

先取り相続における遺留分算定方法の確定

——ドイツ連邦通常裁判所二〇一〇年一月二七日判決から——

且 井 佑 佳

目次

第一章 はじめに

第二章 ドイツにおける遺留分算定規定

第一節 算入義務および調整義務

第一款 出捐の遺留分への算入—第三二五条

(1) 総論

(2) 個別要件

(i) 生前の被相続人による任意の出捐

(ii) 算入の指示

(iii) 拒絶のないこと

(3) 遺留分請求額の算定

先取り相続における遺留分算定方法の確定

同志社法学 六四卷一号

九五 (九五)

第二款 調整義務および調整・算入義務（第三二六条第一項・第四項）

(1) 総論

(2) 個別要件

(i) 複数の直系卑属の存在

(ii) 調整義務の対象となる出捐および給付

(3) 遺留分の算定

(i) 調整義務のみの場合（第一項）

(ii) 調整義務および算入義務のある場合（第四項）

(iii) 調整義務のみの対象となる出捐・給付および算入義務のみの対象となる出捐のある場合

第二節 小括

第三章 連邦通常裁判所二〇一〇年一月二七日判決

第一節 先取り相続による財産承継

第二節 事実の概要および本件判旨

第一款 事実の概要

第二款 本件判旨

第四章 結びにかえて

第一節 本件判決の評価

第二節 今後の課題

第一章 はじめに

遺留分制度は、財産処分自由の思想とできるだけ家族内に財産をとどめておくべきとの思想の妥協の上に成立し、相続人の生活保障や潜在的持分の清算などの目的ないし機能を有するものであるが、近時、その存在意義自体を問い直されている^②。存在意義の理解によっては、民法上に定める規定の解釈ないし運用にも影響を及ぼし得るところ、存在意義に伴うその機能ないし目的が必ずしも一義的に明確であるとはいえず、とりわけ具体的な問題の解決において、その相違が表出する。こうした状況は、相続法内外の諸制度との関係理解はもとより、遺言の解釈問題なども相まって、一層複雑な様相を呈することになる。

これと密接に関連して、被相続人の意思が相続法上の制度に照らして、どこまで反映されるべきかという問題が検討されなければならない。すなわち、遺言は一般の法律行為とは異なる単独行為であることから、取引の安全や相手方の信頼への配慮をする必要がなく、そのために、遺言の解釈において目指されるべきは、遺言者の最終意思の尊重および真意の探求であるとされている^③。しかし、たとえば相続法上明確な規定を欠く財産の処分形態が被相続人によって選択された場合に、法文上存在する制度枠組みで処理すること自体にそれ程の抵抗はないとしても、被相続人が敢えてそのような選択をしたことを理由として、既存の制度を操作することまでが許容されるのだろうか。換言すれば、真意探求により明らかとなった被相続人の意思を理由に、その欲した帰結を（既存の制度を度外視して）導くことが可能であるかという問題である。

この点について典型的に挙げられるのは、いわゆる「相続させる」旨の遺言をめぐる一連の最高裁判決である。主に登記手続きの簡便さと登録免許税の優遇といった点から公証実務により生み出された「相続させる」旨の遺言による財

産承継は、その法的性質の理解から諸制度との関係などに至るまで、多岐にわたる問題を提供している。最高裁判所に
より現在までに明らかにされた問題は、「相続させる」旨の遺言の法的性質および遺留分減殺請求の可否⁽⁴⁾、登記手続き
における遺言執行者の義務⁽⁵⁾、目的不動産の対抗における登記の要否⁽⁶⁾、遺留分侵害額の算定方法⁽⁷⁾、名宛人の先死時におけ
る代襲相続の可否⁽⁸⁾である⁽⁹⁾。これら一連の判決のうち、相続人相互の(対内)関係に着目すれば、「相続させる」旨の遺
言の法的性質、遺留分侵害額の算定方法(後述のように、前提問題とかかわる)および代襲相続の可否という問題の解
決において、被相続人の意思解釈を前提としてその原則的效果を導き、あるいはこれを原則的に否定して、特段の事情
の存するときにはこれと異なるといった、柔軟な対処の姿勢が伺える。「裁判所によって認定される被相続人の意思」
に沿う⁽¹⁰⁾という意味では、これらの判決に一定の妥当性を認めることができよう。しかし、被相続人の意思がどこまで反
映されるべきかを問題として掲げるとき、これらの判例に直ちに賛同することは、なお躊躇せざるを得ない。

「相続させる」旨の遺言が遺留分との関係で問題とされた最高裁判平成二二年三月二四日判決⁽¹¹⁾は、共同相続人の一人に
すべての財産を「相続させる」旨の遺言がある場合における遺留分侵害額の算定方法(相続債務の加算の可否)を示し
た。算定方法判断の前提として、当該遺言が存する場合の債務承継関係が問題となるところ、先述のように、最高裁判
所はこれを遺言者の意思解釈として検討し、当該遺言が相続分の指定の性質を有するものであるとして、原則的に相続
債務もまた遺言の名宛人たる相続人が承継するものと判断している。これに加え、相続債務の承継につき、「遺言の趣
旨等から…すべてを相続させる意思のないことが明らかであるなどの特段の事情のない限り」との留保を付し、少なく
とも対内関係においては、被相続人の意思による積極財産と消極財産との切り離し承継を肯定しているものと理解され
る。すなわち、被相続人の意思は、相続法の予定する承継枠組み(相続分の指定)を確定するのみならず、それ以上の
効果をももたらし得るかのようにもみえる。もつとも、相続法上の制度がそのようなものである(元々相続分の指定は、

被相続人の意思表示ないし特段の事情があれば対内関係における積極財産と消極財産の切り離し承継を肯定するものである。)とするならば、ここではそれほど問題とならない。

なお、本判決の中核的問題である遺留分侵害額算定方法に関しては、相続債務の承継が対内関係・対外関係において相対的であることを示したうえで、最終的に負担すべき相続債務の額が加算されるべきであると判示している。これにより、遺留分権利者は、相続債権者による履行請求のリスクを負担しながらも、名宛人たる相続人に対して遺留分減殺請求による当該部分の事前補償を求めることはできないことが明らかとなった。種々の考慮要素があるとはいえ、遺留分制度に対する理解もまたそのような要素の一つないし潜在的な前提として、本判決の評価を左右するものである。¹²⁾もちろん、遺留分侵害額算定方法のレベルにおいても、被相続人の意思という問題が遺留分の意義とともに(あるいはその内訳として)意識されるべきである。

被相続人の意思、すなわち、被相続人がどのような効果を意図したかの確定は、相続法においてきわめて重要である。このことは、諸外国においても同様であろう。この点につき、近時、ドイツ連邦通常裁判所は、遺留分額の算定方法の確定に関する判断を示した。ドイツ民法典は、生前の出捐が遺留分算定に及ぼす影響につき二つの規定(ドイツ民法典第二三二五条・第二三二六条。以下、とくに断りのないときは、ドイツ民法典を指すものとする。)を有しており、当該二つの規定によれば、異なる算定額を導く三つの算定方法(算入・調整・調整および算入)が設けられている。連邦通常裁判所は、ドイツの生前処分形態として頻繁に用いられる「先取り相続(vorweggenommene Erbfolge)」による出捐が遺留分算定に及ぼす影響につき、出捐者である被相続人の意思解釈可能性を検討したうえで、具体的事案において、右算定方法のいずれを用いるべきかにつき、その判断を示している。

本稿では、ドイツにおける遺留分算定方法として第二三二五条および第二三二六条を概観し、先取り相続における被

相続人の意思解釈可能性とそれに伴う第二三二五条・第二三二六条の適用関係を示した連邦通常裁判所二〇一〇年一月二七日判決⁽¹³⁾を紹介することを目的としている。ドイツ法の採用する遺留分算定方法を定める規定は、日本法にそのままの形で対応する規定がなく、そもそも遺留分法(相続法)の体系においても相当に異なるものである。また、ドイツにおける先取り相続は生存者間の法律行為に基づく財産承継であつて、日本における「相続させる」旨の遺言による財産承継とは異なる。したがつて、両者を規定解釈レベルないし概念解釈レベルにおいて同列に論じることができず、その意味では注意を要する。しかし、先取り相続という財産承継形態は、日本と同様に公証実務から発生したものであり、それゆえに、ドイツ民法典に明文の規定を持たない。被相続人により取立て選択されたそのような財産の承継形態が、相続法上の制度(本稿では遺留分算定方法)に及ぼす影響について、ドイツ法における対処を参照することは有益であろう。同時に、相続法における被相続人の意思の反映についての問題を検討する前提として、充分に意義を有するものであると思われる。

本稿の叙述は以下の順序により行う。まず、ドイツにおける遺留分算定規定につき、第二三二五条・第二三二六条の順で概観する(第二章)。ここでは、連邦通常裁判所二〇一〇年一月二七日判決との関係で必要と思われる部分を中心に、両規定の基本的要件を概観しておくことにしたい。次に、先取り相続の概念につき簡単に触れたい(第三章第一節)、連邦通常裁判所二〇一〇年一月二七日判決の事実の概要および判示内容を紹介する(同章第二節)。続いて、同判決の位置づけおよび評価について言及し(第四章第一節)、最後に、今後の課題を明らかにして(同章第二節)、本稿を閉じることとする。

第二章 ドイツにおける遺留分算定規定

第一節 算入義務および調整義務

第一款 出捐の遺留分への算入―第三二二五条

(1) 総論

ドイツ民法典第三二二五条は、被相続人からの生前の出捐を遺留分に算入 (Anrechnung) すべき義務を規定する。規定は、次のとおりである。

△第三二二五条…出捐の遺留分への算入▽

第一項 遺留分権利者は、遺留分に算入するものとする定めをもって生存者間の法律行為により被相続人から受けた出捐を遺留分に算入させなければならない。

第二項 出捐の価額は、遺留分の算定時に遺産に加算する。価額は、出捐した時を基準として確定する。

第三項 遺留分権利者が被相続人の直系卑属であるときは、第二〇五一条第一項の規定を準用する。

遺産の価額につき定める第三二二一条第一項によれば、遺留分の算定において基準となるのは、相続開始時の遺産の状況および価額である。したがって、被相続人による遺留分権利者または第三者への生前の出捐は、原則的に遺留分に影響しない。この原則の例外を定めるのが、第三二二五条およびこれに続く第三二一六条である。¹⁴⁾

第三二二五条の目的は、遺留分権利者による被相続人の財産への二重の関与を排除することにある。本条第一項によ

れば、遺留分権利者は、被相続人が遺留分に算入する旨の定めをもって出捐したものを遺留分に算入しなければならぬ。このとき、出捐を受領した遺留分権利者(算入義務者)の遺留分は、出捐の分だけ縮減することとなり、反対に、遺留分請求を受ける相続人の負担を軽減する。本条による算入は、第二三二六条に基づく調整義務とは異なり、そのほかの遺留分権利者の遺留分には影響しない。

出捐が遺留分に算入される可能性があることにより、遺産の財産的な統一性を維持するという利益と、遺留分権利者のできる限り縮減されない遺産に対する最低限の持分という利益との調和が考慮されている¹⁵⁾。生前の出捐の算入は、きわめて形式的であり、実務に馴染みが薄いものであるようである。また、親がその子に特筆すべき財産価額を出捐したときに、適切な定めをもって算入を指示するというのは、現実的ではないことが指摘されている¹⁶⁾。むしろ、当事者は出捐につき、指示がなければ算入されないことを知らないことが多い。土地を贈与する場合、公証人は、算入の可能性につき助言する義務を負っているが、文書作成義務のない場合には、当事者はその可能性を知らされる機会を持たない¹⁷⁾。このとき、算入の指示が必要とされているのに対して、出捐の当事者は、いずれの出捐においても、算入は法によって当然になされるものであると認識しているようである。なぜなら、それが当事者の公平感情に合致しているからである。すなわち、一般に出捐の当事者は、生存者間で与えられたものにつき、後に算入することがむしろ適切であると考えているとされる¹⁸⁾。こうした事情を背景に、生前の任意の出捐(freigebige Zuwendung)がある場合には、算入義務を原則として規定したうえで、被相続人が個々の出捐を算入から明確に排除する可能性を認めることとの意義が指摘されている¹⁹⁾。

(2) 個別要件

(i) 生前の被相続人による任意の出捐

算入の対象となり得るのは、被相続人によりなされた出捐のみである。出捐については、(a) 遺産の減少をもたらしたこと、(b) 任意性 (Freigebigkeit ないし Freiwilligkeit) があること、(c) 遺留分権利者への出捐であること、および (d) 生前の出捐であることの以上四つの要件を満たす必要があるとされている。

(a) 遺産の減少

出捐は、第一に、被相続人が給付したことにより、その財産ないし将来の遺産を減少するものであることを要する。⁽²⁰⁾ この要件は、算入の目的から導かれるものとされる。

財産の減少が債権的な性質であるか、物権的な性質であるかは、重要ではない。したがって、すでに被相続人によりなされた給付の約束は、それが有効であるかぎり、被相続人の生前に履行されていたかどうかは問われない。たとえば、被相続人が適切な方式による無条件の贈与の約束 (Schenkungsversprechen) をし、それが遺産に対する請求権を根拠づけるときは、本要件を満たすものとされる。⁽²¹⁾

被相続人の財産が減少しているかどうかにつき、出捐受領者の反対給付もまた考慮されなければならない。単に、被相続人が目的物の戻し譲渡請求権 (Rückübertragungsanspruch) を放棄したに過ぎないときは、算入の対象となる出捐は存しないとされる。⁽²²⁾

