

Trust Sixty Foundation

相続法上の諸問題

トラス60研究叢書

平成15年 3月

はしがき

漸くにして「相続法上の諸問題」をまとめることができた。「相続法制研究会」なる名称の下に、わが相続法（以下、相続法という）の研究に関心を有する者9名が集まり、相続法に関し解釈論、立法論、比較法さらには判例評釈を試み始めたのは1998年4月であった。原則として毎月1回の例会をもち、報告者の問題提起を承けて、会員相互間で活発な議論が展開され、私が申すのはあるいはどうかと思われるかもしれないが、毎回それなりに得るところが大きく、私などは例会の翌早朝に、まだ忘れないうちにということで、注目すべき発言、教えられたところ、および、将来の論文の主題になりそうなポイントをカードにして蓄えるのが常であった。

会員共通の問題意識は、相続法はあまりにも不備であつて、解釈論、立法論の宝庫だところにあつた。そしてこの問題意識に発して、各人が特に関心を抱く主題に関して、研究会のいわば成果を公にすることにより、大方の御批判・御教示をいただくことにはどうかということに同一一致した。という次第でまとめたのが本書である。統一主題の下にまとめるというのはもっと先のことにして、今回は、会員各自がぜひ書いてみたいという主題に関して、研究会から吸収したいいわば栄養分を活用しつつ、存分に筆を振るうことになった。その成果がいかにどのようなものであるかは、読者の御判断にまつほかはない。

収録論文は、まず相続法プロパーに関する論文4編を、それぞれの中心となる相続法の条文の順に配列し、それに続いて、相続法と相続税法との関係に関する論文1編、最後にフランス相続法に関する論文1編を配列した。全会員が各自1編ずつ執筆するのが当初の企画であつたけれども、諸般の事情が重なり、惜しいことではあるが、それがかなわなくなった。未収録の会員には、別の形での発表を期待することにしよう。

4年の長きにわたり、研究会の設営をはじめ、細部の事務処理、果ては本書の刊行に関する様々の御仕事について、財団法人トラスト60の献身的なお世話を受けた。会員一同心から謝意を表する次第である。

2003年1月21日
研究会を代表して
米倉 明

相続法制研究会

会 員 名 簿

会 長	米 倉 明	早稲田大学教授
会 員	岩 志 和 一 郎	早稲田大学教授
	千 藤 洋 三	関西大学教授
	副 田 隆 重	南山大学教授
	原 田 純 孝	東京大学教授
	水 野 忠 恒	一橋大学教授
	山 崎 宏 征	弁護士
	玉 上 信 明	住友信託銀行
	川 島 正 幸	住友信託銀行 (2000年3月まで参加)

(順不同、敬省略)

目 次

はしがき（米倉 明）	i
銀行預金債権を中心としてみた可分債権の共同相続 ——当然分割帰属なのか——（米倉 明）	1
遺産共有、遺産分割と具体的相続分（副田隆重）	41
いわゆる「相続させる」遺言とその相続法上の位置（岩志和一郎）	59
銀行実務から見た相続法の問題点（玉上信明）	75
相続法と相続税法との交錯（水野忠恒）	87
フランス相続法の改正と生存配偶者の法的地位 ——2001年12月3日の法律をめぐって——（原田純孝）	135

銀行預金債権を中心としてみた
可分債権の共同相続
——当然分割帰属なのか——

米 倉 明

目 次

- 1 序——問題と問題意識——
- 2 判例の受け止め方について
- 3 当然分割帰属説の吟味——利益衡量の観点から——
- 4 当然分割帰属説の吟味——法律論の観点から——
- 5 427条から離れた法的構成の試み
- 6 結び

1 序——問題と問題意識——

本稿において分析の対象とする問題は表題のとおりである。相続法上あまりに周知の問題はほぼ論じ尽くされたかの観を早しており、再度論ずる必要があるのかといふかられるかもしれない。しかし、私によれば、この問題については論ずべきポイントがなお少なからず残っているのである。

以下においては、まず(i)問題設定の発端について触れ、続いて(ii)そこから引き出されてきた私の問題意識を提示することにした。

本稿においては、既存の文献(判例を含む。以下同じ)の引用・紹介(以下、引用という)にスペースをあてることを完全にやめることはできないにしてもなるべく節約し、「論ずる」ことに主力を注ぎたい。文献の引用については、文献のダイジェスト・整理の妙を發揮した作品¹⁾に大きく依存することにし、個別の文献については、私の眼からみて必要最小限の引用にとどめることとする。スペースのほとんどが既存の文献の引用にあてられ、論述の部分はほんのつけたりでしかないという事態は避けたいからである。このことをお断りしておく。引用する規定は特に断らない限り、わが民法の規定である。

(i) 問題設定の発端についていえば——相続財産である銀行預金債権について、遺産分割前に、共同相続人の一人が単独(自己単独名義)で、自己の法定相続分相当額の払戻を請求した場合に、銀行はどう対処すべきか。

銀行実務²⁾は——今のところ——払戻抑制実務とでもいうべきである。即ち、問題の相続人が問題の払戻を受けることについて全員の同意がある場合には払戻に応ずるけれども(それにしても、相続人の範囲について一応の心証を得るため、戸籍謄本等の提出を求めたりはする)、そうでない場合には払戻に応じない。もっとも、諸事情をしんしゃくのうえ、払戻に応ずることはある。例えば、葬式費用相当額、被相続人に扶養されていた者の当座の生活費相当額の払戻を挙げることができよう(これらは「便宜扱い」と呼ばれているようである)。以上のような払戻抑制実務の下においても、払戻に応ずるよう命ずる判決が出された場合には、それに従うことはもちろんのことである。

銀行が払戻抑制実務に傾くのは、遺産共有に関して合有説をとるからとか共有説をとるからとかいう理論的根拠にもとづくというよりは、払戻に応じたことによって共同相続人

間の紛争に巻き込まれ、場合によっては応訴せざるを得なくなる事態を未然に回避したいがためである⁶⁴。これが実質的根拠である。訴訟の勝敗いかなの問題以前に、そもそも応訴すること自体が煩わしく、勝訴してみても採算に合わない場合が多いことを思えば、ほぼ推察がつくというものである。

銀行実務から転じて裁判例の動向⁶⁵をみると、次のようにいうことができる。即ち、最上級審では、銀行預金債権の共同相続、その払戻請求の可否が争点となった事件は存しない。その他の金銭債権の共同相続に関する事件において、金銭債権およびそれ以外の可分債権は相続開始と同時に当然に分割され、各共同相続人に帰属すると判示されてきた。これに対し下級審では、銀行預金債権の共同相続、その払戻請求の可否がしばしば争点となって登場し、裁判所は銀行の払戻抑制実務に一定程度の理解を示しつつも、次第に、払戻請求をする相続人は相続開始と同時に法定相続分相当額について権利を取得しているのだから（当然分割帰属）、もともと払戻請求をなし得て当然なのであって、従って、問題の相続人が自分としてはこの銀行預金債権を遺産分割協議の対象とすることに同意しないと述べたような場合には、もはや全員の同意を問題にする余地はなく、銀行は払戻に応ずるべきだとし⁶⁶、「当然分割帰属」の終着点に到達した感を禁じ得ない。

学説⁶⁷はどうかというと、銀行の払戻抑制実務を積極的に肯定する立場と、これに消極的な立場とに分かれる。

前者には、共同相続された銀行預金債権は合有債権と解すべきだとする立場と、共有説合有説とは関係なく、預金契約（約款）の解釈として、預金者（被相続人）は相続の場合における払戻抑制実務を受け容れることに同意しており、相続人は被相続人のそのような地位を承継した以上、払戻抑制実務を受け容れざるを得ないはずだとする立場とがある⁶⁷。

後者（消極的な立場）は払戻抑制実務の実質的根拠（先述）は了解できるけれども、共有説を採用して、しかも当然分割帰属とまで法的構成するからには、問題の銀行預金債権のうち法定相続分相当額は問題の相続人固有の権利としてその者に帰属し、銀行がその者に対してした払戻は権利者に対する弁済として有効な弁済そのものであり⁶⁸（債権の準占有者に対する弁済——478条——として有効扱いされることがあるのとは異なる）、後の遺産分割の結果、問題の銀行預金債権が問題の相続人に振り当てられなかった場合にも、先にした弁済は有効にとどまると解する（909条但書）。

前者と後者の差異は大きなものではあるまい。後者といえども、払戻抑制実務の実質的

根拠について了解を与えるからには、銀行が問題の相続人に対して、払戻請求にさいして一定限度の説明を求めること（その限りでは払戻を抑制すること）は認めざるを得ない。ひるがえって前者といえども、問題の相続人から一定限度の説明を受けただうえで、紛争はおそらく起きまいとの心証を得たなら、銀行は払い戻すべきだということになる。結局、両者とも一定限度における払戻抑制を認めることになる。ただ、前者は払戻抑制からスタートして払戻を認めるにいたるのに対し、後者は、むしろ本来は当然に払い戻すべきだとの立場からスタートして、将来の紛争発生（それへの巻き込まれ）を懸念して払戻を抑制するというように、アプローチの仕方がいわば正反対になっているところから、銀行が問題の相続人に対して求める「一定限度の説明」の範囲、程度にいくらかの差異が生ずることは考えられるけれども、その差異は大きくはないであろう。

（ii）銀行の払戻抑制実務に関する、右にみた判例・学説の状況を前にして、私は次のような3個の問題を意識せざるを得ない。

第1に、下級審裁判例はともあれ、本来の意義における「判例」たる最上級審判例では、共同相続された銀行預金債権は各相続人に当然分割帰属するという立場（以下、当然分割帰属説という）がとられているといえるのかどうか。最上級審の事案に、銀行預金債権が共同相続された事案が1件も見当たらないことを考えてみると、判例が銀行預金債権について当然分割帰属説をとっているというのは、いささか早計なのではないか。

第2に、当然分割帰属説のもたらず帰結は、利益衡量の観点からみて、果して妥当なのであろうか。

第3に、当然分割帰属説には、法律論の観点からみて、問題があるのではないか。例えば、同説をとりつつ、問題の銀行預金債権はなお遺産分割の対象となるというべきなのか。これを肯定するには、いささかぎこちな説明をしなければなるまいが、そうまでして同説をとらないといけないのか。同説に代えて、他の法的構成が試みられてしかるべきではなかろうか。より踏み込んでいえば、同説はその立論の基礎に427条を置いているけれども、遺産共有（898条）の建前をとる場合に、非共有の表現というべき規定（427条）を立論の基礎に置くのは不調和であって、427条から離れた法的構成が模索されるべきである。

以下においては、上に挙げた3個の問題を順次取り上げ〔2～4〕、続いて、427条から離れた法的構成の既存の試みに触れ、あわせて、その延長線上に位置づけられる試みとして私見を述べ〔5〕、最後に、簡単な要約をして本稿を閉じることにする〔6〕。

2 判例の受け止め方について

判例は、銀行預金債権の共同相続について、当然分割帰属説をとっているとは軽々にはいえない。というのは次のとおりである。

(i) 既存の判例のうち、大審院判例はともかく、最高裁判例において展開された同説は、いずれも傍論であったことに注意すべきである。

(ii) 一步譲って、大審院・最高裁判例いずれにせよ、そこで展開された同説は傍論ではなかったと受け取るにしても、それらの事案はいずれも銀行預金債権に関する事案ではないのだから、判例の射程が銀行預金債権のケース（共同相続のそれ）におよぶと、たやすくいうべきでないと考えられる。

以下、右(i)(ii)を順次検討していくことにしよう。

まず(i)から始める。(イ)大判大正9年12月22日民録26輯2062頁——生命保険金請求権の共同相続。遺産分割前に共同相続人の1人が保険会社に対して支払を請求（登載誌の記載からはわかりにくいですが、おそらく全額でなく、平等の割合＝頭割相当額を請求したのであろう）。大審院はこれを認め、判決文において金銭債権について当然分割帰属説を述べ、各相続人が平等の割合で権利を有することは427条の法意に徴し「洵ニ明白ナリ」と結んだ。

(ロ) 大判昭和9年3月30日大審院裁判例(6)民92頁——貸金債権の共同相続。債務者が遺産分割前に共同相続人の1人に対して全額を弁済。次いで他の相続人が債務者に対して支払請求。全額弁済を理由に請求を認めない原判決に対して「他の相続人」が上告。大審院は(イ)判例を引用して破棄差し戻した。

(ハ) 大判昭和14年3月24日法律新聞4409号16頁——貸金債権の共同相続。共同相続人の1人（その法定相続分は2分の1、ちなみに登載誌の記載によれば相続人は2名の嫡出子であった）が遺産分割前に、債務者に対して2分の1相当額の支払を請求。請求を認容した原判決に対して債務者が上告。大審院は再び(イ)判例を引用して上告を棄却した。

以上3件の大審院判例においては、当然分割帰属説が真の判決理由となっていたこと（もちろん傍論ではなかったこと）、帰属割合については法定相続分に応じてではなく、427条にもとづく平等の割合とされていたこと（もっとも、(ハ)判例の場合にはいずれによ

ろうと同じであったことが登載誌の記載から読み取れるけれども、(イ)(ロ)判例の場合には必ずしもそうではない)、および、いずれの事件においても金銭債権が問題になったとはいえ、銀行預金債権が問題になったのは1件もなかったこと、を指摘しておこう。

続いて最高裁判例に転じよう。(二)最判昭和29年4月8日民集8巻4号819頁——被用者のほとんど故意をもってした不法伐採にもとづいて成立した使用者責任(715条)による損害賠償請求権の共同相続。遺産分割前に共同相続人全員が被害者(被相続人)の賠償請求訴訟を承継し、各人の法定相続分相当額(平等の割合による計算とは一致しない)の支払を請求(全員が同時に請求したことになる)。これを認容した原判決に対して被告(不法伐採者の使用者)が上告。最高裁は上告を棄却。判決文は3行にも達しない極めて簡単なもので、相続財産中の金銭債権その他の可分債権について当然分割帰属説をとること、および、帰属割合については427条によるのではなく、相続分(おそらく法定相続分であろう)に応じてきまることが、を判示した(427条はそもそも言及、引用されていない)。

この判例において当然分割帰属説(これは共有説を前提する)が展開され、各人の区々の、かつ同時の支払請求が認められたけれども、考えてみると、(a)当然分割帰属説をとるにしても、問題の債権がなお遺産分割の対象となるとの前提をとれば、当然分割帰属説といってみても暫定的帰属でしかないのだから、遺産分割前には各人区々の請求を許さないと解する余地があるけれども、全員が合意のうえで区々の請求をする場合にはこれを許さざるを得ず(問題の債権について遺産分割がされたと解し得る)、本件における同時の請求はそれに当たるのだといえるし、また、(b)合有説をとれば、遺産分割前には持分が確定的に帰属することはないので、各人が区々に請求することは許されないけれども、それにしても全員が合意のうえで、将来確定するはずの持分(その相当額)を現在既に請求することは許さざるを得ない。そして本件においては、全員の合意があったと解することができるので、本件において請求が許されることになった。このように解することができる。

換言すれば、本件において請求が許されたことの決め手は当然分割帰属説ではなくて、区々の請求についての全員の合意の存在なのである。そうだとすると、本判例が展開した当然分割帰属説は傍論と評価されるべきものであろう。

(ホ) 最判昭和30年5月31日民集9巻6号793頁——本件における争点は、相続財産たる不動産を共同相続人の間で分割する方法いかんであった。最高裁は相続財産の共有は物

権編に規定する共有と性質を異にせず、分割に関しては256条以下が第一次的に適用されて分割がされるべきであり、従って、現物分割が原則となるが、価格分割がされることもあり、その場合には（この意味が必ずしもはっきりしない——米倉注）、906条の指針によるべきであるとし、同指針によって現物分割に代えて価格分割を命じた原判決は正当であると断じて、上告（原判決は同指針によっていないと攻撃したもの）を棄却した。

なるほど、最高裁は判決文中において、金銭債権その他の可分債権について当然分割帰属説がとられるべきことを(イ)(ニ)判例を引用して確認しているけれども、本件における争点は、金銭債権その他の可分債権が当然分割帰属するのかどうかではなかったのであり（争点については上に述べたとおりである）、しかも、本件においては金銭債権その他の可分債権は全然登場していないのであるから、当然分割帰属説に関する判示は紛れもない傍論というしかない。

以上2件の最高裁判例においては、当然分割帰属説は傍論にとどまっていること、および、銀行預金債権は登場しておらず、金銭債権としてはただ不法行為にもとづく損害賠償請求権が登場しただけであること、を確認しておこう⁴⁴。

続いて(ii)に移ろう。上に述べたところと異なり、判例において展開された当然分割帰属説は傍論ではないと受け取るにしても、あるいはより適切に表現するなら、同説はやはり傍論というしかないけれども、将来の判例においては真の判決理由として機能させるべきだというにしても、判例の射程を銀行預金債権にまでおよぼさせるべきかどうかは問題であろう。というわけは次のとおりである。

まず、(ニ)判例においては、不法行為にもとづく損害賠償請求権の共同相続人が登場したのであるが、この場合には、往々にして債務者の資力は保証の限りでないので、共同相続人に早く支払を受けさせた方がよい。何年もかけて遺産分割協議をまとめて、その結果として問題の債権の債権者に決まった者が請求したところ、債務者は既に倒産しているかもしれない。このような危険がある以上は、一刻も早く——全員の足並みをそろえないでも、各人の法定相続分相当額だけでも——請求させ、少しでも弁済を受けさせるにこしたことはない。このように債務者の倒産の危険が重視されるべきである。あるいは債務者としては、いくらかなりとも早く支払うことにより、それだけ早くケリをつけたいかもしれないが、もともと問題をひき起こした者が少しでも早くケリをつけたいというのはいささか勝手な言い分であって、重視する必要はあるまい。加えて、不法行為責任を負うべしと

された債務者に、損害賠償を支払ってほしいのであれば、共同相続人全員がそろって来てくれなどと主張させるのは過保護であって、認めるべきではないであろう。同判例に登場した債務者は多分に悪質であったことを思えば、なおのことである。このように考えると、(二)判例のような事案においては、当然分割帰属説を決め手として事件を処理してよく、またそうすべきだといってよい¹⁰³。

これに対して、銀行預金債権の共同相続の場合には、上にみたところと利益状況を大きく異にし、同日には談じ得ない。というのは――

第1に、昨今の不況にかんがみると必ずしも予断を許さないといわれるかもしれないけれども、従って「比較的」と限定を付する必要があるけれども、債務者たる銀行については倒産の危険はまだ小さい¹⁰⁴と考えられるので、遺産分割に時間をかけて、いわば適材適所に財産を帰属させることにし、その一環として問題の銀行預金債権の債権者と決まった者にだけ請求させることにしても、換言すれば、当然分割帰属説の処理をして直ちに請求可能とすることにしないでも、おそらくは支障はないであろう（もっとも、銀行による「便宜扱い」がされることを前提とするのではあるが）。債務者の資力に余裕があるにもかかわらず、遺産分割の手法を省略してまで（そうすることにより、次節で触れるように、共同相続人間に不公平を招くおそれがある）、早急に個別請求を認める必要があるのか、私には大いに疑わしい。

第2に、債務者（銀行）の資力には余裕があることと関連することであるが、問題の銀行預金債権をなるべく保存しておいて、遺産分割の最終段階において払戻を受けて、そうして得た金銭を各共同相続人間の取得額の調整用にするのが適当である。

上にみた「第1」「第2」に照らすと、同じく金銭債権とはいっても、銀行預金債権とそうでない債権（債務者の資力についての安全度が低い債権）とを同一に律し、いずれについても当然分割帰属説を適用するというのは適当でないであろう。判例の射程は銀行預金債権にはおよばないというべきで、既存の判例は「事案を異にし本件に適切でない」といわれるべきである。

付随的になお3点述べるなら、第3に、銀行預金債権のように財産的価値の大きい債権については、その流通に対する需要が大きいので、当然分割帰属説をとって、それだけ早く債権譲渡ができるようにすべきだと主張されるかもしれない。しかし、当然分割帰属としなくても（共有下にあると法的構成しても）、相続人は遺産分割前に問題の銀行預金債

権についての持分を譲渡することができ、その譲受人は909条但書によって保護されるのだから、債権譲渡の需要に十分に 대응することができる。こうしてみると、債権譲渡を可能にする必要にかんがみ当然分割帰属説をとるべきだとは、いえないことになる。

第4に、同じく金銭債権とはいうものの、銀行預金債権（いうまでもなくこれは銀行の債務である）、その他銀行の有している貸付債権等、銀行が管理する（管理しなければならない）債権債務の口数はぼう大な数に達し、銀行以外の債権者、債務者の有するそれとは、これまたたやすく同日には談じ得ない。たとえ1口の銀行預金債権だけについてにせよ相続がひとたび起き、かつ、当然分割帰属説が適用されることになると、銀行が配慮すべき調査・確認事項は多岐にわたり¹¹²⁾、調査・確認に多くの時間を要するのが通常であって、銀行に時間と手間をかけさせること甚だしいことを思えば、問題の銀行預金債権以外のそれ、および、その他銀行が有している諸種の債権債務の管理にも影響するであろう。よりありていにいえば、問題の銀行預金債権以外にもぼう大な口数の債権債務の管理に任じないといけない銀行にしてみると、振り当てるべきエネルギーに限度があり、当然分割帰属説をたやすく適用されてはたまらないのである。このようなことはたかだか事務処理上の問題にすぎないといえる余地はあるけれども、実際問題としては決して無視することができないポイントである。

第5に、最判平成4年4月10日家月44巻8号16頁が、相続財産としての現金（以下、金銭という）は当然分割帰属するのではなく、遺産分割の対象となると判示したことに注意すべきである。本件においては債務者は登場せず、共同相続人間だけの争いに終始したので、金銭債権の場合のように債務者のこと（特にその資力——米倉注）を考える必要がなかったという特殊性を無視し得ない¹¹³⁾ものの、金銭債権以上に流動性の大きい金銭が当然分割帰属しないのに、それより流動性の小さい金銭債権が当然分割帰属するというのは権衡を失してはいまいか¹¹⁴⁾。金銭が当然分割帰属しないというのであれば、金銭債権はまして当然分割帰属しないという方が自然なのではなからうか。

このような疑問に対しては、金銭が相続財産である場合には債務者のことを考えなくてもよく、もっぱら共同相続人間のことを考えればよいので、ゆっくり時間をかけて遺産分割の手続を踏ませればよい。それに、金銭債権の場合には債務者の資力悪化の危険にかんがみ、早く回収させる必要があり、遺産分割を待つてはおられない。こういうわけで、金銭の場合には当然分割帰属せず遺産分割の対象となるのに対し、金銭債権の場合には当然

分割帰属し、直ちに債務者に対し支払を請求し得ることになる。このような答が返ってくるであろう。

しかし、上の答の前半部分に対しては、およそ金銭くらい費消されやすい物はないのだから、「ゆっくり時間をかけて」などとしておられず、当然分割帰属するとして、自己の法定相続分相当額について、その金銭を保管している者に対していち早く引渡請求させるにこしたことはないということになろう。「ゆっくり時間をかけて」いて、結局費消されたあげく、損害賠償、不当利得、他の相続財産の配分にさいしての調整を考えるよりも、いち早く引渡請求させるのがベストの策であろう。とすれば、金銭についても当然分割帰属とすることは十分考えられる。また、上の答の後半部分、債務者の資力悪化の危険に言及する部分についていえば、債務者が銀行である場合にはおそらくあてはまらず、この場合には、金銭債権といえども当然分割帰属としないという考え方も成り立つのである。

さらにこうもいえよう。共同相続人の一人が生活資金を早急に調達する必要がある場合に（銀行の「便宜扱い」のことはしばらく措く）、銀行預金債権が当然分割帰属していれば、その者は直ちに払戻請求でき、金銭を入手し得て好都合である、と。しかし、金銭について端的に引渡請求できるのであれば、銀行預金債権以上に、その者にとって便宜なのではあるまいか。払戻請求（それには払戻抑制実務が一応にもせよ壁として存在している）などという手間を要しないからである。こうして、その者の必要に応えるために、金銭といえども当然分割帰属すると解する余地は十分にあるといえよう。

金銭が当然分割帰属せず、遺産分割において分割されると説かれるのは、遺産分割における取得額の調整をはかるのに金銭を使用するのが便宜なので、そのように説かれるのであろう¹⁵⁾。少なくとも、それが一つの理由であろう。しかし、そのような調整をはかるためであれば、金銭そのものでなく金銭債権（例えば銀行預金債権）にしてもほとんど同じであろう。銀行預金債権であれば払戻を受けてくるだけのことだからである。調整機能という観点からすると、金銭債権といえども当然分割帰属としないで、遺産分割までそのまま保存しておくべきだという考え方が主張され得るであろう。

ちなみに、広く動産（例えば米）については当然分割帰属とは解されておらず、金銭もまた動産であるから、やはり同断に解すべきだといわれるかもしれない¹⁶⁾。しかし、金銭と米とでは流動性の度合いに格段の差があるのだから（金銭は忽ち費消されてしまう可能性が非常に大きい）、米ならば当然分割帰属せず遺産分割まで待てといえるにしても、だ

からといって、金銭についてはいえない。広く動産の扱いはこうだから、動産たる金銭の扱いも当然同じになるべしというのは、過度の画一化というべきである。流動性がいやが上にも大きい金銭については、一般の動産と異なり当然分割帰属として、問題の相続人をして、金銭の保管者に対し早く引渡請求させ、その保護をはかるべきであろう。

以上要するに、金銭＝当然分割帰属せず、金銭債権＝当然分割帰属する、という定式はたやすく成立しそうにないといえそうである。こうしてみると、金銭か金銭債権かを問わず、法的構成そのものの吟味は当然として、それを別にしても、当然分割帰属とすることの利害得失を吟味することが必要であり、そのうえで態度決定をすべきである。

本節の末尾を借りて一言しておきたい。本節の表題「判例の受け止め方について」に照らせば、おそらく許されることであるし、本稿にとって必要なことであるからである。それは、遺産分割の可否についての判例の立場はどうかという問題である。金銭債権その他の可分債権（以下、金銭債権で代表させる）は当然分割帰属の扱いをすべきだとして、金銭債権はもはや遺産分割の対象としない、すべきでないというのか、それとも、なお遺産分割の対象とする、すべしというのか（以下、煩を避けて「しない」「する」で代表させる）。この問題についての判例は見当たらない。このことを確認しておく。

当然分割帰属はあくまで共同相続人と債務者との関係における処理方法であるのに対し、遺産分割の対象とどうかという問題は共同相続人間の関係における処理方法であり、両者は次元を異にするので、当然分割帰属の立場をとったからといって、遺産分割の対象としないと決まるわけではない。将来の判例がどのような法的構成をとって、どのような決断を下すか、その態度決定に注目したい。ちなみに、家裁実務は遺産分割の対象とするという方向をとっているようである¹⁷⁾。その場合に、共同相続人全員の合意があれば遺産分割の対象となし得るといふのには問題がないとして（ひとたびは分割帰属していた債権について共同相続人間で譲渡がされたと解し得る）、その合意がなくても審判で——強制的に——対象となし得るのかについては問題であろう¹⁸⁾。この場では、これ以上は言及しない。

考えてみると、たとえ相続財産が数口の金銭債権だけから成る場合でも、その額や利率には差があろうし、担保の有無の違い、債務者が反対債権を有しているか否かという違いがあるなど、必ずしも一様ではないのだから、どの金銭債権をどの相続人に帰属させるかについては、各相続人側の諸事情をも加味して慎重に判断すべきで、換言すると、906条

の指針に則って処理するのが、つまり遺産分割の対象とするのが妥当である¹¹⁹⁾。相続財産が一口の金銭債権だけの場合にしても、当然分割帰属で終りとしなくて、各相続人の債務負担の態様等を考慮して、最終的な帰属を決めるべきであって、それにはやはり遺産分割の対象とするのが妥当である。

問題は、当然分割帰属としつつ、なお遺産分割の対象とするという処理方法を、どのような法的構成によって説明するかにあり、当然分割帰属を前提にする限り、この説明はいささかぎこちない説明にならざるを得まい。ここにも、当然分割帰属の当否を問題にする（むしろそれを否定すべしとする）契機が顔をのぞかせているわけである。この場では、これだけを述べて先に進もう。

3 当然分割帰属説の吟味——利益衡量の観点から——

本節では、利益衡量の観点から、当然分割帰属説を吟味してみたい。私のみるところ、同説は、この観点からすると、妥当な結果をもたらさない。確かに、同説は単純明快な法的構成として評価されてしかるべき側面を有する。しかし、いかに審美眼を満足させる美しい法的構成と映じようとも、それが妥当な結果をもたらさないというのでは、たやすく採用しがたいのではあるまいか。以下——銀行預金債権を念頭において——6点にわたって述べよう。もっとも、逐一文献を引用する必要がないくらい、既に指摘されていることの確認にとどまるともいえるので、できるだけ簡単に述べることにする。

第1に、共同相続人間に不公平を招くおそれが大きい。判例にせよ学説にせよ、「当然分割帰属」というときには法定相続分が前提とされているとあってよく、他人の家族内の事情を知る由もない債務者（例えば銀行）にすれば法定相続分を基準に処理されることが望ましく、また、実際にも処理をシンプルならしめるので、法定相続分を前提とすることは、その限りでは妥当であり¹²⁰⁾、以下、本稿においても法定相続分を前提とすることにした。しかし、法定相続分を前提とすることには上のようなメリットがある反面において、具体的相続分がゼロの者が法定相続分相当額の払戻を受けることができ、払戻を受けるだけ受けたあげく無資力となるならば、他の共同相続人はこの者に対して不当利得返還請求権を取得するとはいえ、それはほとんど無価値に等しく、損失をこうむることに帰着する。

これでは甚だしく不公平ではあるまいか²¹⁾。

第2に、当然分割帰属説が適用されると、銀行が相続人間の争いに巻き込まれ、場合によっては応訴せざるを得なくされるほか、調査・確認事項に万全を期する必要から、銀行のエネルギーを消費すること多大であって、銀行の業務に好ましからざる影響をおよぼすことになろう（なお10頁を参照されたい）。

第3に、当然分割帰属説をとって、かつ、問題の銀行預金債権を遺産分割の対象としないうという立場をとると、同債権を、遺産分割の指針（906条）に則った総合的分割の対象とすることがそもそもできなくなってしまう。これと異なり、遺産分割の対象とするという立場をとるとしても、遺産分割以前にいち早く払戻を受けられてしまえば、同債権はその時点で、払い戻された限度で消滅してしまうので、その後の遺産分割において、払戻を受けたことが考慮に入れられはするものの、相続財産の総合的分割をそれだけ阻害することになるであろう。いずれにせよ、好ましくない結果がもたらされるわけである。

以上「第1」～「第3」に照らすと、当然分割帰属説にはたやすく賛成し得ない。これに対しては次のような異論が寄せられるかもしれない。以上に通した番号を付してみよう。

第4に、葬式費用や被相続人に扶養されていた者の当座の生活費にあてるためには当然分割帰属説によることが便宜ではないか、と。確かにそのようにいえるけれども、同説によらなくとも、銀行は「便宜扱い」によって既に対処しており、この方法によって上の必要に応えることができる。そのうえ、よほど特殊な事情がない限り、銀行が「便宜扱い」を拒絶することは考えられない。というのは、上の必要に応えるにはさほどの額を要しないし、また、上の必要は社会通念に照らし無理からぬもので、これをも拒絶する挙に出ることは、その銀行の社会的信用をそこないかねないからである。

第5に、債務者にしてみると、少しでも早く支払を済ませて、その分（問題の相続人の法定相続分相当額）だけでも債務から解放されたいのであり、それには当然分割帰属説が適しているではないか、と。そのような債務者もいるであろうが、銀行預金債権の共同相続の場合についてみると、債務者たる銀行は必ずしもそう考えてはおらず、そのことは払戻抑制実務（4頁以下参照）に思いをいたせば明らかなことである。

第6に、銀行預金債権の譲渡を許すには当然分割帰属説が最適の法的構成である、と。しかし、債権譲渡に限ってみれば最適であっても、同説の利害得失を他の局面を考慮して

総合的に判断したうえでないと、直ちに同説を採用すべしということにはならない。そのうえで、債権譲渡だけのことであれば、既述のとおり（9～10頁を参照されたい）、同説をとらないで、つまり銀行預金債権は共同相続人の共有下にあると解したままでもできないことはないのだから、なおのことである。

上述したところからすると、当然分割帰属説には、利益衡量上、問題があるといつてよい。同説を検討するには、利益衡量、法律論の両観点からの吟味が必要だと考えられる。そうして、いきなり法律論の観点からの吟味に入るよりも、利益衡量の観点における吟味を先にしたほうが、後続の法律論の観点からの吟味に説得力をそれだけ付与できると思えたので、本節を設けて、簡単にはあるが吟味してみた次第である。その結論は、利益衡量の観点からみた場合に、同説にはにわかに支持を与えることができないというのである。

4 当然分割帰属説の吟味——法律論の観点から——

法律論の観点から当然分割帰属説を吟味するのが本節の目的である。具体的な論述に入るに先立って、以後の議論を節約するために、あるいは、スッキリさせるために、次のことをはっきりさせておきたい。それは、本稿は遺産共有に関する合有説、共有説のうち、合有説をとらないで、共有説をとるということである。各論点ごとに一々、これは合有説ならこう、共有説ならばこうと、説明することは煩わしいからである。

そればかりではない。私のみるところ、わが民法の下では、合有説をとることは解釈論上無理である。というわけは次のとおりである。

まず、判例は久しく共有説をとってきており、今となって変更を期待することは法的安定性の観点から問題があり、すべきではない。

次に、合有説は909条に適合しないことを挙げるができる。

同条本文（下掲）は共有説を前提としたうえで、相続開始後、遺産分割前にされた持分の処分を無効にすることを目的とする法技術を定めたものにとらえるのが最も了解しやすい。合有説（全体財産合有説か個別財産合有説かを問わない）においては、そもそも持分が存在しないのだから（存在していても潜在的というのであれば、存在しないのと同じである。組合財産に関する676条1項およびそれに関する通説を想起されたい）、持分の処分

ということがあり得ず、あえてそれをしたとしても当然に無効なのであって、持分の処分を無効とするためにわざわざ、「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずる」などとする必要は全然なく、遡るまでもなく無効なのである。同条本文は合有説にとっては無用かむしろ誤りの規定である。従来、909条但書が戦後の改正によって設けられたからにはもはや合有説を維持しがたくなり、その反面において、共有説がとられるべきことになると説かれることが多かったけれども、実は同条本文からして既に——同条但書の追加を待つまでもなく——合有説に不適合という意味において、共有説の根拠となる方向に傾くのである。このことを指摘しておく。

それなら同条但書はどうか。合有説によれば持分の処分ということとはあり得ないので、それにもかかわらずあえて持分の処分がされた場合には、その処分行為は当然に無効であり、持分の例えば譲受人は持分を取得できないはずである。この譲受人を保護しようとする、無効な行為を有効と信頼して譲り受けた者を保護すべしというわけで、その者には善意²³¹（さらには無過失）が必要であるということになろう。ところが同条但書によれば、ただ「第三者」とあるだけで、それ以上の限定は付されていないのである。こうみえてくると、同条但書は合有説にとって適合しないといわれても仕方あるまい。ちなみに、もし第三者は「無過失」たることを要すると解するにしても、法の不知は許されないということを一要素として考慮に入れるなら、実際には有過失とされて保護されないことに帰する場合がほとんどであろう。さらにいうと、法の不知は許されないというのなら、第三者は善意悪意を問わず保護されないことになるはずだといえよう。そうだとすると、善意者保護といってみても、保護が与えられることにはなるまい。

これを要するに、合有説においては、遺産分割前における持分処分は当然に無効であり、譲受人のような第三者は持分を取得できないはずのところ、ただ善意（さらには無過失）の第三者だけは保護されることになるけれども、合有説のこのような論理には問題がある。909条本文は、問題の処分行為は当然に無効なのではなくて、一度は有効なのだが、後に遡って無効とされるという組立てになっており、同条但書は、第三者が一度は有効に持分を取得したことを前提として、その第三者（の既得権）を遡っての無効から保護するという組立てになっている、909条は本文と但書とを合わせて、一度は有効＝既得権発生→遡及的無効→既得権保護という組立てになっており、あたかも545条1項（本文と但書）を思い出させるものがある²³²。545条1項但書の「第三者」は文言どおり善意悪意を問わな

いと解することに一致があることを付言しておこう。合有説を貫こうとしたら、909条が94条（特にその2項）のような組立てになっている必要があるけれども、そうはなっていないのである。以上の次第で、合有説は909条に致命的というべき障害を見出し、解釈論として採用しがたいといわれるべきである。

転じて、共有説はどうかというに、同説の下でこそ、909条本文は必要となる。同説の下では相続開始とともに持分が存在するにいたり、従って、遺産分割前の持分の処分があり得、またそれは有効であるから、その処分の効力を奪うために（共同相続人中の一人がいち早く勝手に処分しても、他の相続人は甘受するしかないというのでは不都合だということである）、遺産分割の遡及効を定めたのが同条本文である。同条本文があつてこそ、上の目的は達成し得るのだから、同条本文は無用・誤りどころか、まさに必要な条文なのであり、これは共有説から出発してこそ納得がいくのである。

同条但書にしても共有説の下では納得がいく。同説の下では「第三者」（例えば譲受人）は権利者（既に持分を有する者）から有効に譲り受けるのであって（従って持分を取得する）、この点において合有説による場合と大差がある。一度有効に取得した権利を後に遡ってくつがえすのはよろしくない。その譲受人は権利者たる前主（持分を有する者）から有効に取得したのであるし、譲受時において、将来の遺産分割における結果次第によっては前主が遡って無権利となる（ひいては自分もそうなる）かもしれないと思ったにしても（この意味では「悪意」というべきであろう）、それでも、必ずしもそうなるとは限らず、将来の遺産分割の結果、前主がやはり権利を確保するかもしれないのだから、そしてそう思うのも一概に不合理とは決めつけられない以上、上の意味での悪意の「第三者」は保護すべきでないとはいえない。だからこそ、同条但書の「第三者」には「善意」という文言が付されていないのである。

このようにみえてくると、909条は本文、但書を通じて共有説にこそ適合的であつて、逆に合有説には適合せず、ひるがえって、909条が存在するということは、解釈論としては共有説がとられるべきことの根拠となろう。

付言すると、909条本文を本来は無用むしろ誤りといわざるを得ないうえに（れっきとして存在する規定をこのようにいうのは解釈論としては弱い）、同条但書上現れていない善意（さらには無過失）という要件を付するという無理をおかさざるを得ない合有説は、解釈論としては斥けられてしかるべきであろう。

本稿は合有説、共有説を論ずること自体を目的とはしないので、これ以上立ち入ることは控えておく。

それにしても、なお一言しておく必要を私としては感ぜざるを得ない。というのは次のとおりである。遺産分割の宣言主義との関係において、次のようにいわれるかもしれない。即ち、合有説によれば宣言主義が採用されるべきところ、909条本文（遺産分割の遡及効）はまさに宣言主義を採用しているのだから、909条本文は合有説の根拠となる¹²⁴⁾、と。

確かに、合有説の下においては、相続開始から遺産分割までの間は相続人は持分を有しないのだから、相続人が遺産分割により取得した財産は被相続人から直接承継したというほかなく、他の相続人から、その者が問題の財産に有していた持分を譲り受けた結果なのではない。この効果はまさしく宣言主義といわれるべきである。

しかし、そうであれば、909条本文が遡及効を定めているのは無用かまたは誤りだということになるであろう。合有説によれば、相続が開始しても相続人は持分を有しないのだから、つまり相続が開始しても、相続財産は被相続人に帰属し続けているのだから、遺産分割の結果、相続人が財産を取得するのは、被相続人から直接承継することになる。さらにいうと、被相続人は遺産分割時（それは相続開始から20年後かもしれない）まで相続財産を所有し続けているようなもので、遺産分割時に被相続人から相続人に直接承継されるのである。合有説の論理によれば、このようになるはずである。宣言主義を貫くには遡及効を定める必要はなく、端的に、財産は遺産分割時に被相続人から直接承継されたとみなすと規定すれば済む。あえて遡及効を定めることは、合有説の論理に反するものである。先に909条本文が遡及効を定めているのは無用かまたは誤りだと述べたゆえんである。

もっとも、相続開始から遺産分割までの間に合有団体とでもいうべき団体が存在し、相続財産は法的にはまずこの団体に帰属し、次いで遺産分割により、遺産分割時に、相続人はこの団体から承継するというのであれば、それにもかかわらず、被相続人から直接承継したことにしたいという立場（宣言主義に忠実な立場）を貫くには、遡及効を定める必要があり、また、そう定めることには意義がある。しかし、わが民法上、あたかも法人のごとき合有団体は承認され得ないので、上のように立論することはできないであろう。

そうだとすると、909条本文は宣言主義に関しては無用かまたは誤りの規定だということになる。しかも、同時に他方において、持分の処分の効力、第三者保護に関して先述のような無理な解釈をおかすことを伴ってもいる。それでもなお、909条本文は宣言主義ひ

いては合有説を堅持するために置かれていると解するのは、素直な解釈とはとうていえないのではあるまいか。私によれば、素直な解釈をするなら、次のようになるであろう。

まず、909条本文は宣言主義を規定するものではない。わが民法上、宣言主義を定めた規定はないというべきである。

909条本文は共有説を前提としたうえで、遺産分割前にされた持分の処分を無効にすることにより、共同相続人中の一人が恣意的に振舞うことから他の相続人を保護するために考案された法技術と解されるべきで、また、それ以上の射程を有するものではないというべきである。或る法技術を——見したところ、その文言上可能のようにみえても——その本来の目的外におよぼすことには慎重であるべきだからである。宣言主義か移転主義かという問題は909条本文の射程外というべきである。

共有説においては、上の問題については909条本文から離れて、共有財産の分割ということの性質上どう考えるべきか、相続法の規定はどうなっているかを考慮したうえで答を決すべきである。そうすると、前者については、分割による分割時における持分の移転を前提とする261条が、後者については、同じく分割による分割時における持分の移転を前提とする911条を挙げることができ、これらの規定を考慮に入れてみると、宣言主義ではなく移転主義がとられるべきであるといえよう。

以上要するに、宣言主義か移転主義かという観点からみた場合にも、909条本文の解釈として宣言主義ひいては合有説が採用されるべきだとはいえないのである。

こういう次第で、私は解釈論としては共有説をとることにして先に進みたい。

さて、当然分割帰属説を具体的に吟味していこう。取り上げる順序には特段の意味はもたせていない。

第1に、当然分割帰属説をとり、問題の銀行預金債権は遺産分割の対象としないというのであれば、相続財産が同債権だけの場合にはもとより、他に債権その他の財産権がある場合にも、906条の指針の貫徹は完全に、または、多かれ少なかれ阻害されることになる¹⁵⁾。

それに、そもそも遺産分割の対象としないというのは、相続財産は遺産分割前は各共同相続人に暫定的にしか帰属しないのであって、遺産分割によって最終的に帰属を決めるという建前（909条本文）、共同相続人間の担保責任（911条）、遺産分割によって取得した債権の債務者の資力の担保（912条）に調和しないのではないか。多くの論者によってされ

てきたこのような指摘には、もっともなところがある。

第2に、当然分割帰属説をとるものの、問題の銀行預金債権を遺産分割の対象とするというのであれば、それにはそれなりの問題を生ずる。起草者の一人梅博士は遺産分割の対象とすることを前提とする912条（旧規定1014条）の解説において不可分債権ではなく金銭債権を（しかもそれだけを）例に挙げていたところからすると¹²⁶⁾、同博士は同立場をとっていたのであろう。しかし、同立場をとると、複雑な法的構成をせざるを得なくなる。即ち、次のように相対的な構成をとることになるのである。

一方、債務者に対する関係では当然分割帰属となる。債務者がした弁済は権利者に対する弁済そのものであって有効であり、後の遺産分割の結果によって左右されないというべきである（あえて相続法の規定と関係づけるなら909条但書によることになろう。遺産分割の結果、先の弁済が無効に帰して、478条によって救済されるというべきではない）。他方、共同相続人間の関係では、当然分割帰属した後に遺産分割の対象とする¹²⁷⁾。これを二元説と呼んでおこう。

場合を分けて相対的に処理することは他の局面でもみられることであるけれども、とかく複雑・ぎこちなくなり、できることなら避けたいところである²⁶⁾。

そのうえ、二元説をとったからといって、当然分割帰属説の弱点、つまり具体的相続分がゼロの者がいち早く払戻を受けることにより共同相続人間に不公平を招くおそれがあるという弱点（13頁を参照されたい）は少しも克服されないのであるから、なおのことである。その他、当然分割帰属説のもたらすもう一つの弱点、つまり多かれ少なかれ総合的分割（906条の指針に則った遺産分割）を阻害するという弱点をも免れることはできない。これらの弱点を克服・回避することこそが肝心のことであるのに、そうすることができないというのでは、複雑化をあえてして思考を働かせただけの実益がない。もっと単刀直入に、これらの弱点を克服・回避する法的構成を試みるべきである。

なおいうべきことがある。二元説は一方で当然分割帰属としながら、他方では遺産分割の対象とするといい、しかも当然にそのようにし得るといわんばかりであるけれども、果してそういえるのか疑わしい。共同相続人全員の合意がある場合にはまだしも、その合意がない場合にも、審判により強制的に遺産分割の対象とすることが許されるのか（この点については12頁を参照されたい）。債務者に対する関係においては（その関係においてだけにせよ）、当然分割帰属によりとにかく権利を取得したのに（たんなる期待、期待権の

域を超えてれっきとした権利を取得したのに)、共同相続人間の関係においてはその権利を全く——強制的に——否定されるというについては、あたかも債権譲渡を債務者に対しては主張し得ても、「其他ノ第三者」に対抗するには、それなりの対抗要件を具備すべしとの条文(明文)が置かれているように(467条)、それなりの条文上の根拠があつてしかるべきではないだろうか。或る関係において取得した権利を他の関係において否定することは別に背理ではなく、その必要があれば認められるべきではあるが、それならそれとして、それなりの規定上の根拠を用意するのが穏当であるし、わが民法にも調和するように私には思える(上に挙げた467条のほかに、176条に対して177条が置かれていることも参考になろう)。

なるほど907条2項によれば、強制的に遺産分割の対象とすることが許されるようにみえる。しかし、同条項は当然分割帰属を予定したうえでの規定ではなくて、むしろ当然分割帰属を許さないことを前提としているのではあるまいか。898条、899条、906条、909条本文、911条および912条等々、同条項を囲む一連の規定には当然分割帰属の影もうかがえないことに照らすなら、上のようにいえるであろう。このようにみえてくると、わが民法上は、当然分割帰属を認めつつもなお強制的に遺産分割の対象とし得ることについての根拠規定が欠けているのである。それにもかかわらず、強制的に遺産分割の対象とし得る、明文の根拠なくして強権発動が許されると解してよいのであろうか。このような疑問を禁じ得ない。それが許されると説明することに努力を払うよりも、当然分割帰属そのものを否定した方がよいのではあるまいか。

要するに二元説は弱点を多く有している。それくらいであれば、いっそのこと、当然分割帰属説をとらないで、遺産分割が終了するまでは共有状態にあると法的構成した方がよいのではないかと、思えてくるのである。

以上「第1」「第2」は遺産分割との関係というややマクロな問題を扱った。以下においてはミクロな問題、当然分割帰属説にいっそう密着した問題を扱う。その順番には、「第1」「第2」に続くものとして通し番号を付することにする。

