

ドイツ相続法における代償財産

田 中 宏 治

- 第一章 総説
- 第二章 ドイツ相続法における代位
 - 第一節 総説
 - 第二節 相続財産の代位
 - 第三節 表見相続人の法律行為による代位
 - 第四節 まとめ
- 第三章 わが国の相続法における代償財産
 - 第一節 総説
 - 第二節 裁判例
 - 第三節 学説
 - 第四節 まとめ
- 第四章 結論

第一章 総説

一 総説

1 「代償財産」という言葉

「代償財産」とは何か。私は、拙著『代償請求権と履行不能』（信山社、平三〇）において平成二九年民法改正において新設された民法四二二条の二の「代償請求権」の規定を考察した。その際、わが国では、「代償請求権」という言葉が同条の規定の意味以外にも様々な意味で用いられていることを明らかにした。^①また、その際、法文中にはない「代償財産」という言葉が、判例において用いられていることを紹介した。^②それは、遺産の処分によつて受ける財産——遺産の一部の売却代金請求権や滅失損傷による損害賠償請求権など——の意味であること、そして、そのような「代償財産」を受けるといふ意味で、「代償請求権」という言葉が用いられることもあることを示した。しかし、拙著では、「代償財産」を受けるといふ意味での「代償請求権」は、民法四二二条の二の規定する本来の代償請求権と明確に区別できることを指摘するに止めた。^③

「代償財産」という言葉は、わが国の民法解釈においてどのような意味を与えられているのか。それは、ドイツ法に照らしてどのように分析することができるのか。本稿では、拙著において積み残したこの問題を精密に分析することを目的としている。

二 事例

ここで想定される事例は、次のようなものである。^④すなわち——

死亡した被相続人アントンの共同相続人は、妻エラ、孫ニーナ、孫オリバー、孫テオの四人であり、法定相続分は、——
日独共通で——妻エラが半分、三人の孫がそれぞれ六分の一ずつである。

エラは、夫アントンの死後非常に淋しく、気分転換のために電器商Rから代金一、八〇〇ユーロでテレビを購入し、アントンが遺した遺産中の現金（四、〇〇〇ユーロ）から支払ったが、その際、相続が開始していることについては電気商Rに打ち明けなかった。三人の孫たちは、祖母エラのテレビ購入を知ったが、それを了解しなかった。孫たちは、アントンの弁済すべき残債務を明らかにすることの方が先だと考えていたからである。孫たちは、電気商Rに対し、支払済の代金の返還を求めることができるだろうか。それができないとしても、テレビは相続財産に属することになるだろうか。

また、もし、テレビを購入したのが妻エラではなく、故アントンの同居の弟である——共同相続人ではない——ヨハネスであったとしたら、どうであろうか。

三 研究範囲

わが国の相続法においては、「代償財産」以外にも、「代償」「代位」の法的性質を帯びる制度がある。財産分離における物上代位（民法九四六条・同九五〇条二項）と遺贈の物上代位（民法九九九条・同一〇〇一条）である。⁵⁾しかし、それらは、本稿の研究範囲に含まれない。

四 研究方法

ドイツにおいては、わが国の「代償財産」に相当する概念が明文で規定されている（ドイツ民法二〇四一条等）。そこで、ドイツにおける「代償財産」概念を巡る制度を理解したうえで（第二章）、そこからわが国の用語法に対する示唆を得ることとしよう（第三章・第四章）。

第二章 ドイツ相続法における代位

第一節 総説

右の例において、妻エラまたは弟ヨハネスは、相続財産中の現金で勝手にテレビを購入した。少なくとも彼らがテレビを独り占めすることができないことは、言うまでも無い。

そのことについて、ドイツ法は、テレビを購入したのが誰かによって場合を分けるべく規定を置いている。それを以下では、相続財産の代位(第二節)と表見相続人の法律行為による代位(第三節)に分けて説明を加えよう。⁽⁶⁾

第二節 相続財産の代位

一 総説

1 根拠規定

相続財産は、相続開始時に確定したまま遺産分割終了まで一切変更を被らない、というわけではない。様々な変更が考えられるが、①共同相続人の法律行為、②相続財産中の債務の弁済、③第三者の行為や不可抗力による滅失、などを典型的な変更事由として挙げることができる。⁽⁷⁾これに関して、ドイツ民法二〇四一条が次のとおり規定している。⁽⁸⁾すなわち――

ドイツ民法二〇四一条 直接代位 (Unmittelbare Ersetzung) 相続財産に属する権利によって (auf Grund) 相続財産の滅

失、損傷若しくは侵奪の賠償 (Ersatz) として又は法律行為によって取得されたものは、相続財産に属する。法律行為によって取得した債権については、ドイツ民法二〇一九条二項の規定を準用する。

2 訳語

この条文の表題は、*„Unmittelbare Ersetzung“* である。まず、*„unmittelbar“* とは「直接の、じかの」という形容詞である。そして、同一条文中に同根語として、*„Ersetzung“* と *„Ersatz“* が登場する。いずれも動詞 *„ersetzen“* (代える、交換する) が名詞化したものであり、「代えること、交換すること」「代わりのもの」という意味である。前者 *„Ersetzung“* は余り使われない語であるのに対し、後者 *„Ersatz“* は、頻出語であり、「賠償」が定訳である。たとえば、*„Schadensersatz“* は「損害賠償」である。そこで、*„Ersetzung“* の訳語は、「賠償」を避けて、「代位」か「代償」であるけれども、差し当たり、「代位」と訳しておく。

なお、同種・同等・同量の物をもって代えることができる物を意味する「代替物 (*vertretbare Sache*)」(ドイツ民法九一条) の概念を表現する際の *„vertreten“* という語が別に存在するので注意が必要である。⁽¹⁾

また、ゲルマン語源の *„Ersetzung“* とラテン語源の同義語として、*„Surrogation“* という名詞があり、「代位」が定訳である。*„dingliche Surrogation“* は「物上代位」である。同様に、*„Ersatz“* に対応するラテン語源の名詞は、*„Surrogat“* であり、これが「代位物」とか「代償財産」と訳されるべき語であるが、稀にしか用いられない。⁽²⁾

3 物上代位と債権法上の代償

なお、右の「物上代位 (dingliche Surrogation)」は、代償請求権の「債権法上の代償 (schuldrechtliche Surrogation)」と対置される。ここでははく簡単に、「債権法上の代償」は、新しい請求権の発生だという点で物上代位とは異なる、とだけ指摘して先に進もう。¹²⁾

4 意義

本条の規定の意義は、相続財産の価値を維持することによる、①共同相続人の保護、②相続債権者(被相続人の対する債権者)の保護、という二点に存する。¹³⁾

二 要件

1 総説

相続財産に属する権利によって共同相続人が権利を取得することが要件である。共同相続人ではなく、表見相続人が権利を取得するときは、本条ではなく、次節に詳解するドイツ民法二〇一九条の規定が適用されるからである。¹⁴⁾

また、そこで言う「権利によって」は直接のものに限定されない。権利によって取得した、その権利によってさらに取得したのもよい(通説・判例)。¹⁵⁾

もっとも、権利取得は、①権利代位 (Rechtssurrogation)、②賠償代位 (Ersatzsurrogation)、③関係代位 (Beziehungssurrogation) の三つの方法に分類されるのが通常である。¹⁷⁾

2 権利代位

第一に、権利代位とは、相続財産に属する権利によって、すなわち、権利の本来的効力によって他の権利が取得される場合の代位である。相続財産中の債権が弁済された場合に債権者が取得する権利や、相続財産中の権利を元物として果実が收取された場合、他に、相続財産中の形成権（解除権や取消権など）の行使によって権利が取得される場合もこれに入る。

3 賠償代位

第二に、賠償代位とは、相続財産の滅失、損傷若しくは侵奪の賠償として他の権利が取得される場合の代位である。相続財産中の物が共同相続人や第三者の不法行為によって滅失した場合の加害者に対する損害賠償請求権が典型である。相続財産中の物についての保険金請求権が取得される場合の代位もこれに当たり、相続財産中の債権の不能による消滅に際して代償請求権が取得される場合の代位もこれに当たる。

4 関係代位

第三に、関係代位とは、相続財産に関係する法律行為によって取得された財産である。この問題は、冒頭に掲げた事例を用いて説明しよう（↓第一章二）。

結論から先に言えば、テレビの所有権は相続財産に帰属する。しかし、テレビの所有権の移転は、その代金一、八〇〇ユーロの（相続財産中の）金銭所有権の本来的効力として生じたものではない。したがって、テレビ所有権が「権利代位」として相続財産に属することはない。また、テレビ所有権の移転は、代金の反対給付であつ

て、賠償として給付されたものではないので、「賠償代位」として相続財産に属することもない。しかし、その「反対給付としての所有権移転は、相続財産に係る法律行為によってなされるものであるため、これを「関係代位」と呼んで、代位の及ぶ範囲に含めるのである。⁽²⁵⁾

5 関係代位の範囲

どこまでの関係がこの関係代位に含まれるのだろうか。⁽²⁶⁾ 法律行為が客観的に相続財産と関係していれば足りるのか、それとも、法律行為を相続財産に係らせる主観的な意思も必要なのだろうか。

事例においては、一、八〇〇ユーロは相続財産中の現金であるので、まず客観的には相続財産と関係している。しかし、妻エラは共同相続人全員のためではなく、自己のために売買契約を結んだので、主観的には相続財産とは関係していない。しかし、経済的価値として相続財産の延長であるものを相続財産として扱って共同相続人のおよび相続債権者を保護することがドイツ民法二〇四一条の規定の趣旨であるので、客観的に相続財産と関係していれば、主観的意思を問わず、関係代位の範囲に含まれる、と解釈する⁽²⁷⁾。

三 効果

ドイツ民法二〇四一条の規定の要件が満たされるときは、それが権利代位・賠償代位・関係代位のいずれであつても、当該権利は直接に、(unmittelbar) 共同相続人全員に帰属する。直接にとは、表見相続人といったん帰属すること無しに、という意味である。⁽²⁸⁾

たとえば、相続財産中の引渡債権の目的物が共同相続人の一人に給付されるときは、その所有権は、共同相続

人全員の合有となる（ドイツでは、共同相続人の共同所有形態は、わが国の共有とは異なり、合有である³⁰）。直接代位の目的が不動産所有権であり、登記簿上の名義人が共同相続人の一人であっても同様である。つまり、その登記は現実の権利関係に合致しないものとなり、共同相続人は、更正登記を求めることができる（ドイツ民法八九四条³¹）。

第三節 表見相続人の法律行為による代位

一 ドイツ民法二〇一九条

1 根拠規定

表見相続人（Erschaffbesitzer）は、相続財産によって取得したものを、自己の所有とすることができず、相続財産に戻さなければならない。相続財産を対価に法律行為によって取得したときもそうである。これに関して、ドイツ民法二〇一九条が次のとおり規定している。³² すなわち――

ドイツ民法二〇一九条一項 直接代位（Unmittelbare Ersetzung） 表見相続人が相続財産で（mit Mitteln der Erbschaft）法律行為によって取得するものも、相続財産から取得したものと同みなす。

ドイツ民法二〇一九条二項 直接代位 前項の方法により取得した債権が〔相続財産に〕帰属したことは、債務者がそれを知った時は、債務者に対抗することができる。この場合においては、第四〇六条から第四〇八条までの規定を準用する。

まず、このドイツ民法二〇一九条の表題は、同二〇四一条のそれと完全に同じ、„Unmittelbare Ersetzung“である。同条と同じく「直接代位」と訳そう。

2 意義

ドイツ民法二〇一九条一項の規定の意義は、①相続財産の経済的価値維持、②相続人がその持分について相続財産を取得することの保障、という二点に存する⁽³³⁾。では、「相続財産から取得したものとみなす」ことで、なぜ右①②が図られるか、というと、そのようにみなされることで、表見相続人の返還義務が生じるからである。

二 ドイツ民法二〇一八条

1 表見相続人の返還義務

それについては、ドイツ民法二〇一八条に規定がある⁽³⁴⁾。すなわち――

ドイツ民法二〇一八条 表見相続人の返還義務 (Herausgabepflicht des Erbschaftsbesizers) 相続人は、現実には帰属しない相続権を原因として相続財産の全部又は一部を取得した者(表見相続人)に対して、取得したものの返還を請求することが出来る。

右条文は、ドイツ民法典第五編「相続」第一章「相続人の順位(相続順位(Erbfolge))」に続く第二章「相続人の法的地位」における、第一節「相続の承認及び放棄、遺産裁判所の保全処分」、第二節「遺産債務(被相続人の債務(Nachlassverbindlichkeit))」についての相続人の責任」に続く第三節「相続回復請求権(Erbschaftsanspruch)」の冒頭規定である⁽³⁵⁾。つまり、相続回復請求権の一内容である。

2 返還義務の範囲

返還義務の根拠条文は、右のドイツ民法二〇一八条であるが、二つの特別規定を伴っている。すなわち、①本稿の検討対象たる、「直接代位」を規定するドイツ民法二〇一九条、②使用利益および果実を含むと規定するドイツ民法二〇二〇条である。

