

相続回復請求権論再考

相続財産権の見地から

阿 部 裕 介

1. 本稿の目的

共同相続の場面を中心に、相続される個別の財産とは別に、それらを含むする相続財産（遺産）を觀念し、これに対応して、相続財産上の相続権（共同相続の場合には、相続分）を個別財産上の所有権（共同相続の場合には、共有持分）から区別する学説上の潮流が存在する⁽¹⁾。

本稿は、このような意味での相続財産及び相続権の観点から、相続回復請求権の法的性質論に再検討を加えるものである。

(1) 相続財産権の観点からみた相続回復請求権の法的性質論

相続回復請求権に関する民法の唯一の規定である 884 条は、相続回復請求権が何であるかを定義しない。ただ、この規定は、消滅時効の起算点を「相続権を侵害された事実を知った時」としていることから、「相続権」の侵害を前提としているということ是可以する。

(1) 相続財産に属する個別財産とは区別された、全体としての相続財産の観点から、遺産共有に関する従前の議論を総括した近時の文献として、潮見佳男「遺産の帰属面から見た遺産共有の二元的構造」法学論叢 182 卷 1=2=3 号 1 頁 (2017) がある。遺産の「二重の共有」論については、阿部裕介「具体的相続分と持戻し」法律時報 89 卷 11 号 30 頁 (2017)、31 頁でも、遺産分割における可分債権の取り扱いとの関係で触れたことがある。本稿は、同 32 頁注 8) で期していた別稿の一部でもある。

相続回復請求権を相続財産の包括的返還請求権として構想する独立権利説⁽²⁾は、この「相続権」をまさに相続財産全体の上の財産権としての相続権(以下「相続財産権」と呼ぶ)と解するものに他ならない。

これに対して、集合権利説は、相続財産の包括的返還請求権を構想することの実質的意義を疑問視し、相続回復請求権を相続財産に属する個別財産上の財産権に基づく返還請求権の総称と解する⁽³⁾。これによれば、相続回復請求権の基礎としての相続財産権の観念は否定され、884条の「相続権」も、相続された個々の財産上の財産権を指すものに過ぎない、ということになるだろう。

訴権説も、相続回復請求権の基礎として相続財産権を観念しない点では集合権利説に親和的であり、ただ相続財産に属する個別財産の占有をめぐって争う当事者間の争点が互いの相続資格にある場合の特殊な訴権として相続回復請求権を観念する点に特徴を有する⁽⁴⁾。その論者が相続財産権を「架空の権利⁽⁵⁾」と呼ぶのは、相続財産権及びその目的としての相続財産の観念に対する論者の警戒感をよく示すものといえよう。

これに対して、戸籍関連説は、独立権利説を基礎としつつ、相続回復請求に相続人の地位確認の側面を見出すことで、個別財産の所有権に基づく物権的請求権とはなく、相続人の地位不存在確認請求などの各種身分関係請求と相続回復請求との競合を論ずる⁽⁶⁾。もっとも、独立権利説を前提とするために、相続回復請求は各種確認請求そのものとしてではなく、あくまでもそれらと競合する別個独立の請求として位置づけられている。

(2) 中川善之助＝泉久雄『相続法(第4版)』(有斐閣, 2000) 45頁など。

(3) 鈴木祿弥『相続法講義(改訂版)』(創文社, 1996) 58-59頁など。

(4) 伊藤昌司「相続回復請求権の性質」『相続法の基礎的諸問題』(有斐閣, 1981) 37頁(初出: 1980), 46頁。

(5) 伊藤・前掲注(4) 43頁。

(6) 水野紀子「相続回復請求権に関する一考察」加藤一郎古稀記念『現代社会と民法学の動向 下』(有斐閣, 1992) 409頁, 412-413頁。

(2) 問題提起

以上にみた従来の議論は、一つの前提を共有していたといえる。それは、包括的権利としての相続権を相続回復請求権の回復対象とみることは、独立権利説に結びつく、というものである。

しかし、相続権の回復請求は、右に紹介した独立権利説が説くような、相続財産を構成する個別財産全部の包括的返還請求を必然的に意味するのだろうか。むしろ、具体的に何が請求され何が命ぜられるかに関わらず、互いに相容れない相続権を主張する争いの中にこそ、相続財産権の回復請求が含まれている、と解しうるのではないだろうか。

