

推定相続人の廃除

伊藤, 昌司
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1964>

出版情報 : 法政研究. 59 (2), pp.1-18, 1993-02-20. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :



推定相続人の廃除

伊藤昌司

一 はじめに

相続法の解釈がつねにそこに行き着くという意味において、遺言の自由という問題は、現在もなお、相続法学の最も根本的問題の一つでありつづけている。別稿でも述べたように、遺言の自由の是非については、一七〇一八世紀のヨーロッパで、近代国家のための法の統一と体系化という現実的課題を前にしつつ、ローマ法の遺言制度への賛否をめぐり激しい議論が交わされた。単純化していえば、大土地所有階層の特権を守ろうとする当時の保守派が遺言自由主義の立場に立ったが、その特権を打破して新しい社会を誕生させようとする革新派は、反遺言自由主義を主張して対抗した。しかし、その際の議論をここで繰り返しても、余り意味がない。右の点を指摘することは、そのような歴史的事実について無知なままに、遺言自由主義こそが「近代的」相続原理であると根拠なく断定した一時代前の学説の蒙を正す意味はあるにせよ、現在の議論としては、それだけでは十分ではない。なぜなら、過去のいきさつはとも

あれ、まさに現代的条件の下においてこそ遺言自由主義が相続法の原則であるべきだとの主張が登場しているからである。⁽²⁾かつては上記の無知を共有していた論者らも、この新主張に雷同すれば立派に面目が立ち、新多数派が容易に形成されうる。しかし、今日の有力な学者たちの著作のなかに見られるかつての議論とは別の遺言自由主義の主張も、高齢化社会において老後の「面倒を見る(見た)」といったことと遺産の承継を連結しようというものであり、かつての「孝養」理論の新装版という感じが拭えない。しかし、ここでは、この新主張に対する直接の批判を述べるのは控えよう。⁽³⁾本稿では、そのような新主張にとっても避けて通ることのできない解釈問題を取り上げて検討し、新旧いずれの遺言自由主義に対しても批判的な私の立場を、解釈論の平面において示すことにしたい。

(1) 伊藤昌司「相続の根拠」星野英一他編『民法講座7』(一九八四)所収

(2) 有地 亨「現今の相続の機能変化とその考え方の再検討」家族史研究編集委員会編『家族史研究3』(一九八一)所収、同「現代家族と家族問題に関する諸法」同編『現代家族法の諸問題』(一九九一)所収、中川善之助、泉 久雄編『新版注釈民法(26)』八八六、八九五条の前注(島津一郎)。(一九九二)。

(3) 伊藤昌司・判批「遺留分減殺請求が権利の濫用として許されないとされた事例」判評四〇六(判時一四三三)号所収では、部分的ながら、それら主張の論拠の一つについて批判した。遺言の自由こそが家族主義擁護の理論であり、遺留分こそが相続法に個人主義的性格を確保させるとするのが私の立場であるけれども、判例評釈は判決の法律構成を検討するのが主眼であるので、そこでも、右批判は前書きとしてのみわが国世論調査の評価に触れ、あとは遺留分法規の解釈問題に限定して論じた。

二 遺言自由尊重論と廃除

わが国の相続法学の水準を示す代表的体系書は、「私所有というものが、次第に集団所有の拘束を払い落とし、完全な自由所有権へ近づくに従って、相続法は単純化され、遺言の自由が大きくなり、法定相続は、漸く遺言相続に相続法上の主役を譲り、自らは、無遺言相続として補足的役割を演ずるところにまで退き下がるのである」と説き、遺言の自由に対して制限的に働く遺留分は、集団所有の觀念がなお残存することを例証する残存物であつて、「遺留分法は、個人主義的処分自由に対する家族主義的家産擁護の防塞」と理解する。そして、「自由相続主義の立場からすれば、被相続人が欲しさえすれば、直ちに廃除を認めてもいいわけだが、法定相続主義を採る以上、被相続人の恣意を全面的に容れることは不能不要」と述べるのである。さすれば、わが国の相続法は、後れた法定相続主義を採るが故に廃除の自由も制限されていて、理想は、遺言の自由とともに廃除の自由もまた確立されることであるというのであろうか。

