

324.7
H735s



0014859-000

324.7-H735s

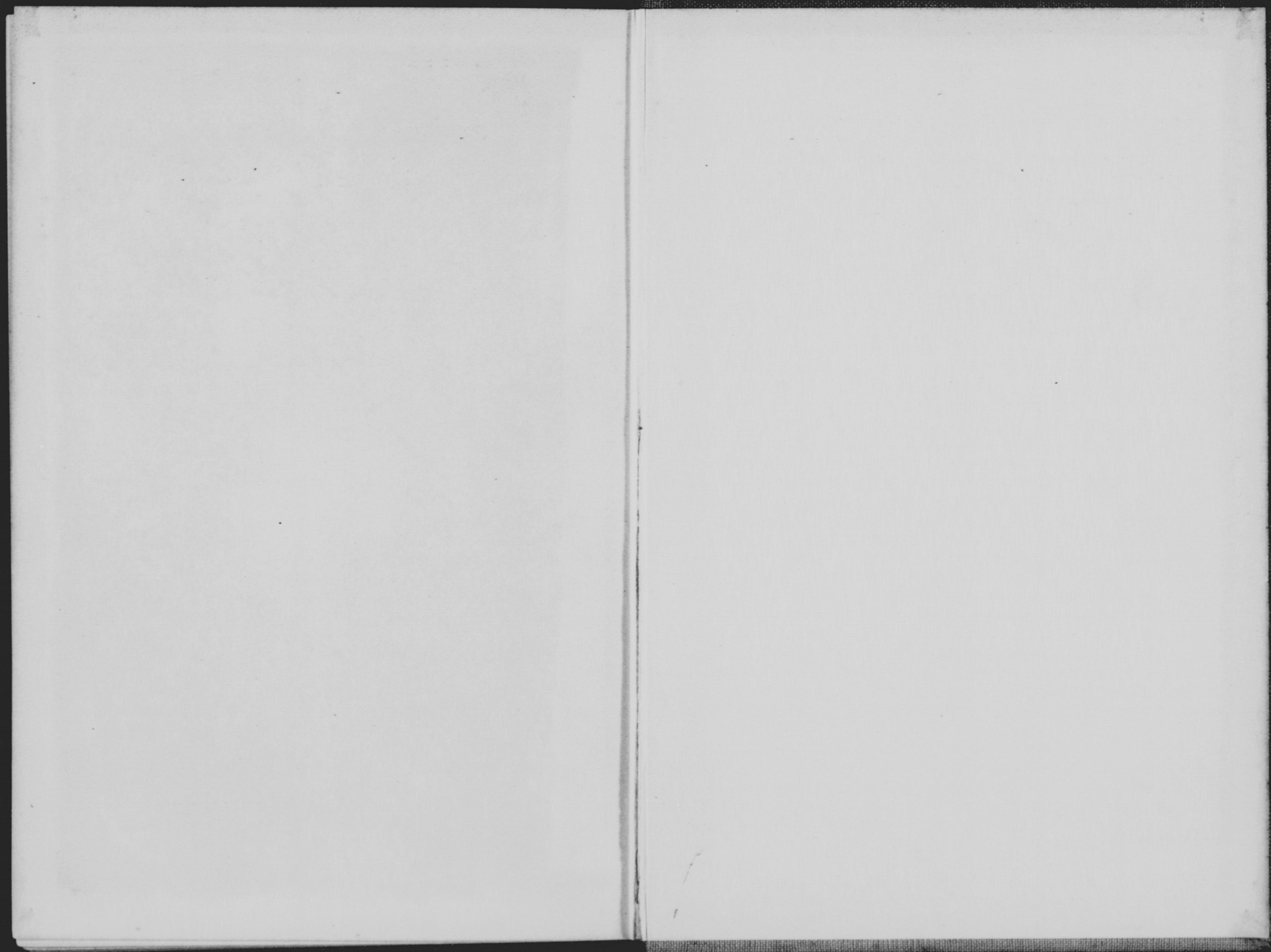
相統法大意

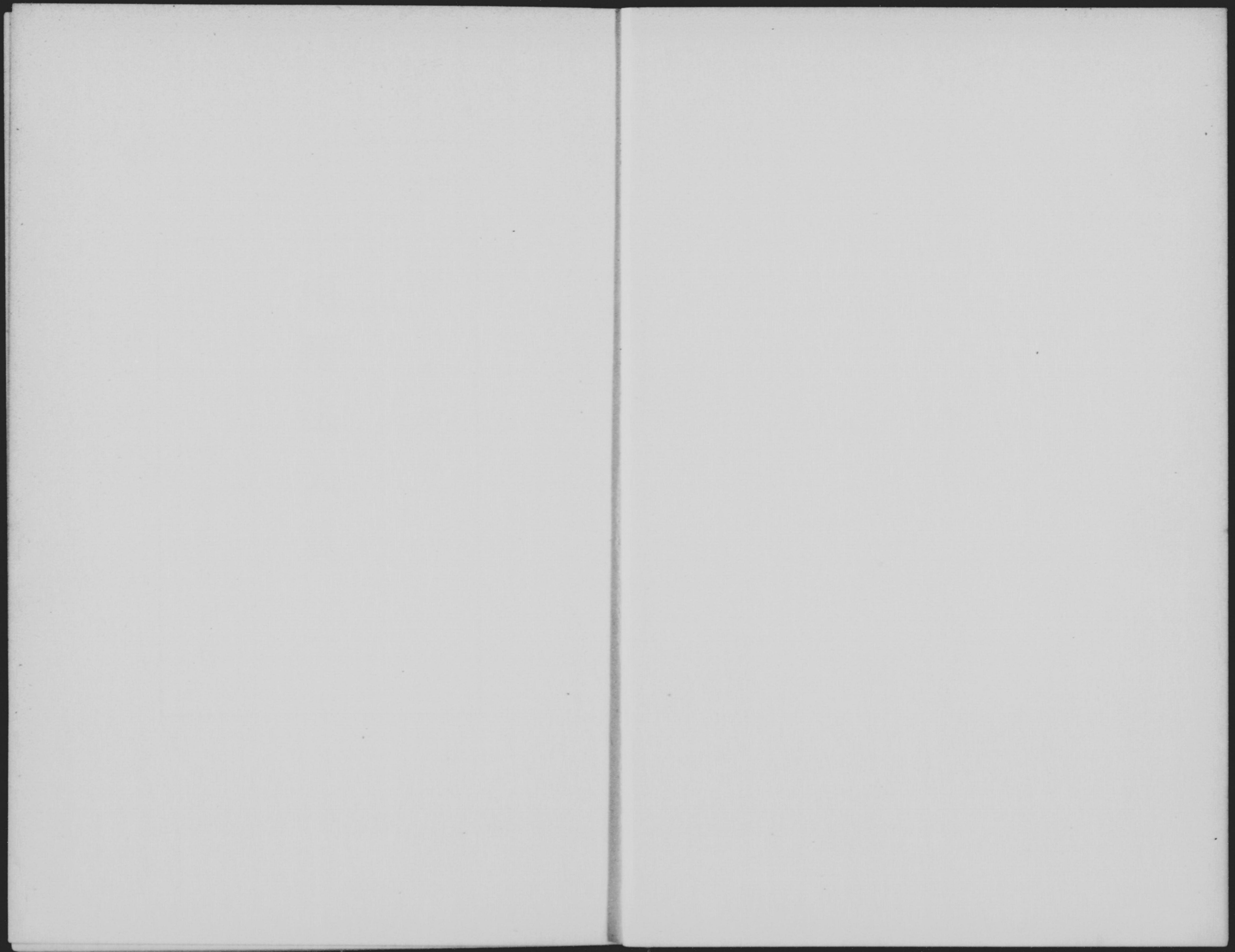
穂積重遠・著

岩波書店

1933

ACE







穗積重遠著

相續法大意

岩波書店刊行

324.7

H735A



705914

はしがき

□これは前著親族法大意の姉妹篇で、同型の講義案である。實は本書の第一稿は前著の舊版を出した頃即ち約十年前に書いたのだが、どうも書物にする氣になれず、爾後右の未定稿を臺本として大學に於ける數回の講義を試み、徒らに相續法なるもののむずかしさを痛感するのみであつた。今回の出版について、新に筆を執つて全部書改めはしたものの、十年も握つて居て此程度であることを慚愧する。折も折今春父を喪つて相續と云うことを自身體驗した際に此小著を出すことは、もとより偶然ではあるが、感慨が深い。

□條文の引用記號等も前著通りである。即ち例え、九七〇ノ一ノ三號は民法第九百七十條第一項第三號であり、民施は民法施行法、戸は戸籍法、民訴は民事訴訟法、人訴は人事訴訟手續法、非訟は非訟事件手續法、舊民財取は舊民法財産取得編と云う風である。

はしがき

はしがき

二

□本書も亦、大正十三年末に文部省の臨時國語調査會が發表した改定「假名ずか
し」を用いた。

大正十五年十月

穂積重遠

相續法大意

目次

第一章 總論	一
第一 相續法の性質	一
第二 身分相續と財産相續	一
第三 相續の意義	三
第四 相續法の範圍	七
第五 相續法の位置	七
第二章 相續權	九
第一 相續權の性質	九
第二 相續權の基礎	一〇

目次

一

第三 相続権の制限.....二二

第三章 家督相続.....一四

第一節 家督相続の開始.....一四

第一 家督相続開始原因.....一四
第二 相続開始の時期.....一五
第三 相続開始の場所.....一六
第四 相続回復請求の訴.....一七
第五 相続財産に関する費用.....一八

第二節 家督相続人.....一九

第一款 家督相続人の順位.....一九

第一 家督相続人の種類.....一九
第二 家督相続人の順位.....二〇
第一項 第一順位.....二一
第一 第一種の法定家督相続人.....二一
第二 第一種法定家督相続人の順位.....二三

第三 皇位繼承との比較.....二四
第四 嫡庶の別.....二四
第五 長子相続制度.....二五
第六 法定の推定家督相続人.....二六
第七 必然相続人.....二七

第二項 第二順位に関する特例.....二八

第一 入夫婚姻による家督相続.....二八
第二 他家から入つた直系卑屬の相続順位.....二九
第三 婿養子の相続順位.....三〇
第四 承祖相続.....三三

第三項 第二順位.....三四

第一 指定家督相続人.....三四
第二 指定と養子縁組.....三五

第四項 第三順位——第一種の選定家督相続人.....三七

第五項 第四順位——第二種の法定家督相続人.....三九

第六項 第五順位——第二種の選定家督相続人……………四〇

第二款 家督相続人の資格……………四一

第一項 胎兒の相続權……………四一

第二項 缺格……………四二

第一 缺格者……………四二

第二 缺格の効果……………四三

第三項 廢除……………四五

第一 廢除の意義……………四五

第二 廢除の原因……………四六

第三 廢除の訴……………四八

第四 廢除の取消……………四八

第五 廢除及び其取消の効果……………五〇

第三節 家督相続の效力……………五一

第一 權利義務の承繼……………五一

第二 被相続人の財産留保……………五三

第三 前戸主の債務辨濟責任……………五四

第四章 遺産相続

第一節 遺産相続の開始……………六〇

- 第一 遺産相続開始原因……………六〇
- 第二 家督相続に関する規定の準用……………六一

第二節 遺産相続人の順位……………六一

- 第一款 遺産相続人の順位……………六一
- 第一 遺産相続人の範圍及び性質……………六一
- 第二 第一順位の遺産相続人……………六三
- 第三 第二順位の遺産相続人……………六三
- 第四 第三順位の遺産相続人……………六四
- 第五 第四順位の遺産相続人……………六四
- 第二款 遺産相続人の資格……………六五

第一 胎兒の遺産相続権……………六六

第二 缺格……………六六

第三 廢除……………六六

第三節 遺産相続の效力……………六六

第一款 總論……………六六

第一 權利義務の承繼……………六八

第二 共同相続……………六九

第三 債權債務の共同承繼……………七〇

第二款 相続分……………七一

第一 指定相続分……………七一

第二 法定相続分……………七三

第三 贈與又は遺贈を受けた者の相続分……………七四

第四 相続分取戻権……………七六

第三款 遺産の分割……………七八

第一 遺産分割の意義……………七九

第二 遺産分割の請求權……………八〇

第三 遺産分割の方法……………八一

第四 分割参加……………八三

第五 分割の效力……………八四

第六 共同相続人の相互的擔保責任……………八六

第五章 相続の承認と拋棄……………九〇

第一節 總論……………九〇

第一 承認及び拋棄の性質……………九〇

第二 承認及び拋棄の制限……………九二

第三 承認及び拋棄の期間……………九三

第四 承認及び拋棄の取消……………九四

第五 相続財産の管理……………九六

第二節 承認……………九七

第一款 單純承認……………九七

第一 單純承認の意義と方法……………九七

第二 法定單純承認……………九七

第二款 限定承認……………九九

第一 限定承認の意義……………九九

第二 限定承認の方式……………一〇〇

第三 限定承認の效力……………一〇一

第四 相続財産の管理……………一〇三

第五 公告と催告……………一〇三

第六 相続財産の換價……………一〇四

第七 辨済の順序と方法……………一〇五

第三節 抛棄……………一〇八

第一 抛棄の意義と方法……………一〇八

第二 抛棄の效力……………一〇〇

第三 抛棄者の義務……………一一一

第六章 財産分離……………一一三

第一節 總論……………一一三

第一 財産分離の意義……………一一三

第二 限定承認との關係……………一一六
第三 抛棄との關係……………一二七
第四 相続人の曠缺との關係……………一二七
第五 相続人の破産と相続財産の破産……………一二八

第二節 相続債權者又は受遺者の請求による財産分離……………一二九

第一 請求の形式と期間……………一二九

第二 公告……………一三〇

第三 相続財産の管理……………一三一

第四 財産分離の效果……………一三一

第三節 相続人の債權者の請求による財産分離……………一二七

第一 請求の形式と期間……………一二七

第二 財産分離の效果……………一二八

第三 三種の財産分離の關係……………一三二

第七章 相続人の曠缺……………一三四

第一 相続人曠缺の意義……………一三四

第二 相続人曠缺に關する手續の實用……………一三七

第三 相続財産の法人格……………一三八

第四 相続財産管理人の選任……………一三九

第五 相続財産の管理及び清算……………一四一

第六 相続人の搜索……………一四二

第七 殘餘財産の國庫歸屬……………一四三

第八章 遺言

……………一四六

第一節 總論

……………一四六

第一 遺言制度の要用……………一四六

第二 遺言の意義……………一四八

第三 遺言能力……………一五一

第二節 遺言の方式

……………一五三

第一 遺言の種類……………一五三

第二 普通方式と特別方式……………一五四

第三 證人と立會人……………一五五

第四 共同遺言の禁止……………一五六

第五 在外日本人の遺言……………一五六

第三節 遺言の取消

……………一五六

第一 遺言取消の意義……………一五六

第二 遺言取消の方法……………一五九

第三 遺言取消の效力……………一六三

第四節 遺言の執行

……………一六五

第一 遺言書の檢認と開封……………一六五

第二 遺言の執行……………一六七

第三 遺言執行者の選任……………一六八

第四 遺言執行者の任務……………一七〇

第五 遺言執行者の任務終了……………一七一

第五節 遺言の效力

……………一七二

第一 遺言の效力の發生期……………一七二

第二 條件附又は期限附遺言……………一七三

第三 遺言の無効と取消……………一七五

第六節 遺贈……………一七七

第一款 總論……………一七七

第一 遺贈の意義……………一七七

第二 遺贈の種類……………一七九

第三 受遺者……………一八〇

第四 受遺資格者……………一八二

第五 遺贈の效力……………一八三

第二款 包括遺贈……………一八四

第三款 特定遺贈……………一八七

第一 遺贈義務……………一八七

第二 特定遺贈の承認と拋棄……………一八八

第三 特定受遺者の權利義務……………一九三

第四 遺贈の内容……………一九三

第四款 負擔附遺贈……………一九六

第一 負擔附遺贈の意義……………一九六

第七節 遺留分……………二〇一

第二 負擔附遺贈の效力……………一九九

第一 遺留分の意義……………二〇一

第二 家督相続人の遺留分……………二〇四

第三 遺産相続人の遺留分……………二〇五

第四 遺留分の算定……………二〇六

第五 減殺……………二一〇

第六 減殺の順序……………二一三

第七 減殺の效力……………二一五

第八 其他の遺留分保全規定……………二一九

第九章 相續法改正論……………二二〇

第一 家督相續遺産相續の併立廢止……………二二〇

第二 長子相續の緩和……………二二三

第三 債務の相續……………二三四

第四 生存配偶者の相續權……………二三五

相続法大意

法學博士 穂積重遠

第一章 總論

第一 相続法の性質

相続法は民法の一部で、相続と遺言とを規定する法規である。所謂私法であること大體に於て強行法であること、普通法であること等、親族法と同じである(親族法大意八九頁)。

第二 身分相続と財産相続

相続に身分相続と財産相続とを考へ得る。純粹な家族制度的な考へ方から云うと、主要な財産は家産で、個人の特有財産は重きをなさぬ。それ故家に屬する或

人の死亡は財産關係に大した法律上の影響がない筈で、即ち財産相續なることを生ずる餘地がないと云つてよい。しかし其死亡者が族長とか家長とか云う身分の者であると、其身分を繼承して其空位を充たす者を定める必要がある。而して家長たる身分を相續する効果として、家産の管理權も亦當然新家長に移轉するのである。其後個人の財産權が段々認められる様になつて財産相續を生じ、今日のヨーロッパ諸國では、家族制度の廢滅と共に身分相續がすたれて財産相續が唯一の相續制度となるに至つた。所が我國では、一方では尙家族制度を維持しながら、他方財産關係では個人制度に移つたので、身分相續と財産相續とが併立せざるを得ない。そこで民法は被相續人が戸主である場合には身分相續で一人相續たる「家督相續」が行われ、被相續人が家族である場合には財産相續で共同相續たり而して結局分割相續たる「遺産相續」が行われるべきものとした。而して家督相續本來の目的は身分であつて財産權ではないのであるから、被相續人が何等財産上の權利義務を有しない場合にも、遺産相續は行われぬが、家督相續は行われる。しかし

普通の場合には家督相續の効果として財産相續も亦行われるのであつて、新戸主は前戸主の遺産を一人で相續することになつて居る。此點が我民法の相續制度に於て最も問題となるべき所であるが、後に長子相續制度を論ずる際に研究しよう。元來財産相續については「強制保存」(conservation forcée)、「強制分割」(partage forcé)、「遺言自由」(liberté testamentaire)の三原則があり得るのであつて、我民法は家督相續の場合には強制保存を原則とし、遺産相續には強制分割を原則とし、而して兩場合の兩原則が餘りに絶對的にならぬ様遺言で緩和させようと云う趣向と思われる。しかし其趣向は果して充分の實效を擧げて居るであらうか。

第三 相續の意義

相續とは、一定の親族的身分關係ある者の間に於ける其一方の死亡又は戸主權喪失に基く包括的權利義務の承繼を云う。

(一) 相續は一定の原因に基いて開始する。その原因の最も主なるものは被相續人の死亡である。殊に財産相續にあつては死亡以外に開始原因がない (Memo est

heres viventes.)。それ故西洋諸國の民法については、相続とは死亡による財産の移轉と定義される。所が身分相続にあつては、家長戸主が生前に其地位を去る場合を想像し得る。それ故我民法は、遺産相続については家族の死亡のみを開始原因としたが、家督相続については戸主の死亡以外の戸主権喪失をも開始原因とした。

(二)相続は「被相続人」と「相続人」との間に行われる。而して被相続人たり相続人たるは其人の親族的家族的身分關係に基くとするのが、我民法の原則である。即ち家督相続人たり得べき者は前戸主の直系卑屬配偶者兄弟姉妹兄弟姉妹の直系卑屬直系尊屬其他の親族家族分家の戸主又は本家若くは分家の家族とし(九七〇・九八二・九八四・九八五)又遺産相続人は被相続人の直系卑屬配偶者直系尊屬又は其家の戸主に限つた(九九四・九九六)。尤も他人が指定家督相続人又は選定家督相続人となることはあり得るが(九七九・九八五ノ二三)これは畢竟親族たる家督相続人がない場合に家を斷絶させないための補充的相続人に外ならぬのであるから、被相続人と相続人との關係は親族的又は家族的身分關係に基くと云つても差支ない。

斯様に我民法は原則として相続を一定の身分關係ある者の間の問題として居るから、同じく包括的權利義務の承繼たり得ても、遺贈は相続でなく、受遺者は遺産相続人でない(一〇九二)。而して誰が被相続人であるかは各場合に於て明白であるが、誰を相続人とすべきかが相続法の中心をなす最も重要な問題である。而して我民法は相続人の範圍及び順位を一定し、個人の意味で濫りに變更することを許さず、ただ前記の通り家督相続に於て家の斷絶を防ぐために補充的に個人の意味による相続人の設定を認める。遺産相続に於ては、外國法の様には遺言相続人契約相続人等を認めず、法定相続人のみである。遺言相続を本則とし無遺言相続を補充とし後者は被相続人の意思推定であるとする外國法流の説明は、我民法には當嵌らぬ。

(三)相続は包括的權利義務の承繼である。包括的權利義務(universalis iuris)と云うのは、或一定の時期に或人に屬する權利義務を一體として觀察したのである。この包括的權利義務を相続の目的とするのは、ローマ法主義である。ローマ法はこ

れを一つの「無形物」と見て、利益的相續物 (Hereditas Incurativa) 「損失的相續物」 (Hereditas damnosa) の區別をしたが、オーストリー民法などは其趣旨を承けて相續權を物權とした。この「無形物權主義」は近頃の法律思想の採用しない所だが、包括相續主義 (Universalsuccession) は殆んどすべての現代立法の採用する所で、我民法の様に身分相續を認めるものには、特に此主義が便利な様だ。所がドイツ固有法の主義はこれと違い、多數の權利義務が同一人に屬すると云う偶然の事情によつて一體と看做さるべき理由なしと云うので、相續財産はただ個々の財産の集合に過ぎず、相續は即ち個々の權利義務を同時に承繼するに外ならぬとする。この「個別相續主義」 (Singularsuccession) はイギリス法アメリカ法によつて維持された。この二つの主義は、或は單に觀察を異にするのみで結果は同じなのかも知れず、現代の純法律觀念から財産相續を見ると、個別主義の方がよい様でもある。しかし包括主義はよく相續と云う制度の精神に適し、且被相續人の債務に對する相續人の責任を認めて債權者を保護する點に於て個別主義より明確であり、殊に家督相續を説明するに

は個別相續主義では都合が悪い。

第四 相續法の範圍

我民法の相續編は遺言に關する規定を含む。しかし遺言の内容は必しも相續人又は相續分の指定相續人の廢除又は其取消等相續に關するもののみと限らず、寄附行為、養子縁組、私生子認知、後見人又は後見監督人の指定、親族會員の選定等、苟くも一方的意思表示の可能なものはすべて其内容たり得る。且遺贈も我民法は相續と見ないのだから、相續法中に遺言を規定するのは聊か其所を得ない様な感じもする。しかし遺言は常に遺言者の死亡によつて效力を生じ(一〇八七)、遺言執行者は相續人の代理人と看做され(一一一七)、又遺贈は殊に相續と密接の關係があつて包括受遺者は遺産相續人と同一の權利義務を有する(一〇九二)と云う様な次第で、遺言と相續とは離るべからざる關係があるから、これが相續編中に規定されるのは適當と云わねばならぬ。

第五 相續法の位置

相続法の立法には特別法主義と法典主義とある。而して特別法主義中に更に包括的特別法主義と部分的特別法主義とがあり得る。英領印度の現行相続法は前者で、一九二五年末までのイギリス本國法は後者である。法典主義は相続法を民法典中に編入する遺方で、近代の立法は概ねこれである。而して民法典中に於ける相続法の位置について、從來の立法に四種を別ち得る。

