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

Title	兄弟姉妹の代襲相續について：最近の福岡高裁判決をめぐり
Sub Title	On daishū-sōzoku (representation) in the Japanese civil law : especially, daishū-sōzoku to brothers and sisters of a person to be suceeded to
Author	田中, 實(Tanaka, Minoru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1958
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.31, No.1 (1958. 1) ,p.1- 19
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說 英文抄録 "On daishū-sōzoku (representation) in the Japanese civil law : especially, daishū-sōzoku to brothers and sisters of a person to be succeeded to" あり
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19580115-0001

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.

兄弟姉妹の代襲相續について

——最近の福岡高裁判決をめぐり——

田中實

一、問題の所在
二、代襲相續と相續分算定
——學説の大要——
三、福岡高裁の一判決
四、兄弟姉妹の代襲相續の意義

一　問題の所在

一　いわゆる代襲相續は、歴史的にも長い傳統をもつ制度であり、その法的ないし社會的意義にも、いろいろと重要な問題があるように思われる。しかし、本稿では、それらの根本的な問題に立入るつもりはない。

現行民法における代襲相續は、周知のように、被相續人の直系卑屬たる相續人について「相續の開始前に、死亡し、又はその相續權を失つた場合において、その者に直系卑屬があるときは、その直系卑屬は、前條の規定に從つてその者と同順位で相續人となる」（第八八八條一項）と規定され、これが被相續人の兄弟姉妹たる相續人にも準用されているのである（第八八

九條二項後段)。

ところが、この代襲相續の二つの場合のあいだには、その法的作用において、きわめて大きな相異があるように思われる。すなわち、第一に、被相續人の直系卑屬たる者は、いずれも第一順位の相續人となるべき地位をみとめられているものであり、ただ、そこには親等の異なる者が存在する結果、その親等の相異から、さらに第一順位内での順位に先後の差が生ずるので、この場合の代襲相續は、單にその後順位の者の順位を引上げるというしかたで作用するにすぎない。これにたいし、第二に、被相續人の兄弟姉妹の直系卑屬は、民法の規定上、直接には相續人となるべき地位をみとめられていないものであり、したがつてこの場合の代襲相續は、單なる順位の引上げとしてでなく、むしろ實質的に、相續人の範圍の擴大として——いいかえれば、相續人でない者に相續權を特別に附與するというしかたで——作用する結果となる。

こうして、ひとしく代襲相續といわれる場合でも、被相續人の直系卑屬たる相續人にかんする場合と、被相續人の兄弟姉妹たる相續人にかんする場合とを比較してみると、その法的な作用に根本的な相異のあることが看取される。民法は、單に、前者の場合の規定(第八八八條一項)を——何らの條件をもつけず、そのまま——後者の場合に準用する(第八八九條二項後段)という構成を定めているけれども、それは、單純な準用と同じに解してよいものであろうか。それとも、むしろ全く性質が異なつているものと解すべきなのではなかろうか。では、この準用規定の解釋は、どうすれば合理的なのだろうか。かような問題について、若干の考察を試みようというのが、本稿の目的である。

二　具體的にいえば——被相續人甲に、直系卑屬も直系尊屬も配偶者もなく、わずかに弟二人X・Yのみがあつたとする。もし、Xが甲よりも先に死亡し、その子A・Bをのこしていたとすれば、甲にたいする相續人は、Xを代襲するA・BとYとになること、おそらく問題はない。この場合、A・Bの二人は、被相續人甲の甥・姪にあたり、ほんらいならば相續人としての資格はないはずである。したがつて、A・BがXを代襲して甲を相續することは、明らかに相續權の特別的附與

にほかならない。

ところで、もし、Yも既に死亡していたか、または、もともとYはなく、單に甲の弟はXのみしかいなかつたとしたら、Xの子A・Bによる代襲相續は可能であろうか。民法が第八八九條一項により、相續人となるべき傍系血族の範圍を二親等すなわち兄弟姉妹までに限定したところからみると、A・Bは甲の甥・姪すなわち三親等なのだから、相續人としての資格がなく、代襲相續も不可能であるかのようにみえる。しかし、他方、第八八九條二項により兄弟姉妹の場合に準用される代襲相續の規定（第八八八條一項）によれば、その文言上、相續人としてのほんらいの資格のない甥・姪による代襲相續を明確に否認しているものと考えられるかどうか、にわかに論斷はできない。しかも、甲の弟がX・Y二人いてYが生存中ならばXの子A・Bの代襲相續が可能であり、もし、Yが當初からいなかつたか、またはYも既に死亡していたらA・Bによる代襲相續が不可能である、という區別をたてるのも、何かしら、すなおに納得できないものがあるように思われる。