ところが、右の説明にとっては皮肉なことに、一八九八（明治三一）年に立法され一九四七（昭和二二）年に廃止された民法旧規定の家督相続においては、現行八九二条が定めるよりもずっと広く廃除事由が定められていたし（旧九七五——その事由には「疾病其他身体又ハ精神ノ状況ニ因リ家政ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコト」をも含み、親族会の同意が加われば「此他正当ノ事由アルトキ」にも廃除を請求することができた）、その傍らでは、「法定の推定家督相続人ナキトキハ被相続人ハ家督相続人ヲ指定スルコト」ができ（旧九七九）、この指定は遺言でもなし得た（旧九八一）。つまりは、現行規定よりも旧規定のほうが、相続における被相続人の意思の自由を広く認めていたのであり、右の説明の立場からすれば、一九四七年の改正が自由相続主義を後退させたことを、むしろ慨嘆すべきが筋だということになるのであろうか。あるいは、旧規定における「家」の利益に偏した廃除事由が削除されたことは是としながらも、現行規定下において、「裁判例の方向は、廃除事由の存否判断について、慎重な態度をとっている」のは、好まし

いことではないと感ずるのであろうか。また、「家」のために家督相続人を指定する制度が廃止されたのは当然であっても、現代の高齢化社会における年老いた被相続人が、自分の「面倒を見てくれた者」に財産を遺贈する自由が遺留分の制限を受けるのは間違っているのであろうか。そして、そのような遺留分をもつ「面倒を見なかった」相続人を自由に廃除できないのは、いまや現行法の欠点ということになるのであろうか。あるいは、遺言による廃除には「廃除」の文言の必要はないのだから、⁶⁾ 解釈論としても、全財産の包括遺贈を受けなかった遺留分権利者は、その遺言で廃除されたものと考えるべきなのであろうか(↓四)。

- (1) 中川善之助¹⁾ 久雄『相続法「三版」』(一九八八)・六、初版(一九六四)・五、二版(一九七四)・五〇六。
- (2) 同書「三〇初版」・五。
- (3) 同書「三版」・六〇二、初版・四〇四、二版・五六五。
- (4) 同書「三版」・九一、初版・七〇、七二、二版・八五。
- (5) 『新版注釈民法(26)』・三二六(泉 久雄)。
- (6) 同書・三四七(泉 久雄)。

三 廃除の手続

最高裁は、現行法つまり家事審判法九条一項乙類九号による廃除の手続について、一九八〇(昭和五五)年と一九八四(昭和五九)年に、それぞれ第一小法廷と第三小法廷の決定による判断を示した。¹⁾ 最高裁は、右いずれの決定に

においても、廃除の手続きは民法所定の要件により被相続人が廃除の権利（「実体上の廃除権ないし廃除請求権」）を使用するためにはなく、被相続人の廃除の申立てが裁判所の裁量的判断を促し、それによって廃除の相当性が判断される純然たる非訟事件であるという趣旨を述べた。二つの決定の内容は、文章もほぼ同一であるばかりでなく、第二の決定で第一の決定が先例として引用されているという点においても、第二の決定は第一の決定の必然的産物であって、諸評釈でも特に検討すべき問題はないかのように取り扱われている³⁾。

しかしながら、両決定が取り扱った事件は、二つを同一に論じるのが到底不可能と思えるほどに、正反対の内容をもつものであった。なぜなら、一九八〇（昭和五五）年決定の事件は、養親が養子の「著しい非行」を原因（事由）として廃除の申立てをして、この申立てが家裁・高裁で却下されたために、それら審判・決定が違法であるとして特別抗告したものであったが、一九八四（昭和五九）年決定の事件は、同じく「著しい非行」を原因（事由）として実親により廃除された子が、廃除を認容した審判・決定を違法として特別抗告したものであったからである。したがって、相続人を廃除しようとする被相続人には廃除請求権というような実体上の権利があるわけではないという理由でもって第一の事件は処理できたとしても、それと同じ論理でもって、相続人の法定相続権を剝奪するには訴訟手続によるを要しないことを説明できると思えない。第二の決定は、法定相続権は実体上の権利ではないという前提に立つのであろうか。たしかに、廃除が生前に行なわれる場合には、「相続権」（八八七②）なるものも相続開始前の相続権であって、未だ実体上の権利と言うに相応しいものではないかもしれない。しかし、遺言による廃除（八九三）も、家事審判法による非訟手続によることができるのであるから、相続開始後、つまりは相続人が遺産の権利主体となった後においてさえ、この権利を剝奪することができるのが廃除である。したがって、第一の事件において、廃除却下の手続について論じたことが、そのまま第二の事件に通用するとは思えない。廃除の意思表示を含む遺言をしたのは

