慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	遺言による権利取得における登記の要否：裁判例の考察による具体的判断要素の分析
Sub Title	Die Nötigkeit der Eintragung und die Rechtsänderung von Vermächtnis
Author	田髙, 寛貴(Tadaka, Hirotaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.2 (2018. 2) ,p.27- 62
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	犬伏由子教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180228-0027

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

遺言による権利取得における登記の要否

――裁判例の考察による具体的判断要素の分析――

田髙寛貴

一　はじめに
二　昭和三九年判決までの判例の動向と九四条二項類推適用の可能性
三　裁判例の分析と検討・1――遺言の受益者と登記を得た第三者の関係――
四　裁判例の分析と検討・2――生前贈与の受贈者等と登記を得た受遺者の関係――
五　結　語

一　はじめに

1　遺言と登記に関する判例法理の現状と相続法改正

遺言による不動産の承継が一七七条の適用対象となるか、という問題について、判例は遺言事項ごとに異なる結論を導いている。遺贈については、受遺者は登記なくして不動産の取得を第三者に対抗できないとする一方

（後出・最判昭和三九年三月六日）、被相続人が遺言により相続分を指定した場合は、相続人は登記なくしてその相続分を対抗できるとする（後出・最判平成五年七月一九日）[1]。相続させる旨の遺言については、その性質が遺産分割方法の指定であるとして登記不要とされたが（後出・最判平成一四年六月一〇日）、この種の遺言が遺贈と解される余地のあることは判決も認めており、微妙な差異で登記の要否の結論が逆転してしまうという判例の問題性が、ここに顕在化した。

この点、現在審議中の法制審議会民法（相続関係）部会では、取引の安全の要請を考慮し、「遺産分割（遺産分割方法の指定を含む。）又は相続分の指定による不動産又は動産に関する物権の承継は、民法第一七七条又は第一七八条の要件を備えなければ、第三者に対抗することができない」旨の提案がなされている[2]。しかし、区々であった遺言と登記に関する処理の統一化を一七七条の適用対象とすることで実現するのは、果たして適切なものといえるのだろうか。

学説では、遺贈にも一七七条が適用されるというのが通説とされるが、登記不要説も古くからあり、近時は有力化している感もある。相続させる旨の遺言を登記不要とした上記判例につき、遺言が存在する場合も含め、相続財産の承継につき無権利の法理に歩みを進めたとみる可能性を示すものもあるし[3]、今回の改正をめぐる議論でも遺言の物権変動を登記必要とすることに批判的な見解は散見される[4]。

2　遺言による物権変動に一七七条を適用することへの疑問

筆者としては、遺贈については、一七七条ではなく、むしろ九四条二項類推適用によって処理することとし、相続分の指定等の遺言がなされた場合と同様に扱われるべきと考えているが[5]、別稿で述べたその主張の骨子を以下に示しておく。

登記をしなかった不動産の権利取得者が一七七条により権利を失う不利益を強いられることの正当化根拠は、登記が可能であったにもかかわらず登記をせずにいたことにある。登記を要する物権変動が意思表示によるものに限定されないという無制限説を言明した大審院連合部明治四一年一二月一五日判決（民録一四輯一三〇一頁）も、一七七条の趣旨について、「其の当事者にして此行為を自から為したる者は速かに登記を為せば第三者に対して自己の利益を保護することを得可きに其手続を怠りたるときは第三者保護の為め其者に不利益を被ふらしむる精神に出たること」と述べている（仮名表記は改めてある）。こうした登記制度の根本をふまえるなら、登記をしなかったことによる不利益を受けるべきは、登記をしようと思えばできたといえる者でなければならず、一七七条の適用範囲はその趣旨のもとで画される必要がある。

この点、死因贈与は契約であって物権取得者の意思も関与しているから、この者に迅速な登記を求めることにはさほど問題がない。遺産分割によって法定相続分を超える権利を取得した者も、自らの意思が関与しているという意味では同様である。ところが、遺言は、遺言者の単独行為なのであって、物権取得者の意思は介在していない。そうだとすれば、受遺者をはじめとする遺言の受益者は遺言者の死亡後ただちに登記ができるわけではない、というのを原則とみるべきではないか。

もちろん、遺言の内容を事前に知っていれば、相続開始後ただちに登記はできるから、登記が常に不可能というわけではない。実際にも、（受遺者が相続人であるのが一般的なことからしても）受遺者が遺言の存在を知らない事態は多くないと推察され、だからこそ一七七条の適用を認める不都合はそれほど顕在化していないともいえる。しかし、遺言の存在を知らずに登記できなかった事例が皆無とはいえないし、遺言者の死亡後すぐの登記が事実上不可能な場合もある。そうした事情を内包する遺言による物権変動について、自らなした取引による物権取得者と同様に扱い、一律に一七七条の適用によって優劣を決してよいのかは大いに疑問がある。

3　本稿の目的

以上に述べたような見地から、筆者は、遺言による物権変動については無権利の法理によって把握することとし、取引安全の要請には九四条二項類推適用によって応えるのが妥当と考えるものである。もっとも、後述するように、遺言の受益者には帰責性を見いだしがたいから、九四条二項類推適用によっては取引の安全を図れない、との指摘もある。しかし、遺言の受益者の帰責性を勘案して取引の安全を図ることは、実際難しいものなのか。また、帰責性は、結論を導く上で考慮に入れるべき要素として、有効に作用するものとはならないのか。そのことを判断するのに必要となる、遺言と物権変動に関する紛争事例の具体的考察は、これまで十分にされてこなかったように思われる。そこで、本稿は、九四条二項類推適用によることの妥当性を検証するためにも、従来の裁判例を総合的に考察することを通して、遺言の受益者と登記を得た第三者の関係をどのように調整すべきか、その判断基準を明らかにしたい。このことは、一七七条を適用する法制審議会案が採用された場合でも、背信的悪意等、「第三者」の解釈を通して、先んじて登記を得た者の権利主張を斥ける帰結を導く際の指針としても機能しうると考える。

二　昭和三九年判決までの判例の動向と九四条二項類推適用の可能性

遺贈による物権変動について、大審院判決には登記不要としたものもあったが、最高裁昭和三九年判決をもって登記を必要とする判例法理が確立した。もっとも、同判決が出されたのは、九四条二項類推適用の判例法理が形成されるより前のことである。以下では、昭和三九年判決に至るまでの判例の動向をたどり、九四条二項類推

適用の法理が形成された現時にあって、その手法を遺言による物権変動に用いることの当否を、まずは一般論として検討したい。

1　大審院判例――肯定説・否定説の混在――

遺贈と登記に関する大審院判決の概況は次のとおりである（以下、判例に付したマル番号は後掲の表に対応したものである）。初期には、遺贈による権利取得者は、登記を得た第三者に対して、登記なくして権利を主張しうるとされていた（①大判明治四四年一二月一五日民録一七輯七八九頁、②大判大正一〇年六月二九日民録二七輯一二九一頁）。その後、生前贈与に関し、受贈者は相続人からの譲受人に対して登記なくして対抗できないとする連合部判決が現れ（大連判大正一五年二月一日民集五巻四四頁）、これを受けて、被相続人の譲渡が契約か遺贈かで異にすべき理由はないとして、遺贈にも登記が必要とする判断を示すものが登場した（⑤大判昭和八年一二月六日新聞三六六六号一〇頁）。他方、依然として登記を不要とする判決もあり（⑥大判昭和九年九月二九日新聞三八〇八号五頁、⑦大判昭和一〇年八月二一日全集二一号一五頁）、判断は分かれていた。

この時期の判決の事案の詳細は必ずしも明らかではないが、可能な限りで事案に即した検討をしておきたい。登記不要の判断を示した①判決の事案は、受遺者も相続人であると推察され、相続争いの最中に受遺者でない相続人が独断で自己への登記をしたことに端を発したもののようである。相続人でもある受遺者が、相続争いの渦中にあって登記手続ができなかったのは、やむをえないところがある。前掲大審院明治四一年判決も示していた一七七条の趣旨をふまえると、この事例で同条の適用を否定したことは積極的に評価されてよいように思われる。

他方、②判決の事案は、遺贈が未登記の間に家督相続人が相続登記をなした上でこれを譲渡し、その後、登記名義は、その譲受人からの転得者、その転得者の家督相続人、その家督相続人からの譲受人、さらにその転得者

と輾転したものであり、遺贈が未登記の状態が相当長期であったことが推察される。こうした事案で遺贈を登記不要とするのは、取引の安全を甚だしく害するものといわざるをえない。この判決を不当と評した穂積重遠の評釈[6]は、この後、登記必要が説かれる際にしばしば参照されている。

