

# 「相続させる」旨の遺言についての一考察

判例分析による遺言の実態と「相続させる」旨の遺言の妥当性

川 阪 宏 子

(民事法専攻・法政専修コース)

はじめに

第1章 学説と判例の整理～香川判決までの流れ

1 学説の整理

2 判例の整理

3 現在の判例学説の到達点

第2章 「相続させる」旨の遺言の実態

第1節 調査データのまとめ

第2節 遺言作成の背景について

第3章 判例における「相続させる」旨の遺言の問題点

～香川判決以後の判例の流れ

第1節 遺言執行が可能か

第2節 第三者への対抗要件

第3節 遺留分減殺の対象及び減殺の順序

第4節 特別受益となるか

第5節 全遺産を包括して「相続させる」旨の遺言の効力

第6節 検 討

第4章 学説の検討

第1節 肯 定 説

第2節 反 対 説 (否定説)

第3節 問 題 整 理

おわりに

別紙 判例分析表

## はじめに

最高裁平成3年4月19日第二小法廷判決(香川判決)は、「特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』旨の遺言は、物権的效果を伴った遺産分割方法の指定であり、当該遺産はただちに当該相続人に承継される」と判

示した。この考え方は、贈与・遺贈のほかに民法にはない遺産分割方法を認めることはできないという学説上の強い批判<sup>1),2)</sup>にもかかわらず、この処理方法は実務上はもとより、判例の分野においてもますます広く普及しつつあるように見受けられる。

昭和60年代ごろから、いわゆる「相続させる」旨の遺言として、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」という指定のある遺言が公正証書などによって行われることが多くなっている。これを相続分の指定を伴う遺産分割方法を定めたものと解するときは、直接に当該遺産を承継させることができるので、遺言者及び受益者にとってたいへん便利であるとして歓迎されている場合がある。また、登録免許税は、これまで遺贈の場合には25/1000であるのに対し、相続扱いであれば6/1000でよいというメリットがあり、公証実務などではそれをもって「相続させる」旨の遺言の大きなセールスポイントとしてきた。

その後、2003(平成15)年4月1日に「所得税法の一部を改正する法律」が施行され、税率が低減されたとともに、相続人であれば遺贈も相続も同じ税率が適用されるようになった。ちなみに、2006(平成18)年3月31日までは特例として半減され、税率はどちらも0.2%となった<sup>3)</sup>。これまでは、相続法の議論をするべきところを、登録免許税が安いからという本来の議論から逸脱したところで論議が進められるという異常な状態であったが、同改正に伴い今後は正常な土俵での論議が期待できる。

「相続させる」旨の遺言の利用によって、遺言の変更や撤回、後の遺言が出てきた場合などには混乱が生じ、無効な法律行為による登記などが増え、紛争を招いたり、あるいは被相続人の意思と異なる結果となったりする。さらに、遺言による財産処分の制度を迅速化すればするほど真の権利者の権利が害されるおそれがふえる。とくに、この「相続させる」旨の遺言の場合は、第3章で述べるように相続を原因とする所有権移転登記が認められているので登記の単独申請ができ、その結果、真の権利者や他の相続人の気付かない間に、この遺言によって相続による移転登記を了し、第

三者に売却済であるという事例も報道されている<sup>4)</sup>。このように遺言内容の早急な実現のみを求めることは危険であり、正しい方向とはいえないであろう。

現在の民法典では、法定相続分と遺留分制度にもとづく均分相続が基本であると考えられている。しかし、素朴な自由主義の考えからは、私有財産処分の自由という観点から「遺言自由」の原則こそが正しい相続であって、均分相続は基本的な自由を束縛するものであると主張されている<sup>5)</sup>。この立場の差に基づく考え方の対立が無意識にせよ議論の根底にあることを見落としてはならない<sup>6),7)</sup>。

ここでは、まず1990（平成2）年から2002（平成14）年までの「相続させる」旨の遺言を扱った判例（28件）を解析することによって、「相続させる」旨の遺言にかかわる実態や問題点を検討し、その背景を明らかにしたいと考えている。

なお、この小論では遺贈説ないしは遺産分割方法指定・協議必要説を支持する立場から、現在の実務を批判的に検討したい。

## 第1章 学説と判例の整理～香川判決までの流れ

「相続させる」旨の遺言は、遺贈か、それとも遺産分割方法の指定かという法的性質決定の問題と、遺産の承継を考える場合に遺産分割協議（ないし家裁の審判）が必要か否かという効果について、今なお議論されている。以下で学説と判例の面から整理しておきたい。

### 1 学説の整理

1991（平成3）年の香川判決以前の学説の状況を概観すると次のようにいうことができる。遺言による財産処分に關する民法の規定には 相続分の指定（902条）、遺産分割方法の指定（908条）、遺贈（964条）の3種がある。2項で述べる多田判決以前では、及びでは遺産分割協

議（もしくは審判）が必要であるのに対し，のうちの特定遺贈は所有権移転の効果が直ちに生じることから，「相続させる」旨の遺言は遺贈であるという解釈が学説として有力であった。

1970（昭和45）年の多田判決は，相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定説を採用したが，学説としては遺贈説がなお大勢であった。しかし，その後ほどなくして，公証人業界から多田判決に対する批判が高まり，公証人の手によって分割協議なくして特定の相続人が直接に登記申請できるという理論的根拠をさぐる動きが出てきた。その論理はこの種の遺言は民法964条の「処分」の一つであり，遺産分割そのものを指示できるとした。さらに，学説にもこれを一部修正して賛同するものが出てきた。その後，香川判決の原審である武藤判決（次項参照）の前後に，学説の全貌がほぼ明らかとなり，以下で述べる諸説が出揃ってきた。「相続させる」旨の遺言について取り上げた学説を整理するとつぎのようなものがある<sup>8),9),10)</sup>。

#### (1) 遺産分割方法の指定と解するもの

このような遺言処分は遺産分割方法の指定と解して，遺産分割を経るまでは権利移転の効果はないとする説である。この分割方法指定説にも，遺贈と解するのは不当であるので遺産分割方法の指定であり，当該遺産の価額が法定相続分を超える場合には相続分の指定を含むものであるとして，この香川判決を肯定する方向につながる説<sup>11),12)</sup>と，遺言者の恣意によって均分相続の原則を崩すことは問題であるとして相続分の指定を伴わないものとする説<sup>13),14)</sup>とがある。

#### (2) 遺贈説によるもの

遺言による財産処分としては，贈与，遺贈以外の遺産分割方法の指定を考へることはできないので，現行法の枠内では遺贈でしかありえないとする説<sup>15)</sup>。「相続させる」旨の遺言を遺贈であると解することにより，遺産分割協議を経ないで死亡と同時に当該遺産を承継させることを可能としている。

#### (3) 新しい財産処分であるとするもの

遺贈でも遺産分割方法の指定でもない別個の財産処分であるとする説<sup>16)</sup>で

ある。民法964条の定める処分の一種で、登録免許税問題を避け、しかも遺産分割協議を不要とし、遺言効力発生と同時に当該遺産が当然に特定相続人に権利が移転するという。民法にないあらたな遺言事項を創設するもので、「いいとこ取り」の批判がある。

#### （4）フランス法の尊属分割を参考とする説

フランス法の尊属分割中の遺言分割に範を求めるもので、遺産分割方法の指定と解しつつ、遺産分割効果を特別にみとめようとする説<sup>17)</sup>。民法964条ではなく、908条によって遺産分割協議は不要であるとする。(3)説と(4)説は結論としては同じになるが、その根拠が異なっている。

## 2 判例の整理

「相続させる」旨の遺言の性質・効果に関する裁判例の概要は次の通りである<sup>18),19)</sup>。香川判決にいたるまでの判例の流れは、おおむね以下の記述の順に従っている。

### （1）遺産分割方法指定説に立つもの

多田判決にいたるまでの初期の段階では東京地判昭41・6・25判タ195号135頁が既に当該遺言を遺産分割方法の指定と解し、遺産分割（協議）を要求していた。

「相続させる」旨の遺言は、遺産分割方法の指定であるとする代表的な判例として、東京高判昭和45・3・30高民集23巻2号135頁、家月23巻1号65頁、(裁判長の名をとって「多田判決」と呼ばれている)がある。同判決は、それまでの通説である遺贈説を退けて、「相続させる」旨の遺言を遺産分割方法の指定もしくは相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定と解し、これがリーディングケースとなった。

多田判決はその論拠として、「被相続人の意思として、その特定財産を相続財産の範囲から除外し、指定された相続人が相続を承認するかどうかにかかわらず、その相続人に取得させようとするなど特別な事情がある場合を除いて、一般には遺産分割方法の指定であり、その結果法定相続分を

超える場合には、相続分の指定を伴う遺産分割を定めたものと解するのが相当である」といっている<sup>20)</sup>。多田判決は単なる遺産分割方法の指定ではなく、相続分の指定を伴うとしたことで大きな反響を呼んだ。しかし、対象財産は遺産分割が終了するまでは共同相続人間の共有状態にあるとしていた。

#### (2) 遺贈説に立つもの

遺贈説に立つ判例として東京地判昭和62・11・24判タ672号201頁がある(裁判長の名をとって「村重判決」と呼ばれている)。村重判決は、その論拠として、「遺言の解釈は民法という実体的規範が基準であり、わが民法はフランス民法にならい相続人に対する場合でも遺贈を原則として規定しており、『相続させる』旨の表現であっても原則として遺贈と解するのが相当である」といっている<sup>21)</sup>。この判決は遺言者の死亡と同時に当該特定財産の所有権が名宛人に移転するという遺贈の権利移転効果を重視し「相続させる」旨の遺言を遺贈と解した画期的なものであった。しかし、今日の状況から見ると大きな潮流の原動力とはなりえず、特異な判決として留まってしまった。なお、遺贈説に立つ未公開の裁判例がそのほかにもかなりの数あったようであるが現在では不明である。

#### (3) 受益相続人が優先権を主張した時点で対象財産の権利移転効が生ずるとするもの

東京高判昭和63・7・11家月40巻11号74頁、(裁判長の名をとって「武藤判決」と呼ばれている)は、「相続させる」旨の遺言は、遺産分割方法の指定であるが、指定がなされた以上、受益相続人が優先権を主張する限り、遺産分割協議、調停、審判で指定と異なる結論はとり得ないから、優先権が主張された段階で協議、調停、審判等は不要となり、受益相続人に権利移転効が生ずるとした。

#### (4) 遺産分割効果説に立つもの

武藤判決の上告審判決である香川判決(最判平成3・4・19民集45巻4号477頁)は、武藤判決を一步進め、遺産分割効果説をとることを明らかに

した。香川判決は、「相続させる」旨の遺言について、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言は、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のない限り、当該遺産を受益相続人をして単独で相続させる遺産分割の方法が指定されたものと解すべきである、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言は、遺言者の意思に合致するものとして、遺産の一部である当該遺産を当該相続人に帰属させる遺産の一部の分割がなされたのと同様の遺産の承継関係を生ぜしめるものであり、当該遺言において相続による承継を受益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、当該遺産は被相続人の死亡の時にただちに相続により受益相続人に承継されるとした。

### 3 現在の判例学説の到達点

以上で香川判決に至るまでの学説及び判例を概観したが、この判決から十余年を経た現在の状況としては、学説では前項 1.(4)説の遺産分割効果説を理論的な基盤としたうえで、1.(3)説の実務的観点からの新しい財産処分方法であるとした考えを折衷した説が多数となりつつある。

また、判例については香川判決以後も前項 2.(4)による遺産分割効果説に立つ判決が相次ぎ、実態としては一つの流れになりつつあるとさえいえる状況である。

この状況を認めたいうえで、なおかつ第3章で述べるような理論的な問題について検討が続けられている。また、学説においても、なお 1～2 の批判<sup>22),23)</sup>があり、さらなる研究が続けられている。

## 第 2 章 「相続させる」旨の遺言の実態

### 第 1 節 調査データのまとめ

今回、1990（平成 2）年から 2002（平成 14）年までの「相続させる」旨

の遺言を扱った判決(28件)について、別紙の項目について調査した。このうち、計数的取り扱いができる項目についてまとめた結果を次に示す。

(1) 遺言の数

遺言の数(通)	1	2	3	4
件数	18	8	1	1

遺言の数は1通というケースが多い。これは、通常は1件であることが多いと思われる。複数回にわたる場合は変更、取り消し、追加、確認などの場合があるが、後の遺言では死亡の直前に作成されることが多く、何らかの強制が働かなかつたかに注意を払う必要がある。

(2) 遺言作成から死亡までの期間

(2人の遺言あり)

