

遺産「共有」の理論-「遺産の分割」の性格を中心として-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2011-02-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 玉田, 弘毅 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/9140

遺産「共有」の理論

—「遺産の分割」の性格を中心として—

玉 田 弘 毅

一、はしがき

二、遺産「共有」論の基礎

—いわゆる共同相続の本質—

三、法的構成上の二類型

—遺産合有説・遺産共有説—

四、「遺産の分割」と共同相続財産の一括性

—むすびに代えて—

—

遺産「共有」が、合有 (Eigentum zur gesamten Hand) か共有 (Miteigentum) かという問題は、もちろん、概念構成上の問題であつて、旧法 (明治民法) 当時から論争されているわけであるから、なにも目新しいことではない。それにもかかわらず、あえて取り上げた理由は、実は、有力なる学説が、遺産合有概念は、前近代的・家産的法

意識の殘滓合理化以外の何物でもない」と批判していることについて興味をもつたからである。

確かに、共同相続の立法主義として、ドイツ民法が遺産合有制を採用した当時の客観的・歴史的諸条件を問題にするかぎり、まさしく指摘されているとおりであるし、また、わが国で、遺産合有概念が提唱された旧法当時の時代思潮が、いわゆる団体主義法理論を特殊に限定的な性格をもつた「日本法理」の一環として吸収し、不当にゆがめられた形で受け容れしめる客観的・歴史的諸条件をもつていたことからも、右の指摘は、正当ではないかとおもう。というのは、そのことが、遺産合有概念の法的構成を、従来、ただ、漠然と、共同相続人間には、「本来的一定の身分的紐帯関係」があるからということではなされる傾向がなかつたとはいえないように見受けられる点にあらわれているからである（もとより、そのような概念構成は、すでに、過去のものであつて、今日では、解釈学説史的意義しかないはずであるが）。

しかし、法概念は、他面、法的構成上の抽象的な技術概念たる性格をももっているため、そのおかれた客観的・歴史的諸条件によつて、その存在意義は当然変更されてくるものといふべく、遺産合有概念といえども、その例外ではありえないはずである。したがつて、遺産合有概念の近代法への登板、また、その果たした役割、また、今日の意義についての再評価は、十分、検討の余地があるといえる。

わたくしは、このような観点から稿を起したわけであるが、資料の関係などで、はじめに予定した期日までに脱稿することがむづかしく、間に合いそうもないので、一応、別の機会に譲ることにして、とりあえず、今回は、単なる技術的概念構成上の問題として、遺産「共有」論を展開したわけである。

遺産「共有」というのは、遺産の「共有」的帰属とその帰属関係の廃止、すなわち、「遺産の分割」とを両極とし、「遺産の管理」を含む法律関係の全体を意味するが、このうちのどの点、特に、「遺産の分割」にウエイトをお

くかどうかによつて、遺産合有説と遺産共有説とに大きくわかれる。この意味で「遺産の分割」の性格を検討することは、遺産「共有」の概念構成を決めるうえで重要な意味をもつので、この点を中心に、不十分ながらも、遺産「共有」論について、一応の検討をしようというのが、本稿の意図するところである。

二

近代相続法は、人（「私的所有者」）の死亡を原因とする財産承継秩序の法であつて、かつての、「家」共同体、すなわち、「公家族の光輝」(splendor familiae)のための物質的基礎を確保す⁽¹⁾ることを目的とする家産承継秩序の法ではない。したがつて、相続は、もはや、財産が、「家」共同体の所有であることに基くところの、共同体員の潜在的 (latent) な所有関係に由来するものでないことはいうまでもない⁽²⁾。

もとより、「家」共同体を否定した近代法も、いわば、社会のアトムとして、それ以上には解体することのできない生活関係たる家族⁽³⁾、いわゆる婚姻家族 (familie conjugale) 有限家族を認めている。しかし、近代家族の成員たる個々人は、家の外において、商品主体者として、完全なる法的な人格者であると同時に、家の内においても、相互に独立せる主体者であるから、そこでは、物権的に拘束された合手的共同関係 (eine dingliche gebundene Gemeinschaft zur Gesamten Hand) は存在せず、ただか、相互的対人的債権的義務によるより弱き拘束関係 (der lockeren Verbindung durch wechselseitige persönliche und schuldrechtliche Pflichten) があるにすぎない⁽⁴⁾。各成員の財産は、私的所有の成立せる個人財産であつて、「家」共同体においてみられたような共同目的に奉仕する家産ではない。

つまり、相続は、単なる個人財産の承継にはかならないのであるから、その承継者は、必ずしも、被相続人の家族

員であることを要せず、また、家族員であつても、それは、「家」共同体員としてではなく、このような共同体的拘束から全く解放された「人」(「法的な人格者」)として承継するにすぎない(もちろん、相続が、承継資格を限定し、また、遺留分による遺言自由を制限したりしている点で、「家族への奉仕」という扶養Ⅱ生活保障的要素が認められ、家族関係の効果たる面がかなり強いことを否定できないが、しかし、このことは、相続が、経済的な財貨移転の問題であるという本質を変えるものではない)。

このように、家産承継的性格を払拭し、相続人を「家」共同体的拘束から脱却せしめた近代相続法は、その当然の帰結として、均等分割による共同相続主義を原則形態として承認する。わが民法も、法典の規定形式はともかく、実質的には、共同相続を原則とし、単独相続をあくまでも例外としてみるとみることを妨げない。