登記必要の立場をとった⑤判決の事案も、Aが妻Bへ土地の遺贈をしたが、A死亡後も、またBの死亡によってXがこれを相続した後も、移転登記がされないままであったところ、Aの死亡から七年以上が経過して、Aの家督相続人Cが自己への相続登記をした上でYに譲渡し登記を了した、というものである。受遺者やその相続人がこれほどの期間、登記をせずにいたことは、明治四一年判決のいう、一七七条において不利益を被らせるべき「手続を怠った」者というに相応しく、他方、家督相続人から譲渡を受けたYの要保護性は高いといえる。こうした事案の特徴からすれば、Yの権利主張を認めた結論は妥当なものといえそうである。

以上のとおり、この間の大審院判決については、登記不要として受遺者の主張を認めたことが必ずしも不当とは解されないものがある一方、登記不要とするのに無理がある事案もあって、後者のような事例が、やがて登記必要の立場をとる判決の登場を導いた、しかし、なお登記不要を妥当とする事案もあって、大審院判決の揺らぎに繋がった、という具合に総括することができようか。[7]

2　昭和三九年判決とその後の九四条二項類推適用法理の確立

（1）一七七条の適用範囲の拡張傾向と昭和三九年判決

このように区々の判断が示されていた状態に終止符を打ったのが、⑩最高裁昭和三九年三月六日判決（民集一八巻三〇号四三七頁）であった。同判決は、遺贈についても「意思表示によって物権変動の効果を生ずる点においては贈与と異なるところはな」く、「民法一七七条が広く物権の得喪変更について登記をもって対抗要件とし

ているところから見れば、遺贈をもってその例外とする理由はない」とした。

この時期の学説は、遺贈が意思表示による物権変動であることを理由に、ほぼ一致して登記必要の立場をとっており[8]、本判決がこうした学説動向を反映したものであるのは間違いない。しかし、当該事案をふまえると、登記必要との判断には大いに問題があると考えるが、その点は後に考察する。

この時期の学説は、取引の安全を重視する見地から一七七条の適用範囲を拡大させる傾向をみせており、判例もそれに呼応した動きをみせていた。時効完成後の第三者に対しては登記なくして時効による権利取得を対抗できないとして、意思表示によらない物権変動にも登記を必要とする旨判示した最高裁昭和三六年七月二〇日判決（民集一五巻七号一九〇三頁）には、そのことがよく表れている。そうしたなかでは、（単独行為とはいえ）意思表示たる遺贈において登記が必要とされたのは、自然な流れであったといえるかもしれない。

（2）九四条二項類推適用法理の伸張

もっとも、このように遺贈や取得時効による物権変動について判例が一七七条の適用を認めた昭和三〇年代後半には、いまだ九四条二項類推適用の法理は確立していなかった。同条項の類推適用を明言したはじめての最高裁判決は昭和二九年に現れていたが、それは、真の所有者Aと登記名義人Bとの間に通謀はないものの、Aの意思に基づいてBの虚偽の登記が作出され、そのことについてAB間の通謀ないしBの承諾があった場合のものであった（最判昭和二九年八月二〇日民集八巻八号一五〇五頁）。その後、AB間に通謀がなく、Bの承諾がなくとも、虚偽の登記名義がAの意思によって作出された場合（最判昭和四五年七月二四日民集二四巻七号一一一六頁等）、さらには、B名義の登記をAが作出したものでない場合であっても、Aがこれを明示または黙示で事後的に承認したと認められ、あるいは登記名義を放置していた場合に、これを帰責根拠として類推適用を肯定するものが現れ

た（最判昭和四五年九月二二日民集二四巻一〇号一四二四頁等）[9]。このように、本人の帰責性を基礎に取引の安全を図る九四条二項類推適用の判例法理がいちおうの確立をみたのは、昭和四五年前後のことである。

その後の学説においては、九四条二項類推適用こそが取引の安全の要請を担うものと位置づけられ、一七七条にかわって、その適用範囲を拡大させる傾向がみられる[10]。そうすると、遺贈についても、九四条二項類推適用という手法がありうるとの前提で、一七七条の適用を認める判例法理をなお維持すべきかが、あらためて問われてよいはずである。

3　遺言の物権変動における九四条二項類推適用の課題

（1）登記必要説の論拠についての検証

しかし、遺贈と登記については、現在なお登記必要説が通説であるとされる。その主たる論拠は、遺贈が意思表示である点にあるが、これが必ずしも説得的とは思われないことは、さきに一2で述べたとおりである。また、遺言の受益者と表見相続人からの物権取得者の関係が、対抗関係構成と無権利構成のいずれなのかの判断は、すぐれて政策的な側面を有しており、そのこと自体の検討はひとまず措く。それ以外の実質的な見地からみた登記必要説の論拠を以下で検証してみたい[11]。

①遺贈が無償であること　登記必要説は、無償で財産を与えられる受贈者が、有償によって権利を取得した第三者に対して登記なくして優位に立つことは許されるべきでない、という。しかし、無償であるから保護が弱くてよいと単純に考えることはできず、むしろ取引世界の論理とは区別されるべき「生活世界の論理」の要請も重視されてしかるべきである。すなわち、配偶者や身体障害のある子供など、被相続人の死後、経済的にもっとも打撃を受ける者に相続財産を継がせるために遺言がなされることが多く、そうした遺言者の意思は最大限尊重

されるべき、ということである。[12] そのためには、取引による物権取得者との優劣を、遺言をめぐる諸事情を勘案することなく登記をもって決し、遺言の空文化を招くような扱いは回避されるべきと考える。[13]

②取引安全の必要性　第三者が遺贈の存在を確知しがたいことも、登記必要の論拠としてはあげられる。共同相続における法定相続分については、被相続人の親族構成さえ分かれば第三者からもある程度推察が可能であるのに対し、遺言の内容は第三者が確認するのが容易ではないため、登記をもって取引の安全を図る要請が高いのは事実であろう。しかし、公信力のないわが国の登記制度においては、不動産取引の際、登記のほかにも権利関係の調査をすべきことが一般に求められるのであって、相続財産について取引する者にだけ過大な負担を強いているとは一概にいえないのではないか。また、一定の調査をした上で取引関係に入ったのなら、九四条二項類推適用における善意無過失を認定すればよいともいえる。結局のところ、登記を得た第三者が悪意または有過失の場合にまで、帰責性のない受遺者等を犠牲にしてよいのかこそが問われるべきといえる。

（2）三二条一項後段類推適用説の当否

このようにみていくと、遺言者の意思を尊重すべきことの要請や、遺言の受益者における事情、そして登記を信じて取引した者の利益とを総合考慮して権利者相互の優劣は決せられるべきであり、そのための解釈手法としては、九四条二項類推適用によることが考えられる。ただ、この構成の問題点としてしばしば指摘されるのが、表見相続人による権利外観の作出に受遺者等が関与することが稀なため帰責性が見いだせず、善意無過失の者も保護を受けられなくなる、ということである。そこで、帰責性がない場合でも善意無過失の有償取得者を保護するための方途として、三二条一項後段の類推適用が有力に主張され、支持を拡大しつつある。[14]

しかし、遺言者や遺言の受益者の側の事情を考慮しないまま、単に第三者の側の要保護性のみを指標として結

論を導いてよいのか。三二条一項後段は、失踪宣告という公的外観が信頼の対象であるからこそ、厚い保護を受けるに値するといえるのであって、表見相続人からの物権取得者がこれに比類する保護を受けられるとするのは妥当とは思われない。[15] ここでは、帰責性を契機とした取引の安全を図る手法が模索されるべきであって、三二条一項後段を相続による物権変動一般にひろく用いることは――局面を限定して用いるのはありうるとしても――できないと考える。

では、登記をしないで放っておいたことから、ただちに帰責性があるとしてよいか。さきに二**1**で①大審院明治四四年判決の事案にそくして若干述べたとおり、一定の期間放置をしたからといっても、ただちに帰責性があるとはいえないように思われる。そこで、あらためて問われるべきは、被相続人の側の事情と第三者の側の事情とをどのように総合考慮し、結論を導くか、である。帰責性要件の精査なき九四条二項類推適用は、無限定な保護を招く危険をはらむものであり、[16] 相続や遺言における物権変動において用いるときにも慎重さが求められる。以下では、遺言による物権変動の効力が第三者との関係で問題となった裁判事例を検討することから考慮要素を具体的に考察し、帰責性判断をも基礎としつつ取引安全を図る九四条二項類推適用の解釈手法が採りうるものといえるのかを検証したい。対象となる裁判例は、筆者の見いだしえた限りでは、表に掲げたとおり二〇件足らずであり、遺言による物権変動の全容を具に把握できるほどの数とはいいがたいが、それでも、遺言をめぐる紛争の様相をある程度うかがい知ることができるように思われる。

