慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	農家相續制度の進路
Sub Title	Introductory note on the succession of farmer's estate in Japan
Author	宮崎, 俊行(Miyazaki, Toshiyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.5 (1955. 5) ,p.49- 76
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550515-0049

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

農家相續制度の進路

宮崎俊行

目次

はしがき
一　本稿の出發點
二　立法論の一般原則
三　農家相續制度の理念（目的）と現行民法の下における農家相續の實態
四　均分相續法制維持論の批判
五　農業資産相續特例法案の批判
六　農家相續制度の進路

はしがき

農民法の諸問題、とりわけ農家相續の問題については、學生の頃より興味をもつていた。このテーマに興味をもつようになつたのは、今泉孝太郎教授の民法特殊講義（農民法）によるところが極めて大であつた。ところがこの問題の研究は、通りいつぺんの民法論ではかたづかない、いわば泥沼の中へ足をふみ入れるようなむずかしいものである。それにも拘らず、「めくら蛇におじず」だなどという批判をいただきそうな、未熟なものではあるが、とにかく本稿を書きあげることができ

たのは、親友小美野平五郎君の協力によるものである。同君は私の小學校以來の親友で、明治大學法學部を卒業し、現在日本出版販賣株式會社に勤務している好學の士である。私が本稿を執筆できたのは、農家の四男に生まれ、少年時代自ら鍬をとつて農耕に從事して以來の生活體驗と、法學的教養とが一體となつて生まれた小美野君の意見を、何回となく夜ふけるのもわすれてたたかわせた討論を通じて、わがものとすることのできたことによるものである。右のようなわけなので、今泉教授の學恩と、小美野君の友情に對して、ここに深い感謝の氣持をあらわしたいのである。

一　本稿の出發點

昭和二十二年、第一國會に農業資産相續特例法案が提出された當時から、現在に至るまで、多くの先輩法律學者が、農家相續形態に關して、議論をたたかわせてきた。そして當初は、民法の均分制の例外として何等かの制度が必要だとする意見もあつたようであるが、その後一般的にはだんだん均分制維持、特例法反對の聲が強くなり、ごく最近になつて、この聲が、少くとも法學者の間においては、ますます高まつているように感ずる。(1) しかしこれらの意見、特に現行均分制度の維持を強力に主張される說の論旨を拜見して、私にはどうしてもなつとくしかねるものがある。どの點がなつとくできないのかというと、その疑問點の主要なものは、結論として述べられるところもさることながら、最もわからないのは、議論の進め方である。卽ち法律の實効性及び民法の立法論の限界乃至任務ということについてどうお考えなのであろうか、ということである。もう少し具體的にいえば、實際に行なわれる可能性のとぼしい法律というものに對して、その行なわれないことの責任が、法律の側にあつたとしても、又國民の側にあつたとしても、或いは社會的、經濟的、自然的な諸條件にあつたとしても、とにかく法律として、いかほどの價値を認められるのだろうか、特に法律の內容に反する慣行が――その慣行が、國家法的價値判斷において否定さるべきものとしても――とにかくなかば國民の規範意識によつてささえられているような慣行が、

法律を無視して廣く行なわれている實情にあるとき、その行なわれていない法律上の權利者であるものが、慣行上は殆んど權利らしいものを與えられていないことについて法律上權利を附與しているからといつて、法律學者は平然としていてよいものだろうか、假にその行なわれない法律に理念的妥當性を充分に見出すことができる場合であつても。又主として私法學の分野で行なわれる立法論については、その議論の對象とする目的事項について、或いはその作ろうとしている法律をいつ施行するつもりなのか、いわば立法論の時間性について、一定の限界というか、任務というものを意識しなくてもよいのだろうか、卽ち私法特に相續法が——現實の相續形態ではない——國家の政治形態や、經濟制度や、地理的環境に對して作用する力が、全然零とはいえないにしても、公法や社會法に比較して、特に取立てていうほどあるとは思わない（逆の作用は大きいとしても）、從つて私法の立法論をやるときには、政治形態や、經濟制度や、地理的環境の變化をできるだけひかえめにみつもつて、或いはもつと嚴格にいえば、その問題としている法律を施行する豫定の一定時點において、上述の諸環境を私法に對する與件として固定してかかることが必要ではないかと思う。勿論ここに與件として固定するといつても、絕對的に固定する意味ではない。卽ち上述の與件は、その與件に直接作用する他の諸法律や政治のいとなみによつて、時間の經過につれて、立法論の目的としている事項に、都合がよいように、或いは惡いように變化することを認めないわけにはいかない。しかし私法の立法論において、これら與件の變動を、大はばにおりこんで議論することは、机上の立法論、かんの立法論におち入る危險が大であるからつつしむべきであろう。立法論は、永い傳統を有する解釋論——解釋論でさえ論者の立場によつて結論が極めて區々なのが實情なのだが——と比較して極めて若く、體系、方法論が整備されていない分野であるから、與件の變動はできるだけ小さくみつもつて、卽ち相對的な意味で固定して議論をすすめることが、少くとも立法論發達の現段階においては、必要なことであると思う。そうでないと立法論は、論者の理念體系の机上の概念的展開乃至は、與件の蟲のいい理解にもとずく展開となつたり、或いは政治や經濟の議論として主張する方がふさわしい議論を展開することになつ

たりして、その法學としての地位も、科學性も、又實益性も喪失するに至る危險が大なのである。くどいようだがこの關係を一つの比喩をもつて說明しよう。今年或いはせいぜい數年後に日本で使用する自動車の設計が問題になつているとしよう。どんな特徵のある自動車を作るか、それを決める與件として、道路が惡いということがあり、從つて惡路の運行にたえる自動車ということが要求され、そのためにはどうしたらいいかという技術的な研究がなされることになる。これがあたりまえの設計の道であろう。ところが、もし、十年も二十年もたつて道路がよくなつてから使う自動車を設計するとしたら、それはドリーム・カーの設計にすぎない。或いは、惡路にたえるよう設計を工夫せよといわれたのに、設計がむずかしいのは道路が惡いからだから、道路整備豫算をうんと增すように運動せよという答をだせば、それは自動車工學の答ではなくなる。農地の所有と經營を分離すれば、均分相續でよいというのは、ドリーム・カーの設計をすることに當り、又、農業をとりまく破壞的條件を守るために、鬪爭すればよいというのは、別の分野で答を出すことになると思うのである。

右のような事を强調するからといつて、私の根本的立場が、政治や經濟と法との關連を無視するものでも、又學問研究過程において分析的方法の後には、綜合的方法が利用されなければならないことを否定するものでも決してない。とはいえ科學にはその發展段階がある。法學においても、法規範學（解釋論）においては、もはや分析的方法よりも綜合的方法が採用されて、法學と政治學や經濟學との架橋がなされ、又實體法學と訴訟法學が綜合され、更に裁判論が展開されるべき時期に至つていると信ずる。[2] しかし立法論の發展段階は、まだ諸與件の時間的變化をみごとにおりこんだものを、科學として創るまでの段階には至つていないで、まず與件の變化を固定して、つまり時間的モーメントを無限小として、理論を組立てることに科學的な着實な努力をつくすべき段階だと思うわけである。

これから以上のようなことを出發點として、まず農家相續問題を念頭におきながらも、私の考える立法論の一般原則を說明し、次で農家相續の問題を、その立場を基本として論じてみたいと思うのである。