共同相続というのは、相続順位を同じくする数人の相続人が、同時に、共同で、被相続人の財産を包括承継することであつて、相続人が一人でも包括受遺者があるときは、相続人と包括受遺者との間で、数人の相続人があるときと同様、共同相続となる(九九〇条)。共同相続人は、それぞれ、被相続人を通じて、血のつながり、すなわち、血縁があるわけであるが(ただし、配偶者は別)、血縁の遠近は、相続人に被相続人の財産を承継させるための相続人順位決定に使用される尺度であり、単なる関係概念(§)にすぎない。したがつて、共同相続人間に、一定の血縁があるというだけでは、当然、そこに、「本来的な一定の身分的紐帯を基礎とする」特別の意味をもつた共同目的や、これに基く共同関係が存在するとはいえない。

この意味で、共同相続人間には、「本来的な一定の身分的紐帯関係」としての合手的共同関係があるから、その財産法的反射として、当然、合有が成立し、相続財産は、特別財産となる、と説く立場(かつての遺産合有説)は、合有の起源を、いわゆるドイツ固有法としての、ゲルマン的家族法における「家長の死後、兄弟たちの間に継承された家

共同体」に求め、かような法人的結合 (personenrechtliche Verbundenheit) から、合有の本質を特徴づけようと試みたドイツの初期の学説⁽⁶⁾と同一の系列に属するものであつて、たとえ、残滓にすぎないにせよ、家産的法意識合理化の匂いを感じさせるものがあることを否定できないといえるであろう⁽⁷⁾。したがつて、この立場は、概念構成の方法それ自体、すでに、妥当ではないといえよう。

もし、共同相続人間に特別の共同目的とか共同関係があるとすれば、それは、一定の血縁があるからではなく、全く別の法的要求に基いて特に設定されたものであるはずである⁽⁸⁾。

したがつて、共同相続も、本質的、かつ、本来的には、共有と同様、複数の法的人格者が、同一の客体について共同の主体者になることである。しかし、共同相続の本質が、そうであるといつても、後に「遺産の分割」を控えている点で、おのずから、共有に対する修正・変更が加えられており、その意味では、「変形された共有」⁽⁹⁾であるといわなければならない(近代法における共有所有形態として共有のほか合有があるといわれるが、近代法的に再構成された合有であるかぎり、それは、実は、共有の変形・修正であつて、共有と全く異質の共同所有ではない⁽¹⁰⁾)。

そこで、問題は、ここにいう「変形された共有」の概念構成である。そして、この概念構成上の焦点は、根本的には、「遺産の分割」に遺産債務についての清算的要素を認めるべきかどうかであり、具体的には、現行法上、それを、法技術的に現実化することができるかどうかであつて、「遺産の分割」の性格がその中心問題である。

- (1) G. Radbruch, Rechtsphilosophie 1956, S. 259 (田中耕太郎訳・二二〇頁)。
- (2) 川島武宣「民法論」一一八頁。
- (3) 今泉孝太郎「家族共同体の再吟味」総合法学二巻五号参照。
- (4) G. Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, 1954, S. 91; 高木多喜男「近代的遺留分制度序説——遺留分の価値

化を中心として——」神戸法学雑誌七卷二号二四〇頁。

- (5) 川島武宣「イデオロギーとしての家族制度」一二六〜九二頁、沼正也「親族法の総論的構造」一二〇〜一頁参照。
- (6) O. Gierke, *Das deutsches Privatrecht*, Bd II, S. 664; 「人的結合の予定せられ明らかに見える共同相続人間に、基礎関係として人的結合を要するとされる合有関係が生じ得ないのではないかという」「反問に対し、ギールケは共同相続人間の人的結合の存在は全く通常でその場合遺産の共同相続の中にはただ長く自然に与へられている共同関係が表現されるに過ぎない、法律秩序は正常の場合を出発点とすべきである、と説く」(来栖三郎「共同相続財産について——とくに合有論の批判を兼ねて」)法学協会雑誌五六卷六号七四頁、O. Gierke, *Bekker u. Fischer, Beitr. z. Erläuter. u. Beurth. d. Entw.*, 16 Heft, *Personenrecht u. Vermögensbegriffe* s. 86)
- (7) 必ずしも、説くところは同じではないが、遺産合有概念に対する批判的見解としては、柚木馨「判例相続法論」一八四頁、山中康雄「共同所有論」一〇四〜六頁、田中実「信託財産の「合有」性について——数人の受託者と信託財産——」法学研究二七卷九号三〜八頁、青山道夫「家族法論」二九六頁、藪重夫「一七七条の第三者」民法演習Ⅱ二〇頁。
- (8) Vgl. O. Gierke, *Deutsches Genossenschaftsrecht*, Bd. 2, S. 930 Anm. 7, S. 931「他方ギールケは亦いう——多数人が先づ結合されたものとして、それから始めて一定の権利領域の主体として設定しうる事が可能であると同等に、権利客体の多数が先づ全体にまで——ギールケは一般的に言い、共同相続財産に関しては清算を課することによつて、と附言したい——結合せられ、それから多数の権利客体として設定することも同様可能である、かかる場合に内部に対してもこの共同領域の相対的な独立と統一が個人の意思の主張に確たる限界を引き得る」と(来栖三郎、前提七四頁)。
- (9) 田中実「親族法・相続法(改訂版)」一八三頁。
- (10) 山中康雄・前掲・九六〜一〇六頁、田中実「信託財産の「合有」性について——数人の受託者と信託財産——」法学研究二七卷九号一〜九頁、「註釈相続法(上)」一三七頁(山中康雄)参照。

