

# 中国相続法の現代的課題(3・完)

朱 曄

- 一 はじめに
- 二 中国相続法の原理と問題点
- 三 中国相続法に関連する最新の動向
- 四 債務の承継をめぐる事例の検討
- 五 遺言相続に関わる事例 (以上283号)
- 六 中国民法典相続編建議稿の検討 (以上285号)
- 七 日本相続法との比較法的検討
  - 1 検討する課題および視点の整理
  - 2 共同相続人間の平等
    - 1) 建議稿が残した課題の整理
    - 2) 遺言相続(法定相続人への遺贈)の特別受益性
    - 3) 相続人の財産的貢献の評価 寄与分の制度の検討
    - 4) 具体的相続分の算定
    - 5) 共同相続人の利益を害する遺言の防止
  - 3 相続債権者の保護 遺言執行および遺産管理の制度的保障
    - 1) 建議稿が残した課題の整理
    - 2) 日本法の実情
    - 3) 中国法の検討
    - 4) 公示制度
  - 4 相続人の債権者との調整
    - 1) 建議稿が残した課題の整理
    - 2) 日本法の現状
    - 3) 中国法への応用可能性
- 八 今後の課題 解釈論と立法論 (以上本号)

## 七 日本相続法との比較法的検討

### 1 検討する課題および視点の整理

現行相続法は当然限定相続の原則を採用したが、相応する補完的な規定が欠如しているため、相続債権者の利益は、相続人の利益と比べれば犠牲にされやすい。こうした傾向を払拭するため、建議稿は遺産処分前の管理制度および債務弁済の具体的な順序など保護策の導入を試みた。はたしてこのような建議稿の規定を用いて、第4章の具体例を通じて提起した相続債権者の利益確保に関わる問題は、解決されるだろうか。

事例1と4<sup>1)</sup>はともに遺言が存在するものだが、現行相続法では遺言執行者の確定およびその責任を明確にする規定が存在しないため、遺産の処理は相続人の処分に委ねられていた。ところが、建議稿は「遺言の執行」を設けており、執行者の権利・義務および責任を明らかにした。これらの新しい内容に照らせば、仮に事例1と4の遺産を処分した相続人が遺言執行者となった場合でも、執行者の責任が明示されているため、相続人はこれを恐れて、弁済の順序を無視した弁済を控えると思われる。また、事例2と3の場合は遺言のない法定相続であり、適切な遺産管理制度が存在しないため、相続人による債務弁済の順序を無視した、あるいは一部の債務を弁済しなかったという事態が生じた。建議稿のもとでは遺産管理人を選任することが義務づけられており、遺産管理人による財産目録の作成、遺産の管理および債務弁済の方法を定めているため、事例で発生したようなことを防止できるのではないかと考えられる。すなわち、建議稿の規定を用いて、遺言処分においては、遺言執行者による公正な執行に基づき、法定相続では遺産管理人の適切な管理および弁済により、いままで重要視されていなかった相続債権者の保護は、法規定の上では一応の解決を得られると見られる。しかし、前章で述べたように、ある程度専門的知識や能力のある遺言執行者や、遺産管理人の確保、広く利用しやすい公示方法など

具体的な制度保障の課題が残されている。

これにたいして、建議稿で提唱された法規定を具体的に施行するとき、その他の法制または実務との不整合により、問題が生じうると考えられるものがある。また、建議稿の条文には、解釈的な議論が欠かせないものもあるように思われる。そこで、建議稿が参照している日本法を中心に、制度の運用の現状から生まれた問題を分析し、日本の論者が提唱した解決策が、相続制度の内容に類似性のある中国法に解答の糸口を与えることができるか否かを考察してみたい。

前述のように、建議稿は現行制度を大幅に見直し、比較法的にみれば円熟した考えを積極的に取り入れようとした。制定者は、大きく分けると、遺産の増加とともに現れた共同相続人間の平等をいかにはかるかという課題と、個人レベルの取引の頻繁化により顕著化した相続における相続債権者の保護をいかにはかるかという課題を主眼にしているように思われる。ところで、日本の実務を見ると、これらの問題を解決する際、さまざまな側面からこれまでの通説・実務を疑問視する見解が登場しているようである。以上の2つの課題を軸に、各様相から建議稿の諸規定の問題点を検討したい。

## 2 共同相続人間の平等

### 1) 建議稿が残した課題の整理

近時、中国の経済状況の変遷とともに、いままで生活資料が中心となっていた国民の相続財産の意義が変化しつつある。とりわけ、中国の沿海部または都会部に住む人々は、住居や有価証券などの高額商品を購入することにより、その所有する資産が急激に増加している。こうした新たに生じた問題は、生活に必要なものを超えた財産が急速に増加することを想定していなかった現行の相続法では対応できないと考えられる。たとえば、現制度が相続人間の実質の公平に配慮していないのは、その典型例であろう。前述のように建議稿は、この点を問題視して処理方法を試みた。その代表

的な現れは、贈与の持戻し制度(建議稿第10条)の新設および現行の必留分制度の改正(建議稿第29条)である。もとより、2つの制度は互いに絡み合っている部分があるため、具体的な相続分の計算方式を考える場合には、制度を構造的に分析し、クロスした部分を検討する必要がある。しかし、この問題を考える前提として、究明しなければならないことがある。

まず、建議稿第10条は、生前贈与を戻しの対象にしたにもかかわらず、比較法上、贈与と同様に控除(あるいは充当)の対象とされている相続人にたいする遺贈(中国法では遺言相続)に言及していない。そして性質上遺贈と相似する死因贈与をいかに理解するかも焦点の一つとなりうる。また、同条1項但書は、日本法でいう「持戻し免除」と見られる規定を設けているが、これはいかなる意味を有し、特留分とどんな関連性を持つかについては、検討する余地が残されている。さらに、建議稿は、中国の現状からして、従来の権利・義務一致原則および生活保障原理を踏襲したうえで、被相続人を扶養・看護した者または被相続人に依存していた生活の基盤を持たない者に配慮を見せている(建議稿第24、25条)。しかし、中国においても家族経営の事業体が漸増しているため、特定の相続人が被相続人の財産の形成に特別な貢献をした場合の配慮を考える必要がある。はたして建議稿の規定によって、この問題を克服できるだろうか。

こうした問題について、日本法の学説や考えを援用しつつ、共同相続人間の平等を保障する可能性を追求してみたい。

## 2) 遺言相続(法定相続人への遺贈)の特別受益性

### (1) 問題点

相続人間の均衡を図るため、建議稿は総則の部分において相続人が被相続人から受け取った贈与を戻しの対象とすること規定している(第10条)。具体的に見ると、その贈与の目的として結婚、別居、営業などの事由が取りあげられている。この点を勘案すると日本法における特別受益の概念と極めて相似しているように考えられる<sup>2)</sup>。一方、日本民法第903条1項が規定しているように、相続人への特別受益は、相続人への生前贈与

のみならず、相続人への遺贈も中に組み入れられている。前述のように、中国法は遺贈を第三者への遺言による贈与と限定し、相続人にたいするそれは遺言相続と構成している。しかし、遺言者が法定相続人に遺言で定めた財産処分を、生前贈与と同じく特別受益として相続分額算定のときに控除の対象としなければ、相続人間の公平を失し、制度上の規定内容のバランス関係をも害する恐れが十分あるように思われる。そのため、制度の整合性を保つような補完的な解釈が必要であろう。

また、遺言者の自由意思に密接に関わる死因贈与は、中国法において、遺贈との関係を含めて、いかに理解されているか、あるいは解されるべきかを明確にする必要もあろう。なぜなら、死因贈与により特定の財産を特定の相続人に帰属させた場合、具体的相続分の算定をする際、これを考慮しなければ、生前贈与および遺贈と同じように相続人間の平等を害する恐れが発生するからである。一般には、死因贈与が負担付きのものと、財産のみ取得させるものとを大別することが考えられる。前者の場合に関しては、中国法において、遺贈扶養協議に関わる規定がすでに存在し、また、建議稿においても、第61条によってこれの法的性格、すなわち、特殊な契約と見なされている点をより明確にしている。たとえ、遺贈扶養協議を締結する当事者が第三者ではなく、法定相続人である場合、あるいは、協議の内容が第61条が定めた内容を越えた場合でも、かかる規定を拡大解釈し、契約法の規定に従い、債権として認定する余地が十分あるように思われる。これにたいし、後者の場合は、被相続人により、特定の者に特別受益を与えようとする意思が明確である以上、遺贈と同様に考える可能性があろう。もっとも私見では、後述のように相続人にたいする特定財産の遺言処分を遺贈と捉えているため、このような処分は、相続人間の公平を図ろうとする見地から、むしろ遺贈と同視すべきではないかと思われる。

他方、現在、中国では被相続人は自己の死後の財産を配分する意欲がまだまだ弱く、遺言を作成することは一般的なものとなっていない。しかし、被相続人が支配できる財産が増加するとともに、市民間に遺言に関する意

識が徐々に定着していきだろうと予測することができる。建議稿第41条によれば、遺言者は遺言により遺産分配の順序、方法、または割合と額、およびその他の事項を定めることができる。遺言者が自己の権利を行使する意向が確固となるにつれ、多岐にわたる解釈を生み出す遺言も漸増するだろう。

そのため、いかなる遺言者の意思表示が特別受益、すなわち日本法でいう相続人への遺贈と解され、相続分額算定の際の控除の対象に該当すべきかは、解決しなければならない第一の難問である。そのほかに、はたして中国の学者が考えるような第三者への遺贈と遺言相続とを区別したことに、どんな意味があるのか、または実務においてその実益を反映しているか否かを明らかにしなければならない。

さらに、日本法では、相続人への遺贈も相続分額算定のときに控除の対象とされている。しかし、遺言において遺言者のどのような意思表示が遺贈に当たるかが、日本の独自の状況の下で1つの大きな争点として議論されている。つまり、日本法の条文からして、相続人に特定の財産を与える遺言者の意思は、特定の人に特定の遺産を帰属させるのだから、遺贈ともいえるし、遺産の分割方法を指定しているので第908条でいう遺産分割の方法の指定ともいえる。また特定の遺産が特定の相続人の法定相続分を超過していれば、第902条でいう相続分の指定ともいえる。古くから、同じ遺言の文言を解釈する場合、特に第902条でいう相続分の指定の様態を含めて理解するとき、重要視する側面が異なると、遺言者の意思への相違する理解を生み出しうると言われている<sup>3)</sup>。また、遺言者により特定の財産を特定の相続人に相続させるようなケース、いわゆる「相続させる」旨の遺言は、相続分の指定か、遺贈か、あるいは遺産分割方法の指定のいずれと解すべきかは、被相続人の意思を尊重するか、それとも、共同相続人間の実質的平等を重視するかにより決着すると示唆する立場が存在する<sup>4)</sup>。さらに、日本法の実務は、「相続させる」旨の遺言は、相続人への遺贈ではなく、遺言による遺産分割方法の指定や遺産分割の効果などの遺言相続

の一環であることを示している。こうした立場に立つと、「相続させる」旨の遺言は中国法でいう遺言相続に極めて近いと考えられる。このような処理法の是非をめぐる論争は、中国法における遺言の解釈方法に示唆を与えるだろう。まず、この問題を取り上げてみたい。

(2) 日本法における「相続させる」旨の遺言

a 学説の整理

このような「相続させる」旨の遺言の解釈をめぐり、日本法における学説の現状を整理してみたい。

イ．遺産分割方法の指定説<sup>5)</sup>によれば、遺言者が遺言を通じて特定の相続人に遺産を帰属させる以上、その意思表示は原則として遺産分割方法の指定と見るべきであり、遺産の対象となった特定の財産の価額が受益相続人の法定相続分を超過した場合は、相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定と理解すべきである。

ロ．被相続人のこうした処分は、原則として遺贈と理解する有力説<sup>6)</sup>もある。本説によれば、イと解釈すると、原則として、「相続させる」旨の遺言が定めた相続人が特定の遺産を取得するためには、さらに遺産分割手続きを行うことが必要となるので、遺産分割手続きを経ることなく遺言の効力発生と同時に、当該相続遺産を取得させたいという遺言者の意思に反してしまう。したがって、当該遺言を遺贈と同視すべきである。また、原則として、当該遺言を遺贈とみる立場は、相続分の指定は純粹に割合の指定の場合に限定し、一定の遺産を指定した場合は、遺産分割方法の指定なのか、それとも遺贈なのかを判断している<sup>7)</sup>。さらに、「相続させる旨」の文言は、法律が認める遺言事項ではないので、その効力がなく、遺言による財産処分の意思表示と解すべきため、遺贈としかみることができないが、こうした権利の行使に関し、「処分の目的物の権利は即時に受益者に帰属するけれども、受益者が目的物上に権利を行使できるようになるためには、遺贈義務者の同意、すなわち共同相続人全員ないし遺言執行者の同意が必要である」と示唆する学説もある<sup>8)</sup>。他方、最近の相続過程におけ

る遺言者の意思が変化している点を注目し、従来の考えを改め、遺贈説を支持する立場も現れている<sup>9)</sup>。なお、学説が変更された理由として、相続財産を特定の相続人に取得させる意思を重視すべき点以外に、遺産分割方法の指定の立法趣旨に忠実に従うべき点、すなわち、立法者が法典調査において、遺産分割方法の指定をめぐる、「例へば長子ハ農業ヲ致シテ居ルカラ不動産ヲ有スル方ガ宜イ、次男ハ不動産ト言フモノヨリハ寧ロ金ヲ取ツタ方ガ商業ヲスルニ都合ガ宜イト言フ様ナ色々ナ斟酌ガ有リ得ル、ソレ等ノ受ケル者ノ便利ヲ謀ツテ被相続人ガ之ヲ許スト言フモノガ最モ必要デアラウ」<sup>10)</sup>と述べているところをみると、立法者は、遺産分割方法の指定を遺産分割をする際の原則とし、指定に則して法定相続分を変更しないで、合理的に分割をするために、遺産を振り当てようとする点、および、相続分の指定は比較法的にも特異なものであるため、被相続人は財産全体にたいする割合指定をした場合、あるいは、一部指定のときでも、それだけに限定するという被相続人の意思が明確である場合に限定して相続分の指定と解釈すべき点が取り上げられている。

しかし、イ、口説は、後述のように実務家を満足させることができない欠点を持つ、すなわち、イ、口では、受益相続人による単独登記ができない点と、口では、さらに税率が不利になる点が存在している。そこで、次のような解決法が提唱されるようになった。

八。「相続させる」旨の遺言は遺産分割の方法、または遺贈のいずれにも属さないと考える遺産分割処分説<sup>11)</sup>がある。特定の相続人への特定の財産の帰属は、民法第964条がいう「遺産の全部または一部を処分」の一類型にすぎず、文言の解釈により、必ずしもそれに限定するとは限らないことを根拠とする。この立場によれば、遺言の効力が生じるとともに、遺言で定めた財産の権利移転効が発生する。この説に基づけば、当該相続人は、遺産分割を経る必要なく、遺言の効力が生じたと同時に権利を取得することができるだけでなく、権利移転の際の登記手続上の利益をも享受できる。

二．遺産分割方法指定説の延長ともいえる遺産分割効果説<sup>12)</sup>が存在する。



当該説は、フランス法の尊属分配を理論的根拠とし<sup>13)</sup>、次のように理解している。「相続させる」旨の遺言は、遺産分割方法の指定に属し、その指定により遺産分割の効果が生じるため、相続開始と同時に対象財産が受益相続人の単独所有となり、すなわち、民法第908条により、遺産分割を経ずにその効果が発生する。

八、二説が唱える「相続させる」旨の遺言の解釈論が創出された根拠に、日本の独自の事情が存在している。まず、遺贈の場合は不動産登録免許税率が1000分の25となるのにたいし、相続とすればその税率が1000分の6となるため、両者の間にはほぼ4倍の差が生じる。また、不動産の所有権を移転登記する際に、遺贈なら相続人全員または遺言執行者と受遺者との共同申請が必要であるのにたいし、相続とすれば受益相続人の単独申請で足りる。すなわち、昭和47年4月17日法務省民事局長通達（民事月報27巻5号165頁）は、「長男甲に遺言者所有のA不動産を『相続させる』という遺言があった場合に、相続を登記原因とする所有権移転登記に応じて差し支えない」とした。さらに、農地を承継する場合、相続なら、登記する際知事の許可なしに行うことができるが、遺贈とすれば、必要となる。なお、遺産が借地権、借家権の場合、その権利移転につき相続の場合は賃貸人の承諾が不要であるが、遺贈の場合は必要である。

上述のような実務上、実際上の利点の存在こそが、通説・判例に特定の財産を特定の相続人に取得させる遺言を相続とみることに拍車をかけている。公証人や弁護士などの実務家は、「相続させる」とか「遺産分割方法として与える」という文言を積極的に遺言に導入することを、遺言者に推薦する傾向が見られる。それだけでなく、「相続させる」旨の遺言に関する実務は公正証書遺言のみならず、自筆証書遺言にも影響を及ぼしており、もはや遺言作成の慣行となっている。

#### b 判例の整理

判例実務を見ると、イ説を根拠に、「相続させる」旨の遺言の解釈に関わる最初期の重要判決である東京高昭和45年3月30日判決（高民集23巻2

号135頁)は、「被相続人が自己の所有するに属する特定の財産を特定の共同相続人に取得させる旨の指示を遺言でした場合に、これを相続分の指定、遺産分割方法の指定もしくは遺贈のいずれと見るべきかは、被相続人の意思の解釈の問題にほかならないが、被相続人において右の財産を相続財産の範囲から除外し、右特定の相続人が相続を承認すると否とにかかわらず、その相続人に取得させようとするなど特別な事情がある場合は格別、一般には遺産分割に際し特定の相続人に特定の財産を取得させるべきことを指示する遺産分割方法の指定であり、もしその特定の財産が特定の相続人の法定相続分の割合を超える場合には相続分の指定を伴う遺産分割方法を定めたものである」と判示し、遺言による特定財産の処分は、原則として民法第908条にいう「分割の方法」の指定と解釈すべきであり、遺言処分の目的たる財産の価額が受遺者の相続分を超過する場合には「分割の指定」と同時に相続分の指定(第902条)の意思も表示されているとする見地を示した。その後、他の一部の判決においても、同様な考えを見せている<sup>14)</sup>。

しかし、これにたいし、公証人を中心とする実務家たちは、その不徹底さを批判した。すなわち、判決でいう第908条に従えば、共同相続人たちはなお第907条を用いて、分割を改めることができるため、遺言処分がありながら遺産分割によらなければ効力を確定しないと指摘し、遺贈を規定する第964条の拡大解釈により、「相続させる」のような処分に遺贈と異なる性質を与えるべきと主張した。こうした背景のもとで、公証人や弁護士などの実務家たちの擁護を受け、最高裁判決は、特定の相続人に特定の不動産を相続させる旨の遺言がある場合には、遺産分割の協議・審判に服させる必要はなく、被相続人の死亡によって財産が受益相続人に確定的に移転すると判示した(最判平3・4・19民集45巻4号477頁)。

いわゆる香川判決の事実の概要は、以下のものである。

被相続人Aが遺産中のある不動産を二女夫婦 $X_1$ 、 $X_2$ (A夫婦と縁組)と三女 $X_3$ に「相続させる」旨の遺言により取得させた。被相続

人の夫Y<sub>1</sub>と長女Y<sub>2</sub>は、遺言から除外されていた。そこで、Y<sub>1</sub>およびY<sub>2</sub>が当該不動産につきXらの遺産の承継を争った。XらはYらにたいし、遺言により遺産を取得したと主張して所有権確認を求め、提訴した。一審は、当該遺言があったとしても、遺産分割を経なければ、Xらの請求は、法定相続分の限度でしか是認されないとした。Xら、Yらが控訴し、二審は、当該遺言が原則として分割方法の指定であり、しかも特定の相続人に特定の遺産を取得させる意思が明確な場合、遅くともXらが当該遺産につき提訴したとき、協議が成立し、かつXらに所有権が移転したとし、Xらを勝訴させた。Yらが上告した。

上告棄却。最高裁は、「被相続人の遺産の承継関係に関する遺言については、遺言書において表明されている遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきものであるところ、……その者と各被相続人との身分関係及び生活関係、各相続人の将来及び将来の生活状況及び資力その他の経済関係、特定の不動産その他の遺産についての特定の相続人のかかわりあいとの関係等各般の事情を配慮して遺言をするのであるから、遺言書において特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』趣旨の遺言者の意思が表明されている場合、当該相続人も当該財産を他の共同相続人と共にではあるが当然相続する地位にあることにかんがみれば、遺言者の意思は、右の各般の事情を配慮して、当該遺産を当該相続人をして、他の共同相続人と共にではなくして、単独で相続させようとする趣旨のものとするのが当然の合理的ないし解釈というべきであり、遺言書の記載から、その趣旨が遺贈であることが明らかであるか又は遺贈と解すべき特段の事情がない限り、遺贈と解すべきではない。そして……民法908条において被相続人が遺言で遺産の分割方法を定めることができるとしているのも、遺産の分割の方法として、このような特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させることをも遺言で定めることを可能にするために外ならない。したがって、右の『相続させる』趣旨の遺言は、正に同条にいう遺産の分割の方法を定めた遺言であり、他の共同相続人も右の遺言に拘束され、これ

と異なる遺産分割の協議、さらには審判もなし得ないのであるから、このような遺言にあっては、遺言者の意思に合致するものとして、遺産の一部である当該遺産を当該相続人に帰属させる遺産の一部の分割がなされたのと同様の遺産の承継関係を生ぜしめるものであり、当該遺言において相続による承継を当該相続人の承諾の意思表示にかからせたなどの特段の事情のない限り、何らの行為を要せずして、被相続人の死亡の時（遺言の効力の生じるとき）に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継されるものと解すべきである。そしてその場合、遺産分割の協議又は審判においては、……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ものというべきである」と判示し、遺産分割効果説を肯定したうえで、「相続させる」旨の遺言による処分は相続の性質を持つものであると判断した。

香川判決を評価する立場も少なからず存在し<sup>15)</sup>、その後の判決の動向をみると、遺産分割効果説によるものが増えつつある<sup>16)</sup>。なお、「相続させる」遺言が遺贈であるか否かを判断する基準として、香川判決以降の実務は、遺言書に「遺贈」という文言が明示される場合<sup>17)</sup>を除き、遺産相続とみる傾向にある<sup>18)</sup>。すなわち、香川判決がひいたルールに即して、実務は、遺贈と解する特段の事情が認められない限り、積極的に当該遺言を遺言相続と解釈する努力をしていると伺える。

一方、本判決にたいし痛烈な批判が存在する<sup>19)</sup>。そのもっとも重要な指摘は次の点にあると思われる。すなわち、イ．民法の制定者は相続人を受益者とする遺言処分には第908条のみ用意し、その他の例外的な遺言処分のために遺贈の規定を設けたとするならば、民法の規定では相続人にたいする遺贈を一般的に考えているため、立法者の意思を踏みにじるようなことになる。ロ．遺贈と解すれば、受益相続人は遺贈または相続のいずれを選択し、承認することができるのにたいし、分割方法の指定と解する通説の考えによると、遺贈と解し得る特段の事情のない限り、相続を放棄する相続人は遺言処分の受益権を失い、受益相続人が遺言処分の利益を放棄したときは、相続放棄しか方法がないので、すべての権利を放棄すること

になる。とりわけ、相続の承認・放棄の期間を過ぎた後に、相続人が遺言の指定により受益者となった場合は、この矛盾から生じた問題がさらに深刻化する恐れがある。八．「相続させる」旨の処分が、通説・判例がいうような「相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定」と解されれば、受益者の「相続分」が自動的に拡大される事態となるため、第903条が規定する遺贈の控除は無効化してしまう。二．遺留分減殺の際、減殺の順序を定めるのは第1033条であり、本条は贈与と遺贈の減殺の順にしか触れていない。ところが、通説・判例は上のような処分を遺産分割方法の指定と理解したうえ、処分財産の価額が遺留分を侵害した場合、減殺の対象としている。このようにすれば、そもそも明瞭ではない減殺の順序を一層不明確にする危険が生まれる。

#### c 香川判決の問題点

本判決については、たとえば、相続分の指定との関係、特別受益との関係、第三者への対抗力や遺留分減殺の順位などの問題も多く残されている<sup>20)</sup>。相続人間の公平及び民法相続法の体系の視点から、香川判決およびこれ以降の学説の動向を整理してみることにしたい。

第一に、特別受益との関係において、「相続させる」旨の遺言は、民法第903条でいう特別受益と同一視すべきかどうか。「相続させる」旨の遺言により、特定の相続人に特定の遺産を帰属させることは、実質上優先的に当該相続人に遺産を取得させていることから、これを遺贈に準じるべきとする肯定説が大半を占めている<sup>21)</sup>。これにたいし、「相続させる」遺言が定めた受益は、すでに受益相続人が相続によって承継しており、したがって、当該遺産は分割対象財産から流出しており、残余財産について分割するにあたって、具体的相続分の算定に拘束される必要がないとする否定説も存在する<sup>22)</sup>。しかし、具体的相続分を算定するにあたって、すでに処分された生前贈与でさえ、基礎財産に持ち戻されるのだから、「相続させる」旨の遺言による処分は、すでに処理済みとみなされるという理由だけで、基礎財産の対象にしないことは、整合性を欠くように思われる。

第二に、寄与分との関係において、とりわけ、寄与者と受益相続人とが別人である場合、第904条の2の2項により寄与分を認定する場合に、「相続させる」旨の遺言が寄与分の上限に影響するか否かも問題となる。「相続させる」遺言による特定財産の処分が遺産分割方法の指定であるため、これが相続の承継関係にある点を注目し、寄与分については、相続開始時の財産から当該対象財産を控除しないで計算すべきとする立場が見られる<sup>23)</sup>。一方、当該遺言による遺産処分は先取的な性格を持つ以上、寄与分算定に際して、遺贈と同様にみるべきであり、寄与分はこれに制限されるべきとする説が多数である<sup>24)</sup>。しかし、当該遺言が遺贈を同じように扱っていると、遺言者の恣意的処分によって、寄与者の貢献が考慮されない結果が生じるだろう。

第三に、遺留分減殺請求における減殺請求の順序について、民法第1033条ないし第1035条が「相続させる」旨の遺言を明言していないため、それをいかに位置づけるかが問題となる。減殺請求の順序が明らかでないが、民法は被相続人が新たに行った行為から減殺し、受益者への影響を最小限にとどめようとする趣旨から、当該処分を遺贈と同順位にすべきとする説が有力である<sup>25)</sup>。これにたいし、被相続人の法意識から、「相続させる」旨の遺言がなされた場合は第三者への遺贈と異なり、当該「相続させる旨」の遺言を優先的に実現させるために、最後に減殺すべきとする考えも存在する<sup>26)</sup>。

第四に、対抗力の問題である。被相続人は妻に全財産を「相続させる」旨の遺言を作成していたが、法定相続人である長男の債権者は、本人に代位し、不動産につき共同相続した旨の登記を経由した上で、その持分にたいする仮差押さえ及び強制競売をしようとした事件で、最高裁(最判平成14・6・10判タ1102号158頁)は、「特定の遺産を特定の相続人に『相続させる』旨の遺言は、特段の事情のない限り、何らの行為を要せずに、被相続人の死亡の時に直ちに当該遺産が当該相続人に相続により承継される。このように、『相続させる』趣旨の遺言による権利移転は、法定相続人分

又は指定相続分の相続の場合と本質において異なることはない。そして、法定相続分又は指定相続分の相続による不動産の権利の取得については、登記なくしてその権利を第三者に対抗することができる」と判示した。

香川判決が現れた以降、「相続させる」趣旨の遺言により、特定の不動産を取得した相続人が登記なくして第三者に対抗できるか否かという論点をめぐり、対抗要件必要説<sup>27)</sup>と対抗要件不要説<sup>28)</sup>が対立していた。前説によれば、当該遺言による権利変動は遺言相続に即した遺言者の処分から生じたものであり、遺贈の場合と同様に物権変動の対抗要件に拘束されるべきであるとする。後者の場合では、当該遺言による不動産の権利は、遺言の効力が発生すると同時に、遺産共有の状態を経ずに直接に特定の相続人が取得できるため、登記なくして、他の相続人から権利譲渡を受けた第三者に対抗できるとされている。平成14年判決は対抗要件不要説の立場に立って、「相続させる」趣旨の遺言により権利を取得した相続人は対抗要件を具備しなくても第三者に対抗できるとして、今後の実務に大きな影響を及ぼすと考えられる。