(1) 代表的のものとして、唄　孝一、渡邊洋三兩氏の「農村の相續形態(一)」(法律時報二六卷九號)及び加藤正男氏の「農村と相續——私法學會の調査を基點として——」(同志社法學二五號)の二論文參照。

(2) 中村宗雄「自然科學による法學の學問體系への示唆」(早稻田法學二七卷一、二册)。拙稿「不動產物權二重讓渡の理論」(法學研究二七卷一號)三一頁、三二頁。

二　立法論の一般原則

立法論或いは立法學というものが、どのような構造をもつべきものであるか、目下のところ、はつきりした全體系を示すことはできないけれども、私は少くとも次のような點に充分の注意を拂うべきものと考えている。

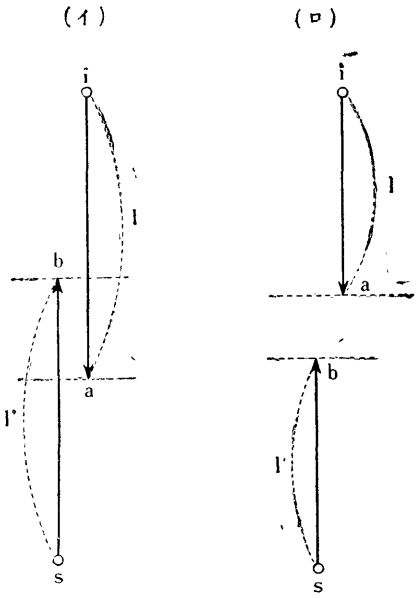
法は一面において、理念乃至目的を內含していなければ法とはいえないものである、と同時に他面において、それは社會生活の技術であるから、それが現實に行なわれることが可能であり、かつその結果が便宜であることが要求される。このことは實定法の効力というものが、規範論理的妥當性と社會事實的實効性との統合である[1]點より、當然にうなずけるところである。かような意味において、立法論をするときは、それが法理念乃至目的にみちびかれることが必要であると同時に、これが實定法とするに足る法案であるとして案出するところのものは、現實に行なわれる可能性をもつとともに、その法を守つた結果が便宜なものでなければならない。だからいかに立派な法理念を表明する概念であつても、それをただ論理的に展開した結果をもつて立法論の結論とすることは、少くとも法科學の立場からみる限り、無意味に等しいことである。ところが今までになされている立法論の多くのものは、單なる(單なるといつてはいいすぎならば、その大體の部分が、というか、基礎的態度においてというか)理念を表明する概念(目的)の展開であるか、しからずんば利害打算の作用する實踐の世界においてなされているにすぎないように思われる。前者の理念展開型立法論は、學者又は當分の間政權にありつける見込のない政治家等によつてなされることが多く、又後者の利害打算型立法論は、政權を擔當し、又は擔當する見込の强い政治

家や部分社會の利益代表團體等によつてなされることが多い。理念展開型の立法論は、その結果できあがるところの法律を施行してみた後の實効性について、考慮するところが少くないから、いわゆる繪に畫いた餅というような法案を作製して、實定化を要求する。そして法案が形式的に實定法となつた後において、實効があがらないことの原因を、法律が悪いのではなく――たしかに規範論理的妥當性のみに注目すれば悪くはない――國民の遵法心のないことや、事實が悪いことに（例えば經濟政策のつみに）歸しようとする傾向がある。利害打算型立法論は、その法律に關係する各種、各立場の利害の均衡點において法案を確定させようとするものであり、特に理論的な考慮をもつてなされるものではない。又それは實踐の世界においてなされるものであるし、妥當性にも實効性にも深い考慮をはらうことなく、こんなところで確定法案をつくれば、各派ともなんとかおさまるだろうと考えて、法案をつくるのであるからもとより科學的ではない。かような立法論は前者の型であつても、後者の型であつても、ともに無理をおかし易い、即ちその規定せんとする目的事項がどんな種類の事項であるかはここでは問題外として、そのような態度では、妥當性と實効性とがほどよく調和した法からみて、大分へだたりのある法律ができるおそれが大である。ただ理念展開型立法論のおかす無理は、同じ無理でも妥當性だけはもつている無理だから、いわば眞面目な無理である。[2] これに對して利害打算型立法論のおかす無理は不眞面目な無理だ、といえばいえるにすぎない。どちらにしても法の理念を社會の實生活の中へ生かそうという目的を達し得ないという結果は同じことである。

科學としての立法論は、科學的確信をもつて、法案が一定の範圍内で作られたならば、妥當性と實効性とが調和したものであることを、そしてそれとはるかにへだたりをもつた法案に對しては、それでは無理をおかそうとするものだということを、はつきり教えられるものでなければならない。それはちようど川に橋をかけるについて、施工者は豫算の關係などで通行に充分たえ得ないようなものを作ろうとしたり、又利用者は自分だけの利害を考えて、不必要に大きなものを欲したりするときに、一定の通行量で、これこれの大きさのものを作れば、必要にして充分だということを土木工學の立場から斷定す

るものと同じように。從つて立法論を科學的にするときの基本的態度は次のようでなければならない。即ち一方に明確な法理念（法目的）をおき、他方に客觀的態度であつめた資料を、あるがままに判斷した結果認められる事實をおき、この理念と事實の兩者を對置して、それからこの理念を具體的に展開した法律案の內容を、どの點まで事實に近づけていつたら、それから先はその法律案はもはや理念をになつたものではなくなつてしまうのかという、その限界點と、又事實はどの程度まで理念をもりこんだ法律ならばついて行けるのかということ、この二つのことを考えるのである。かように理念（目的）はどこまで事實に接近しても、なお理念的性格を失わないのか、又事實はどこまで理念（目的）に近ずいて行くことができるのかと問い、この理念（目的）の事實側への最大下行距離と、事實の理念（目的）側への最大上行距離とを確定し、當該事項を規律せんとする法律は、理念の最大下行點と、事實の最大上行點との間のどこかにおいて、作られなければならないことを答

第一圖



i＝法理念（法目的）
s＝事實
l＝理念（目的）の事實への下行距離
l'＝事實の理念（目的）への上行距離
a＝理念（目的）の最大下行點
b＝事實の最大上行點

（上圖では便宜上直線を用いて表現したが，嚴密にいえば l, l' に代るに空間を以てし，又 i, s が時間とともに變化することから，四次元的圖解でなければならない。）