「遺産の分割」に多少なりとも清算的要素を含ませようとする立場（遺産合有説）は、つぎのように説く（もちろん、ここで、「遺産の分割」が清算的要素を含むかどうかというのは、相続当事者・利害関係人の協力によって任意的な清算をすることができるかではなく、強制的効果を伴う清算が認められるかということである）。

すなわち、相続財産は、つねに、実質的には、一つの包括的な財団 (*universali  du patrimoine*) というべく、共同相続の場合も限定承認・第一種財産分離・第二種財産分離などと同様、共同相続人は、このような包括財団の共同の主体者になるのであるから、各共同相続人は、相続財産を個人の意思のみに基いて処分してはならないし、また、相続債権者は、その本来の一般担保たる相続財産を失つてはならないという構成をする必要がある結果、共同相続人間に、清算という共同目的があつて、そのための手合的共同関係が生じ、その財産法的反射として遺産合有が成立する、というのである。

おもうに、「無限責任主義から有限責任主義へ」という相続人の責任に関する近代法の思想からいえば、確かに、相続財産は、清算という目的を指向する内在的・客体的統一性を属性とする包括財団（「特別財産」）であるべきである。すなわち、近代法のもとでは、本来、つねに、実質的には、これに属する積極・消極の要素が互いに関連し合つた一つの包括的な財団として、被相続人の債権者の弁済に対する *Haftungsgang* として保持されるべき性質のものである（一）。

というのは、被相続人の債権者は、相続だからといつて、特に、利益・不利益をうける特別の理由はなく、要するに、被相続人の総財産——積極の——が、相続の前後を問わず、被相続人の債権者の攝取力 (*Zugriffsmacht*) 下にあ

れば足りるはずだからである(2)。

したがつて、相続財産は、本来、つぎのような意味における特別財団(「特別財産」)であるべきである。すなわち、一つの主体に、二つ以上の財団が帰属する場合において、その一つの財団が、その財団固有の債権の執行の客体となるときである。この状態においては、その財団の統一は、もはや、単なる「利用」の上の統一ではなく、責任財産に対する債権の Zugriffsmacht における統一、すなわち、財団の「交換価値」における統一である。それは、もはや主体者の「自由」の上における統一によつては与えられない。否、それを拘束するところの客観的な統一でなければならぬ。ここにおいて、財団は法律上の単一体として登場する。……一つの特別財団が、主体者の他の財産から分別されて一つの単一体として構成されるということは、それが、あたかも別の主体者に属するかの如く取扱われることを意味する(3)という意味においてである。

— 法 律 論 叢 —

このような包括財団たる相続財産について、相続人が、これを遺産債権者の意見を無視して自己のために処分してはならないし、また、遺産債権者は、その本来の一般規保である相続財産を失つてはならないのは、もとより当然のことである。

殊に、相続が家産承継的性格を払拭した近代法のもとでは、相続は、あくまでも、相続人個人のための相続であつて、「家」のための相続でないから、遺産債務の本質は、相続財産——積極の——のみを引当てとする債務であるというわけで、いいかえれば、相続は、その性質上、つねに、清算を伴うのが原則であるべきはずである。

しかし、相続財産が、右のような意味で、つねに、実質的には、一つの包括財団を構成しているとみることは、わが民法が、相続人の責任を、相続財産を限度とする Sondervermögenshaftung として、有限責任主義を原則としているならばともかく、きわめて厳格な無限責任主義を原則にして以上(もちろん、ここでこのようにいうこと

は、わが民法における無限責任主義の原則を正当なものとして是認する趣旨ではない、否定的に解するのほかないのではないだろうか。

したがつて、相続財産が、つねに、実質的には、包括財団であることを前提にして、共同相続の場合、清算という共同目的があるから、ということ、遺産「共有」を合有であると構成することはできないといわなければならぬ。かりに、一步譲つて、右の立場を肯定しても、共同相続規定中には、分割 (Teilung) の手続的前提たる遺産債務の弁済 (Berichtigung der Nachlassverbindlichkeit) に関するいわゆる清算規定がなにごとに留意されていないことは、ドイツ民法の遺産合有制を引き合いに出すまでもなく、わが民法の組合財産の場合 (六六七条以下) (4) と比較してもおのずから明らかであつて、そのため、結局は、遺産合有の趣旨を現実化することはできない (5)。このことは、共同相続の場合だけ、特に、相続財産が、清算のための包括財団であるとして、遺産合有とする立場についても、そのまま、あてはまる (有限責任主義を原則とするならともかく、無限責任主義を原則とするかぎり、相続財産が、つねに、一つの包括財団を構成していることは必要でないから、特に、共同相続の場合だけ、明文なきかぎり、清算という共同目的が課せられ、相続財産が包括財団をなしていることは困難である)。