第3に、当然分割帰属説の論理にはいささか御都合主義的などころがある。同説は当然分割帰属(427条による。共有ではなく、非共有というのが事態をはっきりさせてよい)、ただし平等の割合ではなく法定相続分に応じてという。427条によるのであれば、平等の割合のはずであるのに、そうしてまた「別段ノ意思表示」(同条)もないのに、法定相続分

に応じてといえるのであろうか。

あるいは、別段の意思表示（法定相続分に応じて分割すべし）としては、被相続人の明示黙示の意思表示を考えればよいと答えるのかもしれないが、被相続人について明示はもとより黙示の意思表示すら考えるのが無理な場合がいくらかあることを思うと、上のような答は十分でない。

あるいは、別段の意思表示どころか、「相続分に応じて」（899条）という規定があるからというのかもしれない。しかし、899条は898条とともに共有状態を前提にしていることを忘れてはならない。しかるに一方で共有状態を排斥して、当然の非共有とまでとらえておきながら、それとほとんど同時に、共有状態についての規定、899条の一部分だけを拾い上げて活用しようというのは、一貫性を欠き、便宜主義、御都合主義に堕しているのではあるまいか。

第4に、わが民法は相続財産（最も素直な解釈をすれば、その中に銀行預金債権が含まれるのはもちろんのことである）は「共有」と明言し（898条）、そのことを前提した規定を多数用意している。しかるに、当然分割帰属というのでは、無理をおかしているというしかない。当然分割帰属説（そのうちでも遺産分割の対象としない立場）からすると、例えば、共有かつ遺産分割の対象とすることを明らかに前提している912条における「債権」は可分債権ではなく、不可分債権をさしている（不可分債権は不可分債権なるがゆえに当然分割帰属せず、遺産分割の対象となる）というのであろうが、同条はただ「債権」というだけで不可分債権に限っていないし、起草者の一人梅博士も同条（旧規定1014条）の解説において金銭債権（可分債権）だけを例に挙げているのである（この点については先述20頁を参照されたい）。そのうえ、同条にいう「債務者の資力」という文言に接した場合に真先にイメージが浮かぶのは金銭債権だというのが、最も素直な受け取り方であろう。こうみえてくると、当然分割帰属説を前提にした、912条の「債権」に関する上にみた解釈論には賛成し得ない。

当然分割帰属説を堅持しつつ、なお遺産分割の対象とするというためには先にみた二元説を考案する必要があるけれども、二元説についても問題があることは指摘したばかりなので（20頁以下を参照されたい）、もはやくり返さない。

第5に、当然分割帰属説の最大の根拠というべきは427条とあってよいけれども、同説は同条を機械的、形式的に適用するものである。債権者が数人登場する場合に、それらが

置かれた関係（文脈）を無視して、ただ、数人登場しているからというので同条を適用するのは、あまりに安易、乱暴である。数人の債権者がどのような関係に置かれているのかをよく考慮に入れて、その関係に最も適合した処理を考えるべきである。

同条は数人の債権者が登場する場合に適用されるべき最後のルール（一般法）というべきである。同条の文言上も、「別段ノ意思表示」があればそれが優先し、同条は適用されないとあるし、「別段ノ意思表示」はなくても別段の制度、規定（例えば相続に関するそれ）があればなおさらと解すべきである。しかるに、別段の制度、規定の存在を無視して、数人の債権者が登場しているからということを理由にして、いきなり427条を適用するのは早計のそしりを免れない。本稿の主題に即していえば、数人の債権者が共同相続という関係に置かれていることを考慮して、それならばどうすべきかを考えるべきなのに、そうしないで、あたかもア・プリオリに同条を適用して終りというのは割り切り過ぎ、過度の単純処理をおかすもので、とうてい支持し得ない。

第6に、当然分割帰属説の論理は次のようである。即ち、数人の債権者が登場する場合に、もし債権の共有（正確には準共有、以下これを用いる）を認めるなら、それは「債権の上の所有権」概念を認めることを導くことになる（債権を有体物と同列に置いて、それについての共有持分＝所有権を観念することになるからである）。しかし、同概念は、それを認めるだけの実益を伴わず、さらにはそもそも不要であって、否定されるべきである。従って、債権の準共有なるものは認められず、数人の債権者が登場する場合には、多数当事者の債権関係が認められるだけであって、そこにはその原則的ルールたる427条が適用される、と。

しかし、この論理には問題がある。もっとも、その一部には賛成し得るものが含まれている。そこで、まず、その部分からみていくことにしよう。

「債権の上の所有権」概念は、債権譲渡が認められにくかった時代に、それを認めやすくする、および、債権侵害による不法行為の成立に疑いを容れられた時代に、その成立を説明しやすくするという実益を有した（前者については「所有権」の譲渡だからといい、後者については「所有権」の侵害だからというわけである）。しかし、かつての時代はともかく、今日では、債権譲渡が認められること、および、債権侵害による不法行為の成立については異論がないのだから、実益はないことになる。そのうえ、「債権の上の所有権」とは債権＝債務者に対する給付請求権を、さらにはその中身たる給付そのものを排他的に

支配することをさすのだが、これこそは「債権」そのものなのであり（債権とはそういうものである）、それ以外に債権を所有するなど考える必要はない。こうみてくると、「債権の上の所有権」なる概念には実益が伴わず、概念そのものとしても不要で、否定されるべきことになる¹²⁹⁾。

ここまでの論理には私にも異論はない。しかし、それに続く部分にはたやすく承服できない。私としては次のような疑問を感ずるのである。

「債権の上の所有権」概念を否定したからといって、そのことから直ちに、債権の準共有は認められない、ひいては427条が適用されることになるといえるのだろうか。同概念を援用し、かつ、それを否定することによって、共同相続に適合した処理を図ろうとする法的構成（債権の準共有）を斥け、結局、427条（当然分割帰属）に引き戻す論理は次のような論理であろう。即ち、427条をいきなり適用するのは過度の単純化をおかすもので認められない→共同相続の特殊性を考慮すべきである→債権の準共有を承認すべきである→「債権の上の所有権」概念の承認を導く→同概念は否定されるべきである→債権の準共有も認められない→427条の適用に帰着する。これは「ぐるぐるまわり」の論理である。いったい、こういう論理以外に考えられないのであろうか。

考えてみると、同概念を否定する以上は必ず（論理必然的に）債権の準共有は認められないことになるというようなことはなく、同概念を否定しても、債権の準共有は認められるのではないか。

そもそも、次のようにいうことができるのではないだろうか。即ち、債権の準共有を認めるからといって、有体物と債権との法的性質の差異を無視して債権を有体物と同列に処遇することは考えられないから、同概念（「債権の上の所有権」概念）を認めることには必ずしも直結しない。債権の準共有を認めつつ、同概念は認めないという論理もあり得るであろう。もっといえば、債権の準共有を認め、そこでの債権者間の関係については同概念にとらわれないで、249条以下の規定をしかるべく類推適用（準用）することにする（264条参照）。債権の準共有を認めると必然的に同概念を承認することになるという、先にみた「ぐるぐるまわり」の論理の中核部分をいわば取り外し、ひいては427条の適用に戻ることにはならないという論理を立てることも可能なのではないか。こうして、先にみた「ぐるぐるまわり」の論理から脱却すべきである。

こうみてくると、「債権の上の所有権」概念は否定されるべきだということから、直ち

に、債権の準共有不承認を帰結するという当然分割帰属説の論理には飛躍があり、にわかにくみすることはできない。

これに加えて次のことも指摘しておかねばならない。「債権の上の所有権」概念は先述したように、債権譲渡を認めやすくすること、および、債権侵害による不法行為の成立を説明しやすくすることを目的として考案された概念なのであって、共同相続とか債権の準共有を念頭において考案されたものではない。いってみれば、同概念はこれらとはもともと無関係なのである。無関係な概念を安易に援用すること自体に大きな問題があるばかりか、その援用の結果、427条の適用という共同相続関係の処理に不適切な帰結を導くにいたっては（概念の射程外適用の弊害）、とうてい是認するわけにはいかない。

第7に、当然分割帰属説（427条によって処理する立場といってもよい）はローマ法にその淵源を有するとされる³⁰⁾。即ちローマ法では、個人主義絶対（個人の意思絶対）といえるくらい個人主義的考え方が強く支配し、相続が開始してひとたび家長となった者は、共同相続したはずの人々とはいえ、それらの人々と債権を共有することなどは考えられず（共有関係にもとづき意思拘束を受けることを嫌う）、それに債権は債権者と債務者をつなぐ法鎖であって個性の極めて濃い関係ととらえられ、債権譲渡も法鎖の同一性が失われるので認められないくらいであったから、当然分割帰属して債権者と債務者とが一對一の関係に入るとすることが、債権者が多数登場する共有に比べると、右の濃い関係を維持するのにいっそう適していると考えられたのであろう³¹⁾。

歴史的にはそのとおりだとしても、ローマ家長の個人主義絶対だの、債権は法鎖であって自由に譲渡し得ないだの、どうみてもあまりに古代的な考え方を前提にしてたてられた当然分割帰属説が、これらの前提が消滅してしまった今日においても当然採用されるべきだとはいえないであろう（「昔は昔、今は今」だからである）。

歴史だけでは同説採用の決め手とならず、決め手は同説のもたらす結果の妥当性と法律論レベルにおける説得力にあるはずである。同説がこの妥当性と説得力とを備えたうえで、実は歴史に照らしても昔から同説が採用されてきたと論ずるのであれば（そのような形で歴史を用いるのであれば）、同説の説得力を大きく高めることになるだろうが、そのような運びとならないで、ただたんに、歴史はこうであったと援用するのみでは、同説を補強するにはほとんど役立たないであろう。

第8に、当然分割帰属説はフランス民法を援用する。即ちフランス民法においては、可

分債権が共同相続された場合には当然に分割帰属するとされている（同1220条）。わが民法の母法たるフランス民法がそのような処理方法を採用しているのであれば、わが民法の処理方法も同様とすべきである、と。ここまで明言した文献に出会うことはできなかったが、同条文をリファーする文献は一再ならずあり、そのリファーしていることの意味は上に述べたところにあるとみてよいであろう¹⁴²⁾。一応成り立つ論理だからである。

しかし、フランス民法ではこうなっているからというだけでは同説採用の決め手とならないことは、直前の「第7」において歴史について述べたのと同様なので、もはやくり返さない。この場ではただ、次の一点にだけ触れておこう。即ち同民法1220条は、可分債権が相続された場合には、相続人に当然に分割帰属すると明言しており¹⁴³⁾、この点においてわが民法427条とは大きく異なる。前者の規定のように、当然分割帰属が明言されているのであれば、当然分割帰属説がとられるべきという方向にほとんど決定的に傾くけれども、そのような文言を全然欠いている後者の規定を根拠にして、同説をとるべしということはむしろ困難であるどころか、向こうでは明言されていて、こちらでは明言されていないのなら、向こうと異なる解釈をすべきだという考え方もあながち無理な考え方とはいえないであろう。

最後に第9として、可分債務が共同相続された場合について、周知のとおり判例は当然分割帰属の立場をとっていることを理由にして、可分債権の場合も同様に処理すべきだということにならないことはいうまでもない。同じく共同相続された場合とはいえ、債権と債務とでは利益状況を大きく異にし、とうてい同日に談ずるわけにはいかないからである。同日に談ずべきだという見解はさすがに見当たらないけれども、念のため一言しておきたい。

以上9点にわたって当然分割帰属説を法律論の観点から吟味してきた。その結果、私としては、当然分割帰属説にはそれを支持すべき法的根拠が欠けており、従って同説にくみするわけにはいかないという結論に到達した次第である。

なおこの場を借りて付言しておく。当然分割帰属説をとったうえで、従って、可分債権は法定相続分に応じて当然分割帰属するとしただけで、債務者が問題の相続人の具体的相続分を知り得ない場合には、債権者の確知不能（494条末段）に準じて法定相続分相当額を供託し得ると説く立場がある¹⁴⁴⁾。しかし、問題の相続人が債権者であることははっきりしているからには、債権者の確知不能とはいえない。それに準ずるとして供託を許すとい

う考え方にも賛成し得ない。というわけは次のとおりである。

債権者は確知されていて、ただその債権額が不確知というだけで供託が許されるということになると、解除条件付権利者で将来の条件成就により現在の権利の全部または一部が失われることになっている者についても、債務者は供託を許されてしかるべきであるということになりはしまいか。しかし、例外的な場合として許されている供託可能の場合を、そこまで拡大することは果して適当であろうか。

考え方の筋としては、相続の場合、解除条件付権利者の場合を問わないで、相手が権利者である以上は供託は許されないとしたうえで、債務者はこれに対して支払をして、事後の処理はそれはそれとして別途に考えて、弁済の効果がくつがえられないようにすべきものであろう。相続の場合についていうならば、債務者としては問題の相続人に対して法定相続分相当額を支払うべきで、その後の遺産分割の結果、それが誤りであったことに帰着しても、弁済の効果が変わることはなく（909条但書の類推適用）、共同相続人間において不当利得返還請求の問題が起きるだけであるというべきであろう。供託の可否という問題は当然分割帰属説自体の吟味とは別の問題であるけれども、便宜、ここで触れておくことにした。

5 427条から離れた法的構成の試み

これまでみたところからすると、当然分割帰属説については、利益衡量・法律論の両観点いずれにおいても問題があり、私としては支持することができない。もっと別の法的構成が模索されてしかるべきである。これを端的に「427条から離れた法的構成の試み」と呼ぼう。そして、本節ではこの試みをしてみたい。この試みをした先人が見当たらないわけではない。以下(i)～(iii)において先人の試みを探ってみよう。最後に(iv)として私見を述べることにしよう。

(i) まず不可分債権説を挙げることができる。同説は遺産共有に関する共有説をとるけれども、債権については可分債権といえども、共同相続人全員に不可分的に帰属すると説く³⁵⁾。

成り立ち得る見解とは思えるものの、これによれば、共同相続人の一人が全額（自己の

法定相続分相当額どころでない)を請求し得ることになり、債務者はそれに応じざるを得ない(428条)。そして、そのようにして弁済を受領した者が倒産したりすると、他の相続人は結局損失をこうむることになる。これでは不公平ではないか。当然分割帰属説の下でよりも却って不公平の度合が高まるのではないか。このような大きな弱点を蔵しているのも、同説の論理の吟味に入るまでもなく、同説にくみするわけにはいかない。

(ii) 次に触れるべきは合有債権説である。同説は遺産共有に関する合有説を前提にして、共同相続された可分債権についても合有ととらえ、債権行使は共同相続人全員ですべきであり、債務者は全員のために履行すべきであるとする。同説に属するものの中には、より一歩踏み込んで、この合有関係については不可分債権の規定を類推適用すべしと説くものがある¹³⁶⁾。

これまた成り立ち得る見解とは思えるけれども、不可分債権の規定を類推適用すべきという見解については、上(i)において428条について述べたのと同様の弱点を指摘することができるので支持し得ない。それに合有債権説は遺産共有に関する合有説を前提にしているのであるが、先述のとおり(15頁以下を参照されたい)、わが民法の解釈論として合有説はとれないと私には思えるので、結局、合有債権説を支持することができない。

(iii) 最後に触れるべきは準共有説である(以下、品川説ということがある)。この説は次のように要約することができよう。

即ち、遺産共有に関しては共有説をとる。そのうえで、可分債権の共同相続について、当然分割帰属説に対し、共有されるべき債権がなぜ非共有＝分割債権関係になるのか、427条がなぜ最優先に適用されるべきなのか疑問だとして、債権についても準共有(264条)を認めるべきだとする。そしてその準共有の構造を、債権はあくまで一個であって、これが複数の主体に帰属する関係ととらえる。

進んで具体的効果いかんといえ、債権の帰属面と行使面とに分け、前者(これは債権に対する支配面というべきである)については、共有債権からの収益分配、共有債権の保存・利用方法の決定、共有債権の処分の各局面において、共有の規定を準用し(264条)、これに対し後者(これは債権の内容・効力というべきである)については、共有債権の行使(請求、弁済)の仕方、一人の債権者について生じた事由が他の債権者におよぼす影響について、原則として427条以下の規定を類推適用すべしと説く。

要するに品川説は、可分債権の共同相続については「共有プラス原則＝分割債権」とし

て構成すべきだとする⁴³⁷。ここに「原則＝分割債権」というのは、427条以下の規定の類推適用を意味するとされるのであるが、より具体的に、どういう場合には分割債権の規定（427条）を、どういう場合には不可分債権の規定（428条）をとるように、427条以下の規定を類推適用すべきかについては一律には確言し得ず、利益衡量によって決まると述べるにとどまる⁴³⁸。

品川説はわが学説史上においてはじめて、可分債権の準共有説を本格的に展開した学説として高く評価されてしかるべきである。準共有の構造、帰属面と行使面とに分けた具体的効果の提示など、その示唆するところは大きい。よい指摘、よい問題提起をしたものといつてよい。

品川説をこのように高く評価することに私は決してやぶさかではないけれども、同説についてなお問題を感じないではない。というのはこうである。

第1に、264条と427条の論理的関係についての説明が手薄なのではないか。427条から離れた法的構成を試みてみようというのであるから、同関係についての説明を十分にする必要はある。

第2に、「債権の上の所有権」概念否定を根拠とする当然分割帰属説に、どう対処するのが示されるべきであった。

第3に、せっかく427条優先は斥けられるべきだとしながら、債権の行使面については427条以下を類推適用するというのであるけれども、これでは準共有説をとったことが徹底されないのではあるまいか。「427条以下」というからには、427条あるいは428条が類推適用されることも考えられているのであろう。そうだとすると、共同相続人の一人が具体的相続分がゼロであるにもかかわらず、いち早く自己の法定相続分相当額（427条類推適用の場合）またはそれ以上に全債権額（428条類推適用の場合）の支払を受けてしまったあげく無資力となり、他の相続人に損失をこうむらせ、共同相続人間に不公平を招くことになるわけだが、この弊害を回避し得ないというのでは——当然分割帰属説や上(i)で触れた不可分債権説と同断ということになり——準共有説をとる実益が大きく失われてしまうであろう。

品川説の根本発想はおそらく、遺産共有に関する共有説をとりつつも、遺産共有の特殊性（その暫定性、総合的分割への志向）を重視して、それに即した処理をはかるところにあるにもかかわらず、上の特殊性を一切捨象し去って、ともかく債権者が複数ある場合に

はこういう処理をすべしという抽象的・形式的な処理をはかる427条以下を導入するのは、その中でも特に427条を導入する余地を残しているのは、あたかも木に竹を接ぐようなもので、非常に奇異な感がするのはひとり私だけであろうか。上の根本発想からすれば、427条以下の適用・類推適用はすべて排斥されるべきであって、債権の行使の仕方については物権法の共有規定の類推適用（以下、264条本文にあわせて準用という）に答を求めるべきものであろう。

(iv) 以上(i)～(iii)のいずれの試みにも満足し得ないとしたら、いかにすべきか。そこで次に、私見を述べてみたい。

私は品川説と同様に、遺産共有に関する共有説を前提として準共有という方向での法的構成を試み、進んで同説以上にその方向を、いわば徹底させようとするのである。換言すれば、遺産共有の特殊性（その暫定性、総合的分割への志向）に、および、民法の用意している相続法の諸規定にいつそう適合した処理を導き得るような法的構成を試みたいと思う。以下順次述べていくことにする。その場合には、準共有説に対するいかに重要な批判であっても、既に述べた（それに対して答えた）ものについてはくり返しを避け、言及しないことにする。例えば、「債権の上の所有権」概念否定の立場よりする批判がそれである（この批判に対する答については23頁以下を参照されたい）。

準共有説の根拠づけから始めよう。同説はその根拠を898条、899条および264条に求める。これらの規定のうち同説にとって最も重要な規定が264条であることはいうまでもない。当然分割帰属説をしばらく措くと、可分債権の共同相続においては、被相続人の有していた一個の債権について共同相続人たる数人の債権者が登場するわけだから、「数人ニテ所有権以外ノ財産権ヲ有スル場合」に当たる。もっとも、264条但書によると、「法令ニ別段ノ定アル」場合には準共有扱いをしないとされており、当然分割帰属説によれば、427条は「法令ニ別段ノ定アル場合」に当るので、準共有扱いはされないというわけである。しかし、同説のこの解釈には、解釈の仕方からして問題がある。というわけは次のとおりである。

但書なるものは、本来であれば（もし但書で除外するのでなければ）本文どおりの扱いがされるはずのところを、そうはさせないとして除外する場合を設けるものはずである。本来からして本文どおりの扱いがされないことが明らかな場合については、但書は全然不要であって、その場合については但書の存在意義はなく、その場合についてまで但書がお

よぶなどという解釈は無用の解釈として採用されるべきでない。

427条は当然分割帰属即ち非共有を定めているのだから（見かけ上は数人の債権者が「アル」けれども「数人ニテ」債権を「有スル」とはいえないのだから）、264条但書を待つまでもなく、264条本文は適用されないのは当然のことで、427条が「法令ニ別段ノ定アル」場合に当るなどという解釈は無用の解釈なのである。264条の本文と但書との関係は、あくまで共有類似の関係を前提としたうえで、原則としては物権法の共有規定を準用するけれども、同類似の関係とはいえず、なお特別のルール（例えば組合財産、共同相続についてのルール）が置かれている場合にはそれによるというものなのであって、はじめから非共有の場合などは論外というべきである。従って、当然分割帰属説の解釈の仕方には問題がある。

もっとも、このように論じてみたところで（427条はそもそも264条の圏外に立つのだと論じてみたところで）、共同相続された可分債権について、427条が適用されるのか、それとも、それは適用されないで、264条が適用されるのか（264条を介して物権法の共有規定の準用、および、相続法の適用がされるのか）についての答は当然には決まらないのであるが、規定の解釈の仕方をスッキリさせたいので、あえて論じてみたのである。とりわけ427条の適用か相続法の適用かという問題の決着は、後に触れるように、427条と相続法の諸規定とを実質的に比較してみたうえで図られるべきであって、427条が264条の但書に当るか当たらないかというような形式的な論理によっては、決着を図ることはできない。

そこで一步譲って、当然分割帰属説が説くように、427条も264条但書に当ると解釈してみよう。換言すれば、427条も264条本文に対する特則ととらえることにしてみよう。そうしてみた場合でも、この特則は427条だけに限られはしない。組合財産にまで言及することはやめて、本稿のテーマに関係する相続法についてだけいえば、264条本文が予定する物権法の共有規定と異なる扱いを用意したルール、規定がいくつも用意されており（まさに特則といえよう）、例えば、250条（「平等ノ割合」を推定する）に対して899条（「相続分に応じて」とする）、258条（個別分割の建前をとる）に対して906条（総合的分割の指針を示す）を挙げることができる。427条は264条但書に当たる、その意味において264条本文の特則であるといってみたところで、従って、当然分割帰属説がとられるべきことになるわけではない。427条という特則とそれ以外の特則との優劣関係が問題として残るからである。

考えてみると、427条は債権者が数人ある場合（ともかく数人あるといえればよい¹³⁹¹）を広くカバーしており、それらの債権者がどのような関係にあるかを問うていない。これに対して相続法は相続関係にある者（共同相続の結果債権者となった者を含む）に限って、それらの者に適用されるルールを用意している。上に挙げたルールのほかにも、898条（物権法の共有における個別分割に対して総合的分割になじみやすい「相続財産」という用語を使い、その「共有」を明言する）を挙げ得る。加えて、427条は債権法に属するけれども、相続法は債権法に対する特則を用意することに配慮していることも忘れてはなるまい。売主の担保責任（560～572条）に対する共同相続人間の担保責任（911条）、債権の売主による債務者の資力の担保（569条）に対する共同相続人による債務者の資力の担保（912条。同条は明らかに遺産分割を前提にしており、当然分割帰属にはなじみにくい）をみれば、このことは明らかである。

こうみてくると、共同相続された可分債権については、相続関係に適合した規定が用意されている相続法がまずは顧慮されてしかるべきであろう。427条は一般法、相続法は特別法ととらえ、相続法が427条に優先すべきであって、427条は適用されるべきでない。逆の方向からいえば、427条のもたらす効果、「非共有で平等の割合」にふさわしい関係には427条が適用されてよいけれども、可分債権とはいえ共同相続の場合には、上の効果にふさわしい関係が存しないのである。相続関係には相続法が適用されてしかるべきだという、或る意味では当然の理が貫徹されるべきである。

要するに、可分債権が相続された場合における共同相続人間の関係には、264条但書を介して相続法が適用され、従って、当然分割帰属ではなく、遺産分割前は準共有であって、遺産分割を経て帰属が決まることになる。総合的分割の指針（906条）、遺産分割の遡及効と第三者の保護（909条）、担保責任（911条）、資力の担保（912条）が適用されるのはもとよりのことである。当然分割帰属するけれども、遺産分割の対象とはなるなどという、ぎこちない説明は不要に帰する。遺産分割前における債権者と債務者との関係および債権者間の関係についてもまず相続法の規定が探求され、そこに適切な規定が見出されない場合には物権法の共有規定の準用が試みられるべきである、例えば、準共有下の債権の行使方法については相続法に規定が用意されていないので、物権法の規定の準用が試みられるべきである（この点については後述33頁を参照されたい）。

以上のように解することにより、遺産共有の特殊性（その暫定性、総合的分割への志向）

に、および、民法の用意している相続法の諸規定に適合した処理が可能となるであろう。

上にみたように427条を可分債権の共同相続からいわば追放するにしても、だからといって、427条は適用の場を失い無用の長物と化するなどと心配する必要はない。例えば、甲（父）が2人の子乙丙に対し、乙丙2人に金1000万円を与える、金員は丁に預けてある、乙丙はともに20歳を超えた時に、丁から受け取るようにと申し渡し、乙丙は了解した。他方で甲は丁に金員を渡し、丁に対して右の趣旨を伝え、丁もこれを了解した。こういう場合には427条が適用されて、乙丙は丁に対してそれぞれ金500万円の債権を有することになるといふべきであろう⁴⁴⁰。

準共有説の根拠づけについてはこれくらいにして、先に進もう。同説の下では、被相続人の有していた一つの可分債権が法定相続分に応じて準共有される。一つの債権が数人で準共有されるといふところに特色がある。当然分割帰属して数個の債権になるというわけではない。同じく数個の債権となって、ただ不可分債権となるというのでもない。不可分債権という構成をとると、このようにいふことになるが、それとは異なり、あくまで一個の債権が準共有されているにすぎない。このような構造把握は品川説と同じであろう。

債権の帰属面についても品川説と同じに帰するので、同説を引用する（28頁を参照されたい）。規定を示す必要上一言するなら、準共有にかかる債権そのものの処分（例えば譲渡）については全員の同意を要し（251条準用）、全員の同意があれば、その一部の処分も許されるといふべきである。同債権からの収益分配、同債権の保存・利用方法の決定（管理についての決定）については多数決によるのが原則である（252条準用）。

債権の行使面については品川説とは異なる。同説はこの局面においては427条以下の規定を類推適用すべしと説くけれども、準共有説を徹底させるのであれば、準共有にかかる債権の行使が債権を消滅させることに連なり、一種の法律的要因に当たるとらえて、債権の行使は全員の同意の下においてのみ許されるといふべきである（251条準用）。債務者がする弁済（債権者によるその受領）は債権の行使の裏返しであるから（結局、債権を消滅させることになるから）、やはり全員の同意の下においてのみ許されるといふべきである（これもまた251条準用といつてよいだろう）。債権の一部の行使または弁済も全員の同意の下にされる場合には251条準用によって許されるといふべきであろう。全員の同意がない場合に、事情次第により表見代理等の救済法理が作用することがあるのは別論である。一人の債権者について生じた事由が他の債権者におよぼす影響については、255条を準用す

べきであろう。もっとも、同条そのままがあてはまる場合以外にどのような場合が考えられるのか、にわかに思いつくことができない。今後の課題としておきたい。

準共有説は、共同相続人が準共有にかかる債権についてそれぞれ持分を有することを前提とする。そして持分の譲渡の自由、それを前提とした持分の差押を認める。持分の譲渡・差押は、同説（264条というべきか）が準用する物権法の共有の規定が当然に許容するものだからである。持分の譲受人や差押債権者が後にされた遺産分割の結果により左右されることはないと解すべきである（909条但書）。

以上をもって私見の開陳を終える。私見は準共有説たる品川説を一步進めて徹底させたわけであるが、その当否、成功・失敗いかにについて大方の御批判に待ちたい。

6 結び

可分債権の共同相続を当然分割帰属説から解き放ち、相続である以上は相続法の法理・規定にいつそう忠実に問題を処理すべきであって、それには427条の適用とは縁を切って準共有の規定（264条）を介して、相続法の規定の適用および物権法の共有の規定の準用によるべきである。これが本稿における私の主張なのである。いってみれば、427条の呪縛からの解放宣言である。系譜的には品川説に連なり、それを徹底させることを図ったものである。

本稿においては、少なくとも最高裁判例については、それが当然分割帰属説を採用しているのとたやすくはいいがたいほか、仮に大審院・最高裁ともに同説を採用しているにとらえても、その射程が銀行預金債権におよぶとはこれまたたやすくはいえないこと、同説には利益衡量・法律論の両観点において問題があること、特に「債権の上の所有権」概念否定の立場をとることによって債権の準共有説の成立を阻止し得ると考えるのには論理の飛躍があること、同説（当然分割帰属説）から離れた法的構成の試みも既にいくつかみられるはするものの、それらのいずれにも私は満足することができなかったこと、等々を指摘した。ついでに、遺産共有に関する合有説はわが民法の解釈論として採用し得ないことを、909条本文および但書のそれぞれの文言に即して指摘したことを挙げておこう。これらの指摘の一つ一つについて御批判を仰ぎたい。

私見によれば、共同相続された可分債権について、一方で当然分割帰属説をとりつつ、他方でお遺産分割の対象とするためにぎこちない説明（相対的構成、二元説。しかも次に触れる弊害、不公平を回避し得ない）をする必要はなく、遺産分割前は準共有で、遺産分割は総合的分割の指針（906条）に則って行われるということになる。また、遺産分割前に共同相続人の1人（具体的相続分がゼロであるとせよ）がいち早く支払を受けたあげく無資力となり、その結果、他の相続人が損失をこうむるという弊害、不公平を回避することもできる。このように、私見は法律論としてスッキリした法律論を提示することができるし、利益衡量レベルにおいて観察しても、上にいう弊害、不公平を未然に防止できるというメリットを有する。

本稿の問題設定の発端となった銀行の払戻抑制実務についていえば、私見はこれを積極的に肯定することになろう。即ち、共同相続人全員の同意ありとの合理的な程度の心証が得られた場合は別として、そうでない限りは、銀行は払戻請求をする共同相続人が自己の法定相続分相当額につき遺産分割の対象とすることに同意しないとの態度を明らかにしている場合でも、払戻を拒絶することを許される。銀行の払戻拒絶は正当な理由にもとづく拒絶というべきであるから、拒絶を理由とする遅延損害金を発生させることはない。このように払戻抑制実務を積極的に肯定する⁴¹⁾としても、「便宜扱い」がされることにまで反対するわけではない。そして「便宜扱い」がされるからには、實際上、さほど大きな支障をきたすことはないであろう。

銀行の払戻抑制実務にうとい者として、とんでもない的外れのことを述べたかもしれないと秘かに危惧している次第である。比較法的考察にいたっては全く行っていない。この点についてあえて言訳をするとしたら、比較法的考察を行うに先立って、ひとまず本稿程度の考察をわが民法について行うことが必要なのではないかと思っているということになる。

特に上に触れた不備について、大方の御批判、御教示を得ることを願って、本稿を閉じることとする。

〔注〕

- (1) 甲斐道太郎「共同相続財産」谷口知平=加藤一郎共編『民法演習』V〔有斐閣、1959年〕166～172頁、「新版注釈民法」(27)〔有斐閣、1989年〕4～6頁(右近健男執筆)および中川善之助=泉久雄共著『相続法』(第4版)〔有斐閣、2000年〕231～235頁を挙げておく。以下本稿において、これらを明示的に引用しない場合にも、文献の引用にさいしてはむしろ当然に、これらをも参照していただきたい。
- (2) 銀行実務の状況、その理論的根拠づけについては、吉原省三・評釈・判例評論242号(1979年)41～45頁(判例時報916号)(1979年)、阿部徹「預金取引と相続」遠藤浩=林良平=水本浩監修『現代契約法大系』第5巻〔有斐閣、1984年〕181～185頁および須磨美博「法定相続分の預金払戻請求への対応」金融法務事情1595号(2000年)10～14頁参照。
- (3) 前注(2)所掲の吉原・評釈43頁第1段参照。
- (4) 以下、注(2)所掲の須磨論文7～9頁に負うところが大きい。
- (5) 東京地判平成9年5月28日金融法務事情1506号70頁および同地判同年10月20日同誌1513号58頁参照。
- (6) 要を得た整理をするものとして、高橋眞・評釈・金融法務事情1460号(1996年)9～10頁。以下、これに負うところが大きい。文献の細目についてはこれに譲っておく。
- (7) コンパクトなものであるが林良平「遺産中の金銭の遺産分割前の帰属(副題略)」金融法務事情1336号(1992年)8頁第1段、高木多喜男「相続預金に関する最近の判例と学説の動向」同誌1394号(1994年)11頁第1段参照。これに対する批判として前注(6)所掲の高橋論文10頁第4段を挙げておく。
- (8) 本文でいう「消極的な立場」かどうかは実ははっきりしないが、谷口知平・判批・民商法雑誌31巻3号(1955年)305～306頁参照。
- (9) 当然分割帰属説に関する判例という観点からすると、あまり重視するにはおよばないと私には思える判例として、最判昭和50年3月6日民集29巻3号203頁がある。売買代金債権の共同相続の事案で、最高裁はその判示において、(二)判例を引用しつつ、当然分割帰属説を判示した判例を変更する必要がないと述べ、その点に関する上告を斥けた。しかしこの事件の中心争点は、売主の共同相続人がその相続した代金債権を保全するために、買主に代位して、他の共同相続人に対し所有権移転登記手続を請求し得るかにあった(判旨はこれを肯定)。当然分割帰属説はこのことの前提として措定されていたのであって、それじたいが主たる争点となっていたのではなかった(しかも関係する上告論旨は登載を全く省略されていて知る由がない)。これらのことを考えてみると、この判例において述べられた当然分割帰属説は傍論とまでいうことはできないにしても、その先例価値を高いものと評価することはできないというべきであろう。私としては、この判例を本文中で触れた2件の最高裁判例のうちせいぜい(ホ)判例に近いと評価しておきたい。本文中で言及するのを控えたゆえんである。また、売買代金債権の共同相続に関する本判例が銀行預金債権のそれに当然およぶというべきかどうかは大いに問題であることは、以下の本文において述べるとおりである。

なお判例の流れのコンパクトな紹介については、広中俊雄=星野英一共編『民法典の百年』IV〔有

- 斐閣、1998年] 240～242頁、および、253～256頁参照（右近健男執筆）。
- (10) 甲斐道太郎・解説『家族法判例百選』（新版・増補）（1975年）214頁第4段参照。
- (11) 債務者の倒産の危険という観点から、一般の金銭債権と銀行預金債権とは一律に扱うべきでないことにつき高木多喜男「相続預金に関する最近の判例と学説の動向」金融法務事情1394号（1994年）10頁第3段。
- (12) 須磨美博「法定相続分の預金払戻請求への対応」金融法務事情1595号（2000年）10頁第4段参照。
- (13) 塩月秀平・解説・家月44巻10号（1992年）10頁参照。
- (14) 吉原省三「現金の相続と遺産分割」金融法務事情1232号（1989年）4頁第3段参照。
- (15) 右近健男・評釈・判例評論373号（1990年）36頁第2段（判例時報1333号）、道垣内弘人・解説『家族法判例百選』（第5版）（1995年）175頁第1段参照。
- (16) 山田誠一・判例紹介・民商法雑誌107巻6号（1993年）946頁および前注(15)所掲の道垣内・解説175頁第1段参照。前者はワインを、後者は米を例に挙げている。
- (17) 日野忠和「金銭債権」判例タイムズ688号（1989年）72頁第3～第4段、注(13)所掲の塩月・解説9～10頁、および、和田忠義「可分債権の遺産分割対象性」鈴木經夫判事退官記念論文集『新しい家庭裁判所をめざして』（ルック、2000年）313～314頁、317～318頁注(18)参照。
- (18) 清水節「遺産分割の対象財産性」（1 可分債権）岡垣學・野田愛子共編『講座・実務家事審判法』（3 相続関係）〔日本評論社、1989年〕113～114頁、および松原正明『相続法Ⅰ』（遺産分割）〔日本加除出版、1994年〕400～401頁参照。
- (19) 注(17)所掲和田・論文308頁参照。
- (20) 高木多喜男「相続財産に関する最近の判例と学説の動向」金融法務事情1394号（1994年）9～10頁参照。
- (21) 塩月秀平・解説・家月44巻10号（1992年）15～16頁がこのことを示唆する。ほかに伊藤昌司「疎んじられる具体的相続分」判例タイムズ1016号（2000年）78頁第1段を参照。
- (22) 中川善之助・泉久雄共著『相続法』（第四版）〔有斐閣、2000年〕200頁、ほかに353頁も参照。
- (23) これはカルポニエのいうところの「構造主義者の解釈方法」（Méthode structuraliste）に当るといふべきであろう。Carbonnier, Droit civil Introduction, puf, 1991, p. 280.
- (24) 注(22)所掲の中川・泉246頁は、「909条の明文において（中略）宣言主義をとったのは、遺産共有の本質が合有的だからである。」と説いている。
- (25) 有泉亨・加藤一郎共編『相続』（下）〔河出書房、1956年〕169頁（有泉発言）を挙げておく。同旨の指摘は多くの論者によってされたきたところである。
- (26) 梅謙次郎『民法要義』（巻之五）（復刻版）〔有斐閣、1984年〕146～147頁参照。
- (27) おそらくはほぼ同旨か、谷口知平・判批・民商法雑誌31巻3号（1955年）306頁参照。ほかに、塩月秀平・解説・家月44巻10号（1992年）10頁および有地亨「遺産分割と債権、債務」同誌45巻9号（1995年）16頁参照。
- (28) 私見のめざす法的構成とは異なるそれをめざしはするものの、二元説は法律関係を複雑にすると批判する点においては同様である学説として、岡部喜代子「可分債権の遺産分割」慶應義塾法学・

- 法学研究72巻12号（1999年）493頁参照。
- (29) 我妻栄「権利の上の所有権という観念について」同『民法研究』Ⅲ〔有斐閣、1966年〕（初出は1936年）211～213頁および218～219頁、224頁参照。
- (30) 梅謙次郎『民法要義』（巻之三）（復刻版）〔有斐閣、1984年〕92頁参照。
- (31) この点については来栖三郎「共同相続財産に就いて——特に合有論の批判を兼ねて——」（『法学協会雑誌』56巻2号（1938年）253頁、および、256～257頁が示唆に富む。
- (32) 注(27)所掲の谷口・判批305頁参照。ほかに、柚木馨「共同相続財産の法的性質」中川善之助教授還暦記念『家族法大系』Ⅵ〔有斐閣、1960年〕157頁および167～169頁参照。
- (33) 注(27)所掲の谷口・判批305頁もこの点を指摘した。
- (34) 甲斐道太郎「共同相続財産」谷口知平・加藤一郎共編『民法演習』Ⅴ〔有斐閣、1959年〕173頁、および注(32)所掲の柚木・論文170頁参照。
- (35) 柚木馨旧説、青山道夫説とのことであるが、直接に参照することができなかったので、『新版注釈民法』(27)〔有斐閣、1989年〕5～6頁（右近健男執筆）によらせていただいた。
- (36) 我妻栄編著『相続法』（判例コンメンタールⅧ）〔日本評論社、1966年〕88頁（呷孝一補筆）参照。
- (37) 品川孝次「遺産『共有』の法律関係」判例タイムズ121号（1961年）1026～1027頁参照。
- (38) 前注(37)所掲の品川論文1035頁第一段参照。
- (39) 427条は広く社会学的事実として数人の債権者が存在する、債務者に対して債権者が数人登場しさえすればたりると定めているのであって、この点において264条とは異なる。264条は一個の債権者を数人の債権者が「有スル」場合に適用される。このことは264条が有体物共有の規定を準用しているところから推察することができる。当然分割帰属説によると、もとは一個であった債権が数個に分割されてしまい、それぞれ独立の債権となるわけだから、社会学的事実としては数人の債権者が登場するけれども、法律見地からすると、一個の債権を数人の債権者が「有スル」とはいえないのである。264条がわざわざ「有スル」という表現を用いて、数人の権利者が「アル」（427条の表現）とは定めていないところからしても、上のように解すべきであろう。
- (40) 法典調査会『民法議事速記録』三〔商事法務研究会、1984年〕153頁下段における横田国臣委員の設例参照。もっとも、記号や金額等については私が変更させていただいた。
- (41) 銀行の払戻抑制実務は契約の履行過程における当事者の義務いかんという問題に連なっている。契約の当事者は、いやしくも契約関係に入った以上（さらにいうと、入ろうとした以上）、お互いに相手方を害さないように配慮する義務を信義則上負うというべきではないか。仮に当然分割帰属説を採用して、相続人は当然に預金債権を取得するというにしても、相続という銀行の関与しない事由が発生した場合には、相続人としては相続関係に関する情報を進んで提供して、銀行に必要な以上の手間、コストをかけさせないように配慮する義務を負うべきである。この場合には、情報の質・量において優位に立つ預金者の側が、情報の質・量において劣位に立つ銀行に対して、情報を提供するべく協力すべき義務を負うというべきである。その根拠いかんといえば、信義則と答えるほかない。信義則にもとづいて積極的義務を設定することは、判例・通説の一致して承認する「安全配慮義務」を想起すれば、必ずしも否定されるべきことにはならない。当然分割帰属説の下において

は、銀行の払戻抑制実務に関して、上述してきたような義務論が展開されるべきである。この場ではこれ以上立ち入る余裕がない。

(2002年1月10日脱稿)

初出・タートンヌマン 第6号・2002

遺産共有、遺産分割と具体的相続分

副 田 隆 重

目 次

- I はじめに——問題の所在
- II 相続分説と遺産分割分説の対立とその問題の広がり
 - (1) 具体的相続分の性格
 - (2) 遺産共有の持分割合
 - (3) 共同相続人の一人からの譲受人
 - (4) 共同相続財産の管理への関与・費用負担
 - (5) 分割承継の際の割合
- III 若干の検討
- IV 結びに代えて

I はじめに——問題の所在

周知のように相続が開始して共同相続人の中に特別受益や寄与分のある相続人があるときは、相続人間の公平のために、これらの特別受益や寄与分を考慮して法定相続分を修正したいいわゆる具体的相続分を基準として遺産分割が行われる。このように遺産分割の場面で具体的相続分がその基準・前提として重要であることは疑いないが、共同相続から生ずる法律関係は、狭い意味での遺産分割手続に限られない。たとえば、遺産分割未了の遺産共有の下において、多額の特別受益があり具体的相続分がゼロである相続人は、そもそも遺産に対してどのような権利を有するのか、その相続人が遺産中の特定の財産に対する法定相続分に基づく共有持分権を他に譲渡した場合に譲受人は上の持分権を取得できるのか、その相続人は分割前の共同相続財産の管理に関与できるのか、管理に要する費用を負担しなければならないのか、さらに、判例によれば遺産分割の対象とならず当然に分割承継されるという預金債権などの可分債権や可分債務の承継割合は何によるのか、という実体法上の諸問題がある。これらの問題は、民法899条の「その相続分に応じた」遺産共有の「相続分」の意義如何（法定相続分か具体的相続分か）とも関連するが、いずれも従来必ずしも明確とはいえない。

他方で、共同相続人間において、こうした具体的相続分自体あるいは特別受益の有無や額が争われることも少なくなく、そうした場合、具体的相続分や特別受益財産であることの確定を訴訟で求めることができるか否か、という訴訟法上の問題もあり、これを認める立場（訴訟事項説）、家庭裁判所が遺産分割審判の前提としてのみ判断しうるにすぎないとする立場（審判事項説）とが、対立してきた。この点は、確認の利益をどのように把握するかとともに、具体的相続分の法的性格付け（後述する「相続分説」と「遺産分割分説」）とも関連する。そして、この点の対立については、近時遺産分割分説の立場を明確にした最高裁判決も登場している（最判平成12.2.24民集54巻2号523頁）。

そこで本稿では、具体的相続分の法的性格付けをめぐる議論をも前提にしつつ、遺産共有の諸場面において具体的相続分はどのような機能を果たすべきかという観点から前掲の実体法上の諸論点について検討を試みるものである。

II 相続分説と遺産分割分説の対立とその問題の広がり

具体的相続分の法的性格の議論は、従来、その確認訴訟の可否という訴訟法上の問題に力点があったといえるが、それを踏まえつつ、性格付けをめぐる議論¹¹⁾を確認した上で、実体法上の諸場面における問題の広がり¹²⁾の状況を検討してみよう。

(1) 具体的相続分の性格

1) 学説状況 まず従来の通説である相続分説¹³⁾は、民法903条などの具体的相続分に関する規定の民法典中の位置が、相続編第三章(相続の効力)の中で「第二節遺産分割」中でなく「第二節相続分」の中にあること、具体的相続分(特別受益)は分割審判外で計算可能であり相続開始時点ですでに確定していること等から、具体的相続分こそが法定相続分または指定相続分を修正する「相続分」として実体的権利として存在するものと解する。

これに対して、近時の有力説である遺産分割分説¹⁴⁾は、具体的相続分の計算は遺産分割審判の審理とともに初めて明らかになるもので、遺産分割審判により形成される単なる計算上の分割基準にすぎず、それ自体が権利関係としての実質はないものとし、実質的にも、具体的相続分の算定は、第三者はもちろん共同相続人にすら実際容易でなく、第三取得者の地位が不安定となり取引の安全を害すること、さらに、昭和55年改正で導入された寄与分は、特別受益とは異なり、計算上当然に決まるのではなく当事者の協議または審判により決まるとされたから(民法904条の2)、特別受益による具体的相続分のみを具体的権利関係とみても無意味であると指摘する。

これら両説に対して、いわば中間的な見解として、相続分説に立ちながら具体的相続分の確認訴訟の適法性を否定する立場¹⁵⁾、あるいは、遺産分割分説に立ちつつ、遺産分割審判を拘束するために行う具体的相続分確認の訴えは確認の利益がないがそれ以外の目的で行う場合には確認の利益を肯定する立場がある¹⁶⁾。

2) 裁判例の状況 具体的相続分を問題とする裁判例は少なくないが、前記の実体法上の論点を明示的に問題とした事例はなく、裁判例は具体的相続分の確認を求める訴の確認の利益の有無という訴訟法上の論点に集中している。そして、以下にみるように、相続分説の立場に立つ少数の下級審裁判例もあるが、その先例としての意義は乏しく、裁判

例の多くは遺産分割分説の立場から確認の利益を否定しており、最近、最高裁も遺産分割分説の立場を明確にした。

イ) まず相続分説に立つ二つの裁判例からみてみよう。

①大阪地判昭和40.1.28判時424号47頁

【事実】 被相続人Aと先妻Bの間の子X₁、X₂が後妻Yに対し、別紙目録記載の各不動産につき、持分1/3の共有権をもつことの確認請求、A名義のままの不動産につき、XYら三名の相続を原因とし1/3の持分による所有権移転登記請求。XYらの法定相続分は各1/3である。また、AのYに対する株式の生前贈与の効力、Xらに対する別の不動産や金銭の生前贈与の有無等も争われた（不動産と金員の贈与が、X₁、X₂に対するものか、その母Bに対するものか）。

