



Title	遺産「共有」の法的構成 ー共有論と合有論の対立をめぐってー
Author(s)	品川, 孝次; SHINAGAWA, K
Citation	法學會論集, 11(2), 28-72
Issue Date	1961-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/17064
Type	departmental bulletin paper
File Information	11(2)_p28-72.pdf



遺産『共有』の法的構成

——共有論と合有論の対立をめぐる——

品 川 孝 次

- 一 はしがき
- 二 古典的合有論の検討
- 三 わが国における共有論的構成と合有論的構成
- 四 あとがき

一

周知のように、共同相続関係の法的把握については、立法史ないし解釈理論史の上で、共有主義と合有主義、共有論と合有論という二つの大きな立場（両者はそれぞれローマ法とゲルマン法に淵源するといわれる）があり、各国の相続法ないしその理論は——系譜的にいえば——その立場の何れかに立脚し、あるいは両者の相互的影響を通じて形成されてきた。^①わが国の相続法は、成立史的には明らかに共有主義を採用しており、^②概して共有的规定で貫ぬかれているが、^③その解釈論においては、判例が一貫して共有論を採るのに対し、学説は共有説・合有説を両極としていくつかに分かれている。^④そして一般に、

の論理的整序性のために史学的概念や特殊な形成意義をもつ法理の内容を無批判的に借用しているかのごとくに考えられること、そしてそれらが前述のごとき共有・合有の対立的意義の過大評価を結果し、また無用に解釈論を混乱・複雑化せしめていたことは率直に認めなければならないと思う。ともあれ、われわれは、「共有」論・「合有」論をあくまでも解釈論⇨実用法学上の次元で問題にしているのであるから、ここでは今日の共同相統関係の法的処理のための技術――すなわち、具体的な法的処理のための法律技術的論理構成のフレイム・オブ・レファレンス――として、何れが有用 efficient であるかを究極の目標におきつつ、さしあたって両者の理論枠組の構成の再検討を通して内容上の実質的、差異の有、無に接近したい。

以上のごとき問題意識のもとにこの課題を十全に究めるためには、大凡そ次のごとき諸作業を必要とするであろう。まず第一に、「共有」ならびに「合有」という概念・法律構成の原型的構造ないしその変容を立法史的・解釈論史的系譜に沿って考察すること。第二に、それらの法理論形成の歴史的社会的意義を理論構成の基盤たる現実の社会関係ならびにそれを推進する思想的背景との関連において把握せねばならない。かかる観点からの考察は、就中「合有」に関してなされるべきであり、それは、必然的に法律技術的構成と社会科学の認識理論との関連の仕方および現行民法の解釈論に「合有」論を導入することについての、方法論上の根本的検討にたつらなつてくるであろう。第三に、わが国の判例・解釈学説を整理して、共有論・合有論と呼ばれている諸説の内容⇨論理を確認・検討するとともに、両者はどの点でどれ程の理論構造上の違い、および実際上の結果的差異を示すかを献討せねばならない。そしてかかる献討は、通常の云わば真正面からの両説の当否の評価――それは何れの説が現行法との適合度をより強く示すか、何れがどれ程個々の具体的問題の理解・処理のためにより適切・便宜であるかの献討にもとづく――の基礎となり、あ

るいはそれと相俟つて、遺産『共有』の正しい法律構成に奉仕することになる。

右の第一点については、既に米栖教授の詳細且ほ完全な研究によつて尽されたといつてよい。ただ、教授はその結論として合有説を採用しておられるが、筆者の観点からみる限り、教授の詳細な研究はむしろ現時においては共有説と合有説とが対蹠的意義に乏しいことを随所で示唆していると思われる。⁽⁸⁾ 第二の課題は、その重要性にもかかわらず、従来それに関する実証的研究は極めて不充分であつた。筆者もまた、本稿においてこの点についての検討を十全に果しえないことは遺憾であるが、もつぱら問題提起と以下の論述の足がかりとして大まかな考察を挿入しておきたい。第三点に関する本稿の論述は、考えようによつては既に発表された諸論稿に屋上屋を架ける結果になる嫌いがあるかも知れないが、筆者なりの視角から敢えて考察・提言しておきたいと思う。

ちなみに、右の考察に際して本稿では、共同所有の理論ないし法律構成としての「共有」・「合有」の献討にかなり重点をおいている。勿論、所謂「共有説」・「合有説」という用語は、所有権以外の権利義務関係をも含む、遺産の法律関係全体に関する理論ないし法律構成を意味していることはいうまでもない。そしてこのことこそ本来の献討対象なのであるが、私の考えでは、この問題は、今日でもなお共同所有の側面に重点をおいて考察するべきであり、しかるのち他の法律関係、更には全体としての財産共同関係に言及するのが至当かつ便宜であると思う。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

- (1) この過程については、米栖・「共同相続財産について」(法協五六卷二・三・五・六号)に詳細な献討がなされている。
- (2) この点については全く疑う余地がないであろう。第一八七回法典調査会議事速記録、梅・民法要義巻の五一一一三頁、原田・日本民法典の史的素描二一七頁、尙最近発表された柚木・共同相続財産の法的性質(家族法大系VI所収)一五四、一六五頁参照。
- (3) 民法があらゆる場合に「共有」と云い、「合有」なる語を用いていないのは、決して「粗雑な用語法の故」(中川・民法大要二二三頁)のではなく、民法の規定そのもの形式はもと、と共有的なものである(我妻・改正親族法相続法解説一七八頁、同氏・物権

法(コンメンタール)四七三頁などの論述はかかる理解を前提とするであろう。尙、川島・所有権法の理論二〇六頁脚註(三三)参照。

(4) 共有説・合有説と云つてもそのそれぞれが必ずしも統一的な論理的整合性を示しているわけではなく、したがつて次の学説の分類も基本的立場による一応のものに過ぎない。(次に掲げるものは本稿に直接引用したのみである。その他については甲斐・「遺産の共同相続」—民法演習V所収—参照)

共有説(旧法時代)——梅・前掲書、柳川・相続法要論、(改正後)——山中・共同所有論、柚木・判例相続法、青山・家族法論、中川監修・註解相続法(最近)——柚木・前掲論文、甲斐・前掲論文、藪・債務の相続(家族法大系VI所収)、玉田・遺産共有の理論(法律論双三三卷五号)。

合有説(旧法時代)——石田・「遺産の共同相続」(家族制度全集法律篇V)及び合有論(民法研究1所収)、近藤・相続法論下及び「共同相続の本質と營業の共同相続」(法学論双二五卷二号)、来栖・前掲論文、(改正後)——中川・民法大要、我妻・民法大意及び物権法、我妻—立石・親族相続法、川島・民法(三)。

折衷説(対内的合有、対外的共有)有泉・親族相続法(法律学講座)。

(5) 「……独仏両民法の差異は言葉の上だけにすぎないと言うのは直ちに不当とは思われない」(来栖・前掲論文五六卷九三〇頁)。
 (6) 後述することく、一般に共有説・合有説の対立の過大評価は極端な形、または不適切な構成でのそれらを前提とするものであると思われる。また、可分債務を除けば、両説の帰結は理論構不成ないし説明の仕方以上の差異をもたらすものでなく、更に可分債権債務の帰属ないし行使に関する諸学説の分岐はそれらが共有的もしくは合有的な考え方にもとづくものであると云えない面をもつ。

(7) 例えば、柚木・藪・甲斐・玉田氏らの前掲諸論文。

(8) 前註(5)、前掲五一四頁(四)、一一七四頁最終行、遺産債務の構成後記六八頁以下などはその若干例である。

(9) 今日では共同相続に関する共有・合有両説は実際上むしろ共同所有以外の側面——特に債務の共同相続に関して顕著な対立を示していることは確かである。しかし私は、「共有」・「合有」なる語はもともと共同所有形態(または性格)に関するものであり、共有的あるいは合有的な共同権利義務関係の基礎ないし中核が共同所有のあり方にあることは、今日の法律技術的構成においても重視されねばならないと思う。のみならず、この点に留意してはじめて債務の共同相続に関する諸説についても適切な献討が可能になり、言葉の上での無用の論議を回避することが出来よう。

(10) 尚、共同相続についての共有・合有という法律構成の構造ないし意義及び両者の差異の度合を考察しようとするとき、共同相続関係の目的物―権利義務の種類による考察だけでなく、必然的に他の共同関係―例えば、通常の共同関係、夫婦共同財産関係、組合など―についての比較検討にまで言及しなければならぬであろうが、本稿では後者を一応度外視して行論を進めたい。

二

(一) 共同相続の法理ないし法律構成の立脚点を巨視的見地から考察するとき、ローマ法的「共有」並にグルマン法的「合有」がいかなる歴史的・社会的・思想的背景のもとで、どのような形で近代市民法の体系ないし解釈論のなかに組み入れられたかが問題となる(以下では、もっぱら、「共同所有」に関してのそれに限定して考察することをお断りしておきたい)。

近代法的「共有」は、無論ローマ法的「共有」と直接的連関をもつものでないし、内容的にも一致しない。けれども、両者はともに個人主義的基本構成をもつという点で法形式上の相互適合性を示している。それ故、「共有」の変容過程及びその現代的な評価・取扱いに関してはさして困難な問題はないと云える。これに反して「合有」的共同所有形式は、本来近代民法―所有権法の構成と相容れないものである。それは、少なくとも法史的ないし法社会学的観点からみれば、近代所有権法以前の共同所有秩序である。それ故、「合有」については特に、それがいかにして近代法体系―解釈論に取入れられたか、今日それをいかに評価し、またどのような内容のものとして技術的に構成すべきか、が検討されねばならない。

ところで、右のごとき問題意識は必然的にオットー・ギールケの合有論の詳細かつ注意深い研究に向かわせるであ

ろう。ドイツ民法典の成立を目前に控え、またその成立のもとで合有論を完成かつ推進せんとした彼の（解釈）理論の考究こそ、合有論の内的論理を明らかにし、またその概念構成の方法論的基礎づけ、ないし法実践的モチーフを考えるための重要な鍵の一つである。と同時にそれは、彼の合有論がわが国の合有論にも大きく影響しているのであるから、今日における（わが国の）合有論の論理・意義をさぐる際の基本的前提作業である。この点に関するより詳細な実証的研究を今後に期しながら、次にまず、ギールケの説く合有の論理構成を概観しておきたいと思う。

(二) ギールケは⁽¹⁾、原初的なゲルマンの共同所有秩序に基礎をおく特殊ゲルマンの共同所有は、その古い形態の大部分が時の経過と共に消滅したにせよ、今日までドイツ法にその新しい若い形態を強制する力を保持した。⁽²⁾今日の「ドイツ法上の共同所有の形式には団体人格の単独所有権 *Alleineigentum der Verbandperson* にも持分ある共有 *Miteigentum nach Bruchteil* にも還元しえないもの」——総有・合有が存在する。⁽³⁾ *Rezeption* によるローマ法化のうち、十七世紀末葉から十八世紀にかけてゲルマン法学により新構成され急速に支配を拡張した新概念——*Gesamteigentum* は、十九世紀のロマニステンの逆流にあつて一時死滅に追いやられ、ゲルマニステンからさえうとんぜられたが、その後十九世紀における支配的な概念強制——ローマ的基本構成に「矛盾する生活現象 *Lebenserscheinung* を技術的に矯正して法人の単独所有権、もしくは持分ある共有の修正とすること……が到底堪え難いものであることが分かるに及んで」「今日再びドイツ法が独自の共同所有概念をもつことが支配的に認められるに至つたのである（⁽⁴⁾判例もまた多くの場合、み、それらはこの概念の学問上の自由な形成の背景となつた）。

しからばかかる過程を経て漸次解明され、ギールケによつて一応の完成をみた（ドイツ法独自の）共同所有概念とはどんなものか、次に初期のドイツ民法下における古典的合有理論を共有との対比においてみよう。

