

日本の相続法における財産分離制度に関する研究

——財産分離請求に関する裁量説と絶対説の違い——

餅川正雄*

1. はじめに

我が国の民法規定では、相続開始とともに（被相続人の一身専属的権利義務を除き）被相続人に属していた全ての権利義務は相続人に包括的に承継されることになっている（民法896条）。その結果、相続財産と相続人の固有財産は混合（mixture）することになる。相続人はこの混合した財産から、相続債権者（＝被相続人に対する債権者）と受遺者（＝被相続人の遺言によって相続財産を受け取る人）に対して弁済をするだけでなく、自己固有の債権者に対しても弁済をする必要がある。どのようなケースで問題が発生するかと言えば、第一に相続財産が比較的少なく、相続人の固有財産が債務超過であるとき、相続債権者と受遺者は十分な弁済を受けられなくなり不利益となるケースである。第二に相続財産が債務超過（＝破産状態）であるときに、相続人が損害を被るだけにはとどまらず、相続人固有の債権者も十分な弁済を受けられず不利益となるケースである。相続人は、承認・放棄の自由な選択によって自己の利益を守ることができる。しかし、相続人の債権者や相続債権者及び受遺者は、自己の利益を守る手段がない。そこで、相続人は自己の不利益を回避する方法があることの比較から、公平（fairness）の見地により、相続人の債権者や相続債権者及び受遺者にも自己の意思で利益を守る手段が認められるべきと考えられる。この考え方

から設けられたのが本研究の主題である財産分離制度である。

1.1 日本の財産分離制度の特徴

我が国の財産分離制度は、フランス民法にならって設けられた（旧民法）。しかし、後に我が国の慣習に背くという理由で削除され、この制度は採用されていなかった。ところが、明治民法の立案にあたって、個人主義（individualism）を基調とする結果、財産分離を必要とする意見が有力であったため、再びこの制度が採り入れられた。しかも、相続債権者の請求による財産分離（＝第一種財産分離）の他に、相続人の債権者による財産分離（＝第二種財産分離）も認めるという世界に類のない複雑な制度となっている。

我が国の財産分離の特徴は、次のとおりである（表1）。

財産分離は、講学上、第一種の財産分離と第二種の財産分離の2つに分けて呼ばれている。第一種の財産分離は、相続債権者（＝被相続人

表1 日本の財産分離制度の特徴

- | |
|--------------------------------|
| ① 相続人の固有債権者からの請求に基づく財産分離を認めている |
| ② 請求の相手方は、債権者ではなく相続人である |
| ③ 手続は家庭裁判所における審判手続きによる |
| ④ 財産分離と限定承認は重複して行うことができる |
| ⑤ 請求権の存続期間が極めて短期間である |

* 広島経済大学経営学部経営学科教授

* 谷口知平他編，2013，p. 641より筆者作成

の債権者)又は受遺者の請求による財産分離の
ことである。第二種の財産分離は、相続人固有
の債権者の請求による財産分離のことである。

1.2 問題意識

財産分離制度に関する先行研究は、極めて少
ない状況にある。少ない理由は、我が国の財産
分離制度が不明瞭・不完全であるため、実務に
おいてほとんど活用されていないからである。
その実態を背景にして、この制度を廃止すべき
という見解もある程である。確かに、財産分離
制度の利用状況を見れば、財産分離制度の必要
性については、立法論として議論すべき問題で
あろう。破産法上の相続財産の破産に関する仕
組みだけにとどまらず、限定承認制度をはじめ
として、相続財産の管理や清算に関する相続法
の構造全体の中で財産分離制度をどのように位
置づけるべきかを再検討し、より簡便で利用し
易い制度に変更すべきであると認識している。

財産分離は、家庭裁判所の審判事項 (referee-
ing matters) であることから、裁判官に裁量権
があるとされている。これが裁量説 (discretion-
ary theory) と呼ばれるもので通説となっている。
判例においても多くは裁量説を採用している。
逆に言えば、家庭裁判所に財産分離請求があ
っても、裁判官の判断によって分離の必要性
が認められなければ、財産分離を命じられるこ
とはないということである。これに対して、財
産分離請求があった場合には、家庭裁判所は必
ず財産分離を命じなければならないという絶対
説 (absolute theory) もある。

1.3 研究の視座

本研究の視座は、相続人と相続債権者という
利益相反の関係にある二つの立場である。

1.4 研究の目的

本研究は、財産分離請求に関する裁量説と絶

対説の根拠と考え方の違いについて考察し、財
産分離制度の存在意義を明らかにする手掛かり
を得ることを目的としている。

1.5 研究の前提

本研究の前提は、日本における現行の民法規
定である。民法では、相続人に相続の承認・放
棄の自由が認められており、自己の意思によ
って己の利益を護ることができる。これは相続人
の人権保障というべきものであって、債権者の
利益のために強制することは許されない (中川
善之助・泉久雄, 1993, p. 405)。

1.6 先行研究

本研究では、先行研究として次の論文を資料
として使用した。

(1) 宮崎幹朗 (2018) 「判例研究 家庭裁判 所が財産分離を命ずることができる場合」

宮崎幹朗は、「家庭裁判所が財産分離を命じ
ることができるのは、相続人自身が債務超過に
陥っているか、その可能性が高い状態にあるた
めに、相続財産と相続人の固有の財産とが混合
することによって、相続債権者や受遺者が弁済
を受けられなくなる恐れがある場合には、財産
分離を命じる合理的必要性が認められることにな
る」と論じている。それゆえに、「合理的必要
性を求めた原審決定および追認した最高裁決
定の立場は相当であるといえる」と結論付けて
いる (宮崎幹朗, 2018, p. 99)。

(2) 濱田陽子 (2019) 「限定承認と相続財産 の破産」

濱田陽子は、「限定承認は相続人の利益保護
を第一の目的としているため、……相続債権
者や受遺者の間の公平の実現や手続き保障は後
退している」とし、「相続財産破産の活用がも
っと検討されるべきだろう」と論じている。そ
して、「破産手続には限定承認のように相続債務
の責任を相続財産に限定する効果が認められて

いないので、相続人としては限定承認に加えて破産手続を申し立てることになり、この手間が相続人に相続破産の申立てを躊躇させている一因だと考えられる」と指摘し、「相続人の一人による申出による限定承認の効果の付与についても……今後さらに、民法理論と破産法理論の両面から検討されることが望まれる」と締め括っている（濱田陽子，2019，p. 58）。

