

749

706

特252

817



法

(3)

完

近藤英吉

第十二卷  
民法  
數



始



特252  
817

目次

第九章 死後處分……………二六一

  第一節 死後處分の意義及び形式……………二六一

  第二節 遺言……………二六九

    第一款 總說……………二六九

    第二款 遺言の方式……………二八三

    第三款 遺言の執行……………二九九

    第四款 遺言の取消……………三〇五

    第五款 遺贈……………三〇八

    第六款 負擔……………三一九

    第七款 遺言信託……………三二七

第十章 遺留分……………三三九

  参考文献……………三五二

(四) 共同相続の開始後相続財産の分割前に、共同相続人の一人が破産の宣告を受けたときは、不分割契約又は分割禁止の遺言ある場合と雖も、破産手続によらずしてその分割をなすことを得る。この場合には、他の共同相続人は、相當の債金を支拂つて、破産者の相続分を取得することを得る(七條六)。尙他の共同相続人が相続財産に關して破産者に對して債權を有するときは、分割によりて破産者に歸すべき部分につき別除權を有する(四條九)。

## 第九章 死 後 處 分

### 第一節 死 後 處 分 の 意 義 及 び 形 式

死後處分とは、處分者の死亡後に於て、その遺したる財産(相続財産)、若しくは特定人の身分關係に一定の法律効果を發生せしむることを内容とする意思表示を謂ふ(一)。故に、法が死後處分の效力を認むるのは、畢竟一定の事項が、死者の事務に屬することを前提として(二)、死亡後の一定の法律關係につき、死者の意思に法的拘束力を附加すること、換言すれば、死亡者の意思に基いて、死亡後の財産關係又は身分關係に關する法律規定の適用を、廢除又は制限することを得しむる所以に外ならぬ。

一 死後處分と生前行為との區別については、拙著『相続法の研究』一六六頁以下參照。

## 二 拙著「相續法の研究」二六四頁以下参照。

故に處分者の死亡が、その效力發生の必然的要件をなすと共に、一旦、或る内容の死後處分をなすとも、處分者は、その死亡の時迄に自由に之を撤回し、又は變更し得なければならぬ。蓋し、理論上、未だ效力を生ぜざる意思表示を撤回し、又は變更することを得ることは、表意者の自由に屬するのみならず、處分者は、その最終の意思によつてのみ、始めてその死後の法律關係を適當に規律することを得るに外ならぬからである。民法第一二二八條が、遺言の撤回又は變更の自由に拘束を加ふることを禁止してゐるのは、單に、死後處分が遺言の形式を以てなされる場合に限らるるのではなくして、死後處分は、常に終意處分でなければならぬ趣旨をも包含するのである。

即ち、各人が、その死亡後の法律關係を規律し得べき權能は、不可侵的人格權として觀察せらるべく、死後處分をなすとなさざるの自由、若しくはその撤回變更の自由を拘束することは、この不可侵的人格權の侵害に外ならぬ。故に處分者の撤回變更の自由に拘束を及ぼすが如き死後處分は、法が特に之を許容する場合の外は、如何なる形式を以てするを問はず、すべて無効である。是諸國の民法の認むるが如き相續契約(三)が、我民法上、何等の效力をも生じ得ない所以である(四)。蓋し相續契約は、實質上、撤回又は變更の自由なき遺言に外ならぬからである。

三 相續契約を認むる必要は、之によつて、相手方又は第三者が、處分者の相續財産より、一定の利益を享受し得べき確固たる地位を取得することにより、安んじて、處分者の生存中、彼のために一定の給付(例へば、扶養料の支出)をなし、又はその財産の管理をなし得る點に存する。殊に婚約者又は夫婦間にこの種の契約がなされるときは、配偶者の一方の死亡後に於ける生存配偶者の扶養料を確保する結果となる。故に德民法は、婚約者又は夫婦間に於てのみ相續契約をなし得べきものと規定し、又佛民法の如

きは、一般的には、相續契約を認めてゐないが、尙夫婦財産契約の形式を以て、夫婦間に於ては、此種の契約を締結することを得るものとせられてゐる。

四 獨逸民法の規定するが如き、相續開始前に於ける相續の拋棄を内容とする相續契約も亦、我民法上何等の效力をも生じ得ない(同趣旨東京控明治四一・六・一五新聞五一二號八頁)。尤も、遺産相續人が、その法定相續分以上の特定の贈與(民一〇〇七條参照)を受諾するときは、彼は何等の相續分をも受けることを得ないから、當該贈與契約は、相續の拋棄を内容とする相續契約と同一の效力を生ずる。併しながら之等の受贈者と雖も、相續人としての責任を免るるを得ない。

この點に關聯して問題となるのは、(1)我民法第五五四條の規定する死因贈與が、相續契約の一種に該當するか否か、(2)生前契約によつて、相續契約をなしたると、實質上同一の法律効果を發生せしめ得る場合にありても、當該契約は、生前行爲として、無制限に有効であるか否かである。

## 第一 死因贈與

死因贈與は、ローマ法以來、一種特別の法律行爲として、數多の諸國法に於て認めらるるに至つてゐるが、その法律上の取扱は、必ずしも一致してゐない。我民法第五五四條は「贈與者ノ死亡ニ因リテ效力ヲ生スヘキ贈與ハ遺贈ニ關スル規定ニ從フ」と規定するのみで、如何なる贈與が之に該當するか、若しくは如何なる程度迄、此種の贈與が、遺贈即ち死後處分と同一に取扱はるべきかを明にしてゐないのである。

(一) 贈與者が、その死期の迫れるを自覺してなしたる贈與 この種の贈與は、單にその動機に於て特異性が存するのみで、贈與自體としては、普通の贈與と何等異るところなく、その生前行爲に屬することは、疑問の餘地がない。

(二) 贈與の履行期が、贈與者の死亡の時と定められたる贈與　この種の贈與にありては、贈與者の義務は、贈與契約の成立の時に於て既に發生し、ただその履行が贈與者の死亡の時迄延期せらるるに過ぎないのであるから、不確定期限附生前行為に外ならぬ(一)。

一 我國の判例は、この種の贈與をも死因贈與と解してある(大判昭和八・二・二五新聞三五三一號七頁)。

(三) 受贈者が、贈與者の死亡の際、尙生存せることを停止条件とする贈與(獨民二三〇)　我民法上、生前行為従つて亦贈與についても、死亡を条件として附加することを禁止し、又は制限する趣旨の規定がないのみならず、死亡を条件とする贈與が、死後行為として取扱はるべき旨の明文もない(二)。

二 民法第五四條は「贈與者ノ死亡ニ因リテ效力ヲ生スヘキ贈與」と規定するのであつて、獨民二三〇一條の如く死亡を条件とする贈與とは規定してゐない。

故に、死亡を条件とする贈與契約にありても、その成立により、恰かも他の事實を条件とする贈與契約に於けると同様に、直ちに、贈與者の現在の財産を引當とする条件附債權が發生し、或は贈與の目的物につき、受贈者は条件附權利を取得し、も早や、贈與者は、その一方的意思表示によつて、當該の贈與を撤回し、又は變更し得ないのみならず(尤も夫婦間の契約は、自由に撤回せられ得る。民七九二條參照)、受贈者は、条件附權利者として、民法第一二八條以下の規定による法律上の保護を受くるのである。是の種の贈與を以て、生前行為として取扱ふべき所以であつて(佛民法の解釋上も亦、この種の贈與は、生前行為として取扱はれてゐる)、遺贈契約の如き死後處分がなされた場合に、處分者が、その生存中は、處分の目

的物につき何等の拘束をも受くることなく(従つて、處分者の生存中は、その目的物を、更に第三者に讓渡するを妨げない)、又相手方は何等条件附權利をも取得せざると、その法律効果を異にする點である(三)。

三 蓋し、死後處分は、相續財産に屬する物又は權利を目的とする法律行為であり、處分者の生存中は、未だ相續財産は存しないからである。

(四) 受贈者が贈與者より早く死亡したときは、贈與がその效力を失ふべき旨の解除条件附贈與　この種の贈與も亦、その目的物が既に受贈者に給付せられたると否とを問はず、条件附生前行為に外ならぬ。

以上掲げた各種の贈與は、その事實上の效果に於ても、殆んど遺贈と異らないのであるが、前述の如く、その生前行為に屬する限りは、遺贈の方式(従つて遺言の方式)に従つてなされることを要しないのみならず、又當然には、遺贈の效力に關する規定を之等の贈與に適用すべきではない(四)。

四 之等の贈與の目的物は、遺贈の目的物と異り、相續財産を構成しないから、相續債權者は、之等の贈與の目的物に對して、その權利を行使することを得ない。ただ贈與が詐害行為に該當する場合に限り、取消權を行使し得るに過ぎない(民四二四條、破七二條以下參照)。

蓋し、若し事實上遺贈と同一の效力を生ずる行為は、假令その性質が生前行為に屬するとしても、法律が遺贈の方式を嚴格に規定する趣旨に徴して、必ず遺言の方式に依つてなされることを要し、然らざる限りは、之を脱法行為として、無効としなければならぬものと解するときは、期限附又は条件附贈與の外、生命保險契約、死亡を期限又は条件とする信託契

約、その他遺贈とその效力を同じうする第三者のためにする契約、死亡を期限又は条件とする廉價賣買、勞務報酬契約等についても、常に遺言の方式が要求せられざるを得ないであらう。

斯くの如く、我民法上、被相続人は、遺言の方式に依らずして、遺贈をなしたると同一の行爲をなし得るのであるから、被相続人が遺贈をなした場合に於ても、當該の遺贈が、遺言の方式を具備しないため、遺贈としての效力を生じ得ないときは、所謂法律行爲轉換の理論に従ひ、當該の遺贈を目的とする意思表示が、死亡を期限又は条件とする贈與の要件を具ふる限りに於て、贈與としての效力を之に附加して差支へないと考へる。

(五) 受贈者の生存することを停止条件とする贈與に於て、特に贈與者がその撤回權を留保したる場合 この種の贈與のみを、嘗て佛國の法律は本來の意義に於ける死因贈與として規定してゐたのであるが(プロシヤ民法も亦同様であつた)、現行佛民法はこの規定を削除してゐる。併しながら我民法上この種の贈與契約の有効なることは疑の餘地がない。而して此種の贈與にありては、贈與者は、贈與の效力をその死亡の時に始めて發生せしめんと欲するのであつて、贈與者は、贈與の目的物につき何等の拘束を受くることなく、又受贈者は、贈與者死亡の時迄は條件附權利をも享受するものではない。故に、斯くの如き贈與は、全く撤回自由の遺贈契約と同一であり、その形式又は效力は、遺贈と同一でなければならぬ。我民法第五五四條に所謂「贈與者ノ死亡ニ因リテ效力ヲ生スヘキ贈與」とは、斯くの如き死因贈與を指稱するに外ならぬ。

五 故に、行爲能力の制限を受くる者と雖も、苟しくも遺言能力を有する限り、自由にこの種の贈與契約を締結することを得る。  
反對の趣旨大判昭和八・二・二五新聞三五三一號七頁。

## 第二 死後處分と事實上の効果を同じうする生前行爲

恰かも死亡を期限又は条件とする贈與が、生前行爲として取扱はるべきであるやうに、その他の法律行爲にありても、それが相續財産又は相續財産を構成する個々の物又は權利を目的としなない限りは、假令事實上の效果に於て、死後處分(相續契約)と殆んどその差異がないにせよ、その法律行爲は生前行爲として、敢て遺言の方式を具備せずとも、その效力を生ずるものと解すべきである。

(一) 一定の財産を相續財産より除外することを目的とする生前行爲

(イ) 相續人をして相續財産を相續せしむるときは、その債權者によつて差押へらるる虞ある場合(又は相續人が直ちに浪費する虞ある場合)には、被相続人は、生前行爲を以て、その財産を第三者に與へ、適當の時期に、之を相續人に返還すべき旨の負擔を附することを得る。その處分せられた財産は相續財産を構成することなく、従つて被相続人の債權者(相續債權者)は、その處分が詐害行爲に該當する場合には、取消をなすことを得るも、相續人固有の債權者は、相續人に代位して、遺留分侵害に基づく減殺請求權を行使し得るの外は、その處分せられた財産については、その債權を行使するを得ない。

(ロ) 被相続人は、本來相續せらるべき一定の財産につき、その死亡と共にその財産權が消滅すべき旨の意思表示することを得る。例へば、公共の利益のために、その有する特許權、著作權等の權利が、その死亡と共に消滅すべき旨を表示するが如し。斯くの如き行爲も亦死後處分には屬しないから、遺言の方式に従つてなされることを要しない。蓋しこの場合には、被相続人は、相續財産を構成するに至らざる財産權を處分するのであつて、單にその效力をその死亡の時迄延期

するに過ぎないからである。

(二) 被相続人は、特定人との間の生前契約によつて、その死亡の際に、第三者をして、一定の財産権を無償にて取得せしむることを得る。

(イ) 生命保険契約に於て、第三者を保険金受取人に指定するとも、當該保険契約が生前契約に屬することについては、今日殆んど異説を覓ない。即ち被保険者死亡の際に於ける受取人の権利は、被保険者の相續財産中に存する保険金を取得する権利ではない。

(ロ) 信託契約に於て、信託者の死亡後は、第三者を以て受益者(又は信託財産の歸屬権利者)たらしむべき特約をなすとも、當該の信託契約は死後處分ではない。蓋し第三者は信託者の有したる受益権を承繼するのではなくして、信託契約の効果として、信託者の死亡と同時に、受益権を取得するに外ならぬからである。

(ハ) 第三者を保険金受取人とし、或は信託に於ける受益者とする契約が、第三者のためにする契約に該當するか否かの問題は暫く措き、その他普通の第三者のためにする契約によつても、受約者は、第三者をして、受約者死亡の際に、諸約者に對する債権を取得せしむることを得る。例へば、賣買契約に於て、賣主が買主との特約に基き、賣主死亡の際に若し特定の第三者が生存せば、その第三者に代價を給付すべきことを約し、或は預金者が銀行との特約に基き、預金者死亡の際に若し特定の第三者が生存せば、その第三者に預金の拂渡をなすべきことを約するが如きその例である。斯くの如き場合に於ても、その第三者は受約者(賣主又は預金者)の権利を承繼するものではなくして、第三者のためにする契約の効果とし

て、直接にその権利を取得することは、保険契約上の保険金受取人に於けると何等異るところはないから、當該の契約は死後處分ではない。又この種の契約は、單一なる第三者のためにする契約であつて、基本契約たる賣買又は寄託契約と贈與との結合ではないから、贈與の方式すら必要としない。

斯くの如く、事實上、死後處分に於けると同様の結果を發生せしめ得べき生前行爲と雖も、死後處分の方式に依ることを要しないが、相續人の遺留分は、公平の觀念から、相續人に必然的に確保せらるべき利益として認められてゐるのであるから、之等の生前行爲も亦遺留分の算定又は保全については、死後處分と同一に取扱はるべきである(現に遺留分に關しては、明文上、特定の生前贈與も亦、遺贈と同一に取扱はれてゐる。民一一三二條、一一三三條、一一四二條參照)。

### 第三 遺言

既に述べたやうに、特定内容の生前行爲によつて、事實上死後處分と同一の結果を生ぜしめ得るのであるが、尠くとも、死後處分としては、我民法上、單に遺言のみがその效力を有するに過ぎない。

## 第二節 遺 言

### 第一款 總 說

#### 第一 遺言の意義及び性質

遺言とは、遺言者がその死後に於て效力を生ぜしむる目的を以て、一定の方式に従つてなすべき相手方なき單獨の意思表示を謂ふ。

(一) 遺言は意思表示の一種であるから、民法總則編の意思表示に關する規定は、原則として之に適用せられる。故に要素の錯誤に基く遺言は當然に無効であり(五九條)、詐欺又は強迫に因る遺言は遺言執行者又は相續人によつて取消され得る(六六條)。尤も心裡留保に關する民法第九三條、虚偽表示に關する民法第九四條第二項は、遺言の性質上適用の餘地なしと見るべきである。尙遺言者の行爲能力については特別の規定があるから、行爲能力に關する一般規定の適用は全く排除せられる。

(二) 遺言は、特定の相手方なき單獨行爲であるから、遺言によつて利益又は負擔を受くる者に對して之を表示し、又は之等の者の承諾を要しないのみならず、その意思に反しても有効に遺言をなすことを得る。死因贈與には遺贈に關する規定が適用せられてゐるが(四五條)、契約の一種なる點に於て遺言と區別せらるべきである。

(三) 遺言は、遺言者自身の意思を尊重して之に法的拘束力を認めんとするのであるから、遺言の代理は許されない(四九條)法律家の助言を受くることを妨げない。法定代理人と雖も、遺言無能力者に代つて遺言をなし、又は遺言無能力者が之をなすにつき有效なる同意を與ふることを得ない。

(四) 遺言の效力は遺言者の死後に於て始めて發生するのであるから(死後處分)、死亡を期限又は條件とする生前行爲と區別せらるべきである(後者にありては、行爲者の生前既に期限附又は條件附權利義務が發生する)。

(五) 遺言は、法定の方式に従つてなさるべき所謂要式行爲であつて、その方式を履踐しない遺言は法律上の效力なく、假令相續人が之を承認するとも、遺言としての效力を發生せしめ得ない(一)。尤も、遺言は適式になされた事實が立證せらるれば足り、必ずしも遺言執行の時に於て適式なる遺言書の存在することを要するものではない。併しながらその立證は事實上殆んど不可能であらう。

一 無効の遺言に基く遺贈を相續人が履行したときは、苟しくも相續人がその無効なることを認識した以上、贈與としてその效力を認むべきである。斯かる場合につき、獨逸の相続税法第一一條は、有效なる遺言がなされた場合と同様の相続税を支拂へば足るべき旨を規定してゐる。

## 第二 遺言能力

遺言能力について、民法は、遺言者の最後の意思を尊重し、又一面に於ては、遺言は現實には遺言者自身の利益を害するものではないと見る立場から、相當の辨識能力を有する限り、すべての者に之を與へんとし、劃一的に滿十五年に達した者(禁治産者なると準禁治産者なると妻なるとを問はず)を以て遺言能力者と規定する(一〇六條)。禁治産者と雖も、その本心に復したときは、遺言をなすことを得るのであるが、之をなすに當つては醫師二人以上の立會あることを要する(一〇七條)。而して遺言能力は遺言を完成する時に於て之を有することを要し(一〇八條)、遺言無能力者のなした遺言は當然に無効である。假令遺言者が意思能力を有してゐても、滿十五年に達してゐない限り、その遺言は無効であつて、單に取消し得るに止まるものではない。

遺言能力に關する規定は、前戸主の財産留保、生前行爲を以てする家督相續人の指定の如く、實質上遺言と同一視せら



るべき生前行為及び死因贈與についても類推適用の餘地がある。

### 第三 遺言の内容

死亡により、人の法人格は全般的に消滅するものとする今日の法律思想(一)のもとにありては、死者の事務は無制限に認めらるべき筈がない(二)。即ち死後處分には、一定の限界がなければならぬ。

- 一 一定の範囲に於ては、尙死者の法人格が認めらるべきことについては、拙著『相続法の研究』第三、第四参照。
- 二 蓋し、この世の事務は、この世に生存する者の事務であつて、その事務は、生存者の意思に基いて處理せらるべく、既にこの世と絶縁するに至れる死亡者の意思に基いて處理せらるべきではないからである。

次に、人はその死亡後再び意思を表示するを得ない。一旦死亡によつて效力を生じた處分者の意思は、その後の事情の變更に適合するやうに變更せられ得ない。故に死後處分に法律上の效力を認むることは、當然豫想さるべき死後の事情の變更を無視する處を生ぜしむる。是死後處分の許容せらるべき範囲が更に制限せらるべき所以である。

又相続人が死者の遺した財産を相続するのは、國民意思の表現たる法の規定に基くのであつて、被相続人が無償にてその財産を相続人に譲渡する結果ではない。相続が相続財産の無償譲渡に基くものであり、又は尠くとも、法律が相続をば相続財産の無償譲渡と同一視する立場であれば、被相続人は、死後處分によつて相続人の法定の権利を剝奪し、或は所謂無償處分に於ける負擔として、相続人の権利を自由に制限することを得べき筈である。かのゲルマン法が、死後處分を絶對的に否認したのは、相続は被相続人の意思に基くものではなくして、天の命ずるところによるとの思想に出づるのであ

り(三)、ローマ法が遺言自由主義を採用したのは、全く相続を相続財産の無償處分と同一視した結果である(四)。

### 三 拙著・前掲三頁以下参照。

### 四 同・前掲二〇七頁註4参照。

我民法は、法定相続を原則とするのであつて(従つて相続法規は多分に強行法的色彩を帯びてゐる)、必ずしも相続をば相続財産の無償譲渡と同一視する立場をとつてゐない。従つて我民法のもとにありては、更に死後處分は制限せらるるものと解せざるを得ない。

