

特別受益の持戻し免除の意思表示：民法903条3項・4項に関する一考察

七戸，克彦
九州大学大学院法学研究院：教授

<https://doi.org/10.15017/7162068>

出版情報：法政研究. 90 (3), pp.51-78, 2023-12-25. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：



特別受益の持戻し免除の意思表示

——民法 903 条 3 項・4 項に関する一考察——

七 戸 克 彦

- I 考察の対象
- II 特別受益の持戻し免除の意思表示と遺留分
 - 1 旧法下の議論
 - 2 平成30年民法（相続関係）改正
- III 特別受益の持戻し免除の意思表示の認定
 - 1 旧法下の議論
 - 2 平成30年民法（相続関係）改正
- IV 検討
 - 1 遺産分割と特別受益の持戻し免除の意思表示
 - 2 遺留分侵害額請求と特別受益の持戻し免除の意思表示

I 考察の対象

遺産分割の分配基準となる相続分（具体的相続分）は、〔Ⅰ〕法定相続分（900条・901条）ないし指定相続分（902条）に、〔Ⅱ〕特別受益（903条）ならびに〔Ⅲ〕寄与分（904条の2）を斟酌して算定される。

このうちの〔Ⅱ〕特別受益は、被相続人から受けた④「遺贈」のすべてと、⑤「贈与」の中でも「婚姻若しくは養子縁組のため若しくは生計の資本として」受けたものをいうが、被相続人が相続人に対して④遺贈や⑤贈与を行う趣旨としては、次の3つがあるとされる。①その1は、相続分を変更する考えのない場合——すなわ

ち、相続分の前渡しとして行った場合である。②その2は、もっぱら特定財産を特定の相続人に与える意図に基づく場合である。③その3は、特定の相続人に相続分以上の財産を与える趣旨の場合である。⁽¹⁾

㊦ 903条1項——903条は、上記㉔遺贈・㉕贈与の趣旨を、基本的には前記①の相続分の前渡しと考える。すなわち——、

- (1) まず、相続人の財産取得が、903条1項の㉔遺贈・㉕贈与に該当する財産取得(＝特別受益)かどうか判断され、
- (2) 特別受益と認定されたものについては、その価額を「被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産の価額」に合算し(特別受益の持戻し)、合計額を遺産分割の対象財産とみなしたうえで(みなし相続財産)、
- (3) みなし相続財産の価額に、各共同相続人の法定相続分・指定相続分を乗じて、各人が取得すべき相続分(一応の相続分)の価額を算定するが、
- (4) 上記(1)特別受益の存在が認定された相続人(特別受益者)については、上記(3)一応の相続分の価額から(1)特別受益の価額を差し引いた残りが、この者の取り分となる。

㉔ 903条2項——ただし、上記㉔(1)特別受益の価額が、(3)一応の相続分の価額より多い場合(＝超過特別受益が存在する場合)には、この場合の㉔遺贈・㉕贈与の意図を、前記②の趣旨と見て、超過特別受益をそのまま確保することができる(903条2項)。

㉕ 903条3項——しかし、「被相続人が、前2項〔上記903条㉔1項・㉔2項〕の規定と異なった意思を表示したときは、その意思に従う」(903条3項)。

同条項の意思表示には、以下の3種類(1)・(2)・(3)がある。

(1)その1は、前記③相続分以上の利益を享受させる意図に基づいて、㉔903条1項の持戻しを免除させる場合であり、これを一般に「持戻し免除の意思表示」と呼称する。⁽²⁾

(1) 潮見佳男＝窪田充見＝中込一洋＝増田勝久＝水野紀子＝山田攝子(編著)『Before/After相続法改正』(2019年)14頁〔浦野由紀子〕、前田陽一＝本山敦＝浦野由紀子『Legal Quest民法Ⅵ 親族・相続(第6版)』(有斐閣、2022年)298頁〔浦野〕は、①を「中立的遺贈・贈与」、②を「限定的遺贈・贈与」、③を「先取的遺贈・贈与」と呼称する。

(2) ただし、903条1項の規定する特別受益のうち、㉔遺贈(および死因贈与も)については、

一方、(2)その2と(3)その3は、いずれも④903条2項の規定と異なる意思表示であって、(2)その2は、特別受益の価額が相続分を上回っている場合の超過特別受益についても返還させる旨の意思表示、(3)その3は、特別受益の価額が相続分を下回っている場合であっても特別受益の限りでしか取得させない旨の意思表示である（後掲〔表2〕〔3〕〔44〕）。

——なお、以上の903条の規定は、平成30年7月民法改正において、〔表1〕のように変更された。

このうち〔A〕旧3項が規定していた「遺留分に関する規定に違反しない範囲で」の文言の消失は、持戻し免除の意思表示が遺留分を侵害する場合の「効力」をめぐる裁判例・学説の争いを解消する目的で行われたものである。

一方、〔B〕新設の4項の推定規定は、持戻し免除の意思表示の「認定」に関する旧法下の裁判例・学説の延長線上に位置する⁽⁵⁾。

被相続人が死亡した段階で効力が生ずるので、当初より「被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産」（903条1項）に含まれているから、「持戻し」が行われるのは、⑥贈与（生前贈与）のみであり（潮見佳男『詳解相続法（第2版）』（弘文堂、2022年）251頁、257頁）、そのため、窪田充見『家族法——民法を学ぶ（第4版）』（有斐閣、2019年）419-421頁は、「持戻し免除の意思表示」の用語は不正確であるとして、これに代えて「特別受益としない旨の意思表示」の表現を用いている。

903条1項も「被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産の価額にその贈与の価額を加えたものを相続財産とみなし」と規定しており、遺贈を「みなし相続財産」として規定していない。

一方、遺留分の規定にあっても、遺留分を算定するための財産（遺留分算定の基礎財産）の価額につき「被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産の価額にその贈与した財産の価額を加えた額から債務の全額を控除」した額と規定する旧1029条1項→平成30年改正（現行）1043条1項に関しては、遺贈ならびに死因贈与は、そもそも「被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産」に含まれないと説明される。

しかしながら、903条に関しては、一般に、——遺贈については「持戻し」が生じないことを承知したうえで——、遺贈を特別受益としない旨の意思表示も含めて「持戻し免除の意思表示」と呼称されていることから（平成30年改正法の立法担当者も同様である。堂蘭幹一郎＝野口宣大（編著）『問一答・新しい相続法——平成30年民法等（相続法）改正、遺言書保管法の解説（第2版）』（商事法務、2020年）57頁、堂蘭幹一郎＝神吉康二（編著）『概説・改正相続法——平成30年民法等改正、遺言書保管法制定』（金融財政事情研究会、2021年）38頁）、本稿でも、便宜上一般の用例に従っておく。

- (3) 堂蘭＝神吉・前掲注（2）44頁（注）によれば、903条4項が「第1項の規定を適用しない旨の意思を表示したものと推定する」と規定し、第2項を挙示していないのは（後掲〔表1〕参照）、本文(2)の意思表示を除外する趣旨に基づくと考えられる。
- (4) 平成30年7月13日法律第72号「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」1条（民法の一部改正）による改正。なお、前月には、成年および婚姻適齢を18歳に改める改正が行われている（平成30年6月20日法律第59号「民法の一部を改正する法律」）。

〔表 1〕 民法903条新旧対照

平成30年 7 月改正民法	旧 法
(特別受益者の相続分) 第903条 共同相続人中に、被相続人から、遺贈を受け、又は婚姻若しくは養子縁組のため若しくは生計の資本として贈与を受けた者があるときは、被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産の価額にその贈与の価額を加えたものを相続財産とみなし、 <u>第900条から第902条までの規定により算定した相続分の中からその遺贈又は贈与の価額を控除した残額をもってその者の相続分とする。</u> 2 〔変更なし〕 3 被相続人が前 2 項の規定と異なった意思を表示したときは、 <u>その意思に従う。</u> 4 <u>婚姻期間が20年以上の夫婦の一方である被相続人が、他の一方に対し、その居住の用に供する建物又はその敷地について遺贈又は贈与をしたときは、当該被相続人は、その遺贈又は贈与について第 1 項の規定を適用しない旨の意思を表示したものと推定する。</u>	(特別受益者の相続分) 第903条 共同相続人中に、被相続人から、遺贈を受け、又は婚姻若しくは養子縁組のため若しくは生計の資本として贈与を受けた者があるときは、被相続人が相続開始の時ににおいて有した財産の価額にその贈与の価額を加えたものを相続財産とみなし、 <u>前 3 条の規定により算定した相続分の中からその遺贈又は贈与の価額を控除した残額をもってその者の相続分とする。</u> 2 遺贈又は贈与の価額が、相続分の価額に等しく、又はこれを超えるときは、受遺者又は受贈者は、その相続分を受けることができない。 3 被相続人が前 2 項の規定と異なった意思を表示したときは、 <u>その意思表示は、遺留分に関する規定に違反しない範囲で、その効力を有する。</u> 〔4 項新設〕

そこで、本稿では、特別受益の持戻し免除の意思表示をめぐる種々の論点の中でも、上記〔A〕および〔B〕の 2 点に焦点を当てて考察を加えるが、以下の考察における参照の便宜のため、4 種の判例データベース⁽⁶⁾で903条 3 項の持戻し免除の意思表示をキーワード検索した結果を、あらかじめ年代順に挙示しておく、〔表 2〕のようになる。

