



323
a
102

Ⓢ



始



相續法

323
102

Ⓢ

國家試驗
研究叢書 9

新 相 續 法

國 家 試 驗
研 究 叢 書

9

主要参考書 (◎は特に重要なもの)

舊法に関するものとして

稿積重遠著 相續法 (現代法學全集)

稿積重遠著 相續法大意

◎近藤英吉著 相續法 (新法學全集)

中川善之助著 民法Ⅱ (親族・相續)

新法に関するものとして

◎我妻 榮著 相續法案の解説 (法律時報 二〇八號)

野津 務著 改正民法解説

奥野健一著 新民法讀本

長尾 章著 新民法解説

2 323 160(b) 223 102



a.323 102

日本評論社

岩波書店

日本評論社

岩波書店

日本評論社

蘆高書房

草美社

法文社

はしがき

一 本書は「民法總則解答」および「親族法解答」の續編であつて、民法各部の解説をこころみようとする計畫の第三の仕事である。

二 本書の編纂方針は、從來の叢書のそれと同一であつて、これまでもくりかえし述べたところであるし、とくに解答作成上の態度と注意については「親族法解答」の卷頭に掲げた通りであるから、あらためて説く煩をさけることとしたい。

三 ただ一言つけ加えておこならば、法律學上の問題の解答というものは、たとえそれが現行の一規定の解釋を論ずべき態のものであつたとしても、常にこれを歴史的な發展の跡にとらえ、またその思想的な意味を明らかにし、而して、その体系的地位を如實にする心がけを忘れてはならないのであつて、もしそのような心構えがなくて問題にのぞむならば、如何に平易なものに對しても、ゆきとどいた解答は到底なし得ないのである。

132006

四 われわれは、固より、本書の解答が、そのような意味において模範的であることを、僭稱する積りは毛頭ない。これは、あくまで、一つの型、一つのころみ、であるにすぎない。別に掲げる参考書についての、深い研究を希望すること、またこれまで強調し來つた通りである。そして、その研究の結果にもとずき、本書に對する叱正の勞をたまわることを得るならば、われわれの幸福これにすぎないものはないのである。

目 次

- 〔一〕 相続法改正の要點を述べよ。…………… 一
- 〔二〕 相続制度の現代的意義を問う。…………… 六
- 〔三〕 新相続法の基本原則を述べよ。…………… 一〇
- 〔四〕 獨占相続と共同相続とを比較論評せよ。…………… 一四
- 〔五〕 相続法上女子の地位は如何に改善されたか。…………… 一六
- 〔六〕 相続に於ける女子の地位を論ぜよ(昭四・我妻)。…………… 三三
- 〔七〕 家督相続制度廢止の意義を論ぜよ。…………… 三三
- 〔八〕 新民法に於ける祭祀の承繼を論ず。…………… 三六
- 〔九〕 新憲法公布後その施行前に開始された家督相続は、新憲法公布前のそれと如何なる差があるか。…………… 三三
- 〔一〇〕 相続権の意義とその社會的作用を問う。…………… 三六
- 〔一一〕 相続と不動産登記との關係を論ずべし(昭二・昭一五・行政)。…………… 三六
- 〔一二〕 相続を中心として生ずる登記の對抗問題を例をあげて説明せよ(昭六・石田)。…………… 四二

〔一三〕 相續回復請求権について述べよ(昭九・近藤)……………四

〔一四〕 表見相續人の地位を論ず……………四

○〔一五〕 新相續法に於ける相續順位について述べよ……………四

〔一六〕 代襲相續とは何か……………五

〔一七〕 胎兒の相續能力を説明せよ……………五

〔一八〕 相續欠格を説明せよ……………五

〔一九〕 相續人の廢除について述べよ……………六

〔二〇〕 養子の相續法上の地位を説明すべし(昭一〇・昭一一・末弘)……………六

○〔二一〕 婿養子の相續權を論ぜよ(昭七・行政)……………七

○〔二二〕 寡婦の相續權(昭六・穗積)……………七

〔二三〕 繼子の相續權……………七

△〔二四〕 相續の一般的効力について述べよ……………八

〔二五〕 共同相續における法律關係を論ず……………八

〔二六〕 新相續法における相續分を問う……………八

〔二七〕 遺産の分割と普通の共有物の分割との差異を論ぜよ(昭五・穗積)……………九

〔二八〕 遺産の分割に何故遡及効を有せしめたか(昭九・穗積)……………一〇

〔二九〕 單純承認と限定承認との差異を説明せよ……………一〇

〔三〇〕 法定單純承認を説明せよ……………一〇

▽〔三一〕 限定承認制度を批評せよ(昭四・穗積)……………一一

▽〔三二〕 相續の限定承認の効力如何(昭一〇・昭一一・近藤)……………一一

〔三三〕 主たる債務者の相續人が限定承認をなしたる場合における保證人の地位(昭一二・行政)……………一二

○〔三四〕 相續の放棄を論ぜよ。(昭一〇・中島)……………一二

○〔三五〕 債務と相續(昭二一・末弘)……………一七

〔三六〕 財産分離制度を論ず……………一七

〔三七〕 相續人不明の場合における法律關係を説明せよ……………一八

○〔三八〕 遺言の法律上の性質について述べよ(昭八・昭九・昭一一・近藤)……………一八

○〔三九〕 遺言の能力を論ぜよ(昭五・穗積)……………一八

○〔四〇〕 遺言の方式について述べよ……………一九

〔四一〕 遺言の内容および効力を論ず。……………一五一

〔四二〕 包括遺贈と特定遺贈との差異如何(昭九・戒能)。……………一五二

〔四三〕 負擔附遺贈について問う。……………一六〇

〔四四〕 遺言執行者について述べよ。……………一六三

〔四五〕 遺言の確認と遺言書の検認との差異を論ず。……………一六七

〔四六〕 遺言の取消について述べよ。……………一七一

〔四七〕 遺留分制度の利害を述べよ(昭二一・我妻)。……………一七五

〔四八〕 遺留分に關する規定は新法のもとで如何に改められたか。……………一八〇

〔四九〕 遺留分の減殺を説明せよ。……………一八三

〔五〇〕 新憲法施行前に開始した相続は、新憲法施行後如何になるか。……………一八八

問題「一」相続法改正の要點を述べよ。

- 一 序——新憲法の基本原則
- 二 「個人の尊嚴」と言う原理に基く改正
- 三 「兩性の本質的平等」と言う原理に基く改正
- 四 其の他の重要な改正
- 五 結

第一序——新憲法の基本原則

一 今次民法の改正が、憲法の改正、すなわち新しい日本國憲法の制定を機縁とするものであることは言うまでもないところであり、民法中相続篇の改正もまた、從來の規定中に、新憲法の掲げる基本原理に副わないものがあるとして、これに適應せしむべく企てられたものであることは、あらためて説くを要しない。

二 しかれば、相続法の分野に關して、新憲法の掲げる基本原理とは如何なるものか。すなわち日本國

憲法は、その第十三條および第十四條において、すべて國民は、個人として尊重せられ、性別その他により、經濟的又は社會的關係等において、差別されないことを明らかにし、さらに、その第二十四條において、相續その他家族に關する事項に關しては、法律は、個人の尊嚴と兩性の本質的平等に立脚して制定されなければならない旨を宣言している。これを一言にして盡せば「個人の尊嚴」と「兩性の本質的平等」とこそ、相續法制に關して新憲法の掲げる基本原理にはかならぬのである。

第二 「個人の尊嚴」と言う原理に基づく改正

一 「個人の尊嚴」と言う原理は、身分法的關係においては、何よりもまづ、個人の「家」よりの解放を意味する。かくして、いわゆる家族制度が廢止せられ、家——戸主——家族と言う制度は、親族法から姿を消すこととなつたが、このことは、必然的に、相續法の分野においては、戸主權繼承の制度としての家督相續制度の廢止を意味する。これ、結局において「個人の尊嚴」と言う原理に基づく改正にはかならない。而して、家督相續こそは、わが舊相續法においては、最も基幹となるべき制度であつたのであるから、これが廢止は——單に遺產相續の範圍の擴大と言うような——量的變化を意味するものではなくして、相續制度の、根本的(質的)改革を意味するものと言うべきである。

二 相續制度、全体の問題として考えれば、家督相續の廢止によつて、從來相續と言うと、身分の相續が

主で、財産の相續はむしろその附隨的效果と見られていたのが、今度は、もつばら財産の相續のみを意味することとなる。又、從來は、一人相續が、原則的な相續形態であつたのに對し、新法では、すべての場合に、共同相續の形態をとることとなつてゐる。

三 相續の開始原因、と言う觀點からすると、舊法では、死亡のほかに、戸主の隱居とか、國籍喪失とか婚姻・養子縁組の取消による去家とか、女戸主の入夫婚姻とか、入夫の離婚とか言うことがあげられていたが(舊九六四・九九二)、新法では、相續は、常に死亡によつて開始することとなつた(八八二)。

四 相續の效果として、舊法が——家督相續においては——前戸主の有していた身分上・財産上的一切の權利義務を承繼するとしていた(舊九八六)のに反し、新法では、すべての場合において、單に、被相續人の財産に屬した一切の權利義務を承繼する(八九六)にとどまる、としたことは上にも述べたところであるが、この點において特に注目すべきは、いわゆる祖先の祭祀の承繼(八九七)であつて、それが相續とは別個のものと言うたてまえをとりながらも、やはり相續篇において規定せられ、結局、實質的には、祖先の祭祀を主宰すべき身分の單獨相續と見られぬこともない結果となつてゐることである。ただ、これが、必然的には、一般財産の承繼と結びついていないところに、從來の家督相續との顯著な差が見出だされはするものの、その承繼に種々の特則を設けている點(七四九・七五一・七六九・七七一・八

〇八・八一七)には、家族制度尊重思想との妥協による、家督相續の制度的殘滓が認められるのである。

第三 「兩性の本質的平等」と言う原理に基づく改正

一 「兩性の本質的平等」と言うことは、實際上は、女性の地位を男性の地位まで高めることを意味し、それは、相續法に於ては、主として、妻の相續權と子女の相續權の二者となる。

二 (妻の相續權) 舊法では、被相續人の配偶者は、家督相續においても、遺産相續においても、極めて後順位の相續權を與えられているにすぎなかつた(舊九八二・九九六)から、實際上、配偶者が相續人となることは、むしろ稀であつたが、新法は、配偶者が常に相續人となるものとし(八九〇)、しかもその相續分をかなり大きなものとしている(九〇〇)。このように、法は、配偶者として、夫妻双方の側よりの相續關係を對等に規定しているもの、現在の社會に於て、主として社會的活動をするものが男性であり、収入したがつて財産も、多くその側に歸している實情よりすれば、配偶者の相續權の實際的な意味が、夫の相續權よりは、妻の相續權にあることは言うまでもなく、したがつて、配偶者の相續法的地位の向上と言うことは、即ち、妻の相續法的地位の向上を意味するものと解すべきである。

三 (子女の相續權) 舊法で最も重要な作用を營んでいた家督相續において、親等の同じい直系卑屬の間にあつては、男が女より優先し(舊九七〇I)、庶子男さえも嫡出女に優先したし、又、兄弟は姉妹に

優先した(舊九八二)。しかるに、新法では、親等が同じであるかぎり、男女の性別を問わず、同順位で相續人となることとなり(八八七)、嫁入りした娘にも、相續權が與えられることとなつた。これ、一に、兩性の本質的平等をもたらさんとの見地から出た改正にほかならない。

第四 其の他の重要な改正

右に述べた以外の重要な改正としては、家事審判制度を擧げれば足りるであろう。すなわち、舊法で裁判所の權限とされていた相續人の排除(舊九七五—九七八・九九八—一〇〇、新八九二—八九五)、遺産の分割(舊二五八、新九〇七)、遺産・相續財産の管理(舊九七八・一〇〇〇・一〇四三・一〇五〇・一〇五二、新九三六・九四三・九五〇・九五二・九五三・九五八等)、遺言の確認・檢認等(舊一〇七六・一〇八一・一一〇六、新九七六・九七九・一〇〇四)は、いづれも家事審判所の權限に移されることとなつた。けだし、個人の尊嚴と兩性の本質的平等を基本として、家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を圖るには(家一)、かかる特殊の訴訟形式によるを適當とされるに至つたものである。

第五 結

以上のごとく、今次相續法の改正は、新しい日本國憲法の制定を機縁として、その掲げる基本原理を具体的に實現せんとする立場より、試みられたものである。すなわち、それは、一言で言えば、家督相

續の廢止と相續權の平等化とによつて、個人の尊嚴と兩性の本質的平等とに、實質的、經濟的な裏付けを與えたものであるところに、その法体系的意義を認めらるべきなのである。

【註】 本解答は、改正の要點を、簡単にまとめることを主眼に書いたものである。改正の詳細は、以下の各解答について見られたい。

問題〔二〕 相續制度の現代的意義を問う。

一 序

二 相續制度の思想的沿革

三 相續制度の現代的意義

第一 序

相續とは、一般的には、人の死亡その他一定の事由を原因とする、一切の財産法的・身分法的地位の承繼を言う。それは、通常、一定の範圍の親族間で行われるので、その意味に於て、親族的共同生活の縦の結合（繼續）であると言われる。しからは、何故に、こうした制度が認められるのであろうか。その思想的根據については、時代により變遷が見られるのである。

第二 相續制度の思想的沿革

一（身分的承繼の思想） 人類の親族共同生活体は、古くは、官職又は生産の主体としての作用を営んでいた。そうした社會（例えば封建社會）においては、相續は、この官職または生産の擔當者たる身分の承繼と考えられ、財産の承繼は、單に、その身分の經濟的基礎として、これに附隨するものと見られるにとどまるのである。

二（家産共有の思想） 親族共同生活体が、社會生活において、主に、消費團體たる作用を有するにすぎなくなると、相續は、身分的承繼の特色を失つて、財産の承繼を中心として見られるようになる。かくして、まづ起るのが家産共有の思想である。すなわち、私有の財産は、その本質においては、決して單なる各個人の財産であるのではなくして、むしろ、その個人を中心とする親族共同生活体に屬するものであり、各個人は、單に、その生存中、その財産を管理する權限を有するにすぎず、個人の死亡後はその財産は、その一定の家族または親族に傳えらるべきであつて、畢竟、相續は、親族共同生活体の財産を管理すべき地位の承繼にはかならぬ、とせられるのである。

三（遺言自由の思想） 家産共有の思想は、親族共同生活体の紐帶が、個人の自由と尊嚴と言う原理の前に、ときほぐされるに従つて、おのづから後退し、かくて、遺言自由の思想が登場することとなる。

これにおいては、いやしくも、私有財産制度を採用し、私人の財産處分の自由を認めるかぎり、財産主体たる個人の死亡後にその効力を生ずべき遺言その他の死後處分といえども、また絶對的に自由でなければならぬ、とせられるのである。而して、法律が遺産の相続人について規定するのは、被相続人が遺言をしないで死亡した場合に、彼がもし遺言したとすれば、何人にもその遺産を與うべく遺言したであろうかと言う、死者自身の意思を推定したところから出づるものにほかならぬ、と言うことになる。

四（死後扶養の思想）資本主義經濟の進展にともない、私有財産の絶對性と、契約自由の原則とに對する懷疑と反撃とがたかまるにつれて、遺言自由の思想とこれにもとづく相続制度に對しても、反省が加えられるようになるのは當然である。この傾向を強く押し進めれば、相続制度の全面的否認となるわけであつて、これ、革命後のソヴィエット・ロシアが、かつて一度採用したところである。然し、他の諸國にあつては、そこまで徹底できなかつたし、ソヴィエットにおいてすら、漸次相続に對する制限を緩和して、遂には制限を撤廢することとなつた。けれど、一定範圍の家族又は親族を扶養すべき義務を負う者は、その生存中のみならず、死亡後といえども、これらの者を扶養しなければならぬのであり、この扶養を受くべき權利は、畢竟、扶養義務者たる死者の財産をば對象とするものであるから、扶養權利者は、その遺産から自己の扶養の資料を取得しなければならぬ、これすなわち相続權にほかならぬ、と

せられるのである。

第三 相続制度の現代的意義

一 現代の法制は、一應、私有財産制度を前提とする。社會の生産關係における、生産手段公有化の傾向はともかくとして、人の消費生活に於ては、財産私有の原則は、今日に於ても、いささかもゆるぐところがない。人はその私有財産を以て、自己の消費生活を営まねばならないばかりでなく、その子孫の養育監護についても、國家社會が直接に全責任を負うことなく、個人に對して、少くとも第一次責任を負わせている。こうした制度に對する根本的批判は別論として、かかる私有財産制度を維持するかぎり消費生活における經濟的基礎たる財産承繼の制度としての相続制度を全く廢止することは、不可能と言ふのほかない。一旦これを否定したソヴィエット・ロシアが、再びこれを復活させなければならなかつた事情は、この關係を如實に物語るものである。

二 しかしながら、相続による財産の承繼は、所謂不勞所得の最も顯著なものであることは、やはり否定することが出来ない。私有財産制度も、今日では、固より絶對的のものでない。「財産權は、これを侵してはならない」ことは勿論であるとして、その「内容は、公共の福祉に適合するやうに」定めらるべきであり、「私有財産は、……これを公共のために用ひることができる。」（憲二九）と言うことになつて

みると、相続が、人の消費生活維持の爲めの経済的基礎として必要な財産の承継と言う、適正な範囲を超えて、富の不当な偏在を招く契機となることは、極力これを防がなければならない。これ、一面に於て、相続人の範囲が限定せられるとともに、他面、相続税率の累進が企てられている所以である。而して、こうした制限の範囲内では、相続制度は、現在においてもなお、その存在意義を主張し得るものと言ふべきなのである。

問題〔三〕新相続法の基本原則を述べよ。

一 序

二 八種の原則

三 結

第一 序

わが新相続法は、相続を以て、家庭的消費生活体の継続の経済的基礎としての財産の承継とする思想の下に立つ。したがつて、ここでは、単一・法定・死後・財産・共同・制限・承継・非強制的諸種の原則が採用せられることとなつてゐる。

第二 八種の原則

一 (単一相続主義) 一國の相続法規において、単一の相続形態を規定し、如何なる場合にも、常にこれによるべきものとするのであつて、複數相続主義に對する。相続制度を、一定の思想的立場より規定しようとするとき、単一相続主義の採用は、むしろ當然の結果である。舊法は、戸主を相続する家督相続と、家族を相続する遺産相続とを區別して、複數相続主義によつていたが、新法は、家督相続を廢止して、単一相続主義となつた。

二 (法定相続主義) 法律の規定するところにしたがつて、特定の人が相続人となる制度を、法定相続主義と言ひ、遺言その他の死後處分によつて表示せられた被相続人の意思により、相続人が決定せられる任意相続(遺言相続)主義に對する語である。財産處分の自由を主張する思想よりは、遺言相続主義が要請せられるが、消費生活体の経済的基礎としての財産の承継を、國家が保障せんとする立場においては、法定相続主義が當然となる。新法は、舊法と異り、死後處分による相続人の指定を認めないし、又被相続人がその遺産を處分するについては、一定の制限が附せられているから(一〇三一)、法定相続主義によつてゐるものと言ふべきである。

三 (死後相続主義) 相続開始原因を、被相続人の死亡のみにかぎるものであつて、生前相続主義に對

する。前掲の思想的立場においては、生前相續を認める必要は少しもない。舊法は、家督相續において生前相續を認めていたが（戸主の隠居・國籍喪失・去家・女戸主の入夫婚姻）新法は、死後相續主義を徹底した（八八二）。

四（財産相續主義） 相續の對象を以て被相續人の財産にかざるものとするものであつて、身分相續主義——被相續人の身分的地位を承繼し、財産はこれに附隨して承繼するとなすもの——に對する。わが舊法は、家督相續において、身分相續主義をとつていたが、新法が、財産相續主義によつたことは勿論である。

五（共同相續主義） 被相續人と一定の親族關係にあるものが、共同して遺産を承繼し、遺産はこれらの者に分割せらるべきものとする制度を言い、獨占相續主義に對する。被相續人を中心とする消費生活体が、數人の近親者によつて構成されているかぎり、その生活体の經濟的基礎たる遺産は、當然、その數人の近親者に分割さるべきであつて、獨占相續によるべきではない。この點でも、舊法は、兩者を併用していたが、新法は、共同相續の原則を宣言している（八九八）。

六（制限相續主義） 法定相續人の範圍及び相續財産の範圍を制限するものを言い、無制限相續主義に對する。人の消費生活團體の構成員は、固より、一定の範圍の近親者にかざられるのであるから、前述

の立場においては、制限相續主義によるべきこととなる。舊法は、無制限相續主義をとつていたが、新法は、制限相續主義によつてゐる。なお、相續財産の範圍には制限がないが、相續税の賦課は、實質的には、相續の制限として觀察せらるべきである。

七（承祖相續主義） 直接の相續人が、死亡・廢除・相續欠格等の事由により相續開始前に相續權を失つた場合、その者の直系卑屬（承祖相續人）が、その者と同順位に於て相續することを認める制度を言い、本位相續主義——相續人は、常に自己本來の相續順位に於て、被相續人を相續するものとする制度——に對する。承祖相續人は、本位相續人を介して、被相續人の消費生活体に加わつてゐるものであつてみれば、承祖相續を認めるのが自然である。わが民法は、舊法以來、原則としてこれを認めてゐる。

八（非強制相續主義） 相續人に、相續權の拋棄を認める制度を言い、強制相續主義に對する。財産相續において、相續人の欲しない財産の相續を、國家が強制すべき理由はない。舊法は、一部に、強制相續主義を採用していたが（舊一〇二〇）、新法は、全面的に、非強制相續主義をとつてゐる。

第三 結

一 以上に述べた八つの原則は、いづれも、冒頭に掲げた思想の當然の結果として、新法に採用せられたものであり、多くの點において、舊法の主義を改めたものである。而して、新法の採用した原則こそ

近代諸國法に共通した最も進歩的なものであると言ひ得よう。この意味において、それは進歩的改正の名に恥するところがない。

二 ただここに注意すべきは、民法が、相続とは別に、祭祀の承継について規定していることである（八九七）。それは、名は相続でなくても、實質はそれに近いのであり、しかも、それは、指定（任意）・身分・單獨等の性質において、上に掲げた原則に反するものを含んでいる。これ、法の舊思想への妥協を意味するのであり、その將來の運用には、特に注意が拂われねばならぬのである。

問題〔四〕 獨占相続と共同相続とを比較論評せよ。

一 兩者の意義

二 兩者の思想的背景

三 わが新舊相続法

第一 兩者の意義

獨占相続とは、法律上相続人が一人にかぎられる相続を言い、共同相続とは、數人の相続人による相続を言う。獨占相続は單獨相続とも言い、長子相続・末子相続・姉家督相続等がある。共同相続は、通

常、遺産を相続人に分割する分割相続の形態をとるが、ドイツの「子相続制（Anerbengericht）」のごとく財産自体は一人の子が相続し他の子には一定の補償（収益金とか年金とか）を與える不分割制のものもあり得る。

第二 兩者の思想的背景

一 一般的に言つて、身分相続は獨占相続と結びつき、財産相続は共同相続の形をとる傾向をもつ。古い封鎖的家内經濟の社會や封建社會におけるごとく、親族共同生活体が官職又は生活の主体としての作用を營んだ時代にあつては、相続は、そうした官職又は生産の擔當者としての身分の繼承を意味し、親族共同生活体にこうした公的な身分が結びつかなくなつてからも、相続が、その共同生活体内に於ける一定の身分——例えば家長たる身分——の繼承と解せられるかぎりには、そうした身分の繼承者は、必然的に、一人でなければならぬから、相続は、どうしても、獨占相続の形をとらざるを得ない。而してこのような場合には、相続財産も、その身分に附隨するものとして、あるいは、その身分の經濟的な裏づけとして、その單獨の身分繼承者にうけつがれることとなるのである。

二 資本主義社會においては、官職または生産の擔當者としての身分の法的繼承と言うことが、考えられないことは勿論であるが、家長たる身分の繼承と言う様なことも、個人主義的自由主義の思想とは、相容

れないものであつて、かくして、相続は、近代社會にとつては、もつばら財産相続を意味することとなつてくる。而して、財産相続は必らずしも直ちに共同相続を意味するものとは云い得ないが、財産相続においては——身分相続と異り——共同相続の形をとることが可能であるばかりでなく、「自由」とともに、近代社會の指導理念である「平等」の原理よりして、おのづから諸子均分による共同相続が要請せられることとなるのである。ことに、社會主義的見地より、相続制度の合理的基礎が再検討せられ、相続権の根據を、親族的扶養義務者の死後扶養の思想ないし家庭的消費生活体の經濟的基礎の繼承に求める立場に立つこととなれば、相続は、ぜひと、共同相続の形をとらざるを得ないこととなるのである。

三 もつとも、こうした傾向に對して、一種の反流の存することも、また見逃すことができない。それは、諸子均分の制度による家の財産の細分のために、家族共同生活体の生存の脅かされることを、防止しようとする努力である。現代社會においても、家族共同生活体であつて、なお生産の主体たるものが少くない。農業家族においてことにしかり。かかる家族共同生活体について均分による共同相続制度を強行することは、生産の基礎として単一体をなす家の財産を、分裂せしめる虞があるものであつて、その弊害は、必らずしもその家族員の關心だけに止まるものでないとも言える。かくして、前述の一子相続制とか、家産制度の設定とかが、研究せられるに至るのであるが、これらは、独占相続より共同相続

への傾向に對する一種の反流と見るべきものであろう。

第三 わが新舊相続法

一 わが舊相続法は、家長權たる戸主權の相続としての家督相続を認めていた。それは、言わば、資本主義的自由主義以前の段階に屬する制度であつたのであつて、それが、独占相続の形をとつたことは、言うまでもあるまい。もつとも、舊法は、家督相続とならんで、家族員が死亡した場合における遺産相続を規定していたのであり、それは、分割相続たる共同相続ではあつた。然し、社會生活の實際において、家督相続が壓倒的に重要であつたことは、否定すべくもなく、舊法の相続制度全般を通じて、独占相続の色彩を強く帯びたものとなし得るのである。

二 新法は、家督相続を廢止することによつて、相続制度を共同相続一本のものに徹底させた。ようやく近代社會の法制の列に伍し得たものと評すべきであろう。ただ、いわゆる祭祀の承繼が、單一個人による獨占的なものとされているところに、舊思想との妥協による舊制度的殘滓が見出だされるのであつて、これが、將來、實際上如何に運用されてゆくかが注目されねばなるまい。

三 一方、前述の共同相続より独占相続への「反流」についても、新法の規定しているところは、わずかに、家事審判所が、特別の事由ある場合において、期間を定めて、遺産の全部又は一部について、分

割を禁ずることを得る(九〇七)というにすぎない。農業資産については、農業資産相続特例法案という法案の用意されていることが伝えられたが、まだ成法化されるに至っていない。かかる生産的家庭經濟團體の關係において、やはり共同相続を維持すべきか、はた獨占相続に復歸すべきかについては、理論上も實際上も、研究すべき問題が少くないのである。

問題「五」相續法上女子の地位は如何に改善されたか。

一 序

二 妻としての地位

三 娘としての地位

四 女性としての地位

第一 序

一 日本國憲法は、その第十四條において、すべて國民は、法の下に平等であつて、性別等により、經濟的または社會的關係等において、差別されない旨を明らかにし、またその第二十四條において、相續

等に関しては、法律は、個人の尊嚴と兩性の本質的平等に立脚して、制定さるべき旨を宣言している。兩性の本質的平等と言うことこそ、新しい相續法の一の指導理念であらねばならない。而して、從來、兩性の不平等は、男性の女性に對する優越と言う形で實現されていたのであるから、その平等は、女性の地位の改善と言う形をとつて、あらわれてくるべきものである。

二 相續法上における女性の地位の改善を、ここでは、妻としての地位と、娘としての地位と、その他の女性一般としての地位とに分けて考えてゆきたい。

第二 妻としての地位

一 (舊法上の配偶者の相續權) 舊法では、まづ家督相續について考えると、被相續人の配偶者は、第三順位の選定相續人として、法定または指定の相續人がない場合に、選定され得たにすぎず、ことに、家女でない配偶者は、被相續人の兄弟姉妹よりも下位にあつた(舊九八二)。また、遺産相續においても、それは、直系卑屬の下位にあつた(舊九九六)。而して、社會の實際においては、家督相續の方が壓倒的に重要であつたのであるから、配偶者の相續權は、極めて微弱なものであつたと言ふことができる。こうして、相續權のない場合には、とくに遺贈でもなされていかざり、何等の遺産も與えられることはなかつたのである。

