

# 「相続させる」遺言は遺贈と異なる財産処分であるか

伊藤, 昌司  
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/1930>

---

出版情報：法政研究. 57 (4), pp.167-194, 1991-03-26. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 「相続させる」遺言は遺贈と異なる財産処分であるか

伊藤 昌司

## 一 はじめに

本稿の表題とする問題は、相続法解釈学の分野で、このところ活発な議論の対象になっているものである。この議論では、たまたまの成り行きから、私の判例批評が、かねてから燻っていたこの問題に新たな火を掻き立てる一要素になっている。その判例批評とは、東京と札幌の二つの高裁と東京地裁という、いずれも影響力の大きな裁判所が通説に即した判断を示し、それが一時期次々に公表されたので、疑問の多い解釈の固定化が最早決定的になったとの諦めに近い思いで、せめてもの批判を述べてみただけのものであった。したがって、私としては、どのみちこの批判も読み捨てにされ、それで論議は終わってしまうものと考えていた。法律実務や裁判実務には、理論偏重の学者の議論とは別種の強靱さがあった、私ごときが批判しても、いったん動き始めた確定の処理方針が変わることはあるまいと思ひこんでいたからである。しかし、ということとは、私がそれらの判決や学説に僅かでも分があることを内心認めて

いたということではない。上記の批判でも述べたように、私より遙かに法解釈に熟達した裁判官や学者が、私にさえる数々の解釈上の難点を顧慮しないのが不思議であったし、現在もなお同じである。ただ、この論議を通じて、私は、このような紛糾の源が、わが相統法学における概念の検討の不十分さにあると考え、その感をますます深くしている。相統法は、民法の最後編に位置するため、大学の講義から事実上切り捨てられることが多く、研究者の層も薄い。基礎的な研究が大変遅れている分野である。それにもかかわらず、毎日人は死亡し、相続が開始するので、誰が相続人になり、何程の権利をいかなる方法や手続きで確保できるのか、遺言書をどのように作成し、遺言受益者の権利はどうすれば確保できるかというようなハウ・ツールの書物は巷間に溢れている。そして、他の民法分野とは異なり、相統法の専門的な教育・研究ないし実務用の体系書や註釈書の内容は、若干を除き、これらハウ・ツールの書物と余り変わらないのが実状である。つまり、解釈論の基礎となる諸概念や諸条文についての、沿革を踏まえた検討はすっかり等閑にされ、諸条文の意味をその場で都合よく引張るような解釈が幅をきかせ、明治三十一年に施行され、昭和二二年の改正をめぐり抜けた多くの条文が元来有していた意味を探求し、それを活用する努力は怠られがちなのである。当面の問題も、結局は、遺贈という概念を曖昧にする方向で、民法の諸条文に勝手な意味を与えてきた学説や実務が生み出した混乱の一つに他ならない。

ところが、幸いなことに、表題の問題については、上記のような諸判決と私の拙くも不十分な批評の後、思いがけなくも東京地裁の一判決が私と同方向での解決を正当とする判断を示したため、これをきっかけにして、議論の流動化が始まった。ハウ・ツー水準の議論や実務に引きずられてきた裁判所が、そこから脱却する好機が生み出されたのである。しかし、その後の裁判例は、揺れを示しつつも、なお従来の立場を守ろうとしているかに思われるが、これらの判決が更なる議論の渦を呼び起こしているし、問題の包括的な整理をも要求している。それ故に本稿は、そのような状況のなかで、私の発言に対して示されたいくつかの批判に答えながら、従来の立場を再確認するとともに、再

度問題を整理してみようと思う。

(1) 東京高判昭和六〇年八月二七日家月三八卷五号五九頁・判時一一六三三六四頁・金法一一二二三号四二頁、札幌高決昭和六一年三月一七日家月三八卷八号六七頁・判タ六一六号一四八頁、東京地判昭和六一年一月二八日判時一二二二六号八一頁。伊藤昌司「相続分の指定を含む遺産分割方法の指定」判タ六四三三三号一四四頁は、これらについての評釈である。

(2) 東京地判昭和六二年一月二四日判タ六二七号二〇一頁・金法一二〇六号三七頁。

なお、この判決の裁判官は、私が、註1所掲事件への評釈よりも前に、他の事件の評釈（判評三四一四号二〇五頁）のなかで述べた通説批判論に好意的な意見を發表されてもいる（村重慶一「相続関係訴訟の問題点」民事研修三六六号三二頁）。しかし、ほぼ同時期の東京地判昭和六二年九月一六日判タ六六五号一八一頁は、効果の点を別として処分の性質の理解に関して基本的な註1所掲の諸判決と同一の立場をとっていた。

ついでに言えば、東京地判昭和六一年二月二二日判時一二六一号一〇〇頁は、妻と非嫡出子の二人が法定相続人である事案において、この二人に二分の二つ「相続させる」とした遺言文言を、遺言執行の要否という観点から判断して、文言の意味は相続分の指定であると解した。事例に即した解決としては妥当でも、一般化はできない。

(3) 東京高判昭和六三年七月一日家月四〇卷一一号七四頁・判タ六七五号二六六頁・金商八〇五号・二七頁・金法一二〇九号七七頁、東京地判平成元年二月二七日判タ六八九号二八九頁・金法一二三四号三九頁。

## 二 遺言による財産の処分

前節で述べたように、今日における議論の紛糾の源は、基本概念の曖昧さにあると私は考える。それ故、確認すべき条文の意味や確認すべき概念を確認することから始めよう。

1 民法九六四条は、「遺言者は、包括又は特定の名義でその財産の全部又は一部を処分することができる。但し、遺留分に関する規定に違反することができない。」と規定する。この条文は、一九四七(昭二二)年の改正前の一〇六四条と、仮名づかいが異なるのみで、全く同一であつて、ここにいう「財産の・・・処分」とは遺贈を意味するものと解されてきた。<sup>(4)</sup>

したがって、改正後の最初期に出版された註釈書は、この条文には、次のような説明を付していたし、同時期の他の註釈書においても同様であつた。すなわち、

「遺言によってすることのできる事項は、民法その他の法律で特に認められたものでなければならぬ(本章解説二参照)。本条は、遺言によって財産の処分をすることができる旨を定めたのである。遺言による財産の処分はすなわち遺贈である。<sup>(5)</sup>」

2 ところが、民法には、旧規定以来、共同相続の場合に、被相続人が遺言で相続人の相続分を指定できることを定めた条文(九〇二条・旧一〇〇六条)および遺産分割の方法を指定できることを定めた条文(九〇八条・旧一〇一〇条)が置かれているので、九六四条に関する上記のような説明は、ただちに曖昧化されてきた。相続分の指定はひとまず措き、遺産分割方法の指定についていえば、明治年間の著作以来、数々の文献において、遺産分割方法の指定とは、「被相続人カ各相続人ノ性質、目的其他種々ノ事情ヲ斟酌シテ或者ニハ不動産ヲ与へ或者ニハ金銭ヲ与ヘントスル如キ<sup>(6)</sup>」とか、「甲ノ財産ヲ以テ必ス太郎ノ手ニ在ラシメ乙ノ財産ヲ以テ必ス次郎ノ手ニ在ラシメント欲スルコト<sup>(7)</sup>」とか、「遺産目録を作り、それぞれについて誰に与えるかを定めてもよく、家屋と田畑・農具一式は長男、その他の財産は他の子で平等にわけよというような抽象的な方法でもよい<sup>(8)</sup>」というように説明されてきたので、九六四条についての上記の説明にもかかわらず、遺言による財産処分は遺贈には限られず、遺産分割方法の指定という財産処分もあり得るかのような理解を生み出した。そして、右の最後に引用した著書は、さらに筆を進めて、