2. 研究対象

本研究の対象は、「財産分離」についての民法規定と破産法の相続破産制度の規定である。

2.1 研究対象（その1）——財産分離に関する民法規定

(1) 審判事項

財産分離は、家庭裁判所に対する請求であり、審判事項である（民法941条1項）。審判であることから、裁判官には「裁量権」がある。家庭裁判所は、財産分離の必要性がある場合に限って財産分離を命じるべきである（東京高決昭59・6・20家月37巻4号45頁）。

(2) 請求期間

請求期間は、「相続開始から3か月」又は「相続財産が相続人の固有財産と混合しない間」である（民法941条1項）。3か月というのは、相続人が相続開始を知って承認か放棄かを決定しなければならない熟慮期間（consideration period）という意味である。「混合しない間」というのは相続財産に属する金銭（不動産の売却代金など）と後続人の固有財産である金銭が混和しない間という意味である（中川善之助・泉久雄，1990，p. 221）。

(3) 相続財産の管理

財産分離の請求があったときは、相続財産について相続人の自由処分が許されず、特別な管理に置かれる。家庭裁判所は、相続財産の管理について、財産管理人の選任など、必要な処分

を命じることができる（民法943条1項）。

(4) 財産分離の決定と公告

家庭裁判所が財産分離を命じたときは、その請求者は5日以内に、他の相続債権者および受遺者に対し、①財産分離命令があったこと、および、②一定期間内に配当加入の申出をすべき旨を公告（public notice）しなければならない（民法942条2項前段）¹⁾。

(5) 財産分離の効力

財産分離の審判があると、財産分離請求者および民法941条2項による配当加入申出者（以下、「申出者」と省略する）は、相続財産について、相続人の債権者に先立って弁済を受ける（民法942条）²⁾。

① 相続人の固有財産への権利行使

財産分離請求者および申出者が、相続財産をもって弁済を受けることができなかった場合に限り、相続人の固有財産について権利行使が認められる（民法948条前段）³⁾。

② 不動産の財産分離の対抗

財産分離は、不動産については、その登記をしなければ第三者に対抗することができない（民法945条）⁴⁾。

③ 物上代位の規定の準用

財産分離の「対象物」が売買・賃貸・滅失または損傷によって、「代償物」に変形したときは、財産分離の効力は、代償物に及ぶ（民法946条）⁵⁾。

2.2 研究対象（その2）——破産法の目的と相続財産の破産に関する規定

破産法の目的

破産法の目的は、次の第1条で示されている。

■ 破産法 第1条

この法律は、支払不能又は債務超過にある債務者の財産等の清算に関する手続を定めること等により、債権者その他の利害関係人の

利害及び債務者と債権者との間の権利関係を適切に調整し、もって債務者の財産等の適正かつ公平な清算を図るとともに、債務者について経済生活の再生の機会の確保を図ることを目的とする。

「破産法」の目的は、次の二つに分けて考えることができる。一つ目は、「債務者の財産等の適正かつ公平な清算 (fair liquidation) を図ること」で、破産者の財産を債権者に平等に配当し、債権者の権利の確保が図られる。二つ目は、「債務者について経済生活の再生機会の確保 (securing opportunities for regeneration) を図ること」で、財産は清算処分する代わりに、債務を帳消しにするなど経済的な更正が図られる。

破産法では、破産手続き開始原因として、支払不能と債務超過の二つを定めている。このうち、「支払不能」とは、「債務者が支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態」にあることとされている (破産法2条11項)⁶⁾。「債務超過」とは、「債務者が、その債務につき、その財産をもって完済することができない状態」とされている (破産法16条1項)⁷⁾。

なお、破産法の内容については、別の機会に詳しく検討したいと考えている。

3. 相続財産の破産と相続人の破産に関する考察

3.1 財産分離制度と他の制度との関係

財産分離に類似する制度として、「限定承認」のほかにも「相続財産の破産」, 「相続人の破産」という制度がある。限定承認は、相続財産が債務超過である場合などに相続人自身が主導権をとって、相続債務や遺贈に対する責任を相続財産の範囲に限定するための手段である。他方、

財産分離は、相続債権者や受遺者、相続人の債権者が主導権 (initiative) をとって相続財産や相続人の固有財産から優先弁済を受けるために取ることのできる措置である (常岡史子, 2020, p. 431)⁸⁾。

《考察》

財産分離制度は、実際にはほとんど利用されておらず、2008年度以降は家庭裁判所での新受件数は、毎年1件から4件程度で推移している。自己破産の申立ては近年7万件前後で推移しているが、相続財産破産手続の利用件数は多くないと言われている。限定承認についても減少傾向にあり、2020年度は675件の新受件数であった。相続放棄については、2008年度以降増加傾向にあり、2020年度には234,732件となっている (最高裁判所「司法統計」)。これらの統計資料の内容から分かることは、財産分離や破産による清算手続を選択するよりも相続放棄を選択する者が圧倒的に多いということである。

表2 相続放棄, 限定承認等の受案件数

家事審判・調停事件の事件	2020年
相続の放棄の申述受理	234,732件
相続の限定承認の申述受理	675件
財産分離に関する申述受理	0件

出典：司法統計 (令和2年度) 「家事審判・調停事件の事件別新受件数 - 全家庭裁判所」 (最高裁判所)

3.2 相続財産の破産

(1) 相続人破産者説と相続財産破産者説

破産法は、相続人の破産や相続財産法人についての破産と区別して、相続財産自体についての破産を認めている。なぜ、個人または法人にあたらないものに破産能力 (bankruptcy capabilities) を認めているのだろうか。相続財産破産の法律構成について検討しておきたい。相続人を破産者とするか、被相続人を破産者するか、あるいは相続財産自体を破産者とするかについて

ては、考え方の対立があり、かつては相続人を破産者とする説 (heir bankruptcy theory) が有力であった。しかし、この説は相続人に破産債権者としての地位が認められていることなどを根拠として批判されていた。現在では相続財産そのものを破産者とみる相続財産破産者説 (inheritance property bankruptcy theory) にほぼ統一されている。その根拠は、次のとおりである。実体法上の権利能力のない相続財産に権利能力が認められる結果として、破産管財人 (bankruptcy trustee) が相続人に代わって相続人に帰属する相続財産について管理処分権を行使し、相続人を債務者とする相続債権との清算を行うことになっている。

(2) 相続財産破産の申立権者

相続財産破産の申立権者は、誰になるのだろうか。これについては、相続債権者、受遺者のほか、相続人、相続財産の管理人または遺言執行者である。相続人の債権者は、相続財産破産における権利行使ができないため、破産手続開始申立権が認められていない。

