

民法解釈学と相続法

伊藤 昌司

目次

- 一 はじめに
 - 二 遺言と契約
 - 三 「相続させる」遺言
 - 四 占有、相続、そして遺言
 - 五 むすび
-
- 一 はじめに

一八七〇（明治三）年に太政官制度局で民法編纂事業が開始された時から数えても僅かに一三四年、一八九〇（明治二三）年の民法典（いわゆる旧民法）草案の一部分を日本人学者が編纂し、その第一草案の立法理由書が完成した

と推定される一八八八(明治二一)年から数えれば一一六年、おそらくはこの中間の一八八〇年前後に、わが民法解釈学が誕生したものとすなら、この学問の年齢は一二五歳程度だと考えてよい。一〇〇〇年とか二〇〇〇年の伝統を誇る法学先進国のそれに較べれば比較にならないほど若いこの学問は、これまでの年月を、とりわけ、パンデクテン方式で編纂された現行民法典の財産法部分を持つに至った一八九六(明治二九)年からの一〇八年間のエネルギーの大半を、その総則編に、特にその第四章「法律行為」の諸規定の註釈に費やしてきた。法学部を有する大学はもちろん、そうではなくても法律学科を設け、あるいはそれに近いかたちで法学教育を施す大学では、必ず民法の講義が開設されているが、その講義の対象から法律行為論が外されることはない。それゆえ、「民法総則」の教科書は巷に溢れているし、若手から大家や超大家のものまで、単独の著者による大部な書物さえ数え切れず出版されているけれども、他の諸編に捧げられた書物の数はといえば、その不均衡は誰の目にも明らかである。そして、この不均衡は、単に需要と供給の法則に支配されているというだけではなく、研究の偏りの結果でもある。

わが国の民法学の好みは、総則編、とりわけ法律行為論に集中していたということは、次の事実が何よりも雄弁に物語る。すなわち、わが国では、法律行為論中の一問題に過ぎない「錯誤」に捧げられた研究論文の数は、一九七三年に出版された注釈民法(3)に掲げられた数では五八編、これに対し、同年の注釈民法(26)によれば、遺言法全体でも五五編しか挙げられていない。この数字は、一九八九年刊「民法コンメンタール(2)」(ぎょうせい)における「錯誤」の参考文献数(二三三)と一九八七年刊の「同(24)遺言」のそれ(一〇〇)とを較べても、似たような比率である。まさか、その後も同じではなからうが、概ねのところでは、わが国の民法学は依然として総則学に留まっ

ていて、契約の各論や相続・遺言の領域に属する議論への関心は、大学に籍を置く研究者の間ではきわめて薄く、これらの領域の議論は実務界の論客たちのかなり粗っぽい議論に席巻されているという印象さえある。つまり、この一〇八年間に輩出した民法学研究者の多くは、総則・法律行為論ほどには相続や遺言の法には目を注がず、相続編までの民法全編を通覧した末に総則を論じたものではなかったのである。民法の研究者たちは、まずは総則で頭を固め、大半はそこで終わるか、あるいはせいぜい総則編から債権編までのいわゆる財産法部分にまで視野を広げたところで議論を仕上げる。そして、第四編や第五編は、どのみち民法の付けたりに過ぎないのだから、いわゆる財産法の常識があれば何とでも対応できると考える。中川善之助によつて別世界に囲い込まれた親族法に敬遠気味の民法学者たちも、相続法などは所詮財産法の延長にすぎないと考えるので、総則論ないし財産法一般の議論の中で作り上げた先入観や図式に当てはめて相続法の規定を解釈する。もしそういう「常識」に合わない相続の議論があるなら、それはきつと間違っているのである。たとえば、意思表示・法律行為の自由、契約の自由のコロラリーとしては、遺言の自由こそが当然であり、それを制限する議論は根本的におかしいのである。⁽¹⁾

しかし私は、民法学がこのように幼い状態のままではいけないと思う。私文の契約書と自筆証書遺言の相違性、契約の公正証書と遺言公正証書の相違性、こういった初歩的かつ根本的な問題をどこか軽視したところで唱えられている意思主義から脱して、これらの相違点を踏まえて総合するような意思表示論や法律行為論が生み出されるように、民法学の関心が民法全編に及び、とくに最末尾に置かれた遺留分法にまで及ぶように、そして、そういうことを通じて少しでもわが民法学の成熟度が高まるように願つて、本稿を草する。

一一 遺言と契約

1 多くの民法学文献上、遺言は、唯一無二の死者（被相続人）の意思表示であり、「遺言者の死亡の時からその効力が生ずる」（民法九八五条一項）以上、遺言を前にした法律家は、その内容どおりの効果が実現されるように、何を差し置いても直ちに義務を果たさなければならぬと解されている。そして、権威ある民法学者の書物に説かれているところを余り疑わない実務家たちや民訴法学者たちも、右のような観点を当然の前提にし、さらに屋を重ねた細部の議論を練り上げていく。しかし、相続法解釈学の要諦ともいべき心得は、相続開始後に被相続人の遺言であると主張されることになる文書は、一つだけではなく、複数存在する可能性がつねにあること、しかも、それらの存在が判明するのは決して相続開始時点であるわけでもないことを、絶えず念頭に置くべきことである。とりわけ、一九六〇（昭和三五）年頃から一九九〇（平成二）年頃までの日本経済の高度成長期に高率の雇用と高額の報酬に恵まれてかつての他のいかなる世代よりも多くの資産を形成した人々がいまや高齢者の厚い層を形成していて、彼らの財産管理能力が低下するのにつけこんで財産を狙う手合いが、これから大いに勇み立ち、悪知恵をしぼるに違いないのであるから、遺言と銘打った文書でさえあれば単純に死者の意思であると信じこむほど愚かなことはない。そして他方では、どのような個人にも、本人や近親者に対し、金融業者が仕掛けるカード決済の誘惑、高利で高リスクの取引への勧誘、詐欺まがいの商品販売や詐欺そのもの、健康食品を装う麻薬の罠などが、チラシ広告や通信販売や電話やEメールに乗って手を伸ばして来る。現代社会においては、堅実で平凡に暮らしてきた個人でも、その近親者の誰

かが忽ちに金策に追い詰められる可能性と危険性がつねに存在し、本人または近親者がオカルト集団や暴力団の標的になる可能性や危険性と無縁な人はいない。財産をかすめたり絞り取ったりするためには殺人・傷害・暴行・脅迫・詐欺などさえも犯すほどの手合が、遺言書の偽造や遺言者本人またはその近親者への直接・間接の威圧を行使する程度のことには、少しでもためらうであろうか。

2 ところが、右のような警戒心を持たない単純な遺言尊重論による相続法解釈学は、次のような諸解決によって、財産横領者たちには、まるで天国のような世界を提供している。

a 先ず、契約書を用いた企みと比較してみよう。私文書での契約は、売買であれ消費貸借であれ、周知のように、この文書の内容どおりの給付を受けようとすれば、債務者の相続人たちがその効力に疑いをもつかぎり、この契約書だけでは無力である。これを証拠として、債権者の側から、改めて履行請求の裁判を起さなければならぬ。ところが、その文書が遺言の方式さえ実践していれば、改めての裁判もなしに、不動産登記名義の移転さえも可能になる。そのため、遺言無効の確認と登記抹消の手続等を求める訴訟を起す負担を課されるのは、原所有者の相続人のほう、つまり、もしもその文書が無効のものであれば処分財産の現在の所有権者に他ならない者のほうなのである（この点には、一つの重要問題が伏在しているが、それについては第四節で述べよう）。

b 契約書が公正証書によるものであればどうか。この場合でも、いわゆる執行認諾文言が挿入されていない文書であるならば、これによって給付を求める側が、やはり履行を求める裁判を起さなければならぬ。ところが、遺言の方式を備えた文書でさえあれば、私文書にも、そういう公正証書の効力を上まわる上記の効力が与えられるくら

いなのであるから、公正証書遺言にはなおさらのはなしである。遺言書中に遺言条項の執行を指示した文言が挿入されているかどうかは、当然ながら問題にもならない。そんな遺言書があれば、それこそ噴飯ものであろう。

c. そして最後に、私（伊藤）は、執行認諾文言まで付した契約公正証書の無効が現実にとどの程度裁判で争われているのかを知る由もないのであるが、少なくとも、遺言公正証書のように、それが無効である可能性をつねに考えておかねばならないとは言えないはずである。公正証書は、「その方式及び趣旨により公務員が職務上作成したものと認めるべきときは、真正に作成した公文書と推定する」（民法二二八条一項）とされるのであるから、当事者双方の意思を確認して公証人が作成した契約がある以上は、そして、それに執行認諾文言までが付されている以上は、契約は真正に成立したものと推定してもよいし、執行されてもやむを得まい。それが契約である限りは、当事者の一方の意思のみで取り消すことはできず、もしも取消権が行使されたり解除がなされたとすれば、執行認諾文言まで付いた契約公正証書を当事者が放置しておくとは考え難く、もしも放置していれば、そのことよって不利益を受ける当事者には、事後的救済を求めるしかなくても当然と考えるであろう。しかし、遺言の場合は、いかに公証人が慎重に作成したものであろうとも、遺言者の死亡まではつねに撤回可能であり、撤回は一方的に行われ得る。つまり、公証人も証人たちにも、いわんや当該遺言書上での受益者などには全く知らされずに行われ得るのであり、この点は、自筆証書遺言と公正証書遺言とで全く変わりはないのであるから（民法一〇二二条、一〇二三条）、それが「真正に作成した公文書と推定」されるからといって、有効であるという推定までは決して成り立ちえないはずである。そして、撤回遺言を書いた遺言者が撤回により無効となった公正証書遺言の正本を放置したり、その原本を保管する公証役場に

