

「相続させる」旨の遺言をめぐる法的諸問題

[最終講義（公開授業）]

緒 方 直 人

一 はじめに

今日の授業は、私の最終講義ということになります。最終講義というものはセレモニー的な意味合いを持ち、長きに渡った自分の研究史を振り返りながら研究のエッセンスを披瀝するというようなことが多いのですが、ロースクールにあって、そのようなセレモニーにロースクール生を付き合わせて、貴重な学修時間を浪費することは許されないのではないかと考えました。司法制度改革の理念に基づき、研究者教員と実務家教員から構成される法科大学院の教育理念からすれば、研究者教員がそのような最終講義を行ったとしても、それが設置の理念と矛盾するとは思いませんが、やはり理念と現実はずいぶん一致するものではありません。そこで、過酷な現実に苛まされているロースクール生の現状を踏まえて、本日は民法問題演習Cの第15講を公開授業とし、最終講義にかえたいと思います。本講義は選択科目ですが、受講生は、Aさん、Bさん、Cさん、Dさん、そしてEさんの5名です。Eさんが風邪で欠席ですから、4名の受講生を相手にやりとりしていこうと思います。公開授業ですから、専門外の方々、さらに一般社会人の方のお顔も見えるようです。一般社会人のみなさまには、定員15名のミニ・ロースクールが文字通りフェース・ツー・フェースの授業を実施している姿と法科大学院の授業がいかなるものかを見ていただくという意味で、授業を公開する意義があらうかと思う次第です。

テーマは、『「相続させる」旨の遺言をめぐる法的諸問題』としました。「相続させる」旨の遺言という用語には、いささか奇異感が伴います。通常、一般社会人には「遺贈」とか、「相続分の指定」といった、民法が規定する専門的な遺産の死後処分に関する知識がない場合が多いので、自筆証書遺言を行う場合に、「甲不動産は、長男Aに相続させます。」というような表現をとることがありました。そこで民法学上は、古くからこのような遺言をいかに解釈するかをめぐる議論がなされてきました。さらにある時期から、とくに公証人の実

務のなかで、意図的に遺贈等の用語を避けて、「相続させる」という表現をとることが多く見られるようになり、これを巡って多くの判例が形成されることになりました。本日は、この判例法理を取り上げます。内容的には通常の授業より詰め込みすぎの感がありますし、授業の終わりに私見をまとめ、それを通して実務法曹（弁護士）が判例に対してどのようなアプローチをすべきかについて、私なりの期待を述べますが、この点、最終授業を兼ねているということからご海容賜りたいと存じます。

「設例と設問」はプロジェクトにより、スクリーンに映し出されていますので、ご覧ください。

二 設例と設問

次の各設例を読んで、各設問に答えなさい。設例は判例の事実関係を素材として作成したものである。

【設例 1】

- 1 2000年4月3日、Aが死亡して相続が開始した。Y1はAの妻、Y2はAの長女、X1はAの次女、X2はAの長男で、いずれもAの相続人である。X3はX1の夫である。
- 2 Aは、土地甲、乙、丙及び丁をを所有していたが、(1) 1997年2月11日付け自筆証書により、土地甲、乙、について「X1に相続させる」、(2) 1998年7月1日付け自筆証書により土地丙について「X3に譲る」との遺言を、(3) 同日付け自筆証書により土地丁について「X2に相続させる」旨の遺言をそれぞれした。

上記各遺言書は、昭和2000年6月23日〇〇家庭裁判所において検認を受けた。

【問 1】 Xらは、遺言により各土地の権利を取得したとして、所有権の移転登記手続の申請をなするか。

【問 2】 Y1とY2が遺留分を侵害される場合、誰に対して、いかなる法的手段をとりうるか。

自筆証書遺言

- (1) 1997年2月11日付け：土地甲及び乙を「X1に相続させる」
- (2) 1998年7月1日付け：土地丙を「X3に譲る」
- (3) 1997年7月1日付け：土地丁を「X2に相続させる」

【設例2】 設例1の事実関係を前提として、さらに次のような動きがあった。Y1は、相続開始前に知人Bから金2,000万円を借りていた。Xらが土地甲ないし丁について所有権の移転登記手続を経由しないうちに、Bが2000年8月15日、上記Y1に対する債権2,000万円を被保全債権として、土地甲について仮差押え命令を得て、その執行としてY1に代位して、法定相続分に応じた共同相続登記を経由した上で、Y1の持分に対する仮差押え登記がなされ、競売開始決定に基づき土地甲のY1の持ち分の差押え登記がなされた。