(3) 相続財産の破産の意義と機能

次に相続財産の破産の意義と機能について整理しておきたい。相続財産の破産とは、被相続人に破産原因がある場合に、相続財産を相続人自身の固有財産 (intrinsic property) から分離して破産財団 (bankruptcy foundation) とし、相続債権者と受遺者のみに配当を行う破産手続のことである。機能については、次の二つがあると考えられる。第一に、相続財産に限定して破産手続を開始するため、相続人自身の固有財産を保護する機能である。第二に、破産財団を形成する相続財産を、相続人自身の債権者から守る機能がある。しかし、実務上は「限定承認」の制度 (民法922条以下) が多く利用されていることもあり、相続財産破産の制度はあまり利用されていない。

3.3 相続人の破産

(1) 固定主義の原則

破産手続が開始した後に、破産者が相続により他人の財産を取得した場合には、相続財産のうち積極財産 (= 資産) は、「固定主義の原則」により相続人である破産者の自由財産となる。この破産財団の判断の基準時については「固定主義」と「膨張主義」という二つの考え方がある。固定主義 (fixed principle) とは、破産手続の開始決定時を破産財団の判断の基準時とする考え方のことである。破産手続開始決定時という一点の固定された時点を基準時とすることから、固定主義と呼ばれている。固定主義の場合、破産手続開始後に破産者が取得した財産は、破産財団に組み入れられないことになる。これに対し、膨張主義 (principle of expansion) とは、破産手続開始時だけでなく、破産手続開始後に破産者が取得した財産も破産財団に組み入れるという考え方のことである。

《考察》

① 相続が開始する前に、相続人の破産手続きが開始した場合

相続が開始する前に、相続人の破産手続きが開始された場合は、相続人は破産者となる。破産手続開始決定後に破産者が得た相続財産は、新得財産 (new property) となり、破産財団に組み込まれることはない⁹⁾。

② 相続が開始した後に、相続人の破産手続きが開始した場合

相続が開始された後に (民法882条)、相続人に破産手続が開始された場合、どうなるのだろうか。自己破産は裁判所への申し立て後、裁判所側が事情を考慮し、自己破産の手続きが必要であると判断すると、「破産手続開始決定」が出されることになる。その後の審査から、「免責決定」を経て、手続きが終結することになる¹⁰⁾。

4. 第一種財産分離に関する考察

4.1 第一種財産分離の意義

ここでは、第一種財産分離 (type 1 property separation) について考察する。第一種財産分離は、相続財産 (= 遺産) はプラスであっても、相続人の固有財産が債務超過 (= 破産状態) になるケースである。この場合、相続債権者と受遺者は十分な弁済を受けられなくなる。そこで、相続債権者及び受遺者は、自己の権利を守るため、相続財産と相続人固有の財産の混合を阻止する制度が「第一種財産分離」である。具体的な例を基に考えてみたい (事例1)。

【事例1】第一種財産分離

被相続人 (X) が亡くなり相続財産中の積極財産 (= 資産) が8,000万円あった。同時に (X) が相続債権者 (P) に対して負っていた金銭債務 (= 負債) が3,000万円あった。また、遺言証書による受遺者 (Q) への遺贈が1,000万円あった。他方、相続人は (X) の子 (A) だけであり、(A) の固有財産は、資産がなく負債が5,000万円であった。

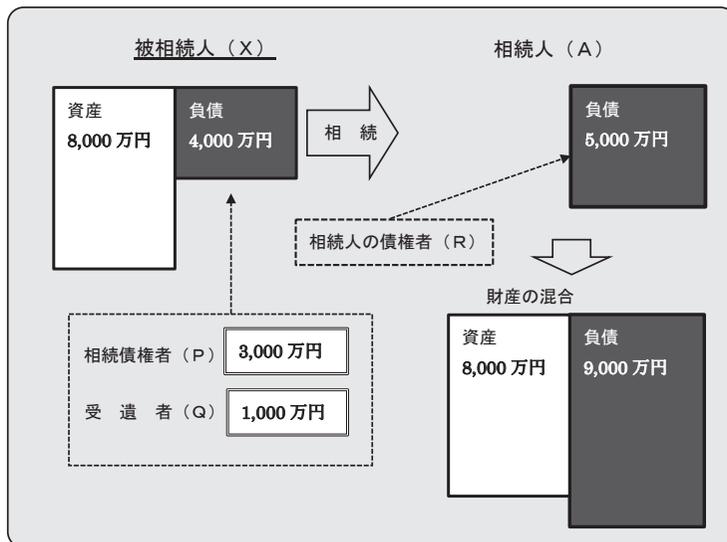
《解説》

事例1の場合、相続人 (A) が単純承認すると、(X) の相続財産と (A) の固有財産 (= 負債) が混合する。相続開始によって相続人 (A) の固有負債5,000万円と混合することによって、1,000万円の債務超過になる。これでは、相続債権者 (P) に対する弁済や (Q) に対する遺贈の履行ができなくなり、(P) や (Q) が不利益を被る。これを避ける目的で、(P) 又は (Q) は相続開始の時から「3か月以内」に、相続人の財産の中から相続財産を分離することを家庭裁判所に請求することができる。相続財産を相続人の固有財産から分離 (= 混合を阻止) するのが「第一種財産分離」である。

4.2 財産分離の手続

(1) 請求権者

第一種の財産分離の請求権者 (claimant) は、「相続債権者」と「受遺者」である (民法941条1項)。第二種の財産分離の請求権者は、「相続



* 犬伏由子他 (2016) p. 322より筆者作成

図1 相続人の固有財産が債務超過の場合 (第一種財産分離)

人固有の債権者」である（民法950条1項）。財産分離の請求権は、一身専属的なものではないため、本来の請求権者が、請求をしないまま死亡した場合は、その者の相続人がその権利を承継して、財産分離の申立をすることができる。

(2) 請求期間

第一種の財産分離の請求期間は、相続開始のときから3か月、又はそれ以後でも相続財産と相続人の固有財産とが混合しない間である（民法941条1項）。

第二種の財産分離は、相続人が限定承認をすることができる間、又は相続財産と相続人の固有財産とが混合しない間は、請求することができる（民法950条1項¹¹⁾。

(3) 分離手続

財産分離の請求は、家庭裁判所に対して行う（民法941条1項・950条1項）。第一種の財産分離を命ずる審判があったときは、その請求をした者は、5日以内に他の相続債権者及び受遺者に対し、財産分離の命令があったこと及び一定の期間内に配当加入の申出をすべき旨を公告しなければならない。ただし、この期間は2か月を下ることはできない（民法941条2項）。この公告において、知れたる債権者及び受遺者に対して申出を促す必要はなく、また知れたる債権者及び受遺者でも、申出をしなければ、清算から除斥される（民法947条2項）。この点、限定