(b) 任意性

第二の要件は、任意性である。任意による出捐の概念は、贈与の概念よりも広く解されている。⁽²³⁾ 本条における出捐の概念について重要であるのは、被相続人がそもそもその給付につき義務を負っていたか否かにある。すなわち、任意性は、被相続人が何らの義務も負わずに給付の履行をし、または履行を約することを指す。⁽²⁴⁾ 被相続人の義務に基づく給付は、算人の義務を負わない。なぜなら、そうでなければ、法が予定する許容範囲以上に遺留分を侵害することになるからである。このような給付が算人の対象となり得るのは、受益者が遺留分放棄をする場合(第三三四六条⁽²⁵⁾)に限られる。⁽²⁶⁾

任意性を満たす出捐には、たとえば、状況に応じた範囲を超えない第一六二四条に基づく生計の資本の提供や贈与の約束が挙げられる。単なる道徳上の義務を生じさせるに過ぎない出捐もまた、同様に任意性を満たす。混合贈与(gemischte Schenkung) および負担付贈与(Schenkungen unter Auflage)は、無利息の消費貸借と同様に、給付と反対給付の差という意味で経済上の利益が認められる範囲で算人が許される。⁽²⁷⁾

これに対し、被相続人が、扶養請求をする精神病に罹患している子のために負担した保護費用を算入させることはできない。これは、少なくとも部分的にそのような費用が第三三二六条に基づく調整義務を導き得るかかどうかという問題であると思われる。⁽²⁸⁾

(c) 遺留分権利者への出捐

第三に、遺留分権利者に対して出捐したことを要する。第三三二六条が適用される場合とは異なり、本条による算入は、被相続人の直系卑属への出捐のみを前提としているのではない。出捐の受益者は、第三三〇三条および第三三〇九

条に基づく遺留分権利者に属していれば足りる。したがって、被相続人の配偶者や父母（第三〇三条第二項第一文）への出捐もまた、算入の対象となり得る。生活パートナー法第一〇条第六項に基づき、被相続人の生活パートナーも同様である。

出捐は、原則的に遺留分権利者に直接なされることを要するため、遺留分権利者の妻に対する出捐では足りない⁽²⁹⁾。同様に、被相続人の給付が遺留分権利者の仕事に配慮する意図で第三者になされた場合も、算入の対象とならない⁽³⁰⁾。もっとも、出捐者と遺留分権利者間の合意に基づく第三者への譲渡は、遺留分権利者自身への出捐とされる⁽³¹⁾。また、間接的な出捐であっても、たとえば、第三者のためにする契約（第三二八条）や遺留分権利者の意思によらない債務の履行もまた考慮され得る⁽³²⁾。

(d) 生前の出捐

最後の要件として、出捐は被相続人の生前になされたものでなければならぬ。これに対して、死亡による出捐と遺留分請求権との関係は、第三〇五条以下に規定される。また、第三〇一条に定める受贈者が贈与者より長生きすることを条件とした死因贈与は、未履行であるかぎり、死因処分と同様であるため、本条の意味での算入からは排除される⁽³³⁾。出捐が、相続開始時になお遺留分権利者の財産に存在しているかは、算入について重要ではない。

(ii) 算入の指示

(a) 時期

すでに触れたように、算入の義務は、法によって当然に生じるのではなく、被相続人により算入の定めがされなければ

ばならない。算入の定めは、受領を要する一方的意思表示 (einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung) であり、出捐の時または出捐の前にしなければならない⁽³⁴⁾。

これに対して、算入の指示は、法が当然には予定しない遺留分の侵害をもたらすことになるため、原則的に出捐の受領後、事後的にすることはできないとされている。もつとも、例外的に次の場合には事後的な算入の指示も許されるものとされる。すなわち、被相続人と遺留分権利者との間で、相続放棄契約または遺留分放棄契約⁽³⁵⁾の方式において算入の指示がされた場合⁽³⁶⁾、第二三三三条以下に基づく遺留分剥奪の要件が存在する場合⁽³⁷⁾、あるいは、被相続人による事後的な算入の指示が、相続人に指定された権利者の遺留分を侵害しない場合⁽³⁸⁾である。

(b) 内容

本条による指示は、遺留分に出捐を算入することを目的としていなければならない。指示は、どのように経済上の価額を遺留分請求権に算入すべきかを具体的に定める必要があるとされるが、原則的には、これはそれほど厳格に要求されているわけではないようである⁽³⁹⁾。

指示は、たとえば将来の出捐を考慮して、条件を付してすることができる。また、被相続人は、出捐のときに算入を事後の時点に留保することもできる。被相続人は、出捐の一部のみを遺留分に算入させる旨の指示をすることもできる⁽⁴⁰⁾。

必ずしも算入指示の時点で、遺留分権利者の相続権の剥奪 (Enterbung) が被相続人により意図されている必要はない。被相続人は、遺留分権利者の相続権を剥奪する可能性を考慮していれば足りる。

算入の定めは、一定の方式による必要はない。もつとも、出捐の原因行為が方式によらなければならないときに、算

入の定めも方式による必要があるかについては、見解が分かれているようである⁽⁴¹⁾。算人の指示は、明示的にされる必要はなく、黙示的なもので足りる。

(c) 効力の発生

算人の指示の効力が生じるためには、その意思表示が受益者に到達することを要するが、これに加え、算人の指示が受益者に「認識されている (zum Bewusstsein gekommen ist)」⁽⁴²⁾まで必要であるかについては見解が分かれている。これを消極的に解する見解によれば、このような要件の補充は、法文の根拠を欠き過度な要求であるとするが、積極的に解する見解が多数であるようである⁽⁴³⁾。積極的な見解によれば、算人の定めのある出捐は、特別な法的 (遺留分を制限させる) 性質を有するのであって、そのような性質は遺留分権利者において認識されていることを要するとされる。したがって、条件が付された算人の指示においてもこれは適切に認識されていることを要し、また、とくに黙示的な算人の指示のときに重要であるとされる。これに対し、出捐受領者により指示が承認されていることは、効力発生の要件ではない。

(d) 立証責任

算人の指示につき、立証責任は相続人に帰せられる。もつとも、出捐時または出捐前の算人の指示は、黙示的になされ得るものであるため、状況によっては、指示がなされたか、遺留分権利者に指示が到達し、認識されたか否かの立証は困難である。そのため、出捐の程度が大きいときは、一応の証明 (Beweis des ersten Anscheins) により、相続人の立証責任が緩和されるかが考慮され得るとの見解がみられる一方⁽⁴⁴⁾で、多くの場合、判例はこれに否定的であることが指

摘されている。⁽¹⁵⁾

被相続人による算入の指示が事後に取り消されたとき（註34参照）は、指示の取消しにつき、遺留分権利者が立証責任を負う。

(iii) 拒絶のないこと

遺留分権利者は、算入の定め効力発生を阻止したいときは、出捐自体を拒絶するほかない。しかし、出捐が受領されたときは、算入に同意したか否かは重要ではない。算入に対する異議は無効である。

(3) 遺留分請求額の算定

本条第二項第一文によれば、算入は、算入義務者の遺留分を実際の遺産から算定し、そこから確定された生前の出捐の額を控除するという方法によるのではない。実際の遺産と出捐の合計額からみなし遺産が算定され、そこから出捐が控除されるべきである遺留分権利者の遺留分が算定される。立法者は、本条を規定する際、受益者のために、実際の遺産は、出捐がなされなければ出捐された額のみだけ増加していただであらうことを前提としている。したがって、遺留分の算定は、次の三つの段階を踏む。まず、算入の対象となる生前の出捐を遺産に加算する。その後、計算上の遺産全体から計算上の遺留分請求権が確定される。それに基づき算定された遺留分から出捐が控除されなければならない。

算入義務に基づく遺留分算定の計算式は、次のとおりである。⁽¹⁶⁾ なお、計算式において、P 出捐受領者の実質的な遺留分請求権、N 相続開始時の純遺産、Z 算入義務のある出捐、および Q 遺留分権利者の法定相続分の割合をそれぞれ指す。

$$P = (N + Z) / 2Q - Z$$

複数の算入義務者が存する場合において、各遺留分権利者は、それぞれに算入の定めがあるかぎり、出捐物を算入しなければならぬ。このとき、実際の遺産および個々の出捐物の総計から、すべての遺留分権利者にとって統一のみなし遺産を算出するわけではない。なぜなら、遺留分は、それぞれの遺留分権利者のために算定されるからである。むしろ、各算入義務者の遺留分請求権は、算入義務者⁽⁴⁷⁾ごとに、実際の遺産およびまさに当該算入義務者が受け取った出捐の総計から確定されなければならない。したがって、複数の算入義務者が存する遺留分算定においては、算入義務者ごとに異なるみなし遺産が算定されることになる。

たとえば、被相続人に遺留分権利者として子A、BおよびCがおり、家族ではないXが相続人に指定 (Erbeinsetzung) されている。遺産の価額は50000€であり、Aは10000€の出捐物、Bは4000€の出捐物をそれぞれ被相続人からその生前に受領しており、それらを算入しなければならないとすると、A、BおよびCの遺留分は、次のように算定される。⁽⁴⁸⁾

$$A \text{ の遺留分} = (50000€ + 10000€) / 2.3 - 10000€ = 0€$$

$$B \text{ の遺留分} = (50000€ + 40000€) / 2.3 - 4000€ = 5000€$$

$$C \text{ の遺留分} = 50000€ / 2.3 = \text{約}8333€$$

A、BおよびCにつき、それぞれの出捐および遺留分を考慮すると、A、BおよびCは、算入が指示されているにもかかわらず、最終的に受け取る額が異なっている (A = 10000€, B = 4000€ + 5000€ = 9000€, C = 約8333€)。このような

帰結は、すでに触れたように、立法者が遺留分算定の際、算入義務者のためにのみ、出捐を算入したみなし遺産を前提とし、一方で当該出捐をそのほかの遺留分権利者の遺留分の算定の際には考慮しないことから生じるものである。⁴⁹⁾

なお、出捐の価額が本条第二項により算入義務者に帰属する遺留分の価額を上回るときでも、受益者はそれを持ち戻す必要はない。この点につき、法文上の明確な定めは存しないが、ここでは不要であると解されている。⁵⁰⁾

第二款 調整義務および調整・算入義務―第三二六条第一項・第四項

(1) 総論

すでに触れたように、第三二六条は、第三二一条に定める原則の例外として（前款（1）参照）、生前の出捐および後述する第二〇五七条aの意味における給付が存するときの遺留分への影響を定めている。本条は、第一項において調整義務がある場合を、第四項において調整義務および算入義務がある場合の遺留分の算定方法を規定する。規定は、次のとおりである。

△第三二六条・調整義務▽

第一項 数人の直系卑属が存在し、その間で、法定相続の場合には被相続人の出捐又は第二〇五七条aに掲げる性質の給付を調整しなければならないときは、直系卑属の遺留分は、分割の際に調整義務を考慮して法定相続分に計算したであろうものに基づき定める。相続放棄契約により法定相続から排除された直系卑属は、算定の際、考慮されない。

第二項（略）。

第三項（略）。

第四項 第一項に基づき考慮するものとする出捐が同時に第二三二五条に基づき遺留分に算入するものとされるときは、価額の半分のみを算入する。

ドイツ民法典は、第二〇五〇条以下において相続人に対する被相続人からの出捐を、また、第二〇五七条aにおいて相続人から被相続人への給付を調整（Ausgleichung）すべき旨を定めている。これらの規定は、被相続人の推定される意思、すなわち、直系卑属を平等に扱うつもりであるとの意思を根拠とするものである。したがって、調整は、原則的に法定相続時においてなされるものであり、また、調整当事者は直系卑属のみである（第二〇五〇条第一項・第二〇五七条a第一項⁵²⁾）。調整により、第一九二四条以下に基づく相続分の割合は修正されることになる。本条は、遺留分の算定にあたって、法定相続であれば遺留分権利者がこのような直系卑属間の調整義務を考慮して受け取っていたであろう調整相続分を基礎とすべきことを定める。これにより、ドイツ民法典は、第二三一六条の枠内においても、遺留分権を法定相続権に可能な限り適合させようとしている⁵³⁾。

原則的には、調整によって相続人の遺留分負担を加重または減免するように遺留分請求権の総計額が変動するわけではなく、遺留分の移動ないし再分配がなされるに過ぎない⁵⁴⁾。本条第一項は、直系卑属の遺留分に関する一般的な算定規定であることから、法定相続であれば調整権利者となったであろう遺留分権利者である（相続権を剥奪された）直系卑属の有利にのみならず、相続権を剥奪された一人または複数の直系卑属が調整されるべき出捐または第二〇五七条aの意味での給付を主張するときは、その不利益にも作用することになる⁵⁵⁾。

(2) 個別要件

(i) 複数の直系卑属の存在

本条第一項に基づく調整には、被相続人の死亡時に複数の直系卑属が存在することを要する。したがって、調整義務者または調整権利者となり得る遺留分権利者自身のほかに、少なくとも一人以上の直系卑属が被相続人の死亡時に生存していなければならない。

複数の直系卑属が、法定相続を仮定した場合に相続人としての資格を有していればよい。これは、相続開始時に生存しているか、あるいは少なくともその時点で懐胎されており(第一九二三条第二項⁵⁶)、法定相続分の確定においても考慮される者を前提としている⁵⁷。そのほかの直系卑属が単独で相続するか、第三者と並んで相続人となるかは重要ではない。