X1は、上記遺言により土地甲の所有権を取得したと主張し、仮差押えの執行及び強制執行の排除を求めて第三者異議の訴訟を提起した。

【問3】 X1の請求は認容されるか。

【設例3】 上記設例2の事実関係に加えて、1997年2月11日付け自筆証書（上記(1)遺言）及び1998年7月1日付け自筆証書（上記(3)遺言）には、遺言執行者を指定する条項があり、Cが遺言執行者に指定されていた。

【問4】 Cは、遺言執行者として、X1、X2への所有権移転登記手続を求めうるか。

【設例4】 設例1の事実関係を前提として、さらに次のような動きがあった。X2は、1998年7月1日付けAの自筆証書により、土地丁について「相続させる」旨の遺言がなされた後、2000年1月3日に死亡した。X2には、その妻が妊娠中であったため、その死後に生まれた子Dがいる（同年4月1日出生）。

〔問5〕 Aの死亡後、Dが1998年7月1日付け自筆証書により土地丁の所有権を取得したと主張することは許されるか。

三 設例1についての検討

(1) 「相続させる」旨の遺言の法的性質

まず、「相続させる」旨の遺言を民法上いかなる性質を持つものとして捉えるかが問題となります。

Aさん、「相続させる」旨の遺言に関して、平成3年4月19日最高裁第二小法廷判決（香川判決と通称される）に至るまでの判例と学説の流れを概略で結構ですから説明してもらえませんか。

(A) 香川判決まで、下級審判例においても学説においても、「相続させる」旨の遺言を「遺贈」と捉える見解が根強く存在していたと思います。これに対し、平成3年の香川判決の原審は、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言がなされた場合の遺言の趣旨は、「遺産分割の方法を指定したもの」と解しました。平成3年香川判決も、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言がなされた場合、遺言者の意思は、当該遺産を他の相続人と共にではなく、当該相続人に単独で相続させようとする趣旨のものと解すべきであり、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又は遺贈と解すべき特段の事情が無い限り、遺贈と解すべきではないと判示しました。

ありがとうございます。それでは、原審と香川判決との間に違いはないのですか。

(A) いえ、原審は、相続による遺産の帰属が確定するのは、相続人が相続の承認・放棄の自由を持つことから、受益相続人が当該遺言の趣旨を受け入れる意思を他の共同相続人に明確に表明した時点であるとしたましたが、香川判決は、それとは異なり、当該遺言による相続による承継を当該相続人の受諾の意思表示にかからせたなどの特段の事情が無い限り、何らの行為も要せずして、被相続人の死亡の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と解しています。

はい分かりました。それでは、Bさん、平成3年最高裁判例の法理で、自筆証書遺言(1)(2)(3)の法的性質を説明してください。

(B) はい、(2)の「土地丙を『X3に譲る』」という遺言の趣旨は、X3が相続人ではないので遺贈と解すべきことになりますが、(1)の「土地甲及び乙を『X1に相続させる』」と(3)の「土地丁を『X2に相続させる』」の二つの遺言は、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言で、遺言者の意思の合理的解釈から、当該遺産を他の共同相続人と共にではなく、当該相続人に単独で相続させようとする趣旨のものと解されますから、「遺産分割の方法を指定したもの」と解することになると思います。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又は遺贈と解すべき特段の事情があるかは、設例からは明らかではありません。

権利の移転はどうなるのですか。

(B) 遺言の効力が発生する時点、すなわち相続開始時に直ちに受益相続人に権利が帰属することになります。

そうですね。従来「相続させる旨」の遺言を「遺産分割方法の指定」と解した場合、下級審では当該遺産の権利は遺産分割を経て受益相続人に帰属すると解する立場がありましたが、平成3年判決は、遺産分割手続を要せずして、相続開始と同時に直ちに権利が受益相続人に帰属するとしています。このような遺言がなされた場合、他の共同相続人もこの遺言に拘束され、これと異なる遺産分割の協議、さらには審判もなし得ないことも理由の一つとして挙げています。移転登記申請の登記実務ではすでに、「相続させる」旨の遺言があったときは、遺産分割協議が無くても、相続を原因とする所有権移転登記の申請を受け付けてきたのですが(昭和47・4・17民甲1442号民事局長通達)、これと実務上の調和を図ったことになります。

