SURE 静岡大学学術リポジトリ
Shizuoka University REpository

登記手続をめぐる遺言執行者の権利義務に関する一考察：登記請求権を中心に

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 静岡大学人文社会科学部 公開日: 2016-06-13 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 野々上, 敬介 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00009570

論説

登記手続をめぐる遺言執行者の権利義務に関する一考察
―登記請求権を中心に―

野々上　敬　介

第一章　はじめに
　第一節　課題の設定
　第二節　問題意識
第二章　特定の不動産が特定遺贈された場合における遺言執行者の権利義務
　第一節　遺贈による所有権の移転
　第二節　遺贈による所有権の移転の公示
　　第一款　遺贈者から受遺者への移転登記手続
　　第二款　遺贈者から移転登記を経由した者が現れた場合
　　第三款　受遺者による抹消登記手続請求との関係

第三章　「相続させる」旨の遺言により特定の不動産が承継された場合における遺言執行者の権利義務
　第一節　「相続させる」旨の遺言における権利の移転
　第二節　「相続させる」旨の遺言により承継される不動産に関する登記手続
　　第一款　序論
　　第二款　判例の立場
　　第三款　検討
第四章　おわりに

第一章　はじめに

第一節　課題の設定

私人は、遺言により、自己の財産上・身分上の関係について、自らの死後についてもその帰趨を定めることが、法定の事項の範囲内で認められている。そうした事項のなかには、遺言の効力の発生により当然にその内容が実現されるものがある一方で、遺言の効力が発生しても当然にはその内容は実現されず、一定の行為がされることではじめて遺言の内容の実現が図られるものもある。もっとも、遺言の効力は遺言者の死後にしか生じない（民法九八五条）ため、遺言の内容を実現するために必要となる行為がある場合に、遺言者自身ではこれをおこなうことができない。そ

こで、遺言者に代わって遺言内容を実現するための行為をする者が必要となる。この役割を担う者としてとくに指定・選任されるのが、遺言執行者である。[1]

このように、遺言執行者の任務は、その指定・選任にかかる遺言の内容を実現することである。そして、この任務の遂行にあたり、遺言執行者は、相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有すると定められている（民法一〇一二条一項）。遺言執行者は、相続財産それ自体の帰属主体となるわけではないにもかかわらず、[2]遺言の執行に必要な限りで、その執行に必要な行為をする権利義務を相続財産に関して有することが認められているわけである。

もっとも、ある遺言事項について、「遺言の執行に必要な」行為が存在しているか、存在しているとしてそれがどのような行為かは、民法一〇一二条一項の規定から一義的に明らかというわけではない。そこで、遺言執行者が遺言の内容の実現のためにどのような権利義務を有するかは、個々の遺言事項について、そこで具体的に問題となる行為ごとに、「遺言の執行に必要な」行為にあたるか否かを検討することを通じて、確定していく必要がある。実際に、いくつかの遺言事項については、その遺言事項の内容を実現するにあたって問題となる一定の行為が「遺言の執行に必要な」行為であるかを判断した最上級審判決が積み上げられてきている。けれども、それらの個々の判決の意義や、判決相互の位置づけをめぐる理解はなお定まっていない状況にあるといってよいと思われる。[3]

しかしながら、場合によっては多数の利害関係人が登場しうる相続財産について、管理その他の執行の任にあたる遺言執行者の権利義務の内容や範囲を定めるにあたり、その決定の基準や論拠が不明確であることは、決して望ましいことではないだろう。そこで、本稿では、「遺言の執行に必要な」行為について、とくに、遺言により承継される不

動産にかかる登記手続が問題となる場面に焦点をあて、判例法理を手がかりとしてその意義を明らかにすることを目的として、考察をおこなうこととする。

第二節　問題意識

本稿の課題の問題意識について、より詳しく述べておきたい。

ある遺言事項について、どのような行為が「遺言の執行に必要な」行為にあたるかを決するには、問題となる遺言事項について「遺言の執行」に該当することを画定し、そのうえで、そこで必要とされる行為が何かを検討することを要すると考えられる。しかしながら、民法一〇一二条一項の規定から、「遺言の執行に必要な」行為の内実を一義的に把握することは必ずしも容易でない。

「遺言の執行に必要な」行為の文言は、民法の起草過程をたどると、法典調査会に提出された現行民法一〇一二条一項の原案以来採用されている（法典調査会原案一一一九条一項、昭和二二年法律第二二二号による改正前民法〔民法旧規定〕一一一四条一項）[4]。法典調査会での起草過程をみると、「遺言の執行」の解釈に関して、起草委員の間で議論が交わされた形跡はまったくうかがわれない。本条に関して、富井政章から起草趣旨について説明があったのち、とくに意見が出されずに次条の議論に移っている。富井の説明によれば、遺言執行者の権利義務について諸外国の法律ないし法律案では詳細な規定が設けられているものもあるが、本条ではそのような方式を採らず、端的に「遺言執行者ト云フモノハ相続財産ノ管理其他総テ遺言ノ執行ニ必要ナルコトハ何ンテモセニヤナラヌ又スルコトガ出来ル」こ

とを定めた規定である、とされている。しかし、それ以上の具体的な説明はなく、どのようなことが「遺言の執行」にあたるか、あるいは「遺言の執行に必要な」行為にあたるか、についてとくに言及はない。[5] したがって、「遺言の執行に必要な」行為の内実を明らかにすることは、本条一項の規定を手がかりとした解釈論の展開にゆだねられたということができる。[6]

現在比較的ひろくみられる定義によれば、「遺言の執行」とは、遺言の内容を法的に実現する手段である、などとされる。[7] そうすると、「遺言の執行に必要な」行為とは、遺言の内容を法的に実現する手段として必要とされる行為である、ということになりそうである。しかし、このような定義づけによってもなお、遺言の内容を実現する手段がどのようなものであり、そこで必要とされる行為がどのようなものであるかを一義的に確定することは難しい。結局、こうした定義を顧慮しつつ、具体的な遺言事項において問題となりうる具体的な権利義務ごとに検討することを要すると考えられる。[8]

もっとも、その際には、手がかりとなるいくつかの視点がありうると思われる。

第一に、実現されるべき「遺言の内容」は何によって定まるか、である。これは、遺言が被相続人の意思を表明するものであることから、遺言書の記載内容から導かれる被相続人の意思（遺言書に明示され、あるいは遺言書の記載内容から合理的に演繹される意思）によって決まると考えられる。[9] したがって、遺言をした被相続人の（遺言から合理的に解釈される）意思がどのようなものであるかは、「遺言の内容」を決するにあたって根本的に重要であると考えられる。

第二に、ある行為が、遺言の内容を実現することとどの程度結びついているか、である。その行為により遺言の内

容がただちに実現されるものもあれば、ただちに実現されるわけではないけれどもその実現に関連すると考えられる行為もある。このように、遺言の内容の実現に関連する種々の行為につき、どこまでを「遺言の執行」にあたる行為と捉えてよいかは、考えが分かれうるだろう。いずれにせよ、問題となっている行為が、遺言の内容の実現とどのように関連しているかを確定することは、民法一〇一二条一項の解釈論として「遺言の執行」にあたるかどうかという議論を展開するうえで、問題の所在を明らかにするために有益であるように思われる。

第三に、ある行為が、遺言の内容を実現するために「必要な」行為といえるか、である。ここではとくに、遺言の内容が実現されたのと同じ結果をもたらす行為をすることができる者が、遺言執行者以外に存在している場合が問題となる。この場合、「遺言の執行」にあたる行為が存在しているとしても、遺言執行者がその行為をしなくとも遺言の内容を実現することは可能だということになる。そうすると、遺言執行者自身によって遺言の内容を実現する行為がされることは、遺言の内容の実現にとって不可欠とはいえない。しかし、それでもなお、このような行為が「遺言の執行に必要」だといえるかどうか、である。[10] この問題は、「遺言の執行」にあたる事柄がどのようなものかという問題とは別個に論じることが可能であり、また議論の焦点を明確にするためにも、独立して論じられるべき問題であると考えられる。

