

Title	可分債権の遺産分割
Sub Title	On the treatment for the monetary claim in the partition of estate
Author	岡部, 喜代子(Okabe, Kiyoko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.12 (1999. 12) ,p.477 (22)- 498 (1)
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	新田敏教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19991228-0477

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

可分債権の遺産分割

岡部喜代子

- 1 はじめに
- 2 可分債権の共同帰属形態に関する学説判例の現状
- 3 共同相続財産の共同帰属形態
- 4 可分債権の共同相続による帰属形態
- 5 共有の割合
- 6 遺産分割の対象財産
- 7 計数上の対象財産性の適用範囲

1 はじめに

可分債権の遺産分割については、さまざまの説が存在し、統一していない状況といえる。

可分債権は共同相続により当然分割されるのか、分割されるとすればその割合は何によって決定されるか、そして可分債権は遺産分割の対象となるか、という問題である。理論上の論点としては、共同相続財産の帰属形態は共有か合有か、その持分割合は法定相続分割合なのか具体的相続分割合なのか、共有説に立つとしても可分債権については特に別途考察する必要があるか、遺産分割の対象財産は何かという問題である。順次検討していきたい。

2 可分債権の共同帰属形態に関する学説判例の現状

共同相続における権利帰属形態に関し、共有説と合有説が対立している。共有説を支持する柚木教授は、その根拠を、①相続を純個人主義的に各相

続人の財産取得原因にすぎないものと解する立場においては、共有説こそよくその精神に適合する、②単独相続人ならばその相続財産を処分することに何の妨げもないのに、相続人が多数存すれば、その間に強い組織を固めて各自の単独処分を封ずる、とすることの根拠はみいだしえない、③合有説のように個々の相続財産に対する持分の処分を無効とすると、分割によって単独所有に移る時期が第三者には明らかでない結果として、いたずらに第三者に不足の損害を与え、取引の安全を害する、と述べる⁽¹⁾。そして、可分債権についても、「分割債権関係を原則とするわが民法の体系において、明文の規定もなくして——いな「共有」という明文の規定に反して——不可分債権を主張すべき実定法上の根拠に乏しいのみならず、一旦分割された債権も法の規定によって特に共有分割の対象に組み入れられる、と解することフランス破産院の態度と同じくすれば、906条や912条との矛盾もさけられ、また相続分を確知しえない場合に準じて弁済供託（民494条）を許すならば、超過弁済の危険も解消するであろう。かように考えて、私は改めて債権の帰属についても共有説を一貫すべしとする見解に移りたい」として分割債権説を支持する⁽²⁾。

共同相続による財産帰属形態について、基本的に共有との考え方をとる立場にも、可分債権については、相続によって分割されず不可分債権となるという説がある⁽³⁾。分割債権とすると債務者に超過弁済の危険があり、かつ、可分債権が遺産分割の対象とならないことになりかねない、ということ根拠とする。また、共有説をとったうえで、可分債権についても債権の準共有という概念を認め、当然に分割債権になったり不可分債権になるのではなく、準共有として共有規定及び多数当事者の債権関係の規定の二面からの規制をうけることになる⁽⁴⁾との立場もある。

これに対して、合有説を説く中川善之助教授は、「相続財産は一個の物でなく、ひとつの権利の目的とはなりえないものには違いないが、相続人の相続分は、個々の相続財産上に成立するとともに、相続財産全体の上にも成立すると考えるのが、すべての場合を通じて適当である。ただそのためには、相続財産を一個独立した特別財産もしくは財団のように見ることと、各個財産上の持分は勝手に処分させないようにしなければならない。分割前に個々相続財産上に他人の持分が割り込むことは好ましくない。このように見ると、相続財産の共有は、組合財産の共有と酷似してきて、単純な持分的共

有とは性格を異にし、合有的な特徴を備えてくる。」と述べ⁽⁵⁾、可分債権についても「合有的観点からすれば、債権は可分不可分を問わず、先ず相続財産に帰属するものと考えらるべきである。相続財産は独立の財団ではないから、相続財産に帰属するといっても、形式的には共同相続人全員に帰属するのであり、その帰属の割合は、相続分すなわち持分であるが、この持分は通常の準共有の如く独立性をもたず、いわば仮の分け前である。その債権全額が、遺産分割の結果、一子に帰属し、他子には全く無関係のものとなるかも知れないし、遺産分割の効力は、相続開始の時まで遡及するから、準共有的關係は初めからなかったことになるかも知れないのである。従って可分債権でも、恰も不可分債権のように、共同相続人に帰属するのであって、相続開始と同時に、当然分割されるのではない。」とする⁽⁶⁾。我妻栄教授⁽⁷⁾、泉久雄教授⁽⁸⁾も同様の立場である。

近年は、共有か合有かという議論をしない説が増加している。

鈴木禄弥教授は、「わが民法のもとにおける遺産共有は典型的な合有でも共有でもなく、いわば、その中間的なものであるから、それが共有か合有かの決着をつけよう、という論争には、実益がない」と、共同相続財産の帰属形態を共有か合有かという観点で考察することを無意味とし、遺産分割前の遺産に共同相続人がどのような権利を持つと解すべきか具体的に考察すべし⁽⁹⁾という。そうして、可分債権については、第三者との関係では各共同相続人にそれぞれの相続分率に応じて分属するが、相続人間では暫定的持分権を主張することはできないとする。根拠は、「可分な債権とくに金銭債権は、遺産分割前の相続財産に含まれている場合には、遺産分割までは、遺産全体は暫定的独立性をもって相続人全員に属しているから、遺産中の債権もまた、さしあたり被相続人存命中と同じ形で遺産中に存続し、その行使は相続人全員の共同でなければなされえない、と解されないではない。」そうではあっても、「非相続人との関係では、909条但書が存在するから、相続人の一人Bが債権上の暫定的持分権を第三者に譲渡したり、また、Bがその暫定的持分権に相当する額……につき債務者から弁済を受けたときは、これらは、当該の譲受人ないし債務者に対する関係では有効となり、第三者が害される心配はなく、したがって、少なくとも第三者との関係では、可分債権は各共同相続人にそれぞれの相続分率に応じて分属していることになる」ということである⁽¹⁰⁾。

