

## 遺留分減殺請求権の性質

—— 相続主義を中心として ——

酒 井 誠

一、はじめに

二、ローマにおける遺言相続の發展經過とその制限（義務分の發生）

(一) 最古時代

(二) 古典時代から帝政時代にかけて

(三) ユスティーニアヌス帝時代

三、ゲルマンにおける法定相続の發展經過とその拘束解除（自由分の發生）

(一) 古代

(二) フランク時代から中世にかけて

(三) 中世末期

四、わが民法における相続主義

(一) フランス民法上の包括受遺者の地位

(二) わが民法における包括受遺者の地位ならびに相続主義

五、遺留分の存在理由とその性質（相続主義決定の価値）

六、遺留分減殺請求権の性質

(一) 各説の概観

(1) 形成権 || 物権説

(2) 形成権 || 債権説

(3) 請求権説

(二) 請求権説に対する批判

(三) 物権説と債権説との具体的検討

(1) 物権説

(2) 債権説

(四) 減殺請求権行使後の遺留分権利者と第三者との関係

(1) 物権的形成権説

(2) 債権的形成権説（無因的物権行為独自性説を基礎とする）

(五) 時効との関係

(1) 物権説

## (2) 債権説

### 七、結語

#### 一、はじめに

遺留分権の具体的実現手段たる遺留分減殺請求権の性質に関しては、ゲルマン法的に形成権と構成する説<sup>(1)</sup>とローマ法的に請求権と構成する説<sup>(2)</sup>とが対立していたが、最高裁判所において、それを形成権と解するという一連の判決<sup>(3)</sup>がなされ、それ以後、下級審も、それを踏襲する判決をなしており、それまでの議論に一応の結着をみたようである。しかしながら、それが、家族法と財産法との接点に位置し、さらには、相続制度の一つの焦点を形成するものであるということから個々の解釈においては、なお問題も存するようである。そこで、本稿においては、相続主義を中心として、すなわち、ローマの遺言相続とゲルマンの法定相続とを対比させながら、遺留分制の系譜をたどり、減殺請求権をめぐる諸問題につき、不十分ながら、検討を加えさせて頂く。なお、ローマとゲルマン相続法の概観的部分については、能力また研究不足のため、実体的な社会事実的検討をなすことができず、その結果、文字通りの形式的な法制度の概観にしか触れることができなかったことをお許し願いたい。この問題に関しては、今後、研究を重ね、考究をなしたいと考える。

(1) 福島四郎「遺留分制度の法理と判例」民商法雑誌二二巻五・六・七合併号四六頁、中川善之助「泉久雄・相続法」(新版)五七七頁、我妻栄「咽孝一・判例コンメンタールⅧ相続法三一九頁、高木多喜男・総合判例研究叢書四二一九頁等。

(2) 川島武宣・民法Ⅲ二二頁以下、谷田貝三郎「減殺請求後の転得者に対する減殺請求の可否」法律時報三三巻二九二頁、横俣次「遺留分の減殺請求」家族法体系Ⅶ相続(2)二八五頁以下等。なお、川島教授は、その後、「民法第一〇四二条の規定す

る期間の性質・遺留分減殺請求権の性質」法学協会雑誌八四卷六号八三〇頁において、判例の構成を是認されるに至る<sup>20</sup>。

(3) 最判昭和三五年七月一五市民集一四卷九号一七七九頁、最判昭和四一年七月一四日民集二〇卷六号一一八三頁、最判昭和四四年一月二八日家裁月報二二卷七号六八頁、最判昭和五一年八月三〇日民集三〇卷七号七六八頁。

(4) 広島高岡山支判昭和四〇年五月二一日判例タイムズ一七八号一一二頁、東京高判昭和四〇年六月二二日判例タイムズ一七九号一四五頁、大阪高裁昭和五三年四月二七日判例時報九〇五号七二頁等。

## 二、ローマにおける遺言相続の発展経過とその制限（義務分の発生）

### (一) 最古時代（紀元前八〜三世紀）

この時代、初頭における相続制度は、文献がなく、推測する以外にはないが、社会構造として、家族結合、民族結合は強固であり、自権相続人 (*sui heredes*) は、特殊の地位を認められており、家産につき強力な権利を与えられていたようである。すなわち、この時代においては、封建家族的法定相続主義が貫徹されており、家産は、自権相続人により承継されたものと推測される<sup>(5)</sup>。

その後、社会状況の変化により、市民的要素に重点がおかれはじめ、従来の相続制度を強行することは困難となり、十二表法時代（紀元前四五〇年）には、既に、遺言相続は無遺言相続に優先するものとなった<sup>(6)</sup>。遺言方式としては、その初期において、二種の公的な遺言方式、すなわち、民会でなされた民会遺言 (*testamentum calatis comitiis*)<sup>(7)</sup> と軍隊においてなされた武装遺言 (*testamentum in proinctu*)<sup>(8)</sup> とが存在し、それより少し後には、民会における遺言作成の不可能性を回避するために考案された銅と秤とによる (*per aes et libram*) 私的な遺言方式（握取行為遺言 [*mancipatory will*])<sup>(9)</sup> が存在していた<sup>(10)</sup>。

(5) 福島四郎「ローマ相続法とドイツ相続法」末川先生還曆記念・民事法の諸問題二一七頁。木村建助「遺言の自由とその制限」関西大学法学論集一卷一号五六頁以下。

(6) 遅くとも紀元前二〇〇年の頃には、普通人であれば大抵遺言を作成し、無遺言相続は例外的現象となっていた(原田慶吉・ローマ法三二九頁)。そして、かような遺言相続と無遺言相続との間には、「何人も一部については遺言で、一部については無遺言で死亡することができない」(nemo pro parte testatus pro parte in testatus decedere potest)という諺によって表現されているように、はっきりした境界がひかれ、また遺言は、相続財産からの贈与(遺贈)、後見人の指定あるいは奴婢の解放等をなしたえたが、相続人の指定がない場合、それは無効のものとされ、したがって、遺言は、必ず相続人の指定を含めねばならぬものとされた。H. F. Jolowicz and Barry Nicholas, *Historical introduction to the study of Roman Law*, Third Edition, pp. 124, 127.

(7) 神祇伯 (pontifex maximus) の職権にまつて、年三回 (Mommsen によれば、三月二四日と五月二四日)、召集されるクリア民会 (Comitia Curiata) においてなされた。Ibid., p. 127.

(8) この遺言は、三〜四名の僚友の聞き取りによってなされた。したがって、市民兵士は、口頭の意味表示により、遺言をなすことができた。Ibid., p. 127.

(9) 非常事態(例えば、危急の重患の場合など)が生じ、次の民会まで待つことができないというような場合を潜脱するため、Ibid., p. 128.

(10) 遺言者は、まず蠟の平板の上に相続人の指定を含む自己の意思を書き出し、握取行為の通例の人員十五名の証人と秤持ちと遺産購買者 (familiae emptor — 英法の遺言執行者のようなもの) — を用意する。そして、その人員の中の一人である遺産購買者がある特定の式語を唱えた後、遺言者はその平板をとり、「我は、これら蠟板の上に書かれているように、与え、遺贈し、宣言する。汝、ローマ市民よ、我に証言を与えよ」という言明 (nuncupatio) をなす、という方法をなされた。Ibid., pp. 242—243.

(11) 但し、かような遺言方式が、十二表法時代に存在していたか、ということには争いがある。See, Ibid., p. 128.

(二) 古典時代（紀元前三〜紀元三世紀）から帝政時代（紀元三〜六世紀）

古典時代には、大体、二種の相続法体系——市民法上の相続（*hereditas*）と法務官法上の相続（*bonorum possessio*）が形成されており、初期の遺言方式（民会遺言・武装遺言）は消滅し、法務官法上の遺言（*Praetorian will*）とともに、握取行為遺言が、通常の方式としてなされるに至った。<sup>(14)</sup>しかし、かような遺言は、家共同体の道義心（ローマの古い市民相続法は、遺言による自由な相続人の指定を認めたが、それは、あくまでも、家産に対する家共同体の共有権を基礎とするものであり、慣習及び法律は、家長の死に際しては、自権相続人〔*suus*〕を直接遺産の相続人に指定していた）の施緩とともに被相続人の恣意的な処分利用されるようになった。そこで、遺言者は自権相続人であらうとなかろうと、相続人として誰を指定しても自由であるが、もし、彼が自権相続人を有するならば、単純に黙過することができない、すなわち、自権相続人が息子である場合には、彼を個別的に（*nominatim*）廃除することを要し、<sup>(15)</sup>自権相続人が息子以外（孫あるいは娘）の場合には、一括的に廃除することを要す、<sup>(16)</sup>という、いわゆる形式的必然相続権（*formelles Noterbrecht*）が登場するに至る。しかし、かような形式的必然相続権も遺贈による潜伏（自権相続人に指定はしたが、遺産の大部分を他の者に遺贈してしまうというような方法によって）<sup>(17)</sup>をうけ、また、さらに、道義觀念の低下が、被相続人の義務意識を弱め、秘密書面による遺言方法が無思慮な廃除を可能ならしめるようになり、その当初の目的を十分に果たしえなくなった。ここにおいて、法定相続分の一定部分を義務分（*legitima*）として、必然相続人のために残存させねばならぬという実質的必然相続権（*materielles Noterbrecht*）が登場する。これは、相続事件に関して管轄権を有した百人官法廷（*Centumviral-Gericht*）の判決において、共和政末期に普及した。すなわち、それは、黙過された最近の親族（直系卑属と直系尊属）<sup>(18)</sup>に、彼らを理由なくして相続から廃除した遺言を、義務に反した（不倫〔*inofficiosum*〕）遺言として、異議申し立ての訴（不倫遺言の訴〔*quer-*

ella inofficiosae testamenti) を許すというもので、たとえ、脱漏の措置がとられた場合でも、被相続人が全財産を第三者に出捐して、必然相続人に対する遺留義務に違反した場合には、形式的には、有効な遺言に対しても異議を申し立てることができ、その効果は、無遺言相続分 (Intestaterbeil) に障碍を与える限度で取り消されるというものであった。<sup>(20)</sup>

(12) 正式な年代は、明らかではないが、Cicero の時代にはすたれていた。Ibid., p. 242.

(13) 法務官は、相続人を作ることにはできないが、遺産占有 (Bonorum possessio) は付与できるものとされた。法務官法上の遺言とは、遺言書に七名の捺印がある場合には、市民法上の儀式が行なわれたか否かを問わず、封印された書き板の中で、相続人に指定された者に対し、遺言書にしたがう遺産占有を付与するものである。Ibid., p. 248.

(14) Ibid., p. 128.

(15) 個別的に廃除していない場合には、遺言は無効となる。Ibid., p. 246. Bartholomeyczik • Schüler, Erbrecht, 10. Auflage, s. 335.

(16) Jolowicy and Nicholas, op. cit., p. 249.

(17) かような行為に対し、Furia法 (testamentaria) は、遺言者と密接な関係にあった人を除いて、一〇〇asses 以上の遺贈をなすことを禁じ (この制限は、一〇〇asses を超えない遺贈が、何人もの人になされる場合にはあまり効果をもちえなかった)、また、Voconia法は、遺贈額は個別的に相続人の割り前を超えることはできない (これも、何人もの人に遺贈がなされた場合には効果をもちえなかった) と規定したが、相続人の保護には十分といえず、この問題の解決は、遺贈の額が遺産の四分の三を超えた場合、相続人は、それらを比例的に縮減でき、自己のためにその四分の一を維持できると規定した Falcidia法 (紀元前四〇年) まで、またねばならなかった。Jolowicy and Nicholas, op. cit., pp. 247—248.

(18) 被相続人が、不徳義な人間 (unehrenhafte person) を指定した場合には、父方の兄弟姉妹にも、Ennecerrus • Kipp • Wolf, Erbrecht, V Band, S. 53.

(19) そのような近親に対する愛情義務を欠く遺言をなした被相続人は、ギリシャ修辞学にもとづいて、責任を負う能力なき者と

して取り扱われた。Enneccerus・Kipp・Wolf, a. a. O., S. 53.

(20) Enneccerus・Kipp・Wolf, a. a. O., S. 53. フォルキティア法の四分の一の範例にしたがって、法定相続分の四分の一を必然相続人に残していない場合。

(21) Bartholomeyczik・Schüler, a. a. O., S. 335, Enneccerus・Kipp・Wolf, a. a. O., S. 53.

