

## 相続権に関する二三の考察

川上, 房子  
九州大学法学部助手

<https://doi.org/10.15017/1385>

---

出版情報 : 法政研究. 27 (1), pp.89-116, 1960-07-31. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 相続権に関する二三の考察

川 上 房 子

は し が き

- 一 相続権の基本理念——序論——
  - 二 遺留分制度と廢除制度との相互關係
  - 三 遺言相続主義と相続欠格制度
- あ と が き

は し が き

人が死亡した場合にその者と一定の親族關係にたつ者は、死者の財産上の法律關係を法律上当然に承継する。このいわゆる狭義の相続権の根拠については、種々の説明がなされてきた。しかし、相続権の根拠は、相続が「財産の法と親族<sup>(一)</sup>家族關係の法との両者の融合点である」<sup>(二)</sup>ことから、一元的に説明することは困難であり、それは、私有財産的諸要素の総合的な解明と、他の諸制度（ここではさしあたり遺留分制度、相続人廢除制度および相続欠格制度）の根拠の相互的な理解をまって初めて明らかにされるのではないかと考えられる。本稿は、かかる観点から、最初に相続権に関する仮説的な見解を述べ、次いで右諸制度間の相互關係および相続法上の意義につき考察しながら、相続権の根拠に関する私見の理由づけを試みたものである。

問題に取り組んで日も浅く、十分な資料もなしに未定稿の状態で発表することには、非常に躊躇させられるのであるが、この機を外しては本誌に掲載させて頂くチャンスもないため、急遽まとめてみた。諸先賢の御批判を仰ぎつつさらに攻究を進めたく思っている。

(一) 川島武宜「民法(三)有斐閣全書(昭二六)一一六―七頁。

## 一、相続権の基本理念 —— 序論 ——

私有制のもとにあって、人は誰しも、生前にそうであったように、自分の死後もその財産を自由に支配し続けたいと希う。そして、被相続人の自由意思に基く処分がなされた場合、人情の常として、一定範囲の近親者に遺産が帰属するものである。法定相続人は、このような「人類の本然の愛情・近代市民の共通の意識を推測して」<sup>(一)</sup>法が定めたものと説かれている。しかし、被相続人に、死後処分の完全な自由を認めるとき、遺言者が法定相続人に相当する近親者のみを相続人に指定する必然性は存しない。青山教授も指摘していられるように相続制度の根拠は一元的ではありえない。<sup>(二)</sup>相続の根拠について通説的学説は「家族員の生活保障」<sup>(三)</sup>ないし「親族的扶養——扶養義務の死後履行」<sup>(四)</sup>(扶養説)および「潜在的持分の顕在化」<sup>(五)</sup>(清算説)を挙げられる。しかし、私有財産制の法体系の下において、相続制度が私有権の死後延長を基調とするものである以上、法定相続人の相続権は、絶対的支配者である被相続人の意思を規整してこれを制度的に補充するために賦与されたものと解するべきではないかと考える。<sup>(六)</sup>

ところで、相続権が遺留分によって確保される理由すなわち遺留分の認められる基礎に関して、通説は、家族相続権と遺言自由という原理的に相対立する二つの原則を調和妥協せしめてその境界を定めることにあると考える。これに対して有泉教授は遺留分制度の基礎は潜在的持分の顕在化および扶養義務の延長の二点に存すると主張されている。<sup>(八)</sup>

このように、相続権の本質は、相続法体系における最も根本的な問題であるかにかかわらず、統一的な見解に至るほど論争されてはいないのである。暗中を模索しながら、わたくしは、次のように考えてみた。特定の法定相続人に遺留分が認められている根拠は、彼らが他の相続人に比して、相続法上特に相続権を確保されている理由の中に見出されると思う。遺留分権者は、被相続人の普遍的な意識を超えて、被相続人の意思に反しても相続権を保障されるべき者という確信に基いて、法が実質的に保障するところの最低限度の法定相続人ではないだろうか。<sup>(九)</sup> 相続権の根拠は被相続人の意思の法制度的な定型化にある。そして遺留分は、相続制度の秩序維持に奉仕するものとして最低限度の相続権を劃するものである。以上のような相続権概念の仮説的な把握を前提として、わが民法に近代的な思潮を見出すことに努めてみたい。

(一) 我妻栄・有泉亨「民法Ⅲ」(昭三一)二三七頁。

(二) なぜなら「近代相続法には個人主義的、社会的、家族的目的が解き難く錯綜して」いるからである。青山道夫「家族法論」(一九五八年)二四六頁。

(三) 中川善之助「家族形態と相続形態」末川先生還暦記念「民事法の諸問題」(昭二八)一三七頁。本論文で中川教授は「家族的協同の継続確保」と「外部的権利関係の安定」とを相続制度の副次的な根拠として挙げられている。以下本論文を「家族形態」と略記する。

(四) 岩垂肇「相続の根拠と現代相続法の目標」民商法雑誌二六卷四号(昭二六)五頁。

(五) 中川善之助「民法大要(下巻)」(昭二九)一八〇—一頁。以下本書を「大要」と略記する。

(六) わたくしは、遺言による相続権の賦与は被相続人の所有権に含まれる自由処分権行使の結果的現象であるが、法定相続人の取得する相続権は私的所有権の絶対性を制約した結果もたらされる権利であると考える。両種の相続権は、このように成立の根拠を異にするのであるが、その内容において両者に質的な相違はないように思われる。本文に述べたような見地からは生存

家族員の生活保障や扶養を相続の効果と解することとなり、これを目的とされる通説とは大いに見解を異にするのである。

相続の根拠を協同生活体の生活保障または扶養に求める説を稲子氏夫妻は徹底的に糾弾される。「家族的共同生活が相続の根拠であるなら……被相続人と生計を一にしていたものは、例外なくすべて、被相続人とのような親族関係にあるかに関係なく第一順位法定相続人となるべきである。……相続が生活保障だけを根拠としているのなら相続人の範囲は、被相続人の死亡当時その扶養をうけていた者だけに限らるべきである。……今日の相続法はこのような建前をとっていない」と。

稲子恒夫・宣子「相続と生活保障」民商法雑誌四〇巻六号（昭三四）四一七頁参照。

一方、川島教授は、財産が家協同体の所有であることに基くところの・協同体員の潜在的な所有関係に由来する相続は、財産が氏族や家協同体の所有に属していて、氏族長や家長が単にその管理者であるにすぎないような前近代的所有型態の下で見られる現象だとされる（川島・前掲書一一七―一八頁）。

(七) 中川「大要」三〇七頁。木下明「相続」法哲学講座第八卷（昭三一）一一〇頁。本文においては、遺留分に関して最も造詣深くあられる高木助教の文章を引用させていただいた。高木多喜男「近代的遺留分制度序説」神戸法学雑誌七卷二号（一九五七年）二二二頁。以下本論文を「序説」と略記する。

(八) 有泉亨「相続法」法律学講座（昭二七）三一―四頁。この見解は、本書において初めて明らかにされたものであり、その後の補正版（昭三一）および我妻・有泉前掲（昭三一）にもそのまま引き継がれている。教授は、親が残した財産をなぜ子が相続するかというのは相続権の根拠であるに対して、親はなぜその財産を子に残さなければならぬかというのは右とは別個の遺留分の問題である。そして一般にこの問題を区別せずに論じているがこれは誤りである、と鋭い批判を投ぜられたのであった。