しかしながら、従来、こうした視点が必ずしも明確に析出されずに議論が展開されてきたように思われる。そこで、本稿では、上記の諸点をふまえながら、「遺言の執行に必要な」行為に関して従来もっともさかんに議論されてきた問題のひとつである、遺言による特定の不動産の承継を公示する登記手続をめぐって遺言執行者が有する権利義務の問題を、判例法理を中心に検討することとする。

（1）遺言執行者が選任されない場合には、遺言者の地位を包括承継する相続人が、遺言内容を実現する任にあたることとなる。もっとも、遺言事項のなかには、もっぱら遺言執行者によって実現されることが予定されているものもある。推定相続人の廃除または排除の取消しの家庭裁判所への請求（民法八九三条・八九四条二項）、認知の届出（民法七八一条二項、戸籍法六四条・六五条）がその例である。

（2）遺言執行者となることができる者の資格に関して民法上とくに制限はないので、遺言執行者を相続人が兼ねることもできる。この場合、遺言執行者が相続財産に属する財産それ自体の帰属主体であることもある。しかし、この場合も、相続人としての資格に基づいて相続財産を承継しその帰属主体となるのであって、遺言執行者としての資格に基づいて相続財産に属する財産を被相続人たる遺言者から承継するわけではない。

（3）たとえば、本稿第三章第二節で検討する後掲平成一一年最高裁判決に関しては、結論自体への批判も強いほか、その理由づけをどう捉えればよいかについても理解が分かれている。

（4）なお、法典調査会原案一一一九条一項以来、現行一〇一二条一項にいたるまで、規定の内容に実質的な変更は加えられていない。民法旧規定一一一四条一項から現行一〇一二条一項への改正の際に、表現が現代語化されたのみである。

（5）法典調査会民法議事速記録六四巻一一五丁表～一一六丁裏。

（6）川淳一「民法一〇一二条・一〇一三条（遺言執行者と相続人の処分権喪失）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 Ⅳ』（有斐閣、一九九八年）二九五頁、三一一頁は、民法一〇一二条一項の起草過程をたどったうえで、「起草担当者（富井）の説明も、遺言執行者は遺言執行のために必要なことすべてをなしうるということを明らかにするのみであって、何が遺言執行にあたり、何が遺言執行のために必要なことであるかを何ら明確にしておらず、これらの点の具体化は判例に委ねられたと評価せざるをえない」と評している。そのほか、遺言執行者の立法経過を詳細に跡づけるものとして、竹下史郎『遺言執行者の研究』（成文堂、二〇〇五年）三七

頁以下がある。

(7) 中川善之助＝泉久雄『相続法〔第四版〕』（有斐閣、二〇〇〇年）六〇七頁、鈴木禄弥『相続法講義〔改訂版〕』（創文社、一九九六年）一四四頁、二宮周平『家族法〔第四版〕』（新世社、二〇一三年）四一二頁、伊藤昌司『相続法』（有斐閣、二〇〇二年）一三六頁以下、内田貴『民法Ⅳ 親族・相続〔補訂版〕』（東京大学出版会、二〇〇四年）四七八頁など。

(8) 上野雅和「相続させる遺言に反する登記と遺言執行者の職務権限」民商一二三巻二号（二〇〇〇年）二二〇頁、二三一頁は、「遺言執行者の権限は、遺言の内容、遺産の状況、遺言内容の実現のための必要な手段・方法等を総合的に考慮して決まるべき相対的な問題であろう」と指摘する。

(9) 中川善之助＝加藤永一編『新版注釈民法（28）〔補訂版〕』（有斐閣、二〇〇二年）三三〇頁〔泉久雄〕。また、判例によれば、遺言の解釈にあたっては、遺言者の真意の探究すべきであることや、遺言書に表明されている遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきであるとされている（前者につき最判昭和五八年三月一八日判時一〇七五号一一五頁、後者につき最判平成五年一月一九日民集四七巻一号一頁）。

(10) 八田卓也「遺言執行者の原告適格の一局面」井上治典先生追悼論文集『民事紛争と手続理論の現在』（法律文化社、二〇〇八年）三七〇頁は、本稿第二章・第三章で後に検討する問題に関連して、遺贈および「相続させる」旨の遺言における目的不動産の登記手続における原告適格の問題を論じている。そこでは、受遺者および「相続させる」旨の遺言における受益相続人が自ら単独でおこなうことができる行為の原告適格はこれら遺言受益者のみに認められ、遺言執行者には認められないとの立場が支持された上で、この立場を基礎づける可能性のひとつとして、こうした行為は民法一〇一二条にいう「遺言の執行に必要な一切の行為」にはあたらないとの解釈論がありうるとしている（同三八六頁）。この解釈は、遺言執行者の原告適格を基礎づける実体権限の有無を定めるにあたり、遺言の執行に「必要」であるかどうか、という本文で示した視点が重要な意味をもちうる、との理解に裏打ちされたものと

みることができるように思われる。

第二章　特定の不動産が特定遺贈された場合における遺言執行者の権利義務

第一節　遺贈による所有権の移転

特定の不動産の特定遺贈が遺言事項とされた場合、これにより生ずる法律効果は、遺言者から受遺者へと、遺贈の目的とされた不動産が処分されることである（民法九六四条本文）。この効果の実現にあたり、「遺言の執行」が問題となるかどうか、なるとしてそこでされるべき「必要な」行為があるかどうか、が問題となる。

ここでは、まず、遺贈に基づいて、目的不動産の所有権の移転がどのように生ずるかが問題となる。

遺贈の対象とされた目的の権利の移転については、判例[11]によると次のように解されている。すなわち、特定物や債権が遺贈された場合、遺贈による遺言者から受遺者への権利移転は、遺贈の効力発生時（九八五条）に、何らの行為を要せず当然に生ずる（大判大正五年一一月八日民録二二輯二〇七八頁、最判昭和六二年四月二三日民集四一巻三号四七四頁など）。そこで、ある特定の不動産が特定遺贈されたときは、遺贈の効力発生時にただちに当該不動産の所有権が遺言者から受遺者に移転することになる。

これを、「遺言の執行に必要な」行為の存否という観点から捉えると、次のようになる。遺贈により生ずる不動産の所有権の受遺者への移転は、遺贈の効力発生時に何らの行為を要せずに当然に生ずることとなる。それゆえ、所有権

を受遺者に移転させるための法的な手段、つまり「遺言の執行」を問題とする余地がない。[12] したがって、「遺言の執行に必要な」行為もとくに存在しない、というわけである。

(11) 本稿で取り上げる判例も含めて、遺言執行者の権利義務に関する判例を網羅的に取り上げて検討を加えるものとして、川・前掲注(6)、竹下・前掲注(6)五七頁以下。

(12) これに対して、不特定物が遺贈された場合には、遺贈の効力が発生した時点では、所有権は受遺者に移転しないとの理解が支配的である（代表例として、中川＝加藤編・前掲注(9)二〇五頁〔阿部浩二〕）。遺贈される対象を特定することが必要となるからである（不特定物の売買についてこの理を述べるものとして、最判昭和三五年六月二四日民集一四巻八号一五二八頁。遺贈においても、不特定物が遺贈の対象とされたときは、具体的にどの物の権利が遺贈により移転されるかを定める必要があることは、不特定物の売買の場合と同様である。したがって、前掲最判昭和三五年の理は遺贈の場合にも妥当すると解してよいと思われる）。この場合には、遺言の内容を実現する手段として、目的物を特定するという行為を観念することができることになろう。しかし、この場合も、遺言の内容を実現する手段は不特定物の特定に向けられた行為であって、特定の結果として生ずる所有権移転の効果は遺贈という法律行為自体に基づいて生ずるため、遺贈の内容を実現するための手段を観念する余地はない。

