
論 説

ドイツ民法典 (BGB) における 法定相続分および遺留分規定の成立過程 (2)

——配偶者相続分規定を中心に——

伊 藤 司

- 第 1 章 はじめに
- 第 2 章 部分草案成立まで
 - 1 序 説
 - 2 起草委員会議における審議
 - 3 本委員会における審議
 - (1) 血族相続
 - (2) 遺言の自由と遺留分
 - (3) 配偶者相続権
 - (a) 提案の内容
 - (b) プランクの見解
 - (c) シュミットの見解 (以上前号)
 - (d) 本委員会における論戦
- 第 3 章 部分草案の検討
 - 1 シュミットによる部分草案の内容
 - 2 シュミットによる理由書の検討
 - 付 シュミットによる部分草案試訳 (一部のみ) (以上本号)
- 第 4 章 第 1 草案の成立 (以下次号)
- 第 5 章 第 1 草案への批判
- 第 6 章 第 2 草案の成立
- 第 7 章 ドイツ民法典の成立
- 第 8 章 結びにかえて

第2章-3-(3) 配偶者相続権 [承前]

(d) 本委員会における論戦

1) 前哨戦

1877年9月27日の主委員会第8回会議において、この議案第7号が審議されることになった。まず、そもそも配偶者が相続権および遺留分権を持つかということが問題とされ、それをどちらも認めるべきであるとする「提案1」は、特に議論もなく承認された。

次に、第1順位および第2順位の相続人がいない場合には配偶者のみが相続人となるとする内容の「提案2」については変更がなされた。主委員会においては、プランクとシュミットの提案とは異なり、被相続人の祖父母および叔父叔母がいる場合には、配偶者およびそれらの者が相続人となるという提案がある委員からなされた。議論の結果、委員の多数は、被相続人の祖父母についてだけ、相続人となることを認めたのである。議事録はそのような結果のみを記載するのみであり、誰が提案し、どのような議論が行われ、結局誰の賛成によりこのように決定されることになったのかについては、まったく不明であるが、結論としては、このように祖父母だけが追加される結果となった。

最後に議論されたのが、生存配偶者が第2パレンテールの相続人とともに相続する場合、そして上述のように決定された祖父母とともに相続する場合にその相続分をどうするのか、という問題である。これについては、結論として、すべての場合に生存配偶者の相続分を遺産の半分とすることが決定された。議論としては、祖父母とともに相続するような場合には、生存配偶者の相続分を4分の3にするという提案もされたようであるが、否決されている。可能性としては、プランクやシュミットがこの提案をした、あるいは少なくともこの提案に賛成した可能性が大いにあるといえるが、議事録からそのことを確定することは残念ながらまったく不可能である。この日の議事は

以上であった、肝心の問題は次の日の委員会で議論することになる⁸³⁾。

2) 1877年10月1日の主委員会第9回会議における審議

今回の提案の最重要部分の議論がなされたのが1877年10月1日の主委員会第9回会議である。議事録によれば、この日の議事は、提案の順番を変更し、提案5を先に議論することにした⁸⁴⁾。

では、その審議はどうであったか。前回の議事録と同じように、議事録に残されているのは議論の結果でしかない。すなわち、「生存配偶者と被相続人との間の婚姻において生まれた子孫の法定相続あるいは死因処分によって得た遺産の部分について、生存配偶者が用益権を持つべきであるとする提案5は、非常に詳細な説明と賛成理由の説明の後、多数により否決された。これに引き続き家族法編纂者による構成とさらなる詳論を含む提案はもはや考慮されないこととなった」⁸⁵⁾とあるだけである。これだけでは、ブランクの単独提案の部分が否決されたという点と、委員の間で議論があったということしかわからない。議論の詳細がどのようなものであったのかが興味を引く部分であるが、議事録はそれについては一切語らない。しかし、この問題に関してだけは、それをある程度知ることができる。というのも、この主委員会の議論をもとに相続法編纂者であるシュミットが相続法の部分草案を作成することになる(次の章で検討する)が、その部分草案理由書の配偶者相続権に関する部分において、シュミットが *Vorbemerkungen zu den Sitzungsprotokollen vom 29. September und 1. Oktober 1877*. という文書を注に大幅に引用しているからである。この文書は直訳すれば「1877年9月29日および10月1日の委員会議事録の前書」と題するものであるが、作成者が誰かは不明である。ちなみに、ここまでの議事録そのものは、委員の1人であるノイバウアー Neubauer が作成した旨、署名がなされている。可能性としては、議事録を作成したノイバウアーが作成したとみるのが妥当なように思われるが、この文書そのものには作成者に関する記載が一切ない。この意味で、成立経緯が不明な文書ではあるが、シュミットが部分草案の理由書に大幅引用して

いる以上、特にその信憑性を疑うべき文書でもないように思われるので、本稿においてもその文書を参考に、この日の議論を再構成することを試みる⁸⁶⁾。なお、この文書においても、誰が具体的にどのように発言したかの記録は残されていない。あるのは、プランクの提案になる用益権に賛成の者の発言内容と、それに反対する者の発言内容がまとめられているだけである。先に引用した議事録からして、用益権賛成側の主張の多くはプランクの発言ではないかと考えられるのであるが、特にそのような証拠もないので、以下では用益権賛成側と用益権反対側の主張をそれぞれすりあわせる形で紹介することにする。

a) 両説の根拠

aa) 用益権賛成側

用益権に賛成する立場と反対する立場の基本的な考え方の違いについてから始めよう。まず、用益権賛成側から、この用益権の提案は、基本的にローマ法ではなくドイツ法に立脚したものであるとしたうえで、以下のように述べられた。すなわち、「一方配偶者の死亡後の婚姻が生存配偶者の利益のために財産法的効果を発生させるか否かの問題は、そもそも婚姻が配偶者の財産に影響を与えるべきかの問題の帰結の一部にすぎない。この問題を否定するのがローマ法の立場であり、これを肯定するのがドイツ法の立場である。成立した婚姻に関して、委員会は管理共同制をドイツ法の法定夫婦財産制として決定した。いまや婚姻が一方配偶者の死後も余後効を持つべきかそしてそれはその範囲か、について決定することになる。」これは、シュミットによる、用益権がローマ法的でドイツ法的ではないという批判に答えたものといえようが、この点については用益権反対側からは何の反論もされていない。結論を左右するようなものではないと考えられたのであろうか。そもそも、この問題がローマ法に立脚したものであるのかドイツ法に立脚したものであるかを議論しても、それだけで結論が出てくるわけではない。

むしろ問題は、一方配偶者の死亡後の生存配偶者にどのような権利をどの

ような根拠により、どのような法律構成で認めるべきかという点であろう。この点について、用益権賛成側から、基本的な立場として以下のように述べられている。すなわち、「相続法編纂者と家族法編纂者の見解の相違は、余後効の形態とその理由にのみ存する。相続法編纂者は、生存配偶者に相続権のみを与えようとし、その理由として配偶者であることに関しては、血族のそれを類推して、同じ理由をあげ、一方家族法編纂者は、婚姻による結合は血族関係によって結ばれた結合から親密で完全な生活共同体であることにより本質的に異なったものであると主張する。この特性からして、一方配偶者の死亡後における婚姻の余後効もまたこの特性に合致するものでなければならない」と主張された。つまり、生存配偶者は婚姻中に得ていた地位を本質的に支持するという目的を満たすものでなければならない。」ここでの、用益権賛成側の主張は明確である。すなわち、婚姻関係と血族関係は本質に異なっているものであり、その血族関係とは異なる本質から配偶者相続権が導き出されるというのである。これは、プランクが何度もいっていた婚姻の本質という議論を説明しているものであろう。

さらに、用益権賛成者側から、シュミットにより批判されていた「推定される被相続人の意思」について以下のように反論がなされている、すなわち、「提案の理由においては被相続人の推定される意思の重視がなされているが、それは生存配偶者の権利を理由づける意図ではない。この意思の推定は副次的な要素にすぎない。重要なのはすべての権利が婚姻の結合の客観的に特別な様式に結びついていることであり、意思の推定は客観的な関係に基づく意思と結果の一致について疑いが生じる場合にのみ考慮されるのである」と。要するに、根拠としての「推定される被相続人の意思」なるものは副次的なものであって、それほど批判しても意味がないのだ、ということになる⁸⁷⁾。

bb) 用益権反対側

これに対し、用益権反対側は以下のように反論する。すなわち、まず「家

族法編纂者からも婚姻の關係に基づき、客觀的基礎からアプリアリに考えられる限りにおいて、生存配偶者の權利は否定されない。」として、用益權反對側も配偶者相続權を否定するわけではないのだ、と前置きしたうえで両説の違いにつき、「相続法編纂者の見解は、量的に段階をつけた〔傍点部原文ゲシュペルト一筆者〕相続權であり、当事者の血族のそれに近いものである；家族法編纂者はそれに対して大体においてそれを放棄する；彼〔シュミットのこと一筆者〕は配偶者の權利について最小限の固定したものとして財産の維持を考える。ここから血族の相続分を調節しようとする；配偶者と子の競合あるいは甥姪との競合にまったく実質的な〔傍点部原文ゲシュペルト一筆者〕違いがなく、その形式が異なるだけである」と述べる。上述のように、シュミットの基本的立場は、配偶者相続權と血族相続權に本質的な違いはないというものであった。そのため、シュミットの提案はその相続分について、場面に応じて割合を考えるというものである。一方プランクの提案は、配偶者の生活の維持を大前提とするため、結局のところ他に誰が相続人となっても、少なくとも生存配偶者の生存中は、生存配偶者の生活維持のために他の相続人が忍耐を強いられる結果となり（もちろん、その法律構成は、相続分によるか用益權によるかで異なってはいるものの）実質的に同じではないか、というのである。

そして、プランクの基本的立場である生存配偶者の従来の社会的状態を維持するという基本的立場を批判して以下のようにいう、すなわち、そのような「生存配偶者が従来の外的社会的状態をすべての場合に保護されなければならないという」、「妻の経済的生存のための取り扱いをする」立場は、「婚姻の本質からも出てこないし、民族意識にも合致しないのである」と。

用益權反對側は、むしろプランクとは反対に、基本的には妻が生存配偶者となる場合を念頭において、「家の身分相応の状態は、夫の死後は、その生前とは異なるのである」とする。どのような理由でそのようにいえるのか。その理由の前提としてまず、親權に基づく用益權の存在を指摘する。例えば主に夫が夫婦の財産を使用して生計を立てている家族において妻が先に死亡したような場合には、妻の死後も財産関係に何ら変化がないという。それ