三 ドイツ民法二〇二〇条

1 総説

ドイツ民法二〇二〇条は、次のとおりである。⁽³⁶⁾ すなわち――

ドイツ民法二〇二〇条 利益及び果実 (Nutzungen und Früchte) 表見相続人は、相続財産から得た利益 (Nutzungen) を相続人に対して返還しなければならない。表見相続人は、果実の所有権を取得したときは、それを返還しなければならない。

ここで、「利益 (Nutzungen)」という――わが国には規定の無い――概念は、次の規定が根拠となっている。⁽³⁷⁾ すなわち――

ドイツ民法一〇〇条 利益 物又は権利の果実及び物又は権利の使用から生じる利益は、利益 (Nutzung) とする。

つまり、利益とは、①果実 (ドイツ民法九九条) と②使用利益から成る、両者の上位概念である。⁽³⁸⁾ このうち、②使用利益という概念は、わが国の民法典には規定が無い。しかし、果実と同様に取り扱うべき、と解されている⁽³⁹⁾ (判例・通説)。⁽⁴⁰⁾

要するに、表見相続人が相続財産から果実や使用利益を取得するときは、それらを返還しなければならない、ということである（ドイツ民法二〇二〇条前段）。

2 果実返還——天然果実

まず、果実については、表見相続人は①その所有権を取得しない場合と、②取得する場合がある。天然果実と法定果実で場合が分かれる。⁽¹⁾

果実の所有権は、原則として、その元物から分離する時の元物の所有者に帰属する（ドイツ民法九五三条）。したがって、たとえば、相続財産中のリンゴの木を占有する表見相続人は、リンゴの実という天然果実を収取しても、原則として①その所有権を取得することができない。むしろ、リンゴの実の所有者は、リンゴの木の所有権が帰属する相続人である。したがって、相続人は、リンゴの実を占有する表見相続人に対し、物権的返還請求権を取得する（ドイツ民法二〇二〇条前段⁽²⁾）。もっとも、この帰結は、ドイツ民法二〇二〇条の規定が欠けていたとしても、物権法の規定の適用によって導かれるものである（ドイツ民法九八五条⁽³⁾）。

これに対し、例外として、所有者ではないことについて善意の表見相続人は、元物を所有者として占有、つまり自主占有（Eigenbesitz）していることを理由に、例外的に②果実所有権を取得する（ドイツ民法九五五条⁽⁴⁾）。たとえば、相続財産であることについて善意で（自己物として）相続財産中のリンゴの木を占有する表見相続人は、リンゴの実を収取することによってその所有権を取得する。そのときは、相続人は、リンゴの実の所有者である表見相続人に対し、所有権移転を求めることができる（ドイツ民法二〇二〇条後段）。その請求権は、債権的請求権である。⁽⁵⁾

3 果実返還——法定果実

つぎに、法定果実の返還は、解釈上の争点となっている。⁽⁴⁶⁾たとえば、相続財産中の不動産を表見相続人が第三者に賃貸したときの賃料債権を表見相続人が得たときは、どうなるだろうか。

多数説によれば、ドイツ民法二〇一九条の規定に従って、相続人は、表見相続人に対し、法定果実（たとえば賃料債権）の返還を求めることができ、その返還請求権は、物権的な性格を持つことになる。⁽⁴⁷⁾なぜならば、表見相続人が、相続財産中の物を売却するか、賃貸するかによって差を設けるべきではなく、いずれもドイツ民法二〇一九条の規定に従って返還されるべきだからである。⁽⁴⁸⁾その結果、多数説によれば、ドイツ民法二〇二〇条後段の規定の適用範囲は、天然果実に限定されることになる。⁽⁴⁹⁾

これに対し、古い少数説によれば、ドイツ民法二〇一九条の規定の適用はない。法定果実としての賃料債権が表見相続人に弁済されてしまう（賃料が支払われてしまう）ときは、その金銭所有権は、——表見相続人の善意・悪意を問わずに——表見相続人に帰属する。そして、相続人は、債権的な返還請求権だけを取得する（ドイツ民法二〇二〇条後段）。そうであれば、賃料債権が弁済されないうちに相続人が返還請求するときも、それは、ドイツ民法二〇一九条の規定に従った物権的な請求権ではなく、同二〇二〇条後段の規定に従った債権的な請求権だ、という論理である。⁽⁵⁰⁾

右の争いは、法定果実の返還請求権の法的性質が物権的か債権的かという点にある。前者であれば、所有権に基づく強い物権的請求権となり、とりわけ表見相続人破産の際には、破産法四七条の規定に従って取戻権（*Aussonderungsrecht*）の保護を受けることができる。後者であれば、所有者たる表見相続人に対し、所有権移転という給付を求める債権的請求権にすぎないことになる。⁽⁵¹⁾

4 使用利益返還

それに対し、使用利益返還については、使用利益自体を返還することはできないので、使用利益相当額の金銭を不当利得として返還することになる（ドイツ民法二〇二一条、同八一八条二項）。ドイツ民法二〇二一条は、次のとおりである。⁽³²⁾ すなわち——

ドイツ民法二〇二一条 不当利得原則による返還義務 表見相続人は、「取得したものを」返還することができないときは、不当利得返還に関する規定に従って義務を負う。

その法的性質は、——不当利得返還請求権であるので——もちろん債権的請求権である。⁽³³⁾ たとえば、表見相続人が相続財産中の不動産に居住していたときは、使用利益として賃料相当額を返還しなければならない。

5 まとめ

結局、多数説によれば、ドイツ民法二〇二〇条前段の規定は、それが欠けていたとしても物権法の規定の適用によって同じ帰結が導かれる、確認的なものである。そのため、ドイツ民法二〇二〇条独自の意義は、その後段に存する。しかし、後段の規定も、善意の表見相続人が天然果実の所有権を取得するときに相続人に対して債権的返還請求権を取得させるという限定された場面でのみ適用されるものにすぎない。

四 ドイツ民法二〇一九条二項の第三者保護規定

1 総説

「直接代位」について規定するドイツ民法二〇一九条の規定は、その直前の同二〇一八条を受けた規定であり、直後の同二〇二〇条と合わせて、同二〇一八条の特別規定となっている。

そこで、以下では、ドイツ民法二〇一九条の右の位置づけを前提に、その解釈をやや詳しく見てゆこう。まず、ドイツ民法二〇一九条には第二項が存在するので、その規定から始めよう。この規定は、第三者に関する規定である。

2 原則

表見相続人は、相続財産については無権利であるので、相続財産中の権利を表見相続人から譲渡された第三者は、原則としてその権利を取得することができない。しかし、例外として、公信の原則の規定に従って、権利を取得することがある。

3 例外——不動産

目的物が不動産であれば、ドイツ民法八九二条以下に規定された公信の原則に従って、表見相続人から譲渡された権利を、第三者が取得し、相続人が喪失することがある。⁽³⁴⁾

4 例外——動産

ところが、目的物が動産であれば、表見相続人が占有を取得することがないので（ドイツ民法八五七条）、即時取得の規定は適用されず、第三者が即時取得の規定によって保護されることがない。⁽⁵⁵⁾ すなわち——

ドイツ民法八五七条 占有の相続 相続人は、占有を承継する。

占有が相続人に承継されることは、わが国には明文の規定が欠けているが、同様に解されているところである。⁽⁵⁶⁾

5 例外——債権

公信の原則の他に、債権の債務者として登場した第三者を保護するのがドイツ民法二〇一九条二項の規定である。つまり、表見相続人が法律行為によって発生させた債権が同条一項の規定にしたがつて相続人に帰属するときの債務者である。その場合において、債務者は、①相続財産によって発生した債権であることおよび②法律行為の相手方が相続人ではないことについて善意であったときは、表見相続人を債権者として扱うことができる。

しかし、債務者は、①または②を知ったときから、相続人を債権者として扱わなければならない。その際、第二項が準用を指示しているドイツ民法四〇六条から四〇八条までの規定は、債務者の相殺の利益を保護する（ドイツ民法四〇六条）など、債務者保護の規定である。⁽⁵⁷⁾

五 直接代位の範囲

改めて、第一項の規定に戻り、そもそもこのドイツ民法二〇一九条の規定の適用範囲を見ることで、その規定

する「直接代位」の理解を深めよう。

まず、後で検討するとおり、要件として明文に「法律行為」と書かれているので、あくまでも表見相続人の法律行為によって取得したものが本条の規定する直接代位の対象となる。また、ドイツ民法二〇四一条の規定と同様に、そこで言う「法律行為」は単一のものに限定されない⁽⁵⁸⁾ので、法律行為によって取得したものを用いてさらに法律行為によって取得したものについても、直接代位の対象となる⁽⁵⁹⁾。

六 直接代位の要件

1 総説

要件は、①表見相続人の権利取得、②法律行為によるものであること、③相続財産を用いたものであること、の三つである。

2 表見相続人の権利取得

まず、表見相続人が権利を取得しなければならない。所有権や債権が典型である⁽⁶⁰⁾。

3 法律行為によるものであること

たとえば、表見相続人が相続財産中の現金で絵画や土地を購入する場合の売買契約である⁽⁶¹⁾。

4 相続財産を用いたものであること

表見相続人の法律行為による権利取得は、たとえば、金銭、動産、不動産またはその他の諸権利といった相続財産を用いたものでなければならぬ。⁽⁶¹⁾

七 直接代位の効果

ドイツ民法二〇一九条の規定に従って、表見相続人が取得したものは、直接に（*unmittelbar*）相続人に帰属する。直接に、とは、表見相続人にいったん帰属すること無しに、という意味である。⁽⁶²⁾ 表見相続人が取得したものは、相続財産の一部となり、それを表見相続人が占有するときは、ドイツ民法二〇一八条の規定に従って、返還義務を負う。⁽⁶³⁾

表見相続人が取得したものが不動産所有権であり、登記簿上の名義人が表見相続人であっても同様である。つまり、その登記は現実の権利関係に合致しないものとなり、相続人は、更正登記を求めることができる（ドイツ民法八九四条⁽⁶⁴⁾）。

第四節 まとめ

一 代金返還

冒頭の事例を用いて、ドイツ法の制度をまとめよう。

まず、支払済の代金の返還を求めることができるだろうか。なお、わが国では、金銭は、その占有者の所有に属するので（判例⁽⁶⁵⁾）、以下のドイツ法の問題とは大きく異なることに注意しなければならない。

仮に金銭が共同相続関係 (Erbengemeinschaft) の所有に留まっていれば、ドイツ民法九八五条の規定に従って物権の返還請求権を各共同相続人は単独で行使することができる (ドイツ民法二〇三九条前段)。では、支払済の一、八〇〇ユーロの現金は、誰の所有物だろうか。

当初、一、八〇〇ユーロは、相続開始以降、妻エラと三人の孫の共同相続関係に帰属していた。共同相続人は、相続財産に属するものを処分するには、共同でしなければならない (ドイツ民法二〇四〇条一項)。つまり、妻エラには、その現金の所有権を単独で売主 R に対して——ドイツ民法九二九条一項の規定に従って——移転する権限は無かった。しかし、R は、一、八〇〇ユーロを無権利者のエラから譲渡され、それがエラに属していないことについて善意無重過失であったのだから (ドイツ民法九三二条二項)、金銭所有権を即時取得している (同条一項)。一、八〇〇ユーロの所有者は、エラでは無く、四名の共同相続関係だったので、ドイツ民法九三二条一項の「その物が譲渡人のものではないときは」の要件を満たすからである。また、エラが一、八〇〇ユーロを自分のものとすることによって、他の三人の共同相続人は、ドイツ民法八五七条の規定に従って相続によって取得していた占有を喪失しているため、占有離脱物について即時取得を否定する例外規定 (ドイツ民法九三五条一項) の適用があるように見える。しかし、ドイツ民法九三五条一項の規定は、金銭には適用されないため、R の即時取得の妨げとはならない。結局、R は、一、八〇〇ユーロの所有者であるので、三人の孫たちは、支払済の代金の返還をドイツ民法九八五条の規定に従って求めることができない。⁽⁶⁶⁾

二 売買目的物の所有権

これに対し、売買目的物としてのテレビの所有権は、ドイツ民法二〇四一条が規定する直接代位によって、相

続財産に帰属する。売買契約という「法律行為によって取得された」からである(↓第二節二・四・五⁽⁴⁷⁾)。

分割対象は、現金二、二〇〇ユーロとテレビである。これを法定相続分に従って、妻エラが二〇〇ユーロとテレビ、三人の孫が各六六七ユーロを取得する。

三 表見相続人の法律行為の場合

右は、共同相続人のエラによる法律行為の場合である。それに対し、共同相続人ではないヨハネスによる法律行為の場合ではどうか。

やはり、まず、代金返還については、行為者が共同相続人である場合と同様である。売主Rが受領した代金は、即時取得(ドイツ民法九三二条一項)の規定によって保護される。すなわち、一、八〇〇ユーロの所有者は、Rであって、三人の孫たちではないので、彼らは、その返還を求めることができない。

