

法制審議会
民法（相続関係）部会
第15回会議 議事録

第1 日 時 平成28年11月22日（火）自 午後1時30分
至 午後5時41分

第2 場 所 法務省第1会議室

第3 議 題 民法（相続関係）の改正について

第4 議 事 （次のとおり）

議 事

○大村部会長 それでは、定刻になりましたので、法制審議会民法（相続関係）部会の第15回会議を開催させていただきます。

まず、本日の議事に入るに先立ちまして、参加の委員について、一言、御紹介をさせていただきます。本日は法制審議会の総会委員である山根委員に御参加を頂いております。

○山根委員 よろしくお願ひします。

○大村部会長 続きまして、配付資料の確認につきまして事務局の方から御説明を頂きます。

○大塚関係官 御説明を申し上げます。机上に配布しました参考資料等について、簡潔に御説明いたします。

まず、一つ目が一番分厚いものでございまして、「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案」に対して寄せられた意見の概要（詳細版）、要するにパブコメの内容についてまとめたもので、前は未定稿ということでお配りいたしましたけれども、今回、正式に配布をさせていただき、後日、公表させていただく予定となっているものでございます。

それから、「長期居住権についての具体例」と題するものでございまして、こちらは従前から具体例を示した方が分かりやすいとの御要望を頂いていたところですので、遺産分割などにおいて長期居住権を設定した場合の一例を記載させていただいたものでございます。こちらにつきましては長期居住権の御議論を頂く際に御説明を申し上げたいと思います。

配布資料の説明は以上でございます。

○大村部会長 ありがとうございます。

前回、パブリックコメントを踏まえまして、五つの項目に分けて議論の方向性について御意見を賜りました。それに基づきまして今回から言わば第三読会に入るわけでございますけれども、本日は、その第1回目といたしまして配偶者の居住権を保護するための方策等ということについて御意見を賜ればと存じます。お手元に部会資料15というものがございますけれども、その資料の第1の部分が「配偶者の居住権を保護するための方策」となっております。一番大きい見出しの「等」の部分は、この資料の15ページ以下でございますけれども、第2といたしまして「配偶者に対する持戻しの免除の意思表示の推定規定について」という項目がございます。これは前回の御議論を踏まえて、新たにこのような案を事務局の方からお出しいただいたというものでございます。初めてのものでございますので、早い段階で御意見を頂きたいということと、それから、本日の配偶者の居住権の保護のための方策と関わるものでもあるということで、本日、あわせて議題にさせていただくということでございます。

第1についてまず御説明を頂き、御議論を賜りまして、切りのいいところで一度、休憩を挟ませていただきまして、残りを検討するという段取りにさせていただこうと存じます。そこで、まず、第1の「配偶者の居住権を保護するための方策」という部分につきまして事務局の方から御説明を頂きます。

○大塚関係官 短期居住権について、部会資料の御説明をいたします。

総体としまして、短期居住権は従前の中間試案から大きな変更をしたということよりは、大筋はそのまましつつも細かい規律について更に詰め、その結果、ゴシックの部分が分量として増えたという形になっているということでございます。内容を御説明いたします。

3 ページ目、本文にお進みいただきまして、(ア)とございます。配偶者が相続開始の建物の一部を居住用、残部を自らの事業用などとして使用していた場合の規律についてでございます。パブリックコメントにおきましては、短期居住権の対象となる建物について、例えば配偶者が居宅兼店舗として使用している場合にも、短期居住権の成立を認めるのか、明確にすべきであるという指摘がされたところでございます。

この点につきましては、同一の建物について居住部分とそれ以外の部分とで費用負担の規律が変わると法律関係が複雑になり、成立範囲をめぐって新たに紛争が生ずるおそれがあることなどを考慮いたしますと、建物の一部が居住に使用されている場合には、それ以外の部分が居住以外の目的で使用されているときであっても、建物の全体について短期居住権の成立を認めるのが相当と考えられます。そこで、本部会資料におきましては短期居住権の成立要件を配偶者が相続開始のときに被相続人所有の建物を無償で使用していた場合としつつ、括弧書きで、その建物の全部又は一部を居住の用に供していた場合に限るとしてございます。

次に、(イ)についてでございますが、こちらは例えば2階建ての建物について1階部分は被相続人の子、配偶者ではない人が店舗として使用し、2階部分を配偶者が自ら使用している場合ということでございますが、こういった場合に他の者が使用している1階部分についても短期居住権の効力が及ぶか否かが問題となります。そこで考えてみますと、短期居住権は飽くまで配偶者が相続開始時に享受をしていた居住利益をその後も一定期間、保護することを目的としたものでございますので、この事例に即して考えますと、配偶者はほかの相続人である子が使用していた1階部分まで新たに使用することができるようになるものではなく、飽くまでも、元々、自らが使用していた2階部分のみについて短期居住権の効力が生ずるものとするのが相当と考えられます。ただ、これらの点につきましてどのように考えられるか、御意見を賜ればと存じます。

続いて、次のページのイでございまして、「他の相続人が持分を第三者に譲渡した場合の効力」についてでございます。短期居住権につきましては、第三者対抗力を付与しないことを前提としておりますので、ほかの相続人が遺産分割の前に自らの持分を第三者に譲渡したときは、配偶者はその第三者に対して短期居住権を対抗することはできないということになります。その結果、配偶者が引き続き居住をするという場合には、この第三者に対して持分割合に相当する使用利益を支払う必要があると考えられます。この点を明確にするとの観点から、この部会資料におきましては短期居住権は相続人の間においてのみ、その効力を有する旨を明記しておるところでございます。

(2)の「短期居住権の効力(用法遵守義務の内容)」についてでございますが、こちらにつきましては当部会あるいはパブリックコメントにおける御指摘を踏まえまして、相続開始前と同様の用法であれば、用法遵守義務に違反をしないということを明らかにする趣旨で、配偶者は従前の用法に従って建物を使用しなければならないということとしてございます。

次に、(3)の「ア 短期居住権の消滅請求」についてでございますが、パブリックコメントにおきましてはほかの相続人が短期居住権の消滅請求をするための要件について、単独での請求を認めるとした中間試案を支持する意見と、配偶者の持分を除いた持分のうち、過半数を有する者の請求を要件とすべきとの御意見に分かれたところでございます。この点につきましては、仮に配偶者が用法遵守義務に違反している場合は、その場合にまで短期居住権による保護を図る必要はなく、むしろ、遺産の一部である建物の資産価値の毀損を防止する

との観点から、短期居住権を早期に消滅させ、資産価値を保全する必要性が高いと考えられます。また、仮に持分の過半数を要求するとした場合には、相続人間で感情的な対立がある場合など、消滅請求の行使が事実上、困難となることも懸念されます。以上を踏まえまして、本部会資料におきましては中間試案と同様にほかの相続人が各自、短期居住権の消滅請求をすることができるとしているところでございます。

次に、「原状回復義務の内容」、イでございますが、パブリックコメントにおきましては居住による建物価値の毀損について相続人は当然受忍すべきであり、配偶者は責任を負わないことを明示すべきであるという御指摘を頂いたところでございます。そこで、原状回復義務の対象にいわゆる通常損耗あるいは経年変化を含めるか否かが問題となります。この点につきましては、若干、飛びますが、通常、遺産分割の手續におきまして各相続人の現実の取得額を算定する際には、遺産分割時の財産評価額を前提にするものとされていることからしますと、相続開始時から遺産分割時までの経年変化等につきまして、あえて配偶者に原状回復をさせる必要性には乏しいものと考えられます。このようなことを考慮いたしまして、通常損耗あるいは経年変化につきましては、原状回復の対象に含めないこととしておりますが、この点につきましても御意見を頂戴できればと存じます。

続いて、6ページ目の中段でございますが、「2 配偶者以外の者が無償で配偶者の居住建物を取得した場合の特則」についてでございます。こちらにつきましては、中間試案ではこの特則に基づく短期居住権の存続期間を相続開始の時から一定期間、例えば6か月間と括弧書きで記載しておったところですが、パブリックコメントにおきましては残された配偶者が高齢の場合には、速やかな転居が特に難しいことなどを考慮して、1年間とすべきとの御意見も寄せられたところでございます。もっとも、この特則は基本的には配偶者が相続開始の直後に住み慣れた住居からの退去を余儀なくされることを防止し、転居先確保などのための明渡猶予期間を与えるものと考えられますことからしますと、その存続期間は民法第395条1項と同様に6か月間程度とするのが相当と思われまます。

他方で、短期居住権の存続期間の起算点につきましては、パブリックコメントにおきましても、受遺者から明渡請求を受けた時とすべきであるなどの御意見を頂いたところでございます。これは例えば相続開始から相当の期間が経過した後になって配偶者が受遺者などの建物明渡請求を受けることにより、初めて遺言等の存在を知るというケースもあることを考慮したものと考えられます。このような御意見を踏まえまして本部会資料におきましては、この特則に基づく短期居住権の存続期間につきましては6か月間としつつ、その起算点につきましては従前からありました相続開始の時とする考え方と、括弧書きで、その建物の所有権を取得した者から明渡しの催告を受けた時とする考え方を併記する形を採らせていただいておりますが、いずれの規律が相当かについても御意見を頂ければと存じます。

○大村部会長 それでは、御意見を承りたいと思いますが、皆様から御意見を頂くのに先立ちまして、南部委員の方から御発言があると伺っております。今日、途中退席されるということで、他の項目についても併せて意見をお述べになると伺っておりますので、今、御説明があった部分と、それから、その他の部分も併せてどうぞお願いいたします。

○南部委員 ありがとうございます、御配慮を頂きまして。

今、ございました説明で1点、まず、7ページにありました短期居住権の起算の日付です。6か月若しくは催告を受けた日ということで書かれておりまして、一般的な意見としてお聞

きいただけたらいいかと思いますが、6か月間で全てのことが整うかどうかというのは一般的にはかなり不安です。後に遺言が出てきたりということも考えられますので、できましたら後の方が安心感があるかというような思いでございます。併せまして、長期居住権のところでは2点、質問をさせていただきたいと思っております。1点目につきましては、「配偶者の居住権を長期的に保護するための方策」の(2)の「長期居住権の効力」で長期居住権の費用負担について、居住建物の必要費は配偶者が負担するものということになっておりますが、土地の固定資産税等は誰が負担するかというのが一つ、また、借地権付きの土地建物であっても長期居住権が発生するのか、その場合は地代は誰が負担するのかというのが質問でございます。

もう1点につきましては、個別の論点の長期居住権の内容及び成立要件でございます。区分所有できない建物の相続開始時の一部のみの使用だけでも全体に長期居住権の成立を認めるということでございますが、短期と長期でその効力が及ぶ範囲を変える意味合いがまずよく分からないというのが質問でございます。例えば配偶者が同居しているのは所有権を持つ可能性の高い子どもだけとは限らず、被相続人の親とか兄弟などのケースも想定されます。その点、どう区分所有を考えるのかということです。そして、マンションですと1室だけを使っているという場合は、どのように考えるかということもでございます。

また、遺言で配偶者に長期居住権を取得させる場合に個別で放棄可能な遺贈にすることということは、いいことだと思っておりますが、一般的には遺贈と遺言の違いというのはほとんど分からないと思いますので、これについてももし結論が出ましたら、しっかりと周知していく必要があるということで、ここは御意見でございます。

全体的に長期居住権は何度見ても、説明を聞いても、分かりにくいということで、もし長期居住権をしっかりと明文化されるのであれば、もう少し分かりやすいものにしていただきたいと思っております。

最後になります。第2のところでございますが、15ページの最初のところの〔案〕でございます。配偶者保護のための新たな方策ということで書かれているところでございますが、ここの婚姻期間が20年以上経過した後の贈与に限定されるかということです。例えば婚姻期間10年後に夫が妻に贈与を行い、その後、10年後に夫が亡くなった場合はどういうふうな処理が考えられるか、これに当たるのかどうかということが質問でございます。

すみません、以上でございます。よろしく願いいたします。

○大村部会長 ありがとうございます。

○堂菌幹事 それでは、お答えいたします。

まず、短期居住権の特則の方の存続期間でございますが、これにつきましては御指摘のとおり、相続開始時から6か月間ということにしますと、実際上は明渡請求を受けた時にはほとんどその期間が経過していることになり、余り保護にならないのではないかと御意見がパブリックコメントでもございまして、南部委員と同じような問題意識かと思っておりますが、そういったことを踏まえまして、今回は部会資料の方でも亀甲括弧として、明渡しの催告を受けた時から起算するという案を別途提示しているところでございます。この点については正にこの後、御議論を頂ければと考えております。

ただ、現行法を前提としますと、遺産分割が行われる場合の規律につきましては、現行法上も判例による保護があるのに対しまして、(2)の特則につきましては、現行法上は保護

されないところを保護するということがありますので、(1)と(2)のバランスをとることが必要になってくるように思われますので、その辺りも含めて御議論いただければと考えております。

それから、長期居住権の費用負担については、必要費は配偶者負担ということになっておりますので、基本的には建物の敷地部分の固定資産税も通常は必要費に当たるということで配偶者負担ということになるのではないかと思います。長期居住権の発生の要件については、敷地利用権が借地権であっても構わないという前提で考えており、特にその点については限定を設けておりませんので、借地権付きのものであっても長期居住権は成立し得ることになります。

それから、長期居住権の成立範囲でございますが、1個の建物の一部について長期居住権の成立を認めるということが考えられるのではないかとということだと思っておりますが、ここは理論的には両論あり得るのだらうとは思いますが、ただ、長期居住権の方は基本的に相続期間中、無償でその建物を利用できるとしつつ、対抗要件を備えれば排他的に使用できるというところに独自の意義がありますので、そういった意味でいきますと、建物の一部、しかも対抗要件を登記ということにしていますので、建物の一部についてのみ対抗要件を取得させるというのは技術的にも若干難しい面があるというのと、それから、仮に建物の一部について対抗要件の取得を認めますと、結局、それ以外の部分は明け渡すということになるわけですが、居住用の建物の一部分を第三者が使用し、その余の部分を配偶者が使用するというのは、実際上はなかなか難しい面があるのではないかと。

そうしますと、建物の一部について長期居住権を認め、それについて対抗要件を取得できるということにしますと、その方が評価額としては低くなりますので、そういう形で設定をし、実際上は長期居住権が成立していない部分についてほかの人は使えないので、結果として建物全体について明渡しを免れると、若干、執行妨害的に使われるおそれもあるのではないかとというようなところもございまして、この資料では建物の全体についてのみ成立を認めるということにしております。ただ、ここは両論があると思っておりますので、ここも正に御議論いただければと考えているところでございます。

長期居住権につきまして、内容がいろいろ分かりにくいという御指摘もございまして、引き続きなるべく分かりやすくするように工夫したいと思っておりますが、実際には使用貸借や賃貸借の規定を準用したり、あるいは同じ規律を設けるということが考えられますので、条文化する際には、例えば賃貸借と長期居住権でどこが違うのかという辺りが比較的分かりやすくなるような形にすることが考えられるのではないかと考えているところです。

それから、第2の持戻し免除の意思表示でございまして、取りあえず、ここでは遺贈とか、あるいは贈与をした時点での意思を推定するという前提でございまして、20年が経過した後に遺贈又は贈与があった場合に、この規律の適用があるという前提でございまして、したがって、婚姻期間が10年経過した後に贈与があったという場合は、この規律の適用にはならないわけですが、現行法上もそういった場合には黙示の持戻し免除の意思表示があったのかどうか問題になりますので、その点については、このような規律ができた後も、同じようにその点を考慮することはできるということではないかと考えております。

御説明としては以上でございます。

○南部委員 ありがとうございます。

1点、長期居住権の費用負担のところ、借地権はオーケーということだったんですが、その土地代は配偶者が払うのか、相続人が払うのか、どちらなのでしょう。

○堂園幹事 配偶者が住んでいる建物の敷地部分に相当するものについては、配偶者負担の必要費ということになるかと思えます。

○南部委員 分かりました。ありがとうございます。

○大村部会長 南部委員、よろしいでしょうか。

○南部委員 ありがとうございます。

○大村部会長 今、出されました御質問と、それから、お答えにつきましては更に御議論もあろうかと思えますけれども、それぞれの箇所でも改めて必要に応じて御議論いただくということで、一応、今のお答えを伺って先に進むということにさせていただきたいと存じます。それから、分かりやすい規律をという御指摘につきましては、この問題に限らず、全体を通じてできるだけのことを考えていただきたいと思います。

それでは、先ほど御説明がありました第1の1の「配偶者の居住権を短期的に保護するための方策」について御意見を伺いたいと思えます。基本的には従前の考え方を維持して、細かい修正の提案を頂いているということかと存じます。幾つかのことがございましたけれども、一部のみの使用の場合についてルールを明確化するというのと、それから、南部委員からも御指摘がありました、存続期間の問題をどうするのかといった点が中心的な点と思えますが、その他の点も含めまして御意見を頂ければ幸いに存じます。

○窪田委員 今回、新しく出た部分ではなくて、以前から示されていた部分ですので、今から意見を申し上げるというのは適当ではないのかもしれませんが、自分の中で居心地の悪い部分がありますので、それについて少し御説明をさせていただけたらと思えます。

4ページのイの「他の相続人が持分を第三者に譲渡した場合の効力」ということで、これは第三者に対する対抗力はないのだから、その分の使用利益については負担しなければいけないということで、一般論としては分からないわけではありません。ただ、少し考えてみると居心地の悪い感じがします。それはなぜかという、一般的に現在の判例を前提とすれば、個別の不動産についての持分を譲渡することができるし、譲渡した後は一般的な共有の法理によって遺産分割ではなく共有物分割によって処理されるのだから、それを一貫させると、多分、こういうことにはなるのだろうと思えます。

ただ、一方で居心地が悪いという感じがするのは、最初から被相続人が誰かに与えたという場合だったら、特別ルールの方で生存配偶者以外の者に付与された場合になりますので、6か月間はただで使うことができるということになりますし、あるいは相続分の指定をしたり、包括遺贈したりという場合、あるいは相続分を包括的に譲渡した場合であれば、この場合ですと相続人と同じ権利義務ということになると思えますので、短期居住権のルールが適用されるということになるのだろうと思えます。その一方で、たかだかある不動産についての持分を譲渡したときだけ、こういう問題が顕在化して、そして、無償で使うことができなくなるというのは、全体として見ると非常に居心地が悪いという感じがしております。

更にその居心地の悪さというのは、相続開始後、比較的時間もない時点において遺産分割のなされる前に、法定相続分を前提として当該不動産の持分を譲渡したという場合なのだとすると、譲り受けた者にとっても言わばそうした遺産分割前のものについて、そうした負担が付くということは、全く予想もできないようなものでもないのではないかと思います。

からです。多分、この問題の背景には一般的には遺産分割前に個別の不動産を処分することが、本当にできるのかどうかという一般的な問題があるとは思いますが、そこまで立ち入らないとしても、この問題を考える場合にこれしか本当に方法はないのだろうかという感じがいたします。

遺産分割前に持分を処分した場合については、そういう負担が付いたものとしての持分を譲り受けたにしかすぎないのだから、その意味でのそうした負担は付いてくるという解決が考えられるのではないかと、その上で譲受人は譲渡人に対して一定の担保責任を追及するというような方策もあるのかなと思いますし、他方で、もしここに書かれているように第三者に対して使用利益を負担しなければいけないとすると、その使用利益を配偶者に最終的に負担させるというのは適当ではないのだろうと思います。譲り渡した人間がいて、本来、短期居住権によって得られる利益というのを奪ってしまったという関係にあるわけですから、その者に求償できるとしなければおかしいだろうと。