このような問題意識を提供するものとして、以下では、相続回復訴権を相続財産の本権訴権として捉えるフランス古法の学説を紹介したい。そこでは、相続財産がこれに属する個別の財産とは別個に観念される一方で、それは、独立権利の発生源となるのではなく、原被告の間で相続財産権の帰属が争点とされた訴訟を括り出す機能を有しているのである。

2. フランス古法における相続回復訴権

訴権説は、フランス法における相続回復訴権 (pétition d'hérédité) に関する一定の認識を前提としている。すなわち、フランス相続回復訴権は、その訴権構成ゆえに、それが包括的権利としての相続権 (の侵害) に基づくと考える必要がない、というものである⁽⁷⁾。しかし実際には、以下にみるとおり、訴権構成のフランス法の下でも、包括的相続財産や相続権の観念は存在していた。

フランス法における相続回復訴訟の特徴として紹介されていた点のうち、原被告が互いに権原を主張する点及び権原の確認と同時に財産の回復を命ず

(7) 伊藤・前掲注 (4) 38 頁。

る点⁽⁸⁾は、確かに日本法上の所有権に基づく物権的請求訴訟にはない特徴であるかもしれない。しかし、実はこれらも相続回復訴訟に固有の特徴とはいええず、むしろフランス法における本権訴訟の特徴をよく表している。フランス法における不動産所有権に基づく本権訴訟の特徴については別稿を予定している⁽⁹⁾、本稿ではそれを前提として、本権訴訟と相続回復訴訟との類似性を指摘する。

それでは、相続回復訴訟はいかなる点で本権訴訟と異なるのか。相続回復訴訟は、包括体としての相続財産の本権訴訟である点で、個別財産の本権訴訟とは異なる。相続財産の本権訴訟であるということは、実際上は、原告の間で相続財産権の帰属が争点とされた訴訟を括り出す意味を持つ。本稿は、このことを民法典制定以前のフランス古法における Pothier の説くところに従って例証したい⁽¹⁾。

フランス古法において、包括体としての相続財産は、本権訴訟としての相続回復請求訴権のみならず、遺産占有訴権の目的ともなっていた。しかし、遺産占有訴権の基礎にある遺産占有が相続資格を前提とするものであるために、遺産占有訴権と相続回復訴権と関係は、通常の占有訴権と本権訴訟との関係とは異なる。両者の関係をめぐる学説の議論も、相続財産権の帰属をめぐる争いを相続回復訴訟に集約する傾向を示している⁽²⁾。

(1) Pothier における相続回復訴権の特徴

フランス古法とりわけ慣習法の学説には、相続回復訴権を本権訴訟 (action pétitoire) の一種として扱う記述が散見される。

de Ferriere は、本権訴訟として、取戻訴権と並んで相続回復訴権を挙げている⁽¹⁰⁾。そして、相続回復訴訟の具体的事案として、死者の嫡出相続人

(8) 伊藤・前掲注 (4) 39 頁。

(9) 日仏法学、法学協会雑誌に寄稿を予定している。

(héritier légitime) として相続財産を占有していた者が、死者のより近親の相続人の出現によって相続財産の返還を命じられる場合と、受遺者として相続財産を占有していた者が、遺言が破棄されていたことを理由に相続財産の返還を命じられる場合とを挙げる⁽¹¹⁾。

Bourjon も、本権訴訟に伴う、善意占有者に対する果実返還訴訟に関して、不在者による相続回復の事案を扱っている。そこでは、遺産占有（後記(2)(a)）を取得した共同相続人間の一部が相続開始時に不在だった場合における、不在者とされた相続人から他の共同相続人への相続回復訴訟が念頭に置かれている⁽¹²⁾。

もっとも、相続回復訴権自体についてのまとまった体系的叙述は、Pothier の著作において初めて現れる。そして、フランス民法典も相続回復訴権の規定をほとんど持たないために、民法典制定後の19世紀の学説は、民法典制定前のPothierの著作を参照して議論を展開することになる⁽¹³⁾。したがって、Pothierの叙述には、相続回復訴権をめぐる近現代フランス法学の源流としての位置付けを与えることができる。

(a) 目的としての相続財産

そのPothierは、所有権(droit de propriété)から生ずる諸訴権⁽¹⁴⁾として、

(10) Cl. de Ferriere, *Corps et Compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, 2nd ed., t.1, Paris, 1714, titre IV, n.3.