しかしながら、相続権に関する通説的見解に向けられた批判（前述註六）は、有泉教授の遺留分に関する見解に対してもまた言えることではないだろうか。

(九) 法定相続人の範囲も、「被相続人の意思の推測」にとどまらず法が公的な立場から要請する「当為的要素」が不可分に結びついて定型化されたものだ<sup>(五)</sup>と解する。その当為的な確信に至る諸要素の根底をなすものとして、近代市民の意識——具體的には、血縁を紐帯とする夫婦・親子間の情義——が考えられる。これは同時に相続制度の基調でもあると思う。

## 二、遺留分制度と廃除制度との相互関係

一 遺留分制度には、沿革的法理念的に全く対立する二つの流れがある。すなわち、前近代的な家産思想に基礎をもつゲルマン法系の考え方を発展させたフランス慣習法起源の遺留分 (*reserve*) 制度と、被相続人の遺産に対する絶对的支配権を規整するために生まれたローマ法系の義務分 (*legitima pars*) 制度とが存する。<sup>(一)</sup> わが民法上の遺留分制度は、フランス民法・スイス民法とともに、根幹において前者に属すると解されている。<sup>(二)</sup> 他方、遺留分の制度的意義は、私有財産制度下における処分自由の要請と、法定相続主義の調和妥協にあり、遺留分はそのための防壁・境界を劃するものとされている。これらの点に関して格別の異論は存しない。<sup>(三)</sup> ところが、遺留分の根拠如何の問題に関しては、前述のように、看過できないほどに根本的な学説の対立がある。<sup>(四)</sup> この問題の解決なしに遺留分制度を論じることが妥当でないように思われる。問題解決の糸口として、まず、紙幅の許す範囲で、遺留分制度の歴史を取扱うこととする。<sup>(四)</sup>

(1) ゲルマン法における遺留分権は、相続期待権 *Wartrecht* 変遷史の中に見出される。ゲルマン古代において家族の財産は、<sup>(五)</sup>家父と家族共同体 *Hausgemeinschaft* の共有に属しており、家父は単なる管理者にすぎなかった。<sup>(六)</sup> しかも、共有家産の維持という経済上の必要から家産の処分は認められず、家父の地位の承継のみがなされていた。「家族共同体にある子には遺産なし *Vom kind in Hausgemeinschaft fällt kein Erbe*」の原則が当時の事情

を端的に示している。家産は実質上家族共同体全員によって受け継がれた。したがって、この時代の相続権は親族権の一分派であり、<sup>(七)</sup>家族構成員は家産全体の上に遺留期待権とでもいうような相続上の権利を有していた、とみることができると思う。

ついでフランク時代に入ると、単独所有形態が発達して、例外的ではあるが家父および家子に財産の自由処分権 *Freirechtsrecht* が認められるようになった。当時の社会生活の動揺に伴う転居のため処分の必要を生じたほか、遺言相続を原則とした卓越せる文物としてのローマ法の導入と、「汝の男子とともにキリストにも地位を与えよ。キリストにも一子の分を与えよ」と説くキリスト教会の喜捨の勸説とが単独所有権を認める動機になったといわれている。<sup>(八)</sup>家父は、自由に家産の分割を行ない、自己の所得分（＝自由分権）を教会に寄附できるようになったが、自由分の額は家産維持のために制約された。<sup>(九)</sup>家父の自由分を現実に制限できる家子の権利を、相続人の期待権 *Erbenwartrecht* または単に期待権 *Wartrecht* といふ。<sup>(10)</sup>家父が自由分割権を取得した結果、家子の持分は期待権の限度に縮限された。その反面、家父は期待権の持分を家子に遺す義務を負った。この義務的部分がゲルマン法にいわゆる遺留分である。フランク時代の遺留分は家産維持のための不可侵的相続分であったと解されよう。

フランスでは、古法 *ancien droit* の時代に北部の慣習法地方 (*pays de coutumière*) でゲルマン法の伝統を採り入れ、不動産の贈与に「親族の同意 *laudatio parentum*」を必要とした。<sup>(11)</sup> *laudatio* の資格は、その当初である十世紀前後には親族が有していたが、十二世紀には相続権と結びついて相続人により行使されるようになった。さらに十三・四世紀に至り、「合理的な喜捨の贈与 *I'elemosina rationabilis ; donatio in elemosynam*」には親族の同意を不要とし、その合理性の判断は仲裁人や裁判所に委ねられることとなった。<sup>(12)</sup> こうして「慣習法上の遺留分 *réserve coutumière*」<sup>(13)</sup> が成立し、自由分を超えた処分は無効ではなく減殺されるにすぎないものとなった。遺留分は相続人に限

って認められ、相続を放棄した相続人は遺留分権を失った（遺留分相続分説<sup>(一四)</sup>）。*réserve coutumière* は、やがてローマ法の義務分制度の影響を受けて変容するが、相続分説としての性格は失われず今日に及んでいる<sup>(一五)</sup>。わが国でも、古く律令の時代に、養老令が家人奴隷を除く財産や父祖伝来財産の遺言処分を禁じているが、それはゲルマン法的な法定遺産相続人の遺留分と解されている<sup>(一六)</sup>。

(2) ローマ法の義務分 (*legitima pars*) は遺言自由に対する制限として現われた。

ローマ法では、家長の絶対的な *familia* 支配権を反映して、遺産に関しては自由処分が認められ、遺言相続体制<sup>(一七)</sup>がとられていた（十二表法<sup>(一八)</sup>）。家長は全現存物の上に絶対的排他的な支配権を有していたことから、家長により遺言の権利が濫用されるのを避けて相続人を実質的に保護するための制度が考案された<sup>(一九)</sup>。不論遺言の訴 *querela inofficiosi testamenti* は、適当額の遺産を近親に与えない遺言を不倫遺言とし、無遺言相続分（義務分ではない）の回復を認めた。血族には、無遺言相続分の四分の一額が義務分 (*quarta legitime partis*) として保障されていた。この制度の不<sup>(二〇)</sup>合理がユスティニアヌス帝によって改正されて、義務分補充の訴 (*actio ad supplendam legitimam*) が確立した。不倫遺言の訴による取消は、必然相続人が被相続人より何も出捐を受けない場合に限り認められ、義務分以下の出捐を受けたときには、扶養義務 (*officium pietatis*) に反するとの理由で義務分補充の訴が提起されることとなった。補充訴権は相続請求権ではなく、義務分に不足する額の支払を他の相続人に求める人的請求権にすぎない（遺留分債権説<sup>(二一)</sup>）。債権的構成をとる補充訴権は近代的要求によく合致するところから、後世のフランス法やドイツ法の遺留分の発達に影響を与えた<sup>(二二)</sup>。すなわち、

フランスの南部成文法地方 (*pays de droit écrit*) はローマ法の *legitima* 制を採用して補充訴権を認めていた。そ



の後、一時、平等思想を自由意思に優先するものとみて自由分額を極度に制限した中間法 *droit intermédiaire* の時代には慣習的な *réserve* 制度が支配していた。<sup>(三三)</sup> 民法典 *Code Civil* が成立する過程において、幾たびもの激しい論争<sup>(三四)</sup>の後、新しい社会秩序に添うものとして *legitima* 制度が勝利を占めた。しかし法典編纂者は慣習法地方の伝統力を否定し去ることはできなかった。現行法は遺留分を *réserve* と表現している<sup>(三五)</sup> (第九一三)。*legitima* の内容が *réserve coutumière* の影響でかなり変容されていることを示すものといえる。<sup>(三六)</sup>

