

北九州市立大学法政論集第四七卷第一・二合併号（二〇一九年二月）抜刷

論 說

共同相続人間の相続分譲渡と遺留分減殺

——最高裁平成三〇年一〇月一九日第二小法廷判決民集七二卷五号九〇〇頁を読んで——

小 野 憲 昭

論 説

共同相続人間の相続分譲渡と遺留分減殺

——最高裁平成三〇年一〇月一九日第二小法廷判決民集七二巻五号九〇〇頁を読んで——

小 野 憲 昭

- 一 はじめに
 - 二 事実の概要
 - 三 判決理由
 - 四 判例理論の検討
 - 五 今後の課題
- 一 はじめに

最高裁平成三〇年一〇月一九日第二小法廷判決は、共同相続人間においてなされた無償による相続分の譲渡は、

譲渡者の相続において、民法九〇三条一項に規定する持戻しの対象となる「贈与」に当たり、遺留分算定の基礎財産となり、遺留分減殺の対象となる贈与といえると判断した初めての最高裁判決である（以下、本判決という⁽¹⁾）。共同相続人間の相続分譲渡が遺留分減殺の対象となるかどうかという問題が裁判例に登場し始めたのは、平成一〇年代の半ばを過ぎてからのことのようにであるが、裁判例は積極消極両見解に分かれ対立していたから、問題を積極的に解する判断をもってこの問題に解答し、裁判実務を統一した本判決の意義は大きい。⁽²⁾

他方、学説においては、これまでこの問題を正面から論じた文献は見当たらないようであり、本判決を契機として、これから更に議論が重ねられなければならない問題であると私は思う。そのため、本稿では、本判決の採った理論を検討するとともに、判例理論を前提とした今後の実務上の課題をいくつか指摘することを通して、共同相続人間の相続分譲渡と遺留分減殺という問題について問題解明の手がかりをえようと思った。これが本稿の目的である。⁽³⁾

註

- (1) 本件最高裁判決については、青竹美佳「判批」ジュリスト臨時増刊平成三〇年度重要判例解説七九頁以下 有斐閣二〇一九年、川淳一「判批」新・判例解説 Watch 二四号 一〇三頁以下 日本評論社 二〇一九年、及び土井文美調査官の「解説」ジュリスト一五三四号九四頁以下 有斐閣二〇一九年がある。
- (2) 本件最高裁判決を紹介する無記名「解説」家庭の法と裁判一九号三三頁 日本除出版 二〇一九年によれば、消極判例として東京地判平成一六年一月一日（判例秘書、本件の原々審であるさいたま地判平成二八年一月二二日、及び本件原審の東京高判平成二九年六月二二日があり、積極判例としては、東京地判平成二四年一〇月二四日（判例秘書）、甲府地裁都留支部平成二八年二月六日判決（判時二二七〇号三四頁）、及びその控訴審である東京高裁平成二九年七月六日判決（判時二二七〇号三一頁）があるという。土井・前掲解説九五頁も参照。
- (3) なお、最高裁第二小法廷は、本判決と同日に、同旨の事案の別件訴訟において、本判決と同じ結論を採用した前

掲注（2）東京高裁平成二九年七月六日判決に対する上告を棄却した判決（最高裁第二小法廷平成三〇年一〇月一日九日判決（平成二九年（受第一七〇八号）である。）を下していることである。前掲無記名「解説」三三頁、土井・前掲解説九五頁参照。

（4）本稿は、二〇一九年五月三〇日に開催された、福岡地方裁判所小倉支部、福岡県弁護士会北九州支部、及び北九州市立大学の三者による民事判例研究会において報告させていただいた内容に大幅な加筆修正を加えたものである。研究会の席上、参加者の方々から多くの教示、参考資料をいただき、心より御礼を申し上げます。

二 事実の概要

被相続人Aは、先に死亡した亡Bの妻であり、X（原告・控訴人・上告人）及びY（被告・被控訴人・被上告人）は、亡Bと被相続人Aとの間の長女及び二男である。亡Bと被相続人Aとの間には、X、Yのほか、三男C及び養女D（Yの妻）がいる（長男亡Eは既に昭和二八年一二月に死亡している）。不動産を多数所有していた亡Bは、平成二〇年一二月に死亡し、Xの申立てにより行われた遺産分割調停事件の継続中に被相続人A及びDはYにそれぞれ相続分全部を譲渡したことにより、平成二二年一二月一九日、相続分の割合をX及びCが各八分の一、Yが四分の三として、亡Bの遺産を分割する調停が成立した。被相続人Aは、上記調停成立に先立つ同年八月二五日に、被相続人Aの全財産をYに相続させる旨の公正証書遺言（以下「本件遺言」という。）をしていた。被相続人Aは平成二六年七月に死亡したが、死亡時における被相続人Aの財産は、預金三五万二五五七円（以下「本件預金」という。）だけで、債務として未払いの介護施設利用料金等三六万七九三七円があった。

そこで、Xは、Yに対し、被相続人AがYに譲渡した相続分（以下「本件相続分」という。）も遺留分算定の

基礎となる財産に含まれるから、本件遺言によつて遺留分を侵害されたと主張して、遺留分減殺請求権に基づき、Yが亡Bから相続した土地建物の共有持分一六分の一につき、遺留分減殺を原因とする持分一部移転登記手続きを求めるとともに、既に処分済みの不動産、債権、現金、預貯金およびその他の財産（出資金、簡易生命保険、住宅建物総合保険、電話加入権）並びに本件預貯金の各遺留分額の合計一三二万九三九九円の支払いを求めた。

第一審（さいたま地方裁判所）、第二審（東京高等裁判所）ともに本件相続分の譲渡は民法九〇三条所定の「贈与」には当たらないとした。東京高裁の判断は「共同相続人間で相続分の譲渡がされたときは、積極財産と消極財産とを包括した遺産全体に対する譲渡人の割合的持分が譲受人に移転し、譲受人は従前から有していた相続分と新たに取得した相続分とを合計した相続分を有するものとして遺産分割に加わることになる。そして、遺産分割がされるまでの間は、共同相続人がそれぞれの持分割合により相続財産を共有することになるところ、上記相続分の譲渡に伴つて個々の相続財産について共有持分の移転も生ずるものと解される。しかしながら、相続分譲渡に伴う個々の相続財産についての共有持分の移転はその後に予定されている遺産分割による権利移転が確定的に生ずるまでの暫定的なものであり、遺産分割がされれば、その結果に従い相続開始の時に遡つて被相続人から直接的な権利移転が生ずる（最高裁判所平成一三年七月一〇日第三小法廷・民集五五卷五号九五五頁）。

本件において、平成二二年二月〇日に亡Bの相続人間に遺産分割調停が成立しているから、その結果に従い、相続開始の時にさかのぼつて亡BからX、Y及びDに対する直接的な権利移転が生じ、被相続人は、亡Bの個々の相続財産についての共有持分を有しなかつたことになる。そうであるから、本件相続分譲渡が被相続人のYに対する財産の贈与として、本件相続分譲渡によりYの取得した被相続人の相続分が被相続人の相続における遺留分算定の基礎となる財産になるということはできない。X引用の判例（最高裁平成一六年（受）第一二二二二号同一七年九月八日第一小法廷判決・民集五九卷七号一九三一頁）は各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債

権として確定的に取得した上記貸料債権の帰属は、後にされた遺産分割の影響を受けないというものであり、事案を異にし、本件に適切でない。……

被相続人が相続開始の時に有していた財産の価額は三五万二五五七円であり、前記のとおり、本件相続分譲渡は被相続人AのYに対する財産の贈与ではなく、他に被相続人の贈与した財産があることを認めるに足りる証拠はない。そして、証拠（乙3ないし5）によれば、被相続人Aには、相続開始時において、平成二六年六月分二万三六〇九円及び七月分一四万四三二九円合計三六万七九三八円の介護施設利用料金の未払い等があることが認められる。

