の履行だけに限定しない立場から、「相続させる」遺言の場合にも、遺言執行者の積極的な役割を認める見解もある。たとえば、次のように言われることがある。「遺言の執行とは、遺言の内容を実現するために必要となる事務のことであり、その事務には、権利を移転し、実現するために必要な事務（目的物の引渡し、目的物の特定、清算、それらに必要な相続財産の管理・処分など）、對抗要件を備えるための事務（登記、銀行預金の名義書換など）、それらの実現が妨害されているときには、それを排除する事務等がある。これらの事務については、遺言の内容によって、それぞれ個々具体的に決まるものであるが、それによってこのような事務がある以上、遺言執行者はその事務を行

題にされるのは、次の諸点である。

①登記

この場合、遺贈と解すれば、法律行為・意思表示による物権変動として、登記手続きとしては、共同申請によらねばならず、また、登録免許税は一〇〇〇分の二五ということになる。しかし、相続と解するとすれば、不動産登記法二七条に該当し、相続人からの単独申請でよく、しかも、登録免許税は一〇〇〇分の六でよい。

②農地法三条関係

農地を「相続させる」遺言がされたとして、それが遺贈ならば、農業委員会・都道府県知事の許可が必要である。しかし、相続ならば、許可は不要である。

③貸借関係（民法六一二条）

同様に、賃借権が「相続させる」遺言の対象である場合、遺贈ならば、賃借権移転につき賃貸人の承諾が必要とされるが、相続ならば不要である。

④受遺者・相続人が遺言が効力を発生する前に死亡した場合

この場合、論理的には、遺贈と解すると、受遺者が先に死亡した場合、遺贈は、結局、効力を生じない（民法九九四条）。これに対して、相続であるという立場を一貫させれば、代襲相続（民法八八七条）ということになり、当該不動産は、「相続させる」遺言で指定された特定の相続人の子が継承することになる。もっとも、必ずしもこのように一貫させられてはいない点に注意しなければならぬ。たとえば、平成三年判決を支持する論者でも、指定された特定相続人が先に死亡した場合、遺産分割方法の指定は効力を生ぜず、当該不動産は、共同相続人による通常の遺産分割手続きの対象とするものもある。⁶⁾

⑤遺言執行

遺言執行については、遺贈説によれば、遺言執行が必要とされるのに対して、相続であるという立場では、前述のように、当該の特定不動産は、遺言者の死亡により直ちに当該の特定相続人の所有となり、しかもその者が単独で登記手続きをなしうるのであるから、遺言執行の余地はないと解される傾向になる。たとえば、「遺贈の場合は、遺言執行者は、移転登記等の執行行為が必要となるのに対し、相続の場合は、そのような遺言の執行行為は不要である」とされる。⁷⁾

かつては、それは遺産分割方法の指定であり、あらためて遺産分割手続が必要であると解する、遺産分割方法指定説が通説であったと言われる。遺言事項の法定主義との関連でいえば、遺贈説は、民法九六四条の「処分」とは遺贈のことにほかならず、「相続させる」遺言は、遺贈でしかありえないとする。^②これに対して、遺産分割処分説は、民法九六四条の定める「処分」とは、必ずしも遺贈に限定されず、「相続させる」遺言は、同条による処分の一種であるとする。^③また、遺産分割効果説によれば、「相続させる」遺言は、民法九〇八条による分割方法の指定であり、この場合、分割方法の指定そのものに遺産分割の効果認められるのであり、さらに、これにより法定相続分の変動がもたらされる場合には、それは同時に九〇二条の相続分指定を伴うものとされる。^④

この問題に関して、最（二小）判平成三年四月一九日民集四五卷四号四七七頁は、次のように判示して、前述の遺産分割効果説をとることを宣明した。「…『相続させる』趣旨の遺言、すなわち、特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させようとする遺言は、前記の各般の事情を配慮しての被相続人の意思として当然あり得る合理的な遺産の分割の方法を定めるものであって、民法九〇八条において被相続人が遺言で遺産の分割方法を定めることができるとしているのも、遺産の分割の方法として、このような特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させることをも遺言で定めることを可能にするために外ならない。したがって、右の『相続させる』趣旨の遺言は、正に同条にいう遺産の分割の方法を定めた遺言であり、…当該遺言において相続による承継を当該相続人の意思表示にかからせたなどの特段の事情のない限り、何らの行為を要せずして、被相続人の死亡の時（遺言の効力の生じた時）に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継されるものと解すべきである」。遺産分割方法の指定であるというこの立場では、遺産分割には相続開始時まで遡る遡及効があるから（民法九八九条）、結局、相続開始時から、その不動産は、当該相続人に帰属していたものとされる。これに対しては、後述のような税制上あるいは登記手続上の便宜のために考案された「相続させる」旨の遺言を民法の相続制度の中に整合的に組み入れることの困難さを指摘し、その法的性質をあくまでも遺贈と解する立場がなお主張されている。^⑤

二、遺贈と相続の違い

それでは、「相続させる」遺言を遺贈と解するか、相続と解するかで、實際上、どのような違いが生ずるのであろうか。よく問

たがって、仮に遺言執行者が存在する場合に相続人が登記申請を有効になしうるとしても、やはり、遺言執行者に登記手続義務を免除する理由にはならないのである。：『相続させる』との遺言の実体は、遺贈である。したがって、本件においても、相続登記はXとYの共同申請で行わなければならない。しかるに、Yは、この登記手続を怠り、そのためにXに多大な損害を蒙らしたことは明らかであるから、その損害は賠償されなければならない。：すべての遺産をすべての相続人に分配していれば、その遺言書は『相続させる』と記載されていても、それは相続分の指定を伴う分割方法の指定と解する余地はあるが、特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』と記載してある場合には、本来の遺言者の意思に従い、遺贈と解すべきである」。