高木多喜男教授も共同相続財産が合有か共有かを論じることはあまり適当でない、実体に適合した処理が望ましいと指摘したうえ、可分債権については合有的に共同相続人に帰属すると解している⁽¹¹⁾。根拠は、共同相続人に不公平の問題もおこらないし、遺産分割の対象ともなし得るからであるという。債権の行使は共同相続人全員で行わなければならないし、処分も全員共同して行わなければならない。持分権の処分については本来無効であるが909条但書によって第三者は保護されるという。

有地亨教授は、民法の共同所有の構造を分析し、合手的共有の原則や通常の共有の概念のいずれか一方だけでは到底包摂されえず、遺産分割の構造によって規制される特殊の共同所有であると結論付けた⁽¹²⁾。さらに、相続可分債権・債務は相続開始とともに共同相続人に分割承継されるが、遺産分割に際しては、もういちど遺産分割の対象に取り込まれ、共同相続人間に分配されるというべきであると主張し、その根拠として①金銭債務を含む遺産を構成する個々の財産は共同相続人の共有になるが、さらに、それらを含んだ遺産全体が共有の下に置かれるという二重の構成がとられ、後者によって金銭債権・債務も分割の対象に取り込まれることになる、②第三者との関係を除けばすべての財産が遺産分割の対象となる、相続債権債務は対債務者、対債権者では、各共同相続人の法定相続分に応じて分割承継されるけれども、共同相続人間では他の遺産と同様に分割される、と述べる⁽¹³⁾。

この共有の二重性という理論は、林良平教授も「個別的財産の共有を否定できないため、いわば、底が抜けるかのようなのであるが、その共有と総財産の共有と共有の二重性を明らかに意識すべきである」と指摘する⁽¹⁴⁾。二重の共有の中、個別相続財産の共有ではない共有は、総体としての遺産が遺産分割の対象となっているという意味における総財産の共有であると説く。

以上の様な学説の対立に比べ、判例は共有説かつ分割債権説で一貫しているようにみえる。分割前の遺産の共同所有形態に関し、最判昭和29年4月8日民集8巻4号819頁は、可分債権に関し、「相続人数人ある場合において、その相続財産中に金銭その他の可分債権あるときは、その債権は法律上当然分割され各共同相続人がその相続分に応じて権利を承継するものと解するを相当とする」(前掲最判昭和29年4月8日)と分割債権となる旨を判示する。最判昭和30年5月31日民集9巻6号793頁も、共有説を示し、最近においても、銀行預金や郵便貯金につき、各共同相続人からする払戻請求が認容され

ている⁽¹⁵⁾。一方、可分債権も当事者の合意その他の理由により可分債権を遺産分割の対象に含めているものが多い⁽¹⁶⁾。

ところで、最高裁は、金銭そのものが遺産であるときに、金銭が各共同相続人に当然分割されるのではなく、「相続人は、遺産分割までの間は、相続開始時に存した金銭を相続財産として保管している他の相続人に対して、自己の相続分に相当する金銭の支払いを求めることはできないと解するのが相当である」との判断を示した⁽¹⁷⁾。この判決は、金銭を「物」としてとらえて遺産分割の対象にしているが、「金銭債権はこれまでのように、一義的に相続開始と同時に当然分割承継され、相続財産から逸出し、遺産分割審判の対象にはならないという原則が次第に貫徹しにくくなってきていることを示している」との評価もある⁽¹⁸⁾。

以上のような学説判例の状況であるが、以下私見を述べてみたい。

3 共同相続財産の共同帰属形態

共同相続による相続財産は、各相続人の共有に属すると解する。共有説に与したい。その根拠は、柚木教授の説くところに全面的に従う。相続が財産取得原因として構成されていることがもっとも重要な論拠と思われる。共同相続人は、被相続人の相続人という立場が共通するだけで他には何らの目的共同性は存在しない。また、相続財産は相続債権の担保ではあるが、財産分離がなされない限り清算は前提となっていない。相続人が相続財産を分割前に処分できないという条文上の根拠は全くない。

最近では共有か合有かという検討は無意味あるいは不要であるとの見解が強くなっているように思われる⁽¹⁹⁾。しかし、共同相続の財産帰属形態の基本的な把握は必要不可欠と考える。なぜなら、民法の相続財産に関する条文はあまりにも少なく、生起する各種の問題に十分対応できるものではない。そのとき、原則として相続財産の帰属形態がどのようなものであるか、というところから出発して問題解決に至らなければならない。そうでなければ統一した解決ができないからである。したがって、共同相続財産の帰属形態を原則として共有であると把握する。何らかの修正が施されるとしても、修正の施された共有である⁽²⁰⁾。

近時、共同帰属形態を関係的に把握する説がある。例えば、有地亨教授の

「相続財産の分割前においても相続人は対外的には相続財産全体に対し相続分……を有し、これを単独で処分できる (905条参照)。しかし、対内関係においては、この相続分はまだ個々の財産の持分として具体化していないから、個々の財産上の持分としてはこれを処分することはできない。もっとも、わが法制上のこの制約を対外的にも主張できるほど規定が備わっていないから、第三者 (相続債権者、相続人の債権者) は、一応相続分が個々の財産の上に相続分の割合で持分として具体化しているとみなし、これを差押ええることができる。また相続人から個々の財産の上の持分を譲り受け、対抗要件をふんだ第三者は、他の共同相続人に対してその持分をもって対抗することができる。さらに相続債権者が一相続人からの請求に応じて、その相続分相当額の債務を弁済した場合にも、これをもって他の共同相続人に対抗できる。これらの処分はその後の遺産の分割によって害せられることがない (909条但書)」⁽²¹⁾、その発展形態としての二重の共有論である⁽²²⁾。しかしながら、共同帰属形態を关系的に捉えるためには、それが生ずる理論的な根拠が必要である。相続が発生したことによって、つまり、被相続人が死亡したことによってその相続人が取得する被相続人の権利について、相続人間では合有、非相続人間では共有となるという根拠が何かあるのだろうか。このような关系的な権利の実体はどのようなものなのだろうか。关系的な権利はどのようにして消滅するのか、第三者との間では共有、相続人間では合有とすると、その両者が接する場面ではどうなるのか。疑問は多い。