「なお厳密に言えば、遺産分割の方法の指示は、法定相続分の割合を変更せずに、財産分配の方法だけを定めることである。しかし、指示された方法によって分割する結果、共同相続人の法定相続分に変更を生ずる場合には、被相続人は遺産分割の方法の指示とともに相続分の指定をしたものとみななければならない」とさえ述べていたので、先に引用した九六四条の註釈文は、いわば全くの尻ぬけ解説になっていた。

3 それ故、この点につき、最近の論議のなかで、九六四条には「遺贈」の文字がないことを理由に、同条にいう「処分」には制限がないとする実務家や新進の研究者の見解が示されたとしても、<sup>10</sup>そのような解釈を生じさせる根源が学説の曖昧さに存する以上、ある意味では論理に合する当然の主張とも思われる。この主張は、上記学説に従って遺言による遺産分割方法の指定という財産処分の存在を肯定した裁判所が、この処分の効力について示した判断に不満を持った公証実務の立場から出されたものであって、遺産分割協議の成立前に権利移転の効力を生ずる非遺贈・非遺産分割の性質を持つ処分の認知を要求するところに、その眼目がある。このような主張の当否は、後に詳細に検討するけれども（四）、ここでは、この説を変則担保という呼称に倣って「変則処分説」と名付けるとともに、これに対し、さしあたり次のような問題を指摘するにとどめよう。

すなわち、先ず第一には、先に引用した九六四条の註釈文の第一行目にもあるように、遺言事項は本来限定されているのであって、契約の自由と同じ意味において遺言の自由を語ってよいのかが問われよう。「われわれは、私有財産制度のもと、生前にその財産を自由に処分できると同様に、遺産をも遺言によって自由に処分できるのであり、唯一の制限は遺留分制度である」と<sup>11</sup>といった遺言自由主義の大旗を振り回して、そこから九六四条の自由解釈を引き出すというのは、解釈論として、いかにも乱暴である。やはり法解釈は法規の意味を最大限に尊重しながら、論理的に進めるべきである。さもなければ、目前の利益には合致するとしても、民法全体の論理を破壊することによって、次々におかした問題を生み出すことになる。

第二には、遺産分割方法の指定が遺言による財産処分であるかどうかはさておき、民法には、遺贈の他にも遺言による財産処分があるのは明白である。なぜなら、民法四一条は遺言による寄附行為を認めており、寄附行為が財産処分であるというのも明白だからである。しかし、ここにおいて重要な点は、民法は遺言寄附行為については同条で遺贈に関する規定の準用を明示していることである。それ故に、九六四条の「処分」を遺贈に限定しても、遺言寄附行為の存在がそれに矛盾することはない。それならば、遺贈ではない財産処分（ $\parallel$ 変則処分）を九六四条から引き出す見解によれば、その処分は、遺贈といかなる関係を有するのであるか。遺留分に服するという結論は、いかなる規定から引き出せるのであろうか。また、遺産分割方法の指定を財産処分と解する学説は、民法九〇八条に四一条のような準用規定がないのをどのように説明するのであろうか。これは解釈上一つの問題であらうし、論理的には、いくつか解答がありうる。遺産分割方法の指定は遺言による財産処分ではないから同様の準用規定がないと解するか、財産処分ではあるが遺贈とは全く異なる性質のものであるが故に準用規定がないと解するか、財産処分であるかどうかは準用規定の有無とは無関係であると断ずるか、いずれにせよ解答を求めたい。私は第一の解答を選ぶ。その理由は、次節以下に述べるとおりである。

(4) 梅謙次郎・民法要義(卷之五)二〇版・一九二一(明44)年・二六六頁、柳川勝二・日本相続法註釈①・一九二〇(大9)年・二八三頁、近藤英吉・相続法(新法学全集)・一九四〇(昭15)年・二七九頁、穂積重遠・相続法(第二分冊)・一九四七(昭22)年・三三五頁。

(5) 我妻 栄 $\parallel$ 立石芳枝・コンメンタール親族法相続法・一九五二(昭27)年・五五〇頁、同旨・中川善之助編・註解相続法・一九五一(昭26)年・二六八頁・二七六頁(小山)、中川善之助編著・註釈相続法①・一九五五(昭30)年・二〇頁。  
 (山)中。

(6) 民法修正案理由書・一八九八(明31)・二七七頁。

- (7) 梅・前掲書（註4）一三四頁。
- (8) 我妻Ⅱ立石・前掲書（註5）四四九頁。
- (9) 同書同頁。なお、この著者は、九〇二条の註釈においても、「例えば、不動産は長男の所得にせよと指示した場合などは、遺産分割方法と同時に相続分をも指示したとみてよい。けだし、その場合の遺言者の意思は、遺産の分割に当って、不動産を長男が取得するという分割の方法を指示することと、そうすることによって長男の取得分が本来の相続分より多くなってよいという——法定相続分を変更する——こととの二つを含んでいるとみるべきだからである」と述べていた。
- (10) 瀬戸正二『相続させる』との遺言の効力（金法一二一〇号七頁一段目、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」（判批）家月三八巻八号一二三頁（一二三二〜一二三三頁参照）、狩野敬子「特定の財産を特定の相続人に帰属させる旨の遺言の効力について」公証法学の立場から」慶大院論二六号二八三頁。倉田氏は、市販の六法全書が九六四条の見出しに遺贈の文字を出すのは、学生を誤るものだといわれ、この解釈への自信のほどを示される。
- (11) 瀬戸前掲論文（註10）同頁一〜二段目。たしかに、第二次大戦後の一時期には、わが法学界の主導的理論家たちによって遺言自由主義が強調され、この原理に立つ相続法こそが近代的・合理的なものであるという「常識」がつくられた。しかし、そのような言説は歴史を事実にして観察するのではなくイデオロギーを通して「解釈」した時代の謬見にすぎないことは、その後の実証的研究によって明らかにされている。フランス近代法については、稲本洋之助・近代相続法の研究・一九六八（昭43）年、イギリス近代法については、戒能通厚・イギリス土地所有権法研究・一九八〇（昭55）年参照。このような研究をふまえて、私は、瀬戸論文に対し、東京高判昭和六三年七月一日前掲（註3）の評釈のなかで、「遺言でなしうる処分は、もともと法律によって限定されており、解釈で広げるにも限界がある。本判決は、遺言者の意思解釈から説きおこすが、遺言の解釈とは、法律（民法）を基準にして意思表示の法的意味を確定することであって、契約の解釈のように表意者意思万能が出発点になるのではない（所有権Ⅱ契約の自由と遺言の自由との区別は、一七世紀以来の常識）」と批判したが（判タ七〇六号一六二頁）、遺言自由主義か法定相続主義かという大旗を互いに振りあっても、解釈論上の実りは少ない。問題は、われわれの前にある、民法という法規のなかにある論理の探求である。なお、遺言自由説の学説史的位置については、伊藤昌司「相続の根拠」民法講座7・一九八四（昭59）年・第一節参照。

### 三 分割方法の指定という処分は必要か

前節で示したように、わが国の相続法文献は、明治以来、遺言による遺産分割方法の指定に、遺贈との区別を紛らわしくする説明を与えてきた。それ故、この両者、ないしは相続分指定をも加えた三者を並列させたいうで、その区別を論ずるといふ議論が、解釈学に登場することになる。<sup>12)</sup>

ここでも、相続分の指定は暫く措き、遺産分割方法の指定のみを問題にするならば、遺贈の他にこのような財産処分を認める必要性が私には分からない。諸家の述べるところを検討してみよう。