それでは、Cさん、「相続させる」旨の遺言を「遺産分割方法の指定」と解した場合、その根拠規定は民法何条ですか。

(C) 民法の908条です。

それでは、民法908条が、この場合の根拠規定だとして、それによって割り当てられた財産の価額が「法定相続分」を越える場合、どのように考えたら良いのでしょうか。同じくCさん。

(C) 908条には相続分に関することは書かれていませんから、902条の相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定ということになると思います。

分かりました。相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定と解する訳ですね。Dさん、遺産分割方法の指定という場合、具体的にどのような分割方法がありますか。

(D) 現物分割、代償分割、換価分割それに共有とする分割が考えられます。

そうですね。相続開始後に遺産をどう分けるかが深刻な紛争となることが多いのです。被相続人がそれを回避したいと願う場合、遺言で定めることを許したのが、908条ということになります。たとえば、自営業の場合、営業用財産を分割することは困難だし、営業の継承を巡り、兄弟間で紛争が生じるのも面白くないから、長男を跡継ぎと考えて、長男に営業用財産を一括して分割する代わりに、次男に代償金を払うようにという遺言の趣旨は、代償分割を指定した遺産分割方法の指定ということになります。

平成3年判決は、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言は遺贈ではないと述べていますので、受講生の皆さんには少々抵抗感があるかもしれませんが、ここはちょっと目をつぶって、自筆証書遺言(1)及び(3)も、(2)と同様に遺贈であると解した場合、その法律効果においてどのような違いが生じるのでしょうか。Aさん。

(A) 特定遺贈と解した場合、遺贈には物権的効力がありますから、遺言の効力が発生するや直ちに当該不動産の所有権が受遺者に移転するという点では、「相続させる」旨の遺言と相違はありません。しかし、登記について言えば、遺贈の場合は、遺贈の履行義務が相続人に残りますから、登記は受遺者とその他の共同相続人が共同申請することになります。

そうですね。民法987条、991条、993条、997条、998条、1000条に遺贈義務者が登場しますが、これは、遺贈義務者の遺贈の履行義務を前提にした規定です。Aさんが答えてくれたように、遺贈を原因とする所有権移転登記が共同申請とされるのも、相続人（遺贈義務者）の履行義務が前提となっているのです。これに対し、「相続させる」旨の遺言の場合、履行義務が想定されないので、単独申請が可能と解釈されたわけです。Dさん、設問1はどうなりますか。

(D) X1とX2の所有権移転登記手続は認められます。

そうですね。この点では、共同申請となる遺贈より受益相続人にとって簡便だという意味で有利だということになります。

遺贈の場合は、登録免許税が相続の場合と異なっていたんですね。Bさん、今はどうですか。

(B) 今は同じになったと記憶しているのですが。

そうですね。登録免許税は、かつては遺贈は税率が課税標準額の1000分の25、相続の場合は1000分の6で、遺贈の方が4倍も高かったんですね。公証人の先生方が「相続させる」旨の遺言は遺贈ではない、相続だと頑張った大きな理由はそこにありました。しかし、考えてみれば、相続人に対する遺贈と相続人でない第三者に対する遺贈とを同列に置くことが問題だったのであって、これは理論的問題とは無関係の付随的問題だったと思われまます。実務家として、クライアントの利益を追求する姿勢は評価されなければなりません、むしろ

相続人に対する遺贈の登録免許税の引き下げに努力すべきだったのではないのでしょうか。Bさんも述べたように、2003年4月1日から税率が低減され、相続人であれば遺贈も相続もその登録免許税は同率となりましたので、遺贈ではなく相続だとする、この面でのメリットは消滅しました。

(2) 遺留分減殺請求

設問2は、Y1とY2が遺留分を侵害される場合、誰に対して、いかなる法的手段をとりうるかというものです。Bさんが答えてくれた様に、遺言書(2)の土地丙のX3への所有権移転は「遺贈」以外ありません。X3への遺贈によってYらが遺留分侵害されている場合、いかなる請求をなしうるのですか。根拠規定は？ Dさん、どうですか。