撤回の事実を通知したりしていなかったとしても、相続人たちが遺言者による過去の遺言の正本や原本の存在について知る機会がつねにあるわけでもないし、遺言者によるこのような懈怠が生じさせる不利益を負わなければならない理由も存しない。ところが、現実には、前記のように、私文書である自筆証書遺言にも執行認諾文言付の契約証書に劣らない効力を認めるのが、わが国の通説・判例およびそれに即した法律実務である。いやそれどころか、遺言がなまじに公正証書で作成されていたのでなかったなら、相続人たちは、その効力を争うべき遺言書の存在を知る機会だけは必ず与えられるのであるけれども（民法一〇〇四条）^③、公正証書遺言であれば、たといそれが無効になってしまつていようとも、相続人たちがその原本や正本の存在を知る機会には存しない。その存在を知った時には、無効な遺言を用いた移転登記などがなされ、あるいは更に転売等の登記がなされた後でしかなかったということも、大いに生じ得るのである。

3 以上の記述を読み、そこに一つの誇張を感じ取る読者は、筋の良い法律家である。なぜなら、わが現行民法の規定自体は、遺言の方式を踐んで作られた一片の文書が提出されたからといって、そこに書かれた財産が、所有者の相続人の与り知らぬところで横領されてしまうようなことを許容してはいないからである。遺言による財産処分は、遺贈のみではないけれども、財産処分の一つである遺言寄附行為には遺贈に関する規定が準用されるし（民法四一条）、たとい贈与契約の方式を用いて処分されていたとしても、「贈与者ノ死亡ニ因リテ効力ヲ生スヘキ贈与」すなわち死因贈与さえも遺贈の規定に従わなければならないと定められているので（五五四条）、民法の規定に則して言えは、どのような遺言によろうとも、財産処分の受益者はその財産の所有者の相続人に対して履行請求をすること

が予定されている(九九二条)。これは、大正時代(一九一〇〜二五年)の学説が主張したように受遺者が遺贈の目的財産について債権を与えられていることを前提にした規定ではなく、もし遺言が有効ならば所有権は当然に相続開始時点で受遺者に帰属してはいるけれども、その権利を現実に行使するためにはなお履行請求が必要であるとされるフランス法系統の立法の特徴を示す規定である(↓註(18))。どのような遺言による処分であっても、相続人はこの請求を受ける時に遺言の存在を知り、その効力に疑いを持てば履行を拒み、受遺者からの履行請求訴訟を受けて立つことになるし、処分が有効であることを認めても、それによって自らの遺留分が侵害されると判断するならば、遺留分を保全するに足る財産を自らに留保して履行することもできるので、民法の規定自体からは、遺言と称する一片の文書によって財産を横領することは、まず起りえない仕組みになっている。しかし、この仕組みは、過去約一〇〇年間の民法解釈学によって、ほぼ完全に破壊された。

a 先ずは、上記の「遺贈の履行」規定や「遺贈の弁済」に関する諸規定の意味がドイツ法的債権的効果説に結びつけてのみ理解されたために、遺贈が有効であれば、遺言の存在が相続開始後のいかなる時点で受遺者に知られようととも、相続開始時において目的財産の所有権が受遺者に帰属するとする立場には無用のものと解釈されるようになった(この点は第四節で取り上げる問題に係る)。しかしなお、遺言による財産処分が原則として遺贈であって、遺贈を原因とする不動産の移転登記は原所有者の相続人と受遺者との共同申請によって行うしかないと考えられていた間は、民法法規が予定した仕組みが何とか保たれる条件があった。

b しかし、ドイツ的な遺言執行者論、とりわけ民法学による民法一〇一五条無視論や民法学以上にドイツ法一

辺倒であった民事訴訟法学が支持するドイツ法的な職務説（任務説）の影響下で、遺言の方式を踐む文書を用いた不動産処分には遺言執行者が指定されてさえないれば、相続人ではなく遺言執行者を登記義務者として申請する移転登記こそが正しい手続であると解されるようになり、相続人たちは、遺言と称する文書の点検や受遺者と称する者による権利行使の差止めを移転登記前に行う可能性を大幅に奪われる。なぜなら、遺言執行者は、民法一〇一五条の規定にもかかわらず、この規定を無視するのが通説であるために、遺贈を受けた相続人の共同相続人全員の代理人であると考える法律家は皆無に等しく、受遺者のためにのみ「直ちにその任務を行わなければならない」（民法一〇〇七条）という使命感に駆られて、むしろ共同相続人たちの邪魔が入らないうちに移転登記を済ませてしまふ実務家遺言執行者が少なくないし、まさにそのためにこそ執行者指定条項が遺言に盛り込まれているのが実情だからである。

c 民法の仕組みにとってさらに致命的であったのは、相続人中の一部のものに対する遺言財産処分は原則として遺贈と解するべきではなく、それは相続の性質を有する特別な財産処分であるとする主張が、最高裁の支持を得たことである。「相続させる」という文言を用いた相続人への処分は、遺贈ではなくて相続の性質を有するので、遺贈を原因とする不動産移転登記に要求される共同申請主義に服する必要はない。この遺言と称する文書で受益者と表示されている相続人のみの単独申請で足り、原所有者を共同相続した他の者たちの一切の関与を排して移転登記することができる。最高裁はこのように判断して、その以前からの登記実務における扱いを是認して、「相続させる」文言による処分を遺言財産処分の中心に据えた。これが、いわゆる香川判決として知られる最判一九九一（平成三）年四月一九日民集四五卷四号四七七頁である（第三節）。この遺言書が公正証書で作成されていた場合は、共同相続人たちは、そ

の存在さえ知らない間に、したがって、その効力について疑いを述べる機会さえ与えられないままに、移転登記が完了したという結果のみを知らされることになりかねないのは、前述したとおりである（本節2）。

二 「相続させる」遺言

1 前節の末尾で述べたように、最高裁は、一九九一（平成三）年四月一九日のいわゆる香川判決により、わが国の民法解釈学の年齢の幼さ、とりわけ遺言との付き合ひの短さによる視野狭窄で論理性も欠いた解決を、実定相続法のなかに無理矢理に押し込んだ。この判決の五ヶ月後に、最高裁は別の小法廷判決によっても香川判決に追従する判断を下したが、この最判一九九一（平成三）年九月一二日判タ七九六号八一頁の事案では、判決理由から分かる限りでも四通の遺言書が存在していて、このうちの最も後日付の遺言は遺言者死亡の前日に公証人が作成したものであって、その内容は、六年前に作成されていた遺言を撤回するものであったが、別訴ですでに遺言者の遺言能力の欠如を理由として無効が確認されている。したがって、最高裁は、このように、遺言能力のない者の遺言を公証人が作成することもあるという事実のみならず、もしもこの第四遺言が撤回文言でなく、第三遺言とは別の者に「相続させる」と書いたものであったならば、第三遺言の受益者が全く気付かないうちに移転登記されていたかもしれないことを、容易に想像できたわけである。しかし、想像力と高位の裁判官であることは、わが国では、どうやら全く相容れないことであるらしい。

私（伊藤）はすでに、この香川判決が出る前から、このような解釈の論理的矛盾を指摘してきましたし、香川判決に対

しても二編の評釈を書き、後に上梓した体系書のなかでも批判を繰り返してきた⁴⁾。それゆえ、此処でさらに念を押す必要性は本来存在しない。しかし、ある高名な財産法学者の最近の見解が、本稿の一―二節で述べたようなわが民法学の欠点を実に率直に露け出しているので、それを紹介しながら批判していくことは、民法学の前進に多少は寄与することになるかもしれないと思う。何度も同じ結論を繰り返すのは楽しいことではないが、自説の防衛が本意ではなく、遺言との付き合いが一〇〇年を越えるような先進諸国の法律家たちから、国際化の過程で嘲りを受けないような相統法学の構築を後生に託す意図で、論点を整理してみよう。

2 上記のような判例の動きは、この財産法学者、つまり米倉明によれば、社会のニーズが生み出したものであって、批判するよりも後押しすべきものであるという。しかし、高利の消費者金融は、製造業が行き詰まりを見せる社会のニーズであるからといって、利息制限法の制限を緩和した出資法改正を支持すべきものなのか、経済界が求めるものであれば包括根抵当も包括根保証も敢えて制限せずに認めたらよいのかである。契約は自由なのに、いつたいてうして利息を制限し売春を禁ずるのであるか。消費者契約においては、行為能力のある者が合意した契約であつてもクーリング・オフが認められるのは何故か、である。何百年も前から、気力や体力や判断力の弱った老人名義の遺言を用いた財産横領の危険を前にしてきた法律家たちが、英米法係では厳格なプロベート手続を發達させ、フランス法系では、わが現行民法にいう「遺贈の履行」の原型である相続人に対する許諾請求 *déclaration* や裁判所に対する占有許諾 *envoie en possession* の制度を作り出し、ドイツ法系では遺贈の債権的效果とか遺言執行者の存在を公示する登記とかの諸関門を認める知恵を示してきた。ところが、香川判決により、わが国では誰からもチェックされることな