1 発表の順序からは逆になるけれども、遺贈の実体法的性質の理解に関わるという点で、右近氏の見解を先ず取り上げる。その第一点は、「被相続人において、相続人が相続を承認することを前提に、特定の相続財産を特定の相続人に取得させる意思を有するときには、遺贈と解するより、分割方法の指定と解するのが適当であろう」とし、「被相続人が相続人が相続放棄をしてもなお当該財産を取得すべきものと考えている場合には、遺贈と解さなければならず、遺贈独自の領域は否定されるものではない」というものである。<sup>13)</sup>

なるほど、遺言による財産処分が遺贈であるならば、受遺者である相続人は相続を放棄しても遺贈を承認することができ、遺産分割方法の指定による受益者は相続を放棄すれば遺言の利益を享受することができない。この区別は重要である。しかし、この区別には、「原則として」という留保が必要である。なぜなら、民法は、遺言という法律行為に条件を付すことを認めるが（九八五条②）、条件は遺言自体に付すことができるだけでなく、遺言の内容をなす個々の法律行為にも付すことができるからである（中川善之助Ⅱ泉久雄・相続法3版・一九八八（昭63）年・五二六頁）。それ故、被相続人は、相続人である受遺者が相続を承認することを条件（解除条件）として遺贈することも可能である。特定の財産を相続人に「相続させる」とか「遺産分割方法の指定として与える」とかの文言

による遺言処分がなされたとして、この処分は、明示的でない以上は無条件の遺贈であると解することもできるが（私はそう解したい）、相続放棄を黙示の解除条件とする遺贈と解することもできる。つまりは、相続を放棄する者に財産を与えないという被相続人の意思に法的効果を認めるためならば、遺贈の他に遺産分割方法の指定という財産処分を認める必要はない。また、単純承認が明示の条件となっていないわけでもないのに、相続人として遺言の利益や生前贈与の利益を受けるか、相続を放棄してそれらを受益するかを選択権を当然に失わせるような解釈に、問題は無いのであろうか。フランス法における尊属分割の場合には、それらの点の紛れが生じないように共同相続人間の平等への配慮も含めて明定されているが（フ民一〇七七条）、明文のないわが民法の解釈として、果たしてどうであろうか。

2 また、右近氏は、私と同様、共同相続人間の平等を重視する立場に立つので、正当にも「相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定」という処分を認めることには否定的である。この立場から、右近氏は、遺産分割方法の指定はつねに相続分の枠内でしか認められるべきでないと解し、遺贈ならば相続分超過でも現実の持戻義務はないから遺贈説は不公平を生むと批判する<sup>14</sup>。しかし他方、特定相続人に特定財産を取得させるといふ遺言者の意図は、遺贈と解すれば遺留分減殺によって潰える可能性がある<sup>15</sup>ので、遺産分割方法の指定と解するのがよいとも説いていて、その主張には矛盾がある。

わが民法は、フランス古法時代の一地域に存した現物持戻しの制度を採用せずに、フランス民法典から計算上の持戻しの制度を継受したので、持戻しによって確保される相続人間の公平は相対的なものでしかない。この点は、沿革に基づく民法自体の論理であり、これを解釈では正しようとするのは無理であろう。しかし、その不公平は自由分の範囲内でのみ許されるというのも民法の論理であって、遺留分侵害の遺贈が減殺されることになるのは、当然かつ妥当である。遺留分こそは、相続人間の公平の最後の砦であり、これを容易に掘り崩す処分を解釈で考案す

るようなことは、許されるべきでない。例えば、遺贈・贈与を持戻した「みなし相続財産」の二分の一を超過する特定財産を特定の相続人に「現物分割の方法により相続させる」という遺言があったとする。右近説によれば、これは遺贈でもなければ、相続分指定を伴う遺産分割方法の指定でもないことになるが、遺留分権利者は、いかなる規定によって遺留分を保全すればよいのか。右近説によれば、遺産分割方法の指定であるかぎりは遺言だけで直ちに権利が移転することはなく、相続人間において調整の協議が必要であるから、協議のなかで遺留分が保全されて遺留分侵害の問題は生じないという<sup>15)</sup>。しかし、協議が整わない場合にはどうするのか。家庭裁判所の審判で決するとして、その審判はいかなる規定を根拠にすればよいのか。遺留分が根拠にならないとすれば、九〇三条の相続分を根拠にするのであろうか。そうであるのなら、この処分の受益者が他の者の遺留分に食いこむ相続利益を受け得ない根拠は、九〇三条のどこにあるのであろうか。そもそも、どうしてこれほどの無理をしてまで、この処分が遺贈であることを否定しなければならぬのであろうか。

3 多くの判例や学説は、右のような処分は相続分指定を伴う遺産分割方法の指定であると解し、そのうえで、この処分による遺留分侵害があれば、九〇二条一項の但書によって遺留分の保全がはかれると説く<sup>17)</sup>。しかし、他の機会にもしばしば指摘したように、この条項が減殺権を定めた規定とは考えられない。なぜなら、民法は、一〇三一条で「遺留分権利者・・・は、遺贈及び前条に掲げる贈与の減殺を請求することができる」と定めるのみであって、相続分指定の減殺について規定していないというだけでなく、一〇三三条でも「贈与は、遺贈を減殺した後でなければ、これを減殺することができない」と規定しているので、相続分指定の減殺ということは民法上ありえないことと考えざるを得ないからである<sup>18)</sup>。減殺説を支持する学説のうち、ある論者は、根拠を示さずに、遺贈・贈与に先立って減殺されると解釈するが<sup>19)</sup>、別の論者は、相続分指定が「実質的には包括遺贈と異ならないことを考えると、遺言に別段の意思表示がなされていないかぎり、遺贈と同順位でその目的の価額の割合に応じて減殺されると解す

べきである」と説く<sup>(20)</sup>。しかし、後者の立場では、前述したように、民法四一条には準用規定があるのに、九〇二条にはそれが無い理由を説明できなければならぬ。旧規定下では、現行九〇二条一項但書の解釈としては、滅殺説ではなく無効説が有力であった<sup>(21)</sup>。この解釈が大審院以来の確定の判例によって否定されたという高名な実務家の言は、誤解でなければ議論のスリ替えである<sup>(22)</sup>。

4 しかし、以上の問題は、以下に比べれば、むしろ些末事に属する。奇妙なのは、「相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定」という概念自体である。先に引用したように、驚くほど多くの学説がこの概念を受け入れているが、以下の点をどのように考えるのであろうか。

多くの学説は、例えば、遺産の過半に相当する価額の不動産を相続人の一人に「相続させる」とする遺言は、遺産分割の指定という財産処分であると同時に、その価額が遺産全体に占める割合の限度で相続分を変更する意思をも併せ含むものとして、相続分の指定でもありうると解している。それでは、遺言者がこの不動産を相続人の一人に「遺贈する」と書いていたらどうなのか。遺贈の場合にも、相続分は九〇三条の持戻しの要否を決する基準枠としてその大小・増減に受遺者は利益を有するのであるから、同じ論法を使えば、この意思表示には遺贈と同時に法定相続分を修正し拡大する相続分指定の意思表示が含まれているといえることになろう。相続分指定を伴う遺贈という概念が変だとすれば（これは確かに変であって<sup>(23)</sup>、認めるべきでない）相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定というようなのが、あり得るはずはない。この概念への批判として、処分の目的が相続分に満たない場合にも相続分の変更ありとすることは不合理であり、さりとて、相続分を上回る場合には相続分指定を伴うが下回る場合には伴わないと解釈するのはいかにも便宜的であるという正当な指摘があったが<sup>(24)</sup>、この批判も、頑な学説によって峻拒されている<sup>(25)</sup>。