第二節　遺贈による所有権の移転の公示

第一款　遺贈者から受遺者への移転登記手続

遺贈に関してつぎに問題となるのは、以上のようにして生ずる権利の移転を公示することが「遺言の執行に必要な」行為にあたるか、である。

判例によると、不動産の遺贈に基づく所有権の移転には民法一七七条が適用され、遺贈目的物につき同条の第三者に該当する者との関係では、登記が対抗要件となる（最判昭和三九年三月六日民集一八巻三号四三七頁）。これによると、受遺者は、遺贈の効果として生ずる遺言者から受遺者への不動産の所有権の移転を、同条にいう第三者に対しては主張できないことになる。そうすると、この第三者との関係では、遺言者から受遺者への所有権移転が否定されうることになるから、このままでは遺贈の内容たる所有権の移転が実現されたとはいえない。それゆえ、遺贈の目的物が不動産である場合には、遺贈に基づいて不動産の所有権が遺言者から受遺者に移転したことを原因とする移転登記手続をおこなうことが、遺贈に基づく遺言者から受遺者への所有権の移転を実現するために必須となる。したがって、この移転登記手続は、「遺言の執行」にあたると解されるから、遺言執行者は、遺贈を原因として遺贈者名義の登記を受遺者へと移転する登記手続をおこなう権利義務があるとされることになると考えられる[13]。

ところで、不動産の所有権移転登記手続は、法令に別段の定めがない限り、登記権利者と登記義務者の共同で申請される必要がある（不動産登記法六〇条）。遺贈にかかる所有権移転登記手続について、同条に対する別段の定めは存

在しないから、遺贈の目的とされた不動産について移転登記を実現するには、この手続における登記権利者と登記義務者は誰か、を確定する必要がある。そして、前段落で述べたことをふまえると、この場面で遺言執行者に認められる権利義務とは、この移転登記手続における登記権利者としての登記請求権あるいは登記義務者としての登記手続義務である、ということになる。問題は、遺言執行者は、登記権利者となるのか、登記義務者となるのか、あるいはそのどちらにもなりうるのか、である。

判例によれば、遺言執行者は、登記権利者ではなく、登記義務者として、この移転登記の実現に関与すべきこととされている（大判明治三六年二月二五日民録九輯一九〇頁）[14]。そして、遺言執行者は、登記義務者としての立場で、遺贈に基づく所有権移転を原因とする遺言者から受遺者への移転登記を、この移転登記手続の登記権利者たる受遺者と共同で実現することとなる。受遺者もまた、単独で自己への移転登記を実現することはできず、遺言執行者に移転登記手続をおこなう義務を履行してもらう必要があることになる。

（13）なお、本稿第三節で検討する、「相続させる」旨の遺言では、後にみるように、「相続させる」旨の遺言による所有権移転自体については、第三者に対抗するために登記は不要であるとされている。この点については、後掲注（23）を参照。

（14）この文脈に関連する限りで、判決文を引用しておく。「遺贈ノ目的カ第三者又ハ相続人ニ移転セル場合ニ於テ遺言執行者カ其目的ニ付キ遺言執行ヲ為スニ当リ第三者又ハ相続人ハ其所有権ノ取得ノ取消ニ関スル手続ヲ為ス可キ義務ヲ有スルニ止マリ尚ホ其上受遺者ニ其名義ヲ移転スルコトノ手続ヲ為ス義務ナシ而シテ第三者又ハ相続人ノ取得名義取消サルヽトキハ遺言執行者ハ遺言ノ目的ノ所有名義ヲ遺贈者ヨリ直チニ受遺者ニ変更スルコトヲ得可ケレハ本件請求ノ如キハ純然タル遺言執行ノ行為ナリトス而シテ被上告

人（筆者注：遺言執行者）ハ本件ノ目的物ハ遺言者カ受遺者ニ遺贈シタルモノナルニ上告人（筆者注：遺言者からの移転登記経由者）カ恣ニ自己ノ名義ニ変更シタルヲ以テ其登記ノ取消ヲ請求スルニ在リテ遺言ノ執行ノ為メニハ此ノ如キ請求ハ必要ニシテ且ツ法律上当然許サル可キモノナレハ被上告人カ本件ノ請求ヲ為シタルハ正当ナリトス」

第二款　遺贈者から移転登記を経由した者が現れた場合

前款でみたように、特定の不動産の遺贈により生ずる所有権の移転は、登記を備えることで万人に対抗できるようになり、これによって遺贈の内容が実現されることとなる。それゆえ、遺贈による不動産の権利の移転という側面に関して「遺言の執行」にあたる事柄は、以上に尽きるとも考えられる。遺贈の効果として生ずる不動産の所有権の移転について、遺言の内容を実現するための法的な手段として必要となるのは、遺言者から受贈者への所有権の移転と、その公示に必要となる所有権移転登記手続だけであるとも考えられるからである。[15]

しかしながら、判例では、遺言執行者に、遺贈を原因とする移転登記手続における登記義務者として負う義務を超えて、遺贈の目的とされた不動産の登記手続に関与する権利義務を認めている。すなわち、遺言執行者は、遺言者の死亡後に遺言者から所有権登記を経由した者に対して、その移転登記の抹消登記手続請求権を行使することができるとされている（前掲大判明治三六年二月二五日、大判昭和一五年二月一三日判決全集七輯一六号四頁）。これは、この経由された移転登記の抹消登記手続請求もまた、「遺言の執行」にあたると解されていることを意味する。

もっとも、遺言執行者によるこの抹消登記手続請求が、遺贈の内容を実現するための手段であるとは、当然にはい

えない。この請求が実現されることで生ずるのは、遺言者名義の登記の回復であり、これによって、遺言の内容である遺贈目的物の権利移転が実現されることになるわけではないからである。そこで、このような権利を遺言執行者に認める可能性を、民法一〇一二条一項の解釈論として基礎づける必要があるように思われる。

ひとつの可能性は、遺言執行者が負っている移転登記手続をすべき義務と結びつけることによる正当化である。すなわち、遺言執行者は、遺言者から受遺者への遺贈目的物の所有権移転の公示のために、当該不動産の登記名義を遺言者から受遺者に移転する義務を負っている。ところが、遺言者の死亡後に遺言者から移転登記を経由した者が現れると、遺言執行者は、この移転登記手続義務を履行することができない。遺言執行者がこの移転登記手続義務を履行するには、その不可欠の前提として、登記が遺言者の名義に回復される必要がある。そこで、遺言執行者が当該移転登記経由者に対してその抹消登記手続請求をすることも、遺言内容を実現する「遺言の執行」にあたると考えることが可能である、というわけである。[16]

判例でも、このような理解が示唆されているとみることもできる。すなわち、前掲大判明治三六年判決は、遺言執行者に抹消登記手続請求が認められる根拠として、遺言執行者は受遺者に対して移転登記手続をする義務を負っているところ、第三者または相続人が遺贈目的物の移転登記を経由した場合には、この移転登記を抹消することでただちに遺贈者から受遺者への移転登記を実現することが可能になる、ということを挙げている。[17] また、前掲大判昭和一五年判決でも、遺言者から移転登記を経由した相続人の当該移転登記を抹消することが、遺言執行者が受遺者に対して移転登記手続をおこなう義務の履行の前提として位置づけられているともみうる。[18] すなわち、両判決とも、遺言執行者が負う登記義務者としての移転登記手続をおこなう義務の履行には、登記を遺言者名義に回復することが必要であ

