

## フランスにおける代襲相続権についての一考察(一)

有地, 亨  
九州大学法学部 : 助教授

<https://doi.org/10.15017/1317>

---

出版情報 : 法政研究. 24 (2), pp.29-60, 1957-10-10. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# フランスにおける代襲相続権についての一考察 (一)

有 地 亨

## 目 次

はしがき

一、ローマ法

二、蛮民法 (Lois barbares)

三、フランス古法

(一) 成文法地方

(二) 慣習法地方

## は し が き

わが民法は代襲相続について二カ条(第八八八条、第八八九条)を規定するにとどまり、しかもそれは条文上では旧法の規定をそのまま承継したものである。<sup>(一)</sup>新民法が純然たる財産相続制を取入れ、近代市民社会の相続制度を基調とする以上、たとい条文は同一であつたとしても、従来代襲相続の根拠として援用された嫡孫承祖の原則が用いられないのは当然であろう。従つて近時の学説はこぞつて子の利益尊重とその相続期待権の保護に根拠を求めているが、<sup>(二)</sup>果して代襲相続権の根拠はそれだけにとどまるであろうか。そうであるとすれば、代襲相続人と法定相続人とはその範囲において一致すべきではないであろうか。殊に代襲相続権の進化過程や本質と相続制度の根拠及び両者の関連をいま一度考察されてよいのではなからうか。また民法は簡単な条文をかかげるだけであるから、すべては判例、学説によつて決定されている。<sup>(三)</sup>しかし戦後の民事局長の解答や各種協議会の決議は約二〇件の多きに達することが示すように決定的解決を見るにいたつていない。従つてかような一個の条文をもつて、あらゆる場合に適合するように解釈

するためにも、また今後の立法上の参考としても、代襲相続に関する各国の規定を吟味する必要があるのではなからうか。更に代襲相続制を媒介として、配偶者の相続権及び養子制度自体の再検討の手懸りになりはしないであろうか。

以上の観点から、小稿は代襲相続権を研究対象としたのであるが、わが民法のそれは別の機会に譲り、とくにフランス法を取上げた理由は、第一に、親系制 (Parentelordnung) をとっているドイツ法は暫らく措いて、手はじめとしてはわが民法と同一の親等制の基盤にたつフランス法を取りあげた方がより適當ではないかと考え、第二に、フランス民法典がどの国よりも早く編纂されて現在に至っているが、一九四八年に民法典改正委員会は代襲相続権拡張案が提起されたにもかかわらず、それを否決した事由は奈辺に存するかを検討してみたいと考えたからである。(小稿が屢々引用した C. Denagis-carde : *De la représentation successorale, Essai historique et critique*, 1909. は京都大学附属図書館の好意によつて拝借した。記して謝意を表す)。

(一) 我妻栄編「戦後における民法改正の経過」三八頁参照。

(二) 柚木馨「判例相続法論」一一二頁、小石寿夫「相続に関する若干の問題」(身分法と戸籍所収)二二六頁、於保不二雄「相続法」五二―五三頁、岩野肇「代襲相続に於ける親族関係と失権原因」民商二六卷一号三〇頁。

(三) 戦後の判例としては、推定相続人失権後懐胎出生したる子の代襲資格について、最高裁判、昭和三〇、一、二二(最高民集九卷一号一頁)が唯一つだけであるが、これも旧法の説をそのまま踏襲している。

## 一 ローマ法

ローマ原古の相続を規定した十二表法によれば、法定相続人は自権相続人 || 家内相続人 (sui heredes, heredes

domestici) 最近の宗族 (proximus agnatus) 氏族 (gentiles) の三段階、三順位に分かれている。<sup>(一)</sup> 自権相続人とは被相続人たる家長 (pater familias) の権力に直接服し、家長の死亡によつて当然自主権者 (suis juris) となる卑属親をいう。従つて、家男、格女、家男の子である男孫 (nepos ex filio) 又は女孫 (neptis ex filio) 及びそれらの男孫から生まれた男曾孫又は女曾孫 (pronepos proneptisive ex nepote filionats progenate) が含まれる。ただこれらの男孫、又は女孫、男曾孫又は女曾孫が自権相続人であるためには、その被相続人死亡の時にその権力に服していたこと以外に、更にその先順位者が死亡又は父権免除 (emancipatio) などによつて、被相続人の権力を離脱して自権相続人の地位を喪失した場合にかぎられる。<sup>(二)</sup> また家子が父権免除を受けた後に懐胎した孫は家外後生子 (extraneus postumus) であり、自権後生子 (postumar unius) ではなくて、不確定人 (incerta persona) とみなされ、相続人に指定することも許されなかつた。<sup>(三)</sup> ローマの家長 (pater familias) は、古くは、家族に対して生殺与奪の権 (ius vitae necisque) すら認められた、いわば絶対君主に比すべき強大な権力を持つていた。メーンはローマの家族制度が家長権に集中され、維持されていたことを説明して、「ローマ法の言葉においては、……集團は生ける財産と死せる財産、即ち妻、子供、奴隸、土地及び動産から成立する。しかして、これらはすべて、最年長者の系統の最年長男子の専制的権力に服従することによつてともに保持されている」と説いて、家長権の性格を明瞭に描き出している。<sup>(四)</sup> このように、家長権は統一的、絶対的、排他的な専制的性質をもち、家族構成は著るしく父権的なものであつたが、<sup>(五)</sup> しかし、それは決して家族の共有關係を否定するものではなかつた。家産は家長をも含めた家族全員の所有に属するが、ただ家長だけが家族の代表者として、それについて排他的な管理権を有したにすぎない。<sup>(六)</sup> それ故に、家長が生存しているかぎり、家族の有する共有權利關係は家長権によつてすべて排除され、現実には家長だけがこれらの權利關係についての唯一の担当者とされるのであつて、その他の何人も関与することも許されない。しかし家長が死亡すれば、その支配権

の消滅にともない、今まで停止、排除されていた家族の権力は息を吹きかえす。かような家族の潜在的共有権制關係の現実化によつて、各家族は自主権者となり、同時に従来の家族的結合關係は家子の数だけの新たな家族的結合關係に分裂して、それぞれ子孫に対する家長権を確立するに至るのである。<sup>(八)</sup> 欲すると否とを問わず、また遺言の存否にかわりなく、当然相続人たる地位を取得する自権相続人はすべて平等の割合でもつて相続する。しかしながら、それらの自権相続人が全員同一親等に属さない場合、たとえば家男、家女と他の先死したか、または父権免除を受けた家男の子である男孫又は女孫とが競合して相続する場合、遺産は株分によつて (*in stripes*) 分割されたか、それとも頭分によつた (*in capita*) かの問題については極めて曖昧であつて、ローマ法学者の間でも争が存するようであるが、<sup>(九)</sup> すぐなくとも頭数によらず株数に応じて分配すべき原則は、Gaius の時代には確立されていたと考えられる。Gaius はその法学提要 (*Institutiones*) の中、

「一男子又は一女子及び他の男子の子たる男孫又は女孫あるときは、これらの者は均等の割合をもつて相続に召喚せられる。しかしして親等の近い者が遠い者を排斥することなし。何となれば、男孫又は女孫がその父の地位と取得分とを承継するを衡平と認めるを以てなり。同一の理由により、男子の子なる男孫又は女孫及び男孫の子なる男曾孫又は女曾孫あるときは、これらの者は皆均しく相続に召喚せられる」<sup>(一〇)</sup>

Ulp.

