

# 持ち戻し免除の 意思表示に関する一考察

亀井尚也

## 一 はじめに

筆者は、40年近くにわたる弁護士実務の中で、遺産分割事件にも相当数関与してきたが、その際に、相続人の一部が被相続人から生前贈与を受けていたことが特別受益にあたるとして、民法903条のいわゆる持ち戻しをすべきかどうかが問題になるケースも多い。多くの事件は交渉や調停によって解決するので、その場合は他の論点とあわせて話し合いで解決することになるが、調停が成立しないために審判となる場合には、裁判所がこの点の判断をすることになる。

その場合に、民法では持ち戻しを行うのが原則であり、903条3項のいわゆる持ち戻し免除の意思表示は例外にあたることから、実務上は持ち戻し計算を行うことが多いように考えていたところ、裁判所は、当事者からさほどの強い主張がない場合でも、黙示的に持ち戻し免除の意思表示がなされていたと認定して、持ち戻しを行わない処理をすることが意外に多い。ただし、その場合でも、黙示の意思表示はあくまでも意思表示でなければいけないはずであるから、贈与という法律行為とは別に被相続人の何らかの言動が黙示の意思表示に該当すると判断するはずであるところ、裁判所は、多くの場合に、そのような認定はせずに、被相続人が贈与を行った際の具体的状況を挙げたうえで、それを理由に黙示の意思表示があったと推

認できるという判断を行っている。意思表示の認定は純粋な事実認定ではなく法的な解釈を伴う、というのが一般的な理解であるから、このような判断がおかしいとは言えないが、しかし、実態は、裁判所が、この事案では持ち戻しを行って相続人間の公平を図るべきだと考えれば持ち戻し免除の意思表示があったとは認定せず、逆に遺産分割にあたって過去の生前贈与を今更持ち戻したりせずに受贈者が得た利益はそのまま別枠で確保するのが妥当であり、それが被相続人の意図だったのではないかと考えれば、持ち戻し免除の意思表示があったとしている感がある。

私が経験した例を挙げると、一つは、被相続人の所有地上の建物を取り壊したうえで、土地の名義は変えないままほぼ均等に二分してその上に子供2人にそれぞれ自己名義の建物を建てさせたが、一方の子供には建築費を全額出してやり、他方には出さなかった。この場合に、当該建築費の援助は当然生計の資本のための贈与による特別受益として持ち戻しがされるはずと思っていたところ、裁判所は、一方の子供に建築費を出してやったのは、その子供がそのころ被相続人名義の別のマンションに居住していたのを退去して新居に移ってもらおうという事情によるものであったと認定したうえで、金銭贈与の際に黙示の持ち戻し免除の意思表示があったとした。筆者は、この事件では他方の子供側の代理人であり、建築費の援助が多額にのぼることから、相続人が被相続人から得た財産に大きな差が生じるのは極端な不公平になると主張したのであるが、裁判所は、事情があったのでやむを得ないと判断したわけであり、筆者には納得できないものが残った。

今一つの例は、被相続人の長男が自宅に被相続人を引き取って介護し、被相続人の通帳の管理も行うとともに、毎月かなりの金額を引き出して、被相続人の生活費に充てる以外に、被相続人の了解を得て贈与を受けていたという事案において、他の相続人の側は、遺産分割にあたり、被相続人

の扶養の対価的な部分を超えて受けた贈与の部分は特別受益にあたるので持ち戻しをすべきであると主張したが、裁判所は、黙示の持ち戻し免除の意思表示があったとした。筆者は、この事件では長男の代理人であったところ、持ち戻し免除の意思表示についてそれほど強く主張したわけではなく、結果的に公平を損なうことになるかもしれないのを裁判所がどう捉えるだろうかと予想していたところ、裁判所は、親の介護を行うことの大変さを感じたと見えて、公平を形式的に損ったとしても是としたわけである。

このように、結論は裁判所の価値判断にかかっているように感じたのであるが、価値判断の中心問題は、被相続人の意思と相続人間の公平のどちらを優先するか、という相続法をめぐる根本的な問題であると言えよう。

このテーマは、民法903条の立法・解釈をめぐる以前から議論されてきたところであり、戦前の家督相続制度が廃止されて法定相続分による共同相続制度が民法の原則となった後、遺言によって法定相続分を排する意思を示す例の増加や、被相続人の意思を尊重すべきであるとの議論を背景にして、持ち戻し免除の意思表示を広く認めるべきである、との説が有力に主張されるに至った。<sup>(1)</sup> これを受けて、黙示の持ち戻し免除の意思表示を認める審判例が多く出されるようになった。他方で、具体的な根拠が特でない場合には持ち戻し免除の意思表示を容易に認めるべきではないという審判例もそれなりに出ている。