そもそも、本事例の背景には、法定相続人の債権者が、迅速な不動産登記を経て、本人の持分にたいする仮差押さえ及び強制競売をしてしまうならば、受益相続人が事実上債権の弁済を迫られるという事情がある。最判平成13・11・22（民集55・6・1033）も同じ問題背景がある。そのため、こうした特殊な事情から、今後「相続させる」趣旨の遺言は、ますます遺贈ではなく、遺産分割効果説のような解釈が活用されると予想できよう。しかし、遺贈、遺産分割の場合との整合性が保たれるか疑問である。

以上で分析するように、「相続させる」旨の遺言は、判決において遺産分割方法の指定と定義付けられたものの、その特殊な性格から、必ずしも本来の意味での遺産分割方法の指定とはいえないだろう。むしろ、多数説・有力説が示唆するように、多くの点において、当該遺言が遺贈と同一視されている。また、近い将来不動産登録免許税が一律に1000分の2にされる予定というところを勘案すると、権利移転登記の差異を除き、実質上

「相続させる」旨の遺言は、遺贈に類似してくるだろう。しかし、対抗要件などを考えると、解釈により遺贈以上のメリットを持つ特殊な遺言処分、すなわち遺言相続に近いものになりつつあるように思われる。

d 香川判決への批判

実務家の要請を満足させた香川判決を疑問視する見解も少なからず存在している。

第一に、伊藤教授は、bで整理した批判のほかに、香川判決が採用した遺産分割効果説の比較法上の根拠とされているフランス法の尊属分割制度にたいし、関連する規定の制定された背景から、その理論的不当性を指摘している<sup>29)</sup>。視角が若干異なるが、同じく比較法的な見地から、遺産分割を不要とする遺産分割効果説は尊属分割理論を導入するに際し、「尊属分割における均分相続保障という、母法の制度の本質的な部分を無視した」ことを危惧する立場も存在する<sup>30)</sup>。

第二に、遺言作成および執行に関する制度の現状から、遺言者の死後に何通もの遺言書が残されて互いに矛盾し合う場合が少なからず生じるため、利害関係人が香川判例を根拠にし単独で迅速に移転登記を済ませたときは、効力の認められない遺言によって、相続人の真正な権利が侵害されかねないという遺言につきものの危険が増加し、その不合理性が大きいといわれている<sup>31)</sup>。

また、遺産分割効果説のもとで、権利移転の効果が遺言の効力発生と同時に生じることへの批判も強い。例えば、表見相続人と取引した善意の第三者を救済する法理が完備化されていない日本では、共同相続人が遺言の無効を主張した場合、所有権の取得が遺産分割協議によるものなのか、「相続させる」旨の遺言によるものなのかが、第三者が知る余地もないため、「相続させる」旨の遺言から生じる相続財産の取引の不安定さが増幅する可能性がある<sup>32)</sup>。「相続させる」旨の遺言による遺産の定めは、受益相続人の法定相続分を超過し、あるいは遺留分を侵害する場合、紛争を連鎖させる恐れが生じるため、当該遺言がある場合でも、



遺産分割協議が欠かせないと示唆する立場がある<sup>33)</sup>。少なくとも遺産分割協議を経るべきだとする考えも現れている<sup>34)</sup>。

私見として、通説・判例のような手法は、現在日本の不動産登録免許税制度の下では、相続人に一定の実益を与えている面は否めない。しかし、不動産登録免許税が1000分の2に統一されてしまうと、税金上のメリットがなくなる。むしろ、特定の遺産を特定の相続人に「相続させる」、「譲渡する」、「取得させる」または「与える」ような遺言をすべて遺産分割方法の指定とし、当該遺言の効力が発生すると同時に、当該遺言が定めた受益の権利が特定の相続人に移転するとすれば、そして単独で登記ができるとすれば、他の共同相続人が当該処分不満を感じる場合、逆に遺産争いの発端を創出してしまふ恐れが十分あるだろう。もっとも、日本でも、被相続人の本意からして、遺贈は第三者への遺産処分であるのにたいし、相続人への「遺贈」は遺贈ではないとする見解がある<sup>35)</sup>。そうだとすれば、「相続させる」旨の遺言を遺産分割方法の指定とみるならば、なおのこと、遺産分割に際して、事後紛争の防止の趣旨から、遺産分割協議を経なければならぬように思われる。

### （3）中国法における遺贈と遺言相続の区別の必要性

中国法の現状では、遺贈と遺言相続が明確に分けられている。すなわち、遺贈の主体は相続人以外の者であるのにたいし、遺言相続の主体は法定相続人と限定している。こうした措置をとった理由として、被相続人が遺産を処理する際、相続人と第三者とを区分して意識しているかどうかは必ずしも明らかではない。日本の学説が、あえて「相続人への遺贈」ということにたいする違和感を強調しているところを鑑みれば、現在の中国のような分け方は、潜在的に被相続人の心理的ギャップを緩和する効果を奏しているといっても差し支えない。しかし、名称の付け方はもとより、制度自体が積極的な働きを果たしていなければ机上の空論に帰してしまうだろう。その役割を吟味する際、関連性のある規定から逸脱して、独立したものとして考察すべきではないように思われる。

遺贈の特典として、受遺者の債務の負担をめぐって、遺言者が遺言により、特定の財産を相続人以外の第三者に与える場合、受遺者が取得するのは、積極的財産にとどまり、相続債務などの消極的財産が遺贈の客体から排除されていると示唆する立場が存在している<sup>36)</sup>。この考えにたいし、遺贈と遺言相続は、主体が相違するが、権利・義務の承継により区別された観念ではなく、受遺者は積極的財産も消極的財産も同時に負担する必要があるとする立場もある<sup>37)</sup>。しかし、日本の通説<sup>38)</sup>と異なり、中国の相続制度は、遺産について段階的な処理方法を採用している。すなわち、遺産分割が行われる前に相続債務が完全に弁済されなければならないため、両説の違いは顕著に現れないだろう。

しかし、現行法規において、相続債務などの消極的な財産が完済されなかった場合には、受遺者が遺言相続人とともに債務を弁済しなければならない点(意見62条)を注目すると、積極的財産のみ受遺者が承継すると主張する論者の真意は、遺言の文言により相続債務などの消極的財産を受遺者に取得させないことにあると思われる。換言すれば、受遺者は消極的財産を弁済する義務はあるが、遺言により不利益を受けることはないと理解することができる。ところが、遺産が不正に分割された場合には、受遺者および遺言相続人は同次元で債務を負担するため、実質的に受遺者が遺言相続人より優遇されているわけではない。また、特定の財産を特定の相続人に与えるような遺言処分形態については、ほとんど議論されておらず、一般的に遺言相続の一環と認識されているようである。現行相続法の第5条が規定する「遺言がある場合には、遺言相続または遺贈により処理する」の点を勘案すると、遺贈と遺言相続とは、同一レベルで考えられ、受遺者の利益が優先されていない。さらに、建議稿第77条は、「遺産の実際額が遺言で列挙した額に不足するときは、遺言相続と遺贈の各取得すべき額の割合に応じて控除しなければならない」と規定しており、建議稿の制定者も遺贈に特別な保護を与えていない。

以上のようなことから、遺贈と遺言相続、すなわち、特定の法定相続人

に特定の財産を取得させることは、名称が異なるにもかかわらず、実際上多くの面において同様に処理されているといえる。したがって、両者を同次元で考えるべきではなからうか。第三者であろうと、法定相続人であろうと、同じ特定の者に特定の財産を与える点を重視すれば、中国法のような遺贈をめぐる觀念の主体的区別は、それほどメリットがないと思われる。むしろ、日本法のように、特定の者に特定の財産を与える場合を一律に遺贈と称した方が明快であろう。もっとも、日本でいう「相続させる」旨の遺言が遺産分割の方法の指定と解釈された場合でも、すでに検証したように、当該受益は実質上ほぼ遺贈と同様な効果を持ち、具体的相続分の算定、寄与分の上限の計算および遺留分の減殺順位において、遺贈と同一視されている。なお、日本法と異なり、中国において現段階では税金上のメリットが現れておらず<sup>39)</sup>、相続による不動産所有権の具体的移転登記制度も地域によって異なっているようである<sup>40)</sup>。したがって、特定の財産を特定の者に帰属させるような場合、日本の通説・判例のように相続させる旨の遺言を相続と解する実益はまったくないと思われる。ただ、かかる法制の整備の作業がいずれ進められるため、その際、日本法のような奇異な解釈の二の舞を踏まないために未然に防ぐような工夫する必要がある。

以上のような検討から、中国ではなお遺贈の主体を相続人以外の者に限定する必要がなく、第三者および法定相続人に特定の財産を与えることを一元的に遺贈と解するのが望ましいと考えられる。なぜなら、法定相続人に特定の財産を与えることを遺贈とみることにより、被相続人の意思を尊重することができ、その意思を率直に反映させるようになるからである。たとすれば、相続人間の平等を徹するには、遺言による贈与の性質を持つ遺贈が、生前贈与と同様に特別受益として、法定相続分に即して算出された相続分額から控除して具体的相続分を算定すべきように思われる。もっとも、本稿の第2部で説明したように、建議稿では、遺産管理人または遺言執行者の権利・義務が明確にされている。かかる規定のもとで、その者の権限を十分に生かして、特留分侵害の有無を確認しつつ、遺産分割協議

を経て、当該遺贈が実現されることを保障すべきであろう。

なお、建議稿第10条1項の但書には、いわゆる被相続人の持戻し免除の意思をめぐる規定が置かれている。こうした被相続人の意思を、相続分を算定するに際して、いかに考慮し、反映させるかについては、具体的相続分の算定のところで検討を加えたい。

### 3) 相続人の財産的貢献の評価 寄与分の制度の検討

#### (1) 問題点

従来、中国相続制度には個人の財産を通じて社会保障の一部を負担させる構想があることをすでに明らかにした。現行制度において、相続法の基本的な原理・原則を用いて、この政策的な措置を貫徹しようとしている。すなわち、前述のように、権利・義務の一致の原則、生活保障の原理は相続制度における重要な部分として位置づけられている<sup>41)</sup>。建議稿もこのような原理・原則を踏まえつつ、その内容を取り入れようとした。つまり、建議稿は、被相続人にたいし主な扶養義務を果たした相続人(第24条2項)、または被相続人を比較的多く扶養した相続人以外の者(第25条2号)に、権利・義務一致の原則に即して遺産を与えようとしている。また、生活保障の見地から、建議稿第24条1項は要扶養相続人のために多めに遺産を留保すべきと規定し、第25条1号はその生活を被相続人に依存していた相続人以外の者にも一定の財産を取得させるべきと定めている。こうした規定をみると、第24、25条の内容の外延あるいは射程範囲は非常に広いものであると理解することができる。

確かに中国相続法制が強調している権利・義務一致の原則は、広範に見れば相続人間の実質的な公平を図るという側面を有すると考えられるが、いままで立法者が主として想定していたのは、相続人または非相続人による被相続人への生活上の扶養といった寄与であり、これに限定していると言っても差し支えない。しかし、相続人が被相続人の事業に携わった場合、その貢献を如何に評価するかが大きな課題であろう。特に中国において、市場経済の普及につれ、私有または家族経営の事業体が増加しつつある。

被相続人の事業体に相続人が労務あるいは資金を以て一定の出捐を行った場合において、契約によってかかる様態を明確に確定していないときには、相続の過程において相続人のこうした貢献を配慮する必要性を否定できないだろう。

一方、日本では1980年に寄与分制度が設けられた。この制度の由来は、相続人による被相続人の財産の形成・維持への貢献・寄与を評価することに求められる。寄与分制度の趣旨として、中国法では今まで考慮しなかった相続人が行った被相続人の事業体への貢献を、遺産によって報いるべきであることが中核となっている。被相続人のために努力した相続人の利益が肯定されるべき点からいえば、日中両制度の趣旨は共通している部分が少なくない。そこで以下の点を考察する。第一に、日本法の寄与分制度は上述のような中国法制度と同視することができるか否かを検討したうえで、中国法において、権利・義務一致の原則が、相続人間の実質的な公平を図ることに有利に機能するならば、日本法の実務において、寄与として認められた各類型、特に被相続人の事業体への寄与の認定を、中国法制に援用することが可能かどうか。第二に、日本の寄与分制度では排除された非相続人は、建議稿第25条2号では配慮され、権利の主体となりうるが、日本の寄与分制度を分析した上で、寄与の主体の拡大の是非を検討する必要もあるように思われる。第三に、前節では建議稿の贈与の持戻し制度に相続人への遺贈をも取り入れるべきと提案していたため、具体的相続分を算定する際に、被相続人による特別受益の意思と第24、25条との優劣関係を究明する余地がある。第四に、現行相続法は生活保障の視点から、遺言相続部分において要扶養の相続人のために必要な遺産を留保するように規定している（相続法第19条）。この点にたいし、遺言処分のところでは、建議稿制定者は現行規定を改め、代わりに新しい特留分制度により要扶養相続人の問題を解決できると考えている<sup>42)</sup>。しかし、遺言処分の部分では特留分と建議稿24、25条との関係をまったく言及しておらず、この点を放置すれば、制度の整合性を害してしまう恐れが生じると思われる。したがって、

日本法の経験から、両者の優先順位について検討しておきたい。

(2) 日本法における寄与分制度

日本民法第904条の2は、1980年法律第51号により新設され、1981年1月1日から施行されたものである。この制度が樹立される前に、1960年代から多くの家事審判は遺産分割の際、すでに相続財産の維持、形成に貢献した相続人に法定相続分を超過する相続財産を取得させていた。また、1970年代に入ってから、高等裁判所も、こうした立場を支持した<sup>43)</sup>。かような判例をみると、第904条の2が新設される前に、実務において、寄与分の考えがほぼ定着していたように見える。寄与分に関する規定を設けたのは、実務に明確な根拠を与えることに意味があったように思われる。寄与分を認める根底には、被相続人の財産の維持・形成に協力した相続人に他の相続人と同等の財産を承継させるのが不公平であるという考えがある。とりわけ、農業や商店などの事業の経営に携わった相続人の利益を保護する意図が主眼に置かれているようである<sup>44)</sup>。この点では、日本の寄与分制度と中国法制度との出発点は異なっている。

改正前に、寄与分の根拠をめぐる学説は、物権的構成説<sup>45)</sup>、報酬説<sup>46)</sup>、不当利得説<sup>47)</sup>、相続分変更説<sup>48)</sup>が存在していた。相続分変更説以外の立場は、被相続人の遺産の維持または形成に貢献した相続人の協力を、財産権的な権利として構成しようとする色彩が濃かったと思われる。

他方、新設の第904条の2の1項は、「共同相続人中に、被相続人の事業に関する労務の提供又は財産上の給付、被相続人の医療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……」と規定し、寄与分の要件を明らかにしようとしている。また、その3項は、「寄与分は、被相続人が相続開始の時に所有した財産の価額から遺贈の価額を控除した額を超えることができない」と定め、「被相続人の意思」と寄与分の優先関係を規定しているように見える。しかし、この論点は、寄与分制度を如何に理解するという前提の問題と密接に関係しているため、その議論を展開する前に、まず寄与分の法的性格を明確にする必要がある。

a 寄与分の法的性格

寄与分の法的性格をめぐり、大きく分けると、2つの立場がある。1つは、相続人間の実質的な公平を図るための要素と捉える立場、すなわち、それぞれの相続人が寄与した場合、それぞれの貢献の程度を考慮したうえで、各相続人の利益を調整した結果、特に努力をした相続人にもみ寄与分を与えるという、調整説である<sup>49)</sup>。これにたいし、寄与分を一種の身分的財産権と捉え、寄与者の貢献を財産上の利益として評価したうえで、当然に漏れなく取得させるべきとする、財産権説が存在する<sup>50)</sup>。調整説と財産権説との相違は、寄与分制度の趣旨において相続人間の公平を図る点をいかに取り入れるかにより生じてくる<sup>51)</sup>。調整説では、相続人全員の寄与がほぼ同一程度の場合、相続人の申立があっても、全員に寄与がないものとして算定される。また、寄与分を算定する際、調整説は第904条の2の2項でいう「一切の事情」に基づき、他の相続人の遺留分を侵害しないように寄与分の上限を設定している。これにたいし、財産権説の場合では、相続人全員が寄与の申立をしたとき、各自の具体的相続分は各相続人の寄与分が考慮されたうえで個別に算出される。また、相続人間の実質的な公平を重視する点から、財産権説は、寄与分に上限を設けずに、寄与者に特別寄与相当の財産権を取得させるとする。

判例に関しては、財産権説をとっていると見られるものもあれば<sup>52)</sup>、調整説を支持すると思われるものも存在する<sup>53)</sup>。寄与分規定が制定される過程では、共同相続人内部での公平の実現と捉える観点と、財産レベルでの清算とする立場が対立していたが、最終的に、いわゆる「衡平型寄与分」の考えが優位に立ったようである<sup>54)</sup>。すなわち、寄与分は、生前贈与や遺贈などの特別受益と同様に、法定相続分を修正する事由にすぎないと考えられている<sup>55)</sup>。また、「財産法上の請求権が成立しない場合の不公平を解消するために寄与分制度が新設されたという沿革に即するからだけでなく、このような考えが社会的な実態に対応し、したがって、紛争の妥当な解決を可能にする」点を、根拠としてあげる見解<sup>56)</sup>、さらに、「寄与者も、も

ともと貸金として返済の予定をしたのではなく、法的には贈与として対価を求めない無償の援助であるから、財産法的には何も請求できないわけである」と理由づける立場がある<sup>57)</sup>。財産説の立場に立つと、実際問題として、寄与分の計算上の問題も指摘されており<sup>58)</sup>、調整説が通説といってよい。他方、被相続人への寄与は一元的に捉えるのではなく、第904条の2が定める寄与分は具体的相続分の修正要素にすぎず、その権利性が非常に弱いと認識する一方、共有、組合、契約、不当利得などの明確な法律関係に還元できる債権または物権は、寄与分ではなく財産法上の権利として別に構成すべきとする有力説が存在する<sup>59)</sup>。

しかし、調整説をとる場合、単に公平を図るというだけでは、寄与相続人の利益保障は不安定となる。そこで、寄与分制度の性質は、立法の経緯から、「衡平型寄与分」と財産的な清算に昇華されうる「清算型寄与分」の両方の側面を持つものであると理解する立場がある<sup>60)</sup>。しかし、実務において、「衡平型寄与分」と「清算型寄与分」とを区別するのが困難である点、および、審判手続の便利さから、「清算型寄与分」は積極的に排除されたと考えられている<sup>61)</sup>。他方、右の立場によれば、寄与分制度は、衡平型に限定する「小さな寄与分制度」としてではなく、衡平型と清算型とを取り入れた「大きな寄与分制度」と理解すべきであるとするのである<sup>62)</sup>。

#### b 寄与分と被相続人の意思

遺言により被相続人が特定の相続人に特定の財産を帰属させる意思が明らかになった場合、寄与分をどのように位置づけるべきか、換言すれば、寄与分と被相続人の意思を如何に考えるかが問題となる。一般には、被相続人が遺言を作成するとき、相続人から生前に受けた恩恵を考慮し、その感謝の意を込め、適切な遺言を残したいと考えられる場合がある。したがって、その謝意を反映するために、扶養または自己の事業体への貢献を受けた被相続人は、往々にしてその努力をした者に特定の財産を、遺贈などの方法を通じて取得させようとする。また、生前に相続人の貢献に報いるため、すでに生前贈与がなされた場合も予想しうる。そのため、相続人



への特別受益のなかに寄与の還元といった要素が含まれる場合には、様々な事情を総合的に考慮したうえ、実質的な均衡を図る道を模索しなければならない。特に、寄与分の計上と特別受益の控除は、具体的相続分額の計算過程において、正反対の働きをもたらすため、両者の関係の解明は非常に重要となるだろう。この問題を明らかにするには、日本法の議論が多くこの点において参考になると思われる。というのは、日本では、寄与分制度の新設に際して、被相続人の意思、すなわち、従来の特別受益との制度上の整合性をめぐる議論が多く行われたからである。こうした論争は、さきに述べた寄与分の法的性格、すなわち、調整説と財産権説の議論に繋がっていて、寄与分権の法的意義を如何に認識するかによって、結果が大きく左右される。

日本法において、寄与分を定める第904条の2の3項が、「寄与分は、被相続人が相続開始時の時において有した財産の価額から遺贈の価額を控除した額を超えることができない」と規定していることから、寄与分と相続人の意思と、どちらを優先すべきかが議論の焦点となる。

寄与分は相続分を調整・修正する補充的な要素に過ぎないと理解する調整説に立つと、遺言者の自由意思を尊重すべきことは日本法の基本的な姿勢であるから、第904条の2の3項は、寄与分は被相続人の自由意思を制限してはならないと解することになる<sup>63)</sup>。一般には、被相続人による特別受益の意思は、寄与者にたいし行われたものと、そうでない者に表示したものに大別することができる。右の立場によれば、特別受益の意思表示が寄与分に報いる趣旨のものである場合は、寄与の清算がすでに終結し、それ以外の寄与分を請求することができないとする。後者の場合は、寄与者の認定は残余の財産の範囲内に制限されるが、被相続人が全財産を非寄与者に遺贈したようなことは、「被相続人が遺言で寄与分を与えないとする」とことと理解されうることも有効とする<sup>64)</sup>。

ところが、以上のような考えに基づくと、前者において、被相続人が行った特別受益の意思表示が、実際の寄与より下回る場合、後者におい

て、被相続人が多くの遺産を遺贈や生前贈与により処分した場合、寄与者の権利が保障されなくなるだろう。とりわけ、被相続人は、寄与者の利益を考慮せずに、非寄与者にすべての財産を帰属させたときは、第904条の2の3項の条文に従えば、寄与分がゼロになるため、寄与者の利益が全く無視される結果になり、当該寄与相続人は遺留分減殺請求により最低限の利益しか確保できない。寄与者の利益への侵害は甚だしいと言わざるを得ない。

一方、通説的な考えにたいし、「寄与分制度は、被相続人が寄与に報いる財産処分をしなかった場合に、寄与相続人を保護するために設けられたものである」ことを理由に、被相続人の意思を常に優先させるべきではないとする批判がある<sup>65)</sup>。他方、以上の不具合を回避することができる考えとして、寄与者が行った寄与は、組合契約、雇用契約、不当利得などによる債権、または共有による物権に還元できる財産権上の諸権利であれば、これを寄与分ではなく、相続債務とみて、基礎財産から控除する<sup>66)</sup>、あるいは共有持分権を認め、第258条等の処理を保障することが考えられる<sup>67)</sup>。

寄与分制度が相続人間の実質的な公平を徹底させるためのものであるならば、寄与分を被相続人の自由意思に優先させるべきであろう。しかし、立法者は寄与分の法的性格を曖昧にしたまま制度設計を行ったため、理論的な整合性を保つことが非常に困難となっている。だとすれば、「権利性」の非常に弱い寄与分と、財産法上の権利と構成することができる寄与とを分離して、個別に考慮する立場は、法的関係の一貫性を保つことができ、妥当であるように思われる。

### c 寄与分と遺留分

第904条の2の3項は、寄与分の計算にあたって、その額が被相続人の遺産から遺贈を控除した額に限定しようとしている。一方、寄与分と遺留分との関係を言及しておらず、問題解決を解釈論に委ねられている。

もっとも、立法の段階において、遺留分との調整として、寄与分の上限を設け、各相続人が取得しうる寄与分がその相続分の2分の1以下とする

案が出されたようであった<sup>68)</sup>。しかし、最終的に、寄与分の上限を明確にしておらず、代わりに「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、寄与分を定める」（第904条の2の2項）を設け、総合的な調和を図ろうとした。すなわち、立法関係者は寄与分に制限を加えていないものの、この規定により、寄与分を認定するにあたって、遺産の状況や寄与の程度などの各事情を全面的に斟酌したうえで、遺留分を侵害しないような寄与分の試算を期待しているという思惑が伺える<sup>69)</sup>。

ところが、遺留分の算定に関する規定を率直に読みとると、民法第1044条によれば、特別受益者の相続分を定める第903条を準用しながら、寄与分を定める第904条の2の準用を避けている。換言すれば、遺留分の算定の際、寄与分を考慮していないことは、逆に言えば理論上、寄与分が共同相続人の遺留分を侵害する事態が許されることを意味しているとも考えられる。この点を勘案すると、寄与分は遺留分に優先しているといっても差し支えない。こうしたところに注目し、寄与分の額の算定について、寄与分の上限を設けていないことを捉え、寄与分は遺留分に優先すると示唆する立場がある<sup>70)</sup>。

これにたいし、寄与分は具体的相続分の修正要素にすぎないことを重視しつつ、寄与分は遺留分に劣後すると解した上で、解釈論として、第904条の2の2項でいう「一切の事情」は、「自由分中の残余財産の枠内で」という意味を含むと主張する考えが存在する<sup>71)</sup>。その主な根拠として、次の2点がある。まず、第964条でいう「遺留分に関する規定に違反することができない」という点に即して考えると、遺留分 > 遺贈。そして、第904条の2の3項によると、寄与分は、相続財産の価額から遺贈の価額を控除した額の範囲内でなければならない、換言すれば、遺贈 > 寄与分。したがって、理論上遺留分 > 寄与分であることは言うまでもない。次に、遺留分は場合によって、「受贈者から転得した第三者の所有権」をも否定できる強力な権利である一方、寄与分は「債権よりも更に弱い法律上の利益にすぎない」ため、強い権利は弱い権利に優先するのが自明の理であると

する。

さらに、以上の立場以外に、立法関係者の見解に近いと考えられる運用による処理を提唱する多数説が存在する<sup>72)</sup>。この立場では、原則として、寄与分の上限は遺留分により拘束されないが、運用上、寄与分を認定するにあたって、「その他一切の事情」を勘案しつつ、遺留分を尊重すべきであり、遺留分を極端に侵害した認定は、遺産分割審判における妥当な裁量とは言い難いとする。

判例実務では、寄与相続人が、他の相続人と異なり、約44年間にわたって、いわゆる農家の跡取りとして遺産である農地などの維持管理に努めるとともに、晩年の被相続人の療養看護にあたってきた事案において、東京高決平成3・12・24(判タ794号215頁)は、「寄与分の制度は、相続人間の衡平を図るために設けられた制度であるから、遺留分によって当然に制限されるものではない。しかし、……他の相続人の遺留分についても考慮すべきは当然である」と判示し、寄与相続人に7割の寄与分を認めた原審を不当として差戻している。したがって、判例実務も運用説に立つように思われる。

以上のように、寄与分制度の性質の曖昧さから、遺留分および遺贈をめぐる条文の齟齬がもたらした、いわゆる「三すくみの関係」があり、この議論をめぐる終局的な解決は、最初に遡って、寄与分制度の法的性格または意義を如何にとらえるかによることになる。

比較法的に見れば、寄与分を相続債権として構成する立法例もあるが<sup>73)</sup>、日本法ではこうした手法を採用せず、相続人間の不公平を微調整する「衡平型寄与」を原則としつつ、「清算型寄与」を完全に排斥せずに制度を創設したのであるから、柔軟な対応が避けられないように思われる。

前述のように、「衡平型寄与」と認定された場合、この類の寄与は、「共同相続人間の衡平の実現という目的にのみ向けられたものであり、相続人間の衡平という原理によって支えられ、且つ、相続法の基本的原理によって制約を受ける」一方、「清算型寄与」は、「一般法理によっても処理がで

きるものを寄与分という制度の中で処理するにすぎないのであるから、その限りでは、相続法の原理による制約を受けない<sup>74)</sup>とする考え方がある。これによれば、前者は、寄与分が遺留分または遺贈に劣後するのにたいし、後者の場合は、寄与分が遺留分または遺贈に優先すべきとする。