二(新法上の配偶者の相続権) 新法では、被相続人の配偶者は、常に相続人となることとなつた(八九〇)。すなわち、被相続人に直系卑屬がある場合には、配偶者はこれと同順位、直系卑屬がなくて直系尊屬がある場合には、配偶者はこれと同順位、直系卑屬も直系尊屬もなくて兄弟姉妹のみがある場合には、配偶者はこれと同順位、以上の三者いづれもない場合には、配偶者は單獨で相続人になることとなつてゐる。その相続分のごときも、直系卑屬と同順位の場合には、配偶者が相続財産の三分の一をとることとなつてゐるが、直系卑屬は、多くの場合二人以上であることを考えると、配偶者の相続分も決してそれと平等以下ではない。直系尊屬や兄弟姉妹と同順位の場合には、配偶者の相続分は、一層有利なものとなつてゐるのである(九〇〇)。

三(妻の地位の向上) 以上、配偶者の相続権として夫妻の別なく、述べてきたが、現在の社會の實際において、夫が社會的に活動し、収入を得、財産を有する場合の方が、妻の場合に比し、壓倒的に多いことを考えると、妻が夫の遺産を相続する場合の方が、その逆の場合に比し、社會的に大きな意味をもつことは明らかであり、以上の配偶者の相続的地位の向上も、主としては、妻のそれに向けられたものであることを、知り得られるのである。

第三 娘としての地位

一(舊法上の地位) 娘すなわち直系卑屬たる女の相続権はどうか。成程舊法においても、遺産相続にかきり、親等の同じ直系卑屬は、男女同順位で相続人となるものとされていた(舊九九四)それが、家と同じくすることを要件としていなかつたのは、舊法の体系においては、むしろ異例でさえあつたのである。しかし、家督相続については、親等の同じ者の間にあつては、男が女に優先し、庶子男さえも嫡出女に優先することとなつていた(舊九七〇)。而して、家督相続が遺産相続に比し、壓倒的に重要な社會的意義を有したものであること、上來述べたごとくであるとすれば、娘の相続権がきわめて薄弱なものであつたことは明らかなのである。

二(新法上の地位) 新法では、親等の同じ直系卑屬は、常に同順位で相続人となることとなつた(八八七)。娘は、たとえ嫁入りした後でも、他の兄弟と平等の相続分を有する(九〇〇)。ただ、被相続人から婚姻等のため贈與を受けた財産があるとき、それが考慮されるだけである(九〇三)。娘の相続的地位が如何に改善されたかは、明瞭なのである。

第四 女性としての地位

以上のほか、母としての相続権、姉妹としての相続権をも數えあげることができるのであるが、それらは、結局、従來の相続法体系中重要な位置を占めて居り、しかも女性に對して低い地位しか與えてい

なかつた家督相續制度が廢止されたことの結果にはかならない。而して、家督相續こそは、本來、父權的社會における相續形態より出たものであるから、それが、男性優越の色彩を帯びるのは、けだし自然の姿なのであつて、その廢止はすなわち相續法上における女性の地位の改善を意味するものと言ふべきである。具体的には、右にあげたもののほか、例えば、女戸主が入夫婚姻すると、家督相續が開始し（舊九六四）、女戸主は確定日附ある證書によつて自己の財産を留保しておかないかぎり（舊九八八）、その財産を失つてしまうというような不合理な制度の廢止されたことも、ここにあげ得るであろう。

第五 結

以上見てきたように、相續法上における女性の地位は、根本的に改善されて、男性のそれと全く對等のものとなつた。ただ、ここに注意しておかなければならぬことが二つある。

第一は、いわゆる祭祀の承繼であつて、それは、新法上、被相續人の指定又は慣習に従つてきめらるべきものとされているが（八九七）、もしその指定又は慣習の解釋が男性優越のものとして取扱われるとするならば、これは、實際上、女性の地位が未だ完全には改善されていないことを意味する結果となるであろう。

第二は、被相續人が、死後處分によつて、ある程度まで、相續人の相續分を動かさ得ることであつて、

もし被相續人が、常に女性の相續分を少くするような死後處分をしていたとすれば、これも、實際上は女性の地位に影響を及ぼす結果となる。

而して、これらの點について、眞に女性の地位が、男性のそれと對等のところまで改善されるためには、一にこれを民衆意識の革新にまつはかないことなのである。

問題〔六〕 相續に於ける女子の地位を論ぜよ。（昭四・我妻）

相續における女子の地位は、この問題の出題された當時には、男子のそれに比し、甚しく劣つていた。したがつて、それが如何に劣つているか、そしてそのことは正當であるか、が解答の中心となるべきであつた。しかし、今日では、相續法の改正の結果、女子の地位は男子のそれと對等のものとなつた。そこで、新法自体の問題として言えば、女子の地位としてとくに論ずべきことはない。むしろ、如何に改善されたか、そのことほどのような意味をもつか、が解答の中心となるべきであり、問題〔五〕の解答として述べたところで盡きているわけである。

問題〔七〕 家督相續制度廢止の意義を論ぜよ。

一 序

二 戸主権相續としての家督相續

三 財産相續としての家督相續

四 結

第一 序

一 新相續法は家督相續制度を廢止した。それは、直接には、家族制度廢止の結果であるが、根本的には、新憲法の掲げる「個人の尊嚴と平等」という原理に要請せられたものである。しからば、何故に、また如何に、家督相續制度は新憲法に背反するであろうか。それが問題の出発點である。

二 家督相續は、本來、戸主権の相續である。しかし、同時に、それは、前戸主に屬していた財産をもすべて新戸主に承繼せしめる。その意味において、それは財産相續でもあるわけである。そこで、この兩者を、一應區別して考えてゆくのを便宜とするであろう。

第二 戸主権相續としての家督相續

一 戸主権相續としての家督相續の問題は、家族制度の問題の一部面である。家族制度は、わが民法上では、第一次的に、戸主権を中心とする家族團體の問題として出現するのであつて、戸主對家族の關係

が、家族制度の靜的側面であるとするれば、戸主権の承繼はその動的側面であるといふことができよう。而して、今ここに、家族制度自体の問題について詳論するいとまはないのであるが（親族法問題〔一〕・〔二〕等の各解答参照）、要するに、家族員たる各個人が、戸主より、身分上・財産上各種の束縛をうけるという制度は、個人の尊嚴という原理に悖反し、新憲法の理念と相容れないばかりでなく、法律上の「家」が、社會の現實の家とそぐわないものとなつてゐるために、戸主権制度は、その社會的基礎をも失つてしまつていたのである。要するに、戸主権承繼の制度としての家督相續の廢止は、家族制度廢止の當然の結果であつて、家族の戸主権よりの解放として理解せらるべきものである。

二 なお右に述べたことのほかに、戸主権承繼の制度としての家督相續の制度が、戸主（あるいは將來戸主たるべき者——推定家督相續人）その人に對しても、一種の拘束をなしていたことを、あげておかねばならぬ。それは、例えば、舊法の下において、女戸主や法定推定家督相續人たる女子が、自由に婚姻し得ないがために、いかに不都合が生じたかを考えただけでも、明らかであろう。この點からは、家督相續の廢止は、戸主の「家」からの解放を意味することとなるわけである。

三 ただ、ここで注意しなければならないのは、民法が、戸主権承繼の制度としての家督相續の制度を廢した後に、いわゆる祭祀の承繼について特則を設けたことであつて（八九七）、もとより、法は、祖先

の祭祀を主宰すべき者に家長たる地位を與えているわけではなく、したがつて、その承繼を家長的地位の承繼と解することは許されないものであるけれども、しかも、この制度によつて、舊思想との妥協をはかつていることは、疑うことができないのである。

第三 財産相續としての家督相續

一 家督相續は、その出發點においては、戸主權相續であるところに、主たる意味があつたのであつて財産の相續は、單に身分承繼に隨伴する附隨的のものにすぎなかつた。ところが、右にも觸れたように戸主權というものが、次第に社會的基礎を失ひ社會の現實にそぐわない單なる觀念的なものとなつてしまふに伴つて、家督相續の重點も、戸主權相續ということよりは、財産相續の方に移つてしまつたのである。而して、一旦財産相續として考へてみるならば、被相續人の財産を、ことごとく、一人（通常長男子）が相續するという制度は、どうしても合理的ではあり得ない。それは形式的に不平等であるばかりでなく、實質的にも、きわめて不公平な結果を招くのであり、家督相續の廢止は、こうした見地から強く要請せられていたのである。

二 ただわすかに、從來、家督相續が支持せられていたのは、家族共同生活体が生産の主体であり、戸主が生産の擔當者であるような場合である。このような場合には、生産の基礎たる財産が、分割せられることなく繼承せられることが、一應望ましいことであるにちがいない。ここに、わすかに、家督相續の合理的基礎が求められていたのである。これ相續法が家督相續を廢止した後に、農業資産の單獨相續を企圖する農業資産相續特例法案の立案が計畫されている所以ではある。しかし、この點についてさえ根本的には、家族共同生活体が生産の主体であるというような社會機構は、前資本主義的な、あるいは少くとも初期資本主義的なものであつて、この生産方式を支持する方向に進むことは、社會經濟の發展に逆行するものでないか、との疑があり得るわけであつて、少くとも、そのことのみによつて、財産の單獨相續の不公平性を合理化することは、到底許されないところなのである。

第四 結

一 家督相續の廢止は、まづ身分相續としての戸主權相續の廢止を意味する。而して、それは、家族員の戸主よりの解放、戸主の「家」よりの解放、という二つの意味をもつたものであつて、憲法の掲げる「個人の尊嚴」という理念に直結する。ただ、民法が、祭祀の承繼について特例を認めることによつて舊思想との妥協をはかつていることを注意せねばならない。

二 家督相續の廢止は、一方では、財産相續としての獨占相續の廢止を意味する。而して、それは、個人間の不平等を打破せんとするものであつて、憲法の示す「個人の平等」という原理に結びつく。ただ

ここでも、特殊の財産につき特例を認めようとする試みのあることが、忘れられてはならないのである。

問題「八」新民法に於ける祭祀の承継を論ず。

- 一 家督相續の廢止と祭祀の承継
- 二 祭祀の承継に關する新法の規定
- 三 新制度に對する批判

第一 家督相續の廢止と祭祀の承継

一 舊相續法第九百八十七條は、「系譜・祭具及び墳墓ノ所有權ハ家督相續ノ特權ニ屬ス」と規定し、祖先の祭祀は、當然、家督相續人においてこれをなすべきことを、豫定していた。しかるに、新法は、家督相續の制度を撤廢した。そこで、祖先の祭祀は何人が承継するのか、と云うことが問題にならざるを得なくなつた。

二 これに關しては、立法當時、祖先の祭祀の承継と云うようなことは、道德乃至慣習に委ねべきであつて、法律に規定すべきかぎりでないとする説と、反對に、祖先の祭祀を承継する者を、法律上明瞭に規定するだけでなく、その者に、特別の財産、すなわち祭祀料とでも云うべきものを、承継させなければならぬ、という主張とが、對立していた。法律は、結局、その兩者の妥協に成つたわけである。

第二 祭祀の承継に關する新法の規定

一 新法は、まづ祖先の祭祀を主宰すべき者が死亡した場合の承継者の決定について、規定する。すなわち、その場合、承継者は、第一次的には、前主宰者の指定により、第二次的には慣習により、第三次的には家事審判所の審判により決定されることとなる。而して、このようにして決定された祭祀の主宰者は、祭祀の主宰そのものを承継することは勿論であるが、その物的手段として、系譜・祭具及び墳墓の所有權を承継する。したがつて、それらのものは、相續財産中から除かれることとなる。しかし、それ以上に、特別の財産（いわゆる祭祀料）を承継することは、ないのである（八九七）。

二 祭祀の承継は、主宰者の死亡以外の原因によつても行われることがある。

(1) 配偶者の一方が祭祀を承継した後、離婚して、この者が舊氏に復することとなつた場合には、祭祀の承継者を、當事者の協議または家事審判所の審判によつて、決定する（七六九・七七二）。婚姻の取消の場合も同様である（七四九）。

(2) 配偶者の一方が死亡した後、他方が婚姻前の氏に復し、または死亡した配偶者の血族との姻族關係を終了せしめる意思表示をしようとする場合に、この者が祭祀の主宰者であるときは、その承継につ

いて、協議または審判をまたなければならぬ(七五一)。

(3) 養子が祭祀の主宰を承継した後、離縁して舊氏に復するときは、やはり、當事者の協議または家事審判所の審判により、祭祀の承継者が決定せられることとなる(八一七・七六九)。縁組の取消の場合も同様である(八〇八Ⅱ・七六九)。

(4) 子が祭祀を承継した後、自己の氏と異なる父または母の氏に、變更する場合については、法律に規定がないけれども、前數個の場合と同様、當事者の協議または審判により、祭祀の承継者が定めらるべきもの、と解されている。

第三 新制度に對する批判

一 以上見てきたところでもわかるとおり、新法は、祖先の祭祀を主宰すべき地位の承継について、一般の相續とは切りはなして、從來の家督相續ときわめて似かよつた承継様式の規定を設けている。それは、形式的には、一應、系譜・祭具および墳墓の所有權の承継という形をとつているものの、その背後には、それによつて表象される「祖先の祭祀を主宰する地位の承継」を想定していることは疑ない。しかもその承継様式は、獨占的・身分的・指定的である點で、家督相續と共通の性質をもつ。この制度が家督相續の制度的殘滓であり、舊思想との妥協に成つたものであることは、何としても否定し得ないの

である。

二 ただ、同時に考えておかなければならないことは、第一に、新法における祭祀の承継は、非強制的のものであつて、法律の規定は單に當事者間に争の生じた場合、その解決を講じようとしているにすぎず、これを永續せしめることにつき、法は格別の配慮をしていないということ、第二に、これに伴う財産的承継としては、單に系譜その他の所有權があるのみであつて、それ以上特別の遺産がその承継者に與えられることを、法は保障していないということ、これであつて、これらの點については、舊法の家督相續と、全く趣を異にしているのである。

三 そこで、問題は、結局、この制度が、將來社會の實際において、如何に運用されてゆくであろうかという點に歸する。法は、以上のごとく、新舊思想の妥協に成つたものであり、運用によつて如何ようにでもできるように、規定されている。もし社會が祭祀の承継を重視し、その主宰者に重い地位を與え且つ彼に對して多くの財産が贈與又は遺贈される慣習を生み出したならば(それは新法も禁じてはいない)それは從來の家督相續を再現するに近いものとならう。これに反して、祭祀の承継に多くの關心が拂われず、せいぜい系譜等の所有權の行方に関する問題として取扱われるならば、新法の規定も、格別目ざわりのものとはならなくなる。要は、人々の意識と思想との問題に歸着するものと言ふべきであ

る。

問題「九」新憲法公布後その施行前に開始された家督相續は、新憲法公布前の

それと如何なる差があるか。

一、問題の所在

二、新憲法公布後の家督相續の特例

第一 問題の所在

舊民法の家督相續に關する規定は、新憲法施行の日から廢止された（民法の應急的措置に關する法律七一・附則）。したがつてそれまでは——たとえ新憲法公布後といえども——舊民法の家督相續に關する規定は生きていたわけであり、新憲法公布後その施行までに、戸主が死亡したり隱居したりなどすれば、舊法の規定によつて、家督相續が行われることとなる。これが原則である（附二五丁）。しかし、家督相續の廢止が、そもそも新憲法の指導理念に相容れないものありというところより、出發しているものであつてみれば、たとえその施行前であつても、すでに公布までされているのに、その新憲法の精神に反する家督相續を、從來のままの形で行わせてよいものであろうか。ここに、この間の家督相續につき、從來

のそれと異なる特例が設けらるべき契機が存するわけである。

第二 新憲法公布後の家督相續の特例

一 新民法附則第二十七條は「第二十五條第二項本文の場合を除いて、日本國憲法公布の日以後に戸主の死亡による家督相續が開始した場合には、新法によれば共同相續人となるはずであつた者は、家督相續人に對して相續財産の一部の分配を請求することができる。」と規定する。ここに第二十五條第二項本文と言うのは、憲法施行前家督相續が開始し、しかも新法施行後まで家督相續人の選定がない場合であるが、かかる場合には、相續開始期が憲法公布の前たると後たるを問わず、一律の取扱がされるのであるから、本問題に關係するところではない。そこで、戸主死亡による家督相續につき、この特例が認められるところに、新憲法公布後の家督相續は、公布前のそれに比し、差異があるということとなる。

二 この特例の内容は次のごときものである。

(1) この特例の認められるのは、戸主の死亡による家督相續にかぎる。戸主の隱居・去家・國籍喪失等による家督相續には、適用がない。ただし、そのような人爲的なものについては、前戸主本人の意思を尊重しようとしたものである。

(2) 分配請求權を有するものは、新法によれば共同相續人となるはずであつた者、である。したがつ

て、長子相続の場合には妻と次子以下の子、妻以外の者が指定された場合には妻と直系尊属、妻が指定された場合には直系尊属、直系尊属・妻又は兄弟姉妹の一人が選定された場合には兄弟姉妹・妻・直系尊属がこの請求権を有することとなる。

請求は、新法施行の日から、一ヶ年以内しなければならない。

(3) 相続財産の分配は、當事者の協議又は家事審判所の審判による(附則二七Ⅰ)。家事審判所は、相続財産の状態、分配を受ける者の員数及び資力、被相続人の生前行爲又は遺言によつて分配を受けたかどうか、その他一切の事情を考慮して、分配の可否・額及び方法を決定する(附則二七Ⅱ)。

問題「一〇」相続権の意義とその社會的作用を問う。

一 意義

二 社會的作用

第一 意義

相続権という語は、民法上、二様の意義に用いられている。

(1) 相続開始前における相続人の地位 民法第八百八十八條は「直系尊属たる推定相続人が、相続の

開始前に、死亡し、又はその相続権を失つた場合において、その者に直系尊属があるときは、その直系尊属は、その者と同順位で相続人となる。」と言つてゐるが、ここに言う相続権は、實は權利でなくして單なる希望にすぎない、とも言える。推定相続人と言うのは、もし現在の状態のままでは相続が開始すれば相続人となるであろう人、のことであり、したがつて、相続開始前に状況が變化すれば、推定相続人が相続権を失ふことはあり得るのであつて、その地位は、確定的なものでない。殊に、もし自由遺贈主義をとるとすれば、推定相続人があつても、遺言で、全遺産が他人に與えられ得るから、推定相続人の相続権は、全く單なる希望にすぎぬこととなる。しかし、わが民法の推定相続人は、ある程度その地位を保護されている。すなわち、遺留分を有する推定相続人(一〇二八)は、訴によるのでなければ、その遺留分を奪われない(八九二)。この意味においては、それは、單なる希望でなく、權利であるにちがいない。ただ、その權利は、期待権とでも名づくべきもので、既得権(七八四)でないのは勿論、請求権とも言えないのである。

(2) 相続開始後に於ける相続人の地位 民法第八百八十四條に「相続回復の請求権は、相続人又はその法定代理人が相続権を侵害された事實を知つた時から五年間これを行わないときは、時効によつて消滅する。」と云う。ここでの相続権は、相続後における相続人の地位であつて、相続によつて取得した身

分上・財産上の権利義務の總体を意味する。それは確定して他人の侵害を許さず、もしそれが侵害されれば、相続回復の請求ができること、右の通りである。それは、相続人が相続の結果承継したところの地位を、法律上正當なものとして認めて、これを保護することを内容とする包括的な権利であるから、その性質は、物權的な支配權であるとされている。

第二 社會的作用

相続權の社會的作用は、その社會組織の變遷とともに、動いてきたものであつて、今日においては、家庭的消費生活体をして、その擔當する子孫養育の作用を営ましめるために、これにその經濟的基礎たる財産を與えるにやると言えるであろう。私有財産制度を廢止し得ないかぎり、相続制度も廢止し得ない。しかし、相続制度をしてこの理想に合致せしめるために、その範圍・態容等が検討せられ、また、これに一定の制限が加えられつつあるのである。

【註】 この點の詳細は問題〔二〕の解答参照

問題〔一一〕 相続と不動産登記との關係を論ずべし。(昭二・昭一五行政)

【註】 この問題は、舊相続法のもとにおけるものである。舊相続法では、生前相続(隱居その他)という制度

があつたために、相続と不動産登記との關係については、とくに論ずべきことが多かつた。新相続法では、死後相続にかぎられることとなつたため、問題は餘程簡單なものとなつた。この解答は、勿論新相続法下におけるものである。

一 序

二 相続による不動産物權變動の對抗要件としての登記

三 相続人による不動産の二重讓渡と登記との關係

四 表見相続人の取得せる登記の公信力

五 財産分離の登記

第一 序

一 相続は一の法律要件事實であつて、その法律効果としては、固より、不動産物權の變動と云ふことも、あり得るわけである。而して、わが物權法上の原則として、不動産に關する物權の變動は、登記を以てその對抗要件としている。そこで、相続と不動産登記との關係が、問題となるわけである。

二 ところで、第一に、物權法の對抗要件に關する規定は、本來、意思表示による物權變動を主眼として規定されたものであることは疑がないが、相続という法律要件は、固より、人の意思表示や準法律行

爲を構成要素とするものでなく、人の死亡という社會的事實を構成要素とするものである。しかも第二に、相続による物權變動は——他の一般の物權變動のように——特定承繼でなくして、包括承繼である。そこに、不動産登記との關係において、通常の物權變動と異る、相続の特殊性があるわけである。

第二 相続による不動産物權變動の對抗要件としての登記

相続によつて、被相続人の財産は、すべて相続人に移轉する。その財産中に不動産があれば、これに對する各種物權も、當然、相続人に移るわけであるが、相続人が、この相続による物權變動を第三者に對抗するためには、登記を必要とするであろうか。この點は、舊法のもとでは、隱居その他の生前相続において、最も問題であつた。新法では、相続はすべて死後相続となつたため、この（相続という）物權變動の一方當事者は存在しない關係となるから、登記を問題とする實益は少いものとなつてゐる。しかし、不動産に關するすべての物權變動を、もれなく登記によつて表象しようという理想から云えば、この場合を例外として、登記不要とする理由もない。のみならず、數人が共同で相続したに拘らず、その一人に全部の登記があるような場合には、他の相続人は、登記なくして第三者に對抗し得ない、という結果を認める實益がある。これ、舊法時、判例によつて認められたところである。

第三 相続人による不動産の二重讓渡と登記との關係

一 まづ被相続人より不動産物權の移轉（又は設定）を受けた者は、登記なくして、その相続人に對抗し得るか。換言すれば、民法第七十七條に、不動産物權の得喪變更は登記なくして第三者に對抗し得ない、というその「第三者」中に、當事者一方の相続人が含まれるか。含まれないこと疑ない。何故なら「第三者」とは、當該物權變動の當事者及びその包括承繼人以外の者、を指すと解すべきであり、相続人は、包括承繼人であるからである。したがつて、被相続人より不動産物權の移轉（または設定）を受けた者は、登記なくしても、その相続人には對抗し得ることとなる。

二 しかば、つぎに、右の場合、相続人が、さらに第三者に對して、二重に、不動産物權の移轉（または設定）をしたとすれば、被相続人より物權の移轉を受けた者と、相続人よりその移轉を受けた者と、いづれが優先するか。先に登記を得た方が優先すると、解すべきである。ただし、相続人と被相続人は、この關係においては、同一人格とみなすべきであり、したがつて、同一人による二重讓渡と異別に解すべき理由がないからである。

第四 表見相続人の取得せる登記の公信力

わが物權法では、登記に公信力がない。そこで、相続人が、相続により取得した不動産物權につき、相続による移轉登記をした後、第三者にこれを移轉し、登記をも完了したとしても、その相続人が相続

欠格者であつて、表見相続人にしすぎなかつたとすると、その者は、何等の権利をも取得せず、しつがつて、これより移轉を受けた第三者も、何等の権利を取得しないこととなり、真正の相続人より、返還請求を受ける結果となる。この場合に、真正の相続人は、登記なくして、自己の不動産物権を主張し得るわけである。これらのことは、取引の安全を害することとなるけれども、わが民法の体系としては一應やむを得ないものとして、學說判例とも認めるところである。

第五 財産分離の登記

相続人の固有財産又は相続財産のいづれかが、債務過重である場合、その両者が混同すると、相続債権者（もしくは受遺者）または相続人の債権者のいづれかが、不当に不利益を受けることとなるので、相続の開始後一定期間内に、これらの者の請求により、兩財産を分離して、清算を行う手續を、財産分離と言ふのであるが、その財産中に不動産があつた場合には、これについては、その登記をしなければこれを第三者に對抗することができない（九四五）。そこで、例えば、分離された相続財産中の不動産を相続人が第三者に譲渡した場合、この不動産につき財産分離の登記がしてなかつたとすれば、相続債権者等分離財産の権利者も、その権利をその第三者に主張し得ないこととなるのである。

問題「一二」 相続を中心として生ずる登記の對抗問題を例をあげて説明せよ。

（昭六・石田）

【註】 この問題の解答は、結局、前問題「一一」の解答と同じところへ歸着する。ただ、例をあげよという點だけが、相違することとなる。そこで、ここには、例のみを掲げることとする。

第一例、甲が死亡して、その妻乙と甲の一子丙とがこれを相続した。しかるに、丙は、甲の遺産である家屋の所有権を、單獨で相続登記して、これを丁に譲渡した。乙は、丁に對抗し得るか。乙は成程相続によつて甲より家屋の所有権を——丙と共同で——承継しているが、登記なくしては、丁に對抗し得ない（前問解答第二参照）。

第二例、甲が、その所有の家屋を丁に譲渡して、登記しないうちに死亡した。甲の妻乙が單獨で相続して、その家屋の登記を得た。丁は、乙に對抗し得るか。丁は——登記なくして——乙に對抗し得る（前問解答第三の一参照）。

第三例、甲が、その所有の家屋を丁に譲渡して、登記しないうちに死亡した。甲の妻乙が單獨で相続して、その家屋の登記を得た上、これを第三者戊に譲渡して、登記もすませた。いづれがこの家屋の所有権を取得するか。戊が丁より優先して所有権を取得するか（前問解答第三の二参照）。

第四例、甲が死亡して、その一子丙が單獨で相続し、甲の遺産である家屋の所有権について、相続による移轉登記をして、これを第三者戊に譲渡し、登記もすませた。その後になつて、丙は、相続欠格者であることが分り、甲の父乙より、相続回復の請求をした結果、乙が甲の真正の相続人であることが確定した。乙は戊に右家屋の返還を請求し得るか。請求し得る（前問解答第四参照）。

第五例、甲が死亡して、その妻乙が單獨で相続し、登記もすませた。しかし、乙には莫大な債務があつたので、甲の債権者丁から、財産分離の請求をした。もつとも、遺産中の家屋について、財産分離の登記はしなかつた。そのうちに、乙が、その家屋を第三者戊に譲渡して、登記をすませた。丁は戊に對して、その家屋より辨濟をうけることを主張し得るか。主張し得ない（前問解答第五参照）。

問題「一二三」 相続回復請求權について述べよ。（昭九・近藤）

一 意義及び性質

二 當事者

三 行使及び消滅

第一 意義及び性質

一（意義） 相続回復請求權とは、相続をなす権利がないにも拘らず、事實上相続の効果を保有する者に對し、真正の相続人が、相続權の確認を求め、あわせて財産の返還等のごとき相続の効果を回復を請求する權利を云う。

二（沿革） 法律上相続人でない者が、事實上被相続人の地位を承繼し、相続の効果を享有している場合に、真正の相続人より、相続の回復を求めに際して、單に個々の物權債權等にもとずく請求權でなく、相続回復請求權と云う獨立の請求權の觀念を認めることは、ローマ法以來の傳統であり、獨民法・瑞民法は成文を以て規定をなし、佛・奧等においても、解釋によつて略同様の結果に達している。わが民法は、第八百八十四條において、相続回復請求權の時効について規定しているにすぎないので、その理論構成については争がすくなくない。