生前であっても、その遺言が効力を生ずるのは遺言者の死亡後においてでしかないので（九八五）、遺言による廃除が相続開始前の「相続権」を喪失させるのだとは考えにくいのである。むしろ、遺言による廃除がそのようなものでしかりえないとすれば、相続開始前の「相続権」剝奪であるかにみえる生前廃除も、結局において、相続開始後の遺産に対する実体上の権利を失わせることであるとも言えそうである。そのような効果、つまりは、実体上の権利の剝脱を結果する裁判において、当事者の弁論権を保証しない手続によることは、果たして許されることなのであろうか。私の立場からすれば、第一の決定は被相続人による廃除の申立権を実体上の廃除権ないし廃除請求権ではないと判示した点において正当であったが⁴、この立場を追認した第二の決定は、逆の立場から提起された事件において右の疑問に正面から答えていないのではなからうか。それとも、遺産分割に関する大法廷決定の説いた⁵ところを敷衍して、廃除を認容する審判には相続人の権利の存否自体についての既判力はなく、廃除された者も、相続開始後には相続権を主張して、登記の回復や遺産の引渡しを求める訴訟を提起することが許されるとでも解釈すべきなのであろうか。

(1) 最決（一小）昭和五五・七・一〇家月三三・一・六六、判時九八一・六五、判タ四二五・七七、金商六〇八・五四。評釈として、西原 諄・判評二六八（判時九九八）・一六五、林屋礼二・判タ四三九・二一二、石川 明・民商八四・三九七。最決（三小）昭和五九・三・二二家月三六・一〇・七九、判時一一二・五一、判タ五二四・二〇三、金商七〇〇・三八。評釈として、次註に引用するもの他、浦部法穂・ジュリスト昭和五九年度重要判解・二六、塩崎 勤・ジュリスト八一六・七五。

(2) 今井威・判批・西南法論一八・四所収の分析するところによれば、昭和五九年決定は、(1)「民法八九二条は被相続人に実体上の廃除権ないし廃除請求権を付与し、家庭裁判所を介してこれを行使せしめるとしたのではなく」という部分は昭和五五年決定と異ならず、(2)「形式上右要件に該当する場合であっても、なお家庭裁判所をして被相続人側の宥恕、相続人側の改心等諸般の事情を総合的に考慮して廃除することが相当であるかを判断せしめようとしたもの」という部分は、

昭和五五年決定における家庭裁判所の「後見的立場」の指摘に対応しており、(3)「このことは同法八九四条が被相続人に、廃除後何時でも、推定相続人の廃除の取消を家庭裁判所に請求することができる」としていることから「明らか」という部分は、文脈上は(1)(2)の理由づけに相当し、廃除が不可変的なものではない旨を指摘して形成権＝訴訟事件説の立場から投ぜられる解釈上の疑義に答えたものであり、(4)「したがって、廃除の手続を訴訟事件とせず非訟事件として取り扱うとしても立法の当否の問題にとどまるのであって、違憲の問題が生ずるものとは認められない」という部分が、昭和五五年決定には無かった新しい言及、ということになる。

(3) 両決定を一続きに論ずる例は、中川＝泉『相続法「三版」』・一〇一～一〇二、『新版注釈民法(26)』・三二三～三二四（泉）。総じて、民法学者は、この両決定に対して、さしたる関心を示さない。

(4) 舟橋諄一「相続人の廃除」家族法大系Ⅳ（一九六〇）・八六は、民法所定の原因（事由）が存すれば被相続人に実体上の形成権としての廃除権が発生すると解した。

(5) 最大決昭和四一・三・二民集二〇・三・三六〇。

四 廃除の意思

被相続人の生前における廃除は、「被相続人」（八九二）自らが家庭裁判所に対して家事審判法九条一項乙類九号に定める「廃除」の審判を申し立てなければならぬので、その意思について不明確の生ずるおそれはない。ところが、遺言による廃除の場合は、遺言書中の文言に「廃除」を明示する言葉が使われているとは限らないので、その文言を基にして廃除請求の手続を始めるべきかどうかが一つの問題になる。この点につき、学説は「廃除の意思はいわゆる遺言の解釈に属するから、遺言書に明確に廃除の文言が表示されていなくとも、遺言書作成の経過などからみて、客