は、子が未成年であるうちは子が相続した財産も、親権に基づいて親権者である夫がその財産を使用することが認められるからである。この前提のもとで、妻が相続人となるような場合はどうなるのか。この場合にも、妻も親権者となる以上夫の死後すぐに財産状況に大きな変化が起こるわけではない。しかし、子が成長するにつれ、状況は徐々に変化し、妻が高齢になった暁には、高齢の妻は「高齢の親は家政から退き」、むしろ「子の自由な経済的発展を可能にする」ようになっていく。つまりは、子が年少のときには、母が子の財産を親権に基づく用益権により使用収益し、母が高齢になると、子が母に変わって財産を管理していくようになる、というのである。一方、父が生存配偶者となった場合には、同様に「生存した夫は自分を養う能力を持つことになる」はずであり、「子が成人となったら、父がその経済的実存を〔夫婦の一筆者〕総財産によって構築していた場合でも、多くの場合財産の分割や総財産によって設立された営業を〔子が一筆者〕引き受けることはまったく自然なことである」と。結局、父が相続人となる場合であっても、父が生涯用益権を持ち続けるよりは、子が成長するにつれて、父から子へ主要な財産が移されていく方が望ましいと考えているということになる。以上から、結論は以下のようになる、「したがって考慮すべきなのはまた、家庭状態の総財産は子の扶養や経済的生存にもまた役立てなければならないということである。そのため子が成人となり、通常それによってもはや家庭共同体に属さないようになった場合には、その者に与えられるべき財産を請求するのであって、それによる権威の喪失は起こらないのである」と⁸⁸⁾。

b) 管理共同制との関係

aa) 用益権賛成側

この問題は、用益権と管理共同制とが整合的でないとシュミットにより盛んに主張されていた点である。これについて、当初は用益権賛成側からはその前提が誤っていると主張された。すなわち、用益権の主張と夫婦財産制とが、実はそれほど関係を持っていないというのである。彼らによれば、配偶

者相続権は「婚姻の倫理的性質に由来するものであるが、ひとつあるいはそれ以外の夫婦財産制の法的な性質に由来するものではない」となる。つまりは、別産制を基調とする管理共同制においては、別産制である以上一方配偶者の死による婚姻の終了後は夫の財産と妻の財産とが明確に分割され、それぞれの財産について他方が何からの権利を持つということが考えにくいはずであるが、当時の法においては、「別産制に基礎をおく大部分の法においては生存配偶者にこの社会的状態〔婚姻中と同じ外的社会的状態のこと―筆者〕を維持することが追求されている」として、管理共同制と生存配偶者の用益権に矛盾は存在しないのだ、とするのである⁸⁹⁾。

ところが、議論が進むにつれ、このような見解は分が悪くなったようであり、彼らは若干その立場を変化させている。すなわち「管理共同制の領域における現行法の提案が一致しないということは確かに正当である」、として管理共同制と用益権の主張が整合していないことを認めつつも、「にもかかわらず死因処分あるいは相続契約により生存配偶者に用益権が認められることが非常にしばしばある」と実際には死因処分ないしは相続契約においてそのようなことが行われていることを根拠にして（ただしこれについて具体的なデータは示されていない）、用益権の主張を維持する。そのうえで再び生存配偶者の生活維持が必要なのだという前提を維持したうえで、法律構成（ないしは立法のあり方）については立法者は、既存の法のなかから、優れた要素を取り出してそれを組み合わせることで規定を形成することが可能であり、それをするかどうかは自由裁量の範囲内であるという主張を展開する。もちろん、その主張の結果として、従来の法においては管理共同制に結びつけられていない用益権の考え方を管理共同制に結びつける立法をするべきだということである⁹⁰⁾。

bb) 用益権反対側

これに対し、用益権に反対する立場は以下のように反論する。すなわち、論理的には、上述のような構成をすることが不可能ではないことを認めるも

の、「しかしながら、論理的可能性でもって問題を解決するのではなく、ドイツにおいて何が具体的かつ実際的であるのかで持って解決するべきである」、として理想論ではなく、より実際的な立法を目指すべきだと主張する。そのうえで、先のシュミットの基本的な理解である、夫婦財産制において二つの考え方が存在していることを改めて確認し⁹¹⁾、そのうえで、用益権の提案はそのいずれでもないとするのである⁹²⁾。そしてその主張の内容は、要するに用益権反対派からみれば、用益権の主張は、親権者に認められる用益権（これについては、すでに決定済み）を、相続において、別の名で、しかも原則として生存配偶者が死ぬまで延長するものなのだ、と理解する⁹³⁾。そのうえで、そのような用益権の主張が以前の委員会の決定と合致しない、というよりもむしろ以前の委員会の結論に反したものとなっているという主張を展開する。というのも、親権者の権利の議論において、親権者の用益権は子が成年に達するまでと決定しているにもかかわらず、それに反する結果となるからである。さらには、用益権賛成派による、立法者の権限の問題についても反対し、「そもそも、委員会の任務は、現在存在している法を法典化することである。しかしながら財産共通制の領域においては、（形式においては所有権あるいは占有の形で）すべての財産まで生存配偶者の権利を延長しているのであるが、相続権あるいは生涯の用益権にまで例外なく及ぶものではないのであって「そのような革新の必要性は証明されない」⁹⁴⁾、とするのである。

c) 配偶者相続権と子の相続権との優劣

aa) 用益権賛成側

では、次に、配偶者相続権と子の相続権との間に優劣関係があるのかという問題に移ろう。これについて、用益権賛成派は以下のように主張する、すなわち、「婚姻は配偶者の生涯において継続する、したがって生存配偶者が従来の外的社会的状態を本質的に維持するという婚姻の本質に合致するものである」、というプランクの主張を繰り返し、子の相続権よりも配偶者の生

活維持を優先させるとする。その理由として述べるのは、「まず第1に婚姻という結合を考慮して決定し、それから血族共同体を考慮する、というも婚姻は後者の基礎であるからである。したがって子の権利は2番目である」という見解である。これは、血族関係と婚姻関係について、前者は後者の基礎のうえに形成されるという理由から、その基礎である婚姻関係を優先させるという立場であろう。親である配偶者を優先させるということは必然的に子を不利にすることにつながることになるわけであるが、それに対しては「子の親に対する畏敬の念は、生存配偶者に従来の外的生活様式を維持することを要求する、たとえば子が実質的に損害を被っても」と述べ、「子の親に対する畏敬の念」を根拠に子が損害を受けても仕方がないとする。さらにいう、「問題は、より大きな価値をどこにおくかである、個人的自由かあるいは権威か。ここで決めるのは難しい。我々の時代も、権威の原理や家族の意味を強化すること、家族の一体性を達成すること、そしてそれによって〔家族の一筆者〕崩壊と衰退を防止することがとりわけ求められている」と。ここでは個人的自由と権威とを対比させ、家族の崩壊を防ぐという目的のために、子の相続権を優先し、子がそれぞれ分割された遺産を自由に使用することが家族の崩壊につながることを危惧されている。ここでの主張は、家族の維持をすべきだという立場から、用益権が好意的に主張されていることになる。以前にも述べたが、用益権の主張は、家族財産の維持という目的にも適合的な面があり、その側面がここでは主張されたと理解されよう。また、「一方配偶者の死後、償いがたい負担によって困難に直面した生存配偶者を子によって従来の外的生活的状态をあきらめさせることは感情に反する」ともいう。さらには、管理共同制により「生存配偶者が先に死亡した配偶者により扶養されてきたような場合」、これは主として妻が夫に扶養されている事態が念頭におかれている、このようなときには、「一方配偶者の死後もまたそれが必要なのであり、それについて被相続人が死因処分により適切に配慮することを怠るような場合（これはまさに法定相続が機能する場面であろう）は、まさにその必要があると主張する⁹⁵⁾。この最後の理由は、夫の死後に扶養を必要と

する妻のために、用益権が必要であることを強調していると理解されよう。

bb) 用益権反対側

これに対し、用益権反対派は、まず配偶者相続権と子の相続権の優先関係について、「すべての相続権を維持しかつ本来的な根拠である血族のそれと同じように優先されるべきである」、という。結局はシュミットの主張のとおり、配偶者相続権と子の相続権との間に優劣の関係はないというのである。むしろ、「配偶者を充足した後に子に何が残るかを問うのではなく、逆の問いをたてるべきなのである」として子の尊重を考えるべきだとする。というのも、「例えば遺留分権や親の用益権を母にも与えることによって、従来なされた委員会の決定はすでに子を相続法上非常に不利にしている」からである。さらにいう、「この不利をさらに拡大するならば、それ以外の委員会の決定にも反対が起こるであろう」し、「さらには子の経済的活動を阻止しない有益な発展を望む時代の傾向に対する反対も起こるであろう。」⁹⁶⁾ このように、過剰な配偶者相続権尊重に対して警告を発するのである。

d) 用益権という法的構成について

aa) 用益権賛成側

用益権という法律構成そのものについても、多く議論されている。用益権賛成派はいう、「生存配偶者が本質的に婚姻成立中と同じ外的社会的状態を維持するべきであるという目的のためには、生存配偶者の相続権による方法が簡明である。しかしながらこの方法では、相続されない婚姻についてのみその目的が果たされるのであり、相続される婚姻においては、子を考慮して別の方法が選択されることが必要である」、と。つまり、用益権は子とともに生存配偶者が相続する場合に有効な方法であると主張しているのである。そして、自分の子ではない相続人である継子については、「不可能である」が、「自己の子については、子に対する不当あるいは不正なしにその目的を提案に示した方法で達成することができる；というのも両親は子に対して一

体をなしており」、「どの親から財産が来るのかについて問題は生じないからである。また両親とその間の子との関係の効果において、生存配偶者の用益権に対して提起された懸念が緩和されることになる」⁹⁷⁾とする。つまり、自己の子に対する関係では、親子関係の一体性に期待することができる、すなわち、子は最終的に生存配偶者たる親から被相続人の遺産が来ることを期待することができ、その期待を根拠にして、生存配偶者たる親の生存中は自己の相続財産の使用収益をあきらめることが可能であると考えているということになる。さらに、用益権を認めることで、管理共同制という法定夫婦財産制を、従来そのような法定夫婦財産制を採用していなかった地域にも定着させることが可能であると主張する。そして、「用益権の有害性を恐れるべきではない。ヴュルテンベルク Württemberg では何百年も生存配偶者に相続権とともに死んだ配偶者の遺産についての用益権を持っている；よく知られているようにその状況について争われていないし、有害性が呼び起こされてもいない」、として用益権が従来認められてきたヴュルテンベルクで、弊害が起こっていないということを根拠に、用益権を認めても心配ないとするのである。結論として以下のようにいう、「管理共同制のみをすべての法領域で正当なものとして構成するならば、熟慮しなければならない。この方法はまったく正答でないというのは、あまりにも恐れすぎである」⁹⁸⁾、と。

bb) 用益権反対側

これに対して用益権反対派が特に問題とするのは、生存配偶者の義務として考えられている独立資金（持参金）義務についてである。「生存配偶者に自己の子の全財産に関する生涯の用益権を与える場合に、後者の利益と用益権と結びついた有害性との関係の調整はなしではすまない。そのような独立資金（持参金）義務が実際的であるところでは、親と子の間の紛争が容易に起こり、兄弟姉妹間で不和が起こる」として、この義務が親子間や兄弟姉妹間の紛争の原因となることを恐れている。さらには、この独立資金の算定において非常に困難が発生することを危惧する。すなわち、独立資金（持参金）