三（本質） 相続回復請求權が、相続によつて承繼した個々の權利にもとずく各個の請求權の集合を意味するにすぎないか、あるいは相続によつて承繼した個々の權利の侵害による結果を、包括的に回復することを目的とする單一の權利であるか、については、争があるが、今日では、ローマ法における相続回復請求權の本質としても、わが現行法の解釋としても、實體法上は個別的請求權の集合であつて、それと別個に單一獨立の請求權が競合して存するわけではなく、ただ訴訟法上單一訴訟手續によつて、各種

の効果を発生せしめ得る點に特質がある、とするのが通説である。而して、それは、自己の真正な相続にもとずき、その侵害を排除し、且つ相続人の地位の回復を請求する權利であつて、相続權の確認と相続財産の返還とを内容としているので、その訴は、確認の訴と給付の訴との併合された性質をもつものと、解せらるべきである。

第二 當事者

一（請求權者） この請求權を行ひ得るのは、真正の相続人にかぎる。相続人の法定代理人において代理行使することは妨げないが、相続人の相続人はもはや先代の回復請求權を承繼し得ない。相続權のない者が、他人のなした相続の無効を主張し、その確認を求めるとは許されず、とされている。ただし、表見相続人の地位を否認するか否かは、相続人の自由に委ねらるべく、第三者の干渉を許されないものと解されているのである。

二（相手方） 事實上相続權を侵害している表見相続人である。如何なる場合に表見相続が行われたものと見るべきかは、要するに具体的個別的に決するのはかない。固より表見相続人の善意・悪意・過失無過失は問うことなく、また、何等かの利益を現に享受することも必要としないが、單に相続人でない者がみずから相続人と僭稱しているだけでは、必ずしも相続權の侵害があつたものと云えない。表見

相続人の相続人もまた表見相続人にほかならないから、彼に對しても相続の回復を請求することができ。しかし、表見相続人から相続財産を轉得した第三者に對し、真正相続人よりその返還を請求するのは、相続回復請求權でないとするのが判例である。

第三 行使及び消滅

一（行使） 相続回復請求權は、實際上、ほとんど常に訴訟の方法で行使せられるけれども、裁判上の行使は、回復請求權の唯一の行使方法ではない。したがつて、裁判外の請求もまた、時効を中斷するに足ると解されている。その請求は、すべての相続財産を一括してするのが普通であるが、個々の具体的財産について請求した場合でも、いやしくも自己に相続權あることを主張して表見相続人に現状の回復を求めらるべきである。それは、相続回復請求權の行使と見られている。

二（時効） 相続回復請求權は、相続人又はその法定代理人が、相続權を侵害された事實を知つた時から五年間行わないときは、時効によつて消滅する。相続開始の時から二十年を経過したときも、同様である（八八四）。相続權侵害の事實を知るといふのは、單に表見相続人が相続をなした事實の了知を意味するのではなく、自己が真正相続人なるにかかわらず、その地位を他人に侵されていることを知るの謂である。

時効の援用は當事者にかぎるから、表見相續人以外に援用權者なく、表見相續人より相續財産を讓受けたものは、相續回復請求權の時効による保護を、みずから主張し得ないと云うのが判例である。また回復請求權の消滅時効完成以前には、表見相續人は、一般時効により相續財産の取得を主張することもできない、という判例になつてゐる。

三(拋棄) 相續權はその拋棄を許す(九一五)のであるから、相續回復請求權もその拋棄を許すものと解しなければならぬ。

四(消滅の効果) 相續回復請求權の消滅により、表見相續人は、遡及的に、相續權を取得したものと見て取扱われるから、表見相續人が相續人としてなした行爲は、すべて遡及的に有効となる。

問題「一四」表見相續人の地位を論ず。

一 表見相續人の意義及び地位

二 表見相續人と真正の相續人との法律關係

三 表見相續人と第三者との法律關係

第一 表見相續人の意義及び地位

一(意義) 表見相續人とは、法律上相續人となり得ないにかかわらず、事實上、相續の効果たる身分上・財産上の地位を保有する者を言う。僭稱相續人という語を用いることもあるが、相續人たることをみずから僭稱することは、表見相續人たるの要件でないから、それは妥當な表現となし得ない。

二(地位) いやしくも、何人が相續人となるか、が法律で定められているかぎり、法律上相續順位にない者や相續欠格者が、事實上、相續の効果享有している場合には、法として、真正の相續人の地位を保護すべきことは勿論であるが、他面、その表見相續人を中心として、各種の法律關係が事實上構成されるに至つてしまつた以上、これを全く破壊し去ることは、法的安全を害すること甚しい。ここに法における靜的安全と動的安全との矛盾を生ずる。表見相續人の地位を法がある程度まで保護しようとすることは、彼自身のためではなくして、法の理想とする法的確實性乃至取引安全保護の目的に出でたものにはかならない。而して、各國の立法例では、この點に關する種々の規定があるのであるが、わが民法の規定は甚だ不備であるため、解釋上異論をまぬがれぬのである。

第二 表見相續人と真正の相續人との法律關係

一 表見相續人の地位は、真正の相續人によつて覆滅せられる。ただ、この目的のために、真正の相續人に與えられた權能は、相續回復請求權だけである。したがつて、表見相續人は回復請求權の行使によ

るのでなくして、個々の債権又は物権の行使によつて、相続財産の返還を請求せらるることはない。もつとも、回復請求は、相続財産に對して包括的になされるとはかぎらず、個々の相続財産に向けられることもあり得る。しかし、いづれにしても、真正の相続人またはその法定代理人が相続権侵害の事實を知つた時から五年、または相続開始の時から二十年を経過すれば、回復請求権は時効によつて消滅するから、表見相続人の地位は安定するわけである（八八四）。

二 真正の相続人より相続回復の請求があつたときは、表見相続人は、その現に占有する相続財産をこれに返還しなければならない。相続財産より果實を生じた場合には、表見相続人が悪意なるかぎり、返還義務を有するものと解せられる（一八九・一九〇）。その他、返還については、不当利得の原則によることとならう。相続財産に關する費用は、相続財産より支出せらるべきであるから（八八五）、表見相続人が自己の固有財産中より之を支出したときは、真正の相続人から、その償還を求め得る。逆に、表見相続人の行爲が不法行爲に該當する場合には、真正の相続人は、これによつて蒙つた全損害の賠償を求めべきこと、勿論である。

第三 表見相続人と第三者との法律關係

一 表見相続人の地位を、第三者から覆滅させることは出来ない、とするのが判例である。すなわち、

第三者が、相続回復請求権を行使し得ないのは勿論、真正の相続人が回復請求権を行使しない前に、第三者が表見相続人の行爲（例えば相続財産中の債権の行使）の無効を主張することも、許されないものと解されている。

三 相続回復以前における表見相続人と第三者との法律關係は、どのような効力をもつか。取引安全保護の見地より、民法第三十二條を準用して、善意の第三者の行爲は、効力を失わず、と解すべしとする説がある。しかし、解釋論としては無理がある。通説は、第三者が、動産物權の善意取得の規定（一九二）債權の準占有者に對する辨濟の規定（四七八）等によつて保護されないかぎり、遡つて無効となるものと解している。

四 相続の回復により、表見相続關係は消滅するに至るから、爾後、表見相続人たりし者は、第三者に對しても、何等その地位を主張し得ないこと勿論である。

問題「一五」新相続法に於ける相続順位について述べよ。

一 改正の要旨

二 相続順位の概要

第一 改正の要旨

一(序) 相続順位に關する規定は、今次の改正により、最も重大な修正を受けた點の一つである。その改正の要旨は次の如くである。

二(配偶者の順位) 被相続人の配偶者は、常に相続人となる(八九〇)。しかも、それは、いわゆる順位の外にある相続人であつて、第一乃至第三順位の相続人があるかぎり、それらの者に優先して、獨占的に相続人となることはないとともに、どの順位の相続人によつても優先せられることなく、常に、それらと同順位で相続人となる。これ、主として、寡婦の相続権を保障しようとする目的に出たものであり、女性の地位を高めんとするものにほかならぬ。

三(直系卑屬の順位) 舊法で、最も重要な作用をしていた家督相続においては、獨占相続であつたから、直系卑屬間においても、順位の優劣の生ずるのを免れなかつたが、新法では、親等の同じであるかぎり、男女を問はず、嫡庶にかかわらず、すべて同順位なるものとした(八八七)。個人の平等を徹底せしめんとしたものである。

四(兄弟姉妹の順位) 舊法では、遺産相続に關するかぎり、兄弟姉妹に相続権がなかつたが、新法では、兄弟姉妹は第三順位の相続人となつた(八八九)。

第二 相続順位の概要

一(第一順位) 第一順位者は被相続人の直系卑屬であるが(八八七)、配偶者があれば、これと同順位で加わる(八九〇)。

(1) 直系卑屬は、親等の異なつた者の間では、その近い者を先にし、同親等の者は、同順位で相続人となる。

(2) 親等が同じである限り、他家へ養子に行つたものも、他家に嫁したのものも、平等である。養子が家女と婚姻している場合には、それぞれ一人分づつ相続する。氏の異同、親権の有無、監護を受けるかどうか等とは無關係である。もつとも、相続分は必ずしも平等でない(九〇〇4)。

(3) 舊法の繼親子關係や嫡庶子關係は認められないから、先妻の子は後妻の相続人でなく、先夫の子も、妻の連子も、夫の相続人ではない。また庶子は本妻の相続人ではない。

(4) 直系卑屬については、代襲相続が認められる(八八八)。

(5) 配偶者については、代襲相続は認められない。例えば、妻の連子は、妻の死亡後に夫の相続が開始した場合にも、妻を代襲して相続することはない。また、配偶者の一方が、他方を代襲することも認められない。例えば、長男が死亡した後に相続が開始しても、長男の妻は、長男を代襲して二男以下と

ともに相続することはない。

二(第二順位) 第二順位者は、被相続人の直系尊属であるが(八八九一)、この場合にも、配偶者があれば、これと同順位で加わる(八九〇)。

(1) 直系尊属は、親等の異なつた者の間では、その近い者を先にし、同親等の者は、同順位で相続人となる(八八九一・八八七)。

(2) 直系尊属についても、代襲相続を認めない。

三(第三順位) 第三順位者は、被相続人の兄弟姉妹であり(八八九二)。この場合にも、配偶者があれば、これと同順位で加わる(八九〇)。

(1) 兄弟姉妹相互は同順位である(八八九一)。もつとも、相続分は必ずしも平等でない(九〇〇四)。

(2) 兄弟姉妹については、代襲相続を認める(八八九一)。

四(其の他) 配偶者だけあつて、直系尊属も直系尊属も兄弟姉妹もないときは、配偶者一人で相続することとなる(八九〇)。配偶者もないときは——舊法のように、他の親族とか戸主には相続権がなく——直ちに、相続人の不存在の手續をとることとなるのである。

問題「一六」代襲相続とは何か。

一 總説

二 要件

三 効果

第一 總説

一(意義) 代襲相続とは、法定相続権ある者が相続開始前に死亡その他の事由により、相続権を失つた場合、その者の直系尊属がその者の相続順位において相続することを言う。代位相続・代承相続・承祖相続などとも呼ばれている。

二(沿革) 代襲相続制度の歴史はきわめて古く、ギリシア、ローマにおいて、すでに認められていたと言われる。ゲルマン民族やイギリスでは、中世までこの制度がなかつたようであるが、今日にあつては、諸國みな均しくこれを認めると言つてよい。わが古法の、嫡孫承祖という慣習法が、直ちに今日の代襲相続制度の濫觴となし得るかどうかについては、争があるが、舊民法の制定とともに、この制度はわが國でも、確立した。

三(本質) 代襲相続制度は、法定相続権の發達安定の程度にしたがつて發生するものである、と言わ

れる。すわなち、相続権が、法定的の確實さをもつようになつてはじめて、その法定相続人の相続開始前における相続権喪失が、その直系卑属のために問題とせられるのである。けだし、法が、その理念にもとずいて、ある者に遺産を承継せしめようとした場合、それが偶然の事情によつて亂されることは、望ましくないし、ことに、相続による財産の承継が、承継者に、その生活上の經濟的基礎を與えるためのものであるならば、相続人が、相続開始前に相続権を喪失した場合、この者によつて自己の消費生活を保障すべき地位にあつたその直系卑属に、同順位の相続権を與えることが、合理的であるとせられねばならぬのである。

一 要件

一（被代襲者） わが新法で、代襲相続の認められているのは、直系卑属と兄弟姉妹だけであつて、配偶者と直系尊属とは、それが認められない。

(1) 直系卑属。被相続人に長男と次男とがあつて、長男が相続開始前に死亡し、これに三子があつたとすると、その三子が長男に代り、次男と同順位で、相続人となる。（相続分は——配偶者なきものとして——次男が六分の三、長男の三子が六分の一つつとなる。）

(2) 兄弟姉妹。被相続人の弟と妹とが相続人たるべき場合に、弟の方が相続開始前死亡し、これに二

子があつたとすると、その二子が弟に代り、妹と同順位で、相続人となる。（相続分は、妹が四分の二、弟の二子が四分の一つつとなる。）

(3) 配偶者。妻は常に夫の相続人となるが、夫の相続が妻の死亡後に開始した場合（わかりやすく言えば、妻が夫よりさきに死亡した場合）には、妻の連子（妻の子であつて、夫の子でないところの者）は、妻を代襲して夫を相続することができない。

(4) 直系尊属。被相続人の父母が相続人となるべき場合に、父が相続開始前死亡しても、その子（被相続人の兄弟）は、父を代襲して相続することができない。もつとも、この場合に、母もないとすると父や母の子は、被相続人の兄弟姉妹として、固有の相続権を取得するわけであるから、實際上は、大した問題がない。

二（代襲者） 代襲者は、相続人たるべき者の直系卑属である。

(1) 直系卑属は、代襲の際現存するものにかぎられ、胎兒であつたり、後から生れた者では、代襲し得ないと解されている。胎兒は、相続については、既に生まれたものとみなされるが（八八六）、それは相続開始の際に胎兒たるものだけにかぎられ、代襲すべき時に胎兒たるものには適用がない、というのが判例である。

(2) 被代襲者の配偶者は、代襲するわけにゆかぬ。被相続人に長男と次男とがあつて、長男が相続開始前に死亡し、これに妻があつたとしても、その長男の妻は、次男とともに、相続人となることはできない。

三(代襲原因) 相続人たるべき者が、相続開始前に、相続権を失うことである。最も普通にはその死亡であるが、離縁とか、相続欠格とか、廢除の場合でも、代襲せられるに妨げない。

第三 効果

一(順位) 代襲者は、被代襲者の順位において相続人となる。したがつて、被代襲者より先順位の相続人ができれば、代襲権は消滅する。例えば、被相続人の兄が推定相続人である場合に、この者が死亡すると、兄の子が兄を代襲して相続権を得るが、その後、被相続人の子が生れると、兄の子の相続権は消滅する。

二(相続分) 代襲相続人の相続分は、被代襲者の相続分と同じである。しかし、代襲者が数人あるときは、それらの者の間で、被代襲者の相続分を共同相続することとなる。その實際の結果は、前に述べたとおりである。

問題「一七」胎兒の相続能力を説明せよ。

一 總説

二 民法の規定

第一 總説

一(胎兒の法的地位) 胎兒とは、母の胎内にあつて未だ出生しない子を言う。一般に、人の権利能力は、出生によつてはじまるから(一三三)、まだ出生しない子である胎兒には、権利能力のないのが原則である。しかし、この原則を貫いて、胎兒は常に権利能力がないものとする、かえつて人情に反する場合を生ずる。そこで、各國の法律は皆多少の例外を設けて、一定の条件のもとに、胎兒の権利能力を認めている。

二(胎兒の相続能力) 相続能力は権利能力の一局面であつて、権利能力なきものは相続能力もあり得ないから、胎兒は相続能力をもたないのが原則である。しかし、右に述べたような理由から、胎兒の権利能力が——制限的に——認められる場合には、その相続能力の認められるのが通例である。すなわち胎兒が生きて生まれることを条件として、すべての法律關係において(瑞民)、又は胎兒の利益の爲めに(中民)、一般的に既に生まれたものとみなす立法主義においては勿論、生まれたものとみなすべき事項

を、個別的具体的に列挙する立法主義においても、相続については、これを擧げるのを例としているのである。(獨民一九二三・佛民七二五等)。

第二 民法の規定

一 (胎兒の相続能力) 民法第八百八十六條は「胎兒は、相続については、既に生まれたものとみなす前項の規定は、胎兒が死体で生まれたときは、これを適用しない。」と規定した。これ胎兒については、一般的に権利能力なしとする前提のもとに、相続の關係においてのみ、これを認めたものにはかならぬ。而して、胎兒に相続能力あるは、固より被相続人の直系卑屬の場合のみとかぎらない。その兄弟姉妹についても、同様である(配偶者や直系尊屬が胎兒である場合は考えられぬ)。胎兒の相続順位や相続分はそれが生まれた場合における相続順位や相続分であることも、言を俟たぬのである。

二 (胎兒の法的地位) 胎兒が生まれたものとみなされるのは、それが生きて生まれた場合にかぎられる。そこで、胎兒の法的地位(その権利能力の法的性質)が問題となる。判例及び多數説は、胎兒中には権利能力がなく、生きて生まれた時に、その出生期が相続開始の時までさかのぼるものとする。すなわち、出生を法定の停止条件として、相続開始時に遡り遡及的に、相続能力を有するというのであつて停止条件説又は人格遡及説とよばれる。この説によるときは、胎兒中には法定代理人も存在し得ないこ

ととなり、胎兒が單獨で相続すべき場合、相続財産を如何に管理すべきか、が問題となる。これに反して、少數説は、胎兒中にも、生まれたものとみなされる範圍において、制限的な権利能力があり、生きて生まれなかつたときは、遡及的にこの権利能力が消滅するものと解する。すなわち、相続開始の當時すでに相続能力を有し、死産を法定の解除条件として、相続開始時に遡り遡及的にこれを失う、というのであつて、解除条件説又は制限的人格説とよばれる。この説によるときは、法定代理人も存在し得るし、遺産は、それによつて管理されることとなるわけである。昭和二年の相続法改正要綱は、「相続ニ關シ胎兒ノ利益ヲ保護スル爲メ管理人ヲ置クコトヲ得ルモノ」としていたが、新法では、この種の規定が設けられなかつたので、この點は、依然として、解釋論に委ねられることとなつていたのである。

問題「一八」相続欠格を説明せよ。

一 總説

二 欠格原因

三 欠格の効力

第一 總説

一（意義） 相續欠格とは、ある被相續人を相續すべき順位にありながら、その者をして相續せしめることを不相當とする一定の法定事由があるがため、その被相續人を相續する資格を喪失することを言う。一定の事由があつた場合、法律上當然喪失する點で、廢除と異なる。

二（本質） そもそも、相續による財産の承繼は、承繼者に、その生活上の經濟的基礎を與えることを目的とするものであるが、それは、當然、被相續人と相續人との間に、一定の連鎖的親近關係があることを前提とする。もしそうした關係がないならば、その相續人に、その被相續人の財産を承繼せしめることによつて、生活上の經濟的基礎を得させることは、合理的でなくなるであろう。而して、右のような親近關係の所在を、一般的平均的に把握し、一定の身分關係ある者は、かかる親近關係に立つを常とするという原則を、立て貫くことによつて、個人的恣意による歪曲を防ごうとするのが、法定相續主義である。そこで、一定の身分關係ありながら、相續を正當ならしめるような親近關係に立たない者、ならびに法定相續主義の機構を確保するために設けなければならなかつた秩序そのものを侵犯するような者は、相續權を附與保障せられるに値しないものであり、かくして、原則的には相續し得べきにかかわらず、一定の原因事實あるときは、相續欠格として、相續權が、法律上剝奪せられるのである。

第二 欠格原因（八九一）

一 故意に被相續人または先順位、同順位の相續人を殺害し、または殺害しようとしたために處刑せられたこと。正犯たと従犯たとを問わないが、傷害致死を含みます（判例）。先順位相續人が胎兒の場合に墮胎をなさしめた者とか、被相續人の自殺を教唆した者のごときも、欠格者として取扱われない。處刑を要件とするから、正當防衛とか、公訴の時効、大赦、死亡等により公訴權が消滅した場合とかは、相續欠格とならない。しかし、相續欠格の原因たる犯罪が、相續開始前になされれば足り、刑の言渡は相續開始後たるを妨げない。

二 被相續人の殺害を知りながら、告發または告訴しなかつたこと。もつとも相續人に辯識能力なく、または自己の配偶者もしくは直系血族が殺害者なる場合は除外する。この規定は血族復讐の觀念に由來するのであつて、私訴・公訴の別がなかつた時代の遺物にすぎない。國家權力が十分に發達し、告訴・告發が私人の義務でなくなつた今日においては、もはやその存在理由を有しないものであつて、立法論として非難せられている。なお、犯罪が、相續人の告訴・告發をまたすして、官憲により捜査を開始せられている場合には、告訴・告發は不要であるから、これを怠つても欠格とはならない（判例）。

三 詐欺・強迫によつて、被相續人の相續に關する遺言・その取消・變更を妨げたこと。相續に關する遺言とは、相續人の地位、またはその承認すべき權利義務に影響を及ぼすべき遺言を言い、後見人の指

定のごとき單純なる親族法上の事項を内容とする遺言を包含しないが、私生子の認知の効力が相続人の地位に影響を及ぼす場合には、これを内容とする遺言をも包含するものと解されている。

四 詐欺・強迫によつて、被相続人に、相続に關する遺言・その取消・變更をなさせたこと。その結果が、相続人に有利であるか否かは、問うところでない。

五 相続に關する被相続人の遺言書を偽造・變造・破棄・隠匿したこと。故意行爲に出たものであることは勿論である。

第三 欠格の効力

一 (効力の發生) 欠格原因たる事實の發生により、相続人は法律上當然にその相続權を失う。別に裁判上の宣言を要するものではない(判例)。これはスイス民法と同じ立法主義であつて、ドイツ民法では利害關係人の申請をまつて、その相続が取消され得ることとなつてゐる。

二 (効力の内容) 欠格の効力は、人的關係においては相對的であり、特定の被相続人に對してその相続人となり得ないだけであるし、また欠格者の一身にとどまり、その直系卑屬には代襲相続權がある。しかし、時間的關係においては絶對的であつて、何十年を経て後に相続が開始しても、欠格者は相続することがなく、もし表見上相続したとしても、實質は何もないから、全くの無權利者であり、このため

に、取引の安全をおびやかすことは少くない。

三 (効力の消滅) 欠格原因あるにかかわらず、その効力を生ぜしめないことができるか。欠格原因事實があつた場合、法は、被相続人と相続人との協同關係が破られたものと認めるわけであるが、法のその認定にもかかわらず、もし被相続人がしからざることを宣言するならば、法も、あえて被相続人のその意思を無視してまで、法的認定を強制する必要はないのであるまいか。これ、相続欠格を被相続人が宥恕し得るか、の問題である。しかし、わが通説は消極に解している。

なお、右の宥恕を認めないとするれば、それ以外には、一度發生した欠格の効力を消滅せしめる方法はない。この點も廢除と異るところである。

問題「一九」 相続人の廢除について述べよ。

一 總説

二 廢除の要件

三 廢除の効力

四 廢除の取消

第一總説

一（意義） 相續人の廢除とは、被相續人が、一定の事由ある場合に、遺留分を有する推定相續人の相續權を、消滅せしめることを言う（八九二）。被相續人の意思にもとづく點で、相續欠格と異なる。また、廢除は、遺留分を有する推定相續人、すなわち、配偶者・直系卑屬・直系尊屬に對してのみ認められるものであつて、遺留分を有しない推定相續人、すなわち、兄弟姉妹については、廢除と言うことはあり得ない。ただし、この場合には、相續財産の全部を他人に遺贈することによつて、廢除と同じ目的を達し得るからである。

二（本質） 元來、相續による財産の承繼は、承繼者に、その生活上の經濟的基礎を與えることを目的とするものであるが、それは、當然、被相續人と相續人との間に、一定の連鎖的親近關係があることを前提とする。もし、そうした關係がないならば、その相續人に、その被相續人の財産を承繼せしめることによつて、生活上の經濟的基礎を得させることは、合理的でなくなるであろう。ところで、法定相續主義は、右のような親近關係の所在を、一般的平均的に把握し、一定の身分關係ある者の間に原則として存在するであろうところの關係を想定して、その親疎にもとずき、万人一律に、相續權の有無を決しようとするものであつて、實際には、幾多の例外的な場合を生ずべきこと、固より言をまたない。その

例外中、とくに甚だしく法の豫想した原則に反するものだけは、これを相續欠格として、法律上當然その相續權を剝奪する方法をとつているのであるが、親近關係のこれれ方が、欠格とするほどには甚だしくなく、しかも、やがてはその程度になるかも知れぬ可能性だけは認め得られるという場合において、被相續人の意思により、推定相續人の地位を動かし得る道を開いた。これすなわち、相續人の廢除であり、法定相續主義の安全瓣と呼ばれる所以である。

三（改正の要點） 舊法では、相續の主たるものが戸主たる地位の承繼と考えられていた關係から、廢除についても、家族法的色彩が少なくなかつたが（舊九七五）、新法は、相續を純然たる財産の承繼たらしめたので、廢除の制度からも、家族法的色彩が消えて、近代的な——右に述べた本質さながらの——ものとなつた。

第二 廢除の要件

一（實質的要件） 廢除の實質的要件は廢除原因の存在である。すなわち、相續人に、次のいづれかの廢除原因がなければならぬ（八九二）。

(1) 被相續人に對する虐待 判例によると、老齡の被相續人に噛みつき、負傷させ、且つこれを突き飛ばしたり、老齡の被相續人を長時間繩で制縛し流血させることは、虐待であるとされている。

(2) 被相続人に對する重大侮辱 養父たる被相続人に對し告訴を提起したり、被相続人を馬鹿親爺等と罵倒し、且つ襟頸を捕えて引摺り廻し、病氣しても顧みないようなのは、重大侮辱であるという判例がある。もつとも、被相続人の側において相続人を遇するにその道をもつてしなかつたり、相続人の所業が一時の激情に出たような事情のあるときは、必らずしも廢除の原因とならない(判例)。

(3) 相続人の著しい非行 被相続人に對して悪罵し、もしくは反抗し、または被相続人を遺棄する等前二項に當らない被相続人に對する非行とか、家出・行方不明・不行跡等がこれに當るであろう。單に親の意に背いた結婚をしたというようなことで、たやすく廢除を認むべきでない。

二(形式的要件) 廢除の形式的要件は、廢除權者の請求による家事審判所の廢除の審判である。

(1) 廢除權者 被相続人に限られるが、遺言を以て廢除請求の意思を表示した場合には、遺言執行者が、廢除の請求を起すべきことになっている(八九三)。意思能力さえあれば、何人の同意をも要せず、代理にも親しまない。

(2) 方法 廢除の意思表示は、家事審判所に對する請求または遺言を以てなさねばならない(八九二・八九三)。後者の場合、遺言執行者が、家事審判所に對し廢除の請求をすべきことについては、前述の通り。被告は、廢除さるべき推定相続人である。審理の繼續中、被相続人が死亡したときは、遺産の管理

について選任された管理人(八九五)が、原告の地位を承繼する(判例)。

第三 廢除の効力

一(効力の發生) 廢除の効力は、廢除の審判確定と同時に發生する。もつとも、廢除の審判確定前に相続が開始した場合には、廢除は、廢除者たる被相続人の死亡の時に遡つて、その効力を生ずるものとせられる。遺言廢除については規定があるが(八九三)、他の場合でも同様である。

二(効力の内容) 廢除により、被廢除者たる推定相続人は、相続を期待し得べき地位から廢除され、相続權を喪失する。廢除は、ただ相続權を喪失せしめるだけであり、固より親族關係を消滅せしめるものではない。したがつて、廢除後も、扶養の權利義務等は存續する。また、廢除者に對する相続權を失うだけであることも、勿論である。

三(効力の範圍) 廢除の効力は、被廢除者の一身についてのみ生じ、その直系卑屬・配偶者などには及ばない。したがつて、被廢除者の直系卑屬は、被廢除者の地位を代襲して、直接に廢除者の推定相続人となる(八八八)。また、被相続人と被廢除者との間に、廢除後新たに相続權を發生せしめるような身分關係を生じたとき(廢除後被相続人の養子となる如き)は、被廢除者は、廢除の取消を受けなくともその新身分關係にもとすいて、被相続人を相続するものと解されている。