「そして、男女の孫及び曾孫がその父の地位を承継するものと決定せられたるゆえに、遺産は頭分によらずして、株分によつて分割されるのが適當と認められる。即ち一男子は遺産の二分の一を、他の一男子の子である二人又はそれ以上の孫は、残りの二分の一を取得すべきである。また、一男子に一人あるいは二人の子、また他の一男子に三人あるいは四人の子が存する場合は、遺産の二分の一は、一男子の二人の孫に帰属し、他の二分の一は、他の男子の三人あるいは四人の孫に帰属する」<sup>(一一)</sup>

「もし一男子が、既に死亡した他の一男子の一人又はそれ以上の孫とともに死者より生存した場合には、遺産はこれらの全員に帰属するが、頭分によらずして、株分によつて分割される。即ち、唯一人の男子は、遺産の二分の一を受ける資格があり、孫達は、その数如何をとわず、他の二分の一を受ける資格を有する」<sup>(二二)</sup>

と述べている。この株分法 (successio in stripes) にまさしく近代的代襲相続の原形的形態が見出されるとも考えられるが、<sup>(二三)</sup> しかし古代ローマの familia が家長権を中心とした imperium in imperio と言われていることから知られるように、その家屬關係が排他的な二重性を許さない宗族關係 (agnatio) で構成され、<sup>(二四)</sup> 女系の血縁關係が包摂されなくて、<sup>(二五)</sup> 婦女はたとえ自主権者たりえたとしても、家長権を有することもなく、また母子間では特別な場合を除いて相互に相続財産を承継する権利がない原古ローマ相続法の中に、血族關係を根幹とする近代的代襲相続制の起源を求めるとは不可能であろう。<sup>(二六)</sup> 家長の死亡によつて、従来の家族關係は各株 (souches) の数だけの新しい家族關係に分裂するが、株分法はそれらの株相互間の衡平を維持しながら、それぞれの株の長 || 自権相続人はその子孫に対する家長権を確立し、この新しい家長を中心とする一個の生活団体を創設し、より強固に組織化された家族の助けを俟つて強力な國家を形成しようとするところに、その政治的な意図が存したようにおもえる。古代ローマの familia の構成機能は國家のそれとその軌を一にするというよりも、むしろ familia はローマ國家の prototype とも言うべきだと称せられているのは、<sup>(二七)</sup> 以上の推論にも符合するであろう。かかる要請の反映として、古代ローマ市民法上の無遺言相続で株分相続が認められたのは自権相続人だけであつて、第二順位たる最近の宗族には許されなかつた。従つて最近の宗族は同一の家系に属すると否とにかかわりなく、その頭数に応じて平等の割合をもつて相続するのである。<sup>(二八)</sup> のみならず、死者に兄弟姉妹が一人も生存せず、それらの卑屬のみが存するときにも、頭分法が行われた。<sup>(二九)</sup>

古典古代に入ると、個人主義的傾向の発展及び家長権の絶対性の緩和にともない、従来の宗族関係が血族関係によつて代位され、ローマ家族制の崩壊のきざしがあらわれてくる。<sup>(二〇)</sup> 厳格な原古市民法は自然的血族関係を無視することが多かつたので、立法権をもたない<sup>プレトリル</sup>法務官は、遺産占有 (bonorum possessio) によつて、これらの衡平に反する規定を補充、修正した。bonorum possessio は市民法上相続人としての資格を有しなかつた者にこれをあたえ、更に新しい規定を設けて宗族の外に血族をも加えたが、その付与を申請しうる者を數個の順位に分け、先順位の方がいないか、または申請しないときは、次順位者がこの権利を有した。<sup>(二一)</sup> 第一順位である卑屬 (liberi) に関しては、十二表法では、父権免除を受けた者は相続に關与することができず、その子も、家外後生子である場合とか、その養子となつた場合には、その祖父の自権相続人たりえなかつた。しかし<sup>プレトリル</sup>法務官は b. p. unde liberi によつて、父権免除を受けた者にも父を相続することを許すと同時に、それらの子も、養子となつて他の家長権に服しないかぎり、同様な利益を享有した。<sup>(二二)</sup> ただ、ここにおいても、liberi は父系の者を指し、家女より出生した男孫又は女孫は含まれていない。<sup>(二三)</sup> また Iulianus が永久告示録 (Edictum Perpetuum) に追加した規定 (nova clausula) に従えば、父権免除を受けた家男の子で被相続人の家長権に服していた者は bonorum possessio が付与され、その父と競合して相続をなしうるが、この場合、両者は自己の株に割り当てられた相続財産を均分することになる。<sup>(二四)</sup> 更に第三順位の血族 (cognati) の中には、男系、女系、実子、養子を区別することなく、被相続人の血族については、六親等内の者及び七親等の中の被相続人の曾祖父母の傍系の玄孫が入るし、また養家にある卑屬親もこの第三順位で実親の相続に召喚されるが、<sup>(二五)</sup> 被収養者が収養者から父権免除を受けて後、死亡した場合には、その子が実方の祖父を相続しうるのである。<sup>(二六)</sup> 母子間に關しては、十二表法は男系親を優先させ女系親を排除し、<sup>プレトリル</sup>法務官法は母子を第三順位である b. p. unde cognati によつて実質的に相続せしめるにとどまつたが、<sup>(二七)</sup> 一五八年の Senatusconsultum Tertullianum は法定數の子を有する母に

その子に対する宗族として相続権を与え、一七八年の *Sevatusconsultum Oritianum* は無遺言の母の遺産の相続権をその子に母の同血者及びその他の宗族に優先して与えた。<sup>(二九)</sup> *Valentinianus. Theodosius. 及び Arcadius 帝* の勅令は、女系の孫のために、母方の祖父母を相続しうることを規定したが、その取得する相続財産は、自権相続人がある場合には、母が取得する相続財産の三分の二、宗族だけの場合には、四分の三に制限された。<sup>(三〇)</sup>

ユスティニアヌス帝は新勅法第一一八号 (*Novellae. CXVIII. pr. 543*) 及び第一二七号 (*CXXVII. pr. 547*) によつて無遺言相続制に全面的改革を加え、宗族関係と血族関係の二元性を解消して、血族関係に基ずき順位と親等に応ずる相続制を樹立した。<sup>(三一)</sup> この勅令によつて自権相続人、父権免除を受けた者、宗族、血族間に存する差異は消滅せしめられたのである。第一順位である卑属について、この勅令は親が死亡した卑属に対して、その性、男系、女系を区別することなく、親を代位して、株分によりその親が生存したならば取得すべき割合を相続する。<sup>(三二)</sup> 子が全部死亡して孫だけが存在するような場合にも、それらの者の間で株分法が行われる。<sup>(三三)</sup> 親が無能力者であるときに、その子が代襲することができるとかどうかについては必ずしも明確ではないが、積極的に解され、<sup>(三四)</sup> 更に、被相続人の唯一人の子が先死して、その孫たちだけが存する場合でも、それらの孫の間で代襲相続が行われると言われている。<sup>(三五)</sup> 傍系血族については、兄弟姉妹の子が、先死した親を代位して、他の兄弟姉妹あるいは被相続人の尊属と競合して相続することが認められている。<sup>(三六)</sup> 傍系血族における代襲相続はただ兄弟姉妹の子に対して許されるのであつて孫には及ばないのである。<sup>(三七)</sup> 同父母兄弟姉妹及びその子は異父母兄弟姉妹に優先するから、<sup>(三八)</sup> 同父母兄弟姉妹の中に先死した者があれば、その子は親を代襲し、彼らは三親等に属するにすぎないが、なお、二親等の異父母兄弟姉妹を排斥するといふ結果になることを新勅法は明記している。<sup>(三九)</sup> 被相続人の尊属と同父母兄弟姉妹及び先死した同父母兄弟姉妹の子とが第二順位として競合して相続する場合、新勅法第一一八号は尊属と兄弟姉妹のみが甥、姪を排除して相続すると規定していたが、<sup>(四〇)</sup> 第一二

七号により、かような場合にも、それらの甥、姪に代襲相続権が付与された<sup>(四二)</sup>。尊属の存否によつて甥、姪の相続権に消長をきたすのは不衡平と考えられたからである<sup>(四二)</sup>。同父母兄弟姉妹が全員死亡した場合、それらの子の間で株分相続がなされうるかに關して、新勅法はなんら規定しておらず、後述のごとくイタリア註釈法学者の間で有名な論争が行われた<sup>(四三)</sup>。更に同父母兄弟姉妹がすべて死亡し、それらの子と尊属が存在するときに、甥、姪は排除されるか、それとも代襲相続が許されるかについても、解釈は分かれている。多くの学者は新勅法第一二七号は、甥姪と尊属との間の均衡を考えるよりも甥姪と叔伯父母との衡平を慮つたと思われるから、別段の規定の存しないときには制限的に解釈されるべきであると主張するが、一部の学者は衡平と新勅法の間をもちてすれば、尊属に対して、甥姪はその叔伯父母より不利益を蒙らしめられないという配慮が推察されるから、疑わしい場合には甥姪に有利な解釈をなすべきであると説いている<sup>(四四)</sup>。

以上のように、ローマ法の株分相続は古く十二表法に発し、家父長的家族構成が漸く崩壊し去ろうとしていた頃、ユ帝による血族相続制の確立によつて一応その全貌を現らわしたと言えよう。われわれは、新勅法の株分相続の中に近代的代襲相続の輪廓をうかがい知ることができるのであるが、株分相続が、絶えず、背後にあつて、強力なローマの家族構成の有力なモメントとして果した役割は看過しえないものがある。それにしても、すでに、古代法時代の法学者の諸説の中に指摘される衡平の觀念、換言すれば、死亡の順当な経過が実現されるならば、相続がなされ、自己もまた当然それを承継する直系卑属を保護しようという衡平の觀念に考慮が払らわれていたことは注目される。