単純な共有にあつては⁽⁵⁾——それが持分ある共有 Miteigentum nach Bruchteilen であるかぎり——、所有権内容は個別的持分 Anteil (それは個々の共有者の観念的持分であつて、単独所有権の様式によつて取扱われるところの独自の (für sich) 存在する物権である) の総計に尽きるのであつて、「その他に持分者 Teihaber に共同的に帰属する、所有権の個別化されざる部分 Rest はない」。だが無論、共有にあつても、「主体の一定の結合は必要でない」にせよ、「持分権が関係する物の単一性 Einheit によつて共有者間に何らかの共同関係 Gemeinschaft が強要される」。この共同関係はローマ法以来債権関係であつたが、新しい諸立法ではそれを継続的な組織化された結合として規制した。B・G・Bにおいても、それは(債権関係の範圍)を⁽⁶⁾と⁽⁷⁾ひ⁽⁸⁾超えて「原則として共有に属する物の全体的管理 gesamte Verwaltung におよび」また共有者間に意思拘束を設定し、あるいは例々の共有者の支配領域を物権的効果をもつ制限・負担によつて拘束する。しかしながら、かかる共同関係は決して「所有の合手的共同 (Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand) ではなく……単なる管理共同 (Verwaltungsgemeinschaft) に過ぎない」⁽⁹⁾。ただし、「それは所有権の帰属に何ら変更をもた⁽¹⁰⁾らさず、……個々の持分所有者 Teileigentümer の単独所有権を概念上損なわない」⁽¹¹⁾からである。さらに、「共有者は共同体所有により強く接近するがとき、法律行為による変容をなしう⁽¹²⁾る」。すなわち、物権的効力をもつ契約によつて物の管理・利用についての個別的権利や持分処分を制限したり、あるいは共同関係廃止を要求しうる共有者の権利に変更を加えることができる。しかして、かかる場合でも「所有権自体が終局的に (ausschliesslich) 個別的領域に分かれ、かつ凡ゆる拘束が制限物権の形式に流しこまれる限りは、なお常に持分ある共有が存在する」⁽¹³⁾のである。

右のごとき、B・G・Bにおける共同所有の原則的構成に関する敘述は、反射的に、特別規定による三種の共同関係の性格をかなり鮮明に示唆している。つまり、これらにあつては、持分ある共有に反して「個別化されざる全体領域

Gesamtbereich が所有権自体の帰属にまで及ぶ。そこに所有の合手的共同(体)が存立する。換言すれば、「一般に単一人格にまで結合せる共同者 die Gemeinern in ihrer Verbundenheit zur Personeneinheit が非個別的な物支配 ungeteilten Sachherrschaft (通常は全体としての特別財産を、同時にそれと共に、それに時折 (jeweilig) 所屬する個々の目的物に及ぶ) の主体となる」場合に、合有的な物支配 gemeinschaftliche Sachherrschaft zur gesanter Hand が存在するのである。(それが財産全体に対するとき「ドイツ法の意味において非有体的な集合物 unkörperliche Gesamtsach 上の合手的所有権 gesamthändiges Eigentum として表象されるところの合有的財産支配であり」、また個々の有体・無体の対象についても技術的な意味で合手的所有がある⁽¹²⁾)

ところで合有においてもまた、「全体的権利 Gesamtrecht に対して物権的内容をもつた独自の個別的権利 Sonderrecht を呈する持分 Anteil」(それはまず特別財産全体につき、同時に間接的には時折それに屬する個々の目的物の上に存する) が各共同者に帰属する。しかしながらこの持分は、決して物支配権を個別領域に分属せしめるのではなく、つねに、「その目的物を統一的な仕方で持分者の全体に所有せしめるところの、個別化されざる全体的権利を共同に担つて、いること (Mitträgerschaft der ungeteilten Gesamtrechts) と密接に関連して、いる」⁽¹³⁾ したがつてそれは、当然に追増的もしくは追減的のものであり、また「共同体の目的物の実体 Substanz に対しては期待権 Anwartschaft」——結合の解消の際に現物分割または金銭償還を要求しうるに止まり、共同体の存続中は静止している——に過ぎない。また、持分の処分は全面的に禁止されるか、または財産全体の上のそののみ許されかである。持分(権)者は一般に分割請求権をもたない。それ故に、持分(権)は、物支配権の一部 Teilinhalt (使用・管理に関する個別的権能) を含んでいるにせよ、決して「物権的実質において所有権」「財産支配の完全な権利 Vollrecht」ではない。

このように、合有にあつては、人法的に結合せる合有者 *Teilhaber* を主体とする全体的権利が物支配権が個別的権利にまで分解してゆくのを阻んでいる結果、「全体としての共同財産およびそれに含まれる個々の所有権、その他の権利が——個別的権利に分岐した権能を留保すれば——合手的な共同者 *die Gemeinern zu G.H.* に帰属する。かかる「真正の共同領域」において、「権利・意思の担い手の総体的単一性 (*die kollektive Einheit der Rechts- und Willens Trägerschaft*) がどのようによどの程度に作用するかは人法的な結合体の状態に依存する⁽¹⁴⁾」。

以上の敘述から明らかなように、合有は総有と共に、物権法のみならず「人法により規制される共同秩序」に基礎づけられるものとして、「ドイツ法上の所有(権)概念」のもとのみ可能な、所有(権)の非個人法的・社会法的構成物である。それが法的構造の上で共有と基本的に異なる——その差異は主として共同者の法的地位ないし持分(権)の法的性質に集中的に表現されている——ことはいうをまたない。

しかれば、右のような両者の質的・構造的相異はさらにディテールな具体的法律関係(ないし法律効果)のうえにどのように現われるか。換言すれば、共有における共有物の(偶然的な)単一性と合有における(本質的)単一性——*Mitragerschaft des Rechts* とは内部的・外部的作用においてどの点でどれ程の(量的)差異をもたらずであるうか。端的に云えば、古代ローマ法上の共有と古代ないし中世ゲルマン法上の合有とをそのタイプスにおいて対比するのであれば無論大きな差異を見出すことができよう。だが、*B・G・B* は債権編の共同関係 *Gemeinschaft* を両者共通の原則規定とし、共有を原則的に管理共同体として構成し、さらに法律行為による共同性の強化——各個別権の制限を大幅に認めている。とすれば、*B・G・B* を素材とする解釈論である以上、ギールケの説くところによつても、個々の目的物の上の持分(権)の処分可能性を除けば、両者はそれほど大きな差異を現象しないといえるであろう⁽¹⁵⁾。

(1) 以下特に示さなくとも概ね O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. II, (以後 D.P.R. II と略す) S. 375~S. 395 による。なお同一点に「*Grundriss*」平野・民法におけるローマ思想とゲルマン思想一六五頁以下参照。

(2) Gierke, a. a. O., S. 375.

(3) Gierke, a. a. O., S. 380.

(4) 亦し Gierke, a. a. O., S. 376~S. 380.

(5) Gierke, a. a. O., S. 383 ff.

(6) Gierke, a. a. O., S. 385.

(7) Gierke, a. a. O., S. 386.

(8) Gierke, a. a. O., S. 387.

(9) Gierke, a. a. O., S. 387 ff.

(10) Gierke, a. a. O., S. 389.

(11) Gierke, a. a. O., S. 390.

(12) Gierke, a. a. O., S. 393.

(13) この点を詳述することは次章の考察と重複するので避けるが、ギールケの論述のなかで両者の具体的ないし実際上の思われる主な点は次のごとくである。

(1) 持分の譲渡性・差押え可能性 (*Übertragbarkeit*・*Verpfändbarkeit*)・相続性 (*Vererblichkeit*) などについて両者が根本的に異なる結論をもつのは当然である。
(a. a. O., S. 385 脚註 1) と同上三九一頁とを対照。ただし、或種の共有において「財産全体の上の持分を制限的または無制限に処分し得る (B・C・B 二〇三三条一項、二〇三四条)」したがって差押えも可能である) こと、および共有においても契約による持分処分の制限が可能であること (a. a. O., S. 386) によつて両者は実質的に一歩接近することになる。

(2) 登記簿への記載方法 (Gierke, a. a. O., S. 387, S. 392 註 (7))。

(3) ギールケは「持分ある共同権 (*Mitrecht nach Bruchteilen*) の概念は非有体的な個々の対象についての何らかの共同的権利に殆んど適用しえない」(a. a. O., S. 392) というが、この非難は当たらない。というのは、非有体的な目的物についての権利の共同は準共有として考えることもできるのであつて必ずしも含有概念を必要としない。ギールケは一定の目的をもつた、客観的単一体とし

ての特別財産や、無体物の概念を認めないことを、ローマ法化のもたらすアトミッシュユ且つマテリアリスティッシュな歪みとして非難するが (Gierke, Die Soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 22) その非難の当否自体を別として、それらと合有制との間に必然的な結びつきがあるか否かは問題である (後述五八頁、六一頁註(10)参照)。

(二) 最後に分割請求権を採り上げよう。共有では、分割請求↓各持分者が彼の持分所有権の共同関係を消滅させて物の相当な現実部分についての個別的所有権に変えることを要求しうることは当然で、ここに「Gesamtrecht」に対する Sonderrecht の優越が……最も強く現われる」(Gierke, a. a. O., S. 385, 脚註(2)) のであるが、「ドイツでは分割請求を完全に排除する契約 (一時的制限は勿論) が有効であるとの考えが生きており」B・G・B も——重要な理由による共同廃止請求権を留保しながら——それを認めた (a. a. O., S. 386 f.)。他方、合有にあつては「分割請求権は一般的に認められないか、または共同廃止の一方的請求権と結合してのみ認められる」(a. a. O., S. 391)。特に遺産の分割請求は中世ドイツ以来認められていた。それ故以上の双方を素直に比較すれば、分割請求権の有無については共有と合有との差異を過大視することは出来ないと思う。むしろ、共同相続における分割請求の法認は合有の本質 (——共有との差異) 如何に疑問を起させる一点とさえなるのではなからうか (後述六六頁、註(3)参照)。

(三) 以上、ギールケの所説を要約したが、そこにおいても共有の基本構造をもつ管理共同体と合有制とではその構成部分たる個々の法律関係に関して——二・三の点、殊に厳格な合有形式における持分の処分禁止ならびに分割請求権の否定を除けば——一般にそれ程異なつた結論を生み出さない。しかも、現行法のもとでは、共有関係に対して具體的実状に応じて契約による修正的措置をとることが大幅に認められているのであるから、實際上両者は極めて近接した作用を営むことが屢々ありうる。とは云え、これを云わば結果論的にのみ評価するのであれば、何ら彼の合有論に対する批判にならない。けだし、彼が合有制の採用・合有論の導入を強く主張したのは、——それが共同所有以外の法律関係についても有用であることを暫く度外視しても——合有が基本的に共有とは異なる構造および性格をもつものであること、したがつてまた、それ特有の歴史的社会的意義ないし機能をもつこと、への深い認識と予言的洞察

にもとづくものだからである。それ故、われわれも、ギールケの合有論を批判するには、彼の合有構成の論理的完全性ないし適切性に関してだけでなく、彼の法史学的認識ならびに法律学方法論・法実践的態度などに関する綿密かつ統一的な理解・評価を要求されるであろう。⁽¹⁾次に不十分なが先学の教示に従いつつ、筆者なりの考察を述べておこう。

第一に、ギールケの所謂合有それ自体は、——彼自身はそれを決して中世のものでなく新しい形態であると考えていたとしても、⁽²⁾またいかなる理由で古くから存在するものの再生ないし改装せる法概念を持出したかを暫く度外視して、所有の合手的共同(体)の法論理構造を客観的にみるならば——古代ないし中世のゲルマン社会の共同所有秩序に見合う内容のものであり、その前近代の性格は否定しえないであろう。近代所有権法は物の交換価値支配ないし商品流通の秩序に奉仕するのであるから、そこでの所有権は商品性を本質的普遍的屬性とし、その主体ならびに客体はそれぞれ自由・独立の法主体性ならびに交換価値性を表現するにふさわしく法律構成されねばならない。それ故に、複数が同一物を所有する現象に対しても、近代法は右の構成に適合的な——すなわち、近代市民社会の要請に即応する「特殊近代的な共同所有形態をつくり出す」⁽³⁾に至つたのである。そこに出現した(広義の)共同所有形態にはどんな種類のものがあるか、⁽⁴⁾また近代法体系のもとで現実の諸々の具体的状態・要請に適合可能な論理構成としてどのような種々が考えられるか、⁽⁵⁾についてはなお検討の余地が残されている。このことは種々のニュアンスの差をもつ合有という共同所有形態を認める場合にも当然当てはまる。近代所有権法のもとで再構成された合有(と称されている形態)の通常の類型は、概ね共有と同一の基礎構造をもちながら一定の目的のために各共同者の権利に対して(本来の)合有に類似した拘束||物権の制限を加えられたものであろう。⁽⁶⁾合有なる概念を特に持出すのであればより異なる構