第四 廢除の取消

- 一 (意義) 廢除の取消とは、廢除の効果を將來に向つて解消せしめることを言う。
- 二 (要件) 被相続人は、何時でも、廢除の取消を家事審判所に請求することができる(八九四I)。すなわち、廢除の取消には、實質的要件はなく、形式的要件としては、廢除者の請求による家事審判所の廢除取消の審判である。なお、廢除取消の意思表示は、遺言によつてもなし得ることとなつてゐる(八九四I)。
- 三 (効力) 廢除の取消は、廢除の効果を、原則として將來に向つて消滅せしめる。したがつて、被廢除者は、爾後相続權を取得し、推定相続人たる地位を回復する。廢除の取消が遺言でなされたとき、その他廢除取消の審判確定前に相続が開始した場合には、廢除取消の効果は、被相続人死亡の時に遡つて生ずることとなる(八九四I・八九三)。

問題「二〇」養子の相続法上の地位を説明すべし。(昭一〇・昭一一・末弘)

一 序

二 舊法上の地位

三 新法上の地位

四 經過的規定

第一 序

わが舊親族法は、女婿となすためにする養子(いわゆる婿養子)について、普通の養子と異なる取扱をしてゐたし、また、舊相続法は、家族主義的相続制度たる家督相続制度を認めていたが、そこにおいては、一般に養子は實子と若干の異なる取扱をうけていた。それらのことから、養子の相続法上の地位が、とくに問題とされたのである。しかるに、新法は、家督相続制度を廢止し、婿養子というものも——別段禁じてはいないけれども——特殊の法的規制の対象としなくなつたので、養子の相続法上の地位として論ずべきことは、ほとんどなくなつた。ただ若干の經過的規定が注目せられるだけである。

第二 舊法上の地位

- 一 (序) 舊相続法上、とくに家督相続において、養子は如何なる地位を有していたか。それを、ごく大まかに概観することとしよう。
- 二 (原則) 舊法においても、養子は、一般に、嫡出子としての相続權を有していた。ただ、家督相続は獨占相続であり、しかも同順位者間においては、年齢の長幼が、きわめて重要な意味を有していたが

(舊九七〇I五)、その點について、養子は、その自然的年齢によらず、養子縁組により嫡出子の身分を取得した時生れたものとみなされていたから(舊九七〇I)、實子に比べて若干の不利があつた。

三(例外) とくに婚養子は、一般の養子に比し、家督相続上、さらに不利な地位にあつた(舊九七三)。この規定の解釋については、學說上争いがあつたが、通説は、例えば、婚養子が縁組により嫡出子の身分を取得した後、實男子が生まれた場合でも、家督相続については、實男子が優先するものと解していた。

第三 新法上の地位

一(相続権) 養子は、新相続法上、嫡出子としての相続権を有する。

(1) 養子の相続分・遺留分等すべて實子たる嫡出子と異るところがない。新法は、共同相続主義であるから、年齢の長幼は問題とならぬ。

(2) 舊法の婚養子のごとく、養男子が養親の娘と婚姻することも、禁ぜられてはいない。この場合には、養子と娘とが、それぞれ一人分づつ相続すること勿論である。

(3) 養子縁組をしても、實子としての相続権を失うことはない。養子がさらに養子縁組をすれば、それぞれの資格で、相続権を有することとなる。

二(祭祀の承継) 祖先の祭祀の承継についても、とくに實子と養子とで區別はない。ただ、養子が、相続その他の理由(例えば養親の贈與)により、祖先の祭祀を承継した後、離縁(または縁組の取消)する場合には、當事者その他の關係人の協議または家事審判所の審判により、その承継者が定められること(八一七・八〇八・七六九)を注意すれば足りる。

第四 經過的規定

一(財産分配請求) 新憲法施行とともに施行された民法應急措置法は、家督相続を廢止した。そこで養子が舊法上で戸主になつていて、應急措置法施行後、縁組の取消、または離縁した場合には——舊法なら家督相続が開始した管であるが——もはや何等の相続も開始することはない。ところで、その養子の有する財産中には、養家で家督相続により取得したものが少くない管であるから、それを、すべてそのまま、離縁後も養子たりし者の個人的財産としておくことは、決して妥當でない。それ故、新法は、このような場合、養親またはその相続人から、養子たりし者に對して、財産の一部の分配を請求し得ることとした。分配は、協議により、協議不調の際は、家事審判所の審判による(附則二八・二七)。

二(祭祀の承継) 右の場合、養子が、戸主として祖先の祭祀を承継するために、系譜等の所有権を有していたとすれば、それらのものは、どう取扱われるか。附則には規定がないが、第八一七條・第七六

九條に準じて、その承継者を定めるべきものと解されている(第三の二参照)。

問題「二一」婿養子の相續權を論ぜよ。(昭七・行政)

婿養子とは、養子縁組と同時に養親の娘と婚姻した者を言い、舊法では、特殊の地位を與えられていた(舊八三九・九七三)。新法でも、養子縁組と同時に養親の娘と婚姻することは、禁ぜられていない。しかし、普通の養子の場合と異なる取扱を受けることはないから、婿養子の相續權の問題は、養子の相續權の問題にはかならずぬ。したがって、問題「二〇」の解答に述べた以上につけ加うべきことはない。

問題「二二」寡婦の相續權。(昭六・穂積)

一 總説

二 舊法の概観

三 新法に於ける寡婦の相續權

第一 總説

一 (沿革) 寡婦とは、その夫が死亡した妻、所謂未亡人を言う。夫が死んだ場合、その妻が何を相續

するかの問題は、歴史上かなり複雑な變遷をとげてきたものであつて、一面においては、父權的家族觀念の強烈にしたがつて、すなわち古代に遡るにしたがつて、寡婦の相續權が弱くなり、遂には不要とせられ、不當なりとさえ考えられるに至るのであるが、また他面に於ては、かなり古くから、法律が、寡婦の弱い地位を保護しようとした事實もある、ということである。

二 (現代的意義) 相續制度の目的が、被相續人の親近者に對し、その死亡後における生活維持のため必要な財産を承繼せしめることにありと解すれば、被相續人と最も親近の關係にあり、且つその生前これによつて生活を支持されてきた配偶者が、優先的に、相續權を與えらるべきことは當然であろう。ことに、配偶者の一方が婚姻生活中に得た財産のごときは、その實質において、配偶者の協働によりかち得られたものであり、その意味では、兩者の共有とも見得るものであつて、それ故にこそ、離婚の際における財産分與の請求も認められるのであるが(七六八)、これと同じ意味において、夫の死亡の場合においても、寡婦にその財産の一部が分與されなくてはならない。かくて、近代法は、寡婦の相續權を承認するに至つていたのである。

三 (形式の問題) 廣い意味で寡婦の相續權というとき、まづその形式の問題がある。すなわち、夫死亡後の寡婦の財産權を、(1)純然たる相續權(固有の意味での)として規定すべきか、(2)夫婦財産制の効果

として認むべきか、(3)あるいは亡夫の遺産に對する扶養請求權の形式において規定すべきか、(4)同法であつて、第一の形式の立法例として英・ソの民法、第二の形式のものとして瑞典民法、第三の形式として併用するものとして佛・白民法があげられている。

四(内容の問題) 寡婦の相続權の内容の問題としては、(1)生存配偶者が夫たると妻たるとを問はず同一の權利を認むべきか、あるいは寡婦に對しては比較的優越なる地位を認むべきか、(2)亡夫に近親の相続人ある場合、これとらんで如何なる程度の共同相続權を寡婦に與うべきか、(3)夫婦共同の直系卑屬ある場合と、これなき場合につき、寡婦の相続權に差異を認むべきか、(4)寡婦の獨占的單獨相続權を如何なる順位において認むべきか、(5)亡夫との婚姻期間の長短により寡婦の權利に何等かの差異を設くべきか、(6)寡婦再婚の場合には既に取得した權利を喪失するものとなすべきか、あるいは何等かの制限を加うべきか、等の問題が検討されねばならぬのである。

第二 舊法の概観

一(概観) わが舊相続法では、寡婦は、家督相続に關しては甚だ弱い地位にあり、遺産相続に關してはいくらか良い状態になつていた。けだし、家督相続法では、父權的家族思想が、より強い力をもつていたからにはかならない。而して、昭和二年の相続法改正要綱は、全般的に、寡婦の地位を高める方向をとつていた。

二(家督相続) 家督相続人としての寡婦の順位は、法定の推定家督相続人たる直系卑屬がなく、且つ指定家督相続人も存在しない場合に、はじめて問題となるのであるが、それも當然に法定相続權が認められるのではなく、選定權者の選定をまつて家督相続人となるのであるから、選定されないという危険も多分にある。のみならず、選定には順序があり、家女たる寡婦ならば亡夫の兄弟姉妹に先んずるけれども、通常の寡婦は、被選定順序が亡夫の兄弟姉妹よりもおくれることになつていた(舊九八二)。昭和二年の改正要綱は、家督相続人が寡婦に相続財産の一部を分與すべきものとして、その地位をいくらか改善したのであつた。

三(遺産相続) 遺産相続においては、寡婦の地位は遙かによい。第一順位者たる直系卑屬がないかぎり、寡婦は、當然に、唯一の法定遺産相続人となり得た(舊九九六)。そして昭和二年の改正要綱は、さらに、寡婦を直系卑屬よりもおくれしめず、兩者をともに第一順位にしようとしていたのであつた。

第三 新法に於ける寡婦の相続權

一(概観) 新法では、寡婦の相続法上の地位は、全く改善された。それは、根本的には、相続法の指導原理として、個人の尊嚴と兩性の本質的平等という理念が、新憲法で採用されたことに基くものであ

り、直接的には、家族主義的相續形態たる家督相續が廢止され、財産相續一本となつたことによるものであつた。かくて、寡婦の地位に關するわが法制は、近代諸國の立法例に伍することとなつた。

二(形式の問題) 新法でも、夫死亡後の寡婦の財産權の問題は、純然たる相續權(固有の意味での)として取扱われている。夫婦財産契約により、又は法定夫婦財産制の效果として、寡婦に亡夫の遺産を承繼せしめることは認められていないし、亡夫の遺産に對する扶養請求權ということも、制度としては採用されていないのである。

三(内容の問題) 新法における寡婦の相續權の内容は、大体つぎのごときものと云えるであらう(八九〇・九〇〇)。

- (1) 生存配偶者が夫たると妻たるとを問わず、同一の權利を認めている。寡婦に優越なる地位を與えてはいない。むしろその必要な程度に、地位が高められているのである。
- (2) 亡夫に直系卑屬あれば、これと共同で相續し(相續分は三分の一)、直系卑屬がなければ直系尊屬と共同で相續し(相續分は二分の一)、直系卑屬・尊屬ともになれば兄弟姉妹と共同で相續する(相續分は三分の一)。
- (3) 右のほか、夫婦共同の直系卑屬があるかないかによつて、寡婦の相續權に差はない。

(4) 亡夫に直系卑屬・尊屬、兄弟姉妹のいづれもない場合には、寡婦が單獨で獨占的相續權を取得する。要するに、寡婦は常に相續人となり得る。

(5) 亡夫との婚姻期間の長短により寡婦の權利に差はない。

(6) 寡婦再婚の場合にも、既に取得した權利を喪失し、または制限せられることはない。

問題「二三」繼子の相續權。

一 繼子の地位

二 繼子の相續權

第一 繼子の地位

一(意義) 夫婦の一方より、その他方の子であつて、その夫婦關係より生れたものでない者を指して繼子と言う。

二(舊法上の地位) 舊法では、繼親と繼子とが家を同じくする場合に、兩者の間には、眞實の親子間におけると同一の親族關係が生ずるものとしていた(舊七二八)。繼親子關係が家を同じくする場合にかざられることについては、舊法上にも、何等規定がなかつたが、これが家族制度的秩序であることから

解釋論上は異論のないものとされてゐた。

三(新法上の地位) 新法は、繼親子關係に關する右の規定を削除した。けだし、それは、右に述べたとく、本來家族制度的秩序であつて、新法の精神と相容れないばかりでなく「家」の要件を別として考へても、いわゆる繼親子の間にとくに親子關係を擬制する必要はない、とせられたのである。かくて、いわゆる繼親と繼子とは、法律上は、親子でなくして、單なる姻族一等親の關係あるにすぎないこととなつたのである。

第二 繼子の相續權

一(舊法上の相續權) 舊法では、繼子は、繼親との間に、法定血族關係を擬制されてゐたのであるから、家督相續においても遺産相續においても、原則として、實子と同順位(例外、舊法第九七二條の場合)の相續權を有してゐたことは、云うまでもない。

二(新法上の相續權) これに反して、新法では、それは單に姻族一等親の關係にとどまることとなつたから、繼子が、それ自身として相續權を有しないことは勿論であるし、他面、配偶者の相續權には、代襲相續權が認められないから、實親たる夫婦の一方を代襲して、その他方たる繼親の遺産を相續することもできないのである。

三(經過的措置) 右のように、繼子の相續權は、舊法と新法とで全く異つてゐる。ところで、このこ

とのために、經過的には、甚だしく不都合と感ぜられる場合も、ないわけではない。例えば、女戸主が入夫を迎えて子をもうけた後に、入夫が死亡または離婚し、その女戸主が再度入夫婚姻をして、今度は入夫が戸主となり、その入夫が戸主である間に、應急措置法が施行せられた場合、この入夫について相續が開始すると、先夫の子である繼子は、前述のごとく、全く相續權を有しないから、何等の遺産をも相續することはない。しかし、入夫の財産は、もともと、その家の財産を相續した部分の主であるであらうし、舊法下においてなら、それは家附の繼子が家督相續をしたはずなのであるから、これを全く無視することは、適當でないと考えられる。そこで、このような場合に處するため、家附の繼子の相續權につき、若干の經過的規定が設けられることとなつた。新法の規定するところは、つぎのごとくである。

(1) 應急措置法施行の際における戸主が、婚姻または養子縁組によつて他家から入つた者である場合には、その家の家附の繼子は、新法施行後に開始する相續に關しては、嫡出子と同一の相續權を有する(附二六一)。繼父たる入夫等の實子や、繼父の妻(繼子の實母)等とともに、共同相續人の一人となるわけである。

(2) 右の戸主であつた者が、應急措置法の施行後、新法施行の日までに、死亡したときは、應急措置

法に基き、右の繼子は相續人でないこととして、すでに相續は他の者によつてなされているわけである。したがつて、その場合には、家附の繼子を遡及的に相續人だつたことにしないで、相續人——多數あるときはその全員——に對して、相續財産の一部の分配を請求し得ることとなつてゐる。分配は、當事者間の協議によるが、協議不調の際は、家事審判所の審判によることとなる(附二六Ⅱ)。

(3) 右の戸主であつた者が、應急措置法施行後に、婚姻の取消もしくは離婚または縁組の取消もしくは離縁によつて氏を改めた場合には、繼子の右の如き相續権は消滅する。ただし、離婚・離縁等は、勿論相續の原因となるものではないが、この場合には、一定の者から、財産の分配を請求し得ることとなつてゐるので(附二八)、その後右の戸主であつた者等が死亡して、相續が開始することとなつても、もはやこの者の遺産中には、もとの「家」の財産は含まれていない筈であるから、家附の繼子に相續権を認むべき謂われはないのである。

問題「二四」相續の一般的効力について述べよ。

一 總説

二 財産的地位の承繼

三 共同相續の權利關係

四 祭祀の承繼

第一 總説

新法に於ける相續の效果は、財産的地位の承繼と觀念するを相當とする。けだし、古き相續制度のもとにおいては、その効果は、身分的地位の承繼と解されていた。それは、古くは官職というような公的身分の承繼であつたし、最近には家長というような私的身分の承繼を意味した。わが舊法の家督相續のごときは、その後者の段階に屬するものであつたわけである。しかし、近代の意味における相續の效果は、身分の觀念から解放されることとなつて、それは包括的權利義務の承繼である、と説かれるのを通常とする。ただ、承繼さるべき財産は、相續財産としてある程度の單一的存在を有し、殊に共同相續人は、その分割まで、この財産の上に包括的な權利を有するものと解せられるから、それは、正しくは、財産的地位の承繼と言ふべきなのである。なお、新法のもとでは、祭祀の承繼が、相續の觀念外のものとして規定されてゐることを、つけ加えておかねばならない。

第二 財産的地位の承繼

一 (地位の承繼) 相續により、相續人は、被相續人の財産に屬した一切の權利義務を、一身專屬のも

のを除いて、ことごとく、當然に承継する。承継せらるべき財産が、ある程度の單一的存在を有することから、相續の効果を財産的地位の承継と解すべきことは、前にも述べた。こうした観方は、後述のごとく、被相續人に一回も屬したことの無い權利義務でも、被相續人に屬すべかりしはずのものは、その地位の承継者たる相續人に、あらたに發生することがある（例えば死亡による損害賠償請求權）とせられることや、占有權の相續・不動産の二重處分・無權代理人の相續等に關する理論構成の上からも、支持せられているのである。

二（權利の承継） 非財産權は相續の對象とならないが、財産權たるかぎり、原則として、すべて相續人に承継せられる。

(1) 範圍 人格的色彩を帯びる財産權、例えば著作權・特許權のごときも含まれる。被相續人の人格權の侵害による損害賠償請求權も同じ。被相續人即死の場合でも、異別に解すべきでない。身体または生命侵害による慰料請求權については、被害者たる被相續人が、何等かの形式において、その賠償を求め意思表示したのでなければ、發生することはないから、相續の對象ともならない、とする判例があるが、相續を地位の承継と解するかぎり、被相續人においては現實に發生しなかつた請求權でも、相續人は、被相續人たる被害者の地位に立つて、これに歸屬すべかりしものとして、行使し得ると云い得

るのである。占有權の相續についても規定はないが、判例は、原則として相續人に移轉し、かならずしも、相續人が物の所持をなすこと、あるいは相續開始の事實を知つたこと、を要しないものとしている。これに反して、被相續人の身分、人格、もしくは特別の對人的信用關係を基礎とする權利は、被相續人の一身に專屬し、その死亡と共に消滅するから、相續の對象とはならない。

(2) 態様 相續の開始により、被相續人の財産權は、その時における權利狀態において、相續人に移轉する。相續の對象たる個々の財産權は、包括的に相續人に移轉し、個別的に移轉の手續を必要としない。もつとも、不動産上の物權のように、登記を對抗要件とするものについては、これを具えなければ第三者に對抗し得ない。

三（債務の承継） 相續財産が引當となるべき被相續人の債務は、原則として、相續人に移轉する。

(1) 私法上の債務たること・公法上の債務たること、通常の債務たること・第三者の物上請求權に對應する義務たること・登記義務たること、作爲債務たること・不作爲債務たること、を問わない。相續開始時現實に發生しておらず、その後において具体的に發生した債務でも妨げない。

(2) 保證債務も、原則として、相續の對象となり得るが、保證人に一定の資格あることを前提として負擔した保證債務は、一身專屬のものと見られる。身元保證債務は承継せられない、というのが判例で

ある。

(3) いかなる債務が、一身専属の債務として、相続により相続人に移轉し得ないかにつき、一般的標準を掲げることが困難であるが、その債務の履行が、被相続人の人格と結合せるもの、被相続人に對する特別の信任關係を基礎とするもの、および被相続人の親族關係その他の地位を基礎とする債務は、一身専属と解せらるべきである。

四（法律關係の承繼） 被相続人の身分・人格を基礎としない財産法上の法律關係は、すべてその儘、相続人に移轉する。

(1) 營利法人における社員關係や、信託行為に基く法律關係や、貸借關係のごときが、それである。
(2) 賣主たる地位に基く法律關係も、相続人に移轉する。したがつて、例えば、不動産の賣主が、移轉登記をせずに死亡した場合には、相続人は、その登記義務を負擔すべく、相続人が、さらにその不動産を第三者に讓渡したときは、あたかも同一人が不動産を二重に讓渡した場合におけると、同一の法律關係が生ずるものと、解されている。

(3) 無權代理關係も相続人に移轉する。したがつて、相続人が、相続開始前に、被相続人のために無權代理行為をした場合には、相続の開始により無權代理關係は消滅し、相続人は、本人として、その

なしたる行為につき責任を負わねばならぬこととなるわけである。

五（訴訟の受繼） 訴訟の目的たる權利または法律關係が、相続人に移轉し得べきものであるときは、該訴訟は、被相続人の死亡によつて中斷し、相続人等においてこれを受繼ぐことを要する（民訴二〇八一）もつとも、相続人が相続の拋棄をなし得べきかぎり、その拋棄をなすことを得る期間は、訴訟手續を受繼ぐことを得ない（民訴二〇八一）。訴訟代理人の存する場合には、訴訟手續は中斷しないが（民訴二一三）なお相続人において該訴訟を受繼ぐことを妨げない。

第三 共同相続の權利關係（問題「二五」の解答参照）

一（承繼） 同順位の相続人が數人あるときは、相続財産は、その共有に屬し（八九八）、各共同相続人は、その相続分に應じて被相続人の權利義務を承繼する（八九九）。この相続分の處分の効力は、制限せられている（九〇五）。

二（分割） 遺産は、被相続人が遺言でその分割を禁じていないかぎり、各相続人に分割せられる。分割の方法は、被相続人の遺言・被相続人の委託を受けた第三者の決定・共同相続人間の協議・家事審判所の審判等による（九〇七・九〇八）。分割手續が終了すれば、これによつて各共同相続人の取得する財産は、相続開始の時から當然各自に歸屬したものとみなされる（九〇九）。

第四 祭祀の承継（問題「八」の解答参照）

一（承継） 舊法で家督相継の特権とされていた系譜・祭具・墳墓の所有権は、新法では、相継の觀念に入らないものとされ、被相継人の指定にしたがつて祖先の祭祀を主宰すべき者、または慣習にしたがつてこれを主宰すべき者が、獨占的に、承継することとなる（八九七）。

二（相継との關係） 祭祀の承継は、相継の觀念に入らないとせられるから、系譜等が金錢的な價値を有していても、相継分の算定の際、これを承継者の相継財産の中に算入すべきでなく、また遺留分の算定にあつても、その者の相継利益として計算すべきでない。のみならず、系譜等を承継すべき者が相継を放棄しても、系譜等を承継することは妨げないと解すべきである。限定相継の場合にも、これらのものは、相継によつて得た財産でないという理由で、責任財産から除外されるべきものとせられている。

問題「二五」共同相継に於ける法律關係を論ず。

- 一 共同相継の性質
- 二 相継財産に對する共同相継人の權利義務
- 三 相継債務に對する共同相継人の責任

四 遺産の分割

第一 共同相継の性質

一（總説） 民法第八百九十八條は「相継人が數人あるときは、相継財産は、その共有に屬する。」ものと定めている。そこで、茲に所謂共有とは如何なる性質を有するものであるか、が共同相継における根本問題となる。沿革的には、この點につき、二つの立法形式があるのであつて、その一は、持分ある共有關係とするローマ法主義であり、その二は合有關係とするゲルマン法主義である。而して、わが民法の共同相継關係を、いづれによつて解釋すべきか、が問題の中心となるわけである。

二（共有説） 舊法の立法者が、共有説をとつていたことは、新法第八九八條・第八九九條の前身たる舊法第一〇〇二條・第一〇〇三條の表現によつても知り得られるであらう。而して、新法も、この點は踏襲しているわけである。共有説によると、各相継人は、遺産を組成している各個の物または權利に對して、その相継分の割合に應ずる物權的持分權を有し、債權債務も、その目的物が可分なかり、法律上當然に、各相継人の相継分に應じて分割されることとなる。而して、各相継人は、遺産の分割前といえども、その有する持分權を自由に他人に讓渡し得るわけである。

三（合有説） 民法第九百五條は相継財産分割前における相継分の讓渡につき規定しているが、もし共

有説をとつて、物權的持分權の讓渡を認めるとすれば、この規定は不要である筈である。また、共有説によると、右のごとく、可分的の債權債務は分割前の相續財産中には含まれないこととなるから、民法第九百十二條が空文に歸する。これ等の點から觀ると、わが民法の解釋として、共有説によることは妥當でない、というところから、最近の有力な學説は、合有説によることとなつてゐる。ゲルマンの合有の思想は、もと家屬共同態から發足したものであつて、相續財産に對する各相續人の權利はむしろ身分法的な性質を有し、物權法的な持分權の性質を有していなかつたのである。したがつて、遺産の共同相續を合有と解すれば、各相續人は、相續財産の分割までは、全体の相續財産の上に包括的な相續分を有するだけであつて、これを讓渡することが出来るばかりであり、個々の物または權利に對する物權的持分權は有せず、したがつて、これを處分することも、あり得ないということとなる。ただ、新法が第九百九條の但書として、遺産分割の遡及効により第三者の權利を害し得ぬものとしたことは、分割前における物權的持分權の讓渡を認めたもので、ここでは共有説によつてゐるものと評せざるを得ぬのである。

第二 相續財産に對する共同相續人の權利義務

一 (相續財産の管理) 相續人全員の合意により管理人を設けなからず、相續財産に對する管理權は共同相續人の全員に屬し、管理に關する事項は、相續財産に變更を加ふる場合のほか、各相續人の相續

分の割合にしたがい、その過半数を以て決する(二五二)。もつとも、保存行爲は各相續人が單獨でなし得る(二五二但)。管理に要した費用は、相續分の割合に應じて、各共同相續人の負擔となる(二五三)。

二 (相續財産の利用) 各共同相續人は、相續財産の全部につき、その相續分に應じた利用をなすことができる(二四九)。

三 (相續財産の處分) 合有説によるときは、各相續人は、相續財産に對する身分的持分たる相續分を讓渡することができるけれども(九〇五)、相續財産を組成する各個の物または權利に對する物權的持分權を讓渡することを得ない。相續財産中の債權についても同様で、たとえその給付の内容が可分であつても、各相續人がその相續分の割合に應じて辨濟を受け、もしくは相殺に供することを、得ないこととなる。(判例は、共有説にしたがい、共同相續人は當然に分割債權を取得するものとしている。)相續財産に關する債務負擔行爲も、相續財産の變更という意味において、共同相續人全員の協力を要するものと解されている。なお、共同相續人の一人が、分割前に、その相續分を第三者に讓渡したときは、他の共同相續人は、各自、この持分を第三者から取戻す權利を有する(九〇五)。

四 (相續財産に對する訴訟) 相續財産に關し管理人の存するときは、その管理人より、又その管理人に對して、訴訟をなすことができる。これに反して、管理人の存在しないときは、共同相續人の全員が

原告または被告となる。もつとも、保存行為については、各相続人が單獨に訴訟を提起し得る。

第三 相続債務に對する共同相続人の責任

一（相続財産の責任） 共有説にしたがえば、相続財産中の債務が可分であるかぎり、各共同相続人に分割して歸屬することとなるが、合有説によるときは、債務もまた、共同相続人に合有的に歸屬し、したがつて、債権者は、共同相続人の全員に對して辨済を請求することもでき、また、遺産中の財産に對して執行することもできることとなる。この場合、その財産が後日分割によつていづれの共同相続人の所有とせられても、その執行の効力に影響はない。けだし、遺産全部が右の合有的債務の引當となつてゐるものと解せられるからである。

二（各共同相続人固有の責任） 右のほか、相続債権者は、各共同相続人に對して、その相続分の割合に應じ、各自の固有財産からの辨済をも請求し得る。けだし、限定相続がされないかぎり、各共同相続人は、結局固有財産につき、その相続分に應じた債務の負擔を免れ得ないものだからである。なお、合有説によつても、分割の終了後は、當然各相続人に對して分割的の請求をなし得るとごまるといわけばならない。

第四 遺産の分割

一（總説） 共同相続人の遺産共有は、分割のための法律關係であるから、速にこれを終了せしめ、個々の財産についての、單獨所有状態としなければならない。そこで遺産分割の手續がとられることとなる（九〇七）。もつとも、被相続人は、相続開始の時から五年を超えない期間内、分割を禁ずることができ（九〇八）。また共同相続人の合意により、遺産の不分割を約することができるけれども、その契約も五年の期間内にかぎられる（二五六）。これらの場合には、共有状態が繼續することとなる。なお、被相続人または共同相続人は、特定の財産についての不分割をも定めることができる。而して、合有説によつても、その場合に、その特定の財産については、純粹の共有關係を生ずるものと解せられている。