(三) ユステイーニアヌス帝時代(紀元六世紀以後)

ユステイーニアヌス帝(Justinian)は、義務分を無遺言相続分の三分の一に高め、義務分額が相続財産の四分の一に満たない場合には、相続財産の二分の一が義務分として見積られるべきものとし、不倫遺言の訴は、必然相続人がなんらの出捐も受けなかった場合にのみ制限され、被相続人によって義務分の減縮がなされた場合には、必然相続人は、指定相続人に対し義務分の補充を請求しうるだけであるとした(義務分補充の訴〔*actio ad supplendam legitimam*〕)。この補充請求権なるものは、相続請求権ではなく、義務分に不足する額に対する金銭請求権(*Geldanspruch*)であり、したがって、債権的構成がとられていた。また、ユステイーニアヌス帝は、被相続人の直系尊属と直系卑属とに、二重の権利請求権、すなわち、義務分請求権(*Anspruch auf den Pflichtteil*)と相続人の被指定請求権(*Anspruch auf Erbeinsetzung*—新形式的必然相続権)とを付与した<sup>(24)</sup>。これにより、必然相続人の保護が確立されるに至ったのである。

かようなユステイーニアヌス帝法における実質的必然相続権は、普通法(*Gemeines Recht*)としてドイツやフランス南部の成文法地方に継受されたが、自然法の影響のもとに遺留分は、プロイセン一般ラント法(*ALLR*)やオーストリア民法(*ABGB*)により、法定相続分の価格(*Wert*)の一定分類における権利者の遺言相続人に対する価格請求権(*Wertanspruch*—金銭請求〔*Geldforderung*〕)に変更<sup>(25)</sup>され、それを受けてドイツ民法(*BGB*)も、遺留



分請求権 (Pflichtteilsanspruch) は、必然相続人の地位 (Erbenstellung) を与えるのではなく、遺産の一定の持分の価値額 (Höhe eines bestimmten Bruchteilswertes) における指定相続人あるいは法定相続人に対する金銭請求権 (Geldanspruch) である (BGB § 2303 I<sup>(28)</sup>) と構成し、現在に至っている。

- (22) Enneccerus • Kipp • Wolf, a. a. O., S. 53.
- (23) Bartholomeyczik • Schilter, a. a. O., S. 335.
- (24) Enneccerus • Kipp • Wolf, a. a. O., S. 53.
- (25) Enneccerus • Kipp • Wolf, a. a. O., S. 54.
- (26) Bartholomeyczik • Schilter a. a. O., S. 335, Hans Planitz, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 3. Auflage, S. 228.

### 三、ゲルマンにおける法定相続の発展経過と財産の拘束解除 (自由分の発生)

#### (一) 古代 (紀元四世紀後)

古代においては、すべての財産は家共同体 (Hausgemeinschaft) に拘束<sup>(27)</sup>されており、家人 (Hausgenosse) が死亡した場合も、その財産法上の関係はまったく変わらず、死者の持分は、他の者の総有的持分とでもいうべきものを増加させるにすぎないものであった。そして更には、家共同体における統一的排他的、一方的絶対的劃一的支配者ともいうべき家長 (Hausherr) が死亡した場合でも、その息子は、生得権 (Geburtsrecht) によって、死者に対する礼拝義務とともに家権 (Hausgewalt) を受け取るにすぎないものとされた<sup>(28)</sup>。したがって、この時代においては、他人の相続財産に対する個人的な権利の要求という意味での相続法は知られず、また財産物に対する遺言処分は、まったく認められなかった (nullum testamentum — 遺言は存在しない)。すなわち、相続は、ローマ法とは逆に、

「人にあらずして、神のみが相続人を作り得給う」(Solus deus heredem facere potest, non homo という原則<sup>(27)</sup>)  
によって支配され、家共同体のあらゆる財産は、一定の状態に留まらねばならないものとされていたのであるが、それは、既に動産 (Fahrhabe) と不動産 (Liegenschaft) とに区別がなされており、一定の物 (例えば、男子の Heergeväite [衣服・武器・軍馬]、女子の Gerade [衣服・装身具] など) が、個別的に特有財産 (Sondergut) として形成され、かような特有財産は、死者とともに埋められるのを常としていた。<sup>(30)</sup>

(27) 家産は、血族関係 (Blutsverbandschaft) にもとづく相続人の相続期待権 (Anwartschaftsrecht) に拘束されており、また、それらを処分することは、共同体への復帰権 (Heimfallsrecht) に対する違反としてとらえられた。Plantz, a. a. O., SS. 228, 229.

(28) 家長は、家産における共同所有関係の管理者として把握されており、彼の死も単に一共有者の脱落を意味するにすぎず、したがって、ここにおいては、相続のおこる余地はなかった。久保正幡・西洋法制史研究五頁。

(29) Plantz, a. a. O., S. 217.

(30) かようなものは、その当時においては、一身専属的性格を有していたため、所有者と運命をともにしたようである。Plantz, a. a. O., S. 217.

(一) フランク時代から中世にかけて (紀元六世紀～紀元八世紀後)

しかし、フランク時代にはいり、<sup>(31)</sup> 古代におけるような習慣は、教会の影響のもとに消滅し、被相続人が自己の特有財産を合法に処分しなかった場合には、Heergeväite は、息子あるいは最近の男系親 (Schwertmage) と、Gerade は、最近の女系血族 (weibliche Verwandte) に帰属、すなわち、独自の相続に服するようになり、また家産も個々の財産に分解されはじめ、動産に関して、「財産は、再びそれが由来するところに復帰しなければならぬ」とい

う思想にもとづいて、妻の Wittum (婚姻仕度金) や Morgengabe (貞操贖罪金) については、特別相続 (Sondererbgaug) が行なわれ、不動産も固有の相続が行なわれる種々の財産群に分解されはじめた。そしてこの頃になり、教会の意見、とりわけ、キリストにも息子の一頭分 (Sohneskopfteil) を与えよという Augustins の教義にもとづいて、自由分 (Freiteil) の起源ともいうべき靈魂分 (Seelteil) なる觀念を生ずるに至った。<sup>(33)</sup>

ところで、この時代におけるゲルマン相続法は、ローマ相続法におけるように、相続人は、被相続人の人格を引き続いて承継するものとはされなかったが、前述したような財産を個々に承継するのではなくて、財産全体を承継 (包括承継—Universalsukzession)<sup>(34)</sup> するものとして把握され、したがって、たとえ遺産の一部のみが個々の相続人に帰属する場合にも、それは、客観的な一体として個々の相続人に帰属し、それゆえ、相続人は、個々の物体の引き渡しを求めることができる相続回復の訴 (Erschaftsklage) をもつものとされていた。また、ジッペの古い復帰権は、共同体の復帰権として不動産についてのみ続けられ、父系血族と母系血族とに包括的な分割制度が生成し、個々の特別財産に対する個々の相続請求権 (Erbanspruch) を生ぜしめたが、その決定基準は、第一には、親族関係の近さであり、「血統の近いものほど財産にもまた近う」 (Je näher dem Blut, je näher dem Gut) もととられていた。<sup>(35)</sup> そして、このような請求権は、原則として、被相続人の遺言処分 (letztwillige Verfügung) によって排除されることはなかったし、また被相続人の生前行為も相続期待権による制限に服するといふものであった。したがって、この時代における相続法は、法定相続法 (gesetzliches Erbrecht) であり、血縁相続法 (Verwandtenerbrecht) であつたといえる。<sup>(36)</sup>

(31) この時代の初期においては、時おり、靈前の供物 (Totenopfer) が相続人設定行為 (Erbegedng) により、選定相続人 (gekoren Erben) にもたたりわれむとしようことがあつたが、それは、あへまほも復帰権者 (Heimfallsberechtigter) の同意

を必要とし、公の裁判集會 (Gerechtersammlung) において、養子縁組の形式で行なわれたものであり、*nutium testamentum* の例外となるものではなかった。Planitz, a. a. O., S. 229. なお、養子縁組の形式については、Vgl. Planitz, a. O., S. 229, *Mitteis-Liebarich, Deutsches Privatrecht, 7 Auflage, S. 163.*

(32) 例えは、領主法上の不動産 (*landrechtliches Eigen*) と氏族不動産 (*Stammgüter*) であるとか、封土籍地 (*Lehn*) と世襲地 (*Familienfideikommiss*) とか、相続不動産 (*Erbgüter*) と購入不動産 (*Kaufgüter*) とかいうように。Planitz, a. a. O., S. 217.

(33) 自由分の起源については、二つの説、すなわち、自由分は、註 (31) で示した死者の靈魂を救済するために死者とともに墓の中に埋められた死者への分祿 (*Totenausstattung*) ともごうべき死者分 (*Totenteil*) なるものから発生したとする説と、本文に示したように、キリストに対する息子の一頭分なる觀念に端を発したとする説とが対立するが、前者は容認し難い。なぜなら、死者分なるものは、あくまでも、死者の個人的使用物 (例えは、*Heergewäte* であるとか、*Gerade* などの) あるいは死者の家族らが、任意・義務的に与えるところの個人的使用物と同種のもの指すのであり、たとえそれが、特別相続法に服するようになり、キリスト教会の影響をうけて「供養物」(*Seelgerät*) に変化したとしても、それは、やはり、死者の個人的な個人的使用物を指すのであり、後者のように家産上の一定持分を意味するものではなかったからである (供養分と供養物との觀念は、まったく異なる)。Planitz, a. a. O., S. 230, *Mitteis-Liebarich, a. a. O., S. 164.*

(34) 例えは、*Heergewäte* といふのが *Heergewäte* といふ包括的な財産群の承継であり、したがって、その財産を構成する個々の財物の個別承継ではなく、特定のな包括承継であった。Planitz, a. a. O., S. 218.

(35) Planitz, a. a. O., S. 218.

(36) Planitz, a. a. O., S. 218.

### (三) 中世末期 (紀元一三世紀)

中世末期には、相続法の改革が都市に浸透し、特別財産 (*Sondervermögen*) におけるような遺産の分解は消滅し、*Heergewäte* や *Gerade, Witum* や *Morgengabe* などが特別に承継されるものではなくなりはじめ、例え

ば、相続不動産は購入不動産と同様に取り扱われるようになり、更に両者は、動産の相続法に支配されるに至った。

そして、同じぐらいの時期に、遺言による指定相続あるいは相続契約 (Erbvertrag) が認められるようになり、それにつれて自由分の範囲も相続期待権の衰亡とともに、ますます拡大され、遂には、全財産を包括するようになり、一応、被相続人は処分の自由を獲得するに至ったが、やがてそれは、被相続人により恣意的に利用されるようになり、相続請求権は、新しい保護を必要とすることとなった。かくして、ローマの必然相続権の如き制度が案出され、これより後にローマ法の継受が行なわれ、ここにおいて、ドイツにおけるゲルマン法は、その固有の性格を失うこととなるわけであるが、それまでのゲルマン相続法は、ローマにおける無遺言相続が、所有権概念の絶対性にもとづくものであるとされたの<sup>(39)</sup>に対し、あくまでも、血族 (Vewandschaft) に基礎をおくものとされ、指定相続が容認されたにもかかわらず、「快く草稿に死にたいものは、正当な相続人に遺産を遺せ」*Wer will wahl und selig sterben, der lasse sein Gut den rechten Erben*<sup>(40)</sup>とすることが原則であり、指定ないし任意相続は常に例外とされていた。したがって、ゲルマンにおいては、一定の相続人は、相続開始前、既に、被相続人の一定の処分行為につき同意権を享有し、その同意なく処分がなされたときは、相続の開始の擬制にもとづいて、被処分物の取り戻しを請求することができるもの<sup>(41)</sup>とされたのである。かようなことから、ここにおける遺留分 (Réserve) は、家産の維持・継続という観点から、相続人の地位に対して当然に与えられるべきものとされ、その理由から、遺留分を侵害する (自由分を超える) 処分行為は、常に無効な処分行為としてとらえられた。<sup>(42)</sup>

かようなゲルマン法は、ドイツには継受されず、主にフランス北部の慣習法地方 (pays droit coutumier) に受け継がれ、フランス大革命 (la Révolution) における相続に関する法 (lois successorales) より、現在におけるフランス法の骨子をなすに至っている。<sup>(43)</sup>

- (37) ランゴバルド法(七〇〇年頃)では、父の自由分は、息子が一人いる場合、財産の二分の一、二人の場合、三分の一、三人の場合には、四分の一とされ、フランクアングロ・ノルマン法では、財産の三分の一、西ゴート・スペイン法では、財産の五分の一とされた。Planitz, a. a. O., S. 230, Enneceus・Kipp・Wolf, a. a. O., S. 54.
- (38) 相続人を遺言の中で、明示的に示すことなく実質的に変更している場合には、一定の相続人は、共同相続人(Miterben)として遺言相続人に対し、法律上の相続請求権の割り前(Quote)の額における義務的な請求権をもつものとされた。Planitz, a. a. O., S. 228.
- (39) 遺産は、被相続人の自由な意思によって処分されることを原則とするが、もし、彼が処分を怠った場合には、彼の意思を推測することによって相続が行なわれる。Jolowicz and Nicholas, op. cit., p. 124.
- (40) Poanitz, a. a. O., S. 219.
- (41) 近藤英吉・相続法の研究二六五頁。
- (42) 法定相続権の具体的保障ないしは不可侵的相続分の意味をもった。福島・註一論文四〇頁。
- (43) Léon Juliot de La Morandière, DROIT CIVIL, Tome N, 2<sup>e</sup> edition, p. 457.