しに遺言を用いた移転登記が素早く、それこそ「何らの行為を要せずして」(↓四4) 実現され得ることになったのである。その無効を申し立てて事後に争うことが、事前のチェックよりもいかに困難であるか、そして事後の訴えがいかにしばしば効なきものに終わるかは、法律家ならば誰でも分かることであろうから、社会的ニーズをいうのなら、諸外国のように事前のチェックを強める必要性を説くべきであり、解釈論としては、遺贈の「履行」という論点の再評価を言うべきではないかと考える。財産法学者は、どうして、「相続させる」遺言で相続上の利益を簡単に奪われる相続人たちのニーズを顧みようとしないのか、全く訳が分からない。もしも当該遺言が無効なものであるとすれば、それによって害されるのは相続人の所有権であるし、疑わしい遺言による移転登記に先を越させて遺言者の欲しない者が財産を手に入れる可能性を高めることも、遺言者自身のニーズに反するはずなのに、である。遺産分割に関わり合う手間を省きたいという裁判所のニーズのほうが、所有権の保護や遺言の真正性の確保や相続人間の平等のための民法上の装置を活用するニーズよりも、そんなに高いのであろうか。

3 ニーズの水掛論はそれまでとして、米倉明の声高な議論は、財産法学者が「相続させる」遺言をめぐる問題の核心をいかに理解しえないでいるかをよく示している。米倉は、「相続させる」遺言を遺産分割の指定と解する「遺産分割方法指定・同手続必要説」と、それを遺贈であると解する「遺贈説」を単純に対立させるのであるが、⁵⁾実際の戦線はもつと入り組んでいる。香川判決前、より正確にはその先導役を果たした東京高判一九八八(昭和六三)年七月一日判決東高民時報三九巻五〜八合併三八頁、家月四〇巻一―一七四頁前の裁判所の見解の大勢をなしていた「遺産分割方法指定・同手続必要説」は、一つの遺言処分文言中に相続分指定と遺産分割方法の指定の二つの意思表示

示が含まれるとする「相続分指定を（併せ）伴う遺産分割方法の指定」説と安易に結合されていたことを、無視ないし軽視しているのである。香川判決前の私（伊藤）の批判の真の目標はまさにこのような遺産分割方法指定説であったのであり、遺贈であれば、当然、九〇三条によって調整されて相続人間の相対的な平等の枠に収まるであろうが（幸いにも、「相続分指定を伴う遺贈」という構成は右の構成と論理的には全く同程度に可能ながら存在しないので）、九〇三条の計算をする前提としての相続分が動かされてしまえば、平等もへちまもなくなってしまう。こういう肝心な点を無視して、「共同相続人の平等処遇という観点に立つとき、遺贈説には問題があるというほかない」と断言するのは、まさに無知丸出しである。次の設例で説明しよう

米倉は、被相続人Aの相続人が三人の子BCDで法定相続分は平等、かつ生前贈与なしという例でのみ議論するので、平等処遇の観点からは「遺産分割方法指定・同手続必要説」こそが最適であると思いついてしまっている。いま、Aの遺産価額が六〇〇〇万円、Bには三〇〇〇万円相当の財産を「相続させる」という遺言があり、Cには三〇〇〇万円の生前贈与があったと仮定しよう。香川判決前の裁判所の主流の見解であった「相続分指定を伴う遺産分割方法の指定」説からすれば、子Bへの遺言処分によって子Bは当該財産を遺産分割で与えられることが確定的であるだけでなく、その相続分は六〇〇〇万分の三〇〇〇万に、つまり二分の一の相続分が指定されていると解されることになるので、現存遺産六〇〇〇万円にCへの生前贈与を合算した総額九〇〇〇万円を基礎にした具体的相続分の額は、九〇三条により、一応の相続分ではBは四五〇〇万円、Cが各二二五〇万円となるべきところ、Cはすでにそれ以上を受けているのでゼロになり、通説の計算法に従えば、現存遺産の六〇〇〇万円を子BとDが四五〇〇対二二

五〇の比で、つまり二対一の比で分けるべきことになる。結果は、Bは遺言による三〇〇〇万円プラス一〇〇〇万円、Cはゼロ、Dは二〇〇〇万円が遺産分割で配分されるという結論になる。他方、Bが遺言で与えられたのは遺贈であると解するならば、現存遺産に生前贈与を合算した九〇〇〇万円を基礎にして、現存遺産六〇〇〇万円の中から受けた遺贈三〇〇〇万円を控除した後のBの具体的相続分はゼロ、Cも生前贈与を控除した具体的相続分はゼロ、Dのみが具体的相続分として三〇〇〇万円の配分を受けることになる。結果は、BCDの全員が、遺贈と生前贈与と相続によって各三〇〇〇万円の利益を受けることになるのであり、遺贈説のほうが平等処遇に資する構成であることは、誰もが分かる理であろう。^⑦

4 被相続人の遺言処分が遺贈であると解することは、米倉明の理解では、「遺産分割方法指定・同手続必要説」との相違という点では遺言の目的財産を遺産分割の対象外に置く「相続承継説」と同列なのであるが、これは実務家たちの誤った解説を鵜呑みにしたものであって、学者の議論としては無神経に過ぎる。民法九〇三条の相続分算定において遺贈の控除が定められているように、遺贈と遺産分割を切り離してよいのかどうかは、それ自体が相続法学の一つの問題であり続けている。遺贈財産は遺産分割の対象外であるという立場が相続法学における通説として確立しているわけではない。「相続させる」遺言論議の中での実務家の論考中で、遺贈説に立てば遺産分割の必要はなくなるといふ言説が盛んに行われたのは事実であるけれども、このような乱暴な整理が理論的に正しいというわけではないのである。少なくとも、私（伊藤）は、遺贈が、とりわけ相続人への遺贈が遺産分割のなかで履行されるのは至極当然のことであると考えていて、そのことは論文でも著書でも述べている。^⑧ それゆえ、「相続分指定を伴う遺産分割

方法の指定」という処分を認めない「遺産分割方法指定・同手続必要説」と私（伊藤）の遺贈説との違いは香川判決との違いほどには大きくない。私（伊藤）は、民法上の「遺産分割方法の指定」は家事審判規則上の「遺産分割方法の指定」と同じものであって財産処分の一方法ではないと解するので（それゆえにこそ、民法は遺産分割方法の指定による遺留分侵害がありうるなどとは全く予想していない）、その点において、右近健男その他の平等主義的な「遺産分割方法指定・同手続必要説」に与しえず、かつ、相続放棄はせずに遺言利益のみは辞退する選択が不可能になる難点もあると考えたのである。⁽⁹⁾

しかし、遺贈ならば遺産分割とは無関係だと断定する上記のような誤解の原因が何処にあるのかは、全く推測がつかないわけではない。おそらく、高年齢層の実務家たちや財産法学者の遺贈理解は、すでに陳腐化している例の債権的効力か物権的効力かという議論の周辺に留まっていて、物権的効力説を前提にする限り遺贈財産の所有権はすでに相続開始時に受遺者に移転しているのだから、遺産分割の対象から外れるのが当然であると考えるのであろう。ところが、面白いことに、物権変動の一般理論においては、二重譲渡の第二譲受人が売主から完全な所有権を取得できる所以は、第一契約による譲受人の権利が債権でしかないからだという説明には、もはや誰の支持もない。第一契約には債権的効果のみならず物権変動をも生じさせる効力があると考えられているけれども、契約による第一譲渡があれば売主はもう無権利者であるから第二譲渡は無効であると主張するのは、いわゆる公信力説の立場のみであり、大多数の文献が、第一契約には物権的効力があるにもかかわらず、売主はなお第二譲受人に所有権を移転する権限を保持していると解している。ところが、いったん遺贈の問題になれば、右の議論とは全く切り離して、遺言の効力が

生じて遺贈目的物が受遺者に物権的に移転すれば、もはや法定相続人間での遺産分割の対象にはならないと断定されてしまう¹⁰⁾。受遺者は、わが国ではもちろん、一九九〇年代のイギリスの法社会学的調査の結果でも、多くの場合は死者の近親者であり、第一順位の法定相続人がその中心を占めるし、相続人への遺贈は民法九〇三条による具体的相続分算定の要素の一つである。遺贈が履行されないままに遺産分割が行われる場合には、そのプロセスの中に遺贈を組み込んで、遺贈の履行分として特定される財産と具体的相続分として特定される財産が受遺者たる相続人に配分されるという遺産分割を行って悪いはずはない。可分の相続債権は当然分割の結果として相続開始と同時に各共同相続人に分割帰属しているので遺産分割の対象にならないという前提をとりながら（私は反対）なお共同相続人間に合意があれば分割の対象になるという主張が通るくらいなら、遺贈の存在や遺留分減殺についての合意が成立しうる場合にも遺贈や遺留分の問題を遺産分割に取り込んで処理していけない理由もないはずである。民法の用語上からも、遺贈の目的物は「相続財産」に含まれていることを知るべきである（八八五条、九九六条、九九七条）。

5 米倉明は、「相続させる」遺言による処分を民法九〇八条にいう「分割の方法」の指定であって、かつ、この指定があれば遺産分割の協議や調停・審判なしに相続開始と同時に処分財産が確定的に名宛人たる相続人に移転すると判示したいわゆる香川判決への支持を明言しつつ、「香川判決は法創造を敢行したのではなく、忘れられていた類型の遺言について、」それが典型遺言であることを確認したのである。この種の遺言は元来、民法が認めていたものだったのであれば、それは典型遺言または有名遺言と呼ばれるべきで、非典型遺言だの変則遺言などというのは用語法として適切でない」と述べている。この最高裁判決が認めたものを「変則処分」と命名したのは、まさに私（伊