(一) 十二表第五表四、五、「何人でも無遺言で死亡し、その者に自権相続人がいないような場合には、最近の宗族がその財産を所有すべし。宗族がないような場合には、氏族員がその財産を所有すべし」。十二表法は、自権相続人については別段触れていないが、それが相続権を有していたことは、当然その前提としていたと解されている (Girard. manuel élémentaire

de droit romain, 1924, p. 890)。

(二) 家男の子も家長権に服するが、直接的ではないから自権相続人ではない。つまり祖父が死亡すれば父の家長権の下に移るのである。ただ父が家長の生存中に死亡するか、父権免除を受けた場合にのみ、直接的になつて自権相続人となる (Girard. *ibid.*, p. 890)。

(三) 岩田健次「ローマ相続法の様態—特に、無遺言相続人の史的発展—」法と政治八卷一号六七頁。

(四) Maine. *Ancient Law*, 1861, p. 208. 青山道夫「家族」八九頁参照。

(五) 原田慶吉「厳格市民法における羅馬家族法の研究(一)」国家学会雑誌四二卷一一号一〇一頁以下。同「ローマ法の原理」七四、七五頁。

(六) C. W. Westrup. *Introduction to early Roman law, comparative sociological studies, The patriarchal joint family*. t. II. 1934. p. 28 seq. 加藤永一「遺言と家産(上)」法学一八卷三号、八八頁以下、ローマの家長権と家族の共有権利関係は加藤氏の論文に負う所が多い。

(七) エールリッヒ、川島、三藤訳「権利能力論」三八頁、とくに二二頁の *Paulus* の言葉を参照。船田享一「羅馬法」四卷二一四頁。

(八) 船田、前掲書二二二、二二三頁。

(九) 中田博士は株分法は衡平を慮つて、後期法学隆盛時代 (二二二—二三五年) の法学者が行つた解釈であるとされている (『代襲相続沿革一斑』法制史論集一卷三三〇頁) が、*monier* は原古には株分は行われず、平等の割合であつたと推測し *Paulus* (*Manuel élémentaire de droit romain*. t. I. 1935. no. 341.)。Karlowa は十二表法以前から行われた解釈である *Paulus* (*Römische Rechtsgeschichte*, 1901. S. 889)。

(一〇) *Gaius. Inst.*, III. 7. ガイウス、船田訳「法学提要」一八七頁。

- (一一) *ibid.*, II. 8. ガイウス、船田訳前掲書一八七—一八八頁。
- (一二) *Ulpianus*. XXVI. 2.
- (一三) 古代法では、勿論、代襲相続 (*representatio*) なる語の存在するはずもなく、モデスチヌスは「死せる父の地位を占める」(*Digest.*, lib. XXVII. tit. I. 1. 2 § 7)、「ユスティニアヌスは「父の親等による」」(*Novell.* CXXVIII)、「イサエウスは「後に退く」」(*Orat. de Philoctemon. haeredit. chap. 6. § 41*)、「更にフィロは「両親が死亡したときには、孫は祖父のそばで、祖父母の息子の地位を占める」」(*Legat. ad caicum. chap. 5*)と言われているにすぎないことをグロティウスは指し示す (*Grotius, Droit de la guerre et de la paix, nouvelle traduction par M. P. Pradier-Hodéré.* t. II. 1867. p. 21)。のみならず *Accarias* は、ローマ法では孫は先死した父だけでなく、父権免除を受けた父の地位をも承継するか、混同を避けるために代襲すると云わない方がよいと述べている (*Précis de droit romain*, t. I. 1885. p. 1170, not. (1))。
- (一四) 原田、前掲論文(四)国家学会雑誌四三卷五号一一—一二頁参照。
- (一五) 婦女は自権相続となつて、財産に対する権利関係は明らかにされるが、家長権は享有しえないから、自権相続人を持つことはできないのである (*Monier, op. cit.*, no 314. I<sup>o</sup>. *Gaius*, III. 51 船田前掲書二一三頁、岩田前掲論文八〇頁参照。
- (一六) *Denagiscarde, op. cit.*, p. 29.
- (一七) 原田、前掲論文(一)国家学会雑誌四二卷一一号九八—九九頁参照。
- (一八) *Accarias, op. cit.*, p. 1164. 船田前掲書二六六頁、岩田前掲論文六九頁。
- (一九) *Gaius* は次のように述べている。「しかれども、死者に生存する兄弟なくして、数人の兄弟に数人の子が存在するとき、遺産はこれらのすべてのものに帰属する。しかしながら、それらの子の員数が等しからざるとき、例えば、一人の兄弟が一人あるいは二人にして、他の兄弟が三人あるいは四人の子を残した場合には、遺産の分割は自権相続人間の規定のよう

に株分によるか、あるいは頭分によるべきか。しかしながら、ずつと以前から、遺産の分割は頭分によるべきであると決定されている。それ故に、遺産は双方に存する員数と同数に分割せられる。従つて各人は平等の分前を持つのである」(Gaius, *Inst.*, III. 16.)

(二一〇) 原田「ローマ法」下巻六七頁参照。

(二一一) Cug. *Manuel des institutions juridiques des romains*, 1928. p. 719—721. 船田前掲書二六八頁以下、岩田前掲論文七二頁以下、原田「ローマ法(下)」一一四頁以下参照。

(二一二) Paillet, *Législation et jurisprudence des successions, selon le droit ancien, le droit intermédiaire et le droit nouveau t.*, I. 1816. pp. 7—8.

(二一三) Monier, *op. cit.*, no 341. 1<sup>o</sup>.

(二一四) Ulpianus. D. XXXVII. 8. 3, Girard, *op. cit.*, p. 893. Cug, *op. cit.*, p. 721. 中田博士はプレートル法によりはじめて父権より免脱されたる家子の直系卑属に対して代襲相続権が与えられたように述べていられる(前掲論文三三一頁)が、それらの直系卑属が祖父の家長権に服するかぎりにおいて、既に市民法上相続権を有するのであつて、プレートル法は両者の競合を認め、また家外後生子に相続権を与えたことになる。

(二一五) Gaius, *Inst.*, III. 31. 船田前掲書二七〇頁、岩田前掲論文七四頁、故に、養子となつたが、ついで父権免除を受けた者はその養父との関係で、また逆に、養子となつて父権免除を受けない者はその実方の父との関係では *liberi* の中に含まれない。Monier, *op. cit.*, p. 570.

(二一六) Cug. *op. cit.*, p. 271. note 7.

(二一七) Gaius, *Inst.*, III. 30.

(二一八) Giffard. *Précis de droit romain*, t. I. 1951. p. 460. Monier. *op. cit.*, p. 573. Cug, *op. cit.*, pp. 722—723.

- (一一九) Giffard, *ibid.*, p. 460. Monier *ibid.*, p. 574. Cuq, *ibid.*, p. 723. Gaius, *Inst.*, III. 4. Ulpian, 26. 7.
- (一二〇) Paillet, *op. cit.*, pp. 8—9.
- (一二一) 岡村司「羅馬家制壊敗の事情」京法五卷二二號八〇頁參照。
- (一二二) Nov., 118. chap. I. 末松謙澄訳「ウルピアヌス羅馬法範」三三八頁參照。
- (一二三) *Inst.*, *lib.* III. tit. I. § 6 「もし、一人の息子が数人の孫、即ち一人の子には一人あるいは二人の孫のみ、他の一には三人あるいは四人の孫が存在する場合には、前者なる一人あるいは二人の孫には半分、後者なる三人あるいは四人の孫には他の半分が与えられる」なお V.; Paillet, *op. cit.*, p. 17
- (一二四) 一般には、この問題について述べられていないが、Accarias はユ帝が代襲相続について先死の場合に対してのみ意を払つたのは、それが實際に一番多いからであつて、それ以上の積極的な意図は無かつたと考えられるとして、無能力者たる親を子が代襲できると云つてゐる (*op. cit.*, p. 1283, note 1)。
- (一二五) たとえば、一人の子が嫁賃をもたない妻と四人の孫とを残して死亡したと仮定した場合に、新勅法第一一七号によると、寡婦に対しては、子が三人以下の場合には夫の遺産の四分の一、四人以上の場合には子の一人分を確保する (chap. 5 なお、小林三衛「生存配偶者の相続権の一考察」」法学一七卷四号五九頁參照) から、一個の株を構成する四人の孫に対して寡婦は四分の一を取得するか、あるいは五分の一を取得するかが問題になるが、前者が正しいと云われている。死者の子の先死が寡婦に損失を惹起するということは衡平とは考えられないし、またユ帝は一般に各株の構成員たる孫にその先死した前主が取得しうべき部分を帰属させたからである (Accarias, *op. cit.*, p. 1283)。
- (一二六) Nov., 118, ap. III.
- (一二七) Nov., 118, ap. III 「この親等による代襲する権利が許容されるのはただ父母を相続せんがために、兄弟姉妹の息子及び娘のみである。その他の傍系血族には、何人といえども許容されない」

(三八) Accarias, op. cit., p. 1285. note 2.