こうした中で、相続法が改正され、2019年7月1日より施行されているが、改正法では、特別受益の持ち戻しを原則とし、持ち戻し免除の意思表

---

(1) 坂井芳雄「遺産相続制度における遺贈ないし生前贈与財産持戻し規定（民法九〇三条）の解釈適用について」東洋法学30巻1・2月合併号（1987年）59頁や、千藤洋三「民法九〇三条三項でいう意思の表示について」関大法学論集38巻2・3合併号（1989年）295頁は、民法903条の沿革や、戦前から戦後にかけての相続法改正の推移を詳述したうえで、持ち戻し免除の意思表示を積極的に活用すべきことを説いている。

示を例外とするとの規定の枠組みは維持されつつも、903条4項で、婚姻期間が20年以上の配偶者間で居住用の建物又はその敷地が遺贈又は贈与された場合には、持ち戻し免除の意思表示が推定される、との規定が加えられた。

本稿は、このように学説上の議論や審判例がかなり出たうえで、部分的な法改正がなされた現時点において、改めてこの問題を検討したものである。

なお、特別受益の持ち戻しについては、遺贈の場合にも問題となるし、また特定の相続人に遺産の一部を「相続させる」との遺言を行った場合に903条を類推適用して持ち戻し計算をすべきかどうかも問題となる<sup>(2)</sup>。しかし、遺言がなされる場合は相続を意識してなされることから、遺産の一部のみを遺贈したり「相続させる」遺言をしたりするのではなく、全ての遺産の分割方法の指定まで行っていたり、あるいは遺産の残部についても相続分の指定をしているといったことが多いし、また遺産の一部のみについてこのような遺言をしている場合でも、遺言当時の他の言動や書き残した書類などから、持ち戻しをさせるつもりなのか免除するつもりなのか容易に<sup>(3)</sup>わかることも少なくない。

したがって、最も問題となるのは、相続について特段の意識をせずに、何らかの事情から生前贈与（しかも、多くの場合は「生計の資本としての」

(2) 森野俊彦「特別受益持戻し規定の解釈と運用について—『相続させる』とされた特定遺産の持戻しを中心として」判タ1050号（2001年）62頁の中で、大阪高裁管内の家事審判官協議会でこの点が取り上げられ、903条1項を類推して持ち戻し計算の対象とする意見が多数であったことが紹介されている。

(3) 遺言書の中で持ち戻し免除の意思表示を明示していなくても、意思表示自体は様式を問わない（ただし、それなりの明確さを要求するという審判例も後述するように存在する）というのが現在の通説である。

贈与である)がなされたような場合をどう考えるかであるので、以下ではこの場合を主として検討することとしたい。

## 二 民法903条の趣旨と解釈をめぐる学説

### 1 民法903条の趣旨

民法903条3項によれば、特別受益に属する生前贈与又は遺贈について、被相続人が持ち戻しを要しないとの意思表示をしたときは、持ち戻しが免除される。この規定の趣旨については、特別受益の持ち戻しは、共同相続人間の衡平を実現するとともに、被相続人の通常的意思を推測して相続分を算定する方法であるところ、被相続人がかように特別受益財産に関して相続分の前渡しとしてではなく相続分外の特別の利益を特定の相続人に与える旨の意思表示をした場合には、これを優先し、当該相続人に特別の利益を保持させることができる権限を被相続人に与えたものである、とされている。すなわち、贈与又は遺贈を受領した者は持ち戻すべきであるという原則は、このような贈与又は遺贈の先取分としての性格を決定する権限をもつ被相続人の意思にかからしめられ、このかぎりでは、相続人間の衡平は破られ、その意思に依存する結果になる、と説明されている。<sup>(4)</sup>

沿革的には、特別受益の持ち戻し制度は、ローマ法とゲルマン法に起源があり、ローマ法では、被相続人は諸子を平等に扱うに相違ないとの被相続人の意思を推測したものとされ、また、ゲルマン法では、特別受益は遺産の前渡しであり、相続開始時の相続財産に加算されるべきだと考えられていた。日本民法は、双方の考え方を包括的に採用したものとされ、特別

---

(4) 新版注釈民法(27)(補訂版)(有斐閣・2013年)219頁〔有地亨=床谷文雄〕、中川淳・相続法逐条解説(上)(日本加除出版・1985年)242頁、松川正毅・窪田充見編「新基本法コンメンタール・相続」(日本評論社・2016年)73頁〔木村敦子〕など。

受益の持ち戻しは、共同相続人間の衡平を図るために、相続分の前渡しである生前贈与と遺贈をもって持ち戻さなければならないとされ、これは被相続人の意思にも合致すると推測し得るものと考えられたことによる。<sup>(5)</sup>

## 2 学説

このように、条文上は、特別受益の持ち戻しが原則であり、持ち戻し免除は例外であるとされているが、生前贈与や遺贈を行う当事者はそもそも持ち戻し免除の意思表示ということを知らない場合が多いので、例外であるということを経文通りにとらえると、ほとんどこれに該当しないこととなる。裁判所の調停や審判でもそのような主張がされることは当初少なかったようである。<sup>(6)</sup>