(5) なお、903条 1 項の変更は、902条と903条の間に902条の 2（相続分の指定がある場合の債権者の権利行使）が新設されたことに伴う字句修正である。

(6) ①TKC：LEX/DB、②LIC：LLI/DB判例秘書、③Westlaw Japan、④第一法規：D1-Law.com。最終検索日：令和 5（2023）年 8 月 31 日。ヒットした裁判例（総数126例）は、すべて平成30年改正法の施行日（令和 3 年 7 月 1 日）前に相続が開始した、旧法の適用事例である。なお、某大学では、最近データベースの全種類を揃える方針を断念したと聞く。九州大学でも、④の利用は筆者（七戸）の個人研究費でかろうじて維持している状況であり、全種類のデータベースを用いた総合判例研究が可能な大学は、全国で数校しか存在しない。

〔表2〕「特別受益の持戻し免除の意思表示」裁判例一覧

	裁判年月日・事件番号（出典）	特別受益		持戻し免除の意思表示		
		種類	受益者	方式	認定	効力
【1】	広島家呉支審昭和33・12・26家月11巻4号116頁	遺贈 贈与	長男	黙示	○	相続分× 遺留分－
【2】	高松家丸亀支審昭和37・10・31家月15巻5号85頁	贈与×	長男	－	－	相続分○ 遺留分×
【3】	仙台高秋田支判昭和38・12・11下民集14巻12号2522頁	贈与	二男	遺言	○	相続分○ 遺留分×
【4】	福岡高決昭和45・7・31家月22巻11～12号91頁・判タ260号339頁	贈与	三男	黙示	○	相続分－
【5】	徳島地判昭和46・6・29下民集22巻5・6号716頁・判時643号84頁・判タ265号176頁	贈与	二男以下	黙示	×	遺留分○
【6】	東京家審昭和46・9・7家月24巻7号65頁・判タ279号377頁	贈与×	二男	黙示	－	相続分－
【7】	東京家審昭和49・3・25家月27巻2号72頁	贈与	長男	黙示	○	相続分△
【8】	神戸家姫路支審昭和49・6・16家月28巻10号83頁	贈与	長男	黙示	○	相続分△
【9】	東京高決昭和51・4・16東高民27巻4号90頁・判タ347号207頁	贈与	妻・長女	黙示	○	相続分△
【10】	大阪家審昭和53・9・26家月31巻6号33頁	遺贈×	妻	－	－	相続分－
【11】	鹿児島家審昭和56・8・21家月35巻1号99頁	贈与	嫡男	－	－	相続分－
【12】	和歌山家審昭和56・9・30家月35巻2号167頁	贈与	長男	－	－	相続分－
【13】	東京高決昭和56・11・2家月34巻12号38頁・判時1030号39頁	贈与	子？	－	×	相続分－
【14】	東京高決昭和57・3・16家月35巻7号55頁	贈与	妻	黙示	○	相続分－
【15】	広島高決昭和59・2・17家月36巻12号75頁	贈与	妻・長男	黙示	○	相続分－
【16】	広島高松江支決平成3・8・28家月44巻7号58頁	贈与	亡妻	黙示	○	相続分－
【17】	鳥取家審平成5・3・10家月46巻10号70頁	贈与	二男	黙示	○	相続分－
【18】	東京高決平成5・3・30家月46巻3号66頁・判時1459号130頁	贈与	長男	黙示	(○)	相続分－
【19】	広島高決平成5・6・8家月46巻6号43頁・判タ828号258頁	不明	不明	不明	○	相続分－

【20】	神戸家審平成6・3・25家月47巻8号59頁	贈与	子3人	黙示	○	相続分－
【21】	横浜家審平成6・7・27家月47巻8号72頁	贈与	子5人	黙示	○	相続分－
【22】	大阪家審平成6・11・2家月48巻5号75頁	贈与	妻・子	黙示	○	相続分－
【23】	徳島家審平成7・3・31家月49巻8号64頁	贈与×	妻・長男	黙示	－	相続分－
【24】	東京高決平成8・8・26家月49巻4号52頁	贈与	妻	黙示	○	相続分－
【25】	東京家審平成9・2・28家月49巻11号144頁	贈与	子全員	黙示	○	相続分－
【26】	東京高決平成9・6・26家月49巻12号74頁	贈与	子全員	黙示	○	相続分－
【27】	東京高決平成9・6・27東高民48巻1～12号46頁	贈与	子の1人	黙示	○	相続分－
【28】	福岡高決平成9・9・9家月50巻2号184頁……〔原審〕熊本家審平成9・2・18家月50巻2号190頁	贈与	二女	黙示	○	相続分－
【29】	広島高岡山支決平成10・10・27民集54巻2号549頁……〔上告審〕最（1小）判平成12・2・24民集54巻2号523頁	－	－	－	－	相続分－
【30】	高松高決平成11・3・5家月51巻8号48頁・判タ1024号90頁	贈与×	妻	黙示	（○）	相続分－
【31】	神戸家審平成11・4・30家月51巻10号135頁	遺贈 贈与	先妻の子	－ 黙示	－ ×	相続分－
【32】	大阪高判平成11・6・8高民集52巻1号1頁・判時1704号80頁・判タ1029号259頁	贈与	長男	黙示	○	遺留分×
【33】	東京家審平成12・3・8家月52巻8号35頁	贈与	二男	黙示	×	相続分－
【34】	東京地判平成12・6・14平成4（ワ）1694号	贈与	妻	黙示	－	遺留分×
【35】	東京地判平成12・7・28平成12（ワ）3482号	贈与	子全員	黙示	×	遺留分△
【36】	旭川家審平成14・2・15家月54巻10号57頁……〔抗告審〕札幌高決平成14・4・26家月54巻10号54頁	贈与	二女	黙示	○	相続分－
【37】	東京地判平成14・11・14平成14（ワ）18902号	贈与	長男	黙示	○	相続分－
【38】	大阪高決平成15・3・11家月55巻8号66頁	贈与	長男	黙示	×	相続分－
【39】	神戸家伊丹支審平成15・8・8金判1241号38頁……〔抗告審〕大阪高決平成16・5・10民集58巻7号1986頁、〔許可抗告審〕最（2小）決平成16・10・29民集58巻7号1979頁	贈与	四男	黙示	○	相続分－

特別受益の持戻し免除の意思表示（七戸）

【40】	大阪高決平成17・2・28民集59巻8号2252頁……〔許可抗告審〕最（3小）決平成17・10・11民集59巻8号2243頁	贈与	長男	黙示	×	相続分－
【41】	東京地判平成17・4・4平成14（ワ）18996号・平成15（ワ）27077号・5249号	贈与	長男・二男・四女	黙示	（×）	遺留分×
【42】	岐阜家審平成17・4・7家月58巻10号74頁……〔抗告審〕名古屋高決平成18・3・27家月58巻10号66頁	贈与	先妻の長男	黙示	○	相続分－
【43】	東京高決平成17・10・27家月58巻5号94頁	贈与	子の1人	－	×	相続分－
【44】	東京地判平成18・7・26平成10（ワ）19650号・平成14（ワ）4545号	贈与	長男・二男・三男	遺言解釈	× ○	遺留分△
【45】	東京地判平成19・1・23平成18（ワ）11584号	－	－	－	－	相続分－
【46】	東京地判平成19・3・27平成17（ワ）26101号	贈与×	長男	－	－	遺留分－
【47】	東京地判平成19・9・28平成18（ワ）21718号	遺贈	養子	遺言外	○	相続分－
【48】	東京地判平成19・10・1平成18（ワ）21732号	遺贈	養子	黙示	－	相続分－
【49】	大阪高決平成19・12・6家月60巻9号89頁	贈与×	長男	黙示	（○）	相続分－
【50】	東京地判平成19・12・12平成18（ワ）11486号	贈与	長男	遺言解釈	（×）	遺留分×
【51】	東京地判平成20・2・25平成18（ワ）19550号	贈与	長男以外の相続人	遺言	○	相続分－
【52】	東京地判平成20・2・26平成16（ワ）3395号	贈与	長男	遺言	（○）	遺留分×
【53】	東京地判平成20・2・29平成15（ワ）11299号	贈与×	妻・嫡出子	黙示	－	遺留分－
【54】	東京地判平成20・4・14平成18（ワ）27067号	贈与	長女	黙示	×	遺留分△
【55】	東京地判平成20・4・25平成18（ワ）5343号	贈与	長男	遺言解釈	×	遺留分△
【56】	福岡高那覇支決平成20・11・6平成19（ラ）34号……〔特別抗告審〕最（2小）決平成21・9・30家月61巻12号55頁・判時2064号61頁・判タ1314号123頁	贈与	妻・嫡出子	黙示	○	相続分－
【57】	東京地判平成20・12・17平成13（ワ）18921号	贈与	妻	黙示	×	遺留分△
【58】	東京家審平成21・1・30家月62巻9号62頁……〔抗告審〕東京高決平成21・4・28家月62巻9号75頁	贈与×	長女	黙示	（○）	相続分－
【59】	東京地判平成21・3・31平成19（ワ）12874号・平成20（ワ）2599号	贈与	三女・四女・五女	黙示	○	遺留分△