承認の場合と異なっている。因みに、第二種の財産分離の場合、請求者は、知れたる債権者等に対し、個別に催告をなし、またその申出がなくても、清算から除斥できないとされている（民法950条2項、927条、79条2項3項¹²⁾。

4.3 第一種財産分離の効力

第一種財産分離の効力について整理しておきたい（表3）。

以下、この内容を順番に考察していく。

① 相続債権者及び受遺者は、相続人の債権者に先だって弁済を受けられる

財産分離の請求をした者及び民法941条2項の期間内に、配当加入の申出をした相続債権者及び受遺者は、相続財産については、相続人の債権者に先だって弁済を受けられる（民法942条）。弁済の時期は民法941条2項の期間満了後である¹³⁾。

② 相続債権者及び受遺者は、第三者に対して優先的な地位に立つ

財産分離によって、相続債権者及び受遺者は、第三者に対して優先的な地位（priority position）に立つ効力が認められる。この地位を第三者に対抗するためには、相続財産中の不動産については登記をする必要がある（民法945条）。理由は、この地位を債権者等に保障すると同時に、第三者をも保護するためである。この登記

表3 第一種財産分離の法的効力

① 相続債権者及び受遺者は、相続人の債権者に先立って弁済を受けられる
② 相続債権者及び受遺者は、第三者に対して優先的な地位に立つ
③ 相続債権者及び受遺者は、相続人が受け取る賃料等を自己の弁済にあてられる
④ 相続人は、弁済期に至らない債権でも弁済しなければならない
⑤ 相続債権者及び受遺者は、相続人の固有財産について権利行使ができる
⑥ 受遺者は、常に相続債権者の後でなければ弁済を受けられない
⑦ 相続人は、その固有財産をもって相続債権者等に弁済し、財産分離の請求を防止し、その効力を消滅させることができる

*筆者作成

は、相続人において自由に処分できない旨を表示する、処分権限の登記と考えられている。

③ 相続債権者及び受遺者は、相続人が受け取る賃料等を自己の弁済にあてられる

相続人が相続財産中の物を売却や賃貸し、他人がこれを滅失毀損して相続人に損害賠償をするときなどにおいて、相続債権者及び受遺者は、相続人が受け取るべき代金・賃料・賠償金を相続財産に繰り入れて、自己の弁済にあてることができる(物上代位・民法946条, 304条)。

④ 相続人は、弁済期に至らない債権でも弁済しなければならない

相続人は、弁済期に至らない債権でも弁済しなければならないが、条件付又は存続期間の不確定な債権は、家庭裁判所の選任した鑑定人の評価に従って弁済をしなければならない(民法947条3項, 930条)。相続人は、相続債権者に弁済した後でなければ、受遺者に弁済することはできない(民法947条3項, 931条)¹⁴⁾。

⑤ 相続債権者及び受遺者は、相続人の固有財産について権利行使ができる

相続債権者及び受遺者は、相続財産をもって全部の弁済を受けられないとき、その残余債権をもって、相続人の固有財産について権利行使ができる(民法948条前段)。しかし、この場合には、相続人固有の債権者は、相続債権者及び受遺者に先立って弁済を受けることができ(民法948条後段)、相続財産について優先的利益をもった相続債権者及び受遺者は、相続人の固有財産については、相続人固有の債権者に先順位を譲るべきとされている。

⑥ 受遺者は常に相続債権者の後でなければ弁済を受けられない

受遺者は常に相続債権者の後でなければ弁済を受けられない(民法947条3項, 931条)。したがって、配当加入の申出をしても、全く弁済を受けられない受遺者も考えられる。このような受遺者を、配当加入をしなかった相続債権者

などより冷遇する必要はない¹⁵⁾。

⑦ 相続人は、その固有財産をもって相続債権者等に弁済し、財産分離の請求を防止し、その効力を消滅させることができる

相続人は、その固有財産をもって、相続債権者もしくは受遺者に弁済をし、又はこれに相当の担保を供し、財産分離の請求を防止し、又はその効力を消滅させることができる(民法949条)¹⁶⁾。

《考察》

事例1のように、相続財産自体が債務超過でなく、相続人自身の負債が過大である場に、相続債権者等(P・Q)にとって財産分離の実用性がある。相続債権者(または受遺者)は、相続開始から3か月以内(または相続財産が相続人の固有財産と混合しない間)は、第一種財産分離を家庭裁判所に請求することができる(民法941条)。

第一種財産分離が命ぜられると、相続財産は相続人(A)の固有財産(事例1では債務)とは区別され、相続債権者(P)は、相続人の債権者に優先して相続財産から弁済を受けることができる(民法942条)。相続人の債権者(R)もまた、後順位ながら、相続財産にとりかかることができる。相続債権者等(P・Q)が債権全額4,000万円の弁済を受けられなかった場合はどうなるのだろうか。その場合は、相続債権者は相続人(A)に固有財産があれば権利行使することができるが、相続人の債権者(R)に劣後する(民法948条)。それゆえに、相続債権者は債権の回収は不可能に近いと言うべきである。

5. 第二種財産分離に関する考察

5.1 第二種財産分離の意義

ここでは、第二種財産分離(type 2 property separation)について考察する。これは「相続人の債権者」による財産分離の請求である。相

続人には十分な財産があるが、相続財産（＝遺産）がマイナス（債務が財産を上回る）状態の場合である。このとき相続人が単純承認をすると、相続人が損害を被るだけにはとどまらず、相続人の債権者も十分な弁済を受けられず不利益になる恐れがある。そこで、相続人の債権者が主導権をとって、「相続人の固有財産」から優先弁済を受けることができるように、「被相続人の債務超過債が相続人の財産の中に流入することを阻止する」のが第二種財産分離である¹⁷⁾。被相続人が相続開始時（＝死亡時）に債務超過の状態であった場合について具体的な例を基に考えてみたい（事例2）。