我民法上、死後處分に一定の限界ありとなすべき理由は、實に以上述べた諸點に存するのであつて、遺言が一方行為なることを理由として、法律の明文によつて、個別的に、その効力が認められてゐる事項のみが、遺言の内容たり得るに過ぎずとなすが如き見解は、全く無意義な形式論に外ならぬ。若しこの形式論を貫徹すれば、特定の相手方との契約の形式に於ける死後處分即ち相続契約は、無制限に有效であるとの結論に到達せざるを得ないであらう。

(一) 遺言は、遺言者死亡後の法律關係を規律するものであるから、法律關係の發生、變更、消滅を生ぜしめざる單なる希望の表示は(通俗には、遺言と呼ばれてゐるが)、遺言としての法律上の效力を有しない。

(二) 法律關係の發生、變更、消滅を生ぜしむる意思表示と雖も、表意者が、死後に於て始めてその效力を生ぜしむる意思を有しない限り、遺言ではない。例へば權利の拋棄、形成權の行使、契約の申込又は承諾の如き、一方的意思表示のみによつて效力を生ずべき行為が、遺言の方式によつてなされた場合にも、表意者が、單に意思表示の效力をその死亡の時迄延

期する意思を有するに過ぎないときは、始期附意思表示として、意思表示成立の時、又はその相手方に到達した時より、その效力を生ずるのであるから、生前行為に該當し、決して遺言ではない(五)。

五 故に斯くの如き場合には、遺言の方式に缺くるところがあつても、その意思表示は有効であるのみならず、任意に之を撤回することを得ない。

(三) 遺言の内容は、公序良俗に反することを得ない(〇九)。

この點に關聯して問題となるのは、死體の埋葬又は供養に關する遺言である。死體の埋葬・供養に關する一定の處置を委託すること自體は、生前行為によつても之をなすことを得るのであるが、相続人又は受遺者に對して、之が爲めに要する費用の支出を命じ、或は一定の作爲不作爲を命ずるのは、相続人又は受遺者に對する負擔に外ならぬから、遺言の方式によることを要する。而して如何なる内容の埋葬供養に關する遺言が公序良俗に反するか、殊に遺族の信仰感を害するものとして法律上無効と解せらるべきかについては、拙著『相續法研究』一五〇頁以下を参照せられたい。尙特定人の利益を害するのみで、何人にも利益を齎さぬ結果となるが如き遺言が、公序良俗に反するものとして無効なるべきは勿論、始め特定人の利益を擁護し又は公益を促進する意義を有した遺言と雖も、遺言者死亡後の事情の變更により、も早や何人にも利益を齎さざるに至れる遺言は、その效力を失ふものと見るべきである。

(四) 遺言の内容は強行法規に違反することを得ない。

人の身分關係を規律する法規は、原則として、強行法規に屬するのであるから、法が、特に特定人の意思によつて、身

分關係の發生、變更、消滅の效果を生ぜしめ得べきことを認むる範圍(即ち法の明文上許容せられ、或は法の適當なる解釋の結果、法の許容するところであると推斷し得らるる範圍)を越えては、その意思が、生前行為によつて表示せらるると、遺言によつて表示せらるるとを問はず、何等の效力をも生じない。而して我民法が、身分關係に關する遺言の内容として、その效力を認むるものには、(1)その身分關係が、遺言者の死亡後に於て、始めて發生し得るに過ぎないものと、(2)その身分關係は、遺言者の生存中に於ても、發生し、變更し、消滅し得るものがある。後者につき、民法が遺言による身分關係の發生、變更、消滅を認むるのは、死亡後に始めてその效力を生ぜしめんと欲する遺言者、若しくは死亡の時迄その意思表示を完了することを得ざる遺言者に、便宜を與ふる所以に外ならぬ。而して遺言の内容として認めらるる身分行為は、大體に於て、相続人の地位に直接間接の影響を及ぼす事項である。

(イ) 遺言養子(八八) 遺言養子により養子となつた者は、常に遺産相續權を有し、又先順位者がなきときは家督相續人となる。

(ロ) 私生子の認知(八二九) 認知を受けた私生子は、庶子として女子に優先して家督相續人となり又實父の遺産相續人となる(四九七〇條、九九九)。

(ハ) 子の嫡出の否認 遺言によつて、婚姻中妻の懐胎した子の嫡出を否認し、遺言執行者をして、否認の訴を提起せしめ得るか否かについては、我民法に明文の定めがない。従つて解釋論としては、斯くの如き遺言を有効と見るべきか否かは、一應疑問たるを免れない。

(二) 後見人の指定

未成年者に對して最後に親權を行ふ者は、遺言を以て、後見人を指定することを得る(民九〇)。

(1) 遺言者の死亡後出生する子のために、後見人を指定し得るか(民九六八條、九九條、一〇六五條)。胎兒は、相続、遺贈については、既に生れたるものと看做さるる趣旨に徴するも(三條、一〇六五條)。又民法が未成年者の親權者に對して、後見人指定の權利を與ふる理由に徴するも、我民法に明文の定めはないが、この問題を積極に解すべきであらう。

(2) 後見人による後見事務の執行につき、遺言を以て一定の指圖(例へば、未成年者の財産の管理方法等に關して)をなし、或は後見人の責任を軽減し得るか(民九八五條以下)。民法が、親權者に對して、その適當とする者を後見人に指定し得る權利を與ふる以上は、亦當然に親權者は、その適當とする方法によつて後見事務の執行せらるべきことに關して、有效なる遺言をなし得るやうにも考へられるが、この種の遺言の效力を認むるときは、親權者の死亡後如何に事情が變更するとも、後見人は、その遺言に拘束せられ、ために、充分に被後見人の利益を擁護し得ざるに至る虞がある。民法第九二一條の規定によれば、未成年者の教育方法の指定又は居所の指定は、親權者に於て、遺言を以て、之を有效になし得べきことが推斷せられ得るが——而して事情の變更の結果、その指定せられた教育の方法又は居所が不適當となつたときは、親族會の同意を得て、後見人に於て、之を變更することを得る——その他の點については、民法に何等の規定がないから、後見事務の執行又は後見人の責任の軽減に關する遺言は、我民法上何等の效力をも生じないと解すべきであらう。

(ホ) 後見監督人の指定(民九二)。

(ハ) 後見人を指定することを得る者は、未成年者のために、親族會員を選定することを得る(民九四五)。

六 「遺言ニ依ル親族會員ノ選定ハ、之カ全員ヲ選定スルコトモ、又ハ其ノ一部ヲ選定スルコトモ得ヘク、而シテ其レカ全員ノ選定ナリヤ、將タ一部ノ選定ナリヤハ、各場合ニ付キ、解決セラルヘキモノトス。例ヘハ最少限ヨリ多キ員數ヲ選定シタルトキハ、之ヲ通常全部ノ選定ト解スルカ如シ。若シ遺言ヲ以テ、親族會員ノ一部ヲ選定シタル場合ニハ、裁判所ハ、之カ殘員ヲ選定スルヲ得ヘキヤ論ナシト雖モ、全員ヲ選定シタル場合ハ、裁判所ハ、之カ員數ヲ變更スルコトヲ得サルモノトス」(東京控明治四三・二・一七新開六三六號一三頁)。

「遺言ヲ以テ選定シタル親族會員ハ、假令不適任ナル場合ト雖モ、其ノ資格ヲ奪フコトヲ得ス」(大正六・一二・二二法曹會決議、法記二八卷二四頁)。

(五) 被相続人は、特に之を許容すべき規定がない限り、遺言によつて、第三者の權利を剝奪し又は制限するを得ない(七)。

七 例へば、保険契約者たる被相続人と雖も、保険金の一部を第三者に遺贈して、保険金受取人の權利を害することを得ない(大判昭和六・二・二〇新聞三二四四號一一頁)。

(イ) 他人の妻が、相続人として、或は受遺者として、相続財産を承継する場合にも、被相続人は、遺言を以て、當該の財産をば妻の自由財産たらしめ(九條參照)、以て、その夫が法律上當然に享有する管理收益の權利を制限するを得ない(民九七條、八〇)。

(ロ) 右に反し、他人の子に無償にて財産を與ふる者は、その親權者又は後見人をして、その財産を管理せしめざる意思を表示し、且つ第三者をして、その財産を管理せしむることを得る(民八九二條、九三六條、九三九條、九六八條、九七九條、九八〇條、九八〇條參照)。我民法は、

遺言によつて、斯くの如き意思表示をなし得べき旨の明文を設けてゐないが、その生前の意思表示のみを有効となすべき何等の理由もない。

(ハ) 遺言により、被相続人は、相続債権者又は相続人固有の債権者の権利を害するを得ない。尤も相続財産そのものを制限し、或は相続人の権利を制限する結果、之等の債権者が間接に不利益を被ることあるも、債権者の権利の侵害ではない。之等の場合には、債権者は、或は詐害行為を理由とする取消権の行使により、或は、相続人の遺留分に基く減殺請求権の代位行使により、その共同擔保を保全するの外はない。

(六) 被相続人は、遺言によつて、如何なる程度迄、先順位相続人の権利を剝奪し又は相続人の法定の権利に制限を加へ得るか。

(イ) 相続人の廢除及びその取消(七九七六條、九七七條、一〇〇〇條)。

(ロ) 家督相続人の指定及びその取消(九八九條、一〇〇〇條)。

(ハ) 家督相続人の選定に關する遺言は有効であるか。

法定の推定家督相続人がない場合には、被相続人は、相続人指定の権利を有するのであるが、果して、被相続人が、遺言を以て、選定せらるべき者の法定の順序を變更し、或は選定せらるべき者の範圍を、積極的又は消極的に限定し得るか否かは頗る疑問である。尙我民法は家の維持を強制する趣旨の數多の規定を設けてゐるのであるから、絶家の效力を發生せしむる目的のもとに、相続人の選定を禁止する旨の遺言をなすも、法律上全く無効であると謂はざるを得ない。

(ニ) 遺言による相続人の法定の権利の制限

(1) 被相続人の死亡により、その権利義務は、一身專屬のものを除き、被相続人死亡の時の状態に於て、すべて、當然に、相続財産を形成するに至るのであるから、遺言によつて(生前行為によつて、一定の財産を被相続財産より除外し得べきことについては、既に述べた)、死亡當時に残存する一定の財産を相続財産より除外し、相続人をして、之を相続せしめざると共に、相続債権者又は受遺者が、この財産に對して、その権利を行使し得ざるが如き結果を生ぜしむることを得ない。尤も遺言による債権の拋棄は、債権者に對する特定遺贈として有效なるべく、著作権、特許權等の拋棄は、相続人に對する一種の負擔として、之を有效と見るべきである。

(2) 被相続人は、遺言を以て、遺留分を害しない限度に於て、共同相続人の全員又は一人の相続分を指定し、又はその指定を第三者に委託することを得るのみならず、持戻義務を免除し、又は輕減することを得る(一〇〇七條三項)。その結果は、共同相続人の一人又は數人が、その法定の相続權を制限せらるることとなるのである。

(3) 被相続人は、遺言によつて、包括又は特定名義を以て、その相続財産の全部又は一部を遺贈することを得る(一〇六條四)。而して遺贈せられた相続財産は、受遺者に歸屬すべく、相続人の法定の相続權は、その範圍に於て制限せられる。尤も遺贈が相続人の遺留分を害するときは、その限度に於て、相続人は遺贈の減殺をなすことを得る(三三條)。

(4) 被相続人は、遺言によつて寄附行為をなすことを得る(一四二條)。尤も相続人の遺留分を害するを得ない。遺言による寄附行為により、寄附財産は、遺言が效力を生じた時より、財團法人に歸屬したものと看做される(一四二條)。

- (5) 被相続人は、遺言により、相続人に對して一定の負擔を課することを得る。  
(6) 被相続人は、遺言により、相続財産の全部又は一部の信託をなすことを得る(條二)

**第四 遺言の解釋**

遺言書を通じて遺言者の意思を確定することを遺言の解釋と謂ふ。

**(一) 遺言の解釋資料**

遺言の如き特定の相手方なき意思表示については、遺言書の文言のみならず之と結合して表示自體を形成すると考へられるすべての事情は(一)、假令利害關係人に知れないものであつても、遺言の解釋資料となるのであるから(二)、遺言については殆んど心裡留保又は錯誤の問題を生ずる餘地がない。遺言の成立後の事情の變更と雖も、遺言者がその變更を豫見したとすれば、彼の意思に如何なる影響を與へたであらうかと謂ふことが注意せられねばならぬ。

一 例へば、遺言外の遺言者の意思表示、遺言者と相続人若しくは受遺者との關係、遺言當時の状態等。

二 我大審院も亦「證書ノ解釋ヲ爲スニハ、之ニ使用セラレタル文字ニ拘泥セスシテ、其ノ作成ニ關與シタル當事者ノ眞意ヲ探究シテ之ヲ爲スヘキモノナルコトハ、解釋上ノ原則ニシテ、特ニ遺言書ハ、遺言者ニ於テ近キ將來ニ於ケル死亡ヲ豫期シ、若クハ死期ノ且タニ迫レルニ際シテ之ヲ爲スモノニシテ、普通ノ證書ト異ル所アルヲ以テ、最モ此ノ點ニ留意シテ解釋スヘキモノトス」と判示してゐる。大決昭和五・四・一四評論九卷民六七三頁。

**(二) 遺言の解釋方法**

- (1) 遺言書に用ひられた文言の解釋については、遺言者の人的事情、例へばその智識、經驗、職業及び遺言者の住所に於

ける慣習等が標準となる。

(ロ) 遺言者は一定の目的を達するために、遺言をなすのであるから、遺言者の目的に添ふやうに合理的に判斷して解釋せらるべきである。

(ハ) 遺言者自ら遺言を以て遺言の解釋方法を定め得ることは勿論であるが、遺言に疑義を生じた場合に、第三者をして拘束力ある解釋をなさしむべき旨の遺言が有效なるか否かは、明文の定めなき我民法のもとにあつては、一應の疑問たらざるを得ない。惟ふに、我民法は、第三者をして遺言者死亡後の事務を決定せしめ得べき場合には、個別的にその可能な趣旨の規定を設けてゐるのであるから(例へば、民一〇〇〇條)、遺言の解釋を委託する旨の遺言は、我民法上之を無効と解すべきである。

(ニ) 遺言についても、法律行爲轉換の法理が認めらるべきであるから、文言通りの意思表示としては無効なる場合と雖も、他の意思表示として有效なる場合には、轉換によりその遺言を有効と見るべきである(三)。例へば法定の推定家督相続人あるにも拘らず相続人を指定したとき、又は一般に遺産相続人を指定したときは、遺言者に於て被指定者に相當の遺産を與ふべき意思の存したことが推斷せられ得る限り、相続人の指定は、包括遺贈としてその效力を認むべきである。

三 我國の判例も亦嫡出子ではないが戸籍簿上法定の推定家督相続人と表示せられる者をして相続せしむべき旨の遺言を以て、家督相続人指定の遺言として有効であると判示してゐる。大判昭和八・一〇・三〇新報三四六號一六頁。

(ホ) 遺言の一部が無効なる場合に、遺言の全部を無効ならしむるか否かは、全く遺言者の意思解釋によつて決定せらる

べきである(國民二〇八)(四)。

(五條參照)

四 同趣旨東京控大正六・七・一一新聞一三三三號二七頁。

(ハ) 遺言が後に補充せらるべき旨の文言が、遺言書中に存するにも拘らず、補充なくして遺言者が死亡した場合には、補充なくしてはその效力を發生せしむることを欲せざりし事實が推斷し得られない限り、その遺言は有效である(國民二〇八)。

(ニ) 遺贈の解釋方法については、特に民法は、第一〇九四條以下の規定を設けてゐる(遺贈の項を見よ)。

第五 遺言の一般的效力(遺贈の效力については、その項を見よ)。

遺言は、遺言者死亡の時よりその效力を生ずる(八七〇)。尤も遺言による家督相續人の指定若しくはその取消、又は相續人の廢除若しくはその取消の如く、届出又は裁判を要するものについては、之等の行爲を必要とするは勿論である(國民九七六(八四項、九)參照)。遺言は、遺言者の死亡の時よりその效力を生ずるに過ぎないから、遺言により利益を受くる者と雖も、遺言者の死亡する迄は、未だ條件附權利をも取得するものではない。

遺言は、他の法律行爲と同じく、原則として、之に期限又は條件を附することを得べく、遺言に停止條件を附したときは、遺言は、條件成就の時よりその效力を生ずる(八七〇)。尤も遺言者が停止條件成就の効果を死亡の時に遡及せしむる意思を表示したときは、民法第一二七條第三項の適用上、之に従ふべきは勿論である。

遺言の無効に關しては、法律行爲一般の規定による場合、遺言能力又は方式を缺く場合の外、尙民法第一〇六六條は、「被後見人カ後見ノ計算終了前ニ後見人又ハ其配偶者若クハ直系卑屬ノ利益ト爲ルヘキ遺言ヲ爲シタルトキハ其遺言ハ無

効トス。前項ノ規定ハ直系血族、配偶者又ハ兄弟姉妹カ後見人タル場合ニハ之ヲ適用セス」と規定してゐる。茲に「利益ト爲ルヘキ遺言」とは、身分法上及び財産法上何等かの利益を與ふべきすべての遺言を指し、敢て遺贈のみに限られない。尤も本條に掲げられる者が、遺言によつて反射的利益を受くるに過ぎない場合、例へば後見人の直系卑屬の通學せる學校に一定の財産を遺贈すべき旨の遺言がなされたときは、その遺言は有效である。尙後見人の直系尊屬の利益となる遺言は、本條に該當することなく常に有效である(一)。

一 同趣旨法曹會決議大正五・二・一二法記二六卷五號四七頁。

## 第二款 遺言の方式

### 第一 總說

遺言は、遺言者の死後その效力を生ずるものであつて、死後之を改むるに由なく、従つて特に錯誤、詐欺、強迫を豫防する必要があるから、民法は、遺言が遺言者の眞意に出づることを保障せんがために、法定の方式に依つてなされることを要求し、之に反する遺言を無効としてゐる(八七〇(六)參照)。而して我民法は、遺言の普通方式として、自筆證書、公正證書、秘密證書の三種を認め、更に特別の事情ある場合につき、特別方式を規定してゐる。普通方式中その何れによるかは全く遺言者の自由であるのみならず、特別方式に依つて遺言をなし得べき場合にも、普通方式に依つて之をなすことを妨げない(一)。

一 東京控・昭和八・一二・二八新聞三六六二號五頁、同一〇・一・三〇新聞三八二九號一七頁。

自筆證書による遺言は、比較的簡易に作成せられ得る點に於て長所を有するも、文字を書き得ない者はこの方法を用ふることを得ないのみならず、容易にその効力が争はれる處があり、且つ檢認手續を要する點に短所がある。之に反し、公正證書による遺言は、その方式が比較的嚴格であつて、又相當の費用を要する點に短所があるが、文字を書き得ない者も之をなすことを得るのみならず、容易にその効力が否認せられる處もなく又檢認手續をも要しない點に於て長所を有する。秘密證書による遺言は、秘密の漏れるのを防ぐことを得る點に特徴をもつてゐるが、檢認手續を必要とする。

而してその何れの方式によつて遺言をなすを問はず、禁治産者が本心に復したときに遺言をなすには、醫師二人以上の立會あることを要し、遺言に立會つた醫師は、遺言者が遺言をなす時に於て心神喪失の状況になかつた旨を遺言書に附記して、之に署名捺印することを要する。秘密證書によつて遺言をなす場合には、その封紙に右の記載をなし且つ署名捺印しなければならぬ(七三條)。

尙日本の領事の駐在する地に在る日本人が、公正證書又は秘密證書によつて遺言をなすときは、公證人の職務は、領事に於て之を行ふべきである(八六條)。

遺言の方式は、我國に於てのみならず、多くの諸國に於ても、嚴格に規定せられてゐるために、方式に於ける如何なる程度の瑕疵が遺言を無効ならしむるかの問題については、未だ學說判例は一致してゐないのである。蓋し民法が遺言を以て要式行爲としてゐる限りは、一寸した方式の瑕疵も遺言を無効ならしむるとの理論も成立し得べく、逆に又、民法が遺

言に嚴格なる方式を要求する所以は、遺言者の眞意を確保するに存するのであるから、遺言の内容が明確であり、且つ遺言が他人の詐欺又は強迫によつてなされたものでないことが確認せられべき程度に、その方式が履踐せられてゐれば、敢て法文の字句通りにその方式が遵守せられてゐることを要せずとの議論も成立し得るからである。死亡を條件とする贈與その他の生前行爲をなすことによつて、容易に遺言の方式を回避し得る餘地がある以上、尠くとも立法論としては、遺言の方式を緩和すべきであると私は考へてゐる。尙方式不備のため遺言が無効なる場合にも、死亡を條件又は期限とする贈與その他の法律行爲としての要件を具ふるときは、所謂法律行爲轉換の法理の適用によつて、その効力を認め得る餘地あることに注意すべきである。