死亡までの期間		0~1ヵ月	~6ヵ月	~1年	~3年	~5年	5年超
件数	最初の遺言		4	1	7	8	9
	最後の遺言	4	1	1	1		1

一般的に言って先の遺言は死亡までの期間が長く、後の遺言は死亡直前に作成されることが多い。

今回の事例の中では最長は13年5ヵ月、最短はゼロ日でなかには、日付からは死亡の方が先のももある。遺言には有効期間はないが、遺言者が見直す場合には前後の遺言の関係を明記するなどの注意が必要で、要件を欠けば無効となる場合もある。

(3) 遺言執行者がだれか

遺言執行者	弁護士	知人	共同相続人	なし
件数	7	5	3	13

全体の約45%は遺言執行者を置いていない。その理由はわからないが、単に費用がかかるからではないように思われる。現状では遺言執行者の意義が十分に徹底しているとはいえないのではないかと考えられる。

(4) 受益相続人はだれか

受益相続人	子		妻・後妻	子と孫	指定なし ・全員
	長男	指定の子			
件数	4	12	5	3	4
		うち6件は単独			

この結果からわかるように28件中10件が、「一子相続」であり、単独相続の願望が今なお根強いことを示している。

(5) 対象遺産は全体か一部か

全体：15（件）

一部：13

遺産の全貌が見えない場合が多いので、あたっていないかも知れないが、結果的に複数の相続人の相続分を合わせると全体になるという場合が多く、単独で全体というのは負債などの事情がある場合に限られる。

第2節 遺言作成の背景について

28例の判決について、「相続させる」旨の遺言が作成された背景を公表された判決文から読み取れる範囲で推定した。ここでは、裁判の結果よりも、遺言作成の背景や事情について考察することとする。推定分類項目ごとの件数を挙げると右の表のとおりである。

推定分類	件数
偏愛，愛情の対象変化	7
事業，農業承継	6
人間関係不和	3
長子単独，家制度など	3
相続人に負債	1
相続人の生活保障	1
不明，非該当	7
計	28

次にこれらの典型的な事例について、具体的な事実を紹介する。

推定原因＝「偏愛，愛情の対象の変化」

事例 -1（東京地裁平10・7・17判決 金判1056号21頁）

特定の相続人に相続させる趣旨の遺言があったが、その相続人が遺言者より先に死亡した場合である。被相続人と長男との間の不和や長男の不都合などの理由のため、長男の相続分なしとし、長女にすべてを相続させるという第一遺言を作成した。しかし、長女が被相続人より先に死亡したので、第二遺言を作成し、長女の3人の子にすべてを相続させ、さらに長男には遺産相続は一切認めないことにした。裁判当事者の主張ではあるが、被相続人は、長男ではなく長女の子である3人の孫に自己の財産を相続させたいという願いが異常なまでに強かったという。なお、第二遺言は、作成日が被相続人の死亡と「前後」して作成されており、印影が認識できなかったので、裁判では無効と判断されている。

事例 -2 (東京地裁平7・7・26判決 判時1564号66頁)

被相続人には、最初の妻(死別)との間に2子、2番目の妻(離婚)との間には4子、3番目の妻との間に1子がある。被相続人は、当初、第一遺言では長子単独相続を図ったが、愛情の対象の変化で3番目の妻及びそれとの間の子(以下、「参加人」という)に愛情が移ったので、第二遺言ではそれを取り消し、3番目の妻に特定財産の相続分を与えた。被相続人は「参加人」には指定の土地を贈与する旨の口頭での意思表示をしていたがこれは有効と認められず、「参加人」は法定相続分を相続したと考えられる。第二遺言は入院中に、死亡のわずか11日前に作成されたが、弁護士や公証人との面談状況から見て、遺言能力には問題はなかったと認められる。3番目の妻及びその間の子(当初、婚外子、後に認知)については以前からその将来を気にかけており、急に遺贈を思い立ったわけではない。また、2番目の妻やその子からの攻撃から財産を守る狙いもあったと思われる。

推定原因 = 「事業・農業承継」

事例 -1 (東京地裁平5・8・31判決 判タ835号228頁)

事業承継と負債整理のからんだ事例である。被相続人は第一遺言で遺産

全部を先妻との間の子の1人に相続させるとした。その後、被相続人は指定の一部の土地を後妻に相続させ、その他の遺産についても後妻は指定相続分4分の1の割合で分割協議に参加できるという内容の第二遺言を作成した。

先妻との間には先の相続人のほかに4人の子があったが、相続人廃除の審判により相続人の枠外となったものと思われ、相続人は先述の先妻との間の子の1人と後妻だけになっている。後妻との間に婚姻前に子が生まれているが、認知されていないようである。被相続人としては、全遺産を当該相続人に相続させ、負債整理をさせるつもりであったが、後妻から要求されて第二遺言を作成したと思われる。被相続人は、後妻との愛情よりも資産や事業の維持により多くの関心があったものと思われる。第二遺言の作成日は死亡の11日前であるが遺言作成能力には問題がないと判断された。

事例 -2（東京家裁平3・11・5判決 家月44巻8号23頁）

ピンセット製造、金属加工、ステンレス圧延などの事業を営む一家の相続に関する事例である。

被相続人は父と母の2名で、2件の相続がある。被相続人（父）は戦前に、兄から独立して事業を起こした。被相続人（母）と結婚してから、何人かの子とともに苦労して家業に精励し、朝鮮戦争による特需景気に恵まれたこともあって、資産は15億円余を数えるまでに成功した。

被相続人（父）には遺言はなかったので、基本的に法定相続が適用された。被相続人（母）の遺言は自分が所有する株式を、長男・二男・三男・四男にそれぞれ4分の1ずつ相続させ、長女・五男・二女には遺産を相続させないとする。この被相続人（母）の遺産は全体からみて多くはないが、その意思としてはこれまでも会社や財産形成に当たってきて、今後とも会社経営に携わる者たちに多く相続させたいということが強くうかがわれる。

推定原因 = 「人間関係不和」

事例 -1 (高松高裁平11・1・8判決 家月51巻7号44頁)

家族の人間関係が不和となったために、特定の相続人に受益者として特定の遺産を相続させた事例である。父とその妻、同様に歯科医である息子と3回の相続があったが、この裁判ではこれらの三つの相続をまとめて取扱っている。被相続人(父)は、歯科医院を開業し県歯科医師会会長を務めるなど世間の信望も厚く、経営も順調に推移していた。長男は同様に歯科医師となり父の歯科医院を手伝い、ある時期からは父の健康問題もあり、ほとんど一手に歯科医院の診療を任されていた。しかし、長男の再婚をめぐって被相続人夫婦と不仲になり、被相続人夫婦は歯科医院を出て娘のところへ身を寄せ、そこで2人とも死亡した。その間に長男も死亡している。長男は後妻に全遺産を相続させる公正証書遺言を残していた。一方、母は遺産をすべて、二男と長女に相続させるという遺言を残していたことに端を発して後妻側が原審に審判を申し立てた。

事例 -2 (東京高裁平10・3・31判決 判時1642号105頁)

被相続人(母)には、亡長男以外に6人の子があるが、旧遺言(公正証書)ではその所有する財産全部を二男に「相続させる」旨遺言した。その後、旧遺言を全部取り消して、改めて新遺言を作成した。

新遺言では、二男の相続分を減らし、他の子の相続分を平等に近くした。被相続人は、二男の子を自分の養子にするなどして二男を可愛がっていたし、二男は耕作承継者で遺産の維持に寄与した。一方、亡長男は、被相続人の夫(父)から、生前、多額の贈与を受けていたので、父に対する相続では権利を放棄したが、その子(代襲相続人)は、被相続人に対する相続では当事者参加人として参加している。

私見では、二男の遺産の維持の寄与にもかかわらず、旧遺言を破棄して新遺言へ移行したことは他の相続人からの働きかけが強かったものと推定される。

推定原因＝「長子単独，家制度，男尊女卑」

事例 -1（名古屋高裁平6・12・21判決 訟務月報42巻10号2311頁）

旧家での相続が決着しないため税務署長職権による相続税確定と延納担保のため国の抵当権設定にかかわる事例である。この「家」は文化財を有するほどの有名な旧家である。遺言内容は相続人全員（妻・子・養子）にそれぞれ指定の不動産を取得させるとするもので、被相続人は、長男＝“跡取り”が事業に失敗したためその相続分を少なくしたほか、相続人全員にできるだけ平等になるように分割したものとされている。

しかし、相続人のひとりの意見では「本件遺言は旧民法の家制度を前提とするものであり、新民法の理念に反し公序良俗に反する」という。財産の価格・範囲を確定することは困難であるが、男子に多くしたようにもうかがえる。

事例 -2（東京地裁平4・4・14判決 家月45巻4号112頁）

男尊女卑型といえるケースである。本件訴訟は、被相続人の先妻が、被相続人から離婚に伴う財産分与として、本件各土地の譲渡を受けたと主張して、遺言執行者に対して所有権確認と所有権移転登記手続きを求めているものである。被相続人は公正証書遺言で、「本件土地1及び2を長男に、また本件土地3及び4を二男に相続させる。その余の全財産は後妻に相続させまたは遺贈し、かつその他の相続人から遺留分減殺請求があれば、長男及び二男が弁償の責任を負う」という遺言をした。

しかし、これでは紛争が発生するのは必至であり、その対応を息子2人に任せて先妻に財産を渡さないようにしようというようにも受け取れる。また、相続人として4人の娘がいるが、これらについては相続分を考慮しておらず遺留分減殺請求が行われている。

推定原因＝「相続人に負債」

事例 -1（最高裁平14・6・10判決 判時1791号59頁）

被相続人は、ある不動産の権利一切を妻に相続させる遺言をした。さら

に1年4ヵ月後に追加の第二遺言をして、その他一切の財産を妻に相続させ、遺言執行者として妻を指定した。これは相続人のうちのひとりである長男に負債があり、財産が差し押さえられることを防止するねらいと考えられる。

その債権者は長男に代位して法定相続分によって当該不動産上の権利を相続した旨の登記を経由して差し押さえをした。これに対して排除請求を行ったものである。この判例は、「相続させる」旨の遺言の相続人は、登記なくして第三者に対抗可能ということであるが、これについては後述する。

推定原因 = 「家族の生活保障」

事例 -1 (東京高裁平9・11・12判決 判夕980号246頁)

年老いた妻の生活を保障することと、独り身の三女の将来を案じて遺言を作成したが、法律に習熟しない一般人が自筆証書を作成したためその文言が混乱を招き、事件となった。被相続人は、「自分所有の家屋と借地権を自由に裁量処分することを妻に委任する」、「三女に貸し付けてある貸付金は、相続のとき基礎控除で差し引く」という遺言を作成した。

これに対して意味不明であるから無効であるという訴えが起こされたが、判決はこれを「相続させる」趣旨であると判示した。遺言者の意思は、居宅は年老いた妻の生活のために相続させるのが当然である。また、三女は相続税の支払いに協力したし、遺言者夫婦の日常生活の面倒を見てきたので貸付債務は消滅させることにした。私見では、ここでいう「日常生活の面倒」ということは、介護の範囲には至っていないと思われる。

一般に、「相続させる」旨の遺言がめざしたものとして、介護などのアンパイドワークへの対価を確保することが大きかったのではないかと<sup>24)</sup>いわれているが、ここで取り上げた判例のなかではそのように認められるものはなかった。

### 第3章 判例における「相続させる」旨の遺言の問題点

#### ～香川判決以後の判例の流れ

平成3年4月19日最高裁判決（香川判決）から生じる実務上の問題をめぐって

香川判決以後、これに追隨する判決が相次いだ。そのいくつかは第2章で紹介した。ここでは、香川判決とそれを基盤とする判決によって、その効果として実務上の具体的な問題が明らかになってきた。以下で個別にそれらについて検討する。

#### 第1節 遺言執行が可能か

##### (1) 遺言執行者の権利義務

「相続させる」旨の遺言とともに遺言執行者が選任されることがある<sup>25)</sup>。遺言執行者は、遺言の執行に必要な一切の権利義務を有し（民1012- ），他方で遺言執行者は相続人の代理とみなされ（民1015），委任契約の受任者に関する規定の大部分が準用される（民1012- ）。遺言執行者が行った法律行為の効果は直接、相続人に帰属する。しかし、遺言執行者は相続人の利益のために行為するのではなく、遺言者に代わって遺言の内容を実現する地位にあるといえる。

##### (2) 「相続させる」旨の遺言に関連する遺言執行者の権限

「相続させる」旨の遺言に関連して遺言執行者の権限が問題となる場合について考える。

遺言無効確認請求訴訟関係 「相続させる」旨の遺言の有効無効が争われることがある。遺言執行者には、遺言無効確認請求訴訟の被告適格が認められている。また、遺言執行者は、遺言が無効であると考えた場合、遺言によって利益を受ける者を被告として遺言無効確認請求訴訟を提

