

ドイツ法における遺産分割方法の指定とその周辺 (一)

篠
森
大
輔

目次

- 一 はじめに
- (一) 序
- (二) 現行法概観
- (三) 民法九〇八条の立法過程 (以上本号)
- 二 ドイツ法概観
- 三 若干の検討
- 四 小括

一 はじめに

(一) 序 最判平成三年四月一九日民集四五巻四号四七七頁(いわゆる「香川判決」)によれば、①遺産中の特定の不動産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言は、遺贈と解すべき特段の事情のない限り、「被相続人の意思として当然ありうる合理的な遺産の分割の方法を定めるものであって」、民法九〇八条の趣旨は、「遺産分割の方法として、……特定の遺産を特定の相続人に単独で相続により承継させることをも遺言で定めることを可能にする」ものであると解される。そして、②「他の共同相続人も右の遺言に拘束され、これと異なる遺産分割の協議、さらには審判もなしないのであるから、……当該遺言において相続による承継を当該相続人の意思表示にかからせたなどの特段の事情のない限り、何らの行為を要せずして、被相続人の死亡の時……に直ちに当該遺産が当該相続人により相続により承継される」という。この判示が従前の公証実務サイドの要請を追認したものであることはよく知られている。

「相続させる」旨の遺言の解釈に関しては、従前極めて多数の論考が発表されてきた。⁽¹⁾特に研究者の間からは、香川判決の考え方を変則処分と解する立場からの厳しい批判や、相続による承継(遺産分割を要する)と遺贈による権利移転効(遺産分割を要しない)の「いいとこ取り」⁽³⁾との批判などが投げかけられた。しかし、その一方で、香川判決の出現後、実務は直ちに同判決を前提とした諸問題の解明にその興味を移し、一連の判例理論を形成させている。⁽⁴⁾学説側からの批判は、必ずしも実務界に対するインパクトにはなっていないといわねばなるまい。このことは、判例理論展開の背景に、相続法理論だけでは解決しえない広がり——高齢者を取り巻く社会状況、特に、相続と介護をめぐる深刻な諸問題⁽⁵⁾など——があることの現れかもしれない。

いずれにせよ、民法九〇八条の意義を再確認することが重要である。遺産分割方法指定は「相続させる」旨の遺言

の問題を通じて「一挙に表舞台に引きずり出され、多大な意味づけを与えられた⁽⁶⁾」といわれ、もともと十分に基礎付けられていた制度とはいいがたいものがあるからである。九〇八条を援用する香川判決への問いかけは、理論的基礎付けの作業を前提としてはじめて可能となるものと思われる。本稿では、遺産分割方法指定に関する比較法研究の一環として、ドイツ法における遺産分割方法指定とその周辺諸制度の検討を試みたい。なお、本稿では、ことわりのない限り、遺産分割方法指定という用語は、遺産分割の基本方針（現物分割、換価分割等）を指定する遺言ではなく、特定相続人に特定財産を承継させる趣旨の遺言という意味で用いる。

西ヨーロッパ大陸諸国の各相続法は、ローマ法に従って、相続による承継（包括承継）制度を基軸としつつ、被相続人から相続人への個別承継的財産処分制度を認める⁽⁸⁾。後者の典型例は被相続人への特定遺贈であるが、生前行為にも視野を広げれば、独仏両国の民法の間だけでも相当な違いがある。

独仏両法はともに相続人に対する特定遺贈を認める（フ民一〇〇二条一項、同八四三条二項参照、ド民二一五〇条・先取遺贈 Vorausverächtnis）。これに加えて、フランス法は、生前贈与（フ民八九四条、同九三一条以下）のほか、恵与分割⁽¹⁰⁾ liberalité-partage（同二〇七五条以下）——贈与分割 donation-partage（同二〇七六条以下）および遺言分割 testament-partage（同二〇七九条以下）から成る——と呼ばれる独特の制度を有し、わが国でも注目を集めている⁽¹¹⁾。他方、ドイツ法は、（生前・死因）贈与（ド民五一六条以下、同二三〇一条）のほか、分割方法指定 Teilungsanordnung（同二〇四八条）を認めており、先取遺贈との関連が議論されている⁽¹²⁾。これらに加えて、相続契約 Erbvertrag（同二九四一条、二二七四条以下）もまた認められていることが興味深い⁽¹³⁾。

右に列挙した被相続人の相続人に対する個別承継的財産処分の諸制度を整理して、ドイツ法上の分割方法指定を位置づけるには、考察の枠組が必要となる。筆者は、「死後承継」と「生前承継」という枠組を利用するのが有益である

と考える⁽¹⁴⁾。この枠組は理念型であり、現実の制度を正確にカテゴライズするものではない。しかし、各制度間の位置づけを理解するには一定の効用があるものと思われる。

相続人に対する特定遺贈は「死後承継」の典型例である。生前贈与、贈与分割は「生前承継」に属するであろう。相続契約による個別財産の出捐は被相続人の死後にその効力が生ずるので(ド民二二七九条一項参照)、「死後承継」に属するとも思われるが、被相続人に撤回の自由がなく、強い拘束力を有する点に鑑みれば、実質的にみて「生前承継」にもまたがる機能をも有すると考えてよいのではないだろうか。問題は、遺贈分割と分割方法指定である。両者はともに遺言による行為として「死後承継」に属するようにみえるが、相続人への特定遺贈との競合など制度の本質に関わる問題が提起されており、その位置づけは必ずしも明確ではないように思われる。

本稿の課題は、右のような分析枠組においてドイツ分割方法指定制度の位置づけを明らかにするとともに、わが民法の遺産分割方法指定制度と比較検討することである。筆者は、日独の分割方法指定制度が何らかの意味で「生前承継」の機能を有しており、この点が相続人に対する特定遺贈との相違であるとの仮説を有するものであるが、このことは後に説明する。

以下、本章では、わが国の判例・学説の状況および民法九〇八条の立法過程を確認しておく。

(二) 現行法概観 (1) 九〇八条に関する昭和三〇年代以前の議論 遺産分割方法の指定に関する現九〇八条

(旧一〇一〇条)は、被相続人が、遺言によって、分割の方法を定め、またはこれを第三者に定めることを第三者に委託することができる旨を規定する(本稿では、遺産分割方法指定の第三者への委託を考察の対象から除外する)。被相続人に遺産分割方法の指定を認めること自体に争いはない。しかし、極めてシンプルな規定であるだけに解釈上の問題の発生は避けられない。ところが、遺産分割方法指定という制度が注目を集めたのは、「相続させる」旨の遺言に関

する議論が始まる昭和四〇年代以降のことであり、それ以前に出版された教科書・注釈書は本条の説明にそれほど紙幅を割かない。その中であつて重要なのは次の諸点であろう。⁽¹⁵⁾

第一に、被相続人による遺産分割方法の指定を認める趣旨は、遺産分割に関する被相続人の意思を尊重するとともに、共同相続人間の争いを未然に防止することにあるものとされている。⁽¹⁶⁾