かような状況に対し、生前贈与や遺贈を行った者の意思は、当該受益者に特別の利益を与えようとしているはずであって、原則と例外は本来逆ではないのか、ということが強力に唱えられるにいたった。<sup>(7)</sup>

こうした議論を反映して、持ち戻し免除の意思表示は明示的でなくとも黙示的でもよいとする解釈が判例・通説となるにいたった。ただし、黙示の意思表示の内容については、「被相続人の内心の意思がそのように推測されるというだけでは足りず、また、たとえば日記に書き記していたというような、外部への表白と認められない行為では足りないものであって、何らかの形で外部へ伝達されるべき挙措動作として客観的に表示されてい

(5) 中川・前掲書、前掲新版注釈民法(27)(補訂版)182頁、前掲「新基本法コンメンタル・相続」66頁

(6) 石田敏明「特別受益・寄与分」(日本評論社・講座現代家族法第5巻・1992年)の170頁ではこのような背景事情が指摘されている。

(7) 例えば、坂井前掲書は、財産の所有者の処分を強調し、持ち戻し計算をすることは贈与者の意思と乖離する結果になるとして、後述するように、原則と例外を逆にすることを提唱している。森野前掲書も同旨。

なければならない」というハードルがあったのであるが、この点については、<sup>(8)</sup> 黙示の持ち戻し免除の意思表示を広く推認・活用すべきであって、何がしかの持ち戻し免除の徴表、すなわち被相続人が当該相続人に相続分以外に特別の利益を与える意思を有していたことを推認させる事情があれば、この推認をすべきであるという主張が相次いで提唱された。<sup>(9)</sup> その後の審判例でも、後述するように、黙示の持ち戻し免除の意思表示を認めるものが、多数出されるようになっている。

### 3 黙示の持ち戻し免除の意思表示をめぐる中心点

なお、この論点をめぐる中心問題は、被相続人の意思と相続人間の公平のどちらを優先するかであると前述したが、正確に言えば、前述したとおり、現行法の下で、被相続人は相続人を平等に扱って全相続人に法定相続分に仕上がった相続をさせる義務があるわけではなく、自らの意思により、遺言によって相続人を不平等に扱うことはできるし、生前贈与によって特定の相続人を優遇し、その持ち戻しを免除する旨の意思表示をすることによって、相続人を不平等に扱うことを自ら選択できるのであるから、被相続人の意思と相続人間の公平が衝突する場合には被相続人の意思を基本的に優先していると言ってよい。逆に、被相続人が特定の相続人に生前贈与をする際に、相続人を平等に扱いたいとの意思を持っていて、当該贈与は相続分の一部前渡しのつもりであることがはっきりしているのであれば、被相続人の意思と相続人間の公平は一致する。

---

(8) 松倉耕作「特別受益と持戻しの免除」(日本評論社・講座実務家事審判法3・1989年)253頁

(9) 坂井前掲書・千藤前掲書・森野前掲書・前掲新版注釈民法のほかに、松原正明『全訂 判例先例 相続法Ⅱ』(日本加除出版・2006年)79頁以下、辻朗「特別受益をめぐる諸問題」(新日本法規・新家族法実務大系3・2008年)256頁など

したがって、最終的には被相続人の意思次第であることは動かしがたい（ただし、遺留分による制約は受ける）のであるが、問題は、被相続人がどのような意思を有していたのか、またそれを対外的に示したと言えるのかどうか不明なまま、ともかく生前贈与という不平等な扱いがあった場合に、もともと被相続人が不平等に扱ったのであるから最終的に不平等でもよいと考えるか、それともその場合でも相続人間の平等を貫くべきと考えるのかどうか、という点にあると言え、その価値判断が黙示の持ち戻し免除の意思表示を肯定するのか、否定するのかの結論を左右していると言えよう。

### 三 審判例

この問題をめぐっての審判例は以前から相当数出ており、肯定例の方が公刊物には多く掲載されているが、否定例はことさらの認定をしなかったにすぎない可能性もあるので、価値判断は分かれているというのが実態と思われる。<sup>(10)</sup> いずれにせよ、意思表示の事実認定が擬制的になされていることが感得できる。以下に主なものを整理する。

#### 1 肯定例

##### ① 福岡高裁昭和45年7月31日決定（家裁月報22巻11・12号91頁）

被相続人が生前に三男に対してその法定相続分をはるかに超える農地・山林等を贈与して、三男が被相続人と同居し、一緒に耕作に従事する一方で、長男・次男はともに農業には従事しない給与生活者であったという事例について、被相続人は三男に自分の経営してきた農業を継がせる意思があったこと、日付を欠くために無効となった自筆証書遺言証書に全財産を