起することができる。

登記関係 「相続させる」旨の遺言による権利承継は、相続開始とともにただちに何らの行為を要せず実現してしまうので、遺言執行の余地があるかが問題となる。まず、対象不動産が被相続人名義の場合について考えると、受益相続人は単独で相続登記の申請ができる(不登法27, 昭和47・8・22民甲3656号回答)から、遺贈の場合と異なり、遺言執行者の職務は顕在化せず、遺言執行者は登記手続に関与すべき権利も義務も有しない。したがって、遺言執行者には登記義務の履行を求める訴訟の当事者適格もない。このようなことから「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するものではないか<sup>26),27)</sup>とさえいわれてきた。しかし、最一小判平11.12.16民集59巻9号1989頁(平成11年判決という)のようにこの種遺言について執行の余地を認める判例も現れ、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、遺言執行者は抹消登記手続や真正な登記手続を求めることができると判示している。

つぎに、対象不動産が相続人のひとりまたは第三者名義である場合を考える。このような場合には上記と異なる取扱が必要である。ここでは遺言の実現をはかるべき遺言執行者の権限は顕在化し、遺言執行者は遺言の意思を実現し、遺産承継手続きの円滑な処理をはかるため、妨害の排除として登記名義人に対し、a) 被相続人からの不実の所有権移転登記を求め、あるいは、b) 抹消に代えて受益相続人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きを求めることができる。

上記平成11年判決は第2章第2節で述べた事例-2の上告審であるが、その事実関係を再確認すると次のようになる。被相続人には、亡長男以外に6人の子があるが、旧遺言(公正証書)ではその所有する財産全部を二男に「相続させる」旨遺言した。その後、旧遺言を全部取り消して、改めて新遺言を作成した。新遺言では、土地(一)を二男を除く5名の子に各5分の1ずつ取得させ、土地(二)~(五)を二男と養子に各2分の1ずつ取得させる旨の「相続させる」遺言をし、また遺言執行者として弁護士のXを指定

した。ところが、二男は失効した旧遺言書を冒用して、本件各土地について自己名義に相続を原因とする所有権移転登記をした（その後、一部は、遺言内容にそったように登記が修正されている）。そこで、遺言執行者 X は、遺言内容に応じた登記を実現するために二男に対し、真正な登記名義の回復を原因とする持分移転登記請求の訴訟を提起した。また、遺留分権利者である他の相続人らは共有持分権確認と持分権移転登記手続きを求めた。遺留分権利者らの請求についてはここでは触れないが、遺言執行者による二男に対する持分移転登記手続請求に係る訴えについて、原判決（東京高裁平10.3.31）は当事者（原告）適格を有しないとしてこの訴えを不合法却下した。これに対し遺言執行者 X が上告した。

本判決は登記手続きが遺言執行者の職務権限に属するとして、X の上告を認容し、遺言執行者である X の当事者適格を認め、原判決を一部破棄して原審に差し戻した。

香川判決以来、権利の帰属の時期を遺言の発効時としたため、「相続させる」旨の遺言については遺言執行の余地はないという見解が出され、登記実務でも、相続による登記手続が受益相続人の単独申請でよいとされている（不登法27条）こともあって遺言執行者の介入を排除してきた。遺言執行者の職務権限についての判例をみると、東京地判平4.4.14は、「『相続させる』旨の遺言がある場合には当該遺産は被相続人の死亡の時にただちに当該相続人に承継されるから遺言執行者には当該遺言に関する所有権移転登記手続請求等の訴訟の当事者適格はない」、最三小判平7.1.24は、「特定の不動産を特定の相続人に『相続させる』旨の遺言により、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、相続人は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本件について登記手続をする義務を負うものではない」、最二小判平10.2.27では「遺言執行者がある場合における遺言によって特定の相続人に相続させるものとされた特定の不動産についての賃借権確認請求訴訟の被告適格を有するものは、遺言執行者ではなく相

続人である」と判示している。このように判例では、「相続させる」旨の遺言について原則として遺言執行者の職務権限を認めないという流れができつつあった。しかし、この平成11年判決により、不動産取引における登記の重要性を考慮し、「相続させる」旨の遺言による権利移転について、対抗要件の要否にかかわらず、受益の相続人に所有権移転登記を取得させることが遺言執行行為に当たると判示したことは意義が大きい。

遺言者は遺言内容の早期の実現を願うもので、そのために遺言執行者を選任するのである。それゆえに、受益相続人と遺言執行者とは対立しないはずである。しかし、現実には受益相続人であっても遺言執行者と対立している場合が少なくない。第2章での調査結果をみても、受益相続人と遺言執行者とが対立している場合がある(末尾の判例分析表で、判例 No. 2.4 及び 13)。遺言執行者は、民法1015条により遺言執行者は相続人の代理人であり、必ずしも受益相続人から歓迎されないかもしれないが、前記最一小判平11.12.16民集59巻9号1989頁のように遺言執行者に登記手続きへの関与を認める判例もあり、被相続人の意思の代行として受益相続人の恣意的行動を制約する効力が考えられ、「相続させる」旨の遺言によるリスクを防止するための一助となるのではないかと考えている。伊藤教授によると、「遺言執行者は相続人全員の代理人なのであるから、遺言受益者への移転登記を行うに際し、遺言執行者は、遺留分を害されている可能性のある相続人との間で侵害の有無や額について話し合い、減殺請求の可能性を教え、減殺の意思があるかどうかを確かめてから、遺留分権を害しないように遺言を執行する義務があるはずである」<sup>28)</sup>と指摘される。この立場であれば、遺言執行者は「相続させる」旨の遺言の弊害を防止しうる。

遺言執行者の性格についてはイギリス法的な清算人としての性格を持つという説と、フランス法的にそのような地位を有しないという説とがある<sup>29)</sup>。また、遺言執行事項が相続人の利益に反する場合とそうでない場合とがあり、遺言執行者に相続人と対抗するような独立性を与えるかどうかの議論がある。わが国の法体系から考えると民法1015条に規定するとおり、

あくまで相続人の代理にとどまるということが正しい<sup>30)</sup>とする意見もある。わが国の法制度では、遺言執行者の職務権限が具体的に明確化されておらず、また、遺言条項の執行手続きも執行前に確定していないので、登記手続きでの当事者適格性を認めることには危険もある。前記のとおり第2章の調査例では、受益相続人と遺言執行者とが対立している例もあったが、反対に、あらかじめ遺言執行者と結託して遺言を作成させているようなケースも想定されるので、このような場合には遺言執行者の権限を制約する必要がある。この意味で、前記平成11年判決で、訴訟手続に限って当事者適格性を認めたことは妥当である。

これらのことから、「相続させる」旨の遺言に限って考えると、遺贈の場合と同様に遺言執行者の関与を認めることが、「相続させる」旨の遺言による恣意的な受益相続人の暴走による不都合を軽減するために有効ではないかと考えている。

また、次節の對抗要件のところでも触れるが、遺言執行者がいる場合には民法1013条により、相続人は遺言の執行を妨げる行為をすることができないから、包括受遺者が登記なくして遺贈の効果を第三者に主張し得るので、これは遺言執行者の効用といえるであろう。

## 第2節 第三者への對抗要件

「相続させる」旨の遺言の対象とされた財産について、被相続人から生前行為によって権利を取得した第三者や相続開始後共同相続人の一人から権利を取得した第三者が存在する場合がある。この場合、「相続させる」旨の遺言による受益相続人とこれらの第三者はどういう対抗関係に立つかが問題となる<sup>31)</sup>。たとえば、「相続させる」旨の遺言により対象不動産を承継した受益相続人が移転登記をしないうちに、他の相続人が上記不動産の自己の法定相続分に相当する持分を第三者に譲渡し、その旨の登記を経由した場合、受益相続人は登記なくして自己の権利承継を主張できるかという問題が考えられる。

## (1) これまでの判例の理論

法定相続分については登記なくして第三者に対抗できるが、遺贈および遺産分割については対抗要件がなければ第三者に対抗できないとするのがこれまでの判例の大勢であった。そこで、最二小昭46.1.26判決 民集25巻1号90頁は、「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はできない」として、法定相続を超える受益相続人の当該特定不動産取得について二重譲渡類似の対抗問題であると構成している。対抗要件必要説は、「相続させる」旨の遺言による権利移転は法定相続分を変更する遺言者の「処分」によるもので、遺言者の意思に基づく権利移転であることを重視し、遺贈の場合と同様に物権変動の対抗要件を要するとする<sup>32)</sup>。これに対し、対抗要件不要説は、「相続させる」旨の遺言による権利承継は、相続開始と同時に、遺産共有の状態を経ることなく直接受益相続人に承継され、他の共同相続人に承継されることはないから他の共同相続人は無権利であり、受益相続人は、全部または一部の移転登記を経た他の相続人から権利譲渡を受けた第三者に対して、登記なくして権利を主張できるとする<sup>33)</sup>。また、「『遺贈』、『協議による遺産分割』と『遺言による遺産分割方法の指定』とで結論を異にするべき実質的理由はないものと思われる」と述べている見解<sup>34)</sup>もある。

ところで、最二小平5.7.19判決 家月46巻5号22頁(平成5年判決という)は「遺言により法定相続分を下回る相続分を指定された共同相続人の一人が遺産を構成する特定不動産に法定相続分に応じた共同相続登記がされたことを利用して、この登記に係る自己の共有持分権を第三者に譲渡し、第三者がその持分の移転登記を受けたとしても、この第三者は当該共同相続の指定相続分に応じた持分を取得するにとどまる」と判示した。この事件は、被相続人から生前に多くの贈与を受けていたことを受けて、法定相続分以下の相続分指定を受けた共同相続人が、相続税納付の関係でのみ遺産を構成する不動産に暫定合意として、法定相続分の共有登記が行われた

のを利用して法定相続分による持分を第三者に譲渡したものである。このとき譲受人は指定相続分に対応する部分しか取得し得ないとするもので、すなわち指定相続分については対抗要件が不要であるということの意味する。「相続させる」旨の遺言が、相続分指定を伴う遺産分割方法の指定だとすれば、対抗要件不要という論理が成り立つ可能性が示唆されている。

つぎに、最一小平13.11.12判決 民集55巻6号1033頁は、「相続させる」旨の遺言によって相続分がないとされた共同相続人の一人に貸金債権を有する上告人が、この相続人に代位して法定相続分にしたがった共同相続登記を経由したうえ、その持分に対して強制競売を申し立て、差し押さえがなされたため、受益相続人が強制執行の排除を求めて第三者異議の訴えを提起したものである。最高裁は、遺留分減殺請求権は、遺留分権利者がこれを第三者に譲渡するなど権利行使の確定的意思を有することを外部に表明したと認められる特段の事情がある場合を除き、行使上の一身専属性を有すると解するのが相当であり、遺留分権利者以外の者が遺留分権利者の減殺請求行使の意思決定に介入することは許されないとして、債権者代位の目的とすることは許されないと判示した。このケースでは対抗力を争わないで減殺請求の代位をしたものであるが、対抗要件不要を前提とするかのような判断がうかがわれる。

## (2) 対抗要件不要説の登場

平成14年6月10日にいって、最高裁は対抗要件不要を明示した（最判平14.6.10 家月55巻1号77頁，判時1791号59頁）（平成14年判決という）。この事件は、第2章第2節の事例 -1である。平成14年判決は、「相続させる」旨の遺言によって特定の不動産を全部取得した相続人が共同相続人の法定相続分について差押えをした債権者に対して、登記なくして対抗することができるか否かが問題となった事案である。本判決では債権者らからの上告を受理した上、上告を棄却した。すなわち、「特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』旨の遺言は、特段の事情のない限り、何らの

行為を要せずに、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(最高裁平成3年4月19日第二小法廷判決・民集45巻4号477頁参照)。このように、『相続させる』旨の遺言による権利の移転は、法定相続分又は指定相続分の相続の場合と本質において異なるところはない。そして、法定相続分又は指定相続分の相続による不動産の権利の取得については、登記なくしてその権利を第三者に対抗することができる(最高裁昭和38年2月22日第二小法廷判決<sup>35)</sup>、最高裁平成5年7月19日第二小法廷判決<sup>36)</sup>参照)。したがって、本件において被告人は、本件遺言によって取得した不動産又は共有持分権を登記なくして原告らに対抗することができる」旨判示した。この判決では「相続させる」旨の遺言の場合についてきわめて強力な効果を認めたことになり、判例の現在までの到達点として記録されるべきものである。