このような关系的な把握は、その説くところをよく理解するならば、遺産分割を総合的に行わなければならないという要請に基づき、可分債権も分割の対象とするために展開されているように思われる。もし、そうであるならば、後に論じるとおり、共同相続財産の帰属形態を关系的に捉えなくても、また二重の共有という理論でなくとも、遺産分割の理論によって可能であると考えられる。关系的な権利関係は法律関係を複雑にするだけではないだろうか。やはり、単純に、対外的、対内的を問わず共同相続財産は共同相続人の共有に属すると解したい。

4 可分債権の共同相続による帰属形態

上記のとおり共同帰属関係を共有とすれば、可分債権は分割債権関係と

なるのが原則である（民427条）。共有説をとったうえで、不可分債権となるとの説もあるが、柚木教授の指摘するとおり、根拠がないのでとりえない。また、積極財産は共有持分を取得するに過ぎないので、債務は全額負担すると解することはたとえ後に求償できるとはいえ、公平に欠けるのではないだろうか。

準共有説もあるが、共有が物に対する支配権を多数人が有する関係であるのに対し、債権は人に対する請求権が多数人に属する関係であるから、共有とは異なる特殊の規制を必要とするのであって、これが多数当事者の債権関係なのである。多数当事者の法律関係は、基本的には多数存在する債権者・債務者各自の独立性を確保したうえで、どのように一人の行為が他の債権に影響を与えるかという観点で規律され共有物の管理・処分とは一致していない。したがって、債権についてはやはり多数当事者の債権関係により律されるべきであって、そうであれば、民法の原則どおり分割債権関係となるのである。

相続財産の帰属形態を個別的に考察し、その結果、可分債権について合有と解する見解もあるが、その根拠は利益考量的である⁽²³⁾。後記のとおり遺産分割において矛盾を生じなければ利益考量的には分割債権説でもよいことになるのではないだろうか。

分割債権説をとったとき、遺産分割の対象にならないのではないかという批判がある。もし、可分債権がいかなる意味でも遺産分割の対象とならず、具体的相続分による調整をすることができないのであれば、この批判は正しく、分割債権説は破綻せざるを得ない。しかし、その点は遺産分割の理論によって相続人間の公平を実現することができる。後に述べる。よってこの批判も当たらない。

以上のとおりであるから、可分債権は当然分割されるとの説を支持する。

5 共有の割合

上記のとおり、共同帰属形態を共有とし、可分債権は当然分割されるとすると、それはどのような割合によるのであろうか。この問題は可分債権の共同帰属形態の問題では隠れているが、考えておかなければならない問題である。

民法は、898条において相続財産は相続人の共有とし、899条で「各共同相

続人はその相続分に応じて被相続人の権利義務を承継する」としている。この「相続分」は、法定相続分か、具体的相続分かの問題である。可分債権についてこの点を問題としているのは有地教授である。「相続分が第三者と関係するする場合、例えば、相続債権者、相続債務者、共同相続の一人により遺産に属する不動産の持分権が譲渡された第三者に関係する場合には法定相続分率になる。……しかしながら、相続分が第三者と関係しない場合、遺産分割の際における共同相続人間の債権、債務については、特別受益や寄与分により法定相続分に修正を加えて算出された具体的相続分率になる」⁽²⁴⁾と指摘する一方、「具体的相続分率の終局的確定が訴訟事項か、審判事項かには、争いがあり、これは具体的相続分率を遺産に対する実体法上の権利の割合とみるか、遺産分割の数量的基準とみなすかの差異に起因するが、訴訟事項とみるのが多数説のようである。……筋を通そうと思えば、特別受益や寄与分により法定相続分が確定される具体的相続分率は遺産分割の数量を決定する審判事項であって、訴訟事項ではないとみざるをえない。」とも言われる。実体的な権利としては法定相続分であるという説と解してよいであろう⁽²⁵⁾。

佐藤義彦教授は「困難な問題が多いけれども、本条（民899条一筆者注）の「相続分」は、具体的相続分を指していると理解するほかないと考えている」と述べている⁽²⁶⁾。

高木多喜男教授は、「法定相続分ないし指定相続分でなければならない……もし899条でいうところの相続分がこういった相続分（具体的相続分一筆者注）であるとしたならば、遺産分割前になされました持分権の譲渡は無権利であるがゆえに無効であるとか、あるいは一部無効であるとかということがでてくるのであります。……それでは、取引の安全を害することは明らかであります。……遺産分割までは相続財産を凍結してしまひまして、何人もこれを処分しえないとすることが理想的なのでありまして、そういうふうになれば、民法899条にいうところの相続分とは、具体的相続分率ないし遺産分割取得分率の割合で、共同相続人は相続財産を共有しているというと思うのです」という⁽²⁷⁾。

鈴木祿弥教授は「共同相続の個々の実体においては、各共同相続人が相続によって終局的に取得しうる権利の全遺産額に対する割合は、……各種の要因によって本来的相続分率に修正が加えられて導出された遺産分割分率によ

って定まり、遺産分割分率と本来的相続分率とのあいだには、多少なりとも齟齬が存在するのである。しかし、遺産分割分率の算出はかなり煩雑な手数を要し、それに応じてのみ各個の不動産上の各相続人の持分登記が可能である、というのでは、当事者及び登記所は煩に耐えないことになるから、便宜上、本来的相続分率に応じた各相続人の共有持分権が存在するかのごとくみなして、登記実務上この暫定的持分率に即しての登記が認められている。そして、この登記を信じて、これに即する実体関係が存在するものとして、この持分権について取引をする者は、かかる割合での持分権が存在するものとして扱われ、その結果、かかる者の取引の安全が保護されているのである(共同相続の場合の特殊性な事情に応じて、共同相続人の有する持分権の割合についてのみ、例外的に登記に公信力が認められる結果になる。)」という⁽²⁸⁾。「相続分」は具体的相続分を意味するという趣旨であろう。