こうした求償が当然に一般法理でできるかということよく分からない感じがします。特に最初の方に書いてある(1)のアの②で、①の権利は相続人の間においてのみ、その効力を有すると言いつつした場合に、第三者に対して負担した使用利益を相続人間で本当に求償できるのかどうかというのはよく分からない気がします。もし、ここに示されたような形でいくのであれば、処分した者に対して求償できるというような仕組み、あるいは遺産分割において、それを考慮することができるという仕組みを作るか、若しくは単なる持分権の譲渡にしかすぎない場合については、短期賃貸借の効力を及ぼすというのもあり得るのではないかと気がします。その点では、第三者との関係のうち、恐らく抵当権や差押えとの関係と、建物所有権の譲受人との関係は場合によっては区別できるのかなという感じもしたものですから、今更、こういうことを申し上げるのは多分、余り適当ではないのだろうと思いますが、気になった点ということで申し上げさせていただきました。

○大村部会長 ありがとうございます。

○堂菌幹事 ありがとうございます。窪田先生の方で御指摘いただいたような考え方もあり得るのだろうとは思いますが、特に相続人が自ら自分の持分を譲渡した場合については、譲受人にもその効力を及ぼすということは考えられるのかもしれないんですが、例えば相続人の債権者がその持分を差し押さえた場合でも同じように考えていいのかとか、いろいろな問題が生じるので、こちらで考えていたのは短期居住権については、そういった持分の譲渡を含めて第三者には基本的に対抗できないというものです。

ただ、今回の資料でも1ページのアの②というのを今回、新たに付けたわけですが、①と②を合わせて読むことによって、配偶者は他の相続人に対して無償の使用権といいますか、要するに他の相続人にとっては、配偶者に対して無償での使用を受忍する義務があるということをはっきりさせたつもりでございまして、それによって使用貸借と同じような規律が配偶者と他の相続人との間に生じ、例えば使用貸借のときに使用貸借の貸主が目的物を第三者に譲り渡してしまって借主が使用することができなくなったという場合は、債務不履行に基づく損害賠償ができるのだと思いますので、ここでも同じように持分を譲り受けた第三者に対しては請求できないけれども、譲渡しをした相続人に対しては債務不履行に基づく損害賠償ができるのではないかと考えております。したがって、最終的には配偶者の方は使用利益については回収さえできれば負担しなくてよくなるということを考えておりました。

それから、(2)との平仄はどうかということはあるんですけども、(2)の方は飽くまでも被相続人が無償で建物を譲り渡した場合を念頭に置いておりますので、(1)で持分を例えば有償譲渡したような場合と、同じように考えていいのかという問題はあのではないかと考えており、我々としては現在の案のようにしているというところでございます。

○窪田委員 少しだけ発言をよろしいでしょうか。半分、分かったような気もしますが、何となく居心地の悪さは自分の中ではまだ完全には解消していないので、もう少しだけ発言させて下さい。もちろん、自発的な譲渡の場合以外にも差押えとかがあのではないかというのはそうなのですが、これはある意味で遺産分割前であったとしても、法定相続分に基づいてその持分を処分することができるか、差押えをすることができるという判例を前提としての枠組みではあると思います。ただ、判例はできると言っているだけであって、何か積極的に遺産分割前であっても持分をどんどん自由に処分できるとか、それを推進しようとかということではないのだろうと私自身は理解しています。そうだとすると、遺産分割の関係では非常にイレギュラーな事態について、そこまで保護する必要があるのかなというのが前提としてよく分からないという感じがしているということがあります。

それと、(1)と(2)の平仄については今の御説明で半分、分かったような気もするのですが、ただ、(1)のアの②というのはものすごく強いことを言っているように思います。短期居住権というのは相続人間でしか意味を持たないということを行っている。それに対して(2)というのは、無償の場合に限っているかもしれないけれども、言わば第三者との関係でも短期居住権に相当するような権利が実体法上のものとしてあるということを行っているように思えます。

そのことにこだわりますのは、短期居住権というのが従来、使用貸借として判例上、認められてきたものを単に今回、条文にするのだということであれば、それだけのことで、それほど立ち入る必要はないのかもしれないかもしれませんが、特に(2)のルールを見ますと、従前の使用貸借よりはもう少し強いものとして、実体法上の権利として構成しているのではないかという気もいたします。その点からも少し気になったということです。しつこい発言になってしまいましたが、そういう趣旨だということでございます。

○大村部会長 今回の点について何かほかに御発言はございますでしょうか。

○水野(紀)委員 私も、窪田委員の感覚に近いものを感じております。恥ずかしながら、私は取引の実情はよく分かりませんが、家族が住んでいる家屋の持分について売買するというのは、相当、スムーズにいかないことを覚悟した譲受人ではないでしょうか。そして、欧米諸国の配偶者の居住権保護と比較しますと、このような相続の場面だけではなくて、家族が住んでいる家屋は、欧米諸国では、さまざまな場面で特別に保護されます。例えば所有者である被相続人が生きているうちに売却してしまおうとしても、そこに家族が住んでいるときには、当然、彼の処分権は制限されますので、妻子が住んでいる家屋についての取引は妻子の同意が得られているか、妻子の居住権保護にひっかからないかを、取引相手は考えなくてはなりません。

日本でも、売主と異なる居住者のいる物件でしたら、取引相手は警戒するでしょう。居住者が売主の家族であるとしても、居住者本人の意思確認をする手間は、それほど大変なことではありません。これらを考えますと、現にまだ生存配偶者が住んでいるという場合に、一

部の持分の売買についてかなり大きな制約を加えてもいいのではないのでしょうか。遺産分割が済んできれいになっているものを買い取らなくてはならないという取引制限をかけても、譲受人へのそれほど大きな負担増にはならないだろうと思います。

○中田委員 今、挙げられた例は私もそうかなと思うんですが、先ほど堂菌幹事がおっしゃった差押えの場合をどう考えるのかというのは結構重要な問題だと思います。差押えに対抗できるようにするためには、引渡しなり、占有を対抗要件にしなければうまくいかないのではないかな。そうすると、長期居住権の方もそれと合わせて占有を対抗要件にすると組み替えなければうまくいかないのではないかなと思いますので、差押えの場合をどう評価するかというのがかなりポイントかなと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。

窪田委員の最初の御発言では、譲渡の場合と差押えの場合とを分けて考えるということ的前提にされておられたと思いましたが、水野委員がグローバルスタンダードとおっしゃったのは、婚姻中の家族住宅の保護について制限がかかっているということを御指摘になったんだと思います。例えばフランス法では、名義人以外の者の承諾が必要だというような規律がされているかと思いますが、これについても差押えの場合をどうするのかという問題はあるのだらうと思います。水野委員がよく御存じのとおりですが、96年の民法改正のときにこのことが問題になりまして、差押えの問題がうまく処理できなかったこともあって規定が置けなかったという経緯もありますので、中田委員の御指摘の点は難しい問題として残ると印象を持ちます。

窪田委員は二つ御指摘になられて処分を押さえるということのほかにも、そうでないとしても実質的に費用負担が生存配偶者のところに回らないようにする工夫が必要なのではないか、これについて一定の規律を置く必要があるのではないかという御指摘があったかと思いますが、この点につきましては堂菌幹事の方から一定のお答えがあったように思いますけれども、そこはいかがでしょうか。

○窪田委員 債務不履行として構成するということですが、差押えがなされた場合でも同じように債務不履行構成ということではいけないという前提ですか。

○堂菌幹事 差押えも、要するに相続人が負っている債務が不履行になったので差押えを受けたということであれば、使用貸借の場合でも同じようなことは起こり得るんだと思いますが、そういった場合も含めて、債務不履行に基づく損害賠償というのは認められているのではないかと考えておりますので、そこは同じではないだろうかとは思っております。

○窪田委員 分かりました。今のような形で説明ができるというのは、そうなのかもしれないんですが、ただ、それほど自明でもないのではないかなという感じが私自身はしております。損害賠償なのか、不当利得なのかもよく分からないところがありますし、その点ではもしこの点をこういうふうな方向でいくのだとすると、最後、何らかの形で処理ができて、生存配偶者の短期居住権そのものの実質的な侵害とならないような形での手当は、可能であれば明示しておく方がいいのではないかなという気がいたします。これは意見ということです。

○大村部会長 ありがとうございます。

今の一連の御議論は、今回、1の(1)の②で短期居住権が相続人の間においてのみ効力を有するというを明記したことによって意識化された問題なのだろうと思います。それを明記するのならば、後始末まできちんと書くべきではないかというのが今の窪田委員の御

指摘かと思えます。何人かの委員からは、それを明記して背中を押す必要もないのではないかというような御発言もありましたので、この規定を明文化するのか、それとも解釈の余地もあるので明文化しないで、この提案以前のままにしておくのかというようなことを含めて、もう少し御検討いただきましょうか。

何かこの点につきまして特に御指摘があれば伺いたいと思えますが。

○窪田委員 それと、申し訳ございません、しつこいようですが、恐らくこれは資料として公表される形になったときに、最終的な補足説明等でここに書かれている内容が示されるということなのだろうと思えますが、少なくとも4ページのところで先ほどのイのところなのですが、自ら持分を第三者に譲渡したときというのではなくて、もう少し別のケースにしていた方がいいのかなという気がいたします。

○大村部会長 問題状況はかなり明らかになってきたと思えますので、今の御指摘を踏まえて、この点につきましては更に御検討いただくということにさせていただきたいと思えます。

増田委員、今の点ですか。

○増田委員 今の話なんですけれども、他の相続人が持分を第三者に譲渡すると、その段階で当該不動産全体についての遺産分割というのはあり得ないわけなんです。ということは、そこで何らかの権利を配偶者に残すとするならば終期が分からないこととなります。日本の民法が、遺産分割と共有物分割を別のものである以上は、何らかの権利を残すことは難しいのではないかと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。御意見として伺いまして、それも踏まえて更に御検討いただきたいと思えます。

今の点につきまして、ほかにかがでございましょうか、

それでは、そのほかの点につきまして、今、終期の問題、期間の問題も出ましたけれども、その点も含めまして御意見を頂ければと思えますが、いかがでございましょうか。

○石井幹事 短期居住権の取得者に従前以上の居住の利益を与える必要はないのではないかとこの問題意識自体は、理解できるところではあるんですけれども、短期居住権の成立範囲が長期居住権のそれとは異なるという結論を解釈で導くというのはなかなか難しいところがあるのかなと思えます。

また、相続人間で紛争が生じている事案で短期居住権の成立範囲を建物の一部に限るという結論でいいのかということについても御議論はあろうかなと思えますけれども、仮にそのような結論を採るとのことですと、それについては解釈に委ねることではなくて、明確に法律で定めておくことが望ましいのではないのかなと思えます。

もう1点、前提の確認なんですけれども、今、部会資料で示されているような考え方に立ちますと、部会資料で例示されている「2階建て建物の2階に配偶者が住んでいて1階は第三者が使っている」という場合に、短期居住権に基づいて1階部分の明渡し等を求めることはできないけれども、長期居住権に基づけば、1階部分の明渡しを求めることはできるということになるという理解でよろしいでしょうか。

○堂園幹事 明渡しを求めるというのは配偶者の方がですか。

○石井幹事 配偶者がということです。

○堂園幹事 短期の方は正に居住部分だけに効力が及びますので、従前から住んでいなかった部分については明渡しを求めることはできないということになるものと考えております。そ

ここまで明渡しを求めることができるというのは、これまで説明してきた従前の居住の利益を守るということでは説明ができないのではないかと考えております。ですから、仮に短期と長期で規律を合わせるべきだということであれば、建物の一部について両方とも成立し得るといふ方が理論的には説明がつくのだらうと思いますが、長期についてそもそも一部分についてのみ設定を認めるということにどれだけの意味があるのかということと、濫用的に使われるおそれがあるのではないかとということから、こちらとしては、今回は長期居住権については全部を対象としないといけないということにすべきではないかと考えております。

したがって、1階部分、2階部分があるような建物について、要するに2階部分が居住部分で、そこを独立の区分所有の対象とできるのであれば、そこにのみ長期居住権を設定するということは認めていいのではないかとするのは（注）で書いてあるとおりになんですが、長期居住権の場合は、相続開始時に居住していたという点は保護要件にすぎず、自らの具体的相続分で長期居住権を取得するわけですから、今まで使っていない部分も含めて長期居住権の成立を認めても、問題はないのではないかと。その点で短期と長期で違いがあるのではないかとということで、今回のような考え方を示したというところでございます。

○大村部会長 石井幹事、よろしいですか。

○石井幹事 短期居住権と長期居住権とで規律が分かれるということであれば、そこは明確に法定すべきではないかとということで申し上げたところでございます。

○堂蘭幹事 すみません、先ほどの補足ですが、例えば1階部分にほかの人が住んでいて、その人が賃借していると、要するに賃料を払って借りている場合は、その賃借権について対抗要件がありますので、そこはもちろん明渡し請求はできないわけですが、そういう権限がなければ長期居住権を取得して、第三者が占有権限なくして使っていれば、明渡しは請求できるようになるのではないかとということでございます。

○大村部会長 中田委員、御発言がありますか。

○中田委員 今の賃借権について、長期のところでお聞きするつもりだったんですが、今、出ましたのでお聞きしたいんですが、第三者が賃借権を持っているときは長期居住権というのは、そこには及ばないということになるんでしょうか、今のお話ですと。

○堂蘭幹事 対抗関係に立ちますので、結局、長期居住権全体について登記を備えても、賃借権について占有の方が早ければ、そちらの方が優先する結果、明渡しは請求できなくなるのではないかとということです。

○中田委員 分かりました。そうすると、飽くまで対抗関係としては全体に及んで当該第三者との間では先後により、第三者との関係では全体についての登記が優先すると、こういうことですか。分かりました。第三者、後の譲受人に対しては登記が優先すると、こういう意味ですね。

○浅田委員 議論の整理としてお尋ねしたいんですけども、ここの短期に関しての事例、3ページに挙げられている、専ら他の者が使用していた場合についてです。これは飽くまでも事例の中の一つとして、こう解決されるということでありまして、実際の世の中には例えば1階部分の台所なんかは、親と子が共有して使うということもあるわけでありまして、そういう場合には当然、また、それに照らした解釈で短期に関しては例えば2階は単独での占有だけれども、1階は共有しているということになるというようなことも含み得るといふ

ことで考えていいのかという話が1点です。それと同時に、長期のところでも議論になるかもしれませんがけれども、もし、その対抗要件を登記ということをした場合に、これは現実的にどうするのかということもありますが、それは対抗という形ですので、言わば1か0かという判断が迫られるという場合もあるということを含んでいるということでしょうか。

○堂菌幹事 まず、最初の点につきましては3ページの(イ)で書いているところは、配偶者が全く使用していない部分がある場合にどうかということですので、ほかの家族と共有でも別にその場合は認めていいという前提です。それから、対抗要件のところは、若干、御趣旨がよく理解できなかったのですが。

○浅田委員 長期のときに議論すべきことかもしれませんが、長期に関しては登記によって対抗力を有するという話ですから、その登記の仕方に技術的な問題があるとはいえ、例えば先ほどの事例、2階は単独で占有、1階は共有ということになった場合に、1階部分については共有しているのが実態にもかかわらず、もし仮に1階部分までも全般的に登記をしてしまうということであれば、言わば配偶者は全部使えるわけですし、その意味するところというのは、子どもというのは従前から仮に住居をともししていたとしても、配偶者に対しては自らの利用権というのを主張できないと、住むことができないということを意味しているんじゃないかという話ですが。

○堂菌幹事 配偶者が長期居住権を取得して、その対抗要件を備えた場合に、それに先立って先ほどの賃借権の対抗要件があるような場合は別ですが、そうでなければ、配偶者が建物全体について排他的に使用権を有するということになります。その場合にお子さんを住ませるかどうかは、正に配偶者の方で引き続き占有補助者として住ませるのか、あるいはそこは認めないこととするのかという、配偶者の判断になろうかと思えます。

○浅田委員 整理として理解しました。

○水野(有)委員 今のことと関連する質問で教えていただきたいんですけども、短期居住権のところの1ページ目の(ウ)のところ、第三者に居住建物の使用又は収益をさせることはできないものとするとして書いてあるのですが、第三者というのは占有補助者も含んでいるのか、含んでいないのか、読み切れなかったもので、教えていただけるとと思ひまして。

○堂菌幹事 ここは使用貸借の条文から採ってきておりますので、使用貸借のところも当然、占有補助者まで排除する趣旨ではありませんので、ここでの第三者に占有補助者は入らないという前提です。

○水野(有)委員 ありがとうございます。

○大村部会長 よろしいでしょうか。今の一部の場合の規律については、短期の場合にどうするのか、それから、その後で御議論いただく長期の場合にどうするのかということが実質的に議論になるかと思ひますけれども、石井幹事から最初のところで御指摘がありましたけれども、これが違ってくるということになると、ある種の混乱を招くことになると思ひます。これは根拠も違いますし、対抗要件の問題も違いますので、一律に扱わないという選択肢には一定の合理的な理由はあるのだらうと思ひますけれども、混乱が生ずるのはできるだけ避けるようにする必要があらうという御指摘はごもっともだと思ひますので、その点については工夫を更にしていただきたいと思ひます。

この点に関しまして、特に短期の方の一部の問題につきまして更に御発言があれば伺いたいと思ひます。

- 石栗委員 短期居住権に基づいて妨害排除請求をすることができないということになっているんですけれども、相続人間でも、短期居住権に基づいて妨害排除請求をすることはできないのでしょうか。
- 堂菌幹事 相続人に対しては、相続人が配偶者の意思に反してそこを使っている場合に、明け渡せということは言えるのだろうとは思いますが。ここで考えているのは、第三者に対して妨害排除請求ができるかどうかという趣旨でございます。
- 石栗委員 そうすると、配偶者は同居していた他の共同相続人に対し、短期居住権に基づいて、突然、自分が住んでいたところを侵害されているというようなことを主張して、明渡しの請求をすることも一応は可能ということになってしまうのでしょうか。
- 堂菌幹事 まず、短期の方は占有を存続要件としていますので、少なくとも、一旦、自分が占有を喪失してしまうと、不法に喪失させられた場合も占有回復請求をしない限り、居住権は消滅するという前提です。配偶者が建物内に従前と同様に住んでいるときに、他の相続人がいきなり建物に入ってきて妨害しているというような場合は、妨害排除請求をすることができるのではないかとということですが。
- 石栗委員 もちろん、占有との関係はありますが、短期居住権に基づいて妨害排除請求としての明け渡し請求をすることはできないとお書きになっていることがどこまでのこととおっしゃっているのかと思いましたが、確認をさせていただいた次第です。
- 堂菌幹事 ここで書いているのは、第三者対抗要件はないので、第三者に対して妨害排除まではできないのではないかと趣旨ですので、相続人に対してはそういうことは言えるのだろうと思えます、短期居住権に基づいて。
- 石栗委員 先ほどの確認ですが、共用部分については短期居住権が及ぶということですのでよろしいんですね。例えば、二世帯住宅とかで玄関や台所が共用であるという場合には、そこでいう玄関とか台所といった共用部分は短期居住権の成立範囲に含まれるということでしょうか。
- 堂菌幹事 はい。更に言わせていただきますと、相続開始前から相続人も住んでいたような場合、基本的に従前の状態をそのまま保護するということですので、その場合は相続人に対してだけ、出ていけということとは言えないのではないかとと思いますが、先ほど申し上げたのは相続開始後に新たに妨害を受けた場合という前提です。
- 石栗委員 ありがとうございます。
- 大村部会長 ほかにいかがでしょうか。今の御指摘、あるいは大分前に窪田委員がおっしゃった他の相続人との関係で短期居住権者はどういう地位に立っているのかということも、もう少し明らかにする必要があるかもしれないということとも絡むようにも思います。それも含めて御検討いただきたいと思いますが、そのほかはいかがでしょう。
- 上西委員 短期居住権の期間についてです。例えば2ページ(2)の①で配偶者が相続開始の時として併記する形で、建物の所有権を取得した者から明け渡しの催告を受けた時となっているのですが、起算点は相続開始の時にしかないわけですね。これは期間の終わりの時期、すなわち終期を定めるだけであると理解してよろしいですね。記載ぶりからすれば起算点についても併記されているような書き方なので、確認です。
- 堂菌幹事 そういう意味では、本来的には相続開始の時から6か月という案と、明け渡しの催告を受けた時から6か月という、そういう趣旨です。