以上、概観してきたように、ローマ相続法は、被相続人に遺産の自由処分を認める遺言相続主義<sup>(44)</sup>をとり、そこにおける義務分(Legitima)なるものは、自由処分を制限するために、倫理的な意味において、一定近親の期待権<sup>(45)</sup>に対して、最低限残しておかねばならぬ義務として発生せしめられたのに対し、ゲルマン相続法は、その初期においては、遺言相続なる觀念を知らず、法定相続主義<sup>(46)</sup>をとり、財産はすべて家共同体に拘束されていたのであるが、後に、その拘束を解除するという意味で、被相続人が任意に処分しうる自由分なるものが生まれ、その残余が遺留分(reserve)として觀念づけられたのである。

このように相続に関しては、二つの主義、すなわち、ローマ型の遺言相続主義とゲルマン型の法定相続主義とが対

置しており、その当然の結果として、遺留分制も、二つの相続主義に基盤をおくローマ法系の義務分制とゲルマン法の遺留分制とが存在する。そして、現在、遺留分制をもつ国の法は、沿革的にみれば、ドイツ法<sup>(47)</sup>は、ローマ法系の義務分制、フランス法<sup>(48)</sup>は、ゲルマン法系の遺留分制というように（勿論、かような制度を純粋な形で受け継いでいるわけではないが）、これらのいずれかの系統をひいているものと考えられ、遺留分制と相続主義とは、なんらかの相互的な関係をもつものとされている。そこで、本稿の目的である遺留分減殺請求権の具体的検討にはいる前に、わが国の相続法が、如何なる相続主義にもとづいているかにつき検討を加えてみる。

(44) 十二表法以前においては、ゲルマンにおけると同様、財産は家共同体による拘束をうけたということ、また、遺言も、その初期においては、家産の集中に利用されていたということは容易に想定される。See, Jolowicz and Nicholas, op. cit., p. 124ff.

(45) ここにおける期待権なるものは、ゲルマンにおけるように家産それ自体に対する期待権（現物的）ではなくて、愛情に基礎をおく、扶助義務に対する期待権であった。木村・前掲六二頁。

(46) 「彼らは遺言というものを作らない」田中秀央||泉井久之助訳・タキトウス「ゲルマニア」七七頁。

(47) 相続から排除された遺留分権者は、指定相続人や他の法定相続人とともに、共同相続人の関係にたつのではなく、その遺留分権にもとづき、相続開始とともに、遺産債権者 (Nachlassgläubiger) としての地位につき、指定あるいは他の法定相続人に対し、法定相続の価格の二分の一の債権的請求権たる金銭請求権を有するにとどまる。(§2303 I<sub>2</sub>)。Bartholomeyczik・Schluter, a. a. O., S. 336.

(48) 遺留分は、相続財産 (héritaire) として構成され、遺留分権の行使は、遺留分減殺訴権 (action en réduction) によってなされ、遺留分を侵害する遺贈は、その一部もしくは全体を失効させられることとなる。Michel de Juglart, LEGONS DE DROIT CIVIL, 1971, p. 223. Léon Juliot de la Morandière, op. cit., 881.

(49) ゲルマン・ローマ法系の遺留分制度の系統をひいているとはいうものの、その固有の性格は、かなり変更（例えば、ゲルマ

ンにおける現物返還主義など)されて取り入れられているようである。Michel de Juglart, op. cit., p. 223. また法定相続主義あるいは遺言相続主義なる観念も、ゲルマン・ローマにおけるものとはかなり異なってきたところから、ゲルマン法系にあつては、必然的に形成権、ローマ法系にあつては、請求権的に構成すべきであるという従来の伝統的な考え方は、かなり勢力を失いつつあるようである。高木多喜男「遺留分権利者の法的地位」神戸法学雑誌一二巻四号四五五頁以下、等。

(50) ローマ法系の義務分主義をとる国としては、ドイツ連邦共和国(BRD)、ドイツ民主共和国(DDR)、オーストリア等が挙げられ、ゲルマン法系の自由分主義をとる国としては、フランス、スイス、イタリア等が挙げられる。なお、イギリスは、無制限な遺言の自由を認め、遺留分制をもたない(その詳細については後述する)。Enneccerus・Kipp・Wolf, a. a. O., SS. 57, 58.

#### 四、わが民法における相続主義

旧法が、世界に類のない家督相続なる観念を中心として、制定されることを要した結果、それは、家産の維持・継続を至上の目的としなければならなかった。そこで、富井政章旧法起草委員の立法理由の説明<sup>(41)</sup>からも明らかかなように、いわゆる「家」制度なる観念に最も適したゲルマン型の法定相続主義をとるフランス民法が範とされたのであるが、敗戦後、新法の制定とともに、家督相続なる制度は廃止され、相続は財産相続一本となるに至った。このことから、包括受遺者の地位という問題をめぐり、現行九九〇条の解釈につき、包括受遺者の指定を遺言による相続人の指定と認めてもよいのではないか、すなわち、わが民法は、遺言相続主義をとっていると看做しても差しつかえないのではないかという論議がなされるに至っている。そこで、この包括受遺者なるものが、果して、相続人と全く同一と看做しうるかにつき検討を加えねばならないのであるが、その前に日本民法が範としたフランス民法の包括受遺者の地位につき若干の考察を試み、その上で、日本民法上の包括受遺者の地位ならびに相続主義につき検討を加えたい。



(51) 「第一我國ニハ外国ニ比類ノナイ家督相続ト云フコトカアリマス家督相続ノ遺留分ト云フモノハドウシテモ別ナモノデ是ハ外国ニナイ尚ホ一ツ違ヒマス所ハ独逸法ノ如キハ羅馬主義ニ依ツテ相続人ト云フ者ヲ指定スル特ニ或ル親族ヲ指定シナカッタナラバ其者ハ法定相続人トシテ得ベキ部分ヲ要求スルコトガ出来ルト云フコトニナツテ居リマス……法定相続人ト云フ者ハ自己ヲ何処迄モ相続人ニ指定シテ呉レト云フ指定ハ出来ヌ詰リ財産ノ或ル物ヲ貰ヘバ宜イ……仕組ハ遺留分権利者ト云フ者ハ依然トシテ相続人トハ別ナ者デ指定相続人ニ対シテ權利ヲ行フコトガ法則ニナツテ居ル……サウシテ遺留分権利者ガ誰ニ対シテ其權利ヲ行フカト言ヘバ受遺者又ハ受贈者ニ対シテ其權利ヲ行フト云フコトニナツテ居ル欺ノ如ク我邦ニハ家督相続ト云フモノガアルサウシテ此遺産ニ付テモ相続法ノ立テ方杯ガ独逸民法杯ト格別違ッテ居リマス」民法議事速記録第六五卷九二〜九四頁。

(52) 但し、革命後のフランス民法が、法定相続主義をとつたのは、貴族の遺言による恣意的な家産の集中を避け、法定相続による分割均分相続を可能にするためであつた。Leon Juliot de la Morandière, *op. cit.*, 882.

(53) 青山道夫・改訂家族法論Ⅱ三五一頁、我妻栄Ⅱ有泉享・民法Ⅲ親族法・相続法二五〇〜二五一頁。高梨公之「相続における意思の作用」民商法雑誌三八卷六号三〜七頁参照。なお、福島四郎教授は、「相続法」二三〇〜二三一頁において、遺言相続の可能性について述べられている。

#### (一) フランス民法上の包括受遺者の地位

フランス民法は、相続人の指定なるものを認めず、次の三種の遺贈、すなわち、

##### (1) 包括遺贈 (*legs universel*)

遺言者が遺言により、一人または数人の者にその財産の全体を引き渡す遺贈 (*art. 1003 c. c.*)

##### (2) 包括名義遺贈 (*legs à titre universel*)

例えば、不動産の五分の一、または二分の一あるいは不動産のすべて、あるいは動産のすべて、もしくは不動産の一定部分といったように財産の一定部分についてなされる遺贈 (*art. 1010 al. 1<sup>er</sup> c. c.*)

(3) 特定遺贈 (legs particular)

前記以外の遺贈すべてであり、ある物あるいは金銭の全体についてなされる遺贈 (art. 1010 al. 2<sup>o</sup> c. c.) を掲定する。<sup>(54)</sup>

さて、そこで、包括遺贈がなされた場合の包括受遺者の地位についてであるが、フランス民法は、遺産セジューヌ (saisine héréditaire)<sup>(55)</sup> の付与に関連して、包括受遺者を、遺言者死亡の時に遺留分権利者 (réservataire) が存在するが否かにより、セジューヌを有する包括受遺者 (légataire universel saisi — 遺留分権利者が存在しない) とセジューヌを有しない包括受遺者 (légataire universel non saisi — 遺留分権利者が存在する) との二種に分類する。そして、前者は、完全な権利、すなわち、遺言者の死亡とともに遺言者に属した一切の権利や訴訟を行なうことができ、特定受遺者や包括名義受遺者の引渡の請求に承諾を与える立場にたつという権利、を有するものとされるのに対し、後者は、遺留分権利者に対して引渡を請求しなければならない (art. 1004 c. c.) ものとされ、<sup>(56)</sup> さらに、遺産債務に關しても、両者は区別されず無限責任を負うとする一九五五年二月一日の破産院の判決まで、<sup>(57)</sup> 前者は、受遺財産の限度を超えて負債を支払わなければならない (無限責任) とされたのに対し、後者は、受遺財産の限度を超えて支払う義務はないとの区別が設けられていた。<sup>(58)</sup> ただし、包括共同受遺者の一人が、遺言者より先に死亡した場合には、遺言者の別段の意思表示がない限り、セジューヌを有するあるいは有しないの別なく、死亡した包括受遺者の持分は、その包括受遺者の数に應じて、一定割合で他の包括受遺者に移るものとされていた。<sup>(59)</sup>

また、破産院においては、包括受遺者と法定相続人とを同一化する判決もみられるようである。したがって、フランス民法上の包括受遺者、とりわけ、セジューヌを有する包括受遺者は、相続人とほとんど同一の権利義務を与えられているようである。

勿論、以上のようなことだけから、仏法上の包括受遺者の地位につき推断を下すということは、いささか早計の感  
は免れえないかも知れないが、ゲルマン法の流れをくむ北部の慣習法地方の法が、一応の勝利を治めた<sup>(4)</sup>とはいうもの  
の、フランス民法が、北部の慣習法地方（法定相続主義）と南部の成文法地方（遺言相続主義）の法制との妥協の産  
物<sup>(5)</sup>であるということ、それに起因するとみられるセジーヌを有する包括受遺者と有しない包括受遺者との区別<sup>(6)</sup>、さら  
には、相続人の指定というものを否定しながら、指定相続人（héritier institué）なる語が条文中（一〇三七条、一  
〇四三条）に散見されること等を考え合わせると、仏法上は、セジーヌを有する包括受遺者の指定なるものは、相続  
人の指定にかわるもの、つまり、実質的には、セジーヌを有する包括受遺者と相続人とは同一であると看做しても差  
しつかえないとの可能性が存在するものと考えられる。そこで、日本民法における包括受遺者も、かように考えうる  
かということになるのであるが、以下に述べる。

(54) Michel de Juglart, cours de DROIT CIVIL Tomé I, p. 308.

(55) saisine（遺産法定占有）とは、「何等の形式もなしに、またあらかじめ必要とされた司法上の手続に服することもなしに  
相続財産を法律上当然に占有する権原を意味する。」千藤洋三「フランス人に於ける包括受遺者の法的地位」関西大学法学論  
集二七巻一号・二号・三号七一至一頁。

また、高木教授は、saisineを「相続財産の管理」と理解しておられる。高木・前掲四二五頁。なお、saisineの概念と効  
果については、千藤・前掲七二頁、Michel de Juglart, LEGONS DROIT, pp. 379, 389.

(56) Michel de Juglart, op. cit., p. 398. 伊藤昌司「フランス民法典における包括遺贈」大阪市大法学雑誌一六巻二二三―四  
号一七三―一七四頁。

(57) 遺産債務の弁済責任については、セジーヌの有無にかかわりのない有限責任説、無限責任・セジーヌ区別責任説が存在し、  
フランス民法典制定の当初は、有限責任説と無限責任説とが対立し、その後、セジーヌ区別責任説が多数説（伊藤・前掲一八

四頁)となつたが、なお無限責任説をとる判決もあり流動的であつた。しかし、一九五五年二月一日の破産院民事部判決以來、セジヌの有無にかかわりなく、相続財産の範圍を超えて無限に相続債務の弁済責任を負うとする無限責任説が採用されているようである。千藤・前掲二七七頁。

(88) Michel de Juglart, cours de DROIT CIVIL, p. 309.

(89) Michel de Juglart, op. cit., p. 308.