### (3) 対抗要件不要説への批判

平成14年判決に対する批判として、池田教授は、昭和39年判決<sup>37)</sup>の特定遺贈との効力の差について疑問を投げかけ、また平成14年判決が先例としてあげている昭和38年判決及び前記平成5年判決を適用するには無理があり、そこには法定相続分への期待権は厚遇するほどの価値はなく、遺言相続が本則であるとする遺言相続主義とも言うべき飛躍した前提があると指摘されている<sup>38)</sup>。

松尾助教授も前記昭和38年判決と平成5年判決及び本判決との間には、大きな溝があり同じ法理を適用することは無理があると指摘されている。昭和38年判決は法定相続分に関するものであり、条文と戸籍から判断できる場合に妥当するもので、指定相続分については別の考慮を要するとするのが多数説である。「昭和38年判決においては、無遺言相続によって法定相続分の範囲で個々の遺産の権利者となった者と、偽造文書を用いて勝手に単独相続登記をした者からの譲受人との対抗関係が問題となっている。これに対し、平成5年判決及び本平成14年判決とでは、『遺言によって』

遺言の内容に従って権利者となった者と、『遺言がなければ』権利者であった者からの譲受人、あるいはその者に対する（仮）差押債権者との對抗関係が問題となっているのである。この違いを考慮せずに、昭和38年判決を安易に引用することはできない<sup>39)</sup>としている。

さらに、右近教授は、「この先例として引用する2判決と本件の結論をいかにして引き出したのであろうか、実に素晴らしいマジックショーであり、終わっても唖然として拍手を忘れてしまう。むしろ先例との整合性を保つために、これらの内容を変更するものとして大法廷を開かねばならなかったのではないか<sup>40)</sup>と指摘されている。

このように、本判決は昭和38年判決と平成5年判決の二つを論拠としているが、法定相続分または指定相続分と「相続させる」旨の遺言による相続分とは相違点もあり、それを拡張して適用することは無理があるようにも思われ、また「相続させる」旨の遺言の場合は登記必要とすることは酷ではなく、無権利の法理によって形式論理的に登記不要とすることは疑問であるとする意見もある<sup>41)</sup>。この事例で、債権者側の取引社会の論理より生活世界の論理を保護すべきことは認めるとしても、取引者側がいつも保護されない構造は問題である。弱者保護は必要ではあり、過酷なことがあってはならないが、基本的には取引安全は債務者（相続人）の利益よりも優先して考えることが妥当である。

この平成14年判決について、このほかにも犬伏教授<sup>42)</sup>、赤松教授<sup>43)</sup>による判批があるが、共通して言われていることは上記のように先例との乖離と第三者保護の必要性である。

この判決は相続人側にとってはきわめて都合のよい判決ではあるが、取引安全の点からは大きな問題がある。この判決を一つの決着をつけたものであるとして評価し、わが国の登記制度の欠陥からくるリスクは申告人が負うことが当然であるとするなど肯定的に捉えた論文<sup>44)</sup>もあるが、それでも前記のような先例との乖離については問題視されている。登記不要説を尊重しつつも、それが依拠する無権利の法理にも問題があるという指摘

がある。松尾弘教授は、「上記の判例では無権利の法理がしばしばドグマ的に援用されている。また、これらの判例における登記不要説の根拠は、偽造文書による登記という悪しき行為へのサンクション、当然承継や均分相続に対する共同相続人の期待、被相続人の意思に従った権利帰属を実現させようとする法政策的価値判断といった実質的判断に支えられているのであり、無権利の法理は、そうした背後にある実質問題を覆い隠す危険もある<sup>45)</sup>。」と指摘されている。

### 第3節 遺留分減殺の対象及び減殺の順序

香川判決では、「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」として遺留分減殺請求を認めている。問題となるのは減殺の順序と減殺請求後の共有関係解消の手続をどうするかである<sup>46)</sup>。

#### (1) 減殺の順序

民法1033条ないし1035条は、減殺の順序を遺贈、贈与の順としているが、「相続させる」旨の遺言を、遺贈と同順位とする説<sup>47)</sup>、生前贈与の次とする説<sup>48)</sup>がある。

説は、民法1033条ないし1035条が新たな処分から先に減殺して減殺を受ける者に及ぼす影響を最少にとどめようとしていることから、遺言者が特に明示していない限り、遺贈と同順位で減殺するとしているのに対し、説は、当該遺産を受益相続人に優先的に取得させたいとする遺言者の意思を重視し、最後に減殺すべしとするものである。説が相当であり、多数説でもある。東京高裁平12.3.8判決 高民集53巻1号93頁は、死因贈与は、贈与者の死亡によって効力を生じるのであり、また民法554条は、死因贈与について『遺贈ニ関スル規定ニ従フ』と定めているのであるから、死因贈与も遺贈と同じ順序で減殺されるものと解するのが相当とし、民法1033条及び1035条の趣旨にかんがみ、通常の前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すべきものと解する

のが相当と判示した。さらに同判決は「相続させる」旨の遺言について遺贈と同様に解するのが相当であるとしている。「相続させる」旨の遺言が遺贈類似のものとして扱わざるを得ない以上、遺贈と同時に、贈与より先に減殺することは避けられず<sup>49)</sup>、民1033条及び1035条は強行規定であり、遺言者の意思よりも取引の安全が優先されるべきであるとされている<sup>50)</sup>。

もともと「相続させる」旨の遺言は遺言者の一方的な意思に基づいた特定相続人への単独相続の道を可能にするニーズに応えるために公証人実務において生み出されたもので、その法的性質は遺贈システムに則らざるを得ないという自己矛盾を内蔵している。このため、前記平成12年判決につき「相続させる」旨の遺言の当該財産が遺贈財産でないと言い切ったとしても、他の共同相続人の遺留分を侵害しておれば、減殺の対象とならざるを得ず、「相続させる」旨の遺言の減殺順序を遺贈と同順位としたものと理解されている<sup>51)</sup>。

## (2) 減殺請求後の共有関係解消の手続

「相続させる」旨の遺言は、多くの場合に共同相続人の遺留分を侵害することが多いので、「相続させる」旨の遺言の場合には、とくに遺留分減殺請求のもつ意義が大きい。ここで、減殺請求による共有関係解消の手続とその場合の法律関係について整理しておきたい。

遺留分は相続分の一定割合を保障するものであり、相続分の一部であると解されている。遺留分減殺請求権は形成権であって、その効果は物権的に生ずると解されているから<sup>52)</sup>、減殺請求権が行使されると、それにより遺留分を侵害する指定・遺贈・贈与の効力は、減殺者の遺留分を侵害する限度で失われ、減殺された財産は減殺者のもとに取り戻されることになる。しかし、民法の遺留分減殺に関する規定は、単独相続である家督相続を中心とした旧民法の規定を、家督相続の廃止に伴って最小限度の修正を加えたのみで、ほとんどそのまま踏襲したものとされている。そのため相続人以外の第三者による遺留分侵害の場合を想定した規定となっており、共

同相続を原則とする現行民法下で生ずる共同相続人間の遺留分減殺請求の問題については、何らの配慮もなされていないので、解決に困難な場合が多い<sup>53)</sup>。

(イ) 特定の財産について「相続させる」旨の遺言がなされた場合

「相続させる」旨の遺言の対象財産は遺産から逸出していることから、減殺により取り戻された当該財産上の権利との関係は物権法上の共有関係となる。そこで、この共有関係の解消は民256条以下による普通裁判所における共有物分割手続によることになる。共有物分割は個別的な分割であり、分割方法が限られているため共同相続人間の合理的な配分ができにくい。しかし共有物分割においても、その方法として現物分割・競売による分割のみでなく、特に共同相続人間の場合には債務負担の方法によるものなど遺産分割における方法を取入れたりして、多様な共有物分割の方法を講じていくなれば、現在みられる不合理さもある程度解消されるのではないかとされている<sup>54)</sup>。

(ロ) 包括して財産を「相続させる」旨の遺言がなされた場合

財産全部を包括して「相続させる」旨の遺言がなされた場合に減殺請求がなされたときの法律関係は、包括的な遺贈に対し減殺がなされたときと同様に考えて、(イ)と同様に共有物分割の手続により共有関係が解消される。遺言者の財産全部についての包括遺贈について、最判平8・1・26民集50巻1号132頁は、こうした包括遺贈は、遺贈の対象となる財産を個々に掲記する代わりに、これを包括的に表示する実質を有するもので、その限りで特定遺贈とその性質を異にするものではないことを理由に、特定遺贈の場合と同様に、減殺請求者に帰属する権利は、遺産分割の対象となる相続財産としての性質を有しないとし、訴訟による共有物分割手続によって共有関係を解消することとなる<sup>55)</sup>。

(ハ) 割合的「相続させる」旨の遺言がなされた場合

割合的「相続させる」旨の遺言における遺言者の意思は、指示された共同相続人に対し、遺産のうち指定された割合による価値に相当する財産を

取得させることに主眼があり、個々の財産について各割合に応じた持分権を物権的に取得させることにあるのではない。したがって、これについて減殺請求がなされたときは、相続分の指定に対し減殺請求された場合に準じて、遺留分を侵害する限度で、相続させる割合が修正され、その修正された割合によって遺産分割手続がなされることになる。すなわち、この場合には共有物分割ではなく、遺産分割によるべきとする意見が多い<sup>56)</sup>。

遺留分減殺は訴訟事件として扱い普通裁判所で争われる場合と、遺産分割として家庭裁判所で取扱う場合とがある。これについて、遺産分割は審判事項、遺留分減殺は訴訟事項という手続の二元性に拘束され、実体法規の解釈を手続の二元性に従属させているとして、二元化を所与の絶対的な前提とするのではなく、柔軟に二元化を克服する方向を探るべきであるという批判がある<sup>57)</sup>。均分相続と遺留分減殺請求は現在の民法による相続法の大きな柱の一つである。一方、「相続させる」旨の遺言は、均分相続と対立する理念にもとづくものである。「相続させる」旨の遺言と遺留分減殺とは、今後検討されるべき余地が多い。

#### 第4節 特別受益となるか

「相続させる」旨の遺言により受益相続人に帰属した遺産を特別受益（民903）として扱うかについては、肯定否定の二つの説がある。香川判決は、「遺産分割の協議または審判においては、当該遺産の承継を参酌して残余の遺産の分割がされる」と判示している。このことからみて、「相続させる」とされた遺産が特別受益にあたるのかどうかは明確でない。これについて、「相続させる」旨の遺言が、遺贈と同じく、対象遺産の即時権利移転効を生じさせ、遺産分割対象財産から逸出させることに着目して特別受益に該当するとする説<sup>58)</sup>と、「相続させる」旨の遺言が遺産の一部分割がなされたのと同様の遺産の承継関係を生じさせる点を重視し、上記の効果は遺産分割の領域内の事象であると見て特別受益とせず、一部分割取得したことを前提に残余財産の分割をすることになるという説があ

る<sup>59)</sup>。

被相続人が、特別受益分について持戻し計算をさせるかどうかは任意であるが、できれば遺言にその旨を明示しておくことが望ましい。特定の遺産の価額が受益相続人の具体的相続分を超える場合、説では特別受益として算定されるので、代償金の支払いを要せず、その超過額は他の共同相続人の負担となる。説では代償金を支払わねばならないことで、両説の差異が生じるが、説に立っても具体的相続分を超える部分について相続分の指定を伴うと見れば代償金支払いの必要はないことになる。香川判決では、「特定遺産の承継を参酌して遺産の分割がなされることはいうまでもない」と判示しているのみであるので、判決文から一義的に明確とはいえない。しかし同判決は、「相続させる」旨の遺言による権利移転効の内容について「遺産の一部分割がなされたのと同様の遺産の承継関係を生ぜしめる」と判示しているので、特定遺産は特別受益の性質を有するというより遺産の一部取得分と解するのが相当であろう。もっとも、そのように解しても、特定遺産が具体的相続分を超えるときは前記のとおり相続分の指定を伴うものとみれば、特別受益該当説と同様超過分について代償金支払の問題は生じないので、必ずしも実益のある議論とはいえない<sup>60)</sup>。

#### 第5節 全遺産を包括して「相続させる」旨の遺言の効力

香川判決は、特定の遺産を特定の受益相続人に相続させる旨の遺言に関するものであるが、「全遺産を特定の相続人に相続させる」旨の遺言の効力については触れていない。

今回、調査した裁判例でも、約半数が何らかの形で遺産全体を「相続させる」形態をとっている。このような包括的な「相続させる」旨の遺言は、遺産分割方法指定説によれば分割方法の指定とともに相続分の指定があったことになるから遺産分割の手続が必要となり、遺贈説によれば包括遺贈がなされたことになる。しかし、香川判決の立場をこの場合に当てはめると、遺贈と解すべき特段の事情がなければ、全遺産について即時権利移転