しかも、相続財産が、つねに、実質的には、一つの包括財団であるということから説き起すところの、遺産合有説が強調 (?) するような意味での清算の必要性は、なにも、共同相続固有の問題ではなく、単独相続をも含めた相続一般の問題であつて、これを実現するためには、相続人の責任に関する現行法の原則を逆転させて、相続人が、法定期間内に、別段の意思表示をしない場合には、限定承認をなしたものとみなすこととして、限定承認を原則とするように改正するほかない (6)。また、改正すべきである。現行法では、「笑う相続人」(Der lachende Erben) の問題は十分とはいえないにしても、一応、解決されたといつてもよく、むしろ、残されている問題は、「泣く相続人」(Der

weimende Erben)(7)の問題の解決である)。

ドイツ民法が遺産合有制を採用した理由として、遺産債権者の保護があげられている。(8)これは、債権・債務は可分給付であれば、すべて、当然、共同相続人間に分割帰属するとす遺産共有制との比較においていわれるわけである。しかし、遺産共有制の場合に、債権・債務を、つねに、給付が可分であるかぎり、当然分属するとしなければならぬ理論的必然性はなく、給付が可分か、不可分かにかかわらず、つねに、不可分債権・不可分債務とすることだけが可能であり、また、そう解すべきである(9)。したがって、このような意味での遺産債権者保護ということだけでは、遺産合有制の方が、遺産共有制よりも合理性があり、すぐれていると必ずしもいえないのではないだろうか。

むしろ、遺産合有制の特徴は、清算を認めることによつて、つまり、遺産債務の引当てを段階的に区分し、相続財産を第一次的引当てとすることによつて、遺産債務の弁済をめぐる内部的な共同相続人相互間の紛争を避止することを目的にしているとみるべきであり、この意味では、まさに、共同相続特有の問題に対する解決策として、合理性はあるといえよう。本来、遺産合有制の意図するところが、ここにあるとすれば、わが民法の解釈論として提唱されている遺産合有説の根拠の求め方には、若干の疑問なきを得ない(もとより、遺産合有説が、その根拠として求めているところが、たまたま(?)「無限責任主義から有限責任主義へ」という近代法の方向にマッチしていることは、結構なことではあるが、しかし、それにしても、「有限責任主義の生命を宿している」といえるだけのことで、結果的には、無限責任主義の枠外に一步も踏み出すことができないのではほとんど意味がないのではなからうか)。

もつとも、実際問題としては、遺産債務を、まず、相続財産——積極の——で整理(弁済)した後、遺産分割をすることは、「遺産の分割」手続の実施それ自体を、円滑・容易ならしめ、後に、格別の問題を残さず、共同相続人間の紛争を回避することができ、妥当な結果がもたらされるであろうことは想像にかたくない。したがって、家庭裁判所

における遺産分割事件の実務的処理にあつて、遺産分割前に、遺産債務を積極相続財産で弁済するのがのぞましいと考えられる場合が多いこととおもわれる。

そして、その具体的方法として、被相続人が、遺言をもつて、「遺産の分割」方法を指定する際に（九〇八条）、まず、遺産債務の弁済をなしたうで、遺産分割をおこなうべきことを命ずるようになるとか、あるいは、遺言で、このような「遺産の分割」方法の指定がないにしても、共同相続人間で、「遺産の分割」の協義をなす際に（九〇七条一項）、遺産債務の弁済をなしたうで、分割をおこなうべきことを協定するとか、あるいは、また、家庭裁判所が「遺産の分割」の申立を受理すると同時に、「遺産の分割」の申立があつた旨を公告して、遺産債権者に対し、利害関係人として参加すべきことを求めたり（家審規則一〇五条一項）、もしくは、特別の事由あるものとして、弁済完了まで分割を禁止すること（九〇七条三項）もできないではない¹⁰。

しかし、それにしても、これらは、いずれも、任意的なものであつて、結局は、「遺産分割前に、弁済その他の処理がなされることは、単に共同相続人の実務上の考慮に期待」¹¹するほかない。また、そのためには、共同相続人のみならず、遺産債権者の任意的な積極的協力を得られることが条件になるわけで、このような協力が得られないかぎり、共同相続人間の内部関係だけで、遺産債務の整理方法について協定したとしても、その協定は、遺産債権者には対抗できないものであるから、それほどの実効性はないものといわなければならない。

しかも、右の程度のことなら、遺産共有説をとらなくても、十分、実現できることであり、遺産共有説に拠つても運用の面で、考慮することは可能である。というのは、遺産共有説のもとでは、「遺産の分割」前に、遺産債務を相続財産——積極の——で整理（弁済）するかどうかは、共同相続人の意思に委ねられたことがらとみることができ、任意にこれをおこなうことは、なんら妨げないからである。したがつて、現行法上、「遺産の分割」に清算的要素を