ドイツ民法典もまたローマ法の対人訴権としての遺留分制度を採り、遺留分請求権 (*Der Anspruch auf den Pflichtteil*) が相続開始と同時に発生し、相続及び譲渡の対象になりうると規定する<sup>(三七)</sup> (第二三)。<sup>(三八)</sup> 遺留分請求権は法定相続分の半額に相当する純粹の金錢債権なのであるが<sup>(三九)</sup> (第三三)、相続人及び遺留分権利者がこれを遺産の一部に対する権利に変更することを裁判所に請求できるようにする修正のうごきがある。<sup>(四〇)</sup>

(一) 両者を要領よく比較したものに、*ch. Beudant, Cours de droit civil français, 2<sup>e</sup> éd., t. IV, 1934, n. 125, P. 173* があ  
る。

(二) 原田慶吉「日本民法典の史的素描」(昭二九)三一八頁。以下において本書を「素描」と略記する。

(三) 前述 九二頁註(七) (八) 参照。

(四) 遺留分の存在理由および法的性質を比較法的に論じられたものに、五十嵐清「遺留分制度の比較法的研究」法学協会雑誌六八巻五号・六九巻二、三号(昭二五—六)があり、遺留分を社会的地盤との関連において捉えようと、歴史的に検討された、高木多喜男「*Reserve Coutumière* の歴史的考察」神戸法学雑誌五巻三号(一九五六年)―以下本論文を「考察」と略記する―、また遺留分の近代的性質を把握するため価値を中心に考察された、高木「序説」(前出九二頁(註七))などの労作がある。遺留分に関するわたくしの知識導入は、主として右お二人の学恩に負うてなされた。本稿では、相続権との

絡み合いに着目しながら考察するにとどめた。

(五) 当時家父妻子各家族の単独所有に属したのは僅かに武器・衣服・装身具等の個人的使用物のみであり、その他の総ての財産、例えば家畜・奴隸・土地等は家父及び家族の共同所有に属し家産を形成した（久保正幡「フランク時代の家族共同体と自由分権の発展」法学協会雑誌五四卷一号＝昭一＝三〇、四一頁以下参照）。

(六) ゲルマンの家共同体における組織原理については、高木「考察」五九七―八頁参照。

(七) 相続人は生まれながらの存在であった。しかし血族相続人のない場合に相続人の指定が行なわれた（高木「考察」六〇〇頁）。

(八) 久保・前掲二号四―五、二八、八〇―一頁参照。

(九) その額は部族法により異なるが、大体頭分の一（Kapftell）、五分の一、三分の一が多い（五十嵐・前掲・六八卷五号四七頁）。自由分はやがて喜捨以外の目的のためにする自由処分権へと発展してゆくのである（久保・前掲三号七〇頁以下）。

(一〇) 久保・前掲一号三一頁。

(一一) *laudatio parentum* の制度は八二〇年以來行なわれるようになったといわれている。Voy. J. d. Laplanche, *La Réserve coutumière dans l'ancien droit français*, 1925, p.67 note 1. 五十嵐・前掲五〇頁以下。高木「序説」六一―八頁以下。

(一二) Laplanche, *ibid.* pp. 162 et suiv.

(一三) *réserve coutumière* とまた *la réserve des quatre-quinis des propres* とも呼ばれたようである。Voy. Beudant, *ibid.* n. 124, p.172.

(一四) 五十嵐・前掲 五四頁。

(一五) Voy. V. Weil-Ribourg, *Le droit des héritiers a leur réserve en nature*, 1935, pp.7 et suiv.

(一六) 原田「素描」三二八頁。

(一七) もっとも、当初の相続は家長権の承継と考えられ、法定相続のみが行なわれていたが、比較法制史的にみてきわめて早くから遺言が採用された(五十嵐・前掲四二頁)にすぎない。

(一八) 例えば、フリア法、ウオコニア法、ファルギデア法等。いずれも、後法が前法の不合理を是正したものである。ファルギデア法に至って、遺言者は財産の四分の三を超えて遺贈できないことになり、相続人は四分の一額が確保されることとなった(ガイウス「法学提要」船田亨二訳一八一―一七〇頁)。ファルキディアの四分の一額(Quarta Falcidia)は後世に影響を及ぼし、遺留分は帝政後期しばしば単にク Falcidia とも呼ばれたほどである(久保・前掲三号四一―二頁)。(一九) 義務分額の指定を受けた者はその限度で満足せざるを得ないのに、義務分以下の指定を受けた者は遺言の無効を主張して無遺言相続分の全額を相続するという、非常な不均衡を生じた。

(二〇) 相続人となることが義務分の前提条件とされていなかった事例につき原田「素描」三二二参照。

(二一) 五十嵐・前掲 四六頁。

(二二) Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 1936, t. V, n. 105, p.99. 五十嵐・前掲六三一―六頁。

(二三) その内容については紙数の都合で省略する。Laplanche, pp.306 et suiv., 613 et suiv. 五十嵐・前掲六三一―七〇頁。原田「素描」三二二―四頁。

(二四) 学説判例は一致して相続分説をとり、遺留分は被相続人による無償処分を禁じられた法定相続分であると解している。

五十嵐・前掲七二頁。A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, 4<sup>e</sup> éd., 1925, pp.

709—10.

フランス民法典に倣ったわが国の旧民法典(明二九)ならびに改正民法典(昭二二)もまた根幹においてはこの相続分説

に立つのである。遺留分を扶養請求権とみる債権説を排して最低限度の相続権とみるわたくしの見解（前述九一頁）はここに過ぎている。それは権利（遺留分減殺請求権）の上に眠る者には保護されない弱い権利であり、遺留分に関する諸規定の後見的補充的なことを理由づけているといえよう。遺留分は、財産の一部ではなく、法定の分数的割合をもって具体的に計算される一定の財産額とみること今日の通説である（有地亨「遺留分」民事法學辭典上Ⅱ昭三五Ⅱ六一頁）。

(二五) 近藤英吉「独逸民法Ⅴ相続法」現代外国法典叢書第五卷（昭三〇）三八〇—一頁。

二 相続人廃除の制度 *exheredatio* は、ローマ法において、<sup>(二)</sup> 家父がその家族財産を維持する上で必要と認められた場合に、相続人たる家子からその相続権を奪ったところに起源をもつ。家子は家族財産について一種の共益権を有していたため、彼の相続権の剝奪には彼を排斥 (*abdicatio*) することを要した。法的な排斥は輕流刑 (*relegatio*) の緩和されたものであって、<sup>(三)</sup> 民刑両責任が未分化な時代に、家庭の審判官として専制的な支配自治権をもつ家父が子に科す一刑罰であったと考えられる。廃除は、(1) 遺言の中で (2) 公式例文に従い (3) 全財産について なされることを要した。この要件の一つでも欠く廃除は遺言そのものを無効とするほど遺言の形式性は嚴格であった。しかし形式主義は却って遺言者の意思の実現を妨げる結果となったため、漸次緩和され、さらに相続人保護のために廃除事由も法定されるにいたった。とりわけ五四二年のユスティニアヌス帝の新勅法 *Novellae* 第一一五号は、今日の廃除制度の成立に重要な資料を提供した。<sup>(三)</sup>

フランス古法は、成文法地方において、ローマ法の慣習的な訴訟手続を通じて判例上廃除制度を採用した。<sup>(四)</sup> 十三世紀における廃除は、相続人から相続財産の処分権を奪うものにすぎず、廃除された相続人は、なお *légitime* と *reserve* とを保有できた。<sup>(五)</sup> 廃除の効力はこのように弱いものであったが、廃除に当ってその理由を明示する必要はな<sup>(六)</sup> かった。相続権は被相続人が賦与するものである以上、その剝奪もまた彼の意思にのみ基くとされていたのである。