第二に、遺産分割方法指定には、被相続人による分割の基本方針（現物分割、換価分割など）の指定だけでなく、相続財産中の特定財産を特定相続人に承継させる旨の指定も含まれるものと解されている。⁽¹⁷⁾ この分類は、後に述べるように、遺産分割方法指定という概念の内容に連なる重要な点である。以下の諸点は後者の類型に関するものである。

第三に、遺産分割方法指定の典型例として、「不動産は長男A次男Bに、有価証券類は長女C次女Dに」というように、複数の相続人が登場する例が掲げられることが多い。⁽¹⁸⁾ 同じ結論には、各共同相続人への特定遺贈を繰り返すことによつても到達しうることを鑑みれば、被相続人が特定相続人に特定財産を承継させることよりも、被相続人が各共同相続人に特定財産を適当に「分配」することに主眼があるように思われる。しかし、学説は遺産分割方法指定と相続人への特定遺贈の本質的相違（特に「分配」の意義）を探究する方向には進まなかつた。むしろ、右遺言条項を、原則として遺産分割方法指定と解する学説⁽¹⁹⁾と、原則として遺贈と解する学説⁽²⁰⁾が対立する。両学説はともに、性質決定の決め手を被相続人の意思解釈に求めており、その意味で遺産分割方法指定と相続人への特定遺贈は同一平面上で——したがつて、「死後承継」に関わる諸制度として——位置づけられていると考へてよい。

第四に、管見の限り、遺産分割方法指定がある場合に遺産分割手続を積極的に要求する学説は見当たらない。遺産分割手続を当然視したものであろうか。その一方で、遺産分割を実行する余地はないものと解する有力な学説があ

る。⁽²¹⁾

第五に、各相続人に与えられた相続財産中の特定財産の価額が当該相続人の相続分額を超える場合について、相続分指定（九〇二条本文）の伴う遺産分割方法指定という解釈を認める学説がある。⁽²²⁾ その一方で、右の場合には、当該相続人は他の共同相続人に対して債務を負担するなど、相続分額と取得財産額が一致するような措置をとるべきとする学説⁽²³⁾もみられ、法定相続分の尊重に対する考え方の違いが垣間みえる。

第六に、右第五の場合について遺留分との関係に言及する著作⁽²⁴⁾はあまりみられない。

(2) 昭和四〇年代以降の議論 周知のように、昭和四〇年代以降、公証実務に端を発して、相続財産中の特定の財産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言の解釈が問題とされるようになった。九〇八条に関する従前の解釈論は、「相続させる」旨の遺言の解釈に関する判例・学説の展開の中でどのような形で現れるのだろうか。判例・学説が展開してゆく分岐点を辿っていくことによって、われわれはさまざまな論点を抽出することができるように思われる。⁽²⁵⁾

諸学説はこの問題をさまざまな観点から論じており、複雑に交錯している。「相続させる」旨の遺言の性質決定⁽²⁶⁾という観点から大別すると、(a)遺産分割方法の指定説⁽²⁷⁾、(b)遺贈説⁽²⁸⁾、(c)遺産分割処分説⁽²⁹⁾、(d)遺産分割効果説⁽³⁰⁾ということになるであろう。⁽³¹⁾ 香川判決は、右の諸学説のうち遺産分割効果説をとったものと解されている。⁽³²⁾

まず、遺贈説（右(b)）には本質的に異なる二つの立場が併存している。⁽³³⁾ その区別の基準となるのは、遺産分割方法指定（九〇八条）および相続人に対する特定遺贈（九六四条）を、遺言による財産処分の平面に並置してその異同を論ずるのが妥当かどうかという問題に対する賛否である。右の問題を否定する遺贈説（便宜上、遺贈説αと呼ぶ）は、遺贈のほかには遺産分割方法指定という遺言による財産処分を認めず、⁽³⁴⁾ 遺産分割方法指定は遺産分割の基本方針につ

ての指示であると解する。⁽³⁵⁾ それ故、この立場では特定遺贈と遺産分割方法指定は概念上区別され、適用関係も明確となる。すなわち、前者のみが「死後承継」に関わる制度と解され、両者は競合しない。

これに対して、右の問題を肯定する遺贈説（遺贈説 β と呼ぶ）は、遺産分割方法指定および相続人に対する特定遺贈の効果を比較検討した結果、「相続させる」旨の遺言を原則として遺贈であると解する。⁽³⁶⁾ 遺贈説 β によれば、相続財産中の特定財産を特定相続人に与える遺言は、遺贈と遺産分割方法指定のうちいずれにも解しうる事が前提となっており、それ故、両者は概念上互いに重なり合う部分があることになる。⁽³⁷⁾ したがって、遺贈説 α と遺贈説 β は結論において同一ではあるが、次元の異なる学説といえる。

次に、遺産分割方法の指定説（右(a)）は、右に述べたように、遺贈説 α との関係では、遺贈説 β と同一平面上にある学説である。遺産分割方法の指定説および遺贈説 β は、遺産分割方法指定および特定遺贈の各効果の異同を比較衡量した上で、被相続人がいかなる効果を欲していたを探求し、これを性質決定の基準とする。⁽³⁸⁾ 遺産分割方法指定と遺贈の相違の多くは、前者が一般に相続を原因とする包括承継のプロセスに関わる制度であり、後者が遺贈を原因とする特定の承継に関わる制度であることに起因しているように思われる。例えば、受益相続人による相続放棄の場合の処理、目的物の取得の手続（遺産分割手続との関連、登記手続等）などである。⁽³⁹⁾ したがって、両学説にとって重要なことは、各制度の枠組み——遺産分割方法の指定と相続分指定の關係や遺産分割手続との關係など——が如何なるものなのかを明確なものとすることである。この問題が必ずしも明確にはなっていなかったからこそ、次のような相続法体系の根幹に関わる諸問題が生ずるに至った。

第一に、遺産分割方法の指定説の中には、相続分の指定（九〇二条）を伴う遺産分割方法の指定を認めるものが多⁽⁴⁰⁾い。東京高判昭和四五年三月三〇日高民集二三卷二号一三五頁（いわゆる「多田判決」）もこの解釈をとる。しかし、

この立場に対しては、遺産分割方法の指定説の内部において、共同相続人間の公平を重視する立場からの批判がある。⁽⁴¹⁾

第二に、多田判決が遺産分割方法の指定説（または相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定説）を採用しつつ遺産分割手続を要求したことに對する不満から、「相続させる」旨の遺言を九六四条の定める遺言処分の一種と位置づけ、なおかつ遺産分割手続を排除するという遺産分割処分説（右(c)）が現れることになる。被相続人の意思によって遺産分割手続を排除することの可否や、法定遺言事項という考え方に對する態度決定に関わる。

最後に、遺産分割効果説（右(d)）は、九〇八条がフランス法上の遺言分割制度の系譜を引くものであるとの認識を基礎に、「相続させる」旨の遺言による遺産分割手続排除を承認する。まさに本稿が問題とする学説である。