第二三二〇条第一文⁵⁸により、相続権剥奪、放棄 (Ausschlagung)、または相続欠格宣告を理由に相続から排除された直系卑属⁵⁹または調整されるべき出捐により遺留分を消尽された直系卑属もまた、ともに考慮され得る。すなわち、複数の直系卑属が実際に相続人となることまで要求されているのではない。このような場合、調整は仮定的になされるのであって、遺留分権利者は、遺留分の縮減を甘受しなければならないが、それはほかの直系卑属の遺留分を増加させるわけではない。したがって、ここでは例外的に調整は、ほかの直系卑属の有利または不利益に作用するのではなく、遺留分債務者 (Pflichtteilsschuldner) としての相続人の負担を軽減し、または負担を加重することになる⁶⁰。これに対し、同条第一項第二文により、相続放棄契約 (Erbverzicht) により法定相続から排除された直系卑属は、遺留分の算定において考慮されない。放棄の効力が及ぶ限りで、相続放棄者の直系卑属も同様である(第二三四九条⁶¹)。

また、たとえば遺留分を放棄し、または遺留分が有効に剥奪された場合のように、具体的事案においてその直系卑属

に遺留分請求権が帰属していたか否かは問われない。

(ii) 調整義務の対象となる出捐および給付

本条第一項は、法定相続を仮定すれば、被相続人の出捐または第二〇五七条aに定める性質の給付が調整されていたであろうことも要件としている。

調整されるべき被相続人からの出捐は、第二〇五〇条によれば、生計の資本（同条第一項）、補助金および職業準備教育の費用（同条第二項）ならびに被相続人が出捐の際に調整義務を負う旨表示したそのほかの出捐（同条第三項）とされる。

第二三二五条と本条の目的設定および効果の違いから、両規定における出捐の概念は統一的に理解されているわけではない。判例によれば、受益者に出捐に対する請求権が存しない被相続人の任意による出捐のみならず、出捐によって法定の義務が果たされる給付もまた本条の対象とされると解されているが、第二三二五と本条における出捐概念はどちらも任意による出捐と解されるべきである旨の見解も主張されている。⁽⁶³⁾

第二〇五〇条第三項における出捐は、同条の前二項と異なり、被相続人が調整の指示をすることにより初めて調整する義務が生じる。それゆえに、被相続人は、出捐が法定相続人においてのみ調整義務を課すものであり、直系卑属の遺留分の算定時には調整義務を課すものではないと表示することも許されている。⁽⁶⁴⁾ なお、法による調整義務を負うものではない出捐について、被相続人がすでに調整の指示をしているときは、被相続人は、調整権利者である直系卑属から事後的に一度生じた遺留分の増加に関する権利を奪うことはできないとされている。

直系卑属による被相続人への特別給付もまた、本条における調整義務の対象となり得る。第二〇五七条aによれば、

長期にわたる被相続人の家政、職業もしくは事業における共働、多額の金銭給付またはそのほかの方法による給付、ならびに介護給付が対象となる。

(3) 遺留分の算定

本条第一項により、調整義務があるときの遺留分(調整遺留分)は、分割の際に法定相続分を基礎として調整義務を考慮して算出されたもの(調整相続分)に基づき計算される。したがって、本条による調整遺留分の算定のためには、第一に調整相続分を算定しなければならない。調整当事者となるのは直系卑属のみであるため(被相続人の出捐につき第二〇五〇条第一項、直系卑属の給付につき第二〇五七条a第一項)、ほかの遺留分権利者、たとえば被相続人の生存配偶者の遺産に対する持分はあらかじめ控除されることになる。

調整相続分の算定において、調整の対象となる出捐のすべてが、給付時における価額をもって遺産に加算されなければならない。右のとおり、加算される対象は、直系卑属に帰属していたであろう遺産部分である。調整義務のある出捐の加算によって形成されたみなし遺産は、直系卑属の人数により除算される。ここで算出された額は、調整権利者である直系卑属の調整相続分となり、一方で調整義務者である直系卑属はさらに出捐の価額が控除される(第二〇五五条⁽⁶⁶⁾)。このようにして算出された調整相続分の半分が、本条第一項に基づく調整遺留分となる。調整義務者である直系卑属が、出捐によって調整された遺留分よりも多くを受け取っていたときでも、剰余額を持ち戻す義務を負わない(第二〇五六条⁽⁶⁶⁾)。

被相続人からの出捐による調整遺留分の計算式は、次のとおりである。⁽⁶⁷⁾なお、算定式において、PⅡ調整遺留分、NⅡ調整義務のある直系卑属に帰属する遺産価額、ZⅡすべての調整義務のある直系卑属への出捐の総計、TⅡ各直系卑

属により調整されるべき出捐、およびQ＝直系卑属の数を指す。

$$P = 1/2 [(N+Z)/Q - T]$$

出捐の調整ではなく、第二〇五七条aに掲げる性質の給付が問題となるときは、第二〇五七条a第四項⁽⁶⁸⁾に基づき調整相続分を算定する。ここでは、出捐とは反対に、調整の当事者に帰属する遺産の価額から調整額が控除される。調整額の控除により算出されたみなし遺産は、直系卑属の数により除算される。ここで算出された額は、調整義務者である直系卑属の調整相続分となる。一方で、調整請求権者である直系卑属は、調整額が加算される。こうして算出された調整相続分の半分が調整遺留分である。なお、多数の見解によれば、第二〇五七条a第三項により、遺産の価額を考慮して調整額が算定されるため、同条に基づき調整請求権により遺産の半分を使い果たすことは許されないと解されている⁽⁶⁹⁾。また、遺産が価値を有さないときは、調整は行われない。

(i) 調整義務のみの場合(第一項)

(a) 被相続人からの出捐のあるとき

たとえば、被相続人には遺留分権利者として三人の子A、BおよびCがいるとする。家族ではないXが相続人として指定されており、遺産の価額は5000€である。Aは1000€の生計の資本を、Bは600€の生計の資本をそれぞれ調整しなければならぬとすると、A、BおよびCの遺留分は次のように算定される⁽⁷⁰⁾。

みなし遺産 = 50000€ + 10000€ + 6000€ = 66000€

A、BおよびCのみなし相続分 = 66000 / 3 = 22000€

Aの調整相続分 = 22000€ - 10000€ = 12000€

Bの調整相続分 = 22000€ - 6000€ = 16000€

Cの調整相続分 = 22000€

Aの調整遺留分 = 12000€ / 2 = 6000€

Bの調整遺留分 = 16000€ / 2 = 8000€

Cの調整遺留分 = 22000€ / 2 = 11000€

以上の事例から、A、BおよびCの遺留分の総計は、調整義務の有無に左右されることが分かる(調整義務がない場合の総計 = $(50000€ / 6) \times 3 = 25000€$ 。事例における調整遺留分の総計 = $6000€ + 8000€ + 11000€ = 25000€$)。しかし、A、BおよびCが全体として受領する価額(=出捐額 + 調整遺留分)は異なることになる。

法定相続において、第二〇五〇条以下の規定が直接適用される調整のときには、直系卑属の完全に同様の地位が実現されているのに対し、本条における調整機能は、これと同じ役割を完全に果たしているわけではない。この相違は、調整が(第二三一五条に基づく算入に対して)擬制の法定相続分に対してなされるのであって、遺留分の算定時になされるものではないことから生じる。すなわち、AおよびBには、はじめから出捐額の半分(= $5000€$ ないし $3000€$)が残されており、残りの半分についてのみA、BおよびC間で調整することができるに過ぎない。⁽⁷⁾

(b) 被相続人への給付のあるとき

被相続人には、単独相続人としてその配偶者Wと二人の子AおよびBがいる。Aは10000€の生前贈与を調整しなければならず、Bは、被相続人の生前に、被相続人に対して第二〇五七条aの意味での給付（調整額として8000€）をした。遺産の価額は80000€であり、被相続人とその配偶者の夫婦財産制は、剰余共同制であったとする。⁽⁷²⁾

調整当事者は直系卑属に限られるため、以上の事例における遺留分の算定には、さしあたり、遺産の価額から法定の配偶者相続分（＝第一九二一条第一項、第一三七一条第一項に基づき40000€）が控除される（80000€－40000€＝40000€）。その後の計算は、次のとおりである。

$$\text{みなし遺産} = 40000\text{€} + 10000\text{€} - 8000\text{€} = 42000\text{€}$$

$$\text{AおよびBのみなし相続分} = 42000\text{€} / 2 = 21000\text{€}$$

$$\text{Aの調整相続分} = 21000\text{€} - 10000\text{€} = 11000\text{€}$$

$$\text{Bの調整相続分} = 21000\text{€} + 8000\text{€} = 29000\text{€}$$

$$\text{Aの調整遺留分} = 11000\text{€} / 2 = 5500\text{€}$$

$$\text{Bの調整遺留分} = 29000\text{€} / 2 = 14500\text{€}$$

(ii) 調整義務および算入義務のある場合（第四項）

本条第四項によれば、⁽⁷³⁾第一項に基づき調整されるべき出捐が、同時に第二三二五一条第一項における算入の対象となるときは、遺留分への算入は、出捐の半分の価額に限ってなされなければならない。受益者は、すでに調整においてその

出捐の半分の価額が考慮されているからである。⁽⁷⁴⁾ ここで、なお出捐全体の価額が算入されるとすれば、受益者は、出捐価額の一・五倍の額の控除を甘受しなければならず、受益者は出捐を受けていないときよりも不利益を被ることになる。⁽⁷⁵⁾

支配的な見解によれば、出捐が調整と同時に算入の義務の対象となるときは、第一に本条に基づく調整の手続きがなされる。⁽⁷⁶⁾ 続いて、調整義務を考慮して算出された調整遺留分から、算入の定めをされた出捐の価額の半分が控除されることになる。

たとえば、被相続人には子A、BおよびCがおり、Aは10000€の生計の資本を受け取っていたとする。家族ではないXが相続人として指定されており、遺産の価額は50000€である。被相続人が出捐のときに、遺留分に算入する旨の指示をしていたとすると、A、BおよびCの遺留分は次のように算定される。⁽⁷⁷⁾

$$\text{みなし遺産} = 50000\text{€} + 10000\text{€} = 60000\text{€}$$

$$\text{A、BおよびCのみなし相続分} = 60000\text{€} / 3 = 20000\text{€}$$

$$\text{Aの調整相続分} = 20000\text{€} - 10000\text{€} = 10000\text{€}$$

$$\text{BおよびCの調整相続分} = 20000\text{€}$$

$$\text{Aの調整遺留分} = 10000\text{€} / 2 = 5000\text{€}$$

$$\text{BおよびCの調整遺留分} = 20000\text{€} / 2 = 10000\text{€}$$

$$\text{算入後のAの遺留分} = 5000\text{€} - 10000\text{€} / 2 = -5000\text{€} (0\text{€})$$

直系卑属とともに配偶者が遺留分権利者となる場合の本条第四項の適用可能性については、長らく議論されていた。すなわち、第二三二五条に基づく算入のときは、遺産全体につき算入義務の対象となる出捐の額が加算されるのに対して、本条第一項に基づく調整のときは、直系卑属に帰属したであろう遺産部分にのみ調整義務の対象となる出捐の額が加算されるに過ぎないからである。このことから生じる矛盾を法は解決しておらず、また、直系卑属と配偶者がともに遺留分権利者となる場合についての特別規定は存しない。この点につき、ドイツ民法典施行以来広く学説から批判がなされているものの、今日では一般的に配偶者の存否を考慮することなく、本条第四項が適用されるようである。⁽⁷⁸⁾ 直系卑属とともに配偶者が遺留分権利者となるときは、第一に配偶者に帰属する遺産部分を控除し、直系卑属に残された遺産部分を基礎として、遺留分を算定することになる。⁽⁷⁹⁾

(iii) 調整義務のみの対象となる出捐・給付および算入義務のみの対象となる出捐のある場合

調整義務の対象となる出捐または給付と算入義務の対象となる出捐が競合するときは、本条第四項の適用対象ではない。この場合は、算入と調整とが同じように考慮されることになり、したがって、第二三二五条および本条第一項の原則に基づいて、それぞれ独立して計算されることになる。⁽⁸⁰⁾ 遺留分の算定の際、調整手続きは、算入手続きに組み込まれ、次のような計算過程を経る。すなわち、はじめに、調整の義務を負う直系卑属の遺留分が確定される。それゆえに、算入義務者の遺留分の算定のために、算入の総計が遺産全体に加算される。続いて、調整に関与しない相続人に帰属する遺産価額が控除され、みなし遺産が算出される。それに基づき調整がなされ、最後に、各出捐の受益者ごとに算入義務の対象となる出捐が控除されることになる。

たとえば、被相続人には単独相続人に指定した配偶者および遺留分権利者として子A・Bがいるとする。Aは算入義

務の対象となる10000€の出捐を受け、Bは調整義務の対象となる10000€の出捐を受けている。遺産の価額は80000€であり、被相続人と配偶者は夫婦財産制として剰余共同制を選択していたとする。⁽⁸¹⁾

この場合、Bの遺留分算定について、Aの出捐を算入しなければならぬか否かは問題とならない。Bの調整遺留分は、配偶者相続分を控除した遺産価額（ $= 80000€ - 40000€ = 40000€$ ）を基礎として算出され、したがって、75000€となる（ $= (40000€ + 10000€) / 2 = 10000€ / 2$ ）。

