



## [研究ノート] 遺言制度に迫る危機：民法（相続関係）等の改正に関する中間試案を契機として

著者	松尾 知子
雑誌名	関西大学法学論集
巻	67
号	1
ページ	182-226
発行年	2017-05-18
その他のタイトル	[Note] A Crisis Looming over the Testate Succession System : On the Occasion of the Intermediate Tentative Draft Concerning Civil Code (Law of Succession) Reform
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/11387">http://hdl.handle.net/10112/11387</a>

## 〔研究ノート〕

# 遺言制度に迫る危機

——民法（相続関係）等の改正に関する中間試案を契機として——

松 尾 知 子

### 目 次

- I はじめに
- II パブリックコメントにおける意見表明
- III 遺言の効力
- IV 遺言執行者の権限
- V さいごに——自筆証書遺言の保管制度及び法定相続情報証明制度の創設にも触れて

### I はじめに

家制度を前提とする家督相続制度を中心に規律された明治民法の第5編相続は、戦後、日本国憲法の制定に伴い、大きな改正がされたが、新憲法に照らして、憲法違反となるような規定、すなわち「個人の尊厳」や「両性の本質的平等」に背くような規定を整理するという課題のもと<sup>1)</sup>、十分な時間もなく行われたため、憲法に抵触しない規定については、そのまま承継された部分も多かった。その後、昭和37年に、代襲相続制度の見直し、限定承認・相続放棄の見直し、特別縁故者制度の創設、昭和55年に、配偶者相続分の引上げ、これに伴う遺留分の見直し、代襲相続制度の見直し、寄与分制度の創設、遺産分割基準の見直しがされたが、それ以降約35年にわたって大きな改正はされていない。平成11年に、障害のある方の利用のための遺言の方式の見直し、平成20年に、遺留分に影響を与える「中小企業における経営の承継の円滑化に関する法律」の制定があったのみである<sup>2)</sup>。

今回の改正議論は、平成25年9月に出された、嫡出でない子の相続分を嫡出子の2分

---

1) 中川善之助『新民法の指標と立案経過の點描』9頁（朝日新聞社、1949）。

2) 法務省相続法制検討ワーキングチーム第2回会議（平成26年2月24日開催）・参考資料2「家族法改正の経緯」、法制審議会民法（相続関係）部会第1回会議（平成27年4月21日開催）・参考資料2「これまでの改正の経緯」も参照。

## 遺言制度に迫る危機

の1と定める民法900条4号ただし書き前段の規定が違憲であるとの最高裁の決定を受け<sup>3)</sup>、同年12月に同部分を削除する改正がされたことを契機として、各方面から、法律婚を尊重する国民意識が損なわれるのではないかと、生存配偶者の生活への配慮のための措置を併せて講ずべきではないか等の指摘がされ、平成26年1月に法務省に相続法制検討ワーキングチームが設置されたことが出発点となっている<sup>4)</sup>。

昭和55年の改正以降、社会の高齢化が進展するとともに、晩婚化・非婚化も進み、他方で再婚家族が増加するなど、国民の意識も大きく変わり、相続を取り巻く状況の変化を踏まえて、相続法制を抜本的に見直すことはいずれにせよ避けられない時期にあったといえる。

ただ、前掲ワーキングチームが平成27年1月28日にまとめた報告書では、検討内容は、① 被相続人の配偶者の居住権を法律上保護するための措置、② 配偶者の貢献に応じた遺産の分割等を実現するための措置、③ 寄与分制度の見直し、④ 遺留分制度の見直しの4点であり、中間試案では大きな地位を占めることになった遺言制度の見直しは、まだ検討対象とされてはいなかった。平成27年2月24日法制審議会総会における諮問第100号も、「高齢化社会の進展や家族の在り方に関する国民意識の変化等の社会情勢に鑑み、配偶者の死亡により残された他方配偶者の生活への配慮等の観点から、相続に関する規律を見直す必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」とされ、当日の議事録にも、遺言制度を検討対象とする記述は見られない。平成27年4月21日に開かれた法制審議会民法（相続関係）部会の第1回会議の部会資料「相続法制の見直しに当たっての検討課題」の中に示されているのが最初のものである。

戦後の民法改正に際して、今後「遺言が非常に大きく働いて来る」ことは十分に意識されながら、遺言の部分は、ほとんど手つかずのまま「近き将来」の課題として残され現在に至っており<sup>5)</sup>、これが法制審議会民法（相続関係）部会の検討対象とされたこと

3) 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。

4) 法務省相続法制検討ワーキングチーム・設置の趣旨。

5) 最高裁判所事務総局『民法改正に関する国会関係資料〈民事裁判資料〉』510頁（最高裁判所事務総局、1953）は、次のようである。「次の『遺言』も全然従来の通りでありまして、特に申上げる重大な変更をしたのは殆どありません。（中略）これは遺言全体について尚検討いたさなければならないと考えましたが、取あえず憲法の要請に従つてその点は手を着けなかつた、憲法の要請に従うところだけ手を入れたので、遺言全体については殆ど全部従来通りにいたして置きましたが、これは近き将来やはり遺言全体について再検討をいたして見たいと考えております。遺産」

は、まさに評価すべきことであるが、第1回会議において示された検討課題は、「現行の遺言制度（例えば、遺言の方式、遺言能力、遺言事項等）について、見直しを検討すべきところはないか。」というレベルからスタートしており<sup>6)</sup>、その後はほぼ1年で中間試案に至り、これまでの判例の方向性を変更する結論に至っている部分さえある。平成28年6月21日決定の中間試案において提示された案には、筆者としては賛意を表しがたいものが含まれており、急きょその点につき同年9月30日締切りで行われたパブリックコメントの手続きにおいて意見表明をした。e-Govにおける1回2000字という制限にしたがって、2つのパートにまとめて提出したものは、以下のようである。

## II パブリックコメントにおける意見表明

### 1. 前半（遺言の効力につき）

中間試案 第3 2 (1) ① — 反対である。

補足説明のいうように、「相続人がいつまでも登記なくして第三者にその所有権を対抗することができる」のが望ましいことでないのはたしかである。しかしそれは、相続開始後すぐに対抗関係という土俵にのせるということにはつながらない。同説明で、「法定相続分による権利の承継があったと信頼した第三者」の保護が説かれているが、法定相続分による権利の承継は、通常は、遺産分割を待つ過渡的状态と理解すべきであって、相続開始後一定期間は、原則としてこれを信頼する第三者を保護する必要はなく、むしろこのような状態で相続財産に関わってくるのは、相続人の債権者といった、本来相続財産を期待すべきでない者であることが多い点に留意すべきである。

民法第177条の適用に関して、「意思表示による」権利変動かどうかということがしばしば論じられるが、その意味は曖昧である。相続分の指定も遺産分割方法の指定（「相続させる」旨の遺言）も、さらに遺贈も、たしかに意思表示がなければそのような権利取得はなかったのであるが、売買や贈与と違って、死亡という権利移転の時期は、コントロール可能ではない。その意味では、意思表示によって権利移転が生じているわけではない。コントロールできないというだけでなく、死亡という、そのすぐ後に財産の話を持ち出すことが憚られるような場面である。待ってましたとばかりに登記を備える方

---

↘相続になりますと、遺言が非常に大きく働いて来るものと考えますので、この点は後日の研究問題にいたして今回は全然手を着けなかつた次第であります。」

6) 法制審議会民法（相続関係）部会第1回会議（平成27年4月21日開催）・部会資料1「相続法制の見直しに当たっての検討課題」の7。

## 遺言制度に迫る危機

がむしろ良識を疑われる。相続人だけでなく受遺者も、被相続人と何らかの関係があって財産をもらおうということが通常であろうから、死を悲しむ場面におかれていることが多いであろう。取引社会の論理をおしとおすところではない。また、遺贈の登記は共同申請であるが、その義務者が、処分者の包括承継人とはいえ、受遺者と利害が対立する者であって、積極的に登記をすることが期待できない場合が多い。登記欠缺に帰責性を問うことは難しい（どの遺言事項も、死因贈与とは違って、事前に仮登記を経由することもできないのである）。これに対して、このような段階で相続財産に関わってくるのは、前述のように、相続人の債権者といった、本来相続財産を期待すべきでない者であることが多い。相続人が遺産分割前に共有持分を処分することもあるだろうが（遺産分割前の共有持分を「自由に」処分できるのもかなり問題であろう）、遺産分割前の相続財産をめぐる取引には相手方も慎重であっていいはずである。

もちろん、前述のように相続人がいつまでも登記なくして第三者にその所有権を対抗することができるのは望ましいことではない。遺産分割ないし遺言執行に期間制限を設けることが考えられてよいであろう。この期間に終えることができない場合もあろうが、その場合は、仮登記等による公示がなければ、それ以降は対抗しえない、としてもよいだろう。

たしかに現在は相続に関する遺言の受益者の保護に傾斜しすぎるが、中間試案の考え方によれば、今度は遺言の受益者の利益を容易に害することとなって、遺言者の最終意思を尊重するために認められた遺言制度の存在意義を無にすることにもなりかねないのである。

そもそも、問題の根本的解決には、遺言の存在・内容を確認できる制度、さらに、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機関の発行による相続証明書制度が求められる。大陸法系諸国で設けられている公的な相続証明書の採用はまだ先としても、遺言の存在の不安定さを補うべく今回創設が提案されている自筆証書遺言の保管制度でも「一定の公的機関」が予定されており、少なくともドイツのような遺言開示手続きの定立への先鞭はつけられたようにも思う。このような制度がうまく機能することにより、遺産分割ないし遺言執行前に慎重に取引に対処すべきとした第三者の調査に資することが期待されよう。

2. 後半（遺言執行者の権限につき）

中間試案 第3 4 (1) ① — 「相続財産の管理」に代えて「遺言の執行の妨害の排除」とすることに反対する。

同(3) — イ 遺産分割方法の指定がされた場合も、「ア 特定遺贈がされた場合」と同様の権限を遺言執行者が有するものとする。すなわち財産が特定物である場合においても、遺言執行者は、受益相続人に対してその特定物を引き渡す権限を有するものとする。

「妨害の排除」は、最判平成11年12月16日も表現するところであるが、これを遺言執行者の一般的な権限の例とすることは、その権限を不当に狭める可能性がある。同判決でも、遺言実現のための具体的な行為（被相続人から受益相続人への登記名義書換）に関与できず、ただ妨害状態（他の相続人名義の登記）の出現を待つだけの遺言執行者の存在を認め、むしろ執行期間を長期化し第三者を巻き込む可能性を作り出している（今回の中間試案では、遺言執行者による相続登記申請も検討するようであるが）。妨害状態が生じる前に（生じないように）遺言の実現が図られるのが望ましく、まさにそのために遺言執行者制度を設けているのではないのか。「妨害の排除」より前に、より広く、目的物の引渡し・登記等「相続財産の管理」を認めなければ、遺言執行者制度の存在意義が失われると考える。

特定の不動産を特定の相続人に相続させる旨の遺言につき、最判平成10年2月27日が、遺言執行者は原則としてその目的財産の管理権を有するものではないとしているが、最判平成3年4月19日以降裁判実務で、いわゆる「相続させる」旨の遺言における遺言執行者の存在に消極的な方向が一時期見られる中で登場した判断であり、これをもって「相続財産の管理」権を否定する「決定打」とするのはいかがなものか。

「相続させる」旨の遺言の対象財産が不動産である場合、現在は相続人が単独で登記名義書換すなわち対抗要件を具備することができるため、遺言執行者にその権限を付与する必要はないと掲げ最判平成11年12月16日はしているが、今回の中間試案では、近時、相続時に相続財産に属する不動産について登記がされないために、その所有者が不明確になっている不動産が多数存在することが社会問題となっていること等に鑑みると、遺言執行者による単独申請によって登記を認めることができないかについても検討の余地があるとしている。遺言執行者に目的物の管理権を認めず、受益相続人への引渡しの権限を有しないとすることは、上のような問題との関係で望ましいとは思えない。当該財産をめぐる権限は一体として行使されるべき場面も多いのであって、また遺言執行者は

## 遺言制度に迫る危機

必ずしも法律専門家ではないことを考えるとき、遺言内容の実現にあたって、遺贈とは違って「相続させる」旨の遺言だと引渡しの特権はないという規律を理解した上で執行する（不法占拠の場合どうするか）こともなかなか難しいことであろう。もちろん相続人の求めに応じて管理財産から離脱するような財産・権限はあってよいだろう（また、遺言の趣旨に反しないのであれば、相続人にも併せて管理権が認められてよい）。

なお、補足説明で、遺言執行者は、本来は遺言者の代理人としての立場を有するものであることが確認されているが、これとの関係で、民法1012条の2項の規律を明確にしておく必要はなかろうか（準用規定の「委任者」はだれか。相続人か、受遺者・受益者か）。