そうすると、遺留分算定の基礎となる財産の額は〇円になり、被相続人Aの相続について、Xの遺留分の侵害はない。」

「また、Xは、相続分が経済的な価値を有する財産であり、その譲渡は生前贈与に当たるものと主張する〔が〕、相続分の譲渡によって、包括的な相続財産の持分とともに、譲渡人が有していた遺産に関わる法的地位も承継されることになり、譲渡人に特別受益があつてその法定相続分を超過している場合には、譲り受けた相続分の取得額が零になることもあるから、相続分の譲渡が必ずしも経済的な利益の増加をもたすわけではない。民法一〇二九条及び一〇三〇条に定める贈与については、全ての無償処分を意味し、債務免除や無償の人的物的担保の供与を含むなど、実質的な見地からの経済的な利益の供与まで広く含んでいると解されているが、相続分については、積極財産及び消極財産や特別受益、寄与分等の調整要素を含んだ包括的地位であるから、その利益性の判断については総合的な評価を要するものであつて、直ちにその経済的な利益を図ることはできない。そして、遺産分割は、遺産に属する物または権利の種類及び性質、各相続人の年齢、職業、心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮して行い（民法九〇六条）、共同相続人の協議によって、定められた相続分とは異なる内容の

遺産分割を取り決めることも許され、最終的にどれだけの遺産を取得できるかは、遺産分割に参加する地位と遺産を取得できる枠を譲り渡すものであり、共同相続人が譲り受けた場合、遺産の取得枠が広がるものの、最終的な遺産の帰属は遺産分割協議を待たなければならぬのであるから、単純に相続財産の贈与があつたものと同視することはできない。」というものであつた。

Xは上告受理の申立てをして、次のように主張した。「民法は、明確な意図をもって、生前に対価なく流出した被相続人の財産については遺留分算定の基礎に加えるという枠組みを採用しているものである。その法意は明らかであり、民法は、相続開始時に存在した財産のみを遺留分の対象にしたのでは生前贈与によつて遺留分権利者に相続させないことが可能となつてしまい、そのような事態となつてしまつては遺留分権利者の生計の資本等のために相続財産の一定割合を留保しようとした遺留分制度の趣旨が没却されてしまうため、生前に流出させた財産をも遺留分算定の基礎に加えることとしたものである。……

そして、民法が懸念した上記事態は、まさに相続分の譲渡においても生じるものである。

すなわち、相続分は、相続財産全体に対して各共同相続人が有する割合的な持分あるいは法律上の地位であると解されているところ、それが譲渡されれば、全ての相続財産の一定割合を取得できる権限が譲受人に移転してしまうことになる。これは、財産が個別に生前贈与される場合よりも更に大規模な財産の流出となり得る事態である。この点、原判決は、後述のとおり、特別受益の存在などによつては相続分の価値が零になる可能性がある」と指摘しているが、そのような例外的場面を指摘して上記懸念を無視することに正当性は一切ない。むしろ、極めて大きな経済的価値の移転となり得ることこそ重要であり、そもそも経済的価値があるからこそ譲渡がなされるのであつて、相続分の譲渡は、明らかに、民法が懸念する上記事態を生じさせる事態である。……

民法上、相続分を遺留分の対象から除外するとした明文規定は存在しない。にもかかわらず、原判決は、民法

九〇九条本文を根拠に本件請求を棄却しているのであるが、……同条が存在するからといって原判決のような結論にはならない。むしろ、上述した法意を前提とすれば、同条は、相続分の財産性を否定するものではないと解釈されるべきであって、これに反する原判決は甚だ不当である。」

三 判決理由

「共同相続人間で相続分の譲渡がされたときは、積極財産と消極財産とを包括した遺産全体に対する譲渡人の割合的な持分が譲受人に移転し、相続分の譲渡に伴って個々の相続財産についての共有持分の移転も生ずるものと解される。

そして、相続分の譲渡を受けた共同相続人は、従前から有していた相続分と上記譲渡に係る相続分とを合計した相続分を有するものとして遺産分割手続等に加わり、当該遺産分割手続等において、他の共同相続人に対し、従前から有していた相続分と上記譲渡に係る相続分との合計に相当する価額の相続財産の分配を求めることができることとなる。

このように、相続分の譲渡は、譲渡に係る相続分に含まれる積極財産及び消極財産の価額等を考慮して算定した当該相続分に財産的価値があるとはいえない場合を除き、譲渡人から譲受人に対し経済的利益を合意によって移転するものといえることができる。遺産の分割が相続開始の時に遡ってその効力を生ずる（民法九〇九条本文）とされていることは、以上のように解することの妨げとなるものではない。

したがって、共同相続人間においてされた無償による相続分の譲渡は、譲渡に係る相続分に含まれる積極財産

及び消極財産の価額等を考慮して算定した当該相続分に財産的価値があるとはいえない場合を除き、上記譲渡をした者の相続において、民法九〇三条一項に規定する『贈与』に当たるとは認めない。

以上と異なる見解に基づき、本件相続分譲渡はその価額を遺留分算定の基礎となる財産額に算入すべき贈与に当たらないとしてXの請求を棄却すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、さらに審理を尽くさせるため、本件を原審に差戻すこととする。」（破棄差戻）

四 判例理論の検討

本判決は、共同相続人間における無償の相続分譲渡は、譲渡者の相続において民法九〇三条一項に規定する贈与に該当するとして初めての最高裁判例である。民法九〇三条一項に規定する贈与に該当する以上、民法一〇四条によって、共同相続人間における無償の相続分譲渡は、遺留分算定の基礎財産となり、遺留分減殺の対象となる贈与であるというのである。

遺留分減殺の対象となるのは、遺留分算定の基礎となる財産であり、遺留分算定の基礎財産には、民法一〇四条による九〇三条の準用により、遺贈の他にいわゆる持戻し贈与も算入されるから、相続分の譲渡が民法九〇三条所定の特別受益に該当する贈与といえるかどうかは本判決では問題となつたのである。最高裁は、相続分の譲渡は、「積極財産と消極財産とを包括した遺産全体に対する譲渡人の割合的な持分」を譲受人に移転させ、それに伴って「個々の相続財産についての共有持分の移転も」譲受人に生じさせるものであり、「相続分の譲渡を

受けた共同相続人は、従前から有していた相続分と上記譲渡に係る相続分とを合計した相続分を有するものとして遺産分割手続等に加わり、当該遺産分割手続等において、他の共同相続人に対し、従前から有していた相続分と上記譲渡に係る相続分との合計に相当する価額の相続財産の分配を求めることができることとなる」のであるから、「相続分の譲渡は、譲渡に係る相続分に含まれる積極財産及び消極財産の価額等を考慮して算定した当該相続分に財産的価値があるとはいえない場合を除き、譲渡人から譲受人に対し経済的利益を合意によって移転するものといえることができる」と判示した。

判旨の意味を明らかにするために、関連判例を通覧してみると、本判決が、これまでになされたいくつかの最高裁の判断を確認し踏襲した上で構成されたものであることを見て取ることができる。

（一）まず、相続分譲渡の法的性質についてであるが、すでに、最高裁は、個々の相続財産に対する共同相続人の持分のほかに、積極財産と消極財産とを包括した遺産全体に対する共同相続人の割合的な持分を観念できるし、これを相続人外の第三者だけでなく共同相続人にも譲渡することができるとして、共同相続人間に対する相続分の譲渡には農地法三条一項所定の知事の許可はいらないと判断していたし、共同相続人のうち自己の相続分の全部を譲渡した者は、遺産分割を求めることはできないから、遺産確認の訴えの当事者にはなれないといっていた。