問題は、Aの遺留分算定である。なぜなら、Aは10000€の算入義務を負うと同時に、Bの調整義務の受益者でもあるからである。ここでは、はじめに、算入義務の対象となる出捐の分が増加した遺産全体（ $= 80000€ + 10000€ = 90000€$ ）が確定される。調整は直系卑属間でのみなされるため、調整の際に基礎となる遺産部分は、45000€（ $= 90000€ / 2$ ）である。そこから、Aの調整遺留分として13750€（ $= (45000€ + 10000€) / 2$ ）が算出され、さらに算入義務のある10000€の出捐を考慮することにより、結局、Aの遺留分は3750€となる。

第二節 小括

以上で概観したように、第三三二五条および第三三二六条は、被相続人からの出捐（または被相続人への給付）の遺留分への影響を定めている。両者は、算入されるべきまたは調整されるべき出捐が遺産に帰属していたものとして、生存者間の出捐による相続人または遺留分権利者の優遇を阻止する点において、同一の目的を有しているといえる。

もっとも、算入と調整とは、①当事者、②要件および③効果について次のような相違がみられる。⁽⁸²⁾ すなわち、①当事者について、調整は、直系卑属間でのみなされるのに対し、算入は、すべての遺留分権利者、したがって、被相続人の配偶者や父母についても考慮される。さらに、調整は、少なくとも二人以上の直系卑属が存していなければならない

が、一方で算入は、遺留分権利者が一人でも存していれば、その者の遺留分請求権は減少させられる余地がある。②要件について、算入は、常に被相続人による（例外を除き、遅くとも出捐と同時に）算入の指示を要するが、調整は、原則的に法により可能である。③効果について、算入は、相続人の遺留分の履行負担を軽減するため当然にその相続人の有利となり、同時に、被相続人の法律行為上の処分権を強めることになる。これに対し、調整は、原則的に遺留分権利者である直系卑属間において、遺留分の総計に関わりなく各遺留分持分の変動を生じるにすぎず、したがって、第一にほかの遺留分権利者の利益となる。相続人は、例外的に利益を受けるに過ぎない。この点で、算入は、調整において調整義務者になされるよりも、一層徹底した遺留分請求権の減少をもたらすことになる。⁽⁸³⁾

すでに触れたように、第二三二五条に基づく算入は、被相続人の指示の内容が遺留分に関係するものであることを要するところ、同条の適用範囲を過度に制限すべきではないとの配慮から、内容に関して高度な基準が求められているわけではない。このことにも起因して、被相続人によりなされた生前の出捐が、遺留分算定においてどのように影響するか、すなわち、第二三一五条第一項（算入）、第二三一六条第一項（調整）ないし第四項（算入および調整）のいずれを適用すべきかを確定する必要があることになる。

遺留分への影響の確定には、結局、出捐における被相続人の意思が探求されなければならないとされる。⁽⁸⁴⁾ここで、とりわけ算入にとって重要となるのは、読み取ることのできる被相続人の意思が残余財産に対して帰属する受益者の遺留分権を縮減することを意図していたか否かである。たとえば、出捐の承認により当該遺留分権利者には、「その出捐以上のものを与えない」または「その出捐で満足してもらおう」との指示は、算入とみなされる（算入の推定のために要する法律行為上の指示と出捐受領者の遺留分権を縮減させる意思との関連が肯定される⁽⁸⁵⁾）。また、被相続人が「相続法上の請求権」への算入を前提として出捐するとの意思表示をしたときは、遺留分請求権への算入を意図したものと解され

る。⁽⁸⁶⁾

これに対して、「相続分への算入」を定めた指示において、事情によっては第二三二五条に基づく遺留分への算入の意図が含まれるかについては問題がある。一般に、このような指示が直ちに遺留分への算入の指示として理解されるわけではないようである。⁽⁸⁷⁾ 単なる相続分への算入の定めは、事情によっては第二〇五〇条以下に基づく調整義務を指すにすぎず、したがって、第二三二六条第一項のもとで間接的に遺留分権に影響するに過ぎない。すなわち、そのような指示の意義および効果は、原則的に、受益者に対するそのほかの直系卑属への調整義務(第二〇五〇条、第二〇五六条)に制限されなければならないとされている。⁽⁸⁸⁾

また、第二三二六条第四項に基づく算入および調整は、直系卑属を完全に平等に扱う結果となるが、一方で、出捐の半分の価額において遺留分債務者としての相続人は負担を免れることになる。すなわち、前節第二款(3)(ii)における事例を想定すると、遺留分請求の総計はA、BおよびCで20000€であり、遺産の半額(=25000€)に達しないことになる。被相続人は、調整に並ぶ算入の指示のときに、通常、このような結果を認識していないため、この場合にも被相続人がこのような結果を意図していたか否かが解釈によって明らかにされなければならないとされる。⁽⁸⁹⁾

第三章 連邦通常裁判所二〇一〇年一月二七日判決

第一節 先取り相続による財産承継

連邦通常裁判所二〇一〇年一月二七日判決における主要な争点は、いわゆる「先取り相続(vorweggenommene Erbfolge)」により無償でなされた譲渡の目的物が遺留分算定の際にどのように考慮され得るかである。ドイツでは、

日本に比して生前処分がしばしば行われるといわれており、なかでも先取り相続がなされる例が最も多いという⁽⁹¹⁾。先取り相続は、日本では馴染みの薄い概念であるため、本件判決の紹介に入る前に、簡単にその枠組みを概観しておくことにする。

ドイツ民法典において先取り相続に関する明確な規定はなく、これは、公証実務から発祥した予防法学的措置の集合である⁽⁹²⁾。先取り相続は、相続に先回りして行われる、被相続人とその将来の相続人との生存者間の法律行為であると理解されている⁽⁹³⁾。被相続人は、生存中に将来相続を見込む者に、その将来の相続権を考慮した財産の重要部分を契約によって譲渡し（相続の前倒し）、同時に、扶助給付（Versorgungsleistung）の約束をすることで、被相続人の老後の生活（Altersversorgung）を保障することが多いとされる⁽⁹⁴⁾。先取り相続の目的物は、主に不動産および人的会社であり、とりわけ、生前における適時の事業承継が意図されるのは、譲受人自身による財産形成の機会を与え、同時に譲渡人が営業負担（Geschäftslast）から解放される点にある。そのほか、相続税法上の理由や譲渡人は譲受人が実際に財産を承継することを確認することができるともまた、先取り相続がなされる理由とされる⁽⁹⁵⁾。

被相続人が死亡前にその財産を将来の相続人に承継させることを希望することは、決して珍しいことではなく、たとえば税法上の理由から、あるいは、遺留分請求権の縮減または回避のため、さらには、財産の経済的一体性を維持する目的で、生前の処分が企図される。このような生前処分は、第一に、農場分野において予定され、一子相続法（Anerbenrecht）および農場法（Höferecht）において多くみられた。すなわち、社会的および経済的変動による農業社会からの発展を、ドイツ民法典の起草者は想定していなかったのである。加えて、今日では老後保障の確保を要する平均寿命の伸長がみられる。これらの事情は、被相続人にとっては、老後の労働からの解放および経済的安定（finanzierbar）への願望を強め、将来の相続人にとっては、通常は相続開始時点での生活における保障を不要とする状

況をもたらしめている。それゆえに、すでに被相続人の生前に相続させてしまう（生前処分をなす）という現象が相当数に上っているのである。農場法に規律される外、今日みられるような先取り相続は、それほど古い背景を有しているわけではない。しかし、こうした生前時の財産処分という被相続人の意図は、連綿と続いてきたものであるといえる。⁽⁹⁶⁾

先取り相続は、譲渡契約の形式で規定される。譲渡人は、生前にその財産、財産の一部または個別の財産の目的物を譲受人に譲渡するが、このとき、前述のように譲渡人は一度の保証金支払い（*Abstandszahlung*）または継続的な扶助給付を約し、または、優遇する譲受人に、そのほかの相続人ないし第三者に対する補償金支払い（*Abfindung*）などを課すことがある。当該契約の法的性質は、一義的に説明されるのではなく、第一六二四条に基づく生計の資本、贈与、負担付贈与あるいは混合贈与と解される。⁽⁹⁷⁾ 法的性質のみきわめは、方式、責任および保障、頓挫した契約の巻き戻しの清算（*Rückabwicklung*）、債権者および遺留分権利者にとって重要な意味を持つ。

先取り相続による出捐がある場合の遺留分算定に関しては、さしあたり、第二三二―三五条（ないし第二三一―三六条）における出捐の任意性要件が問題となる。⁽⁹⁸⁾ 先に述べたように、先取り相続は一義的に法的性質が確定されるものではないことから、任意性要件の充足如何は、その具体的な形成内容および法的分類によって左右されることになる。⁽⁹⁹⁾ また、第二三二―三五条における被相続人の受領を要する一方的意思表示である算入の指示の内容との関係では、「先取り相続」との表示があったとしても、それは、せいぜい出捐の動機を示すにすぎず、被相続人が調整か算入かを指示するものではないとの指摘がなされている。⁽¹⁰⁰⁾

第二節 事実の概要および本件判旨

第一款 事実の概要

被相続人E（XおよびYらの母または祖母）は、一九八二年一月一日に効力を生じるものとした一九八一年の譲渡契約により、卸売業をXに譲渡した。当該卸売業は、被相続人Eが一九六五年にその夫（XおよびYらの父または祖父）の死亡により相続を受け、以来被相続人Eにより営まれていたものである。譲渡は、譲渡契約の第七項により、「先取り相続により無償で（im vorweggenommenen Erfolge unentgeltlich）」なされた。Xは、一九九六年まで事業を継続した。

被相続人Eは、一九八五年作成の公正証書遺言により、XのきょうだいであるY₁およびY₁の子Y₂・Y₃を相続人に指定し、二〇〇五年に死亡した。そこで、Xは、Y₁に対し遺留分請求および遺留分補充請求（Pflichterfüllungsanspruch）をした。

Xは、第一審における証拠調べに基づき承認した遺産価額（約76000€）から、請求する遺留分を約19000€と算定した。さらに、被相続人EによるY₃への贈与（約24000€）に対する遺留分補充請求を約6000€としている。

Y₁らは、卸売業の譲渡および第二〇五七条aに基づき調整されるべきである特別給付を理由として、Xには相続法上の請求権が帰属しないことを主張している。これに対し、Xは、譲渡時、事業に価値はなかった旨を主張している。^(四)

第二款 本件判旨

前章で概観したように、ドイツ民法典は、遺留分算定に関して二つの規定を有している（第二三二五条・第二三二六条）。本件の事案では、直系卑属間の遺留分主張であるため、第二三二五条に基づく算入、第二三二六条第一項に基づ

く調整ならびに同条第四項に基づく算入および調整のいずれも想定され得るところであり、これらの適用如何により、遺留分権利者が請求することのできる遺留分額は異なる。この点につき、原審は、先取り相続により無償でなされた出捐について、遺留分権利者である受益者は第二〇五〇条第三項に関連して第二三二六条第一項に基づく調整の義務を負うとし、それによれば、遺留分請求ないし遺留分補充請求は認められないと判断した。これに対し、連邦通常裁判所は、次のように判示して本件を破棄差戻しとしている。

(a) 控訴審裁判所による譲渡契約の不十分な解釈⁽¹⁰⁾

「本件は、法律上の再審査を要する。

控訴審裁判所の次のような評価は、法律の解釈に誤りがあったと言わざるを得ない。すなわち、Xは、『先取り相続』による無償の出捐の際に、第二〇五〇条第三項に関連して第二三二六条に基づく一のみの調整義務を負うというものである。控訴審裁判所は、それをもって、そのほかに法が第二三二五条第一項および第二三二六条第四項に定める、遺留分請求権の算定において生前贈与が考慮され得る可能性を、それについて根拠を挙げることなく、あるいはまた、それを明白にすることなく、初めから排除している(1)。しかし、申述が曖昧であり、それゆえに確実には後づけすることのできない第二三二六条第一項に基づく調整義務の算定もまた、法律上の誤りがある(2)。当法廷は、判決をするに足るだけの審理が尽くされていないため、民事訴訟法第五六三条第三項に基づく本案判決をすることができない」。(10)

(b) 生前贈与が遺留分算定に及ぼし得る効果

「生前贈与が遺留分算定に影響するか、および、どのように影響するかは、さしあたり、どのような被相続人の指示が出捐時になされていたかに依拠する。

それには、次のことが考慮される。すなわち、第一に、第二三二六条一項、第二〇五〇条三項に基づく出捐を調整するとの指示、第二に、第二三二五条一項に基づく出捐を遺留分に算入するとの定め、ならびに、第三に、第二三二六条四項により、右二つの定めに基づき、出捐を調整し、同時に算入するとの定めである。このとき、それぞれの構成要件上の要件に基づく調整義務、算入義務、または、調整・算入義務の確定により、全く異なる算定方法、すなわち、とりわけ、財産状況、生前贈与および遺留分権利者といった事案の状況に基づき、全く異なる帰結に至り得る算定方法を採用することになる。このことは、一要約すると調整においては、出捐の価額を相続分から控除し、算定された額からようやく遺留分が算定され、その一方で、算入においては、さしあたりそれ自体で遺留分を算定し、その後、遺留分から出捐の価額が控除されるという異なる算定システムから明らかである。調整の指示および算入の指示が同時になされているときは、結局、まず調整の方法で遺留分が決定され、その後、出捐価額の半額にその価額が減じられるべきである。さらに、各財産状況および遺留分権利者によつては、第二三二六条第四項に基づく『相続分および遺留分への算入』は、算入のみが指示された場合よりも出捐受益者の遺留分を増大する結果となる。遺留分権利者である直系卑属が一人であり、考慮され得る出捐が一つであるに過ぎない場合、出捐受益者の遺留分は、第二三二五条第一項または第二三二六条第四項の適用時ともちろん同様である。』