藤)なのであるから、そのように呼ぶ所以を説明しよう。

「相続させる」遺言を遺贈ではない特別の処分、それも相続の性質をもつものであるとする解釈の狙いは、前述したように(二二三)、この処分の目的が不動産である場合に、処分の受益者に指定された者が共同相続人たちの関与なしに単独で移転登記をしようことができるようにするところにある。だが、この解釈に即して行われる登記手続は、次のように徹頭徹尾変則的であることを指摘しなければならない。

a 相続による登記は共同申請の例外であるという法規が、この遺言処分は相続の性質を有するという解釈によって転用され、相続を原因とする移転登記の一種として登記権利者による単独申請が許される。しかし、相続に因る移転登記が単独申請によらざるを得ないのは登記義務者が存在しないからであって、共同相続の場合には登記権利者は複数でありうるから、単独申請が「頭数で単独の」申請人を意味しないことはいうまでもない。

b そこで、次なる解釈は、この遺言により当該不動産の登記権利者は遺言上の受益者のみになったと解釈して、共同相続人中の一人のみによる単独申請を許すことになるが、これは、被相続人名義の財産を相続登記により相続人名義に移転する手続としては異例である。なぜなら、共同相続人中の一人による申請でも移転登記が許されるのは、それが共同相続登記であるかぎり民法二五二条の保存行為に含めることが可能だからなのであるが、この「相続させる」遺言は明らかな処分行為でありながら、保存行為に認められる共同相続人中の一人だけの申請により、共同相続登記ならぬ単独名義登記を認めるのである。

c 香川判決および米倉説では、この遺言処分は遺産分割であって、遺産分割による単独所有権の取得という結果

を登記するものであるが故にbの手続で構わないと解するのかもしれない。しかし、協議分割の結果としての単独名義登記の申請については、遺産分割協議書を添付する場合もいわゆる特別受益証明書（相続分皆無証明書）を添付する場合も、一九五九（昭和三四）年四月二三日民事甲第七四二条民事局長通達以後は、共同相続人の印鑑証明書を添付して登録印が押捺された文書がないならば受理されない。この通達以前には、共同相続人の確定的合意なく作成された遺産分割協議書などによって共同相続人の相続権が踏みにじられがちであったのが、この手続厳格化によってかなり改善されたのであるが、「相続させる」遺言を「遺産分割」と解する説が、この厳格化手続を受け入れるかといえばそうではない。もともと、このような遺言は、共同相続人からチェックを受けないことをメリットと考える立場に結びついているのであるから、これは遺産分割であっても被相続人の意思による分割であって、相続開始時にはすでに共同相続財産から逸出しているのだから、他の共同相続人たちは登記上権利を失うものとは言えず、したがって、彼らの登録印を用いた文書を添付することも要しないと主張するであろう。かくして、疑わしい遺言によってであれ、後に撤回された無効遺言によってであれ、とにかく「相続させる」と書かれている文書さえ添付すれば、その受益者一人による単独名義の移転登記申請が、登記手続上は全く何の問題もなく受理され、他人にも売り飛ばされる。

d だが、冒頭でも述べたように、遺言の存在が判明するのは何も相続開始時に限られた話ではなく、何年でも後に登記申請する場合もあるであろうし、逆に、相続開始から何年も後に協議分割が行われたとしても、その結果として特定不動産を単独取得する相続人は理論上は相続開始時に遡ってそれを単独相続したことになるのであり、登記原因も登記原因日付も被相続人の死亡による相続と相続開始の日なのである。それでもなお、このような形式論理を排

して、後者には共同相続人の印鑑証明添付と登録印の押捺というチェックをかけるのが結局は実質的に正しい手続だと考えられているというのに、作成者名義が被相続人である「遺産分割」の文書であれば、後者の場合との利害状況には違いがなくとも、共同相続人たちはその局外者であるからという形式論理を操り、ここでは何のチェックもなしに移転登記可能だと結論する。まさに形式のみで事を運ぶ登記官好みの論法であり、これが米倉の立場でもある。

6 また、米倉によれば、「相続させる」遺言は、単に典型遺言として遇せられるべきであるだけでなく、それによる処分が、遺贈とは違って登記なしに対抗できるという効果を与えられるという点において、より一層優れた遺言処分であるという。被相続人が遺贈ではなく「相続させる」遺言を選択したのはこの利点に着目するからに他ならず、このような遺言者の意思を活かそうとはせずに、法規の厳格な解釈を盾にして拒む硬直性において遺贈説は最も排斥されるべき見解なのである。¹³⁾ これも設例で考えてみよう。

a いま、被相続人Aが完全に有効な遺言で第一順位の法定相続人であるBCのうちのBを受益者とする遺言で不動産を処分した。しかし、相続の開始後、この遺言の発見が遅れたため、Bによる移転登記よりも前に、この不動産に関する取引関係がCと第三者Dとの間に成立したとしよう（共同相続登記を経由したCの共有持分の処分、撤回されて無効になった遺言によるC名義登記を経由した全部処分、遺言を知らないままになされた協議分割によるC名義相続登記を経由した全部処分、等々）。このような例では、この第三者Dは、ドイツ法ならば登記の公信力で保護され、フランス法ならば表見相続の理論で保護され、イギリス法でも、先に発行されたプロバート・コピー（より正確には、遺産管理許可 Grant of Administration）が回収されてBのためのそれが発行される間の処分による善意の第三者は保

護される。ところが、わが最高裁や米倉のような考え方では、日本では、上記の遺言先進諸国とは違って、何よりも前に遺言者の意思を尊重すべきであり、第三者が保護されなくても仕方がないのである。たといそれが、第三者からは窺い知ることの困難な、登記とは異なる遺言書の存在、その文言が遺贈ではなく「相続させる」とか「相続分を指定する」とかであったこと、あるいは遺贈ではあったが遺言執行者が指定されていたといふその執行者が就職もせずに居眠りしていた場合でさえも（最判昭和六二年四月二三日民集四一卷三号四七四頁）といつたような事実があれば、ただそれだけで、Bは手厚く保護され、CDとくにDは、地獄に突き落とされる。こういう解決を不当と思うか思わないかは、後生の判断に委ねよう。¹⁴⁾

b このような効果の違いを熱烈に支持する米倉は、「序」と「結び」を除く本文の四つの節の中の最初の一節全部を費やして、登録免許税についての新見解を展開する。「相続させる」遺言処分にかかる登録免許税が遺贈登記よりも低額である（当時）ことは、登記なしに対抗できる前者の登記よりも、登記なくば対抗しえない後者の登記のほうが登記をする価値が大きいことの証左だと説くのである。この一節は、屁理屈展示場があれば、その隅の方に「中央では流石に恥ずかしい」掲げておく程度の値打ちものである。二〇〇三（平成一五）年の改正で、登録免許税率がアツサリと同率になったように、これは要するに課税政策の問題であつて民法解釈の論拠にはなり得ないことはいふまでもないが、解釈論としての難点は、ただ一つの指摘で済む。つまり、遺言執行者が指定された遺贈ならばどうか、である。この場合に相続登記を介在させて転売された譲受人と受遺者との関係については、通説・判例はこれを対抗問題に含めない。つまり、遺言執行者が指定されている場合には、受遺者にとっての移転登記の価値は指定のない場

合に較べてそれだけ低いのであるが、だからといって、遺言執行者が指定されている遺言書を添付すれば遺贈登記の登録免許税が低額になるとか、低減すべきだとかいう議論は耳にしたことはないし、最高裁や米倉の立場では協議分割による不動産の単独取得は登記なくば対抗できないのであるから、遺言による「遺産分割」と同率の課税ではおかしいと言わなければならなかったはずである。「知的くず」¹⁵⁾とは、ここでの私の言も含めて、こういう議論にこそ相応しい。なお、私（伊藤）は、遺言執行者が付されているというだけで対抗問題になったり、ならなかったり、ただそれだけの違いで天と地の開きに至らせる現在の通説・判例に賛成しているわけではない。いずれの場合でも対抗問題にはならず、つねに表見相続の理論により、善意無過失の譲受人が保護されてしかるべきだと考える。

四 占有、相続、そして遺言

1 冒頭で述べたように、わが民法学のエネルギーは法律行為論と債権法に注入され過ぎたために、占有自体についての議論や占有に関わる重要な諸問題（取得時効、留置権、そして相続）に関心を向ける研究者は少なく、我妻栄の民法講義のその部分の弱さは、それを聖典として積み重ねられてきた過去半世紀間の裁判例、とくに最高裁判決の肌理の粗さとなって露呈することが多い。

相続と遺産占有の問題は、これまでも、一つの重要な論題として繰り返し取り上げられてきたけれども、従来の議論の中心は、被相続人の下での占有ないし占有権が相続によって承継されるかどうかであった。すなわち、現行民法には明文規定を欠いてはいても、解釈論上は、被相続人による財産の占有が当然に（あるいは、ほとんど当然に）相

続人に移るといふ結論を指向し、かつ、この結論に向かつて、その要件（相続人における所持の要否、¹⁷要するとして、所持の内容）および効果（一八七条や一八五条との関係における）¹⁷ないし構造¹⁷を説明することに力点があった。本節の記述も、もちろん右の議論を前提とするし、これに異を唱える意図もない。しかし、相続法学では占有に關わるより重要な論点が開拓であることに注意を促して、それを踏まえた占有論が展開されることを望むものである。