つぎに、代襲相續をめぐる學說を檢討することから、考察を始めよう。

二　代襲相續と相續分算定

——學說の大要——

三　兄弟姉妹の代襲相續の問題は、もとより代襲相續の一般的理論と不可分の關連を有する。おそらく、一般的な代襲相續理論の一適用とみるべき問題でもあろう。そこで、まず、代襲相續をめぐる學說の大要をうかがつてみよう。

舊法上のいわゆる家督相續を廢止し財產相續一本となつた現行相續法における代襲相續は、一般には、「自己の直系尊屬に何等の事故がないならば、相續がなされ、自己もまた當然それを受け繼ぐ期待を有する直系卑屬を保護しようとする公平の原則に基[1]くものと解され、それは、「相續について最も普通にみられる『血統に從つて上より下へ』といういわゆる父

子相傳の原理」[2]ないし「親族主義的相續思想」[3]によるものと考えられている。

ところが、さらに代襲相續の性質についてみると、周知のように學說は大きく二つに分れ、

(1) これを、被代襲者の權利を代位または承繼するものと解する說――したがつて、代襲相續人の順位は當然に上昇する。

(2) 自己固有の權利として直接に被相續人を相續するものと解する說――したがつて、順位の上昇は、まさに代襲相續の效果としてのみ發現する。すなわち代襲相續は、順位の引上げとして作用する。

との兩說が對立している。便宜上、前者を「代襲說」、後者を「固有說(非代襲說)」とよんでおこう。さらに、かような代襲相續の性質にかんする理論的對立は、同時に、代襲相續人のあいだの相續分の計算とも密接に關連するものである。

(1) 青山道夫・『相續法』六三頁、中川善之助(編)『註釋相續法』(上)五五頁(青山註釋)。
(2) 小石壽夫・「相續法に關する若干の問題」(『身分法と戸籍』所收)二二四頁。
(3) 於保不二雄・『相續法』五二頁。

四　簡明な一事例をあげよう。[4]

たとえば、被相續人に二人の子X・Yがあり、さらにXには子A・Bがあり、Yには子Cがあつたとする。もし、XおよびYが共に既に死亡していた場合に、被相續人の孫たるA・B・Cが相續することになるが、それはいかに解すべきであるか。つまり、これらの孫は、それぞれその親を代襲するか――すなわち、A・BはXを代襲し、CはYを代襲するのか――それとも、それぞれ固有の地位において相續するか――すなわち、A・B・Cはその親たるX・Yを代襲するのでなく、直接に被相續人を相續するのか――という問題を生ずる。

さらに、代襲相續の性質にかんする學說の對立は、かれらの相續分の算定の問題について、とくに明瞭にあらわれる。前

者すなわち「代襲説」によれば、X・Yの相續分はそれぞれ二分の一であるところ、A・BはXを代襲し、CはYを代襲するのだから、けっきょくA・Bは各四分の一ずつ、Cは二分の一の相續分を有することになり、これにたいして、後者すなわち「固有説」によれば、A・B・Cはそれぞれ固有の權利として直接に被相續人を相續するのだから、かれらの相續分は各三分の一ずつとなるわけである。

(4) 小石・前掲二二五頁以下には、きわめて具體的かつ適切な事例があげてある。

五　これを要約するに、相續分算定について、いわゆる「代襲説」は「株分け理論」をもたらし、これにたいして、「固有説」は「頭割り理論」をもたらすこととなる。

學説をみるに、前者の立場をとるものは、於保、我妻・立石、加藤等の諸教授で、比較的少數であり(5)、後者の立場をとるものは、青山、小石、柚木、我妻・有泉、小池、唄等の諸教授で、比較的多數のようである(6)。とくに我妻氏の改説が注目される。私自身も、一應この立場をとることを明らかにしておいた(7)。

かように、代襲相續の性質にかんしては「固有説」＝「頭割り理論」が多數説とみてよいのである。おそらく直系卑屬の代襲相續にかんするかぎり、この説は一應の合理性をもつものと考えられる(8)。

(5) 於保・前掲五三頁、我妻榮・立石芳枝・『親族法・相續法』(コンメンタール)三八二頁、有泉亨・加藤一郎(編)『相續』(上)一三五頁以下等參照。なお、川島武宜・『民法』(三)一二四頁は、やや明確を缺くが、この立場にそくするもののように思われる。しかし、川島・來栖三郎・磯田進・『家族法講話』二二七頁は、代襲相續の性質にかんしては全く不明確であるが、被相續人の孫のみが相續人となる場合については、「頭割り理論」をとっている。その根據については、明示されていない。