【60】	東京地判平成21・7・2平成18(ワ)28806号・平成19(ワ)11304号	贈与	長男	黙示	○	遺留分△
【61】	東京地判平成21・7・31平成17(ワ)17805号	贈与	長男	黙示	×	遺留分×
【62】	東京地判平成21・12・16平成19(ワ)18072号・平成20(ワ)10322号	贈与	子 (兄・妹)	黙示	○ ○	遺留分△
【63】	東京高決平成21・12・18判タ1330号203頁	遺贈×	子の1人	遺言解釈	(○)	相続分－
【64】	東京地判平成22・3・31平成18(ワ)2618号・平成20(ワ)8276号・29629号	贈与	四女	黙示	×	遺留分△
【65】	東京高決平成22・5・20判タ1351号207頁	贈与	子の1人	黙示	○	相続分－
【66】	大阪高決平成22・8・26平成21(ラ)1227号	贈与	子の1人	黙示	×	相続分－
【67】	東京地判平成23・1・26平成20(ワ)34324号……〔控訴審〕東京高判平成24・2・8平成23(ネ)2187号、〔上告審〕最判平成24・12・6平成24(オ)1220号・(受)1507号	贈与×	妻・嫡出 子2人	黙示	(○)	相続分－
【68】	東京地判平成23・3・29平成20(ワ)18041号	贈与	妻	黙示	○	遺留分△
【69】	東京地判平成23・5・25平成20(ワ)29786号	贈与×	三女	－	－	不当利得＊
【70】	東京地判平成23・6・24平成21(ワ)36737号	贈与	長男	黙示	○	遺留分△
【71】	東京地判平成23・9・14平成21(ワ)7554号	贈与	長女	黙示	(○)	遺留分×
【72】	東京高判平成23・11・30税務訴訟資料261号順号11821	贈与×	子の1人	－	－	相続分×
【73】	東京地判平成23・12・22平成22(ワ)10637号	贈与	亡妻	明示	○	遺留分－
【74】	最(1小)決平成24・1・26家月64巻7号100頁・判時2148号61頁・判タ1369号124頁	贈与	後妻の 長男	黙示	○	相続分△ 遺留分×
【75】	東京地判平成24・3・29平成21(ワ)23074号・32158号・35273号	贈与	長女・ 二女	黙示	×	相続分－
【76】	東京地判平成24・5・7平成21(ワ)45919号	遺贈×	子・代襲 相続人	黙示	(○)	遺留分×
【77】	東京地判平成24・9・19平成23(ワ)23597号	贈与	三女	黙示	×	遺留分△
【78】	東京地判平成24・10・12平成22(ワ)39818号	贈与	二男	黙示	○	遺留分△
【79】	東京地判平成24・12・27平成19(ワ)31068号	贈与×	長男	－	－	遺留分－
【80】	東京地判平成25・2・14平成20(ワ)17081号	贈与	二女・三 女・二男	黙示	×	遺留分△
【81】	大阪高決平成25・7・26判時2208号60頁	遺贈	長男	遺言解釈	×	相続分－

特別受益の持戻し免除の意思表示（七戸）

【82】	東京地判平成25・10・9平成22（ワ）15334号	贈与	三女	黙示	（○）	遺留分×
【83】	東京地判平成25・12・26平成23（ワ）30402号	贈与	二男	黙示	×	遺留分△
【84】	東京地判平成26・2・25平成24（ワ）14476号	贈与	子の1人	黙示	○	遺留分△
【85】	東京地判平成26・4・18平成23（ワ）34798号	贈与	長女	遺言	○	遺留分×
【86】	大阪家審平成26・6・27平成26（家）977号	贈与	妻	黙示	○	相続分－
【87】	東京地判平成26・9・19平成23（ワ）4006号	遺贈×	妻	－	－	相続分－
【88】	東京地判平成26・12・15平成23（ワ）12513号	贈与×	子の1人	－	－	遺留分－
【89】	東京地判平成27・3・25平成23（ワ）36049号	贈与	長男	黙示	－	遺留分－
【90】	東京地判平成27・3・30平成23（ワ）41009号	贈与	養子2人	黙示	（○）	遺留分×
【91】	東京地判平成27・6・30平成25（ワ）11189号	贈与	子の1人	黙示	×	遺留分△
【92】	和歌山家審平成27・6・30平成26（家）655号・656号……〔抗告審〕大阪高決平成27・10・6判タ1430号147頁	贈与	長男・二男	黙示	○	相続分－
【93】	東京地判平成27・8・5平成25（ワ）13915号	贈与×	長男	黙示	－	相続分－
【94】	東京地判平成27・10・21生命保険判例集26巻408頁	贈与	前妻の子	黙示	（○）	遺留分×
【95】	東京地判平成27・11・26平成23（ワ）40834号	贈与	子の代襲相続人	黙示	－	遺留分－
【96】	大阪家審平成27・12・9判タ1438号99頁……〔抗告審〕大阪高決平成28・9・27判タ1438号97頁	贈与	子の1人	－	－	相続分－
【97】	東京地判平成28・2・29平成24（ワ）29993号	贈与	長女	黙示	×	遺留分×
【98】	東京地判平成28・3・14平成26（ワ）9881号	贈与×	長女	黙示	－	遺留分－
【99】	東京地判平成28・3・23平成21（ワ）39475号・39784号	贈与	前夫の子の1人	黙示	（○）	遺留分×
【100】	東京地判平成29・1・18平成25（ワ）18661号	贈与	二男ら	黙示	（×）	遺留分×
【101】	大阪高決平成29・3・17平成28（ラ）1028号	贈与×	二女	黙示	（○）	相続分－
【102】	大阪高決平成29・5・12判タ1450号83頁・金法2082号58頁……〔許可抗告審〕最（大）決平成28・12・19民集70巻8号2121頁	贈与	養子（妹）	黙示	×	相続分－
【103】	東京地判平成29・12・27平成27（ワ）31630号・平成28（ワ）1572号	贈与	長男	黙示	－	所有権確認*

【104】	東京地判平成30・4・27平成28（ワ）11394号	贈与	三男	黙示	（○）	遺留分×
【105】	東京地判平成30・5・10平成28（ワ）38222号	贈与	養子	黙示	×	遺留分△
【106】	東京地判平成30・5・14平成26（ワ）18990号	贈与×	長女	黙示	（○）	遺留分△
【107】	東京地判平成30・7・10平成25（ワ）21386号・平成26（ワ）2426号	贈与× 贈与×	長女・ 長男	黙示 黙示	－ －	相続分－
【108】	東京高決平成30・11・30家庭の法と裁判31号90頁	贈与	長女	黙示	○	相続分－
【109】	東京地判平成31・2・28平成29（ワ）10518号	贈与×	長男	－	－	遺留分－
【110】	東京地判平成31・3・14平成28（ワ）12040号	贈与	二男	黙示	×	遺留分△
【111】	東京地判平成31・3・28平成29（ワ）42103号	贈与	三女	黙示	－	相続分－
【112】	東京地判平成31・4・22平成29（ワ）6136号	贈与	子の1人	明示	○	相続分－
【113】	大阪高決令和1・5・8平成29（家）679号	贈与	子の双方	黙示	○	相続分－
【114】	名古屋高決令和1・5・17判時2445号35頁	贈与×	後妻の娘	明示 黙示	（○）	相続分－
【115】	東京地判令和1・9・26平成30（ワ）26481号	贈与×	長男	黙示	－	不当利得＊
【116】	東京地判令和1・11・26平成30（ワ）23133号	贈与	婿養子	明示 黙示	×	相続分－
【117】	山形地判令和1・12・19判タ1491号68頁……〔控訴審〕仙台高判令和3・1・13判タ1491号57頁	贈与	二男	黙示	×	遺留分△
【118】	東京地判令和2・1・14平成29（ワ）21999号	遺贈	長女・ 二女	遺言	○	相続分－
【119】	東京地判令和2・3・17平成30（ワ）39805号	遺贈	長女	遺言	○	相続分－
【120】	東京地判令和2・9・15平成30（ワ）7061号	贈与	長男	遺言	○	相続分－
【121】	東京地判令和2・11・12令和1（ワ）22072号	贈与	子の1人	黙示	○	相続分－
【122】	東京地判令和3・10・27平成28（ワ）37324号	贈与	妻	明示	○	相続分－
【123】	東京地判令和3・10・27平成29（ワ）38994号	贈与	第三者	－	－	遺留分－
【124】	東京地判令和4・1・26平成30（ワ）38914号	贈与	三男	遺言	○	遺留分△
【125】	札幌地判令和4・9・30令和1（ワ）1290号・1828号	贈与	子の1人	黙示	（○）	遺留分×
【126】	さいたま家審令和5・2・1令和4（家）30349号	贈与	長男	黙示	一部× 一部○	相続分－

Ⅱ 特別受益の持戻し免除の意思表示と遺留分

903条旧3項の「遺留分に関する規定に違反しない範囲で」の文言の削除は、平成30年改正法で、旧法の遺留分減殺請求権が金銭債権化（遺留分侵害額請求権に変更）されたことと連動している。

1 旧法下の議論

903条は、遺産分割の分配基準であるところの具体的相続分に関する規定であるが、遺産分割の裁判手続は、家庭裁判所の審判事件である（民法907条2項、家事事件手続法191条）。これに対して、遺留分に関する裁判手続は、通常裁判所の訴訟事件である（民事訴訟法3条の3第12号・5条14号）。

ところが、903条旧3項の文言からすれば、具体的相続分の算定の際に、特別受益の持戻し免除の意思表示のうち遺留分を侵害する部分については無効として相続財産に加算すべきように読める。その一方で、遺留分に関する規定中にも、旧法には「……第903条……の規定は、遺留分について準用する」旨の条文が存在したため（旧1044条。後掲〔表4〕参照）、遺留分算定の基礎財産の価額を算定する際にも、903条3項の持戻し免除の意思表示のうち遺留分を侵害しない部分を控除する必要があるように読めた。

（1）相続分

ア 昭和期の裁判例

最も望ましいのは、遺産分割事件と遺留分事件を同一手続中で一括処理する方法であるが、〔表2〕【1】は、903条旧3項の「遺留分に関する規定に違反しない範囲で」の文言を、通常裁判所の訴訟手続である遺留分に関する判断を、家庭裁判所の遺産分割の審判手続で行うことを認めた特別な例外規定と理解する。