このようにみても、この点に関する学説は、原則的に法定相続分と解する説と具体的相続分と解する説とに二分されるようである。そして、共有説、合有説と理論的に直接の関係はないにしても、具体的相続分が実体の権利関係と考える立場は、遺産分割までは実体的な権利関係が不明であるから遺産分割によって各相続人が権利を取得するという合有説と結びつきやすく、法定相続分が実体的な権利という立場では遺産分割前から権利を有しているという共有説に結びつきやすいということがいえる。このため、対外的には共有、対内的には合有という説は、同時に対外的には法定相続分、対内的には具体的相続分という説にも結びついている⁽²⁹⁾。可分債権について分割債権説に立ったとしてもその割合が具体的相続分であるということになれば、遺産分割までは具体的相続分が不明であるから分割できないと考える可能性があるのである。

これに対し、判例は遺産分割前の共有持分確認について、法定相続分によって行っており⁽³⁰⁾、意識的にかどうかは不明であるが法定相続分による共有が実体的な権利であるとの考えによっているように思われる。可分債権についても、いずれも債務者に対する関係ではあるが法定相続分による分割債権関係を認めている。この点について、具体的相続分説である佐藤教授は判例の事例は特別受益が問題となっていない場合であると解している⁽³¹⁾し、有地教授は第三者との関係であると解している⁽³²⁾。最判平成7年3月7日(民集49巻3号893頁)は、「ある財産が特別受益財産に当たることの確認を求

める訴えは、現在の権利又は法律関係の確認を求めるものということではできない。「過去の法律関係であっても、それを確定することが現在の法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために最も適切かつ必要と認められる場合には、その存否の確認を求める訴えは確認の利益があるものとして許容される……が、ある財産が特別受益財産に当たるかどうかの確定は、具体的な相続分又は遺留分を算定する過程において必要とされる事項にすぎず、しかも、ある財産が特別受益財産に当たることが確定しても、その価額、被相続人が相続開始の時において有した財産の全範囲及びその価額等が定まらなければ、具体的な相続分又は遺留分が定まることはないから、右の点を確認することが、相続分又は遺留分をめぐる紛争を直接かつ抜本的に解決することにはならない。また、ある財産が特別受益財産に当たるかどうかは、遺産分割申立事件、遺留分減殺請求に関する訴訟など具体的な相続分又は遺留分の確定を必要とする審判事件又は訴訟事件における前提問題として審理判断されるのであり、右のような事件を離れて、その点のみを別個独立に判決によって確認する必要もない」と判示した。具体的相続分が実体的な権利であるかどうかの判断は避けている。判例解説によれば、「特別受益財産の確認を択一的に訴訟事項か審判事項かに区分し、特別受益確認の訴えの適否を決することは相当でない」という⁽³³⁾。

民法の条文を素直にみると、相続人には法定相続分が定まっており、その法定相続分は特別受益と寄与分によって修正され、修正された具体的相続分によって遺産分割がなされ、遺産分割の効果は遡及することによって相続開始当時から遺産分割によって取得した権利義務を承継したことになる（宣言主義）というのであるから、具体的相続分こそ実体的な権利であるという考え方になりそうである。具体的相続分実体権利説は体系的には整合性がある。

具体的相続分説の問題点のひとつは、寄与分が審判事項とされたので、審判または協議がない限り具体的相続分は明確にならないということである⁽³⁴⁾。ただ、宣言主義をとるので、観念的には具体的相続分が実体的な権利であり、遺産分割によって明らかになった具体的相続分が宣言主義によって相続開始当時から定まっていたのだ、と解する余地がないわけではない。理論的に不可能とはいえない。もう一つは、具体的相続分が実体的権利とすると、各相続人が相続財産を処分できるのは具体的相続分の範囲内であるということになって、公信力を認めない限り決定的に取引の安全を害するということであ

る。具体的相続分以上の権利は無権利者であったのであるから、民法909条但書の問題ではない。公信力を認める根拠はあるのだろうか。

次に、法定相続分が実体的な権利関係であるとする、具体的相続分に基づく遺産分割がなぜ可能なのか、ということが問われる。また、なぜ具体的相続分は相続分の節にあって遺産分割の節にないのだろうか。これに対しては、法定相続分で共有しているところ、その共有持分の実質を確保するためにすでに取得している部分については権利放棄し、実質的に相続人固有部分については不当利得返還を行ったのであるという説明が可能である⁽³⁵⁾。しかし、相続開始時からこのような作業が行われ得ないという根拠は見いだし得ない。

どちらも理論上及び実際上の難点がある。両者の矛盾を避けるべく、外部的には法定相続分、内部的には具体的相続分という考え方が出てくる⁽³⁶⁾。しかし、外部的には法定相続分、内部的には具体的相続分という権利関係はいったいいかなる法律関係であろうか。被相続人が死亡したというだけのことではなぜ対外的関係と対内的関係という二重の関係を生じるのだろうか。論者の論ずるところを突き詰めれば、具体的相続分が実体的な権利であるが公信力を認めるか、法定相続分が実体的権利であるが具体的相続分による遺産分割を認めるか、どちらかに帰着すると考えられるのである。蛇足かもしれないが、法定相続分も具体的相続分も関係的でない実体的権利であると解することは無理である。

この点について、私は、法定相続分が実体的な権利であるとする⁽³⁷⁾。根拠の一は、やはり寄与分の新設である。寄与分の有無及び額は結局遺産分割をするまで不明である。不明である共有持分とは何であるか。実体的に共有持分が不明なのであるから、果たしてこれを共有とイイいかどうか疑問である。また、仮に持分不明の共有持分を処分したとすると、持分の譲受人は持分不明の共有持分を譲り受けることにならざるを得ない。法律関係は混乱するであろう。

次の根拠は、特別受益の算定が実は非常に非訟的な実体を有しているということである。遺贈にしろ生前贈与にしろ持戻免除の意思表示があり得るし、超過受益持戻の意思表示もあり得る。黙示の意思表示も認められるのである。高等教育などの費用は他の相続人の教育程度によって特別受益となるかどうかが変わってくる。相続人間の公平を実現する制度であるから、純粋な贈与