(c) 「先取り相続による無償で」一条項の解釈可能性

「出捐」ここで、被相続人EおよびXによる譲渡契約において明白であるように「が、『先取り相続により無償で』された場合に、これらの規定がどのように適用されるかは、解釈によるほかない (RG, JW 1925/2124 Nr.13...)。当法廷の判例は、『先取り相続により無償で』出捐がなされたことよって、常に第三二一六条第一項に基づく調整の指示が意図されていると解しているわけではない。むしろ、当法廷は、単にそうした表現を調整の指示として理解することが「具体的な状況にに応じて」可能であることを是認したに過ぎない (BGHZ 82, 274, 278; BGH v.12.10.1988, I/aZR 166/87, NJW-RR 1989, 259 unter 1.2)。

『先取り相続』というのは、第一に、(将来の)被相続人による(将来の)相続人と見込まれる一人または複数の受益者への財産の譲渡を内容とするに過ぎない。『先取り相続』は、原則的に相続法によるものではなく、生存者間の法律行為によるものであり、それは、さまざまな形成可能性を有する。一般に事実審の裁判官には、法律行為の当事者が何を合意していたかにつき、解釈により確定する義務がある…。控訴審裁判所は、このような事実審における責務を十分に果たしてはいない。すなわち、契約内容において『先取り相続』の概念を使用していることを理由に、調整しなければならぬと解しているにすぎず、そのほかの考慮をしていない。当事者の申述が曖昧であるだけに、控訴審裁判所は、上記解釈では不十分であることを一層認識すべきだったのであり、その限りで、民事訴訟法第一三九条に基づく法律上の指摘をしなければならなかった。なぜなら、当事者は右のような解釈がなされることを明らかに認識しておらず、それはとくに、出捐が遺留分にとどのような影響を及ぼすかにつき、文書中の用語の使い方により、『算入』を意味し、あるいはまた『調整』を意味することもあるのだから尚更である…。」

(d) 調整・算入の可能性

『先取り相続』という概念および動機について、次のことが容易に想定される。すなわち、『先取り相続』によって将来の相続権を考慮して所有権を譲渡するのであり…、それは、調整の指示であるともいえる。なぜなら、出捐は、相続分を考慮するのであって、遺留分を考慮するのではないからである…。相続分と結びつくそのような指示には、それゆえに、直ちに遺留分への算入の定めが含まれるものではない。このことは、第二三二五条の沿革から明らかである。すなわち、ドイツ帝国議会により提示された第二二八八条第二項第一文において本来定められていた、疑わしいときは算入するものとするとの解釈規定は、帝国議会の委員会により、あまりに広範すぎるとして削除されている…。

しかし、黙示的にも可能である遺留分を減少させる算入の定めは、そのことから除外されるわけではない。具体的な事情に応じて、被相続人のそのような意思表示は、まさに次のように理解されるべきである。すなわち、生前贈与は、ごく一般的に、受益者が遺産から受取るべきものの全体から控除されるべきであるということである。より厳密に、生前贈与は、被相続人による生存者間の出捐によりすでに受け取ったものに制限されるべきである。そして、『相続分への算入の定めは…それにより遺留分への算入もまた定められているという解釈を排除しているのではない』(so ausdr. RG, JW 1925, 2124)。」

(e) 被相続人の意思の解釈基準

「解釈により確定されるべきすべての被相続人の意思について、次のことが重要である。すなわち、出捐と同時に単なる遺留分権利者として受益者の相続権の剥奪が望まれ、譲渡契約において定められていたかどうか、あるいは、被相続人の死亡をもって受け取るべきものを受遺者はすでに生前に与えられるが、出捐の法律上の効力は、相続開始時に存

続するべきであることを条項が明確にしているに過ぎないかどうかということである…。したがって、読み取ることでできる被相続人の意思が第二三二五条第一項による算人の定めであると認められるためには、受益者に残りの遺産につき帰属する遺留分権の削減を目的としていなければならない。しかし、このとき、相続権の剥奪の意図は、算人の定めを表すときになお存在する必要はなく、被相続人がその可能性を考慮していたことで足りる…。

そうした被相続人の意思を確定するには、関連するあらゆる事情を総合考量しなければならない。そのとき、とりわけ、出捐と遺言作成の時間的關係、財産目的物および相続開始以前の受益者による出捐物の経済的有用性、ならびに、財産出捐の範囲が考慮されなければならない。直系卑属の同様な取扱いに関する被相続人の認識も同様に重要であり得る。そのとき、そのような被相続人の意思は、第二三二六条第一項の意味での調整義務の算定において、限界に直面することが考慮されなければならない。なぜなら、相続権を剥奪された受益者は、計算上生前贈与の半分をもって優遇されたままであり、そのことは、被相続人の意図する直系卑属の完全な同一の地位の実現を妨げるからである…。一方で、遺留分を減少させる第二三二五条第一項の意味での算人の定めについての立証責任は、結局被相続人にある…。」

(f) 各算定方法による本件事案への影響

「控訴審裁判所がその算定において基準とした価額（遺産：762871.93€。相続開始時を基準とした出捐の価額…40000€）によれば、第二三二六条第一項に基づく調整義務を基盤として考慮して、遺留分請求権ないし遺留分補充請求権が認められないとしたことは、適切ではない。

もちろん、上記数値を前提とすれば、第二三二五条第一項に基づく算人の定めがあつたとした場合も、同様の結論となり得る。このことは、譲渡契約の第七号における規定を理解する際、控訴審裁判所により考慮されていた可能性があ

る。なぜなら、遺留分から出捐を控除した算入遺留分は、計算上、マイナスの価額となるからである（ $762871,93\text{€} + 400000\text{€} = 1162871,93\text{€} / 4 = 290717,98\text{€}$ ）。¹⁾ から 400000€ を控除する、 $-109282,02\text{€}$ ）。

それに対して、調整においては、プラスの調整遺留分となる（ $762871,93\text{€} + 400000\text{€} = 1162871,93\text{€} / 2$ 人の直系卑属 $= 581435,97\text{€} - 400000\text{€} = 181435,97\text{€} \times 1/2 = 90717,99\text{€}$ ）。

調整と算入を組み合わせるときは、²⁾ こころでもまた遺留分請求は排除される。なぜなら、調整遺留分および生前贈与の半額から生じる差額は、算入のみの場合と同様に、マイナスとなるからである（ $90717,98\text{€} - 200000\text{€} = -109282,02\text{€}$ ）。被相続人EおよびXが一九八二年に合意した『先取りした相続による』無償での経営の譲渡はどのような意図でなされたか、相続分のみ、ないし遺留分にも関連するかによって、Xのために、なお遺留分請求ないし遺留分補充請求が考慮され得るかを判断しなければならない。』

第四章 結びにかえて

第一節 本件判決の評価

連邦通常裁判所二〇一〇年一月二七日判決の判示内容は、おおよそ次のように整理できる。

第一に、生前の出捐の遺留分算定への影響は、被相続人がどのような指示のもとで出捐をしたかに依拠する。このとき、当該指示の内容は、第二三二五条に基づく算入、第二三二六条第一項に基づく調整および第二三二六条第四項に基づく調整および算入が考えられる。各規定に基づく算定方法の適用如何により異なる算定額を算出することになるところ、先取り相続によってなされた出捐がどの規定を意図してなされたものであるかは、具体的な事案に応じ、解釈によ

つてのみ確定され得る。

第二に、「先取り相続」は、単に被相続人から相続を見込まれる者への財産の譲渡を示すにすぎず、それは、原則的に相続法によるものではなく、生存者間の法律行為により規律されるものである（事実審裁判官は、法律行為の当事者の合意内容を解釈によつて確定する義務があり、本件における問題については、明らかに法律上の知識を欠く訴訟当事者に対して様々な解釈可能性について指摘しなければならない。）。

第三に、このような方式を採るのは、将来の相続権を考慮してのことであり、これは第三二六条第一項に基づく調整の指示に沿うものである。なぜなら、そのような考慮は、出捐を相続分に関連づけるものであつて、遺留分に関連づけるものではないからである。したがつて、そのような相続分と結びつけた指示には、遺留分への算入の定めが直ちに含まれるものではない。しかし、受益者が遺産から受け取るべきすべてのものから生前贈与を控除するべきとの意思表示が、具体的な事情から読み取ることができる限りで、遺留分への算入の指示であると理解することもまた可能である。

第四に、被相続人の意思がどのようなものであつたかについて、次のことが重要である。すなわち、出捐と同時に単なる遺留分権利者として受益者の相続権の剥奪が望まれているか、または、単に条項をもつて、被相続人の死亡によつてはじめて受け取るべきものを受受益者は被相続人の生前に前渡しされるが、出捐の法律上の効力は、相続開始時に相続すべきであること、すなわち、調整の問題となることを明確にしているに過ぎないかどうかということである。遺留分算入の承認のためには、被相続人が受益者に帰属する残余財産に対する遺留分権の削減を目的としていることを要する。このとき、相続権剥奪の意図は算入の定めを表すときに存在している必要はなく、その可能性を考慮していれば足りる。

第五に、被相続人の意思解釈において斟酌されるべき事情として、とりわけ、出捐と遺言作成の時間的關係、財産目

的物、相続開始前の受益者にとつての出捐物の経済的有用性、出捐の範囲および直系卑属を同様に扱うことに関する被相続人の考えが重要である。

第六に、第二三二五条に基づく算入の定めについての立証責任は、相続人の側にある。

以上のような先取り相続に関する判断を行った本判決は、とりわけ実務上重要な意義を有すると評されている⁽¹⁶⁾。すなわち、公証実務では、譲渡契約において広く先取り相続による出捐が行われているにもかかわらず、当該譲渡契約において、将来の相続を考慮してどのような法律効果が生じるべきかにつき何ら言及されるところのないことが多く、先取り相続の概念を解釈する必要性が指摘されていた⁽¹⁶⁾。この点につき、連邦通常裁判所は、第二三二五条および第二三二六条との関係において、「先取り相続」が一義的に第二三二六条第一項に基づく調整義務を導くものではなく、出捐をした被相続人の意思解釈により遺留分への影響を決すべき旨を示している。本判決は、その判旨中に引用するライヒ裁判所判決の立場に依拠しており、同様の事案において調整義務を導いた過去の判例（連邦通常裁判所一九八一年九月二三日判決⁽¹⁷⁾および連邦通常裁判所一九八八年一〇月一二日判決⁽¹⁸⁾）は、単に調整の指示が肯定され得ることを示したに過ぎないことを明らかにしたものと位置づけられる⁽¹⁹⁾。このように具体的事案において異なる解釈可能性が審査されるべきとした点は、被相続人の意思を確定することが事案によってはきわめて困難であるうとの指摘を受けつつも⁽¹⁹⁾、概ね好意的に評価されているようである⁽¹⁹⁾。

本判決に関して、次の点が指摘されている。すなわち、まず、先取り相続の概念は、「法律上存在しないもの (rechtliches Nichts)」ではなく、連邦通常裁判所が定義づけに従って独自の意義を有するに至つたことである⁽¹⁹⁾。次に、遺留分権利者である出捐受領者の保護のために、多くの見解が算入の定めを「認識させること」を要求するのに対し、本判決は算入の指示の承認のために出捐の受益者に「認識させることを」要求していないとの指摘もみられる⁽¹⁹⁾。また、算入の定め

の内容に関連して、本判決自身がドイツ帝国議会提案における第二二八条第二項（疑わしいときは、算入するものとする）の解釈規定の削除を指摘しており、このことは、疑わしい場合における算入の指示の承認に傾くものではないとする。その一方で、その反対解釈として原則的に調整の指示が導かれるというのでもない⁽¹⁴⁾。さらに、本判決によって、適切な被相続人の意思が明らかにされ得るときには、文言と完全に相違する帰結に至る可能性が開かれたものとされている⁽¹⁵⁾。

本判決が示したように、「先取り相続により」との文言および目的が、調整義務をより容易に想起させるものであるか（原則的に一致するものであるか）については、見解が分かれている。この点につき、肯定的に解する見解は、先取り相続においては受益者の価額に関する優遇ではなく、時系列上の優遇がその目的の中心であること、あるいは、出捐は直系卑属の将来の相続権を考慮してなされたのであって、その相続権は生前の出捐により相当分を縮減されるべきであること（事後的に相続権を剥奪されたときは、遺留分法（第二三二―六条第一項）における評価に移行する⁽¹⁷⁾）を理由とする。前者の理由を挙げる見解は、その目的を考慮すると、さしあたり被相続人の指示は實際上遺留分に関連するものではなく、このことから、連邦通常裁判所は、「先取り相続」との表示は単なる被相続人の出捐の動機を述べるに過ぎないものであって、調整または算入の意図を述べるものではないとの見解に反論するものであるとする⁽¹⁸⁾。これに対し、「先取り相続」はむしろ算入に調和的であると見解する見解は、連邦通常裁判所の見解によれば、算入の指示の承認は原則的に、被相続人が受益者に生存時の出捐のみで満足してもらうことを企図していた場合に限られることになり、きわめて視程の狭いものであると批判する⁽¹⁹⁾。この見解は、助言実務（Beratungspraxis）が、照会に対して、相続権剥奪および遺留分主張があった場合に、出捐の目的物が一定の価額を有するとき、出捐物を遺留分請求権から控除することを強調することが常であることから、先取り相続の概念を第二三二―五条に基づく算入の定めと解することが自然であると