成をすべきであるとも考えられるが、いずれにせよ、それが近代的所有権の共同帰属形式である以上、共同者の、近代的、所有権の主体者としての法的地位を基本的に前提するものでなければならぬと思う。⁽⁶⁾このように考えるならば、ギールケの主張する合有はその論理構造そのものからして近代的合有と根本的に相容れないものであることは明らかである。彼の説く合有においては各合有者の法的地位は、決して独自性をもつた権利でなく、常に構成員の全員が「手をつないだ状態で」権利の担い手であること—Rechtsmitägerschaft—と内面的関連をもち、それに媒介される部分的な物支配権能に過ぎない。それは、近代的、所有権が、多数人に帰属している、関係ではなく、正に所有権の内容権能が「形の上」だけでなく、現実的に分離していることを前提とする。⁽⁷⁾かかる合有は単一性と複数性との現実的統一体としての人法的共同体を想定し、かかる人法的団体の秩序とそのもとの物権法的関係との統一的相互規定のもとに存立するものである。このような法的構成物は本来前近代社会における、物の現実的利用の秩序にのみ適合的なものであり、したがってそれ自体ゲルマン封建社会における共同体的所有形態と同種同質のものたることは否めない。⁽⁸⁾

ところで、ギールケの主張する合有それ自体は前近代のゲルマン社会の合有制から絶縁せるものでなく、また彼の立法論・解釈論がゲルマン固有法に対する法史学的認識に深く関連し基礎づけられていたことが明白であるとしてもこのことは直ちに、彼がゲルマン法の知識をそのまま直接的に立法論・解釈論に持込んだとか、あるいは懐旧的・民族主義的なゲルマニステン一般の立場と全く同一系列に並ぶ者であることを意味しない。偉大な法制史家であると同時にすぐれて法政策家であり法解釈学者であつたギールケは、合有論の展開に当つても、それが「現行法のドグマティックにとつても有用である」⁽⁹⁾ことの明確な自覚をもち、法学は法の科学的認識を超えて実際の技術ないし現在・将来の社会的設計をも求めねばならぬとの方法論に立脚していたであらう。⁽¹⁰⁾すなわち、より具体的に云えば、法律關係

における共同性強化ないし合有制の採用の主張は、当時のドイツにおける現実の社会⁽¹³⁾生活現象に直面して、一面において無用の技巧を弄し、かつ、法律関係を錯綜せしめるがごときローマ法的構成を排して現実の現象に即した法律構成を企図し、同時に他面では社会的諸矛盾を緩和ないし回避するための指導理念・社会的価値指向を契機として倫理的・団体主義的・社会法的法律構成を強調する、という彼一流の法(解釈)理論の一環をなすものであった。そこで、彼の合有論に対しては、当時において果してそれを持出すべき法技術的または社会的必然性があつたか、それはドイツ法ドグマティークにとつて真に必要かつ適切があつたか、の問題が提起される。

十九世紀後半のドイツの歴史的现实・社会現象がローマ法的個人主義的法論理に多かれ少なかれ矛盾する面を露呈していたこと、したがつて後者の法律構成を以つてしては円滑・妥当に解決しえない現象を少なからずかかえていたであろうことは想像に難くない。かかる一般的情况のもとで個々の具体的な法現象・法律問題に直面した場合、その现实にそぐわない既成の法理・法律構成に代えて新しい現実の処理・解決にふさわしい法理・法律構成を持込むことは、仮えそのモデルがどのような起源ないし性格をもつものであるうとも、法的処理の道具としての妥当性をもつ限りについてそれ自身積極的建設的な意義を認められる。この意味においてギールケの合有論のもつ意義は——彼による他の多くの立論と同様に——一定の限度において高く評価されよう。すなわち、彼の合有論が従来の個人主義的共有の欠陥を指摘することによつてその変容をうながし、また後の近代的合有構成に(立法上実務上ならびに理論上)大きな影響を及ぼしたことは誰しも認めねばならない。しかしながら、もつぱら近代法的財産関係を処理する技術という面に着眼する限り、彼の合有論に対する過大評価を慎しまねばなるまい。なぜならば、さきにもたごとく、実際上の観点からみた場合、合有は諸々の状態・要請に応じて色々な変容形を許容する今日の共有的法律構成に対し

て特に優越せる手段性を示すとは云い切れない。しかも彼の所謂合有は、その内部改造がなされない限り、共同所有を規制する近代法的技術として耐えうるものか否かについてさえ、理論的に甚だ疑問である。それにもかかわらず彼が共有と基本的に異なる合有を取って理論づけようと努力すればする程、漸次觀念論・メタフィジックに陥らざるを得なかつたのではなからうか。⁽¹⁴⁾

かくて、メタフィジックな論理を巧みに使用しながら個人主義的法律観を排斥して法における倫理的・社会的・団体主義的契機をドイツ法ドグマテークの再構成のなかにもり込むところに、われわれは、彼の解釈論が単に私的な個人相互間の財産・身分関係の合理的処理のための法的手段としてのみでなく、それ以上に他の価値指向ないし法実践のモチーフを内在させていること、ならびに彼の解釈の方法論的誤謬および特定の歴史的実践的意義をおぼろげながら感得しうるのである。これらのことは、彼が終始強調して止まらなかつた「ドイツ法」「民族の法」……その内実は理念・精神・思考形式であり、その外形は言語である……の再認識・再構成ということに集中的に現われる。

ギールケによれば、私法の任務は諸個人間の権利関係の秩序保護に向けられるだけでなく、同時に「共同の福祉 Gemeinwohl」を追及する⁽¹⁵⁾にある。共同の福祉の追求とは、端的により具体的に云えば要するに今や崩解の危機にひんしている真実の有機的な社会共同生活の秩序の回復・維持であり、そこでの輝かしき文化の存続である。このことを私法の側面において云えば、「私法の目的に共同性 (Gemeinschaft) を取入れる」⁽¹⁶⁾ことであり、特別法において「社会法的私法」の領域が存在することを認識するだけでなく「共同体思想が生きて活動する私法」⁽¹⁷⁾が強く要請されるのである。無論それは近代法体系の根幹をなすローマ的個人主義的法思想・法律構成に対するアンチテーゼとして唱道された。だが、彼がローマ法^{!!}外国法を危険物として排斥したのは一般にありがちな、自国における外国法の技

術的不適合性の理由によつてではない。むしろ、彼は驚歎すべき精巧な体系——技術形式を誇るローマ法の「古典的美しさ」を高く評価し、近代への変革に際して「復活されたローマ法が指導的役割を果した」ことを充分に認めていた。⁽¹⁹⁾ 問題なのは、その法形式でなく思想内容であり精神であつた。すなわち、ローマ法・個人主義法は、かつて「社会的団体生活をほりくずす凡ての力」に對して「無策且無力であつた」だけでなく、近代におけるその急進的革命的突進はやがて「社会的有機体の内部生活を震がいさせ」、法・道徳・經濟・文化相互の結びつきを分裂させ、勞資の対立や階級的分裂等々をもたらしに至る。⁽²⁰⁾ それは法律關係の世界では、あまりにもアトミツシユでカピタリステツシユな考え方が充満し⁽²¹⁾、義務を伴わない排他的恣意的な権利がはびこり「公共的危険性」さえ伴つている、という情況を現出せしめた。⁽²²⁾ しかし、「少なくともドイツでは」、このような「悪しき潮を押し返す」べき動き、力、思想が「學問と生活の内部から」種々の形をとつて現われてきた。それらの根底にあるものは他ならぬ「共同体的精神」(Gemeinschaftsgeist)である。そして、それを体现している最たるもの、したがつて今日の危機に際して役立つ最大の武器の一つが「復興した、再生した、眠りからさめた」ドイツ法⁽²³⁾なのである。「それは中世的装いをもつたドイツ法ではないが不滅の思想内容におけるドイツ法である」⁽²³⁾。かくてギールケは、私法の社会的任務を十全に果たすためには右のごとき(共同体的精神を内包する)「ドイツ法」「民族の法」を積極的に導入し、それによつて私法の凡ゆる領域を再構成せんとした。⁽²⁴⁾ 彼の合有とて根本においてかかる思想にもとづくものであつたことは容易に推察出来よう。⁽²⁵⁾

以上のように、ギールケは道徳的・社会的・共同的契機を内包せる民族士着的法——ドイツ法こそ、現在および将来のドイツ社会にとつて必要欠くべからざるものであると主張し続けた。かかる思想・態度そのものの一般論的正しさは、もとより極めて高く評価されよう。⁽²⁶⁾ 問題なのは、彼が「ドイツの現実の社会現象・生活問題に對してはドイツ

法、民族法を以て”と主張するとき、彼は果して現実の社会ないし法意識に対して、ならびに“民族の法”そのものに対して冷徹な社会科学の認識・評価を怠らなかつたか否か、逆に云えば、現実の混乱に対する実践的指針を強調するあまり、いきおいそれらに対する正しい法史学的分析・評価に欠けていたのではなからうか、である。このことは裏面において、彼が極力排斥に努めた個人主義法に対する非科学的評価態度に関連している。

概論的に云えば、十九世紀のドイツの現実、一方ではゲルマン固有法ないし封建的諸要素の比較的多範囲での残存、他方では（特に中葉以降）資本主義の発展に伴う諸矛盾、社会問題の発生という後進国特有の現象を呈していた。⁽²⁷⁾

このような状況のもとで、個人主義的思想・法律構成は、一方では封建的諸要素の解体を促進すると共に、他面ではその論理的直線的な発展形態に内部矛盾を拾来し、それ自身多かれ少なかれ変容しながら、同時に異質的な社会的諸立法を生み出してゆく。それにも拘らずギールケにおいては、この近代法の発展形相の現実を直視することなく、ときには個人主義法の論理的極限状態を想定して、（少しく誇張すれば被害盲想的な態度で）激しく論難したのである。⁽²⁸⁾

ここに至つてわれわれは、ギールケの理論のなかに、精緻なメタフィジックとドイツ固有法の（神秘的にさえ思える）活力への信念とに基づく強烈なドグマの臭いを匂ぎださざるを得ない——ゲルマンニステンの驍将としての彼の面目を見出さないわけにはゆかなくなるであろう。

前述のごとき歴史的現実のもとに漸次支配的勢力を築き上げたゲルマンニステンの理論——法の非個人主義化、ゲルマン固有法ないし団体法・社会法の主張は、一面においてゲルマン固有法の残存の自己認識であると同時に、⁽²⁹⁾他面では資本主義の発展期に必然的に生み出される矛盾・混乱の緩和に向けられた理論、換言すればそこでの諸矛盾の調整、民法の社会化、社会政策的立法の発展という「彼等に好ましい一連の法制度」を理解し根柢づけるためのもの、

という性格をもつていた。⁽³⁰⁾それ故、既に世良教授が正しく指摘したごとく、ギールケ等の想定し強調したゲルマン法体系・法精神とは決してゲルマンノ近代ドイツの社会・文化の底を貫流しているドイツ的法ではなく、「実は中世法・少なくとも前近代法の体系」に過ぎないとするならば、彼等の理論・方法論の最大の欠陥は、前近代的なものの残存並びに近代社会そのものの生み出す矛盾に対処するに当つて近代社会ないし近代法の展開形相を理論的に正しく探求することなしに、前近代的なゲルマン法の精神・制度を——それに対する分析・批判を十分に加えることなしに——直接的間接的に近代私法論のなかに持込むという、いわば「後向きの」「倒錯せる」論理であると云えよう。⁽³¹⁾このことは合有論に関してのみ例外たり得ないのである（そして、そこに、合有論もまた当時の愛国主義的民族団結主義的な国民運動と）。
（結びつく素地・可能性を内在させていた点を屢々指摘されるが、⁽³⁰⁾所以がある。）

(1) ギールケをも含むゲルマニスティンの法史的認識方法の検討については、世良・「ゲルマン法の概念について」（法学十八巻四号、十九巻一号）、合有論の論理的完全性の検討は、来栖・前掲論文——特に通頁一一六二頁以下に優れた研究がある。本稿も両著に負うところ多い。

(2) Gierke, a. a. O., S. 375; Derselbe, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, S. 13. (世良・前掲書十八巻四号三九頁以下)。