(10) 辻前掲書255頁では、持ち戻し免除の黙示の意思表示の存在を肯定するものと否定するものがほぼ半ばしているとされている。



三男に譲渡する旨の記載があることなどから、被相続人は三男に対するこれらの生前贈与につき特別受益の持戻免除の意思を表示していたものと認めるのが相当であるとした。

② 東京家裁昭和49年3月25日審判（家裁月報27巻2号72頁）

被相続人らの家族を長男として面倒を見ることを前提として、被相続人の土地を長男の新築家屋の敷地として無償使用させた事例につき、被相続人の土地評価額が10%減価した分を特別受益に準ずる贈与と評価したうえで、長男による土地の無償使用は被相続人等を扶養するとの負担付きであったとして、被相続人は持戻免除の意思を表示したものと認定した。

③ 東京高裁昭和51年4月16日決定（判タ347号207頁）

被相続人が行った生前贈与につき、妻に対しては、持戻免除の意思を表示した事実を認めるべき証拠が見当たらないとする一方で、子供の一人（女性）に対しては、同女が強度の神経症のため独身のまま両親の庇護のもとに生活して来た者であり、その後も社会的活動によって独立した生計を営むことを期待することの困難な心身の状態にあったという状況の下で、妻に対する四筆の土地と区別して特に一筆の宅地のみを贈与することにした点を考慮に入れれば、被相続人としては贈与にあたり持戻免除の意思を少なくとも黙示的には表示したものと推認できる、とした。

④ 東京高裁昭和57年3月16日決定（家裁月報35巻7号55頁）

被相続人が死亡するまでの9年間、妻の建築した地上建物に夫婦として同居生活を送り、主として妻がその建物で営む飲屋の収入によって生活を維持していた事案について、妻が贈与を受けた財産を基礎として被相続人自身の生活に寄与してきた事情からすれば、特段の反証のないかぎり、被相続人は妻に対し黙示に特別受益の持戻の免除の意思表示をしたものと推認するのが相当である、とした。

⑤ 鳥取家裁平成5年3月10日審判（家裁月報46巻10号70頁）

被相続人の二男に対する土地建物の購入資金の生前贈与について、二男が復員し結婚して被相続人と同居していたが、その後長男が復員し結婚したため、二男が被相続人宅に同居できない状況となり、土地建物を購入して別居した事実が認められるとしたうえで、被相続人が二男に対して同居の購入資金を贈与したとすれば、それは、被相続人が長男の代わりに二男を跡継ぎに据えていたところ、長男の復員のために二男に出て行って貰わなければならない申し訳なさから出た贈与であるというほかないとして、このような特別な事情が存在したことから、同贈与には特別受益の持ち戻し免除の意思が含まれていると認めた。

⑥ 東京高裁平成8年8月26日決定（家裁月報49巻4号52頁）

被相続人から妻への土地持分の生前贈与について、妻の長年にわたる貢献に報い、その老後の生活の安定を図るためにしたものと認められること、妻には他に老後の生活を支えるに足る資産も住居もないことが認められるとして、被相続人が暗黙のうちに持ち戻し免除の意思表示をしたと認めた（ただし、生前贈与によって妻が得た利益を超える寄与があった事実は認められないとして、妻からの寄与分申立ては却下した）。

⑦ 東京高裁平成9年6月26日決定（家裁月報49巻12号74頁）

遺産である土地について、被相続人が長男に生計を営むために使用することを認めていたとして同人の使用借権を認定したうえで、同人が使用借権を基礎として長期間にわたって園芸店の営業を継続しているなど使用借権の成立の経緯や内容を考慮して、土地の価格から使用借権の評価額として3割を除いた額を遺産の評価額とした。この3割分については長男の特別受益となるが、それは、被相続人が、長男を後継者として期待し、老後の面倒をみてもらうことを期待していたことによるものと推察でき、親としての責任と愛情に基づいたものであり、特別受益の持ち戻しを予定していたものではないとして、持ち戻し免除の黙示の意思表示があったとした。

## ⑧ 高松高裁平成11年3月5日決定（家裁月報51巻8号48頁）

被相続人を保険契約者、相続人の一人を受取人とする生命保険契約により当該相続人が受領した保険金について、本件の場合には被相続人死亡後の当該相続人の生活保障を目的とするものであったとして、特別受益には当たらず、仮にこれに該当するとしても、被相続人は同保険金につき持戻の免除の意思表示をしたことが明らかであるとした。

## ⑨ 和歌山家裁平成27年6月30日審判（判タ1430号147頁）

被相続人の長男が、被相続人の家業である農業に従事することにより、被相続人の重要な財産である農地が荒廃することなく、収穫を産出しうる土地としての状態の維持が図られたものであるとして、同人の寄与分を遺産の30%と評価した事案であるが、この事案では、二男が被相続人から得た財産が特別受益にあたるとして持ち戻しをするかどうか争点となった。この点について、被相続人と二男の持分2分の1ずつの物件を二男が排他的に使用してきたことによる使用借権は生計の資本としての贈与として特別受益に当たるものの、その評価額は小さいうえ、被相続人は長男に対して被相続人所有地上に同人の費用で長男とその家族のための居宅を建築したと認められることを併せ考慮すれば、被相続人は、長男・二男の双方について、その居住家屋の準備に関わる援助を平等にしたもので、いずれについても、黙示の持戻免除の意思表示をしたものと認めるのが相当であるとした。