つまりこの時代の廃除は、家産を維持発展させるために適当な者ではないと判断された相続人の処分権を否定するだけのものにすぎない。<sup>(七)</sup> 相続財産を全面的に剝奪するための廃除は十六世紀になって漸く認められるようになったのであるが、被相続人による廃除権の濫用に備えて、「形式上の宣告」と「正当な廃除理由」との二要件が定められた。<sup>(八)</sup> 相続的利益に関する相続人の非行のみが廃除事由とされていることから、廃除の制度が、特定の過責を犯した相続人に民事上科される刑罰に変容したことを知ることができる。<sup>(九)</sup>

中間法は一七九三年三月七日の法およびこれに続く諸法により、古法時代の廃除権を廃止し、北部地方の伝統を重んじて失権の原理 *dés hérence* を採用した。<sup>(一〇)</sup> 相続権は法によって認められたものであることから、また慣習法的にその失権 (*dechéance*) の事由が知られていた。そして失権事由は南部地方の廃除事由と殆んど一致していた。<sup>(一一)</sup> 失権は欠格制度として今日なお残存している。

現行民法典もまた廃除の規定を有しない。ただし民法上任意分 (*quotité disponible*) と呼ばれる割合的処分可能額が規定されているため、遺言による廃除は、この任意分の限度で遺贈 (*legs*) に形を変えて行われている。<sup>(一二)</sup> しかし、遺留分を奪い得ないような廃除は、相続権剝奪のための制度としては「無能」<sup>(一三)</sup> の烙印を押されるに足るものといえるであろう。

ドイツ民法は完全な廃除の自由を認める。<sup>(一四)</sup>

第一九三八条 被相続人は、遺言により、相続人を指定することなくして、視族の或者または配偶者を法定相続より廃除することができる。

相続人の廃除には理由を示す必要がない。被廃除者に代わる相続人の指定を求めているのは、親族無限相続主義に立っていることから当然のことと思う。しかし被廃除者は、遺留分剝奪の原因<sup>(一五)</sup> を欠くかもしくは遺留分剝奪を受け

ない以上、遺留分権利者として一定額の金銭的利益を請求できる<sup>(第二三〇 三条以下)</sup>。遺留分権者である相続人にとっては、遺留分剝奪制度こそ実質的な廃除の制度にはかならない。したがって、第二三二一条が存する以上、もはや第一九三八条の規定は「無用」となり、無視されてもいたしかたがないものと思う。<sup>(二六)</sup>

昭和二十二年の民法改正まで家督相続と遺産相続との複数相続制を採ってきたわが国で、重きのおかれていたのは、もちろん前者であった。家督相続人の立嫡順序は強行的であってその変更には特殊な原因を要した<sup>(二七)</sup>。武士の世の家録の承継を定める武士法と、家産家名の相続を取り扱う庶民法とが分化したのは、江戸時代以降のことである。庶民間の慣習は明治に入ってからもお平民間に保存されていたようであるが、徳川時代の慣行の残存なのか、新たな社会的必要をもって生れていたのかという経過は不明とされている。<sup>(二九)</sup>

民法の施行前に廃除事由を限定した法規はなかった<sup>(二〇)</sup>。具体的に廃除を認められた事例はいずれも「家」を中心としている。旧民法(明二三年)の廃除規定は、相続法そのものが家産相続の域から一步も出得ない状態にあったことを如実に示している。<sup>(二二)</sup>

第二百九十六條 被相続人ハ正當ノ原因アルニ非サレハ法定ノ推定家督相続人ヲ廢除スルコトヲ得ス  
第二百九十七條 法定ノ推定家督相続人ヲ廢除スルコトヲ得ヘキ正當ノ原因ハ左ノ如シ

第一 失踪ノ宣言

第二 民事上禁治産及ヒ准禁治産

第三 重禁錮一年以上ノ處刑

第四 家政ヲ執ルニ堪ヘサル不治ノ疾病

第五 祖父母父母ニ對スル罪ノ處刑

第六 重罪ニ因レル處刑

しかし、民法旧規定（明治三二年六月二日法第九号）になると、かなり西歐的要素が加わってくる。

第九百七十五條 法定ノ推定家督相續人ニ付キ左ノ事由アルトキハ被相續人ハ其推定家督相續人ノ廢除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

- 一 被相續人に對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコト
- 二 疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家政ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコト
- 三 家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルコト
- 四 浪費者トシテ準禁治産ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナキコト

此他正當ノ事由アルトキハ被相續人ハ親族會ノ同意ヲ得テ其廢除ヲ請求スルコトヲ得

右第一号は、同時に、遺産相続において、遺留分を有する推定遺産相続人の廢除事由とされていた（旧第九）<sup>(一)</sup>。この事由は「家」的要素を拭い去り、被相続人にたいする「個人的」<sup>(二)</sup>關係を基調とするものに変質された上で現行法に承継され、さらに「その他の著しい非行」<sup>(三)</sup>が附加されている（新第八）<sup>(四)</sup>。

私所有制を貫ぬくためには、あらゆる場合に相続人から自己の財産に対する相続権を奪うことを、被相続人当然の権限として認容するのが当然であるが、現行法上、法定の非行についてのみ相続権剝奪の可能性が存するにすぎない。しかし、このゆえをもって直ちに、相続権が被相続人の自由意思を超える「なにものか」に根拠づけられているものとみて、相続人廢除制度と遺言相続制との結びつきを遮断してしまふことはできないと思う。

法は、廢除事由を法定することにより、被相続人の権利の濫用を戒め、相続人にたいする不当な抑圧をチェックしているにすぎない。被相続人の意思を基調とする遺言相続主義の中から生まれた廢除は、まさにそのゆえにまたこの原理の上に存続すべき制度なのである。<sup>(一四)</sup> 節を改めて、遺留分との関連のもとに、相続権の根拠を追求してみよう。

- (一) ローマ法における相続権剝奪制度については、かつて紹介を試みたことがあるので、本稿では素描にとどめた。長田房子「相続欠格制度」九大法学第五号（一九五九年）五〇—四頁。  
 ゲルマン法系における廢除の一例について、埴浩「ロタリ王法典邦訳」神戸法学雑誌七卷二、三、四号（一九五七—八一年）のうち第一六八—一七〇章（第三号五八〇頁以下）参照。
- (二) C. W. Westrup, *Introduction to early Roman law*, vol. III, 1939, p. 260, note 3.
- (三) 例えば後述註（八）。これは当時の慣習を成文化したもので、廢除事由は一定の罪ある場合（主として忘恩と無慈悲）に限られている。廢除事由を明記した文献は非常に稀である。Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3. Ede., 9 aufl., 1906, III, n. 590, §§404—5 参照。
- (四) Brissonet によれば、十三世紀にはすでに普遍化されていたようであるが（*Manuel d'histoire du droit privé*, 1908, p. 522）、十六世紀近くなって採用されたとみる学説もある（A. Colin et H. Capitant, *ibid.*, t. III, 10<sup>e</sup> éd., 1950, N. 1003, p. 518）。この相違は、廢除の意義を広く解したか、狭く解したかによって生じたものと思う。  
 北部の慣習地方では、相続権を、親族であることに基き法が与えた一身専属権ないし人格に先行する権利と解していたため、被相続人に附与されたわけでもない相続権を被相続人が剝奪するということは考えられず、廢除制度は全く知られていなかった（*viz.* Bédant, *ibid.*, t. V, n. 103 bis, p. 97）。
- (五) Brissonet, *ibid.*, p. 672. ここにわれわれは、前節でみてきた *legitime* と *réserve* との併合の一事例を見出すことができらる。
- (六) そのゆきすぎを防ぐ制約を設けていたにとどまる。Bédant, *ibid.*, n. 103, p. 97.
- (七) わが国における旧法時代の家督相続人の廢除は内容においては著しく異なるのであるが、段階的には、フランス古法の廢除と同じような目的・性格をもつものであったといえよう。