(三九) Nov. 118, chap. III. 「このため、もし生存している子を残して先死した同父母兄弟と他の異父母兄弟がともに存する場合には、同父母兄弟の子は第三親等に属するといえども、彼自身の株に優先権が与えられる結果となる（その株が死者の父あるいは母を通して男女いずれから由来するをとわない）。それは恰もその父が生存していたならば、異父母の兄弟に優先するのと同じである」

(四〇) Nov. 118, chap. III. 「しかしながら、兄弟姉妹の子にそれ（代襲相続権）を享受することを許容するのは、それらの子が父方あるいは母方いずれをとわず、その男女直系卑属（即ち伯叔父母）とともに相続する場合だけである。しかし（既に述べたように）直系尊属が死者の兄弟姉妹とともにのみ相続をなす場合には、余は兄弟姉妹の子をして直系尊属と競合して兄弟姉妹を無遺言相続をなさしめることは許さない。これは、それらの子の父あるいは母が死者と同父母であるといえども同様である」なお、V, paillet, op. cit., p. 19.

(四一) Nov. 127, chap. I. 「余はこの規定を改正するを正当と思ひ、つぎのように命ずる。何人といえども、その死するに及んで、直系尊属あるいはこれらの者と競合して相続をなしうる兄弟姉妹および他の既に死亡せる兄弟姉妹の子とを残す場合、この先死せる兄弟姉妹の子は直系尊属及び兄弟姉妹とともに相続をなすべきであり、彼らの父が生存したならば取得すべき相続分を取得すべき権利がある」

(四二) Accarias, op. cit., p. 1285 : Denagiscarde, op. cit., p. 32.

(四三) 後述一七五頁参照。

(四四) Accarias, ibid., p. 1285. Denagiscarde, ibid., p. 35.

## 二 蛮民法 (Lois barbares)

周知の如く、古代ゲルマン故地では、ローマ法と違つた態様で相続が行われていたのであるが、Coulanges はその特徴をつぎのように挙げて<sup>(二)</sup>、第一に、ゲルマン人はなお家族的所有 (propriété familiale) の觀念を保有していたから、遺言というものはなく、遺産は当然男の子が相続し、男の子なきときは、最近の男性傍系親が相続した。第二に、タキツス時代には長子相続 (droit d'aînesse) が行われたとおもわれる。すくなくとも、世襲財産に対する長子の特権が認められていたと考えられる。第三に、女子は動産を相続することは可能であるが、所謂家産の承継は許されなかつた。第四に、先死した息子の子のための代襲相続権は認められていなかった<sup>(三)</sup>、と述べている。当時のゲルマン人は家畜飼養を主とした孤立分散的な粗放経営を行つており、その定住様式に関しては諸説に分かれている。Wihner は、一見、近代家族に類似した家共同体である単一家族 (Einzelien) とみなしているが<sup>(四)</sup>、これと対照的に、Fatt は同族財産と共同体的慣習を保持する家父長的大家族であつたと考え、最古の社会組織を Ernst は氏族<sup>(五)</sup>と理解し、Schelesinger は、扈從制 (Gefolgchaft) にほかならぬとして、いずれも家父長的家共同体を構成していたことを指摘している<sup>(四)</sup>。定住の社会的基礎がいかなる存在様式をとつたにせよ、当時のゴールについて、ギゾーが、

「同一家の子孫である氏族の全員は、ガロ、ローマのコロンのそれとかなりよく似た状態にあつた。彼らは氏族の族長の土地に住み、なんら眞実の所有権を持たずして、地代を払つてその土地を耕作する権利を世襲的に享有し、その起源と運命とを彼らと同じうする所の族長の周囲に常に集り生活した。かくのごとく、種族、氏族等の名を持ち、且つ明かに家族の漸進延長である社会組織の存するいたるところに農民出現の条件を見出すのである。即ちローマ人の侵略前ゴールの農民の一部はこの状態にあつたと信ずべきである」

と言つてゐるように、<sup>(五)</sup>農地は部落の共同所有に属してゐて、家屋や周囲の私有地についてのみ個人的所有権が認められていたようである。<sup>(六)</sup>かような状態にあつて代襲相続が存在しなかつた理由としては大体つぎのようなものが考えられる。

(1) Sippeの本質から由来するもの。古代ゲルマン相続法は氏族<sup>(七)</sup>とそれを構成する家(Haus)等の相続権とを區別することから発するが、ジッペは権利共同体を形成し、その財産には総有の觀念が適用された。家父(Hausvater)はSippen-vermögenを利用、管理する権能は有するが、これを処分することはできないので、家父の一人が死亡すれば、最近親者の一人が恰も跡目相続のように、これに代つた。<sup>(七)</sup>また家族の成員の一人が死亡しても、その財産關係にはなんらの変化を生ずることもなく、死者の持分は他の総有者たる家族の持分に添加されるだけで、その子にかなる権利の移転も生じないのである。<sup>(八)</sup>また、ジッペが武装能力を有する男子で構成された団体として軍隊の單位をなしているからには、年令、力量の点で軍事的負担能力を有する叔父は年少なる甥に体力的にも優先するのは当然であらう。<sup>(九)</sup>

(2) ゲルマンの自然的条件に由来するもの。ゲルマンにおいては耕地が比較的潤沢で、その取得が容易であつたから、子が婚姻後も父と同居する必要もなく、従つて早期に大家族(Kleinfamilie)が形成されていと考へられている。<sup>(一〇)</sup>その結果、相続財産は被相続人と同居する機会のない孫よりも、現にあるいはかつて家を一にした他の子に移転されるのである。<sup>(一一)</sup>

(3) Muntの性質から由来するもの。ゲルマンの父権は、<sup>(一二)</sup>ローマのpatria potestasに酷似しているにもかかわらず、はやくから分化して、保護後見的態様を有したから、<sup>(一三)</sup>ムントに服する者でもある範圍の権利能力が認められ、財産取得が可能であつたばかりでなく、それらの者全員に分与することは必然的要請ではなかつた。従つてムントに服

する者同志で孫を排して子だけに与えることが家産の分散防止のための最上の策とも見られた。<sup>(一三)</sup>

(4) ゲルマンの親族構成から由来するもの。ゲルマンの親族関係は同円法 (System der konzentrischen Kreise—<sup>(一四)</sup>個の家屋に住む近親を中心に、その周囲に第一遠親、第二遠親が円状的に拡大されていく様式) によつていたから、この構成は相続制度にも直接反映し、近親である兄弟姉妹は、第一遠親にすぎない孫を排除するのである。従つて代襲相続制はかかる慣行に相反するといいうる。<sup>(一五)</sup>

代襲相続制については、ゲルマン最古の部族法のサリカ法典 (Loi salique)、リプアリヤ法典 (Loi rpuaire) にもあらわれていない。<sup>(一六)</sup> 代襲相続制がはじめて設定されたのは、五九六年二月二十九日、アウストラシヤ (Austrasie) のアーデルバツハ会議で、フランク王 Childbert II の勅令によつてである。<sup>(一七)</sup> この勅令は、

『息子の子及び娘の子は、伯叔父並びに伯叔母とともに、父 (息子) 母 (娘) が生存せる場合に、取得しうべき祖父母の遺産の分前を受くべきものとする』 (ut nepotes ex filio vel ex filia ad aviticas res cum avunculos vel amitas sic venirent, tanquam si pater aut mater vivi fuissent)

と言つている。<sup>(一八)</sup> この勅令は、孫がその叔伯父母と競合して、祖父を代襲することを容認しているが、傍系血族に対しては認めていない。<sup>(一九)</sup> しかし、一般にこの勅令は遵守されなかつたと言われている。<sup>(二〇)</sup> その理由としては、勅令の用語の不明瞭なことと、フランク帝国全域に適用されなかつたことが挙げられ、<sup>(二一)</sup> また、この勅令公布以後でも、当時の書式集 (formule) が、遺言によつて、個別的に先死者の子に相続権を賦与して、<sup>(二二)</sup> 実質的な代襲相続の設定を被相続人の権利と配慮に留保する呼戻相続 (rappe à succession) の慣行の多数を記載していることが指摘される。<sup>(二三)</sup>