(6) 青山・前掲六三頁以下、小石・前掲二二六頁、柚木孝・『判例相續法論』一二八頁、我妻・有泉・『民法』(Ⅲ)二五八頁、小池隆一・『身分法概説』一四六頁、有泉・加藤(編)前掲一三五頁以下等參照。その他の學説、たとえば中川善之助・『民法大要』(下・全訂版)二一三頁以下、中川(編)『註解相續法』五一頁、今泉孝太郎・『相續法』(慶應義塾大學通信教育教材)三四頁、福島四郎・『相續法』七八頁、野田孝明・『身分法學』一七三頁等は、被相續人の孫のみが相續人となる場合についてほとんど論及されていないので、多

少明確を缺く點もあるが、大體において、この立場にそくするものと認めてよいように思われる。

（7）　拙著・『親族法・相續法』一七七頁參照。

（8）　この說の合理性については、なお若干の疑問がないわけではない。というのは、相續順位の問題と相續分算定の問題とは本質的に關連する問題であるにせよ、なおそこに政策的配慮の入る餘地があり、したがつて、たとえば「固有說」の立場において「株分け理論」をとるようなことも、必ずしも不可能ではないからである。しかし、今は、その問題に立入ることは留保しておく。

六　そこで、問題をあらためて、とくに兄弟姉妹の代襲相續について考察をすすめると、どうなるか。多數說たる「固有說」の立場にとつて、致命的ともいうべき難問題があらわれてくるのである。というわけは、つぎのとおりである。

兄弟姉妹の代襲相續の場合には、被相續人からみれば、兄弟姉妹の直系卑屬――すなわち甥・姪その他の者――が相續する結果となる。ところが、現行相續法においては、相續人となるべき傍系血族の範圍は、明らかに被相續人の二親等親たる兄弟姉妹までに限定されており（第八八九條一項二號）、その反面、被相續人の傍系三親等親たる甥・姪は――もちろん、その直系卑屬も――相續人としての資格を附與されてはいない。いいかえれば、被相續人の甥・姪などは、「固有」の相續人としての資格・順位を有しえないわけである。したがつて、もし、代襲相續を、その當該代襲相續人の「固有」の權利にもとづくという「固有說」の立場をもつて把握するときには、甥・姪による代襲相續の可能性をいかにして說明するか、全く窮してしまうこととなる。つまり、「固有說」の立場においては、代襲相續人が自己固有の權利を有することを前提とし、「ただ順位が被代襲者の順位にくり上る(9)」という構成をとるのだから、固有の相續資格・順位を附與されていない甥・姪については、けつきよく「順位のくり上げ」という構成をとりえないことに歸着してしまうのである。

では、「固有說」の立場をとる多數說において、兄弟姉妹の代襲相續の問題は、いかにして說明されているだろうか。學說をみるに、そのほとんどすべては、代襲相續の問題を、ただ直系卑屬の代襲相續の場合のみを想定して考えているもののごとくであり、そのため、兄弟姉妹の代襲相續の性質をとくに明確に述べているものは見當らないようである。わずかに、

青山教授が、「近親相續の範圍が傍系三親等まで擴大されること」[10]にほかならぬ旨を示唆しておられるのが、目につく程度にすぎない。

(9) 青山・前掲六四頁。
(10) 同六九頁。

七　さらに、問題をしぼつて、相續人たる兄弟姉妹が全員死亡し、甥・姪のみとなつた場合を考えると、どうなるか。「固有說」の立場においては、おそらく、その相續をみとめる根據が全く存しえない——したがつて甥・姪による相續を否定する結果となるにちがいない。

果せるかな、有力な一學說は、まことに論理的に、「兄弟姉妹が全部放棄したときはもちろんのこと、全部死亡したときも、順位を引き上げる問題はおきないし、從つて代襲相續は生じない。そして甥や姪は、傍系三親等の親族としては相續權を認められていないから（第八八九條一項二號參照）、結局相續人にならないと解することになる」[11]と述べている。

たしかに、論理的には、その通りであろう。とはいえ、この問題を、ただ論理的にのみ片附けてよいものであろうか。大きな疑問が浮ぶのを、どうしても禁じえない。代襲相續規定の準用によつて、甥・姪にも相續をなしうる可能性がみとめられたのに、兄弟姉妹の全員の死亡という偶發的な事故によつて、それが不可能にされてしまつて、さしつかえないものであろうか。「相續法の非情性」というようなこともよくいわれるが[12]、この現象を安易に「非情性」のあらわれとみてよいものであろうか。論理上そうならざるをえないというなら、その論理そのものに、再檢討の餘地はないものであろうか。

もつとも、他方、甥・姪による相續をみとめようとする少數の學說も存在する。たとえば、谷口教授は、公平の觀念等から「代襲的に、すなわち株分け相續分で相續權ありと解する說に贊したい」[13]と述べられ、また、中川教授によれば、「弟に對して兄が相續權を有する場合、兄が子を殘して弟より先に死亡すれば、その子は父を代襲して父の弟を相續する」[14]と述べて