(11) Cl. de Ferriere, *La jurisprudence du Digeste*, t.1, Paris, 1677, p.220.

(12) Fr. Bourjon, *Le Droit commun de la France et la Coutume de Paris*, t.2, Paris, 1770, liv. VI, tit. IV, chap.IV, n.7.

(13) Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 4^{ème} éd., t.6^{ème}, Paris, 1873, §616, note 1 etc. なお, *id.*, §578, p.247 は、相続回復訴訟を家産(patrimoine)の取戻訴訟(action en revendication)として構想している。

(14) R.-J. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété (Œuvres de Pothier par Bugnet)*, t.9, Paris, 1846), chapitre préliminaire.

個別物の所有権から生ずる取戻訴権 (action de revendication) と、相続財産の所有権から生ずる相続回復訴権とを対置している⁽¹⁵⁾。そして、相続回復訴権の目的 (objet) を、財産包括体 (universalité de biens) としての相続財産 (succession) として捉えている⁽¹⁶⁾。さらに彼は、財産包括体を、家畜の群れなどの物の集合 (universalité de choses) と区別し、後者は個別物の集合に過ぎないので取戻訴訟の目的となる、としている。

このように、Pothier において相続回復訴権はその目的の点で取戻訴権と区別されているが、相続回復訴権のその他の特徴は、むしろ取戻訴権の特徴をよく反映したものになっていると言える。Pothier における取戻訴権の特徴 (被告適格や有責判決の内容など) の分析については別稿に譲り⁽¹⁷⁾、ここではその分析結果を前提として、Pothier における相続回復訴権の、取戻訴権との関係での位置付けを明らかにしたい。

(b) 相続権の争いと被告適格

Pothier において、取戻訴訟は、所有権の帰属を互いに争う者の間の訴訟であり、このことは、取戻訴訟の本来的な相手方が、自ら所有者として占有する者とされているところに表れている。これは、日本法において所有権確認訴訟に必要な確認の利益の内実と類似している。

同様に、相続回復訴訟は、包括体としての相続財産の帰属を互いに争う者の間の訴訟であり、相続回復訴訟の相手方となりうるのは、以下にみるとおり、いわば包括体としての相続財産の自主占有者であるといえる。

それは、相続財産に属する個別財産の占有者とは異なる。すなわち、相続回復訴訟の被告が、訴え提起の時点で相続財産に属する何らかの個別財産を占有している必要はなく、ただ、後述するように相続財産に属する個別財産

(15) Pothier, *supra* note 14, seconde partie.

(16) Pothier, *supra* note 14, n. 283.

(17) 日仏法学 31 号 (2021 年刊行予定) に寄稿予定である。

の返還を命ずる有責判決を原告が得るためには、その時点までに被告が当該個別財産を占有している必要があるだけである⁽¹⁸⁾。

逆に、たとえ相続財産に属する個別財産を占有している者であっても、原告の相続財産の所有を、すなわち相続資格を争う者でなければ、相続回復訴訟の被告とすることはできず、たとえば被告の占有する物が被相続人に属していなかったと被告が主張する場合には当該訴訟は特定物の取戻訴訟となる⁽¹⁹⁾。加えて、相続資格の争いは、自分こそが相続人であるという被告の主張に基づくことが必要である⁽²⁰⁾。このことは、取戻訴訟の本来的被告に所有者としての占有が必要とされることに対応している。

従って、相続財産に属する個別財産を占有しない相続債務者であっても、原告への債務の履行を免れるために原告の相続資格を争う場合には、相続回復訴訟の被告となりうるが、そのためには、この相続債務者が自ら相続資格を主張する者であることが必要である。そのような主張をしない相続債務者に対しては、相続人は被相続人から承継した人的訴権しか有しない⁽²¹⁾。

こうした記述からは、相続回復訴訟という訴訟類型が、原告の訴権行使によって選択されるというよりも、訴訟における争点すなわち被告の争い方に応じて性質決定されるものである、という発想を検出することができる。

(18) Pothier, *supra* note 14, n. 405.

(19) Pothier, *supra* note 14, n. 370.