それに対し、テレビの所有権は、ドイツ民法二〇一九条一項が規定する代位によって、共同相続関係に帰属する。もし、テレビを表見相続人のヨハネスが占有するときは、ドイツ民法二〇一八条の規定に従って、返還義務を負う(↓第三節七)。たとえば、妻エラがテレビを取るならば、妻エラに二〇〇ユーロとテレビ、三人の孫に各六六七ユーロという分割となり、妻エラがヨハネスに対して物権的返還請求権を行使することになる。

第三章 わが国の相続法における代償財産

第一節 総説

一 総説

わが国には、ドイツ民法二〇四一条や同二〇一九条に相当する明文の規定が欠けている。そのためもあり、代償財産に関する研究は、判例研究が先行した。

二 相続法改正

以下で裁判例と学説とを見て行くうえで留意しなければならないのは、それらのほとんどが平成三〇年民法改正前のものだということである。右の改正によって、民法九〇六条の二の規定が新設されたことは、「代償財産」の問題に決定的な影響を及ぼした⁽⁶⁸⁾。

つまり、民法九〇六条の二の規定に従って、「遺産の分割前に遺産に属する財産が処分された場合であっても、共同相続人は、その全員の同意により、当該処分された財産が遺産の分割時に遺産として存在するものとみなすことができる」(同条一項)⁽⁶⁹⁾。また、その「全員の同意」⁽⁷⁰⁾に關し、処分を行った共同相続人については、「同意を得ることを要しない」(同条二項)⁽⁷¹⁾。

したがって、本稿冒頭の事例では、エラに一、八〇〇ユーロが使われてしまった残りの三人の共同相続人は、三人で合意すれば、相続財産に一、八〇〇ユーロが残っていると擬制をして遺産分割をすることができる(遺産

分割自体にはエラの合意も必要。

平成三〇年改正法施行後は、右規定の運用に注意すべきことはもちろんである。以下では、裁判例が問題を提起し（第二節）、学説がそれを整理してきた（第三節）、という経緯を踏まえ、裁判例から先に、とりわけ「代償財産」の言葉遣いに注意して見て行こう。

第二節 裁判例

一 総説

まず、遺産の処分によって受ける財産を「代償財産」と呼ぶのは、既に用語法として一般に認められている。⁽⁷²⁾以下では、TKC法律情報データベースにおいて「代償財産」をキーワードにして検索される計六四裁判例を、最高裁、高裁、地裁・家裁の審級別に新しい順に並べて用語法を調べよう。

二 最高裁判所

【一の二】 最決平成二八・一二・一九民集七〇巻八号二二二頁

〔事実の概要〕 遺産の分割申立てがなされ、共同相続された預金債権が遺産分割の対象となるか否かが争われた。〔判旨〕 「共同相続された普通預金債権、通常貯金債権及び定期貯金債権は、いずれも、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはなく、遺産分割の対象となるものと解するのが相当である。〔……〕

裁判官鬼丸かおるの補足意見は、次のとおりである。〔……〕

以上のように解すると、〔一〕 相続開始後に相続財産から生じた果実、〔二〕 相続開始時に相続財産に属してい

た個々の財産が相続開始後に処分等により相続財産から逸出し、その対価等として共同相続人が取得したいわゆる代償財産（例えば、建物の焼失による保険金、土地の売買代金等）、(三) 相続開始と同時に当然に分割された可分債権の弁済金等が被相続人名義の預貯金口座に入金された場合も、これらの入金額が合算された預貯金債権が遺産分割の対象となる（このことは、果実、代償財産、可分債権がいずれも遺産分割の対象とならないと解されることと矛盾するものではない。）（傍点を付けた）。

〔解説〕本決定は、普通預金債権等について、民法四二七条の規定が適用されるために遺産分割の対象にならないという解釈を変更した重要判決である。⁽⁷⁾ その補足意見において、相続財産に属していた個別の財産の対価として共同相続人が取得した財産を「代償財産」と呼んでいる。これは、ドイツ民法二〇四一条の關係代位として相続財産に属するものに対応する（↓第二章第二節二4）。

【一の二】最判平成四・一一・一六家月四五卷一〇号二五頁

〔事実の概要〕法人に対する遺贈について、遺留分権利者による減殺の請求がされた場合において、これに対して平成三〇年改正前民法一〇四一条一項の価額による弁償が行われたときは、右遺贈は、所得税法五九条一項一号の遺贈に当たるか否かが争われた。

〔判旨〕「裁判官大堀誠一の補足意見は、次のとおりである。〔……〕相続財産についていわゆる代償分割の方法による遺産分割が行われた場合には、交付を受けた代償財産に対して相続税が課されることとなるものとして扱われるのである」る（傍点を付けた）。

〔解説〕これも補足意見中の用語にすぎない。ここでは、遺産分割の一方法としての「代償分割」（一部の共同相

相続人が特定の財産を得るのと引き換えに他の共同相続人に対して債務を負う分割）がなされた場合に共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡した財産を「代償財産」と呼んでいる。

【一の三】最判昭和五四・二・二二家月三二卷一号一四九頁

〔事案の概要〕共同相続人全員の合意によって、相続財産を構成する特定不動産を遺産分割前に第三者に売却した場合において、その売却代金が相続財産に帰属して遺産分割の対象となるか、それとも共同相続人が各持分に応じて個々にこれを分割取得するかが争われた。

〔判旨〕「共有持分権を有する共同相続人全員によつて他に売却された右各土地は遺産分割の対象たる相続財産から逸出するとともに、その売却代金は、これを一括して共同相続人の一人に保管させて遺産分割の対象に含める合意をするなどの特別の事情のない限り、相続財産には加えられず、共同相続人が各持分に応じて個々にこれを分割すべきものである」。

〔解説〕本判決では、「代償財産」という言葉は用いられていない。しかし、相続財産中の土地を共同相続人全員が売却したときは、原則としてその代金が相続財産には帰属せず（共同相続人が相続分に応じて取得する）、共同相続人全員が合意したときに限って例外的に相続財産に帰属する、という解釈を示した重要判決である。⁽⁷⁴⁾しかし、「共同相続人が遺産分割前にその共有持分を処分することは禁じられていないが、旧法下では、当該処分がされた場合に遺産分割においてどのような処理をすべきかについて明文の規定はなく、また、明確にこれに言及した判例も見当たらなかった」と平成三〇年改正担当官から見られていたことも重要である。⁽⁷⁵⁾

これに対し、共同相続人全員の合意によって売却をしたという特殊性があるため、「一部分割が行われたこと

が明らかでない限り、売却代金は代償財産として遺産分割の対象として合理的に分割するべきであろう」という見解も示されている。⁽⁷⁶⁾

【一の四】最判昭和五二・九・一九裁判集民一二二号二四七頁

〔事案の概要〕共同相続人全員の合意によって、相続財産を構成する特定不動産を遺産分割前に第三者に売却した場合において、各相続人は第三者に対し持分に応じた代金債権を取得し、これを個々に請求することができるのか、それとも代金債権全部が相続財産に帰属して遺産分割の対象となるかが争われた。

〔判旨〕「共同相続人が全員の合意によつて遺産分割前に遺産を構成する特定不動産を第三者に売却したときは、その不動産は遺産分割の対象から逸出し、各相続人は第三者に対し持分に応じた代金債権を取得し、これを個々に請求することができるものと解すべき」である。

〔解説〕まず、この判決は、代償財産に関する最高裁としての初めての判断である。そして、【一の三】と同趣旨と解されている。⁽⁷⁷⁾

もっとも、それに対し、「分割のために換価された遺産の売得金は、すなわち代償財産であり、分割の対象とされるべきものであることは疑いがない。遺産に属する個々の財産は、遺産分割によつて各共同相続人に終局的に配分され帰属するのであり、分割前の遺産共有は過渡的時点に対処する暫定的措置なのであって、それ以上のもではない。したがつて可分の債権債務の帰属すらも、それはあくまで過渡的暫定的な帰属なのであって終局的に分割帰属するものではないと考えるべきである」という慎重な解釈も示されている。⁽⁷⁸⁾ また、「最高裁の結論は、共有説の帰結であつて、代償財産が遺産に属しないことを宣明したものではない」という解釈も同旨である。⁽⁷⁹⁾

三 高等裁判所

【二の一】東京高判平成二八・一〇・一七判タ一四四六号二二八頁

〔事案の概要〕兄弟姉妹間の扶養について、扶養権利者を扶養してきた扶養義務者Aの他の扶養義務者Cに対する扶養料の求償が問題となった。

〔判旨〕決定中に「Aには母依頼に基づく借金負担としての貢献を認め、代償財産として一千万円、融資として一千万円、計二千万円をCが支払う」という当事者の主張が引用された（傍点を付けた）。

〔解説〕扶養をした扶養義務者は、扶養をしなかった扶養義務者に対し、扶養料の償還を請求することができる（判例⁸⁰）。当事者が用いた「代償財産」という言葉は、「扶養料償還」という意味で用いられている。

【二の二】東京高判平成二五・四・一八TKC文献番号二五五四三一〇五

〔事案の概要〕遺産分割協議において合意された代償分割から生じる債務の弁済が請求され、その金額が争われた。

〔判旨〕判決中に「EからC兄への代償財産として支払う額一五〇〇万円」という当事者の主張が引用された（傍点を付けた）。

〔解説〕遺産分割の一方法としての「代償分割」がなされた場合に共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。【一の二】とほぼ同じ用語法であり、【一の二】では弁済後であるのに対し、本件では弁済前である点で違うだけである。

【二の二】高松高判平成二四・九・一一金商一四五八号二二頁

〔事案の概要〕亡AがYとの間で投資信託取引を行っていたところ、A死亡後にその投資信託は、満期償還され、預かり金債権となった場合において、共同相続人Xが単独で払戻しを請求した。

〔判旨〕「最高裁昭和二九年判決は、〔……〕相続開始時に存在した可分債権について相続開始と同時に当然分割された旨を述べたにとどまるものというべきである。〔……〕」

Aの相続開始時において、本件投資信託は可分債権ではなく、遺産分割の対象たるAの相続財産を構成していたということができるところ、その後、本件投資信託が満期償還によって転化した預かり金債権についても、本件投資信託に代わるいわゆる代償財産として、当該遺産分割の対象となる」（傍点を付けた）。

〔解説〕右「最高裁昭和二九年判決」とは、【一の二】によって修正された、可分債権が遺産分割の対象にならないという最判昭和二九・四・八民集八巻四号八一九頁である。相続開始後に可分債権となった財産は右判決に服さないと述べ、投資信託満期によって取得された預かり金債権が「代償財産」と呼ばれている。これは、ドイツ民法二〇四一条の権利代位として相続財産に属するものに対応する（↓第二章第二節二）。

【二の三】東京高判平成一七・二・一〇税務訴訟資料二五五号順号九九三一

〔事案の概要〕税務署長Yは、Xに対し、Xの亡父Aの死亡による相続および亡母Bの死亡による相続に係る相続の更正処分をした。それに対し、Xは、代償分割の方法による遺産分割の際に取得した債権に基づく税額の計算が違法であると主張し、Yに対し、同処分の取消しを求めた。

〔判旨〕「代償財産の価額は、代償分割の対象となった財産を現物で取得した者が他の共同相続人又は包括受遺者に対して負担した債務（以下「代償債務」という。）の額の相続開始の時点における金額によるものとする」。

〔解説〕【一の二】【二の二】と同様、遺産分割の一方法としての「代償分割」がなされた場合に共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【二の四】名古屋高判平成一五・一二・二五税務訴訟資料二五三号順号九五〇〇

〔事案の概要〕亡Aの共同相続人Xは、相続税の納付に関するYの更正処分等の取消しを求めて訴えを提起した。
〔判旨〕「BがAの生前ないし死後に、相続財産に含まれる預金等の多くを解約するなどして、現金や他の預金、金融商品等に変化させており、(……)変化した後の代償財産により遺産分割がされた。(……)解約によって得た(金銭で)J証券hファンドを取得しており、これを代償財産として(……)」(傍点を付けた)。

〔解説〕共同相続人が、相続財産に属する銀行預金を解約して金銭を取得し、その金銭で購入した金融商品を本判決は、「代償財産」と呼んでいる。これは、【一の一】と同じ用語法であり、ドイツ民法二〇四一条の関係代位として相続財産に属するものに対応する(↓第二章第二節二4)。

【二の五】福岡高那覇支判平成一三・四・二六判時一七六四号七六頁

〔事案の概要〕亡Aの共同相続人Yが相続財産中の株式を無断で処分し、買主がこれを即時取得した場合において、他の共同相続人XらがYに対して取得した損害賠償債権は、遺産分割の手續を経ることなく各法定相続分に応じて分割取得されるのか、それとも遺産分割の対象となるかが争われた。

〔判旨〕第一審が遺産分割の対象となると判断したのを覆し、次の理由を述べて各法定相続人が分割取得すると結論づけた。その理由は非常に詳細である。すなわち、「仮に、当該財産と同一性を有する代償財産が存続する場合は、これを遺産分割の対象とすることができるとしても、本件株式は、善意取得によって相続財産から逸出

したものであるうえ、「……」右預託金は本件売却代金の一部にすぎないから、本件売却代金ないし右預託金は、本件株式と同一性を有する代償財産とは言い難い。「……」さらに、Yに対する損害賠償請求権を本件株式の代償財産であるとして遺産分割の対象とするときは、「……」共同相続人間においても、遺産分割途中で右請求の成否や範囲・金額等に関して解決困難な紛争が生ずるおそれが多分にある（傍点を付けた）。