三　裁判例の分析と検討・1――遺言の受益者と登記を得た第三者の関係――

まずは、登記を得た相続人からの物権取得者と登記のない受遺者の関係で争われた判例ないし裁判例（表の

表　遺言と登記に関する裁判例・一覧

Ⅰ．遺贈(1)：登記を得た相続人からの物権取得者と登記のない受遺者の関係

		判決（登記の要否）	受遺者の属性	相続登記の時期	相続登記手続をした者	登記を得た第三者
①	大判明治 44・12・15	**不要**	（家族？）	（相続争いの最中？）	相続人	相続人設定の抵当権者
②	大判大正 10・6・29	不要			相続人（子）	相続人からの譲受人
③	朝鮮高判昭和 6・12・4	必要				相続人設定の抵当権者
④	大阪控判昭和 6・12・23	不要	妻？	被相続人死亡後３ヵ月	相続人（子）	相続人の差押債権者
⑤	大判昭和 8・12・6	必要	妻	被相続人死亡後７年	相続人（子）	相続人からの譲受人
⑥	大判昭和 9・9・29	不要	子（包括受遺者）		相続人（子）	相続人からの譲受人
⑦	大判昭和 10・8・21	不要	妻、子？		相続人（子）	相続人からの譲受人
⑧	高松高判昭和 32・12・11	必要	本家（包括受遺者・分家の廃家を前提）	被相続人死亡後８年 受遺者が占有を継続中	相続人（子）	相続人からの譲受人
⑨	東京高判昭和 34・10・27	必要	子	被相続人死亡後 17 年 相続争いの最中	相続人（子）	相続人設定の抵当権者
⑩	最判昭和 39・3・6	**必要**	子（？）	被相続人死亡後 13 日 遺言執行者の選任前	相続人（子）の債権者	相続人の差押債権者
⑫	東京地判昭和 47・5・16	遺言執行者存在につき不要	妻、子	被相続人死亡後 10 年 遺言執行の留保を要請	相続人（子）	相続人からの譲受人
⑮	名古屋高判昭和 52・6・13	遺言執行者死亡により必要	子	被相続人死亡後４ヵ月	相続人（子）の債権者	相続人の差押債権者
⑯	大阪高判昭和 59・3・21	推定相続人廃除により不要	子	被相続人死亡後１年半	相続人（子）の債権者	相続人の差押債権者

Ⅱ．相続分指定、相続させる旨の遺言

		判決（登記の要否）	遺言上の財産取得者	相続登記の時期	相続登記手続をした者	登記を得た第三者
⑰	最判平成 5・7・19	**不要**	子	被相続人死亡から３年	相続人	相続人からの譲受人
⑱	最判平成 14・6・10	**不要**	妻	被相続人死亡後３ヵ月 遺言検認の１ヵ月前	相続人（子）の債権者	相続人の差押債権者

Ⅲ．遺贈(2)：登記のない生前受贈者等と登記を得た受遺者の関係

		判決（登記の要否）	生前相続・贈与	遺贈登記の時期	登記名義人
⑪	最判昭和 46・11・16	必要	子への生前贈与	被相続人死亡後２年 相続争いの最中	受遺者（子）
⑬	最判昭和 47・7・18	必要	隠居→家督相続	隠居後 15 年・死亡後すぐ	受遺者（子）
⑲	大阪高判平成 18・8・29	必要	子への生前贈与	被相続人死亡後１ヵ月半	包括受遺者（子）
⑭	名古屋高判昭和 51・8・9	（時効取得者との関係）		被相続人死亡後 10 年	受遺者（妻、子）

「Ⅰ」にまとめたもの）を、相続分の指定や相続させる旨の遺言の判例（表の「Ⅱ」に掲げたもの）とともに概観していくことにしよう。

1　被相続人の死亡直後における相続人債権者の代位による相続登記

（1）最高裁昭和三九年判決

最高裁として登記必要の立場をはじめて示した前出の⑩最高裁昭和三九年三月六日判決の事案をあらためて検討してみよう。Aは、自己所有の不動産をBら六名に遺贈し、その後死亡した。その一三日後、Aの相続人の一人であるC（Bの長男）の債権者Yは、Cに代位して当該不動産のCの相続持分につき相続登記を経由した上で、その一週間後には競売開始決定を得て差押登記がなされた。その一八日後にXが遺言執行者に選任され、Xより第三者異議の訴えが提起された。判決は、前述のとおり、遺贈が意思表示による物権変動であること、差押登記後に遺言執行者が選任されても第三者の地位に影響を及ぼすものでないこと等を理由に、Xの訴えを斥けた。

本件事案では、受遺者のBらもCと同様にAの相続人の地位にあったと推察され、借金を重ね資産を蕩尽する子Cには自己の財産を相続させまいとするAの意図を遺贈のなかにみることができる。また、Aの遺言の存在を知りえたであろうBとしては、Yによる登記に先んじて遺贈の登記をすることが不可能であったとまではいえない。

しかし、Xが上告理由において主張していた次の点は見過ごしえない。すなわち、Yの主張が認められてしまうと、「遺言執行が厳格なる検認手続の後に行われる為相当期間着手し得ない状況中、本件の如くさきに誤れる登記を履践せられ遺言をして全く効力を喪失せしめることを許容することになり、遺言に関する民法の規定は空文化せしめられることになる」。果たして、本件において、被相続人（遺贈者）が死亡した後、実際に遺言執行

の手続を開始するまでの一ヵ月ばかりの暇まで、許されないとすべきなのか。被相続人の死亡の後には、相続人でもある受遺者としては葬儀等を執り行わなければならないし、かつ、上告理由にもあるように、遺言の検認等を経て遺言執行者が選任されるまでの間にも一定の日時を要するが、これらは考慮してしかるべき事情と思われる。本判決については、積極的な評価が多くみられる反面、上告理由に理解を示し反対する見解もある。[17]

（2）最高裁平成一四年判決――相続させる旨の遺言――

相続させる旨の遺言と登記に関する⑱最高裁平成一四年六月一〇日判決（家月五五巻一号七七頁）の事案も、この昭和三九年判決と類似した面がある。BはYから多額の金員を借り受けたが、Bが弁済を怠ったため、YらはBとの間で強制執行認諾約款付きの債務弁済契約公正証書を取り交わした。その後、Aは自己所有の土地建物の権利一切を妻Xに相続させる旨、および、遺言執行者としてXを指定する旨の自筆証書遺言を作成し、その後に死亡した。それから三ヵ月後、Yは、Bに代位して法定相続分により上記土地建物を相続した旨の登記を経由し、その四ヵ月後には、競売開始決定を受けてBの持分に対する差押登記もなされた。Xらが遺言の検認を受けたのはAの死亡から四ヵ月後であり、Yによる相続登記よりも後のことであった。Xが第三者異議訴訟を提起したのに対して、判決は、この場合の遺言によるXの権利取得には登記が不要であるとした。

この事案について、Yの要保護性を強調する論者は次のようにいう。法定相続のままに任せれば債務超過に陥った息子Bへの相続分が負債の弁済に充てられ、残った家族の財産状態が決定的に悪化することを懸念したAの思惑が、無債務状態の妻Xへ全遺産を相続させる旨の遺言を生み出したのであり、これをBも認容していたと推察される、他方、Yとしては、B所有の不動産が抵当権の実行によって他人の手に渡るのをAが競落してまで防いでいたことから、Yとしては相続開始が間近いと思われたAの財産を自身の債権の実質的な担保として当て

にしたとしても不思議でない、と。[18]

しかし、本判決を妥当とみる論者は比較的多い。すなわち、Aは、遺言によって、遺産がBの債務に充てられることを防止し、妻Xの生活を保障する意向があったと推察される。Xは、Aの死後ほどなく遺言の検認を請求している。他方、Yらは、Aの死亡以前に無担保で多額の金銭をBに貸し付け、Bの弁済が滞ったとみるや強制執行認諾約款付きの公正証書を作成し、Aの死後ただちに登記移転や強制執行の手続を開始している。このときYらが仮に遺言の内容につき善意無過失だったとしても、Yらの債権回収への期待は、遺言により生じるXの生活保障の利益およびXの登記の懈怠の度合いと比較してみても、保護に値するとはいえない。[19]