(20) Pothier, *supra* note 14, n. 371. なお、ここでは、実際には全く相続資格を持たない表見相続人に対する相続回復訴訟と並んで、原告を共同相続人と認めない共同相続人に対する相続回復訴訟（共同相続人間の相続回復訴訟）も認められている。これに対して、Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^{ème} éd., t. 7, Paris, 1827 v^o Héritéité, n. 7 は、何ら相続を基礎付ける権原を持たない占有者に対する相続回復訴訟を認めるローマ法源に言及しているが、Pothier はこれに言及していない。これは、フランス古法の本権訴訟が被告の所有者としての占有を前提としており、Pothier がこの点をローマ法とフランス法の違いとして認識していたためであると考えられる（日仏法学に掲載予定の別稿参照）。

(21) Pothier, *supra* note 14, n. 374.

従って、相続資格を主張する者から相続権を譲り受けた者も、相続回復訴訟の被告として認められている⁽²²⁾。これに対して、相続財産に属する個別財産の譲受人（第三取得者）は、被告として認められていない。

(c) 有責判決の内容

取戻訴訟の争点は所有権の帰属であり、その審理判断の対象も原告の所有権である。しかし、原告に所有権があると判断されると、単にそのことが確認されるのではなく、被告に対して原告に目的物を委付するよう命ずる有責判決が出される。

相続回復訴訟においても同様に、原告に相続権があると判断されると、被告に対して何らかの有責判決が出される。もっとも、個別財産の所有権とは区別された相続財産権の帰属が審理判断の対象であることが、有責判決の内容にも影響することになる。

すなわち、相続財産に属する何らかの財産を被告が占有している場合には、有責判決は被告が占有する個別財産すべての返還を命ずるものとなる⁽²³⁾。しかし、前述したように相続回復訴訟の被告は相続財産に属する個別財産を占有しているとは限らず、個別財産を占有していない被告に対する有責判決の内容は、被告の法的地位を反映して多様化する。例えば、被告が相続債務者である場合には、相続債務の履行が命ぜられる⁽²⁴⁾。また、被相続人が所有の意思なく所持していた物（賃借物など）を被告が相続人として所持している場合、その物は相続財産に属するものではないが、被告に対して原告にこれを返還することが命ぜられる⁽²⁵⁾。

(22) Pothier, *supra* note 14, n. 375.

(23) Pothier, *supra* note 14, n. 398.

(24) Pothier, *supra* note 14, n. 398.

(25) Pothier, *supra* note 14, n. 399.

(2) 相続回復訴権と遺産占有訴権

フランス古法においては、包括体としての相続財産を目的とする占有訴権も認められていた。このことも、相続回復訴権が本権訴権として位置づけられていたことを裏付けるものといえる⁽²⁶⁾。

もっとも、そのような占有訴権の基礎とされた遺産占有 (saisine héréditaire) は、本権すなわち相続財産権と区別することが困難な概念であった。個別財産の占有と区別された遺産占有の侵害は、相続権の侵害に他ならないので、相続回復訴訟にない固有の領域を遺産占有訴訟に認めることができるかをめぐり、学説は対立している。前記 2 (1) (b) で述べたとおり、相続回復訴訟の相手方となるのは「いわば」包括体としての相続財産の自主占有者であったが、そこでいう相続財産の占有者も、ここでいう遺産占有を有する、すなわち遺産占有訴権を有するとは限らない。

(a) 遺産占有と遺産占有訴権

遺産占有は、《le mort saisit le vif》(死者は生者に saisine を与える) の法格言 (Paris 旧慣習法典 132条⁽²⁷⁾, 新慣習法典 318条⁽²⁸⁾) に基づいて最近親の嫡出相続人が相続財産につき取得した占有 (saisine) である。

(26) 川島武宜「相続回復」穂積重遠=中川善之助編『家族制度全集法律編V 相続』(河出書房, 1938) 205頁, 212頁は、ローマ法における無権原占有者に対する相続回復訴権と、ゲルマン法における占有(ゲヴェーレ)の相続との機能的等価関係を指摘する。これに基づき、ローマ法における相続回復の訴えと個別財産の所有物返還の訴えとの関係を、占有訴権と本権訴権との関係になぞらえるものがある(中川善之助=泉久雄編『新版注釈民法(26)』(有斐閣, 1992) 87頁〔泉久雄〕)。伊藤・前掲注(4) 44頁及び45頁注(10)も、相続回復請求を占有の訴えに類比している節がある。しかし、少なくともフランス古法においては、遺産占有訴権が相続回復訴権とは別個に観念されており、このことから、相続回復訴権が本権訴権として位置づけられていたことが裏付けられる。

(27) Ch. A. Bourdot de Richebourg, *Nouveau Coutumier general*, t. 3, Paris, 1724, p. 10.