観的に推定相続人を廃除する意思が認められれば、廃除の申し立ては可能である」と説く¹⁾。裁判例では、①被相続人の養子につき、「後を継ぐ事は出来ないから離縁したい」と書かれていた場合、②被相続人の配偶者につき、「親から貰った金も俸給もボーナスも全部搾り取ったから……一円の金もやれないし、うちの物や退職金などには指一本もふれさせへん」との遺言口授があった場合、③被相続人の養子につき、「(入籍以来)私共の方へ一度も来たことなく私が病床に就いてから通知をしたにも拘らず一度も来広せず、見舞いの手紙もよこさず仕送りもしない冷酷な振舞いを続けて居るので養子の実がない……離縁の手続を執ってもらいたい」と書かれていた場合、④被相続人の配偶者につき、「自分の病氣中子供らを置いて且つ事務経理の引継ぎもしないで男と逃げるようなことをしたのであるから、……財産を相続させることはできない」と書かれていた場合、⑤被相続人の配偶者につき、「戸籍上の妻山辺友美(仮名)とはすでに三年半以上別居しており事実上生計を共にしていなく離婚しているのと同じであります／此の件の経過について申し述べます／……収入の無い友美わ計画的に私の金銭や年金を受取り自由に費うことを目的に結婚したことが明らかになりました／……何度も離婚の訴えを裁判所に提出しようと考えましたが前記の様な状況から判断して応じないものと思ひ、ここに遺言で書き残しておきます／事実上離婚が成立しているものと考えて私の現在の財産年金の受給権は友美にわ一切受取らせないようお願い申し上げます」と書かれていた場合に、廃除の意思表示を含むものだと判断されている²⁾。

上掲の第一例と最後の例は、廃除請求事件ではないこと、とくに第一例における廃除自体にたいする判断が間接的なものでしかないことに留意する必要があるが、最後の例は、それにも関わらず、その提起する問題が重要である。この事件の抗告審は、上記の遺言によって一切の財産を与えないとされた生存配偶者からの遺産分割の申し立てを却下した原審判を違法とする文脈において、関係当事者は右遺言に基づき廃除の手続を取るべきであるという判断を述

べた。原審判は、右遺言によって申立人の相続分はゼロになると判断して、相続分のない者による遺産分割の申立ては許されないと断じていたのである。この原審判のような判断は他の裁判例においても見出すことができるので、実務上は珍しくないのかもしれない³⁾。ここには、きわめて重要な問題が含まれている。

被相続人が、法定相続人中のある者に財産を与えないように指示した遺言を残していた場合、この遺言はいかなる性質を有する意思表示なのであろうか。右事件の原審判は、おそらく、これを民法九〇二条による相続分の指定と解したものと思われる。

しかしながら、九〇二条による相続分の指定によって法定相続人を一切の遺産承継から閉め出すということは、様々な点から見て不可能であり、右事件の抗告審が原審判を取り消したのは全く正当であった。なぜなら、法定相続人であっても相続の開始後に相続によって承継する財産がゼロになる場合はありうるけれども、それは九〇三条による相続分（いわゆる具体的相続分）のレヴェルにおいて生ずる問題であって、具体的相続分ゼロとなる相続人であっても「前三条の規定によって算定した相続分」（九〇三）がゼロなのではない。九〇三条の規定する生前贈与や遺贈（いわゆる特別受益）を相続分の前渡しとみなして、九〇〇条ないし九〇一条によるいわゆる法定相続分（または九〇二条によるいわゆる指定相続分）に即して計算すればゼロになりうるというにすぎず、九〇〇条ないし九〇二条のレヴェルで相続分のない相続人はありえない。九〇二条は、九〇〇条または九〇一条による法定相続分を遺言で修正することを認めるものであるから、法定相続分のレヴェルにおいて相続分をゼロにできるといふようなことを、九〇三条のレヴェルでゼロになることがありうることから引き出すのは、全く理屈に合わないのである。

したがって、もしも九〇二条の規定によって相続分をゼロにする遺言が許されるということになれば、法定相続分ゼロの法定相続人がありうることになる。それなら、たとい法定相続分ゼロでも、この者は、自己のために相続が開

始したのを知ってから三ヶ月以内に相続放棄などをしなければ単純承認となって、相続債務を弁済する責任を負うことになろうし、たとい法定相続分ゼロでも、この者も加わらない限り、他の共同相続人が限定承認することはできないであろうし、たとい法定相続分ゼロでも、この者が放棄しない限り、他の共同相続人が全員放棄しても次順位の相続人のための相続は開始しないであろう。法定相続分ゼロの法定相続人などは、決してありえないこと明らかである。

