

はじめに

我が国は、超高齢化社会を迎え、最近では孤独社会とも言われるような厳しい社会状況になってきています。こういう状況の中で、身体的・精神的・財産的な面などで不安や悩みなどをもつ方も多くなっていると言われてしています。

また同時に、社会の国際化、高度情報化、経済の拡大化と不安定化、あるいは格差、医療、介護、雇用、財政・外交、領土、自然災害、電力・エネルギーなどの面で種々の問題を抱え、社会はますます複雑多様化し、困難化してきています。一方で、権利意識の高揚とモラルハザードといった二律背反の側面もあり、人々は自己決定・自己責任社会を標榜^{ひょうぼう}し、透明で公正な情報により何事も自らの意思で決定をし、自らが責任をもつという共同参画型の社会状況になってきているようにも思われます。

その結果、自分の存在の一端として、自分のおもいや悩みなど、あるいは夢、希望、理想といった自分の身の処し方等を何かに刻んでおきたい、自分の財産の相続に関して自分の考えを文書に残しておきたい、他の人との約束事・取引内容などについて後で紛争が発生しないように、きちんと文書に残しておきたいというような気持ちが強くなってきているように思います。他者に対する信頼という面が若干脆弱^{ぜいじやく}化しているように思われる昨今、エンディングノートなどによりそれぞれの人生とその終末をみつめなおしたり、法治

社会の下で通常の私文書とは異なった「公の文書」として、現在はもちろん、将来にわたって自己が決定した内容が保証されるような形で何かを残しておきたいというような思いが強くなってきているように思います。

最近、公正証書が注目されているとよく言われるのは、不安の日常化とさえ言われかねない以上のような社会経済状況の変化が背景にあるように思います。

公正証書は、法律行為と、その他の私権に関する事実について作成することができます。このことは公証人法（明治41年4月14日法律53号）第1条に「公証人ハ当事者其ノ他ノ関係人ノ囑託ニ因リ左ノ事務ヲ行フ権限ヲ有ス。」と規定し、その第1号において「法律行為其ノ他私権ニ関スル事実ニ付公正証書ヲ作成スルコト。」と規定しています。この規定に基づき公証人が作成した証書が公正証書です。

法律行為というのは当事者の意思表示に基づく法律的效果の発生を目的としてなされる行為のことを言いますが、意思表示の結合の態様によって、契約、合同行為、単独行為に分けられます。

契約には、売買、贈与（死因贈与）、消費貸借、賃貸借、請負、雇用、委任、担保権設定、財産分与などがあります。合同行為は、多数当事者による同一方向への意思表示を構成要素とする法律行為のことを言い、法人の設立行為などがこれに該当します。単独行為は、遺言のほか、権利の放棄、債務の承認などがあります。

私権に関する事実について作成する公正証書とは、公証人が直接

見聞した事実の記録として作成した事実実験公正証書のことを言います。公証人法35条は、「公証人証書ヲ作成スルニハ其ノ聴取シタル陳述、其ノ目撃シタル状況其ノ他自ラ実験シタル事実ヲ録取シ且其ノ実験ノ方法ヲ記載シテ之ヲ為スコトヲ要ス。」と規定しています。この規定からも明らかなように、事実実験公正証書は、特定の物、場所、装置、現象等を目撃し、あるいは関係者の供述を聴取し、その経緯及び内容、結果などを公正証書に記載したものです。

この公正証書は、公証人が自らの五感の作用で認識した事実を対象としますので、前述の売買契約などの法律行為を対象とする公正証書とは区別して事実実験公正証書と呼んでいます。例えば、終末期の医療行為に関して尊厳死宣言公正証書を作成することがあります。これは、終末期に、人間としての尊厳をもって自然に終末を迎えたいという思いから、ただ機械的に生命を維持するためだけの延命措置をとらず、あるいは延命措置を中止すること、他方で、苦痛を和らげる処置は積極的に実施することなどを内容とするものです。公証人が、本人の嘱託により、嘱託人が述べる内容を録取する形式のもので、事実実験公正証書にあたります。

一般には公正証書で作成するか否かは当事者の方の任意です。ただ、例外があります。法律の規定により公正証書によって作成しなければ効力を生じないとしているものがあります。任意後見契約公正証書（任意後見契約に関する法律3条）、事業用定期借地権設定契約公正証書（借地借家法23条3項）、規約設定公正証書（建物の区分所有等に関する法律32条）などがそれです。

よく公正証書にしておいたほうがいいよと言われるのは、次に述べるような公正証書がもつ効力があるからです。これが公正証書の利点であると言えます。

公の証書の効力としては、まず信頼性があります。

公正証書は、特定の法律行為や事実について利害関係をもつ人や法人からの依頼によって作成されます。契約であれば、消費貸借の貸主や借主などの契約の当事者の依頼によって作成されるのが通常です。遺言は、遺言者の依頼により、民法で認められた「公正証書による遺言」という方式（民法969条以下）により作成されます。

契約や遺言について公正証書が作成されたときは、公正証書自体が契約書または遺言書の実質をもつことになり、契約書や遺言書が通常の私文書から公の証書としての存在になり、それだけ信頼性が高まると考えられます。

二つ目は、証明力（証拠力）です。

法律行為について公正証書を作成するには、公証人は、依頼者から詳しく事情を聞き、資料を確認し、内容を法律的に整序して公正証書を作成し、当該法律関係について疑問等が生じる余地がないようにします。これによって公正証書は、紛争の予防に役立ちかつ証拠としての強い効力を持ちます。

三つ目は、執行力です。

公正証書の内容が金銭の支払に関するものなどであるときは、債権者は、これによって判決と同様に強制執行をすることができます。金銭消費貸借契約により借りたお金の支払義務の執行や、離婚

に伴う養育費の支払義務の執行などに多く活用されています。これは、強制執行を受けることについて、あらかじめ債務者の承諾を得て、その承諾条項が公正証書に記載されていることによるものです。

この公正証書に基づき強制執行の手続を進めるには、公正証書を作成した公証人から強制執行をするための執行文の付与を受ける必要がありますので（民事執行法26条）、公正証書を作成した公証役場で必要な書類等を確認するのが一番簡便です。

例えば、公正証書で約束した養育費の支払義務などが履行されない場合には、その公正証書（執行証書の正本といいます）を持参して当該公証役場の当該公証人に執行文の付与を申し立てます。基本手数料は一件につき1700円です（公証人手数料令38条）。ただ、内容によっては加算される場合がありますので、具体的には公証役場で確認する必要があります。