の算定において「生存配偶者の適切な扶養を危険にさらすのか否か」という問題と、仮にそれを肯定する場合にそれはどのくらいの金額とするのか、という問題を決定するのかが困難であるというのである。「例えば娘がその遺留分を持参金として得た後で」、用益権の対象たる財産の価値の減少が起こった場合、「第2の娘の持参金が生存配偶者の適切な扶養を危険にさらすことなく払えないような」ときにはどうするのか、このような場合に「正当化できない不公平である子の別個の取扱い」を許容するのかどうか。仮に許容するのであれば、「子のうちの一人だけが扶助されるということになりかねない」と懸念するわけである。

また、「遺産債権者との関係で用益権は困難をもたらす、すなわち生存配偶者の債権者がその用益権を差し押さえて、子の扶養を禁ずることができる」ことになりかねないがそれでいいのかという点も指摘している。

なお、用益権賛成派があげたヴェルテンベルクの例については、「この用益権が原因の紛争が多数発生しており、その用益権の解消のためにしばしば〔遺言により用益権が一筆者〕年金という形に変更されていることが」確認されており⁹⁹⁾、用益権賛成派の論拠の一つが崩されることになった。

e) 民族の意思

審議の過程で、バイエルン地方の1851年から1875年に締結された夫婦財産契約の数と傾向についての統計が使用されたようであり¹⁰⁰⁾、その資料に基づく議論もみられる。

用益権賛成派は、「夫婦財産契約において生存配偶者の地位の保証がとりわけ企図されている。この三つの法領域において法定夫婦財産制が動産共同制であるにもかかわらず、アウスバッハやマイントの法領域におけるその数の少なさに比較してバイエルンラント法の領域において法定夫婦財産制を変更する夫婦財産契約の数の多さがとりわけ目につく。この違いは本質的に以下のようにいうことができるであろう、すなわちアウスバッハやマイントの領域における生存配偶者の地位はバイエルンラント法の領域のそれに比較し

てより満足できるものである、と。その事実から以下の結論を見いだすことが可能である、すなわち生存配偶者の地位について、民族の法意識は本質的に重視している」¹⁰¹⁾、としてこの統計を民族の意識が、妻の保護を重視している証拠として高く評価する。

これに対し用益権反対派は、「バイエルンの統計の報告は、一般的財産共通制への傾向を示しているが、ここで提案されたような構成へではない、さらに小さな範囲でなされたものであり、管理共同制が妥当している大きな範囲において多くの人々がそれに不満足であるか、ということについて何らの証明をなすものでもない」としてその統計の意義をそれほど高く評価していない。さらに反対派は、仮にそのような「小さな範囲」の意思を重視するのであれば、「まさに提案された生涯の用益権に反対するシュバルツブルク相続令の理由書（1830年9月15日布告）が決定を下しており、そこで成立していた制度が廃止された」¹⁰²⁾、として用益権に反対する立法の例をあげている。

f) 用益権が適当でない職業

aa) 用益権反対側

最後に、用益権反対派から用益権の構成が不適当な職業（階級）が存在する、という反論がなされた。すなわち、配偶者に一定の相続分を与えるのは「大土地所有者、大商人、工場主等々の者」に「とりわけ妻が生存するような場合には規定は適当でない」というのである。特に理由は記載されていないが、推測するにこのような者の財産について妻が用益権を持つことが適当でない、要するに妻が広大な土地を使用収益したり、大きな商店や工場を使用して収益を上げることが適当なことではないと考えられたのであろう。さらに、このような者の遺言に関し、「自分で決定したいのではあるが、とりわけ成人した子と一緒にの場合に、容易に他人の影響を受ける傾向がある」¹⁰³⁾、として遺言に任せることにも消極的である。いかにもその当時の階級差別をかいま見る思いであるが、このような議論が正当なものとして通用したのであろう。

bb) 用益権賛成側

さて、これに対する用益権賛成派は、「確かに認めなければならないのは、用益権もまたすべての場合において十分なものでなく、しばしば（例えば、夫の遺産に大工場があるような場合）」不十分である、という。このように、用益権反対派の議論に対して正面から反論することはできなかつたようである。ただし、「これは生存配偶者の権利の形成に決定的でない例外的なものにすぎない」、としてその議論に影響を排除しようとし、さらに「立法は通常の場合に適合しなければならない」と強調する。そのうえで、以上のすべての議論をまとめた結論として、「提案の用益権が実際上の有害性をもたらし、国民経済上の観点からも同様の懸念が存することを誤解しなくても、他方で用益権の欠点を利点が凌駕する部分では、用益権を認めることが考慮されるべきである。同じことは、遺言によっても、夫の婚姻中の管理共同制における権利によっても、親権によっても基礎付けられる。したがって、生存配偶者が自らの子の相続分に関して用益権を与えられるのであれば、その間に存する関係の前提である親密な関係により、用益権と結びついた有害性は緩和されることになろう。すべての関係者は死に際してその財産を可能な限り生産的にするように一致するのである」¹⁰⁴⁾、と主張したのである。

g) 小 括

さて、ここで検討しておくべきは、どのような理由でプランクの提案が敗れ去り、シュミットの提案が採用される結果となったか、であろう。ここで検討してきたいくつかの論点につき、用益権賛成側が、反対派を説得できなかったというのがその答えとなるであろうが、いくつかの点を指摘することができよう。

まずはじめに、用益権の主張は多数派となることはなかつたが、被相続人が生存配偶者に用益権を与える遺言をしても、それが否定されているわけではない点をあげるべきであろう。この点は議事録をみる限り議論が白熱した問題ではなかつたが、両表ともそれは当然のこととして、議論しなかつたと

解すべきであろうと思われる。すなわち、用益権の構成にはいろいろな難点が指摘できるが、だからといって被相続人が遺言でそれを設定することそれ自体を禁ずることはまったく考えられていないわけである。議論がなされたのは、法定相続についてであって、遺言が存在しない場合にどのようにするか議論であった点に注意が必要であろう。

そこで、問題は遺言がなかった場合に常に生存配偶者に生涯の用益権を認めるべきかということになる。これについては、委員会の多数がそれを否定したわけである。これについては、先にみたようにプランクは、生存配偶者が、他方配偶者の死亡後も以前と変わらず生活できるようにすることを重要だと考えていたのであるが、この点は委員会の多数がそれに否定的であったことは間違いのないところであろう。しかし、だからといって、生存配偶者が他方配偶者の死後に経済的にどのようになってもかまわないということまで考えていたと理解することはできない。シュミットをはじめとする多数派は、生存配偶者に一定の相続分を与えるように規定することを主張しているのであり、明日からの生活にも困難を感ずるという事態と避けるべきであると考えていたことは確実である。何度も指摘しているように、問題はその形態であって、生存配偶者に対する生涯の用益権のようにまでする必要性はないということになろう。

視点を変えていえば、用益権賛成側の主張するように、一定の相続分を生存配偶者に認めるとすれば、その分に関しては、可能性としては、その生存配偶者の死後においても先死した配偶者の血族に相続されない、という難点が存するのであり、しかもこのことは用益権反対側も自認するところであったが、その難点が存在するとしても（可能性は低いと考えてはいたが）、用益権を認めるべきでないというのが、多数の見解であったということになる。つまりは、先死した配偶者の財産は、最終的にはその血族のもとに相続されるべきであるという、伝統的な相続の考え方の維持をせず、生存配偶者の今後の生活を相続分により（相続分という一定の範囲内であるとはいえ）保証したという理解が可能である。このように、生存配偶者の相続分の肯定は、必然的に

被相続人の残した遺産がその家族内の全部はとどまることにならないという結果を必然的に含んでいるわけであり、委員会は結論として、この結果を容認したというように理解することができよう。

さて、非常に長くなってしまったが、プランクによる用益権の提案を否決にした議論の検討は以上で終了とし、項を改めて、残りの提案の審議について検討を進めることにしよう。

h) 配偶者相続分

否決された用益権に関する提案 5 に続いては第 1 パレンテールとともに生存配偶者が相続する場合の相続権の規定である提案 4 の審議が行われた。用益権の提案を否決されてしまったプランクから、この提案 4 について早速修正案が出されている。すなわち「第 1 順位の相続権者とともに生存配偶者は遺産の 4 分の 1 を相続する」という文言に改めるようにとの提案である。例によって以下の議事録では、簡単な結論しか述べられていないので、その提案の理由についてはまったく記録されていないが、推測するに、生存配偶者の相続分をなるべく多くするという理由であろうと思われる。そしてこの提案は多数により賛成された¹⁰⁵⁾。さらに、この決定には留保事項があり、議事録によれば、「先に死亡した配偶者が、法定相続人たる卑属に婚姻中に養子にした子しかいない場合、あるいは生存した妻には夫により認知された子のみとともに残されてしまった場合、そして最後に生存した夫の有責行為によって破綻した婚姻における妻が死亡し、子が残された場合 (ザクセン民法典 2050 条, 2051 条参照) に、生存配偶者に何かより大きな割合あるいは直接の相続権を保証すべきか否かについて」は留保するとされている。議論の詳細はまったく不明であるが、このような場合には生存配偶者の相続分を増やすべきだという議論があったのであろう。

i) 先取分 Voraus

次に、議論は先取分に移った。ここでも、プランクから修正案が提出され

る。すなわち、元々の提案では先取分は第2パレンテールの相続人とともに生存配偶者が相続するときにみに認められるとされた先取分を、第1パレンテールの相続人とともに相続するような場合にも認めるべきだ、という提案である。なお、上述のように、この提案についてはシュミットも好意的であった。しかしながら、この提案も否決され、ただ、祖父母も生存配偶者とともに相続人となる点が文言として追加され、提案6の第1項は、「第2順位の相続権者あるいは祖父母とともに生存配偶者が相続人となる場合、生存配偶者は、遺産に属する、配偶者が日常使用していた家事動産を、不動産の従物でなく、あるいは正当である限りにおいて、さらには婚礼の贈り物を先取分として受ける」という文言となった。なお、この議論の過程で、他の者から、「1835年のプロイセンの草案160条2項1文にしたがって、生存配偶者に、遺産のなかにあるベット、寝具、食器、洗濯用具および家具で不動産の従物でない正当と思われる物を裁判所の算出した価額で買うことができる」という提案がなされたが、これもあっさり否定されている。

議事録は続いて、「提案6の2項1文『この先取分に関して、個々の改正を留保して、遺産の原則の準用をする。』は同意された。遺産についての理論が確定した後に、ここでどのような改正があるのかを展望することで一致した」としている、ここでは先取分を遺贈とすることで、先取分と遺産債権者との関係を明確にすることが考えられており、「先取分が場合によっては生じうるその他の遺贈に優先するか否か（プロイセン一般ラント法典II.1 § 630）について結論を出さないままで置くこと」にした、とされている。また、「この項の2文『しかしながら親の遺留分を侵害することによる先取分の減額は行わない』は多数により了承された。」