おられる。ただし、この中川教授の説明は、ごく簡略なものにすぎないから、果して甥・姪による相續を直接にみとめられる意味なのかどうか、必ずしも十分には明確ではないようである。

（11）我妻・有泉・前掲二五八―九頁。
（12）たとえば、有泉・加藤（編）前掲一三六頁等参照。
（13）谷口知平・「相續・相續人」法學セミナー一六號二〇頁。
（14）中川・前掲二一六頁。なお、中川・千種達夫・市川四郎・平賀健太・『親族・相續法』（ポケット註釋全書）二三五頁参照。

八　かくて、代襲相續をめぐる學説は、現在のところ、全く分裂・對立の狀態にあり、とりわけ兄弟姉妹の代襲相續の問題にいたつては未解決の疑問が多い、といわざるをえないであろう。

三　福岡高裁の一判決

九　最近、兄弟姉妹の代襲相續にかんして、福岡高裁の注目すべき一判決があらわれたので、つぎに、これを檢討してみよう。この判決は、「相續放棄申述事件についての審判に對する即時抗告事件」にかんする、昭和三二年七月一六日・福岡高裁の判決である。(1)

兄弟姉妹の代襲相續の問題をめぐり、原審たる熊本家裁が、前述の多數説たる「固有説」の立場をとり、きわめて論理的に、兄弟姉妹全員死亡後の甥・姪による代襲相續はありえない、と論斷したのにたいし、福岡高裁は、むしろ率直に、甥・姪による相續の可能性を肯定したものである。そこには、學説の對立ないし不明確さが、そのままに、ありありと露呈されており、まことに興味ふかいものがある。

（1）以下の紹介は、福岡高裁から當法學部研究室に寄贈されてくる「判例原稿」（昭和三二年九月二六日付）によつた。

一〇　事實の概要は、つぎのとおりである。

被相續人は、昭和三一年一〇月二七日に死亡。その相續人となるべき直系卑屬・直系尊屬・配偶者は、いずれも存在しなかつた。わずかに、兄および姉各一人があつたが、これも、兄は昭和一一年に、姉は大正一一年に、いずれも既に死亡しており、その他には相續人となるべき兄弟姉妹はない。ただ、右の亡兄には、數人の直系卑屬（子及び孫）が生存している。

そこで、右の亡兄の直系卑屬たちが、その中の一人に相續を集中させるために、「兄……を代襲相續することによつて被相續人……の相續人となつたのであるが、相續をする意思がないので相續を放棄する」旨の申述を、熊本家裁にたいして、提出したわけである。

一一　これにたいし、熊本家裁は、つぎのような理由によつて、申述却下の審判をなした。

「民法第八八八條にいわゆる代襲相續の規定は、共同相續人のうちの一部の者が相續權を失つたときに、その直系卑屬をその者と同順位に引きあげるものと解すべきであり、本件の民法第八八九條第一項第二號第二項の場合について、兄弟姉妹のうちの一部の者が死亡し、または相續權を失つた場合に、その者の直系卑屬について代襲相續が生ずることは疑ないが、兄弟姉妹が全員放棄したときはもちろんのこと、全員死亡したときも、順位を引きあげる問題は生じないと解すべきものであり、從つて代襲相續が生じないことは當然である。」

かくて、本件においては、兄弟姉妹の全員が既に死亡しているために、「代襲相續による亡……の相續權を前提とする本件相續放棄の申述は、その他の點について判斷するまでもなく、いずれも不適法である。」

一二　この熊本家裁にたいし、つぎのような趣旨の即時抗告が提出された。

「……代襲相續は、法定の相續權ある者（民法第八八九條第一項第二號）が相續開始前に死亡し、その他の事由で相續權を失つた場合に、その者の直系卑屬がその相續順位に於て相續することであつて、共同相續人の有無を問うところでない。……舊

法は家督相續制度に於ける代襲相續と選定相續の規定を設け相續人曠缺なきような制度を設けたのであるから、本件のような場合を生ずることはなかつた。近親者又は緣故者から相續人を選定する最後の方法があつたのに、同制度の廢止された新法になつて、原審の如く制限解釋をすると、著しく相續人曠缺の場合を生ずるのであつて、かかる問題もあるので新民法の當該規定は舊民法家督相續代襲相續の規定と同樣の代襲相續權を認めたものと解すべく……徒らに相續人曠缺を推進せんとする原審判は不服」である。

一三　福岡高裁は、この抗告を容れ、つぎのような理由で、原審判を取消し、差戻の判決をなした（ただし、抗告人の中の一人は所在不明の人物であつたため、その者については、抗告を却下した）。