- (1) 親族編の一部とするもの(プロイセンのランドレヒト)
- (2) 物権編の一部とするもの(オーストリー民法・オランダ民法)
- (3) 財産取得編の一部とするもの(フランス民法)
- (4) 獨立の一編とするもの

イ 民法典の最後に置くもの(ザクセン民法・ドイツ民法・ロシア民法)

ロ 中間の一編とするもの(スイス民法)

我舊民法は(3)の方法を探ろうとしたが、それが批難の一項目になつた。現行民法は(4)のイの遺方であるが、相続と云う事の性質上、これが一番穩當であらう。

第二章 相続權

第一 相続權の性質

相続權と云う言葉は我民法上二様に用いられる。即ち第九七三條・第九七四條・第九九五條等では相続開始前の推定相続人の地位を指し、第九六六條・第一〇九〇條等では相続開始後の相続人の地位を云う。而してこの第一の意義に於ける「相続權」については、學者は往々これは單に希望に過ぎぬ權利ではないと云う。元來誰が相続人になるかは、相続開始の時にならなければ確定しないのであるから、或人に對して其相続人たるべき身分關係にある者でも、例えば自由遺贈主義の相続法に於ける様に、其者の地位が法律によつて保護されない以上、其者の所謂相続權は單に希望に過ぎず相続ではないと云うべきである。しかし我民法の所謂推定相続人は後述の通り或程度で其地位を保護されて居る(七四四・九七五・九八九・九七

三。即ち其地位は單純な希望ではなくて、法律によつて保護された利益だから、權利には相違ないのである。尤も其權利は「期待權」とも名附くべきもので、物權的權利(既得權)でないのは勿論、債權的權利請求權とも云えない。相続開始原因發生前は相続の請求をなし得ないこと云うまでもなく、而して原因の發生と共に相続は當然に開始し、其間何等の意思表示、請求等を容れる餘地がないからである。斯様に推定相続人の權利は所謂既得權ではないから、民法第八三二條第八七五條等に「第三者ノ既ニ取得シタル權利」とあるのはこの相続開始前の相続權を意味しないと解すべきである。これに反して相続開始後の相続人の地位は正當に相続權と稱し得る。其地位が確定して他人の侵害を許さぬからである(九六六)。但しそれが請求權でないことは前述の通であつて、相続權は債權的と云うよりも寧ろ物權的の性質を有する。それ故もし「無形物權」の觀念を是認するならば、相続權を物權とする前記の考え方も理由がないことはない。

第二 相続權の基礎

學者は從來「相続權ノ基礎」と云う問題を取扱ふ。相続制度の存在理由を説明しようとするのである。第十八世紀の自然法派の學者は、權利は其主體に伴つて存在するもので、其主體の消滅と共に消滅すべく、且又個人の意思は其死後を支配し得ぬと云う論據で、相続權を否認する者が多く、少くとも「無遺言相続」には自然法上の根據がないとした。近くは又社會主義、共產主義から相続制度が攻撃否認される。しかし相続制度廢止は、自然法の勢力下に成つた諸立法も敢てしなかつた所であり、又革命後の新ロシアが試みて遂げなかつた所であつて(一九一八年四月二七日相続制度廢止令、一九一九年五月二二日命令、一九二二年一月三一日民法第四一六條以下)、法定相続は結局缺くべからざる制度と云わねばならぬ。そこで學者は其存在理由の説明に苦心し、神慮で説明する者があり、無主物先占だとする者があり、遺産は一旦國家に歸屬し國家は特に法律でこれを一定の人に附與するのだとする者があり、親は子に身體生命を遺傳するのだから其身體生命の保存に必要な財産をこれに遺傳するのは當然だと論ずる者もあり、親族的共同生活を論據とする者もあり、被相続人の推定意思で説

明する者もある。最後の説明が從來最も行われた様である。しかし此等各種の説明は、たとい當つて居るにしても、一方面の眞理に過ぎぬ。相続なる制度の起源は畢竟人類の種族保存性に求める外なく、その將來に對する存続理由は即ち人類共同生活の心理的・經濟的必要に存する。

第三 相続権の制限

斯くして私は相続制度の基礎を社會共同生活の必要に置きたい。相続を個人利益の繼續なりとし、個人意思の尊重なりとする個人主義的説明に對抗するのである。而して既に社會生活の必要のために存するものである以上、社會生活の必要のためにする相続権の制限も亦行われ得る。個人自由の思想に基く「自由遺贈主義」に對しては、既に久しく「遺留分」の制度がある。個人平等の思想に立脚する均分相続制度に對しては、古くドイツ・オーストリア諸國の農民間に長子相続 (Anerkennung) の風習があり、近くスイス及びフランスが採用したアメリカ傳來の「家産制度 (homestead, Heimstätte, asiles de famille, biens de famille insaisissables) がある (一九〇

イ民法三四九條以下、一九〇九年七月一、二日フランス「不可差押家産法」(四一八條) 及び一九二六年一月一日から施行のイギリス新相続法 (The Administration of Estates Act, 1925) が規定した「個人相続制限・國家相続擴張」の制度は、從來當然視された「親族無限相続主義」(Unbeschränktes Verwandenerbrecht) に對する反動であつて、現代の國家が益々擴張する相続税制度と共に、社會本位思想を以て初めて説明し得る。尙ロシア民法(七四條)は一萬金貨ルーブル以下と云う相続財産の限界を設けたが、豫期の實效を擧げ得ぬため相続税重課を以てこれに替へるに至つたと傳えられる。

第三章 家督相續

第一節 家督相續の開始

第一 家督相續開始原因

相續は或人について法定の「權利喪失事實」が発生するによつて起る。其事實の發生を相續開始原因と云う。家督相續は戸主たる身分の承繼であるから、其開始原因は即ち戸主權喪失事實の發生である。我民法は家督相續については相續の生前開始をも認め、左の通り家督相續開始原因を法定した(九六四)。

- (1) 戸主の死亡
- (2) 戸主の隠居(七五二以下)
- (3) 戸主の國籍喪失

(4) 戸主が婚姻又は養子縁組の取消によつて家を去ること(七七九以下、八五二以下)

- (5) 女戸主の入夫婚姻(七三六)
- (6) 入夫の離婚

右の諸原因中、(4)を認めただのは、婚姻及び養子縁組の取消に遡及効がないからである(七八七ノ一、八五九)。又(5)及び(6)の入夫と云うのは、女戸主が他家から迎えた夫と普通に解されるが、女戸主が戸内婚姻をした場合をも含ませないと釣合が取れない(明治六年太政官布告第二六三號)。

第二 相續開始の時期

以上の各事實が発生した時が即ち相續開始の時期であつて、相續人を定める標準となり、相續の効力は此時から發生し(九八六・一〇〇一・一〇一二・一〇三九)、相續財産又は遺留分算定の標準となり(一一三二・一一三三・一〇〇七)、各種の期間の起算點となる(九六六・九九三・一〇四一)。それ故相續開始の時期を確定することは相續制

度上重要である。前記家督相續開始原因中(2)乃至(6)については其發生時期は手続上確定するが、最も普通の相續開始原因たる死亡については、(一)或人が死亡したか否かを確知し得ないことがあり、(二)死亡の日時を確知し得ないことがあり、(三)數人が例えれば同一事變によつて死亡した場合に各人死亡の先後を確知し得ないことがある。(一)の場合については民法は失踪宣告即ち法定死亡の制度を設けた(三〇・三一)。(二)(三)については結局各場合に於ける裁判所の認定に委ねる外ない。死亡届による戸籍簿の記載は一應の證據に過ぎないで終局的の決定力なく、又外國法が往々用いる「同死者ノ推定」も極めて臆測的のもので採用し難い。

第三 相續開始の場所

相續開始の場所を定める標準については、死亡地主義本籍地主義住所地主義の三法制があり得る。我民法は住所地主義を採る(九六五・九九三)法例二五・二六。相續の開始地を確定する必要は主として相續事件に關する裁判管轄を定めるためである(民訴二四・新民訴一九・二〇・人訴三三・非訟六五・八五・九七・一〇・三一〇・四・一〇七)。

一〇九・一一一)。

第四 相續回復請求の訴

相續開始原因の發生と共に相續人は當然相續権を取得するのであつて、特にそれがための意思表示等を要するものではないから、相續人でない者が相續人であると思違え又は僭稱して相續人の権利を行使し、其者が相續人であるかの様な外觀を呈することがあつても、正當な相續人は其ために相續権を奪われたものでないこと勿論である。しかし其相續権は侵害されて居るから、正當な相續人は自己が相續権を有することを主張して他人の不法相續を排除し、相續権の内容を回復し得ねばならぬ。所でもしそれに関する特別の規定がないと、相續権の確認・財産の引渡身分登記の變更等數段の訴訟を経ねばならぬことになるかも知れず、相續人の保護が充分でない。それ故民法は特に相續回復の請求権なるものを認め、一つの訴で前記各種の効果を發生させ得ることとした(九六六・九九三)。尤も民法第九六六條は形式上の相續回復の請求権についての特別短期時効の規定に過ぎぬ

が、其實質はそう云う請求権があること及び其請求を爲し得る人を規定したものである。此訴は創設の訴ではない。即ち其判決によつて相續權が初めて設定されるものではない。さりとして又單に相續權確認の訴に止まるのでもない。相續權確認の訴と併合しても行われ得るが、其本質は、被告をして原告の相續回復に必要な行爲を爲さしめ又は原告が相續回復に必要な行爲をすることを妨げざらしめよと請求する給付の訴である。普通に家督相續人でない者が家督相續の届出をして戸籍に登録された場合に實用があるが(戸一二九)其他すべて相續權を有しない者が相續人だと主張して相續人の權利を行使する相續權侵害の場合に行われ得る。

第五 相續財産に關する費用

相續人が承繼すべき被相續人の財産を相續財産と云う。個々の財産を指すこともあるが(九九〇)相續人が承繼すべき財産上の權利義務を總括して云うのが普通である。相續財産は相續開始と共に相續人に移轉するのであるから、相續開始

後に發生した相續財産に關する費用、例えば租税、公課、管理費用、清算費用、訴訟費用等は相續人の負擔に歸すべき筈である。しかし其費用を相續人の固有財産から支辨すべきものとする、と相續人が相續を拋棄した場合は勿論、限定承認、財産分離等の場合にも甚だ相續人に酷なことになる。それ故民法は相續財産に關する費用を相續財産中から支辨すべきものとした(九六七、九九三)。

第二節 家督相續人

第一款 家督相續人の順位

第一 家督相續人の種類

我民法は家督相續については、一人相續主義を採る。即ち一家二人の相續人なく、一人二家の相續人とならぬのである。而して家の繼續を確保することを家督相續の第一義とするから、民法は法定指定選定の三種の家督相續人を設けて、家が容易に絶家とならぬことを期した。法定家督相續人とは法律の規定によつて家

督相続人になつたものを云い、指定家督相続人とは被相続人の指定によつて家督相続人となつたものを云い、選定家督相続人とは法律上選定権を有する者の選定によつて家督相続人となつたものを云う。入夫が家督相続人となる場合(七三六)の相続人が指定又は選定家督相続人でないのは勿論だが、これが法定家督相続人であるかについては議論があり得る。消極説も一理あるが、そうすると民法第一〇二〇條の規定は此場合に適用がなく、即ち入夫たる家督相続人は相続を抛棄し得ることになつて、民法第七三六條但書が當事者に選擇の餘地を與えたのと重複し且矛盾するから、小異に拘らず大同に基いて法定家督相続人と見るのが穩當であらう。

第二 家督相続人の順位

所で、一人相続主義の結果として、此等各種の家督相続人中第一にどれを取るべきか、又法定家督相続人の範圍に屬する者が數人ある場合に誰が先か、と云う問題を生ずる。これが即ち家督相続人の順位の問題である。家督相続人の順位と云

うのは、數人の家督相続人中の順位の意味ではなくて、家督相続人たるべき者の順位であること云うまでもない。ただ入夫婚姻による家督相続の場合には入夫が家督相続人になるのであつて、順位の問題を生ぜず、次に述べる順位の規定の適用がない。入夫の離婚による家督相続の場合並に婚姻及び養子縁組の取消による家督相続の場合には、普通の順位に従うのであつて、戸主の地位が當然前戸主に復歸するものではない。しかし實際上それが果して適當か否か、立法上再考を要する。

第一項 第一順位

第一 第一種の家督相続人

第一順位の家督相続人は第一種の家督相続人であつて、被相続人の家族たる直系卑屬である(九七〇)。

(一)第一種の家督相続人は被相続人の家族たることを要する。家督相続の場合の被相続人が戸主であることは前述の通だが、其戸主を相続すべき者を先第

一にこれと家と同じくする家族中から求むべきものとしたのは、即ち家督相続の根本精神たる家族制度のあらわれで、遺産相続の場合と違ふ(九九四)。而して家督相続は戸主の死亡又は戸主権喪失によつて開始するものであるから、外國人が家督相続の被相続人とならぬのは勿論だが、又外國人は日本の國籍を取得した後又は取得すると同時になければ家督相続人にならぬ(國籍法五)。この後の點は民法第九七〇條第九八二條第九八四條及び第九八五條第一項の場合には法文上明白だが、第九七九條及び第九八五條第二項の場合にも外國人を家督相続人に指定又は選定し得ないこと、民法及び國籍法の精神上疑ない。此點に於ても家督相続は遺産相続と趣を異にする(九九四)。

(二) 第一種の法定家督相続人は被相続人の直系卑屬たることを要する。即ち子孫相傳主義で、ただに家族制度的相続と云わず、相続一般の根本義である。所でここに所謂直系卑屬と云うのは、自然又は法定の血族たる直系卑屬の意味で、姻族を含まないことを注意すべきである。繼子と繼父母及び庶子と嫡母とは實質上姻

族關係に外ならぬが、他方法定血族關係が認められて居るので(七二八)、相続關係を生じ得る。而して私は、斯く相続關係を生ずるの故を以て、此兩種の親子關係を法定したことの當否を疑うのである(親族法大意二三頁、二四頁、法學協會雜誌二七卷四號「繼子ト相続」)。

第二 第一種法定家督相続人の順位

被相続人の家族たる直系卑屬が數人ある場合には、左の五標準を順次に適用して家督相続人を決定する(九七〇ノ一)。

- (一) 親等の異なる直系卑屬中では、近親が優先する。
- (二) 同親等の男と女とある場合には、男が優先する。
- (三) 同親等の男の中又は女の中では、嫡出子が優先する。
- (四) 同親等の嫡出子と私生子と、又は庶子と私生子との間では、嫡出子又は庶子は女でも私生子より優先する。

(五) 前四標準の上で同等な者の間では、年長者が優先する。但し此點については民法第九七〇條第二項の特例が注目されねばならぬ。

第三 皇位繼承との比較

以上の標準を通観すると、民法の法定家督相続は先第一に「直系血族主義」である。後述の通り直系尊属の相続は認められるけれども、傍系血族は法定家督相続人とならぬ。此點で皇位繼承の「血族無限主義」と違ふ。次に民法の法定家督相続は、男子相続を原則とするが、必しも女子相続を拒まず、相続人其人の男女によつて順位を異にするが、其男系女系を問わず、相続人が被相続人其人の血統たることを要求するが、其家の祖先の血統か否かを論ぜず、必しも自然の血縁たるを要せず、法定の血縁で足りる。此點で又祖宗の自然血統たる男系の男子之を繼承すべしとする皇位繼承制度と異なる（皇室典範一—九）。要するに皇位繼承の制度は真正な大家族主義的相続制度であつて、民法の家督相続制度は既にそれ程純粹でないといふ云々。

第四 嫡庶の別

民法は第一種の法定家督相続人として嫡出子に重きを置くが、必しも私生子を排斥せず、殊に庶子即ち父が認知した私生子に特別な地位を與えて、庶男子をして

嫡女子に先ぜしめる。これは家の繼承と男子相続とを重んずる從來の因襲から來たことだが、現代的婚姻尊重思想からの抗議を免かれ得ない。

第五 長子相続制度

民法は前述の通り長幼の序を家督相続順位を定める最後の標準とした。しかし實際上この最後の標準が最も重要な標準であつて、即ち我民法の家督相続は長子相続制度なのである。而して長子相続制度は我國古來の制度で、家族制度上必然であるかの如く考えられる。所が古代の家族制度は必しも長子相続でなく、最適者相続が却つて普通かも知れず、ローマに於ける様な家族主義的分割相続制度もあり、又末子相続の風習も絶無ではない。我國でも長子相続制度は太古から確立傳來したのではない様で、家名家格家祭の相続即ち戸主權相続について長子相続が行われた時代にも、他方財産相続については分割相続が行われたらしく、大寶令にも繼嗣令と戸令とに兩者に對する別々の規定がある。戸主權及び家産を併せて所謂「總領」制度の長子相続主義が確立したのは寧ろ封建時代のことと、その

確立の原因は即ち封建制度其ものにあると云つてよからう。これは決して我國のみの特例ではなく、他國の沿革にもそう云う現象があり得る。例えば一九二五年末まで維持されたイギリスの不動産長子相續制度の如きも、同國封建制度の産物であろうと思われる。而して又我國の徳川時代でも、武士公家以外の一般人民には分割相續が行われたらしい。それ故家族制度の骨子で我國古來の制度だからと云うだけでは、長子相續制度維持論として充分徹底的でない。現在及び將來の議論としては必ず制度其ものの社會的價値に立脚せねばならぬ。長子相續制度がもし充分道理と公平と人情とに適合せぬと云うならば、如何にそれを緩和すべきか。これが結局我國相續制度の中心問題であるが、私はそれを相續法改正論として最後に取扱いたいと思う。

第六 法定の推定家督相續人

この第一順位の法定家督相續人たるべき位置にある者を、相續開始前には「法定ノ推定家督相續人」と云う。推定相續人と云うのは、其者と被相續人との關係が相

續開始の時まで現状の儘で繼續すれば法律上當然相續人たるべき地位に在り、且其地位が法律上保護されるからである(七四四・九七三・九七五)。それ故同じ法定家督相續人でも、民法第九八四條の家督相續人たるべき直系尊屬は推定相續人でない。それが相續人となるか否かは必しも相續開始前から推定し得ず、相續開始後に至り民法第九八二條による家督相續人の選定が行われるか否かによつて初めてきまるからである。又被相續人の生前に家督相續人として指定された者は、廣義では推定相續人と云つてもよいだろうが、何等特に其地位を保護されて居ないのだから(九七九)民法の所謂推定相續人ではない。即ち推定家督相續人は此第一種の法定家督相續人に限る。而してこの法定の推定家督相續人の地位は、法律上保護されて居る點から一種の權利又は身分と稱し得ること前述の通であるが、相續制度の沿革から云つても、家督相續については特に其見方が正當であらう。

第七 必然相續人

我民法上「必然相續人」(heres necessarius)と稱すべきものは、この第一種の法定家督

相續人のみである。即ち此種の家督相續人たるべき者は、相續開始前には其家を去り得ず(七四四)相續開始後には相續の拋棄をなし得ない(一〇二〇)。これは家の繼續を目標とする家族制度的立法の當然の結果で、法定の推定家督相續人の地位は、一種の身分権であると同時に、一の身分的負擔と云つてよい。尙女戸主の入夫婚姻による家督相續開始の場合の家督相續人たる入夫が相續の拋棄をなし得ないのは前記の通であるが、事前に相續開始を防止し得るのであるから(七三六)必然相續人とは云えない。

第二項 第一順位に關する特例

第一 入夫婚姻による家督相續

女戸主が入夫婚姻をすると、当事者が婚姻の當時反對の意思を表示しない限り家督相續が開始して入夫が戸主となる(七三六)。即ち女戸主に推定家督相續人たる直系卑屬があつても、入夫はそれに先つて家督相續人となるのであつて(九七一)、法定家督相續の特例である。これはなるべく男子を戸主たらしめ有夫の女戸主

と云う變態を減じたい趣旨であるが(明治六年太政官布告第二六三號)法定の推定家督相續人たる女子が戸内婚姻をした後相續が開始した場合には當事者の意思に拘らず當然有夫の女戸主を生ずるのだから、民法規定の歩調も充分整然たりとは云えぬ。尙入夫が戸主とならぬ旨の「反對ノ意思表示」は、舊戶籍法第一〇二條第一項第五號によれば婚姻届中になすべきものとなつて居たが、大正三年の改正戶籍法(四年一月一日起施行)第一〇〇條第一項第五號は反對に「入夫ガ戸主ト爲ルトキハ其旨を表示すべきものとした。これは入夫婚姻届に家督相續届を兼ねさせる(戸一二五ノ一)取扱上の便宜を考へた手續上の改正に過ぎぬと普通に説明されるが、私は寧ろ民法第七三六條の規定の原則例外を顛倒した實質上の改正と見て、而してそれを是認したい。

第二 他家から入つた直系卑屬の相續順位

被相續人の直系卑屬が民法第七三七條又は第七三八條の規定によつて他家から入つた者である場合に、相續開始の際嫡出子又は庶子たる他の直系卑屬がある、と右の入籍者は民法第九七〇條の規定に拘らず後廻しにされる(九七二)。此特例

は例えは入夫の連子等については頗る適當の規定であるが、元來其家の家族だつた直系卑屬が一旦分家婚姻養子縁組等によつて其家を去り更に民法第七三七條又は第七三八條によつて其家に復歸した者については、民法第七三九條による復籍者又は第七六三條による入籍者の場合に第九七二條の適用がないのに比して、不權衡を免かれない。又明治三五年法律第三七號によつて民法第七四三條に第二項及び第三項を追加したのは、分家者に隨つて其家に入つた直系卑屬について民法第九七二條の規定の適用をなくするため、立法の當初の遺漏を補つた適切な規定であるが、(明治三五年法律第三七號附則第二項參照)分家者が分家後に其家に入れた直系卑屬につき民法第九七二條の適用があるか否かに關しては、解釋上立法上尙疑が残つて居る。

第三 婿養子の相続順位

法定の推定家督相続人は其姉妹のためにする養子縁組によつて其相続權を害されぬ(九七三)。此規定は民法第八三九條と關聯し、婿養子をして其妻が當然在る

べき以上の相続順位に居らせぬ様、即ち女子が婿養子縁組によつて其相続順位を高める結果にならぬ様との趣旨であつて、これ亦民法第九七〇條の法定相続順位に對する特例である。尤も嫡出の男子たる法定の推定家督相続人ある戸主が女子に婿養子を迎えた場合は、民法第九七〇條第二項の規定上第九七三條の規定なくとも相続順位は狂わぬのであつて、同條が適用される場合として疑がないのは、

- (1) 法定の推定家督相続人として庶子又は私生子たる男子がある所へ、其姉妹のために婿養子を迎えた場合
- (2) 姉が法定の推定家督相続人であるのに、妹に婿養子を迎えた場合、及び
- (3) 姉の廢除によつて妹が法定の推定家督相続人となつた後、其姉のために婿養子を迎えた場合

である。而して民法第九七三條の適用があるのは此三場合のみだと云う説もあり得るが、通説は同條を婿養子縁組後に實男子が出生した場合にも適用されるものとする。此見解は前述の立法趣旨から見て適當の様でもあるが、單純養子の場