続いて提案6の3項については、婚礼の贈り物についての文言が加えられて以下のように変更された、すなわち「生存配偶者に先取分が認められた場合、婚礼の贈り物および家事動産に属するような妻の持参した財産に関わる生存配偶者と相続人との間の請求権および反対請求権は消滅する」、と。同時に「先取分を望むか否かは配偶者の自由裁量であり、また決定の際にその

他の物についての婚礼の贈り物と分割ができないような場合には3項の適用はないことで一致した」とされている。

j) 遺留分

続いて審議は生存配偶者の遺留分に関する提案7に移ったが、ここでも生存配偶者を有利にする提案がなされた。それは「配偶者が被相続人の卑属とのみ相続する場合に遺留分を相続分と同等にすべきだ」というものであった。議事録では誰の提案かは明らかではないが、用益権を認めるべきだとしたブランクの立場からの提案であったことは明らかである。しかしながら、この提案も結局は否決され、提案7は原案通りに常に相続分の半分とするように可決された。なお、このとき提案7の2文は、提案5が否決された結果、用益権に関する文言が削除され、「先取分 (Nr.6) は死因処分によってそれが排除されない限りにおいてのみ認められる。」と変更された。

最後に、「配偶者が夫婦財産契約によって法定夫婦財産制の適用を排除した場合に、どの点においてここにある決定が変更を受けるべきかについて、さらに法によって通常与えられる管理共同制以外の夫婦財産制をとる夫婦に、法典自体から他の相続権を配偶者に与えられるのかについて、後の決定に留保するテーゼ8が了承された。」¹⁰⁶⁾

以上が部分草案の起草時に前提となる事項についての審議の結果である。この主委員会の審議をもとに、シュミットは部分草案を起草し、その理由書とともに1879年に公表されることになる。次に、この部分草案について検討を進めることにしよう。

注

83) 以上につき Jakobs und Schubert, Beratung Erbrecht 1, S.40.

84) 「2. Vorschläge Nr.7についての審議が続けられた。まずはじめに提案5について審議し、その後提案4について審議することが決定された。」(Jakobs und Schubert, Beratung Erbrecht 1, S.40.)

85) Jakobs und Schubert, Beratung Erbrecht 1, S.41.

86) なお、この文書は、Hans-Georg Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des

BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Offlichtteilsrecht, 1970, S.70 ff.においても引用されている。ただ、ここでも、メルテンス博士とシュミットによる部分草案の理由書の覆刻版である Werner Schubert (hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Teil 1, 1984, S.716 ff. (以下 Schubert, Vorlagen Erbrecht 1 で引用) の記述さらには Jakobs und Schubert, Beratung Erbrecht 1, S.40 ff. での取り扱い、が食い違いを見せている。というのも、メルテンス博士はこの文書を議事録として引用し、その注において「シュミットはこの議事録からの広範囲にわたる抜粋を相続法の部分草案の理由書に採用し、ここでは文字通りに掲載した」と記している (Mertens, a.a.O. S.70, Fußnote 44.)。ところが、シュミットによる部分草案の理由書の覆刻版である Werner Schubert (hrsg.), a.a.O.によれば、文書の表題は本文記載のとおりであるし、さらには、主委員会の議事録を覆刻した Jakobs und Schubert, Beratung Erbrecht 1, S.40 ff. には、この部分が覆刻されていない。ここでも、メルテンス博士が勘違いをしたのであろうと判断して本文のように記したが、以前の注にも書いたようにこれが、もとなる資料の食い違いによるものである可能性も否定できないので、改めて注意を促しておく。

- 87) 以上につき, Schmitt, Begründung des Entwurfes eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich und des Entwurfes eines Einführungsgesetzes. 1879. S.600–601. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.716–717.
- 88) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.602–3. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.718–9.
- 89) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.601. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.717.
- 90) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.602. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.718.
- 91) 「夫婦財産制に関して2つの法発展の流れが提供されている：
一方は（財産共通制の法）配偶者の財産関係を婚姻の解消と同時に、権利の存続や共同占有などにより、婚姻においてすでに成立していた財産制を考慮しその基準で整理する。
他方は（管理共同制等の法）その規制を成立している婚姻に制限し、別産制の立場から出発し、婚姻解消後の関係を相続権のような単に相続法的基礎に任せる」
(Schmitt, a.a.O. S.603. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.719.)
- 92) 「家族法編纂者は第3の道を望み、この2つの流れの組合せを主張する；用益権を与えるので確かに形式はそうではないが、婚姻において予定されている管理共同制と、従来財産共通制にのみ知られていた、解消した婚姻の関係を結びつけている」
(Schmitt, a.a.O. S.603. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.719.)
- 93) 「解消した婚姻は生存配偶者のために存続している婚姻よりも強力な効果を主張し、それが配偶者の意思であるという推定を迫るようになる、さらには子の未成年に関する以前の委員会の決定により制限された親権的用益権を、他の名において親が生きている限り延長する、というところまで成功した」(Schmitt, a.a.O. S.603. in

Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.719.)

- 94) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.603-4. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.719-20.
- 95) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.601-2. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.717-8.
- 96) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.603. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.719.
- 97) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.601. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.717.
- 98) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.604. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.720.
- 99) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.604. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.720.
- 100) この資料は, 推測するに何の変更も加えられずシュミットによる部分草案の理由書に掲載されている。Vgl. Schmitt, a.a.O. S.604 ff. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.720 ff.
- 101) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.601. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.717.
- 102) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.603-4. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.719-20.
- 103) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.604. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.720.
- 104) 以上につき, Schmitt, a.a.O. S.602. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.718.
- 105) Jakobs und Schubert, Beratung Erbrecht 1, S.41.
- 106) 以上につき, Jakobs und Schubert, Beratung Erbrecht 1, S.41-42.

第3章 部分草案の検討

先に検討したように, 第1委員会において相続法の重要部分については審議が行われ, 決定もされている。当然のことながら, シュミットはその線に沿って部分草案を作成し, 1879年にその作成を終え, 委員会に提出している¹⁾。と同時に, その草案についての非常に詳細な(本文だけでも全部で1234頁もある)理由書²⁾を提出した。以下ではこの部分草案を理由書とともに検討してみたい³⁾。

1 シュミットによる部分草案の内容

まずはじめに述べておくべきは, 遺言相続と法定相続の関係である。先に検討したように, この段階において編纂者会議および第1委員会では, 遺言相続を原則とすることが考えられていたといつてよい。したがって, その見

解に添って部分草案も作成されており、部分草案においては、相続の規定において、まず遺言相続の規定がなされ、その後で法定相続の規定が置かれるといった構成になっている。

このように、相続法部分草案の構成は「第1章 遺言」、「第2章 相続契約」、「第3章 法による相続人」、「第4章 遺産の取得。相続人間の関係」という4つの章により構成されており、ここからわかるように法定相続は第3章に規定されている。具体的にはその「第1節 法定相続人」の部分に規定がある。

では、その内容を簡単に整理しておこう。まず、遺言相続と法定相続の関係については、端的に、相続法部分草案222条1項が、遺言相続を原則とし、法定相続がその補充をすることを明確にしている。

(1) 法定相続人の範囲

では、この第3章で、具体的に法定相続人はどのように規定されているのであろうか。まずはじめに登場するのは、血族関係にある者である。相続法部分草案223条は、その原則となる規定であって、被相続人の血族が法定相続人となることを明確にしている。その血族相続における順位は、同227条により、被相続人に対する血縁関係の近い者から定められるとされている(同228条によれば、その基準時は被相続人死亡の時点)。その血縁関係の近さはどのようにして定められるのか。それはいわゆるパレンテールシステムであり、そのパレンテールで先順位となる者がある場合には、後順位の者は相続人となることができない(同229条)。そして、このパレンテールシステムにおいて、第1順位とされるのが被相続人の子を筆頭とする卑属である(同230条1項)。同順位の者が複数いる場合には、その相続分は頭数により等分されることになる(同2項)。日本と同様に代襲相続も認められている(同231条、232条)。次に、第2順位となるのが被相続人の両親を筆頭とする第2パレンテールに属する者である(同233条)。第3順位は、被相続人の祖父母を筆頭とする第3パレンテールに属する者である(同234条)。第4順位は、被相続

人の曾祖父母を筆頭とする第4パレンテールに属する者である (同237条)。最後に、このような血族相続人以外の者で相続人となるのが、配偶者である (同239条)。

(2) 相続分

以上の相続人が具体的にはどのような相続分を得るのであろうか。まず、生存配偶者とともに相続人となることができるのは、第1および第2パレンテールに属する者と被相続人の祖父母である。それ以外の者は、生存配偶者がいないときに初めて相続人となる可能性があるということになる。さて、血族相続人がいないような場合 (あまり考えにくい) で生存配偶者がいる場合には、生存配偶者が単独で相続人となり、全財産を相続する (相続法部分草案240条)。生存配偶者が第1パレンテールに属する者とともに相続する場合、配偶者の相続分は4分の1、第1パレンテールに属する者の相続分は4分の3ということになる (同243条)。生存配偶者が、第2パレンテールに属する者および被相続人の祖父母とともに相続人となる場合には、生存配偶者と第2パレンテールに属する者あるいは被相続人の祖父母とが遺産を半分ずつ相続することになる (同241条)。

(3) 先取分 Voraus

さらに、生存配偶者が、第2パレンテールに属する者および被相続人の祖父母とともに相続人となる場合には、生存配偶者に先取分が認められ、遺産のうちで両配偶者が日常使用していたような家具等の動産および婚礼の贈り物を原則として優先的に取得する。これは遺贈として取得される物であるから、生存配偶者は実質的に被相続人の遺産の半分以上を取得することになる。具体的には、家事動産の価値分であるが、当時の状況からいって、この家事動産の価値は現在の日本で考えられるよりも遥かに大きいものであったと思われる。当時の家事動産は、現在のドイツにおいても非常に高い価値を認められるものがあり (もちろんそれは第2次世界大戦等によってその多くが破壊さ

れてしまい、あまり残っていないことにも起因しているといえるのであるが)、特にあまり財産のない者にとっては、家事動産がほとんど唯一の遺産であるような場合も少なくないものと考えられよう。それだからこそ、この先取分によって両親の遺留分を侵害するような結果となっても、その先取分を減額するようなことない旨わざわざ規定が置かれたのであろう(相続法部分草案248条2項)。

(4) 遺留分

さらに、第1パレンテールに属する者、被相続人の両親および生存配偶者には、遺留分が認められ(相続法部分草案246, 247, 248条)、その遺留分はそれぞれの相続分の半分である(同250条)。