すなわち、最判平成一三年七月一〇日民集五五卷五号九五頁は、「共同相続人間で相続分の譲渡がされたときは、積極財産と消極財産とを包括した遺産全体に対する譲渡人の割合的な持分が譲受人に移転し、譲受人は従前から有していた相続分と新たに取得した相続分とを合計した相続分を有するものとして遺産分割に加わることとなり、分割が実行されれば、その結果に従って相続開始の時にさかのぼって被相続人からの直接的な権利移転が生ずることになる。このように、相続分の譲受人たる共同相続人間の遺産分割前における地位は、持分割合の

数値が異なるだけで、相続によつて取得した地位と本質的に異なるものではない。……また、相続分の譲渡による権利移転は、その後に予定されている遺産分割により権利移転が確定的に生ずるまでの暫定的なものであつて、遺産分割による農地についての確定的な権利移転については許可を要しない。」⁵⁾としてゐる。そして、最判平成二六年二月一四日民集六八卷二号一一三頁は、「遺産確認の訴えは、その確定判決により特定の財産が遺産分割の対象である財産であるか否かを既判力をもつて確定し、これに続く遺産分割審判の手續等において、当該財産の遺産帰属性を争ふことを許さないとすることによつて共同相続人間の紛争の解決に資することを目的とする訴えであり、そのため、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要する固有必要的共同訴訟と解されているものである（……）。しかし、共同相続人のうち自己の相続分の全部を譲渡した者は、積極財産と消極財産とを包括した遺産全体に対する割合的な持分を全て失うことになり、遺産分割審判の手續等において遺産に属する財産につきその分割を求めることはできないのであるから、その者との間で遺産分割の前提問題である当該財産の遺産帰属性を確定すべき必要性はないといふべきである。そうすると、共同相続人のうち自己の相続分の全部を譲渡した者は、遺産確認の訴えの当事者適格を有しないと解するのが相当である。」⁶⁾といったのである。

(二) 次に、本件事案における相続分の譲渡者である被相続人Aの死亡は、譲渡の時から四年以上経過後のようであるから、本件相続分譲渡を遺留分算定の基礎財産に算入するためには、民法一〇四四条によつて九〇三条が準用される際に、民法一〇三〇条が適用され、共同相続人に対する持戻し「贈与」が、遺留分権利者に損害を加えることを知つてなされた場合を除いて、一年以内の贈与に限られるのかどうかという問題になるが、この問題についても、すでに最高裁の判断がある。すなわち、最判平成一〇年三月二四日民集五二卷二号四三三頁は、共同相続人間に対する持戻し贈与には原則として民法一〇三〇条の適用がないとしていた。「民法九〇三

条一項の定める相続人に対する贈与は、右贈与が相続開始よりも相当以前にされたものであって、その後の時の経過に伴う社会事情や相続人など関係人の個人的事情の変化をも考慮するとき、減殺請求を認めることが右相続人に酷であるなどの特段の事情のない限り、民法一〇三〇条の定める要件を充たさないものであっても、遺留分減殺の対象となるものと解するのが相当である。ただし、民法九〇三条一項の定める相続人に対する贈与は、すべて民法一〇四四条、九〇三条一項の定める要件を満たさないものであっても、遺留分減殺の対象となるものとして解するのが相当である。ただし、民法九〇三条一項の定める相続人に対する贈与は、すべて民法一〇四四条、九〇三条の規定により遺留分減殺の基礎となる財産にされるところ、右贈与のうち民法一〇三〇条の定める要件を満たさないものが遺留分減殺の対象とならないとすると、遺留分を侵害された相続人が存在するにもかかわらず、減殺の対象となるべき遺贈、贈与がないために右の者が遺留分相当額を確保できないことが起こり得るが、このことは遺留分制度の趣旨を没却するものといふべきであるからである。」⁸⁾と書いていたのである。

(三) 「相続分の譲渡に伴って個々の相続財産についての共有持分の移転も生ずる」というのは、新たに説示された内容であり、相続分の譲渡が持戻し贈与にあたる⁹⁾と説くその理由の一部であるが、遺産分割前のいわゆる遺産共有を民法二四九条以下に規定する通常の共有であると解する判例の立場に立つと当然の説示であるといえよう。例えば、最判昭和三〇年五月三十一日民集九卷六号七九三頁は、「相続財産の共有（民法八九八条、旧法一〇〇二条）は、民法改正の前後を通じ、民法二四九条以下に規定する『共有』とその性質を異にするものではないと解すべきである。……それ故に、遺産の共有及び分割に関しては、共有に関する民法二五六条以下の規定が第一次的に適用せられ、遺産の分割は現物分割を原則とし、分割によって著しくその価格を損する虞があるときは、その競売を命じて価格分割を行うことになるのであって、民法九〇六条はその場合にとるべき方針を明らかにしたものに外ならない」と⁸⁾書いていたし、最判昭和三八年二月二十二日民集一七卷一号二三五頁は、各相続人は

個々の相続財産の持分権を自由に処分できるという前提に立って、相続人の一人が勝手に相続不動産に単独名義の相続登記をして、その上に第三者が売買予約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記をしている場合には、「相続財産に属する不動産につき単独所有権移転の登記をした共同相続人中の乙ならびに乙から単独所有権移転の登記を受けた第三取得者丙に対し、他の共同相続人甲は自己の持分を登記なくして対抗しうるものと解すべきである。ただし乙の登記は甲の持分に関する限り無権利の登記であり、登記に公信力なき結果丙も甲の持分に関する限りその権利を取得するに由ないからである」と判示し、その他の相続人は、各自の有する持分に適合する更正登記手続きを求めることができるとした。⁹⁾ また、最判昭和五〇年一月七日民集一九卷一〇号一五二五頁も、「共同相続人が分割前の遺産を共同所有する法律関係は、基本的には民法二四九条以下に規定する共有としての性質を有すると解するのが相当であつて（……）、共同相続人の一人から遺産を構成する特定不動産について他人の有する共有持分権を譲り受けた第三者は、適法にその権利を取得することができ（……）、他の共同相続人とともに右不動産を共同所有する関係に立つが、右共同所有関係が民法二四九条以下の共有としての性質を有するものであることはいうまでもない。そして、第三者が右共同所有関係の解消を求めるとして裁判上とるべき手続は、民法九〇七条に基づく遺産分割審判ではなく、民法二五八条に基づく共有物分割訴訟であると解するのが相当である。」といっているのである。¹⁰⁾

（四）注目すべき新たな判断は、最高裁が、相続分譲渡は「譲渡人から譲受人に対し経済的利益を合意によって移転するものといふことができる」から、「共同相続人においてされた無償による相続分の譲渡は、譲渡に係る相続分に含まれる積極財産及び消極財産の価額等を考慮して算定した当該相続分に財産的価値があるとはいえない場合を除き、上記譲渡をした者の相続において、民法九〇三条一項に規定する『贈与』に当たると判断したことである。そして、「遺産の分割が相続開始の時に遡ってその効力を生ずる（民法九〇九条本文）とき

れていることは、「解することの妨げとなるものではない」というのである。

まず、問題となるのは、民法九〇三条一項によって持戻しの対象とされるのは遺贈と婚姻もしくは養子縁組のため又は生計の資本としての「贈与」であるから、相続分の譲渡がこの生計の資本としての「贈与」に該当するかどうかである。