この概念を肯定する学説のなかには、スイス民法典の六〇八条三項が「遺産に属する特定財産を一相続人に指定

することは、被相続人の反対意思がうかがえない限り、単なる分割方法の指定であって、遺贈ではない、といっている<sup>(26)</sup>という理解に立って、相続人への遺言処分を極力この方向で解釈しようとする論者が含まれている。しかし、スイス民法典のこの条項の意味は、フランス民法典ないし日本民法の流儀でいえば、当該遺言処分が持戻し免除なのか相続分中に持戻されるべきなのかという論点に関するものであって、別段の意思表示がないかぎり持戻されるべきであると解するための準則にすぎないようである<sup>(27)</sup>。これを、わが民法にいう遺贈か遺産分割方法の指定かという論点に、直ちにひきつけて論ずるのは早計ではなからうか。

5 このように、私は、遺贈の他に遺言による遺産分割方法の指定という財産処分を認める必要はないと考えるが、それでは民法九〇八条にいう遺産分割方法の指定とは何かが問われよう。この点については、私は、現物分割の原則に代わる換価分割（価額分割）や補償分割（代償分割）といった分割方針についての指示であると解し、それ自体は財産処分の性質を有しないと考える<sup>(28)</sup>。この理解は、民法に即して最高裁が定めた家事審判規則の用語法にも合致するが、思いがけなくも、高名な実務家による次のような批判を受けることになった。それは、このような指示は、相続人に対し絶対服従を要求する性質を有し得ないので、「遺言者の遺産分割に対する希望事項を書いたにすぎない文書が民法が定める遺言に値するかどうかは問題<sup>(29)</sup>」として、「遺言は相手方のない単独行為であるから、その性質上遺言書に記載された意思表示は、遺言の効力発生と同時に、それ自体によって法律効果としての権利変動を生じさせる自己完結的なものでなければならぬことはいうまでもない。その意味では、遺言は民法上の形成権の行使であり、しかも、この形成権は、裁判上の行使を要件とされていないのである。従って、相続開始後に共同相続人やその他の関係者の自由意思に基づく協議や同意を経なければ権利変動の効果を生じなかったり、家庭裁判所の審判によって初めて権利変動の効果を生ずるような事項を記載した文書は、仮令遺言書の表題が付された遺言者作成名義の文書であっても、それは単に被相続人が希望を表明した文書に過ぎないのであって法律的な遺言書で

はあり得ないのである。・・・前項で見た諸説は、遺言と希望事項の区別を明確に認識していないか又は意図的に遺産分割方法指定の遺言を希望事項の中に解消し遺言としての効力を否定し去ろうとするものとしか評しようがないのである」というものである。この批判は、論者の裁判官時代の令名を知る者には、信じ難い内容であり、引用するのが気の毒にさえ思える。遺贈は、遺言の効力発生とともに権利移転の効果を生ずるが、受遺者が放棄すればそれまでである。遺言執行者の指定も、指定としての効力は生ずるが、被指定者が就職を拒めばそれまでであって、解任はしないでも、民法一〇一〇条による選任を求めることができる。しかし、だからといって、これらは希望事項であって遺言事項でないといえ、滑稽であろう。同様に、換価分割の指定があっても、共同相続人の協議で、換価には時期不相当だから現物で分けるとの合意に達すれば、遺言者の意思を盾にとつて換価を強制する必要はないし、その逆の場合、つまり現物分割の指定に反して換価分割の合意をする場合も同様である。ただ、共同相続人中の一人でもが遺言者の指示した分割方法に利益を有し、それを頑固に要求すれば他もそれに従わざるを得ないし、この頑固な主張がシカーネに該当するのではないかぎり、審判でも尊重されることになる。その程度の効力があれば立派な遺言事項であり、葬儀形式に言及した文言等と同様の希望事項ではあり得ない。なお、遺産分割の終了後に遺言書が発見されて、換価分割の指示に反して現物分割をしまつていたことが判明しても、分割手続き自体に瑕疵がなければ、各人の取得する財産額が大きく異なることはない筈であるから、再分割の必要はないといえよう。形成権・・・云々のくだりは、笑い草にもならない。

(12) そのような困難な作業に先鞭をつけたのは、山嶋正男「相続分の指定」家族法体系Ⅵ・一九六〇（昭35）年・二六九頁以下である。この論文は、遺言による財産処分は原則として遺贈であるとする、私の立場からは正当な結論に向かうものではあるが、遺贈・遺産分割方法の指定・相続分指定の三者を並列させる議論のルールを設けて、その後の議論をそこに引き込んだ責任も大きい。かくして、議論は、民法の法規の沿革や論理構造の検討よりも、遺言の意思解釈の平面に滑り

こみ、三つのうちのいずれにメリットがあるかという比較論が盛んになる。そのような文献は多数にのぼるので特に引用はしないが、山口純夫「遺言の解釈と遺贈か遺産分割方法の指定か」判タ六一三号一一〇頁が同様の作業を丁寧に行なうて、多くの文献を引用しているので、その参照を乞う。

- (13) 右近健男「特定の財産を特定の相続人に『相続させる』旨の遺言の意味」大阪府大経済研究三五卷二号・一九九〇(平成2)年・五〇六(逆綴二一〇〇九)頁。この主張は、後掲東京高判(註16)が、「被相続人が・・・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・・・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りなく(たとえば、その相続人が相続を放棄したとしても)、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・・・遺産分割方法の指定であり・・・」と説示した部分への同調かと思われる。

- (14) 同論文・一〇〇〜一一(二〇五〜二〇四)頁。

- (15) 同論文・七(二〇八)頁、九(二〇六)頁の註12。

- (16) 東京高判昭和四五年三月三〇日高民二三卷二号一三五頁・家月二三卷一号六五頁・東高民時報二二卷三号四三頁・判時五九五号五八頁・判タ二四八号一三三頁(この判決は、瀬戸・前掲論文(註10)によれば、昭和四八年三月六日に最高裁によって支持されたが公表はされなかったとのことである)の他、註1所掲の諸判決。学説では、我妻||立石・前掲書(註5)の他、我妻 栄||唄 孝一・判例コンメンタール相続法一九六六(昭41)一四二頁、中川善之助・相続法・一九六四(昭39)一七二頁、中川||泉・同書(新版)一九七四(昭和49)二三四頁、同(3版)一九八八(昭63)二三七頁、二四二〜二四三頁、泉 久雄「遺言と遺産分割」家事審判事件の研究 所収・一九八八(昭63)五八頁、中川善之助編・注釈民法(26)・一九七三(昭48)四九頁(中川)、加藤永一・遺言(民法総合判例研究)一九七八年(昭53)・五九頁、島津一郎編・判例コンメンタール民法V・一九八八(昭63)一五七頁(田中恒郎)、中川善之助||加藤永一編・新版注釈民法(28)・一九八八(昭63)五九頁(加藤)、泉他共著・民法講義8相続・一九七八(昭53)一八一頁(久貴)。なお、鈴木禄弥・相続法講義(有斐閣版)一九六八(昭43)七二頁、鈴木禄弥||唄 孝一・人事法・一九七五年(昭50)六二頁、鈴木禄弥・相続法講義(創文社版)一九八六(昭61)・一一九頁は、ほとんど同じ内容で、曖昧ながら、この解釈に肯定的であると考えてよいし、高木多喜男・口述相続法・一九八八(昭63)六三頁も同旨である。

- (17) 我妻||立石・前掲書(註5)四三〇頁、中川編・註解(註5)一一八頁(島津)、中川善之助編・註釈相続法④・一九五四(昭29)一六四頁(加藤)、高野・相続法・一九七五(昭50)一五二頁。