する。⁽¹²⁾ また、調整は、ドイツ民法典における規定が不十分であり、直系卑属の平等取扱いをもたらさない場合もあること、配偶者は調整当事者とならないこと、受益者は剰余受領物を持ち戻す必要がないため、調整の指示があるにもかかわらず、遺産の価額が僅かであるのに対して、相続前に多額の財産を受けた受益者が利益を受けること、第二三二五条と第二三二六条第四項が十分に調和しておらず、共同相続人が多く存する場合、とりわけ、生存配偶者が相続に参与する場合に、調整の指示は、同時に表示された算入の遺留分制限効果を減じることなどを挙げ、被相続人が先取り相続によつて、第一に調整の定めをなそうとしていたという推定は疑わしいとしている。⁽¹³⁾

「先取り相続による」との表現の解釈において、どのような事情があれば調整ないし算入の指示であるとの性質を決定する根拠となるかという問題が残されていることもまた指摘されている。⁽¹⁴⁾ 連邦通常裁判所が列挙した事情を考慮するに、出捐と遺言作成における時系列上の関係は、被相続人の算入の意図に一致する傾向にあるとされる。⁽¹⁵⁾ 同様に、広範囲あるいは価値のある出捐、それも、遺留分請求権に関係するような価値のある出捐であるとき、および出捐物の利用期間が長期であるときもまた、算入の定めをしたものとする兆候であり得ると理解されている。⁽¹⁶⁾ これに対して、可能な限り遺留分権利者である直系卑属を同等に考慮するとの考えは、調整の指示に傾くものとされる。⁽¹⁷⁾

実務への影響として、本判決が明らかにした「先取り相続による」出捐の遺留分算定への影響可能性を考慮して、条項作成実務 (Kaufelapraxis) は今後、「先取り相続による」出捐の遺留分算定に関する影響を一義的に明確にしておくべき旨が併せて指摘されている。⁽¹⁸⁾ このとき、契約当事者、とくに将来の被相続人には、第二三二五条、第二三二六条第一項ないし第四項に基づく遺留分への影響可能性を、被相続人の意図および各形式の特徴を挙げつつ、明確に知らしめることが望まれる。⁽¹⁹⁾ とりわけ企業譲渡においては、譲渡時に当事者は相続権剥奪の可能性を考慮していない。しかし、当事者の関係性が事後的に悪化することにより、譲渡人の意思が、譲受人の権利を可能な限り縮減することに向けられ

ることもあり得ることから注意が必要である。⁽¹⁰⁾ また、司法実務については、裁判所は被相続人の意思に着目した譲渡行為の解釈という職責を果たすことに、助言および訴訟遂行をする弁護士は当事者にとって有利な方法を判断し、それを可能な限り追求することに努めるべきであるとされる。⁽¹¹⁾

第二節 今後の課題

以上のとおり、本稿では、先取り相続による出捐のあるときにおいて、第二三二五条および第二三一六条の適用関係（遺留分算定方法への影響）を示した連邦通常裁判所二〇一〇年一月二七日判決の紹介を主たる目的として、本件に係る限りで両規定における算定方法および周辺問題を概観し、本判決の位置づけおよび評価に触れた。

ドイツ民法典は、日本民法における遺留分請求に比して相当に複雑な体系を象っている。そしてまた、本稿で概観した第二三二五条および第二三一六条のみを取り上げてみても、個別の効果を含めたその制度理解は必ずしも容易ではない。法律を知らない者にとっては、殊更に難解であるものと思われる。こうした制度の難解さと相まって、被相続人に対し、法律上の文言に基づく効果がその者の望む効果を導くものであると認識させ、そのような認識のもとに的確な表現を選択するよう厳格に求めることは、時として不当な結果をもたらすものであるといえる。その意味では、契約書や遺言書などの文書中に記載された表現から離れた法律上の効果に関する解釈可能性もまた、一定程度承認することができよう。同時に、ここで指摘されているように、とくに専門家が関与するような場合には、被相続人の意思が、すでに生前に明確にされていることが望ましい。このとき、被相続人の意思と法律上導き得る効果が一致しているか、あるいは一致し得るかについても併せて確認される必要がある。このことは、相続に影響を及ぼす可能性のある生前処分と終意処分とを問わず等しく妥当するものであり、本件連邦通常裁判所判決を契機として、改めてその重要性が認識された

ものであるといえる。

先取り相続による生前処分⁽¹⁰⁾の遺留分算定への影響に關し、本件連邦通常裁判所は、「容易に想定することのできる」解釈を示しながらも、結局は、様々な事情の総合考量により被相続人の意思が確定されるべきであるとしており、きわめて柔軟な姿勢が伺われる。しかし、本件連邦通常裁判所判決は、先取り相続との表示によって一義的に遺留分算定方法が確定するわけではないことを述べたにとどまり、算定方法確定の解釈基準となり得る具体的態様に言及したものはない。

一方、日本においても、相続開始前に被相続人の意思を明確にしておくべきことはかねてから指摘されている。その意思と効果との合致もまたそのような要素として意識されなければならない。もともと、近年の自筆証書遺言の増加⁽¹¹⁾を考慮すれば、遺言の解釈の重要性はやはり顕著である。この点において、被相続人の真意の探求が、ドイツにおけるのと同様に裁判所の職責としてより強く認識させるものである。しかし、意思表示の当事者である被相続人がすでに死亡している以上、その「真意」につき一定の擬制が働くことは否めない。また、遺言は単独行為とはいえ、相続を契機とした財産の帰趨は、相続人相互間のみならず、遺言による受益者、相続債権者・相続人債権者をも左右し得るものである。遺言者の意思を尊重し、可能な限りその意思の実現を志向すること自体には賛同されるが、遺言者の意思の実現への過度な傾倒⁽¹²⁾は、これらの者の地位を不安定なものとしかねず、そのような意味でも一定程度の限界づけが必要である⁽¹³⁾。

本稿で紹介した本件連邦通常裁判所判決においては、あくまで、被相続人が取って明文に規定を持たない「先取り相続」による財産処分を選択したことの相続法上への影響を、遺留分算定方法を確定するレベルで取り上げられたに過ぎない。ここでは、そのような被相続人の行為態様は、関連状況の総合的な考慮と併せて、被相続人の意思と結び付く法

定された算定方法のいずれかを確定する一要因として位置付けられる。本件問題における対処を直ちに比較検討することはできないが、少なくとも、被相続人の意思の探求は、それ自体が相続法上の諸制度を度外視するような効果に直結させるものではない。一方で既述のように日本法における「相続させる」旨の遺言をめぐる諸問題の解決においては、被相続人の意思を重視し、その欲した効果を忠実に再現する作業に終始しているようにもみえる。換言すれば、被相続人の意思を探求したうえで、相続法上の諸制度に照らした解釈可能性の検討という過程を経ることなく、あるいはこれを（被相続人の意思に比して）軽視して、直接効果に結びつけているものともい得る¹⁸⁾。

既に述べたように、本稿では、本件連邦通常裁判所判決に関係する範囲で第二三一五条・第二三一六条を概観したにとどまり、そのうえで、遺留分算定方法の確定基準となる被相続人の意思の探求といった特定の問題を取り上げたに過ぎない。それゆえに、ここでの指摘がドイツ法における被相続人の意思の反映をめぐる問題一般に当然に敷衍されるわけではなく、さらなる検討を要するところである。また、日本法においても、被相続人の意思が相続法上の制度に照らしどこまで反映されるべきかとの問題は、前提として相続法上の諸制度の性質を正確に把握しなければならない。すでに言及したように、ある相続法上の制度において、元々被相続人の意思に沿うような効果ないし解釈が予定されているとすれば、あくまで被相続人の意思解釈が問題となるに過ぎないからである。遺留分制度の存在意義や「相続させる」旨の遺言をめぐる問題は、被相続人の意思の反映範囲を問う一場面であるといえる。以上を踏まえ、相続法上の諸制度の性質理解を前提として検討したうえで、右具体的場面における被相続人の意思の反映範囲の検討を今後の課題とした。

(1) 中川善之助・泉久雄『相続法』〔第四版〕（有斐閣・二〇〇〇年）六四六頁。

- (2) 藤原正則「最近三十年間の遺留分をめぐるドイツ法改正論議」(一)―(五) 北大法学論集五五卷三三頁、同四号二二三頁、同五号三五頁、同六号二二頁、五六卷二五五頁、青竹美佳「遺留分制度の昨日と基礎原理」ドイツにおける遺留分権論の憲法論的基礎付けによる新展開」(一)・(二) 法学論叢一五五卷一三〇頁、同三三二六頁、西希代子「遺留分制度の再検討」(一)―(七) 法協二二三卷九号一頁、同一〇号一頁、同一二号八九頁、一二四卷四号八一頁、同六号一頁、同七号一頁、同八号一頁、同九号三〇頁、同一〇号八七頁、一二五卷六号二二〇頁など。
- (3) 最高裁昭和三〇年五月一〇日判決・民集九卷六号六五七頁。
- (4) 最高裁平成三年四月一九日判決・民集四五卷四号四七七頁(目的物は、遺産分割を要さず、直ちに名宛たる相続人に承継されるものであり(遺産分割効果説)、遺留分を侵害された相続人は、遺留分減殺請求が可能である)。
- (5) 最高裁平成七年一月二四日判決・判時一六三三三〇頁(登記申請につき、遺言執行者とともにする必要はなく、また、遺言執行者は登記義務者ではない)、最高裁平成一〇年二月二七日判決・民集五二卷二二一九九頁(目的不動産に関する賃貸権確認請求訴訟の被告適格は、原則的に遺言執行者ではなく受益相続人にある)、最高裁平成一二年二月一六日判決・民集五三卷九号一九八九頁(遺言実現を妨害されている事情のあるときは、遺言執行の必要性がある場合を承認)。
- (6) 最高裁平成一四年六月一〇日判決・判時一七九一五九頁(「相続させる」旨の遺言による目的不動産の取得者は、登記なくしてその取得を第三者に対抗することができる)。
- (7) 最高裁平成二二年三月二四日・民集六三卷三三二四二七頁。
- (8) 最高裁平成二三年三月二二日・民集六五卷二二九九九頁(「相続させる」旨の遺言の名宛人が先死したときは、代襲相続は原則的に否定される)。
- (9) 最高裁判所により示された「相続させる」旨の遺言に関する一連の判決を整合的に理解することが可能であるかについては、本稿では立ち入らない。なお、この点に関しては、吉田克己「相続させる」旨の遺言・再考」野村豊弘「床谷文雄編著『遺言自由の原則と遺言の解釈』(商事法務・二〇〇八年)三三頁は、遺産分割効果説を再検討するものとして、諸制度との関係を踏まえつつ、類型的考察をされている。
- (10) もともと、被相続人の意思はあくまでも事後的に裁判所が認定するものであって、それが、真実被相続人の意思に沿うものであるかは不明である。その意味では、「被相続人の意思に沿う」との評価は、きわめて不安定な前提のもとで成り立っているということが留意されなければならない。
- (11) 前掲注(7)。本判決を検討するものとして、安部光彦「遺留分減殺額と相続債務との関係」平成二二年三月二四日最高裁判決までの裁判過程を「通じての検討」有地亨先生追悼論文集「変貌する家族と現代家族法」(法律文化社・二〇〇九年)二九〇頁、神谷遊「遺留分および遺留分侵害額の算定方法」久貴忠彦代表編集『遺言と遺留分 第二巻遺留分』(日本評論社・二〇一一年)五六頁以下、金亮完「本件判批」速報判例解説五号一

先取り相続における遺留分算定方法の確定

〇八頁、吉永一行「本件判批」法七六六一号一二八頁、本山敦「本件判批」法の支配 一五六号一七一頁、近江幸治「本件判批」私法判例リマークス四一七四頁、西希代子「本件判批」民商一四二巻三号三四頁、塩月秀平「本件判批」金法一八七七号六頁、塩崎勲「本件判批」銀行法務二二七四号一五頁、拙稿「本件判批」同志社法学三二巻第二号四〇九頁などがある。

(12) この点につき、西・前掲注(11)三二八頁は、強い遺留分制度に懐疑的な立場から、「被相続人の意思との関係で、遺留分権利者にきわめて厚い保護を与えることには疑問がある」として、本判決の結論に好意的な態度を示される。これに対し、本山・前掲注(11)一七六一一七八頁は、「相続させる」旨の遺言に関する判例の蓄積および本判決の妥当性が失われる場面を指摘し、「遺留分は、本来、物権的な『最小限度の権利』であったはずである」⁹⁹。

(13) BGH ZEV 2010, S.190=FamRZ 2010, S.640=NJW 2010, S.3023.

(14) 第三三五条以下に定める遺留分補充請求権もまた、第三三一条に対する例外を定めている。第三三五条以下の意義および目的は、被相続人にある生前の出捐が遺留分権を空洞化するのを妨げることにあることされている(Staudinger/Ulrich/Haas, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5, Neubearb., 2006, § 2315, RdNr.1.)⁹⁹。

(15) *Knut Werner Lange*, Reform des Pflichtteilsrechts: Änderungsvorschläge zu Anrechnung und Stundung, DrotZ 2007, S.84, 87.