同(2) — 乙案。ただし、「善意」だけでなく「無過失」を要求する。

遺言執行者がいない場合の権利の承継に関する規律についても、別便にて意見を送付し、本来は、遺言事項が遺贈であっても、対抗関係という土俵にのせるべきではないことを述べた。しかし、実際にそのような取り扱いがされていない以上、遺言執行者がある場合に、相続人の行為を制限する第1013条が果たすべき役割は大きい。今回の中間試案で、自筆証書遺言の保管制度の創設が提案されており、ドイツのような遺言開示制度の導入はもう少し先にしても、遺言執行者の存在を調査しうような状況は、整ってきているといえる。指定遺言執行者については、遺言を保管する公的機関ないし検認裁判所、また、選任遺言執行者については、選任裁判所に問い合わせをするようなシステムがこの機会に構築できるのではないか。

## Ⅲ 遺言の効力

さて、Ⅱで示した筆者の「パブリックコメント」の内容について、さらに個別に述べていきたい。

遺言による受益者である相続人は、その法定相続分を超える部分の取得については、対抗要件を備えなければ、第三者に対抗することができないとするのが中間試案であるが、死亡という、誰の意思にもよらない、よるべきではない事実によって開始する相続をめぐる法律関係は、遺言に基づく場合でも、民法177条の対抗関係におくべきではない。

筆者は、最判平成14年6月10日家月55巻1号77頁の評釈<sup>7)</sup>において、判例の整合性

---

7) 拙稿「最判平成14年6月10日評釈」判タ1114号87頁以下（2003）。

の問題に触れ、最判平成5年7月19日家月46巻5号22頁（指定相続分と登記）及び前掲最判平成14年（「相続させる」旨の遺言と登記）は、この2つの判決が「無権利の法理」をとるにあたって引用する最判昭和38年2月22日民集17巻1号235頁と同列におくことはできず、最判昭和39年3月6日民集18巻3号437頁（遺贈と登記）、最判昭和46年1月26日民集25巻1号90頁（遺産分割と登記）といった、民法177条の適用を肯定する判例の流れの中に置く方がむしろ自然であると述べた。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、勝手に単独相続登記をした者からの譲受人との関係が問題となっている前掲最判昭和38年とは違って、「遺言によって」遺言の内容に従って権利者となった者甲と、「遺言がなければ」権利者であった者乙からの譲受人、あるいは乙に対する（仮）差押債権者との関係、「遺産分割によって」権利者となった者甲と、「遺産分割がなければ」権利者であった者乙からの譲受人、あるいは乙に対する（仮）差押債権者との関係が問題となっているからである。しかしそれはあくまでも判例の整合性に欠ける態度を指摘したかったからであって、相続に関する遺言の受益者を177条の対抗関係におくことが望ましいと思っているわけでは毛頭ない、と筆者の考えをその後に説明した（後述）。

他方、判例には当事者の利益衡量の点で問題があることも指摘した。権利者となった者が登記をすぐになしうる状況にあったのかどうかは見過ごすことのできない視点である。遺贈の登記は共同申請であるが、その登記義務者である相続人は、処分者の包括承継人とはいえ、権利者である受遺者と利害が対立する者であって、迅速・円滑に登記をすることが期待できない場合が多いにもかかわらず、受遺者は177条の対抗関係におかれている。それに対して、相続に関する遺言の受益者（ここでは、法定相続分を上回る相続分の指定を受けた者と「相続させる」旨の遺言の受益者）は、「過保護」（もともと、後述のように、むしろ相続開始後すぐの登記を要求するのは無理ないし酷な場合が多く、あくまでも「他の場合に比して」という意味で）な状態におかれている。相続開始後すぐに単独で登記ができるとされながら（現行の登記実務では、不動産登記法63条2項を根拠に、相続分の指定でも、「相続させる」旨の遺言でも、受益者が単独で登記できるとされている）、その登記をしなくても第三者に対抗できるからである。この場合の第三者の状況をみてみよう。現在の民法は、遺産分割までの持分の処分を認めていると解され（909条ただし書き）、さらに現行の登記実務は、法定相続分に基づく相続登記の申請があれば特にそれを拒絶しないから、遺言の存在について何らの情報も持たない第三者が関わってくる可能性がある。時間の経過によって、その可能性はさらに高まる。そ



## 遺言制度に迫る危機

ここで、このような善意の第三者との関係において、相続開始後に単独で登記ができるにも関わらずそれを「長期間放置」していた者を手厚く保護すると最高裁はいうのだろうか、と疑問を呈した。遺贈と「相続させる」旨の遺言とで均衡を欠く判例の立場を指摘したかったからである。しかしさらに、しばしばそれよりも早く介入してくるのが、豊富な知識をもって被相続人の死亡後いち早く相続財産から回収しようともくろむ相続人の債権者等であって（前掲最判平成14年の債権者も、熟慮期間経過後すぐ、遺言の検認よりも早く登場している）、このような本来は相続財産を期待すべきでない債権者等を排して、遺言制度の存在意義を維持する必要がある、と説いた（後述）。

「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案の補足説明」も明言するように、今回の中間試案は、前掲最判平成5年及び前掲最判平成14年の立場を変更するものである<sup>8)</sup>。上に見たように、これまでの判例は整合性・均衡に欠けるところがあり、これを解消すべき必要があることは、筆者も同意するところである。だが、補足説明に示される理由においては、取引の安全を強調するのみで<sup>9)</sup>、これまでの判例理論で尊重されてきた点にどう対処するのかわからない。平成に入ってから確立した判例準則を転換するのに、もう少し丁寧な説明があってもいいはずである。

筆者は、判例の立場は相続に関する遺言の受益者の保護に傾斜しすぎる状況を招くということを指摘したが、もし177条を用いれば、今度は遺言の受益者を容易に害することとなって、遺言者の最終意思を尊重するために認められた遺言制度の存在意義を無にすることになりかねない。結局、現行制度の下では、無権利の法理によっても、177条によっても、妥当な結論を得ることは難しいといえるだろう<sup>10)</sup>。解釈論の限界は、「相続と登記」をめぐる判例の評価が錯綜していることにも既に現れている。

パブリックコメントの内容と重複するものの、遺言による権利移転は、たしかに意思表示がなければ生じないが、売買や贈与とは違って、死亡という権利移転の時期はコン

8) 民法（相続関係）等の改正に関する中間試案の補足説明39-40頁。

9) 脱稿直前に、伊藤栄寿「民法の相続関係規定の見直しと不動産登記」ジュリ1502号56頁（2017）において、「遺贈の場合と、相続分の指定・遺産分割方法の指定の場合のバランスの悪さを是正するに過ぎず、取引の安全の必要性について、詳しい説明はない」という、筆者と同旨の指摘に接した。

10) 小粥太郎「相続不動産取引に潜むリスク——買い手からみた相続不動産」水野紀子編著『相続法の立法的課題』147頁以下（有斐閣、2016）でも、「すべての問題について『相続と登記』の問題であると名づけて、1つの法理によって解決策を提案することは、適当ではないように思われる」と指摘される。

トロール可能ではない<sup>11)</sup>。その意味では、意思表示によって権利移転が生じているわけではない。また、死因贈与とは違って、遺言者の生前は、仮登記さえ行えない。さらに、人の死後は、財産の話をすぐに持ち出すことが憚られるような場面であり、待つてましたとばかりに登記を備える方がむしろ良識を疑われる。相続人だけでなく受遺者も、被相続人と何らかの関係があって財産をもらうということが通常であろうから、死を悲しむ場面におかれていることが多いであろう。取引社会の論理をおしとおすところではない。相続を戦場に変え、人の死を悼む弱者状態にある一般市民をすぐさま戦場に送り込むというのであろうか。

従来から筆者が繰り返し述べてきたことであるが、「相続と登記」の問題は、解釈論に持ち込まれる前段階で対処すること、つまり相続をめぐる登記制度を抜本的に見直すことによって解決すべきなのである。少なくとも、多くのトラブルの根源になっている法定相続分に基づく相続登記が（さらには遺言の内容に応じた持分に基づく相続登記でさえ）容易になしうる状況は改めるべきである<sup>12)</sup>。我が国では、早くから法定相続分につき登記なくして第三者に対抗できるとされ、また、相続分に基づく相続登記を介さず直接に遺産分割による持分に基づく相続登記をすることが認められている（これにより、登録免許税が節約される）から、相続人たちの合意で法定相続分に基づく登記が行われることは少なく<sup>13)</sup>、そのほとんどは、少ない相続分に甘んじなければならない相続人、あるいは差押えを求める債権者の代位によって行われ、それがトラブルを生じさせているのである。さらに、指定相続分に基づく相続登記、あるいは「相続させる」旨の遺言に基づく相続登記のように、遺言書を添付した相続登記の申請さえ、容易に認めべきではない。遺言書の添付は、そこにおける処分を取り消し又は変更する他の処分

11) 戦前の家督相続時代には、「隠居」による家督相続において、死亡の場合とは異なり、177条の適用を受けるとする判例がある（大連判明治41年12月15日民録14輯1301頁）。

12) 拙稿「ドイツにおける相続証書（Erbschein）の歴史的発展——我が国の「相続と登記」をめぐる問題解決の準備作業として——」法学政治学論究15号218頁以下（1992）、同「最判平成7年1月24日評釈」判タ901号82頁（1996）、同「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1巻遺言』311頁、324頁注（37）、（39）（日本評論社、2001）、同・前掲注（7）90-91頁参照。

13) 前掲最判平成5年において、相続人全員の合意で法定相続分に基づく登記が行われたことは、第三者保護を優先するための要素として考慮する余地があったが、この事例では、第三者が共同相続人の一人の経営する会社であったため、いずれにせよ保護されなかったであろう。

## 遺言制度に迫る危機

が存在しないことについて、何ら保証をなすものではない<sup>14)</sup>。それゆえ、せめて「現状では」、どのような相続登記も、利害の対立する共同相続人全員によることを求めるべきである。そもそも不動産登記法63条2項の定める単独申請は、共同申請原則の例外として認められたにすぎないことに留意する必要がある。相続登記に関していえば、登記名義人の消滅がその本質的な理由として挙げられよう<sup>15)</sup>。とすれば、共同申請原則によって担われている登記の真正維持という役割は、相続をめぐる法的状況を証する強力な資料によって担われなければならない。そのような強力な資料に欠ける我が国の現状においては、同例外は限定的に解されなければならない。いずれにせよ、法定相続分の枠組を超える指定相続分、「相続させる」旨の遺言による登記の場合に、単独申請、しかも法定相続分の枠組を超えて利益を得る者のみによって登記をなしうるのは問題であり、登記申請義務の承継人である相続人全員との共同申請をむしろ原則とみるべきである。つまり、現行法の下では、遺言による相続登記を共同申請原則に立ち返って処理すべきである<sup>16)</sup>。たしかに、利害の対立する相続人全員の合意を得ることは難しいとの指摘もあるだろうが、本来、遺産分割をしなければならない関係であり、どうしても合意に達しなければ、裁判所ないし選任遺言執行者を利用すればよい。その間、どのような相続登記もできないわけであるから、少なくとも第三者を巻き込んだトラブルは生じない。さらに、後の遺産分割のことを考えれば、遺産分割前の共有はまったくの暫定的なものとして、原則として被相続人の意思ないし相続人全員の合意によらなければ、個々の持分の処分も許さないとする改正をも視野におくべきであろう<sup>17)</sup>。

もっとも、全員によっても、遺言の存在すべてを明らかにするわけではないから、後の遺言の発見によってトラブルを生じる可能性、また、相続人でない受遺者が害される可能性は残る（遺言は、最終意思尊重の視点から撤回自由であるため、遺言者の生前は、

14) 遺言を管理・公示する制度がなく、登記官が実質的審査権を持たない我が国では、これを受け入れざるをえない。東京高判平成13年3月1日登研648号163頁では、職務上たまたま新遺言の存在を知りえたことから申請を却下したことが問題となったが、まれな事件である。

15) 幾代通＝徳本伸一『不動産登記法〔第4版〕』83頁（有斐閣，1994）参照。

16) 本来、相続登記の真正は、共同申請によって図られるものでないことは確かである。相続の場合には、遺言・特別受益・寄与分・遺留分等様々な要素が絡み合って多数当事者間で複雑な法律関係を作り出すことが予定されるからである

17) 小粥・前掲注(10)145頁には、「遺産分割が終了するまでは、相続財産に属する不動産を処分することができないとするなどの立法的手当てを講ずべきかもしれない」との記述がある。

これに基づいて仮登記さえも行えない)。したがって、遺言の存在・内容を確認できる制度<sup>18)</sup>、さらに、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>19)</sup>。特に相続証明書制度は、大陸法系の諸国においては、効力に強弱の差こそあれ、何らかの形で設けられている。我が国は、このような大陸法系の中にあつて、何らの相続証明書制度も採用していない。当然かつ包括承継を採用し、その一方で被相続人による終意処分を認める相続法制の下においては、相続開始後公的機関を介入させ、これがある時点で相続をめぐる法的状況を確定しそれを証する書面を発行することが必須である。遺言の存在の不安定さを補うべく今回の中間試案で創設が提案されている自筆証書遺言の保管制度でも「一定の公的機関」が予定されており、総合的な相続証明書の採用はまだ先としても、むしろ遺言開示手続きの定立への先鞭はつけられたようにも思う。このような制度がうまく機能することにより、遺産分割ないし遺言執行前に慎重に取引に対処すべきであるとした第三者の調査に資することが期待されよう。