これに対して、【2】【3】は、遺産分割の手続と遺留分減殺の手続の関係を没交渉のものと捉え、遺留分を侵害する持戻し免除の意思表示については、もっぱら遺留分減殺請求で処理されるべきものであって、遺産分割手続における具体的相続分の算定に関しては、全面的に有効なものとして取り扱うべきとした。

だが、この立場は、相続分の個所に配置された903条旧3項の文言を、具体的相続分の算定において完全に無視することを意味する。そのためか、【7】【8】【9】

は、「本件事案における持戻し免除の意思表示については、遺留分を侵害するものでないから有効」との、非常に曖昧な説示を行っている。

イ 平成・令和期の裁判例

【24】は、裁判所の定める遺産分割の方法について、「なおこれにより相手方の遺留分は確保されるものである」と付記している。

最高裁判例である【74】は、次述（２）遺留分の算定に関して、持戻し免除の意思表示を考慮せずに特別受益の全額を遺留分算定の基礎財産の価額に算入する見解を採用した重要判例であるが、判旨は、その後に（１）遺産分割をする際の具体的相続分の算定について、先に確定された遺留分侵害額を考慮する。

（２）遺留分

ア 昭和期の裁判例

一方、遺留分の算定と持戻し免除の意思表示の関係についていえば、昭和期の裁判例は、前記（１）相続分の算定に関する【２】【３】が、遺留分を侵害する意思表示であっても当然無効ではないと述べた際の傍論として、他の相続人に減殺請求権を与えるにとどまると説示するのみであった。

イ 平成・令和期の裁判例

だが、平成期に入ると、持戻し免除の意思表示がある場合にも、特別受益を無条件で遺留分算定の基礎財産に算入する旨を判示した裁判例が登場する（【32】⁽⁷⁾【34】）。

この立場に立った場合、遺留分減殺請求において持戻し免除の意思表示の存在を主張することは「主張自体失当」（【34】の説示）となるはずだが、しかし、その後も、持戻し免除の意思表示に関する判断を行う裁判例は多数存在し（【35】⁽⁸⁾【44】⁽⁸⁾【54】⁽⁸⁾【55】⁽⁸⁾）。

（７）【34】は、次のように説示する。「被告は、〔被相続人〕が本件贈与につき持戻し義務を免除する旨の黙示の意思表示をしたのであるから、本件土地建物は遺留分算定の基礎財産にならない旨主張している。／確かに、民法1044条は、民法903条３項の規定を遺留分にも準用している。／しかしながら、民法903条３項は、被相続人の持戻し義務免除の意思表示は、遺留分に関する規定に反しない範囲内においてのみ、その効力を有する旨規定しているところである。そして、特別受益の持戻し義務免除の意思表示が被相続人の自由意思による遺産処分的一种であるのに対して、遺留分は、被相続人の自由な処分を制限し、相続人の相続権を確保するための制度であり、持戻し義務免除の意思表示が遺留分算定の基礎となるべき財産の範囲を左右し得ることになるとすると、民法が遺留分の制度を設けた趣旨を没却することにもなりかねない。／したがって、遺留分減殺請求が問題となっている本件において、〔被相続人〕が本件贈与につき持戻し義務免除の意思表示をした旨の被告の主張は、主張自体失当というべきである」。

（８）なお、【54】は、「そもそも遺留分の規定は、被相続人の処分の自由を制限するものであるし、

【57】【59】【60】【62】【64】【68】【70】）、前掲最高裁判例【74】が、持戻し免除の意思表示を考慮せず特別受益の全額を当然に遺留分算定の基礎財産に算入する立場を説示した（なお、同判決は、先行する遺留分減殺請求の結果を後行の遺産分割で考慮したが（→前記Ⅱ 1（1）イ参照）、これに対して、遺産分割が遺留分減殺請求に先行する場合には、遺産分割の結果を遺留分減殺で考慮しない立場をとったものと理解された）後も、持戻し免除の意思表示の認定判断を行う裁判例と（【77】【78】【80】【83】【84】【91】【105】【106】【110】【117】【124】）、一切考慮しない裁判例の（【82】【85】【90】【94】【97】【99】【100】【104】【124】）、拮抗状態が続いた。

2 平成30年民法（相続関係）改正

（1）遺産分割事件と遺留分事件の一元化の断念

遺留分事件の中でも、①遺留分算定の基礎財産の価額を定める場合における鑑定人の選任と遺留分の放棄のほか、②中小企業経営承継円滑化法（平成20年5月16日法律第33号「中小企業における経営の承継の円滑化に関する法律」）4条・8条の規定する遺留分の算定に係る合意についての許可は、家庭裁判所の審判事件である（①につき家事事件手続法216条1項1号・2号、別表第1の109・110の項、②につき同法243条・別表第1の134の項）。また、当事者が合意すれば、遺産分割の調停・審判手続の中で遺留分について処理することも認めるのが、実務の取扱いである。⁽⁹⁾

一方、学説にあっても、「立法論としては、遺留分をめぐる紛争をも家庭裁判所の管轄に属せしめるべきであるが、現行法下の運用としても、家庭裁判所は躊躇せずに、自ら遺留分に関する判定を一応敢行して、それにもとづいての遺産分割の審判をすべき」とする見解や、家庭裁判所が存在しなかった戦前の時代には、遺産分

遺留分算定のために持戻を行うのに、これを行わない場合の遺留分に反しないかを検討することには矛盾がある（それゆえ、大阪高等裁判所平成11年6月8日判決・判例時報1704号80頁〔【32】〕は、遺留分の基礎財産算定において、特別受益に対して持戻免除の意思表示がなされている場合でも、当該贈与の価額を無条件で算入すべきであると判示しているが、相当である。）」としつつも、「もっとも、民法1044条は、持戻免除の意思表示が遺留分の規定に反しない範囲でその効力を有すると規定する同法903条3項をも準用しており、遺留分算定の基礎財産の算入においても、遺留分に関する規定に違反しない限度で持戻免除が認められると解する余地もなくはないから、持戻免除の意思表示の有無について検討する」と述べる。

（9） 司法研修所（編）／田中壮太＝岡部喜代子＝橋本昇二＝長秀之（著）『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題』（法曹会、1994年）、常岡史子「共同相続人間の遺留分減殺請求と負担付遺贈に関する問題」判タ1327号（2010年）29頁。

（10） 鈴木祿弥『相続法講義（第2版）』（創文社、1996年）184頁。

割事件・遺留分事件はいずれも通常裁判所の管轄であり、現在の状況は「無分別に手続を二元化した」ために生じたものであって「遺産分割と遺留分が別でなければならない理由はない」との見解が、有力に唱えられていた。⁽¹¹⁾

そのため、平成30年改正の審議過程でも、当初は、遺留分事件を家事事件とすることで遺産分割事件との一元的処理を図る立法が模索されたこともあった。⁽¹²⁾しかし、遺留分事件に関しては、請求の相手方（受遺者・受贈者）が相続人以外の第三者の場合がある点が問題視され、相手方が相続人の場合と第三者の場合で規律を分ける案も考えられたものの、⁽¹³⁾手続が複雑・煩瑣となることから、結局、従来通りの二元的な手続の維持が決定された。

（２） 相続分

まず、遺産分割（具体的相続分の算定）における遺留分の不考慮について。

改正法において、903条 3 項から「遺留分に関する規定に違反しない範囲で」の文言が削除されたことは、本稿冒頭に見たとおりであるが（〔表 1〕）。これは、改正法で、遺留分侵害の場合の処理が金銭債権化され、物権の効果が生じなくなったことから、遺産分割の際に遺留分を考慮する必要がなくなったためである。⁽¹⁴⁾

なお、平成30年改正では、903条旧 3 項のほかにも、遺留分侵害の効果の金銭債権化の結果として、旧法の「遺留分に関する規定に違反することができない」の文言が削除された条文がある。相続分の指定に関する902条 1 項旧ただし書と、遺贈に関する964条旧ただし書である。

ア 相続分の指定（902条）

902条に関して、旧法下では、遺留分を侵害する相続分の指定は当然に無効となるのか、遺留分権利者が減殺請求権を行使してはじめて無効になるのかの争いが

(11) 伊藤昌司『相続法』（有斐閣、2002年）387-388頁。

(12) 法制審議会民法（相続関係）部会「部会資料 4」「第 1」「乙案」2 頁、3 頁、5-6 頁、「部会第 4 回会議事録」2 頁、3-6 頁〔渡辺論関係官〕、「部会資料 5」12-13 頁、「部会第 5 回会議事録」48-49 頁〔下山洋司関係官〕。

(13) 「部会資料 8」「第 1」「丙案」1-2 頁、4 頁、「部会第 8 回会議事録」2-3 頁〔渡辺論関係官〕。

(14) その結果、先行する遺留分減殺の結果を後行の遺産分割において考慮する最高裁判例【74】の立場も、立法的に排斥された（→後記Ⅱ 2（3）〔B〕参照）。もっとも、具体的相続分の算定の側面では考慮されないとしても、遺産分割は「一切の事情を考慮して」行われるので（906 条）、具体的な分割の次で、先行する遺留分侵害額請求の結果が考慮される余地はある。

あった。しかし、遺留分侵害の効果が金銭債権化されたことで、遺産分割では遺留分を考慮することなく相続分の指定の全部を尊重すれば足りることとなり、903条旧3項と同様、902条1項ただし書も削除された⁽¹⁵⁾。

イ 遺贈（964条）

一方、964条に関して、旧法下では、遺留分を害する包括遺贈または特定遺贈は当然に無効となるとする見解が多数説であった。だが、遺留分侵害の効果が金銭債権化により、遺贈の効果を無効とする必要はなくなったため、964条旧ただし書も不要の規定となって削除された⁽¹⁶⁾。