(3) 川島・「所有権法の理論」二〇二頁。我妻・「物権法」(民法講義Ⅱ)二〇八頁も同旨。

(4) 川島・前掲書、二〇二以下に全般的考察がなされている。

(5) 近代法的合有の法的論理構成に関しては、学説上必ずしも明確に劃一化されているとは云えないが、本文に述べたごとき構成が最も簡明で近代所有権法に適合し易い(山中・共同所有論一〇一頁参照。同様の典型的構成は新法律学辞典・「合有」、我妻・物権法三四三頁。尚後述五九頁註(5)参照)。尤も、かかる構成については「合有」と呼ぶことの適否が吟味されねばならぬが(後述五七頁参照)。

(6) 共有者の所有者としての地位が一定の客観的事由にもとづいて根本的に否定される共同形態の多くは、広義の共同所有の一態様ではあつても近代的合有の一態様とみるべきでないと思われる(後述六一頁註(3)参照)。

(7) この点は、Gierke, D.P.R. II, §381 F. の敘述からも明らかである。ギールケは、合有を総有の親族とみる(この点、例えば我妻

- 教授が合有を基本的に総有と異なり、共有に近いものとして構成しているのと対照的である)。
- (8) 一般に、合有の前近代の性格については、川島・前掲書・二〇四頁以下。
- (9) 久保・「キールケ」(近代法思想史の人々)所収)五五頁、Barke's introduction, p. 7, in "Gierke, national Law and The Theory of Society" tr. by Ernst Barker, 1950. 右両著はキールケの思考ならし理論の二面性・三面性を適切に示唆している。
- (10) Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 380.
- (11) Gierke, Die Soziale Aufgabe des Privatrechts (Deutsches Rechtsdenken, Herausg. von Prof. Dr. Erik Wolf, I Br. Heft 12—13上冊と Aufgabe, 2 略記ヤ——), S. 3.
- (12) キールケの主張内容を示す直接的資料の1つである Derselbe, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuch und des deutsche Recht, 1889 は直接参照しえなかつた。したがつて、これについては、来栖・前掲五六卷三号六七頁以下、その他参照。
- (13) かかる意図・解釈態度は、彼の論著のなかに屢々現われるが、(その一端を挙げるならば) Gierke, D.P.R. II, S. 379~380 や 家族関係についてのローマ的な第一草案を論難するに、それは「不必要に技巧に過ぎ且つ複雑化せしめるもの」とあるところ、Gierke, Das bürgerliche Gesetzbuch und der deutsche Reichstag, S. 31 などからも明らかだ読みとることも出来る。
- (14) 総有・合有・共有相互の峻別に關する Gierke, D.P.R. II, S. 380~393、その他の論述を読むとき、若干の法史学的色彩を伴つた強度の下グマテッシュな論理のなかに多分にメタフィジッシェな言いまわしを感ずるのはあながち筆者一人ではあるまい。なお、次頁註(8)参照。キールケが一般に觀念論者・メタフィジイカーであることは、久保・前掲論文五五頁。
- (15) Gierke, Das bürgerliche Gesetzbuch und der deutsche Reichstag, S. 10
- (16) Gierke, Aufgabe, S. 5° キールケは、人々は決してアトミックな存在ではなく、個人としての存在と全体の一片としての役割との連繫を常に保持し、相互に内在的義務を伴つた権利をもちながら、全体としての統一秩序に直接的に連なつていなければならないと考える。かかる根本思想から、彼のいう「私法の任務」「公法と私法との統一的秩序」「権利の義務内包性」等々の考え方が出てくる。
- (17) Gierke, a. a. O., S. 8.
- (18) Gierke, a. a. O., S. 10.
- (19) Gierke, a. a. O., S. 5, S. 7, S. 12.

- (20) Gierke, a. a. O., S. 5ff. insb. S. 5, S. 11f.
- (21) 個人主義法が Atomisch や Kapitalistisch に過るなどの批難はギールケの民法第一次草案に対する批判の中心点の一つであり、前掲 Aufgabe & Bürgerlichen Gesetzbuch und deutsches Reichstag の至るところに出てくる。
- (22) Gierke, Aufgabe, S. 14ff.
- (23) Gierke, a. a. O., S. 12. ギールケは民族の生活ないし歴史の発展過程を「生き生きとした諸力の運動過程」であり、「一時は優勢であつた思想・目的……の体系は暗黒へと後退し、劣勢にあつたものがより純粹・自由・豊かな形姿において力と勝利」を得、「民族の生命を若返えらせる」とする(同上)。そしてまた、これまでの法の歴史をローマ法とゲルマン法の盛衰、交替、分離、融合の過程として把える。しかし、かかる彼の運動法則の把え方は私には決して歴史科学的なものでなく、むしろ神秘主義的にさえ思える。
- (24) Gierke, a. a. O., の後半 (S. 13ff.) は、所有権以下各種の権利・法領域についてかかる根本思想からの批判を試みている。
- (25) 家族員相互間の身分的・財産的権利義務関係は家族員の有機的統一・人法的結合の発露としてそれに固有の仕方で見られる (Gierke, a. a. O., S. 28) と考え、また「相続法の有益な社会的機能・すぐれた内存的正当性は家族の自然的構造のなかにおかれた親族相続人の表現のなかに……ある」(同上) と考える彼は、家族関係・相続関係を単なる個人対個人の財産・身分関係とは全く考えていなかった。したがつてまた、親族法や組合法などの社会法的私法におけると同様に、「家族の強固な安定と結ばれた相続法」(Gierke, a. a. O., S. 7) にもできる限り共同体思想・共同体的結合が採り入れられることになり、ここに合有制が導入される必然性がある。
- (26) その国の現実の環境のなから生れてきた土着の法が一般に他の国から借りものの法よりも妥当性・実効性をもつことは云うまでもなく、また、「歴史に沈潜することから未来に対する判断力(理解力洞察力)が生れる」(Gierke, a. a. O., S. 3. 括弧筆者)との問題意識もそれ自体としては正当である。
- (27) 後進国ドイツでは、「農村では……ゲルマン法の比較的後代まで維持され」(久保・西洋法制史研究三三八頁)、若干誇張すれば一八四八年の革命前夜でも至るところで封建制度がはびこつていた(エンゲルス「革命と反革命」マル・エン選集四巻上五頁以下)。その反面産業資本主義体制が形成されていくばくもなくして一八七三年を劃期とする大恐慌現象が現われる(増田・宮下他共著・西洋経済史中巻四一三頁以下参照)。ギールケはもつばら後者の現実のもとでそれに注目しながら立論したものとと思われる。
- (28) Gierke, a. a. O., S. 17 において、所有権の個人主義的構成を、その論理的に可能な極限にまで歪んだ形を想定して、それが排他的・恣意的で、社会共同生活を全く考慮に入れない唯我独尊的な権利であるごとくに批難していることなどは、その一例証であらう。

- 一般に彼は、近代法体系を批判する際、その具体的形相以上に、不当に個人ないしそれに帰する権利の原子化・孤立化を強調する。
- (29) 同旨、山中・共同所有論二七頁。このことは、一七世紀末葉〜十九世紀前半までの先駆的合有論者に対する評価であろうか。
- (30) 世良・前掲論文、法学十九卷一号三五頁以下参照。
- (32) 例えば、田中「信託財産性について」(法学研究二七卷九号八頁)。

三

(一) 法史的に認識される(個人意思の絶対性を根底に据えた)ローマ法的共有(特殊・団体的な構造をもつ)や(特殊・団体的な構造をもつ)ゲルマン法的合有が近代市民法体系および近代社会の現象・要請を前提とする今日の共有ならびに合有と本質的構造的に同一性をもちえないことは云うまでもない。このことに関する警告はすでに、ゲルマン的合有との関連性を完全に払拭しえなかつたギールケらの古典的合有論が——いかに近代法的粉飾をしようとも——本質的に近代的所有権法に矛盾し、耐え難い方法論的謬誤をはらんだ特殊な法実践理論であつた、との評価によつて十分過ぎる程与えられている。精緻な技術体系を誇るドイツ民法がギールケらの強い影響下にありながら、古典的合有論との実質的連関なしに合有制を採用したのはけだし当然のことと云わねばならない。⁽¹⁾このことはわが国の民法の解釈論構成に際しても充分留意すべき点である。法規または事実関係が「形の上」で(ゲルマン的な)合有類似の構造をもつ法律構成、あるいは「現象的」に合有と同じ効果をもつべき法律構成を要求しているかのごとき場合と云えども、合有論を採用すべきは否かは厳しく吟味さるべきであるし、また採用するとしても合有の具体的構成ないしその理論的基礎づけに当つては、古典的合有論のそれに拘束されずに合有的構成を要請している現実の法外的ないし法内的事由に即して理論構成すべきである。遺産共有の法的構成を試み

る際にも、その前提としてまず、共同相続財産を合有として把握しようとする諸説に対して右の観点からの一般的理論的考察が要求されるであろう。

現行民法の相続法は、私的・抽象的所有とそれに基づけられるところの近代的親族・家族関係を前提とする個人主義的法律構成を建前としている。ここでは一定の家族・親族関係にたつ共同相続人相互間に（法の定める）諸個人相互間の権利義務関係以上の特殊 \parallel 人法的結びつきを否定し、相続財産はその交換価値を支配する私的・抽象的所有の客体として把握される。したがって、今日においては、民法の規制対象たる共同相続関係の実態が主体的側面においても容体的側面をみても民法の予定する個人法的構成に見合つていようとすれば \parallel 一般に見合つていようと考へてよい \parallel 、市民法を前提とした上での特殊な要請がない限り、共有的構成のみが可能であり合有的構成の成立するはずがない。だが、相続法（ \parallel 所有権法・家族法）と現実（の社会関係）との間に多かれ少なかれギャップが生ずるとすれば、すなわち、現象的に合有制に見合つた社会関係もしくは少なくとも民法の個人主義的律法構成の建前と相容れない（かのごとき）所有ないし相続慣行 \parallel それが前近代的性質のものか否かはとも角として \parallel が現存する場合に、非個人法的構成（その一つとして合有論）が問題視され主張される可能性がある。しかしながら、私の考へるところでは、かかる具体的局面に対して屢々試みられ支持されている合有論ないし合有的構成の多くは、方法的に疑わしいものか、あるいは遺産「共有」の法的把握とは異なる次元に属する問題（もともと別異の視角から論ずべきこと）である。詳論をさけて次に進もう。

われわれの考察対象は、相続法の基本的建前およびそれが予想する社会関係を前提とした上で、遺産の終局的配分までの暫時的過渡的な遺産共有関係をどのように考へ、かつ法的に論理構成するかである。この点に関して民法が明確な規定ないし統一的な制度的措置を定めていないので、「共有」ないし「合有」と称するいくつかの論理が考へられ

る。そして大まかに云えば、共有説は遺産に属する、積極・消極の財産を各共同相続人に分属せしめようとし、合有説は遺産全体としてのまとまりを保持せしめるように構成する傾向をもつ、と云えようが、必ずしも明確・統一的に捉えうる程固定的でない。¹⁾ここでの学説の対立・不統一は、市民社会ないし近代法の一般的論理や分割前の遺産の具体的特殊性にもとづく諸々の要請が相互にあたかも対立的に存在する以上、或意味では必然的と云える。しかしながらこのことは、一つの要請を過大評価して他のものを不当に軽視する考え方や、或要請または法規から導かれる法律構成を形式論理的に純化することにより他方との距離を拡大してみせるという特殊²⁾法律学的思惟方法を捨て去るならば、遺産共有の法理にとつて決して宿命的なアポリアであるとは思われない。云うまでもなく、遺産共有の法理ないし法律構成は——共有説合有説共に——、①近代相続法の論理のもとで、②近い将来における遺産の総合分割手続を予定しながら、③遺産分割までの過渡的一時的な（遺産の）帰属関係をどのように把握するのが、④法的・法外的要請に適合的であるか、に関する技術的概念ないし操作的論理構成である。諸説は右の④の考え方に関して多かれ少なかれ齟齬をきたすとしても、①②③の根本的立脚点においては全く同一なのである。われわれは常にこの出発点に立返つて考えることにより夫々の法律構成の具体的意義を正しく理解しうるし、またいくつかの法規の解釈をめぐる無用の議論や諸説の対立論点の過大視を避けることができよう。特にここで、共同相続人が遺産分割とゆう共同目的の仕事をもつているということは、共有説・合有説何れにとつても当然のことなのであるから、かかる共同目的の存在は決して直ちに合有制の根拠づけに作用するものではないことに留意しておきたい。したがつてまた、わが民法上の遺産共有を合有と解する場合でも、それは決して何らかの種類の、実生活上の経営ないし生活協同体を前提とするものではない。³⁾