## 第二 自筆證書に依る遺言

遺言の方式として自筆證書を認むることの可否については、學者間に相當の議論はあるが、比較的簡易にして而かも殆んど費用をかくることなくして作成せられ得るために、我國に於てのみならず、多くの諸國に於ても、最も通常に行はれる遺言の方式として認められてゐる。而してこの方式によつて遺言をなすには、遺言者は、遺言の全文、日附及び氏名を自書して、之に捺印しなければならぬ(六八條)。

(一) すべて自書を要するのであるから、遺贈の目的その數額の如きも一々自書しなければならぬ。又速記術によつて記載せられた遺言書は自筆證書として有効であるが、タイプライター又は點字機を以て作成せられたものは無効である。尙遺言者が遺言を自書するに際して多少他人の補助を受くることは妨げないが、他人の運筆によるものは無効である。

(二) 遺言書の日附は(一)、遺言が作成せられた眞實の日附なることを要するか否か、又遺言作成の日とは、遺言の内容を文書に記載した日を意味するか、或は遺言書完成の日を指すかの問題につき、我大審院は、眞實の日附たることを要するも、遺言の内容を文書に認められた日の表示あれば足ると判示してゐる(三)。この理論に従へば、假りに十年以前に作成した遺言書に今日の日附を附しても、遺言作成の日は十年前と解すべきこととなり、その結果は、遺言能力の有無又は遺言の前後を明確ならしむるために、民法が遺言作成の日附の記載を要求する趣旨(民一三)を無視するに至るであらう。故に遺言作成の日とは、遺言の方式として要求せられる要件の最後のものを具ふるに至つた時、即ち遺言書完成の日を指すものと解すべきである。尤も、遺言者が錯誤によつて不眞實の日附を記載した場合には、その遺言は之を有効と見て差支へない。

一 日附なき遺言の無効なることは勿論である。大決大正五・六・一民録二二輯一一三頁。

二 大判昭和六・七・一〇民集一〇卷七三六頁。

(三) 遺言者の氏名は、遺言者の何人なるかにつき疑を生じない程度に之を表示することを要するのであるから、遺言の内容その他の事情に徴して、遺言者の何人なるかを知るに足る以上は、法律上の氏名を記載せずして、氏又は名のみを表示し(三)、或は屋號、雅號、藝名を記載した場合でも、その遺言は有効である。尤も記號又は抽象的な表示を以て氏名に代ふることは許されないから、花押を記し或は汝等の父又は上記の者と記載した場合には、その遺言は無効である。

三 同趣旨大判大正四・七・三民録二二輯一一七八頁。

(四) 氏名の自書即ち署名の外、我民法は更に捺印すべきことを要求してゐるが、無用の要件を附加したものと評する外

はない。判例も亦捺印は遺言者自ら之をなすことを要することなく、他人をして之をなさしむるを妨げないと判示してゐる(四)。

四 大判昭和六・七・一〇民集一〇卷七三六頁。

(五) 遺言書中の挿入、削除その他の變更は、遺言者自ら之を明確にすることを要する(八三〇六)。改竄については民法に何等の規定はないが、改竄は遺言者自身の筆跡なるか否かを明かにする方法がないから、之を無効とする外はない。

(六) 遺言書の材料については何等の制限がないから、極端な例ではあるが、自殺者が自己の身體に遺言を血書した場合でも、その方式に缺くるところがなければ有効である。又遺言書が數紙に互る場合でも、各葉に契印をなすことを要しない(四)。

五 同趣旨東京控明治四四・六・二九最近判八卷二二〇頁。

(七) 遺言は特定人に對する手紙の形式を以てなされても、その方式が完備せる限り有効である。尤も手紙の形式を以てなされたものが、眞實の遺言書に該當するか、或は將來なすことあるべき遺言若しくは既になしたる遺言の報告に過ぎないかは、充分に審査せらるべきである(六)。

六 所謂遺言申渡書につき同趣旨大判大正七・四・一八民録二四輯七二二頁。

### 第三 公正證書に依る遺言

(一) 「公正證書ニ依リテ遺言ヲ爲スニハ、證人二人以上ノ立會アルコト」を要し(一〇六九)、證人二人以上の立會なき遺言は



無効である。

(4) 遺言の證人たるがためには、證人なる資格を有する者でなければならぬ。而して我民法は、恰かも獨逸民法に於けるが如く、證人たる資格を有しない者について、第一〇七四條の規定を設け、(1)未成年者、(2)禁治産者、(3)準禁治産者、(4)剝奪公權者及び停止公權者(民法一八條、一九條三)を以て、絶對的證人無資格者とし、(5)遺言者の配偶者(内縁の配偶者、従前配偶者たりし者は、證人たる資格を有する)、(6)推定相續人及びその配偶者並に直系血族、(7)受遺者及びその配偶者並に直系血族、(8)當該の遺言書を作成する公證人と家を同じうする者及び公證人の直系血族並に筆生、雇人を以て、相對的無資格としてゐる。民法には別段の規定はないが、理論上署名することを得ない者は、遺言の證人たる資格を缺くものと解すべきである。蓋し證人は遺言の筆記が正確なることを承認して、各自之に署名することを要し(民法一〇六、九四條)、而かも記號を用ふるこ

とによつて署名に代へ、又は公證人が、署名することを得ざる旨を附記することによつて、證人の署名の欠缺を補正することは許されないからである(民法一〇六、九四條)。未だ禁治産又は準禁治産の宣告を受けざる精神病者、啞者、聾者、盲者も、亦遺言者の口授を理解し、或は筆記の正確なることを承認する能力を有しないから、當然に證人たる資格を有しない。右に反し、遺言者の法定代理人、相續人の後見人に指定せられた者又は遺言執行者の如きは、遺言の證人たるを妨げない(民法一〇七)。

一 民法第一〇七四條第五號の推定家督相續人中には、被相續人の指定による家督相續人も包含するものと解すべきである。  
同趣旨大判昭和七・二・一三新聞三三七七號一七頁。

二 同趣旨大判大正七・三・一五民錄二四輯四一四頁。

尙公證人法第三四條第三項に掲げられる者は、公正證書作成の立會人たることを得ないが、之等の者は、ただ公證人法第三〇條並に第三一條に依り立會人を立會はしむべき場合に於て、その資格を有しないだけであつて、民法第一〇七四條に掲げられる者の外は、遺言の證人として立會ふことを妨げない(三)。

而して遺言者が盲者なる場合又は文字を解しない場合に於ても、證人二人以上が立會つた以上、更に公證人法第三〇條に依る特別の立會人を要しないものと解すべきである(四)。

三 同趣旨大判大正一・六・六民集一卷三〇八頁。

四 同趣旨民刑局長回答明治三・九・二〇法記八三號一〇四頁。

(ロ) 遺言の證人たる資格を有しない者が立會つた遺言は、全部無効である。故に例へば、受遺者又はその配偶者若しくはその直系血族が證人として立會つた場合に於ても、當該の遺贈のみが無効となるものではなくして、すべての遺言を無効ならしむるのである。尤も他の遺言書によつて受遺者となつた者は證人たるを妨げない(五)。

五 同趣旨大判昭和六・六・一〇新聞三三〇二號九頁。

(ハ) 遺言の證人は、遺言者が口授を始むる時より、公正證書が完結する迄、間斷なく立會ふことを要する(尤も準備行為の際には立會ふことを要しない)。

(ニ) 次に、「遺言者カ遺言ノ趣旨ヲ公證人ニ口授スルコト」を要する(民法一〇六、九四條)。

(イ) 口授とは、言語を以て申述することを謂ふのであるから、一定の舉動によつて遺言の内容を表示した場合には、そ

の遺言は無効である(六)。假令その舉動が聾啞者に於て一般に慣用せられるものであつても、獨逸の學説上は、無効と解せられてゐる。

六 同趣旨大判大正七・三・九刑錄二四輯二〇一頁。

(ロ) 口授は、公證人に對して直接になされることを要する。用語が日本語なると否とは之を問はない。遺言者が日本語を解せず、又公證人が遺言者の用ふる外國語を解しないときは、通事を立會はしむることを要する(公證二九)。尤も、日本語を解しない者が外國語を以て遺言の趣旨を口授するに際し、當該の外國語を解する公證人が、通事の立會なくして、公正證書を作成するとも、その遺言は無効ではない(蓋し民法にも公證人法にも、之を無効とする旨の規定がないからである)。

遺言者が公證人に直接に口授することなくして作成せられた遺言公正證書は無効である。

(ハ) 公證人が豫め遺言者の作成せる遺言の趣旨を記載した書面の交付を受け、公正證書作成の準備として、その筆記を作成し、次いで遺言者に面接して、同人より遺言の趣旨は曩に交付し置いた書面の通りとの、單純なる陳述を受けた場合も、亦口授ありたるものと認むべきか否かにつき、大審院は之を積極に解してゐるが(七)、豫め文書を公證人に提出して遺言の趣旨はその通りであるとの一語を發することと、遺言の内容を一々口授することとは、實質上之を同一視するを得ないから、大審院の見解には賛意を表し得ない(八)。

七 大判昭和九・七・一〇民集一三卷一三五頁。

八 吾人と同一の見解東京控昭和八・一二・二八新聞三六六二號六頁。

(ニ) 右に反し、遺言の口授は、遺言の全内容につき逐一なさるることを要しない。殊に遺贈の目的が數多存するが如き場合には、物件目錄の提出により、その分の口授を省略することを妨げない(九)。

九 同趣旨大判大正七・八・八民錄二五輯一二九二頁。

(三) 「公證人カ遺言者ノ口述ヲ筆記シ之ヲ遺言者及ヒ證人ニ讀聞カスコト」を要する(民一〇六)。

(イ) 民法は、公證人が遺言者の口授を筆記すべきことを規定してゐるが、之通常の場合を豫想せるに止まり、何人が筆記するかは、遺言者の眞意を確保するためには全く無關係のことであるから、他人をして筆記せしむるを妨げない(一〇)。

一〇 同趣旨大判大正一一・七・一四民集一卷三九四頁。

(ロ) 民法は遺言者が先づ口授し次に之を筆記すべきことを規定してゐるが、之亦通常の順序を示すに過ぎないのであるから、豫め筆記した後、筆記と遺言の内容とが符合するか否かを確むるため、改めて口授をなさしむるとも、その遺言は有效である(一一)。

一一 同趣旨大判昭和六・一一・二七民集一〇卷一一二七頁。

(ハ) 遺言の筆記を遺言者及び證人に讀み聞かせ、之を了解せしむることを要するから、尠くとも讀むことを得ざる聾者は、公正證書に依る遺言をなし、或はその證人たることを得ない(一二)。

一二 尤も、獨逸の學説上反對説がないではない。反對説の根據とするところは、(1)法律上讀むことを得ざる聾者が公正證書に依つて遺言をなすことを禁止する規定なく、(2)聾者が讀むことを得ず又聞くことを得ないでも、證書が正當に作成せられたことを

信頼して、之に承認を與ふることを妨げずと云ふ二點である。

(四)「遺言者及び證人カ筆記ノ正確ナルコトヲ承認シタル後各自之ニ署名、捺印スルコト。但遺言者カ署名スルコト能ハサル場合ニ於テハ公證人其事由ヲ附記シテ署名ニ代フルコトヲ得」(九條四號)。

(イ) 遺言者又は證人の承認(この承認は默示的なるを妨げない)が、筆記及び口授の内容を了解したることを要件とするか否か、従つて又讀むことを得ない聲者が公正證書に依る遺言をなし得るか否かについては、前述の如く、反對説もないではないが、之を否定すべきものと考へる。

(ロ) 署名とは自らその名を記載することを謂ふ(外國文字なるを妨げない)。その名は、その者が一般に使用せるものなれば足り、敢て法律上の氏名なることを要しない。例へば雅號、藝名、屋號等を記載するも署名として有効である(尤も獨逸の學界に於ては、反對説がないでもない)。又姓又は名のみ記載も署名として充分であると見るべきである。之に反し、花押その他の記號を記載するも、署名ありと謂ふを得ない。

(ハ) 民法は、署名の外に捺印をも要求してゐるが、寧ろ無用のことと謂はねばならぬ。捺印は(一三)、遺言者又は證人自ら之をなすことを要することなく、他人をして代つて捺印せしむるを妨げない(一四)。

一三 「私人ノ印影ハ必スシモツノ氏名ト一致スルコトヲ要セス」大判大正三・二・六判錄二〇輯一三三頁。

一四 同趣旨大判昭和六・七・一〇民集一〇卷七三六頁。

(ニ) 遺言者が署名することを得ないときは、公證人がその旨を附記して、その署名に代ふることを得る。この場合にも、

遺言者の捺印を要するか否かは、一應の疑問とはなるが、捺印自體が無用の方式である以上、之を要せずと解すべきである。

(五)「公證人カ其證書ハ前四號ニ掲ケタル方式ニ從ヒテ作リタルモノナル旨ヲ附記シテ之ニ署名、捺印スルコト」を要する(九條五號)。

故に、公證人が公正證書を完結するに當つては、(1)證人二人以上立會の上、(2)遺言が口授せられ、(3)之を筆記して、遺言者及び證人に讀聞かせたる旨及び(4)遺言者及び證人が之を承認して、各自署名捺印したる旨を記載しなければならぬ。この記載は、證書完結後補充せらるるを得ない。尤も、右の事實の一部が記載せられてゐない場合、例へば遺言者及び證人各自が署名捺印したる旨の記載を缺く場合にも、當該の公正證書に依る遺言を無効ならしむるか否かは、頗る疑問であり、獨逸の判決中には之を無効と判示したものもあるが、餘りに窮屈な解釋であると評するの外はない。蓋し公正證書完結の文言に遺漏があつても、苟くも方式を遵守して公正證書が作成せられたことが確實である以上、遺言者の眞實の意思に出でたか否かを判断するには、何等の影響をも及ぼさないからである。尙右の公正證書完結の文言は、更に遺言者及び證人に讀み聞かされ、承認せられ、且つ更に各自が署名捺印することを要しない。

右の完結文言の記載の外、尙公證人法は、公正證書の一般的記載事項として、(1)證書の番號、(2)囑託人の住所、職業、氏名及び年齢、(3)囑託人と面識あるときはその旨、(4)通事又は立會人を立會はせたときは、その旨及びその事由、竝にその通事又は立會人の住所、職業、氏名及び年齢、(5)作成の年月日及び場所を記載すべきことを要求してゐるが(六條三)、之等の

記載をなさざるときは、單に公證人が職務違反の責を負ふに過ぎずして(獨逸民法上、作成の日、場所、遺言者及び立會人の表示を缺くか、その不正當なるときは、當該の公正證書に依る遺言は無効と解せられてゐる)、公正證書に依る遺言は、苟しくも、民法第一〇六九條の方式を具ふる限り、常に有效である。

公正證書の作成手續の中途に於て、遺言者が死亡した場合にも、證人又は公證人に於てその手續を續行して、公正證書に依る遺言の效力を發生せしめ得るか否かの問題については、獨逸の學界に於ても論争せられてゐるが、苟しくも遺言者が遺言の内容を口述し、その筆記を承認して署名捺印を終つた以上、遺言者がその後死亡するとも、公證人及び證人に於て、爾餘の手續を續行し得るものと解するを妥當と考へる(二五)。なる程、形式的には、公正證書が完結しない限り、遺言も亦完了したものと謂ひ得ないであらうが、實質的には、遺言者の承認の署名によりて、その遺言は完了したものと見るべく、その遺言の效力を發生せしめないことは、却つて不當に遺言者の意思を無視することとなるであらう。

一五 民法第一〇七六條の規定する遺言につき、反對の趣旨大決大正一四・三四民集四卷一〇五頁。

#### 第四 秘密證書に依る遺言

この方式に依る遺言は、文字を書き得ない遺言者も、之を爲すことを得るのみならず、遺言の秘密を維持し、その漏洩を防がんとするに最も適する。その方式は、(1)遺言者がその證書に署名捺印すること、(2)遺言者がその證書を封じ、證書に用ひたる印章を以て之を封印すること、(3)遺言者が公證人一人及び證人(前記たる資格については二人以上の前に封書を提出して、自己の遺言書なる旨及びその筆者の氏名、住所を申述すること、(4)公證人が、その證書提出の日附及び遺言者の申述を

封書に記載したる後、遺言者及び證人と共に之に署名捺印することである(七〇條)(一)。

一 「秘密證書ノ遺言ノ場合ニハ、遺言者ハ必ス封紙ニ氏名ヲ自署スルコトヲ要シ、公證人ノ代署ヲ許サス」(長崎控大正八・一一・二七新聞一六三八號一五頁)。

公證人が上述(4)の記載をなすも、その包容する遺言書は、私署證書たる性質を失ふものではないから、利害關係人に於て遺言書そのものの内容を否認するを妨げない。此の點は、自筆證書と同一に取扱はるべきであるが、封紙に右の記入あるときは、尠くともその包容する遺言書は、遺言者自身より出でたることを證明する力があるから、自筆證書とその趣を異にする。尙秘密證書による遺言は、前述の方式を缺く場合に於ても、自筆證書の方式を具備する場合には、自筆證書に依る遺言としてその效力を有する(七二條)。蓋し此の場合に於て、公證人の封紙の記載と遺言の内容の記載とは、之を相互に分離して觀察するときは、秘密證書も亦一個の自筆證書に外ならぬから、此の場合、之を自筆證書として有效ならしむるとも、遺言書の眞意に反せず、且つ不正の行爲を容るる虞もないからである。

言語を發することを得ない者が、秘密證書によつて遺言をなす場合には、遺言者は、公證人及び證人の面前に於て、その證書は自己の遺言書なる旨並にその筆者の氏名、住所を封紙に自書して、民法第一〇七〇條第三號の申述に代ふることを要し、又公證人は、遺言者が右の方式を踐みたる旨を封紙に記載して、申述の記載に代ふることを要する(七二條)。

#### 第五 遺言の特別方式

民法は、遺言を爲さんとする者が、緊急の事情に因り、前述の如き嚴格なる方式を履踐することを得ざる場合のために、

その便宜を圖り、遺言書の作成を容易にして、遺言の自由を確保する趣旨の下に、次の如き特別なる方式を規定してゐる。尤も、特別方式に依つて爲したる遺言は、遺言者が普通方式に依つて遺言を爲すことを得るに至つた時より六ヶ月間生存するときは、その效力を失ふことに注意すべきである(八五〇)。

(一) 疾病その他の事由に因つて死亡の危急に迫りたる者が、遺言を爲さんと欲するときは、證人三人以上の立會を以て、その一人に遺言の趣旨を口授して之を爲すことを得る。此場合に於ては、口授を受ける者之を筆記して、遺言者及び他の證人に讀み聞かせ、各證人がその筆記の正確なることを承認した後(一)、署名捺印することを要する(六九七)(二)。

一 民法第一〇七六條に所謂讀聞及び承認の事實は、必ずしも遺言書自體に之を記載することを要しない(東京地大正一一・一一・二新聞二〇七二號二〇頁)。

二 遺言書の立會人、證人の署名捺印は、遺言者の生存中になすことを要する(大決大正一四・三・四民集四卷一〇五頁)。

向立會人、證人の署名捺印は、その署名捺印を以て代用することを得る(大判大正一五・一一・三〇民集五卷八三三頁)、遺言書の證人の署名は代人をして代書せしむることを得ない(大判昭和七・二・一三新聞三三七七號一七頁)。

この方式による遺言は、遺言の日より二〇日以内に、證人の一人又は利害關係人より、裁判所に請求して、その確認を得なければ無効となる。確認は、遺言が遺言者の眞意に出でたものなることを審査決定する裁判であつて、檢認とはその性質を異にし、確認を受けた遺言と雖も、檢認を経ない限り之を執行するを得ない(三)。

三 同趣旨昭和五・一〇・八法曹會決議、法曹九卷一號九七頁。

裁判所は、遺言が遺言者の眞意に出でたるものなることの心證を得る限り、假令、遺言の趣旨が他の法規に牴觸するこ

とあるも、之を確認することを得る(四)。

四 嘗て大審院は、遺言の確認は、遺言書が方式に適したる場合に限り之を爲すべきものとすと判示したが(大決大正一三・七・一五民集三卷三二二頁)、後に之を改めて、遺言が法定の方式に反する無効のものなりとの理由を以ては、遺言確認の請求を排斥し得ず(大決・昭和四・六・二二新聞三〇五八號一三頁、同四・六・四民集八卷五八四頁)、従つて遺言の確認後と雖も、遺言が方式を缺如せる無効のものなることの判決をなすことを妨げずと判示するに至つてある(大判大正一四・三・二七民集四卷一二九頁)。蓋し確認は、遺言の趣旨が遺言者の眞意に出でその正確なることを認むる裁判に外ならずして、遺言が有效なることの確認裁判ではないからである。