もちろん、相続人がいつまでも登記せぬまま放置して、それでも登記なくして第三者にその所有権を対抗することができるというのはおかしな話である。そのような場合は、現在でも、民法94条2項類推適用論の中に救済の道を見つけることが可能かもしれないが、より明確に、遺産分割ないし遺言執行に期間制限を設けることが考えられてよいであろう。この期間に終えることができない場合は、仮登記等による公示がなければ、それ以降は対抗しえない、としてよいのではないか。

#### IV 遺言執行者の権限

##### 1. 権限の明確化

遺言執行とは、遺言者の死亡により遺言の効力は生じたものの、その内容の実現のために何らかの事務が必要である場合に、当該事務を行うことをいう。遺言に表された被相続人の意思をその死後に実現する者は、遺言執行者に限定されることもあるが、多くの場合相続人であっても遺言執行者であってもよい。ただ我が法の遺言執行及び遺言執

18) 遺言管理制度の確立は古くから提案されることである。例えば、須賀武雄「制度見聞記」公証25号130頁(1969)、座談会「遺言制度の現状と問題点」ケース研究162号63-64頁〔泉久雄発言〕(1977)等。

19) 詳細は、拙稿・前掲注(12)法学政治学論究15号218頁以下、同「相続人資格証明制度の諸相——ドイツ／フランス法の対応——」公証法学34号71頁以下(2004)参照。

## 遺言制度に迫る危機

行者に関する規定は極めて概括的なものであることから、そもそもどのような遺言事項に遺言執行の必要があるのか、遺言執行者の必要性・権限の範囲・責任、執行を妨げるべき行為の効力如何をめぐっては争いがある。

遺言事項には、遺言の効力発生と同時にその「内容が実現」するから執行の余地がないとされる事項がある。では、内容の実現に「何らかの行為」が必要である、あるいは必要となる可能性のある事項は、すべて執行の必要ありとされるのであろうか。この境界線について、現在の法は寡黙であり、判例・学説によっても曖昧に描かれているにすぎない。この境界線を明らかにするためには、「遺言内容の実現」を「遺言執行者」概念との関連でどの程度のものとみるべきかという視点で、それぞれの遺言事項を見直す必要がある。それは、別の視点からみれば、それぞれの遺言事項について「執行行為」といえるものの範囲を画定する作業である。民法1012条1項は、遺言執行者が「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規定するが、その内容、すなわち「執行行為」とは何かは明らかにしていない。筆者は、遺言者・相続人・遺言の受益者・第三者の利益の比較考量も頭念におきつつ、以上のような点の検討を従来から行ってきた。ゆえに、思わぬ方向へ展開した今回の中間試案に対し私見を述べておきたいと思う。

中間試案では、遺言執行者の法的地位について「遺言執行者は、これを相続人とみなす」と規定する民法1015条を削除した上で、遺言執行者は、遺言の内容を実現することを職務とすることとし、遺言執行者の一般的な権限について、民法1012条1項の「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」との規定の「相続財産の管理」の部分「遺言の執行の妨害の排除」におきかえることとしている。

遺言執行者の法的地位に関する民法1015条については、様々な学説が展開され、同条の存在が、遺言執行者と遺言の受益者ないし相続人の権利との関係の調整に長くのしかかってきたが、遺言執行者は、遺言の内容を実現することを職務とすることは明らかで、1015条は、遺言執行者の行為の効果が相続人に帰属するという以上の意味はないともいわれてきたところ、今回の中間試案はこれを明らかにするもので、評価できる。

しかし、「相続財産の管理」に代えて「遺言の執行の妨害の排除」とすることには反対である。「妨害の排除」は、最判平成11年12月16日民集53巻9号1989頁も用いる表現であるが、これを遺言執行者の一般的な権限の例とすることは、その権限の範囲を不当に狭める可能性がある。重要な事例となる前掲最判平成11年を紹介する。

「相続させる」遺言については、即時の権利移転効を有することを示し、相続開始後

受益者が単独で相続を原因として登記申請できるとの登記実務<sup>20)</sup>を追認する形となった最判平成3年4月19日民集45巻4号477頁を契機として、執行の余地がないとされる事項に入ると判断される方向にあったが<sup>21)</sup>、これを執行を要する事項に引き戻したのが前掲最判平成11年である。「遺言の実現が妨害される状態が出現」したような場合について遺言執行者の存在意義を認めた。つまり、相続開始後すぐに必要な具体的執行行為がなくとも、必要となる可能性をもって執行を要する事項に入るとしたのである（「遺言執行の必要＝具体的執行行為の存在」ではないということ）。「相続させる」旨の遺言につき遺言執行者の存在を肯定した判例として、その結論には賛意を表す。問題は、執行を要する事項に入るとしながら、「通常」は具体的な「執行行為がない」とした点である。

前掲最判平成11年は、「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」、当該相続人に「当該不動産の所有権移転登記を取得させることは、民法1012条1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」と述べながら、「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」のみを遺言執行者の出番として挙げ、「登記実務上、相続させる遺言については不動産登記法27条（現行不動産登記法63条2項）により」当該相続人が

20) 昭和47年4月17日民甲1441号回答（同1442号通達）。

21) 東京地判平成4年4月14日判タ803号243頁、東京地判平成5年8月31日判タ835号228頁等。平成3年に至るまでは、「相続させる」遺言の登記について遺言執行者による申請を併存的に認めていた登記実務（「質疑応答【6220】」登研424号221頁（1983）。質疑応答【5489】登研365号77頁（1978）は、相続分の指定についても同様に、遺言執行者が相続登記を申請することができるとしていた）も、前掲最判平成3年を契機として、これを否定するようになった（「質疑応答【7200】」登研523号140頁（1991））。同最判によれば、相続開始と同時に当該不動産の所有権は当該相続人に移転し、さらに登記実務によれば、直ちにその者が単独で移転登記をすることができるのであるから、遺言執行者による執行の余地はないというのである。だが、受益相続人と遺言執行者の双方に登記申請を認めていた登記実務がなぜ同最判を契機に遺言執行者を排除するようになったかは理解し難く（蕪山巖「判例紹介（東京地判平成5年8月31日）」東京公証人会会報平成6年10月号12-13頁（1994）、蕪山巖他『遺言法体系I補訂版』504頁〔横山長＝蕪山巖〕（慈学社、2015）等）、裁判実務もまた、なぜ受益相続人が単独で登記をすることができれば遺言執行者が排除されることになるのかを明確にしていなかった。

「単独で登記申請をすることができる」とされている」ことを理由として、「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」としている。

登記の必要性を認めながら、すなわち登記を遺言内容の実現に必要な「何らかの行為」であるとしながら、被相続人名義である限りは、「当該相続人が単独でできる」から、執行行為はないというのである（「潜在的」には「執行行為がある」ということになるのだろう。さらには、判文には直接に現れていないが、妨害状態の出現を監視するという「消極的執行行為」ともいうべきものの存在は暗に前提としているのではないか）。受益者自身が単独でできる行為であっても、遺言内容の実現に必要な行為であるなら、執行行為とすべきではないか<sup>22)</sup>。少なくとも登記申請を促す方向で遺言執行者に何らかの関与を認めるべきではないか<sup>23)</sup>。などの疑問が生じる。いずれにしても、遺言実現のための具体的な行為に関与できず、ただ妨害状態の出現を待つだけの遺言執行者の存在は、執行期間を不当に長期化させ第三者をトラブルに巻き込む恐れ（1013条も参照）を増大させることは確かである。

実際、補足説明で、「近時、相続時に相続財産に属する不動産について登記がされないために、その所有者が不明確になっている不動産が多数存在することが社会問題となっている等に鑑みると、遺産分割方法の指定がされた場合に、遺言執行者による単独申請によって登記を認めることができないかについても検討の余地がある」とされており<sup>24)</sup>、長期化への筆者の懸念はまさにそのとおりとなっている。もちろん、中間試案

22) 民法1012条にいう「遺言の執行に必要な行為」であるとするならば、不動産登記法制の側が、制度がそうになっているからとの理由のみでそれを受け入れることができないというのは納得しがたい。拙稿「最判平成7年1月24日評釈」判タ901号82頁（1996）。雨宮則夫「遺言執行者の職務権限について」判タ1380号35頁（2012）も同旨といえようか。

23) 相続人、遺言執行者のいずれからの登記申請も認めるのが妥当であるとするものも多い。成毛鐵二「相続に関する遺言と登記をめぐる諸問題」登記先例解説集200号160-161頁（1978）、倉田卓次『解説・遺言判例140』215頁注10、231頁注4、239頁注4（判例タイムズ社、1993）、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ものか』判タ823号34頁（1993）、蕪山・前掲注（21）「判例紹介」11-12頁注14、房村精一「公正証書遺言と登記をめぐる若干の問題について」民情107号56頁（1995）、蕪山他・前掲注（21）515頁〔横山＝蕪山〕等。

24) 前掲注（8）補足説明51頁。相続登記の促進については、一昨年から、法務省において、「未来につなぐ相続登記」と題した広報・関係機関等との連携、手続きの簡素合理化を行っており、昨年には、政府の重要施策としても掲げられている。

のいう177条の対抗関係を採用することにより登記を促す効果はあるが、これを採用すべきでないことは前述のとおりである（Ⅲ）。遺言執行者に「妨害の排除」より積極的な権限を認めるべきである。ただ、前述のように、筆者は、相続における登記制度に問題のある「現状では」、登記の真正の確保、その機能の有効化のために、そもそも相続人の単独申請については消極的な立場にあり、遺贈と同様、権利者である遺言の受益者と義務者の立場として遺言執行者との共同申請であるべきと考える。

これとの関係で、遺言執行者は原則として「相続させる」旨の遺言における不動産の管理権を有するものではなく、その引渡しは遺言執行者の権限に属しないとする最判平成10年2月27日民集52巻1号299頁も遺言執行概念に興味深い視点を提供している。中間試案は、この判例を根拠として、「相続させる」旨の遺言の対象が不動産である場合に、その管理・引渡しについては、遺言書に特に記載があるなどの特段の事情のない限り、遺言執行者の権限とはしないという結論を導くようである<sup>25)</sup>。筆者は、遺贈と同様、遺言の受益者への具体的な財産の帰属を実現するために必要な一切の行為を執行者がすべきと考えているが、確かにその中で不動産の引渡しの位置づけは微妙である。不動産の場合、引渡しが権利自体の取得に影響を及ぼさないだけに、遺贈の場合も含めて、その執行の必要性・内容が検討・見直される余地はある。遺言者の意思・現に占有する者の占有権原を判断した上で最終的に引渡しの必要性を決することまで遺言執行者の職務とすることは適切でないとの指摘もある<sup>26)</sup>。しかし、動産の場合に、同様の判断・決断を要求するのであれば、不動産の場合にだけあえてその職務を排除すべき理由はなく、遺言執行者の存在が求められている以上、その下で、引渡しの必要性も決せられるべきであると思われる<sup>27)</sup>。その意味で、前掲最判平成10年の考え方等を参考にして、「相続させる」旨の遺言において、遺言執行者は原則として特定物を引き渡す権限を有しないとする中間試案には賛同できない。

目的財産をめぐる権限は一体として行使されるべき場面も多いのであって、また遺言

25) 前掲注(8)補足説明47頁。

26) 野山宏「最判平成10年2月27日評釈」ジュリ1136号107頁(1998)。

27) 前掲最判平成3年以降裁判事務で、いわゆる「相続させる」旨の遺言における遺言執行者の存在に消極的な方向が一時期見られる中で登場した判断であり、これをもって「相続財産の管理」権を否定する決定打とするのはいかがなものか。兩宮・前掲注(22)32-33頁も、「最高裁判例の態度はやや誤解され、平成3年、7年、10年の判決によって、遺言執行者の職務権限を必要以上に狭く解する流れができつつあった」という。



## 遺言制度に迫る危機

執行者は必ずしも法律専門家ではないことを考えるとき、遺言内容の実現にあたって、遺贈とは違って「相続させる」旨の遺言だと引渡しの権限はないという規律を理解した上で執行することもなかなか難しいことであろう。もちろん相続人の求めに応じて管理財産から離脱するような財産・権限はあってよいだろう。遺言の趣旨に反しないのであれば、相続人にも併せて管理権が認められてよい。

上述のように、妨害状態が生じる前に（生じないように）遺言の実現が図られるのが望ましく、まさにそのために遺言執行者制度を設けているのではないのか。「妨害の排除」より前に、より広く、目的物の引渡し・登記等「相続財産の管理」を認めなければ、遺言執行者制度の存在意義が失われることになると考える。