に限られるものではない。借地権の設定や使用借権の設定も特別受益と考えられている。寄与の報酬とみられるときは算定しないこともあり得る。ただ、非訟事件ではなく、遺留分減殺請求においても特別受益は算定されるので、金額を確定できる客観的な事実ではある。しかし、その実態は非訟性が強く、現実には寄与分の算定と同様遺産分割に至って見ないとわからないのである⁽³⁸⁾。遺留分において遺留分侵害額は相続開始時に客観的には明かになっているという構造を有している。実際には訴訟において特別受益を確定しないと実体的権利であるところの遺留分に相当する共有持分は不明ではある。しかし、その不都合は遺留分は遺留分減殺請求権を行使した遺留分権利者に返る部分であるということによりかなり回避されている。しかし、共同相続の帰属形態ではそうはいかない。全員の相続分が分割まで事実上不明である状況となるからである。

第三は、遺産分割は、具体的相続分に基づいて一切の事情を斟酌して行われるのであるが、その方法はまことに多彩であって、現物分割から代償分割まであり、また遺言のある場合もあり、一部分割がなされる場合もあるのである。そして、最終的には具体的相続分に基づいた調整が行われることになる。共有物分割におけるような共有物の持分に応じた分割というより、相続人の公平のため、最終的な具体的相続分に応じた調整というのが実際である。このような遺産分割の具体的かつ現実の姿は、具体的相続分が遺産分割にあたって相続人の公平のための調整分であるという具体的相続分遺産分割分説に適しているのである。

最後に、法定相続分説が理論的に可能かという点だが、まず、法定相続分は相続開始と同時に自動的に定まるので権利関係が明確であり、898条にいう「共同相続人の共有に属する」との条文に最も適合すること、具体的相続分は法定相続分に相当する実質を各共同相続人に分配するための修正であることからすれば遺産分割まで法定相続分が実体的権利であるといっても背理ではないと言えることができる。妥当性の面では、具体的相続分が実体的権利であるとすれば管理費用や債務もすべて具体的相続分により負担し、また承継することになるから、特別受益を多く得ているものが負担は少なく、遺産に多く寄与した者が負担は多くなることになり公平でないことを挙げられることができる。遺留分減殺において、具体的相続分に相当する具体的遺留分が実体的な権利であり遺留分減殺との整合性に問題があると指摘されるかも

知れないが、遺留分減殺における実体的な権利は具体的遺留分ではなく、遺留分侵害額の目的不動産に対する割合なのであって、やはり具体的遺留分は遺留分侵害額算定に至るまでの計算の過程にすぎないのである。

そこで、以下では、以上のような共有説にしたがって、可分債権の遺産分割はいかにあるべきか検討したい。

6 遺産分割の対象財産

遺産分割の対象財産を確定するのが、相続開始時か遺産分割時かという争いがあったが、現在では遺産分割時ということで固まっているといわれている⁽³⁹⁾。しかし、ここは、遺産分割の対象ということの意味そのものをもう一度考えてみる必要がある。

まず第一に、遺産分割時に存在する遺産しか分割しえないという意味では遺産分割の対象は遺産分割時を基準に決定せざるを得ない。存在しない財産を分けることはできない。しかし、具体的相続分によって分割せよと民法が命じているのは、本来は相続開始当時に存在した全遺産のはずである。全遺産について特別受益と寄与分を考慮し、具体的相続分に応じて分割してこそ、公平であり、民法の命じたとおりの分割である。

具体的相続分算定の基礎には、903条により遺贈や生前贈与を加えるべきことが求められ、904条の2により寄与分が控除されることが求められている。相続開始時に存在する相続財産がすべて具体的相続分算定の基礎となるべきは当然である。そして、具体的相続分算定の評価額は相続開始時の価額によると考えるのが多数であり判例である⁽⁴⁰⁾。このようにして、具体的相続分算定の基礎たる財産には、全相続財産が含まれるとあってよい。

しかし、さまざまな事情により遺産は遺産分割までに変化する。自然的に毀損、滅失してしまうかもしれない。皆で遺産を売却することもあろう。預金を解約して相続税の支払いにあてたり、墓地を買ったり葬儀費用にあてたりするであろう。あるいは相続人の一人が自己の持分を第三者に売却することもあり得る。こうして共同相続人の共有に属しなくなった遺産を遺産分割においてどのように扱うかという問題が生じる。代償財産や果実、可分債権、債務などが遺産分割の対象となるかどうかという問題である。

そのような問題のひとつの場面として可分債権も存在する。可分債権も分

割されて各共同相続人に帰属してしまったからである。

以上の問題は、ひとつの共通した問題と捉えることができる。すなわち、共同相続人の共有に属さなくなった遺産を遺産分割においてどのように扱うかという問題である。これらの財産は本来遺産分割すべき財産であった。たまたま共同相続人が処分をしたり、あるいは遺産分割の時期が遅れて財産が滅失したなどのために現実には遺産分割という形態での分割ができないこととなっただけである。遺産分割すべきであった財産が遺産分割できなくなったとき、その財産を全く遺産分割において無視するならば、本来すべきであった遺産分割との間に齟齬が生じていることになる。例えば次のようである。

相続人が妻と3人の子A、B、C、相続開始当時の価額で土地3000万円、建物1000万円、株2000万円、Aの特別受益が600万円、Cの寄与分が300万円として具体的相続分を算出してみる。