遺言は、確認を経る迄は浮動的の状態に於て成立するに止り、確認に依り、作成の時より、確實に成立したるものとなる。

(二) 傳染病のため、處分を以て交通を遮斷せられたる場所に在る者は、警察官一人及び證人一人以上の立會を以て、遺言書を作成することを得る(七七〇)。遺言書は何人が書いても差支ないが、遺言者、筆者、立會人及び證人は、各自遺言書に署名捺印することを要する(一〇八三條)。

(三) 從軍中の遺言の特別方式には二種がある。(1)從軍中の軍人、軍屬は、將校又は相當官一人(將校及び相當官がその場所に在らざるときは、準士官又は下士一人を以て之に代ふることを得る)及び證人二人以上の立會を以て(疾病又は傷損の爲め病院中にあるときは、その院の醫師の立會を以て之に代ふることを得る)、遺言書を作成するを得る(七八〇)。(2)從軍中、疾病、傷損、其他の事由によりて死亡の危急に迫りたる軍人、軍屬は、證人二人以上の立會を以て、口頭にて、遺言を爲すことを得る

(八四七)。(八四七)項)而してこの方式に従つて爲した遺言は、證人その趣旨を筆記して之に署名捺印し、且つ證人の一人又は利害關係人より遲滞なく理事(陸軍法務官)又は主理(海軍法務官)に請求して、その確認を得なければ、その效力を生じない(八四七)項)。(四) 艦船中に在る者は、軍艦及び海軍所屬の船舶に於ては將校又は相當官一人(將校又は相當官が其艦船中に在らざるときは準士官又は下士一人を以て之に代ふることを得る)及び證人二人以上、其他の船舶に於ては船長又は事務員一人及び證人二人以上の立會を以て遺言書を作成することを得る(八四〇)項)。

艦船遭難の場合に於ては、證人二人以上の立會を以て口頭にて遺言を爲すことを得る。但し海軍の所屬にあらざる船舶中に在る者が遺言をなしたる場合に於ては、其確認は之を裁判所に請求することを要する(八四〇)項)。

以上が民法の認むる特別方式により遺言をなすことを得る各場合であるが、(1)民法第一〇七七條、第一〇七八條及び第一〇八〇條の場合に於ては、遺言者、筆者、立會人及び證人は各自遺言書に署名捺印することを要する外(八四二)項)、(2)第一〇七六條の場合を除く、其他のすべての場合を通じ、署名又は捺印すること能はざる者あるときは立會人又は證人は其事由を附記することを要する(八三三)項)。又(3)遺言書中の挿入、削除其他の變更は遺言者其場所を指示し、之を變更したる旨を附記して特に之に署名し、且つ其變更の場所に捺印するにあらざれば遺言はその效力を有しない(八四〇)項)。

### 第六 共同遺言

共同遺言とは、二人以上同一の證書を以て爲す遺言を云ひ、之に三種がある。即ち(1)獨立の遺言が單に同一の證書に記載せられるに過ぎない單純共同遺言、(2)遺言者が相互に給付を爲し、又は相互に相手方を自己の相續人に指定するが如

き雙方的共同遺言、(3)相互の遺言が他方の遺言を條件として成立する相關的共同遺言即ち是であつて、その何れの場合たるとを問はず、共同遺言はすべて無効である(七五〇)項)。蓋し遺言は遺言者の最終意思に基き、自主獨立に、而かも明確に爲さるべきであるから、以上の共同遺言は、何れも尠くとも遺言者が相互に他人の意思の影響を被りたるにあらざるやとの疑を生ずる餘地があり、更に雙方的又は相關的共同遺言にありては、他の遺言の無効又は取消の場合、他の一方の遺言者の眞意につき争を生ずる虞があるから、民法が全般的に共同遺言を禁じてゐるのは、立法論としても——特に共同遺言を必要とする理由が毫も存しないに於ては——妥當と云ふべきである。尤も、獨逸民法は、古來の慣習を尊重して、夫婦間に於てのみ之を認めてゐる。

### 第三款 遺言の執行

遺言に依りて表示せられた遺言者の意思は、遺言が效力を生ずると共に、直ちに實現せられるものもあるが(例へば、後見人の指定、相続分の指定、分割禁止に關する遺言等)、或る種の遺言は、之を執行しなければ、遺言者の目的を貫徹せしむることを得ない(例へば、特定名義の遺贈、推定家督相続人の廢除、指定等)。而かもその實行は、遺言者の死亡後であるから、遺言者以外の者がその任に當らざるを得ない。従つてややもすれば、遺言の本旨に適しない執行がなされる虞があるから、民法は、遺言の執行について極めて嚴格なる規定を設けると共に、嚴重なる制裁を附してその勵行を期し、且つ遺言執行の任に當る者の權利義務に付き、詳細なる規定を置いてゐる。

## 第一 遺言書の提出及び検認

遺言は、遺言書の保管者が相續の開始を知つた後、遅滞なく之を相續開始地の區裁判所に提出してその検認を経なければ、之を執行することを不得ない。遺言書の保管者がない場合には、相續人が遺言書を發見した後、遅滞なく、上叙の手續を爲すことを要する(非訟二一〇六條)。検認の手續を要するとは、遺言者の眞意を確保する爲めに外ならない。封印ある遺言書は、そのまま提出すべきものであつて、提出を受けた裁判所と雖も、相續人又はその代理人の立會がなければ、これを開封するを得ない。尤も、裁判所に於て検認の期日を定め、相續人を呼出して、相續人又はその代理人が出頭しないときは、検認の手續を履踐し得ずとすれば、利害關係人は、相續人の懈怠に因り多大の迷惑を被ることとなるから、この場合には、その闕席のまま開封することを得るものと解すべきであり、非訟事件手續法第一一五條も亦此の法意に基づくものと見るべきである(130D)。

一 相續人が故意に出頭せず又は代理人をも出頭せしめないものと認め得る場合には、その立會なくして遺言書を開封することを得る(大正一三・六・五民事局長回答、法記二卷七號一一六頁)。

二 検認については、立會人を要しない(大判明治四四・二二・一五民錄一七輯七九五頁)。

検認は、裁判所の行爲ではあるが、遺言書の有效無効を宣言する裁判ではない(三)。

三 検認は裁判ではなくして(同趣旨大判明治四四・二二・一五民錄一七輯七九五頁)、一種の檢證手續に過ぎない(大決大正四・一・一六民錄二一輯一〇頁)。故に、検認を経た遺言についても、その無効確認の訴を提起することを妨げない(大決大正五・六・一民錄

二二輯一一二七頁、同趣旨大判大正七・四・一八民錄二四輯七二二頁)。

尙、検認を経ないでも、遺言の效力には何等の影響はない(大判昭和三・二・二新聞二八四〇號一六頁)。

單にその方式その他の状態を調査確認し、以て他日に於ける遺言書の偽造、變造を防止し、且つ保存を確實ならしむる目的に出づる手續に過ぎない。従つて公正證書に依る遺言については、検認の必要がないことは明である(大民二〇項)。法は右の手續の勵行を期し、違反者に對し、過料の制裁を課してゐる(民七條)。

## 第二 遺言執行者

(一) 遺言執行者の決定及びその法律上の地位

遺言の執行を爲さなければ遺言の目的を達するを得ない場合には、その執行の任に當る者を必要とする。而して執行すべき遺言の目的如何によりては、相續人は遺言執行者として不適任なる場合もあるから、遺言者は遺言を以て一人又は數人の遺言執行者を定むることを得る。遺言執行者の推定又は指定の委託は、遺言執行の事務又は遺言執行者の指定を爲すことを委託する委任の申込である。遺言執行者の委託を受けた者は、遅滞なく、その指定を爲して、之を相續人に通知することを要する。若しその委託を辭せんとするときは、遅滞なくその旨を相續人に通知して、義務を免るることを得る(民二〇八條)。遺言執行者に指定せられた者が、就職を承認したときは、直ちにその任務を行ふことを要する(民一九條)。相續人その他の利害關係人は、相當の期間を定め、その期間内に承諾するか否かを確答すべき旨を遺言執行者に催告することを得る。若し遺言執行者が、その期間内に相續人に對して確答をなさないときは、就職を承諾したものと看做される(民一〇條)。

遺言執行者がいないとき、又は之なきに至つたときは、裁判所は、利害關係人の請求により、これを選任することを得る(民法一二三)。

一 遺言が無効なるときは、執行者の選任申請を却下することをすべきは勿論である(大決大正五・六・一民録二二輯一一三二頁)。選任せられた遺言執行者は、正當の理由がない限り、就職を拒むことを得ない(民法一二三)。何人も原則として遺言執行者たることを得べきであるが、實質上遺言執行者たるに不適當なる無能力者及び破産者を例外としてゐる(民法一二三)。相続人と雖も、相続人廢除の如き、絶對に相続人の資格と相容れない遺言の執行の場合にありては格別、その他の場合には、遺言執行者たることを得るものと解すべきである(民法一二三)。

二 同趣旨東京地大正二・八・二九最近判一三卷八一頁。

遺言執行者はその性質上、當然に相続財産の管理、その他遺言の執行に必要な一切の行爲を爲す權利義務を有する(民法一二四)。

この故に、民法第一一七條は、遺言者の法律上の地位につき、相続人の代理人と看做す旨を規定してゐるが、この規定が如何なる程度迄適用の餘地があるかは、頗る疑問である(民法一二四)。

三 例へば、大阪控大正六・五・二四判例二卷民八二〇頁の判決參照。

四 遺言執行者は、相続人の代理人として相続人の權利のみを行使するものではないとの判決がある(大判明治三六・二・二五民録九輯一九〇頁)。

遺言執行者が、その權限内の事項に付き、相続人を相手方として訴訟を進行し、或は相続人自身も亦遺言執行者たり得るのみならず、遺言執行者の選任の委託をも受け得ることを是認する限り、此の規定は寧ろ無意味と評するの外なく、遺言執行者は、被相続人たる死者の代理人若しくは特別財産たる相続財産の代表者として取扱はるるのが至當である。尤も、或程度迄死者の法人格を認めんとする考は、一見奇異なるが如きも、相続法上若しくは親族法上或る範圍まで死者の法人格が是認せられてゐることは看逃し難く、尠くとも、死者の法人格を是認することによつてのみ、始めて實定法上の數多の法律關係を、合理的に説明し盡し得るものと信ずる(民法一二五)。

五 拙著「相続法の研究」第四、一七九頁以下參照。

(二) 遺言執行者の權利義務

(イ) 相続財産目録の調製 遺言執行者は、遲滞なく相続財産の目録を調製して、之を相続人に交付することを要する(民法一二三)。相続人の請求ある場合には、その立會の下に財産目録を調製し、又は公證人をして調製せしむることを要する(民法一二三)。此の義務は、執行すべき遺言が財産に關する場合に限るが故に、身分事項にのみ關する遺言の執行については、財産目録の作成を必要としない。

(ロ) 遺言執行者が一般に委任者としての權利、義務を有することは前述の如くである(民法一二三)。  
 (ハ) 遺言執行者ある場合に於ては、相続人は相続財産を處分し、その他遺言の執行を妨ぐべき行爲を爲すことを得ない(民法一二三)。



六 遺言執行者ある場合に、相續人が相續財産に付きなしたる處分行爲は絶対に無効である。大判昭和五・六・一六民集九卷五七一頁。尤も第三者の善意取得を妨げない。

(ニ) 遺言執行者は、實質上遺言者の委任代理人として取扱はるべきであるから、復代理人の選任については、委任代理の法則に従ふべきである(八條一項)。

(ホ) 數人の遺言執行者ある場合にありては、別段の定めがない限り、その任務の執行は過半数を以て之を決する。尤も、保存行爲は各自之を爲すことを得る(一九條)。

(ヘ) 遺言執行者は、委任關係に立つのであるから、原則として、報酬請求権を有することなく、ただ遺言者がその報酬を定めたときは之に依るべく、裁判所が選任した場合には、裁判所はその報酬を定むることを得る。之等の報酬を受くべき場合については、委任に關する規定が準用せられる(二〇條)。

(三) 遺言執行者の任務の終了

遺言執行者の任務の終了事由は、遺言執行の終了、遺言執行者の死亡、遺言執行者が無能力となるか、破産の宣告を受けた場合、及び辭任並に解任である。遺言執行者は、正當の事由あるときは、就職後と雖も辭任することを得るし、又その任務を怠つたとき、其の他正當の事由あるときは、利害關係人は、その解任を裁判所に請求することを得る(二二條)。遺言執行者の任務終了の場合の應急義務及び任務終了の對抗要件については、委任に關する規定が準用せられてゐる(二三條)。

(四) 遺言執行に關する費用

例へば、遺言書の檢認に關する費用、遺言執行者の報酬は、相續財産の負擔となるのであるが、之に因りて遺留分を害することを得ずとの規定がある(二二條)。故に遺言執行の費用は、遺留分を害しない限度に於て、相續財産より償還を求め得るのであるが、爾餘の部分は、現に遺言の執行により利益を得るものに對してその償還を求むる外はないであらうが、遺言の執行により、何人が如何なる割合を以て利益を得るかの評定は、甚だ困難なるのみならず、遺留分が遺言執行の費用により何等の負擔をも負はないものとするならば、寧ろ遺留分制度の本來の目的を貫徹して、之等の費用を遺留分算定の標準たる遺産額より控除して、被相續人の自由分、從つて又相續人の遺留分を算定するのが便宜に適し且つ合理的であると考へる。

#### 第四款 遺言の取消

遺言は、遺言者の單獨自由の意思に基くものであるから、又何時にても遺言を以て之を取消すことを得るのみならず、此の取消権は、之を拋棄することを得ない(二二條、二四條)。茲に取消とは、民法總則編の規定する取消と異り、遺言の效力の發生に先だち、その發生を妨ぐるものであつて、所謂撤回に該當する。

(一) 遺言の明示の取消 遺言者は、何時にても遺言の方式に從つて、其の遺言の全部又は一部を取消すことを得る(二二條、二四條)。遺言の方式に依るに非れば之を取消すことを得ないものとしたのは、取消の意思の確實なることを保障せんが爲である(一)。

一 外國の立法例中には、遺言の取消には遺言の方式を要せずとなすものもある。例へば瑞典遺言法。

(二) 法律の規定による取消

(イ) 前後の遺言が相牴觸せる場合には、その牴觸する部分に付ては、之を取消したるものと看做される(五條二項)。遺言作成の時の記載は、遺言書の要件に屬しないから、一個の遺言書が同一の日附なるときは、諸般の事情によりその前後を決定するの外なく、之を決定するを得ない場合には、同時に矛盾する意思表示がなされたものとして、全部が無効なるものと解すべきである。

(ロ) 生前處分(三)によつて取消されたるものと看做さるべき遺言は(五條二項)、特定財産に關する遺言に限られ、包括遺贈については、假令、その遺贈中に包まれるべき個々の物件を處分することあるも、之が爲め、その遺贈を取消したるものと見るべきではない。

二 生前處分とは、遺言者がその生存中に於て遺言の目的たる特定の物件についてなしたる處分行爲を云ひ、固より有償たることを問はない。

又遺贈の目的物につき抵當權その他の物權を設定するが如き、單に所有權の制限を受くるに過ぎざる場合には、その物の所有權を與ふる遺贈と兩立しないものではない。又生前處分その他の法律行爲と牴觸する遺言が取消されたるものと看做されるのは、遺言者の意思を推測するに外ならぬから、處分その他の法律行爲が、遺言者の意思に基かざる場合には、之により遺言が取消されたるものと看做さるべきではない。

(ハ) 遺言者が故意に遺言書又は遺贈の目的物を毀滅したる場合には、その毀滅したる部分についても、遺言は取消されたるものと看做される(五條三項)。毀滅は、故意に出づることを要するも、その緣由の如何を問はないから、現實に遺言を取消す意思なく、他の事由に因り毀滅したる場合をも包含する。過失に因り遺言書を破毀したる場合には、利害關係人は、遺言書の内容を立證して遺言の有効を主張し得る。第三者の行爲又は不可抗力に因り、遺言書の毀滅を來したる場合も亦同様に解すべきであつて、その證明をなすこと能はざる場合に、利害關係人がその第三者に對して損害賠償の請求をなすことを得るやに關し、瑞西民法の如きは、之を肯定する旨の規定を設けてゐるが、何等の規定なき我民法の解釋としては、損害賠償請求の權利は有效なる遺言の存在を前提とすべきものであつて、而もその内容の證明不可能なる場合には、遺言は何等の效力をも有しないから、賠償請求權は到底發生するに由なきものと云はざるを得ない。

(三) 一旦取消され、若しくは取消されたるものと看做された遺言は、その取消の行爲が取消され、又は效力を生ぜざるに至つたときと雖も、その效力を回復しない(五條三項)。斯る場合、或は遺言者の意思は、前遺言を復活せしめんとするに在るものと解し得べきことあるも、常に然りと推定するを得ないのみならず、その孰れなりやを、各場合に於ける遺言者の意思解釋の問題とするのは、利害關係人間に紛争を生ずる處があるから、寧ろ遺言者をして更に前遺言と同一なる遺言をなさしむるを適當とする。尤も詐欺又は強迫に因りて取消されたる場合は例外である(五條三項)。尙民法第一二七條には、前三條の規定によつて取消されたる遺言と規定せられてゐるが、民法第一二六條後段の遺贈の目的物の毀滅の如き事實行爲を包含しないことは勿論である。

(四) 遺言は、遺言者に於て、之を取消し得る外、相続人も、亦負擔附遺贈の場合に於て、受遺者がその負擔を履行せざるときは、之を取消すことを得る(二九條)。

この取消は、前述の遺言者による遺言の取消と異り、既に効力の發生したる遺言を相続人自身が取消すものであり、且つ裁判所の判決に依つてのみこれをなし得るに過ぎない。遺言者が遺贈に負擔を附したときは、之を以て一種の條件とし、この條件が履行せられない限り、遺贈をなす意思がなかつたものと考へられ得るから、その不履行の場合、之が取消を認容するのは寧ろ當然のことと謂はねばならぬ。相続人は、受遺者が負擔したる義務を履行しない場合には、先づ相當の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がないとき、始めて裁判所に取消の請求をなすことを得る。取消權を裁判上行使することを要するとしたのは、負擔附遺贈の取消は、負擔の履行による受遺者の利益を喪失せしむるに至る結果を來すから、相続人と負擔附受遺者との共謀による受益者に對する詐害行為を防止せんとする趣旨に出づるに外ならぬ。

## 第五款 遺 贈

### 第一 遺贈の意義

我民法上、遺贈とは、遺言に依る遺産(遺産そのものを構成する財産又はその價額)の全部又は一部の處分を謂ふ(六一〇條)。我民法は、外國の立法例に窺はれるやうな相続契約の效力を認めてゐないから、遺言以外の方法により遺産の處分をなすことを得ない。尤も被相続人の死亡を期限又は條件とする生前契約に依つて、結果に於ては、略同様の法律效果を生ぜしめ得ることは前述の如くである。

一 遺贈は相続人に義務を課す場合のみが有效であるから、保險契約者が保險金の一部を第三者に遺贈すべき遺言をなすも、保險金受取人の承諾なき限り、給付義務を負はない(大判昭和六・二・二〇新聞三三四四號一一頁)。

(イ) 我民法上、包括遺贈は遺贈の一種として規定せられてゐるが、後に述べるやうに、包括受遺者は遺産相続人と同一の取扱を受けてゐるから、實質上、遺産相続人の指定と同一視せられ得る。

(ロ) 家督相続人を指定する遺言(九八一條)は、戸主權及び遺産の承継を定むる單一不可分の遺言であつて、戸主權の承継に關する遺言と遺産の處分に關する遺言との二者を結合せるものではないから、遺贈に該當しない。

(ハ) 之に反し、遺言を以て財團法人の設立に必要な寄附行為をなす場合に於ては(三四條)遺贈が存するものと見るべきである。何となれば、寄附行為とは、財團法人設立の意思表示と財産提供行為との併存する容態を意味し、この寄附財産の提供行為は、遺産の處分を定めたる遺言に該當するからである。或は民法第一〇九六條を根據として、法人は遺言者死亡の時に於ては未だ成立してゐないから、財産の提供行為も亦遺贈に該當しないと主張する者もないではないが、この規定は、遺言の效力發生の時に於て、必ずしも絶對的に受遺者たるべき者の存在することを要求するものではない。

