

## わが「相続法」の非「扶養法」的性格について

その他のタイトル	The Character of Japanese Succession Law
著者	松本 暉男
雑誌名	關西大學法學論集
巻	15
号	4-6
ページ	511-536
発行年	1966-03
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/00027539">http://hdl.handle.net/10112/00027539</a>

# わが「相続法」の非「扶養法」的 性格について

松 本 暉 男

## 目次

- (1) 本稿の目的
- (2) 「相続」と私有財産制との関係  
—「相続」の根拠の前提—
- (3) 相続の構造  
—非「扶養法」的性格—
- (4) 結び  
—相続の「生活保障」的機能の限界—

## 一、本稿の目的

今日まで日本民法の相続の根拠については、多くの学者によっていろいろの主張がなされてきた。たとえば、

- ① 「血縁代価」説
- ② 被相続人の相続人に対する自然の愛情
- ③ 親族相互間の協同関係
- ④ 相続財産はわが「相続法」の非「扶養法」的性格について

わが「相続法」の非「扶養法」的性格について

二二四

家族の協力によってつくられた「家（族）共有財産」であり近親者により当然に承継されるべきだ、等々の主張。しかし、第一説では相続資格者からの相続権剝奪の正当性や相続人の廃除の合理性が必然的には出てこないし（その上、（有泉「相続法」三三四頁）、「配偶者」は血縁でない）、第二説をとっても（（有泉「相続法」三三四頁））、何故に人が一定範囲の近親者にだけ「自然の愛情」をいだき、知人・友人などがその対象になりえないのか説明できない。第三・四説は、幼年期から他に養子にいったような子が、「協同関係」に参加していかないのに、なぜ実父の遺産について相続権を主張できるのか等々の問については答えることができない（（相続資格の制度については、「協同関係の破壊者」ということで資格者）とみなすのが当然だということに説かれる中川「大要」二七八頁））。このように、現代相続法の相続の根拠の説明としては、どの説も部分的にしか妥当しないが、中川教授が、明治民法下の相続制度の説明にかけて用いた「縦の共同関係」論から、「家」連続性の理念を払拭して、戦後に提唱された理論は、今日ではもともと無難な根拠づけに思われ、その支持者も大へん多い。中川旧説（⑤）は、右の第三・四説の基底に、「家」という実定的制度を置いて構想されたものであったが、中川新説（⑥）は、右の諸説の上に、相続が、生、存、家族員の生活保障のために認められるべきものであり、そのために「名義上の主体を失った」「私有財産の清算」という財産承継のなされるべきこと、を附加したものといてよいであろう。曰く「有限家族において、一家族員の死亡にあたり、生存家族員の生活保障のためになされる死亡家族員の遺産（私有財産）の清算が相続の根拠である」と（中川「大要」一八一頁、尚、旧説から新説への改説の機縁等につき、中川「わが平生の記」・家族法大系巻末、とくに三八九頁参照）。

この中川新説ともいべき第六説は、いわば各説の総合説であり折衷説でもあるが、次の意味に於いて、学界での新説たりえたのであった。この第六説では「生活の保障」と「家族の協力関係」という二つの大切な要素が重視されている。前者は、すでに一・二の学者によって承認されていたもの（（とくに政治・社会思想上では大陸法系諸国の学者が、相続権否認論に対抗し

で早くからとり上げてきた重要な論拠だったといえよう。否認論の思想的要点は、「貧富の差の拡大」「不勞所得による擯取」など、相続の根拠であったから、「死後の家族の扶養」は屢々大義名分として援用されたのであった——A・テイエンルヤルロアールポオリューなど、相続の根拠のもつとも重要なものとして強調されたことはなかった（中川「相続の生活保障の機能について」学智院大学政経。また二（学部年報6において、更にこの点は拡大深化されている））。また二番目の、「家族の協力関係」の要素は、相続から「家」共同体の思想を払拭した現行相続法においても、死者の遺産が普通一般にいわれる私有財産とちがいで——つまり帰属主体が形式的に単数というだけに終らず——生存者に当然に共同分割されるべきもの、被相続人の死亡と同時に、生存家族員にとって共同財として分割をせまるもの、という論理のために用意された点が注目されるべきであろう。中川新説の解釈については、学者によって受け取り方も多少ちがうが、ほぼ右の二要素に還元できるようである——たとえば遠藤「相続の根拠をめぐって」（私法・第十七号・八九頁など）。

私は従来から、日本相続法の相続根拠をこのような視角で把えていくことに疑問をもっている。相続の法理が、それぞれの時代の相続観念に即し、歴史を経て変化してきたことはいうまでもない。その意味で、右の①—⑤説が歴史的相対的には一応の合理性をもち、近代相続制度の説明に当たっても、それぞれ妥当な一面をもっていることは否定できないであろう。しかし、とも角も中川新説（⑥）——以下、単に通説とよぶ——が、諸説の中では、私有財産制—遺言自由の原則—遺留分制による最低限の相続分確保—一定の法定相続制の原則—協同関係成員からの相続権剝奪制で特色づけられるわが相続法の、相続の根拠の、もつとも合理的な説明といつてよいであろう。しかし、相続法がどうという根拠で特定親族に遺産承継の当然の権利を認めているのかは、相続法の構造自体から導出されねばならない。

わが「相続法」の非「扶養法」的性格について

日本相統法の構造から、「生活保障を目的として相統が是認されている」という論理が抽出できるであろうか。市民法秩序において、相統は扶養と共に、家族の生活保障のために両輪のように機能することが期待されているけれども、両者の構造的差異のために「生活保障」のメカニズムは全く異っているのではないか。だから、相統が、たとえば遺留分などの要素によって「生活保障」の機能を果していることから、相統法と扶養法との間に共通の制度目的が見出せるように考えるのは一つの錯覚ではないか。更にいえば、親族扶養においては、「生活保障」がこの制度の機能であり「根拠」でもあるのに対し、相統においては、それが「生活保障」の機能を期待されているからといって、「生活保障」を相統の承認される直接の根拠と考えてよいか。