- 大村部会長 今回の御確認は、権利の始期というのは相続開始時ですねという御確認ですね。
- 堂蘭幹事 そこは、おっしゃるとおりです。そういう意味では亀甲の付け方の位置が適切ではなかったのだらうと思います。
- 大村部会長 今、期間の問題が出ておりますけれども、この点につきまして御発言があれば、是非、伺いたいと思っております。
- 増田委員 普通に考えると相続開始の時からということなのかと思いますが、この場合は実務的にも1年、2年たってから遺言が出てくるというようなケースが少なくないことから、遺言の内容がいつ明らかになるか分からないという問題があります。相続開始時から起算すると、遺言が出てきた時には直ちに不法占拠になっているというようなこともあり得るということと考えた場合には、少なくとも遺言により他の者が所有権を取得したことを知った時点を起算点とする必要があるだらうと思われれます。明渡しの催告を受けた時とする考え方もありうると思っておりますが、それは別として、相続開始の時からというのは実情に合わないかと考えております。
- 中田委員 今のお話がそうだと思いますし、この解説で書かれているのももっともで、後で分かったときにすぐ出ていけというのは気の毒ではないかというのはよく理解できます。ただ、その上で、若干、気になる点が2点あります。まず、今の増田委員の例でも出てきましたように、6か月が経過した後で遺言が出てくると、一旦、不法占拠状態になった後で、結果的にそれは不法ではなかったというようにひっくり返るということになるわけですね。それが少し不安定かなという気がするというのが一つあります。それから、もう一つは配偶者が住んでいる建物を第三者に遺贈するというのは、そもそも、配偶者間が非常にうまくいっていないときではないかと思うのですが、その場合の方がより配偶者にとって手厚い保護になるということをどのように説明したらいいのかという、その2点についてもしあればお聞かせいただきたいと思っております。
- 堂蘭幹事 1点目は、遺言などがあつた場合は客観的には相続開始時から不法占拠ではなかったのだけれども、それを配偶者が分からなかったということだらうとは思いますが、ただ、御指摘のように当事者の認識と、そういう客観的な権利状態との間にそごが生じるというところはあろうかと思っております。ただ、その問題をうまく解決するというのはなかなか難しいのかなという感じもしております。
- (2)の場合というのは、中間試案の考え方ですと(ア)の本則の方に比べると期間等の点でより保護としては薄いという前提で、一応、制度設計はしていたところです。ただ、例えば、明渡しの催告があつた時から6か月ということになりますと、遺産分割に要する期間より長い期間保護されるという場合がそれなりに出てくるのではないかということで、冒頭でそれぞれの平仄を考える必要があるのではないかという問題提起をさせていただいたところです。そういった観点から、例えば(1)の方について従前から議論は出ておりましたが、相続期間の下限を設けるとか、そういった配慮をすることによってバランスをとる必要があるのかどうかという辺りについて、是非、御議論いただければと思っております。
- 大村部会長 今回の御提案は、(2)の場合には6か月の期間によって(1)との関係でいうと長くなることがあるべしということで作られているが、そのことの当否について御議論いただきたいということですね。

今の点も含めまして、期間の点につきまして更に御意見を頂ければと思っておりますが、いかが

でしょうか。

○窪田委員 今、まだ、十分に自分の中でも整理ができていないのですが、（１）で例えば下限を設けるということになって、例えば１年間といった下限を設けるとすると、遺産分割がなされようが、なされまいが、これだけは保護されているということになります。それを前提とすれば、（２）についても最初から処分はされているけれども、１年間はこうした権利があるのだということで、その部分は説明できるのだらうと思います。

ただ、問題になるのは、私自身も先ほど増田委員からもお話があったように、実際に催告をされてから起算する方がいいだろうというのはよく分かるのですが、例えば１年３か月か４か月、たったところで催告された場合にどうなるのかというと、その場面の法律関係はよく分からないなという気がします。ひょっとすると最下限の話と催告をされてから立ち退くまでの間の一定の猶予期間の話というのは、切り分けた方がいいのかなという感じもいたしました。まとまっていない段階で申し上げるのは適当ではないのかもしれませんが、そういう分け方もあるのかなということです。

○大村部会長 着想自体には、猶予期間という考え方が入っているのだらうと思いますけれども、本体の短期居住権と、それから、明渡し猶予の問題は分けた方がいいということですか。

○窪田委員 恐らく最低１年はいられるというのは、（１）（２）共通しての問題ではないのかなという気がします。つまり、遺産分割がされると最終的な関係は帰属する、あるいは遺言があって相続させる旨の遺言があったら最初から帰属は決まっていると。でも、それとは無関係に１年間、保護しましょうとかという点については、多分、（１）（２）で共通してあるものなののだらうと思います。ただ、（２）の方では、一体、遺言があったかどうかも分からないとかというような状況を考えると、予想しない段階で催告がされる、出ていけと言われる可能性がある。そのときに最低限の１年間ということだけを基準にしてしまうと、１年間経過後は出ていけと言われた瞬間に出ていかなければいけないということになるわけですが、そのときの猶予期間というのは別途、考える必要があるのではないかとことです。ただ、それが６か月である必要があるのかどうかはよく分かりません。逆に言うと、１年間は保証しているのであれば、もう少し短い３か月というものもあるのかもしれませんが、それを切り分けた方がよりうまく保護できるのかなという気がしたということです。

○沖野委員 考え方なのですが、確かに例えば１年とか６か月とか、１年というような形で切るとすると、相続といういつ起こるか分からない事象によっていきなり居住が奪われるということから１年は保護するという、そういう考え方だと思うのですが、他方で、元々の原案は相続がある限りにおいては、遺産分割によってその帰すうがはっきりするまでは暫定的にそのまま現状を維持させよう、配偶者については、という発想だと思いますので、随分と発想が違ってくるように思われます。

それで、どちらがよいかということですが、遺産分割というのが１年できれいに切れるならいいですが、また、できればなるべく早くした方がいいんですけども、事情によるということもあると思われます。居住について、一旦、出て、またやはりというようなことになるというのが果たして適切なのかということを見ると、遺産分割までとし、その間の事項も含めて遺産分割の中で相続人間ならば処理していくというのは、それなりに合理的なことではないかと思えます。他方で、分割の対象ではなくて、その財産はほかに行ってしまうことが明らかであるというならば、それは明渡し猶予期間として考えていくと。です

ので、分割が行われる場合と、それから、遺贈などによって権利帰属が確定している場合とでは考え方が違うのは、それなりに合理的なことではないかと思っております。

他方で、どちらの場面かが分からないということが遺言が後ほど出てきたようなときには出てくるわけで、そういったときの配慮をどうするかというのが7ページで聞かれているということだと思います。6か月では遺産分割が終わらなくて、それより後に遺言が出てくるというような場合には、それ以前に不法占拠だったということになり、その部分を払わなければならない。遺言の内容が分かっているならば、6か月の間に対応をしたのだけれども、分割で対象にするものだという前提でずっとやっていたということがあると、暫定的な居住を確保するという(1)型だと考えていたのに、実は(2)型だったというときには、それなりの保護が必要ではないかと思われまじし、それに遺言によって遺贈を受けた側も自分がそれを知らなかったというようなときに、本当は有償で取れたかもしれないけれども、それほど期待すべき利益でもないのではないかと考えますと、知った時から6か月とか、明渡しの催告を受けた時から6か月というのがいいのではないかと思っております。

それでさらに起算点としていずれが良いかですが、知った時からが理屈の上ではいいのかもしれませんが。それが分かったならば、せいぜい、6か月だという趣旨としては、わかるのですが、ただ、そうすると、いつ、知ったかということをめぐるかえって紛争になるということが懸念されます。そうであれば、明確に催告してもらうというのを基準にした方が法律関係も明らかになるのではないかと思っております。

もうひとつは逆の場面で、6か月より前に遺産分割が終了し、遺産分割の中で長期居住権を取得したことになるのだけれども、その後、遺言が発見され特定遺贈対象であったことが判明したというような場合には、長期居住権はそもそも対象ではなかったのを認められず、6か月を超えた部分が有償になると思われまじし。その場合も、受遺者との関係では同じで、先ほどの場面で明渡しの催告がされた時からとすれば、この場合も催告の時からということになるのかと思います。

○大村部会長 遺言が見つかったというときについて、一定の手当が必要であろうということについては、皆さん、多分、一致しているのだらうと思えますけれども、本則の場合と平仄がとれているのかということについて、これでいいのだというお考えと共通のものを置くべきではないかというお考えとがあったように思います。もう少しパターンを整理して、御議論いただけるようにするというのでしょうか。

これとの関連で何か御発言があれば承りたいと思いますが、いかがでしょうか。

今回、短期居住権について大筋はよいということで、細かい問題について手当をするために幾つかの提案がされているわけなのですが、細かい手当をすると、それに伴う解釈論上の問題が顕在化してきます。それを整理した上で細かい手当をするならばするということを考えなければいけないということかと思いますが、御指摘いただいた点を踏まえて、更に整理をさせていただくということでもよろしいでしょうか。

短期居住権につきまして、その他、何かございましたら承りますが、いかがでございましたでしょうか。

それでは、長期居住権の方に進ませていただきたいと存じます。また、長期との関係で短期についても改めて問題提起がされるということもあるべしということで先に進ませていただきます。長期につきましては7ページ以下になりますけれども、事務当局の方から御説明

を頂きます。

○大塚関係官 長期居住権についてでございますが、まず、検討の方向性についてということで9ページ以下になります。長期居住権の創設につきましては、パブリックコメントにおきましても賛否が拮抗したところでございますが、特に反対の立場から、長期居住権の財産評価あるいは買取請求権などに関して新たな紛争が生ずることを懸念する意見など、様々な弊害の懸念が多く寄せられたところでございます。

このような結果を踏まえまして、前回の部会で御議論いただいたところですが、長期居住権につきましては制度創設のメリットをできるだけ減殺しないように配慮しつつも、反対意見において指摘された問題点を軽減する方向で検討を進めることという結論に至ったものと認識しております。これを踏まえまして、今回の部会資料では以下のとおりの検討を行ったところでございますが、2の「個別の論点に関する検討」の(1)ア(ア)でございます。短期居住権と同様の検討をしているところでございますが、長期居住権につきましても保護要件としましては短期居住権と同様に、建物の一部を居住の目的で使用していることで足りる旨を明らかにしているところでございます。

続いて、(イ)でございます。こちらは一部をほかの者が専ら使用している場合ということですが、長期居住権につきましては従前から占有による対抗要件の取得は認めないということにしております。登記をしなければ第三者に対抗することはできないということになりますので、建物の一部についてのみ対抗要件を付与するというのは困難と考えられるところであります。そうしますと、長期居住権の成立を認める場合には、その効力が及ぶ範囲は建物全体とするのが相当と考えられます。これを前提としますと、(イ)の場合に配偶者が長期居住権を取得すると、配偶者は相続開始前には使用していなかった部分を含め、使用権を取得することになります。これらの点について先ほども御意見を頂いたところですが、改めて御意見を賜りたいと思っております。

次に、イの「遺産分割の審判により長期居住権を取得させる場合」についてでございます。パブリックコメントにおきましては、長期居住権の取得がほかの相続人の意思に反する場合にまで審判による設定を認めると、その存続期間中に建物の所有者と配偶者との間で更なる紛争が生ずるおそれがあるといった懸念が示されたところでございます。そこで、このような御指摘を踏まえまして、遺産分割の審判により、配偶者が長期居住権を取得することができる場面を現在のゴシックで書かれているところよりも限定し、例えば配偶者が長期居住権の取得を希望し、かつ、それが当該建物の所有権を取得することとなる者の意思に反しない場合に限るとすることも考えられるところでございます。このような限定をすることの適否について御意見を頂ければと存じます。

次に、「ウ 遺言により配偶者に長期居住権を取得させる場合」についてでございます。パブリックコメントにおきましては、被相続人が遺言で配偶者に長期居住権を取得させる場合の問題点として、遺贈であれば配偶者は放棄できるのに対して、遺産分割方法の指定がされた場合には相続そのものを放棄しないと放棄はできないということになるので、かえって配偶者の保護に欠ける結果となるおそれがあるといった御指摘がございました。

これも踏まえまして、先ほども御指摘があったところではございますが、本部会資料においては、遺言で配偶者に長期居住権を取得させる場合には、遺贈に限るとということとしてございます。この場合には、例えば遺言において配偶者に長期居住権を相続させる旨の記載が

されたときでも、通常は長期居住権の遺贈がされたものと解釈すべきことになると考えられるところがございます。また、民法第995条は遺贈が受遺者の放棄によってその効力を失った場合には、受遺者が受けるべきであったものは相続人に帰属するという規律になっておりますが、長期居住権を取得できるのは配偶者のみとなっておりますので、共同相続人の共有に属するとすることはできないこととなります。このため、配偶者が長期居住権の遺贈を放棄した場合の効力をどのように考えるべきかを別途、検討する必要があることとなります。

この点につきましては、長期居住権が所有権の内容を制限する権利としての性質を有することに鑑みますと、配偶者が遺贈を放棄した場合には、居住建物の所有者が何ら制限のない所有権を取得したものと考えるのが遺言者の通常の意味に合致するようにも思われるところであります。これに対しまして、（注）に記載しておりますように配偶者が遺贈の放棄をした場合には、建物の所有権に関する部分を含め、効力を失うこととするということも理論上は考えられるように思われます。これについてどのように考えるか、御意見を賜ればと存じます。

続いて12ページの（2）の「ア 用法遵守義務の内容」につきましては、短期居住権の場合と同様に従前の用法に従うべきものと修正したものとございます。

次に、イの「必要費及び有益費の負担」でございますが、中間試案におきましては長期居住権の存続期間中、建物を使用することができない所有者の負担などを考慮しまして、必要費については先ほど御説明したとおり、全て配偶者の負担としております。もっとも、必要費の中でも災害などによって大規模な修繕が必要となった場合の修繕費など、特別の必要費につきましては使用貸借におきましても貸主の負担とされていることと比較して考えますと、長期居住権の場合も必要費及び有益費の負担について短期居住権と同様にするというところも考えられるところがございますが、この点につきまして御意見を賜ればと存じます。

それから、ウの「建物使用の対価」につきましては、これまでは一括前払方式と賃料支払方式の二つを提案していたという経緯がございましたが、ただ、賃料支払方式につきましては、パブリックコメントにおきましても、様々、問題点があるのではないかといたした御指摘もございましたので、今回は長期居住権の対価の支払方法は、一括して前払いとするという方式のみとすることを前提としているところでございます。

（3）の「長期居住権の消滅」、13ページ以下に移りたいと思いますが、アの「用法遵守義務違反の場合の消滅請求」についてでございます。パブリックコメントにおきましては、長期居住権の消滅請求が配偶者に与える影響の大きさなどに鑑みると、この用法遵守義務違反を理由とする消滅請求については、賃貸借と同様に原則として催告を要求すべきではないかという御意見が寄せられたところがございます。これを踏まえまして、本部会資料におきましては、居住建物の所有者は原則として配偶者に対して用法遵守義務違反の是正を催告し、相当の期間内にその履行がされない場合に消滅を請求することができることとしたものがございます。

次に、イの「原状回復義務の内容」につきましてですが、これにつきましては結論として短期居住権と同様に通常損耗と経年変化を除外するなどの修正をしたところがございます。

なお、ここで本文には記載していない点を若干、補足申し上げますけれども、原状回復義務の起算点につきましては、中間試案におきましては本文の方では「長期居住権を取得した時の原状に復する義務を負う」とした上で、ただし書で「短期居住権を取得した後に遺産分

割で長期居住権を取得した場合には、相続開始時の原状に復する」ということを記載していたところでありました。

ただ、改めて検討してみますと、実際に適用する場面としては、むしろ、ただし書に規定する場面、つまり、短期居住権を取得し、遺産分割により長期居住権を取得するという場合がほとんどではないかと、逆に、本文で記載していた場面というのは、具体的に見ると、短期居住権が配偶者の用法遵守義務違反によって、社会的事実としては、一旦、消滅した後、改めて長期居住権を取得したというような極めて特殊な場面に限られるのではないかと考えられましたことから、本部会資料におきましては最終的に統一しまして、相続開始の後に生じた損傷を原状に復するというシンプルな記載にしたということでございます。

ここまでの(3)でございます。

続いて、13ページ下段の「(4)長期居住権の買取請求権について」でございます。パブリックコメントにおきましても、予期に反して施設等に入所しなくならなかった配偶者を保護する観点から、買取請求権を設けることに賛成する意見があった一方で、紛争の複雑困難化を懸念して反対をするという意見も根強く、賛否が分かれたところございました。また、長期居住権の創設により、紛争の増大を懸念する反対意見が相当数あったということを検討しますと、仮に長期居住権を創設するとしても余り重く複雑な制度とならないようにする必要があろうかと考えられます。

他方で、買取請求権を規律として定めることはしなくとも、例えば資産分割の協議あるいは遺贈等によって長期居住権を設定する場合には、当事者間の合意あるいは遺言においてあらかじめ買取りの条件、その額などを定めておくといった予防策を講ずることも可能と考えられます。これらを踏まえまして、本部会資料におきましては買取請求権に関する記載を本文に掲げることはしておりませんが、この点につきまして御意見を賜ればと存じます。

(5)の「長期居住権の登記手続について」、14ページ以下でございますけれども、パブリックコメントにおきましては、第三者対抗要件を登記とすること自体には賛成が多数を占めたところですが、具体的な登記手続の在り方については問題点の御指摘があり、その検討を求める旨の指摘が前回の部会などにおいてもされたところがございます。この登記手続の在り方につきましては、基本的には長期居住権の取得原因ごとに検討する必要があるのではないかと考えられます。

まず、遺産分割の審判により長期居住権を取得した場合には、判決による登記の場合と同様に単独申請が可能となるのではないかと考えられます。次に、遺産分割協議によって配偶者が長期居住権を取得した場合につきましても、配偶者が単独で申請できるものとするところも考えられるところではございますが、では、これをどのように根拠付けるのかというところについては、なお、検討が必要と考えられます。更に遺贈によりまして配偶者が長期居住権を取得した場合につきましても、現行法を前提としますと、所有権を取得した者と配偶者との共同申請とすることが考えられますが、この点は本部会で別途検討されているところの遺言事項及び遺言の効力等に関する見直しの状況にも関わるものと考えられます。これに対しまして、被相続人との死因贈与契約によって長期居住権を取得したという場合には、基本的には共同申請ということになるのではないかと考えられます。

このほか、例えば確定期日を終期と定めて長期居住権が設定された後に当該確定期日が到来した場合ですとか、あるいは長期居住権が配偶者の死亡により消滅した場合には、これを

速やかに公示するために、当該建物の所有者において単独で抹消登記を申請できるものとするとも考えられるところでございます。これらの点につきまして御意見を賜れればと思います。