【判旨】 Yに対する株式贈与は有効であり、Yの特別受益450万円、不動産と金員贈与はXらに対するものとされ、X₁、X₂の特別受益は各約400万円とし、これらを前提にして具体的相続分を計算すると、Xらの具体的相続分は遺産総額の1/3を超えることが明らかであるから、Xらは遺産である不動産につき、少なくとも各1/3の相続分をもつとして、Xらの請求を認容した。

②東京地判昭和50.5.21判タ326号252頁

【事実と判旨】 被相続人Aの子のYは生前にAから本件土地の贈与を受け、その後にYの長男に贈与した。Aの死後、Aの子のXらが、本件土地の価額が、903条1項により相続財産とみなされるべきことの確認を求めた。XらとYとの間に請求原因事実につき争いがなく、他の被告らは欠席のため自白したとみなされ、請求が認容された。

これら二件の判決が従来相続分説の裁判例として紹介されているが、必ずしも具体的相続分の性格、あるいは、特別受益財産の確定が訴訟事項か審判事項かを明示的に判断したものではない点は注意を要するであろう。

ロ) 次に遺産分割分説の立場から、特別受益財産の確認や具体的相続分の確認請求を不適法とした裁判例としては以下のものがある。

③東京地判昭和39.2.20下民集15巻2号300頁

④東京地判平成1.10.6判タ710号229頁

⑤大阪地判平成2.5.28家月43巻4号74頁

⑥東京高判平成2.10.30家月43巻5号24頁

⑦東京高判平成4.5.28判タ803号226頁

このうちで、⑤事件のみが、具体的相続分の確認請求事例（特別受益があるため具体的相続分がないことの確認請求）であるのに対し、他は特別受益財産の確認請求事例であるが、いずれも、不適法として却下されている。その理由は、具体的相続分については、特別受益の持戻あるいは寄与分による法定または指定相続分の修正は、遺産分割手続の一環として行われるものであり、その結果算出される具体的相続分あるいはこれに基づく共有持分は、遺産分割の分配基準としての割合にすぎず、遺産分割手続の過程においてのみ機能する観念的性質のものであって、遺産分割前の段階でこれについて具体的な権利義務関係が成立する余地はなく、確認の対象とすることはできない（⑤判決）。また、特別受益財産については、903条1項にいう「みなし相続財産」は、具体的相続分確定のために行う観念的操作の所産、換言すれば、具体的相続分確定のための一要件にすぎないから、私人間の独立した権利義務の客体として捉えることはできないとする（⑥判決など）。

ハ）このように、下級審レベルで遺産分割分説を前提とするものが相次ぐ中で、二つの最高裁判決が登場した。

⑧最判平7.3.7民集49巻3号893頁は、特定の財産が特別受益財産であることの確認を求める訴えは不適法としたが、確認の利益の点を根拠とし、具体的相続分の法的性質には触れていない。すなわち、特定の財産が特別受益財産に当たるか否かの確定は、現在の権利または法律関係の確認を求めるものとはいえない。過去の法律関係であっても、その確定が現在の法律上の紛争の直接かつ抜本的解決のために最も適切かつ必要な場合は確認の利益が認められるが、特別受益財産に当たるかどうかの確定は、具体的な相続分または遺留分を算定する過程において必要とされる事項にすぎず、しかも、ある財産が特別受益財産に当たることが確定しても、その価額、被相続人が相続開始の時に所有した財産の全範囲及びその価額等が定まらなければ、具体的な相続分または遺留分が定まることはないから、右の点を確認することが、相続分または遺留分をめぐる紛争を直接かつ抜本的に解決することにはならない。また、ある財産が特別受益財産に当たるかどうかは、遺産分割申立事件、遺留分減殺請求に対する訴訟など具体的な相続分または遺留分の確定を必要とする審判事件または訴訟事件における前提問題として審理判断されるのであり、右のような事件を離れて、その点のみを別個独立に判決によって確認する必要もない、とする。

さらに、⑨最判平成12. 2. 24日民集54巻2号523頁は、具体的相続分の性格に言及しなかった⑧判決とは異なり、遺産分割分説を最高裁として初めて明確にした。

【事実の骨子】二人の共同相続人X Y間で遺産をめぐる紛争があり、家裁による分割審判が確定した（Yの具体的相続分率0.6331）後、XがYを相手どって、遺産分割の前提とされた特別受益財産の範囲、その価額、相続財産の価額を争って、右審判とは異なる具体的相続分価額および割合（Yの具体的相続分価額2億170万円、同相続分率0.50269を超えないこと）の確認訴訟を提起した。一審、却下。控訴審（広島高岡山支判平成10.10.29判タ1002号243頁）では控訴棄却。上告棄却。

【判旨】「具体的相続分は、このように遺産分割手続における分配の前提となるべき計算上の価額又はその価額の遺産総額に対する割合を意味するものであって、それ自体を実体法上の権利関係であるということとはできず、遺産分割審判事件における遺産の分割や遺留分減殺請求に関する訴訟事件における遺留分の確定等の前提問題として審理判断される事項であり、右のような事件を離れて、これのみを別個独立に判決によって確認することが紛争の直接かつ抜本的解決のため適切かつ必要であるということとはできない。したがって、共同相続人間において具体的相続分についてその価額又は割合の確認を求める訴えは、確認の利益を欠くものとして不合法であると解すべきである。」

（2）遺産共有の持分割合

このような具体的相続分の性格付けをめぐる見解の対立を、遺産共有の持分割合の問題（民法899条で「その相続分に応じて」共有となる場合の各共同相続人の持分割合）に当てはめて考えてみよう。いうまでもなく、この問題は、特別受益や寄与分が認められ法定相続分・指定相続分とは別に具体的相続分を観念する必要がある場合に限られる（遺言による指定相続分がなく特別受益や寄与分による具体的相続分も問題とならない場合、同条の「相続分」が法定相続分を指すことは異論がない。また、指定相続分はあるが具体的相続分は問題とならない場合、同条の「その相続分に応じて」とは指定相続分を意味するものといえようが（各共同相続人は、指定相続分の割合で個別の財産上に持分権をもつ。ここでは遺産合有説には立たないことで論を進める）、ただ、対外的に指定相続分（法定相続分との差額）をその旨の登記なしに対抗できるかどうかは、議論は分かれる。この点につき注⁶⁾を参照）。

特別受益や寄与分が認められ、具体的相続分が問題となる場合には、同条の「相続分」が法定相続分または具体的相続分のいずれを意味するかは、結果に重大な相違が生まれることから、学説上の対立がある。なお、いずれの見解においても、共同相続人相互間の内部の問題と持分の譲受人が登場する対外的問題とがあるが、後者に関しては、後掲（3）で検討する。

①**具体的相続分とする説** 前掲の相続分説からは、具体的相続分こそが法定相続分または指定相続分を修正する相続分として、被相続人の権利義務の承継割合を決定する（共同相続人の一人からの持分譲受人は、具体的相続分の限度で特定財産上の持分を取得する）。

②**法定相続分とする説** 前掲の遺産分割説の立場からは、具体的相続分は、法定相続分や指定相続分を何ら変更するものではなく、ただ遺贈・贈与によって法定相続分・指定相続分の一部または全部を分割前に取得しており、ために分割時にはこれを差し引いた部分しか取得し得ないというにすぎず、本条の「相続分」は法定相続分・指定相続分を意味し、具体的相続分がゼロである共同相続人からの譲受人でも法定相続分の割合で持分権を取得すると解する¹⁷⁾。

③**折衷説** 前記の両説に対し、共同相続人間においては、具体的相続分が相続分である（本条の「相続分」は具体的相続分を指す）が、後述のように、第三者との関係では、取引安全の観点から法定相続分によって形式的画一的な処理がなされると解する折衷説——持分譲受人が法定相続分の割合で持分権を取得する説明として、法定相続分に一種の公信力を認める構成、909条但書を持ち出す構成、登記なしに具体的相続分を対抗しえないとの構成など——がある。

他方で、この問題をめぐる判例の状況は、必ずしも明確とはいえない。すなわち、最判昭和38.2.22民集17巻1号235頁は、共同相続人の一人が特定財産につき勝手に単独相続登記をして第三者に当該不動産を譲渡した場合、他の共同相続人は自己の「持分」を登記なくして対抗できるとするが、単に「持分」と判示するにとどまるし、当該事例は特別受益なしとの原審の認定を前提としており、具体的相続分による解決を排除しているわけではない¹⁸⁾。また、共同相続人の一人からの相続預金の払戻し請求をめぐる裁判例では、法定相続分による分割帰属を前提としており、それを明言する事例もあるが（東京地判平7.9.14判時1569号81頁、東京地判平9.5.28金法1506号70頁）、具体的相続分との対比で争

われたものではない⁹¹。

(3) 共同相続人の一人からの譲受人

具体的相続分が法定相続分と食い違う相続人（たとえば、多額の特別受益があるため具体的相続分ゼロの相続人）が特定財産上の法定相続分による持分を第三者に譲渡した場合、譲受人は法定相続分の割合で権利を取得するのか、あるいは、何も取得できないのかの問題は、前掲（2）の対外的場面といえる。

この点について、前掲の具体的相続分の性格付けにつき遺産分割分説に立ち、共同相続人間での遺産共有の持分割合は法定相続分によるとの立場からは、具体的相続分ゼロの共同相続人からの譲受人でも法定相続分の割合で持分権を取得する¹¹⁰。他方で、相続分説に立ち、共同相続人は具体的相続分の割合で遺産を共有するとの立場からは、具体的相続分ゼロの共同相続人からの譲受人は持分を取得できないことになる¹¹¹。

もともと、図式的にはこのような対立的な論理枠組みがあるものの、結論的に法定相続分通りの持分の取得を認める立場の多くにおいては、対内的処理と対外的処理とを区別して、法定相続分に一種の公信力を認める説¹¹²、取引安全の見地から民法909条但書に根拠を求める説¹¹³、他の共同相続人は登記なくして具体的相続分を対抗しえないとする説¹¹⁴、899条の相続分の意義はどうであれ、第三者との関係は909条但書により法定相続分が基準であるとする説¹¹⁵があり、遺産分割分説は必ずしも論理必然とは解されていない。

(4) 共同相続財産の管理への関与・費用負担

遺産分割が終了するまでの遺産共有の状態における共同相続財産の管理について民法は規定を持たない。管理に関して、共同相続人間において合意がまとまれば、それに従い、そうした合意がない場合、共有に関する諸規定（民法249条以下）が適用されることになる。すなわち、保存行為は各相続人が単独ですることができ（252条但書）、管理行為は相続分に応じた多数決（同条本文）、変更ないし処分行為は全員の合意を得ておこなうことになり（251条）、管理の費用は相続分に応じて負担する（253条。かりに885条によっても結果に差異はほとんどない）。

問題は、このような共同相続財産の管理への関与や管理に要する費用の負担は法定相続分を基準とするのか、あるいは、具体的相続分によるのかという点である。この点に関し

て、法定相続分基準説¹⁶⁾は、具体的相続分は遺産分割のための計数上の割合にすぎないこと、実質的にも、具体的相続分のない者が管理費用を負担することは、その相続人が生前贈与等により遺産の前渡しを受けているか、寄与の少ない者であるから、不当ではないし、具体的相続分のない者が管理に参画することになっても、相続人である限りやむを得ないこと、具体的相続分によるとなると、特別受益の有無や寄与分の有無および価額を確定しなければならないが、これを遺産分割終了までに行うことは非常に困難であって、事実上遺産管理が不可能となるので妥当でないこと、を理由に法定相続分を基準とすべきものとする。

これに対して、具体的相続分基準説¹⁷⁾は、各相続人は本来的相続分（法定相続分や指定相続分）を有するけれども、それは具体的相続分算定の一基準にすぎないこと、具体的相続分を有しない者を管理に参画させるのは適当でなく、具体的相続分を有しない者は使用収益も許されず決議等により管理に関与することもできないが、管理費用の負担にも任じないものとされる。

（５）分割承継の際の割合（預金債権、相続債務）

預金債権などの可分債権、借入債務などの可分債務が相続財産であることはいうまでもないが、判例によれば、これらは遺産分割の対象とはならず、民法427条により当然に相続人に分割承継されると解されている（金銭債権につき最判昭和29.4.8民集8巻4号819頁、債務につき大決昭和5.12.4民集9巻1118頁）。とりわけ金銭債権に関しては、遺産分割手続に含めるべきか否かがそもそも議論の存するところであるが、一応上の判例の立場から、可分債権、債務が当然に分割承継されるとして、その割合は法定相続分（指定相続分）によるのか、具体的相続分によるのかがここでも問題となる。

1) 可分債権について、法定相続分によると解する場合には、多額の特別受益があり具体的相続分がゼロ（または計算上はマイナス）の相続人でも、遺産分割の対象とはならない預金債権は法定相続分の割合で取得できることになる。これに対して、具体的相続分によると解する場合には、上のような相続人は債権を承継しないことになる。前述のように預金債権の相続の事例で、共同相続人の一人からの相続預金の払戻し請求をめぐる裁判例の多くでは、法定相続分による分割帰属を前提とするが、具体的相続分か法定相続分かとの対比で争われたものではなく、必ずしも明らかとはいえない。

2) 可分債務の分割承継の割合についても、以下のように法定相続分による説と具体的相続分による説とが分かれている¹⁸⁾ (なお、具体的相続分の算定に当たり相続債務は別扱いとする通説を前提としている)。

通説は、法定相続分(指定相続分)によるものとし、ただ対外的には法定相続分に応じて分担すると解する。この説では、多額の特別受益のある相続人は、具体的相続分はごくわずかであるのかかわらず、債務は法定相続分による負担となり、特別受益相続人には不利な反面、計算が簡明であると指摘されている。

これに対して、具体的相続分による説¹⁹⁾では、特別受益が多いほど具体的相続分は少なく、債務の分担割合も小さくなり、特別受益者に不当に有利で不公平であるとの批判がある。

さらに、第三の立場として、相続利益説は、各共同相続人が相続に際して取得する生前贈与や遺贈も含めた利益全体(相続利益=具体的相続分+生前贈与+遺贈)に応じて分担すべき旨を指摘しているが²⁰⁾、法定相続分、指定相続分のほかに、法律上の根拠のない新たな相続分を認めることになると批判されている。

Ⅲ 若干の検討

以上みてきたように具体的相続分の性格付けをめぐる議論は、相続法のさまざまな場面において実際の取扱いや結論に大きな影響を及ぼす問題の広がりをもったものといえる。そこで、以下において、従来の議論の状況を各論点ごとに整理した上で筆者なりに検討を試みることにする。

(1) 相続分説と遺産分割分説の対立の背景

まず、相続分説と遺産分割分説のそれぞれの論拠とされている論点を五つ——特別受益の性質、民法中の条文の位置、寄与分制度の位置付け、登記手続との関係、遺留分制度との対比——確認していこう。なお、これらは、遺産共有における具体的相続分の機能という実体法上の諸場面というよりは、具体的相続分や特別受益財産であることの確認が訴訟事項か(相続分説になじむ)、審判事項か(遺産分割分説になじむ)という対立の中で論

じられてきた点に注意を要する。

①特別受益の性質

相続分説からは、特別受益の有無は相続開始時に客観的に定まっておき（903条1項の要件事実の有無）、その価額も相続開始時で評価するのであるから、具体的相続分は相続開始時に客観的に定まっているので訴訟による判断の対象となるとされる。他方で、遺産分割分説からは、持戻しの対象となるか否かは、個々の家庭の状況、時代の背景により異なるから、被相続人の生前の資産、収入、家庭状況等に照らして総合的に決定されるべきものであり、合目的裁量により審判によって判断されるべきであると反論する。

②民法の条文の位置

相続分説では、903条が、法定相続分、指定相続分と同様「相続分」の節に置かれていること、条文の構造上（法定・指定相続分が特別受益、寄与分により修正されて具体的相続分がきまるといふ）から具体的相続分は法定相続分と性質を同じくするとされる。他方で、遺産分割分説は、その解釈が条文の構造等と平仄が合わないことは認めている。

③寄与分制度の位置付け

遺産分割分説は、昭和55年改正により明文で寄与分が認められ、かつ、家事審判法にも9条1項乙類9の2が新設され、寄与分が協議で定まらない場合家庭裁判所の審判で定めることになり、しかも、それは遺産分割と同時にこなされることになった（家事審判規則103条の3、4）から、特別受益も寄与分と同性質で法定・指定相続分の修正要素であるから、寄与分が審判事項である以上特別受益も審判事項と解すべきものとする。

これに対して、相続分説は、寄与分と特別受益との性格上の違いを強調し、前掲家審法、同規則は、寄与分のみ規定して審判事項とするにすぎないと法律上の差異、および、寄与分は「単なる調整要素」にすぎないと指摘する。たとえば、伊藤昌司教授は、「寄与分について、本来寄与者に属したものを確保させる手続であると説明する論者が少なくないが、寄与者の固有権ならば相続の対象たる遺産から除外されるべきであるし、被相続人に対する債権であれば1029条1項による控除の対象になるはずのところ、民法の条文ではそのような位置付けになっていない（1044条は904条の2を準用しない）から、寄与分は債権の域にも達しない調整要素と解するほかなく、したがって相続人の私権を大きく変更するような性質のものではありえない。寄与分が決まらなければ具体的相続分が確定されなしいといっても、各相続人の権利の大枠はほとんど確定されていて、ただ若干の調整余地

が残っているというだけの問題にすぎない。」と指摘する¹²⁾。

④具体的相続分による登記手続

相続分説は、具体的相続分が判決を待たずに立証できれば（いわゆる「特別受益証明書」）具体的相続分による相続登記が可能である点を論拠として掲げる。これに対して、遺産分割分説からは、この取扱いは、相続人が相続分のないことを証する書面（理由は特別受益に限られない）を提出したときに、当該相続人には相続分がないとして登記上処理することを認めているだけであり、特別受益が〇〇円あったから具体的相続分が△割になるという登記上の処理が認められているわけではないと反論する¹³⁾。

⑤遺留分制度との対比

相続分説からは、遺留分は、共同相続人中に特別受益があった場合、被相続人の相続開始時の財産に特別受益財産を加え（みなし相続財産）、債務を控除した上で算定する割合ないし価額であり、具体的相続分と同じ法的性質をもち、また、遺留分減殺請求は訴訟をもっておこなうことができるのであるから、具体的相続分も確認訴訟の対象となる、と指摘する。これに対して、遺産分割分説では、減殺請求権が行使された場合、遺留分の有無・程度を判断するにあたり、具体的相続分を訴訟上算定することがありうるが、このことと、遺産分割の前提としての具体的相続分を訴訟の対象としうるかは別問題であり、遺留分減殺請求権が行使された場合にも、遺留分の前提としての具体的相続分自体が確認対象となるかは疑問であると反論する。

（２）「具体的相続分」の機能として——実質遺産の公平な分配のため

このように議論は平行線のままとはいえ、また、従来具体的相続分をめぐる議論は、実体法上の場面においてというより、むしろ訴訟事項か審判事項かという訴訟法のレベルの議論が中心であったといえよう。その意味では、上に述べた諸論点は、実体法上の諸場面における問題を検討するについて必ずしも直接の手がかりとはならないかも知れない。そこで、本稿では、前記のような実体法上の諸問題を考えるに当たり、「具体的相続分」の機能が、実質遺産の公平な分配にあるという、いわば原点に立ち帰って検討してみよう。

現在、公平円満な遺産分割の実現が相続法の基本理念であることは疑いの余地はない。そして、現行法上、遺産分割は、「みなし相続財産」の範囲で価値的ないし計算上の調整をした上で法定・指定相続分に基づく割合的分配をおこなうが、現実の遺産の範囲と「み

なし相続財産」の範囲が異なる結果、具体的相続分という概念が生じてくる。このことは、特別受益もなく寄与分もない場合、具体的相続分を観念する必要はないことから明らかである。

このようにみなし相続財産の範囲で割合的な配分を考えるといても、現実の遺産分割手続は、遺産分割の対象として現存する遺産の配分の問題である。したがって、多額の特別受益を得てすでに遺産からの分け前を取得済（つまり具体的相続分ゼロないしマイナス）の相続人自身になお、残された積極財産に対する持分権（法定相続分）を認めたり、共同相続財産の管理に関与させる積極的な必要性を考えれば、これを否定するほかないと思われる。

以上のことから、具体的相続分は、法定相続分・指定相続分から修正されたものとして性質上は実体的権利としての相続分にほかならないと解すべきであり、前掲の相続分説を基本に据えるべきものと解する。遺産分割分説のいうように、具体的相続分は遺産分割のための単なる計算上の基準にすぎないとすれば、なぜ家裁はそれに拘束されるのか、共同相続人間にあっては実体法上の権利割合つまり相続分であるからこそ拘束力があるのではなからうか²³⁾。

ただ、このように前掲の相続分説を基本と考えるとしても、対外関係のほか、次の二つの点に注意する必要がある。第一は、相続債務の問題である。遺産分割を前提とした具体的相続分の算定に当たっては、相続債務は分離して計算するのが通説であり、それを前提とすると、相続債務の分割承継においては、具体的相続分は無関係であって、法定相続分に応じて承継すべきものとする。第二は、預金債権などの可分債権について、判例は、相続財産であるものの、相続人間の合意がない限り遺産分割の対象とはならず、相続開始により当然に相続人らに分割承継されると解しているようである。そして、この場合の割合については、具体的相続分は遺産中に現存し分割の対象となる財産に対する持分をいうから、預金債権が遺産分割の対象とされていない以上、具体的相続分ではなく法定相続分を基準とすることになる。もっとも、共同相続人間の実質的公平からいえば、預金債権も含めて遺産分割をすることが望ましく、現に相続人間で預金債権を遺産分割手続に含める合意がなされる場合も少なくない。かつ、右の判例の立場それ自体大いに疑問のあるところといえ²⁴⁾、可分債権についても原則として遺産分割の対象に含まれると解すべきである。

第三に、共同相続人から遺産中の財産を譲り受けた譲受人については、共同相続人相互間とは別個の考慮をする必要がある。すなわち、具体的相続分は本来相続人間の内部的公平のための概念であることから、具体的相続分は登記しなければ対抗できず、譲受人は法定相続分に応じた共有持分権を取得できると解すべきである。

IV 結びに代えて

具体的相続分の確認訴訟の適否について最高裁は遺産分割説からこれを否定したが、以上に述べたように、私見では、具体的相続分は遺産分割手続においてだけでなく、遺産共有の場面にあっても、共同相続人間の持分割合を示す相続分として基準となるものと解する。従って、遺産共有の割合は原則として具体的相続分によるものとし、特別受益により具体的相続分ゼロの相続人は遺産について権利を持たず、また、遺産の管理についても関与することはできない。しかし、具体的相続分の算定の際に考慮されていない遺産債務や、判例上遺産分割の対象とされない可分債権については具体的相続分ではなく法定相続分が基準となる余地はあるが、可分債権を遺産分割の対象から除外する判例法理そのものに疑問がある。さらに具体的相続分が共同相続人間での内部的・実質的公平をめざすものであることから、具体的相続分を対外的に主張するためには、その旨の登記を必要とするものと解する。

そして、訴訟法レベルにおいても、具体的相続分を遺産分割の前提を固めるため以外の目的で確定する必要がある場合、たとえば、具体的相続分がゼロの相続人が遺産について法定相続分による持分権の譲渡を行えないように、具体的相続分率による持分割合の登記を行なうために当該財産についての具体的相続分率による持分権確認の訴えが必要な場合、遺産分割まで長い年月を要するような場合に、遺産共有の段階で特定の遺産についての管理の方法を決定するために具体的相続分による持分権の割合の確定を求める場合などについては、前掲最判12年判決の射程外として訴えの利益が肯定される余地がある¹²⁵⁾。

〔注〕

- (1) 具体的相続分の性質論をめぐる最近の研究として、宮崎幹朗「遺産分割の前提問題としての具体的相続分の性質」愛媛法学会雑誌27巻1号75頁以下（2000）がある。
- (2) 山崎賢一「具体的相続分は『相続分』か『遺産分割分』か」ジュリスト697号130頁（1979）、宮井忠夫=佐藤義彦『新版注釈民法（27）』175頁（1989）、伊藤昌司「相続と登記」『現代家族法の諸問題』411頁（1990）、同「疎んじられる具体的相続分」判タ1016号77頁以下（2000）、宮崎・前掲104頁。
- (3) 鈴木祿弥=唄孝一『人事法Ⅱ』94頁（1975）、高木多喜男「遺産分割と登記」奥田昌道ほか編『民法学7』269頁（1976）、安部正三「具体的相続分に関する争い」岸津 郎ほか編『新版相続法の基礎（実用編）』157頁以下（1981）、山名学「遺産分割における特別受益の確定」ケース研究211号163頁（1987）。
- (4) 梶村太市「遺産分割と特別受益」沼邊愛一ほか編『家事審判事件の研究（2）』68頁（1988）は相続分説によるものとするが、同「特別受益の持戻しと確認訴訟の適否」家月44巻7号30頁では相続分説からも確認の利益を否定することがありうるとする。
- (5) 田中恒朗「具体的相続分は『相続分』か『遺産分割分』か」東海法学7号23頁以下（1991）。
- (6) この点について、最高裁（最判平5.7.19家月46巻5号23頁）は、指定相続分を超える部分の登記は無権利の登記であり、登記に公信力がないかぎり譲受人が取得し得るのは指定相続分にとどまり、法定相続分と指定相続分の差額を第三者に対抗するために登記は不要（最判平11.4.23登記情報39巻8号129頁も同旨）と解するのに対し、学説上は登記必要説が従来から多数説と思われる。前記最高裁平成5年判決以前のものとして、鈴木=唄・前掲136頁、高木・前掲220頁ほか。同判決以降のものとして、右近健男・判例評論442号38頁、村重慶一「相続と登記の諸問題」みんけん476号10頁（1996）、横山長・公証110号29頁。
- (7) 高木・前掲・269頁。
- (8) 宮井=佐藤・前掲174頁、176頁。
- (9) 須磨美博「法定相続分の預金払戻請求への対応」金法1595号8頁。
- (10) 高木・前掲・269頁。
- (11) 山崎・前掲133頁以下は、譲受人は具体的相続分の範囲でしか権利を取得することができず、特別受益相続人の債権者が代位によって遺産たる不動産につき法定相続分割による持分登記をなしこれを差し押さえた場合も同様と解し、第三者の保護は売主の担保責任によるべきものとして、内部的問題と対外的問題とを区別せず、一貫した構成をしている。なお吉本俊雄「遺産分割と共有物分割との関係」『現代家族法大系5』33頁（1979）も同旨。
- (12) 烏津一郎「遺産共有持分の譲渡」烏津一郎ほか編前掲『新版相続法の基礎（実用編）』130頁。
- (13) 有地亨・前掲『新版注釈民法（27）』215頁は、共同相続人相互間では相続分説によるものとするが、第三者との関係は取引安全の観点から法定相続分により形式的画一的処理がなされ、譲受人は法定相続分を取得するが、善意無過失であることを要するとする。
- (14) 金山正信「法定相続分と異なる相続分と登記」『民法学の基礎的課題・中』300頁（1974）。

- (15) 岩城謙二『注解法律学全集19 民法X（相続）』（泉久雄・野田愛子編）147頁以下（1995）。
- (16) 田中壯太ほか『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題』345頁（1994）。
- (17) 米倉明『民法講義8 相続』132頁（2978）、田中恒朗・前掲・24頁以下。
- (18) 有地亨・前掲『新版注釈民法（27）』224頁以下。
- (19) 柏木馨『判例相続法論』208頁（1953）。
- (20) 我妻榮=立石芳枝『親族法・相続法』437頁（1956）、我妻榮=唄孝一『相続法』106頁（1966）。
- (21) 伊藤昌司「持戻し請求権と訴訟」判タ743号64頁。
- (22) 山名・前掲165頁。
- (23) 若林昌俊・判タ762号176頁（前掲⑤判決の評釈）、宮崎・前掲104頁。
- (24) 伊藤昌司・前掲・判タ1026号77頁以下。
- (25) 高見進・私法判例リマークス2001上・121頁。

いわゆる「相続させる」遺言と
その相続法上の位置

岩志 和一郎

目 次

- I はじめに
- II 平成3年4月19日判決
 - 1 平成3年判決までの学説・判例の状況
 - 2 平成3年4月19日判決
 - 3 平成3年判決の評価
- III 平成3年判決の理論的検討
- IV 特定不動産を相続させる趣旨の遺言と遺言執行
 - 1 特定不動産を相続させる趣旨の遺言と不動産登記手続
 - 2 平成7年1月24日最高裁判決
 - 3 平成11年12月16日最高裁判決
 - 4 平成11年判決と平成7年判決の関係
- V おわりに

I はじめに

近時の相続法上の大きな争点の一つは、いわゆる「相続させる」遺言をめぐる諸種の解釈問題にある。なかでも、複数の相続人を有する者が特定の相続人に対して特定の遺産を「相続させる」という文言をもって行う遺言は、「遺贈」ではなく、「相続」に関する遺言であることにこだわりつつ、一方で、「遺贈」として行った場合と同様に、遺言者の死亡と同時に、遺産分割手続を経ずに優先的、確定的にその遺産を特定相続人に帰属させることを目指して、公証実務の中で意識的に用いられ、定着してきた。

このようにしてあえて「遺贈」と区別しようとする直接の動機は、対象となる遺産が不動産である場合に、遺贈ならば権利移転の登記を他の共同相続人や遺言執行者と共同で行わなければならないところ、当該相続人の単独申請で済ませることができること、所有権移転の登録免許税が遺贈の場合に比して約4分の1で済むこと、対象財産が農地である場合に農地法所定の知事の許可が不要となるといったことなど、「遺贈」として財産を処分したときに付随する政策的効果の発生あるいは回避にある。その意味で、動機は打算的、かつ非本質的といわざるを得ないが、そのために意図される権利の即時移転的効果の発生は、被相続人の遺産処分の自由と共同相続人間の公平という相続法の根底にかかわる重大問題である。それゆえ、この種の遺言の評価については、裁判所においても、学説においても見解が分かれていたところ、平成3年4月19日の最高裁判決（いわゆる香川判決、民集45巻4号477頁）以来、裁判実務では権利の即時移転効を認める方向で解釈が固定し、関連する周辺問題についても、右最高裁の解釈を基礎に置く裁判例が重ねられてきている。

このような裁判実務の方向について学界の評価は肯否分かれるが、いずれにせよ、それが遺言による遺産の処分のあり方に及ぼしている影響はきわめて大きい。私はかつて平成3年判決とその周辺問題について若干の検討を加えたことがある¹⁾。しかし、その後新たな判例が蓄積され、学界でも活発な議論がなされていることにかんがみ、本稿でいま一度、この種の遺言の相続法上の位置づけを検討してみたいと考える。なお、「相続させる」遺言には様々な類型が存在するが、本稿では、最も典型的な類型である、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」遺言について論ずることとする。

Ⅱ 平成3年4月19日判決

まず、出発点となる平成3年4月19日の最高裁判決の位置を確認しておこう。

1 平成3年判決までの学説・判例の状況

この判決は、被相続人が遺産の一部である不動産につき、相続人中特定の者に「相続とする」あるいは「相続させてください」といった文言で行った自筆証書遺言に基づいて、特定された相続人から提起された右不動産の所有権確認の事件である。すでに述べたように、このような特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」遺言については、従来から、学説および下級審判例において解釈が分かれていた。

学説では、①この種の遺言を特定遺贈と解し、指定された財産は遺言者の死亡と同時に遺産分割の手續に乗ることなく、指定された相続人に帰属すると解する見解（遺贈説）¹²⁾、②遺産分割方法の指定である（当該財産の価額が法定相続分を上回るときには相続分の指定を伴う）と解するが、遺産分割までは当該相続人への財産帰属は認められないとする見解（分割必要説）¹³⁾、③遺産分割の方法の指定であり、相続分の指定を伴う可能性を認めるが、遺産分割を待つまでもなく、遺言の効力が発生すると同時に当該相続人への財産帰属が認められるとする見解（分割効果説）¹⁴⁾、④民法964条が遺贈という文言を使用していないことを根拠に、遺贈や分割方法の指定あるいは相続分の指定とも異なる、遺言者の死亡と同時に遺産分割を要せず、特定の遺産が特定の相続人に帰属するという効果をもった特殊な財産処分であると解する見解（特殊処分説）¹⁵⁾などが対立的に主張されてきた。

一方、下級審判例においては、当初、この種の遺言を遺産分割の方法の指定と解したうえで、その指定は遺産分割で尊重されるべきものとし、指定に従った遺産分割が成立すれば、指定された相続人は相続開始のときに遡って指定された相続財産の権利を取得するとする理論構成（前掲学説②）が主流を占めていた（東京高判昭和45年3月30日・高民集23巻2号135頁、札幌高決昭和61年3月17日決定・判タ616号148頁等）。しかし、これに対しては、とくに遺言発効による目的財産に関する権利の即時移転効を認めないという点につき、公証実務の側から厳しい批判が加えられた。その後、前掲学説①と同様にこの遺言を遺贈と性格づけ、権利の即時移転効を認める裁判例が現れたが（東京地判昭和62年11月24日・判タ672号201頁）、公証実務からは大きな批判を浴びるとともに、判例の流れを変え

るまでには至らなかった（東京地判昭和62年11月28日・判時1226号81頁、大阪地判昭和63年7月18日・判時1353号96頁等）。

このような中で、判例の流れに一つの転機をもたらしたのは、昭和63年7月11日の東京高裁判決（いわゆる武藤判決・判タ675号266頁）である。同判決は、この種の遺言を遺産分割方法の指定と解したうえで、そのような遺言があるときは、当該相続人が遺言の趣旨を受け入れる旨の意思を他の共同相続人に対し明確に表明した時点において優先権の主張があり、その結果、遺産分割の協議や審判を経るまでもなく、相続時に遡って当該財産を取得することになると判示した。これは、全ての遺産は遺産分割の成立によって帰属が確定するという建前を尊重しつつ、当該相続人の優先権の主張により当該遺産が分割の対象から除外されるという構成をとったものであるが、実質的には即時移転効を認めるに近いものであり、公証実務からは歓迎された。平成3年4月19日判決は、この東京高裁判決の上告審判決である。

2 平成3年4月19日判決

この判決において、最高裁はまず、「当該遺産を当該相続人をして、他の共同相続人と共にではなくして、単独で相続させようとする趣旨のもの」と解するのが当然の合理的解釈であり、遺言書の記載から、その趣旨が遺贈であることが明らかであるか又は遺贈と解すべき特段の事情がない限り、遺贈と解すべきでなく、「(民法908条)にいう遺産の分割方法を定めた遺言」であるとし、その上で、「他の共同相続人も右の遺言に拘束され、これと異なる遺産分割の協議、さらには審判もなし得ないのであるから、このような遺言にあっては、遺言者の意思に合致するものとして、遺産の一部である当該遺産を当該相続人に帰属させる一部の分割がなされたのと同様の承継関係を生ぜしめるものであり、当該遺言において相続による承継を当該相続人の受諾の意思表示にかからせたなどの特段の事情がない限り、何らの行為を要せずして、被相続人の死亡の時（遺言の効力の生じた時）に直ちに当該遺産が当該相続人に承継されるものと解すべきである。そしてその場合、遺産分割協議又は審判においては、当該財産の承継を参酌して残余の遺産の分割がされることはいうまでもないとしても、当該遺産については右の協議又は審判を経る余地はない」と判示した。遺産分割の方法とみながらも、優先権の行使という構成を採らず、原則として「何らの行為を要せずして」財産が特定された相続人に承継されるとする理論構成は、原

審東京高裁判決の考え方をさらに一步進めたものである。

3 平成3年判決の評価

平成3年判決以降、これを踏襲する判例が続いており、裁判実務の方向は固定したとみることができる（例えば、最判平成3年9月12日・判タ796号81頁、同平成7年1月24日・判時1523号81頁等）。しかし、このような最高裁の理論構成については、評価が分かれる。

分割効果説（前掲学説③）の論者からは、その主張が受け入れられたものと評価され⁶⁴⁾、また、公証実務の側からも、実務の取扱と軌を一にするものとして全面的に支持されている⁶⁵⁾。しかしその一方、歴史的に是認されてきた遺贈と別に、なにゆえこの種の遺言に権利の即時移転効（物権的効力）を認める必要があるのか、根拠が示されていない⁶⁶⁾、遺贈ではなく相続であり、遺産分割方法の指定であるとされながら、遺産の帰属効果は遺贈に近いという「いいとこ取り」の論法である⁶⁷⁾、家事労働や介護労働などの対価を相続財産で清算するという形で用いられることになり、労働対価を確実に支払われる可能性のないシャドウワークを相続人に強制する手段となりかねないなど⁶⁸⁾、批判も多い。

Ⅲ 平成3年判決の理論的検討

すでに述べたように、平成3年判決の要旨は、①特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」遺言は、遺産分割方法の指定であること、②この種の指定があれば、被相続人の死亡と同時に、特定された遺産は特定された相続人に、遺産分割を経由せずに直接帰属すること、の2点にある。

これらのうち、①については、遺贈説から、遺産分割方法の指定とは分割方針の指示のことであり、民法は相続人に対して遺贈することを認めているのであるから、財産を具体的に特定して承継させるのは遺贈しかないという批判が加えられる⁶⁹⁾。しかし、遺言による、財産を具体的に特定した指示が遺贈以外ではありえないとする理解は、民法の解釈としては狭すぎるように思われる。

たしかに、民法解釈上、一般に遺産分割の方法というときは、現物分割、価額分割あるいは債務負担の方法による分割といった、遺産分割実行の方針を指すと考えられる。した

がって、908条にいう遺産分割の方法の指定というときにも、第一次的にはこれら方針の指示と考えることができるが、一方で、民法は遺産分割方法の指定についてその内容を何ら限定してはいない。それゆえに、遺産分割方法の指定の中には、遺産分割に際し、相続人への遺産帰属に拘束を与える指示の一切が含まれるとすることはできるのであり、現に学説では、従来から、個々の相続財産を個々の相続人への割り付ける指示も遺産分割方法の指定でありうると解するものが多かった¹¹²⁾。したがって、その限りにおいて、平成3年判決はまったく新しい解釈を示したというわけではない。

平成3年判決の新しさは、要旨②で、「相続させる」という文言をもって個々の相続財産を相続人に割り付ける遺言を遺産分割方法の指定と性格づけつつ、その効果として、相続人による遺産分割を経由しない権利の即時移転効を認めたことにある。この論理は、被相続人自身が遺産分割することを認めるに等しい。遺言で個別の遺産の割付があっても、それを遺贈ではなく、遺産分割方法の指定と解する限り、それら遺産の承継は法定相続のシステムの中でなされることになる。わが国の法定相続の体系においては、共同相続の場合、遺産は原則として共同相続人の共有となり、それを解消してその遺産を各共同相続人に単独帰属させるには、遺産分割を経由しなければならない¹¹³⁾。一部の学説は、相続分の指定や遺産分割方法の指定に関する規定の立法過程において、わが民法の立法者が尊属分割を認めるフランス民法を参考にしたということに遡って、被相続人の遺言による分割を正当化するが¹¹⁴⁾、立法過程の議論からみる限り、わが国が尊属分割の制度を継受したとまでいえるかは必ずしも明確ではない¹¹⁵⁾。むしろ、上に述べた法定相続の体系を尊重する以上、遺産分割方法の指定というときにも、相続人によってなされる遺産分割が前提とされ、その分割の場で、被相続人の指示が拘束力を有すると解するのが相当であろう。そうだとすれば、「相続させる」遺言を遺産分割方法の指定であると解する限り、相続の開始と同時に、遺産分割を経由せずに、特定された財産が特定の相続人に帰属するという理論構成は採ることは無理であり、もし遺産分割の実質的回避を考えるならば、武藤判決がいう優先権主張という論理を使うところまで、と考えるほかはないように思われる¹¹⁶⁾。

このような観点からは、財産の即時移転を認めるという一步を踏み出した平成3年最高裁判決は、被相続人の意思による相続の効果の排除、すなわち遺産分割の手続に関する諸規定はもちろん分割の遡及効を定めた民法909条の規定の排除を認めるものであり、遺産分割方法の指定という既存の枠組を借用しつつ、実質的には遺贈と同様の効果をもたら

す、法定相続と遺贈との折衷的な、新しい遺産承継方法を創造したものであると評せざるを得ない¹¹⁷⁾。

このような平成3年判決の位置づけは、右判決以降、その解釈を基礎として周辺問題について積み重ねられてきた判例をたどることによって、逆に検証することができる。以下では、それら周辺問題に関する判例の中から、「特定不動産を相続させる」遺言と遺言執行に関する判例を材料に、その作業を行ってみよう。

IV 特定不動産を相続させる趣旨の遺言と遺言執行

1 特定不動産を相続させる趣旨の遺言と不動産登記手続

「相続させる」遺言が用いられる動機の一つに、目的不動産の登記手続の簡易性があることは、すでに述べたとおりである。登記実務においては、平成3年最高裁判決前から、特定不動産について「相続させる」文言の遺言があった場合には、これに基づいて相続を原因とする所有権移転登記が許されるとする取扱（昭和47年4月17日甲第1442号民事局長通達）¹¹⁸⁾、さらにこの遺言に基づき、遺産分割方法の指定として相続を原因とする移転登記が当該相続人の単独申請でできるとする取扱（昭和47年8月21日甲第3565号民事局長回答）がとられてきていた¹¹⁹⁾。このような取扱は、共同相続人の共同相続登記（所有権取得登記）を経由する必要がないとする点で、遺言の効力発生と同時に当然に当該特定不動産の所有権は当該特定相続人に移転するという即時移転効を認める考え方に沿ったものということができるが、同時に、受遺者（登記権利者）と他の共同相続人（登記義務者）または遺言執行者の共同申請を要する遺贈を原因とする所有権移転登記とも異なることを明確にしたものでもある。

このような登記を認めることに対しては、当該遺言が遺言者の最終意思と確認されているわけではなく、遺言が無効の場合にも、実体上の権利者である相続人の関与なくして登記が可能となるということになって危険であるという批判がある¹²⁰⁾。しかし、当該遺言と別に内容の違う遺言があるかどうか、あるいは当該遺言が有効なものであるかどうかを確実に知り得ないのは、どのような遺言の場合も同じことであり、また、この種の遺言のほ

とんどが公正証書遺言でなされている点からいえば、むしろその确实性と有効性の程度は高いといえる。その意味では、この批判は必ずしも当を得たものとは思われない。

2 平成7年1月24日最高裁判決

以上のように、「相続させる」遺言による不動産の承継を相続による承継と位置づける限り、不動産登記法上、相続人は単独で被相続人から相続人への登記申請をすることができる（不登法27条）。しかし一方で、登記実務では、当該遺言につき遺言執行者が指定されていた場合には、遺言執行者もまた相続を原因として単独で登記の申請をすることができる、という扱ひもなされていた¹²¹⁾。判例は古くから、特定遺贈について、遺言者の意思の実現を確保するという視点から、遺言執行者の登記申請権限を肯定してきており（大判昭和11年6月9日民集15巻1029頁等）、そのような姿勢が、遺言者の意思に基づく財産処分という共通性のゆえに、相続させる趣旨の遺言に関する登記実務に反映されたものと考えられる¹²²⁾。しかし、この点については、被相続人の死亡により当然に権利を取得するものであること、相続を原因とする単独申請であることなどを根拠に、遺言執行者の選任があっても執行の余地はなく、登記申請は当該特定相続人からすべきである、とする対立的見解が主張されており¹²³⁾、平成3年判決以降は、登記実務もこの方向に切り替わったといわれる¹²⁴⁾。

そのような中で、最高裁は、平成7年1月24日、相続させる遺言によって特定不動産を取得した特定相続人が、その登記を経由しない間に他の共同相続人に法定相続分どおりの相続登記をされてしまったのは、遺言執行者がその職務を怠ったためであるとして、遺言執行者に損害賠償請求を求めた事案において、「特定の不動産を特定の相続人甲に相続させる遺言により、甲が被相続人の死亡とともに相続により当該不動産の所有権を取得した場合には、甲が単独でその所有権移転登記をすることができ、遺言執行者は遺言の執行として右の登記手続をする義務を負うものではない」と判示した。ここに、同じく権利の即時移転効を有する処分でありながら、遺言執行者による登記申請については、特定遺贈の場合と、「相続させる」の遺言の場合とで、取扱が異にすることが明確化されたのである。

しかし、このように取扱を異にした場合には、第三者との対抗の場面で見逃せない問題が生じうる。判例によれば、特定不動産の遺贈が効力を生じた後、受遺者が登記未済の間に第三者がこれを譲り受けたときは、受遺者は登記なくして第三者に対抗できない（最判

昭和39年3月6日民集18巻3号437頁)。したがって、遺言執行者としては、遺贈者の意思を確保するため、遺言執行行為として、早期に受遺者に対する所有権移転登記を行うことには理由があり、遺贈に関して遺言執行を認める従来の判例には意味がある。同様のことは、もし香川判決の論理を採り、「相続させる」遺言による不動産の権利の即時移転効を認めた場合にも当てはまる。相続人の一人にその法定相続分を超える不動産を「相続させる」遺言があった場合を考えてみよう。即時移転効に注目して遺贈に準ずるとした場合には、上に述べた遺贈の場合の考え方がそのまま当てはまるし、また被相続人自身による分割があったと考えても、遺産分割後に目的不動産を取得した第三者と、分割によって自己の法定相続分を超える不動産の権利を得た相続人は対抗関係に立つとするのが判例であるからである（最判昭和46年月26日民集25巻1号90頁）。したがって、相続を原因とする所有権移転登記についても、右のような第三者の出現を回避し、遺言者の意思を確保するには、遺言執行が認められる余地はあるといえなくはないのである¹²⁵⁾。

平成7年判決は「遺言執行者は遺言の執行として右の登記手続をする義務を負うものではない」ことは明言した。しかし、同判決はその理由の説示が簡単であったこともあり、登記申請に限定して遺言執行の余地を否定したものか、それとも一般に遺言執行の余地を否定したとみてよいのか、その射程について、なお議論を残すことになった¹²⁶⁾。

3 平成11年12月16日最高裁判決

平成7年判決が残した疑問について判断を示したのは、平成11年12月16日の最高裁判決（民集53巻9号1989頁）である。同判決の事案は、平成7年判決の場合と異なり、目的不動産の登記名義がすでに被相続人名義ではなく、他の共同相続人の名義になっている場合に、右共同相続人に対し、遺言執行者が真正な登記名義の回復を目的とする持分権移転登記を求める訴を提起した、というものである。

この訴につき、原審である東京高裁平成10年3月31日判決（判時1642号105頁）は、遺言執行者には当事者適格はないとして退けた。「特定の不動産を特定の相続人に相続させる趣旨の遺言により、特定の相続人が被相続人の死亡時に相続により当該不動産の所有権を取得した場合には、当該相続人が自らその旨の所有権移転登記をすることができ、仮に右遺言の内容に反する登記がされたとしても、当該相人が自ら所有権に基づく妨害排除請求としてその抹消を求める訴えを提起することができるのであるから、当該不動産につい

て遺言執行の余地はなく、遺言執行者は、遺言の執行として相続人に対する所有権移転登記手続をする義務を有するものではない」というのが、その理由である。

これに対し、最高裁は「相続させる遺言が、右のような即時の権利移転の効力を有するからといって、当該遺言の内容を具体的に実現するための執行行為が当然に不要になるものではない」として、一転、遺言執行の余地を認める判断を下した。