- (18) 山島・前掲論文(註12) 二七九頁もこれを指摘していた。
- (19) 中川編・註解(註5) 一一八頁。
- (20) 中川編・註釈(註17) 一六四頁。
- (21) 牧野菊之助・日本相続法論・一九〇九(明42)、近藤英吉・相続法論①・一九三七(昭12)・五五七頁、同・相続法・一九四〇(昭15) 一五四頁。
- (22) 原島克己「相統させる遺言雑考」遺言実務ノート(その一)「判タ七三四号二八頁中段。所引の判例は、遺贈の減殺に關するものであって、相続分指定の減殺に關するものではない。
- (23) 念のためにいえば、遺贈自体とは別に受遺者の相続分を受遺財産の範囲内に限定するとか拡大するとかの意思表示をした場合には、九〇二条の相続分指定があつたことなるのまで否定してはならない。
- (24) 橋 勝治「遺産分割事件と遺言書の取扱」現代家族法大系5・一九八〇(昭55) 六六頁。
- (25) 泉・前掲論文(註16) 六〇〜六一頁は、「私達が、当該相続財産の価額が法定相続分を超える場合には、相続分の指定を含む分割方法の指定であると解しているのは、この種の遺言を分割方法指定の遺言として把握する以上、その財産の価額が法定相続分を超える場合には、相続分の変更(≡指定)を前提としなければ遺言者の意思を実現することが出来なくなるからであり、価額が法定相続分を超えない場合には、相続分の指定を含まない分割方法指定の遺言だといっているのは、遺言者の意思を実現するのにそれで十分だからである」と答えている。この数行は、この学説の欠点と便宜主義的特質を巧まずに告白している。まさに然り、この種の遺言を分割方法の指定として把握するが故に、無理が生じているのである。遺贈と解すれば、受遺者(≡相続人)の法定相続分を超過しても、自由分を超過しない限りは遺言者の意思は実現される。遺贈と解すれば、法定相続分に満たない場合でも、相続分を縮減させることはない。
- (26) 中川編・前掲注釈民法(註16) 四八頁、中川≡加藤編・前掲新版注釈民法(註16) 五八〜五九頁。
- (27) Paul PIOTET, Traité de droit privé suisse, tome IV, 1975, p. 780. 故に、この条項によって遺産分割方法の指定とみなされるということは、わが民法の論理では、持戻されるべき遺贈になるということ、この条項でいう別段の意思表示による遺贈というのは、わが民法の論理では、持戻し免除の遺贈になるということではなからうかと考える。そして、鈴木・前掲書・一九六八年(註16) 以来のいわゆる「中立的」とは、持戻されるということと、「先取的」とは、持戻し免除でということと同じにならうし、「限定的」というのは、フランス相続法では他の者への自由処分と共にでなければあり得ないけれども、わが民法は九〇二条の規定を設けたので、註23で述べたような限定的な相続分指定の意思表示があれ

ば、「限定的」遺贈を認めざるをえない。

(28) 伊藤・前掲評釈(註1)一四五頁、青山道夫『有地 亨編・新版注釈民法(29)』一九八九(平元)年・三八二頁以下。

(29) 原島・前掲ノート(註22)二五頁。

#### 四 遺贈説の不都合性とはなにか

公証人としての実務経験があり、その前には裁判官として令名を知られていた瀬戸氏によれば、遺言による財産処分の遺言書面上の表記は、かつては遺贈とされていたのが昭和四〇年代から「相続させる」に変わったのだそうであり、「それは、遺贈は、本来相続人以外の者に対する『遺言による贈与』であるから、相続権を有する相続人に遺産を承継させる場合に遺贈とするのはふさわしくないからである」との説明である<sup>30)</sup>。同様の発言は他の実務家の著作にも見られるけれども、この感覚は民法の論理からは遠い。

ドイツ相続法は、ローマ法を最も忠実に継受して立法されたので、遺言による相続人指定の制度を有していて、遺贈も、第三者のために相続人(遺言相続人)に課される負担であったローマ法時代の性質を受け継いでいる可能性がある<sup>32)</sup>。しかし、わが民法の現行相続法は、一〇〇%に近いフランス法系の立法であって、相続人指定の制度を有さず、法定相続人は相続人の資格を有したままで遺贈の受益者となる。洋の東西を問わず、無償処分の主な受益者は近親者であるから、相続人が遺贈を受けるのは当然のことであって、それ故にこそ、民法九〇三条の持戻し規定が存するのである。また、他の者に多くを与える遺言が遺留分減殺請求によって攻撃されるのを防ぐためにも、相続人に対して遺贈をしておくことが必要になる。

このような民法の論理よりも瀬戸氏他の実務家の感覚のほうが庶民の感覚に合致するというのも事実であろうし、法の論理と庶民感覚が相違する場合に、前者が絶対とは考えないけれども、後者が決め手になるということもありえない。相続登記が未了だから相続はしてないという庶民感覚があっても、これに譲歩する法律家はいない。債務の相続があるのかという感覚についてもそうであろう。相続人への贈与（死因贈与も含む）には違和感を持たないのに、相続人への遺贈についてのみ、民法の論理には従わず、これを極力回避しようとするプロ（？）感覚こそが奇妙なのである。

これも瀬戸氏によれば、「相続させる」とした処分を遺贈とは別物と解することのメリットは次の諸点にあるという。<sup>(33)</sup>これらは、とりも直さず、遺贈説のデメリットということになる。すなわち、

- ① 遺産が不動産の場合、甲の単独申請によって相続による移転登記ができる。
- ② 登録免許税が遺贈とする場合の四分の一以下で済む。
- ③ 遺産が農地の場合でも許可なく移転登記ができる。
- ④ 遺産が借地権・借家権の場合でも、賃貸人の承諾は不要である。
- ⑤ 遺産が債権の場合に対抗要件の履践を要しない。

このうちの①④⑤は、民法内部での解釈問題であるが、②③は、他の行政的法規の網をくぐり抜けるための脱法的解釈の問題ということになる。とくに、③については、公証人の原島氏が、「裁判所には是非ともお願いしたいこと」として、「仮令、権利移転的効力が認められないとしても『相続させる』遺言の本質を遺贈とするレッテルを貼らないで頂きたい……。確かに多田判決等は公証人界においては悪名が高い……。それでも相続の効果を認めてくれるだけ遺贈よりは増しなのである。農地を農業不適格者に遺贈した場合には農地法三条所定の許可は絶対に得られないから、折角の遺言も画餅に帰する。大都市周辺の農地がどの程度宅地化されれば住宅需要を賄えるのか判らないが、

筆者の勤務する公証役場のように東京の通勤圏内にあり、将来の宅地化を見込んで農業不適格者たる相続人の住宅用に充てる目的で特定農地を『相続させる』遺言をする例の少なくない役場ともなると問題は深刻なのである。遺言者が遺産分割指定のつもりで遺言しているのに司法機関によって遺贈のレッテルを貼られ遺言が無効となったのでは、全く身も蓋もない話で『遺言の自由よ何処へいく』と言いたくなるし、それは、最早登記の便宜や登録免許税の節約という次元の問題ではないのである」と、具体的に遺贈説への憤りを述べておられるので、これへの反論から始める。反論として、農地法が体现する自作農主義が国家政策のうえでは久しい以前に否定されていたながら、法改正よりも行政的運用で対処するのを好むわが国の立法府や行政府の体質に問題があることや、それをたしなめるべき司法府の任務といった問題には立ち入らないで、ただちに民法解釈の問題に移ろう。