効が生ずる遺言と見るのが相当であるといわれており、他の相続人もこの遺言に拘束されて、それと異なる遺産分割はできないので、遺言の効力発生後に改めて遺産分割手続きを要求する必要はないと思われる。このことから、全遺産包括相続型の遺言は、特定の遺産を「相続させる」遺言の集合体と考えて、即時権利移転効が発生すると言う説が多数となっている<sup>61)</sup>。登記実務も「全遺産を特定の相続人に相続させる」旨の遺言に基づき、遺産中の不動産全部について相続を原因とする所有権移転登記をすることを認めている（昭和47・4・17民甲1442号通達）<sup>62)</sup>。ただ、この通達は、香川判決が出る20年近くも前に、裁判所をさしおいて実務が先行することを導いたことは問題として指摘されねばならない。

また、香川判決は、特定の遺産を特定の受益相続人に「相続させる」旨の遺言に関するもので、本来の文言の意味は、一人ないし一部の受益相続人に相続させるということであるが、調査例においても、複数の相続人に、ほぼすべての遺産を相続させる場合が少なくない。この場合についても、実務上では上記と同様に取扱っている<sup>63)</sup>。ただし、物権の共有解消に工夫を必要とする。

## 第6節 検 討

「相続させる」旨の遺言は、公証人実務から始められたものであるが、現在では、香川判決及びそれに基盤を置く諸判決によって、お墨付きを得て、市民の間にも定着してしまったことは認めざるを得ない。したがって、将来的には、判例変更をも求めて議論を深めていかねばならないが、とりあえずの現実問題としては、この解釈から生じる諸問題に対応して、問題点を明確にしていかなければならない。具体的なポイントは本章1節～5節で述べたところであるが、とくに問題とする事項を確認しておきたい。

わが国の相続制度は遺言による財産処分としては、遺贈制度を基本として作られており、遺産分割方法の指定説を持ってきて、「木に竹を接ぐ」ようなもので、その整合性には大きな問題がある。すなわち準拠すべき法

規範がないので、解釈により、取扱に変動がおこるおそれがあり、他の相続人の権利を害することのないように注意しなければならない。

とくに問題として考慮すべきことは以下のとおりである 寄与分についての取扱をどうするか。民法904条の2により、寄与分は被相続人が相続開始のときに有した財産の価額から遺贈の価額を控除した額を超えることはできない。このため「相続させる」旨の遺言の対象財産を遺贈と同様に取扱うならば、寄与相続人の取得額が具体的相続額に満たず、寄与分を取得できないことが起こりうる。民法の規定の意味は遺言者の意思を優先するものと考えられているが、恣意的な遺言の場合などには、寄与相続人の権利の侵害が起こることになり問題である。遺留分と同様に、寄与分を優先して認めるような法改正や解釈が求められる。遺留分減殺の順序は、たとえ遺言者が明示していても、他の遺贈や贈与よりも後で減殺することは認めてはならない。消極財産の取扱は包括遺贈として扱い、債務は遺産分割の対象として扱うことが必要である、遺産の中に消極財産すなわち債務がある場合の債務の負担方法にもいくつかの場合が考えられる。この場合、生前贈与や「相続させる」旨の遺言による受益分を含めて、各相続人が実際にえた利益に応じて負担することが望ましい。負担付「相続させる」旨の遺言の場合に、民法1027条の負担付遺贈の規定を準用するとして、「相続させる」旨の遺言による受益相続人が、定められた負担を実行しない場合に、他の相続人から取消請求ができるかどうかという問題がある<sup>64)</sup>。法的安定性を乱すという反対意見もあるが、負担が遺言の重要な要素である場合には、公平性から見て取消請求を認めることが妥当と考える。遺贈と「相続させる」旨の遺言による承継とをくらべると、本章第2節で述べたように、判例によって、登記なくして第三者に対抗できることは大きな相違点である。しかし、前述のように、この判決には構成上、疑問点が多く、その妥当性については、今後とも検討を必要とする。

このように考えていくと、対抗要件の点をさておくと、結局、「相続させる」旨の遺言は遺贈として扱うことに酷似してくる。遺贈として取扱う

ことについての、相続承継説との差は、前記民事局長通達による登記の際の取扱いに起因することになる。

対抗要件不要ということと登記実務での単独申請可能ということは、二つとも利用者にとっては利便性という意味で長所と受け取られている。しかし、反面でこれまでに述べたように欠点としてのリスクや問題点も多い。これらのリスクや問題点についての議論を深め、啓発によって改善を迫っていく息の長い取り組みが必要である。

## 第4章 学説の検討

### 第1節 肯定説

香川判決を肯定的に捉えるものとして、次のような視点からの学説がある。

#### (1) 相続承継説ととらえる視点

米倉教授は、「『相続させる』遺言は遺贈と解すべきではなく、香川判決が支持されるべきことを主張」し、次のように述べられている<sup>65)</sup>。ここでは、法的構成、問題意識などは割愛して特徴的なことに絞って説明する。また、教授は香川判決による方法を相続承継説と呼んでいる。その主張は、遺贈説をとった場合の問題点を指摘することで行われており、問題点を強調しながらも相続承継説を強く支持している。

第一に共同相続人の平等処遇という観点に立つとき、遺贈説には問題があるというほかない。特別受益の場合の共同相続人の負担や遺留分減殺請求による調整などについては遺贈説も相続承継説も差はない。しかし、特徴的なことは相続放棄の場合であって、「受益相続人が受益不動産の取得を放棄するだけでなく、受益相続人が相続そのもの（相続人としての地位そのもの）を放棄した場合には、相続承継説の下では、受益相続人による受益不動産の取得は遺言発効時に遡及して失効し、ひいては受益不動産は

他の共同相続人による遺産分割手続の対象となる。受益相続人は相続債務を一切負担することはない。これに対して遺贈説の下では、相続放棄がされた場合にも失効することはない。受益相続人(受遺相続人)は相続放棄しつつ受益不動産(受遺物)を確保し得ることになる。この不動産が他の共同相続人による遺産分割手続の対象となることはない。これでは遺贈説の下でのほうが共同相続人の平等処遇を害する度合いがより大きいといえるのではないかと指摘されている。第二に「もっとも重要なことは、民法上の効果の相違である。(登録免許税税率は前述のとおり2003年4月から改正されたのでこの件は不問とする)遺言者が遺贈ではなく相続承継を選択するより根本的な理由は、民法上の効果の相違、とりわけ対外的効力の問題 未登記のままですべて所有権取得を第三者に対抗し得るか であろう」ということを挙げている。また「登記手続の難易はどうか。遺贈であれば共同申請に、相続承継であれば単独申請となる」と効果を述べられている。第三のポイントとして遺言者の意思(通常の意味及び合理的意思)は受益相続人に受益不動産を早く、かつ、確実に取得させることにあり、これは法的構成として相続承継となると指摘される。

それ以外の主張としては、「起草過程においては、尊属分割ということに対しては禁止の立場は看取されなかった。908条に言う『分割の方法』が相続承継説的に解釈される(尊属分割的に解釈される)ことに日本語として違和感を覚えない。(中略)かくなつた暁は908条の『分割の方法』は相続承継を含むと解釈すべきである」と述べている。また、条文がないとか言及されていないことは否定ではないとして、伝統ある概念であっても、改鑄すべきであると主張されている。

以上で説明した米倉説のポイントについて、素朴な疑問であるが理解しがたい点がある。

第一に、民法上の効果を挙げておられるが、単独で登記申請可能ということは昭47・4・17の法務省民事局長通達によって先導された部分が多いと理解している。香川判決で「相続させる」旨の遺言による場合は、相続

と同等であるということが仮に認められるとしても、それは原因と結果を結び付けたように見受けられる。第二に、同じく民法上の対外的な効果として、登記なくして第三者に対抗できるということが言われているが、これは最判平14・6・10によって判示されたことで、いまなお議論があるところである。少なくともそれ以前においては明確なことではなかったはずである。今の時点での効果としては、そういうこともいえるかもしれないが、少なくとも平成3年の時点では、そのような効果は明白ではなかった。そこで、それを香川判決＝相続承継説の根拠にすることは問題があると考ええる。第三に、伝統ある概念や法解釈でも、ニーズに合わせて大胆に解釈を展開していくべきであることが主張されている。このことは、たとえば企業や自治体などにおける改革ではたしかにそのとおりであるが、法律はそのように変化しては混乱を生じるので、一定の歯止めが必要ではないかと考える。

## (2) 企業承継の視点

松嶋助教授は、企業承継の観点から「相続させる」旨の遺言について提言される<sup>66)</sup>。企業承継法は中小会社に特有の問題であり、また中小会社の多くは同族会社であるから経営者の死亡とそれに伴う相続は企業に重大な影響を与える。ところで、均分相続制度による場合は株式は相続人間で共同相続となり、この場合は準共有（民264条）の関係になると解されている。すると、商法203条2項が適用され、「株式が数人の共有に属するときには共有者は株主の権利を行使すべき者一人を定むることを要す」と規定し、「権利行使者」の選定を要求している。ところが、相続人間で争いが生じた場合には、この権利行使者の選定問題が会社の経営権問題へと紛争が拡大してしまい、会社経営が成り立たなくなってしまう。

この問題を解決するためには、実質的単独相続が必要であり、そのために香川判決による「相続させる」旨の遺言の方法が極めて有用であると提言されている。とくに、ここで問題にしている中小会社では、定款で株式譲渡について取締役会の承認（商204条1項但書）が必要であるとしてい

ることが多いが、同族会社の場合取締役中に「譲歩相続者」(承継者とならなかった相続人)が含まれることが多いので、取締役会の承認が得られないことがある。この場合、「相続させる」旨の遺言の方法によれば、遺贈ではなく相続として扱われるので、取締役会の承認は不要である。企業承継法の観点からは、この方法は望ましいこととされている。

これに対する私見であるが、たとえ相続ができたとしても、いくら零細会社でも会社である以上、名義書換などは必要であり、また商業登記も必要である。取締役及び代表取締役の変更には株主総会及び取締役会議事録が必要である(商業登記法79条及び81条)。「相続させる」旨の遺言書があれば強行すればできるかもしれないが、かなり無理がある。これは「万策つきた」時の話かも知れないが、もっと基本的には、まったく家族だけで従業員も居ないような場合はいざ知らず、いやしくも会社である限りは、経営者は承継者を生前から決めておき、相続人や取締役にも知らしめておくことが責務であろう。そして金銭的相続についても備えておくことが心ある人のすることである。そうでなければ、優良企業の場合は株式の評価額が高く相続税だけでも大きな負担となるのである。このようなやり方でひそかに相続させても、会社の運営としてはうまくいくことは少ないと思われる。その意味でここに書かれているような経営者の対応は「お粗末」という批判を免れないであろう。

岩城弁護士は、経営者の後継者育成についての確にまとめられている<sup>67)</sup>。ここでも「相続させる」旨の遺言が特定の相続人に特定の遺産をすみやかに相続させるという魅力的なものとして紹介されている。しかし、ここでは、むしろ遺産の分割協議を行うというオーソドックスな方法を次のように推奨している。すなわち、「遺産が株式で、同時にその相続が父の会社の経営権の承継という意味をもつときは、父は生前から、会社の後継者とすべき者を考え、あらかじめその事業に関与させておくなどして、後継者としての訓練や教育に努めるべきであろう。同時にそのことを他の家族にもわからせて、その者が父の事業を継ぐことにつき家族全員の了解を得ら

れるようにしておくべきである、そして法定相続分によって株式を相続させることは、一見公平のようで、実は禍根を残す方法である」と戒めている。そのうえで、特定遺贈（民法964条）または遺産分割方法（民法908条）による遺言の方法を述べ、それは法定相続分を超えるときは相続分の指定（民法902条）を含むものとなることを説明している。さらに、遺言による遺産分割方法の指定も共同相続人間の協議の場にさらされることで問題が中和され、懸念される共同相続人間の対立をかなり解決する可能性もあると述べている。「相続させる」旨の遺言の方法は、「故人の意思には合致するものであろうが、共同相続人の中には、おそらく終生消えることのない深刻な対立と憎しみあいが残ることになるものと想像される」とし、率直にいったあまり利用してほしくない遺言の仕方であると結んでいる。