り、登記名義人への抹消登記手続請求はまさにこの登記名義の回復を実現する行為である、という観点が重視されているとみることもできるように思われる。

(15) 八田・前掲注(10)三八一頁以下は、これを「「本来的な」遺言内容の実現形態」と表現して、このような考え方を支持する。

(16) 岡垣学＝川井健編『逐条民法特別法講座⑩』(ぎょうせい、一九八八年)六四七頁〔加藤永一〕は、遺言により財産処分がされる場合、執行者はその実現に必要ないっさいの行為をすることができるとした上で、特定遺贈では執行者は受遺者が完全な権利者となるための手続およびこれらを実現するのに前提となる行為ができる、との理由から、遺言執行者に遺贈に反する登記の抹消を請求する権限を認めるとしている。また、八田・前掲注(10)三八二頁も、――結論的にはこうした理解には与していないが――このような理解が理論的には成り立ちうるとしている。

(17) 前掲注(14)の引用のうち、本文で述べた内容に関連する箇所を再掲しておくと、「第三者又ハ相続人ノ取得名義取消サルヽトキハ遺言執行者ハ遺言ノ目的ノ所有名義ヲ遺贈者ヨリ直チニ受遺者ニ変更スルコトヲ得可ケレハ本件請求ノ如キハ純然タル遺言執行ノ行為ナリトス而シテ被上告人ハ本件ノ目的物ハ遺言者カ受遺者ニ遺贈シタルモノナルニ上告人カ恣ニ自己ノ名義ニ変更シタルヲ以テ其登記ノ取消ヲ請求スルニ在リテ遺言ノ執行ノ為メニハ此ノ如キ請求ハ必要ニシテ且ツ法律上当然許サル可キモノ」であるとされている。本文で述べたように、ここでは、遺言執行者による抹消登記手続請求を「遺言の執行」にあたると解する根拠として、この抹消により遺言執行者が登記名義を遺贈者からただちに受遺者に変更することができる点が挙げられている。

(18) 前掲注(14)・(17)と同様に、本文で述べた内容に関連する箇所を引用しておく。同判決によれば、「遺言執行者ハ民法第千百十四条(筆者注：民法旧規定。現行一〇一二条)ニヨリ遺言ノ執行ニ必要ナル一切ノ行為ヲ為スヘキ権利義務ヲ有スルモノナルカ故ニ

……遺言執行者タル上告人ハ相続人……ニ対シ本件遺贈ノ目的タル不動産ニ付相続ニヨル所有権移転登記ノ抹消ヲ請求スル権利アルモノト云フヘク其抹消ヲ為サシメタル上被上告人（筆者注：受遺者）ニ対シ遺贈ニ至ル所有権移転登記ヲ為スヘキ義務アルモノト云ハサルヘカラス」とされている。ここでも、抹消登記手続請求権が遺言執行者に認められることを導くにあたり、遺言者から受遺者への遺贈に基づく所有権移転登記手続義務を遺言執行者が負っていることに着目されているとみることができる。

第三款　受遺者による抹消登記手続請求との関係

ところで、一方で判例によると、遺贈により特定の不動産の所有権を取得した受遺者は、遺言執行者がある場合でも、自らの所有権に基づく妨害排除として、相続人または第三者のためにされた無効な登記の抹消登記手続を求めることができるとされている（最判昭和三〇年五月一〇日民集九巻六号六五七頁、最判昭和六二年四月二三日民集四一巻三号四七四頁）。

これは、移転登記を経由した者に対して抹消登記手続請求権を有する者が遺言執行者以外に存在する場合であっても、遺言執行者に同様の請求権が認められることは排除されない、と解されていることを意味する。より一般化していえば、ある行為が「遺言の執行に必要な」行為であるかを定めるにあたって、遺言執行者以外の者が同じ内容を実現する権利義務を有しているかどうかは、少なくともただちには影響を及ぼさない、との考え方が採られているとみることができる。このような場合には遺言執行者の行為によるまでもなく遺言の内容の実現が図られうるから、そうした行為は遺言の執行に「必要な」行為ではないとの解釈も論理的には成り立ちうると思われる。しかし、このよう

な理解は採らないことを示したものとして、上記判決は意義を有する。また、この判例の考え方によると、この抹消登記手続請求に関しては、遺言執行者の請求権と受遺者の請求権が両立することが認められることも意味していることになる。

以上の検討を前提として、つぎに、「相続させる」旨の遺言について、項を改めて検討することとする。

第三章　「相続させる」旨の遺言により特定の不動産が承継された場合における遺言執行者の権利義務

第一節　「相続させる」旨の遺言における権利の移転

特定の財産について、遺贈ではなく、特定の相続人（以下、受益相続人とする）に「相続させる」旨の被相続人の意思が示された遺言（いわゆる「相続させる」旨の遺言）がされることもある。このような遺言がされた場合、これが特定遺贈なのか、それとも遺産分割方法の指定（民法九〇八条）なのか、あるいはその他の何らかの処分方法であるのか、が議論されてきた[19]。この議論は、この種の遺言において目的とされた権利の移転がどのようにして実現されるか、したがってまた、その権利移転をどのような手続に従いどのように公示するか、という問題とも関連してきう[20]る。

「相続させる」旨の遺言の法的性質に関するリーディングケースとなったのが、最判平成三年四月一九日民集四五巻四号四七七頁である（以下、同判決をたんに平成三年判決と呼ぶ）。平成三年判決は、「相続させる」旨の遺言に関し

て、つぎのように判示している。

「被相続人の遺産の承継関係に関する遺言については、遺言書において表明されている遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきものであるところ、遺言者は、各相続人との関係にあっては、その者と各相続人との身分関係及び生活関係、各相続人の現在及び将来の生活状況及び資力その他の経済関係、特定の不動産その他の遺産についての特定の相続人のかかわりあいの関係等各般の事情を配慮して遺言をするのであるから、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、当該相続人も当該遺産を他の共同相続人と共にではあるが当然相続する地位にあることにかんがみれば、遺言者の意思は、右の各般の事情を配慮して、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うべきであり、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ない限り、遺贈と解すべきではない。そして、右の「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の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、他の共同相続人も右の遺言に拘束され、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のであるから、このような遺言にあっては、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。」

これによれば、特定の財産を「相続させる」旨の遺言は、遺産分割方法の指定と解すべきであるとともに、当該財産の権利は、特段の事情がない限り、何らの行為を要することなく遺言の効力発生時にただちに、相続を原因として被相続人から受益相続人に承継されることになる。

本稿の課題との関係で確認しておくべきことは、つぎの点である。第一に、「相続させる」旨の遺言は、特段の事情のない限り、遺贈ではなく遺産分割方法の指定であると解釈される。したがって、権利の承継の仕組みとその公示に必要な手続が、遺贈の場合と異なりうる。第二に、しかしながら、「相続させる」旨の遺言において特定の不動産が目的とされた場合における権利の承継は、遺贈の場合と同じように即時の権利移転が生ずる。したがって、権利の承継そのものについては、遺贈の場合と同様に、遺言の内容を実現するための法的な手段を問題とする余地はないことになる。

(19) 後掲平成三年判決が登場するまでの議論状況を詳細に整理するものとして、揖斐潔「「相続させる」旨の遺言の解釈――最高裁平成三年四月一九日第二小法廷判決について――」登記研究五二三号（一九九一年）一三頁、塩月秀平・最高裁判所判例解説民事篇平成三年度二一一頁、秋武憲一「いわゆる相続させる旨の遺言をめぐる裁判例と問題点」判タ一一五三号（二〇〇四年）六〇頁などがある。