（3）小　括——差押債権者の要保護性と受遺者の帰責性——

上に掲げた平成一四年判決に否定的な論者は、遺言者が債権者に財産状況を信頼させたことを重視する。しかし、YらのBに対する貸付けに際してYが直接に働きかけをしているわけではない以上、たとえAの態度がYの貸付けに影響を与えたとしても、ただちにYをXに優先させて保護すべきとはいえないように思われる。債権者としては、貸金の回収を確実にしたいのであれば、Aから担保の設定を受ければよかったのであり、そうした積極的な措置を講じずに、債務者が将来相続によって財産を取得するという期待のみで融資をしたとしても、要保護性が高いとはいえない。[20]

それとの対比でいえば、遺言者が積極的・直接的に自己の相続人となる者の債権者に働きかけをして、自己の財産が相続されることを強調して融資を実現させた、といったことがあれば、遺言の受益者に対しても差押債権者は権利主張ができてよいだろう。なお、九四条二項類推適用にあたっては、たとえ受遺者において直接の帰責性がなかったとしても、遺贈者の帰責性は、第三者との関係では受遺者において引き受けられるべきものと考え

る。

2　登記を得た譲受人の主観的要素

差押債権者に比してより要保護性が高いことが想定されるのは、相続人からの譲受人であろう。遺言の内容に抵触する登記をした相続人が積極的に誤信をさせた場合には、譲受人は、善意無過失と判断され、遺言の受益者の帰責性が認められる限り、権利取得を認められることとなろう。

（1）譲受人が実質的に相続人の一人でもある場合

もっとも、実際の裁判事案では、譲受人が善意無過失と目されるものは多くない。このことに関連して、まず、相続分指定の遺言に関する⑰最高裁平成五年七月一九日判決（家月四六巻五号二三頁）をみてみよう。

事案は次のとおりである。Aは、子らの相続分を指定する遺言を作成した後に死亡し、これにより共同相続人の指定相続分は、Bが八〇分の一三、Cが八〇分の三七、Dが八〇分の九、Yが八〇分の三七となった。各共同相続人の間では、遺言の解釈や遺産の範囲等をめぐって激しい争いが生じていたが、Aの遺産についての相続税の延納許可を得る便宜上、合意によって、四名の各共同相続人が四分の一の持分で共有する旨の登記がなされた。その後、Bは、自らの指定相続分を上回る相続登記がなされたことを利用して、登記上の持分四分の一をX社に売却し、その旨の移転登記を了した。Yの相続税滞納により土地が公売処分に付されてXが土地の持分を失ったことから、XがYに対して喪失した持分相当価格の求償を求める訴えを提起した。最高裁は、Bの登記は持分八〇分の一三を超える部分については無権利の登記であり、Xが取得した持分は八〇分の一三にとどまるとした。

実は、Xというのは、共同相続人の一人であるDが代表を務める会社である。遺言の内容を熟知する相続人の

うちの二人が、相続争いの最中に他の相続人を出し抜いて持分譲渡の登記をなしたものであり、これによって遺言された指定相続分を無に帰せしめることが許されてよいとは到底思われない。判決の結論は至極当然のことであろう。かりに遺言による相続分指定にかかる事案にも一七七条が適用されることになったとしても、本件では登記名義人の背信的悪意の認定が必須となろう。

（2）相続登記の遅延と譲受人の過失の認定

次に紹介する⑫東京地裁昭和四七年五月一六日判決（判時六八五号一〇九頁）は、遺言執行者がいたため一〇一三条の適用にかかる事案であるが、判決中では譲受人が善意無過失か否かについて言及されており、注目される。

Aは、本件土地を妻Bと子Cに遺贈し、また子DEにも他の特定不動産を遺贈する旨、及びXを遺言執行者に指定する旨の遺言をし、死亡した。その二ヵ月後に遺言書の検認がなされたが、遺言執行に関する費用や被相続人の債務の支払などの関係から、Dら受遺者はXに対して移転登記をしばらく待ってほしいと依頼し、Xはこれに応じて遺言執行をしないでいた。そうこうするうち、Dが財産の一部を他に処分してしまい、また、BとCDEの間に親子関係がなったため、Bが取得した本件土地の持分をBの死亡後誰が承継するかをめぐっても紛争が生じたことから、遺言の執行が遅延した。遺言書の検認から一〇年後にBが死亡すると、Dは遺言の内容に反することを知りながら、本件土地につき法定相続分による相続登記をし、その上で自己の持分をYに譲渡してその登記も了した。そこで、遺言の検認から一四年が経過した時点で、Xが、Yへの持分移転登記の抹消を求めて訴えを提起した。

判決は、遺言に反する処分は一〇一三条により無効であり、たとえYが善意であったとしても取得はできない

として、Xを勝訴させた。注目したいのは次の点である。遺言の検認から一四年が経過した後になされたXの請求が権利濫用にあたり禁反言の法理に反する、とのYの主張を斥けるのに、同判決は、次のような理由を示した。すなわち、遺言書の執行が遅れたのは相続人間の紛争によるためであり、Xが受贈者の意向に従って執行を猶予したのも相当である、また、Yが持分の移転を受けるにあたって、Aが死亡してから一〇年以上相続登記がされていなかったことは登記上明らかだったから、Yとしては、他の相続人に問い合わせるなど調査をすれば、遺言の存在を知りえたと考えられる、と。

本件において、かりに遺言執行者がいなかったとしたら、どのような帰結が導かれていただろうか。遺産をめぐって相続人間で争いが生じ、容易に相続登記ができない状態が続いているなか、相続人の一人が抜け駆け的に相続登記をすることは、当然許されるべきものではなく、登記をするのが遅れたことについての受遺者の帰責性はごく小さいといえる。他方、登記名義を得た譲受人については、たとえ遺言の存在につき善意であったとしても、相続登記がなされないまま長期間が経過していることを知れば、調査の必要は意識できるといえ、その意味では過失があったと解される。権利濫用等の主張を斥ける理由として示されたところには、本件では、遺言執行者の存否を問わず、受遺者を保護すべきとの見方が表れているといえよう。

（3）受遺者が占有を継続している場合

譲受人の過失の認定に関わって、次に、受遺者が当該相続財産を占有をしていた⑧高松高裁昭和三二年一二月一一日判決（下民集八巻一二号二三三六頁）の事案をみてみよう。家督相続の制度が存していた戦前から戦後にかけてのものであり、概ね次のようなものであった。昭和三年のPの死亡によりPの養女Cが家督相続をし、Pの所有であった本件土地の所有権をいったん取得したが、その後昭和五年に、Cは、養母（Pの妻）Aを家督相続

人とする指定届出をして隠居をした上で、他家に嫁してAの戸籍より除籍となった。Aには、養子Cのほか実子Dもいたが、両者ともAとはまったく没交渉となっていた（後にAが死亡した際も葬儀に参列しなかった）。Aは、自身が死亡した時には分家である自身の家を絶家とする趣旨で、本件土地を含む自身の財産を本家のBに包括遺贈する旨の公正証書遺言を昭和一五年一一月に作成し、昭和二〇年四月に死亡した。Bは、同年一二月、本件土地をYに期間の定めなく賃貸し、Yは、同地上に建物を建てて昭和二八年八月一九日に保存登記を了した。他方、Cは、同年八月三日に本件土地につき単独名義とする相続登記をなし、同月一二日にはこれをXに譲渡してその登記移転を了した。Cが本件土地を単独名義とすることをDは承諾していなかったが、昭和二九年七月に追認をなした。こうした状況の下、XがYに対して本件土地の明渡しを求めて訴えを提起した。

判決は、旧戸籍法の定めによるAの絶家の時期が確定しえないから、Aの死亡によりCとDとがAの共同相続人になるとし、包括受遺者Bは、登記なくして権利取得をCやXに主張できないとした。もっとも、Cが相続により取得できるのは二分の一の持分のみであるから、Dの持分二分の一につきCの登記は無効であること、Xが本件土地の賃借権につき建物保護法一条による対抗要件を具備したのはCの単独の相続登記をDが事後追認する前であったから、XはDに対しては賃借権を対抗できること、共有者全員がその共有物につき相手方に対抗しうる権利を保持していない限り、妨害排除や引渡しの請求はできないこと等を理由として、結論としてはXのYに対する請求を斥けた。

Aの死亡後、受遺者Bが八年以上も遺贈の移転登記をしていなかったことに問題がなくはない。しかし、全員の除籍による絶家という旧制度から現行制度への切換え時期にあったことからすると、登記をしなかったことを怠慢と評価するのには慎重であるべきようにも思われる。