### (3) 介護労働などに報いる視点

これに対して、水野紀子教授は介護労働というシャドウワーク（アンペイドワーク）を「嫁」などに負担を押し付けるという危険な方法であることを警告する<sup>68)</sup>。「現代の日本に残る最大のシャドウワーク（アンペイドワーク）の領域は家事労働や介護労働である。そして『相続させる』旨の遺言がめざしたものとしては、高齢者の老後を支えるこれらのシャドウワーク（アンペイドワーク）の対価を確保することが大きかったと思われる。しかし家族に義務を負わせてその対価を相続財産で清算するという方法が今後の日本社会で高齢者の介護労働を確保していく道として妥当なものであるかは大いに疑問である<sup>69)</sup>。（中略）すなわち、シャドウワーク（アンペイドワーク）労働の対価を将来の不安定な遺言による相続で清算するという枠組みには、そもそも無理がある。いつひっくり返されるかわからない遺言では、シャドウワーク（アンペイドワーク）を先履行する相続人が納得できないだろう」とし、「また相続による対価処理は、撤回可能な遺言というもろさをもち、賃労働に逃避できないシャドウワーカーに負担を押し付けるという危険をかかえた方法であることを、十分に認識し

た上で、『相続させる』旨の遺言を評価すべきであろう<sup>70)</sup>と指摘され、公証法学が意図した目的を強く批判しながら、「相続させる」旨の遺言については肯定しているかのように思われる。

## 第2節 反対説(否定説)

反対説としては、遺贈とみるもの、分割協議を必要とするもの、法的性質の決定により検討するものなどの立場がある。

### (1) 遺贈とみる立場

伊藤教授は、民法908条にいう遺産分割方法の指定を家事審判規則109条に定めるもの、すなわち、財産処分の性質を持たない現物分割・換価分割・代償(補償)分割などの諸種の方法の指定であるととらえるので、908条に新しい財産処分機能を認め、民法907条の分割協議には服さないと判示した香川判決を批判される<sup>71)</sup>。伊藤説では、遺言による処理は法律が認める遺言事項のいずれかに該当しなければその効力はないという原則に立って考えるので、「相続させる」旨の遺言という文言であっても遺贈でしかありえないとして取扱う。

「相続させる」旨の遺言を遺贈であると解することにより、死亡と同時にただちに当該遺産の権利は受益者に帰属するが、受益者が目的物上に権利を行使するためには、共同相続人全員の同意が必要である。その意味では、遺言者の意思に合致するともいえる。当該財産は、遺言者の持戻し免除の意思表示がなければ、特別受益に該当し、もしも当該財産の価額が特定相続人の法定相続分を上回る場合には、特定相続人は当該特定財産以外には取得しえない。しかし、下回ったときは、法定相続分まで他の遺産を取得できる。

この説によれば、遺産分割方法の指定は、遺産分割の全般的方針を指示することであって財産処分はできない。遺産分割が未了ならば、共同相続人間では遺産分割の中で履行ないし弁済をすることが可能である。共同相

続人間では、当該処分の価額を「相続分」から減じ（相続分に充当し）、その残額と共に処分財産自体を受益者に移転することになる。遺贈であるから、その承認・放棄は相続の承認・放棄とは別である（相続放棄と同時に、黙示的に遺贈も放棄されたと判断されることはあり得る）。

遺産分割が済んだ後に遺言が発見された場合には、処分の目的物自体は受益者（受遺者）に移転せざるを得ないが、そのことによって当初の遺産分割による取得分が減少する者の利益は、遺産分割における共同相続人間の担保責任規定によって保護される（民911条）。

他方、分割後に、この処分の受益者であることが分かった相続人は、当該目的物を自らの相続分に充当すれば過剰となる分の価額を、代償として差し出さねばならない。この代償価額の弁済と目的物の移転は、同時履行の関係にあると考えてよい。

限定承認により債権者が弁済を受けた後になお残る財産があれば、共同相続人間で分けるのではなく、遺言受益者に弁済される（民931条）べきであるが、その際に遺留分権利者が減殺権を行使することはあり得る。

そして、この「相続させる」旨の遺言による処分が遺産分割にも服さず、登記手続も受益者の単独申請で済むのだとすれば、遺言文言上の受益者には便利でも、遺言につきものの危険が増幅される。遺言者が残す遺言は1通とは限らず、しかも相矛盾する場合も多いといわねばならないからである。

## （2）分割協議を必要とする立場

右近教授はこの種の遺言を遺産分割方法の指定ではあるが、相続分の指定を伴わないものと解している<sup>72)</sup>。その理由は次のとおりである。

第一に、遺言者には受益者が相続放棄をしてもなお当該財産を取得させる意思があるのか、相続した場合に限って取得させる意思に過ぎないのが問題であり、前者の場合であれば遺贈と解しなければならないが、後者の場合が通常と考えれば、相続放棄を解除条件とする遺贈と解するよりは、遺産分割方法の指定と解するのが素直である。第二に、かなりの遺言者の

意思は悪意的であって、遺言があることによる相続人間の争いはかえって激しくなるように感じられ、それゆえ、解釈によって遺言者の意思を合理的に制限すべきではないかと考える。法定相続分を堅持し、合理的根拠のない限り、相続分の変更を認めないのが適当ではないかと思われる。第三に、第二の裏返しとなるが、遺贈と解することにより「共同相続人間の不公平を認めることは均分相続という現行法の理想に反する」ことになる。右近教授は、「遺言者による非合理・恣意的な相続人の不公平扱いを是正しようとするれば、民903条の適用外の制度を考えねばならない。それが相続分の指定を伴わない遺産分割方法の指定である」<sup>73)</sup>と指摘されている。遺贈と解釈しない理由として、さらに付け加えておられ、第四に、遺贈と解すると、当該相続人が遺言者より先に死亡したときには、遺贈の効力はなくなるのが原則であるが、相続分の指定と解するときには、代襲相続人による代襲相続が可能となり、相続人への指定が例えば遺言者の介護に対する報酬の意味を備えているときは結果的に妥当な解決となるとされる。

### (3) 法的性質決定による検討と遺産分割手続排除の否定

吉田教授は、「相続させる」旨の遺言について、法的性質決定という手順を適用し、遺贈、相続分の指定、遺産分割方法の指定という3種の典型処分への当てはめを行っている<sup>74)</sup>。その結果、典型処分への包摂志向という立場では、遺産分割方法指定または遺贈と性質決定され、遺産分割方法の指定との性質決定を原則とする多田判決の考え方は、説得的なものとなる。しかし、この考え方においては、公証実務が追求する二つの効果(相続承継と遺贈的効力)の一方の満足しか認められない。典型処分を前提とする限り、この二つの効果は両立しないからである。遺贈説では登記手続における共同申請を余儀なくされ、遺産分割方法指定説では遺産分割手続をカットした直接の所有権帰属を実現できない(多田判決は明確にそれを否定した)。それゆえ、この二つの考え方は、いずれも、公証実務から徹底して排撃された。公証実務を満足させるためには、何らかの

意味で、典型処分からの離反が必要になる。公証実務が提示した構成は、「意思表示による遺産処分の態様は、法律が規定している相続分の指定、遺産分割方法の指定、遺贈の三種に限られず、そのほかに、遺産分割そのものの意思表示もありうる」とするものである（遺産分割処分説）。遺言によって遺産分割がなされたことになるから、遺産分割手続を経ることなく、特定財産が直ちに相続人に帰属することが正当化される。この見解は、遺産分割の意思表示も民法964条に定める「処分」に含まれると主張する。新たな内容の典型処分の承認を求めるという形で、従来型の典型処分からの離反が試みられる。

他方、典型処分からの離反は、有力な相続法学説によって早くから、より徹底した形で主張されていた。その見解によれば、相続人間の遺産分配に関する具体的な遺言の内容は、しばしば二重・三重の内容を持ち、それを遺贈・相続分指定・遺産分割方法指定のどれかいずれかに無理に割り付けて解釈する必要はなく、このような中間的なものの効果は、具体的な遺言の内容に即して、処理されるべきであるとしている<sup>75)</sup>。この見解は、遺言者の意思の尊重から出発して、典型処分それ自体の否定に帰着する性格のものである。それは、典型処分の意義を認める遺贈説や遺産分割方遺言指定説とは対極的な位置にある見解である。

吉田教授は、以上のようにこれまでの見解を分析した上で、遺言によって全相続人に全遺産の分配方法が指示されているような場合には（いわゆる割付遺言。それも遺産分割方法の指定とみてよい）、それによって遺産分割がなされたものとみなし、遺産分割手続を実施しないで済ませることが認められてもよいとする。しかし、遺留分侵害があると評価されるケースでは、遺言による遺産分割の効力は失われ、改めて遺産分割手続を行うものとする考え方が望ましいとしている。割付遺言ケースではなく、特定の相続人を対象として特定の不動産を「相続させる」ような場合については、「遺産分割手続の排除を認めることは躊躇され、このような場合には、遺言による遺産分割手続の排除を否定すべきである」と述べておられる。

また、フランス法における尊属分割と「相続させる」旨の遺言とを比較して、「とりわけ重要なのは、前者においては相続人間の平等への配慮が重要視されているのに対して、後者は相続人間の平等を排除する機能を果たしているという点である。(中略)特定財産を特定相続人に遺産分割手続をカットして相続させることなど、フランス法の尊属分割においてはおよそ想定されていないのである」と指摘されている。

### 第3節 問題整理

以上で、学説の論議状況を述べたが、これらの各説をとおしての問題点は何かについて考える。ここではポイントを次の3点に絞ることとする。

第一に、公平とはなにかである。以上の各説でそれぞれ公平性について述べられている。各説にはそれぞれ特徴があり、また各共同相続人にもそれぞれに言い分があり、結局は均分相続を基本とするしかない。ここで遺留分、寄与分、持ち戻しあるいはアンペイドワークをも考慮した協議が必要となるであろう。公平性を担保する方策として沼邊弁護士は、「被相続人のした遺言を通じて、その合理的な意思と考えられるものを尊重すべきことは言うまでもないが、余りにその遺言による処分が不合理と考えられる場合、寄与分や代償分割(代償金の支払い)等により、これを是正する」とし、「『相続させる』旨の遺言は、遺産分割方法の指定(場合により相続分の指定を伴う)と解する見解により、遺産分割の協議、調停、審判を通じて、遺産の合理的な分配をはかるのが妥当ではないかと考える」<sup>76)</sup>とされる。

第二に、簡単に手続きして、遺産分割、当事者間の話し合いをとばして本当によいのかである。伊藤教授が問題提起しているように「相続させる」旨の遺言として、遺産分割不要・単独登記可というように、手続きを急いだ場合にトラブルがおこるリスクが大きい。

二宮教授は「遺産分割協議を介在させるために、根本的に『相続させる』旨の遺言を見直す必要がある。それには、二つの方向がある。ひとつ

は『相続させる』旨の遺言を、遺言による財産の処分として『遺贈』と捉え、遺贈を遺産分割手続で履行させることである。もうひとつは、遺産分割の効果が発生するには、遺産分割協議・審判を経ることが必要だとすることである<sup>77)</sup>と指摘されている。遺言執行も、分割協議もいらず、遺言者の意思だけに基づいて、特定の受益相続人が直接権利を取得することの妥当性が議論される道が開かれねばならない。

第三に、登記事務で示された遺言書が唯一真正であることの保証があるのかである。遺言書は複数作成されることが珍しいことではなく、これは伊藤教授などがかねてより警告しているように、また本論文第2章第1節でみたように、遺言書の真偽や有効（最新）なものであるかと言う保証はない。この問題を少しでも軽減するためには、上記で述べた遺産分割などの協議を行い、時間をかけて吟味することがとりうる有効な対策であろう。

現代は何事にも、内容や長期的な価値よりも効率や即効性が尊ばれる風潮がある。相続においても、手間をかけずに特定の相続人に相続させたいという心情は、一方ではわからないでもないが、それが結果的に共同相続人間に大きなトラブルとなることは望んでいないはずである。とくに全財産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言や割合的に「相続させる」遺言の場合には、分割協議が必須であるといってよく、このような場合に特定の相続人だけが恵まれた相続をすることは、終生消えることのないキズを負うことは明らかである。多少、回り道のようにも、遺産分割協議を経ることにより、繁栄への道が開かれると確信する。

また、松尾助教授は、「法定相続と遺言処分との関係、あるいは複数存在する遺言処分相互の関係を明らかにする、すなわち相続をめぐる法的状況を把握する公的な相続証明書の発行が求められる<sup>78)</sup>」として相続証明制度の導入を提言されているが一考の価値があることである。

同様に第三者保護について、水野紀子教授は「相続財産取引の問題として、法定相続を変更する自由相続に対して、取引安定という側面で日本相続法は基本的に非常に無防備な構造で、表見相続人と取引した善意の第三