この執行文の付与を受けて、今度はそれを持参して裁判所に実際の執行手続を申し立てます。

四つ目は、安心性と安全性です。

公正証書は、公証役場に保存されますので、秘密が漏れるおそれがなく、紛失や隠匿の心配もありません。これも公正証書の利点であると言えます。

ただ、遺言公正証書の場合、証人二人の立会いが必要です（民法969条1項）。これは遺言者の同一性、精神状態の確かなこと、遺言が遺言者の自発的な意思によりされたものであり、遺言書に自らの

意思で署名・捺印したことなどを公証人とは別の立場で証するためのものです。

以上のような公正証書のもつ有用性と信頼性等のゆえに公正証書が各種契約、遺言等を中心に各分野で数多く作成され、活用されています。

このような多種・多様な公正証書のうち、土地・建物等の不動産を対象に、不動産の表示（現況）、保存、設定、移転、変更、処分
の制限、滅失等不動産の物理的現況と不動産に関する権利関係の変動を中心に作成した公正証書は、不動産登記の登記原因証明情報その他の登記関連情報として、不動産登記との係わりの中において大変重要な意義を有しています。

そこで、本書は、公正証書が、不動産登記との係わりの中で、果たしている役割と機能を中心に、公正証書と不動産登記をめぐる諸問題について、その実情と問題点、今後の課題等を中心に考察を加え、判例、学説、先例、実例等を織り交ぜながら、理論的側面と実務的側面、さらには実体法的側面と手続法的側面から体系的かつ網羅的に研究し、その成果をまとめたものです。

民法を中心とする各種実体法と不動産登記法を中心とする各種手続法の接点において、公正証書が、不動産登記の真実性と信頼性をさらに高め、不動産登記の高度化と不動産取引の安全と円滑の推進、そして国民の皆様の権利の明確化とその保全に大きな役割を果たすことによって、不動産登記制度が社会の経済基盤、生活基盤を支える極めて重要な制度としてさらに大きく発展し、国民の皆様の

この制度に対する期待と信頼がより一層確固たるものとなることが望まれるところです。

本書は、「公正証書と不動産登記をめぐる諸問題」と題して、登記インターネット誌121号（2010年1月号）から126号（2010年6月号）まで、「不動産登記をめぐる諸問題についての若干の考察」と題して登記研究誌750号（2010年8月号）から757号（2011年3月号）までに連載させていただいたものですが、是非一冊の本にという強い御要望を読者の方々からいただき、今回さらに加筆・修正を加えて発刊させていただくことにしたものです。

多くの関係する方々に御活用いただければと思う次第です。

なお、本書の刊行にあたっては、株式会社テイハンの河野社長はじめスタッフの皆様方に大変お世話になりました。厚く感謝申し上げます。

最後になりましたが、東日本大震災の傷跡に心痛む日々です。一日も早く復旧・復興と再生、そして更にその進化に向かって歩むことができるよう日々祈るような気持です。そんな気持を心の糧として、この新刊を発刊したいと思います。

2012年2月

藤原勇喜

公正証書と不動産登記をめぐる諸問題

● 目 次 ●

はじめに……………	1
-----------	---

第 1 序 論

第 2 遺言公正証書と不動産登記

1 遺 贈……………	5
(1) 特定遺贈……………	6
(2) 包括遺贈……………	6
① 特定遺贈と包括遺贈の併存……………	6
② 全部包括遺贈と割合的包括遺贈……………	8
(3) 負担付遺贈……………	9
(4) 後継ぎ遺贈……………	9
(5) 第三者が遺贈により未成年者に与えた財産と当該財産に対する親権者の管理処分権……………	11
(6) 遺贈による登記と対抗力……………	12
① 遺贈の効力……………	12
② 遺言執行者の指定……………	14
(7) 登記手続……………	14
① 共同申請……………	14
② 登記原因証明情報……………	15

2 目 次

③ 受遺者の死亡	18
④ 受遺者の放棄	19
⑤ 遺贈による登記申請と相続による登記申請	20
⑥ 受遺者への遺贈による登記と相続人	20
⑦ 相続人への相続による登記と受遺者	21
⑧ 第三者への移転登記と受遺者	21
(8) 参考判例	23
(9) 参考先例	30
(10) 参考事例	34
2 「相続させる」旨の遺言	34
(1) 遺産分割方法の指定	34
① 特定の財産	35
② 相続財産の全部	35
③ 割合的包括「相続させる」旨の遺言と相続分の指定	35
④ 「相続させる」旨の遺言と遺産分割	37
⑤ 予備的遺言	41
⑥ 清算型遺言	45
(2) 負担付「相続させる」旨の遺言	47
(3) 「相続させる」旨の遺言による権利移転と対抗力	48
(4) 「相続させる」旨の遺言による登記手続	50
(5) 参考判例	51
(6) 参考先例	55
(7) 参考事例	56
(8) 遺言執行者の権限	57
(9) 遺言執行者と相続財産管理人	65
(10) 「相続させる」旨の遺言への読替	67
3 相続分の指定	68

(1) 相続分の指定と対抗力	68
(2) 特別受益	69
(3) 持戻免除の意思表示	70
(4) 相続分の指定による登記	70
4 祭祀の主宰者の指定	71
(1) 祭祀財産の承継と相続	71
(2) 登記手続	73
5 参考判例	76
6 参考先例	79
7 参考事例	89
8 涉外遺言	91
(1) 相続統一主義と相続分割主義	92
(2) 準拠法の指定	93
(3) 相続制度の構造	96
(4) 遺言の方式の準拠法	97
(5) 検認の準拠法	97
(6) 遺言執行者の準拠法	98
(7) 相続財産管理人の準拠法	101
(8) 相続人不存在による財産処理の準拠法	101
(9) 相続の承認・放棄の準拠法	102
(10) 不統一法国法、未承認国法の指定	102
(11) 物権の準拠法	104
① 不動産取引と準拠法の指定	104
② 不動産に関する物権	105
(12) 涉外不動産登記手続	110
① 売買、贈与等による不動産登記手続	110
② 相続、遺贈による不動産登記手続	111

4 目 次

③ 外国法人	113
④ 申請情報, 添付情報	115
9 遺言公正証書作成後の変動	120
(1) 遺言書の解釈	120
(2) 身分の変動	125
(3) 財産の変動	127
10 参考判例	133
11 参考先例	135
12 参考事例	156