以上の説明によれば、遺産分割方法指定という制度は、基本的に「死後承継」に関する制度であると理解されてきたとみてよい。そのことを前提として、遺産分割方法指定という制度の根幹に関わる諸問題——遺産分割方法指定という概念、隣接諸制度（とりわけ相続分の指定、相続人に対する特定遺贈）との区別、相続分指定を伴う遺産分割方法指定という概念の可否、法定遺言事項にない新たな遺言処分を創設することの可否、遺産分割手続の要否など——について悉く学説上の対立があることが理解される。これらの対立は、遺産分割手続の要否や法定遺言事項の意義、共同相続人間の衡平など、相続法上の基本問題に連なっており、混乱の中にある。したがって、九〇八条の意義の再検討は不可避的な要請といわざるをえない。そこで、同条の立法過程を確認して、考察の手がかりを得ることとする。

(三) 民法九〇八条の立法過程

(1) 法典調査会の議論

(ア) 第一八八回法典調査会（明治二九（一八九六）年

九月二三日）において、穂積陳重委員は、遺産分割方法指定に関する草案一〇一一条⁽⁴²⁾（旧一〇一〇条、現九〇八条）の審議において、まず、相続分の指定（草案一〇〇九条⁽⁴³⁾）の場合と基本的に同じ理由、すなわち、各共同相続人の生活状況等を考慮した、実質的に公平な遺産分配を可能にするという理由に基づいて⁽⁴⁶⁾、遺産分割方法指定の必要性を認

める。それに続いて次のように述べる。

「①諸国ノ法典ニモ殆ンド例外ナシニ之ヲ許シテ居ル様デアリマス②ドウモ平等ニ分割スルト云フコトニナル③又其分割ト云フコトニ付テモ或ハ分割者ノ間ニ財産上親族近親ノ間ニ成ル可ク面倒ヲ避ケマス為メニ分割ノ方法ヲ定メルト云フコトモアリマス④又ハ此分割ノ方法ト云フモノハ不動産ナラ不動産ト云フモノハ例ヘバ長子ハ農業ヲ致シテ居ルカラ不動産ヲ有スル方ガ宜イ次男ハ不動産ト云フモノヨリハ寧ロ金ヲ取ツタ方ガ商業ヲスルニ都合ガ宜イト云フ様ナ色々ナ斟酌ガ有リ得ルソレ等ノ受ケル者ノ便利ヲ謀ツテ被相続人ガ之ヲ許スト云フノハ最モ必要ナコトデアラウト思ヒマス」⁽⁴⁷⁾

(説明の便宜上、文番号①〜④を付した)

穂積委員が遺産分割方法指定の具体例として最初に掲げるのは、農業を営む長男に不動産を、商業を営む次男に金をそれぞれ承継させる、というものである(④文)。同委員は遺産分割の基本方針の指定も本条の射程にあると考えられている⁽⁴⁹⁾が、草案の趣旨説明の最初の典型例として右の例が示されたのは重要である。この例が複数の推定相続人を受益者としていること、および、先に述べた遺産分割方法指定の必要性の根拠に鑑みれば、穂積委員は、この例を通じて、単に特定相続人に対し特定財産を承継させる趣旨のみならず、各共同相続人に対し遺産中の特定財産を実質的に公平に「分配」する趣旨を示そうとしたものと解すべきである。

(イ) 右の「分配」は如何なる場合を想定したものか。同じ結果は各共同相続人に対する特定遺贈を繰り返すことによっても達成しうる以上、遺産分割方法指定における「分配」と、相続人に対する遺贈とは区別されることが前提となる⁽⁵⁰⁾。

考察の手がかりは、穂積委員が、起草段階において、相続分指定と遺産分割方法を密接に関連付け⁽⁵¹⁾、かつ、両

者が遺言のみならず生前行為によってもなされることを認めるという独自の構想（「穂積構想」と呼ぶ）を有していたことに求められよう。同委員が表明した遺言の実用性の乏しさへの強い懸念に鑑みれば、穂積構想の核心は、生前行為による相続分指定および遺産分割方法指定にあるとみてよい。相続分指定に関する草案一〇〇九条の直後に特別受益持戻しに関する同一一〇〇九条が配列されていることを考慮すれば、穂積構想は、被相続人が、分家、婚姻、養子縁組などにあたり、その存命中に各推定相続人に対して財産を生前分与する慣行に対応しようとしたものと考えられないだろうか。右の生前分与は、その実情は多様であるが、論理的には、被相続人が、各推定相続人の取得すべき家産の割合を指定し（生前行為による相続分指定）、家産中の特定財産を各推定相続人に分配する（生前行為による遺産分割方法指定）ことの組み合わせによって行われるものと思われる。

分家等の際に行われる生前分与は、通常は生前贈与と解されるであろう。これが被相続人の存命中に全部履行された場合には、当該生前分与は、被相続人の死亡後、特別受益持戻しの対象や遺留分減殺の対象となる。しかし、これが被相続人の存命中に履行されない場合には、それが口約束にとどまるかぎり、受贈者たる相続人が未履行部分の履行を実現することが困難になることが予想される。とりわけ、分家等の事由は各推定相続人について、長い期間にわたって一人ずつ順番に生ずるのが通常であるから、被相続人が各推定相続人に対する生前分与プログラムを立てていたとしても、全ての推定相続人への分配を終了する前に被相続人が死亡することもままあったであろう。その場合には、分配されなかった財産は遺産相続の諸準則に基づいて、遺産分割手続を通じて分配されることになる。そこで、穂積委員は、生前行為または遺言による相続分指定および遺産分割方法指定を認め、被相続人の生前分与プログラムが明確に示されている場合には、これを、相続法上も実現可能にしようとしたものと思われる。本稿の分析枠組に照らせば、「生前承継」の意味を多分に有するものと考えてよいであろう。

それでは、被相続人が明確な全推定相続人への生前分与プログラムをもたず、分家等が生ずるたびに当該推定相続人に対して場当たりの個別的生前分与を行っていた場合において、当該生前分与を未履行で死亡したときは、右未履行部分は遺産分割方法指定として考慮されるであろうか。筆者は否定的に解する。生前贈与としての保護、または、遺言に記された場合には特定遺贈としての保護がせいぜいではないか。穂積委員が示した典型例は、必ずしも明確ではないが、全共同相続人への生前分与プログラムを想定したものと考えられるからである。⁽⁵⁸⁾

(ウ) 各推定相続人への生前分与プログラムが書面で残されていたとしても、その存否および内容をめぐって、共同相続人間で極めて深刻な争いとなることが容易に予想される。したがって、生前分与プログラムの表示は、単に書面によるのみならず、要式行為(公正証書・遺言など)とするべきことが要請される。穂積構想は公正証書による生前分与の効力を認めていたようである。ところが、法典調査会の審議では、採決によって、相続分指定は遺言のみによるものとされた。⁽⁵⁹⁾生前分与プログラムにおいては相続分指定と遺産分割方法指定がリンクしている以上、穂積委員は右の採決を受けて、遺産分割方法指定も遺言のみによるものと修正した草案を審議にかけざるをえなかった。⁽⁶⁰⁾こうして、生前分与プログラムは、被相続人の死後においては遺言によって生前分与の内容が記された場合にのみ保護されることとなった。遺言の作成がほとんど期待できない中、穂積構想は換骨奪胎されたに等しいのではないだろうか。⁽⁶¹⁾