### 2. 民法1013条の見直し

遺言執行者がある場合に、相続人に相続財産の処分その他「遺言の執行を妨げるべき行為」を禁止する1013条は、遺言執行者の効用の消極面（防衛的機能、遺産保全機能）を規定し、1012条による遺言執行者の権限を補充するものとしてその意義が重要視されてきた。筆者も、その重要性を主張してきた一人である。

もっとも、これが第三者の保護において問題のある規定であることも否めない。我が国においては、遺言ならびに遺言執行者の存在について公示方法がなく、また、遺言執行の期間についても何ら制限がないため、遺言・遺言執行者の有無、遺言の執行が終了しているか否かは第三者にとって必ずしも明らかではない。他方、前述のように、相続財産中の不動産につき、法定相続分による共同相続登記は容易になされうる。にもかかわらず、最判昭和62年4月23日民集41巻3号474頁に従えば、遺言の内容が遺言執行者によって執行される場合には、相続人によって執行される場合とは異なり、「遺言執行者がある」ことのみによって相続人の「遺言の執行を妨げるべき行為」は「無効」となり、それは登記なくして第三者に対抗しうるから、相続人と取引する第三者としては、遺言や遺言執行者の存在を知らずに不測の損害を被る恐れがあるということである（遺言書の発見が遅れたために、相続人さえ指定遺言執行者の存在を知らずにそれらの行為がなされることもある）。中間試案は、まさに第三者保護の観点から、この規定の削除（甲案）ないし善意者保護規定の新設（乙案）を提案するものである<sup>28)</sup>。

しかし現行法の下では、遺言に反する財産処分の危険性を排して遺言の法定相続に対

---

28) 前掲注(8)補足説明48-49頁。

する優越の意味を失わせずにおくためには、遺言執行者をおくことが唯一の手段である（現在の判例理論によれば、相続分の指定や「相続させる」旨の遺言による権利取得については、登記なくして対抗できるから、「唯一」の手段といえるのは遺贈の場合ということになるが、中間試案に従うことになれば、相続分の指定や「相続させる」旨の遺言も177条の適用の下におかれるので、「唯一」の手段となる）。つまり、悪意の相続人の逸早く処分・債権者の逸早く差押えに対抗するためには、相続開始と同時に遺産を凍結状態におく必要があり、そのためには、1013条違反の行為を無効（登記なくして主張可）と解した上で、前掲最判昭和62年のように、遺言執行者の指定がある場合には、いまだ就職するに至っていない場合にも同条の適用を認める以外に他に有効な手段はないということである。その意味で、現在、遺言執行者の指定は、遺言の適正・確実な執行を遺言者自ら確保するための唯一の方途として位置づけることができる（遺言執行者の選任は、受益者が自らの利益を確保するための方途として位置づけられようが、唯一ではなく確実でもない）。遺産を凍結状態におくことは、それが長期でなければ、死亡を契機とする複雑な法律関係を明らかにし、あるいは利害の調整を図るために本来望ましいことでもある<sup>29)</sup>。ただ、現在の我が国では、前述のように、遺言・遺言執行者の有無、遺言の執行が終了しているか否かが第三者にとって必ずしも明らかでないことから、第三者を不測の損害から守り、この1013条の遺産凍結機能を生かすために必要であるのが、例えば、既述の遺言の存在・内容を確認できる制度や相続証明書制度の確立である。国家による遺言管理制度も、多くの国において採用されるところであり、例えばドイツでは、遺言書の登録、引渡し、開示、集中保管の各制度が完備しているのである<sup>30)</sup>。筆者はこれまで、我が国においてすぐに大掛かりな制度を確立させることは困難である

29) 民法（相続関係）部会第11回会議（平成28年4月12日開催）・議事録38頁の「今回の改正が、自筆遺言証書も簡単にできるようにして、遺言執行者の権限なども整理して遺言を実行しやすくし、遺言をこれから活用してもらう方向に舵を切るのなら、1013条を手がかりに、法定相続を漫然と信頼した人は必ずしも救出されないといいながら制度設計を組むという方向はありうると思います。つまり全体として相続開始から間もない時期に遺言も実行され、遺産分割も実行されるべきだという方向に誘導するような、そういう制度設計をお考えなのでしょうか。そちらの方が本筋だとは思っている」との水野（紀）委員発言は注目すべきで（水野紀子「日本相続法の構造的問題と配偶者相続権の見直し」税研190号49-52頁（2016）も参照）、今回の中間試案が、結局、十分な論証のないまま、「取引の安全」を掲げて、まったく逆の方向に進もうとしていることはきわめて遺憾である。

30) 植村秀三「遺言書の開示と相続人資格証明」公証法学14号52頁以下（1985）等参照。

## 遺言制度に迫る危機

としても、例えば公正証書遺言については、日本公証人連合会によって実行されている登録制度（全国的には平成元年に発足）、その他の遺言については、検認後の通知の制度を発展させて利用することができるであろうと述べてきたが、今回の中間試案では、自筆証書遺言の保管制度の創設が提案されており、遺言執行者の存在を調査しようような状況は整ってきているといえそうである（遺言執行者の権限の内容を証明する文書の家裁による交付も、第9回会議に例として挙がってはいた）。指定遺言執行者については、遺言を保管する公的機関ないし検認裁判所、選任遺言執行者については、選任裁判所に問い合わせができるような制度が構築できるのではないか。また、遺言の執行が終了しているか否かについても、新たに期間制限を設ける一方で、執行終了の通知に関する規定（民法1020条、655条）を右の制度に関連させて利用することが可能であろう。このようなシステムが築かれていけば、善意「無過失」（善意だけでは、第三者に何らの警戒も求めず、ほぼすべての第三者を保護することになって、1013条の意味がなくなる）を前提に第三者を保護する規定も十分に機能することになろう。

### V さいごに——自筆証書遺言の保管制度及び 法定相続情報証明制度の創設にも触れて

以上、筆者が中間試案に対しパブリックコメントにおいて示した意見を説明してきた。既に、パブリックコメントの結果については、民法（相続関係）部会第14回会議（平成28年10月18日）において、参考資料7『『民法（相続関係）等の改正に関する中間試案』に関する意見募集の結果について』として公表され、さらに、民法（相続関係）部会第15回会議（平成28年11月22日）において、参考資料9『『民法（相続関係）等の改正に関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要（詳細版）』としてその詳細も明らかにされた（本年9月の答申を目指しているとのこと）。これらを見る限りは、筆者と同様の批判は、少数にとどまっているようで、筆者からすれば「相続法の一大事」ともいえる状況に、パブリックコメントにおいて示した意見を敷衍して公表する必要が生じたわけである。

特に、従来の判例の考え方を変更して、遺言による受益者を民法177条の対抗関係におくことについては、判例理論がこれほど不評だとは思ってもみなかったが、たしかに判例理論が整合性・均衡を欠くことについては、Ⅲで述べたように、筆者も過去に既に指摘していたところ、今回、それでも遺言による受益者を177条という早い者勝ちの土俵にのせるべきではないことを改めて説いたつもりである。「意見募集の結果」で、賛

成意見の主要な理由として「遺言による権利変動と遺産分割による権利変動とを区別する理論的根拠に欠ける」ことが挙げられているが<sup>31)</sup>、本稿では、この2つの場合の共通点を述べた上で、しかし、誰の意思にもよらない、よるべきではない死亡によって開始する相続をめぐる法律関係は、遺言に基づく場合でも、民法177条の対抗関係におくべきではないことを示した。遺言による権利移転も遺産分割による権利移転も、たしかに意思表示がなければ生じないが、遺産分割とは異なり、遺言の効力発生の時点である死亡はコントロール可能ではない。その意味では、意思表示によって権利移転が生じているわけではないのである<sup>32)</sup>。「意見の概要（詳細版）」で指摘されている、取引の安全、相続手続きの速やかな実行、相続登記の促進といった諸点は<sup>33)</sup>、前述のように、遺産分割ないし遺言執行に期間制限を設け、この期間に終えることができない場合は、仮登記等による公示なくしてそれ以降は対抗しえないという方策などをとればよい。方策としては、よりシンプルで実効性があるのではないか。

遺言執行者についても、その権限を明確化すること自体についてはパブリックコメントにおいても異論はなく<sup>34)</sup>、その点、筆者も同様である。しかし、遺言執行者の権限を限定する方向性には真っ向から反対する。「相続させる」旨の遺言をめぐる最高裁の判断がいささか錯綜していた頃の各判例の示したところに拘泥することなく、相続法全体、さらには他制度との関係を見据えた検討が求められる。繰り返しになるが、妨害状態が生じる前に（生じないように）遺言の実現が図られるのが望ましく、「妨害の排除」より「前に」、より「広く」、目的物の引渡し・登記等「相続財産の管理」を認めなければ、遺言執行者制度の存在意義が失われることにもなる。けっして遺言執行者万能

31) 民法（相続関係）部会第14回会議（平成28年10月18日開催）・参考資料7「『民法（相続関係）等の改正に関する中間試案』に関する意見募集の結果について」9頁。

32) 鎌田薫「相続と登記」星野英一編『判例に学ぶ民法』67頁（有斐閣、1994）も、判例の「実質的な根拠は意外と単純で、遺産分割によって権利関係が確定した以上は登記をなすべきで、これを怠るときには「対抗不能」も制裁を受けるが、遺産分割前に共同相続登記をなすことは實際上期待しえないので、登記の欠缺を理由として権利を喪失させることはできないというところにある（この点を重視すると、遺言の存在を知らない受遺者が登記をしていない場合に対抗不能の制裁を加えるか等の問題も生ずることに留意されたい）」と指摘する。

33) 民法（相続関係）部会第15回会議（平成28年11月22日開催）・参考資料9「『民法（相続関係）等の改正に関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要（詳細版）」99頁。

34) 前掲注(31)意見募集の結果11頁。

## 遺言制度に迫る危機

主義を掲げるものではない。遺言執行者の権限を明確化するのと同時に、相続人との関係を規定上明確にして、相続人のコントロール機能を高めるような工夫が必要であろう(近時、死後事務委任においても、同様の論点がクローズアップされている)。他方、現状では、遺言の存在と同様、遺言執行者の存在の不安定さも否定することができず、遺言執行者はいるのか・誰か、遺言事項は何か等が明らかにならないことで、相続人・第三者に混乱を招く危険性も大きい。その点は、前述のように、遺言の存在・内容を確認できる制度や相続証明書制度の確立によって解消されなければならない、喫緊の課題である。

今回の中間試案は、自筆証書遺言の保管制度の創設を提案している。多くの国において採用される遺言の管理・開示制度に先鞭をつけるものとして、非常に興味深く、大きな反対もないであろうと、今後の展開に注目していたところであるが、日弁連を初め、大都市の弁護士会は反対を表明している<sup>35)</sup>。必要性への疑念、システム構築・管理にかかる多大な費用への批判、効果への過剰な期待への懸念等がその理由である。先行きに不安を感じるが、なんとか、相続開始時に保管されていない遺言書も、相続開始後に検認とともに引渡ししないし登録がされ、必要に応じて開示されるような制度へと発展して欲しい。たしかに、費用倒れとならないシステムであることは重要で、「保管」にとどまらない制度設計によって、当事者にとっても、取引社会にとっても、利用価値の大きい制度となるよう、当初から志向されることが望まれる。現在、平成29年1月31日締切りでパブリックコメントの手続きにおかれている「法定相続情報証明制度」を法務局で取り扱うことが検討されているようで、将来的には、統合的に相続に関する情報を提供する場ができ、相続証明書制度構築へと展開すればと考える<sup>36)</sup>。相続証明書制度は、相続をめぐる登記の真正の確保に寄与し、トラブルを未然に防止することにならう。「相続と登記」をめぐる現れる、登記を備えた処分の相手方を優先させる(遺言の法定相続に対する優越が安易に覆される)か、あるいは遺言の受益者を優先させる(取引の安全が安易に害される)かの解釈論上の問題は生じないにこしたことはないのである。

35) 前掲注(33)意見の概要(詳細版)107頁以下。

36) もちろん、こうした情報を公証人に委ね、その関与により遺言執行や遺産分割が行われるフランス法的改革案も考えられよう。

【追記】 脱稿後、民法（相続関係）部会第17回会議（平成29年1月24日開催）・部会資料17「遺言制度に関する見直し」、道垣内弘人他「特集／相続法制の見直しに向けた課題」論究ジュリスト20号（2017）に接した。

また初校時に、「さいごに」で触れた「法定相続情報証明制度」につき、法務省が、本年5月下旬からの導入を発表した。法定相続人の一覧図とこれを確認するために必要な資料を提出してもらい、この一覧図の写しを公的な証明書として無料で発行する。本籍や法定相続分は記載されない。