第3 遺留分の減殺と不動産登記

1 遺留分	160
2 遺留分算定の基礎	163
3 遺留分減殺の対象	166
4 遺留分減殺方法の指定	167
5 包括遺贈と遺留分減殺	167
6 「相続させる」旨の遺言と遺留分減殺	168
7 遺留分の算定	169
8 遺留分減殺物件の選択	170
9 遺留分減殺請求と生命保険金	171
10 遺留分減殺請求と貸金庫の内容物引渡請求権	172
11 遺留分減殺請求と土地使用利益の特別受益性	172
12 遺留分減殺請求と権利濫用	173
13 遺留分減殺請求と遺産分割協議の申入れ	173
14 遺留分減殺請求と特別受益者の相続分	174
15 遺留分減殺請求の順序と受付番号	174

16	遺留分減殺請求と弁償返還金供託	175
17	遺留分減殺請求と第三者	176
18	遺留分減殺請求と寄与分	176
19	遺留分減殺請求による返還請求権と消滅時効	177
20	被請求者が数人いる場合の遺留分減殺請求の仕方	177
21	遺留分減殺請求と負担付き相続	178
22	遺留分に関する民法の特例	178
23	遺留分減殺請求と登記手続	179
	(1) 基本的な考え方	179
	(2) 包括遺贈に対する遺留分減殺請求とその登記	183
	(3) 相続分の指定に対する遺留分減殺請求とその登記	183
	(4) 「相続させる」旨の遺言に対する遺留分減殺請求とその登記	184
	(5) 遺留分減殺請求による同一の申請書による登記申請	185
	(6) 遺留分減殺請求と受遺者の固有財産移転登記の登記原因	185
	(7) 遺留分減殺請求の撤回・取消と所有権移転登記の抹消	186
	(8) 遺留分減殺請求と遡及効	186
24	参考判例	191
25	参考先例	202
26	参考実例	207

第4 遺産分割公正証書と不動産登記

1	公正証書による遺産分割協議書の作成	209
2	遺言による遺産分割方法の指定	210
3	第三者に対する遺産分割方法指定の委託	211
4	遺言による遺産分割の禁止	212
5	遺産分割による登記	213

6 目 次

(1) 遺産分割の協議	213
(2) 遺産分割の当事者	213
(3) 遺産分割の対象	215
① 相続債権	215
② 相続債務	216
③ 相続後における財産の増減・減失	217
(4) 遺産分割の協議基準	219
(5) 遺産分割の効果	221
① 遡及的効力	221
② 対抗要件	222
③ 死後認知	226
(6) 遺産分割の瑕疵	227
① 無効	227
② 取消	228
③ 解除	228
(7) 共同相続の登記と遺産分割	228
① 共同相続登記後の遺産分割	229
② 共同相続登記前の遺産分割	230
③ 遺産分割公正証書の提供とその効果	230
(8) 遺贈による登記と遺産分割協議	231
(9) 共同相続の登記と遺贈	231
(10) 相続分の指定による登記と遺産分割	232
(11) 「相続させる」旨の遺言による登記と遺産分割	232
(12) 相続の放棄と遺産分割	234
① 共同相続人の一人が共同相続の登記の前にすでに相続放棄 をしていた場合	234
② 共同相続人の一人が共同相続の登記の後に相続を放棄した	

場合	234
(13) 相続分の譲渡による登記と遺産分割	235
① 遺産分割の協議の可否	235
② 相続登記前における相続分の譲渡と遺産分割協議	237
③ 相続登記後における相続分の譲渡と遺産分割協議	242
④ 第三者に対する相続分の譲渡と遺産分割協議	244
(14) 遺産分割による代償物譲渡と登記	246
(15) 共同相続人間における相続回復請求と遺産分割	247
(16) 遺産分割による登記申請と承諾書, 証明書	248
(17) 遺産分割による登記と相続財産の分配を受けない旨の意思表示	250
(18) 遺産分割による登記と特別受益者	251
(19) 遺産分割協議と相続放棄の申述	254
(20) 遺産分割協議と合意解除・再分割協議	256
(21) 遺産分割協議と不在者の財産管理人	257
(22) 遺産分割協議と特別代理人	257
(23) 遺産分割による贈与の登記と農地法の許可	258
(24) 遺産分割と詐害行為	259
(25) 遺産分割と財産分与	260
(26) 遺産分割と固有必要的共同訴訟	262
(27) 遺産分割と遺産から生じた果実の範囲	263
(28) 遺産分割と現物分割に代わる金銭債務の負担	264
(29) 遺産分割と第2次被相続人の遺産	265
(30) 相続人の破産と登記原因証明情報	265
(31) 遺産分割調停調書と単独の登記申請	268
(32) 遺産分割協議と法定相続人の一部を除く相続分指定の遺言書による登記申請	268

8 目 次

③③	遺産分割と再転相続による登記申請	269
③④	遺産分割による共有者の一人からの相続登記の申請	271
③⑤	包括受遺者が遺産分割を登記原因として所有権移転登記を申請する場合の登録免許税	272
6	参考判例	274
7	参考先例	299
8	参考事例	339

第5 死因贈与契約公正証書と不動産登記

1	贈与契約と負担付贈与契約等	360
(1)	贈与の意義	360
(2)	書面によらない贈与	361
(3)	条件付贈与と負担付贈与	362
①	条件付贈与	362
②	負担付贈与	362
③	負担付贈与と履行の終了	363
(4)	贈与・負担付贈与契約等の公正証書の作成	364
①	特別受益の持戻し	364
②	相続時精算課税	365
2	死因贈与契約と遺贈	365
3	死因贈与契約と民法994条1項	366
(1)	民法994条1項の準用	366
(2)	死因贈与契約公正証書の作成	367
4	死因贈与契約能力	368
5	無効な遺贈の死因贈与への転換	368
6	包括的死因贈与契約と債務負担	370

7	負担付（条件付）死因贈与契約とその取消し（撤回）	371
8	死因贈与契約とその執行	372
9	死因贈与契約と遺留分	373
10	死因贈与契約による仮登記と限定承認	373
11	贈与（死因贈与）契約と登記手続	375
	(1) 特定不動産の贈与と包括受遺者	375
	(2) 死因贈与契約と民法177条	376
	(3) 死因贈与契約と共同申請による登記	376
	(4) 執行者が指定されている場合の登記申請	376
	① 死因贈与契約書が公正証書による場合	378
	② 死因贈与契約書が私署証書による場合	378
	(5) 死因贈与契約書の登記原因証明情報としての適格性	379
	(6) 農地の死因贈与契約と農地法の許可書	380
	(7) 死因贈与契約と仮登記	381
	① 仮登記の可否	381
	② 和解と停止条件付所有権移転仮登記	384
	③ 目的不動産の処分と仮登記	385
	④ 死因贈与と受贈者死亡による登記	385
	(8) 死因贈与契約の取消し（撤回）と仮登記	386
	① 遺贈による1号仮登記と死因贈与による仮登記	386
	② 遺言の内容と異なる死因贈与による仮登記とその本登記	389
	(9) 登記申請手続	391
12	参考判例	396
13	参考先例	407
14	参考事例	426