「民法第八八九條第二項後段において準用される同法第八八八條の相續人となるべき者とは、相續開始のときにおいて、死亡又は相續權を失わないで生存していたならば、當然に相續人となるべき者をいうのである。（舊民法第九九五條に關する昭和三年（オ）第一〇七八號同四年一月二二日大審院第二民事部判決八卷六頁。なお大正一三年（オ）第四五七號同一四年三月九日同第一民事部判決理由等參照）したがつて、兄弟甲乙（または甲乙丙の三兄弟）と、乙の子Aある場合、先ず乙が死亡し、ついで甲（または甲及び丙）が直系卑屬・配偶者及び直系尊屬なくして死亡したとすれば、Aにおいて乙を代襲し被相續人甲を相續するものと解すべきで、この場合Aの代襲相續の要件として甲乙丙の合計三兄弟が存し、かつ丙が甲死亡の際に生存していることが必要であつて、丙と共同することによつてのみはじめてAの代襲相續が肯認されると解しなければならぬ成法上の根據はない。（共同相續人のうち一人が相續を放棄した場合を規定する民法第九三九條第二項と、第八八八條とを比較對照すれば了解されるであろう。）原審のような有力な學說があるけれども、これに從えば、相續人たるべき兄弟姉妹のうち一部の者が死亡した場合においては、死者の直系卑屬は、死者を被代襲者として、死者の生存兄弟姉妹と共同相續するけれども、偶々兄弟姉妹の全員が死亡すれば、その直系卑屬には、代襲による相續が認められないことにな

る。かような代襲すべき者にかかわりのない一部死亡か全員死亡かという偶然の事情に代襲相續權の存否をかからしめる解釋は、明文のないかぎり不當というの外はなく、ことに、兄弟二人だけしかいない場合には說明に窮するであろうし、實際に生起するであろう一般卑近の事例を考えて見るに、甥姪がいるのに、被相續人たる伯叔父母の遺產は甥姪にいかないで國庫に歸屬してしまうのである。この結論はまた扶養に關する民法第八七七條第二項の規定とも均衡を失するし、（同條項によつて甥が老年の伯父と同居しこれを扶養している場合に、伯父が右甥の外に親族なく、居住の家屋を遺して死亡したと假定し、該家屋が甥に相續されないで、國庫に歸屬すると說くことのいかに不合理であるかが顧みられなければならない。）家督相續に關する舊民法第九七九條・第九八二條ないし第九八五條の諸規定の把握領域よりも、財產相續人の範圍をひとしく兄弟姉妹にまで認め、さらに進んでその直系卑屬に代襲相續權を擴げた新民法第八八九條第一項第二號第二項後段の規定の適用分野を、より制限縮少するの結果を招致するもので、當裁判所の到底採用し難いところである。したがつて、原審認定のような事實關係においては、他に格別の事情の存しないかぎり抗告人らを被相續人……の代襲相續人と認めて、本件相續放棄の申述を受理するのを相當とするにかかわらず、原審がなんら格別の事情につき認定することなく、たやすく冒頭摘示のように說示して、本件申述を不適法として却下したのは不當であつて、抗告は理由があり、原審判は取消を免れない。」

一四　右に摘記したように、この福岡高裁の一判決は、代襲相續——とくに兄弟姉妹のそれ——にかんし、きわめて重要な問題をふくんでいる。

原審たる熊本家裁の審判は、いわゆる「固有說」の立場を全く忠實に採用したものであり、代襲相續を代襲者の固有の權利にもとづいて行われるものと解し、したがつて代襲相續を相續順位の引上げ——相續順位の例外的取扱い——としてのみ認めたわけである。この意味において、兄弟姉妹が全員死亡した後は、その直系卑屬たる甥・姪その他の者には、本來の相續權が附與されていないのだから、相續順位の引上げということは論理上考えられないとして、代襲相續の可能性——ひい

ては、その相續放棄の申述――を全く否認したものである。

この審判にたいする即時抗告の趣旨には、相當濃厚に舊法的意識がふくまれているようにも感じられ、その意味で、この抗告が、改正法における代襲相續を正しく把握したものといえるかどうか、若干の疑なしとしないけれど、ともあれ、「徒らに相續人賦缺を推進せんとする原審判」という論難には、聞くべきものがある、と思われる。

即時抗告を認容した福岡高裁の判決は、もとより舊法的な意識を表面には出していない。そして、相續人の範圍をなるべくひろく認め、とくに親族的扶養との均衡を考慮している點において、十分に正當なものを有しているといえよう。

後述するように、私は、本判示を支持するものである。ただし、兄弟姉妹の代襲相續についての概念構成には、なお檢討すべき問題點が殘されている、と考える。つぎに、節をあらためて、私見を述べてみよう。