さらに再校時には、民法（相続関係）部会第19回会議（平成29年3月28日開催）・部会資料19-1（拙稿に関連する）が公開された。

（資料1）民法（相続関係）等の改正に関する中間試案（平成28年6月21日）より抜粋

### 第3 遺言制度に関する見直し

#### 1 自筆証書遺言の方式緩和

##### (1) 自書を要求する範囲

- ① 自筆証書遺言においても、遺贈等の対象となる財産の特定に関する事項（注1）については、自書でなくてもよいものとする（注2）。
- ② ①に基づき財産の特定に関する事項を自書以外の方法により記載したときは、遺言者は、その事項が記載された全ての頁に署名し、これに押印（注3）をしなければならないものとする。

（注1）「財産の特定に関する事項」としては、

- ① 不動産の表示（土地であれば所在、地番、地目及び地積／建物であれば所在、家屋番号、種類、構造及び床面積）
- ② 預貯金の表示（銀行名、口座の種類、口座番号及び口座名義人等）等を想定している。

（注2）ただし、加除訂正をする場合には、当該加除訂正部分等の自書を要求する点を含め、通常に加除訂正の方式によるものとする。

（注3）これに加え、②に基づき押印をする際には、全て同一の印を押捺しなければならないものとすることも考えられる。

##### (2) 加除訂正の方式（注）

変更箇所「署名及び押印」が必要とされている点を改め、署名のみで足りるものとする。

## 遺言制度に迫る危機

(注) (1)及び(2)の方策は両立し得るものであるが、偽造又は変造のリスクを考慮し、(1)の方策を講ずる場合には(2)につき現行の規律を維持するものとすることも考えられる。

### 2 遺言事項及び遺言の効力等に関する見直し

#### (1) 権利の承継に関する規律

- ① 相続人が遺言（相続分の指定、遺贈、遺産分割方法の指定）により相続財産に属する財産を取得した場合には、その相続人は、その法定相続分を超える部分の取得については、登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件を備えなければ、第三者に対抗することができないものとする。
- ② ①の相続財産に属する財産が債権である場合には、債務者その他の第三者に対する対抗要件は、次に掲げる場合に具備されるものとする。
  - ア 相続人全員が債務者に相続人の範囲を明らかにする書面を示して債務者に通知をした場合
  - イ 遺言執行者がその資格を明らかにする書面を示して債務者に通知をした場合
  - ウ 債務者が①の相続人に対して承諾をした場合
- ③ ②の通知又は承諾は、確定日付のある証書によってしなければ、債務者以外の第三者に対抗することができないものとする。

#### (2) 義務の承継に関する規律

- ① 被相続人が相続開始時に負担していた債務が可分債務である場合には、各相続人は、その法定相続分に応じてその債務を承継するものとする。
- ② ①の場合において、相続分の指定又は包括遺贈によって各相続人の承継割合が定められたときは、各相続人の負担部分は、その承継割合によるものとする。
- ③ ①にかかわらず、債権者が相続分の指定又は包括遺贈によって定められた割合に応じてその債務を承継することを承諾したときは、各相続人は、その割合によってその債務を承継するものとする。
- ④ 債権者が相続人の一人に対して③の承諾をしたときは、すべての相続人に対してその効力を生ずるものとする。

#### (3) 遺贈の担保責任

- ① 遺言者が相続財産に属する物又は権利を遺贈の目的とした場合には、遺贈義

務者は、相続が開始した時（その後に遺贈の目的である物又は権利を特定すべき場合にあっては、その特定の時）の状態で、その物若しくは権利を引き渡し、又は移転する義務を負うものとする。ただし、遺言者がその遺言に別段の意思を表示したときは、その意思に従うものとする。

② 民法第998条を削除するものとする。

### 3 自筆証書遺言の保管制度の創設

① 自筆証書遺言（以下「遺言書」という。）を作成した者が一定の公的機関（注1）に遺言書の原本の保管（注2）を委ねることができる制度を創設するものとする。

② ①の保管の申出は、遺言者本人に限り、することができるものとする。

③ 相続人、受遺者及び遺言執行者（以下「相続人等」という。）は、相続開始後に、①に基づく保管の有無を確認することができるものとする（注3）。

④ 相続人等は、相続開始後に、①に基づき保管されている遺言書の原本を閲覧し、又は正本の交付を受けることができるものとする（注4）。

⑤ ①に基づき保管された遺言書については、検認を要しないものとする。

⑥ ①の公的機関は、相続人等から④に基づく申出がされた場合には、申出人以外の相続人等に対し、遺言書を保管している旨を通知しなければならないものとする。

（注1）保管を行う公的機関としては、保管施設の整備等の必要性、転居時等における国民の利便性及びプライバシー保護の重要性を考慮し、全国で統一的な対応をすることが可能な機関を想定しているが、この点については、なお検討する。

（注2）原本を保管する際、災害等による滅失のおそれを考慮し、遺言書の内容を画像データにしたものを別個に保管することを想定している。このため、公的機関で保管をするに当たっては、仮に遺言書が封緘されていた場合であっても、遺言者本人の了解を得てこれを開封した上、画像データを作成することを想定している。なお、遺言書の保管をする際には、遺言者に遺言書の謄本を交付することが考えられる。

（注3）相続人が①に基づく保管の有無の確認をするときは、戸籍謄本等の提出を受けて、相続人であることを証明させることを想定している。



## 遺言制度に迫る危機

(注4) 遺言書の原本は、相続開始後も、相続人等には交付せず、①の公的機関で一定期間保管することを想定している。

### 4 遺言執行者の権限の明確化等

#### (1) 遺言執行者の一般的な権限等

- ① 遺言執行者は、遺言の内容を実現することを職務とし、遺言の執行の妨害の排除その他遺言の執行に必要な一切の行為をする権限を有するものとする（注1）。
- ② 遺言執行者の行為の効果は相続人に帰属するものとする（注2）。
- ③ 遺言執行者が就職を承諾し、又は家庭裁判所に選任されたときは、その遺言執行者は、遅滞なくその旨及び遺言の内容を相続人に通知しなければならないものとする。

(注1) 遺言執行者が負う一般的な義務の内容をどのように定めるかについては、なお検討する。

(注2) 現行の民法第1015条は削除するものとする。

#### (2) 民法第1013条の見直し

##### ア 甲案

民法第1013条を削除するものとする（注）。

##### イ 乙案

遺言執行者がある場合には、相続人がした相続財産の処分その他遺言の執行を妨げる行為は、無効とするものとする。ただし、これをもって善意の第三者に対抗することができないものとする。

(注) 甲案によれば、遺言による権利変動については、遺言執行者がある場合であるかどうかにかかわらず、前記2(1)①の規律が適用されることになる。

#### (3) 個別の種類における権限の内容

##### ア 特定遺贈がされた場合

- ① 特定遺贈がされた場合において、遺言執行者があるときは、遺言執行者が遺贈の履行をする権限を有するものとする。
- ② ①の規律は、遺言者がその遺言に別段の意思を表示した場合には適用しないものとする。

##### イ 遺産分割方法の指定がされた場合

- ① 遺言者が遺産分割方法の指定により遺産に属する特定の財産（動産、不動産、債権等）を特定の相続人に取得させる旨の遺言をした場合において、遺言執行者があるときは、遺言執行者は、その相続人（以下「受益相続人」という。）が対抗要件（注1）を備えるために必要な行為をする権限を有するものとする。
- ② ①の財産が特定物である場合においても、遺言執行者は、受益相続人に対してその特定物を引き渡す権限を有しないものとする。ただし、その特定物の引渡しが対抗要件となる場合には、①の規律を適用するものとする。
- ③ ①の財産が預貯金債権（注2）である場合には、遺言執行者は、その預貯金債権を行使することができるものとする。
- ④ ①から③までの規律は、遺言者がその遺言に別段の意思を表示した場合には適用しないものとする。

（注1）特定の財産が債権である場合には、債務者対抗要件を含む。

（注2）③により遺言執行者に権利行使を認める債権の範囲については、なお検討する。

(4) 遺言執行者の復任権・選任・解任等

- ① 遺言執行者は、自己の責任で第三者にその任務を行わせることができるものとする。この場合において、やむを得ない事由があるときは、相続人に対してその選任及び監督についての責任のみを負うものとする。
- ② 遺言執行者は、正当な事由があるときは、家庭裁判所の許可を得て、その任務の全部又は一部を辞することができるものとする。
- ③ 遺言執行者がその任務を怠ったときその他正当な事由があるときは、家庭裁判所は、受遺者又は相続人の申立てにより、遺言執行者を解任することができるものとする。
- ④ 遺言者が選任した遺言執行者が相当の期間内にその任務に属する特定の行為をしない場合において、相当と認めるときは、家庭裁判所は、受遺者又は相続人の申立てにより、当該行為について遺言執行者の権限を喪失させることができるものとする。
- ⑤ 家庭裁判所は、②から④までの場合において必要があると認めるときは、受遺者又は相続人の申立てにより（注）、新たに遺言執行者を選任し（②又は③の場合）、又は特定の行為について権限を有する代理人を選任することができる

## 遺言制度に迫る危機

るものとする（②又は④の場合）。

（注）②の辞任によって新たに遺言執行者を選任する必要がある場合については、従前の遺言執行者にも申立権を認めることが考えられる。

（資料 2） 民法（相続関係）部会第 14 回会議（平成 28 年 10 月 18 日）参考資料 7  
『「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案』に関する意見募集の結果について』より抜粋

## 第 2 意見の概要

### 1 総論的事項について

総論的事項について寄せられた意見は少数であったが、近年の晩婚化・少子化、超高齢化社会の到来等による社会情勢の変化に鑑み、配偶者の生活への配慮等の観点から相続法制の見直しをすることに賛成するとの意見が寄せられた一方で、配偶者の保護等に偏ることなく、多様な家族の在り方を踏まえた見直しが望まれるとする意見も寄せられた。また、相続法制の見直しが国民生活に大きな影響を及ぼすことからすれば、十分に審議に時間をかけ、国民に丁寧に説明をしながら、多くの国民の理解を得られたものについてだけ、改正するようにすべきであるとの意見も寄せられた。

### 4 遺言制度に関する見直し（中間試案第 3）

#### (1) 自筆証書遺言の方式緩和（「1」）

##### ア 全文自書要件の緩和について（「(1)」）

遺贈等の対象となる財産の特定に関する事項については自書でなくてもよいものとすることについては、偽造及び変造のリスクを懸念して反対する意見も相当数あったものの、財産目録の自書は相当に煩雑であり、これを緩和することにより遺言者の負担を軽減することができ、遺言の作成促進にもつながるなどとして、賛成する意見が多数を占めた。

また、財産の特定に関する事項を自書以外の方法で記載することを認めることとするのであれば、登記事項証明書や預貯金通帳等の写しを使用することも認めるべきであるとの意見もあった。

なお、財産の特定に関する事項を自書以外の方法で記載した全ての頁に同一の印の押捺を要求すること（「(注 3)」）の要否については、偽造等を防止する

ために必要であるとの意見と、形式不備による無効の危険が増すことを考慮し、これを不要とする意見とに分かれた。

このほか、本方策を講ずる場合には遺言書の一体性を担保するために各頁の契印を要求すべきであるとの意見もあった。

イ 加除訂正方式の緩和について（〔2〕）

変更箇所への押印を不要とし、署名のみで足りるものとするところについては、押印を不要とし、署名のみとすることでも偽造・変造のリスクを回避することができるとして、これに賛成する意見が寄せられた一方で、押印を不要とすると、偽造・変造のリスクが高まる、自筆証書遺言の作成に当たっては加除訂正の場合も含めて署名及び押印の双方を要求するものとした方が分かりやすいなどとして、これに反対する意見もあり、賛否が分かれた。

(2) 遺言事項及び遺言の効力等の見直し（〔2〕）

ア 権利の承継に関する規律（〔1〕）

(ア) 遺言による権利変動にも対抗要件主義を採用することについて

従来判例の考え方を貫くと、遺言の内容を知り得ない第三者が不測の損害を被るおそれがある、遺言による権利変動と遺産分割による権利変動とを区別する理論的根拠に欠けるなどとして、中間試案の考え方に賛成する意見が大勢を占めた。

他方で、中間試案の考え方は、相続開始の事実を知った相続人の債権者がいち早く法定相続分について差押えをするなどして、遺言の実現が妨げられるなどとして、これに反対する意見も少数ながら寄せられた。

(イ) 債権を取得した場合の対抗要件の規律について

全体としては中間試案の考え方に賛成する意見が大勢を占めたものの、遺産分割における可分債権の取扱いに関する最高裁の判断を見た上で再度検討すべきであるなどとして、慎重な対応を求める意見も一部寄せられた。

また、中間試案の考え方に賛成する意見においても、相続人全員による通知に関する部分（〔②・ア〕）については、遺言の内容に反対する相続人の協力を得ることは難しく、現行の制度と比べ、権利取得した相続人の負担が過大になるなどとして、より簡易な通知方法を検討すべきであるとの意見が複数寄せられた。他方で、債務者保護の観点から相続人による単独の通知には否定的な意見も複数寄せられた。