他方、前に紹介した実体法の権利に帰着する寄与については財産法的構成とする立場では、寄与分は遺留分または遺贈に劣後する一方、債権または物権と見ることのできる寄与者の権利は相続債務または共有持分として処理される。

この2つの立場は、寄与の種類の分け方および民法の一般原則に還元できる権利をなるべく確保しようとする点においては、共通しているが、寄与者のためにその権利を保全する具体的な措置に関しては、前者は寄与分制度の射程範囲内で両者を区別し、個別的な対応を設けようとするのにたいし、後者は、財産権的構成を採用しようとしているように思われる。しかし、前者については、日本法が寄与分権利者を相続人に限定しているため、非相続人の寄与について立法論からこの問題を解決しなければならないという問題がある。後者の場合は、日本の現状からして、理論上、遺産分割と財産権の確定の裁判管轄が異なるため、裁判コストの見地から寄与者にとって権利を行使し難い点を否定できないが、解釈によりこの点さえ克服できれば、財産権的構成が最も合理的な解決方法であると思われる。

#### d 制度運用の実情

第一に、寄与分制度が制定される以前、日本の審判例において認められた寄与分は、以下のようないくつかのパターンに分けられるとされている<sup>75)</sup>。

- イ．被相続人にたいし特別の扶養を行った扶養型
- ロ．相続人が被相続人の看護医療を行い、その看護の出費を免れた療養看護型
- ハ．被相続人にたいし財産を提供する財産給付型
- ニ．被相続人の経営事業にたいし労務を提供する家業従事型
- ホ．被相続人の事業へ財産を給付する出資型

寄与分制度が創設された以降、寄与分を認定した事例を見ると、その類型は基本的に以上のような分類に即したものと見えよう。中では、二に該当する寄与は<sup>76)</sup>、立法者が重要視したものであり、審判例でもっとも多く認められた類型であると考えられる。そして、立法当時から立法者が念頭においた口類型の事例も少なくないようである<sup>77)</sup>。他方、イ<sup>78)</sup>、ハ<sup>79)</sup>またはホ類型<sup>80)</sup>はそれほど多く見られない。

第二に、寄与分の申立件数に関しては、寄与分制度が創設された初年度の36件から漸増してきた。しかし、2001年の統計を見ると、家事乙類(審判および調停)事件における遺産分割の申立件数は9000件を突破したのにたいし、寄与分を定める処分の申立件数は1180件にとどまり、中でも、寄与分を認めた件数は208件に過ぎず<sup>81)</sup>、取り下げるケースが圧倒的に多いようである。

このような結果をもたらす理由については、遺産の形成・維持に「特別の寄与」があったとは認めないケースが多いことや、事件処理中、相続人間で感情的対立が激しくなり、一人が寄与分を主張すると他の人も主張するが、後に、お互いの感情が収まり、終局的に多少の寄与分を斟酌して、取得分を調整する形態で終わることが多いことなどが指摘されている<sup>82)</sup>。しかし、このような結果は、寄与分の性格が曖昧なまま、衡平型に偏ることに起因するのではないかと思われる。

第三に、寄与分制度が樹立された後、家事審判において、寄与者のどの程度の貢献が衡平型寄与分、または清算型寄与分と考えられるかを、具体例を通じて見ておきたい。

衡平型寄与分とみることができる典型的な事例として、東京家審平成12・3・8(家月52巻8号35頁)がある。すなわち、被相続人は、1979年9月に脳梗塞で入院し、同年11月には退院したが、その際に左手左足に麻痺が残り、離床や就床、入浴等、起き上がりや立ち上がりの所作については人の介助が必要であり、また、被相続人は、1986年夏ころ以降、その体力がかなり低下して病臥することが多くなり、介助の必要性が高くなり、同

年12月31日死亡した。その間、被相続人の妻が主な介護をし、長男の妻および1960年代後半に生まれた3人の孫が補助的な介助を行った。本事例で、相続開始時の総額約7000千万円の遺産（ただ、被相続人死亡してから、遺産分割まで一定の年数が経ってため、分割時の遺産の評価額は約2500万円に下がった）のうち、妻の寄与分を170万円と定めた。本事例では、寄与分を試算する際、一応の看護料金および日数を確定していたが、被相続人の遺産と比べ、認定された寄与分が非常に少額のものであるため、その認定はあくまで相続人間の不公平を緩和するための微調整であると思われる。

これにたいし、清算型寄与分と思われる事例として、被相続人の経営する事業を救済するため多岐にわたって関与した寄与相続人に20パーセントの寄与分を認めた事例（高松高決平成8・10・4家月49巻8号53頁）が存在する。すなわち、被相続人は、ある建設会社の専務取締役となり、当該建設会社が倒産後、他の建設会社を創業し、主として建売住宅の建設販売を行った。その後、会社の運営は順調だったが、被相続人は政治向きのごとに関心を持ち、県会議員に当選した。しかし、選挙資金を捻出するために建設会社の資金を流用した結果、同社の経営は徐々に苦境に陥り、やがて多額の借金を抱え、事実上の破産状態になった。他方、被相続人の長男は、医学部を卒業後、各地の病院で勤務医として働いた。被相続人は、会社の経営基盤を強固させようとする目的で、長男に病院を開業させて資金援助をしてもらおうと考え、勤務医を辞させ病院を開業させた。その後、長男は資金提供および、開業医としての社会的・経済的信用を用いて、連帯保証の形により、被相続人に融資させたなど、被相続人の事業に様々な形で関与してきた。建設会社が倒産すれば被相続人は生活の手段を失うばかりでなく、担保に供している個人資産も失う関係にあり、同社と被相続人とは経済的に極めて密着した関係にあったものである。したがって、裁判所は長男による各種の援助と被相続人の資産の確保との間に明確な関連性があると判断し、その寄与分を否定した原審判を取消し、長男に被相続人にたいする寄与として、遺産の20パーセントにあたる寄与分を認定した。

また、寄与相続人が20年間余りにわたり病弱で老齢の被相続人と同居して扶養し、とくに被相続人が死亡するまでの10年間に、重い老人性痴呆の被相続人に付き添って療養看護をした事案(盛岡家審昭和61・4・11家月38巻12号71頁)において、家庭裁判所は、「後半の10年間の療養看護は、親族間の扶養義務に基づく一般的な寄与の程度を遙かに越えたものと言うべく、被相続人は他人を付添婦として雇った場合支払うべき費用の支払いを免がれ、相続財産の減少を免がれたことには明らかであり、従って申立人には、被相続人の療養看護の方法により被相続人の財産の維持につき特別の寄与があったものというべきである」と考え、看護契約に適用した場合の計算式を持ち出し、寄与相続人に1182万6000円の療養看護の寄与額を認めた。この事案から、療養看護型の寄与分を認定するにあたって、寄与者が自らの職業を犠牲にして、長期的に通常の扶養の程度を超える献身的な療養看護を行った場合には、被相続人の相続財産の形成・維持に貢献したと理解し、寄与者の財産的権利として高額の寄与分を認める可能性があることが伺える。

しかし、寄与は様々な様態によってなされるのが一般的であり、場合によって異なる形が同時に存在することも少なくない。そのため、実際に寄与が衡平型なのか、それとも清算型なのかを判断するにあたって、その識別を明確な基準を以て一律に行うのは、それほど容易なものではないと考えられる。上述のような比較的明確に区別できる事例はむしろ少数のように思われるが、できる限り、寄与の中に、一般の財産権に帰着しうるものと、微調整にすぎないものとを、区別する努力を行うことによって、財産権の構成の可能性を追求すべきではないだろうか。

#### e 寄与分制度の問題点

まず、日本法第904条の2が寄与の主体を相続人に限定しているため、被相続人に密接な関係を持つ非相続人、たとえば、被相続人の内縁の妻、事実上の養子、相続人の配偶者および子が相続人の場合の被相続人の兄弟姉妹は、被相続人を扶養し、寄与を行っていても、相続人としてその寄与



を認定することができない。こうした現実問題の要請に基づき、実務では、代襲相続の法理を以て解決することがある。たとえば、東京高決平成1・12・28（家月42巻8号45頁）は、「寄与分制度は共同相続人間の公平を図ろうとするものであるから、被代襲者の寄与に基づき代襲相続人に寄与分を認めることも、相続人の配偶者や母親の寄与が相続人の寄与と同視できる場合にはこれを相続人の寄与分として考慮することも許される」と判示した。つまり、裁判所は、非相続人である被代襲者の妻（いわゆる先に死亡した長男の嫁）が行った寄与は、被代襲者のものとして評価した上で、代襲相続人である子の相続分の増加により実現しようとしている<sup>83)</sup>。この事例にたいし、当該寄与が非相続人の被相続人への寄与であり、非相続人が当事者である事柄なので、その寄与を安易に代襲者のものとして認定することは適当ではないと指摘されている<sup>84)</sup>。また、非相続人の寄与について、「本来被相続人にとって身近な者であり、より無償性が要求されるであろう相続人について寄与にたいする利益の帰属が認められるのに、なぜ、より遠い関係にある非相続人の清算請求権や費用償還請求権について慎重でなければならないのだろうか」という素朴な疑問を呈している<sup>85)</sup>。

次に、寄与分制度はこのように非相続人の寄与を評価できないのみならず、相続人が寄与者の場合でも、現実問題として、被相続人が生前にほとんどの財産を処分した場合、寄与分は「被相続人の相続開始の時ににおいて有した財産の価額」に影響されるため、寄与者を満足させることができないだろう。つまり、前述のように、被相続人が遺贈あるいは「相続させる旨」の遺言により、大部分の遺産の処分を定めた場合においても、寄与分の保全はそう簡単なものであり得ない。このような点を見ると、真の相続人間の公平を図るためには、微調整の役割を果たす寄与と、財産権的な構成に基づく寄与とを区別して、後者について具体的な理論構成と裁判管轄の調整を検討していくことが望ましいと思われる。具体的に財産的な構成がどのように考えられるであろうか。たとえば、寄与者が献身的な療養看護をした場合、介護契約の構成を通じて報酬請求権を認める可能性がある。

また、家族事業体の財産形成に寄与者が労務または金銭を提供した場合、報酬を取得できなかったことを理由に不当利得返還請求権を認め、あるいは、組合契約の擬制により共有持分権を認定する余地がある。

(3) 中国法への応用の可能性

以上のような日本法の現状または議論を分析すると、建議稿第24、25条を運用するにあたって、どのような示唆を得られるだろうか。

a 類型の援用

まず、日本の実務で認められた寄与の類型が、中国法に与えるヒントを探ってみることにする。

日本法で認定されている被相続人にたいし特別の扶養を行った扶養型、または被相続人の看護医療を行い、被相続人がその出費を免れた療養看護型は、建議稿第24条2項、第25条の2号の文言およびその趣旨からすれば、もっとも制定者の意図に合致しているように見える。まさに当該規定が想定した典型的なパターンといえよう。日本法の場合、寄与分の要件として、被相続人の財産の維持または形成が要求されるため、その認定が容易ではなかったが、中国法は権利・義務一致の原則に基づくのであるから、たとえば、他の相続人より被相続人を扶養する頻度が多い、または看護を必要とする被相続人と同居し、かつその世話をしたような場合であっても、相続分をより多く認めることができる。したがって、日本法のような認定の困難さをある程度克服できると思われる。

被相続人にたいし財産を提供する財産給付型に関しては、日本では、審判例を見る限り、主に妻の共働きにより家族共同財産の構築または形成に貢献した形態に焦点を当てているようである。このような寄与を認める背景には、日本では専業主婦が多数存在すること、一方の死亡により夫妻の共同財産を清算せず、配偶者相続分に対応しようとする、その法定相続分が夫の遺産の2分の1しか認めていないことといった事情がある。一方、この点につき、2001年に改正された中国の新しい婚姻法の第17条は、「夫妻は共同に所有する財産にたいし、平等の処理権を有する」と規定し

ており<sup>86)</sup>、さらに、実務では、夫妻の一方が死亡した場合、その共同財産の半分は他方の財産とし、遺産の算入に取り入れていない<sup>87)</sup>。したがって、こうした夫妻の共同財産制に即した処理方法のもとでは、日本の審判例で認められた夫婦間の財産給付型の寄与は、中国で論じる必要性が乏しい。しかし、寄与相続人が配偶者でない場合に、寄与者が被相続人にたいする財産上の給付（被相続人の事業に関しないもの）、たとえば、被相続人の住居の購入のために子が資金を提供したときは、その寄与を認める必要性が十分あるように考えられる。

日本において、被相続人の事業に寄与者が何らの形で貢献している場合、その評価として認められるのは、被相続人の経営事業にたいし労務を提供する家業従事型および被相続人の事業へ財産を給付する出資型である。前者は、相続人が自己の労力を以て経営に加えたのにたいし、後者は相続人が財産または金銭を提供することにより被相続人の個人事業に寄与している。このような相続人による積極的な貢献を如何に評価するかは、建議稿制定者の念頭に置かれていないようである。ところが、中国における市場経済の浸透とともに、今後個人事業体はさらに増加していくであろう。中国における相続人間の公平を図る理論の完備という視点からすれば、日本の実務で認定されたかのような類型は、もっとも参照の価値があると思われる。近代契約法の理論に基づけば、個人が事業体に労務を提供した場合、契約によりその対価を取得することができるし、また、事業の経営に資金を出捐した場合、共有、組合、契約などの明確な法律関係に依拠すれば、かかる資金の清算問題は解消されるであろう。ところが、家族経営のような特殊な状況では、問題はそう簡単に解決されない。現段階では、中国の国民意識を考慮すると、通常、家族の血縁または人情が重視される傾向があり、労務または資金を提供する場合に、家族構成員間で契約を締結するような「水くさい」ケースは少ない。したがって、被相続人の事業の維持・形成に寄与した相続人の利益を保障する必要がある。中国法においても、こうした事業体運営に関与する相続人の寄与をより肯定的に評価する

ことを検討する必要があるように思われる。

b 非相続人の寄与

日本では、非相続人が寄与分制度の主体から外されているため、その寄与は実務において本人の寄与としてではなく、配偶者などの第三者を媒介にして評価されるのが一般的である。もっとも、日本の寄与分規定を制定する過程において、相続人以外の者に寄与分を認めるべきか否かについて、真剣に議論されていた。しかし、相続人以外の者にも寄与分を認めると、手続上・権利の性質上さまざまな難点があるため、結局相続人間に限定することにとどめたと言われている<sup>88)</sup>。ところが、先に検討したように、学説でも指摘されている通り、このように限定すると、非相続人が契約に基づく権利や不当利得返還請求など財産上の権利を行使しにくい実情があることから、寄与した非相続人に不利益をもたらす、公平を欠くことになる。この点においては、立法として不完全であることを否定できないように思われる。

一方、建議稿第25条2号は、相続人以外の者も被相続人を扶養していれば、適当な遺産を分配することができるかと規定している。これは権利・義務一致の原則を徹した結果であり、望ましい方向であろう。また、事実上、非相続人とはいえ、被相続人の寄与に携わろうとする者は、一般に相続人の配偶者や、相続人になれない被相続人の親族など、被相続人に親密な関係を持つ者と考えられる。だとすれば、こうした者の寄与は、その者の寄与として積極的に認めるべきであろう。他方、第25条2号は非相続人による寄与の客体を、被相続人への看護扶養に限定している。しかし、非相続人が被相続人の財産相続の維持または形成に寄与を行った場合は、これを評価できる措置を講じなければならないように思われる。

c 建議稿第24, 25条による相続分の修正

建議稿24, 25条は、権利・義務一致の原則に基づく寄与者にたいする評価のみならず、社会福祉の要請に従って、要扶養者への配慮をも規定している。この2つの条文が規定している内容を分類すると、相続関係者が取

得できる遺産にプラスの働きとなる要素として、生活保障原則の見地から生じた要扶養相続人または相続人以外の者への援助、被相続人のために、相続人または相続人以外の者が行った生活上の面倒見や通常の看護などの扶養があり、相続分のマイナスの働きとなる要素として、扶養能力があるにもかかわらず、被相続人にたいする扶養義務を尽くさなかった相続人の相続分を減少する、または場合によっては剥奪するとするもの（第24条3項）、がある。

一方、日本法の検討から得られたヒントを踏まえて考えると、寄与には2つの種類に分けることができるだろう。すなわち、相続人間の公平を調節する「衡平型寄与」と、寄与者の財産的権利に昇華しうる「清算型寄与」がある。第24条2項でいう「被相続人にたいして主要な扶養義務」または第25条2号、「被相続人を比較的多く扶養した」という文言に注目すれば、これは不公平をなくすための微調整と解すべきであろう。つまり、

は日本法でいう「衡平型寄与」に合致しているように見える。それでは、「清算型寄与」は如何に評価すべきなのであろうか。第24条2項および第25条2号は、「主要な」または「比較的」と明言し、が微調整の要素として位置づけられている以上、もはやこれを拡大解釈し、「清算型寄与」を中に取り入れる余地はないように思われる。しかし、通常の扶養看護だけでなく、本節の重要な課題でもある被相続人の個人事業体への寄与が主眼に置かれる「清算型寄与」を保障しなければならない。なぜなら、通常、この類の寄与は被相続人への寄与の中で最大の金額と考えられるため、これを適切に評価し、保障しなければ、公平を失する恐れが生じるからである。そこで、この寄与を保護する考え方として、日本の学者が示唆している財産権的構成が非常に参考になろう。この考えを踏襲した上で、中国法制の状況を鑑みると、以下のような解決策が考えられる。つまり、通常の扶養などの寄与以外に、寄与者は被相続人の相続財産の形成・維持のために、財産権に帰着することのできる寄与を行った場合に、このような寄与は不当利得などに基づく債権、または共同所有による物権として、第24、

25条が定める とは別の権利構成が成立する。さらに、相続の過程において、このような財産法上の権利を相続債務または共有持分として処理すれば、当該寄与者の利益は最大限に保障されるであろう。なお、日本法における審判手続と裁判手続が対立するような裁判実務にたいし、中国法では裁判システムが一本化している。すなわち通常の裁判所しか存在せず、家庭の紛争もここで扱われるため、財産権の構成による寄与の処理と遺産分割裁判が同時に行われることができ、当該寄与者に負担をかけることがない。

次に、第24、25条が定める と の修正要素の強弱関係について検討してみたい。 に関しては、すでに述べたように、中国相続制度には個人の財産を通じて一部の社会保障を負担してもらおう構想がある。建議稿第24条1項は要扶養相続人のために多めに遺産を留保すべきと規定し、第25条1号はその生活を被相続人に依存していた相続人以外の者にも一定の財産を取得させるべきと定め、この原則を承継している。他方、要扶養者への援助に関し、現行の中国法は政策的な判断の見地から、「最高人民法院関与貫徹施行相続法若干問題的意見」第61条<sup>89)</sup>により、要扶養相続人の利益を相続債務より優先しており、建議稿もこうした考えを踏襲している(第78条3項)。社会保障が健全化されていない段階において、かかる相続財産を通じて社会的弱者を救済するような措置も欠かせないだろう。 は従来 の権利・義務一致の原則の要請であるが、これが相続人間の公平を保つ微調整と考えられる以上、社会保障に基づくより強い要請である に劣後すると解するのが妥当であろう。また、条文の配置の順番をみると、制定者はこのような趣旨を念頭に置いていたように伺える。

さらに、具体的相続分を算出するために基礎財産を算定する際、あるいは、遺留分を算定するにあたって、遺贈などの要素と比較して、第24、25条で定めた修正をどのように位置づけるかが問題となる。結論からいうと、 が特留分を侵害するような事態を生じさせるべきではないだろう。なぜなら、第24、25条は相続分の修正要素にすぎず、 の中の要扶養相続

人が特に保護されるべきという要請は特留分では実現されており，<sup>10</sup> における財産権に昇華しうる寄与は相続債務として処理され，明らかな不公平が生じないからである。同じ理由から，被相続人の特別受益の意思表示との関係についても，<sup>11</sup> は被相続人の意思に劣後されると理解したい。

最後に，<sup>12</sup> の解釈または処理をめぐって，つぎのように考えられるだろう。第24条の3項により，遺産が全く分配されないと認定された相続人は，相続欠格者と同様に扱うことができ，特留分を保障しないが，他方，相続分が削減されるべきと認定された場合は，当該相続人の特留分を侵害しない限度において分配額が控除されるべきであろう。

#### 4) 具体的相続分の算定

##### (1) 中国法制の現状および問題点

具体的相続分を算定する際，相続債務，被相続人による相続人への特別受益，および前節で検討した相続人が行った扶養の評価または要扶養者への生活保障などの諸要素が，その算定の前提となる基礎財産の確定に大きな影響を及ぼす。具体的相続分算定の先行作業として，前述のところにおいて，比較法的な見地から遺贈および建議稿第24，25条の修正要素を検討し，今後中国における両者の展開の可能性を考察してみた。

他方，遺産分割にあたって，まず相続人間で遺産分割協議をすべきことは，当事者の意思自治原則からみて大切な過程であるが，それでも解決しないときは，やはり裁判で遺産分割により決定しなければならない。従って，中国における具体的相続分に関わる明瞭な算定方式の確定は，法的予見性を確保すべき視点からみると，極めて重要な意味を持つと思われる。

ところが，現行の中国相続制度は，法定相続人の順位（相続法第10条12条）または法定相続分（相続法第13条）を明確にしたものの，特別受益の持戻しを定める規定がなく，遺留分に関する法制（相続法第19条）も極めて不明瞭である。こうした欠点を克服するために，前述のように建議稿は贈与の持戻し制度，および被相続人による持戻しの免除の意思表示

(第10条)を新設し、また事実上相続人間の公平を保つことに機能する特留分(第29条)を完備した。一方、建議稿はこうした相続人の具体的相続分を算定する基盤を築いたにも関わらず、その算定方式についてまったく言及しなかった。つまり、建議稿は、相続人の利益の最低限の保障を確保できる特留分を設け、遺言の内容において特留分に反する部分が法によって無効のものにしようとしている。特留分が侵害された相続人は、減殺などの意思表示を示さなくても、遺産分割の手続きを提起すれば、おのずとその利益が守られる。しかし、遺産分割訴訟の中で特留分の算定が必要となるが、その計算の前提条件として算定の基礎財産を確定しなければならない。さらに、建議稿が新設した第10条の贈与の持戻しに関する規定が特留分の算定にいかなる影響を及ぼしているかという問題、つまり、具体的相続分と特留分の算定との制度上の整合関係も、解明しなければならない。贈与の持戻し制度は特留分と交差しているため、それぞれの独立した計算方式が必要なのかどうか、他方、両制度において、相続人間の公平を図るという趣旨が一致している点を重要視し、算定方式を一元的なものとするならば、算定の基礎となる財産を共通化することが欠かせないであろう。この点について、建議稿は、特留分算定の基礎財産に一切触れておらず、また、持戻し制度における基礎財産についても、贈与しか規定していない。こうした制度上の不備を、比較法上の議論を参考に、解釈により補うことが十分可能と思われる。

さらに、従来の中国の遺産処理の流れをみると、その処理が段階的に行われることが大きな特徴のように思われる。すなわち、遺産が分割される前に、まず、労働能力に欠ける、または生活の基盤のない相続人に一定の財産を保全する(「意見」第61条)。次に、積極的財産が被相続人の債務の弁済または未納の税金の納入に回される(相続法第33条)。そして、残余があれば、遺贈や遺言相続が執行される(相続法34条)。最後に、相続人間に遺産が分配される。建議稿もこのような原則に則して、遺産はまず相続債務の弁済に充ててから、残余額が遺言に基づき処理されると定めてい



る（建議稿第78条）。こうした遺産処理の順序の最大の利点は、相続債権者の利益を手厚く保護でき、また相続人からすれば、積極的財産の残余額を確認することにより、相続放棄するか否かを即時に判断することが可能となるところにある。ただ、このような手法に基づけば、遺産分割手続きが行われる際、相続債務など積極的財産から排除する要素を先に確定しなければならないため、審理に負担をかけ、手続きが煩雑になる欠点が生じかねない。しかし、遺産管理人または遺言執行者が、事前に調査し、具体的な金額を提示することにより、問題を緩和させることに繋がると考えられる。中国相続制度における現行の遺産処理の順序は維持されるべきであろう。

なお、段階的に遺産が処理されるやり方に従って、相続人の各相続分または特留分を算定するとき、基礎財産から控除すべき諸要素を明らかにする必要がある。相続債務はもとより、建議稿第10条が規定する被相続人による持戻しの免除の意思表示、相続人の財産的貢献または要扶養者の利益保全などの諸要素をあらかじめ相続財産から控除することの是非が、相続人間の公平の視点から、検討されなければならない。

ところで、日本法において、伊藤教授が従来通説と全く異なる具体的相続分の算定方式を提起している。伊藤説は、遺留分算定の基礎財産を土台に、現在の具体的相続分と遺留分の計算式を一体化したものである。その根拠は、相続分を遺留分と自由分に分け、前者を確保した上で、被相続人の自由意思を尊重すべきことに求められる。前述のように、建議稿における特留分の保障は、極めて強力なものである。この点について、伊藤説が提唱している遺留分・自由分に充当する計算方法と非常に類似している。教授の考えによると<sup>90)</sup>、被相続人が有する相続財産には、遺留分と自由分が含まれており、被相続人が自由分を超えて、換言すれば、相続人の遺留分を侵害するような意思を示した場合、当然、遺留分権利者は減殺する権利を有するが、各相続人の具体的相続分を算定する際、この権利を行使するか否かを別にして、各相続人の遺留分が計算上明らかにされ、各自の遺

留分を確保した上で、各相続人が相続すべき額（具体的相続分）が示される。こうした見地に基づく具体的相続分の算定方式は、特留分を強制的に確保している建議稿に大きなヒントを与えるように思われる。そこで、伊藤説に基づく計算式の中国法への応用も検討してみたい。

## (2) 日本法制度の概観

### a 通説の整理

日本法制では、被相続人の基礎財産の算定の必要性は、2つの場面で生じる。すなわち、1つは、相続人が特別受益を受けた場合に、その特別受益者の相続分を計算するとき、2つは、生前贈与または遺贈（相続させる旨の遺言を含む）が行われた場合に、遺留分権利者が遺留分減殺請求権を行使するときである。2つの算定方式は並存しており、またその基準となる基本的条文は第903条と第1029条である。条文が異なるため、具体的相続分と遺留分侵害額を試算するとき、通説・実務は各算定方式について二通りの計算をしている<sup>91)</sup>。すなわち、相続人への特別受益が存在する場合、その前提となる基礎財産を算出するときは、第903条1項により「被相続人が相続開始のときにおいて有した財産の額にその贈与の価額を加えたものを相続財産」と見なし、いわゆる「みなし財産」を確定する。また、第903条に言う「被相続人が開始の時ににおいて有した財産」に相続債務が含まれるかどうかについては、判例・通説はこれを否定している<sup>92)</sup>。さらに、共同相続人間における相続債務の分担の仕方については、学説が錯綜しているが<sup>93)</sup>、通説は<sup>94)</sup>、第903条は積極的財産を承継する相続分に関する規定するものであり、消極的財産について規定していないため、その承継は法定相続分に基づくべきとしている。なお、第903条3項の「持戻しの免除」および第904条の2が定める「寄与分」などの要素を加味した算定式は後述に譲りたい。

まず、通説に基づいた基本的な算定法式を図式化すると次のようになる。（相続開始時の相続財産価額）+（贈与価額）=（みなし相続財産額）。これにたいして、第1029条が規定する「遺留分算定の基礎となる財産」に関して

は、条文の文言を忠実に解釈すると、次のような算定式になる。（相続開始の時に有した財産）+（贈与財産）-（相続債務）=（遺留分算定の基礎となる財産）。

上述の計算式により、相続人の具体的相続分および遺留分算定の前提である基礎財産が確定されており、こうした額に基づき次のような計算式で具体的相続分と遺留分が算出される。すなわち、具体的相続分では、（見なし相続財産額）×（法定または指定の相続分率）=（本来の相続分）、次に（本来の相続分）-（特別受益の贈与または遺贈価額）=（具体的相続分）。これにたいし、遺留分では、（遺留分算定の基礎となる財産）×（第1028条が規定する遺留分率）=（遺留分）として金額が算出される。