しかしながら、通説によれば、ある法定相続人の法定相続分をゼロに指定した九〇二条の遺言があっても、その指定は有効であって、当該相続人に遺留分権がある場合にのみ同条の但書による減殺請求に服するにすぎない。この解釈は、したがって、遺留分権利者である相続人の法定相続分をゼロにする遺言がなされても、この相続人が減殺請求しない限りは右のような法定相続分ゼロの法定相続人が存在することを認めることに帰着するので、それだけでも理屈に合わないが、なお別の欠点がある。念のために言えば、こうして相続分ゼロになる相続人は、相続人でなくなるわけではない。民法は、そういう指定や全財産の包括遺贈に対して減殺請求権が行使されなかったからといって代襲相続や次順位の相続が開始するとは定めていないからである。

他の欠点というのは、通説とはいえ、この解釈では、民法の法規上は遺留分減殺に服する処分は遺贈・贈与のみである（一〇三二、一〇三三）ことが無視されており、相続分指定の減殺なるものを九〇二条から引き出して、一〇三二条や一〇三三條の解釈に無理矢理に押し込むという乱暴を敢えてするものだからである。そんな無理な解釈よりも、民法旧規定下の有力説のように、遺留分を侵害する相続分指定は侵害の限度において当然に無効と解釈するほうがずっと筋が通るのである。

遺言による廃除であれば、その原因（事由）の存否について裁判所が判断し、認容の審判がなければ相続人の権利は失われぬのに、相続分をゼロとする相続分指定には原因を示す必要もなければ、そのような指定をした原因の存

否も当否も問われない。遺言で迂闊に「廃除」の文言を使えばかえって面倒であって、相続人の相続権を曖昧に否定した遺言のほうが簡単に目的を達成できるというのは、実に変である。それ故、私は、上述の事件における抗告審が原審判の判断を違法としたことを正当と考えるのであるけれども、新旧の遺言自由主義論者の立場ではどうなのであろうか。新主張による遺言自由主義の立場でも、やはり、かつての遺言自由主義の路線上において主張され支持されてきた九〇二条の解釈を護持しつづけることになるのであろうか。この立場においては、上述の事件の抗告審の判断は誤りであり、被相続人が原因を示すことなく遺言で相続人の権利をゼロにできる可能性を拡げることこそ今日の状況に合致し、相続人は減殺可能であるにすぎず、その可能性も遺留分権の侵害を知ってから一年で消滅するのこそ望ましいと考えるのであろうか。

- (1) 『新版注釈民法(26)』・三四七(泉久雄)。同旨、中川淳『相続法逐条解説(上)』(一九八五)・一〇七、島津一郎『久貴忠彦編・判例コンメンタール『民法14』(一九九二)・八〇(中川良延)。
- (2) ①④は、『新版注釈民法(26)』・三四七頁参照(①最判昭和三〇・五・一〇民集九・六・六五七、②大阪高決昭和三七・五・一一家月一四・一一・一一九、③松江家浜田支審昭和三八・一二・一八家月一六・五・一六八、④新潟家高田支審昭和四三・六・二九家月二〇・一一・一七三)。⑤は、広島高決平成三・九・二七家月四四・五・三六(関連・広島高決平成三・一〇・三家月四四・五・四四)。
- (3) 東京地判平成二・六・二六判時一三七七・七四、判批・伊藤昌司・判評四〇〇(判例時報一四一五)号所収。
- (4) 我妻 栄『立石芳枝・コンメンタール『親族法相続法』(一九五二)・四三九、中川編『註釈相続法(上)』(一九五四)・一六四(加藤一郎)、中川『泉『相続法「三版」』・二三八、鈴木祿弥『相続法講義』(創文社版一九八六)・一二〇、高木多喜男『口述相続法』(一九八八)・六四、谷口知平『久貴忠彦編『新版注釈民法(27)』(一九八九)・一九七(一九八(有地亨))。
- (5) 牧野菊之助『日本相続法論』(一九〇九)・一八四、近藤英吉『相続法論(下)』(一九四二)五五七。