二（方法） 分割の方法は、被相続人が遺言で定めたところ、またはその遺言によつて委託した第三者の定めたところによる（九〇八）。遺言がないときには、共同相続人は、協議を開いて、分割方法を定めなければならない。協議不調または不能の際は、家事審判所の審判によることとなる（九〇七）。遺産の分割は、遺産に屬する物または権利の種類および性質、各相続人の職業その他一切の事情を考慮してなされるべきである（九〇六）。

三（効果） ① 分割の効力は、相続開始の時にさかのぼる。但し、第三者の権利を害することができない（九〇九）。したがつて、分割前持分の讓渡を受けた第三者は、保護されることとなつた。

(2) 相続開始後に認知された庶子も、相続人となることは云うまでもないが、既に分割が終了したとか、相続人が相続財産を処分してしまつた後であれば、自分の相続分の價額だけを請求し得るにすぎない(九一〇)。

(3) 分割を受けた各共同相続人は、相互に擔保責任を負う。物又は権利の瑕疵については賣主と同様の擔保責任を(九一一)、債權については債務者の資力についての擔保責任を(九一二)、いづれも負うこととなる。右の擔保責任につき、共同相続人中償還の資力なき者があるときは他の者が分擔する(九一三)。被相続人は、遺言で、以上と異なる定めをなし得る(九一四)。

問題〔二六〕新相続法における相続分を問う。

一 總説

二 指定相続分

三 法定相続分

四 贈與または遺贈を受けた者の相続分

第一總説

一 (意義) 相続分とは、共同相続の場合において、共同相続人の有する分けまえ、すなわち共同相続財産のうえの持分を云う。この語は、分けまへの比率の意味に用いられること(例えば第八九條)と、その數額の意味に用いられること(例えば第九〇三條)とがあるが、いずれの場合においても、抽象的な財産の範圍を示すものであつて、現實の財産を指すものではない。

二 (重要性) 舊相続法は、家督相続と遺産相続の二本だてとなつていたが、そのうち壓倒的重要性をもつていた家督相続は獨占相続であり、相続分は、遺産相続において問題となるにすぎなかつたから、それは、あまり重要な意味をもつていなかつた。これに反して、新相続法は、常に共同相続のたてまへをとつているから、これにおいては、相続分の問題が、きわめて重要であるとされねばならぬのである。

三 (種類) 比率たる相続分は、被相続人みすから、またはその委託した第三者の指定があるときは、それによつて定まるし、それらの指定がないときには、法律の規定によつて定まることとなる。前者を指定相続分と云い、後者を法定相続分と云う。

第二 指定相続分

一 相続分は、第一次的には、被相続人の意思によつて定まる。その意思は、必らず遺言によつて表示されなくてはならないが、みすから直接に相続分を指定することなく、これを第三者に委託する遺言も

有効である(九〇二I)。いずれの場合にも、その指定は遺留分の規定に反するを許されないから、甲相続人の遺留分を侵害する程度に大きい相続分が乙相続人のために指定されたならば、甲は、自己の遺留分を保全するに必要な限度において、乙の相続分を減殺することができる(一〇三I)。

二 相続分の指定は、比率を以て示すのが理論的であるが、財産目録にしたがつて、各個の財産を各人に配分するような方法でもなされ得る。もつとも、若干の特定財産を特定相続人に與える旨の遺言のごときは、遺贈と解すべきであつて、相続分の指定と見るべきではない。

三 相続分の指定は、共同相続人中の一人もしくは數人の相続分のみについて、なすこともできる。この場合に、他の共同相続人の相続分は、法定相続分によつて定められる(九〇二II)。

第三 法定相続分

一 相続分の指定がないとき、または、ない部分の相続分については、法律の規定による相続分にしたがつる。法定相続分は、場合によつて異なる。

二、直系尊屬と配偶者とが相続人であるときは、直系尊屬三分の二、配偶者三分の一(九〇〇I)。直系尊屬が數人あれば、原則として全部平等であるが、嫡出子と嫡出でない子との間では、後者が前者の二分の一の割合となる(九〇〇4)。直系尊屬の代襲相続人が數人あれば、その被代襲者の相続分を右の標準に

よつて分割することとなる(九〇一I)。

三 直系尊屬と配偶者とが相続人であるときは、兩方二分の一ずつであり(九〇〇2)、直系尊屬が數人あるときは、その間では平等である(九〇〇4)。

四 配偶者と兄弟姉妹とが相続人であるときは、配偶者三分の二、兄弟姉妹三分の一(九〇〇3)。兄弟姉妹が數人あれば、原則として全部平等であるが、兄弟姉妹中に父母の一方を異にする者があると、その者は、父母の双方を同じくする者の二分の一の相続分しか有しない(九〇〇4)。兄弟姉妹中の代襲相続人(死亡した兄弟姉妹の直系尊屬)が數人あれば、その被代襲者の相続分を、二に述べた代襲の標準によつて分割して定めることとなる(九〇〇I)。

五 配偶者だけで相続する場合には、一人で全部を相続することとなるし、また右の各場合に、配偶者がなければ、直系尊屬、直系尊屬または兄弟姉妹だけで、右の標準にしたがつて、分割するわけである。

第四 贈與または遺贈をうけた者の相続分

一 共同相続人中、すでに被相続人から、遺贈を受け、または婚姻、養子縁組のため、もしくは生計の資本として贈與を受けた者があるときは、被相続人の意思は、相続財産の分配としてなしたものと見うるものであるから、相続分の算定に際し、この點を考慮に入れなければ不公平となる。そこで、法は

特別を設けることとしたのである。

二 すなわち、右のような場合には、相続開始のとき被相続人の有していた財産の価額に、右の遺贈または贈與の価額を——たとえ受贈者の行為によつて目的物が滅失・増減しても、なお原状で存在するものとみなして算定して(九〇四)——加算したものを相続財産總額とし、これにより各人の相続分に相當する財産額を割出し、遺贈または贈與を受けた相続人は、その相続分の額より遺贈または贈與の價額をさしひいた残額を、自己の相続分として受け取ることとされている(九〇三I)。而して、遺贈または贈與の價額が、算定せられた相続分の價額にひとしいか、またはこれを超える場合には、あらたに相続財産より何ものをも受けることができなくなるが、しかし、相続分に超過した遺贈または贈與の價額を返還する要はないのである(九〇三II)。

三 ここに「婚姻のため」という中には、持参金だけでなく、結婚式の費用や、結婚の際の支度の費用なども入るものと解せられ「生計の資本」という中には、高等教育を受けるための學資金も入るものと解されている。なお、舊法時代に分家、廢絶家再興のため贈與を受けたものも、さし引かれることとなる(附三I)。

四 以上のことは、被相続人がこれと異なる意思を表示していた場合には、他の相続人の遺留分を害さないかぎり、その遺志に従うべきものとされている(九〇三II)。

問題〔二七〕 遺産の分割と普通の共有物の分割との差異を論ぜよ。(昭五・穂積)

一 總説

二 分割方法の差異

三 分割の効力の差異

第一 總説

一 民法第八百九十八條は「相続人が數人あるときは、相続財産は、その共有に屬する」と規定しているが、遺産の共同相続の法的形態については、舊法當時より、學者の間に争のあるところであつて、近時の有力な學説は、これを純粹の共有關係とは見ず、むしろゲルマン法流の合有としてとらえるに傾いている。こうした觀方に立てば、遺産の分割は、合有物の分割ということになるから、共有物の分割とは、その本質を異にするものとも稱し得る。ただ、しかし、新法は、これを全体として見れば、共同相続人間の關係を、一應遺産の共有として構成せるものとも解することができるので、かような見地からその分割と普通の共有物の分割との比較が問題とせられるわけである。

二 民法は、普通の共有物においては、各共有者がその分割を請求し得ることを本質とし（二五六本文）ただ共有者間で五年を超えない期間内、分割しないことを約した場合にかぎり、分割を請求し得ないものとしている（二五六但）。遺産についても、分割請求をなし得ることを本則とする点にはちがいが無いが、ただ被相続人も、遺言で、相続開始の時から五年を超えない期間内分割を禁ずることが出来る点で（九〇七一・九〇八）、普通の共有物の分割と異つてゐる。なお、家事審判所が、遺産の全部又は一部について、分割を禁ずることもある（九〇七三）。

第二 分割方法の差異

一 普通の共有物の分割は、共有者の一人又は數人からの請求により、各共有者の協議によつてこれをなすが、協議が整わないときは、分割請求をなす共有者から、他の共有者全員に對する訴により、裁判所がこれをなすこととされている（二五八一）。この場合、裁判所は、現物で分割するのを本則とし、それが不可能であるか、または之によつて著しく價格を損するおそれのあるときにかぎり、競賣を命じてその代金を分割することとなる（二五八二）。なお、共有物につき權利を有する者および各共有者の債權者は、分割に参加することが出来ることとなつてゐる（二六〇）。

二 遺産の分割方法は、まづ被相続人の意思によつて定まる。すなわち、被相続人が、遺言で、分割の方法を定めたときは、その方法によるし、又その分割方法の指定を第三者に委託していたときは、その三者の指定する方法によつて、分割せられることとなる（九〇八）。

被相続人が遺産の分割方法について何等の遺言をせず、また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にはじめて、分割方法が共同相続人の協議で定まることとなる（九〇七一）。

共同相続人間の協議不調の場合における出訴は、普通裁判所に對してでなく、家事審判所に對してなされることとなり（九〇七二）、審判所は、調停又は審判により、分割方法を決定する（家九一乙10・一七）。この場合、利害關係人が参加し得ることは同様である（家事審判規則一四）。

これらの場合に、遺産の分割方法は、遺産に屬する物又は權利の種類および性質、各相続人の職業その他一切の事情を考慮して、定めらるべきものとせられてゐる（九〇六）ほか、特殊の場合における分割方法について、特別の規定がある（九一〇）。

第三 分割の効力の差異

一 普通の共有物の分割の効力は、移轉的であると云われる。すなわち、各共有者は、分割時まで共有物全体の上に分量的に有していた持分としての所有權を、分割にあたり、たがいに讓渡・移轉しあつて完全な部分的所有權を獨立的に獲得するという構成をとつてゐるのであり、したがつて、その効力は將

來に向つてのみ生ずるものであるから、第三者に對しても、何等損害を及ぼす餘地はない。

二 これに反して、遺産の分割の効力は、相続開始の時にさかのぼつて生ずるものとされているから（九〇九）、その効力は、移轉的でなく宣言的である。すなわち、分割と同時に、分割前の共有状態がなかつたこととなり、分割は相続開始の瞬間におこなわれて、各共同相続人は、各個の財産を被相続人より直接に承継したという構成がとられるのである。したがつて、分割前に、共同相続人が、遺産の中の個々の財産の上の持分を第三者に譲渡した場合において、分割により、その相続人がその財産を取得しないことにきまると、その第三者は無権利者より之が譲渡をうけたこととなつて、これに對する権利を失うおそれがあるので、新法は、右の遡及効により第三者の権利を害することができないものとして、取引安全の保護をはかつて（九〇九但）。

三 分割の場合における擔保責任についても、遺産分割については、特別の規定がある（九一一―九一三、二六一参照）ほか、被相続人は、擔保責任について民法の規定と異なる遺言をすることができる點（九一四）にも、その特異性があらわれている。

問題「二八」遺産の分割に何故遡及効を有せしめたか。（昭九・穂積）

一 遡及効の理由

二 遡及効の結果

三 遡及効の批判

第一 遡及効の理由

一 民法は、遺産に對する共同相続人の権利關係を、一應、共有關係と見る立場に立つており（八九八）、而して、共有物の分割は、將來にむかつて効力を生ずる（移轉的効力）のが原則であるにもかかわらずひとり遺産の分割については、その効力が相続開始の時にさかのぼつて生ずる（宣言的効力）ものと規定している（九〇九）。それは何故であらうか。

二 遺産分割における遡及効の立法理由は、ひとえに、それが、相続における財産承継の性質よりする論理的必然であると見られたからにほかならない。すなわち、およそ相続においては、相続財産は、被相続人より直接相続人に承継せられるのが原則である。この關係は、共同相続の場合においても、同様であるべきであつて、いやしくも、相続による相続財産の承継である以上、それは、被相続人より直接に各相続人に承継さるべきであり、したがつて、またそれは、相続開始の時にさかのぼつて、効力を生

すべきものとするのが、相続の本義に適う所以であると、解されたものと思われる。

第二 遡及効の結果

- 一 遺産分割の遡及効は、右のごとく、いわば形式論理的要請からみちびかれたものであるだけに、その實際の結果においては、妥當でない點もなくはない。
- 二 遡及効が與えられた結果、どういふことになるかという点。相続財産は、分割せられると同時に、分割前の共有という状態はなかつたこととなり、分割は相続開始の瞬間におこなわれて、各共同相続人は、相続と同時に、各個の財産を被相続人より直接承継したことになる。各共同相続人は、分割によつて自己が得た相続財産については、最初より全部の権利を有していたこととなる反面、分割によつて他の共同相続人に與えられた相続財産については、最初より何等の権利をも有していなかつたこととなるわけである。

三 ところが、分割前においては、各相続人は、相続財産の全部に對して、相続分に應じた自己の持分を有しているにちがいないから、もしある財産の上の持分を第三者に譲渡した場合、その財産に對する権利が、分割によつて、その相続人に歸屬することとなれば、問題はないけれども、それが他の相続人に歸屬することとなつたときには、前に述べたとおり、持分を譲渡した相続人は、さかのぼつて無権利

者であつたこととなり、したがつて、譲渡をうけた第三者は、無権利者より譲渡をうけた結果となるのである。

四 なお、遺産は、ことごとく、被相続人から各相続人へ移轉するわけであり、各相続人間の権利移轉といふことはないのであるから、それ等の者の間の擔保責任も、理論上考え得られないわけである。

第三 遡及効の批判

- 一 右のごとく見てくれば、遡及効の結果が、いかに實情にそわないものであるかは、おのずから明らかであろう。
- 二 まず第三者との關係についてみても、動産の場合には、即時取得の規定(一九二)により、善意の第三者が保護されることになるけれども、不動産に關するかぎり、登記に公信力なき現行法では、第三者は常に危険にさらされている。ことに、分割が相続開始後まもなく行われないうちに、相當期間分割が禁止されている場合(九〇八)を考えると、その間における不動産取引が、後になつて、ことごとく覆滅されることもあり得るわけで、取引の安全をおびやかすこと甚しい。かくて新法では、この遡及効により、第三者の権利を害することができないものとして(九〇九但)、取引安全の保護をはかつたのである。
- 三 一方、共同相続人間の擔保責任については、舊法以來、とくに法定擔保責任を認めている(九一一

九一三。かくて、遺産分割に遡及効を認めることより生ずる弊害は、概ねとり除かれたとは云うべきものの、ここまでくれば、かかる迂路をとつてまでも、あえて遡及効を認めんとすることの妥當性が、根本的に疑われざるを得ないこととなるであろう。

四のみならず、遺産に對する共同相続人の権利關係を、單なる共有關係でなく、いわゆる合有關係であるとする見方に立つときは、個々の財産の上の持分の單獨處分は許されないわけであるから、分割の遡及効ということのもつ意味合いも、よほどちがつたものとなつてこざるを得ないのである。

問題「二九」單純承認と限定承認との差異を説明せよ。

一 總説

二 方式上の差異

三 効力上の差異

第一總説

一 (意義) 相続の單純承認とは、相続人が被相続人の權利義務を無留保、無條件に承継する相続の仕方云い、限定承認とは、相続人が、相続によつて得た財産の限度においてのみ、被相続人の債務を承

継することを條件とした相続の承認である。

二 (性質) 限定承認は、常に、相続人の意思表示によつてなされる。これに對して、單純承認は、相続人の意思表示によつてなされることもあり得るが、多くの場合、相続人の一定の行爲の結果、法律上當然に單純承認の効果が發生する法定單純承認である。もつとも、この後の場合においても、相続人の單純承認の意思表示があつたものとみなす見方もあるが、相続人は常に單純承認の意思を以て、かような行爲をするとはかぎらないから、これを意思表示と見るのは妥當でない。

三 (原則) わが民法上は、單純承認が原則で、限定承認が例外である。というたてまえをとつて(九二二)。しかし、立法論としての當否は疑わしい。なお、具体的の場合に、單純承認をなすか、限定承認をなすかは、原則として、相続人の自由である(例外九二三)。

第二 方式上の差異

一 單純承認をなすには、特別の要件なく、また何等の方式を必要としない。さらに別段の意思が表示せられなかつたときには、法律上當然に、單純承認がなされたものとみなされるのである(九二二)。なお、相続人が相続財産の處分・隠匿・消費等をなしたときも、單純承認があつたものとみなされている(九二二・八)。

二 これに反し、限定承認の意思表示は、限時的要式行爲であつて、相続人が限定承認をするには、自己のために相続の開始したことを知つた時から三箇月内（または家事審判所がこれを伸長した期間内）に、財産目録を家事審判所に提出して、限定承認をする旨を申述しなければならない（九二四）。法律上當然に限定承認があつたものとみなされるような場合はない。

三 なお、相続人が数人あるときは、限定承認は、共同相続人の全員が共同してのみこれを行うことができ（九二三）、一人でも単純承認をする者があると、他の者も限定承認をすることができなくなる（放棄するほかない）が、単純承認には、このような制限がない。

第三 効力上の差異

一（相続財産の承継） 単純承認においても、限定承認においても、相続によつて、相続人が、被相続人の権利義務を完全に承継する點では、兩者かわりがない。ただ、次の二點において、相違しているのである。

(1) 単純承認をした相続人は、相続債権者に対して無限責任を負担するが、これに反して、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おいてのみ、被相続人の債務および遺贈を辨済する責に任じ、自己の固有財産をその辨済にあてるに及ばないから（九二二）、その負擔する責任は有限である。

と云うべきである。

(2) 単純承認の場合には、被相続人と相続人との間の権利義務は、いわゆる混同によつて消滅するが（一七九・五二〇）、これに反し、限定承認をした相続人が、その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みなされる（九二五）。

二（相続財産の管理） 相続人は、相続の承認または放棄をするまで、その固有財産における同一の注意を以て、相続財産を管理しなければならない（九一八一）。而して、相続人が単純承認をするときはこの義務は當然消滅し、相続財産は相続人の固有財産となるに反し、限定承認の場合には、右の管理義務はそのまま繼續するから（九二六一）、限定承認者は、相続財産を自由に處分し得ないのは勿論、無償の受寄者と同様の保管義務を負うのである（九二六Ⅱ・六五九）。

三（相続財産の清算） 限定承認者は、相続財産につき破産類似の一種の清算をしなければならない。すなわち、相続債権者ならびに受遺者に對し、一定の公告および催告をなし、それぞれ債務を辨済し、完済不能のときは債権額の割合に應じて辨済することとなるのである（九二七―九三五）。これに反し、單純承認の場合には、このような清算手續をとる必要はないのである。

問題「三〇」法定單純承認を説明せよ。

一 總説

二 法定單純承認の發生事由

三 法定單純承認の效果

第一 總説

一 (意義) 法定單純承認とは、相続人の眞意如何にかかわらず、法律上當然に、單純承認があつたものとみなされる場合をいう(九二)。

二 (立法趣旨) すべて相続の場合において、相続の効果を無條件的に相続人に歸屬せしめるものとはせず、これが承認と放棄につき、相続人に選擇の餘地を與えることは、各國の立法例のひとしく認めるところであるが、相続人が一定の期間内に承認も放棄もしなかつた場合に、いずれの効果を發生せしむべきかについて、立法主義がわかれざるを得ない。而して、わが民法は、相続効果の歸屬を原則としたので、相続人が選擇權を行使しない場合には、法律上、單純承認と同視すべきこととなつた。なおほかに、衡平上の見地から、單純承認と同視すべき場合があるために、法定單純承認の規定が設けられることとなつたのである。

三 (性質) 相続の放棄または承認は、常に相続人の意思表示によつてなされるべきであるという前提から、法定單純承認もまた、その默示の意思表示であると説くものがある。しかし、その前提自体かならずしも理由のあることでなく、これを相続人の意思表示と見ることは、何といつても、事實に即せぬ見方であることをまぬがれない。むしろ、その意思表示とは無關係に、法が、一定の事實に對して、特に與えた效果であると解するのを、相當とするであろう。

第二 法定單純承認の發生事由

一 相続人が相続財産の全部又は一部を處分したとき。

(1) 相続人は、放棄または限定承認をなすまでは、相続財産の管理人的地位におかれるものであるから、それが管理の範圍を超えて財産の處分をなすようなことになれば、放棄または限定承認は事實上困難にもなるし、債權者の害せられるおそれも多くなるから、このような行爲があると同時に、放棄・限定の特權を相続人から奪つてしまうわけである。

(2) 處分という内には、長期の賃貸借も含まれるが、保存行爲や民六〇二條の期間を超えない賃貸借は含まれない。相続が開始しなかつたとしたならば、被相続人の手により當然なされねばならなかつたような普通の處分行爲は、除外されると解すべきである。

(3) 處分が、意思表示の瑕疵・無能力等の理由により、無効または取消されたときは、單純承認の効力も発生しないものと解するのが通説である。

二 相續人が放棄・承認の期間を徒過したとき。

(1) これ、法が、單純承認をもつて相續の本態と考えたことの結果ではあるが、實際上も、このような場合には、相續人に單純承認の意思があるのが普通でもあろうし、また法が一定期間内に放棄・承認の意思表示をすべきことを命じているにわからず、これを懈怠した者は、懈怠による不利益を當然甘受すべきであるという見方にも基いてるのであろう。

(2) 判例は、單純承認の默示の意思表示があつたものとみなす考え方に、従つては、もとより單純承認の意思を有しなかつたことを立證して、その効力を覆すことはできない。

(3) 相續人が放棄・承認をしないで死亡した場合には、その者の相續人が自己のために放棄・承認をなし得る期間内は、單純承認の擬制が下されないし(九一六)、また相續人が無能力者である場合には、法定代理人が無能力者のために相續の開始せられたことを知つた時から三箇月を経過しなければ、法定單純承認となるものではない(九一七)。

三 相續人が、相續財産の全部または一部を隠匿し、私にこれを消費し、または悪意でこれを財産目録

中に記載しなかつたとき。

(1) これ、相續人の不正行爲につき、制裁を加える趣旨にはかならないから、意思表示に關する規定の適用はなく、無能力者が單獨でこのような不正行爲をした場合でも、また法定代理人が無能力者を代表して不正行爲をした場合でも、單純承認の効力は確定的に發生することとなる。

(2) 相續人が、一旦有効な相續の限定承認または放棄をした後であつても、これらの行爲をしたときは、すでになした限定承認または放棄は遡及的にその効力を失い、はじめより單純承認をしたものとして取扱われる。しかし、相續人の利益のために本條が適用されることはない。

(3) 一旦有効な相續の放棄がなされたため、次順位の相續人が相續の承認をした後は、放棄した者が不正の行爲をしても、放棄者は、もはや單純承認をしたものとみなされることがない。また限定承認をした共同相續人の一人又は數人が不正行爲をしたときも、法定單純承認とはみなされない(九三七)。

第三 法定單純承認の効力

法定單純承認の効力は、意思表示による單純承認の効力と同様である。したがつて、相續人は、被相續人の權利義務を承継するとともに、遺産債務については、無限の責任を負う。而して、相續財産の管理義務をまぬがれ、これを自由に處分し得るに至るのである。

問題「三一」 限定承認制度を批評せよ。(昭四・穂積)

一 限定承認制度の概観

二 限定承認制度の批判

第一 限定承認制度の概観

一 (意義) 限定承認制度とは、相続人が、相続によつて得た財産の限度においてのみ、被相続人の債務を承継することを条件として、相続の承認をなすことを認める制度を云う。

二 (沿革) 限定承認制度は、西紀五三一年のユスチニアン帝の立法において樹立せられ、ローマ法の継受以後、多くの諸國において採用せられたのであるが、わが國においては、民法施行前は、慣習法にもこれと類似の制度はなく、民法の施行によつて、はじめてこの制度がとり入れられることとなつた。もつとも、民法立案の際には、この制度を採用すべきか否かにつき、相當の議論があつたようであるが結局採用せられることとなり、今次の改正に際しても、この點は、殆んど變更せられなかつたものである。

三 (地位) わが民法上は、單純承認、すなわち相続人が、無留保・無條件に被相続人の財産に屬した一切の權利義務を承継するのが、原則である。したがつて、体系的には、限定承認制度は、いわば例外

的制度であつて、限定承認をしようとする相続人は、とくにその旨の意思表示をすべきであり、何等の意思表示をもしないと、單純承認をしたものとみなされることとなつてゐる(九二二)。もつとも、具体的の場合に、限定承認をなすか否かは、原則として、相続人の自由に委ねられている。

四 (内容) わが民法の、限定承認制度の内容は、大体つぎのごときものである。

(1) 限定承認は、自己のために相続の開始があつたことを知つた時から通常三箇月内に、家事審判所に財産目録を提出し、且つ限定承認をなす旨の申述をして、これをなす(九二四)。

(2) 相続人が數人あるときは、限定承認は、共同相続人の全員が共同してなすのでなければ、これをなすことができない(九二三)。

(3) 限定承認の効果として、相続財産の清算がおこなわれ、相続債權者および受遺者は、相続財産を限度として、割合的辨濟をうけ得るにとどまる。

(4) 相続財産の分離的清算をなすために、限定承認者は、その固有財産における同一の注意を以て相続財産の管理を繼續しなければならない(九二六)。なお、相続人が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みなされる(九二五)。

第二 限定承認制度の批判

一（採否） 限定承認制度は、わが古法制では見られなかつたところであるだけに、民法がこれを採用するについては、多くの異論をまぬがれなかつた。しかし、その反対論は、主として、一種の道義的見地より、親の債務を子が支拂わぬのは孝道に反する、という態のものであつたのである。けれども、今日の道徳觀念からすれば、たとえ相続人が被相続人の實子である場合でも、親の債務を常に引きうくべしとすることは、妥當としがたいのであるし、ことに、それを法律で強制することは、望ましいことではない。一方、債権者の側からいつても、債権は本來債務者その人の財産を引當てとしていたものであるから、もしそのみで不安がある場合には、人的・物的の擔保を供せしめてはすないのであるから、それ以上に、債務者の相続人の固有財産から辨濟をうくべき理由がないとも云い得るのである。かような點からみて、限定承認制度の採用は、是認せられるのである。

二（地位） 右の觀點からすると、民法が、單純承認を原則とし、限定承認制度を例外的制度として規定しているのは、適當でないとするのほかない。相続人をして不慮の債務を負わしめない點からいつても、債権者をして過當の利益を得せしめない點からいつても、むしろ、相続債権は相続財産のみによつて支辨すべしとする限定承認制度をこそ原則とすべきであり、相続人が別段の意思表示をしなかつたときには、限定承認をしたものとみなすのを相當とするのである。

三（内容） 現行限定承認制度については、格別批判すべきことはない。ただ、限定承認をなすか否かを、原則として、相続人の自由に委ねているにもかかわらず、共同相続人の全員共同でなければ、限定承認をなし得ないとしたことには、多少の問題がある。固より、共同相続人のうち一部の者についてだけ限定承認の手續をとることは、法律關係を複雑にするので、採用困難であろうが、しかし、共同相続人中一人でも限定承認を希望すれば、反對者があつても、遺産全部の整理をして、債務の殘額を各共同相続人に割當て、限定承認をしない者だけは、自己の割當額について、固有財産をもつて、辨濟の責に任ずるものとした方が、まさつていと思われるのである。

問題〔三二〕 相続の限定承認の効力如何。（昭一〇・昭一一・近藤）

一 序

二 本來的（實体的）効力

三 附隨的（形式的）効力

第一 序

相続の限定承認とは、相続人が、相続によつて得た財産の限度においてのみ、被相続人の債務を承繼

することを条件として、相續の承認をなすことを云う。その本來的（實體的）効力は、相續債務に對する相續人の責任範圍を限定する點にあるのであるが、民法は、この効果を實現するために、相續財産を相續人の固有財産より分離し、これを別個に管理せしめ、破産と類似の方法により、これを清算せしめることとしている。これを、限定承認の附隨的（形式的）効力といふことができる。以下順次この兩者について述べる。