(D) 遺留分減殺請求が可能となります。根拠条文は1031条です。

そうです。遺留分減殺請求権ですね。仮に贈与があったとすれば、遺贈と贈与の関係はどうなりますか。

(D) 1033条により、遺贈は贈与に先だって減殺されることとなります。

そうですね。遺贈の減殺については、明文があります。死因贈与、贈与、遺贈の減殺順序については明文は在りませんが、高裁判例が、1033条及び1035条の趣旨にかんがみ、死因贈与は通常の贈与よりも遺贈に近い贈与として、遺贈に次いで生前贈与よりも先に減殺の対象となると判示しています(東京高判平成12・3・8判時1753・57)。

それでは、Cさん、遺言書(1)(3)の「相続させる」旨の遺言の場合はどうなりますか。

(C) 相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定が遺留分を侵害する場合は、遺留分減殺請求の対象となります。

なるほど、遺留分減殺請求権を行使することができると思える訳ですね。しかし民法1031条には、遺贈と贈与しか規定されていません。

遺贈ではないとしながら、遺贈に準じて遺留分減殺請求ができるというのですね。平成3年判例は、「他の相続人の遺留分減殺請求権の行使を妨げるものではない。」とさりりとこれを肯定しています。最高裁判所の裁判官は大人ですから、細かいところには拘らない。私は小人タイジンですから、細かいところが気になります。なぜ、1031条を適用或いは類推適用できるのですか。908条には遺留分に関する文言はありませんが、遺言による相続分の指定を規定する902条は、1項ただし書きで「被相続人又は第三者は、遺留分に関する規定に違反することができない。」と規定しています。1031条には「相続分の指定」が含まれていない。これをどのように考えたらいいのでしょうか。民法Eの授業でも扱ったのですが。Cさん、どうですか。

(C) すみません。忘れました。

残念。忘却とは忘れ去ることなりとは昔のドラマのナレーションです。ただこの後に、忘れ得ずして忘却を誓う心の悲しさよと続くのですが・・・あっ、失礼。時間の浪費でした。遺留分に反する相続分指定の効力については、明文の規定がないとして学説は別れています。しかし、1031条には規定がないのですが、902条1項ただし書きがありますから、この規定の解釈が問題となるはずです。旧法下では、遺留分を侵害する指定全体が当然に無効とする当然無効説がありました。今日の有力説として、伊藤昌司先生の学説があります。遺留分を侵害する部分が無効とされるとする一部無効説です。これに対し、Cさんが紹介した、減殺可能説があります。これが通説とされ、中川善之助先生が提唱しておられます。中川善之助・泉久雄『相続法』（4版、有斐閣）254～255頁によると、「遺留分を侵害する相続分の指定は、不適法ではあるが、当然に無効とされるわけではない。それはすべての遺留分侵害行為が当然無効とされず、侵害を受けた遺留分権者の減殺に服せしむるに止めてあることの結果である」と述べておられます。902条ただし書きの「遺留分に関する規定に違反することができない」から「不適法」という結論を引き出し、1031条が遺

留分侵害を「無効」ではなく、「減殺の対象」としていることから、遺留分を侵害する相続分の指定も当然に減殺の対象となるというわけです。しかし1031条は遺贈と贈与の規定ですから、この解釈論の流れにはやはり疑問符が付いてしまうのではないのでしょうか。今の時点で、みなさんは通説・判例をむやみに否定する必要はありません。ただ、902条1項ただし書きと1031条の条文を突き合わせて厳格に解釈すればどうなるか、みなさんが実務法曹になったときに、ぜひ分析してほしいところです。みなさんには最高裁判例を創ったと言われるような実務家になってほしいと祈ります。

それでは、減殺の順序はどうなりますか、Bさん。

(B) 贈与と同列じゃないかと思います。

そうですか、遺贈と贈与が減殺の対象となるとき、なぜ遺贈が先に減殺されるのですか。Aさん。

(A) 遺贈の対象となる財産は遺産の中にあるからです。そういう意味で、「相続させる」旨の遺言の場合は、遺贈に近いので、遺贈と贈与の間かなどと思います。

実は、この問題に関しては、最高裁判例はまだ無いのですが、先ほど引用した東京高判平成12・3・8(判時1753・57)が遺贈と同様に解するのが相当としました。だから、遺贈と「相続させる」旨の遺言が同列で減殺され、次いで死因贈与が減殺の対象となり、生前贈与が最後となります。遺贈ではないはずの「相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定」という性質をもつ「相続させる」旨の遺言が、ここでは「遺贈」に接近することになります。