五 廃除の対象

前節の検討は、次のような派生的な問題を提起する。それは、廃除の対象となる「推定相続人」とは誰を指すのかという点である。

この問題は、民法の規定により、一見きわめて明白である。それ故、学説も、「廃除される相続人は、『遺留分を有する推定相続人』に限られる（八九二条）。その理由は、遺留分をもたない相続人、即ち兄弟姉妹に財産のいくことを防ごうと思えば、他の者に全遺産を贈与なり遺贈なりしてしまえばいいが、遺留分を有する相続人であれば、遺留分だけは絶対に剝脱できないからである」と説いている⁽¹⁾。また、より端的に、「被相続人の請求により……家庭裁判所が……その相続人の……遺留分剝奪をなしうるとするのが、推定相続人廃除の制度である」と断ずる著者もあるほどであり、被相続人の生前に遺留分を放棄した相続人は廃除の対象にならないとも解されている⁽³⁾。

しかしながら、民法の規定するところは、それほど明白ではない。廃除の対象が「遺留分を有する推定相続人」に限られるとしても、そこには後順位の推定相続人も含まれるのかどうかという疑問がすぐにも浮かび上がってくる。先順位者が相続開始前に死亡したり相続開始後に放棄したりする可能性がある場合に、被相続人に非行をはたらいた後順位者を廃除することはできないのかどうか、子を代襲する可能性のある不届きな孫を廃除することができないのかどうかということは、至極当然の疑問に思われるのに、それを問題にした文献を見付けるのは意外に困難である⁽⁴⁾。私は、立法論としては廃除の制度がなくてもよいと思うけれども、解釈論としては、第一順位の推定相続人について可能である以上、後順位者についてもこれを否定する理由はないと考える。いわんや新旧の遺言自由主義論者は、当

然このような解釈を採るものと思われるが、どうであろうか。

それでは、遺留分を有しない推定相続人については廃除の必要がないという上記の説明は、果たして説得的であるのかといえ、そうでもない。ここにおいてこそ、前節で検討した相続人に一切の財産を与えないという趣旨の遺言が問題を提起する。なぜなら、有力な学説が、「遺留分をもたない者が推定相続人である場合に、被相続人がその者に相続させたくないと思えば——その者に相続分をゼロと指定するか、遺産を全部他の相続人に遺贈する等の方法で——その者が何も相続できないようにすればよいのであって、その者を廃除する手続をとる必要は少しもない……」と説いているからである。⁽⁵⁾

なるほど、それら多数の論者のいうように、兄弟姉妹に財産を渡したくないのなら誰かに全てを贈与・遺贈すれば終わりであるとしよう。だが、現実には被相続人が、そのような贈与・遺贈はなせずに、相続人には一切渡すなどという趣旨の遺言のみを残す場合もありうる。この場合に、被相続人が数人の同順位傍系相続人のうちの一部の者について右のような意思表示をしたとすれば、これこそは相続分の指定として遺留分の制約なしに効力を認められ、残りの者が全部を承継するといえそうに思える。けれども、ここにおいても前節で述べた点が当てはまるであろうから、相続分の指定によって相続人資格自体を奪うことはできない。相続人資格を剝奪するためには、やはり廃除を問題にする必要があるといえそうである。いわんや、相続人の全員につき遺産を渡すなどという遺言があった場合、それが廃除にならないとすれば、この遺言者の意思を、どのような解釈で実現することができるのであろうか。

しかし、まずは、包括遺贈によって一切を他の者に与えた場合から論じよう。この場合は、包括受遺者は、民法九〇条の規定により、相続人と同一の権利義務を有することになるので、遺留分権利者ではない傍系相続人は遺産を一切与えられない反面として、包括受遺者が一切の財産を承継して相続人と同一の権利を取得し義務を負う。もっと

も、わが民法には、フランス民法典の一〇〇四条ないし一〇〇六条のような規定が用意されていないので、遺留分を有する法定相続人が存在する場合の全財産の包括受遺者の地位と、そのような相続人が存在しない場合の包括受遺者の地位を区別する直接の根拠となる法規がない。したがって、包括遺贈がなされても遺留分を有する相続人が相続人資格自体を失わないとすれば、遺留分を有しない相続人もまたそうだといわざるをえないし、後者が失うとすれば前者も失うことになる⁽⁷⁾。この両極端の中間をとる解決が可能であるとすれば、民法九六四条（「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。」）の但書を活かして、フランス法と同様に、全財産を遺贈する遺言によっても自由分の限度でしか効力は生じないと解釈することなのであるが、わが最高裁はその解釈を無造作に否定した⁽⁸⁾し、新旧の遺言自由主義が勢威を誇る現状においては、最高裁の右の立場を疑うような議論は到底通りそうにもない。現在の通説では、遺留分権利者が存在しても全財産の包括遺贈がなされるならば遺産全体が受遺者に帰属し、遺留分権利者による減殺請求が効力を生ずれば相続人は遺留分を相続分とする権利を回復し、受遺者と法定相続人の遺産共有状態になると解釈されるので、ともあれ一応は遺留分権利者の法定相続分もゼロとなり、減殺請求権が消滅すればゼロのままになる。全財産の包括遺贈がなされた場合の遺留分のない傍系相続人の立場は、遺留分権利者が減殺請求できなくなった場合と同じである⁽⁹⁾。これらの場合の法定相続人は、もはや相続人でないのであるか、それとも相続人ではあるが法定相続分がないということなのか。前節で問題にしたことが、ここでも当てはまる。相続人でなくなるとすれば、何故なのか。全財産の遺贈自体は廃除ではないし、減殺請求権不行使は相続放棄ではない。これらを原因として代襲相続が開始することも次順位の相続が開始することもない。しかしまた、法定相続分ゼロの相続人が存在しえないことは、前節で論じた。それなら、この始末をどうつけるべきなのであるか。