舟橋教授は相続権剝奪の制度を、「相続制度の存在理由に照して相続を不適もしくは不当とするか、または相続制度の存在理由を貫徹することがかへって不当と認められるときなどに、相続人よりその相続権を剝奪する制度」(舟橋諄一「相続人の廢除」家族制度全集法律篇V昭一三・八四頁)と定義づけられている。教授のお言葉を拝借すれば、十三世紀のフランスにおける廢除は「相続制度の存在理由に照して相続を不適」とする段階にあった。このような考察方法は相続権を把握する上で非常に有益である。わが国における家督相続人の廢除は、右の「不適」の場合のほか「相続制度の存在理由を貫徹することがかへって不当と認められるとき」(例えば東控判明治三九・六・四新聞三六一号一五頁)にも許されていた。

(八) Brissaud, *ibid.*, p.622. 「形式上の宣告」とは、遺言書や公正証書における陳述または裁判官の面前でなす宣告を指す。一方「正当な廢除事由」は、単なる憤慨とか遺恨という感情的な廢除が生じたために、相続人保護の必要上判例を通して徐々に制約されたもので、前述したユ帝新勅法第一一五号の第三章に列挙された廢除原因が基準とされたほか、慣習的なものが附加されている。例えば、両親の同意なしに結婚した子の廢除とか、孫を扶養する目的とする浪費者たる子の廢除など。Voy. Colin et Capitant, *ibid.*, n.° 610, pp.472 à 3.

(九) 前述註(七)の論法でゆくと、この廢除は「相続制度の存在理由に照して相続を不当とする」場合に相当する。

(一〇) 立法者の意図は「相続人の指定と廢除との二重の権利を必然的に含むところの遺言の自由は、市民平等の実現という期待にとって危険な障壁である」という点に存した。このように、当時の立法は正義の追求よりも政治的な妥当に重きをおいていたのである。Bendant, *ibid.*, t. V, n.°s 104 et 397. なお前節九八頁註(一一)参照。

(一一) Bendant *ibid.*, n.° 397, p.394. 思うに、この時代には南部地方の廢除もすでに刑罰性を帯びており、また、仮にそうでなかったとしても、被相続人が相続させることを「不当」とするような非行が慣習法的制裁的に失格事由となるのはけだし当然であったと思われる。

(一二) Bendant, *ibid.*, n.°s 109 à 112, pp.104—9. その自由処分の限度ないし割合は遺留分と相対的に決められている(第九

一三一―四条)。なお他の者を相続人に指定してなされる廃除と判決に基いてなされる排斥 (exclusion) との相違につき H.

Soum, *La transmission de la succession testamentaire*, 1957, n° 115 à 120, pp.148—54. 参照。

(一三) 「廃除は遺留分権利者でない相続人にとっては無用であり、遺留分権利者である相続人にとっては無能である」 (M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III. 10<sup>e</sup> éd., 1927, n° 1735, p. 385)。それは廃除とどう形式をふまえてはいるものの、その実、遺留分の限度での相続指定と変りはないのである。

(一四) ローマ法継受以来、一貫した制度であるかは確信がない。この点につき研究する余裕のなかったことを残念に思う。

(一五) 第二三三三三条によれば (1) 生命に危害を加えること (2) 虐待 (3) 重罪及これに準じる軽罪 (4) 扶養義務の不履行 (5) 不名誉又は不道德な行状の五事由が遺留分剥奪の原因となる。その非行の相手方が単に被相続人にとどまらず、配偶者や他の直系尊属に及ぶ点は特に注意を要した興味深いことである。

(一六) 山中教授が、ドイツ民法にはわが民法のみとめるような廃除の制度がないといわれている (「民法第八九二条註釈」註釈相続法(上) 昭二九 八二―二頁) のもこの意味だと思ふ。

(一七) 原田「素描」二〇六頁以下。武士法において、嫡子身分にあった長男を藩主の意思 (思召有之) によって廃除した事例は、窮極の相続人指定権が被相続人よりも領主にあったことを示す異例である (大竹秀男「武士相続法に関する藩法資料」神戸法学雑誌八巻二号 一九五八年 二六三頁)。日本における廃除制度は、廢嫡に由来し、西欧に倣ったものではない (抽木馨「判例相続法論」 昭二八 一四〇頁) といわれている。その特質を律令の継嗣法にまで遡って紹介することは、本稿も直接に必要としなかったし、紙数の都合上不可能であった。ここに筆者が参照した文献を列記する。

近藤英吉「相続史概観」家族制度全集史論篇V『相続』(昭二三) 所収。

三浦周行「法制史」現代法学全集第二二巻 (昭五) 二九七頁以下。

牧 健二「日本法制史」法律学辞典第三巻 (昭二二) 二二二―二〇頁以下。

高柳真三「日本法制史(一)」有斐閣全書(昭三〇)二四頁以下。

日本法社会学会編「家族制度の研究(上)歴史」(昭三一)一頁以下。

(一八)「全国民事慣例集」明治文化全集第一三卷法律篇(昭三二年版)によれば、長男を家督相続人と定めるのを通例とした。例外的な事例を二、三拾ってみると(二九二―八頁)、

○相続ノ権ハ嫡子ニアリ、嫡子不行跡カ或ハ癡疾等ニテ營業立カタキトキハ父母ノ意ニ任セ次男三男或ハ姉妹へ婿養子ヲシテ家督相続セシムル事アリ(甲斐国山梨郡)。同旨(周防国吉敷郡・筑後国三潯郡)。

○長男ハ家督相続ノ権ヲ有スト雖モ父ノ意ニ協ハサルカ或ハ二三男ヲ分家セシメテハ若年破産ノ恐アルヲ以テ長男ヲ分家セシメ本家ハ父自ラ幼児ヲ教育シテ相続セシムルコトアリ(信濃国佐久郡)。

○平民ノ家督相続ハ親族協議ノ上長男疾病又は愚昧ナレハ直ニ二男三男ニ相続セシメ願届等ノ慣例ナシ(肥後国玉名郡)。  
 なお、熊谷開作「家族法(法体制準備期)」日本近代法發達史第三卷(一九五八年)四四―五二頁参照。

(一九) 青山道夫「長子相続」日本家制度の研究(昭二二)一六七頁。

(二〇) 大判明治三六年一〇月一〇日(民録第九輯一〇八八頁)参照。

(二一) 第一には推定相続人自身に責任の存する場合(放蕩・犯罪等)、第二には相続人に責任なき癡篤疾、第三には親族的家族的個人的利害(幼少・生計の都合等)が挙げられる。高柳真三「明治家族法史」法学理論篇83(昭二六)九八頁参照。

(二二) 法条の引用は、磯部四郎「民法釈義(財産取得編相続法)」(明二五)三八頁以下による。

(二三) 「著しい非行」と認めたものに、東高昭和二四年六月二一日(家裁月報九号一〇号合併号三頁)、広島家昭和三〇年九月二日(同七卷一〇号二三頁)、仙台高昭和三二年決定(月日不詳、同九卷三号二三頁)など、廢除を認めなかつた事例に、大阪