【判旨】 上告棄却

「本件遺言は、本件各不動産を相続人であるXに相続させる旨の遺言であり、本件遺言により、XはAの死亡の時に相続により本件各不動産に所有権を取得したものである（最判平成三・四・一九民集四五・四・四七七引用）。そして、特定の不動産を特定の相続人甲に相続させる旨の遺言により、甲が被相続人の死亡とともに相続により当該不動産の所有権を取得した場合には、甲が単独でその旨の所有権移転登記手続をすることができ、遺言執行者は、遺言の執行として右の登記手続をする義務を負うものではない」。

【研究】

一、「相続させる」遺言について

本判決は、特定の不動産を特定の相続人に「相続させる」遺言について、当該相続人が単独で自己への所有権移転登記を申請できるから、遺言執行者には登記義務はないと判示して、「相続させる」遺言書の場合、遺言執行者が登記に関与する余地について、消極的な立場を示す。

ところで、被相続人が特定の相続人に特定の不動産を「相続させる」旨、遺言公正証書を作成するのは、昭和四〇年代ころからの公証実務と言われる。その法的性質が遺贈か、あるいは相続なのか、については、これを遺産分割方法の指定と解する平成三年の最高判決にもかかわらず、現在もなお見解の対立があると言ってよい。

第一審（横浜地方裁判所平成二・一〇・二三）は、次のように述べて、遺言執行者の移転登記手續義務を否定し、したがって、この義務の懈怠を理由とする本訴請求を棄却した。「被相続人が、遺言で、遺産に属する特定の財産を相続人の一人に相続させるとの意思表示をした場合は、それは、遺贈の趣旨ではなく、相続分の指定あるいは遺産分割の方法の指定と解するのが相当であり、本件でAがした遺言は、相続人たるXに本件各不動産を相続させるというものであるから、これを遺贈とみることはできない。

そして、不動産の場合においては、遺言執行者に就任した者は受贈者に対する所有権移転手續義務を負うが、相続分の指定あるいは遺産分割の方法の指定の場合においては、被相続人から特定不動産を取得した相続人に対する所有権移転の登記は、不動産登記法二七条の相続による登記によりなされるものであって、特定不動産取得者である相続人の単独申請によりなされるものであるから、遺言執行者は右相続人に対する所有権移転登記手續義務を負わないというべきである」。

Xは控訴して、「仮にYの主張するように、『甲に相続させる』との遺言により甲が単独で相続による所有権移転登記を申請することが登記実務上認められているとしても、それは、遺言執行者が選任されていない場合のことであり、遺言執行者が選任されている場合には、遺言執行者が右登記申請手續を行うべきである（民法一〇一三条）」と主張した。これに対し、控訴審（東京高等裁判所平成三・三・二八）は、次のように述べて、控訴を棄却した。「甲が右遺言によってA不動産につき自己のための所有権移転登記をするには、当該遺言公正証書を相続証明書（不動産登記法四一条）として添付し、甲単独で相続による所有権移転登記の申請（同法二七条）をすれば足りるのであり、これによって目的を達することができる。遺言執行者が選任されている場合でも、遺言執行者と共同で申請する必要がないことは勿論であるし、また、遺言執行者でなければ登記申請ができないとすべき理由もない（甲において右登記申請をすることが遺言執行者との関係で民法一〇一三条により制限されるとは解されない）。…もとより、YがXの代理人として右登記申請手續を行うことは可能であるが、それは遺言の執行とは別個の問題であり、遺言執行者の職務として右代理申請をなすべき義務までを当然に負うものとは解されない」。

X上告。上告理由書では次のように述べた。「Xが仮に右のような自己名義への登記申請をして、それが受理されたとしても、それは登記手續上そのような扱いがなされているというにすぎない。…このことは、…登記官には形式的審査権しか認められていないことに由来する。なぜなら、…登記官としては、遺言執行者が存在するかどうか調査することもできず、そのまま受理せざるをえない。…要するに、相続に関する一定の行為が遺言執行者とそれ以外の者の双方に帰属する場合も否定しえないのであり、し

「相続させる」遺言と登記手続きについて

赤松 秀 岳

最（二小）判平成三年四月一九日民集四五卷四号四七七頁をピークに論議されてきた、いわゆる「相続させる」遺言をめぐる、本稿では、とくに登記手続きとの関連に着目する視点から、平成七年と九年の二つの判決を取り上げ、浮かび上がってくる論点について検討してみたいと思う。

判例（一）最（三小）判平成七・一・二四判夕八七四・一三〇、判時一五二三・八一、金判九六九・一八。

【事実】

Aには、XほかBCDE計五名の子がいる。Aは、昭和五八年二月二〇日、本件不動産をXに「相続させる」公正証書遺言をし、この遺言には、Yを遺言執行者とする旨、記載されていた。Aは昭和六二年五月一六日に死亡。同年九月一日には、本件不動産につき、XBCDEを法定相続分に応じた共有持分権者とする共有登記がなされた。

Xは、Yが遺言執行者として、直ちに本件不動産につき、Xへの移転登記をすべきであるのにこれを怠ったので、Xは、共有登記を単独登記に更正する仮登記処分のため、さらには、Bから申し立てられた遺産分割調停に応じるため弁護士を委任せざるをえなかったとして、弁護士に対して支払った手数料五〇〇万円、および、Yの職務懈怠により精神的苦痛を被ったとして、慰謝料五〇〇万円の計一〇〇〇万円を損害賠償としてYに請求して、本訴に及んだ。