## 遺言制度に迫る危機

### イ 義務の承継に関する規律について（〔2〕）

中間試案の考え方は、判例の考え方に沿うものであり、債務の承継に関する規律の明確化に資するなどとして、これに賛成する意見が大勢を占め、これに反対する意見はわずかであった。

### ウ 遺贈の担保責任について（〔3〕）

中間試案の考え方に賛成する意見が大勢を占め、これに反対する意見はわずかであった。

### (3) 自筆証書遺言の保管制度の創設（〔3〕）

自筆証書遺言を公的機関で保管する制度の創設については、遺言書の紛失や隠匿の防止につながり、遺言書の有無を検索することができることとすることにより相続人の利便性も向上するなどとして賛成する意見が多数を占めたが、他方で、システム構築のため多額のコストがかかるほか、紛争防止効果にも限界があり、制度の必要性に疑問があるなどとして反対する意見も相当数あった。また、賛否の意見を留保した上で、保管機関の選定や運用面の様々な論点についての更なる検討を求める意見もあった。

保管業務を行う公的機関（〔注1〕）については、全国に相当数存在し、利便性がある一方で、市区町村役場ほど国民が頻繁に訪問する機関でもないため遺言者のプライバシー保護も確保できるなどとして、法務局とすることを提案する意見が最も多く、これに次いで、公正証書遺言の保管実績のある公証役場とすることを提案する意見が多かった。このほか、利便性が最も高いことを理由に市区町村役場が望ましいとする意見も寄せられたが、これに対しては、プライバシー確保や秘密保持の観点から市区町村役場とするのは望ましくないとの意見もあった。

また、公的機関が保管することにより利用者が遺言書の有効性について誤解をしてしまうおそれがあることを指摘する意見が相当数あり、その対応策として、公的機関で保管手続を行う際に遺言書の形式的要件（日付、押印等）をチェックし、無効であることが明らかなものについては保管を拒絶すべきであるとの意見が寄せられた。

なお、遺言保管制度に基づいて保管された遺言書を検認不要とすること（〔5〕）については、公正証書遺言と同様に検認不要とするのが適切であるとして賛成する意見があった一方で、検認は関係人に遺言書の状態を確認する機会を与えるという機能もあるとして、慎重な検討を求める意見もあった。

(4) 遺言執行者の権限の明確化等 (〔4〕)

ア 遺言執行者の一般的な権限について (〔1〕)

中間試案の考え方は、遺言執行者の法的地位を明確化するもので、遺言執行者と相続人との利益が対立する場面等において遺言執行者がすべきことが明確になるなどとして、これに賛成する意見が大勢を占め、遺言執行者の一般的な権限を明確化すること自体に反対する意見はなかった。

中間試案の考え方に賛成する意見においても、遺言執行者が権限逸脱行為をした場合の規律を含め、遺言執行者の法的地位をより明確にすべきであるとの意見や、遺言執行者には遺産の内容を調査する権限があることを明文化すべきであるとの意見のほか、通知義務の範囲についても、相続人だけでなく受遺者もこれに含めるべきであるとの意見や、遺言執行者が相続人を調査してもその所在が容易に判明しないような場合には、当該相続人に対し通知義務を負わないことを明確化すべきであるとの意見等が寄せられた。

イ 民法第1013条の見直しについて (〔2〕)

民法第1013条を見直すことについては、遺言の実現が妨げられるとしてこれに反対する意見もあったものの、これに賛成する意見が大勢を占めた。

見直しの方向性については、遺言執行者による遺言の適正かつ迅速な執行の実現と遺言の内容を知らずに取引関係に入った第三者保護との調和の観点から

【乙案】に賛成する意見が多数を占め、取引の安全の見地や基準の明確性の見地から【甲案】に賛成するとの意見は少数にとどまった。

【乙案】に賛成する意見においても、第三者の主観的要件として善意のみならず無過失まで要求すべきとの意見が複数寄せられたが、無過失を要求すると、第三者が遺言の有無等について調査義務を負うことになって相当でないなどとして、無過失までは不要であるとする意見が多数を占めた。

ウ 個別の種類における権限の内容 (〔3〕)

(ア) 特定遺贈がされた場合

中間試案の考え方に賛成する意見が大勢を占めたが、より具体的に権限を明確化すべきであるとの意見も複数寄せられた。

(イ) 遺産分割方法の指定がされた場合

基本的には中間試案の考え方に賛成する意見が大勢を占めた。

このうち対抗要件具備行為に関する権限 (イ・①) については、遺言執

## 遺言制度に迫る危機

行者に不動産について単独に対抗要件を具備する権限を付与する必要性に乏しいなどとして、これに反対する意見も複数寄せられたが、対抗要件具備行為は、権利を完全に移転させるために必要な行為であって、遺言者の意思にも沿うものであるなどとして、これに賛成する意見が多数を占めた。

特定物の引渡権限（「イ・②」）についても、中間試案の考え方に賛成する意見が大勢を占め、これに反対する意見はわずかであった。

預貯金債権の行使権限（「イ・③」）については、これ自体に反対する意見はなかったが、遺言執行者に行使権限を認める権利の範囲については、預貯金債権に限って行使権限を認める考え方に賛成する意見と、それ以外の権利（例えば、投資信託等の金融商品）についても行使権限を付与すべきであるとの意見に分かれた。

### エ 遺言執行者の復任権・選任・解任等（「4」）

中間試案の考え方に基本的に賛成する意見が多数を占めたが、個々の規律の内容については、中間試案の考え方と異なる意見が複数寄せられた。

まず、復任権については、遺言者が別段の意思を表明した場合には、これに従うとの規律を加えるべきとの意見や、復任権を行使した場合に委託された第三者の権限の範囲を明確にする規律を設けるべきとの意見が寄せられた。

また、辞任については、家庭裁判所の許可を不要とすべき意見が寄せられたほか、遺言執行者が一部の任務を辞したり、遺言執行者に特定の権限のみを喪失させる事由が生じた場合などは、むしろ、全部辞任させたり、全部の行為の権限を喪失・解任させる方が合理的ではないかとの意見もあった。これに加えて、権限の一部喪失を認めると、遺言執行者の権限の範囲が不明確となり、取引の安全を害するおそれがあるなどとして、これに反対する意見も複数寄せられた。また、権限喪失については、「相当と認めるとき」との申立要件が広範に過ぎ、濫用的な利用のおそれがあるとの意見も寄せられた。

遺言執行者の選任や解任の申立権者については、従前の遺言執行者にも申立権を認めるべきとの意見が複数あったほか、現行法と同様、遺言の実現によって間接的に利益を受ける者についても認めるべきとの意見が複数寄せられた。

その他、相続人や受益者を遺言執行者の欠格事由とすべきとの意見も少数ながら寄せられた。

(資料3) 民法(相続関係)部会第15回会議(平成28年11月22日)参考資料「『民法(相続関係)等の改正に関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要(詳細版)」より抜粋(筆者が意見を表明した論点のみ)

### 第3 遺言制度に関する見直し

#### 2 遺言事項及び遺言の効力等に関する見直し

(1) 法定相続分を超える財産の取得について、対抗要件を要するとすることについて(「(1)・①」)

**【賛成】**日弁連, 仙台弁, 第一東京弁, 第二東京弁, 東弁全期会, 東弁法制委, 神奈川弁, 大阪弁, 広島弁, 沖繩弁, 日司連, 埼玉書士, 静岡書士, 滋賀書士, 京都書士, 岡山書士, 東京青司協, 千葉青司協, 福岡青司協, 女性法協, 明治大, 広島大, 日行連, 個人6件

- ・特定承継, 包括承継という差異はあるとされるものの, 相続分の指定及び遺産分割方法の指定も被相続人の意思表示に基づく権利変動ということができ, また, いつまでも登記なくして法定相続分を超える範囲につき第三者に対抗することができるとするのは, 取引の安全を害することから, 中間試案に賛成する。(日弁連)
- ・従前の判例の考え方を貫くと, 相続人はいつまでも登記を備えずに権利が保障され, 第三者が不測の損害を被るおそれがあり, 取引の安全の観点等からも中間試案に賛成する。(神奈川弁, 沖繩弁, 日司連, 静岡書士, 東弁法制委, 明治大, 福岡青司協, 日行連, 個人)
- ・権利取得者の負担を大きくするものではあるが, 法定相続分を超える権利移転については第三者の権利保護の観点からも対外的に明確化させるのが望ましい。(仙台弁, 東弁全期会)
- ・相続登記の促進の観点からも望ましい。(滋賀書士)
- ・従来の判例の考え方は, 遺産分割等の意思表示による権利変動と区別する理論的根拠に欠ける。(広島弁, 岡山書士, 広島大)
- ・遺言による権利取得について一律に対抗要件で決するとし, 遺産分割協議と同様に処理することにより, 取引の安全が図られる。また, 相続手続の速やかな実行を促す点からも賛成する。(埼玉書士, 京都書士)
- ・従前の判例を貫くと, 遺産分割協議により権利を取得した相続人から特定の不



## 遺言制度に迫る危機

動産を譲り受けた第三者は、対抗要件を備えても、その後に「相続させる旨」の遺言が発見されると、権利を取得できないことになり、結論として妥当でない。(個人)

- 相続させる旨の遺言については、受益相続人の保護は弱まるが、そもそも過剰な保護であった。(個人)

### 【反対】福岡弁、近畿書士、兵庫書士、相続学会、企業研、野村資産研、個人5件

- 相続させる旨の遺言について、対抗問題により処理すべき必要性があるのか根本的な疑問がある。また、法定相続分を超える部分について、対抗要件を要求すると、法定相続分とそれをを超える部分とで権利が分属することになり、混乱が生じ、実務上、どのような負担が生じることになるか等未解決の問題が多く、現状では賛成できない。(福岡弁)
- そもそも相続の場面においては、実体法上の権利の取得をしていない相続人による登記の申請が比較的容易であり、相続人の債権者については、相続人の法定相続分の取得を期待できるとまではいえないことからすると、政策的にこれらの者を保護する理由はない。(兵庫書士、近畿書士、個人)
- 相続分の指定及び遺産分割方法の指定は、財産の処分ではなく相続であるから、対抗要件によって決すべき問題とはいえない。また、これらを対抗要件として処理することは、遺言の利用を阻害する要因となる。遺言によって財産を取得した相続人が対抗要件を備えることなく、放置した場合に第三者を保護するルールや、相続債権者の権利行使のルールを別途設けることを検討すべきである。(相続学会、個人)
- 現行の判例の考え方は、相続分の指定や遺産分割方法の指定は相続を原因とする包括承継であるため、民法第177条の「第三者」には当たらないが、遺贈は意思表示による物権変動であって特定承継であることから、同条の「第三者」に当たると解されており、一貫性があり、是認されるべきである。(企業研)
- 死亡による遺言の効力発生後、直ちに対抗要件を具備できない状況が容易に想像されることを考慮すると、このような制度の創設には反対する。(野村資産研)
- 法定相続分による権利の承継は、通常は、遺産分割を待つ過渡的状态と理解すべきであって、相続開始後一定期間は、これを信頼する第三者を保護する必要

はなく、むしろこのような状態で相続財産に関わってくるのは、相続人の債権者といった、本来相続財産を期待すべきでない者であることが多い点に留意すべきである。死亡という権利移転の時期は、コントロール可能ではなく、そのすぐ後に財産の話を持ち出すことが憚られるような場面であって、取引社会の論理を押し通すところではない。もちろん、相続人がいつまでも登記なくして第三者にその所有権を対抗できるのは望ましいことではない。問題の根本的解決には、遺言の存在・内容を確認できる制度、さらに、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機関の発行による相続証明書制度が求められる。遺言の存在の不安定さを補うべく今回創設が提案されている自筆証書遺言の保管制度でも「一定の公的機関」が予定されており、少なくともドイツのような遺言開示手続きの定立への先鞭はつけられたようにも思う。このような制度がうまく機能することにより、遺産分割ないし遺言執行前に慎重に取引に対処すべきとした第三者の調査に資することが期待されよう。(個人)

- 第三者は、被相続人の戸籍や除籍を見ることができず、相続人の「法定相続分」を知ることは不可能であり、対抗要件に法定相続分を関係させると、かえって不安定な状態になる。悪意者を保護すべきではない。(個人)
- 改正するのであれば、近時相続と取引をめぐる環境が激変したというような法事実が必要である。(個人)

#### 【その他の意見】

- 相続による権利変動について統一的に処理し、相続登記の推進を図る観点から中間試案の考え方に賛成する意見と、相続させる旨の遺言は判例実務において定着しており、遺言者の意思を実現する方法として有用で、中間試案の考え方に反対するとの意見があった。(新潟弁)
- 相続させる旨の遺言の明文化も検討されてよいとの意見があった。(兵庫弁)
- 遺産分割によって取得した自己の相続分を超える持分を第三者が取得した場合についても、明記しておくことが望ましい。(愛媛書士)
- 遺言により権利を取得する相続人は、対抗要件を備えるまで、権利の取得が浮動的となるから、その負担を減らすような政策の検討も必要である。(福岡青司協)