〔解説〕XらがYに対して取得した損害賠償債権は、ドイツ民法二〇四一条の賠償代位として相続財産に属するものに対応する（第二章第二節二三）。ドイツ法では、分割の対象となるのに対し、本判決は、同一性がない等の理由を詳しく論じたうえで、相続財産中の可分債権と同様に、分割の対象とはならず、各共同相続人に各法定相続分に応じて分割帰属することを認めた。もつとも、【一の一】の判例変更によって相続財産中の預貯金債権も分割の対象とされることになったため、現在であれば本判決の帰結も異なる可能性がある。

【二の六】大阪高判平成一三・二・二七金商一一二七号三〇頁

〔事案の概要〕被相続人から遺言書を受領して金庫内に保管し、被相続人の死後約一〇年を経過するまでその検認の手続をしなかった共同相続人Yが、民法八九一条五号の規定する相続欠格者に当たるか否かが争われた。

〔判旨〕「Yは、本件遺言書を使用することなく、わずかな代償財産をXらに与えることにより、全ての遺産をYが単独取得することを企図していた」（傍点を付けた）。もつとも、結論としては、相続欠格者該当性は否定された。〔解説〕ここでの「代償財産」は、遺言書に従って取得するはずの財産に代わる財産、という意味で用いられている。珍しい用語である。

【二の七】東京高判平成七・一・三〇税務訴訟資料二〇八号一四三頁

〔事案の概要〕亡Aを相続した共同相続人Xらが、相続財産中の甲不動産を取得し、その代償として他の共同相続人Bら四名に対して金員を支払う旨の遺産分割協議が成立した。そして、Xらの名義で甲が第三者に対して売却され、その代金の一部をBら四名が受領した場合において、税務署長Yが、換価分割ではなく代償分割になるものとして所得税の課税をしたところ、Xらがその課税処分¹の適法性を争った。

〔判旨〕代償分割と判断された。

〔解説〕判決中に「代償財産」という文言自体が用いられた事件ではない。

【二の八】 広島高決平成六・三・八家月四七卷二号一五一頁

〔事案の概要〕亡Aの共同相続人間の遺産分割において寄与分の有無が争われた。

〔判旨〕「右有価証券及び預金は、相続開始により法定相続分に応じて当然分割される可分債権であり、〔……〕

預金は、〔……〕Aの死後に遺産である不動産の共有持分を処分して得られた代償財産であるが、これらを遺産分割の対象とすることについて相続人三名はいずれも同意しているとみられるので、本件遺産分割の対象とする。

〔……〕定期預金については、〔……〕土地が売却されたことによる代償財産であるので、〔……〕Aの持分の売却代金〔……〕を遺産分割時の評価額とする」(傍点を付けた)。

〔解説〕共同相続人が、相続財産に属する不動産を売却して取得した有価証券と預金債権を、本判決は、「代償財産」と呼んでいる。これは、【二の一】【二の四】と同じ用語法であり、ドイツ民法二〇四一条の関係代位として相続財産に属するものに対応する(↓第二章第二節二4)。

【二の九】 大阪高判平成五・一〇・二七判タ八七三号二三八頁

〔事案の概要〕亡Aの共同相続人Bは、相続財産に属する甲土地を売却し、その代金で乙土地を購入し、さらに乙を売却し、丙土地を購入した。その場合において、丙が遺産分割の対象となるか否かが争われる中で、特定の不動産が遺産として分割すべき代償財産ではないことの確認を求める訴えが訴訟事項に属するか否かが争われた。

〔判旨〕「代償財産」として遺産分割の対象となるのは、相続財産について物上代位が認められると同様な考えによるものと解せられるが、それについての争いは、相続財産に属していた客体の変動に伴って生ずる代償請求権の存否、範囲に関する紛争として、訴訟事項に属するものである」（傍点を付けた）。

〔解説〕本判決の解釈論は、手続法上のものであるけれども、用語としては、相続財産に属する不動産を転売して取得した不動産を「代償財産」と呼んでいる。これは、【一の二】【二の四】【二の八】と同じ用語法であるが、ドイツ民法二〇四一条の關係代位であり（↓第二章第二節二4）、かつ、連鎖代位と呼ばれるものに対応する（↓第二章第二節二1）。

【二の一〇】東京高決昭和五六・五・一八家月三五卷四号五五頁

〔事案の概要〕相続財産から生ずる相続開始後の家賃が遺産分割の対象となるか否かが争われた。

〔判旨〕「遺産は、民法上特別の規定がない限り相続開始時に被相続人に帰属していた財産のみに限られるのは当然であり、遺産の果実である家賃収入が遺産に属しないことは、いうをまたないところであるから、これを遺産とは別個の財産として、共同相続人らの遺産に対する共有持分の割合に従い右の相続人らに帰属せしむべきものとし、共同相続人間の合意がない限り、右の家賃収入を遺産とあわせて分割することはできない」。

〔解説〕本判決は、「代償財産」の文言は、本件で問題となる果実を「代償財産」と同様に遺産分割の対象とす

べきであると当事者が主張した中で用いられたにすぎない。しかし、本判決自体は、果実を遺産分割の対象とするのは共同相続人全員の合意がある場合に限られる、という「近時の家庭裁判所及び高等裁判所の実務において〔……〕主流となりつつある」見解を採用した重要な判断である。⁸¹⁾

【二の一一】大阪高決昭和四七・九・七家月二五卷六号一二八頁

〔事案の概要〕亡Aおよびその妻亡Bの共同相続人長男Yおよび他の兄弟Xらとの間で、Yの寄与分の評価が争われた。

〔判旨〕「〔……〕各不動産については、〔……〕共同相続したものであるが、Yは昭和三三年六月一〇日右〔……〕山林をCに、同三六年九月二七日〔……〕各畑をDに夫々売却し、代金合計一、〇五〇万円を得たことが認められるから、右一、〇五〇万円を代償財産として遺産とみるのを相当とする」(傍点を付けた)。

〔解説〕本判決は、相続財産に属する不動産を売却して取得した金銭を「代償財産」と呼んでいる。これは、【一の二】【二の四】【二の八】【二の九】と同じ用語法であり、ドイツ民法二〇四一条の関係代位に対応する(↓第二章第二節二4)。

四 地方裁判所・家庭裁判所

その他、地方裁判所・家庭裁判所の裁判例については、ごく簡単に紹介しよう。

【三の一】東京地判令和元・一〇・二五TKC文献番号二五五八二六一七

当初のA会社株式が会社合併によってB会社株式が発行されて端株については金銭が支払われた場合において、

B株式と金銭を「代償財産」と呼び、遺産に含めている。ドイツ民法二〇四一条の権利代位に相当する（↓第二章第二節二）。

【三の二】東京地判平成三一・一・二一TKC文献番号二五五八九一九

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の三】東京地判平成三〇・七・六TKC文献番号二五五六七四

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の四】東京地判平成三〇・六・一二TKC文献番号二五五六二二六

「遺産分割協議が成立した時点で、本件建物は焼失しているから、本件共済金は本件建物の代償財産に当たるものである。代償財産は、相続財産それ自体ではないから、遺産分割の対象とはならない」（傍点を付けた）と判示された。これは、ドイツ民法二〇四一条の賠償代位に相当する用語法である（↓第二章第二節三）。

【三の五】東京地判平成三〇・三・二七TKC文献番号二五五二七三二

日本相撲協会の「年寄名跡としがみよなごせに財産的価値があるか否か、Cの相続財産になるか否かはともかくとして、仮にこれがCの相続財産を構成するものであったとしても、Cの相続人であるXが本件年寄名跡の代償財産とされる名跡「C」の価値相当額について不当利得返還請求権を有するといえない」と判示された（傍点を付けた）。ドイツ民法二〇四一条の關係代位に対応する（↓第二章第二節四）。

【三の六】東京地判平成二九・五・一八TKC文献番号二五五四八六九

共同相続人Yが相続税を納付しなかったために被相続人Eの預貯金に対して滞納処分がなされて徴収された結果、その預貯金から受けるべきであった遺贈が受けられなかった他の共同相続人Xが不当利得返還請求権をYに

対して取得した。その不当利得返還請求権が「Eの預貯金の代償財産として当該相続財産に含まれる」ことが否定された(傍点を付けた)。ドイツ民法二〇四一条の賠償代位に対応する(↓第二章第二節二3)。

【三の七】 神戸地判平成二九・三・七税務訴訟資料二六七号順号一二九八八

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の八】 東京地判平成二八・九・八TKC文献番号二五五三七三八三

共同相続人の遺産費消による損害賠償請求権が代償財産として遺産分割の対象になる、という主張が当事者からなされた(が、認められなかった)。ドイツ民法二〇四一条の賠償代位に対応する(↓第二章第二節二3)。

【三の九】 東京地判平成二八・三・二九TKC文献番号二五五三四六一三

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の一〇】 東京地判平成二七・七・一六民集七一巻二号三〇七頁

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の一】 東京地判平成二七・六・五TKC文献番号二五五三〇五一九

ある財産を売却して取得した金銭を「代償財産」と呼んでいるようであるがはっきりしない。ドイツ民法二〇四一条の関係代位に対応すると思われる(↓第二章第二節二4)。

【三の一】 東京地判平成二七・二・九税務訴訟資料二六五号順号一二六〇二

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の一三】 東京地判平成二七・一・一六TKC文献番号二五五二四三八七

相続財産に属する預金債権を行使して取得した金銭およびそれを用いて取得した株式を「代償財産」と呼んで

いる。ドイツ民法二〇四一条が規定する権利代位と関係代位の双方に対応する（↓第二章第二節二₄）。

【三の一四】東京地判平成二七・一・一三TKC文献番号二五五二四六一五

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の一五】仙台地気仙沼支判平成二六・一〇・一四自治ジャーナル一九四二号一三七頁

東日本大震災の被災者亡Aの共同相続人Xが保険会社Yに対して提起した保険金請求事件である。ドイツ民法二〇四一条の賠償代位に対応する（↓第二章第二節二₃）。

【三の一六】東京地判平成二六・一〇・八TKC文献番号二五五二一九二五

裁判上の和解においてYの内縁解消と財産分与が合意された事件の訴訟代理人XがYに対して成功報酬を請求した事件において、Yの取得した経済的利益を算定するに当たり、特有財産からの価値変形物という意味で「いわば代償財産とされた特有財産の流出分」という言葉が用いられた。相続とは無関係な事件である。

【三の一七】東京地判平成二六・三・二八TKC文献番号二五五二八九一八

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の一八】東京地判平成二六・一・三〇TKC文献番号二五五二七五九一

相続財産に属する不動産を売却して取得した金銭を「代償財産」と呼んでいる。ドイツ民法二〇四一条が規定する関係代位に対応する（↓第二章第二節二₄）。

【三の一九】東京地判平成二五・九・二〇TKC文献番号二五五一四六八一

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の二〇】東京地判平成二四・九・一八TKC文献番号二五四九七〇〇七

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の二一】 神戸地判平成二四・七・三一 税務訴訟資料二六二順号一二〇一五

相続税の増額再更正処分の違法性が争われた事件で唐突に「代償財産」が出てくる。代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を呼んでいるようであるが、はっきりしない。

【三の二二】 東京地判TKC文献番号二五四九五六五一

「将来の相続時における代償財産と引換えに本件物件の権利を放棄させる内容であり、相続開始前の相続の放棄又は相続分の放棄に該当するところ、現行法上、このような意思表示の効力は認められない」との当事者の主張である（傍点を付けた）。単なる「代わりの財産」という意味である。

【三の二三】 東京地判平成二四・二・一〇 TKC文献番号二五四九二〇〇九

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の二四】 東京地判平成二四・二・一〇 税務訴訟資料二六二号順号一一八七六

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の二五】 東京地判平成二三・一・二一 TKC文献番号二五四九〇七三八

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の二六】 千葉地判平成二三・二・一八 訟務月報五八巻六号二五二八頁

被相続人の土地を売却して取得した金銭を「代償財産」と呼んでいる。ドイツ民法二〇四一条が規定する関係代位に対応する（↓第二章第二節二4）。

【三の二七】 京都地判平成二〇・四・二四 TKC文献番号二八一四一二四二一

相続財産中の預貯金債権を共同相続人が引き出して費消した場合において、その共同相続人に対して他の共同相続人が取得する損害賠償請求権を「代償財産」と呼んで相続財産に含めている。ドイツ民法二〇四一条の賠償代位に対応する（↓第二章第二節三）。

【三の二八】東京地判平成一七・一二・七 税務訴訟資料二五五号順号一〇二二〇
代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の二九】東京地判平成一六・一・二〇 税務訴訟資料二五四号順号九五・一五
代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の三〇】東京地判平成一五・一〇・三一 税務訴訟資料二五三号順号九四六・二
代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の三一】名古屋地判平成二四・三・二七 税務訴訟資料二五二号順号九〇九五
相続財産の一部を共同相続人が費消してしまったため、その代わりに遺産分割のために提供された財産を「代償財産」と呼んでいる。代償分割におけるのではなく、単なる「代わりの財産」という意味である。