無理に認めてみても、この清算になんら強制的効果を伴わしめることはできない以上、あえて、遺産合有として共同相続の法律関係を構成することは理由がないとおもう。

- (1) F. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 3, Erbrecht I, S. 16; 泉久雄「遺産債務の本質」現代私法の諸問題上一〇二頁、
- (2) 野田孝明「身分法学」二二三～四頁
- (3) 川島武宜「所有権法の理論」一九四～五頁。
- (4) 組合財産の性質についても、合有か共有かということで、学説上、争いがある。合有説としては、石田文次郎「債権各論」二〇二頁、我妻栄「有泉亭」債権法(コメンタール)四六四頁など、共有説としては、勝本正晃「債権法概説(各論)」一七〇頁、山中康雄「共同所有論」一〇三頁など。
- (5) 遺産合有説の趣旨を現実化するためには、共同相続規定中に、少なくとも、限定承認(九二二条)、第一種財産分離(九四一条)、第二種財産分離(九五〇条)の程度の清算に関する規定が整理されていることを要する。
- (6) 川崎秀司「相続人の責任に関する学説と制度の動向」私法学の諸問題(一)民法一六三～九三頁など参照。
- (7) G. Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, 1954, S. 143.
- (8) Enneccers-Coing, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 5, Erbrecht, 1953, S. 387; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, S. 836, usw.
- (9) 本稿次段註(9)参照。なお、近藤英吉「相続法論下」五二五～七頁参照。
- (10) 谷田貝三郎「遺産分割の法理——共同相続財産の清算手続として——」同志社法学二〇号三六頁。
- (11) 谷田貝三郎・前掲三六頁。なお、我妻栄「立石芳枝」親族法・相続法」四四三頁は、「遺産の分割」を円満かつ合理的に解決するためには、被相続人の適切な措置が必要でありついで各共同相続人の十分な理解的協力が必要であつて、「そうでない限り、家庭裁判所が権力をもつて臨んでも」困難であらう、という。

「遺産の分割」に清算的要素が認められないことは、前段で述べたとおりであるが、しかし、清算を伴わない「遺産の分割」であるとする立場（遺産共有説）もさまざまであつて一様ではない。通常は、共同相続の法律関係をつぎのように構成する。

すなわち、共同相続は、共有となら異なるところがなく、個々の相続財産の共有が生じ、債権・債務は、給付の可分なるかぎり、各共同相続人に当然分属する、したがつて、共同相続人間に、特定の共同目的とか、それを達成するための共同関係とかは存在しないとなし、「遺産の分割」——審判による分割——に關しては(1)、共有に關する民法第二五六条以下の規定（「共有物の分割」）が、第一次的に適用せられ、「遺産の分割」は、現物分割を原則とし、この現物分割によつて著しくその価格を損ずるおそれがあるときは、その競売を命じて價格分割をおこなうことになるのであつて、第九〇六条は、その場合にとるべき方針を明らかにした訓示規定として副次的な適用がある、と説くにある。

この立場は、必竟、相続財産の非統一性を前提として、共同相続の法律関係を構成しているといつてよい。

確かに、個人財産は、「今日では、もはや、大多数の場合において、一定の經濟的的に向けられた損失なくしては解体し得ぬような集合財産ではなく」(2)、社会的な經濟單位としての實質性を失つた単なる貨幣量によつて評價せられる量的なものに転化したところの、「価値の寄せ集め、価値の総額、価値の無形の量となつている」(3)。それと、いうのも、「家」共同体の生産單位的性格を奪取・解体せしめることによつて生長・發展した資本主義的企業が、家を、単に、家族の消費の場たらしめるに至つたからである。被相続人の財産のなかに、住宅・家具・裝飾品などのような消費生活手段として社会的生産に直接關係しない財産のみならず、生産手段として社会的生産に直接参与する株式・社債・公債などのような財産（完全に資本化された財産であつて、価値の化体にすぎず、個性をもたない）も含

まれているが、これらは、いずれも、たまたま、被相続人の生存中、「まとまつて、その人の所有に属してただけ」のことで、それは、「価値の偶然の集積」(ein zufälliger Haufen von Werten)⁽⁴⁾にすぎないから、本来、被相続人の死亡とともに、当然、瓦解してしまう性質のものであり、決して、「完全に分離された支配領域に相続財産が当然に瓦解することは我慢できない」⁽⁵⁾と叫ばなければならないような経済的単一性を有してはいない。

しかし、相続財産の社会経済的性格がそうだからといって、共同相続の場合にも、包括承継した相続財産が、当然、即時的に瓦解してしまうとして、個々のに、その法律関係を構成しなければならない理論的必然性はないともいえよう(フランス民法の遺産共有制に関するいわゆるクラシック理論⁽⁶⁾は、共同相続を個々の相続財産の共有として、債権・債務の当然分属主義をとるが、これは、民法典制定当時の時代思潮が、前近代的な身分的紐帯を基礎とする合有概念の匂いを感じさせるような概念構成を嫌い、白眼視したことから、意識的に構成された理論であり、今日では、過去の理論とされる)。

共同相続を右のようにみる態度は、相続財産をして、すみやかに、商品交換の客体ならしめることによつて、財産法的原理に忠実ならんとするものであるといえる⁽⁷⁾が、その反面、共同相続人相互間を、いわば、アナルヒーの状態に放置する結果となり、遺産の合理的配分を意図する相続法の建前(九〇六条、なお、スイス民法六一〇条二項⁽⁸⁾参照)に矛盾するのみならず、遺産債権者保護という取引の安全を確保することができない欠陥を免れない。

したがつて、今日では、基本的には、右の立場を維持しながら、その欠陥を修正しようとする学説も多い。すなわち、「遺産の分割」については、これは、「共有物の分割」を全部的、かつ、同時的におこなうことであるとか、あるいは、「遺産の分割」を「共有物の分割」とみることはできないから、「遺産の分割」と「分割の請求」をする前の個々の財産の共有とを、一応、切りはなして別々に法律構成せざるを得ないとか説き、また、債権・債務について