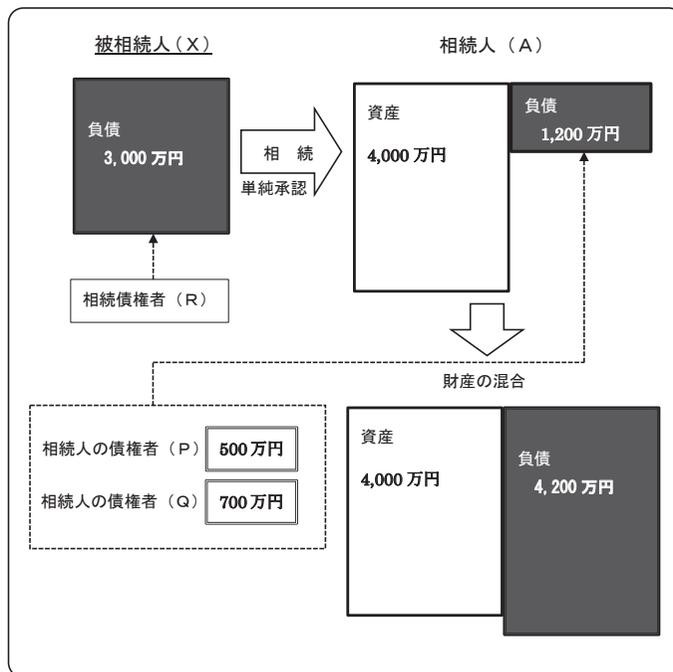
【事例2】第二種財産分離

被相続人（X）が3,000万円の消極財産（＝負債）を遺して亡くなった。他方、相続人は（X）の子（A）一人であった。（A）の固有財産（＝資産）は4,000万円であったが、（A）は他に（P）からの借入金500万円と（Q）か

らの借入金700万円があった。（図2）。

《解説》

事例Ⅱは、相続人（A）が相続（単純承認）の結果、純資産が▲200万円（＝4,000万円－4,200万円）の状態になったということである。債務超過となった場合、相続人（A）の債権者（P）・（Q）に対する返済ができないため、不利益を被らせることになる。相続が開始して、被相続人（X）の負債3,000万円と（A）の固有財産が混合してしまったからである。これを避ける目的で、相続人の債権者である（P）・（Q）は相続開始の時から「3か月以内」に、相続人の財産の中から相続財産を分離することを家庭裁判所に請求することができる。申立権者は、相続開始後に債権者となった者も含まれると解されている。相続財産を相続人の固有財産から分離（＝混合を阻止）するのが「第二種財産分離」である¹⁸⁾。



* 犬伏由子他（2016）p. 322より筆者作成

図2 相続財産が債務超過の場合（第二種財産分離）

5.2 第二種の財産分離の効力

第二種の財産分離も、相続財産の一応の清算であり、実質において、第一種の財産分離と効力はほとんど同じである。しかし、第二種の財産分離の効力について、独立の規定は設けられておらず、限定承認又は第一種財産分離の規定を準用する形式がとられている。そのため限定承認の規定を準用した部分については、第一種財産分離の規定と、多少のズレを生じている。例えば、第二種財産分離においては、相続財産から弁済を受けられる相続債権者について、財産分離の請求をした者及び配当加入の申出をした者の他に「知れたる債権者」が加えられている（民法950条2項）。

《考察》

(1) 第二種財産分離の必要性は低い

事例2は、相続財産が債務超過のケースである。この場合は、相続人(A)は、単純承認するのではなく、相続放棄又は限定承認を選択すると考えられる。なぜならば、親(X)の借入金を子(A)が負担するという選択は、一般には考え難いからである。相続人の債権者(P)が銀行などの金融機関であったとすれば、当然に保証人を立てたり担保をとったりしているため、問題が発生することは少ないだろう。相続人の債権者(P)・(Q)は、相続人は限定承認をすることができる間（または相続財産が相続人の固有財産と混同しない間）は、第二種財産分離を家庭裁判所に請求できると規定されている（民法950条1項）。しかし、相続人が限定承認を選択するのが普通であることから、第二種財産分離の必要性は低いものであると考えられる。

(2) 単純承認を原則としていることが根本原因

このような問題が発生する根本原因はどこにあるのだろうか。筆者は我が国の民法が「単純承認を原則としていること（民法921条）」が原因であると認識している。熟慮期間（3か月）以内で、相続放棄や限定承認をしない限り、単

純承認とみなされるという規定になっている。中川淳が論じているとおり、立法論として問題があると言える（中川淳, 1990, p. 79）。台湾法のように「相続は限定承認を原則とする」ことが望ましいのではないだろうか（大村敦志監修, 2020, pp. 403-404）。なぜならば、親の債務（＝借金）を相続が発生したことによって、子らが強制的に債務を承継する「父債子還」という儒教思想は否定されていることだからである。

(3) 相続債権者の立場

相続債権者(R)の立場は、どうなるのかを考えてみたい。例えば、事例2では被相続人に債権（＝貸付金3,000万円）を有する相続債権者(R)がいる。(R)は、相続財産があったとしても、そこから弁済を得る道が閉ざされる。破産手続による一般的清算手続によってのみ弁済を受けることができるだけの権利となる（佐藤義彦他, 2012, p. 167）。しかも、(R)は相続人の債権者(P)・(Q)に劣後することになる（民法950条2項）。

(4) 財産分離と限定承認の違い

財産分離と限定承認との違いについて考えたみたい。限定承認とは、相続人が、被相続人のプラスの財産の金額内で負債を引き継ぐという制度である。財産分離は、相続財産と相続人の固有財産を分けるという点で、限定承認と類似している。しかし、限定承認は、相続により不利益を被る恐れのある相続人の保護(heir protection)が目的の制度である。他方、財産分離は、相続により損害を受ける恐れのある債権者の保護(creditor protection)が目的の制度である。また、限定承認は、相続した財産にマイナス分がある場合、あるいは、マイナス分であることが疑われる場合に有効な制度である。他方、財産分離の場合は、相続財産がプラスのケースでも利用される制度である。さらに手続きの対象も異なる。限定承認では、相続財産が対象として限定されるのに対して、財産分離で

表4 財産分離と限定承認の違い

	財産分離	限定承認
申請者	相続債権者 相続人の固有債権者	相続人全員で申請 (相続放棄をした者を除く)
趣旨	相続財産の一応の清算	相続財産の終局的清算
目的	債権者の保護	相続人の保護
利用ケース	相続財産がマイナスの場合	相続財産がマイナスの場合
	相続財産がプラスの場合	相続財産のマイナスが疑われる場合
手続の対象	相続財産	相続財産に限定
	相続人の固有財産	

* 中川善之助・泉久雄(1993) pp. 405-409を基に筆者作成

は、相続財産と相続人の固有財産の両方が対象となる(表4)。

6. 判例研究—最高裁判所第3小法廷(平成29年11月28日決定)—

ここでは、財産分離が認められるための要件について言及した最初の最高裁判所の決定を考察する。

家庭裁判所が民法941条1項の規定に基づいて財産分離を命じることができる場合(最高裁平成29(許)14号、相続財産の分離処分及び相続財産管理人選任審判に対する許可抗告事件)