合殊に養子が縁組後家女と結婚した場合に比して甚しく不釣合で、時には當事者の眞意に反する結果を生ずる。それ故婿養子縁組後實男子が生れた場合には、問題の婿養子縁組が女婿とするためにしたものか嗣子とするためにしたものか、と云う縁組當時の當事者の意思によつて民法第九七三條を適用すべきか否かを決するの、理論上も實際上も最も穩當と信ずる。尤も縁組の理由動機は縁組届に表示されるものでなく、又それが全然表示されぬことも多かろうが、状況上當事者の意思を推測することは必しも困難でない。即ち女子のみを有する者が長女に婿養子を迎えた場合には嗣子とするためと推測されるし、男子ある者が女子に婿養子を迎えた場合、數人の女子のみを有する者が次女以下又は廢除された長女に婿養子を迎えた場合等には、女婿とするためと推測される。それ故女子のみを有する者が長女に婿養子を迎えた場合には、其後に實男子が生れても婿養子は相続順位に於て優先すべく、其以外の場合には婿養子縁組後に生れた實男子が婿養子に優先するものと解すべきである。

第四 承祖相続

第一順位の法定家督相続人たるべき者が相続開始前に死亡し又は相続権を失つた場合には、其家に在る其者の直系卑屬が家督相続人となる。右の直系卑屬が二人以上あれば、其間の順位は再び民法第九七〇條及び第九七二條による(九七四・民施八五)。これを「承祖相続」「代襲相続」「代位相続」と云う。即ち「嫡孫承祖」の古習で、情義上も然るべきことであるから、民法は第一順位家督相続の特例として採用した。親から子へ子から孫へと云う順當な結果を偶然の事情に拘らず實現させたいとの考案であるが、其法律關係は所謂代襲相続人が被代襲者の権利を代表し又は承継するのではなく、自己固有の権利として直接に被相続人を相続するのであつて、ただ其相続順位に於て被代襲者の位置を襲うに過ぎぬ。それ故

(1) 被代襲者が相続権を失うすべての場合に代襲相続が行われる。缺格の場合(九六九)も除外されぬ(舊民財取二九五ノ二)。

(2) 代襲相続人は被相続人の家族でなくてはならぬのは勿論、其親族たることを要

する。例へば被代襲者が養子である場合に、その養子縁組前の子は其家に入籍して居ても代襲相続人たり得ない。

(3) 代襲相続人は被代襲者が相続権を失つた當時既存の者たるを要せず、其後生れた者でもよい。但し此點は反對の判例があるが前記の理論上斯う云う結論になるし、實際上も此方がよさそうである。

第三項 第二順位

第一 指定家督相続人

第二順位の家督相続人は「指定家督相続人」である(九七九—九八一・戸一三三—一三六・民施八八)。家督相続人の指定は被相続人が或人を自分の家督相続人にしようとする云う單獨の意思表示で、市町村長への届出を以て、又は遺言でされる。死亡又は隠居による家督相続の場合にのみ効力があり、又法定の推定家督相続人がない場合にのみ行い得べく、指定後法定の家督相続人が出来ると指定は効力を失う。被指定者には制限がない(華族令一九)。ただ家督相続の無資格者即ち缺格者及び

外國人を指定しても無効である。被指定者は一人きりだから、其間に順位の問題を生じ様がない。指定者は届出又は遺言で任意に指定を取消し得る。但し被指定者が家督相続をした後は、民法總則の規定による取消はなし得ようが、任意の取消はなし得ない。民法の認めない廢戸主の結果を生ずるからである。指定は單獨行為だから、被指定者が指定を知つたか否か承諾したか否か等は指定の効力に關係がない。即ち被指定者が承諾した後も指定を取消すに差支なく、又被指定者が拒絶しても指定は効力を失わぬ。しかし被指定者は又指定に拘束されるものではないから、相続の承認又は拋棄は其自由で(一〇二〇)其自由は又指定に對する承認拒絶によつて左右されぬ。但し被指定者が相続開始の際他家の戸主又は家族であり又は他家の法定の推定家督相続人であるときは、相続の拋棄が本人の意思に反して強制されることがある(七六二・七五三・七四三ノ一・七四四ノ一)。

第二 指定と養子縁組

家督相続人の指定は大體養子縁組と其目的作用を同じくする。しかし兩者の

間には大略左の如き差違点がある。

- (1) 縁組は雙方行爲指定は一方行爲。
- (2) 養子と養親及び其血族との間には縁組によつて親族關係を生ずる。指定者と被指定者との間には指定によつて親族關係を生ぜぬ。
- (3) 成年者でなければ養子をなし得ない。未成年者でも意思能力者は指定をなし得る。
- (4) 縁組には養子が養親に取つて尊屬又は年長者でないことを要する。被指定者についてはそう云う制限はない。
- (5) 縁組には配偶者と共にすること及び父母竝に戸主の同意を得ることを要する。指定には此種の制限がない。
- (6) 法定の推定家督相続人たる女子があると、養子をするとは出来るが、指定はなし得ない。
- (7) 縁組後實子が生れても縁組は效力を變じない。指定は法定の推定家督相続

人が出来るると效力を失う。

- (8) 縁組の取消又は離縁には制限がある。指定の取消は自由である。

此等の差違が即ち兩制度併存の理由で、實際の事情上或は縁組が便利なことがあり、或は指定が都合のよいこともある。遺言による養子縁組と遺言による家督相続人の指定とは、實際上よく似て居るが(八四〇ノ二八四八九八一)やはり多少の差違はあるのであつて、随つて併存が必しも無意義でない。

第四項 第三順位——第一種の選定家督相続人

第三順位の家督相続人は第一種の選定家督相続人である(九八二)。この第一種の家督相続人選定は、第一順位第二順位の家督相続人がない場合に行われる。選定権者は其家に在る被相続人の父、次に母、最後に親族會である。被選定者は相続開始の際及び選定の際に於ける其家の家族で、被相続人の配偶者兄弟姉妹又は兄弟姉妹の直系卑屬たることを要する。右の資格者が數人あれば、選定は

(1) 家女なる配偶者

- (2) 兄弟
- (3) 姉妹
- (4) 家女でない配偶者
- (5) 兄弟姉妹の直系卑屬

の順序で行われる。斯様に被選定者の範圍及び順位を法定したのは、家族制度的精神と被相続人の意思とを尊重した所以で、選定と云う名稱が當らぬ觀がないでもないが、兄弟姉妹間又は兄弟姉妹の直系卑屬間にあつては選定權者が任意の選擇をなし得るし、又正當の事由がある場合には裁判所の許可を得て前記の順序を變更し又は選定をしないことも出来るから、九八三、非訟九四九五、やはり選定と云つてもよからう。家督相続人の選定は指定と同様選定權者の一方行爲であるが、届出によつてされるのでない點に於て生前の指定と違ひ(戸一二六)、又遺言による選定と云う問題を生ぜぬ。選定は相続開始後に行われるのであるが、選定期間を設けず又選定の遅延懈怠に對する督促救済の規定がないのは、民法の不備と云わ

ねばならぬ。選定權者が民法第九八三條の規定に違反した場合は利害關係人は選定無効の訴をなし得るが、被選定順位者が自分を選定すべき旨の訴をなし得ない點に於て、相続回復請求の場合とは全然異なる。

第五項 第四順位——第二種の法定家督相続人

第四順位の家督相続人は第二種の法定家督相続人であつて、被相続人の家族たる直系尊屬である(九八四)。所謂「逆相続」であるが、必しも「再相続」には限らぬ。此種の資格者が數人ある場合には、左の標準によつて順位を定める。

- (1) 親等の近い者を先にする。
- (2) 親等の同じ者の間では男を先にする。

異種の直系尊屬例えば養父母と實父母とが其家に併存する場合の相続順位については規定がない。民法が此場合についても第九七二條に於ける様に、家附の直系尊屬は他家から入籍した直系尊屬に先だつて相続人となる旨を規定しなかつたのは、不備と云うべきだが、規定はなくとも其趣旨に解すべきであらう。

第六項 第五順位——第二種の選定家督相続人

第五順位即ち最終順位の家督相続人は第二種の選定家督相続人である(九八五)。此場合には父母は既にないのが普通で、又尙存命でも相続缺格者又は相続拋棄者であろうから、選定権者は親族會のみになつて居る。被選定者は

(1) 被相続人の親族家族分家の戸主又は本家若しくは分家の家族

(2) 右の中に家督相続人たるべき者がないときは他人

である。而して他人については勿論(1)の資格者についても其間に何等の順位もない。且又親族會は正當な事由があれば裁判所の許可を得て直に他人を選定し得る。ただ第一種の選定の場合の様に(九八三)全然選定をしない譯には行かぬことになつて居るのは、あらゆる手段を竭して家を繼續させようとする立法趣旨を貫徹した次第である。しかし親族會が十分に成立又は決議に至らず、又は選定を累ねても結局相続を承認する者がない場合に、家は絶家とならざるを得ない(七六四)。

第二款 家督相続人の資格

第一項 胎兒の相続権

相続人は相続開始の時に生存して居る者でなくてはならぬ。これを「同時存在の原則」又は「繼續の原則」と云う。所が法定の推定家督相続人たるべき者が既に懐胎されて居てしかもまだ生れぬ前に相続が開始した場合に此原則を適用し、胎兒が活きて生れてもそれを相続順位から排斥しては、其者に酷であるのみならず、血族相続の本義に反する。それ故民法は斯様な胎兒が活きて生れた場合には相続開始の際既に生れて居たものと看做して相続順位を論ずべきものとした(九六八、九九三、戸一二七、一二八)。所で此規定は文句が曖昧で誤解を招き易いが、ドイツ民法第一九二三條に「相続開始ノ際生存スル者ニ限リ相続人タルコトヲ得」相続開始ノ際生存セザルモ既ニ懐胎セラレタル者ハ相続開始前ニ生レタルモノト看做ス」と云うのと同趣旨と解すべきであろう。即ち胎兒其ものが直に人格を取得するのではなく、活きて生れると其権利能力が相続開始の時まで遡るのである。随つ

て女子と胎兒とがあつて家督相續が開始すると、長女が一旦相續届をして(戸一六一六七)をせねばならぬことになる。立法論としては、斯う云う場合には胎兒の出生まで家督相續届を留保することとし、又胎兒のための財産管理の制度を設けたものである。又民法第九六八條は相續開始の時に胎兒だつた者についての適用があるので、一般に胎兒の利益を保護する規定ではないから、例えば胎兒があるのに男子を養子にすると、其養子縁組は有効で、養子の相續順位は男子の出生によつて動かされない。

第二項 缺 格

第一 缺格者

民法は相續が道義人情と大關係あることを斟酌し、被相續人又は家督相續の先順位者に對して重大な不徳行爲があり、又は相續に關する遺言について不正行爲があつた者を、家督相續人たらしめぬために、五種の「缺格原因」を規定した(九六九民

施八四)。右の中、被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リテ之ヲ告發又ハ告訴セザリシ者」と云う缺格原因(九六九ノ二號)は削除すべきである。いつまでに告發告訴しなければ缺格になるのか、他から告訴告發があつた場合は如何、指定又は選定家督相續人にも適用があるか、等解釋上の疑問があるのみならず、此等の疑問に對しては相當な解決を下し得るとしても、元來此規定は血族復讐の觀念に由來する私訴公訴混同時代の遺物で、告發及び告訴が私人の法律上の義務でない今日の制度たるべきでない。

第二 缺格の効果

缺格者は缺格原因たる事實によつて當然家督相續権を喪失するのであつて、これを相續順位中から除くために特別の意思表示・判決等を要せぬ。缺格原因が相續開始前に發生した場合に、缺格者が法定の推定家督相續人であれば其地位を失ひ、隨つて民法第七四四條の規定は適用がないことになる。しかし缺格原因は相續開始後に發生することがある。民法第九六九條第三號、第四號の缺格原因は必

ず相続開始前に生ずるが、第二號の原因は必ず相続開始後に發生すべく、第一號及び第五號の缺格原因も相続開始後に起ることが寧ろ多からう。此場合には一旦有効に或人のために開始した相続が其後の原因により遡つて當初から無効になるのであつて、無効に關する普通の法理の異例である。而して缺格は第三者に對しても絶對的の效果を生じ、缺格者が缺格原因發生前に相続人としてした行爲も全然無効であつて、其相手方となつた者が善意の第三者でも、特に其利益を保護されぬ。

缺格は裁判判決を待たずして發生するが、前記の通り缺格原因が相続開始後に發生することもあり、そうでない場合でも缺格者が相続人として戸籍に登録され、其他相続人としての権利を行つて居ることが多く、随つて實際上正當な相続人から缺格者を相手取つて缺格の確認を訴求することになるのが普通である。其訴は相続回復の訴に包含され得べきものであるが、それ自身は給付の訴でも權利變更の訴でもなく、確認の訴に外ならぬ。

缺格者は法定家督相続人たり得ないのみならず、家督相続人として指定又は選定されることも出来ぬ。それ故其者が指定又は選定された後缺格者となり又は缺格者たることが判明したときは、其指定又は選定は無効に歸する。缺格者は又受遺者たることを得ない(一〇六五)。此點に於て缺格は後述の廢除と違ふ。しかし缺格者はただ當該被相続人の相続人たり受遺者たり得ないのみで、外國人又は法人の様な家督相続の絶對無能力者となるのではない。又缺格は缺格者の一身に止まるのであつて、其直系卑屬の相続資格を妨げぬのみならず、缺格による相続權喪失の場合にも代襲相続が行われる(九七四)。

第三項 廢除

第一 廢除の意義

法定の推定家督相続人の地位は個人の意思で濫りに動かし得ぬ(七四四・九七三)。しかし場合によつては被相続人が其法定の推定家督相続人に其家を相続させないことを希望し、而して其希望が正當と認められねばならぬことがある。そこで

民法は法定ノ推定家督相続人ノ廢除なることを認めた(明治六年太政官布告)第二八號・第二六三號)。所で此場合は被相続人の意思を標準とするから缺格の場合の様に其事由の發生と共に當然廢除の效果を生ずるものとする譯には行かず、又正當な事由の存在を要件とするから被相続人の意思のみで廢除を決定させ得ない。それ故民法は「正當ノ事由がある場合に被相続人をして法定の推定家督相続人の廢除を裁判所に請求することを得させ、判決によつて廢除の效果を生ずべきものとした(九七五)。即ち被相続人は廢除請求者で、廢除は裁判所がするのである。而して缺格は法定指定選定を問はずすべての相続人に關し、廢除は第一種の法定家督相続人についてだけの問題である。同じ法定家督相続人でも、直系尊屬たる家督相続人の廢除はあり得ない。又缺格原因はすべて缺格者自身の非行であるが、廢除原因は必しもそうでない。家の利益又は被廢除者自身の利益のために廢除が行われることがある。

第二 廢除の原因

民法は法定の推定家督相続人の廢除原因を限定せず、正當の事由があれば廢除の請求をなし得ることとした。其事由が正當か否かは結局裁判所の認定に待つべきであるが、裁判所へ持ち出すにも、被相続人の獨斷では足りず、親族會が正當の事由ありと考えて廢除の請求に同意することを必要とした(九七五ノ二)。所で民法は又廢除の法定原因として四事由を列擧した(九七五ノ一・民施八六)。其四事由は廢除の正當な事由と法律上認められて居るのだから、それに基いて廢除を請求するには親族會の同意を要せず、裁判所は其事實の存否を判斷すべきのみで、事實ありと認めながら廢除の宣告を拒む譯には行かぬ。而して其四事由が畢竟「正當ノ事由」の例示に外ならぬことは、法文上明白であつて、其四事由は皆推定相続人が戸主の地位を承繼するに不適當な身體上精神上又は徳義上の状態であるが、所謂「正當ノ事由」は必しも其種の事情に限らぬこと、前述の通である。例えば女子たる法定の推定家督相続人を他家に嫁入らせたいと云うことなどは、廢除の正當な事由と判例上認められて居る。

第三 廢除の訴

廢除を請求し得るのは被相續人のみで、被廢除者は法定の推定家督相續人であるが、廢除は被廢除者に於て異議のない場合でも必ず請求者から被廢除者に對する訴訟で請求せねばならぬ(九七五ノ一・八八八ノ一人訴三三三九ノ一)。前記女子の婚姻のための廢除の如き場合に親子法廷に相争う形式を履まねばならぬことは、不必要非人情な話で、立法上再考を要する。被相續人は遺言で廢除の意思を表示することも出来るのであつて、其場合には遺言執行者が廢除の訴を起す(九七六)廢除の訴を起した被相續人が其裁判の確定前に死亡しても其訴訟手續は續行されるものであること、民法第九七八條から推測されるが、其場合に其訴訟手續を受継ぐべき者を規定しなかつたのは法の不備と云わねばならぬ。此點は後述廢除取消の訴についても同様である。

第四 廢除の取消

廢除の原因がなくなつた場合には、被相續人又は被廢除者は廢除の取消を請求

し得る(九七七ノ一)。廢除を請求するのは被相續人の任意だが、一旦廢除が許された以上、其原因が止まないのに其取消を許すべきでなく、又其原因が止んだ以上、被廢除者にも其取消を發議さすべきである。ただ法定の推定家督相續人が被相續人に對して虐待又は侮辱をしたによつて廢除された場合には、其原因が止んだか否かが問題ではなく、被相續人が被廢除者の行爲を宥恕するか否かの問題だから、被相續人が何時でも廢除の取消を請求し得ることとした(九七七ノ二)。此場合には被廢除者からは取消を請求し得ない。廢除の取消は相續が開始した後は許されぬ(九七七ノ三)。それを許すと、第三者の既得權を動かし、相續關係を混亂させて、却つて一家の平和秩序を害するからである。廢除取消の請求は訴でさせる(九七七ノ一人訴三三三)。廢除の原因が止んだか否かを裁判所に認定させるためである。それならば虐待侮辱による廢除を取消するには出訴を要せぬ筈だが、此場合も廢除は裁判によるから、其取消も劃一的に裁判によらせたのであろう。此訴の相手方は「廢除ニ因リテ推定家督相續人ト爲リタル者」と云うことになつて居るが(人訴三

四・三九ノ四、廢除は次順位の推定家督相続人たるべき者が不在の場合にも行われるのであつて、其場合の取消について誰を相手方とすべきかの規定がないのは不備である。或は廢除及び其取消を訴訟手續としたことから問題ではあるまいか。廢除の遺言を取消するのは遺言の取消で（一一二四—一一二六）廢除の取消ではない。廢除が遺言に基く訴によつて效力を生じたら、もはやそれを取消す途はない。被相続人は廢除取消の遺言をすることが出来る。其場合には遺言執行者が取消の訴を起すのである（九七七ノ四、民施八七）。

第五 廢除及び其取消の效果

廢除又は其取消は裁判の確定によつて效力を生ずる（戸一三一・一三二）。裁判確定前に相続が開始すると、廢除又は其取消は相続開始の時に遡つて其效力を生ずる（九七六・九七七ノ四・九七八）。廢除の效果は被廢除者をして當該被相続人の法定の推定家督相続人たる地位を喪わせることである（七四四・八三九）。しかし被廢除者は缺格者の様に當該被相続人の家督相続人たり得る資格を全然喪失するので

はないから、其被相続人の家督相続人に指定又は選定されることを妨げぬ。

廢除の取消は廢除によつて生じたすべての效果を消滅させ、恰も廢除がなかつたものの様にする。即ち被廢除者はこれによつて法定の推定家督相続人たり得べき資格を回復するのである。但し廢除後法定の推定家督相続人としての優先順位者を生じた場合、被相続人が家督相続人となさんがための養子をした場合及び被廢除者が現在他家にある場合に廢除をなし得べきかなし得るならば其效果如何は、聊か疑問ならざるを得ぬ。

第三節 家督相続の效力

第一 權利義務の承継

家督相続人は前戸主の有した身分上及び財産上の權利義務で前戸主の一身に専屬せぬものを包括的且當然に承継する（九八六・戸一二五）。即ち家督相続人は前戸主の後を承けて其家の戸主になるのであつて、それが家督相続の家督相続たる

所以であるが、新戸主の承継すべき身分上の権利義務は、家族の監督保護のためにする眞の意味の戸主権のみで(親族法六、意四三頁)。前戸主の有した其以外の身分上の権利義務は、其一身に専属するものと云うべきである。而して戸主権に属する権利義務は必ず家督相続人に移轉すべきもので、被相続人に於て別の處分をなし得ないが、財産上の権利については、被相続人はそれを家督相続人以外の者に遺贈することが出来る(一〇六四)。ただ系譜祭具及び墳墓の所有権は家督相続人がこれを相続する特権を有する(九八七)。即ちそれは遺贈の目的物となり得ず、又遺留分算定の際其價額は算入されぬ(一一三二ノ三)。尤も被相続人が生前に其處分をするとは差支なく、民法は此等の財産を世襲財産とする趣旨ではない。世襲財産を設定し得るのは有爵者のみである(華族世襲財産法)。尙相続は前戸主の有した権利義務の承継でなくてはならぬから、生命侵害に對する損害賠償請求権を被害者の子が有すること、親の遺骸に對して子が埋葬の権利を有すること等を、相続で説明するのは無理である。

第二 被相続人の財産留保

被相続人の有した財産上の権利義務が一切家督相続人に移轉すると云う原則は、被相続人の死亡による家督相続の場合には當に然るべき所であるが、其以外の原因による家督相続にあつては、被相続人は相続開始後尙生存するのであるから、其生存の必要上此原則を絶対に適用し得ない。それ故民法は隠居又は入夫婚姻による家督相続の場合に隠居者又は女戸主が其財産を留保することを許した(九八八)。この財産留保の意思表示は、確定日附アル證書によつてされねばならぬ(民法四・五)。財産留保は家督相続の効果に關する特例で、相続開始前でなければなし得ないのであるが、留保の範圍竝にそれが眞に相続開始前にされたものであることとの證據を確にさせて置かぬと、或は關係者間に紛議を醸し、或は債權者を詐害することにもなるから、確定日附證書でせねばならぬと云うことにしたのである。財産留保は家督相続人の遺留分を害しない限度で是認される(一一三〇)。被相続人が財産の大部分を留保することは、家督相続の本旨に反するからである。隠居

者の財産留保は民法施行前から行われて居たが、當時は遺留分の制度が確立して居なかつたので、どの範囲まで財産留保が有効だつたか疑わしい。判例は、家名維持ニ必要ナル財産は必ず家督相続人に承継さすべきものだつたとし、それを侵害しない範囲で財産留保が有効だつたものとして居る。所で遺留分を侵害した財産留保の効力は如何。判例は遺留分に侵入する部分についてもそれを無効とはせず、相続人が遺留分を満足させるまで留保財産を減殺し得るものと解した(一一三四)。もしそうとすれば右の減殺権は相続開始後一年以内に行われぬと時効にかかる譯だが(一一四五)、隠居者の生前に家督相続人が減殺を強行することが、果して實際上出来得るだろうか。私は寧ろ遺留分を侵害する程度に於て財産留保は當然無効と解釋したい。

第三 前戸主の債務辨済責任

前戸主の債務は全部家督相続人に移轉する。前戸主の財産留保も制度の性質上積極財産の留保であつて、債務の留保と云ふことは行われ得ないであろう。隨

つて法理上前戸主の債権者は家督相続人に對してのみ辨済を請求し得べきものと云わねばならぬ。所が隠居又は入夫婚姻による家督相続の場合には、前戸主は尙生存して居るのであつて、或は財産を留保し、或は其後財産を取得することもあろうから、前戸主の債権者がこれに對して辨済を請求し得ぬものとするならば、通例主として債務者其人の信用に著眼して債権を取得する債権者の本意に反し、債権者詐害の目的で財産留保の制度が悪用される弊も生じよう。それ故民法は此場合に前戸主の債権者は其前戸主に對しても辨済を請求し得るものとした(九八九ノ一、三、七六一、七六〇、民施八九)。しかしこれによつて前戸主と家督相続人との間に民法債権編に所謂連帶債務を發生させたのではない。元來の債務者は家督相続人に外ならぬのであつて、前戸主は法律の規定によつて特に家督相続人の債務を辨済すべき別箇にして従たる債務を負担させられたのである。それ故前戸主が辨済其他自己の出捐で債務を消滅させたときは、家督相続人に對して不當利得の返還を請求し得る。家督相続人が債務を辨済したときには、左様な求償権は