前節までの記述中で本節に先送りしてきた（二二 a、二三 a）のは、次の点である。

a 先ず、契約による不動産の移転について考えるなら、売買であれ贈与であれ、契約により所有権が移転しても、占有が直ちに買主に移転すると考える者はいない。契約が公正証書で締結されていても、買主や受贈者は、契約書という証拠のみで当然に登記の移転や引渡し¹⁸の執行はできず、改めて訴えを提起し給付判決を得なければならない。ところが、何の故にか、遺言の方式を踐んだ文書があれば、前節でも述べたように、先ずは遺言処分の「物権的効力」が語られ、このことの肯定が、給付判決を要さずに移転登記できることに繋がり、次には登記名義を根拠にして引渡請求ができることが、当然至極のように思われている。また、そのような「物権的効力」を前提にしたうえで、それから遺言処分に対する遺留分滅殺請求権の行使があれば、その時にはじめて処分目的物が、こんどは遺留分権利者に「物権的に」再復帰し（いわゆる「形成権・物権」説）、この所有権復帰があつてはじめて処分目的物と遺留分権利者の法的關係が生じ、それまでの遺留分権利者は遺言処分の目的物と何の関わりもないかのように、言い換えれば、それ以前の遺留分権利者には当該目的物に対する所有権はおろか占有権さえ存しないかのように考えられているのであ

によつて使用・収益していたような場合、この占有關係を法的にはどのように読み解いたらよいかという点である。このような相続人が遺言により所有権を与えられたという場合、これは法主体の二重資格という一般論論題につながるはずの問題であるが、わが民法学は、同じような論題の一つである無権代理行為と相続の議論には多くの判例評釈を含めると一〇〇編を越えるほどの文献を捧げながら、より頻繁に存在しうるこちらの問題には無関心である。つまり、このような遺言処分の場合には、目的物を現実に使用・収益する遺言受益者の占有のみに目を向ければ済み、他の共同相続人の占有を論じる必要は全くないかのように扱われているのであるが、果たしてそうであろうか。

3 遺言の受遺者が相続開始前から目的物を占有ないし少なくとも所持していた場合には他の共同相続人の占有が問題にならないかと思えるのは、民法第一八二条があるからかもしれない。すなわち、同条二項は、「讓渡人又ハ其代理人カ現ニ占有物ヲ所持スル場合ニ於テハ占有權ノ讓渡ハ当事者ノ意思表示ノミニ依リテ之ヲ為スコトヲ得」と規定しているので、遺言処分の効力が生じれば現実占有者への簡易引渡の効果が生じ、相続開始と同時に現実占有者のみが自主占有する状態になって、他の相続人には本権も占有も問題にならないかにみえる。しかし、ここでも、忘れてならないのは、このような遺言の存在がつねに相続開始時点や遺産分割の時点で判明しているとは限らないことであるし、遺言の方式を踐む文書が存在するからといって、それが有効かどうかは、つねに不確かであることも冒頭に述べた通りである。また、有効な遺言の存在がずっと後に判明した場合を考えてみれば明らかのように、受遺者への所有権の帰属はつねに相続開始時点で生じている（九八五条）けれども、その存在が不明の間も当該財産は誰かに占有されているに違いないので、目的物の所有権の所在と遺産占有の所在とが連動しないのは明らかである。したがっ

て、遺言と相続という二つの権原が財産の帰属や移転に関係する問題の平面では、第一八二条第二項があるからとて、問題が片付くことにはならない。財産の所有権が遺言で誰かに移ってはいても、その財産に対する占有の問題は別に考えるべきなのである。それゆえにこそ、遺言によればその所有権が相続開始時から一人のみに帰属している財産があっても、そうと分かる前の遺産分割により、結果的には占有者に過ぎなかった他の者に当該財産が割り当てられる可能性はつねに存在する。それゆえにこそ、遺産分割で割り当てられた財産が遺贈の目的物であったことが分かれば、他の共同相続人が担保責任（追奪担保責任）を負うことが民法に定められているのである（九一条ないし九一三条）。また、繰り返し言えば、たとい遺産分割時に遺言の存在が判明していたとしても、この遺言の有効性自体はつねに不確定だと言わなければならないので、何かある遺言が存在していれば遺産の占有はつねに当然に受遺者に存するというような議論は成り立たない。何かある遺言が存在しているとしても、その効力が共同相続人間で確定的になるまで、そして、その結果として、受遺者の遺産占有が所有権に基づくことが共同相続人間で承認されるまでは、法定相続による遺産占有、つまりは共同相続人全員による遺産の占有がある。言い換えれば、そのような承認があるまでは、現実的占有者の占有は管理的な他主占有でしかない状態が存続していたと考えなければならないのである。¹⁹⁾

4 ところが、共同相続に遺言が絡んだ事件の裁判では、右に述べたような占有の論点は全く顧慮されない。例えば、最判平成八年一月二六日民集五〇巻一号一三三頁は、「特定遺贈が効力を生ずると、特定遺贈の目的とされた特定の財産は何らの行為を要せずして直ちに受遺者に帰属し、遺産分割の対象となることはなく、また、民法は、…遺

留分減殺請求をした遺留分権利者と受贈者・受遺者等との関係で個別的に生ずるものとして、いることがうかがえるから、特定遺贈に対して遺留分権利者が減殺請求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解される。そして、遺言者の財産全部についての包括遺贈は、遺贈の対象となる財産を個々の掲記する代わりにこれを包括的に表示する性質を有するもので、その限りで特定遺贈とその性質を異にするものではない¹⁹⁾。したがって、この判決によれば、遺言者が全財産を包括的に遺贈しているかぎり、家庭裁判所による遺産分割審判の対象となる相続財産は存在し得ず、通常裁判所に遺留分減殺の訴えを提起する他はない。だとすれば、遺産分割後に有効な遺言が出てきたら、遺産分割自体の有効性を前提とする前記の担保責任規定では解決され得ず、常に再分割の協議または裁判をしなければならないのか、と問い返したくもなる。

右のような判決は、前節で述べたようなわが国特有の遺言実務を無批判に受け入れる態度からのみ生まれる。登記の移転が裁判もなしに行われてしまうことがなければ、遺留分減殺請求の間もなしに遺言受益者に登記名義が移ったりすることはあり得ないはずであるし、もしも遺言が無効であれば、そういう登記で所有権を害されるのが（もはや被相続人ではなく）他ならぬ相続人であることを考えるならば、これほど無造作な議論はできないはずである。しかし、その点は措くとしても、たとい遺産全部の所有権が全部包括遺贈によって受遺者に移転したからといって、遺留分権利者を含む共同相続人たちが当然に占有を失っていたとは言えないのである。したがって、包括遺贈の目的物である遺産が未だなお共同相続人の占有下に存したと言えるのならば、その場合の遺留分の減殺請求とは、通説（いわゆる「形成権・物権」説）の立場を前提にしようとも、「履行拒絶権が相続人に発生する」のだ²⁰⁾というべきであろう。

より正確に言えば、遺留分相当額の財産を遺留分権利者が留保して、その残額を包括受遺者に「履行」ないし「弁済」するということになる。そして、上記のようなわが国特有の遺言実務さえなければ、本来は、こういう形での遺留分減殺こそが民法法規の予定したものであったはずである。²¹⁾

5 そこでいま、上記の最高裁平成八年判決のような全部包括遺贈の例で、その目的財産の全てを、すでに受遺者が現実的に占有し移転登記さえしているとしよう。遺留分減殺の問題は暫く措くとして、このような遺贈を受けなかった共同相続人の遺産占有の問題を考えてみよう。

a 先ず、現実的占有者が占有物を遺贈され、この者が遺贈を放棄する場面を考えよう。民法は、「受遺者は、遺言者の死亡後、何時でも、遺贈の放棄をすることができる」(九八六条一項)と規定しているが、放棄の意思は誰に対して表示すればよいのか、である。この点は、古い大審院判決が遺贈義務者(遺産相続人)を意思表示の相手方と判示しているし(大判大正七年二月二日民録二四輯三三七頁)、これを支持するのが多数説である。しかし、遺贈の物権的効力を前提にすれば、受遺者の共同相続人は当該財産に共有権さえ有しない。それなのに何故、遺贈放棄の意思表示の受領者になるのであろうか。ここでは、同条第二項による放棄の遡及効によって、この者が結果的に本権を享受するからだと説明してもよいが、放棄の以前でも相続人は遺贈義務者なのである。それは何故なのであろうか。遺贈義務についても、それは被相続人の義務を相続しただけであると説明して、当該財産の占有を考えない議論が可能かもしれないが、相続人こそが遺産の占有者だからこそ遺贈義務を負い、それゆえにこそ放棄の意思表示受領者になると考えるのが、素直な解釈ではなからうか。

b それでは、現実的占有者である相続人が遺言の利益を受ける意向であるとすると、繰り返し言うように、わが国では契約の履行を強制するには給付判決が必要でも、遺言処分目的物の登記移転には判決は要らない。それゆえ、わが国の遺言紛争事件の大半は、当該「遺言」を用いてすでに移転登記等がなされた後に、法定相続の権利を主張する者たちの側から遺言の無効と登記抹消手続等を訴求することが多い。²²⁾しかし、ごく稀ながら、遺言受益者の側から、遺言書に記載された処分の履行を求めるのではなく、遺言自体の有効性を確認してもらうために訴える。また、東京高判平成九年一月一日判タ九八七号二二七頁におけるように、遺言がなされたことも、遺言に書かれていた内容も証拠によって確定できるのであるが、遺言書自体は発見できないという場合に、その遺言が出てくれば財産を得たはずの者が、「遺言書存在等確認」を訴求した例もある。また、いま仮に、当該遺言書は被相続人名義の貸金庫内にある可能性があり、他の共同相続人は遺言が無効であると主張していて、これを金庫から取り出す協力さえ得られなるとする。このような場合には、現実占有者は遺言書の開示と遺言の有効性の確認を求める訴えをする必要がある。そして、この場合の訴えの被告は、他の共同相続人以外ではありえない。しかし、それはどうしてであろうか。この遺言が無効であれば当該財産の共有者である可能性があるからなのであるか。そうではなく、当該遺産の占有者だからこそ、共同相続人が被告になると考えるべきではないか。

c こんどは逆に、他の相続人も遺言の有効性を認めて、残余の財産の分け方のみが争われる場面を考えよう。この場合の現実的占有者の分け前は、民法第九〇三条第一項により、遺言で与えられた占有物の価額を含めた財産額にこの者の法定相続分を乗じて得られる価額を算出し、そこから占有物の価額を控除した残額になる。占有物に高額の