(1) ギールケらはドイツ民法第一章の個人法的構成の欠陥を最大限に指摘し強烈に論難した。だが、かかる論争下で成立したドイツ民法は、確かに現象的には彼等の影響をうけたと見受けられる規定(第一次草案の修正)を少なからずもつたにせよ、基本的には必ずしも個人主義的法律構成を排斥していない。ことに合有制について云えば、それが支持・採用された本質的契機は「取引の安全・債権者保護という法技術的要請」であつたと云われている。(来栖・前掲論文五六卷三三六頁、七八頁、特に遺産合有制に関しては八〇頁参照)。

このことは次の事情からも十分に背首しうるであらう。すなわち、合有制の採用に関してドイツ民法の先駆をなす、一八五七年プロイセンの高等法院 Obertribunal の判決は、「一般州法が物の全体を単一的な対象として解していること、更には債権者保護の必要」に基づいていた」であつて、ドイツの合有理論 Gesamtdartheorie の影響を殆んどうけていない (Kipp-Comig, Ehbrecht, S. 73)。ちなみに、ドイツ民法上の共有ならびに合有がその内容からみても夫々ローマ法・ゲルマン法の思考形式によるものと「無難作に解し得ない」ことは既に来栖教授により指摘されている(来栖・前掲論文五六卷三三六頁)。

(2) 相続の対象となる財産が現実、家産としての実態をもつ(——家産として意識され、そのようなものとしての客観的性格・機能をもつている)場合がまず問題となる。周知のように合有は沿革的には本来かかる家産を前提として存立したものである。だが無論、今日の家族法相続法の理念・建前のもとでは、相続の客体が家産であるという事実関係——遺産が現実に共同相続人に合有的に帰属しているということから直ちに相続財産の合有的承継を認め、遺産合有の法的構成を根拠づけることは出来ない。

困難な問題は、抽象的・観念的な「家」と結びつかない、現実的・経済的な家族(協同体)とその物的・経済的基礎たる財産との、関連を相続の時点、法的にいかんにかつ、構成するかに關して生ずる。この問題をめぐつて、近代相続法の建前と現実の相続意識、相続における経済的機能・要請と法的觀念、相続と扶養、などのからみ合い若しくは混同を背景として種々の視角からの、多くの議論がたたかわされることにならう。ここでは遺産共有に比較的接近する二・三の点に言及するに止める。

相続財産が実際に家族共同生活の基盤としての機能を果していることは今日において広く認められるところである。ことに、一般賃金労働者、小商品生産者、農漁民などの階層においては、相続財産が、事実上経済的に家族員の生活のための共同財産としての機能を果していること、また、その反映として相続財産が家族員全員に帰属すると意識され若しくは要請されていることはまぎれもない事実であらう。かかる事実・要求が相続法にどう現われるか、それを相続の法的構成にどうゆう形で持込むかが問題なのであるが、その際少なくとも、相続財産が本来家族という団体、そのものの所有に属するとか、家族員全員の団体的——非個人法的合有に属する

ものと把えることは出来ない。(消費)世帯財産や企業財産について、近代法の建前に矛盾させることなくして、それを統一的存在として法的に把握する可能性もある。例へば、基本的に市民法的構成、または新たな社会的要請にもとづく家団論の試みもその一つであろう(未弘博士の家団論の市民法的性格については、利谷・「家団論に関する覚書」・社会科学研究所十一卷三号参照。ただし、私は未弘博士の意図ないし、家団論そのものがある時代の市民社会の要請に向うものであつても、その構成内容が全面的に肯首しうべきものであるか否かについては多分に疑問を残している)。それが可能であれば、相続の次元でも、現実の要請を反映させることになる。

また、法形式上・名義上被相続人に所属していた相続財産のなかに、實際上、一定の家族員の持分——これこそ彼等の生活の物的基礎である——が含まれているという事情のもとにあつては、かかる実態と相続の形式的構成とが矛盾する現象を示すが(この矛盾は、例えば配偶者相続権などで或程度緩和されているが)、この矛盾はもともと共同相続の法的構成において考慮されるべきことでなく、他の次元(例えば、分割されるべき遺産の範囲の確定や分割の基準・協議など)で解決すべきであらう。

何れにせよ、相続法と現実とのギャップは、相続法が近代所有権法の一断面としての基本的建前をとつている限り不可避免的に生ずるのであるが、このギャップを相続法の解釈の地元で解決するには自ずと限度があるのであつて、その限度を超えた法律構成は決して正しいとは云えない。とすれば、現実の社会意識ないし経済的要請を根拠に共同相続財産を含有として構成しうる余地は非常に少ない。ことに、民法に所謂遺産共有とは、遺産の分割を予定した一時的過渡的権利帰属状態に関する事柄であり、そこに現実の共同生活の物質的基礎たる財産の家族員への統一的集团的所属の要請を持たむことは理論的に誤つてゐる、と云わねばならない。この意味において、宮川教授が、相続財産がもともと経済的単一体として近代的家族(協同体)の生活保障に奉仕する面をもつことを前提としながら、「相続財産はあくまでも一時的な家族協同体の生活をささえる物質的基礎として包括的な財産としてとらえ、相続人の共同財産の客体となすものである。だから共同相続人は個々の財産に対して直接に権利義務をもたないし、あくまでも相続財産を包括して、共同的に権利義務を負つているにすぎない……」(「こんにちの相続法はこのように……各共同相続人を合手的共同関係にたち、包括的財産に対して持分をもつことを前提としている」。(傍点筆者)と説いておられるのは、根本的に誤りであると考える(宮川・「相続法の個人法的構成と相続財産の集团的帰属との矛盾」——家族法体系VI所収——一六頁参照)。

なお、以上の点に関連して、稲子恒夫・直子両氏が農民家族の世帯財産を含有関係として把え、相続は「このこつた世帯員がひきつづき含有関係を維持してゆくことを意味するだけである」と主張し、かかる農民家族の現実には民法の相続法ないし相続の原理・概念

と「本質的に相反するものである」と主張しておられるのが注意を惹く(稻子宣子「農民家族における相続の基本問題」——日本福祉大会紀要二号所収——特に二一頁以下、二九頁、稻子恒夫「農村問題と法社会学」——季刊法律学二号所収——参照)。ここで云われている世帯財産ないし合有(関係)の概念構成が必ずしも明確でないので批判し難いが(前掲「基本問題」二三頁註(3)、農村問題「四四頁註(10)に例示する家団論的なものか?。同じく「基本問題」二三頁註(3)に例示するソビエト土地法上の世帯合有財産は、世帯それ自体を権利主体と認めるソビエト法のもとはともかく、わが民法上の法律構成のモデルとはならないであろう)、少くとも、「世帯主の死は財産の移転をもたらしさない」のが農民の実態であると果して云えるか、また、かかる実態にもとずいて如何なる内容での「合有」という法律構成が可能且正当であるか、については疑問の余地を残している。尤も、合有と云われていることに對する批判は両氏の論稿に對するものとしては瑣事かも知れないのでこれ以上触れない(両氏の農地所有権・農家相続の把握の仕方に関する方法論的な根本的批判は、渡辺「農民家族の相続とマルキシズム法律学の立場」——山之内追悼・今日の法と法学所収——参照)。

以上、諸種の方面から考えてきたところによれば、相続財産の事実上の統一的存在、あるいは合有的存在態様は、必ずしも相続財産の合有構成の根拠とないうことである。ことに、遺産共有についての「共有」「合有」はあくまで財産に對する交換価値支配権の共同相続人への暫時的帰属関係を指すのであるから、相続財産に對する現実の経済的要請はこの次元で現われてこない(むしろ、遺産分割に際して現実的に現れてくることであろう)。

(3) 今日における共有および合有の内容は古典的共有ないし合有のもつ本質や法的基本構造によつて明確化されるのではなく、今日の局面における諸々の法的・法外的事由にもとづく法的価値判断によつて決められる。一般的に云えば、主体者間に特別の結合関係なく単に目的物が同一であるという一方の極から、主体者間に強い共同目的がある場合(もしくは、客体の側に客觀的統一が生ずる場合)という他方の極に至る諸々の段階の共同関係に對して、そこに關係する諸々の現実的要請および法的価値をふまへながら、法律上の共同性の範圍・程度をいかに考えるべきかの判断により、厳格な共有形式から厳格な合有形式に至る諸種の段階の(共有的・合有的)構成が生まれる。この場合、法律構成の具体的内容の上でどのような差異があるときに共有から合有への質的転換があるときか、……どの点をもつて解釈論的法律構成としての共有と合有との峻別のメルクマールとなすべきかについて必ずしも明確・固定的な基準があるわけでない(通常は沿革に即して個々の財産上の持分の処分が可能か否かを主たる基準とする)。したがつて、ときには両者の争いは用語法の問題に還元されることも屢々ある。

(4) 遺産共有の法的構成に作用する主な要請は次のようなものである。①遺産と雖も、他の凡ての財産がそうであるように、私的・個人的所有に属する交換価値的存在であり、また通常は迅速且安全に取引の場におかれることが期待されている。②分割手続を円滑ならしめるため、また共同相続人相互の及び第三者の利益保護のため、分割前の遺産の対内的対外的法律関係を明確にしておかねばならぬ。③遺産は実質的に精算財団たる性質・あるいは本来被相続人の債務の責任財産たる面をもつ。少くとも、被相続人の死亡による遺産債権者の不利益を出来るだけ遺産の取扱いにおいてカバーするのが望ましい。

(5) 一般に、さきに見たごとく現実の経営ないし生活協同関係から合有制が基礎づけられない。残るは精算ないし分割目的の遂行ということだけであるが、遺産共有が遺産分割とゆう共同の目的・仕事を残している状態であるのはもとより当然のことで、このことは遺産共有を「共有」と解しようとして「合有」と考えようと、何ら変ることではない。したがって、そのことから本来の意味での所有の合有的帰属状態が必然的に導き出されるわけではなく、ただか管理共同体の一変種としての合有が考えられるだけである。(山中・共同所有論八七頁もかかる趣旨であると解する)。民法が遺産の精算制度を規定していないことが明かであり、且共同相続人間に精算ということ以外の事業経営ないし生活の協同関係を全然予定していないのであるから、遺産「合有」論はいかなる意味の経営ないし生活協同体をも前提とするものであつてはならないのである(この点に関連しての合有構成の一般的展望については前註(2)参照)。したがって、遺産「合有」論は前述の管理共同体の一変種としての合有か、さもなれば遺産財産の客観的単一性に根拠をおくもののみが可能である(この点については後記五七頁以下、六〇頁註(9)参照)。

(二) 以上の一般的考察を前提とした上で、次に「共有」・「合有」と称せられている解釈論の論理構造ないし具体的な構成内容を相互の差異に焦点をおいて検討したい。まず積極財産を念頭において、——特に遺産に属する所有権の共同関係という側面において検討する。

遺産共有に関する学説は、細かい点についてのニュアンスの差を捨象して基本的な論理構成に着目すれば、次の三つの類型に大別しうる。(以下原則として持分権とは各共有者「持分者」の権利(を)持分とはその権利の量たる分数的割合を指す(1))

1. 共有説(これをA説) 遺産に属する個々の財産(その法的表現たる)権利が共同相続人に共有的に帰属する。したがって

各共同相続人は遺産に属する個々の財産の上に持分・持分権をもっており、原則としてそれを自由に処分しうる。

2. 合有説 1 (これをB) 各共同相続人は遺産に属する個々の財産・権利の上に持分・持分権をもっているが、

共同關係存続中はその行使・処分が制限される。その限りで持分権は潜在的觀念的な存在にとどまる。これ、すなわち合有關係に他ならない、と云う。

3. 合有説 2 (これをC) (横領・消極面) 相続財産全体が単一的な包括的財団¹⁾特別財産を構成し、そのようなもの

として相続人の共同の所有の客体となる。各共同相続人はかかる単一的な遺産全体の上に処分可能な觀念的持分(相続分)をもっているが個々の財産につき直接に持分(権)をもたない。それ故、持分(権)の処分ということもあり得ない。(尚、川島教授の説くところにより、より具体的に補足すれば、各共同相続人は「個々の財産や債務に対して直接に共同して権利をもち義務を負うのではなく」「合手的共同關係、Gemeinschaft zur Gesamten Hand」の一員としての「人法的地位、財産法的側面としての持分、Anteil(觀念的割合)筆者を、包括財団全体に対してもっているにすぎない」。「各相続人はこの持分という団体關係をとおして間接的に、個々の権利義務の主体たるにすぎない」のであつて、「各相続人の……觀念的間接的な団体法的地位は、合手的団体關係の廢止」によりはじめて「個々の財産關係に対する共同相続人の個人法的な直接的な権利義務」に移行する。)