遺産分割審判において相続人が遺留分減殺請求権を行使した場合、通説は、一旦具体的相続分および遺留分を個別に算出したうえで、仮に遺留分が侵害されていれば、遺留分権利者は減殺請求権を行使して、その侵害額の限度において受益者に返還請求できるように規定している<sup>95)</sup>。ところが、民法の規定によると、受益者がその代償を支払うことにより、減殺した者への現物の返還が免除される。このような手続は家事審判によるものではなく、通常裁判所で行われる。他方、遺産分割手続が原則として家庭裁判所で行われるため、遺留分減殺請求を伴う遺産分割手続が生じたとき、両者が交差することによる裁判管轄の問題が現れる。学説では、当事者の便宜を図るために、遺産分割手続において遺留分減殺請求が可能と解釈し、こうした抵触を解消しようとする試みが見られる<sup>96)</sup>。

#### b 通説による計算式の説明

具体的例を用いながら、通説が採用する計算式を説明したい。

#### 【設例1】

被相続人には、妻A、子B男、C女、D男の3人があり、B男には時価2000万円の不動産を遺贈し、C女には結婚のとき400万円の支度金を贈与した。現存積極的財産5000万円、相続債務3000万円とする<sup>97)</sup>。

「計算式1」通説に基づく計算

5000 (現存積極の財産) + 400 (贈与) = 5400万円 (みなし財産)

$5400 \times 1/2 = 2700$ 万円 (Aの本来の相続分)

$5400 \times 1/2 \times 1/3 - 2000 = -1100$ 万円 (Bの遺贈の超過分)

Bの最終の取得分は0となる。

$5400 \times 1/2 \times 1/3 - 400 = 500$ 万円 (Cの具体的相続分)

$5400 \times 1/2 \times 1/3 = 900$ 万円 (Dの本来の相続分)

$(5000 - 2000) \times [2700 / (2700 + 500 + 900)] = 1976$ 万円 (Aの最終の取得分)

$(5000 - 2000) \times [500 / (2700 + 500 + 900)] = 366$ 万円 (Cの最終の取得分)

$(5000 - 2000) \times [900 / (2700 + 500 + 900)] = 658$ 万円 (Dの最終の取得分)

Bには2000万円の遺贈がある。

相続債務は法定相続分により負担されるため、Aには $3000 \times 1/2 = 1500$ 万円、B、C、Dには $3000 \times 1/2 \times 1/3 = 500$ 万円の債務負担がある。

最終的に、各相続人が取得できる額は、

A  $1976 - 1500 = 476$ 万円    B  $2000 - 500 = 1500$ 万円

C  $400 + 366 - 500 = 266$ 万円    D  $658 - 500 = 158$ 万円

遺留分の試算

$5000 + 400 - 3000 = 2400$ 万円 (遺留分算定の基礎となる財産)

$2400 \times 1/2 \times 1/2 = 600$ 万円 (Aの遺留分)

$600 \times 1/3 = 200$ 万円 (B、C、Dの遺留分)

$600 - 476 = 124$ 万円 (Aによる遺留分減殺請求額)

$200 - 158 = 42$ 万円 (Dによる遺留分減殺請求額)

Cにたいして行われた400万の生前贈与について持戻し免除の意思表示がなされた場合

被相続人がなした特別受益は、具体的相続分を算定するにあたって、相続人間の平等を図るために持戻されるが、被相続人がこれと異なる意思、すなわち第903条3項で定める持戻し免除の意思を表示した場合、具体的相続分の算定にどのような影響をもたらすのだろうか。そして、同条文は持戻し免除の意思が「遺留分に関する規定に反しない範囲内で、その効力

を有する」と規定している。この文言を如何に理解し、また遺留分計算のときどのように運用するかについても整理する必要がある。

まず、持戻し免除の意思表示がなされた場合に、通説は、被相続人の意思を尊重し、これを第903条1項のみなし相続財産に加算しない<sup>98)</sup>。

次に、第903条3項が定める遺留分と持戻し免除との関係について、通説・多数説は、遺留分侵害をもたらず当該意思表示は当然無効ではなく、遺留分を害された権利者が減殺請求権を行使しうるととどまると理解している<sup>99)</sup>。これにたいし、遺留分を侵害する持戻し免除の意思表示は、その侵害する限度において無効であるとする立場が存在する<sup>100)</sup>。他方、遺留分の算定においては、持戻し免除の特別受益贈与はその算定の基礎財産に加算される<sup>101)</sup>。

通説に従えば、次の通りである。

「計算式2」

$$5000 \times 1/2 = 2500 \text{万円 (Aの本来の相続分)}$$

$$5000 \times 1/2 \times 1/3 - 2000 = -1167 \text{万円 (Bの遺贈の超過分)}$$

Bの最終の取得分は0となる。

$$5000 \times 1/2 \times 1/3 = 833 \text{万円 (Cの本来の相続分)}$$

$$5000 \times 1/2 \times 1/3 = 833 \text{万円 (Dの本来の相続分)}$$

$$(5000 - 2000) \times [2500 / (2500 + 833 + 833)] = 1800 \text{万円 (Aの最終の取得分)}$$

$$(5000 - 2000) \times [833 / (2500 + 833 + 833)] = 600 \text{万円 (Cの最終の取得分)}$$

$$(5000 - 2000) \times [833 / (2500 + 833 + 833)] = 600 \text{万円 (Dの最終の取得分)}$$

最終的に、各相続人が取得できる額は、

$$A \ 1800 - 1500 = 300 \text{万円} \quad B \ 2000 - 500 = 1500 \text{万円}$$

$$C \ 400 + 600 - 500 = 500 \text{万円} \quad D \ 600 - 500 = 100 \text{万円}$$

遺留分の試算

計算式1における遺留分の算定は、持戻し免除の遺贈または贈与を遺留分算定の基礎財産に算入すべき通説の立場であるため、これに従うと、Aの遺留分は600万円であり、Dの遺留分は200万円である。

$600 - 300 = 300$ 万円 (Aの遺留分減殺請求権)

$200 - 100 = 100$ 万円 (Dの遺留分減殺請求権)

## 【設例2】

相続財産が6000万円であり、相続人は妻Aと、子B、C、Dの4人である。Bの寄与分が1200万円と認定され、Cへの生前贈与が1800万円である<sup>102)</sup>。

「計算式3」

通説である第903、904条同時適用説に基づくと、次の計算となる。

$6000 + 1800 - 1200 = 6600$ 万円 (みなし相続財産額)

$6600 \times 1/2 = 3300$ 万円 (Aの本来の相続分)

$6600 \times 1/2 \times 1/3 = 1100$ 万円 (Bの本来の相続分)

$6600 \times 1/2 \times 1/3 - 1800 = -700$ 万円 (Cの生前贈与の超過分)

Cの最終の取得分は0となる。

$6600 \times 1/2 \times 1/3 = 1100$ 万円 (Dの本来の相続分)

$(6600 - 1800) \times [3300 / (3300 + 1100 + 1100)] = 2880$ 万円 (Aの最終の取得分)

$(6600 - 1800) \times [1100 / (3300 + 1100 + 1100)] = 960$ 万円 (Bの最終の取得分)

$(6600 - 1800) \times [1100 / (3300 + 1100 + 1100)] = 960$ 万円 (Dの最終の取得分)

最終的に、各相続人が取得できる額は、

A 2880万円

B  $960 + 1200$  (寄与分) = 2160万円

C 1800万円 (生前贈与)

D 960万円

### c 伊藤説の検討

上述では、通説における具体的相続分と遺留分の算定式を検討したうえで、両者の計算上の関係を整理した。しかし、特別受益者の相続分と遺留分の制度を概観すると、算定式は相違するが、両制度の目的は必ずしも乖離しているとはいえず、それぞれの根拠には相続人間の公平を図るという

機能が潜在していると考えられている<sup>103)</sup>。これにたいして、通説的な立場を批判し、具体的相続分の算定は、遺留分の保護を重視したうえで、一元的に計算すべきだとする試みがなされている<sup>104)</sup>。その内容は以下のようなものである。

相続分および遺留分制度の差異を吟味する際、民法第902条により被相続人は法定相続分を変更することが可能だが、同条1項の但書は、その変更が「遺留分に関する規定に違反することができない」と規定している。また、第903条1項は具体的相続分を算定するための定めであるが、この法定準則を変更しようとする被相続人の意思表示、すなわち「持戻し」の免除に関する意思表示も、第903条3項の規定により「遺留分に関する規定に反しない範囲内で」、その効力が認められている。この2つの条項の解釈論として、通説は遺言自由主義を優先し、その制限を弱体化してきた。すなわち、2つの規定における被相続人の意思への制限は、遺留分権利者のために用意されたものであり、遺留分を侵害された相続人からの減殺がなければ、解釈論上意味を有しないとする<sup>105)</sup>。

これにたいし、伊藤教授は、日本の相続法はフランス法に淵源を有するにもかかわらず、遺言自由主義を建前とするドイツ法的な考えにより解釈される傾向があると指摘したうえで、本来ならば、日本法でもフランス法のような自由分・遺留分充当の考えを取り入れるべきと主張している<sup>106)</sup>。また、伊藤教授は前述の2か条につき、民法では減殺請求権はどこにも規定されていないこと、および減殺請求の前提は遺留分権の有無の確定によるものであることを理由に、第902条1項但書または第903条3項に反する被相続人の意思は当然無効であるとする<sup>107)</sup>。以上のように指摘した上、共同相続人間の公平をより徹底させることを目的として、教授は、遺留分優先的な計算を具体的相続分の算定に取り入れる統一的な計算式を提唱している。まず、被相続人が遺留分を侵害しない自由に処分できる部分、いわゆる自由分の観念を導入する。また、伊藤説は、「具体的相続分」は相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の各自が相続を権限として現存

遺産の上に有する実体的権利義務の比率、または分量であると理解している。さらに、この見解は、「持戻し」を「仮装の合算」に変更し、この計算に基づき、自由分・遺留分の額が確定する。そして、持戻し免除の意思表示がなければ、遺贈または贈与などの特別受益を遺留分に「充当」し、持戻し免除の意思表示があれば、これを先に自由分に「充当」していくべきと考えている。

ここで、通説の説明に利用された設例を用いて、伊藤説に即した計算式を説明したい。

は伊藤教授によれば次のようになる。

「計算式4」

$$5000 \text{ (現存積極財産)} + 400 \text{ (贈与)} - 3000 \text{ (相続債務)} = 2400 \text{ 万円} \\ \text{(仮想の合算)}$$

$$2400 \times 1/2 = 1200 \text{ (遺留分)} ; 2400 - 1200 \text{ (遺留分)} = 1200 \text{ 万円 (自由分)}$$

$$1200 \text{ (全体の遺留分)} \times 1/2 = 600 \text{ 万円 (Aの遺留分)}$$

$$1200 \times 1/2 \times 1/3 = 200 \text{ 万円 (B, C, Dの各自の遺留分)}$$

$$2000 - 200 = 1800 \text{ 万円 (Bへの遺贈はBの遺留分に充当)}$$

$$400 - 200 = 200 \text{ 万円 (Cへの生前贈与はCの遺留分に充当)}$$

遺留分を超えた部分は、被相続人の自由分に充当する。

$$1200 \text{ (自由分)} - 1800 - 200 = -800 \text{ 万円 (自由分を超えた侵害額)}$$

$$5000 \text{ (現存積極財産)} - 3000 \text{ (相続債務)} - 2000 \text{ (Bへの遺贈)} = 0$$

配分すべき遺産はない。

$600 \text{ (Aの遺留分)} + 200 \text{ (Dの遺留分)} = 800 \text{ 万円}$ が確保されないため、A、DはBにたいし、800万円の遺留分減殺請求が可能である。

伊藤説は、相続債務の控除について、遺留分を計算する第1029条が相続債務の控除と明言しているため、第903条についても同様に解釈しないと一貫性を失うことを理由に、相続債務を控除すべきと主張している<sup>108)</sup>。また、伊藤教授は相続債務の分担について、「相続債務は、共同相続人の内部では、本来なら各自が相続、遺贈および生前贈与によって受けた総利



益の多少に応じて分担するのが最も公平である」と指摘している<sup>109)</sup>。

つまり、 の場合は、被相続人が行ったB、Cにたいする特別受益は、自由分を侵害したため、その自由分侵害額（800万円）を、A、Dの遺留分減殺できる額として算出する。また、相続債務の弁済については、現存財産から留保すべきであり、残余財産の分配および生前贈与の返還額の確定は、遺産分割の協議や調停・審判により、A、Dの遺留分を侵害しない範囲内で調整すべきとする。

にたいする伊藤説に基づく計算式

「計算式5」

5000（現存積極財産）+ 400（贈与）- 3000（相続債務）= 2400万円  
（仮定の合算）

2400 × 1/2 = 1200万円（自由分）

1200（全体の遺留分）× 1/2 = 600万円（Aの遺留分）

1200 × 1/2 × 1/3 = 200万円（B、C、Dの各自の遺留分）

1200（自由分）- 400（生前贈与）= 800万円（Cへの持戻し免除の贈与を自由分に充当した後の自由分残額）

2000 - 200 = 1800万円（Bへの遺贈はBの遺留分に充当）

800 - 1800 = - 1000万円（自由分超過額）

5000（現存積極財産）- 3000（相続債務）- 2000（Bへの遺贈）= 0（配分できる遺産額はなし）

600（Aの遺留分）+ 200（Cの遺留分）+ 200（Dの遺留分）= 1000万円

伊藤説によれば、遺留分を侵害する持戻し免除の特別受益は当然無効であるが、自由分がこれを満足できる場合、持戻し免除の意思表示は最初に自由分に充当する。また、当該受益相続人は、その遺留分を確保される。したがって、 の場合は、各相続人が取得しうる額は、Aは600万円（遺留分）、Bは2000（遺贈）- 1000（遺留分侵害額）= 1000万円、Cは200（遺留分）+ 400（生前贈与）= 600万円、Dは200万円（遺留分）である。

について伊藤説計算すると、次のようになる。

「計算式6」

$$6000 + 1800 = 7800 \text{万円}$$

$$7800 \times 1/2 = 3900 \text{万円 (自由分)}$$

$$3900 \times 1/2 = 1950 \text{万円 (Aの遺留分)}$$

$$3900 \times 1/2 \times 1/3 = 650 \text{万円 (B, C, Dの遺留分)}$$

$$3900 \text{ (自由分)} - 1800 \text{ (生前贈与)} - 1200 \text{ (寄与分)} = 900 \text{万円}$$

(自由分の残額)

$$900 \times 1/2 = 450 \text{万円 (Aが取得する自由分残額)}$$

$$900 \times 1/2 \times 1/3 = 150 \text{万円 (B, C, Dが取得する自由分残額)}$$

各自の最終取得分

$$A \ 1950 + 450 \text{ (自由分残額)} = 2400 \text{万円}$$

$$B \ 650 + 1200 \text{ (寄与分)} + 150 \text{ (自由分残額)} = 2000 \text{万円}$$

$$C \ 650 + 1800 \text{ (生前贈与)} + 150 \text{ (自由分残額)} = 2600 \text{万円}$$

$$D \ 650 + 150 \text{ (自由分残額)} = 800 \text{万円}$$

伊藤教授は、債権的権利性の強い寄与について相続債務とし、その他の寄与は権利性の弱い修正要素であり、特別受益に劣後すべきとする<sup>110)</sup>。したがって、<sup>111)</sup> の場合は、生前贈与を先に自由分に充当し、その次に寄与分がそれに充当される。そして、自由分の残額は、法定相続分に基づき、各相続額に計上される。

### (3) 中国法における具体的相続分の算定の検討

#### a 具体的相続分の計算式

上で整理した日本法の通説をみると、遺産分割の際の具体的相続分の算定と、遺留分減殺額の算定は、制度上それぞれ独立しており、その算定式も異なっている。これは、遺留分を侵害された相続人が減殺請求権を行使するか否かが不確定なものであることに起因すると思われる。これにたいし、伊藤教授は日本法と母法であるフランス法とを比較し、相続人の最低の利益を確保すべきという配慮を念頭に置き、自由分・遺留分の充当を基本とする計算式を提唱している。

一方、今回の建議稿第29条1項は特留分を侵害した遺言を当然に無効としており、特留分を強力な権利と定めている。解釈上、この規定は、特留分以外の遺産を被相続人の処分意思に委ねる「自由分」を確定したものと理解することができる。さらに、中国法制は、持戻し制度以外に多くの調整要素、たとえば第24、25条の修正や、非相続人の特別受益への考慮などを規定している。したがって、建議稿における具体的相続分の算定式は、日本法の通説のような計算方法よりも、むしろ伊藤説が提案する試算式をその土台にした方が簡便であるように思われる。ただ、伊藤説の場合は、遺留分の侵害額は、試算により予め確定するにとどまり、その減殺請求権の行使は相続人の意思に委ねるのにたいし、建議稿の場合は、特留分を害した被相続人の意思が無効とされる点を留意すべきであろう。相続分の算定において、特留分を侵害した特別受益から、その差し引くべき具体的額を確定しなければならない。

また、建議稿第29条は、「遺言者が特留分に関する規定に違反して作成した遺言処分は無効である」と規定している。この条文は、特留分を侵害した生前贈与が有効という解釈を生み出しかねない。しかし、被相続人が生前に大部分の財産を相続人に処分した場合、たとえ第29条の規定により、遺言のみが無効とされたとしても、相続人間の公平を失することになるだろう。また、建議稿第10条が贈与の持戻しを定めているため、第29条にいう「遺言処分は無効」の文言は、前後の規定の齟齬をもたらす可能性がある。したがって、新たに建議稿第10条との関連性を考慮した補完的な規定、たとえば、特留分を侵害した生前贈与は無効とするような文言を設けるべきではないかと思われる。

#### b 修正要素の整理

建議稿第10条は、贈与の持戻しのみを規定している。しかし、建議稿には日本法第903条のような条文がないため、被相続人が遺言による多額の遺産を処分した場合、他の相続人の利益が著しく害される恐れが生じるだろう。したがって、前述で検討したように、相続人間の

公平を図るために、被相続人のなした遺言処分は相続分の算定において考慮されるべきではないかと思われる。

建議稿第10条は、贈与が行われた時期が関係なく、それを持戻しの対象としている。本稿は、相続分と特留分を統一して計算することを原則とし、具体的相続分の算定に特留分の保全を連動させようとしている。したがって、建議稿第10条の趣旨および条文との一貫性から、特留分の算定の基礎財産は、被相続人が行ったすべての贈与がその中に算入されるものと解すべきと思われる。もっとも、比較法の見地から、例えば日本法第1030条は、相続開始前に1年内に行われた贈与を遺留分算定の基礎財産に算入すると規定しており、また、当事者双方が遺留分権利者への侵害を認識して行った贈与に関し、時期の限定を外しているが、判例(最判平成10・3・24民集52巻2号433頁)は、第1030条とは無関係に、共同相続人への贈与を遺留分算定の基礎財産に取り入れている。

また、中国法の解釈では、減殺ではなく、無効の主張をして、遺贈の場合は履行を拒み、贈与の場合は、返還請求をすることになる。特留分を侵害する特別受益があれば、その無効主張の順番をどのように考えるべきだろうか。日本法は、遺留分減殺の順序について、遺贈、後の贈与という順番を定めており(第1033、1035条)、「遺贈は、その目的の価額の割合に応じてこれを減殺する」と規定している(第1034条)。これらの規定は非常に参考になる。贈与はすでに効力が生じた行為であるのにたいし、遺言処分はこれから効力が発生するものである。したがって、無効によって生じる第三者への影響に関しては、遺言処分より贈与の方が大きいため、遺言処分から無効の主張をすべきであろう。なお、同じ趣旨から、第三者への影響がないため、遺言により多数の財産処分が行われた場合に、財産の価額の割合に応じて無効とすべきであり、それでも特留分権利者の特留分を満たさない場合は、後の贈与からはじめ、順次に前の贈与にたいして無効を根拠に返

還請求していくべきであろう。

持戻し免除の意思表示をめぐり、伊藤説は、「計算式5」、「計算式6」のように、当該意思表示の外に、本人の遺留分をも確保しようとしている。持戻し免除の意思表示は、被相続人の特別意思であるため、これを尊重すべきである。この考え方から伊藤説は妥当のように思われる。したがって、充当作業において、当該持戻しの意思表示は、他の特別受益より優先して、先に自由分に充当されるべきである。

前節で述べたように、建議稿第24、25条が定める要扶養者の利益または扶養の対価は、法的効果の弱い微調整にすぎないため、自由分の残額の範囲内でその額が決められ、処理されるべきであろう。

### c 具体例の検討

以上のような考えを具体例で示すと、次のようなものになる。なお、建議稿第14条1項および第23条によれば、配偶者、子、父母が第一順位の相続人となり、その相続分は均等である。また、第29、30条の規定に従えば、第一順位相続人の特留分は法定相続分の2分の1となる。この点に関し、日本法の規定と若干異なるため留意する必要がある。

#### 【設例3】

被相続人は4000元の財産のみを残した。被相続人にはA、B、C、Dという4名の第一順位の相続人がいる。被相続人は死亡する直前に相続人Aにたいし9000元、Bにたいし7000元の生前贈与を行った。また、被相続人は、遺言でCにたいし3000元の財産を与え、Aへの生前贈与にたいし持戻し免除の意思表示をした。

「計算式7」

$$4000 \text{ (現存財産)} + 9000 \text{ (Aへの生前贈与)} + 7000 \text{ (Bへの生前贈与)} \\ = 20000 \text{元 (相続分算定の基礎財産)}$$

$$20000 \times 1/2 = 10000 \text{元 (自由分)}$$

$$20000 \times 1/2 \times 1/4 = 2500 \text{元 (A, B, C, Dの特留分)}$$

$$7000 - 2500 = 4500 \text{元 (Bへの生前贈与を特留分に充当)}$$

$3000 - 2500 = 500$ 元 (Cへの遺贈を特留分に充当)

$10000$  (自由分) -  $9000$  (Aへの生前贈与) -  $4500 - 500 = -4000$ 元

(A, B, Cへの特別受益による自由分をこえる額)

$4000$  (現存財産) -  $3000$  (Cへの遺贈) =  $1000$ 元 (相続により承継する財産額)

$2500$  (Aの特留分) :  $2500$  (Dの特留分) = 1 : 1

$1000 \times 1/2 = 500$ 元 (Aの特留分への充当額)

$1000 \times 1/2 = 500$ 元 (Dの特留分への充当額)

$2500 - 500 = 2000$ 元 (Aの特留分の残額)

$2500 - 500 = 2000$ 元 (Dの特留分の残額)

$2000 + 2000 = 4000$ 元 (特留分不足額)

A, Dの特留分を満たすために、まずCへの遺贈からその特留分超過額から差し引く。

$4000 - (3000 - 2500) = 3500$ 元

相続人Bへの生前贈与は持戻し免除の意思表示ではないため、自由分の不足額(3500元)を差し引く。

$7000$  (Bへの生前贈与) -  $3500 = 3500$ 元

$9000 + 2500$  (Aの特留分) =  $11500$ 元 (Aの相続による利益)

$3500$ 元 (Bの相続による利益)

$2500$ 元 (Cの最終的相続分)

$2500$ 元 (Dの最終的相続分)

以上の計算式の流れを整理すると次の通りである。まず、A, Bへの贈与を持戻して基礎財産を計算した上で、自由分(1万元)および各相続人の特留分(2500元)が算出される。つぎに、Aへの生前贈与は持戻し免除の意思表示であるため、全額(9000元)を自由分に充当する。Bへの生前贈与とCへの遺贈は持戻し免除の意思表示ではないため、それぞれの特留分に充当し、特留分を超えた部分(B 3500元, C 500元)は自由分に充当する。この結果、自由分を超過した額(4000元)が算出される。さら

に、現存の処分可能の財産をA、Dの特留分に充当し、その特留分の不足額（4000元）を算定する。この不足額を満たすため、まず、Cへの遺贈の特留分超過額（500元）から差し引く。さらに、この不足額の残額（3500元）をBへの通常の贈与額から差し引くと、Bの贈与の保持できる額は3500元となる。最後に、これらの額に基づきA、B、C、Dが実際に取得する額を確定する。

【設例4】

被相続人は2万円の財産と4000円の相続債務を残した。被相続人にA、B、C、Dという4名の第一順位の相続人がいる。Aには第24条1項による修正額が3000元、Dには第24条2項に基づく扶養の対価が1000元と認定された。被相続人は、これ以上の財産の増加が不可能と認識しながらCに8000元の生前贈与をし、遺言によってBに4000元を与えた。

「計算式8」

$$\begin{aligned}
 &20000 \text{ (現存財産)} + 8000 \text{ (Cへの生前贈与)} - 4000 \text{ (相続債務)} \\
 &= 24000 \text{元 (相続分算定の基礎財産)} \\
 &24000 \times 1/2 = 12000 \text{元 (自由分)} \\
 &24000 \times 1/2 \times 1/4 = 3000 \text{元 (A, B, C, Dの特留分)} \\
 &4000 - 3000 = 1000 \text{元 (Bへの遺贈を特留分に充当)} \\
 &8000 - 3000 = 5000 \text{元 (Cへの生前贈与を特留分に充当)} \\
 &12000 \text{ (自由分)} - 1000 - 5000 = 6000 \text{元 (B, Cへの特別受益による各自の特留分を超過した額を自由分に充当)} \\
 &6000 \text{ (自由分の残余)} - 3000 \text{ (Aの修正分)} = 3000 \text{元} \\
 &3000 - 1000 \text{ (Dの修正分)} = 2000 \text{元 (残りの自由分)} \\
 &2000 \times 1/4 = 500 \text{元 (法定相続分率に基づく各相続人が取得する残余の自由分)} \\
 &3000 \text{ (特留分)} + 3000 \text{ (修正分)} + 500 \text{ (自由分残額)} = 6500 \text{元 (Aの最終的相続分)} \\
 &4000 \text{ (遺贈)} + 500 \text{ (自由分残額)} = 4500 \text{元 (Bの最終的相続分)}
 \end{aligned}$$

8000(生前贈与)+500(自由分残額)=8500元(Cの相続による利益)  
3000(特留分)+1000(修正分)+500(自由分残額)=4500元(Dの最終的相続分)

上の計算式の説明は次のようなものである。まず、Bへの遺贈とCへの生前贈与は各自の特留分に充当し、その特留分を超えた部分(B1000元、C5000元)は、自由分に充当する。その結果6000元の自由分が残されている。次に、Aへの修正分は生活保障に基づくものであるため、Dの相続人間の公平を図る目的とする修正分より、先に充当される。したがって、Aの修正分(3000元)を充当した後、Dの修正分(1000元)を充当しても、なお2000元の自由分の残額がある。最後に、この2000元を法定相続分で割れば、各相続人は500元の自由分残額を取得する。最終的に、Aは6500元、Bは4500元、Cは500元(これ以外に8000元の生前贈与がある)、Dは4500元の相続分を取得することとなる。

#### 5) 共同相続人の利益を害する遺言の防止

##### (1) 遺言能力をめぐる問題

通常、遺言者は高齢になってから、自己の財産が如何に処分されるかに気づき、死後の遺産分割に自己の意思を介入させるため、遺言書の作成に着手するよう思われる。ところが、人は高齢になるとともに、物事にたいする判断能力が低下していく。また、遺言者は加齢により痴呆になる直前に、人の言われるままに行動する傾向があることも十分に考えられる。被相続人がこうした状況のもとで作成した遺言は、どのくらいの信憑性があり、またどれくらい自己の意思を反映しているかについては疑問の余地がある。少なくとも、今回主な比較研究の対象である日本法の実務では、遺言の作成は遺言の受益相続人に操作されやすい問題点が指摘されている。こうした日本法の現状を分析したうえで、中国法における類似問題の防止策を模索してみたい。