(28) Bourdot de Richebourg, *supra* note 27, p. 52.

フランス古法において、不動産の占有訴権 (complainte) を取得するためには、原則として1年の1日の間不動産の事実的占有を継続することで saisine を取得することが必要とされていた⁽²⁹⁾。上記の法格言は、その例外として、相続財産に属する不動産につき、相続開始によって直ちに、従って何らの事実的占有がなくとも、最近親の嫡出相続人の saisine 取得を、従って占有訴権を認めるものであった⁽³⁰⁾。

もっとも、動産については、そもそも saisine は観念されず、占有訴権も一般には認められていなかった。ここで、遺産占有の第2の特殊性が立ち現れる。

すなわち、Paris 新慣習法典 97条⁽³¹⁾及び1667年4月の ordonnance の titre 18 (占有保持訴権及び占有回収訴権について) 1条⁽³²⁾は、動産の包括体 (universalité des meubles) に限って占有訴権を認めた。そこで念頭に置かれていたのが、動産の相続財産であったのである (とりわけ、Paris 新慣習法典 97条は包括体の例として相続財産を明示している)。

de Lauriere は、この Paris 新慣習法典 97条に基づく動産相続財産の占有訴権をも、前述した《le mort saisit le vif》の法格言の一帰結として説明する⁽³³⁾。つまり、彼によれば、動産相続財産の占有訴権は原告の遺産占有に

(29) この点についても、日仏法学に寄稿予定の別稿に譲る。

(30) Fr. Olivier Martin, *Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris, Réimpression complétée par des additions bibliographiques*, Éditions Cujas, 1972, t.2, p.476.

(31) Bourdot de Richebourg, *supra* note 27, p.38.

(32) Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'Avril 1667*, Nouv. éd., Paris, 1769, p.268. なお、この規定は、Boissonade がその日本民法草案 213条3項において動産の占有訴権を認める際に参照されたものでもある (G. Boissonade, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon. Accompagné d'un commentaire*, t.1, Tokio, 1880, p.162)。

(33) E. de Lauriere, *Texte des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, t.1, 1777, p.266.

基づくものということになる。そうすると、この占有訴訟の被告となりうる者も、遺産占有を侵害する者ということになる。実際、de Lauriere は、相続財産の占有訴訟の被告を、「同様に包括名義で (à titre universel) 占有し、その相続人の資格を妨害する者」に限定している。

この発想に立つと、遺産に属する不動産の占有を妨害する者に対しても、個別不動産の占有訴権とは別に、遺産の占有訴権を観念できるはずである。実際、de Lauriere は、《le mort saisit le vif》の効果として、相続人が、被相続人の財産 (biens) につき、被相続人が saisine (または1年と1日の占有) を有していてもいなくても、saisine を取得するが、被相続人が saisine を有していなかった物については、相続人は自己の相続権を争う者を被告とする占有訴訟しか提起し得ない、という⁽³⁴⁾。ここでいう、被相続人が saisine を有していなかった物は、相続財産に属する不動産であると考えられる。個別動産についてはそもそも saisine や占有訴権を観念できないからである。相続人の相続権を争う者しか被告とし得ないという点は、慣習法典 97 条で認められた動産の相続財産の占有訴権に関する de Lauriere の理解と一致しており、このことから、彼は動産に限らず不動産についても遺産占有に基づく占有訴権を観念していたといえる。

(b) 遺産占有訴権の実際

もっとも、遺産占有は、前述のとおり相続資格に基づいて認められるものであるだけに、本権すなわち相続財産権と区別することが困難である。例えば、被相続人の最近親者として相続財産に属する財産を占有していた者が、より近親の相続人の登場によって、相続権を有していないことが発覚した場合、その者は同時に、遺産占有も有していないことになるからである。

実際、遺産の占有訴訟の事案として de Lauriere が想定する例は、そのよ

(34) E. de Lauriere, *Texte des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, t. 3, 1777, pp. 81-82.