右の三つの類型をみて直ちに考えられることは、云わば機能的觀點(若干ニュアンスを変えて換言すれば、「法律行為的行動の原則」の観点)からすれば、ひとしく合有と呼ばれるB説・C説がA説と対立的であるが、云わば靜的な法的構造²⁾、權利の「共同帰屬形式」という根本的観点からみれば、むしろA説とB説とが同一であつてC説はそれらと全く異なるということである。もつぱら後者の觀點に立つて共同所有の法律構成を問題にする場合、C説が本質論的な合有構成を試みるのに対して、B説は各共同相続人が遺産に属する個々の財産の上に(所有權たる実をもつ)持分権をもつて

とを認める限り、基本的に共有と同質の（云わば量的差異をもつだけの）構造をもつものであり、端的に「共有の変形」と考えて差支えないと云えよう。このことはB論者自身が「特殊な共有」・「解釈論としての合有」・「共有の一種」などと表現していることから裏付けられるであろう。⁽⁵⁾とすれば、ここでの共有と合有との区別——どの点の差異をもつて両者の峻別のメルクマールとするかは、結局、沿革的な、若しくは便宜上の用語法の問題に接近してくる。何れにせよ、かかる合有ないし共有が共同所有形態の歴史的発展に即し、かつ現行法の個人法的構成に適合的であることは云うまでもない。以上のごとく考えてよいとすれば、ひるがえつてこれらと基本的に異なる構成をとるC説の論理可能性を理論的に考えておかねばならないことになる。特に相続財産が全一体として特別財団を構成するということ、および各共同相続人の個人的地位（所有権たる実をもつ持分権）を否定すること——それは反面、一定の結びつきをもつ共同相続人全員、もしくは相続人の共同体を所有権の帰属主体として承認することを意味する——が果して現行相続法ないし所有権法に適合的でありうるか、また合有をそういう形に構成しなければならぬ必要があるだろうか、の疑問が浮び上ってくる。

一般に、集合物所有権を排斥する近代法において、法律上の単一体としての特別財産（権利客体としての統一性を保持する集合物）をなしたしめるモメントは、「その組成物の間における交換価値的関連である」。財団の「交換価値における統一」とは「責任財産に対する債権の Zugriffsmacht においての統一である」⁽⁶⁾。とすれば、事実上ないし経済的な意味で統一的・集合的状态におかれている相続財産を法律上の単一体たる特別財団として構成することは相続財産が一定の清算目的に向けられた財団であること、もしくはそれが本来遺産債権者にとつての一般担保財産であること、ということによつてのみ基礎づけられる。⁽⁶⁾しかしながら、現行法が原則的に（限定承認や財産分離がなされない場合でも）相続財産をかかると特別

財団として認めていると考えることは極めて無理であらう。そのみならず、相続財産が単一的な特別財団を構成していること、「したがって……共同相続人はこのような包括的な財団の共同の主体者となる」ということは論理必然的に川島教授の説かれるように合有的共同権利関係を帰結し、共同相続人の所有権者たる地位を特殊に団体法的地位にまで揚棄することになるであらうか、理論的に疑問の余地がないわけでない。なぜなら、所有の客体の法的統一性ということとそれが複数の主体にどのような態様で帰属するかということとは概念的に別個の問題であり、前者は一定の管理目的のためないし執行の過程において所有者の自由を拘束するにせよ、当然には所有者としての個人法的地位に根本的な変更を加えることにならないし、また「新たな法主体を作り出さない」と考えられるからである。かりに右の二点を大きく譲歩して——現行法を前提とした理論構成として「共同相続人の全員による包括的な特別財産に対する合手的な所有」ということが可能であるとしても、そうした構成をしなければならぬ格別の必要を見出すことは困難であらう。そう考えなければ遺産のまとまりが失われてしまうということに必ずしもならないし、また、ことに遺産債権者を不利な立場に追いやることにもならないからである。⁽¹¹⁾

以上のごとく考えてよいとすれば、C型の合有構成は、その論理的明確さにもかかわらず、現行法の解釈論的構成としては採ることが無理であると思われる。とまれ、夫々の構成の当否はともかくとして、次にA・B・C各説は具体的法律関係において相互にどれ程の差異を示すかの検討に移ろう。

- (1) 通常、持分という言葉はこの両者を意味する（我妻・物権法二一四頁、川島・民法三一五八頁）。
- (2) 共有説を採る学説（前記三二頁註(4)参照）・判例の基本構造である。
- (3) 我妻・民法大意下五八〇頁以下、物権法二二一頁、我妻・立石・親族法相続法（コンメンタール）四一五頁以下、石田・前掲論文

一二四頁—一二八頁。近藤博士は、これを「特殊な共有」と規定しながら、用語法として（一部学者のいうごとく）「合有」と称するも阻げない、という（近藤・相続法論下五二三頁、五一八頁註③）、前掲論文—法学論双三五卷二号三七二頁以下）。

(4) 川島・民法(旧版) 一五五頁以下、同氏・民法一三三七頁。中川・民法大要(全訂版) 二二二—二二四頁。

来栖教授の合有論は本文所説のC説とはかなり異なるように思われる。教授が我民法の共同相続関係を合有と解することの根拠として、消極的には「我共同相続関係の取扱は大体独民法に接近し」ていること、積極的には旧法一〇一二条(新法九〇九条)は「遺産に属する個々の目的物の持分が許されない旨を示すと」理解しうることに決定的な根拠である(来栖・前掲論文—五六卷六号七四—七五頁)、と説く限りにおいてはB説との差異はない(尚、教授の挙げる他の積極的根拠—前掲七五頁—も大体B説の論者と一致している)。けれども、教授は相続人の共同性の権利主体性(遺産のみが帰属する、権利能力ある共同体)を積極的に認むべきであると結論した上、「相続分とは共同相続人の共同体における社員権(地位)であり」、「持分は社員権と個々の目的物の関係以上の何物でもない」と理解しておられる(前掲八六—八八頁)のであるから、教授の合有構成はB説とはかなり隔たり、むしろC説に接近していると思われる(厳密に云えば、来栖説は独立させて取扱うべきであろうが、ここでは一応C説に附加しておきたい)。

右のように、三者は一応ひとしくC説として包括しうるにせよ、合有説をとる根拠や概念構成の細部においては多かれ少なかれ差異をもっている。そこで以下では、特に明示しない限り、論理的に最もきわだつた合有構成をしている川島説を以てC説を代表させることをお断りしておきたい。

(5) 近藤・前掲書および前掲論文—前註③参照。

我妻—有泉・債権法(コンメンタール) 四七三頁は民法六七六の説明に際して、民法が合有の観念を明確に理解しないで「組合財産を共有としながら、……持分について必要な制限を加えようとする立場をとっている。従つて解釈論としては、持分についてかような制限のあることがすなわち民法の組合財産共有の内容だと見なければならぬ」と云う(同旨、同書四六四頁)。遺産共有についても同様の説明がなされるように(我妻—立石・親族法相続法コンメンタール四一六頁)、我妻教授の合有の理解は徹底して解釈論的(民法の規定の解釈の結果が物権編の共有と異なるところに合有の内容をみる)である。

石田博士「合有論」(民法研究1所収)は、近代における合有権の展開をトレースしながら、プロイセン州法の一部において既に合有権の発展の動向が「持分権の潜在から持分権の結合的存在へ」(一〇六頁)にあつたこと—尤も、プロイセン一般州法においては、共同相続については組合と同じく合有権の原形(各共同相続人は全一体としての遺産についてのみ観念的持分をもつが遺産を構

成する個々の目的物に対してはこれを有しない)を止めた。(一〇五—一六頁…同旨、來栖・前掲五一七頁註(2)参照)…を指摘し、ドイツ民法に至つては明確に「合有権は共有権の一種として現実の持分が存在しているけれども、其の持分権が共有の如く自由に処分し得ない結合的性質を有している点にその本体を止めたのである。」(一〇九頁)、「本来合有権と共有権との間には權利帰属上の差異があつた。然るに現行民法(ドイツ民法・筆者)に至つて合有権は持分権の自由処分を許さない共有権の一種となつた」(一〇八頁)のであり、かかる「譲渡不自由な共有権」・「持分権の結合」は「ローマ法の修正であると共に、又その範圍に於て合有権の実現」(一〇七頁)ないし残形である、と説いておられる。勿論博士は、わが民法上の遺産共有についても、同様に解する(「遺産の共同相続」家族制度全案法律篇V—二八頁)。

(6) 石田・前掲論文(前註(5)参照)および「史的発展の過程に於ける土地所有権の諸形態」(民法研究1・五七頁以下)参照。

(7) 川島・所有権法の理論一八六頁以下、特に一九四頁。

(8) 一般に、相続財産の特別財団性を根拠づけるに當つて、清算財団であるということと遺産債務の責任財産であるということとを同一視して論じがちのようと思われる。しかし、前者は、債権の取立・債務の弁済・残与財産の分配という一連の動的な過程が進められるところの基礎財産たることを意味するのに対して、後者は単に、相続財産がもともと遺産債務の一般担保財産たる性質をもつことを意味するにすぎない。この兩者を概念上区別することは、特別財産の構成を根拠づける際に有益である。

(9) (イ)共同相続財産を清算財団として理解しえないことは既に山中教授により正しく指摘されている(山中・共同所有論八七頁以下)。すなわち、清算に関する規定がひとつもなく、また無限責任主義を堅持しているわが民法の共同相続について遺産の清算財団性を肯定することは困難であり、またそれ程実益も認められない。また、相続財産が本来清算財団性をもつているとすれば、それは単独相続についても云い得ることであつて何も共同相続の場合だけ特別に取扱ふ必要はない。(ロ)更に、相続財産が本来遺産債務の責任財産であること——遺産債権者の一般担保財産であるということは、遺産債権者のために遺産全体を以てする共同相続人全員の不可分の責任を肯定する根拠となる(それ故に、一部の合有論者にとつて、合有論採用の根拠となる)が、そのことは必ずしも論理必然的に相続財産の単一性——特別財団性を導き出さない。債権者のために一般担保財産を確保しなければならぬという要請は、法律上の包括的財団を構成しなくとも、遺産財産の管理協同ないし処分制限によつて充分に達せられるのであつて、実際上も前者が後者より優れているとは云えない。(ハ)川島教授は「相続財産が実質的に、一つの包括的な財産…を構成しているものであり、それは民法上も限定承認・財産分離等において包括的財団としての取扱をうけている。」(民法三—一五七頁)と論述されておられるが、何が故に「実質

的に」といいうるのだらうか、理解に苦しむを得ない。限定承認・財産分離の場合をその例証としてあげておられるのであれば特殊・例外的事態を以て一般の事態を裏づけるという誤りをおかしていると考ええる。相続財産が「責任財産に対する債権の *Zugriffsberechtigung* においての統一」によつて、法律上の単一的財団として登場するのは、まさに「限定承認や財産分離の場合における相続財産破産財産など」の場合なのであつて、それ以前の相続財産については、少なくとも現行法上は相続人の「自由を拘束するところの客観的統一」を承認することが出来ないのではなからうか。そう解するのが民法全体を流れる基本的思潮にも忠実な解釈であらう。(上記引用は、川島・所有権法の理論一九四—九五頁)。(二)以上の他、現行法の規定の仕方からみて、特別財団構成を認めるのが無理であることは従来も屢々指摘されている通りである(例えば藪・「債務の共同相続」(家族法大系VI)二二七頁をみよ)。