##### (2) 日本の現状

日本における普通方式遺言は自筆証書遺言、公証人が作成する公正証書



遺言と秘密証書遺言に大別することができる。自筆証書遺言に関しては、高齢者の遺言能力の不備が文面に顕現し、または方式違反の欠陥が暴露されやすいため、法的に有効な遺言になりにくい。そのため、遺言能力が欠如している被相続人が問題の遺言を作成できる場合というのは、往々にして遺言の真实性を維持するはずの公証人が介在する場合である。こうした遺言が如何に作成され、どのような問題を引き起こしているかについて、整理してみる。

公正証書遺言に至る経緯を見ると、最初に公証役場に出向くなどして、遺言手続きを依頼・仲介した者の中に、受益者が少なからず存在している<sup>111)</sup>。また、遺言者と遺言執行者との関係において、専門機関を除いて、遺産を受益する者が遺産執行者として指定される場合が最も多いと指摘されている<sup>112)</sup>。このような背景のもとで、遺言能力をめぐる訴訟は相続人による相続財産争いの戦場と化していると言われている<sup>113)</sup>。すなわち、遺言能力に関わる訴訟のほとんどは、遺言者が特定の相続人または相続人以外の者に遺産を与えることを遺言にした場合において、これにより利益が害された相続人が、遺言者が遺言を作成する際の遺言能力の欠如または方式違反を理由に争う事件である。

次に、公正証書遺言について、後に紛争となり、且つその効力が否定された具体例を見ていきたい。

東京高判昭和52・10・13（判時877号58頁）は、64歳のとき脳溢血で倒れ、その後12年間生存していた被相続人が、死亡1年2ヶ月前に作成した公正証書遺言が無効とされた事例である。裁判所は、「明らかな言語機能の障害や関心・自発性・意欲の欠如・低下」からみて、遺言者には「中等度的人格水準低下と痴呆がみられ、是非善悪の判断能力並びに事理弁別の能力に著しい障害があった」ため、「遺言をなすうるために必要な行為の結果を弁識・判断するに足るだけの精神能力を欠いていた」と判示した。

東京地判平成4・6・19（家月45巻4号119頁）は、アルツハイマー型

老人痴呆症で入院中に作成された公正証書遺言の効力が無効とされた事例である。遺言者はアルツハイマー型老人痴呆症の急速な進行により記憶障害、理解力、判断力の低下が著しいことや、遺言の作成に要した時間は20分程度であり、その作成時において遺言者は単に頷いたり、「はい」という返事をした程度であり、それ以上の具体的な説明、発言をしていなかったなどのことから、裁判所は本件遺言を無効とした。

宮崎地日南支判平成5・3・30(家月46巻5号60頁)は、中等程度以上の痴呆状態にあたる遺言者の公正証書遺言の効力が争われた事件。遺言者は1987年7月本件公正証書遺言作成当時、「少なくとも中等度の中期ないしは後期の段階の痴呆状態にあった」。判決は、遺言者は、「公証人からの質問に対し、その意味を理解しないまま、受動的に返事をし、財産処分の意味やそれが及ぼす影響についても理解できず、土地を特定して認識することも不可能な精神状態であったことになるから、本件遺言の意味を理解し、その結果を弁識判断するはなかつたと推認できる」と判断し、遺言を無効とした。

名古屋高判平成5・6・29は(家月46巻5号60頁)は、中等度ないし高度の老人性痴呆症の状態にあった者のなした公正証書遺言の効力が争われた事件である。遺言者は、「生前専門医の診療を受けていなかったが、本件遺言当時は正常の判断力・理解力・表現力を欠き、老人特有の中等度ないし高度の痴呆状態にあったものと推認され」、また、遺言者が35筆の不動産を含む全財産を、ほとんど深い付き合いのなかつた弁護士に包括遺贈し、遺言者姉弟の扶養看護から葬儀まで任せるという「遺言行為の重大結果を認識するに足るだけの精神能力を有しておらず、意思能力を欠いていたものと認め」られ、遺言が無効とされた。

東京地判平成9・10・24(判タ979号202頁)は、脳梗塞で入院した遺言者が死亡する半月前に作成した公正証書遺言について、その効力が争われた事件である。遺言者は遺言をした時点においては、「周囲の者の指示に従って文字を書く能力は有したものの、自らの行為の意味と結果

を認識し、自らの意思によっていかなる行為をすべきであるのかの判断をする能力を失っていたものと認められた。また、本件では、公証人が遺言者の意思能力の有無について十分意を用いて確認した上で、遺言書を作成したものと認めがたいとされている。

東京高判平成12・3・15（判時1715号34頁）では、89歳で死亡した遺言者は死亡9ヶ月前に、公正証書遺言書を作成していた。ところが、当該遺言が作成される約2年前から、遺言者は精神的な変調が現れ、精神能力が徐々に低下し、遅くとも遺言作成の一ヶ月後に、高度の痴呆状態にあった。判決は、遺言者は遺言の内容を理解し、判断することができる状況になかったとして、遺言を無効とした。

以上の具体例から、公正証書遺言により共同相続人の権利を害する実態を描くことができるだろう。以上のような諸事例を通じて、遺言者が痴呆に近い状態に陥った場合には、公正証書遺言を作成するにあたって、自らの意思に基づき遺言を作成することが考えられにくいことを伺える。ところが、被相続人の高齢による痴呆を利用し、利益を取得しようとする相続人は、率先して公証人にコンタクトし、遺言者に自己を受遺者または受益者、遺産執行者と指定させる公正証書遺言、いわゆる「他人主導型」のものを作成させようとする。たとえば、事例 では、まず、特別な利益を得ようとする相続人が、公証人に接触し、遺言の内容を伝え、あらかじめ遺言文書を作成させておく。そして、公証人は遺言者と面会し、本人と世間話程度の会話で遺言能力を判断し、その遺言内容を読み聞かせて、遺言者から「はい」程度の回答と頷きがあれば、震えた手でサインさせる。これをもって、有効なかつ、単独で不動産名義変更の登記手続にでも使える公正証書遺言が誕生する。この例は、公正証書遺言による他の共同相続人の利益への侵害を如実に反映している氷山の一角にすぎない。

そもそも、明治民法が遺言をする能力と行為能力とを分離したことから、遺言作成に必要な能力は財産取引に必要とする能力より低いと解することになったように思われる。つまり、民法は、「満15歳に達した者は、遺言

をすることができる」(第961条)と規定し、また第962条により、行為能力による取消権を排除することを明確にした。第961、962条はどのような立法趣旨のもとで制定されたのだろうか。第961条(草案1062条)の立法理由に関し、法典調査会において、立法者は、未成年者は限定能力者であり、多くの法律行為を行うことができ、また、婚姻年齢が男17歳、女15歳であるため、15歳で遺言を作成することができれば、未成年者が婚姻し財産を取得しても遺言ができないという不都合を回避できると説明している<sup>114)</sup>。第962条(草案1063条)の理由につき、立法者は、遺言の作成は、他人の相談あるいは同意を経る必要がない独立行為であること、禁治産者であっても、本人の精神状態が安定するときに自己の財産の死後の処分行為を制限すべきではないこと、にあると説明している<sup>115)</sup>。以上のようなことから、立法者は第961、962条の立法理由の説明において、具体的な遺言能力の判断基準を明らかにしていないことを伺える。現在の遺言能力に関し通説は、贈与や取引などの場合に即した行為能力ではなく、身分行為の原則に基づく意思能力で足りると解している。その理由として、イ・人の最終意思を尊重すべきであること、ロ・人の最後の意思には、欺罔・策謀・貪欲などの忌まわしいものが少ないこと、ハ・遺言が身分的行為であること、ニ・行為能力のない者の最終意思に基づく遺言を尊重しても、弊害を生むことは珍しいこと、などが考えられている<sup>116)</sup>。しかし、具体例で分かるように、一部の他人主導型の遺言において作成者が痴呆高齢者であるため、その真意が必ずしも反映されているとはいえない。また、論者が指摘しているように、ほとんどの遺言による意思表示は身分的行為ではなく、財産処分に関するものであるため、裁判例では欺罔・策謀・貪欲などの忌まわしいことも少なからず発生している<sup>117)</sup>。従って、高齢社会に対応するために、従来の遺言能力をめぐる考えを改めるべきとする立場が増えつつある。

第一に、第963条が「遺言をするときにおいて」要求する「能力」は個々の遺言による処分の内容に応じて要求される権利行使能力と理解し、

この解釈により遺言能力の基準を高める必要性を訴える論者も多く存在する<sup>118)</sup>。そのため、公証人を介した遺言作成の場面において、公証人による個々の遺言につき、それに相応する遺言者の能力確認はきちんと機能させるべきだと考えられている<sup>119)</sup>。第二に、遺言事項ごとに能力を定めることに一定の理解を見せながら、その具体的な運用に難色を示し、第961条が規定する15歳という遺言年齢に関し、その立法理由を疑問視した上で、「成年年齢を18歳にし、婚姻年齢と遺言年齢を廃止」すべきとする考えがある<sup>120)</sup>。第三に、遺言能力を判断するにあたって、医師の医学的所見や客観的検査データという静的な側面のみならず、高齢者本人が置かれている環境という動的な側面を重要視しつつ、遺言者本人の最終意思を実現させるべきという実務家の指摘がみられる<sup>121)</sup>。第四に、近時、意思能力はそれぞれの行為の類型により個別的に判断すべきとする従来の観念への修正的な立場が現れている<sup>122)</sup>。

もっとも、最近、日本の裁判例において、「複数の者に対し複数の特定の土地を相続させ、遺贈する内容となっており、遺言者においてその遺言内容を理解していなかったと推認される」ことを理由に、遺言する能力をめぐり相対的な判断を下した事例が現れ始めた<sup>123)</sup>。贈与や売買などと同じく莫大な財産を処分する遺言も存在するため、遺言能力を見直すのは当然であろう。

### （3）中国における注意すべき点

中国の一部の都市においてすでに高齢化が進行しはじめている。以上に整理した日本法の実務の欠陥は、相続人の利害を著しく害する恐れがあり、こうした問題が中国制度の下でも発生しうることが問題となる。

現行中国相続法第17条1項は、「公証遺言（日本法でいう公正証書遺言）は遺言者が公証機関を通して行う」と規定しており、また、遺言能力について、同法第22条は、「無権利行為能力者または制限行為能力者が作成した遺言は無効である」と規定している。その第17条1項の規定は漠然としており、公証機関が具体的にいかなる権限を持ち、どんな事項について審

査すべきかが明確なものではない。この欠点については、すでに指摘されている<sup>124)</sup>。第22条が定めた「無権利行為能力者」または「制限行為能力者」は、遺言能力を明言したものであり、こうした観念を規定する「民法通則」<sup>125)</sup>の条文を勘案すると、遺言する能力を「行為能力」とを同様に理解していると解釈することができる。つまり、遺言者は独立して民事行為を行うことができるものでなければならず、この能力に満たさない者、たとえば、痴呆となった高齢者が作成した遺言は無効となるだろう。日本法のような行為能力と遺言能力とを区別して理解する通説と比較すると、中国相続法は遺言能力を財産的な行為能力と同じ高い程度のものであり、評価に値する。

他方、建議稿は、従来の遺言能力に関わる立場、すなわち、「完全民事行為能力」を要求する点を踏まえつつ(第33条)、現行17条1項の不備を改善しようとしている。すなわち、建議稿第35条は、公証人に遺言の形式を審査する権限を与えたのみならず、「公証人は、遺言を公証するときは、関連事項を審査しなければならない。審査する具体的な内容は、遺言者の遺言能力、意思表示の真实性、遺言形式の合法性、及び公証規則により審査しなければならない事項である」と規定している。この規定をみると、建議稿では公証人に遺言者の真意の確認が義務付けられているといえよう。公証遺言はもっとも真正性を保障する厳格な遺言であるだけに、厳としたチェックが望ましいと思われる。

もっとも、中国法では、日本法でいう成年後見制度が樹立されていないため、「完全民事行為能力」を欠いた高齢者、いわゆる「成年被後見人」に関する登記制度が整備されていない。したがって、公証遺言の実務において、より厳しいかつ適切な遺言能力、遺言者の真意に関する審査の重要性が一層高まるだろう。それゆえ、公証機関の責任が非常に重くなる。

他方、中国における公証機関の人員確保の現状はいかなるものであろうか。中国において、1992年から、公証人試験が4回ほど実施されていた<sup>126)</sup>。また、2002年の統一国家司法試験が実施されたことを契機に、今

後、公証人が当該試験の合格者から選ばれることになる<sup>127)</sup>。そのため、公証人の素質がより高められることが予想される。しかし、公証遺言の作成段階において、公証人は、どのような方法で遺言者の意思表示の真実性または遺言能力を確認すべきかが問題となる。そこで、日本法の議論が参考になるのではないかと思われる。つまり、公証人は、日常会話程度の質問ではなく、マニュアル化された質問事項をはじめ、遺言作成の動機や、財産価値への認識度などの、より複雑な質問をすることにより、遺言者が遺言の内容あるいはその意味を理解して自らの意思に基づいて遺言をしたかどうかを確認すべきである。遺言能力につき、公証人が判断し難い場合には、医師の専門的な診察を受けさせ、この結果を以て、遺言内容の複雑さ、遺産額の大きさなどのことを総合的に考慮すべきではないかと思われる。

以上のような方法に即して公証遺言の作成を進めることによって、事態が若干煩雑になるかもしれない。しかし、公証人が事後の紛争を防止するための監視役として考えられるため、公証遺言の作成においても、その役割を果たすべきであろう。

### 3 相続債権者の保護 遺言執行および遺産管理の制度的保障

#### 1) 建議稿が残した課題の整理

前述のように、建議稿は現行相続法の当然限定相続原則を承継し、第76条を用いて、この点を明確にしている。他方、当然限定相続のもとでは、遺産の処理が破産における財産の清算に近い意味を持つことになり、相続財産の清算または相続債務の適切な弁済が欠かせない。また、その過程において、相続債権者と相続人との利益調整が不可欠になり、共同相続人の利益あるいは相続人間の公平を害しないような処理が期待される。その管理は遺産管理人または遺言執行者に任せられているため、これらの者の確定は重要な意味を持つことになる。

第一に、遺産を管理する者を確定する規定として、建議稿は「遺産の処理」の章において、その第65条により、利害関係人の請求に基づき法院は

遺産管理人を指定することができる」と定めている。これにたいし、建議稿の遺言相続の部分において、法院による遺産管理の役割を果たしている遺言執行者を指定する規定は置かれておらず、単に「遺言が遺言執行者を指定しなかった場合において、法定相続人が多数いるときには、すべての相続人が共同遺言執行者となる。共同相続人は、一名または数名を選任し、代表として遺言を執行させることができる」と規定している(第56条)。しかし、遺言執行者が共同相続人により選任されなければ、相続財産は共同相続人により管理される。そこで、迅速、且つ、円滑な遺言執行を促進するために、遺産管理人の選任に関する規定と同様に、利害関係人の請求により法院が遺言執行者を指定することができるような規定を設ける必要があるように思われる。

第二に、建議稿は、法定相続において、「遺産の保管」につき遺産管理人に一定の権利を与え(第67条)、遺言処分において、遺産の整理・管理を遺言執行者に委ねると規定している(第57条2,3号)。しかし、実際の職務を執行するにあたって、遺産管理人または遺言執行者がどのような権利を有するかについては、すこし立ち入って検討が加えなければならない。

第三に、相続人は、遺産管理人または遺言執行者の存在、あるいは、これらの者の確定が直ちに行われることを認識しながら、恣意的に遺産を処分した場合、当該処分の有効性が問われる。また、相続人が、遺言の存在を知らずに遺産を処分した後で、遺言執行者および当該遺産の処分を定めた遺言書が発見された場合、かかる処分の効力について議論する余地があり、防止策を講じる必要がある。

以上の点をめぐる日本法の議論を整理した上で、中国法における補完的な解釈または措置を模索してみたい。ただし、日本法の場合は、中国法と異なり、単純承認を原則としているため、限定承認あるいは相続人の不在に起因する相続財産管理人に関わる議論または事案が少ない。したがって、同じく清算人としての役割を果たしつつある遺言執行者を中心に、かかる議論または事例をまとめたい。



## 2) 日本法の実情

### a 遺言執行者および相続財産管理人の選定

2001年の司法統計年報家事編によれば、遺言執行者の選任の申立件数は1256件であり、相続人不分明の場合における相続財産管理人の選任申立件数は7995件である<sup>128)</sup>。このデータから、遺言者が遺言を作成すると同時に、遺言執行者を指定する機会が多いことが推測される。また、弁護士などの専門家は、遺言者から自己の財産処分に関する意思を如何にして実現できるかという相談を受け、これを契機に遺言執行者に指定される場合もあると言われているが<sup>129)</sup>、実際は、遺言による受益者や、跡継ぎとしての長男が遺言執行者になることが多いと思われる。この結果は、遺言者が受益者に相談した上で、財産を受益者に独占させるような遺言を作成することが多い、という実情によるものではないかと考えられる。これにたいし、単純承認の場合には、共同相続人が遺産管理人になることが少なくないため、遺産の占有、果実の収取・利用をめぐる紛争が発生すると思われる。

### b 相続財産管理人の任務と地位

日本法は、第918条を用いて、相続開始後の遺産を管理する相続人の管理責任を規定している。これは遺産の保存方法を主眼にしたものである。他方、限定承認が行われた場合、限定承認者の遺産管理方法を明確にした上で、その公告義務（第927条）、催告期間中の弁済拒否義務（第928条）および配当弁済の方法（第929条）、弁済期に至らない債権、条件付債権、および相続期間の不確定な債権の弁済方法（第930条）、公告手続、受遺者への弁済方法（第931条）、相続財産の換価の方法（第932条）などについて、詳細に定めている。また、以上の諸義務を違反した限定承認者に損害賠償責任を負わせることにより、不当な弁済を防止しようとしている（第934条）。もっとも、条文では以上の義務を有する主体は限定承認者となっているが、限定承認を申し立てるに際して、相続財産管理人も同時に指定されると思われるため、實際上、第936条3項の規定により、相続財産管

理人がこれらの責任を負うことになろう。建議稿もこれにほぼ類似した規定を設けているため(第78-81条),問題を防止することができると思われる。

c 遺言執行者の任務と地位

比較法的に見て、遺言執行者にどのような任務または権限を与えているかについて、2つの系統があると言われている<sup>130)</sup>。すなわち、1つは、フランス法のような相続人または受遺者が相続債務の弁済につき、各自にその責任を負い、遺言執行者の任務を単に遺言条項の履行に限定するものであり、他の1つは、遺言執行者に遺産債務の弁済と遺産分割という二重の責務を与え、清算人としての地位を付与する構成である。その典型はイギリス法であり、被相続人の意思により清算任務を排除できるドイツ型も存在する。日本相続法制は、明治民法のもとで制定され、家督相続制度に重点が置かれ、本来、フランス法に倣ったものが多く存在する。したがって、フランス法の考えをとりつつ、遺言執行者の権限を定める日本民法第1013条の趣旨は、「遺言の目的の遂行」<sup>131)</sup>または「遺言の内容の実現」<sup>132)</sup>、「遺言の適切な執行」<sup>133)</sup>、「受益者の利益の保護」<sup>134)</sup>といった点に求められる。しかし、家督相続制度の廃止と共に、家意識が薄れ、権利意識が高まってきた。そのため、遺言執行に際して、各相続人間の実質的な公平を図る必要性が生じ、このような現状のもとで、遺言執行者の清算人的役割が重視されてくるのは自然なことであり、現に、遺言執行者は被相続人によって清算的任務を与えられる傾向にあると指摘されている<sup>135)</sup>。

他方、遺言執行者の法的地位について、第1015条に「遺言執行者は、これを相続人の代理人とみなす」という明確な文言があるものの、これをめぐって様々な学説の展開が見られる。つまり、イ・第1015条の規定に忠実に従い、遺言執行者は実質的には相続人の代理人とみなすものとする相続人代理説<sup>136)</sup>、ロ・遺言執行者は、実質的に死亡した遺言者の代理人であり、その意思を代表して執務を遂行すると捉える遺言者代理説<sup>137)</sup>、ハ・遺言執行者は誰の代理人でもなく、法の規定によって執行者に遺言の実現

に必要な権限が与えられているとする職務説<sup>138)</sup>、二．信託法の規定を類推適用して、遺言執行者の地位を構成すべきと理解する信託説<sup>139)</sup>などがある。これらの議論にたいし、「遺言執行者は、法の規定に従って遺言の執行のために必要な一定の権限を与えられ、その行為は、法の規定に従って一定の効果をもたらす。遺言執行者の法的地位をどのように説明するかは、この結論につき、差異を生ぜしめない」ため、解釈論としてはそれほどの実益はないと示唆する立場もある<sup>140)</sup>。

相続開始後、遺言者はすでに死亡しており、遺言執行者が死亡者の代理人にはなり得ない。また、遺言執行者は適切に遺言を執行するために、場合によって特定の相続人の利益に反することを行うことがある。さらに、中国相続法は当然限定相続を原則としているため、遺言執行者は遺産の清算人としての役割も非常に大きいと考えられる。以上のようなことから、職務説の方が妥当のように思われる。

#### d 遺言執行者の具体的権限

遺言執行者は遺言の執行に必要な財産について財産目録の調製を行い（第1011条）、相続財産の管理その他遺言執行に必要な一切の行為をする権利義務を有する（第1012条1項）。実際は、遺言執行者の権限は、遺言の執行に必要なかどうかにより個別に判断される。

不動産に関する執行について、通常、遺言執行者は受遺相続人のために、不動産を占有管理し、本人に引渡しを行うことができると考えられる。ところで、前節で検討した香川判決を契機に、「相続させる」旨の遺言をめぐる遺言執行者の権限が問題となった。まず、相続させる旨の遺言の受益相続人甲が、遺言執行者にたいし、職務上の義務を怠って、甲への所有権移転登記を申請しなかったため生じた不法行為による損害賠償を請求した事案において、最判平成7・1・24（判タ874号130頁）は、「甲が単独でその旨の所有移転登記手続をすることができ、遺言執行者は、遺言の執行として右の登記手続をする義務を負うものではない」と判示した。そこで、一部の学説はこの判決の射程範囲を拡大解釈し、当該遺言がされた

場合に遺言執行者が登記手続に関わる権限を否定しようとしている。しかし、最判平成11・12・16(判タ1024号155頁)は、「特定の不動産を特定の相続人甲に相続させる趣旨の遺言がなされた場合において、他の相続人が相続開始後に当該不動産につき被相続人から自己への所有権移転登記を経由しているときは、遺言執行者は、右所有権移転登記の抹消登記手続のほか、甲への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めることができる」と判示し、遺言執行者の権限を是認した。ただし、同判決は、香川判決について「当該不動産が被相続人名義である限りは、遺言執行者の職務は顕在化せず、遺言執行者は登記手続をすべき権利も義務も有しない」と述べ、対象不動産が被相続人名義の場合と、相続人の一人または第三者名義である場合とを区別して、遺言執行者の権限を考えている。他方、平成11年判決は、不動産名義が被相続人名義である場合は、遺言執行者の職務権限が顕在化しないため、遺言執行者は登記手続すべき権利も義務も有しないとしている点にたいし、第1012条にいう「遺言の執行に必要な一切の行為」に基づき、この場合においても、遺言執行者の登記請求権を是認すべきと理解する立場がある<sup>141)</sup>。

遺産に預貯金が存在する場合、遺言執行者は遺言を円滑に執行するために、金融機関にたいして遺言者の預貯金を照会し、これの名義書換や、払い戻しを請求する必要性が生じる。あるアンケート調査の分析による<sup>142)</sup>と、遺言執行者により預貯金の照会をした場合は、金融機関から比較的容易に回答を得られるが、名義書換や、払い戻しを請求した場合は、遺言執行者は目的の達成に至るまで非常に苦勞しなければならないようである。預金の払い戻しに関し、遺言によりその取得を指定された相続人が自己の名で申請すればよい、また、後のトラブルを防ぐために、遺言執行者が請求した場合でも、相続人全員の同意が欠かせないとする考えが存在する。なお、1985年12月12日、日本公証人連合会は全国銀行協会にたいし、「遺言に基づく銀行預金の名義書換、払い戻しについての要望」を通じて、現状の改善を要求したが、銀行協会は、相続預金の払い戻しなどについて

は、多くの利害関係が存在し、紛争などに巻き込まれることが多いなどの理由から統一的に要望に応じられないと回答した。このような執行に関する困難な状況が存在するが、遺言執行者の公示制度を設け、遺言執行者に法的権限を明確に与えれば、状況が変わるのではないかと思われる。なお、近時、銀行が、公正証書遺言により指定された遺言執行者からの預金債権の払い戻し請求を拒絶したことが違法であるとして、遺言執行者の求めた損害賠償請求が容認された事例（さいたま地裁熊谷支判平成13・6・20判時1761号87頁）が現れ、今後の金融機関の類似する事案の対応に影響を及ぼすと考えられる。

貸し金庫にたいする執行をめぐる、遺言執行者が遺言者の銀行の貸し金庫の開扉を求める仮処分をしたのにたいし、銀行が、遺言執行者には遺言者の遺産管理処分権はあるが、遺言者の貸し金庫開扉の権利はないと争った事件において、神戸地決平成11・6・9（判時1697号91頁）は、「文言上は不動産及び預貯金のみであるが、遺言者に他の資産はなく、右遺言は遺言者の全財産を対象とする包括遺贈であるものと解しうるから、遺言執行者には、本件貸し金庫の開閉権を有する」と判示した。しかし、「貸し金庫がその性格上財産的に重要な書類・貴重品等を収納するものである」ため、遺言執行者の開閉権は、包括遺贈に限定するものではないとする意見がある<sup>143)</sup>。

また、遺言執行者の権限に直結する事例ではないが、貸し金庫契約上の内容物引渡請求権に関して、最判平成11・11・29（民集53巻8号1926頁）は「貸し金庫の内容物については、利用者の銀行に対する貸し金庫契約上の内容物引渡請求権を差し押さえる方法により、強制執行をすることができる」と判示したことを論拠とする見解も存在する<sup>144)</sup>。すなわち、被相続人が銀行と貸し金庫契約を締結しているのであれば、遺言執行者は第1012条の権限に基づき、必要に応じて銀行にたいし、内容物の引渡請求権を有する。また、これを債権と見る場合は、その権利が相続開始と同時に、相続人全員に承継され、遺言執行者は相続人の代理人とみなされ（第1015条）、相

続人による執行行為の妨害を退ける権利を有するため(第1013条),単独で銀行にたいし内容物の引渡請求が可能だと示唆している。

e 相続人の処分行為と遺言執行者の権限

遺言執行者は公正,かつ適切に遺産を処理する必要があり,遺産を管理・処分するにあたって,その権限を最大限に保障し,円滑な執行を保障するために,日本民法第1013条は,「遺言執行者がある場合には,相続人は,相続財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができない」と規定し,相続人の処分行為を制限しようとしている。実務では,この規定がどのように運用されているのだろうか。

相続人が行った処分行為を無効とする判決が古くから存在している。遺言者は,遺産中の不動産の売却代金を数人で分配すべき旨の遺言を作成したが,家督相続人は,相続登記を経たうえで,当該不動産に抵当権を設定した事案において,大判昭和5・6・16(民集9巻550頁)は,かかる処分は「絶対無効」と判断し,受遺者からの無効確認および登記抹消請求を是認した。また,現行法の下で,ある共同相続人が,本件土地建物に設定された根抵当権に基づきその実行としての競売を申し立てたのにたいし,遺言執行者から本件土地建物の遺贈を受けた受遺者らが,遺言執行者の指定があるにもかかわらず当該相続人がした右根抵当権設定は無効であると主張して,第三者異議の訴えにより右競売の不許を求めた事案において,最判昭和62・4・23(判時1236号72頁)は,右の大審院判決を引用し,「相続人が,同法1013条の規定に違反して,……第三者のため抵当権を設定してその登記をしたとしても,相続人の右処分行為は無効であり,受遺者は,遺贈による目的不動産の所有権取得を登記なくして右処分行為の相手方たる第三者に対抗することのできる……同条にいう『遺言執行者がある場合』とは,遺言執行者として指定された者が就職を承諾する前をも含むと解する」と判示した。