## ⑩ 名古屋高裁令和1年5月17日決定（判時2445号35頁）

被相続人の子の一人の大学院生活や、その後の10年間に及ぶ海外留学生活に対する被相続人の費用負担が他の子（原告人）に対する学費等の費用負担と著しく均衡を失うとして、特別受益に当たると原告人が主張したのに対し、被相続人一家は教育水準が高く、その能力に応じて高度の教育を受けることが特別なことではなかったこと、被相続人は、生前、経済的

に余裕があり、家族に高額な時計を譲り渡したり、宝飾品や金銭を贈与したりしていたこと、原告人も国立大学に進学し、在学期間中に短期留学していること等の事実を認定したうえで、特別受益に該当するものではなく、仮に特別受益に該当するとしても、被相続人の明示又は黙示による持戻免除の意思表示があったものと認めるのが相当であるとした。

## 2 否定例

### ① 東京家裁平成12年3月8日審判（家裁月報52巻8号35頁）

被相続人が有する借地権について、相続人の1人が地主との間で新たに借地契約を締結して自らの建物を建てた際に、被相続人が異議を述べなかったことなどから、被相続人から当該相続人に対する借地権の贈与があったとして、これを特別受益に当たるとしたうえで、当該相続人に他の相続人より多くの利益を取得させる合理的事情が認められないとして、黙示による持戻免除の意思表示を認めなかった。

同審判では、「民法903条1項は、共同相続人間の実質的公平を図るべく、特別受益がある場合にはその持戻しをすることを原則としているのであって、同条3項の持戻免除の意思表示は例外規定である。とすれば、被相続人が明示の意思表示をしていないにもかかわらず、黙示的意思表示あることを認定するためには、一般的に、これを是とするに足るだけの積極的な事情、すなわち、当該贈与相当額の利益を他の相続人より多く取得させるだけの合理的な事情あることが必要というべきである。」と原則論を述べたうえで、借地権贈与の時点で旧建物は早期の建て替えを必要とするほど老朽化しておらず、建物朽廃により借地権が消滅するような状態にあったとは到底考えられないこと、被相続人が旧建物や借地権の維持管理に何らの関心を持たなかったとは容易に信じがたいことなどから、仮に被相続人が、借地権贈与の時点でこれを自ら維持する意思や資力を有していなかつ

たとしても、それゆえに被相続人が当該相続人に対して、借地権相当の利益を他の者より多く取得させようという意思を有していたと推認できるものではない、とした。また、借地権を譲り受けた当該相続人が、現にこれを生活の本拠として利用し、客観的にも当該借地権に相当の価値が認められる状況にある以上、仮に贈与の当時の被相続人が遺産の前渡しとしての意識を欠いていたとしても、それをもって最終的な被相続人の意思も持戻しを免除することにあつたと認められるものではない、と判示した。

⑫ 大阪高裁平成17年2月28日決定（家裁月報58巻3号84頁）

再転相続の場合の相続人の相続分が遺産分割の対象となるかどうかが主な争点となった事件であるが、特別受益の持ち戻し義務の適用に関しては、米穀店・プロパンガス販売業を自営して生計を立てていた被相続人が、家業を手伝いその後事業を承継した長男に米穀店の店舗敷地を贈与したケースにつき、被相続人が、事業の本拠不動産を贈与しながら、なお、その贈与を度外視して長男も遺産の分割に平等に参加するよう望んだであろうと解すべき事情は見当たらないとして、持戻し免除の黙示の意思表示を認めなかった。（ただし、この結論には疑問がある。）

⑬ 東京高裁平成17年10月27日決定（家裁月報58巻6号94頁）

被相続人が契約した生命保険の受取人の変更により、一部の相続人が多額の保険金を受領したケースにつき、保険金受取人と他の共同相続人との間に生ずる不公平が民法903条の趣旨に照らし到底是認することができないほどに著しいと評価されて、特別受益に準じて持戻しの対象となるとされた。そのうえで、保険金受取人の側から、被相続人が持戻し免除の意思表示をしていたとの主張がなされたが、当該受取人は歯科医師として稼働しており、被相続人がその生活を保障する趣旨で上記利益を付与したとは考えがたく、また、当該受取人に被相続人や被相続人夫婦の扶養や療養介護を託するといった明確な意図のもとに上記利益を付与したとみること