以下ではシュミットによる理由書において、それをどのように根拠付けているかについてみていくことにしよう。

2 シュミットによる理由書の検討

(1) 血族相続の根拠

まずはじめに確認しておきたいのは、シュミットの基本的立場である。シュミットは、「草案は、現行の法典、そして個々のラントあるいはかつてのドイツ連邦の委託による個々の法領域に関する法律草案を考慮して、ドイツ法の総体に合致する民法典を、今日の学問の要求にふさわしい形式で法典化するようにまとめなければならない」⁴⁾と考えていた。そのため、19世紀の多数——法律家は多数ではない——の望むように相続法の助けを借りて社会関係を改革するのか、という問題の考慮はしなかったと評されている⁵⁾。つまり、シュミットは当時の法を法典化することを第一に考え、それが将来の社会をどのようにしていくべきなのか、ということあまり考えていないということがいわれていることになろう。それがどれほど正当な見解であるのかについては、この検討の後に初めていえることであろうが、少なくとも、

シュミットが多くの問題について、当時の法を援用することが多く、また多くの点で当時の法の多数にしたがっていることは事実である。

さて、シュミットは血族相続については「草案は現行法に合致する。」⁶⁾と評価しており、そのことにより、草案の根拠を説得力あるものと見せようとしているようである。そのため、特に血族相続の根拠を提示するような記述はあまりない。むしろ、「そもそも血族関係は相互的なものなので、原則として相続権は相互的に基礎付けられる」⁷⁾、とか極端には、血族の法定相続権については「特に理由を必要としない」とまで述べている。シュミットが強調するのは、むしろいろいろな要素を考慮しないところにあるのだとして、考慮される次の5点をあげる。すなわち、① 宗教、② 性、③ 長子あるいはそれ以外の者の優先、④ 被相続人による営業の特権の保護、最後に⑤ 相続財産がどのような由来で（つまりはどのような理由から）被相続人の財産になったのか、という5点である。シュミットによれば、このような要素をまったく考慮しないところが重要だとする⁸⁾。とはいえ、シュミットもまったく相続の根拠について考えていないわけではない。血族相続の範囲を限定するか否かという問題に関して、シュミットはこの問題の解決には血族相続の根拠、というよりもむしろ遺言の自由を制限し法定相続を認める根拠、が問題になるとして、以下の7点をあげる⁹⁾。すなわち、

① 被相続人の推定される意思

被相続人の意思は原則として遺言の形で表明されるわけであるが、遺言がない場合は、その意思を推定して法定相続制度を形成するということになる。シュミットは、プロイセンにおけるALRの改正草案(1835年)の理由書がこの立場であると、何度も強調している。しかし、第1委員会の主委員会における議論で、シュミットがこの根拠を主張するプランクの提案に反対したことはすでに検討したとおりであり、直接にこの根拠を否定してはいないものの、この根拠を積極的に支持するとはとうてい思えない。実際、シュミットはこういう、「被相続人の推定される意思について語ることはいささ

か無益である、一度たりとも口に出されたことはないのに！」と。

② 血族関係が相続権の客観的基礎である

これは、すでに引用した部分に登場する根拠であり、すべての相続権は相互的に原因となる、という理屈である。若干敷衍すれば、例えば、親子間においては相互にいろいろな関係が成立している。例えば、愛情関係や法的には扶養関係などである。それとまったく同じように、親子間においては互いに互いの相続人となるような関係が存在しているというのがこの主張である。

③ 扶養義務等の義務の存在

扶養義務の存在によって、被相続人の死亡により相続人が扶養を受ける権利を喪失したことを根拠にする考え方である。

④ 後見義務の存在

これも扶養義務と同じような立場である。

⑤ 共同生活、共同の収入、共同意識および家族の意味

これは、②と異なり、血族関係ではなく、実際に共同生活をする関係から相続権が導き出されるという考え方である。これについて、シュミットは特にコメントしていないが、上述のように、相続財産の由来を問題としないという点を重要視していた以上、このような根拠は支持しないのではないかと考えられる。

⑥ 被相続人に利益を与えた者に相続権を与えるべきだという考え方

⑦ 富の不均衡の緩和

この最後の2点は血族相続の根拠というよりは、むしろ国庫の相続権の根拠としてあげられている。すなわち、⑥からは国等は、被相続人に利益を与

え続けていたのであり、遠い血族よりも優先して相続権を持つべきだという結論になるし、⑦は国家が相続権を持ち、その相続したものを国民に再配分することで、一般に存在する財産状態の不均衡をいささかなりとも緩和し、「社会的害悪」と取り除くことができるというものである。

以上の7点を指摘するが、シュミットはそのどれにも賛成しない。上述のように、血族相続の範囲を制限するか否かという問題に関してではあるが、以下のように述べる。すなわち、「相続権は相互主義のような法学的考えに基づくものではなく、直接ないし間接の血の結合に関する自然法 (Naturgesetz) に基づくのである。遠く離れた枝でも、その木の枝に他ならない。傍系血族の共同所属性は否定することができないものである、なぜならこの関係の個々の影響は、公共団体や国家との個々の結びつきよりも強力であるからである」¹⁰⁾、と。つまり、シュミットによれば、上述の②が明確に否定され、それとは異なる「共同所属性」が血族相続の根拠となるのであり、それに制限をつけることはできないと結論するのである。「共同所属性」というのはこれだけでは、若干わかりにくい説明であるが、メルテンス博士の説明を借りることにすれば¹¹⁾、「共同所属性」というのは当時の多くの論者により血族相続の根拠としてあげられていたものであり、「家族意識における血族の共同帰属意識 *Zusammengehörigkeitsgefühl*」のことである。とはいえそれは結局のところ、「遠く離れた血族の相続権は、経済的および倫理的必要性を意味するのではなく、ただ単にそれ以外に遺産の帰属者を見つけられないという現実によるのであり、一種の法政策的な判断なのであるということになる。したがって、この根拠は、血族相続を制限する方向にも用いることができる。すなわち、「家族の結びつきが緩くなるにつれ、市民と国家や市町村への結びつきが強化される」ことになるのだ、という言い方にすれば、まったく同じ根拠から、血族相続の制限と国庫の相続権の正当化を図ることも可能なのである。シュミットもこの点は意識していたようであり、法定相続に問題があれば、被相続人はそれを遺言で考慮しうる、という形で若

干説明を逃げてるように思われる。

いずれにせよ、少なくともシュミットは、それほど明確な血族相続の根拠を考えているわけではないようであり、一種の法政策的判断と最初に述べた当時の法の多数を占める考え方とから、このような血族相続制度を考えたというのが、穏当なところであろう。

(2) 配偶者相続権の根拠

この点についても、シュミットがいつもながら、当時の立法を概観して説明する。ただ、ここで特徴的なのは、配偶者相続権を正面から認める立法がなかったことである。つまり、シュミットはここでは、当時の立法の傾向に反した提案をしているわけである。とはいえ、シュミットが特に何の裏付けもなくこのような提案をしたわけではない。当時のドイツ法において、どのような夫婦財産制が採用されていようとも、その夫婦財産制の結果として、生存配偶者に何らかの形で、先に死亡した配偶者の財産が取得されることが強調される。そのうえで、当時のドイツ法の状況が非常に区々に分かれており、様々な要素を考慮していることを明らかにしたうえで、こう述べる、すなわち「別産制の倫理的な立場から生存配偶者の先死した配偶者の遺産からの排除を支持することができるとするならば、そもそも婚姻関係の本質そしてその効果、それは婚姻が短期間しか継続しなかった場合でも同様である、と矛盾すると考えられなければならない、なぜなら一方配偶者の死そしてそれによりもたらされる婚姻解消にもかかわらず、すべての〔婚姻の一筆〕効果が存続するからである。」¹²⁾ ここで、シュミットが述べているのはこういうことである、すなわち、法定夫婦財産制として管理共同制が採用されることになった。この管理共同制は、原則として夫婦別産制である。そうだとすれば、夫婦の財産は混じり合うことはなく、夫の財産は夫に、妻の財産は妻に属することになる。ただ、婚姻中は、妻の財産の使用収益権が夫に属することになるだけである。したがって、婚姻の終了原因のひとつである一方配偶者の死亡によって、夫婦財産は夫の財産は夫に妻の財産は妻に、という

形に戻るだけである。そうであれば、生存配偶者の相続権を考えることは、理屈のうえでは必然性がないということになる。言い換えれば、夫婦が共同で形成した財産というものが観念できず、さらには婚姻が解消して夫婦間の権利義務が消滅した後に、なぜ死亡した配偶者の財産の(少なくとも一部)が、生存配偶者の所有に変化するのか、その理由がない限り、配偶者相続権を正当化できないということである。そうであれば、当時のドイツの立法にあるように、子の存在そのもの、あるいは子の数、さらには子ではない血族の存在を考慮に入れ、生存配偶者を相続から完全に排除するなり、少なくとも遺産の一部に制限することは論理的に十分可能であるといわなければならない。ところが、ここでシュミットはそのような見解に反対するのである。シュミットが根拠にするのは、婚姻の本質である。彼によれば、婚姻は一方配偶者の死亡とそれによる婚姻の解消にもかかわらず、効果が消滅するわけではないからである。彼によれば、それが婚姻の本質だ、ということになる。したがって、仮に婚姻が短期間であっても、それが婚姻である限り、婚姻の効果がもたらされることになり、さらにはそれが一方配偶者の死後も存続することになり、生存配偶者に相続権が認められるのだ、ということになる。

上述のように、従来を法を条文化することを常としてきたシュミットであるが、この点に関しては非常に意欲的に将来を見据えた立法をしようと考えており、その結果、いささか抽象的ではあるが、理論的な考察によって結論を導き出している。

少し脇道にそれるが、このような説明の方法はすでに本稿で検討をしたことがある。他ならぬプランクによる提案である。彼の配偶者相続権の態様として用益権を導き出すときの理屈として、婚姻の本質が語られている。用益権の議論の際には、この理屈を正面から攻撃したシュミットであるが、皮肉なことに、この部分ではそれとまったく同じような理屈で、配偶者相続権を正当化しているのである。

もちろんシュミットは、「婚姻の本質」とは異なる正当化も試みている。

すなわち、彼は、管理共同制を法定夫婦財産制として採用している法においても、寡婦について、しばしば妻の財産が減少したような場合に、夫の死後夫の遺産から補償がされることがあることを指摘する。そのうえで、以下のようにいう「確かに最後に検討したのは寡婦に限られる。……両配偶者の区別された取り扱いそれ自体が不当である。飢えた夫に対する不当な取り扱いが、不当なものとして感じられなければならない。まさに飢えた配偶者のみを考慮するならば、大多数が権利を持ち、そうでなくても扶養請求権に相当する権利が認められるべきであり、そうでなければ婚姻関係の尊厳……に適合しないのである」¹³⁾、と。ここで、考慮されているのは生存配偶者の他方配偶者の死亡に伴う経済的困窮である。多くの法は、そのような事態が妻に起こることを想定しているようであるが、シュミットはそのような事態は妻に限らず夫にも起こりうることで、しかも夫が経済的に困窮するような場合も、妻と同じように何らかの対処をしなければならないと考えている。では、何らかの対処としてどのようなものを考えるのか。シュミットが考えているのは、生存配偶者に相続権を与えることであり、あるいはその代替として扶養請求権のようなものを考えるべきだとする。さらにシュミットは、そのような権利を考えないことは「婚姻の尊厳」に反することになると主張している。最終的な根拠は、非常に抽象的な「婚姻の尊厳」であり、先の「婚姻の本質」とどのような関係に立つものであるのか、理由書の記述だけでは明確でないが、実質的に考慮されているのは、非常に具体的なものである。すなわち、上述のように、ここで考えられているのは、生存配偶者の他方配偶者の死後における経済状態であって、仮に生存配偶者が困窮するのであれば、それは遺産によって救済されるべきであるとするのがシュミットの見解だということになる。この点は、今までどこにもでてこなかったものであり注目に値する。ここで、想起されるべきは、先の第1委員会主委員会における配偶者相続権に関する議論である。そこでは、配偶者相続権の態様として、用益権の主張がプランクから出されていたが、その際に根拠としてあげられたのが、生存配偶者の生活維持という点であった。ここでの議論はそれ