【三の三二】那覇地判平成二二・六・二九 判時一七六四号八〇頁

【三の三五】の原判決である。共同相続人に対する損害賠償債権が分割の対象となる、という判断を下したものの、控訴審においてはそれが否定された。

【三の三三】高松家審平成八・一〇・二二 家月五一卷七号四八頁

「共同相続人のうち一部の者が遺産に属する財産を遺産分割前に勝手に処分したときは、財産の価値変形物につき物上代位が認められ、同人がこれを費消したときは、同人に対し不当利得返還請求権又は不法行為に基づく

損害賠償請求権等の代償請求権が生ずる。これらの代償財産は遺産そのものではないが、共同相続人においてこれを遺産分割の対象に含める合意をするなど特別の事情がある場合、「……」遺産分割の対象に加え得ると解すべきである（傍点を付けた）。ドイツ民法二〇四一条の賠償代位に対応する（↓第二章第二節二〇三）。

【三の三四】 横浜地判平成六・三・七TKC文献番号二二〇〇八四一二

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の三五】 鳥取家審平成五・三・一〇家月四六卷一〇号七〇頁

被相続人の土地を売却して取得した金銭を「代償財産」と呼んでいる。ドイツ民法二〇四一条が規定する関係代位に対応する（↓第二章第二節二〇四）。本判決では、分割の対象になるかどうかは争われていない。

【三の三六】 大阪地判平成五・二・二六家月四七卷一〇号七一頁

「一般に、遺産に属する財産が、価値的に他のものに変形してなお存在する限り、「……」これを原遺産のいわゆる代償財産として遺産分割の対象に含まれる「……」。本件の如く相続財産を売却してその代金で購入した不動産は勿論、さらに右不動産を売却してその代金で購入した不動産についても「……」右にいう代償財産性を肯定すべきである。また、「……」才覚が介在したことがあったとしても、そのことによって右代償財産性が失われるものではなく、そのことは右遺産分割の際に同人の寄与分として考慮すれば足りる」（傍点を付けた）。ドイツ民法二〇四一条が規定する関係代位に対応する（↓第二章第二節二〇四）。

【三の三七】 長野家審平成四・一一・六家月四六卷一〇号二八頁

「相続開始後に相続人の一人が他の共同相続人に無断で遺産の一部を売却したり費消したりしたときは、当該遺産は本来は遺産の範囲から逸出して遺産分割の対象とはなりえず、代わりに他の共同相続人の当該処分を行っ

た相続人に対する損害賠償請求権あるいは不当利得返還請求権がいわゆる代償財産として分割の対象になる」(傍点を付けた)。ドイツ民法二〇四一条が規定する関係代位に対応する(↓第二章第二節二4)。

【三の三八】前橋地判平成四・四・二八判時一四七八号一〇三頁

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の三九】東京地判平成四・三・一〇訟務月報三九卷一号一三九頁

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の四〇】松江家審平成三・五・二〇家月四四卷七号六四頁

「被相続人Aの財産(代償財産を含む)(……)代償金(……)(これらは(……)当事者間において遺産分割の手続の中で清算することについての合意があるので遺産分割の対象とする)」(傍点を付けた)。ドイツ民法二〇四一条が規定する権利代位または関係代位に対応するものと思われるが、はつきりしない。

【三の四一】東京地判平成二・一〇・一一判タ七七五号二〇六頁

相続開始後に、被相続人Aを受取人とする約束手形の取立金が共同相続人名義の普通預金口座に入金された場合において、「死亡後に入金された部分についてはAの相続財産である債権の化体した代償財産」と認められるので、Aの相続人は、各自の法定相続分に応じてその全部の払戻しを請求する権利を有する(傍点を付けた)。ドイツ民法二〇四一条が規定する権利代位および関係代位に対応する(↓第二章第二節二2・4)。

【三の四二】浦和地判平成元・二・二七税務訴訟資料一六九号三八二頁

代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼んでいる。

【三の四三】東京家審昭和六二・一〇・五家月四〇卷五号一四九頁

相続財産中のグラントピアノの売却代金一〇万円が遺産分割の対象となると判断された。ドイツ民法二〇四一条が規定する関係代位に対応する（↓第二章第二節二4）。

【三の四四】熊本家玉名支審昭和六一・二・二五家月四〇卷一一号九三頁

【三の四八】の抗告審である。相続財産に属する不動産を売却して取得した金銭を「代償財産」と呼び、遺産分割の対象とした。ドイツ民法二〇四一条が規定する関係代位に対応する（↓第二章第二節二4）。

【三の四五】大阪地判昭和五八・四・二五家月三六卷八号一二六頁

相続財産に属する農地借地権を共同相続人が合意解除し、離農補償として農地および金銭を取得した場合において、農地については「代償財産」として分割の対象としたが、金銭については「相続財産に法主体性を認めるかのような代償請求権なる概念をもうけ、これを相続財産ということとは〔……〕できない」と分割の対象としなかつた。⁽⁸²⁾ドイツ民法二〇四一条が規定する関係代位に対応する（↓第二章第二節二4）。

【三の四六】京都地判昭和五五・五・九民集四〇卷二号三九七頁

当事者の主張において「代償財産」という言葉が用いられたが、内容ははっきりしない。

【三の四七】神戸家尼崎支審昭和五〇・五・三〇家月二八卷五号三八頁

「遺産分割の対象については〔……〕、遺産分割の性質上原則として現存する遺産に限るべきであり、分割時までに処分され又は滅失した財産の代償財産が現存するときは公平の見地からそれをも分割の対象となしうるものと〔……〕解するのが相当である」として、相続財産に属する不動産を売却して取得した金銭を遺産分割の対象としている。ドイツ民法二〇四一条が規定する関係代位に対応する（↓第二章第二節二4）。

【三の四八】熊本家玉名支審昭和四三・九・三家月二二卷一号九三頁

相続財産に属する不動産を売却して取得した金銭を「代償財産」と呼び、遺産分割の対象とした。ドイツ民法二〇四一条が規定する関係代位に対応する（↓第二章第二節二4）。

【三の四九】 神戸家明石支審昭和四〇・二・六家月一七卷八号四八頁

相続財産に属する株式を売却して取得した金銭を「代償財産と称するのが適切であろう」と言っているが、審判の対象とはしていない。ドイツ民法二〇四一条が規定する関係代位に対応する（↓第二章第二節二4）。

五 まとめ

1 多様な用語法

最高裁四件、高裁一一件、地裁・家裁四九件、計六四件中、用語法の多い順に並べよう（重複あり）。

① 代償分割において共同相続人が他の共同相続人に対して譲渡する財産を「代償財産」と呼ぶもの二四件。
【一の二】【二の二】【二の三】【三の三】【三の七】【三の九】【三の一〇】【三の一二】【三の一四】【三の一七】【三の一九】【三の二〇】【三の二二】【三の二三】【三の二四】【三の二五】【三の二八】【三の二九】【三の三〇】【三の三四】【三の三八】【三の三九】【三の四二】である。

② ドイツ民法二〇四一条が規定する関係代位に対応するもの二二件。【一の一】【一の三】【一の四】【二の四】【二の八】【二の九】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】
【二の八】【二の九】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】
【二の八】【二の九】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】
【二の八】【二の九】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】【二の一〇】

③ ドイツ民法二〇四一条が規定する賠償代位に対応するもの八件。【二の五】【三の四】【三の六】【三の八】
【三の一五】【三の二七】【三の三二】【三の三三】

④ドイツ民法二〇四一条が規定する権利代位に対応するもの四件。【二の二】【三の一】【三の一三】【三の四一】

⑤その他六件

【二の一】（扶養料償還）【二の六】（遺言書に従って取得するはずの財産に代わる財産）【三の一六】（特有財産の流出分）【三の二二】（単なる「代わりの財産」）【三の三一】（単なる「代わりの財産」）【三の四六】（内容不明）

2 大別して二種

非常に多様な用語法である。しかし、②③④は、いずれもドイツ民法二〇四一条に規定される「直接代位」であり、効果は同一であるので効果との関係でそれらを区別する意味はない（↓第二章第二節三）。そこで、これらをひとまとめにすると、①二四件、②③④三三件（重複があるため）、⑤六件となる。

3 分割対象性

その三三件のうち結論が不明確なもの、および共同相続人全員の同意があるときを除き、分割対象となると判断したのが、【二の二】【二の四】【二の一】【三の一】【三の一五】【三の一八】【三の二七】【三の三二】【三の三六】【三の三七】【三の四三】【三の四四】【三の四五】【三の四七】【三の四八】の一五件、ならないと判断したのが、【一の三】【一の四】【二の五】【三の四】【三の六】【三の八】【三の四二】【三の四九】の八件である。

一五・八であるので、分割対象性肯定説の方が多数であるけれども、否定説も無視できない件数が存在する。また、学説上は、裁判例では肯定説が優勢、という分析がなされており、それが裏付けられた恰好である。

4 肯定されるべき多様性

そもそも法律用語が明確であるべきことは言うまでも無い。しかし、「代償財産」に関する限り、紛らわしい用例はほとんどない。右の区別で言えば、①と②③④の区別が重要であるが、区別不能のものもなかった。「代償財産」の語が法文に根拠の無い以上、その含意に幅が出てくるのは致し方なく、文脈から意味が一義的に読み取れるよう使われている以上、裁判例をもって用語が乱れている、と咎めることはできないであろう。

5 平成以降の用語であること

「代償財産」は、①の意味においても、②③④の意味においても、比較的新しい用語だと言うことができる。平成期の裁判例が五三件であるのに対し、昭和期の裁判例は一件だけに止まるからである。その理由は明らかではない。しかし、【一〇三】最高裁昭和五四年判決が昭和末期に出たことが一つの原因かと推測される。

6 表見相続人の裁判例の不存在

ドイツ法との比較において目に付くのが、表見相続人の登場する裁判例が存在しないことである。その理由は不明である。あくまでも推測であるけれども、わが国では、相続回復請求権の規定が整備されていないことが影響しているのだろうか。

これに関しては、平成三〇年改正によって挿入された民法九〇六条の二の規定が、「同条一項は、〔……〕〔……〕その文言上、当該処分が共同相続人によるものか、それ以外の第三者によるものかで区別していないから、同項については、遺産分割前に遺産に属する財産が相続人以外の第三者である場合にも適用がある」とされ、

同項一項がドイツ民法二〇一九条の規定の役割を担うことが予定されている（同条二項については適用が無いことが明言されている⁽⁸⁴⁾）。

7 「直接代位」に相当する「代償財産」

結局、ドイツ法との比較が意味をなすのは、ドイツ民法二〇四一条の直接代位との対比である。

まず、用語法の明らかな違いが目につく。すなわち、ドイツにおいては「直接代位」という制度を指す言葉が用いられて、「代償財産 (Surrogat)」という言葉が用いられるのは稀である（↓第二章第二節一〇）。それに対し、わが国では、「代償財産」という言葉が用いられる。

その違いの由来について説明されたことはない。だが、ここで一つの仮説を立ててみたい。つまり、ドイツにおいては、「直接代位 (Unmittelbare Ersetzung)」という表題のドイツ民法二〇四一条がある。そのため、その制度を指す「直接代位」あるいはその同義語の「代位 (Surrogation)」という言葉が用いられ、それ以上に、その制度によって相続財産に帰属することになる財産を「代償財産」という語で表現する必要がある。それに対し、わが国では、そもそも右に相当する制度が存在しないため、その制度を表現する言葉も存在しない。しかし、そのような制度がなくても、実務上は、相続財産中の財産の価値変形物が登場してしまう。そこで、その価値変形物を取りあえず「代償財産」と表現して、分割の対象を議論してきた、ということではなからうか。

実際に、従来の議論を振り返ると、右の仮説がまんざら捨てたものではないことが明らかになる。それを次に見よう。

第三節 学説

一 問題

1 総説

改めて、わが国では従来どのような形で問題が提起されてきたか。この問題の指導研究と思われる高木多喜男博士の整理を用いて説明しよう。⁽⁸⁵⁾ すなわち、相続開始後かつ遺産分割前に、相続財産中の個別の財産が処分、滅失または損傷によって他の物（価値変形物）に変わることがある。その場合において、遺産分割の方法としては、技術的に次の三つが考えられる。

2 三つの方法

① 遺産より分離された財産（分離財産⁽⁸⁶⁾）を遺産分割時に遺産中に現存するものと擬制し、これを遺産分割の対象とする。

② 遺産分割時に現存しない財産を遺産分割の対象から除外する。その代わり、代償財産を遺産分割の対象とする。処分の場合には売却代金、滅失・損傷の場合には損害賠償請求権または保険金請求権がこれに含まれる。

③ 分離財産も代償財産も遺産分割の対象から除外する。他の遺産だけを遺産分割の対象とする。滅失・損傷等によって共同相続人の一部に対して他の共同相続人が損害賠償請求権を取得するときは、別途給付訴訟を提起すべきことになる。