なり。

第四 前入夫の債務辨濟責任

入夫婚姻の取消又は入夫の離婚による家督相続の場合には、入夫が戸主だった間に負擔した債務の辨濟は其入夫に對して請求し得る(九八九ノ二民施八九)。此規定の立法理由も亦前段所説と同様で、此場合にも本來の債務者は家督相続人だから、債權者が家督相続人に對して辨濟を請求し得るのは勿論である(九八九ノ三)。民法は入夫婚姻の取消の場合だけを規定して、養子縁組の取消による家督相続の場合を規定しないが、何等兩者を區別すべき理由はないから、同様に解釋すべきであらう。元來入夫の離婚或は婚姻又は養子縁組の取消による家督相続(九六四)の場合に、家督相続人は前戸主の權利義務を承繼する旨の原則が絶対に適用せらるべきかは、根本的難問題である。法文には何等の區別をしないから、そう解すべき様だが、それでは實際上頗る不當の結果を生ずるのであつて、民法第七七七條及び第八五九條も其場合の不當の結果を救濟し得ない。殊に入夫又は養子が戸主に

なる前に負擔した債務が家督相続人に移轉して元來の債務者が全然其債務を免かれることは、民法第九八九條と對比して著しく權衡を失する。それ故私は、入夫の離婚或は婚姻又は養子縁組の取消による家督相続の場合には、家督相続人は前戸主が戸主になつたにより又は戸主となつた後に取得又は負擔した權利義務のみを承繼し、前戸主が戸主になる前から有した權利義務は依然前戸主に屬するものと解したいと思う。そう解すると民法第九八九條第二項の規定も一層有意義になる。

第五 國籍喪失による家督相続の効果

國籍喪失による家督相続は前戸主が尙生存する點に於て隱居の場合と同じく、相続が前戸主の意思に拘らず開始する點はそれと異なる。元來國籍喪失は今日に於ては違法行爲でもなく又違法行爲の結果でもないのだから、國籍喪失者が家族であればその私法上の權利義務に殆ど何等の影響もないのであるが(明治三二年法律九四號)國籍喪失者が戸主である場合にも其財産が其意思に拘らず當然家

督相続人に移轉するものとすべきでない。そこで民法は此場合に限り家督相続の效果に關する原則を轉倒して前戸主の權利義務が家督相続人に移轉しないのを原則とした。即ち家督相続人が當然承繼するのは戸主權竝に系譜祭具及び墳墓の所有權のみで、其外に前戸主が特に指定した相続財産があればそれを取捨するの論、尙遺留分を満足させるだけの財産額を請求し得る(九九〇)外國人土地法一一)。此場合には前戸主の債權者は家督相続の開始後も依然戸主其人の債權者であるが、家督相続人に對してもその受けた財産の限度に於て辨濟の請求をなし得る(九九一)。此點は隱居又は入夫婚姻による家督相続の場合と正反對で前戸主が本來の債務者、家督相続人が従たる債務者である。随つて家督相続人が辨濟すれば前戸主に對して不當利得返還請求權を有する。

第六 相続による物權移轉と登記

家督相続の效果に關聯して起つた重要な一問題がある。相続による不動産物權の移轉にも民法第一七七條の規定の適用があるかと云うことである。當初は

消極の解釋が行われたが、其後判例が變更し、相続が死亡によつて開始したと隱居入夫婚姻等によつて開始したとを問はず、登記をしなければ相続人は不動産物權の取得を以て第三者に對抗し得ないものと解することになつた。

第四章 遺産相続

第一節 遺産相続の開始

第一 遺産相続開始原因

遺産相続と云うのは、家族の死亡によつて其人に屬して居た財産上の権利義務が法律上當然一定の人に移轉することである。即ち遺産相続開始の原因は或家の家族たる人の死亡のみであつて(九九二)戸主の死亡其他戸主権の喪失によつて開始する家督相続と相對立する。家族が其家の戸主となり又は他家の戸主又は家族に轉ずる場合には、その特有財産(七四八)の主體たる關係には變化がない。家族が國籍を喪失した場合も同様である(明治三二年法律九四號)。それ故これ等の場合には財産相続の問題を生ぜぬ。ただ家族が死亡した場合には財産の主體が

ないこととなるから、其権利義務の承継者がなくてはならぬ。財産上の権利がなくとも債務のみある場合にも、債務の承継者が問題になる。そこで遺産相続が開始するのである。随つて死亡者が何等承継せらるべき財産上の権利義務を有しなかつた場合には、遺産相続は開始しないのであつて、家督相続が財産上の権利義務の有無に係らず開始するのと違う。

第二 家督相続に關する規定の準用

遺産相続開始の場所遺産相続回復の請求相続財産に關する費用の支辨及び胎兒の遺産相続權については、家督相続に關する規定が準用される(九九三)。

第二節 遺産相続人

第一款 遺産相続人の順位

第一 遺産相続人の範圍及び性質

遺産相続人は被相続人の直系卑屬配偶者直系尊屬戸主の四者で、其相続順位は

右の順序であるが、遺産相続人が家督相続人と性質が違ふ要點は左の通である。

(1) 遺産相続人は皆法定相続人で、遺産相続には指定選定の相続人はない。我民法は外國法と違つて、包括遺贈を受けた者をも遺産相続人と見ない(一〇六四・一〇九二)。即ち家督相続人には遺言相続人があると云い得るが、遺産相続には遺言相続人がない。

(2) 遺産相続人は例外なく相続を承認又は拋棄する自由を有する(一〇二〇)。即ち遺産相続には必然相続人がない。

(3) 家督相続は戸主権相続を主眼とするから、一人相続でなくてはならぬ。遺産相続は財産相続だから其必要がない。即ち遺産相続に於ては、對等の相続資格者が數人ある場合に、其全員を同順位者として共同相続をさせ得る。随つて遺産相続人の順位の規定は家督相続人の場合の様に細密なるを要せぬ。

(4) 遺産相続人は法定家督相続人又は第一種の選定家督相続人の様に被相続人の家族たるを要せぬ(九七〇・九八二・九八四・九九四・九九六)。即ち家督相続は家

族制度的相続で、遺産相続は個人制度的相続である。随つて遺産相続人は外國人であつてもよい。家督相続人が日本人たるを要するのと趣を異にする。

(5) 遺産相続には何等戸籍法上の手續がない。

第二 第一順位の遺産相続人

第一順位の遺産相続人は被相続人の直系卑屬である。親等の違つた直系卑屬が數人、例えば子と孫とがあれば、その近い者即ち子が先順位である。親等の同じ相続人が數人あれば、同順位の遺産相続人として共同に遺産相続をする(九九四・一〇〇二・一〇〇三)。被相続人の直系卑屬で同親等である以上、男女長幼嫡庶私の差別なく、皆同順位の遺産相続人である。ただ嫡出子と庶子又は私生子とは後述の相続分に差違がある(一〇〇四)。この直系卑屬たる遺産相続人についても、直系卑屬たる法定家督相続人に於けると同じく、承祖相続の制度がある(九九五・一〇〇五・民施八五)。

第三 第二順位の遺産相続人

被相続人に直系卑属がない場合には、其配偶者が遺産相続人となる(九九六ノ一ノ一號)。家督相続の場合に於ける様に家女たると否とによつて配偶者の相続順位を異にせぬ。我民法が、家督相続に於ても遺産相続に於ても、被相続人に直系卑属がある場合には生存配偶者は被相続人の遺産に對して何等の権利をも有せぬものとしたのは、問題とすべき點であつて、卷末に相続法改正論として再考したい。

第四 第三順位の遺産相続人

被相続人に直系卑属も配偶者もない場合には、其直系尊属が遺産相続人となる(九九六ノ一ノ二號)。親等の違ふ數人の直系尊属がある場合には、親等の近い者が先順位である。親等の同じ直系尊属が併存する場合、例えは實父母・養父母・繼父母・嫡母が併存し、又は父方の祖父母と母方の祖父母とが併存する場合には、此等は同順位で共同して遺産相続をする(九九六ノ二)。

第五 第四順位の遺産相続人

被相続人に直系卑属も配偶者も直系尊属もない場合には、戸主が遺産相続人に

なる(九九六ノ一ノ三號)。遺産相続に於ける被相続人は家族だから、それに対する戸主が常にある筈で、随つて戸主が最終結局の遺産相続人となるのである。西洋諸國の相続法では、一定範圍の血族がないとき又は血族が、皆無のときは國家國庫又は市町村等を最終順位の遺産相続人とするのが普通であるが、我民法は此點に家族制度を加味利用して、遺産相続を戸主で結んだのであつて、適當な立法であるが、ただここで問題になるのは、被相続人の兄弟姉妹を遺産相続順位中に加えなかつたことである。戸主が同時に被相続人の直系卑属・配偶者又は直系尊属であれば、戸主は戸主以外の資格で遺産相続人になるのであるから、戸主が戸主として遺産相続人になる場合は、戸主は被相続人の兄弟姉妹又はそれより遠い親族又は他人である。所で戸主が被相続人の兄弟姉妹以外の遠親又は他人である場合に、兄弟姉妹に遺産相続をさせずに戸主を遺産相続人にしたのは不當ではあるまいか。兄弟姉妹を第四順位の遺産相続人とし、戸主を第五順位とすべきだつたらう。

第二款 遺産相続人の資格

第一 胎児の遺産相続権

遺産相続人は被相続人死亡の際生存者でなくてはならぬが、遺産相続開始の際胎児だつた者の利益は保護せねばならぬから、胎児を遺産相続について既に生まれたものと看做すこと、家督相続の場合に於けると同様である(九九三・九六八)。尤も遺産相続にあつては、生兒の男女によつて相続順位を異にせず、且共同相続で必しも直ちに遺産の分割をせずともよいのであるから、遺産相続人たるべき胎児がある場合の取扱は家督相続に於けるより簡單である。

第二 缺格

遺産相続人たるべき者は缺格者でないことを要する。缺格原因は家督相続人についての缺格原因と大同小異であり(九九七・民法八四)缺格の効果も家督相続に於けると同様である。

第三 廢除

被相続人は一定の原因に基き廢除の訴によつて其遺産相続人たるべき者の相

續權を剝奪し得ること、家督相続に於けると同じである。ただ家督相続については民法は四箇の廢除原因を例示的に列挙して「其他正當ノ事由」と相對的に規定したが、遺産相続人の廢除原因は「被相続人ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ重大ナル侮辱ヲ加ヘ」と云う一事由のみに限定された(九九八・民法八六)。民法第九七五條第一項第二號以下の廢除原因は家族制度的理由であるから遺産相続に當嵌らず、又遺産相続については相続人自身の利益のための廢除は考へ得ない。廢除の問題が起る遺産相続人は「遺留分ヲ有スル推定遺産相続人」で、即ち直系卑屬、配偶者及び直系尊屬である(一一三一)。配偶者及び直系尊屬に對して廢除の訴を提起し得る點が家督相続と違ふ。戸主は遺留分を有せぬから、戸主に遺産を相続させまいと思へば遺産の全部を戸主以外の人に遺贈すればよいこと故、戸主の廢除は認めぬのである。廢除原因は前記の通り被相続人に對する虐待又は侮辱だから、廢除原因の消滅と云うことはないが、被相続人は宥恕の意味で何時でも廢除の取消を裁判所に請求し得る(九九九・民法八七)。廢除及び其取消の意思を遺言で表示し得ること

等は家督相続の場合に準ずる(一〇〇〇九七六九七七)。廢除の効果は被廢除者の遺産相続権喪失であるが、これは法定遺産相続人としての権利喪失に外ならぬから、被相続人が被廢除者に遺贈をすることは妨げぬ。

第三節 遺産相続の效力

第一款 總論

第一 權利義務の承繼

遺産相続人は相続開始の時から被相続人が其際有して居た財産上の一切の權利義務を承繼する。其承繼は何等の意思表示を要せず法律上當然行われ、個別承繼でなくして包括承繼であり、財産相続であつて身分相続でなく、被相続人の一身に專屬した權利義務例えは扶養の權利義務は承繼されぬ(一〇〇一)。この相続人によつて承繼される包括的權利義務を、被相続人の側から見て「遺産」と云い、相続人の側から見て「相続財産」と云う。

第二 共同相続

遺産相続人が一人である場合には、問題は極めて簡單で、大體前段に述べた所で澤山である。しかし遺産相続の特色として同順位の相続人が數人ある場合が多い。其場合には更に相続財産と此數人の相続人との關係を如何に規定すべきかと云う問題を生ずる。民法は相続財産が結局相続人間に分割されることを期待しつつ、其分割に至るまではそれを全相続人の共有に屬するものと看做し(一〇〇二)第二四九條以下共有に關する規定を適用すべきものとした。ただ第二五〇條の共有者の持分均等の推定を破り、別に定める相続分を以て此場合の共有者の持分とした(一〇〇三)。斯く共同して遺産相続をする相続人を「共同相続人」と云う。相続財産の共有と云うのは、其包括的全部についての共有の意味か、個々の財産についての共有の意味か、其觀念がハッキリして居ない。民法全體の財産觀念から云うと個別主義らしいが、相続の性質上又後述分割の場合の關係から云つても、包括的全部の共有と觀念した方がよさそうである。

第三 債権債務の共同承継

斯くして各相続人は共同に被相続人の権利義務を承継する(一〇〇三)。物権の共同承継は前記の通り共有の規定で問題を解決し得るが、債権債務が如何に承継されるかは、民法第四二七條以下多數當事者の債権の規定と關聯して問題になり得る。相続された債権債務が性質上不可分である場合には、債権者たる共同相続人は共同して又は各債権者が總債権者のために権利を行使すべく、債務者たる共同相続人は共同して又は各債務者が總債務者のために債務を履行すべきものであること疑ない(四二八、四三〇)。所が可分の債権債務を數人の遺産相続人が承継する場合については、大に疑問がある。普通の説明では、民法第四二七條の規定によつて債権又は債務は當初から相続人間に分割され、共同承継の状態は起らないものとする。即ち債権者たる數人の相続人は各自債務者に對して其相続分に應ずるだけの辨済を請求し得るのであつて、隨つて其債務者は各相続人に對して其相続分に應ずるだけの辨済をなすべく、其一人に相続分以上の辨済をしたことを

以て他の相続人に對抗し得ないことになる。これは債務者に取つてかなり危険なことである。又債務者たる數人の相続人は各自其相続分に應じた辨済をすればよいので、其或者が債務を辨済し得なくても他の相続人の負擔はこれによつて増加しないことになる。これは債権者に不利益を與える嫌がある。立法論としては、債権者たる數人の相続人は共同して債権を行使すべきもの、債務者たる數人の相続人は連帶債務の如き債務を負うものと、明かに規定すべきではなかつたらうか。私は現行法文の儘でもそう云う解釋が出来得ると思う。尤もこれは遺産分割前の話で、遺産分割の際債権債務がどう取扱われるかは其場合に研究する。

第二款 相続分

第一 指定相続分

相続分と云うのは、遺産相続に於て各共同相続人が権利義務を承継すべき割合であつて、即ち相続財産の共有に於ける持分である。其割合は被相続人が定め、又

は第三者即ち相続人以外の者に託して定めさせることが出来る(一〇〇六ノ一)。相続分の指定又は第三者に對する指定の委託は遺言でせねばならぬ。被相続人死後の關係を定めるものだから、被相続人の死亡によつて效力を生ずる遺言でさせるのが最も便宜だからである。相続分の指定は甲に二分一乙丙に各四分一と云う様に遺産に對する割合で表示するのが穩當だが、或は甲に某不動産乙に某動産丙に他の一切の財産と云う様に具體的財物で指定してもよい。ただ其場合にも遺産全體に對する割合を示す趣意の指定でなくてはならぬ。具體的財物を以てする相続分の指定は、概ね同時に後述遺産分割方法の指定である。被相続人が遺言で或財物を或相続人に與える旨の表示をした場合には、其遺言の解釋上或は分割方法の指定であることがあり、或は其相続人に對する遺贈であることがあり、又相続分の指定と解すべき場合もないではなからう。被相続人又は第三者は相続分を指定するに當つて後述の遺留分に關する規定に違反し得ないと云うことになつて居る。違反した場合の効果に關する規定がないが、恐らく後述減殺制度

を準用する積りであらう(一一三一・一一四六・一〇四・一一三四)。例えば遺産が六萬圓ならば、遺産相続人たる直系卑屬のための遺留分は三萬圓だが、其直系卑屬が嫡出子二人庶子一人とすれば、嫡出子は各一萬二千圓、庶子は六千圓の遺留分と云うことになる。所を嫡出子甲に三萬六千圓、嫡出子乙に六千圓、庶子に一萬八千圓と云う指定をしたとすれば、乙の遺留分が侵害される故、乙は嫡出子甲に對して四千圓、庶子に對して二千圓の減殺請求が出来るのである。

第二 法定相続分

斯様に相続分は指定できまることが原則になつて居るが、指定は寧ろ餘り多く行われぬであらうから、其場合のために法定相続分の規定がある。理論上は補充規定だが實際上は主として此方が行われる。法定相続分は平等が原則であつて、即ち同順位の相続人が數人あれば其各自の相続分は相均しい。しかし直系卑屬中嫡出子と庶子又は私生子が併存する場合には、後者の相続分は前者の相続分の二分一である(一〇〇四)。代襲相続人の相続分は被代襲者の相続分に同じであつて、

代襲相続人が数人ある場合には、更に其相続分の範囲内で各自の相続分を定める（二〇〇五）。法定相続分の規定が適用されるのは左の場合である。

- (1) 被相続人が相続分指定に關する遺言をしなかつたとき。
- (2) 相続分指定に關する遺言が無効だつたとき。
- (3) 相続分の指定を委託された第三者がそれを實行しなかつたとき。
- (4) 共同相続人中の一部の相続分のみが定められたときは、他の共同相続人の相続分につき（一〇〇六ノ二）。

第三 贈與又は遺贈を受けた者の相続分

被相続人は往々共同相続人中の或者に生前贈與又は遺贈をすることがある。遺贈の場合は勿論、生前贈與の場合もそれが婚姻・養子縁組・分家又は廢絶家再興のため若くは生計の資本として與えられたのであれば、被相続人は右の相続人に相続分以外の特別利益を與える積りではなくて、それに相続させる財産を豫定したものと推測するのが穩當であらう。此場合に其贈與又は遺贈を計算外に置いて

相続分の算定をすると、其相続人のみを不當に利益する結果になつて甚だ不公平であるのみならず、恐らく被相続人の意思に反しよう。さりとて一旦與えられた贈與財産を返還させ又は遺贈を無効とし更めて相続分の割當をしたならば、財産關係が不安定になるのみならず、これ亦明かに被相続人の意思に反する。それ故民法は此場合には其贈與の價額（一〇〇八）を被相続人が相続開始の際に有した財産の價額に加算したものを相続財産の價額と看做し（遺贈された財産は遺産の一部、分だから加算の問題を生ぜぬ）其額を基本として算定した相続分の中から其贈與又は遺贈の價額を控除した殘額を其相続人の相続分とすることにした（一〇〇七ノ一）。遺贈又は贈與の價額が相続分の價額に等しければ、受贈者又は受遺者は其相続分を受け得ないが、前者が後者より多い場合に超過額を返還せずとも宜し（一〇〇七ノ二）。この最後の場合には被相続人が其超過額だけ右の相続人に特別利益を與える意思だつたと推測すべきだろし、たとい超過額を返還すべしと規定しても、元來民法第一〇〇七條は受贈者又は受遺者が同時に相続人たる場合の問題だから、相続人は相続を抛

棄するによつて超過額の返還義務を免かれ得るからである。

以上は被相続人の意思を推測して設けた相続分の算定法だから、もし被相続人がこれと違う意思を表示したならば、其意思表示に效力をもたしむべきこと勿論である。例えば贈與又は遺贈が相続分以外の特別利益である旨が明示されたときは、其贈與又は遺贈を顧慮せずに相続分を算定する。但し右の意思表示は共同相続人中誰の遺留分をも害しない範囲で效力を有する(一〇〇七ノ三民施九〇)。

要するに民法第一〇〇七條の規定は簡にし要を得た穩當な立法であるが、ただ立法者は権利享有の公平にのみ著眼した様であつて、各共同相続人の義務の承継は此規定の結果却つて著しく不公平となるであらう(一〇〇三)。再考を要する。

第四 相続分取戻権

共同相続人は相続財産の分割前に各自其相続分を抛棄し又は讓渡し得る。共同相続人の一人が其相続分を抛棄すれば、民法第二五五條によつて其相続分は他の共同相続人に歸屬すべく、相続分が他の共同相続人に讓渡された場合も別に問

題を生ぜぬ。所が共同相続人の一人が分割前に其相続分を共同相続人以外の第三者に讓渡すると、所謂「水入らず」の関係が破れて、赤の他人が相続財産の共有及び分割に参加することになり得るのであつて、さなきだに紛争を生じ易い相続財産の共有及び分割を一層面倒にしそうであるのみならず、往々祖先傳來先人遺愛の財物が人手に渡る結果にもなる。それ故民法は此場合に他の共同相続人が第三者から其相続分を讓受け得ることにした(一〇〇九)。これを假に「相続分取戻権」と名附けよう。

(一) 取戻権を行使するには相続分の讓渡があつたことを要する。相続分の一部の讓渡でもよからう。讓渡は有償無償を論ぜぬ。

(二) 取戻権者は讓渡人以外の共同相続人である。共同相続人は共同して又は單獨に取戻権を行使し得る。

(三) 取戻は讓受人たる第三者に對する意思表示によつて效力を生ずる。第三者の承諾を要せぬ。私法的強制徴収とでも云うべきである。

(四) 取戻をするには、其相続分の價額及び第三者が相続分を譲受けるに要した費用を償還せねばならぬ。ここに價額と云うのは、第三者が相続分を譲受けた對價ではなく、取戻権行使當時の相続分の價額である。故に第三者が相続分を無償で譲受けた場合でも價額の「償還」を要する。

(五) 取戻権は讓渡後一箇月内に行使せねばならぬ。財産關係の不確定狀態をなるべく短くしたい趣旨である。此期間は取戻権者が讓渡を知つたと否とに拘らず進行し又時効期間でないから停止中斷等もない。

(六) 取戻の効果については規定がない。取戻権行使者が一人の場合には取戻された相続分は其者に歸屬し、數人である場合には價額及び費用償還の割合に應じて各自に分屬するものと解すべきである。

(七) 取戻は讓渡人讓受人間の關係に影響がない。それ故讓受人がまだ對價の辨濟をしなかつたならば、取戻後に於てもそれを履行せねばならぬ。

第三款 遺産の分割

第一 遺産分割の意義

遺産相続人が數人ある場合に相続財産が其共有に屬すべきものと民法が規定したのは、畢竟過渡的の便宜手段である。相続人が相続開始により共有財産に對する持分權と云う被相続人の有した權利とは性質の違ふ權利を取得するものとしたのは、個人主義的遺産相続制度の趣旨目的には叶わぬことであるが、しかし遺産相続人が數人ある場合に相続財産を如何に其各人に分割歸屬せしむべきかの決定實行は、到底相続開始即時に期し得ない。即ち被相続人が其點についての充分な遺言をせぬ以上、個々の財産を誰が承繼すべきかは相続開始後に初めて確定し得べく、或は性質上不可分な財産が相続財産の大部分を占めることもあるうし、更に又、相続人中相続の拋棄をするものがあり得るにより、或は生きて生まれれば相続人たるべき胎兒があるによつて、相続人の數は相続開始當時終局的に確定しては居ないのである。それ故民法は數人の遺産相続人は先以て共同相続を爲すべきものとし(一〇〇二)分割的相続關係の確定を相続開始後に留保した。要する