本稿は、このような疑点から出発し、生存家族員の生活保障は決して相統の重要な機能たりえないこと、まして相統の承認される根拠（≡制度目的）として、扶養ないし生活保障をあげることは困難であることを論じ、むしろ、相統と扶養との間には、法理念的にも現実に果す機能の上でも明らかな対立のあることを考察しようとするものである。

通説は、相統の根拠に生存家族員の生活保障を設定し、相統法が法定相統を原則とし、遺言相統にも遺留分制を併存させていることをその手がかりにしている。その結果、扶養法との間に制度的理念の共通性さえみられると考えるようである。たとえば、「相統の根拠は生存親族員の生活保障であるといわれる場合には、相統も広い意味での扶養の一種として理解されており……このように、家族法の中で扶養ことに広義の扶養の占める比重はきわめて大きい……」（西原「生活の場としての家族と家族法」法律時報（第四三五号二四頁、尚、中川「前出」論文参照）とさえいわれる。相統と扶養との機能的関連理解の必要は前言の通りであるが、広義の扶養なる概念に両者が包摂できるとみることは全く危険である。現代の

相続制度は、まさにその基底において非「扶養法」的である。以下に検討するように、「私有財産制」の保護こそ、相続の唯一の根拠だからであり、その生活保障的機能も、生存家族員が、帰属主体を失った私有財産の私的性質の反射的効果として受益の恩恵に浴すことの経済的側面を意味するにとどまるからである。扶養法の「生活保障」は常に「貧困の救済」である。しかし相続法のそれは、「貧困の救済」であるより以上に、「不勞所得の入手による私的権力の独占」(Proudhon, Rivière, 1926.)だからである。相続の根拠が、いかに非「生活保障」的なものであるかは、扶養法との対比において鮮明になるであろう。

## 二、「相続」と私有財産制との関係

### ——「相続」の根拠の前提——

財産が発生しない間は、相続もありえない。「個人が自由に支配しうる財産(私有財産)の制度ができて相続の制度もうまれる……しかし、財産が発生すると直ちに相続が起るわけではない……」(中川「相続法の諸問題」四頁以下)。相続の起源となりうる私有財産の原初的觀念の把握こそ、私有財産制と相続財産制との内的関連・後者の根拠を明らかにする条件であろう。中川教授によれば、私有財産発生期には、經濟貨財の大部分が団体所有であり、武器・耕具など交換価値の少い身辺小動産だけが私有の対象であった。まさに、それらは持主の排他的支配に属していた点で「私有財産」だったが、未開人心理として、身辺小動産を持主の人格の一部分と考える傾向があるため、持主が死ねば一しよに埋めたり焼いてしまったりするので、財産相続の觀念は生まれなかったのだといわれる。その後、農耕技術が進み財貨も発達するにつれて、持主の死亡と共に、財産を埋めたり焼いたりする風習が衰え、誰かが

わが「相続法」の非「扶養法」的性格について

遺産を「相続」するという觀念が起るといわれる。最初は、家族・氏族などの集団の所有・相続の意識が強く、個人的所有・相続の制度は弱かったとされる(同上・四)。これに対して、レヴィーブルの論述は少し異なる。未開社会においても個人所有の財産があり、「これらの物品は、人格から分離できないもの、人格の一部分、まさに人格そのものである」(Ces objets sont inséparables de sa personne : ils en font partie, ils sont lui-même)。ここでは「財産」は、人格の「附屬物」(une appartenance)・「人格の拡張」(extension de la personnalité)と表現されるにふさわしいものである(Ame primitive, pp. 141-2)。「未開人にとって、個人性は個体の外面だけに止まりはしない。彼らは、たとえば身体の場合、分泌物や排泄物すなわち、毛髪・瓜・涙・大小便等々が自分の身体の外へ―彼の上に拡がりまたは彼から出ていくことを『拡張』とみなす。……それらは、脚や手や心臓や頭と同じ資格で、彼自身なのである。すなわち、言葉の最も完全な意味において彼に属す」(Ame primitive, pp. 133-4)。およそ、個人の拡張・附屬物とみられる物は、個人所有の対象とみられ、第一に、「財産は人格と同様に神聖なもの」(La propriété est sacrée, comme la personne elle-même)、第二に、「附屬物は所有者とともに消滅せねばならぬ」(ses appartenances doivent disparaître avec lui)と考えられることになる。しかし、死者が個人的に所有していた財産を破壊すべきだとする規定には、死者の子のために例外が設けられることがある。例えば、死者と一緒に釣道具などを埋めるが、子供のために天幕を残すという工合である(グリーンランドのエ)。また、子は亡父・亡母の所有物を保存することができる例もある(ボリヴィアのイン)。これと同様の例は、すでに多くの学者によって報告されているところである。

いずれも、私有財産の原初的觀念としての共通点は、個人所有物(身辺小動産)や身体からの表出物が、人格の

擴張・附屬物、つまり人格の一部分とみられていたということである。だから、所有者の死亡と共に私有財産も消滅すべきものと考えられ、「遺産」ないし「遺産相続」の觀念の存する余地はない。ただ、ブリュールの指摘する、「例外」——限定された相続財産は、明らかに生存血縁者による遺産の承継であり、この承継の性格こそ、原初的相続の根拠とみてよいであろう。

私所有権の客体として、人格から分離して「財産」を觀念しない時代であるから、「權利」として財産を承継するとか、所有権の移転としての相続などの觀念は存しない。やはり、財産相続の觀念はこの段階には成立していないとみるべきである。従って、右の例外は、限られた死者の遺物（死者の人格の一部分）を生存血縁者が「使用」したということ自体であって、血縁者の手に承継されねばならず、これが「限定された相続財産」(une propriété héréditaire réduite)とよばれるにすぎないのである。しかし、この承継の対象財産は、船・家畜・天幕などの重要動産から、時には武器や釣具・斧などの小動産まで及ぶといわれ(後者—小動産は原則として死者と共に、消滅させられたこと前述の通り)、それらは—特に小動産は交換価値の低いのが常だが—日常生活における経済的効用の高いために、生存者による使用が是認されたのであろう。しかし、一部の限定された財産についてはあるが、私有財産制の原初的型態の下で、生存者の生活利益のために「遺産の利用」が認められたことは、原初的相続が生存血縁者の利益のため、ということ根拠としていたことになるのではないだろうか。無論、単に「道具などの使用を認めた」という一事を出ないから、生活財の利用というだけであって、扶養の要素は存しない。生存者の生活の貧富とは無関係に、生活の発展と便宜と節約の要求から、遺産の利用が認められたというだけであって、扶養—生活保障を目的にしたとはいえない。換言すれば、包括的な財産承継を意味しえない。