次に、法定相続人には一切遺産を与えないという遺言の問題を論じよう。この遺言は、遺産の行方を特定していないので、遺贈としては無効である。「遺産は全て何か社会に役立つことに使ってください」という文言でも、遺贈にもならず寄附行為にもならない。そして、法定相続人が遺留分権利者でない以上、廃除もできないとすれば、遺産が法定相続人に帰属することを防ぐことは出来そうにない。法定相続分をゼロにする相続分の指定と解釈することでは、すでに論じたように、出口がない。

ところが、右のような疑問をもって民法の法規を読めば、八九二条にも八九三条にも、「遺留分を有する」という修飾のない単なる「推定相続人」の語が置かれていることに気づく。一九四七（昭和二二）年改正前の民法旧規定では、廃除の対象である家督相続人は遺留分権利者であったし、遺産相続人についても、「遺留分ヲ有スル推定遺産相続人カ被相続人ニ対シテ虐待ヲ為シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキハ被相続人ハ其推定遺産相続人ノ廃除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」（九九八）と規定し、「其推定遺産相続人」という表現でもって廃除の対象となる相続人を限定していた。しかし、現行規定では、その表現は改められていて、虐待および重大な侮辱の主体は「遺留分を有する推定相続人」であることが明らかであっても、「その他の著しい非行」の主体は単なる「推定相続人」としか表現されていないし、遺言廃除の対象についても同じである。それにも拘らず、従来の学説は、どうして対象を限定してきたのであろうか。旧規定当時の「常識」に影響されたこともあろうが、前掲の学説が傍系相続人は包括遺贈や相続分をゼロとする指定によって簡単に相続から閉め出せるとの解釈を早々に示し、それが疑われずに順送りされてきたということではなからうか。

現行規定八九二条の文理解釈としては、遺留分権利者の廃除には「虐待」ないし「重大な侮辱」というような原因（事由）の存在が要求されるが、遺留分を有しない相続人の廃除には右の例示は及ばないという意味に理解して、「そ

の他の著しい非行」は遺留分権利者の場合には例示に即して判断される必要があるけれども、傍系相続人の場合はより軽度な非行であっても廃除できると解しても、それほど文脈を無視したことにはならない。また、八九三条が遺留分権利者とそうでない相続人とを区別せずに規定しているのは、遺言廃除に原因（事由）を示す必要のないことを意味していて、その可否は相続開始後に遺言執行者が申し立てるのを待って八九二条と同一基準で判断すれば足りるという意味であると解すれば、各条文の特色がよく理解できるのである。

たしかに、遺留分のない相続人についても廃除が必要となれば、いかに傍系相続人でも廃除の原因（事由）なしに相続から閉め出すことはできなくなる。しかし、相続人に何も渡すなど遺言するような場合には被相続人の側に何かの憤りがあるに相違なく、その憤りに根拠があれば、遺留分権利者の場合よりも軽い基準で廃除を認めればよいし、憤りに根拠がなければ、傍系相続であるからと簡単に排斥する必要は何もない。包括受遺者も存在しない場合に傍系相続人を排斥してみたところで、他に適当な承継人がどこかに見つかるといのであろうか。国庫のほうも傍系相続人より望ましいことを、いかに理屈づけることができるのであろうか。また、相続人の排斥に力点を置くよりも何かの社会事業に役立てることに力点を置いた遺言の場合には、相続人には廃除されるような原因（事由）は存しないであろうが、そのような相続人であれば、相続から閉め出す必要はないし、死者の遺志を相続人が実現することに期待することもでき、そう期待する他はないであろう。