四　兄弟姉妹の代襲相續の意義

一五　まず、兄弟姉妹の代襲相續をみとめる民法の規定そのものに、大きな背理の存することを注目すべきであろう。すなわち、民法は、第一に、第八八八條において直系卑屬たる相續人について代襲相續を定め、第二に、この規定を第八八九條二項によつて兄弟姉妹について準用するという構成をとつているのであるが、この場合、被相續人をめぐる親族關係の中で、その直系卑屬と兄弟姉妹とのあいだには大きな構造的差異があることを看過してはならない。つまり、直系卑屬という場合には、被相續人の直系血族のうち、卑屬たるものをすべて含む――したがつて、そこには當然に親等の異なる者が存在する――のにたいし、兄弟姉妹という場合には、被相續人の傍系血族のうち、單に二親等の者のみを指すにすぎないのである。

相續人の範圍の限定にあたり、民法は、被相續人の直系卑屬の系統にぞくするすべての者について無限に第一順位の相續

人たる地位をみとめ、ただ親等の異なつた者のあいだでは、その近い者を優先させるという構成をとつたのにたいし（第八八七條。だから、第一順位にぞくする者のうちに、さらに順位の差を生ずる）、被相續人の第一の傍系血族たる兄弟姉妹の系統にぞくする者については、わずかに二親等の者――すなわち兄弟姉妹――にのみ第三順位の相續人たる地位をみとめ（第八八九條一項。だから、第三順位にぞくする者のうちには、順位の差を生ずることはない）、傍系三親等以上の者については、相續人たる地位をみとめなかつたのである。いいかえれば、民法により相續人たる資格をみとめられた者の範圍において、被相續人の直系卑屬にぞくする者については當然に親等の異なる者の存することが前提となつているのにたいし、被相續人の兄弟姉妹については親等の異なる者の存する餘地はありえないのである。

一六　この意味において、以上の兩者について、それぞれ代襲相續の制度をあてはめてみると、つぎのような法的作用の差異を生ずる結果となる。

第一に、直系卑屬にかんするかぎり、代襲相續は單に親等の異なる相續人のグループの中での順位の均等化――順位の劣る者について、その順位を引上げること――としてしか作用しないのにたいして、第二に、兄弟姉妹にかんしては、明らかに本來は相續人たる資格のない者について、特別に相續人たる資格を附與するという作用をもたらすこととなる。

このことは、いつてみれば、現行民法上の代襲相續なる制度のうちには本質的に異なる二つの機能が併存しているということであり、あるいは、代襲相續が多義的な性格を有するということにほかならない。

ところが、民法は、あたかも代襲相續が單一の機能のみを有しているかのように、あるいは、代襲相續の性格が一義的なものであるかのように、立法されているのである。立法技術的にこれをみた場合、代襲相續という制度の中に、二つの本質的に異なる機能を併存させることが、果して適切であろうか。そこには、全く不用意にも看過された立法技術上の背理が存するのではないか、と私は考える。

おそらく、立法論としてみるならば、代襲相續なる制度は、被相續人の直系卑屬たる相續人のごとき、親等の異なる——したがつて順位の差のある——者をふくむ場合についてのみ、みとめるべきであり、被相續人の兄弟姉妹たる相續人のごとき、親等の異なる者をふくみえない場合については、適しないのではなかろうか。そして、もし、傍系血族の相續人の範圍を二親等のところで切るつもりなら、兄弟姉妹について全く代襲相續なるものを否定すべきであり、逆に、もし、これに代襲相續をみとめて甥・姪にも相續人たることを承認する——すなわち、二親等に限定しない——つもりなら、第三順位の相續人について、いかにも兄弟姉妹のみに限るかのような制限的表現をとることは避けるべきではなかつたろうか。

一方では、傍系血族の系統について限定的に相續人の範圍を定めながら、しかも、他方では、これに代襲相續をみとめて、その限定をこえることをゆるすような規定のしかた——率直にいつて、いつたい立法意圖は、相續人の範圍を傍系二親等のところで切るつもりだつたのか、それとも切らないつもりだつたのか。そこには、立法意圖の不安定さ、というよりは、むしろ、二つの相對立する立法意圖の妥協がひそんでいるようにも感じられる。

ともあれ、ここで立法論を展開することは、實は本稿の目的ではない。私は、解釋學の使命にしたがつて、以上のような一種の背理をふくむものとして構成された民法の代襲相續について、いかなる解釋が最も合理的な結果をもたらしうるかという、ささやかな考察を試みたいと考えるのみである。