(90) 伊藤・前掲一八六頁、千藤・前掲二八〇頁。

(91) その経過については、木村・前掲五三頁以下に詳しく述べられている。

(92) 木村・前掲七〇頁。

(93) 伊藤・前掲一七七頁以下。

(二) わが民法における包括受遺者の地位ならびに相続主義

現行民法第九〇条は、「包括受遺者は相続人と同一の権利義務を有する」と規定し、相続人と包括受遺者とは、あたかも同一であるかのような表現をとる。この規定を根拠として、近時の有力説は、包括受遺者の指定を実質的な相続人の指定と看做し、わが相続法における相続も、遺言相続が基調であり、法定相続は、あくまでも、被相続人による相続人の指定がない場合に、はじめて、補充的に開始するものと理解する。<sup>(94)</sup>とりわけ、柚木教授におかれては、「わが民法は、フランスの規定と判例とを更に徹底して、包括受遺者と相続人とを全面的に同一視することとしたのである<sup>(95)</sup>。」とされるのである。

現行相続法規定を客観的にみた場合、わが民法が、法定相続主義をとるものであるということは明らかである。<sup>(96)</sup>ただ、この場合、実質的な面ではどうか、フランス法流の解釈が可能であるかとの問題が残るわけであるが、この問題については、立法者の意図、また他の規定との関連で述べられるべきものであり、ただ一義的に民法第九〇条の

「相続人と同一の権利義務を有する」との規定のみをもって判断されるべきではないであろう。すなわち、実務上、権利義務の承継の効力（第八九六条）・相続の承認及び放棄の規定（第九一五条一項）の適用<sup>(87)</sup>、特定受遺者に対する遺贈義務、第八八四・八八六・八九一条の規定の適用、さらに不動産登記、農地の承継<sup>(88)</sup>等については、一応、相続人と同一の扱いをうけるものと解されているのであるが、包括受遺者は、法定相続人や他の包括受遺者とともに、共同相続人の地位にたつとはいうものの、解釈上、例えば、相続人甲・乙と包括受遺者丙・丁とが存在する場合、乙が相続放棄したときには、第九三九条により、乙は初から相続人とならなかつたものと看做され、そしてまた、丙・丁の受遺分は、相続人の遺言による指定の制限をうけるため、相続放棄した乙の相続分は、結局、甲だけに帰属することになるし、逆に包括受遺者丙が、包括遺贈を放棄した場合でも、第九九五条<sup>(89)</sup>により、その放棄した受遺分は、相続人甲・乙だけに帰属することになり、包括受遺者の受遺分への添加は、いずれの場合にもなされないこととなる<sup>(90)</sup>。また、包括受遺者が、遺贈の効力発生前に死亡した場合（第九九四条）、その子孫による代襲相続も認められないし、特定遺贈が包括遺贈を上回ったような場合あるいはその包括遺贈が滅殺請求（第一〇三一条）の対象となるような場合における遺留分なるものも認められていない<sup>(92)</sup>。さらに、法人については、わが国においては、明文規定を欠くため、包括受遺者にはなりうるが、相続人とはなりえないとされている<sup>(94)</sup>。

かようなことから、相続人と包括受遺者とは、必ずしも同一であるとはできず、したがって、第九九〇条にいう「同一の権利義務」とは、あくまでも制限的に解せられるべきであり、そう解しなければ、他の規定との関連上、不都合を生ずることとなるろう。

また、前述したように、民法は、遺言相続を基調とするものと考え余地が存在すると思われるわけであるが、そのことが、かような民法の法制を継受したものとされる日本民法にもあてはまるであろうか。確かに、わが民法

は、民法法を継受したものである。<sup>(76)</sup>しかし、民法法を継受したとはいうものの、それは、前述したような南部と北部地方との対立の段階を超えた既に完成された法を継受したのであり、日本においては、フランスにおけるような沿革は存在しない<sup>(76)</sup>、社会状況も異なるのである。また、法典調査会の議事速記録には、確かに、包括受遺者の指定を相続人の指定と認めようとした点は存在するが、富井政章旧法起草委員の説明全体からは、包括遺贈が、権利のみでなく義務までも移転しようとするものである点において、包括受遺者と遺産相続人とが同様に取り扱われようとする考え以上のものを導き出すことができない<sup>(76)</sup>ということ、さらに現行法の規定からは、包括受遺者を相続人と同一視するには、かなりの無理があるということなどから、わが民法が、遺言相続主義をとるとすることは、非常に難しいのではないかと考える。

現在、遺言相続なるものが最も近代的なものであり、歴史的事由、経済関係上の要請からも、それが、相続そのものの典型的な形態であるとする遺言相続至上主義<sup>(77)</sup>でもいうべき説<sup>(78)</sup>が有力に主張されている。そして、そこにおいては、法定相続主義と私的所有権の絶対性ないしは契約自由の原則とは、対立する概念として把握されているようである。しかし、相続制度なるものが、近代的な私有財産制を基礎とし、さらに個人主義的原理によって支配されるようになるれば、いわゆる遺産は、被相続人の人格承継なる要素から切り離され、単なる財産としてとらえられるようになり、必然的に単純な財産制度中に吸収され、その独自の存在意義を失うこととなるのは明白である。<sup>(80)</sup>つまり、かような考え方をとれば、遺言相続は、相続なるものとは切り離された単なる遺言による財産処分の中に包摂（遺言処分が遺言相続の中に包摂されるのではなくて）されてしまうのではないであろうか。わが相続法は、第八八七条〜第八九〇条において、相続人を法定するが、遺言による被相続人の自由な財産処分を認める。したがって、ここでは、法定相続主義と私的所有権の絶対性・契約自由の原則とは必ずしも対立概念としてとらえられる必要はない。相続制度

が、前述のように、死者の人格・地位・身分というものから切り離され、その独自の存在意義を失いつつある結果、遺言による相続なる観念を認めないほうが、むしろ先進的といえるのではないであろうか。

法定相続主義をとるとはいうものの、わが相続法においても、遺言による処分が法定相続に先行するということは疑いを入れない。したがって、その理解の在方としては、まず、遺言による被相続人の自由な処分が認められ、その処分がない場合に、法定相続が開始すると解すべきであろう。しかし、それにもかかわらず、遺言相続なる観念は認められないから、法定相続主義なのである。

(64) 我妻Ⅱ有泉・前掲二五〇～二五一頁。「法定の相続人、法定の相続分に関する規定は遺言のない場合の一種の補充規定であり、その本質は遺言そのものと異ならない。いいかえれば私的所有権に含まれる死後の処分の自由と異なるところがない。それはあたかも契約自由の原則が認められながらも、その原則の上に典型契約が定められ、多くの補充規定や解釈規定がおかれている関係と本質的には同じである。法は無遺言相続にそなえて、人類の本然の愛情、近代市民の共通の意識を推測して、相続人の範囲とその順位とその相続分を定め、遺産の承継を認めているのである。」青山・前掲三五一頁。「今日のわれわれ社会の相続はむしろ英法流に遺言相続が原則的であり、本来的であるという考え方を徹底させることが必要ではないかと思う。いいかえれば、現行法は家督相続を廃止し財産相続だけにしたということも大切であるが法定相続は遺言の無い場合の方法であることをはっきり理解すべきであると思う。」

(65) 柚木馨・判例相続法三八四頁。

(66) 現行相続法は、その第八八七条、第八九〇条において、相続人となりうべきものについて法定するが、その中には指定相続人なるものは存在せず、また遺言による相続人の指定も認めていない。

(67) 但し、富井政章旧法起草委員は、草案第一〇九〇条（現行第九八六条）、草案第一〇九一条（現行第九八七条）にいう受遺言の中には、包括受遺者も含まれるとし、包括受遺者と特定受遺者とを区別していなかった。民法議事速記録第六三卷八一頁、九六頁。

(68) 相続人の場合と同じく、知事の許可を不要とする昭和二八年七月一五日の名古屋高裁(判例時報八号一四八頁)の判決があるが、農地法は、もともと耕作者の地位の安定と農業生産力の増進を図る目的のために(同一条)、任意の意思による農地についての権利の変動を抑制しようとするものであることを考えると、当事者の意思によらない相続の場合は知事の許可は不要としても、遺贈者の意思に基づく包括遺贈の場合にまで許可を不要なものとするには替成できない、との批判がある。阿部浩二「包括受遺者の地位」家族法体系Ⅶ二六六頁、中川善之助編・註釋相続法下一〇一〜一〇二頁(谷口知平)。

(69) ここにいう相続人とは、あくまでも、第八八七条〜第八九〇条に規定された相続人を指すのであり、包括受遺者は含まれない。民法議事速記録六四卷三頁参照。

(70) 同旨、鈴木祿弥・相続法講義六八〜六九頁、高野竹三郎・相続法四六六頁、阿部・前掲二二一〜二二二頁、有地亨「包括受遺者の系譜」法政研究二九卷一〜三号一九頁。反対、柚木・前掲三八六頁、青山・前掲三七六頁、我妻栄Ⅱ立石芳枝・親族法相続法コンメンタール五八七頁、中川(善)編・前掲九八頁(谷口)。

なお、富井政章旧法起草委員は、「受遺者ハ包括受遺者ト雖モ何処迄モ受遺者テアル相続人トハ性質ノ違ツタモノト見テアル相続財産ト云フモノハ原則トシテハ何処迄モ相続人ニ属スルモノテアルト云フ主義ヲ採ツテ居ルノテアリマス故ニ受遺者間ニ持分ノ増加ヲ来スト云フコトハ本則トシテハ認ムヘキコトナカラウト考ヘタ……本則トシテハ受遺者間ニ部分ノ増加ト云フモノヲ認メナイコトニ致シタ……」と述べ、持分の増加は生じないとしている。民法議事速記録第六四卷三頁以下。

(71) 代襲相続は、直系尊属と配偶者とは認められていないのだから、包括受遺者に代襲相続が認められないことを根拠として、包括受遺者が相続人と同一でないとするのは不適切だとする説(前川和子「遺言相続と法定相続」法学ジャーナル一七号二七頁)が存在するが、代襲相続なるものは、被代襲者の卑属(したがって、ここでは、包括受遺者の卑属に代襲相続権がないということ)に認められるべきものであり、直系尊属や配偶者が被代襲者を代襲するというようなことは、本来の代襲相続なる観念からはずれる。Vgl. planitz, a. a. O., SS. 220, 222.

(72) 通説。なお、原田慶吉・日本民法典の史的素描二八七頁は、包括受遺者も遺留分権をもつとする。

(73) 相続人の指定(Erbeinsetzung)を認めるドイツ民法(BGB)は、法人(juristischen Person)を相続人に指定することを認める。Vgl. BGB §§ 2101, 2105, 2106.

(74) 鈴木・前掲六八頁、高野・前掲四六七頁、東京家審昭和四〇年五月二〇日判例タイムス一九〇号二二二頁。



(75) 柚木・前掲三八四頁、有地・前掲二頁等。

(76) わが国においても、古くは上世の養老令応分条にみられるように、遺言は歴史的に重要な制度であり、また、江戸時代においても庶民の間では遺言が原則（石井良助・日本法制史概要一九五頁）とされたが、旧法制定に際し、基準とされたのは、支配者たる武家階級の法定相続法であった（青山・前掲三五頁）。

(77) 「本条ノ規定ハ何処ノ国ノ法律モ同ジコトデアル加エナラズ多数ノ立法例ハ包括受遺者ト云フモノヲ相続人ト言フテ居ル位デアリマス遺産相続人ト同一ノ權利義務ヲ有スト云フコトハ例ヘバ遺産相続人ガ数人アル場合ニハ相続財産ハ其共有ニ屬スルトカ或ハ義務ヲ負担スルノハ其割合ニ依テ極マルトカ或ハ分割ノコトサウ云フヤウナコトガ皆同ジニナラスト思ヒマス一々準用スト書クノモ煩ハシクアリマシタカラ斯ウ云ウ風ニ書キマシタ」民法議事速記録第六三卷九九頁。「包括名義ノ遺贈ト云フモノハ義務ト共ニ財産ノ全部又ハ一部ヲ移転スルノデアリマス名コソ受遺者デアリマスルケレドモ實際ハ財産相続人デアル依テ多クノ国ノ法律ニハ相続人ト謂フデアリマス……」同速記録第六三卷五九頁。

(78) 註(67) (70) 参照。向旨、伊藤・前掲一九一頁、「遺言による家督相続人の指定を認ためうえでわが民法にとり入れられたわが国の包括遺贈は、(裏付けとなる積極的な証拠はないけれども) 権利のみならず義務をも受遺者に移転するとはいえず、本質的には特定遺贈と異なるところのない財産処分としてとらえられるべきではないかと考えるのである。」とされる。

(79) 「……相続において、被相続人の意思を尊重する制度のもっとも明確な表現は遺言にある。遺言はその意味で、相続の補助的手段、所有権絶対原理の身分法への妥協的導入などではなく、むしろ相続そのものの典型形態であり、法定相続を超える重要性を内包している。」高梨公之・前掲三〇七頁。