〔表3〕 民法902条・964条新旧対照

平成30年7月改正民法	旧 法
（遺言による相続分の指定） 第902条 被相続人は、前2条の規定にかかわらず、遺言で、共同相続人の相続分を定め、又はこれを定めることを第三者に委託することができる。 2 〔変更なし〕	（遺言による相続分の指定） 第902条 被相続人は、前2条の規定にかかわらず、遺言で、共同相続人の相続分を定め、又はこれを定めることを第三者に委託することができる。<u>ただし、被相続人又は第三者は、遺留分に関する規定に違反することができない。</u> 2 〔略〕
（包括遺贈及び特定遺贈） 第964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。	（包括遺贈及び特定遺贈） 第964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。<u>ただし、遺留分に関する規定に違反することができない。</u>

——かくして旧法時代に争いがあった遺留分を侵害する相続分の指定（902条）・特別受益の持戻し免除の意思表示（903条3項）・遺贈（964条）の効力の3つの論点は、いずれも完全有効（＝遺留分の不考慮）の方向で統一されたのであった⁽¹⁷⁾。

（3） 遺留分

次に、遺留分（遺留分算定の基礎財産の価額）の算定における、特別受益の持戻し

(15) 一方、改正法の遺留分侵害額請求に関しては、特定財産承継遺言ならびに相続分の指定も対象となる旨が明定された（改正1046条1項かつこ書・1047条1項かつこ書）。堂蘭＝野口・前掲注（2）142頁、157-158頁、堂蘭＝神吉・前掲注（2）113-114頁。

(16) 堂蘭＝野口・前掲注（2）158頁、堂蘭＝神吉・前掲注（2）114頁。

(17) なお、潮見佳男（編著）『新注民法（19）相続（1）（第2版）』（有斐閣、2023年）323頁〔本山敦〕は、「もっとも、この改正によって、持戻しの免除の意思表示と遺留分との関係は変更されないと説明されている（部会資料15・18頁、安達達男ほか・相続実務が変わる！相続改正ガイドブック〔2018〕68頁）」としているが、「部会資料15」は、遺留分の効果の金銭債権化が徹底され、遺産分割と遺留分の手続が完全分離するより前の時期の資料である。

免除の意思表示の不考慮について。

立法段階の当初においては、〔A〕旧1044条で遺留分に準用される旧903条によって算定された相続分の額につき、903条3項の持戻し免除の意思表示を考慮する一方、〔B〕遺産分割事件が遺留分事件に先行する場合には、後行する遺留分事件で遺産分割の結果を考慮する必要はないが、遺留分事件が遺産分割事件に先行する場合については、これを考慮する案が提示されていた⁽¹⁸⁾。このうちの〔B〕は最高裁判例【74】の立場であるが、〔A〕は【74】の完全不考慮説と異なる。

その後、〔B〕については、「中間試案」で、遺産分割が終了しているか否かにかかわらず、計算上定まる具体的相続分に従って、遺留分算定の基礎財産の価額を算定する案に変更された⁽²⁰⁾。

一方、〔A〕持戻し免除の意思表示の論点に関しては、「中間試案」以降、管見の及ぶ限りでは、議論の対象となっていない。ただし、旧1044条の準用規定に関しては、903条の準用も含めて見直しを考えているとの発言もあり、903条のうち旧3項を準用しない旨の見直しが行われれば、持戻し免除の意思表示を考慮せず、903条1項の特別受益のみを遺留分算定の基礎にすべきこととなる。

旧1044条の修正に関しても、法制審議会民法（相続関係）部会では、特段の審議もされていないが、結論的にいえば、同条は全文削除された。

〔表4〕 民法旧1044条新旧対照

平成30年7月改正民法	旧 法
〔削除〕	<u>（代襲相続及び相続分の規定の準用）</u> <u>第1044条 第887条第2項及び第3項、第900条、第901条、第903条並びに第904条の規定は、遺留分について準用する。</u>

旧1044条の準用のうち、①887条2項・3項については単純削除された⁽²²⁾。一方、

(18) 「部会資料8」5頁（注1）。「部会資料10」5頁（注2）、6頁、「部会資料11」23頁、部会資料12」29頁（注2）。

(19) 「部会資料10」5頁（注2）、12頁、「部会資料11」23頁（注2）、「部会資料12」29頁（注2）34頁。

(20) 「中間試案」14-15頁、「中間試案の補足説明」61-65頁。

(21) 「部会第16回会議議事録」37頁〔堂蘭幹一郎幹事〕。

(22) 削除理由の詳細については、堂蘭＝野口・前掲注（2）159頁（注）、堂蘭＝神吉・前掲注（2）132-133頁（注）参照。

②900条・901条の準用については改正1046条2項2号、③903条の準用については改正1044条3項、④904条の準用については改正1044条2項が規定するところとなったが、このうち③903条の準用に対応する改正1044条3項は、903条1項と同様「婚姻若しくは養子縁組のため又は生計の資本として受けた贈与の価額に限る」旨の限定を付している。

これに対して、903条3項・4項の特別受益の持戻し免除の意思表示が考慮されるか否かに関しては、遺留分算定の基礎財産額の算定方法を定めた条文（1043条～1045条）からは明らかにならない。しかし、寄与分を考慮しない点に関して、立法担当官は「第1046条第2項第2号〔＝遺留分権利者が取得すべき遺産の価額算定に関する規定〕においてその旨を明らかにしている（第904条の2の規定については引用をしていない。）」⁽²³⁾と説明している。となれば、特別受益の持戻し免除の意思表示の不考慮についても、遺留分権利者が受けた贈与に関する1046条2項1号が、903条1項のみを引用し、3項・4項を引用していない点に求められよう。

——以上のようにして、改正法では、遺産分割手続における遺留分の不考慮、遺留分事件における特別受益の持戻し免除の意思表示の不考慮という形で、遺産分割と遺留分は完全に切り離されたが、しかし、両手続の一元的処理という当初の目論見との関係でいえば、立法の基本的方向性は、振り子の一方の極から正反対の極へと振り切れた感がある。

Ⅲ 特別受益の持戻し免除の意思表示の認定

以上に対して、持戻し免除の意思表示の認定に関しては、903条4項が新設された点を除き、旧法から変更はない。

1 旧法下の議論

（1）意思表示の方式

まず、持戻し免除の意思表示の方式についていえば、特段の制約はなく、明示であると黙示であるとを問わず、また、生前行為によると遺言によるとを問わない、というのが旧法時代からの通説である。

(23) 堂蘭＝野口・前掲注（2）146頁（注3）、堂蘭＝神吉・前掲注（2）1253頁。

なお、遺贈については、持戻し免除の意思表示も遺言によらなければならないとする見解が、かつて有力であった。⁽²⁴⁾しかし、近時の見解は、必ずしも遺言による必要はないとしている。⁽²⁵⁾

一方、旧法下の裁判例は、贈与に関しては、黙示の意思表示を広く認めていることから知られるように、特別の方式は不要と解している。⁽²⁶⁾

また、遺贈に関しても、【47】は「遺贈の場合の持戻し免除の意思表示が専ら遺言でされなければならないと解さなければならない条文上の根拠はないというほかなく、遺贈に対する持戻し免除の意思表示は遺言外の場合でされても違法無効となるものではないと解するのが相当である」とするが、ただし、【81】は「仮に遺言による特別受益について、遺言でなくとも持戻し免除の意思表示の存在を証拠により認定することができるとしても、方式の定められていない生前贈与と異なり、遺言という要式行為が用いられていることからすれば、黙示の持戻し免除の意思表示の存在を認定するには、生前贈与の場合に比べて、より明確な持戻し免除の意思表示の存在が認められることを要すると解するのが相当である」とし（結論的には否定）、学説には、【81】の判旨に賛成する見解もある。⁽²⁷⁾

（２） 意思表示の認定基準

裁判例の中には、書面による贈与における贈与契約書に持戻しの免除が明記され

(24) 近藤英吉『相続法論（下）』（弘文堂、1938年）572頁、中川善之助（編）『註釈相続法（上）』（有斐閣、1954年）173頁〔薬師寺志光〕、泉久雄＝久貴忠彦＝久留都茂子＝宮井忠夫＝米倉明＝上野雅和＝加藤永一『民法講義 8 相続』（有斐閣・大学双書、1978年）120頁〔宮井忠夫〕、中川淳『相続法逐条解説（上）』（日本加除出版、1985年）243頁、雨宮則夫＝石田敏明（編著）『遺産相続訴訟の実務』（新日本法規、2001年）192頁、東京弁護士会法友全期会相続実務研究会（編）『（改訂）遺産分割実務マニュアル』（ぎょうせい、2006年）149頁、谷口知平＝久貴忠彦（編）『新版注釈民法（27）相続（2）（補訂版）』（有斐閣、2013年）220頁〔有地亨＝床谷文雄〕。

(25) 安倍正三「特別受益の持戻し免除の意思表示」島津一郎＝安倍正三＝田中恒朗（編）『新版・相続法の基礎』（青林書院新社・基礎法律学体系22実用篇、1981年）173頁、松倉耕作「特別受益と持戻しの免除」岡垣学＝野田愛子（編）『講座・実務家事審判法 3 相続関係』（日本評論社、1989年）252頁、島津一郎＝久貴忠彦（編）『新・判例コンメンタール民法（14）相続 1』（三省堂、1992年）263頁〔田中恒朗〕。その後の大方の学説は同説に立つ。