四 設例2についての検討：「相続させる」旨の遺言と対抗問題

それでは、設例2に移ります。被相続人Aの妻Y1は相続開始前に知人Bから金2,000万円を借りていたわけですね。X1が土地甲について所有権の移転登記手続を経由しないうちに、Bが2000年8月15日、上記Y1に対する債権2,000

万円を被保全債権として、土地甲について仮差押え命令を得て、その執行としてY 1に代位して、法定相続分に応じた共同相続登記を経由した上で、Y 1の持分に対する仮差押え登記がなされ、競売開始決定に基づき土地甲のY 1の持ち分の差押え登記がなされました。X 1は、本件遺言により土地甲の所有権を取得したと主張し、仮差押えの執行及び強制執行の排除を求めて第三者異議の訴訟を提起しましたが、Cさん、設問3のX 1の請求は認容されますか。

(C) X 1の主張は認められると思います。判例は、「相続させる」旨の遺言による当該不動産の権利は、被相続人の死亡の時に直ちに受益相続人に相続により承継され、この場合の不動産の権利の移転は、法定相続分又は指定相続分の場合と異ならないので、登記なくしてその権利の取得を第三者に対抗できるとしています。

そうですね。最（二小）判平成14・6・10（家月55・1・77,判時1102・158）が判示しているところですね。それではなぜ、法定相続分は登記なくして第三者に対抗できるのですか。たとえば、甲不動産の相続人がAとB二人いたのに（相続分は平等）、Bが甲不動産に単独所有権登記をなし、Cにこれを譲渡してCが単独所有権移転登記を受けた場合を想定して、なぜAは登記なくして自己の持分をCに対抗できるのですか。

(C) Bの登記はAの持分に関するかぎり無権利の登記だからだと思います。

相続分の指定についても、同様に考えるわけですね。それではBさん、遺贈の場合はどうなるのでしょうか。

(B) 遺贈については、判例は、遺贈が意思表示による物権変動であることは贈与の場合と同様であることを根拠に、登記が必要だと解していると思います。

「相続させる」旨の遺言の場合も、遺贈の扱いではなく、指定相続分の扱いと同様としたわけですね。遺贈と解した場合と遺産分割方法の指定と解した場

合では、ここでは大きな差が出ることになりますね。ただ、相続分を越える登記は、越える部分につき無権利の登記だといっても、遺産分割で実際に問題となるのは具体的相続分であり、法定相続分ではないので、このように単純に言えるものか、疑問の余地があるのですが、この点については、判例は具体的相続分は実体法上の権利関係ではないと言っていますので（最判平成12・2・24）、判例法理としては矛盾しないのでしょうか。

五 設例三（遺言執行者の職務権限）の検討

次に設例三の検討に入ります。自筆証書遺言（1）と（3）には、遺言執行者を指定する条項があり、Cが遺言執行者に指定されていたのですね。Cが、X1、X2への所有権移転登記手続を求めうるかという問題です。Aさん、論点は何ですか。

（A）所有権登記手続が遺言執行者の職務権限の範囲に含まれるかということだと思います。

そうですね。遺言執行者が登記手続に職務権限として関与できるかが問題です。平成7年（最（三小）判平成7・1・24,判時1523・81）と平成11年（最（一小）判平成11・12・16,判時1702・61）に二つの最高裁判例が出ています。平成7年判決は、「相続させる」旨の遺言の場合、遺言執行者は遺言の執行として所有権移転の登記手続をする義務を負うものではないとして、職務権限外としました。Aさん、なぜ職務権限外となるのでしょうか。

（A）「相続させる」旨の遺言の場合、当該不動産の権利は被相続人の死亡と同時に相続により受益相続人に移転しており、受益相続人が単独で所有権移転手続をすることができます。そうであれば、遺言執行者は、受益相続人の代理人ではなく、相続人の代理人であるとみなされますから（民法1015条）、そのような遺言執行者には、もはや遺言執行者としてなすべき義務は残っていないからです。

平成7年の判旨はそうですね。遺言執行者は相続人の代理人であって受益相

続人の代理人ではないという指摘は、伊藤昌司先生や実務家である内田恒久先生がつとに強調されていることですが、これは大変重要な指摘だと思います。この場合の遺言執行者が受益相続人の代理人であれば、受益相続人のために受領行為を代行する形で移転登記手続に関与することは肯定されるかもしれませんね。公証人の先生方には、遺言執行者は受益相続人の代理人という意識をお持ちの方も居られるようで、この判例へは公証人からの批判がありました。ただ、本判例は遺言執行者が登記手続をしなかったため弁護士費用等の損害を被ったとして、受益相続人が損害賠償を求めた事案ですから、先例性としては限界があるかもしれません。それでは、平成11年判決はどのように判示していますか。