部会資料の御説明は以上なのですが、先ほど、後ほど説明しますと申しておいた具体例の方の説明をここで最後に簡潔にしておきたいと存じます。参考資料を御覧いただければと思います。

時間もございますので簡潔に御説明をするにとどめたいと思いますが、まず、事例1のマンションのケースについて御覧いただければと思います。例えば被相続人、相続人の例として夫が亡くなり、奥様と、それから、お子さん二人がいるというケースを想定しております。相続財産はマンションと預貯金の合計5,000万円ということにしております。

(1)の現行法を前提とした代表的な遺産分割、法定相続分を目安としてということになりますけれども、そうした場合には乙はマンションを受け取り、そして、残りの取り分で預貯金を受け取るということになるかと思えます。Bは残った預貯金を二人で分けるということに、もちろん、一例ではございますが、そういうことが考えられようかと存じます。

これに対して、(2)で遺産分割協議によって乙に長期居住権、例えば存続期間は終身として財産価値は当事者の合意の下で所有権の2分の1と設定したものと仮定しますと、乙さんはマンションの長期居住権を2,000万の半分の1,000万円、そして、残りの預貯金1,500万円を取得し、Aさんは長期居住権の負担が付いた所有権を1,000万円を取得し、残りの分で250万円の預貯金を取得すると。Bさんは同じということが考えられます。

更に(3)で、これは例えば審判によって乙に長期居住権を取得させる場合ということになりますが、こちらでは違いを考えてみるために存続期間は15年とし、賃料相当額を仮に月6万円と考えた場合ということで記載しているものでございます。そうしますと、月6万円ということだと、米印のところですが、年にすると72万円、仮にライブニッツ係数で予定利率5%とし、15年で計算するとざっと750万円ということになりますので、マンションの長期居住権は750万円と算定され、残りの分は乙さんは現金を取得するということになろうかと思えます。Bさんは同じということになります。

2は同様の設定の例を記載したものですので割愛させていただき、事例3を最後に御覧いただければと思います。これは遺言で遺贈によって長期居住権を配偶者が取得する場合ということでございますけれども、被相続人と相続人の構成は先ほどと同じで、相続財産がマンション、土地建物、現金、国債ということにしておりますが、合計8,000万円ということになります。例えばということで遺言内容を考えてみたときに、一つ目として乙さんにマンションの長期居住権と現金2,000万円を遺贈し、子どものAにマンションの、これは長期居住権の負担付の所有権と国債を与え、そして、Bさんに別の方の土地建物を与えると、そういった遺言も考えられるのではないかということで、飽くまでも一つの例として御提示を申し上げたところですが、何か御意見があれば何えればと存じます。

○大村部会長 ありがとうございます。

長期居住権につきましては、今、御説明いただきましたけれども、(1)から始まりまして(5)まででございます。休憩の都合もございますので、今の具体例のに関する御質問等も含めまして、差し当たり、(1)に関する部分について御意見を頂戴できればと思います。

(1)の部分では、アは先ほど短期居住権について議論した問題とつながっている部分でございまして、アの(イ)の部分はどう考えるかといったようなことが問題になろうかと思えます。それから、イとウにつきましては遺産分割の審判によるというのがどの限度で認められるか、ウについては長期居住権の放棄があった場合にどうするかといったような問題が提起されておりました。それとの関連で具体例について御質問いただくということでも結構かと思えますが、具体例も含めて(1)の部分について、差し当たり、御意見を頂ければと思います。

○増田委員 具体例についてなんですけれども、賃料相場をどのように想定して設定されたのかについてお伺いしたいと思います。つまり、前回、私が70歳女性の場合を例にとり、目的物を取得するのがいいのか、長期居住権を取得するのがいいのかという点を比較検討すべきだと申し上げたのは、通常は賃料額は目的物の価格を10年で回収する全体で、その上に固定資産税等の必要経費を上乗せして設定すると言われていました。長期居住権の場合は必要費は配偶者の負担になりますので、経費の上乗せ部分は要らないとしても、10年ということを見ると、70歳女性の場合は平均余命のライフニツ係数が12.462ですから、長期居住権を取得するより建物自体を取得する方が安いということになるのではないかと思います。

これに対しては、10年で回収というのは都会のことだと考えられるというような意見もあるかとは思いますが、賃貸住宅の需要が少ないところでも、恐らく12~13年で回収できるように賃料額は設定されているのであろうかと思えますので、それを考えても70歳女性の場合でほぼ同じぐらいということになるのであれば、よくよく考えると、長期居住権を取得するだけの具体的相続分があるのであれば、建物所有権を取得できるはずだとなるのではないかと考えて、前回、申し上げたんですが、そこで、今回、この具体例の賃料というのはどういう考えで設定されたんでしょうかという質問です。

○堂菌幹事 今回の具体例は、事務当局としては、前回の増田委員の御指摘に答えるものとして作ったというよりは、ある程度、具体例があった方がイメージが付きやすいのではないかと御指摘があったので、飽くまでその例として作ったというものですので、そういった意味で、例えば2,000万円のマンションについて適正賃料は大体どれぐらいなのかとか、一戸建ての場合はどうなのか、それは地域によっても大分違うと思えますし、契約内容によっても違うんでしょうけれども、その適正賃料を考慮して具体例を作るところまでは考えておりませんでした。したがって、通常の賃料相場より安くなっているというところはあるのかもしれませんが。

ただ、結局、従前から配偶者については具体的相続分で長期居住権を取得するとは申し上げてきてはおりますが、そこは具体的相続分に従って財産を分けなければならないのは、基本的には遺産分割の審判のときのみでございますので、遺産分割の審判のときについて適用範囲をかなり限定するということになりますと、基本的には遺産分割協議ですとか、あるいは遺言で使われる場合が多くなっていくということだと思えますし、その場合は当事者間で合意ができていれば、配偶者に本来の具体的相続分以上のものを与えてもいいわけですし、遺贈の場合も遺留分を侵害しない限りは有効と認められるわけですので、そういった意味では、長期居住権が使える場合というのは限定されたニーズだとは思いますが、なお、あるのではないかと考えているところでございます。

○大村部会長 増田委員，よろしいでしょうか。計算の根拠のところ増田委員が御指摘のようなことが特に勘案されているわけではないということだったかと思います。長期居住権の評価の仕方によっては，所有権取得と変わらない場合がかなり出てくるのではないかとというのが増田委員の御指摘かと思いますが，そういう場合は出てくるのかもしれませんが，なお，使えるところがあるのではないかとというお答えだったかと思います。そのほか，いかがでしょうか。

○石井幹事 今の点にも関連するんですけども，長期居住権の評価については，前回，資料で基本的な考え方のようなものはお示しいただいたところです。仮に長期居住権が立法化されて，これを運用していくことになると，評価の指針のようなものがないと，実務としてはなかなか前に進まないというところもありますので，そういったものが示される必要があるのかなと思っておるんですけども，この辺りについて事務局の方で何かお考えになっているところがあればお聞かせいただければと思います。

○堂園幹事 この点については，事務当局の方で日本不動産鑑定士協会連合会の方に長期居住権については御相談をしているところでございまして，前回，お示しした考え方というのはかなりざくっとしたものではございますが，日本不動産鑑定士協会連合会との議論の中でいろいろと御示唆を頂いているところでございまして，最終的に長期居住権について制度化するという場合には，日本不動産鑑定士協会連合会の御協力も得て，一般的な評価基準として考えられるものをある程度お示しできるようにしたいと考えているところでございます。

○大村部会長 よろしいですか。

○石井幹事 ありがとうございます。

○大塚関係官 若干，補足をさせていただければと思います。実際に今回，具体例を作っているところなのですが，先ほども御指摘がありましたように，賃料相当額をどうするのかといったところもさることながら，今回，ライブニッツ係数の予定利率を5%として単純に掛け合わせておりますけれども，果たしてそれが5%でいいのかどうかということもいろいろあり得ます。つまり，掛ける数を変える，あるいは掛ける前の数を変えることによって全く数値が異なってくるということがありますので，これは飽くまで一例ということで，そういった意味で受け止めていただければと存じます。

日本不動産鑑定士協会連合会も含めて，専門家の方にお話をお伺いしたり，パブリックコメントで御意見を伺っていたりしますと，長期居住権の特性としまして，元々，市場性を有する物件であったのかどうかということで必ずしもそうではないという点，あるいは建物，特に一戸建てがそうかと思うのですが，土地としての最有効利用に沿った建物の形状になっているのかどうかという点，例えば現状は2階建ての一戸建てになっているけれども，8階建てのビルを建てた方が最有効利用に資するといった場合は，大分，評価が変わってくると思いますので，そういったときにどう評価するのかといった問題，更にはその還元利回りとして投下資本の回収方法を考えるとした場合に，その利回りをどう設定するかといったところは，先ほど申し上げたような要素も踏まえて，様々，特殊な要因が出てくるかと思っておりますので，そういったところについては今後も検討していく必要があるのかなと認識しているところでございます。

○水野（紀）委員 基本的なことによく分からなくなってしまうところがございます。今の評価の問題とも絡むのですが，10ページのイのところ提案されている遺産分割の場合で

す。パブリックコメントで、これではむしろ長々もめてしまうだろう、むしろ、持分権を付与することにより解決するのが相当であるという意見がありました。この意見についても私はよく理解できないところがあるのですが、その結果、当該建物の所有権を取得することになる者の意思に反しない場合に限るということになりまして、私の理解が間違っていたのかも知れませんが、最初の立法事実、つまり配偶者の長期居住権を認めようという立法が目指していたところと、意味が合わない長期居住権になってしまいそうな気がいたします。

つまり、最初に考えられていたのは、もっと強力な居住権だったのではないのでしょうか。諸外国では、配偶者が居住していた不動産はそのまま配偶者に取らせる法制を採る国も多いです。日本の場合には夫婦別産制ですから、配偶者相続分は半分ではありますけれども、多くの国では、夫婦財産制の清算でこの半分は取れてしまいますから、夫婦財産制と配偶者相続権を合わせて考えると、日本の配偶者相続分は決して多くはないと考えられます。それから、非嫡出子の相続分が増加したことへの対応です。共同相続人が嫡出子であればお母さんが死ぬまではそのまま住んでもらって、それから、子どもたちで分けようという配慮をすることが多いけれども、非嫡出子の場合にはお父さんが死んだ段階で自分の持分をきちんと清算してもらいたいと望むために、生存配偶者はほとんど不動産だけが遺産であった場合には居住家屋を明け渡して売却し、非嫡出子の相続分を清算した上でアパートか何かに移るしかありません。その場合に、彼女が死ぬまで、居住権は守ってあげる必要があるのではないかと、というのが、今回の改正の元々のきっかけであったように思います。

相続人の間に反対する者がいた場合に、遺産分割審判によって、居住権を設定することはできないということになりますと、配偶者の長期居住権を認めることの大きな意味が減殺されてしまうような気がいたします。また、持分だけでいいではないかというご意見は、私の理解力の問題なのかも知れませんが、なぜ、紛争がそれで止まるのかということもよく分からないところがございます。

それから、今までの議論で出ていますように、本当に問題になりますのは、居住権の価格をどう設計するかということでしょう。それが致命的な問題になってくると思うのですが、相場からいって妥当な金額を一律に負担させることになると、配偶者の居住権を守るといふ目的といささか違ってくるように思います。

また、906条に配偶者の居住権を保護するような一般的な文言を加えることで足りるのではないかとこのパブコメもありました。従来は、906条は裁判官の裁量権が大きいような書きぶりではあるのですが、実際には実務では法定相続分を変えるような裁量権の発揮を遺産分割審判ではしないという前提で動いてきたかと思えます。

もし、配偶者の居住権についてだけは、裁判官の裁量で法定相続分を変えてもいいというニュアンスを含み得るのだとすると、居住権の価格も判事の判断によって相場の高い価格から、彼女が死ぬまで安心して住めるように非常に低価格なものまで異なり得ることになります。もし、906条の中に配偶者の居住権を守ることを配慮する文言を入れることによって、長期居住権の価格の設定において幅のある裁量権が認められるということになりますと、そういう形での解決もまたありうるかもしれません。この居住権価格をどう設計するかということと、それについて裁判官の裁量の幅があり得るのかどうかということについても、併せて御教授いただけると、大分、イメージが違ってくるように思うのですが、よろしく願いいたします。

○堂蘭幹事 まず、先生の御趣旨を十分に理解しているかどうか、若干、不安もあるんですが、遺産分割の審判で配偶者に長期居住権を取得させる場合ですけれども、相続人の中に一人でも反対している者がいればできないということではなくて、むしろ、相続人の中に一人でもそれでいいと、自分は配偶者の居住権付きの建物の所有権を取得することでいいと言っている人がいれば取得できるということでございますので、そういう意味では、遺産分割の審判で配偶者の居住利益が保護される場合というのはあるのではないかと思います。

例えば、他の相続人全員が長期居住権の設定に反対しているような場合に、無理やり、長期居住権を設定しても、それは、結局、存続期間中、用法遵守義務違反があったではないかとかいうことで消滅請求を受けたりして、必ずしも安定的な居住の確保はできないのではないかと、要件を限定しているという趣旨です。

それから、配偶者に居住権を確保させるために、法定相続分を超える形で取得させてもいいのではないかと議論はかねてからあったところではありますが、ただ、その点については配偶者の相続分の引上げのところでもいろいろ御議論がありましたように、配偶者についてだけ、そこまで保護するのはどうなのかという御意見が強かったことから、中間試案では、そこまでは考えていないということでございます。したがって、906条で遺産分割の考慮要素について何か追加するということが考えられるんだとは思いますが、ただ、それをしてだけでは現行の判例実務でも、飽くまでも法定相続の規律を前提とした持分で分けるという点は変わらないという前提ですので、仮に考慮要素としてそれを入れたとしても、それによって変更されるということにはならないのではないかと考えております。

元々、長期居住権は、配偶者の居住権を一般的に保護するというよりは、一部のニーズに応えるものとして、新たな選択肢を設けるというところに意義があるものと考えておりますので、そういった意味では、遺産分割の審判の範囲を限定したとしても、当初の目的とかなり違ってくるといえるのではないかと考えております。

○大村部会長 水野委員、よろしいですか。

○水野（紀）委員 夫婦財産制が別産制であるがゆえに、配偶者相続分の中に、婚姻中に蓄積した財産の精算の部分と被相続人の世襲財産だった部分が混在してしまっています。そのことが基本的な問題として背景にあると思います。結婚して間もない、財産の寄与に貢献していない配偶者が配偶者相続分を得る場合と、配偶者と共同して構築したものだけが遺産であったという場合との間には、相当、実態として違うものがあるにもかかわらず、法定相続分で一律にしなくてはならないことが苦しいところです。でも、もし、906条の中で配偶者の居住権については、そういう実態を配慮する形で裁量の余地を認めて、夫婦で構築した財産であったときには無償ないしごく低額の居住権があるという解釈で配偶者の老後を守れるという立法も、私はこの問題限りではあり得ると思っておりますけれども、今の御説明だと、そういうことは考えていないという理解でよろしいでしょうか。

○堂蘭幹事 単に906条の中に配偶者の居住権保護という考慮要素を入れただけでは、そこは変わらないのではないかと、これは超えて更に法定相続分を超えるような取得を認めるということにするのであれば、その部分をきちんと明確に規定しない限りは、そうはならないのではないかと、趣旨でございます。

○大村部会長 堂蘭幹事のお答えの中が二つに分かれていたように、水野委員の御質問の中には二つの方向のものが含まれていて、一つは遺産分割の審判による長期居住権取得をどの程

度まで認めるかということで、この点について、ここに書かれている所有権を取得することになる者の意思に反しない場合に限るという限定が果たして妥当なのかどうなのかという問題です。

これは、この問題として議論することが可能なのではないかと思います、それともう一つは、配偶者の貢献の度合いを相続に反映させるかどうかを別の論点として議論していて、選択肢を挙げて検討しているわけですが、その選択肢の一つとして居住用不動産について特別の扱いをすることを別途考えるかということをお話しになっているのではないかと思います。今まではその選択肢は考えられてこなかったと思いますけれども、居住利益について何かそのような配慮をすることはできないだろうかという問題提起だと受け止めました。

その点は前回、御議論になったところでもありますけれども、本日、この後で御議論を頂くことになる第2の「配偶者に対する持戻しの免除の意思表示の推定規定について」という部分が、ある意味では関わってくる問題なのでないかと思いますので、第2点については、また、それとの関連で御議論いただければと思います。

第1点のほうですが、遺産分割の審判による場合に当該建物の所有権を取得することとなる者の意思に反しない場合に限るという点について何か御意見があれば頂ければと思いますが、いかがでしょうか。

○石井幹事 先ほどの堂菌幹事の御説明を前提に述べさせていただくと、長期居住権の設定をめぐる紛争が生じるおそれがあるような場合については審判で長期居住権を設定すべきではないという考えを推し進めていきますと、長期居住権の設定が相続人全員の意思に反しない場合に限って審判で長期居住権を設定するというような限定もあり得るのかなと思います。

その上で少し要望的なことを申し上げさせていただくと、審判の場面で相続人の意思を聴くということになりますと、長期居住権の負担付きの建物を取得すること自体については構わないけれども、評価額次第だねというような意見を述べられることも想定されるわけですが、そのような場合は、長期居住権の設定は当該相続人の意思に反しないと考えることになるのでしょうか。それとも、評価額をめぐって紛争が続くおそれがある以上、評価額についても合意が形成されない限り、長期居住権の設定は当該相続人の意思に反すると考えることになるのでしょうか。その辺りの考え方みたいなものについては、何らかの形でお示しいただく方が安定的な運用に資するのかなと思っております。

○堂菌幹事 そこは条件付きの同意のようなものを認めるかどうかということだと思いますが、こういう条件であれば設定してもらっても構わないということで、この場面では居住建物の所有権を取得する者についてはかなりのリスクがありますので、そういう条件付きのものであってもいいのではないかと考えておりますが、その点については更に詰めて検討してみたいとは思っています。

○大村部会長 よろしいでしょうか。そのほか。

○沖野委員 今の所有権を取得する者の意思をどこまで考慮するかという点ですが、それに賛成するような人を見出せないというときに、そのような設定をしてしまうのは、なかなか、かえって難しいという事情があることや、更にはその可能性があることによっては、長期居住権を与えるべきかをめぐって協議がそもそも整わないといった懸念は、一方では分かるようには思うんですけれども、他方で、財産がほかになくて、年齢などを考えると居住をさせた方がいいと、特に必要があるというときに何とかありませんかというような説得も

含めて、そのためには余地は認めてもいいのではないかと考えます。いろいろな事情があり得るので、およそ家裁ではそれはできませんと切ってしまうことは、余り望ましくないのではないかという感覚を持ちます。もちろん、家裁の実務を分かっているということがありますので見落としはしていると思いますけれども、今のようなことを考えますと、7ページの原案にあるような意思に反するかどうかということは一つ重要な点として考慮するにしても、特に必要があるという判断があるときには、なお、選択肢としては可能であるという余地を認めるという辺りが妥当ではないかと思っております。

○大村部会長 御意見は、絞り込みについて意思に反しない場合というのをに入れてしまうと、誰も所有権を引き受けてくれる人がいないという場合に居住権の付与ができなくなるので、これはこれとして重要な要素であるけれども、他の考慮要因とのバランスで決まるような書き方にするのが望ましいのではないかというご意見だと伺いました。