(ニ) 然らば、民法第一〇六四條に所謂財産の處分とは、固有の意義に於ける財産の處分即ち財産權の處分行為の意義に解すべきであるか。我民法は、他人に屬する財産權を目的とする遺贈、不特定物を目的とする遺贈をも認めてゐるから(八九一條但書)、茲に財産の處分とは、財産權の處分のみならず、相続人をして一定の債務を負擔せしむる等廣く遺言によつて

第三者に財産法上の利益を與ふることを指すものと解せざるを得ない。財産法上の利益を與ふるとは、必ずしも受遺者がその結果として金銭に見積ることを得べき利益を享受することを必要とせず、唯その利益が財産法の支配を受くべきものたるを以て足る。又遺贈は、必ずしも受遺者の財産を増加せしむることを必要としない點に於て贈與と異なる。尙遺贈に恩惠的分子を必要とするか否かについては古來議論の存する所であるが、畢竟文字の争に歸著すべく、之を受遺者たるべき者に特別の利益を與へ、之にその利益享受につき獨立の權利を與ふるものとの意義に解すれば、この問題を積極に解すべきである。故に、相続人決定の遺言(民法一〇六條)遺産の分割方法を定むる遺言(民法一〇七條)、若しくは遺言により、相続人又は受遺者に負擔を課し、その結果第三者たる受益者が反射的利益を享受する場合の如きは——之等の場合には、遺贈に於けると實質上同一の結果を生ずるも——之を遺贈と謂ふを得ない。

第二 遺贈の種類

我民法上、包括名義の遺贈(包括遺贈)と特定名義の遺贈(特定遺贈)との二種が認められてゐる(民法一〇六條)。

(一) 包括遺贈

包括遺贈とは相続財産そのものの全部若しくはその分數的部分を與ふることを内容とする遺贈を謂ひ、然らざる遺贈はすべて特定遺贈である。尤も遺贈に於て、遺言者が受遺者をして相続人と同一の責任を負はしむる意思を表示したときは、之を包括遺贈と同一に取扱ふべきである(一)。

一 同趣旨大判昭和五・六・一六民集九卷五五〇頁。

包括遺贈によりて利益を受くるものを包括受遺者と謂ひ、我民法上遺產相続人と同一の取扱を受ける(民法一〇七條)。従つて、

(イ) 相続の單純又は限定承認に關する規定、及び相続の拋棄に關する規定も亦包括遺贈に適用せらるべきである。尤も民法第一〇一七條に「自己ノタメニ相続ノ開始アリタルコトヲ知リタルトキ」といふのは、この場合には、自己のために包括遺贈ありたることを知りたることとの意味に解すべきである。

(ロ) 遺言の效力に關する民法第一〇八七條以下の規定も亦包括遺贈に適用せらるべきであるが、問題となるのは、包括遺贈に條件又は期限を附し得るか否かの點である。包括遺贈も亦遺言によつてなされるのであるから、民法第一〇八七條第二項の適用を受け、従つて一應之を積極に解し得ないではないが、包括遺贈は、尠くとも、その財産關係に於ては、相続人の指定と實質上、同一視せらるべく、相続人の指定につき條件又は期限を附することを得ないとする以上、之を同一に解すべきである。若し之を積極に解するときは、相続人の責任關係を不明確ならしむる結果、相続債權者その他の利害關係人の地位を著しく不安定ならしむるのみならず、相続財産の分割についても、期限の到來、或は條件の成就に至るまで、之を停止せざるを得ざるが如き結果となる。この點よりするも、我民法上、期限又は條件附包括遺贈は之を許さざるものと解すべきであらう(二)。

一 従つて民法第一〇八七條第二項の規定は、特定遺贈についてのみ適用せられるに過ぎない。

(ハ) 包括遺贈がなされても、家督相続人の指定に於けると異り、戸籍簿上何等の公示制度が存しないから、相続人より相続財産に屬する財産權を讓受けた第三者の地位が不當に害せられる虞を生ずる。蓋し包括受遺者あるときは、相続財産

は相続人と包括受遺者との共有に屬し、相続人は單獨に相続財産を處分し得ないからである。併しながら、相続人が相続財産の全部を占有せる限り、動産又は有價證券の善意取得の效力を妨げないのみならず(二)、相続財産を占有せる相続人は、包括受遺者の相続分については所謂表見相続人たる地位を占むるのであるから、包括受遺者が相続財産の共同占有者となる以前になされた處分行爲は、譲受人に於て善意なる限り、既に述べた表見相続の法理により、之を有效と解すべきである。

二 包括遺贈による不動産の承継についても、その登記を經なければ之を以て第三者に對抗し得ないが(民一七七條)、相続不動産の共有者に過ぎない相続人がその不動産を處分したときは、非権利者の處分行爲として無効であり、從つて登記を經ざる包括受遺者と雖も、その無効を主張することを得る。

斯くの如く、包括受遺者は遺産相続人と全く選ぶ所がないにも拘らず、我民法が之を遺贈の一種として規定してゐるのは、如何なる理由に基くか、全く理解し得ないのである。尙包括受遺者は、相続人と同様に、遺言者の死亡によつて直接に遺言者に屬せし權利義務を承継するのであるから、包括遺贈の效力は物權的である。而して民法第一〇九二條を以て、單に遺言者の意思解釋規定として取扱ふべき根據もなく、且つ又我民法は、ローマ法に於ける債權的效力を生ずるに止まる遺贈の如く、遺贈義務者がその財産に屬する權利を受遺者に移轉し又は相続債務を負擔せしむるが如き手續を規定してゐないから、遺言者が特に債權的效力を生ずるに止まるべき旨を表示すると、その効果を認むるを得ないのである。

(一) 特定遺贈

(4) 特定遺贈の效力が物權的に發生するか或は債權的に發生するかについては、我民法に何等の定めがない。我國の判例は、特定物又は特定の債權の遺贈の場合には物權的效力説を採り(一)、その結果、(1)債權の遺贈の場合には、改めて遺言執行者より讓渡の意思表示をなすことを要せずとし(二)、(2)從つて包括受遺者の外、特定受遺者も亦舊民事訴訟法第一七八條による承継人として、被相続人の訴訟を受継することを得るものとし(三)、且つ (3)不動産の遺贈の場合に於ては、相続人はその目的物につき處分權を有せず、從つて當該不動産を第三者に讓渡してその移轉登記をなすとも何等の效力を生ぜずと判示してゐる(四)。更に遺贈により特定不動産の所有權を取得した者は、之を以て、登記なきも第三者(例へば相続人の債權者)に對抗することを得るものと解してゐるが(五)、その當否は頗る疑はしく、寧ろ我民法上、特定遺贈は單に債權的效力を有するに止るものと解すべきであらう。

一 大判・大正五・一一・八民錄二二輯二〇七八頁、大正一一・一・二六民集二卷二七頁、東京控昭和六・三・三〇評論二〇卷民八六四頁。

二 大判大正一〇・五・三〇民錄二七輯九八三頁。

三 大判大正一一・一・二六民集二卷二七頁。

四 大判大正一〇・六・二九民錄二七輯一二九一頁。反對の趣旨朝鮮高昭和六・一一・四評論二一卷民一二七頁。

五 大阪控昭和六・一一・二三評論二一卷民四三九頁。反對の趣旨大正一一・四・一八法曹會決議、法記三二卷九號四三三頁。

蓋し、我民法には佛民法に於けるが如く、特定遺贈が物權的效力を生ずる旨の規定なく、而かも相続人が限定承認をなしたるときは、限定承認者は、先づ相続債權者に辨濟を爲したる後にあらざれば、受遺者に辨濟することを得ない(民一〇三條)。

且つ限定承認者が、相續債権者に辨済をなすについて、相續財産の賣却を必要とするときは、限定承認者は競賣の方法に依つて之を賣却し得るのである(三三〇)。若し、遺贈がその物體とせられた財産を直接に受遺者に歸屬せしむるが如き物權的效力を有するものとすれば、遺贈がその效力を生ずるに因つて、當然にその物體は相續財産より脱することとなり、従つて限定承認者が賣却することを得る相續財産は、遺贈の物體を控除した殘餘の財産に制限せられることとなり、結果は、受遺者は相續債権者に先んじて辨済を受くること能はずとする趣旨と矛盾するであらう。尙相續人の曠缺する相續財産が、法人となり、その財産管理人が債務を辨済するに當つても、亦民法第一〇三三條及び第一〇三四條の規定が準用せられるから(七五〇、七五二)、同じくその相續財産中には遺贈の物體を包含するものと謂はざるを得ない(相續財産又は相續人に對して破産の宣告がなされた場合も同様である)。

(ロ) 遺贈の物體及び範圍

遺言者は遺贈の自由を有するも、その自由は遺留分を害しない範圍に限られる(六)。

六 遺留分を侵害する遺贈が、その侵害の限度に於て當然に無効であるか、或は遺留分權利者の減殺によつて始めて無効となるかは、解釋上の疑問であるが、通説は後説に傾いてゐる(この點については「遺留分」の章参照)。

(1)遺言者は、遺産に屬しない權利をも遺贈の物體となすことを得るのみならず(七八〇)、(2)遺贈の物體は必ずしも遺言によつて特定せらるることを要せず、爾後何等かの方法によつて特定し得べき限り有效である(七)。又 (3)別段の事情がない限り、遺贈の物體は遺言が效力を生ずる時、即ち遺言者死亡の時の現狀にて遺贈せられたるものと解釋せらるべきである(八)。

る(八)。

七 同趣旨大判大正六・一一・一二民錄二三輯二〇九〇頁。

八 同趣旨註七前掲判決。

第三 受遺者たる資格

民法は、遺言者の意思を推斷すると共に、又一方に於ては遺贈を認むる精神に照し、相續缺格と同一範圍に於て、受遺缺格を認めてゐる(六五〇)。

尙胎兒は、恰かも相續に於けると同様に、遺贈についても既に生れたるものと看做される(六五〇)。

第四 遺贈義務者と受遺者との關係

(一)受遺者に對する相續人の責任 相續人は限定承認をなさない場合でも、當然に、遺産の價額の限度に於てのみ責任を負へば足る。蓋し遺贈は、畢竟相續財産を承繼する相續人に對する負擔に外ならぬからである。

(二)民法は、遺贈の物體を占有し若しくは所有する相續人其他の遺贈義務者と受遺者との法律關係につき、特に次の如き規定を設けてゐる。

(イ) 受遺者は、遺贈が辨済期に到らざる間、若しくは遺贈に附せられたる條件の成否未定の間に於ても、遺贈義務者に對して相當の擔保を請求することを得る(九三〇)。

(ロ) 受遺者は、遺贈の履行を請求し得る時より、その目的物の果實を取得する。尤も遺言者が別段の定めをなすことを

妨げない(九四〇)

(ハ) 遺贈義務者が、遺言者の死亡後、遺贈の物體につき費用を支出したときは、受遺者は民法第二九九條の規定に従ひその償還の義務を負ふ(九四〇)(九四一)。

一 之等の規定は、主として特定遺贈についてのみ適用せられることに注意すべきである。

第五 遺贈の特殊の場合

(一) 相続財産に属しない権利を目的とする遺贈は、原則として效力を生じないが、その有效なる例外の場合には(八四九)遺贈義務者に於て、その権利を取得して之を受遺者に移轉する義務を負ふ。若し之を取得することが不可能なるか、或は之を取得するにつき過分の費用を要するときは、その價額を辨償するを以て足る。尤も遺言者がこの點に關して別段の意思を表示したときは、之に従ふべきである(九四〇)。

(二) 遺贈の物體が不特定物なる場合に於て、その引渡を受けたる受遺者が第三者より追奪を受けたときは、遺贈義務者は、賣主と同一の擔保の責に任すべく、その引渡したる物に瑕疵あるときは、瑕疵なき物を以て之に代ふることを要する(九四一)。

(三) 遺贈の物體が特定物なる場合に於て、遺言者が、その遺贈の物體の滅失若しくは變造又はその占有の喪失により、第三者に對して償金を請求する権利を有するときは、當該の物體につき遺贈を受けた者は、反證がない限り、その償金を請求することを得る。遺贈の物體が他の物と附合又は混和したる場合に於て、民法第二四三條乃至第二四五條の規定に依

り、遺言者がその合成物又は混和物の單獨所有者又は共有者となりたるときは、反證がない限り、全部の所有權又は共有持分權が當該遺贈の物體として取扱はるべきである(九四一)。又遺贈の物體たる特定物又は權利が、遺言者の死亡の時に於て第三者の權利(例へば地上權、賃借權、抵當權)の物體たるときは、遺言に別段の定めがない限り、受遺者は遺贈義務者に對してその權利を消滅せしむべき旨を請求するを得ない(九四二)。

(四) 債權が遺贈の物體たる場合に於て、遺言者が辨償を受け、且つその受取りたる物が尙相続財産中に存するときは、反證がない限り、その物が遺贈の物體として取扱はれ、金錢を物體とする債權については、假令その債權額に相當する現金が相続財産中に存しない場合に於ても、反證がない限りはその金額の遺贈がなされたるものとして取扱はれる(九四三)。

(五) 負擔附遺贈

相続人又は第三者のために一定の義務を履行すべき負擔を課してなしたる遺贈を、負擔附遺贈と謂ひ、解除條件附遺贈と異り、受遺者がその義務を履行しない場合でも、當然にはその效力を失はない。負擔附遺贈に於て、負擔のみが無効なる場合に、負擔附遺贈の效力如何の問題については、我民法に別段の規定がないから、遺言の解釋によつて之を決するの外はない。負擔附受遺者は、遺贈の物體の價額を超えない程度に於てのみその負擔を履行する責に任すれば足る(九四四)。

負擔附受遺者に對して負擔の履行を請求し得る者は、遺言執行者であり(九四四)、若し遺言執行者が存しない場合には、相続人に於て之を請求することを得る(九四五)。尙遺言によつて履行請求權者を指定し得るものと解すべきである。負擔附遺贈の物體の價額が、相続の限定承認又は遺留分權利者の減殺により減少したるときは、受遺者はその減少の割合に應じて

その負擔したる義務を免れる。尤も、遺言者が別段の意思を表示したるときは、之に従ふべきは勿論である(民一〇五條)。負擔附受遺者が、その負擔した義務を履行しないときは、相続人その他の履行請求権者は、相當の期間を定めてその履行を催告し、若しその期間内に履行がないときは、その遺贈の取消を裁判所に請求することを得る(民一〇六條)。

### 第六 遺贈の承認及び拋棄

遺贈は遺言者の單獨の意思表示であつて、受遺者の意思如何に拘らず、當然にその效力を生ずるものであるが、何人ともその意思に反して権利の取得を強制せられ得ないから、受遺者は、遺言者の死亡後、何時にても遺贈の拋棄をなすことを得る(民一〇七條)。尤も包括受遺者がその拋棄を爲すには、民法第一〇一七條以下の規定に従ひ、相続の拋棄と同一の方法によることを要する。固より遺言者は、遺言により拋棄の期間を定むることを得るも、長年月の後に至り始めて拋棄を爲すが如き場合には、利害關係人に多大の不利益を及ぼすこととなるから、民法は催告の方法を定め、利害關係人の地位の確定を期してゐる(民一〇八條)。受遺者が遺贈の承認又は拋棄をなさずして死亡したる場合には、受遺者の相続人は、自己の相続権の範圍に於て、受遺者に代り、その承認又は拋棄をなすことを得る(民一〇九條)。遺贈の拋棄は遺言者の死亡の時に遡つてその效力を生ずる(民一〇八條)。遺贈の承認又は拋棄は、一旦表示せられた以上、之を撤回することは許されない(民一〇九條一項)。固より承認又は拋棄の意思表示に瑕疵あるときは、民法總則編又は親族編の規定によつて、その取消を爲すことを妨ぐるものではないが、斯かる取消権についても、特に短期時効の定めがある(民一〇九條二項、三項)。

遺贈の承認又は拋棄の意思は、何人に對して之を表示すべきか。包括受遺者は遺産相続人と同一の地位を有するから(民

一〇九條)、その單純承認を爲す場合の外、すべて裁判所にその意思を申述することを要することは疑ない(民一〇三條八項)。特定遺贈については、民法は、受遺者が催告を受けたる場合に關してのみ、遺贈義務者に對してその意思を表示すべき旨を規定するに止まるも、催告を受けずしてなす場合にも亦之を同様に解すべきである(二)。

#### 一 同趣旨大判大正七・二・二民錄二四輯二四〇頁。

拋棄により、遺贈がその效力を失つたときは、遺言者が別段の意思を表示した場合の外、受遺者が受くべきものは、相続人に歸屬し(民一〇七條)、負擔附遺贈が拋棄せられたときは、負擔の利益を受くべき者自ら受遺者となることを得る(民一〇四條)。

### 第七 遺贈の無効

遺贈に特有なる無効原因として、民法の規定するものは、次の三つの場合である。

- (一) 遺言者の死亡前に受遺者が死亡したる場合(民一〇九條一項)
- (二) 停止條件附遺贈については、受遺者がその條件成就前に死亡したる場合(民一〇九條二項)
- (三) 遺贈の物體たる權利が遺言者の死亡の時に於て相続財産に屬しない場合(民一〇九條三項)

尤も遺言の解釋上、遺言者に別段の意思が存したものと認めらるべきときは、この限りではない(同條)。

## 第六款 負 擔

### 第一 相続人に對する負擔の可能なる理由



被相続人は、遺言によつて、相続人に一定の負擔を課し、之によつて、相続人の法定の權利を制限し得るか。我民法は、相続人に對する負擔について何等の規定を設けることなく、亦之を無効とする趣旨の判例もないが(一)、理論上、相続人の遺留分を害する結果を生じない限りは、之を有效と解しなければならぬ。

一 「遺贈ハ、遺言者カ、死亡ノ時ヲ期シ、財産ノ全部又ハ一部ヲ受遺者ノ利益ノ爲ニ處分スル單獨行爲ニシテ、遺言ノ效力發生ノ際、受遺者アルコトヲ要ス(胎兒ハ例外)。然ルニ寺院ヲ設立ストイフカ如キ遺言ニ付テハ、其效力發生當時、受遺者ノ存在スヘキ理由ナシ。故ニ遺贈トシテ法律上其效力ナキモノトス(長崎控大正一一・三・七新聞一九八〇號一九頁)。併し乍ら、本文に述ぶる如く、相続人をして、寺院建立のため一定の財産を提供して、主務官廳の允許を受けるに足る寺院の設備をなすべき義務を負はしむることは(明治一一年内務省達乙五七號參照)、相続人の遺留分を害しない限り、有效である。或は、遺言者カ、民法第六十四條ニ依り、包括又ハ特定ノ名義ヲ以テ、其財産ノ全部又ハ一部ノ處分ヲ爲スハ、遺言者カ、死亡ノ時ヲ期シ、其ノ財産ノ全部又ハ一部ヲ受遺者ノ利益ノ爲メニ處分スル單獨行爲ナルコトヲ要スルモノトス。遺言カ、遺言者ノ債權者ニ利益ヲ與フル目的ヲ以テ爲サレタルモノニ非スシテ、單ニ債權者ニ對シ、債務ノ辨濟ヲ爲ス爲メ、遺言執行者ヲシテ、不動産ヲ賣却セシムルカ如キハ、民法第六十四條ニ規定スル處分行爲ニ屬セサルモノトス」と判示してある(大判大正六・七五民錄一二七六頁)。併し乍ら、此種の遺言も亦、後に述ぶるが如く、相続人に對する負擔として有效である。

蓋し遺贈も、亦廣義に於ては、相続人に對する負擔に屬するのであつて、遺贈と負擔と相異るのは、遺贈は、特定人に對して直接に權利を與ふる行爲なるに反し、負擔にありては、單に相続人のみが一定の義務を負擔し、受益者は、その義務履行の結果、反射的に利益を享受する點に存するに過ぎないのみならず、我民法が、財産關係に於ては、相続人と同一

の地位を有する包括受遺者に對する負擔に關して、明文を設けてゐることに徴しても(五民一〇四條、一一〇條、一二九條參照)、相続人に對する負擔を無効とすべき何等の理由も存しないからである。

## 第二 負擔の可能な限度

(一) 一般に、義務の内容たり得べき限り、財産の出捐のみに限らず、その他の作爲又は不作爲、若しくは拘束と雖も、負擔の内容となり得る。而して財産の出捐が負擔の内容たる場合には、その負擔が相続人の遺留分を害するか否かを決定することは頗る簡單である。例へば、被相続人が、相続人に對して、一定の財産を以て寄附行爲をなすべき旨を命じ、或は相続財産中に存する特定の權利(例へば、著作権、特許權)の拋棄を命じ、或は相続缺格者又は失格者に對する一定額の扶養を命じ、貧民救済のため、又は被相続人の死體の埋葬供養のため、一定の金額を支出すべきことを命じ、或は共同相続人の一人のみに遺産債務を辨濟すべきことを命じたるが如き場合には、その出捐すべき財産の額が、被相続人の自由に處分し得べき額を超えない限り、その遺言は有效である。