これまで学説においては、この問題を正面から論じた文献は見当たらないようであるが、学説は、共同相続人間の公平を実現するという特別受益持戻し制度の趣旨を活かすために、従前から持戻し贈与の意味を広く解し、民法が贈与契約として規定するものに限る必要はないから、寄付行為や無償の債務免除もこれに含まれると解してよいし、その他にも相続分の前渡しとみられる程度に大きい財産的利益の供与があれば、生計の資本としての贈与を含めてよいとしてきた。⁽¹¹⁾ 例えば、高木多喜男教授は、「いわゆる形式的意味における贈与だけが持戻しの対象になるわけではありません。たとえば教育をもらったというように、要するに無償の利益を受けたような場合には、実質上は贈与でありまして、そういうものは持ち戻しの対象とすべきであります。また、相続人が負っていた借金を被相続人が代って弁済し、求償権を放棄したというような場合もその利益を持戻しの対象とすべきです。それから、被相続人が相続人から借金をしており、その代物弁済として不動産の所有権を与えたのですが、不動産の価額が借金の額をかなり上回っている場合には、その差額は実質上贈与であるとして、持戻しの対象とした審判（大阪家裁審判昭和五一年三月三一日家裁月報二八卷一一号八一頁）があります。贈与という形態をとらなくても無償の利益供与があれば、持戻しの対象になる」といっておられる。⁽¹²⁾ 本判決も、右学説の解釈態度を採用して、共同相続人間の無償による相続分の譲渡は、譲渡者の相続において、持戻し贈与に当たると判断したのである。

確かに、相続分譲渡は譲渡人と譲受人との合意によるものであり、共同相続人間の相続分の譲渡であれば、譲

受人である相続人は、相続開始の時から有していた相続分と譲渡人から新たに取得した相続分とを合計した相続分を有するものとして遺産分割に参加し、本判決のいう「譲渡に係る相続分に含まれる積極財産及び消極財産の価額等を考慮して算定した当該相続分に財産的価値があるとはいえない場合を除く」けば、譲受人である相続人は、従前から有していた相続分以上の相続的利益を遺産分割によって取得することができることになるのである。この点を捉えると、相続分の譲渡は、贈与と同様に合意によって譲受人に実質的に経済的利益を供与するものであるといってもおかしくない。遺産分割前のいわゆる遺産共有を民法二四九条以下に規定する通常の共有であると解する判例の立場からすれば、むしろその論理から当然導かれうる理解であるともいえよう。

加えて、特別受益の持戻し制度もそうであるが、遺留分制度もともに共同相続人間の公平を実現するための制度であり、本件の場合には、いわば両制度が連動している事案であるから、なおさら不公平感正の必要を感じてもおかしくはない。Bの相続の遺産分割調停におけるA相続分の譲渡がなければ、Bを相続することによってAが取得した相続財産をAの遺産として、そこからXは相続分に応じた遺産の配分を受けることができたのに、AがXに相続分を譲渡し、そしてAに固有の財産といえるほどの財産がないために、Xは遺産の配分には与えない。それならばせめて遺留分の確保はできてしかるべきだという考えにも肯けないことはない。

次に問題となるのは、民法九〇九条本文の適用との関係である。本件相続分譲渡は遺産分割調停の中で行われた共同相続人間の財産の変動であるから、遺産分割の遡及効を定める民法九〇九条本文の適用により、譲受人は相続開始の時から自己本来の相続分と譲り受けた相続分とを併せ持っていたことになり、権利の変動はなかったことにはなるのではないかと解することができるからである。本件原審はそうのように解した。「相続分譲渡に伴う個々の相続財産についての共有持分の移転はその後に予定されている遺産分割による権利移転が確定的に生ずるまでの暫定的なものであり、遺産分割がされれば、その結果に従い相続開始の時に遡って被相続人から直接的

な権利移転が生ずる」から、「相続開始の時にさかのぼって亡BからXY及びDに対する直接的な権利移転が生じ、被相続人は、亡Bの個々の相続財産についての共有持分を有しなかったことになる。」そうすると、「本件相続分譲渡が被相続人のYに対する財産の贈与として、本件相続分譲渡によりYの取得した被相続人の相続分が被相続人の相続における遺留分算定の基礎となる財産になるといふことはできない」といったのである。

これに対して、最高裁は、本判決の構成は民法九〇九条本文の解釈と矛盾するものではないという。しかし、その理由についての説示は特でない。これまで最高裁は、最判昭和四六年一月二六日民集二五卷一号九〇頁において、遺産分割後に相続不動産の共有持分を仮差押えした第三者と遺産分割により共有持分権を取得した相続人は対抗関係に立つことを明らかにした判断の前提としてであるが、「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものではあるが、第三者に対する関係においては、相続人が相続によりいったん取得した権利につき分割時に新たな変更を生ずると実質上異ならない」と判示し、あくまで「第三者に対する関係においては」と断ったうえで、遺産分割によって相続人間で権利変動、すなわち持分の相互移転が行われるものとの理解を示すにとどまっていた。⁽¹⁵⁾

学説も、遺産分割の性格を分析すると、遺産分割の協議や調停においては共同相続人間に和解や持分の相互交換・贈与といった各相続人の合意による共有持分権の得喪変更の事実があることを否定できないとし、前掲最高裁昭和四六年一月二六日判決の判断をこぞって支持しているのではあるけれども、その理解をもって、民法九〇九条本文に定める遺産分割の遡及効の意味が共同相続人間においても失われ、共同相続人間の権利移転の事実が否定できなくなつたとの見解はこれまで学説においては見当たらなかつたように思われる。例えば、柚木教授は、戦後の民法改正の際に、民法九〇九条にただし書を新設したことによって、「合有説は殆ど全くその存在を否認せられることとなつたのである。」といわれるが、「但書の結果として、分割前に第三者が相続人の持分の上に取

得した権利は、分割によって何等その効力を妨げられないこと、移転主義におけると同様になった。」といわれたにとどまる¹⁹⁾。また、鈴木禄弥教授は、宣言主義、移転主義を説明される部分も含めて紹介すると、遺産分割の「効果は、相続開始のときに遡るとされている（九〇九条本文）。すなわち、遺産分割の結果である各人の単独所有は、相続開始の時に既に存在したものとみなされ、分割はこれをあらためて宣言したものにすぎない、と通説は構成するのである。かかる学説を遺産分割の宣言主義という。宣言主義によれば、遺産共有の状態は存在しなかったものと擬制される。しかし、現行相続法の下では、法文の文理にもとづくこの宣言主義は実質上崩壊し、むしろ、遺産共有の状態の時期が存在する事実を率直に認めて分割によりはじめて単独所有が成立するという移転主義ないし創設主義の方が事態を説明しやすくなっている。すなわち、遺産分割の結果は、遺産共有の時期に遺産中のある物につき相続人の一人からその持分権を譲り受けた第三者がある場合には、この第三者を害しえない、とされている（九〇九条但書……）。このことは、宣言主義によると、遺産分割は相続開始時にすでにおこなわれたとみるのが原則だが、上述のような第三者があるときは、この第三者の保護のため、分割の遡及効が例外的に否定される、と説明するほかない。しかるに、移転主義によれば、このような迂回なしに、この点を説明できる」といわれるが、それに続けて、「ただし、相続人相互の関係においては、やはり、分割の効果は遡及される、といわざるをえない（九〇九条本文）」²⁰⁾といっておられるのである。

本判決は、第三者に対する関係に限らず、共同相続人間においても遺産分割中の権利の変動について遺産分割の遡及効の適用が制限される場合があることを認めるもので、この点に関する従来の判例理論をさらに一歩進めて徹底し、そこから生ずる共同相続人間の不公平を是正しようとした判断であるといえよう。

(五) かくして、最高裁の判断によれば、共同相続人間においてなされた無償の相続分譲渡も、持戻しの対象となる贈与に当たり、遺留分減殺の対象になり得るというのであるが、この構成は果たして落ち着きのよい結果