(10) 共同相続財産が積極・消極両財産を含む、法律上の単一体・特別財団をなすということは、直ちに共同相続人の合有的共同関係をもたらすであらうか。特別財団が成立するとき、財団の客観的統一は、主体者の自由を拘束し財団に属する個々の物に対する所有権の独自性を奪う(管理・利用・処分)の諸権能の制限)。ここでは、特別財産は、主体者の一般財産から分別され、主体者の支配領域を一応は——現象面では離れてゆく。しかし、ここでは財団の客観的統一が存続するかぎりあたかも別の「独立の法主体に属するもの」として取扱われるだけであつて、「新たな法主体を作り出さない」(川島・所有権法の理論一九五)。こう考えると、特別財団が成立するということは、それに属する物に対する所有権の、それまでの帰属関係を本質的に変更しないで、しかもその独自性ないし独自の機能を喪失せしめることだと云える。このことは、破産宣告がされた場合の破産財産に対する破産者の関係や限定承認・財産分離のなされた相続財産に対する単独相続人の法的地位を考えれば容易に理解出来る。さらに限定承認・財産分離のときにのみ特別財団化すると仮定して、共同相続の場合について考えると、限定承認・財産分離のなされること——共同相続財産が特別財団化することによつて相続財産における所有権の帰属関係(の態様)に本質的変更を来たことになるだらうか、あるいは、共同相続人相互間に合有的共同関係という特殊——人法的結合が生れるだらうか。恐らく否定的に解さねばなるまい。限定承認や財産分離により「共有から合有にかわるのではな」く、「清算財団化した」のである(山中・共同所有論八九頁以下)とも云えよう。

ともあれ、専ら第三者、ことに遺産債権者のための特別財団化は、本来共同相続人相互間の内部関係たる権利の帰属関係とは本質的に別個の次元のことがらであり、ただ前者は本来の主体者の自由——権利行使に大幅な制限(権利者たる地位を、または個々の物の上の所有権の存在を外部から見えがたくする程の制限)をもたらすという点で後者に影響を及ぼすに過ぎないのである。相続財産がもともと特別財団を構成しているとすれば、共同相続人は財団の法的単一性によつて「外から」合有に類する拘束を加えられた状態

で、その財団（所屬物）の所有主体となる。したがつて、ギールケが「……権利客体の多数が先ず全体にまで……ギールケは一般的に言い、共同相続関係に関しては清算を課すことによつて、と附言したい——結合せられ、それから多数の権利主体として設定することも同様が可能である。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うる」（采権・前掲論文二一六〇頁より）と反論するとき、右の意味においてのみ肯定しうるが、それ以上に主体者間の内部関係に本質の変更をきたす——団体法的共同領域が設定されるというのであれば甚だ問題である。（ギールケ自身は恐らく後者のように考へていたと思われる）。このように考へれば、相続人の共同体に権利主体性を認める采権教授の構成も十分に納得しがたい。

以上述べたところによれば、積極・消極の財産の包括的単一体たる特別財団は、財団またはそれに属する個々の財産と権利主体との関係について「現象的」にまたは実際の機能において旧来の合有と類似の事態をひきおこす。だからその法律関係を時には合有と名づけることも不可能でない（ドイツ民法の合有もこの種のもの）。しかし、そこに本来の意味での合手的共同体ないし所有の合手的共同関係があるわけでない。この意味で、川島教授が共同相続財産の包括性・単一性に即して法律関係を構成する際、それを合有と命名するのは自由であらうが、「合手的共同関係 *Gemeinschaft zur gesamten Hand* の……財産法的側面として「……」」「各共同相続人の……觀念的間接的な団体法的地位……」というような理論づけをなす必要は全くないと云わねばならない。（かかる理論づけをなすことによつて古典的合有論への接近を感ぜさせる。この点、ドイツの標準的なルールブックである *Kipp-Coing, Eherecht, S. 472 ff.* は、やうした理論づけをすることなく、合有的権利共同関係の内容を法規によつて説明している。個々の財産の上の持分も認めるようである——*a. a. O., S. 481*。尤も、*Westermann, Sachenrecht, S. 118* などは合有について川島教授と同様の説明をしており個々の財産の上の持分も認められないと云うが）。

(II) B 説において遺産に属する権利義務の全体関連性・全体的まとまりを認めることは当然だとしても、A 説においても現実にはそれを無視するわけではない。共有説をとれば権利・義務が全くばらばらに分属してしまうと考えるのは、共有と云つても決して財産・権利の終局的分属でなく、綜合分割手続を予定した一時的帰属にすぎないことや、可分債権債務でも必ずしも当然分割されないことを忘れた、誤れる極論ではあるまいか。ちなみに、もともと遺産債権者の利益のために遺産財産の単一性を保持しようとする合有説が「むしろ……清算を認めることによつて、……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防止することを目的として」とみるべきであり、この意味では、……共同相続特有の問題に対する解決策として、「合理性」をもつ（玉田・前掲論文二八頁）ことは皮肉にして注目すべきことである。

(三) 先ず共同所有の側面において各説はどれ程の差異を示すか。

遺産に属する財産の管理、利用關係に關しては、いづれの説も一致している。(民法の共有規定による。すなわち、共有説・合有説のいずれをとるにせよ、遺産の管理は全員に帰属し、保存行為を各自が単独でなしうる他は、物の本質に変更を加えない限り過半数をもって決する。管理費用は相続分に應じて分、負担する。各自が相続分に應じて使用権をもつ。これらの法律關係は明確に合有制を採るドイツ民法の場合と大体同じである。)

遺産に属する個々の財産の処分は全員共同してのみなし得、各共同相続人は遺産全体の上の持分のみを単独に処分し得る(九〇五条)点も同様である。ただ、一般には九〇五条は共有説、合有説の当否に關連する論点の一つであると考えられがちであつた。特に合有説の側から、九〇五条は合有説からは当然の規定であるが、共有説にとつては無用の規定であり矛盾であると強く主張される⁽²⁾。けれども、九〇五条は共有論にとつても必ずしも無意義とは考えられていないし、個々の財産の上の持分の全部を同時に譲渡出来るということによつて相続分譲渡の理論的・實際上の意義を全く否定することは無理であるから、九〇五条の存在をもつて両説の対立点と考えることは出来ない⁽³⁾。

したがつて共有説と合有説との分岐は、もつぱら個々の目的物の上に存する持分⁽¹⁾物權的持分權の処分(譲渡だけでなく、担保物權の設定、差押えをも含む)ができるか否かにある。(この面ではB・C両説の対立は無視しうる)。勿論、共有説は肯定し、合有説は否定する。しかし、新法で附加された九〇五条但し書の適用の結果、實際上の結論においては両説とも——一部の學説を除けば——殆んど一致せざる得ない⁽⁴⁾。したがつて、この點に關しては九〇九条及びその但し書の理解の仕方を中心とする説明ないし理論構成上の差異が残るだけであるが、これも従来考えられていた程深刻なものとは思われない⁽⁵⁾。

- (1) 註釈相統法上一四九頁(山中)、我妻——立石・前掲四一七頁、石田「遺産の共同相続」一一九頁、Kipp, Coins, Ehebrecht, S. 475 ff.
 (2) 石田・前掲「遺産の共同相続」一二六頁。来栖・前掲五六卷通頁一一六一頁もこの主張は「必ずしも不通な立論ではない」と云う。

(3)

柚木教授は、九〇五条の相続分の譲渡が共有説と矛盾するかのごとくであるが「権利の容体としての全相続財産なるものを認めない民法が示したところの一つの譲歩であつて、矛盾というよりはむしろ調整」であるとしてその意義を認める（柚木・前掲論文一六九頁）。

九〇五条の相続分の意義・内容についてはより具体的に次のように色々な表現ないし構成が可能である。……「相続権（相続人たる地位）」註釈相続法一八一頁（薬師寺）、（譲渡人の権利義務を包括する）「相続人たる地位」（石田・前掲論文一三五頁）、「共同相続人の一人たる地位」（我妻↓立石・親族法相続法四四頁）、（相続人の地位でなくて遺産の共同相続関係における共同関係者たる地位である）（来栖・前掲論文一五六頁、ちなみに *Krupp-Coins. n. O. S. 483* も同旨であると解する）。右の前三者は大体 B 説のものであり、大同小異であろう。右来栖説がより積極的に「共同相続人の共同体における社員権（地位）」（前掲一七三―四頁）として構成されるように、C 説では相続分を団体的地位として把握する（五六頁の川島説参照）。いずれにせよ、共同相続人の法的地位としての遺産全体に対する持分の譲渡は共有説にとつても實際上必要であり、また理論的に説明がつく。共有説によつても常に一定割合の債権債務が各共同相続人に分割しつくされるとは限らないし、共有と云えども一種の協同関係にある以上、各自に分属した所有持分や債権債務の総称以外に相続分なるものを認め、法律構成する余地があろう。また仮りに、相続分が法的には遺産に対する各自の持分の総体にすぎないとしても、相続財産の経済的・事実上の全体的関連性にもとづいて法がその譲渡の必要性を特に規定したとすればそれは全く無意味なことではない。

(4) 有泉↓加藤編・相続一六三頁（唄・有泉発言）、甲斐・前掲論文一六九頁。

(5) 九〇九条およびその但し書の理解の仕方、ないし但し書の学説に与えた影響については既に多くの論著があるので改めて言及しない（前掲、来栖・柚木・甲斐などの諸論稿の他、註釈相続法一四七頁以下―山中、二〇三頁以下―加藤に詳述）。ただ、本稿に関連する二・三の点を確認しておきたい。(1) 九〇九条本文はもともと共有構成を前提とするものであり、少なくとも沿革（来栖・前掲論文九二七頁以下、二五七頁に詳述）または規定の構造そのもの（組合に関する六七六条と比較せよ）に忠実な限り共有制を根拠づけるものである（従つて旧法下でも共有説が多かつたのも当然である）。しかし、この規定の適用の結果は、持分処分を事実上否認する限り合有制と同一になり旧法下の合有説の有力な根拠となり得た。ところが、新法で附加された但し書は、論理的にも事実上も共有により適合的であり今日の共有説優勢の起因になつたが、しかも合有説にとつても理解しえなくはない（尤も川島教授は無用とし、中川教授は例外的意義より認めない）。右のことは九〇九条の規定そのものが何れの説にとつても自説の根拠づけとして決定的たりえないことを示している。（九〇九条本文はフランス民法八八三条に由来するが、後者についてもそれを共有説・合有説のいずれから

も説明可能であり、その結果、どちらと結びつけて解釈するかは結局他の判断を前提することになるのではあるまいか。……来栖・前掲論文・九二七—九三〇頁参照)。ことに、合有の根拠として不十分なことは同条適用の効果を考えれば明瞭である。(同本条の分割の適及効はあくまでも「法の擬制」にすぎない(共有説では当然であるが、合有説—近藤・前掲書六一—二頁、中川・前掲書二三九その他もこれを認める)ことを確認した上でそれに附随する諸問題を考えねばならない。(例えば、次頁(同参照)。

(四) 次に、遺産分割の時点に焦点をおいて共有・合有両説の差異といわれている点を検討しよう。一般的に云えば、分割前の共同相続関係の法的性質をどう考えるということは、遺産分割の時点においては——その基準、方法、手続その他多くの附随的問題の解釈については殆んど実質的な影響を及ぼさない。もし、そこに差異を結果するとすれば説明の巧拙の差異にすぎないと考えて差支えなからう。

各共同相続人はいつにても遺産分割の請求をすることが出来る(九〇七条)。この点において組合財産や夫婦共通財産の場合と決定的に異なっており、共同相続財産の合有的性質に疑問をなげかける。この際、遺産分割が単純な共有物分割と趣を異にし個々の財産の分割ではなく全遺産の綜、合分割手続であることは、共有物分割の、遺産に関する(法)の定める)具体的現象形態にすぎないのであり、この点を把えて合有の特徴ないし合有説の論拠とすることは正しくな^(一)いと思^(二)う。

遺産分割は、それまでの暫定的な法律関係——技術的意味での共有(合有)的關係を終了させて、遺産を各共同相続人に具体的事情に応じて適切に、かつ現実的終局的に配分する手続である。このことを素直に理解すれば、共有説合有説の対立論点であるかの如くに考えられている次の諸点が解決するであろう。

(イ) 共有説をとれば九一二条(旧法一〇一四條)が空文に帰す、というのが九〇九条と並ぶ合有論の大きな根拠で

あつた。しかしながら、この主張は妥当なものでない。共有的構成は必ずしも可分債権債務が分割の対象たりえないことを帰結しないからである。

(ロ) 九一条の担保責任に關しても両者間に論争があるかのごとくであるが、それは一部の論者によつてであり、遺産分割が実質的に持分相互の(有價的)移転・交換行為であることは何れの説も認めるのであるから、共有・合有の何れの説をとるにせよ当然に担保責任が認められてよい。