もつとも、ブルグンド法典 (Loi des Burgondes) および西ゴート法典 (Loi des Wisigoths) は、代襲相続を規定していたけれども、前者は制限を附して直系卑属に対してのみ認めたにすぎず、<sup>(二四)</sup> 後者は孫娘を排除して、孫息子に許容

するだけである。<sup>(二四)</sup>

いずれにしても、これら部族法の代襲相続の規定は創設的なものであるが、ゲルマン人の間では代襲相続が一般的確に行われなかつたことは、多数の書式集が、相続人が被相続人より先に死亡した場合、その者の子をして父母に代り法定相続人と競合して相続せしめることを法が禁止していると記載されていることからもうかがえるが、<sup>(二五)</sup> *Dentgiscarde* は法よりも権力が優先した時代においては、法定相続人よりも権力者に遺産が帰属するのが当然の趨勢であると述べている。<sup>(二六)</sup> たとえば、カロリング王朝の王位承継において、シャルルマーニ帝の長子の *Pepin* は、八一〇年、息子の *Bernard* を遺して死亡したが、*Bernard* は父を継がず、その叔父の *Louis le Débonnaire* (*シャルルマーニ帝の第三子*) が王位を承継したのである。<sup>(二七)</sup>

ドイツにあつては、九四一年、代襲相続が許されるか否かについて議論沸騰し、*Ortho I* は貴族と長老を慮つて、これを裁判上の決闘 (*combat judiciaire*) に訴えて解決を計ろうとした有名な事件があるが、結局、代襲相続を擁護する者が勝利をしめ、爾後、一応先死した息子の子の代襲相続権が法定された。<sup>(二八)</sup> しかしながら、この法律も *childerert II* の勅令と同様な運命にあり、ほとんど実施されず、実質的に代襲相続制がドイツで確立したのは、漸く一六世紀に至つてである。<sup>(二九)</sup>

(一) F. De Coulanges, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, L'alleu et le domaine rurale*, 1889, p. 136 et suiv.

(二) V. Tacite, *Germanie*, 29, 32, 34.

(三) K. Wilher, *Beiträge zur ältesten Agrargeschichte des germanischen*, 1935. S. 12. 上原専祿「独逸近代歴史

学研究」第三論文参照。

- (四) K. Haft. *Geschlechterhöfe und frein Marken in Skandinavien und Deutschland*, vierteljahrsschrift für Sozial und Wirtschaftsgeschichte Bd. 28. Heft 2. 1935. ss. 126—7 : V. Ernst, *Die Entstehung des deutschen Grundeigentums*, 1926, S. 12 : W. Schlesinger, *Herrchaft und Gefolgschaft in der germanisch-deutschen Verfassungsgeschichte*, *Historische Zeitschrift* Bd. 176. Heft 2. 1953. S. 239.
- (五) シャヴンヌ、池本訳「フランス農村社会史」二二二頁から引用。
- (六) 野田良之「フランス法概論(上)」(一)二八頁。
- (七) 宮崎孝治郎「民法学の対象」五八頁。なおジッペンに関しては、ミッターイス、世良訳「ドイツ法制史概説」二〇頁以下、宮崎同書四七頁以下参照。
- (八) Brissaud, *Manuel d'histoire de droit privé*, 1908. p. 600.
- (九) *idid.*, p. 600. ミッターイス、世良訳前掲書二二二頁参照。
- (一〇) 青山道夫「家族の歴史」家族所収、三五頁。栗生武夫「ゲルマン古法のスケッチ」法の変動所収一三二頁以下。
- (一一) 栗生前掲書一五〇頁。
- (一二) 青山前掲書三四、三五頁、田中周友「世界法史概説」二〇四頁、中川善之助編「註釈親族法(下)」一九頁。
- (一三) 近藤英吉「ゲルマン固有の相続法」相続法の研究所収四二頁註八五参照。
- (一四) 栗生前掲書一四九頁以下。
- (一五) Glasson, *Le droit de succession dans les lois barbares*, 1886. (㊦と略す) p. 22.
- (一六) F. de Caurlanges, *op. cit.*, p. 139 : Denagiscarde, *op. cit.*, p. 37.
- (一七) Chsldeberti decretio, art. 1er, Denagiscarde はこの勅令の公布自体、当時代襲相続が一般に施行されていなかつたことを物語ると言ひつゝる。Denagiscarde, *op. cit.*, p. 38.

(一八) 普通、この勅令はローマ法の影響に基くと推定されているようであるが (Viollet, *Histoire du droit civil français* 1905. p. 892)、クーランジュはこの勅令の発せられたアウストラシアは、全くローマ法の影響が認められないところである」と述べている (Coulanges, *op. cit.*, p. 139)。

(一九) この勅令は、*avunculus* (母の兄弟) という詞を使用しているが、この詞は、フランク時代の他の法典と同様、*oncle* (伯叔父)、即ち *avunculus* (母の兄弟) と *patruncus* (父の兄弟) を指すと解されている。Viollet, *op. cit.*, p. 892. note 2. ともかく、この勅令の意味は明瞭ではなく、グラッソンに従えば、当時の慣行から推察すれば、息子と娘とが競合して相続するということはありえないことであつて、しかもこの勅令からも両者が競合するという結論は生じない。孫息子は娘が相続をなすとき、即ち息子が一人も存しない場合にのみ、娘と競合して相続した、と解される。更に、代襲相続が孫息子のみならず孫娘のために存在するとしても、孫娘は孫息子が存しない場合にのみ代襲すると推測すべきではないか。反対に、先に死亡した娘の孫息子は、もはや排除すべき婦女は存在しないから、息子と競合して相続すると解せないであろうかと述べらる。Glasson, ①. p. 22.

(一九) Lefebvre, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit civil français, l'ancien droit des successions*, t. I. 1912. p. 94. Baudry Lacantinerie et Wahle, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. VII. 1927. no 216. p. 255.

(二〇) Baudry-Lacantinerie et Wahle, *ibid.*, no 216 ; Denagiscarde, *op. cit.*, p. 38.

(二一) Glasson, ①. p. 22 : Glasson *L'histoire du droit et des institutions de France*, t. III. 1889. (③と略す) p. 167.

(二二) 「マルキュル (Formule Marculfe) には多数記載されているようであるが、入手することができなかった。ここでは、クーランジュがサン書式集第十二号書式 (Senonicae, 12) の遺言状を引用しているのを紹介しよう。この書式は

息子の一人を亡くした父親が、その死者の息子及び娘を死者の兄弟姉妹、即ち彼らの叔伯父母とともに遺産の分配に与らしめようとするものである。『わが愛する孫息子並びに孫娘たちよ。自分はお前たちの亡き父が持つていた遺産相続権をお前たちが、代位して、お前たちの伯叔父及び伯叔母たちと平等なる遺産の分前に与かることを希望する』*Coulanges, op. cit., p. 23. rappel à succession* は、*intra termino juris* と *extra termino juris* とに區別され、前者はローマ法が代襲相続を認める場合、即ち、孫、甥、姪になされるもので法定相続人たる資格をもつが、後者は、単に受遺者の資格が与えられるにとどまる。詳細は、V., *Planiol et Ripert, Traité élémentaire de droit civil français, t. III. 1027. no 1763, p. 392.*

(二三) *Lex Burgundionum, tit. 78.* 先死した息子の子は、その息子を代襲することができたが、息子に排除される娘は、その孫息子に対しては四分の一、孫娘に対しては二分の一を請求する権利が認められた。*Glasson, ①. p. 28. : Baudry-Lacantineri et Wahle, op. cit. no 316. p. 255.*

(二四) *Lex Wisigothorum, liv. IV. 5. 4.*

(二五) たゞせば、ヘルトラム (*Bertram*) は、その遺言書の中でつぎのように述べている。彼の父母が死亡したとき、莊園 (*rillae Crisciagus et Bodilus*) を残した。彼の兄弟が以前に死亡していなかつたとすれば、その遺産はこの兄弟と分割すべきものである。ところが、これらの兄弟たちには、甥があつたが、この甥は分割に関与する権利がなかつたと。*(Testamentum Bertrami, p. 202)*。またリンデンブローグ書式集第二号 (*Formulae Lindenbrogianae, 12*)、メルケル書式集第二四号 (*Formulae Merkelianae, 24*) も法は先死した息子の子が亡父の兄弟とともに遺産を分割することを許さなかつたのである。*Coulanges, op. cit., pp. 140—141. note. 1. 2.*

(二六) *Denagiscarde, op. cit., p. 39.*

(二七) *H. Regnault, Manuel d'histoire civil française, 1947. p. 39 : Viollet, Histoire des institutions politiques*

et administrations de la France, t. I. 1890. p. 243. 王位の男系の長子相続が確立したのはカペー王朝になつてからである。広瀬哲士「仏蘭西千年史」二〇〇頁参照。

(二八) 詳細は、中田前掲書三三六頁以下。原田慶吉「日本民法典の史的素描」二〇〇頁参照。但し、両書とも、その決闘が行われたのは九三八年としてあるが、外國文献は九四一年としているのが多し。M. Michélet, Origines du droit français cherchés dans les symboles et formules, 1837. p. 64; Viollet, Histoire du droit civil français, op. cit., p. 893; Glasson, ③. p. 167. note 3.