二 ドイツ法

まず、第一章において紹介したドイツ法の制度を右の観点から説明し直してみよう。

ドイツ法は、徹底して②の方法を追求している。主たる根拠条文がドイツ民法二〇四一条である。また、その処分等の主体が表見相続人であるときについても②の方法を採用（ドイツ民法二〇一九条）。

三 平成三〇年改正前

1 実務上の運用

それに対しわが国では、【一の三】の最高裁昭和五四年判決の理解がそもそも一致していなかった。これを尊重すると、③の方法を原則として共同相続人全員が合意した場合には②の例外が採られた、と言うことができよう。⁽⁸⁷⁾ 東京家庭裁判所家事第五部の運用上も合意の有無で区別していたようである。⁽⁸⁸⁾

しかし、平成三〇年改正担当官が「明確にこれに言及した判例も見当たらない」としていた点も看過できない。⁽⁸⁹⁾

2 学説とその理由付け

裁判例に対し、学説では、明確に②を原則とすべきとされていた。⁽⁹⁰⁾ その理由付けは、主にドイツ民法二〇四一条の規定である。⁽⁹¹⁾ もっとも、明文の規定のないわが国で物上代位と同様の制度を解釈によって導き出すのは無理があると同時に指摘されていた。⁽⁹²⁾ もし③の方法を採ると、相続財産を勝手に処分等された他の共同相続人は、損害賠償等を求めて別途民事訴訟を提起しなければならず、訴訟経済上望ましくないことも的確に指摘された。⁽⁹³⁾

3 遺産共有の性質論との関係

遺産共有の法的性質については、合有説と共有説があり、それぞれドイツ（↓第二章第二節三）とわが国の通説である。⁹⁴ そのため、合有説に立てばドイツ流に②で、共有説に立てば③で、という性質論との関係が説かれたことがあった。しかし、現在では、代償財産が遺産分割の対象に含まれるか否かの問題は、遺産共有の性質論とは少なくとも直接の関係はない、と捉えられている。⁹⁵

四 平成三〇年改正後

1 新法の解釈

改正後は、①の合意があれば①で、①の合意がなければ②の合意があれば②で（実際には、①の合意がなくて②の合意がある場合は無いだろう）、①の合意も②の合意もなければ③で、となりそうである。⁹⁶

もっとも、民法九〇六条の二の規定を立法した意図が、従来の判例を排除することにも及ぶ、という解釈も成り立つように思われるけれども、はつきりしない。⁹⁷

2 画期的立法

あり得る解釈のいずれを採用するにせよ、民法九〇六条の二の規定を新設したことは、比較法上画期的であり、高く評価するべきである。理論的には、②の代償財産を分割の対象とする方法とほぼ同じ結論を、「代償財産」概念を用いずに導くことができるからである。⁹⁸ 「代償財産」概念を用いないのだから、その理由付けとして、物上代位を議論する必要もない。「代償財産」類似の制度——とりわけ民法三〇四条の物上代位と民法四二二条の二の代償請

求権——との比較も不要である。

右の理解に対しては、民法九〇六条の二の規定が従来の判例を明文化したものの、という説明が見られる⁽⁹⁹⁾。しかし、民法九〇六条の二の規定が相続財産に入れるのは、代償財産ではなく分離財産なので、判例の明文化ではなく、完全に新しい制度と言うべきだろう。しかし、実務上は代償財産≡分離財産と同一視しているようである⁽¹⁰⁰⁾。実務への影響も大きいと予想されている⁽¹⁰¹⁾。平成三〇年改正の中で目玉扱いされなかったのが不思議なくらいである。

なお、この制度はドイツ法の直接代位の制度とほぼ同じ、帰結を導くが、現時点において既にドイツ法との違いを二点指摘することができる。

3 果実に関する違い

第一に、民法九〇六条の二の規定が「処分」を要件としているため、文言上は要件が相当に狭い、という点である。ドイツ法で言うところの、関係代位だけを含み、権利代位と賠償代位を含まない（↓第二章第二節二・三・4）。したがって、共同相続人の一人が勝手に相続財産を売却した場合には、民法九〇六条の二の規定によって他の共同相続人は保護される。しかし、相続財産から共同相続人が収取した果実や、共同相続人が相続財産を故意過失によって滅失させた場合の不法行為による損害賠償請求権は、同条の規定の適用可能性がない⁽¹⁰²⁾。もともと、審議過程の議論によれば、「滅失・毀損」も「処分」に含むと拡大解釈するそうなので、そうであれば、損害賠償請求権の問題は生じない⁽¹⁰³⁾。しかし、果実についての問題が残り、その点で、他の共同相続人の保護がドイツ法よりも薄い。他の共同相続人は別途給付訴訟を提起しなければならぬからである。しかし、果実を収取するに

は資本や労働力を投下する必要があり、それを投下した共同相続人に有利であるべき、という考え方も成り立つので、⁽¹⁰⁶⁾ いちがいにドイツ法の帰結が優つていゝとは言えない。ドイツとは違つ、と指摘するに留めよう。

視点を變えて、わが国の裁判例の分析と照らし合わせると、件数はそれぞれ関係代位二二件、権利代位八件および賠償代位四件であり、断然関係代位が重要である。その関係代位（と賠償代位）をカバーするのであれば、それでひとまず十分だと評価することもできるだろう。

4 大きい代償財産の場合の違い

もう一点ドイツ法との違いを指摘することができるのが、共同相続人の一人が上手な取引をして、分離財産より大きい代償財産を取得した場合である。ドイツ法であれば、それは全額相続財産に帰属し、共同相続人全員が利益を受ける。それに対し、民法九〇六条の二の規定に従つと、代償財産と分離財産の差額分については、処分当事者の共同相続人が独占してしまうことになる。したがつて、この点においても、他の共同相続人の保護がドイツ法よりも薄い。しかし、——果実の場合と同様——、分離財産より大きい代償財産を取得するには、才覚や労力が必要であり、それを用いた共同相続人に差額を独占させるべき、という考え方も成り立つので、いちがいにドイツ法の帰結が優つていゝとは言えない。⁽¹⁰⁷⁾ ドイツとは違つ、と指摘するに留めよう。民法九〇六条の二の規定はむしろ、金銭を費消した場合を主に想定しているようである。

第四節 まとめ

一 代金返還

冒頭の事例は(↓第一章二)、わが国ではどのようなようになるだろうか。

まず、三人の孫たちは、売主Rに対して支払済の代金の返還を求めることができない。わが国では、金銭は、その占有者の所有に属するので、ドイツ法よりも強く売主の動的安全が保護されている。これは、平成三〇年改正前後を通じて不変である。

二 売買目的物の所有権

それに対し、売買目的物の扱いに関しては、大きく変わった。

平成三〇年改正前は、テレビ所有権を遺産分割の対象とすることに妻エラは同意しないであろうから、遺産分割の対象は、現金二、二〇〇ユーロだけである。これを法定相続分に従って、妻エラ一、一〇〇ユーロ、三人の孫が各三六七ユーロを取得する。それとは別に、三人の孫は、妻エラに対して、各三〇〇ユーロの不当利得返還請求権または損害賠償請求権を取得するが、これらの請求権を実現するには別途給付の訴えを提起しなければならない。

平成三〇年改正後は、民法九〇六条の二の規定に従って、三人の孫が合意すれば、妻エラにかかわらず、四、〇〇〇ユーロが分割の対象となる。このうち、妻エラは既に一、八〇〇ユーロ相当のテレビを取得しているので、現金は、妻エラ二〇〇ユーロ、三人の孫が各六六七ユーロを取得する。三人の孫にとっては改正後の方が断然有

利である。また、これがドイツ法と同じ帰結である。

三 表見相続人の法律行為の場合

共同相続人ではないヨハネスによる購入の場合ではどうであろうか。

まず、代金返還については、右と同様、請求することができない。売買目的物の扱いも、大して変わらない。

平成三〇年改正前であれば、遺産分割の対象の現金二、二〇〇ユーロを、妻エラ一、一〇〇ユーロ、三人の孫が各三六七ユーロに分割する。それとは別に、ヨハネスに対し、妻エラ九〇〇ユーロ、三人の孫各三〇〇ユーロの不当利得返還請求権または損害賠償請求権を取得する。

平成三〇年改正後は、四人の共同相続人全員が合意すれば、——二と同様——四、〇〇〇ユーロを分割することができるけれども、現実には、残りの現金二、二〇〇ユーロを、妻エラ一、一〇〇ユーロ、三人の孫が各三六七ユーロに分割せざるをえない。そして、ヨハネスに対し、妻エラが九〇〇ユーロ、三人の孫が各三〇〇ユーロの不当利得返還請求権または損害賠償請求権を取得する。

仮に、法文からは離れるが、代償財産Ⅱ分離財産と同一視するという運用が可能だとしよう(↓第三節四②)。そうであれば、テレビ所有権を含めて分割し(たとえば、妻エラが二〇〇ユーロとテレビ、三人の孫各六六七ユーロ)、テレビを取得することになった共同相続人(エラ)が、表見相続人のヨハネスに対し、物権的返還請求権を行使する、という結論を導くこともできる。この運用であれば、ドイツ法の帰結と同じになる。

第四章 結論

一 「代償財産」の多様性

まず、わが国では「代償財産」という言葉は、——「代償請求権」という語と同様に——非常に多様な意味で用いられていることが明らかになった（↓第三章第二節五上）。

ドイツ民法二〇一九条や同二〇四一条に相当する明文の規定が欠けているため、裁判例における用語法が安定しないのは致し方が無い。また、その多様性は、混乱を生んでいる様子もないので、肯定されるべきである（↓第三章第二節五下）。

二 実質的な差異

共同相続人の一人が勝手に相続財産を処分した場合において、従来は他の相続人の地位がわが国では弱くドイツでは強い、という差異が際立っていた（↓第三章第四節二）。しかし、平成三〇年民法改正によって民法九〇六条の二の規定が追加されたことによって、その違いは著しく小さくなっている（↓第三章第三節四二）。それでも、①果実を取得した場合（↓第三章第三節四三）と②大きい代償財産を取得した場合（↓第三章第三節四四）の扱いが明らかに違っている。

三 表見相続人による処分

もう一つ、日独の明らかな違いは、わが国では、表見相続人の処分による「代償財産」の裁判例が存在しない

ことである。その理由としては、そのための明文の規定が欠けていることが挙げられるように思われるが、はっきりしない（↓第三章第二節五六）。また、表見相続人が相続財産を処分する場合に違いが残りそうである（↓第三章第四節三）。

四 今後の課題

①用語についても、②当事者の有利不利についても、③表見相続人の処分の場合についての相続回復請求権についても、その明文の規定の有無だけでなく裁判例も含めて考察すると、日独の違いが顕著である。しかし、本稿では、違いを指摘するに止まり、その理由や妥当性にまで及ぶ深い考察を加えることができなかった。今回の「代償財産」という言葉に着目した調査を契機として、視野の大きな比較の必要性を痛感した。幸いドイツ相続法の理論と実務に日常的にアクセスしやすい境遇にあるので、それを生かし、ドイツ相続法を包括的に考察することを今後の課題としたい。

※本稿は、日本学術振興会科学研究費助成事業基盤研究（C）課題番号一九K〇一三九一「代償請求権と諸制度の関連と展開」の成果であり、同時に、令和元年度千葉大学サバティカル研修制度（C）の成果である。

- (1) 拙著『代償請求権と履行不能』（平三〇、信山社）一〇四頁以下。
- (2) 拙著・前掲一一三頁。
- (3) 「代償請求権」の用語については、右拙著のほか、松原正明「遺産分割の対象財産性（遺産の代償財産）」岡垣學・野田愛子

編『講座・実務家事審判法三』（日本評論社、平成）一七五頁～一九〇頁、一八四頁、松原正明『全訂判例先例相続法Ⅱ』（日本除出版、平一八）二六一頁にも的確な言及があり、賛成する。

- (4) *Leipold, Dieter: Erbrecht*, 22. Aufl., Tübingen 2020, S. 299の事例に加筆したものである。本稿は、同書に多くを負っているうえ、著者のディーター・ライボルト教授との共同研究の成果でもある。そのご助力に対してここでお礼を申し上げたい。
- (5) 伊藤昌司「第九〇七条」『新版注釈民法（二七）』（有斐閣、補訂版、平二五）三二二頁～四〇六頁、三七二頁。
- (6) この他に、遺言による先位相続人（*Torerbe*）・後位相族人（*Kacherbe*）との関係でも直接代位がドイツ民法二一一一条に規定されているけれども、わが国に縁のない制度であるため、割愛する。*Leipold, Dieter: Erbrecht*, aaO, S. 277, Rn 677.
- (7) *Leipold, Dieter: Erbrecht*, aaO, S. 302, Rn 738; *Gergen, Thomas: § 2041 BGB*, in: *MünchKer. Kommentar zum BGB*, 8. Aufl., München 2020, Rn 1 (zit.: *Miko-BGB / Gergen*).
- (8) 赤松美登里「第二〇四一条 太田武男・佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』（三省堂、平成）三七六頁～三七八頁には、貴重な先行業績として負うところが大きい。
- (9) たとえば、小麦粉・キロである。それに対し、不代替物は、同種・同等・同量の物をもって代えることができない物である。たとえば、パプロ・ピカソの描いた絵画「ゲルニカ」である。
- (10) たとえば、民法五六二条一項の規定する「代替物の引渡し」（ドイツで言うErsatzlieferung）は、「代替物」の意味ではないので、わが国では通常、——法文にかかわらず——「代物」と言っている。
- (11) 近江幸治「民法講義Ⅶ親族法・相続法」（成文堂、第二版、平二七）二六六頁参照。
- (12) *Devezis, Dimitrios: Die dingliche Surrogation als Rechtsprinzip*, Leck 2018, S. 65, 物上代位の一般規定は存在しないことについて *Rubmann, Dominik: Erwerb mit Mitteln der Erbschaft*, Tübingen 2017, S. 9
- (13) *Leipold, Dieter: Erbrecht*, aaO, S. 304, Rn 738; *Miko-BGB / Gergen: § 2041 BGB*, in: *MünchKer. Kommentar zum BGB*, 9. Aufl., Saarbrücken 2020 (zit.: *jurisPK-BGB / Schütte*).
- (14) *jurisPK-BGB / Schütte: 2020*, § 2041, Rn 5.
- (15) *Löhnig, Martin: J. V. Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*,