は、給付が可分か不可分にかかわりなく、つねに、不可分債権・不可分債務として共同相続人に帰属する(9)となす。

しかし、これらの修正も、「遺産の分割」に関するかぎり、十分なものとはいえないのではないだろうか。それとというのも、結局、極言すれば、「価値の偶然の集積」にすぎないという相続財産の社会経済的性格をそのまま法的構成のうえに反映させ、共同相続の場合、相続財産が、相続開始と同時に、個々のな、いわゆる物権的持分として、各相続人の固有財産に没入してしまえば、それで、分割相続の原理は、本来、貫徹されているはずで、後は、価値承継秩序の法である相続法には、直接、関係のない財産法上の問題といへば、「遺産の分割」規定は、「共有物の分割」規定適用の際の疑点を除くためのものとして、単に、便宜上、相続法中におかれているにすぎない、という立場に立つて、共同相続を概念構成しているからではないかとおもわれる。共同相続を個々の相続財産の共有と構成する立場を純粹に貫こうとするかぎり、共同相続人間には、特定の共同目的がなく、したがってまた、特定の共同関係がないとして、「遺産の分割」という名を付せられた規定の趣旨を無視するか、もしくは、それに近い態度をとるか、または、「分割の請求」前の共有と「遺産の分割」とは理論的に切りはなさざるを得ないとするか、のいずれかの結論になるのは当然である。問題は、「遺産の分割」を共同相続の法律関係のなかで、どう評価するかということにある。

(1) 最高判・昭和三〇・五・三一・民集九卷六号七九三頁以下。

この判決は、旧法当時から訴訟係属中の裁判上の遺産分割(ただし、事件名は共有物分割請求事件)は、いかになさるべきか、ということ、現行法第九〇六条の解釈論が、その争点をなしている。改正附則第三二条によつて、旧法当時の遺産分割によつて現行法第九〇六条の準用があるから、第九〇六条準用の有無の点に関するかぎり問題はない。むしろ、問題は、この判決が、遺産「共有」の性質についても言及し、「相続財産の共有は、民法改正の前後を通じ、民法第二四九条以下に規定す

る「共有」とその性質を異にするものではない」と判示する点である。察するに、このような判示をなしたのは、第九〇六条の意義を、「おそらく旧法時代にも守られておつたであろうと考えられる分割の基準と方法を明瞭にして、問題の紛糾を避けようとした」にすぎない（我妻榮『立石芳枝「親族法・相続法」一四四二頁」と、とらえているからである）。

遺産合有説からいえば、第九〇六条は、まさに、単なる旧法当時の「遺産の分割」基準・方法の確認の意味しかなくも知れないが、判例理論のような遺産共有説をとる立場からすれば、第九〇六条は、かなり、重要な意味をもつと考えられるわけだ、今少し、詳細な説明が欲しいところである。

なお、事案を簡単に説明すると、「Aの死亡によりBが遺産相続し、Bはその持分をXに贈与して登記を経ており、他方Cが死亡してYが家督相続し本件不動産（家屋と敷地約〇〇坪）を利用して農業を営んでおり、XがYを相手どり民法第二五八条による共有物分割の訴を起した事件である」（『法律時報』三〇巻九号七七頁）。評釈、福島四郎・民商法雑誌三三巻五八三は、本件判旨に賛成する。

- (2) G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 1956, S. 260 (田中耕太郎訳・二二二頁)。
- (3) (4) G. Radbruch, a. a. O., S. 260 (二二二頁)。
- (5) O. Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuch, und das deutsche Recht S. 551f.; 泉久雄「共同相続人の責任」法学一八巻一八三頁。
- (6) 来栖三郎「共同相続財産について——とくに合有論の批判を兼ねて——」法学協会雑誌五六巻五号四七〇五〇頁。
- (7) 甲斐道太郎「共同相続財産」民法演習Ⅴ一六七頁。
- (8) スイス民法第六一〇条第二項「相続人ハ被相続人ニ対スル各自ノ關係ニ付キ相続財産ノ衡平正當ナル分割ヲ為スニ參考ト為ルヘキ諸件ヲ互ニ通知スルコトヲ要ス」(Sie haben einander über ihr Verhältnis zum Erblasser alles mitzuteilen, was für die gleichmäßige und gerechte Verteilung der Erbschaft in Berücksichtigung fällt.) Vgl. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd 3, Erbrecht, S. 202 f.

(9) 判例は、一貫して、債権・債務は、給付の可分なるかぎり、共同相続人間に当然分属する、という立場をとる。大判・昭和五・一二・四・民集九卷一一八頁（評釈、穂積重遠・判例民事法・昭五・一一一事件四〇一頁、末川博・法学論叢二六卷一四九頁）、大判・昭和一四・三・二四・新聞四四〇九号一六頁、最高判・昭和二九・四・八・民集八卷四号八一九頁（評釈、谷口知平・民商法雑誌三一巻三号五八頁）。

なお、連帯債務者の一人についての共同相続に関し、最高判・昭和三四・六・一九・民集一三卷六号七七頁（評釈、三宅正男・判例時報一九八号附録判例評論二一七頁）、連帯保証債務の共同相続に関し、東地判・昭和二五・一・二五・下級民集一卷一七六頁は、それぞれ、分割帰属主義をとる。性質上不可分債務とされたものについては、大判・大正一一・一一・二四・民集一卷六七〇頁（評釈、末弘巖太郎・判例民法・大一一・一〇〇事件四二五頁）。