に遺産の分割と云うのは、数人の遺産相続人の共同相続関係を消滅させて分割相続関係を確定することである。

第二 遺産分割の請求権

遺産の共有については相続法に特別の規定がない限り民法物権編の規定が適用されるのであつて、遺産の分割についても民法第一〇一〇條以下に特別の規定がない限り第二五六條以下の規定が適用される。即ち各共同相続人は何時でも遺産の分割を請求する権利を有する。前述の通り共同相続は過渡的狀態で、出来得べくんばなるべく早く終了させる方が自他の便利だからである。しかし共同相続人の全部が一時の不分割を便利とする場合には、五年以内の期間で不分割契約をすることが出来、其契約は更に五年以内の期間で更新し得る(二五六)。此點は普通の共有の場合と共通だが、遺産については他方被相続人の意思をも尊重すべきだから、被相続人が遺言で五年以内の期間分割を禁じたならば、遺産相続人は其期間分割を請求し得ない(一〇一一)。而して永久又は五年以上の長期の不分割の

契約又は遺言は無効であるが、もし永久とか何年の長期とか云うことが絶対でなく、なるべく長く不分割と云う趣旨であるならば、五年間不分割の意思表示として有効と解すべきであろう。

第三 遺産分割の方法

遺産は各共同相続人に其相続分に應じて分割される(一〇〇三)。しかし相続分は権利義務承継の割合に外ならぬから、遺産の内容たる権利義務の具體的分配は別に決定されねばならぬ。これが遺産分割方法の問題である。而して遺産の分割は左の標準で決定實行される。

(一) 被相続人が遺言で分割方法を定めたときはこれによる(一〇一〇)。被相続人の遺言は、或は單純に分割方法の指定であることもあろう、或は相続分の指定で同時に分割方法の指定であることもあろう、或は又分割方法の一部の指定であることもあろう。

(二) 被相続人は、自身で分割方法の指定をせず、遺言でそれを相続人以外の第三

者に委託し得る(一〇一〇)。此場合にも第三者は、或は單純に分割方法の指定を、或は相続分の指定と同時に分割方法の指定を、或は又分割方法の一部の指定を委託され得る。

(三)被相続人が遺産の分割方法について何等の遺言をなさず、又は遺産分割方法指定の委託を受けた第三者がそれを實行しないときは、分割方法は共同相続人の協議で定まる。分割方法の一部が指定された場合に其残部についても同じである。

(四)共同相続人間に分割方法の協議が調わぬ場合には、裁判所に請求し判決によつて分割方法を決定させることが出来る。協議上の分割の場合には現物分割でも換價分割でも當事者の隨意であるが、裁判上の分割の場合には現物分割を本則とし、それが不能か又は著しく不利益な場合にのみ換價分割が命ぜらるべきである(二五八)。

(五)遺産分割の實際として、動産不動産については、各物を分割することもあり、甲

物は誰に乙物は誰にと分配されることもあり、又換價分割も行われる。債權其他の權利については、可分債權は當然分割されると云う通説によつても、權利共同承継の別解釋によつても、遺産分割の際甲權利を誰に乙權利を誰にと云う分配をすることを妨げぬ。債務については、可分債務は當然分割されると云う通説によつても、債務共同承継の別解釋によつても、債務の分割と云う問題は起り得ない。共同の債務を分割し、又は甲債務は誰に乙債務は誰にと割當てることは、即ち債務の處分であつて、債務者が任意になし得べき所でない。

第四 分割参加

遺産分割の當事者が、各共同相続人及び其承継人であることは云うまでもないが、遺産について權利を有する者及び各共有者の債權者は分割に参加して分割方法につき意見を主張し得、参加の請求を無視してなされた分割によつて拘束される(二六〇)。此等の利害關係人は協議上の分割に對しても裁判上の分割に對しても参加を請求し得るが、前の場合に共同相続人と利害關係人との間に協議が調わ

ぬときは裁判上の分割を請求すべきであろう。後述の通り遺産の分割は遡及効果を有し、共同相続人に利益あり利害關係人に不利であり得るから、普通の共有物分割の場合よりも一層利害關係人に參加權を與える必要が大きい。

第五 分割の效力

遺産の分割は相続開始の時に遡つて效力を生ずる(一〇一二)。これは遺産の分割についての特別規定で、共有物分割の原則とは違ふ。元來共有物の分割は所謂移轉的效力を有する。例えば共有物がA B Cの三部分に分割され得べきもので、分割の結果Aが共有者甲に、Bが乙に、Cが丙に歸屬したとすると、これはAに對して乙丙が有した持分が甲に移轉され、Bに對して甲丙が有した持分が乙に移轉され、Cに對して甲乙が有した持分が丙に移轉され、それによつて甲乙丙がそれぞれA B Cに對する單獨權利を有するに至るもので、即ち甲乙丙は各自相互に權利の承繼者である。所が遺産相続にあつては、各相続人は直接に被相続人の權利義務の承繼者たるべきで、他の相続人の權利義務の承繼者たるべきでない。それ故民

法は共有物分割の本來の性質に拘らず、遺産の分割には所謂宣言的效力を與えた。前例を用いると、甲乙丙は遺産の分割までは共有者だが、分割によつて、未だ嘗て共有者たりしことなく相続開始の當初からそれぞれA B Cに對する單獨權利者だつたものと看做されるのである。そこで相続人は他の相続人の權利義務の承繼者ではなくて、單純直接に被相続人の權利義務の承繼者だと云ふことになり、相続の本義に叶う。而して此宣言主義は移轉主義に比して著しく相続人に利益で第三者に不利である。例えば共同相続人の一人たる甲が其債權者のために相続財産中の或不動産に對する自己の持分について抵當權を設定したとすると、遺産分割の結果其不動産が甲に歸屬すれば抵當權は存續するが、もし其不動産が他の共同相続人たる乙に歸屬すると、甲は其不動産に對して何等の權利を有しなかつたこととなるから、隨つて右の抵當權も無權利者の設定したものであるとして、分割と同時に無効となる。甲が其不動産に對する持分を讓渡した場合も同様である。即ち民法は此場合に相続人保護主義を採つて第三者保護に重きを置かない。ただ第

三者は前述分割参加権を行使して自己に不利益な分割に反対し得るのみである。相続開始後久しい間遺産の分割が行われぬこともあり得るのであるから民法が遺産の分割は常に相続開始の時まで遡るべきものとしたのは、相続と云う概念にのみ捉われて法律関係の安定を忘れたもので、時には相続人等の意思にも叶わない。共同相続人が遺産を共同に利用經營する意思で其共有を繼續する場合には、其共有は物權編の普通の共有に變質し、其後分割が行われても民法第一〇一二條の適用はないものと解することは出来ぬであらうか。

第六 共同相続人の相互的擔保責任

斯様に遺産分割の效力につき移轉主義を棄てて宣言主義を採る以上、理論上共同相続人相互間に賣主と同様な擔保責任は生じない筈である。しかし民法は遺産相続に於ける均分主義を實現して相続人間の利益分配を公平にしようと云う所から、特に共同相続人の相互的擔保責任を規定した。

(一)各共同相続人は相続開始前から存する事由につき他の共同相続人に對し賣

主と同じく所謂追奪擔保又は瑕疵擔保の責に任ずる(一〇一三五六〇—五七二)。相続開始後遺産分割前に生じた事由については擔保責任の問題を生ぜぬ。これは前述の通り移轉主義を採らない結果であつて、普通の共有物分割の場合と趣を異にする(二六一)。しかしこれも宣言主義と云う論理に捉われ過ぎて、相続人間の公平を徹底し得なかつたものと非難され得る。

(二)各共同相続人は他の共同相続人が分割によつて受けた債權につき分割の當時又は其後辨濟期に達する場合には、其辨濟期に於ける債務者の資力を擔保する(二〇一四)。即ち分割當時又は辨濟期に於て債務者が無資力であるため其債權を割當てられた債權者が辨濟を受け得ないことになる。分割が相続分に應じて公平に行われなかつた結果になるから、他の相続人に其不足を補償させるのである。普通の債權賣買では賣主は債權の成立と有効とを擔保するが、特約がなければ債務者の資力を擔保しない(五六九)。此點に於て遺産分割の場合の擔保責任は賣主の擔保責任より大きい。

(三) 共同相続人の相互的擔保責任は各自の相続分に應じて負擔される(一〇一三・一〇一四・二六一)。例えば甲は五千圓乙は三千圓丙は二千圓の割合で遺産の分割を受けた所乙がその割當てられた債權につき債務者無資力のため一千圓だけ辨濟を受け得なかつたとすれば甲の相続分が十分五乙が十分三丙が十分二なのに應じて甲は五百圓丙は二百圓を乙に補償すべく、殘額三百圓は乙自身の負擔分として其損失に歸せざるを得ぬ。これ即ち相続分に應ずる分割の公平を期する所以で賣主が買主の損失の全部につき擔保の責に任ずるのと異なる。

(四) 擔保の責に任ずる共同相続人中償還をする資力のない者があると、其者が償還し得ない部分は求償者及び他の資力ある相続人が各其相続分に應じて分擔する。前掲の設例で五百圓を償還すべき甲が二百圓を償還し得たに止まるときは、丙は元來の負擔額たる二百圓に加うるに更に百二十圓を償還せねばならず、乙は合計四百八十圓の損失を忍ばねばならぬ。しかし乙が求償を懈怠した間に甲が無資力に陥つたと云う様な求償者に過失がある場合には、乙は丙に對してその元

來の負擔分以上を求償し得ず甲の不拂額三百圓は全部乙の損失になる(一〇一五)。

(五) 被相続人は遺言で上述の法定擔保責任と異なる定めをなし得る(一〇一六)。

例えば各相続人は相互的に擔保責任なしと定め、又は相続人の一人のみが擔保責任を負うべしと定める類である。

第五章 相続の承認と拋棄

第一節 總論

第一 承認及び拋棄の性質

相続の開始によつて被相続人の権利義務が相続人に歸屬する様式について、三種の立法主義がある。第一主義は歸屬が當然行われ相続人の意思によつて歸屬の効力なからしめることを得ないとするもの、第二主義は相続人の受諾の意思表示によつて初めて歸屬の効力を生ぜしめるもの、第三主義は歸屬は當然行われるが相続人の意思表示によつて其効力を消滅せしめ得ることとするものである。我民法は第三主義を採用して、被相続人の権利義務は相続の開始によつて當然相続人に歸屬すべきものとし、其歸屬を否認し相続の効力を消滅させる意思表示と

して相続の拋棄を許し、相続の効力を確認する旨即ち相続を拋棄せぬ旨を宣言する意思表示として相続の承認を認めた。即ち承認は受諾でなく、拋棄は拒絶でないのである。而して相続の承認に又二種ある。相続人に歸屬した被相続人の権利義務が相続人固有の権利義務と混同する相続の全効力を承認するのを「單純承認」と云い、被相続人から承継した権利義務と自己固有の権利義務とを混同させないこと即ち相続の全効力を發生させないことを留保して相続を承認するのを「限定承認」と云う。我國従來の相続法は前記第一主義だつた様で、少くも拋棄及び限定承認の兩制度は公認されず、隨つて特に單純承認の問題をも生じなかつた（民法九一）。即ち此三制度は現行民法が西洋の立法例に倣つて採用したものである。相続の承認又は拋棄は自己のために相続を開始した後にすべきもので、ドイツ民法の「相続契約」(Erbverding)、「相続拋棄契約」(Erbverzicht)の如きは我民法の認める所でない。但し隱居者の家督相続人は豫め承認をなすべきである（七五二・七五三）。承認又は拋棄は相続の全部についてなすべく、條件附又は期限附たり得ない。相

續人が無能力者である場合には、能力補充又は法定代理の問題がある(一二・一四・八八六・一〇一九)。

第二 承認及び拋棄の制限

相続の單純承認限定承認及び拋棄は家督相続遺産相続を通じて行われる。即ち家督相続人も遺産相続人も自己のために開始した相続につき單純承認限定承認又は拋棄をする選擇權を有するのが原則である。しかし家督相続については家族制度の必要上前記第一主義が加味され、相続人の選擇權は著しく制限された。

(一)被相続人の家族たる直系卑屬が法定家督相続人たる場合には拋棄をなし得な(一〇二〇)。

(二)入夫婚姻による家督相続の場合には拋棄をなし得ない。入夫が家督相続をするか否かは相続開始前に決定されるからである(七三六・戸一〇〇)。

(三)民法第七五二條によつて隱居者の家督相続人になつた者は、拋棄又は限定承認をなし得ない。

(四)民法第七五三條によつて隱居者の家督相続人になつた者は拋棄をなし得ない。

(五)戸主の國籍喪失によつて開始した家督相続については、限定承認の必要がない(九九〇・九九一)。

第三 承認及び拋棄の期間

相続が拋棄されるか又は如何なる程度で承認されるかは、當事者及び利害關係人に取つて重大な事項だから、一方ではなるべく早く決定させねばならず、他方は相続人に調査熟慮の時間を與えねばならぬ。それ故民法は相続人が承認又は拋棄をなすべき期間を自己のために相続が開始したことを知つた時から三箇月内とし、遺産が巨額複雑であり又は相続人が遠隔の地にある等の事情のために三箇月では不足な場合には、裁判所は利害關係人又は檢事の請求によつて此期間を伸長し得るものとした(一〇一七・非訟一〇三一〇六)。右の期間の起算點については次の二つの特例がある。

(一) 相続人が無能力である場合には、右の期間は其法定代理人が相続の開始を知つた時から起算する(一〇一九)。準禁治産者及び妻は、無能力者ではあるが法定代理人がないから、此特例に當らない。

(二) 相続人が承認又は拋棄をせずに死亡すると、其者の相続人は其承認拋棄の權利を承継して第一の相続に對する去就を決すべきと同時に、自己のために開始した第二の相続についても承認拋棄をなすべきであるから、兩相続に對する承認拋棄の期間は合併する方が便宜であろう。そこで第一の相続に對する承認拋棄の期間も第二の相続人が第二の相続の開始を知つた時から起算することとした(一〇一八)。而して第二の相続人は、第一第二の兩相続を共に承認し又は共に拋棄し得るは勿論、第一の相続を拋棄して第二の相続を承認することも出来るが、第二の相続を拋棄して第一の相続のみを承認することは出来ない。此相続は所謂「再轉相続」(succession par transmission) 及び「代襲相続」(succession par représentation) とは違ふ。

第四 承認及び拋棄の取消

相続の承認及び拋棄は單獨行爲たる意思表示によつて效力を生ずるもので、しかも其効果は頗る重大だから、表意者が一旦有効にした意思表示を撤回することを許すべきでない。前述承認拋棄の期間は承認拋棄が有効になされべき期間で、其期間中は相続人に選擇の自由が留保されて居る譯ではない。しかし承認又は拋棄が其意思に瑕疵があり又は要件に缺陷があれば、其缺點を理由としてそれを取消し得ること云うまでもない(四九・一二・一四・九六・一二〇・八八六・八八七・九二九・九三六・八七八)。民法第一〇二二條はこの自明の理を注意的に規定したのであるが、ただ相続關係を久しく不確定ならしめない必要上、取消權の消滅時効期間を普通の場合(一二六)より著しく短縮するために、特別の規定を必要としたのである。所が民法は更に重要な他の特別規定を逸した。それは瑕疵ある承認又は拋棄を取消した後あらためて有効な承認又は拋棄をするための期間の規定である。取消が民法第一〇一七條の期間内にされた場合には、殘期間に今一度承認又は拋棄をなし得るが、取消が該期間經過後にされた場合には、もはや承認又は拋棄をなし

得ず、随つて民法第一〇二四條第二號の規定上常に單純承認をしたものと看做される結果となる不都合がある。解釋上又立法上の救済を要する。

第五 相続財産の管理

相続財産は相続開始によつて一應相続人に歸屬する。それ故相続人がまだ承認をも拋棄をもせず、而して承認拋棄をなし得る期間はまだ経過しないで、相続關係が未確定な間も、相続財産の管理権は相続人に屬する。しかし相続人が拋棄又は限定承認をするに先つて、故らに相続財産の管理を怠る様なことがあつては、次順位又は同順位の相続人又は債権者等の利害關係人の利益を不當に害するが、さりとて相続人に「善良ナル管理者ノ注意」を要求するのは酷に失する。そこで民法は相続人に其固有財産に於けると同一の注意で相続財産を管理する義務を負わせ、又利害關係人或は檢事の請求によつて裁判所が、例えは別に管理人を選任する等、相続財産の保存に必要な處分を命じ得ることとした(一〇二一・一〇二八・一〇四〇)。

第二節 承認

第一款 單純承認

第一 單純承認の意義と方法

單純承認と云うのは、相続の全效力を承認する相続人の意思表示である。其意思表示の効果として、相続人は無限に被相続人の權利義務を承繼する(一〇二三)。これが相続の本則であるが、ただ前記の通り國籍喪失による相続の場合は例外である(九九〇・九九一)。單純承認は相手方を要しない意思表示で、又要式行爲ではない。即ち限定承認又は拋棄の様に裁判所に申述するなどの手續を要せず、何等かの形式で相続人の決意が外部に表示されればそれでよいので、明示たると黙示たるとを問わぬ。

第二 法定單純承認

斯様に單純承認は明示又は黙示の意思表示でなし得るものだが、單純承認が相

續の本則である所から、却つて其意思表示が特別に表示されないことが多かるう。それ故民法は次の場合には相続人の意思如何に係らず法律上單純承認の效力を生ずべきものとした(一〇二四)。

(1) 相続人が相続財産の全部又は一部を處分し又は民法第六〇二條の期間を超えざる貸貸をしたとき。

(2) 相続人が限定承認又は拋棄をなし得べき期間にそれをしなかつたとき。

(3) 相続人が限定承認又は拋棄をした後でも、相続財産の全部又は一部を隠匿し、私にこれを消費し、又は悪意でこれを財産目録中に記載しなかつたとき(一〇二四ノ三號但書參照)。

この(1)(2)の兩場合は暗黙の單純承認であることもあろうが、常に必しもそうではないので、そうでない場合にも相続人が單純承認をする意思でなかつたと云う反證を容れぬ。(3)の場合には相続人の不法行爲に對する民事的制裁として故らに相続人の意思に反する結果を發生させるのである。それ故民法第一〇二四條は暗

黙の單純承認の推定又は擬制と云わんよりも、寧ろ法定單純承認の規定と稱すべきである。

第二款 限定承認

第一 限定承認の意義

限定承認と云うのは、相続人が相続によつて得た財産の限度に於てのみ被相続人の債務及び遺贈を辨濟すべきことを留保して相続を承認する意思表示である(一〇二五)。相続財産と相続人の固有財産とが混同するのは相続の効果の本則であるが、この相続の全効果の發現は、或場合には相続人及び相続人の債權者に不利であり、又或場合には相続債權者及び受遺者に不利である。そこで民法は、此等相続の當事者及び利害關係人の利益を保護するために、此等の者に財産混同の相続効果を阻止する權利を與えた。その相続債權者受遺者及び相続人の債權者に與えられたものが後述「財産分離」を請求する權利であり(一〇四一・一〇五〇)、相続人に與えられたものが限定承認の權利であつて、相続財産が債務超過でありそうな場

合に實用がある。而してすべての相続人は此権利を有する。相続の拋棄をなし得ない直系卑屬たる法定家督相続人(一〇二〇)でも、限定承認はなし得る。ただ民法第七五二條による隱居者の家督相続人は、前述の通り相続開始前豫め單純承認をするもの故、限定承認をなし得ない。一旦單純承認をなし又はなしたものと看做され(一〇二四)又は相続を拋棄した後は、限定承認の問題を生じないこと云うまでもない。子たる道に反すると云うので、限定承認制度を非難する論もあるが、私は寧ろ遺産相続には限定承認を原則として然るべきだと思ふ。

第二 限定承認の方式

相続人が限定承認をしようと思ふときは、自己のために相続が開始したことを知つた時から三箇月内又は裁判所がそれを伸長した期間内に、財産目録を相続開始地の區裁判所に提出して、限定承認をする旨を中立てるのである(一〇二六・一〇二四ノ三號非訟一〇四—一〇六)。限定承認は相続の本則でない例外的行爲で、影響する所も大きい故、其意思表示及び財産關係を明確にする必要があるから、民法

はこれを斯様な要式行爲にしたのである。しかし限定承認が相続人の單獨行爲たる性質は變らないのであつて、裁判所は意思表示を受理するだけで、それを許否するのではない。

第三 限定承認の效力

相続人が限定承認をした場合にも、相続そのものの効果は單純承認の場合と違わぬ。即ち相続人は被相続人の權利義務を完全に承繼する。しかし限定承認は左の二點に於て單純承認と違ふ効果を發揮する。

(一) 限定承認をした相続人は、相続によつて得た財産の限度に於てのみ被相続人の債務及び遺贈を辨済する責に任じ、自己の固有財産を其辨済に充てるに及ばぬ(一〇二五)。即ち單純承認をした相続人は相続債權者に對して無限責任を負い、限定承認者は有限責任を負うのである。この限定承認者の負擔輕減は、相続人が被相続人から承繼し又は被相続人の遺言によつて負擔した義務についてのみ行われるのであつて、相続人が相続の効果として負擔した一切の債務に及ぶものでな

い。例えば家督相続人が限定承認をした場合に、戸主として家族に對して負擔する扶養義務中、前戸主未履行の扶養義務を承継したものについては有限責任を負い、相続開始以後の扶養義務については無限責任を負うのである。

(二) 限定承認をした相続人が其被相続人に對して有した權利義務は消滅しなかつたものと看做される(一〇二七)。相続の元來の効果としては被相続人相続人相互間の權利義務は所謂混同によつて消滅すべきであるが(一七九五二〇) 限定承認の目的は前述の通り相続財産と相続人の固有財産との分離に存するから、被相続人相続人相互間の權利義務についても分離主義を嚴守し、混同によつて消滅させぬ様にせねばならぬ。もし限定承認にも拘らず相続人が被相続人に對して有した權利が消滅するものとするならば、結局相続人が自己の固有財産で被相続人の債務を辨済すると同様の結果となり、又相続人が被相続人に對して負つた義務が消滅するものとするならば、相続債權者又は受遺者は相続財産の全限度に於て辨済を受けぬこととなり、いずれも限定承認の趣旨を徹底しない。

第四 相続財産の管理

相続人は相続の承認又は拋棄をするまで其固有財産に於けると同一の注意で相続財産を管理する義務があること前述の通である(一〇二一)。相続人が單純承認をすると此義務は當然消滅するが、限定承認の場合には引續き相続財産を相続人の固有財産と分離して特別に管理させる必要がある。民法は此場合にも限定承認者たる相続人に其管理をさせるのを適當と認め、限定承認前の管理義務を其後も繼續させることとした(一〇二八)。

第五 公告と催告

限定承認をした相続人は、直ぐに相続財産の清算をして、相続債權者及び受遺者に相続財産の限度で辨済をせねばならぬ。其清算行爲の第一歩として、限定承認者は限定承認をした後五日以内に一切の相続債權者及び受遺者に對して限定承認の公告をし、二箇月を下らぬ期間を定めて其期間内に請求を申出でよと告知する。而して知れて居る債權者には尙各別に催告せねばならぬ(一〇二九)。此公告催告

は限定承認者の義務で、此義務を怠つた限定承認者はそれによつて相続債権者又は受遺者に被らせた損害を賠償する責任がある(一〇三六)。限定承認者は前記の請求の申出期間の満了前には相続債権者及び受遺者に對して辨済を拒み得る(一〇三〇)。これは清算の必要上限定承認者に與えられた権利であるが、限定承認者に辨済拒絶の義務がある譯ではない。ただ前記の期間内に或債権者又は受遺者に辨済をしたために他の債権者又は受遺者に辨済をすることが出来ない様になつたら、限定承認者はそれによつて生じた損害を賠償する責任があり、又情を知つて其辨済を受けた債権者又は受遺者は他の債権者又は受遺者の求償に應ぜねばならぬ(一〇三六)。