- Berlin 2016, § 2041 Rn 1 (zit: Staudinger/ *Lohnig*; Gergen: 8. Aufl., 2020, § 2041 Rn 5; Ribmann, Stephan / Szalai, Stephan: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Gsell / Krüger / Lorenz / Reymann, München 2020, § 2041 Rn 22 (zit: BeckOGK-BGB / Ribmann / Szalai); jurisPK-BGB / Schütte: 2020, § 2041, Rn 7. 連鎖代位 (Kettensurrogation) と二重代位 (Doppelsurrogation) の衝突。
- (16) BGH, Urteil vom 29. 9. 1999 — IV ZR 269 / 98, ZEV 2000, 62.
- (17) Staudinger/ *Lohnig*: 2016, § 2041, Rn 3ff; Gergen: 8. Aufl., 2020, § 2041 Rn 6; BeckOGK-BGB / Ribmann / Szalai: 2020, § 2041 Rn 1; jurisPK-BGB / Schütte: 2020, § 2041, Rn 10ff; Lohmann, Ise: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Hau / Possek, 54. Aufl., München 2020, § 2041 Rn 2f (zit: BeckOK-BGB / Lohmann).
- (18) Staudinger/ *Lohnig*: 2016, § 2041, Rn 3; jurisPK-BGB / Schütte: 2020, § 2041, Rn 10.
- (19) Staudinger/ *Lohnig*: 2016, § 2041, Rn 3; jurisPK-BGB / Schütte: 2020, § 2041, Rn 10; Gergen: 8. Aufl., 2020, § 2038 Rn 66; BeckOGK-BGB / Ribmann / Szalai: 2020, § 2038 Rn 65; BeckOK-BGB / Lohmann: 2020, § 2038 Rn 16¹⁴。根拠条文として、ドイツ民法二〇四一条に加えて、わが国の民法八九条一項に相当するドイツ民法九五三条も挙げる。
- (20) Gergen: 8. Aufl., 2020, § 2041 Rn 7; BeckOGK-BGB / Ribmann / Szalai: 2020, § 2041 Rn 6.
- (21) 赤松・前掲三七七頁は、「代償による代位」訳す。しかし、「ハ」が念頭に置かれているのは特に損害賠償であるから、「賠償代位」と訳出した。
- (22) Gergen: 8. Aufl., 2020, § 2041 Rn 13.
- (23) BeckOGK-BGB / Ribmann / Szalai: 2020, § 2041 Rn 8.
- (24) Staudinger/ *Lohnig*: 2016, § 2041, Rn 4.
- (25) Leipold, Dieter: Erbrecht, aaO, S. 303, Rn 741. 赤松・前掲三七七頁は、「これを「関係する行為を介しての代位」訳す。正確であるけれども長いので、本文のとおり訳出した。
- (26) ドイツ民法二〇四一条の規定の文言が、単に「法律行為によつて」とするだけで、同二〇一九条のように「相続財産で法律行為によつて」と限定していないので、問題となる(→同二〇一九条については、第三節一)。

- (27) *Leipold, Dieter: Erbrecht, aO, S. 303, Rn 741, 四四七, Staudinger/ Löhnig: 2016, § 2041, Rn 8; Gergen: 8. Aufl, 2020, § 2041 Rn 13; BeckOGK-BGB/ Rißmann/ Szalai: 2020, § 2041 Rn 10,17; jurisPK-BGB/ Schütte: 2020, § 2041, Rn 13; BeckOGK-BGB/ Lohmann: 2020, § 2041 Rn 3, 詳二七七, Gergen: 8. Aufl, 2020, § 2041 Rn 20; BeckOGK-BGB/ Rißmann/ Szalai: 2020, § 2041 Rn 10,3ff.*
- (28) 効果が同一であるので、効果との関係では、三つの代位を区別する意味はない。
- (29) BeckOGK-BGB/ Rißmann/ Szalai: 2020, § 2041 Rn 10,18.
- (30) *Leipold, Dieter: Erbrecht, aO, S. 302, Rn 738, 四〇七, 〇八*。その合有は、共有と同様に持分の処分が認められる、緩いものである。つまり、共同相続人は、その相続分を自由に処分することができる(ドイツ民法二〇三三條一項)。すなわち、持分の処分が明文で禁じられている組合財産の合有(ドイツ民法七一九條一項)や夫婦共同財産の合有(ドイツ民法一四一九條一項)とは異なる。*Leipold, Dieter: Erbrecht, aO, S. 296, Rn 725, 今西康人「第二〇三三條」太田・佐藤編・前掲「注釈ドイツ相続法」三五四頁～三五七頁、三五四頁。*
- (31) BeckOGK-BGB/ Rißmann/ Szalai: 2020, § 2041 Rn 10,22,1. 判例がある。BGH, Urteil vom 29. 9. 1999, aO, 〇れは、連鎖代位を肯定した判決と同一である(→二一)。
- (32) 本沢巳代子「第二〇一九條」太田・佐藤編・前掲「注釈ドイツ相続法」三一八頁～三三二頁には、貴重な先行業績として負うところが大きい。同三二八頁は、これを「物上代位」と訳する。
- (33) *Helms, Tobias: § 2019 BGB, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl, München 2020, Rn 1 (zit: Miko-BGB/ Helms)*。本沢・前掲三二九頁にも同旨。*Leipold, Dieter: Erbrecht, aO, S. 257, Rn 640*は、端的に相続人保護を挙げる。
- (34) この条文についても、貴重な先行業績として、増田則子「第二〇一八條」太田・佐藤編・前掲「注釈ドイツ相続法」三二二頁～三二八頁に負うところが大きい。
- (35) 副田隆重「相続回復請求権に関する一考察(一)～(四)」名法七八号(昭五四)三〇頁～七一頁、七九号(昭五四)三三三頁～三七〇頁、八〇号(昭五四)二八一頁～三二七頁、八一号(昭五四)三二六頁～三四九頁が現在でもなお指導研究である。
- (36) この条文についても、貴重な先行業績として、右近健男「第二〇二〇條」太田・佐藤編・前掲「注釈ドイツ相続法」三三二

- 二頁～三三三頁に負うところが大きい。
- (37) MüKo-BGB/ Helms: 8. Aufl. 2020, § 2020 Rn. 1.
- (38) Fritzsche, Jürg: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Hau/ Poseck 54. Aufl., München 2020, § 100 Rn. 1.
- (39) 建物の使用(居住)利益につき、大判大正一四・一・二〇民集四卷一頁、最判昭和三七・二・二七判タ一三〇号五八頁。
- (40) 我妻榮『新訂民法総則』(岩波書店、昭四〇)二二七頁、幾代通『民法総則(第二版)』(昭和五九)一七六頁、田中整爾「第八八条」『新版注釈民法(二)』(有斐閣、平三)六四四頁～六四八頁、六四八頁、佐久間毅『民法の基礎 2 物権(第二版)』(有斐閣、平三)二八六頁。
- (41) Leipzig, Dieter: BGB I, Einführung und Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Tübingen 2020, S. 546. 厳密には、果実は、まず、物の果実(Sachfruchte)(ドイツ民法九九条一項)と権利の果実(Rechtsfruchte)(ドイツ民法九九条二項)に分かれ、それぞれに原則としての天然果実と例外としての法定果実(ドイツ民法九九条三項)がある。権利の果実とは、たとえば、用益権(Niebrauchsrecht)が設定された畑の収穫物である。説明の単純化のために(以下)では、権利の果実を省略する。
- (42) MüKo-BGB/ Helms: 8. Aufl. 2020, § 2020 Rn. 3. Müller-Christmann, Bernd: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Hau/ Poseck 54. Aufl., München 2019, § 2020 Rn. 2 (zit. BeckOK-BGB/ Müller-Christmann); Ehm, Michael: § 2020 BGB, in: juris-Praxiskommentar BGB, 9. Aufl., Saarbrücken 2020 (zit. jurisPK-BGB/ Ehm).
- (43) Vgl. MüKo-BGB/ Helms: 8. Aufl. 2020, § 2020 Rn. 1.
- (44) わが国の民法一八九条一項に相当する規定がある。その中で、BeckOK BGB/ Müller-Christmann, Bernd: 54. Aufl. 2019, § 2020 Rn. 2によれば、ドイツ民法九五五条の規定の適用自体を否定して天然果実は相続財産に帰属するというのが解釈もあるらしいが、原典に当たるところができなかった。
- (45) MüKo-BGB/ Helms: 8. Aufl. 2020, § 2020 Rn. 3.
- (46) 右近健男「第二〇二一条」太田・佐藤編・前掲『注釈ドイツ相続法』三三三頁～三三四頁、三三三頁が既に指摘する。
- (47) MüKo-BGB/ Helms: 8. Aufl. 2020, § 2020 Rn. 4; BeckOK BGB/ Müller-Christmann, Bernd: 54. Aufl. 2019, § 2020 Rn. 2; jurisPK-BGB/ Ehm: 2020, § 2020, Rn. 4.

- (84) *Gursky, Karl-Heinz*: J. V. Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Berlin 2016, § 2020 Rn 4 (zit.: Staudinger/ *Gursky*). *Lindner, Josef Franz*: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, *Gsell/ Krüger/ Lorenz/ Reymann*, München 2019, § 2020 Rn 7 (zit.: BeckOGK-BGB/ *Lindner*).
- (85) Staudinger/ *Gursky*: 2016, § 2020, Rn 4.
- (86) *Flad, F.*: § 2020 BGB, in: *Plank's* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, V. Bd. Erbrecht, Berlin und Leipzig 1930, S. 279, 2 c.
- (87) Vgl. Miko-BGB/ *Helms*: 8. Aufl., 2020, § 2019 Rn 1, § 2020 Rn 2.
- (88) 今の条文の「*とら*」は、貴重な先行業績「*とら*」右近・前掲「第110110条」に負う「*とら*」が大である。
- (89) Miko-BGB/ *Helms*: 8. Aufl., 2020, § 2020 Rn 5.
- (90) Miko-BGB/ *Helms*: 8. Aufl., 2020, § 2019 Rn 16.
- (91) Miko-BGB/ *Helms*: 8. Aufl., 2020, § 2019 Rn 16.
- (92) わが国では、占有は、自己のためとする意思をもって物を所持することであり、本来は、権利ではなく事実に基づきなす。けれども、——とりわけ取得時効を中断させたりする念頭に置いて——民法八九六条の「一切の権利義務」に含まれる「と解せられしる(判例・通説)」。
- (93) Miko-BGB/ *Helms*: 8. Aufl., 2020, § 2019 Rn 17.
- (94) Miko-BGB/ *Helms*: 8. Aufl., 2020, § 2019 Rn 3. 連鎖地位 (Kettensurrogation) は、多重地位 (mehrfache Surrogation) と呼ぶ。
- 本沢・前掲三十九頁は「複数の物上地位」と訳す。
- (95) BeckOGK-BGB/ *Lindner*: 2019, § 2019 Rn 3; Miko-BGB/ *Helms*: 8. Aufl., 2020, § 2019 Rn 5.
- (96) *Leipold, Dieter*: aaO, S. 257, Rn 640.
- (97) BeckOGK-BGB/ *Lindner*: 2019, § 2019 Rn 9.
- (98) *Leipold, Dieter*: aaO, S. 257, Rn 640; Staudinger/ *Gursky*: 2016, § 2019, Rn 4; BeckOGK-BGB/ *Lindner*: 2019, § 2019 Rn 14; Miko-BGB/ *Helms*: 8. Aufl., 2020, § 2019 Rn 14; jurisPK-BGB/ *Ehm*: 2020, § 2019, Rn 11.