(A)「相続させる」旨の遺言が即時の権利移転効力を有するからといって、当該遺言の内容を具体的に実現するための執行行為が当然に不要となるというものではないと述べています。

そうですね。執行行為が当然に不要となるものではないという説示の意味は何ですか。平成7年判例と平成11年判例に何等かの違いがありますか。

(A)「相続させる」旨の遺言においても、当該不動産の所有権移転登記を取得させることは民法1012条1項にいう「遺言の執行に必要な行為」にあたり、遺言執行者の職務権限に属するけれども、平成7年判決の事実関係のように当該不動産が被相続人名義である限りは、不動産登記法上単独申請が可能だから遺言執行者の職務は顕在化せず、遺言執行者は登記手続をすべき権利も義務も有しないと述べています。

それでは、ちょっと飛びますが、もし自筆証書遺言(2)に遺言執行者指定の条項があったとして考えた場合、X3への移転登記は遺言執行者の職務権限ですか。

(A) X3への土地丙の譲渡は遺贈ですから、相続人に遺贈の履行義務が残り、

X 3 への所有権移転登記手続は遺言執行者の職務権限の範囲内です。

それでは戻って、X 1 への移転登記手続は遺言執行者の職務権限ですか。

(A) 平成11年判決は、受益相続人への所有権移転登記がされる前に、他の相続人が当該不動産に自己名義の所有権移転登記を経由したため、遺言の実現が妨害される状態が出現したような場合には、遺言執行者は遺言執行の一環として、その妨害を排除するためそのような所有権移転登記の抹消登記手続を求めることができると述べています。さらに受益相続人への所有権移転登記手続を求めることもできると述べていますから、X 1 への移転登記手続は遺言執行者の職務権限の範囲内だと思います。

そうですね。かつては「相続させる」旨の遺言の場合も、実務上、遺言執行者は受益相続人に代わって相続登記の申請をすることができるとされ、他方受益相続人も相続登記の申請ができるとされていたようです。しかし平成3年香川判決後は、実務上遺言執行者に相続登記を申請する代理権はないとされ、登記手続から排除されたという流れがありました。直接X 1 への移転登記手続を肯定すれば、この実務の流れからも、また平成7年判例法理からも問題が生じる可能性があります。遺言執行行為の一環として、その妨害排除としての所有権移転登記抹消登記手続を肯定する延長線上で、X 1 への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めることもできるというわけです。

「相続させる」旨の遺言は遺贈ではないとすることの受益相続人側から見た実務的メリットは、遺贈の場合の所有権移転登記の共同申請を回避し、受益相続人の単独申請を可能とするところにありました。ところが遺言執行者の問題が絡むと、遺贈であれば簡単に処理できる問題が、「相続させる」旨の遺言の場合きわめて複雑なことになってしまいました。

六 設例4：「相続させる」旨の遺言と代襲相続

設例4では、X 2 が、自筆証書遺言(3)がなされた後、相続開始前の2000年1月3日に死亡しています。X 2 には、その妻が妊娠中であったため、その

死後に生まれた子D（同年4月1日出生）がいる場合に、「相続させる」旨の遺言の効力はどうなるかという問題ですね。Bさん、最高裁の最新判例（最（三小）判平成23・2・22,判時2108・52）がありますね。受益相続人が遺言者の死亡以前に死亡した場合に、判例は当該遺言の効力についてどのように判断したか、簡略に説明してください。

（B）「相続させる」旨の遺言者は、通常、遺言時における特定の推定相続人に当該遺産を取得させる意思を有するにとどまるもの解されるから、当該遺言に係る条項と遺言書の他の記載との関係、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から、遺言者が、当該推定相続人の代襲者その他の者に遺産を相続させる旨の意思を有していたとみるべき特段の事情のない限り、その効力を生ずることはないと判示しました。