○沖野委員 そのように考えます。また、そういう形にすることによって、もう少し考えてみたらどうですかといったような促しを生むなどの機能もあるかと思っております。

○大村部会長 今のような御意見を頂きましたけれども、この点につきましていかがでございましょうか。

○窪田委員 2点、申し上げようと思ったのですが、1点は、今、沖野委員から出たのと全く同じ意見です。一人でも反対する人がいたら駄目といったときでも、どういう意味での反対なのか、価格まで含めてなのかどうかという話をし始めますと、石井幹事から御発言があった部分ですが、条件付きの同意というのは、結局、認めたって、その後、各項をめぐってずっと紛争が続くわけですから同じだろうと。原案にあるような形のものの方がむしろ望ましいのかなというのが1点でした。

もう1点なのですが、気が抜けるような質問で大変に申し訳ないのですが、今の議論でもずっと長期居住権というのは終身又は一定の期間、配偶者がその建物を使う権利という前提で議論がなされてきたと思うのですが、今回の資料の中でその定義はありますか。というのは、中間試案のときには長期居住権の内容として終身又は一定期間、配偶者にその建物の使用を認めることを内容とする権利というのがあったのですが、今回、長期居住権の部分はその建物を使用する権利としか書かれていなくて、恐らく終身又は一定の期間というのを最初に規定しておかないと、その後の話が成り立たないのではないかなと思います。多分、今回、簡単にしようという趣旨があったのだらうと思うのですが、その点でもし確認を頂けたらと思ったということです。

○大村部会長 浅田委員、関連してですか。

○浅田委員 関連といたしますか、もっと気の抜ける質問で恐縮なのでございますけれども、そもそも、ここでいう居住権は何かということについて、先ほどの私の質問に関係し、この居住権というのは排他的な使用権であることを指しているのかということでございます。10ページの半ばのところ、登記をして、かつ、その登記の技術的な理由から効力が及ぶのは建物全体ということになっております。その場合に本文では使用権を取得するという事になっております。ただし、(注)のところについて区分所有権のことで区分して、分けて実務的に対応できるということとともに、そこに排他的使用権という言葉が書いてあります。したがって、居住権というのがどういうものなのかということを確認したいということなのでありますけれども、この論点というのは正に登記の効果ということもありますし、また、評価

にも関係し得ることだと思えます。

先ほどの私の質問に対する御回答でありますと、居住権ということであれば、基本的には排他的なものだと私は認識したわけなんですけれども、そうすると、例えば相続が起きて配偶者とその子どもの一部だけが住みたいという場合には、先ほどの御回答では居住権を持っている配偶者から何らかの使用権を設定してもらうということの整理だと思えます。そうすると、例えば同じ建物の中で所有権による使用、それから、賃借権による使用、それから、居住権による使用というのが言わば共存できないということが前提になっていると思えます。

こういう場でこういう固有名詞を出していいのかわかりませんが、分かりやすい例として、サザエさんの家の設定でお話をしたいと思います。ああいう広い家において、波平さんがお亡くなりになって、おフネさんが長期居住権を設定すると、これは建物全部に及ぶといったときに、残りのサザエさんとかマスオさんとかは、おフネさんの長期居住権を前提に何らかの形で使用権の設定をしてもらうということになると思います。一方で、波平の長女たるサザエさんはあの広い家の所有権の一部を多分、相続によって承継したと思います。その後、仮にサザエさんがおフネさんより前に死んだときには、この第二次相続においてサザエさんの配偶者たるマスオさんの短期居住権が発生するかもしれないということもあるわけで、そうしたときにおフネさんの有するところの長期居住権の法的性質、その排他性というのが争点になるように思います。また、将来争点になることを理由として、そもそも、長期居住権の評価ということについて今までの議論では、どちらかという通常の賃借権と類した評価ということになるように聞き及んでおりますけれども、もしかして他の権利と共存するというのであれば、違う評価をしなければならないという問題性も含んでいるのかと思ひまして御質問する次第であります。

○大村部会長 ありがとうございます。

窪田委員の第1点は先ほどの沖野委員の御発言と重なっているということで、第2点と、それから、今の浅田委員の御質問につきまして事務当局の方からお願いいたします。

○堂菌幹事 今回、このゴシックの部分につきましては、若干、条文化する場合にどうなるかという点も含めて検討していたところがあって、長期居住権の存続期間のところは、別途独立に設けた方がいいかなと思っていたんですが、その点がこの資料からは漏れておりますので、そこは従前と同じように終身又は一定期間というのは入れるという前提で、今後、考えていきたいと思ひます。失礼いたしました。

それから、浅田委員の御質問のところですが、基本的には、長期居住権の設定について、例えばサザエさんの例でいきますと、フネさんとサザエさんは両方、相続人になりますので、お互いに話し合っただけで決めるということになるわけですが、審判でも一定の場合にはそうなる。基本的にフネさんに長期居住権の設定をした場合は、法律上の権利としては建物全体について排他的な使用権を持つということになりますので、サザエさん一家をその家に住ませるのであれば、それは飽くまで占有補助者として住むということになるのだらうと思ひます。ですから、そういう意味では、サザエさん一家の居住権は若干弱まるのかもしれませんが、元々、波平さんの家に占有補助者で住んでいたということだと思ひますので、余り違いは生じないのではないかと、基本的には長期居住権を設定して、ほかの人よりも早く対抗要件を備えれば、配偶者が建物全体について排他的に使用できるということを考えております。

○浅田委員 整理として分かります。そうしますと、評価のことにに関していうと、おフネさんはあんな広い家の全部について居住権を取得することになりますが、この居住権につき高額な評価をし、それを前提に遺産分割をするというのは相当でないようにも思われます。即ち、占有補助者ということも認めたということであるのであれば、それなりの減価というのが必要になってくるとは思ったわけでありませう。これは特殊なケースで、ケース・バイ・ケースで考慮すべきなのかもしれませんけれども、そういう感想を持った次第であります。ありがとうございました。

○大村部会長 ありがとうございます。

○水野(有)委員 今の件に関連して、実は私も分からないところがあるので教えていただきたいのですが、一部に賃借権が設定されていて、一部に後でそこに長期居住権ができるというパターンもありますが、そうなりますと、逆に言えば、元々、長期居住権は全体にあると言いながら、結局は一部だけ現実にはないということが想定されるという理解でまずいいのかというのが1点、それはそれでよろしいのでしょうか。

○堂園幹事 結果的に賃借権に劣後する結果、そういうことが生じ得るということだと思いません。

○水野(有)委員 あと、もう1点、従前のという条文が残っておりますよね、こちらも短期と一緒に。そうなりますと、前は一部しか使っていなかったことや、占有補助者を住まわせることが前提であったとなりますと、長期居住権が建物全体と言いながら、結局は従前と同じという言葉があるのであれば、ある意味、抗弁になるのだから、よく分かりませんが、従前の占有状態というもので制限されるというのか、そういう形になっているという理解でいいのか整理できていなかった、大体、そういう理解でよろしいのでしょうか。

○堂園幹事 まず、従前から全体を使っていなかった場合に、審判で全体について長期居住権を認めるべき場合というのは、数としては少ないのだらうと思えますし、余り相当ではないのかなという気はするんですが、ここで法定債権という場合には配偶者が債権者となり、債務者は建物所有者ということになるわけですが、そこで従前と違う使い方をすることによって、例えば遺産分割協議の中で話し合いがまとまったのであれば、その効力を認めていいと思います。つまり、このような規律を設けたとしても、そこは当然、合意ベースで変えられるという前提だと思いますので、そういった従前とは違う形で使うことを前提として長期居住権を設定するのであれば、そこは建物所有者との間で使い方も含めてある程度具体的に合意をする必要があるように思います。

○窪田委員 私自身も話がついていけなくなっている部分があるのですが、先ほどのサザエさんのケースなのですが、占有補助者として使わせることしかできないのでしょうか。というのは、短期居住権の場合ですと、配偶者は第三者に居住建物の使用又は収益をさせることはできないというのが一般的なルールとしてありますので、占有補助者という形にしないと駄目だということになると思うのですが、長期居住権の場合には8ページのウだと、居住建物の承諾を得なければ、これは多分、後ろの方にも係るのだらうと思えますが、長期居住権を譲り渡し、又は第三者に居住建物の使用又は収益をさせることはできないとなっているわけですが、相続人が所有者であって相続人全員が合意するのであれば、賃貸借という形で設定することもできるのではないかという気がしたからです。

そのときに、恐らく水野委員から出てきた御質問と重なる部分があると思うのですが、建

物全体について言わば賃借権相当のものを設定したと言いながら、その部分の費用は負担しなければいけないのだけれど、一部については賃貸借を設定させることで賃料に相当するものを得ることができるという形になると、実は負担しているのはその一部分なのではないかということです。先ほど水野委員から出た話とは順番が逆なのだろうと思いますが、同じような事態が考えられるのかなという気がします、その点はいかがでしょう。

○堂園幹事 御指摘のとおり、先ほどのサザエさんの事例でサザエさんが建物所有者だとすれば、フネさんとサザエさんとの間で賃貸借契約が成立すれば、所有者の承諾を得て使用収益をさせているということになりますので、今、御指摘になったような権利関係になるのではないかとは思いますが。

○沖野委員 一部に対抗力を備えた賃貸借があったときの法律関係です。長期居住権が設定された1階部分と2階部分があって、その一部分が賃貸借というときには、全体についての利用権というかは持つけれども、しかし、賃貸借については賃借人の方の権利の方が優先するので、相変わらず、そのまま使い続けさせなくては行けないと。そのときの賃料収入は長期居住権者が賃料を取れるという理解でよろしいでしょうか。更には賃貸借に基づいて例えば使用収益をさせろというような話が修繕義務の履行などが出たときには、それは必要費でもあるので長期居住権者が負担すると。更に言うと、賃貸借が終了して賃借人が出ていってくれないというようなときの明渡請求は長期居住権者ができると。その意味では、期間限定、所有権・処分権なしの所有者というか、そういうようなイメージで捉えると一貫するのかなという感じもしたのですが、そのような理解でよろしいかということです。

○堂園幹事 正直、その点は考えていませんでしたが、ただ、元々、長期居住権に優先する賃貸借契約があって、その場合、通常建物所有者が賃貸人になっていたんだらうと思いますが、それで、その後、それに劣後する長期居住権が設定されたからといって、賃料については元々の契約の相手方である建物所有者に払うことになるのではないかという気がいたします。

○沖野委員 その部分も含めて排他的な利用権を持つけれども、しかし、そこには優先する権利が更に付いているということかと思っていたのですが。もし、そうだとすると賃料込みの使用収益、必要費の分担は賃貸借に出している部分は所有者の負担になるといったことになるかと思えます。

○堂園幹事 結局、飽くまで債権関係が二重にできている状態ですので、長期居住権が設定された場合は、建物所有者は本来全体について使用収益させるというか、使用を受忍すべき義務はあるわけですがけれども、それが全体についてできていない状況になりますので、その部分の費用は必要費には当たらないのではないかと。ですから、何か、その部分について修繕なりを配偶者がした場合は、通常の場合と同じように建物所有者に請求ができるのではないかという気がします。先ほど長期居住権の場合、排他的な使用権を取得すると言いました。それは飽くまでもほかの人よりも早く対抗要件を備えた場合のことをこちらとしては念頭に置いておりましたので、ほかに長期居住権よりも先に取得した賃借権などがある場合は、全体として排他的な使用権は持っていない、飽くまでも排他的に使えるところは、それ以外の部分に限られるということではないかと考えております。

○沖野委員 賃貸借が終了したときに、その部分は使えるようになるというのは問題はないわけですね。ただ、そうすると評価もまた一層困難になってくるかと、つまり、賃貸借が途中で終了したようなときには、それ以降は全面的に使えるという、そういう可能性を考慮する

かといった話などが生じるでしょうか。

○堂菌幹事 要するに優先する賃借権がある場合に、あえて建物全体についての排他的使用権があるというところにメリットがある長期居住権を設定するという自体余り考えにくいといえますか、そういうニーズというのはほとんどないのではないかと思います。全体について使えて、それについて対抗力も備えられるので、安定的に居住の利益が確保できるところがメリットではないかと思いますので、優先する賃借権があるような場合に長期居住権を設定しても、余りメリットはないのではないかと思いますという理解でありますけれども。

○窪田委員 どれが正しいのかというのは、いろいろな考え方があるのだらうと思うのですが、先ほど沖野委員から御指摘のあった期間限定の処分権なしの所有権というのは、大変に分かりやすい比喻なのかもしれないと思います。つまり、賃借権に劣後するということがあるとしても、所有権が移転した場合、言わば賃貸人たる地位が移る、通常だったら確定的に移るわけですが、期間限定で移ると考えれば、自らが長期居住権を有する建物全体についてですけども、その一部について賃借権に劣後するので利用できない部分があると。ただ、建物全体を評価の対象とした上で遺産分割をし、その代わり、そこで利用できない部分については賃料収入という形でカウンターバランスがとられるというのは、一つの説明の仕方としてはあり得るのかなと思いますので、先ほど堂菌幹事がおっしゃったように、契約関係は変わっていないのだから、所有者との関係の問題なのだというのは一つの答えではあるとは思いますが。両方ともあり得るのではないのかなと思いついておりました。

○大村部会長 ありがとうございます。

今のところは両論があり得るのかもかもしれませんが、一連の議論の前提になっていることとの関係でいうと、それらの問題を含めて長期居住権を評価するのはなかなか難しいのではないのか、この評価について一定の基準がないと、協議をするにしても審判で行うにしても、なかなか難しいところがあるのではないのかというご意見が出てきているかと思えます。指摘された個別の問題についてどう考えるかということと併せて、事務当局の方で御紹介いただいているということですけども、評価の問題につきましてもある程度の指針を検討して、お出しいただくのがよいのかと思えますが、そのようなことで今の点につきましては取りあえず引き取らせていただいでよろしいでしょうか。

それでは、あともう一つ、遺言の場合について御意見を頂ければと思いますが、いかがでしょうか。11ページに、「遺言により配偶者に長期居住権を取得させる場合」ということで、遺贈の場合と遺産分割方法の指定の場合とを区別して考える必要があるのではないのかということと、それから、遺贈の放棄がされた場合の後始末をどうするのかということについて事務当局の方から問題提起があったかと思いますが、これにつきまして何か御意見がありましたら、お願いいたします。

○中田委員 今回の整理は非常に分かりやすいと思うんですが、一通の遺言の中で相続させるという表現があるものについては遺産分割方法の指定となり、長期居住権については遺贈となるという解釈がなかなか技術的だなという感じがします。他方で、遺贈だとしても995条は適用を除外しなければいけないということです。そうすると、規定の仕方になるだけかもしれませんが、法律上の性質を決定しなくて、長期居住権についてのみの規律ということも可能かと思うんですが、そういうのは遺贈と性質決定した上で特則を設けるという方が技術的には簡単なんではないでしょうか。

○堂蘭幹事 法制的な説明として遺産分割方法の指定も含めてできるけれども、放棄としては長期居住権のみの放棄はできる。その場合の効果としてはこうなるというのを全て設けるのは、何で同じ遺産分割方法の指定でありながら、法的性質としては同じものでありながら、この場合だけ放棄の効果が違うのか、あるいはその一部だけ放棄ができるのかという辺りの説明が非常に難しいのではないかと考えています。

最終的には遺贈と相続させる旨の遺言でどれだけの違いが生じるのかということによって、相続させる旨の遺言がされた場合に全体として遺贈と解するのか、あるいは一部は遺贈で、一部は遺産分割方法の指定と考えるのかということも変わってくるのかもしれないんですが、ただ、遺言の解釈の仕方として、できるだけ被相続人の意思を尊重して無効にならないように解釈するという解釈の仕方自体は、一般的に言われているところだと思いますので、そういった意味で、長期居住権の処分については遺贈でしかできないと規定すれば、少なくともその部分については被相続人の意思としては遺贈の趣旨だったのだろうということ、合理的な解釈がされることになるのではないかと考えているところでございます。

○大村部会長 よろしいでしょうか。中田委員の御発言は、ここで示されている実質的な処理については特に反対ではない、作りをどうするかということについて別の考え方はできないかと、こういう指摘だったと伺いました。

○水野(有)委員 今のことに関連してなんですが、私の個人的な見解なのですが、堂蘭幹事のおっしゃるとおり、どちらとも読める場合により有効に解釈すれば、多分、一般にはおっしゃるとおりなのかなと裁判官として思うのですが、ただ、相続分の指定としか読めないというものがあつたときは困るなというのが率直なところで、相続分の指定となつた場合、こういう規定があつた場合、どこまで遺言が無効になるのかが分かりづらいところもあるので、その点も御考慮いただいて、今後、条文の作りを御検討いただければと思いますので、よろしく願いいたします。

○大村部会長 今のような事情もあるということで、先ほどの中田委員の御指摘も踏まえて、ここで書かれているような基本的な方向を実現するために、どういう作りがいいかということにつきまして更に検討いただきたいと思います。

実質については今のところ、皆さん、これでよいという御意見だったかと思いますが、よろしゅうございますか。

○垣内幹事 内容について不勉強で理解のおぼつかないところがありまして、遺贈の放棄があつた場合の効果について、11ページの本文の最後の段落の末尾のところ、居住建物の所有者が何ら制限のない所有権を取得したものとなるという御説明をされているかと思うんですが、ここで想定されている事例というのは、配偶者に対して長期居住権を取得させる旨の遺言があつて、かつ、長期居住権の対象となる建物についての所有権も遺言ないしその他の方法で定まつた段階で放棄がされたらそうなるという、そういうことをここでは想定されているということよろしいでしょうか。

○堂蘭幹事 ここで想定しているのは、建物所有権についても遺言の中で所有者が決められている場合を想定しておりますが、仮に建物所有者が決まっていない場合、相続人の共有ということになりますけれども、その場合も結局、配偶者がそれを放棄すれば、相続人が何らの負担のない制限のない所有権を共有しているという状態になるのではないかと考えております。

○垣内幹事 今、最後におっしゃった場合については配偶者も相続人なので、配偶者も含めて共有の状態に戻ると。分かりました。ありがとうございます。

○大村部会長 その前提でよろしいですか。

そのほか、この点につきまして。

○窪田委員 今の垣内幹事からの御質問と違うケースということになりますが、子どもと妻の二人だけがいて、子どもの方に唯一の財産である不動産を子どもに相続させ、遺贈でも相続させるでもいいんですけども、妻に長期居住権を与えるという場面において、長期居住権の方の遺贈を放棄したら、子どもの方の相続させる旨の遺言のみが有効になる、負担付きではない形で有効になるということで、これはこれで構わないということでもよろしいでしょうか。その点をご質問するのは、その種のものというのは、別に長期居住権ではなくても、恐らく負担付遺贈であるとか、条件付遺贈とかという形でも、従来、考えられてきたと思うのですが、条件だとか負担という部分だけがなくなり、その部分については権利を有している者が要らないと言ったのだから要らないと。そうすると、あとの部分はそれとは無関係に遺贈は遺贈として単独で生きるのだという、それはそれであり得る理解なのだろうと思いますが、それで構わない、そこまで含めてということでもよろしいですか。

○堂蘭幹事 一応、こちらで考えているのは共有のゴムまり理論と似たようなところがありますが、放棄することによってぱっと広がると、したがって、先ほどの場合でいえば、子どもが建物所有権を取得するという点でいいのではないかと考えております。

○大村部会長 よろしいですか。別の考え方があり得るとは思いますが。

○沖野委員 それはデフォルトルールというか、遺言者の別段の意思が明らかであれば別であるという前提が付いているということでもいいでしょうか。

○堂蘭幹事 そういう理解です。

○大村部会長 そのほか、いかがでございましょうか。

○中田委員 別の話なんですけど、長期居住権の成立要件として配偶者とその建物を有償又は無償で使用していたときになるのであって、それが短期居住権とは違うという御説明だったと思います。つまり、配偶者が有償で使用していた場合というのは、賃借権などの権利を持っていた場合になると思いますが、そういう場合にどうなるのかについて、先ほど長期居住権の財産評価の話がありましたが、その場合についても併せて御検討いただければと思います。