全財産が包括受遺者の手に渡ってなお相続を放棄しない法定相続人が存在すれば、この者の相続人としての資格を肯定せざるをえないと思うが、承認・放棄のための熟慮期間の起算点は、この場合にもなお相続資格を失わないことを知った時と解釈すれば、さしたる不都合はないと思う。

廃除の対象を後順位者も含む全ての法定相続人に拡張、他方、廃除がないかぎり、包括遺贈や相続分の指定によつ

ては相続人が相続資格を失うことがないと解することは、新旧の遺言自由主義の主張とは、おそらく相容れないであらう。これらの立場に立つ論者からの反論に期待したい。

- (1) 中川 泉『相続法「三版」』・八九、初版・六八、二版・八三。
- (2) 永山栄子「推定相続人の廃除(上)」ジュリスト六三五(一九七七)・一三〇。同旨・我妻 立石・前掲書・三九六、我妻 栄 唄 孝一『相続法』(一九六六)・四四。
- (3) 高野竹三郎『相続法』(一九七五)・七〇。
- (4) 我妻 立石・前掲書・三九六、我妻 唄・前掲書・四四は、第一順位の相続人が存在する限り次順位以下の相続人の廃除はできないと説く。中川編『註釈相続法』・九〇(山中)が、「被廃除者は、被相続人の死亡により相続すべき地位にある者でなければならぬ」というのも同旨かと思われる。
- (5) 我妻 立石・前掲書・三九六、我妻 唄・前掲書・四四。
- (6) これら条文により、遺留分権利者が存在しない場合の包括受遺者(全財産の受遺者)は相続開始と同時に当然に遺産上の法定占有 *saisine* を与えられ、遺産に関する訴えの当事者になるが、遺留分権利者が存在する場合には、この法定相続人に対して観念的な遺産の引渡請求をしなければならず、原則として、法定相続人が引渡に同意した時からしか遺産上の権利義務を行使することはできない。
- (7) ここでは通説の見解を前提に述べているが、包括遺贈により受遺者が遺産の自由分のみならず遺留分も含めて全て取得するとする解釈は大いなる誤解であるかもしれないことについては、別稿で指摘したことがある(伊藤昌司「包括遺贈の効果」名城法学三八・別冊(一九八九)所収)。
- (8) 最判昭和三七・五・二九家月一四・一〇・一一九。この判決が公式判例集に搭載されていないのは、遺留分を侵害する生前贈与は公序良俗に反するものではないことを判示した最判昭和二五・四・二八民集四・四・一五二と最判昭和三五・七・一九民集一四・九・一七七九が先に掲載されているから無用と判断されたのではないかと推測する。しかし、生前贈与について妥当することはそのまま遺贈に妥当させて当然と考えることこそが理論水準の低さを示すものである。たしかに、一〇三一条においては遺贈の減殺と贈与の減殺を区別してはいないけれども、それぞれの意味を区別する解釈論を構築することは十分に可能である。遺留分に関する法規は、何もかも「減殺可能」と解釈することは、結果として遺言自由主義

に即する解決であるけれども、そういう大所高所に立った話なのではなく、ただの精神的怠惰の産物なのかもしれない。大審院時代に家督相続人の遺留分を侵害した遺贈も無効ではないと判示することと現行法の諸子均分の相続分の一部である遺留分を侵害する遺贈も無効ではないと判示することでは意味が正反対になるはずであるけれども、それさえも意識しない議論が（中川善之助編『注釈民法(26)』（一九七三）・四九〇～四九一（中川善之助）、中川・加藤永一編『新版注釈民法(28)』（一九八八）・六一～六二（中川・加藤））いまだ健在である。

(9) 民法九六四条但書を活かして解釈すれば、遺留分のない傍系相続人は遺産について全く権利を失うと同時に相続人でなくなることを考えることも（本文で述べるように少々無理な点もあるとはいえ）全く不可能ではない。

(10) 現行規定成立時の立法担当者の一人、我妻栄の『改正親族・相続法解説』（一九四九）・一七五には、「この制度は、旧法のままであって、遺留分のない兄弟姉妹以外のものは廃除することができる（八九二条）。ただ旧法に、『その他の著しい非行があったとき』という原因だけが追加された（旧九八八条参照）」と書かれている。それなら、現八九二条の主語は一つで十分であって、「又は」と「その他の著しい非行」を直結すべきだった筈である。