(エ) 先の引用部分において、外国立法例の紹介の延長上で草案の説明がなされていることに鑑みれば、穂積委員は、遺産分割方法指定による「分配」は、「平等ニ」^{(2)文}、すなわち特に相続分指定のないかぎり法定相続分の枠内なすべきことを前提としていたと考えてよいように思われる。⁽⁶²⁾しかし、共同相続人の一人に対しその法定相続分額を超える特定財産が与えられた場合の処理については、穂積委員は言及していないため必ずしも明確ではないが、相続分指定は遺産分割方法指定とは別個の遺言条項としてなされることが想定されており、相続分指定を伴う遺産分割方法

指定という考え方は考慮されていなかったものとみてよいであろう。⁽⁶⁴⁾ なお、共同相続人の一人に与えられた特定財産が他の相続人の遺留分を侵害する場合には、穂積委員は言及していないが、後の梅謙次郎委員の見解が伝えられる。⁽⁶⁵⁾ 梅委員は、当該特定財産の法定相続分額を超過する部分が遺贈の性質を有するものと考え、遺留分の規定(旧一三一条)⁽⁶⁷⁾を適用すべきものと解する。

(オ) 遺産分割方法指定による「分配」がどのようにして実現されるのかについても、穂積委員は言及していない。近時、遺産分割方法指定の目的が示された右③文が、フランス遺言分割制度の目的としても指摘されることと同一であることを理由に、わが民法の立法者も、全相続人に対する遺産割付けの場合について遺産分割方法指定に遺産分割の効果を認めていたものと解する学説がある。⁽⁶⁸⁾ 穂積委員が起草にあたってフランス尊属分割(そのうち、特に遺言分割)制度を参照していたことは諸家の指摘するところであり、⁽⁶⁹⁾同制度の要件面に十分に配慮した右学説は説得力をもっている。しかしながら、すでに述べたように、穂積委員は、長期間にわたって五月雨式に生ずる分家等による生前分与プログラムの未履行部分を相続法上も実現可能にする点を重視したのであって、遺産分割効果を積極的に認めようとしたものではないように思われる。むしろ、後に述べるように、草案の文言は遺産分割手続を要求しているようにも読めることから、フランス尊属分割制度の影響は、穂積委員が起草段階で参考にした程度にとどまるのではないだろうか。

(2) ドイツ法の影響? 草案一〇一条の文言は極めてシンプルであるため、様々な解釈の可能性がある。同条の文言起草にあたり、穂積委員はドイツ法の影響を受けていたのではないだろうか。⁽⁷⁰⁾

草案一〇一条の文言は、翻訳の媒介を割り引いたとしてもドイツ民法第一草案(一八八七年)二一五二条および同第二草案(一八九五年)一九二二条一項と酷似している。⁽⁷¹⁾ 特に「分割の方法 die Art der Theilung」という文言は第

一草案二一五二条にしか現れない。両条文をフランス民法（一八〇三年）一〇七五条と比較すると、文言および意味内容の両面で距離が認められる。⁽⁷²⁾ すなわち、遺言者が、「遺産清算に関する指示をする Anordnungen für die Auseinandersetzung (...) treffen」のと、「財産の配分および分割を行う faire ... la distribution et le partage de leurs biens」⁽⁷³⁾ のとでは明らかにニュアンスが異なるといえよう。前者の「指示 Anordnung」では、指示内容を実行するのは、被相続人ではなく相続人ということになる。実際、『ドイツ民法第一草案理由書』（一九八八年）は、分割方法の指示に債権的效果を有するにすぎないものとする。⁽⁷⁴⁾ これに対して、後者では、被相続人自らが遺産を配分・分割しうるものと読むことができ、事実、遺産分割の効果が認められているのである。

穂積委員が草案一〇一一条の起草にあたり、特にドイツ民法第一草案の文言を利用した可能性は否定できないであろう。それ故、ドイツ民法諸草案の諸条文を参考にした解釈論が展開されたとしても不思議ではない。⁽⁷⁵⁾ 穂積構想は、生前行為による遺産分割方法指定を認めるという意味でどちらかといえばフランス尊属分割制度に親和性をもつのだが、仮に同制度の導入を企図していたのだとすれば、これをわずか一箇条で条文化しようとしたことに無理があったともいえる。⁽⁷⁶⁾

現九〇八条は、草案の文言、穂積構想、法典調査会での審議、起草時に参考にされた外国法の影響などの諸事情が複雑に絡み合って成立している。それ故、立法者意思と条文文言の間の齟齬に起因する解釈上の問題——「相続させる」旨の遺言に関する問題もこれに含まれる——が生ずることは、立法の時点ですでに避け難いものとなっていたのである。

注

- (1) 千藤洋三「相続させる」旨の遺言の解釈をめぐる諸問題」関西大学法学論集四八巻三＝四合併号（一九九八年）三三八頁以下（注一）に同論文発表時までの膨大な文献一覧がある。
- (2) 伊藤昌司「相続させる」遺言は遺贈と異なる財産処分であるか」法政研究五七巻四号（一九九一年）六五一頁以下、同「判批」民商法雑誌一〇七巻一号（一九九二年）一二二頁、同「相続法」（有斐閣、二〇〇二年）八三頁以下、一一九頁以下など。
- (3) 千藤前掲論文（注1）三六六頁、三九六頁。
- (4) 本来はていねいに跡づける必要があるのだが、本稿では先行研究に委ねる。吉田克己「相続させる」旨の遺言・再考」野村豊弘『床谷文雄編「遺言自由の原則と遺言の解釈」（商事法務、二〇〇八年）三四頁以下（吉田「再考」として引用）など参照。
- (5) 従来「扶養と相続」あるいは「対価的相続」論として論じられてきた問題である（原田純孝「扶養と相続——フランス法と比較してみた日本の特質」奥山恭子・田中真砂子・義江明子編「扶養と相続」（早稲田大学出版社、一九九八年）一六七頁以下など）。最近では、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」（日本評論社、二〇〇一年）一六六頁以下（同書第二版（二〇一一年）二〇六頁以下）参照。
- (6) 千藤前掲論文（注1）三九五頁。
- (7) 民法九〇八条の沿革をフランス遺言分割制度に求めた学説がある（水野説と呼ぶ。水野謙「相続させる」旨の遺言に関する一視点」法律時報六二巻七号（一九九〇年）七八頁以下（水野謙「一視点」として引用）、同「相続させる」旨の遺言の効力」法学教室二五四号（二〇〇一年）一九頁以下（水野謙「効力」として引用）、島津一郎「分割方法指定遺言の性質と効力」判例時報一三七四号（一九九一年）三頁以下）。同学説が「相続させる」旨の遺言の問題を比較法的議論の俎上に載せたことは重要である。しかし、同学説は香川判決の出現を強力にサポートしたとされる一方で（塩月秀平「調査官解説」『最高裁判所判例解説民事篇平成三年度』（法曹会）二二二頁以下、特に二三三頁、説得力のある厳しい批判も受けた（伊藤前掲判批（注2）一八八頁以下、千藤前掲論文（注1）三六六頁、水野紀子前掲論文（注5）一六〇頁以下、一七四頁以下注五、六（同第二版二〇〇頁以下、二二八頁以下注五、六）など）。水野謙「効力」（本注）一九頁が批判に承接したものの、その後は法解釈方法論も絡んでいけば論争めいた状況となっていた（米倉明「相続させる」遺言は遺贈と解すべきか」ターントンスマン七号（二〇〇三年）三三頁以下、伊藤昌司「民法解釈学と相続法」同志社法学五六巻六号（二〇〇五年）一五一頁以下）。近時、吉田「再考」（前掲注4）四七頁以下は、水野説の趣旨を汲み取りつつこれを適切に批判したものと思う。