第二 本來的（實體的）効力

一（有限責任） 限定承認の本來的（實體的）効力は、相續債務に對する相續人の責任が、相續財産に限定せられることである（九二二）。ただここで注意しなければならないのは、この場合、債務と責任とが區別せられることであつて、相續人の責任は相續財産に限定せられるけれども、相續債務そのものは相續人が、これを無制限に承繼しているということである。したがつて、相續債權者が、限定承認せる相續人に對し、債權の全額について請求した場合に、相續人が、限定承認を援用しないで、その固有財産を以て辨済したときは、その辨済は有効であり、相續人は非債辨済を理由とする不當利得の返還請求權を有しない。また相續債權者が裁判上の請求をした場合に、相續人が限定承認の抗辯權を行使しなければ、裁判所は、全額の辨済を命ずる判決をすべきであり、この判決にもとずいて、相續債權者が相續

人の固有財産に對して強制執行をしたときは、相續人は、これを甘受しなければならぬのである。なおここで相續債務とは、相續開始當時被相續人が負擔していた債務にかぎられることなく、相續開始前の法律關係にもとずき、相續開始後具体的に發生した債務も含まれるものと解せられている。

二（物的有限責任） 限定承認者の有限責任とは、價額有限責任か物的有限責任か。云いかえれば、その責任を負うべき相續財産の限度とは、相續財産の價額の限度を意味するか、あるいは相續財産そのもののみが相續人の責任の對象となるのであるか。この點については、從來の立法例は一致していないがわが民法が、後者すなわち、物的有限責任制度をとつてゐることは、ほとんど異論がない。而して、相續財産とは、相續によつて相續人が取得した財産を指し、被相續人の死亡によつて相續人が取得した財産であつても、相續によつて取得したものでない以上は、相續財産に屬しないのである（例えば慰養料請求權）。

三（保證人の地位） 主たる債務者の相續人が限定承認をしても、相續人の承繼した債務そのものは、相續財産の限度に減額するものではないから、民法第四四八條の規定を適用すべき餘地はなく、その保證人は、依然として、相續債務の全額につき保證債務を負擔しなければならない。この點は、他の共同債務者についても、同様である。

第三 附隨的（形式的）効力

一（相続財産の分離） 相続の限定承認の効果として、相続人は相続財産を以てのみ相続債務の辨済の責に任ずればたるのであるから、相続財産は、あたかも破産財團と同様に、相続人固有の財産と分離せられ、いわゆる権利能力なき財團として、その獨立の存在が認められることとなる。したがつて、相続人が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みなされるし（九二五）、また被相続人と相続人とが同一の目的の債權を有し、又は債務を負擔せる場合でも、この兩個の債權・債務は、混同により、一個の債權または債務となることがない。さらに、相続人といえども、相続財産に對して、あらたに權利を取得し、または義務を負擔し得るのである。

二（相続財産の管理） 限定承認者は、その固有財産におけると同一の注意を以て、相続財産の管理を繼續しなければならぬ（九二六）。この場合には、相続人は、受任者と同様の地位にたつ。而して、相続人が數人ある場合には、家事審判所は、相続人の中から、相続財産の管理人を選任する（九三六一）。もし相続人をして管理せしめることが不適當であるときは、家事審判所は、利害關係人または檢察官の請求により、何時でも、相続財産の管理に必要な處分を命ずることができるとなつてゐる（九二六一・九一八）。

三（相続財産の清算） 限定承認者は、限定承認をした後五日以内に、一切の相続債權者および受遺者に對し、限定承認をしたこと、二箇月を下らない一定の期間内に債權の申出をすべきこと、およびその期間内に申出をしないときは、その債權は清算より除外さるべき旨を公告し、なお、知れたる債權者に對しては、各別にその申出を催告しなければならない（九二七・七九一・Ⅱ）。この期間が満了した後、限定承認者は、相続財産を以て、その期間内に申し出た債權者、その他知れたる債權者に、各々その債權額の割合に應じて辨済し（九二九）、なお殘餘があるときは、受遺者に辨済することとなる（九三一）。而して、右期間内に申し出なかつた債權者および受遺者で、限定承認者に知れなかつたものは、その殘餘の相続財産のみについて、權利を行うこととなるわけである（九三五）。

問題〔三三〕 主たる債務者の相続人が限定承認をなしたる場合における

保證人の地位。（昭二二・行政）

一 概観

二 個々の法律關係

第一 概観

一（結論） 主たる債務者の相続人が限定承認をした場合に、相続債務の保証人の地位には、どのような影響があるであろうか。最初に結論から云えば、保証人の本体的地位には、原則として格別の影響がなく、保証人は、依然として、債権者に對し、自己の保證せる相続債務の全額につき、保證債務を負担しなければならぬ。ただ、債権者に對し保証人が通常有する抗辯権がなくなるものと、主たる債務者の相続人に對する求償権の範圍が限定せられることに注意せられねばならない。以下まづ、その根據について述べ、つぎに個々の法律關係について述べることとする。

二（法理的根據） 限定承認は、債務に對する責任の限定であつて、債務そのものの限定ではない。主たる債務者の相続人は、限定承認をすることによつて、相続債務に對するその責任が、相続によつて得た財産の限度に、限定せられることとなるのであるが、その承継した債務そのものは、相続財産の限度に減額するものでなく、依然として、その全額について存続するのであるから、保証人その他の共同債務者の債務につき、影響を及ぼすべきいわれはない。民法第四四八條は「保証人ノ負擔力債務ノ目的又ハ態様ニ付キ主タル債務ヨリ重キトキハ之ヲ主タル債務ノ限度ニ減縮ス」といつているが、本問の場合限局せられたのは主たる債務者の相続人の責任だけであつて、主たる債務そのものには、逕庭がないのであるから、保証人が保證債務の全額につき責任を負うことは、毫も右規定に反しないのである。

二（實際的根據） これを債権者の立場に立つて考えてみても、主たる債務に保證債務を附するのは、主たる債務者の資力が不十分であり、ことにその死亡等によつて辨濟を期待できなくなつた場合の擔保とする目的から出ているものであるから、かかる場合に保証人の責任が限局せられることとなつては、保證契約締結の意味がなくなるであらうし、一方、保証人の立場から見ても、保証人は本來債務の全額について保證したものであるから、たまたま主たる債務者の相続人が限定承認をしたとしても、この偶然的事實によつて、その責任が輕減せらるべき理由はなく、といわねばならぬのである。

第二 個々の法律關係

一（責任） 保証人は、主たる債務者の相続人の限定承認にもかかわらず、依然として、保證債務の全額につき、債権者に對し責任を負う。責任が、相続財産額の限度に減縮せられることはない。

二（抗辯権） 保証人が、依然として、催告もしくは檢索の抗辯権を有しているか否か、については、わが民法に規定はないが、限定承認は實質上相続財産に對する破産の宣告と同様に取扱わらるべきであるから、保証人は、この種の抗辯権を有しなくなるもの、と解すべきである。

三（條件・期限） 限定承認により、相続人は、相続債務について條件または期限の利益を失うのであるが（九三〇）、その効力は、保証人におよばない。保証人は、條件の成就または期限到來の時より、保

證債務の履行の責に任ずればたりるのである。

四（時効中斷） 債権者が、限定承認者のなした除斥公告に應じて、債権の申出をしたときは、保證人に對して、時効中斷の効力を生ずる（四五七）。

五（求償權） 保證人が主たる債務を辨濟し、その他自己の出捐を以て主たる債務を消滅せしむべき行為をしたときは、民法第四五九條以下の規定にしたがつて、主たる債務者の相続人に對し、求償權を有するのであるが、この求償債務もまた、それが相続の開始前に發生したと否とを問はず、やはり一の相続債務にはかならないから、限定承認をした相続人は、保證人に對して、相続財産を限度とする物的有限の責任を負えば足り、保證人の求償權は、その範圍で制扼をうけるもの、と解せられる。

六（限定承認者が保證人たる場合） 保證債務は擔保的債務であるから、主たる債務と保證債務とが同一人に歸屬したときは、保證債務の存続を認める必要がなく、保證債務は消滅するのを原則とするのであるが、保證人が主たる債務者の相続人であつて、しかも限定承認をした場合には、保證債務は、依然として存続するもの、と解せられている。ただし、相続人としては、主たる債務につき、相続財産を限度とする物的有限責任を負えばたるのであるが、保證債務は相続人の固有債務であつて、保證人としては、自己固有の財産を以て辨濟の責を負わねばならないからである。

問題〔三四〕相続の放棄を論ぜよ。（昭一〇・中島）

一 總説

二 放棄の方法

三 放棄の効力

第一 總説

一（意義） 相続の放棄とは、相続人が、法律上自己のために發生した相続効果の歸屬を、消滅せしめる意思表示を云う。

二（性質） 相続効果の歸屬を、どのような形で、又どの程度まで、相続人の意思にかからしめるかについては、立法例がわかれているが、わが民法は、原則として、相続の開始により、相続人は、當然に被相続人の財産に屬した一切の權利義務を承継するものとし、ただ、もし相続人が、これを希望しない場合には、これが効果の發生を否認し得るといふ方式をとつた。この否認の意思表示が、相続の放棄である。

三（放棄の自由） 相続をもつて、相続人の生活上の經濟的基礎を得させるための制度と解するときには、相続財産の承継を欲しない相続人に對して、これを強制すべき理由は少しもない。ここにおいて、放棄

の自由が認められることとなるのである。わが舊法は、家督相続をもつて、戸主たる身分の承継と解していたので、放棄を無制限には認めなかつたが（舊一〇二〇・七五二・七五三）、新法は、財産相続に徹底したので、放棄は常に相続人の自由とし、いかなる相続人といえども、相続の放棄をなし得ないものはないこととした（九一五）。

四（識別） 相続の放棄は、相続分の放棄とは區別されなければならない。後者は、個々の相続財産に對する共有持分の放棄であるが、前者は相続そのもの、すなわち、その全効果の放棄であり、したがつて相続の一部の放棄ということは、あり得ないのである。

第二 放棄の方法

一（時期） 相続の放棄は、原則として、相続人が、自己のために相続の開始せられたことを知つた時から三箇月内に、これをしなければならぬ（九一五）。この猶豫期間は、意思決定をするために熟慮すべき期間を與える趣旨から、設けられたものである。

(1) 自己のために相続の開始せられたことを知る、というのは、單に相続開始の原因たる事實を知る意味ではなく、その事實により自己が相続人となつたことを知る、という意味である（判例）。

(2) 相続開始前、または相続開始後自己が相続人たることを知る前にした放棄の意思表示は、何等の

効力を生じない。

(3) 右の三箇月の期間は、利害關係人または檢察官の請求によつて、家事審判所が、これを伸長し得る（九一五但）。

(4) 相続人が、右期間内に、承認または放棄をしないで死亡したときは、この者の相続人は、第一および第二の相続について、承認または放棄することができるとなるが、この場合、第一の相続について、放棄の意思表示をなし得る期間は、第二のそれと同一とされている（九一六）。

(5) 相続人が未成年者または禁治産者であるときは、右期間は、その法定代理人が無能力者のために相続の開始せられたことを知つた時から、起算される（九一七）。

二（意思表示） 放棄の意思表示は、家事審判所における申述によつて、これをしなければならぬ（九三八）。これは、意思表示の慎重と確實を期する趣旨から出たものであり、特定の相手方なき意思表示と解されている。

(1) 相続人が未成年者または禁治産者である場合には、法定代理人がかわつてこれをなし、準禁治産者であるときは、保佐人の同意を得てこれをなす（二一六）。

(2) 放棄の意思表示は、前記の期間内といえども、一旦なした以上、撤回することができないが（九一

九I)、それが詐欺または強迫によるときは、これを取消することができる(九一九I)。

(3) 放棄の意思表示に要素の錯誤があれば、無効となるものと解せられる。

(4) 放棄の意思表示には、その性質上、条件または期限を附することができない。

第三 放棄の効力

一 (放棄の効果) 相続の放棄は、相続開始の時にさかのぼつて、その効力を生ずる(九三九I)。すなわち、その者は、かつて一度も相続人とはならなかつたこととなるわけである。したがつて、單獨の相続人が相続を放棄すると、次順位の相続人のために相続が開始する。相続の放棄は、相続開始後におこなわれる事由であるから、かような場合に、代襲相続がおこなわれることはない。また、數人の相続人がある場合において、その一人が放棄をしたときは、その相続分は、他の相続人の相続分に應じてこれに歸屬することとなる(九三九I)。

二 (放棄者の義務) 放棄者は、その放棄によつて相続人となつた者が、相続財産の管理をはじめることができるときまで、自己の財産における同一の注意を以て、その財産の管理を繼續しなければならぬ(九四〇I)。これは、同順位または次順位の相続人、相続債権者等の不利益を防ぎ、また社會經濟上の損失を防止する趣旨より出たものである。而して、家事審判所は、利害關係人または檢察官の請求によ

つて、何時でも、相続財産の保存に必要な處分を命ずることができるのである(九四〇I・九一八I)。

問題 [三五] 債務と相続。(昭二一・末弘)

- 一 相続による債務の承繼
- 二 遺産債務に對する相続人の地位
- 三 相続債権者の地位
- 四 相続人の固有の債権者の地位
- 五 共同債務者の地位

第一 相続による債務の承繼

一 (原則) 相続人は、相続開始の時から被相続人の財産に屬した一切の權利義務を承繼する(八九六I)。被相続人の債務は、私法上の債務たると・公法上の債務たると、作爲債務たると・不作爲債務たると、相続開始の當時現實に發生せる債務たると・その後において具体的に發生せる債務たるとを問はず、こ

とごとく、相続人に移轉する。これが、根本原則である。

二 (一身專屬債務) 被相続人の債務のうち、被相続人の一身に專屬せる債務は、相続人に承繼せられ

ない(八九六但)。具体的に如何なる債務が一身専屬とさるべきかについて、一般的標準を示すことはむづかしいが、その債務の履行が、被相続人の人格と結合せるもの、被相続人に對する特別の信任關係を基礎とするもの、および被相続人の親族關係その他の地位を基礎とする債務は、被相続人と運命をともにするものと解せられる。

第二 遺産債務に對する相続人の地位

一(免脱) 相続人は、相続を放棄することによつて、遺産債務の負擔を免れることができるばかりでなく、相続を承認する場合でも、債務の辨濟は、相続によつて得た財産の限度においてのみ、これをなすべき旨の留保をすることができ(九二二)。これ、いわゆる限定承認であつて、この場合に、相続人は、遺産債務を無制限に承継するにいかかわらず、その責任は相続財産の範圍に限定せられることとなる。なお、相続人が數人あるときは、限定承認は、共同相続人の全員が共同してでなければ、これをするにできない(九二三)。

二(共同負擔) 相続人が數人あるときは、遺産債務は、相続人全員の共同負擔に屬する(八九八)。債務が性質上不可分であるときは、全員共同して、または各債務者が總債務者のために、債務を履行すべきであるが、性質上可分な債務のときの負擔關係については、學說がわかれてゐる。判例は、分割債務

となるものとしてゐる。遺産の分割後は、割當てられた相続人の負擔に歸する。その効力は、相続開始のときにさかのぼるが、第三者の權利を害することはできない(九〇九)。

第三 相続債權者の地位

相続財産が豊富であるにいかかわらず、相続人の固有財産が債務過重であると、相続によりその両者が混合するに至つた場合、相続債權者は、相続人の固有の債權者と競合して同順位で辨濟をうけなければならぬ結果、相続財産よりその債權の完濟をうける利益を失ふこととなる。そこで、この不利益を免れる目的から、兩財産を分離清算して、豊富な相続財産より、優先的に辨濟をうけるため、家事審判所へ、財産分離の請求をすることができ(九四一)。この場合、所定の手續をとつた相続債權者の債權は——條件・期限未到來のものといえども(九四七Ⅲ・九三〇)——相続財産によつて、優先的に辨濟せられる(九四二)。もつとも、相続人が遺産債務の負擔を免れるわけではないから、不足部分については、相続人に對し辨濟を請求することができる(九四八)。

第四 相続人の固有の債權者の地位

前段に述べたところと逆に、相続人の固有財産が豊富で、相続財産が債務過重であると、相続人の固有の債權者が不利益をうけることとなるから、この者より、家事審判所に對し、財産分離の請求をする

ことができる(九五〇)。この場合にも、相続財産について清算がおこなわれ、所定の手続をとつた相続債権者の債権は、相続財産によつて優先的に辨済せられることとなるが、相続人は、限定承認をしていないかぎり、固より遺産債務の負擔を免れるものでないから、右辨済による不足部分の、辨済義務を有する。ただ、ここでは、相続人の固有の債権者が優先することとなるだけである(九五〇Ⅱ・九四八)。

第五 共同債務者の地位

相続債務に對する保人その他の共同債務者の地位は、原則として、相続により影響をうけない。相続人が限定承認をした場合でも、保人その他の共同債務者は、自己の債務の全額につき責任を負う。ただ、主たる債務者が限定承認をしたときは、保人は、催告および檢索の抗辯權を失うこと、および保人その他の共同債務者が、債務を辨済し、その他の出捐によつて共同の免責を得たときも、限定承認者に對しては、相続財産を限度とする求償權を有するにすぎないこと、を注意すればたりののである。

【註】 本解答は、債務と相続との關係を、概観することに主眼をおいて書いた。各制度の詳細は、それぞれの項
づつて見られたらう。

問題「三六」 財産分離制度を論ず。

一 總説

二 第一種財産分離

三 第二種財産分離

第一 總説

一 (意義) 財産分離とは、相続が開始した後、相続債権者・受遺者または相続人の固有の債権者の請求により、これらの者をして、相続財産または相続人の固有財産から、優先的に辨済をうけしめるために、兩財産を分離して清算する手續を云う。

二 (本質) 元來、相続人は、原則として、相続により、當然、被相続人の有したすべての權利義務を承継するのであるから、被相続人の財産は相続人の固有財産と混合し、相続債権者または受遺者は、相続人の固有の債権者と競合して、この混合した財産から辨済をうけることとなるのであるが、この場合に、もし相続財産が豊富であるにかかわらず、相続人の固有財産が債務過重であると、相続債権者または受遺者は、右のごとき財産の混合により不利益をうけることとなるし、これに反して、相続人の固有財産が豊富であるにかかわらず、相続財産が債務過重であると、相続人の固有の債権者が、右のごとき

財産の混合により不利益をうけることとなる。しかも、それらの各債権は、本来それぞれの債務者の財産そのものを引當としていたのであつて、それが、相続によつて混合することは、いわば意想外、かつ異常の出来事であるわけであるから、各債権者をして、右のごとき不利益をうけしめないようにすることが、必要かつ望ましい。そこで、不利益をうける側の債権者よりの申請により、相続財産と相続人の固有財産とを分離し、相続債権者および受遺者は前者より、また相続人の固有の債権者は後者より、優先的にその債権の辨済をうけしめようとしたのが、本制度なのである。

三(沿革・効用) 本制度は、わが古法制には、慣習法としても、存在しなかつたもので、明治民法の制定に際し、佛法よりの暗示を得て設けられたとせられるものであるが、実際には餘り利用せられていなかつた。今次改正に際しても、ほとんど舊規定のまま残されたが、どの程度に利用されるかは疑問である。

四(他制度との關係) 相続財産が債務過重であるとき、これと相続人の固有財産とが混合する不利益をさけるため、相続人みずからその分離清算をはかろうとするのが相続の限定承認であり、これに反し、財産分離は、相続人の債権者が右と同じ目的のためにとる手續である。なお、破産法の規定する相続人の破産(破八以下)、相続財産の破産(破二以下)は、財産分離と相妨げぬものとしてゐるが(破五)、

實際上は、ほぼ同一の目的を達するものである。

五(種類) 右述べたところからも明らかであるように、財産分離は、相続債権者または受遺者の請求によつてなされる場合と、相続人の固有の債権者の請求によつてなされる場合とがある。通常、前者を第一種財産分離と云い、後者を第二種財産分離と云う。

第二 第一種財産分離

一(方法) 相続債権者または受遺者の請求により、家事審判所の審判をもつてこれをなす。請求は、相続開始の時から三箇月内にするか、もしその後なら、相続財産が相続人の固有財産と混合しない間になければならない(九四一)。相続人は——その固有の債権者が異議を述べないかぎり——自己の固有財産を以て相続債権者もしくは受遺者に辨済をし、またはこれに相當の擔保を供して、財産分離の請求を防止し、またはその効力を消滅することができる(九四九)。

二(効果) (1) 相続財産と相続人の固有財産とは分離せられ、相続人は、その固有財産における同一の注意を以て、相続財産の管理を繼續しなければならない(九四四)。もつとも、家事審判所は、相続財産の管理について必要な處分を命じ、ことに管理人を選任することもできる(九四三)。

(2) 財産分離申請者は、財産分離の命令があつてから五日以内に、他の相続債権者および受遺者に對

し、財産分離の命令があつたこと、および二箇月を下らざる一定の期間内に配當加入の申出をすべき旨を公告し(九四一Ⅰ)、清算手続が開始せられる。なお、不動産については、登記をもつて對抗要件とし(九四五)、相続財産については、物上代位の法理が適用せられる(九四六)。

(3) 財産分離の請求者、および期間内に申出た相続債権者・受遺者は、相続財産について、相続人の債権者および申出ない相続債権者・受遺者に優先して辨済をうける(九四二)。而して、この優先辨済をうける者は、不足部分につき、相続人の固有財産についても、その権利を行うことができるが、ここでは、相続人の債権者より後順位となる(九四八)。

第三 第二種財産分離

一 (方法) 相続人の固有の債権者の請求により、家事審判所の審判をもつてこれをなす。請求は、相続人が限定承認をすることができる間か、または相続財産が相続人の固有財産と混合しない間にしなければならぬ(九五〇)。

二 (効果) (1) 相続財産と相続人の固有財産との分離、相続人の相続財産管理義務、家事審判所の處分権については、前段に述べたところと同じ(九五〇Ⅱ)。

(2) 財産分離申請者は、財産分離の命令があつてから五日以内に、一切の相続債権者および受遺者に

對し、財産分離の命令があつたこと、および二箇月を下らざる一定の期間内に、その請求の申出をすべき旨等を公告し、かつ知れたる債権者には、各別にその旨を催告し(九五〇Ⅱ・九二七・七九ⅠⅢ)、清算手続が開始せられる。

(3) 債権申出期間内に申出でた相続債権者・受遺者、ならびに申出でざるも相続人に知れたる者は、相続財産については、優先辨済をうけることとなる。而して、これ等の者も、その不足の部分については相続人の固有財産についてその権利を行うことができるが、ここでは、相続人の債権者が優先的地位を有する(九五〇Ⅰ・九四八)。なお、債権申出期間内に申出でず、且つ相続人に知れざる債権者または受遺者は、相続財産の清算において後順位となるばかりでなく、相続人の固有財産に對しても、相続人の固有の債権者の後順位となるのである。

問題「三七」相続人不分明の場合における法律關係を説明せよ。

一 「相続人不分明」の發生

二 「相続人不分明」の效果

三 「相続人不分明」の消滅

第一 「相續人不明」の發生

一（意義） 相續人不明、すなわち相續人のあることが明かでないとき、と云うのは、相續開始後、相續人（または之と同一視せらるべき包括受遺者）の出現する可能性がほとんど存しない状態のことである（九五二）。

二（識別） 相續人不明は、相續人の存否、じたいが不明の場合のことであるから、相續人が誰であるかは分明して、ただその所在または生死が不明である場合は、ここに云う相續人不明には入らない。そのような場合は、さしあたり不在者財産管理の問題（二五以下）であり、さらに失踪宣告（三〇以下）によつて次の相續開始が問題となる。したがつてまた、共同相續人中のある者が行方不明の場合にも、相續人不明の手續がとられることはない。

三（場合） 相續人不明と云われる中には、最初から相續人の存否が不明である場合と、相續順位に當つてゐる者が相續を放棄したために、相續人の不明を生ずる場合とがある。新法の相續にあたる舊法の遺産相續では、最終順位の相續人が戸主ということになつていたから、相續人不明ということもあり得ないと考えられていたが、新民法における最終順位の相續人は兄弟姉妹または配偶者であるからそれらの者（ことに兄弟姉妹）の存否不明の場合に、先順位の者が相續を放棄すると、相續人不明の

場合が發生するわけである。

第二 「相續人不明」の効果

一（相續財産法人） 相續人のあることが明かでないときは、相續財産は、これを法人とする（九五二）。實質的にいえば、相續財産が單一的存在を有し、管理人によつてその管理清算がなされた後に、後日相續人が出現すれば之に引渡され、もし相續人が遂に現れないときは、國庫に歸屬せしめられるものである。しかし、民法は、この實質について權利歸屬の形式を與えるために、相續財産を法人とし、相續財産が國庫に歸屬せしめられる場合には、この法人が相續開始の時から國庫歸屬の時までの權利主体として存在するものとなす反面、もしその間に相續人が出現するときは、この法人は存在しなかつたものとみなす理論（九五五）をとつたものである。この法人は、一種の財團法人と解せられている。

二（相續財産の管理） 相續人のあることが明かでないときは、家事審判所は、利害關係人または檢察官の請求によつて、相續財産の管理人を選任した上、これを遅滞なく公告しなければならない（九五二）相續財産の管理人は、理論的には法人たる相續財産の法定代理人であるが、實際上は不在者の財産管理人と類似の地位にたち（九五三）、財産目録の調製（二七一）、財産の管理（二八・二九）をなすほか、相續債權者または受遺者の請求により、これに相續財産の状況を報告しなければならない（九五四）。

三(相續財産の清算) 財産管理人選任の公告の後二箇月以内に相續人のあることが明かにならなかつたときは、管理人は相續財産の清算に着手することとなる。すなわち、まづ一切の相續債権者および受遺者に對し、二箇月を下らない一定の期間内にその請求の申出をすべき旨等を公告し、かつ知れたる債権者には各別にその旨を催告する(九五七・七九Ⅱ)。右期間内に申出た相續債権者・受遺者、ならびに申出でざるも管理人に知れたる者は、相續財産より優先的に辨済をうけるに反し、右期間内に申出でず且つ管理人に知れざる債権者または受遺者は、殘餘財産から辨済をうけることとなる(九五七Ⅱ・九二八―九三五)。なお、條件・期限未到來の債権も、辨済をうけることができるのである(九五七Ⅱ・九三〇)。

四(相續入の搜索) 相續人不分明の場合の第一回の公告は管理人選任の告知であり(九五二Ⅱ)、第二回の公告は相續債権者および受遺者に對する請求申出の催告であるが(九五七Ⅰ)、この兩度の公告は、同時に相續人の出現を促す用をする。ところで、この第二回の公告中に定められた請求申出の期間を経ても、まだ相續人のあることが明かにならないときは、相續人の搜索を主たる目的とする公告がなされることとなる。すなわち、家事審判所は、管理人または檢察官の請求により、相續人があるならば、一年を下らない一定の期間内にその権利を主張すべき旨を公告するのである(九五八)。

第三 「相續人不分明」の消滅

一(相續人の出現) 相續人のあることが明かになつたときは、相續人不分明という状態が消滅する。そこで、相續財産法人はその存立の基礎を失うわけであるが、この場合に、法はあくまで相續財産が被相續人から直接相續人に承継されるという理論を貫くため、相續財産法人は、存立しなかつたものとなして(九五五)。ただ、この理論を徹底して、管理人のそれまでの行爲を無權代理行爲としてしまふと、取引の安全を脅かすことが甚だしいので、管理人がその権限内で行つた行爲の効力には、影響を及ぼさないものとしている(九五五但)。相續人自身の法定代理人となるものと解すべきであろう。

二(相續人の不存在) 第三回の公告に定められた期間内に相續人たる権利を主張する者がなしか、あるいは権利を主張した者はあつても、それが相續人でないことが明かになつた場合には、相續人のないことが確定し、それまで法人だつた相續財産は國庫に歸屬する。而して、管理人の代理權はその時で消滅し、管理人は遲滞なく國庫に對して管理の計算をすることを要する(九五九Ⅰ)。もつとも、相續財産清算の結果、殘餘財産がなくなつた場合には、國庫歸屬の問題を生じないし、消極財産も國庫に歸屬せしめないうちから、相續債権者および受遺者は、國庫に對してその権利を行うことができないものとしている(九五九Ⅰ)。

問題〔三八〕遺言の法律上の性質について述べよ。(昭八・昭九・昭一一・近藤)