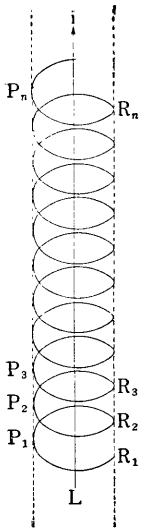
えるのである。第一圖について說明すれば、(イ)の場合においては、aはbよりもs側にあり（bはaよりもi側にあり）、lとl'とは重なつている、從つてこの場合は當該のiを以て當該のsを有効に規律する法律が存在しうる、又(ロ)の場合においては、lとl'は重なることはできないので、當該のiを以て、當該のsを有効に規律する法律は存在しない。だからこの場合にはiを變えるか、時間の推移によつてl'の長くなるのをまつか、どちらかでないと、法律を作つても空文となる。そしてlとl'が重なるかどうか、重なるとすればその範圍はどのくらいか、を見出すことが科學としての立法論の主要な任務である。しかして現實になされる立法が、ll'間のどの點においてなされるかといえば、それは科學のみの問題ではなく、政策と社會的な力の問題である、ということを他の言葉でいえば、ll'の長さを見出すまでは、卽ち、最もきつい規定でこのくらい、最もゆるい規定でこのくらいであり、その間ならば有効な立法ができる筈であるということを發見するまでは主として法學者の仕事であるが、ではその間のどこで法案を確定するかという段になると、當該事項に關係する諸々の學問の學者、實務家、政治家等々最も廣くいえば國民全部の仕事が主になつて然るべきであるということである。以上の事は具體的な個々の事項について立法論をやる場合に、どんな種類の理念の現實化を目的とするときでも、又どんな種類の事實を規律せんとするときでも、いつでも考えなければならないことであつて、大げさにいえば立法論の一般法則とでもいえるであろう。もつともこういつてみても、實際問題として事實がいかにあるかを發見することも、又理念の下行距離や事實の上行距離を確定することも容易なことではない。將來これに應用できるような他の學問の進步、それを法學へ應用するための努力の成果があらわれたならばいざ知らず、今の段階では、理論の及び得ないところは、かんを働かせて行くより方法がないであろう。從つて今のところでは前述の原則も、かんを働かせるときに、ややもすればおち入り易い個別決定論的態度を、いくらかでも修正し、整備して行くのに役立つにしかすぎないであろうことを、自ら認めるものである。しかし、この事實をしつかりと見究め、lやl'を確定して行くことが、容易に成果のあがらない、最初はまちがいの多い、まだるつこい努力であつ

たとしても、又この方法が法學の學問的範圍の前線を後退させるように思われたとしても、永年にわたるかような努力の結果、法學者が「偶然の僕」のようにならなくてもすむような實定法が生まれるとしたら、この努力は着實な有意義なものといえるであろう。

さて現實に立法が、事實の最大上行點よりも理念側においてなされ、守られない或いは守り得ない法律が發生した場合において、その法律が規律せんとする目的事項が、何等かの法的な規律を要求する事項である限りは、その守られない法律はそのままにしておいて、或いは本來のその法律の目的に反する目的のために利用されるかして、法律に違背する慣行が發生し、當該の事項はそれによつて處理されるようになることが多い。かかるときは空文現行法の立法論的批判と、それに代る新立法の研究がなされるであろうが、その研究は、空文現行法のかかげた理念（目的）が適當であつたか否か、又その理念の展開過程に誤があつたか否かの檢討にはじまるであろう。以上の二點に誤なく、ただ目下の事實が法律について行けなかつたのだということが明らかになつたときは、永い間かかつて或いはものすごい大變革の後に、法律に對する與件が變化して事實が法律について行けるようになるまで、現行法を維持せよという態度をとることは、少くとも私法の立法論に關する限り、正當ではない。この場合何よりも注目せねばならぬことは、空文法律上の權利者が、實際慣行上無權利者であるという事實であり、この者の救濟こそ急務である。もしこの空手形をもらつた者の救濟をおこたるならば、國民の多數の者が、本來正しいとされたその空文法律にもられた理念に對して不信をいだくであろう。そして最惡の場合、直接その空文法律にもられた理念のみならず、その理念を位置ずけている理念體系（憲法の理念）に對して不信の國民感情が發生したならば、この空文法律維持說が期待した與件の變化は遂におとずれることなく、むしろ與件はその期待と逆の方向へ動くかもしれない。國民の意思を尊重する政治が行なわれる限り、そして平和的手段によつて理念の實生活への實現を念ずる限り、たとえわずかずつでも、日一日と國民の生活の中に新理念が實現されていくことが、何よりも大切なことである。だから右の如き

事態にたち至つたなら、速に空文現行法律を、事實の最大上行點まで引下げる改正をなし、空手形をもらつた者を救濟するようにせねばならぬ。そしてその救濟が一度の改正では充分とはいかないとしても、それでも空文現行法を維持するのと比較して、はるかに多く足の地についた、その法律にもられた理念への信頼をもたらすであろう。一度かかる信頼ができれば、やがてそれはその私法の理念と關係ある他の法域の理念への信頼となり、この輿論をバックとして公法や社會法のこの理念へより接近するための改正となり、よつて私法の與件を改善することが可能となる。與件の改善ができれば、私法の領域でも事實の理念側への最大上行點がより理念側へ進むから、それに應じて、より理念を圓滿な型でおりこんだ私法の改正も可能となる。かくて漸次に、守られる法――その法理念への信頼――その法理念をふくむ理念體系への信頼――その理念體系實現のための政治に對する支持――國民に支持される政治――私法與件の改善――より理念をおりこんだ法の制定ということをくりかえして、このくりかえしをもつと簡單化すれば、「よき法」（妥當性と實効性と調和した法）――「強力な政治」（國民の信頼をバックとした政治）――「よりよき法」（前の「よき法」よりも更に理念に近づいた法）――という法と政治の有機的、立體的な循環によつて、高くかかげられた新理念は、着實に國民の生活の中に實現されて行くであろう。第二圖について說明すれば、R_1はP_1を導き、P_1はR_2を生み、R_2はP_2を導きというようにして、社會生活の實體Lは、漸次その理念に接近するのである。そしてこの螺旋のピッチ（歩み）をあまり大きくしようとすると、卽ちR_1、R_2の間やP_1、P_2の

第二圖



i＝社會生活の理念

R_1＝よき法　P_1＝强力な政治

$R_2, R_3 \cdots\cdots R_n$＝よりよき法

$P_2, P_3 \cdots\cdots P_n$＝より强力な政治

$L = R_1, R_2 \cdots R_n$ と $P_1, P_2 \cdots P_n$ との螺旋形によつてかこまれた空間で，社會生活の實體を表わす。

間をあまり廣くしようとすると、あたかもネジのピッチのあまり大きいものはネジの作用をなさないのと同様に、R_1、P_1、R_2、P_2の循環を失い、結局Lをiに進ませることが不可能となるのである。かように法——政治——法の有機的、立體的循環のあるところに、人類文化現象としての法と政治のスムースな協同作業をみることができるのであり、法や政治の民主主義的運營の原則もこれを可能にするためのものであるように思われる。立法論も國民の福祉がかような經過をたどつて、スムースに增進することに役立つものであつてこそ、責任ある（生活のために有用な）、又科學的な學問となるであろう。

以下においては右にみたような態度を基本として、農家相續の問題を檢討してみよう。

（1）峯村光郎「法哲學」一七四頁——一七七頁參照。

（2）板倉卓造「聖賢の道への抗議」（政治家史論所收）參照。

三　農家相續制度の理念（目的）と現行民法の下における農家相續の實態

一　農家相續法制の理念（目的）

現行憲法上の要求としての農家相續法制の理念（目的）を示すことは比較的簡單である。即ち大きくいつて、法の前における萬人の平等（憲一四條一項）及び個人の尊嚴と兩性の本質的平等（憲二四條二項）並びに財產權の尊重（憲二九條）が主なものであろう。これをもう少し具體的にいえば、身分法的には各共同相續人の權利の平等、被相續人の生前處分又は遺言による財產處分の自由、相續人の相續の承認又は放棄の自由、等であり、財產法的には、農地の私有、私的經營方法の維持、即ち强度の社會化方式の不採用であろう。もつとも、もとより個人の思想は自由であり、いかなる理念を措定しようとも差支えなきところである。といつても本稿は現行憲法の制約を前提としているものであり、從つて憲法の規定の普通の理解から以上の理念（目的）を措定したわけである。そして立論の體裁の上からと萬一生ずるかも知れない誤解をさけるために、一