わが「相続法」の非「扶養法」的性格について

こうして、私有財産制の成立過程で、死者の私有財産のうち経済的効用の高い一部の物を、そのまま廃棄せず  
に生存血縁者のために役立てる制度が出現したのであるが、この時にすでに、私有財産制と相続制との間の、普  
遍的な接点が決定的なことになる。つまり、私有財産制を前提として相続制度が成立するだけでなく、相続  
制度を媒介として私有財産への私的支配は保護・強化され、資本の集中と独占が結果されるということである。

やがて、商業の発達・貨幣の流通につれて私有財産制は確立し、私所有権の客体としての財産の觀念がつくら  
れていく。とくに、未開時代には「家族は家に結びつけられ、家は土地に結合せられ……土地と家族の間に緊  
密な關係が作られ」「分割されない神聖な家産と考えられていた土地」が、古代都市の成立とともに分割・私有  
化されるようになった(F. de Coulanges, *Cité antique*, pp. 64-8)。家族財産は解体し、その代りに個人財産が  
拡大され、土地も個人財産となるようになったのである。相続制度も必然的に修正される。まず、祖先の祭祀を  
司る義務をもつ長男子が、全遺産の上に相続権を認められ、後には、長男子以外の者にも遺言で財産の譲渡をす  
る自由が認められるようになった。封建社会では、相続法における家族主義と不分割単独相続制が再編成された  
が、近世資本主義社会以後、私所有権の確立・財産の觀念的支配の可能性の確立に対応し、近代相続法の基本的  
性格が確立されることになったのである(これらの相続觀念の史的発展の考察については、木村「相続法にお  
ける家族主義」斎藤遺曆記念「法と裁判」四〇五頁以下にくわし)。

近代相続法の原則は、家制度に伴う戸主・家族の身分を前提としない点では、純粹な財産相続制・遺産相続制  
であり、遺言相続を遺留分割によって制限的に認めつつ法定相続を原則とし、年令・性に関係なく親等と同じく  
する相続人は、共同均分相続をなすことを法定するにある。ここでも、原初的な相続觀念の要素は依然として生  
きつづけているのであって、すなわち、被相続人をふくむ家族生活の物質的基礎となる私有財産への私的支配の

故に、生存家族員が、この私的支配の分配又は独占に伴う受益の恩恵に浴することは当然とされているのである。資本制生産諸関係の下での基本的生活単位であり経済単位である、「近代家族」が、成員の死後も社会的存在を継続していく上で、その物質的基礎への私的支配が、「生存家族員」(世帯を同一にする夫婦・親子に限らず、これら基本的身分関係の延長上の親族も含めて——以下同じ)に共同に分配されることは合理的とされるのである。

かくて、近代相統法における、相統の根拠は、まさに私有財産制度そのもの、私有財産への私的支配の分配の要求そのものであり、「生存家族による私的支配の分配こそ資本制近代家族の物質的基礎の確保になる」という事実そのものである。家族成員の生活保障<sup>II</sup>扶養の法理念は、相統の根拠(ないし制度目的)に存しない。相統の生活保障的機能も、遺産の私的支配の継承によって期待される可能性の問題にすぎない。相統法がローマ法以来、相統人に対して「保障」しようとしてきたものは、相統人の生活ではなくて、法定相統分だったのであり(その最初は、古代ローマ、アウグスツスのとき、家産の分解防止のために)、法定相統分の保障ないし遺留分の制度は、被相統人の遺産への私的支配を共同相統人に分配するための手続であって、相統人の生活保障のための制度として——それを根拠として——定立されたものではなかった。このことは、私所有権の絶対性を基調とした、近代民法以後の相統制において最も著しい。とくに二〇世紀以降の親族扶養法が、社会保障の肩代りとして、公益的社会的見地から扶養義務を法定するのに対し(少なくとも、現代の扶養権利<sup>II</sup>義務関係の根拠として、その、相統財産の承継手続は、均分主義をこそ至上のルールとし、相統人の経済状態の判断(誰が、どれ程要扶養状態)を一切斥けていることに示されているのである)、私有財産の私的支配の平等分割という個人主義的法理が、相統の根拠として再確認されるのである。

### 三、相続の構造

#### ——非「扶養法」的性格——

相続の構造は、その時代の私有財産制の性格に規定されてくるが、現代の私有財産制における私的支配の性格は、無限に自由・絶対的とはされていない。財産権は公共の福祉のため社会的法的に制約されている。しかし、そのことから現代法の相続の根拠が、社会本位的に捉えられるべきだとか、遺留分制や法定相続制が「生存家族員の生活保障」のために定立されていると解することが無理なことは既述した。そのような「保障」は、現代において機能として期待されるにとどまる。一体、私有財産の私的支配——婚姻家族の物的基礎の保持のためのその「継承」——全面的保護は、すぐれて資本主義的個人本位的な要請である。だから、相続法が社会本位の二〇世紀的私法秩序の一環として定立されているにせよ、相続の構造自体は、あくまで資本主義的個人本位的法理で貫かれ、たとえば社会保障的観点からの規定が要素としてはいりこむ余地はないのである。単に、解釈学的操作によって、相続の構造の中から、生活保障的機能を果すとみられる諸要素を抽出し且つ積極的に解釈するということが可能だけである(社会主義国家で承認されている相続法の性格・法理については、「結び」(一)参照)。