も困難であることなどから、持ち戻し免除の意思表示があったとは認めなかった。

⑭ 大阪高裁平成25年7月26日決定（判時2008号60頁）

遺言により不動産を取得した相続人の特別受益において、被相続人の黙示の持戻免除の意思表示があったか否かが争われた裁判例であるが、本件遺言には持戻免除の意思表示は記載されていないうえ、仮に遺言による特別受益について、遺言でなくとも持戻免除の意思表示の存在を証拠により認定することができるとしても、方式の定められていない生前贈与と異なり、遺言という要式行為が用いられていることからすれば、黙示の持戻免除の意思表示の存在を認定するには、生前贈与の場合に比べて、より明確な持戻免除の意思表示の存在が認められることを要するとし、被相続人が本件遺言によって相続させた特別受益不動産をその者の法定相続分と別枠のものと考えていたとは断定できない、として、黙示の持戻免除の意思表示の存在を認めなかった。

#### 四 被相続人の意思の探求はどこまで可能か

このように結論が微妙に分かれる大きな要因は、被相続人の意思を探求すると言っても、被相続人がすでに死亡しているために、本人にその点を確認することができないところにある。<sup>(11)</sup>被相続人は相続人間で争いが生じるのを望んでいないはずであるというのはそのとおりかもしれないが、争いを避ける方法として、相続人をできるだけ平等・公平に扱おうとしている場合もあれば、特定の相続人に肩入れしている理由を他の相続人にも理解してほしいと思っている場合もある。のみならず、いずれの場合であっても、被相続人がそのような意思をあくまでも内心に持っているにすぎず、

(11) 石田前掲書もこの点を指摘する。

黙示的にせよ誰かに表示しているとは限らないということが多い。

もし前者のように考えているのであれば、特定の者に贈与を行ったとしても、相続分の前渡しであると断って行くはずであるが、そのようなことを示すわけでもない例は多い。もし後者のように考えているのであれば、特定の者に肩入れするのはその者を特別に扱うつもりであると断るはずであるが、それを示すわけでもないという例も多い。要は、当事者は相続分の前渡しという概念も持ち戻し免除という概念も知らないので、特段の意識もせずに贈与を行ったりしているというのが圧倒的に多いように思われる。しかも、本人の意識自体も生前中一貫しているわけではなく、ある時期は相続人間の平等を大事にしたいと思っていたのが、後に事情が変わって特定の者を最優先したいという気になることもあるが、その心変わりを不当とももちろん言えない。

こういった実情があるために、裁判所が様々な背景事情を検討し、被相続人の意思は後者だったはずであると考えれば持ち戻しをさせないこととし、被相続人は相続人間の平等・公平を重視していたはずと考えれば持ち戻しをさせている、というのが実態であるように思われるが、<sup>(12)</sup>いずれにせよ判断には困難を伴う。

## 五 被相続人の意思が解明しやすい場合と困難な場合

1 そこで、事例をある程度類型化するとして、被相続人の意思が比較的容易に解明しやすい場合としては、以下のような事例が挙げられよう。

(1) 配偶者への長年の恩に報い、あるいは残される配偶者の生活保障の

---

(12) 辻前掲書の256頁では、「これら裁判例における結論の異なりは、その判断基準に根本的な差異がある結果ではなく、それぞれの事案の中で、より具体的妥当性のある結論を導くためになされた裁量的判断の結果であるともいえる。」としている。

ために居住不動産等を贈与したと思われる場合

審判例の④や⑥のような例であり、相続法の改正（903条4項）により、持ち戻し免除が推定されるとされた。

(2) 家業を承継させるために特定の相続人に資産を贈与したり、これとあわせて家業を承継させない者にも別途資産を贈与したりしたような場合

審判例の①や⑦が前者の例であり、審判例の⑤や⑨が後者の例である。相続人間の平等よりも特定の相続人への資産承継の方を優先させる意思や、これとあわせて他の相続人にもバランス上特定の資産を承継させることとした意思が比較的明白と考えられるためである。ただし、審判例の⑫はこのような事例でも持ち戻し免除の意思表示があったとは認めなかったが、結論には疑問がある。

(3) 被相続人が特定の相続人の世話になることを見越して資産を贈与した場合

特定の相続人が被相続人の療養看護に努めたために被相続人の財産の維持・増加に寄与した場合は法定相続分以外に寄与分が認められるので、寄与分の対価を生前に渡していると見る余地もあり、それと別個に特別受益が生じるのかという問題もあるが、寄与分の算定が難しい面もあるし、また寄与分の対価と評価できる額よりも多額の贈与をする場合もあるので、かような余分については特別受益と評価し得る。<sup>(13)</sup>しかし、そのような場合は、被相続人が相続人間の平等よりも特定の相続人に肩入れしようとする意思が強いと推定できるので、黙示的に持ち戻し免除の意思表示をしたと言える場合が多い。審判例の②や、筆者が関与した冒頭の2つのケースのうちの2つめのケースはこれに該当すると言えよう。審判例⑦はこの側面もあった事例である。

---

(13) 石田前掲書・森野前掲書等で「寄与相続人の特別受益」として論じられているのがこれにあたる。



(4) 相続人中に特に援助・保護の必要性が高い者がいる場合に、その者に資産を贈与した場合

特別の事情を考慮して被相続人が贈与を行っているので、被相続人が相続人間の平等よりも特定の相続人に肩入れしようとする意思が推定できることから、黙示的に持ち戻し免除の意思表示をしたと言える場合は多いと思われる。審判例の③や⑧のようなケースがこれに該当する。