本判決は,遺言執行における執行者の絶対的な権限を再確認し,遺言執行者が就任前の相続人の処分行為の効力に言及したものである。遺言執行

者の権限の保障は非常に重要なことであるが、無権相続人の処分行為から生じる第三者の保護の問題も同時に現れる。処分の目的物が動産である場合は、即時取得などの理論により第三者の保護が図られるが、不動産の場合は、問題が複雑となる。そもそも、日本法では不動産の登記に公信力が与えられておらず、例えば、善意の第三者の保護は第94条2項の類推適用に依拠している。このような状況のもとで、遺言が発見される前に、相続人と善意の第三者との間に取引が行われたような場合、当該第三者の利益を考慮する方法が必要となる。

第1013条に違反した相続人の処分行為の効力をめぐる解釈として、次のような見解が存在する。イ．第1013条の趣旨からして、相続人の処分行為は無効と解するのはやむを得ないとする絶対的無効説<sup>145)</sup>、ロ．相続人の処分行為は受益者に対する関係においてのみ無効であり、その他の者に対する関係では有効とする相対的無効説<sup>146)</sup>、ハ．処分行為は絶対的無効ではなく、遺言者の同意や、追認のある場合、あるいは、遺言者の辞任・解任その他の事由による任務終了の場合、相続人の管理処分権が回復し、当該処分は初めから有効となりうるとする不確定無効説<sup>147)</sup>、ニ．第三者保護を重視する見地から、遺言執行者が第1013条に基づき登記移転禁止の仮処分登記を行った場合に、当該処分行為は無効となるが、そうでない場合は対抗問題とすべきとする対抗要件説<sup>148)</sup>がある。

以上のような立場の外に、比較法の見地から、遺言の登録や、相続証書の発行などの制度を設計する提案が見られる<sup>149)</sup>。この見解によれば、「遺言の存在・内容を確認できる制度」<sup>150)</sup>が考えられるし、また、「権利関係の調査・確認の手がかりとしての登記の機能を十分に発揮させるためには、相続開始後は、遺言の存在等も考慮した上での相続をめぐる法的状況を証する書面を公的機関に発行させることとし、これによらなければ登記はできない」<sup>151)</sup>というような手法が可能となる。

### 3) 中国法の検討

#### a 遺言執行者の選任

前述のように、建議稿では、人民法院による遺産管理人の選任については規定を設けているが、遺言執行者については同様な規定が見られない。しかし、遺言執行者にも債務の弁済、遺産の適切な分配が要求されるため、遺言執行者の迅速な確定が非常に重要である。私見として、解決策として二通りの方法があるように思われる。まず、日本法の第1010条のような規定を設け、利害関係人の請求により、法院によって遺言執行者を指定する手法である。具体的にいえば、建議稿第65条の詳細を見ると、「遺言で遺言執行者が指定されず、相続人間に遺産管理人の選任につき争いがある場合」と定めているが、解釈論として、遺産管理人に限定せず、遺言執行者も本条の射程範囲に入れるべきではないかと考えられる。なぜなら、本条は「遺産管理人の選任」であるが、遺言執行者も遺産管理人の責務を担っているので、遺産を自由な処分から守るという本条の趣旨に鑑みて、この内容の拡大解釈は可能であるからである。次に考えられるのは共同相続人に連帯責任を負わせる手法である。すなわち、第56条の規定により、法定相続人が多数いるとき、すべての相続人が共同遺言執行者となる。相続財産が勝手に処分された場合、遺言執行者の責任に関する一般理論(第58条)により、共同相続人が連帯して責任を負わなければならないであろう。2つの方法を比較すると、第58条の要件は故意または重過失であるため、必ずしも利害関係者の利益が手厚く保護されるとは言えない点、また、紛争を事前に防ぐべきである観点からすれば、第一の手法が望ましいのではないかとと思われる。

#### b 遺産管理人および遺言執行者の具体的権限

当然限定相続の原則を採用している中国法において、相続財産の処理は遺産清算にとって最も重要なものであり、相続財産法人に近いような存在となる。そのため、前段で論じられていた遺言執行者の諸権利を、相続債権者の保護の見地から、遺産管理人または遺言執行者に認める必要性がより高まると思われる。したがって、財産処分の責任者である遺産管理人および遺言執行者に「一切」の権限を付与すべきであり、不動産の権利変更



における占有管理や、名義変更の諸権利はもちろん、預貯金の照会、名義書換、払い戻し、貸金庫の開扉権のような財産管理・処分上欠かせない権限も認めるべきであろう。

c 中国法における日本法第1013条の必要性および登録・公示制度の運用可能性

建議稿では、日本法第1013条のような規定が置かれていない。しかし、相続債権者の保護、および適切な遺産分配を保障するため、遺産管理人および遺言執行者に、相続人の処分行為を無効にすることができる絶対的な権限を与えるべきだろう。ところで、物権変動について法制度が整えられておらず、かつ不動産の相続登記が完備されていない中国では、相続人から権利を取得する善意の第三者の保護を講じる必要がある。この点に関し、遺言登録制度および相続証書制度の導入は、制度の大幅な見直しに直面している中国にとって、非常に参考になるだろう。つまり、遺言登録制度を創設することにより、遺言書が存在するか否かが明らかになる。そうすれば、遺言を無視した相続人と取引をする第三者が現れる可能性が一気に低下するのではないかとと思われる。遺産処理にあたって、建議稿第79条の公示催告手続を行うと同時に、遺産管理人または遺言執行者を明確にすることにより、これらの者が、遺産の処理、あるいは遺言の執行のために行った不動産名義変更などの行為に公信力を与えることも可能であろう。

4) 公示制度

a 日本の実情

以上のような制度設計の前提条件は、公示制度の健全化に求められると思われる。公示制度の真価・役割が問題とされたものとして、限定承認に関する事例がある。遺産管理・遺言処分に関するものではないが、公示制度と財産管理義務のある者との関係を検討する事例として重要なので、ここで紹介する。これは、限定承認が官報に公告された後の、限定承認者の通知義務の有無を問う事例がある。事案の概要は、次のようなものである。会社の倒産により、金融業者からの取り立てに追われて自殺した被相続人

Aの相続人Yらが、限定承認をした。Aの負っていた連帯保証債務について、債権者Xは、Yらにたいして、相続を理由として請求し、限定承認が有効としても、民法第934条1項の任務懈怠、すなわち清算手続において、Xに対する請求の催告を怠ったとして、損害賠償を請求した。東京地判平成13・2・16(判時1753号78頁)は、については、消滅時効の抗弁の成立を認め、については、「官報への公告による周知の方法がとられているにもかかわらず、重ねてそのような注意義務を一般的な相続人に課すること自体相当とは言えない」と判示し、債権者Xの請求を否定した。また、限定承認者の賠償責任について、「民法934条1項の損害賠償責任を負うのは、相続の限定承認に基づく清算手続の実施の時点において、限定承認者が相続債権者あるいは受遺者であると認識していたにもかかわらず、あえて当該債権者などに対し個別の催告をせず、または、失念あるいは法律の規定の不知により個別の催告を怠ったような場合に限られると解すべきである」と述べている。

民法第934条1項の法的構成について、限定承認者は適法な清算手続を行う義務を有するため、これに反することにより発生した債務であることを論拠として、債務不履行責任と理解する立場もあるが<sup>152)</sup>、通説<sup>153)</sup>は、清算義務は限定承認者にたいする私法上の債務とみるべきではないと主張し、不法行為責任と捉えている。本判決の結論は妥当のように思われるが、判示によれば、限定承認者が公示催告を行ったとしても、当該限定承認者の賠償責任が問われる余地が十分残されている。すなわち、限定承認者は、故意に本人が承知している債権者または受遺者に通知しなかった場合のみならず、さらに、規定の不熟知により催告を行わなかった場合でも、賠償責任を負担しなければならない。しかし、債権者は自己責任により債務者の状況を把握すべきであり、また、官報を用いて容易に調査することができると考えられる。とりわけ、近時のインターネット化の普及と共に、関係者は官報公告を記載するホームページ<sup>154)</sup>を通じて、瞬時に最新の情報を把握できるようになった。以上のようなことから、日本の実務における

「失念あるいは法律の規定の不知により個別の催告を怠った」というような考慮は、限定承認者にとってやや酷すぎるのではないと思われる。

#### b 中国における公示催告制度

相続債務を弁済するため、まず相続債権者を招集しなければならないことは自明の理である。建議稿は公示催告により、こうした目的を達成しようとしている（第78条）。遺産管理人または相続人に知られていない申告期間内に申告しなかった相続債権者は、剰余の遺産に対してのみ権利を主張できる（第82条）。したがって、明瞭な公示催告制度は相続債権者にとって極めて重要な意味を持つだろう。また、前述で検討したように、将来における遺産管理人または遺言執行者登録制度の完備により、相続人と第三者が行う取引の安全を図ることも公示手続に依存することが考えられるため、公示催告制度の重要性はさらに高まるであろう。

ところが、中国の公示催告の実務を見ると、公示催告の手続に関する規定は民事訴訟法に置かれている（民事訴訟法第193-198条）。個人レベルでは、この制度は主に有価証券の遺失のときに利用されている。公示催告を求める者は自己の意思により法院に対し申告し、法院の許可を得て有料で法制日報などの法制に関係する新聞に掲載することができることされている。このような現状をみると、公示催告制度の利用、または催告内容の閲覧は、少なくとも一般市民の間では馴染まないものであると言ってよい。このような実状のもとでは、建議稿制定者の相続債権者を保護する意図あるいは検討されていた遺産管理人・遺言執行者の公示制度は机上の空論になる恐れがある。この現状を放任すると、諸制度の実行段階で問題が少なからず生じているのではないかと推測される。したがって、今後、大衆において認知度の高い、かつ利用しやすい公示催告制度の創設が望まれる。

他方、公示催告制度が完備されるまでに、相続債権者を保護する補助的な措置として考えられるのが、建議稿第64条である。同条は相続開始後の通知義務を定めるものである。しかし、文言では通知する対象が明らかにされておらず、また、通知義務に違反した場合の賠償責任も規定されていない

ない。そこで、日本法第934条1項が参考になろう。前述の東京地判平成13・2・16は、本条を用いて、限定承認者は清算手続を実施するとき、相続債権者あるいは受遺者であると認識していたにもかかわらず、あえて当該債権者などに対し個別の催告をせず、または、失念あるいは法律の規定の不知により個別の催告を怠ったような場合に、責任を負わせようとしている。中国法においても、解釈論として、相続人に債権者を調査する義務まで負担させるべきではないが、相続人は債権者または受遺者の存在を知りながら、あえてこれらの者に通知しなかったような場合には、本人の通知義務違反として、損害賠償責任を負担させることが可能と考えられる。

#### 4 相続人の債権者との調整

##### 1) 建議稿が残した課題の整理

遺産を相続することは、相続人としての法的地位に基づくことから、身分的行為である側面がある。一方、相続人は遺産の相続を通じて財産を入手することができるため、相続は個人が財産を取得する1つの手段または原因として考えられる。通常、社会の信義を守る観点から、個人は、取引により債務を負担している場合に、最善の努力をし、債務を弁済する義務があり、債権者もまた債務を回収する権利があるように思われる。そのため、遺産相続の場面においても、相続人と取引を行った債権者は、相続人の固有の財産のみならず、その相続財産につき合理的な期待を持つことを無視すべきではないだろう。前述のように、現行の中国相続法は、取引の安全を図るために、債権者に相続人の相続放棄の取消権を容認している。建議稿第74も、こうした考えを踏襲し、債権者が人民法院に請求することにより、相続放棄が遡及的に無効になると定め、実質的な取消権を明文化しようとしている。

他方、比較法的に見ると、相続の過程において、相続人の債務弁済の逸脱行為は、相続放棄だけではなく、他の形で行われることもある。たとえば、相続人が他の相続人と結託し、遺産分割協議を通じて自己の取得分を

限りなくゼロに近づけ、実質的に相続放棄することや、遺留分権利者が減殺請求権の放棄をすることなどである。建議稿が、相続人債権者の保護を徹底しようとするれば、相続放棄以外の不正行為を阻止する措置も講じなければならないだろう。本節では、日本法で議論されている相続人債権者の債権回収方法を分析した上で、中国法制への応用可能性を検討してみたい。

## 2) 日本法の現状

### (1) 相続放棄と詐害行為取消権

相続人が相続放棄をすることにより、被相続人の債権者および相続人の債権者に影響を及ぼすことになる。従来、日本では、相続放棄の取消権を論じるとき、前者と後者の両債権者があわせて議論される傾向にあるが、中国法は父債子還・夫債妻還といった古い習慣の弊害を防ぐために当然限定相続原則を採用しているため、ここでは、後者を中心に検討する。

#### a 学 説

古くから日本の多くの学説は、相続債権者と相続人債権者による相続放棄の詐害行為取消権を否定している。ただし、その理由はそれぞれであり、必ずしも見解が一致しているとは言えないが、大きく分けると、相続放棄が身分的行為であることを主眼に説明しようとする立場と、財産権の視角から論じる立場がある。では、相続放棄は行為の効果として間接的に相続人の財産状態に影響を与えているにすぎず、その権利自体は相続人の人格に深く関連していると考えられている。それゆえ、相続放棄の行為は、財産権を目的とする法律行為ではなく、身分上の法律行為であることから、相続人には相続放棄の自由があると理解されている<sup>155)</sup>。

では、相続放棄は相続人が自己の財産を減少させる行為ではなく、その増加を妨げる行為にすぎず、また、相続人の債権者は相続人自身の固有資産のみを当てにすべきであり、遺産の相続という偶然な要素に頼るべきではないと考えられている<sup>156)</sup>。

以上のような否定的な立場にたいし、戦後しばらくは、債権者の取消権を肯定する学説は非常に少なかったが<sup>157)</sup>、その後、債権者が相続開始後

に相続人から債権を取得した場合に限り、取消権を認めるという、狭義的ながらも取消権を肯定する考え方が登場した<sup>158)</sup>。また、80年代に入ると、学説の状況もより変化を帯びることとなる。まず、相続放棄が身分的行為であるという点を疑問視する立場に立ちながら、相続債権者による取消と相続人の債権者による取消を明確に区別し、後者の場合において遺産に積極財産が多いときには、債権者の取消権を容認すべきとする主張が現れた<sup>159)</sup>。この議論が契機となり、相続放棄の取消権の是非をめぐる議論が活発に行われるようになり、次第に肯定説が有力となっていった。肯定説は、相続人債権者の取消権に重点を置きながら、否定説への批判を展開している。肯定的な立場のなかでは、相続放棄の自由を焦点に、「相続人の放棄自由の確保は考慮すべき要素の一つであるが、かと言って、『近代法における個人主義』ないし『債権者が合理的に引当として期待しうるのは債務者個人の財産のみである』という命題をあまりに一般化することにも問題があり、やはり利益状況に即して評価が必要である」と指摘する立場に立っており<sup>160)</sup>、否定説の根拠とする<sup>161)</sup>については、全面的に、かつ徹底的に批判している<sup>161)</sup>。とりわけ、債務者が取得しうる遺産への債権者の期待は保護に値しないとする否定説の論拠にたいしなされた次の指摘には耳を傾ける必要があるように思われる。すなわち、債権者は債務者の財産のみをあてにすべきという考えのもとに、「債権者側の事情のみを考慮するものであって、債務者側の事情を無視するものである。債権者の側における期待と、債務者の側における害意とを比較・衡量するとき、価値判断は、相続放棄の取消を認める方に傾く」<sup>162)</sup>としている点である。

## b 裁判例

第一に、旧規定期の相続放棄に関するものとして、大判昭和10・7・23(法律新聞3876号6頁)は、「遺産相続は名は相続なりと雖其實質は即財産関係の承認に外ならず故に此点より云へば之が抛棄は民法第四百二十四條の取消権の対象たり得るが如し」と述べながらも、「右取消権の目的たる行為は積極的に債務者の財産を減少せしむる行為たることを要し消極的に

其増加を防ぐに過ぎざるものは之を包含せず遺産相続の放棄は形式的に之を見れば被相続人の死亡によりて当然開始したる相続により既に相続人に帰属したる財産を相続の放棄によりて喪失するものにして既存財産の減少を来す行為なるが如し然れども当事者の意思より云へば相続其のもの拒否に外ならず一旦発生したる相続の効果後に至り廃せんとするものに非らず従て法律も之に遡及的效果を与へ初より相続なかりとし同一の効果を生ぜしむるものとすれば此行為は当事者の意思より云ふも亦法律上の効力より云ふも之を既得財産の減少と見んよりは寧ろ財産の増加を防ぐに過ぎざる行為と見るを妥当とす」る、および、「遺産相続放棄の取消を許すとせば其結果は結局其承認を強ゆることとなるべく相続承認の如きは他人の意思によりて之を強制すべきに非ず」という理由で、「遺産相続の放棄は債権者取消権の対象とならざるもの」とした。

第二に、家督相続制度が廃止された後、東京高決昭和30・5・31（下民集6巻5号1051頁）は、相続人の債権者が相続放棄の取消を求めた事例で、右大判昭和10・7・23とほぼ同様な理由から取消権を否定している。しかし、同判決は、「遺産相続の放棄は、たとえ相続人の債権者詐害の目的に利用された場合でも、……詐害行為取消の目的とならならないものと解するを正当とする」と述べ、結論の矛盾性を連想させている。

第三に、最判昭和42・5・30（民集21巻4号988頁）は、相続人債権者が相続放棄の権利濫用を主張した事案で、「相続の放棄は、それによって相続（人）<sup>163</sup>債権者に損害を加える結果となり、また放棄者がそれを目的とし、もしくは認識してなされたとしても、民法が相続放棄の自由を認めている以上、無効と解すべきではない」としている。

第四に、被相続人の債権者が相続放棄の詐害行為取消を主張した事例で、最判昭和49・9・20（民集28巻6号1202頁）は、「相続の放棄のような身分行為については、民法四二四条の詐害行為取消権行使の対象とならないと解するのが相当である。なんとなれば、右取消権行使の対象となる行為は、積極的に債務者の財産を減少させる行為であることを要し、消極的にその

増加を妨げるに過ぎないものを包含しないものと解するところ、相続の放棄は、相続人の意思からいっても、また法律上の効果からいっても、これを既得財産を積極的に減少させる行為というよりはむしろ消極的にその増加を妨げる行為に過ぎないとみるのが妥当である。また、相続の放棄のような身分行為については、他人の意思によってこれを強制すべきではないと解するところ、もし相続の放棄を詐害行為として取り消しうるものとするれば、相続人に対し相続の承認を強制することと同じ結果となり、その不当であることは明らかである」ことを理由に、相続債権者の取消権を否定した。本判決は被相続人の債権者の取消権に関するものであり、取消権を否定したという結論自体は正当であろう。しかし、本判決の理由は、相続人債権者をめぐる判決の理由とほとんど変わらないことに注目すべきように思われる。

上述の裁判例のように、日本では、相続人債権者に関する事例であろうと、被相続人の債権者に関するそれであろうと、判例は両者の相続放棄の取消権を否定している。また、取消権の行使の主体が異なるにもかかわらず、判例は、両者の違いを明確に区別せず、一律に相続放棄が相続人の身分的行為であり、相続人にその行使の自由があること、あるいは、民法第424の要件に該当しないことを理由に、債権者取消権の行使を否定している。しかし、遺産の相続は、結果的にみれば、実質上一種の財産取得行為である以上、取引の円滑な進行を促進すべきという見地から、相続人の相続放棄を容認すべきか否かを判断するに際しては、債権者側への配慮をも含めた利益衡量あるいは価値判断が欠かせないと思われる。とりわけ、相続財産に積極的財産が多く存在する場合、相続人が相続放棄をすると、相続人による遺産の取得への期待を持つ債権者に与える侵害は大きい。もっとも、日本法では、相続債権者は自己の債権を保全するために、無資力の相続人が単純承認をし、他の相続人が相続放棄をしたような場合には、第941条が定める第1種の財産分離制度を用いれば、相続財産からの優先弁済が保障されるので、その詐害行為取消権を容認する必要がそれほど大



きくない。以上のような見地から、日本法において、相続放棄について相続人債権者による詐害行為取消権の行使の余地を残すべきではないかと思われる。

(2) 遺産分割協議（事実上の相続放棄）と詐害行為取消権

a 学 説

遺産分割を行うにあたって、共同相続人は分割協議により各相続人の相続分を決めることができる。しかし、債務を負担している相続人は、遺産分割協議において、他の相続人と結託し、自己の相続分を減らし、場合により、ゼロにすることが考えられる。すなわち、このような場合は、当該相続人が実質的に相続放棄と同等の行為を行っているといえる。このようなことを容認すると、相続分を取得しない相続人の債権者にとっては、不利益を蒙ることとなり、債権者への重大な侵害になることが予想される。

日本では、相続放棄と同様の遺産分割協議における債権者取消権を否定する説<sup>164)</sup>は少数であり、ほとんどの学説は、これを肯定している。ただし、肯定する場合の債権者の利益を図る手段として、2つの異なるアプローチがある。1つは、遺産分割が共同相続人の共有物の分割であるため、共有物の分割に関する民法第260条の規定を類推適用して、債権者に詐害行為取消権を与える見解であり、この説は川島教授により提唱された後<sup>165)</sup>、一部の支持を得ている<sup>166)</sup>。すなわち、この立場は、民法第260条はフランス法を母法とした規定であり、第260条が倣ったフランス法の規定は、詐害行為取消権の特則であることを理由に、第260条の2項でいう「對抗スルコトヲ得ス」の解釈として、「債権者が分割参加を申出たのに参加させないで分割した場合」<sup>167)</sup>の詐害行為取消権を認めることを意味すると解する。他の1つは、法定相続分と大きく異なる遺産分割が行われている場合に、「共同相続財産については、私は共有説に従うが、これによれば、可分給付を目的とする債務は、相続開始のときから相続分の割合に応じた分割債務となっており、積極財産は共有物として相続人の固有財産を形成している。しかも、遺産分割は相続放棄と異なり、『財産権ヲ目的ト

セザル法律行為』(民法424条2項)ではない<sup>168)</sup>ことを理由に、第424条を適用し、第260条適用説で唱える制約なしに、詐害行為取消権を認める考え方である<sup>169)</sup>。

#### b 裁判例

まず、下級裁判所の判例として、詐害行為取消権を肯定した裁判例がある<sup>170)</sup>。神戸地判昭和53・2・10(判時900号95頁)は、相続人債権者が事実上の相続放棄とみられるような遺産分割協議の取消を請求した事例において、3人の相続人中の1人に共同相続した不動産の名義を変更した行為は、「遺産の分割協議とみても……持分を無償で譲渡したものである」として、遺産分割の協議は取消を免れないと判断した。しかし、本事例では、容認した詐害行為取消権の法的根拠については、必ずしも明確とは言えない。

次に、相続人債権者が遺産分割協議(事実上の相続放棄)に詐害行為取消権を行使しうるかどうかをめぐる最高裁判決が出された(最高裁平成11・6・11家月51巻11号85頁)。本件は、相続人の債権者は、債務者との共同相続人との間に成立した遺産分割協議につき、これが詐害行為にあると主張し、当該分割協議に参加した他の相続人にたいし、右分割協議を取り消すとともに、法定相続分に応じた持分となるように債務者にたいする所有権移転登記手続を求めた事案である。第1審および第2審は、債権者の取消を認め、移転登記請求を容認した。そこで、分割協議に関与した相続人は上告した。最高裁は、「共同相続人間の間に成立した遺産分割協議は、詐害行為の取消権行使の対象となり得るものと解するのが相当である。けだし、遺産分割協議は、相続の開始によって共同相続人の共有となった相続財産について、その全部又は一部を、各相続人の単独所有とし、又は新たな共有関係に移行させることによって、相続財産の帰属を確定させるものであり、その性質上、財産権を目的とする法律行為であるといえることができるからである」という理由で、債権者取消権を認めて、上告を棄却した。

この判決における詐害行為取消権を認める法的根拠につき、本件は、第260条、あるいは第424条のいずれの構成によっても、取消権を容認させることができるが、第260条を引用せず、もっぱら遺産分割協議が「財産権を目的とする法律行為である」と述べていることは、第424条の適用を念頭に置き、広く詐害行為取消権の余地を認めようとする立場に基づくものと理解されている<sup>171)</sup>。そうだとすれば、本判決により債権者取消権の法的根拠をめぐる議論に一応の終止符を打つこととなる。

相続人が他の相続人と結託して、自己の相続分をゼロにするような遺産分割協議は、事実上の相続放棄とみることができよう。これもまた債権者の利益を害することになるため、詐害行為取消権を認める必要がある。また、この場合の詐害行為取消権の法的根拠に関し、最判平成11・6・11の判断は正しいと判断する。その理由としては次のように考える。まず、第260条の構成をとれば、債権者が自ら遺産分割協議への参加を請求することが取消権の行使の前提条件となる。この要件は債権者にとっていささか酷であり、また、相続債権者はともかくとして、相続関係において他人たる相続人債権者に遺産分割協議への参加を要求させるのは、不当であろう。次に、相続放棄の詐害行為取消権の法的根拠が第424条となっているため、遺産分割協議においてもその一貫性を図る見地から、第424条による取消権の構成が妥当のように思われる。

なお、日本では、取消権の行使は、相続人債権者による場合と、相続債権者による場合と考えられるため、両者における第424条の行使の要件の検討という課題が残されている<sup>172)</sup>。

### (3) 遺産分割請求権の代位行使

#### a 学 説

相続人が遺産分割手続を開始しない場合、相続人債権者は、自己の債権を迅速に回収するために、当該相続人に代位し遺産分割を請求することができるだろうか。

この問題をめぐり、日本の学説は分かれている。

第一に、消極説<sup>173)</sup>では、債権者が遺産分割を行わないとしても、遺産分割の時期が単に引き延ばされているだけであり、相続財産が減少されるわけではないこと、相続人債権者は自己の債権の満足にのみ関心があって、他の遺産の総合的分割に関心がないこと、その総合的分割には参加させるべきではないのに、異分子たる相続人債権者を当事者として遺産分割に参加させることで、遺産分割の手續を煩雑にし、共同相続人側に負担をかけること、債権の存在に争いがある場合、家庭裁判所の判断に委ねることは適当でないこと、債権者が代位することによって、当該相続人は当事者としての地位を失いかねないこと、相続人債権者は債務者たる相続人の相続分を差し押さえることができることなどが指摘されている。

第二に、折衷説<sup>174)</sup>は、一般には、相続人債権者は債務者たる相続人の相続分に執行しうるため、代位権を認めるべきではないが、特別に債権保全のために必要な場合には、代位が認められるとする。

第三に、多数説である積極説<sup>175)</sup>は、遺産分割請求権は共有物の分割請求と考えられるため、行使上帰属上の一身専属権ではないこと、債権者の代位権は遺産分割審判手續を発動させるに止まり、審判手續の当事者は相続人本人であること、財産的価値の見地から(たとえば、主な遺産が株券であり、これを分割しなければ株価が下落しそうな場合、あるいは、遺産に老廃しそうなものがある場合)、早期の分割が債権者にとって有利となりうるため、手續を進捗させる意味は大きいことなどを理由に、相続人債権者に遺産分割の代位請求を認めている。

#### b 裁判例

相続人債権者による遺産分割請求権の代位行使の是非をめぐり、2つの高裁決定がある。2つの決定は同一の事案であり、最初の決定により差し戻された事件が、再度即時抗告された。事実概要は次の通りである。相続人は、A Y<sub>1</sub> Y<sub>2</sub> Y<sub>3</sub>の4名である。Aは相続開始後その妻Xにたいし離婚調停を申し立てたが、調停委員の説得で、AはXに「遺産分割の申立を早