親族扶養もまた、私有財産制を前提とするが、それへの私的支配の自由が、扶養義務のために制限されるといふ法構造をとる。市民法秩序の自己責任の原則からいえば、夫婦・親子(親—未成年児)間に課されている「扶助」義務が夫婦・親子という基礎的身分関係そのものの維持のために合理性をもつに對し、直系血族(親子を除く)

・きょうだい間から、三親等内親族間にまで及ぼされる「扶養」義務は、極めて不合理なものといわねばならない。というのは、近代社会においては、基礎的身分関係でもない限り、理由なく他人のために出費し扶養する理由はないからである。この扶養義務者の範囲は、大家族制の残滓だといわれる程に広すぎ、その点からいっても不合理だとされている(中川「大要」、青山「家族法論」、我妻「親族法」などの批判するところ)。

しかし、制度として実定化されている以上、その存在目的ないし制度の根拠が明らかにされねばならない。独占資本主義下の大衆の窮乏化過程で、社会国家イデオロギーの定立に伴い、社会的扶助(公的扶助)が国の政策の一つとして広く承認され、ただ、国の財政的事情から、一定範囲の近親者に貧困者の救済を義務づけるのもやむをえないと考えられるようになった。いわば、公益的社会保障的救済の肩代りとして、一見不合理な親族扶養の正当性が根拠づけられるのである。ただ、その場合でも、三親等内親族の扶養権利 $\parallel$ 義務の発生要件として、家庭裁判所の審判で「特別の事情」の存することが認められねばならず、直系血族・きょうだいの場合のように一方の要扶養状態・他方の扶養可能状態の発生だけでは足りないとして(民法第八七、七条二項)。

かくて扶養法は、まさに近親者の「生活保障」を根拠として定立されたものであり、自己の所有財産への私的支配の自由に対する制限を意味している。そして、このような制限は、自由・自己責任の原理に支配される市民法秩序の中では、合理的根拠をもつものでないが、その不合理性は扶養制度の公益的社会保障的性格( $\parallel$ 超私益性)によってかヴァーイされるという建前がとられる結果、強行性をもつ(扶養制度におけるこういう論理構成が、端的に示されてゐるのは、生保法等での親族扶養優先主義において)。親族扶養法の根拠は「生活保障」自体であり、扶養の構造において特色的な点は、形式的・均一的でないこと、不合理性と強行性がみられることである。

わが「相続法」の非「扶養法」的性格について

わが「相続法」の非「扶養法」的性格について

二二四

(1) 扶養の権利∥義務者の範囲は形式的に法定されていない。一方の扶養能力・他方の要扶養性の程度によって、当時者の数や順位がきまってくるが、これらの決定には、家庭裁判所の審判よりも当事者の協議が優先する(第八七八条旧第九五六条。元来、不合理な扶養行為が、やむをえず、「生活保障」のために扶養能力者に義務づけられるのである以上、ケース・バイ・ケースで相対的に順位や義務者が決定されるのは、制度上当然の要請である。)

(2) 扶養の権利(義務)の範囲(扶養の程度又は方法)についても、当時者の資力・職業・健康・社会的地位など一切の事情により、ケース毎に決定される。協議不調のときだけ家裁の審判によるが、何れにしても法律で均一的に定められていない(第八七、九条)。

(3) 扶養法における不合理性は、結局、その強行性を結果すること前言の通りである。扶養請求権は、親族関係の効果として発生する点で身分権的でありつつ、金銭債権などに転化する限りでは財産権であり、その故に「不合理性」が具体化するといわれるが(たとえば、沼「財産法の原」、根本的には、権利発生原因が市民法秩序の中からは合理的に説明され得ないという、ことの反射である。当事者の自由意思を媒介とせずに客観状況を要因として、権利・義務が発生する。しかも、その権利・義務は、私法上のその形式を与えられてはいるが、超私益的社会保障的性格を帯びる。)

(4) 右の結果、扶養における強行性が出てくる。具体的には、扶養権利・義務の発生・適用について、当事者間に感情的不和のあることは問題にされない(拙稿「扶養請求権の濫用」末川・古稀「権利の濫用」下巻参。権利者と義務者との間の人間関係の様態は、私権主体者との間の私的な問題であるから、超私益的目的をもつ扶養義務

については影響を与えないと考えられる。無論、一方的に不利・不合理の立場に立つ扶養義務者を保護する必要上、たとえば、扶養請求権（形式的には私権として現われる）が、義務者に加害の意図をもって行使されたような場合、権利の濫用として無効ならしめるのが当然である。多数の扶養義務者の内、経済的余力（扶養能力）の程度からいって後順位なるべき親族に、まず扶養請求をするような場合は、前述(2)の問題になるが、平素不和の間にある親族に対し、引取扶養だけを請求するときは「濫用」とみるべきであろう。

扶養法の構造に示される。右の四つの性格は、何れも、扶養の制度が、個人の意思や契約を媒介としない、「生活保障」という公益的社会保障の目的のために定立されていることに起因するのであり、いわば、個人主義の合理主義的な市民法秩序からはみ出た領域に属しているといつてよいであろう。近代社会では、理由なく他人の「生活保障」の義務を負わされるということは、どうしても不合理なのであり（夫婦間、親<sub>未</sub>、三親等内血族・姻族間は無論、直系血族・きょうだい間についてもそうである。後にみるように、相続法は、きょうだいについて遺留分を認めず、従つて被相続人の意思一つで、全きょうだいを相続利益から除外することができる。この点だけみても、扶養法が、不合理とはいえ、きょうだい等の生活保障を指すのと、相続法が法定相続制や遺留分制によって、生存家族の生活保障を「機能的には」結果しうるといふことは、全然意義が異なるということがわかるであろう。

尚、扶養における強行性の問題とならんで、その権利が、放棄・譲渡などを許さない点も、相続権と大いに異なる（第八八条）。しかし、これは扶養請求権が、一身専属的・排他的という身分的性格のためであつて、扶養法の強行性の結果ではない。また、扶養の程度・方法の決定の際には、当時者の相続関係が考慮されるというのが通説