第6 信託公正証書と不動産登記

1	信託の設定	428
2	新しい種類の信託	433
	(1) 遺言代用信託	433
	① 遺言代用信託の意義	433
	② 条件, 期限付遺言代用信託	435
	③ 自己信託による遺言代用信託	435
	④ 遺言代用信託と不動産登記	436
	(2) 後継ぎ遺贈型信託	436
	(3) 抵当権設定信託 (セキュリティ・トラスト)	439
	(4) 自己信託	441
	(5) 限定責任信託	441
	(6) 受益証券発行信託	442
	(7) 目的信託	443
	(8) 信託の変更	444
	(9) 信託の併合と分割	444
	① 信託の併合	444
	② 信託の分割	444
3	詐害信託	445
	(1) 詐害信託の取消し	445
	(2) 受益者が受領した信託財産給付の取消し (信託法11条)	447
	① 信託の取消し	447
	② 信託財産給付の取消し	447
	③ 取消権の時効	448
	(3) 受益権の譲渡請求	448
	(4) 脱法行為の禁止	448

(5) 詐害行為の否認	449
① 委託者（破産者）と詐害信託（信託法12条）	449
② 破産法による否認等	449
③ 民事再生法, 会社更生法による否認	450
4 信託財産	450
(1) 信託財産の独立性	450
(2) 信託財産の対象	451
(3) 信託財産の範囲（物上代位性）	451
(4) 信託財産の付合, 識別不能	452
① 信託財産の付合	452
② 信託財産の識別不能	452
③ 信託財産と固有財産等に属する財産の共有物の分割	453
(5) 信託財産の混同	453
(6) 信託財産の合筆・合併・合体	453
(7) 信託財産の併合及び分割	454
(8) 信託財産の制約	455
① 強制執行等の制限	455
② 相続	455
③ 破産手続開始決定	457
5 信託の効力	457
(1) 信託の効力の発生	457
(2) 受益者連続機能	458
(3) 倒産隔離機能	459
(4) 分別管理義務と不動産登記の留保	461
(5) 善管注意義務と忠実義務	462
(6) 受益者の取消権等	463
① 違反行為の差止請求	463

12 目 次

② 既にされた行為の取消し	464
③ 受託者の損失でん補責任	467
(7) 限定責任信託と破産	467
6 参考判例	469
7 参考先例	469
8 参考実例	490
9 信託と登記手続	491
(1) 新しい類型の信託登記	491
① 自己信託と登記	491
② 信託の併合・分割と登記	493
③ 信託財産の共有物分割と登記	495
④ 抵当権設定信託と登記	498
⑤ 信託の仮登記	502
(2) 信託登記の基本構造	509
① 信託登記の機能と役割	509
② 対抗要件としての登記	514
③ 効力要件としての登記	517
(3) 信託登記の申請方法	518
① 共同申請と単独申請	518
② 代位申請	519
(4) 信託登記の当事者	520
① 委託者	520
② 受託者	521
③ 受託者の変更	524
④ 受益者	528
⑤ 受託者と受益者の兼任	528
⑥ その他の信託関係人	529

(5) 信託の変更	532
① 当事者の合意等による信託の変更	532
② 信託の変更の登記	532
(6) 信託の終了	534
① 信託財産からの離脱	534
② 信託登記の抹消	534
(7) 登記申請情報	535
① 信託財産の公示	535
② 一つの申請情報	536
③ 信託登記の申請	538
④ 持分の表示	539
⑤ 信託登記の更正	540
⑥ 代位による信託の変更の登記	540
⑦ 権利の変更の登記と信託の抹消の登記	540
(8) 登記添付情報	541
① 登記原因証明情報	541
② 自己信託による権利変更の登記の真正担保	544
③ 信託財産が固有財産となった場合の権利変更の登記の登記 識別情報	544
④ 信託目録	544
10 今後の信託の展開	547
11 参考先例	551
12 参考実例	572

第7 賃貸借契約公正証書と不動産登記

1 事業用借地権設定契約公正証書	576
------------------	-----

14 目 次

2 事業用借地権設定契約公正証書作成の可否等	578
(1) 管理人が賃貸人となってする事業用借地権設定契約公正証書	578
(2) 転貸を目的とした事業用借地権設定契約公正証書	580
(3) 土地所有者等が変更した場合の事業用借地権設定契約公正証書	581
(4) 借地借家法の一部改正と借地期間	584
(5) 事業用定期借地権の変更契約と公正証書	586
(6) 契約解除条項	587
3 賃借権設定契約と敷金	588
(1) 登記事項としての敷金	588
(2) 賃貸人の破産と敷金返還請求権	591
4 不動産賃借権の登記とその手続	592
(1) 意 義	592
(2) 不動産賃借権の対抗力	592
① 民法による対抗力	592
② 特別法による対抗力	593
③ 借地借家法10条1項と建物の登記の地番表示の誤り	593
④ 借地借家法10条1項と建物の所有権の登記名義	594
(3) 登記申請情報	594
① 賃 料	594
② 敷金と保証金	594
(4) 登記原因証明情報	597
① 登記をする旨の約定	597
② 存続期間の延長と合意解除による新たな事業用借地権の設定	597
③ 所有者を異にする場合の事業用定期借地権設定契約	598
④ 借地権設定者からの建物買取請求	598

⑤ 事業用借地権と自己借地権	598
⑥ 事業用借地権設定の登記申請と当該設定公正証書の不動産 の表示	599
(5) 事業用定期借地権設定仮登記と公正証書謄本の提供	599
(6) 敷地権たる旨の登記のされた賃借権の転貸借とその登記	600
(7) 区分建物の専有部分と事業用借地権の設定	601
5 参考判例	606
6 参考先例	611
7 参考事例	627