(二九) 一四九八年の Freiburg. 一五〇〇年の Augsburg. 一五二一年の Worms の帝国議会の決議によつて確立された。

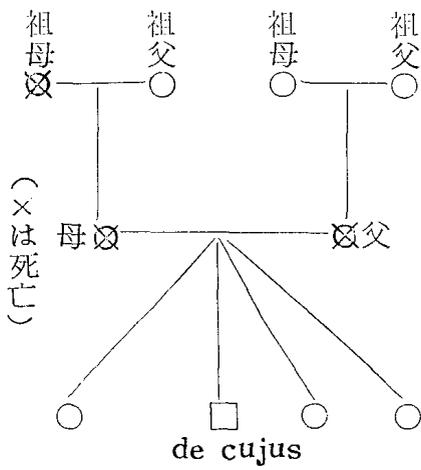
### 三 フランス古法

#### (一) 成文法地方<sup>(一)</sup>

一〇世紀から一二世紀にかけてのフランス古法は南部の成文法地方 (pays de droit écrit) と、北部の慣習法地方 (pays de droit coutumier) に分けられる。既に、フランク時代の部族的な慣習法は、諸部族間の交流の激増とともにその属人的性格を喪失し、それに代つて、地方的、特殊的性格を有する、属地的な慣習法が漸次に醸生されるのを見るのである。<sup>(二)</sup> 北部はゲルマン法に基く慣習法が支配的であつて、ゲルマン的家産意識を基礎にした無遺言相続が主として行われ、南部はローマ法の影響を受けて、遺言相続が優勢であつた。何故に、南部にローマ法が浸透したかを見るに、Jules César のガリヤ征服後といえども、ローマ人は、北部のゲルマン民族の圧迫により当該地方に余儀なく居住したから、ローマ文化を保持していた上に、ゲルマン民族の侵入後はブルグンド王 Gundobad の Lex romana Burgundionum、ヴィジゴート王 Alaric II の Lex romana Wisigothorum のごとく、ローマ人に対して属人主

義を適用する場合に、ローマ法が法典化せしめられた<sup>(三)</sup>。すぐれて、ガリア地方に顕著な影響を与えた後者は、Code Theodasien や Paul, Gaius の著書、Code Gregorien, Code Hermogenien を修正、簡素化したものであるから、七一〇世紀間に南部地方を支配したローマ法は、ユ帝以前のローマ法、無遺言相続については、プレートル法等で修正された原古十二表法であつて、新勅法を含むユステイニウス法典が導入されたのは、一一世紀末の註釈学派 (glossatores) によるローマ法研究の復興によつてである<sup>(四)</sup>。これらのローマ法の継受とともに、代襲相続も受け入れられたのであるが、その根拠について格別の検討もされず、ただ、衡平且つ妥当な制度であると当然視され、テクストの解釈にのみ専念されたから、当時の法学者の間では『代襲相続は法定の場合だけに限定されるか、代襲相続から推論される帰結は、他の類似の場合にも類推適用されるか』が主たる論点であつた<sup>(五)</sup>。

直系尊属では代襲相続は認められなかつたが、尊属と同父母兄弟姉妹が競存する場合には、新勅法第一一八号は、頭数に応じて平等の割合で相続をなすべきことを定めていたのであるが、この点について説が分かれている。たとえ



(Parlement) の採用したものであるが、Despeisse, Dupierier, Montvalon, Serres 等多数の学者や Bordeaux の

ば、三人の同父母兄弟と父系の祖父母及び母系の祖父とが競合する場合、遺産分割はいかに行われるかに関して<sup>(七)</sup>、第一説によれば、頭数に応じて分割し、父系の尊属のそれぞれは母系の祖父及び兄弟の各自と平等の相続分を取得すると主張するが、第二説は、兄弟各自は尊属の各系と同一の割当分を取得すべきであるから、兄弟三、母系の祖父一、父系の祖父母一の割合で五分分すべきだと説き、第三説は、遺産を頭数に応じて分割し、ついで、尊属各自に与えられる割当分を合算して、株分法により折半すべきだと言う。この第三説は、一六世紀に Toulouse のパルルマン

パルルマンは第一説によつてゐる。

直系卑属では、代襲相続は無限に許される。子が全員死亡して、孫達だけが相続する場合でも、代襲相続が認められ、株分法が行われた。<sup>(九)</sup>一三世紀、兄弟姉妹が全員が死亡した場合、その子達の相続に関して、頭分法を主張する Azon の説が優勢であつたにもかかわらず、<sup>(五)</sup>直系卑属の場合には、それは直接ユ帝の法学提要 (Institutes)<sup>(一〇)</sup> のテクストに抵触するゆえに用ゐられなかつたのである。成文法地方に隣接するオヴェルニュの慣習法 (Coutume d' Auvergne, liv. 12. art. 9) は株分法を規定してゐる。<sup>(一一)</sup>

傍系血族についても、代襲相続が認められる。成文法地方は新勅法に極めて忠実であつたので、代襲相続の利益付与は兄弟姉妹の子に限られ、分割方法もそれに従つた。兄弟姉妹全員が先死し、その子と尊属とが競合する場合に、被相続人の甥姪達は尊属によつて排除されるか否かに関しては、ローマ法においても解釈が分かれていたことは既に触れておいたが、Toulouse 及び Bordeaux のパルルマンは尊属のみを相続させたが、Paris のパルルマンは反対に甥姪はその父を代襲し、尊属と競合して相続することを認めた。<sup>(一二)</sup>甥姪が同一親等で第一順位に存する場合に、彼らはいかなる分割方法に服するかについては、屢々述べたように、代襲相続制度史上著名な Azon 対 Accurse の論争が存する。<sup>(一三)</sup> Accurse は、代襲相続は相続をなすべき子の利益のために認められるべきであるから、一親等の推定相続人が全員死亡したときであつても、株分法が行われなければならないと主張したが、この説は卑属では容認されたのに対して、傍系では取入れられなかつた。Azon は、新勅法が明確に異つた規制をなさないかぎり、普通法に復帰すべきであるから、兄弟姉妹全員の先死の結果、甥姪が尊属と競合して相続しない場合には、頭分法によるべきだと説いた。<sup>(一四)</sup>論争に勝つた Azon の説は一六世紀以後、Paris. Toulouse. Bordeaux のパルルマンによつて採用されるに至つた。<sup>(一五)</sup>

われわれはフランス古法の中で、同じ第一順位にありながら、直系と傍系とで、その分割方法を異にするのを見出すのである。従つて株分法あるいは頭分法いずれを支持する者も、他方に拡張して、統一的解決をなさんと努力したということは容易に想像されうる。しかし、かような一見、われわれには奇妙に見える現象も、当時の学者が、代襲相続は直系と傍系とではその目的を異にする<sup>(二六)</sup>と解釈していたことを想像するならば、首肯されるのである。たとえば、Pothier は、代襲相続は直系では、死者の卑属の数多の系統 (Lignes) 間の平等を維持するために設定されるので、株分法によるが、傍系では、ただ甥姪のためにのみ設けられているのであつて、決して傍系間の平等の確保のためではないから、当然頭分法が行われると述べている。がしかし、両者が果して、同一でない根拠に基いてると解しなければならぬのか、また傍系における代襲相続が単に甥姪が相続から排除されるのを防止する目的だけを有するにすぎないのか、の疑問は依存として存するのである。

## (二) 慣習法地方

慣習法地方は、ゲルマン的慣行と封建法にその基礎を置き、頑強にローマ法の受容を拒否しつづけた。従つて、僅か部族法に微かながらその痕跡をとどめている代襲相続制が浸透してゆく過程には、幾多の障害が存じたことは想像に難くない。その原因としては次の如きものが指摘されうる。

先づ第一に、ローマ法は濃淡の差はあつたが、極めて微弱な影響を慣習法地方に及ぼすにすぎなかつたので、代襲相続の原初的形態を規定したローマ法を知らない<sup>(二七)</sup>ということは代襲相続の受容を遅らした最大の原因である。