価値があつて残額がない場合には、当該占有者には残余財産からの分け前は認められない（九〇三条二項）。いずれにせよ、この遺産分割において、遺言処分の対象となつた財産は、わが国の議論では、遺産分割の対象ではなく、残余財産のみが遺産分割の対象であると解されている。しかし、分割に際しては遺言目的物の価額を遺言受益者の相続分に充当（「相続分の中から控除」）しなければならないのであるから、その過程では、遺言目的物もまた協議・調停・審判の対象になっているか、少なくとも、分割の前提たる価額計算の段階での算定対象であると見ることができよう。そして、所有権は遺言受益者に帰属していても、このような遺産分割手続のなかで相続分への充当が確認されることによつて遺言が履行され、そこではじめて所有者への占有の移転が生じたと解釈することもできるのである。

d　そしていよいよ、現実占有者への遺言処分が他の共同相続人の遺留分を侵害していたために遺留分減殺請求がなされたとしよう。この場合には、わが国の議論では、つねに所有権のレベルでのみ、当該財産は被相続人から遺言受益者に移り、それからこんどは遺留分権利者に移る。遺言によつて遺産分割の対象ではなくなつていふとの前提により、あくまでも遺産分割外で、減殺部分が遺留分権利者に復帰すると解されている。しかし、そのような所有権の動きに随伴して、当該遺産の占有もまた動いたのであるか。すでに見たように、遺産分割に際しては具体的相続分を算定しなければならず、そのためには遺言目的物と残余財産をいったんは合算し、その価額に法定または指定の相続分を乗じ、充当計算を行い、そうした後にこそ遺留分の侵害額も減殺可能額も割り出される。この作業の対象となるということは、とりもなおさず、当該遺産が広い意味での遺産分割手続の対象になるということではなからうか。

また、周知のように、最高裁は平成四年四月一〇日家月四四卷八号一六頁により、被相続人に属していた現金が共

同相続人の一人の現実的占有下（正確に言えば、この者が勝手に「遺産管理人」と称して銀行に預けていた）にあつても、この現金が遺産分割の対象になることを認めた。他方、被相続人名義の銀行預金については、民法第四二七条を理由にする当然分割説が多数説で、多くの審判例が遺産分割の対象とすることを否定し、あるいは原則として否定されるべきものと解している。ここでも、右のような現金や預金は、未だなお相続人や受遺者の固有財産と混同してない限り、共同相続人全員の占有（ないし準占有）下にあると考えるならば、遺産分割の対象に含まれるとする結論を導けるのではないかと思う。

e 最後に、遺留分権利者の債権者が遺留分減殺請求権を代位行使するという場面を考えよう。この点については、最近の最高裁判決が代位行使の可能性自体を否定したが（最判平成一三年一月二二日民集五五卷六号一〇三三頁）、学説には肯定説が強い。外国法、とりわけフランス法において遺留分減殺請求権が債権者代位権の対象になることが、肯定説を採る学説の念頭にあるからである。ところで、これを肯定するとして、しかもフランスのように被相続人が生前に贈与した財産についても遺留分権利者は減殺請求ができ、しかも、その者の債権者がこれを代位行使できるというのが、いかなるメカニズムによるものかを考える必要がある。債権者の債務名義は債務者である遺留分権利者に対するものでしかありえないので、債務者の名義ではない財産上に債権者が債権者代位権に基づいて執行できる前提は、遺留分権利者の遺留分が具体的にどれだけの価額分侵害されているか、この遺留分侵害が被相続人による遺贈・贈与のうちのどれによって侵害されているか、遺留分を侵害する贈与の目的物のうちのどの部分が減殺の対象になるのかが明確になっていなければならない。このことは、遺贈・贈与の対象財産が遺産分割の中で計算上遺産に再

統合されて（仮想の合算）、共同相続人各自の相続分や遺留分に充当され、遺留分侵害を受けた相続人が遺留分の限度で相続分を確保しようとするれば誰への遺贈・贈与を減殺できるのかが明確にされていることを意味する。わが国の遺留分規定とフランス法のそれとは基本的に同一の構造を有するのであるから、遺留分権利者の債権者による遺留分権の代位行使について否定説を採らざるをえないような遺産分割の論理構成に問題があるのではなからうか。

6 以上に述べた論点を一般化してみよう。もともと、遺贈の「履行」とか遺贈義務の「弁済」という問題は、目的物の「引渡」という局面を内包しているので、所有権のレヴェルでのそれのみでなく占有レヴェルでのそれを観念しなければならぬ。他方、遺産分割や遺留分減殺の問題は、共同相続人各自の相続分や遺留分の算定というプロセスが、現存遺産の所有権レヴェルでの割振りと移転の前提になっていて、ここでもまた、最終的には遺産の所有権のみでなく占有が誰に属するかまで決められる。ところが、わが国の議論は、遺言の効力・遺産分割・遺留分減殺の諸問題のいずれをも、もっぱらに所有権のレヴェルでのみ扱い、被相続人から遺言受益者へ、遺言受益者から減殺権者へと、遺産の所有権が目まぐるしく所在を変えろという考え方しかなかった。しかし、当該遺産の所有権がそのように動いたからといって、遺産の占有がそれに連動するとはいえない。むしろ、冒頭に述べたように、一般法である契約による所有権移転との比較においては、遺言書に記載された処分に基づく移転登記や被相続人名義の預貯金の払い戻しについて給付判決抜きでも可能であるかのような議論や実務が存すること自体が異常といふべきであつて、法定相続人による任意の履行があるまでは遺言処分の目的物は、たといその所有権自体が適法に遺言受益者に移転していることに争いがなくとも、その占有は共同相続人全員の下にあるものと考えらるべきであらう。そして、遺産分割に

おける二つのプロセスのうち、少なくとも相続分や遺留分の計算と計算上の割り付けが済むまでは、たとい所有権が誰かに存するとしても、遺言処分目的物（あるいは生前贈与の目的物でさえ）は理論上は遺産分割の対象となっていて、とりわけ遺言処分の目的物については、その受益者である相続人の相続分や遺留分への充当も他の共同相続人からの減殺も共同相続人全員の占有下で行われ、遺言の履行としての引渡しも遺産分割の中で行われると解すべきではなからうか。遺留分と遺産分割という論題についての従来の議論は、減殺対象財産が所有権のレヴェルでも相続人全員に復帰すると主張することによって、いまひとつ説得力を欠いていたが、所有権自体は個々の遺留分権利者に復帰するものとしても、遺産分割全体を遺産占有のレヴェルで問い直すならば、従来の議論の弱点を克服できるのでないかと考える。

五 むすび

私（伊藤）が大阪市立大学法学部に在籍していた当時に教えを受けた故小室直人教授は、定年退職された後のある機会に、かつての東北帝大時代の大先生の例を引きながら、歳を取ったら論文を書くなと戒めてくださった。私は、もともと法学の才能がないことを自覚しているので、国立大学を定年退官した時点で、論説や判例評釈は書かない決心をした。しかし、こうして同志社大学に職を与えられて、まだ現役の延長戦ができる幸運に恵まれ、こうして大谷先生の記念号に執筆する機会を与えられたので、私自身の同志社在籍の記念のためにも、一度課した禁を破ることにした。しかし、書き上げてみると、これまでに書いたことの繰り返しばかりで、ほとんど前進がない。このような

ものを捧げるのは、忸怩たる思いである。本稿のために、三節で取り上げた米倉教授の一文を読み直しつつ、人それぞれの才能と自信の違いを痛感し、自分のためには小室先生の戒めを噛みしめた。もつと書けという周囲の世辞に騙されまい。

(1) 私は、相続法が親族法と共に家族という社会関係を支える規範であると考える立場を支持する者ではあるが、家族法を財産法とは異質なものと捉える中川善之助説には与しない。家族法と財産法は、共に、個人々の私的生活関係を支える規範であり、近代市民社会の社会関係がもつぱらに商品交換関係の論理だけで作られていて家族関係もそこに吸収されているかのように説いた川島武宜の市民社会論の虚構も受け容れない。また、誰彼問わず口を揃えて説いてきた近代家族論、すなわち、夫婦とその間の未成熟子からなる小範囲の団体関係こそが近代家族法の基礎であるとする家族論・家族法論にも疑問を持ち続けていて、そういう団体主義的観念を拒否し、あくまでも個人主義的に、個人と個人とを結ぶ双系的な親族関係の中に家族を位置付け、個人的関係としての親族集団の中心部にあつて最も濃密な相互作用を及ぼし合っている機能集団こそが家族であり、親族と家族を連続的な社会関係であると考えている。家族は団体ではないので、家族の内と外を画する明確な境界や成員権のようなものもなく、「家」は団体であるから、それがある)、世帯のような居住集団でもないので一定の形態がありうるわけでもなく、個人々のライフサイクルや社会経済的状况の変化に合わせて、いかような外形をも取りうるが、個人間の関係の構造は一定でありうる。最近のフランスにおける民法典中の家族法部分の大幅な再検討の動きの中で政府が主催したシンポジウムでは、有名な社会学者・歴史学者であるマルチヌ・スガラン (M. Segalen) が、「家族、それはカップルとその子どもたちではない。そういうことは、かつて一度もなかった(cela ne l'a pas jamais été)」と喝破した (Individus, familles, générations, in 'Quel droit, pour quelles familles ?' Actes de colloque de Paris 2000, Documentation Française, 2001, p. 37)。これは、日本の家族についての私 (伊藤) の持論でもある。