○堂蘭幹事 分かりました。

○大村部会長 ありがとうございます。

そのほか、いかがでございましょうか。

それでは、長期居住権のうちの（１）まで終わったということにさせていただきます、休憩を挟みまして（２）以下につき、御意見を賜りたいと思います。今、４時５分ですので４時１５分まで休憩させていただきます。

（休 憩）

○大村部会長 それでは、残りの部分について再開させていただきたいと思います。

１２ページの「（２）長期居住権の効力」以下、１４ページから１５ページにかけての「（５）長期居住権の登記手続について」まで、この部分につきまして御意見を頂ければと

思います。どうぞよろしくお願ひ申し上げます。

○浅田委員 細かい話ですけれども、感想です。12ページのウの「建物使用の対価」の最後の方に、長期居住権の支払方法は一括前払方式のみとするとあります。これについて賛成するも反対するも意見は特に持っておりませんけれども、こうなるんだろうという感想を申し上げます。すなわち、抵当権者からしますと抵当権設定があって、その後に長期居住権が発生し、登記を経たというような状況を考えますと、通常であれば、抵当物件であれば賃料差押えであったり、それから、担保の収益執行をしたりすることで回収ができるということになります。

ところが、本制度によりますと、みなしといひましようか、賃料の払渡しというのがどこかでなされてしまって、かつ、それが前払いになってしまうということになりますと、その後、賃料差押え等をしようと思っても、そのときは遅いという話になってしまいます。そうしますと、抵当権者からすると回収のためには、言わば競売で長期居住権を排した価格の回収に努めるというインセンティブが働くのではないかというようなことと思ひました。そういうことになるのではないかという推測を申し上げたいと思ひます。

○大村部会長 ありがとうございます。

今の点も含めまして御意見を頂ければと思ひますが、いかがでしょうか。今の点は一括前払方式、この表現がいいかどうかはともかくとして、一括払方式と、それから、賃料支払方式、後払いというか追加払いというか、そういった二つがあったのを一つにしようということで、一つにすることに伴って、どういうことになるかというのが今の浅田委員の御指摘だったかと思ひますが、今の点でも結構ですし、ほかの点でも結構です。

○増田委員 一括前払方式のみとなったということで、長期居住権が死亡以外の理由で途中で消滅した場合には、賃料を返してもらえらるということになるんでしょうか。

○堂蘭幹事 ここは従前から一括前払方式と一応、賃料支払方式と書いていたので、こう書いておりますが、飽くまで実質的には配偶者の具体的相続分の中で取得するという前提ですので、別に賃料の前払いを実際に行っているわけではありませんから、そこは仮に相続期間が満了する前に長期居住権が消滅したとしても、その分に相当するものが返ってくるのか、そういうことは想定しておりません。飽くまでこれはどちらかというと比較的に書いているところがございまして、特に先ほどから申し上げていきますように、遺産分割の審判でやる場合は、当然、法定相続分に従った取得額で計算するわけですが、それ以外は必ずしもそうではないというところもありますので、そういった意味で、賃貸借において賃料を全部前払いした場合と全く同じかという、そんなことはないという前提でございまして。飽くまでも法律的には長期居住権というのは存続期間中、無償で使用できるという権利を具体的相続分によって取得するという前提です。

○大村部会長 増田委員が御指摘は、(4)の「長期居住権の買取請求権」にも関わってくるのだらうと思ひます。想定されていた終期に至らないときに、長期居住権が不要になるというような場合にはどうなるのか。賃料前払いの場合には、賃料の方を何らかの形で清算してもらえらるというお話になるのかもしれませんが、そうでなく買取請求はできるのかという話も出てくるのかと思ひます。今回は買取請求については特に何も定めることはしないということが提案されてはいますが、その点も含めまして御意見等を頂ければと思ひます。

○水野(有)委員 そうなりますと、これも確認なのですが、そのような権利であるというこ

とを前提として評価がされるということで、それをリスクと表現するかどうかは別として、保証されたものでないことを前提として評価されるので、問題ないというお考えで作られているという御趣旨でよろしいでしょうか。

○堂蘭幹事 そういうことにはなりません。

○水野（有）委員 ありがとうございます。

○大村部会長 そのほか、いかがでございましょうか。

○窪田委員 今の水野委員からの御指摘があった部分にも関係するのですが、基本的には単に途中で死亡するというリスクがあるだけではなくて、それ以外の理由によっても消滅してしまう可能性がある。しかし、その場合にも手当はされないというものなのだから、その分、期待値としても一定の金額にとどめましょうということなのだろうと思います。

それとの関係で、最初に資料を頂いて拝見したときによく分からなかったのが14ページの上の方から4行目でしょうか、更に長期居住権の買取請求権まで認めなくても、遺産分割協議とか、いろいろなことでいろいろな手当をすればいいではないかということなのですが、この話はある意味でそれとは関係ないというか、むしろ、最初からそういうものなのだと評価してしまって、一括して処理してしまえば済む話であって、言わばオプションとして、そういうことを当事者がやることはあり得るといっただけなのかなという気がします。こういう書き方をすると本来は買取請求権まで認めるのが望ましいかもしれないけれども、それをするとややこしい、しかし、こういう対応策があるというニュアンスに読めてしまうのではないかと思います。多分、そうではなくて、先ほど水野委員から出たような形で言い切ってしまった方が制度設計としては単純なのではないかなという気がいたします。

○沖野委員 重複はするのですけれども、買取請求権につきまして元々の発想は一定の有償取得をしているのであれば、それを断念せざるを得ないときには、その部分の精算があっけしがるべきではないかというのと、買取請求という買い取れというようなイメージですが、要するに消滅させるということなので、そのときの精算をするという制度ではないかと考えておりました。ただ、そのことは一番の前提がそれなりの有償取得性があるということですので、そうではない、途中で居住をやめるときは手当のないようなものだということで、元々、その分も込みで評価がされるということであれば、必ずしもこの制度は要らなくてもよいのかとは思いますが。

ただ、実際はこの現状で住めると思っていたところ、事情が変わって例えば別のところに住まざるを得ないときに、一括の金銭が必要な際にある程度、何とかならないかというようなことも考えてはいたのですけれども、元々、取得している権利の部分が非常に低い評価の権利であるということであれば、やむを得ないということも考えられるのかなと思います。ですので、評価の問題とかなり関わっているということは、そのとおりではないかと考えております。

しかし、違ったことを言いますけれども、仮にそうではないとしても、ここの部分に対する反対が非常に強く、またこの制度のために、長期居住権なるものが理解不能な制度になってしまって、受け入れられないということになるようだと、それはそれで残念なことだと思いますので、仮にそうではないタイプのものとして作る場合にも、その辺りの処理はなるべく当事者が決めておくような形になるよう情報提供をして、買取請求権というのは今回は作らないということもあり得ると思います。制度の設計が二通りあるかと思われまして、後の

方も可能な設計かと考えます。

更に余計なことを言いますと、これに限らないことではありますけれども、最初から100作るの難しいとすると、ある部分を作って動き出して、より要請が強まってくるならば、もう少し制度を考え直していこうということも考えられてしかるべきかと思っておりますので、そのようなことも考えております。

○大村部会長 ありがとうございます。

どの程度の重さというか、どの程度の保護のある長期居住権を想定するのかということかと思っておりますけれども、軽めの制度を作れば、それはそれにふさわしいものとして評価がされるだろうし、重いものを作れば重いものとして評価されることになるだろうというのが3人の委員の方々の御発言だったかと思っております。もし、重いものがよいとしても軽いものから始めることも可能ではないかというのが沖野委員が最後におっしゃったことかと思っておりますが、ほかに買取請求について何か御発言があれば承ります。

○村田委員 長期居住権にどの程度の保護を与えるのかということについての定見はないのですけれども、評価が余り難しくならないような制度設計にはすべきかなとは思っていて、仮に、長期居住権に対する保護を軽くしたとして、そのことが長期居住権の評価を難しくさせる要素になるのだとすると、それはそれで制度設計としてはどうなのだろうというところがあります。例えば、存続期間の途中で死亡以外の原因で長期居住権が消滅する可能性があるという点について、これを一種のリスクとして捉えて減価要素とみることも可能かもしれませんが、例えば、用法遵守義務違反を理由とする消滅請求がされた場合であれば、それについて催告を受けたりしてどうするかという態度決定を自分でできるわけで、きちんと対応しないと残りの期間に対応する賃料相当分の利益も含めて放棄したのと同じことになるのだなと覚悟を決めて対応すればいいだけの話ですし、存続期間の途中で居住の必要性がなくなった場合であれば、買取請求権がなくても、ここの資料にあるような別途の合意をすることでもって手当をしておけば足りますので、いずれについても減価要素とするまでもないと考えることもできるわけです。そういう意味では、長期居住権の保護を軽くしたとしても、長期居住権の評価としては、単純に賃料相当額に存続期間を乗じるといった算定方法をベースにして考えれば足り、それ以上は余り複雑なことを考えなくてもいいということでも、十分、説明はできるのではないかなと思っております。

○大村部会長 ありがとうございます。買取請求権を設けなかった場合に、死亡以外の原因でいつ終了するかということは様々あり得るけれども、それを全て評価のところには織り込むことは必ずしも必要ないのではないかと、それによって評価の方も安定させるというのがむしろ重要なのではないかと、こういう御指摘として承りました。

ほかにいかがでございましょうか。

○石栗委員 遺産分割の場面において、長期居住権の負担のある建物の取得額を建物自体の時価から長期居住権の評価額を控除した残額として評価することを前提にしますと、長期居住権を低めに評価した場合には、その負担のある不動産を取得する相続人の側は、すごく負担の重い権利を非常に高い評価額で取得させられることになってしまい、酷な結果も生じ得ます。その辺をどう評価するか点も、お考えいただければと思います。

○大塚関係官 その点は、先ほどからの御指摘は非常にごもっともと思って承っていたところですし、実際にリスクのある権利だと権利を取得する側が受け止めたとしても、長期居住権

の負担があることによって、所有者がその建物あるいは敷地を使うことができないという負担は厳然として存在すると、その総和がどうなるのかということまで考えてくると、軽くなったからといって直ちに長期居住権の評価が例えば0.8掛けのように軽くなるとは限らないという面もあります。そうすると、ただ、リスクがあるからといって単純に評価を軽くしていいかというのは、それはそれで慎重に考える余地があるとは思っております。そういった面で非常に貴重な御意見と承りました。

○大村部会長 ありがとうございます。今日、議論されていることの相当部分は、この評価の制度をどうするのかということと関わっているということですね。

○八木委員 今の問題なんですけれども、参考資料の具体例を見ますと例えば事例1の(2)、これは財産価値を所有権の2分の1としている場合なんです。これを例えば4分の1としたとしても、所有権はあるけれども、使えないということになるということです。仮に2分の1とした場合に、乙が亡くなった場合にAの所有権はの場合、2,000万円の価値になるわけですね。そうすると、A、Bともに嫡出子であれば、ここに不公平が生ずるわけですから、この場合は特別受益として計算し直すのかどうか、そういった問題も出てくるのかなと思うんですが、この辺はいかがでしょうか。

○堂蘭幹事 (2)の場合につきましては、遺産分割協議で話し合いがまとまったという前提ですので、そこは長期居住権の評価額を含めて、そういう形で合意がされているということになりますので、遺産分割協議が成立した後にその当時とは事情が変わって、当初、思っていたほど長期居住権を利用できなかったという場合も、その後に精算するということは考えておりません。ですから、そこは、そういったリスクも込みで取得しているということにならざるを得ないのではないかと考えておまして、先ほどの評価の仕方とも関連するんですけれども、私が水野委員の御質問の趣旨を若干、取り違えて答えている可能性はあるんですが、私としては従前から長期居住権を配偶者が取得する場合は、基本的にはそういったリスクも込みで、配偶者としてはその取得を希望するかどうかを決めていただく。

したがって、そこはある程度、不確定な要素があっても減価はできないのではないかとこの前提で考えております。これに対し、減価が必要ということになりますと、他の相続人の利益にも影響が出てきてしまいますので、要するに、そこを減価するということはおかねてから申し上げているとおり、遺産の総額が変わってきてしまいます。長期居住権を設定する形で遺産分割する場合と、通常どおり、所有権を取得させる形で分割する場合と、遺産総額が変わってきてしまうという問題がありますので、この点についてはそのリスクも込みで、そういったリスクを負担するものとして取得するかどうかを検討するということになると思いますし、ただ、遺産分割協議などの場合は、そういったリスクについて全員で合意をすれば、そういったリスクがあることを踏まえて配偶者により多くの相続分を与えてもいいわけですので、その辺りの調整というのは事前に可能ではないかという趣旨で、事前にお買取額を決めるということもあり得るのではないかとこのことは記載をしていたというところでございます。

○大塚関係官 先ほどから御指摘いただいているように、厳密に客観的な財産評価をして関係者全員のコンセンサスを得られるような評価をするとすると、先ほどから御指摘を多数頂いているような問題に直面し、そこについてのノウハウを蓄積していくことが必要だろうということは、全くもって御指摘のとおりということになります。

他方で、今回御提示申し上げているのは、そこは当事者間の合意でリスクをそれぞれの認識の下に置いて評価をし、例えば所有権価格の半分なら半分ということで一つの割り切りを持って評価し、それについて例えば買取請求権のオプションを設けるということももちろん考えられようかと思えますし、それをしないのであれば、そういったものとして受け止めると、そういった合意ベースでのシンプルな価格設定も考えられるのではないかということを含意したところでございますし、そういったやり方で家族円満にできるのであればよいのではないかという意味で、八木委員の御指摘を受け止めたというところでございます。

○大村部会長 水野委員、よろしいですか。

○水野(有)委員 丁寧に御説明を受けましたので、趣旨を理解しました。ありがとうございました。

○大村部会長 ありがとうございます。

八木委員の先ほどの御質問については、長期居住権自体が一定額で評価されるわけですがけれども、どれだけ続くものなのか、分からない部分がある。死亡によって消滅するといっても、実際に幾つで死亡するか分かりませんので、個別のケースについていえば射倅的な要素というのでしょうか、ある場合には所有権を取得した人が得をするけれども、ある場合には損をするということを含んだ上で分割をしますので、後で最初に織り込まれていたアンバランスが顕在化したとしても、それを再調整することはしないというのが前提である。そういうお答えだったかと思えます。

ほかにいかがでございましょうか。

○中田委員 紛争解決をする方法なんですけれども、今の買取請求ですとか、あるいは場合によっては長期居住権を譲渡して処理するという解決もあり得ると思うんですが、そういうときに民事調停しかないんでしょうか。家庭裁判所の調停というのは不可能なんじゃないですか。

○堂蘭幹事 一般の家庭に関する紛争として調停の対象にするということが考えられるように思いますが、この辺りはこちらも十分に考えておりませんので、何かお考えがあるのであればご教示いただければと思います。

○村田委員 民事調停と家裁での一般調停のすみ分けというのはすっきりしないところが実際にありまして、同じような紛争でも家族間の紛争の側面があれば、恐らく家庭裁判所は一般調停として受け付けるだろうと思います。ですから、重なる部分はあると思うんですけれども、すき間で落ちこぼれるということは恐らくないかなと思います。

○中田委員 先ほど部会長がおっしゃいましたとおり、射倅的な要素もあるけれども、一応、最初に決まった上で再調整はしないというのはもっともだと思うんですが、ただ、実際には再調整が必要な場合が出てくるので、そのときにはどうも家庭裁判所でやっていただくのがいいのではないかなと思ったものですから、それは不可能でないというお話でしたので、結構なことだなと思いました。

○大村部会長 買取請求権を設けるというのは一つのやり方であるわけですがけれども、その他の手段もあるのではないかという指摘がなされているかと思えますけれども、中田委員が御指摘の点も不確定さの緩和というか、調整のための一つのルートであるということかと思えますが。

○窪田委員 家裁での実務ということで、何か感触みたいなものを教えていただけたらと思います。紛争が起こってからというものもありますけれども、14ページに書かれていることだ

と遺産分割協議の際等に当事者間で相談しておいてから、思ったより早く死んでしまった場合にはこうしておこうねとか、途中で老人ホームに入るといった形になったらこうしようねとかということがありますが、これを例えば審判事項という形で処理する場合には、家裁のイメージではこういうふうな条件を付けるとかというのはリアリティがある話なのではないでしょうか。あるのだとすると、そういう対応もあるのかなと思ったものですから、教えて頂けたらと思います。

○石井幹事 調停であれば当事者が合意することにより柔軟に調停条項を設けることができますけれども、審判ですと、そこで定めることができる事項にはおのずと限界も出てくるのかなという感じがいたします。

○大村部会長 よろしいでしょうか。

○窪田委員 ありがとうございます。

○大村部会長 御発言はありますか。

○石栗委員 審判をするということは調停ができなかったということですので、どなたかが反対しておられるということだと思えます。反対しておられる方がおられるのに、調停条項のように場合分けをしたような主文を付加するのは、裁判所としてなかなか難しい部分があるのではないだろうかという感触がいたします。

○窪田委員 よく分かりました。こういう枠組みがほかの手当でできるのかなということで、感触を知りたいなということでございましたので、ありがとうございました。

○大村部会長 ありがとうございます。

そのほかにかがでございましょうか。あと、登記の点につきましても幾つかの考え方が示されておりますけれども、こちらも含めて御発言があれば承りたいと思います。

○増田委員 登記については単独申請というのは行きすぎかなと。不動産登記で単独申請ができる場合というのは、基本的には相続のように登記義務者が死んで、すでに存在しないというようなケースであって、判決等による登記は単独申請とは言っていますが、共同申請の一方当事者の意思表示が判決によって擬制されている場合の強制執行としての単独申請ですので、それは場面が異なると考えます。長期居住権は登記義務者が存在するケースですから、せいぜい、登記請求権を認めるという程度が限度ではないかと、単独申請までいくとほかのところと整合しないと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。

そのほか、いかがでございましょうか。

○浅田委員 増田委員の意見の延長の確認なんですけれども、長期居住権がなくなるという方向に利益がある銀行の立場からの発言になるのかもしれませんが、増田委員からの意見からしても例えば15ページの最後の方の第2の一つ前の、例えば確定日付を終期と定めて長期居住権が設定された後に確定期日が到来した場合とか、配偶者の死亡という場合には客観的な事実ということがありますので、これについては単独申請が認められる類型があるということはあるのかなと思われました。

○大村部会長 登記につきましてよろしいでしょうか。今、頂きました御指摘を踏まえまして更に詰めていただきたいと思えますけれども、そのほか、全体につきまして、長期居住権につきまして御発言があれば承ります。

ありがとうございます。それでは、御指摘いただいた点を踏まえて更に検討いただくとい

うことで先に進ませていただきたいと存じます。最後に残っておりますのが「第2 配偶者に対する持戻しの免除の意思表示の推定規定について」でございます。これにつきまして事務当局の方から御説明を頂きます。

○神吉関係官 それでは、時間も押してまいりましたが、第2について入りたいと思います。関係官の神吉から部会資料15ページの第2につきまして御説明させていただきます。

今回、皆様に御提案させていただく案は、1に記載いたしましたとおり、配偶者の相続分の引上げに代わる案として提案させていただくものでありますが、婚姻期間が20年以上の夫婦が配偶者に対し、居住用不動産を遺贈又は贈与した場合に、民法903条3項の持戻し免除の意思表示を推定する規定を設けたらどうかということでございます。