と完全に一致するものとはいえないが、しかし少なくとも、シュミットも生存配偶者が他方配偶者の死後に経済的に困窮する事態を相続権によって排除することを考えていたことは確かであり、関連性はあるといわなければならない。もちろん、プランクの見解がどれほどの影響をシュミットに与えたのかについては、もはや明らかにすることは不可能ではあるが。

(3) 配偶者相続権の態様

さて、このように配偶者相続権の存在を肯定したうえで次に問題となるのは、配偶者相続権をどのように規律するのか、という問題である。この問題については、シュミットは非常に正直に、考慮すべき要素を具体的に列挙したうえで、それを完全には考慮し尽くすことができないことを表明する。すなわち、シュミットは、考慮すべき要素として、まず血族相続人に関連して、① 相続される婚姻であるのか相続されない婚姻であるのか (この用語法については、第2章注68参照)、② 相続人たる子が生存配偶者の子ではないような場合 (いわゆる継子の場合)、③ 「子の数」、④ 「子の年齢 (養育を必要とするのかあるいは独立しているか)」、⑤ 「性」、⑥ 「健康状態」、⑦ 生活状態、⑧ 「卑属、傍系血族、親等々々としての血族の身分」、さらに生存配偶者に関しては、⑨ 「生存配偶者の所得能力およびその機会」、⑩ 生存配偶者の「生活状態」、⑪ 生存配偶者の「固有財産」、⑫ 生存配偶者の「再婚」、最後に遺産に関連して、⑬ 「価値のないあるいは価値のある遺産があるか」、⑭ 「どこにそれがあるか (動産、不動産、営業)」、⑮ 「関係者の固有の利益のみであるのか関係者を越えた経済的影響があるのか」という全部で15の要素である。これらを列挙したうえで、彼はいう、「立法者がこれらの多様性すべてを把握しているわけではないことは詳論を要しないであろう」と¹⁴⁾。こうして、シュミットは、個々の事情をすべて考慮したうえで確固たる配偶者相続分を観念することは、立法者には不可能なことであるという前提に立ち、そのうえで、そのような立法者が考慮できないような個々の事情は、遺言において被相続人に考慮してもらうことが妥当だという。つまり、ここで問題として

いるのは、法定相続をいかにすべきかであって、その法定相続は遺言相続の補充として機能するものであるから、すべての事情を完全に考慮することは不可能であるし、またその必要もないと考えているわけである。ただ、ここで明確にしている点がひとつだけある。それは、配偶者相続権については、上述のようにシュミットも経済的に困窮する生存配偶者の保護という観点を持っていただけであるが、だからといってそれをあまりにも重視して、被相続人の遺言の自由を奪ってしまうことは、立法者には不可能な個々の事情の考慮を不可能にしてしまうことになって妥当でない、という点である¹⁵⁾。この主張がいかなる意味合いを持って主張されたといえるのか。それは、以前から問題になっていた、生存配偶者の用益権の否定である。

部分草案について彼はいう、「草案はドイツ法にしたがった。おそらくこの方法では所有権が（生存配偶者の）他の家族にいくことになる。また現状では、家族世襲財産の使用がまれではないように、用益権の形式が好まれている。しかしながら、法は被相続人に相続分の代わりに用益権（扶養）を配することを許容しているのであり、そこでは生存配偶者が、場合によってはその遺留分権（遺産の一定量）により経済的価値を補い、現状を維持する権利を持つのである。しかしながら法により用益権を規定することは推奨しない、というのもそれによって国民経済的にいってすべての部分に有害な財産の拘束を結びつけることになるからである——制限のない生涯にわたるあるいは再婚までの用益権でない場合には、適切な時間の制限をするのが難しく——実行に伴う候補者の保証に関わる、所有者（血族）と用益権者（配偶者）との間の訴訟の余地があり、双方の関係の清算が遺産債権者に困難をもたらすであろうからである。配偶者の獲得した所有権は、配偶者の用益を排除するものではなく、他の方法で（間接的に）認めたにすぎない。用益権者の長い生涯を前提にすれば、その所得は不当に増加するかもしれない、他方で固定の相続分は配偶者に望ましい行動の自由を与え、直接に遺産の一体性に対するその適切な充足を実現するのである。相続分を適切にするのであれば、あの偶発事（再婚）の際に頻発するしばしばやっかいな問題を棚上げに

することができよう。用益権と相続分の結合は、両方の側から強調される考慮を対立させる」¹⁶⁾、と。ここでの議論は、大体以前の第1委員会主委員会におけるシュミットの主張を要約したものとなっているので、特に説明を要しないものと思われる。結局のところ、用益権がどうしても必要であると被相続人が考える場合には、その旨を遺言により表明すればよいのであるし、用益権を一般に認めると弊害の方が大きいので妥当でない、というのである。

ただ、生存配偶者に一定の相続権を与えることになると、ひとつの大きな問題があることになる、すなわち、被相続人の遺産が生存配偶者という血族でない者に一部ではあるがいつてしまうことになり、その生存配偶者が再婚をしたような場合には、再婚先の子にも生存配偶者の遺産がいくのであり、結局は元々の被相続人の遺産の一部がそのような何の関係もない者についてしまう、つまりは「他人の家族」についてしまうという事態が起こることになる。この点は特に生存配偶者と被相続人の卑属とが相続人となる場合に先鋭化する。そして、当時の多くのドイツにおける法は、そのような場合に生存配偶者に用益権を認める立法が少なくなかった（特に法定夫婦財産制として財産共通制を採用している法）のであるが、これに対して、シュミットは被相続人の卑属とともに相続するような場合にも、生存配偶者に一定の相続分を認めることにした。そうならば、当然上述のような問題が発生することになるのであるが、これに対して彼は以下のように述べる、「草案は被相続人の卑属とともに生存配偶者に相続分を認めている。確かに相続分は通常なされていることに反している、すなわち、そのような方法は被相続人の卑属のみならずさわしい被相続人の所有権を他人の家族に譲り渡すことが可能であり、あるいは生存配偶者の再婚の場合に、常に被相続人の継子が存在するときにはそうになってしまう。しかしながら、それは、確かにしばしば、また場合によっては、配偶者が尊属や傍系血族とともに相続権を与えられる場合もそうである。だが、相続法的観点に基づき、被相続人の推定される意思同様に、配偶者の血族類似の関係を考慮する場合には、そのような異議は完全には維持さ

れず、配偶者の死によって解消される配偶者関係等と同様なものを定立することになる。いずれにせよ多くの場合には配偶者にいった〔遺産は一筆者〕、再び子にいくのである。相続分は、すべての関係者に即時の確定的な物の秩序を形成するのであって、当該財産価値そのものについて不利益である、それぞれの関係者の自由な行動をどれほどにするのかについて未決の状況を避け、とりわけ遺産債権者の必要に合致するのである」¹⁷⁾、と。結局のところ、シュミットはこのような弊害が存在することを認め、さらにそれを否定しないのであるが、そのような事態はそれほど多く発生しないと考えているようで、そのようなそれほど頻繁に起こるとは思えない困った事態によって、生存配偶者に相続権を与えることを断念することはできない、と考えているのである。その際、根拠になるのは「配偶者の血族類似の関係」である。これもあまり明確でない概念であるが、以前の第1委員会主委員会での議論をみれば、配偶者の関係と血族の関係において優劣をつけたいものがある、という主張を指していると理解するのが適当であるように思われる。そうだとすれば、いわゆる「家族財産の流出」の懸念も、配偶者に対して血族が優位に立つわけではない、というシュミットの立場からして、仮にそのようなことが発生したとしても（上述のようにシュミットは、そのような事態はあまり起こらないと考えているのであるが）、それがそれほど抑止しなければならぬ事態というほどには評価していないのではないかと考えられよう。また、とってつけたよう書き方をしているが、遺産につき債権を持っている者について考えてみても、用益権ではなく一定の相続分という構成の方が望ましいという理由も指摘されている。結局のところ、シュミットは、むしろそのような懸念から用益権を認めることの方が、弊害が大きいと考えているのである。

(4) 生存配偶者とともに相続人となる者の範囲とその相続分

さて、生存配偶者に具体的な相続分の形で相続権を認めることになるならば、他の血族相続人との関係およびその相続分が問題となる。これについて

は、先に第1委員会主委員会で決定済みであるため、それをどのように根拠付けるのかだけが問題となる。

まず、相続人の範囲である。これは、第1・第2パレンテールに属する者および祖父母、ということになる。まず、第1パレンテールに属する者が配偶者とともに相続人となるのは当然とされている。問題はそれ以外の血族である。第2パレンテール内においては、被相続人の親が配偶者とともに相続人となるのは、親に遺留分を認める以上当然としても、それ以外の者例えば兄弟姉妹が配偶者とともに相続人となるのかについて、シュミットは比較的否定的であるが、結局は、第2パレンテールに属する者すべてに配偶者とともに相続人となることを認めた。その理由として彼があげるのは、親に認めて、兄弟姉妹に認めないというのが感覚的には適合的であるが、同じパレンテール内で取り扱いを異にするのは好ましくない。また、第2パレンテールにおいて親以外の傍系の血族が相続人となるのは、通常ではあまりないことで、それほど深刻に考えるまでもない、という2つの理由である。上述のように、それほど積極的な理由とはあまりいえず、むしろ後から理屈をつけているという観もある。さらにいささか苦しい理由をつけているのは、祖父母についてであり、いわく「決定的なのは以下のような観点である、すなわち遺産は他人あるいは遠い家族にいくべきでなく、いずれにせよ、祖父母がその子孫よりも長く生存することが要求されるという点である。」¹⁸⁾ ちょっとわかりにくい記述になっているが、ここで理由としてあげられているのは、遺産が他人の家族にってしまうのは望ましくないという例の観点であり、それに付け加えるようにして、被相続人の祖父母が生存し、被相続人の親が生存していない事態はあまりないであろうという予測である。さらにシュミットは、祖父母の排除には広く適用されている法が、反対している（プロイセン、ザクセン、チューリンゲン、バイエルン草案、ヘッセン草案、モムゼンによる草案¹⁹⁾）という点と、祖父母の孫に対する扶養義務の存在から、それと対応する形で相続権を認めるべきだという相互主義的な理由も述べている。結局は、理論的にこれといった理由は提示されず（最後の相互主義的な考え方につい