者を救済する法理が欠けている」<sup>79)</sup>と指摘されるが、遺言の利用により法定相続からの変更が大きいほど第三者保護と取引安定のための法的施策が必要となる。この点、遺贈の場合、受遺者は登記なくして、遺贈によって取得した権利を第三者に対抗できない。対抗要件の具備という形で第三者の取引安全を図ることができる。遺産分割も同様で、分割によって取得した法定相続分以上の権利については、登記なくして第三者に対抗できない。「相続させる」旨の遺言を遺贈と解する立場、あるいは少なくとも遺産分割協議を必要とする立場は、この点で大きな役割を果たすといえよう。

角度を変えて考えると、遺言者の意思に合致することと、民法解釈上で問題がないことという二つの要素の対立図式構造をどう捉えるかということが、結論的に迫られることである。一方で、遺言者の意思の尊重という要請と、他方で相続人間の公平、第三者の保護という命題をどう調整していくかという判断がクローズアップされてくる。すなわち、「相続させる」旨の遺言における遺言者の意思とはなにかということと、場合によっては法規の適用回避として用いられることによる「遺言者の意思の尊重」に対する制約について考えることである。

ここで、「遺言者の意思」とは、受益相続人に受益不動産を早く、かつ、確実に取得させること、さらに、相続放棄があっても、財産を与える意思があるか、相続人に財産を残す意思 遺贈の意思はあるかということである。負債や消極財産の有無あるいは多寡によっても異なるが、通常、遺言者は、もし相続放棄があるということが推定されるならば、「相続させる」旨の遺言によって特別の財産を与えることはしないと考えられる。他方で、相続人間の公平については、遺産分割手続きを経る必要があること、遺留分減殺請求だけでは不十分であることが条件として考えられる。また、第三者の保護については、これまでに述べてきたように遺贈説及び遺産分割方法指定説を採った場合には対抗要件が必要であり、第三者保護が図られることになる。

本論においては、これまで判例のとる解釈を批判的に検討したというこ

とで、どのような学説を特定して支持するかということはいくつも明確にして来なかった。しかし、以上のように整理して考えてくると一つの結論が見えてくるように思われる。遺贈説及び遺産分割方法指定・分割協議必要説については、いずれも上記考察の条件を満たすものであるが、一歩進めて考えると、遺贈説の方に若干の優位性があると考えられる。その理由は、

もともと分割方法指定ということは、遺言による処分法としては民法に規定がないことであり、その発端の根拠に疑問がある<sup>80)</sup>、遺贈説の場合、相続放棄の場合の相続人間の公平性に問題があるという指摘があり<sup>81)</sup>、また、その対応としての相続放棄を解除条件とすることにも批判<sup>82)</sup>がある、しかし、上記で考察したように遺言者の意思としては、相続放棄を黙示の解除条件とすることは著しく不自然なことではない、相続人間の公平性を担保する最後の砦としての遺留分減殺請求は、分割方法指定説の場合は民法によって定められたものではなく、判例によって運用されているものであり、それに頼ることは不安であるなどのことが挙げられる。

なお、本文で述べなかったことではあるが、遺言能力が欠如した被相続人が一部の相続人が利益を得るような問題の遺言を作成できる場合というのは、遺言の真实性を維持するはずの公証人が介在する場合であるという指摘がある<sup>83)</sup>。このようなことは一部の事実かとは思いますが、公正証書遺言の信頼性を担保するための施策が必要であると考えられる。

## お わ り に

遺言者は、自分の死後に、遺産分割をめぐる紛争が生じないように、また、受益相続人にできるだけ手数をかけずに確定的に特定の遺産の承継がなされるように願って遺言をするのが通常である。このため、受遺者に対して相続の枠内で権利移転が可能となるような遺言の解釈をすることが遺言者の意思に合致することではある。しかし、遺言者の意思に合致するからといって、民法解釈上で問題がないようにしなければならない。この小

論では、このための考察の一つとして、香川判決及びそれに続く関係判決について批判的に検討した。その結果、これについての学説としては「遺贈説」(相続放棄を解除条件とする)がもっとも妥当であるという現時点での結論を得た。ただし、「遺贈説」か「分割方法指定説」かということは、その長短について簡単に論じられるものではない。今後、研鑽を重ね、よりよい見解が出せるように努力したい。

現在では公証実務はもちろん、学説の大勢も「相続させる」旨の遺言が最高裁によって認められたという「常識」が勝ったことを歓迎している。しかし、水野紀子教授はこの遺言形態がこれだけ実務に蓄積して「常識」となるには、それを当然とする社会の認識が存在<sup>84)</sup>したからではなかったかと指摘されている<sup>85)</sup>。

今回の調査結果からは、圧倒的に高い比率での結果は出なかったが、日本社会には一子(長子)相続の根深い心情がある<sup>86)</sup>ことはデータとしても認識された。第3章で述べたが、たしかに企業承継や農地相続の場合には資産を分散させないことが望まれる。しかし、それはいわば特別の場合であって、その場合は、何らかの方法によって対策が可能であると考えている。そのような特別の場合をもって全体を論じ、均分相続が不具合の源であるように言うことは当を得ていないと考える。

はじめに述べたように、法定相続ないし遺留分制度は集団所有時代の名残であるという説がある。これは一つの歴史的観点からだけの見方ではないかと考える。遺留分制度について考えると、戦後、民法が改正され、遺留分法についても見直しが行われたが、旧法の法文の体裁はほとんど変更されずに残っていて、単独相続である家督相続を中心とした旧法の規定をおおむね踏襲したものとなっている<sup>87)</sup>。イ工制度を守るための遺留分制度がいまや、個人の平等処遇を担保するための制度となり、一方、個人の自由を標榜する遺言自由主義が、一子単独相続などイ工制度ないしはそれに準じるものを保護するための制度として使われるようになってきているといえる。これは一種の「ねじれ現象」であり、このことを見過ぐすと誤った対

応となるおそれがある。

「戦後の民法改正により共同均分相続の原則がとられたが、当時はむしろ現実には家督相続＝単独相続が支配的慣行と考えられていた。この法原則と現実とのギャップをつなぐものとして遺言の利用が期待されるようになった」<sup>88)</sup>といわれている。今では、当時とは同じではないものの単独相続への期待は、日本社会において今なお根強いものがある。また、遺留分減殺関連の判例等で公表される事案では、親と同居してきた長子が遺言によって全財産を独占するものが目立つことである。つまり遺言の機能が、遺言者の意思を介しての家督相続の実現であることである。これまで遺言こそが相続法における個人主義の道具であり、その自由を制限する遺留分は家族主義の残存物であるといわれてきたが、事実とはそうではなく、また歴史的にも遺言こそが家産の集中に奉仕する家族主義的制度であったという認識であるという批判もある<sup>89)</sup>。これについては、前記のとおりまったく同感である。これまで、「相続させる」旨の遺言についての裁判例を調査してきたが、今後の課題の一つとして、遺留分減殺請求についての裁判例も調べてみたいと思っている。

法定相続制度について考えると、遺言自由主義論者からの攻撃は当然としても、第4章で述べた対抗問題に係る取引安全を守るためのものではあるが、法定相続分による登記が容易に生じ得る仕組みはあらためなければならぬという主張がある<sup>90)</sup>。たしかに法定相続分によるトラブルもあるが、これをもって法定相続が悪であると誤解されてはならず、反法定相続主義的な風潮に利用されないことがないよう慎重に取扱う必要がある。さらに均分相続や遺留分減殺を維持する必要があるかという問題提起もある<sup>91)</sup>。しかし、個人の尊厳と平等は憲法と現民法の基本理念であり、侵すべからざるものである。そのために法定相続と遺留分制度は守るべき筈であり、遺言の自由とはなにかということを含めて考え直す必要がある。自由で平等な相続制度を守るためにも遺留分制度の法的性質や構成・運用などについての検討と、登記制度見直しを含む取引安全の制度の確立が急務である。

判例分析表

No.	判決年月日/裁判所	受益相続人数	受益額 (%)	推定分類	上訴・審級関係	出典
1	平14.6.10 最高裁	1	100	負債	(原審東京高裁平10.10.14) 判夕990号232頁	判時1791号59頁
2	平13.6.28 東京地裁	1	58.3	不明		判夕1086号279頁
3	平11.1.8 高松高裁	1 2	100 100	人間関係不和	一番：高松家裁平8.10.21審判	家月51巻7号44頁
4	平10.7.31 東京地裁	3	33	事業承継	却下/控訴 控訴審：東京高裁平11.2.17 金判1068号42頁(1156の後)	金判1059号47頁
5	平10.7.17 東京地裁	3	100	人間関係、不和、 孫への偏愛	控訴 控訴審：東京高裁平11.5.18 (第一勧銀)	金判1056号21頁
6	平10.3.31 東京高裁	5	8.3	人間関係	(最判平11.12.16) ID:28042855 判夕1024号155頁 判時1702号61頁 民集53巻9号1989頁	判事1642号105頁
7	平10.2.27 最高裁	1	25	不明	(原審 東京高裁平7.6.27)	民集52巻1号299頁
8	平10.2.26 最高裁一小	5	54	偏愛	棄却 一番：広島地裁平7.7.31 控訴審：広島高裁平8.11.29	民集52巻1号274頁

No.	判決年月日/裁判所	受益相続人数	受益額 (%)	推定分類	上訴・審級関係	出典
9	平9.11.12 東京高裁	2	不明, 居住用不動産など	妻と娘の生活保障	棄却 確定	判タ980号246頁
10	平9.8.28 仙台地裁	1	100	不明	控訴 控訴審：仙台高裁平10.1.22 金判1037号38頁	判時1666号48頁
11	平7.10.3 審判 名古屋家裁	2	100	不明	抗告	家月48巻11号79頁
12	平7.7.26 東京地裁	1	25以上	愛情の対象の変化	控訴	判時1564号66頁
13	平7.1.24 最高裁三小	1	不明, 特定の不動産	長子単独	一審：横浜地裁平2.10.23 控訴審：東京高裁平3.3.28	判時1523号81頁
14	平6.12.21 名古屋高裁	7	100	家制度	確定 一審：名古屋地裁平5.2.16	訟務月報42巻10号 2311頁
15	平6.3.28審判 山口家裁支	1	20	偏愛		家月47巻4号50頁
16	平6.2.25 東京高裁	4	100	不明, 非該当	東京地裁平4.9.22	家月47巻1号132頁
17	平5.12.16 最高裁一小	1	100	農業	一審：高知地裁 控訴審：高松高裁	家月46巻8号47頁
18	平5.8.31 東京地裁	1	100に近い	事業承継	控訴	判タ835号228頁

No.	判決年月日/裁判所	受益相続人数	受益額 (%)	推定分類	上訴・審級関係	出典
19	平 5.5.31 東京高裁	1	100	不明, 老人の思い込み	原審: 横浜地裁	家月47巻4号32頁
20	平 4.12.24 東京地裁	繼承人全員 (子の一部)	100	人間関係	控訴審 東京高裁平5.7.14判決 棄却	家月46巻5号40頁
21	平 4.11.6 東京高裁	1	不明	不明	一審: 東京地裁平4.8.6	判夕813号277頁
22	平 4.5.27 東京地裁	2	100	偏愛, 人間関係		金法1353号37頁
23	平 4.4.14 東京地裁	3	不明	男尊女卑		家月45巻4号112頁
24	平3.11.27 高松高裁	3	100	不明(農地など)	原審高松家観音寺支	家月44巻12号89頁 判時1418号93頁
25	平 3.11.5審判 東京家裁	4	100 (第2次相続分)	会社経営		家月44巻8号23頁
26	平 3.7.25 東京地裁	2	100	農地	確定	判夕813号274頁
27	平 3.4.19 最高裁	2	不明 (特定の不動産)	偏愛, 人間関係, 遺言強制, 甘言		民集45巻4号477頁
28	平 2.2.28 大阪高裁 (日野原判決)	1	100 (記載のあるもの)	偏愛, 人間関係	最高裁平3.9.12(判夕号796号81頁)	判夕737号210頁

「相続させる」旨の遺言についての一考察（川阪）

- 1) 伊藤昌司「最判平成3年4月19日判例批評」民商107巻1号130頁（1992年）
- 2) 伊藤昌司『相続法』（有斐閣2002年）119頁
- 3) 法務省民事局長法務省民二第1022号「所得税法等の一部を改正する法律の施行に伴う不動産登記事務の取扱いについて」（通達）2003年4月1日 法務省
- 4) 朝日新 1994年3月4日朝刊（西部本社版）『『新養子に全遺産』相続の遺言書 養子が無効確認求め提訴』、及び西日本新聞1994年1月3日「独居老人遺産トラブル、2件、同一業者仲介 北九州」
- 5) 中川善之助・泉久雄『相続法（第四版）』（有斐閣2000年）5頁
- 6) 法定相続と遺言相続のいずれを原則と考えるかについては、後者を原則とし、前者は遺言がない場合に被相続人の意思を推定して定められた補充的の制度だという考え方（遺言相続主義）と、前者を原則とし、後者を一定の範囲において法律上の相続分を再調整することを認めるために定められた調整的の制度だという考え方（法定相続主義）の二つの考え方がある。