被相続人が農業不適格者である相続人の宅地用に農地を遺言で与えたい場合にどうすればよいか、というのが原島試験官の最初の問いである。遺言の文言を「遺贈する」でなく「相続させる」と書くだけで潜り抜けられる程甘い規制ならば、そう書けばよいだけのことであるが、そのことと処分の民法上の性質とは別問題であることを、先ず確認しておこう。この点は、②でも同様であって、課税と節税をめぐる当局と脱法行為との知恵比べの問題にすぎない<sup>35</sup>。原島氏の危惧は、裁判所が遺贈説を採って、その結果、「相続させる」という遺言に目こぼしをしてきた行政の方針が変わることなのである<sup>36</sup>が、脱法行為の利点を優先させて、それに抵触する民法条文や解釈は頭から邪魔もの扱いする前に、民法の枠内では遺言者の意図の実現は不可能なのかどうかを、落ち着いて考えてみなければならぬ。そこで、遺贈説が無力な現在の時点で、上記の遺言者が上記の相続人のために農地を遺贈したという例で考えてみよう。原島氏によれば、この遺贈は無効ということになるが、そんなことはあり得ない。遺贈目的物である農地は現に存在していて、地目変更をすれば移転可能なのであるから、地目変更を停止条件とした遺贈と考えるならば、原始不能→無効、と即断しないで済む。そして、法律的に言えば、このような農業不適格者が農地を宅地用に取得するのに、

地目の変更もなしに取得できるということのほうが、農地法の規制目的からすればおかしい。農地法については、いまや脱法こそ正義と考えるのならばともかく、そうでなければ地目変更後に移転登記するのが正道であろう。そして、地目変更前の移転登記が是非とも必要というのなら、この農地が当該相続人に条件付で遺贈されたという事情を踏まえて、遺産分割をすればよい。行政当局への提出書面の上では相続によって取得したことになろうから、「遺贈では絶対に困る」というのは、原島氏の早トチリである。家事審判の場では遺贈財産は遺産分割の対象にならないのならば、その場で遺贈を放棄して遺産分割によって取得すればよいのであるから、「相続させる」処分を遺産分割方法の指定と解することで得られる結果は、遺贈説によっても叶えられよう。問題が生ずるとすれば、遺産分割終了後に遺言が発見された場合であろうが、この重要な論点には、原島氏は黙して語られないので、ここでの論及は控えよう（五）。

遺産分割ではスナナリと取得し難いから遺言がなされるとの反論も予想できるが、遺言さえ使えば何でも被相続人の思いどおりになるということのほうが危険である。被相続人（通常は親）と複数の相続人（通常は子）の間を結ぶ親族関係の紐帯のうち、ある特定の相続人との紐帯（社会学でいうダイアド）のみが強化されることによる親族制度の歪み（「家」がその一例）を生じさせないということが、法定の均分相続の社会的意義である。相続人間の平等に立脚した権利主張によって遺言の実現が時に阻まれるということは、遺言を親族関係破壊の道具にしないために必要なことである。九〇三条の持戻しの効果の緩やかさ、遺留分を侵害する処分が無効ではないこと、遺留分の価額弁償の制度の存在などから考えても、わが民法の均分主義は決して厳格なものではないのである。その脱法ばかりを考える前に、法律家たるもの、民法の提供する遺産配分のシステムを十分に使いこなすことにこそ心を砕くべきではなからうか。<sup>(38)</sup>

④の問題に移ろう。受遺者である相続人は、貸主に対して、賃借権承継の根拠が遺贈か相続かを明示する必要があるのであろうか。共同相続人間で、遺贈による賃借権の承継について異論が生じないかぎり、貸主との関係では問題

になるまい。なぜなら、受遺者は遺贈をいつでも放棄することができ、相続人全員が当該相続人を代表者として賃借権を行使するのだと言い返される状況の下では、債主が対抗要件を問題にしても無意味である。この点は、⑤の問題でも同様であろう。

それでは、共同相続人が遺贈による賃借権の承継に同意しないときはどうか。受遺者が被相続人の生前から賃借物を占有していたような場合は、他の相続人からのクレームを理由に占有を奪うことはできまい。ここでも、受遺者はいつでも遺贈を放棄できるし、遺産分割までは占有の現状を変更しないのが九〇六条を活かす所以であるし、被相続人の内縁配偶者の占有さえ保護される以上、問題にならない。そういう場合ではなしに、受遺者の賃借権行使に他の相続人がクレームをつけるときには、遺言内容に不公平や不合理性があることを推測させる。遺言を用いての抜け駆けや独占が、遺贈ならば防止できて、「相続させる」ならば防止できないという結果になれば、むしろそのほうがおかしい。また、⑤の問題でも、元来遺言書は内容の抵触するものが複数存在しうるものであるから、「遺贈する」にせよ「相続させる」にせよ、遺言によって権利を得たと称する者に債務を弁済するほど危ないことはない。他の相続人に確かめもしないで、債権の全部を一相続人に弁済するのは、いずれの場合でも、四七八条の保護に値いしない<sup>40</sup>。

最後に①の問題についていえば、ここでも、遺言を利用しての抜け駆けや独占を許す解釈ではなく、それに歯止めをかける解釈のほうが必要である。遺贈の場合でも、遺言執行者を指定しておけば抜け駆け自由ということに、むしろ問題があると考ええる。取引の世界ならば、法律に詳しく利に敏く行動する者が他の者よりも多くの利益を簡単に入手しても不合理ではないけれども、共同相続人間の関係において、同じ原理が支配するようでは宜しくない。便利すぎるは濫用のもとである。多少の不便は残したほうがよい。

(31) 倉田・前掲判批（註10）一三二頁。この発言に対し、私が「法律家にはふさわしくない感情論」と述べたのが倉田氏には、氏個人に対する罵言と聞こえたようで（公証制度百年記念論文集への補正・転載二七九頁の註51c）、申し訳なく思う。しかし、私のように、わが民法の規定の意味を母法たるフランス法からの沿革に即して検討し続けているものにとつては、ドイツ法概念だけが「常識」として通用し、フランス法での常識を述べても、奇言としか受け取られないことが多すぎて、またも例の「常識」の壁で発言を封じられるのかとの絶望感にとらえられがちであることを御理解頂きたい。この「常識」の壁は、例えるなら、「靖国神社を崇敬するのは日本人の常識です。あんな訴訟をする者は日本人ではありません」という論法と同じ性質のもので、同じ波長の言葉しか耳に入れないようなところがある。倉田氏の意識では、そのつもりはなくとも、倉田氏が上掲書の註13で述べられている九九〇条の解釈は、ドイツ法的感觉をもとに、頭から相続人への遺贈は例外と見る先入観を持っておられてこそ考え出されうる論理であって、フランス法の常識からはありえない理屈（例うれば異星人の発言に出合ったような思いつき罵言のつもりはなく実感も述べている）なのである。包括遺贈については私の貧しい研究があり、倉田氏が上掲書で丁寧引用されている浦本論文所収の書物にも、そのまとめのような一文を書いているけれども、それが最も沿革に即した解釈であることは現通説を主張した最初の論文からも明白な事実でありながら、現在の通説のドイツ法の常識からは非常識に映るようで、やはり倉田氏も無視されている。法律条文の国語的解釈から規範を引き出してよいのなら、ある意図に使える条文は必ずどこかに存在する。このことは、最近の国会で自衛隊法の解釈につき好例が示された。しかし、法典自体も各条文も、抹消し去ることのできない沿革を有しており、その沿革のなかで概念が整えられてきたし、条文相互間の論理的関係が作り上げられてきた。しかし、そういう解釈論は流行らないようである。

(32) 周知のように、ローマ法では、法定相続人は遺言で相続人に指定されなければならず廃除されなければならなかったが（形式的必然相続）、子には義務分権があったので相続人に指定しない子には遺贈等で恵与する必要があった（実質的必然相続）。したがって、法定相続においては相続人である子への恵与であっても、遺言を用いるかぎりには、遺言相続人でない子は、第三者と同じ資格で遺贈を受けることになる。