最高裁はまず、不動産取引の重要性にかんがみると、特定の相続人「甲に当該不動産の所有権移転登記を取得させることは、民法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」という。そのうえで、「登記実務上、相続させる遺言については不動産登記法27条により甲が単独で登記申請することができる」とされているから、当該不動産が被相続人名義である限りは、遺言執行者の職務は顕在化せず、遺言執行者は登記手続をすべき権利も義務も有しないが、「他の相続人が当該不動産に自己名義の所有権移転登記を経由したため、遺言の実現が妨害される状態が出現したような場合には、遺言執行者は遺言執行の一環として、右の妨害を排除するため、右所有権移転登記の抹消登記手続を求めることができ、さらには（特定の相続人）甲への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記を求めることができる」とする。また「この場合には、（特定の相続人）甲において自ら当該不動産の所有権に基づき同様の登記手続請求をすることができるが、このことは遺言執行者の右職務権限に影響を及ぼすものではない」として、特定の相続人の登記手続請求と、遺言執行者の登記手続請求は併存しうることも明らかにしている。

4 平成11年判決と平成7年判決の関係

平成11年判決は、相続させる趣旨の遺言について、特定された相続人に所有権移転登記を取得させることは遺言執行者の職務権限に属すると一般的に言い切る。平成7年判決が遺言執行者は被相続人名義の不動産の所有権移転登記をすることができないと述べるのは、不動産登記法27条が存在するためにこの遺言執行者の職務が顕在化しないということ述べたにすぎない。したがって、その裏返しとして、他の共同相続人が登記名義を得ているために遺言の実現が妨害されている場合には、遺言執行者は真正な登記名義の回復を原因として所有権移転登記を求めることができる。この所有権移転登記は、相続を原因とする登記ではなく、不動産登記法27条の適用外であるため、遺言執行者の職務を阻むもの

はなくなるからである。

このような理論構成は、結果的に、遺言者の意思を実現させるために目的不動産の登記につき広く遺言執行の余地を認めてきた遺贈の場合の取扱を、「相続させる」遺言に平行移動させたものであるといつてよい⁽²⁷⁾。両者の違いは、平成7年判決の範囲、すなわち相続を原因とする登記には不動産登記法27条の適用があり、その部分では遺言執行の余地はないというだけにすぎない。しかも、この遺言執行者の職務権限と、相続人の登記請求の権利は相互に排斥することはなく、併存するのである。このような両者の権利・権限の共通性と併存性は、「相続させる」遺言に、相続による承継と、遺言による承継（遺贈に類した承継）という両面性を認めてこそ、無理なく説明できるものといわなければならない⁽²⁸⁾。

V おわりに

「相続させる」遺言が、遺産分割方法の指定なのか、遺贈なのかといった議論は、ある意味で不毛である。平成3年判決は確かに遺産分割の方法の指定として枠づけてはいるが、付与した効果は、法定相続の体系から一步踏み出したものであり、実質的には、法定相続と遺贈の折衷的な遺産承継方法を認めたものと位置づけるのが素直な見方であろう。

このような見方に立った場合には、遺言事項の法定という原則がある中で、解釈によりこのような財産承継の制度を創造することが許されるのかどうかの問題とされなければならない。しかし、たとえば物権法定主義の中での、根抵当権の創設のように、一つの枠づけの中で、解釈により、実質的に新たな効果を認めていくことは認められないわけではない。その意味で、最高裁が与える遺産分割方法の指定であるとの枠づけは、このような厄介な問題をすり抜ける形式として有用であるといえるであろう。

しかし、形式としてはともかく、相続と遺贈の折衷という実質的な法創造は、必然的に相続の枠とも、遺贈の枠とも接触せざるを得ず、その接触のたびごとに解釈により、整合性を図っていかなければならないことになる。問題はそれほど大きな労力を負担してまで、このような実質的な法創造を行うことの意味があるかという点にある。冒頭に、この種の遺言をなす動機の打算性について触れた。もしこのような動機につながる原因が政策的に是正されれば、この種の遺言の需要はなくなるのだとするならば、相続法の体系上無理をし

て創造的解釈を行う意味はない。これに対して、この種の遺言が相続法上存在するにつき、独自の意義と必要性があるのだというのであれば、精緻に理論化し、相続法の体系に採り入れていく必要がある。

いうまでもなく、わが民法の解釈では、相続人に対する遺贈が認められており、これを利用すれば、遺産分割を経由することなく、即時的な権利移転効をもって目的財産を当該特定相続人（受遺者として）に帰属させることが可能である。その一方で、「相続させる」遺言は、本稿で取り上げた不動産登記と遺言執行という場面でも、遺贈に準じた取扱が認められてきている。このような中で、「相続させる」遺言には、どこに相続法上、独自の存在意義が存在するのか¹²⁹⁾。その点については、判例においても、学説においても、明確に答えるものがないまま、結論だけが一人歩きしているという感は否めない。

[付記]

本稿脱稿後、最高裁判所平成14年6月10日判決（判タ1102号158頁）に接した。同判決は、相続させる趣旨の遺言によって特定の不動産を取得した相続人は、他の共同相続人の債権者が当該不動産につき法定相続分に従って行った差押につき、登記なくして対抗できるとするものであり、このような解釈の道筋については、本稿注(25)においてしめしたとおり、十分に予想しえたところである。とはいえ、本判決が登場したことによって、同じく即時移転効が認められるとしながら、遺贈の場合とは異なる扱いとなることが明確化したのであり、その意義はきわめて大きい。

〔注〕

- (1) 岩志和一郎「いわゆる『相続させる』遺言の解釈——平成3年最高裁判決に対する若干の疑問」公証法学25号(1996)1頁。
- (2) 山島正男「相続分の指定」『家族法大系Ⅵ』237頁、橋勝治「遺産分割事件と遺言書の取扱い」『現代家族法大系5』66頁、浦本寛雄「相続分の指定・遺贈・遺産分割方法の指定」『演習民法(相続)』(山島=泉編)20頁、伊藤昌司「『相続させる』遺言は遺贈と異なる財産処分であるか」法政研究57巻651頁以下、千藤洋三「『相続させる』遺言の解釈をめぐる諸問題」関西法学48巻3・4号368頁等。
- (3) 泉久雄「『相続させる』旨の遺言の解釈」家族法判例百選(第5版)148頁、沼辺愛「『相続させる』旨の遺言の解釈」判タ779号19頁、右近健男「特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』趣旨の遺言の解釈」判例評論395号171頁等。
- (4) 加藤永一「『誰々に相続させる』旨の遺言の効力」判タ688号347頁、島津一郎「分割方法指定遺言の性質と効力」判時1374号82頁、水野謙「『相続させる』旨の遺言に関する一視点」法時62巻7号82頁等。
- (5) 瀬戸正二「『相続させる』との遺言の効力」金法1210号6頁、倉田卓次「『相続させる』の所有権移転効」『遺言・公証』14頁等。この見解は、964条が遺贈という文言を使用していないことを根拠に、同条にいう処分にはこのような特殊な処分も含まれうるとするものであり、公証実務をより積極的に支えることを目的とした立論といえることができる。
- (6) 水野謙「相続させる遺言の効力」法学教室254号(2001)21頁は、これを、「通説化していない新説を最高裁が採用した珍しい事例」と紹介している。
- (7) 瀬戸正二「『相続させる』判例の回顧」公証法学21号(1992)145頁
- (8) 右近・前掲172頁、伊藤昌司「特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』遺言の解釈」ジュリスト平成3年重判85頁等。
- (9) 千藤・前掲396頁。
- (10) 水野紀子「『相続させる』旨の遺言の功罪」『遺言と遺留分 第1巻遺言』(久貴忠彦編・2001)170頁。
- (11) 伊藤・前掲法政研究662頁。
- (12) 有地亨・新版注釈民法(27)203頁、中川善之助=泉久雄「相続法(第3版)」368頁、鈴木祿弥「相続法講義」186頁等。
- (13) 遺産共有の理解につき、共有説に立てば、可分な債権や債務は共有となることはなく、相続開始と同時に分割されて各相続人に帰属するとされる。しかし、それは遺産の性質によるものであり、個別財産の指定があれば当然に分割を経由する必要がないということと同意識ではない。
- (14) 水野謙「『相続させる』旨の遺言に関する一視点」法時62巻7号82頁。
- (15) 伊藤・前掲ジュリスト85頁、千藤・前掲361頁、水野紀子・前掲164頁。
- (16) 公証実務でも、武藤判決についての評価は高く、香川判決はその延長上にあると位置づけられているが(瀬戸・前掲138頁等)、武藤判決と香川判決との間には、相続人による遺産分割を前提と

しているか、前提としていないかという点で大きな溝があるように思われる。もちろん、遺産分割を前提とするといっても、武藤判決では、特定された相続人が優先権行使を行使し、指定どおりの財産の承継を希望すれば、遺言どおりの財産の帰属が確定してしまう。実際問題として指定内容を拒絶する相続人は少ないと思われるから、優先権の行使により遺産分割があったと考えて週及的に財産帰属を認めるよりも、このような遺言に直接的な財産移転効を認めるほうが結果において効率的であり、实际的であろう。しかし、私見としては香川判決の理論には疑問を感じている（岩志・前掲13頁）。

最高裁は、「遺言において相続による承継を相続人の受諾の意思にかからせたなどの特段の事情のない限り」、特定された財産は遺言発効によって当然特定された相続人に承継され、当該相続人が当該財産の承継を希望しない場合には、「当該特定の相続人はなお相続放棄の自由を有するのであるから、その者が所定の相続の放棄をしたときは、さかのぼって当該遺産がその者に承継されなかったことになる」と述べている。最高裁の考えでは、「相続させる」遺言は被相続人自身が遺産分割を行ったのと同じ効果を持ち、それによって当該特定財産の帰属先は確定しているから、相続人の側から遺言の内容を修正して承継する余地はない。しかし、遺言者が常に相続人の状況に応じた合理的な遺言を行うとは限らず、また遺言がなされてから長期間が経過し、その間に当該財産に関する状況（価額の変動や担保権の設定など）が変化することもあることを考えれば、常に不合理なまま承継するか、さもなくば相続の放棄かという選択しかないことは、相続人にとって苛酷である。この点、塩月判事は、従来の家裁実務との関係で、柔軟で妥当な遺産分割の方途を旨とする（塩月秀平「特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』趣旨の遺言の解釈」ジュリスト986号85頁）。また、最高裁のような遺産分割効果説に立ちながら、遺言に特定された財産を含めて遺産分割をすることを認める論者もいる。鈴木教授は、遺言執行者がいる場合には、遺言執行者が遺言の趣旨に従って遺産分割をすべきであるが、遺言執行者がいない場合には、共相続人の協議で指定と異なった分割をしてもよく、その分割は理論的には、各共同相続人の分割指定によって取得した物の交換の意味を持つと説明される（鈴木祿弥『相続法講義』186頁）。また、曳野判事補は、平成三年最高裁判決が「当該遺言において相続による承継を当該相続人の受諾の意思にかからせたなど特段の事情がない限り」としていることをとらえて、最高裁が「遺産の承継に関して指定相続人の意思にも配慮する姿勢を示している」とし、したがって、「遺言において明示的に指定相続人の意思を尊重する趣旨が示されていない場合にも、指定相続人が同意すれば、指定財産を分割対象財産に含めて遺産分割の協議、調停、審判を行うこともあながち最高裁判決の趣旨に反するものではない」とされ（曳野久男「いわゆる『相続させる』旨の遺言において、当該遺産が相続により直ちに当該相続人に承継されない『特段の事情』（一審、二審でその判断が分かれた事例）」家月46巻8号187頁）、具体的には「指定相続人が当然に当該遺産を承継するとすれば、当該相続人は当該遺産について所有権者としての自由処分権原を有するのであるから、その処分権の行使としてこれを分割対象財産として提供し、その見返りとして遺産分割において本来の相続分に従った相続人としての権利主張をすることができる」（前掲196頁）という考えを示される。私見としては、これらの論者の問題意識については全面的に賛成するものである。

- (17) 上野雅和「相続させる遺言に反する登記と遺言執行者の職務権限」民商123巻2号223頁。なお、内田恒久「『相続させる』趣旨の遺言に関する最高裁判例の射程について（上）」公証107号58頁は、これを「最高裁判決の準立法的功能が発揮された」という。
- (18) 民事月報27巻5号165頁。
- (19) 揖斐潔「『相続させる』旨の遺言の解釈」登記研究523号19頁。
- (20) 伊藤・前掲ジュリスト84頁、若宮孝子「遺言の文言とその法律効果」名城法学論集21集205頁。
- (21) 登記研究424号221頁〔質疑応答（6220）〕。なお、遺言者の意思の確保という観点から、加藤・前掲347頁、鈴木・前掲186頁、倉田卓次『解説遺言判例140』205頁等、学説でもこのような取扱を支持するものは多い。
- (22) 渡邊剛男「遺言執行者の職務権限に関する最高裁平成11年12月16日判決について」公証法学29号（2000）111頁。
- (23) 岩井俊「遺言の執行」ケース研究162号96頁、中垣治夫「相続及び遺言の登記手続をめぐる若干の問題点について」登記研究550号118頁等。
- (24) 揖斐・前掲21頁、中垣・前掲121頁。
- (25) 最高裁は平成5年に、法定相続分より小さな相続分を指定された相続人が、法定相続分どおりの相続登記があることを利用して、法定相続分どおりの持分を第三者に譲渡し、登記を得たという事案において、指定相続分を超えた登記は無権利の登記であり、登記に公信力がない以上、他の相続人は第三者に対して登記なくして対抗できるという判断を下している（最判平成5年7月19日金法1419号36頁）。この平成5年判決からうかがえる、指定相続分が法定相続分に優先するという考え方に立てば、法定相続分を超える不動産の権利を取得すべきことが指定された相続人も、自己の指定相続分につき、登記なくして第三者に対抗できることになり、その場合には、遺言執行を認める余地はなくなる。明確に述べてこそいないが、平成7年判決の基礎には、この平成5年判決の考え方が存在したと思われる。ただ、平成5年判決から引き出される、このような対抗要件不要説については、異論も強い（内田・前掲（中）公証109号43頁）。
- (26) 竹下史郎「『相続させる』趣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。
- (27) 渡邊・前掲122頁は、遺贈の場合と同様に、遺言執行者の職務権限を広義に解するものであるとして評価する。
- (28) 上野・前掲229頁は、相続させる遺言は、法定相続と遺贈の間にある特殊の遺贈であり、相続と遺贈の二重効を生じさせるもの、という。
- (29) この点につき、千藤・前掲368頁は、遺贈でできることを、他の制度をゆがめる形で利用すべきではない、という。また、田尾桃：「不動産を『相続させる』旨の遺言と遺言執行者の登記申請義務」NBL67頁は、遺贈と「相続させる」旨の遺言による処分とは、ともに被相続人の意思に基づく遺産についての物権変動で根本を同じくしているのであるから、登記手続や登録免許税、遺言執行などで両者を截然と区別することは困難であるとする。

銀行実務から見た相続法の問題点

玉 上 信 明

目 次

はじめに

I 総論 銀行実務から見た相続

- 1 相続取引の特性
- 2 相続法制そのものについて感ずる問題点・疑問点

II 各論

- 1 戸籍調査
- 2 一部相続人が相続手続きに参加できないときに届出相続人のみで相続するときの問題点
- 3 親権者と未成年者が共同相続人である場合、または同一の親権者の親権に服する数人の子が共同相続人である場合において、遺産分割協議をする場合の特別代理人選任について
- 4 念書の法的効力・不当利得返還請求権の問題

はじめに

平成10年4月から14年3月に至る相続法制研究会では、筆者も4度発表の機会をいただきました。本稿は、その発表内容の中から内容を選んで修正を加えたものです。

はじめに銀行実務において相続法制について感じている問題点を述べ、ついで実務取扱のルールを社内検討した際の取り纏めから数点紹介します。

なお、本稿で意見にわたる箇所は全て筆者の個人的見解であることを予めお断りします。

I 総論 銀行実務と相続

1 相続取引の特性

銀行実務における相続取引の特性をアトランダムに記載すると、次のようになると思われる。

(1) 相手方

- ①いままでも銀行とは面識のなかった人が相手方として突然登場する（相続人、受遺者、遺言執行者等）。
- ②正当な権利者かどうかの確認が難しい（戸籍調査の問題、相続人・受遺者本人かどうかの確認）。
- ③相手方の意思確認、権限の確認が難しい（未成年者や意思能力に疑問のある人、海外や遠隔地の居住者、行方不明者。親権者、後見人と相続人受遺者との利益相反について）

(2) 取引の特性

- ①取引金額が大きくなる、権利関係が大きく変動する。
(預金のすべてを払い出したい、名義変更してほしい。ローンについては長男が一括して承継したい等)

- ②相続手続がすべて完了するまで一切取引を動かさないというわけにはいかないことがある（法定相続分についての払戻請求、葬儀費用等の便宜払い等）。
- ③「借名、家族名義預金」、「事実上の代理人」など被相続人本人がいる間は問題とならなかったり事実確認が容易にできたことが、問題として顕在化する。

（3）遺言

- ①遺言者の真意を確かめることができない。遺言者の真意を推し量ることができても、必ずしもそのとおり対応できるわけではない（内容が不明確な場合、複数遺言がある場合、自筆証書遺言の形式や表現の不備等）。
- ②撤回・修正が自由に行えるため、取引の相手方の立場では提出された遺言書だけを信じてよいのかどうか疑問を感ずることがある（実務上は承継届の免責文言等による免責。）
- ③遺言者が真意と異なる遺言を迫られるケースもあるように仄聞する。

2 相続法制そのものについて

- ①「笑う相続人」死亡時にそれまで縁遠かった相続人が突然現れて権利を主張する。世話をした長男のお嫁さんはびた一文もらえない（例；遠隔地にすむ兄弟姉妹、協議離婚済みのもと配偶者に婚姻当時出生していた兄弟姉妹、それらの代襲相続人など）。
- ②遺言執行者の位置づけ。法的には、相続人の代理人とみなされるが（民法1015条）、銀行実務では、例えば、共同相続人の一人が遺言執行者になっているケースで、執行者から、全ての預金払戻しを受けた上で各相続人に分配する、などと申出があっても、受益相続人の連署を求めることもおこなわれることがある。
- ③戸籍調査の問題。これについては次項で詳述する。

Ⅱ 各論

1 戸籍調査について

(1) 問題の所在

銀行の窓口で相続人に戸籍提出を求めても、戸籍調査のわずらわしさから相続人の抵抗が強い。一定年齢（例えば10歳、16歳、20歳）前の戸籍調査省略の要請が強い。また、少額の預金取引のみの場合など、相続発生時の戸籍のみでの対応を求められることも多い。

そこで、①受信のみの先、貸金庫、保護預り取引などが無いこと、②遺言書、遺産分割協議書がないことを相続人から聴取していること等の事実を前提に、戸籍による相続人の調査をある程度省略して相続手続きを行うことが銀行実務として行われる場合がある。この問題点を検討する。

(2) 検討

- 1) 本来は、被相続人の出生から死亡までの戸籍を全て整える必要がある。仮に省略するとしても、10歳とか16歳など生殖可能年齢と考えられる年齢以前分の省略が考えられる程度と思われる。また、相続人が被相続人の戸籍から除かれている場合、代襲相続の場合など、被相続人戸籍に当該相続人が記載されていない場合等は、相続人の戸籍謄本（抄本）をとらないと、相続人であること自体が確認できない。
- 2) 銀行員は戸籍調査の専門家に近いと解され、相当に高い水準の確認義務があるとされる。相続登記の実務では、専門家である登記官は、ある者について嫡出・非嫡出の子の有無を確認するのはその者が生殖可能年齢（だいたい12歳以上とされている）に達した後のすべての戸籍で確認するものとされており、銀行においても同程度の確認義務があると解される。この確認を省略した場合、他に相続人があることが後日判明したときには、銀行の過失が認定され、債権の準占有者への弁済の法理による免責主張は困難と考えられる。従って、他の相続人からの払戻請求があれば銀行としては応じざるをえず、また一方、支払済みの相続人に対しては不当利得返還請求を行うことになる（なお、相続人が無資力であったり、不当利得返還請求権行使にかかる負担と回収見込み額との比較などにより、実質的に実現できない場合には実損となる）。

3) 戸籍調査省略の問題

A. 被相続人の一定年齢前の戸籍調査省略については、当該年齢前に子供が存在する事態は比較的少なく、隠れた相続人が後日判明して二重払いが生ずるケースは多くはないと考えられるが、皆無とは言えない。

B. また、被相続人の出生から死亡までの連続した戸籍の調査の省略は、配偶者や子供がいるケースを前提にしている、隠れた相続人が後日判明し二重払いに至る可能性は小さいものではない。

婚姻、転籍により新戸籍が編成されたときや入籍のときには、従前の戸籍に記載されている身分事項で重要な事項だけが移記され、それ以外の事項は移記されないことになっている。婚姻、離婚、再婚や、転籍（例えば戸籍を現住所に移すなど*）があった場合、被相続人の死亡時の婚姻状態の戸籍だけでは相続人の確定ができない場合も多いと考えられる。

（代表的な例）

①婚姻、離婚、再婚の場合

初めの婚姻で嫡出子がいなくても、再婚で新戸籍を編成した場合、新戸籍には移記されない。

②本籍の変更（転籍）の場合

転籍前に除籍された子供、たとえば婚姻や養子縁組によって親の戸籍を出た子供については、転籍後の戸籍には移記されない。

注*；転籍は戸籍の届の中では、出生、死亡、婚姻に次いで第4番目に多い届出になっている、といわれる。本籍の所在場所と住所が著しく離れている場合には戸籍届出や謄本交付に不便なことから、本籍の所在場所と現実の住所を一致させるためにされるケースが一般的とされる（澤田省三「実務のための戸籍法」415頁）。

2 一部相続人が相続手続きに参加できないときに 届出相続人のみで相続するときの問題点

（1）問題の所在

一部の相続人が相続手続きに参加が困難な場合（行方不明、高齢、痴呆、入院など）、店部で状況を把握の上、相続財産額も考慮のうえ、やむをえないと判断される場合には、相続財産額も考慮のうえ、参加できる相続人を相手として相続手続きを進める、という扱い

の問題について検討する。

(2) 検討

- 1) 共同相続の場合の相続財産の帰属については、確立した判例として、民法249条以下に規定する共有と同じ性質の共有であり、遺産中の可分債権については、法定相続分により当然分割承継されるものとしている。銀行が、相続預金の承継・払戻手続きについて、判例の態度とは異なり、相続人全員の合意または遺産分割協議書による手続きを求めてきたのは、第三者たる銀行にとって、遺言の有無、相続人の範囲、遺産分割の合意の有無等を正しく認識することが困難なこと、遺産分割協議成立前の払戻等の場合は、相続人間での紛議のある場合が多い、といった事情から、相続人全員の署名・捺印を求めたことで、遺産をめぐる相続人間の争いに巻き込まれることを回避する、ということにあった。
- 2) ただ、相続人全員による手続きが著しく困難であり、全員での手続きを求めると不当に相続人の権利行使を制約する、という事態にあつては、相続手続きに参加できない相続人以外の相続人による手続きは考えられないものではない。この場合も、判例の当然分割承継説にもとづいて、法定相続分のみでの払戻を行うならば、法的問題は生じないと考えられ、これを原則とするべきと思われる。また、事態によっては、葬儀費用、あるいは入院費、生活費など、やむをえない費用について資金使途や払戻方法を明確にして払い戻す等の方法も考えられる。
- 3) これをさらに進めて、相続手続きに参加できない相続人の法定相続分も含めて、届出相続人のみで手続きを完了する扱いについてはどうか。この取扱いは不参加相続人の法定相続分などが銀行にいつまでも残ることを回避したいという趣旨である。しかし、後日、参加しなかった相続人ないしその関係者（例えば、当該相続人の法定代理人、当該相続人自身に相続が発生したときの相続人や受遺者等）からの払戻請求があれば、銀行としては応じざるをえず、また一方、支払済みの相続人に対しては不当利得返還請求を行うことになる（なお、支払い済みの相続人が無資力であったり、不当利得返還請求権行使にかかる負担と回収見込み額との比較などにより、実質的に実現できない場合には実損となる。この場合の念書の効力などは後述本章4で取り纏めて論ずる）。

3 親権者と未成年者が共同相続人である場合、または同一の親権者の親権に服する数人の子が共同相続人である場合において、遺産分割協議をする場合の特別代理人選任について

(1) 問題の所在

特別代理人選任を家裁に求めることについて、相続人の抵抗が強いことがある。相続財産に不動産があればともかく、預金の場合など下記の理由から無用の手続きと主張されることがある。

- ①親子間の問題であり、親子間で解決する。
- ②子供の相続分であっても、親権者が子の扶養のために使用することで、子の不利益は生じない。
- ③仮に特別代理人を選任して遺産分割協議を行っても、その後実際に子の預金を管理するのは親権者であり、特別代理人を選任したからといって、子の利益を守れるわけではない（不動産の場合なら相続登記のみでなく、その後の処分などの登記においても利益相反行為であれば、特別代理人選任が必要であり、子の利益が守られるといえる）。

(2) 検討

1) 特別代理人選任を行わなかったときの法的効果

- ①親権者と未成年者の子との利益が相反する行為については、親権を行う者が、その子のために特別代理人選任を家庭裁判所に請求する必要がある（民法826条1項。同2項で親権者が数人の子に対して親権を行う場合、その一人と他の子の利益が相反する場合も同様）。
- ②遺産分割協議が民法826条所定の利益相反行為であることは、最高裁の確立した判例である（最判昭和49年7月22日判時750号51頁他）。当該行為によって未成年者が日常生活上の利益を得ていたり、一家の生計の安定のためであるとしても利益相反行為である、と考えられる（遺産分割協議の例ではないが、最判昭和35年2月25日判時217号15頁等）。
- ③本条違反の効果は、無権代理行為であり、未成年の子が成年に達した後に追認することで有効となり、追認がなければ本人に対して効果が生じない（判例・通説 大判昭和11

年8月7日民集15・1630など。当該未成年者に関する部分だけでなく、遺産分割協議全体の効力にかかわる問題である)。

- ④従って、特別代理人選任が行われないうままの遺産分割協議に基づいて銀行が預金の払い戻しや名義書換に応じた場合、後日成年に達した当該未成年者本人から、遺産分割協議についての追認が得られないと、銀行は、遺産分割協議にかかる相続預金の承継の効果を本人に主張できず、本人の請求によって二重払いを行わざるを得ないと考えられる。

2) 念書の効力の限界・リスク

当該親権者以下の全相続人連署による念書を徴求してリスクを回避するという考え方には次の問題がある。

- ①実際の紛争の局面では、念書は役に立たない場合が想定される。当該未成年者の預金を管理している親に資力があるなら、そもそも子供名義となった預金には手をつけない。親に資力がなく、子供名義預金をも使ってしまうような場合だからこそ紛争となり、その場合には念書にもとづく不当利得返還請求や損害担保の賠償請求を行っても、実際に返還ないし賠償されることは考えにくいためである。また、当該親権者が生存中なら親子間の紛争で留まるなり、子供から当社へのクレームも親に対応させることは可能かもしれないが、親が死んだ後には、対応はできない(なお、本人が無権代理人を相続した場合、被相続人の無権代理行為は本人の相続により当然には有効にならない、とされている(最判昭和37年4月20日民集48-6-955))。
- ②念書は、このような実質面だけでなく、法的効果についても限界がある場合が考えられる(次項)。

4 念書の法的効力・不当利得返還請求権の問題

相続手続きについて届出相続人から念書を徴求して戸籍調査省略などの措置をとった場合、真の相続人が後日判明して、銀行として二重払いのやむなきにいたったときには、銀行は、利得した届出相続人に対しては不当利得返還請求権、それ以外の連署した届出相続人に対しては、念書に基づく損害金支払請求の行使を行うことが考えられる(真の相続人が利得した届出相続人に対して不当利得返還請求権を行使するなど、相続人間で解決されることはありうるとしても、真の相続人から銀行宛に払戻請求があったときに、銀行がこ

れを拒否することはできない)。

(1) 利得した相続人にかかる不当利得返還請求権

不当利得とは、法律上の原因なくして他人の財産又は労務により利益を受け、これがために他人に損失を及ぼしたる者(受益者)が、善意の場合はその利益の存する限度*で、悪意の場合はその受けた利益に利息を付して、返還の義務を負う、という制度である(民法703条、704条)。銀行は、届出相続人の無資力などによって事実上返還されないことがありうることのみならず、そもそも全額返還を求める法的権利を有しない事態もありうるように思われる。

注*；受益者が善意の場合の「現に利益の存する限度」の返還義務については、金銭による利得は現存するものと推定されるのが判例通説であり、かりに消費していたとしても、全額の返還義務があることとされよう。但し、利得した金銭を預金ないし貸与したが、債務者の無資力により債権全部又は一部がその価値を失った場合には、返還義務が軽減される、ともされており、常に全額の返還を求めうるとは限らないと考えられる(谷口知平他編「新版注釈民法(18)」472頁、474頁(田中整爾))。

①返還義務の範囲について、判例は、当事者の善意・悪意、過失の有無等といったファクターを総合的に考慮して返還義務の範囲を画している、とされる。過失相殺についても、適用した裁判例、否定する裁判例があり、判例の態度は明確ではないとされる*。

注*；田中前掲443頁、山田幸二「不当利得返還責任と過失の考量にかかわる近時の判決例の内在的検討」判例タイムズ513号54頁(一例として、銀行が外貨換算を誤って顧客に過大に支払い、第1審は顧客の悪意を認定するも銀行の過失により過失相殺6割とした。第2審は過失相殺を認めず。)

②従って、届出相続人に対する不当利得返還請求訴訟の場において、相続側が銀行の過失を主張し、裁判所がこれを斟酌する可能性はある、とも思われる。

(2) 利得した相続人以外の届出相続人にかかる念書の効力

先述の不当利得返還請求権は、利得した相続人に対する請求権であるところから、それ以外の届出相続人にかかる念書の効力が問題となる。この念書の効力は、保証・連帯債務・損害担保いずれか必ずしも判然としないが、利得した相続人の無資力等のために不当利得返還請求権が満足されないときに、これを担保するものであり、銀行に帰責事由ありとして利得者の不当利得返還義務が縮減された場合には、仮に念書が損害担保の効力を有する

ものとしても、損害担保の範囲は縮減された不当利得返還義務の範囲にとどまるものと解されるように思われる。戸籍調査省略により届出相続人以外の相続人が後日判明する、あるいは、一部相続人の届を省略したが、後日当該相続人から払い戻し請求がある等というのは、銀行が届出相続人に依頼すべき戸籍調査について省略を認めた場合であり、訴訟の場で銀行にも帰責事由ありとされて求償範囲を縮減するのが衡平とされるときは、銀行から届出相続人全員への求償範囲が縮減されると見るのが自然とも思われる（この点を論じた文献は見当たらなかった）。

以上、念書の効力には多々疑義がある。銀行が諸般の事情から前述1から3の便宜措置を講ずる場合、真の権利者から後日払い戻し請求があったときには二重払いをせざるを得ないが、銀行が念書に基づいて届出相続人に責任追及するには制約がありうることを認識して、便宜措置の可否を判断すべきと思われる。

相続法と相続税法との交錯

水 野 忠 恒

目 次

I 序説——最近の相続税法の改正の方向

はじめに

1 最近の相続税法改正論議と相続税・贈与税の一体化の方向

(1) 現在の相続税法の特色

(2) 相続税・贈与税改革

1) 相続税法改正の背景

2) 相続税と贈与税の一体化の案

II 信託における税制の影響

1 信託法の背景

2 わが国の信託税制の特色

III 相続税・贈与税の改正と信託

1 信託利用の利点

2 信託利用の欠点

IV 総括

参考資料

資料1 「相続させる」旨の遺言の効力と課税関係

資料2 相続人の変更——相続の放棄と相続分の譲渡——

資料3 相続分の修正（寄与分と遺留分）

資料4 後継ぎ遺贈の効力と課税関係

I 序説——最近の相続税法の改正の方向

はじめに

(1) 米倉明教授座長の相続法研究会に参加を認めていただき、租税法研究者として、民法学者の問題意識と、その法的分析、さらに緻密な法律構成の立て方など、おおいに学ぶ機会を与えられ、大変貴重であり、かつ、有益な示唆を多く受けることができた。ここに、まず、研究会に参加させて下さった、米倉教授並びに財団法人トラスト60に、御礼申しあげたい。報告書の提出が遅れてしまい、失礼に対し、おわび申し上げる。

報告書の遅れたいいわけであるが、今年度（平成15年度）は、税制改正論議が盛んであり、8月末に、相続税法改正の方向が示された。ひさしぶりに、大幅な相続税法の改正が見込まれたので、そのことにも言及しながら、主に、例を挙げながら、相続法と相続税法との交錯するところに焦点を当てて論じたいと思う。

(2) 租税法と相続税法との交錯については、田中二郎先生古希記念論文集「公法の理論（中）」において、来栖三郎教授の「相続税と相続制度」というきわめて優れた古典的論文がある。来栖教授は、相続税が相続制度に与える影響について、イ) 相続権の問題について、相続税の負担により、実質的に相続権を奪うような仕組みがありうることと、ロ) 相続財産（遺産）分割のありかたについて、相続税が影響を及ぼすものであることに着目され、わが国では、相続財産を法定相続人の数により分割して、その相続分について税率を適用するものとしていることにより、相続税が遺産分割に影響を与えることを放棄していると表現されている（750頁）。もっとも相続税法においても被相続人の配偶者の相続財産には非課税の特例を設けたので、現在では、相続税法の影響は無視できないと思われる。

私自身、租税法と相続税法との交錯については関心が深く、機会があるたびに、その例を検討してきたが、その基礎には、アメリカにおけるエステート・プランニングの問題意識がある。アメリカ合衆国では、ハーバード・ロースクールの名誉教授であるキャスナー（Casner）教授が、ケース・ブックをはじめとして、財産の世代間移転を含めた財産管理のありかたを授業してこられた。カリフォルニア大学ロースクールでは、ホールバック（Halbach）教授が、現在でも、教鞭をとっておられる。わが国においても、法科大学院

が創設され、実務との接点についても授業されるようになれば、財産管理や財産の移転という問題意識に基づいて相続税法とならんで租税法が講義されるようになることも予測されるが、そこにおいて重要になるのは、相続税法と信託法であると思われる。そもそも、アメリカにおけるエステート・プランニングとは、租税法を基礎としつつ、相続税法における相続税負担を考慮しながら、信託法の仕組みを駆使して税負担を最小限に減少させながら、世代間の財産移転を計画するものであり、租税法と相続税法との交錯がみられるのである。

2 最近の相続税法改正論議と相続税・贈与税の一体化の方向

(1) 現在の相続税法の特色

従来、わが国では、生前贈与による相続税回避を抑制することを主たる目的として、相続税の税率に比較して、贈与税の税率を極めて高く設定してきた。高齢化社会のもとで、このような基本方針を続けることは、世代間の財産移転の意義を弱くするという懸念がもたれてきた。

a) 実際に、相続税と贈与税との税率を比較するならば、以下のようにされている。わが国の贈与税は、周知のとおり、国際的に例のないと思われるほど高率である。

税率	相続税	贈与税
10%	800万円以下	10% 150万円以下
15%	1600万円以下	15% 200万円以下
20%	3000万円以下	20% 250万円以下
25%	5000万円以下	25% 350万円以下
30%	1億円以下	30% 450万円以下
		35% 600万円以下
40%	2億円以下	40% 800万円以下
		45% 1000万円以下
50%	4億円以下	50% 1500万円以下
		55% 2500万円以下
60%	20億円以下	60% 4000万円以下
		65% 1億円以下

70% 20億円超

70% 1億円超

その趣旨は、生前贈与による相続税回避を防止することであると思われる。これに対して、アメリカ合衆国をはじめ、他の OECD 諸国では、かつて、贈与税負担は相続税よりも軽く、生前贈与による財産移転は普通に行われていた。その結果、相続時には、遺産が存在しなくなっている場合も少なくなく、それに対して、その後、各国では、贈与税の累積課税により、相続時点における遺産課税の回収を試みてきているのである。

また、b) わが国では、みなし贈与が広く認められる。特に、信託については、受益者としての特定があれば、ただちに、みなし贈与として、贈与税の納税義務を負うものとされている。(相続4条)。このことが、わが国における信託の利用をほぼ不可能としてきたと考えられる。土地信託にみられるように、わが国の個人信託においては、相続税法により、委託者自らが受益者となる自益信託のみしか認められてこなかったといつてよい。

さらに、民法においては、相続財産については、遺留分減殺請求と遺産分割の方法に委ねられているが、相続税法においては、生命保険金や信託財産をはじめ、みなし相続財産が広く定められており、また、被相続人の生前3年以内の贈与を相続財産に含めているのである。実際の遺産分割においては、当然、生前贈与やみなし相続財産に当たる財産の取得を含めて、分割の協議がなされると思われるし、また、それが当然であるので、ここにおいては、相続税法は、民法上の相続財産の範囲にかかわらず、遺産分割に影響を与えるものと思われる。

(2) 相続税・贈与税改革

1) 相続税法改正の背景

今回の相続税法改正の背景には、高齢化社会の進む中で、最近の世代間の財産移転の時期を不合理とする意見が強くなったということがある。例えば、80歳で父親が亡くなった場合、その主たる相続人である子供は、すでに、40代後半から50代であると思われる。特に、財産の運用や事業承継を考えるには、時機ととしては遅いと思われる。そのような状況をつくりだしているのは、高率の贈与税のためであり、贈与税は、実質的に、生前贈与による財産移転を抑制してきているのである。

2) 相続税と贈与税の一体化の案

平成15年度税制改正において、相続税法の改正が行われた。そこにおける基本的方針とは、生前贈与を通じた世代間の財産の移転を円滑に進めることにある。しかし、1400兆円といわれる個人資産の流動化を図るという政策税制ではなく、相続税法の本法改正がなされている。相続税の計算の仕組みとして、従来の方法に変更を加えるものではなく、また、相続法制度には一切影響を与えることのないようにとの配慮がなされているが、相続税と贈与税の一体化の改正は、今後の、財産の世代移転に、かなりの影響を及ぼすものと思われる。

i) 相続税法改正の基本的内容は以下の通りである。

①贈与税における従来の110万円の基礎控除との選択適用とされる。

②相続税と贈与税との一体化課税の選択者は、贈与を受ける段階で、従来よりも軽減された贈与税率（20％）で贈与税を納付する。さらに、特別控除として2500万円が認められる。生前贈与を受けた財産は、相続の時点で、相続人の受ける財産に含め、かつ、相続財産全体に加算することにする。法定相続人を基礎とする相続税額の計算により、相続人の相続税との精算を行う。

なお、相続時点における贈与財産の評価額は、贈与時点の時価とするのであり、租税財産の再評価はなされないものとされる。

③本制度の適用者は、贈与者は65歳以上であること、受贈者は推定相続人である子である。配偶者については、もともと、夫婦共有財産制度により、柔軟に運用されてきているとされ、特例は別にして、世代間の贈与に限定するものとされる。

ii) わが国の相続税の計算方式によるためには、推定相続人すべてと、被相続人となりうる者との間の贈与はすべて把握しておく必要がある。また、管轄税務署も異なりうるので、税務署間の情報交換も必要である。特に、贈与税の軽減税率は、65歳の年金受給時から認められるため、贈与から相続までが、20年にも及ぶこともあると思われる。

II 信託における税制の影響

1 信託法の背景

信託法の制定は、大正11年にさかのぼる。現在、法制審議会並びに金融庁において、それぞれ、信託法の改正が論議されると聞いている。現在にいたるまで、信託の利用は、事実上集団信託に限られてきた。最近の動きでも、1400兆円の個人資産のシフトのため、証券市場への呼び込みという政策的観点から、投資信託の活用を促す意見は多く、また、そのために、会社型投資信託である投資法人を採用し、いわゆる証券投資信託法も、投資信託並びに投資法人法として、証券・債権に限定されないで、不動産を含む投資信託の利用が期待され、所得税法や法人税法の改正もなされている。

しかしながら、個人信託については、あまり議論はなされてこなかった。ようやく民法学者や英米法学者による信託法研究が進められつつあるが、しかし、信託法における、委託者—受託者—受益者の法律関係の検討、例えば、受託者の補償請求権や受益者の権利・義務の研究が進んでも、現状では、個人の信託契約は発展しない背景があると思われる。というのは、信託法には、他の法分野以上に税制が影響を及ぼしていることを理解する必要があると思われる。信託法を改正しても、税制を改正しない限り、信託の利用は考えられないと考えられる。今回の贈与税の改正は信託の活用への一歩とも考えられる。

シャープ勧告では、シャープ勧告の報告書の内容としては珍しく、アメリカの連邦遺産税を挙げ、日本の相続税は、アメリカ法を絶対に参考とすべきではないと強く示唆されているのである。アメリカ合衆国においては、古くから信託が広く利用されてきており、その結果、連邦遺産税の回避にも濫用されたという沿革があるのである（注、アメリカの信託税制については、トラスト60研究叢書「国際信託税制」における拙稿を参照されたい）。

2 わが国の信託税制の特色

(1) 先に述べたように、個人信託の利用については、信託税制が、むしろ、抑制してきたことを認識すべきである。a) 相続税法において、信託契約の委託者が、受託者（主に、信託銀行）に、自らの財産を信託的に譲渡する場合、不動産登記には、所有者は受託者の名義に移転されるが、実務上は、信託的譲渡により、委託者のもとにおける財産の含

み益には、譲渡益課税がなされるとする見解が強い。そのため、実質的には、生前の信託は、委託者を受益者とする自益信託しか利用できなくなっている。自益信託であれば、実質的に、信託財産の所有権も形式的であることが明確であり、譲渡益課税がなされるとは考えられないからである。

さらに、先に述べたように、b) 信託契約において、委託者が自己以外の者を受益者として特定すると、その時点で、みなし贈与と認定され、高額な贈与税が課されることになるため、実質的に、他益信託の設定を困難にしているのである。また、c) 所得税法においても、信託契約において、受益者として特定されると、実際の利益の分配がなされるかどうかを問わず、信託収益は、受益者に帰属されるとされるのである（所得税法13条）。このことは、信託収益に対する課税の繰り延べを認めないということでは意義があるが、受益者のために運用をして収益をあげる時点においてすでに受益者課税がなされるため、受益者が収益を受け取らない場合には、不合理な制度となると思われる。ちなみに、アメリカ合衆国の連邦所得税においては、受益者が収益の分配を受けるまでは、受託者により管理されるいわば信託そのものに課税されるのである。わが国の国税実務では、このような相続税法におけるみなし贈与と、所得税法における信託収益の帰属とは平仄がとれており、問題はないとされてきた。

(2) また、信託の設定については、d) 信託受益権の評価（財産評価基本通達202）の問題がある。特に、遺言信託については、受益権評価という困難な問題を生じさせる。わが国のように、遺産取得者課税を行う制度においては、信託契約の受益者として、元本受益権と収益受益権とが区分され、例えば、事業承継を考えた場合、配偶者の生存中には収益受益権を配偶者に特定し、事業用資産である元本を事業の承継者である子に特定することが考えられる。この場合、実務上は、元本受益権と収益受益権の評価とは分離され、それぞれ、基準年利により、信託期間を通じて、割り引くことにより、受益権の現在価値を計算するものとされている（財産評価基本通達202）。しかしながら、このような受益権の評価は困難であり、しかも、裁量信託、受益者の変更、受益権者の一方の死亡などの場合における、柔軟な対応を不可能にしている。そもそも受益権を元本部分と収益部分とに区分すること自体困難である。

私見では、わが国の相続税は、遺産取得課税（相続人の法定相続分を基礎に置く）の制度のゆえに、受益権の評価を不明確かつ不確実なものとしていると思われる。他益信託・

遺言信託における受益権の評価はひじょうに困難である。これに対して、アメリカのような遺産課税の制度では問題が少ないと思われる。すべて、遺産に対する課税で終了するのであり、元本受益権や収益受益権、さらに、裁量信託についても、すべて、相続時の遺産の評価で終了してしまうからである。生前贈与による受益権が特定された場合にも、連邦贈与税の納税義務者は、アメリカでは、贈与者であるので、贈与財産の評価そのものとなるので、個別の受益権の評価は、通常、必要ではない。それと比較して、わが国の現行の相続税では、信託の利用を、税負担、技術的理由により、ほとんど、困難にしていると思われるのである。

(3) かつては、相続税は富裕者の問題であり、その租税回避防止のため、信託の利用を実質的に封じたとみてよい。しかしながら、“No body's property”という特色をもつ信託について、高齢化社会のもとでも、財産管理における信託の利用を、実質的に、ほとんど不可能とし、他益信託を、すべて、税負担の操作とみなすことでよいのか疑問がある。課税実務には、信託の利点をどのように理解するのかという今後の課題が残されていると思われる。信託とは所有権隠しという、その制度の起源のみを重視し、財産管理と世代間の資産移転の方法という利点を無視すべきではないと思われる。

(4) なお、わが国では、信託類似の制度として、伝統として、信託類似の後継ぎ遺贈が行われてきたとされている。例えば、財産所有者が、遺言により、配偶者の生存中は、その財産の運用を信託銀行に委託して、配偶者に生活費を配分することを委託し、配偶者の死亡後は、当該財産を、甥に相続させるという習慣があるといわれる。この後継ぎ遺贈については、中川善之助・泉久雄「相続法」や、久貴忠彦教授などにより、後継ぎ遺贈の効力については、民法では、法律関係を不安定にするという理由から無効であるとするのが有力であったが、近時の、最高裁判例や米倉教授説により、見直しがなされつつある。詳細については、本稿の末尾の参考資料の「資料4」を参照されたい。

Ⅲ 相続税・贈与税の改革と信託

1 信託利用の利点

現行租税法においては、財産を信託財産として移転する場合には、みなし贈与とされ（相税4条）、その受益者に贈与税が課されることになる。これに対して、相続税法改正により贈与税が一律に税率20%に軽減される場合には、信託の設定も利用される可能性が高くなると思われる。

- i) 財産の運用を目的とするものであれば、単純な贈与をするよりも、運用を、信用機関に委託することが適当である。いいかえるならば、推定相続人である子が浪費したり、財産管理に失敗することのないように、信託する方が安全であると思われる。
- ii) 生前贈与の贈与時の税額や評価額を前提とする、その後の相続税の納付の煩わしさを考えるならば、被相続人たりうる者が、特定の信託銀行に、文字どおり、遺言信託の業務として委託して置く方が、後の混乱も少ないと思われる。
- iii) 税務当局にとっても、財産が信託銀行に委託された場合には、特定の被相続人の贈与について、情報が確実であるという利点がある。
- iv) さらに、余計ではあるが、生前贈与によりその財産すべてを子に移転してしまう結果、被相続人本人あるいはその配偶者にとってリア正的現象を防止するためには、単純贈与により所有権を移転してしまうよりも、受益者の変更を可能にする権限を留保する、信託の設定は有益であると思われる。

2 信託利用の欠点

- i) 特定の信託財産について、受益者が、元本受益権・収益受益権ともに受けるとして特定される場合には、信託財産の価額が贈与財産の価額となるので、難しい評価の問題はない。
- ii) しかしながら、基本財産の元本受益権は、配偶者に特定し、収益受益権を子に設定することにより、事業承継に備えることが少なくないと思われる。その逆の設定もありうると思われる。この場合には、やはり、信託受益権の評価の問題は残る。
- iii) 受益権が元本と収益に分離することは、遺産課税ではないわが国では、きわめて難