- (63) *Leipold, Dieter: aaO, S. 257, Rn 640; Staudinger / Gursky: 2016, § 2019, Rn 4; BeckOGK-BGB / Lindner: 2019, § 2019 Rn 14; Mikö-BGB / Helms: 8. Aufl., 2020, § 2019 Rn 14; jurisPK-BGB, Ehm: 2020, § 2019, Rn 11.*
- (64) *Leipold, Dieter: aaO, S. 257, Rn 640.*
- (65) 最判昭和三九・一・二四判時三六五号二六頁。
- (66) *Leipold, Dieter: aaO, S. 303, Rn 739.*
- (67) *Leipold, Dieter: aaO, S. 303, Rn 741.*
- (68) 改正の経緯については、宮本誠子「遺産分割前の預貯金債権の行使・一部分割・分割前処分」大村敦志・窪田充見『解説民法（相続法）改正のポイント』（有斐閣、令元）六四頁～八三頁、八一頁以下が簡潔で分かりやすい。
- (69) 概観としては、二宮周平『家族法』（新世社、第五版、平三二）四〇〇頁以下、前田陽一「第六章 遺産の共有と分割」三〇六頁～三四四頁、前田陽一ほか『民法Ⅵ 親族・相続』（有斐閣、第五版、令元）三三五頁以下、常岡史子『家族法』（新世社、令二二）三三三頁、棚村政行「第九章 相続の効力」高橋朋子ほか『民法七 親族・相続』（有斐閣、第六版、令二二）二八九頁～三五五頁、三三五頁以下、常岡史子「Ⅱ 法定相続」大伏由子ほか『親族・相続法』（弘文堂、第三版、令二二）二二九頁～三五五頁、三〇二頁を参照。
- (70) 浦野由紀子「無断の払戻し預貯金を遺産とすることの同意」潮見佳男ほか『Before/After 相続法改正』（弘文堂、令元）二〇頁～二二頁、二二頁は、この要件に関し、一部の共同相続人の通謀という貴重な問題を提起している。
- (71) この第二項は重要な規定である。平成三〇年改正前、共同相続人全員の合意があれば代償財産を分割対象に含めることができるという解釈の下でも、共同相続人の一人が無断で相続財産を処分した場合においては、代償財産を分割の対象に含める合意ができず、別途民事訴訟を提起する必要性に迫られたからである。これを指摘していたのが、松原・前掲『全訂判例先例相続法Ⅱ』二八二頁。
- (72) たとえば、山島正男「前注第八八二条～八八五条」『新版注釈民法（二六）』（有斐閣、平四）四三頁～六六頁、六六頁、宮井忠夫・佐藤義彦「第八九八条」前掲『新版注釈民法（二七）』九二頁～一三五頁、一一九頁以下、潮見佳男「前注第九〇六条～九一四条」前掲『新版注釈民法（二七）』二九一頁～三二二頁、三〇六頁以下、前掲『新版注釈民法（二七）』（伊藤昌司）

三六八頁以下。

- (73) 白石大「判批」民百選Ⅲ(第二版)六六事件別ジュリ二三九号(平三〇)一三四頁〜一三五頁参照。
- (74) 松原・前掲「遺産分割の対象財産性(遺産の代償財産)」一八一頁、松原正明「遺産分割の対象となる財産の範囲と限界」川井健ほか編「講座・現代家族法第五卷」(日本評論社、平四)四七頁〜八三頁、六一頁。山名学「判批」家族百選(第六版)六七事件別ジュリ一六二号(平一四)一三六頁〜一三七頁、一三七頁、松原正明「判批」判タ一一〇〇号(平一四)三三八頁〜三三九頁、三三九頁、松原・前掲「全訂判例先例相統法Ⅱ」二八一頁以下。
- (75) 堂菌幹一郎・神吉康二「概説改正相統法——平成三〇年民法等改正、遺言書保管法制定——」(きんざい、平三二)七三頁。
- (76) 三和一博「判批」判タ四一一号一六二頁〜一六四頁、一六四頁。
- (77) 松原・前掲「遺産分割の対象財産性(遺産の代償財産)」一八〇頁。
- (78) 田中恒朗「判批」判タ三六七号五五頁〜五八頁、五七頁。
- (79) 高木多喜男「代償財産の遺産への帰属」加藤一郎ほか編「家族法の理論と実務」別冊判タ八号(昭五五)三三二頁〜三三四頁、三三三頁、高木多喜男「分離財産・代償財産と遺産分割」林良平選脣上「現代私法学の課題と展望 上」(有斐閣、昭五六)一九一頁〜二三〇頁、一九九頁以下。
- (80) 最判昭和四二・二・二一民集二二卷一号一三三頁。常岡史子「判批」民百選Ⅲ(第二版)五一事件別ジュリ二三九号(平三〇)一〇四頁〜一〇五頁参照。
- (81) 山名学「判批」家族百選(第五版)八九事件別ジュリ一三三二号(平七)一八〇頁〜一八一頁、一八一頁(同「判批」家族百選(第四版)八七事件別ジュリ九九号(昭六三)一八〇頁〜一八一頁、一八一頁も同旨)。なお、松倉耕作「判批」判タ五一四号一九二頁〜一九九頁は、この判決を契機に、ドイツ法、フランス法およびスイス法にまで比較法研究の対象を広げた必読文献である。独仏両国では果実の遺産帰属性を肯定する明文の規定があることを紹介しつつ、「果実の遺産帰属性肯定は、独仏両国とも明文で規定される。ゆえにわが国とストリートな比較はできない」という慎重な結論を述べられる。
- (82) 右近健男「判批」判タ五五一号三三〇三頁〜三〇六頁、三〇四頁は、農地と金銭とを異なる扱いとする根拠に疑問を呈する。「代償請求権」という用語の関係については、拙稿・前掲一一四頁以下にも紹介した。

- (83) 高木・前掲「代償財産の遺産への帰属」三三三頁、松原・前掲「遺産分割の対象財産性（遺産の代償財産）」一七八頁、松原・前掲「遺産分割の対象となる財産の範囲と限界」五二頁、山名・前掲「判批」ジュリ一六二号一三七頁。
- (84) 堂蘭幹一郎・野口宣大「問一答新しい相続法——平成三〇年民法等（相続法）改正、遺言書保管法の解説」（商事法務、平三〇）九八頁、堂蘭・神吉・前掲七八頁。
- (85) 高木・前掲「分離財産・代償財産と遺産分割」一九二頁。
- (86) これを高木博士は「分離財産」、山名判事は「消失財産」（山名・前掲「判批」ジュリ一六二号一三六頁）、潮見教授は「処分財産」と呼ぶ（潮見佳男『詳解相続法』（弘文堂、平三〇）二四四頁。いずれにしろ、「代償財産」の元となる財産のことである。
- (87) ちなみに、平成三〇年改正前の教科書類は、そのように書かれていた（深谷松男『現代家族法』（青林書院、第四版、平一四）二五六頁、内田貴『民法Ⅳ 親族・相続』（東京大学出版会、補訂版、平一六）四二一頁以下）。
- (88) 小田正二ほか「東京家庭裁判所家事第五部における遺産分割事件の運用——家事事件手続法の趣旨を踏まえ、法的枠組みの説明をわかりやすく行い、適正な解決に導く手続進行——」判タ一四一八号（平二八）五頁、六五頁、二九頁のフローチャート。学術上も非常に価値の高い資料である。
- (89) 堂蘭・神吉・前掲七三頁。
- (90) 高木・前掲「代償財産の遺産への帰属」三三四頁、松原・前掲「遺産分割の対象財産性（遺産の代償財産）」一七八頁、松原・前掲「遺産分割の対象となる財産の範囲と限界」五〇頁以下、中川善之助・泉久雄「相続法」（有斐閣、第四版、平一二）三四七頁、山名・前掲「判批」ジュリ一六二号一三六頁、松原・前掲「全訂判例先例相続法Ⅱ」二五八頁、近江・前掲二六六頁以下。
- (91) 高木・前掲「分離財産・代償財産と遺産分割」二二三頁以下が指導研究である。篠清「相続人の一人が遺産を勝手に処分した場合及び遺産が分割時までに滅失した場合について」判タ一五九号（昭三九）五三頁が簡潔だが時代としては先行している。松原・前掲「遺産分割の対象財産性（遺産の代償財産）」一八〇頁に自説として、松原・前掲「遺産分割の対象となる財産の範囲と限界」五一頁に客観的に解説されているのが大変分かりやすい。
- (92) 松原・前掲「遺産分割の対象となる財産の範囲と限界」五六頁。

- (93) 高木・前掲「代償財産の遺産への帰属」三三四頁、高木・前掲「分離財産・代償財産と遺産分割」二二二頁。
- (94) 最判昭和三〇・五・三一民集九卷六号七九三頁。川淳一「第八九八条」『新注民法（一九）』（有斐閣、令元）一八八頁〜二一六頁、一九一頁。
- (95) 高木・前掲「代償財産の遺産への帰属」三三二頁以下、高木・前掲「分離財産・代償財産と遺産分割」二二四頁以下。
- (96) 前田・前掲三三五頁以下。潮見・前掲「詳解相続法」二五一頁以下もその前提の記述か。その上で、「一の三」の最高裁昭和五四年判決の射程については慎重な立場を採る、「処分」以外の滅失損傷等の場合には及ばないと言う。二五四頁。
- (97) 堂蘭・神吉・前掲七三頁の書きぶりからすると、従来の不明確な裁判例には依拠したくない意図を読み取ることもできそうである。そうであれば、①の合意がなければ、合意の有無を問わずに②の方法による、という解釈も可能か③の方法では、勝手に処分した共同相続人が不当に有利になってしまったため。
- (98) 法制審議会民法（相続関係）部会「中間試案後に追加された民法（相続関係）等の改正に関する試案（追加試案）の補足説明」（平二九）四三頁は、処分が無償であるときは、代償財産を分割の対象とすると、他の共同相続人が損失を被る、と言う。しかし、賠償代位も含まれると解するのであれば、その場合においては、相続財産の共同相続人の過失による滅失損傷の場合と同様、共同相続人に対する損害賠償請求権が相続財産に属することになって、他の相続人は損失を被らない（ドイツ法の帰結）。
- (99) 法制審議会民法（相続関係）部会「要綱案のたたき台（三）の補充」（部会資料二四一三）（平二九）二頁、副田隆重「第九〇六条の二」『新注民法（一九）』（有斐閣、令元）三四九頁〜三五九頁、三五三頁。
- (100) 東京家庭裁判所家事第五部編著『東京家庭裁判所家事第五部（遺産分割部）における相続法改正を踏まえた新たな実務運用（家庭の法と裁判号外）』（日本加除出版、令元）二四頁以下によると、預貯金債権が払い戻された場合に、預貯金債権自体を存在するものとして分割するか、払い戻された現金を分割するか、違いはないようである。また、沖野眞己・堂蘭幹一郎「相続法の改正をめぐって」ジュリ一五二六号（平三〇）一四頁〜三五頁、二二頁の「現行法上は、（……）処分された財産を遺産とみなしたうえで処理をする、（……）」という扱いがされているようです（堂蘭）という発言からも実務上は両者を同一視していることが伺える。それに対し、村田大樹「第九〇六条の二」潮見佳男編著『民法（相続関係）改正法の概要』（きんざい、

- 令元)二二頁、二七頁、二五頁が「逸失した遺産を遺産として存在するものとみなすことと、代償財産を遺産分割の対象に含めることとは、質的な相違がある」と言うのは本文の指摘と同旨か。
- (101) 中込一洋『実務解説改正相続法』(弘文堂、令元)四六頁。
- (102) 代償財産と比べて果実は、遺産が増加するに過ぎないので分割の対象とする必要性が低い、という的確な指摘をするのが、松原・前掲「遺産分割の対象となる財産の範囲と限界」五八頁。同論文は、「一の三」前掲最判昭和五四・二・二二の解釈を果実へ及ぼすことを主張する(六三頁以下)。裁判例としては、賃料債権という法定果実が遺産分割の対象に含まれないと判断した最判平成一七・九・八民集五九巻七号一九三一頁が重要である。
- (103) 常岡・前掲『家族法』三三三頁以下は、損害賠償請求権について分割対象に含める可能性を示唆する。
- (104) 大場浩之「遺産分割前の財産処分(新九〇六条の二)」金商一五六一号(平三三)四〇頁、四五頁、四四頁は、「他の共同相続人が、処分をした相続人に対して不法行為や不当利得に基づく救済を求めている場合には、遺産分割における精算は求めていないと考えられる」とするが(法制審議会民法(相続関係)部会・前掲「要綱案のたたき台(三)の補充」(部会資料二四―三)五頁の引用か)、分割による方が有利な場合があるのではないか。それとも訴訟係属中にはという狭い意味なのだろうか(宮本・前掲八三頁参照)。それでも分割の方が有利な場合を想定できないか。
- (105) 法制審議会民法(相続関係)部会「第二五回会議事録(平二九)一〇頁。そこでは、預金債権が弁済されて受けた現金(ドイツ法の権利代位に相当する)についても議論されていて、解釈に委ねるという結論に至っている。そうであれば、同じく権利代位の果実についても同様に解釈に委ねられていると解するのが自然か。これに対し、村田大樹・前掲二四頁は、預金を引き出すことも含むと断定する。
- (106) 的確にこれを指摘するのが、松原・前掲「遺産分割の対象となる財産の範囲と限界」五八頁。
- (107) 「一の三三」前掲大阪地判平成五・二・二六が、分割の対象としたうえで、「寄与分として考慮すれば足りる」と言うのも参考になる。