をもたらすものといえるのであろうか。気になることがいくつかある。

(1) まず、本判決の判断によれば、調停において成立している遺産分割の内容を、後日実質的に覆すことを許す結果になってしまうことである。もちろん遺留分権利者が遺留分を請求するかどうかは権利者の意思によることであるから、請求しないということもありうるであらう。しかし、請求があると、裁判所は、遺留分に相当する範囲ではあるが、相続分譲渡人である相続人から相続利益が取り戻せることを認めないわけにはゆかなくなる。ただ、その請求をした遺留分権利者は、前の相続の遺産分割調停において、相続分譲渡が行われ、相続分譲渡人が、自己の固有の相続分に加え、譲渡者の相続分も合せて取得することに合意し、遺産分割の結果に納得して調停を成立させたその当事者の一人である。しかも、調停調書に記載された内容は、調停成立後は確定判決と同一の効力を有しているはずなのである（家事事件手続法二六八条）。それなのに、遺留分の範囲であるとはいっても、遺産分割調停における合意内容が後日実質的に覆せることを認めることになってしまう。私はその結果をそのまま受け入れることに大いにためらいを感じる。

もつとも、そうかといって、このような結果になるのを避けるためであるからといって、家庭裁判所による遺留分事前放棄の許可（民法一〇四三条）がないのに、調停調書に後の相続における遺留分事前放棄の条項を盛り込むことはできないし、後日の遺留分の請求は禁反言であるとして、信義則違反を理由にこの請求を濫用として制限するという構成を広く採用することにも無理がある⁽²²⁾。また、遺産分割調停の法的性格の理解について、和解ないし贈与・交換といった相続人間の合意を実質とするという発想から離れて、例えば、合同行為的な要素を有するものと解する場合には、共同相続人間の相続分の譲渡は民法九〇三条所定の贈与には当たらないといえることになるであろうが、私は、遺産分割協議や調停は相続人間の合意を基礎とするものであると思うから、問題を解決するためにその方向で議論を深めなければならないものとは思っていない。本判決の判断を前提とする限り

は、調停による遺産分割の内容が後日一部実質的に覆され、合意が反故にされてしまう結果になることは避けられないのではないかと思う。

そのように考えてくると、宣言主義を採用している遺産分割制度を有する我が国においては、むしろ本件原審の判断を採る方が、制度の趣旨に忠実であり、落ち着きのよい結果をえられるように思えてくるが、その構成によると、後の遺留分の請求が制限される根拠のさらなる説明が必要であろう。²⁴⁾ 最高裁の判断を前提とする限りは、前の相続と後の相続は、それぞれ別個独立のものであるから互に関連付けないように別々に考えることにするようにと割り切るしかないということになるのであろうか。

(2) 次は、本判決の射程の問題である。本件事案は、相続分の譲渡が遺産分割調停継続中に申し出られ、譲渡者が相続分譲渡証書を作成提出して遺産分割調停当事者から脱退した事案であると思われるが、このような手続をとらないまま、当事者全員が遺産分割調停において話し合い、譲り合いを積重ねた結果として、被相続人の配偶者が相続財産をほとんど取得しないということになり、他の共同相続人の一人が当該配偶者から相続分の譲渡を受けたのと実質的には変わらない遺産分割調停が成立することもあり得ると思う。この場合にも、本判決の射程は及び、後の当該配偶者の相続において、遺留分を有する他の相続人は、前の相続において本来の法定相続分以上の相続財産を取得していた相続人に対して遺留分減殺請求権が行使できるということになるのであろうか。

私は、どちらの場合も、遺産分割の遡及効の適用がある遺産分割の準備行為または分割そのものであり、実質的に相続人の合意による共有持分権の得喪変更があったものと見ることができるとどまるといふ点で、その本質において差はないと思うけれども、あえて両者を区別するとすれば、後者に比べると前者、すなわち、譲渡証書が作成提出され相続分譲渡が行われる場合の方が、譲渡人、譲受人相互間の合意による相続利益の供与であることが明確であり、贈与の法形式に副い、証明も容易である。遺産分割の遡及効の原則を可能な限り維持するた

めには、本判決の射程はこの場合にとどめ、後者の場合には、遺留分減殺の対象とはならないと解すべきものと思う。

- (5) 本判決の判例批評としては、伊藤昌司・判例評論五二三号以下、小野幸二・民商法雑誌一二八巻三号三四七頁以下等があり、大橋寛明調査官の解説『最高裁判所判例解説民事編平成一三年度（下）』五七六頁以下 法曹会二〇〇四年がある。
- (6) 本判決には、石綿はる美・ジュリスト一四七九号臨時増刊平成26年度重要判例解説八九頁以下、宇野映人・法学協会雑誌一三二巻一〇号一九八六頁以下、金子敬明・民商法雑誌一五一巻六号五〇五頁以下、秦公正・新判例解説Watch 一六号一四一頁以下、松原弘信・法律時報別冊私法判例リマックス五一号一六頁以下の判例批評等があり、加本牧子調査官の解説『最高裁判所判例解説民事編平成二六年度』五九頁以下 法曹会 二〇一七年がある。
- (7) 本判決の主な判例批評として、伊藤昌司・ジュリスト一一五七号臨時増刊平成10年度重要判例解説九一頁以下、上野雅和・判例評論四七九号三二頁以下、中川淳・私法判例リマックス一九号八〇頁以下があり、野山宏調査官の解説『最高裁判所判例解説民事編平成十年度（上）』三二〇頁以下 法曹会 二〇〇一年がある。
- (8) 本判決については、内山尚三・別冊ジュリスト四〇号家族法判例百選〔新版・増補〕一三三頁以下、中尾英俊・別冊ジュリスト六六号家族法判例百選〔第三版〕二〇六頁以下、等の判例批評があり、三淵乾太郎調査官の解説『最高裁判所判例解説民事篇 昭和三十年度』六六頁以下 法曹会 一九五六年がある。
- (9) 本判決の判例批評としては、石田喜久夫・民商法雑誌四九巻四号一六四頁以下、泉久雄『相続法論集』四七七頁以下 信山社 一九九一年、小野幸二・別冊ジュリスト家族法判例百選〔第六版〕一四六頁以下、品川孝次・ジュリスト増刊民法の判例第三版六一頁以下等があり、瀬戸正三調査官の解説『最高裁判所判例解説民事篇 昭和三八年度』五三頁以下 法曹会 一九六四年がある。
- (10) 本判決の判例批評には、泉久雄・ジュリスト増刊民法の判例第三版二四六頁以下、小山昇・民商法雑誌七四巻六号九八九頁以下、玉田弘毅・判例評論二〇七号一七頁以下等があり、川口富男調査官の解説『最高裁判所判例解説民事篇 昭和五十年度』四九九頁以下 法曹会 一九七九年がある。