わが「相続法」の非「扶養法」的性格について

であるが、これは、扶養能力（または扶養必要度）の判断の前提である当事者の「資力」（第八七（九条））の一部に、相続によって取得された（—または今後取得されるであろう—）財産も算入されるというだけのことであって、相続が扶養同様に「生活保障」の直接の目的をもつものと考えてよい、ということにはならない。

相続による財産承継は、元来私有財産の私的支配を相続人に独占、或いは分配させ生活上の利益を得させることであるが（既述）、家族が資本主義生産諸関係の基礎的経済単位として、その物的基礎としての私有財産への私的支配を奪われずに、「権利」として確保する必要があること、それが現代の相続の根柢である。それは、あくまで近代市民法秩序の中に合理的合目的存在理由をもっているものと解されるのである。

(1) 法定相続人の範囲—民法上、配偶者と直系卑属・直系尊属・きょうだい、相続権（遺産の包括的継承権）を有すると劃一的に定められ、これらは、いわゆる「同時存在の原則」に従い、相続開始当時（第八八二条、第八九一条（五参照））において生存する者に限られるが、衡平の原則から胎児は既に生れたものとみなされる（第八八六条一項）。相続順位（直系卑属→直系尊属→きょうだい）も劃一的に法定され、代襲相続は、直系卑属ときょうだいの場合以外には考えられない（第八八七条）から、直系尊属は原則的に実（養）父母をさす。だから、右の相続順位のため方は、被相続人の遺産による生活保障の必要度の高い生存親族ほど先順位になり、相続法が、「心、生活保障のために定立されているような印象を与えるが、このことは後述の、法定相続分や代襲相続制の検討でくつがえされよう。

大切なのは「相続欠格」制度のもつ意義である。通説は、相続の根柢を「被相続人の生前における協同関係」

に求め、これを破壊するような者が相続権を失うのは当然というが、そうだとすれば、欠格制度は、遺産による生活保障の恩恵を与えないという「制裁」の制度であるはずである。しかし、欠格制度の「制裁」は、被相続人と相続人との間の協同関係の破壊者にむけられていようか。欠格事由(第八九一条)の内、被相続人自身に対して不徳・不正行為を働いたことを理由とする事由は、同時に(被相続人の)殺害(第一項)、遺言意思の侵害(第三―五項)という違法行為として把えうる。また、第一項の「先順位若くは同順位に在る者を死亡するに至らせ、又は至らせようとしたため」刑に処せられたという事由は、被相続人に向けられた不徳行為ではなく、また協同関係の破壊行為と解するのも不合理に思われる。共同相続は、私有財産への私的支配の分配を意味する。共同相続人は互いに競争相手であり、利害の対立関係にあるわけで、民法は、共同相続につき、順位の先後、同順位者間の均等を法定し、利害の対立をチェックしていることになる。だから、他の共同相続人に向けられた非行は、違法行為として競争からはずされ、私有財産の私的支配の分配からはずされるという、一種の不利益処分が強行されるとみれば十分であり、協同関係の破壊とみる必要はない。まして、第二項の制裁——「被相続人の殺害されたことを知って、これを告発せず、又は告訴しなかった」という欠格事由は、近親復讐が義務とされていた時代の、近親者の(社会的)非行という意味をもつだけであり(青山「身分法概論」二七三頁は、私訴に關係なく公訴、の行われる今日では、この欠格事由は無意味だとする)、現代社会では、告発・告訴しなかったことが、被相続人に対する道義的責任になるとは考えられず、被相続人との緊密な協同関係を破壊することになるという説明はとうていあてはまらぬであろう。逆に、この規定は、被相続人の死亡により遺産承継の受益に浴する相続人が、この利得だけに目がくらんで、利得の原因(犯罪)の発覚をおくらせるような法的無責任の態度をとったとき、私的支配の分配からはずすものと解される。

わが「相続法」の非「扶養法」的性格について

相続欠格制度は、以上のように、相続人の範囲を法的に制限する役割を果す。共同相続人は、私有財産への私的支配を互いに適法に分け合うという競争関係に立ち、むしろ、この競争から違法行為者を「欠格者」として脱落させるといふ不利益処分が、この制度の狙いであった。通説は、協同体関係の破壊者に、相続の利益をうける資格なしというのが、本来の趣旨だという（中川「大要」など）が、「欠格」の次のような強行性（「宥怒も、不可」を思い合わせると、「違法行為それ自体のために、失権するのだ」と解さざるをえないのである。

一般に、扶養請求権の剝奪ないし扶養義務の免除ということは、法制度としては考えられないのに、相続欠格（反社会的行為）はその事由さえ発生すれば、判決や意思表示を要せず当然に生ずるとされており、多数説により被相続人が欠格者に対して宥怒するも不可、と解されている（「反対」我妻、立石、前出「三九三頁、青山」。前者が、生活保障を直接の目的とする制度であり、超私益的・公益的社会保障の見地からの「権利」を承認する以上、しかも親族扶養優先の原則から、この権利を失うことは生活の危機を招くため、その剝奪はありえないのに対し、後者は、民法は、生活保障のために相続権を認めているのでないから、その剝奪を認めているわけである。

相続人の廃除の制度においては、欠格制度にみられる強行性が存せず、扶養法との対比が一そう明らかになる。廃除事由は、主として、被相続人に対する虐待・重大な侮辱などの非行に限られ（第八九二条）、被相続人の廃除意思を前提とする（廃除の濫用にそなえて、家裁の審判を必要とされる、家審法九条一項乙）。もし、相続の根拠が、生存親族の生活保障にあり、且つ被相続人との緊密な協同関係にあった相続人だけが「保障」の対象になるのだとしても、虐待その他の個人的関係の如何だけで廃除できるという制度は、扶養法における、生活保障の強行性・公益性と、相続における保障とが、全く異質であることを示している。というより、相続の根拠に、扶養法的な「生活保障」を考えること自体が、