Bの帰責性についての判断は措くとして、ここで注目したいのは、譲受人の過失についてである。CがAの子

として相続分を主張すること自体は許されてよいとはいえ、本件土地をBらが占有している経緯を完全に把握していながら、独断で自己への相続登記をなすのは正当な権利行使とは思われないし、Cへの相続登記後ただちに移転登記を受けた譲受人Xも、Yが占有している事実を知っていたはずである。かりに遺贈につき登記必要の立場をとったとしても、Xが背信的悪意者にあたるとの判断は十分ありうる。このようにみていくと、本件については、譲受人が善意無過失とは解しえない以上、受遺者の権利主張が認められてよいと思われる。

3　被相続人の死亡から相当期間経過後の相続登記

さきに1で示したように、被相続人の死後、遺贈等の遺言の執行を開始させる暇もないままに、相続人の一人の債権者が代位して相続登記をなしたような場合には、遺贈の登記をしなかった受遺者の帰責性は低いと解される。それとの対比でいえば、遺贈の登記をしないまま長期間が経過している場合には、受遺者の帰責性が相対的に高まるといえそうである。しかし果たして、遺言者の死後一定の時間が経過していることをもって、単純に受遺者の帰責性を認めてよいのか。

（1）相続争いが続いている場合

2で取り上げた⑰判決の事案は、死後三年が経過しているものではあるが、さきにも述べたとおり、相続争いが続いていたために受遺者が登記手続をできずにいたところ、一部の相続人が身勝手に登記移転をなしたものであった（大審院の①判決の事案にもそうした事情がうかがえる）。また⑫判決は、遺言執行がなされず一〇年以上経過してはいたが、相続争いが生じていたため執行できなかったこともやむなし、と判断されている。このような場合は、遺言の受益者の帰責性がないとする扱いが許されてよいだろう。相続争いのほか、どのような考慮事由

が見いだされるか、以下で検討していこう。

（2）遺言書の発見の遅延と相続人が受遺者でもある場合の帰責性判断

遺言書の発見が遺言者の死亡から一七年後であったという⑨東京高裁昭和三四年一〇月二七日判決（判時二一〇号二二頁）の事案をみてみよう。Aには男子BXがあったが、昭和三年にBが死亡したため、Aの子のうち同家にあるのはXのみとなっていた。Bには庶子女Y_1がいたが、昭和九年頃より知人宅に住み込みで女中奉公をしていた。Aは生前より死後の遺産は全部Xに譲る旨を漏らしていたので、Xは、昭和一〇年にAが死亡して以来、本件不動産を含め、その遺産の全部を自己の所有物として管理し、これに対してY_1やその後見人その他親戚一同から何らの異議も唱えられることはなかった。Y_1は、昭和二七年四月に生活扶助を申請した際、役場係員に言われてAの遺産につき調査をした結果、本件不動産がAの遺産に属することを知り、以降、家督相続による所有権取得を主張してXとの間に対立が生じた。他方、Xは、昭和二六年八月、自宅の仏壇抽斗より、Y_1に一五〇円を贈与すべき負担付きでXに全財産を包括遺贈をする旨が記されたAの自筆証書遺言を発見していた。そして、前述のとおりY_1が昭和二七年四月になって家督相続による自己の権利を主張するに及び、Xは同年六月頃この遺言書をY_1その他親戚一同に披露した。昭和三一年四月、Y_1は本件不動産につき家督相続による所有権取得登記をなし、同年七月には、貸金債務の担保として、Y_2のために抵当権設定登記等がなされた。そこで、XがY_1とY_2に対して本件不動産の所有権確認及び抹消登記手続を求めて訴えを提起した。判決は、包括遺贈を有効としつつも、Xは登記なくしてはY_2に対抗できないとした。

本判決は、Aの遺言を一七年にわたり発見できなかったことはXの過失ではないとしている。しかし、そうだとしても、Xは遺言の発見後もなお五年近く登記名義の自己への移転をしていなかったのであり、勝手に相続登

記をしたY1の行動には問題があるとしても、Y1からの物権取得者Y2に権利を主張しえないとされるのは致し方ないというべきであろう。

では、遺言発見の後すぐにY1が自己への相続登記を行い、そのためXが遺贈の登記をできなかったとしたらどうか。そもそもXとしてはもっと早くに相続登記をしておくべきだったのであり、この仮定でも本判決の結論は維持されてよいように思われる。受遺者たる相続人が相続登記を怠っていたことは、遺贈の登記をしていなかったことの帰責性判断にも影響を及ぼすべき事情になると考える。

これに対し、遅れて発見された遺言の内容が現状を変えるようなものであったとしたらどうか。たとえば、本件において、相続登記により本件不動産の名義がAからXへ移転し、これをXが第三者に譲渡してその登記もなされてたところ、その後にAからY1に対して本件不動産を遺贈する旨の遺言が発見されたとする。登記の発見につき何ら帰責性もない受遺者が、登記をしていなかったことを理由として第三者に劣後させられるのは問題であり、この場合には登記なくして権利主張が認められてよいように思われる。もちろん、登記名義を得た第三者に対して、遺贈の効果を半永久的に主張できるというのは、取引の安全を大いに害するものとなる。その手当てとして、時効取得の成立可能性のほか、回復を認められる期間の制限を設ける等、何らかの措置は検討されてよいだろう。

（3）長期にわたる登記の放置と遺言執行者の死亡

遺言執行者がいたものの後に死亡したという事案にかかる、⑮名古屋高裁昭和五二年六月一三日判決（判タ三五九号二五六頁）を次にみてみよう。Aには、子BCDEがいたが、自己所有の本件不動産を長男Bに遺贈するとともに、Bを遺言執行者に指定し、その後死亡した。しかし、Bはその登記をしないまま放置していたところ、

Ａ死亡から約四ヵ月後、Ｃの債権者Ｆが代位して、本件不動産につき各自の持分を四分の一とするＢＣＤＥ名義での相続登記がなされた。それから一三年が経過してＢが死亡し、ＣＤＥがＢの地位を承継したが、Ｙが本件不動産のＣの持分につき競売の申立てをなし、その旨が登記された。その後にＡの遺言執行者に選任されたＸが、Ｙの強制執行につき第三者異議の訴えを提起した。

判決は、ＢＣＤＥの四名の名義の相続登記がなされた当時は遺言執行者が存在していたから、相続登記は無効であるものの、その後遺言執行者が死亡したことによって相続財産に対する管理処分権は相続人に復活したから、Ｙの差押えは有効であり、Ｂは遺贈による所有権取得を対抗できないとした。

さきには、差押債権者の要保護性が相対的に低い旨を述べたが、これだけ長期にわたって登記が放置されていたなら、遺贈による権利取得を主張し難しくなるのは、致し方ないであろう。

4　補論――推定相続人の廃除

前述のとおり、差押債権者にとって債務者が相続によって財産を取得するというのは、いわば棚ぼたのようなものであり、その意味では、相続財産に対する期待の保護は、（右の⑮判決の事案のように、ごく長期にわたる登記放置等、受遺者に相当の帰責性があれば格別）それほど必要性が高いとは思われない。そのことを示唆する事例として、⑯大阪高裁昭和五九年三月二一日判決（判タ五二七号一〇八頁）を紹介しておく。

Ａは、本件不動産を次男Ｂに遺贈する旨の遺言をし、その後死亡した。それから一年半が経過した頃、Ａの長男Ｃに対して貸金債権を有していたＹが、Ｃが本件不動産につき相続人として共有持分を有するとして、上記貸金債権を被保全権利とする仮差押命令を得た上で、本件不動産につき相続登記をなし、その後、競売開始決定を得て、差押登記を了した。ＸがＡの遺言執行者に選任されたのは、ＹのなしたＣへの所有権移転登記に三週間ほ

ど後れた時であった。それから一年三ヵ月後、Cは推定相続人であることを廃除された。そこで、Xは、遺贈によりBが本件不動産の所有権を取得しているとして、Yした強制執行の排除を求めて訴えを提起した。判決は、CがAの死亡時にさかのぼって本件不動産につき何らの相続分権も有しないこととなった結果、差押えの対象たる権利が遡及的に消滅して無権利者となったYは、遺贈との関係で一七七条の第三者にはあたらないとした。

Aの死亡から遺言執行者の選任まで一年半ほど空いていることやBの廃除の経緯は詳らかではない。遺言執行者が現れる前に差押登記まで了していたYとしては、事前に予測しがたい事情により自らの利益が害されることとなっているが、基本的に、相続人から相続財産の処分を受けたり、あるいは差押えをした者としては、相続にかかる本件のようなリスクを覚悟すべき立場にあるといえよう。もっとも、善意の譲受人については三二条一項後段による保護が検討されてよいように思われる。[21]