(16) *Lange*, aa.O. (Fn.15), S.87.

(17) *Lange*, aa.O. (Fn.15), S.87.

(18) *Lange*, aa.O. (Fn.15), S.87f.; *Gerhard Oke*, Das Pflichtteilsrecht-Verfassungsrechtssprechung und Rechtspolitik, AcP 202(2002), S.315, 361.

(19) Münchener Kommentar/*Knut Werner Lange*, Bürgerliches Gesetzbuch, Ehrenrecht, Band 9, 5. Aufl., 2010, § 2315, RdNr.2.

(20) BGH DNotZ 1963, S.113, 114, OLG Düsseldorf FamRZ 1994, S.1491; Staudinger/*Haas*, aa.O. (Fn.14), RdNr.10; Münchener/*Lange*, aa.O. (Fn.19), RdNr.6.

(21) Staudinger/*Haas*, aa.O. (Fn.14), RdNr.10.

(22) BGH WM 1983, S.823.

(23) Staudinger/*Haas*, aa.O. (Fn.14), RdNr.11; Münchener/*Lange*, aa.O. (Fn.19), RdNr.7.

(24) Soergel/*Albrecht Dieckmann*, Bürgerliches Gesetzbuch Band 3, 13. Aufl., 2002, § 2315, RdNr.4; Staudinger/*Haas*, aa.O. (Fn.14), RdNr.11; Münchener/*Lange*, aa.O. (Fn.19), RdNr.7.

(25) 第三四六条第一項「被相続人の血族並びに配偶者は、被相続人との契約によって、その法定相続権を放棄することができる。放棄した者は、相続開始の時に最早生存していないものと同様に、法定相続から排除される。放棄した者は、遺留分権を有しない。」

第二項「放棄は、遺留分権に制限するものがあらう。」

- (26) Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.11; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.7.
- (27) OLG Düsseldorf FamRZ 1994, S.149f; Soergel / Dieckmann, a.a.O. (Fn.24), RdNr.4; Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.11; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.7.
- (28) Soergel / Dieckmann, a.a.O. (Fn.24), RdNr.4.
- (29) BGH DNolZ 1963, S.113.
- (30) BGH DNolZ 1963, S.113; Soergel / Dieckmann, a.a.O. (Fn.24), RdNr.5; Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.15; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.8.
- (31) BGH DNolZ 1963, S.113; Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.8.
- (32) Erman / Witzfied Schütler, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, 11. Aufl., 2004, § 2315, RdNr.3; Soergel / Dieckmann, a.a.O. (Fn.24), RdNr.5.
- (33) Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.13.
- (34) Erman / Schütler, a.a.O. (Fn.32), RdNr.4; Soergel / Dieckmann, a.a.O. (Fn.24), RdNr.6; Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.17; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.10. なお、被相続人は、算人の指示をした後に、その指示を単独行為により取り消すことがあつた場合、その方式を要するかについては見解が分かれてゐる (Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.33; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.11)。
- (35) 受遺者が、出捐の受領後に算入を合意した旨の意思表示をしたときは、遺留分放棄契約の存在が肯定される (Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.14)。
- (36) Erman / Schütler, a.a.O. (Fn.32), RdNr.4; Soergel / Dieckmann, a.a.O. (Fn.24), RdNr.6; Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.18; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.13. ただし、方式を欠く遺留分権利者の同意は足りなくともされる (Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.18)。
- (37) Erman / Schütler, a.a.O. (Fn.32), RdNr.4; Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.18; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.13.
- (38) Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.18.
- (39) Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.19; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.15.

先取り相続における遺留分算定方法の確定

先取り相続における遺留分算定方法の確定

同志社法学 六四巻一号 一四二(一四二)

- (40) Soergel / Dieckmann, a.a.O. (Fn.24), RdNr.6; Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.20; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.15.
- (41) 〃の場合も算人の定め自体に方式は要否を争うとする見解として、¹⁾ Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.22. 方式を要せざる見解として、²⁾ Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.10.
- (42) Lange, a.a.O. (Fn.15), S.87f.; Inge Kroppenbery, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 27.1.2010, JZ 2010, S.743.Lange は「受益者は算人に同意しなごころには、後述のように出捐を拒絶するに必要がなごころを指摘する。Kroppenbery もまた「原則的に事後的な算人の指示または変更が排除されてごころを理由に、遺留分権利者は一定の保護を受けてごころを指摘する。」
- (43) Erman / Schlüter, a.a.O. (Fn.32), RdNr.4; Soergel / Dieckmann, a.a.O. (Fn.24), RdNr.6; Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.27.
- (44) Soergel / Dieckmann, a.a.O. (Fn.24), RdNr.6; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.15.
- (45) Lange, a.a.O. (Fn.15), S.88; Kroppenbery, a.a.O. (Fn.42), S.744.
- (46) Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.57.
- (47) Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.36; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.19.
- (48) 事例および計算過程は、³⁾ Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.19に拠った。
- (49) 出捐が贈与であるときは、生前贈与を受けていながら、あるいは、僅かに出捐を受けたに過ぎない遺留分権利者のために、第三三二五条以下に基づく遺留分補充請求権が考慮される (Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.4; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.19)。
- (50) *Dominique Jakob*, Die Ausattung § 1624 BGB - ein familienrechtliches Instrument moderner Vermögensgestaltung, AcP 207 (2007), S.198, S.207. 〃の場合も、⁴⁾ 出捐が贈与であるときは、⁵⁾ 第三三二五条、第三三二九条の要件のもとで、遺留分補充請求権が考慮され得る (Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.14)。
- (51) 第二〇五〇条第一項「法定相続人として相続した直系卑属は、被相続人が出捐のさいに別段の定めをしていない限り、被相続人の生存中に被相続人より生計の資本として受けたものを分割のさいに相互に調整する義務を負う。」
本条の訳出は、太田武男・佐藤義彦編『ドイツ相続法(有妻閣・一九八九年)三九六頁「床谷文雄執筆部分」」に拠った。
- (52) 第二〇五七条a第一項「長期にわたり被相続人の家政、職業若しくは事業における共働、多額の金銭給付又はその他の方法により、被相続人の財産の維持又は増加に特に寄与した直系卑属は、分割の際、法定相続人として相続を受ける直系卑属間において調整を請求することができる。第二〇五二条を準用する。長期にわたり被相続人を介護した直系卑属も同様とする。」

本案の訳出にあたっては、太田＝佐藤編・前掲注(52)四二四頁「本沢巳代子執筆部分」を参考とした。

- (53) Staudinger / *Ursch Haas*, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5, Neubearb., 2006, § 2316, RdNr.1.
- (54) Soergel / *Albrecht Dieckmann*, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, 13. Aufl., 2002, § 2316, RdNr.3; Staudinger / *Haas*, a.a.O. (Fn.53), RdNr.16; *Jakob*, a.a.O. (Fn.50), S.208; Münchener Kommentar / *Knut Werner Lange*, Bürgerliches Gesetzbuch, Erbrecht, Band 9, 5. Aufl., 2010, § 2316, RdNr.3.
- (55) BGH NW 1993, S.1197; Soergel / *Dieckmann*, a.a.O. (Fn.54), RdNr.3; Staudinger / *Haas*, a.a.O. (Fn.53), RdNr.16; Münchener / *Lange*, a.a.O. (Fn.54), RdNr.3.

- (56) 第一九二三条第二項「相続開始の時にまだ生存しないが、すでに懐胎されていた者は、相続開始の前に生まれたものとみなす」
本条の訳出は、太田＝佐藤編・前掲注(52)三六頁「坂本オロフソン『優子執筆部分』」に拠った。

- (57) 直系卑属の一人が相続権を失った場合の調整義務を定める第二〇五一条第一項により、被相続人より先に死亡した直系卑属への出捐もまた第三一六条における調整の対象となる。また、第二〇五七条aは第二〇五一一条を参照していないが、直系卑属の有利となるように第二〇五一条第一項が適用されるべきであるとするのが支配的見解である(Soergel / *Dieckmann*, a.a.O., (Fn.54), RdNr.2)。この点に関する議論の詳細は、拙稿「ドイツにおける相続分の調整」同志社法学三三四号一七六頁、註58・60におおし言及して置く。

- (58) 第三三〇条「遺留分の算定につき基準となる相続分の確定においては、終意処分により相続から排除された者、相続を放棄した者又は相続欠格の宣告を受けた者も相続人に含める。相続放棄契約により法定相続から排除された者は、相続人に含めない。」
なお、「Ausschlagung」は相続開始後の相続放棄(第一九四四条以下)を指し、「Erbverzicht」は当事者間の契約による相続放棄(第三三六条。

訳出は前掲注(25)参照)を指す。

- (59) Soergel / *Dieckmann*, a.a.O., (Fn.54), RdNr.2; Staudinger / *Haas*, a.a.O. (Fn.53), RdNr.3; Münchener / *Lange*, a.a.O. (Fn.54), RdNr.4.
- (60) Soergel / *Dieckmann*, a.a.O., (Fn.54), RdNr.2; Münchener / *Lange*, a.a.O. (Fn.54), RdNr.4.
- (61) 第三三九条「被相続人の直系卑属又は傍系血族がその法定相続権を放棄したときは、放棄の効力は、別段の定めのない限り、その直系卑属に及ぶ。」
- (62) BGH NW 1993, S.1197; Soergel / *Dieckmann*, a.a.O., (Fn.54), RdNr.5.
- (63) Staudinger / *Haas*, a.a.O. (Fn.53), RdNr.10; Münchener / *Lange*, a.a.O. (Fn.54), RdNr.11.
- (64) Staudinger / *Haas*, a.a.O. (Fn.53), RdNr.12; Münchener / *Lange*, a.a.O. (Fn.54), RdNr.12.
- (65) 第二〇五五条第一項「各共同相続人が調整すべき出捐の価額は、分割のさいに、各自の相続分に算入する。調整すべき全出捐の価額は、調整が行

先取り相続における遺留分算定方法の確定

われる共同相続人に遺産が帰属する限りで、遺産に加算する。」第二項「価額は、出捐が行われた時点を基準として定める。」

本条訳出は、太田■佐藤編・前掲注(51)四〇八頁「山下登執筆部分」に拠った。

- (66) もともと、支配的な見解によれば、出捐が贈与であるときは、なお遺留分補充請求権の対象となり得るであろう(Soergel/Dieckmann, a.O., (Fn.54), Rdnr.29; Staudinger/Haas, a.a.O. (Fn.53), Rdnr.34, 58; Münchener/Lange, a.a.O. (Fn.54), Rdnr.14, 24.)。
- (67) Staudinger/Haas, a.a.O. (Fn.53), Rdnr.30。
- (68) 第二〇五七条a第四項「分割において、調整額は調整請求権者である共同相続人の相続分に加算される。調整額の合計は、調整がなされる共同相続人に帰属する限りで、遺産の価額から控除する。」
- (69) *Jürgen Dammrau*, Erbeschaftsanspruch und Erbausgleich, FamRZ 1969, S.579, 580; Erman/Wilfried Schütler, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, 11. Aufl., 2004, § 2057a, Rdnr.10; Staudinger/Haas, a.a.O. (Fn.53), Rdnr.46; Münchener/Lange, a.a.O. (Fn.54), Rdnr.17, usw. 以下は反対学的見解である。
- (70) 事例および計算過程は、Münchener/Lange, a.a.O. (Fn.54), Rdnr.18に拠った。
- (71) Staudinger/Haas, a.a.O. (Fn.53), Rdnr.33; Münchener/Lange, a.a.O. (Fn.54), Rdnr.18。
- (72) 事例は、Staudinger/Haas, a.a.O. (Fn.53), Rdnr.45に拠った。
- (73) 実務上、原則的に第三三二六条第四項において問題となる出捐は、法に基づき直接に調整の義務を負うもの、すなわち、生計の資本(第二〇五〇条第一項)および補助金(同条第三項)であり、明確な被相続人の指示によつてのみ調整がなされる第二〇五〇条第三項に基づく出捐が本項の適用対象となることは珍しくない(Staudinger/Haas, a.a.O. (Fn.53), Rdnr.48.)。
- (74) Münchener/Lange, a.a.O. (Fn.54), Rdnr.30。
- (75) Erman/Wilfried Schütler, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, 11. Aufl., 2004, § 2316, Rdnr.8; Soergel/Dieckmann, a.a.O., (Fn.54), Rdnr.20; Staudinger/Haas, a.a.O. (Fn.53), Rdnr.47。
- (76) Erman/Schütler, a.a.O. (Fn.75), Rdnr.8; Soergel/Dieckmann, a.a.O., (Fn.54), Rdnr.20; Staudinger/Haas, a.a.O. (Fn.53), Rdnr.49; Münchener/Lange, a.a.O. (Fn.54), Rdnr.30, usw.
- (77) 事例は、Münchener/Lange, a.a.O. (Fn.54), Rdnr.30に拠った。
- (78) Staudinger/Haas, a.a.O. (Fn.53), Rdnr.51; Münchener/Lange, a.a.O. (Fn.54), Rdnr.34, 以下は「Langes」の点についてLangeは、第三三二五条に基づく算入義

務の根本的な考え方に一致させ難い規定であり、とくに、被相続人により指示された調整が本条第四項において遺留分債務者に半分についてのみ考慮されるに過ぎないこと、および算入義務と調整義務を負う者が第三二五条ないし本条第一項にそれぞれ基づいて算入義務または調整義務の一方を負う者よりも劣後することは体系に反するとして、そもそも直系卑属のみが存することであったとしても、本条第四項に基づく遺留分算定には不具合があることを指摘する。そのうえで、直系卑属と配偶者が遺留分権利者になるときは、本条第四項が内包する問題の程度を激化するに過ぎないのであって、根本的な問題を生じるものではないとし、また、直系卑属のみが存するときのみ規定の適用可能性を制限する根拠はないとする(Münchener / ders., a.a.O. (Fn.54), RdNr.34.)。