ここで反省されねばならないのであって、被相続人の私有財産の私的支配の分配にあづかるためには、被相続人との間に一種の信頼関係が存していなければならないという、市民法的なルールに支えられていることがわかるのである。この点は、相続欠格制度についても妥当しないが、欠格制度においては、相続人の被相続人に対する「違法行為」そのものが、絶対的な除権の原因だったから、被相続人＝相続人の過去の協同関係の存否は問題にならなかった。廃除の場合、被相続人との間に客観的に協同関係が形成されてきたという事実が一応は尊重されるにせよ、私的な感情・意思の如何だけで相続人の範囲が決定されることになり、遺産が生存者の生活保障のために分配されるべきだという要請、つまり通説の考える「相続の根拠」が、ここでは貫徹されないことになる。むしろ、他人からの財産的利益を期待するためには他人からの信頼を得ていなければならない、という廃除制度のルールの根底には私有財産の私的支配を所有者（被相続人）の恩恵として分配するという論理が働いていることがわかる。

## (2) 代襲相続制（第八八七・八八九条）

この制度の存在理由としては、「公平の原則」「生活保障の機会の拡大」等々が説かれてきた。直系卑属ときょうだいについて認められている。通説の「相続」観に立てば、生活保障の機会の拡大を可能にする手段ではあるが、被相続人と遺産の継承者（＝代襲相続人）との間に、緊密な協同関係がなければならないという説明の例外を認めねばならなくなるであろうし、直系尊属について代襲相続を認めない民法の立場―相続人たる父母死亡のときに祖父母は代襲できない―は、直系血族を第一順位の扶養権利者とする扶養法の「生活保障」と、相続法のそれとを隔絶させることにもなる。やはり、相続が、私有財産の私的支配又は独占であり、資本主義生

わが「相続法」の非「扶養法」的性格について

産諸関係の下では、私有財産は家族生活の物的基礎だから生存家族員に承継されるものと解して十分であろう。

昭和三七七年の民法改正まで、代襲権者は、被相続人の血族に限るか（「被相続人の直系卑属たることを要するか」（現第八八七、条二項但書）、被代襲者が相続権を失った当時存在しなければならぬか（「相続開始当時存在すれば十分か」）が争われていた（市川「相続法」四九頁以下、青山「前出」二六八頁以下、市川「代襲相続の要件」家族法大系五六頁以下）。民法が代襲権者を、どの範囲で認めているかは、扶養義務者の範囲との対比―従って相続の「扶養」的機能の問題を説明する上で大切である。

代襲権者は、相続人の受くべき受益を、私有財産制に家族制の下では、相続人に代って受けることを期待してよい人であり、この「期待の尊重という公平の原則」から、被相続人との間に血族関係がなくてもよいという理論に賛したい（中川・我妻）。養子縁組以前に生れた養子の子は代襲相続権を有すると解したい（「前出」青山）。次に、被代襲者が相続権を失った当時にすでに代襲者は存在しなければならぬかについて、判例と多数の学説は積極に解した（於保・市川「前出」中）。たとえば「相続権喪失ノ当時直系卑属存在セサル場合ハ権利ノ主体ナケレハ仮令其主体タルコトヲ得ヘカリシモノ後日出生シタリトテ其者ノ為メニ権利発生スルコトナシ」（明治二八・九・二一九頁、他に、大正八・三・二八大判、昭和七・三・五五大判等同旨判決多し）と積極である。つまり、相続人の失権により、そのときから推定相続人は推定相続人でなくなったわけで、その後に出生した直系卑属は、推定相続人の直系卑属でなく、当然、代襲権者たりえないという理論に従うわけで、「代襲相続が被代襲者を中心とした相続ではなく、被相続人を中心とした相続であることを承認」することと矛盾するわけでないといわれる（市川「代襲相続の要件」前出、六二頁）。反対説もあるが積極説に賛きたい。代襲人とは代襲権者であり、被代襲人が遺産の私的支配の独占又は分配によって得られる受益の期待を、被代襲

人に代行して期待する権利者である。だから、被代襲人が失権してその受益期待の機会を失ったときから、代行者としての期待権も消滅したと解されるのである。

このような理解は、代襲相続を「生活保障の範囲の拡大（或いは縮少）」に役立つとか役立つものとかの考えを前提としていない。資本主義社会の家族生活は、その物的基礎として私有財産の確保を絶対的に必要とする。その私有財産の一部分が帰属主体を失えば、生存家族員がそれへの私的支配の独占又は分配について「権利」を主張することができなければならない。だから、代襲相続の前提を考える上でも、相続人（≡被代襲者）が被相続人の直系卑属かきょうだいに限ること、代襲者は相続人の直系卑属に限ることは当然で、これら相続人のもつ受益の期待の権利を代襲者が「代行」するのが代襲相続だからこそ、一方で、代襲者自身が被相続人と血族関係に立つことは必要でない（立法論として第八八七条）とともに、他方、相続人の失権と同時に期待権も消滅し、以後に出現したその直系卑属の「代行」は不能と解されたのであった。

相続人（≡被代襲者）の全員死亡の時に、解釈上の争いとなる問題がある。昭和三七年法四〇号による改廃前には、直系卑属の相続権についての第八八七条、同条により相続人となるべき者の直系卑属が代襲相続をする場合に関する第八八八条、この二条文の関係をめぐって争われた。第八八七条が原則で第八八八条が例外規定ならば、被相続人の数人の子の一部死亡の時だけ、その相続人の子（≡被相続人の孫）が第八八八条で代襲相続すると解され、全部死亡の時には、第八八七条で、孫全員が代襲でなく本位相続するとみるべきだというのが通説的見解であった（我妻『有泉「民法」三二五三頁、中川『全訂民法大要親族法・相続法』二二六頁、永田『代襲相続に関する諸問題』日法三卷五九二頁以下等）。この見解では、第八八八条の代襲相続は、相続人である直系卑属の一部死亡の場合に限られ、同条の準用による、きょうだいについての代襲相続（第八八九条）も