みなし相続財産

$$3000万円 + 1000万円 + 2000万円 + 600万円 - 300万円 = 6300万円$$

具体的相続分

$$6300万円 \times 1/2 = 3150万円 \quad \dots\dots 妻$$

$$6300万円 \times 1/6 - 600万円 = 450万円 \quad \dots\dots A$$

$$6300万円 \times 1/6 = 1050万円 \quad \dots\dots B$$

$$6300万円 \times 1/6 + 300万円 = 1350万円 \quad \dots\dots C$$

21 ; 3 ; 7 ; 9

土地建物を売却して法定相続分どおり分け合ったので残った株のみを遺産分割するとすると、各自の遺産分割による取得分は次のとおりである（計算の便宜のため相続開始時の価額と遺産分割時の価額は同額とし、時価で売却されたこととする）。

$$2000万円 \times 21/40 = 1050万円 \quad \dots\dots 妻$$

$$2000万円 \times 3/40 = 150万円 \quad \dots\dots A$$

$$2000万円 \times 7/40 = 350万円 \quad \dots\dots B$$

$$2000万円 \times 9/40 = 450万円 \quad \dots\dots C$$

売却による取得分を足すと

$$4000万円 \times 1/2 + 1050万円 = 3050万円 \quad \dots\dots 妻$$

$$4000万円 \times 1/6 + 150万円 = 約817万円 \quad \dots\dots A$$

$$4000万円 \times 1/6 + 350万円 = 約1017万円 \quad \dots\dots B$$

4000万円×1/6+450万円=約1116万円 ……C

以上の通り全遺産を具体的相続分によって分割した場合は異なるのである。6000万円全部が金銭債権であるとするとその矛盾は明らかである。

このような結果は民法が具体的相続分による分割を命じた趣旨に反するのではないだろうか。このような結果が理論上やむを得ないものであるとか、条文上致し方ないというのであればともかく、可能な限り具体的相続分による全遺産の分割という民法の命じることに忠実に行うべきではないかと考える。

代償財産も遺産分割の対象であるという考え方があるので、それによってその目的は達せられるかも知れない。しかし、代償財産である金銭がすでに各共同相続人に費消されてしまった場合はどうか。

可分債権についても同様である。二重の共有あるいは内部的合有等の理論によって、当然分割説によって分割された可分債権を遺産分割の対象にしようとしているが、既に債権が存在しなくなったとき、例えば銀行預金を解約して費消してしまったらこの理論によっても分割の対象から除かれることになるのではないと思われる。しかしながら、銀行預金が存在するときは分割の対象として具体的相続分による遺産分割をするが消滅した場合には分割の対象にしないということであれば偶然の事情によって分割の結果が異なることになる。これは分割の結果が異なることの合理的な理由とはいえない。このような意味で二重の共有も内部的合有も十分とはいえないのである。

そこで、もう一度、遺産分割の対象財産は何かということに立ち戻って考えてみたい。

具体的相続分の算定の基礎となる財産に相続開始時における全相続財産が含まれることは条文の定めるところであるし、理論上も当然である。そうすると、具体的相続分どおり分割せよというのであれば、そのような分割が実現できる方法をとるべきである。その方法というのはつまり相続開始時の全遺産を分割の対象とすることである。しかし、それは、かつて問題となったような既に消滅した財産を共同相続人の一人に帰属させるというものではない。分割すべき財産あるいは分割すべきであった相続財産を計数上分割の対象財産（計数上の対象財産と言おう。）として計上するというものである。そのことにより、計数上全遺産を具体的相続分によって分割できるのである。存在する遺産のみについてその帰属を定め、その他は債務負担による調整を

行う。前記の例でこれを示せば次のとおりとなる。

みなし相続財産と具体的相続分は上記と同様である。相続開始当時の価額と遺産分割時の価額は同額とし、時価で売却されたこととすると、具体的相続分どおりの取得額になるはずである。そこで、各人が取得すべき金額から既に取得した売却代金分を差し引くことにより今回の株の分割で得られる金額が判明する。

$$3150\text{万円} - 4000\text{万円} \times 1/2 = 1150\text{万円} \quad \dots\dots\text{妻}$$

$$450\text{万円} - 4000\text{万円} \times 1/6 = \text{約} - 216\text{万円} \quad \dots\dots\text{A (超過取得している)}$$

$$1050\text{万円} - 4000\text{万円} \times 1/6 = \text{約} 383\text{万円} \quad \dots\dots\text{B}$$

$$1350\text{万円} - 4000\text{万円} \times 1/6 = \text{約} 683\text{万円} \quad \dots\dots\text{C}$$

そこで、2000万円の株を妻に1150万円、Cに683万円、Bに167万円を取得させて、AからBに216万円払わせれば、その目的は達せられるのである。

このような考え方を、可分債権について適用すれば、次のとおりとなる。

相続人が妻と3人の子A、B、C、相続開始当時の価額で土地3000万円、建物1000万円、預金2000万円、Aの特別受益が600万円、Cの寄与分が300万円とし、預金2000万円が当然分割され、残った土地建物を分割するがその価額は相続開始時と同一とする。

各相続人の取得すべき額は、妻3150万円、A450万円、B1050万円、C1350万円であるところ、各自が預金によって取得した金額は、

$$2000\text{万円} \times 1/2 = 1000\text{万円} \quad \dots\dots\text{妻}$$

$$2000\text{万円} \times 1/6 = \text{約} 333\text{万円} \quad \dots\dots\text{A, B, C}$$

であるから、各自が取得できる金額は妻が2150万円、A117万円、B717万円、C1017万円となる。

そこで土地と建物を妻に取得させれば、妻からAに117万円、Bに717万円、Cに1017万円の代償金を支払わせればよいのである。

この考え方では預金が遺産分割時に預金として存在するかしないかということとは関係がない。ただし、預金として存在している場合には、帰属を定めるという意味での分割の対象（現実の対象財産と言おう。）としても差し支えないと解する。それによって誰も不利益を受けることがないからである。この点、従前は当事者の合意を必要と考えていたが、改説する⁽⁴¹⁾。

もし、遺産が預金のみであったとき、分割の対象とならないと考えれば、各相続人は法定相続分を取得するのみである。預金として存在し続けこれが

分割の対象となると考えると通常の遺産分割が可能であるが、預金として存在しなくなると分割は不可能となる。しかし、遺産分割において相続開始時に存在した遺産を全部計数上対象にすべきとすれば、各相続人の取得すべき額は、妻3150万円、A450万円、B1050万円、C1350万円であるところ、各自が預金によって取得した金額は、

$$6000万円 \times 1/2 = 3000万円 \dots \text{妻}$$

$$6000万円 \times 1/6 = 1000万円 \dots \text{A, B, C}$$

であるから、Aは取得しすぎの550万円分を、妻に150万円、Bに50万円、Cに350万円それぞれ代償金として支払えばよいのである。預金が現存するかどうかには関係がない⁽⁴²⁾。また、これは金銭そのものか金銭債権であるということも無関係である。