## 遺言制度に迫る危機

- 遺言の効力をどのようにとらえるかは、特に遺贈に関して重要である。遺留分減殺請求等との関連で、いわゆる遺贈の物権的効力を再考することが必要である。必ずしも遺言がその文言通りに効力を生じるとは限らず、これらの関係も明確にしておくことが必要である。特に、相続分を超えない範囲は登記なくして対抗できるという点において問題となりうる。(個人)

### 4 遺言執行者の権限の明確化等

#### (1) 遺言執行者の一般的な権限について (「(1)」)

【賛成】日弁連、仙台弁、群馬弁、第一東京弁、東弁全期会、東弁法制委、神奈川弁、新潟弁、大阪弁、兵庫弁、広島弁、沖縄弁、日司連、埼玉書士、静岡書士、近畿書士、大阪書士、京都書士、岡山書士、愛媛書士、女性法協、全国青司協、千葉青司協、明治大、広島大、家事問題研、日行連、個人 9 件

- 誤解の多い民法第1015条の関係も含めて権限を明確にすることには賛成。「遺言の内容を実現することを職務とし」と定めることにより、相続人の意思と被相続人の意思が異なる場合には、被相続人の意思に従うべきこと、「(3)」に定められた個別の類型における権限の内容以外の行為についても、それが遺言事項である限り、権限を有することが明らかとなる。前者については相続人が遺留分減殺請求をした場合など、後者については清算的包括遺贈等について執行方法の指針になる。(日弁連)
- 民法は、遺言執行者の権限が必ずしも明確でなく、これを明確化する方向で改善することにより、遺言の執行事務が円滑に進むことになるから、権限を明確化する方向で改善を図ることに賛成する。(兵庫弁、埼玉書士、大阪書士、全国青司協、個人 4 件)
- 現行法の「相続人の代理人とみなす」との規定は誤解を招き、遺言執行者と相続人との間でトラブル等が生じることがあったが、この点を明確にするものであり、執行者と相続人との利益が対立する場合であっても遺言執行者がすべきことが明確になり、円滑な遺言の執行に資するものであること、遺言執行者の法的効果の帰属も明らかとなることから、賛成する。(仙台弁、第一東京弁、神奈川弁、大阪弁、沖縄弁、東弁法制委、東弁全期会、日司連、静岡書士、京都書士、近畿書士、岡山書士、愛媛書士、家事問題研、広島大、日行連、個人)
- 「相続財産の管理」と規定している現行法と比べ、遺言執行者の一般的な権限

を限定しており、妥当である。(近畿書士)

- 遺言執行者が遺言の内容を通知すべき相続人の範囲についても争いがあったことから、これらを明文化するのは適切である。(第一東京弁、広島大)
- 遺言執行者の就任は、相続人の行為を制限する等の影響を与えるものであることから、遺言執行者が就任した後、知れたる相続人に対して、遺言の内容と就任の事実を通知する必要がある。(東弁全期会、東弁法制委、静岡書士、近畿書士)

【反対】なし。

【その他の意見】

- 中間試案の考え方を支持する意見、遺言執行者については破産管財人と同程度の権限を有するものとして規律すべきとする意見、中間試案よりも軽い権限しかないとする意見などがあった。(企業研)

○遺言執行者の法的地位について

- 権限の明確化には賛成するが、遺言執行者の権限については、法定代理人との整理から離れ、代理の規定等を準用するのではなく、その内容を独立して定めるべきである。当事者適格、遺留分減殺請求権に対応する権限等についても明確にすべきである。(第二東京弁)
- 遺言執行者の地位については、遺言者の意思の実現のために独立した立場で行為を行うことを明記すべきである。(大阪弁)
- 現行の民法第1015条が削除されることに伴い、遺言執行者が誰の代理人であるのが不明確となり、民法第108条の規定が適用されるのかについても判然としない。(京都書士)
- 遺言執行者の権限をどのようにとらえるかは、相続法の根本的な問題の一つであり、相続財産管理人(民法第918条2項、第952条)、遺産分割審判前の保全処分による財産管理人の選任(家事事件手続法第105条)、不在者財産管理人(民法第25条)などとの関連で、遺言執行の意味を明確化する必要がある。特に、民法第1015条を廃止して、その地位をどのようにとらえるかを明示しないのは、将来のさらなる改正を遺言執行者に関してすることを念頭においているのかもしれないが、個々の理論を構築する上で混乱をもたらす恐れがある。

## 遺言制度に迫る危機

(個人)

- 遺言執行者は、本来は遺言者の代理人としての立場を有するものであることが確認されているが、これとの関係で、民法第1012条第2項の規律を明確にしておくことが必要である(準用規定の「委任者」は、相続人か、それとも受遺者・受益者か)。(個人)
- 第1015条を削除するのであれば、これまでと同様、法定代理と同様に扱う必要があるのか、遺言執行者の法的地位から検討する必要がある。(個人2件)
- 遺言執行者がした権限逸脱行為については、誰に効果が帰属するのか明らかにすべき。(個人)

### ○遺言執行者の権限について

- 現行法上、遺留分減殺請求権が行使された場合に、遺言執行者が引き続き遺言の内容の実現に向けた権限を行使できるかについては明文の規定がない。また、遺留分減殺請求権の行使の効果が見直され、受遺者が遺贈の目的財産による返還する旨の意思表示をした場合に、遺言執行者が引き続き、遺言の内容の実現に向けた権限を行使できるのか明らかでない。そこで、遺言執行者は、同請求権の行使の有無にかかわらず、①に従い遺言の内容を実現する権限を有することを明記すべきである。(大阪弁)
- 遺言執行者は遺産の内容を調査することが必要となることがあり、例えば、遺言者が貸金庫を有していた場合などに、その開扉権限を有するかどうかで争いが生じることがある。そこで、遺言執行者には遺産の内容を調査する権限があることを明文化すべきであるとの意見があった。(大阪弁、個人)
- 「妨害の排除」は、最判平11・12・16も表現するところであるが、これを遺言執行者の一般的な権限の例とすることは、その権限を不当に狭める可能性がある。妨害状態が生じる前に(生じないように)遺言の実現が図られるのが望ましく、まさにそのために遺言執行者制度を設けているのではないのか。「妨害の排除」より前に、より広く、目的物の引渡し・登記等「相続財産の管理」を認めなければ、遺言執行者制度の存在意義が失われると考える。(個人)
- 遺言執行者に目的物の管理権を認めず、受益相続人への引渡しの権限を有しないとするのは、望ましいこととは思えない。当該財産をめぐる権限は一体として行使されるべき場面も多いのであって、また遺言執行者は必ずしも法律専

門家ではないことを考えるとき、遺言内容の実現にあたって、遺贈とは違って「相続させる」旨の遺言だと引渡しの権限はないという規律を理解した上で執行する（不法占拠の場合どうするか）こともなかなか難しい。もちろん相続人の求めに応じて管理財産から離脱するような権限はあってよいだろう（また、遺言の趣旨に反しないのであれば、相続人にも併せて管理権が認められてよい）。（個人）

○遺言執行者の権利義務について

- 民法第1012条第2項が準用する同第644条の善管注意義務以外の義務を定める必要があるか疑問であるが、相続人や受遺者が遺言執行者を兼ねることを認める場合には遺言執行者は自己の利益のためではなく遺言の内容を実現すべきであるという意味での忠実義務、遺産を遺言執行者自身の財産と区別して管理することや、遺言執行者である弁護士が遺産に関して相続人や受遺者の代理人となれないといった利益相反行為の制限については定めを置く意味があるようにも思われる。（日弁連）
- 忠実義務を定めることには反対する。被相続人の財産を相続する者が遺言執行者となることが多く、遺言の内容によっては忠実義務と遺言執行者の職務とが抵触しうるおそれがないとは言い切れないことから、忠実義務を規定することは実務に混乱を来すおそれがある。（大阪弁）
- 遺言執行者は、遺言者の意思を実現するためにその職務を行うべきであるから、民法第108条の規定が当然に適用され、自己又は第三者の利益を図ってはならない旨を遺言執行者が負う一般的な義務として明確にすべきである。（京都書士）
- 信託契約と異なり、遺言執行者は遺言者の一方的な指名によって就任する者であり、信託契約の受託者類似の忠実義務を規定することは慎重な検討が必要である。（千葉青司協）
- 遺言執行者の重責に鑑み、準用規定ではなく、権利義務については明文化すべきである（相続学会）

○通知義務の範囲等について

- 包括受遺者は相続人と同一の権利義務を有するとされており（民法第990条）、特定受遺者は、遺言者の死亡後、いつでも遺贈を放棄できるとされているなど

## 遺言制度に迫る危機

(民法第986条第1項)、受遺者は遺言執行に大きな影響を与える存在であるから、遺言執行を円滑に進めるためにも、受遺者にも通知することとすべきである。(日弁連、大阪弁、京都書士、個人)

- 通知しないことにつき、やむを得ない事由がある場合(合理的な方法で調査しても相続人の所在が容易に判明しないような場合)には、通知義務を負わないことを明記すべきである。(大阪弁、東京青司協)
- 遺留分権利者でない相続人に知らせる必要性は低く、付き合いがない相続人に対しては、知らせたくないという遺言者の意思にも反することになる。また、通知を受け取る側としても自分には何ら権利がないのにとの反感を覚えることも考えられる。(個人)
- 通知の発信で足りるとすべきである。(個人)

### ○遺言執行者の欠格事由について

- 遺言執行者についての欠格事由(相続人、受遺者及びその配偶者は遺言執行者となれないこと)について検討すべきである。(日弁連、札幌弁)
- 遺言執行者は遺言の内容によっては、広い裁量を有し、その濫用の危険性もあることから、相続人や受遺者等については遺言執行者の欠格事由とすべきとの意見があった。(大阪弁)
- 欠格事由を設ける必要性までではなく、相続人又は受遺者が遺言執行者に選任されている場合には、これに異議のある相続人は、遺言執行者の解任や新たな遺言執行者の選任を申し立てることができるという規律を設ければ足りる。(福岡弁)

### ○その他の意見

- 中間試案は、相続法につき、特段の必要がない(と思料されるにもかかわらず)改正を提案し、しかも、本丸ともいべき相続させる遺言につき、何ら検討の俎上に載せず、その派生問題について枝葉末節な提案を行っており、時期尚早である。(企業研)

### (2) 民法第1013条の見直しについて (『(2)』)

【草案に賛成】岡山書士、広島大、日行連、個人

- 遺言の存在は遺言者の死後相当期間経過後に明らかになる場合もあり、公示す

る手段のない遺言執行者の有無が法律効果を左右するとすべきではなく、一律に対抗問題とすべきである。また、遺言と異なる遺産分割が遺言の執行を妨げる処分行為とみなされる場合、乙案によれば即座に無効となるが、遺言執行者がある場合に、相続人全員の合意のもとに遺言と異なる遺産分割が行われることを一律に無効とするのは現実的でない。(岡山書士)

- 遺言執行者の有無につき確認手段がない以上、甲案を採用する方が明快で望ましい。(広島大)
- 遺言執行者がある場合と遺言執行者がない場合とで結論を異にすべきではなく、遺言の内容を知り得ない第三者からすればその保護の要請は何ら変わりがない。(日行連)
- 乙案について、遺言の内容について善意であれば保護されるとすると、ほとんどの者が保護されることになるから、複雑な乙案を採用する必要はない。(個人)

**【乙案に賛成】** 日弁連、札幌弁、仙台弁、第一東京弁、第二東京弁、東弁全期会、東弁法制委、神奈川弁、山梨弁、新潟弁、大阪弁、広島弁、福岡弁、沖縄弁、日司連、埼玉書士、東京書士、静岡書士、大阪書士、京都書士、愛媛書士、全国青司協、千葉青司協、福岡青司協、女性法協、明治大、信託協会、個人6件

- 遺言執行者がある場合には対抗問題とするのではなく、民法第1013条の趣旨も踏まえ、乙案とするのが妥当である。同条は、第1012条第1項と相まって、遺言執行者による遺言執行を実効的なものとして遺言者の意思を実現させようとするものである。大判昭和5年6月16日(民集9巻550頁)が、遺言執行者がある場合において、相続人の遺言に反する行為の効力を絶対的無効としたのはこの趣旨である。遺言執行者による遺言の執行を実効的なものとし、遺言者の意思を実現させる必要性は現在も変わらない。したがって、遺言執行者がいない場合と同様の対抗問題とする甲案は適切でない。他方、絶対的無効まで貫くと、遺言の内容を知らない第三者が全く保護されず、遺言執行者の存在が公示されていないことから、取引の安全を阻害する。そこで、善意の第三者には対抗できないと考えるのが妥当である。(日弁連)
- 遺言執行者による遺言の適正かつ迅速な執行の実現のためには、相続人が行う処分行為を制限する必要があるものの、他方で、遺言の内容等を知らずに取引