第8 離婚給付契約公正証書と不動産登記

1 はじめに	629
2 ローン付不動産の財産分与	630
3 不動産の財産分与と詐害行為	632
(1) 財産分与の詐害性	632
(2) 民法424条2項	633
(3) 財産分与者の無資力	634
(4) 財産分与の相当性	634
(5) 財産分与の錯誤による無効	634
4 財産分与と税金	635
5 財産分与と分与者の破産	638
6 内縁関係の解消と財産分与	639
7 夫婦間の契約とその取消し	639
8 財産分与と不動産登記手続	641
(1) 離婚届出と財産分与	641
(2) 財産分与の予約と仮登記	641

16 目 次

(3) 財産分与による共有持分移転登記	643
(4) 条件付財産分与と登記原因証明情報	643
(5) 調停調書による登記義務者からの単独申請	644
(6) 財産分与と農地法所定の許可書の提供の要否	645
9 参考判例	646
10 参考先例	652
11 参考事例	654

第9 任意後見契約公正証書と不動産登記

1 任意後見契約の締結とその登記	656
(1) 意義	656
(2) 委任者の意思能力と契約意思	657
(3) 受任者の悪用意図の有無	658
2 代理権の範囲	659
(1) 法律行為と事実行為	659
(2) 死後事務の委任	659
(3) 同意権	660
3 任意後見契約の変更	660
(1) 基本的な考え方	660
(2) 受任者が二人の場合	662
4 任意後見契約の解除と任意後見登記の抹消	662
(1) 任意後見契約の解除	662
(2) 任意後見契約終了の登記	664
5 任意後見人の居住用不動産の処分	665
(1) 居住用不動産の処分	665
(2) 登記申請	666

6	委任者と任意後見人との利益相反行為と登記申請	667
(1)	民法860条の趣旨	667
(2)	利益相反行為	668
(3)	登記申請	668
7	任意後見人の代理権の有無と登記事項証明書	668
8	任意後見人等の登記代理申請と印鑑証明書	669
(1)	任意後見人	669
(2)	任意後見受任者	670
9	参考判例	672
10	参考先例	676

第10 売買契約公正証書と不動産登記

1	売買契約	679
(1)	所有権移転の時期	679
(2)	移転登記義務	680
(3)	不動産の一部についての売買契約	681
2	他人の不動産の売買契約	682
(1)	原始的不能	683
(2)	所有権の移転の時期	684
(3)	売主の地位と他人の地位との混同	685
3	農地の売買契約	687
(1)	農地法上の許可	687
(2)	農地の売買契約の成立	688
(3)	所有権移転等の効力発生時期	688
(4)	許可前の売買契約当事者の死亡	689
①	売主の死亡	689

18 目 次

② 買主の死亡	690
(5) 知事等の許可の性質	690
(6) 農地法の許可等を停止条件とする売買に基づく所有権移転登記の登記原因日付	691
(7) 被相続人が生前に取得した農地を相続した相続人から売買により取得した買主への所有権移転の登記	691
4 買戻付売買契約	692
(1) 買戻特約及びその登記の時期	692
(2) 買戻権の独立性	693
(3) 買戻権の譲渡・相続	693
① 譲 渡	693
② 相 続	694
(4) 買戻特約付不動産の転売と買戻権行使の相手方	694
5 不動産登記手続	696
(1) 買戻特約の登記と売買による登記との同時申請	696
(2) 買戻特約の登記の効力	696
(3) 買戻期間の登記	697
(4) 数個の不動産の所有権等の一括売買の場合の買戻特約と売買代金及び契約費用の登記	698
(5) 敷地権付き区分建物と敷地権の一括売買と買戻特約の登記	698
(6) 買戻特約の仮登記	699
(7) 買戻特約の登記の囑託	700
(8) 買戻特約の登記の一括申請の可否	700
(9) 買戻特約付土地の所有権一部移転登記	700
(10) 買戻特約付売買と登記原因証明情報	700
(11) 譲渡担保による所有権移転登記と買戻特約の登記	701
(12) 買戻の特約の登記の抹消登記と買戻権者の表示変更登記の可	

否	701
(13) 買戻権を目的とする質権の設定登記の可否	701
(14) 売買代金の分割支払いと買戻特約の登記の売買代金の表示方法	701
(15) 買戻特約の登記が付記されている所有権移転登記の更正の可否	702
(16) 買戻期間を経過している買戻特約の登記を競売による売却の原因として抹消することの可否	703
(17) 売買契約の日付と異なった原因日付で同時に登記がされている買戻特約の登記の効力	703
(18) 買戻特約の登記と第三者の許可	704
(19) 売買日付と買戻し特約の日付が異なる場合に於ける売買による所有権移転登記と買戻しの特約の登記	704

第11 譲渡担保契約公正証書と不動産登記

1 意義	705
2 譲渡担保と売渡担保	705
3 譲渡担保契約と買戻特約付売買契約	706
4 譲受人が背信的悪意者の場合の債権者の受戻権	707
5 譲渡担保権消滅後の不動産の第三者への譲渡	708
6 不動産譲渡担保と動産譲渡担保	708
(1) 非典型担保としての譲渡担保の特色	708
(2) 法的構成	709
(3) 集合動産譲渡担保	711
7 譲渡担保契約と設定者の破産等	713
(1) 別除権	713

20 目 次

(2) 行使の方法	713
(3) 実行手続	714
(4) 設定者について会社更生手続開始決定があった場合	714
8 登記手続	714
(1) 譲渡担保を登記原因とする所有権移転の登記がされている不動産について、債権者（譲渡担保権者）が死亡した場合にする所有権移転登記の登記原因	714
(2) 抵当権の被担保債権を譲渡担保に供した場合の抵当権の移転の登記の登記原因	715
(3) 譲渡担保権者が被担保債権とともに譲渡担保権を譲渡した場合の登記原因	715
(4) 譲渡担保権設定者に相続が開始した後に譲渡担保契約が解除された場合の登記手続	716
(5) 譲渡担保権の公示方法	717
① 譲渡担保の認定	717
② 譲渡担保の効力	717
③ 譲渡担保の登記	717
9 参考判例	720
10 参考先例	736
11 参考事例	749