(26) 【2】は、贈与の持戻し免除の「意思表示は特別の規定もないから特別な要式を用いずして有効になされうと解する」旨を端的に説示する。

(27) 片岡武＝菅野眞一（編著）『家庭裁判所における遺産分割・遺留分の実務（第4版）』（日本加除出版、2021年）273頁、山川一陽＝岩志和一郎＝山崎雄一郎＝松嶋隆弘（編著）『実務から見た遺産分割と遺言・遺留分』（青林書院、2022年）177頁〔藤本正保〕。

ている例もある（【112】【122】）。一方、近時の遺言書（とりわけ公正証書遺言）においては、持戻し免除の意思が遺言書中に明記されている場合が増えている（【51】【118】【119】【124】）。なお、自筆証書遺言につき【3】【85】【120】）。

持戻しを免除する旨の意思が明確な場合には、それが持戻し制度の制度趣旨であるところの相続人間の公平（各相続人の相続分の確保）を害する場合であっても、被相続人の意思を尊重し、その存在を所与の前提として具体的相続分を（旧法においては遺留分侵害額も）算定するほかはない。

だが、これに対して、遺言書自体の解釈が必要となる場合（【44】【50】【55】【63】【81】）も含めて、持戻し免除の意思表示の存否ないし内容を確定する作業が必要な場合には、相続人間の公平の観点が、認定の判断そのものに影響する。

ア 基本理念・考慮要素

持戻し免除の意思表示の認定基準に関して、裁判例の説示は、以下の2つの側面①・②に分かれる。

① 相続人間の公平に対する例外を認める「合理的な事情」——その1は、認定の基本理念ともいべきものであり、【33】は「民法903条1項は、共同相続人間の実質的公平を図るべく、特別受益がある場合にはその持戻しをすることを原則としているのであって、同条3項の持戻し免除の意思表示は例外規定である。とすれば、被相続人が明示の意思表示をしていないにもかかわらず、黙示的意思表示あることを認定するためには、一般的に、これを是とするに足るだけの積極的な事情、すなわち、当該贈与相当額の利益を他の相続人より多く取得させるだけの合理的な事情⁽²⁸⁾あることが必要といふべきである」とする。

以後の裁判例の中には、【33】にいう「合理的な事情」の存否を争った事案が散

(28) なお、判旨は、結論的には、「仮に贈与の当時の被相続人〔亡父〕が遺産の前渡しとしての意識を欠いていたとしても、それをもって最終的な被相続人の意思も持戻しを免除することになったと認められるものではなく、他に〔受贈者：二男〕に借地権相当の利益を相手方〔長男〕より多く取得させることを是とするような合理的な事情があると認めるに足る証拠がない本件においては、結局被相続人の黙示の持戻し免除の意思表示を認めることはできない」とした。

(29) 【54】【61】【72】【75】【108】【120】。一方、学説で、【33】の「合理的な事情」の言辞を用いるものとして、上原裕之＝高山浩平＝長秀之（編）『遺産分割（リーガル・プログレッシブ・シリーズ10）（改訂版）』（青林書院、2014年）363頁〔牧真千子〕、東京弁護士会（編）『ケースでわかる改正相続法』（弘文堂、2019年）94頁〔前田昌代〕、二宮周平『家族法（第5版）』（新世社、2019年）383頁、384頁＊3、梶村太市＝石井久美子＝貴島慶四郎＝柴口典男『（最新裁判書式体

見される。⁽²⁹⁾

②「諸事情」の総合的な考慮——その2は、上記①基本理念に基づく判断を行う際の具体的な考慮要素であって、【63】は「被相続人の最終意思が現われた本件公正証書遺言の文辞に、全相続人の各年齢、稼働能力、その居住生活関係、本件不動産の所在地及び種類等、〔相続人の1人〕だけに遺産の一部を相続承継させたことの意味その他一件記録に現われた諸事情を併せ考慮する」とし、【111】は「そもそも持戻し免除の意思表示の有無及び免除の範囲については、それが明示的なものではない限り、遺産全体の状況や相続人の状況、遺言の内容やその他の処分行為の内容・時期・動機その他の諸事情を考慮の上で解釈されるべきものである」とする。⁽³⁰⁾

これと同様の説明は、多くの学説が述べているところでもある。⁽³¹⁾

イ 持戻し免除の意思表示が認定される具体例

一方、学説は、持戻し免除の意思表示が認定された裁判例につき、類型化を試みている。学説に従って〔表2〕の裁判例を再整理すれば〔表5〕のようになるが、要するに、上記②の諸事情のうち〔表5〕㊦～㊧のような事情が、上記①相続人間の公平に対する例外を認める「合理的な事情」の根幹部分と判断されているのである。

系1) 相続・遺言・遺産分割』（青林書院、2022年）405頁〔貴島慶四郎＝中村彰朗〕、松原正明『判例先例相続法Ⅱ（全訂第2版）』（日本加除出版、2022年）110-111頁、『実務から見た遺産分割と遺言・遺留分』前掲注（27）178頁〔藤本〕。

(30) なお、【29】は、具体的相続分は遺産分割における計算上の分配基準にすぎず実体的な権利性を欠くから確認訴訟の対象とならないとした著名判例の原審であるが（なお、前掲注（6）②判例秘書・③Westlaw Japanは、【29】の判決年月日を平成10年10月「29日」としているが、民集の記載によれば「27日」が正しい）、判旨中には「特別受益に該当するか否か或いはいわゆる持戻し免除の特約の有無の判断に当たっては、当該財産の内容・価額、各共同相続人の生活状況、被相続人の意思、各相続人間の公平等一切の事情を考慮して、後見的に裁量権を行使して合目的な解決を図るのが相当である場合が多い」との説示がある。

(31) 雨宮＝石田・前掲注（24）193頁、日本弁護士連合会（編）『Q&A改正相続法のポイント——改正経緯をふまえた実務の視点』（新日本法規、2018年）39頁〔福中航介〕、『Before/After相続法改正』前掲注（1）16頁〔浦野〕、能見善久＝加藤新太郎（編）『論点体系判例民法11相続（第3版）』（第一法規、2019年）114頁〔大塚正之〕。

(32) 『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題』前掲注（9）265頁、松津節子「特別受益と寄与分」東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会（編）『家族法』（商事法務、2007年）452頁、梶村太市＝貴島慶四郎『遺産分割のための相続分算定方法』（青林書院、2015年）200頁、二宮・前掲注（29）384頁、片岡＝菅野・前掲注（27）275頁、松原・前掲注（29）111-112頁、『実務から見た遺産分割と遺言・遺留分』前掲注（27）178頁〔藤本〕。

〔表 5〕 持戻し免除の意思表示が認定された「合理的な事情」

㊦	事業承継	㊦農業後継者（【3】【4】【8】【18】【26】） ㊦その他の事業承継（【74】【101】）
㊦	相続人の負担等に対する対価	㊦配偶者としての貢献（【14】【16】【23】【24】【68】【86】） ㊦財産維持・管理の対価（【8】【15】【18】【22】【23】） ㊦介護等の対価（【7】【15】【26】【27】【36】【78】【126】） ㊦長男の復員に伴い家屋を退去した二男への金銭給付（【17】）
㊦	生活保障	㊦配偶者（妻）の生活保障（【24】【30】【86】） ㊦疾病等のある子の生活保障（【9】）
㊦	扶養義務の範囲内等の援助	㊦生活援助（【37】【39】【56】【59】【58】【106】） ㊦学費援助（【49】【101】【114】）
㊦	相続人全員に対する遺贈・贈与	㊦全員に対して持戻し免除の意思表示を認定（【9】【20】【21】【25】【92】【113】） ㊦兄弟姉妹間の公平（【84】【121】）
㊦	地方の風習・社会的慣行	㊦九州地方における孫の誕生の祝い金（【108】）
㊦	価額の僅少	（【25】【28】【63】【76】）

ウ 特別受益・持戻し免除の意思表示・寄与分の重複評価

（ア） 特別受益（903条 1 項）

上記ア①基本理念ならびに②考慮要素に関する説示は、——903条 3 項の持戻し免除の意思表示の認定に先行する前段階の論点であるところの——、903条 1 項の特別受益の認定の論点につき、生命保険金が903条 1 項の遺贈または贈与に該当する例外的場合を説示した最高裁判例（【39】の許可抗告審）の言辞と、きわめて類似している。そのため、【39】が903条 3 項の持戻し免除の意思表示を認定したのに対して、最高裁はそもそも901条 1 項の特別受益に該当しない旨を判断することで相続人を保護したが、同様の重複判断を行った裁判例には、【39】と同じ生命保険金

(33) 「上記の〔本件〕養老保険契約に基づき保険金受取人とされた相続人が取得する死亡保険金請求権又はこれを行使して取得した死亡保険金は、民法903条 1 項に規定する遺贈又は贈与に係る財産には当たらないと解するのが相当である。もっとも、上記死亡保険金請求権の取得のための費用である保険料は、被相続人が生前保険者に支払ったものであり、保険契約者である被相続人の死亡により保険金受取人である相続人に死亡保険金請求権が発生することなどにかんがみると、〔①〕保険金受取人である相続人とその他の共同相続人との間に生ずる不公平が民法903条の趣旨に照らし到底是認することができないほどに著しいものであると評価すべき特段の事情が存する場合には、同条の類推適用により、当該死亡保険金請求権は特別受益に準じて持戻しの対象となると解するのが相当である。〔②〕上記特段の事情の有無については、保険金の額、この額の遺産の総額に対する比率のほか、同居の有無、被相続人の介護等に対する貢献の度合いなどの保険金受取人である相続人及び他の共同相続人と被相続人との関係、各相続人の生活実態等の諸般の事情を総合考慮して判断すべきである」。