(33) 瀬戸・前掲論文（註10）七頁三段目。倉田・前掲判批（註10）一三二頁も、瀬戸論文がいうメリットの①②を挙げ、狩野・前掲論文（註10）は、①②③④を挙げる。倉田・後掲評釈（註40）四五頁の註9では、③④のメリットは、「まあ副次的であろう」とされる。

(34) 原島・前掲ノート（註22）二八頁二〜三段目。

(35) 倉田・前掲評釈一四一頁の註50、狩野・前掲論文二七五頁の指摘は正当。税法上は相続人に対する遺贈は、少なくとも超過特別利益に該当しないかぎりには相続による移転の税率と同じであるのが理屈に合う。

(36) あるいは、原島氏の危惧は、「相続させる」遺言で認められた農地の移転登記について、他の相続人が知事による許可の無効・取消を求める訴えをすればどうなるかということかもしれない。その場合は、それを遺贈とみて、以下に本文で述べる線に沿って議論すればよいと思う。

(37) 放棄が先では、分割の結果がどうなるか不安があるというのは形式論でしかなかろう。協議や審判が妥当性を持ったためには、遺贈放棄の際の条件が遺産分割で考慮された場合でしかありえないことは、当然の理であり、現実には、放棄と分割が同時に進むことになる。また、遺贈の承認・放棄の取消を禁じる九八九条一項の規定が、停止条件の成就前にも適用されとはいえないであろう。

(38) 倉田・前掲評釈一三六〜一三七頁以下には、「従来の相続法学説は、相続人間の平等実現への理念に縛られすぎているように思われる」という観点からの、貴重な意見が述べられている。私は、昭和四〇年代から相続法学に入ったので、むしろ逆の印象を持っている。その前の時代には、たしかに相続法の平等主義礼賛の声が高かった。しかし、その声の多くは本音ではなくて、ただ合唱に加わっていたにすぎなかった。なぜなら、相続法を専門に研究する学者はつねに少なく、相続法のなかの平等のための諸準則（相続分と持戻し、持戻し免除・遺贈と遺留分）について取り組んだ研究も少なかった。経済の高度成長を境に、平等論は急に声をひそめ、人々はまわりを見回して、合唱団から身を退いた。他方、遺言については、「法定相続と現実との妥協としての遺言」（末川）という発言が早々にあつたし、こういう本音を隠してかどうかはともかく、遺言の近代性は過度に声高に語られ続け、「遺留分は集団所有の残存物（中川）」と断ずるような非科学的な「常識」が相続法学を支配し続けていた。そういう雰囲気なかでこそ、寄与分という世間受けのする突破口が民法のなかに易々と設けられたのである。かくして、現在は、親の面倒を見るといった曖昧なことに結びつけるだけで、相続人間の平等は蹴飛ばしても非難されない状況になっている。倉田氏が引用される有地氏の見解は、そういう時流に肯定的であるが、私は、そういう時流のなかでは、誰か一人でも平等主義の旗を守るべきであると考えて、自らの立場を選んで

いる。

倉田氏に聞きたい。民法は、遺言自由を認めてはいないが、法定相続だけを中心においているであろうか。民法は遺言に制限を設けつつも、やはり一つの焦点にはしているのであり、民法の描く楕円では不満足という氏のイメージは、民法の道具立て、その母国であるフランスの実務等を踏まえてのものなのであるか。分割相続の弊害が言われ続けた農地の

相続においてさえ、事実上の単独承継が続いた戦後の日本の農業よりも、厳格な分割相続原理を捨てなかったフランス農業のほうが、農業としての活気を保っているのは何故か。わが国の識者の多くは、民法改正の当初から、民法の平等主義を本気で活用して、そのぎりぎりのところで、個人間の平等と経済的効率との調和を図るという態度を取ったことはなかったのではあるまいか。そして、高齢化社会の到来といった大合唱が、いまや全てを呑み込んでいく勢いである。有地氏は、その新著（家族法概論）でも、「平均寿命の伸長により、親が死亡した場合に、子どもである相続人は五〇歳近くにたり、相続人である子の子、すなわち、被相続人の孫が自立する年齢に達している。・・・これまでは相続する側の相続人の事柄として、その生活保障とか、その他が論じられてきたが、これからは相続される方、すなわち被相続人の問題として登場してくる。親が老後の面倒をみて貰う必要上、面倒をみてくれた相続人に全部または大部分の遺産をやりたいたいという希望をどのようにして叶えさせるかが問題となるし、それとともに、相続法に關しても検討すべきいくつかの事柄が現われてくるように思われる」と述べ、その一つとして、「将来、遺言の活用が頻繁になると、相続財産につき、被相続人の個人財産という性格がますます濃厚になり、また、被相続人の生前の自己の財産に対する自由な処分の死後への延長という考え方も明確になる。このような趣旨の下に、文字通り法定相続は遺言相続を補足するものとして機能することになる」と説かれる。私には恩師の持論であり、この論法はいまや大流行であるが、私は、倉田氏のように簡単にこれに同意しようとは思わない。かつての世代は、親を見送ってから子育ての最重要段階の責任を果たした。しかし、これから老親の面倒を見る世代は、同時に子の独立までの重い負担を抱えて生きることになる。それゆえに、死後の利益とリンクさせて老親の面倒を子の一人に負わせるという発想は、老親を抱える世代の同胞間の関係を、いびつにするに違いない。この発想とは逆に、老親の面倒も平等に行なえば、相続も平等に行なえば、貸し借りのない明朗な関係が築かれる。狭義でも広義でも、扶養と相続を結びつける発想は、その双方をジメジメとしたものにする。また、広義の扶養についての老親の側からの意識と子の側からの意識が合致するとは限らず、親の「老い」を最も身近に見守って、ある意味での被害を最も被った子が、親に最もうとまれるという例は、珍しくない。老親が公平・妥当な遺言処分をするというのは、神話でしかありえない。また、老親の面倒を見るのは息子の妻であるような場合、現実に果たして妻が遺言受益者になるかは疑問である。受益者が他の子でも困るが、当の息子ならばよいということにもなるまい。有地説は、個人主義的にみえるが家族主義的発想を抱えこんでいる。私は、扶養法や法定相続が一定の範囲において不可侵の平等原則を守ることと老親による処分権を適当に制限することこそが、高齢化社会での悲喜劇防止に必要なことと考える。

(40)

倉田卓次「銀行預金と公正証書遺言」手形研究三八六号八頁は、遺言が複数存在する可能性を意識しつつ、しかしなお、

公正証書遺言による債権の特定遺贈については弁済者が一応の調査を尽くせば四七八条の保護を受けることができる。されており、遺言執行者の有無によっても、その調査義務や確認内容が異なるといふ趣旨を述べるが、私は疑問である。遺言が信用できないように、遺言執行者も、それを指定した遺言や選任の基礎になった遺言が無効かもしれないからである。権利の主体は、相続人であつて、遺言執行者は相続人から独立した存在ではないというのが、民法の相続人代理説（一〇一五條）の論理であるから、遺言執行者の権限に信を置いてよいかどうかは、つねに相続人に確かめなければならぬと考へる。

## 五 分割方法の指定という処分の難点

遺贈の他に遺産分割方法の指定という財産処分を認める解釈のもつ難点については、私はすでに各処で述べているので、屋上に屋を重ねる感があるけれども、私の指摘に対する右近氏の詳細な批判が出されたのを受けて以下に再論し、併せて、瀬戸氏等による変則処分説（一三）をも批判して行きたい。