しい評価の問題を残すことになる。受益権を享受する期間も不明確であれば、益々、問題は複雑になる。

ただ、今回の贈与税の改正においては、その対象となる推定相続人は、子に限定されるので、受益権を分けることは多くは生じないと予想される。配偶者については、従来通りの贈与税率が適用されるため、配偶者に対する生前贈与には制約があると思われるからである。

IV 総括

平成15年度税制改正により、相続税と贈与税の一体化を進める税制改正が成立したため、従来の贈与に係る贈与税負担は緩和され、みなし贈与である信託の設定も発展する可能性が考えられる。相続税・贈与税一体化制度のもとにおける信託の利用は、単純贈与よりも、情報の確保のみならず、贈与を受けた者の財産管理の保護、被相続人の利益の保護からみても、有益であり、今後の利用が期待されると思われる。

※ 参考資料（「相続法研究会」報告に基づく事例形式の検討）

以下の資料は、相続税研究会において報告したものを基礎にして、事例の形式で検討することを試みたものであり、「資産税事例研究」として、まとめさせていただいた。

資料1 「相続させる」旨の遺言の効力と課税関係

《設問》

土地①ないし⑤の土地を所有する甲は、昭和57年に、財産全部を、甲の次男であるY₁に「相続させる」旨の公正証書遺言（旧遺言）を作成した。しかし、甲は、昭和58年に、これを取り消し、「（1）本件 土地①を、被相続人甲の相続人の長女らであるA～Eに5分の1ずつ相続させる、（2）本件土地②ないし⑤を、相続人Y₁、Y₂（Y₁の実子で、被相続人の養子）に、各々2分の1ずつ相続させる、（3）その他の財産は、相続人全員に平等に相続させる、（4）遺言執行者として弁護士であるXを指定する。」という遺言（新遺言）を作成した。

平成5年1月、被相続人Aが死亡し、相続が開始した。

Y₁は、旧遺言書に基づき、本件①～⑤各土地について、相続を原因として自己名義に所有権移転登記を行い、その後、本件③ないし⑤の土地の各持分の2分の1についてY₂に所有権一部移転登記を行った。

しかしながら、これに対して、新遺言の遺言執行者であるXは、Y₁に対して、本件①の土地について、A～Eへの真正な登記名義の回復を目的とする持分権移転登記請求、本件②の土地の持分2分の1について、Y₂への持分権移転登記請求を求める訴訟を提起した。

さらに、被相続人甲の亡長男の子であり、その代襲相続人であるZ₁、Z₂が、平成5年9月、遺留分減殺の意思表示をした上、本件①ないし⑤の各土地に32分の1の共有持分権を取得したとして、本件訴訟に独立当事者参加して、Xに対して上の共有持分権の確認を、Y₁に対しては共有持分権の確認と持分移転登記請求を、Y₂に対しては、別訴を提起して、③ないし⑤の土地についての持分権の確認と遺留分減殺を原因とする持分移転登記請求を行った。

上の事案において課税関係及びその申告・納付手続を検討してみたい。

〈検討〉

I 登録免許税と「相続させる」旨の遺言

(1) 本事例において、最も基本的な論点は、「相続させる」旨の遺言の効力である。民事事件においては、この「相続させる」旨をめぐり、当該遺言をめぐって、そもそもいかなる法律関係が成り立ち得るのか大きな議論をよんでいる。

その背景にあるのは、登録免許税の税率である。つまり、登録免許税法別表第1においては、所有権の移転登記であっても、「遺贈、贈与その他無償名義による移転の登記」については、税率は、不動産の価額の1,000分の25であるが、「相続」による所有権移転登記の場合には、その税率は、不動産の価額の1,000分の6にすぎない。この登録免許税における税率の相違が、「相続させる」旨の遺言を増加させ、その遺言の効力をめぐって、民法上の法律関係を複雑なものとし、その結果、相続税の課税関係も不明確なものとしているのである。そこで、課税関係を確定するためには、「相続させる」旨の民法上の法律関係を明らかにしなければならないのである。ちなみに、上の事案は、最高裁平成11年12月16日判決（判例時報1702号61頁）に基づいたものである。

(2) 相続税においては、法定相続人の人数にしたがって、相続財産の課税価格より、5,000万円と、1,000万円に相続人の数を乗じた一定の基礎控除を行ったのち（相続§15）、法定相続分に従った相続が行われたものとして、各法定相続人の相続分により相続税の税率を適用し、それにより、全体の税額（相続税の総額）を確定するのであるが（相続§16）、各相続人の具体的な相続税の負担額は、遺産分割により最終的に取得した財産の価格により、按分することにより確定するものである（相続§17。とりわけ、配偶者の取得した財産の価格については相続税額は無いものとみなすとされているので、具体的な相続財産（遺産）の分割は、課税上も、大きな意味をもつのである。

相続税の申告期限は、相続を知った日の翌日から10月以内とされており（相続§27）、それまでに遺産分割が確定することが期待されているが、それまでに遺産分割が確定しない場合には、各相続人の法定相続分にしたがって申告をしておき、その後、確定した場合には、その段階で、修正申告又は更正の請求をするものとされている（相続§55）。したがって、この「相続させる」旨をどのように解釈するかという民法における解釈は、その

まま、各相続人の相続税負担額に関連してくるのである。

Ⅱ 遺言における「相続させる」旨に関する民法学説と裁判例

(1) 岩志教授の報告によれば、民法学説においては、この「相続させる」旨の法的性質には、3通りあるとされている。

- | | |
|--------------------------------------|---|
| (i) 遺贈説 | 特定の遺産もしくは、遺産全体の一部又は全部を「相続させる」旨の遺言を、相続財産に関する遺言とみる考え方である。 |
| (ii) 遺産分割方法の指定説
(分割手続必要説) | 遺産分割方法の指定であり、指定された相続財産は、当該相続人に帰属するとしても、遺産分割までは、当該相続人には、当該財産の帰属は認められない。 |
| (iii) 遺産分割方法の指定かつ相続分指定説
(分割手続不要説) | 遺産分割方法の指定であり、同時に、相続分の指定を伴う。遺産分割を待つまでもなく、遺言の効力が発生すると同時に、当該相続人に指定財産は帰属するとされる。 |
| (iv) 被相続人の意思表示説 | 当該財産に対する被相続人の遺産分割に対する意思表示 |

(2) 旧遺言が効力を失ったと解するならば、本件の事案においては、旧遺言が公正証書によるとしても、既に効力を失っているのであるから、いかなる意味においても、Y₁の行った、当該財産の自己への所有権移転は無効であり、新遺言にしたがって、①の土地については、A～Eにおいて共有されるべきであり、また、②の土地は、Y₁の共同相続人であるY₂に持分登記をすべきであるということになる。また、Z₁及びZ₂は、その遺留分に基づいて遺留分減殺請求できるものと考えられる。

従来の裁判例によれば、被相続人の土地について、「相続させる」旨を自筆証書遺言において記載されていた相続人が、他の法定相続人に主張した事案において、東京地裁昭和

62年11月18日判決では、「一般に、被相続人が特定の遺言を共同相続人の一人に取得させる旨の遺言をした場合、これを遺贈とみるべきか、それとも遺産分割方法の指定とみるべきかは、被相続人の遺言の解釈の問題に帰着するところ、本件では、…右各遺言の趣旨は遺産分割方法の指定と解するのが相当である。…そうすると、原告…は遺言によってただちに被相続人の有した権利を取得しうるものではなく、遺産分割の手続で右各遺言の趣旨に従った分割が実施されることにより、初めて相続開始時に遡って権利帰属が具体的に確定されるのであり、それまでは遺産共有の状態にあるにとどまる。」として、上の(ii)の分割手続必要説を採用している。この考え方にしたがうならば、相続税の具体的負担は、遺産分割までは確定しないことになる。

(3) これに対して、上述東京地裁判決の控訴審判決である東京高裁昭和63年7月11日判決(出典：最高裁判集45巻4号513)頁においては、以下のように述べている。

「一般に、被相続人が、遺言において、遺産に属する特定の財産Aを特定の共同相続人甲に取得させる意思表示をした場合に、これを遺産分割方法の指定(民法908条)とみるか、遺贈(同964条)とみるかは被相続人の意思解釈の問題である。この解釈に当って最も尊重されるべきものは、当然、被相続人の内心の意思である。それは、通常、できるだけ早期に、かつ、できるだけ確実に、Aを甲に与えたいということであろう。それには遺贈が適している。分割方法の指定の場合は、相続開始後の遺産分割がなされた時に、かつ、遺産分割によって始めて、甲はAの所有権を取得する(効果は遡ることになるが)ことになるのに対し、遺贈の場合は、相続開始と同時に、かつ、何等の手続も要することなく、排他的にAの所有権は甲に帰属することになるからである。この見地からすると、右の遺言は原則として遺贈と解すべきことになる。しかし、被相続人の意思はこれだけではない。我が国では、通常人は、自己の死後における自己の財産の処分を行うに当り、特定の第三者に特定の財産を遺贈するのと同じ意味合いにおいて特定の相続人に特定の財産を遺贈するという意識を持つことは殆どなく、遺産の分割を、全部又は一部、自分の生前に予めやっておく、つまり、遺産分割の協議を共同相続人の代りに被相続人がやっておいてやるという意識の下にAを甲に与える旨の遺言をすることが多い。この点を重視すると、右の遺言は原則として分割方法の指定ということになる。…このように、被相続人の内心には右の両者の意思が併存するのが普通であるが、そのいずれを重んずべきであろうか。前者

は実質的利益の問題であるのに対して、後者は形式的利益の問題に過ぎないのであるから、二者択一ということになれば前者を採らざるを得ず、従って、遺贈と解すべきことになる。しかし、二者両立の途があるのであれば、それが最も望ましいことはいうまでもなく、この場合は、分割方法の指定と解すべきことになる。』

ここでは、「相続させる」旨の遺言の意味は遺言の解釈の問題であるとして、被相続人の意思により、(i) 説の遺贈と (ii) ないし (iii) の遺産分割方法の指定説のいずれかになるとするのである。

しかし、あえていえば、判決は、「特定の第三者に特定の財産を遺贈するのと同じ意味合いにおいて特定の相続人に特定の財産を遺贈するという意識を持つことは殆どない」とするが、事業承継がらみの問題や遺産が限られていて相続人すべてに均等に分け与えるのに十分な相続財産がない場合には、このような特定の相続人に対する遺贈は十分にありうることである。また、判決は「遺産分割の協議を共同相続人の代りに被相続人がやっておいてやるという意識の下にAを甲に与える旨の遺言をすることが多い。」と述べ、相続人の遺産分割協議を被相続人が代わって行う場合が多いとするが、それは真実であろうか。被相続人がおそれるのは、相続をめぐる相続人間のトラブルであり、トラブルを回避することを期待して遺産分割の方法を指定するものと思われるのである。おそらく、実際の遺言の解釈として、(i) の遺贈説と、(ii) または (iii) の遺産分割指定説との選択がありうるとすれば、重要な財産について「相続させる」旨がある場合には遺贈であると考えられる一方、重要な財産をはじめとして、主だった相続財産すべてについて、「相続させる」旨がなされている遺言であれば、遺産分割の方法の指定と解する余地があるのではないかと考えられる。後者の場合の「相続させる」旨には、相続財産の所有者としての財産管理の意思と、相続財産に対する相続人の期待を考慮したものであり、相続人の遺産分割の協議を、被相続人が代わって行うという考え方は誤りであると思う。遺産分割協議は、あくまで、被相続人の意思が明示されなかった場合の方法であり、遺産分割協議の方法が指定されている場合には、そこに、被相続人自身の意思が確定されるものと思われる。しかし、この東京高裁判決によるならば、遺言のみでなく、周囲の状況も確認しなければならず、認定が困難な場合が少なくないと思われる。

Ⅲ 本件事案と最高裁判決

(1) 事例の事案について、東京高裁平成10年3月31日判決(判例時報1642号105頁)では、Z₁及びZ₂は、自ら代襲相続人として、所有権に基づく妨害排除請求権を行使して、Y₁に対して、所有権移転登記の抹消請求ができるとした。他方で、遺言執行者としてのXには、本件不動産については、遺言の執行の余地はないとして、Xに対するZ₁及びZ₂の請求を不適法とした。この考え方は、本件土地②ないし⑤については、新遺言により、Y₁及びY₂に対して「相続させる」旨の遺言があるにもかかわらず、他の相続人であるZ₁及びZ₂の相続持分を認めたのであるから、(i)説による本件②ないし⑤の土地のY₁及びY₂への遺贈を否定するようと思われる。A～Eへの(i)説により、遺贈を認めたのであれば、A～Eがすでに本件土地①の所有権を取得していることになるからである。もっとも、Z₁及びZ₂の遺留分減殺請求権の効果として、Z₁及びZ₂が、直接、共同所有権を主張できるとみることもできる。同様のことは、本件①の土地に対するA～Eに「相続させる」旨の新遺言についてもいえると思われる。あえていえば、この「相続させる」旨の遺言の効力を、(iv)説により、遺産分割に対する被相続人の意思表示とのみ解するようと思われる。しかし、Z₁及びZ₂の遺留分減殺請求権の効果として、Z₁及びZ₂は、直接、共同所有権を主張できるとみる場合には、それは、遺留分減殺請求の効力が、遺贈よりも優先されたとみることもできる。そうすると、本件土地①及び土地②ないし⑤の帰属関係はここでは不明確になる。いわば、遺留分減殺請求と遺贈との優先関係の問題であると解するならば、本件判決が(i)の遺贈説をとってはいないということもできると考えられるからである。

(2) この事件につき、最高裁は、以下のように判示している。

「特定の不動産を特定の相続人甲(ここでは、A～Eか)に相続させる趣旨の遺言(相続させる遺言)は、特段の事情がない限り、当該不動産を甲をして単独で相続させる遺産分割方法の指定の性質を有するものであり、これにより何らの行為を要することなく被相続人の死亡の時に直ちに当該不動産が甲に相続により承継されるものと解される(最高裁平成3年4月19日判決民集45巻4号477頁参照…)。しかしながら、相続させる遺言が右のような即時の権利移転の効力を有するからといって、当該遺言の内容を具体的に実現す

るための執行行為が当然に不要になるというものではない。」

以上のように述べて、最高裁は、続けて次のように判示している。

「…甲に当該不動産の所有権移転登記を取得させることは、民法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。…

本件のように、甲への所有権移転登記がされる前に、他の相続人が当該不動産につき自己名義の所有権移転登記を経由したため、遺言の実現が妨害される状態が出現したような場合には、遺言執行者は、遺言執行の一環として、右の妨害を排除するため、右所有権移転登記の抹消登記手続を求めることができ、さらには、甲への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めると解するのが相当である。」

ここでは、最高裁は、「特定の不動産を特定の相続人甲（ここでは、A～Eか）に相続させる趣旨の遺言（相続させる遺言）は、特段の事情がない限り、当該不動産を甲をして単独で相続させる遺産分割方法の指定の性質を有するものであり」としており、上の（iii）説を採用するものと思われる。遺言執行者の権限については、課税関係とは直接関係しないが、「相続させる」旨の遺言の法律関係を認識するために意味がある。「相続させる」旨の遺言をこのように、遺産分割方法の指定であるという解釈が確定するならば、課税関係も明確になる。しかし、そのように解釈した場合に、次に、Z₁及びZ₂の遺留分減殺請求の取り扱いの議論が残る。本件では、遺言により、遺産分割方法が指定されたと解するならば、すべての相続財産について、「相続させる」旨の遺言があるので、遺留分減殺請求のあった場合、遺産分割に残された相続財産はない。このような場合、Z₁及びZ₂については、代償分割で足りるのかどうか民法上の問題が残されている。

（3） ちなみに、他の最高裁判例では、例えば、最高裁判平成10年2月27日判決判例時報1635号60頁においては、やはり、「相続させる」旨の遺言更正証書が作成されていたものであるが、相続人A（長男）、B（次男）、C（原告三男）、D（長女）について、以下の通りとされていた。その内容について、三男Cが不満をもち、出訴したものである。

（i）遺言執行者及び祖先の祭祀主権者に、次男Bを指定した。

（ii）新宿の不動産をBに相続させる。

- (iii) 本件土地の持分二分の一を長男Aに、持分二分の一を三男Cに相続させる。
- (iv) 預貯金のうち、2000万円を長女Dに相続させる。
- (v) 預貯金の残額は、遺言執行者次男Bの責任において、遺言執行者の負担すべき公租公課、医療費その他相続税の支払い等に充当する。

このような遺言について、原告である三男Cは、本件土地上の建物について生前贈与を受けていたが、その際に、被相続人甲との間で、本件土地について賃貸借契約を締結したと主張して、次男である遺言執行者Bを被告として、本件借地権確認請求訴訟を提起したのである。

この事案につき、最高裁判所は以下のように判示している。

「特定の不動産を特定の相続人に相続させる趣旨の遺言をした遺言者の意思は、右の相続人に相続開始と同時に遺産分割手続を経ることなく当該不動産の所有権を取得させることにあるから…、その占有、管理についても、右の相続人が相続開始時から所有権に基づき自らこれを行うことを期待しているのが通常であると考えられ、右の趣旨の遺言がされた場合においては、遺言執行者があるときでも、遺言書に当該不動産の管理及び相続人への引渡しを遺言執行者の職務とする旨の記載があるなど特段の事情のない限り、遺言執行者は、当該不動産を管理する義務や、これを相続人に引き渡す義務を負わないと解される。」

ここでは、最高裁判所は、「遺言者の意思は、右の相続人に相続開始と同時に遺産分割手続を経ることなく当該不動産の所有権を取得させることにある。」としており、上の平成11年12月16日判決と同様の考え方を示しており、(iii) 説である、遺産分割の方法を指定しつつ、分割手続不要説を採るものと理解されるのである。その趣旨を考えるならば、本件の事例についても、遺産分割の方法を指定しつつ分割手続不要説を採るものと解してよいのではないかと思われる。

(3) そこで、本件の設例についても、以下の通り考えられる。

- (i) 本件①土地を、被相続人甲の相続人の長女らであるA～Eに5分の1ずつ相続させる、
- (ii) 本件土地②ないし⑤を、相続人Y₁、Y₂ (Y₁の実子で、被相続人の養子) に、各々2分の1ずつ相続させる、
- (iii) その他の財産は、相続人全員に平等に相続させる、

という遺産分割の方法が指定されたものと解すべきであり、さらに、分割手続を経ることなく、各自が所有権を取得したものと解することができると考えられる。

もっとも、残された財産である(3)については、指定された遺言執行者として弁護士であるXに委ねられたものと解される。そこで、Xは、まず、無効とされる旧遺言書に基づき、Y₁の行った本件各土地について、相続を原因として自己名義に所有権移転登記を行ったこと、さらに、その後、Y₁が、本件③ないし⑤の土地の各持分の2分の1についてY₂に所有権一部移転登記を行ったことに対して、遺言執行者であるXは所有権返還請求すべきことになると考えられる。そこで、新遺言の遺言執行者であるXは、Y₁に対して、本件①の土地について、A～Eへの真正な登記名義の回復を目的とする持分権移転登記請求、本件②の土地の持分2分の1について、Y₂への持分権移転登記請求を求める訴訟を提起したことは正当である。

残された問題は、被相続人甲の亡長男の子であり、その代襲相続人であるZ₁、Z₂が、平成5年9月に、遺留分減殺の意思表示をした上、本件①ないし⑤の各土地に32分の1の共有持分権を取得したとして争うことであるが、まず、設問中の(3)のその他の財産により、Z₁及びZ₂の遺留分を保障できるかどうかである。それでは不十分な場合には、①～⑤の土地について、遺留分にもとづいて分割をやりなおすか、あるいは代償分割をすべきであるのか、ということになるが、最高裁判所が、この設例と同様の事例につき、遺贈ではなく、遺産分割の方法と解したのであれば、遺留分減殺請求にしたがわなければならないというべきであろうか。難しい問題である。

資料 2 相続人の変更——相続の放棄と相続分の譲渡——

《事例》

I 相続の放棄

【事例1】 Aは小売業を営んでいたが、長男甲、長女乙、次男丙という3名の子供がいた。Aは、平成13年12月に死亡した。Aの相続財産は、主に、時価1億5千万円の事業用資産と、時価3億円の居住用宅地であったが、その死亡直前に、2億円相当の借金があったと思われ、Aの死後、1週間もしないうちに、Aの複数の債権者から、相続人甲、乙、丙に対して、債務の返済をするように、強く求められた。長男甲は、家業を継ぐ意思であり、生前より、Aから自己の居住用の宅地・家屋の贈与を受けており、Aの財産を相続して、Aの債務を弁済する意図であるようである。長女乙は、家庭の主婦であり、他に財産や所得も有していないので、Aの財産を相続すると、Aの債務を返済するため、乙の財産のみならず、乙の夫にも、債務の弁済が要求されそうである。そこで、乙は、相続を放棄することにした。

この場合、乙はどのように対応すべきか。また、その場合の、甲、乙、丙の課税関係はどのようなになるか。

【事例2】 上の事例で、乙が相続の放棄をしたところ、被相続人Aは、子供達に迷惑がかからないように、甲、乙、丙の3名を受取人とする、死亡時の受取保険金2億円の生命保険に加入し、自ら保険料を支払っていたことが判明した。この場合の、乙をはじめとする相続人の課税関係はどうなるか。

II 相続分の譲渡

【事例3】 乙は、上のふたつの事例から、Aには、プラスの相続財産があることがわかったので、相続の放棄を取り消したが、甲ならびに丙は、それを認めず、受取保険金以外の、Aの残した相続財産については、乙には、その相続の権限がないと主張して、乙を含めた遺産分割に反対した。乙は、相続の放棄を取り消すことができるであろうか。結局、乙は、遺産分割に決着がつきそうもないので、自らの法定相続分、いいかえるならば、乙の主張によれば、Aの残した事業用資産ならびに居住用宅地の3分の1である1億5千万の部分

を、はやく現金化したいと考え、第三者である不動産業者に、7千5百万円で譲渡した。このような相続分の譲渡は認められるか。また、相続分の譲渡が認められた場合の課税関係はどうなるか。

上の事例を参考としつつ、相続分の譲渡につき、分析・検討してみたい。

《検討》

はじめに

本事例は、相続税の相談事例集では、ひんぱんに取り上げられる相続の放棄の場合の課税関係が問題とされている。さらに、きわめて珍しいと思われるが、民法の条文（§905）ならびに学説・判例で議論されることのある相続分の譲渡について検討する。いずれも、相続人に変更があるのであるが、その状況は、非常に異なっている。本報告では、相続の放棄について、民法における手続をはじめとする論点を若干検討したのち、主に、相続分の譲渡による課税関係というものについて考えてみたい。

I 相続の放棄

はじめに

民法§939条では、「相続の放棄をした者は、その相続に関しては、初から相続人とならなかったものとみなす。」とされている。相続の放棄の手続としては、「相続の放棄をしようとする者は、その旨を家庭裁判所に申述しなければならない。」（民法§938）とされており、その相続の放棄の期間は、「相続人は、自己のために相続の開始があったことを知ったときから三箇月以内に、単純若しくは限定の承認又は放棄をしなければならない。」とされている。したがって、相続の放棄をする者は、相続の開始を知ったときから、家庭裁判所に三箇月以内に、申述しなければならないのである。この三箇月とは、法定相続人が相続するかどうかを決定するための期間であるが、実際には、本件の事案のように、相続の放棄を選択したくなるような事案においては、被相続人の債権者が、財産が分割され、

もしくは散逸してしまう前に、債務の支払いを強く求めてくると思われる。それでも、民法§915条2項においては、「相続人は、承認又は放棄をする時に、相続財産の調査をすることができる。」としている。

そこで、相続の放棄をしようとする法定相続人は、家庭裁判所に、相続を放棄する旨の中述書を提出しなければならないと規定されているが、家庭裁判所が、当該中述書を受理する審判の段階で、効力を生ずるとされる（家事審判規則§114）。相続の放棄については、限定承認の場合とは異なり、財産目録の提出は要求されないし、また、相続の放棄の理由を示す必要もないとされている。限定承認の場合には、積極財産の限度で債務を承継する義務が伴うので、家庭裁判所も、財産目録等により、慎重に審理するものと思われる。

実際には、農地や個人事業等については、長男等の単独相続を認めさせるため、他の法定相続人に対して、相続を放棄させる事案が少なくなかったと思われるが、そのような場合には、民法の規定による相続の放棄というよりも、遺産分割において、事実上、相続財産を受けないという意味であり、共同相続人間において、自ら相続の放棄を承認したり、遺産分割協議書において、相続により取得する財産がないとする旨を記載することも少なくないと思われる。財産の承継をしないにもかかわらず、わざわざ、家庭裁判所において審判を受けるとするのは、事業承継に係わる家族間の遺産分割においてではなく、被相続人の債権者から、自己の財産の保護を受けるという状況でなされることが多いと予測される。

この点については、相続税法第3条（相続又は遺贈により取得したものとみなす場合）関係の基本通達3-1において、「法第3条第1項に規定する「相続を放棄した者」とは、民法第915条から第917条までに規定する期間内に同法第938条の規定により家庭裁判所に申述して相続の放棄をした者（同法第919条第2項の規定により放棄の取消しをした者を除く。）だけをいうのであって、正式に放棄の手続をとらないで事実上相続により財産を取得しなかったにとどまる者はこれに含まれないのであるから留意する。」とされている。

このように、法的に手続をふんで、相続の放棄をした場合には、初めから相続人ではなかったことになるのであり、被相続人の財産にはまったく関与できなくなる。

さらに、相続の放棄については、「相続人は、自己のために相続の開始があったことを知ったときから三箇月以内に、単純若しくは限定の承認又は放棄をしなければならない。」とされている期間内であっても、取り消すことはできないとされるのである（民法§919）。

ただし、民法総則や親族法の規定による相続の放棄を取り消すことは否定されていない。

1 相続の放棄と相続人の地位（【事例1】）

そこで、本事例に則して考えるならば、乙は、相続の放棄をする意思であるので、民法第938条に従って、家庭裁判所において、相続の放棄の中述をなすことによって、民法第939条により、「相続の放棄をした者は、その相続に関しては、初から相続人とならなかったものとみなす。」ことになる。そこで、【事例1】については、乙には課税問題を生じないものと考えられる。あえていえば、乙が相続放棄をすることによって、相続人甲と丙の相続する財産が増加するために、乙の相続放棄との関係を考える意味がありうるが、そもそも、相続の放棄は、ほとんどの場合、被相続人の債務超過の状態においてなされるのであるから、乙と甲・丙との課税関係、あるいは、甲と丙の課税関係を議論する意味はないと思われる。

ただし、相続税額の計算においては、基礎控除の計算は、法定相続人の数で計算するものと解釈されることに留意しなければならない。もっとも、先に述べたように、事業承継等のために、相続人が、實際上、相続の放棄をする場合には、遺産分割において取得する財産がないものとされるといふことであるので、課税上は、法的に相続の放棄をする場合と、遺産分割において分割を受ける財産がない場合とでは、差異がないと思われる。

2 相続を放棄した者が受ける生命保険金の課税関係（【事例2】）

(1) 繰り返し述べているように、民法第939条では、「相続の放棄をした者は、その相続に関しては、初から相続人とならなかったものとみなす。」とされているのであり、相続を放棄した者が、相続財産を取得するという事は考えられない。しかしながら、このように、相続財産ではないが、実質的に、相続の開始を条件として支払われる財産については、相続税法第3条第1項において、被相続人の死亡によって支給される生命保険金のうち、被相続人が負担した保険料に応じる部分は、相続財産とみなされることになるのであり、相続放棄をして相続人ではなくなった乙は、当該生命保険金を遺贈により取得したのと同様になると考えられる。この考え方は、基本通達にも示されている。つまり、相続税法基本通達3-3では、「相続を放棄した者が法第3条第1項各号に掲げる財産を取得した場合においては、当該財産は遺贈により取得したものとみなされるのであるから留意す

る。」とされているのである。

したがって、乙は、Aから遺贈により生命保険金を取得したものとみなされるのであり、相続税の納税義務を生ずるが、相続人ひとりにつき1,000万円認められる基礎控除の規定の適用があるのは、【事例1】と同様である。

(2) それでは、生命保険金については、どのように分割されるのであろうか。被相続人Aの意思とすれば、相続人である自分の子供に負担がかからないように、Aの負担する債務を弁済するためのものであることは明白であると考えられる。【事例2】について、乙は、生命保険金の遺贈を受けたのみであり、Aの相続債務を負担しないとするならば、Aの意思に反するものと考えられる。しかしながら、乙は、既に、相続の放棄をしてしまっているとなるならば、乙は、受遺者として、乙の受ける生命保険金により、相続債務を相殺する義務は負わないと考えられる。甲や丙の負担とのバランスを考えると不合理に思われる。それでは、民法第919条第2項の規定により、相続の放棄は、「第1編及び前編の規定によって承認又は放棄の取消をすることを妨げない。」とされているため、それを根拠に、乙は、相続債務を弁済しうる相続財産があることを知らなかったとして、錯誤による無効を主張できるであろうか。しかしながら、民法第95条の錯誤の場合には無効とされるのであり、取消権の問題ではない。錯誤による無効であるから、民法第919条第2項の規定に拠ることなく、無効の主張をすることができると考えられる。しかし、このような場合、みなし相続財産があることを知らなかったことが要素の錯誤となるのか、また、民法§915条2項においては、「相続人は、承認又は放棄をする時に、相続財産の調査をすることができる。」としているのであり、乙が、みなし相続財産があることを見落として相続を放棄したことは、重過失であると解するならば、民法第95条の錯誤の主張は、乙は自らはできないものと思われる。これに対して、相続人である甲や丙は、乙の相続の放棄は、生命保険金を受けることを失念したものであり、錯誤により無効であると言う主張ができるであろうか。同じ法定相続人でありながら、乙は、相続債務を負わないというのは不合理にみえるが、【事例1】の事実関係では、甲は、被相続人Aの事業の承継者であり、Aの生前から、永年にわたり甲が利益の供与を受けてきたものと考えられるのであり、乙が、相続債務を負担する義務はないと思われる。

しかしながら、乙が相続人として相続財産を受ける場合には、相続債務もすべて負担す

るのに対し、相続の放棄をした場合には、受遺者として、いわゆるみなし相続財産を受け
る場合については、全体の課税価格の計算にはみなし相続財産も含まれるが、相続債務を
負担しないのであるから、実際に、取得する金額は、単純に相続する場合に比較して、多
くなるのではないかと考えられる。そうであるとするならば、相続税法第3条に規定する
みなし相続財産は、相続税の負担を軽減するための誘因とはならないであろうか。検討を
続ける意味があるように思われる。

Ⅱ 相続分の譲渡（【事例3】）

（1）民法では、共同相続を前提としているため、相続分の意味には、2通りあると考え
られる。まず、相続税法第55条に従って、相続税の課税価格を計算する場合には、「相続
分」又は遺贈によって受けた財産が、まだ、全部若しくは一部が分割されていないときに
は、分割されていない財産については、各共同相続人又は包括受遺者が、民法第904条の
2（寄与分）を除いた規定により、「相続分」又は包括遺贈の割合に従って財産を取得し
たものとして課税価格を計算するものとされている（相続税法第55条）。この場合の「相
続分」とは、民法第900条から第903条までに規定する相続分をいうものとされている。相
続税基本通達でも、その55-1において、「法第55条本文に規定する〔民法（第904条の2
を除く。）の規定による相続分〕とは、民法第900条から第903条までに規定する相続分を
いうのであるから留意する。」とされている。

これに対して、相続税の総額を計算する場合の「相続分」とは、民法第900条及び第901
条による相続分であるとされており、異なることに留意されるのである。これを詳述する
と、①未分割財産を分割したものとして、その財産の課税価格を計算する場合の相続分と
は、民法第900条の法定相続分の規定、第901条の代襲相続人の相続分の規定、第902条の
被相続人による相続分の指定がなされた場合の規定、それに、第903条の特別受益者のあ
る場合の規定による相続分である。これに対して、②相続税の総額を計算する場合の相続
分とは、民法第900条の法定相続分の規定、及び、第901条の代襲相続人の相続分の規定に
限定されており、①と②とでは、両者は、異なりうるのである。

(2) ところで、民法第905条第1項には、相続分の取戻し（相続分取戻権）として、「共同相続人の一人が分割前にその相続分を第三者に譲り渡したときは、他の共同相続人は、その価額及び費用を償還して、その相続分を譲り受けることができる。」と定められている。

このことは、条文からも明らかであるように、共同相続人は分割前であればその相続分を第三者に譲渡することが認められているのである。家族の個性を考えるならば、遺産分割前に、その分割当事者として第三者が権利者として参加することは常識的には考えにくい。上の民法第905条では、明白に、共同相続人に、その相続分の譲渡を認めているのである。立法趣旨からみて、これは、相続開始から遺産分割まで相当の期間を要することが多いため、自己の相続分を早急に換価処分したいという相続人の立場を考慮したためであるとされる（千藤洋三「相続分の譲渡・取戻権に関する一考察」中川淳先生還暦記念祝賀論集438頁以下（1987））。

しかしながら、当然であるが、相続財産の分割を前に、第三者が権利者として介入してくることは、当事者間の紛争を大きくしかねない。そこで、民法は、相続分の譲渡者以外の者に、相続分の譲渡における価額及び費用を償還して、譲渡された相続分の取戻権を与えたのである。この規定は、明治時代の民法典から存在しているものであり、ドイツやフランスにも、このような考え方が立法化されていたことを物語っている。見方を変えるならば、相続分の取戻権とは、第三者を排除するものであり、明治時代以来の家制度の温存であるという批判も存在している（千藤前掲論文参照）。

最近の裁判例には、家族内の相続分の譲渡であるが、千葉地判平成9年12月12日（判例タイムス968号281頁）では、5名の共同相続人のうち、その2名が他の相続人に相続分を贈与した事案がある。そこでは、法律構成として、包括的な持分の譲渡であるのか、あるいは、個々の財産に対する共有持分権の移転であるのかどうか争われている。

鈴木祿弥教授も、相続分権の譲渡と取戻しとして、相続分の譲渡を認めておられる（参照、鈴木祿弥「相続法講義改訂版187頁」）。鈴木教授によれば、相続分の譲渡は、例えば、A、B、C、Dの4名の相続人が、AB、CDと対立した場合に、争いやすいように、B→A D→Cと、相続分を譲渡するような事例もあるということである。

通説としては、個々の財産に対する権利というよりも、積極的財産のみならず、消極的財産を含めた包括的な財産全体に対する共同相続人の持分、あるいは、法律上の地位の譲

渡であると解されている（参照 千藤洋三「共同相続人間の相続分譲渡について」関西大学法学論集第41巻第3号（1991））。最高判昭和53年7月13日（判例時報908号41頁）においても、共同相続人の一人が、遺産を構成する特定の不動産に対する共有持分権を第三者に譲渡した場合には、民法905条の取戻権の適用はないとしている。

（3） 以上のように、民法学説では、むしろ、共同相続人間における遺産分割に時間がかかることから、早急に、換金したい相続人が、その相続分を第三者に譲渡することには異論がないようである。当然、民法第905条に、取戻権が認められる以上、その前提としての、相続分の譲渡は認められると解すべきであると考えられる。民事事件では、しかしながら、第三者に対する相続分の譲渡の対価の相当性は問題の視野の外におかれているようである。905条の取戻権についていえば、他の共同相続人は、当該相続分を取得した第三者と交渉して取戻価額を決定する必要はなく、第三者の支払った費用を償還すればよいのである。一般的には、相続分というきわめて不確定な財産権については、相続財産をすべて合計して、当該相続分を譲渡した相続人の相続分に応じた価額では譲渡できないと思われるが、このような通常ではない状況に参加する第三者は、あるいは、相続分譲渡者に関係のある者でないとはいえない。いずれにしろ、相続分の譲渡が認められる以上、相続税法あるいは所得税法において、その課税関係を明らかにしなければならない。

相続分の譲渡は、相続財産をすべて勘案して、その譲渡価額は決定されるものであるが、相続分を譲渡した者は、その対価について、相続税を支払うのであろうか、あるいは、譲渡所得として課税されるのであろうか。相続分の譲受者は、相続人ではないが、遺産分割の終了時には、やはり、相続税を納付することになるのであると思われる。それでは、相続分を譲渡した相続人は、相続税の前払いとして考えることもありうるが、相続財産全体が確定しない限り、相続分の価額を算定することは困難であり、また、相続分の評価を行う場合には、相続財産全体の見積額も参照すると思われるが、通常、このような財産の売買は、リスクが大きいので、かなり低廉とならざるをえないであると思われる。そのような状況をかんがえるならば、本【事例3】における乙の立場は、財産の譲渡であり、所得税の対象となると解される。ただし、そのような取り扱いにすると、馴れ合いの可能な第三者に依頼することにより、相続分の譲渡を用いることにより、相続税のがれが可能になるという懸念がある。これも、今後、検討すべき課題であると思われる。

資料3 相続分の修正（寄与分と遺留分）

《事例》

甲が死亡し、遺産は、土地・家屋（時価9,000万円、相続税評価額6,000万円）及び預貯金3,000万円、合わせて総額1億2,000万円である。相続人は、甲の子供であるA、B、Cの三人だけであるが、甲は、生前、土地・家屋を同居していたAに全部与える旨の意思をA、B、Cに明らかにしていた。

【説例1】 甲が、「Aに土地・家屋を全部与える」旨の遺言書を残しており（預貯金についてはふれていない）、遺産分割の協議においてAは寄与分を主張し遺言書どおりの分割を主張したが、これに対してB及びCは遺留分減殺請求を主張したので、以下のような分割協議が成立した。

（a）分割協議の結果、Aが土地・家屋の半分のみを取得することとなり、残りの土地・家屋と預貯金はBとCとが半分ずつ取得することとなった。このように遺言書と異なる遺産分割をした場合の課税関係はどうなるか。

（b）B及びCは預貯金を取得する他、遺留分減殺請求をしたことに対して、Aが、それぞれに300万円ずつ支払うことに合意した場合には、課税関係はどうなるか。Aがすでに遺言にしたがって申告納付している場合、遺産分割により納めすぎとなった相続税額の還付はどのようにうければよいか。B及びCはどのように相続税を納付すればよいか。

【説例2】 甲の遺言書は存在しない場合において、遺産分割の協議において次のように認められた。

（a）分割協議においてそれぞれ法定相続分に依じて分割を受けることとなったが、Aには寄与分が認められることとなった。すなわち、Aは、甲と同居していたが、その家屋は6年前改築したものであり、その際、Aは、改築費全額にあたる2,000万円の出捐をしていた。家屋の名義はもとのとおり甲のものとなっていた。改築費をAの寄与分と認める場合、寄与分としての評価額はどうすればよいか。また、Aが、改築に要した費用の返還請求を主張する場合にはどうなるか。Aが家屋の固定資産税を支払っていた場合には課税関係はどうなるか。

（b）（a）の事例においてAが建築費を支払ったが、その前後に2,000万円のうち1,000万円を、甲がAに対して建築費に当てるようにと支出した場合には、各々の課税関係はど

うなるか。

(c) Aには、甲との同居の際の扶養費用や家屋の建築費を合わせて5,000万円の寄与分が相当と考えられるが、これに対してB及びCが遺留分を侵害すると主張する場合、課税関係はどのようになるか。建築費のみで4,500万円を占めるとされる場合には課税関係をどう考えればよいか。

(d) (c)の事例のように、Aの寄与分が5,000万円であると認められる場合において、3,000万円の遺産債務が存在する場合には、各々の課税関係はどうなるか。

《論点》

I 遺言と異なる内容の遺産分割をした場合の課税関係

1 遺言と特定遺贈の効力

民法上の遺言の解釈について問題となる。土地・建物を与える趣旨の遺言が特定遺贈に当たるかがまず検討されなければならない。

2 遺留分減殺請求の効力

他の相続人が遺留分減殺請求をした場合には、遺言書の効力はどうなるか。特定遺贈された財産の帰属は、課税上どうなるか。

3 遺産分割と遺贈の放棄

遺言と異なる遺産分割をした場合には、遺言どおりの分割がなされたものとして課税されるのか、あるいは実際の遺産分割どおりでよいのか。実際の遺産分割が遺言とは異なってなされた場合には遺贈の放棄とみられる場合があるが、遺贈の放棄は相続時に溯る（民986、987）とされるので、課税上どのように考えられるか。

4 遺留分の計算と時価

遺留分は相続財産の時価によりなされるが、民法上の評価と相続税法上の評価とで異なることはないか。特に、遺留分減殺請求がなされた場合において、価格弁償がなされた場合にはどう考えればよいか。

5 遺留分と寄与分との優劣

遺留分減殺請求に対して寄与分を主張することはどのような意味があるか。寄与分の主張が認められると、遺留分を損ねる遺言はそのまま維持されるか。

6 遺留分減殺請求（民1031）と相続税の申告手続

遺留分は形成権であり、既に履行されたものについては、物権的請求権又は不当利得返還請求権が行使されるとされる。遺留分より少ない額で協議が調った場合の課税関係はどうなるのか。

II 寄与分のある場合の課税関係

1 寄与分の評価

相続税法上の家屋の評価と実際の出損との関係をどうするかという問題がある。家屋の価値は相続財産にはほとんど含まれないが、寄与分として認められると、実質的に他の財産にくいこむことになる。また、相続財産の時価と相続税評価額とが異なる場合にはどのように考えるか。

2 生前贈与の場合の課税関係 基本通達19-1

3 寄与分と遺産債務の関係

《検討》

I 遺言と異なる内容の遺産分割をした場合の課税関係（【説例1】）

1 遺言と特定遺贈

遺言は、単独行為であり、遺言者の意思表示によって直ちに成立するとされる。したがって、遺言の相手方の承諾の有無は関係ない。しかしながら、その遺言の効力は、成立の時に発生するのではなく、遺言者の死亡の時にはじめて発生するのである（民985条第1項）。そうであると、遺贈による財産は、遺言者の死亡によりただちに受遺者に帰属するということになりそうである。ただ、遺贈の効力の性質については民法上も分かれており、その効力は物権的であり遺贈が効力を生ずると同時にただちに受遺者がその財産に対する権利を有することになるのか、あるいは、受遺者は権利の移転を相続人に請求する債権的権利を有するのにとどまるものなのか明確ではない。

この点について、包括遺贈の場合には物権的効力をもつことにあらずいはない。包括受遺者は相続人と同一の地位に立つとされるから（民990条）、相続開始と同時に、遺贈財産について当然に権利を取得すると考えられるのである。さらに、特定の動産や不動産を遺

贈の目的物とした場合にも、判例では、受遺者は、遺贈が効力を生ずると同時にその権利を取得するものと解されている（中川前掲537頁）。（→参考裁判例 大審院大正3年8月3日決定民事判決録641頁、高松高裁昭和32年12月11日判決下級民集8巻12号2336頁。最高裁昭和52年7月19日金融商事法務事情548号43頁）。

【説例1】においては、遺言により「Aに土地全部を与える」という文言が特定遺贈であるかどうかの問題であるが、積極的に解されると思われる。そうであるならば、本件の事案においては、Aは、遺贈が効力を有するにいたると同時に、土地・家屋を取得すると考えられる。(a)の事案においては、結局、Aは、土地・家屋の半分のみを取得することになったのであるから、遺贈として土地・家屋を取得した後に、他の相続人に対して半分を譲渡したと解すべきであるならば、あらたに贈与税の問題を生ずることになるが、ここでは、さらに、遺留分減殺請求の効力も問題となってくる。

2 遺留分減殺請求の効力

遺留分減殺権についても、それが相手方に対して行為を請求する権利であるのか、それとも一方的意思表示により、遺贈の効力の全部または一部を失効させる形成権であるのか疑問があるとされているが、通説・判例は形成権であるとする説をとっており、遺留分減殺請求により遺贈の全部または一部が失効するとされる。（参照、最高裁昭和41年7月14日判決民集20巻6号1183頁。最高裁昭和44年1月28日判決判例時報548号68頁）。その結果、既に履行されたものについては、不当利得返還請求権または物権的請求権が行使されることになる。本件の【説例1】のように、B及びCが遺留分減殺請求権を行使している場合には、BとCの遺留分を侵害する限度で遺贈の効力も失われることになる。BとCの遺留分は相続財産の1/3であり、4,000万円である。本遺言書では、預貯金については触れていないとされるが、B、Cについては、当然のことながら、遺留分減殺請求により、預貯金3,000万円を取得する他、遺贈によりAの取得した土地・家屋のうち1,000万円相当額が減殺され、B、Cに交付されるべきであるということになると解される。

ただし、(a)の事案では、Aは、土地・家屋の半分である時価4,500万円相当額をB及びCに供与しているのであり、これを贈与と解するのかここで問題となる。

3 遺産分割と遺贈の放棄

遺贈の受遺者は、原則として、相続開始後いつでも遺贈の放棄をすることができることとされている（民986条）。包括遺贈の場合には、自己のために包括遺贈のあることを知った時から三ヶ月以内の家庭裁判所へ中述しなければならないとされており、遺産分割の協議において遺贈の放棄をするのみでは認められないが、特定遺贈の放棄は、特別の手続は必要ではなく、共同相続人に対する意思表示のみで効力を生ずる。遺贈の放棄により、放棄は相続の時点にさかのぼるため、遺贈財産は共同で相続したものとなる。事例（a）では、Aが遺贈を放棄したことになるとして、遺産分割協議によりあらたに土地の半分を取得したと考えることができる。あるいは、この場合には遺贈の目的物である土地は可分であるので遺贈の一部放棄とみることもできる。いずれに解しても、課税上は、Aは家屋と土地の半分、BとCで残りを半分ずつ取得することになると解すればよいと思われる。したがって、1及び2において論じたように、民法上は、遺贈の効力や遺留分減殺請求の効力について論議があり、さらにそれと遺産分割との関係について様々に構成することが可能であるが、遺贈により土地・家屋を取得したAが、あらためてB及びCに贈与するという考え方もありうるが、課税関係を考えるならば、遺産分割により、相続税に加えて贈与税が課されることになる法律構成は適当ではないと考えられる。ここでは、Aの遺贈の放棄と解すれば足りる。

もっとも特定遺贈の場合には、その放棄も容易であるので、課税関係も簡単に考えることができるが、包括遺贈の場合には、實際上、遺言を無視して遺産分割が行われたことになると、それは遺贈の放棄としての効力をもたないため、上に述べたように、贈与の問題が生じるものと思われる。

なお、【説例1】においてAが遺贈を放棄したと解するとした場合にも、預貯金についてはどう解すべきであろうか。これは遺言の解釈の問題であるが、遺言書に「預貯金については当然B及びCのものとする」という趣旨が含まれているのか、「預貯金についてはA、B、Cに相続させる」という趣旨であるかということによって、Aの遺贈放棄の効果は異なると思われる。一般に、遺言は人の最終的意思表示であり、取引の相手方の信頼や、取引の安全を保護する考慮はまったく不要であり、遺言者の真意がつねに重要であるとされる。しかしながら、書かれていないことについて不作為の表示を認めることにしたので

は、遺言の解釈はかなり不確実なものになってしまう。したがって、遺言で指定していない財産については、通常の法定相続分による分割を考慮すべきであると解される。

4 遺留分の計算と時価

遺留分は相続財産の時価について計算される。そこで、土地・家屋のように、時価と相続税評価額とが異なる財産については各々の取得する財産とその納付すべき税額との間にずれが生ずることも少なくない。本事案（b）の場合、Aは、民法第1041条による価格弁償を選択する方が、自己の税負担はより少なくてすむ。他方で、土地の相続には、後でその譲渡をした場合の譲渡所得課税がありうるため、いわば遺留分減殺請求を減らす要因もあるといえる。本件では、いずれもやむをえない取り扱いとしておく。