一 遺言の觀念

二 遺言の法的性質

第一 遺言の觀念

一(意義) 遺言は、表意者が、その死亡により効力を生ぜしめる目的を以て、一定の方式にしたがつてなす、相手方なき單獨の意思表示である。

二(本質) 遺言は、もと、人の最終の言葉を尊重しようとする傳統的感情から發した制度であるが、近世にいたり個人意思自治の原則が主張せられるにおよび、私的自治の一態容として、遺言の自由が強調せられることとなつた。すなわち、人は、生前その意思に基いて、自由に、自己の社會生活關係を規律しうるとともに、死後の法律關係をも、その意思によつて左右しうるものとされ、ここに遺言の本質が認められることとなつたのである。もつとも、私的自治が自由無制限には認め得られない當然の結果として、遺言の自由もまた、無制限ではあり得ないのである。

三(重點) 遺言制度の重點は——右の本質にかんがみても明かなように——概ね次の三點に歸するものとされている。すなわち、第一に、本人自身の意思を實現せしめること、第二に、その眞實の意思の

實現を保障すること、そして第三に、その最終の意思に効力を持たしめること、これである。

第二 遺言の法的性質

一(序) 遺言の法的性質としては、主に、次の七つをあげることができる。そして、これらはいずれも、右に述べた遺言の本質なり、遺言制度の重點にみちびかれて、でてくることなのである。

二(意思表示) 遺言は、意思表示である。このことは、遺言が、私的自治の一態容であることより、明らかである。而して、遺言が意思表示であることの結果、要素の錯誤に基く遺言は、當然に無効であり(九五)、詐欺または強迫による遺言は、遺言執行者または相続人により取消され得る(九六)。もつとも、心裡留保に關する民法第九三條、虚偽表示に關する民法第九四條第二項は、遺言の性質上、適用の餘地なしと云うべきである。なお、遺言能力については特別の規定(九六一—九六三)があるから、行爲能力に關する一般の規定の適用は、全く廢除せられることとなるわけである。

三(單獨行爲) 遺言は、特定の相手方なき單獨行爲である。したがつて、遺言によつて利益または負擔を受ける者に對してこれを表示し、またはこれらの者の承諾をうることを要しないばかりでなく、その意思に反しても有効に遺言をすることができ、死因贈與には遺贈に關する規定が適用せられているが(五五四)、それは、契約である點において、遺言と區別せらるべきである。

四（死後行爲） 遺言は、遺言者の死亡によつてはじめて効力を發生するものであるから、その點で、一般の生前行爲と區別せられるばかりでなく、死亡を期限または條件とする生前行爲とも、區別されねばならない。けだし、後者にあつては、生前すでに、期限附または條件附權利義務の發生があるからである。

五（要式行爲） 遺言は、法定の方式にしたがつてなされるべきいわゆる要式行爲であつて、その方式を履踐しない遺言は法律上の効力なく、たとえ相続人がこれを承認しても、遺言としての効力を發生せしめることはできない。これ、遺言者の眞實の意思の實現を保障する目的にでたものである。ただし、遺言は、適式になされた事實が立證せらるればたり、必ずしも遺言執行の時に適式な遺言書の存在することを要するものではない、と解せられている。

六（代理不適） 遺言は、代理人によつてこれをなすことは許されない。けだし、それは、遺言者自身の意思の尊重して、これに法的拘束力を認め、これを實現しようとする制度だからである。法定代理人といえども、遺言無能力者にかわつて遺言をなし、または遺言無能力者がこれをなすにつき、有効な同意を與えることはできない。

七（撤回自由） 遺言者は、何時でも、遺言の方式にしたがい、その遺言の全部または一部を撤回する

ことができる（一〇二二）。これ、遺言者の最終の意思を實現せしめようとする趣旨である。したがつてこの撤回權を豫め拋棄しても、その効力を生じない（一〇二六）。すなわち、なお撤回の自由を失わぬわけである。さらに、一定の事由があるときは、遺言の撤回があつたものとみなされている（一〇二三）。八（内容自由） 遺言の内容は、原則として自由であり、ことに財産の處分は、遺留分制度に抵觸しないかぎり、廣く自由になし得る（九六四）。これに反して、身分上の行爲については、特定の場合をかぎつて、認められることとなつてゐる。これ、一面において、私的自治の許容および制限と歩調をあわせるものであり、他面、その制限は遺言の死後行爲たる特質に基くものである。

問題 〔三九〕 遺言の能力を論ぜよ。（昭五・總積）

一 各説

二 總説

第一 總説

一（意義） 遺言は、表意者が、その死亡により効力を生ぜしめる目的を以てなす、單獨の意思表示である。

二(本質) 遺言制度の本質は、**私的自治の一態容**として、人が、生前その意思に基づき、自由に、自己の財産を處分し、または身分關係を設定する等、その社會生活關係を規律しようとす様に、死後の法律關係をも、その意思によつて左右しうるものという點に、あるとすべきであらう。ただ同時に、人の最終の言葉(意思)を尊重しようとする傳統的感情も、そこに介在することを、否定することができないし、ことに、遺言にあつては、もはや、遺言者自身の利益を害することは、あり得ないと考えられるところに、生前行爲と異なる特徴が見られるのである。

三(能力概観) 遺言が、私的自治の一態容であることから、その能力が、原則として、法律行爲の能力と一致すべきことになる。ことに、意思能力を全然有しない者が遺言能力を有しないことは、當然である。ただ辨識能力の程度については、あくまで遺言者自身の最終の眞意を尊重しようとするためと、遺言が現實に遺言者自身の利益を害するものでないと見る立場とから、生前行爲の能力におけるよりも、その基準をひき下げ、幼年による無能力は滿十五年までとし、また準禁治産者をもとより、禁治産者といへども、本心に復している間は、遺言をなし得るものとされることになつてゐる。

なお、遺言者は、遺言をする時において、その能力を有しなければならぬとともに(九六三)、それを以て足り、したがつて、遺言當時意思能力を有した遺言者が、その後それを喪失して、死亡の際は意

思無能力者となつていても、その遺言が効力を失わないのは、當然である。

また、遺言は、あくまで、遺言者その人の意思を尊重する制度であるから、それは、代理に親しむものでない。したがつて遺言能力を有しない者は、代理人によつても遺言することができないのである。同時に、遺言は、自然人のみの制度であり、法人が遺言能力を有しないことも、固より言を俟たない。

第二各説

一(意思無能力者) 禁治産宣告をうけていると否にかかわらず、意思無能力者は、遺言能力を有しない。したがつて、心神喪失の状態において作成した遺言のごときは、固より無効である。遺言時、能力があれば、その後これを失つても、遺言が無効となるものでないことは、右に述べた(九六三)。

二(未成年者) 十五年未滿の幼年者は、遺言能力を有しないが、未成年者でも十五年に達したときは單獨で遺言することができるのである(九六一)。その際、法定代理人たる親権者または後見人の同意を要しないし、また法定代理人がかつて遺言することもできないのである(九六二・四)。十五年という基準は、舊法では、女の婚姻適齡と一致していたが、新法では、それよりもさらに一年低いこととなつた。

三(禁治産者) 禁治産者も、本心に復している間は、遺言をすることができる。その遺言は、本人自

身單獨になすべきもので、禁治産者の行爲なるが故に、取消さるべきでなく(九六二・九)、また何人の同意をも要しない。禁治産者が遺言をするには、醫師の立會を要することとなつてゐるが(九七三・九八二)、これは禁治産者が遺言をした時に、本心に復してゐたことを、證明させるためにほかならない。

四(準禁治産者) 準禁治産者は、遺言能力を有する。遺言の内容が、重要な財産處分に關していてもその保佐人の同意を要するものではない(九六二・一二)。

五(法人) 法人は、遺言能力を全く有しない。

問題「四〇」遺言の方式について述べよ。

一 總説

二 普通方式

三 特別方式

第一 總説

一(要式性) 遺言は、民法の定める方式に従わなければ、その効力を生じない(九六〇)。ただし、遺言は、遺言者の最終の意思に、法的効力をもちせよとする制度であつて、それが効力を發生するとき

には、遺言者自身は、すでに死亡してしまつてゐるわけであるから、その眞意を保障するためには、厳格な要式が必要だとせられるのである。

二(方式の要點) 遺言の方式を規定するには、その性質上、つぎの諸點が留意されねばならぬ、とせられてゐる。

- (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) 文字を書くことができない者にも、遺言をすることができるようになること。
- (3) 急迫な場合にも、遺言をすることができるようになること。
- (4) 遺言書の存在を確保し、その紛失を防ぐこと。
- (5) 遺言者が希望するならば、遺言の成立またはその内容を秘密にし得させること。
- (6) できるかぎり手續を簡單にし、費用を要せずにするようにすること。

三(方式の種類) 右に述べた諸點は、必ずしも兩立し得ないから、民法は、まず「普通方式」として三種の遺言を認め、前述の諸點に關する一長一短にしたがつて、遺言者の選擇にまかせたが、さらにこの普通方式によりがたい特別の事情があり得ることを慮り、別に四種の「特別方式」を認めてゐる。その詳細は次項に述べる。

四（禁治産者の遺言の特例） 禁治産者も、本心に復した状態では、單獨で遺言することができるが、その場合、本心に復していたことを證明させるために、普通方式にあつても、特別方式にあつても、醫師二人以上が立會つて、遺言書に證明文言を附記し、署名捺印しなければならないこととなつてゐる（九七三・九八二）

五（共同遺言の禁止） 遺言は、普通方式にあつても、特別方式にあつても、二人以上の者が同一の證書でこれを行うことができない（九七五）。ただし、共同遺言を許すと、各遺言者の自由意思を保しがたぐ、その効力に疑問を生ずる虞も少くないし、また實際上、これを許す必要もないからである。

第二 普通方式（九六七）

一（自筆證書） 自筆證書によつて遺言するには、遺言者が、その全文、日附および氏名を自書し、これに印をおさなければならぬ（九六八一）。而して、書中の加除その他の變更は、遺言者が、その場所を指示し、これを變更した旨を附記してとくにこれに署名し、且つ、その變更の場所に印をおさなければ、その効力がない（九六八二）。この方法は、最も自然、かつ簡易な方法であると云える。

二（公正證書） 公正證書による遺言は、證人二人以上（その資格について、九七四）の立會の下に、遺言者が、遺言の趣旨を公證人に口授し、公證人がこれを筆記した上、遺言者および證人に讀み聞かせ、各

自所定の方法で署名捺印してなすわけである（九六九）。この方法は、遺言書の存在および内容を確實にし、且つ無筆の者でもできるようにするための方法である。

三（秘密證書） 秘密證書による遺言は、遺言者が、その證書に署名捺印した上封印し、これを公證人一人および證人二人以上の前に提出して、所要の申述をなし、公證人がこれを封紙に記載した上、一同署名捺印してなすのである（九七〇）。この方法は、遺言書の存在は明白にしたいが、その内容は秘密にしておきたいという場合に、とられるものである。なお、秘密證書による遺言書の本文は、必ずしも自筆による必要がないが、全文自筆の場合には、秘密證書として無効でも、自筆證書として有効となる場合があり得る（九七一）。

第三 特別方式

一（概説） 特別方式による遺言は、普通方式によつては遺言のできない非常の場合のために認められたもので、民法のとくに許した場合にかぎつて、これにより得るものである（九六七但）。方式を簡にすることが一つの眼目であるとともに、その弊害による可能性を最小限度にとどめようというのが他の一つの眼目である。そこで、普通方式に關する規定の準用せられてゐるものも少くない（九八二）とともに遺言者が普通的方式によつて遺言をすることができるようになった時から六箇月間生存するときは、特

別方式による遺言は効力を失うものとされている(九八三)。

二(危急時遺言) 死亡の危急に迫つた者が、遺言をしようとするときにとられる方法で、これに、次の二種がある。

(1) 疾病その他の事由による場合(九七六)。

(イ) 証人三人以上の立會にて遺言の趣旨を口授筆記。

(ロ) 証人の署名捺印。

(ハ) 家事審判所の確認(遺言の日から二十日以内)

(2) 船舶遭難に際し船舶中にある場合(九七九)。

(イ) 証人二人以上の立會による口頭申述。

(ロ) 証人の筆記、署名捺印。

(ハ) 家事審判所の確認(遅滞なく)。

三(隔絶地遺言) 遺言者自身には特別の事情がないが、その所在が通常の場合から隔絶した場所であるため、普通方式によることができないとき、とられる方法であつて、これにも、次の二種がある。ともに家事審判所の確認は必要でない。

(1) 傳染病のため行政處分を以て交通を遮断した場所にある場合(九七七)。

(イ) 警察官および証人一人以上の立會。

(ロ) 遺言書の作成。

(ハ) 遺言者、筆者、立會人および証人の署名捺印。

(2) 船舶中においてなす場合(九七八)。

(イ) 船長または事務員一人および証人二人以上の立會。

(ロ) 遺言書の作成。

(ハ) 遺言者、筆者、立會人および証人の署名捺印。

問題〔四一〕遺言の内容および効力を論ず。

一 序

二 遺言の内容

三 遺言の効力

第一 序

一（意義） 遺言は、表意者が、その死亡により効力を生ぜしめる目的を以て、自己の財産を處分し、または身分的効力を生ぜしめるためにする、意思表示である。

二（本質） 遺言制度の本質は、人が、生前、その意思に基き、自由に、自己の財産を處分し、または身分關係を設定する等、その社會生活關係を規律しようと同樣に、死後の法律關係をも、その意思によつて左右しうるものという點に、あるとされている。ただ、このような私的自治、すなわち個人意思自治の原則といえども、今日これを自由無制限に認めることは、許されるものでなく、「公共の福祉」（憲一・一三）という公益的見地からの制限は、固より避けることのできないものであつて、遺言の内容についても、またかかる制限は免れがたいものである。のみならず、遺言は、表意者の死亡後その効力を生ずるものであるから、その性質上、これが内容とするにふさわしくないものもあるものであつて、こうした見地からもまた、遺言内容の自由が制限せられることとなつているのである。

第二 遺言の内容

一（概観） 右に述べた通り、遺言は、私的自治の一態容であるから、その内容は、原則として自由であるが、たた公益的見地と死後行爲たる性質とから、これが制限をうけることになつていゝ。而して、わが民法上、財産的行爲については自由の範圍が廣汎であり、身分的行爲については、特定の場合にの

み、遺言によることが認められるたてまえになつていゝ。いずれの場合でも、その内容が、公序良俗に反し得ないことは勿論である。

二（財産的行爲） 財産の處分は、遺言によつても——生前におけると同様——自由になしうる。すなわち遺贈（九六四）、または寄附行爲（四一一）である。なお、信託（信託法二）も自由であるし、相続分を變更することもできるのである（九〇二）。ただ唯一の制限は、遺留分制度であつて、以上の處分により遺留分に關する規定に違反することは許されない（九六四但・九〇二I但）。これ、公益的見地よりする制限である。

三（身分的行爲） 右に反し、身分的行爲については、法律で特に認めた場合にかぎつて、許される。けだし、身分的行爲は、一般に、公益に關するところが大でもあるし、また性質上、遺言によつてなすことを認める必要なきものも、少くないからである。なお、遺言の内容が、往々にして、表意者の眞意の實現を保障し得ないおそれのあることも、こうした考慮にあずかつていゝと云えよう。

四（具体的内容） 遺言の内容は、生前行爲でもなしうるものと、遺言によつてのみなしうるもの、との二種に分つて見ることができゝ。

(1) 生前行爲でもなしうるものは、私生子認知（七八一I）、相続人の廢除（八九三）、その取消（八九四）

遺贈(九六四)、寄附行爲(四一Ⅰ)、信託(信二)。

(2) 遺言によつてのみなしうるものは、後見人の指定(八三九)、後見監督人の指定(八四八)、相続分の指定およびその指定の委託(九〇二)、遺産分割方法の指定、その指定の委託、および遺産分割の禁止(九〇八)、遺産分割における相続人間の擔保責任の指定(九一四)、遺言執行者の指定およびその指定の委託(一〇〇六)、遺贈の減殺方法の指定(一〇三四)。

第三 遺言の効力

一 (効力發生期) 遺言は、遺言者の死亡の時からその効力を生ずる(九八五)。

(1) 相続人廢除のように、特定の手續をとつてはじめて本來の効果を生じうる内容を有する遺言は、これらの要件をみたしてはじめて、効力を生ずること、勿論であるが、このような場合にも、その効力は結局、遺言者の死亡のときにさかのぼるのであるから、結局、右の趣旨がたらぬかれていることと云えよう(八九三)。なお、認知の場合は、私生子出生の時までさかのぼつて、効力を生ずることとなつてゐる(七八四)。

(2) 遺贈についても、受遺者が放棄しないかぎり(九八六)、遺言者の死亡の時から効力を生ずるし、遺言による寄附行爲の場合も——財團法人が成立したときは——寄附財産が、寄附者の死亡の時より法

人に歸屬したものとみなされる(四二Ⅰ)。

(3) 遺言に、條件または期限がついてゐるときは、それに應じて効力が發生することは云うまでもない。民法が停止條件附遺言について規定したのは(九八五Ⅰ)、注意的の規定といふべきである。

二 (効果の内容) 遺言の効果の具体的内容としては、結局、遺言の具体的内容として述べたところでつきてゐる。

(1) 身分的行爲の遺言には、遺言のみでその目的とする法的効果を發生する場合と、特定の手續をとつてはじめて、その効果を生ずる場合とがあること、前述の通りである。

(2) 遺贈が、その本來の目的たる財産權移轉の効果を生ずるためには、受遺者の承認(むしろ放棄しないこと)が必要であるし、遺言による寄附行爲のときにも、財團法人設立手續の成就が必要となる。しかし、遺贈による財産權移轉の効果そのものとしては、包括遺贈の場合は勿論、特定遺贈の場合でもその對象が不特定物でないかぎり、物權的效果が生ずるといふのが判例である。

問題〔四二〕 包括遺贈と特定遺贈の差異如何。(昭九・戒能)

二 受遺者の地位に関する差異
三 効力上の差異

第一 總説

一 (觀念) 包括遺贈とは、相続財産の全体、またはその何分の一というような分數的部分を與えることを内容とする遺贈を云い、特定遺贈とは、包括遺贈以外の遺贈を云う。部分的な包括遺贈と特定遺贈との區別の標準は、要するに、遺贈の目的が、相続財産全体に對する割合を以て示されているか否か、にあるのであつて、特定物・特定の權利を對象とする場合のみならず、一定種類の不特定物あるいは一定の物のある部分(例えば不動産の半分)が客體となつてゐる場合でも、全相続に對する割合として比率的に(對象を全く限定せずに)示されているわけではないから、それらは、やはり、特定遺贈とさるべきものである。

二 (形式・内容) 包括遺贈も、特定遺贈も、ともに、遺言によつてなされることに差がない。その内容については、右に述べたことのほか、特定遺贈の對象は常に積極財産であるに反し、包括遺贈の對象中には、積極財産のみならず、消極財産も含まれ得る點で、差異がある。その他特定遺贈には條件・期限を附しうるが、包括遺贈には、これを附し得ないという説も、有力である。

第二 受遺者の地位に関する差異

一 包括遺贈においても、特定遺贈においても、その効力の發生が受遺者の意思にかかつており、受遺者は、自由に、これを承認または放棄することができる點で、兩者差がない。しかし、前者は、實質的には相続と同視しうべきものであるとして、法は、その承認・放棄につき、相続の承認・放棄に關する規定を準用しているに反し(九九〇)、後者にあつては、その承認・放棄につき、特則が設けられてゐるので(九八六―九八九)、兩者必らずしも同じではない。

二 包括受遺者と特定受遺者との承認・放棄の間には、具体的に、つぎのような差異がある。

(1) 包括受遺者は、單純承認、限定承認または放棄のいずれかをなし得るが、特定遺贈については、その性質上、限定承認の問題が生じない。

(2) 包括遺贈の承認または放棄は、自己のために遺贈のあつたことを知つた時から三箇月内に、しなければならず(九一五I)、もしこれを怠ると單純承認をしたものとみなされるが(九二二)、特定遺贈の放棄は、何時でも(遺言者の死亡後なるを要することは勿論)これを行うことができる(九八六)。特定受遺者が放棄すると否とは、包括遺贈におけるほど利害關係人にとつて重要でないとして、この差別が設けられたのである。そのかわり、特定遺贈には、利害關係人より催告して、承認したもののみならず

制度が設けられている(九八七)。

(3) 包括遺贈の放棄は、家事審判所に對する申述でしなければならないが(九三八)、特定遺贈の放棄には、このような特別の方式を必要とせず、また表示の相手方が限定せられない。

(4) 包括遺贈にあつては、相続におけると同様、これを一部分承認し、一部分放棄するというわけにゆかないが、特定遺贈の内容は権利だけであるから、一部分だけの承認放棄をなし得ない理由がない。

第三 効力上の差異

一(本來の効力) 包括遺贈も特定遺贈も、ともに、遺言者の死亡の時よりその効力を生ずることは同一であるが、民法は、包括受遺者が相続人と同一の権利義務を有するものと規定した(九九〇)のに反し特定遺贈の効力については、何等規定を設けなかつたので、その効力の性質につき、疑を免れない點が存する。

(1) 包括遺贈にあつては、受遺者は、遺贈が効力を生ずると同時に、遺贈せられた財産を當然承継するものであり、別に、遺贈義務者より遺贈の履行をうけるというようなものでないことは、云うまでもない。すなわち、遺贈者より受遺者に對する財産権の移轉は、遺言者の死亡と同時に、物權的効力をもつて行われるわけである。

(2) これに反して、特定遺贈の効力については、學説がわかれていた。遺贈の客体が不特定物または現存しない物である場合に、債權的効力しか生じないことについては、異論がないし、遺言者の意思表示のみで直ちに所期の効果が完成する場合(例えば債務免除)の効力についても、格別問題がない。最も問題となるのは、特定物または特定の權利を内容とする遺贈についてであつて、判例は、古くから、物權的効力を生ずるものとしているが、學説としては反對も少くない。而して、特定遺贈においては、常に、原則として(遺言者の反對の意思表示なきかぎり)債權的効力しか生ぜず、したがつて、遺贈義務者(通常相続人)が給付義務を負うにすぎない、と解する立場をとれば、この點が、特定遺贈との顯著な差異となるわけである。

二(効力の不發生) 包括遺贈でも特定遺贈でも、それが効力を生じないときにおいて、受遺者が受けとるべきであつたものは、遺言に別段の意思が表示されていないかぎり、ひとしく、相続人に歸屬するものとなつてはいるが、包括遺贈が、放棄によつてその効力を失つたときは、受遺者が受けるべきであつたものは、原則として、相続人および他の包括受遺者の相続分または受遺分に應じてこれに歸屬するに反し(九九〇・九三九)、特定遺贈が放棄によつてその効力を失つたときは、受遺者が受けるべきであつたものは、原則として、やはり、相続人のみに歸屬することとなるのである(九九五)。

問題「四三」 負擔附遺贈について問う。

一 負擔附遺贈の觀念

二 負擔附遺贈の効力

第一 負擔附遺贈の觀念

一 (意義) 負擔附遺贈とは、受遺者に對して一定の債務を負擔せしめる附款を伴う遺贈を云う。

二 (性質) 負擔附遺贈の性質については、つぎの諸點を注目すべきである。

(1) 負擔は停止條件ではない。すなわち、その負擔が實行されるまでは、遺言の効力が停止されると云うのではない。

(2) 負擔は解除條件ではない。すなわち、その不履行によつて、遺贈の効力が當然に消滅するわけではない。

(3) 負擔の内容は債務の設定たることを要する。道徳的教訓がここにいわゆる負擔でないのは勿論、單純な使途の指定のごときも負擔ではない。

(4) 負擔附遺贈は包括遺贈にも特定遺贈にもあり得る。包括遺贈は、その内容に義務をも包含しうるが、それは固より負擔ではない。しかし、それと別に、遺言者が包括受遺者に對し新たな債務を負擔さ

せる意思を遺言中表示したときは、その債務は包括遺贈の内容ではなく、包括遺贈の負擔なのである。

(5) 遺贈の負擔たる債務の履行を受遺者に對して請求しうる者は、相続人である。負擔の内容たる給付の利益を受ける者は、相続人であることがあり、第三者であることがあり、あるいは一般公衆であることもあるが、負擔義務履行の請求権は、相続人に專屬し、相続人以外の受益者はこれを有しない。勿論、特定人が受遺者に對して、直接に、一定の請求権を取得する趣旨の遺言もありうる。しかし、このような場合には、むしろ受遺者を遺贈義務者とする第二の遺贈があるものと、解すべきである。

第二 負擔附遺贈の効力

一 (遺贈放棄の效果) 負擔附遺贈の受遺者は、固より、一般の受遺者と同様、承認すると放棄するとの自由を有する(九九〇・九一五・九八六)。受遺者が放棄したときは、遺言に別段の定めのないかぎり、負擔の利益を受くべき者が、自ら受遺者となることができる(二〇〇二)。これは、その者に利益を與えようとした遺言者の趣旨にもかなるうであろうし、また遺贈の價格が負擔よりも著しく大きいときは、受遺者は通常放棄をしないであろうから、受益者が、これによつて、元來受益すべかりしところより實際上、甚しく大きな利益を得ることは、稀であろう、というのである。この場合、受益者は、受遺者の例に準じて、遺贈の承認または放棄をなすこととなる。

二(遺贈承認の効果) 受遺者が、負擔附遺贈を承認すれば、遺贈の内容たる權利義務を承継するとともに、負擔を履行する義務を負うこととなる。その場合、負擔が遺贈の利益より大となることは、遺贈の性質に反するから、受遺者は、遺贈の目的の價額を超えない限度においてのみ、負擔した義務を履行する責に任ずるにすぎない(一〇〇二)。而して、もし相續の限定承認または遺留分の減殺がおこなわれて、負擔附遺贈の目的の價額が減少したときは、受遺者は、その減少の割合に應じてその負擔した義務を免れることとなる(一〇〇三)。もつとも、遺言に、遺贈が減少しても負擔は減少せぬ旨が表示してあれば、それに従うが(一〇〇三但)、その場合でも、負擔が遺贈利益より多くなることはできない。

三(負擔義務不履行の場合) 受遺者が、負擔する義務を履行しないときは、その請求權者である相續人は、負擔の性質に應じて、普通の訴訟上の手段で、強制執行をすることもできる。しかし、受遺者がその負擔する義務を履行しない以上、その遺贈を取消することが、むしろ遺言者の意思にかなうであろうとして、民法は、相續人に取消權を與えた。すなわち、かかる場合、相續人は、相當の期間を定めてその履行を催告し、もしその期間内に履行がないときは、遺言の取消を家事審判所に請求し得る(一〇〇)。この取消は、審判によつて効力を生ずるのであるが、その効力は、遺言を遡及的に無効ならしめるのである。

問題「四四」遺言執行者について述べよ。

- 一 遺言執行者の觀念
- 二 遺言執行者の決定變更
- 三 遺言執行者の職務權限
- 四 遺言執行者の任務の終了

第一 遺言執行者の觀念

一(意義) 遺言執行者とは、遺言の内容を實現するため必要な行爲をなす職務權限を有する者を云う。けだし、遺言の内容中には、後見人の指定とか遺産分割の制限とかのように、その實現につき、特別の手續を必要としないものもあるけれども、これと反對に、私生子認知とか、相續人の廢除とかのごとくその實現に一定の手續を必要とする事項も含まれている。而して、この後者のような事項を實現するためには、その手續をとるべき執行者が必要であるが、遺言の内容は必らずしも相續人に有利であるとはかぎらないから、相續人をして遺言を執行させることは妥當でない場合が生ずるので、民法は、専ら遺言の執行を任務とする者を設けて、これに右の手續をとらせることとしたのである。もつとも、相續人自身が遺言執行者たり得ないわけではない。

二(地位) 遺言執行者の法的地位について、民法は、これを相続人の代理人とみなしている(一〇一五)しかし、相続人自身が執行者となる場合や、反対に執行者が相続人を相手方として訴訟を進行する場合のあることを考えると、この規定は悖理にちかい。執行者は、実際上は、被相続人たる死者の代理人として、また財産的關係においては、特別財産たる相続財産の代表者として、事務を處理するものと云うべきである。ただ現行法は、現存の人格者に結びつけないでは、一切の法律關係を把握し得ない立場をとつていたので、やむを得ず、相続人の代理人とみなしたのであるが、それが正しくは遺言そのものために事務を處理すべき地位にあるものであることを、見失つてはならないのである。