(ハ) 遺産債務の取扱いに關連して云えば、分割前のそれと分割後のそれとは論理的に別問題であり、強いて双方の連続性・統一的解釈を求めらるる必要がないのであるから、分割前の遺産債務の考え方は分割後のそれに直接影響しない。

(1) ここでは、若干の個々の解釈について検討するだけである。全般的視角からの考案は、玉田・遺産「共有」の理論——遺産分割の性格を中心として——(法律論双三三卷五号)参照。

(2) 同旨——中川編・註釈相続法上一八五頁(有泉)。

(3) 遺産分割が個々の共有物についての分割でなく全遺産の綜合分割手続であるということは、單に分割の仕方——遺産という特殊・具体的な共有物の分割の方法の問題であつて、この点に通常の共有と違う特質を見出して合有と呼ぶことの一論拠とする(我妻—立石・親族法相続法四一五頁、我妻・民法大意下卷五八〇頁)のはあまり意味がない。より重要なのは分割請求(Auseinandersetzung; Teilungを包摂する)の自由をもつか否かである。この点で遺産共有は他の合有關係と決定的に異なるので、(基礎關係としての)人的結合の要否と關連して)合有の本質如何が改めて問われる一因ともなるであろう。尤も中世ゲルマン法でさえそうであつたように、分割請求権の有無は合有の本質に關係ない(来栖・前掲二七〇頁)ということであれば、その限りで問題は解消する。

(4) 石田・前掲「遺産の共同相続」一二七頁、来栖・前掲論文一一六一頁(但し、教授はこれをもつて「充分な理由とはならない」と云うが)など。註釈相続法上一四四頁(山中)はローマ法的構成をつらぬくとすれば「九一条が空文になるのも止むをえない」という。尙、共有論者の一部も、当然分割債権と解することは九一二条の担保責任を無意味ならしめる(したがつて共同不可分債権と解さねばならぬ)、と主張する(青山・家族法論二九四頁)。

(5) 合有論者は共有的構成をとれば可分債権債務がすでに当然分割されてしまつており、分割の対象となりえない、と云う。けれども共有と云えば常に可分債権債務が当然分割されるわけではなく、また共有といえども総合的遺産分割を予定した上での暫定的な権利帰属関係であつて、遺産分割は一応各共同相続人に観念的に帰属した物または債権債務をも含めて全体的観点から分配を定めるのであるから、当然可分債権債務も理論上は分割の対象となる(同旨、註釈相統法上・一八五頁(有泉)、山中・共同所有論八六頁、藪・「債務の共同相続」(家族法大系VI)二三五頁)。かかる考え方は決して無理(註釈相統法上二二〇頁→加藤)でない。

(6) 前述六四頁註(5)の如く、分割の適及効が或種の目的をもつた法的擬制である以上、分割時に持分の移転・交換行為があると解するのは当然で、共有・合有を問わず法的擬制の目的に反しない限りで通常の(有償性に基づく)担保責任と解してよいのではないか。尤も、移転主義→(有償性に基づく)当然の担保責任、分割の適及効→宣言主義→法定特別責任という論理に従つて後者をとる方が解釈論の筋かも知れない。だがいずれにせよ、担保責任の発生は分割時に持分が実質的に移転することを認めることのコロラリーであり、決して「合有と解すれば遺産分割は一種の有償的給付であるから」(川島・民法(三)一六八頁)当然なのではない。

(7) 有泉→加藤編・相統一九〇頁(頃発言)。

(四) 今日では共有説と合有説との実質的な差異→両者の対立の意義は共同所有の側面においてではなく、むしろ債権債務、ことに債務の共同相続の側面において現われる、ということとは従来も屢々言われている。したがつて、この点の詳細な論証をぬきにして共有・合有の対立の意義を過小評価することは、最も重要な焦点を見過した早計論であると評されるであろう。だが私の考えるところによれば、以下の行論から察せられるごとき理由によつて或程度かかる批難を免れることが出来るのではないかと思う。

ドイツ民法の合有制が主として遺産債権者の保護を企図して採用されたこと、またわが国の合有論者も債権債務ごとに債務の取扱いに大きな配慮をはらつてきたことは事実である。だがその結果果して、債権債務に関するわが国の合有学説は合有説と呼ばれるにふさわしく理論上・實際上明確に他のものから区別されうるだけの特徴をもつた法律

構成を一般化したであろうか。他方また、共有説においても、旧来の共有説固有の考え方——分割債権債務説の立場を貫いているであろうか。その何れについても直ちに肯定することは困難であろう。とすれば、債権債務ことに債務の共同相続に開しても、共有論と合有論の対立がことさら重要な意義をもっているか否かがかなり疑わしくなってくる。そこで次に、大まかな観点から右の疑問を起させる理由を提示して債権債務の共同相続の法的構成に関する学説の検討に代えたい。(3)

(なお債権に関しては、若干の特殊性を考慮しさえすれば積極財産の一環として考えて差支えないのであるから、以下では主として可分債務を念頭におきながら考察していることをお断りしておきたい)。

先ず最初に、諸学説が遺産債務の共同相続についてどう考えているかを先にあげた諸類型との対応関係において示せば大凡そ次のごとくである。(3)



右の図式から直ちに推察されることは、共有論↓分割債権債務、合有論↓合有債権債務という旧来の思考形式が今日ではかなりくずれていることである。共有説・合有説の両極端に位する分割債務説 a・合有債務説 b を採るものは非常に少ない。共有説をとるものの比較的多数者といわれる不可分債務説は共有説の論理的帰結である分割債務説 a

から遠のき、後者にはむしろ合有説1につらなる分割債務説b及び合有債務説a——この両者は殆んど実質的差異をもたない——が近くなつてゐる。合有債務説中aとb説とは、ひとしく合有債務と呼称しているが、かなり異質的な構成をとつてゐる。

右の事実から次のことが明らかである。(1)積極財産の共同相続に関する共有的ないし合有的法律構成と遺産債務に関するそれとは必ずしも対応を示さない(むしろ、対応関係を示す場合が極少数である)。このことは、遺産債務の法的構成は、常に遺産共有に対する基本的考え方によつて導かれると限らないこと、それと並んで、時にはむしろそれ以上に遺産債権者・相続人相互の利害衡量の観点からなされるものである以上、当然と云えば当然のことである。(2)第二に、今日の学説の多くは、——両極にある少数のものを別とすれば——端的に共有的構成とか合有的構成とかの名称で表現しえない、という点である。(3)したがつて、少なくとも遺産債務の法的性質・法律構成における学説上の争いを共有論対合有論という形で表現することは必ずしも妥当でない、——少なくともそう呼ぶには充分の注意を要する。(4)ここに至つて、共同所有をも債権債務をも含めて凡ての法律関係を包摂した意味での、共同相続関係全体の法律構成ないしその基礎になる考え方に關して、共有対合有の対立の意義を今日でもなお強く意識・評価することは甚だ疑問であるといわねばならない。

(1) 来栖・前掲論文一一七四頁、甲斐・前掲論文一七〇頁。

(2) 債務の共同相続に關する学説ならびにその献討は、藪・「債務の共同相続」(家族法大系VI所収)に網羅されている。本稿はこれによるところ多い。ただし、右論文は本稿執筆時には未発表だったので、本稿は直接には主として同氏・「債務の共同相続關係について」及び「相続債務は遺産分割の対象となるか」(何れも札幌身分法研究会報告プリント版)を参照している。尙、甲斐・前掲論文一七一頁以下参照。

(3) 遺産債務についてはこの他連帯債務説や共有債務説(何れも有体財産については共有説を採る)があるし、また不可分債務説には本文図式とニュアンスを異にする他の説もある(詳細は藪・前掲論文)。

(4) 藪・前掲論文二三三頁、同氏は、ここで、それ故「特にこれを含有債務として構成すべき必要は必ずしもない」という。私も、これに関して、理論構成の仕方の差異とは云え、言葉の使い方がいまいましい言い廻しにかなり近いことであると考える。

四

以上の考察により、遺産「共有」の法的構成に関して留意せらるべき若干の前提ないし問題点を導き出すことが出来たと思う。(1) その一つは、現行法のもとでは共有的構成をとろうと合有的構成をとろうと共同相続関係の法的処理の上ではほとんど実際上の差異をもたらないのではあるまいか、ということである。恐らく本稿からもれた若干の細かい論点を加味して考えてもこの指摘に大きな狂いを生じないと思う。ただこのことは、通常共有説と合有説との決定的な差異の場と考えられている遺産債権債務の問題を一応度外視することである。私がこの点を重視しなかつたのは、前章〔五〕で述べたように、そこでの学説の分岐を共有論・合有論の対立として把えるのは不適切であり、またそれらは「共有論」あるいは「合有論」と呼びうる程明確に対蹠的で統一的な構成内容を示しているとは思われないからである。遺産債務の法的構成において、積極財産のそれとの変差をどれ程評価するか、またことに、その言葉にふさわしい含有債務ないし債務の合有的帰属とはどんなものかについてはなお検討の余地が残されている。(2) 確かに共有説と合有説とは今日においても理論構成の上で、ないし個々の具体的問題来处理・解決する際の理由づけの面では多かれ少かれ差異をもっている。しかしながら、この点の評価についてさえ再吟味の余地があることは本稿で論じた通りである。すなわち、A説(共有説)とB説(合有説1)とは云わば量的差異をもつに過ぎないのであり、それは結局用語

法の問題に帰着すると云つてよい。その際、遺産共有が物権編の共有と若干異なつた趣きをもつことを根拠として直ちにそれを「合有」と呼ぶのは適切でない。それぞれの共同権利関係の具体的現象形態は現実には共有の一般規定を前提としながらその具体性に応じた若干の特則を伴うのは当然のことであり、その特則が一般規定と基本的に異質的なものでない限り敢えて異なる名称を与えるべきでないからである。ことに「合有」という概念は、もともと法史学ないし法思想史上前近代的な共同所有形態を表現する特殊な意味内容をもつものであるから、今日これを解釈学上の概念として使用するにはかなりの吟味を要するであろう。少くともB説の法律構成を「合有」と呼称するのは適切でないと思う。(3)ところが、C説に至れば、共有との法律構成上の差異が明確に現れることになり、少くとも外見上はこれを「合有」と呼んでも必ずしも不適切であるとは云えなくなる。だからC説については、より本質論的に、そこで試みられた法律構成が現行法上可能かつ必要であるか、またそれが近代的合有としての論理的可能性を十分に具えているか否かを検討した上で、用語法の適否(例えば共同相続財産の特別財産性を承認した上で、それによつて生ずる共同相続であるか否か)が問題となるのである。これらの諸点について、本稿では、論じ足りない憾を残したかも知れないが(特に本稿ではC説と云つても川島教授の所説に対する批判に重点がおかれ、私にとつては最も示唆的であり且説)、私の現在までの考究から否定的(得方をもつ来植教授の合有構成の批判的検討により多くのスペースを与えなかつたことが遺憾に思われる)に答えた。(4)このように考えてくると最後に、近代ないし現代法のもとで正しく合有と称せらるべき共同所有形態(ないし共同権利義務関係)が考えられうるか(考えられるとすればどのような構成内容においてであるか)が、より一般的に共同所有ないし共同権利義務関係の種々の態様(類型)に関する論理的可能性ならびに現実的必要性の根本的検討とともに、今後の私共の課題となるであろう。その際、やはり「ギールケを通してギールケを超えて」の標語のもとに古典的合有論のより深い実証的研究と同時に、他方わが国の共同所有に関する法制史学の従来の成果のまたは隣

接社会諸科学の成果の、法学的観点からの）再検討・再構成が要求されるのではなからうか。

以上のように、本稿ではいくつかの基本問題を他日に期している。また、大胆に看過した細かい個々の論点があつたし論証不十分な結論があつたかも知れない。だが、当初の課題―遺産『共有』に関する従来の解釈論上の（共有対合有という）対立はそれ程有意義でないこと―に必要な限りでの考察はなされたように思われる。そして行間から察せられるように、私は積極的には『遺産』共有をそれ相当の修正ないし変容を加えられた「共有」と考え、そのようなものとして構成すべきであると考えているのである。大方の叱正・御教示により今後の発展を期したい。

(三五・一〇・一〇)

附記 近く判例タイムズ紙上に発表される予定の札幌身分法研究会研究報告シリーズの一片をなす拙稿「共同相続の法律関係」（仮

題）には本稿でもれた解釈論点の若干にふれている。本稿と併わせ参照戴ければ幸いである。