事例（【30】）のほか、〔表5〕④被相続人の行った各種援助（㉑生活援助【58】【106】、㉒学費援助【49】【101】【114】）と、㉓取得額の僅少事例（【63】）がある。

（イ） 寄与分（904条の2）

一方、〔表5〕④における相続人の各種の負担等は、904条の2第1項の規定する寄与分の要件（「被相続人の事業に関する労務の提供又は財産上の給付、被相続人の療養看護その他の方法により被相続人の財産の維持又は増加について特別の寄与をした者」）を満たす場合もあり、したがって、これに対する被相続人からの対価の給付は、いわば「寄与分の前渡し」的な性格を有する。そして、この「寄与分の前渡し」について、裁判例は、903条1項の「相続分の前渡し」である特別受益と差引計算をする形で、両者につき統一的な判断を行っている（㉑㉒につき【23】⁽³⁴⁾【24】⁽³⁵⁾【68】⁽³⁶⁾、㉓につき【15】⁽³⁷⁾【18】⁽³⁸⁾、㉔につき【27】⁽³⁹⁾）。

（3） 意思表示の推定

なお、学説にあっては、被相続人が特定の相続人に対して遺贈・贈与をする場合には、相続分以上の利益を与える意図に基づくことが通常であるから、黙示の持戻

(34) 二女が、妻と長男の財産取得は特別受益に該当すると主張したのに対し、妻・長男が寄与分の主張をした事案につき、特別受益と寄与分のいずれにも該当しないと説示。

(35) 妻の寄与分を肯定する一方、生命保険金については特別受益に該当しない旨を説示。

(36) 「形式的には、これら〔妻義名の定期預金〕は〔妻〕が〔被相続人〕から贈与を受けたものとする余地もないではない。しかし、〔被相続人〕の生前の資産状況等に照らすと、これらは、実質的に、〔被相続人〕がいわば〔妻〕の寄与によって形成された夫婦の財産についての〔妻〕の潜在的な持分の一部を顕在化させたものに過ぎないということもでき、……、仮にこれが生前贈与に該当するとしても、これについては〔被相続人〕の持戻し免除の意思表示が示されていたと言ってもよいものといえる」とする。

(37) 「〔受贈者〕については同人が〇家の長男として永年農業に従事し、遺産の維持、管理について特別の寄与をしたことは優に認めることができるから、同人が得た生前贈与についての持戻義務を否定した原審の判断は是認するに足り」とする。

(38) 「被相続人が本件贈与に関し民法903条3項所定の持戻し免除の意思表示をしたといえるのか、これとの関係で原告人〔受贈者〕に被相続人の財産維持に関し寄与分があるといえるのか（前記の具体的取得分の判断は、一応、持戻し免除の意思表示があり、寄与分を認めないことを前提にした。）につき審理・判断が必要であ」として、事件を原審に差し戻した事案。

(39) 「原告人〔受贈者〕に対しては、本件土地1の敷地利用権相当額として1955万4000円の特別受益があること、そして、これについては、被相続人の持戻し免除の意思表示が肯定できることは前記のとおりである。このような場合において、原告人に対し、具体的相続分算定に当たって斟酌すべき寄与分の存在が肯定できるのは、共同相続人間の公平の見地からみて、この特別受益の価額を超える価額の寄与分が肯定できることが必要であり、かつ、その超過価額の限度においてであると解するのが相当である」として、特別受益と寄与分の相殺処理の結果、寄与分は存在しないとした。

し免除の意思表示を広く認定すべきとの見解が、以前から唱えられており、近時の遺言の増加や、被相続人の意思の尊重傾向を受けて、同説への賛同者は増加傾向にある⁽⁴⁰⁾。

ア 一般的傾向

もっとも、判例データベースを検索した限りでは、〔A〕903条1項の特別受益と認定された事案で、〔B〕903条3項の持戻し免除の意思表示が主張され、かつ、〔C〕それが認定された事案は、さほど多くない。まず、〔A〕と〔B〕の比率についていえば、本稿で使用した4種の判例データベースで〔A〕「民法903条」の条文検索をした裁判例の総数は、①LEX/DB147件、②判例秘書97件、③Westlaw Japan231件、④D1-Law判例体系142件で、これをさらに〔B〕同条3項の持戻し免除の意思表示で絞り込み検索をかけた結果は、①28例（B/A：19.0%）、②23例（23.7%）、③62例（26.8%）、④35例（24.6%）であって、〔B〕3項の持戻し免除の意思表示がヒットする率は、〔A〕903条に関する裁判例の4分の1程度である。

さらに、このうちの〔B〕持戻し免除の意思表示がヒットした事例の中から〔C〕意思表示を認定した事例を数えてみると、①12例（C/B：42.9%）、②10例（43.5%）、③16例（25.8%）、④19例（54.3%）と、データベースによってばらつきはあるもの、持戻し免除の意思表示の認定率が高いとまではいえない。

一方、〔A〕「民法903条」の条文検索を行わず、〔B〕「持戻し免除の意思表示」のみでキーワード検索を行った結果が前掲〔表2〕であるが、このうち裁判所が意思表示の存否に関する判断を行った裁判例は79例で、内訳は、〔C〕認定例が51例（C/B：64.6%）、〔D〕否定例が28例（D/B：35.4%）であって、結局のところ、「903条1項の特別受益に関して、同条3項の持戻し免除の意思表示が広く認定される傾向にある」とまでは評価できない数字である。

(40) 坂井芳雄「遺産相続制度における遺贈ないし生前贈与財産持戻し規定（民法903条）の解釈適用について」東洋法学30巻1・2号（1987年）59頁……〔転載〕調停時報107号（1987年）34頁、千藤洋三「民法903条3項でいう意思の表示について」関西大学法学論集38巻2・3号（1989年）295頁、森野俊彦「特別受益持戻し規定の解釈と運用について」右近健男＝小田八重子＝辻朗（編）『家事事件の現況と課題』（判例タイムズ社、2006年）251頁、辻朗「特別受益をめぐる諸問題」野田愛子＝梶村太市＝松原正明（編）『新家族法実務大系3相続1（相続・遺産分割）』（新日本法規、2008年）256頁、『新版注釈民法（27）（補訂版）』前掲注（24）219頁〔有地＝床谷〕、梶村太市『最新民法相続編逐条解説』（テイハン、2022年）125頁、松原・前掲注（29）108頁。

Ⅰ 配偶者への遺贈・贈与

ただし、特別受益者が配偶者であった事案については、状況が異なる。

〔A〕〔表2〕の裁判例（全126例）のうち、〔B〕配偶者が相続人（代襲相続人を含む。以下同様）である事案は42例（B/A：33.3%）、⁽⁴¹⁾すべて配偶者が妻の事案であって、その他の相続人は、被相続人の母の事案が2例（〔10〕〔123〕）、被相続人の兄弟姉妹の事案が2例（〔86〕〔87〕）あるほかは、⁽⁴²⁾すべて子の事案である。

問題は、〔B〕妻が相続人に含まれている事例（42例）のうち、〔C〕妻の特別受益が争われた事案であるが、その数は19例（C/B：45.2%）と比較的高く、しかも、その中で〔D〕持戻し免除の意思表示が認定された事例が14例（D/C：73.7%）であるのに対し、⁽⁴³⁾否定例はわずか1例（5.3%）で、⁽⁴⁴⁾残り4例のうちの2例も、特別受益性を否定し、⁽⁴⁵⁾あるいは当該財産がそもそも被相続人の遺産ではないと認定すること⁽⁴⁶⁾で、結果的に配偶者（妻）を保護した事案である。⁽⁴⁷⁾

すなわち、事柄を配偶者（妻）に対する遺贈・贈与の事案に限定した場合には、

(41) 〔7〕〔8〕〔9〕〔10〕〔14〕〔15〕〔22〕〔23〕〔24〕〔28〕〔30〕〔31〕〔33〕〔34〕〔42〕〔51〕〔53〕〔56〕〔57〕〔58〕〔65〕〔67〕〔68〕〔69〕〔70〕〔73〕〔74〕〔86〕〔87〕〔88〕〔92〕〔94〕〔97〕〔101〕〔105〕〔106〕〔114〕〔118〕〔121〕〔122〕〔123〕〔125〕。

(42) さらに、その内訳は、③養子の事例2例（〔34〕〔105〕）、⑥前妻の子を含む事例7例（〔24〕〔31〕〔42〕〔74〕〔94〕〔114〕〔122〕）、⑦非嫡出子を含む事例3例（〔53〕〔56〕〔67〕）、④前妻の子と非嫡出子の両方を含む事例が1例（〔57〕）で、⑤残り25例は実子の事案である。

(43) 〔9〕〔14〕〔15〕〔22〕〔23〕〔24〕〔30〕〔51〕〔56〕〔67〕〔68〕〔73〕〔86〕〔122〕。

(44) 〔57〕。本件の被相続人は台湾籍のため、準拠法は中華民国民法（1173条1項ただし書）であったが、同条項の解釈は、日本民法旧903条3項と異ならない。持戻し免除の意思表示が否定された理由は、家族関係の複雑性（前掲注（42）④）その他事案の特殊性に求められる。

(45) 〔10〕。死亡退職金・生命保険金につき、「仮にそれらを特別受益と考えた場合においては、通常の贈与、遺贈の場合と異なり、被相続人において持戻し免除の意思表示をする機会がないので、機械的、形式的にこれらを特別受益として持戻した場合には、具体的事情如何によっては、死亡退職金等の有する受給権者等の生活保障的機能を著しく減殺または没却する恐れなしとせず、かくては死亡退職金等の趣旨・機能並びに被相続人の意思に背馳することとなるのである。これを要するに、共同相続人の一人が取得した死亡退職金等については、遺産分割審判において、原則として民法903条に規定する遺贈に準じ、特別受益と考えるべきであるが、これらを特別受益とすることにより、共同相続人間の実質的公平を損うと認められる特段の事情のある場合には、特別受益性を否定するのが相当であると解すべきである」とする。