抗告棄却

裁判所時報1689号13頁, 判例時報2359号10頁, LE (X) /D (B) 25449076

6.1 事実の概要

平成27年6月, 大阪家庭裁判所は(A)に

ついて保佐開始の審判をし, 弁護士(Y)を保佐人に選任した。その後, さらに, 平成28年6月, 大阪家庭裁判所は(A)について後見開始の審判をし, 弁護士(X)を成年後見人に選任した。(X)は成年後見人の職務として事実上(A)の財産を管理していた(a)(=Aの子)に対して(A)の財産の開示と財産の引渡しを求めたが, (b)はこれに応じなかった。

平成28年11月に(A)が死亡し, (A)の子である(a)と(b)が相続した。弁護士(X)は後見事務に関して立て替えた費用等について(A)に債権を有しており, 保佐人であった弁護士(Y)も保佐事務に関して立て替えていた費用および報酬について(A)に対して債権を有していた。そこで, (X)は, 平成28年12月, 大阪家庭裁判所に(A)の相続財産について財産分離の申立てをした。

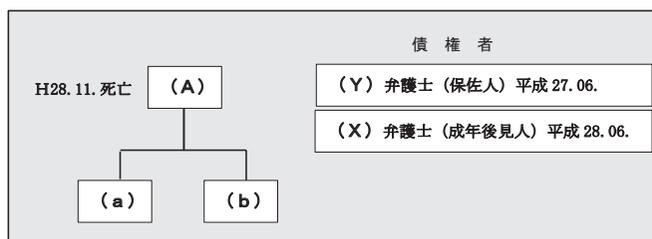


図3 成年後見人(弁護士)による財産分離請求

家庭裁判所が財産分離を命ずることができる場合となるべき被相続人の財産と、相続人が被相続人の相続開始前から有する固有財産とが混合する恐れが生じたとして、(a) および (b) の財産から (A) の相続財産を分離するのが相当と認めて、財産分離を命じた。同時に、職権で相続財産管理人として (X) を選任する旨の審判をした(大阪家裁平成29年2月15日審判)。

これに対して、(a) が大阪高等裁判所に即時抗告した。大阪高等裁判所は、「民法941条1項の定める第一種財産分離は、相続人の固有財産が債務超過の状態にある場合(もしくは近い将来において債務超過となるおそれがある場合)に相続財産と相続人の固有財産の混合によって相続債権者又は受遺者の債権回収に不利益を生じることを防止するために、相続財産と相続人の固有財産を分離して、相続債権者又は受遺者をして相続人の債権者に優先して相続財産から弁済を受けさせる制度である。したがって、家庭裁判所は、相続財産の分離の請求があったときは、申立人の相続債権、申立期間といった形式的要件が具備されている場合であっても、上記の意味における財産分離の必要性が認められる場合にこれを命じる審判をなすべきものと解するのが相当である」と述べて、財産分離の必要性について審理することなく財産分離を命じた家庭裁判所の審判には審理不尽の違法があるとし、相続人である (a) および (b) について、その固有財産が債務超過の状態にあるかどうか明らかでない現状で、財産分離を命じることは相当ではなく、この点についてさらに審理を尽くす必要があるとした。また、仮に財産分離を命ずべき案件であるとしても相続財産管理人の職務内容に鑑みれば、相続債権者を相続財産管理人に選任するのは相当でないことも指摘した。そして、原々審判を取り消し、事件を大阪家庭裁判所に差し戻すとの判断を示した。

この大阪高等裁判所の決定に対して、(X)

が抗告許可の申立てをし、大阪高等裁判所は財産分離の要件に関する部分について抗告を許可した。ただし、財産分離の要件に関するもの以外の部分についての抗告は許されなかった。最高裁判所第3小法廷は、家庭裁判所がいかなる場合に財産分離を命じることができるかについての判断を示し、結論として大阪高等裁判所の判断を是認し、(X) の抗告を棄却した。

《考 察》

本件では、大阪家庭裁判所は、元の後見人であった弁護士 (X) の申立てを認めて、当該弁護士の立替分の請求権の外に、前任の保佐人弁護士 (Y) の立替分や報酬についての請求権や被相続人が生前委任していた弁護士の報酬といった債権があるものと考えられるなどとして、特に、相続人が債務超過であるかどうかを問わずに、財産の分離を認めた。しかし、理論上、相続人自身がそれらの債務も支払えるのであれば、特に相続財産の分離を認める必要性はない。そこで、抗告審である大阪高等裁判所は相続人が債務超過であるかどうかについてさらに審理すべきであるとして審理を差し戻すという決定を行い、最高裁判所もこの判断を追認したものである¹⁹⁾。

本件は、被相続人の債権者である弁護士 (X) からの申立て事案であり、第一種財産分離が問題となったものである。原々審である大阪家庭裁判所は、被相続人である (A) について保佐人や成年後見人が選任されたにもかかわらず、保佐人や成年後見人に協力することなく事実上の財産の管理を継続し続けた点を考慮して、被相続人の財産と相続人の財産の混合が生じる恐れが生じたとして、財産分離を認めた。財産分離を必要とする合理的な理由があるか否かの判断をしていないという点からすれば、絶対説に立った判断を示したと考えられる。

これに対して、原審である大阪高等裁判所は、裁量説の立場から財産分離の必要性について判

断すべきとする判断を示した。そして、最高裁判所は原審の立場を支持したことになる。本決定は、財産分離制度の趣旨を考慮して、第一種の財産分離を家庭裁判所が命ずるためには、「①相続人がその固有財産の範囲では債務超過の状態あり又はそのような状態に陥るおそれがあること」、「②相続債権者がその全部または一部について弁済を受けることが困難となる恐れがある場合」である必要があるという判断を示した。この判断について、宮崎幹朗は「本事案に即していえば相当な判断であったといえると思われる」と述べている²⁰⁾。筆者は、①の要件の必要性について疑問を抱いている。その理由は、常岡史子が論じているように、相続人の固有財産が債務超過である場合（又はその恐れがある場合）に限定するのではなく、「相続財産と相続人の固有財産とが混合することによって債務超過に陥る恐れがある場合」とすべきという見解に賛同するからである（常岡史子，2019，pp. 673-674）。相続人の債務超過の要件は、必要不可欠なものとはまでは言えないだろう。

7. 財産分離に関する絶対説と裁量説の考察

民法941条1項は、第一種財産分離の申出について、請求権者および期間について明文の規定を置いているが、それ以外に要件を定めている訳ではない。相続債権者または受遺者が請求できること、相続開始の時から3か月以内または相続財産と相続人の固有財産が混合していない間であれば請求できることが定められている

だけである。旧家事審判法9条1項では甲類審判事項の1つとして位置づけられていたし、現行の家事事件手続法でも別表第一に記載されているが、家庭裁判所がどのような場合に財産分離を命じることができるかについては、条文の文言上は必ずしも明らかではない。そのため、学説の見解は大きく「絶対説」と「裁量説」の二つに分かれている。