(5) 相続人に支出した学資に差を設けた場合は、どうであろうか。

例えば、ある子供には多額の学資をかけて私立大学に行かせたが、他の子供はそれほど手がかからなかったので学資もそれほどかからず、国立大学に行ったというような場合である。このような学資の負担の差について、特別受益の持ち戻しの例として挙げている書物は多く、持ち戻し免除とするかどうかはケースバイケースと考えられているのかもしれない。

しかし、筆者はこの点についてはかねがね根本的な疑問をもっており、これは親としての子供の養育にかかる費用の問題であって、そもそも遺産の持ち戻しの問題ではなく、したがって原則として特別受益には該当しないし、仮に特別受益にあたるとしても持ち戻し免除の意思表示が黙示的になされているのが原則である、としてよい<sup>(14)</sup>と考える。審判例の⑩もこのような事例である。

## 2 被相続人の意思の解明が困難な場合

(1) ところで、前述した(4)の場合が、本当に持ち戻し免除の意思表

---

(14) 坂井前掲書の74頁の中では、「筆者は家事調停で、成績がよくて一流の国立大学を卒業した娘である当事者から、『私は国立大学なので学費は安くすんだが、兄さんは私立大学に行って金がかかったから、その差額分だけ持戻し計算すべきだ。』と主張されて驚いたことがある。親は、成績が悪いので金がかかった息子には、その分だけ相続財産を減らしたいなどは少しも思っていない。」と指摘されている。

示にあたると言い切れるのかどうか、という面もある。

特定の相続人がハンディキャップを持っていて特別の保護を要するというような場合は別として、例えば、借金を背負った子供の肩代わりのために親が金銭を贈与したという場合はどうであろうか。援助の必要性が高いと考えて援助したのは間違いないと思われるが、相続人間に不平等が生じてもよいとまで思っているのかどうかは何とも言えない。贈与の際は世話のかかる子供を不憫に思っただけの行動だったとしても、その子供だけを特別扱いする気はなく、ここまで助けたのでこの子供にはそれで十分と思って、あとの財産はやらないと思っているのであれば、持ち戻し免除をしたつもりはなく、相続財産の前渡しと思っていることになる。本人の当時の手紙その他の証拠が残っていたり、本人のその子供に対するその後の態度が縁切りようになっていたりしたのであれば、その点は認定できるが、証拠が特になく、本人の意思が不明であるということも多い。

その場合は、いずれとみるのか、判断は難しいが、現実の調停では、このような場合には持ち戻しをしたうえで解決しているケースが多いのではないだろうか。

(2) さらに問題が多いのは、以上に述べたような特別の動機があったとも言えない状況下で、ある時期に特定の相続人の住居購入や起業の援助のために金銭を贈与したというような場合である。

特定の相続人（多くの場合は子供であろう）を助けてやりたいという親心から出た行動であることは間違いのないところであるが、この相続人はこの時に特別扱ったので援助は終わりにするか、あるいはあとわずかにしようと思うこともあれば、他の相続人にはそれほど財産を与えずに差をつけるつもりであることもある。後者の場合は、特定の相続人に肩入れするつもりなので、それを遺産の前渡しとされるのは本意でないということもあろう。

これも、その際の被相続人の言動やその後の態度から意思を押し量るしかないかもしれないが、援助額が特に多かった場合に、持ち戻しをすべて免除すると、相続人間の公平を非常に損なう結果となる。そこまで被相続人が強い肩入れのつもりでいたのかどうか疑問であるという場合もある。筆者が関与した冒頭の1番目に挙げたケースは、建物建築費を贈与したことについて当時の事情があったという面はあるが、それにしても結果的に相続人間に顕著な差がついてしまっただけなのか、それが被相続人の意思だったと言い切れるのかどうかには、疑問が残ったケースである。

審判例の⑪は、相続人の1人に対する利益供与をした際に特段の動機があったと認められないような事例について、持ち戻し免除の意思表示を認めることに慎重な態度を示した事例である。また、⑬は、生命保険の受取人変更の事例であるが、本人の明確な意図があったのか不明であるとして、持ち戻し免除の意思表示を認めなかったもので、この類型に属すると言ってよい。

### (3) 生前贈与の時期の問題

また、贈与の動機とは別の問題として、死亡に近い時期に行った生前贈与の場合はどうであろうか。このような場合は、相続を意識して生前贈与を行ったことが多いと思われるが、その趣旨を何か別の形で示しているのであればともかくとして、特段のことを示していない場合はどうであろうか。これも、相続税対策等のために遺産の前渡しのつもりで渡している場合もあれば、受贈者に別枠で得させたいと思っている場合もある。死期が近づいてきた段階の、判断力が低下する状況下で、特定の相続人の意見を受けて贈与するという場合もあるが、それをどう評価するのかは、難しい面がある。