なお、ついでに言えば、相続法を家族法の一部と考える見解は、民法典の編別上、相続や遺言に関する諸規範を財産取得法のなかに取り込んでいるフランスの民法学においても疑問なく説かれていて (Mazeaud et Chabas, *Le droit de droit civil*, tom. 1, vol. 1:

Introduction à l'étude du droit, 1991, n. 298 et s.; Malaurie, Droit civil: Introduction générale, 1994/1995, n.124 et s. このリストは無限に長くすることが可能)、契約の一般準則を掲げる章(第三編第三章)と売買法の章(同編第六章)の間に置かれている夫婦財産法も、講義の体系上は婚姻法・離婚法・親子法・扶養法などとは別扱いされているというだけで、当然ながら、家族法の一部であると理解されているし、遺言法と同一の章(第三編第二章)を分け合っている贈与法さえも家族法(家族財産法)に分類されるほどである。つまり、法典の編別や講義体系によって規範の本質が変わるわけではないのである。

- (2) こういう考えに立つ民法研究者たちも、財産法の領域内で、たとえば消費者保護というような問題に出会えば、意思表示や契約の効果を絶対化する前提自体を見直し、そこに外的な制限が加えられても仕方がないことを認めるのであるが、相続や遺言の問題を前にしたからとて、財産法的一般命題のほうを見直そうなどとは金輪際考えようとはしないようである。「邪魔だ、引っ込め」、「列を乱すな」、これが財産法学者たちのつねに声高な家族法学への発言の基調をなしている。

- (3) 公正証書遺言でなければ、遺言書の検認(民法一〇〇四条、一〇〇五条)の手続が課されるからであるが、この検認の意味を知らずに遺言尊重論に与する財産法研究者が居ても、それほど珍しいことではないので、念のために言い添えるならば、この手続は、遺言の真正性や有効性につき判断するものではなく、英米法のプロベート(まずいことに、これが「検認」と訳されている)とは全く異なるものである。この手続では、遺言と称するどのような書面が存在したかという証拠を残すためだけのものであって、たとえば日付のない文書や署名のない文書でも検認の対象になり、裁判所による検認済の印が付された文書が申立人に返戻される。

- (4) 米倉明は、「遺言は数個あり得るしそしてその間には矛盾もあり得る。さらに遺言者死亡後かなりの時期を経て発見されることもありうる。∴おおよそ遺言制度を設けている以上、この指摘は免れ得ず、同制度を廃止しない限りは、煩わしくても事後処理を考えるしかない」と言い捨てる(タートンヌマン七号二六頁)。

- (5) タートンヌマン七号一〇頁。

- (6) 同一一頁。

- (7) 遺贈の価額が本文の例よりも大きく、たとえば残存遺産の全部であったりすれば、Dに残された手段は遺留分保全のための減殺(民法一〇三二条)しかなく、この点で、遺贈と贈与の減殺のために用意された減殺請求の制度を広く準用するかぎりは、この遺言

の性質を遺贈と見るも相続と見るも同じことになるかもしれないが、そういう極端な場合でなければこの例ほどの違いがある以上、性質論に拘るべきである。また、相続債務がある場合、例えば本文の例で三〇〇〇万円の債務があつて、Bへの三〇〇〇万円の遺言処分が遺贈ならば、Bは相続を放棄して遺贈は承認し、相続債務は負わない選択ができるのは、米倉の指摘するとおりである。計算となると学説が錯綜しているために、とても厄介であるが、次のようにならう。

この場合は、正味の現存遺産額は三〇〇〇万円で、そのすべてがBに遺贈されていることになるが、第二次大戦後の通説（中川善之助説）によれば民法九〇三条の計算において相続債務は考慮しないので（私（伊藤）は反対）、みなし相続財産の額はやはり九〇〇万円となり、相続を放棄したBを除くCDの一応の相続分が四五〇〇万円ずつで、積極財産六〇〇〇万円に対するCの具体的相続分は一五〇〇万円、Dのそれが四五〇〇万円になる。そのうえで相続債務と遺贈義務の分担の問題となり、第一説ではCDが折半（法定相続分で分ける）、第二説では一对三（具体的相続分で分ける）、つまり、相続債務分担の段階でCが相続で受ける額はゼロになるか積極財産七五〇万円になるかであり、Dが受けるのは積極財産三〇〇〇万円か二五〇万円かである。そのうえでCDがBに対する遺贈を分担するのであるが、Dの分担額が三〇〇〇万円であれ二五〇万円であれ、Bへの遺贈によりDの遺留分が侵害されているため減殺請求をする必要がある。みなし相続財産九〇〇〇万円から相続債務三〇〇〇万円を差し引いた額を基礎に算定したCD各自の遺留分は一五〇〇万円なので、生前贈与で遺留分以上の財産を与えられたCの遺留分は侵害されていないが、DはBへの遺贈により遺留分を侵害されているのでそれを減殺して遺留分を確保することになる。かくして、BCDの三人が生前贈与・遺贈・相続（遺留分減殺）のいずれかで受ける利益は、それぞれ、一五〇〇万円プラスα（Cの遺贈分担保義務）、三〇〇〇万円マイナスα、一五〇〇万円となる。また、遺贈を受けたBが相続を放棄しなければ、相続人各自の遺留分は一〇〇〇万円に減少する。そのうえで相続債務を各自が一〇〇〇万円ずつ分担するものとして、正味の遺産額三〇〇〇万円全部を遺贈されたBに対しDが遺留分権を行使するならば、各自が取得する正味の財産額は二〇〇〇万円プラスα、三〇〇〇万円マイナスα、一〇〇〇万円、つまり、BとDの取得価額の比は二対一であり、米倉の推論とは違って、放棄しないほうがBに有利な結果となる。熟慮期間が必要な所似の一つが、これである。

遺言処分が相続の性質をもつのなら、Bが相続を放棄すれば遺言で与えられた利益も放棄しなければならないので、この場合は

単純承認を選択するものとして、「相続分指定を伴う遺産分割方法の指定」説で計算すれば、相続債務の処理の違いにより、Bは一〇〇〇万円ないし一五〇〇万円ないし二〇〇〇万円の債務を分担し、それを引いた三〇〇〇万円ないし二五〇〇万円ないし二〇〇〇万円の利益、Cは一〇〇〇万円ないし七五〇万円ないしゼロを引いた二〇〇〇万円ないし二二五〇万円ないし三〇〇〇万円の利益、Dは一〇〇〇万円ないし七五〇万円ないし一〇〇〇万円を引いた一〇〇〇万円ないし一二五〇万円ないし一〇〇〇万円の利益を受けることになる。BとDの利益比は、遺贈説でB放棄の場合はほぼ平等（ただし減殺請求が必要、相続的処分だと解してBも債務を分担承継すると解した場合の最大比は三対一、最小比は二対一となる（つまり、相続的構成のほうが平等とは言えない）。この処分によっても法定相続分の変更はないとするならば、相続を承認して相続分の範囲内でのみ遺言利益を受けるとした場合のBとDの利益比は、この例では遺贈説と同じ結果になる。

(8) 伊藤昌司「共同相続と遺留分減殺」(高木多喜男古希論集『現代民法学の理論と実務の交錯』二〇〇一年所収四四三頁、とくに四六五頁。伊藤昌司『相続法』二〇〇二年一一一～一二二頁)。

(9) 米倉明は、受益相続人が相続放棄した場合につき、私(伊藤)が、「黙示の解除条件付遺贈」と書いているが(タートンヌマン七号一二頁、二四頁)、そこに引用されている私(伊藤)の記述は次のとおりである。この部分を私の「主張」として紹介し非難する米倉の言への評価は、読者の判断に委ねよう。

「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：遺言の内容をなす個々の法律行為にも付すことができる。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として(解除条件)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。」(法政研究五七卷六五八～六五九頁)

(10) 物権的効力を前提にすれば遺贈財産は遺産中に残存していないという論法は、死者の遺産中に銀行預金等の可分債権がある場合の幼稚な裁判例が振り回す論法とも相通じる。喜ばしいことに、われわれと共に米倉明も相続預金に関するその種の裁判例の議論

に反対するが（タートンヌマン六号所収）、この幼稚な裁判例の議論によれば、相続開始時か分割請求時であるかはともかく、可分債権は民法四二七条により当然に各共同債権者に分割帰属するのが債権法の一般原則であるという点に固執し、そうである以上、相続開始と同時に被相続人の預金も遺産から即時に逸出して各共同相続人に分割帰属するから遺産分割の対象ではなく、共同相続人の各々は法定相続分の割合で個々のに預金の払戻しを請求する権利があるという。これもまた、財産法の一般知識のゴリ押しで相続法を律する一例である。米倉明は、こういうゴリ押し論がフランス法的構成であるかのように述べるが（タートンヌマン六号三五頁）、そこは全くの誤解である。