- (11) 島津一郎『註釋相續法（下）』〔中川善之助責任編集〕二二九頁 有斐閣 一九五五年、中川善之助、泉久雄『相續法〔第四版〕』二七〇頁以下、六五九頁 有斐閣 二〇〇〇年。同旨、高木多喜男『口述相續法〕六六頁以下、七九頁 成文堂 一九八八年、鈴木祿弥『相續法講義改訂版〕二七一頁 創文社 一九九六年、潮見佳男『相續法〔第四版〕』二二四頁 弘文堂二〇一一年、窪田充見『家族法民法を学ぶ 第二版〕四〇二頁 有斐閣 二〇一三年。
- (12) 高木・前掲書七九頁。
- (13) 有地亨、二宮周平『新版注釈民法（二七）相續（二）相續の効果〔補訂版〕』（谷口知平、久貴忠彦編）二八八頁 有斐閣 二〇一三年、司法研修所編『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題〕一六六頁。
- (14) 前掲最高裁判平成一三年七月一〇日判決参照。
- (15) 本件については、泉・前掲相續法論集五五六頁以下、岡垣学・民商法雑誌六五卷六号九八七頁以下、佐内良平・別冊ジュリスト二二五号民法判例百選三親族・相續一四四頁以下、品川孝次・別冊ジュリスト四〇号家族法判例百選〔新版・増補 二四〇頁以下、星野英一・法学協会雑誌九〇卷二号四〇一頁以下、等の判例批評があり、野田宏調査官の解説『最高裁判所判例解説民事篇昭和四六年度〕二九頁以下 法曹会 一九七二年がある。
- (16) 本判決以前、被相続人Aの約二億円の遺産につき、Aの配偶者であり、一億円の国税滞納者である相続人Bが、他の共同相続人とともに、自己の法定相続分額（約一億円）をはるかに下回る約二〇〇〇万円の遺産を取得し、Bの近くに居住し面倒を見られるAB間の子の一人であるXに法定相続分額（約五〇〇〇万円）をはるかに上回る約一億二千八百万円を取得させることとした遺産分割協議が、国税徴収法三九条所定の「第三者に利益を与える処分」に該当するかどうか争われた最高裁の判例がある。最判平成二一年二月一〇日民集六三卷一〇号二五二一六頁は、「遺産分割協議は、相続の開始によって共同相続人の共有となった相続財産について、その全部又は一部を、各相続人の単独所有とし、又は新たな共有関係に移行させることによって、相続財産の帰属を確定させるものであるから、国税の滞納者を含む共同相続人の中で成立した遺産分割協議が、滞納者である相続人にその相続分に満たない財産を取得させ、他の相続人にその相続分を超える財産を取得させるものであるときは、国税徴収法三九条にいう第三者に利益を与える処分に当たり得るものと解するのが相当である。」と判示し、XをBの国税滞納に係る第二次納税義務者であるとした。この判例が検索できたのは、本稿執筆中における、小野弁護士からの情報提供のおかげである。判例理論を理解する参考になる。この判例の批評等の主なものとしては、浅妻章如・法学協会雑誌

- 一三〇巻七号二二六頁以下、占部裕典・判例評論六二八号二頁以下、高橋祐介・民商法雑誌一四二巻六号五三頁以下、谷口哲也・別冊判例タイムズ三三二号平成二二年度主要民事判例解説三二二頁以下があり、古田孝夫調査官の解説『最高裁判所判例解説民事篇平成二二年度（下）』九二九頁以下、法曹会二〇二二年がある。
- (17) 星野英一「遺産分割の協議と調停」『中川善之助教授還暦記念家族法大系VI 相続（一）』三四八頁以下、有斐閣一九六〇年、我妻栄二・唄孝一『判例コンメンタールVII 相続法』日本評論社、一九六六年、三四三頁、中川川泉・前掲書三五五頁。
- (18) 前註(15)に紹介する文献参照。
- (19) 柚木馨『判例相續法論』二二二頁以下、有斐閣一九五三年。
- (20) 鈴木・前掲書二四二頁以下。
- (21) 前註(4)の研究会において出席者からいただいた提案の一つである。
- (22) 遺留分減殺請求権の行使が信義誠実の原則に反し、権利濫用にあたるかと判断した裁判例としては、東京高判平成四年二月二四日判時一四一八号八頁が報告されている。事案は、複雑であるが、八八歳で死亡した母親Aが、そのAを約二〇年にわたって同居し世話してきた長女Yに対して、世話してくれたことに対する謝礼ないし代償の意味を込めて遺産である土地を単独で相続させる旨の遺言をした。その際に、長男X₁はその遺言に賛成し、遺留分を放棄する旨の念書を作成していたので、Yとその夫はその約定を信じて、旧居宅を取り壊し、その跡地である本件土地上にY名義の本件建物を新築し、その建物にY夫婦はA女と同居し、A女が死亡するまで約三年間その世話をしていた。ところが、A死亡後に、長男X₁と三男X₂が遺留分減殺請求権を行使してきたというものであった。宇田川判事は、東京高裁がX₁らの減殺請求を信義誠実の原則に反し権利の濫用に当たると判断したのは、「Y夫婦がX₁、X₂の遺留分減殺請求権放棄の言動を信頼して本件建物の建築等の新たな権利関係を構築したところ、X₁、X₂が以前の言動と相容れない遺留分権の行使に及んだこと、その結果Y夫婦が右構築した権利関係を維持できずに多大な損害を被ること、即ち、X₁、X₂が以前の言動と矛盾する権利の行使を行い、それがY夫婦の信頼を裏切ることとなり、その結果被るY夫婦の損害がX₁、X₂の法律上の利益と比較しても軽視できない程度であることを重視した」のであるろうと言っておられる（宇田川基・別冊判例タイムズ八二二号平成四年度主要民事判例解説一二七頁参照。本判決については、なお、平井一雄・法律時報別冊私法判例リマックス七号一九九三（下）八七頁以下参照。

(23) これも前註(4)の研究会において出席者からいただいた提案の一つである。

(24) 今後、民法九〇九条に関する研究の一層の進展が期待される。近時の研究の成果として、松川正毅「遺産分割と遡及効」『現代民法学の理論と実務の交錯高木多喜男先生古稀記念』二九九頁以下 成文堂 二〇〇一年、小粥太郎「遺産の管理——遺産分割の遡及効からの考察」法律時報八九卷一—号二四頁以下 二〇一七年が注目される。

(25) 家庭裁判所は、遺産分割調停の当事者から相続分譲渡の申出があれば、譲渡者に印鑑登録証明書と共に相続分譲渡証書、脱退証明書の作成提出を求めているとのことである。司法研修所編前掲『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題』一六九頁、片岡武「初任者のための遺産分割講座第三回相続人の範囲・相続分・遺産の範囲の確定」家庭の法と裁判第四号一六七頁 日本加除出版 二〇一六年参照。

五 今後の課題

本判決を前にして、今後留意すべき点としては、以下の三点を指摘しておかなければならないと思う。

(一) まず、家庭裁判所は、遺産分割の調停手続きにおいて、本件事案同様、被相続人の高齢の配偶者から他の相続人に対して相続分を譲渡する旨の申出があり、譲受人である相続人が譲渡者である配偶者の推定相続人である場合には、後日譲渡者の相続において当該譲渡相続分が遺留分を有する他の共同相続人から減殺される(↓遺留分侵害額請求権を行使される)⁽²⁶⁾可能性があり得ることを説明しておく必要があるように思われる。共同相続人間の相続分の譲渡が遺留分減殺(↓遺留分侵害額請求)の対象になるということは、これまであまり我々の意識に上らなかつたことである。しかし、最高裁の判断が下された以上、今後はこの種の遺留分の請求が増加すると私は思うからである。

説明の際に、後の相続の開始が、かなりの年数を経過した後である場合でも、遺留分減殺権(↓遺留分侵害額

請求権）が行使される可能性があり得ることも合せて説明しておく必要がある。二〇一八年七月六日に成立し、二〇一九年七月一日から施行された「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」によって、これまで相続人に対する生前贈与は、その時期を問わずすべて遺留分算定の基礎となる財産の価額に算入されると解されていた（前掲最高裁判平成一〇年三月二四日判決参照）のが改められて、一〇年という期間制限が設けられることになった（民法第一〇四四条三項）。けれども、譲渡された相続分に対して遺留分減殺権（↓遺留分侵害額請求権）が行使される場合、今回の相続法の改正によって、一〇年の期間制限がどこまで相続分譲受人に有利に働くことになるのかは疑問である。改正法においても、被相続人と受贈者が遺留分権利者に損害を加えることを知ってなした場合には、従前通り相続開始より一〇年以前になされた贈与もなお算入されることになっている。相続分の譲渡当時、すでに高齢に達しており将来の財産の増加が期待できず、遺留分を侵害することになるかも知れないことを認識しながら相続分を譲渡したという場合には、一〇年を経過していても遺留分減殺（↓遺留分侵害額請求）の対象になり得るのは、民法改正の前後を通じて変わりはないと思われるからである。