(二) 右に反し、負擔の内容が、財産の出捐以外の相続人の一定の作爲(例へば、相続財産中に存する庭園を公衆の觀覽に供すべきこと)又は不作爲その他相続人に對する或る種の拘束なる場合には、之によつて、相続人の遺留分が侵害せらるるか否かを判定することは、頗る困難である。若し我民法が遺留分に關する規定を設けてゐることを以て、被相続人が第三者又は一般公衆に對して一定の財産上の利益を與へ得べき限界を劃するものであり、相続財産の出捐以外の事項を内容とする遺言は、特に法が之を認むる場合の外は、之を許容せざる趣旨であると解するならば、財産の出捐以外の作爲、又は不作

爲、その他の拘束を内容とする相續人に對する負擔は、我民法上無効であると謂はねばならぬ。併し乍ら被相續人が、特に相續人に對して、その遺留分を超過する相續財産の一部分を遺贈したるときは、被相續人は、彼を受遺者として、その遺贈財産の價額を超えない限度に於ては、あらゆる種類の負擔を課し得べきであるから(四條參照)、特に相續人を受遺者たらしめない場合にも(二)、苟しくも、遺留分に相當する經濟上の利益を享受するに足るべき權利が、相續人のために確保せらるる限りは、被相續人は、可能にして適法なるあらゆる種類の負擔を、相續人に課し得るものと解すべきであり、敢て民法が明文を設けて負擔の可能なる旨を規定する場合に限られない。

一 此場合に、相續人が遺留分以上の財産を承認するのは、畢竟、被相續人が第三者に遺贈し得べき財産を遺贈せざる不作為の結果であり、實質上は、相續人自ら遺贈を受けたる場合と、之を同一視することを得る。

ただ問題とせらるべきは、如何なる場合に、相續人を拘束する遺言上の負擔(當該の負擔が、相續人を害するのみで何人にも利益を齎らざる場合には、その負擔は無効である)が、相續人の遺留分を害しないものとして、之を有效と見るべきかの點である。相續人が、一應、遺留分に相當する利益を享受しても、彼が遺言による拘束を受くるため、その後の事情の變更の結果、その一旦享受したる利益を維持し得ざるに至る處ある場合には、當該の拘束は遺留分の侵害に外ならぬ。故に被相續人の死亡後、如何に事情が變更するとも、相續人がその相續によつて得たる利益を、充分に擁護し得るやうに、被相續人が遺言によつて彼に加へたる拘束を緩和し、又は消滅せしめ得べき權利が、被相續人の遺言自體によつて、相續人のために留保せられ、又は斯くの如き權利が、法律の規定によつて、相續人に附與せられてゐる場合には、財産の提供以外の拘

束を内容とする負擔と雖も、亦有效と見なければならぬ。

### 第三 負擔の内容

(一) 民法の特に規定する相續人に對する負擔を内容とする遺言

(イ) 被相續人は、遺言を以て一人又は數人(二)の遺言執行者を指定し(補充的に遺言執行者を指定することも、有效と解すべきである)、或はその指定を第三者に委託し(三)、且つその報酬を定むることを得る(項、二〇八條一)。

- 一 遺言によつて數人の遺言執行者を指定した者は、亦その任務執行の方法につき、遺言をなすことを得る(民一一九條但書)。
- 二 遺産債務の辨濟、又は遺贈の實行につき、或は相續財産の管理についても、遺言者は、遺言執行者に對して、種々の指圖をなし得るものと解すべきである(民一一八條、獨民二二一六條二項參照)。蓋し遺言執行者の指定は、死後委任の一種に外ならぬからである。

而して遺言執行者は、相續財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行爲をなす權限を有するのであるから(民一四條一)、遺言執行者ある場合には、原則として(遺言が、特定の財産のみに關する場合の外)、相續人は、自己に歸屬したる相續財産の管理及び處分をなすことを得ない(民一五條)。併し乍ら、遺言執行者の任務は一時的のものであつて、遺言執行の終了と共に消滅し、その後は、相續人は完全にその管理處分權を回復する。故に執行せらるべき遺言がないにも拘らず、特に遺言執行者を指定して、彼をして相續財産を管理せしむるが如きは、我民法の認めざるところと解せざるを得ない(民一一六條參照)。尤も後に述ぶるやうに、遺言執行者の指定が、同時に遺言信託に於ける受託者の指定に該當する場合には(三)、その指定は有

効である。

三 信託會社も、亦信託業法第五條に依れば、相續財産に關する遺言執行者となることを得る。

(ロ) 共同相續に於ける相續財産分割方法の指定、又はその委託、並びに分割の結果たる擔保責任の加重減免(民一〇)

(ハ) 共同相續に於ける五年を超えざる相續財産不分割の指圖(民二〇)

(ニ) 我民法の規定しない事項を内容とする、相續人に對する負擔として、通常問題となり得べきもの

(イ) 遺産債務の辨済方法に關する指圖 例へば、遺言を以て、相續財産中に存する一定の物又は權利を換價して、遺産債務を辨済すべきことを指圖するとも、之によつて、相續人の遺留分は、毫も害せられないから、當該の遺言は有効であり、從つて遺言執行者が、その遺言に基いてなしたる換價行爲は無効ではない(尤も判例は之を無効としてゐる)。

(ロ) 相續財産の管理方法に關する指圖 この種の指圖が、永久に相續人を拘束し、爾後の事情の變更の結果、その指圖されたる管理方法によつて、財産の管理を繼續すれば、甚だしく相續人の不利益となる虞あるときは、當該の指圖は、前述の理由によつて、無効であると謂はねばならぬが、事情の變更に應じて、その管理方法を變更し得べき權利が、相續人のために留保せられてゐる限りは、その指圖は有効である。例へば、數人の相續人又は包括受遺者に對して、一定の相續財産(例へば、營業財産)を以て、組合を組織し、或は合名會社を設立して、被相續人の經營し來れる營業を繼續すべきことを命ずる遺言の如きは、之を有効のものとして取扱ふべきである。蓋し、この種の遺言は、當該の相續財産につき分割を命じたと同一の結果を發生せしむるのであるが、一旦、相續人又は包括受遺者間に組合又は合名會社が成立しても、

各相續人又は包括受遺者は、民法又は商法の規定により、その組合又は合名會社より脱退し、或はその解散を決議するの自由を有する以上、五年以上相續財産の不分割を命ずることを禁止する民法第一〇二條の規定に牴觸するものでもなく、又永久に相續人又は包括受遺者を拘束するものでもないからである。

(ハ) 相續財産管理人の指定 一時的の目的のために、相續財産の管理人を遺言によつて指定することは、實質上、遺言執行者を指定することに該當すべく、之を無効とすべき何等の理由もないが、相當の期間(例へば、相續人が一定の年齢に達する迄)繼續して、第三者たる管理人をして、相續財産を管理せしむることを、内容とする遺言は、我民法上、之を有効と解するを得ない。

四 例へば、民法第九七八條、第一〇二條第二項、第一〇二八條第二項、第一〇四〇條第二項の規定するが如く、相續人以外の財産管理人を必要とする場合、或は前述の如く、數人の相續人又は包括受遺者が、組合又は合名會社を組織すべき遺言をなしたるときに、その成立に至る迄の財産管理人を必要とする場合の如き、その例である。

蓋し我民法は、斯くの如き相續財産管理の制度を規定することなく、從つて、管理人が不適任であり、或は管理の方法を誤るとも、相續人は、管理人を免黜し、或は管理權の行使に制限を加ふるの權利を有することなく、相續財産管理の失當による不利益を甘受せざるを得ないからである。固より、遺言による相續財産管理人の指定は、後に述ぶるが如き遺言信託と實質上何等異るところはないのであるが、信託にあつては、信託法の規定により、信託者の相續人又は受益者に對しては、その利益を擁護すべき一定の權利が確保せられてゐるのであるから、遺言信託の結果、相續人が不當の拘束を蒙

る結果を生じない。故に繼續的目的のためにする相續財産管理人の指定は、それが信託に於ける受託者の指定たる意義を有する場合に限り、我民法上、その指定を有効と解すべきである。

(二) 相續財産の信託 被相續人は、遺言を以てその相續財産を信託することを得る(二項、七二條)。

#### 第四 負擔の效力

以上述べたやうに、我民法の解釋上も亦、特に民法が個別的に規定してある場合の外、尙或る範圍に於て、相續人に對する負擔を有効と見るべきであるが、我民法は、相續人に對する負擔の效力殊に負擔の履行を請求し得べき者が何人であるかの問題につき、一般的規定を設けてゐない。故に遺贈殊に負擔附遺贈(負擔附包括遺贈が、實質相續人に對する負擔と同一視せらるべきことについては既に述べた)に關する規定の類推適用によつて、之を解決する外はないであらう。即ち (1) 負擔の履行が不能なるとき(殊に受益者がその履行を拒絶したる場合)又は遺言者の死亡前に受益者が死亡したるときは、遺言に別段の定めがない限り、相續人はその履行の責を免るべく(民一〇九六條、一〇九七條參照)、(2) 相續人が、被相續人の死亡後、負擔の目的物につき費用を支出したときは、民法第一〇九五條が適用せらるべく、(3) 負擔を課せられた相續人は、その承繼した相續財産が、遺留分を超過する價額の限度に於てのみ、その負擔した義務を履行する責に任ずべきである(民一一〇四條)。 (4) 又被相續人は、遺言によつて、特に負擔の履行を請求し得べき者を指定することを得べく(この指定は、その範圍に於ける遺言執行者の指定に該當する)、特にその指定がない場合にも、遺言執行者に於て、負擔の履行を請求し得る(四條參照)。遺言執行者が存しないときは、負擔による受益者その他の利害關係人は、裁判所に對してその選任を請求することを得る(三二條)。相續人又は包括

受遺者數人ある場合に、各相續人又は受遺者が、相互に負擔の履行を請求し得るか否かは、解釋上の疑問である(民一一二條)。(5) 相續人がその負擔したる義務を履行せずとも、その相續權を失はざることとは勿論である(九條參照)。

### 第七款 遺言 信託

被相續人は、遺言を以てその相續財産を信託することを得る(三二條)。信託は相續人より相續財産の管理處分權を剝奪する行為に外ならぬから、遺言信託は、相續人に對する一種の負擔として觀察せらるべきである。果して然らば、如何なる範圍に於て之を有効と見るべきか。

(一) 被相續人が、遺言によつて自由に處分し得べき相續財産(相續財産の二分の一又は三分の一、民一一三〇條、一一三一條參照)を信託し得べきことについては、何等の疑問がない。而してこの場合には、當該信託が公益信託たると、私益信託たると、又後者の場合には、受益者又は信託財産の歸屬權利者として、何人を指定するも妨げない(一)。

一 相續人以外の者を、受益者又は歸屬權利者として指定したる場合には、その信託は、一種の遺贈に該當する。尙被相續人自身を受益者とすることも可能である。例へば、死亡後の墳墓の設立又は供養のため、その相續財産を信託するが如き場合。

(二) 然らば、被相續人は、その自由に處分し得べき範圍を超えて、その相續財産(例へば、相續財産の全部)を、遺言によつて信託し得るか(この點については、我國の信託法學者は、未だ充分に論じてゐないやうである)。信託により、形式上、信託財産はすべて受託者に歸屬し、相續人は、相續財産の何ものをも承繼しない結果となるのであるから、一應、相續人の遺留分

が侵害せられるやうに思はれる。併し乍ら民法が、相続人の必然的相続権として、相続人に對して、遺留分を與ふる趣旨は、遺留分に相當する相続財産そのものが、必ず相続人によつて承継せらるべきことを要求するのではないのであつて、遺留分に相當する利益が、何等かの形式に於て、相続人に遺留せられねばならぬとする趣旨に外ならぬ(二)。

二 例へば被相続人が、その生存中、相続人によつて減殺せらるべき多額の贈與を、第三者に對してなしてある場合には、相続財産そのものは殆ど存しないのであるから、相続人の遺留分は、相続財産そのものの一部分ではあり得ない。

故に、相続財産の全部が信託せらるるとも、遺留分の價額に相當する利益が、信託に於ける受益権又は信託財産の歸屬權の形式に於て、相続人に與へらるる限り、相続人の遺留分を侵害する結果を生ずることなく、又信託法(信二三條、二七條、二四七條、五一條、五七條)は、受託者の不適任なるとき、或は一定の義務を懈怠したとき、その他一定の要件の存する場合には、信託者の相続人又は受益者に對して、信託の解除權を與へて居り、從つて、遺言者の死亡後、相続人の利益を害すべき事實が発生するとも、相続人は、充分にその利益を擁護し得るのであつて、相続財産全部の信託を内容とする遺言の效力を認めても、遺言者の意思が永久に拘束力を持ち、ために相続人の利益が不當に害される處がないからである(三)。

三 生前信託の場合と比較するも、亦この結論に到達せざるを得ないであらう。即ち、被相続人が、その死亡の直前に、その財産の全部を信託するとも、相続人は、之を拒否すべき何等の權利をも有しない。ただその受益権が無償にて第三者に與へられたる場合に、相続の開始後、遺留分に基く減殺請求權を行使し得るに過ぎない。然らば、相続人が遺留分に相當する受益權を享有する限りは、相続財産全部の遺言信託も、亦有效と見ざるを得ないであらう。

## 第十章 遺 留 分

### 第一 遺留分の意義

遺留分の概念は、立法例の異なるに從ひ、必ずしも同一ではないが、大體に於て、相続に際して、一定の相続人の爲めに、必ず遺留せらるるを要する財産の一定部分として理解せられ得る。斯くの如き遺留分を認むべきか否か、換言すれば、被相続人の遺言その他類似の處分につき、一定の限界を定むべきか否かは、從來議論の存する所であり、此點に關する現今諸國法の立場も未だ一致しないのである。

### 第二 遺留分の性質

恰かもゲルマン法、若しくはその法律思想のもとに構成せられたる佛蘭西・瑞西の法制に於けるが如く、我民法も亦家産主義の觀念に基く法定相続主義の立場から、遺留分權を不可侵的相続權として認め、例外的にのみ、被相続人の遺言その他類似の處分行爲を許容するに過ぎない。蓋し我民法は家督相続と謂ふ一種特別の制度を遺産相続と併存せしめて、すべての家督相続人に——假令近親にあらずとも——遺留分權を與へ(民一三〇條)、原則として遺言による相続人の指定を許すことなく(民九七九條)、而も被相続人の遺言處分の本質は、法定相続人の除外にあらずして——廢除原因がない限り、法定相続人を廢除することは許されない——ただその相続分を法の許容する限度まで減少せしむる可能たるに過ぎないからである。

尤も我民法が遺言その他類似の行爲により處分し得る限度を定めずして、却つて民法第一一三〇條以下に於て遺留分の額を規定し、民法第一〇六四條に於て、但書の形式を以て、遺贈は遺留分に關する規定に違反するを得ずと規定するに止めたのは(民九八八條、一〇〇六條二)、恰かも遺言相續を原則とする趣旨を暗示するやうにも見受けられるが、是全く形式的觀察である。我民法が處分自由の限度を明示する佛民法(三條以下)の形式によらずして、斯くの如き瑞西民法類似の形式を採用したこと、ただ便宜上の理由に基くものと考へ得られるから、規定の形式のみを以てしては、未だ我民法が法定相續主義を原則とすることを否認する理由となし難く、従つて我民法上遺留分を不可侵的相續分と見る見解を覆す根據となすを得ない。

(一) 遺留分権が不可侵的相續權なる當然の結果として、相續人にあらざれば之を享有するを得ない。我民法は家督相續に於ける指定又は選定相續人に對しても、遺留分を與ふるが故に、遺留分權利者を法定の推定相續人に限るべき理由はないが、包括受遺者は相續人と同一の地位に立つも(九二〇條)、受遺者たる資格に於て遺留分を有することはない。

(二) 遺留分は不可侵的相續權なるが故に、遺留分を害する相續財産の處分は當然に無効である(例へば、財産留保又は相續分の指定)。尤も遺贈に付いては、民法は減殺請求によつて始めて無効となると規定してゐる。

(三) 民法第一一四六條は、被相續人の一定の生前又は死後處分によつて、權利者が遺留分の價額に相當する財産を取得した場合には、遺留分請求權は發生しないものと規定する(七二〇條)。此規定は被相續人が如何なる行爲によるも——廢除原因がない限り——相續權従つて亦遺留分權を剝奪するを得ずと云ふ原則に矛盾するやうに見ゆるが、是全く民法が相續人に對する贈與又は遺贈を以て相續分の指定と看做した當然の結果であつて、斯くの如き場合でも尙遺留分權利者は相續人

たるを免れない。尤も遺贈は本來之を拋棄し得べく(八八〇條)、しかもその拋棄につき受遺者の何人なるかを問ふべき理由は毫も存しないから、我民法の解釋としても亦、受遺者たる遺留分權利者は遺贈を拋棄して遺留分の全額を取得し得べきものと考へる。

### 第三 遺留分權利者

如何なる相續人が幾何の遺留分を有するかは、民法第一一三〇條、第一一三一條並に第一一四六條(民九八八條、一〇〇六條)の規定する所であり、解釋論としては、殆ど疑問を生ずる餘地がない。

#### (一) 家督相續人(三〇條)。

一 家督相續人に遺留分を與ふるのは、家名の維持、家族の扶養に必要な資産を保有せしむる爲めであり(大判大正・四・六・二參照)——従つて舊民法にありては法定の推定家督相續人のみに遺留分を認めたと、民法は其の他の家督相續人にも此權利を與へた——一定の遺産相續人に遺留分を與ふる理由は、遺族をして飢餓に迫る處なからしむるためである。果して然らば何等の不足を感じない程の資産又は能力を有する相續人から、その遺留分を剝奪して、被相續人をして社會の爲め有利な方面に全遺産を處分せしむることを許しても、敢て民法の精神に違背しないであらう。

#### (二) 直系親族(民一三一條、一三四條、佛民九)

(三) 兄弟姉妹は相續人たる場合に限り、遺留分を有し、戸主として遺産相續人たる場合は、之を有しない。

(四) 生存配偶者はその家督相續人たるときも、遺産相續人たる場合も、遺留分による保護を受けてゐるが(民一三三條二項)

第一順位の相続権を有しない點に於て、事實上頗る不遇の地位に置かれてゐる。

#### 第四 遺留分の算定

「遺留分ハ被相続人カ相続開始ノ時ニ於テ有セシ財産ノ價額ニ其贈與シタル財産ノ價額ヲ加ヘ其中ヨリ債務ノ全額ヲ控除シテ之ヲ算定スル」(七九條一項、瑞民四)。然らば(1)被相続人が相続開始の時に於て有せし財産(遺産)とは如何なる権利を包含するか、(2)如何なる贈與が加算せらるべきか、(3)如何なる債務が控除せらるべきか、(4)如何なる時を標準として、(5)如何なる評價方法によつて、その價額が算定せらるべきか。

(一) 遺産の範圍 茲に遺産とはその積極財産を意味し、現實に相続人に歸屬する權利たると、被相続人の死後處分によつて、第三者に歸屬すべきものたると、又その權利が相続開始の當時既に確定せると否とを問はないが(二)、被相続人の死亡によつて消滅する權利は勿論、客觀的に金錢上何等の價値がない權利は、茲に所謂遺産中に算入せらるべきではない。尙家督相続の特權に屬する權利は(七九條)、家督相続人の先取分であるから、遺留分の算定については除外せられるのである(八三條三項)。

一 條件附權利又は一般の債權も亦、原則として遺産中に算入せらるべきである。例外として如何なる條件附權利又は債權が除外せらるべきかについては、我民法に一般的規定なく、民法第一一三二條第二項に従ひ鑑定人の判斷に須つ外はない。條件の成就又は不成就の可能性なきもの又は取立の可能性が全然皆無と判斷せらるべきものはすべて除外せらるべきであらう。

(二) 加算せらるべき贈與は(八三條、瑞民四七)、民法が遺留分を認むる實質的理由に徴して、遺言處分と同一視

し(死因贈與)、又は同一視せらるべき生前處分——その處分によつて、相続開始の當時に於ける遺産そのものが減少し、本來相続人の利得に歸すべかりしものが、他人に歸屬するに至つたと判定し得べき——のすべてを包含し、敢て民法が明文を掲げてその加算せらるべきことを宣言する贈與に限るべきではない。此種の生前處分の目的物が相続開始の時に於て既に滅失し、又はその價額に増減があつた場合でも、その原因が受贈者の行爲に基く限り、相続開始の當時仍ほ原狀に存するものと看做して之を加算し(一〇〇八條)、然らざる場合にはその價額は算入せられない。

(1) 相続開始前一年間(二)になしたる贈與(三條前段)