第二に、慣習法地方では、動産、取得財産 (Acquêts)、伝来財産 (Propres)、平民財産 (Biens roturiers)、貴族財産 (Biens nobles) 等財産の種類、ならびにそれと相続資格との結合態様に応じて、相続方法を異にしていたが、かような多様複雑な相続形態は、代襲相続の発展にとつて恰好な地盤を形成し難かつた。

第三に、当時、いまだゲルマン的共同体による家産共有が残存していたのみならず、封建制度の諸条件はかかる共同体を維持した方がより好都合ですらあつた。農奴家族はかような共同体を構成することにより始めて土地所有権を取得し、資本の蓄積によつて生活改善の方法と封建制度的圧迫との絶えざる闘争に堪えうる力を獲得することが可能であつたし、また、領主自体も共同体に構成されておれば容易に地代の納付、賦役(Corvée)の履行を確保することができたからである。<sup>(一九)</sup>ゆえに、家族共同体承継財産が他の家族共同体に流出することは極端に忌避され、そこには、もはや死者の意思の推測も遺言の自由も見出されない。<sup>(二〇)</sup>このような家族共同体が個人より優越し、家産が個別財産より優先する社会では、多少とも財産の分散をとまなう代襲相続が受入れ難いのは当然であろう。<sup>(二一)</sup>

第四に、封建制度は、領主(seigneur)と家士(vassal)間のフイエフ(Tief)を媒介とする身分的、経済的隷属関係を中核とするが、フイエフが分割されると、家士の武力の涵養の源泉が枯渇するおそれがあるため、フイエフ不可分の原則及び長子相続権が確立され、しかも常に軍役負担能力のある家士が温存された。<sup>(二二)</sup>従つて、それらを負担しえない年少者に屢々相続権を付与する代襲相続は必ずしも領主の利益とは一致しない。

第五に、所謂絶対主義国家が再編成された場合においても、代襲相続制は絶対主義国家の利益するものとも一致しない。王権は貴族階級をして、巧妙に王権伸長の具に供し、彼らをして中央集権的国家の維持、確立に貢献せしめるために、家産と榮譽を世襲さすことによつてその特権を擁護して、彼らを国家の重要な支柱たらしめんと企てたが、これは比較的数多の者に相続に加わる機会を与え、財産の細分(morcellement)を招来する代襲相続とは相反するものである。<sup>(二四)</sup>家産の維持と確保を通して家族を定着せしめることにより、国家目的に奉仕せしめる重大な支柱の役割を家族に付与する同一の政治的考慮でありながら、代襲相続制においては全く相反する結果、即ちローマではそれが容認され、フランス絶対王制下では禁圧されるのが見出される。

右に述べたような理由から、古代慣習法地方では、代襲相続制の概念は明確に把握されておらず、『代襲相続』なる用語が、最初に使用されたのは一三世紀に作られた *Les commentaires des Coutumes en Beauvoises* (ch. XIV des *Heritages nos 10*) においてであると言われているが、それは一般的な極めて曖昧とした意義のみを有するにとどまり、慣習法地方の代襲相続の嚆矢となすべき性質のものではない。<sup>(二五)</sup> もつとも、当時、代襲相続制が的確に施行されなかつたと推測するのが正当であるとしても、それが問題となり、論議を醸したという事実はある。推定相続人たる長子が先死している場合、長子相続権 (*droit d'aînesse*) を行使するのは、次子か、あるいは長子の子かという長子相続権の代位行使に關してである。<sup>(二六)</sup> *Bracton* は長子が死亡以前に主君に対してコメンダティオ (*Commendatio. homage*) をなしたことが確認されるかぎりにおいて、次子を排除する優先権が孫に与えられると解したが、*Très ancien coutumier de Normandie* によれば、次子、あるいは長子の子をそれぞれ優越さす相互に矛盾する二つの解決方法を定めている。<sup>(二八)</sup>

一六世紀、封建的危機とその再編成に対応して慣習法の固定化と公的編纂が行われたが、それと同時に代襲相続がはじめて慣習法地方で採用された。それは、慣習法の編纂者たちはローマ法に精通していたからであり、また、すでに呼戻相続 (*rappel*) の慣行によつて同一機能が果されていたので、代襲相続の重要性はつとに認識されていたからである。<sup>(二九)</sup> その当時の発展普及状態を *Loysel* は『嘗ては、代襲相続は行われなかつたが、今や、直系ではほとんどのすこにおいても、傍系では兄弟の子に至るまで、多数の慣習法によつて採用されている』と述べている。<sup>(三〇)</sup> 慣習法上の代襲相続は、ローマ法の影響が顕著に認められるにもかかわらず、その特徴は代襲相続を擬制 (*fiction*) として理論構成している点である。この擬制の観念は、*Dumoulin* によつて提唱され、後、周知の如く、ナポレオン民法典によつて採用されたものである。<sup>(三一)</sup> また、慣習法上代襲相続においても、直系は傍系よりも格別の困難をとまなうことも

なく、容易に受容された。たとえば、一五一〇年の Paris の慣習法は、直系に認めるにすぎず、<sup>(三三)</sup> 傍系に拡張されたのは、漸くその第二次の編纂にあたる一五八〇年である。<sup>(三四)</sup> Orleans 慣習法でも全く同様である。<sup>(三五)</sup> これは、すでに述べたように、古代法学者の間で、直系と傍系における代襲相続の目的に差異を設けていた解釈が慣習法にも影響を及ぼしていると考えてよいであろう。地方的、特殊的性格を有する慣習法は多様且つ錯綜しているので、個別的に列挙説明するのは避け、五つの範疇に概括分類するとどめる。<sup>(三五)</sup>

(a) 直系と傍系双方において、絶対的に代襲相続を排斥する慣習法。Artois, cout. de 1509, art. 60 ; de 1540. art. 63 ; de 1544. art. 93 ; Hainaut, chop. 90. art. 5 ; Douai, chap. 2. art. 15 ; Ponthieu, art. 8 ; Boulenois, art. 71. 83.

(b) 直系では代襲相続を認めるが、傍系では排除する慣習法。Senlis, art. 136. 159. 160 ; Meaux, art. 141 ; Montargis, chap. 15, art. 4—8. I.

(c) 直系では無限に代襲相続を許すが、傍系では甥姪がその叔伯父母と競合する場合だけ認める慣習法。Paris, art. 319, 320 ; Etampes, art. 119. 120. Dourdan, art. 113. 115 : montfort. art. 104. 105. : péronne, art. 191. 195. 197. : Laon, art. 74—76. : Châlons, art. 81—83 : Vitry, art. 66 ; Troyes, art. 92 : Chaumont, art. 70 : Amiens, art. 69. 70. : Calais, art. 110—112 : Melun, art. 257. 261—263 : Orléans, art. 305. 318. 319 : Chartres, art. 93 : Dreux, art. 83 : châteauneuf, art. 115 : Auxerre, art. 247 : Berry, chap. 19. art. 63 : Bourbonnais, art. 306 : Haute-Mauche, art. 219 : Angoumois, art. 81 : La Rochelle, art. 53 : Comté de Bourgogne, art. 47 : chaunay, art. 38. 39 : Valais, art. 87 : Mantes ; art. 164. 165.

(d) 直系、傍系双方において、無限に代襲相続を認める慣習法。Grande-Perche, art. 151 : Souraine, art. 287 : Maine. art. 241. 286 : Anjou, art. 225. Auvergne, chap. 12. art. 9 : poitou, art. 277 : Saintongne, art. 104 : Bretagne, art. 592 : Loandunois, chap. 27. art. 30.