うな場合ではない。彼が想定しているのは、相続財産に属する財産が、後得財産 (acquêts) と動産しかなく、すなわち全て遺贈によって処分可能な財産であり、実際に受遺者が存在するために、相続人がその相続資格にも関わらずそれらの財産を相続しないような場合である⁽³⁵⁾。Paris 新慣習法典 97 条に関する前述した記述と併せ読むと、ここでいう受遺者は特定受遺者ではなく「包括名義」の受遺者であり、そのような受遺者に対して相続人が遺産占有訴訟を提起することが想定されていることがわかる。つまり、遺産占有訴権は、受遺者が相続人の遺産占有を害して相続財産に属する財産を占有することを相続人が防ぐものと考えられる。そうすると、これと対置される本権訴権は、受遺者の包括名義に基づく相続回復訴訟ということになるだろう。しかし、少なくとも慣習法地域では、受遺者にそのような相続回復訴権は認められていなかった⁽³⁶⁾。これによれば、たとえ包括名義遺贈があっても、受遺者ではなく相続人がなお全て相続財産権を有する、と考えることになりそうであるが、そうすると、包括名義遺贈があっても、遺産占有と相続財産権とは共に相続人に帰属することとなり、やはり分離しないことになる。

このように、遺産占有訴権の基礎としての遺産占有を相続財産権と区別することは困難であった。そのため、一方で、Bourjon は、遺産占有訴権を相続回復訴権に解消している。彼は、相続権が争われた相続人の動産相続財産占有訴権を一応は肯定しつつも、その実益に疑問を呈する⁽³⁷⁾。そして、とりわけ共同相続人間においては、相続財産に属する個別不動産の占有訴権をも否定し、共同相続人間で相続人の資格を争う場合には相続回復訴権によるべきであると説く⁽³⁸⁾。

(35) De Lauriere, *supra* note 34, p. 80.

(36) Pothier, *supra* note 14, n. 366.

(37) Bourjon, *supra* note 12, liv. VI, tit. IV, chap. I, n. 26.

(38) Bourjon, *supra* note 12, liv. VI, tit. IV, chap. I, n. 17.

他方で、Pothier は、動産の相続財産の占有訴権を遺産占有には結び付けず、これを個別不動産の占有訴権に接近させている。すなわち、彼は de Lauriere や Bourjon とは異なり、Paris 新慣習法典 97 条や 1667 年のオルドナンスの文理に忠実に、動産相続財産の占有訴権を、あくまでも動産包括体の占有訴権の一例として位置づけており⁽³⁹⁾、動産包括体一般にない相続財産の特殊性に着目してはいない。その結果、動産の相続財産の占有訴権について、彼は、個別不動産の占有訴権と同様、妨害前に相続人が 1 年と 1 日の間動産を占有していたことを要求しており⁽⁴⁰⁾、de Lauriere のようにこれを《le mort saisit le vif》に結びつけてはいない。《le mort saisit le vif》についても、死者が占有していた個別財産の saisine を相続人が直ちに取得する効果のみを認めており⁽⁴¹⁾、死者が saisine を持たなかった財産については相続人にも saisine の取得を認めていない。従って、Pothier は結局、相続人独自の遺産占有に基づく遺産占有訴権を認めてはいないものといえる。

(c) 相続回復訴訟における被告の遺産占有

ここで、相続回復訴訟について de Ferriere と Bourjon が想定していた例(前記 2 (1))を振り返ると、Bourjon の例(不在だった共同相続人が出現した例)で被告とされているのは、原告においても遺産占有者であることを否定できない者であった。

しかし、de Ferriere の例のうち、より近親の相続人が出現した例では、相続回復訴訟の被告とされた嫡出相続人は、原告の主張によれば実は最近親者ではなく、従って被告には相続権のみならず遺産占有もなかった、ということになりそうである。さらに、遺贈が破棄されていた例で相続回復訴訟の

(39) R. -J. Pothier, *Traité de la possession* (*Œuvres de Pothier* par Bugnet, t. 9, Paris, 1846), n. 93-94.

(40) Pothier, *supra* note 39, n. 94.