(80) 同旨、福島四郎・相続法二二九～二三〇頁。

## 五、遺留分の義存在理由とその性質（相続主義決定の価値）

現行相続法は、前述したように、ドイツにおけるような相続人の指定は認めないが、法定相続とともに被相続人の遺言による自由な遺産の処分を認める。この法定相続と遺言による処分とのギャップを埋めるために設けられているのが、被相続人は相続の場合に相続人のために必ず一定財産を残しておくべならぬとされる、遺留分制度といわれ

るわけであるが、その存在理由・根拠につき、従来の伝統的な学説を大別すると次の三種に分けられるようである。<sup>(87)</sup>

(1) 個人主義的自由思想が根本にあるからといって、被相続人に全く自由に遺産の処分を認める必要はない。社会共同生活の必要に基づき、ある程度の制限を設けることはやむをえない。被相続人から扶養を要する者があるにもかかわらず、被相続人が全財産を他人に遺贈して死亡すれば、その者の扶養は他の親族ないし社会が引き受けなければならぬから、親族にとっても社会にとってもそれだけ損失をうけ迷惑である。遺留分の制度があれば、その者は遺留分をうけることによって他からの扶養を必要としなくなり、親族も社会も遺留分のおかげで迷惑を受けなくてすむし、その者も遺留分のおかげで完全な独立能力を取得できることになって、これは社会全体の利益でもある。ここに遺留分制度のねらいがある。<sup>(88)</sup>

(2) 直系血族や配偶者などの近親者に遺産を残さず、全財産を他人に遺贈してしまうというのは、自然の人情に反し、道義の観念に反するため、これを容認し難い。<sup>(89)</sup>

(3) 民法は、法定相続主義を採用し、したがって相続人を法定し、死者の遺産は相続人の手に必ず落ちなければならぬとしている。もし、財産処分自由の原則を素朴に貫くとしたら、被相続人の恣意によって法定相続制度は根本から覆えされることになる。そうかといって、相続人のために財産処分の自由を制限するというのは、古代・中世ならともかく、近世社会では到底許されない。いつ開始するかも知れない相続のために、財産処分の自由を制限するということは、自由経済の取引を脅やかす結果ともなる。被相続人の処分権限は制限せず、相続人の相続利益を保護するにはどうしたらよいか。二つの矛盾する要請を妥協させたのが、遺留分制度である。要するに、私有財産制度下における処分自由の要請と法定相続主義の調和妥協にある。<sup>(90)</sup>

遺留分制度なるものが、私有財産制度下における処分自由の要請と、法定相続（ないしは無遺言相続）との調和妥

協の産物である<sup>(85)</sup>ということは疑いを入れない。そして、(1)(2)(3)のいずれの説もそれなりに根拠があり説得力もある。しかし、そのいずれもの説が、伝統的なローマの遺言相続主義、ゲルマンの法定相続主義の觀念に基礎を置いて論じられていたため、それらは原初的な觀念といわざるをえない。これらの觀念を基礎として、現代における遺留分制度を述べることは適當とはいえないであろう。

前述のように、わが相続法は法定相続主義をとる。しかし、ここにいる法定相続主義は、必ずしもゲルマンにおけるような封建的なそれを意味しない。敗戦にともなう「家」制度の廃止、ひいては家督相続制度の廃止は、法定相続から、家の維持・存続（家共同体による家産の拘束）なる觀念や身分相続なる觀念を捨象し、主体的個人の結合である近代的婚姻家族を中心とする単なる財産の共同相続・分割相続を可能にする。すなわち、相続財産なるものは、封建的・家族的拘束を伴わない「純粹の価値」として把握されることとなるのである。そしてまた、法定相続主義とはいうものの、それは古代ゲルマンにおけるように被相続人の遺言処分を排斥するものではなく、ここでは逆に被相続人の自由な意思にもとづく遺言処分が、法定相続に優先するものであることは疑いを入れない。かように、法定相続の位置づけは、従来におけるそれとはかなり異なってきたており、それにもなつて、遺留分またその実現手段たる滅殺請求権の觀念も当然に修正をうけざるをえなくなつてくるといえるであろう。

近代的法定相続制の基礎とでもいうべきものが、近親への愛情あるいは家族共同生活を営んだ者に対する寄与の清算、生活保障ないしは扶養というものを基礎とする結果、遺留分の性格も当然に家族共同生活（近代的な婚姻家族を単位とする）を営んだ者に対する寄与の清算、扶養あるいは近親への愛情を基礎として構成されることとなる。したがつて、法定相続主義<sup>(86)</sup>遺留分の相続分的構成としてみたところで、相続分とは何かということになると、前述のように、近親への愛情・扶養・寄与の清算を基礎とするものということになり、結局、ローマ的義務分の性格と変わら

ぬこととなってしまふ。すなわち、現代においては、「法定相続主義||遺留分の相続分的構成||現物返還主義||滅殺請求権の形成権的（特に物権的な）構成」<sup>88)</sup>なるゲルマン的遺留分制度の観念的理想型ともいふべきものは、もはや、その意義を失ふこととなるといえるであろうし、また逆に遺言相続主義をとるからといって、必ずしも滅殺請求権を請求権的に解するといふ必然性もないということになる。結局のところ、ここに至っては、遺留分の扶養的性格に如何ほどの重要性をもたせるかによって形成権的構成をとるか、請求権的構成をとるかということが議論されるべきこととなる。つまり、滅殺請求権の性質は、その相続法が如何なる相続主義をとるかということによって定められるべきでなく（相続主義の決定は、さほど重要性をもたない）、近親者に対する扶養という側面に着眼し、それいづれほどの保護を与えることが妥当であるか―現時点において、遺留分権利者の保護に重点をおくことが妥当であるか、それとも受遺者の保護（||被相続人の意思の尊重）に重点をおくことが妥当であるか―ということ、さらには、純理論的に（法文の解釈範囲内で）いづれの説がより妥当であるかということにより定められるべきものと考えらる。

(81) 存在理由・根拠(1)(2)(3)については、高野・前掲五一三―五一四頁を引用させて頂いた。

(82) 穂積重遠・相続法二五一頁、中川（善）編・前掲二〇八頁（薬師寺志光）。

(83) 柳川勝二・日本相続法要論二七二頁。道義的（ローマ法的）要求にもとづくものとされる。

(84) 中川善之助・民法大要下三―三三頁以下。

(85) Bartholomeyczik, a. a. O., S. 275, Ennecerus, Kipp・Wolf, a. a. O., S. 53.

(86) 中川善之助「家族形態と相続形態」家族法研究の諸問題二八六頁、同「相続の生活保障的機能について」同二九一頁以下。

中川川泉・前掲一〇頁、岩垂肇「相続の根拠と現代相続の目標―相続権の扶養性と社会性」民商法雑誌二六卷四号一頁以下・六号一六頁以下・二七卷二号一三頁以下。

(87) 近藤英吉・相続法論下一一〇一頁、和田千一・遺言法三七六頁、奥田義人・民法相続法論全四〇一頁以下、牧野菊之助・日本相続法論三二六頁以下等。

(88) わが相続法は、現物返還を原則とする(中川(善)編・前掲二六九頁(磯村哲))が、第一〇四一条において現物返還と価額返還との選択権を滅殺の相手方に与え、また受贈者が目的物を他人に譲渡した場合や目的物の上に権利を設定したような場合にも、価額による返還を認めている(第一〇四一条)。フランス民法も、現物返還を原則とするが、受贈者による価額返還を認める。Michel de Juglart, LEÇONS DE DROIT CIVIL, p. 223. また、不動産の受遺者は、遺留分権利者に不足分を支払って不動産を保持することができる(判例)。山口俊夫・概説フランス法五〇二頁。

(89) 比較法的には、一応、かような図式が成り立つものと考えられる。高木・前掲四二二頁。

## 六、遺留分滅殺請求権の性質

### (一) 各説の概観

被相続人が、遺留分権者たる相続人の遺留分の額を超えて、贈与もしくは遺贈をなした場合、その遺留分に対する侵害行為は、第一〇三一条の滅殺に服することになるが、この滅殺請求権の性質に関しては、次の三説が対立する。

#### (1) 形成権並物権説

滅殺請求権の行使(裁判外の意思表示でもよい)<sup>(91)</sup>によって、贈与・遺贈による遺留分侵害行為の効力は消滅し、その結果、目的物上の権利は当然に遺留分権者に復帰し、贈与・遺贈が既履行の場合には、物権的請求権にもとづいて、目的物の引渡を請求することができ、また、未履行の場合には、受贈者・受遺者の履行請求を拒絶する抗弁権を取得することができるとする説で、滅殺請求が、一年の時効期間(第一〇四二条)内になされたときは、遺留分権利者は、物権にもとづくところの登記や引渡の請求権を有し、逆に、滅殺をうけた受贈者・受遺者は、滅殺の意思表示をうけたときから、悪意占有者となり、所有の意思を以て二〇年間平穩且つ公然と占有し、取得時効(第一六二条)

が完成するまで、返還義務を負うとされるものである。現在の通説であり、判例もこの説にしたがうものとされている。<sup>92</sup>

## (2) 形成権Ⅱ債権説

滅殺の効力を遺留分侵害行為の取消であるとするが、物権説と異なり、その目的物上の権利は、当然には遺留分権利者に復帰せず、贈与・遺贈が未履行の場合には、受贈者・受遺者は履行を請求しえなくなり、既履行の場合には、給付による不当利得の一種として、受贈者・受遺者に返還の義務を負わしめるにすぎないとする説で、滅殺請求が、一年の時効期間内になされたときは、遺留分権利者は、滅殺の意思表示をしたときから、一〇年間の消滅時効（第一六七条）の完成まで返還を請求しうるものとされる。<sup>94</sup>

## (3) 請求権説

滅殺請求権は、単に受贈者・受遺者に対する財産引渡請求権もあるいは未履行贈与ないし遺贈の履行拒絶権であるとする説で、これによると、滅殺請求権は一年の短期消滅時効に服するものとされる。<sup>95</sup>そして、この説が主張される根拠としては、

① 遺留分権利者の滅殺請求に対しては、相手方は現物返還をするか、価額返還するかの自由をもっている（第一〇四一条）。

② 贈与の目的物が数個ある場合に滅殺請求するには相当の限度を示すだけで足り、その何れを返還するかは相手の選択に任せられていることは、滅殺請求があっただけでは直ちに所有権の復帰は起らないで、相手方の返還義務が履行されて、はじめて所有権の帰属が定まることを意味する。

③ もし滅殺請求によって贈与や遺贈が当然に失効するものとすれば、その目的物は相続財産に包含せられて、全部

の相続人の共有とならざるをえないが、相手方は減殺請求をした遺留分権利者にのみ返還義務を負うことは、失効の結果返還義務が生じるのでなくて、遺留分権利者の減殺請求権に対応するものとして直接に受贈者の返還義務が定められていることを意味する。<sup>(96)</sup>

④ 「遺留分権利者ヲ保護スルが為メニハ減殺ノ請求権ヲ債権ト為スヲ以テ足レリ」(理由書三八五頁)との立法理由が存在する。<sup>(97)</sup>

⑤ いったん減殺贈求の意思表示したときは、重ねて転得者にその意思表示をすることは、法律上無意味。<sup>(98)</sup>

⑥ 贈与もしくは遺贈の効力をなくするということは、財産引渡請求の觀念的前提として論理構成することも可能であるが、法技術としては必ずしも贈与もしくは遺贈の失効を独立の一段階として構成する必要はない。むしろそのような構成は、法技術的に見て不必要に複雑である。<sup>(99)</sup>

⑦ 新法の精神は家産觀念の強い伝統的相続秩序の近代化を切望し、前記の二要因(近親者承継と指定者承継)によって示される自由と平等とを並存的に導入、確立することにあると考えられる。もしそうとすれば、遺留分を相続分と構成したことは、遺留分が第一次的に相続分の形で実現されることを意味するとともに、二要因が夫々の限界を守り、遺留分がこの第一次の実現によって完全に充たされることを法が期待しているものと理解されるよう。かくして、右の並存からみて期待と現実との不一致もこれを相対的調整に委ねる債権説が可能となるのである。<sup>(100)</sup> ということなどが、挙げられているのであるが、この請求権説なるものは、鈴木教授が指摘しておられるように、わが法制のもとにおいては、理論的な欠陥を内包している。以下、その欠陥について述べる。

(96) 遺留分に対する侵害行為の効力が有効か無効かについては争いがあったが、現在の通説および判例は、被相続人の遺留分を

侵害する贈与もしくは遺贈も、一応、有効であるとし、滅殺権が行使されてはじめて、その侵害部分についてのみ無効に帰す、すなわち、侵害行為は、単に滅殺権行使の対象となるにすぎぬものと解している。中川川泉・前掲五六三頁、高野・前掲五四四頁等。