なお、本件事案（b）のように、遺留分よりも低い金額で協議が調った場合、つまり、本件では減殺請求と対象となるのは、B、Cそれぞれについて、500万円であるが、各々300万円に合意しているのである。先に、1遺言と特定遺贈において述べたように、遺留分減殺請求が形成権であり、減殺請求によりただちに遺贈の一部が失効するとされるならば、B、Cは、Aにそれぞれ200万円の贈与をしたものとも考えられる。しかしこのような場合は、遺留分の一部の放棄とみて、B、Cは、各々300万円のみを取得したものとみるのが税法上も適当であると考えられる。紛争をむしかえすような課税関係を構成するのは妥当ではないと思われる。

5 遺留分と寄与分との優劣

寄与分は、相続人中に、被相続人の家業である農業や白営業に従事してその協力や出捐などの手段により財産の維持・増加に特別の寄与をしていながらこれに対する相当の対価を得ていない者がある場合において、寄与相続人と他の相続人との公平を実現するために昭和55年の民法改正により創設された制度である。つまり、共同相続人中に「被相続人の財産の維持又は増加につき特別の寄与をした者」がある場合には、その者に寄与に相應する補償が与えられ、それだけ寄与者の相続分が増加するのである（民904条の2）。民法の規定では、「被相続人の事業に関する労務の提供又は財産上の給付、被相続人の療養看護その他の方法により被相続人の財産の維持又は増加につき特別の寄与をした」相続人となっているが、事業用資産の購入に限らず、住宅の購入も寄与分に該当するとされている

(中川269頁)。なお、和歌山家裁昭和59年1月25日審判では、被相続人と相続人との婚姻後被相続人名義で取得した宅地・居宅の購入費の90.6%を相続人が提供していた場合に、宅地・居宅の相続開始時の評価額の90.6%を寄与分と認めた事例がある。

民法上は、寄与分が認められる場合には、寄与分を控除したものを相続財産とみなして、法定相続分に寄与分を加えたものを寄与者の相続分としているが、寄与分が相続税の対象となるのはいうまでもない。寄与者が「相続により取得した財産」になるからである。

寄与分は、共同相続人間の協議により定められるが、協議がととのわない場合には家庭裁判所が定める(民904条の2第2項)。本件のように、遺言が他の相続人の遺留分を侵害することになる場合、受遺者は、遺言の内容が実質的には寄与分に対応するものであることを主張することが考えられる。遺留分が被相続人の意思を制限するものであるため、遺贈は遺留分に劣後するが、民法第904条の2第3項では、寄与分は遺贈に劣後するとしている。他方で、寄与分は遺留分に優先すると解されている。民法第1031条では、遺留分減殺請求の対象を遺贈と贈与に限定しているからである。そうであるならば、寄与分とされる金額については、遺留分減殺請求の対象にならないようにみえるが、被相続人の意思による遺贈よりも寄与分は劣後するのであるから、寄与分であるからといってまったく遺留分減殺請求の対象にならないともいいきれない。家庭裁判所が寄与分を定める場合には、遺留分にくいこむ寄与分の認定はさけるべきであるとされていることから(中川270頁)、寄与分であると主張するのみでは遺留分減殺請求を免れるとはいえないように思われる。このように、遺留分、遺贈、寄与分の三者の関係は非常に複雑であり、遺言書とは異なる合意をした場合であっても、【説例1】(a)、(b)の合意はいずれも有効である。

なお、本事例では、Aは、遺贈は自己の寄与分に応じるものであると主張しているが、仮に被相続人の生前にAが寄与した分に対するものとして遺言により遺贈を指定したとするならば、すでにAの寄与については考慮されているので、あらたな寄与分の主張はできないと解されている(加藤一郎ジュリスト723号116頁)。そもそも寄与分の制度が被相続人が遺言で適切に処分しなかったような場合に公平のために行う調整であるからである。遺贈であるならば、遺留分減殺請求の対象となるので、遺言書どおりの分割はできない。

6 遺留分減殺請求と相続税の申告手続

周知のように、法定申告期限までに遺産分割が行われない場合には、民法の規定にした

がい法定相続分により相続されたものとみて申告することになっている（相税55条）が、事案（b）における遺贈のあった財産については、「まだ分割されていない」財産には該当せず、Aの相続した財産として申告しておくことになるのか、あるいは遺留分減殺請求がなされている以上、この財産も未分割財産となるのか問題となる。もっとも、相続税法第32条により更正の請求が認められるので重要な問題ではないともいえるが、同条3号により遺留分減殺請求のあったことが更正の請求の事由として認められているので、あらかじめAは、自己の相続した財産として申告することになると思われる。

遺留分減殺請求の結果、Aの相続分が当初の申告より少なくなった場合には、前に申告した相続税額が過大になるので、その事由が生じたことを知った日から4カ月以内に更正の請求が認められる（32条）。

遺留分減殺請求を行い、相続財産を取得したB、Cは、それぞれ、新しく納税義務を生じたものとみて、税務署長の決定のあるまでは申告できることにされている（相税30条）。もっとも、この場合には、新しく納税義務を生じるのではない。遺留分減殺請求が形成権であり、その行使によって当然に土地・家屋に対しても権利を取得するのであるから、相続財産を取得するのは相続時でありその時点で納税義務は生じているのである。また、「相続の開始があったことを知った日」より申告義務を生ずるのであるが、それは遺留分減殺権を行使した時ではないのは明らかである。

B、Cが、遺留分減殺請求をする前に、申告をしていた場合には、その後の修正申告や更正により、当初の申告額が過少であったことになり、過少申告加算税が課されるのか問題となりうる。これについては、相続税法30条で、期限後申告をみとめているのであるから、「正当な理由」とされる場合が多いと思われる。

II 寄与分の評価（【説例2】）

寄与分の算定にあたって、家庭裁判所は、「寄与の時期、方法及び程度、相続財産の額その他一切の事情」を考慮してその額を定めなければならないとされる（民904条の2第2項）。具体的には、労務の提供を平均賃金に引き直したり、被相続人の事業に提供した金銭の額そのものが寄与分として認められるのではなく、労務の提供や金銭の供与のなされた時の事情や労務の提供の仕方、さらには相続財産全体の額など、一切の事情を考慮するとされるのである。税法の観点からは、建築資金と建築した家屋のどちらを基準とすれ

ばよいのか、また、6年前の資金額どおりでよいのか、利子率を加味するのかという問題があるが、これらは相続人間で協議する場合にどのように考慮すればよいのか難しい問題である。(参照、前出の審判例)

寄与分の評価が明確でないものということになると、金銭等の財産を出捐した相続人が、他の相続人に対して家屋等の共有持分の主張や不当利得返還請求をすることも考えられる。もともと寄与分の制度は、伝統的な不当利得や共有の制度によっては救済が難しいために創設された制度であるとされるが、不当利得や持分の立証が可能な場合には、相続人はその主張により自己の権利を主張できることになると解される。あるいは、寄与分としてではなく、自己の出捐と合わせて生前贈与を受けたとして、特定の財産の所有権すべてを主張することもありうる場所である。【説例2】(a)の事案においては、Aが家屋の改築資金を出捐していた場合に、寄与分としてではなく、その費用償還を主張することも可能であると思われる。

なお、家屋の固定資産税を支払っていたのがAである場合には、当該家屋の名義が甲のものとなっても、家屋の真実の所有者はAであるとの主張を裏付ける有力な証拠となるとと思われる。それが認められない場合にも、Aの支払った固定資産税総額は寄与分の評価の際に考慮されてよいと考えられる。

Ⅲ 生前贈与の場合の課税関係(【説例2】)

(1) 【説例2】(c)のように、家屋の建築費の残額を支払った被相続人がAに対してそれを贈与する意思であった場合の課税関係が問題となる。相続開始前3年以内になされた贈与については、相続税の課税価格に含めることになっている(相続19条)が、本事例で問題となりうるのは、生前贈与された財産がAの寄与分に対するものであると解される場合にはどのような課税関係となるかということである。上に述べたように、寄与分制度の趣旨が、被相続人が遺言において適切な考慮を行わなかった場合に、相続人間の公平のために認められたものであると解するならば、すでに生前贈与として配慮されている場合には寄与分を認める必要はないことになる。そこで、【説例2】(c)において、生前贈与された1,000万円がAの出捐した1,000万円に対する見返りである場合には、Aの出捐した1,000万円を寄与分と認めることはできないことになる。これに対して、生前贈与がAの寄与分とは切り離されたものである場合には、Aの相続分として寄与分を加えることがで

きると思われる。

(2) 生前贈与に関連して、民法では、特別受益者の相続分として、「生計の資本」として受けた生前贈与を相続財産とみなすことにしている(903条第1項)。民法の規定と相続税法との規定の関係で問題となるのは、相続開始前3年より前になされた贈与の取り扱いである。民法上、相続開始前3年より前になされた贈与も、相続財産に含まれ当該贈与を受けた者の相続分となるが、相続税の課税対象となるのは「相続又は遺贈により」取得した財産である。そうであるならば、結局、このような場合生前贈与を受けた相続人は、民法上は相続分に含められつつ相続税の対象とはならない財産を取得することになるので、その負担する相続税の割合は減少することになる。実際には、生前贈与を受けた者にはその取得財産に応じた相続税を負担させることが考えられるが、これは連帯納付責任その他単なる納付の問題として扱われることになろうか。

なお、遺留分減殺請求においては、相続開始前1年以内の生前贈与がその対象になるとされている(民1030条)

(3) 寄与分と遺産債務

寄与分は「相続又は遺贈により」取得した財産として相続人Aの課税価格に含まれるが、遺産債務は法定相続分に応じて責任を負うとされている。

$$A \quad (12,000万円 - 5,000万円) \times 1/3 + 5,000万円 - 3,000万円 \times 1/3$$

$$B \text{ 及び } C \quad (12,000万円 - 5,000万円) \times 1/3 - 3,000万円 \times 1/3$$

仮に、Aに土地・家屋(9,000万円)を与える遺言に対して遺留分減殺請求するとすると、その減殺請求の対象となる財産の範囲には、遺産債務が含まれるため、B及びCの遺留分は、 $(12,000万円 - 3,000万円) \times 1/6 \times 2 = 3,000万円$ であるので、Aに対する遺贈はB及びCの遺留分を侵害していないことになる。

資料4 後継ぎ遺贈の効力と課税関係

《事例》

甲は、不動産業（アパートの賃貸）を営んでいるが、妻乙との間に子供がないため、事業の承継をどうするか考えている。甲は、甲の死後は、妻乙に財産（不動産）を相続させ、乙の死後は、甥の丙に財産を相続させ、不動産業を承継させることにした。

そこで、甲は、甲の死後は、妻乙に財産（不動産）を相続させ、乙の死後は、甥の丙に財産を相続させる旨を遺言で明らかにした。このような遺言は有効であると考えられるか。また、この遺言が有効であるとした場合、甲の死亡後、乙、丙にかかる相続税の課税関係はどうなるか、検討してみたい。

《検討》

1 後継ぎ遺贈の意義

遺言によって、次世代までの受遺者を決定しておくことを後継ぎ遺贈とよんでいる。後継ぎ遺贈とは、家業の継続とか、一次的に配偶者の生活を保障しながら家屋の分散を避けようとするような場合に意味をもつものであるとされている（泉久雄「昭和58年度重要判例解説民1393頁」）。香取稔「条件・期限・負担付の遺贈のついでに相続税課税上の問題——後継ぎ遺贈を中心として——」平成8年6月税務大学校研究科論文集第3分冊1頁においては、後継ぎ遺贈の行われるケースとして、以下のような事例を挙げている（同論文は、非公表のものであるが、このテーマに関する先駆的研究であり、本稿においても多くの示唆をうけた。なお、参照、太田武男編「現代の遺言問題」有斐閣）。

（1）妻との間に子供のいない夫が妻に財産を相続させることを考えつつも、妻の死亡後は妻の親兄弟に当該財産を相続させるよりも、自分の尊属に承継させることを望むケース。

（2）後妻との間に子供のいない夫が、後妻に財産を相続させることを望みながら、後妻の死亡後は、後妻の親兄弟や後妻の将来の再婚相手に財産が承継されるよりも、先妻との間の自分の子供に財産を承継させることを望むケース。

（3）居住用不動産について、妻の生存中は妻の居住用に当該不動産を確保したいと思

いつつ、妻の再婚の可能性がある場合を考え、不動産を確実に子供に承継させることを望むケース。

(4) 株式会社を経営する父親が長男に事業を承継させることを考えつつ、長男の死亡後は、長男の子供ではなく、次男に事業を承継させることを希望するケース。

米倉明教授は、このような後継ぎ遺贈として2類型があるとされる。その一は、生活保障・家業維持型であり、その二は、生活保障専一型であるとされる(米倉明「後継ぎ遺贈の効力について」タートンヌマン第3号3頁以下)。本件事例は、この類型にあてはめると、明かに妻の生活保障と、家業としての不動産業の維持を目的とするものであり、第一の生活保障・家業維持型であると考えられる。

2 後継ぎ遺贈の相続法における有効性

(1) 後継ぎ遺贈については、古くから論議されている。例えば、上述の各論文においても、古くより後継ぎ遺贈が存在していたものとして引用される穂積重遠「相続法第2分冊」404頁において、「受遺者甲の受ける財産上の利益が或条件が成就し又は或期限が到来した時から乙に移転する、という遺言」として説明されている。穂積説によれば、「停止条件附遺贈・解除条件附遺贈・始期附遺贈・終期附遺贈が場合によりまた財産の性質に應じて行はれ得る。或時期まで又は或事實の発生までは甲が受遺者となり其後は乙が受遺者となる、といふドイツ民法(2100条以下)の「先位相続人」「後位相続人」の如き関係を生ぜしめることも不能ではあるまい。」として肯定的に解するのである。しかし、中川善之助=泉久雄「相続法」(第3版)によれば、後継ぎ遺贈のことを、以下のように説明している。すなわち、「受遺者Aの受ける遺贈利益を、ある条件の成就または期限の到来によって、Bに移転させるといふ遺贈にあっては、Bもまた受遺者であるとされる。しかし後継ぎ遺贈そのものには、なお問題があるように思われる。」(528頁)とされており、相続法において後継ぎ遺贈の効力には疑問が示されている。久貴忠彦教授も、「このような複雑な遺贈を現行法のもとで認めることには疑問がある」とされている(久貴忠彦「後継ぎ遺贈の可否」判例タイムス688号377頁)。

後継ぎ遺贈の問題点としては、例えば、上のAの死亡の際には、Aの相続人ではないBに財産が移るとしたら、Aの相続人はどうなるのか。もし、Aの死亡の前にAの相続人がその財産を処分したらどうなるのか。相続人の債権者が相続開始と同時に、この財産を差

し押さえたら、Bは受遺者として、この債権者に対抗できるかどうか。ドイツ民法のような明文の手当をしないにおいて、ドイツ民法の先位相続人と後位相続人の制度を、単純に引き入れることは難しいのではないかという気がするのであるとされる（同上書536頁）。

要するに、後継ぎ受遺者Bの権利はどこまで保護されるのか、受遺者Aの処分権は制限されるのか。Aの処分権を制限しなければBへの後継ぎ遺贈は保障されないし、目的物に対するAの処分権を制限することはAへの遺贈を空虚なものにしかねない、とされるのである。さらに、受遺者Aの相続人と後継ぎ受遺者Bの関係、Aの相続人の債権者とBの関係など、困った問題が生ずるとされる。仮に、対第3者関係はすべて対抗問題として処理するとしても、そのような解決が今日の家庭生活や取引に適合するものかどうか疑わしいとされるのである（泉・前掲論文93頁）。

（2）以上の趣旨は、後継ぎ遺贈の効力について消極的に解するものであり、条件の成就や期限の到来によって、あらたな受遺者（第二次受遺者）が生ずるとすると、第一次受遺者の相続人と第二次受遺者との間の法律関係が不明確になり不合理であるというのである。また、そのような問題を対抗要件で片付けるとすることは、今日の家庭生活や取引に適合しないのではないかというのである。

しかし、このような後継ぎ遺贈消極説に対して米倉教授のように、そのような解決が今日の家庭生活や取引に適合するものかどうか疑わしいとすることでは十分ではないとして後継ぎ遺贈の有効性を認めようとする見解もある（米倉前掲論文12頁以下）。たしかに、第一次受遺者の相続人と第二次受遺者との法律関係の不明確性については、そもそも第一次受遺者には相続人が存在しないからこのような遺言がなされる場合が少なくないのであり、第一次受遺者の相続人と第二次受遺者との法律関係の不明確性を根拠に、後継ぎ遺贈の効力を否定することには疑問がある。法律関係が不明確になるということについては、遺言の内容や遺言の解釈によって明らかにしうるものである。後継ぎ遺贈の効力を認めることに対する不安は、そのような遺言による財産の移転がどの世代まで拘束を受けるものなのか不安定になるということであると思われる。被相続人の遺言により永代まで特定の財産の所有権の移転が決定されてしまうということは不合理であるからである。しかしながら、このような不安定性を理由に後継ぎ遺贈の効力をすべて否定する理由にはならないと考えられる。そもそも、はじめに述べたように、後継ぎ遺贈のなされる背景には、配偶

者以外に後継ぎのいない場合における財産・事業の承継を目的とすることがあるからである。

なお、最高裁昭和58年3月18日判決判例時報1075号115頁は、亡兄の遺言において、① 本件不動産をYに遺贈する、② Yの死亡後はXらが本件不動産を分割所有する、とされていた事案について、判断を下している。原審福岡高裁昭和55年6月26日判決は、遺言のうち、②の事項については、亡兄の希望を述べたものにすぎないとして、遺言は、Yに対する単純遺贈にすぎないとしたのであるが、最高裁判所は、以下のように判示している。

「遺言の解釈にあたっては、遺言書の文言を形式的に判断するだけではなく、遺言者の真意を探求すべきものであり、遺言書が多数の条項からなる場合にそのうちの特定の条項を解釈するにあっても、単に遺言書の中から当該条項のみを他から切り離して抽出しその文言を形式的に解釈するだけでは十分ではなく、遺言書の全記載との関連、遺言書作成当時の事情及び遺言者の置かれていた状況などを考慮して遺言者の真意を探究し当該条項の趣旨を確定すべきものであると解するのが相当である。

しかるに、原審は、本件遺言書の中から第一次遺贈及び第二次遺贈の各条項のみを抽出して、「後継ぎ遺贈」という類型にあてはめ、本件遺贈の趣旨を前記のとおりに解釈するにすぎない。ところで、記録に徴すれば、本件遺言書は甲第一号証（検認書謄本）に添付された遺言状と題する書面であり、その内容は上告理由書第一、一に引用されているとおりであることが窺われるのであって、同遺言書には、① 第一次遺贈の条項の前に、（被相続人）太郎が経営してきた合資会社甲野材木店の太郎なきあとの経営に関する条項、被上告人に対する生活保障に関する条項及び（訴外）丙及び被上告人に対する本件不動産以外の財産の遺贈に関する条項などが記載されていること、② ついで、本件不動産は右会社の経営中は置場として必要であるから一応そのままにして、と記載されたうえ、第二次遺贈の条項が記載されていること、③ 続いて、本件不動産は換金でき難いため、右会社に賃貸しその収入を第二次遺贈の条項記載の割合で上告人らその他が取得するものとする旨記載されていること、④ 更に、形見分けのことが記載されたあとに、被上告人が一括して遺贈を受けたことにした方が租税の負担が著しく軽くなるときには、被上告人が全部（又は一部）を相続したことにし、その後に前記の割合で分割するというにしても差し支えない旨記載されていることが明らかである。右遺言書の記載によれば、太郎の真意とするとところは、第一次遺贈の条項は被上告人に対する単純遺贈であって、第二次遺贈の

条項は太郎の単なる希望を述べたにすぎないと解する余地もないではないが、本件遺言書による被上告人に対する遺贈につき遺贈の目的の一部である本件不動産の所有権を上告人らに対して移転すべき債務を被上告人に負担させた負担付遺贈であると解するか、また、上告人らに対しては、被上告人死亡時に本件不動産の所有権が被上告人に存するときには、その時点において本件不動産の所有権が上告人らに移転するとの趣旨の遺贈であると解するか、更には、被上告人は遺贈された本件不動産の処分を禁止され実質上は本件不動産に対する使用収益権を付与されたにすぎず、上告人らに対する被上告人の死亡を不確定期限とする遺贈であると解するか、の各余地も十分にありうるのである。原審としては、本件遺言書の全記載、本件遺言書作成当時の事情などをも考慮して、本件遺贈の趣旨を明らかにすべきであったといわなければならない。

以上によれば、前記原審認定の事実のみに基づき原審が判示するような解釈のもとに、被上告人に対する遺贈は通常のものであり、上告人らに対する遺贈は太郎の単なる希望を述べたにすぎないものである旨判断した原判決には、遺贈に対する法令の解釈適用を誤った違法があるか、又は審理不尽の違法があるものといわざるをえず、右違法が原判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、論旨は結局理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、右の点について更に審理を尽くす必要があるから、本件を原審に差し戻すのが相当である。」

最高裁判所の判旨は、要するに、(イ) 本件遺贈は、Yへの単純遺贈と解する余地もないではないが、(ロ) 本件不動産をXらに移転すべき債務をYに負わせた負担付贈与とも読めるし、また(ハ) Yの死亡時に残存する本件不動産の所有権がXらに移転する趣旨の遺贈とも解される。さらに、(ニ) 実質的にはYには本件不動産の使用収益権を与えたにとどまり、Xらに対する、Yの死亡を不確定期限とする遺贈と解することもできるとして原審に差し戻したのである。ここで、最高裁は、後継ぎ遺贈の可能性を認めているのである。

そこで、本稿では、相続法において後継ぎ遺贈の効力について論議があることを認識したうえで、それを有効とした場合の課税関係について検討を加えておく。

3 後継ぎ遺贈の課税関係

設問によれば、「甲の死後は、妻乙に財産（不動産）を相続させ、乙の死後は、甥の丙に

財産を相続させる旨を遺言で明らかにした。」が、この遺言が有効であるとした場合であっても、甲の死亡後、乙、丙にかかる相続税の課税関係は簡潔ではないと思われる。先の最高裁昭和58年3月18日判決の指摘するように、一口に後継ぎ遺贈といっても、その法律構成は複雑になると考えられるからである。最高裁判決を基礎とした上述の検討により、後継ぎ遺贈の課税関係はどうなるであろうか。結局、遺言に基づく法律関係のいかんによることになると思われるが、これは、個別の遺言の解釈によるのか、あるいは後継ぎ遺贈そのものの法律関係に関する解釈論になるのであろうか。本件の設問についていえば、事実関係により、上の最高裁判決が指摘するように、以下の形態が考えられるのである。

(イ) 本件遺贈は、乙への単純遺贈である。乙から丙に対する財産の移転については甲の希望を述べたにすぎないとされる。(ロ) 本件不動産を丙に移転すべき債務を乙に負わせた負担付贈与とも読める。また(ハ) 乙の死亡時に残存する本件不動産の所有権が丙に移転する趣旨の停止条件付き遺贈と解される。さらに、(ニ) 実質的には乙には本件不動産の使用収益権を与えたにとどまり、丙に対する、Yの死亡を不確定期限とする遺贈と解することもできる。

(イ) 第一次受遺者乙への単純遺贈

この場合は、第二次受遺者への遺贈は、被相続人のたんなる希望を述べたのにとどまるので、甲から乙への遺贈として、乙に相続税が課されることになる。乙から丙に財産が移転された場合には、遺言の解釈によるのか、あるいは遺言を受けた乙の意思によることになるのかで法律関係は異なる。しかしながらいづれにしても、遺贈もしくは死因贈与により相続税が課されることになるであろう。(イ)においては、乙に対して遺贈として通常の相続税が課される。

(ロ) 第一次受遺者乙に対する負担付遺贈

(ロ)のように、負担付遺贈がなされた場合には、受遺者は、相続の時点において遺贈財産を遺贈により取得したものとして課税される。(ロ)においては、第一次受遺者への負担付遺贈ということになる。

甲から乙に対する負担付遺贈とみる場合である。設問では、乙は、自分の死亡を停止条件として財産を丙に移転する義務を負うことになる。負担については、その負担が確実と認められる範囲の金額を、負担がないものとした場合における遺贈財産の価額から控除す

るものとされている（相基通11の2-7）。他方で、負担付遺贈により受益を受ける者については、負担の価額を遺贈により取得したものと課税される（相基通9-11）。

本件においては、乙は遺贈財産を丙に移転する義務を負うことになる。乙には、相続の時点で相続税が課されるが、負担部分は控除が認められる。丙に対する所有権の移転義務という負担をどのように評価するかという問題がある。しかし乙の生存中は乙は丙に財産を移転する義務を負う訳ではないので、乙の負担付遺贈とするのも適当ではないように思われる。乙の負担付遺贈と解すると、遺贈により乙の取得する利益がなくなってしまうとも考えられるからである。乙の負担部分の評価が大きな問題である。

（ハ）第二次受遺者丙に対する停止条件付き遺贈

（ハ）については、停止条件付遺贈として、相続税基本通達にその取り扱いが定められている。それによれば、停止条件付遺贈については、「その条件が成就した時」に財産の取得がなされることになる（相基通1・1の2共-8）。条件が成就するまでは遺贈の効力は生じないとされるので（民法§985②）、この場合には、実務上、条件成就前においては、原則として遺贈財産は未分割財産として扱われるものとされ、相続人が、民法の規定にしたがって相続分の割合にしたがって遺贈財産を取得したものとされている（相基通11の2-8）。この場合、条件が成就した時点で、受遺者である丙は、その時に遺贈財産を遺贈により取得したものと課税を課されることになる（相基通1・1の2共-8）。停止条件が成就した時点で遺贈財産は受遺者に帰属するとされるからである（民985条）。この場合、受遺者である丙が取得する遺贈財産の評価時期が問題となる。相続税基本通達によれば、遺贈財産の評価時期は相続開始の時における価額とされる（相基通27-4注）。なお、条件の成就により丙が遺贈財産を取得する場合には、条件の成就により減少する相続税について、未分割財産が分割されたときの更正の請求の特例（相続税法32条）により調整することになる。

したがって、設問においては、受遺者である乙が、まず、当該財産を遺贈により取得したものとみて相続税を計算することになる。その後、乙の死亡により条件が成就するので、この時点で、丙の遺贈財産について相続税が課される。同時に、乙の相続税の減額がなされることになる。しかしながら、この取り扱いによれば、乙の財産取得の時期と丙の取得の時期に相当のへだたりがある場合には不合理な結果を生ずることにもなる。また、乙のかつて納めた相続税について、今度は乙が死亡する時点で減額して調整する必要が生ずる

というのも不自然である。乙についていえば、乙の受ける遺贈財産も、丙の受ける遺贈財産も、ともに、甲の死亡時点において評価されるため、乙については、丙の遺贈の条件が成就するまでに受ける不動産の使用収益に対する課税がなされないこととなる不合理も生ずるのである。

そこで、甲の死亡時点において、丙が条件付きの遺贈財産（条件付き権利）を取得するものとみて、乙はその評価額を減額した遺贈財産を受けるとする考え方もありうる。

（二）乙に対する使用収益権の設定と丙への遺贈

（二）により、実質的には乙には本件不動産の使用収益権を与えたにとどまり、丙に対する、Yの死亡を不確定期限とする遺贈と解するとするならば、乙は使用収益権を遺贈により取得し、丙は不動産の価額より使用収益権の評価額を減額した価額を遺贈財産として取得したことになる。もっとも、使用収益権は実務上ゼロと評価されるので、このような考え方では、丙のみ遺贈財産について相続税することになる。（参照、昭和48年11月1日付直資2-189「使用貸借に係る土地についての相続税及び贈与税の取り扱いについて」）。

しかしながら、設問では、乙にいったん所有権を与えることに意味があるのであり、たんに使用収益権を与えるとは解するのでは実態にあわないと考えられる。また、遺贈による丙の財産の取得が数十年後であるとする、丙にとってきわめて酷な結果となる。

3 後継ぎ遺贈と信託関係

（1）と同様の目的を達成するため、甲がA銀行と信託契約を結び、甲の死亡後は、乙に甲の相続財産について収益受益権を与え、丙に財産の元本受益権を与え、乙の死後は、収益受益権を丙に変更する旨の契約をすることも考えられる。

これを連続受益者型信託とみて、甲の配偶者乙の生存中は乙に受益権を与え、乙の死後は、甥である丙に受益権を与えるということになる。これについては、香取前掲論文により検討がなされているが、乙に対する受益権が乙の死亡により消滅するとするならば、信託終了後、丙に信託受益権を連続させようかどうかの問題となる。そこで、わが国の信託法が信託受益権の連続を認めているかどうか論議とされる。

しかしながら、設問のような関係で重要なことは、乙には不動産の収益を与え、丙には、不動産の管理権を委譲することである。連続受益者型信託を考えなくても、信託の設定時において、乙には収益の受益権を与え、丙には元本、すなわち、不動産の所有権の受益権

を与えればよい問題である。乙の死亡により丙は所有権を完全に把握することになるので問題は無い。

乙に収益の受益権を、丙に元本の受益権を設定した場合の課税関係が問題となる。この点については、財産評価基本通達202によれば、以下のようなことになる。

(i) 乙については、収益受益権を取得した場合であるので、受益者が将来受けると認められる利益の価額の年8%の利率による複利現価の額が評価額となる。しかしながら不動産の収益(賃料)の将来受ける利益を総合することは不可能である。乙の平均寿命で計算するのであろうか。

(ii) 丙は不動産の元本受益権を取得することになる。元本は金銭以外のものであるので、その財産の課税時期の価額の年8%の利率による複利現価の額ということになるが、この場合も、受益の時期が信託設定時とすると、乙の収益受益権が明確にされないと元本受益権も決定されえないことになる。受益の時期を乙の死亡時とするならば、これも推定で行うしかなくなる。

遺言による信託の設定は、後継ぎ遺贈に比較して法律関係は明確であると思われるが、課税関係が極めて不明確である。わが国においては、後継ぎ遺贈の課税関係を検討する方が明確であると考えらるべきであろうか。

フランス相続法の改正と
生存配偶者の法的地位
—2001年12月3日の法律をめぐって—

原 田 純 孝

目 次

- I 本稿の課題と考察の視点
- II 立法過程と改正法の全体的概観
 - 1 配偶者相続権の強化への趨勢と近時の諸改正法案の提出
 - 2 ヴィダリイ法案の審議過程と新法の全体的概要
- III 新法成立前の生存配偶者の法的地位と改正案の基礎的方向
 - 1 相続法上の権利
 - 2 夫婦財産関係法上の権利と利益
 - 3 その他の補完・補正措置
 - 4 相続法制改正の基本的課題と改正案の基礎的方向
- IV 配偶者相続権の改善・強化の内容
 - 1 概説
 - 2 生存配偶者の法定相続権の強化とその内容
 - 3 住宅に対する生存配偶者の権利
 - 4 補充的な権利と強行的な権利の併存と組合せ
- V 結びにかえて

I 本稿の課題と考察の視点

(1) フランスの民事立法において積年の重要課題となってきた相続法の大規模改正が、2001年末について実現した。「生存配偶者および姦生子の権利にかかわり、かつ、相続法のさまざまな規定を近代化する2001年12月3日の法律第1135号」(以下、「新法」または「改正法」と呼ぶ)の成立がそれである。その名称から見て取れるように、新法が担った改正の課題は、生存配偶者の権利の強化、姦生子の差別の廃止、相続法の多様な規定の近代化(moderniser. その含意は、後述する)の3点であったが、最も重要な意義をもつのは、第一の改正点である。この小稿の目的も、基本的にはその点に焦点を絞って、改正の内容と特徴、意義などにつき、さしあたりの概括的な考察を加えることにある⁴¹⁾。

実際、生存配偶者の相続法上の法的地位の改善・強化は、その具体的な内容をどう構想するかで見解の対立はあったものの、20年以上前から待ち望まれていた制度改革であった。また、新法による改正の結果を、1804年のナポレオン法典相続法における生存配偶者の地位(生存配偶者は正規の相続人=héritier régulierではなく、12親等内の血族がある限り何らの権利も有しないものとされていたから、実際に遺産相続を受ける機会も、事実上ないに等しい状態にあった)と対比すれば、この200年の間に相続法における配偶者の位置づけにいかに大きな変化があったかを容易に確認することができる。そしてそれは、言うまでもなく、同じ200年の間にフランスの家族と家族法が経験してきた大きな変容と発展過程の一つの到達点を反映するものにほかならない。この「家族法の近代的、現代的な変容・発展」という点では、新法の内容は、日本の相続法さらには家族財産法の今後の発展方向との関係でもさまざまな示唆を与えるものとなっている。

これらのことを踏まえれば、新法による改正が社会的にも制度的にも極めて大きな意味をもつものであることは、容易に理解することができよう。フランスの多くの論者がその改正の呼称として、むしろ「改革=la réforme」という表現を一般的に用いているのも、そのことの反映であろうかと思われる。

(2) したがって、この改正の社会的・制度的な意義を総体的に捉えるためには、歴史と社会的実態をも視野に入れつつ、フランスの家族と家族法の変化・発展のあり方を多面的な視点から幅広く考察する作業が必要となる。ただし、本稿でなしうることには自ずから

限界があるので、以下ではさしあたり、次の4つのことがらに留意しながら検討作業を進めることにしたい。

第1は、新法が何を、どう変えたのかを広い視野から確認・分析することである。のちに詳論するように、フランスのとりわけ夫婦間にかかわる家族財産法の構造と内容は日本法のそれとは大きく異なり、夫婦財産制が、ある意味では配偶者間の相続関係以上に重要な意味をもっている。したがって、「何を」の内容を実体的に理解するには、狭義の相続法だけでなく、どうしても夫婦財産制の問題にも目を配る必要が生じる。しかも、日本の多くの読者にとっては、そのこと——つまり「何を」の実体的な内容——自体も必ずしも自明のことではないと思われるので、なおさらその点への留意が必要であろう。実際、「何を」が明確でなければ、「どう変えたのか」の内容も、また、その変えたことの意味も明らかにすることができない。

第2は、「20年以上前から待ち望まれていた制度改革」の実現になぜこれほどの年月を要したのかという点に留意することである。これは、広い意味では、第1点の裏側にある問題とも言えることがらであるが、より分析的な視角からみると、そこにはさまざまな個別的な論点が随伴している。例えば、ざっと考えただけでも、(イ) 配偶者間での相続権とはそもそも何なのか、(ロ) とくに血族間に認められてきた相続権との関係・対比でみた場合に、それはどのように捉えられるものか、(ハ) 夫婦財産制上の配偶者の権利義務関係と生存配偶者の相続権とはどのような関係にあり、また、あるべきなのか、(ニ) 夫婦財産制上では意思的行為による財産関係の規律の余地が広く認められているが、夫婦間での相続権に関しては、そうした意思的規律の余地は——夫婦財産制上でのそれとの関係のあり方も含めて——どのように認められるべきなのか、などのことがらを想定することができる。そして、(ホ) それらの各論点をどのように考えるかによって、「生存配偶者の相続法上の地位の改善・強化」のために構想されうる制度的仕組みのあり方は、相当に幅の広い多様な差異を内包させたものとなりうるのである。

実際、新法の制定に至るまでの議論の過程では、上記のような諸論点をめぐってさまざまな意見・主張が闘わされた。それは、逆に言えば、この問題が選択の幅の極めて広い、極めてデリケートな立法課題であったことを示している。各論者の提案する制度的仕組みとそこで用いられる法的テクニックも、当然に多様なものとなっていたが、新法は、その中から、所要の妥協や調整を行いつつ一定の仕組みを選びとったのである。

第3は、その新法による一定の選択の結果は、家族財産法（その中心は夫婦財産制と相続法）を含むフランスの近代家族法の大きな歴史的発展の文脈のなかでどのように位置づけられ、今後に対していかなる意味をもつものなのかを、可能な範囲で考えてみることである。これは、フランス社会における家族の近代的さらには現代的変容に対応した家族の観念の変化そのものにもかかわる問題であるから、本稿のみでまとまった考察を加えることはできないけれども、新法における改正の内容は、その問題を考えるうえで有益な意味をもつ多くの示唆を含んでいる。その意味で、この点も本稿での1つの留意点とすることにした。

最後に第4は、日本との対比・比較の視点である。実際、第3点で挙げた事項を視野に入れば、そこにみられるフランスの特徴と比較した場合に日本の家族財産法のあり方と発展方向はどのような特徴をもち、どのように評価されることになるだろうか、という問題関心が当然に登場してくる。来たるべき高齢社会を見通しつつ生存配偶者の法的地位の改善・強化を図る必要があるという問題意識には、日仏間に共通の要素が少なからず見出されるが、実体法としての家族財産法における生存配偶者の法的地位の捉え方とその改善・強化の法技術的態様には相当に大きな違いがあるようである。可能であれば、このことをどう考えるべきかも最後に多少触れてみたいと思う。

II 立法過程と改正法の全体的概観

本論の最初に、新法の提案・制定に至るまでの背景事情と、新法の立法過程ならびにその全体的な内容を概観しておこう。この作業の中からも、冒頭で述べた3つの改正点のうち第1点＝生存配偶者の権利の強化こそが新法の最重要課題であったことを確認することができる。

1 配偶者相続権の強化への趨勢と近時の諸改正法案の提出

1804年のナポレオン法典では事実上排除されていた生存配偶者の相続権を強化しようとする方向は、19世紀末期から登場した（とくに1891年3月9日の法律）。その主要な理由としては、婚姻後に有償で取得する財産の増加と、実際の家族関係における夫婦家族

(famille conjugale) の重要性の増大が挙げられている (文献⑥ p.865)。それゆえ、生存配偶者の相続権は、その後も1972年1月3日の法律に至るまでの間の諸改正を通じて、徐々にではあるが、一貫して強化されてきた。とくに1957年3月26日の法律と1958年12月23日のオルドナンスによる民法改正以降には、生存配偶者は、民法典の規定上でも、先死亡配偶者の「相続人=héritier」たる呼称を付与されている¹²⁾。ただし、のちの第Ⅲ節で詳しくみるように、その権利=相続権の内容 (原則的には遺産の4分の1に対する用益権=usufruit。その説明は後述する) は、質的にも量的にも、まさに「ささやかな=médiocre」ものにとどまっていた。

したがって、1970年代以降にも、生存配偶者の相続権の改善・強化を求める声は強まる一方であった。その背景としては、例えばまず、(イ) 従来から引き続き夫婦家族の一般化の趨勢があった。そして、(ロ) 夫婦家族が血族間の絆にも増して夫婦間の絆を重要と考えるようになっていくなると、夫婦財産制上のそれを含めた多様な意思的行為 (夫婦間贈与その他。詳細は後述) によって生存配偶者 (多くは妻) のための財産的な配慮を行う夫婦が増大していった。そのことも手伝って、(ハ) 一般の市民や相続人の中では、生存配偶者 (多くの場合には妻であり、直系卑属たる子の母) こそが先死亡配偶者 (夫であり、子らの父) の第一の相続人であるという意識の強まりがみられた。各種の世論調査や社会調査でも、「配偶者は相互に第一の相続人であり、かつそれが当然だ」という意識の強いことが確認されている。さらに、(ニ) フランスでも顕著に進展した平均余命の大幅な伸び (とくに女性のそれ) は、高齢で残される妻の寡婦期間の長期化とその間の生活保障の確保の必要という問題を、ときとともに深刻化させていった。これは、そのまま日本の場合とも相通じる問題である。それらのことはいずれも、家族の観念 (しかもここでは、正規の婚姻家族それ自体の実体的および法的な内容にかかわる観念である¹³⁾) に根本的な変化が生じつつあることを示唆するものであった¹⁴⁾。

こうした状況にあと押しされて、生存配偶者の相続法上の地位の改善・強化を主眼とした相続法改正の気運が次第に醸成され、1980年代の末以降には具体的な改正法案が登場してくる。1964年の後見制度の改正と翌年=65年の夫婦財産制の改革で始まった家族法の全面的な改正作業が1975年の離婚制度改正と1976年の不分割制度の改正 (遺産共有にも関係する) で一巡・一段落した時点でも、すでにく次の大きな立法課題は相続法の改正だ>という雰囲気は存在していたが、さらに1985年12月23日の法律で、家族の財産管理における

夫婦のより完全な平等の実現を追求した夫婦財産制の再度の改正が実現されたのちには、その気運が否応なく高まっていった。ジャン・カルボニエ名誉学長 (le doyen Jean Carbonnier) の指導下でこの間の一連の家族法改正作業を先導した作業グループが引き続き1986年から相続法の改正作業に着手したのは、そのことを端的に示すものであった⁶⁾。ここに相続法改正事業は、政府ないしは司法省のレベルでも、一連の家族法改正作業の最後になお残された最重要な立法課題として明確に位置づけられることになったのである。

具体的な改正法案の嚆矢をなしたのは、上の作業グループの提案を踏まえて司法省で作成され、1988年12月21日に国民議会に付託された政府提出法案であったが、議会の審議にはかけられることなく終わった。この作業グループの検討結果を踏まえた政府提出法案は、その後も1991年12月と1995年2月に国民議会に付託されたが、それらも同じ運命をたどる。他方、この時期にはそのほかにも、デクウワー・ドフォス夫人 (Mme Dekeuwer-Defossez) によって主宰された委員会 (家族法全体の改革を検討することを付託された公式の委員会) の法律案、公証人高等評議会の複数の法律案、公証人大会で採択された複数の法律案なども、相次いで公表されたが、それらのいずれも、実を結ばなかった (文献⑦ p.106、文献⑧ pp.1-2)。

政府提出法案も含め、これらの法律案がいずれも議会審議の段階に到達しえなかった理由については、大要、次の2点が指摘されている。第1は、相続法の変更、とりわけ生存配偶者の権利の改善・強化を目的とする相続の順位や相続分の変更は、必然的に他の血族相続人の既定の権利の修正・縮減・排除をもたらすが故に、極めてデリケートな問題を構成するということである。第2は、相続法の領域でも、家族法の領域全般におけるのと同様に、ある特定の理想的=イデアルな解決方法は存在せず、実現される制度改正の内容を社会と家族の発展・変化の方向といかによく適合させようかという客観的要請こそが重視される、ということである (文献⑥ p.865)。それは、言い換えれば、<この問題をめぐっては、配偶者を含めた家族構成員相互間の利害対立が先鋭に現象する一方、構想されうる法制度の選択の幅は非常に広く、その下でいかなる制度内容を選択するかはどのような家族観をもってものを考えるかに大きく依拠せざるをえない——それ故、家族観が異なれば、それぞれに異なった選択の方向が主張される>ということであろう。多数の法案・法律案がこの状況の狭間でいわば立ちすくみの状態に置かれるという形で、10数年が経過したわけである。

2 ヴィダリイ法案の審議過程と新法の全体的概要

(1) 法案の審議経過

こうした状況の下で2001年1月17日に、ランド県選出の国民議会議員であるヴィダリイ氏 (député Alain Vidalies) に率いられた議員グループが「生存配偶者の諸権利に関する」議員提出法律案 (proposition de loi。以下、「ヴィダリイ法案」と呼ぶ) を国民議会に提出した。この法案は、2月1日に国民議会で正式に登録され、これがその後の議会審議の過程で一連の修正を加えられつつ、2001年12月3日の新法となっていく。この法案が初めて議会審議に到達しえたばかりか、ついに立法にまで行き着いた理由の詳細については、なお今後の検討が必要であるが、まさに機が熟していたということは確かなようである。

事実、国民議会は、わずか2日間だけの審議を経て、姦生子の相続権差別の廃止に関する諸規定を追加したのち、その修正法案を2月8日に全員一致で採択している (国民議会第1読会)。国民議会のレベルでは、それまでの諸法律案をめぐる議会外での諸議論を踏まえて、生存配偶者の権利の改善・強化のためになすべき改正内容についてのおおよその意見の一致が形成されていたということであろう。しかし、この法案は、元老院では根本的に手直しされ、かつ、相続法の全体にわたる諸規定の改正にかかる章を付加されたうえで、6月21日に採択された (元老院第1読会)。この法案を回付された国民議会は、元老院が付加した相続法全体の改正に関する章を削除し、生存配偶者の諸権利に関する部分についても、元老院による手直しを排除し基本的には当初のバージョンに戻したうえで、新たな法案を6月28日に採択した (国民議会第2読会)。これに対し、その送付を受けた元老院の第2読会は、生存配偶者の諸権利に関する部分については、先の第1読会で行ったのと同様の方向の手直しを加える一方、相続法全体の諸規定の改正にかかる章を、現行民法典「第3編 第1章 相続」の第1～第3節のみに限定した形で再び追加し、国民議会のそれとは異なる法案を10月30日に採択した (元老院第2読会)。

かくして、採択すべき法文の内容につき国民議会と元老院の間に明確な意見の不一致があることが確認されたので、憲法第45条2項に基づいて両院同数合同委員会が招集され、両院が一致して採択しうる「共通の法文」(un texte commun) の作成作業が行われた。そうして作成された法案が、国民議会では11月20日、元老院では11月21日に採択され、それが新法となる (以上につき、文献⑦ p.106、文献⑧ pp.2～3)。

(2) 審議経過からみられる若干の特徴

ところで、以上のような法案の審議過程は、それ自体として、新法の内容や性格に関する幾つかの特徴を示すものとなっている。

第1に、当初のヴァダリイ法案は、成立した新法の第1の改正点、すなわち生存配偶者の諸権利の改善・強化のみを内容としていた。新法の第2の改正点＝姦生子の差別の廃止は国民議会のイニシアチブで、また、第3の改正点＝相続法の多様な規定の近代化は元老院のイニシアチブで、それに追加されたものである。

第2に、第1の改正点の具体的な内容や態様についても、国民議会と元老院の間では、なお根強い意見の対立が存在していた。したがって、両院同数合同委員会の協議を経て出来上がった法文つまりは新法の内容は、少なくともその一定の部分については、対立する見解の間での“妥協の産物”たる性格を有している。

第3に、新法の第2の改正点については、両院間にも基本的な意見の不一致は存在していなかった。次の(3)でみるように、その改正は、西ヨーロッパ諸国ではもはや先送りできない課題となっていたものとみられる。

第4に、新法の第3の改正点は、元老院の第1読会の採択法案で企図されていたところと比べると、対象となる改正事項の広がりや一定の範囲に限定されることとなった。相続法の規定全体の近代化という要請は、とくに実務家サイドから主張されていたものであり（その代表が公証人高等評議会＝Conseil supérieur du Notariatの意見や法律案である）、その観点からは、<この点での今回の改正はなお道半ばのものであって、近い将来に、相続の承認と放棄（民法典第3編第1章第5節）、並びに、不分割（遺産共有）および持戻しと遺産分割（同第6節）に関する諸規定の改正が不可避的になされなければならないだろう>という見方が提示されている（文献⑧序 pp. VI-VII、p.3など）。

(3) 第2、第3の改正点の概要

新法の第1の改正点は、次のⅢ、Ⅳで詳細に検討していくことになるので、ここでは、他の2つの改正点の概要のみを簡単に示しておく。

まず、姦生子の相続権差別の廃止は、直接的には、ヨーロッパ人権裁判所＝CDEHの2001年2月1日の判決でフランスの現行制度が断罪されたこと¹⁶⁾に対処したものである。フランスの場合には、姦生子（enfant naturel adultérin）¹⁷⁾でない単純な自然子（enfant naturel simple）についての相続分差別は、すでに1972年の民法改正で廃止され¹⁸⁾、姦生