(41) R. -J. Pothier, *Traité des successions* (*Œuvres de Pothier* par Bugnet, t. 8, Paris, 1845), p. 114.

被告とされる受遺者は、そもそも遺産占有者ではあり得ず、ただ遺言執行によってすでに受遺物の占有を開始していたに過ぎなかったものと考えられる。

以上より、相続回復訴訟の被告は、必ずしも遺産占有者であることを要しなかった、といえる。これも、遺産占有の所在が相続財産権の所在に連動していたことの裏返しであるといえよう。すでに見た通り、相続回復訴訟の被告は、相続財産権を争い、自らこれを行使するものであって、必ずしも実際に相続財産権を有する必要はないのである。

3. 結び

相続財産を構成する個別財産の所有権とは別に、相続財産上の財産権（相続財産権）を観念する際には、相続回復請求をその相続財産権に基づく本権の訴えとして理解しうる。

しかしながら、このことは、相続財産につき個別財産の所有権に基づく物権的返還請求権を範型とする独立権利を構想し、これによって相続回復請求権者に特別の保護を与えることを必ずしも意味しない。Pothierにおいてそうであったように、訴訟において原被告の間で相続財産権の帰属が争点となった場合に⁽⁴²⁾、原告の請求を相続回復請求と性質決定する⁽⁴³⁾（日本法におけ

(42) もちろん、フランス本権訴訟への類比からは、単に被告が原告の相続を争っただけではなく、被告側に（個別財産の自主占有からは区別された）「相続財産の自主占有」といえる客観的事情が存在することが必要である、ということになろう。

最大判昭和 53 年 12 月 20 日民集 32 卷 9 号 1674 頁の多数意見は、「自ら相続人でないことを知り」または「相続権があると信ぜられるべき合理的な事由があるわけでない」僭称相続人に対する請求につき、民法 884 条の適用を否定した。これは、同判決の藤崎補足意見が「援用者の主観的事情によって援用資格を限定する」というように、相続権に関する請求の相手方の主観（悪意・過失）を問題にしているものと解されるのが通常である（鈴木・前掲注 (3) 63 頁、潮見佳男『詳解相続法』(弘文堂, 2018) 570 頁など)。しかし、実はこの

(490)

るその具体的帰結として、被告に消滅時効の援用権を認める)、という形で、相続財産権に基づく本権訴訟としての相続回復請求訴訟を觀念することも可能である。相手方が相続財産に属する個別財産を占有している場合には、その個別財産の返還を求める給付訴訟⁽⁴⁴⁾が相続回復請求訴訟たりうるであろう。もっとも、相続財産に属する個別財産を相手方が占有していることは、相続回復請求にとって本質的ではない。確認の利益の存する限りで確認訴訟を認め、これを給付訴訟と峻別する日本の民事訴訟法を前提とすると、遺産分割

点をめぐる理解は多数意見内でも分裂しており、同判決の高辻・服部補足意見は、合理的事由を「対外的・対社会的に相続人らしい」ことと言い換えている。さらに岨野惇介・最判解昭和53年度民事篇551頁(1982)、576-579頁は、(共有者の一人による共有不動産の時効取得との実質的類似性という観点からではあるが)多数意見が表見相続人に付した限定と自主占有との類似性を指摘していた。前掲最大判昭和53年に先立つ最判昭和39年2月27日民集18巻2号383頁は、相続回復請求の前提としての相続権侵害が所有の意思による占有であることを要しない、としていた。しかし、前掲最大判昭和53年を経た最判平成11年7月19日民集53巻6号1138頁は(登記による相続権侵害の事案ではあるが)、前掲最判昭和39年2月27日を引用して表見相続人の相続権侵害意思を不要としつつ、所有の意思には言及していない。

被相続人から相続した賃借権に基づく占有のように、個別財産のレベルでは他主占有であっても相続権侵害を構成する占有は確かに存在する。しかし、個別財産の自主占有から区別された「相続財産の自主占有」は、日本法においても、民法884条の適用範囲を画する概念として機能しうるように思われる。