（20）後掲平成三年判決が登場するまでの議論では、特定遺贈と解されるときは、本稿でもすでにみたように、遺言の効力発生時にただちに遺言者から受遺者に権利が直接移転するとの理解が判例・通説であったのに対して、遺産分割方法の指定と解されるときは、遺産分割が完了するまでは、受益相続人は法定相続分の共有持分を有するにとどまる、との理解が有力であった（代表例として、中川善之助＝泉久雄『相続法〔第三版〕』（有斐閣、一九八八年）二三七頁、二四三頁。詳しくは、前掲注（19）で掲げた文献を参照）。このような理解を前提とすると、特定の不動産が「相続させる」旨の遺言の目的物とされた場合、遺産分割が完了するまでは、受益相続人の単独の所有権登記をすることはできず、遺産共有登記をすることができるのみだということになる。

第二節　「相続させる」旨の遺言により承継される不動産に関する登記手続

第一款　序論

これに対して、「相続させる」旨の遺言による不動産の承継について、これを原因とする登記を実現する手続のあり方は、平成三年判決の法理を前提とすると、遺贈の場合と異なってくる。すなわち、「相続させる」旨の遺言により財産が承継される場合、この承継原因は遺贈ではなく相続であるとされる。そうすると、相続を原因とする登記については、相続人が単独で移転登記手続を申請することができるとされている（不動産登記法六三条二項）から、受益相続人は、被相続人から受益相続人への所有権登記の移転という遺言の内容を実現する手続を、遺言執行者の協力を得ずとも単独でおこなうことができる。[21] それゆえ、承継されるべき不動産の登記が被相続人の名義となっているとき、

相続を原因とする被相続人から受益相続人への移転登記手続にあたって、遺言執行者は、遺贈の場合と異なり、登記義務者としてこの登記手続に関与する余地はないようにみえる。(22)

このことを前提とすると、「相続させる」旨の遺言において、目的不動産の登記を被相続人から受益相続人に移転する手続が「遺言の執行」にあたるという余地はおよそないのかどうか、である。遺言執行者が登記義務者として登記手続に関与する余地がないのだとしても、受益相続人への移転登記手続をおこなう権利を受益相続人とならんで有するということが、当然に排除されるとは限らない。そこで、受益相続人が単独で自己への移転登記手続をとることができるとしても、これとならんで遺言執行者にも、この登記手続に関与する余地はないのか、が問題となりうる。

第二に、被相続人の死亡後に被相続人名義から移転登記を経由した者が現れた場合における遺言執行者の権利義務についてである。遺贈の場合には、当該登記名義人に対して遺言執行者がその移転登記の抹消登記手続請求をすることが認められていた。しかしながら、「相続させる」旨の遺言では、当該遺言の目的とされた不動産の登記が被相続人名義となっている場合の受益相続人への移転登記手続において、遺言執行者が遺贈の場合と同じようなかたちで登記義務者として登記手続を履行すべき義務は負わないと考えられる。したがって、本稿第二章第二節第二款で示したような説明、つまり、遺言の内容を実現するために必要な行為である移転登記手続義務を履行するための不可欠の前提として、遺言執行者に登記名義人に対する抹消登記手続請求を認める、という説明をすることが困難となる。そうすると、「相続させる」旨の遺言の場合には、こうした抹消登記手続請求をすることが遺言執行者に認められる余地はないのか、が問題となりうる。

(21) この所有権移転登記手続は、相続を原因とする相続登記であると扱われるため、登記原因は相続であり、登記原因の日付は相続開始の日の所有権移転登記となる（内田恒久「相続させる旨の遺言における遺言執行者について」公証一二五号（一九九九年）五九頁）。

(22) 実際、平成三年判決をうけて、このような理解が登記実務でも採られることとなった（質疑応答【七二〇〇】登記研究五二三号（一九九一年）一四〇頁）。

第二款　判例の立場

以上の点について判断を示したのが、最判平成一一年一二月一六日民集五三巻九号一九八九頁である（以下、同判決をたんに平成一一年判決と呼ぶ）。本判決では、原審（東京高判平成一〇年三月三一日判時一六四二号一〇五頁）と最高裁とで、第一の点に関しては同じ結論が採られているものの、第二の点では結論自体が異なっている。また、第一の点についても、結論を導くにあたっての理由づけが異なっている。そこで、本判決の特徴を際立たせるにあたって原審との対比が有益であると思われる。

原審は、つぎのように判示している。「新遺言は被相続人の不動産を特定の相続人に相続させる趣旨のものであり、……これにより、……相続人らは、被相続人死亡の時に相続により……（各自の）持分割合により本件各土地の所有権を取得したものというべきである（最高裁平成三年四月一九日第二小法廷判決・民集四五巻四号四七七頁参照）。そして、特定の不動産を特定の相続人に相続させる趣旨の遺言により、特定の相続人が被相続人の死亡時に相続に

より当該不動産の所有権を取得した場合には、当該相続人が自らその旨の所有権移転登記手続をすることができ、仮に右遺言の内容に反する登記がなされたとしても、当該相続人が自ら所有権に基づく妨害排除請求としてその抹消を求める訴えを提起することができるのであるから、当該不動産について遺言執行の余地はなく、遺言執行者は、遺言の執行として相続人に対する所有権移転登記手続をする権利又は義務を有するものではないと解される（最高裁平成七年一月二四日第三小法廷判決・裁判集民事一七四号六七頁、同平成一〇年二月二七日第二小法廷判決・裁判所時報一二一四号四頁参照）。」

これに対して、上告を受けた最高裁は、つぎのように判示して、原審を一部破棄して差し戻した。

「特定の不動産を特定の相続人甲に相続させる趣旨の遺言（相続させる遺言）は、特段の事情がない限り、当該不動産を甲をして単独で相続させる遺産分割方法の指定の性質を有するものであり、これにより何らの行為を要することなく被相続人の死亡の時に直ちに当該不動産が甲に相続により承継されるものと解される（最高裁平成元年（オ）第一七四号同三年四月一九日第二小法廷判決・民集四五巻四号四七七頁参照）。しかしながら、相続させる遺言が右のような即時の権利移転の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になるというものではない。

そして、不動産取引における登記の重要性にかんがみると、相続させる遺言による権利移転について対抗要件を必要とすると解すると否とを問わず、甲に当該不動産の所有権移転登記を取得させることは、民法一〇一二条一項にいう「遺言の執行に必要な行為」に当たり、遺言執行者の職務権限に属するものと解するのが相当である。もっとも、登記実務上、相続させる遺言については不動産登記法二七条（筆者注：現六三条二項）により甲が単独で登記申請を

することができるとされているから、当該不動産が被相続人名義である限りは、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（最高裁平成三年（オ）第一〇五七号同七年一月二四日第三小法廷判決・裁判集民事一七四号六七頁参照）。しかし、本件のように、甲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つき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、右の妨害を排除するため、右所有権移転登記の抹消登記手続を求めることができ、さらには、甲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解するのが相当である。この場合には、甲において自ら当該不動産の所有権に基づき同様の登記手続請求をすることができるが、このことは遺言執行者の右職務権限に影響を及ぼすものではない。」