- (8) もつとも両者が常に明確に対立しているわけではなく、独仏両相続法の共通の基盤である古典期ローマ法においてすでに相続が生じ、古典期後には溶融する現象が生じていたとされる(小菅芳太郎「法学史上の古代末〔死後贈与〕前史からの管見」(1)北大法学論集四一巻五〇六合併号(一九九一年)二二六頁)。同様の指摘は、吉田「再考」(前掲注4)三三頁以下(特に注四)。「相続させる」旨の遺言が、相続法史におけるそのような溶融現象の一齣として位置づけられるのが問題である。
- (9) 推定相続人への生前贈与はいわゆる生前相続としての機能を果たすことが多いであろう。日本法について、加藤永一「贈与および遺言の研究」(1)法学三四巻一号(一九七〇年)三三頁以下、来栖三郎「契約法」(有斐閣、一九七四年)二二五頁、柚木馨〓高木多喜男編『新版注釈民法一四』(有斐閣、一九九三年)二二頁以下(柚木馨〓松川正毅)など参照。
- (10) 二〇〇六年のフランス民法改正により、かつての尊属分割 *Partage d'ascendant* 制度は、恵与分割制度へと変容を遂げた。
- (11) かつてのフランス尊属分割制度について重厚な研究の蓄積がある。稲本洋之助「近代相続法の研究——フランスにおけるその歴史の展開」(岩波書店、一九六八年)、同「農家相続調査の前提状況——フランスの農家相続その一」社会科学研究三六巻三号(一九八四年)一四三頁、同「農家相続の観念と類型——フランスの農家相続その二」社会科学研究三六巻四号(一九八四年)八五頁、Tadaki Matsukawa *Etudes comparatives du partage d'ascendant en droit français et en droit japonais, these, 1986*。松川正毅「フランスにおける尊属分配」比較法研究四九号(一九八七年)一三九頁、原田純孝「農家相続における所有と経営」(一)四完——フランスの農家相続その四相続」社会科学研究三七巻六号(一九八六年)一一二頁、三八巻三号(同年)一七五頁、同五号(一九八七年)一六一頁、同三九巻五号(一九八八年)一五一頁、同「相続・贈与遺贈および夫婦財産制——家族財産法」北村一郎編「フランス民法典の二〇〇年」(有斐閣、二〇〇六年)二二三頁以下など。
- (12) ドイツ分割方法指定制度については、右近健男「相続分の指定に関する一考察」岡山大学法学会編『世紀転換期の法と政治』(岡山大学創立五〇周年記念論文集)。(有斐閣、二〇〇一年)二二九頁が貴重な研究である。本稿のテーマに関する他のドイツ語圏諸法(スイス法、オーストリア法)の研究はほとんどみられない。スイス民法六〇八条三項を参考にして、相続財産中の特定財産を特定の共同相続人に与える遺言を、原則として遺産分割方法の指定と解する有力な学説がある(中川善之助編『註釈相続法上』(有斐閣、一九五四年)二〇〇頁(有泉亨))。しかし、同学説に対しては、右スイス民法規定の趣旨に関する重要な疑問が提出されており(伊藤前掲論文(注2)六六一頁以下、六六五頁以下注二七、同前掲書(注2)一一二頁)、検証を要する。しかし、現時点ではその作業はまだ行われていない。
- (13) 相続契約については、太田武男「相続契約」『契約法体系Ⅵ』(有斐閣、一九六三年)二六〇頁参照。なお、同論文の次の指摘は肝に銘じるべきである。「相続契約の考察に際しては、それが、ドイツにおいていつ頃から如何にして発達し、それぞれの時代におい

て如何なる機能をはたし、とくに夫婦財産契約や遺言との関係において如何なる地位を占め、現在どのように利用されているかの点に關する考察なくしては正鵠なものたりえないことをまたない(二六一頁)。

(14) 吉田「再考」(前掲注4) 三三頁以下は、「相続させる」旨の遺言の問題の考察の際に、「相続承継」と「財産承継」という分析枠組を用いる。筆者は、この分析枠組を承認するとともに、これに「生前承継」と「死後承継」という対立軸を組み合わせた枠組を用いた分析を企てるものである。本稿では後者の対立軸を中心に論じることになる。

(15) 以下の文献引用は必ずしも網羅的ではないことをお断りしておく。

(16) 梅謙次郎『民法要義卷之五』(有斐閣、一九一三年) 一三四頁、柳川勝二『日本相続法註釈上』(巖松堂、一九一八年) 六四三頁。

(17) 柳川前掲書(注16) 六三九頁、我妻栄一立石芳枝『親族法、相続法』(法律学体系コンメンタール篇)(日本評論新社、一九五二年) 四四九頁以下、我妻栄一唄孝一『判例コンメンタールⅧ相続法』(日本評論社、一九六六年) 一四一頁など。

(18) 梅前掲書(注16) 一三四頁、我妻一立石前掲書(注17) 四四九頁、註釈相続法上(前掲注12) 二〇〇頁〔有泉〕(本文の例は同書による)、有泉亨一加藤一郎編『相続(下)』(河出書房、一九五六年) 二〇五頁以下、我妻一唄前掲書(注17) 一四一頁など。

(19) 有泉一加藤編前掲書(注18) 二〇六頁、註釈相続法上(前掲注12) 二〇〇頁〔有泉〕。

(20) 山島正男「相続分の指定」『家族法大系Ⅵ』(有斐閣、一九六〇年) 二七三頁、二七五頁注三。

(21) 近藤英吉「相続法論下」(弘文堂、一九三八年) 六〇九頁。我妻一立石前掲書(注17) 四四六頁、我妻一唄前掲書(注17) 一二七頁も同趣旨と考えられる(谷口知平一久貴忠彦編『新版注釈民法』二七)(有斐閣、一九八九年) 三八六頁(伊藤昌司)。「相続させる」旨の遺言について遺産分割手続が不要と解されるに至るには、右の有力な学者の見解が影響を与えたかもしれない。

(22) 我妻一立石前掲書(注17) 四三〇頁、四四九頁、我妻一唄前掲書(注17) 一四一頁。

(23) 註釈相続法上(前掲注12) 二〇〇頁〔有泉〕。

(24) 梅前掲書(注16) 一三五頁。後に言及する。

(25) 本稿では判例・学説をていねいに検証する作業は先行研究に委ねる。千藤前掲論文(注1) 八一九頁以下参照。またここでの文献引用も必ずしも網羅的のものではない。