四　裁判例の分析と検討・2——生前贈与の受贈者等と登記を得た受遺者の関係——

以上に示した裁判例は、相続人が受遺者に先んじて登記名義を得ている場合についてのものであり、遺贈につき一七七条の適用があるとする限り、基本的に受遺者は権利取得を第三者に対抗できないこととなる。一方、受遺者の権利取得に関する紛争事例には、受遺者が先に登記名義を得ているものもあり、この場合には受遺者の権利主張が認められることとなる。しかし、果たしてそのような帰結がただちに認められてよいのか。以下で、さきの表にⅢとしてまとめた裁判事例を検討してみよう。

1　生前贈与と遺贈をめぐる裁判事例

（1）最高裁昭和四六年判決

⑪最高裁昭和四六年一一月一六日判決（民集二五巻八号一一八二頁）の事案は以下のとおりである。Aは、本件不動産にて旅館業を営んでいたが、Aの死亡後は、Aの子であるB男が家族とともに本件不動産に入居し、旅館業を始めた。もっとも、本件不動産の所有については、Aの妻Cのほか、B男、X女を含むAの四名の子が法定相続分の割合で共有する形となっていた。Cは、Aの遺産に対する自己の共有持分につきBに贈与するとの意思表示をし、その旨の公正証書が作成されたが、その後、Bが死亡すると、自己の共有持分をXに遺贈する旨の公正証書遺言をした。背景にある事実として、Bの死亡後、本件不動産の旅館の一室でCとXが同居を始め、Bの妻Yが住居侵入として告訴するなど、CXとYの関係は円満を欠く状態であったことが認定されている。Cの死後、Aの遺産につき、Xを含むAの子らと、Y、Bの子らの間で遺産分割協議が行われたが、Xとそれ以外の者の間で対立が続いていた。その間に、Xは、Aの死亡による共同相続登記をなすとともに、同日、遺贈を原因としてCの共有持分の自己への移転登記手続をなした。そのうえで、XはYらに対し、自身が本件不動産につきCの有していた分も含む共有持分を有することの確認を求める訴えを、これに対して、Yらは、CからBに生前贈与がされた以上Xへの遺贈は無効であるとして共有持分移転登記の抹消を求める反訴を、それぞれ提起した。

原審は、当事者たる地位を有するXとYは、互いに遺贈および贈与を主張しえないとしたが、最高裁は、「被相続人が、生前、その所有にかかる不動産を推定相続人の一人に贈与したが、その登記未了の間に、他の推定相続人に右不動産の特定遺贈をし、その後相続の開始があった場合、右贈与および遺贈による物権変動の優劣は、対抗要件たる登記の具備の有無をもって決すると解するのが相当」として、遺贈によるXの共有持分の取得を認めた。

原審と最高裁の相違は、相続による登記義務の承継をどのようにとらえるか、という点にある。原審のように、互いに相手方に対する登記義務を承継するから所有権取得を主張できないとの見方には疑問があり、処分が生前と死後のいずれなのかで法的処遇を異にすべきでないとの見方をすれば、一七七条を適用するとしたほうが説得的のようでもある。しかし、ここで注目したいのは、登記がないという理由でYを敗訴させる結論の妥当性である。遺産分割で争いが生じているなか、いわば他の相続人を出し抜いて登記を得たというXを勝訴させるのには疑問があり、本判決の評釈にもXが背信的悪意者である可能性に言及するものがみられる。(22)

（2）生前贈与後になされた包括遺贈の遺言

包括遺贈については、特定遺贈と同様に一七七条の適用がありうるのかは議論の余地があるが、通説は、意思表示によるものであることを重視し、特定遺贈と同じに扱うものとしている。最高裁判決はないが、下級審においてこれを認めたのが、⑲大阪高裁平成一八年八月二九日判決（判時一九六三号七七頁）である。この判決は、遺贈をした者の死後ただちに登記名義を得た包括受遺者が、登記未了であった生前贈与の受贈者に権利取得を対抗できるとした。

事案の概要は次のとおりである。Aは、父の設立した会社の代表者であったが、妻と離婚し、子供もYはじめ娘ばかりで後継者もいないことから、家の跡取りについては男子Xのいる弟Bに委ねることを考え、会社の代表者を辞任し、Bにその地位を譲った。そして、もともと父の所有であった会社の本社がある本件店舗についても、遺産分割によってBが単独取得することとなった。Aは長くB家族と緊密な関係を築いていたが、癌に罹患した後は、久しく疎遠となっていた娘Yが病院への送迎をするようになり、そのときAは実印や銀行通帳の入った鞄をYに預けた。会社の本社がある本件不動産は、AとBとが二分の一ずつの持分で共有をしていたが、Aは、病

院に見舞いに来たBに対して、ほぼ唯一といってよい自己の本件不動産についての持分をXに無償譲渡したい旨を告げた。税理士の勧めにより、XをAの養子にして生前贈与する方法がとられることとなり、AとXとの養子縁組届が提出され、またAからXへの贈与に基づく登記申請委任状が作成された。Yは、Aの持分をXに渡したくないとの意向から、BがAの実印を渡すよう求めたのを拒否するなどしていた。その後、XがAの養子となったことを知ったYらAの娘らが、Aにそのことを咎め詰め寄ったところ、Aは、「私の財産は全てYに遺贈します」と記載した遺言をその場で書き、その三日後に死亡した。Yが、遺贈を原因とする所有権移転登記手続をなしたことから、Xは、本件不動産の持分につき自己に所有権があることの確認と、贈与を原因とする所有権移転登記手続を求めて訴えを提起した。

AにはXに生前贈与をする確かな意思があったとはいえ、最終意思を尊重する見地からは、Yが本件不動産の持分を取得できるとする結論も不当といえないかもしれない。しかし、Yが実印を渡さなかったためにXの登記手続が妨げられた側面があり、その後、所有権移転登記の手はずを整えるべく実印変更の委任状等をAに作成してもらったりもしたが、それからAが死亡するまでの間はわずか一週間であって、贈与の登記手続がされなかったことにXの過失があったとは評価できない。そうなると、登記移転をできなかったことにつき帰責性のないXが、Xの登記移転を妨げつつAの死後いち早く登記手続をしたYに権利主張をできなくなる、ということが許されてよいのかは疑問である。

2　生前相続と遺贈をめぐる裁判事例

なお、受贈者が登記を得ている場合の判例という意味で、ここで⑬最高裁昭和四七年七月一八日判決（判時六七八号三七頁）についても簡単に紹介だけしておこう。夫Aは自己所有の土地を無償で使用することを妻（戸主）

Bに許諾し、Bは同土地上に建物を建てた。ABは同建物で同居し、共同で貸座敷業を営んでいた。その後、Bが隠居し、長男Xが家督相続をしたが、同建物の移転登記をしないでいたところ、Bは、同建物と敷地の借地権を長女Yに遺贈する旨の遺言をして死亡した。Yが建物の占有を取得し、また同建物の登記をしたところ、Xが、同建物の所有権確認、明渡し等を請求した。

判決は、⑪判例を踏襲し、「生前相続により不動産所有権を承継した家督相続人は、その登記を経なければ右所有権取得をもって第三者に対抗することができず、被相続人から同一不動産の遺贈を受けた者は、同時に被相続人の遺産相続人である場合でも、右第三者にあたる」として、Xの建物所有権の主張を斥けた。ただし、夫婦間の無償での土地利用関係は地上権の設定とは認められないとして、借地権の遺贈の効力を否定し、この限りでXの主張を認めた。BからYへの遺贈が、Xの明渡請求を認めてよいほどに妥当性を疑われるものだったか等、事実の詳細は、判決文からは確認できない。

3　若干の考察

所有者が同一の物件を二重に処分した場合と、その二重の処分の一方または双方の効果が所有者の死亡に起因して生じた場合とは、同じ構造でとらえることが可能であり、一七七条の適用があるとする構成になじみやすいともいえる。また、⑪と⑲の両事案とも、受贈者と受遺者とがいずれも相続人であって、しかも贈与や遺贈の事実を知る立場にもあったから、一七七条の適用を認めるのにさほどの違和感はないかもしれない。

しかし、実際の事案をみると、遺産分割協議が難航するなかで、あるいは被相続人死亡直後の間隙を縫って、受遺者がいち早く登記名義を書き換えて権利主張をしている。相続人に対する遺贈では、生前贈与の事実を知りつつ、自己への登記を先んじて行うことが少なくないと思われ、受遺者を背信的悪意と評価すべきものも当然あ