應右の如く記したにすぎない。

二　現行民法の下における農家相續の實態

農家相續の實態については、事實の調査、及び調査によつて明らかとなつた事實の理解について、すでにすぐれた勞作が[1]ある。以下はこれらのものを參考として、私なりにまとめたものにすぎない。

昭和二六年度の日本私法學會の調査によれば、新民法制定當時にあつたところの農地が新民法によつて細分化されるのではないか、という豫想をうらぎつて、極めて特殊な場合――そのあるものは、法律家の在村というようなむしろ偶然的事情の場合――をのぞいては、約九九％近くの農家が、事實上又は法律上單獨相續をしているといわれる。しかして更にその事情をたずねると、地方によつて多少の程度の差はあるにしても、概して放棄をした相續人が自己に相續權のあることすらはつきりと意識していない場合が多いこと、又事實上或いは法律上の放棄を他の共同相續人がしてくれたことによつて、單獨相續人となつた者の側でも、當然全部の財産を相續すべきものであつて、他人の財産をもらつたのだとは感じないとともに、全部の財産を相續することによつて責任――母や弟妹の扶養、實家復歸の場合の世話、家の附合、祖先の祭祀等に關する――を感ずるという事情にあるとなつている。[2]從つて明治民法時代と、その實際の結果においては大差なく、依然として農家では重要財産を家産と考え、一人（多くは長男）の相續人が、代々うけつがれた家産の管理者として、いわゆる家督を相續している實情にあるものといえるであろう。從つて現行民法は、實効性にかけるという意味においては、「よき法」ではない。そして「よき法」でなくなつてしまつた原因は、一部の人の感じられているように、[3]農民の側にはなく、法律の側にあるように思うのである。なぜ農民の側に責任がないか、それを知るためには單獨相續をささえているものが何であるかを知る必要がある。

ではかような家産意識をささえ、單獨相續[4]を行なわしめている原因は何であろうか。もとよりその原因は多元的であり、

しかもその多くの原因が相互にからみあつているだろうことは、想像に難くない。しかしながらあらゆる原因とその關連狀態を研究することは、とても不可能だし、又本稿の目的からみてそこまで必要となるわけでもない。というのは本稿は前述した立法論の基本的方法に從つて、私法立法論の限界内において、目下の農村の實態は、どの程度まできつく前に揭げた農家相續の諸理念（目的）を具體化した法律にならば、ついて行けるかということ、卽ち前述の言葉でいえば、事實の最大上行點と、理念の最大下行點との間隔を決定することを目的とし、この間隔が一度では確定的にわからないとしても、大體のところがわかれば、研究の第一歩として意義があるからである。だから今ここでは家產意識、單獨相續をささえるために、直接に最も有力に作用している原因のみを論ずれば、これに對し、まだ議論が荒けずりだという批判はうけるかも知れないが、しかし全く見當ちがいの議論だという批判をうけることはない筈だと思うのである。そこでここでは家產意識、單獨相續をささえている原因の中で、經濟的な原因のみにつき說明したいと思う。家產意識、單獨相續の經濟的基礎については、このテーマにつき論ずる殆んどすべての人が、よく說明されているところであるが、[5] 中でも高梨教授の說くところ[6]が最も適當なものと考えるので、以下においては高梨教授の說を私なりに理解し、重要と思われる點を說明して行くことにする。

農業用資產をもつて家產とする意識をささえる經濟的原因は、一つの農業經營單位としての家を維持するためには、農地をはじめ家、屋敷、各種の農機具、牛馬の如きものは、それが一定の規模以下となるときは、經營上不可分物として取扱わなければ、農業經營が成り立たないという事實である。そして現在の一農業經營單位（卽ち一家）を、分割してなお最小獨立の經營單位の若干を發生させることができるような惠まれた狀態にある大きな農家は極めて少なくなつている。[7] 現在の農家の殆んどすべてが、家產を分割しては經營が成りたたないという限界規模以下である。このことはすでに常識的な事であり、特に說明を要しない。そこで更に進んでかような不可分的一體となつている農業資產の實質的な性格を檢討しなければならない。家產意識によつて不可分的取扱をうけている農業資產は、その近代法上の形式的な所有名義人が多くの場合父

（被相續人）一人であるにも拘らず、現實にその維持發展のために努力した人は、父のみではなく、他の家族なかんずく母（配偶者）及び長男（農家のあととり）である。もつとも都會生活者の家族でも父の財産の形成について、母や子が特に母が、協力していないとはいえない。しかしこの場合の母の協力は、いわゆる內助の功程度のものであり、農家の場合の樣に、他の家族よりも早くおきて朝食をととのえ、夫と共に田畑に出て働き、歸つて再びおそくまで家事に從事するという、家事と家業を二つながらにはたすのと比較すると、特に父（夫）の財産の形成發展に協力する度合は、極めて輕いものである。そこで母やあととりは、父の名義である農業資産について、おおよそ自分が農業經營に協力した度合に比例して、持分というか、とにかく、それにたよることが當然であるという强い期待をもつていることに注意せねばならぬのであり、だからこそ、民法の法定相續分に加えて彼らは他の共同相續人に對して不當利得の返還請求權を有する、という理論も成り立つのである。[8] 從つて母やあととりは、法律上の形式においては、父の（他人の）財産を相續することになるけれども、實質的には、というか、母やあととりの意識のうらには、明確な形はとつていないにしても、父の遺産中自分の持分がある部分については、新たに自分が權利者となつたわけではなくて、單に家の財産の管理主任者と法律上の名義だけが、自分に代るにすぎないということになるわけである。母やあととりの父との協同による成果が、父の單獨名義の財産に包括されていることは、當然に母やあととりが、實質的には家産とされ、形式的には父の名義になつている財産に對して、自己の生活を依存させることがもつともであると主張する根據がある。これに反し娘や二・三男については、母やあととりと同樣に取扱うことができない。なぜならば娘や二・三男（あととり以外の子）が、結婚や獨立までの間に、家産維持のために働らいていた程度は、母やあととりとくらべて、極めて低いのが普通であり、又どこで勞働したにしても、彼らが得てくる收入の殆んどすべてが、家産の中に組入れられることも大體なくなつているからである。といつても娘や二・三男が何一つ家産維持發展のために貢獻していないというわけではない。しかし彼等のこの貢獻が、彼らの將來の全生活の基礎を全面的に家産に求めることが、