以上から、前款で指摘した問題について平成一一年判決がどのような判断を示しているかは、遺贈の場合とも比較すると、つぎのようにまとめることができる。すなわち、第一の点については、不動産取引において登記が有する重要性にかんがみ、受益相続人に所有権移転登記を取得させることは「遺言の執行」にあたるとの理解を前提としつつも、遺言執行者は登記が被相続人名義である限りは登記手続をおこなう権利も義務も有しない。他方、第二の点については、抹消登記手続請求権および真正な登記名義の回復を原因とする移転登記手続請求権を遺言執行者に認める、と解されているということができる。[23] 結論だけをみると、第一の点は、遺贈の場合とは異なる結論が導かれているのに対して、第二の点のうちの抹消登記手続請求に関しては、遺贈の場合と同じ結論が導かれていることがわかる。そこで、平成一一年判決に関して、同判決の結論とその理由づけが、遺贈における判例法理と対比してどのように位置づけられるか、また正当化されうるかを明らかにすることが必要となる。[24]

(23) 平成一一年判決では、「相続させる」旨の遺言による権利の移転について対抗要件を必要と解するかどうかを問わず、「不動産取引の重要性」を考慮し、受益相続人に所有権移転登記を取得させることは遺言の執行行為にあたると判示している。その理由について、調査官解説によれば、かりに「相続させる」旨の遺言による権利移転それ自体を第三者に対抗するには登記が不要であるとしても、登記は一般に不動産の得喪変更の対抗要件とされ、その後の不動産の処分等には登記が必須であるからであろう、とされている（河邉義典・最高裁判所判例解説民事篇平成一一年度（下）九八八頁、一〇一〇頁）。本判決後、最判平成一四年六月一〇日判時一七九一号五九頁が、「相続させる」旨の遺言による不動産の権利の取得については、登記なくして第三者に対抗できる旨を判示している。

(24) 平成一一年判決を前提として、実務では、遺言執行者は、当該登記の抹消登記手続またはこれに代わる移転登記手続を求める訴えを提起し、これを認容する判決書の正本を登記申請書に添付して当該抹消登記または所有権移転登記を申請することができるとされている（質疑応答【七七八七】登記研究六七二号（二〇〇四年）一七七頁）。

第三款　検討

一　第一の点について

平成一一年判決は、被相続人から受益相続人への相続を原因とする移転登記手続は不動産登記法六三条二項により受益相続人が単独でおこなうことができることを挙げて、登記が被相続人名義である限りは、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おこなう権利義務を有しない、としている。(25)

この説明は、本稿の分析視角からは、つぎのように捉えることができる。「相続させる」旨の遺言において、目的と

された不動産の所有権登記を受益相続人に取得させることは、民法一〇一二条一項にいう「遺言の執行」にあたる。しかし、この移転登記手続は、当該不動産の登記が被相続人名義である限り、受益相続人が単独でおこなうことができるため、遺言の執行に「必要な」行為ではない、というわけである。

もっとも、遺言の執行に「必要な」行為にあたるかどうかが、受益相続人が単独でおこなうことができるという観点に左右されるという理解は、必ずしも自明のものではない。[26]

というのは、遺贈に関する検討においてみたように、判例は、「遺言の執行」にあたる行為をする権利義務を遺言執行者以外の者も有している場合でも、そのことが遺言執行者の当該権利義務を潜在化させるわけではなく、同じ内容を実現するこの両者の権利義務が両立しうるとしていた。さらに、平成一一年判決自体、次項の二でみるように、相続開始後に被相続人から移転登記を経由した者に対しては、その移転登記の抹消登記手続請求等を、遺言執行者と受益相続人の両者ともにおこなうことができるとしている。このような請求することが遺言執行者に認められるということは、この請求が「遺言の執行に必要な」行為にあたることが前提とされていると解される。そうであれば、ここでもやはり、「遺言の執行」にあたる行為をする権利義務を遺言執行者以外の者も有していることが、遺言執行者の当該権利義務を潜在化させることには必ずしもならないことを、――傍論ではあるものの――認めていると解されるからである。したがって、受益相続人に所有権登記を取得させることは遺言執行者の職務権限に属する（「遺言の執行」にあたる）、ということを出発点に据える限り、この論拠によって遺言執行者の権利義務を否定することは、従来の判例との関係でも、また平成一一年判決自体に内包されている論理との関係でも、必ずしも説得的ではないように思われる。

以上によると、平成一一年判決の述べる第一の点が、同判決が明示的に挙げている論拠のみで完全に正当化されているとはいい難いと思われる。[27] それでは、平成一一年判決の結論をどのように正当化することができるだろうか。

職務の潜在化・顕在化という説明によってこの結論を正当化することが難しいとすれば、条文に立ち返り、「相続させる」旨の遺言において目的とされた被相続人所有の不動産の登記を受益相続人に移転することは「遺言の執行」にあたらない、と説明することで正当化することが考えられてよいと思われる。そして、その際には、「遺言の執行」において実現されるべき遺言の内容がどのようなものであるかは遺言者たる被相続人の意思に照らして画定されるべきであること、および、「相続させる」旨の遺言において被相続人が有していると解される意思はどのようなものであるか、ということが着目されてよいのではないか。具体的にはこうである。

遺贈による不動産の所有権移転の場合、本稿第二章第二節第一款で検討したように、この所有権移転を公示する移転登記手続がされない限り、遺言内容が実現されたとはいえない。そして、不動産登記法六〇条により、遺言者たる遺贈者から受遺者への移転登記手続は、登記権利者と登記義務者の共同申請となる。しかし、遺贈の効力が生ずる時点で遺言者は死亡しているから（民法九八五条）、遺言者自身がこの移転登記手続に関与して遺言の内容を実現することはできない。そこで、遺言者としては、遺言内容の実現を担保するために、自らに代わって遺言の内容を実現してくれる者、具体的には自身に代わって受遺者と共同で移転登記手続をおこなう者を立てることが考えられる。つまり、遺贈の場合には、このような経緯で立てられた遺言執行者を移転登記手続に関与させることが、遺言者の合理的な意思であるとみることができる。

これに対して、「相続させる」旨の遺言による不動産の承継の場合、判例によれば、遺贈の場合と異なり、この承継

を公示する登記の具備は対抗要件とならない。そうすると、被相続人名義の登記を受益相続人に移転する手続を、遺贈の場合になぞらえて「遺言の執行」にあたると説明することはできない。もっとも、登記が一般に不動産の得喪変更の対抗要件とされていることから、「相続させる」旨の遺言により所有権を承継した旨の登記を受益相続人が経由していないと、その後に受益相続人が当該不動産の処分等をするにあたって支障となりうるという理解[28]が正当であるとすると、「相続させる」旨の遺言においても受益相続人名義の登記を具備させる必要がある、と考える可能性はなおありうると思われる。

しかしながら他方でここでは、被相続人が、自己に代わって遺言執行者にその実現を託す遺言の内容をどのように定めたか、という被相続人の意思も問題となる。平成三年判決が説くように、「相続させる」旨の遺言において表明されていると解される遺言者たる被相続人の合理的な意思は、その遺言の対象財産について相続により特定の相続人に承継させようというものであり、特段の事情がない限りは遺贈と解すべきではないのだとすれば、移転登記手続についても不動産登記法六〇条ではなく同法六三条二項の適用が認められるべきことが、被相続人の合理的な意思であると解されると思われる。そして、同法六三条二項は、登記手続の共同申請主義の例外として受益相続人に相続を原因とする単独での移転登記手続を認めるものであるから、被相続人は、同法六三条二項の適用により受益相続人に単独の移転登記手続を可能にすることを企図していると考えられる一方、この場合には自身に代わって受益相続人への移転登記手続をおこなう者の存在を必要としない。そうすると、不動産登記法六三条二項の適用を欲する被相続人の通常の意思は、この場面では、自身が定めた遺言内容の実現のために自身に代わって行為する者の存在やその行為を予定していない、と解することが可能ではないかと考えられる。このような理解が可能であるならば、不動産登記法六三