第12 抵当権設定金銭消費貸借契約公正証書と不動産登記

1 抵当権設定契約	758
(1) 抵当権設定契約公正証書の作成	758
(2) 抵当権の被担保債権	758
(3) 金銭消費貸借の要物性	758

(4) 被担保債権の範囲	760
(5) 抵当権の効力の及ぶ範囲	761
① 付加一体性	761
② 従たる権利	763
③ 物上代位	765
④ 抵当権（根抵当権）設定金銭消費貸借契約公正証書の作成	766
2 抵当権設定契約公正証書の効力	768
(1) 特別の効力	768
(2) 抵当権設定の仮登記	769
① 抵当権設定契約公正証書を作成して抵当権設定仮登記をした場合	769
② 抵当権設定契約公正証書を作成することなく抵当権設定仮登記をした場合	769
3 抵当権（根抵当権）設定等登記手続	771
(1) 所有権または共有持分の一部を目的とする抵当権（根抵当権）の設定登記	771
(2) 登記申請情報	774
① 抵当権等の順位番号の記載	774
② 保証委託契約による保証人の求償権を被担保債権とする抵当権の債務者の死亡による抵当権の変更登記の登記原因	776
(3) 登記原因証明情報	778
① 金銭消費貸借契約の要物性と登記原因証明情報	778
② 債務弁済契約と登記原因証明情報	780

第13 代物弁済予約等(仮登記担保契約)公正証書と不動産登記

1 仮登記担保契約	781
-----------	-----

22 目 次

2 予約完結権の行使（停止条件の成就）	782
3 法定借地権	783
4 強制競売との関係	783
5 破産手続との関係	784
6 登記手続	785
(1) 担保仮登記の承諾条項	785
(2) 仮登記の効力	786
(3) 一般の仮登記と仮登記担保契約に基づく仮登記	786

第14 境界確認公正証書と不動産登記

1 問題の所在	787
2 筆界と所有権界	788
3 参考判例	790
4 参考先例	798

索 引

事項索引	833
判例年月日索引	850
先例年月日索引	859
実例索引	864
(1) 『登記研究』 質疑応答	864
(2) 決 議	865
(3) その他	865

第1 序 論

社会全体としては大きな変革期にあり、いろいろと厳しい状況下にあります。が、不動産登記制度の方は一足早く平成17年3月から大きな制度改革をしました。オンライン申請の方も、特例方式を踏まえて増加してきているようであり、ます。

私の個人的な立場で言えば、登記原因証明情報の必須化により、不動産登記の正確性の確保が一層向上したということで、大変大きな意味のある制度に変革してきていると思います。

もう一つのテーマでありました筆界の正確な公示、すなわち地図の整備につきましても、登記の客体である土地の筆界をいかに正確に公示するか、ということが大きな課題の一つだったと思いますが、こちらの方も筆界特定制度が平成18年にスタートしております。仄聞するところでは、大変事件数が多く、特定率もかなり高いと聞いていますので、法務省、法務局で行っているこの筆界特定制度は、国民の皆さん方に相当利用していただいている、意義のある制度として充実してきていると言えるのではないかと思います。それと同時に平成地籍整備による街区基準点等の整備、公図の数値化・公共座標値化、地積測量図の積極的活用、地籍調査の都市部への推進、法14条地図作製作業の大幅な拡大等により法14条地図の整備も大きな前進が図られていると思います。

そのようなことで、不動産登記制度の方は一足先に大きな改革をし、そして着実に前進してきていると言えるのではないかと思います。ところで、私は、かつては公証人として公正証書を作成する仕事をしておりました。この公正証書に係る事件は、一方では増加し、一方では減少しているという傾向になっております。

減少してきているといえますのは、消費者金融について規制が強化されたということがありまして、減少してきているのではないかと思います。

一方では遺言公正証書、任意後見契約公正証書等の事件数が増加しています。それから離婚に伴う離婚給付契約公正証書の事件も増加してきております。遺言公正証書の作成が増えているのは、高齢化社会になっておりますので、遺言を書いておこうかという方々が増加していることも一つの原因ではないかと思います。

それとともに現代社会を象徴しているといえますか、自己中心的な権利主張というのがあまりにも強い。いわゆる民法で定めている均分相続というのは、負担に応じて平等という思想のはずなのですが、負担はどこへやらで、義務は逃げて、権利ばかりを主張するという傾向が残念ながら強くなってきているように思います。

そこで親御さんとしては、負担をかけた子どもとか、これから事業を継いでもらいたいような立場にある子には、やはり財産を少しでも多く残してやりたいと考えると、これは遺言が大きな意味をもつと思います。遺留分減殺で減殺されるとしても、やはり遺言しておけばそれだけ多く財産が相続させたい人に相続させることができます。このような風潮が見受けられます。

それから遺言に関して言えば、グローバル社会で、国際的なボーダレス社会になってきました。アメリカのように、遺言がなければ相続なしというような国で生活してきた人にとっては、「なんで日本はもっと遺言しないの」みたいな感じなのです。ひと昔前ですと、「あそこの家のお父さんは遺言したんだって」などというと、「あの家は何かあったのかしら」みたいな、特異な存在のような風潮があったようにも思うのですが、今はそうではなくて、逆に「隣の奥さん遺言してもらったんだって、うちもしてもらわなくちゃ」とか、「私もちゃんとやっておいてもらわないと大変。子どもたちは子どもたちでいいよ。私の老後の生活のことをちゃんと考えてもらわなきゃ」などと言って、「妻に全部相続させる」というような遺言を書いてもらうというような風潮になってきました。遺言というのが、ごく普通のこととして国民の皆様方に受け入れられる形になってきたと思います。そのようなこともあり、遺言公正証書は増えてきております。

増えてきているとは言っても、「先生どのくらいですか」と言われると困ってしまいます。公正証書遺言は年間約7万件です。7万件で増えていることになるのですか、ということなのです。しかし、十数年ぐらい前は4万件とか、せいぜい5万件ぐらいの話だったので、増加してきていることは間違いのないのです。

それから、任意後見契約は平成12年にスタートしたのですが、任意後見契約公正証書の作成も増加してきております。国民の皆様方に周知されてきたと言えと思いますが、ここで一つ問題があります。どういうことかといいますと、後見人になる人です。約8割の人は自分の身内の人であるとか、知人とか、あるいは恩師の人だということで受任者になってくれる方を決めてまいります。しかし、あとの2割ぐらいの人は適当な人がいない、でも財産の管理は心配だということなのです。そうなりますと、私のほうで専門に仕事をしている方などにお声がけします。

ただ、「ちょっと費用がかかるのですけれども」と言う、「先生、いくらかかるんですか」「そうですね、3万円ぐらいは最低でもかかるんです」、「ああ、3万円、それでは全然問題ありません」と言うので、いろいろ話をしていくと、相談者の方は年に3万円と考えているらしく、「1年間で3万円だったらなんでもない話です」と言う。「すみません、それは1カ月に3万円は最低でもかかるのです」と言う、「1カ月に3万円ですか、それではどうにもなりません、私は諦めます」ということになってしまうのです。そのところをどう補っていくかが大きな課題の一つです。市民の方がボランティア的にやったらどうかとか、市町村のほうでそういう制度を設けるとか、いろいろな団体で考えている状況にあります。そのところが一つポイントです。