もつともだという程度には至つていないことは疑ないと思う。以上要するに農業用資産が、家産として非分割の取扱をしなければならない根據は、一つには、その財産が農業經營維持のために、これ以上分割が不可能であるとともに、他面において、それが父の單獨所有名義となつてはいるものの、實質的にはうちの、農業經營の最小單位であり又消費單位であるところのうちの財産として、母やあととりの努力の成果がその中に含まれており――少くともその含まれ工合がサラリーマンなどの場合にくらべて比較にならない程大である――、母やあととりの生活が全面的にそれに依存することがもつともだと信ぜられているからである。そして母やあととりが、どんな方法で家産に依存して生活するのかというと、もはやその財産の規模が分割を許さない以上、あととりは彼の妻や子（特に長男）とともに自ら農地を耕作することによつて、又母（被相續人の配偶者）は、家産の中に潜在する自己の持分を、潜在させたままで、あととりの農業經營を維持させて、あととりからめんどうをみてもらうという方法によつてである。從つてその反面、家にたよつて自己の生活を維持することがもつともではないと觀念され、假にこれがもつともだと觀念されたとしても、それが不可能なあととり以外の子は、そのうちの能力に應じて、下は見習工、小店員から上は大學に至るまで、何等か他の職業につくための技術を修得し、教育をうけようとし、又理解ある父や兄はなんとかしてそのための便宜をはかろうと努力するわけである。そして二・三男は主としてあととりの農業經營維持のために、又母（妻）はあととりの農業經營の維持と自分のめんどうを彼にみてもらう地位の確立のために、いずれも事實上或いは法律上の相續放棄をやつて、あととりの單獨相續となるわけである。このようにみてくると、農業資産に對する家産的意識・單獨相續ということは、（もろもろの弊害、なかんずく現行民法が眞正面より否定せんとする家名や家柄や祖先祭祀と結びついた家父長的な抽象的な家の承繼という觀念の溫存、二・三男の適當な職業につけない場合のみじめな狀態等々をのこしているものの）法律の立前に反しながらも、農業經營の維持――あととりとその家族及び母（妻）の生活の維持――のためにやむを得ない行動だということになる。この意味においては、單獨相續も正に『これを社會經濟の實態から考えるかぎり決して不合理

であるのではない[9]』といえるのである。

右の如く農家において單獨相續が強い力で行なわれている反面、現在でも分割相續への移行の契機があることをみのがし得ないと主張する學者もある。例えば加藤正男助教授は[10]、分割相續への移行を大別して、①政治政策の介入によつて促進される場合と、②共同相續人間の對抗關係を通じて促進される場合、及び③そのいずれでもない原因による場合とに分け、更に進んで第一の原因の例として相續稅法の規定を、第二の例として共同相續人間において、相互に主として血緣關係が無いか又は稀薄なことのために不和のある場合及び零細兼業農家の場合を、又第三の例として結婚、分家、獨立、就學などに際して財產が娘や二・三男に分與される場合（生前處分又は生前贈與）を、掲げておられる。私もかような傾向のあることを肯定するけれども、しかしながら今ここで農家相續制度を論ずるに際しては、この現象に重大な意味をみとめることは適當ではないと思う。相續稅法の規定を原因とするものや、共同相續人間に不和のある場合を、さして重視できないことは明らかである。なぜならば、前者は外在的原因であるのみならず、この相續稅法のために、法律形式上は分割相續で、事實上は單獨相續という場合が多いし、又後者は特殊な場合であり、これをもつて一般論とすることは不適當であるからである。問題となるのは兼業農家の場合と生前處分の場合である。しかし兼業農家の場合、特に分割傾向が強いといわれる賃勞働を中心とする第二種兼業農家の場合においては、生活を賃勞働による收入に依存せしめる割合の多ければ多いほど、それは農家ではなくなりつつあるわけであり、從つて分割の傾向が強いのは當然であつて、かような兼業農家に關する資料を重視して、專業農家に對する制度の研究をやるのは適當ではない。又極端な貧農や雇農については、これらは近い將來農業では生活できなくなりつつあるわけであり、もともと有るか無きかの農業資產を分割してしまうことになごりのある筈はないのであるから、これまた分割が行なわれることに不思議はない。そして我々は、なんでもかんでも分割されることを目的として議論しているわけではなく、農業の維持發展、農家の幸福を中心として、一體どんな相續制度が最もその目的に適するかを論じ

ているわけだから、農業經營が部分的に或いは全般的に、つぶれ或いはつぶれる寸前においてなされる分割相續などに重點をおいて考察することはできない。こんなことに重點をおくと、農業が衰微し、農家が貧困となるのを好條件としてよろこぶような、分割亡者みたいになりはしないだろうか。最後に一番問題となるのは生前處分の場合である。生前處分或いは生前贈與を通じて、分割相續したのと結果においては近くなりつつある傾向は、注目すべきである。何故にこの傾向が廣くみられるかというと、後述の如く、この方法だけが農家財産の家産的性格と矛盾するところが極めて少く、しかも結果的には平等に近ずけるからであろう。從つてこの傾向を強化し、純化して行くことに努力すべきだと思う。しかし生前處分、生前贈與が強化されればされるほど、いかに贈與が順次になされることによつて、家産それ自體の減少は少くないとはいえ、それでも相續開始時の家の財産は減少し――少くとも農業の生産性が極端に向上しない限り（そして生産性が想像以上に向上すれば分割でも差支えなくなるが）――そこで再び分割相續することは不可能となるであろう。從つて生前處分の徹底は、相續そのものの形態としては單獨相續を導くものであろう。だから單獨相續――或いはそれに近い分割相續の例外の形態――を、できるだけ平等を無視しないで認めるためには、その前提として、生前處分の徹底が必要であるという形式において、現に行なわれつつある生前處分の傾向を取上げるのが相當なのではないだろうか。

（1）例えば、日本私法學會編「農家相續の實態」、中川善之助他五氏「農家相續實態調査の中間報告」（私法七號）、神谷力「農業家族における均分相續の問題について――その實態分析――」（法社會學三號）、高梨公之「妻の相續放棄――その地盤と意識――」（日本法學十七卷五號）、唄孝一・渡邊洋三「農村の相續形態(一)」（法律時報二六卷九號）、加藤正男「農村と相續――私法學會の調査を基點として――」（同志社法學二五號）三三頁―四九頁。

（2）中川他五氏・前掲報告・三〇頁、四七頁、五〇頁―五四頁等。

（3）我妻榮「農家の相續はどうなるか」（改正民法餘話――新しい家の倫理――所收）二五六頁參照。

（4）ここで單獨相續とは、一人の相續人が完全に文字通り全財産を相續することのみではなく、被相續人の財産の大部分が、特に農業經營上重要な財産が一人の相續人の手に歸することを意味する。

（5）例えば唄・渡邊・前掲論文、加藤（正）・前掲論文。
（6）高梨・前掲論文・三二四頁―三三六頁。
（7）かような恵まれた規模にあるごく少數の農家については、經營の面からみて分割相續でも差支えないわけであり、かりにこれらの農家が抽象的な家維持の點より單獨相續をのぞむとしても、國家はそれにかまわず現行均分制の實施をせまればよいわけであつて、特に考察する必要はない。
（8）柚木「判例相續法論」二〇八頁、二〇九頁の説明參照。
（9）高梨・前掲論文・三三九頁。
（10）加藤（正）・前掲論文・四三頁―五〇頁。

四　均分相續法制維持論の批判

現行均分相續制度を維持せよという主張は、それらが互にからみあつているところの、大體三つの論據を有するように思われる。第一の論據は、憲法に規定する法の前の平等（一四・I）及び兩性の本質的平等（二四・II）の理念から現行均分制度を維持せよというのである（理念論）。第二の主張は、農地の所有と農業の經營とを分離した近代的農業形態をとつて行けば、均分相續でも經營が維持できる（或いは更に均分制を強行することによつて所有と經營の分離がもたらされることになる）というのである（經營改革論）。第三の主張は、農業經營の現狀においても、民法の用意した制度（遺言や生前處分）を利用することによつて、農業經營の維持と平等の理念とを、二つながらに實現して行くことができる、というのである（民法應用論）。以下その一つ一つを檢討して行こう。まず法の前の平等の理念からみて、現行均分制はゆずれないという主張をみるに[1]、この主張が、前述一・二で説明した本稿の基本的態度から不適當なことは、ここにくわしく再論しないでもわかるであろう。いかに理念的妥當性に富む民法といえども、九割九分の農民がそれを守り得ないものである以上、この理念は殆んど農民の實生活の中で實現されてはいないのである。從つて農民の間には、均分相續も民主主義も『エライ人の考えたエラ