急になしA所有になった分の2分の1をXに贈与する」旨の覚書を作成交付した、Aは遺産分割の調停の申立てをしたが、その申立てが取り下げられた。そこで、XはY<sub>1</sub> Y<sub>2</sub> Y<sub>3</sub>を相手に遺産分割の審判の申立てをした。名古屋高決43・1・10（家月20巻8号47頁）は、「抗告人はAに対する贈与契約上の債権者として相続人たるAの遺産分割請求権を代位行使しようと解するのが相当である。けだし債権者代位権は債権保全のために認められた権利であって、債務者の一身専属権をのぞいては広く代位行使が許されることより見れば、行使上帰属上の一身専属権とはみられない遺産分割請求権につき債権者の代位権行使は許されるべきものと解されるからである。従ってAにおいて遺産分割の申立てをしない以上、贈与契約上の債権の保全をなし得ない抗告人は、Aに代位して遺産分割の申立てをなし、Aの取得分の2分の1の分与をうけるものと解するのが相当である」と述べ、岐阜家裁の審判を取消し、事件を岐阜家裁に差戻した。

差戻しを受けた岐阜家裁は、Xに遺産の土地の一部を取得させ、これにつきY<sub>1</sub> Y<sub>2</sub> Y<sub>3</sub>にたいし、Xに所有権移転登記をすることを命じ、また、Y<sub>1</sub> Y<sub>2</sub> Y<sub>3</sub>にたいし、Xに金銭を支払うようと命じた。この審判にたいし、A Y<sub>1</sub> Y<sub>2</sub> Y<sub>3</sub>が抗告した。

名古屋高決昭和47・6・29（家月25巻5号37頁）は、「XはAの妻であり相続人ではない。Xは昭和37年12月6日Aとの間になされた贈与契約上の債権保全するため参加人Aの遺産分割請求権を代位行使して本件遺産分割審判の申立てをしただけのものである。従って本件遺産分割の審判をなすに当っては、本件遺産を前記4名の共同相続人に分割をすべきもので、Xに対し直接分与（取得）の審判をなすべきものではない。すなわち、先づ本件遺産を前記4名の共同相続人に分割し、その結果参加人Aの取得した分の2分の1をAからXに贈与されるべきものである。そしてこの贈与契約の履行は民事訴訟法による訴訟事項であって審判事項ではない。然るに原審判では、Xは前記贈与契約の債権者であると認定しながら、参加人Aの取得分の2分の1の分与を受け得るものとして、主文第2ないし第4項

において被相続人 Y<sub>1</sub> の遺産(土地)の一部を直接Xに取得させ、且つ Y<sub>1</sub>らに対し右土地についての所有権移転登記手続と金員の支払いを命じているが、これは違法な審判というべきであり、この点で原審判は取消すべきものと認める」としている。

2つの高裁の決定をみると、両者とも相続人債権者による遺産分割請求権の代位行使を認めている。ただし、代位権行使の効果については、前者は債権者に当該利益の分与を肯定しているのにたいし、後者は、これを否定している。

近時、科学の進歩とともに、資金の流動がますます加速しているため、遺産分割の早期実現による債権者の資本運営活性化は非常に大きな意味を持っているといえる。また、消極説の重要な理由とされている、債権者は債務者たる相続人の相続分を差し押えて執行することは、諸刃の剣であり、悪質な債権者のいびつな方法として利用されかねない<sup>176)</sup>ため、その容認には慎重さが欠かせない。以上のような理由から、積極説が適切であろう。

ただし、代位行使を認めた場合、その代位行使の効果について如何に考えるべきであろうか。相続人債権者は、遺産分割をする当事者からみれば密接な関係を有しない他人であるため、積極的に実質的な遺産分割に介入させるべきではないと考えられる。また、債権者が債務者たる相続人の代わりに遺産分割協議に参加することを認めれば、債権者が当該相続人の代理人として、個々の状況を考慮し、その利益を図りつつ、他の相続人と交渉する保証がない。さらに、仮に相続人債権者の遺産分割請求権の代位行使によって遺産分割審判をいち早く開始させることのみを認めていても、債権者にとってそのメリットは十分大きいといえる。このように考えると、名古屋高決昭和47・6・29が妥当のように思われる。

#### (4) 遺留分減殺請求権の代位行使

##### a 学 説

相続人は遺留分減殺請求権を行使することにより、第1028条が定めている最低限の遺産を入手することができる。相続人がこの権利を行使しない

場合には、相続人の債権者がこの権利を代位して行使することができるだろうか。

この論点に関し、日本の学説は相当錯綜している。

第一に、債権者代位権を否定する立場が多く見られる<sup>177)</sup>。その重要な理由として、遺留分減殺請求権が一身専属権であり、遺留分権利者の自由意思を尊重すべきところにあるとされている。また、否定説を原則としつつ、減殺請求権が他人に譲渡された場合、あるいは特定承継された場合には、一身専属性を喪失するとする見解も存在する<sup>178)</sup>。

第二に、遺留分減殺請求権の一身専属性を否定する学説も一方で多数存在する。諸説が認める代位行使可能の主体は異なっているが、高木教授による詳細な整理により<sup>179)</sup>、次のように分類されている。イ．全面的代位肯定説<sup>180)</sup>は、相続債権者にも、相続人債権者にも代位権を容認している。ロ．固有債権者肯定・相続債権者限定説<sup>181)</sup>は、遺留分権利者の債権者については、代位行使を限定せずに認めるが、相続債権者については、遺留分権利者が単純承認をした場合に、相続債権者は相続人債権者と同様な立場にあるため、この場合を限定して代位行使を認めるとしている。ハ．固有債権者限定・相続債権者肯定説<sup>182)</sup>は、相続債権者については、代位行使を限定せずに認めるが、遺留分権利者の債権者については、遺留分権利者が限定承認をすると、権利者が減殺請求によって取り戻しうる財産は、当該減殺請求者の相続人の責任財産に帰属せずに、相続財産と構成するため、この場合、代位行使を認めていても実益がないとして、否定されている。

日本では、遺留分権利者が単純承認をした場合と、限定承認をした場合において、代位権行使者が相続債権者であるときと、遺留分権利者の（相続人）債権者であるときで、個々の状況が変わっていく。一身専属性否定説の中に細かな違いがあるのは、このような総合考慮の要請を満足させようとするためともいえよう。

## b 裁判例

遺留分減殺請求権の債権者による代位行使については、これを認める事例もあるが<sup>183)</sup>、近時の下級審および最高裁判例は一貫して否定している。

第一に、東京地判平成2・6・26(判タ738号138頁)は、「遺留分減殺請求権を行使するかどうかの選択を遺留分権利者およびその相続人の意思表示に委ねたのは、親子、兄弟、姉妹など身分的人格の関係とこれを背景に持つ財産関係との調整は、そのような身分的人格関係を有する遺留分権利者とその相続人の自由な意思決定に委ねるのが適当であるとの考慮に基づくものと考えられる」として、相続人債権者の代位行使を否定している。

第二に、最判平成13・11・22(判時1775号41頁)は、「遺留分減殺請求権は、遺留分権利者が、これを第三者に譲渡するなど、権利行使の確定的意思を有することを外部に表明したと認められる特段の事情がある場合を除き、債権者代位の目的とすることができないと解するのが相当である。

……民法は、被相続人の財産処分を尊重して、遺留分を侵害する遺言について、いったんその意思どおりの効果を生じさせるものとした上、これに覆して侵害された遺留分を回復するかどうかを、専ら遺留分権利者の自立的決定に委ねたものということができる。そうすると、遺留分減殺請求権は、前記特段の事情がある場合を除き、行使上の一身専属性を有すると解するのが相当であり、……なお、債務者たる相続人が将来遺産を相続するか否かは、相続開始時の遺産の有無や相続放棄によって左右される極めて不確実な事柄であり、相続人の債権者は、これを共同担保として期待すべきではないから、このように解しても債権者を不当に害するものとはいえない」と述べ、債権者代位権を否定している。

もっとも、本判決については、遺留分減殺請求権の行使上の一身専属性を肯定しているが、その根拠には、平成2年判決、本件原審にいう「親子、兄弟、姉妹などの身分的人格関係にある」遺留分権利者というような不適切な表現が排除されていること<sup>184)</sup>、および、特段の事情がある場合に一身専属性が否定されることは<sup>185)</sup>、従来の判例の立場と若干異なると指摘されている。



確かに判示がいうように遺留分減殺請求権は特別受益、寄与分などの諸事情の影響によって不確実なものとなっていて、これが存在するかどうかは、遺留分侵害額を計算してみないと明確にされない。しかし、遺留分減殺請求権が実体法の権利である以上、遺留分権利者が減殺請求権を行使しない場合、債権者に代位行使を容認し、この権利を帰属させるべきではないだろうか。債権者が遺留分減殺請求権を代位行使すると、遺留分侵害額の計算が始まり、その具体的額が明らかにされる。これにより、債権者は遺留分減殺の効果としての財産上の権利を取得しうる。

私見として、遺留分減殺請求の代位行使をめぐり、一身専属性否定説における諸立場のような考え方もあるが、問題の終局的な解決は、遺留分権利者の意思の尊重とその債権者の期待利益の保護との利益衡量にあるように思われる。遺留分権利者の債権者が代位債権者である場合に限っていえば、遺留分権利者の減殺された財産が本人の固有財産になると考えられるため、遺留分権利者に減殺請求権の不行使の自由を認めるべきではなく、相続人債権者の代位行使を肯定すべきように思われる。

### 3) 中国法への応用可能性

日本法の分析で分かるように、財産法の分野の債権者代位権や詐害行為取消権を相続法上の権利や法律行為に適用することによって、相続人債権者の債権保全を図ろうとするときは、取引における個人主義、あるいは、債務者が相続により取得しうる財産が債権者の合理的な期待に該当するか否かという価値判断の問題が根底にあるように思われる。つまり、債権者は、債務者たる相続人が行った相続放棄、遺産分割協議（実質上の相続放棄）にたいし詐害行為取消権を行使しうるかどうか、または、債務者たる相続人が遺産分割を遅らせた場合、または、遺留分減殺請求権を行使しない場合、債権者は本人に代位して当該権利を代位行使することができるかどうかといった具体的な問題を解決するとき、終局的にこの価値判断に委ねることになるだろう。相続法の視点からすれば、こうした具体的行為は、相続人本人の身分的人格的行為の色彩を含有することを否定できない。し

かし、それぞれの行為は、相続人の身分関係を前提とする本人の財産関係を変動させる行為であり、行為の結果として財産法上の効果が生じることにも留意しなければならない。

翻って、中国法における以上に検討した債権者の諸権利の問題を考えたときにも、相続人の身分的権利の行使の自由と債権者の期待利益の保護という要請との衡量に帰着することになると考えられる。もっとも、中国法では、当然限定相続原則が採用され、相続債務が優先的に弁済されるため、遺産管理人による弁済手続の充実が課題であり、上述の権利の行使による相続債権者の利益保護を深く模索する必要性はない。したがって、中国法において債権者と相続人の利益衡量を考えるにあたっては、相続人債権者のありかたがより重要となる。

前述のように現行中国相続制度、および建議稿は、一貫して相続人債権者による相続放棄の詐害行為取消権を認めている。これは相続の過程における相続人債権者の利益保護に重心が置かれている結果と考えられる。このような相続人債権者の利益の重視に傾くことは、取引の安全が保たれることに非常に役に立ち、また、信用社会の樹立を促進する効果があるため、大いに評価すべきであろう。ところが、現行中国法および建議稿は、日本法の判例で認められている債権者による遺産分割協議の詐害行為取消権および遺産分割にたいする債権者代位権の行使には言及していない。中国法における相続放棄の詐害行為取消権を認める根拠を徹底する見地からは、このような債権者の諸権利を容認すべきと考える。

遺留分減殺請求権に類似した中国法で言う特留分をめぐって、相続人債権者の行使しうる権利はどう考えるべきであろうか。前述のように、中国法では、建議稿は、遺産分割に際して、特留分権利者が主張しなくても、特留分が保障されると規定している。すなわち、建議稿では特留分が相続分の一変形となり、相続人に確定された権利となっている。したがって、債権者代位権の行使は不要である。しかし、特留分権利者が実質的に特留分を放棄した場合には、相続人債権者に相続放棄の詐害行為取消権を認め

ているのと同様に、特留分権利者の債権者に当該行為の詐害行為取消権を認めるべきと思われる。

## 八 今後の課題 解釈論と立法論

相続法が制定された80年代の中国では、個人間の取引、および、個人事業体間で行われる取引が普及しておらず、相続関係における債権者の保護、あるいは、取引の安全の保障措置の重要性が浮上していなかった。また、現行の中国相続法制度は、個人が生活資産以外に多くの財産を有していない背景のもとで制定されたものである。そのため、被相続人の財産の増加と共に、相続人が遺産への期待により生じた相続人間の平等を図る必要性にはほとんど配慮をしていない。ところが、近時になると、消費者金融が一般化しつつあり、また、個人事業体が漸増すると共に、こうした状況の変遷から生じた課題の対応を模索しなければならない局面を迎えている。もっとも、現段階では中国法には個人破産を定める法律が存在していないため、個人の死亡に際して、その財産の清算を相続法に委ねている。その意味でも、相続法の完備の緊急性は一層高まっている。

他面、中国民法典を制定することを契機に、民法における相続法の位置づけについても考える必要がある。遺産を相続するにあたって、相続の主体は被相続人の親族であり、その客体は財産である。つまり、相続の要件および効果はそれぞれ親族法と財産法との2つの領域と密接に関わっている。このように、相続法は親族法と財産法との交錯領域にあるため、多くの具体的問題を考える際、とりわけ、債権者または第三者が相続人と利害関係に入った場合、相続法の性格を明らかにすることは重要な意味を持つだろう。私有財産制度のもとでは、個人が死亡するとき、その遺産の帰属は明確にされているはずであり、換言すれば、被相続人の財産の帰属すべき主体たる個人が変更することになる。相続法はこの主体を定める重要な根拠であり、しかも、主体の確定は親族法に依拠している。しかし、最終

的にいえば、相続の効果は主体間における財産の移転である。したがって、相続は財産取得の一原因にすぎず、相続法は財産法の側に大きく傾いているため、親族法の色彩を有する財産法といえよう。ただし、中国相続法においては、社会保障的要素も色濃く残っているので、それとの調整をする必要があることを附言しておきたい。

ところで、財産の帰属を規定する相続法をめぐる主な問題は、大きく分けると、次の2つに集約できると思われる。すなわち、遺産の増加とともに現れた共同相続人間の平等をいかにはかるかという点と、もうひとつは個人レベルの取引の頻繁化により顕著化した債権者の保護をいかにするかという点である。

まず、相続人間の公平をはかる見地から、本稿では、次のように考えている。

第一に、相続人間の公平を図る規定として、建議稿は第10条贈与の持戻し制度を設けている一方、実質的に相続人間の公平の保障に機能する特留分を制定している(第29-31条)。前者は建議稿の相続に置かれており、法定相続および遺言処分に影響を与えると理解することができる。後者は遺言処分のある場合に、相続人の最低限の利益を保障する規定である。しかし、建議稿は、持ち戻し制度と特留分制度との相互関係を明らかにしておらず、また、相続分算定の基礎財産、およびその計算式に言及していない。そのため、両者が有機的に結合されているとはいえない。こうした不備を解消するために、本稿では、伊藤教授が提案している自由分・遺留分に充当するという計算方法を分析したうえで、中国法への取り入れの可能性を模索している。なお、持ち戻し制度と特留分制度との一貫性を保つために、立法論的な見地からつぎのように提案したい。すなわち、特留分制度において、被相続人が生前に相続人に多くの財産を贈与する可能性もあるため、実質的な相続人間の平等を図るのであれば、建議稿第29条にいう「遺言者が特留分に関する規定に違反して作成した遺言処分は無効である」文言のほか、新たに建議稿第10条との関連性を考慮した補完的な規定、たとえ

ば、特留分を侵害した生前贈与は無効とするような文言を設けるべきではないかと思われる。

第二に、具体的相続分を算定するにあたって、相続分に影響を及ぼす諸要素が存在するため、これらの要素の検討が欠かせない。相続債務については、建議稿が当然限定相続を原則としているため、債務の弁済の後に遺産が配分されなければならない。したがって、相続債務は弁済されており、相続分算定にあたっては考慮する必要はない。遺言者は遺言によって特定の財産を特定の相続人に帰属させようとするとき、当該遺言処分は、相続人間の公平を害する恐れが大きいため、充当の対象とするのが妥当であろう。建議稿は社会保障の一部の負担を個人に分担させる立場から、現行相続法の権利・義務一致などの原則を踏襲したうえで、第24条、25条を用いて相続分の修正分を設けている。その中では、日本法でいう寄与分に類似するものも包含されている。本稿は、この修正分を1つの相続分の修正要素と考えており、財産権に昇華しうる寄与は、財産法一般原理によって確定され、相続債務として先に弁済されるべきと考えている。

第三に、通常、遺言者は高齢者であり、物事にたいする判断能力が低下する恐れがある。そのため、人が言われる通りに相続人間の公平を害するような遺言を作成しかねない。建議稿第35条は、遺言の真正性がもっとも保証されている公証証書を作成するに際して、その公証人に遺言者の遺言能力、意思表示の真实性などの審査義務を要求している。中国法には成年後見制度がないため、公証人は自己の権限によりこれらの事項を適切に審査し、相続人間の平等を害するような遺言を生み出さないように努力する必要が一層高まるだろう。したがって、事後の紛争防止の見地から、公証人は遺言を公証する際、その真価を発揮することが望まれる。

次に、債権者の保護をめぐる、本稿はつぎの2つの側面から検討を加えている。

第一に、中国相続法は当然限定相続を採用しており、しかも、前述のように中国には個人破産制度がないため、相続法に基づく被相続人の財産の

処理は、遺産を分割する過程であると同時に、その個人の財産を清算する手続でもあるとみることができる。したがって、この清算過程において、財産の確実な管理および処分は欠かせない。建議稿は、法定相続においては、遺産管理人、遺言処分においては、遺言執行者の選任手続を明らかにしたうえで、それぞれの権利・義務、およびこれに違反したときの賠償責任を明確にしている。これにより、相続債権者の保護問題は、一応解決されると考えられる。ただし、この考えに即して考えると、遺産を管理、あるいは処分するにあたっては、遺産管理人または遺言執行者に高度な専門知識が要求される。したがって、相続財産が少額である場合はともかくとして、相続財産が多く存在するとき、遺産管理人または遺言執行者による適切な遺産処分を期待するのであれば、このような複雑な仕事を豊富な法的知識を有しない一般の相続人に委ねるべきではないと思われる。私見として、弁護士・公証人などの法的専門家を中心とする専門集団を設け、あるいは銀行における信託部門を設置することが考えられる。これらの中国相続法制からの要請に対応できるような団体が誕生すれば、相続人または被相続人に与える選択肢が増えるだけでなく、遺産の円滑な処理が行われる可能性も増加するだろう。

第二に、相続人債権者の保護問題に関し、現行相続法および建議稿は相続放棄について債権者の詐害行為取消権を認めている。当然限定相続を原則とする中国法において、債務を弁済した後に、相続人が取得するのは積極的財産のみとなるため、法の中で詐害行為取消権を認める立場は妥当であろう。しかし、同様な趣旨を徹底しようとするならば、相続放棄の場合だけでなく、事実上の相続放棄として用いられる遺産分割協議の詐害行為取消権、遺産分割申立ての債権者代位権、および特留分放棄の詐害行為取消権も、債権者に容認すべきであると考えられる。

相続人間の平等を図った場合において、ある相続人が自己の相続分を超えた財産につき、善意の第三者と取引を行ったときは、この第三者を保護する措置を講じる必要がある。相続法自体ではないが、これに関連する補

足的な制度として、遺産管理人および遺言執行者の登録制度、相続証書の発行制度により、無権利の相続人と取引する第三者を生み出さないような制度作りを提案したい。この点について、本稿ではほとんど展開されていない。近時、中国では持ち家制度が導入されており、住居は通常もっとも巨額な遺産と考えられる。したがって、不動産の承継をめぐる相続法上の紛争が多発すると予想される。他方、中国法における物権法の制定が着実に進められているため、今後は、不動産の権利移転をめぐる議論に注目しつつ、相続法およびその補完的制度の設計に与える影響を踏まえた課題と解決策について模索していきたい。

- 1) 朱擘「中国相続法の現代的課題（1）」立命館法学283号（2002年）202頁以下。
- 2) 特別受益分の範囲として、特に婚姻もしくは養子縁組、生計の資本、贈与物の果実、学資、扶養料、生命保険金請求権、および山林の共有持分の放棄などが議論の対象となっている。谷口知平・久貴忠彦編『新版注釈民法（27）』（有斐閣 1989年版）228-234頁〔有地亨〕。
- 3) 我妻栄・立石芳枝『親族法・相続法 法律学体系コンメンタール編』（日本評論新社 1952年版）430頁、中川善之助・泉久雄『相続法』（有斐閣 2000年第4版）252頁など。
- 4) 右近健男「判例評釈」判例評論327号（判例時報1183号 1986年）45頁。
- 5) 中川善之助・泉久雄・前注3）253頁、我妻栄・立石芳枝・前注3）449頁、中川善之助編『注釈相続法（上）』（有斐閣 1954年版）200頁〔有泉亨〕、島津一郎編『判例コンメンタール民法7（増補版）』（三省堂 1983年）157頁〔田中恒朗〕。
- 6) 谷口知平・久貴忠彦編・前注2）386-387頁〔伊藤昌司〕、橘勝治「遺産分割事件と遺言書の取扱い」『現代家族法大系（5）』（有斐閣 1979年）66頁。
- 7) 山畠正男「相続分の指定」中川選暦『家族法大系（6）』（有斐閣 1965年版）273頁。本説をもっと分かりやすく説明すると、すなわち、「一般的には、不動産、建物、家屋などの指定は、その指定が直ちに特定の遺産の指定と見られる場合以外は、別段の事情がなきかぎり、遺産分割方法の指定と解し、特定の不動産、建物、家屋などの指定は、別段の事情がなきかぎり、逆に遺贈と推定すべきである」とする。同書273頁。
- 8) 伊藤昌司『相続法』（有斐閣 2002年）124-125頁。
- 9) 谷口知平・久貴忠彦編・前注2）202-203頁〔有地亨〕。
- 10) 日本近代立法資料叢書法典調査会民法議事速記録7（商事法務研究会 1984年）581頁。
- 11) 瀬戸正二『相続させる』と遺言の効力」金融法務事情1210号（1989年）7頁、倉田卓次「特定の相続財産を特定の共同相続人に取得させる旨の遺言の効力」家月38巻8号（1986年）132-133頁。
- 12) 島津一郎「分割方法指定遺言の性質と効力 いわゆる『相続させる遺言』について」判例時報1374号（1991年）5頁、水野謙「『相続させる』旨の遺言に関する一視点」法律

時報62巻7号(1990年)82頁。

- 13) 島津一郎・前注12)6頁。
- 14) 東京高昭和60・8・27家月38巻5号59頁,札幌高昭和61・3・17家月38巻8号67頁。これにたいし,遺贈説を根拠とする判決も現れている。東京地判昭和62・11・24判タ672号201頁。
- 15) 倉田卓次「判例評釈」判例タイムズ756号(1991年)101頁,水野謙「『相続させる』旨の遺言の解釈」家族法判例百選[第6版](有斐閣 2002年)177頁,中川善之助・加藤永一編『新版注釈民法(28)』(有斐閣 2002年補訂版)68頁[泉久雄]。
- 16) 最判平成3・9・12判タ796号81頁,高松高決平成3・11・27家月44巻12号89頁。
- 17) 仙台高判平成10・1・22判時1666号48頁。
- 18) 東京高判平成9・11・12判タ980号246頁。
- 19) 伊藤昌司・前注8)121-122頁。
- 20) 問題の整理に関し,北野俊光「『相続させる』旨の遺言の実務上の問題点」久貴忠彦編『遺言と遺留分(1)』(日本評論社 2001年版)143頁以下を参照する。
- 21) 半田吉信「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996号(1992年)108頁,西口元「『相続させる』遺言の効力をめぐる諸問題」判例タイムズ822号(1993年)51頁,瀬戸正二・前注11)9頁,北野俊光・前注20)144頁,島津一郎・前注12)7頁。
- 22) 森野俊彦「遺言『相続させる』旨の遺言について」判例タイムズ996号(1999年)145頁,沼邊愛一「『相続させる』旨の遺言の解釈」判例タイムズ779号(1992年)19頁。もっとも,両論者は香川判決にたいし疑問視する考え方をとっているが,香川判決に即して解釈するならば,本文で述べるような結論になると理解されている。
- 23) 沼邊愛一・前注22)18頁。
- 24) 中川善之助・加藤永一編・前注15)66-67頁[加藤永一],瀬戸正二・前注11)9頁,北野俊光・前注20)145頁,西口元・前注21)52頁。
- 25) 島津一郎・前注12)7頁,半田吉信・前注21)109頁。
- 26) 瀬戸正二・前注11)9頁。
- 27) 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距離等について(中)」公証109号(1995年)43頁,横山長「遺言の執行」『遺言法体系』(西神田編集室 1995年)385頁,揖斐潔「相続・遺言に関する若干の問題について」公証99号(1992年)42頁,瀬戸正二・前注11)9頁。
- 28) 島津一郎・前注12)6頁。
- 29) 伊藤昌司「判例評釈」民商法雑誌107巻1号(1992年)129-130頁,その批判を整理すれば,以下の5点となる。すなわち, 尊属分割は尊属が直系卑属を受益者としてのみ行える処分であること, 尊属分割は贈与分割が中心であること, 尊属分割は公証人実務と切り離せないこと, かつての尊属分割は相続人全員が対象であること, 908条で規定する本来の遺産分割方法の指定はどうなるかという疑問が生じること,である。
- 30) 水野紀子「『相続させる』旨の遺言の功罪」久貴忠彦編『遺言と遺留分(1)』(日本評論社 2001年版)174頁。



- 31) 伊藤昌司・前注8)123頁。また、伊藤教授は、好評を受けた最判平3・4・19の判決は民法史に残るスキャンダルであると批判し、必ず変更されると断言した。同書123頁。
- 32) 水野紀子・前注30)173頁。
- 33) 岩城謙二「相続させる遺言と遺留分侵害」『民事法学の新展開 鈴木禄弥先生古稀記念』（有斐閣 1993年版）497頁。
- 34) 二宮周平『家族法』（新世社 1999年版）291頁。
- 35) 中川善之助・加藤永一編・前注15)65頁 [加藤永一]、倉田卓次・前注11)131頁。もっとも、本論文は、不動産登録法において、遺贈の場合と相続の場合との手続き上の差異をつけることは、被相続人の意思にその根拠を求めることが可能であるとする指摘している。すなわち、本来の遺贈は相続人以外の第三者にたいするもので、相続人に対しては相続分の指定ないし分割方法の指定でいくのが本筋であるため、かかる不動産登録法上の相違は遺言者の意思を配慮し、それと一貫性を保った措置であると理解できる。本論文の最後に「相続人への遺贈」ということにたいする違和感を強調している、同137頁、また、水野紀子・前注30)163頁は、「相続させる」旨の遺言が発明された背景には、日本人に「受遺者が相続人である場合の遺贈については、相続人以外の者が受遺者である場合の遺贈と異質なものと理解する法感情が基盤として存在していた」理由があると述べている。
- 36) 彭誠信『繼承法』（吉林大学出版社 2000年9月第1版）199-200頁、房紹坤・郭明瑞・唐広良『民商法原理 債権法・侵權行為法・繼承法』（中国人民大学出版社 1999年2月第1版）691頁。
- 37) 劉春茂主編『中国民法学 財産繼承』（中国人民公安大学出版社 1990年6月第1版）467-468頁。
- 38) この点を勸案すると、名称の付け方はともかくとして、日本法では相続債務は法定相続分に基づき、各相続人の負担となるため、實際上、中国制度より第三者へ遺産を所得させる場合の受遺者の利益を手厚く保護しているように思われる。
- 39) 近時、中国では一部の人、とりわけ中国経済の牽引車である沿海地域に住む人の個人の財産が大幅に増加しつつあるため、相続税または贈与税の徴収をめぐる議論が現れ始めた。柴効武「論遺産税開征の理論依拠と税制構想」（浙江大学学報第12巻第2期 1998年6月）87-94頁、曹詩権・劉閔生「中国遺産税法前瞻」（法商研究 中南政法学院学報 1994年第4期）24-29頁。
- 40) 中華人民共和國建設部は城市私有房屋管理条例を制定し、その第7条5項は相続による登記を変更する際、遺産を相続することを証明できる文書が必要と規定しているが、具体的にどんな文書を指しているかは明らかでない。（<http://www.cin.gov.cn/law/admin/2000111010-02.htm>）（2002.10）地方により要求する証明が統一化されていないようである。
- 41) 朱擘・前注1)176-181頁。
- 42) 郭明瑞・房紹坤・閔涛編『相続編の立法理由及説明』57頁。
- 43) 東京高決昭52・2・17家月30巻5号112頁、仙台高決昭52・6・16判夕359号280頁、東京高決昭54・2・6高民集32巻1号13頁。
- 44) 橘勝治「相続に関する民法の一部改正について」法書時報34巻3号（1982年）32頁。
- 45) 共有説は、寄与分を肯定する審判例の中では最も多く利用された立場である。大阪高決