それから離婚給付契約公正証書の作成です。事件は増加しております。公正証書を作成する上におきまして、離婚のところでは問題になるのは不動産を所有している場合です。当初は離婚するなどということは思っておりませんから、マイホームを二人で購入して、何年か住むうちに、居住する家のほうは落ち着いてくるわけですけれども、夫婦の間がどうもうまくいかない。結局ローンを

組んで購入している場合にはローン付きで財産分与するということになる場合があります。その場合に、ローン付きで土地建物を財産分与する場合の権利関係とローンの支払いの関係をどのように構成するかという問題があります。

ひとくちに公正証書と言いましても、その内容によりまだまだ検討を必要とする問題が少なからず存在しています。本書はそういった問題点も含め、以下本論において実体法と手続法の両側面、理論的側面と実務的側面、さらには渉外的な要素も加味し、判例・学説・先例・実例等を十分に考慮しながら、体系的、網羅的に詳しく考察していきます。

第2 遺言公正証書と不動産登記

それでは、まず「遺言公正証書と不動産登記」というテーマに入ります。公正証書遺言の中で中心となるのは遺贈と相続させる旨の遺言です。

1 遺 贈

遺贈というのは、遺言による相続人または第三者に対する無償の財産処分です。民法964条は、「遺言者は、包括又は特定の名義で、その財産の全部又は一部を処分することができる。ただし、遺留分に関する規定に違反することができない。」と規定しています。遺贈は、遺言によってなされる相手方なき単独行為であり、死後行為です。受遺者は遺言の目的であり、相手方ではありません。贈与も財産の無償処分ですが、これは、贈与者との契約によってなされる財産の移転行為であり（民法549条）、生前行為であります。死因贈与は、財産の死後処分であり、実質的には遺贈に類似しますので、死因贈与は遺贈に関する規定に従うとされています（民法554条）。後になされた遺贈に抵触する先になされた死因贈与は、その抵触の限度で効力を失います。遺贈は、遺贈者がいつでも任意に撤回できます（民法1022条）が、死因贈与についても、遺言の取消に関する民法1022条がその方式に関する部分を除いて準用されます（最判昭和47年5月25日民集26巻4号805頁）【参考判例1】。受遺者が誰であるかは、遺贈者が決すべきことであり、遺贈義務者や遺言執行者に受遺者の決定を委託する遺言は、遺言の代理を許すのと異ならないことになり無効とされています（大判昭和14年10月13日民集18巻1137頁）【参考判例2】。ただ、この点については、後に述べるとおり、一定の範囲で緩和されています。

負担は、特定遺贈のみならず、包括遺贈にも付することができますし、遺贈は財産行為ですから条件や期限をつけることもできます（民法985条2項）。

(1) 特定遺贈

特定遺贈は、特定名義すなわち個々の財産的利益を特定して与える遺言です。財産的利益を与えるというのは、単に積極的価値のある財産の贈与に限らず、債務の免除でもかまいません。判例は、遺言で遺言執行者を指定するとともに、相続債務を清算させるために遺言執行者に遺産を売却するよう命じた場合は、遺贈にあたらないとしています(注1)が、遺言執行者を指定し、遺言執行者が遺産全部を売却したうえ、相続財産を清算し残額を一定範囲の者に一定の割合で分配すべきことを命じた遺言(注2)は、遺贈として有効であるとしています。

遺贈は、遺言作成時に遺言者の所有に属する財産でなくとも遺言の効力発生時に存在する財産であればよいのですが、遺言者の死亡時に相続財産に属しないものを目的とする遺贈は、原則として効力を生じません。しかし、相続財産に属すると否とにかかわらず、これを遺贈の目的としたものと認められるときは有効です(民法996条)。例えば、第三者Aの所有権をBに遺贈し、遺贈義務者がこれを取得して、移転するよう指示しているような場合です。この場合は、遺贈義務者はその権利を取得して受遺者に移転する義務を負います(民法997条)。

遺贈の目的物は、財産であることを要しますが、特定物・不特定物であることは問いません。また、権利は現在のものでなくとも将来確定するものであればよく、例えば、将来生ずる債権収取利息、将来収取る果実などでもよいのです。また遺贈により借地権を設定することも認められると解されます。使用貸借権についても同様に解されますが、この場合は、一種の使用利益の遺贈になると解されます。

(2) 包括遺贈

① 特定遺贈と包括遺贈の併存

遺贈に関してはまず「特定遺贈」と「包括遺贈」の併存という問題がありま

す。これは解決している問題ですが、かつて次のような問題がありました。

ある不動産をCに遺贈し、残りの全部の財産をBに遺贈とする遺言です。このような遺言ができるかどうか、特定不動産すなわち甲不動産をCに遺贈するわけですからこの遺贈は特定遺贈です。その他の財産全部をBに遺贈する。こういう遺言がなされた場合に、まずこういう遺言が成り立つのかどうか。その他の財産のすべてをBに遺贈すると言うけれども、特定財産を除いているので、その特定財産を除いた状態で、その他の財産全部をBに遺贈するというのは特定遺贈なのか、包括遺贈なのかという話なのです。

ここは常識的に考えれば、それは特定の不動産を除いているから、確かにその人が持っている財産の全部ではないけれども、その他一切の財産と言っているのだから、その他一切の財産ということであれば、それは包括遺贈ということで併存できるのではないか。そのときに問題になるのは、その他財産の中に不動産が含まれている場合です。甲不動産はCに遺贈するけれども、それ以外に乙不動産がある。あるいは丙不動産もあるかもしれない。その乙不動産が農地の場合もあり得ます。そうすると、その農地について所有権移転登記を申請する場合に、その他一切の財産をBに相続させるという遺言書すなわち登記原因証明情報を提供すれば、その農地についての所有権移転登記申請に農地法の許可は要るのですか、要らないのですかということが問題になります。

私のかつての見解は、それはその他財産をすべてBに遺贈と言っているけれども、その他財産の中には、当然乙不動産一筆だけという場合だってあるのだから、仮に乙不動産一筆だけと言うことで、それが農地だったら、それは当然農地法の許可が要る、そういう一筆だけという可能性もある以上は、農地である乙不動産についての所有権移転登記申請には農地法第3条の許可が要ると考えていました。私の著書である『相続・遺贈の登記』の初版516頁にはそう書いてあります。これは、私自身も理論的に考えればそうなるということが一つあったのと同時に、名古屋法務局の実務研究会の教材の中に同じテーマについて、その他財産の中に農地があった場合には許可書が要るという結論になっていたのを参考にしたわけです。