子についてのみ他の子の2分の1とするなどの差別的な一連の諸規定が残されるだけになっていた（その象徴的な条文は、新法による改正前の民法典第760条）が、それらの諸規定が——婚姻家族に属する相続人との間での若干の利害調整的な規定を残しつつではあるが——基本的にすべて削除されたのである。あわせて、夫婦財産制上の合意による夫婦間での財産の無償移転行為から、前婚で生まれていた子の利益を保障するために認められる「削除・減殺の訴権」（action de retranchement）を、姦生子を含めたすべての自然子にも付与するという改正も行われている（民法典第1527条2項。後出注（12）も参照せよ。具体的な制度の内容は、本稿では省略する）。

なお、やはり「アルカイックな差別の残存」として批判されていた、同時死亡の場合の生存の推定に関する規定（第720条-722条。性別または年齢によって、一方のより後までの生存を推定する差別的規定）も、全面的に改正された。

相続法の規定の近代化に関する第3の改正点は、「法定相続（承継）」にかかる諸規定を、（イ）生存配偶者のいない場合の相続と、（ロ）いる場合の相続とに分けて全面的に見直し、体系的に編成し直したものである。民法典の新たな編成の上では、上記の第1章第1～第3節の規定が、（イ）、（ロ）の双方を含みつつ全面的に書き改められた形になっているが、この第3点で言う「近代化」は、主要には、そのうちの前者＝（イ）の側面における規定の改正を指している^{19）}。また、「相続人の資格の証明」に関する規定が新たに創設・整備されたことにも、実務上の観点からは重要な意味をもつものとして注意しておく必要がある。なお、以上については、のちのIV-1で訳出する章節款の編別構成とその表題も参照されたい。

Ⅲ 新法成立前の生存配偶者の法的地位と改正案の基礎的方向

さて、先に述べたように、フランスの生存配偶者の法的地位を捉えるためには、相続法上の権利に加えて、夫婦財産制が付与する権利・利益にも目を配る必要がある。このことは、日本とは大きく異なる点であり、フランスの家族財産法のあり方の特徴と、その下での生存配偶者（とりわけ妻）の実質的な地位を理解するためには不可欠なことがらである。そして、この点を押さえておかないと、〈新法が何を、どう変えたのか〉を的確に理解しえ

ないということも、前述した通りである。狭義の相続法と夫婦財産制の枠を超える点での補完的な措置も含めて概観すれば、改正前の生存配偶者の法的地位は、以下のようなものであった¹⁰⁾。

1 相続法上の権利

無遺言相続の場合における生存配偶者の法定相続権は、1972年の改正（新法の成立以前までのいわば最後の改正と言いうるもの）以後でも、「ささやかな：médiocre」もの（文献⑦ p.103。「並み以下」というニュアンスも含む）と評されてもやむをえないものであった¹¹⁾。

実際、まず量的な面で見ると、①その法定相続分は、後掲の表1（後出153頁）にあるように大きく限定され、（イ）最も通常的な、子とともに相続する場合には相続財産の4分の1についての用益権（usufruit：目的物に対する終身の物権的な使用収益権で、権利者たる生存配偶者の死亡により消滅する）、（ロ）被相続人の兄弟姉妹（その卑属による代襲相続の場合を含む）または両系の尊属がいる場合（父母に限られない。表1の（v）、（iii）、（vi）参照）は、相続財産の2分の1の用益権であった。（ハ）生存配偶者が完全な所有権として相続分を取得しうるのは、被相続人に卑属も兄弟姉妹（または代襲相続人となるその卑属）もなく、かつ、被相続人の両親の系の少なくとも一方に尊属がない場合に限られたのである（表1の（iv）と（vii）、（viii））。しかも、②生存配偶者が被相続人から贈与や遺贈を受けていた場合には、その財産の価額が相続分から減殺され、さらに、③他の相続人は、生存配偶者が取得すべき用益権を終身定期金に転換することを請求することもできた（以上、改正前の民法典第756-767条）。

のみならず、質的には、④生存配偶者は遺留分権者ではない。それ故、先死亡配偶者は、その意思によって生存配偶者を相続から除外することもできたし、または包括受遺者の指定などにより、間接的にその相続権を否定することも可能であった。したがって、⑤生存配偶者に付与された唯一の確実な保障は、民法典第207条の1が定める遺産に対する扶養定期金の請求権に限られる。ただし、この権利は、婚姻から生じる夫婦間の扶養義務の延長上のものとされ、被相続人の死亡後1年内または遺産分割の完了までの間に、生存配偶者が要扶養状態にあることを立証して請求しなければならない。

2 夫婦財産関係法上の権利と利益

このような相続法上での生存配偶者の「ささやかな・並み以下の」地位を補充・是正するために重要な役割を託されたのが、夫婦財産制を基礎とした夫婦間の意思に基づく財産的処理の制度と、その周辺部の幾つかの補完措置である。

(1) まず、夫婦財産制に関しては、①法定財産制が後得財産共通制となっており、今日では、ほぼ9割程度の夫婦がこれを採用していると言われる。この場合には、婚姻後に有償で取得された不動産等の財産＝共通財産の2分の1は、一方の死亡時には共通財産の清算により、当然に生存配偶者の固有の所有権に帰属する（他の2分の1が、死亡配偶者の固有財産と合わさって、遺産分割の客体となる相続財産を構成する）。

しかも、②1965年の夫婦財産制の改正以降、夫婦財産制上の合意や約定の自由の幅が大きく緩和・拡張されてきた結果、思慮深い夫婦は生存配偶者の財産上の地位の強化を夫婦間の生前の合意によって組織化する慣行が、従前にも増して広く普及してきた。その最も象徴的な方法ないしは現象は、婚姻時には法定財産制（後得財産共通制）を採用した夫婦がその後に「包括共通制」(communauté universelle) への転換を合意するケースである。しかも、この合意には、極めてしばしば、「生存配偶者への全部分与特約：clause d'attribution intégrale」が付されているという。つまり、この場合には、その夫婦世帯のすべての財産が夫婦の共通財産となったうえ、一方の死亡時には、その全財産が夫婦財産制上の合意から生じる効果として生存配偶者に無償で帰属することになるのである（第1526条）。

若い夫婦が婚姻時にこのような内容の夫婦財産制上の合意をすることは、将来のさまざまな不確実性を考えれば、けつして容易なことではない。しかし、長い年月を共同で歩み、子どもも独立し、あとは二人の安定した余生と生存配偶者の境遇への備えをするだけとなった高齢期の夫婦にとっては、これは十分に可能な選択である。しかも、包括共通制と上記の約定の効果として生じる全共通財産の生存配偶者への帰属は、無償譲与 (libéralité：贈与と遺贈の双方を包括する概念) でも、相続による承継でもないので（1527条1項）、無償移転税（フランスでは、贈与税と相続税を一括してこのように呼ぶ。なお、その税制の内容は、後述3参照）の対象とならず、かつ、遺留分権者の遺留分によって制約されることもないのである¹²⁾。

(2) 同様に、夫婦間の生前贈与についても、他の誰に対する贈与とも異なった、特例的

な優遇措置が定められている。すなわち、①民法典が当初から用意してきた夫婦間贈与（donation entre époux）の制度によれば、一方の死亡時に生存配偶者のために効果を生じる相互的な贈与契約が可能であり、それが夫婦間贈与の最も通常的な利用形態となっている。いわば、一般的には禁止されている「将来の相続契約」に相当するような契約・行為が夫婦間では認められているわけである。しかも、②夫婦間贈与は、契約としては相互的になされたものでも、一方の意思のみで自由に撤回できるので、高齢期に入った夫婦がそれを行うことをためらう理由も乏しい。それゆえ今日では、遺言（それも、実質的には共同遺言的なもの）にも代わる意義をもつものとして、極めて広く利用されている¹¹⁴。

さらに、③夫婦間での無償譲与については、遺留分権者との関係で夫婦の各自（ここでは被相続人）が他人（ここでは生存配偶者）のために処分しうる財産＝「自由分」の範囲が、特例的に拡張されている。すなわち、夫婦の相互間では、子がある場合でも、（イ）贈与者一般に認められる通常的自由分についてのすべての所有権（子が1人なら相続財産の1/2、2人なら1/3、3人以上なら1/4）、または、（ロ）全財産の4分の1の所有権と残りの4分の3の用益権、または、（ハ）全財産についての用益権、のいずれかの形での無償譲与が認められる（1094条の1）。そしてその際、（イ）～（ハ）のいずれにするかの選択を受贈者の意思に委ねる形にした無償譲与を行うことも可能である。つまり要するに、思慮深く夫婦愛に満ちた夫婦は、その気になりさえすれば常に、各自のすべての財産の用益権を生存配偶者に残し、その生活基盤＝住宅と基本的な生活条件の従来通りの維持・存続をあらかじめ確保しておくことができるのである¹¹⁵。他方、（ニ）先死亡配偶者に子がない場合には、相互にすべての財産の所有権の無償譲与が可能である（1093条）。そして、税制も、のちの3でみるように、そうした無償譲与を助長するものとなっている。

（3）上でも触れた住宅の確保に関しては、夫婦が特段の意思的行為をしなかった場合のために、幾つかの強行的補完措置が別に定められている。すなわち、①夫婦の住宅が借家である場合には、その居住用借家権は強行的に夫婦の双方に共同で帰属するものとみなされる（民法典第1751条1項）。また、②当該借家が居住用と自由業用との兼用建物であった場合には、上の①の民法典の規定は適用されず（1751条1項）、賃借人たる先死亡配偶者名義の借家契約は、1989年借家法第14条の規定により、生存配偶者の名義に移転される。他方、③住宅が先死亡配偶者の相続財産の一部をなす場合については、その住宅の共同所有者（copropriétaire）たる生存配偶者には、自己へのその優先分与を請求する道も開かれ

ている（民法典第832条）が、それによる保護は必ずしも十分なものではない（後述Ⅳ3（3）参照）。最後に、④法定夫婦財産制としての共通財産制が夫婦の一方の死亡により解消される場合には、生存配偶者は、死亡に続く9ヵ月の間、その食費や住居（または住居費）を共通財産の負担として請求する権利——「寡居の権利 *droits de viduité*」と呼ばれる——をもつこと（1481条）も、ここで指摘しておこう。

3 その他の補完・補正措置

以上のほかにも、生存配偶者の財産的利益に配慮した補完・補正措置として、以下のようなものがある。

（1）フランスの相続税制は、狭義の相続税（*droits de succession*）を中心に置きつつも、相続税と贈与税とを厳密に区別せず、両者を統合した無償移転税（*droits de mutation à titre gratuit*）として構成されている。税率が累進性をもつのは日本と共通である（ただし、適用のあり方は異なる）が、その具体的な数値＝税率が当事者の血縁・親族関係の遠近により異なっている点に、大きな特徴がある（後掲の表2参照）。その内容は、簡単に言えば、第三者や遠い血族間での無償移転よりも、より近親の者の間の無償移転を優遇するということであり、そのなかでは、配偶者間での贈与・相続への課税が最も軽くなる仕組みになっている¹⁵⁾。これが、生存配偶者に対する無償贈与を助長するインセンティブとなることは言うまでもない。

（2）さらに、いわば無償譲与の延長上にあるものとして、①今日のフランスでは、生存配偶者を保険金受取人とする生命保険契約が広く普及している。この保険金は、被保険者たる被相続人の相続財産を構成しないので（保険法典中に、1930年7月13日の法律で制定された明文の規定がある）、受取人（ここでは生存配偶者）は、遺留分侵害のリスクなしにその全額を受領でき、かつ、一定の限度までは相続税支払の義務もないのである（文献⑦ pp.105-106）。また、②社会保障制度上でも生存配偶者には、遺族年金（フランスでは「転換年金：*pension de reversion*」と呼ばれる）をはじめとする種々の特典が付与されている。

4 相続法改正の基本的課題と改正案の基礎的方向

(1) 基本的な課題

さて、このようにみえてくると、フランスの家族財産法における生存配偶者の法的地位は、無遺言相続の場合における法定の相続権が確かに「ささやかな・並み以下」のものであることを除けば、「さほど捨てたものではない」と言ってもよさそうに見える。

実際、一方では、前述のごとく、(a) 思慮深く夫婦愛に満ちた夫婦は、あとに残る生存配偶者（多くは妻）のために、生前の種々の意思的行為を通じて死後の財産関係を事前に組織化し、すべてを用意しておくことができる。このときには、生存配偶者は、相続について何らの不安をもつ必要もない。組織化の仕方次第では、生存配偶者が先死亡配偶者のすべての財産を受け取ることさえ、可能となるのである。

また、以上ではとくに触れなかったが、フランスの現実の相続慣行では、高齢期に入った夫婦が夫婦二人のすべての財産を対象として、一緒にかつ共同で、推定相続人（基本的には子どもたち）の全員を受贈者とした贈与分割（とくに用益権留保付きのそれ）を行うという手法も、広く行われている。この場合にも、その贈与分割の証書中で生存配偶者の生活保障への備えがさまざまな法的テクニックを利用しつつ、十分に書き込まれているのが通常であり、生存配偶者の法定相続分の「ささやかさ」は、ここでも事前の意思的な配慮によりあらかじめ回避されうる仕組みになっている¹⁶⁾。

そして、現実にも、そのような備え、つまりは意思的な事前の処理と組織化が広く行われてきた。だからこそ、社会的にさほど深刻な問題も生じることなく、むしろ生存配偶者は第一の相続人であるという市民感覚さえ醸成されてきたのである。そして、これを裏からいえば、そのような社会的実態の存在もまた、生存配偶者の相続法上の地位の抜本的改革を遅らせる一つの要因となっていた（急いで改正しなくてもさほどの問題は生じなかった）とみることができそうである¹⁷⁾。

しかし、他方で、(b) 一方（多くの場合にはとくに夫）が他方（同じく妻）のためになんら特段の意思的な行為もしないで死亡する場合が生じることも避けられない。壮年での突然の事故死の場合などは、その典型例かもしれないが、現実には、「生存配偶者は第一順位の相続人だと思い込んでいたが故に」何らの備えもしなかったというケースも少なからず存在するという（文献⑥ p.867）。このときは、生存配偶者には法定の無遺言相続権

(ベースは4分の1の用益権)しかないうえ、その権利=用益権は、子どもの意向次第で現物としては奪われうる(終身定期金への転換を請求された場合)。のみならず、(c)とくに一方(例えば夫)が他方(例えば妻)に対して敵対的である場合も当然にありうる。そしてこの場合には、妻は、夫の意思次第で、その相続権のすべてを奪われることもあるのである。したがって、新しい相続法の改正は、この(b)や(c)の場合の生存配偶者に対し、最低限の権利として何をどのような形で保障すべきかという点を、その基本的な課題とすることになる⁽¹⁸⁾。

(2) 課題の性格と改正案の基礎的方向

事実、近年に相次いで提案された改正法案は、すべて共通して、無遺言の場合の生存配偶者の権利を強化し、改善することを目的とした。また、その強化・改善を、量的な面(法定相続分の引き上げ)と、質的な面(被相続人の意思では変更不可能な諸権利=droits intangiblesの付与)との両面で考えるという点も、諸改正法案の一貫した共通の基礎的な方向づけであった。

しかし、コンセンサスはそこで終わり、その二重の面での強化・改善の具体的な態様をどうするかという問題に入ると、いずれの面でも2つの相対立する方向での選択肢が提示され、それをめぐって激しい議論が展開された。文献⑦ p.107の整理によれば、それは、次のように集約される意見の対立である。

すなわち、①第1に、量的な面では、無遺言の場合の生存配偶者の諸権利の引き上げは、完全な所有権でなされるべきか、それとも用益権のみによるべきか。また、②第2に、質的な面では、生存配偶者の権利の確実かつ安定的な確保は、相続法上の遺留分(日本法と同じく、相続財産の一定割合に対する変更不可能な権利と観念される)の付与によるべきか、それとも、生活基盤と生活水準の維持・保全を保障する、相続財産に対する一個の債権の付与によるべきか。この②の点での選択では、一般には、前者が「強行的な権利：droits impératifs」、後者が「補充的・任意的な権利：droits supplétifs」(被相続人の反対の意思がないかぎり認められる権利)として位置づけられることになるが、後者についても一定の強行法規性を付与することが全く不可能なわけではない。

しかも、これらの対立点は、一面では理論的な問題であると同時に、他面では、当該生存配偶者が置かれた状況や条件の如何に応じて評価・判断が異なりうる問題でもある。また、例えば上記(1)の(b)のケースでは、<夫が生きていたらこうしたのであろう>と推測

されることをどのように制度化するかが問われる（文献⑥ p.867）のに対し、（c）のケースでは、＜生存配偶者の権利を制限しうる他方配偶者の意思の自由はどこまで認められるのか＞が問われるというように、対処すべき問題の性格自体にも位相の差異が存在する。

それ故、これらの各対立点につき一つの方向だけでの選択・決定を行うことが困難もしくは適切でないと判断される場合には、生存配偶者その他の当事者に一定の選択の自由の余地を残す仕組みが構想されることになる。例えば、1995年2月に国民議会に提出された政府提出法案（前述141頁）も、そのようないわば“アラカルトの配偶者相続権”を整備しようとするものであった。そうすることで、離婚・再婚等により多様化・複雑化している家族関係に柔軟に対応していくことが意図されたのである¹⁵¹⁾。それに対して、新法の直接のベースとなったヴィダリイ法案は、上の第1の問題＝①については、明確に所有権を選択したが、第2の問題＝②については、明確な選択をせず、双方向の可能性を残していた。

では、議会審議の過程で一定の修正を受けた新法では、そのような選択の問題は、最終的にどのようになっているか。その点に留意しながら、以下、新法の内容をみていくことにしよう。なお、そうした点に留意する上では、新法の立法者が、生存配偶者にとっての補充的な権利（droits supplétifs）と強行的な権利（droits impératifs）との区別を明確に意識し、その両者の組合せの仕方をどうするかに意を用いていることに、十分注意しておくことが適切であろう。

IV 配偶者相続権の改善・強化の内容

1 概説

新法で全面的に改正された民法典「第3編 所有権を取得するさまざまな仕方」の「第1章 相続」（718条以下）の第1節から第3節の編成は、以下のようになっている。

「第1節 相続の開始、包括名義および占有権（720条～724-1条）

第2節 相続するために要求される資格。相続人の資格の証明（725条～730-5条）

第1款 相続するために要求される資格

第2款 相続人の資格の証明

第3節 相続人（731～767条）

第1款 相続権者たる配偶者がいない場合の血族の諸権利（733～755条）

第1項 相続人の順位

第2項 親等（degrés）

第3項 父方および母方の系による分割

第3項 代襲

第2款 相続権者たる配偶者の諸権利（756条～767条）

第1項 権利の性質、その額およびその行使

第2項 用益権の転換

第3項 住宅への一時的な権利および住宅への終身の権利

第4項 定期金への権利」

このうち、以下で考察の対象とするのは、基本的には第3節第2款の諸規定であるが、最初に、新法における生存配偶者の法的地位の強化・改善の内容ならびに方法上の特徴点をあらかじめ簡単に指摘しておこう。

第1に、無遺言相続のときの配偶者の法定相続分が大幅に拡大された（→2（1）～（3））。第2に、生存配偶者の法定相続分の拡大・付与の反面で排除される血族相続人の利益との調整に、かなり細かい配慮が払われている。補充的権利と強行的権利との組合せをどうするかという問題は、一つにはここに表われてくる（→2（4）～（5））。第3に、とくに住宅＝生活基盤と基礎的な生活条件の保障・確保の要請については、狭義の配偶者相続権の枠を超えたところでも、多様な配慮が施されている。補充的権利と強行的権利との組合せをどうするかは、ここでもまた考慮の対象となっている（→3、4）。第4に、新法は、夫婦財産制や夫婦間の無償譲与に関する制度や特則（一般の場合より大きな割合の自由分を認める規定も含む）には、基本的に手を触れていない。このことは、新法による生存配偶者の法的地位の強化・改善が既存の制度と並列し、それに追加される形で実現されたことを示している。

2 生存配偶者の法定相続権の強化とその内容

改正の中心をなす点は、生存配偶者を常に相続人となるものとしたうえで（改正後の民法第731条、第756条。以下でも、とくに断らない場合は新規定の条項である）、無遺言相続の場合の生存配偶者の法定相続権を、被相続人の残した血族のいかに応じて大幅に強化し、一定の場合にはそれに遺留分たる性格も付与したことである（第756条-第758条の5、第759条-第762条）。以下、表1によりつつ、その内容を説明する。

なお、「相続権者たる配偶者：conjoint successible は、離婚してはず、かつ、その者に対して既判力を生じている別居判決が存在しない生存配偶者である」（第732条）。これは、旧第767条第1項の規定の文言と同一のものであるので、本稿では特段の説明は行わない。

表1 生存配偶者の法定相続分の新旧対照表（概要）

被相続人の残した血族	旧制度	新制度	遺留分
(i) 夫婦の子	1/4の用益権	a) 1/4の所有権 b) 現存財産の全体の用益権	無し
(ii) 他の結合からの子	1/4の用益権 (姦生子との場合：1/2の所有権)	1/4の所有権	無し
(iii) 父母の双方	1/2の用益権	1/2の所有権	無し
(iv) 父または母	1/2の所有権 (兄弟姉妹も他の系の一般尊属もない場合)	3/4の所有権	無し
(v) 兄弟姉妹（その卑属）	1/2の用益権	一般相続財産の全体 「家族財産」は1/2の所有権	1/4
(vi) 双方の系の一般尊属	1/2の用益権	相続財産の全体	無し
(vii) 一方の系の一般尊属	1/2の所有権 (他方の系の兄弟姉妹のない場合)	相続財産の全体	無し
(viii) 一般の傍系血族	相続財産の全体	相続財産の全体	1/4

注（1）文献① p.2233、文献⑥ p.868所掲の表を基礎に、それを加工して作成した。

（2）(V) の欄にある「家族財産」の意味については、本文中の説明を参照せよ。

（3）右端の遺留分の説明は、後出4（2）2）参照。

表2 2001年度の相続税率

I 直系血族間の相続^イ

純課税標準額	税率	控除額
50,000 F 未満	5%	0
50,000 F 以上 ~ 75,000 F 未満	10%	2,500
75,000 F ~ 100,000 F	15%	6,250
100,000 F ~ 3,400,000 F	20%	11,250
3,400,000 F ~ 5,600,000 F	30%	351,250
5,600,000 F ~ 11,200,000 F	35%	631,250
11,200,000 F 以上	40%	1,191,250

(1) 卑属、尊属および単純養子縁組による養子。租税一般法典 (CGI) 第786条第3パラグラフの6つのケース。

II 夫婦間の相続

純課税標準額	税率	控除額
50,000 F 未満	5%	0
50,000 F 以上 ~ 100,000 F 未満	10%	2,500
100,000 F ~ 200,000 F	15%	7,500
200,000 F ~ 3,400,000 F	20%	17,500
3,400,000 F ~ 5,600,000 F	30%	357,500
5,600,000 F ~ 11,200,000 F	35%	637,500
11,200,000 F 以上	40%	1,197,500

III 民事連帯規約 (PACS) のパートナー間の相続

純課税標準額	税率	控除額
0 ~ 100,000 F 未満	40%	0
100,000 F 以上	50%	10,000

IV 兄弟姉妹間の相続

純課税標準額	税率	控除額
0 ~ 150,000 F 未満	35%	0
150,000 F 以上	45%	15,000

V 4親等までの傍系血族間の相続

純課税標準額	税率	控除額
純課税標準額に対して	55%	0

VI 4親等を超える血族および非血族間の相続

純課税標準額	税率	控除額
純課税標準額に対して	60%	0

(1) 夫婦の共通の子（またはその卑属）がいる場合

1) 原則的な態様

① 所有権か用益権かの選択

生存配偶者が夫婦の共通の子（またはその卑属）とともに相続する場合には、生存配偶者の法定相続分は、その選択により、(a) 相続財産の1/4の所有権、または、(b) 現存財産の全体についての用益権である（757条前段）。生存配偶者は、原則として、相続分割まではいつでもその意思表示により（特別の方式は必要ない）、その選択を行うことができる（758条の2）。

② 原則的形態は用益権

他方、他のすべての相続人は、一人だけでも、書面によって、生存配偶者に対してその選択を行うことを請求できる。生存配偶者から3ヵ月内に書面による返答がないときは、生存配偶者は、用益権＝(b)を選択したものとみなされる（758条の3）。最後の点は、生存配偶者が選択をする前に死亡した場合も同様である（758条の4。なお、この場合には、生存配偶者の死亡によりその用益権は消滅するから、遺産は、完全な所有権として他の相続人に帰属することになる）。

ここからみると、生存配偶者の決定相続権の原則的な形態としては、現存財産の全体に対する用益権の相続＝(b)が想定されていることがわかる。先にみたようなフランスでの配偶者相続権の沿革と発展の経緯、現実の相続慣行のあり方などを考慮すれば、そのほうが人々の意識に合致すると判断されたのであろう（文献⑤ p.157）。確かに、実際の側面からみても、先死亡配偶者が残した現存財産の全体に対する用益権が付与されれば、当該夫婦世帯のその余の財産は原則的には生存配偶者の固有の所有に属しているのであるから（一般的には、その本来の特有財産と、先死亡配偶者の死亡に伴う清算により生存配偶者の所有に帰した共通財産の2分の1の部分）、生存配偶者の日常生活面での基本的な基盤・環境や条件は、他方配偶者の死亡によっても何ら変わることなく維持・継続されることになる（前出注（16）も参照せよ）。したがって、生存配偶者の生活の維持・確保のための最小限の保障としては、これで十分であるとも言えるわけである。

2) 用益権の転換請求の制度

③ 転換請求権の内容

ただし、用益権のシステムは、他方で、すぐあとでみるような不都合を生じさせる場合

がある。それ故、新法では、虚有権者たる相続人（複数いる場合にはその一人だけでもよい）または生存配偶者自身が、生存配偶者に属する用益権の終身定期金（rente viagère）への転換を請求することが認められている（759条）¹²⁰¹。しかも、この転換請求の権能（la faculté de conversion）は一種の強行規定とされており、生存配偶者や共同相続人が放棄することも、被相続人がその意思により、共同相続人によるその権利行使を禁止することもできない（759条の1）。

なされた請求につき当事者間で合意が成立しない場合には、転換を欲する当事者は、終局的な遺産分割までの間は、裁判官に転換請求を申し立てることができる（760条1項）。裁判官は、その請求を認容する場合には、定期金の額、債務者たる共同相続人が提供すべき担保、並びに定期金の実質的価値を維持するために適用される物価スライド指数を定めなければならない（同条2項）。

ただし、請求を認容する場合でも、裁判官は、生存配偶者が占有する主住宅とその家具にかかる用益権については、生存配偶者の意思に反して定期金への転換を命ずることはできない（同条3項）。その趣旨は、言うまでもなく、生存配偶者に最も基本的な生活基盤たる住宅の確保を保障することにある。反対に、生存配偶者と共同相続人の合意があれば、用益権の全体を一定額の元本に転換することも可能である（761条）。

いずれにせよ、用益権の終身定期金または元本への転換は、遺産分割手続の中に合体して確認・記載される。ただし、狭義の遺産分割行為とは異なって、特別の約定がない限り、遡及効を生じることはない（762条）。

3) 選択方式の採用の理由と論拠

ところで、もともとのヴィダリイ法案（少なくとも国民議会の第2読会で6月28日に採択された段階までの法案）では、生存配偶者の法定相続分の引き上げは、先にも触れた如く、もっぱら所有権の一定割合として、選択の余地なく画一的になされるべきものとされていた¹²¹。そしてその趣旨は、用益権のもつ次の2つの不都合に対処するためと説明された（以下については、とくに文献⑦ p.108参照。また、文献⑤ p.157もほぼ同旨を指摘する）。

一つは、用益権の経済面での有害性である。すなわち、用益権者は、収益のみに関する終身の権利者であるが故に、将来に向けて投資することよりも、当面の利益を自己が生きている間に費消することにより強い関心をもつ。また、用益権の設定された財産について

重要な行為、とくに処分や売却等を行うためには虚有権者と用益権者との合意を必要とするので、用益権の存在は、有価証券のポートフォリオや一個の企業体のようなダイナミックな管理を要する資産にかかわるときは、経済的合理性に反するものとなる。さらに、高齢化が進む中で個人資産の複雑かつ高度な積極的活用が求められる今日の経済社会では、生存配偶者の用益権は、往々にして、相当規模の相続財産をその活用や投資のための知識経験の乏しい寡婦の手に委ねるといった不幸な結果をもたらす、という批判もある。

もう一つは、用益権に伴う家族関係面での有害性である。用益権者たる生存配偶者と虚有権者たる他の共同相続人が親密かつ良好な人間関係にある場合には、問題は少ないとしても、その親族間の人間関係がひとたび壊れた場合には、実の親子の間でさえも、同じ財産の管理行為につき両者の積極的な協力関係を維持することは困難になる。また、そのような「協力を強いられた関係」（用益権者と虚有権者との関係）にあること自体が——その関係の消滅・解消の見通しの如何という問題をも伴いつつ——両者の人間関係をこじらせる要因となることさえあろう。他方、共同相続人中に先死亡配偶者の最初の婚姻から生じた子がいるような場合には、その子と“義理の母または父”たる用益権者との間では人間関係上の紛争が一層生じやすいし、さらに、再婚の際ときに見られるように、生存配偶者が前婚の子より若いときには、その子は、遺された相続財産を本人としてはまったく享受しえないで終わるということも生じうる。それ故、とくにこの最後の場合については、新法自体も、のちの3)でみるように、当初から明確かつ画一的な解決方法（選択の余地のない、所有権での法定相続分の付与）を採用しているのである。

しかし、このような見方に対して、反対に、用益権のもつメリットを強調する意見も根強く存在していた。主要には、次の3つの利点が指摘される（文献⑦ p.108参照）。

第1に、さきにも触れた点であるが、用益権は、相続財産全体の使用収益を生存配偶者に残すので、その生存の条件と生活基盤の維持を保障するのに適している。第2に、用益権は、生存配偶者の生活の保障、言い換えればそのためのより大きな法定相続分の付与という要請と、当該資産の所有権の血縁家族内への保全という要請とを両立させる。終身の使用収益権者でしかない用益権者は、用益権が設定された財産を売却することも、その分割を請求することもできないからである。第3に、用益権は、親から子への財産の移転承継のプロセスに一定の柔軟性を持たせることを可能にするとされる。すなわち、用益権者たる生存配偶者は、自己が高齢化するのに応じて、自分にとっての必要や利益がなくなっ

た財産の用益権を漸次的に放棄し、当該財産の虚有権者であった子どもたちをその完全な所有権者にして行くことができるからである。

どちらかといえば、この後者の意見の方が伝統的・保守的な考え方であろう。そしてそれは、現実の相続慣行のなかにもしばしば体现されていた（前出149頁、注（4）の（b）、注（16）など）。新法は、その考え方の存在を認めてそれを原則的形態として承認しつつも、他方で、場合によって生じうる不都合や有害性に対して当事者の双方が主意的に対処していく選択的方法を用意する、という道を選択したわけである。しかも、生存配偶者の最低限の生活基盤である住宅の確保などの諸点につき、特別の配慮をなすことも忘れられてはいない。立法の基礎となる基本的な要請とそれをめぐる当事者間の利害調節のあり方につき種々に慎重な配慮を凝らした新法の妥協的ないし折衷的な立法態度が、ここにもよく現われていると言えよう。

（2）他の結合からの子がいる場合

先死亡配偶者が生存配偶者との間に親子関係のない子を一人でも残した場合には、生存配偶者の相続分は、相続財産の1/4の所有権と法定される（757条後段）。別に夫婦の共通の子がいるときでも、それは同様であり、生存配偶者には選択権は認められない。その趣旨は、先にも触れたように、このケースにおいて生存配偶者に用益権を付与した場合にはより大きな問題となりうる家族関係上、経済上の不都合や不合理の発生の可能性を、明文であらかじめ断ち切っておくことにある。

なお、上に言う「生存配偶者との間に親子関係のない子」が先死亡配偶者の前婚の子か、先死亡配偶者の婚姻前の自然子か、あるいは、生存配偶者との婚姻の後（つまり婚姻継続中）にもうけた姦生子かといった区別は、新法の第2点の改革の帰結として、今後においてはもはや一切問題となることはない。

（3）先死亡配偶者の父母との共同相続となる場合およびその他の場合

先死亡配偶者に子（またはその卑属）がなく、父母がいる場合には、以下のような態様で、父母と生存配偶者との共同相続となる。

① 父母の双方がいる場合には、生存配偶者の相続分は、相続財産の1/2の所有権であり、残りの1/2の各半分ずつ——つまり相続財産の1/4ずつ——が父と母の相続分となる（757条の1第1項）。

② 父または母の一方が死亡し、その一方のみしかいない場合には、先に死亡した父ま

たは母に帰属すべきはずであった相続分は、生存配偶者に帰属すべきものとされる（757条の1第2項）ので、生存配偶者の相続分は、相続財産の3/4の所有権となる。

③ 最後に、先死亡配偶者に子も、卑属も、父母のいずれもない場合には、生存配偶者が、原則として（例外については後述）、すべての相続財産を所有権で取得する（757条の2。表1の（v）～（viii）参照）。

（4）生存配偶者がいる場合の法定相続の法観念と補足的な利害調整措置

1）法観念の転換

ところで、上の（3）②の規定は、（3）①における父母各人の1/4の相続分が、父および母の系（ligne）に回帰していく相続分ではなく、父および母の各人に対して、その本人が生存していることを条件に、本人としての資格で認められる決定相続分であることを示すものであり、生存配偶者がいる場合の法定相続の法観念にとって極めて重要な意味もっている。

すなわち、第1に、父または母の相続分（それぞれ1/4）は、父または母が存命中であれば、所有権として帰属するので、その限りでは当該の系に回帰していくことになるが、系への回帰は、それで終わる。父または母が死亡している場合には、被相続人の兄弟姉妹（またはその卑属）がいる場合でも、その系の他の一般尊属がいる場合でも、それらの者は、もはや本来の相続人として招致される可能性を否定されるのである。上の（3）③の規定は、そのことの論理的な帰結を基本的な原則として確認するものである。

第2に、改正前の旧制度では、被相続人の父または母の系に、父もしくは母、兄弟姉妹（もしくはその卑属）または一般尊属が一人でもいる限り、被相続人の相続財産の少なくとも2分の1の所有権をその系に回帰させていくことが基本原則となっていた。とくに被相続人に兄弟姉妹（またはその卑属）がいる場合には、すべての所有権が兄弟姉妹すなわち血族に受け継がれていくべきものとされた。そしてその反面で、以上のような場合の生存配偶者には、最大でも残る2分の1の所有権しか認められない（父母双方の系にそれぞれ2分の1の所有権を回帰させるべき場合、または兄弟姉妹がいる場合には、遺産の2分の1の用益権となる）ということになっていたのである（表1の（iii）以下の旧制度の欄参照）。

この旧制度と対比すれば、新制度は、まさに「法定相続の順位（ordre）における家族の階層構造をひっくり返すもの」と言える（文献⑦ p.103）。生存配偶者は、一方で、父母以

外のすべての尊属に優先し、かつ他方で、兄弟姉妹を排除する。文献⑦の p.107の表現によれば、「これは、系の家族 (la famille souche) に対する夫婦家族 (la famille foyer) の優位の衝撃的な表れである。つまり、夫婦の絆が血縁に優先するのである (ménage passe lignage)」。ここから、フランスの家族法における「家族の観念」の「根本的な転換」の趨勢をみてとることも、あながち無理とはいえないであろう (文献⑤ p.159も同旨を言う)。

もっとも、第3に、その反面で、生存配偶者がいる場合には今後は相続から排除される父母以外の血族の利益に対して、何らかの特別の配慮を払う必要はないのかどうか、逆に新たな問題となってくる。そして、新法は、この問題についても幾つかの利害調整的な仕組みを用意している。次にその点をみておこう。

2) 生存配偶者によって排除される血族の利益への特別の配慮

生存配偶者の法定相続権の強化によりその権利を奪われる血族の利益に対する特別の配慮としては、直接的には、以下の2点がある。

① 「家族の財産」 (les biens de famille) の血族への復帰の例外 (757条の3)

被相続人たる先死亡配偶者に子や卑属がなく、父母の双方も先に死亡しているため、原則としては相続財産の全体が生存配偶者に所有権で相続されるべき場合でも、その父母 (and/or. 以下も同様) からの無償移転に由来して相続財産中に現存する「家族の財産」については、同じ父母から生じた被相続人の兄弟姉妹 (またはその卑属) に当該財産の2分の1に対する法定相続分 (所有権でのそれ) が認められる。ここに言う「家族の財産」とは、被相続人が父母から相続または贈与により無償で受け取っていた財産で、かつ、被相続人の相続財産中に現物で存在するものである (第757条の3)。

被相続人の兄弟姉妹さらにはその卑属も、当該財産の移転承継の起源となった父母 (and/or) の卑属なのであるから、その「家族の財産」の少なくとも一部については、当該財産がそれらの卑属すなわち血族の手中に留まる道を残しておくべきである——もし、この特例規定がなければ、父母からの相続や贈与に由来する財産もすべて生存配偶者の所有権に帰属し、父母の血族たる卑属の枠外に流出することになる (ここでは、死亡配偶者には子その他の卑属がないことが当然の前提となっている) ——というのが、この特例規定の立法趣旨とされる。その意味では、この規定は、フランスの伝統的な法定相続の観念 (血縁と系を基本的な2大要素とする相続観念) と新しい生存配偶者の法定相続権の観念との間に一つの妥協点を見出すために、いわば苦肉の策として、「家族の財産」について一種

の「法定の復帰権」(droit de retour légal) を認めたものである(文献⑧ pp.9 et s.) が、その結果として、フランス相続法の基本原則(ここでは「相続財産の一体性の原則」：principe de l'unité de la succession)。改正前の民法典旧第732条参照) に反する「不規則相続」：succession anormale」の仕組みを新たに創設することになっていること¹²²⁾にも注意しておきたい。

② 一般尊属の相続財産に対する扶養料債権(第758条)

生存配偶者に相続財産の3/4または全部の所有権が法定相続分として付与される時(表1の(iv)～(viii)の場合)には、相続から排除される父母以外の尊属(「一般尊属」：ascendants ordinaires)と呼ばれる)は、要扶養状態にあることを条件として、相続財産に対する扶養料債権(une créance d'aliments)を認められる(第758条1項)。ただし、その請求は、当然にも要扶養状態の証明を必要とし、かつ、原則として被相続人の死亡から1年内になされることを要する。この期間の制限は、被相続人の死亡後に相続人がその一般尊属に事実上の扶養料の給付をしていた場合にはその給付が停止される時まで¹²³⁾、また、遺産共有(不分割)状態が1年を超えて継続する場合には遺産分割の完了の時まで延長される(同条2項)。

この扶養債権を具体化する定期金(la pension)は、遺産(l'hérédité)から優先控除され、すべての相続人の負担となる。遺産だけでは不足する場合には、特定受遺者も、その得た利益に応じて分担する。ただし、被相続人がその充当の順序につき明示の意思表示をした場合には、その順序による(同条3、4項。また、927条参照)。

ところで、改正前の制度では、このような扶養債権を必要としたのは、むしろ生存配偶者であり、そのための強行規定が民法典第207条の1に定められていた(前出Ⅲ1⑤参照)。旧制度下では、生存配偶者には何らの遺留分もなく、その相続権の確保に関する他の強行的な措置も一切なかったため、最小限の扶養請求権を、婚姻から生じる夫婦間の扶養義務の延長上のものとして、相続財産の負担において保障しようとしたのである。

それに対し、新法では、生存配偶者の立場は、まさに180度転回したものとなっている。上に言う一般尊属のための扶養債権を負担する「すべての相続人」が、実質的には生存配偶者一人か、または、3/4の相続分を持つ生存配偶者と1/4の相続分を取得する父母の一方とであることを考えれば、そのことは一層明確になる。つまり、被相続人の父母(and/or)が被相続人より先に死亡していた結果、被相続人の生存配偶者によって相続から排除され

る先死亡の父母（and/or）の系の一般尊属は、その生活の最小限の必要を確保するために、生存配偶者の取得する相続分（および存命中の父母の一方の相続分）に対して相応の扶養定期金の支払いを請求できるということなのである。

ただし、ここで一個の理論的な問題が生じる。すなわち、旧制度下の生存配偶者の扶養請求権は「婚姻から生じる夫婦間の扶養義務の延長上のもの」として位置づけられていたが、新制度下の一般尊属の扶養債権は、どのように位置づけられるのであろうか。後者を、仮に“婿・嫁と義父母との間の相互の扶養義務（民法第206条、第207条）の延長上のもの”と捉えることができれば、両者の間に“一定の”類比性も出てくるが、それは、とりわけ今日ではおよそなしがたいことであろう。それを肯定すれば、義父母より遠い親等の一般尊属との間の“扶養義務まがいの関係”を新たに認めることになるからである²⁶⁴。とすれば、一般尊属の扶養債権は、理論的には、相続法中の強行規定によりとくに設定される、相続財産の負担する債務として把握するほかないことになる。

しかし他方で、新法の下でも、子、その卑属または父母（and/or）もしくはその一方の系の一般尊属がいる限り、生存配偶者には遺留分が認められていないから（詳細は後述）、生存配偶者の相続財産に対する扶養請求権をもはや不必要とすることもできない。そこで、新法の立法者は、この2つの扶養債権を——理論上でも、法制度上でも——性格的には同等ないし近似の性質をもつものとして併存させるために、旧207条の1の規定を削除してそれに代わる新規定を第767条に創設し（その位置は「第2款 相続権を認められる配偶者の諸権利」の末尾で、「第4項 定期金への権利」と題されている。前出152頁参照）、新規定の内容も、上記第758条の内容とまったくパラレルなものとした。これもまた、関係当事者間の利害調節を図るための苦心の策と云うるものであろう。

（5）生存配偶者の諸権利の算定の基礎となる財産

さて、以上のような生存配偶者の諸権利の算定の基礎となる財産（*assiette des droits du conjoint survivant*）については、他の相続人の場合とは異なる幾つかの特則が設けられている。

1）生存配偶者が用益権を選択する場合

夫婦の子（またはその卑属）と相続する場合に生存配偶者が用益権を選択するときは、その用益権は、「現存する財産の全体：la totalité des biens existants」に及ぶ（第757条）。「現存する財産」とは、相続開始の日に被相続人が残した財産から、債務ならびに遺贈の

対象となった財産を控除した財産である。したがって、被相続人が他の相続人（ここでは、子に限られる）に対して「相続分の前渡しまたは先取分として：en avancement d'hoirie ou par préciput」行っていた生前贈与は、当然に持戻しを免除され、用益権の客体となることはない。他方、子（または卑属）の中に遺留分を侵害された者がおり、現存の財産の一部が遺留分減殺の対象となる場合であっても、生存配偶者の用益権は、現存する財産の全体に対して存続する。言い換えれば、この場合には、子や卑属の遺留分も生存配偶者の用益権を負担するのである（文献⑥ p.868）。

なお、この改正点は、単に生存配偶者の法定用益権の割合を「4分の1」（旧制度）から「全体」（新制度）に拡大しただけでなく、その用益権の客体となる財産の範囲を拡大し、かつ、大幅に明確・簡明化する意味をもったことにも注意しておく必要がある（文献④ p.354）。というのは、旧制度下では、用益権の客体となる財産の価額を算定するためには、（イ）生前贈与の持戻しをする一方、（ロ）他の相続人の遺留分権（droit de réserve）や復帰権（droit de retour）を害さない配慮をしたうえ、かつ、（ハ）生存配偶者が受けた無償譲与の額を控除する（無償譲与の額が取得すべき用益権の額を上回るときには、生存配偶者は用益権の取得を主張することができない）などの、複雑な計算を行う必要があったからである（旧第767条2項以下。なお、次の2）も参照せよ）⁽²⁶⁾。

2) 生存配偶者が所有権を取得する場合

生存配偶者が一定割合の所有権を取得する場合（表1の（i）～（iv）の場合＝第757条および第757条の1の場合）の基礎財産については、新法の立法者は、一方で、旧制度下で生存配偶者の法定用益権の算定のために定められていたのと同じの算定方法を維持しつつも、他方で、生存配偶者が受けた無償譲与を特別視する規定（上の1）の後段の（ハ）で触れた規定）を削除して、所有権相続人としての生存配偶者の地位の引き上げを図っている。実務上でのその具体的な計算と相続権の行使・実現方法に関しては、日本法の場合と同じく、複雑かつ面倒な問題も存在するが、ここでは、「計算上の〔財産の〕総体」（une masse de calcul）と「〔相続権の〕行使上の〔財産の〕総体」（une masse d'exercice）の算定方法（これらは、基本的に旧制度と同様）、並びに、配偶者の相続権の具体的な行使・実現の態様の大筋のみを、簡単に説明しておくことにする⁽²⁶⁾。

① まず、「第757条および第757条の1に定める配偶者の完全な所有権での権利の計算（le calcul du droit en toute propriété du conjoint）は、その〔他方〕配偶者の死亡時に

存在するすべての財産からなる総体 (une masse) について行う。それらの財産には、その〔他方〕配偶者＝被相続人が、あるいは生存者間の行為 (acte entre vifs) によって、あるいは遺言による行為によって (acte testamentaire)、相続権者 (successibles) のために、持戻しの免除なしに (sans dispense de rapport) 処分した財産を、擬制的に結合する」(新第758条の5第1項。旧767条2項と基本的に同文である)。

生存配偶者に対してなされた無償譲与も、この持戻しの対象となり、その全体が「計算上の〔財産の〕総体」を構成する。この総体の価額に生存配偶者の所有権での相続分の割合を乗じることにより、生存配偶者の「所有権での相続分の理論上の価額」(la valeur de la quotité théorique des droits en propriété) が算定されるわけである。

② 他方、〔〔相続権の〕行使上の〔財産の〕総体〕については、次の規定が置かれる。すなわち、「配偶者は、先死亡配偶者が生存者間の行為によっても、遺言による行為によっても処分しなかった財産に対して、かつ、遺留分権 (droit de réserve) も復帰権 (droit de retour) も害さない限りにおいてのみ、その権利を行使できる」(新758条の5第2項。旧767条第3項と基本的に同文である)。逆に言えば、①の「計算上の総体」から、(イ) 生前贈与や遺贈の対象となった財産、(ロ) 遺留分を補充・確保するために必要な財産、および、(ハ) 法定復帰権の対象となる財産を除外した残りの財産が「行使上の総体」であり、生存配偶者の相続分は、実際には (réellement) その財産に対してのみ適用されることができるのである。

③ したがって、(a) 「行使上の総体の価額」が、①で算定された生存配偶者の「所有権での相続分の理論上の価額」以上になる場合には、生存配偶者が取得する財産の所有権は、「その理論上の価額」に相当するものとなる。しかし、反対に、(b) 「行使上の総体の価額」が、①で算定された生存配偶者の「所有権での相続分の理論上の価額」を下回る場合には、生存配偶者が「実際に」取得する財産の所有権は、最大でも「行使上の総体の価額」までのものとなる (文献⑥ p.868. ただし、細かい点ではなお疑問の残る点もある)。この最後の場合には、生存配偶者の所有権での相続分が理論上の価額通りには実現されないことになるが、そのような、ある意味では当然にあり得る事態に対して相続法上でどのように対処するかは、<生存配偶者に強行的な権利としてどのような、また、どれだけの権利を保障する必要があるか>というのちの3 (1) (3)、4 (2) などでもみる問題に属する。