条二項に基づく相続登記としての移転登記の手続は、当該遺言において実現されるべき内容を構成しないことが被相続人によって欲せられており、したがって「遺言の執行」にあたらない、との解釈が可能ではないかと考えられる。

このように、遺贈と「相続させる」旨の遺言における遺言者・被相続人から受遺者・受益相続人に登記を移転することに関与する遺言執行者の権利義務の違いは、両者の登記手続の類型的相違をふまえて、そのいずれかを選択したことから推断される遺言者の意思に求めることもできるように思われる。

(25) 平成一一年判決が引用しているように、第一の点について同判決に先立って判断を示した最高裁判決として、最判平成七年一月二四日判時一五二三号八一頁がある。それによれば、「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。」とされている。この訴訟は、遺言執行者の義務違反を理由とする損害賠償請求権が訴訟物であったために、遺言執行者の権利の側面については直接判示されていない。しかし、平成一一年判決の判示をたどると、同判決は、この平成七年判決の趣旨は遺言執行者の移転登記手続をする権利の否定にも及ぶものと解しているようである。

(26) 平成一一年判決が、不動産の登記が被相続人名義である場合に遺言執行者の登記手続権限をおよそ否定したことに対しては、学説上は異論も強い。本判決の評釈では、二羽和彦・金判一〇九七号（二〇〇〇年）五九頁、河野信夫・判評五〇〇号（二〇〇〇年）四六頁、犬伏由子・リマークス二〇〇一〈上〉八二頁は、不動産の登記が被相続人の名義である場合にも遺言執行者の登記手続権限を認めるべきであるとし、半田吉信・ジュリスト一一八六号（二〇〇〇年）一〇〇頁も、この場合に遺言執行者が遺言執行に一切関

与しえないとするのは常識に反するのではあるまいか、とする。さらに、雨宮則夫「遺言執行者の職務権限について」松原正明・道垣内弘人編『家事事件の理論と実務　第二巻』（勁草書房、二〇一六年）一七七頁〔初出、二〇一二年〕も、受益相続人だけでなく、遺言執行者にも、競合し併存して登記請求権限を認めるのが相当である、としている（同一九一頁）。

(27) 相続開始後に被相続人から移転登記を経由した者に対して、遺言執行者と受益相続人の両者ともにその移転登記の抹消登記手続請求等をおこなうことができるとの論理を採るならば、登記が被相続人名義のままである場合には受益相続人が単独で移転登記手続をとることができることを理由として遺言執行者の職務権限が顕在化しないという根拠が失われることになるのではないか、また、かりに被相続人から受益相続人に登記を移転する義務が遺言執行者にはないと解するとしても、その権利も遺言執行者にはないかどうかは区別して論ずる余地があるのではないかと指摘して、平成一一年判決の論理に疑義を呈するものとして、磯村保「「相続させる」旨の遺言ある場合の遺言執行者の職務権限」水野紀子＝大村敦志編『民法判例百選Ⅲ　親族・相続』（有斐閣、二〇一五年）一七九頁。

(28) 前掲注（23）を参照。

二　第二の点について

第二の点については、原審と最高裁で判断が分かれている。原審は、相続開始後に被相続人から移転登記を経由した者が現れた場合であっても、受益相続人がその抹消登記手続を請求することができるから、遺言執行者にはこの者に対する抹消登記手続請求も認められないとしたのに対して、最高裁は、この場合には遺言執行者に抹消登記手続請求等が認められるとしている。そのうえで、傍論であるが受益相続人にも抹消登記手続請求等が認められるとして、

両者の請求は両立しうるとしている。

最高裁の判示によると、受益相続人が同様の請求をすることができることは、遺言執行者に抹消登記手続請求等を認めることに影響を及ぼすものではないとされている。遺言執行者の行為と同じ結果をもたらす行為を遺言執行者以外の者がすることが可能であることにより、問題の行為が遺言の執行に「必要な」行為でなくなるわけではない、との考え方は遺贈の場面でも判例で採られていたところであり、一連の判例の流れのなかにこの考え方を位置づけることができないわけではない。

問題は、この抹消登記手続請求等が「遺言の執行」にあたるかどうかである。抹消登記手続請求に関しては、遺贈の場合にもこれが「遺言の執行」にあたるとされていた。もっとも、本稿第二章第二節第二款でみたように、この解釈を基礎づける論拠と目されたのは、この抹消登記手続請求が、遺言者名義の登記を受遺者に移転する義務を遺言執行者が履行するにあたっての不可欠の前提となる行為である、ということであった。しかしながら、「相続させる」旨の遺言の場合には、平成一一年判決によると、遺言執行者はこのような義務を負わないとされるのであるから、「相続させる」旨の遺言においてこうした説明をすることは難しい。したがって、このような観点から、抹消登記手続請求を「遺言の執行に必要な」行為の要件と結びつけることは、「相続させる」旨の遺言においては困難だといわざるをえない。[29] また、真正な登記名義の回復を原因とする移転登記手続請求に関しても、遺言執行者に、被相続人名義のままとなっている登記を受益相続人に移転する手続をする権利は認められないにもかかわらず、被相続人から登記名義を経由した者が現れた場合にこの者の登記を受益相続人に移転する手続をする権利は認められるといえるのはなぜか、が問われることになる。平成一一年判決は、遺言執行者には「遺言執行の一環として」こうした権利が認められると

している。しかし、「一環として」という内容は明らかでなく、また、「一環」であればなぜ「遺言の執行」にあたるものとみて遺言執行者に権利義務が認められることになるのか、必ずしも明確に基礎づけられているとはいえない。

それでは、どのように考えることができるだろうか。ここでも、被相続人の合理的な意思解釈を通じた検討が有益であるように思われる。そのうえで、被相続人が遺言執行者を登記手続に関与することを要しないとする意思は、被相続人から移転登記を経由した者が現れた場合にまでは及ばない、と説明することができるのではないかと思われる。具体的にはこうである。

「相続させる」旨の遺言においても受益相続人名義の登記を具備させる必要がある、という考え方を前提としつつも、登記が被相続人名義である限り遺言執行者は登記手続をする権利義務を有しないと捉えうる理由は、先に検討したように、不動産登記法六三条二項の適用を欲すると解される被相続人の意思にあった。この意思どおりに同項の適用が認められるならば、この場面では受益相続人は単独での相続登記が可能であるため、被相続人は、遺言内容の実現のために自身に代わって遺言内容を実現する者の存在やその行為を必要としないことから、遺言執行者が自身に代わって実現されるべき遺言内容として予定していない、というわけである。しかしながら、相続の開始後に被相続人から移転登記を経由した者が現れると、受益相続人が登記を了するには当該登記名義人に対する登記請求が必要となるため、不動産登記法六三条二項に従い受益相続人が単独で自己への移転登記を実現することができなくなる。被相続人が欲していたとおりに、同項に従い受益相続人単独での移転登記を実現するには、登記を被相続人名義に回復することが必要となるけれども、被相続人はすでに死亡しているため、被相続人が自己名義の登記を自身で回復することはできない。それゆえ、被相続人が自身に代わって不実の登記を抹消するべく行為する者を要する事態が生じてい

るということができる。そこで、この場面では、遺言執行者にもこの移転登記の抹消登記手続請求を認めることとし、これにより移転登記の実現を担保することが被相続人の合理的な意思解釈である、ということも不可能ではないように思われる。

この抹消登記手続請求により被相続人名義の登記が回復されることで、不動産登記法六三条二項に従い受益相続人が単独で自己に登記を移転することができる状態を回復することができる。そうすると、被相続人が遺言内容の実現のために自己に代わっておこなわれることを欲すると解される行為は、この抹消登記手続請求に尽きており、これを超えて、真正な登記名義の回復を原因とする受益相続人への移転登記手続請求を認める必要は必ずしもないようにも思われる。