(46) 〔53〕。夫婦の共有不動産の妻の持分が、被相続人の遺産であることを認めるに足る証拠はない」とする。

(47) 残り2例のうち〔34〕は「遺留分減殺請求が問題となっている本件において、〔被相続人〕が本件贈与につき持戻し義務免除の意思表示をした旨の〔妻〕の主張は、主張自体失当というべきである」と説示した事案（→Ⅱ1（2）イ参照）、〔87〕は「相続させる」旨の遺言の内容が争点となったため、妻の持戻し免除の意思表示の主張について判断しなかった事案である。

特別受益に関して持戻し免除の意思表示が認定される比率が非常に高いのであり、そして、この点が、平成30年民法（相続関係）改正における、903条4項の配偶者に対する持戻し免除の意思表示の推定規定の新設をもたらしたのであった。⁽⁴⁸⁾

2 平成30年民法（相続関係）改正

（1） 903条4項の制定経緯

もっとも、903条4項の新設は、立法段階の当初より予定されていたものではない。そもそも平成30年民法（相続関係）改正は、法律婚重視を唱える保守派国会議員の主導で行われたもので、①配偶者の居住権を法律上保護するための措置と、②配偶者の貢献に応じた遺産分割等を実現するための措置を2本柱としていた。

このうちの①については、配偶者居住権の制度として結実したが、②については、法制審議会民法（相続関係）部会が「中間試案」で提示した配偶者の法定相続分を引き上げる案に対して、パブリックコメントにおいて反対意見が多数を占めたため、これを断念せざるを得なくなった。⁽⁴⁹⁾

そこで、法定相続分の引上げではなく、配偶者への贈与等を促進させる方法が模索された結果、相続税法上の贈与税の特例措置⁽⁵⁰⁾を参考に、婚姻期間20年以上の夫婦の一方が他方に居住用不動産（建物・敷地）を遺贈または贈与した場合には、903条3項の特別受益の持戻し免除の意思表示を推定する旨の規定の設置が提言されたものである。⁽⁵¹⁾

その後、同案は「追加試案」としてパブリックコメントに付され、大方の賛同を得て903条4項として結実する。⁽⁵²⁾

(48) なお、平成30年改正法の立法担当官の解説書は、「旧法下でも、903条4項の要件に該当する事案では、黙示の持戻し免除の意思表示が認められることになるケースが多いものと思われる」と述べつつ、「公刊物に掲載されている裁判例は多くないが」として【24】の1例のみを挙示する（堂蘭＝神吉・前掲注（2）41頁（注7））。この記述は、既刊の実務家の書籍を典拠としたようにも推測される（『遺産分割（リーガル・プログレッシブ・シリーズ）』前掲注（29）363頁（牧）、『Q&A改正相続法のポイント』前掲注（31）39頁〔福市〕参照）。

(49) 七戸克彦「配偶者居住権——ある皮肉な物語」法政研究86巻3号（2019年）464頁。

(50) 相続税法21条の6。この特例は、①昭和41年3月31日法律第33号「相続税法の一部を改正する法律」で創設され（制定当初の条数は21条の5）、②昭和46年3月31日法律第20号「相続税法の一部を改正する法律」で婚姻期間「25年以上」を「20年以上」に短縮、③昭和50年3月31日法律第15号「相続税法の一部を改正する法律」で現行の21条の6に条数繰り下げとなったものである。部会第18回会議「参考資料：贈与税の特例（国会審議の抜粋）」。

(51) 「部会資料15」15-21頁。

(52) 堂蘭＝野口・前掲注（2）66-67頁、堂蘭＝神吉・前掲注（2）37-42頁。

(2) 推定規定の限界

だが、かかる推定規定の設置に対しては、審議過程において、以下のような疑問
ア・イが提起されていた。

ア 反対の意思表示

その 1 は、法定相続分の引上げと異なり、持戻し免除の意思表示の推定規定では、被相続人が「持戻し免除を行わない」旨の意思表示をした場合には、配偶者が保護されない点である。

そのため、部会審議では、「推定規定」ではなく「みなし規定」を設置する案も検討されたが、同案については早々に断念されている。⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾

イ 遺留分制度との関係

その 2 は、この推定が903条 1 項の特別受益の持戻しに対する 3 項の免除の特別規定である以上、配偶者への居住用不動産の遺贈・贈与もまた、遺留分侵害額請求の対象となる点である。⁽⁵⁵⁾

なお、居住用不動産の（所有権の）遺贈・贈与のみならず、新設の配偶者居住権についても、1028条 3 項に「第903条第 4 項の規定は、配偶者居住権の遺贈について準用する」旨の規定が設置されており、その結果、配偶者居住権の遺贈についても、遺留分侵害額請求に服することとなる。⁽⁵⁶⁾

Ⅳ 検討

Ⅱで見たように、遺留分侵害の効果の金銭債権化により、①遺産分割と②遺留分侵害額請求の手続は完全に分離され、①遺産分割の局面では、特別受益の持戻し免除の意思表示が、遺留分の影響を受けずに完全な効力を有する結果、被相続人の意

(53) 「部会資料15」18頁（注5）、「部会第15回会議事録」41-45頁、「部会資料18」第2-1-(1)「乙案」1頁、「第18回会議事録」2-3頁〔神吉康二関係官〕。

(54) 「部会資料22-1」6頁、「部会資料22-2」6頁、「部会第22回会議事録」9頁〔神吉康二関係官〕。

(55) 「部会資料15」18頁（注5）、「部会第15回会議事録」44頁〔堂蘭幹一郎幹事〕、「部会資料19-1」17-18頁。潮見佳男（編著）『民法（相続関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、2019年）19頁〔前田陽一〕。

(56) この点につき、「部会第21回会議事録」22頁〔大村敦志部会長〕は、配偶者の地位は、遺留分権利者との関係では弱いように感じられるが、他方、遺留分権利者の地位も、遺留分侵害の効果の金銭債権化によって弱まっていることとの相対関係においては是認されると述べる。

思が、特別受益の持戻し制度の目的である相続人間の公平の理念に優先することとなる。だが、これに対して、②遺留分侵害額請求の局面では、特別受益の持戻し免除の意思表示は考慮の埒外に置かれる結果、遺留分制度の目的である相続人間の公平の理念が、被相続人の意思に優越することとなる。

1 遺産分割と特別受益の持戻し免除の意思表示

まず、遺産分割の手続について。

903条に新設された4項については、法律上の推定による立証責任の転換効果が認められる一方で、反対証明によって覆滅される余地がある点において、「強くて、弱い制度」と評されている⁽⁵⁷⁾。

家庭裁判所の審判事件では職権探知主義がとられているが（家事事件手続法56条1項）、遺産分割の審判手続の運用については、当事者主義的といわれる⁽⁵⁸⁾。しかしながら、事柄をさらに、民法903条3項の持戻し免除の意思表示の認定に限っていえば、家庭裁判所は、特別受益者が配偶者の場合には、——新設4項の要件を満たしていない事案に関しても（婚姻期間20年未満の夫婦の、居住用不動産以外の遺贈・贈与であっても）——、持戻し免除の意思表示を認定するのが通例であった。すなわち、持戻し免除の意思表示の認定に関する旧法以来の判例理論は、配偶者に関していえば、すでに十分に「強くて、強い制度」なのであって（配偶者には、主観的な主張・立証責任の負担も、客観的な証明責任のリスクも存在しない一方、相手方の反対証明は不可能に等しい）、903条4項の法律上の推定規定の新設は、すでに配偶者に十分に手厚い判例理論の上に「屋上屋を架す」に等しい無用の立法である——言い換えれば、4項の新設は、平成30年改正が目標とした、配偶者に対する新たな優遇措置といえるほどのものでない。

2 遺留分侵害額請求と特別受益の持戻し免除の意思表示

それゆえ、配偶者に対する明確な優遇措置として考えられるべきだったのは、金銭債権化によって遺産分割手続と分断されることとなった、遺留分制度における保護であったろう（なお、立法過程の一時期提言された、特別受益の持戻し免除の意思表示の「みなし規定」案は、改正法の遺留分制度にあっては、持戻し免除の意思表示の存在

(57) 窪田・前掲注（2）555-556頁。

(58) 『Q&A改正相続法のポイント』前掲注（31）41頁〔福市〕。

を無視して特別受益の全額が考慮される以上、意味を持たない)。

ところで、従来の裁判例においては、903条3項の持戻し免除の意思表示の主張に対して、①そもそも903条1項の特別受益に該当していない旨を認定し、あるいは、②904条の2の寄与分との間の相殺的处理を行って特別受益の額を縮減する形で、特別受益・持戻し免除の意思表示・寄与分の3者の間で交錯・重複した判断・評価が行われていた(→Ⅲ 1 (2)ウ参照)。

となれば、かかる裁判例の重複評価を、遺留分侵害額請求で活用し、持戻し免除の意思表示や寄与分の主張に代えて、①特別受益そのものの該当性について争い、あるいは、②寄与分との相殺によって縮減した後の特別受益の額を争うのが、有効な手立てとなろう。

だが、こうした便法との関係でいえば、遺留分制度の金銭債権化の結果、遺産分割事件と遺留分事件が切り分けられた後にあっても、両者の一元化論は、依然として説得力を有しているように思われる。⁽⁵⁹⁾

(59) 梶村・前掲注(40)446頁は、一元化の主張は「平成30年民法改正後も妥当とするものと考えます」と述べる。