御承知のとおり、配偶者の相続分の引上げにつきましては、パブリックコメントでは否定的な意見が多数を占めたものの、前回の部会においては今回の諮問の趣旨、すなわち、配偶者の死亡により残された他方配偶者の生活保障の必要性が高まっており、そのような観点から配偶者保護のための方策を検討すること自体は必要かつ有益であり、この段階で検討を断念するのは時期尚早ではないか、別案も含めて検討すべきではないかとの意見が相次いで出されたところであります。また、配偶者の貢献を相続という場面で評価するのは限界があり、生前贈与を促進する方向での検討もされるべきではないかとの指摘もされたところであります。

ところで、現行法上、相続人に対する贈与につきましては、通常、特別受益に当たるものとして16ページの(注1)に具体例を記載させていただきましたが、相続の場面におきましては特別受益の持戻し計算を行うことになるところ、持戻し計算を行った場合には、通常は法定相続分を超える財産の取得をすることはできないということになります。もっとも、被相続人が特別受益の持戻し計算をする必要はないという、いわゆる持戻し免除の意思表示をした場合には、特別受益の持戻し計算をする必要はなくなる結果、17ページの(注2)に記載いたしましたとおり、生前贈与を受けた相続人は、より多くの財産を最終的に取得できることとなります。

現行法上、配偶者に対する贈与に対して特別な配慮をしているものとして、婚姻期間が20年以上の夫婦の間で居住用不動産等の贈与が行われた場合には、基礎控除のほかに最高2,000万円までの控除を認めるという相続税法上の贈与税の特例という制度が設けられております。これは夫婦の財産は夫婦の協力によって形成されたものであるという考え方から、夫婦間においては一般に贈与という認識が薄いこと、また、配偶者の老後の生活保障を意図して贈与される場合が多いことなどを考慮して設けられたものであると説明されており、この制度は高齢化社会の進展等の社会情勢に鑑み、配偶者の死亡により残された他方配偶者の生活について配慮するものと言えますが、民法上も配偶者に対して行われた一定の贈与について贈与税の特例と同様の観点から、一定の措置を講ずることは贈与税の特例とあいまって配偶者の生活保障をより厚くするものと言え、今回の諮問の趣旨に沿うものと考えられます。

そこで、冒頭でも御説明いたしました、一定の婚姻期間を超える夫婦の一方配偶者が他方配偶者に対し、一定の財産を贈与した場合には、民法903条3項の持戻し免除の意思表示があったものと推定する規定を設けることとし、このような贈与が行われた場合には、当該配偶者がより多くの財産を最終的に取得できるようにすることを提案するものであります。なお、贈与ではなく遺贈によってされた場合についても、この趣旨は当てはまるものと考え

られるため、本方策においては遺贈も対象とすることとしております。

引き続きまして、19ページの3の「検討すべき事項」に移りたいと思います。本方策に関連する細かい論点につきましては、17ページ、18ページの（注）にも記載しておりますとおり、いろいろあるかと思いますが、ここでは本方策に関連する大きな論点三つを口頭で御説明させていただければと思います。

まず、1点目といたしましては、婚姻期間の制限を設けるべきかどうかという点でございます。今回、御提案させていただいた案におきましては、婚姻期間が20年以上の夫婦という限定を設けておりますが、これは長期間、婚姻関係にある夫婦については、通常、一方配偶者が行った財産形成における他方配偶者の貢献、協力の度合いが高いものと考えられ、そのような状況にある夫婦が行った贈与については、典型的に当該配偶者の老後の生活保障を考慮して行われる場合が多いと言え、そのような贈与につきましては民法上の特段の配慮をする必要があると言えるものと思われまます。そこで、本方策におきましては贈与税の特例を参考に、婚姻期間が20年以上の夫婦を対象としておりますが、その期間についてどのように考えるべきか、皆様に御意見を伺いましたと思います。

また、2点目の論点は、贈与対象物を居住用不動産に限定すべきか、また、金額の限定をすべきかという点でございます。今回、御提案させていただいた案におきましては、贈与対象物を居住用不動産に限定し、また、金額につきましては特段の限定は設けておりません。これは、居住用不動産の全部又は一部を贈与した場合につきましては、典型的に相手方配偶者の老後の生活保障を考慮して行われる場合が多いと言え、そのような贈与につきましては民法上も特段の配慮をする必要があると言えるかと思えます。なお、贈与税の特例と同様に、金額の上限を2,000万円とするなどの限定を設けることも考えられますが、民法上、特段の配慮をすべき必要性につきましては、贈与の対象物の金額の多寡により異なることはないと考えられることなどに鑑みますと、金額による制限を設けるのは適当ではないと思われまます。

また、相手方配偶者の老後の生活保障を考慮して行われる贈与につきましては、居住用不動産に限らないと思われまます。居住用不動産につきましては老後の生活保障という観点で特に重要なものであること、そのほかの財産も含めるとすると、配偶者以外の相続人に与える影響も大きいことなどを考慮しまして、本方策では居住用不動産に限定することとしております。この点につきまして皆様の御意見を伺いできればと思います。

三つ目の論点は、持戻し免除の意思表示の推定規定を設けることのみならず、例えば婚姻期間が20年以上である夫婦の一方配偶者が遺産分割により、他方配偶者の所有に係る居住用不動産を取得した場合には、遺産分割における居住用不動産の評価額を減縮するなどということが考えられるかどうかということでございます。

例えばということで（注9）に記載いたしました。このような事案におきましては、現行法におきましては配偶者は居住用不動産を相続いたしますと、これで全て配偶者の有する具体的相続分を使ってしまいまして、その余の財産を取得できないということになりますが、贈与税の特例と同様に配偶者が遺産分割において居住用不動産を取得した場合に、2,000万円をその評価額から控除するという方策を採用した場合には、居住用不動産は4,000万円と評価されることとなる結果、その余の財産を1,000万円分取得できるということになり、結論的には配偶者の具体的相続分が増えるということとなります。

もっとも、そのような規定を設けた場合には、実質的にはパブリックコメントで否定的な意見が多数を占めた配偶者の相続分を引き上げることと変わりありませんし、居住用不動産であれば、どうしてその評価額を減縮できるのか、その理論的な根拠が不明であるという批判も考えられ、このような考え方を採用することは困難ではないか、とも思われます。この点につきましても御意見があればお伺いできればと思います。

以上、簡単でございますが、御説明させていただきました。

○大村部会長 ありがとうございます。

今、御説明があったとおりですけれども、前回、配偶者の貢献を考慮する方策を諦めるのはまだ早いのではないかという御意見が出まして、それを受けて事務局の方でさらに検討をして、出していただいたのが今回の案でございます。居住用不動産を対象を絞って現行法に置かれている持戻し免除の規定の特則として、推定規定を置くというのはいかがかというのが基本的な内容かと思えます。期間の制限の問題ですか、対象の限定の問題ですか、あるいはそれ以上の効力を認めるべきかどうかといった論点も指摘されておりますけれども、それ以外の点も含めまして御意見を伺えればと思います。これは今回が初めてですから、具体的にどうするというのではなくて、御意見を伺った上で配偶者の貢献に対する対応というのを検討する際に、また、改めて御検討をお願いしたいと思っておりますので、御自由に御発言を頂ければと思います。いかがでございましょうか。

○増田委員 方向性として特に賛成とか、反対とかいうわけではないですけれども、婚姻期間が20年以上というのは贈与時あるいは遺言作成時と見るのか、相続開始時なのか、同様に居住用という要件も贈与時若しくは遺言作成時なのか、死亡時なのかという点をまず確認的に質問したいと思うんですが、時間の関係もあるので、恐らく贈与時という答えが返ってくるものだろうと想定した上で、立法趣旨によっていろいろと検討すべきところがあるだろうという意見を述べます。

まず、立法趣旨が配偶者の貢献の対価なのか、それとも居住を含めた生活保障なのかという疑問があって、仮に貢献だとするならば、なぜ、20年を贈与時にするのかというのが一つよく分からない。相続開始時で20年以上経過しておれば、それでいいのではないかなというようなことも思いますし、逆に実質的夫婦共有財産でなくて、先祖代々相続してきた居住用不動産を贈与した場合も持戻し免除が推定されるというのはどうなのかという問題もあるだろうと思います。逆に立法趣旨が居住の保護だとか生活保障ということであるならば、相続開始時に現実に住んでいなくてもよいというのはよく分からないという感じがします。

先に私の考えを言ってしまうと、相続開始時において20年以上経過しており、かつ居住している不動産の贈与等についてのみ持戻し免除を原則とし、その場合に推定するという形が立法技術的にしんどいのだったらみなすこととして、遺留分の規定には反することができないという形にしておくというのも一つの方法かなと思います。

○大村部会長 ありがとうございます。

御質問は先ほど南部委員が出していかれた質問とも関わるころがございすけれども、増田委員からは一つの考え方も示されたかと思えます。今の点につきましても他の委員・幹事もお考えがあろうと思えますけれども、いかがでございましょうか。

○増田委員 質問に対するお答えをいただきたいと思えます。

○神吉関係官 関係官の神吉からお答えさせていただきます。

まず、御質問の点につきましては増田先生が御自身で御回答いただいたとおり、贈与時ということでございます。婚姻期間の点につきましても居住用の点につきましても、基本的には贈与時にその要件を満たしている必要があると考えております。なぜ、そのように考えているのかということですが、この規定は、飽くまで持戻し免除の意思を推定する規定であるということでございますので、この推定規定の対象である財産の贈与を行った場合につきましては、通常は相手方配偶者の老後の生活保障を意図して行われる場合が多いだろうということが言えるだろうと。とすると、飽くまで贈与時を基準として婚姻期間の要件、そして居住用の要件についても考えるべきであろうと、今のところ考えているところでございます。ただ、先生が御指摘のとおり、推定規定ではなくてみなし規定とか、ほかの政策的な規定を設けるといふことであれば、相続時ということもあり得るのかもしれないと思いますが、この点につきましても皆様に御議論いただければと思っております。

○大村部会長 失礼しました。増田委員が自問自答されたので、つい先にいってしまいました。事務当局の考え方は、今、申し上げたようなものだということでございます。

○窪田委員 私も特にこれに賛成、反対というのではなくて、幾つか考え方があっていいのかもしれないと思っております。前回、欠席をさせていただきましたので、どういう議論があったのかは十分踏まえないままの発言になることをお許しいただきたいのですが、増田委員のようなお考えというのは十分にあり得るのかもしれないと思っております。生活保障であるとか、そうした点を貫くのであれば、20年という期間を要件とした上で持戻しをしないという、多分、持戻し免除の意思表示をみなすのではなくて、そもそも、持戻しをしないという法制度がそういう決定をするという仕組みなのかもしれないと思っております。

他方で、持戻し免除の意思表示というのを手掛かりとする限りは、今、お話があったようなものにならざるを得ないのかもしれないと思っております。持戻し免除の意思表示についての推定規定を置くというのは、少々気持ち悪い部分があるのですが、ただ、どういう場合に持戻し免除の意思表示があるのかというのを議論し始めると、際限なく広がっていくのかもしれないと思っております。このときに、結局、手掛かりになるのが既にある相続税法上の仕組みなのだとすると、この範囲に絞らざるを得ないのではないかなという感じがします。それが適当なのかどうかはともかく、持戻し免除の意思表示という構成を採る限りは、そういうふうな制約をしないと困難なのではないのかなという気がいたします。

ただ、私自身が最終的に気になりますのは、前回、相続分についての手当ができないということ踏まえた上で、何らかの措置が工夫できないかということであったということだと思いますし、法務省の方でもそれを前提として、非常に苦労していろいろなことを考えられて出た案なのだろうとは思いますが、うまくその問題の解決として対応しているかどうかという点に関しては、対応しているような気もしつつ、非常に限定的なものではあるという感じはいたします。特に持戻し免除の意思表示の推定としますと、持戻しはさせるという意思表示があったら、もうアウトなわけですね。

ですから、その意味では生活保障としても弱いものということになりますし、増田委員のような組立て方をすると、相続分を増やすという方向にいくかどうかはともかく、恐らく短期居住権との連続性みたいなのが出てくるのかもしれないという気はします。つまり、被相続人の意思には関わりなく、そういったものを認めていくのだという制度設計にはなると思っておりますので、そういう説明はできるのかなと思っております。ただ、今はどちらであるというこ

とではなくて、自分自身として、問題状況についてそう理解しているというだけです。

○大村部会長 ありがとうございます。

○村田委員 今回の窪田委員の御発言にも少し関連するところなのですが、配偶者への生前贈与の一部について持戻しを免除するという自体については配偶者保護のための方策としてあり得る方策だなどと思うんですけれども、なぜ、対象が居住用不動産に限られるのかというところについては、もう少し頭の整理が必要ではないかなと思います。そして、窪田委員もおっしゃったとおり、持戻し免除の意思表示の推定という形を採るのであれば、推定の根拠というか、基礎がどこにあるのかというところを詰める必要があるのではないかなと思います。

また、感覚的なもので申し訳ないんですけれども、居住用不動産のみを生前贈与している事案というのは全体の中の割合としては余り大きくはなく、老後の生活保障ということであれば、どちらかという、すぐに使えるものといえますか、流動性のある資産を生前贈与しておくことの方が多いいかなという気がいたします。そういう中で、なぜ、居住用不動産についてだけ持戻し免除の意思表示を推定するのかということ十分に整理しておかないと、居住用不動産以外の財産について持戻し免除の意思表示の有無が争われ、この推定規定を作ったことが事案の処理にどう影響を及ぼすのかということを考えなければならなくなってきたときに、実務として判断に迷うということにもなりかねないように思いますので、そうしたことを未然に防ぐという意味でも、そこはもう少し掘り下げておく必要があるかなと思います。

○神吉関係官 少し補足して御説明させていただきます。村田委員からの御指摘、居住用不動産の生前贈与は余りないのではないかという御指摘がございました。手掛かりとしましては贈与税の特例がどれだけ現実にあるのかというのが一つヒントになるかと思っておりますので、そちらを調べました。その結果は、部会資料の17ページの(注3)のなお以下に記載してありますが、贈与税の特例につきましては、平成26年は1万6,660件、平成25年は1万5,474件、24年は1万3,538件となっております、それなりの件数があるのかなと思います。ただ、裁判実務上、どれだけ出てきているのかというのはよく分かりませんが、贈与税の特例が設けられ、また、その要件が緩和されてきて、現在では、これだけの一応、件数はあるということが言えるのかと思います。

もう一つ、推定の根拠もなぜ居住用不動産に限るのかということで、推定の根拠は何なのか、考えるべきではないかという御指摘を頂きました。窪田委員の御指摘とも関係するのですが、推定規定を設ける場合にも推定の根拠も考えなければいけないだろうということで、そのヒントになるのが贈与税の特例の趣旨ではないかと考えております。そこで言われているのが、部会資料の17頁の(注3)にも記載しましたが、婚姻期間が20年以上の夫婦の間で居住用不動産の贈与が行われる場合は、夫婦の財産というのは夫婦の協力によって形成されたものであるという考え方から、夫婦間において一般に贈与という認識が薄いということや、配偶者の老後の生活保障を意図して贈与される場合が多いということが、立法趣旨として説明されて、それが立法という形で承認されているということがありますので、そこは一つ根拠としては使えるのかなということで考えているところでございます。

○大村部会長 村田委員、いかがですか。よろしいですか。

今の点について、何人かの方々から御指摘があった点に関わるとは思いますけれども、これ

は居住を保護するのか、それとも配偶者の貢献を保護するのか。両方の要素が含まれているために今のような御発言が出てくるのだらうと思います。それで、窪田委員が御指摘になりましたけれども、配偶者の貢献を考慮するという事だとすると、これでは不十分ということになるけれども、居住の保護という面を重ねる形でこの限度で保護するという事は考えられないか。そのような提案になっているのだらうと思います。しかし、それにしても、これでは効果が弱すぎるのではないかと考えると、増田委員や窪田委員がおっしゃったように、相続開始時を基準にし、効果についても推定ではなくてみなしにするといった選択肢が出てくる。こうした問題状況かと思いますが、更にこの点につきましての御意見を伺えればと思います。その他の委員・幹事の方々はいかがでございましょうか。

○**村田委員** 今の点に若干追加して、御説明はよく理解をするところではあるんですけども、やや感覚的な物言いで恐縮なんですけど、税法上の特例というのはある種、一定の政策的な価値判断に基づいて、望ましい結論に持っていくためになされる立法という側面があるかなという気がしております。相続法の分野でも、そうした税法上の政策的な価値判断に基づいた改正を行うということであれば、被相続人の意思の推定というよりは、政策的な価値判断に基づいて一定の類型の生前贈与については持戻しをしないという制度にするというのも、それなりに一貫した選択肢なのかなとは思っています。

○**大村部会長** ありがとうございます。

先ほど、これが推定であるということが及ぼす波及的な影響について御発言があったかと思いますが、事務当局は、この点について何か。

○**堂園幹事** 先ほどから出ておりますように、ここは推定ではなくて、こういった場合には持戻しをしないということはもちろん十分考えられるとは思っているんですけど、基本的にそうしますと、こちらで一番気になっているのは、居住用不動産があって、そういう点について贈与とか遺贈がされた場合には、実質的には、その場合には現行の法定相続よりもより多くの取得が配偶者はできるということになりますので、被相続人の意思でそうしたんだということで説明ができるのであれば、遺留分を侵害しない限りで、そこは尊重するという事はあり得ると思うんですけど、そこは一切、被相続人の意思にかかわらず、こういった場合にはほかの場合よりも多く配偶者に財産の取得を認めるという点について生活保障ですとか、そういったことだけで説明ができるのかと。

逆に言うと、居住用不動産がない配偶者の方がより生活保障の必要性が高いという場合も当然ありますので、この要件を満たす場合だけ、通常の場合より配偶者の取得額が増えるという点について合理的に説明ができるのだらうかという点が、一番、こちらとしては気になっている点でございまして、その点についてお考えがあればお聞かせいただければと思います。

○**増田委員** 誤解があるといけないので申し上げますが、私の意見は被相続人の意思にかかわらずではなくて、そういう物件について贈与ないし遺贈があった場合に持戻しをしないということです。被相続人の意思は贈与とか、遺贈という形で入っているということです。

○**堂園幹事** 持戻し免除をしないという意思の表示はできるんでしょうか。要するに、こういう条件を満たした遺贈とか贈与がされれば、必ず遺産の対象から外れるのか、そこについて、なお、例外的に遺産に含める余地を残すのかというところをお聞きできればと思いますが。

○**増田委員** 結論的には、遺産の対象から外すということです。

○堂蘭幹事 要するに、一定の要件を満たす遺贈、贈与がされていれば常に外すということなんだと思うんですが、ですから、そうすると遺贈とか贈与があるというところで被相続人の意思を反映しているんだとは思いますが、ほかの場面では遺贈とか贈与をする場合も相続人の意思で遺産に含めたり、含めなかったりということが出来るわけで、そういった意味で、持戻し免除をした場合は被相続人の意思として、その人が法定の場合よりも多く上げる趣旨なんだから、多く上げていいではないかということなんだと思うんですけれども、その免除するかどうかについて被相続人の意思は考慮しないということになりますと、結果としてはそういう遺贈がされた場合には常に他の場合よりも配偶者の取分が増えることになりまして、そこを被相続人の意思以外の何らの理由で説明しなければいけないのではないだろうかということなんです。