- (76) Soergel / Dieckmann, a.a.O., (Fn.54), RdNr.22; Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.53), RdNr.51.
- (78) Soergel / Dieckmann, a.a.O., (Fn.54), RdNr.24; Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.53), RdNr.54-57; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.54), RdNr.35.
- (78) 事例をよび計算過程は、Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.54), RdNr.35に拠った。
- (82) Erman / Schiller, a.a.O. (Fn.32), RdNr.1; Soergel / Dieckmann, a.a.O., (Fn.24), RdNr.1f.; Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.2f.; Jakobs, a.a.O. (Fn.33), S.208; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.3.
- (83) Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.3.
- (78) Soergel / Dieckmann, a.a.O., (Fn.24), RdNr.6; Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.19, 23f., 50; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.14, 18, 33.
- (82) Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.19; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.14.
- (86) Erman / Schiller, a.a.O. (Fn.32), RdNr.4; Soergel / Dieckmann, a.a.O., (Fn.24), RdNr.6; Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.23; Münchener / Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.14.
- (88) Staudinger / Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.23; Haas は、このように、「相続分への算入の定め」の性質を解したうえで、第三二五条の起源史を持ち出し（起源史については、第三章第二節本件連邦通常裁判所判決における判旨参照）、相続分への調整の指示が、そのごく自然な意味を超えて直接遺留分に影響し得る（遺留分への算入が許される）のは、具体的な事案においてきわめて例外的な状況に限られるとする。これは、第三二五条に基づく算入には、とりわけ、出捐の時点で受益者が、遺留分を縮減する算入の効果が認識し得なければならないことを要すると考えるためである。
- (89) 第三二六条第一項に基づく調整義務のみの場合、前節第一款(3)(i)(a)において言及したように、第二〇五〇条以下の調整義務にもかかわらず

先取り相続における遺留分算定方法の確定

ならず、直系卑属は完全に平等に扱われるわけではない。しかし、同条四項に基づき算入および調整が競合するときは、出捐につき、調整手続きでは考慮されなかったもう半分の価額が算入手続きにおいて考慮されることになるからである。

- (90) Staudinger/Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.50, Münchener/Lange, a.a.O. (Fn.19), RdNr.33.
- (91) 藤原・ドイツの法改正論議(一)前掲注(2)七六頁以下。先取り相続に関しては、すでに、同書八一頁以下および新井誠編『高齢社会とエステイト・プランニング』(日本評論社・二〇〇〇年)一八五頁以下、二二四頁以下「藤原正則執筆部分」で詳細に紹介されている。
- (92) 新井編・前掲注(9)二二五頁「藤原正則執筆部分」。
- (93) Heinrich Lange/Kurt Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, neubearb. Aufl., 1995, S.495.
- (94) Lange/Kuchinke, a.a.O. (Fn.94), S.495.
- (95) Lange/Kuchinke, a.a.O. (Fn.94), S.496.
- (96) Dirk Olzen, Voreweggenommene Erbfolge in historischer Sicht, 1988, S.7f.
- (97) Lange/Kuchinke, a.a.O. (Fn.94), S.496. 新井編・前掲注(9)二二五頁「藤原正則執筆部分」、藤原・ドイツの法改正論議(一)前掲注(2)八一頁。なお、売買と解されるか否かには議論の余地があるとされる(Lange/Kuchinke, a.a.O. (Fn.94), S.496.)。
- (98) 第二章第一節第一款(2)(一)(b)参照。
- (99) Staudinger/Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.12.
- (100) Staudinger/Haas, a.a.O. (Fn.14), RdNr.19.
- (101) 本稿では遺留分算定の際に、被相続人からの出捐物の評価額算定について言及していないが、評価額の算定方法によっては、遺留分請求権の(間接的な)制限に繋がることになる。この点につき、とりわけ事業承継に対する遺留分の制限に関するドイツにおける議論については、青竹美佳「事業承継の妨害を正当化する遺留分権の根拠」修道法學字三三卷二号二二頁以下参照。
- (102) 本件では、当事者の主張にみられるように、遺留分算定に要する出捐の価額についての主張責任および立証責任についても問題とされているが、本稿では割愛する。また、本件連邦通常裁判所は、Y1主張の第二〇五七条aに基づき調整されるべき特別給付がどの程度調整され得るかについて確定されておらず、その確定を欠く限りは、Xの遺留分請求権を認定することができない旨を述べている。
- (103) OLG Frankfurt/M.v.25.3.2009, 19U126/08.
- (104) 本件判決における判旨の各小題は、ZEVI 2010, S.190ff.を参考とした。

- (90) *Christopher Keim*, Anmerkung zum Urteil des BGH v.27.1.2010, ZEV 2010, S.192; *Martin Löhnig*, Anmerkung zum Urteil des BGH v.27.1.2010, FamRZ 2010, S.643; *Inge Kroppenberg*, Anmerkung zum Urteil des BGH v.27.1.2010, JZ 2010, S.741.
- (91) *Keim*, a.a.O. (Fn.105), S.192.
- (92) BGHZ 82, S.274=FamRZ 1981, S.1173.
- (93) FamRZ 1989, S.175.
- (94) *Richard Lindner*, Anmerkung zum Urteil des BGH v.27.1.2010, jurisPR-BGHZwR 10/2010, Anm.2, unter C.
- (95) *Lindner*, a.a.O. (Fn.109), unter C.
- (96) *Keim*, a.a.O. (Fn.105), S.192; *Löhnig*, a.a.O. (Fn.105), S.643; *Kroppenberg*, a.a.O. (Fn.105), S.744; *Lindner*, a.a.O. (Fn.109), unter C.
- (97) *Kroppenberg*, a.a.O. (Fn.105), S.744. *Nicolai Funk*, Anmerkung zum Urteil des BGH v.27.1.2010, jurisPR-FamR 12/2010, Anm.1, unter D.
- (98) この点につき *Kroppenberg* は「算入指示の際の遺留分権利者の主観的なメルクマールについて、さらなる判決の集積が待たれる旨述べている (ders., a.a.O. (Fn.105), S.743)」。また *Lindner* は「やはり被相続人の意思は、譲渡契約の契約当事者としての譲受人にとって明らかである必要がある」とし、この問題は受益者の視点から解釈されるべき受領を要する意思表示なのであって、受領を要しない一方的な終意の指示ではないとす (ders., a.a.O. (Fn.109), unter C)」。算入の指示を出捐受領者「認識させる」ことの要否については、第二章第一節第一款 (2) (ii) (c) および前掲注 (26) 参照。算入の指示は受領を要する一方的な意思表示であることについては、同款 (2) (ii) (a) 参照。
- (99) *Kroppenberg*, a.a.O. (Fn.105), S.743. *Kroppenberg* は「相続分への調整の指示が遺留分に直接影響するのは、きわめて例外的な状況に限られるわけではなごとする (この点につき、前掲注 (70) 参照)」。また、第二〇五〇条以下に基づく調整がすべての直系卑属の平等取扱いを前提としており、またこの前提が、被相続人がそれと異なる指示をしていない場合に、典型的な被相続人の意思に合致するものではないとする。本件連邦通常裁判所が指摘しているように (第三章第二節 (ii) (e) 参照)、第二〇五〇条、第二〇五七条 a および第三三二六条は、具体的な事案において、直系卑属の完全な平等取扱いを導くものではないからである (この点につき、第二章第一節第二款 (c) (a) 参照)。
- (100) *Funk*, a.a.O. (Fn.112), unter D.
- (101) *Kroppenberg*, a.a.O. (Fn.105), S.744.
- (102) *Löhnig*, a.a.O. (Fn.105), S.644. *Löhnig* は「すべての状況が総合考量される必要がある」ことから「先取り相続」という語を選択したとしても、算

先取り相続における遺留分算定方法の確定

入が意図されることもあり得るとし、算入の定めの際には、被相続人の意思が直接、相続権を剥奪した出捐の受益者に帰属する遺留分請求権を可能ならんが範に削減するべきを目的とするものであるべきを要するとしている。この点に関しては、第二章第一節参照。

(118) *Kroppenberg, a.a.O.* (Fn.104), S.744. この点については、第三章第一節参照。なお、*Kroppenberg* は、後述の否定的見解への批判に続けて、生前の出捐者であり事後の被相続人の意思表示におおつ、実際の調査結果から明らかな意図が見出せない限りは、「先取り相続」との言い回しの解釈にこつて、それ自体意味をなすものではないとしている。

(119) *Keim, a.a.O.* (Fn.105), S.192f.

(120) *Keim, a.a.O.* (Fn.105), S.193.

(121) この点に関しては、第二章第一節第二款(3)(ii)および前掲注(78)参照。

(122) *Keim, a.a.O.* (Fn.105), S.193.

(123) *Kroppenberg, a.a.O.* (Fn.105), S.744.

(124) *Kroppenberg, a.a.O.* (Fn.105), S.744.

(125) *Löhnig, a.a.O.* (Fn.105), S.644; *Kroppenberg, a.a.O.* (Fn.105), S.744.

(126) *Kroppenberg, a.a.O.* (Fn.105), S.744. また、本件の問題ではないが、たとえば相続人自身が企業の承継者に指定されており、遺留分請求権による負担を可能な限り軽減したいとの理由から、当該相続人のために遺留分負担を可能な限り縮減することが被相続人にとって重要であるときは、算入の定めが前提されるべきと主張したところ、*Lindner, a.a.O.* (Fn.109), unter D; *Kroppenberg, a.a.O.* (Fn.105), S.744.)。

(127) *Kroppenberg, a.a.O.* (Fn.105), S.744. かつ、第三三二六条に基づく調整義務は、直系卑属の完全な平等取扱いを徹底するものではないことは、すべしに言及したとおりである。

(128) *Keim, a.a.O.* (Fn.105), S.193; *Löhnig, a.a.O.* (Fn.105), S.643; *Lindner, a.a.O.* (Fn.109), unter D; *Funk, a.a.O.* (Fn.112), unter D.

(129) *Lindner, a.a.O.* (Fn.109), unter D.

(130) *Funk, a.a.O.* (Fn.112), unter D.

(131) *Lindner, a.a.O.* (Fn.109), unter D.

(132) 平成二二年度の司法統計年表によれば、遺言書の検認の新受件数は、平成二〇年度で二六三三件、平成二一年度で二二九六三件、平成二二年度で一四九六六件である。

(13) 遺言者の真意探求（遺言解釈）の場面では、遺言者が現実は何を欲したかという現実的意思を探求する作業（解明的解釈）と事情変更を認識していればとの仮定のもとで、遺言者が欲していたらどう意思を探求する作業（補充的解釈）とがあるとされる（浦野由紀子「遺言の補充的解釈」ドイツにおける遺言完成後の事情変更と遺言の効力をめぐる議論を中心として）（一）（二）（三）「先」民商一一五卷一三二頁・民商一一五卷一三二頁・浦野・同（二）二五〇頁は、「探求の対象を『遺言者の真意』とのみ説明するならば、この『真意』は本来考えられる内容よりも不当に広範な内容を持つことになり、特に遺言修正との相違が曖昧になりかねない」との危惧を示し、解明的遺言解釈と補充的遺言解釈を区別したうえで、それぞの探求基準・方法の整備が必要であると指摘される。

(14) 本山敦「遺言の尊重——序説——『相続させる』旨の遺言の射程」立命館法学二九八号四一八頁以下もまた、「遺言は、遺言者の最後の意思表示だから、尊重されるべしとの言説がある」が、「しよせんは死者に過ぎない遺言者の意思に、何故、そこまでの価値を認め、生者である相続人ないし利害関係人が拘束されなければならないのか」との疑問を呈される。そのうえで、「相続させる」旨の遺言との関係で、解明すべき点の一つに「どこまで遺言者の意思を尊重するのか。これは、民法の理解自体と直結するからなかなか厄介である」とされる。

(13) 被相続人の意思の実現の過程において、遺言を「可能な限りこれを有効となるよう解釈すること」（最高裁判平成五年一月一九日判決・民集四七卷一四一頁）が目指されている。これに対しては、「わが国では、死者の意思表示と思われる文書があれば、できることならすべてを有効にする方向で扱うのが正しいことであるかのような趣旨で、一般に——特に実務界で——理解されているのではないかと思われる」（伊藤昌司「遺言自由の原則と遺言の解釈」補論「野村＝床谷編著・前掲注（9）書一〇六頁」との指摘がなされている。

(136) 伊藤昌司「相続法」（有斐閣・二〇〇二年）八五頁以下は、遺言の解釈基準につき、「解釈基準としては、まず何よりも実定法規が、それも民法の準則が尊重されるべきである」としたうえで、最高裁判所が示す「相続させる」旨の遺言の解釈につき、「いわば脱規範主義的な立場を顕著に示している」とされる。水野紀子「相続させる」旨の遺言の功罪」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分第一巻遺言』第「二版」（日本評論社・二〇一一年）二二五頁も、最高裁判所による解釈に懐疑的な立場を示し、「この遺言に対する主たる疑問は、…被相続人の希望を叶えることだけを重視して、遺留分等との関係を十分に考慮せず、相続法の体系性を無視する解釈に対するものである」とされる。