りえよう。また、登記を得た受遺者の背信性を判断する上では、対立する受贈者ないし相続人に帰責性がないことも加味されてよいであろう。遺贈に関して一七七条の適用があるのだとしても、このように背信的悪意者概念を用いて調整を図ることは不可欠と考える。

4　補論――「取得時効と登記」との関連――

最後に、取得時効と登記に関わるものではあるが、遺贈による物権変動につき一七七条が適用されない前提がとられたと解しうるものとして、⑭名古屋高裁昭和五一年八月九日判決（判タ三四四号二一九頁）を紹介しておこう。

家督相続により先代Aの財産すべてを承継取得したAの長男Bは、弟Xに対し、分家する際の財産分けの趣旨も込めて、自己所有の土地を贈与した。Xは、昭和二三年九月より、同地を塀で囲んだ上、その一角に築造された家屋に居住し、また空地部分に植栽をするなどして占有を開始した（ただし登記名義は、地目が畑となっていて簡単には移転手続ができないことから、Aのままになっていた）。ところが、昭和二六年六月に、Aは同地を四筆に分筆のうえ、このうちXの居住する家屋が存しない三筆をBに売却し、登記も移転させた。その後、昭和三〇年二月にBが死亡したため、B名義となっていた土地につきBの父Cと母Y_1が相続をし、その登記も了した。Cは、昭和三八年三月、同地における自己の持分をY_1と子Y_2に遺贈した後、同年六月に死亡したため、Yらが遺贈により承継取得し、昭和四八年八月にその旨の登記がなされた。Xが同地部分の所有権確認とYらの登記の抹消を求めて訴えを提起した。

判決は、Xによる取得時効の完成した昭和三三年九月の時点でBの遺産を相続していたCとY_1ばかりでなく、Xと時効完成後の特定遺贈の受遺者たるY_1 Y_2に対しても登記なくして所有権を対抗しうるとした。「特定遺贈は

単なる贈与と異なり、その性質は相続と類似するものがあるのみならず、YらはCの遺産相続人でもある」との理由が述べられている。

時効完成後の第三者には登記なくして対抗できないというのが判例法理であり、受遺者も一七七条にいう第三者にあたるとするなら、XはYらに登記なくしては対抗できないという結論になりそうである。しかし、遺贈をした場合とそうでない場合とで結論が逆になるとするのは妥当とも思われない。時効完成後の第三者について一七七条を適用することには批判も多く、裁判例には背信的悪意の認定を緩やかにすることによって時効取得者の権利主張を認める傾向をみてとることもできる。[23] 本判決については、一七七条の適用にやや無理のある時効取得の事案において、時効取得者の権利主張を認める必要性をふまえた判断をしたと評することができるし、相続人でありかつ受遺者でもある者について、相続人としての立場を重視して対処すべき場合のあることを示したともいえるであろう。

五　結　語

遺言による物権取得者と表見相続人からの物権取得者との関係を九四条二項類推適用によって調整する上では、どのような要素が考慮されるべきか。以上の裁判例の考察を通じて得られた視点を、まとめて示すこととしよう。

1　遺言による物権取得者の帰責性

(1)　登記の放置と帰責性判断

まずは、遺言による物権取得者の帰責性についてである。相続人債権者が、被相続人の死後ただちに代位によ

り相続登記をした上で差押登記をしたような場合には、基本的に、遺言の受益者には帰責性がないとみるべきであり、遺言執行の手続等を勘案すると四～五ヵ月程度の猶予は認められてよいと考える。これとは逆に、遺贈等による物権の取得の登記を遺言者の死後しばらく放置していた事実は、帰責性があるという方向に作用するものといえる。もっとも、一定期間の登記の放置があれば、ただちに帰責性を認められるというわけではなく、次のような事情が考慮に入れられるべきと考える。

第一に、受贈者が相続人である場合（遺贈の多くがそうである）や、相続分の指定、あるいは相続させる旨の遺言の場合、相続人間で遺産をめぐる紛争が生じていると、遺贈等の登記をすることが事実上難しくなる。そうした事情があるときは、帰責性を減じる方向で判断をすべきであろう。

第二に、遺言の発見が遺言者の死亡から相当期間経過した後であった場合は、遺言の発見の遅延に帰責性があるとか、遺言の発見後も登記をせずに相当期間経過していたといったことがない限り、それだけで帰責性があるとは解すべきでない。もっとも、遺言の受益者が相続人でもあった場合において、相続の登記をせずに放置していた事実があれば、そのことを遺言による物権変動についての帰責性判断にも影響させてよいだろう。一般に相続人は登記名義が死者のものとなっている不正常な状態を是正すべき立場にあると解されるからである。[24]

以上のようにして、受遺者等の帰責性の有無はさまざまな要素をふまえつつ判断をすることができ、取引の安全を図る上での指標とすることが可能であると解される。帰責性の有無を問わない三二条一項後段類推適用による必要はないといえるであろう。

（2）第三者の登記取得等への関与

実際の裁判事例のなかには見いだせなかったものの、第三者と取引をした相続人に相続財産の管理を任せる等、

受遺者等がその取引が可能となるような行動をしていた場合には、[25]帰責性を認める判断がされてよいだろう。また、遺言者が第三者の物権取得に関与していた、とか、差押債権者との関係でいえば表見相続人に対する債権取得に関わっていた等のことがあって、遺言者に強い帰責性が認められる場合には、その帰責の要素は遺言の受益者において引き受けるべきものと解し、遺言による物権取得者に帰責性があるという判断に加味してよいように思われる。

なお、譲受人にくらべ、差押債権者の要保護性は一般に低いと解されるのであって、この者が保護を受けられるのは、ごく長期にわたって遺贈登記をしないまま放置されていた、とか、上述のように差押債権者を害するような積極的な関与が遺贈者や受遺者等にみられた等、相応の帰責性の強さが認められる場合に限られてよいと考える。

2　登記を得た第三者の善意無過失

裁判例には、相続人と第三者とが結託して、遺言に反する処分をなしているものも散見された。相続登記をした相続人の悪性が高い場合には、遺言の受益者の帰責性が高く、登記を得た第三者の悪意ないし過失の認定がしやすくなるものといえる。

過失の認定に関しては、次のように考える。第一に、相続人から相続財産につき権利を取得する者には、遺贈がされた可能性を際限なく調査することは求めがたいとしても、他の相続人に対して調査確認をすることは求めてよいように思われる。とくに、被相続人の死後、何年にもわたって相続登記がなされていない状態が継続していたのなら、相続争いが生じている可能性も視野に入れた調査を物権取得者に求めてよいであろう。実際の事例では、遺贈の多くは相続人に対するものがほとんどであるが、遺贈が相続人でない者に対してなされたものなら、

登記を得た第三者が、遺言の存在ないし遺言による物権変動につき善意無過失と判断される可能性は高くなるであろう。

第二には、当該物件の現況確認の必要である。不動産取引一般にいえることでもあるが、占有状態をみれば、自身に物権を取得させようとしている者が真の権利者なのかを疑うこともできるであろう。

以上に述べたことからすると、相続登記がされた者から物権を取得する者には、他の相続人に対する確認や占有状態の調査をする負担を強いることになる。しかし、登記に公信力を認めない法制がとられている以上、不動産の取引では、登記以外の手段でも慎重に調査すべきことは一般的に求められることである。相続に関してだけ特段に不動産取引に危険が内包されるとまではいえないと考える。

3　一七七条を適用することの課題

登記をしないで放置していたという点は、一七七条の適用を認めるための前提とも重なる。しかし、上に述べたように、遺言による物権取得者が、遺言者の死後ただちに登記をできるとは限らないし、また、登記をしないまま一定期間が経過していることに合理的理由があることもある。そうしたことを考えると、遺言による物権変動においては、登記の有無を基準とする一律の判断を行うのではなく、個々の事案ごとに諸般の事情を勘案しながら結論を導いていくことが強く求められる。かりにこの場合につき一七七条が適用されることになるとしても、遺言による権利取得をめぐっては種々の不確定的要素が含まれている以上、単純に登記を得た者を優先させるとするのではなく、「背信的悪意」などの手法を用いた利害調整が強く意識されるべきであろう。(26)

旧民法財産取得編三九七条一項では「不動産物権の遺贈は、遺言者の死亡の後、受遺者がその遺贈を知りたる時より三〇日以内に之を登記したるに非ざれば遺言者の死亡の日に遡りて第三者に対抗することを得ず」とされ