ては、上述の血族相続人のところで検討したようにシュミットは否定的であったはずである)、後からの理屈という感否めない。

では、その具体的相続分についてはどうか。これについては、再度シュミットは、当時の立法の多数に反対している。まず、いわゆる相続されない婚姻、すなわち生存配偶者と第2パレンテールに属する者あるいは祖父母とがともに相続人となる場合である。このような場合について、当時のドイツ法の多くは、生存配偶者に遺産の3分の1を与えるというのであったにもかかわらず、部分草案では遺産の半分ということになっていた。これについて、シュミットは2つの理由をあげる。すなわち、生存した妻が法定夫婦財産制である管理共同制において非常に不利な立場に立たされている点と、夫婦の間の人的な親密関係が親子の間の関係や甥姪との関係さらにはそれ以上遠い親等の者とのそれに劣るものではないという点とである。前者については、すでに何度か触れたので詳しい説明は不要であろうと思われるが、法定夫婦財産制たる管理共同制においては、婚姻中は夫が妻の財産の使用収益権を得、さらにその収益は夫の財産となる。シュミットがいうように明らかに夫が有利で妻が不利な財産制である。もちろん、この財産制は、取引の円滑な遂行という観点からは評価できるものではあるが、男女平等という観点からは非常に問題のある財産制である。この管理共同制における妻の不利益を考慮したため、生存配偶者の相続分を半分にしたというのである。それなりに説得力ある理由ではあるが、妻と同時に夫の相続分も増えているので、夫が相続人にある場合においても、その夫が利益を得るような形になる。そのためかどうかは不明であるが、もうひとつの理由もあげられている。夫婦の関係が、血族の関係と同等に評価できるという、何度も登場している立場である。以上のような理由で、いわゆる相続されない婚姻においては、生存配偶者が遺産の半分を得るという結果になっているのである。

後2点補足しておこう。まず、後に検討するが先取分の問題である。先に指摘しておいたように、いわゆる相続されない婚姻の場合、生存配偶者に先取分が認められており、さらにその先取分によって、親の遺留分が侵害され

る事態になっても、先取分を減額しないことになっていた。つまり、法定相続分は半分半分だといっても、先取分がある限り、実際は生存配偶者の方が遺産の半分以上、場合によってはそのほとんど、を取得することが認められている。この点に関しては、あまり説明されていないが、「いずれにせよ、子の婚姻により、親の相続分が先取分により完全になくなってしまうというのはまれである。」²⁰⁾として、簡単にかたづけられている。次に、第1委員会主委員会において提案された、生存配偶者が祖父母とともに相続する場合に、より多くを与えるという案について特にここで理由をあげて反対している。すなわち、祖父母が相続する場合がまれであるという点と、そうでないと祖父母の相続権に結びついた目的が達成できないという点とである。どちらかといえば、被相続人の財産が他人の家族によって取得されてしまうという懸念からであろうか。

さて、いわゆる相続される婚姻、すなわち生存配偶者と被相続人の卑属とが相続人となる場面に移ろう。ここでは、生存配偶者が遺産の4分の1を取得することになっていた。第1委員会主委員会での最初の提案にあったように、多くの法は配偶者の相続分を子と同じにするという制度を採用していた。この制度によれば、子の数に応じて配偶者の相続分が増減することになる。すなわち、子の数が少なければ、例えば子が1人だけであった場合には、配偶者の相続分は2分の1になるはずであるし、逆に、子が多い場合、例えば子が5人であった場合には、配偶者の相続分は6分の1ということになる。しかし、これには弊害があるというのが、シュミットの説明である。まず、今述べたように子の数が増れば配偶者の相続分が少なくなる結果となる。これでは、配偶者が積極的に子をもうけなくなるのではないか、すなわち「婚姻の生産力」の低下が懸念されるというのが弊害のひとつである。さらに、逆に子が少ないと配偶者の相続分が大きくなる。先ほど述べたように最大で2分の1である。しかし、このような場合も弊害があるとシュミットは指摘する。すなわち、半分しか子にいかないということになれば、遺産の少なくとも主要部分は他人の子にわたらないようにすべきだ、という

今まで何度も出てきた観点は維持できなくなる。さらに、第2パレンテールの相続人と相続する場合に、生存配偶者は2分の1を得ることになっている。つまり、子がいないときでも生存配偶者の相続分は半分ということになっている。では、子が1人だけのときはどうなるのか。先ほどから述べているように、子と同じ相続分とするならば半分ということになる。しかし、半分であるならば、子が第2パレンテールの相続人と同じ扱いということになってしまう。これは正当でない、というのがシュミットの主張である。この後者は、第1委員会主委員会でも述べられていた観点である。以上のような理由から、いわゆる相続される婚姻における生存配偶者の相続分は4分の1ということにした、と説明されている²¹⁾。

(5) 先取分 Voraus

先ほども少し触れたが、生存配偶者には先取分の権利も認められている。ここでも、シュミットは多くの法において、この制度が採用されていることを詳細に列挙している。とりわけ彼が重視しているのが、プロイセン一般ラント法典 A.L.R. である。また、1835年のプロイセンにおける改正草案の理由をわざわざ引用している。そこでは、先取分の目的が2点説明されている。すなわち、経済的継続を中断させる公的な競売を阻むという点と、配偶者の感情を傷つけることを防ぐという点の2点である。なお、部分草案については、「1877年提案第7号および1877年10月1日の議事録にある理由」により提案をしたとしているだけである²²⁾。

(6) 遺留分

(a) 遺留分の根拠

最後に遺留分について検討しよう。この遺留分についてのシュミットの見解は、非常に抽象的な形で遺言の自由との関連において説明されている。最初に彼はその当時主張されていた様々な遺留分の根拠についての議論を否定する。例えば、扶養義務、子を独立させる義務、さらには子に対する愛から

発生する義務などに基づく主張である。まず、扶養義務や子を独立させる義務については、その義務が被相続人の死後も存続するものではないという理由で否定をし、さらには子に対する愛から発生する義務については、それが倫理的には正当であるが、それによって法的に義務を課すことには反対する。

このように否定をした後に、シュミットは被相続人の意思から遺留分を根拠付ける。すなわち、「婚姻は、両配偶者の財産に対する効果ではなく、人的な効果のみを持つ；したがってそのような被相続人の意思の拘束がそれ自身によって〔被相続人の意思を一筆者〕排除するのである。」言い換えれば、婚姻をするということ自体が、被相続人の意思を拘束することになる。つまり、被相続人が自己の自由意思により婚姻をという結びつきを選択したのであるが、まさにそのこと自体によって被相続人の遺言の自由に対する拘束を被相続人の意思によって発生させることになるというのである。さらに同じような理屈が血族関係（特に親子関係）についても存在し、「子をもうけるという事実には、あたかも養育契約が存するように、被相続人の自己拘束が結びつくのである」²³⁾、とする。このように、遺言の自由は被相続人の意思を尊重することにその根源を持つのであるが、その被相続人の意思の尊重から、遺留分制度が導き出されるというのが、シュミットの立場だということになる。

(b) 遺留分権者の範囲

以上のような理由で、遺留分制度そのものが正当化されるわけであるが、次に問題となるのは、誰が遺留分権者となるのかである。しかし、残念ながら、この点についてのシュミットの見解は、理由書をもみても明確ではないといわざるを得ない。

まず、被相続人の卑属が遺留分権者である点であるが、これについては当然とするだけで理由は述べられていない。むしろ、非嫡出子の取り扱いをどうするのがここでの焦点となっている²⁴⁾。

次に、親であるが、シュミットは、これについても再び多くの当時の法を列挙し、そのうえで部分草案が親に遺留分を与えた理由を説明している。彼によれば、「そうしないとドイツで妥当している法のすべてに反することになるし、畏敬の念の要求を考慮したからである。後者の考慮は、尊属は相続廃除により畏敬の念を棄損されうることを排除しないように思われる」、とされている。また、こうもいう、「遺留分請求権の根拠は、権利者が、困窮に陥った場合に、被相続人からもはや扶養を得ることができない、ということではなく、モムゼンが正当に述べたように、畏敬の念を考慮し、この意味で遠い尊属は、被相続人が最大限見積もってもまれにしか直接の関係を持たないような者には、あまり当てはまらないのである。』²⁵⁾

最後に、配偶者であるが、これについても、特に理由は説明されていない。ただ、「草案 239 条以下で述べたことが、ここでも妥当する」とされているだけである。

(c) 遺留分の大きさ

さて、最後に問題となるのは、では具体的に遺留分の大きさをどれくらいにするのかである。この点についても、シュミットは、多くの当時の法を参照しているが、基本的には遺言の自由を前提にして、その自由をなるべく限定しないようにして、しかも遺留分権者にも十分に財産価値がいくようにする、というのが彼の立場である。すなわち、「草案はすべての場合に固定した割合を定めた；まずは簡明性の利益のため、次には相続権ある者の数により被相続人の処分権の範囲が拡大したり縮小したりするのは適当でないからであり、さらには、その請求権が基礎をおいている畏敬の念 *Pietät* にあらゆる点で合致するからである。

固定された大きさは以下の点に基づいている、すなわち遺留分は異議のないものにはならないという点と、他方で被相続人が分割に対して権限ある配慮を考慮することを妨げるほどの遺留分が拡大してはならないという点である。半分で十分である、というのも 6 人の子がいるような場合に被相続人は

1人の子に2分の1プラス12分の1で合計12分の7を与え、残りの子には併せて12分の7のみを要求するようにさせることができるからである。同様に、子とともに相続する配偶者を十二分に考慮するためには、半分で十分であろう」と²⁶⁾。例としてあげられているのが、6人の子がいるケースというのが、時代を感じさせるが、注目すべきは最後の一文である。子とともに相続する配偶者の保護を被相続人が考えた場合に、遺産の半分以上を生存配偶者に与える内容の遺言を可能にすることが「十分である」と考えていることをここから読み取ることができよう。シュミットはこの点につきこれ以上は何も述べていないので、これ以上は推測にならざるを得ないのであるが、法定相続分では子とともに相続する場合には、遺産の4分の1を主張した彼であるが、被相続人が望めば、遺産の半分以上を生存配偶者に与えることを可能にすることが望ましいと考えていたことが考えられよう。なぜそれが妥当であるのかについては、不明であるといわざるを得ないのが残念ではあるが。

(7) 小 括

以上比較的詳細にシュミットによる部分草案を紹介しその理由書を検討してきたが、注目すべき点をいくつか指摘しよう。

まず、血族による相続と生存配偶者による相続が別のものであるとして、別の理由付けから正当化が図られていること点があげられよう。おそらくは、シュミットがこの2つの相続を別個のもと考えているところに由来しているであると推測される。その結果として、それぞれの相続が別々の根拠を持って主張される結果となるわけである。つまり、血族相続は、伝統的に相続といえこれを指してきたものであり、それをことさら理由づける必要はない。しかし、配偶者相続権は従来なかったものであり、特別の理由付けを必要とする。シュミットが根拠としたのは、夫婦財産制を出発点とし、婚姻の本質を基礎とする理由であった。このように、シュミットはこの2つの相続権を同じものとしては考えていないということが明らかではなからうかとい