二 瑞民は五ヶ年、獨民は十ヶ年とし、佛民は何等の制限をも認めてゐない。

茲に贈與とは(三)、民法が贈與契約として規定するものに限らず、廣く寄附行爲(一四條)、若しくは無償に信託の利益を與ふるが如きすべての無償處分を意味し、無償の債務免除は勿論、場合によつては無償の人的又は物的擔保の提供も亦茲に所謂贈與中に包含せらるべきである。

三 相続開始前一年間に贈與契約がなされたることを要し、従前の贈與契約に基きその履行がなされたる場合を含まない。

尙相続開始前一年間になされたる贈與と雖も、通常の儀禮の爲めになされたるもの、若しくは極めて僅少の額に於てなされたるものをも、遺留分の算定につき合算すべきか否かは、多少の疑あるも、恐らくは消極に解せらるべきであらう(四)。

四 獨民二三三〇條、瑞民五二七條。「相続税法第三條ニ依リ、相続開始前一年以内ニシタル贈與ノ價額ヲ相続財産ニ加算スルハ、相続税ノ遁脱ヲ防グノ趣旨ニ出テタルナルモノナルヲ以テ、財産ノ一部ヲ分與シタルト認ムベキ贈與ヲナシタル場合ニ限リ、

加算すべきモノニシテ、些細ナル贈與ノ如キハ、之ヲ加算スルニ及バザルモノトスル大藏大臣訓示(明治三十八年一月)がある。同様の考へ方は、亦遺産の分配の公平を期する爲めに認めらるる遺留分の算定についても妥當するであらう。

(ロ) 一年以前になされたものと雖も、尙當事者雙方が遺留分権利者に損害を加ふることを知りてなしたる無償處分(民法一三三條)。

如何なる場合に當事者雙方の害意を判定すべきかは、全く事實認定の問題である(五)。

五 「本條ニ所謂遺留分権利者ニ損害ヲ加フルコトヲ知ルトハ、遺留分権利者ニ損害ヲ加フヘキ事實關係ヲ知ルコトヲ意味ス」(大判昭和九・九・一五新聞三八〇一號一一頁)。又「贈與當事者ノ惡意ハ、贈與當時ノ事情ニ依リ判定スルべきである」(大判昭和五・六・一八民集九卷六一五頁)。尙「將來何人カ遺留分権利者ト爲ルヘキカヲ知リ得サル場合モ、當事者カ遺留分権利者ニ損害ヲ加フルコトヲ知リテ贈與セル以上、贈與價額ハ算入セラル、モノトス」(大判昭和四・六・二二民集八卷六二二頁)。

遺留分権利者は、後述の如く、相續開始前に於ては、被相續人の如何なる處分行爲についても、將來取得すべき遺留分の爲めに、如何なる保全行爲をなすを得ないが(六)、當事者雙方の害意を明確にする爲めにはあらゆる手段を講じ得ることに注意すべきである。

六 大判大正六・七・一八民集二三輯一一六三頁。

(ハ) 相續人が被相續人より婚姻、養子縁組、分家、廢絶家再興の爲め若しくは生計の資本として受けたる贈與(民法一〇七條)は、是民法が此種の贈與を相續分の前渡と見た當然の結果であつて、民法第一〇七條の法意は、頗る不明確ではあるが、

遺留分の算定には被相續人の意思に基く持戻免除の贈與と雖も一應合算せらるべく、其の結果持戻の免除が他の相續人の遺留分を侵害しない事が明にせらるれば、持戻免除の贈與を遺産中より除外して相續人各自の相續分が算定せらるべきものと考へる。此點に關聯して疑問となることは、隠居相續により既に被相續人の財産を承繼した者が、隠居者の死亡により更に遺産相續人たる場合に、その既に受けたる相續分をも加算して遺留分を算定すべきか否かの問題である。隠居相續による財産の承繼が、民法第一〇七條列舉の贈與に比し實質的には寧ろ一層相續分の前渡として取扱はるべき性質を有する限り、此種の利得についても、亦民法第一〇七條、第一一四六條がそのままに適用せらるべきであらう。

(ニ) 不相當の對價を以て爲したる有償行爲にして、當事者雙方が遺留分権利者に損害を加ふることを知りて爲したるもの(民法一四四條)。  
此種の有償行爲は對價を差引きたる殘額に付てのみ、民法上贈與と看做されるのであるから(民法一四三條)、遺留分の算定に付ては、此殘額のみが合算せらるべきである。

(ホ) 我民法が、遺留分を保全する爲めに減殺を受くべき、従つて亦遺留分の算定上、遺産に合算せらるべき生前處分として規定するものは、以上を以て盡きてゐる。解釋上之等の處分行爲の外に更に合算せらるべき(従つて減殺せらるべき)生前處分を認むることは、一應我民法が彼のゲルマン法と異り、生前處分の絶對自由主義を基礎とする立場と矛盾するやうに見える。併し乍ら民法が以上列舉の生前處分を以て恰かも遺言處分と同一視し、之等の出捐に依つて遺産そのもの——相續開始の瞬間に於ける財産——が減少したものと看做すべき相當の理由ありとする限り、同一の理由、否寧ろより充分の理由ある生前處分は、假令民法の明文を須たすとも、なほ減殺せらるべき、従つて亦遺留分の算定上遺産に合算せら





るべきものでなければならぬ。是私が生命保険金受取人の無償指定又は受取権の無償譲渡(前四二八)を以て遺留分の算定並に減殺につき斟酌せらるべき生前處分と見る所以である。之等の生前行為が贈與若しくは死因贈與の概念に該當するか否かは暫く措き(七)、その行為の効力は、被保険者(茲に問題となるのは同時に保険契約者たる場合に限る)の死亡の時に発生し、而も受取人が保険金額を利得することにより、保険契約者の遺産そのものが、必然的に或る範圍に於て減少することは疑ひない。此點に於て之等の行為は實質上寧ろ死因贈與と同一視せらるべきものと考へる。

七 同一の問題は、信託の場合につき受益権者を指定する場合にも起り得る(永井・論叢八卷一〇號五四頁以下、相続税法二三條ノ二参照)。

かの獨逸民法の解釋又は我國の學說及び判例に於て窺はれるやうに、保険金請求権は受取人固有の權利に基き、被保険者の死亡を原因として發生するものであり、恰かも被相続人の死亡を原因とする遺族の損害賠償其他の弔慰金、扶助金請求権と同一の性質を有するものであつて、決して被相続人の權利そのものを承継するものではないと謂ふ理由から、之等の生前處分は遺留分の算定又は保全とは何等の關係もないと主張せらるるを一般とするのであるが、獨逸保險契約法第一六七條の如く、多少此主張を合理的ならしむる他の根據があれば兎も角、我民法の解釋論としては、ただ法の形式にのみ拘泥して、實質を顧みざる謬見として排斥せざるを得ない。蓋し一面に於て、被保険者が受取人を指定せずして死亡せる場合には、保険金受取権は遺産の一部をなすものとし、遺言を以て受取人を指定した場合には、その指定は遺贈に屬するものと見る——従つて遺留分の算定及び保全につき顧慮せらるべきものとなす——にも拘らず、偶々生前行為を以て相続

人又は第三者を受取人として指定し又は彼等に受取権を譲渡した場合には、遺留分とは全く無關係に立つ處分行爲(八)と解するのには、問題とするに足らぬ程の偶然の事實によつて、實質上同一なる處分行爲の効果を左右せしむる結果を是認するに外ならぬからである。ただ茲に注意せらるべきことは、保険金受取人が保険金額を利得することにより、被保険者(即ち保險契約者)の遺産は幾何の減少を來すか、換言すれば、保險契約者はその死亡の時に於て、幾何の出捐をなすものと見るべきかの問題である(九)。

八 限定承認者の保険金請求権は、被相続人の債務の引當とはならないが、或る財産が被相続人の債務の引當たるべきことと、本來遺産分配の公平を期するために認めらるる遺留分の算定につき、遺産中に算入せらるべきこととは、必ずしも一致することを要しない。

九 此問題は遺留分に關してのみならず、保險契約者の破産並に婚姻解消の場合にも、重要な意味を持つてあらう。

保險契約者の死亡の時に於ける保險金受取人に對する出捐の額が、保險金額そのものに該當しないことは、保險金額そのものが遺産より出捐せられずして、保險者より直接に支拂はれる點に於て明らかであり、又保險料は契約者が事實上出捐したものであるが、此出捐は通常數十年の長年月に互つてなされ、従つて保險契約者とその死の瞬間に於て、その遺産を減少して、この出捐をなすものとも見るを得ないのみならず、保險料は受取人の利得する所ではなくして、却つて保險者に給付せられるものであるから、保險料の總額、若しくはかの佛蘭西の判例及び一九〇四年七月十二日の佛國保險契約草案に於て窺はれるやうに、保險契約者の通常の經費を超過する保險料の額が、保險契約者より受取人に對する出捐の

額に相當するものとも解するを得ない。瑞西民法第五二九條は、明らかに買戻價格を以て、遺留分の算定並に保全につき、算入若しくは減殺せらるべき保険契約者の出捐額として規定する。而も此斷案は敢て斯くの如き特別の規定を須つぎもなく、全く合理的な根據に基くものと謂ふべく、同様の明文を缺く我民法の解釋としても、同一の結果が是認せらるべきものと考へる。蓋し保険金受取人が保険金額を利得する爲めに、保険契約者の遺産の減少する額は、理論上、後者が死の瞬間に於て任意に保険契約を解除して、自らその買戻價格を利得し、その利得を遺産中に殘留し得るにも拘らず(四七三條參照)、その解除することなく従つて亦利得せざりし買戻價格と一致するものと見ることを得るからである。

(三) 遺留分の算定につき、遺産額より控除せらるべき債務が、單に被相続人の負擔した債務のみに限られるか、或は此外尙所謂相續財産の負擔たるべき費用をも包含するか否かは、解釋上の難問である。遺留分制の本來の目的を貫徹するならば、かの瑞西民法第四七四條第二項が規定するやうに、此種の費用をも遺産額より控除して、遺留分従つて又被相続人の處分し得る自由分を算定すべきであるが、我民法第九六七條第二項、第一一二三條但書の趣旨に徴すれば、寧ろ反對に解すべきもののやうに思はれる。蓋し此種の費用が遺留分の算定につき、遺産額より控除せらるべきものとすれば、之等の規定は、無用又は無意味と評せざるを得ないからである。

(四) 遺産、贈與の物體並に被相続人の債務の評価方法につき、我民法は、單に條件附權利義務又は存續期間の不確定なる權利義務の價格が、裁判所に於て選定したる鑑定人の評價に従つて定まる旨を規定するのみで(項一二三三條二)、別段の規定を設けることなく、又鑑定人が評價すべき場合にも、如何なる標準によるべきかを明にしないのである(一〇)。

一〇 故に鑑定人は、自由裁量によつて之を決定すべく、必ずしも、條件附權利若しくは存續期間の不確定なる權利につき、我相續税法第四條、第五條の規定するが如き評價方法に従ふべき必要はない。連帶債務、保證債務、取立の可能なるか否か不明確なる債權債務等も亦、恰かも條件附權利と同様に鑑定人の評價を須すべきものと考へる。

故に原則として、客觀的な取引價格が標準とせらるべく、假令被相続人が何等かの評價方法を指定した場合でも、此指定は何等の效力をも生じない。蓋し若し斯くの如き指定を許すときは、被相続人は、遺留分の額を任意に變更し得る結果となるからである。尙負擔附贈與は、その負擔額を差引いた殘額に於て、その價格が算定せらるべきは勿論である(四二條)。

#### 第五 遺留分の保全

一定の相續人に對して遺留分を認め、被相続人の一定の處分行爲を制限する限りは(被相続人の自由に處分し得る限度を、假りに自由分と名づくる)、當然に亦此制限を越ゆる被相続人の處分行爲につき(遺留分の侵害)、當該の相續人(若しくは彼と利害關係ある者)を保護する爲めに、一定の救濟手段がなければならぬ。我民法が遺留分の保全の爲めに規定する減殺の權利は、實に此必要を充たすために認めらるるものであつて(民一二三四條、瑞民九二二條)、此權利の行使により、遺留分權利者は、積極的には處分の物體を回復し(狭義の減殺請求權)、消極的には處分の物體の給付を拒絶することを得るのである(抗辯權)。

(一) 遺留分の侵害とは、遺留分權者の受けたる相續分が遺留分の額に充たないこと(換言すれば、被相続人がその自由分を越えて生前若しくは死後處分をなすこと)を謂ひ、その相續分は、相續によつて當然承繼したるものたる(民一〇)、被相続人の指定によると(民一〇六條)、或は相續人の前渡若しくはその指定と看做さるべき特定の贈與又は遺贈(民七〇)によるとを問はない(民一四

六。茲に疑はしいのは、相続開始前一年間になされた贈與、或は他の相続人を害することを知りてなされた無償又は有償行爲(民一三三條)によつて、或る遺留分権利者が一定の利得を受けた場合にも、尙之等の利得は遺留分中に算入せらるべきか否かの問題である。民法が之等の生前行爲を死後處分と同一視して遺留分の算定及び保全につき、算入及び減殺せらるべきものと規定する限りは(民一三三條、一三四條)、假令民法に直接の規定を缺くとも、尙此問題を積極に解すべきであらう。

(二) 既に述べた様に、ゲルマン法に於ては、相続の開始前既に一定の相続人は、被相続人の一定の處分行爲につき同意権を享有し、その同意なくして一定の處分がなされたときは、相続開始の擬制に基く被處分物の取戻を請求することを得たのであるが(一)、我民法は、近代諸國の民法と同様に、生前處分の絶對的自由主義を貫徹するが故に、相続の開始前に於ては、相続人は未だ現實の遺留分権を有することなく、従つて被相続人が如何なる處分行爲——相続開始せば必ず遺留分を侵害することの確實なる——をなすとも、未だ遺留分の侵害を理由として何等の権利をも行使することを得ないのである(11)。

一 拙稿「ゲルマン法に於ける相続期待權」春木先生還曆記念論文集所載参照。

二 同趣旨大決大正六・七・一八民錄二三輯一六二頁。大正一五・二・八法曹會決議。

(三) 相続開始の時に於て、或る遺留分権利者の遺留分が侵害せられたることが明なる場合には、當該の権利者及びその承継人は、遺留分の保全をなすことを得る(民一三三條)。尤もその権利を拋棄し得ることは勿論である(12)。

三 減殺請求權の拋棄は、相続開始後、遺留分が侵害せられたる事實を知り、又は此事實あるべきことを豫見してなされればな

らぬ。事前の拋棄は未發生の權利の拋棄として何等の效力をも生じない。減殺權の拋棄は、當然には相続分の拋棄を伴ふものではないから、拋棄者は尙相続人たるを免れない。尙數多の減殺權者ある場合に、その一人の拋棄は他人に何等の影響をも及ぼさぬことは勿論である。

尙遺留分権利者の債權者又は破産管財人(遺留分権利者たる相続人破産の場合に於て)が彼に代つてその保全の権利を行使し得ることは明であるが(四)、相続債權者も亦この権利を有するか否かは解釋上の疑問である。

四 之等の者の外尙その財産の管理權を有する者、例へば不在者の財産管理人、又は夫の如き者も亦この権利を有する。

遺留分権利者が相続の單純承認をなした場合には、相続債權者と雖も、その債權者たる資格に於て代位し得ることは問題ないが、限定承認をなした場合にも、尙その債權が完済せられぬ限り、佛蘭西民法第九二一條の如き特別規定を缺く我民法の解釋上も、遺留分権利者に代位し得るものと解すべきものと考へる。蓋し相続人がその遺留分を保全し得るにも拘らず、その減殺をなさぬことは、被相続人の債務の引當(遺留分権利者の相続分)を素りに減少せしむる結果となるからである(五)。

五 被相続人の處分が、民法第四二四條の許害行爲に該當するときは、その債權者に取消權が發生することは勿論である。問題となるのは、敢て許害行爲に該當しない場合でも、尙相続債權者は相続人の減殺請求權を代位し得るか否かである。我國の學說は一般に消極の見解に支配せられてゐるやうに思はれる。尙この問題は限定承認の場合に於ける生前處分の減殺についてのみ意味を持つことに注意しなければならぬ。

(四) 遺留分の保全を受くる相手方は、保全の爲めに減殺せらるべき生前又は死後處分によつて、法律上直接の利益を受けたる者及びその包括承継人、並に特定の場合には、その特定承継人である(民一三四條)。

(五) 遺留分の保全のために行使せらるる減殺請求権の内容については、先づ此権利の積極及び消極の二つの作用を區別するを要する。此區別については我民法に直接の規定を缺き、我國の學說判例も亦未だ此區別あることに注意してゐないやうに思はれるが、我民法第一一三九條以下の規定する趣旨(之等の規定は處分の物體が相手方に給付せられた場合にのみ關する)竝に我民法と同様の遺留分法を認むる瑞西民法第五三三條第二項の規定する趣旨に徴すれば、遺留分を侵害する生前又は死後處分の物體が、既に相手方に給付せられてゐる場合と然らざる場合につき、減殺權はその作用を異にすることを是認しなければならぬ。即ち既に處分の物體が相手方に給付されてゐる場合には、遺留分權利者は、一定期間(時効期間、第一四五條)内に、積極的に此權利を行使して事物體を回復することを要し(第一〇)、然らざる場合には、單に相手方が被相続人の處分行爲に基き、處分の物體の給付を請求する場合に於て、消極的に、その處分が遺留分を害することを理由として、此請求を永久に拒絶し得るのであつて、その性質は學者の所謂永續抗辯權に屬し、如何なる場合にも時効によつて消滅するものではない(瑞西民法五三三條)第六。

六 若し此權利が民法第一四五條の適用を受け、時効によつて消滅するものとすれば、受遺者が減殺權の時効にかかるを待つて始めて遺留の物體を請求した場合には、相續人は之を拒絶すべき何等の權利をも有しないと云ふ不合理の結果を認めざるを得ないであらう。

而して我民法が特に規定を設けて減殺請求の效力を定むるのは、單に積極的に作用する場合に於ける減殺權についてであつて、消極的に作用する——抗辯權として表現する——減殺權の效力は自明のこととして之を規定してゐないのである。

後の場合に於ける減殺權が單なる意思表示によつて行使せられ得ることは、抗辯權の性質上何等の疑なく、亦此權利が積極的に行使せられる場合に於ても、かの東京控訴院の判決に明なるが如く、「遺留分ノ減殺ニ關シテハ、單ニ相手方ニ對シ相當ノ限度ヲ指定シテ、減殺ヲ請求スル旨ノ意思表示ヲナセバ法律上減殺ノ效力ヲ生ズ」るものと見なければならぬ(七)。

七 明治三八・三・二五新聞二六九五號。民法第一一〇五條は、遺留分回復の訴なる用語を用ひてゐるが、單に用語の不精確たるに止まり、裁判外の減殺請求を除外する趣旨に解せらるべきではない。

然らば此種の減殺權の性質如何。民法理由書によれば、「被相續人ノ隨意ニ處分スルコトヲ得ル範圍ヲ超過シタル遺贈又ハ贈與ハ當然無効ニアラズシテ、唯之ガ減殺ヲ請求シ得ルモノナリ。今此ノ如ク此種ノ遺贈又ハ贈與ヲ當然無効トナサザル所以ハ、蓋シ何人ト雖モ生前處分又ハ死後處分ニヨリテソノ財産ヲ處分スルコトヲ得ルヲ以テ本則トナサザルベカラザルノミナラズ、相續人が多クノ固有財産ヲ有シ又ハ自己ノ技倆ニヨリテ生計ヲ營ムコトヲ得ル場合ニ於テハ、被相續人ノナシタル處分ヲ無効トナスノ必要ヲ感ゼザルコトアルヲ以テナリ」と宣言せられ、從て我國の學說判例の殆どすべては、此理由書と同様に、恰かも佛蘭西、瑞西の民法の規定するが如く、被相續人の自由分を超過する——從つて遺留分を侵害する——處分行爲は當然には無効にあらずして、減殺を須つて始めて無効となるものとし、減殺權を以て一種の形成權(取消權)として觀察してゐる(八)。