これについて、平成一一年判決の調査官解説では、この移転登記手続請求権は、遺言執行者による妨害排除行為の一環として、抹消登記手続請求の延長ともいうべき所有権移転登記手続が認められたものであろうとされ、その背景には実際上の便宜が考慮されたためと推測されるとしている。すなわち、第一に、遺言執行者に妨害排除請求のみを認め、登記を被相続人名義に回復したうえで受益相続人に移転登記手続をせよというのはいかにも迂遠であること、第二に、戸籍謄本を添付するだけで法定相続人の一人が法定相続分による共同相続登記をすることができるというわが国の制度のもとでは、被相続人名義に回復するだけでは再び容易に妨害事態が出現すること、である。[30] 真正な登記名義の回復を原因とする移転登記手続請求を遺言執行者に認めるかどうかは、こうした実際上の便宜からくる要請にどの程度重きをおくかがひとつの決め手になると思われる。

（29）八田・前掲注（10）三八一頁以下。
（30）河邉・前掲注（23）一〇一一頁。

第四章　おわりに

以上、特定の不動産が遺贈された場合、および「相続させる」旨の遺言の目的とされた場合における、所有権の移転とその公示に関して遺言執行者に認められる権利義務と、それが認められる論拠について、本稿第一章第二節で挙げた三点に着目して分析してきた。その結果、判例が採る結論を正当化するものとして判例自身により明示的に示されている論拠は、判例自体の論理や判例法理全体のなかで一貫しているとは必ずしもいえないことを示したうえで、しかしながら判例の結論を一貫して説明することが可能な論拠を与えることはなお可能でありうること、その説明のひとつの可能性として、遺言事項につきどのような内容が実現されるべきかを遺言者の合理的な意思解釈を通じて画定することが重要な意義を有すること、を示すことを試みた。

もっとも、本稿に残された課題も多い。

第一に、本稿が取り上げた対象は、遺贈および「相続させる」旨の遺言で目的とされた不動産の登記手続における「遺言の執行に必要な」行為の該当性に限定されている。その他の行為、あるいはその他の遺言事項において問題となる行為に関しては検討が及んでいない。本稿が試みた遺言者の合理的な意思の探究が、それらの行為についても「遺言の執行に必要な」行為にあたるかどうかの基準となりうるとするならば、それらの個々の行為ごとに、遺言者の合

意的な意思がどのようなものかを明確にしていくことが必要となる。

第二に、平成一一年判決が、遺言執行者に、抹消登記手続請求だけでなく、真正な登記名義の回復を原因とする受益相続人への移転登記手続請求も認めている点をどう捉えるか、である。先ほど検討したように、実際上の便宜に適うことを理由として、この請求を遺言執行者に認めるという可能性はありうるだろう。ただ、一方で、この請求を遺言執行者に認めることは、受益相続人の私的自治との関係で問題が生ずるようにも思われる。受益相続人は、登記が被相続人名義であれば移転登記を実現できるのは自身のみであり、自身の意思にのみ基づいて移転登記を実現するかどうかを決めることができるはずであったにもかかわらず、被相続人から移転登記を経由した者が現れると一転して、自身の意思によらずに遺言執行者によって自己への移転登記が実現されることとなりうる。受益相続人に登記が移転されることは受益相続人にとって利益となりうるが、自身にとってたとえ利益となりうる事柄であってもその利益を享受するかは私人が自由に決めることができるはずである。そうだとすると、これは、受益相続人の私的自治に対する干渉となりうるのではないか、というわけである。遺言執行者に真正な登記名義の回復を原因とする移転登記手続請求を認めるかどうかは、こうした観点もふまえて、なお検討を要するように思われる。

第三に、本稿では検討の対象としていないが、遺言執行者が一定の権利義務を有するとして、それをどのような資格で行使するのか、とりわけどのような資格で訴訟を追行するのか、も問題となる。一般に、遺言執行者がその権利義務について訴訟で訴えまたは訴えられる場合、自己の名で訴訟を追行することができる（つまり、当事者適格を有する）とされている（遺贈における相続人または第三者に対する抹消登記手続請求権を行使する場合につき前掲大判昭和一五年二月一三日判決全集七輯一六号四頁、「相続させる」旨の遺言における同様の請求につき平成一一年判決が

この理を述べる）。もっとも、遺言執行者に認められる当事者適格の性質ないし当事者適格を基礎づける実体法上の権利義務の性質がどのようにとらえられるかについて、正面から判断を示した判例はない。もっとも、少なくとも一般論としては、遺言執行者は訴訟担当者、つまり、他人に帰属する権利義務について自己の名で訴訟を追行すると理解されていると考えられる。「遺言執行者は、遺言に関し、受遺者あるいは相続人のため、自己の名において、原告あるいは被告となる」（最判昭和五一年七月一九日民集三〇巻七号七〇六頁）、というわけである。[31] 学説上も支配的見解だと目される。[32]

しかしながら、遺言執行者を訴訟担当者と位置づけることは、本稿でみてきたように受遺者や受益相続人との権利義務の両立が認められていることとは調和しない、と指摘されている。遺言執行者の当事者適格が、受遺者や受益相続人の法定訴訟担当として認められるのであれば、その根拠は、受遺者や受益相続人の有する抹消登記手続請求権などの管理処分権が遺言執行者に移転しているという点にあるはずであり、そうだとすれば、受遺者や受益相続人が遺言執行者とならんで当事者適格を維持することはありえないはずである、というわけである。[33] このような立場からは、遺言執行者が有する当事者適格は、法定訴訟担当としてのそれではなく、固有適格として認められるものである、との理解が示されている。[34] もっとも、このような理解に対しては、固有適格という構成では、相手方に二重応訴の負担を負わせるという問題が生じることが指摘されている。両者の当事者適格が完全に併存するものであるなら、受遺者または受益相続人が登記名義人たる相続人に対して抹消登記手続等を求めて敗訴しても、遺言執行者が当該相続人に対して抹消登記手続請求を改めて請求できることになるのではないか、というわけである。[35] こうした点も含め、遺言執行者の当事者適格の問題は民事訴訟法上も難問のひとつだとされている。このような民事訴訟法上の議論を、実体

法上の議論においてどのように受け止めることができるかも、本稿に残された大きな課題である。

(31) 被担当者の意思に基づいて選任されたものではないため、法定訴訟担当だということになる。

(32) 兼子一ほか『条解 民事訴訟法〔第二版〕』(弘文堂、二〇一一年) 一六三頁〔新堂幸司＝高橋宏志＝高田裕成〕、新堂幸司『民事訴訟法〔第五版〕』(弘文堂、二〇一一年) 二九五頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上〔第二版補訂版〕』(有斐閣、二〇一三年) 二七二頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第四版補訂版〕』(有斐閣、二〇一四年) 一三六頁。

(33) 山本弘「遺言執行者の当事者適格に関する一考察」谷口安平先生古希祝賀『現代民事司法の諸相』(成文堂、二〇〇五年) 一一頁、三〇頁。

(34) 山本弘・前掲注 (33) 三一頁。

(35) 論者自身、この問題を認識したうえで、それを解決する解釈論を提唱している (山本弘・前掲注 (33) 三二頁以下)。一方、八田・前掲注 (10) 三八〇頁以下は、こうした二重応訴の負担の問題点が生ずることも理由として、受遺者や受益相続人が有する権利義務については、それと同じ結果を実現する権利義務を遺言執行者に認めない、との方向性を探っている。