大判大正一二年四月一七日民集二卷二五七頁、最判昭和二年四月二八日民集四卷四号一五二頁、最判昭和三年七月一日民集一四卷九号一七九頁。

(91) 牧野・前掲三四六頁。近藤・註87書一一五七頁〜一一五八頁。

(92) 近藤・註87一一五五頁、福島・註1論文四六頁、柚木・前掲四二一〜四三三頁、中川(善)編・前掲二三二頁(島津一郎)等。但し、以上の所説は、物権説と債権説とを峻別しておられない。物権説と債権説とを峻別して取扱っておられるものは、谷口知平「遺留分権利者の滅殺請求権の性質」民商法雑誌五六卷二号三〇一頁(物権説・債権説いづれの説をとられるかは不明)、高木多喜男「遺留分滅殺請求権の性質」判例相続法二〇三〜二〇四頁(中川淳編)、高野・前掲五三五〜五三八頁。なお、物権説と債権説とを峻別して取り扱っておられる学説の中でも、「……不当利得返還請求権によって返還を求める」とされるものがあるが、これは、債権説の中に包含されるべきもので、物権説を本文に示したように定義させて頂いた。

(93) 金沢地決明治四一年月日不明法律新聞八一五号二三頁、名古屋地判大正五年六月二〇日法律新聞一一七〇号二八頁、東京控判大正一〇年六月二九日法律評論一〇卷民法六二三頁、大判昭和九年九月一五日法律新聞三八〇一号九頁、大判昭和三年二月二六日民集一七卷三号二七五頁、註3判例。註4判例。

(94) 鈴木・前掲一〇四〜一〇五頁、梅謙次郎「民法要義卷之五相統編」四三三〜四三五頁。債権説にしたがう判例には、東京控判明治三八年月日不明法律新聞二六九号八頁、大判大正六年七月一八日民録二三輯二一卷一一六一頁がある。

(95) 川島・註2書二一二頁、槇・前掲二八六頁、谷田貝・前掲二三八頁。請求権説にしたがう判例には、東京控判大正一二年一月二四日法律新聞二二一三号一八頁、大判大正一三年月日不明法律新聞二三六三号一九頁、大判大正一四年一月二二日法律新聞二三六三号二〇頁がある。

(96) 谷田貝・前掲二三八頁

(97) 同二三九頁。

(98) 同二三八頁。



(99) 川島・前掲二二二～二二三頁。

(100) 槇・前掲二八六頁。この説に対し、高木教授は、「教授は、わが相続法体系の中、二要因の比重の評価にあたっては、あるいは、「新法の精神」とか、あるいは「法の期待」から導かれるのであるが、具体的な相続制度ないし遺留分制度の構造の分析（もつともこの分析は、「新法の精神」と無縁ではないが）を通して決定されねばならないと思う。ただ、いきなり、抽象論的に、債権説（＝請求権説）の可能性を説かれることに対し、唐突さを感じるのは、一人筆者のみであらうか」とされる（註49論文四二四頁）。

(二) 請求権説に対する批判

鈴木教授は、滅殺請求権を請求権、とりわけ、財産引渡請求権であると解する立場に対し、次のように批判される。

「この考え方（請求権説）は、債権者取消権の法的構成における請求権説とパラレルな発想によるものである。すなわち、債権者取消権については、債権者甲が、その債務者乙の第三者丙になした贈与につき、取消権を行使した場合（形成権説だと乙丙間の贈与の効力が失われることになるのに反し）、請求権説だと、甲は、丙に目的物の引渡等を求めるのみで、乙丙間の贈与は、そのまま存続し、丙は乙に対し受贈債権を有することになり、それで支障がない。しかるに、遺留分権利者甲が、被相続人乙への贈与（遺贈でも同じ）につき、遺留分滅殺請求権を行使した場合、同じく請求権説によると丙の乙に対する受贈債権は、依然存続していることになるはずで、しかも、甲は、乙の相続人だから、この債務を承継することになる。そう解したのでは、遺留分滅殺請求を認めた意味がなくなるし、また、もし、滅殺請求権の場合は、丙の乙に対する受贈債権は失われるのだ、といえ、これを失わせる効力をもつ点で、滅殺請求権はやはり形成権だ、ということになる。したがって、少なくとも、遺留分滅殺請求権に関するかぎ

り、形成権説にしたがうべきであろう。」<sup>(101)</sup>つまり、請求権説の立場にたてば、遺留分権利者が、受贈者・受遺者に対して滅殺請求権を行使したとしても、受贈者・受遺者に対する贈与ないし遺贈は失効しないため、受贈者・受遺者は、被相続人に対し、なお、受贈債権を有することとなる。そして、その債務を誰が負担するかということになれば、それは、相続人たる遺留分権利者ということになり、結局のところ、遺留分権利者が滅殺請求をなして、その侵害部分を取り戻したとしても、その取り戻し部分は、再び、債権者たる受贈者・受遺者の請求に服することになってしまい、非常に不合理な結果となってしまふとされるのである。

わが民法は、ドイツ民法におけるような相続人の指定 (*Erbinsetzung*)<sup>(102)</sup>を認めない。したがって、被相続人によって相続人に指定された者あるいは相続から排除されなかった法定相続人が相続人となり、相続から廃除された遺留分権利者は、相続人としてではなく、単に遺産債権者 (*Nachlagläubiger*)<sup>(103)</sup>として、指定相続人・法定相続人に、その遺産債権を請求しうると構成するドイツ民法<sup>(103)</sup>においては、成り立つ請求権説も、法制を異にするわが民法においては、理論的に成り立ちえないものといわざるをえないであろう。

また、川島教授は、滅殺請求権を、贈与もしくは遺贈が未履行である場合には、履行拒絶権であると構成されるわけであるが、この点についても、理論的に問題が存するものと考えられる。すなわち、例えば、被相続人がある者に包括遺贈をした場合、その包括遺贈 (特定物の特定遺贈も同様) は、物権的効力を有するものとされる。<sup>(104)</sup>したがって、包括受遺者は、目的物が未だ移転されていない場合でも、所有権にもとづいて、その引渡を請求しうることとなる。その結果、遺留分権利者は、第一〇四二条の時効期間を徒過してしまうと、その履行を拒絶しえなくなってしまうのである。<sup>(105)</sup>もし、拒絶しうるとするならば、その前提として、遺留分を侵害する処分行為は、侵害部分について常に無効であるとの構成がなされなければならないが、判例・通説は、滅殺請求がなされてはじめて、その侵害部分に

ついでのみ無効となるとし、そのようには解していない。このようなことから、滅殺請求権を、未履行贈与ないし遺贈の履行拒絶権と解することについても、ドイツ民法におけるような履行拒絶権 (Kürzungsrecht) についての明文規定を欠くわが民法においては、到底、是認しえないといわざるをえないであろう。したがって、滅殺請求権に關しては、鈴木教授が指摘しておられるように、あくまでも形成権的に解さざるをえないこととなり、そのうちの物権説・債権説のいずれが、理論上かつその適用上、妥当であるかということが、比較検討されねばならぬこととなる。

(101) 鈴木・前掲一〇五頁。

(102) BGB § 2087 I,

(103) Bartholomeyczik・Schlüter, a. a. O., S. 336. 遺留分権利者は、相続人でないため、被相続人の前記のような債務を承継しない。

(104) 通説。なお、川島教授も、包括遺贈・特定物の特定遺贈の効力につき、物権的効力を認められている。川島・前掲一九六―一九八頁。

(105) ドイツ民法では、周知のように、請求権時効制度 (Anspruchverjährung) が採用されている。そこでは、わが民法のように、債権Ⅱ実体権そのものが時効によって消滅するのではなく、実体権の請求権的主張が期間の制限に服するのである。厳密に言えば、請求権が消滅するのではなく、実体権の請求権的主張が、時効の抗弁によって阻止されるのである。この請求権時効制度の建前からすれば、権利の請求権の側面以外の側面、すなわち、権利の抗弁的主張は時効の影響を受けないという結論が導き出されるように考えられる (岡本担「遺留分滅殺請求の時効と抗弁権の永久性」川井健編・民法Ⅲ「親族・相続」三三五頁) とされるわけであるが、遺留分滅殺請求に關していうならば、被相続人の遺留分を侵害する処分行為は、遺留分権利者が、滅殺請求権を行使しない限りは、有効な処分行為として存在する結果、滅殺請求権を行使する迄は、その遺留分権利者は、その侵害された部分につき、なんらの実体権も有しないこととなる (ドイツにおいては、遺留分請求権は債権である

〔Enneceus・Kipp・Wolf, a. a. O., S. 66〕とされるため、遺留分権利者は当然のこととして債権 $\parallel$ 実体権を有する。したがって、前記のような考えも可能となるが。このようになんら実体権を有しない遺留分権利者が、未履行の場合には、遺留分を侵害する贈与もしくは遺贈の履行を拒絶することができる<sup>(108)</sup>と解することは、本文に述べたように、わが法制のもとでは無理があるのではないであろうか。但し、遺贈の効力が、債権的な効力しかないとするならば、遺贈の意思表示だけでは、確定的な所有権の移転は、未だなされていないのであるから、履行拒絶権を認ることも可能であるが、この場合にも、第一〇四二条の規定から、減殺請求権行使しなければ時効によって消滅するものと解すべきであろう。

(106) したがって、減殺請求権行使しなくても、その侵害部分の所有権は、既履行・未履行にかかわらず、常に遺留分権利者に属し、遺留分減殺請求権 $\parallel$ 所有権にもづく物権的請求権と構成されることとなる。

(107) BGB § 2318, 2319.

(108) 正面から、減殺請求権の性質に関する問題を取りあげた昭和四一年七月一日(民集三〇巻六号一一八三頁)、昭和四四年一月二八日(家裁月報二一巻七号六八頁)の両最高裁判所判決は、減殺請求権を形成権と明言する(但し、物権説が債権説かは不明であるが、前掲昭和三五年七月一九日の最高裁判所判決や判例の流れから、学説は、一般的に、これらを物権説にたつものとしている。高野・前掲五三八頁、川島・前掲「民法第一〇四二条の規定する期間の性質・遺留分減殺請求権の性質」八二八頁、判例時報九〇五号七二頁等)。

### (三) 物権説と債権説との具体的検討

前述したように、遺留分減殺請求権は、形成権と解せざるをえないわけであるが、それが、物権的なものであるか、債権的なものであるかについて検討する場合には、民法第一七七条の「意思表示」の解釈、ひいては遺贈の効力の問題を抜きにして論ずることはできないといえるであろう。つまり、物権変動を生ずる「意思表示」を通過<sup>(109)</sup>のごとく、債権行為と物権行為とに峻別せず、売買・贈与等のような債権発生をも目的とする意思表示で足り、かかる意思表示によって、債権的諸効果に伴って、物権変動も生ずると解するか、あるいは、物権行為の独自性を認め、第一七

六条の「意思表示」は、債権契約とは別の物権変動を目的とする物権的合意（第一七六条にいう「意思表示」は、物権行為を意味する）であるとし、かつ、その物権行為が無因である（有因主義をとれば、結果は、意思主義説と同様のものとなる）とするかにより、物権的であるか、債権的であるかの相違が出てくるものと考えられる。したがって、かようなことに留意しながら、両説の具体的検討をなしたい。

(1) 物権説

この説は、前記の意思主義説ないしは有因的物権行為独自性説を基礎とする説といえる。すなわち、例えば、遺留分を侵害する包括遺贈（特定物の特定遺贈でも同じ）がなされた場合、通説によれば、それは受遺者に物権的に帰属することになる（意思主義説からの当然の帰結）が、遺留分権利者が、その侵害された部分を取り戻すために、滅殺請求権を行使すれば、その遺留分を侵害する遺贈の意思表示は取消され（有因的物権行為独自性説によっても、遺贈という債権行為が、取り消されて無効となる結果、それに伴って、物権行為も当然に無効となるため、意思主義説によるのと同様の結果となる。但し、単に遺贈という債権行為だけでは、所有権は移転せず、他に物権行為を必要とする点で、意思主義説と異なる）、その侵害部分の所有権は、当然に遺留分権利者に復帰し、遺留分権利者は、その所有権にもとづいて目的物の引渡しを請求しうるのである。物権行為独自性説の立場からみて、物権行為をも取り消して、無効とする点で、この形成権は、物権的形成権ともいえるものである。

理論的には問題はないが、いささか観念的であるとの非難は免れえないであろう。

(2) 債権説

前述のように、この説は、滅殺の効力を遺留分侵害行為の取消しであるとしながら、その目的物上の権利は、当然には遺留分権利者に復帰しないとするものであるが、この説を主張される鈴木教授は、この当然には遺留分権利者に