(26) 大村敦志「典型契約と性質決定」(有斐閣、一九九七年) 一七一頁、二〇九頁、吉田克己「相続させる」旨の遺言——遺産分割不要原則の検証」『法律時報七五巻二二号』(二〇〇三年) 八四頁以下、八八頁注七・八(吉田「検証」として引用)。

(27) 中川善之助一泉久雄「相続法(第四版)」(有斐閣、二〇〇〇年) 二五三頁、右近健男「特定の財産を特定の相続人に「相続させる」旨の遺言の意味」『大阪府立大学経済研究三五巻二号』(一九九〇年) 五頁以下など。

- (28) 中川良延「判批」判例評論一四〇号(一九七〇年)二六頁(判例時報六〇二号一三三頁)、橋勝治「遺産分割事件と遺言書の取り扱」『現代家族法体系五遺産分割・遺言等』(有斐閣、一九七九年)六二頁以下、村重慶一「相続関係訴訟の問題点」『民事研修三六六号』(一九八七年)三二頁、伊藤昌司「判批」判例タイムズ六四三号(一九八七年)一四四頁、同前掲論文(注2)六五一頁以下、同前掲書(注2)一二四頁以下など。
- (29) 倉田卓次「判批」家月三八卷八号(一九八六年)一三二頁以下(同「相続させる」の所有権移転効)『日本公証人連合会編「公証制度百年記念論文集」』(一九八八年)二五七頁以下に加筆転載、同「遺言・公証」(日本評論社、一九九二年)三頁以下所収、瀬戸正二「相続させる」との遺言の効力』金融法務事情二二〇号(一九八九年)六頁など。
- (30) 水野謙「一視点」(前掲注7)七八頁以下、同「効力」(前掲注7)一九頁以下、島津前掲論文(注7)三頁以下。
- (31) 千藤前掲論文(注1)八三九頁以下の分類にしたがった。
- (32) 吉田「再考」(前掲注4)三三頁。千藤前掲論文(注1)八四一頁は複雑な学説状況における判例の位置づけが難問であることを指摘する。
- (33) 新版注釈民法二七(前掲注21)三八五頁以下(伊藤)、伊藤前掲論文(注2)六六二頁以下など。
- (34) この考え方は、「相続させる」旨の遺言の解釈が本格的に論じられる前の時代においては一般的なものであった(伊藤前掲論文(注2)六五四頁)。すなわち、「遺言による財産の処分はすなわち遺贈である」(我妻Ⅱ立石前掲書(注17)五五〇頁、我妻Ⅱ唄前掲書(注17)二四四頁)。中川善之助編『註釈相続法下』(有斐閣、一九五四年)二〇頁(山中康雄)も同趣旨であろう。
- (35) 伊藤前掲論文(注2)六六二頁。
- (36) 中川良延前掲判批(注28)二六頁、橋前掲論文(注28)六二頁、村重前掲論文(注28)三二頁など。
- (37) 吉田(前掲注26)八五頁。
- (38) 中川良延前掲判批(注28)二七頁以下など。
- (39) 中川良延前掲判批(注28)二六頁以下、橋前掲論文(注28)六二頁、山口純夫「判批」判例タイムズ六一三号(一九八六年)一五頁以下などに詳しい。
- (40) 中川Ⅱ泉前掲書(注27)二五三頁、二五九頁注四、加藤水一「遺言」(第二版(増補))叢書民法総合判例研究五七(一粒社、一九八七年)五九頁など。
- (41) 右近前掲論文(注27)六頁。
- (42) その背景には登記実務の問題が潜んでいる。千藤前掲論文(注1)八二三頁以下参照。

- (43) この問題に正面から取り組んだのが、吉田「検証」(前掲注26) 八六頁、同「再考」(前掲注4) 五三頁である。
- (44) 草案一〇一条「被相続人ハ遺言ヲ以テ分割ノ方法ヲ定メ又ハ之ヲ定ムルコトヲ第三者ニ委託スルコトヲ得」。旧字体は新字体で表記した(本稿に同じ)。
- (45) 相続分指定に関する草案一〇〇九条「被相続人ハ前二条ノ規定ニ拘ハラズ(※) 共同相続人ノ相続分ヲ定メ又ハ第三者ヲシテ之ヲ定メシムルコトヲ得但被相続人又ハ第三者ハ遺留分ニ関スル規定ニ違反スルコトヲ得ス (第二項略) (一) は筆者の補足)。後に述べるように、第一八七回法典調査会(明治二十九年九月一六日)の審議(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書七 法典調査会民法議事速記録七』(商事法務研究会、一九八四年) 五六一頁以下。以下本書は『民法議事速記録七』(商事法務研究会版)と略記する)を踏まえて、右の※の箇所に「遺言ヲ以テ」という文言が挿入される。
- (46) 「草案一〇〇九条によつて相続分指定を認める」理由ハ……必ズシモ相続分ノ平等ト云フコトガ相続人ニ対シテ公平ナ説トハ言ヘナイモノデアリマスカラソレ故モウ自分ガ独立生計ヲ為シテ居ル者ノ部分ヲ幾ラカ減ストカ或ハ自分ガ生計ヲ営ム能力ノナイモノハ幾ラカ多クシテヤルト云フコトハ予メ許シテ居ル是モ粗々ソレト主義ハ同ジコトデアリマス……(『民法議事速記録七』(商事法務研究会版) 五八一頁)。草案一〇〇九条(相続分指定)の審議では次の説明がされている。「元此相続人ト云フモノハ法律ガ一般ノ愛情ノ程度ヲ基礎トシテ定メルモノデアリマスカラ固ヨリ杓子定規ノモノデアリマス其相続人ノ有様ニ依テ或ハ或ル者ハ自分ニ遺産ヲ受クベキ必要ガアル或ル者ハ遺産杯受ケナイデモ宜イト云フ者ガアリマスカラ成ル可ク之ヲ活カシタモノニ致サウト思ヒマシテ被相続人ハ云々トシマシタ」(同五六一頁)。
- (47) 『民法議事速記録七』(商事法務研究会版) 五八一頁。
- (48) 今日もおお踏襲される伝統的な設例である(注18参照)。なお、「次男ハ不動産ト云フモノヨリハ寧ロ金ヲ取ツタ方ガ商業ヲスルニ都合ガ宜イ」(④文)は、後述の「穂積構想」を踏まえるとするれば、不動産を換価して「金デ」与える趣旨ではなく、遺産中の特定財産たる金銭を承継させようとする趣旨と解される(水野謙「一視点」(前掲注7) 八二頁)。
- (49) 『民法議事速記録七』(商事法務研究会版) 五八二頁。吉田「再考」(前掲注4) 五一頁の指摘による。
- (50) 千藤前掲論文(注1) 八三七頁。
- (51) 草案一〇〇九条(相続分指定) および同一〇一条(遺産分割方法指定)において同一の立法例が参照されているほか(『民法議事速記録七』(商事法務研究会版) 五六一頁、五八一頁)、前注46所掲の説明参照。
- (52) 穂積委員は、草案一〇〇九条(相続分指定)の審議にて、「単ニ被相続人トアリマス以上ハ生前ニ其部分ヲ定メテ置キマスコトモ出来マス或ハ生前処分デモ遺言デモトナラデモ敢テ禁ジナイ積リデアリマス」(『民法議事速記録七』(商事法務研究会版) 五六一