このような考え方にはいくつかの問題点もある。

まず、第一には、現存しない遺産を計数上とはいえなぜ分割の対象財産に組み入れることができるのか、という根拠である。これは、具体的相続分の算定の場合と同じように、分割の対象は観念的には全相続財産であるべきであるという要請があるからである。民法が予定していたのは相続開始後速やかに全遺産を分割するというものであったが、しかし、現実には分割まで長期間かかることもあり、また一時に分割がなされるとは限らない。五月雨式、なし崩し型の分割も違法とはいえない。最終的に具体的相続分に応じた分割ができればよいのである。つまり、これは一部分割の理論である。一部分割と同様に考えればよいのである⁽⁴³⁾。一部分割は、合意によって遺産の一部を分割するものであるが、一部分割でなくとも、遺産が遺産分割を要しない状態になることは一部分割と同様なのであるから同様の処理がなされるべきである。そしてまたこのような処理は遺産分割までの処分を自由とし、有効としたことによって、遺産分割前に遺産分割を要しない状況になることを認める民法の態度とも合致するのである。処分の自由は認めたとえ、遺産分割を要しなくなった遺産を最終的に分割に際して計数上算入することによって、遺産分割が常に具体的相続分に基づいたものとなるのである。

以上の処理をするために、二重の共有ないし相続人間では合有という理論が必要だろうか、かつ、その理論で十分だろうか。二重の共有ないし相続人間合有説であれば、少なくとも何らかの実体的権利が存在することを予定しているから、第三者に売却するなどして相続人が遺産に対する権利を全く失

った場合には適用することができなくなるのでなかろうか。また、もし、どのような場合にも総遺産を遺産分割の対象にするという意味であれば、すでに「共有」あるいは「合有」ともいえないのではないだろうか。

問題点の 2 は、分割の対象財産の評価基準時である。現在の実務は具体的相続分算定に当たっては相続開始時で評価し、分割すべき財産は分割時で評価している。そうすると、計数上遺産を算入するとの立場では、遺産として現存する財産も現存しない遺産も分割時の評価をする必要があることになり、評価が困難になるのではないかということである⁽⁴⁴⁾。確かに、この難点は否定できない。しかし、遺産分割時の評価を要するのは各相続人が現実を得る利益を、得る時点で評価しようという思想であるから現実を得る利益がわかればよいのである。金銭または金銭債権の場合は分割時の評価に換算すればよいし、さほどの違いがないのであれば現に利益を得た時点の価額そのままでもよいであろう。この難点は以上述べた処理を放棄しなければならないほどの欠点とはいえない。

問題点の 3 は、遺産分割までの間に自然消滅などによってだれも利益を得ずに現実の分割ができなくなった場合などはどうするのかという問題である。だれも利益を得られなかったものは、一部分割でもなく、一部分割と同様の処理を必要とする場合ともいえないので、分割時の財産に計数上算入する必要はない。

これに関連して、相続人のひとりが勝手に相続財産を売却して代金全額を受領してしかも費消してしまったような場合、本来は当該相続人の持分以外の処分は無効であるから他の相続人は自己の持分を取り戻すことができるのであり、仮にそれをしなくても当該相続人に損害賠償請求権を有するのであるが、これを一部分割と同様に考え、当該相続人が得た利益を勘案した分割をすることが可能である。上記例において A が土地建物を時価 4000 万円で売却したうえ代金を費消済みで、他の相続人が遺産分割時の調整を希望した場合の処理をみてみよう。

妻は 3150 万円、A は 450 万円、B は 1050 万円、C は 1350 万円得られるべきところ、A のみがすでに 4000 万円を得ているので、今回の現実分割対象財産である預金 2000 万円は妻に取得させ、A の超過取得分を B と C に支払わせる、あるいは危険分散のため、妻に 1000 万円、B、C に各 500 万円として、不足分を A に支払いを命じるなどの方法が考えられる。

以上のように、遺産分割の対象について検討してみると、可分債権について当然分割説を採っても、可分債権を計数上の分割対象財産とすれば、現実の対象財産としなくても、具体的相続分による分割という実を挙げるができることになるのである⁽⁴⁵⁾。

7 計数上の対象財産性の適用範囲

以上は、可分債権の遺産分割について論じてきたが、相続開始時の相続財産と遺産分割時の相続財産が異なる場合の処理に関して統一的な理論を目指すものである。

まず、代償財産については代償財産が現存し、遺産分割の対象とする合意があるときはこれを現実の対象財産とすればよいし、これができないときは、もとの遺産を計数上の対象財産として、代償として得た利益を一部分割同様に差し引けばよい。

共有持分の売却によって第三者のものとなった持分について、代金を相続財産として組み入れることは多くは困難であろうから、現実の対象財産は売却されなかった持分であるが、遺産分割にあたっては全部を計数上の対象財産とし、売却した相続人の取得すべき分から売却代金を差し引く。

一部分割がなされた場合も同様である。

そして、以上のとおり、可分債権は相続開始と同時に法定相続分によって分割されるが、遺産分割時にこれを計数上の対象財産とすることによって具体的相続分に応じた遺産分割ができることになる⁽⁴⁶⁾。

可分債務と、収益ないし果実については異なる問題点もあるので別に論じたい。

- (1) 柚木馨「共同相続財産の法的性質」家族法大系VI169頁
- (2) 前掲柚木170頁
- (3) 青山道夫・家族法論294頁
- (4) 品川孝次「遺産『共有』の法律関係」遺産分割の研究25頁
- (5) 中川善之助・泉久雄・相続法〔第3版〕208頁
- (6) 前掲中川・泉217頁
- (7) 我妻榮・民法大意下581頁
- (8) 泉久雄「遺産共有論と合有論について」法学教室<第二期>2号35頁
- (9) 鈴木祿弥「相続法講義」改訂版211頁