しかし、債権・債務は、給付が可分かどうにかかわりなく、不可分債権、不可分債務として共同相続人に帰属すると解すべきである。というのは、相続において、債権者、債務者ともに、相続という偶然のでき事により、とくに利益、不利益をうける理由がないこと、遺産債権に関する第九〇六条、第九一二条を空文化させてはならないこと、遺産債務は、債務者の承諾を得なければ分割ができないこと、などの点からみてである。

四

「遺産の分割」に清算性が認められないにしても、右にあげた立場のように、全く「共有物の分割」とイコールにみることはできないはずである。このことは、「遺産の分割」の性質上、当然といえる。

そこで、この点を中心に、若干の私見を述べてむすびに代えよう。

すなわち、「遺産の分割」は、「共有物の分割」と異なり、「遺産に属する物または権利」が現実の生活において具体的に営んでいる利用価値的機能をも考慮し、各共同相続人の経済生活の態様に応じ、それぞれに最も適合した種

類・性質の財産を配分帰属せしめることによつて、共同相続人間の「具体的公平」をはかるにある。そこでは、「共有物の分割」のように、持分権という名の所有権を客体を共同にすることのためにうける最少限度の制約から免れさせて、より、「完全な」、すなわち、「自由な、拘束のない財産権」に転化せしめることをのみ制度的に保障するものではない。

このような「遺産の分割」の性格を端的に示すのが、第九〇六条である。同条は、「遺産に属する権利または物の性質・種類と各共同相続人の職業その他一切の事情とを総合的に勘案して、最も有効適切だと考えられる分割方法によつて、遺産を個々ののではなく、全体的に分割をなすべきことを要求する（「共有物の分割」規定中に、第九〇六条に相当する規定、すなわち、「共有物の性質および種類、各共有者の職業その他一切の事情を考慮して分割方法を選択せよ」という規定がないのは、分割の対象が単一だからという理由のみによるものではない）。このことは、「遺産の分割」が、単に、相続分に応じた「正確な分割」であるにとどまらず、能うかぎり「有効適切な分割」であるべきことが、内在的に要請されていることを意味する。

これを要するに、「遺産の分割」は、遺産「共有」の単なる延長ないし結果としてではなく、主要目的として構成されていることができる。すなわち、共同相続人間には、第九〇六条によつて、「遺産の分割」という達成されるべき共同目的と、これを実現するために必要な共同関係（相続財産の「共有」的帰属と「遺産の管理」）とが設定されており、相続財産は、その目的達成のために、個々ののではなく、全部的に、一括された存在として取扱われている。

もつとも、「遺産の分割」は、清算的要素を含まないから、対外関係において、遺産債権者のために確保されるべき弁済方法としてあるわけではないことはもちろん、あくまでも、共同相続人自身のため、各自の経済生活に即応した財産を配分帰属せしめようという対内的関係においてあるにすぎない。しかも、そこでは、必ずしも、社会的な経済單

位としての相続財産の単一性を損わずに「遺産の分割」をおこなうべきであるということが第一義的要請としてあるわけではないから、共同相続人がいわゆる物権の持分を処分することを絶対的に否定しなければならぬという理論的必然性はないのではないか。言葉を変えていえば、相続財産の経済的単一性（例えば、農業資産のように）を書さないうということも第一義的目的として「遺産の分割」をしなければならないというのであれば、共同相続人の持分処分そのものを絶対的に否定しなければ意味がなさそうだが、要は、各共同相続人の生活保障の最もよい手段となるということをも（主眼として）「遺産の分割」がおこなわれれば足りるのであるから、共同相続人の持分処分の効力を絶対的に否定しなければならぬというわけのものではないであろう。また、「遺産の分割」が、右のような性格をもつものである以上、各共同相続人が自己の経済生活を確保し、財政逼迫を免れる必要などのため、持分を処分した場合、取引の安全を害してまで、その効力を絶対的に否定すべき格別の理由もないようにおもわれる。

そうだとすれば、持分処分の効力は、共同相続人間ではともかく、少なくとも、第三者に対する関係では有効とされてもよいといえる。

清算的要素を含まない「遺産の分割」は、いずれにしても、共同相続人の利益のためにある内部的問題でしかないから、各自の持分に対する拘束は最少限度にとどめらるべきであり、したがって、持分処分の効力の取扱いは対内関係においてのみ考慮すれば足り、第三者に対する関係においてまで云々する理由はないはずである。そうだとすれば、持分処分の効力は、共同相続人間ではともかく、少なくとも、対第三者間では、有効とされてもよい。共同相続人間の内部関係で、相続財産が、各自の固有財産と区別された一括的存在として、持分処分が制限されていれば、「遺産の分割」の目的は、一応、達成できるのではないだろうか（もちろん、それでは、十分、「遺産の分割」の目的を達成できない場合もあるわけであるが、しかし、いずれにしても、帰するところ、相続人自身のために「遺産の

分割」をするのであつて、遺産債権者のために、「遺産の分割」をするわけではないのだから、そう嚴格に持分処分を制限し、相続財産の一括性をつねに対外的に主張せしめなければならぬほどのことはない。民法が、各共同相続人の持分処分の効力を絶対的に制限せず、第三者に対する関係では有効としているのは、このような配慮のうえに立つものであるとも解されないことはない(三九〇九条但書)。