はい。それでは遺贈の場合はどうなるのですか。

（B）遺贈の場合は、遺言者死亡以前に受贈者が死亡したときは遺贈の効力は生じません。民994条1項に明文があります。

そうですね。遺贈の場合ははっきりしていたのですが、「相続させる」旨の遺言の場合、どうなるかが問題とされました。Cさん、先ほどの最高裁判決より前に、これとは異なる判断を示した下級審判決があったと思いますが。

（C）すみません。読んでいません。

それでは、「相続させる」旨の遺言は、「遺産分割方法の指定」であって遺贈ではない、相続だという判例法理を支持する立場からすれば、遺贈であれば、受遺者が遺言者の死亡以前に死亡した場合にその効力が生じないという問題点を、「相続させる」旨の遺言は別様に解決できるのではないかと期待しませんか。

（C）遺贈ではなく、相続だというのであれば、受益相続人が遺言者より先

に死亡した場合に受益相続人に子どもがいれば、その子に代襲相続権を認め得るのではないかと思います。

そうです。東京高裁の平成18年6月29日判決（判時1949・34）は、相続させる旨の遺言は、遺産分割方法の指定であるとした上で、この指定により当該相続人の相続の内容が定められたにすぎず、その相続は法定相続分による相続と性質が異なるものではないとして、代襲相続規定が適用ないし準用されるとしました。この判決は上告受理申立がなされましたが、最高裁は不受理決定をしたため確定しました。そこで代襲相続肯定説が力をえることにもなり、下級審にも代襲相続肯定判例が見られるようになりました。したがって、平成23年最高裁判決は、この下級審判例の流れを否定したことになります。

そこで、代襲相続を認めるべきか否かという論点では、「相続させる」旨の遺言は遺贈に近づくことになり、ただ、「特段の事情」が何を意味するかという問題が残ることになるかと思えます。そこで、本判決を掲載する判例時報の解説は、「無用な紛争を避けるためには、今後、『相続させる』旨の遺言をする遺言者やその作成に関与する弁護士等は、『相続させる』と指定した推定相続人の方が遺言者より先に死亡する事態を想定した補充規定を置くことに常に留意することが期待される。」（判時2108号53頁）と述べています。このコメントは、遺贈の場合はこのような配慮ができないと考えているのかもしれませんが、遺贈の場合も、たとえば妻に全遺産を遺贈し、妻が死んだ場合に残存する不動産の権利を特定の子どもに移転するといった内容の遺言をした場合、このような「後継ぎ遺贈」が有効とされる場合があり（この可能性を示唆したものとして、最判昭和58・3・18,家月36・3・143）、この論点において、両者の差はほとんど無いように思えます。

七 まとめ

すでに述べたように、登録免許税が遺贈であれば、課税標準額の1,000分の25であったのに、相続であれば課税標準額の1,000分の6と大きな差があったこと（節税効果）と登記実務上遺贈の場合、所有権移転登記が受遺者とその他の相続人との共同申請となるのに対し、「相続させる」旨の遺言の場合は、受

益相続人の単独申請が可能となるという簡便さから、公正証書遺言を中心にして「相続させる」旨の遺言が広まったと言われています。そして、平成3年香川判決をリーディングケースとして、「相続させる」旨の遺言をめぐる種々の論点について多くの判例の集積をみました。本講義では、これらの判例法理をいくつかの論点ごとに検討してきたのですが、最後に簡単なまとめをしておきたいと思います。

1. 登録免許税の問題は、相続人に対する遺贈と相続では、差が無くなりましたので、実務上問題が解決したわけです。しかし、すでに述べたように、これは理論的問題とは無関係の付随的問題だったのであって、付随的問題に理論が振り回されたのではないのでしょうか。

2. 「相続させる」旨の遺言を、「遺贈」と解する場合と「遺産分割方法の指定」と解する場合で、所有権移転登記に関して、「共同申請」となるか、「単独申請」を許すかという結論に差が生じました。遺言によって、物権の効力が生ずるとい点では、遺贈も「遺産分割方法の指定」も違いがないのですが、移転登記の方法が異なり、この点では、「相続させる」旨の遺言の方が受益相続人には有利というか、簡便であると言えます。しかし、この簡便さが実はくせ者なのです。遺産分割手続を経由する必要がありませんから、他の共同相続人との接触の機会が法的には前提とされない。その上で、単独申請で一方的に登記を備えてしまうために、相続人間において、また対第三者間においても紛争を深刻化させているという批判もあることに配慮すべきではないのでしょうか。伊藤昌司先生がよく言われることですが、遺言書があったとしても（それが公正証書遺言であっても）、当該遺言書が有効である保障はないのです。