イ憲法に書いてある、恰度お經のようなもので、現實の俗人には緣のないこと』[2]だという氣持が發生している。このときにあたり、農民にとつてはまるで富士山の頂上へかけ足で上らせるような、一足とびの改革を要求する民法に對し、農民のせめて半數が守り得る程度にまで、理念に讓歩してもらつた（第一圖でいえばbよりs側に、又第二圖でいえばR_1とR_2との間をあまり大きくしないようにして）特例法律を作り、いくばくなりとも、農民の間に民主主義は有難い、平等の理念は實生活の中へ一歩一歩生かされつつあるという確信を植えつけることに努力した方が、永い目でみた場合かえつて理念を現實に生かすことになるのではないだろうか。現狀を冷靜にながめるとき、均分相續は憲法上の要求だから絶對にゆずれないといつて、きゆうくつな理念論をやることは、理念の立場に立つてみても、かえつて「一文おしみの百の損」という結果をもたらすにすぎないように思われてならないのである。

次に、所有と經營の分離をやれば、均分相續をそのまま實行することができるし、又逆にいえば、現行均分法制を維持することが、所有と經營の分離した近代農業經營への道であるという考え方[3]に對する私の疑問を述べよう。所有と經營の分離の具體的方法として、例えば㈠農業資產は共同相續人の共有としておき、經營はそのうちの一人が後繼して行く方法――この場合には、農業經營者以外の相續人は、農業資產に對して持分權をもつているわけだから、これに對する配當を經營者からうけることになる[4]――、㈡農業經營を行う相續人を中心として、他の相續人がその相續分を出資して、有限會社、合名會社、合資會社等を構成する方法[5]――この場合には、全社員が、會社から配當をうけることになる――、㈢農業資產は各共同相續人の單獨所有としておき、經營はそのうち一人が全農業資產を利用して行なう方法――この場合には、經營者が他の相續人から、その所有地を借りて耕作するのだから小作料をこれらの者に支拂うことになる[6]――、などの諸方法が考えられている。しかしこれらの方法が、その本來の合理的な姿で行われるためには、その絶對の前提として、『日本の農業を內外の破壞的條件からまもり、農業生產力を引上げ、農業經營に合理的な利潤を保證するという、今日の日本における當然の課題

が實現[7]』されなければならない。この前提條件がまさに當然の課題であることは異論のないところであるけれども、それが少くとも近き將來において實現されないところに問題がある。わが國の農地の半數以上は水田であり、しかもそれが瘦地である上、變化しやすい氣候に對して常に工夫をしていかなければならないという條件は、極度に勞働力を集約することを要求し、そのために、家族經營の形態が殆んど必然的且つ終局的であるとさえいわれている[8]。家族經營でありながら所有と經營の分離という近代的な產業經營方法をとることは、まずまず不可能であろう。從つて、前述㈠、㈡、㈢の方法は、いずれも、その本來の姿においてうまく行なわれるとは考えられない。もし、强いて行なえば、例えば、一般的にいつて、はるかに近代化している工業や商業などの企業についても、稅金の負擔輕減のためだけから會社の形體をとり、實際は、全く個人經營と同じであるようなのが多數あるのと同じく、それ以上名實がはなれたものとなるであろう。もし假に、農業技術が驚異的に進步し、農業をとりまく諸條件が想像もしなかつた程改良されて、家族經營でなくても農業がなりたつようになつたなら、それは農業と他の近代產業との經營形態面での區別がなくなるから、もとより均分相續になじむものとなる。しかしはるかに遠い將來にしか期待できないようなことを前提として、立法論をやつていたのでは、それは夢の立法論となり、今日の我々の生活に何等プラスをもたらさないことになる。或は、最初のうちは、多少の無理、混亂があつても、均分制を維持していれば、それが相當な原因となつて、農業經營の近代化ができるのだから、現行制度を維持しようという考えもあるかもしれない。しかし、民法改正後すでに滿七年以上を經た今日、民法のおかげで――おかげもあずかつて――所有と經營が分離し、近代化したなどという事例は、まだ聞いたことがなく、わずかに前述の如く、農家としてあつかうことが問題になるような農業は從である第二種兼業農家に分割相續の事態がみえているにすぎない。實際に行なわれている相續形態が、農業經營の形態を規定する力はあるだろうが、殆んど行なわれていない相續法が、農業經營を改善することはどうみても考えられない。從つて、現在みるごとき民法と實際の相續形態とのギャップを、單なる過渡期的な混亂にすぎないものとし、

進んだ民法でおくれた農村を引上げる努力をして時期がたてばこのギャップがなくなるだろうとみるのはあますぎるように思う。勿論一般的にいつて、すすんだ法律でおくれた部分社會を引き立てるということは、肯定されるが、しかし農地相續の問題に關する限り、農村社會を引き立てるといつても、まるで富士山の頂上へかけ足であがらせるような不可能なことをしろという結果になるのではないかと思う。更に、均分相續にしたしむような農業經營、農業に對する諸條件をつくり出すための山林解放、軍事基地反對、再軍備豫算を農村に廻せ等の農民運動の成果を重視し、かかる傾向にあり、この運動をますます推進してゆけば、現行法が實施されるようになるのだという議論もある。[9] なるほどそうかも知れない。しかし、私法の立法論として、まだその運動の成果が全面的にあらわれないうちから、上記のような農民運動をすすめて行くことがいいんたという解答を出して行くことは、適當ではないと思う。この論法をおしすすめれば、極端な例だけれども、所有權に關する法律問題に對して私有財産廢止の政治運動をすればよいとの解答を與えるような、あらゆる法律問題が政治問題となつてしまうのではないだろうか。やつぱり私は、前述の如く與件を相對的に固定して、立法論（法律學としての立法論）、しかも時々刻々の問題を解決するための立法論をして行くより他に方法がないのではないかと思う。

さて次に、農業經營の現狀はかえられないとして、平等の理念を生かす道を、民法に認められた制度の中にもとめる立場について論じよう。民法上の制度卽ち被相續人の遺言又は生前處分によつて可及的に均分相續の實をあげると同時に、農業經營の安定を計ろうという意見は、いわば穩健な、無理を主張するところ少くないが、その反面、にえきらないという批判をうけるだろう。まず被相續人の遺言によつて處理せよとの說[10]であるが、これは單ににえきらない解決だという批判が可能なのみならず第二の所有と經營の分離と同じく、遺言がむしろ本來の姿に反して用いられはしないかとの危險をはらむのである。元來、民法のいわゆる遺言制度は、個人主義的財産所有の極大化された一表現であり、きわめて近代的な概念である。[11] 從つて、遺言制度が、その本來の姿で利用されるためには、遺言者が、近代的合理人であること及び遺言によつて處分され