わが「相続法」の非「扶養法」的性格について

当然、一部死亡の場合に限られ、きょうだい全員死亡の時には、その子（＝被相続人のオイ・メイ）たちは誰も代襲相続せず、遺産は国庫に帰属することになる。第二説として、きょうだい全員死亡の時にオイ・メイの、直系卑属たる子の全員死亡の時は直系卑属たる孫の代襲相続を認める立場（谷口「相続」「相続人」法学七、昭三二・七号二〇頁）、第三説として、オイ・メイの代襲相続を認めつつ孫は本位相続だとする説（市川他「親族・相続法」三三四頁）も主張されたが、第一説がとくに有力でありえた理由は、単に第八八七条と第八八八条とを「原則」と「例外」というように論理整然ととらえて解釈上の武器にしたことだけによるのではなく、現代家族が小家族型態をとり、扶養関係の一般的存在はせいぜい二親等位にしか及ばないから、被相続人の財産授与意思も二親等位までしか推定されず、相続範囲の拡大は抑えるべきだという考え方の客観性によるのであった。扶養の範囲も二親等までが原則だから、相続の場合も、代襲によるオイ・メイの例外的相続をせまく解すべきだというのである（とくに高梨「兄弟の全員死亡とオイ・メイの代襲相続」特に、法律の明文を必要とするはずだと、市川「前出」代襲相続の要件、六五頁はいう）。

生存家族が、その私有財産の私的支配の分配という利益をうける権利を確保するためには、代襲によって遠い血縁者まで相続を認めるべきでないが、一方、相続人（＝被代襲者）の相続すべき財産は、代襲者家族にとっては、その私有財産の一部をなすべき収入であり、きょうだい全員死亡の時に、一部死亡と区別して代襲権を奪うべきでないと考ええる。この問題は、その後の条文の改廃後も、依然として解釈学の争いとして残されていること、いうまでもない。

(3) 相続分は、法定順位に従い決定され、相続人の経済状態に応じて相対的にきめられるのではない。経済的余力があるか否かに関係なく法定相続分（第九〇条）が決定される。遺産分割の一般的基準としての第九〇六条は

「一切の事情」を考慮して分割することを規定しているが、経済的単一性をもつ遺産を、各相続人の相続分の割合に応じて分割することが、実際には困難なために設けられた基準であって、かつて被相続人の財産によっての相続人がどの程度の利益をうけ、生活を保障されたかという実質的な扶養関係の分析まで立入って分割せよというのではない。各自は、相続分を、遺産分割による「収入」として得るのであり、各自に保障されているのは「法定相続分」に相当する持分であって、「経済的生活」ではないから、相続人たる富裕な一人息子は、共同相続人たる貧しい妻(母)の二倍の相続分を保障されているこというまでもない。

(4) 相続は、被相続人たる所有権者の自由意思を媒介とする、任意的私益的の制度である。その任意性は、被相続人側からいえば、遺言(—それによる遺贈・財産処分や相続分の指定・認知)や生前贈与をしないか、相続人廃除をしないか、自由、相続人側では、法律上又は事実上の放棄をしようか、単純又は限定承認、相続回復の訴求、遺留分減殺の請求等をするか、自由である点に示される。要するに、民法は、財産相続による生活保障を制度目的とするのではなく、所有者なき私有財産への私的支配の分配又は独占を、それを物的基礎としていた家族の成員の自由に委ねているだけなのである。遺留分制度は、遺言自由を制限して、生活保障の限界的役割を果たすためのものと一般にいわれており、歴史的にも、法定相続分制度同様に、被相続人の恣意的な遺産処分を制約する目的をもって出現したことは否定できない(前述一参照)。しかし、私所有権の自由の確立した近代社会以後、遺留分制度は、被相続人の遺言権——それは結局、私所有権の絶対性の反射である——の強化されるにつれて、正面からこれと対立するものとしての古典的固定的な構成は維持され得ず、ここに遺留分算定の基礎となる遺産総額の決定をどうするかの問題が調整されねばならなかったのであった。だから、現

代相続法の遺留分制度は、すでにその算定の段階で、被相続人に、相続開始一年以上前の財産処分を認め、これを前提としており(千三十条―「加害の意思」をもって贈与せぬ限、  
りという制約が存するだけである―但書参照)、被相続人は生存中の贈与行為によって、残さるべき遺留分の法制が、相続における「生活保障」的要素の集中的表現だとしても、如上のように、私有財産への私的支配のシステムに据えられていること、が理解されねばならないであろう。

相続権は、扶養請求権と同様に、親族関係を基礎とする点で身分権でありつつ財産権として具体化するといえ、扶養請求権と異って公益的社会保障的性格を帯びないから、放棄や譲渡・事前の譲渡制限契約や分割禁止契約などを随伴することが可能であり、遺産分割前の段階で―相続権が具体的な給付請求権に転化する前に―譲渡の許されること当然である(一種の先買権ともいわれる相続。  
分の譲渡―取戻権―第九〇五条)。

#### 四、結 び

##### ―相続の「生活保障」的機能の限界―

#### (1) 相続の根拠

通説が、現代相続の根拠として「生活保障」と「緊密な協同関係」をあげることについては前述した。しかし、すでに指摘したように、古く相続は生存家族の生活保障という要求をはなれて、被相続人の私有財産の私的支配を生存家族員に分配又は独占させ、財産の無用な廃棄を回避すると共に、その利用による生存家族の生活に役立たせることを目的としていた。資本主義社会となり、財産の私的所有は個人の自由な私権として確立されると共に、私有財産の私的支配は、父(夫)を主労働力として経済的には消費団体化した近代家族(↑婚姻家族)の物的

基礎として尊重・確保されねばならなくなった。相続権は、ここでは、帰属主体を失った財産の私的支配を―それが家族生活の物的基礎であったが故に―生存家族員が、「権利」として分配又は独占し合うためのものとして現われる。自由・平等を法原理とする以上、ここでは、共同相続人による私的支配の「分配」関係は、同親等間の場合には「均分」を原則とし、各相続人の要扶養程度は問題にならない。逆に、法定・指定相続分の決定において、婚資・学資などの特別受益分が問題となる(第九〇条)―ということは、共同相続の場合の相続権は、私有財産の承継による受益の恩恵が実質的に「均等」になるように互いに対抗し合う関係にあるということであり、各受益者がそれによって生活を保障できるかどうかは無論、保障の必要度に応じた相続分という考え方を存しないうことがわかるのである。