- 頁)と述べ、草案一〇一条(遺産分割方法指定)の審議にて、「前ハ生前行為ト遺言ト両方含ム意味ヲ案ヲ立テマシタガ議場ノ決議ニ依リマシテ遺言文ケニスルコトニナリマシタカラ此処モ矢張り其通り議決ノ趣意ヲ奉ジテ遺言ヲ以テト書イテ出シマシタ」(同五八一頁以下)と述べる。
- (53) 『民法議事速記録七』(商事法務研究会版) 五六二頁、五八二頁。
- (54) 特別受益持戻しに関する草案一〇〇九条(本条は相続分指定に関する草案一〇〇九条と条文番号が重複している。『民法議事速記録七』(商事法務研究会版) 五六二頁、五六六頁。第一八七回法典調査会(明治二十九年九月一六日)の事前配付資料「甲第六六号」(同月二二日配付)、および、第一八八回法典調査会(同月二三日)の事前配付資料「甲第六七号」(同月二二日配付)でも同様である。法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 三民法第一議案』(商事法務研究会、一九八八年)三五〇頁以下)について、「被相続人カ共同相続人中ノ或者ニ遺贈ヲ為シ或ハ生計ノ資本トシテ特ニ財産ヲ与フルコトハ常ニ見ル所ニシテ殊ニ共同相続人中ノ或者ヲシテ婚姻(又?)ハ養子縁組ヲ為サシメ或ハ分家セシメ若クハ廢絶家ヲ再興セシムルニ当リ之ニ相当ノ資財ヲ与フルコトハ普通ニ行ハルル所トス」(『民法修正案理由書第四編第五編(明治三二年六月)』二七三頁(一〇〇七条)・日本立法資料全集別巻三二(信山社、一九九三年)。()は筆者の補足)との説明がある(詳細は、有地亨「特別受益者の持戻義務」『民商法雑誌』四〇巻三号(一九五九年)三九七頁以下参照)。
- 分家の慣行は、『民事慣例類集』(明治一〇年)および『全国民事慣例類集』(明治一三年)にも収録されている。「凡ソ子弟ニ財産ヲ分与シ分家セシムルトキハ役場へ届出テ持高ヲ分チ宅地ヲ新設スル手續ヲ為ス分与ノ額ハ大抵三分一或ハ四分一ヲ超過セザルコト一般ノ通例ナリ」(司法省編『全国民事慣例類集(明治一三年)』(復刻版)『青史社、一九七六年)四二頁)。もともと収録された諸々の慣行は必ずしも分割相続を前提としていないようであり、個別の慣行について検討を要する(前田正治「明治初年の相続法」中川善之助ほか編『家族問題と家族法VI相続』(酒井書店、一九六三年)一六頁、小林三衛「相続法制の沿革と相続の実態」福島正夫編『家族政策と法六近代日本の家族政策と法』(東京大学出版会、一九八四年)一二五頁以下参照)。
- なお、磯部四郎など、右の二つの「慣例類集」に非常に冷淡な法典調査会委員もいた中で、穂積委員が、「慣例類集」を研究書で利用した数少ない人物の一人であったことは、興味深い。手塚豊「利光三津夫編『民事慣例類集附畿道巡回日記』(慶応義塾大学法学研究会、一九六九年)四頁、八五頁以下(利光、穂積陳重『隱居論(第二版)』(穂積奨学財団、一九一六年)七〇九頁(湯沢彦監修『家族・婚姻』研究文献選集二(クレス出版、一九八九年)所収)。
- (55) かつての農村における分家・財産分割の諸形態、相続の諸形態は参考になるものと思われる。潮見俊隆「渡辺洋三」石村善助「大島太郎」中尾英俊「日本の農村」(岩波書店、一九五七年)二四六頁以下(中尾「石村」、川島武宜編『農家相続と農地』(東京大学

出版会、一九六五年)三頁以下(川島)(『川島武宜著作集一〇』(岩波書店、一九八三年)二九六頁以下)、武井正臣「家族における国家法と慣習」福島正夫編『家族政策と法三戦後日本家族の動向』(東京大学出版会、一九七七年)一一二頁以下など参照。

(56) 各推定相続人への分配は、必ずしも均分になされるわけではないことが予想されるからである(潮見ほか前掲書(注55)二六四頁以下(中尾・石村)など)。

(57) 例えば、被相続人が、跡とり以外の子に財産を生前分与した残りについて、その存命中に跡とりに対して譲り渡しをしないで、被相続人の死亡後に跡とりがこれを承継する場合(川島編前掲書(注55)六九頁(川島)(『川島著作集(前掲注55)三六一頁)参照)のほか、当該推定相続人が財産移転を受けられない場合が考えられよう。

(58) 吉田「再考」(前掲注4)五一頁参照。

(59) 「生前ノコトニ付テ何ツテ置キマスガ此法律デハ形式ヲ大抵避ケテアリマスガ此場合ハドウデアリマスカ何カ矢張り形式ヲ置イテナクテハ危ブナイカト云フ掛念ガアリマスガ」(井上正一委員)との質問に対して、梅謙次郎委員が「ソレナラバ生前処分デ公正証書デスルヨリモ或ハ遺言ノ方ガ宜イカ知ラス」と発言し、議論の流れが決定づけられた(『民法議事速記録七』(商事法務研究会版)五六一頁以下)。もともと、梅委員は公正証書の利用について「強ヒテ反対デアリマセウガ」(同)と述べている。なお、梅前掲書(注16)一一〇頁参照。

(60) 『民法議事速記録七』(商事法務研究会版)五八一頁以下。

(61) かような経緯が、『民法議事速記録七』(商事法務研究会版)五八一頁以下の穂積委員の長い発言につながるであろう。

(62) ②文は①文の補足説明であろう。「其分割」(③文)が「分割」(②文)を、「此分割ノ方法」(④文)が「分割ノ方法」(③文)をそれぞれ受けている。それ故、引用部分全体が①文所掲の外国立法例の説明とも読める。しかし、③④各文が草案の説明であることは疑いない。つまり、草案の趣旨は外国立法例の紹介の延長線上で説明されたものと考えてよい。ならば、②文は草案の説明なのか、①文の補足説明にすぎないのか。筆者は②文も草案の説明の一部を構成するものと解する。

(63) 相続分指定があればそれに従うことになるであろう。

(64) 「何千圓ツツトカ一人テ何分トカ相続財産ノ高ヲ極メルト云フ方ハ相続分ノ方ニナリマス其相続ノ高ニ付テハ斯ウ云フモノト云フコトハ方法デアリマセウガ平等ニシテ鬪取ニスルノモ方法ノ内ニナリマセウ」(『民法議事速記録七』(商事法務研究会版)五八二頁)という穂積発言は重要である。ここでは、(a)相続分指定が相続による取得財産額または割合の指定であること、(b)指定された相続分の「高」への具体的な財産の割付けが遺産分割方法指定であること、(c)右(b)において、具体的財産の割付けを相続人間のくじ引きで決めさせることもまた、遺産分割方法指定であることが指摘されている。右(a)(b)は、相続分指定と遺産分割方法指定の双方が