高昭和二七年二月九日(同五卷四号八九頁)、仙台高昭和二九年二月九日(同六卷三号九五頁)、同昭和三二年三月一三日

(同九卷四号四頁)、釧路家昭和三三年一〇月三日(同一〇卷一〇号七三頁)などがある。

(二四) 相続権の剝奪という廢除の効力は、相続権の賦与と全く同じ原理——所有権の絶対性——に基礎をもつ。相続権を剝奪する素地は相続人に対する被相続人の感情であり怒りである。非行者は法律的に相続権を保障されるに値いしないのであるが、被害者たる被相続人がその私有財産を非行者に賦与しようとすることに法は何の痛痒も感じない。廢除に取消(宥恕)が許されるゆえんもここに見出せる。有力な廢止論(山中・前掲書八四—五頁)があるにもかかわらず、わたくしは、近代法における遺言主義の優位を認める結果、現相続法体制における廢除制度の維持を主張せざるを得ないのである。

三 遺留分を最低限度の相続権とみるゲルマン法系の立場では、相続権剝奪制度としての廢除は同時に遺留分をも奪うものと解されるのであるが、遺留分を相続権とは独立の債権とみるローマ法系の立法例(フランス民法)によれば、廢除は遺留分を剝奪するには無力である。ところで、わが民法の廢除は、遺留分をもつ相続人の相続権を失なわせて、彼の遺留分を否定するという効果を生む。したがって、現行法上遺留分の基礎と相続権の基礎とに共通性を認めても矛盾は存しないように思われる。<sup>(二)</sup>

被廢除者は、法律上最低限度の相続権すら保障されるに値いしないとみなされて遺留分権をも喪失する。しかし、そのとき、法は、彼と彼の近親者との扶養権利義務関係には何の影響も及ぼさない。財産相続体系における推定相続人の廢除は、被相続人と被廢除者との生活保持の扶養義務関係を切断するものではなく、当該相続人の相続的利得を否定する制度である。しかも、相続人の利得を否定するか否かの判断は、全く被相続人個人に委ねられており、一旦廢除した後の取消も認められている。被相続人の意思を尊重し、これを第一義的なものとみる遺言相続主義の面目を示すものといえよう。相続権の根柢ないし本質を、生存家族員の生活保障(ないし扶養)請求権というように相続人側に立つ権利と把握する学説は、被相続人の一方的意思に基く遺留分の剝奪＝廢除制度の説明に窮するし、またはその存在を肯定できなくなるのではないかと思う。

また、相続権の根拠が、夫婦・親子間の生活協同関係にあるとされる学説は、相続権賦与の根拠づけができない上に、相続権剝奪の根拠をも説明できないという弱点をもつ。被害者としての被相続人は、相続人に遺産を与えて彼の生活を助長しようとする愛情を抱けないときに初めて廢除権を行使するものと解する。協同生活をしてきた「事実」は、相続権を基礎づけるものではなく生活協同態における紐帯を強める役割のものではないだろうか。

(一) 相続権と遺留分とは、比喩的にみれば私所有制度という同一地盤から生じた幹と枝との関係にあると思う。相続権を賦与する根拠が他の相続人に比して強く、法律上の保護を必要とするとき、その者に遺留分権がつけ加えられる。遺留分が財産処分の私的自由にたいする法律上の制約であることのゆえをもって、遺留分の基礎が相続権の基礎とは全く別の点にあるということはできない。そもそも法定相続権の根拠そのものが私所有権にたいする制約なのである(前述序論九〇—一頁参照)。

相続段階における遺留分の位置づけを行うことによって、遺留分の機能が明らかになり、また、その探究過程において相続権の本質にたいする自分の立場もかなり明確化されると思う。このため、わたくしは、次のように、相続段階の分析を試みた。相続は、清算手続面と結果現象面との二面性をもつ清算段階であって、前者はさらに実質的遺産額を確定する第一の段階と、具体的な相続分を確定し分配する第二の段階とにわかれる。第一段階では、まず (イ)内部的に、消費共同体としての家族内部における共有物の分割が行われ、形式的名義人の排除・潜在的持分の顕在化が実行されて実質上の帰属者が明確になるほか、(ロ)対外的にも財産の加減がなされる(民法一〇二九条以下)。第二段階で遺産の分割が行われ、ここで初めて各相続人の具体的相続分の確定・分配が実現する。その結果、積極的には、(イ)生存家族員の生活の保持(ないし扶養)(ロ)生活の安定(ないし発展)、また消極的には、(イ)取引界の安定・債務の決済などの現象を生じるのである。

遺留分の根拠の一つを潜在持分の顕在化に求められる学説は、右の各段階のうち、最初の点に遺留分の存在意義を求めていられるものと解する。しかし、形式上の遺産の中から、生存家族員の実質的持分を抽出することは、私的所有制度の下では当然の所有権の行使であって、遺留分制度による保障をまつほどのことはない。また夫名義による莫大な富の蓄積の前に

は、妻子の内助の功は零に均しいことを理由に潜在的持分説を排斥される種子夫妻の論説（前掲論文・一〇頁註(10)）は、遺留分に関する潜在持分説への批判としても妥当と思う。さらに、一般には相続の目的・基礎とされている「扶養」や「取引安全」を、わたくしは右のように考察することによって相続の効果と解せざるをえないのである。

法は、後見的立場から、被相続人の遺産は相続人に対して最低限この程度は遺されるべきである、というその割合を普遍化して、遺留分を規定したのではなからうか。法が強制力を発動させるほどの当為感、それは私有財産制度の下で共同生活をしてきた夫婦・親子の間に、血縁を楔として形成蓄積されているべき、人類自然の情義的な倫理であり伝統である。

以上要するに、わたくしは、相続権の本質は、遺産という財産的な基礎を与えることにより、被相続人が属していた生活共同体の生存家族員の直接的（扶養）、間接的（債務弁済）な維持・発展を希う普遍的な人情にあると思う。この見地から、法定相続権はそれが普遍的に定型化されたものであるし、遺留分は、相続権の最低限度を劃し保障するところの具体的な割合であるといえよう。なお、後述一一六頁註(三)参照。

(二) 相続権の根拠に関する生活協同関係説への批判は前に紹介した(九一頁註六)。この論法をお借りして次のような反論をなすことができるであろう。「家族的共同生活が相続の根拠であるなら、被相続人と生計を一にしたことのない者の相続権は否定されるべきである。だが今日の相続法は、このような建前をとっていない」と。

### 三 遺言相続主義と相続欠格制度

「血に染った手は遺産を取得できなく Blutige Hand nimmt kein Erbe」という法格言は、人類社会においてみられる法規以前の意識である。この意識にねざす相続欠格制度の歴史は古い。<sup>(11)</sup>

ゲルマン法における相続欠格制度 Indignität につきザクセンシュピーゲル (Sachsenspiegel) は次のように記述している。<sup>(12)</sup>

- (一) 財物を、他人を死にいたらしめるほどの暴力で収奪した者は、たとひ彼がその物につき権利を有していたとしても、その物に対する相続権を喪失する（第三卷第八四条一項）。
- (二) 家来が主君を殺害したまたは主君が自分の家来を殺した場合には、その財産は罰として剝奪される（同二項）。
- (三) 自己の生命に関する正当防衛もしくは善意の場合を除き、自己の父・兄弟・親族その他相続につき期待権を有する者を殺害した場合にも、その相続権を喪失する（同三項）。