## 遺言制度に迫る危機

に入った第三者を保護する必要もあり、両者の調和の観点から乙案に賛成する。  
(第一東京弁、山梨弁、東弁法制委、東弁全期会、埼玉書士、静岡書士、京都書士、愛媛書士、全国青司協、明治大、個人2件)

- 遺言執行者による遺言執行の実効性を高めるためには、遺言執行者に妨害排除権が必要である。(札幌弁)
- 現行の第1013条は判例上絶対無効とされているが、遺言執行者の存在が公示されない現行民法においては善意者保護の必要がある。(仙台弁、神奈川弁)
- 第三者の主観的要件については、善意のみならず、無過失まで要求すべきかについては意見が分かれた。(第一東京弁)
- 自由取引が貫徹されるべき場面ではなく、悪意者は保護される必要はない。もっとも、無過失まで要求すると、取引の相手方に調査義務が発生することになるから、善意で足りるとすべきである。(第二東京弁)
- 対抗要件具備行為について遺言執行者の権限とした場合、遺言により権利を取得した相続人は、遺言執行者を信頼し、自ら対抗要件具備行為をしないことも考えられることから、このような場合に一律に対抗要件の先後で優劣を決すると、権利を取得した相続人が不利益を被ることになる。(大阪弁、沖縄弁)
- また、現行法の遺言の執行を妨げる行為をすることができないとする規律は行為規範としても維持されるべきである。(大阪弁、東京青司協)
- 遺言に不満をもつ相続人が相続財産を早期に処分してしまうことも懸念される。通常、相続開始の事実については、遺言執行者よりも相続人の方が早く知ることができるため、常に相続人が優先される可能性がある甲案は妥当でない。(日司連、東京書士)
- 甲案によると、遺言者の意思よりも、相続人の行為が優先される結果をもたらすおそれがあり、保護する必要性の乏しい第三者も保護されることになり、妥当でない。(大阪書士)
- 遺言者の意思を可能な限り尊重すべきであること、対抗問題として処理することによる不都合性は文献でも明確に指摘されている。(信託協会)
- 遺言執行者がある場合には遺言者の意思を尊重すべきである。(女性法協)

### 【甲案・乙案ともに反対】近畿書士、兵庫書士、相続学会、個人3件

- 典型的に想定される第三者とは相続人の債権者であると思われる。ところ、相続

人の債権者は相続人の法定相続分を期待すべきではなく、政策的にその期待を保護しなければならない理由もない。(兵庫書士, 近畿書士, 個人)

- 甲案, 乙案いずれでも相続財産の流出を防ぐことができない。(相続学会)
- 民法第1013条には合理性がある。(個人)

【その他の意見】

○第三者の主観的要件について

- 無過失の要否に関しては、判例上多く見られる相続人の債権者が遺産の持分を差し押さえるといった事案を念頭に置くと、遺言執行者の有無について調査義務を課することが相当かどうか疑問であり、無過失であることを要しないとすべきと思われる。(日弁連)
- 遺言の存否と内容の調査については限界があり、第三者に調査義務を課するのは行き過ぎである。(神奈川弁)
- ここでいう善意の第三者とは、遺言の存否及び内容に関して善意である第三者である。(京都書士)
- 乙案に賛成ではあるが、原則として無効とすることからすれば、第三者の保護要件は善意かつ無過失とすべきである。(広島弁, 家事問題研)
- 善意の対象は、遺言があることなのか、遺言執行者が選任されていることなのか、遺言があることを把握している第三者については、遺言の内容を確認するよう求めても過大な負担を求めるものとはいえず、第三者に無過失まで要求してもよい。善意無過失の対象や立証責任について、より明確にする必要がある。(福岡弁)
- 善意の内容が不明確であるが、遺言については、遺言者の意思を第一に尊重すべきであり、登記未了の間に他の相続人がこれを第三者に処分する場合には、第三者は、被相続人名義の建物を処分することについて、その理由等を調査すべきであり、無過失まで必要である。(個人)
- 善意無過失とすべきである。(個人)

○その他

- 第1013条の「その他遺言の執行を妨げる行為」には事実行為も含まれるため、甲案を採用するとしても、これらの行為は禁止されていることを明示すべきである。(信託協会)

## 遺言制度に迫る危機

- 乙案の考え方に賛成であるが、遺言の内容に反する処分を行った相続人（相続人の権利を代位行使した者を含む）に対する損害賠償責任等を明記すべきである。また、遺言執行者の存否で法律効果が変わらないよう、遺言執行者を必ず置く旨の規定を設けるべきである。（個人）
- 乙案の考え方に賛成であるが、相続に関連する権利関係の安定に資する政策（相続登記の際に、被相続人の公正証書遺言の存否照会結果の添付を必須化するなど）の検討が必要である。（福岡青司協）
- 遺言執行者につき、破産管財人と同程度の権限を有するものとして規律すべきとする意見からは乙案賛成、現行法以上に遺言執行者の位置づけを軽いものとするべきという意見からは甲案賛成となろうか（ただ、前述のとおり、本研究会としては、中間試案は時期尚早である。）。（企業研）
- 遺言開示制度の導入はもう少し先にしても、遺言執行者の存在を調査しうるような状況は整ってきているといえる。指定遺言執行者については、遺言を保管する公的機関ないし検認裁判所、また、選任遺言執行者については、選任裁判所に問い合わせをするようなシステムがこの機会に構築できるのではないか。（個人）

### (3) 個別類型について（特定遺贈がされた場合）（「(3)・ア」）

**【賛成】** 日弁連、仙台弁、群馬弁、第一東京弁、東弁全期会、東弁法制委、新潟弁、大阪弁、広島弁、沖繩弁、日司連、埼玉書士、近畿書士、大阪書士、京都書士、岡山書士、愛媛書士、女性法協、全国青司協、東京青司協、千葉青司協、明治大、日行連、個人3件

- 遺贈の場合には遺贈義務者が存し、その遺贈義務者の義務を遺言執行者が履行することとなるから、遺言執行者がいかなる権限を有するかは、遺贈義務の内容による。（日弁連、東弁全期会）
- 遺言執行者の権限の内容を明記することにより実務がより円滑に進むことが期待できる。（仙台弁、第一東京弁、日司連、埼玉書士、近畿書士、京都書士、岡山書士、愛媛書士、日行連、個人2件）
- 遺言の実現を可能にするという目的や制度趣旨に照らすと、遺言の内容が遺贈である場合には、遺言執行者の権限の範囲は遺贈義務者がその義務を履行するのに必要な行為全般に及ぶものと考えらるべきである。（東弁法制委）

- 遺贈義務者となるのは、相続人ではなく、遺言執行者であり、その点を明確にする提案に賛成する。(大阪弁)

**【反対】個人1件**

- 遺贈義務者という概念に反対する。

**【その他の意見】**

- 遺言執行者の権限が明確になるのはよいが、どこまで明確にするのかについては、なお検討を要する。(神奈川弁)
- 遺言執行者が就職した場合には、相続の開始からのタイムラグがあることがあるため、遺言執行者は、遺贈の目的物について、相続開始時の状態で引き渡すことにつき、担保責任を負うものではない。(信託協会)
- 遺贈は、遺留分減殺請求権と関連することがあり、このことから遺言執行の内容を、減殺を受けた場合にまで視座に入れた制度とするのかどうか問題。また、預金の遺贈があった場合に、債権の行使を執行行為として認めるのは、遺産管理行為と思われるが、「相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為」(民法1012条)の内容を明らかにする必要性を感じる。(個人)

(4) 個別類型について(遺産分割方法の指定がされた場合)([(3)・イ・①, ②, ④])

**【賛成】日弁連, 仙台弁, 群馬弁, 第一東京弁, 第二東京弁, 東弁全期会, 新潟弁, 大阪弁, 広島弁, 沖縄弁, 日司連, 埼玉書士, 静岡書士, 近畿書士, 大阪書士, 京都書士, 岡山書士, 愛媛書士, 女性法協, 全国青司協, 東京青司協, 千葉青司協, 明治大, 日行連, 家事問題研, 個人4件**

- 対抗要件の具備は、受益相続人にその受けた権利を完全に取得させるためのものであるから、遺言執行者には対抗要件具備の権限が認められるべきである(特に、法定相続分を超える部分については対抗問題とするのであればその要請は強い)。(日弁連, 東弁全期会)
- 原則的な権限の内容を明記することにより実務がより円滑に進むことが期待できる。(仙台弁, 第一東京弁, 日司連, 埼玉書士, 京都書士, 個人3件)
- 現行法上、相続させる旨の遺言がなされた場合の遺言執行者の権限は不明確であり、この点を明確にすることに賛成する。(大阪弁)
- 遺産分割方法の指定による場合であっても、受益相続人は対抗要件を具備しな

## 遺言制度に迫る危機

ければ第三者に対抗できないこととしているため、この場合でも適正かつ迅速に対抗要件を具備する必要があることは遺贈の場合と異ならない。(静岡書士)

- 遺言執行の実務上便宜的であるため異論はない。(家事問題研)

**【反対】** なし。

### **【その他の意見】**

- 遺言執行者の権限が明確になるのはよいが、どこまで明確にするのかについては、なお検討を要する。(神奈川弁)
- 包括的な相続させる旨の遺言についても本ルールの適用があるのか明確にすべきである。(第二東京弁)
- 清算型包括遺贈についても権限を明確化すべきである。(個人)

### ○特定物の引渡義務について

**【賛成】** 日弁連、第二東京弁、東弁全期会、大阪弁、近畿書士、岡山書士、明治大

- 遺言執行者は基本的な対抗要件具備のための行為をするだけで足り、不動産については当該遺産を承継した者がその判断で占有者に対する引渡しなどを求めるとすれば良いと考えられる(最判平成10年2月27日(民集52卷1号299頁))。遺言者が不動産を引き渡すべき旨の意思を表示した場合には、第三者が占有するときにはその占有を解き、取得者に引渡しをすることが必要となる。占有を解いてから、引渡しをなすまでの管理も遺言執行者の権限となろう。(日弁連)
- 特定物の調査義務は否定されるべきで、中間試案に賛成する。(第二東京弁)
- 遺言の対象物が特定物である場合、これを相続した相続人が当該特定物をどのように利用するかは、当該相続人の判断に委ねるべきであり、原則として遺言執行者の義務に含めるべきではない。(大阪弁)
- ②は判例法理を一般化するものであり、遺言執行の明確化・円滑化に資するものである。(近畿書士)

**【反対】** 個人1件

- 誰が引渡しを行うべきか不明確になるため、遺言執行者の権限とすべきである。

### ○遺言執行者が、不動産について単独で登記を申請することについて

**【賛成】** 日弁連、第二東京弁、東弁法制委、大阪弁、埼玉書士、岡山書士、全国青

司協, 明治大, 日行連

- 特定の財産が不動産である場合については, 判例(最判平成7年1月24日(裁判集民事174号67頁))によれば, 受益相続人は単独で登記申請し対抗要件を具備できること, 不動産取引における登記の重要性に鑑みれば, 対抗要件具備権限は遺言執行者の権限とすべきである(最判平成11年12月16日(民集53巻9号1989頁))。なお, 遺言執行者に登記申請権限を認める場合には, 受益相続人と同じく単独申請も可能とすべきである。(日弁連)
- 遺産分割方法の指定がされた場合にも, 遺言執行者による単独申請を可能とすることに賛成する。(第二東京弁, 埼玉書士, 全国青司協)
- 受益相続人が遺言執行者による対抗要件具備を望む場合も多い。(大阪弁, 日行連)
- 対抗要件具備行為は受益者にその権利を完全に移転させるために必要な行為であり, 遺言者の意思にも沿うものであるから, 遺言執行者の権限とすべきである。(東弁法制委)

【反対】近畿書士, 兵庫書士, 明治大, 個人

- 受益相続人が単独で登記の申請手続きができる以上, 認める必要がない。(兵庫書士)
- 遺言執行者に相続登記を申請する権限を付与すると, 遺言者の意思と共同相続人全員の意向とが異なる場合において, 困難な問題が生じる。(近畿書士)
- 遺言執行者がその権限を行使しなければ対抗要件を具備できないような事柄については, 遺言執行者の権限とするが, それ以外の受益相続人が単独で対抗要件を具備できるような事柄については, 遺言執行者の権限とする必要がない。(明治大)
- 受益相続人が知らないところで権利移転が起きる可能性があり, 問題が生じる可能性がある。(個人)

【その他の意見】

- 対抗要件具備の遅れによる損害について, 受益相続人と遺言執行者との間の責任については, 原則として遺言の利益を受け単独で遺言の内容の実現が可能となる受益相続人が負うべきであり, そのような規律を明らかにしておく必要がある。(東京青司協)