第六 相続財産の換價

相続人が限定承認をするのは、數人の相続債権者又は受遺者があつて相続財産が其各権利者を完全に満足させるに足らず、即ち所謂配當辨済をせねばならぬ場合なのが普通であるから、而して相続財産の内容は必しも單一でないから、相続財

産其儘で所謂現物辨済をなし得ないことが寧ろ多いであろう。其場合には辨済に先だつて相続財産を整理換價せねばならぬ。其換價の手段として相続財産の賣却が必要なき時には、必ず競賣の方法によらねばならぬが、限定承認者が相続財産の全部又は一部を自己の手に留保したいと希望することもあろうから、限定承認者は裁判所選任の鑑定人の評價に従い價額を辨済して其競賣を止めることも出来る様になつて居る(一〇三四—一〇三六)。

第七 辨済の順序と方法

前記の権利申出期間が満了した後、限定承認者は相続財産を以て其期間内に申出た債権者及び受遺者其他知れて居る債権者受遺者に辨済をせねばならぬ。其順序方法は左の通である(一〇三一—一〇三三)。

(一) 優先権ある債権者が第一に辨済を受ける。優先権ある債権者と云うのは、相続財産を構成する或財産の上に先取特權抵當權又は質權を有する債権者である。此等の優先権者は其先取特權の目的物抵當物又は質物の價額を限つて優先辨済

を受くべきものであること云うまでもなく、もし其價額が債権の完済に足らぬときは、不足額については普通の債権者と競合して辨済を受ける。

(二) 相続財産が優先辨済をして尙剩餘があり、又は優先権ある債権者がないときは、普通の債権者が辨済を受ける。辨済期に至らぬ債権でも、其全額について辨済を受くべきである。條件附債権又は存続期間の不確定な債権は、裁判所が選任した鑑定人の評價によつて債権額を定める。數人の債権者があつて相続財産が債権の全額を辨済するに足らぬときは、各債権者は其債権額に應じて配當辨済を受ける。

(三) 債権者に辨済して後尙相続財産に剩餘があれば、受遺者に辨済する。債権者は多く有償に権利を取得したものであり、さなくとも相続開始前に其権利が確定して居たものだからこれを先にし、受遺者は多く被相続人の恩恵によつて新に権利を取得したものだからこれを後にしたのであつて、もし受遺者を債権者と競合させると、被相続人が既に過大の債務を負つて居るにも拘らず更に遺贈をして債

権者の利益を害する様なことが行われ得る。受遺者に對する配當辨済については法文に明言してないが、債権者に對する場合と異なるべき理由がない。

(四) 限定承認者が、例えば債権者に先だつて受遺者に辨済する等、法定の順序方法に違反して辨済したときは、これによつて生じた損害を賠償する責任がある。もし限定承認者が満足な損害賠償をなし得ないときは、情を知つて不當に辨済を受けた債権者又は受遺者は、他の債権者又は受遺者の求償に應ぜねばならぬ(一〇三六)。

(五) 請求申出期間に申出をなさず且限定承認者に知れなかつた債権者又は受遺者で、後日に至つて辨済を請求する者は、期間内に申出た又は知れて居た債権者及び受遺者に辨済した殘餘の相続財産についてのみ其権利を行ひ得る。斯様な債権者又は受遺者が數人あつて殘餘財産が其債権の全額を完済するに足らぬときは、配當辨済が行われること、規定はないが明白である。しかし相続財産につき特別擔保を有する権利者は、たとい期間後に請求しても、其擔保財産の價額だけの辨

濟を受けるのであつて、其結果既に辨濟を受けた債権者及び受遺者が拂戻を請求されることもある(一〇三七)。

(六)以上一切の債権者及び受遺者に辨濟して相続財産に尙殘餘があれば、其殘餘財産は相続人の固有財産と混同し、限定承認による財産の分離はそこで終了する。

第三節 拋棄

第一 拋棄の意義と方法

相続の拋棄は、相続人が自己のために開始した相続の效力を否認し、相続開始の時に遡つて相続人でなかつたものと看做されようとする意思表示である。我民法は相続の效力を法律上當然發生するものとしたから、一旦發生した其效力を相続人の意思によつて消滅させるためには特別の規定を要する。民法施行前には相続の拋棄は公認されなかつたが(民施九一)相続は必しも相続人に利益でなく、又利益だとしても欲しない者にそれを強ゆべきでないから、民法はそれを許容し、其

意思表示に希望通りの効果を附與することとした。しかし直系卑屬たる法定家督相続人は生來其家の繼嗣たるべき當然の順位に在る者だから、家の繼續を重んずる家族制度の精神上其相続の拋棄を許されぬ(一〇二〇)。此種の家督相続人も限定承認はなし得るのであるから、其財産上の利益はそれによつて充分保護される。其以外の相続人はすべて拋棄をすることが出来るが、其決意は慎重でなくてはならず、其意思表示は明確を要するから、民法はこれを前述限定承認と同様の要式行爲とした(一〇三八・一〇一七・一〇二四ノ三號非訟一〇四—一〇六)。しかし他家の戸主又は家族を家督相続人に指定又は選定した場合に、其者が其家の籍を脱する手段も取らず、さりとて拋棄の手續もせず、其儘民法第一〇一七條第一項の期間を経過したら、どうなるのであろうか。民法第一〇二四條第二號を適用する譯には行かず、結局暗黙の拋棄と認めるか、或は被指定者又は被選定者が其家の籍を脱した時に指定又は選定が效力を生じ、被指定者又は被選定者に其意圖のないことが明白となつたならば指定又は選定が效力を生ぜぬことに確定するものと

解する外なからう。

第二 拋棄の效力

相続の拋棄は相続開始後にのみ行わらるべきもので、且實際上相続の開始と其拋棄との間には多少の時日を存するのを常とする。しかし相続の拋棄は其拋棄行為の時から其效力を生ずべきではなく、相続開始の時に遡つて其效力を生ずるものとせねばならぬこと勿論である(一〇三九ノ一)。それでなくては拋棄者が當初から相続人でなかつたものと看做されようとする其法律行為の目的に叶わない。家督相続人又は單獨の遺産相続人が相続の拋棄をしたときは、次順位の相続人のために相続が開始した結果になる。拋棄者の直系卑属は、自身の順位で拋棄者の次順位の相続人となることはあり得るが、代襲相続人として拋棄者の順位で相続することは出来ない(九七四)。随つて數人の遺産相続人がある場合に其一人が拋棄をしたときは、其相続分は他の相続人の相続分に應じてこれに歸属する(一〇三九ノ二)。此歸属も亦相続開始の時に遡つて行われるのだから、共同相続人は拋棄

者の相続分を譲受けたものではなくて、法律の規定により自己固有の権利に基いて當初からこれを取得したのである。随つて又相続開始以後拋棄以前に死亡した共同相続人も亦此歸属に與かる。歸属は法律上當然行われるのであつて、共同相続人はこれを拒絶阻止し得ない。ただまだ自己元來の相続分に對して承認をして居ない場合には、これと併せて歸属によつて取得した相続分を拋棄すること出来るが、既に相続の承認をしてしまつた場合には、最早如何とも仕方がない。此點は立法上再考の餘地があるう。

第三 拋棄者の義務

相続を拋棄した者は相続財産と無關係になる。しかし拋棄者が直ぐに今までなし來つた相続財産の管理(一〇二)を止め、そのために相続財産の滅失毀損を來たす様のあることがあると、同順位又は次順位の相続人相続債権者及び受遺者の不利益であつて、且又社會經濟上の損失であり得る。それ故民法は拋棄者に相続財産の管理を繼續する義務を負わせた(一〇四〇)。法文は相続人の拋棄によつて次順

位者が相続人になる場合のみを想像したが、單獨で相続財産を管理して居た共同相続人中の一人が相続の拋棄をした場合、及び相続人が拋棄をした後これに次いで相続人となる者なく裁判所が相続財産管理人を選任するに至る場合一〇五一・一〇五二にも、他の共同相続人又は相続財産管理人が相続財産の管理を始め得るに至るまで、拋棄者の管理義務が繼續するものであること無論である。

第六章 財産分離

第一節 總論

第一 財産分離の意義

財産分離と云うのは、相続開始後相続債権者受遺者又は相続人の債権者の請求によつて相続財産と相続人の固有財産とを分離させる裁判上の處分である。

(一) 相続財産が相続人に歸屬して相続人の固有財産と混同するのが、相続の普通の効果である。それ故相続人は、その固有の債権者に對しても、被相続人の債権者たりしが故に相続人の債権者となつた者即ち所謂相続債権者に對しても、又被相続人の死後處分によつて相続人の債権者となつた者即ち受遺者に對しても、一樣に其全財産を以て辨済の責に任ずべきである。所が財産分離の請求はこの財産

混同の効果を発生させないことを目的とするもので、財産分離が行われれば、相続債権者及び受遺者は相続財産につき、相続人の債権者は相続人の固有財産について、優先辨済を受けることとなるのである。

(二) 財産分離を請求し得る者は相続債権者の受遺者及び相続人の債権者である。相続財産が債務超過の状態に在る場合には、財産の混同は相続人の固有財産の価格を減少させるから、相続人及び相続人の債権者に不利であり、相続人の固有財産が債務超過の状態にある場合には、財産の混同は相続財産の価格を減少させるから、相続債権者及び受遺者に不利である。而して前場合に於ける相続人の利益を保護するため、前述限定承認の制度があつて、これ亦一種の財産分離であるが、これと對應して相続債権者受遺者及び相続人の債権者の利益を保護せんがために、其各自に財産分離の請求権を與えたのである。元來財産分離の制度はローマのプレトリアル法に始まり、フランス、ドイツ其他のヨーロッパ諸國法に採用されたものであつて、我國では民法典が輸入創始したのであるが(民施九一)、ヨーロッパ諸

國法には、相続債権者にのみ財産分離の請求権を與えて受遺者に與えない例があり、又相続人の債権者にはこれを與えない立法例が多數なのに、我民法が受遺者及び相続人の債権者にも此請求権を與えたのは、頗る行届いた立法である。ただ今日の實際上此制度は一向利用されて居らぬ様である。

(三) 財産分離は裁判所の判決によつて行われる。相続債権者受遺者及び相続人の債権者は單に此判決を請求する権利を有するのみで、其意思表示によつて直ちに財産分離の効果を生ずるのではない。財産分離請求の訴は民事訴訟で(非訟六七)、其被告は、法文には明言してないが、相続人であること疑ない。財産分離の請求は、相続の限定承認又は拋棄とは違ひ、他人の財産關係に對する干渉だから、限定承認や拋棄の様に非訟事件手続を以てする對裁判所の意思表示によつて直ぐに其效力を發生させるのは、慎重を缺くと云うので、其財産の所有者たる相続人にも意見陳述の機會を與えんがために、これを訴訟事件として裁判所の判決によつて其效力を生ずべきものとしたのである。しかし此場合にも、相続の限定承認又は拋

棄の場合と同様財産分離の請求が法定権利者によつて法定期間内に爲された以上、裁判所が更に其許否を裁判すべき餘地がないであらう。

第二 限定承認との關係

財産分離と限定承認とは等しく相続による財産の混同を阻止することを目的とするのであるから、相続人が限定承認をした後は財産分離を請求する餘地なく、又既に財産分離が命ぜられた以上限定承認の必要はない様に思われる。しかし此兩者は重複して行われ得べく、又其必要もある。即ち一旦なされた限定承認も後に失効することがあるから(一〇二四ノ三號)それに拘らず財産分離を請求して置く必要があり、又財産分離は後述の通り相続債権者又は受遺者が相続人の固有財産について其権利を行うことを妨げるものではないから(一〇四八)それを欲しない相続人は自身限定承認をせねばならぬ。尙相続人は同時に相続債権者である場合にも財産分離を請求し得ないこと、其訴訟の被告が相続人であるによつても明白で、又それを許す必要もない。

第三 拋棄との關係

財産分離の請求がされた後相続人が相続の拋棄をすると、それまでにされた財産分離の手續はすべて無効に歸する。此場合に拋棄者の債権者については再び財産分離の問題を生じないこと勿論だが、相続債権者又は受遺者は相続人の拋棄によつて新に相続人になつた者に對し更に財産分離の請求をなすべきもので、新相続人の財産状態によつては財産分離の必要がない様になることもある。尤も相続債権者又は受遺者が財産分離を請求するのは多く相続財産が積極的價値を有する場合であり、相続人が拋棄をするのは概ね相続財産が債務超過の場合であるから、財産分離後拋棄が行われることは殆どあるまい。

第四 相続人の曠缺との關係

相続人あることが分明でないによつて所謂「相続人ノ曠缺」に關する手續が行われる場合にも(一〇五一以下)手續中に相続人が出現することもあらうから、相続債権者又は受遺者が豫め財産分離の手續をして置く必要が絶無とは云えない。其

場合には相續財産管理人を被告として財産分離を訴求し得るものと解すべきであらう。しかし相續人が結局出現しなかつた場合は勿論、相續債権者及び受遺者は手續の半途で辨済を受けるから一〇五七、其後相續人が出現しても、財産分離は無意義に終るべきで、實際上大した役に立たぬ。

第五 相續人の破産と相續財産の破産

大正十二年一月一日から施行された新破産法(大正十一年法律第七十一號)は、舊破産法(舊商法破産編)の商人破産主義を棄てて、一般人の破産を認め、随つて相續人の破産と相續財産の破産とを規定した(五八—一四・二一・三〇—三八・四二—四六・四八・八〇—八二・一〇六—一〇七・一二九—一三一・一三六・一五二・一五三・二二六・二二七・二八九・二九二・三一一—三一六・三四五・三四六・三五六・三七六)。破産は限定承認及び財産分離と相妨げぬことになつて居るが、兩者殊に財産分離と大體同一の目的を達することが出来、前記の通り一向利用されぬ財産分離制度に代つて債権者を保護するに足りる。

第二節 相續債権者又は受遺者の請求による財産分離

第一、請求の形式と期間

相續債権者又は受遺者のする財産分離の請求は、相續人又は相續財産管理人を被告とする訴すべきこと前述の通である。財産分離は相續財産と相續人の固有財産とが事實上混合しない間は最も容易に行われ得べく、且相續人其他の利害關係人を害することもないから、相續開始からどれ程後でも財産が混合しない限りはこれを請求し得る。しかし又財産が混合しない内だけ請求し得るものとする、相續人が故らに財産の混合を急いで財産分離を妨げることもあろうし、又相續債権者又は受遺者が財産分離を請求すべきか否かを決するにも多少の時日を要するだろうから、相續開始の時から三箇月間はたとい相續財産が相續人の固有財産と混合しても財産分離を請求し得べきものとした(一〇四・一〇一)。承認又は

拋棄の場合の様に相続の開始を知つた時を期間の起算點にしなかつたことを注目すべきである(一〇一七)。相続債権者又は受遺者が各自相続の開始を知つた時からそれぞれ一定の期間財産分離の請求を爲し得るものとしたならば、相続開始後の財産關係が久しく確定せず、相続人のためにも一般經濟のためにも不利益だからである。

第二 公告

被相続人の遺産は相続債権者及び受遺者總員のための共同擔保とも云うべきものだから、財産分離を請求した相続債権者又は受遺者のみに財産分離の利益を獨占せしむべきでない。それ故財産分離を請求した者は其裁判が確定した後五日内に其旨を公告し、二箇月以上の期間を定め、其期間内に配當加入の申出をなすべき旨を他の債権者及び受遺者に告知せねばならぬ(一〇四一ノ二)。右の配當加入の申出は公告をした相続債権者又は受遺者に對してなすべきものでなく、相続人に對してなすべきものであろう(一〇四七ノ二)。

第三 相続財産の管理

財産分離請求の目的は、相続人の財産中から相続財産を分離して、それを相続債権者及び受遺者一同の辨済に充てるにある。随つて相続債権者及び受遺者は相続財産が適當に管理されることについて利益を有する。そこで法律は其利益の保護のために左の三段の施設をした。

- (一) 財産分離の請求をした者は相続財産保全のための假處分を申請することが出来る(民訴七五五以下)。
- (二) 假處分の申請がなくも、裁判所は職權で相続財産の管理につき必要な處分を命じ得る。其一方法は管理人の選任である(一〇四三、非訟六七)。
- (三) 裁判所が管理人を選任しなかつた場合には、相続人が其固有財産に於けると同一の注意で相続財産の管理をする義務を負う(一〇二一ノ一、一〇四四)。

第四 財産分離の効果

財産分離は前述の通り相続財産と相続人の固有財産とを混同させないことで

あるが、財産の不混同其ものが此制度の終局目的ではないのであつて、此財産不混同を前提とする債務負擔の特別關係が財産分離の効果なのである。而して相続債権者又は受遺者の請求による財産分離にあつては、財産の不混同は相続債権者及び受遺者の利益のためであるが、請求者に此利益を獨占させず、それと對應して相続人の債権者の利益をも保護せねばならぬ。そこで民法は此場合の財産分離に左の効果を生ぜしめた。

(一) 財産分離の請求をした相続債権者又は受遺者並に配當加入の申出をした相続債権者及び受遺者は、相続人の債権者に先だち相続財産から辨濟を受け得る(一〇四二)。これが即ち財産分離の目的で、相続債権者及び受遺者は、この優先辨濟を受ける権利によつて、相続人の固有財産が債務超過である場合の危険を免かれ得る。

(二) 相続財産についての此優先権は、相続人が限定承認をしない限り、相続債権者及び受遺者が相続人の固有財産から辨濟を受ける権利を消滅させるものではない。

い。しかし既に相続財産について相続債権者及び受遺者に特別保護を與えた以上、相続人の固有財産については相続人の債権者の利益を保護せねばならぬ。それ故財産分離の請求又は配當加入の申出をした相続債権者又は受遺者は、相続財産から全部の辨濟を受け得なかつた場合に限り、不足額についてのみ相続人の固有財産から辨濟を受け得べく、而して此場合に相続債権者又は受遺者の権利が相続人の債権者の権利と競合するならば、後者を前者に優先させる(一〇四八)。

(三) 財産分離の請求をも配當加入の申出をもしなかつた相続債権者又は受遺者は、相続財産についての優先権を有しない代りに、相続人の固有財産について相続人の債権者に優先されることなく、相続人の全財産から普通に辨濟を受ける。相続債権者又は受遺者も或は此普通辨濟を利益と考えることがあろうから、自ら財産分離による優先辨濟に與りたいと請求しない者にそれを強いる必要はない。

(四) 斯様に財産分離の場合には債務辨濟の方法が普通の場合とは違ふのであるから、財産分離の請求があるか又配當加入の申出があるかが確定して後辨濟に著

手させるのが便宜であろう。それ故財産分離の請求又は配當加入の申出がなされ得べき期間は、相続人に相続債権者及び受遺者に對する辨濟を拒絶し得させた(二〇四七ノ一)。尤も相続人は右の期間内に或債権者又は受遺者に辨濟することをお妨げないが、其ために他の債権者又は受遺者に辨濟することが出来ない様になつたら、相続人はそれによつて生じた損害を賠償する責に任ずべく、又情を知つて其辨濟を受けた債権者又は受遺者は他の債権者又は受遺者の求償に應ぜねばならぬ(一〇四七ノ三・一〇三六)。

(五) 財産分離の請求があつて配當加入申出期間が満了したときは、相続人は相続財産で財産分離の請求又は配當加入の申出をした債権者及び受遺者に各其債権の割合に應じて辨濟をなすべきである(一〇四七ノ二)。其配當辨濟の方法については、優先権を有する債権者の権利を害し得ないこと、債権者に辨濟をした後でなければ受遺者に辨濟をなし得ないこと等、すべて限定承認の場合と同様である、(一〇四七ノ三)。

(六) 財産分離は第三者に對抗せられ得る。そうでなくては其制度の目的を達し得ない。しかし他方第三者に不慮の損害を蒙らしめない用意がなくてはならぬ。それ故不動産については其登記をしなければ第三者に對抗し得ないものとした(二〇四五)。これは不動産物権の得喪變更に關する一般原則(一七七)の場合に外ならぬ。其登記は、不動産物権に關する處分制限の登記として、財産分離の判決により其請求者が申請し得るのである(不動産登記法一二七)。動産については、所謂即時取得の制度によつて、平穩公然善意無過失の占有者が其權利取得を保護され、其以外の第三者には財産分離が對抗され得る。

(七) 財産分離を第三者に對抗し得ることは、まだ相続債権者及び受遺者を保護するに充分でない。それ故民法は相続債権者及び受遺者に所謂物上代位權を與えた。即ち財産分離の請求又は配當加入の申出をした相続債権者又は受遺者は、相続財産の内容をなす物の賣却・賃貸・滅失又は毀損によつて相続人が受くべき金銭其他の物、又は相続人が相続財産の内容をなす物の上に設定した物権の對價が、相

續人に拂渡し又は引渡される前にそれを差押え、これに對して其優先權を行使し得るのである(一〇四六民訴五九四以下)。

(八) 財産分離は相續人に取つて種々の不便があり、祖先傳來の財物を繼承し得ない不利益があり、且又多少の不名譽を免かれぬ。相續人がそれを避けたく思うのは、至當の希望である。それ故民法は相續人に、其固有財産を以てすべての相續債權者及び受遺者に辨濟し、又は相當の擔保を提供して、財産分離の請求を防止し又は其效力を消滅させる權利を與えた。しかし相續人の固有財産が辨濟又は擔保に使用されることは相續人の債權者の不利益であり得るから、相續人の債權者はこれによつて損害を受くべきことを證明して異議を述べ、財産分離を成立又は繼續させ得る(一〇四九)。相續人が財産分離の請求を防止するには、財産分離の訴の口頭辯論の際其旨を主張すべく、財産分離の效力を消滅させるには、財産分離の請求者に對して其旨の訴を提起せねばならぬ。而して相續人の債權者が異議を述べるには、財産分離請求者側の從參加人として訴訟に参加すべきである(民訴五三・

新民訴六四)。

第三節 相續人の債權者の請求による 財産分離

第一 請求の形式と期間

相續人の債權者が財産分離を希望する場合は、相續人が限定承認を希望するのと事情を同じくするのが普通であつて、即ち相續財産が債務超過で、相續による財産の混同が相續人の固有財産の價值を減少する心配があるからである。それ故相續人の債權者が財産分離を請求し得る期間を、原則として相續人が限定承認をなし得る期間と一致させた(一〇五〇ノ一・二〇一七—一〇一九・一〇二四)。隨つて相續人の債權者が限定承認をなし得る期間は、相續債權者又は受遺者がそれを請求し得る期間(一〇四一ノ一)に比し、或場合には長く、或場合には短い。長いのは、相續人が相續開始の時から遅れて自己のための相續開始を知つた場合及び期間の

伸長があつた場合である。短いのは、相続開始の時から三箇月以内に相続人が單純承認をした場合である。長い場合は問題がないが、短い場合には或は相続人の債権者に酷なこともあるから、此點は相続債権者又は受遺者の請求による財産分離と同様、相続財産が相続人の固有財産と混合しない間は、限定承認期間満了後即ち相続人が單純承認をし又は法律上單純承認をしたものと認められた後でも、相続人の債権者から財産分離を請求し得るものとした(一〇五〇ノ一)。而して此種の財産分離の請求も亦相続人に對する訴を以てせられ、裁判所の判決によつて財産分離の效力を生ずるものであること、特に明言はしてないが疑ない。ただ此場合の財産分離については、相続人と相続人の債権者とは實際上利害相反するものでないから、所謂「財産分離ノ訴」は此場合に於て一層訴たるの實際を備えぬものと云うべく、尙相続人は、相続債権者又は受遺者の請求による場合(一〇四九)の様に、財産分離の請求を防止し又は其效力を消滅させる手段を與えられて居ない。