- (10) 前掲鈴木・200頁
- (11) 高木多喜男「口述相続法」185頁
- (12) 有地亨「共同相続関係の法的構造（１）（２）」民商法雑誌50巻6号3頁、51巻1号32頁
- (13) 有地亨「遺産分割と債権、債務」家月45巻9号4頁
- (14) 林良平「遺産中の金銭の遺産分割前の帰属—最二小半平4・4・10をめぐる—」金融法務事情1336号6頁
- (15) 東京地判平成8年11月8日判タ952号228頁、東京地判平成9年10月20日金法1513号58頁、東京高判平成7年12月21日、東京地判平成9年5月28日判タ985号261頁、など
- (16) 大阪高決昭和31年10月9日家月8巻10号43頁、大阪高決平成10年6月5日家月50巻12号40頁及びその原審など
- (17) 最判平成4年4月10日判時1421号77頁
- (18) 前掲有地「遺産分割と債権、債務」家月45巻9号7頁
- (19) 遠藤浩・川井健・原島重義・広中俊雄・水本浩・山本進一編集・民法（9）[第3版]102頁、川井健・久貴忠彦編・親族・相続法195頁
- (20) 林良平・右近健男・山口純夫編・親族・相続法255頁
- (21) 有地亨・新版親族法・相続法[補正第二版]153頁
- (22) 前掲有地「遺産分割と債権、債務」15頁
- (23) 前掲高木・口述相続法185頁
- (24) 前掲有地「遺産分割と債権、債務」13頁
- (25) なお、有地教授は新版註釈民法（27）215頁においては、「法定相続分は生前贈与、遺贈、寄与分を含む相続財産全体に対する承継割合である。これに対し、具体的相続分は相続開始時に存在する個々の相続財産に対する承継割合であって、各相続人が個々の相続財産にもつ実体的権利としての持分は具体的相続分にほかならない。このような具体的相続分である持分は処分もできるし、また、全相続人について具体的相続分が明確にされれば、具体的相続分による登記も可能であるし、さらに、具体的相続分に応じた共有持分も裁判により確認できると考える」という。改説されたとみるべきだろうか。
- (26) 新版註釈民法（27）175頁
- (27) 前掲高木・179頁
- (28) 前掲鈴木・196頁
- (29) 有地教授の考え方に近いように思われる。
- (30) 例えば、最判昭和53年12月20日（民集32巻9号1674頁）は、有名な相続回復請求権に関する判決であるが、主張自体に特別受益の事実が存在するが、それを全く考慮することなく遺産分割前における法定相続分による共有持分を認め、その限度で登記の更正を命じている。
- (31) 前掲新版註釈民法（27）176頁

- (32) 前掲有地「遺産分割と債権、債務」4頁、塩月秀平「金銭の相続と遺産分割—最高裁第二小法廷平成4年4月10日判決をめぐって—」家月44巻10号7頁もこのような理解を示している。
- (33) 水上敏「特定の財産がいわゆる特別受益財産であることの確認を求める訴えの適否」最高裁判所判例解説民事篇平成7年度上311頁、梶村太市「特別受益の特戻と確認訴訟の適否」家月44巻7号1頁及び松原正明「特別受益財産の確認の可否—最高裁第三小法廷平成7年3月7日判決を中心として—」家月48巻9号1頁参照
- (34) 西原諄「遺産分割事件の非訟的処理」岡山大学法学会雑誌35巻3・4号158頁
- (35) 拙著・相続法への誘い100頁
- (36) 前掲有地・新版註釈民法(27)215頁、同「遺産分割と債権、債務」13頁
- (37) 安部正三「具体的相続分に関する争い」新版相続法の基礎157頁、島津一郎「遺産共有持分の譲渡」新版相続法の基礎127頁、若林昌子「特別受益の確定—訴訟事項か審判事項か—」判タ688号48頁
- (38) 前掲梶村・34頁
- (39) 篠清「分割前の遺産の処分と滅失」遺産分割の研究224頁、松原正明「遺産分割の対象となる財産の範囲と限界」講座現代家族法第5巻49頁
- (40) 谷口知平「相続財産の評価」家族法大系VI316頁、前掲中川・泉263頁、最判昭和51年3月8日民集30巻2号111頁、反対瀬川信久「具体的相続分算定のための遺産評価の基準時」現代家族法大系VI365頁、有地新版註釈民法(27)245頁
- (41) 田中壮太・岡部喜代子・橋本昇二・長秀之・遺産分割事件の処理をめぐる諸問題246頁
- (42) 前掲大阪高決平成10年6月5日家月50巻12号40頁及びその原審はこのような方法で預金を分割の対象としている。
- (43) 前掲林「遺産中の金銭の遺産分割前の帰属」金融法務事情1336号10頁、林良平「遺産共有と遺産分割」家族法学の課題と展望271頁、東京家審昭和47年11月5日家月5巻9号107頁、但し当事者の合意により一部分割を残余遺産の分割と関連づけられないものとして行うことは可能である(佐藤廉「一部分割の可否」判タ688号232頁)。
- (44) 前掲篠・220頁
- (45) 前掲高木・口述相続法366頁は、「遺産分割時に現存しない財産は遺産分割の対象にならないと言うものがありますが、……それを既に受け取って消費してしまった相続人の割当分を構成するとして遺産分割の割当分を算定する際に差し引き計算するという操作も可能なのでありまして、……消費された財産も遺産分割の対象財産とすることができる」と述べているが、一方債

権については、原則として遺産分割の対象とならないと解したうえ、帰属は法定相続分によって決まるが、具体的相続分による債権の配分は、超過部分は他の相続人が不当利得返還請求をなしうると解している(375頁)。

- (46) このような方法が果たして遺産分割の迅速な処理に役立つかという疑問があるかも知れない。少なくとも計数上の対象財産とすることは遺産分割にあたって可分債権——ほとんどは金銭債権であるが——の有無、数額を確定しなければならない事を意味するからである。この実務上の問題は、手続きの問題として別途解決を試みてみたいと思う。