7.1 絶対説の考え方

民法941条1項の定めている相続開始から3か月以内の期間内または相続財産と相続人の固有財産が混合しない間に、相続債権者か受遺者からの請求があれば、家庭裁判所は常に財産分離を命ずべきとする見解があり、立法者はこの立場に立った理解を示していた。これが「絶対説」と呼ばれる見解である（表5）。

《考察》

相続人が相続開始の時点においては債務を有していない場合であっても、後になって莫大な債務を負うことになり、その結果相続債権者の債権回収を困難とするような事情が生じる可能性は否定できず、相続債権者があらかじめ財産分離の請求をしておかなければ利益を損なうことになる恐れがあることを指摘する者もあった²¹⁾。筆者は、「相続人が後になって、多額の債務を負うこともある」という理由①は、無理があると考えている。相続人の財産状態については、あくまでも相続開始の時点に固定して判断すべきであろう。

表5 絶対説の考え方と主な理由

■ 絶対説……請求があれば、家庭裁判所は常に財産分離を命ずべきという見解	
理由①	相続人が相続開始の時点においては債務（借金）がない場合でも、後になって多額の債務を負うこともあり相続債権者が債権の回収が難しくなる。
理由②	民法941条1項の規定では、相続人の固有財産について債務超過であることを必要とする文言はない。家庭裁判所は財産分離の法律上の要件を満たしているときは、財産分離の命令をなすべきである。

*中川 淳（1990）p. 194より筆者作成

7.2 裁量説の考え方

絶対説に対して、民法941条1項が明文で定める要件が満たされた上で、相続人が債務超過の状態に陥っており、相続債権者の債権回収に不利益が生ずる恐れがある場合など、相続財産と相続人固有の財産について財産分離する必要性が認められる場合にのみ財産分離を命じることができるとする裁量説が対立してきた(表6)。財産分離の必要性がある場合については、財産分離をしなければ、相続債権者や受遺者の債権を保全することができない恐れがある場合であると説明されている²²⁾。財産分離の請求があればいつでも当然に認めるということになると、相続債権者による濫用の恐れがあることも指摘されている。この見解は家庭裁判所の裁量的判断を認める立場から「裁量説」と呼ばれてきた。

《考察》

古くは立法者の見解に従った絶対説が通説であったが、次第に裁量説を支持する見解が増え有力となっている。また、本研究で考察した最高裁判所(小法廷)の決定においても、後者の裁量説の立場に立った要件が明確に示されており、裁判上は裁量説にしたがった判断が定着していくことになる筈である。財産分離が家庭裁判所の審判事項であることを前提にするならば、裁量説が当然の帰結だと言えなくもないが、絶対説に立った審判がなされないことで、財産分離制度が有名無実のものになってしまう懸念がある。

8. おわりに

本研究では、現行の民法における財産分離の意義や法的効果について考察した。財産分離は、家庭裁判所の審判事項であるがゆえに、裁判官の裁量によって分離を命じるかどうか決定されることが分かった。2017(平成29)年の最高裁判所の決定によって、「①相続人がその固有財産について債務超過の状態にあり又はそのような状態に陥るおそれがあること」、「②相続財産と相続人の固有財産とが混合することによって、相続債権者等がその債権の全部又は一部の弁済を受けることが困難となるおそれがあると認められる場合」という二つの基準が初めて示された。実質的には、①の基準(=相続人の債務超過)は必要でないと考えられるため、②の基準(=混合による相続人の支払不能)によって判断されることになることが分かった。しかし、弁護士等の法律の専門家でない一般国民の立場からすれば、複雑な財産分離制度の存在意義や、債務超過と支払不能の違いなどを理解することは相当に難しいことである。相続放棄や限定承認、自己破産の制度、財産分離制度について、単体では理解できたとしても、それらの制度が相互にどのように関係しているのかを理解することは困難である。本研究では、民法の財産分離と限定承認、破産法の相続財産の破産について考察してきた訳であるが、相続財産の清算の問題は、複雑に絡み合った状態になっているということが分かった。これらの競合関係については、稿を改めて考察したい。

表6 裁量説の考え方と主な理由

<p>■ 裁量説……財産分離の必要性が認められる場合にのみ家庭裁判所は財産分離を命じることができるとする見解</p>
理由① 民法の規定からは財産分離を積極的に認めるという趣旨までは読み取れない。
理由② 財産分離の請求があれば当然に認めることになると、相続債権者による濫用の恐れがある。

*中川 淳(1990) p.194より筆者作成

注

- 1) 公告については、官報に掲載して行い（民法941条3項）、その期間は、2か月を下ることができないと定められている（民法942条2項後段）。
- 2) これが、優先弁済効力というものである。財産分離請求者および申出者は、まず、相続財産をもって弁済を受けなければならないことを意味する。
- 3) この場合において、相続人に債権者があれば、その債権者が財産分離請求者および配当加入申出者に先立って弁済を受けることができる（民法948条後段）。
- 4) 財産分離の請求があると、相続人はその処分について制限を受ける訳であるが、相続人が第三者に不動産を処分することがあり得るため、この規定が置かれている。
- 5) ここでいう「対象物」とは、不動産・動産・債権等のことである。また、「代償物」とは、売買代金・賃料・損害賠償・保険金などの請求権のことである。
- 6) この条文解釈から、「支払不能」とは一般的に次の4要件を満たす場合とされている。

表 「支払不能」の4要件

① 支払能力を欠いていること
② 弁済期にある債務を弁済できないこと
③ 一般的かつ継続的に債務を弁済できないこと
④ 客観的にみて上記の状態であること

*全国倒産処理弁護士ネットワーク編（2015）『注釈破産法 [上]』金融財政事情研究会、pp. 21-22 を基に筆者作成

- 7) 債務超過とは、客観的に、債務額の総計が資産額の総計を超過している状態にあるということである。これは、法人（合名会社・合資会社を除く）のみに適用される破産手続き開始原因となっている。
- 8) 破産法との関連では、財産分離が責任財産の範囲の限定に関する「実態法上の制度」であるのに対して、相続財産の破産や相続人の破産は「手続法上の制度」という違いが見られる。ただし、実際には二つの制度が競合的に機能する場面もあり、破産法にその調整のための規定が置かれている（破産法225条、228条、239条以下）。
- 9) それゆえに、どれだけの遺産を相続したとしても、その財産は自己破産とはまったく別物として取り扱われる。自己破産がそのままスムーズに進めば免責決定が出ることになり、相続した遺産はすべて手元に置いておくことができる。
- 10) 破産手続開始決定前に遺産相続があった場合、つまり「①相続開始 → ②破産手続開始」という順序は最悪と言える。なぜならば、破産手続開始決定前に取得した財産は、原則として破産財団に