3. 遺留分減殺請求の問題に関しては、平成3年判例が遺留分減殺請求権の行使を妨げるものではないとこれを肯定し、東京高判平成12・3・8に従えば、減殺の順序は遺贈と同列に扱われることとなります。遺贈ではないはずの「相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定」という性質をもつ「相続させる」旨の遺言が、ここでは「遺贈」にぐっと接近することとなります。

4. 権利関係を争う第三者との関係では、遺贈と解した場合と遺産分割方法の指定と解した場合では、登記を要するか否かという点で大きな差が出ます。したがって、受遺者とされるより、受益相続人とされる方が有利だということになります。

これは、判例が、指定相続分も法定相続分と同様に扱い、「相続させる」旨の遺言による不動産の権利移転も「相続」による承継として法定相続分又は指定相続分と同列に置く結果です。しかし、なぜ法定相続分は登記なくして第三者に対抗できるのでしょうか。繰り返しになりますが、ここには遺産共有の性質論が絡んできます。最高裁は、遺産の共有は物権法上の共有と全く同一のものとして位置づけ、自己の相続分を越える部分は無権利だとします。しかし遺産の共有の実態は具体的相続分による共有であり、法定相続分による共有ではありません。私も法定相続分が第三者効力を持つことを否定するものではありませんが、法定相続分を越える部分は無権利だから、その部分の真の権利者は登記なくして第三者に対抗できるという判例法理には疑問があります。ここでは具体的相続分は実体法上の権利ではないという平成12年2月24日最高裁判決の法理を批判的に再検討する必要があるかと思います。その上で、法定相続分が登記なくして第三者に対抗できるとしても、その理由は別途考察する必要があるかと思っています。さらに、財産の死後処分としては同列である遺贈と相続分の指定を、「相続」か否かでそれほど截然と別様に扱えるものか等々、将来的には検討を要する論点が含まれているような気がします。

5. 遺言執行者の職務権限の問題に関しては、遺贈の場合、所有権移転登記手続を求める事は当然に遺言執行者の義務ですから、この件については、「相続させる」旨の遺言より遺贈の方がはるかに平明な解決が可能となります。

6. 代襲相続の問題では、平成23年最高裁判決が代襲相続の適用又は準用を原則否定したことにより、遺贈に近づいたといえます。ただ、「特段の事情」が何を意味するかという問題が残りますが、これも後継ぎ遺贈に関する判例法理をも合わせ考慮すれば、遺贈の合目的解釈による解決の方が平明なものではな

いかと思われます。

7. 遺産分割手続重視

「相続させる」旨の遺言の判例法理は、実務界で、節税の視点もさることながら、むしろ特定の不動産を遺産分割から除外できることさらに大きなメリットを見出して形成されてきたように思われます。本講の対象ではありませんが、可分債権・債務の当然分割判例法理も、可分債権と債務を遺産分割手続から除外することに帰着し、そこにメリットを見出すかは別としても、少なくとも遺産分割の単純化にはつながります。しかし、遺産分割を回避することによって、共同相続人間の協議による合理的問題解決への途を閉ざしたのではないか、そのため反って紛争が激化したのではないかを反省する時期に入ったのではないのでしょうか。

八 おわりに

本講義では、遺贈とは異なるとされた「相続させる」旨の遺言が個別的論点ごとに、遺贈に接近したり離れたりする姿をみてきました。そして、その分析結果は、「相続させる」旨の遺言が遺贈ではないとすることに、もはや大きなメリットは存在しないのではないかということでした。これからの実務法曹に期待されるのは、「相続させる」旨の遺言が便利だからと、ただただ最高裁判例を信奉して、これに付き従うというのではなく、遺贈を利用した方が理論上問題が少なく紛争になる可能性が低い（安定した紛争解決が可能となる）と判断される場合は積極的に遺贈を使うという、多様な解決視点を持った法曹でなければならないということです。もしこのような法曹が増えれば、「相続させる」旨の遺言に関する判例法理も何時しか過去の遺物となるかもしれません。少々、問題が複雑になるとしても、クライアントである相続人を含む共同相続人全員の英知を信じて遺産分割を総合的に行い、結果的に妥当な紛争解決へと先導する弁護士になっていただきたいと思います。これで私の最終講義を終わらせていただきます。ありがとうございました。