八 同趣旨東京控大正一〇・六・二九、大判大正一三・五・二七。減殺請求の訴の性質については、山田博士・論叢一二卷六號一三九頁以下参照。

被相続人の生前處分は、相續の開始前に有効に成立するものであるから、相續開始の時に於ける遺産状態の如何によつて、直接にその効力に消長を來すものと謂ふを得ない。換言すれば、相續開始の際偶々遺産額が相続人の遺留分に満たぬと云ふ理由によつて、既に有効に成立したる處分行爲が、當然に無効となるべき筈なく、亦我民法第一一三九條以下の規定に徴するも、滅殺によつて始めてその効力を失ふべきことを理解し得る。之に反し、被相続人の死後處分——遺贈、相續分の指定、相續財産の分割方法の指定等——は、被相続人の死亡によつてその効力が決定せらるべきものであり、而も遺留分は本來不可侵的相續分として觀察せらるべきものである限り、遺留分を侵害する死後處分は、恰かも遺言の形式又は内容が違法なる場合と同様に、遺留分権利者の何等の行爲をも須たずして當然に無効たるべきものと見るを妥當と考ふるのであるが(九)——殊に滅殺請求を單なる意思表示を以て足るとする我民法の立場から言へば——未だ學說判例に於て、此趣旨を認むるものなく、且つは民法理由書に於ても、生前處分と死後處分とは全く同一に取扱はれてゐるのみならず、滅殺請求權の時効を規定する民法第一一四五條は、形式上死後處分の滅殺についても適用あるものと解すべきが故に、疑問を残した儘、一應我國一般の見解に従ふこととする。蓋し死後處分の物體は——假令死後處分が物權的効力を有すると債權的効力を有するに止まるとを問はず——相續開始後始めて相手方に給付せられるのであつて、給付前に於ては、遺留分權利者は、何時にてもその給付を拒絶し得べく、従つて積極的に作用する滅殺請求權の性質を如何に解すると、偶々處分の物體が給付されたる例外の場合に實益を見るに過ぎないからである。

九 負擔附受遺者が、その遺贈を滅殺せらるることによつて、當然に割合的にその負擔を免るることを規定する民法第一一〇五

條の趣旨は、本文に述べた所の一根據となし得べく、相續分の指定(民一〇〇六條)、持戻義務の免除(民一〇〇七條三項)等も亦滅殺を須つて始めて無効となることは頗る不可解である。

(六) 如何なる生前處分若しくは死後處分によつて、遺留分が侵害せらるるか、換言すれば、如何なる處分が滅殺せらるべきかにつき、我民法の規定する所(民一三四條、一三四條、一四二條、一四二條、一四六條)は、必ずしも明瞭と謂ふを得ないが、遺留分(従つて亦自由分)の算定につき遺産中に算入せらるべき處分は、亦當然に之によつて遺留分が侵害せられる限り、滅殺せらるべきものと見なければならぬ。

(イ) 滅殺せらるべき生前處分は、既に遺留分の算定につき述べたものと同一である。

(ロ) 死後處分はすべて滅殺せらるべき性質を有し、その處分が相續分の指定(民一〇六條)若しくは遺産の分割方法の指定(民一〇六條)たると、死因贈與又は遺贈たるとを問はない。

(七) 被相続人がその自由分を越えて右に掲げた處分行爲をなした場合には、之によつてその遺留分を侵害された相続人(又は一定の利害關係者)は、その處分の物體が既に處分の相手方(他の相続人たると第三者たるとを問はない)に給付されてゐる場合には、積極的に滅殺の請求をなし、未だ給付せられてゐないときは、滅殺權の一作用たる抗辯權の行使により、その給付を拒絶することを得る。被相続人の單一の處分行爲によつてその遺留分が侵害された場合には何等の問題を生じないが、數個の生前若しくは死後處分によつて、遺留分が侵害された場合には、如何なる順序に従ひ、如何なる額迄滅殺權が行使さるべきかの問題を生ずる。此問題につき、我民法は多數の立法制に倣ひ、時を異にして數多の處分がなされたとき

は、新たなる處分より減殺せらるべきものとし——従つて死後處分及び之に準すべきもの（生命保険金受取權の附）は生前處分に先んじて減殺せられる——時を同じうしてなされたる處分（死後處分及び之に準すべき保険金受取權の附與行爲は、相続開始の時に始めて效力を生ずるものなれば、すべて同時になされたものと見るべきである）については、處分額の割合（尤も遺留分権利者に對する特定の處分については、その遺留分を超過する額の割合）を以て、減殺せらるべき原則を採用し（民一三三條、一一三八條、尤も贈與が同時になされる場合については民法に直接の規定を缺くも、遺贈に關する第一一三八條が類推適用せらるべきものと考へる）、斯くして具體的に減殺せらるべき個々の處分行爲並にその減殺額が確定せらるる限り、或る處分行爲の減殺が事實上その目的を遂げたと否とに拘らず、減殺は更にその他の處分には及ばざるべきことを明に規定してゐる（民一三三條、一一三八條、（四〇條）一〇）。

一〇 即ち我民法第一一四〇條は、「減殺ヲ受クヘキ受贈者ノ無資力ニ因リテ生シタル損失ハ遺留分権利者ノ負擔ニ歸ス」と規定し、減殺の結果相手方の無資力のために、減殺権者が何等の利得をも回復することを得ざりし場合にも、次の順位に於て減殺を受くべき受贈者に對して減殺を行ふことを得ざる旨を明にしてゐるのである（受遺者が無資力なるため減殺がその目的を遂げ得ざる場合については、我民法に別段の規定はないが、之を同一に解すべきである）。

而して死後處分に關する減殺の順序並に割合は、民法第一一三七條但書の規定にも明なる如く、被相続人の自由意思に基き、如何やうにも之を定め得るも、生前處分に關する減殺の順序若しくは割合は、常に民法の定むる所によるべく、被相続人の別段の指定は、法律上何等の效力をも認めらるべきではない。蓋し斯くの如き意思表示の效力を認むるときは、既に有効になされたる生前處分をば、處分者自身に於て任意に取消し得ると同一の結果となるからである。

（八）既に述べたやうに、減殺權は積極及び消極兩様の作用を有するものであるから、その行使の效力についても、未だ處分の物體が給付せられぬ以前に於けると、給付後に於けるとを區別しなければならぬ。茲に所謂給付とは如何なることを意味するかは、處分の物體の異なるに従ひ必ずしも一律に解するを得ないが、その物體が物なる場合にはその引渡、權利なる場合には引渡と同一視せらるべき行爲を意味するものと解すべく、既に物權が相手方に移轉せると否と、或はその引渡請求權が既に第三者に讓渡せられたると否とは之を問はないのである。即ち處分の物體が未だ給付せられぬ以前に於ては、減殺權者は何時にても遺留分の侵害を理由とする抗辯權を行使し得べく、偶々他の理由に基き（例へば、遺贈の目的たる家屋を賃貸のために引渡した場合の如く）、當該處分の物體を相手方に引渡した場合には、彼は一般の原則に従つてその取戻を請求し得るのであつて、此請求權は減殺請求權そのものとは異なるが故に、民法第一一四五條の規定する時効によつて消滅するものではない。

之に反し、被相続人が既にその生前處分の物體を相手方に給付し、又は相続人が被相続人の意思に従ひその生前若しくは死後處分の物體を相手方に給付した場合には、減殺權者は積極的に減殺の請求をなし、その物件の返還を求めねばならぬ。而して各減殺權者の權利は各々獨立の權利であつて、一權利者の權利の行使は他の權利者に何等の影響をも及ぼすべきではないから、減殺によつて取消されるものは、必ずしも被相続人の自由分を超過する全額と一致するものではなく、當該減殺者の遺留分を充たすに足る部分だけが效力を失ふに過ぎない（一一）。

一 東京控明治三八・三・二五新聞二六九五號。

又減殺の効力は、減殺の請求の時に於て始めて發生するものであつて、決して處分の時又は相續開始の時に遡るものではない。故に「受贈者——受遺者をも含むと解すべきである——ハ其返還スヘキ財産ノ外尙ホ減殺ノ請求アリタル日以後ノ果實ヲ返還ス」れば足り(三九條)。(二) 敢て處分を受けたる時、若しくは相續開始以後に於ける果實をも返還するを要しないのみならず、減殺請求以前に於ける受贈者又は受遺者が、その物體に關してなしたる處分行爲は、自己の權利の處分として有效なるべく、從つて贈與又は遺贈の物體を第三者に讓渡し、又は第三者の爲めに權利を設定した場合には、讓受人又はその物體上に權利を取得した者が、害意を有する特別の場合でない限り、之等の第三者に對しては減殺の請求をなすを得ないのである(民九二九條、九三〇條)。

一一 處分の物體が不可分るときは、その物體の全部を返還すべく(尤も差額を減殺者より給付するを要するとの金澤地方判決があるが)、負擔附贈與は、その物體の價額中より負擔の價額を控除したるものにつき、減殺が行はれ(民一一四一條)、不相當の對價を以つて爲したる有償行爲の減殺の場合には、減殺者に於てその對價を償還することを要する(民一一四二條)。尙負擔附贈與が減殺せらるるときは、受遺者はその減殺せらるる割合に應じて、その負擔したる義務を免れる(民一一〇五條)。

茲に疑はしいのは、減殺の効力は物權的なるか或は債權的なるかの問題である。此問題につき、我民法は何等據るべき規定を設けてゐないが、苟しくも處分の物體が相手方に給付せられてゐる場合には、既に彼等の間に物權行爲若しくは準物權行爲がなされたものと解すべく、しかも此行爲も亦減殺によつて取消さるるものと見るべき限り、減殺の効力は亦物權的であらねばならぬ。故に處分の物體が尙現存するときは、その物體上の權利は直接に遺留分權利者に復歸すべく(從つ

て物上請求權を行使すれば足る)、ただ便宜上の理由から規定された民法第一一三五條(三)、第一一四四條を例外とするにすぎない(一四)。

一三 尤も此規定は強行法規に屬しないから、被相續人の意思に基き、恰かも瑞民第五三〇條の認むるが如く、殘額の一時拂と、定期金その他條件附又は存續期間の不確定なる權利の割合的減殺をなすとの選擇權を、遺留分權利者に與へ得るものと考へる。獨民二一三條、佛民九一七條、舊民法財産取得編三八五條參照。

一四 此規定は恰かも瑞民五二六條と同様は、返還義務者の選擇權を認めたものであつて(尤も瑞西民法に於けるが如く、物の分割若しくは一體をなす個々の物を分離することが、その物又は設備の價値を減少せしむる場合に限られない)、此規定によつて、遺留分權は單なる金額債權に迄その効力が弱められてゐるのである。尤も此規定は強行法規に屬せざること勿論であるから、被相續人は別段の定めをなし(例へば選擇權の排除)得べきものと解しなければならぬ。

處分の物體が現存しないとき、若しくは既に減殺の請求前に第三者に讓渡せられ、又は第三者の權利の目的とせられた場合には、減殺者は一般の原則に従ひ、受贈者又は受遺者の善意惡意に従ひ(贈與又は遺贈の物體が給付されたときに、贈與又は遺贈が遺留分を害すべきものなることの認識を有したか否かに従ひ)、不當利得の返還を請求し得べきである。

尤も我民法は「受贈者ノ行爲ニ因リ其目的タル財産カ減失シ又ハ其價格ノ増減アリタルトキト雖モ、相續開始ノ當時仍ホ原狀ニテ存スルモノト看做シテ」(民一〇八條)、受贈者善意の場合と雖も、その價格を辨償し、又「贈與ノ目的ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ(權利を設定したる場合に準用せられる)遺留分權利者ニ其價額ヲ辨償スルコトヲ要ス」(民一〇九條)といふ不可解な例外(寧ろ原則)を認むることに注意すべきである。

(九) 減殺請求權は「遺留分権利者カ相續ノ開始及ヒ減殺スヘキ贈與又ハ遺贈(一五)アリタルコトヲ知リタル時ヨリ一年間(一六)之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス。相續開始ノ時ヨリ十年ヲ經過シタルトキ亦同シ」(四一五條)。

一五 「民法第一一四五條ニ規定セル一ヶ年ノ時効ハ、遺贈若シクハ贈與ニ對スル減殺請求權ニ付キ特ニ規定シタルモノニシテ、隱居者ノ留保財産ニ對スル減殺請求權ニ付キテハ、同條ノ適用ナク普通ノ十年ノ時効ニ據ルモノトス」る判決あるも(長野地小松支部大正九・六・二評論一〇卷民六三二頁)、一般には此場合についても第一一四五條の適用あるものと解せられてゐる(大判大正一二・四・一七民集二卷二五九頁、同趣旨大判昭和四・一・二二民集八卷一三頁、千葉地大正一一・七・一五評論一一卷民六四六頁)。

此規定は積極的作用をなす減殺權の時効のみを定むるものであつて、我民法に直接の規定を缺くも、消極的作用をなす即ち抗辯權として表現する減殺權は、相手方の給付請求權の存續する限り、何時にても行使せられ得るものと解しなければならぬ(瑞民五三三條、五二一條參照)。

参 考 文 献

(一) 教科書的のもの

- 牧野菊之助 日本相續法論(明治四二年)
- 柳川 勝二 日本相續法要論(大正元年)
- 仁井田 益太郎 親族相續法論(大正四年)
- 中川 善之助 相 續 法(大正一一年)
- 穂積 重遠 相續法大意(大正一五年)
- 外岡 茂十郎 相續法概論(昭和二年)
- 穂積 重遠 相續法(昭和五年・現代法學全集第三三卷一第三七卷)
- 永田菊四郎 相續法要綱(昭和一一年)

(二) 特殊のもの

- 梅 謙次郎 民法要義卷ノ五相續編(明治三三年)
- 立案者の一人の著作なる爲め特に當時に於ける立法主旨を知るに便なり。
- 柳川 勝二 日本相續法註釋(上卷大正七年、下卷大正九年)

参 考 文 献



相 續 法

三五二

フランスの學者の學說を參照せる大著である。

中 島 玉 吉

親族相續法改造論(昭和二年)

恩師の卓見躍如たり。

三 木 正 雄

相續人の地位特に責任(昭和一〇年・長崎高商創立三十周年記念論文集所載)

(三) 私の著作

夫婦財産法の研究(昭和三年)

特に寡婦の相續權に關聯した問題を取扱つた。

相續法の研究(昭和七年)

相續法論上(昭和一年)

(完)

## 相 續 法 目 次

第一章 緒 論 .....	1	相
第一節 相續法の範圍及び其特質 .....	1	續
第二節 相續權の意義及び其根據 .....	3	法
第一 相續及び相續權の意義 .....	3	目
第二 相續權の根據 .....	5	次
第三節 相續制度の種別 .....	10	
第二章 家督相續 .....	17	
第一節 相續の開始 .....	17	
第一 相續開始原因 .....	17	
第二 相續開始の時 .....	21	
第三 相續開始の場所 .....	21	
第二節 家督相續人の資格及び順位 .....	21	
第一款 相續能力 .....	22	
第二款 相續缺格 .....	24	
第三款 家督相續人の順位概説 .....	27	
第四款 法定の推定家督相續人 .....	29	
第一 法定の推定家督相續人たる資格 .....	29	
第二 法定の推定家督相續人たり得べき者數人ある場合に於ける相續順位 .....	42	
第三 法定の推定家督相續人の地位 .....	47	
第四 法定の推定家督相續人の廢除(相續失格) .....	47	
第五款 指定家督相續人 .....	57	
第六款 第一種の選定家督相續人 .....	67	
第七款 直系尊屬の逆相續 .....	77	
第八款 第二種の選定家督相續人 .....	80	
第三節 家督相續の效力 .....	84	
第一款 死後相續 .....	84	
第一 權利の承繼 .....	85	
第二 債務の承繼 .....	88	
第三 法律關係の承繼 .....	92	

第四	訴訟の受継	94
第二款	生前相續	95
第一	戸主の隠居又は入夫婚姻による生前相續	96
第二	入夫婚姻の解消(取消又は離婚)に因る生前相續	106
第三	戸主の國籍喪失に因る家督相續	108
第三章	遺産相續	111
第一	遺産相續の意義	111
第二	遺産相續の開始	112
第三	遺産相續人の資格及び順位	112
第四	遺産相續の效力	119
第四章	表見相續と相續の回復	120
第一	表見相續人の地位	121
第二	相續回復請求権の本質	129
第三	相續回復請求権の行使	130
第四	相續回復請求権の主體(原告)	134
第五	相續回復請求権の發生原因及び表見相續人(相續回復の訴の被告)	135
第六	相續回復請求権の消滅	135
第五章	共同相續	137
第一節	共同相續の本質	137
第二節	相續財産に關する行爲	144
第一	相續財産の管理	144
第二	相續財産の使用収益	143
第三	相續財産に關する費用の負擔	146
第四	相續財産の處分	146
第五	相續財産に屬する債權其他の請求権の行使	147
第六	相續財産に關する債務行爲	148
第七	相續財産に關する訴訟	149
第三節	相續債務に對する共同相續人の責任	150
第一	各共同相續人固有の責任	150
第二	相續債務に對する相續財産の責任	151
第三	共同相續人の一人又は數人が同時に相續債權者なる場合	152
第四	相續財産に關して發生したる共同相續人相互の債務に對する責任	153

第四節	相續分	153
第一	相續分の意義並に性質	153
第二	相續分の算定	154
第三	相續分の登記	157
第四	相續分の讓渡	157
第五	讓渡せられたる相續分の取戻	160
第六	相續分の増加	162
第五節	相續財産の分割	162
第一	分割せらるべき財産	162
第二	分割の時期	163
第三	分割の實行	166
第四	分割の方法	167
第五	分割の效力	168
第六章	相續の承認及び拋棄	170
第一節	總説	170
第一	相續の態様	170
第二	相續の承認及び拋棄の自由	172
第三	承認拋棄の選擇權の性質	174
第四	相續の承認又は拋棄をなし得べき時期	177
第五	承認又は拋棄の意思表示	181
第六	承認又は拋棄の取消	190
第七	相續の承認及び拋棄の不可分の原則	192
第八	相續の承認及び拋棄の一般的效力	194
第二節	相續の承認又は拋棄前の相續人の地位	196
第一	相續財産の處分の制限	196
第二	相續人固有の債權者の相續財産に對する差押の禁止	197
第三	相續債權者の權利の制限	198
第四	相續財産の管理	198
第五	戸主權の行使	201
第六	相續の承認又は拋棄前の相續人の地位の相續(再轉相續)	202
第三節	單純承認	202
第一	單純承認の形式	202
第二	單純承認の效力	208
第四節	限定承認	209
第一	限定承認の形式	209

第二 限定承認の效力	211
第五節 相續の拋棄	214
第一 相續拋棄の形式	214
第二 拋棄の效力	215
第七章 遺産債務と相續人の責任	216
第一節 遺産債務	216
第二節 相續人の責任	223
第一款 總 說	223
第二款 限定承認をなしたる相續人の責任	225
第一 相續財産の範圍	225
第二 物的有限責任	227
第八章 相續財産に関する清算	230
第一節 總 說	230
第二節 相續の限定承認による清算手續	231
第一 相續財産の管理	231
第二 除斥公告	235
第三 辨済拒絶權と拒絶義務	235
第四 辨済の方法	236
第五 除斥せられたる相續債權者又は受遺者の地位	238
第六 共同相續人の一人が限定承認をなした場合	240
第三節 財産分離	241
第一 相續債權者又は受遺者の請求に依る財産分離	242
第二 相續人固有の債權者の請求に依る財産分離	245
第四節 相續人の贖缺	246
第一 相續人贖缺の意義	246
第二 相續人贖缺の時期及び絶家との關係	247
第三 相續財産の管理及び清算	249
第四 殘餘財産の國庫歸屬	251
第五 相續人贖缺の終了	252
第五節 相續財産に對する破産	252
第一 相續財産に對する破産	253
第二 相續人に對する破産の相續財産に及ぼす影響	259
第九章 死後處分	261

第一節 死後處分の意義及び形式	261
第一 死因贈與	263
第二 死後處分と事實上の效果を同じうする生前行為	267
第三 遺 言	269
第二節 遺 言	269
第一款 總 說	269
第一 遺言の意義及び性質	269
第二 遺言能力	271
第三 遺言の内容	272
第四 遺言の解釋	280
第五 遺言の一般的效力	282
第二款 遺言の方式	283
第一 總 說	283
第二 自筆證書に依る遺言	285
第三 公正證書に依る遺言	287
第四 秘密證書に依る遺言	294
第五 遺言の特別方式	295
第六 共同遺言	298
第三款 遺言の執行	299
第一 遺言書の提出及び檢認	300
第二 遺言執行者	301
第四款 遺言の取消	305
第五款 遺 贈	308
第一 遺贈の意義	308
第二 遺贈の種類	310
第三 受遺者たる資格	315
第四 遺贈義務者と受遺者との關係	315
第五 遺贈の特殊の場合	316
第六 遺贈の承認及び拋棄	318
第七 遺贈の無効	319
第六款 負 擔	319
第一 相續人に對する負擔の可能なる理由	319
第二 負擔の可能なる限度	321
第三 負擔の内容	323
第四 負擔の效力	326
第七款 遺言信託	327

	第十章 遺留分 .....	329
	第一 遺留分の意義 .....	329
	第二 遺留分の性質 .....	329
	第三 遺留分権利者 .....	331
相	第四 遺留分の算定 .....	332
續	第五 遺留分の保全 .....	339
法	参考文献 .....	351

目  
次

— 目次終 —

終