第二 遺言執行者の決定變更

一(遺言者の指定) 遺言執行者は、第一次的には、遺言者の指定、または指定を委託された第三者の指定によつて定まる(一〇〇六)。能力者や破産者は、指定される資格がない(一〇〇九)。これに反して法人たる信託會社は執行者となることが出来る(信託業法五)。指定せられた者が、執行者として就職するか否かは、その者の自由であるが、相続人その他の利害關係人は、その諾否の確答を催告することができる(一〇〇八)。執行者が就職を承認したときは、直ちにその任務をおこなわなければならない(一〇〇七)。

二(家事審判所の選任) 執行者は、第二次的には、利害關係人の請求による家事審判所の選任によつて定まる(一〇一〇・家九I甲37)。新法では、この場合にも、就職を拒むことができることとなつた(舊一〇一I参照)。

執行者が死亡したり、欠格となつたり(一〇〇九)、家事審判所の許可を得て辭任したり(一〇一九I)、利害關係人の請求により家事審判所から解任されたり(一〇一九I)すると、執行者がいないこととなるので、また家事審判所の選任がなされることとなるわけである(一〇一〇)。

第三 遺言執行者の職務權限

一(財産目録の調製) 遺言が財産に關するときは、遺言執行者は、就職後遲滯なく、相続財産の目録を調製して、これを相続人に交付しなければならぬ(一〇一一)。遺言が特定財産に關する場合には、その財産だけの目録をつくれればよい(一〇一四)。

二(遺言の執行) 遺言執行者は、相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行爲をする權利義務を有する(一〇一二)。

(1) 遺言執行の内容としては、私生子認知(七八一I)、相続人の廢除(八九三)、その取消(八九四I)の各手續、遺贈(九六四)、寄附行爲(四一I)の實施等があげられる。

(2) 遺言執行のため相続財産を管理する場合には、執行者は受任者と同様の地位にたつ(10111)。對外的には相続人の代理人とみなされているが(10115)、實質的には相続財産そのものの代表者と解すべきことについては前に述べた。なお、相続人自身は、相続財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができない(10113)。

(3) 数人の執行者があるときは、保存行為のほか、原則として、過半数の決により、その任務を執行する(10117)。

(4) 執行に關する費用は、相続財産の負擔である(10111)。

三(復任權) 遺言執行者の復任權は、制限せられていて、任意代理人のそれに近いものとなっている。すなわち遺言に定めのあるとき、またはやむを得ない事由があるときにかぎられるのである(10116)。

四(報酬) 遺言執行者は、遺言に報酬の定めがあるときはその報酬を、その定めがないときは、家事審判所の決定した報酬(家九I甲36)をうけることができる。その時期等については、委任の規定による(10118)。

第四 遺言執行者の任務の終了

一 任務の絶對的終了原因は、遺言執行の完了であつて、これが眞正の意味での任務の終了である。

二 任務の相對的終了原因は、執行者の死亡、欠格(10009)、解任(10119I)、辭任(10119I)であつて、これらの場合には、さらに他の執行者が選任せられるから、執行者の變更であるにすぎない(前述)。なお、任務終了の場合における法律關係につき、委任の規定が準用せられている(10120)。

問題〔四五〕遺言の確認と遺言書の檢認との差異を論ず。

一 總說

二 手續上の差異

三 効力上の差異

第一 總說

一(觀念) 遺言の確認とは、特別方式の遺言のうち、いわゆる危急時遺言につき、その直後の時期において、それが遺言者の眞意に出たものであることを審査決定する家事審判所の審判を云い、遺言書の檢認とは、大部分の遺言につき、遺言者の死亡した直後の時期において、遺言書の形式的狀況、および實質的内容を調査・確認して調書に記載する家事審判所の手續を云う。

二(性質) 遺言の確認は、いわゆる危急時遺言、すなわち疾病その他の事由によつて死亡の危急に迫

つた者(九七六)、または船舶遭難の場合において船舶中であつて死亡の危急に迫つた者(九七九)が、それぞれ特別方式の遺言をした場合に、必要とせられる手續であつて、その目的は、専ら、その遺言が遺言者の眞意に出たものであるか否かを、審査するにあり、その方式の適否や、その内容の有効・無効等は問題とするところでない。これに反して、遺言書の検認は、遺言の執行に際し、公正證書による遺言以外のすべての遺言につき、必要とせられる手續であつて、その目的は、一に、遺言書の現状確認およびこれが調書への記載による現状保存、偽造・變造の防止にあり、それが遺言者の眞意に出たものであるか否かの審査は固より、その方式の適否を審査することも、その対象とするところではない。確認は家事審判所の公権的判斷を示す手續であるから、その意味において、一の裁判作用であるが(九七六參照)、検認は、家事審判所の事實行爲であつて、一種の檢證である。

第二 手續上の差異

- 一(申請者) 確認は、遺言に立會つた證人の一人、または利害關係人から、請求すべきものであるが(九七六Ⅰ・九七九Ⅰ)、檢認の請求は、遺言書の保管者または相続人から、なされることとなる(一〇〇四)
- 二(申請時期) 確認の請求は、遺言作成の直後、すなわち、疾病等による危急時遺言の場合は、遺言の日から二十日以内に、また船舶遭難の際の危急時遺言の場合は、遺言作成後遲滞なく、なされなければ

ならない(九七六Ⅰ・九七九Ⅰ)。その際、遺言者がすでに死亡しているか否か、すなわち、遺言が形式的に効力を生じているか否か、とは無關係である。これに反し、檢認は、遺言執行手續の一段階として、とられる手續であり、したがつて、その請求は、相続の開始を知つた直後、または相続開始後、遺言書発見の直後になさるべきもので(一〇〇四)、いずれにしても、遺言者死亡後、すなわち遺言が形式的に効力を生じて後、とられる手續である。

三(手續) 確認も檢認も、ともに相続開始地の家事審判所の管轄であるが(家事審判規則二二〇一)、確認の申立は、遺言者の住所地の家事審判所に對して、これをなすこともできる(同二二〇Ⅰ)。家事審判所は、遺言書の檢認をするには、遺言の方式に關する一切の事實を調査しなければならない(同二二二)。確認については、審判書が作成されるが、檢認については、調書が作成されるだけである(同二二三)。

第三 効力上の差異

一(欠缺の効力) 遺言の確認は、當該遺言についての効力發生要件であつて、危急時遺言において、確認の手續がとられないか、または否定的審判(遺言者の眞意より出たものでないとする審判)がなされると、その遺言は何等の効力をも生じないこととなる。しかし、遺言を無効とする積りであれば、確認の手續をとらなくても、別段制裁が科せられることはない。

これに對し、遺言書の檢認は、公正證書遺言以外の遺言についての執行のための手續であつて、所定の時期に檢認の手續をとることを怠つたり、檢認を経ないで遺言を執行すると、過科の制裁を科せられる(一〇〇五)。しかし、これは、云わば、單に證據保全的な手續であるから、これを怠つたことによつて、遺言そのものが、當然無効となるわけでは、固よりない。

二(本來の効力) 確認は、遺言が遺言者の眞意に出たものであることを、家事審判所が、有權的に判斷確定するものであるから、確認がなされると、爾後、その遺言が、遺言者の眞意に出たものでないという主張は、できなくなる。しかし、それ以外の點(例えば方式)については、格別審査がなされるものでないから、そうした事項(例えば方式の欠缺)を理由に、遺言の効力が否定されることは、固よりあり得るし、また確認を経た遺言についても、その執行にあつては、なお檢認を要すること勿論である。

これに反し、檢認は、單に遺言書の現状の確認とこれが調書への記載による現状の保存とを目的とするものであつて、何等の判斷をも示すものでないから、遺言が、檢認當時(すなわち、原則として効力發生直後)如何なる状態(形式および内容について)にあつたかを立證する資料を提供するにとどまり、その有効・無効の効力判定とは全く無關係である。

問題「四六」遺言の取消について述べよ。

一 總説

二 撤回の方法

三 撤回の効果

第一 總説

一(取消と撤回) 民法相續篇は、第七章第五節を「遺言の取消」と題している。しかし、この取消は民法總則にいわゆる取消、すなわち既に發生した法律行為の効力をさらに消滅させるのとは異り、遺言がまだその効力を生じない前に、遺言者自身がこれをなし、その効果は、遺言者が死亡してもその遺言に効力を生ぜしめまい、ということである。したがつて「取消」というよりは、むしろ「撤回」と呼ばるべきものである。

二(瑕疵に基づく取消) もつとも、遺言もまた一の意思表示であるから、これに瑕疵があるときは——相續篇の規定とは別に——總則篇の規定によつて取消されることとなる。すなわち、遺言が詐欺または強迫によつてなされたときは、遺言者の相續人は、取消權者の承繼人として(二〇一)、その遺言を取消しうるのである(九六一)。

川（審判による取消） 右と別に、負擔附遺贈をうけた者がその負擔した義務を履行しないときは、相續人は、相當の期間を定めてその履行を催告し、もしその期間内に履行がないときは、遺言の取消を家事審判所に請求することができる（一〇二七）。これは本來の意味での取消であるが、ただ審判によつてなされる點でことなつてゐる。

四（撤回の自由） 遺言撤回の自由は、廣く認められてゐるところである（一〇二二）。けだし、遺言は遺言者の死亡によつてはじめて、その効力を生ずるものであつて、遺言がなされる時とその効力を生ずる時との間には、長年月を経過することもあり得るから、その間にどれほど事情が變更しても、前の遺言に拘束されるというのでは、甚だ實情に適しないばかりでなく、そもそも法が遺言に効力を與えたのは、死者の遺志を尊重しようというにあるのであるから、できるかぎり遺言者の死亡の時に近い意思を標準とすべきは、理の當然だからである。同時に、遺言によつて利益をうくべき第三者も、また現實に權利を得てゐるわけではないから、遺言の撤回は第三者の權利を害することともならず、この點にも不都合がないわけである。このように、遺言の撤回は、むしろ遺言の本質上かくべからざる要素とも云うべきものであるから、民法は、遺言者が、遺言撤回の權利を放棄することは、できないものとしてゐるのである（一〇二六）。

第二 撤回の方法

一（概説） 右のごとく、遺言の撤回は自由であるが、遺言そのものが元來要式行爲であるから、その撤回も一定の明確な方法によらねばならぬとして、民法は、その要式を定めてゐる。而して、これは、大別して、意思表示による場合と、法律の規定による場合との二つより成つてゐるのである。

二（意思表示による場合） 意思表示による撤回は、遺言の方式にしたがつて、なさなければならぬ（一〇二二）。必らずしも、もとの遺言と同一の方式による必要はない。また遺言の全部を撤回することもできれば、その一部を撤回することもできるのである。

三（法律の規定による場合） 法は、遺言撤回の明示の意思表示がなくても、それありと推測せられる一定の場合に、遺言者の眞意如何にかかわりなく、法律上當然遺言の撤回があつたものとみなしてゐる。これ遺言者の最終の意思（と推測せられるもの）を實現しようとする趣旨とともに、面倒な争の發生を防止しようという目的からでたものである。

(1) 牴觸する數個の遺言があるときは、牴觸する部分につき、後の遺言をもつて前の遺言を撤回したものとみなす（一〇二三I）。遺言者が、前の遺言を忘れて後の遺言をした場合でも、両者が牴觸するかぎり、後の遺言が優勝することとなる。

(2) 遺言と牴觸する生前處分その他の法律行為をしたときは、その牴觸する部分につき、これらの行為をもつて遺言を撤回したものとみなす(一〇二三Ⅱ)。遺言を忘れてした場合でも、同様である。

(3) 遺言者が故意に遺言書を毀滅したときは、その毀滅した部分につき、遺言を撤回したものとみなす(一〇二四前)。遺言書が、遺言者の過失・他人の行為・不可抗力によつて毀滅された場合には、その内容が識別しうるかぎり、遺言はその効力を失わぬのである。

(4) 遺言者が故意に遺贈の目的物を毀滅したときは、その毀滅した部分につき、遺言を撤回したものとみなされる(一〇二四後)。遺贈の目的物が、遺言者の過失または不可抗力によつて毀滅したときも、結果において同様となるが、他人の行為によつて毀滅した場合には、遺言も有効であり、遺贈もその意義を失わない(九九九Ⅰ)。

第三 撤回の効果

一 (効果) 遺言撤回の効果は、遺言者死亡の際、遺言が、その効力を発生しないことである。

二 (撤回の撤回) 問題は、遺言の撤回行為または撤回とみなされる行為が、取消し、又は撤回され、または効力を生じなくなるに至つたときに、最初の遺言が復活するか、という點である。立法論として問題であるが、民法は、非復活主義をとつて(一〇二五)。これは、多くの場合の遺言者の意思を推

測し、かつ紛糾をさけようとするところから規定であるが、遺言者の意思のきわめて明瞭な場合には、最初の遺言が實質的に復活するものと解する説が有力である。なお、撤回行為が詐欺または強迫によつて取消されたときは、撤回行為が全然なかつたものとなるのであるから、最初の遺言が復活することは當然である(一〇二五但)。

問題「四七」遺留分制度の利害を述べよ。(昭二一・我妻)

一 遺留分制度の効用

二 遺留分制度の弊害

第一 遺留分制度の効用

一 (觀念) 遺留分とは、被相続人のなす贈與および遺贈により侵し得ないものとして、一定の相続人のために、法律上保障せらるべき財産上の利益を云う。

二 (本質) 遺留分制度の本質を、一言で盡せば、法定相続主義と遺贈自由主義との連接點として、兩者の調節をはかる制度と云い得るであろう。けだし、法が、相続について、一定の理想を以つて臨み、被相続人の財産は、全部または法定の比率により、これを法定せる相続人に承継せしめようとするのが

法定相続主義にほかならないが、この主義を貫くときは、被相続人は、死後のためその財産を処分すべき権限を、全く失つてしまふであろう。しかるに、一方、近代法の理想である私的自治の原則にしたがえば、人は、生前、その意思によつて、自由に、自己の財産を処分し得ると同様に、死後のためにもまた、その財産の運命を自由に決定しうべきはずだということになり、ここに遺贈自由主義が生まれるのである。而して、この二つの主義は、正面から衝突するものであるから、ここに、一定の緩衝地帯を設け、ある割合の相続財産だけは、法律上當然に法定の相続人のため留保し、被相続人の意思を以ても、他に処分し得ないものとするとともに、それ以外の財産については、被相続人をして、自由に処分し得せしめようとするところに、本制度の効用があるわけである。

三(沿革) 遺留分制度は、歴史的には、大家族制的相続制度と遺贈自由主義との調和点として、發達したものとしてされている。すなわち、古い大家族制の社會においては、家の財産は、永久に家の中にとどめられねばならないものであつて、家長といえども自由にこれを処分し得ないとともに、それは、いわゆる家産として、超世代的に承継されるべきものとされ、これが、相続制度の理念として、法的保障をうけていた。しかるに、こうした古い社會機構が、近代的な私的自治の理想によつて批判されるに伴い、古い相続体制は、新しい遺贈自由の思想により、次第に蠶食されることとなつて、ここに遺留分制度に

妥協點を見出したもので、これ家のための遺留分制度とも云うべく、わが舊法上の家督相続に關する遺留分制度は、大体、この段階にあつたものと云えるのである。

四(現代的意義) しかし、前にも述べた通り、遺留分制度は、廣く、法定相続主義と遺贈自由主義との調節者と解すべきものであつて、必ずしも、大家族制的相続制度に固有のものではない。相続制度の理念は、古い家産承継の思想から去つて、今や、家庭的消費生活体が繼續維持せられるための經濟的基礎として、これに必要な限度の財産を承継せしめんとするにあり、とされることになつたけれども、かくしてこの理念にもとづく相続形態を法定することになれば、その法定相続体制と遺贈自由の原則とは、やがてまた衝突するに至ることを免れないので、ここに、その調節者としての遺留分制度の存在意義が認められざるを得ないのである。例えば、法は、直系卑屬に對する優先的平等の相続權を保障している(八八九・九〇〇)。これ直系卑屬が、第一次的に、被相続人より、生活上の保障をうくべき地位にあるに堪がみ、法が、これに、優先的平等なる生活資料を與えようとする目的から出たものであるが、もし、遺贈自由の原則をつらぬいて、被相続人に對し、全遺産を處分する權利を許容するならば、法の右の理想は、くすされてしまわざるを得ないこととなる。そこで、これに對し、遺留分制度が、最小限度の生活資料を、各相続人に保障し、被相続人の恣意によつて、これが奪われることを防ごうとするの

である。これ、人のための遺留分制度と云うべきであつて、ここに、この制度の現代的意義が見出ださるべきであろう。而して、相続制度についての前述の法の理念と、私的自治の一翼としての遺贈自由の原則とが、ともに、一應是認せらるべきものであるという前提にたつならば、兩者の調節をはかろうとする本制度の効用は、やはり認められざるを得ないのである。

第二 遺留分制度の弊害

一 (概観) 遺留分制度の難點としては、さしあたり、二種のことを考えることができよう。一は、云わば對外的弊害であり、一は、云わば、内在的欠陥である。

二 (對外的弊害) この制度の對外的弊害として云われることは、それが、法の一の理想である取引の安全をおびやかす、ということである。すなわち遺留分を害する處分は、遺贈のみならず、相続前一定期間内の贈與についても、これを無効とすることにしないと、趣旨が徹底しないが、そうした被相続人の生前の法律關係まで、相続開始後になつて覆滅させることにすると、その上に築きあげられていた、もろもろの法律關係がくつがえることとなつて、取引の安全を害することは少くない、といふのである。そこで民法は、まづ、遺留分を害する處分を當然無効とせず、單に相続人より滅殺請求しうるにとどめるとともに、多くの場合に原物返還を拒否して、價額辨償を認め(一〇四〇・一〇四一)、滅殺による餘波

が廣く第三者に傳播することを防ぎ、なおさらに、滅殺請求權の短期消滅時効を認めた(一〇四二)。かくて、その弊害は、餘程緩和せられたものとなつているのである。

二 (内在的欠陥) この制度の内在的欠陥として、通常、つぎの諸點があげられている。

(1) 制度が、技術的に複雑なものとならざるを得ないため、實際の利用度が餘り大きくない。
(2) 遺留分が、比率的にきめられているため、遺産僅少の場合には、相続人に、生活資料を與える目的を、ほとんど達し得ない。その反面、遺産莫大の場合でも、相続人に、相続制度本來の目的をこえる巨額を保障しながら、公共事業への寄附等、被相続人の善良な目的の遺贈までも阻むことになるおそれがある。ただ、新法が、家事審判所の許可による遺留分の放棄を認めたのは(一〇四三)、かかる場合に處するためのものであろう。

(3) 右と關連して、制度が形式的劃一にすぎ、具体的事情に即さないうらみがある。この點からは、相続財産の状態と相続人の員數・資力・職業等、諸般の事情を斟酌し、相當の生活維持を標準として、家事審判所が遺留分の額を決定すべし、といふ説もとなえられているのである。

問題「四八」遺留分に關する規定は新法のもとで如何に改められたか。

一 總説

二 遺留分権利者

三 遺留分の放棄

第一 總説

一（序） 遺留分に關する規定は、新法のもとで、かなり重要な改正をうけた。けだし、家督相續の廢止によつて、相續に對する根本觀念が重大なる修正をうけることとなつたばかりでなく、相續人の範圍等にも變更を來したので、これが、遺留分制度にも反映せざるを得なかつたのである。

二（本質） 遺留分制度の本質的意義は、新法のもとでも、舊法におけると、何等異るところがない、といわれる。なる程、これを、法定相續主義と遺贈自由の原則との緩衝地帯としてみるならば、そこには、何の逕庭もない、と云えるであろう。けれども、舊法で最も重要な機能をなしていた家督相續制度を前提とし、これとの關聯において、遺留分制度というものを考へてみるならば、そこには、どうしても、家のための家産維持という色彩が、浮びあがつてこざるを得ないのである。勿論、家族制度そのものが次第に觀念的のものとなつて、社會の現實的基礎を失ふこととなるに伴い、家督相續においても、

實際上は、家長的地位の承繼という色調がうすらいで、ほとんど、戸主個人の單なる財産相續にちかひものとなつていたとも云えよう。そうした見方からすれば、家督相續のもとにおける遺留分制度も、戸主個人の經濟的利益保護を目的とせるものと、見られないこともないかもしれない。しかし、少くとも舊民法のたてまえとしては、それは、あくまで、家長としての、戸主の經濟的利益保護を所期したものであつたのであり、その意味において、家産維持ないし少くとも戸主權の經濟的裏づけということが、この制度の体系的意義であつたのである。

これに反して、新法では、それは、明らかに、個人的なものとなつてゐる。そのことは、新法における相續形態が財産相續一本となり、その理念が、被相續人に生活上の經濟的基礎を得させるにある、とせられるに至つたことの當然の結果であり、かくて、遺留分制度は、被相續人と特定の親近關係にある相續人に對し、最少限度の生活資料を得させるためのもの、と解せられるべきことになつたのである。

一言でつくせば、家のための遺留分制度より、人のための遺留分制度への變遷というところに、今次改正の本質を認むべきなのである。

三（概観） 改正點のうち、遺留分権利者とその遺留分の額については、次段以下に述べる。「家督相續ノ特權ニ屬スル權利」を遺留分の算定から除外する旨の舊法の規定（舊一一三二Ⅲ）が削除されたのは、

當然であるが、新法でも、「系譜・祭具及び墳墓の所有権」は、相続の対象より除外されているので（八九七）、實際の結果は異なるところがない。鑑定人の選任を、裁判所の管轄（舊一一三二）より家事審判所の管轄（一〇二九）に移したことも、とくにとりあげるまでもないことである。

第二 遺留分権利者（一〇二八）

一（権利者） 舊法では、家督相続人は常に遺留分を有していた（舊一一三〇）。これ、上述のその本質からする當然の結論であつた。一方、遺産相続では、直系卑屬のみが遺留分を有するにすぎなかつた。新法では、兄弟姉妹以外の相続人、すなわち直系卑屬・配偶者・直系尊屬が、遺留分を有している。ただし、被相続人死亡の場合、それらの者には、最小限度の生活資料が相続財産中より、確保されるべきだとされたわけである。

二（額） 舊法では、遺産相続人たる直系卑屬の遺留分は、相続財産の二分の一（舊一一三一）。新法では、直系卑屬のみが相続人であるとき、又は直系卑屬および配偶者が相続人であるとき、二分の一。その他の場合には、三分の一。

第三 遺留分の放棄（一〇四三）

一（趣旨） 遺留分制度を、家のためのもの、すなわち家産維持ないし、戸主權の經濟的裏づけを本旨

とするものと解するかぎり、相続人個人の發意に基く、遺留分の放棄を許すべき理由は少しもない。これ舊法で、この種の規定のなかつた所以である。これに反して、この制度を人のためのもの、すなわち相続人個人の利益保護と解するならば、その放棄を認むるは、むしろ當然である。ことに、相続人が十分の生活資料を有しており、しかも、被相続人がその遺産を公益事業に捧げようとした場合、放棄を認むる規定がないと、不都合を生ずることもあるであろう。かくて、新法には、放棄の規定がとり入れられることとなつたのである。

二（内容） (1) 相続の開始前における遺留分の放棄は、家事審判所の許可を受けたときにかぎり、その効力を生ずる。許可を必要としたのは、濫用をおそれたからである。

(2) 放棄が認められた場合には、被相続人の自由に處分しうる財産が増加するだけで、他の共同相続人の遺留分が増すわけではない。

問題〔四九〕 遺留分の減殺を説明せよ。

一 總説

二 減殺の方法

第一 總論

一 (觀念) 遺留分とは、法が、一定の相続人のために、被相続人のなす贈與および遺贈により侵し得ないものとして保障する、財産上の利益を云い、遺留分の減殺とは、右の遺留分が侵害せられたとき、遺留分権を有する相続人もしくはその承継人より、遺留分保全に必要な限度において、遺贈あるいは贈與の効果を、消滅せしめることを云う。

二 (本質) 遺留分制度は、本來、法定相続主義と遺贈自由の原則との緩衝地帯であつて、被相続人がその意思により、自己の遺産を自由に処分しようとするのに對し、法が、相続制度に關する理念にもとずき、一定の相続人に、最少限度の財産的利益の承継を保障しようとするものである。而して、それが、當初、遺贈自由の原則の出現に對する大家族制的相続制度の保守的防壁としてあらわれたときには、家産維持という強い傳統的感情におされて、遺留分を侵害する處分は當然無効という理論がとられたのであつたが、そのことの取引安全に對する脅威がたえがたいものと感ぜられるとともに、遺留分制度の目的自体相続人その人の利益保護にありとせられることとなつて、當然無効の理論がすてられ、遺留分権者の發意をまつて、はじめこれを保全するに必要な限度において、侵害處分の効果を消滅せ

しめれば十分であると考えられるようになった。これ、すなわち減殺である。

第二 減殺の方法

一 (要件) 減殺の要件は、遺留分権利者のうける現實の被相続利益——すなわち相続および一定範圍の贈與(一〇三〇・一〇四四・九〇三)によつて被相続人から得た財産より、相続によつて承継した債務および遺贈によつて負擔した債務をさしひいたもの——が遺留分(一〇二八)に及ばないこと、である。

二 (減殺權) 減殺は減殺權の行使によつておこなう。

(1) 減殺權を有する者は、遺留分権利者およびその承継人であるが(一〇三一)、これらの者に對して債權を有する者も、自己の債權を保全するために、その減殺權を行使することができる(四二三)。

(2) 減殺の相手方は、受遺者または受贈者およびその相続人である。

(3) 減殺權は形成權であつて、遺贈も贈與も、減殺の意思表示のみによつて、その効力を失う。すでに履行せられたものの返還を請求しうることとは勿論であるが、それは減殺の效果の實現にはかならない。

(4) 減殺は、遺留分額に達するまでに、とどむべきである(一〇三二)。

(5) 減殺の請求權は、遺留分権利者が、相続の開始および減殺すべき贈與・遺贈があつたことを知つた時から一年間、または相続開始の時から十年間、これを行わないと時効によつて消滅する(一〇四二)

三(順序) 減殺には順序がある。

- (1) 第一に遺贈を減殺する(一〇三三)。遺贈の全部を減殺する必要がないときは、遺言に別段の定めがないかぎり、遺贈の目的の價額の割合に應じて減殺すべきである(一〇三四)。
- (2) 第二に贈與におよぶ。而して、數個の贈與があるときは、後の贈與からはじめ、順次に前の贈與におよぶ(一〇三五)。同時に行われたものは、その價額の割合に應じて減殺すると解すべきである(判例)

第三 減殺の効力

一(性質) 減殺の効力は、物權的であると解せられる。

- (1) 贈與がまだ履行されていないければ、その債權關係が消滅するだけであるが、すでに履行された贈與にあつては、移轉した物權もまた、當然減殺權者に復歸することとなる。したがつて、減殺權者は物權的追及權により、贈與物の所在に追及して、これが返還を請求しうべきである。

- (2) もつとも、民法は、取引安全保護の立場より、この物權的追及權に制限を加え、受贈者・受遺者が目的物を第三者に讓渡したときは、その第三者が善意なるかぎり、これへの追及を認めず、價額辨償にとどめてゐる(一〇四一)

- (3) なお、受贈者・受遺者・悪意の第三者が目的物を有する場合にも、價額辨償が認められている

(1030H・1031J)。

二(果實) 受贈者は、減殺の請求があつた日以後の果實を返還しなければならない(一〇三六)。

三(特例) 特殊の場合における効果の態容は法定されている。

- (1) 條件附權利または存續期間の不確定な權利が、贈與または遺贈の目的とせられた場合において、その一部の減殺を行うべきときは、遺留分權利者は、これらの財産を算入するにあつて行つた評價にしたがい、直ちにその殘部の價額を受贈者・受遺者に給付しなければならない(一〇三二)。

- (2) 減殺を受けるべき受贈者の無資力によつて生じた損失は、遺留分權利者の負擔に歸する(一〇三七) この損失を填補するために、他の贈與を減殺することはできない。

- (3) 負擔附贈與は、その目的の價額の中から負擔の價額を控除したものについて、その減殺を請求することができる(一〇三八)。

- (4) 對價の不相當なために贈與とみなされた有償行爲を減殺するには、その對價を償還しなければならない(一〇三九)。