もともと、新制度のもとでは、上の（a）（b）のいずれの場合であれ、生存配偶者は、被相続人から相続分先取分として受けた無償譲与（libéralités préciputaires）は自己の手に保持することができる。言い換えれば、すでに受けた無償譲与に加えて、配偶者は、上の（a）または（b）に記した財産の所有権をその相続分として実際に受け取ることができるのであり（文献⑥ p.868）、旧制度下の法定用益権の基礎財産を被相続人の自由分の範囲までに限ったような特別の制限規定（旧767条第4項²⁷⁾）は存在していない。その意味では、その相続分を所有権で取得する場合の生存配偶者の法的地位は、他の相続人のそれと基本的には同様のものと捉えられているわけである（文献⑦ p.109）が、全く同一にはなっていないことにも注意を要する（文献⑤ pp.157、160）。

3 住宅に対する生存配偶者の権利

新法で新たに創設された民法典第3編「第1章 相続」「第3節 相続人」「第2款 相続権者たる配偶者の諸権利」の第3項（Paragraphe 3）は、「住宅への一時的な権利および住宅への終身の権利」という標題の下に、生存配偶者が他方配偶者の死亡時に居住していた住宅に居住し続けることを可能にするための一連の規定を置く（第763条～第766条の計6カ条）。生存配偶者の不可欠の生活基盤（le cadre de vie）をなす住宅の確保については、一般的な法定相続分の定めとはまた別に、最低限の具体的な特別の配慮を施しておくことがその目的であり、2種類の「住宅への権利：droit au logement」の創設を中核にして、以下のような詳細な制度が整備されている。

（1）「住宅への一時的な権利 droit au logement temporaire」

これは、他方配偶者の死亡時に生存配偶者が居住していた住宅とそこに備えられた家具を、以後1年間は無償で使用し続けることを可能にする権利である。当該住宅の所有・利用関係の如何によって、その「無償の一時的使用収益権 droit de jouissance gratuite et temporaire」の行使の様子は異なるが、いずれの場合にもその権利は、関係権利者の意思によっては否定できない強行的な権利＝「公序：ordre public」である旨が明記されている（第763条4項）。

① 当該住宅が夫婦2人の所有物であるか、または「相続財産に全面的に属する」場合には、生存配偶者は、法律上当然に、その住宅並びに相続財産に含まれるその家具を1年間、無償で使用収益する権利を有する。他方配偶者の死亡時に生存配偶者がその住宅を

「主たる住居として実際に占有していること (occuper effectivement à titre d'habitation principale)」が必要なことは、当然である (第763条1項)。なお、冒頭の住宅の定義づけの文言は、当該住宅が相続人以外の他の者との間の不分割 (共有) になっている場合には、この規定が適用されないことを意味している。

② 生存配偶者の主住居が借家である場合には、その借家の賃貸借契約が生存配偶者のために当然に継続されること (この点は、前出Ⅲ 2 (3) の①②参照) を前提としたうえで、その支払い賃料額が1年間、相続財産から償還される (同条2項)。これは実際には、相続財産に対する償還請求権として行使されることになる。

③ ただし、これらの権利はいずれも、相続法上のものではなく、「婚姻の直接的な効果」とみなされる (同条3項)。本条の置かれる位置からすれば、その理論的な性質がどうであれ、相続法上の権利とみられる可能性も避けがたいので、とくに明文の規定を置いたものであるが、そのような性格づけは、実際上でも、生存配偶者にとって具体的な利点を伴っていることにも注意を要する。

すなわち、これらの権利は、相続財産との関係では、それに包摂される権利ではなく、相続財産に対する債権 (つまりは、相続債務の一部) として把握されるから、受遺者にも対抗できる。また、その権利は、相続人としての資格とは無関係であるから、生存配偶者が相続を放棄する場合にも、行使することが可能である。ただし、この権利を主張する配偶者は、あくまで、第732条に言う「相続権者たる配偶者: conjoint successible」 (前出Ⅳ 2の冒頭参照) でなければならない (763条1項)。

他方、本条は、「公序」として、夫婦財産制の種類や夫婦財産制上の合意の如何にかかわらず適用される。それに伴い、旧第1481条が定めていた生存配偶者の「寡居の権利 droits de viduité」 (前出Ⅱ 2 (3) の④参照) は廃止された (以上につき、文献⑦ p.110、文献⑥ p.869)。

(2) 「住宅への終身の権利 droit viager au logement」

これは、他方配偶者の死亡時に生存配偶者が居住していた住宅が夫婦2人の所有物であるか、または「相続財産に全面的に属する」場合に、生存配偶者が希望すれば、「その住宅に対する居住権 (droit d'habitation) およびそこに備えられた家具に対する使用权 (droit d'usage)」を、その死亡の時まで保有することを可能にする権利である。その権利の性質も、相続財産に対する債権ではなく、相続財産の一部をなす物権とされている (詳細は②)

以下参照)。他方、上でみた「無償の一時的使用収益権」の規定とは異なって、この規定は強行規定＝公序ではなく、公正証書遺言で表示された被相続人の反対の意思があれば、生存配偶者のこの権利は排除される（第764条1項）。被相続人の反対の意思表示の方式に関する問題はのちの4（1）2）に譲り、その他の点を以下に説明しておこう。

① この権利の対象となる住宅の定義づけ（広い意味での持家）と、「相続権者たる配偶者」が他方配偶者の死亡時に主住宅として実際に占有していたことという要件は、（1）の①の場合と同様である（764条1項）が、生存配偶者がこの権利を享受するためには、他方配偶者の死亡から1年以内にその意思を表明しなければならない（第765条の1）。つまり、他方配偶者の死亡時に「持家」（夫婦の共有または先死亡配偶者の所有にかかる住宅）に居住していた生存配偶者は、上記の「一時的使用収益権」の消滅前にその意思を表明すれば、原則として、終身にわたって当該家屋に居住し続ける権利を取得できるというわけである（なお、生存配偶者が借家に居住していた場合には、その借家に備えられた被相続人所有の家具に対する使用権のみが問題となる。765条の2）。

② この終身の「居住権」（住宅）と「使用権」（家具）は、民法典第625条以下にある「使用権および居住権」と同様の性質の「物権 *droit réel*」であり（その物権としての性質は、基本的に用益権と同様である）、相続財産の一部をなすものとみなされる。言い換えれば、生存配偶者は、これらの終身の権利を、相続法の規定に基づく法定相続の一態様として、相続人の資格において取得するのである（文献⑥ p.869）。相続税の課税評価との関係では、その権利の価額は、租税一般法典第762条第1項に定める用益権の価額の60%とされている（2001年12月3日の法律の第8条）。

したがって、生存配偶者がこの権利を取得する場合には、その権利の価額が生存配偶者の取得すべき相続分の価額（法文の文言では「相続する諸権利 *droits successoraux* の価額」で、所有権としての相続分が想定されている。文献⑦ p.109）から控除される（第765条1項）。そして、その権利の価額が本来の相続分の価額を下回る場合には、生存配偶者は、現存する相続財産からその補足分を受け取ることができる（同条2項）。しかし、反対にその権利の価額が本来の相続分の価額を上回る場合にも、生存配偶者は、その超過分の価額を相続財産に償還する義務を負わない（同条3項）。

この最後の点は、生存配偶者が、生活基盤の確保のために客観的には必要なのに、相続財産への償還金支払義務の発生を忌避して、この権利の行使を差し控えざるをえないとい

う事態が生じることを避けるためのものである⁽²⁸⁾。住宅＝生活基盤の確保については、まさに文字通りの“特別の特典”を生存配偶者に認めてよいとするこの規定は、新法の立法者がその問題にいかに関心を持っていたかを象徴するものであろう。新制度下の住宅に対する権利の相続は、他の一連の諸規定ともあいまって、一種の「不規則相続」の仕組み（前出注（22）参照）を構成しているのである。

③ この「居住権」（住宅）と「使用権」（家具）は、民法典第627条（善管注意義務）、631条（使用権の譲渡・転貸の禁止）、634条（居住権の譲渡・転貸の禁止）および635条（維持・修繕の費用と租税の負担。用益権者の場合と同様のもの）に定める条件に従って行使される（764条3項）。生存配偶者または相続人からの要求があれば、当該建物の原状確認書と家具の目録が作成される（同条4項）。

④ この権利は、本来的には、当該住宅での生存配偶者本人の居住と使用を確保するためのものであるが、当該住宅が生存配偶者の居住の必要に適さなくなった場合には、上記の第631条・634条の一般的な制限の例外として、生存配偶者「またはその代理人」（この文言も、ここではとくに明記されている）は、当該住宅を賃貸に付して別の適切な場所に居住し、その賃料収入をもって別の新たな居住場所の住居費に充当することができる（第764条5項）。これは、高齢に達した生存配偶者が老人ホームや養護施設等に転居する場合などを想定した規定である。なお、当該住宅の賃貸は、居住用または自由職業用のものに限定され、商業用または農業用の賃貸借は禁止されている（同条同項）。

⑤ 最後に、生存配偶者と相続人との合意がある場合には、居住権と使用権を終身定期金または元本に転換することも認められている（766条1項）。

（3）住宅と家具の優先分与請求権の強化

生存配偶者は、旧制度下でも、他方配偶者の死亡時にそこに居所を有し、実際に居住のために用いている建物の共同所有者（copropriétaire）であるときは、相続財産の一部をなす当該建物の所有権の自己への優先分与を請求することができた（民法典旧第832条6項1号）。しかし、当事者間の協議による合意が得られず、裁判上での請求をするときには、裁判官が関係者の現存の諸利益を考慮して裁量により決することになるので（旧・同条8項。例えば、他の相続人も自己への優先分与を主張する資格をもつ場合なども、当然にある）、その結果がどうなるかは必ずしも確実ではなかった。そこで、新法は、民法典第832条に以下のような改正を加えて、この優先分与請求権を強化している。

まず、①優先分与請求の対象が住宅に備えられた家具にも拡張され（6項1号：フランス流の言い方では、第7段落）、②その建物および家具の生存配偶者への優先分与は、生存配偶者からの請求があれば、法律上当然のものとなる（新7項＝第10段落）。さらに、③その場合の生存配偶者は、優先分与の反面で必要となる清算金の支払いにつき、最大限その半額までの部分について最長10年間までの期間の猶予を要求することができる（新8項＝第11段落）。ただし、④その猶予期間中は、原則として法定利息が課されるうえ（新8項後段）、生存配偶者が当該建物または家具を売却したときは、直ちに期限の利益を喪失する。また、一部の売却の場合は、その代金は当然に清算金の支払いに充当される（新9項＝第12段落）。

新法の立法者は、ここでもまた、生存配偶者の住宅＝生活基盤の確保のために、まさに行き届いた詳細な配慮を施している。そのことは、上記の4点の改正に付加されたもう一つの新規定をみれば、一層明白となるであろう。具体的には、⑤「優先分与から生じる諸権利は、生存配偶者が第764条に基づいて行使することができる終身の居住権および使用权を妨げない」という規定である（新10項＝第13段落）。つまり、これによれば、生存配偶者は、第764条に基づく終身の居住権・使用权の取得の意思表示を行い、かつその効果を保持した上で、重ねてその所有権（正確には、終身の居住権・使用权を除外した虚有権）の優先分与の請求をすることができるので、生存配偶者が負担すべき清算金の額が終身の居住権・使用权の価額の分だけ軽減される（その評価額の基準は、前出（2）②参照）ということになるのである。

（4）借家権の排他的帰属の保障

① 夫婦の住宅が借家である場合には、その居住用借家権は強行的に夫婦の双方に共同で帰属するものとみなされるので（民法典第1751条1項。前述）、一方が死亡しても生存配偶者の居住が直ちに脅かされることはない。しかし、他方で先死亡配偶者の相続人は当該借家権に関してどのような権利をもつのかという問題が残る。そこで新法は、賃貸借の共同名義人である夫婦の一方の死亡の場合には、生存配偶者が法律上当然にその賃貸借につき排他的な権利をもつことを明記した。もちろん、生存配偶者がその権利を放棄することは、当然に可能である（1751条3項＝新設）。

② 当該賃貸借が自由職業用の性格も具有するため上記民法典の規定＝第1751条を援用できないときは、従来と同様に1989年借家法第14条の規定によって、賃借人たる先死亡配

偶者名義の借家契約は、生存配偶者の名義に移転される（同前第14条2項）。ただし、この規定の適用に関しては、被相続人の卑属、尊属、同居の被扶養者なども当該賃貸借の優先分与を主張できる場合があり、その場合の最終的な決定は、当事者の現存の利益を考慮した裁判官の裁量に依存するという制約が残り続けている（同前14条3項）。つまり、上記（3）でみた所有権の優先分与の場合とは異なり、この賃貸借の生存配偶者への優先分与は、法律上当然のものとはされなかったのである。その理由は、居住用と自由業用の兼用建物の賃貸借である以上、自由業の活動の継続がどうなるかを考慮に入れる必要があるからであろう。

4 補充的な権利と強行的な権利の併存と組合せ

これまでみてきたところから容易にわかるように、新法の立法者は、生存配偶者の諸権利を大幅に拡大・強化しながらも、そのかなりの部分は夫婦のそれぞれの意思的な行為によって変更や調整をなしうるものとし、新しい制度の仕組みに柔軟性をもたせるべく努めている。しかし、他方で、生存配偶者のために最低限度の強行的な保障を付与することも忘れてはいない。その両面の制度の併存と組合せがどのようになっているかを、ここでまとめてみておこう。

（1）先死亡配偶者の裁量可能な領域

配偶者の一方がその意思により他方配偶者の法定の相続権を排除できる場合としては、次の2つの場合がある。

1) 直系の血族相続人がいる場合の配偶者の遺留分の否定

先死亡配偶者に子、卑属または尊属（父母以外の者も含む）がいる場合には、生存配偶者には遺留分が認められていない（新914条の1）。したがって、先死亡配偶者は、例えばその財産の全部を生存配偶者以外の者に贈与または遺贈することにより、生存配偶者の法定相続分（756条以下のそれ）を全くないものとすることもできる。実際上では、とくに被相続人＝先死亡配偶者の遺言の自由がここでは生存配偶者の法定相続権に優先するという点に、重要な意味がある。

2) 終身の居住権・使用権の排除

① 先にも触れたように、先死亡配偶者は、公正証書遺言で反対の意思を表示することにより、生存配偶者が相続財産中の主住宅と家具に対して終身の居住権・使用権を取得す

ることを否定することができる（764条1項。前出3（2）の冒頭参照）。この権利の「剥奪」（法文上でも、*la privation* という言葉が使われている）は、生存配偶者の生活保障にとって重大な影響を及ぼしうるので、その意思表示には厳格な方式——すなわち、2人の公証人、または2人の証人に補佐された1人の公証人が受理した遺言（971条）——が要求されてはいるが、厳密な形で確認された被相続人の反対の意思があれば、ここでもその反対の意思の方が生存配偶者の法定の権利に優先するのである。

② ただし、この権利の「剥奪」にかかる遺言の効果は、その点のみに限局され、生存配偶者が本来の法定相続権または無償譲与の効果によって取得する用益権の帰趨には、何らの影響も及ぼさない（764条2項）。終身の居住権・使用権は、住宅の・一時的使用収益権とは異なり、相続法の規定に基づいて生存配偶者が法定相続で取得する権利の一部たる性質をもつものとされてはいるが、厳密な意味では、あくまで本来の法定相続権とは明確に区別される特別の権利として取り扱われているわけである（前出3（2）②参照）。その限りでは、この権利も——一時的使用収益権の場合（前出3（1）③参照）と同視はできないとしても——“婚姻または夫婦財産制の効果の延長上で把握される権利”という性格を多かれ少なかれ具有しているのではないかと思われる。フランスの法律家による解説中に、<——遺産中の住宅につき法律が生存配偶者に付与する居住権・使用権についての——先死亡配偶者による「撤回ないし取消可能性：*la révocabilité*」>という表現があるのも、おそらくそうしたニュアンスを含むものであろう（文献⑥ p.870）。

③ したがって、生存配偶者が遺産中の住宅と家具の用益権を取得する可能性を完全に排除することを欲する先死亡配偶者は、上の①の遺言に加えて、遺言（一般的な方式のものでよい）中でさらにその旨を明記するか、その住宅と家具を現存の相続財産から除外するための措置（贈与または遺言による別人への無償譲与）を取るかをしておかなければならない（文献⑥ p.870）。これを、生存配偶者の利益の保護とみるか、先死亡配偶者の意思の自由の保全とみるかは、微妙なところである。

3) 配偶者相続権の「補充的性格」の意義の評価

以上のような規定が、新制度の仕組みに柔軟性を付与することは確かであるが、上の1)と2)とを合わせて総合的に考慮すれば、新法による生存配偶者の法定の相続権（広い意味でのそれ）の基本的な目的と性格につき、むしろ以下のような評価をなすことができそうにも思われる。すなわち、その相続権の主たる眼目は、第一義的には、配偶者の一方が

無遺言で死亡した場合について、その先死亡配偶者がもしその意思を表明していれば生存配偶者のために欲したであろうと推定される権利と利益を生存配偶者に付与することあり、したがって、逆に先死亡配偶者がそれと異なる反対の意思を明確に表明していた場合には、その反対の意思の方が優先する、ということである（なお、前述Ⅲ 4（2）参照）。

（2）生存配偶者のための最低限の保障

1）住宅の確保に関する保障措置

この関係では、すでにみたように、住宅と家具の1年間の無償の使用収益権と、主住宅の借家権の排他的な帰属の保障がある。

2）直系の血族相続人がいない場合の遺留分の承認

先死亡配偶者が直系の卑属も尊属も残さなかったときには、生存配偶者に相続財産の4分の1についての遺留分が認められる。ただし、生存配偶者がこの遺留分を主張するためには、他方配偶者の死亡の時にその夫婦間に離婚または別居の裁判が係属していないことが必要である（914条の1）。

この規定は、議会での審議過程でさまざまな議論と批判を惹起した規定である。若干の点を紹介しておく、例えば以下のような批判や問題の指摘があった（以下は、とくに文献⑦ p.111参照）。

まず、（イ）子や卑属がいるときには生存配偶者の遺留分を否定し、子のいないときに認めるという取扱いは、子の遺留分と生存配偶者の遺留分とを共存させまい（つまり、被相続人が欲すれば、子にすべての遺産を与えることができるようにしたい）とする考慮に出たものであるが、子を与えてくれた配偶者より、子をもうけなかった婚姻の配偶者のほうがより強い権利を認められる可能性をもつのはおかしくないか。（ロ）夫婦間では夫婦財産制上の合意の自由の原則が存在するのに、他方で相続法上の強行的＝変更不可能な権利を生存配偶者に付与することは、結局において矛盾し、両立困難である。（ハ）生存配偶者への遺留分の付与は、一定の条件下では一方的な意思によってでも別れることを許容しようとする離婚法の今日的な発展方向と矛盾するし、事実上の離婚状態にある夫婦を離婚に走らせ、場合によっては再婚をためらわせる要因ともなる。そして、（ニ）子どもとの血縁は切ることができないが、離婚すれば前配偶者の相続権や遺留分はなくなってよいという考え方の延長上で、一方の死亡時に離婚または別居の裁判が係属中であつた夫婦間では——その裁判の提起者や主張される原因の如何を問わず——遺留分を否定するとす

る上記の制約は、場合によっては非常に不合理な結果をもたらしうるもので、今日の離婚法の論理にはそぐわないものである²⁹⁾。

これらの指摘される問題点が現実にはどうなっていくかは、新制度が今後の実際上でどう機能し、当事者によってどのように活用されていくかにかかっている。この遺留分の限定的な承認という点も含めて、新法による改革は、ある意味では「革命的」とも言えるような性格をもっているだけに、なおさらそうであろう。

3) 相続財産に対する扶養料債権

もう一つ、生存配偶者の生活保障のための最低限の強行的措置として、要扶養状態にある配偶者の相続財産に対する扶養定期金 (pension alimentaire) の請求権がある (767条)。これは、すでに述べたように、旧制度では婚姻の効果として定められていた同趣旨の制度 (旧207条の1) を、新法で新設された一般尊属の相続財産に対する扶養料債権とまったく平行な形で、新たに規定しなおしたものである (758条。前述2 (4) 2) ②参照)。

なお、国民議会の第2読会で採択された法案では、生存配偶者の扶養料債権を一般尊属のそれとは明確に区別し、婚姻中の夫婦間の扶助義務 (devoir de secours) の延長上で残るより強力な権利として規定する案が採用されていた。その権利は、「生活保持への権利 (droit à maintenance)」とされ、単に最低生活費 (le minimum vital。要扶養状態に対応するもの) にとどまらず、当該生存配偶者の生活水準の著しい低下を防止し、その生活水準の合理的な維持を保障するのに必要な費用 (定期金) を相続財産に対して請求できる債権と考えられていたという (文献⑦ p.112)。しかし、このような権利に対しては、一定の場合に遺留分を認めることに加えてかかる強行的権利まで認める必要はないとの反対論も強かったようで、結局、新法中では実現されなかった。

(3) 相続開始後の当事者間での利害調整の可能性

ところで、新制度の仕組みのもつ補充性と柔軟性は、死亡配偶者の生前の意思による裁量可能な領域が幅広く確保されているという面だけでなく、相続の開始後における生存配偶者と他の血族相続人との間での任意の選択や利害調節の余地が幅広く残されているという面でもまた、存在している。例えば、子とともに相続する生存配偶者の用益権か、所有権かを選択権と、用益権を選択した場合におけるその転換請求の制度、生存配偶者による終身の居住権・使用権の選択権とその後におけるその転換の制度、生存配偶者による住宅と家具の優先分与請求権の行使などがそれである。

その意味では、新法も、1995年2月の政府提出法案にすでに表われていたのと同様に、離婚・再婚等の増大も手伝って今日の家族関係が多様化と複雑化の度を強めていることに配慮して、各家族が当該家族の具体的な諸事情に最も適した財産承継のあり方を選択・決定できるような、いわば“アラカルトの配偶者相続権”を整備しようとしたと言ってよいであろう。実際、1995年の法案が有していたこうした点での特徴点は、個別具体的な点での利害調節の仕方や内容には一定の違いもあるものの、基本的に新法の中に引き継がれている³⁰⁾。新法は、議員提出の法律案を直接の契機としつつも、過去10数年来の司法省レベルでの検討結果をも十分に踏まえつつ、成立したのである。

(4) 法制度の詳細・複雑化と市民に対する情報提供

さて、以上のような新制度の仕組みの構成のあり方を当該課題に関する立法者の立法姿勢という観点から眺めると、「ここには、夫婦財産制と区別される配偶者相続権の固有の意義を踏まえたとうえで、一方での生存配偶者の生活保障の強化の必要と、他方での家族関係の多様化・複雑化への配慮の必要とをきめ細かく調節しつつ、新しい相続制度を整えていこうとする立法態度が現われている」と言える³¹⁾。しかし、その反面で、一般の夫婦や市民にとっては、当該法制度がいかにも複雑で、込み入った感じのものになったことも否めない。そしてその中には、一方で、従来の制度から大きく変わった「強行的な」要素もある。また、他方では、「補充的な」性格の部分が増えれば増えるだけ、当事者の選択や合意で柔軟に変更・調節しうる要素が増大するが、一般の夫婦や血族相続人がそれを実態的にどこまで、どのように活用していけるのかという問題も生じてくる。

そこで、2001年12月3日の法律は第22条で、「婚姻に先立つ諸手続の履践の際に、家族法とりわけ生存配偶者の諸権利に関する情報が交付されるものとする」と定めている(1項)。また、「家族法に関する情報提供の文書は、家族手帳にも添付される」(2項)。これは、具体的には、市町村の責任の下で、<婚姻して家族を持てば、このような内容の家族法の適用を受け、とくに生存配偶者には上述したような諸権利が生じることを、補充的な規定の部分をも含め、婚姻しているすべての夫婦に知悉してもらうようにすること>を意図したものである。この規定の評価については、婚姻の挙式に際して市町村長が夫婦の権利義務に関する民法典の規定の数カ条を読み聞かせるという措置(民法典第75条)の延長上のもの、あるいは“消費者保護法的な”発想に基づく情報提供の措置というような見方も可能かもしれないし、「いまは楽しい挙式のことしか目に入っていない夫婦に対して婚

姻の不幸な解消の話を持ち出しても、彼らほうわの空でしかないという可能性もある」という辛辣な批評もありうる（文献⑦ p.113）が、場合によっては、例えば「婚姻の意思とは何か」ということを考える上でもなにがしかの影響をもたらすような手続的な制度となる可能性もなくはない⁽³³⁾。

いずれにせよ、本稿で考察した諸規定は、2002年7月1日からはすでに全面的に施行されているので⁽³³⁾、今後の推移を見守りつつ更なる分析を進めて行きたい。

VI 結びにかえて

最後に、大きく3つのことがらを要約的に指摘して本稿の結びにかえることにする。

まず第1に、フランス相続法における生存配偶者の法的地位の保護のあり方という観点からみると、新法がまさしくその論理を逆転させたことは明らかである（以下は、とくに文献⑥ p.870参照）。すなわち、以前においては、フランスの相続法は、生存配偶者にわずかの権利しか付与せず、その権利の保護・強化・増大への配慮は、夫婦財産制上または相続法上でなされる夫婦間または家族構成員間での任意の合意——言い換えれば、夫婦ならびに家族構成員間での意思的・契約的な処理——に委ねていた。それに対して、新制度の下では、生存配偶者は、実質的な法定の保護を直接に、かつ多面的な形で享受するようになり、夫婦のそれぞれが他の血族相続人または第三者の利益のために他方配偶者の法定の保護を弱めたいと欲するときには、逆にそのための具体的な意思的行為を行わなければならない。これを比喩的に言い換えれば、「法律は、“愛は冷めるもの”（*désamour*）という推定から、夫婦の間の愛情の死亡の日までの存続という推定へと、歩を進めたのである」（文献⑥ p.870）。

その意味では、新法が、「系の家族に対する夫婦家族の優位」、「夫婦の絆の血縁への優先」という考え方に棹差すものであることは間違いない。とくに新法による「実質的な法定の保護」が、夫婦財産制や夫婦間の無償譲与に関する制度や特則と併存し、それに追加される形で付与されたことを考えれば、なおさらのことであろう。しかし、それにもかかわらず、先に死亡する配偶者が無償の処分行為によって上記の「愛情の存続の推定」を覆す自由は、新制度のもとでもなお広範に維持されている。

第2に、まさにこの最後の点をも一つの理由として、＜新法が採用した生存配偶者の法的地位の改善・強化の方向は、その本来の目的や要請に適したものではなかったし、その諸権利の改善・強化の内容も不十分なものとどまっている＞という批判も、法律学者の一部から提起されている（この点は、とくに文献② pp.3539-3540）。その議論の詳細は、ここでは省略せざるを得ないが、若干の要点のみを記しておけば、以下のようなものである。

すなわち、社会経済面での諸事情の変化、「再構成家族」の不断の増加をも伴って進む家族の変容、およびとくに平均余命の著しい伸長を考慮すれば、生存配偶者の法的地位を根本的に見直し、改善・強化する必要があるのは明らかであるが、相続法でそれを実現するためには、時代遅れとなった相続法をその制度の根底から改革する必要がある。というのは、200年前に確定されたその相続法は、基本的には、血縁を基礎として子の世代への家族の財産の移転承継を確保していくことを眼目とする制度であり、生存配偶者がその制度の中で、いわば「子と同等の資格をもつ本来の相続人」としての資格を得ることは困難だからである。その結果、現存の制度の上で、いかに法技術を駆使して生存配偶者の諸権利を改善・強化しようとしても、それには自ずから限界があり、不適切で不十分な部分が残らざるをえないことになるのである。

したがって、相続法の根底からの改革ができないのだとすれば、生存配偶者の法的地位を本当に強化し、夫婦の共同生活の基盤とその高齢期の生活の安全とを一方の死亡ののちにも可能なかぎりで保障するためには、むしろ夫婦財産制の改革を考える方が得策である。そしてそれは、今日の家族における夫婦とは何か——あるいは今日の夫婦がもつ共同の生活単位としての基本的な性格をどう理解するか——という問いにもより適したものとなる。すなわち、今日の夫婦は、その家族形成と共同生活の発展・継続を中核とする「共同の企図・目的」(le projet commun)の実現のために、いわば水平的に相互に結びついた「一つの結社ないし組合的結合体(unc association)」であり、夫婦の各人はその「構成員ないし組合員(associé)」として捉えることができる。その共同の目的になかには、当然にも、一方が死亡したのちの他方の生活の安全の確保という点も包摂されているのであるから、夫婦が共同で維持し築き上げてきた財産は、一方の死亡ののちには、まずもってその目的にこそ充てられるべきなのである。

そして、その目的を達成する上で最も適合的な制度改正は、一方の死亡時の夫婦の共通

財産の清算・分割方法を——離婚時のそれとは区別しつつ——見直すことである。例えば、共通財産の4分の3を生存配偶者に分与することは、子の利益を害することもないし、「家族の財産」の保護の要請に反することもないし、現行相続法の諸原理と矛盾することもない。また、相続税の負担の問題も、あらかじめ回避できる。しかも、そのために必要な改正は、共通財産の折半の原則を定める民法典第1475条を中心として、夫婦財産制の若干の規定を改正・整備するだけで済むのである。

さて、このような形で提起されている批判論ないし、いま一つの改革案の方向を、新法で実現された方向と対比させつつ筆者なりの観点で捉えれば、新法の改革の方向が多分に夫婦間贈与契約の一般的な普及と用益権留保型の贈与分割の相続慣行（前出140頁、注（4）、146頁、149頁、注（16）など参照）をベースとしながら構想されたとみられるのに対して、この改革案はむしろ、高齢期の夫婦による——しばしば「生存配偶者への全部分与特約」付きの——「財産包括共通制」の採用の普及をベースとして（前出146頁参照）、一方の死亡時の夫婦財産制の解消の仕方を見直そうとするもの、と評価することもできそうである。また、その背後にある発想は、かつてのナポレオン法典では夫婦による「組合」（société：基本的には民法上の民事組合）の設立は——一個の強行的な法制度たる家族法の諸規定の脱法行為となりうるが故に——原則として禁止されるべきものと考えられていたこと（文献⑦ pp.122-123 et 126参照）と対比すれば、180度違った方向を指向するものとも言えよう。そして、この後者のような方向——とくに夫婦を、「共同の企図・目的」をもつ「2人の構成員ないし組合員」の結びついた「一つの結社ないし組合的結合体」と捉える視点——に依拠する場合には、＜正規の婚姻関係でない以上、一方の死亡の場合にも、相続による財産の移転・承継の問題とは無関係である＞とされてきた「民事連帯規約＝PACS」の生存当事者——パックスの生存パートナー——の法的地位の保護のあり方に関しても、また新たな見通しが開けてくることになるのかもしれない³⁴⁾。

最後に、第3は、以上のようなフランスの家族財産法の発展方向から、日本の家族財産法はいかなる示唆を引き出すことができるかという問題である。フランスと同様の高齢社会の下で生存配偶者の財産上の法的地位の保護を考える必要が広く承認されていることは、おそらく共通であろう。しかし、前提となる制度の仕組みや構造・機能などが異なる結果、直ちには比較しがたいところも少なからず存在する。もとよりここで詳論はできないけれども、ざっとみただけでも、例えば以下のような興味深い相違点を指摘できよう。

すなわち、日本の生存配偶者は、夫婦財産制を通じる相互間の財産の移転承継の方法の点では、法定のもの（共通財産など）であれ、合意によるものであれ、ごく限られた保護しか付与されていないが、相続法上での法定相続権は、遺留分の保障をも含めて、少なくとも法律上では強力に保護されている。所有権での法定相続分の割合だけでみれば、新法後のフランスの生存配偶者よりも、その権利はさらに大きい。しかも、フランスの場合と比べれば「量的にも、質的にもまさに強大なその権利」は、フランスについて本稿でみたような、今日の夫婦家族の共同生活における配偶者相互間の、また、一方死亡後の生存配偶者の、実質的な地位や生活保障のあり方の問題を必ずしも十分に顧慮し吟味しないまま、早くから保障されてきた。その意味では、その法的地位の保障の狙いや期待される機能自体が、もともと異なった要素を含んでいたのである。そしてそのことは、フランスの場合と比べると日本では、他方配偶者死亡後の住宅の確保の仕方（借家の場合を含む）などの個別的な点で、具体的な手当が不十分ではないかという問題を惹起する一因ともなっている。

しかし、他方で最近においては、フランスの新法や上記第2点でみた改革案を支えているのと近似する夫婦家族の捉え方が、日本でも明確に登場してきている。また、遺言の増加傾向にみられるように、高齢期の各夫婦の生活保障や将来の相続問題をも視野に入れつつ、家族の財産関係を意思的に処理しようとする人々の指向も強まりつつある。そのもとで今後の関係諸制度のあり方を具体的に考えていこうとするとき、フランスの新しい立法の経験から得られる示唆は少なくないと考えるが、その立ち入った検討は、また他日を期すことにしたい。

追記：

本稿脱稿後に入手した資料等をも踏まえて、本稿をさらに見直し補充修正した同じ表題の論文が、『判例タイムズ』1116号（2003年6月1日号）以下に3回にわたって掲載される予定である。本稿では簡略化したり、不十分な分析しかなしえなかった点なども、その論文では相当程度まで補ってあるので、あわせて参照していただければ幸いである。

〔注〕

- (1) 筆者としては、この相続法改正の意義に関するより詳細かつ包括的な考察は、別にあらためて行うことを予定している。なお、新法に関する仏文の参考文献で本稿の執筆に際して参照しえたものは、本稿の末尾に一括して掲載した。それらは、以下の叙述中では、「参考文献①、②・・・」として引用する。
- (2) この間の一連の立法とその内容については、例えば文献⑥ (GRILLON) pp.865-866、山田美枝子「フランス生存配偶者の相続上の地位——無遺言相続を中心にして——」『法学研究』(慶応義塾大学法学研究会編)第70巻12号(1997年12月)501頁以下、原田純孝「扶養と相続——フランス法と比較してみた日本法の特質——」奥山恭子他編=比較家族史学会監修『扶養と相続』早稲田大学出版会、1998年10月、190頁以下等参照。
- (3) とくにこのように言うのは、フランスなどヨーロッパ諸国での「家族の観念の変化」の問題は、しばしば、正規の婚姻家族の枠外にある家族(いわゆる事実婚)の増大との関係でも語られるが、本文で言う「家族の観念の変化」は、それとは相対的に異なった意味内容をもつものだからである。もっとも、本文で言う「家族の観念の変化」も、いくつかの媒介項を介してみれば、事実婚の増加やパクス=PACS=民事連帯規約の制度化(その内容については、さしあたり、後出注(34)所掲の拙稿参照)などとの関係での「家族の観念の変化」とも相通じる社会的基盤と共通の要素を持っている。
- (4) 以上のような諸事情は、文献②、文献④、文献⑤、文献⑦等で一般的に指摘されている。例えば、文献⑤ p.156によれば、(a) 生存配偶者の84%は寡婦であって、その87%は60歳以上、半数以上は75歳以上であること(2001年6月21日付けの議会=元老院資料による)、(b) 実際の相続では、一般に子は2人で50歳以上のことが多く、生存配偶者の相続分は、多くの場合には4分の1の用益権であること、(c) 80%の夫婦は、他方配偶者のために何らかの意思的な行為——生命保険契約、贈与や遺言・遺贈、夫婦財産制上の合意など——をしているが、残りの20%は何もしておらず、その場合のための法制度の整備がなお必要と判断されたこと、そして、(d) より根本的には、「家族の変容に伴う家族の中での配偶者の位置の変化」に対応した法制度の発展を図ることが必要であったこと、などが具体的に指摘されている。なお、とくに本文の(ロ)と(ハ)にかかわる事実と市民の法意識の状況は、筆者たちが1979-1980年の冬にフランスで実施した農家相続実態調査の過程でも、すでに頻繁に確認しえたものであった。
- (5) カルボニエによって主宰されたこの作業グループは、相続法全体の改訂に関する政府提出法案(projet de loi)となるべき法文原案の作成を司法大臣から付託された非公式の委員会である。
- (6) La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme = CEDH dans l'affaire Mazurek c/ France, JCP G 2000, II, 10286, note A.Gouttenoire - Cornu et F.Sudre.
- (7) 民法典の規定の文言では、「その懐胎の時にその父又は母が他の者と婚姻の関係にあった自然子」のことである。
- (8) 「民法典第757条(1972年1月3日の法律第3号)自然子は、一般的に、その父母及びその他の尊属並びにその兄弟姉妹及びその他の傍系〔血族〕の相続において、嫡出子と同一の権利を有する。」

- (9) なお、フランスでいう「近代化：moderniser, modernisation」という言葉は、日本でその同じ言葉に付与されるような特殊な意味を必ずしも有していない。日本語ではむしろ「現代化」ないし「今日化」という法現象を指す場合でも、「近代化」が使われる。例えば、最近の日本で言う「行財政改革」に相当する国家行政機構の改革（行財政のスリム化、透明性、説明責任、政策評価等々のことを含む）がフランスでも課題となっているが、それを指すにのち、「国家改革（la réforme de l'Etat）を通じる行政の近代化（modernisation de l'administration）」という表現が用いられている。
- (10) 本節の叙述については、多くの部分をとくに文献⑦に依拠している。
- (11) 邦文の文献としては、さしあたり前出注（2）参照。
- (12) 以上については、Philippe STECK, *Droit et Famille. Economica*, 1997, pp.29-30, 文献⑦ pp.104-105参照。もっとも、被相続人に前婚から生まれた子がある場合には、その子の相続権（遺留分も当然にある）を保護するために、本文で述べた合意によって生存配偶者に帰属させることができる財産の範囲に一定の制限が設けられている（1527条2項）。なお、この前婚の子の相続権の保護の規定が、新法の改正により、姦生子を含む自然子にも適用されるようになったことは、本文で前述した。
- (13) 文献⑤ p.866が引用する1999年の第95回フランス公証人大会の報告書によれば、公証人の関与した遺産分割手続の80%は、生存配偶者のための無償処分行為を伴っていたという。
- (14) ただし、子の利益を保護するために、無償譲与が被相続人の財産の2分の1以上にわたるときは、子の側から用益権の終身定期金への転換を請求できるとされる（1094条の2）。前述した1③の規定などと同じ趣旨の規定である。
- (15) 控除制度の内容等も含めた詳細は、STECK, *op.cit.*, pp.44 et s. なお、日本とフランスとを比べてどちらが実質的により有利かという問題は、ここではさしあたり論外のこととしている（その比較のためには、控除制度とその額のあり方等をはじめ、他にも考慮を要する要素が多数ある）。同様に、最近の日本で登場し、実現される見通しになってきた＜一定の要件を満たす贈与について贈与税と相続税とを一本化し、その税率・課税負担額も軽減する＞という制度改革案は、外形的には類似した側面があるとしても、その新税制に期待されている意義や機能の点では必ずしもフランスの税制のそれと重なりあうものではない。場合によっては類似視されるおそれもあるので、念のため注意しておく。
- (16) 例えばとくに、贈与者＝夫婦の双方が子たちへの贈与分割の対象とする主要な財産上に共同で用益権を留保し、その用益権は夫婦の双方が死亡するまで消滅しないと約定する「用益権留保の贈与分割」の場合には、それらの主要財産の使用収益の実態は、夫婦の一方の死亡によっても何らの変更も受けず、生存配偶者の死亡の時まで継続することになる。また、相続税制上の取り扱いでも、一般にそのやり方のほうが生存配偶者や相続人にとって有利になるようである。こうした相続慣行の詳細については、さしあたり原田・前掲論文注（2）201頁以下と、そこに所掲の参考文献（前述した相続実態調査の結果を詳細に分析した拙稿を含む）を参照されたい。また、税制の問題については、注（12）所掲の最初の文献参照。

- (17) 文献⑦ p.105も、「もしそうでなかったら、立法者は、ずっと以前から介入していたであろう」と述べている。
- (18) 文献⑦の執筆者の一人であるグリマルディ教授も、2001年9月に東京で開催された日仏共同研究集会のコロックにおいて、以上の趣旨を明確に述べられていた。この点については、「座談会：家族の観念と法制度——第6回日仏法学共同研究集会」（大村敦志他9人）ジュリスト1233号＝2002年11月1日号、82-83頁（原田純孝発言）参照。
- (19) 同法案の概要とその評価は、原田・前掲論文（前出注（2））226-227頁。
- (20) なお、この転換請求権は、その原因が遺言や贈与に由来する場合をも含め、生存配偶者が先死亡配偶者の財産上に有するすべての用益権について認められるものである（759条）。
- (21) その引き上げの内容も、新法のそれ以上に大幅なものであった。すなわち、国民議会第2読会で6月28日に採択された法案では、生存配偶者の相続分は、卑属がいる場合には相続財産の2分の1についての所有権、父母の双方またはその一方のみがいる場合には、それぞれ2分の1または4分3についての所有権、他のすべての場合には全体についての所有権、である。
- (22) フランスの相続法は、＜相続財産の承継帰属を規律するに際して法律は財産の性質もその由来（起源）も考慮しない＞という「相続財産の一体性の原則：principe de l'unité de la succession」（民法典第732条）を今日まで基本原則として維持してきている（この点、日本法とは異なる）が、その例外として、ある財産がその性質またはその由来の故に特定の人に承継帰属されることを法律が認めている場合があり、そうした場合の相続を講学上、「不規則相続」（succession anormale、古いフランス語の表現によるが、ノーマルでない相続＝succession anormaleと同義である）と呼んでいる。ここでは、まさに本文で述べたような財産の由来を理由として、「家族の財産」につき特別の承継帰属の態様が定められているわけである。
- (23) この規定は、相続人が要扶養状態にある一般尊属に対して事実上の扶養料の給付を1年間を超えて続けたのち、一方的にその給付を打ち切ったというような場合に、その一般尊属からの扶養債権の請求をなお可能にするためのものである（文献⑥ p.868）。
- (24) 本文で述べたフランス民法の婿・嫁と義父母との間の相互の扶養義務（民法第206条、207条）は、日本民法第877条2項による類似の扶養義務とは異なって、①法律上当然の義務ではあるけれども、②嫁・婿と義父母との本人間の関係での扶養義務に限定されている。
- (25) 簡単に言えば、旧制度下の生存配偶者の法定用益権は、被相続人の自由分のみを基礎財産（assiette）とし、それゆえ遺留分を害しては行使しえないものであったのである（文献④ p.354）。
- (26) 以下の説明は、さしあたり文献⑥ p.868による。より詳細な説明については、文献④および文献⑧を参照されたい。
- (27) 前出1）の末尾の（ハ）、および注（26）の文献参照。
- (28) 例えば、40～50歳の子のない夫婦の主たる財産がまさに持家＝主住宅のみであるというときに夫が死亡し、妻が夫の父母とともに相続するというようなケース（表1の（iii）または（iv））では、この規定は、生存配偶者たる妻に対して大きな利益を付与する意味をもちうるであろう。
- (29) 例えば、離婚の訴えの訴状の単なる送達だけで相手方配偶者に遺留分を失わせることができる一

方、有責配偶者に対する離婚判決を得た前配偶者が、婚姻から生じる、一方的配偶者の意思では撤回不可能な利益（ここでは遺留分）を喪失することをどう説明するのか、といった点である。

(30) 1995年の法案の特徴については、原田・前掲論文（注（2））227頁参照。そこに記しておいたように、1995年の法案でも、例えば、（イ）子や卑属がいる場合の配偶者の法定相続権は、遺産全体の用益権か、4分の1の所有権かの選択とする、しかし他方で、（ロ）その生存配偶者の権利を血族相続人の側から制約する手段（用益権の買戻権または終身定期金への転換請求権や、遺産相続をした生存配偶者に対する死亡配偶者の尊属からの扶養料請求権）を用意して、双方の利益の調節を図る道を開く、（ハ）生存配偶者の遺留分は認めないかわりに、相続から排除された生存配偶者には、相続財産の負担において最小限の生活を確保する権利を認める（相続財産の一部をなす居住用不動産への賃借権の強制設定と、生活保障のための定期金の請求権）、といった諸点が盛り込まれていた。

(31) 引用箇所は、原田・前掲論文227頁で1995年法案について与えた評仙の文章である。

(32) この点については、前出注（18）の座談会でも筆者が問題を提起し、若干の議論がなされている。前掲「座談会」97-98頁参照。

(33) なお、新法の一定の規定は、例外的にその公布の翌日＝2001年12月4日から施行されていた。本稿のテーマとの関係では、例えば、生存配偶者の住宅の一時的な無償の使用収益権がそうであるが、姦生子の差別の撤廃に関する規定もまた同様であった。

(34) 文献⑤ pp. 161 et. s. も、その可能性を示唆している。なお、「民事連帯規約＝PACS」の制度の概要とそれに関する筆者の理解については、さしあたり、原田純孝「フランスにおける『民事連帯協約＝PACS』制度の成立」国際長寿センター『少子化対策に関する国際比較研究』（2000年3月）159頁以下参照。

〔参考文献一覧〕

「生存配偶者および姦生子の権利にかかわり、かつ、相続法のさまざまな規定を近代化する2001年12月3日の法律第1135号」に直接に関係し、本稿執筆のために参照しえたもの。

- ① Gérardine GRILLON. Aperçu rapide : Réforme des droits successoraux du conjoint survivant et des enfants adultérins et de diverses dispositons de droit successoral. JCP G. act.. No 49 .5 déc.2001. pp.2233 et s.
- ② George PAYRARD. Conjoint survivant : une réforme successorale inutile. LE DALLOZ. 2001.no 44, pp.3539 et s.
- ③ Réforme du droit des successions, Dictionnaire Permanent Entreprise Agricole, Bulletin 332 , 31 déc.2001. pp.1589 et s.
- ④ Nathalie LEVILLAIN. Les nouveaux droits ab intestat du conjoint survivant, JCP N, No 8-9. 22 fév.2002. 1163. pp.353 et s.
- ⑤ Florence BELLIVIER et Judith ROCHFELD. Chroniques de Législation française: Droit successoral- Conjoint survivant - Enfant adultérin, Revue trin. de droit civil, no 1, janv./mars. 2002, pp.156 et s.
- ⑥ Gérardine GRILLON. Les nouveaux droits successoraux du conjoint survivant, JCP G, No 19-20.8 mai 2002. 1.133. pp.865 et s.
- ⑦ Michel GRIMALDI et Philippe DELMAS-SAINT-HILAIRE, Droit patrimonial de la famille en France : A propos des droits de conjoint survivant, du concubin survivant et de l'entreprise familiale. Rapport présenté aux 6 ème Journées juridiques franco-japonaises, tenues à Tokyo, 25-27 sept.2001, et reproduit dans La famille au Japon et en France, par A. BENABENT et als. Société de Législation comparée, sept. 2002, pp.103-129. なお、この論文については、筆者の手になるその全訳（ミシェル・グリマルディ/フィリップ・デルマス＝サンティレール/原田純孝訳「フランスにおける家族の財産法——生存配偶者、同棲配偶者および家族企業をめぐって」）が『家族の観念と法制度——フランスと日本』（仮題、有斐閣、2003年春に刊行予定）中に掲載される予定である。
- ⑧ Marie-Cécile FORGEARD. Richard CRONE et Bertrand CELOT. La réforme des successions [Loi du 3 décembre 2001] : commentaire & formules, Defrenois, juin 2002.

(禁無断転載)

[非売品]

平成15年3月31日印刷

平成15年3月31日発行

相続法上の諸問題

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都中央区八重洲2-3-1

Tel. 03-3286-8480 (代表)

<http://www.trust60.or.jp/>

印刷：(株) デイグ