- 別々の遺言条項としてなされるべき旨を示すものかも知れない。
- (65) 「二万円ノ財産ヲ有スル被相続人カ甲ノ財産ヲ以テ太郎ニ与ヘ乙ノ財産ヲ以テ次郎ニ与フヘシト定メタル場合ニ於テ太郎ト次郎ト同等ノ相続権ヲ有スルモノトシ甲ノ価九千円ニシテ乙ノ価千円ナリトセハ相続人カ直系卑属ナランニハ次郎ハ更ニ太郎ヨリ千五百円ヲ受クヘ……キモノトス (一一三二)」(梅前掲書(注16) 一一三五頁)。
- (66) 相続分指定について、「法律上ノ相続分ヨリ多クノ財産ヲ受クル者ノ部分ニ付テハ其意思表示ノ性質ハ全ク遺贈ニ異ナル所ナキ」(梅前掲書(注16) 一一〇頁)ものとする考え方が提示されている。遺産分割方法指定により、特定相続人に対し法定相続分を超えて特定財産が与えられた場合にも、よく似た発想であつたものと推測できる。
- (67) 明治民法一一三二条「二項」遺産相続人タル直系卑属ハ遺留分トシテ被相続人ノ財産ノ半額ヲ受ク 「二項」遺産相続人タル配偶者又ハ直系尊属ハ遺留分トシテ被相続人ノ財産ノ三分ノ一ヲ受ク」。
- (68) 吉田「再考」(前掲注4) 五〇頁以下。③文は、遺産分割方法指定が遺産分割当事者を一定程度拘束することを前提とする。しかし、「成ル可ク面倒ヲ避ケマス為メニ」というのは程度問題ともいえる。穂積委員の挙げた例で遺産分割手続を要求したとしても、指定がない場合に比べると相対的には「面倒ヲ避ケ」た結果となるからである。たしかに、後にもるように、ドイツ民法第一草案理由書は、被相続人が遺産分割方法指定をほとんど所与の前提としており、その政策的根拠には触れていない (vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin/Leipzig 1888, S. 688; Mugdan (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 5. Bd., Berlin 1899, S. 370)。とはごえ、③文から直ちに遺産分割の効果を導くのも、ささか性急ではないかと思う。
- なお、水野謙「一視点」(前掲注7) 八二頁は、「是ハアル方ガ多数デアツタ何ゼカト云フト相続人ニ極メサセルノハ自己ノ利害ニ関係スルカラ禁ジテ居ルソレヲ書イテ置カスト矢張り問題ガ起ル」(民法議事速記録七)(商事法務研究会版) 五八二頁)との穂積発言を、遺産の具体的割付につき相続人による分割を禁ずる趣旨と理解する。しかし、右の穂積発言は、磯部四郎委員の質問(「斯ウ云フ例ガ外国ニアリマスカ」)に対する回答である。磯部委員のいう「斯ウ云フ例」とは本稿注64の(c)のケース、すなわち、指定相続分の枠内への具体的財産の割付けを相続人間のくじ引きで決めさせるケース(遺産分割の基本方針の指定)を指すものと思われる。
- (69) 山島前掲論文(注20) 二七一頁注三、千藤前掲論文(注1) 八三七頁参照。
- (70) 本文に述べる草案一〇二一条の文言の問題の他、次の例もドイツ法の影響と考えられるのではないだろうか。すなわち、穂積委員は、遺産分割方法指定の例として、各共同相続人への特定財産の「分配」のほか、遺産分割の基本方針の指定をも掲げる(前掲注49)。

この区別はドイツ普通法学ではウィントシャイト『パンデクテン教科書』を通じてよく知られたものであった (Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Bd., 9. Aufl., Frankfurt aM 1906, § 608 Anm. 16 (S. 502))。この叙述は初版 (一八七〇年) 以来基本的に変わっていない。Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, 3. Bd., 4. Aufl., Würzburg 1872, § 591 Anm. 7 (S. 289); Roth, Bayerisches Civilrecht, 3. Bd., Tübingen 1875, § 374 (S. 731 f.) が、右のウィントシャイトの注を引用する。『第一草案理由書』(二二二条) も同様である (Motive, aaO. (Fn. 64), S. 688; Mugdan, aaO. (Fn. 64), S. 370)。

(71) ドイツ民法第一草案 (一八八七年) 二二二条「被相続人は死因処分によって相続人の遺産清算に関する指示、特に分割の方法に関する指示をすることができる (Der Erblasser kann durch Verfügung von Todeswegen Anordnungen für die Auseinandersetzung der Erben, insbes. für die Art der Theilung, treffen.)」。

同第二草案 (一八九五年) 一九二二条「被相続人は終意処分によって遺産清算に関する指示をすることができる (Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen.)」〔以下略〕。

この二つでは「遺産清算 Auseinandersetzung」「分割 Theilung」と訳した。来栖三郎「共同相続財産に就て (二)」法学協会雑誌五巻三号 (一九三八年) 五一頁、五一九頁注九 (同「来栖三郎著作集Ⅲ」(信山社、二〇〇四年) 二〇二頁、五一九頁注九) は、両者の区別の必要から「清算 Auseinandersetzung」「分割 Teilung」とする。なお、近藤英吉「福地陽子補遺」『現代外国法典叢書 五独逸民法Ⅴ相続法』(有斐閣、一九五五年復刊) 一三二頁、一三七頁は、「分割 Auseinandersetzung」(二〇四、二〇四八条) とする。

(72) フランス民法 (一八〇三年) 一〇七五条「父、母およびその他の尊属は、その子および卑属の間で、その財産の配分および分割を行うことができる (Les père et mère et autres ascendants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens.)」。

(73) フランス民法一〇七五条の「その財産の配分および分割 la distribution et le partage de leurs biens」という文言が成立した事情は極めて重要である。稲本洋之助『近代相続法の研究』(前掲書注 11) 二九二頁以下、三二五頁、三三〇頁以下、三三七頁、原田純孝「相続・贈与遺贈および夫婦財産制」(前掲論文注 11) 二八一頁以下注九四。

(74) Motive, aaO. (Fn. 64), S. 688; Mugdan, aaO. (Fn. 64), S. 370。

(75) 現九〇八条に関して、沼邊愛一「相続させる」旨の遺言の解釈」判例タイムズ七七九号 (一九九二年) 一八頁参照。

(76) かような事態に陥ったのはやむをえないことであったのかもしれない。松川正毅「判批」法学教室一三七号 (一九九二年) 一〇一頁は、「立法者が参照した頃の遺言分配に関するフランス民法の規定は、はなはだ貧弱で、理解が極めて困難であったと推測しうる」

と指摘する。

※本稿は、二〇〇八～一〇年度文部科学省科学研究費補助金(研究課題番号・二〇五三〇〇一五、基盤研究C、研究代表者・西村重雄)、および、二〇一〇～一三年度文部科学省科学研究費補助金(研究課題番号・二三五三〇〇二四、基盤研究C、研究代表者・西村重雄)による研究成果の一部である。