ていた。このことを参照しつつ、登記必要説に立ったとしても、受遺者の要保護性をも考慮して、一七七条の適用を制限する要件を付加するような解釈をとる可能性に言及する見解もみられる。[27] 遺言の物権変動について一七七条の適用を認める方針をとるとしても、こうした適用除外の規定を設けることは検討されてよいだろう。

所有者不明土地の問題をも背景として、登記に対する要請は、今日いっそうの高まりをみせている。しかし、本稿の考察からも、遺言による物権変動に一七七条を適用することには問題が多々存在する。取引以外の局面において一七七条を適用することには慎重さが必要なのであって、同条の趣旨をふまえてその適用領域を正しく画することが、今後も要請されるべきであろう。

（1）遺言執行者がいる場合の遺贈について、判例は、民法一〇一三条の規定によって、受贈者は登記なくして対抗できるとし（最判昭和六二・四・二三民集四一巻三四七四頁）、遺言執行者がない場合と異なる扱いをしていることも問題とされるが、本稿ではこれに関しては直接の考察の対象外とする。

（2）法制審議会民法（相続関係）部会第二一回会議（平成二九年五月二三日）開催「部会資料21」による。なお、注（1）記載の事項に関連して、同提案では、遺言執行者がいる場合に遺言の執行を妨げる行為を無効とした上で、善意の第三者のみを保護する考え方を採用する方針が示されている。

（3）犬伏由子「判批」リマークス二七号（二〇〇三年）七五頁。

（4）松尾知子「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」関西大学法学論集六七巻一号（二〇一七年）一八二頁以下等。

（5）田髙寛貴「遺言と登記をめぐる相続法改正の課題」法時八九巻一一号（二〇一七年）三九頁以下。

（6）穂積重遠「判批」判民大正一〇年度三五七頁。

（7）なお、この時期の下級審裁判例のなかでは、③朝鮮高判昭和六年一二月四日評論二一巻一二七四頁が、遺贈者の相続人から抵当権の設定を受けた者は遺贈による権利の移転につき登記の欠缺を主張しうべき第三者にあたり、この

ことは遺贈に関し遺言執行者がいても同じであるとの判断をしている。他方、④大阪控判昭和六年一二月二三日評論二一巻四三八頁の事案は、遺言執行者が、財産整理のため被相続人の死後一〇〇日までは執行を猶予してほしい旨を申し入れていたにもかかわらず、相続人の債権者が代位して相続登記をしたうえ、差押登記を得た、というものであった。遺言執行者が選任されていた事案ではあるが、判決は、遺言執行者の有無を問わず、一般的に遺贈に登記は不要であるとしている。

(8) 末弘厳太郎『物権法上巻』（有斐閣、一九二九年）一二八頁、我妻榮＝有泉亨『民法総則・物権法』（日本評論社、一九五〇年）二六八頁、勝本正晃『物権法』（弘文堂、一九五〇年）七七頁、柚木馨『判例相続法論』（有斐閣、一九五三年）三八七頁、中川善之助編『註釈相続法（下）』（有斐閣、一九五五年）二五頁、末川博『物権法』（日本評論社、一九五六年）一二一頁、舟橋諄一『物権法』（有斐閣、一九六〇年）一六〇頁等。なお、法曹会決議（法曹記事三二巻九号四三頁）でも、遺贈につき登記なくして第三者に対抗できないとされている。

(9) 中舎寛樹『民法総則』（日本評論社、二〇一〇年）一九一頁以下参照。なお、最高裁昭和四五年九月二二日判決の事案は、AとBとがその後婚姻をし、またAが当該不動産に数次にわたり抵当権を設定していたというもので、単純に不実の登記を放置していただけとはいいがたいものであったことには留意が必要である。

(10) たとえば、取消後の第三者について、判例は登記必要とするが（最判昭和三二年六月七日民集一一巻六号九九九頁）、現在の学説の多数は、第三者の登場につき取消しの前後を問わず、九四条二項類推適用の立場をとる（四宮和夫『民法論集』〔弘文堂、一九九〇年〕一〇頁等）。学説状況につき詳しくは、舟橋諄一＝徳本鎮編『新版注釈民法（6）物権（1）〔補訂版〕』（有斐閣、二〇〇九年）五七二頁〔原島重義＝児玉寛執筆〕参照。

(11) 登記必要説と不要説それぞれの論拠について概観するものとして、文献の引用も含め、幾代通『不動産物権変動と登記』（一粒社、一九八六年）六一頁、舟橋＝徳本編・前掲注（10）五六〇頁以下〔原島＝児玉執筆〕等参照。

(12) 水野謙「判批」不動産取引判例百選［第三版］（別冊ジュリスト一九二号、二〇〇八年）八七頁等。

(13) 幾代・前掲注（11）六一頁は、遺言制度の空文化につながるという登記否定説への反論として、一七七条の存在自体が他の一定の制度や規定を空文化し空洞化するのは当然である等と述べる。しかし、ここでの問題は、遺贈の局面において一七七条を適用することの当否であり、遺言の空文化への懸念が対抗要件制度の否定に直結するものでは

まったくない。

(14) 伊藤昌司「表見相続人による譲渡行為と譲受人の保護」大阪市立大学法学雑誌二六巻三・四号（一九八〇年）四五六頁以下、同『相続法』（有斐閣、二〇〇二年）二七二頁、犬伏・前掲注（3）同頁等。三二条一項後段の類推適用をめぐる学説状況につき詳しくは、沖野眞已「相続財産は危険がいっぱい?」窪田充見ほか編著『民法演習ノートⅢ　家族法21問』（弘文堂、二〇一三年）二九八頁等参照。

(15) 米倉明「遺贈と登記――対抗問題法理か無権利法理か（二・完）」早稲田法学七九巻三号（二〇〇四年）五頁。

(16) 中舎寛樹「民法九四条の機能」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（ジュリスト増刊、二〇〇七年）七〇頁等。

(17) 甲斐道太郎「判批」法時三七巻一号（一九六五年）八八頁。

(18) 池田恒男「判批」判タ一一一四号（二〇〇三年）八三頁。

(19) 水野・前掲注（12）同頁。同旨の指摘として、加毛明「判批」民法判例百選Ⅲ（別冊ジュリスト二二五号、二〇一五年）一五一頁等。

(20) 加藤永一「遺言の効力」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅶ』（有斐閣、一九六〇年）二一一頁は、遺産をめぐる権利関係の処理においては、相続債権者・遺留分権者・受遺者・相続人およびその債権者、の順序でその利益が保護されるべきである旨指摘する。

(21) 広中俊雄『物権法〔第二版増補版〕』（青林書院、一九九〇年）一四八頁以下は、相続欠格や指定相続人の廃除の確定が相続開始後に生じ、それによって遡及的に相続資格を失った場合について三二条一項後段の類推適用を認めるとしており、本件事案はまさにこの場合に該当する。

(22) 篠原弘志「判批」民商六七巻二号（一九七二年）二六九頁、山野目章夫「判批」家族法判例百選〔第六版〕（別冊ジュリスト一六二号、二〇〇二年）一五三頁等。

(23) 石田剛「背信的悪意者排除論の一断面（二・完）」立教法学七四号（二〇〇七年）一一九頁以下、田髙寛貴『クロススタディ物権法』（日本評論社、二〇〇八年）七一頁等。

(24) 帰責性を帯びる放置の具体的期間や法的論拠について、学説には、相続回復請求権の消滅時効を定めた八八四条の趣旨から、相続人には五年以内に遺産分割をする義務があるものとし、それ以降は相続処理を怠っていたために登

記を信頼した善意の第三者が現れた場合には、九四条二項類推適用により、第三者の所有権取得を認めるとするものがある（水野紀子「相続財産の取引安全における『相続と登記』判例と表見理論」樋口範雄ほか『トラスト60・信託と信託法の広がり　報告書』（二〇〇五年）一一七頁）。松尾・前掲注（4）一八五頁も、遺産分割ないし遺言執行に期間制限を設けるべきことを説く。

(25) このことを示唆するものとして、水野・前掲注（25）二一四頁参照。

(26) 取得時効と登記に関する裁判例をみると、二重譲渡のような登記を要する典型的な物権変動とは異なり、背信的悪意者の認定において主観的悪性が必ずしも問題とされておらず、諸般の事情を総合考慮する解釈がとられており、背信的悪意者はそのような機能を担うべきものと筆者は考えている（田髙・前掲注（23）七三頁以下参照）。

(27) 舟橋＝徳本編・前掲注（10）五六二頁〔原島＝児玉執筆〕。