第二 財産分離の効果

相続人の債権者の請求による財産分離は、前述の通り其目的に於て限定承認に似て居るから、民法は其効果については寧ろ多く限定承認に關する規定を準用した(一〇五〇)。此等の準用された規定については今一々再説する必要はないから、ここでは相続人の請求による財産分離の効果の特色を指摘するに止めたい。以下用語の便宜上相続債権者又は受遺者の請求による財産分離を「第一種」相続人の債権者の請求による財産分離を「第二種」と呼ぶ。

(一) 財産分離の公告をせねばならぬことは、第一種第二種共に同様であるが(一〇四一ノ二、一〇五〇ノ二、一〇二九ノ一)民法第一〇二九條第二項の準用がある點に於て、第二種は第一種と違ふ。

(二) 第二種の財産分離の目的は、相続人の固有財産につき相続人の債権者に優先権を保有させることである。即ち相続債権者又は受遺者が相続財産から全部の辨済を受け得ない場合に、相続人の固有財産について其権利を行使しようとしても、相続人の債権者が相続人の固有財産から辨済を受ける利益はこれによつて害

されない(一〇五〇ノ二・一〇四八)。しかし第二種の財産分離によつて相続人の債権者が必しも直ぐに辨済を受けるのではない。

(三) 第二種の財産分離の結果直ぐに辨済を受ける者は相続債権者及び受遺者である。即ち第二種の財産分離は、相続人の固有財産の清算を惹起するものではなく、限定承認及び第一種の財産分離と同様相続財産の清算を惹起するのである。此場合に相続債権者と受遺者とは相続人の債権者に先だつて相続財産から辨済を受くべきこと、法文には明言してなくとも、制度の性質上當然である。其辨済の順序と方法とは限定承認の場合と同じである(一〇五〇ノ二・一〇三〇—一〇三六・三〇四)。しかし限定承認の場合の様に相続債権者と受遺者とは相続財産の限度に於てのみ辨済を受くべきもの(一〇二五)ではないので、相続財産で全部の辨済を受け得ない場合には、相続人の固有財産について其権利を行い得べく(一〇四八)又第一種の財産分離の場合(一〇四二)と違つて、一切の相続債権者及び受遺者が相続財産については相続人の債権者に優先すべく、其反面として相続人の固有財産につい

ては相続人の債権者が一切の相続債権者及び受遺者に優先する。しかしまだ辨済期に到達しない債権をもつ相続人の債権者は如何にして其優先権を保持し得るだろうか。民法が此點を考慮しなかつたのは大缺陷と云わねばならぬ。

(四) 第二種の財産分離の相続人に對する効果としては、民法第一〇二七條が準用され、相続人が被相続人に對して有した権利義務は消滅しなかつたものと看做される(一〇五〇ノ二)。第一種の財産分離には民法第一〇二七條は準用されて居らぬが、財産分離の性質上第一種についても同様に解釋すべきである。相続人の財産管理義務は第一種の場合と同じである(一〇五〇ノ二・一〇四三・一〇四四)。

(五) 第二種の財産分離の第三者に對する効果は、第一種と同じである(一〇五〇ノ二・一〇四五)。

第三 三種の財産分離の関係

限定承認も亦財産分離を生ずるが、それを第一種及び第二種の財産分離と比較すると、其效果に左の通の段階的の相違がある。

- (1) 第一種の財産分離は、請求又は配當加入の申出をした相続債権者及び受遺者と相続人の債権者との間の優先辨済請求権の分配である。
- (2) 第二種の財産分離は、一切の相続債権者及び受遺者と相続人の債権者との間の優先辨済請求権の分配である。
- (3) 限定承認は、相続債権者及び受遺者の辨済請求権と相続人の債権者の辨済請求権との絶対分離である。

斯様に三者それぞれ効果を異にするから、限定承認と財産分離の請求とは原則として相妨げぬこと前述の通であるが、第二種の財産分離と他の兩者との關係に於て二三の例外がある。

- (一) 限定承認が行われた後は第二種の財産分離を請求し得ないこと規定上(一〇五〇ノ一明白で、又性質上も第二種の財産分離を請求すべき利益がない。一旦された限定承認が失効した場合(一〇二四ノ一號三號)には、相続人の債権者に財産分離請求の利益があるが、其場合には實際上財産が混合して居ようから、結局財産分

離の請求は不可能であらうし、立法上から云つても、相続人の非行に對する制裁を相続人の債権者の手を借りて免脱せしむべきでない。

(二) 第二種の財産分離が行われた後でも、相続人は限定承認をなし得る。財産分離は相続債権者及び受遺者が相続人の固有財産に對する辨済請求を絶対に防止するものではないから、重ねて限定承認をする利益がある。

(三) 第二種の財産分離が行われた後は第一種の財産分離を請求し得ない。第二種は第一種より効果が廣汎だから、第二種が行われた以上第一種を請求する利益がなす。

(四) 第一種の財産分離が行われた後も第二種の財産分離を請求し得る。第一種の効果としては、相続人の債権者は財産分離の請求又は配當加入の申出をしない相続債権者又は受遺者に對する優先権を有しないからである。

第七章 相続人の曠缺

第一 相続人曠缺の意義

相続人の曠缺と云うのは、相続人のあることが分明でない状態である(一〇五一)。相続人あることが分明でないと言うのは、相続人はあるが其所在が分明でないと言う意味でないこと勿論だが、又相続人のないことが確定したと云う意味でもなく、相続人の有無が分明でないのである。相続の開始によつて直接に其状態を生ずることもあろうし、又相続の抛棄があつたとき次順位の相続人が曠缺することもある。而して此状態は家督相続についても遺産相続についても發生する。

(一)家督相続に於て如何なる場合に相続人の曠缺があるかについては、説明が一致せぬ。第一種の法定家督相続人(九七〇)がなく而して指定家督相続人(九七九)がない場合に既に相続人の曠缺があると云い得るとの説と、家督相続人を定めるに

つき其手續を盡しても家督相続人たるべきものがない場合に至つて初めて相続人の曠缺と云えるとの説とが、兩極端である。此兩極端はいずれも採り得ない。法定指定の家督相続人がなくても、第一種の選定家督相続人たり得べき者があり(九八二)第二種の法定家督相続人たるべき者があり(九八四)又は第二種の選定(九八五)が遅滞なく行わるべき形勢であるときは、必しも相続人が曠缺したと云い得ないし、又相続人曠缺の場合の手段を執るを要しない。しかし又第二種の選定に於ける被選定者の範囲には何の制限もなく、被選定者が相続を抛棄すれば何回でも選定を繰返すべきもので、又家督相続人選定のための親族會は、親族又は利害關係人から其招集を請求しなければ、檢事からもそれを請求し得べく(九四四)而して親族がなくても縁故者で親族會を組織し得るから、家督相続人を得るための手段を盡して他に途がないと云う時機は理論上存在せぬのであつても、もし其時機まで相続人の曠缺と云い得ないと云うことになれば、畢竟際限がないことになり、相続人曠缺の場合の手續を設ける實際上の目的にも叶わぬであらう。それ故家督相続

人の曠缺と云うのは法定指定の家督相続人のあることが分明でなく且相続開始後相當の期間を経てもまだ選定家督相続人を得る見込のない状態と解すべきである。

(二) 遺産相続に於ては、相続開始によつて直接に相続人曠缺の状態を生じることはないと云つてよい。民法は被相続人たる家族の屬する家の戸主を第四順位の法定遺産相続人にして居るから(九九四、九九六)被相続人の直系卑屬配偶者又は直系尊屬は有無不明なこともあるが、戸主たる遺産相続人は必ずある筈である。而して戸主が誰かは極めて例外の場合の外は直ぐに知れるし、又たとい遺産相続開始の際戸主が事實上未定でも、やがて確定遡及して遺産相続人になるのだから、遺産相続開始の際相続人となるべき戸主が缺けて居て終にそれがきまらず家が絶家になつた場合の外、當初から相続人あることが分明でないための相続人の曠缺は、遺産相続については考へ得ないのである。それ故原則として遺産相続に於ける相続人の曠缺は相続順位に當つた戸主が相続を拋棄するによつてのみ起り

得べく、而して其場合には最早次順位の相続人はないのだから、必ず相続人の曠缺を惹起す。

第二 相続人曠缺に關する手續の實用

ヨーロッパ諸國では近頃相続人の範圍を制限して遺産が國庫に歸屬する場合を多くしようとする立法傾向があること、前述の通である。これは即ち相続人の曠缺を出来るだけ増加しようとするのであるが、我民法は正反對に出来るだけ相続人の曠缺なからしめんことを期した。即ち家督相続にあつては無制限に他人を相続人として選定することを許し、遺産相続では戸主を最終相続人にして居るから、相続人の曠缺を生じることが實際上寧ろ稀であろう。しかしもし相続人の曠缺を生じた場合には、後に出現することあるべき相続人の利益のため、又は相続人が結局出現しない場合に相続財産を取得すべき國庫の利益のため、而して又先以て相続債権者及び受遺者の利益のために、相続財産を其儘無管理で放置すべきでない。それ故民法は此場合のために一章の規定を設けたのである。ただ民法

が此場合の財産の管理のみを規定して、家督相続人あること分明でなく、然かも家族のある家(七六四)につき戸主権の行使に關する規定を設けなかつたのは不備であるが、民法第七五一條の解釋として其場合に親族會が戸主権を行使するものとしてよからう。

第三 相続財産の法人格

相続人曠缺の場合の相続財産の保管のためには、財産管理人を置けばよい。しかし其管理人は誰の代理人として其事に當るのであるか。後に相続人が出現すれば、其者が相続開始の時まで遡つて相続財産の主體になるから、随つて財産管理人は此相続人の代理人だと云い得るが、相続人が終に出現しないで相続財産が後述の如く國庫に歸屬する場合には、相続開始から國庫歸屬に至るまでの間、相続財産は無主と云うことになり、財産管理人の代理權の説明にも困るし、實際上の不便も少なかるまい。西洋諸國の法律には國庫即ち國家を最終順位の相続人として此問題を解決するものが多いが、國庫が直接に被相続人の權利義務を其儘承繼

すると、關係が面倒になるし、國家を家督相続人にするると云うことは不能だから、我民法は其主義を採らなかつたので、愈々相続人曠缺の場合の相続財産の主體を設けねばならぬのである。そこで民法は、相続人が後に至つて出現するか否かに拘らず、相続人曠缺の場合の相続財産を法人にした(一〇五一)。此法人は財團法人の一特例で、其法人格の開始期については法文に明言がないが、性質上相続開始の時に遡ること云うまでもない。即ち此法人が被相続人の權利義務を承繼して相続財産の主體になり、相続財産管理人は此法人の法定代理人なのである。而して後に至つて相続人のあることが分明になれば、其相続人の資格も亦相続開始の時まで遡るから、相続財産の法人格はこれと兩立し得ず、随つて其場合には右の法人は存立しなかつたものと看做される(一〇五五)。法人が終に出現しないで相続財産が國庫に歸屬する場合には(一〇五九ノ二)、法人は相続開始の時から國庫歸屬の時まで存續して消滅するのである。

第四 相続財産管理人の選任

相続人のあることが分明でなくて相続財産を法人とすべき場合には、相続債権者受遺者等の利害關係人又は検事は相続財産管理人の選任を裁判所に請求し得べく、裁判所は其選任を行つて遅滞なく其旨を公告することを要する(一〇五二非訟六五・六八・六九・七一)。實際上はこの管理人の選任によつて相続人の曠缺と相続財産の法人格とが決定する様なものだが、理論上は相続人曠缺の事實其ものによつて相続財産法人を生じ、其法人の法定代理人として管理人が選任されるのである。而して相続人が後に出現すれば相続財産の法人格は遡つて消滅するのであるから、管理人の権限は其根據を失い、隨つて管理人のした行爲は無効となるべき理論である。しかし此理論を貫くと、相続債権者受遺者其他の利害關係人及び第三者は安心して管理人と取引し得ず、單に其等の者の不利益のみでなく、相続財産の管理に不便で、結局相続人の不利益に歸するから、民法は特に、管理人が其権限内でした行爲の効力は相続人の出現によつて妨げられぬこととした(一〇五五但)。尙又たとい相続人が出現しても、まだ其相続人が相続を承認するか否か必しも明

かでなく、相続人が拋棄をすれば再び相続人曠缺の状態に復歸するのだから、管理人の代理權は相続人が相続の承認をした時まで繼續してそこで消滅すべきものとした(一〇五六ノ一)。即ち相続人が結局決定しないで相続財産が國庫に歸屬する場合の管理人は相続財産法人の法定代理人だが、相続人が出現して相続を承認した場合の管理人は相続人の法定代理人と看做されるのである。

第五 相続財産の管理と清算

相続人曠缺の場合の相続財産は不在者の財産に似て居るから、其管理については不在者財産管理の規定を準用し(一〇五三)、別に財産狀況報告及び管理計算報告の義務を規定した(一〇五四・一〇五六ノ二)。而して財産管理人選任の公告があつた後二箇月経ても相続人あることが分明にならぬときは、最早相続人出現の見込なきものと考へ得べく、此上相続債権者及び受遺者に對する辨濟を遅延すべきでないから、管理人は遅滞なく清算に著手する。其第一段は公告及び催告で、第二段は辨濟であるが、いずれも限定承認の場合と同様の手續による(一〇五七・民九三

非訟七一)。

第六 相続人の搜索

相続人曠缺の場合の第一回の公告は管理人選任の告知で(一〇五二ノ二)第二回の公告は相続債権者及び受遺者に對する請求申出の催告であるが(一〇五七ノ一・民施九三)此兩度の公告は實際上同時に相続人の出現を促す用をする。所でこの第二回の公告中に定められた請求申出の期間内に相続人あることが分明にならぬときは、今一回相続人搜索のための公告をするのが適當であらう。それ故此場合に管理人又は検事から請求があると、裁判所は第二回公告中に定められた期間の満了の時を起算點として一年を下らぬ期間を定め、相続人があるなら此期間内に其権利を主張すべき旨を公告する(一〇五八非訟七〇七一)。此第三回の公告は相続人の搜索を當面の目的とするのであるが、同時に相続債権者及び受遺者の利益にもなる。即ち第二回の公告に定められた期間内に申出でなかつた債権者及び受遺者で管理人に知れなかつた者が、此第三回の公告によつて相続人曠缺の事

情を知り、公告に定められた期間内に其権利を申出ると、殘餘財産について其権利を行使得る(一〇五七ノ二・一〇三七)。而して第二回の公告があつた後は、相続人の有無は定められた期間内に相続人たる権利を主張する者の有無によつてきまるのであつて、たとひ他の事情によつて相続人の有無が知れても、相続人のあること又はないことが分明になつたとは云えぬ。

第七 殘餘財産の國庫歸屬

第三回の公告に定められた期間内に相続人たる権利を主張する者がなく、又は権利を主張した者はあるがそれが相続人でないことが明かになると、相続人のないことが確定し、家督相続にあつては其家が絶家となり(七六四ノ一)(明治一七年太政官布告第二號)又家督相続たると遺産相続たるとを問わず、それまで法人だつた相続財産は國庫に歸屬する。而して管理人の代理權は其時で消滅し、管理人は遲滯なく國庫に對して管理の計算をすることを要する(一〇五九ノ一・明治三三年勅令第四〇九號)。尤も相続財産清算の結果殘餘財産がなくなつた場合には、國庫歸屬の問題を生ぜ

ぬこと勿論である。西洋諸國の法律は多く國庫を最終順位の相続人として最終血族相続人の権利義務を承継させる主義を採つたが(舊民財取三一五)我民法は國庫歸屬を相続と見ず、一旦法人になつた相続財産が清算を経た上法律の規定によつて國庫に歸屬するものとした。我國には家督相続があるから國庫を相続人視し得ないこと前述の通だが、尙又國庫に個人の義務を承継負擔させて永く煩累を残すのは面白からぬ故、清算後の積極財産のみを國庫に歸屬させたのであつて、民法は特に相続債権者及び受遺者が國庫に對して其権利を行い得ない旨を規定した(一〇五九ノ二)。即ちまだ辨濟を受けない債権者又は受遺者が残存出現しても、最早國庫に歸屬した残余財産から辨濟を受け得ないのである。權利者に酷な様にも思われるが、既に短くも一年四箇月の期間に互つて三回まで公告すると云う充分な手續を盡した上は、それに應じて申出をしないによつて權利を失わせられ、ても己むを得まい。外國法には相続人噴缺の相続財産を相続開始地の市町村又は學校慈善設備等に歸屬させる例がある。畢竟歸屬財産の公益的用途を指定す

する趣旨に外ならぬが、我民法は國家財産の用途はすべて公益的だと云う推定の下に、そう云う細目的指定をしなかつたのである。又前述ヨーロッパ諸國に於ける國家相続權擴張の傾向は、國庫收入の増加を一の動機とするのであるが、家督相続に於ては他人をも相続人たり得しめ遺産相続に於ては戸主を最終相続人とする我國の相続制度の下に於ては、積極的價值ある財産があるのにそれを相続する者がなくてそれが國庫の一財源となる様なことは、實際上稀有と云うべきである(民施九二)。

第八章 遺言

第一節 總論

第一 遺言制度の要旨

自己の死後に於ける一家及び近親の運命と財産の歸屬先とを念慮して豫め劃策するのは、人情の普通である。先人の遺志を尊重してなるべくこれを實現させるのは、子孫其他生存者の徳義である。而してこの人情と徳義とは社會生活繼續の一要件だから、法律もこれを尊重して、生前の意思表示に表意者の死後の關係を支配する效力を與えた。これが即ち遺言の制度で、古く且廣く行はれる(民九四)。殊に西洋諸國では遺言に重きを置き、或は遺言相續を本則とし法定相續は即ち無遺言相續(intestate succession)で被相續人の意思の推定と云う觀念の下に規定され、

或は被相續人が遺言で財産を處分するのに何等の制限を設けぬ所謂「自由遺贈主義」(liberté testamentaire)を採る。しかし遺言者死後の關係については他方では生存利害關係人の利益及び社會全體の利益をも尊重せねばならぬから、先人の遺言だからと云つて必しもそれに全効果を發揮せしむべきでない。それ故民法は法律が特に規定する場合に限り遺言に效力を與える主義を採り、後述遺留分の制度を設けて著しく遺言の效力を制限した。遺言でなし得る法律行為は左の通である。

- (1) 私生子の認知(八二九ノ二)
- (2) 養子縁組(八四八)
- (3) 後見人の指定(九〇一)
- (4) 後見監督人の指定(九一〇)
- (5) 親族會員の選定(九四五ノ二)
- (6) 推定家督相續人の廢除及び其取消(九七六・九七七ノ四)
- (7) 家督相續人の指定及び其取消(九八一)

- (8) 推定遺産相続人の廢除及び其取消(一〇〇〇)
- (9) 相続分の指定及び其指定の委託(一〇〇六・一〇〇七)
- (10) 遺産分割方法の指定及び其指定の委託(一〇一〇)
- (11) 遺産分割の制限(一〇一一)
- (12) 遺産分割の場合の法定擔保責任の變更(一〇一六)
- (13) 遺言執行者の指定及び其指定の委託(一一〇八)
- (14) 遺贈減殺の制限(一一三七)
- (15) 財産の處分即ち遺贈(一〇六四)及び寄附行爲(四一ノ二)
- (16) 信託(信託法二)

右の中(1)(2)(6)(7)(8)(15)(16)は生前行爲でもなし得るが、他は皆遺言を以てのみ爲し得る行爲である。

第二 遺言の意義

遺言は表意者が其死亡によつて效力を生ずべきものとしてする獨立の意思表示

示である。

(一)「獨立」の意思表示と云うのは、他の意思による補充代理を許さず又他の意思と協同することなくしてされる意思表示である。「無對手」と云うのは、一定の相手方に對してされるのでなく且誰にも受領されることを要せぬことである。即ち遺言者自身の單獨な意思表示が其死亡によつて效力を生ずる。效力を生ずると云うのは、意思表示としての法律上の効果を生ずることである。必しも遺言者所期の法律行爲の効果が遺言者の死亡によつて當然發生するのではない。即ち養子を生じようとする遺言は、養子縁組行爲の一半を構成すべき意思表示としての效力を生ずるに過ぎぬのであつて、養子となるべき者又は代つて承諾をなし得る者の承諾があつて初めて所期の法律行爲が完成する(八四八)。又推定相続人廢除の遺言(九七六・一〇〇〇)は、遺言執行者に廢除訴訟提起の義務を負わせる點では法律行爲としての効果を生ずると云えるが、遺言者所期の目的は裁判所の判決によつて初めて達される。それ故遺言を單獨法律行爲と定義しては、聊か正確を缺く。

(二)しかし此二場合を除いては、遺言を以てする意思表示は遺言者の死亡によつて直接當然に法律行為としての効果を生ずる。此特徴は遺贈と贈與(五四九)とを對照すると著しい。贈與の一種たる死因贈與は、其効果が遺贈に似て居るから遺贈の規定を準用されるが(五五四)しかし遺贈とは全然其成立を異にし、贈與者が受贈者より先に死亡することを停止條件とする贈與契約で、遺贈の様な單獨行為ではない。

(三)民法は遺言が法定の形式に従つてされることを要求した(一〇六〇)。元來遺言は性質上必しも要式行為でなくてはならぬのではないが、諸國法概ね皆これを要式として、口頭遺言に法律上の效力を與えない。それは主として左の理由によるので、時には實情に叶わぬこともあるが、已むを得ぬ立法であらう。

- (1)意思表示の即時に其效力が発生せず、時には其間に長年月を経ること。
- (2)意思表示が效力を生ずる時期には表意者が生存せぬこと。
- (3)頗る重要な内容のものが多いこと。

第三 遺言能力

民法が遺言の效力を認めしたのは、故人の意思を尊重する趣旨だから、遺言は全然遺言者自身の意思に基かねばならず、他人が代つてこれをなし、又は他人の意思で本人の意思を補充することを許すべきでない。それ故遺言の有効無効は、遺言をした當時に遺言者自身が意思能力を有したか否かによつてきまる(一〇六三)。即ち遺言當時意思能力を有した遺言者が其後それを喪失して死亡の際は意思無能力者になつても、其遺言が效力を喪わぬのは當然でも、しそうでなくば遺言制度は頗る其實用的價值を減少する。要するに遺言能力は意思能力と一致すべきだが、幼年者についてはまだ遺言に必要な程度の意思能力が發達して居ないと云い得るから、民法は滿十五年に達したことを遺言能力の要件とし、其以下の未成年者は遺言に必要な意思能力のないものと看做した(一〇六一)。随つて遺言無能力と一般の法律行為の無能力とは一致せぬのであつて、法律行為無能力者でも、滿十五歳以上で意思能力がある以上すべて遺言能力者である。即ち

- (一) 満十五歳以上の未成年者は遺言をなし得る。其際其法定代理人の同意を要せず、又法定代理人がこれに代つて遺言をなし得ない(一〇六二・四)。
- (二) 禁治産者も本心に復して居る間は遺言をなし得る。其遺言は自身且單獨になすべきもので、禁治産者の行爲なるが故に取消さるべきでない(一〇六二・九)。民法は禁治産者が遺言をするのに醫師の立會を要するものとしたが(一〇七三・一〇八四)これは禁治産者が遺言をした時に本心に復して居たことを證明させるために外ならぬ。之に反して、たとい禁治産の宣告を受けて居なくとも、心神喪失者が遺言をなし得ないこと勿論である。
- (三) 準禁治産者が遺言をするには、其内容が財産處分に關しても、其保佐人の同意を要せぬ(一〇六二・一二)。
- (四) 妻は夫の許可なしに遺言をなし得る(一〇六二・一四)。