しかし、もとより、「遺産の分割」が円滑におこなわれることはのぞましいし、そのためには、相続財産の完全性が確保できれば、それに越したことはない。そこで、民法は、かような意味合いで、持分処分の効力を絶対的に否定しなかつた代りに、持分の取戻し(三九)という方法を認めることによつて、持分処分の効力を絶対的に否定した場合に近似した結果をもたらし、相続財産の完全性を確保することを可能ならしめようとしたのである(九〇五条、もつとも、同条は、持分譲受人に対し、譲受後、遅滞なく、他の共同相続人に譲渡通知をなすべき義務を課していないから、持分取戻しを認めた趣旨が、十分、發揮されないかも知れないが——)。ドイツ民法第二〇三五条のように、通知義務を持分譲受人に課すべきであろう(四)。しかも、この第九〇五条によつて、処分された持分を他の共同相続人が共同で取戻すことができ、また、その際の「価額および費用」につき、他の共同相続人に対し、求償できるといふことは、共同相続人の持分が、相互に、「遺産の分割」という共同目的達成のために対内的にのみ拘束されていることを示すものであり、共同相続人の内部関係において相続財産が一括的存在であることを根拠づけらるものである。

右のような意味で、相続財産は、一括的存在であるから、当然、「遺産の管理」(五)も一括的におこなわれる。この場合、民法は、原則として共同相続人が共同でこれをおこなうものとした(二五二条、二五三条一項準用)。

ところで、「遺産の管理」は、相続開始のときから「遺産の分割」の終了までなされるが、単純承認後の「遺産の管理」は、承認・放棄前の「相続財産の管理」(九一八条)の実質的な延長として、民法は、事実において、相続財産

が共同相続人の固有財産から区別された存在として一括管理されることを期待しているとみるべきであろう（九四一条一項、九五〇条一項参照「相続財産が相続人の固有財産に混合しない間」）。そうでないと、「遺産の分割」申立後、いわゆる仮の処分⁽⁶⁾として、家庭裁判所が、「遺産の管理者」を選任した場合（家審規則一〇八条）、「遺産の管理」が共同管理から単独管理に切りかえられ、相続財産の帰属関係と管理関係との分離を生ずることの意義が理解できない結果になるであろう。また、現行法は、限定承認における共同相続と異なり、つねに、共同相続人のうちの一人が「相続財産の管理人」として単独管理する形式をとらず（九三六条参照）、管理形式に弾力性をもたせているが、このことは、清算的要素を含まない「遺産の分割」という共同目的のためだけに、相続財産に、それほど厳格な一括的拘束性をつねに付与するだけの必要がないとみているからとすることができる（もつとも、「遺産の管理」規定の不備というみかたもできないではないかもしれないが——）。

そのように、相続財産は、「遺産の分割」終了まで、「遺産の分割」という共同目的のもとに制約された一括的存在として、共同相続人の共同関係下におかれ、「遺産の管理」がなされるが、「遺産の分割」に清算的要素を含まないから、対内関係ではともかく、対外関係においては、相続財産の一括性は、「甚だしく稀薄」であつて、「それ自身としては貫徹され⁽⁷⁾ていないのは当然であろう。

(1) 「註解相続法」一三三頁（島津一郎）は、「遺産の分割」の主眼として、各相続人の最もよい生活保障の手段となるという点と、相続財産の社会的経済的意義を損わないということとをあげ、両者を並列させているが、しかし、この二つは同一のウエイトをもつてならび立つものではない。相続法の性格からみて、前者が第一次的なもの、後者は第二次的なものと考えられるべきであろう。なお、「註解相続法(上)」一三一～二頁（有泉亨）参照。

(2) 我妻榮・立石芳枝「親族法・相続法」四一五～六頁、我妻榮「民法大意」下巻五八四～五頁、「註解相続法(七)」二〇八頁

(加藤一郎) 参照。

- (3) 第九〇五条は、相続分の取戻しの規定といわれているが、これは、いわゆる物権的持分の取戻しの規定と解すべきである。相続財産の一括性は、主として内部関係においてあり、対外的には、十分、貫かれていない(また、必ずしも、十分、貫く必要はない)以上、とくに、相続分の譲渡とみる理由はない。なお、野田孝明「身分法学」一一〇頁参照。
- (4) 第九〇五条の持分譲渡を、他の共同相続人の承諾をうけてなさしめる方法も立法形式としては適切であろう。野田孝明・前掲・一一〇頁。
- (5) 「遺産の管理」については、谷田貝三郎「共同相続における遺産の管理」同志社法学一五号二七～四九頁参照。
- (6) 家事審判規則第一〇八条の遺産管理処分は、いわゆる仮の処分であるが、この効力、とくに執行力については、学説上、実務上、争いが多い。兼子一「特殊仮処分の手続」民訴雑誌一号三〇頁、山木戸克己「家事審判と保全処分」家族法大系I家族法総論三〇四頁、河野力「仮の処分および履行確保」家族問題と家族法VII家事裁判三二〇頁、安藤覚「家事審判法の実務的研究」一〇二～八頁など。
- (7) 田中実「親族法・相続法(改訂版)」一八三頁、「共同相続財産の法律関係が分割までの共同管理という目的に制約せられて合有のごとき性格を示すにしても、この場合の共同管理はたんに分割までの過渡的・一時的なものであり、そのかぎり合有的性格は、それ自身として貫徹されえないであろう」。

(一九六〇・二・一〇)