遠藤浩ほか編『民法(9)相続（第4版）』（有斐閣2000年）14頁では、前者が多数説であるとするが、どうしてそうなるかを説明した文献を探すことは困難である。非嫡出子の相続分差別を合憲と判定した最高裁平成7年7月5日大法廷決定（民集49巻7号1789頁）においても、法廷意見として「……このように法定相続分の定めは遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定である」といつているが、理解しがたいことである。鈴木録弥『相続法講義』（創文社1990年）3頁では「遺贈がなされた場合でも相続の法廷のルールは修正され縮減されるのみであって排除されてしまうわけではない。わが国の実際では遺言がなされることはまれであって、多くの場合には法定のルールがそのまま行われることになる」と述べており、法定相続が原則であると考えることが現実的である。

- 7) 相続の根拠については、鈴木・前掲注(6)297頁及び伊藤昌司「相続の根拠」『民法講座第7巻』（有斐閣1984年）341頁以下に詳しく述べられている。
- 8) 塩月秀平「時の判例」ジュリスト986号83頁（1991年）
- 9) 北野俊光『『相続させる』旨の遺言の実務上の問題点』久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分 第1巻遺言』（日本評論社2001年）135頁
- 10) 山口純夫「遺言の解釈 遺贈か遺産分割方法の指定か」民法判例レビュー(6)判例タイムズ613号111頁以下（1986年）
- 11) 中川・泉・前掲書(5)253頁
- 12) 泉久雄『『相続させる』旨の遺言の解釈』『家族法の研究』（有斐閣1999年）207頁
- 13) 右近健男「特定の財産を特定の相続人に『相続させる』旨の遺言の意味」大阪府立大学経済研究35巻2号6頁（1990年）
- 14) 橘勝治「遺産分割事件と遺言書の取扱」『現代家族法大系(5)』（有斐閣（1979年）66頁
- 15) 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』法政研究57巻4号653頁以下（1991年）
- 16) 倉田卓次「特定の相続財産を特定の共同相続人に取得させる旨の遺言の効力」家裁月報38巻8号130～132頁（1986年）、瀬戸正二『『相続させる』との遺言の効力』金融法務事情

1210号7頁(1989年)

- 17) 水野謙『『相続させる』遺言の効力』法学教室254号21頁(2001年)
- 18) 千藤洋三『『相続させる』遺言の解釈をめぐる諸問題』関法第48巻第3・4合併号344頁(1998年)
- 19) 北野・前掲論文(9)137頁
- 20) 山口純夫「特定の財産を特定の相続人に『相続させる』遺言について」甲南法学'91 376頁(1991年)
- 21) 千藤・前掲論文(18)350頁
- 22) 松尾知子『『相続させる』趣旨の遺言による不動産の取得と登記』判例タイムズ1114号 87頁(2003年)
- 23) 吉田克己『『相続させる』旨の遺言 遺産分割不要の原則の検証』法律時報75巻12号 87頁(2003年)
- 24) 水野紀子『『相続させる』旨の遺言の功罪』久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分 第1巻 遺言』(日本評論社2001年)168頁
- 25) 北野・前掲論文(9)151頁
- 26) 竹下史郎『『相続させる』旨の遺言ある場合の遺言執行者の職務権限』『家族法判例百選 六版』179頁(2002年), 竹下史郎『『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のか』判例タイムズ823号28頁(1993年)
- 27) 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822号49頁(1993年)
- 28) 伊藤・前掲書(2)159頁
- 29) 伊藤昌司「遺言執行者の法的性質」ジュリスト増刊『民法の争点』252頁(1985年)
- 30) 中川・泉・前掲書(5)613頁
- 31) 北野・前掲論文(9)148頁
- 32) 内田恒久『『相続させる』主旨の遺言に関する最高裁判例の射程距離等について(中)』公証109号43頁(1995年)
- 33) 島津一郎「分割方法指定遺言の性質と効力」判例時報1374号6頁(1991年)
- 34) 松原正明『判例先例相続法 遺言』(日本加除出版1996年)495頁
- 35) 最二小判昭38.2.22民集17巻1号235頁(昭和38年判決という)。要旨「甲乙兩名が共同相続した不動産につき乙が勝手に単独所有権取得の登記をし、さらに第三取得者丙が乙から移転登記を受けた場合、甲は乙丙に対し自己の持分を登記なくして対抗できる。」とし、法定相続した共同相続人のうちの一人の夫が印鑑等を偽造し、また他の相続人の相続放棄の書類をも偽造して、勝手に単独相続として単独所有権取得登記をしたうえ、これを第三者に処分した場合、他の共同相続人は登記なくして自己の相続分を対抗することができることを判示したものである。
- 36) 前掲平成5年判決(11頁参照)
- 37) 最二小判昭39.3.6判決 民集18巻3号437頁(昭和39年判決という)では、不動産の遺贈と民法第177条の第三者について、「甲からその所有不動産の遺贈を受けた乙がその旨の所有権移転登記をしない間に、甲の相続人の一人である丙に対する債権者丁が、丙に代位して同人のために前記不動産につき相続による持分取得の登記をなし、ついでこれに対し強

「相続させる」旨の遺言についての一考察（川阪）

制競売の申立をなし、当該申立が登記簿に記入された場合においては、丁は民法第177条にいう第三者に該当する」として遺贈の場合について対抗関係になると判断していた。

- 38) 池田恒男『『相続させる』趣旨の遺言による不動産の取得と登記』判例タイムズ1114号82頁（2003年）
- 39) 松尾知子・前掲論文(22)89頁
- 40) 右近健男「今期の裁判例5家族」判例タイムズ1114号71頁（2003年）
- 41) 古積健三郎『『相続させる』という遺言に基づく不動産物権の取得と登記』法学セミナー576号116頁（2002年）
- 42) 犬伏由子『『相続させる』趣旨の遺言による不動産の取得と登記』私法判例リマークス27号72頁（2003年）
- 43) 赤松秀岳[時の判例]『『相続させる』遺言による不動産取得を第三者に対抗するための登記の要否』法学教室268号130頁（2003年）
- 44) 水野謙『『相続させる』趣旨の遺言による不動産の取得と登記』ジュリスト1246号80頁（2003年）
- 45) 松尾弘「相続と登記」 法定相続対抗要件不要の原則の検証 法律時報75巻12号77頁（2003年）
- 46) 北野・前掲論文(9)147頁
- 47) 加藤永一『遺言の判例と法理』（一粒社1990年）148頁
- 48) 瀬戸・前掲論文(16)9頁
- 49) 千藤・前掲論文(18)377頁
- 50) 梶村太一「遺留分および侵害額の算定と減殺の順序」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分 第2巻遺留分』（日本評論社2003年）28頁
- 51) 千藤洋三「遺留分減殺の順序」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分 第2巻遺留分』（日本評論社2003年）100頁
- 52) 島田充子「遺留分減殺請求と遺産分割」判例タイムズ688号407頁（1989年）
- 53) 島田・前掲論文(52)407頁
- 54) 島田・前掲論文(52)409頁
- 55) 二宮周平「共同相続と遺留分および減殺後の法律関係」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分 第2巻遺留分』（日本評論社2003年）179頁
- 56) 二宮・前掲論文(55)181頁
- 57) 二宮・前掲論文(55)183頁
- 58) 北野・前掲論文(9)142頁
- 59) 西口・前掲論文(27)51頁
- 60) 森野俊彦「遺言 『相続させる』旨の遺言について」判例タイムズ996号145頁（1999年）
- 61) 北野・前掲論文(9)142頁、西口・前掲論文(25)50頁
- 62) 農地の所有権移転については、農地法3条1項による市町村の農業委員会（居住地以外の場合は都道府県知事宛）への許可申請が必要であるが、登記原因が相続であれば許可は不要である。また、遺言公正証書に「次のとおり遺産分割の方法を指定する。長男A農地、

次男B農地」と記載がある場合、「相続」を原因として所有権移転登記の申請ができる。

(昭和47.8.21民三第3565号)(<http://www.bekkoame.ne.jp/~ta.kawai/nochi.html>)

- 63) 内田『判例による相続・遺言の諸問題』(新日本法規出版2002年)173頁
- 64) 千藤・前掲論文(18)386頁
- 65) 米倉明「『相続させる』遺言は遺贈と解すべきか」タートンヌマン第7号1頁(2003年)
- 66) 松嶋隆弘「企業承継の観点からみた相続させる遺産」判例タイムズ1113号33頁(2003年)
- 67) 岩城謙二「株式の相続」(会社の家族法8)NBL 742号70頁(2002年)
- 68) 水野紀子・前掲論文(24)159頁
- 69) 春日キスヨ「家族の条件」(岩波現代文庫2000年)153頁によると、「平等主義原理」、「愛情原理」、「イエ的直系制原理」、「双系制原理」の四つの原理によって相手の介護責任を主張して、自分は介護責任を免れることができるという。また、老々介護で疲れ果て、ついに命を奪うというような新聞記事も珍しいことではない。現状で満足すべきレベルではないが、介護保険制度は、このような問題点に対応して設けられた「介護の社会化」のための制度であり、いまこそ、これをもっと活用するような努力が必要である。上野千鶴子教授は、「介護や育児の社会化が必要で、近代家族幻想から脱却しなければならない」といっている(2004年1月6日日本経済新聞夕刊)。
- 70) 水野紀子・前掲論文(24)171頁
- 71) 伊藤・前掲書(2)122頁、伊藤・前掲論文(15)662頁。また、伊藤教授は、本文記載のほかにも香川判決の基盤である「変則処分説」について、前掲書(2)84頁及び122頁で批判されている。
- 72) 右近健男「1特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』趣旨の遺言の解釈」、「2特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』趣旨の遺言があった場合における当該遺産の承継」、判例時報1400号(判例評論395号40)171頁(1992年)
- 73) 右近健男 前掲論文(72)173頁
- 74) 吉田・前掲論文(23)83頁以下
- 75) 鈴木・前掲書(5)119頁
- 76) 沼邊愛一「『相続させる』旨の遺言の解釈」判例タイムズ779号17頁(1992年)
- 77) 二宮・前掲論文(55)187頁
- 78) 松尾知子・前掲論文(22)91頁
- 79) 水野紀子・前掲論文(24)173頁
- 80) 伊藤・前掲書(2)121頁
- 81) 米倉・前掲論文(65)21頁
- 82) 右近・前掲論文(72)171頁
- 83) 朱擘「中国相続法の現代的課題(3)」立命館法学第287号325頁(2003年)。なお、小瀬保郎「公正証書遺言の問題点」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分-第1巻遺言』(日本評論社2001年)119頁によると、最初に公証役場に遺言手続を依頼した者は弁護士等を入れると受益者関連が約三分の一もあり、また証人も受益者または欠格者からの依頼で利害を共通にするものが少なくない。また、伊藤昌司「遺言自由の落とし穴 - すぐそこにある危険」

「相続させる」旨の遺言についての一考察（川阪）

『高齢者の法』（有斐閣1997年）180頁に公正証書遺言の無効判決の例（東京地判平成4・6・19家月45巻4号119頁，宮崎地日南支判平成5・3・30家月46巻5号60頁）が挙げられている。

- 84) 内田恒久弁護士は、前掲書(32)157頁で「『相続させる』旨の遺言は、戦前とは著しく異なった戦後の社会的経済的状况の下で、遺言者大衆の中から自然に生まれたというべきである」といっている。
- 85) 水野紀子・前掲論文(24)163頁
- 86) 一子相続を推し進めていくと、多少極端ではあるが、家長制になる。中川善之助「飛騨の白川郷」『民法風土記』（講談社学術文庫2001年）308頁では白川郷の大家族の様子が描かれている。そこでは家長と家督の他は嫁を取ることが許されず、古代奴隷さながらの妻問い婚の形となり、雨や雪の夜も渡し舟で女房のところへ通うという。そこで生まれた子は非嫡出子となる。これは、いかにも哀れなことで人間の生活とは思われない。
- 87) 久留都茂子「遺留分制度のあり方」『講座 現代家族法第6巻』（日本評論社1992年）200頁
- 88) 加藤・前掲書(47)13頁
- 89) 二宮・前掲論文(55)183頁
- 90) 松尾知子「遺言執行者による遺言執行」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分-第2巻遺留分』（日本評論社2003年）320頁
- 91) 水野紀子・前掲論文(24)170頁