(e) 一定の有資格者または財産の種類に応じて代襲相続を認める慣習法。原則として(b)に従うが、Nivernais (chap. 34. art. 10-13) は不動産に対してのみ認め、また Argonne (chap. 13. art. 4. 5) では伝来財産についてのみ認め、取得財産に対しては許容しない。Reimes (art. 50. 53. 300. 309) は(d)により、直系では無限に、傍系ではフイエフについては甥姪だけ、平民財産に対しては無限に許容する。Normandie (art. 238. 240. 241. 304. 305. 309) は伝来財産に対しては無限に、動産及び取得財産については甥姪に制限される。

(一) ボアソナードによれば、成文法地方 (pays dl droit écrit) の表現が最初に用いられたのは、一二五〇年の Saint-Louis の国王の公開状 (Lettres patentes) におけるボイソナド (Boissonade, Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique, 1873. p.357. a)。

(二) Bruntais は慣習法の形成状態を、Roussillon の comté について、「各都市、各村落においては、特別の規則が多様な情況の力に基いて形成される。そこが、無数の地域的慣習法が生ずる。それらは、すべて共通の基盤を有するのであるが、また相互にある特殊な規則によつて区別されるのである」と述べている。(Brutails, Etude sur la condition de la population rurale du Roussillon au moyen âge. 1891. p. 32)。

(三) 慣習法地方と成文地方の法形態に関しては、加藤一郎「フランスにおける農地相続」七頁以下、野田前掲書一六三頁以下、Brandt, Droit et coutumes des populations rurales de la France, en matière successorale, 1901. p. 25. et suiv., Lex Romana Burgundionum は写本 (manuscripts) ではなく「単に「Lex romana」と称されるが、純然たるローマ法でブルグンド的要素は全く含まれていない。また「Lex Romana, Wisigothrum」とは慣行上の呼称で四十四の写本のいずれにも記載されず、一般には Lex romana, Liber legum. Codex Theodosianus, Breviarium Alarici と称される。この法典も純粹ローマ法であつて、西ゴートの要素は全くないと言われている (Coulanges, op. cit., p. 99. note I. 2)」。なお田中周友「世界法史概説」一四六頁、戸倉広「羅馬法の世界史的使命」九五頁参照。

(四) Denagiscarde, op. cit., pp. 42—43. 一〇世紀までのフランス地方に行われたローマ法系無遺言相続規定は宗族関係を基礎としたものであつて、血族関係を基礎とするそれはローマ法の継受以後である。従つて、それ以前では Viollet が指摘しているように、女系の直系卑属に男系のそれと同等の地位が付与されていないことを示すものである (Viollet, Histoire du droit civil français, op. cit., p. 890)。

(五) Denagiscarde, op. cit., p. 45.

(六) Nov., 118, chap. II. 「遺産は人数に応じて分配すべし。即ち尊属親、兄弟姉妹各自平等とす」。

(七) 以下は Denagiscarde, op. cit., p. 47 et suiv.

(八) *ibid.*, p. 48.

(九) 次節参照。

(一〇) *Instit.*, lib. III. tit. I. § 6. Accarias, op. cit., p. 1168. 末松訳「ユスチニアヌス帝欽定羅馬法学提要」三卷、第一、六、二七四頁。

(一一) Denagiscarde, op. cit., p. 49.

(一二) *ibid.*, p. 51.

(一三) Baudry-Lacantinerie et Wahle, op. cit., no 318. p. 258; Viollet, op. cit. p. 894; Brissaud, op. cit., p. 601.

中田前掲論文三三五頁参照。

古代フランス法律家は大体両者の見解に従い二分されている。

アックルスを支持する者 = Faber, Dumoulin, Tiraqueau, Gui Pape, Rauchin.

アンズを支持する者 = Cujas, Maynard, Papon, Simond' Olive, Ferrière, Despeisse, Serres, Morgues. Julien,

Montvalon.

- (一四) Denagiscarde, op. cit., p. 52. Accarias, op. cit., p. 1163. V., Instit., hb, III. § 4.
- (一五) Denagiscarde, op. cit., pp. 53—54. アンソンの見解は、ドイツにおいては、一五二九年に Spire の帝國議會によつて正式に採用された。Viollet, op. cit., p. 894.
- (一六) Pothier, Oeuvres annotées par Bugnet, t. VIII. p. 87. cité par Denagiscarde, op. cit., p. 505.
- (一七) Denagiscarde, op. cit., p. 65. しかしながら、ローマ法が慣習法地方で全面的に行われなかつたことを意味するのではない。なお、野田前掲書上巻(2)二七四—二七五頁参照。事実、アンジュウ、メエヌの古代慣習法では、ローマ法の影響が顯著である。Glasson, Droit de succession au moyen age, 1893. (②と誤す) p. 2.
- (一八) マルク、ブロックは「(默契的共同体 = communauté taisible = 大家族制度は) Paris 周辺では一六世紀以前にほとんど行われなくなつたとおもわれる。これに反して、Berry, Maine. Limousin ならびに Poitou の一部では、フランス革命の前夜においても、なお盛かんに行われているのが見られた」と言つてゐる。M. Bloch. Les caractères originaux de l'histoire rurale française, 1952. p. 170.
- (一九) ラヴレー、長野兼一訳「原始財産」三三四—三三七頁。永代所有の農奴には相続権はなく、その財産は死亡とともに領主に返還されたが、共同体を形成しているときは、代々承継したのである。そして領主は共同体の最後の残存者が死亡するときに、はじめて取得するのである。
- (二〇) 伝来財産 (propres) と取得財産 (acquêts) の区別もこれを示している。即ち、前者は祖先より承継された不動産で家産的性格を帯び、その処分も五分の一の限度で許されるが、後者は動産と同様、自由な処分に委ねられた。加藤前掲書一〇頁参照。
- (二一) かような事実を示すものとして、ラヴレーを引用して置こう(前掲書三五七頁)。「男子が死亡する時は、相続によつて何人にも何物をも伝えない。共産体内には主だつた少数者がある。彼らは先祖以来連続して死亡者のある場合には

死亡者の所有した分を取る。これは相続権によつてではなく、不可減の権利 (non décroissement) によるものである……もし死亡者が子供を残しており、そして子供が男児ならば、子供達は共産体内に加えられ一員となる。これは父が彼らに何物をも伝えなかつた以上、世襲権によるものではなく、彼らが共産体内に生まれ、共産体内の福利に尽すため生まれて来たと言う単なる事実に基づくものである。もし子供が女兒である場合には、彼らは一分前に対する権利を有するにすぎない。かくのごとくこれらの共産体の特異の性質がはつきりと示されている」

(一一一) Lefebvre, *op. cit.*, p. 95 ; Glasson, ③. p. 495 ; Glasson, ②, p. 89.

(一二三) ブルボン王朝のルイ一三世の宰相リシュリューが国王へ語つた「政治的遺言書」の中に、本文のとき、絶対王制の対貴族政策が明白に看取される。(世界歴史辞典第二四卷史料篇西洋一四一六頁参照)。

(一四四) Glasson, ③. p. 495. ②. p. 90.

(一四五) Denagiscarde, *op. cit.*, p. 69. et suiv.

(一五六) Glanvill, VII. 3. 「父の相続において、彼らの中のどちらが優先せしめられるべきや息子(次子)なるや孫(長子の子)なるやは、法律上大なる疑問なるを常とする」

(一七) Pierre Espivent de la Villeboisnet, *Le droit d'aînée dans la coutume de Bretagne*, 1901. p. 1 ; Glasson, ②. p. 26 ; Denagiscarde, *op. cit.*, p. 70. イギリスでは、長子の子に代襲相続が許されたのは Henri III. の時代である。

(一八) Glasson, ②. p. 21 ; P. E. de la Villeboisnet, *op. cit.*, p. 2 : Très ancien coutumier de Normandie, chap. 12 et 32. éd. Tardif. p. 12 et 27 : 同書の前半では、長子の子の代襲相続を定める。グラッソンはこの矛盾を説明して、別々の典拠から引用したので気付かなかつたか、またはどちらか一方は後の写本の中に書き加えられたものか、いずれかであるが、おそらく後者であると言つてゐる (Glasson, ②. p. 26)。

- (二九) Denagiscarde, op. cit., pp. 80—81.
- (三〇) Loysel, *Institutes coutumières, Succession, règle 5.*
- (三一) Denagiscarde, op. cit., p. 82.
- (三二) Paris, coutume de 1510. art. 149. 「傍系においては、代襲相続は行われぬ」
- (三三) Paris, coutume de 1580. art. 320 「甥あるいは姪が死者の兄弟姉妹とともに、叔伯父母を相続する場合には、傍系においても、代襲相続が行われるものとす。しかし、当該代襲相続の場合には、代襲相続人は頭分でなくて、株分によつて相続するものとす」
- (三四) Orléans, coutume de 1509. art. 249. 「傍系相続においては、利害関係人全員の同意を得るにあらざれば、代襲相続は行われぬものとす」 Orléans, coutume de 1583. art. 318. 「傍系にあつては、甥及び姪は叔伯父母の相続において、死者の兄弟姉妹とともに代襲相続するものとす。しかし、代襲相続の場合においては、代襲相続人は頭分でなく、株分によつて相続するものとす。しかし当該親等を除き、代襲相続は行われざるものとす」
- (三五) 主として用いた参考書は以下のものである。H. Klimrath, *Etudes sur les coutumes*, 1867. p. 139. et suiv., : Lefebvre, op. cit., p. 95. et suiv. : Viollet, op. cit., 890 et suiv., : Glasson. ③. p. 496. et suiv., ②. p. 89 et suiv., : Baudry-Lacantinerie et Wahle, op. cit., p. 256. et suiv.,