組み込まれることになるからである。

- 11) 「相続人が限定承認をすることができる間」とは、相続人が自己のために相続の開始があったことを知った時から「3か月間」のいわゆる熟慮期間である。この期間は、家庭裁判所によって伸長されることもある（民法915条1項）。よって、第二種の財産分離の請求期間は、第一種の財産分離の請求期間よりも長くなることもある。
- 12) 第二種の財産分離における公告も、第一種の財産分離と同様に、審判のあった後5日以内に行ななければならない。また配当加入の申出期間も、2か月を下ることが許されていない（民法950条2項、927条）。
- 13) 弁済を受けられる者は、財産分離の請求又は配当加入の申出をした債権者及び受遺者に限定される（民法947条2項）。弁済は債権額に応じてなされる。この期間満了の前は、相続人は、相続債権者及び受遺者に対して、弁済を拒絶できる（民法947条1項）。
- 14) 弁済のための相続財産の換価が必要ときは競売によるか、競売の代わりに鑑定人の評価に従った相続財産の全部又は一部の価額を弁済に供するかしなければならない（民法947条3項、932条）。この競売には相続債権者、受遺者も、自己の費用で参加できる（民法947条3項、933条）。
- 15) 一部の弁済をも受けなかった者は、配当加入の申出をしなかった者と同じく、財産分離とは無関係に、相続人固有の債権者と対等に、相続人の固有財産について権利行使できると考えられている。
- 16) これによって、相続人は、財産分離を回避することができる。このような場合、財産分離は不要となるからである。ただし、相続人固有の債権者が、これによって損害を受けるべきことを証明して異議を述べたときはこの限りではない。
- 17) これは、相続人の限定承認を相続人の債権者が代位行使することに似た制度であるように思えるが、財産分離の効果は相続人の債権者のみに生じ、相続人は相続債権者や受遺者に対して、相続人の固有財産によって責任を負う点で、限定承認とは異なる。
- 18) 家庭裁判所の審判によって、第二種財産分離が命ぜられると、相続財産と相続人の固有財産が分離され、相続財産については清算が行われる。清算に関しては、限定承認および第一種財産分離に関する規定が準用されている（民法950条2項）。
- 19) 本件では、後見人弁護士（X）が通帳などの引き渡しを求めても、当該被後見人（A）の財産を管理していた相続人（a）がこれに応じなかったという事情があり、後見人の弁護士としても、そのような相続人が立替分などの債権を支払うとも思えず、また、相続人自身がどのような債務を負っているのかなども分かる筈もない。
- 20) 逆に言えば、本事案でない場合には結論が異なることがあるということになる。
- 21) 民法941条1項の規定の文言からは、相続人の固有財産について債務超過であることを必要とする文言はなく、相続債権者や受遺者が適法な手続

で財産分離の請求をすれば、家庭裁判所は財産分離の法律上の要件を満たしている以上、財産分離の命令をなすべきであるという主張もなされていた。

- 22) 財産分離をしなくても相続債権者を特に害する事情のない場合にまで、財産分離を認める必要性はないという立場である。

参 考 文 献

- 伊藤 眞 (2018) 『破産法・民事再生法 [第4版]』有斐閣
- 今中利明編 (2018) 『倒産法実務大系』民事法研究会
- 犬伏由子他 (2016) 『親族・相続法 [第2版]』弘文堂
- 内田 貴他編 (2014) 『民法判例集 親族・相続』有斐閣
- 内田 貴 (2011) 『民法Ⅳ 補訂版 親族・相続』東京大学出版会
- 遠藤 浩 (1980) 「相続の根拠」谷口知平他編『現代家族法大系4 (相続Ⅰ) 相続の基礎』有斐閣, pp. 1-14.
- 大村敦志監修, 浦野由紀子他 (2020) 『相続法制の比較研究』商事法務
- 近江幸治 (2015) 『民法講義Ⅶ 親族法・相続法 [第2版]』弘文堂
- 岡 伸浩他編 (2018) 『逐条破産法・民事再生法の読み方』商事法務
- 川嶋四郎 (2007) 「日本における破産法改正と債権者更生」『法政研究』第74巻第2号, 九州大学法政学会, pp. 63-78.
- 北野俊光他 (2020) 『第3版実務相続関係訴訟』日本加除出版
- 小林秀之 (2018) 『破産から新民法がみえる』日本評論社
- 佐藤義彦他 (2012) 『民法Ⅴ—親族・相続 [第4版]』有斐閣
- 潮見佳男 (2017) 『民法 (全)』有斐閣
- 宗田親彦 (2006) 『破産法概説 新訂第3版』慶応義塾大学出版会
- 竹下守夫他編 (2015) 『破産法大系第Ⅲ巻』青林書院
- 谷口知平他編 (1979) 『現代家族法大系5 相続Ⅱ 遺産分割・遺言等』有斐閣
- 東京地裁破産再生実務研究会 (2017) 『破産・民事再生の実務 第3版 破産編』金融財政事情研究会
- 常岡史子 (2020) 『家族法』新世社
- (2019) 「第5章財産分離」潮見佳男編『新注釈民法 (19) 相続 (2)』有斐閣, pp. 665-690.
- 中川 淳 (1990) 『相続法逐条解説 (中巻)』日本加除出版
- 中川善之助・泉 久雄 (1993) 『相続法 [第三版]』有斐閣
- 日本財産管理協会編 (2018) 『相続財産の管理と処分の実務』日本加除出版
- 埴 陽子 (2013) 「第5章財産分離」谷口知平他編『新版注釈民法 (27) 相続 (2) [補訂版]』有斐閣, pp. 636-668.
- 濱田陽子 (2019) 「限定承認と相続財産の破産」『岡山大学法学会雑誌』第68巻第3・4号, pp. 335-358.
- 前田陽一他 (2017) 『民法Ⅵ 親族・相続』有斐閣
- 正影秀明 (2021) 『相続財産管理人, 不在者財産管理人に関する実務』日本加除出版
- 水野紀子編 (2016) 『相続法の立法的課題』有斐閣
- 宮崎幹朗 (2018) 「判例研究 家庭裁判所が財産分離を命ずることができる場合」『西南学院大学法学論集』第51巻第1号, pp. 87-102.
- 餅川正雄 (2020) 「日本の相続法における単純承認と限定承認に関する研究」『広島経済大学研究論集』第43巻第1号, pp. 25-46.
- 山本和彦 (2021) 『倒産処理法入門 [第5版]』有斐閣
- 我妻榮他 (2020) 『民法3 親族法・相続法 第4版』勁草書房