これよりさき五世紀末から九世紀にかけて作成された部族法（蛮民法 *leges barbarorum*）の中にも相続権剝奪の規定がみられる。例えば *Lex Baiuvariorum*（バイエルン法典）において、自由人は相続財産（*hereditas*）を保障されていたが（第七章）、重大な犯罪（*crimen capital*）により世襲財産を含む全財産を国庫に没収され（第二章第一）、また法律に違反して父のむほんを企てた太公の息は法律上当然に遺産より排斥された（第二章）<sup>(三)</sup>。前者は相続開始後の相続権の否定であり、刑罰を意味している。後者において太公の財産は欠格者たる息以外の者に相続されたのであるが、ここでも欠格の本質は非行者に向けられた刑罰的制裁と解される。この場合太公は憐憫の情をもって息に何ほどの財産を与えることができた。これは法的に認容された欠格の宥恕である。

ローマ法において相続欠格（*indignitas*）は、<sup>(四)</sup> 廃除制度の上に接木されたところの推定的な沈黙の廃除としての相続財産剝奪（*ereptorium*）を指した。*ereptorium* とは、<sup>(五)</sup> 廃除事由に相当する非行を犯した相続人を、相続に値しない者（*indignus*）とみなし、被相続人の沈黙を補って法が行なう相続財産の剝奪である。欠格の効果は法律上当然にしかも絶対的に発生し、剝奪財産は国庫に収められた。しかし欠格者は相続人という資格を失うことはなかった。<sup>(六)</sup> 遺言相続主義の下で、欠格に、被相続人が廃除原因の存在を知らずまたは死亡して廃除できなくなったときこれを補充する役割が課されたであろうことは想像に難くない。しかし、欠格制度の存在意義は、右の補充性のほか、家

長が廢除權を行使しなかつた場合、國家が相続人の利得を放置できないとして彼から既得權としての相続權を剝奪した、この公權的獨自性の中に見出されると思う。以上により、欠格の本質が、民刑兩責任の未分化なローマ國において法律上宣告される刑罰であつたと推論できよう。<sup>(七)</sup>

欠格制度の補充性は、しばしば廢除制度と混同された。われわれは、その適例をフランスに見出すことができる。フランス古法において、古く、欠格は裁判所の判決を経た一種の暗黙の廢除 (*une exherédation tacite*) にすぎないと解されていた。<sup>(八)</sup> 死者の意思を補充するものと把えられていたため、被相続人による宥恕は裁判官を拘束して欠格宣告の余地を失なわせた。宥恕は、被相続人が廢除を欲しない旨の意思表示とみなされたのである。<sup>(九)</sup> 中間法における欠格制度と廢除制度の統合については前述した(一〇〇頁)。*Beudant* は、廢除が死者の意思に基礎を有するに反して、欠格が直接に慣習(法)により宣告される失權であり刑罰であると主張している。<sup>(一〇)</sup> 現行フランス民法が欠格規定のみを有し、「廢除」という單語すら残していないのは、中間法の影響である。欠格を宣告する權限は死者にはなくて法に属している。フランス法が欠格に宥恕を認めていないのは、理論的にも正当である。廢除という觀念が法典から抹殺された結果、欠格を推定的廢除といつて説明することはできなくなつた。欠格は、被相続人の意思の推測以上に、道德及び公的妥當の観点から課される賠償に根拠をもつとされている。<sup>(一一)</sup> 欠格の効果は、欠格原因にあたる行為がなされた時法律上當然に發生し、欠格宣告の必要はないというのが最近の學說および判例の一致した見解である。<sup>(一二)</sup>

一方、ドイツ民法は、フランス法とは全く異なつた体制をとつてゐる。すなわち、ドイツの相続欠格(*Erbnunwürdigkeit*)制度の特徴は、相続人が欠格事由該當の非行を犯しても、當然には相続欠格者とならない点にある。彼は相続欠格該當者たる相続人であつて、相続開始後提起される相続財産取消の訴において、*unwürdig* と宣告されたとき、その既判力を受けて欠格者となる<sup>(二三四)</sup>。欠格原因は、わが民法第八九一条の各一、三、四、五号に相



当するものである<sup>(第二三)</sup>。被相続人による宥恕は本訴権を消滅させる<sup>(第二三)</sup>。財産剝奪制度の存在理由が、主として、被相続人の遺言自由の妨害に対する効果とみられているためである。<sup>(四三)</sup><sup>(二五)</sup>

わが国における家族制度の特殊性は、相続欠格についても、諸外国にみられるような制度的発展を阻止していた。ただ、欠格となるような非行に対する社会的排斥が自然に行なわれていたにすぎない。<sup>(二六)</sup>旧民法は次のように規定する。<sup>(二七)</sup>

第二百九十二條 被相続人ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタル爲メ刑ニ處セラレタル者ハ相続ヨリ除斥セラル但過失ニ因ルモノハ此限ニ在ラス

第二百九十三條 相続排斥の訴權ハ被相続人ノ明示ノ宥免ニ因リテ消滅ス

民法制定当時の立場は「徳義ニ反シ人情ニ悖ルノミナラス公私ノ利益ヲ害シ併セテ犯罪ヲ誘引スル弊ナシトセス」というにあった。<sup>(二八)</sup>現行法<sup>(第八九)</sup>は、遺産相続人の欠格に関する旧規定<sup>(旧第九)</sup><sup>(九七)</sup>をそのまま踏襲した。第一号はロー

マ法・ゲルマン法以来の伝統的な相続欠格事由であつて、今日なお大陸法系の立法例として認められている。第二号はフランス法を無批判に継受したものであるが、近親の復讐義務や私訴による刑罰發動を前提とした過去の遺物であり、旧法時代からすでに削除論が唱えられていた「無意味の空文」<sup>(二九)</sup>である。残る事由は、ドイツ民法とほぼ同様、遺

言自由ないし遺言意思を保障するためのものである。<sup>(三〇)</sup>本稿を進める上で現行法上問題となる点は宥恕である。条文に基く根拠がないところから、従来の通説は否定的であつた。<sup>(三一)</sup>しかし、最近では、かつて立法論としてのみ主張されて

きた宥恕を解釈論としても可能とみる見解が優勢を示し、理論上制限的に認めようとする傾向にある。<sup>(三四)</sup>

被相続人が、自己の所有にかかる財産を自由に処分できるということは、私所有制度の原理であり本質である。それにもかかわらず、民刑両責任の分化した今日、わが私法の分野において、被相続人の意思に先んじて法が欠格を宣告できる理由は、相続的秩序の維持・擁護に求めるほかはないように思われる。「相続欠格は無遺言相続にしか適用

されない<sup>(一五)</sup>」と言われている。しかし遺言相続制の下でも、「遺言の自由」が完全に行なわれ、被相続人の「真意」が正しく反映されるために、相続関係的非行者を制裁するところの相続欠格制度は、なお存在意義を失なうことはないであろう。

- (一) 歴史的比較法的に詳細に論じられた貴重な文献として、中川善之助「相続欠格とその宥恕」法学協会雑誌四〇巻五、六号(大一一)がある。以下「欠格」と略記する。なお前述一〇三頁註(一)参照。
- (二) 法条は、金沢理康「ザクセンシュピーゲル(ラントレヒト)」早稲田法学別冊第八卷(一九三七年)九〇―一頁により、文語体・旧かな遣いを筆者が書き代えたものである。なお、近藤英吉「ゲルマン固有の相続法」法学論叢二四卷三、五号(昭五)三四七頁註三九参照。
- (三) 世良晃志郎訳「バイエルン部族法典」(昭二六)一八八―九、一九三―四頁。
- (四) Colin et Capitant, *ibid.*, 10<sup>e</sup> édition, par L. Juliot de La Morandière, t. III, 1950, n° 1006, p. 518.
- (五) Planiol et Ripert, *ibid.*, n° 1733, p. 385.
- (六) E. Cuyq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 1<sup>er</sup> éd., 1917, p. 734. 中川・前掲「欠格」七四四頁。
- (七) この点について中川教授は、ローマにおける欠格を公益侵害に対する反撃であるとする見解を支持されて、「換言すれば社会的制裁若しくは社会的自衛作用であった。もう一步突き詰めて見れば欠格は実是一個の刑罰であった」と述べていられる(前掲「欠格」七四三頁)。
- (八) Planiol et Ripert, *ibid.*, n° 1734, p. 385. もとも、欠格は宣告された廃除であり、沈黙の廃除とは本質を異にしたと解わねばならぬ (Colin et Capitant, *ibid.*, 1926, n° 610, p. 472)。この時代の欠格について、Demolombe は次のように説明している。「いわば、欠格は、死者の推測的意思解釈にすぎず、また、被相続人が、廃除事由を知り、もしくは時間をもち