1 右のいずれの立場によるにせよ、当該処分は、遺言によって行なわれながらも、その名宛人の受益権原は相続から引き出されることになる。そこで、この処分の承認・放棄と相続の承認・放棄との関係が問題にならうし、特に、遺言書の発見が共同相続人による相続の承認・放棄が終わった後や遺産分割の終了後であつた場合に、どう考へるのかという問題が出てくる。この点は、かつて、とりあえず述べた批判でも指摘したことである。

つぎに、当該処分が遺贈ではなく相続の性質を持つものであるとすれば、現に利用されている昭和四七年の法務省民事局長通達にもとづく移転登記の意味づけの問題が生ずる。遺贈であれば、遺産分割前の履行が不思議ではないけれども、遺産分割前における相続の履行というのは、奇妙なことである。相続による取得でも、保存行為としての共同相続登記は、遺産分割を経ないでも単独申請で可能とされているけれども、相続人の一人が独占する登記

を保存行為と考えることはできない。また、この処分の登記が単独申請で可能なことをメリットに挙げる瀬戸氏等の見解は、通説が後に遺産分割を必要と解する点を批判することから考えて、保存行為説とは相容れない。さらに、いわゆる特別受益証明書（相続分皆無証明書）を用いての登記も横行していて、これは実質的には一部分割の意味を有するが、このような登記と同じものと見ることは、通説の立場とは結びつき得ても、通説を批判する変則処分説とは結び得ないであろう<sup>40</sup>。

これらの点について、通説や変則処分説はどのような解釈を用意しているのかを以下に順次検討してみよう。

2 この処分の承認・放棄と相続の承認・放棄や別になされた遺産分割との関係については、変則処分説からの反応は、現在のところ、何もない。通説を一部支持する右近氏からのみ、若干の反論が示されたので、それに沿って検討する。

私は、遺言書が発見された時に、この処分の受益者が相続の承認・放棄をするための熟慮期間がすでに満了していた場合に、①この者が当該処分の放棄をすることができるとかどうかを問いかけた。これに対する解答としては、処分を知るまでは熟慮期間の進行ということ自体がありえないと解するか、最早放棄はできないと解するか、相続とは別個に放棄できると解するかであろう。この点についての右近氏の見解は、分割協議終了後の遺言の発見の場合を例として、「当該相続人が当該財産を放棄したいとすれば、優先権を放棄する・・・ことで足りるのである。換言すれば、当該相続人が当該財産を取得したくないのであれば、すでになされた遺産分割協議を有効として何ら差し支えない<sup>41</sup>」ということである。しかし、これでは解答になっていない。この点は、当該相続人が放棄の意思表示をして遺産分割前に死亡した場合、この放棄は有効かどうかというような問題である。当該相続人の相続人は、放棄はなかったというかもしれない。何故ならば、この処分が相続の性質を有し、相続の放棄である以上は家庭裁判所に申述しなければ効力がないと解する余地があるからである。右近氏のように、どのような方式でも何時

でも放棄ができるというのは、この処分を遺贈と解することに結びつくのではないか。

それでは、②相続を放棄した後に、当該相続人への遺言処分が判明した場合どうか。右近氏は、この点については、「問題は、被相続人の意思であって、相続人のそれではない」と言い捨てるが、この一行の意味はよく分からない。相続放棄とは無関係に、被相続人の財産を承継できるという意味ならば、この処分は遺贈の性質を持つものであって、相続を前提とする遺産分割とは無縁ということになる。右近氏は、この箇所の註において、私によるこの設例自体が現実的でない<sup>42</sup>と批判し、「独占したいような財産があるときには、決して相続放棄はしない」と述べる。しかし、そうとはいえない。土地を数人の相続人で共有ということでは価額的にも少なく持分の売却も困難であるから、他の者のために放棄して、後で別のかたちの援助を得るほうがましと考えるかもしれないけれども、それを全部与えられていたと知れば、話は別ということになる。

③当該財産は他の者に帰属させた遺産分割の終了後に、遺言が発見された場合に、当該相続人は当該財産を要求することができるか。右近氏は、処分の性質を遺産分割と考える立場で、「再協議をせざるを得ないか、または共同相続人全員が合意に達していたことを理由に、指定とは異なる遺産分割協議を有効としなければならぬ」と答える。再協議というのは、分割が審判による場合には、審判は無効という趣旨なのであろう。この解答は、右近氏の立場とは矛盾しない。変則処分説の論者からは何の解答も示されない。遺贈説の立場からいえば、当該相続人は遺言に基づいて財産を要求できるので、当該財産を遺産分割で取得していた相続人は、他の共同相続人に対して担保責任を果たすよう求めることになる。このことに関して、右近氏は、遺贈説を批判し、「売主と同じ担保責任を他の相続人が負う（九一条）」として、当該相続財産を取得していた相続人が解除をなし得る（右近註<sup>44</sup>）とすると、遺産分割協議のやり直しとなり、遺産分割方法の指定と解するのと異ならない」と指摘する。しかし、再分割だけしか道がないよりも、価額弁償の方法で再分割を避ける可能性のある解釈の優位性は動かないと考える。

④この処分の目的物の価額が遺留分を侵害する結果になる場合についての右近氏の見解は、すでに検討した（三二）。この点につき、変則処分説の瀬戸氏は、「遺留分減殺の順（民法一〇三三条）については、第三者に対する遺贈→死因贈与→生前贈与→「相続させる」の順が妥当である」とされる<sup>46</sup>。しかし、順序について書く前に、この処分が減殺可能であることの根拠条文を示すべきである。順序の点でも、相続人への遺贈は何故無視できるのか、この処分は何故贈与よりも後に減殺されるのか。練達の法律家にとって、法規の解釈は、まさに自由自在。ただただ感嘆するばかりである。瀬戸氏の提案は以下のように続く（括弧内は私の問いである）。

負担付で「相続させる」場合には、負担付遺贈に関する規定を準用する（根拠は？）。

民法九〇三条の適用については、遺贈として扱う（根拠は？）。

処分の受益者に指定された者が遺言者より先に死亡した場合は、遺贈の場合と同様に民法九九五条を適用する（代襲相続人に権利が生じない根拠は？）。

寄与分の算定については、遺贈として扱う（根拠は？）。

第三者に対しては、受遺者と同様、登記なくしては対抗しえない（根拠は？）。

この解釈では、処分の性質は相続的なものかと思いきや、かなり遺贈に近いようである。遺贈でもなく遺産分割でもないというのが、変則処分説の真骨頂なのであるから、双方から都合よく準用条文をとってくるのが、まさに正しい解釈なのであろう。ちょうど、譲渡担保や仮登記担保が認知されたときと同じように。しかし、物権法定主義があるとはいえ、担保権は債権の効力を強めるのを眼目とするので、契約自由の世界に片足をかけているが、相続法の規定は、任意規定ではないというのが「常識」のはずであるけれども。

(40) この点に関し、東京高判昭和六三年七月二一日前掲(註3)は、処分自体の性質を一部分割の協議と解したが、その評釈

において、変則処分説の立場の倉田氏がこの判決を支持されているのは（倉田卓次『相続させる』との遺言と権利移転の効力」判タ六八七号四〇頁）、次善策としての積極評価にすぎないと考えからなのである。

(41) 右近・前掲論文（註13）二〇七頁。

(42) 同論文、同頁。

(43) 同論文、同頁。

(44) 新版注釈民法三六〇頁において私が二、三の著者の説を好意的に引用した箇所を指摘する。

(45) 買主の代金減額請求ないし損害賠償請求に見合うものは、これであろう。

(46) 瀬戸・前掲論文（註10）九頁。