（二）次に、相続分譲渡が遺留分を侵害する場合の遺留分侵害額の算定についてである。

本判決はその算定方法について判示している判例ではない。相続分譲渡が減殺された場合の減殺額の算定方法を明示する裁判例としては、東京高判平成二九年七月六日判時二三七〇号三一頁があり、東京高裁は、原審の甲府地都留支判平成二八年二月六日の判断（判時二三七〇号三四頁）をそのまま採用して、「亡父Aの相続におけるYの相続分六分の五のうち、被相続人母Bから譲渡された相続分は六分の三であるから、Yの取得したAの財産のうち五分の三がBから譲渡された部分である。Yは、本件相続分譲渡後のYの包括的な割合的持分六分の五に対応するものとして遺産分割により原判決別紙記載のAの財産を具体的に権利として取得したところ、Xらは、その五分の三にXらの遺留分六分の一を乗じた各一〇分の一を遺留分減殺により取得することになる。

したがって、原判決別紙遺産目録記載の各財産のうち、不動産については、各一〇分の一ずつの共有持分がXらに帰属することになるとともに、預貯金、処分済みの各株式の評価額および代償金の合計額である三八九八万二九七八円の一〇分の一である三八九八万二九七円ずつについて、YがXらに支払うべきである。」と判示している。²⁷

事案は、Aが平成元年に死亡し、Aの相続人はその妻BおよびA・B間の子であるX₁、X₂、Yであったが、平成五年に、Bは法定相続分二分の一をYに譲渡し、X₂も六分の一の法定相続分をYに譲渡したため、Yが六分の五、X₁六分の一の相続分の割合で遺産分割審判が行われた（最終的には東京高裁判平成二二年三月六日決定をもって確定した）。平成二五年、Bが死亡し、Bに固有の遺産はなかったため、Xらは、BがYに譲渡したAの法定相続人として有していた相続分が、Bの相続において遺留分算定の基礎となる財産であると主張して、平成二六年四月に遺留分減殺の意思表示をした上で、Yに対して、遺産目録記載の各不動産については、各一〇分の一ずつの持分移転登記を、預貯金、処分済みの各株式の評価額および代償金の合計額については、三八九八万二九七円ずつの支払いを求めたというものである。

右判例は、審判分割がなされた事案であり、調停による遺産分割の場合には、必ずしも法定相続分の割合を基準に分割がなされるわけではないから、それだけ遺留分侵害額の計算がやかいかいにはなるけれども、参考になる判例である。また、相続分の譲渡がなされてから、譲渡人の相続が開始するまで長期間が経過し、その間の経済状態等の変化によって、遺留分減殺請求（↓遺留分侵害額請求）を認めることが譲受人である共同相続人に苛酷な結果を生じさせることもあり得よう。その場合には、「民法九〇三条一項の定める相続人に対する贈与は、右贈与が相続開始よりも相当以前にされたものであって、その後の時の経過に伴う社会事情や相続人など関係人の個人的事情の変化をも考慮するとき、減殺請求を認めることが右相続人に酷であるなどの特段の事情の」ある場合には、遺留分減殺の対象とならないとする前掲最高裁判平成一〇年三月二四日判決が参照されるべきであろう。

(三) 譲渡相続分に対して遺留分侵害額請求権を行使した結果、遺留分権利者に帰属する権利は遺産分割の対象となるかどうかという問題も未解決のままである。

最判平成八年一月二六日民集五〇巻一三三頁は、被相続人（遺言者）が共同相続人の一人に行った全財産の包括遺贈を減殺することによって遺留分権利者に帰属した権利は遺産分割の対象となる相続財産ではないと判示する⁽²⁵⁾。すなわち、「遺贈に対して遺留分権利者が減殺請求権を行使した場合、遺贈は遺留分を侵害する限度において失効し、受遺者が取得した権利は遺留分を侵害する限度で当然に減殺請求をした遺留分権利者に帰属するところ（……）、遺言者の財産全部についての包括遺贈に対して遺留分権利者が減殺請求権を行使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するのが相当である。その理由は、……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等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、……遺留分減殺請求権行使の効果が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、……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権を行使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に掲記する代わりにこれを包括的に表示する実質を有するもので、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からである。」というのである。他方、最決平成二四年一月二六日家月六四巻七号一〇〇頁は、遺言による相続分の指定によって遺留分を有する共同相続人の遺留分が侵害される場合には、相続分の指定が遺留分減殺の対象になるとするが「相続分の指定が、特定の財産を処分する行為ではなく、相続人の法定相続分を変更する性質の行為であること、及び、遺留分制度が被相続人の財産処分の自由を制限し、相続人に被相続人の財産の一定割合の取得を保障することをその趣旨とするものであることに鑑みれば、遺留分減

殺請求により相続分の指定が減殺された場合には、遺留分割合を超える相続分を指定された相続人の指定相続分が、その遺留分割合を超える部分の割合に応じて修正されるものと解するのが相当である」とし、その修正は遺産分割手続きにおいて行えると判示している²⁹⁾。

包括遺贈は、財産を特定しないで、権利も義務も含めた相続財産の全部又は分数的割合で示されたその一部を遺贈の対象とするものであり、遺言によって指定される相続分も相続財産上の権利義務の承継割合のことをいうのであるから、両者の性質に違いがあるとは思われないし、遺留分制度は、法定相続人に法定相続分の一部を保障する制度であり、遺留分権利者が減殺によって取得する権利は遺留分という法定相続分の一部である相続財産の一定割合と解する見解を支持すべきものと私は思っている。そして、わが国は、戦後の民法改正によって、遺産分割は家庭裁判所の審判にゆだねることにしたのであるから、遺産分割を家庭裁判所の審判に委ねた現行相続法の理念に忠実な構成を求めるならば、包括遺贈、相続分の指定、そのいずれについてもそれが遺留分減殺（↓遺留分侵害額請求）の対象になった場合の取戻財産の取り扱いは遺産分割手続きにおいて行われるべきものと思っているのであるが、最高裁はそのように考えてはいないようである。

しかし、前掲最高裁判平成八年一月二六日判決の判断が下された今日でも、共同相続人の一人に全部包括遺贈がなされ、遺留分権利者全員が減殺請求をしているような場合には、「この場合各自の法定相続分が遺留分率に修正されたと同様に考え」ることができるから、「当事者全員が家裁の審判手続で解決することに同意したときには、遺産分割を行なう」ことができるとの主張がなされているし、³⁰⁾①当事者全員の合意があること、②取戻財産等が、客観的かつ主観的に見て、本来の遺産に対して従たる関係にとどまると評価できること、③留保財産については、遺留分減殺の請求を受ける相手方が相続人であること、という条件を充たせば民法九〇七条二項、家事審判法九条一項乙類一〇号が類推適用され、遺産と併せて分割審判をすることができるとの解釈提案もある。³³⁾また、前掲