○増田委員 あえて言うなら、反対の意思表示を認めることにしてもいいと思うんですけれども、ただ、それは、ほかの推定の場合と整合しないという問題があります。

すみません、それともう一ついいですか。今までの話と別の話なんですけれども、贈与だと問題は起こらないんですが、遺贈の場合に部会資料の案だと、持戻し免除の意思表示を遺言でしないということが、認められるということになります。(注6)とか(注7)のところに遺言との関係が書かれているんですけれども、要はこういう20年、居住用不動産という要件を満たす場合だけ、ほかのものとは解釈上、別扱いをするというのが(注6)(注7)だと思うんですよね。そうすると、なぜ、これについてだけ異なる解釈をするのか、という疑問が生じます。

つまり、この規定を設けることによって、これまでの遺言の解釈に重大な影響が生じると思われます。そうすると、ほかの対象財産についてもここでいう遺言不要説になるのかという跳ね返りもあるだろうし、同じように「相続させる」という文言が使用されていても、この要件に該当する不動産だけを遺贈と解するというのだったら、遺言の作り方から根本的に考えなければいけないという事態も発生するので、どうも元の案でも遺贈で持戻し免除の推定を可能とするには少しハードルがあるように思います。

○大村部会長 今の御質問については、事務当局の方からお答えを頂きたいと思っておりますけれども、その前に増田委員の方から提起されたみなし規定にするのと推定規定にするのとの差についてなんですけれども、この点につきまして、他の委員・幹事から何かありましたら、お願いいたします。

○窪田委員 増田委員とは多分、違う意味で自分の立場を確認させてもらうということになると思っておりますけれども、私自身は考えられる仕組みとして、先ほどそういうのがあるのではないかと申し上げましたが、それが最終的に適当であるかどうかはまだ固まっていませんし、むしろ、堂蘭幹事から出た点というのは極めて深刻な問題なのではないかなと思っています。つまり、生存権だとか生活権あるいは居住権の確保であり、だから、被相続人の意思とは関係なしに持戻し免除を認めるんだと言いましても、そもそも、それは贈与があつての話だという意味では被相続人の意思に関わっています。被相続人が贈与したときだけ、そういうふうな生存権保護のための、生活権保護のための仕組みが発動するというのは、考えてみると非常に変な制度だとは言えるのだらうと思います。

ただ、その問題というのは同時にこのように持戻し免除の意思表示なのだ、推定なのだと言ってもある種、ある程度、共通する問題なのかなという気がしています。つまり、持戻し

が問題となるような場面にならない限り、発動しないような仕組みであり、そこで意思の推定ということで説明するので、意思の推定なので、いろいろな説明ができるのだらうと思えますけれども、一般的な意味での生存配偶者の利益の保障という点から見てみると、出発点が被相続人の意思にあるという点では説明のつかない部分があるのではないかという気がします。それは堂蘭幹事から増田委員に対する御質問として出たことでもあるとは思いますが、実は原案の中にもそういう部分というのはあるのではないかという点が少し気になっているということで、申し上げさせていただきたいと思えます。

○大村部会長 贈与がなされるというのが出発点になりますので、それがないと話が始まらない、保護はされないということになる。この提案を前提にする限り、これは避けられないことなのだらうと思えますけれども、贈与するときはどうするかということで、みなすということになると選択肢は一つしかなくなり、贈与した以上は、それは持戻し免除で帰属することになる。推定ならば一つではなく、贈与するが免除しないということも可能になる。そこには選択の余地が残るのではないかというのが、事務当局の御説明だったと伺いましたけれども、今の点につきまして、他の委員・幹事で御発言があれば伺いたいと思えます。その上で、増田委員の提起された遺贈の方の話にいきたいと思えます。

○沖野委員 持戻し免除について贈与者なりがどのくらい意識して贈与するんだらうかということも気になっており、一般的には余り考えていないのではないかという気もします。逆に、そうであれば政策的に決定をするということでもいいのかなどは思っているのですが、と申しますのは、この狙いの一つに前回、生前の贈与などに対して、それを促進するような手当をするという今までになかった局面での手当というのも考えられないかという点が指摘されました。これがみなしというか、当然、そういう扱いになると、これからは税法の特例を受けるためにはやりましょう、ただし、そのときには持戻し免除ということになってしまいますので、それは注意しましょうというようなことになるのか、そうしたときに、それは留保しておこうとか、そのような行動に出るのかどうかということとして、今まで余り持戻し免除のことは考えていなかった上、かつ、免除しないという意向は余り普通はないのではないかということであれば、正に促進の方のそういう観点からこの制度を説明する面についても、その部分の目的を達成することは、みなしであろうと推定であろうとできると思うんですが、何かブレーキがかかるようだと、本当にその点が問題だと考える人は、別途の意思表示の余地がありますとした方がいいのかもしれないと思えます。それは理論的にどう正当化できるかとかいうことではなくて、狙いとした行動がもたらさせるのかという観点から気になっている点ではあります。一応、申し上げるという趣旨です。

○上西委員 沖野先生の御発言に関連することです。贈与税の特例で夫婦間の居住用不動産を贈与するときに持戻し免除についての意思の有無を確認・説明をしたり、当事者が認識していたりすることは、実務感覚からしてほぼ皆無です。黙示の持戻し免除の意思表示が事実上、行われているというのが当事者の意思だと思います。それと、居住用不動産については、ここで老後の生活保障という観点で特に重要であるとして、成年後見制度の事例も引いておられます。税法と目的が近似しているようですが、一致しているかどうか御検討いただきたいのが、居住することのみに着目して今回の制度を考えるのか、あるいは税法並びでいくのかの視点があるからです。

税法の場合でしたら、居住用の建物と居住用の土地を一括して贈与する必要はありません。

居住用の建物だけでも構いませんし、一定の要件を満たした場合は居住用の建物の敷地のみでも大丈夫なのです。一番分かりやすい例を示しますと、妻が居住用建物を持っていて、夫がその敷地を持っている場合に、夫から妻に敷地のみを贈与する場合であっても、この特例が認められるのです。今回の制度設計をするときに居住用建物に着目にするのであれば、居住用建物の範囲や定義も考えることになるのかなと考えます。

○大村部会長 ありがとうございます。

制度を作ったときに、実際にどういうインセンティブが働くのかということについて更に検討が必要なのではないかということ、どこまでの不動産が対象になるのかということも確定していかなければいけないのではないかという御指摘だったかと思います。

○神吉関係官 最後の上西委員の御指摘につきまして、若干補足してご説明させていただきませんが、今回、事務当局で御提案させていただいたものは、15ページの案のところにも記載させていただきましたけれども、居住の用に供する建物又はその敷地という形で記載しておりますので、必ずしも建物に限らないと、敷地部分のみでもよいということなので、その点については贈与税の特例の対象と変わりはないという理解しております。

○大村部会長 ありがとうございます。

そのほか、いかがでございますか。

○垣内幹事 今後、この制度について検討を進めていくことになるとした場合に考えられる問題点の一つとして、先ほど来、趣旨に関して老後の生活保障ないし居住の保護という側面を含むものとして想定されているように思うんですけれども、そうなりますと、先ほど来、議論してきた短期・長期居住権の問題と重なるところが出てくるかと思えます。この制度の対象に関して、現在、税法が前提になっておりますので、居住の用に供する建物・敷地ということになっておりますけれども、仮に例えば長期居住権の制度を設けたというときに、これを死因贈与又は遺贈で付与するということが今の案では考えられますので、それについても持戻し免除の推定の対象にするかどうかということが問題にはなり得る点かなとも思われます。もし、既に御検討のようでしたらあれですし、恐らく検討されていると思うんですけれども、何かお考えをお聞かせいただける点があれば、御教授いただければと思ひまして質問させていただきました。

○神吉関係官 全体を贈与した場合については、持戻し免除の対象になるということですので、その一部分的なものである長期居住権を死因贈与した場合については、そこは解釈として、当然、含まれるべきなのではないかと思っております。ただ、もし、違う御意見があれば、実質的にそこは含めるべきではないという御意見があれば賜ればと思っております。

○大村部会長 垣内幹事、何か具体的な御意見はありますか。

○垣内幹事 私は現段階では特に意見はありません。ありがとうございます。

○大村部会長 そのほか、まだ、あるかもしれませんけれども、増田委員の御質問がずっと保留になっていきますので、そちらに進みましょうか。

○金澄幹事 税法並びということであれば、税法では2,000万円の生前贈与というのは確か1回だけとなっていたと思います。しかし、今回のこちらの方法ですと、20年以上の贈与時に居住財産ということであれば、居住財産は引越しをすれば幾らでも変わっていくことができますので、何回もできるというようなことも可能なのか、特に持戻し免除とみなすということであれば、それが毎回も持ち戻し免除とみなされてしまうということも可能にもな

るのかというところで、居住権の保護とは逆方向の悪用というところになってしまうことも考えられます。そういうことを考える人もいるかもしれないので、そのところのお考えがあれば教えていただきたいと思います。

○神吉関係官 お答えさせていただきます。確かに御指摘のとおり、贈与時を基準時としますと、転居を繰り返すことによって複数の不動産が推定規定の対象となり得るものと思われま。ただ、推定規定というのは被相続人の意思を推定するという規定でございますので、被相続人が持戻し免除をしないという意思表示をしている場合には、適用されないということになります。そこで考えてみますと、一般に一度、居住用不動産を贈与した者が転居して、その後、また、居住用不動産を贈与したという場合については、さきの贈与については老後の生活保障のためにしたものではないということが、後の贈与によって示されているとも考えられるのではないかなと。そうすると、さきの贈与についての持戻し免除の意思表示について撤回の意思表示があったと考えることもできるのではないかと。ただ、贈与税の特例につきましても、先ほど先生が御指摘のとおり、一生に一度しか使えないことになっておりまして、贈与税というのは比較的高い税率が課されておりますので、実際は何度も何度も転居をして贈与を繰り返すということは、余り考えられないのではないかなと思っております。

○大村部会長 今回の例は、この規定を使うから問題になるわけですが、毎回、毎回、贈与して持戻し免除の意思表示をすれば、それはそういうことになりますよね。

○金澄幹事 やはりなるわけですね。それを止めるような本当に居住権の保護ということに特化したような形での何か決め方はないのかなと思ったんですけれども。

○堂園幹事 今回の部会長の御趣旨は、濫用しようと思えば、この規定がなくても何回も贈与して持戻し免除をすれば同じ結果になるので、別にこの規定があるから濫用が増えるということではないのではないのでしょうかということだとは思いますが、推定するというにすることからには、一定の経験則を踏まえて推定するという形にならざるを得ないと思っておりますので、贈与時あるいは贈与時における意思を推定するということだとすると、同じ前提事実であるにもかかわらず、こちらの方では推定をかけるけれども、こちらの方では推定をかけない。事後的に転居があったかどうかという事実によって推定されるかどうかが変わってくるというのは、法制的にも説明が難しいところはあるのではないかと印象を持っているというところではございます。

○大村部会長 推定とするか、みなすとするかによって制度の出来上がりも機能の仕方もかなり違って来るように思いますが、みなす説の方も複数いらっしゃいますので、それも含めて更に検討していただきたいと思います。これに関して更に御発言がなければ、増田委員に待っていただいている遺贈の点に移りたいと思っておりますが、事務当局の方からお答えをしていただければと思います。

○神吉関係官 その点につきましては、部会資料の18ページの(注6)、(注7)で整理させていただきますのでございますが、簡単に御説明させていただきます。

まず、(注6)につきまして御説明させていただきますと、遺贈に関する持戻し免除の意思表示につきましては、遺言によらなければならないと解する立場、こちらは遺言必要説と呼ばせていただきますけれども、こちらが多数説と言われておりますので、遺言でなければいけないにもかかわらず、推定をするということは果たしてどうなんだという問題意識であろうかと思っております。しかしながら、推定規定というものは持戻し免除の意思表示の有無に

関する立証責任を転換するものにすぎないと、そういうことからすると、遺言必要説に立ったとしても本件推定規定と反対の意思を表示する場合には、遺言によることを要するという点で、特に本件推定規定を設けること自体について理論的な問題があるとか、そういったことはないのではないかと今のところ、考えているところでございます。この点につきましても、もし先生方から御意見があれば頂戴できればと思います。

もともと、遺言必要説につきましては有力な反対説も幾つか示されているところでありますし、また、近時の裁判例におきましても遺言不要説に相当程度、親和的なものがございまして、そういったことからすると、遺言必要説というのが必ずしも実務上・学説上確定的な立場なのかという点、果たしてどうなのかなど。この点につきましても、もし、ほかの先生方の御意見があれば頂ければと思います。

また、（注7）の相続させる旨の遺言との関係ということなんですけれども、恐らく一般的には配偶者誰々にこの不動産を相続させるという形で遺言することが多いかと思っておりますので、そして、相続させる旨の遺言につきましては、通常は遺産分割方法の指定であると解され、最高裁の判例でも言われておりますので、これとの関係をどう考えるべきなのかというのが一つ問題としてあり得るかと思っております。この点に明確に言及した判例は見当たらないのですが、そもそも、遺産分割方法の指定につきましても、持戻し計算の対象とするのかどうかというのが一つ前提問題としてあろうかと思っております。

この点につきましては、最高裁の判例が出た後にいろいろな議論が多少はあるようでございまして、持戻し計算の対象とするという見解もそれなりに有力のようでございます。そうだとすると、持戻し計算の対象とするのであれば、持戻し免除の対象となり得るということも考えられるのではないかと思います。ただ、遺産であるから遺産分割方法の指定が可能であるのであって、遺産について遺産に持ち戻さないというのは、若干、理論的には気持ち悪いのではないかと御指摘もあろうかと思っております。その点をどう考えるかということで考えてみたのですが、例えばとして最高裁の判例の趣旨も遺言書の記載から趣旨が遺贈であることが明らかであるか、又は遺贈と解すべき特段の事情のない限り、遺産分割方法の指定と解すべきだと言っておりますので、この推定規定の存在を根拠に遺贈と解すべき特段の事情があるんだとも、考えることもできるのではないかと考えているところでございます。この点、まだまだ、詰められているところではありませぬので、皆様の御意見を頂ければと思っております。

○増田委員 お答えは要らないんですけども、1点だけ、大阪高裁の平成25年7月26日決定が遺言不要説に親和的という御見解のようなんですけれども、この判旨を読むと、仮に遺言不要説に立った場合でも、当該事案における様々な具体的な事情を考慮すれば持戻し免除は認められないとしたようなので、これは要するにどうせ結論に影響はないのだから、負ける方に一番有利な理論を採って、それでもこの事案では駄目ですよといった裁判例ですので、必ずしも遺言不要説と親和性はないのではないかなど、実務家としてはそう思います。

○大村部会長 ありがとうございます。

垣内幹事、どうぞ。

○垣内幹事 今の論点とも若干、関連するかと思うんですけども、この御提案の趣旨の理解に関して1点、確認させていただきたい点がありまして、と申しますのは、推定規定の効果に関してなんですけれども、意思表示があったものと推定するという点なのですが、推定

を破るためには何が必要かということで、（注6）で記載されているところでは、推定の排除の方法としては別段の意思表示をするということが想定されていると読めたんですけども、これはこれに限るといふ御趣旨なのか、それとも別段の意思表示はないけれども、様々な周辺事情からして、そのような意思を持っていたとは認められないというような反証と申しますか、反対の立証の方法も許容される趣旨なのか、その点を教えていただけますでしょうか。

○**神吉関係官** 遺贈で遺言必要説に立った場合につきましては、遺言において排除の意思表示を明確にする必要があろうかなと思っております。そのほかの生前贈与の場合とか、遺贈でも遺言不要説に立った場合につきましては、もちろん、別段の意思表示を明確にするという場合のみならず、別段の意思表示というのが黙示で認められる場合というものも当然あろうかなと思いますので、それは幹事が御指摘のとおり、そのほかの周辺事情で黙示の別段の意思表示が認められる場合もあろうかな、立証が成功すればという話ですけども、あろうかなと思います。

○**垣内幹事** 今の御説明は理解したように思うんですけども、元来、遺言必要説とか不要説とかいう見解というのは、持戻し免除の意思表示について言われているもので、それが存在するというためには遺言でそういう意思表示がされている必要がある。それが存在しないというときに、別段の意思表示が遺言でされている必要があるということに論理必然的にはならないような感じもいたしまして、遺言ではもちろんないし、意思があったかといえば周辺事情からないのだから、そういう意思表示はないという判断をするということが絶対にあり得ないのかどうか、やや、そこが気になる場所もありまして、その辺り、なお、推定構成を採る場合の理解として御検討いただく余地もあるのかなという感じがいたしました。

○**大村部会長** ありがとうございます。

そのほか、今回、初めて出ましたこの第2につきまして、今日の時点での御発言があれば頂きたいと思えます。

○**西幹事** 時間が過ぎていきますので、全体について思うことはともかく、1点だけ、今までの中で賛成意見しかなかったところについて、一言、申し上げることをお許しください。19ページの（2）の居住用不動産に限るべきかというところで、多くの御意見は賛成という方向のように伺いましたが、私はこれには反対です。なぜかと申しますと、持ち家のある人はこの制度を利用して贈与できるものがあるけれど、そうではない人は贈与できるものがないということになるからです。今回、長期居住権のところでも、短期居住権のところでも私はこだわりましたけれども、賃貸物件の場合には一切、保護されないということになりました。そして、ここの配偶者の相続分についても、賃貸物件に居住している人は一切、制度の恩恵を受けられませんということでよいのかという、そういう問題が出てくるのではないのでしょうか。ここについてはほかの方向性も、つまり、限定しないという可能性もお考えいただければありがたいと思えます。

○**中田委員** この制度は、元々、相続分の引上げを断念する、しかし、何か別のものはないだろうかということから始まっていて、非常に御苦労されたんだと思うんです。ただ、この制度は今の西先生がおっしゃったような方向で、広くすればするほど相続分の引上げに近付いていってしまうというジレンマがある。他方で、居住権保護に特化していくと、短期・長期居住権とかぶさってしまうという問題があって、その谷間みたいなのところに何か制度を設け

る意義をどこに見いだすか、そこが重要なのだろうと思います。

それはまた推定との関係にも影響していて、推定の根拠を事実を求めるのか、それとも、政策に求めるのかという問題で、事実に求めるとすると黙示の意思表示があったという認定に比べると緩いわけですね、このやり方は。その緩いところに政策が入っているんだというような理解で整理できるのかなと思います。結局は、この谷間みたいなところに制度を置くことの要否というところが判断の分かれ目になってくるのかなと思いました。

○大村部会長 ありがとうございます。西幹事の御発言と、それから、中田委員の御発言と両方を合わせて、検討の際に参考にさせていただきたいと思います。

そのほか、いかがでございましょうか。よろしいでしょうか。

今日のところ、これに正面から反対という意見は特になかったと思いますので、今の適用範囲の問題もございませし、それから、推定かみなしかということもございませけれども、一つの選択肢として更に事務当局の方で御検討いただき、遺産分割について検討する際に配偶者の貢献をどう評価するかという問題に関する提案として、この案を検討の対象として改めてテーブルに上げさせていただくという扱いにさせていただきたいと思いますが、それでよろしゅうございませでしょうか。ありがとうございます。

それでは、時間が過ぎてしまって恐縮ですが、最後に次回の日程等について事務当局の方からお願いいたします。

○堂菌幹事 それでは、本日も熱心に御議論いただきましてありがとうございます。

今回は既に御案内のとおりでございませが、12月20日（火）の午後1時半からを予定してございませ、場所は今日と同じ20階第1会議室、こちらになります。今回は前回、御説明しましたとおり、若干、順番を変えまして遺留分制度の見直しについて御審議をお願いしたいと考えてございませ。次回もどうぞよろしくお願いいたします。

○大村部会長 ありがとうございます。

時間を過ぎて大変恐縮ですけれども、本日も熱心に御議論いただきましたことに対しまして御礼を申し上げます。これにて第15回会議を閉会いたします。

ありがとうございます。

—了—