一七　代襲相續についての解釋的構成において、まずなすべきことは、現行民法における代襲相續制度の二義性を認識することであろう。つまり、ひとしく代襲相續とよばれる制度であつても、被相續人の直系卑屬たる相續人については、單に親等の異なる者の順位の引上げを意味するものと解し、他方、被相續人の兄弟姉妹については——法規上は前者の準用にすぎないにせよ、まさに、その準用によつて——實質的に、その兄弟姉妹の直系卑屬すなわち甥・姪その他の者について特別に相續人たる地位を附與する効果を生ずるものと解するのである。

かくて、當面の課題たる兄弟姉妹の代襲相續については、これを一般の直系卑屬の代襲相續と區別し、本來は相續人たりえない者にたいし特別に相續人たるの地位を附與する効果を有するものと解すべきこととなる。それは、實質的に相續人の範圍の擴大にほかならないのである。

さらに、詳言しよう。民法は、第八八九條一項において、被相續人の傍系血族にぞくする相續人の範圍を、たしかに一應は、二親等たる兄弟姉妹のところで限定しようとする態度を示した。しかし、その立法意圖は、その兄弟姉妹に代襲相續をみとめることによつて、實質的に變更されてしまつたものとみてよいであろう。いいかえれば、兄弟姉妹のみに限定しようという規定の意味は、代襲相續の規定の準用によつて、實質的に變化したとみられるのである。かくて、實質的には、第三順位の相續人は兄弟姉妹およびその直系卑屬たるものと解し、その上で代襲相續という制度をあてはめようとするのである。かような實質的解釋こそ、兄弟姉妹について代襲相續をみとめた現行民法の趣旨に最もよく適合するものと考える。

したがつて、前揭・福岡高裁判決のように、兄弟姉妹全員死亡のときにも、その直系卑屬たる甥・姪その他の者による代襲相續が可能であると解するわけである。この場合の相續分算定については、前述のように多少の疑問もあるが、一應、「頭割り理論」によるべきものと思う。

一八　おそらく、最もつよい反對論は、相續人の範圍を兄弟姉妹までに限定した第八八九條一項の明文に反する、という點からなされるにちがいない。しかしながら、兄弟姉妹の直系卑屬に代襲相續をみとめることによつて、民法自身が相續人の範圍の限定に反している——というよりも、むしろ、實質的に相續人の範圍が擴大されたのだ、いいかえれば、その限りで同規定の內容が實質的に變更されたのだ（第八八九條一項、二項および第八八八條一項の綜合的・實質的解釋）——と考えられないであろうか。代襲相續の性質を、代襲者の固有の權利にもとづく順位の引上げと解する以上、兄弟姉妹の直系卑屬にも固有の相續權のあることを前提としなければ、說明に窮するほかないであろう。

先にも述べたように、代襲相續制度の趣旨を相續の期待を有した直系卑屬を保護する公平の原則・血統に從つて上より下へという父子相傳の原理ないし親族主義的相續思想等々に求める一般の理解にしたがえば(1)、兄弟姉妹の代襲相續を、その一部死亡のときにのみ限定しなければならぬという合理的根據は、どこにも見出すことができない。かえつて、兄弟姉妹の全員死亡のときにも、または兄弟姉妹が一人しかいない場合にも、ひとしく代襲相續をみとめるのが至當であろう。

一部の學說のいうように、兄弟姉妹の一部死亡のときに限つて代襲相續をみとめ、全員死亡のときに否定しようというような考え方は、第八八九條一項の規定を過當に評價し、かつ代襲相續の準用により同規定が實質的に變更されていることを看過する、あまりにも形式的な・非合理的な態度ではあるまいか。それは、代襲相續制度にとつて全く不必要な技巧的差別を導入することともなるであろう。のみならず、そういう形式的な考え方は、全く無關係の偶然的事故によつて相續權を左右する結果を生ずるものであり、その意味でも、とうてい贊成できない。もつとも、あるいは、偶然的な事故によつて相續權や相續分が左右されるのは、むしろ當然だというような反論も、考えられなくはない。たしかに、たとえば死後認知などによつて第一順位の相續人たる被相續人の直系卑屬が突然に出現する可能性もあり、第三順位の相續人の相續の期待が裏切られることもないではない。だが、それは、先順位の者が出現したから後順位の者の期待が裏切られるのであつて、相續順位上からみて、むしろ當然すぎるほど當然のことであり、その限り、何ら問題の餘地はない。しかし、兄弟姉妹の全員死亡という事故は、その直系卑屬の立場からみれば、いわば實質的に先順位の相續人の死亡ともみるべき事故であり、その事故により、いわば後順位の相續人たる直系卑屬の權利が——おそらく順位の上昇するのが當然であるのに——かえつて消滅するというのは、どう考えても納得できない。ひとしく偶然的な事故といつても、彼此けつして同一に考えうべきものではないのである。