最高裁平成八年一月二六日判決は、特定遺贈及び全部包括遺贈が減殺された場合について判断したもので、全部包括遺贈に対して遺留分減殺請求権が行使された場合には、「全部包括遺贈とそれに対する遺留分減殺請求によって物権上の共有状態が生ずることになり、共有物分割が必要となること勿論である」が、割合的包括遺贈、相続分の指定遺言、相続分の指定を伴う分割方法の指定遺言、割合的「相続させる」遺言が減殺の対象となつた場合には、前掲最高裁平成八年一月二六日判決の射程は及ばず、減殺による取戻財産に関する法律関係も遺産分割において取り扱うことが許される、という見解もある³⁵⁾。この立場に立たれる雨宮判事は、さらに、「被相続人Aの死亡後、その妻Bが死亡し、Bはその全財産を長男Cに包括遺贈する旨の遺言を作成していたので、次男D及び三男Eは遺留分減殺請求権を行使した。」という事例を挙げられ、前掲最高裁平成八年一月二六日判決の「判示自体は、全部包括遺贈についての一般論として述べているので、この場合にも物権法上の共有状態が生ずることになるかとも考えられるところではあるが、Bの遺産としてB固有の遺産がなく、Aの遺産に対する相続分だけだった場合には、この判決の射程が及ばないと考えるべきではないかと思う。なぜならば、この場合第一次相続についての相続分というのは、まだ遺産全体の中の割合でしかなく、本件判決のように『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実質を有するもの』ということができない場合であるからである。したがって、この場合の全部包括遺贈は特定遺贈の集合体であるというよりは、むしろ、割合的包括遺贈の中のその割合が一〇〇%とされている場合であると考えられるのであって、そうであるならば、この全部包括遺贈に対して遺留分減殺請求権が行使されても、減殺によって修正された遺贈割合及び相続分に応じた、受遺者その他の相続人との遺産共有の状態が生ずるに過ぎず、遺産分割が依然として必要なままの状態であると解すべきである」といっておられるのである³⁶⁾。

そしてさらに、近時、被相続人Aが死亡し、Aの妻DとAD間の長女Y及び二女Xが相続人であったが、Aの

遺産を分割する前にDが死亡し、Dには死亡前に作成した全遺産をYに遺贈する旨の自筆証書遺言（以下D遺言書という。）があったため、XからYに対して遺留分減殺請求がなされたという事案において、「D遺言書によるYに対する包括遺贈は、本件相続に係るDの相続分を含んでいる点で、そもそも最高裁判平成八年判決と事案を異にしているから、Xが上記包括遺贈に対し、遺留分減殺請求権を行使したとしても、上記包括遺贈の対象とされた本件相続に係る亡Dの相続分が直ちに本件相続に係る遺産分割の対象財産としての性質を失うものではない」という判断を下した、大阪高決平成二九年一月二二日判タ一四五六号六九頁も報告されている。大阪高裁は、さらに続けて、「この理は、相続分の譲渡によって共同相続人として有していた一切の権利義務が包括的に譲受人に移転し、以後当該譲受人が遺産分割（遺産分割協議及び遺産分割審判）に当事者として関与する地位を得る（……）ことに照らしても、明らかであるというべきである（なお、D遺言書による包括遺贈の対象とされた本件相続に係る亡Dの相続分が本件相続に係る遺産を構成する個別財産に対する物権的持分であると解する余地がないではないけれども、D遺言書による包括遺贈の相手方が本件相続の共同相続人であるYであり、D遺言書が作成された時点においては、いまだ本件相続の遺産分割がされておらず、亡Dが如何なる財産を相続するのか確定していなかったことに加え、本件相続において誰が如何なる財産を相続するのかについては、もとより本件相続の遺産分割によって決められるべきであることなどに照らせば、D遺言書による包括遺贈によってYに遺贈されたものは、本件相続に係る亡Dの相続分であったと解すべきである。」と判示しているのである。

本判決において最高裁は、AのYに対する相続分の譲渡が、民法九〇三条一項所定の贈与に当たると判示するのであるが、相続分譲渡は、「相続分の譲渡に伴って個々の相続財産についての共有持分の移転も生ずる」とはいっても、前掲最判平成八年一月二六日判決が判示する全部包括遺贈についての性質理解のように、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実質を有するものではもちろんないし、特定の財産の集合

体を処分する行為でもない。相続分の譲渡が遺産分割の準備行為として共同相続人に対して行われた場合には、譲渡者は後日の遺産分割によって経済的利益を得られるはずの遺産全体の中の一定割合を譲受人である共同相続人に供与するのであり、譲渡の結果をみると、譲受人である相続人の法定相続分を変更する性質の行為であるといえるにとどまるのであるから、前掲最高裁判平成二四年一月二六日決定の判断に準じて、遺留分減殺請求により譲渡相続分が減殺された場合には、相続分の譲渡が遺留分減殺の対象になった場合の遺留分割合を超える譲渡相続分が、その遺留分割合を超える部分の割合に応じて修正されることになる、つまり、相続分の譲渡が遺留分侵害額請求の対象にされた場合の取戻財産は遺産分割の対象になると解すべきことを、我々は確認しておく必要がある。

(26) 二〇一九年七月一日に「民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律（平成三〇年法律第七二号）」が施行されたことに伴い、本文括弧書きのように用語の使用が改められた。本章では、今後のことを論じるのであるから用語を変更することが望ましいが、施行前の判例、学説をそのまま紹介しなければならないところもあり、書き改めると不統一は避けられない。可能な限りで変更又は併記するにとどめることをお許しいただきたい。

(27) 前掲註（2）参照。

(28) 本判決については、矢尾和子「遺留分減殺請求による取戻財産の性質と遺産分割事件の運営——最高裁第二小法廷平成八年一月二六日判決を中心として——」家月四九巻七号一頁以下、泉久雄「遺留分減殺請求二題」『家族法の研究』一七一頁以下、有斐閣、一九九九年参照。本判決の主な判例批評等として、島田充子・判例タイムズ九四五号平成八年度主要民事判例解説二〇〇頁以下、高木多喜男・法律時報別冊私法判例リマックス一四号一九九七（上）八〇頁以下があり、大坪丘調査官の解説『最高裁判所判例解説民事篇 平成八年度（上）』二二頁以下、法曹会一九九九年がある。

(29) 本判決の判例批評の主なものとして、金子敬明・ジュリスト臨時増刊一四五三号平成二四年度重要判例解説八七

- 頁以下、千藤洋三・法律時報別冊私法判例リマックス四六号七四頁以下、床谷文雄・別冊ジュリスト二三九号民法判例百選Ⅲ親族・相続「第二版」八七頁以下がある。
- (30) 高木・前掲書三七四頁、五一三頁参照。
- (31) 高木・前掲書三七四頁、中川Ⅱ泉・前掲書六七七頁。
- (32) 島田・前掲註(27) 判批二〇二頁。
- (33) 矢尾・前掲註(27) 論文四六頁以下。
- (34) 雨宮則夫「遺産分割手続きにおける遺留分減殺請求の取り扱い」判例タイムズ九六四号七頁。なお、全部包括遺贈と割合的包括遺贈とを区別し、全部包括遺贈に対し遺留分減殺請求がなされた場合の法律関係は、特定遺贈に対して遺留分減殺請求がなされた場合と同様遺産分割において扱うべきではないと説いた文献としては、田中壮太Ⅱ岡部喜代子Ⅱ橋本昇Ⅱ長秀之『遺産分割事件の処理をめぐる諸問題』六三頁以下法曹会一九九四年がある。前掲最高裁平成八年一月二六日判決はこの見解に拠ったようである。
- (35) 雨宮・前掲論文七頁。

(本学法学部教授)

Reprinted from

KITAKYUSHU SHIRITSU DAIGAKU HOU-SEI RONSHU

Journal of Law and Political Science. Vol. XLVI No.1/2

December 2019

**Cession gratuite par un héritier de sa part
de succession à un des
cohéritiers peut être réduite**

ONO Noriaki