第二節 遺言の方式

第一 遺言の種類

遺言は前述の通り法定の方式に従つてすることを要する(一〇六〇)。而して遺言の方式を法定するには左の諸點に留意せねばならぬ。

- (1) 遺言者の眞意を確保し、遺言書の偽造變造を防ぐこと。
- (2) 文字を書き得ない者にも遺言をなし得させること。
- (3) 急迫な場合にも遺言をなし得させること。
- (4) 遺言書の存在を確保し、紛失を防ぐこと。
- (5) 遺言者が欲するならば、遺言の成立又は内容を秘密にし得させること。
- (6) 出來得る限り手續を簡にし費用を省くこと。

此等の諸點は必しも兩立し得ないから、民法は先以て普通方式として三種の遺言を認め、前掲の諸點に關する一長一短に従つて、遺言者の選擇に任せた。しかし又

此普通方式を用い難い特別の事情のあることを慮り、更に四種の特別方式を認め、此各種の遺言の方式手續については、法文が詳細明白だから、ここには其名目を列記し法條を引用するに止める。

第二 普通方式と特別方式

(一) 普通方式による遺言(一〇六七)

(1) 自筆證書による遺言(一〇六八)

(2) 公正證書による遺言(一〇六九) 公證人法三・八・三九

(3) 祕密證書による遺言(一〇七〇—一〇七二)

(二) 特別方式による遺言(一〇六七但)

(1) 死亡の危急に迫つた者の遺言(一〇七六—一〇八四) 非訟一〇九

(2) 傳染病のため交通遮斷の場所にある者の遺言(一〇七七—一〇八二—一〇八四) 四

(3) 從軍中の軍人軍屬の遺言(一〇七八—一〇七九—一〇八二—一〇八四) 明治三三

年法律一三號

(4) 船艦中にある者の遺言(一〇八〇—一〇八四) 非訟一〇九

特別方式による遺言は其遺言者が普通方式によつて遺言をなし得るに至つた時から六箇月生存すると失効する(一〇八五)。特別方式を認めたる趣旨から見て適當な立法である。しかし特別方式によつて遺言をなし得る状態に在る者でも、自筆證書による遺言をなし得ぬのではない。其遺言は普通方式によるものとして效力を生ずるのだから、右の規定の適用のないこと勿論である。

第三 證人と立會人

自筆證書による遺言以外の遺言の方式には證人又は立會人を要する。この證人及び立會人は遺言の成立及び真正についての最も有力な證明者たるべきものであるから、信用し得べき人でなくてはならぬ。それ故民法は一般的能力上又は遺言者或は公證人との特殊の關係上遺言の證人又は立會人たるに適せぬ者數種を列挙して、證人又は立會人としての缺格者と定めた(一〇七四—一〇八四)。

第四 共同遺言の禁止

遺言は二人以上同一の證書でなし得ない(一〇七五・一〇八四)。即ち共同遺言は無効である。共同遺言を許すと、各遺言者の自由意思を確保し難く、且各遺言の効力の相互關係についても、効力の發生時期についても、又遺言の取消についても疑問を免れ難く、結局遺言が遺言者の單獨意思表示たるべき本旨に反する。而して又實際上共同遺言を許さねばならぬ必要はない。

第五 在外日本人の遺言

外國に在る日本人は行爲地法の定める方式によつて遺言をなし得る(法例二六)。しかし民法の規定による遺言をすることも固より差支なく、其場合には其地駐在の領事が公證人の職務を行う(一〇八六)。

第三節 遺言の取消

第一 遺言取消の意義

遺言者は其遺言の全部又は一部を取消し得る(一一二四)。此取消は民法總則の取消即ち既に發生した法律行爲の効力を更に消滅させるものとは全然其意義を異にする。遺言と云う意思表示は、其表示の時から直ぐに其効力を生ずるものではなく、遺言者の死亡の時から其効力を生ずるものであるが(一〇八七ノ一)、遺言についても遺言者の死後即ち遺言が効力を生じた後に民法總則の取消問題を生じ得ること、後述の通である。しかしここに所謂遺言の取消は遺言がまだ其効力を生ぜぬ前に遺言者自身の行爲によつて起る現象で、其効果は遺言者が死亡しても其遺言に効力を生ぜしめぬことである。それ故例えは懸賞廣告の取消(五三〇)と同様「取消」と云うより「撤回」と云うのが當つて居る。ドイツ民法は遺言の廢止(Aufhebung)又は撤回(Widerruf)と云う言葉を用いて「取消(Aufhebung)」と區別した。而して普通の法律行爲の取消は、法律行爲に何等かの瑕疵があるから行われるので、即ち一定の取消原因を要する。所が遺言の取消は、完全無瑕疵に成立した遺言について行われるのだから、取消原因と云う問題を生じ得ない。法文に「何時ニテモ」と

云うのは、取消の時期に制限のないことを示すと同時に、何等の原因事由を提示するを要せぬことを示す意味に解される。又普通の取消は、取消さるべき意思表示をした者のみならず、其代理人、承継人は勿論其以外の者もこれを行い得るが（一七〇・七八〇以下八五三以下）遺言の取消は、遺言其ものと同様、遺言者自身單獨にのみ行い得る。又普通の取消については意思表示の一部の取消と云うことを考え得ないが、遺言は全部的にも一部のにも取消され得る。これは遺言の取消が實は遺言の撤回である性質上寧ろ當然の事だろうが、人は數個の遺言を遺して死亡し得ずと云う學説もあり、随つて又遺言の一部の取消は全部の取消を惹起すべき旨の立法も存するから、注意のために一部の取消の可能が言明されて居るのである。要するに民法は遺言者に撤回變更の自由を與えたのであるが、遺言制度の趣旨上當に然るべき所である。法律が遺言に效力を與えたのは、死者の遺志を尊重するのだから、出來得る限り遺言者の死亡の時に近い意思を標準とせねばならぬ。そこで遺言の撤回變更を許して遺言を所謂終意處分（*letzwillige Verfügung*）たらしめ

ようと云うのである。又遺言がされる時と其效力を生ずる時との間には長年月を経過することがあつて、其間に事情が變更することもあろうから、最初意思表示に拘束されて再考の餘地がないと云うのでは、餘りに遺言者に酷であり、安心して遺言が出來ぬと云うことになる。而して遺言によつて利益を受くべき第三者も、まだ權利を得て居るのではないから、遺言の取消が第三者の權利を害すると云うことにはならない。斯様に撤回の意味に於ける遺言の取消は、遺言の本質上缺くべからざる要素とも云うべきものだから、民法は遺言者が遺言取消の權利を拋棄し得ないものとした（一一二八）。即ち遺言書中に其遺言を取消さぬ旨が書かれて居ても、又は受遺者其他の人と其遺言を取消さぬと云う約束をしても、遺言者はそれによつて拘束されぬのである。

第二 遺言取消の方法

遺言者は遺言取消の自由を有するが、遺言が元來要式行爲だから、其取消も一定の明確な方法によらしめねばならぬ。そこで遺言は左の五つの場合に取消され

得ることになつて居る。

(一) 遺言者は遺言で遺言を取消し得る(一一二四)。即ち第二の遺言で第一の遺言を取消す旨を明言するのである。第二の遺言が第一の遺言と同一方式であることを要せぬ。例えば自筆證書による遺言で公正證書による遺言を取消し得る。

(二) 後の遺言に前の遺言の取消を明示しなくても、後の遺言が内容上前の遺言と牴觸して居れば、その牴觸する部分については前の遺言が後の遺言によつて取消されたものと看做される(一一二五ノ一)。此場合には多く遺言者に前遺言を取消す意思があるのであるが、必しも常にそうとは云えぬ。例えば遺言者が前遺言の存在又は内容を忘却して後の遺言をすることもあろう。其場合でも遺言が所謂終意處分たる性質上後の遺言を優勝させざるを得ない。そこで遺言者の意思に拘らず前遺言は牴觸部分について取消されたものと看做するのである。前後兩遺言が牴觸するか否かは、兩遺言の解釋によつてきまるのであるが、必しも兩遺言の内容を同時に實現させることが絶対不可能である程の牴觸があることを要せ

ぬ。故に例えば前遺言は甲を家督相続人に指定し後の遺言は乙を指定した場合には、前遺言が取消されたものと看做すべきこと明白だが、前遺言は甲を、後遺言は乙を包括受遺者にした場合などは、兩遺言の内容を同時に實現させて甲乙を共同受遺者にするとは不能ではないが、それは恐らく遺言者の最終意思であるまいから、兩遺言の對照上そう解釋される場合は別とし、通常は前遺言が後の遺言によつて取消され乙のみが包括受遺者になつたものと解すべきである。

(三) 遺言者が遺言後それと牴觸する生前處分其他の法律行為をすると、その牴觸する部分について遺言を取消したものと看做される(一一二五ノ二)。此場合も亦前場合と同様、默示の取消ではなくて取消の法定だから、遺言者が牴觸行為をするに當つて遺言取消の意思なき旨を明言しても、取消の効果を妨げ得ない。此種の取消は主として特定遺贈の目的物についての贈與賣却等の生前處分によつて行われる。包括遺贈は個々の財物の生前處分によつて取消されるものでないこと勿論である。しかし牴觸行為は必しも財産上の處分たるを要せぬ。例えば養子

縁組又は家督相續人指定の遺言をした後生前の養子縁組又は家督相續人指定をすれば、遺言を取消したものと看做される。法文に「生前處分其他ノ法律行爲」と云つたのは其趣旨であらう。しかし、牴觸行爲は遺言者本人がしたものであることを要する。例えば遺言者の法定代理人が遺言に牴觸する行爲をなし又は遺贈の目的物たる土地が收用された場合などは、そのために結局遺言の内容が實現しないことはあろうが、遺言が取消されたものとは云えない。

(四) 遺言者が故意に遺言書を毀滅すると、その毀滅した部分について遺言を取消したものと看做される(一一二六)。遺言書が遺言者の過失により又は他人の行爲により又は不可抗力によつて毀滅された場合にも、其毀滅が遺言書の内容の全部又は一部の識別を不能にする程度であると、其部分について遺言は效力を生じ得ず、結果に於て遺言者故意の毀滅と同様であるが、例えば遺言書が切斷された場合などは、遺言者が故意に切斷したのならば遺言は取消されたものとして效力を生ぜぬが、其以外の場合には其内容を識別し得る以上其效力を失わぬであらう。遺

言書の抹消は其内容を識別し得ない程度にされた場合には毀滅と云い得るし、又遺言者が特に抹消の旨を附記して署名捺印した場合には其部分につき遺言取消の效果を生ずるが、其以外の場合には抹消は何等の效果を生ぜぬであらう(一〇六八ノ二)。尙遺言書の毀滅による遺言の取消は公正證書による遺言については起り得ない。

(五) 遺言者が故意に特定遺贈の目的物を毀滅したら、遺贈を取消したものと看做される(一一二六)。此場合にも必しも遺言者に遺贈取消の意思があつたとは云い得ないが、遺贈の取消が法定されるのである。遺贈の目的物が遺言者の過失により又は不可抗力によつて毀滅した場合は、遺贈が取消されたのではないが、結果に於ては同様である。遺贈の目的物が他人の行爲によつて毀滅した場合には、遺贈は後述の通り必しも無意義に終らな(一一〇一・一一〇三)。

第三 遺言取消の效力

遺言を取消した行爲が更に取消され又は效力を生ぜぬことになる、取消され

た遺言は其效力を回復するだろうか。此點について復活主義を採用する外國の立法例もあるが、我民法は非復活主義を採り、遺言取消の效力は絶對的に發生するものとした(一一二七)。此非復活主義が最もよく當嵌まるのは、第一の遺言と牴觸する第二の遺言が效力を生ぜぬ様になつた場合、及び遺言と牴觸する遺言後の法律行為が取消され又は效力を生ぜぬ様になつた場合である。例え甲に對して遺贈された物が其後の生前處分又は遺言によつて乙に贈與された場合は、此取消行為は甲に對する遺贈の取消と云う消極的作用と乙に對する贈與と云う積極的作用とを含むから、其贈與が取消され又は第二の受遺者が遺言者より先に死亡したため第二の遺贈が效力を生ぜぬ様になつた場合には、取消行為の積極的作用は發生せぬが、其消極的作用は當然消滅すべきでない。それ故此場合には非復活主義が遺言者の意思にも適し實際上も一旦當初から發生しなかつたものと看做された遺言の效力を再び當初から發生して居たものと看做す複雑を免れる。ただ其取消行為が詐欺又は強迫によつてさせられたとの理由で更に取消された場合

に限り、遺言の取消其のものが遺言者の眞意でないことが明白だから、取消された遺言は其効果を回復する(一一二七但)。しかし遺言の取消が遺言書又は遺贈の目的物の毀滅によつて行われた場合には、其取消行為が取消され又は效力を生ぜぬと云う問題を生ぜぬ。又單純に第一の遺言を取消した第二の遺言が毀滅され又は第三の遺言によつて取消された場合にも非復活主義を用うべきかは、解釋上及び立法上疑問である。

第四節 遺言の執行

第一 遺言書の檢認と開封

遺言書の保管者又は保管者のない場合に遺言書を發見した相続人は、遲滯なく遺言書を裁判所に提出して檢認を受けねばならぬ(一〇六ノ一・非訟一一・一一四—一一六)。これは遺言執行の準備手續だが、檢認と云うのは遺言の方式に關するすべての事實を審査するに外ならぬのであつて(非訟一一二)、遺言の内容が遺言

者の真意に出たか否か適法か否か等を審査するのでないのは勿論、直接に遺言の有効無効を決定宣告するものではないが、遺言書の成立存在を確保し、其偽造變造を豫防し、利害關係人が私曲を行つて遺言者の真意に反する結果を生ぜしめぬ様にし、且遺言の有効無効に關する争を生じた場合に有力な材料を提供する效用がある。随つて公正證書による遺言は檢認を要せぬ(一一〇六ノ二)。其以外の遺言書はすべて檢認を要するのであつて、作成當時裁判所其他當局の確認を経たものでも(一〇七六・一〇七九・一〇八一)相續開始後更に檢認を受けねばならぬ。遺言書を檢認するにはそれを開かねばならぬこと勿論だが、祕密遺言書其他封印を施した遺言書は、相續人又は其代理人立會の上裁判所で開封すべきである(一一〇六ノ三・非訟一一三—一一六)。しかし相續人未定の場合には、遺言書の開封によつて始めて指定相續人の有無を知り得べきだから、相續人立會の規定を適用し得ぬこと云うまでもない。又開封期日に呼出された相續人又は其代理人が出頭せぬ場合にも、其立會なしに遺言書を開封し得るのである(非訟一一五)。遺言書の檢認及び

開封に關する規定の違反は其遺言を無効にはせぬが、違反者に對して過料の制裁がある(一一〇七)。

第二 遺言の執行

遺言の執行と云うのは、遺言が效力を生じた後其内容の實現に必要な事務を行うことである。遺言者自身其事務に當り得ないことは云うまでもないが、其承繼人たる相續人にさせたらよさそうなものである。しかし遺言には其内容上相續人の利益に反するものが寧ろ多からうし、又相續人が無能力者である等の事情で遺言の執行に適せぬこともあるから、相續人以外の者に遺言の執行をさせるのが必要又は便利な場合がある。それ故民法は遺言執行者の制度を設けた。執行の關係から各種内容の遺言を分類して見ると、

- (1) 後見人の指定(九〇一)後見監督人の指定(九一〇)親族會員の選定(九四五ノ二)相續分の指定及び其指定の委託(一〇〇六・一〇〇七)遺産分割方法の指定及び其指定の委託(一〇〇一)遺産分割の制限(一〇〇一)遺産分割の場合の法定擔保責

任の変更(一〇一六)遺言執行者の指定及び其指定の委託(一一〇八)遺贈減殺の制限(一一三七)又は包括遺贈(一〇六四)の遺言は、特別の執行なしに遺言の内容が實現される。

(2) 私生子認知(八二九ノ二・戸八五)養子縁組(八四八・戸九一)推定相続人の廢除及び其取消(九七六・九七七ノ四・一〇〇〇)又は家督相続人の指定及び其取消(九八一・戸一三五)の遺言は、必ず遺言執行者を設けて執行せしめねばならぬ。

(3) 特定遺贈(一〇六四)又は寄附行爲(四一ノ二)の遺言は、相続人が執行することも出来るし、遺言執行者を設けても宜しい。

第三 遺言執行者の選任

遺言者は遺言で遺言執行者を指定し又は其指定を第三者に委託することが出来る(一一〇八)。被指定者が就職を承諾するか否かは隨意だが、相続人其他の利害關係人から就職を承諾するか否かの確答を催告されて定められた期間内に確答しない被指定者は、就職を承諾したものと看做される(一一一〇)。遺言執行者の指

定がなく、又は被指定者が就職を承諾せず、又は一旦就職した遺言執行者が任務の終了前に死亡・解任等で缺けたときは、裁判所は利害關係人の請求によつて遺言執行者を選任し得る。此種の選任遺言執行者は指定遺言執行者と違つて其就職を強制されるもので、正當の理由がなければそれを拒み得ない(一一一二)。遺言執行者は一人でも數人でもよい(一一〇八ノ一)。指定又は選任の範圍には制限がないが、無能力者及び破産者は遺言執行者としての缺格者である(一一一一)。要するに遺言者が遺命し又は利害關係人が請求しなければ遺言執行者を設けぬのであつて、すべての遺言について遺言執行者が必要ではない。前段(2)の諸場合については理論上規定が不備で、職權選任の制度を設けよと云う立法論もあり得るが、實際上大した差支はなさそうである。尙民法は遺言執行者は自然人の積りに出來て居ること明白だが、前記の通り信託法(二)は遺言で信託をすることを認めたら、法人なる信託會社が遺言執行者たり得ることにしなないと、實際上不都合である。信託法も信託業法も此問題を解決して居ない(信託法四九ノ二)。

第四 遺言執行者の任務

遺言執行者の性質については議論がある。或はこれを遺言者の代理人とする學説立法例があり、又相続債権者の代理人とする説もないが、相続人の代理人と看做すのが最も穩當便宜だから、民法は其主義を採つた(一一一七)。即ち相続人の法定代理人なのだが、實際上委任代理人に近い點もあるから、其任務については委任代理人に關する規定を準用した(一一一四ノ二、一一二〇ノ三、一一二二)。遺言執行者の任務は、被指定者が就職を承諾し又は承諾したものと看做され又は裁判所が遺言執行者を選任すると共に開始するのであるが(一一〇九)其内容は左略の通である。

(一) 遺言執行者は遅滞なく相続財産の目録を調製して相続人に交付せねばならぬ(一一一三、一一一六)。但しこれは遺言執行者が財産を管理する場合だけの話であらう。

(二) 遺言執行者は相続財産の管理其他遺言の執行に必要な一切の行爲をする權

利義務を有し、相続人は相続財産の處分其他遺言の執行を妨げる様な行爲をなし得ない(一一一四—一一一六)。

(三) 遺言執行者は、遺言中に許された場合又は已むを得ぬ事情のある場合でなければ、第三者に其任務を行わしめ得ない(一一一八)。

(四) 數人の遺言執行者がある場合には、其任務の執行は過半数で決するが、保存行爲は各自單獨になし得る(一一一九)。

(五) 指定遺言執行者は其就職を強制されぬ故、報酬は遺言に定めたとときに限つて與える。選任遺言執行者については裁判所が適宜に報酬を定め得る(一一二〇)。

(六) 遺言の執行に關する費用は相続財産の負擔である(一一二三)。

第五 遺言執行者の任務終了

遺言執行者の任務は左の場合に終了する。

- (1) 遺言の執行が終了したとき。
- (2) 遺言執行者が死亡したとき。

- (3) 遺言執行者が無能力者又は破産者となつたとき(一一一一)。
 - (4) 遺言執行者が解任されたとき(一一二一ノ一非訟一〇七・一〇八)。
 - (5) 遺言執行者が辭任したとき(一一二一ノ二非訟一〇七・一〇八)。
- 右の中(1)の場合は遺言執行者の任務の絶對的終了であるが、(2)以下の四場合は相對的終了だから、利害關係人は裁判所に後任遺言執行者の選任を請求し得る(一一二二)。而して遺言執行者の任務終了については委任終了の場合の或規定が準用される(一一二二)。

第五節 遺言の效力

第一 遺言の效力の發生期

遺言は遺言者の死亡の時から效力を生ずる(一〇八七ノ一)。遺言制度の性質上、そうなくてはならぬのである。遺言による私生子認知(八二九ノ二戸八五)養子縁組(八四八戸九一)推定相続人の廢除又は其取消(九七六・九七七ノ四・一一〇〇)及び家

督相続人の指定又は其取消(九八一戸一三五)にあつては、遺言者死亡の時にはまだ遺言者所期の法律行為の要件が具足せず又は其手續が完了せぬけれども、其要件具足手續完了の上は其法律行為の效力は遺言者死亡の時に遡つて發生し、私生子認知の場合には其效力は更に私生子出生の時まで遡る(八三二)。それでないと此等の法律行為は其目的を達し得ない。遺贈又は遺言による寄附行為にあつても、もし財産歸屬の效力が承認又は法人設立許可の時から發生するものとするならば、遺言者死亡の時から其時に至る期間の財産利益は相続人に歸屬することになるが、それは遺言者の本意ではあるまい。それ故遺言は遺言者の死亡の時から其效力を生ずるのを原則としたのである(四二ノ二)。

第二 條件附又は期限附遺言

遺言は必しも單純でなくともよい。條件附又は期限附のこともあり得る。遺言の内容たる事項の性質が許す限りは、遺言者の意思が尊重されねばならぬからである。

(一) 遺言事項の性質上遺言に条件又は期限を附し得ない場合がある。例えば私生子認知・家督相続人指定の遺言等である。其他停止条件・解除条件・始期及び終期の各条件各期限につき、遺言事項の性質上これを附し得ると否との別がある。

(二) 遺言に停止条件を附した場合には、遺言は条件成就の時から効力を生ずる。

条件が遺言者の死亡前に成就すると、遺言は条件を附しなかつたと同様遺言者死亡の時から効力を生ずる(一〇八七ノ二・一二七ノ一)。前の場合に遺言者の意思表示によつて条件成就の効果を遺言者死亡の時まで遡らせることが出来るが(一二七ノ三)、遺言の性質上其効力を更に其以前に遡らせることは出来ぬのであろう。

(三) 遺言に解除条件を附した場合も、停止条件の場合に準じて解決し得る(一二七ノ二・三)。遺言事項の性質上、例えば養子縁組の遺言の様に、停止条件を附し得るが解除条件を附し得ないものもある。

(四) 遺言に始期を附けた場合は、遺言の内容たる法律行為は遺言者死亡の時から効力を生じて其履行は期限の到来するまで請求し得ないものと解すべきである。

(二三五ノ一)。しかし遺言者の意思が其始期まで遺言の効力発生を停止する積りであることが明白な場合には、遺言は始期の到来した時から効力を生ずる。養子縁組の遺言などは、停止条件は附け得るが始期を附け得ない。

(五) 遺言に終期(一三五ノ二)を附け得ることは、遺言事項の性質上餘り多くあるまいが、例えば遺産分割禁止の遺言は必ず終期を附けねばならぬものと云つてよろう(一〇一)。

第三 遺言の無効と取消

遺言がまだ効力を発生せぬ間に撤回され得ることは前述の通であり、又遺言の利益を受くべき者が遺言の効力発生前に死亡し又はその利益を受くべき資格を喪い、遺言の目的物が滅失し、遺言に附けられた解除条件が遺言の効力発生前に到来する等の事情によつて、遺言が其効力を発生しないことがある。これは遺言が普通の意思表示と違つて其意思表示の時と効力発生の時との間に間隔があるに基く特別現象であるが、他方遺言も亦意思表示の一方法に外ならぬから、普通の