かくて、相続の一般的根拠は、生存家族員に死者の私有財産の利用を認めるという恩恵と、経済的効用のある財貨の保持であって、私有財産制の確立されているところでは、家族の存在型態もこれによって規定されるから(史的には、土地を中心に私有財産制が確立したときに、氏族社会とは矛盾的に歴史国家が成立し、男権中心の一夫一婦制家族形式が出現した。近代私法は、土地を前提として、近代資本主義社会の時代になると、夫婦と未成年より成る小家族形式が普及し、家族団体は、社会的生産に従事する夫の労働力の再生産の場)、相続は、生存家族員が、その私有財産への私的支配を独占又は分配するための財産継承という意味をもつことになる。制限的でも私有財産制を認める以上、こういう相続の性格は、社会主義国家にも妥当する。差異ありとすれば、資本主義国家では、私的支配の対象となる財産が無限定のため、利己的挑他的資本集中的な分配・独占が正当化されるに對し、社会主義国家では相続財産に限定がつけられ(一九三六年スタール)、しかも前述のような相続の一般的根拠(＝原初的相続観念)だけに立脚し、個人的共同的財貨利用権の分配が正当化されるにとどまる、ということであろう。

わが「相続法」の非「扶養法」的性格について

いずれにせよ、相続は私有財産制—家族の制度を前提とし、超世代的に資本を移転させるためのものであり、生存家族員の生活保障のためのものではない。この点は、遺留分・法定相続制を含めて、相続の構造を検討したときに解明したところである。

## 〔2〕 相続の「生活保障」的機能

「所有権支配の転換」「私的権力の独占と財産偏在の助長」等とならべて「個人の自己責任の昂揚」が、相続の機能としてあげられる（福島「相続の機能と構造」法学論集十一巻四—六号九七頁以下）。「私有財産権の個人相続制が承認せられるゆえんは、これが、死後における近親の生活保障という、個人の正当な根源的要請に適合するのみでなく……（市民社会の共同目的にも国家の不滅性にも合致）するから」と説かれる（同上九八頁）。死後における近親の生活保障は、まさに個人の正当な要求であり、私有財産相続制はこの要求に合致するとされるのである。その結果、個人の勤勉心・営利心・貯蓄心を促進し、結局、生活意欲や自己主張意思を振興するから、相続は「自己責任の昂揚」の機能を果たすというのである。相続の機能として掲げるには、心理学的必然性を重視しすぎていて、多少気になるけれども、相続が一切認められないとしたら、直ちに死後の家族の生活保障についての不安が高まるから、その意味で、相続が、生存家族員に生活保障への期待を与える機能を果たしていることは争えない。

相続が、生存家族員の生活保障を直接の目的として定立される制度といえないにせよ、制度として、生活保障の機能を果たすことは、一応、認めてよいであろう。前掲の高梨「代襲相続権」、野田「身分法学」一五五頁などが、民法の、相続と扶養の類似を指摘・支持するのは、その機能の側面からであり、両者とも二親等までの限界を原則としているからである。

しかし、相統制度の根拠は、あくまで私有財産の私的支配の貫徹であり、他人のための「債務なき出費」(Savater)である扶養の根拠が私有財産の私的支配への制限であることを考えると、相統の根拠や構造は、非「扶養法」的だといわざるを得ない。だから、その相統が、たまたま生活保障の機能を果すとしても、「保障」の性格は、扶養の機能する「保障」のそれと質的に異なるのではないだろうか。

扶養における生活保障は、実際の具体的な貧困からの救済であり、一方的な犠牲(出費)において他の生活を「安定」にまで保障する。法構造も、「保障」を直接の目的としている。つまり、ここでの「保障」は救済であり給付であり具体性をもつ。相統のそれは、無産階級では生計に寄与できないほどの、資本家階級では取得してもしなくても生計にはひびかないという、要するに抽象的観念的な利得にすぎない。ここにいう「保障」は、私有財産の増加であり受益であり観念的である。従って、制度の機能としても、相統の場合、「生活保障」の故を以って「広義の扶養に包摂されてよい」と断じるには抵抗を感じざるをえないのである。わが民法上、危機に立つ近代家族の物的保障として、扶養と相統の二つの制度が設定されているわけであるが、両者の「生活保障」機能の間に矛盾が見出されると共に、無産大衆の窮乏化の進行過程では、皮肉にも、「保障」機能の非現実化・弱化という両者に共通の傾向が強まってきたことを注目すべきであろう。比較法的には、扶養義務者の範囲の広いのと反対に、相統権者の範囲の狭いのがわが民法の特色だといわれる(来栖「相統順位」家族法(大系三三一頁以下参照))。来栖教授は、その特色の原因として、「相統範囲は狭くすべきだ」という思想の影響も考えられるが、むしろ、「家のための養子」という伝統的思想に根差すのではないかと指摘する。大衆窮乏化過程において、扶養義務者の範囲が(比較法的に)広いことは、親族による生活保障の機会に(相対的には)恵まれることを意味するが、相統範囲が狭いという

わが「相統法」の非「扶養法」的性格について

ことは、扶養請求権者でありながら相統権者たりえない者が（比較法的に）多いことになる（自己の子・孫・きょうだいのオイ・メイなどに対し、オイ・メイの）。かくて、ますます、相統による受益の期待可能性は、有産階級に属する一部配偶者に対し、相統権は主張できない。しかも（比較法的・相対的には）少数近親者だけに遺産が集中する可能性があり、更に——来栖教授の指摘に従えば——後嗣のための養子という伝統的意識の存続にも奉仕することになる。相統法の非「扶養法」的機能は、いよいよ、鮮明となるわけである。