(1)　前述〔三〕を參照。

一九　さて、以上のように、兄弟姉妹の代襲相續について特別な効果をみとめる理論は、現實的な問題として、とりわけ、つぎの二つの點において重要な意義を有する。

その第一は、親族的扶養との均衡が保たれることである。民法は、親族的扶養關係の成立する範圍を、周知のように、三親等の親族の間にまでみとめている（第八七七條二項）。そうだとしたら、相續關係の成立する範圍も、少なくとも被相續人の三親等の親族たる甥・姪にまで擴大しても、さしつかえあるまい。前揭・福岡高裁判決の指摘するように、たとえば甥が伯父と同居しつつこれを扶養しているような場合に、その甥に伯父にたいする相續權をみとめないのは、明らかに均衡を失する、と思われる。もとより、親族的扶養と相續とは別異の制度であり、その意味では、親族的扶養義務が、つねに相續權によつて酬いられなければならぬという理はない。しかし、現實の問題として、現社會に、いわゆる等價交換ないし報償の原理が徹底的に浸透していることは何人も否定しえないところであり、したがつて、その「存在によつて意識的規定を受けた」人間が利益によつて動かされ易いものであるという事實を直視するならば、相續の可能性という期待による裏付けが、親族的扶養を現實化するために役立ちうることも、十分に評價すべきであろう。

また、逆に、家庭裁判所が三親等の親族間に扶養關係を認定しようとする場合には、相續の可能性の有無が一つの判斷基準ともなりうるであろう。

あるいは、兄弟姉妹の代襲相續により三親等よりも遠い親族間に相續の可能性が生じ、その場合には扶養との均衡は考慮から外れることになるとの反論もありうるが、それは、きわめて稀少な例外的事象であり、おそらく問題とするに足りないのではなかろうか。

二〇　第二に、相續人の範圍の擴大がもたらされることとなる。

現行民法は、相續人たりうる者の範圍を、原則として被相續人の兄弟姉妹までに限定しており、かような限定的態度は、

一般に、近代以降における家族的團體の縮小化――したがつて、相續權の根據たる家族的協同關係の有限化[2]――の傾向に即して、正當なものと支持されている。とりわけ、現在のわが國においては、相續人の範圍の限定が、いわゆる家族制度的「家」の解體を促進するために作用しうることも、たしかであろう。

とはいえ、相續人の範圍を兄弟姉妹までに限定することが、果して現在の一般的家族意識によく適合するかどうか、相當に疑問があるように思われる。親族的扶養關係の範圍が三親等の親族にまで擴大されているのと同じ意味で、むしろ代襲相續の準用により實質的に相續人の範圍を擴大してみとめることが、一般の家族意識によく適合するのではなかろうか。ただし、家族意識なるものは、もとより非合理的要素を多分にふくむものであり、また舊來の家族制度的制約をまだ完全には脫却しきつていないのも事實なのだから、無定見にこれに迎合する態度をとるのは正しくないが、しかし、他面、相續法の實効性を確保するために、これを無視すべきでもあるまい。

のみならず、相續人の範圍の實質的擴大は、さらに、相續人不存在の場合を減少させる効果をも有する。近時、一種の不勞所得たる相續にたいする反流がしだいに强化され、それが、相續人の範圍の限定および高率の相續稅の賦課としてあらわれていること、周知のとおりであるが[3]、しかし私有財產制度そのものを否定しないかぎり、それにも自から限度があるべきであろう。

ことに、現在のところ、わが新憲法はまことに見事な文化國家の理念を示しているものの、現實の政治の擔當者たる政府は、いかんながら、どれだけ眞劍に一般市民の福利を考えているのだろうか。疑なきをえない。この意味において、市民の財產が國家に吸上げられることにたいする反感には、きわめて大きいものがあるにちがいない。相續人の範圍の限定ないし高率の相續稅の賦課により市民の財產が國家に吸上げられたとしても、これを國家の諸施策を通じて市民の福利に還元するための用意が十分にそなわつていさえすれば、反感はけつして大きくならないだろう。だが、その用意が不十分であるかぎ

り、われわれは、安んじて私有財産を國家に提供することができないのである。

(2) 中川・前掲一七九頁以下、とくに一八一頁參照。

(3) 拙著・前掲一四九頁以下參照。

二一　以上に述べたような相續人の範圍を實質的に擴大して解しようとする私見にたいしては、なおいろいろな面からの反對論がありうるだろう。しかし、その多くは、明らかに政策的なものである。それらの政策的な問題を詳細に扱うことは他日の機會にゆずり、ひとまず、解釋論としての本稿を閉じたいと思う。

（一九五七・一一・二六）