えよう。

次に、このように別個のものとして2つの相続が考えられるとするならば、当然のことながらこれら2つの関係の問題とせざるを得ない。まさに、この点において、プランクとシュミットが大いに論争したわけであるが、そこでもみたように、シュミットは、それらには優劣をつけることができず、結果としてそれらを同価値のものとして取り扱うという立場から部分草案を起草している。

付 シュミットによる部分草案試訳 (一部のみ)

第3章 法による相続人

第1節 法定相続人

部分草案 222 条

相続人指定がなされない場合にその限りにおいて法による相続の効果が発生する。

被相続人により相続人として指定された者が死亡したとき、あるいは死亡の宣告を受けたとき、あるいは相続を放棄したとき、あるいは相続欠格の宣告を受けたときにも、法による相続の効果が発生する、いずれの場合も相続人指定がなく、自然増加も発生していないことを要件とする。

条件ないし期限のある相続人指定あるいは胎児の相続人指定ならびにそれらの失効その他については特別の規定による。

部分草案 223 条

被相続人との血族関係は法による相続権の原因となる。

部分草案 224 条

嫡出でない血族関係は、一方は非嫡出子およびその卑属と——相手方はその母および母の血族との間でのみ相続権の原因となる。

部分草案 225 条

嫡出でない卑属が法あるいは特別の法律行為によって嫡出の権利を得る限りに

において、より詳細な家族法に規定により 224 条の制限の規定を適用しない。

部分草案 226 条

血族関係の重複は相続分も重複する。

部分草案 227 条

被相続人の血族は血族関係に近さによって相続人となる。

部分草案 228 条

血族関係の近さは、以下の時点で決定される、すなわち被相続人の死亡時あるいは死亡宣告による相続の場合には死亡宣告を含む判決がなされた時である。

当該時点において懐胎中の子は、そのときにすでに生まれた子として血族関係を判断する。

部分草案 229 条

相続権に関し、血族関係の近さは血族関係の血統と親等により決定される。

相続人となるのは以下に続く基準による、その際、相続権を得た先順位の血族 (パレンテール) はすべての後順位の血族を排除する。

部分草案 230 条

第 1 順位として、子、および以下に続く基準によりそれ以外の被相続人の卑属が相続人となる。

被相続人の子は、その頭数により同じ相続分を得る。

部分草案 231 条

被相続人の子の 1 人が、熟慮期間より前もしくはその間に死亡し、死亡宣告を受け、適法に廃除され、相続放棄または相続欠格によりその相続権を失ったときには、相続権喪失者の子がその相続権を得る、相続人と同じだけ得るか否かまたは 294 条の場合において相続権喪失者の死の前もしくは後に生まれたかどうかを問わない。相続権を得た者はその頭数により同じ相続分を得る。

第 1 項の適用があった場合に、相続権を得た者がそれを断念し、あるいは欠格の宣告を受け、あるいは熟慮期間中に死亡した時点において、さらなる相続人への任命が行われる。

311 条および 316 条の規定は変更されない；また先に相続人となるべき者が熟慮

期間中に死亡した場合においても、新たな任命は、被相続人の死亡の時点においてなされたように行われる。

部分草案 232 条

231 条の規定はすべての被相続人のさらなる卑属にこれを準用する。

部分草案 233 条

第 2 順位として、被相続人の両親、および 2 項ないし 4 項の基準によりその者の卑属が相続人となる。

被相続人の両親はすべてのその者の卑属を排除し、同じ割合で相続する。

被相続人の父または母、あるいは両親ともに 231 条 1 項に該当する場合には、相続権喪失者の卑属が 231 および 232 条の規定の基準により相続人となる。

被相続人の両親のうちの 1 人だけが失われ、相続権喪失者の卑属で相続権ある者が存在しない場合には、他方の親がその相続権喪失者の分を相続する。

部分草案 234 条

第 3 順位において、被相続人の祖父母、および以下に続く基準によりその者の卑属が相続人となる。

部分草案 235 条

被相続人の祖父母それぞれが、その者がどの血統に属しようとも第 3 順位のすべての卑属を廃除する。

複数の祖父母は、その者が父方あるいは母方であるかを問わず、その頭数により同じ相続分を得る。

部分草案 236 条

被相続人のすべての祖父母が 231 条 1 項に該当する場合には、遺産全体に関して被相続人とその次に近い親等の血族であるその者の卑属が相続人となる。同じ親等も血族はその頭数にしたがい同じ相続分を得る。

226 条の規定はこれを適用しない。

傍系血族の全血および半血の区別はこれをしない。

部分草案 237 条

第 3 順位の血族と同様に、被相続人の曾祖父母あるいはそれ以上の祖先および

その卑属は相続人となる。

部分草案 238 条

養子は、より詳細な養子およびその卑属についての家族法の規定により養親の遺産についての法定相続権を得る。

養子は相続人の嫡出子と同様に、法により第1順位とされた卑属とともに、および卑属がない場合には被相続人の単独の子と同様に相続権を得る。

養子の卑属は、被相続人の嫡出子の卑属と同様に相続人となる。

養子が同時に被相続人の血族である場合には、どの資格で相続人となるかを選択する。この規定は養子の卑属にも準用する。

養子とその血族の間の相続法上の関係は縁組によって影響を受けない。養親には養子およびその卑属の遺産に関して、生存した親の法定相続権は成立しない。

部分草案 239 条

生存配偶者は、法により先に死亡した配偶者の遺産につき、240条ないし244条の基準により相続人となる。

無効の婚姻あるいは離婚した婚姻において相続権の一部がどれほど存続するかについては、婚姻法の規定による。

部分草案 240 条

第1および第2パレンテールの相続人および被相続人の祖父母が存在しない場合には、生存配偶者が全遺産を相続する。

部分草案 241 条

第1パレンテールの相続権者が存在しない場合、生存配偶者は第2パレンテールの相続人あるいは被相続人の祖父母とともに遺産の半分を相続する。

配偶者は、同時に配偶者としておよび被相続人の血族として相続することができる。

部分草案 242 条

第2パレンテールの相続人あるいは被相続人の祖父母とともに法定相続人となる場合、生存配偶者は遺産に属する両配偶者が日常のように供していた家具を、それが不動産の従物でない限りにおいて、さらに婚礼の贈り物を先取分として得る。

この先取分については遺贈の原則を準用する。先取分は、被相続人が別に定めない限り、その他の遺贈に優先する。

生存配偶者が先取分を得る場合、生存配偶者と相続人との間、婚礼の贈り物あるいは妻がもたらした財産で家事動産に属する物に関する請求権および反対請求権は、消滅する。

部分草案 243 条

第 1 パレンテールの相続権者とともに生存配偶者は遺産の 4 分の 1 を相続する。

部分草案 244 条

夫婦財産契約により法定夫婦財産制を排除した場合についての家族法の配偶者の相続権に関する特別規定は変更されない。

部分草案 245 条

〔国庫の相続の規定一筆者〕

第 2 節 遺留分権者

部分草案 246 条

被相続人のすべての卑属には、その者が単独あるいは他の者とともに法定相続人として当該遺産に参加しない限りにおいて、法により適法な相続廃除あるいは相続欠格宣告によってのみ失われる遺産についての遺留分が成立する。

被相続人の両親についても、被相続人の父と母が単独あるいは他の者と法定相続人として同様に参加しない限りにおいて、同様である。被相続人の両親の卑属には遺留分は成立しない。

部分草案 247 条

子の代わりに養子となった者およびその卑属には、その者が単独あるいは他の者とともに法定相続人として当該遺産に参加しない限りにおいて、家族法のより詳細な規定に基づき、被相続人の嫡出子と同様の遺留分についての権利が成立する。

部分草案 248 条

被相続人の生存配偶者には、その者が単独あるいは他の者とともに先に死亡した配偶者の法定相続人として当該遺産に参加しない限りにおいて、遺留分が成立

する。

生存配偶者の遺留分は、その者に法により認められた先取分に関係しない。ただし、両親の遺留分侵害による先取分の減額はなされない。

部分草案 249 条

224 条, 225 条, 238 条 5 項, 244 条および 298 条の規定は遺留分についても適用される。

部分草案 250 条

遺留分は、金銭価値において、義務やその他の制限なしに、権利者に法により認められた相続分の半分について成立する。

注

- 1) Vorlage No 1. 1879 des Redaktors Dr. von Schmitt, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes, Berlin, 1879, in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.1 ff.
- 2) Anlage zu No 1. 1879, Begründung des Entwurfes eines Rechts der Erbfolge für das Deutsche Reich und des Entwurfes eines Einführungsgesetzes, Berlin, 1879 (以下 Schmitt, Begründung で引用), in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.95 ff.
- 3) なお、本稿で検討する部分草案の条文の試訳を本章末尾に付しておいた。
- 4) Schmitt, Begründung, S.1. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.117.
- 5) Vgl. Hans-Georg Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Offichtteilsrecht, 1970, S.11.
- 6) Schmitt, Begründung, S.549. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.665.
- 7) Schmitt, Begründung, S.552. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.668.
- 8) Schmitt, Begründung, S.554–5. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.670–1.
- 9) Schmitt, Begründung, S.590–1. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.706–7.
- 10) Schmitt, Begründung, S.591. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.707.
- 11) Vgl. Hans-Georg Mertens, a. a. O. S. 55.
- 12) Schmitt, Begründung, S.606. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.722.
- 13) Schmitt, Begründung, S.606–7. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.722–3.
- 14) 以上につき, Schmitt, Begründung, S.610–1. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.726–7.
- 15) 以上につき, Schmitt, Begründung, S.609. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.725.
- 16) Schmitt, Begründung, S.612–3. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.728–9.
- 17) Schmitt, Begründung, S.614. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.730.

- 18) Schmitt, Begründung, S.619–20. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.735–6.
- 19) Schmitt は名をあげるのみで詳細を注記していないが, Friedrich Mommsen, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, 1876. の 42 条 (S.13.) を念頭においているのであろう。
- 20) Schmitt, Begründung, S.620. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.736.
- 21) Schmitt, Begründung, S.623–4. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.739–40.
- 22) Vgl. Schmitt, Begründung, S.622. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.738.
- 23) 以上につき Vgl. Schmitt, Begründung, S.54. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.170. また, Mertens, a.a.O. S.84. も参照。
- 24) なお, ここで非嫡出子について一言しておこう。本稿においては, 非嫡出子の取り扱いについては視野の外におくことにした。筆者の能力の問題を脇におけば, この非嫡出子の相続法における取り扱いそれ自体が別個に検討すべき大きな問題であることがここでの検討をしない主たる理由である。将来の課題としたい。
- 25) Schmitt, Begründung, S.640. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.756.
- 26) Schmitt, Begründung, S.671–2. in Schubert, Vorlagen Erbrecht 1, S.787–8.