復帰しないという権利関係につき、次のように説明される。すなわち、

「滅殺請求（取消や解除に照応する）がなされたのち、受遺者等の履行行為が完了するまでは、目的物の所有権は、受遺者等と遺留分権者とのあいだに、浮動的に存在することとなり、両者のあいだでは、準契約関係（滅殺請求の関係は、遺贈・贈与の逆向きの関係と考えるべきであり、かつ、遺贈は、贈与に準ずる関係であるから、結局は、滅殺請求当事者の関係も、契約関係に準じたものといえる）がものをいい（ただし、果実については一〇三六条の明文がある）、滅殺請求権行使後に目的物につき受遺者と有効な取引関係に入った第三者（行使前の第三者との関係は、一〇四〇条で律せられる）と遺留分権者との関係は、對抗要件によって律せられる、と考えるべきであろう（行使後に目的物を差押えた・受遺者等の債権者、および行使後に受遺者が破産した場合の破産債権者と、遺留分権者との関係も、同様に解すべきであろう<sup>113</sup>）」とされるのである。この説は、鈴木教授のいわゆる段階的移転説を基礎とするもので、「物権の復帰的変動」のプロセス中は、所有権は、受遺者と遺留分権者との間に浮動的に帰属し、このプロセス終了によって確定的に遺留分権者に復帰することになるというものである。しかし、この説明には、もう一つ納得がいかない。所有権の浮動的状态とは、どういう状態を意味するのか、つまり、浮動的状态の間において、所有権は、遺留分権利者・受遺者の双方に帰属するのか、それとも双方に帰属しないのか、そのいずれにしても、所有権の帰属につき、そのような理論構成が可能であるのか、また、所有権移転の時期はいつなのか、非常に疑問である。これは、鈴木教授が、法的構成の差異にかかわらず諸学説に共通する実際の結論および判例上ほぼ確定したものとして認められている原則に立脚して、自説を展開されているということ<sup>116</sup>、したがって、第一七六条の「意思表示」の解釈につき、意思主義説的な立場にたたれながら、<sup>117</sup>滅殺請求権の性質につき、債権説をとられることに帰因するものといえるであろう。

それゆえ、この説を主張する場合には、第一七六条の「意思表示」を物権的意思表示（物権行為）であるとし、債権的意思表示（債権行為―遺贈・売買等）と物権的意思表示（物権行為）をに分け、しかも、それは無因であるとし、既履行の場合には、滅殺請求権の行使は、単に遺留分を侵害する処分行為の債権行為部分（遺贈・贈与）を取り消すだけであり、しかも無因であるから、その目的物の所有権は、なお、受遺者・受遺者側に存在し、遺留分権利者は、その債権行為が無効であることを理由に、受遺者に対し不当利得による返還を請求でき、未履行の場合には、物権行為は、未だなされていないのであるから、その目的物の所有権は、相続人である遺留分権利者に属し、滅殺請求権の行使により、債権行為が取り消されれば、受遺者・受贈者は、その目的物の履行を請求しえなくなり、また、遺留分権利者は、滅殺請求権を行使しなくとも、受遺者・受贈者の履行請求を拒絶することができる構成するほうが、すなおといえるであろう。つまり、債権説は、あくまでも、第一七六条の「意思表示」の解釈につき、無因的物権行為が独自性説を基礎として論じられるべきであり、そのほうが、理論的には、すっきりしたものであるであろうと考える。

債権行為のみを取り消すという意味で、この形成権は、債権的形成権ともいえるものである。

(109) 我妻栄・物権法五〇頁以下、舟橋諱一・物権法八一―八三頁等。但し、舟橋教授は、物権変動の時期については、むしろ、物権行為が独自性説に近い結論を認めるとされる。同八六―八七頁。

(110) 鈴木祿弥・物権法講義二訂版七六頁。

(111) 末川博・物権法六〇頁、七五―八一頁、石田喜久夫「売買と所有権移転」於保不二雄先生還暦記念・民法学の基礎的課題中二〇五頁。

(112) 我妻|| 唄・前掲二七二頁、柚木・前掲三八七頁、中川|| 泉・前掲五〇二頁等。なお、判例も、一貫して物権的効力説をとっている。大判大正五年一月八日民録二二輯二〇七八頁、大判昭和十三年二月二三日民集一七卷二五九頁、最判昭和三十九年三

月六日民集一八卷三号四三七頁等。

(118) 鈴木・註70書一〇四頁。

(114) 鈴木・註110書七八頁以下、星野英一・民法概論Ⅱ第一分冊物権三七頁。「わが民法においては、所有権の法的効果と考えられる各種の対内的ないし対外的権能(場合によっては責任)は、ときを異にして、売主より買主に移行し、売買のプロセス開始以前には十全に帰属していた所有権は、このプロセスの終了後には、十全に買主に帰属するに至る。このプロセスのあいだ中は、目的物の帰属に関しては浮動状態が続いているのであり、売主も買主も、完全に所有権をもっているとはいえないが、それを全然もっていないともいえない。この浮動状態のあいだは、当事者の間では契約による権利・義務が、「第三者」に対する関係では對抗要件がものをいう。もし、所有権の移行の状態をあくまで説明しろというのなら、売買契約締結・代金支払・引渡・登記等の過程を通じて、所有権がなしくずし的に売主から買主に移ってゆく、と説明してもよいであろう。」とされる。鈴木祿弥・物権法の研究一二二―一二三頁。

(115) 鈴木教授は、「以上で、売買のプロセスにおいて所有権移転の時期をある一点に劃することは、実益のないことが明らかに。さらに、この所有権移転時期の確定は、物権・債権を峻別せずかつ登記を成立要件としていないわが民法のもとにおいては、理論的にも、不可能のように思われる。」(註110書八〇頁)とされておられるのであるが、これに対して、原島教授からの「……所有権移転時期を論ずることがまったく無意味だとか、所有権確認の訴は認むべきでないか、ここで断定する多とはまだ早いように思われる」(原島重義・民法の判例第三版五二―五三頁)との批判、また、石田教授からの「……わが民法が物権と債権とを峻別していないとされるが、不動産賃借権を除けば、物権とは峻別されており、それを前提にわれわれは議論してきたのではなかったか。売買契約と所有権移転の現実態はもちろん移行的であるが、それを一点で裁断するところに法的論理が成立するのではないだろうか……」(石田・前掲一九五―一九八頁)との批判がある。なお、自説に立脚したものであるが、篠塚教授も、鈴木説に対して批判を加えておられる(篠塚昭次・民法セミナーⅡ物権法三五―五三頁)。

(116) 石田・前掲一九六頁。

(117) 篠塚・前掲五二―五三頁も、この点を指摘されている。

(四) 減殺請求権行使後の遺留分権利者と第三者との関係



次に、遺留分権利者の滅殺請求権行使後に、受遺者・受贈者が、第三者に滅殺の目的物（とりわけ不動産）を譲渡し、その第三者が登記を備えた場合の法律関係につき、物権的形成権説（＝物権説）と債権的形成権説（＝債権説）とで、どのように理論構成が異なるかにつき検討を加えてみる。

(1) 物権的形成権説

物権的形成権説によれば、遺留分権利者が、滅殺請求権を行使した場合には、受遺者・受贈者に対する遺贈・贈与は、遺留分を侵害する範囲内で無効となり、その所有権は遺留分権利者に復帰し、受遺者・受贈者は、その滅殺部分について、完全な無権利者となる。したがって、遺留分権利者が、滅殺請求権を行使した後に、受遺者・受贈者によって第三者に譲渡がなされた場合には、その譲渡は、無権利者からの譲渡ということになり、その結果、遺留分権利者は、登記がなくとも、登記を備えた第三者に対し、目的物の返還・所有権の移転登記を請求しうることとなる。<sup>(18)</sup>

しかし、前掲昭和三五年七月一九日の最高裁判所判決は、滅殺請求権の性質を、形成権＝物権説である<sup>(19)</sup>と解しながら、このような場合には、遺留分権利者と第三者とは対抗関係となる、つまり、滅殺請求による遺留分侵害行為の無効＝遺留分権利者への権利復帰と受贈者による第三者への譲渡を、二重譲渡の類型に該当するとみなし、遺留分権利者は、その持分権の取得をもって、登記を経た第三者に対抗しえないと判示している。<sup>(18)</sup>物権説にたちながら、かような結論を導き出されることには賛成できない。物権説をとるなら、この場合の第三者は、無権利者からの譲受人であり、また登記に公信力がない結果として、遺留分権利者は、登記を備えていなくても、その持分権を第三者に、主張しうると解すべきであろう。<sup>(19)</sup>

(2) 債権的形成権説（無因的物権行為独自性説を基礎とする）

この説によると、遺留分権利者が、滅殺請求権を行使した場合には、遺贈・贈与という債権行為だけが取り消され

て無効となるだけなので、遺贈・贈与が既履行であるなら、物権行為は、<sup>(123)</sup>なお、有効に存在することとなる。その結果、所有権は、未だ受遺者・受贈者の側にとどまっております、受遺者・受贈者から、その目的物を譲り受けた（債権行為・物権行為が共になされた）第三者は、有効にその所有権を取得することになる。したがって、滅殺請求権の行使により、受遺者・受贈者から債権行為部分しか復帰しえない遺留分権利者は、<sup>(124)</sup>第三者が悪意の場合は別として、登記を備えた第三者に対し、その目的物の返還を請求しえないということになる。

前掲最高裁昭和三五年七月一九日判決のような結論をとるのであれば、理論的には、債権説を前提として論述がすめられねばならないといえるであろう。但し、この場合には、遺留分権利者は、債権行為、第三者は、債権行為と物権行為の双方を備えている（所有権を有する）<sup>(125)</sup>ということになるので、二重譲渡における対抗の問題とはならない。<sup>(126)</sup>

(118) 同旨、高木・註49論文四六一頁。

(119) 本件事案は、遺留分権利者が、受贈者に対して滅殺請求権を行使した後に、受贈者が、第三者に目的物を譲渡した場合、遺留分権利者は、第一〇四〇条一項但書にもとづいて、第三者に対しても滅殺請求をなしうるかというものであった。

(120) 「控訴人ら(X・Y・Z)のなした前記滅殺の意思表示により、リエ(A)と忠良(B)間の本件不動産の前記贈与は控訴人ら(X・Y・Z)の有する前記各遺留分の限度において無効に帰したというべく、したがって控訴人文五郎(X)の滅殺請求のあった昭和二五年五月二二日において本件不動産は控訴人両名(Y・Z)と忠良(B)の共有となり、控訴人両名(X・Y・Z)は本件不動産につきそれぞれ八分の一宛の共有持分を、忠良(B)は八分の六の共有持分を有するに至ったとなすべきである。」とする。高木多喜男「滅殺請求後の転得者に対する滅殺請求」判例相統法（中川淳編）二〇九頁より引用。

(121) 同二二一頁。

(122) 同二二一―二二二頁、高木・註49論文四六二頁。なお、高木教授は、本件のような場合には、第一〇四〇条一項但書を類推

適用することと十分であるとされる(同四六二頁)。

(123) 物権行為が、どのような行為であるのかという問題については、さらに検討を加える必要があるが、一応、登記の前の段階の行為、つまり、権利書・印鑑の授受(登記に必要な行為という意味で、金銭の授受は含まない)、売主の登記所に対する保証という行為などが、これにあたると思われる。また、登記自体は、對抗要件であるため、物権行為とすることはできないが、登記がなされているということは、逆に、物権行為がなされたということの証拠となる。

なお、末川教授は、「代金の支払・登記・引渡その他私的いはゆる外部的徴表を伴ふ行為」とされている(末川博「物権・親族・相続」八頁)。

(124) この場合には、第一〇四〇条一項但書を適用することができる。すなわち、物権説によれば、第一〇四〇条一項但書の適用は、受贈者が滅殺請求権行使される前に目的物を第三者に譲渡した場合に制限されるが(谷口知平「滅殺請求後の転得者に対する滅殺請求の許否・転得者に対する滅殺請求権の消滅時効の起算点」民商法雑誌四四卷二号三二七頁)、債権説では、滅殺請求権行使後には、遺留分権利者は、受贈者に対する对人的な返還請求権(一種の不当利得返還請求権)を有すると解されるため、第三者悪意のときは、債権的效果が例外的に拡張されて、第三者への返還請求が可能となる。

(125) 遺留分権利者は、第三者善意の場合、受贈者に対する債権(不当利得返還請求権)を有し、第三者は、物権(所有権)を有しているということであるが、いわゆる二重売買の形態に照応させるため、このように表現した。

(126) 無因的物権行為独自性説によれば、二重譲渡の對抗問題が生ずるのは、両者が物権行為を備えている場合、例えば、一方が、権利書・印鑑など登記に必要なものを受け取り、未登記のまま放置している間に、他方が、保証による方法あるいは偽造の権利書・印鑑等によつて登記を備えたような場合(そのような行為をなしたことは、売主専属の責任であり、善意の譲受人とは無関係)にだけであり、この場合、所有権は浮動的な状態となり、對抗要件としての登記の有無が問題となるものと解される。

#### (五) 時効との関係

滅殺請求権の性質を決定するに際しては、時効期間の妥当性という問題も非常に重要な地位を占める。諸学説は、

如何に妥當な時効期間を設定するかにつき苦心されておられるようである。この時効期間設定の問題は、遺留分権利者の保護と受贈者・受贈者を含む一般取引関係の保護との妥協的な接点を、明確ならしめることを意味する問題であり、それゆゑに、重要かつ難解な問題といえる。以下に諸学説を紹介する。