- (43) もっとも、この議論は、フランス民事訴訟法で認められている裁判官の法的性質決定権限を前提に有するようにも思われる。そうすると、このような法的性質決定権限が、日本の民事訴訟法において訴訟物を原告が訴状によって特定するよう求められ、原告の申立事項が裁判所を拘束すること(民訴246条)と整合するの、という点には留意する必要がある。しかし、日本においても、裁判官が原告の行使する請求権の法的性質決定に主体的に関与する余地はあるようにも思われる。そもそも新訴訟物理論からは法的性質決定は訴訟物の特定に不要となるが、旧訴訟物理論を前提としつつ、原告による訴訟物の法的性質決定は裁判所を拘束しないと説く見解も存在する(伊藤真『民事訴訟法(第6版)』(有斐閣, 2018) 211頁)。筆者の専攻を逸脱した問題ではあるが、引き続き検討したい。

- (44) 前掲注(42)最大判昭和53年12月20日は、相続財産に属する不動産の登記手続請求に民法884条の適用がありうることを前提としている。

協議無効確認訴訟や相続人の地位不存在確認訴訟⁽⁴⁵⁾も相続回復請求訴訟たりうるであろう⁽⁴⁶⁾。

このような見地からは、独立権利説は、相続財産や相続財産権を觀念した点ではなく、相続回復請求権に個別財産の返還請求権とは異なる内容を与えようとした点に問題があった、ということになる。

集合権利説は、相続回復請求としての性質決定が實際上消滅時効を適用する意味しか持たないことを示す意味を持った。加えて、相続権に関する確認請求にも相続回復請求としての性質を認めるべきであるという主張⁽⁴⁷⁾も、重要な指摘であったといえる。しかし、相続回復請求権を個別財産権に基づく返還請求権の総称に過ぎないと断じた点には、問題があったといえる。相続回復請求権の消滅時効が、実体的に相続財産に属する個別財産上の財産権に基づく請求権を一律に消滅させるのではなく、請求権が「相続権存否の争いを前提として行使される場合⁽⁴⁸⁾」に限って作動し、相続権の主張を排除するものであること⁽⁴⁹⁾は、集合権利説の論者も認めるところである。しかし、請求権を実体的存在と考え、かつ消滅時効をその実体的消滅原因として位置付ける前提に立つ限り、請求権の時効消滅の成否を請求権行使時における請求権者の主張や相手方の主張にかからしめることは困難であろう⁽⁵⁰⁾。

(45) 最判平成16年7月6日民集58巻5号1319頁は、相続欠格による相続人の地位不存在確認の利益を認めた。

(46) もっとも、身分関係確定の一効果として相続権の確定を生ずるような確認請求に相続回復請求の消滅時効が及ぶのか、他方で及ばないとしても何らかの制約が必要ではないか(水野・前掲注(6)427頁以下)は問題である。この点については、相続回復訴訟を「血統訴訟」としてこれを「身分訴訟」と区別するフランス法の議論(水野紀子「フランスにおける親子関係の決定と民事身分の保護(3)」民商法雑誌105巻1号25頁(1991))が示唆に富むが、本稿では十分な検討には至らなかった。

(47) 鈴木・前掲注(3)56頁。

(48) 鈴木・前掲注(3)59頁

(49) 潮見・前掲注(42)565頁。

(50) 鈴木・前掲注(3)63頁が民法884条適用の要件として、回復請求者が請求の

ここに、請求の根拠としての相続財産権を、個別財産権から区別して観念する意味があるといえる。

訴権説の主張は、相続回復請求権の訴訟における性質決定の動態的把握を可能にする意味を持っていたといえる。しかし、そのために相続財産や相続財産権の観念を否定したことで、相続権の確認を相続回復請求から排除し、個別財産の給付を目的とすることに固執した点に問題があったといえよう。

戸籍関連説は、相続回復請求に相続人の地位の確認という側面があるとした点で重要な指摘を含むが、あくまでも独立権利説を基礎として、相続回復請求と各種確認請求との「競合」を認めるに留まった点に問題があった、ということになろう。すなわち、それらの確認請求を端的に相続回復請求そのものと性質決定してしまうことも可能であったように思われる。

* 本稿は、学術研究助成基金助成金・課題番号 16 K 17018 による研究成果の一部である。

根拠として相続を「主張せざるをえぬ状態にあること」を掲げるのは、請求者と相手方との間に相続権の帰属に関する争いが存在することを実体法的要件として表現しようとする苦心の表れといえよう。