ところが、当時の公証人会で、「この結論は疑問である。特定の甲不動産はCに遺贈する、その他の財産すべてをBに遺贈すると言っているのだから、それは包括遺贈と解すべきではないか。包括遺贈であれば、許可書は要らないと解釈すべきだ。」ということでした。そのことが『民事法情報』の107号に掲載されておりますが、そこでは、いずれにも解釈することはできるけれども、その他のすべての財産をBに遺贈するという、その趣旨は、確かに特定財産は除いているから、本当の意味で全部ではないけれども、特定財産を除いた、その他の財産のすべてをBに遺贈すると言っているのだから、それは包括遺贈と解することができるのではないか。包括遺贈と解することができるということであれば、農地であっても第3条の許可は要らないと解することはできるという結論でした。

私は、そうであれば「包括して遺贈する」というように明記すべきである、そうでないと趣旨が曖昧で明確にならないという注釈を付けた上で、前述の私の著書の改訂のときに、同じテーマについて農地であっても許可書は要らないという内容に改訂をいたしました(注3)。そんな問題があったということを参考までに紹介しておきます。

現在の登記実務も、遺言によりAに特定の不動産を、Bにそれ以外の財産全部を遺贈した場合について、Bに対する遺贈は包括遺贈と解し、農地法所定の許可書の添付は要しない扱いをしています(注4)〔参考事例1〕。

② 全部包括遺贈と割合的包括遺贈

包括遺贈は、包括名義すなわち遺産の全部またはその分数的割合による遺贈です。割合的包括遺贈は「全財産の3分の1を何某に包括して遺贈する」といった内容の遺贈です。包括受遺者は、原則として相続人と同じ権利・義務を持ちます(民法990条)。両者の主たる相違点は、包括遺贈が積極及び消極財産を承継するのに対して、特定遺贈は積極財産のみを承継します。なお、包括受遺者が存在する場合は、包括受遺者は、相続人と同一の権利義務を有します(民法990条)ので、「相続人のあることが明らかでないとき(民法951条)」には当たらないとされています(注5)。したがって、この場合は特別縁故者の財産分

与の請求はできません（民法958条の3）。

(3) 負担付遺贈

次は「負担付遺贈」です。負担付遺贈も、公正証書で作成することがあります。負担は、遺贈の付款であって条件ではなく、遺贈の効力発生と同時に負担の義務が課せられます。負担の履行を条件として遺贈の効力が発生するわけではありません。負担の履行は遺贈の取消し原因となるにすぎません（民法1027条）。例えば、「甲土地をAに与える。その代わりにAはBに金1,000万円を支払え」というような内容の遺言も負担付遺贈です。この場合、Aがもし負担を背負いこみたくなければ放棄することができます（民法986条）。放棄は遺贈義務者（遺言執行者を含む）に対する意思表示ですることができます。負担付遺贈は登記との関連で言えば、通常の遺贈の登記と変わらないわけですが。負担というものを登記簿に載せるとい形にはなっておりませんので、登記的には負担付遺贈もそんなに大きく問題になることはないと思います。

(4) 後継ぎ遺贈

次は「後継ぎ遺贈」です。後継ぎ遺贈は、公正証書遺言で作成することについては消極的です。どういう形になるかという点、後継ぎ遺贈の法律構成は、例えば、Aを起点としてBへの解除期限付所有権移転とCへの停止期限付所有権移転であると構成し、Bの死亡によりA・B間の贈与（相続）は失効し、所有権はいったんA（正確にはAの相続人）に復帰し（したがって、不動産はBの相続財産にならない。）、すぐにAの相続人からCに移転すると構成しています（注6）。しかし、このように構成するとこれは期限付所有権ということになるのではないかと、所有権に期限を付けるのですか、ということになりそうです。そうであるとすれば、物権法定主義に反するということになりそうです。妻の所有権が妻の死亡を解除期限として遺言者である夫Aの相続人に復帰することになると、こういう遺言は、今の民法の体系の下では認められないのではないかとというのが現在の公証実務の考え方です。学説にはそういう遺言を必

ずしも否定しないという考え方があります。考え方としては、不確定期限付遺贈、すなわち、B死亡を不確定期限としてAからCになされる遺贈、それから、Aから遺贈を受けたBが死亡した時点で、Aがあらかじめ指定したCにBからではなく、A（Aの相続人）から権利が移転する（停止期限付移転）とし、あるいは負担付遺贈すなわちB死亡時に遺贈目的物の所有権がBに存するときには、その時点においてその所有権をCに移転する趣旨の遺贈とする。この点に関する最高裁昭和58年3月18日判決（注7）は、不動産を妻に遺贈するが経営する店のために必要なので一応そのまま利用させて、妻の死後は、遺言者の弟妹らがその権利を分断所有する旨の遺言の趣旨を問題としています。原審は、本遺言は後継ぎ遺贈と言われるものであるが、妻への遺贈として有効なものであり、弟妹への権利移転は、単なる希望にすぎないと解釈しました。しかし、最高裁は、①原審の解釈による遺贈のほか、②弟妹への権利移転を負担内容とする妻への負担付遺贈、③妻死亡時に当該不動産の所有権が妻にあるときは、所有権が弟妹に移転する趣旨の遺贈、あるいは④妻は実質的に不動産の使用収益権を付与されたにすぎず、妻の死亡を不確定期限とする弟妹への遺贈と解釈する余地があるとして原審を破棄し、差戻しています。

登記の面からみても問題があります。AからBへの第1次受遺者については権利消滅の登記（不動産登記法（以下「不登法」といいます。）59条5号）、第2次受遺者については、期限付権利の保全の仮登記（不登法105条）をすることが考えられますが、第2次受遺者は、第1次受遺者の生前は、不動産の所有権を取得できず、第2次遺贈という不確定期限付法律行為を介して期待権を取得しているにすぎないと解されます。したがって、第2次受遺者についての仮登記はできないのではないかと考えられます（注8）。

そういうことから、後継ぎ遺贈は未解決の問題があるように思います。私は、遺言として公正証書では作成していないし、登記手続上もその登記を実現させるのは非常に問題があると言えるのではないかと思います。今回の信託法の改正では、受益権という形に姿を変えていますけれども、この後継ぎ遺贈型受益者連続信託は認めています。これは新信託法（91条）の特色であります。