### (1) 物権説

この説によれば、原則的には、前述したように、一年の時効期間内に滅殺請求がなされた場合には、滅殺を受けた受遺者・受贈者は、所有の意思を以て二〇年間平穩且つ公然と占有し、取得時効が完成するまでは目的物の返還義務を負うこととなるのである（所有権には消滅時効がないため）が、取得時効が完成しない限り、遺留分権利者は、永久にその目的物の返還を請求しうることとなる。このような解釈は、いくら物権説をとるとはいえども、取引の安全性を解決するために、物権説の前提にたたれながら、次のように主張される。すなわち、「滅殺請求による、贈与・遺贈の無効の結果、贈与・遺贈財産は、相続財産となる故に、（福岡家審昭和三七年四月二〇日家裁月報一四・一〇一七〇）財産取戻請求権は、相続回復請求権の性質を持つこととなる。したがって、相続回復請求権の時効（民八八四）に服することとなると、せめてこのように解しないと、相続争いを短期に解決しようとする民法の趣旨（民一〇四二、八八四参照）に反することとなる。」<sup>(128)</sup>つまり、滅殺請求権行使後の財産取戻請求権は、物権的請求権ではなくて、相続回復請求権の性質を持つから五年の消滅時効に服するとされるのである。妥當な時効期間といことができ、また、理論的にも成り立ちうるが、それならば、先に滅殺請求権を行使しなくとも、最初から相続回復請求権を行使すればよいのでは<sup>(129)</sup>ないかという疑問が出てくる。このように解するならば、遺留分滅殺請求権を相続回復請求権と區別して、特に規定した意味がなくなるのではないであらうか。<sup>(131)</sup>

(2) 債権説

遺留分権利者は、滅殺請求権行使後、原則として、一〇年の消滅時効にかかるまで、目的物の返還を請求しうるとするものであるが債権説の主張者である鈴木教授は、「……丙（遺留分権利者）は、乙（受贈者）に対し、給付不当利得の返還請求権を有することになり、爾後、この債権が消滅時効にかかるまでは、乙は、丙の請求に応じなければならぬ、という考え方（最判昭四一・七・一四民集二〇・六・一一八三）も、成り立たなくはない。しかし、それでは、遺留分に関する争いを短期のうちに打ち切ろうとする一〇四二条の趣旨に沿わないから、滅殺請求の結果、丙が乙に対して有するに至った債権も、一〇四二条所定の期間の経過とともに、消滅すると解すべきである。」とされ、請求権説と同様、一年の消滅時効に服すると主張されている。しかし、このように解するならば、とりたてて債権説を主張する意義はなくなるのではないであろうか。なぜなら、被相続人の遺留分を侵害する処分行為は、絶対的無効であることを前提とし、請求権説を認めることで十分だからである。

したがって、債権説にたつなら、債権的請求権であるから、一〇年の消滅時効に服すると解すべきであろう。

(127) 川島・註2評釈八三一頁、高木・註92評釈二〇七頁。谷口教授は、これを容認される。谷口・註92評釈二二九〜一三〇頁。

(128) 高木・註92評釈二〇七頁。

(129) 旧法下においては、「相続回復ノ請求権ハ……正当相続人カ其者ニ対シ自己ノ相続人タルコトヲ主張シ因テ侵害セラレタル地位ノ回復ヲ請求スル権利ヲ謂フ」（大判大八・三・二八民録二五輯五一三頁）とされ、形成権であると解されていたが、現在においては、請求権と解されているようである（中川Ⅱ泉・前掲四八頁以下、川島・註2書一五〇頁以下）。請求権と解しても、無権利者からの相続財産の取戻しであるから、遺留分滅殺請求権における前記のような論理的矛盾は生じない。

(130) 遺留分の侵害Ⅱ相続分の侵害と解するならば、川島教授のいわゆる請求権的発想（川島・註2書二二二頁）が、この場合に、可能となる。

(131) 通説は、遺留分の放棄は、遺留分侵害行為がない場合には、その放棄者の相続分になんらの影響も及ぼさないとする（我妻・前提三三五頁）が、遺留分を不可侵的な相続分と解するならば、理論的には、遺留分の放棄は、相続分の放棄につながるものとなる。したがって、遺留分と相続分とは、その性格を異にするものと考えなければならず、また、そこから派生する請求権も、明確に区別して取り扱われなければならないものと考ええる。

なお通説（我妻・前提三三五頁）は、遺留分の放棄を、被相続人が、遺留分を侵害する贈与または遺贈をしても、それを減殺しないという、権利の放棄であるとすが、これは、遺留分という一定財産額（被相続人の財産の二分の一とか三分の一とかいう）の放棄とその実現手段たる減殺請求権の放棄とを同一に論ずるものであり、承服し難い。

(132) 鈴木・註70書一〇七頁。

## 七、結 語

以上、遺留分減殺請求権の性質決定に関わると思われる問題について述べてきたわけであるが、ここにおいて、一応の総括を試みさせていただく。

従来、遺留分に関する問題が論じられる場合には、その遺留分制というものが、ローマ・ゲルマンのいずれの遺留分制をとるかということが決定され、その上で、ローマ法系の義務分制の流れを引くなら、遺留分||扶養分、金銭返還主義、減殺請求権の請求権的構成、ゲルマン法系の遺留分制の流れを引くなら、遺留分||相続分、現物返還主義、減殺請求権の形成権的構成、となるということが、やや疑問を残しながら承認されてきたようである。つまり、遺留分に関する論述の焦点は、その遺留分制というものが、ローマ法系の遺言相続主義をとるのか、それとも、ゲルマン法系の法定相続主義をとるのか、ということに集約され、その結論から、意識的ではないにしろ、「遺言相続主義||遺留分の扶養分的構成||金銭返還主義||減殺請求権の請求権的構成」、あるいは、「法定相続主義||遺留分の相続分的構成||現物返還主義||減殺請求権の形成権的構成」という公式への適用がなされてきたようである。<sup>(134)</sup>しかし、わが

相続法を例にとるならば、ゲルマン法系の遺留分制を継受しているとはいうものの、前述したように、ゲルマン固有の性格は、かなりの修正をうけており、必ずしも、法定相続主義、即、遺留分の相続分的構成<sup>(136)</sup>||現物返還主義<sup>(137)</sup>||滅殺請求権の形成権的構成、ということにはならず、もし、そのように解するならば、法文上、さらには、妥当性の面においても、種々の厄介な問題が生ずることとなる（だからといって、ゲルマン法系の遺留分制をとるわが相続法に、遺言相続主義なる観念をもちこむことは、より以上の困難を導くであろう）。このようなことから考えると、ここで問題とさるべきことは、法定相続主義をとるのか、遺言相続主義をとるのかということではなく、法定相続主義<sup>(137)</sup>というものの法文を基礎とする概念的な面での再考ということにならう。したがって、遺留分制度は、ゲルマン・ローマの遺留（義務）分制度の観念に拘束される必要はなく、例えば、滅殺請求権の性質については、遺留分を扶養分的なものとして、請求権的に解することも、形成権的に解することも、法文に違背せず、理論的に成り立つならば、可能ということになる。すなわち、このようなことを前提として遺留分滅殺請求権の性質を考えるならば、わが相続法における遺留分は、五で述べた理由、さらには、相続分の放棄と遺留分の放棄との関係<sup>(138)</sup>につきやすいということなどから、扶養分的性格<sup>(139)</sup>のものとし、その実現手段たる滅殺請求権の性質は、時効期間の妥当性<sup>(141)</sup>、滅殺請求権行使後の遺留分権利者と第三者との関係についての判例の態度を理論的に解明しやすいくということ、また、取引の安全という見地などから、無因的物権行為独自性説を基礎とする債権的な形成権<sup>(142)</sup>であると解することが妥当といえるであろう。つまり、わが国においては、「法定相続主義<sup>(143)</sup>||遺留分の扶養分的構成<sup>(143)</sup>||現物返還を原則とする金銭返還主義<sup>(144)</sup>||滅殺請求権の（債権的な）形成権的構成」という図式が成り立つ<sup>(145)</sup>としても、別段問題は生じないものと考えられる。

なお、滅殺請求の目的物の価額算定の基準時の問題<sup>(146)</sup>、受遺者の滅殺請求に対する価額弁済と受遺物の返還義務の間

受贈者の果実の返還義務に関する問題等については、滅殺請求権の性質から直接派生する問題ではないと考えるので、別の機会に譲らせて頂く。

(133) 高木・註92評釈二〇四〜二〇五頁、註89。

(134) 請求権説の主張者は、わが相続法は遺言相続主義をとるものとされ、形成権説の主張者は、法定相続主義をとるものとされている。川島・註2書一八頁、榎・註2論文二八五〜二八六頁、中川・泉・前掲一六頁、八五頁、鈴木・註70書一頁等。

(135) 民法議事速記録第六十五卷九三〜九四頁、九六頁。

(136) 本文五、註88参照。

(137) わが相続法が、法定相続主義をとるということは、条文上およびその形式上、明らか。註66、69。

(138) 註131。

(139) 本文五参照。アングロ・アメリカ法圏に属する国は、遺留分制をおかずそれを扶養請求権の中に包摂せしめている。

イギリスにおいては、遺言の自由は、一三世紀には、法定分による制限、それ以後には、不動産についての自由保有土地 (freehold) による制限等に服したが、かような制限は、一五四〇年の遺言法 (Statute of wills) 、一六六〇年の軍事土地保有態様の廃止に関する法 (the Act for the Abolition of Military Tenures) 等の制定により廃止され、それ以来、完全な遺言の自由が確立されるに至っている (但し、地域によりその確立の時期は異なる)。したがって、現在、イギリスでは、遺留分制なるものは存在しないが、それに代わるものとして、一九三八年の家族給付法 (Family Provision Act) は、配偶者、未婚の娘あるいは何らかの精神的・身体的無能力によって自活することのできない娘、二一歳に達していない息子、何らかの精神的・身体的無能力の理由で自活することのできない息子の六カ月以内の申請 (死者の財産についての人格代表者が選ばれた日から) にもとづいて、扶養に関する決定をなす裁量権を、裁判所に与えている。これは、一九五二年の無遺言遺産法 (Intestates Estates Act) 、一九六六年の家族給付法へと受け継がれている。Anthony R. Mellows, The Law of Succession, 1973, p. 205, p. 626.

(141) 請求権説の一年の消滅時効と物権的形成権説の二〇年の取得時効 (滅殺請求権行使後) との折衷的な位置にたつ、滅殺請求



権行使後は、一〇年の消滅時効にかかるとする債権的形成権説が妥当といえるであろう。なお、ドイツ民法における遺留分請求権は、三年の時効 (BGB § 2332) にかかり、フランス民法における滅殺請求権は、五年の時効にかかる (art. 1077 al 2<sup>o</sup> c. c.) のとわかれよう。

(142) 但し、この説によれば、遺贈は、すべて債権的効力しかもたないということになり、通説と合致しない。しかし、被相続人と相続人との関係においても、次第に同一人格の承継、遺産の直接承継なる觀念が失われてきている(そのような觀念の当否は別として、最判昭和四六年一月二六日民集二五卷一号九〇頁は、そのことを如実に示している) 現在においては、むしろ、遺贈という債権的な意思表示だけでは、受遺者は、債権的な地位しか取得しえないとしても不都合はないのではなからうか。この点に関しては、鈴木教授の主張される債権的形成権の方が、意思主義説に基礎をおいておられるため、通説に忠実である。

(143) 「……遺留分権利者ニ取ツテハソレ丈ケ生活ノ方向ガ立テ往ケバ宜イ……」民法議事速記録第六十五卷一五〇頁。

(144) 「……事柄ハ違ヒマスケレトモ矢張り何処迄モ債權トシテ詰リ遺留分ニ対スル価額トサヘスレバ宜イト云ウコトニシタ方ガ処分權ヲ重ンジサウニテ詰リ遺留分権利者ニ取ツテハソレ丈ケ生活ノ方向ガ立テ往ケバ宜イノテアリマスカラ折角得タル財産迄モ取戻スコトノ必要ハナイト思フテ本条ノ如クシタノテアリマス……仏蘭西民法ニ於ケル如ク遺留分ト云フ者ハ相続人トシテ相続財産ノ一種テアル且ツ祖先伝来ノ財産ヲ相続人ニ残スト云フ各トハ望マシイコトテアリカラ現物返還主義ヲ取ツタ方ガ宜イカト思ヒマシタガ只今述ベマシタ理由ニ依テモウ少シ進ンダ主義ヲ取ツタ方ガ一般ノ取引上甚ダ結果ガ宜カラト思フテ遂ニ斯ウ云フ様ニシタノテアリマス……」民法議事速記録第六十五卷一四九—一五〇頁。

(145) 最判昭和五年八月三〇日民集三〇卷七号七六八頁。

(146) 最判昭和五四年七月一〇日民集三三卷五号五六二頁。