る財産が、自由な所有權の對象として觀念されていることが望ましいわけである。ところが農家においては、この條件が二つながらにそなわつていない。被相續人は、概して、半封建的意識を殘した人であり、農家の財産は、家産として意識されている。だから遺言による解決をしようとしても、民法上有効な遺言となるための形式的な要件の要求されていることなどと相まつて、直ちに、有効にして內容が適切な遺言がなされようとは考えられない。むしろ、形式はともあれ實質的役割においては、祖孫一體の宗教的觀念や家産意識から、被相續人の封建的遺訓の表明や、家産管理方法の指示としての役割の方が強くなつてしまうのではないだろうか。現に神谷力氏の調査によれば、遺言制度の利用による封建的家督相續の溫存という事例が報告されている[12]ような次第であり、都市の住民ですら、遺言利用の例にとぼしい我國の現狀だから、遺言の利用によつて、有効適切な處置をはかるという意見は、少しあますぎるのではないだろうか。特にこの遺言利用說が農家相續問題の根本的解決策として主張されるのではなく、當面の問題として、民法の中でもこの制度があるのだから、これを大いに利用したらよいだろうという目的で主張されるとしたら、當面の問題として、遺言制度を充分利用出來るような基礎を農村につくることは、むずかしいから、とくに以上のうれいが指摘されなければならないと思う。もう一つ遺言利用說についての問題は、元來遺言は遺留分の規定に反しない範圍でなければならず、從つて遺言制度をその極限まで利用しても、全相續財産の $\frac{1}{2}$ プラス農業經營承繼者固有の相續分だけしか、一人の相續人に集中することしかできないが、農業經營の安定上この程度で滿足出來るだろうか。もし滿足出來ないとすれば（特例法案の第一國會案が、この限度であつたのを第五國會案で、農業承繼者に集中する分をふやしているところからみて、滿足出來そうもないし、又滿足出來ないような小規模經營について、特に均分是非の問題が生ずる）あわせて遺留分放棄の濫用を認めることしか方法はない。しかしこれでは、かえつて特例法の方が、民法體系內で混亂をおこすよりはましだということになる。更に、若し遺留分を侵害する遺言がなされた場合、その遺言による相續分の指定や遺贈は當然無効なものではなく[13]、遺留分權利者は、一年以內に減殺請求をすることによつて、自己の權利を保全

するわけであるが（民一〇三一・一〇四二）、遺留分を侵害された二・三男が、はたして減殺請求を實際問題として爲し得るだろうか。現實の諸々の狀態、特に前述の遺言に對する封建的觀念からして減殺請求をするということは、法律的には侵害者に對してするのであるが、實際の感覺としては、親の遺訓に從わないということであり、恐らく減殺請求權の行使を躊躇すると思うのである。以上のようなわけで遺言利用によつて處理せよといつても、これだけではとつても一般的解決策とはなり得ないと思うのである。そこで次に被相續人の生前處分によつて、實質的には均分相續と同樣な結果にせよとの說[14]をみていこう。

すでに現在までに、二・三男や娘の結婚、養子緣組、いわゆる分家、獨立などの際に財產を分與し、或は學資を贈與することは廣く行なわれているところである。勿論かかる生前贈與や生前處分が、近代的權利意識に基いてなされる場合は少なく、むしろ多くは、家格の表現や、前近代的な恩惠的意識をもつてなされるのであろう。とはいえとにかく二・三男に、彼等が最もそれを必要とする時期に、財產が分與され、教育がほどこされるという事實をみれば、その動機や、主觀的意味ずけはそれとして、結果的には、平等の理念の實現形態として、これを尊重すべきであろう。そして此の慣例が相當廣く行なわれているということは、生前處分や生前贈與ができるだけ平等に近く財產を二・三男に與える形態として、今のままの農業經營形態でも一番やりやすいからではないだろうか。卽ちそれは、分與をうける二・三男にとつてもそれぞれ自己の最も必要とする時期に財產をもらうことが出來るのみならず、結婚や、分家や、就學は、最初からその時期とその時に必要な金額を大體豫想することが出來るし、又相續を原因とする財產分割と異つて、兄弟姉妹について順次に財產を分與すればよいわけだから、あらかじめ農業經營の規模や收益度合とにらみ合わせて個々の家族の事情に適した方法や金額で、分與する財產の準備をすることも出來るだろうし、又一度費用を支出した犧牲を大體つぐなつてから、第二・第三の分與をすることもできるわけであるから、農業の生產性がひくく、收益度が惡くても、家族がその果實によつて生產を維持する幹、卽ち家產

をたやすことなく、二・三男を救濟することが、他の方法に比して最も可能であることに原因すると思う。これに對し相續によつて財產を分割することをきらう最大の理由は、一時に、しかもいつであるかわからない一時期に、みながそれによつて生活するところの果實を生む木の幹（家產）そのものを、分割することが、結局全家族の共倒れを招くことをおそれるからである。從つて、生前處分の强化によつて、實際の結果からすれば、均分相續をやつたのと同樣になるようにせよとの意見は、以上みてきた他のすべての說に比べて、本來相續で解決すべきことを、相續以前で解決するのは的はずれだとも批判されるかもしれないが、とにかく平等の理念を、農業經營の安定を維持しつつ實現することの可能性が、一番强いものであり、私もこれ以外の上述したすべての立場に反對し、この最後の說に贊成したい。といつても生前處分の推進にはいろいろな問題がある。まず生前分與をうけることが權利として、いわばあたりまえのこととして意識されるような指導を要するのみならず、そうなる樣な制度を設けなければ、なまぬるい對策におわるであろう。そのためには、現行民法第九〇三條[15]だけでは不充分であつて、もつときつい制度を立法する必要があるだろう。のみならず生前處分が理想的な狀態で行なわれても解決しない問題は、第一に配偶者（母・妻）の利益の保證であり、第二に相續開始當時まで分與を受けるにふさわしいまでに成長していない幼少の相續人の利益の保護である。

（1）鵜飼・內田・戒能・川島・來栖・立石・野村「農業資產相續特例法案の違憲性について」（法律時報二一卷五號）、高野竹三郎「均分相續制と農業資產相續特例法案」（早稻田法學二五卷三・四册）――特に一一九頁參照。

（2）中川善之助「農村は今でもこんなである」（法律時報二六卷九號）九〇九頁。

（3）杉田揚太郎「農業資產相續特例法案と農業政策の分岐點」（法律時報二〇卷二號）三一頁、三二頁、二六頁等、加藤正男「農村と相續」（同志社法學二五號）五一頁、五二頁。

（4）川島・來栖・磯田「家族法講話」二一四頁。

（5）杉田・前揭論文・三二頁。

（6）註（4）を見よ。

(7) 川島・來栖・磯田・前掲書・二一五頁。
(8) 今泉孝太郎「一子相續制の研究」(法學研究二四卷一一號) 四頁、九頁。
(9) 加藤(正)・前掲論文・五四頁、五五頁。
(10) 末川 博「相續制度と現實との妥協點としての遺言」(家族法の諸問題所收)、加藤(正)・前掲論文・五〇頁、中川善之助「全訂民法大要」下、一九二頁、一九三頁。
(11) 田中 實「親族法・相續法」一四六頁、二〇九頁。
(12) 神谷 力「農業家族における均分相續の問題について——その實態分析——」(法社會學三號) 一〇五頁、一〇六頁。
(13) 柚木 馨「判例相續法論」一九七頁、四二二頁。
(14) 高梨公之「妻の相續放棄」(日本法學一七卷五號) 三四〇頁、加藤(正)・前掲論文・五〇頁。もつとも加藤氏は、これも『惡くはないだろう』という程度の主張のしかたである。
(15) 民法第九〇三條にいわゆる「生計の資本」の中には、高等教育をうけるための學資の如きものをも包含する、という解釋が普通のようである(例えば中川編「註釋相續法」上、一七五頁、柚木「判例相續法論」二〇二頁、中川「全訂民法大要」二二九頁)。しかしながらこの解釋に對しては、教育の本質及び種類の點より疑問をもつている。これについてはいずれ別の機會に論じたい。