ていたら、彼自身宣告したであろうと、立法者が推測して法定されたところの一種の廢除にすぎなかった」(Traité des successions, t. I, 1857, n° 215, p. 301) 云。

(九) Colin et Capitant, *ibid.*, n° 610, p. 472.

(一〇) Beudant, *ibid.*, n° 397, p. 394.

(一一) フランス民法第七二七条 次の者は相続資格を欠くため相続から除斥される。

一、死者を死に致し又は死に致さんとした為有罪の宣告を受けた者。

二、死者に対し、死刑に処せられる罪ありとの誣告をなした者。

三、死者の殺害を知らながら裁判所に申告しなかった成年の相続人。

(一二) 一般に宥恕否定説が多い。例えば、Planiol et Ripert, *ibid.*, t. III, n° 1736, p. 385; Beudant, *ibid.*, n° 397, p. 394.

その理由とするところは、失権を宣告する権限は法・道徳に属するから、これを消滅させる権利が被相続人に属しないのは当然であるというにある。しかし Brissaud は、相続欠格は公的刑罰 (peine publique) であるから宥恕は許されると主張する (*ibid.*, p. 623)。理由づけが簡略でどのような意味なのか理解できない。

(一三) Demolombe, *ibid.*, n° 216, p. 301. 欠格の宣告者を道徳という權威に求める精神のゆえに欠格の本質は、今日なお

「私法罰 peine civile」と解かれてくるものと思われる。Voy. Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. IX, 6<sup>e</sup> éd.,

revue par P. Esmein 1953, §593, p.375; Planiol et Ripert; *ibid.*, t. IV, 2<sup>e</sup> éd., 1956, n° 44, p. 96.

(一四) Planiol et Ripert, *ibid.*, t. III, n° 1746, p.387; Colin et Capitant, *ibid.*, n° 615, p. 475. 参照。

なお、この点に関する論争については Planiol et Ripert, n° 1747, p. 387. 参照。

(一五) 柚木・前掲書一三三頁。ドイツ民法において相続欠格原因は、同時に、受遺欠格 (Vermächtnisunwürdigkeit) および遺留分欠格 (Unwürdigkeit des Pflichtteilsberechtigten) の原因となっている (第二三四五條)。遺留分剝奪と遺留

分欠格との関係は、相対的であり、両者が競合する場合に一方の行使は他を排斥する。

(二六) 中川「欠格」七三六頁。

(二七) 法は相続を不当とする場合を列挙したものであり、その理由は、被相続人の愛情の断絶と相続人による殺傷の予防とにあると説かれた。しかしまた、相続権は各人の私権にすぎないのであるから、被害者が明示の宥免を与えるときは、なお愛情が存することを示し、法律はこれに立入る理由を失うものと解されていた(磯部・前掲書二一―七頁)。

(二八) 原田「素描」二〇四―五頁。

(二九) 穂積重遠「相続法」現代法学全集第三三卷(昭五)二九六頁。その内容については、同「相続法(第一分冊)」(昭二一)一四四頁参照。

(三〇) 山中・前掲七一頁。青山道夫「相続法」(昭三一)七六頁。

(三一) 被相続人の終意の表現を妨害した相続人の非行を責めると同時に、遺言制度の侵害に対する制裁を意図したものと解される。相続権の剝奪を全面的に被相続人に委ねている廢除制度に対比されるものとして、欠格が、公的な相続権剝奪の制度としての独自性を主張しうる理由は、ここに存するものと思われる。

(三二) 近藤英吉「相続法論(上)」(昭一一)六四頁。穂積・前掲(昭二一)一四七頁。

(三三) 於保不二雄「相続法」新法律学全書第七卷下(昭二四)四四頁。

(三四) 我妻・有泉「民法Ⅲ」二六四頁、中川「大要」二〇八―九頁、青山「家族法論」二七九―八〇頁など。かつては立法論としてのみ肯定されていた宥恕を解釈論の域にまで発展させる動機は、中川教授によって作り上げられた。すなわち、相続人被相続人間の情意に基く継続的な共同関係は、一旦断絶しても再び復活した場合には、相続の基礎が立派に存するのであるから宥恕を認めるべきだと主張された(「欠格」一〇二八頁)。その後、協同関係の破壊による欠格(いわゆる直接的欠格)にのみ宥恕は可能であるとされ(「法律学辞典」ⅢⅡ昭一一―一六四九頁)、最近では、殺害せんとして刑に処せられた場

合のみを挙げていられる（「大要」二〇九頁）。相続の根拠が被相続人の所有権の死後延長に求められる以上、法のみがこれを否定するのは無益な干渉である。宥恕の規定の不存在と、宥恕を否定する規定の存在とは区別されなければならない。いわゆる直接的欠格の場合はすべて宥恕を認める余地があるのではなからうか。改めて考察したい問題の一つである。

(115) Planiol et Ripert, *ibid.*, t. III, 1927, n. 1731, p. 385.

## あ と が き

わたくしに許された紙数と執筆時間の最大限度で進めてきた考察は以上に尽きる。その間脳裡を去来したことは、法定相続主義と遺言相続主義との対立および握手の問題であった。わが民法上解釈論として遺言相続主義を採ることは条文上の根拠を欠くとの批判がある<sup>(一)</sup>。相続制度が各社会の財産制度の進展につれて転化してゆくと考えることは許されるべきであろう。筆を進めながらも、被相続人の意思を重視しすぎてかえって原始の昔に後戻りしたのではないだろうかという不安が絶えずわたくしを襲った。高梨教授の意思説に力を得て、あまりにも等閑視されているこの分野に、迷える羊の一人として疑問を提出した次第である。

(一) 島津一郎「法定相続と遺言相続」受験新報一〇巻四号（昭三五・四）一二七頁。

(二) 起草者の夢想だにしかなかった解釈論の可能性につき、中川善之助「家族の感情利益と慰藉料」損害賠償責任の研究上（昭三二）三二九頁参照。

(三) 遺産とともに被相続人の意思が血族たる相続人に移るとみる素朴な血縁代価説や、近代自然法学派により説かれた古典的な意思説は、被相続人の意思を尊重してこれを擬制・推測した。しかし、近代法における相続権の基礎は、同じく被相続人の意思を尊重しながらも、これを保護し助成する面に見出されるべきではなからうか。

(四) 高梨公之「相続と扶養」ジュリスト一四七号（一九五八年）四六頁以下、同「相続における意思の作用」民商法雑誌三八卷六号（昭三四）三頁以下、同「相続と被相続人の意思」比較法と私法の諸問題小池隆一博士還暦記念論文集（昭三四）二〇三頁以下。

（一九六〇年六月一〇日 未定稿）