逆に、古い時期になされた贈与の場合はどうか。その場合は相続のことを意識せずになされていることが多いと思われるので、いちいち遺産の前

渡しであるとは思っていないということもできるが、かといって、特定の相続人を特に優遇しようというわけでもない、ということも多い。また、時期が古いために、当時の状況を証拠によって再現することが難しいという面もある。

このように、生前贈与の時期の問題は、動機と相まって解釈に影響を与える要素ではあるが、決定的な要素であるとも言えない。

### 六 被相続人の意思の解明が困難な場合の解釈をどうするか

以上のように、実際問題として、動機がはっきりしない単純な生前贈与のように、被相続人の意思の解明が困難な場合も少なくないと思われる。そうだとすると、贈与や遺贈等を行うのは被相続人として相続人間に不平等が生じることを承知のうえで何らかの理由や気持ちから行ったはずであるとして、広く、持ち戻し免除を原則とするというように、原則と例外を逆にする考えも<sup>(15)</sup>、わからなくはないが、そう言い切ってしまうことには躊躇を感じるところである。

結局は、裁判官が、当該事案を見て、相続人間の公平を妥当と考えるの

---

(15) 坂井前掲書75～76頁では、民法903条1項を「共同相続人中に、被相続人から婚姻、養子縁組のため若しくは生計の資本として贈与を受けるなど遺産相続の場合に相続分から控除して算定すべき趣旨で贈与を受けた者があるときは」と限定条件を付した場合にのみ持ち戻しを認める改正を提案している。森野前掲書62頁では、さらに端的に、民法903条1項の本文で「共同相続人中に、被相続人から贈与又は遺贈を受け、若しくは遺言により特定物の所有権を取得した者があるとき、その贈与又は遺贈若しくは遺言により取得した特定物の価額は被相続人の相続財産の価額に参入しないものとする。」と原則をうたったうえで、「但し、被相続人が共同相続人に対し遺産相続の際その者の相続分から控除して算定すべき趣旨で贈与又は遺贈をし若しくは遺言により特定物を取得させたときは」という場合に限り持ち戻しをさせるという改正を提案している。

か、それとも特定の相続人に援助をしたのであれば肩入れ・不平等の意思が優先するとして持ち戻しをさせないのが妥当と考えるのかによって、決定される感があるが、それをどう見るかという面がある。少額の贈与や、前述したような学資の差というような場合は、いちいち持ち戻しをすべきでないし、被相続人の意思もそうであろうと考えるのでよいと思われるが、多額の贈与の場合は、結論が大きく異なってくることが大きな問題である。

ところで、寄与分については、諸般の事情を総合したうえで、裁判所が寄与分の額や割合について裁量的に判断するということが、条文上も可能であるために、実務では一般的に行われている。

これに対して、特別受益については、特定の贈与や遺贈という法律行為による受益額が財産の価額として一義的に算定され、これについて持ち戻し免除の意思表示があったと見るか無かったと見るかによって、結論が一刀両断に決まってしまう、という判断の枠組みになっているのが、根本的な問題のように思われる。

したがって、立法論的には、寄与分と同じように、裁判所が特別受益として持ち戻しをすることができるとしたうえで、被相続人の意思を勘案して持ち戻しをしないことや一部の持ち戻しにとどめることも裁量的にできる、というようにすることが考えられる。のみならず、現行法の解釈論としても、持ち戻しを一部免除する意思表示がなされたと認定することや、そもそも特別受益として組み込まれる財産として、贈与や遺贈の一部のみを特別受益と見る、ということも不可能でないように思われる。それができれば、筆者が冒頭に挙げた1つめのケースについてもすわりの良い結論に導くことが可能となる。

ただし、持ち戻しを一部免除する意思表示がなされたと認定するというのは、意思表示があったかなかったかの事実認定の域を超えてしまうとの批判もあり得る。もしこの点が解釈として困難ということであれば、前述

したところの、寄与分の対価と評価できる額よりも多額の贈与をした場合に、寄与分を超えた部分のみについて特別受益と評価すること（これを持ち戻すか否かは論理的には別の問題である）は、現在の実務でも行われているので、このように特別受益の範囲を裁量的に認定し、かつその認定部分については持ち戻し免除の意思表示を認めないこととするというのは、現行法下でも十分に可能ではないかと考える。

# A Study on Manifestation of Intention to Exempt from Bring-back

論

Hisaya KAMEI

説

There are many theories and judicial precedents that assert that there should be an implied manifestation of intention to exempt from the bring-back of special benefits in inheritance division. As for this issue, the conclusion will differ greatly depending on whether the will of the decedent or the fairness of the heirs should be prioritized, and it is often difficult to clarify the will of the decedent. In such a case, I argued that it is possible, not only from a legislative perspective but also from an interpretational perspective, for the court to allow only a partial bring-back or express an intention to exempt a part of the bring-back.