五 農業資産相續特例法案の批判

農業資産相續特例法案、特にその第五國會に提出されたものについては、すでに多くの批判が加えられている。そして特例法反對論の主な根據は、二つである。即ち一つは、特例法が憲法に特に憲法第十四條一項と、第二十四條二項に違反するというのであり、第二は農業經營の立場からみて、有害無益だというのである。即ち特例法は零細經營、家族經營、封建的殘滓の維持には役立つても、所有と經營の分離した近代的經營への道ではない。そして、所有と經營との分離をはかれば、現行均分相續制でも不都合はないというのである。しかしてこのいずれの論據についてもすでに均分相續維持論の批判として說明して來たところがそのまま妥當するからここにあらためて論ずる必要はないであろう。要するに、上述の如く違憲だと

する議論は憲法上の概念の形式論理的な窮屈な展開の結果にすぎないし又經營上反對だとする議論は、なるほど一應はそういえるかもしれないが、では所有と經營の分離が近き將來できるかといえば不可能だから、これまた不可能をなせとの主張となり、目下の問題を解決するための責任ある議論とはいえないから、いずれも特例法案の批判としてあたつていない。といつても私は以上の如く特例法案の否定說を否定するからといつて、直ちに特例法案をそのまま肯定するものではない。私も亦、この特例法案に反對する理由は、こまかいところは除くとして、二つある。第一は農業資產相續人の決定方法につき被相續人の指定を原則としている點である。これは、農業の現狀に就いてみるとき、家督相續意識の溫存どころか、强化のために働くであろう。第二に、これが最も問題となるわけであるが、農業資產相續人が他の共同相續人に對してなす特別相續分によつて受けた利益の支拂についてである。もし此の支拂額を大きくし、又支拂時期を短かくすれば、民法の原則通り分割（價値的に）したのと大差がなくなり、此の場合もし嚴格に支拂を實行させれば農業經營の安定は維持出來ず、農業資產相續人が他の相續人に比して特に實質的に不利益に扱われることになる（前述農業資產の性格を考えよ）。これでは農業經營の維持も、全相續人の平等な取扱も不能となる。もし支拂をルーズにすれば、他の相續人は、やつぱり名目上の權利をもらつたのにすぎなくなる。又反對に分配額をひくく、又分配期限を長くすれば、特に支拂方法について特別の考慮を拂つていないことと相まつて他の共同相續人の受ける利益が本法のあるために特に保證されるとはいえなくなつてしまうであろう。

六　農家相續制度の進路

本論において私は第一に、從來唱えられている均分相續制度維持論の立場が法の實効性を輕視し、責任ある科學的な立法論としての範圍を逸脫しているのではないかという疑問を提起し、第二に右の疑問をおしすゝめていつて、一般的に私法の立法論はどんな方法をとらねばならぬかについて未熟ながら卑見を述べた。そして第三に農家相續制度の理念と現實を概觀

し、第四に現行均分制度維持論の一つ一つの論據について批判を加え、又第五に農業資産相續特例法案も贊成できない旨を論じて來たのである。そうして、ここに一應到達した結論として、諸子均分の理想を農家についてどうして實現するかというと、いつ開始するかわからない相續に際して財産分割を一時に行なうことは、假りに現物分割ではなく價値的な分割をいうにしても農業經營の破壞を招き、不可能なことであり、又所有と經營の分離を行なうことも、遺言制度の利用によつて處理することも、それがその本來の姿において行なわれる可能性乏しきことを知り、結局、婚姻・獨立の適齡に達した二・三男や娘については、その際に財産を分與し、或は農業以外の技術的な能力を要する職業につかんとして技術を習得することを欲する者には、そのための費用を供給したりする生前贈與、生前處分の方法によつて、結果においては均分相續をしたのと同じに出來るだけ近ずけようとすることが唯一の可能性の多い道であることがわかつた。この方法は均分に相續するのではなくて、相續以前に出來るだけ均分にしてしまう道であり、從つて相續を均分でしようという本筋からはずれた道へ迷い込んでいるという批判を受けるかも知れない。しかし相續を均分にするという道が本筋だとしても、それが不可能であり、せつかく開設しても殆んど利用出來ない大道になつている以上、他の小さな道を通つてでも同じところへ行きつくことの方が、本道として作つたのだから、通れないでも通れと無理を言うよりは妥當であろう。

要するに農業家族においては、相續を均分にするということによつて家族が平等に財産的利益を受けるということが他の一般市民の場合と違つて不可能であり、均分相續を導き出すところの法の前に於ける平等という理念を農家について實現するためには、一見おかしく思われるが、相續そのものは單獨に近い形態で行われても、なお實質的に全家族が平等のわけ前にあずかれるように、生前處分がそれを受けるについての適格者に對してなさねばならぬということになる。「分けたらつぶれる」という言葉に端的にあらわれている樣に、家族がそれによつて生活するところの果實を生む幹、即ち農地を中心とする實質的家産自體はそのままとしておいて、それからの果實（收益）を、一人一人に區切つて時期的なずれをおいて、あ

ととり以外の家族に分配して行くことより他に今のところ實行可能な道はないのである。吾々都會のサラリーマンのような家族は、家族がそれによつて生きて行くべき幹というものがない。強いて言えば主たる稼ぎ手、多くは父自身が幹である。だから父が死亡した時殘る物は父が殘してくれた果實だけであり、相續人はこの果實を均分して相續するのが最も合理的である。ところが農家では生活の泉であり幹である家產を維持し育てることが、それが生活保證の道なのである。從つて家產を分割し、或はそれから短期間に多くの果實をもぎとることは、絕對に不可能である。特例法は五でみたように、短期間に多くの果實をもぎとろうとしたところに——又そうしなければ二・三男の利益を守るために、特例法を作つた意義がなくなるところに——最大の不手際をあらわしている。從つて特例法もなお都會的な財產意識で農家財產を規律せんとする誤りをおかしている。一般的に、多數の者がそれから收益をつみとるべきである、幹というか、企業體というか、そういう働きをするものを維持發展させるということが、現代法の一つの傾向ではないだろうか、例えば企業法の分野における會社更生法というように。そうだとすれば農家相續法だけが逆の傾向へ進むべきいわれはないであろう。

そこで我々のこれから考えるべきことは、相續以前の均分を、生前處分によつて達成できる年齡その他の條件のととのつた娘や二・三男には、權利として、卽ち彼等の意識のうちでそれがあたりまえのこととして、生前處分や生前贈與を受けられるような、制度的保證を立案し、又相續を通してでなければ均分の利益を受けられない、配偶者や幼少の子に對しては、農業經營を維持發展させながら、名目よりも實質的利益が、これらの者に確保されるような特別な農家相續形態を考案することである。(1) この內容については稿を改めて論ずることとする。

(1) この結論と同趣旨のことが、すでに高梨教授によつて提案されている（高梨「妻の相續放棄」日本法學一七卷五號、三四〇頁、三四一頁）。同教授の着實な研究の進め方と深い洞察力に對し、尊敬の念を禁じ得ない。