米倉も引用するように、フランス民法典には、一八〇四年以来ずっと、「分割に親しむ債務も、債権者と債務者との間では、それが不可分であるかのように履行されなければならない」（二二〇条前段）が、「可分性は、それらの者の相続人に対してでなければ適用されない。相続人は、債権者又は債務者を代表する者として取得する部分、又は義務を負う部分についてでなければ、負債を請求することができず、又はそれを弁済する義務を負わない」（同条後段）という規定があつて、この規定を根拠にした当然分割・遺産分割不可能説が一九世紀までは主張されていた。けれども、一九〇七（日本年号でいえば明治四〇）年の破毀院連合部判決によつて、つまり、民法典施行後一〇三年目には、右のように、わが民法の四二七条以上に明確に相続人間での分割債権債務関係の成立を定めた条文があるにもかかわらず、可分債権もまた八三二条による遺産分割の対象に組み入れることができることで確定し、今日に至つている（*Cass. ch. réun. 5 déc. 1907, D. 1908, 113, note Aubroise Colin.*）にもかかわらず、わが国では、この点の議論において、可分性があればどうして遺産分割なしに分割されてしまうのか、分割の割合がどうして法定相続分でありうるのかというような相続法学が関心を持つ問題は、全て蹴飛ばされてしまうのである。

(11) *Janette Finch et al, Wills, Inheritance and Families*, Clarendon Press, 1996, p. 70 et s.

(12) 米倉の言も、まさにこうである（タートンヌマン七号三二頁）。

(13) タートンヌマン七号二頁〜三三頁、および三〇頁以下（五節）の全体。なお、この五節で言及されているフランスの尊属分割に結びつけた民法九〇八条解釈については、私は判批・民商一〇七巻一号一二三頁、とくに一二八〜一三〇頁で応接しており、そこで投じたボールが未だ返されていないので、追い打ちをかけるのは控えている。もともと、この見解を取って批判したのは、大家が

誤った評価を加えたからであった。そうでなければ、私の若気の論考を取上げて取り上げない配慮を示した幾代通を手本にして、ソツとしていたのである(この判批でも、判批は大家の方に向けていて、「若気の軽率は許される」と書いている)。なお、より年長の水野(紀子)論文の評価に関する批判に答えば、米倉はその場に居なかったが、報告を直接に聞いた者は皆、香川判決批判派に属する立場であることを疑わなかったはずであるし、報告者自身がそう明言したうえで、「何か汲み取ることがないかをさぐる」旨を述べた。

- (14) ついでに言えば、取引相手の被相続人が公正証書遺言を遺していないかどうかは公証人を通じればコンピュータで容易に検索可能であることを理由に、「その探索を怠って被相続人名義のまま放置したことが、そのため可能になった不実登記を信頼して取引に入った第三者との間で、表見法理ないし権利乱用法理の適用が問題になった場合に、当該相続人にとってマイナスの要因として取り上げられてもやむを得ないとされる方向に、換言すれば、遺言検索システムが、取引の安全をはかる役割を結果的に担う方向に進むことが予想されなくはないことに、留意しておく必要がある」と説く論者がいる(無山巖他『遺言法体系』一九九五年、四二〇頁(横山長))。右引用文の前後から、ここで「当該相続人」とあるのは、遺言の存在に気付かずして処分した相続人のことを指すと考えてよいが、この論者は、検索システムが別の機能を果たし得ることに気付いていない。本文の例で、Bを受益者とするAの遺言が後に撤回されて、そのことを前提にしたBC間の協議分割で当該不動産がCの単独所有と確定した後にC名義で移転登記されて売りに出されたでしょう。この時、Cと取引関係に入ったDが検索システムを利用してAからBに当該不動産を「相続させる」遺言が存在したことを知ったならば、そういう危険な物件は買わない。そして、Dが取引を断念した理由は不動産仲介業者のコンピュータに情報として残されるので、Cには全く理解できないまま以後の一切の取引がつねに失敗に終わり、この不動産が売れれば可能であった事業の立て直しも不可能になって、全てを失うかもしれないのである。繰り返し述べていえば、公正証書遺言だからとて、撤回されればただの紙切れに過ぎないのであるが、電子情報の上に撤回された事実まで記録することは不可能なので、時として逆方向に作用し得るのである。ただの紙切れを神棚に祭らたがるのは、わが国民の伝統かもしれないが…。

- (15) タートンヌマン七号二四頁。

- (16) 鈴木祿弥「占有権の相続」家族法大系VI(一九六〇年)九五頁(1)に掲げられている論文として、末弘巖太郎「占有権の相続」穂

積遺曆論集所収、石田文次郎「相続人の占有権」民法研究一卷所収、山中康雄「相続は地位の承継か」穂積追悼論集所収、鈴木論文より後の文献を林良平「占有権の相続」現代家族法大系四（一九八〇年）によって見れば、品川孝次「占有権（遺産分割に関する諸問題一）」「判タ一三五号所収、高木多喜男「相続と占有権の承継」神戸法学雑誌九卷四号所収、同「相続人の占有権」民商四六卷二号所収がある。その他、判例評釈として書かれた西原道雄・法協七三卷四号所収、四宮和夫・法協八八卷一號所収もあり、上記の末弘論文より古い横田秀雄「相続による占有権の取得」評論五卷一號所収も、現時の文献（中川川泉「相続法」四版）に引用されている。このうち、山中論文、品川論文と西原評釈、四宮評釈は、占有権の相続という論理に否定的である。

- (17) 所持説にあつても、承継の要件としての所持は擬制に近い。このうちの末弘前掲論文を引用すれば、「吾民法上占有権カ移転性ヲ有スルコト竝ニ占有権ノ存続ハ所持ノ繼續ヲ以テ足り敢テ占有意思ノ繼續ヲ必要トスルモノニアラサルコトハ既ニ之ヲ上述セリ。而シテ又所持ハ社会的觀念ニシテ單純ナル物理的觀念ニアラス社会一般ノ見解カ一定ノ物ヲ以テ一定ノ人ノ事實的支配關係ノ下ニアルモノナリト解スル以上其物カ現実ニ掌握セラルルト否トヲ問ハス所持ハ其人ニ存セルモノト云ハサルヘカラス而シテ此ノ關係ハ事實上之ヲ移転スルコトヲ妨ケサルモノニシテ社会一般ノ觀念上其移転アリト認メラルル場合ニハ即チ所持ノ移転アリタルモノト云ハサルヘカラス。」「一般人ハ死者ノ所持スル物ハ死者カ果シテ其物ニ付キテ所有權其他ノ本權ヲ有シタルト否トヲ問ハス單ニ所持スルノ一事ヲ以テ之ヲ侵奪スルヲ許サス而カモ相続人來リテ之ヲ掌握スルニ於テハ何人モ其不当ナルコトヲ疑フモノナカルヘシ。」「而シテ所持ノ内容タル事實的支配關係ハ常ニ必スシモ同一程度ナルコトヲ必要トセス時ニヨリテ或ハ密トナリ或ハ又疎トナルコトアルモ之カ為メ何等共同一性ヲ阻害スルモノニアラサルヲ以テ苟モ目的物カ同一ニシテ被相続人ノ所持ト相続人ノ所持トノ間ニ何等ノ中断ナキ限りハ所持ハ共同一性ヲ失ハスシテ前者ヨリ後者ニ移転セルモノト見ルヲ正当トスヘシ」（一〇〇二〜一〇〇五頁）

- (18) 上記の現行民法条文中の第九九二条が、旧第一〇九四条、旧民法財産取得編第三九二条、ボアソナード草案第六四六条という沿革を遡れば、フランス相続法上の受遺者が法定相続人等に対して求める遺言上の権利行使の「許諾」請求 *délivrance* であつたことにつき、伊藤昌司「相続法」九五頁〜九六頁参照。

- (19) 高木・前掲（民商）論文（註？所持）は、正当にも、「特定受遺者が、受贈物上に占有権を取得するのは、事実上の支配・所持が

移転してからであることは、疑いない」と述べている(一九三頁)。しかし、包括受遺者に関しては、「包括受遺者が、実質的には、指定相続人であることを考えれば、相続人に準ずるものとして(占有権の承継を(伊藤))肯定されてしかるべきである」と解していた。

- (20) 「滅殺の権利は、果たして相手方(受遺者または受贈者)に行為を請求する請求権なのか、それとも、一方的意思表示によって、遺贈なり贈与なりの全部または一部を失効させる形成権なのかについて疑問がある。／通説は形成権であるとする。：滅殺によって贈与または遺贈の全部または一部が失効し、その結果、既に履行されたものに対しては、物権的請求権または不当利得返還請求権として、また未履行のものに対しては履行拒絶権が相続人に発生するとす、物権的効果説が正しいと思う。」(中川II泉『相続法』四版六六一〜六二頁)

- (21) 民法一〇四〇条は、「滅殺を受けるべき受贈者が贈与の目的を他人に譲り渡したときは…」と規定していて、受贈者でなく受遺者が、滅殺前に受遺物を他人に譲渡するなどということは全く想定されていない。

- (22) そのため、公序良俗違反の遺贈が無効であるとしても、相続人の側が無効を理由として受遺者からの財産回収を求める訴えは不法原因給付にならないのかどうかという、わが国ならではの奇妙な議論さえある(我妻栄・債務各論下巻一、一一六二頁、なお伊藤昌司・判例レビュー・判タ五二九号二一九頁参照)。