昭43・8・28家月20巻12号78頁, 福岡家審昭46・4・27家月24巻12号52頁, 大阪家審昭51・11・25家月29巻6号27頁などある。

- 46) 松坂佐一『民法提要(親族・相続)』(有斐閣 1975年版)163頁。
- 47) 谷口知平「遺産の分割」『新民法演習(5)』(有斐閣 1968年版)243頁。
- 48) 渡瀬勲「寄与分の取分的構成とその基準」ジュリスト596号(1975年)62頁以下。また、この民法903条の類推適用説にたいし、審判例としては、903条ではなく906条でいう「その他一切の事情」を根拠として相続分を増大する立場が存在する。東京家審昭和49・8・9家月27巻6号63頁。
- 49) 加藤一郎「相続法の改正(下)」ジュリスト723号(1980年)117頁, 谷口知平「相続法改正と、とくに寄与分条の若干の解釈私見」龍谷法学14巻3号(1981年)11頁, 泉久雄「寄与分制度」山島正男・泉久雄『演習民法(相続)』(青林書院 1985年版)116頁など。
- 50) 西岡清一郎「寄与分の算定基準と算定方法」大田武男・野田愛子・泉久雄編『寄与分その制度と課題』(一粒社 1998年版)137頁, 中川淳『相続法逐条解説(上)』(日本加除出版 1985年版)260頁, 辻郎「判例にあらわれた寄与分の法的性質と要件」判例タイムズ663号(1988年)8頁。
- 51) 中川淳・前注50)261頁, 斎藤秀夫・菊池信男編『注解家事審判法』(青林書院 1992年改訂版)500頁以下[叶和夫], 西岡清一郎・前注50)137頁, 辻郎・前注50)8頁。
- 52) 盛岡家審昭61・4・11家月38巻12号71頁。
- 53) 前橋家高崎支審昭61・7・14家月38巻12号84頁。
- 54) 栗原平八郎「寄与分についての覚書」『現代家族法の課題と展望 太田武男先生還暦記念』(有斐閣 1982年版)230-231頁。
- 55) 橋勝治・前注44)73頁は、「寄与分は、相続分を修正する事由であるから、寄与相続人がある場合には、潜在的には、相続財産は、相続開始と同時に法定(又は指定)相続分でありではなく、寄与分によって修正されるべき相続分による共有状態となるものということもできないではない。しかし、寄与分の額自体は共同相続人の協議が調うか又は家庭裁判所による審判がされるまでは具体化されないのであるから、それまでは相続財産は、法定(又は指定)相続分による遺産共有の状態にあるものと考えざるを得ないだろう」と述べている。
- 56) 瀬川信久「寄与分における相続人間の公平と被相続人の意思(1)」判例タイムズ540号(1985年)22頁。
- 57) 加藤一郎・前注49)113頁。しかし、仮に寄与者は寄与当時返済させる要望がなくても、事情の変動とともに、その意思が変わる場合も十分考えられる。相続する際、寄与請求者には、対価を弁済する意思がまったくなければ、寄与を請求することはあり得ないだろう。また、加藤教授は、条文でいう「特別な寄与」という文言に注目し、これは「通常の寄与」と区別するためのものだと主張した。そして、子の寄与は、子の間の寄与を比較し、調整したうえ算出できるし、配偶者の寄与分に関し、夫婦としての協力扶助義務があるため、家事労働による内助の功のような通常の寄与は、法定相続分に含まれているので、配偶者の法定相続分が引き上げられたことにより、その寄与は、通常寄与分として認められないだろうと示唆している。同111頁。しかし、夫婦別産制が徹底していない日本におい

て、夫婦共働きの場合、原則として寄与分を認めないことは、個人の権利を害する恐れが生じると思われる。

- 58) 上野雅和「寄与分と特別受益」中川淳先生還暦祝賀論集刊行会編『現代社会と家族法』（日本評論社 1987年）424頁は、「寄与分の成立要件である特別の寄与の存否は、被相続人と寄与相続人の身分関係によって異なりうるし、具体的な生活関係によっても異なる」などの点をあげている。
- 59) 伊藤昌司・前注8)308-311頁、鈴木祿弥「寄与相続人の権利の性質」別冊判例タイムズ8（家族法の理論と実務）（1980年）319-320頁、瀬川信久・前注56)21-22頁。また、瀬川教授は寄与の種類によって、その「権利性」の強弱は若干異なると示唆している。同21頁。
- 60) 窪田充見「寄与分 制度理解と解釈論についての覚書」神戸法学雑誌49巻3号（2000年）248頁は、「現行の寄与分制度は、財産的ものに限定されない寄与について『相続人間の衡平』というスタンスを基本にしつつも、財産的な清算という側面を有する要件・効果を取り込むことによって、その性格が不透明なものになっている。……少なくとも、後者（清算型寄与分）を排除する理由は、以上の経緯においては、明確には示されていない」と示唆している。
- 61) 窪田充見・前注60)263頁。
- 62) 窪田充見・前注60)262頁。
- 63) 加藤一郎・前注49)116頁、瀬川信久・前注56)26頁。また、加藤教授は、寄与分と相続分指定との関係について、被相続人が全く寄与分を念頭に置いていない場合のみ、第904条の2の1項により、第902条の指定相続分を寄与分により修正されうると示唆している。同116頁。
- 64) 加藤一郎・前注49)116頁。
- 65) 上野雅和・前注58)429頁。また、435頁は、第904条の2の3項の解釈について、「904条の2の第3項は、寄与分の上限を定めた規定というよりも、被相続人の財産処分自由は寄与分により制限されることはないという当然の理を定めたもの」と述べている。
- 66) 伊藤昌司・前注8)309頁。
- 67) 最判平11・4・22判時1675号76頁で、価格賠償の方法も可能になっている。
- 68) 橋勝治・前注44)89頁。
- 69) 橋勝治・前注44)90頁。
- 70) 遠藤浩・水本浩編『民法（9）相続』（有斐閣 2000年第4版増補版）264頁〔上野雅和〕、中川善之助・島津一郎編『基本法コンメンタール 親族相続』（日本評論社 1981年改訂増補版）265頁〔沼邊愛一〕、前田達明「遺贈・寄与分・遺留分」判例タイムズ450号（1981年）5頁。
- 71) 伊藤昌司・前注8)308-309頁。同「寄与分の算定に関連する若干の問題」判例タイムズ663号（1988年）23-24頁は、その詳細な根拠について述べている。
- 72) 猪瀬慎一郎「寄与分に関する解釈運用上の諸問題」家月33巻10号（1981年）53頁、加藤一郎・前注49)114頁、瀬川信久「寄与分における相続人間の公平と被相続人の意思（4）」判例タイムズ544号（1985年）15頁、山口純夫「遺産分割審判等における寄与分と遺留分との関係」『私法判例リマックス1993（下）』（日本評論社 1993年）77頁、川淳一「寄与

分と遺留分の関係」家族法判例百選[第6版](有斐閣 2002年)119頁。

- 73) 債権の構成をとったフランス法の詳細は、千藤洋三「諸外国の立法例に現れた寄与分の問題 フランス法の場合」大田武男・野田愛子・泉久雄編『寄与分 その制度と課題』(一粒社 1998年版)224頁以下参照。
- 74) 窪田充見・前注60)264頁。なお、衡平型寄与と清算型寄与を区別する要件として、通常の介護・扶養は前者に属し、「特別の寄与」および農業・自営業型における清算は清算型寄与とみるべきと示唆している。同論文268頁。
- 75) 猪瀬慎一郎・前注72)13頁以下、岩井俊「相続人の寄与分について」家月29巻10号(1977年)24頁以下など。
- 76) 前橋家高崎支審昭和61・7・14家月38巻12号84頁、大阪高決平成2・9・19家月43巻2号144頁、千葉家一宮支審平成3・7・31家月44巻4号47頁、東京高決平成3・12・24判夕794号215頁、福岡家久留米支審平成4・9・28家月45巻12号74頁、盛岡家一関支審平成4・10・6家月46巻1号123頁、鳥取家審平成5・3・10家月46巻7号57頁。
- 77) 盛岡家審昭和61・4・11家月38巻12号71頁、広島高決平成6・3・8家月47巻2号151頁。
- 78) 大阪家審昭和61・1・30家月38巻6号28頁、山口家萩支審平成6・3・28家月47巻4号50頁、東京家審平成12・3・8家月52巻8号35頁。
- 79) 和歌山家審昭和59・1・25家月37巻1号134頁、神戸家伊丹支審昭和62・9・7家月40巻8号86頁。
- 80) 高松高決平成8・10・4家月49巻8号53頁。
- 81) 『平成13年司法統計年報家事編』(最高裁判所事務総局)63頁。
- 82) 寺戸由紀子「調停事件に見られる寄与分主張傾向と算定の具体例」大田武男・野田愛子・泉久雄編『寄与分 その制度と課題』(一粒社 1998年版)165頁。
- 83) 同じ手法をとっている事例として、横浜家審平成6・7・27家月47巻8号72頁がある。
- 84) 窪田充見「判例評釈」民商法雑誌104巻2号(1991年)244頁。
- 85) 窪田充見・前注60)271-272頁。
- 86) 新しい婚姻法の紹介は、朱曄・前注1)194-198頁を参照する。
- 87) 朱曄・前注1)215頁。
- 88) 栗原平八郎・前注54)234頁。
- 89) 「意見」第61条は、「相続人の中に、労働能力に欠ける者、または、生活基盤のない者がいる場合には、遺産が債務の弁済に足りなくても、その者のために一定の遺産を留保すべきである。次に、相続法33条と民事訴訟法204条の規定に照らして、債務を弁済する」と規定している。
- 90) 伊藤昌司・前注8)213頁。
- 91) 中川善之助・泉久雄・前注3)268頁以下、同書653頁以下。
- 92) 我妻栄・唄孝一『判例コンメンタール相続法』(日本評論社 1966年版)106頁、川井健「相続分の算定」谷口知平・加藤一郎編『新民法演習(5)』(有斐閣 1968年版)210頁、中川善之助監修『注解相続法』(法文社 1951年)125頁「島津一郎」、谷口知平・久貴忠彦編・前注2)222頁[有地亨]。通説は、積極的財産の総額から相続債務を差し引き、基礎財産を算出するならば、特別受益者は自己の法定相続分を超える特別利益を得た場合、相

続債務を負わないが生じる結果、他の共同相続人の利益を害することを、その重要な根拠としている。これにたいし、被相続人が有する全積極的財産から相続債務を控除すべきとする立場が存在する。中川善之助編・前注5)176頁〔薬師寺志光〕

- 93) 柚木馨『判例相続法論』（有斐閣 1953年版）208頁は、相続債務は第903条により算出された具体的相続分の比率に応じて分担されるべきとする立場をとっている。また、共同相続人間の公平を維持するため、贈与や遺贈などの特別受益を含めた各相続人が実際に取得した利益の全額に基づき、相続債務は分割されるべきとする考えも存在する。我妻栄・立石芳枝・前注3)437頁、我妻栄・唄孝一・前注92)106頁。
- 94) 中川善之助・泉久雄・前注3)294頁、野田孝明「相続分の算定と相続の承認・放棄」『民法演習（5）』（有斐閣 1959年版）202頁、中川善之助監修・前注92)125頁「島津一郎」などある。
- 95) 中川善之助・泉久雄・前注3)275頁。
- 96) 右近健男「遺留分減殺請求権 遺産分割との関係について」川井健ほか編『講座現代家族法（6）』（日本評論社 1992年版）224頁。また、最判平成8・1・26民集50巻1号132頁は、「遺言者の財産全部についての包括遺贈に対して遺留分権利者が減殺請求権を行使した場合に遺留分権利者に帰属する権利は、遺産分割の対象となる相続財産としての性質を有しない」としている。雨宮則夫「遺産分割手続における遺留分減殺請求の取扱い」判例タイムズ964号（1998年）7頁、菱田貴子「遺産分割と遺留分減殺請求との関係」判例タイムズ1025号（2000年）77頁などは、最判平成8・1・26の射程範囲を特定遺贈および全部包括遺贈に限定し、割合的包括遺贈、相続分の指定遺贈、相続分の指定を伴う分割方法の指定遺贈、割合的包括「相続させる」遺言については、遺産分割によるべきとしている。もっとも、雨宮則夫・同論文8頁は、特定遺贈および全部包括遺贈についても、当事者全員に1つの手続で解決しようとの合意があることと、取戻財産と遺産との間に一括処理を相当するだけの関連性が認められるときには、遺産分割手続による処理ができるとしている。なお、二宮周平「共同相続と遺留分および減殺後の法律関係」久貴忠彦編『遺言と遺留分（2）』（日本評論社 2003年版）182-184頁は、このような立場の限界を指摘し、遺留分権利者の権利が侵害されない制度作りが終局的な解決方法と考える。
- 97) 中川善之助編・前注5)176頁〔薬師寺志光〕の解説に出されている事例の金額を100倍にし、さらに修正を加えたものである。
- 98) 野田孝明・前注94)201頁、中川善之助・泉久雄・前注3)275頁。
- 99) 中川善之助編・前注5)173頁〔薬師寺志光〕、中川善之助監修・前注92)124頁「島津一郎」、我妻栄・立石芳枝・前注3)439頁、我妻栄・唄孝一・前注92)109頁、中川善之助・泉久雄・前注3)275頁。
- 100) 近藤英吉『相続法論（下）』（弘文堂書房 1936年版）572頁、野田孝明・前注94)201頁。
- 101) 谷口知平・久貴忠彦編・前注2)241頁〔有地亨〕、大阪高判平成11・6・8判タ1029号259頁。
- 102) 谷口知平・久貴忠彦編・前注2)276頁〔有地亨〕で掲載されている具体例である。
- 103) 谷口知平・久貴忠彦編・前注2)209頁〔有地亨〕、久留都茂子「遺留分制度のあり方」川井健ほか編『講座現代家族法（6）』（日本評論社 1992年版）205頁、鈴木真次「裁判例

- に見る遺留分の機能」『日本民法学の形成と課題(下)』(有斐閣 1996年版)1273頁。
- 104) 伊藤昌司・前注8)281頁。
- 105) 第902条1項但書に関する通説は、我妻栄・立石芳枝・前注3)113頁、中川善之助・泉久雄・前注3)254頁などある。903条3項に関する通説は、我妻栄・立石芳枝・前注3)439頁、中川善之助・泉久雄・前注3)275頁などある。
- 106) 伊藤昌司「持戻し免除について」中川淳先生還暦祝賀論集刊行会編『現代社会と家族』(日本評論社 1987年版)408頁。
- 107) また、第902条1項但書を当然無効とする立場は、野田孝明・前注94)204頁がある。
- 108) 伊藤昌司・前注8)289頁。
- 109) 伊藤昌司・前注8)293頁。
- 110) 伊藤昌司・前注71)23頁。
- 111) 小瀬保郎「公正証書遺言の実態と問題点」久貴忠彦編『遺言と遺留分(1)』(日本評論社 2001年版)119-120頁。
- 112) 小瀬保郎・前注111)123-124頁。
- 113) 鹿野菜穂子「高齢者の遺言能力」立命館法学249号(1996年)167頁。
- 114) 前注10)法典調査会民法議事速記録7・624頁。
- 115) 前注10)法典調査会民法議事速記録7・626頁。
- 116) 中川善之助・泉久雄・前注3)487-488頁、中川善之助・加藤永一編・前注15)53頁以下[中川善之助・加藤永一]
- 117) 鹿野菜穂子・前注113)171頁。
- 118) 伊藤昌司・前注8)38頁、大島俊之「遺言能力」『現代社会と家族法』(日本評論社 1987年)480頁、鹿野菜穂子・前注113)170頁。
- 119) 鹿野菜穂子・前注113)172頁。
- 120) 右近健男「遺言能力に関する諸問題」久貴忠彦編『遺言と遺留分(1)』(日本評論社 2001年版)59頁。
- 121) 大塚明「実務から見た高齢者の遺言と『遺言能力』」久貴忠彦編『遺言と遺留分(1)』(日本評論社 2001年版)75-76頁。
- 122) 四宮和夫『民法総則(第五版増補版)』(弘文堂 2000年)45頁。
- 123) 宮崎地日南支判平成5・3・30家月46巻5号60頁。
- 124) 郭明瑞・房紹坤・閻涛編・前注42)65頁。
- 125) 民法通則の第11条は、「満18歳以上の公民は成年者であり、完全な民事行為能力を具え、独立して民事活動を行うことができ、完全な民事行為能力者である。満16歳以上18歳未満の公民で、自己の労働収入を主要な生活基盤としているものは、完全な民事行為能力者とみなす」と規定している。また、同法12条の前半は、「満10歳以上未成年者は民事行為制限能力者であり、その年齢・知力と相応する民事活動を行うことができる」と定めている。
- 126) 公証人試験制度の他に、裁判官、検察官、弁護士などの法的専門資格を有する希望者から、公証人を選定するという審査制度も同時に存在していた。
- 127) [http://www.legaldaily.com.cn/gb/content/2001-12/12/content\\_28789.htm](http://www.legaldaily.com.cn/gb/content/2001-12/12/content_28789.htm) (2003.3)
- 128) 前注81)10-11頁。裁判所の職権による相続財産の管理人の選任の件数は、1955年以降計

上していないため、不明である。なお、公開された最終データによれば、1949年では、第918条2項の選任は93件がある。ただし、相続財産管理人の選任も同時に行われると思われる相続の限定承認の申述受理の申立は、2001年では905件がある。

- 129) 岸本洋子「遺言の執行 遺言執行の実情調査の結果から」久貴忠彦編『遺言と遺留分』（日本評論社 2001年版）280-283頁。
- 130) 中川善之助・加藤永一編・前注15)289頁以下 [ 泉久雄 ]
- 131) 中川善之助監修・前注92)399頁 [ 小山彘男 ]
- 132) 中川善之助編『注釈相続法（下）』（有斐閣 1955年版）162頁 [ 山本戸克己 ]，泉久雄ほか著『民法講義（8）』（有斐閣 1978年版）343頁 [ 泉久雄 ]
- 133) 泉久雄ほか著・前注132)343頁 [ 泉久雄 ]
- 134) 中川善之助監修・前注92)399頁 [ 小山彘男 ]
- 135) 有地亨「第三者による遺産の管理（1）」法政研究35巻4号（1969年）432-433頁。
- 136) 於保不二雄『財産管理権論序説』（有信堂 1954年版）99頁以下。
- 137) 近藤英吉『相続法の研究』（弘文堂書房 1932年版）179-180頁。
- 138) 小山昇「遺言執行者の地位」『現代家族法大系（5）』（有斐閣 1979年版）339頁，中川善之助・加藤永一編・前注15)362頁 [ 泉久雄 ] など。なお、本説は訴訟法学者に多く支持されている立場であり、多数説である。
- 139) 田中実「遺言執行者」中川選暦『家族法大系（7）』（有斐閣 1960年版）234-235頁。
- 140) 鈴木祿弥『相続法』（創文社 1996年版）150頁。
- 141) 河野信夫「判例評釈」判例評論500号（判例時報1718号 2000年）50頁。
- 142) 岸本洋子・前注129)285-286頁。
- 143) 松尾知子「遺言執行者による遺言執行」久貴忠彦編『遺言と遺留分（1）』（日本評論社 2001年版）314頁。
- 144) 岸本洋子・前注129)290頁。
- 145) 我妻栄・立石芳枝・前注3)616頁，上野雅和「判例評釈」判例評論347号（判例時報1253号 1988年）60頁。
- 146) 中川善之助監修・前注92)402頁 [ 小山彘男 ]
- 147) 中川善之助・加藤永一編・前注15)352頁 [ 泉久雄 ]，加藤永一『厳書民法総合判例研究・遺言』（一粒社 1978年版）100頁。
- 148) 伊藤昌司・前注8)160-161頁，同『相続法の基礎的諸問題』（有斐閣 1981年版）165頁，「判例評釈」判例評論223号（判例時報856号 1977年）27頁。この立場は、解釈論の中では最も善意の第三者の保護を図ろうとする学説であると考えられる。
- 149) 松尾知子・前注143)320-321頁。
- 150) 松尾知子・前注143)321頁。
- 151) 松尾知子・前注143)320頁。
- 152) 中川善之助編・前注5)285頁 [ 薬師寺志光 ]
- 153) 谷口知平・久貴忠彦編・前注2)562頁 [ 岡垣学 ]
- 154) <http://kanpou.pb-mof.go.jp/>（2003.1）
- 155) 中川善之助・泉久雄・前注3)362頁，我妻栄『債権総論』（岩波書店 1964年新訂版）

- 177頁, 柚木馨著・高木多喜男補訂『判例債権法総論』(有斐閣 1971年補訂版)190頁, 有地亨「判例評釈」民商法雑誌57巻6号(1968年)973頁。
- 156) 鈴木祿弥・前注140)29頁, 星野英一『民法概論( )』(良書普及会 1978年版)110頁, 池田恒男「相続放棄と詐害行為取消権」家族法判例百選「第5版」(有斐閣 1995年)209頁。
- 157) 勝本正晃『債権法概論(総論)』(有斐閣 1963年第16版)408頁。
- 158) 谷口知平編『注釈民法(25)』(有斐閣 1970年版)359頁[谷口知平]。
- 159) 椿寿夫「相続の承認・放棄と債権者」判例タイムズ403号(1980年)18頁。
- 160) 吉田邦彦「相続放棄と詐害行為取消権」家族法判例百選「第4版」(有斐閣 1988年)205頁。
- 161) 大島俊之「相続放棄と債権者取消権(2)」法律時報57巻9号(1985年)114頁以下。また, 奥田昌道編『注釈民法(10)』(有斐閣 1987年版)803頁[下森定]は, 大島説を傾聴すべきとしつつ, 「取消権の公示を認めた場合の事後処理が具体的にどうなるかについて, 詰めて考える」必要があるとする。なお, 上原裕之「相続放棄と詐害行為取消権」判例タイムズ1100号(2002年)310頁も, 肯定説をとっている。
- 162) 大島俊之・前注161)123頁。
- 163) 本判決文では, 「相続債権者」と表記されているが, 「相続人債権者」とするのが正しいだろう。
- 164) 中川善之助編・前注5)199頁[有泉亨]。
- 165) 川島武宣『民法(3)』(有斐閣 1951年版)166-167頁。
- 166) 星野英一「遺産分割の協議と調停」中川選暦『家族法大系(6)』(有斐閣 1960年版)372頁, 泉久雄「遺産債務分割契約」『契約法大系(6)』(有斐閣 1963年版)292-293頁, 中川善之助・泉久雄・前注3)346頁(注6), 谷口知平編・前注158)292頁[山本正憲]。
- 167) 川島武宣・前注165)166頁。
- 168) 甲斐道太郎「法定相続分に従わない遺産分割の効力」中川選暦『家族法大系(6)』(有斐閣 1960年版)266頁。
- 169) 甲斐道太郎・前注168)266頁, 中川良延「判例評釈」判例評論242号(判例時報916号1979年)32頁, 高木多喜男『遺産分割の法理』(有斐閣 1992年版)207-208頁, 上原裕之・前注161)311頁。
- 170) なお, 相続債権者をめぐる詐害行為取消権の事例として, 奈良地判昭和27・11・8下民集3巻11号1582頁は, 取消権を容認している。
- 171) 池田恒男「遺産分割協議と債権者取消権」『家族法判例百選(第6版)』(有斐閣 2002年)141頁。
- 172) この点に関し, 中川良延・前注169)32頁は, 債務者たる相続人が無資力者であることを前提に, 「民法424条の『悪意』および『詐害行為』にあたるかどうかを個別的具体的に審査して判断する」必要があると指摘している。なお, 実際の取得額に応じて債務を負担すると解すれば, 相続債権者の詐害行為取消権を認める必要はないであろう。
- 173) 前原捷一郎「相続人の債権者は遺産分割の代位請求が許されるか」相続実務研究会編『問答式遺産相続の実務(1)』(新日本法規出版社 1983年)921-923頁, 松原正明『判例



- 先例相続法（1） 遺産分割』（日本加除出版社 1994年版）470頁。
- 174) 高木多喜男『口述相続法』（成文堂 1988年版）307頁，小山昇「遺産分割事件における当事者適格」家月34巻3号18頁（1982年）は、「相続分の内実たるべき財産が唯一の一般担保であるなど民法423条の要件が具備している場合」と限定している。
- 175) 泉久雄「家事審判例の軌跡（七の一） 遺産分割（その一）」家月37巻6号16頁（1985年），篠清「関係人及び審判手続の受継」小山昇ほか編『遺産分割の研究』（判例タイムズ社 1973年版）473-474頁，井上哲男「債権者代位による遺産分割申立の可否」判例タイムズ688号（1989年）124頁，中川善之助・泉久雄・前注3）347頁（注10），斎藤秀夫・菊池信男編・前注51）514頁〔野田愛子〕，谷口知平・久貴忠彦編・前注2）350頁〔伊藤昌司〕。
- 176) 最判14・6・10判タ1102号158頁，最判13・11・22民集55巻6号1033頁。
- 177) 奥田昌道『債権総論』（悠々社 1992年増補版）260頁，林良平・石田喜久夫・高木多喜男『債権総論』（青林書院 1996年第3版）171頁〔石田喜久夫〕，奥田昌道編・前注161）758頁〔下森定〕，於保不二雄『債権総論』（有斐閣 1976年新版）168-169頁，中川高男『親族相続法講義』（ミネルヴァ書房 1995年新版）458頁，久保宏之「判例評釈」判例評論485号（判例時報1673号 1999年）200頁などある。
- 178) 山口純夫「遺留分減殺請求権の代位行使の可否」判例タイムズ751号（1991年）55頁。
- 179) 高木多喜男「遺留分減殺請求権の代位行使の可否」『私法判例リマックス1991年（下）』（日本評論社 1991年）92頁。
- 180) 中川善之助編・前注132）235頁〔島津一郎〕，中川善之助・泉久雄・前注3）662頁，666頁（注9），鈴木祿弥・前注140）178頁。
- 181) 前注10）法典調査会民法議事速記録7・871頁。
- 182) 中川善之助・加藤永一編・前注15）476頁〔中川淳〕，我妻栄・唄孝一・前注92）319頁，高木多喜男『総合判例研究叢書（23）遺留分』（有斐閣 1964年版）133頁以下。
- 183) 水戸地下妻支判大正11・3・28法律評論11巻民法259頁，また，遺留分権利者の債権者が代位行使した事例で，最判昭和25・4・28民集4巻4号152頁の原審は，消滅時効を理由に請求を棄却したため，代位行使を肯定することが前提とされていると考えられる。
- 184) 右近健男「判例評釈」判例評論524号（判例時報1791号 2002年）198頁は，「この表現は，被相続人による遺留分を侵害する処分に対して遺留分権利者が減殺請求するか否かは身分関係にかかわり，したがって行使上の一身専属権であるかのような幻想を抱かせる」と述べている。
- 185) 工藤祐蔵「遺留分減殺請求権を債権者代位権行使の目的とすることの可否」ジュリスト1224号（2002年）74頁，右近健男・前注184）198頁。