The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	相続の根拠
Author(s)	大久保, 邦彦
Citation	阪大法学. 2025, 74(5), p. 23-71
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/100307
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

論　　説

相続の根拠

大久保 邦 彦

相続法は、単に積極財産の分配問題ではない。責任財産を持つ法主体が様々な取引を行っている市民社会の私法体系の中で、所有権のみならず債権債務や契約上の地位など多くの権利義務の帰属点である法主体が消失するという事態を消化する、複雑な仕組みである（水野紀子[1]）。

従来相続の根拠は、相続の積極面、積極財産の取得を中心として考察されてきたように思われるが[2]、私は、相続の消極面、債務の承継＝相続人の責任をも考慮して展開されねばならないと考える（泉久雄[3]）。

Ⅰ　はじめに

本稿は、科学研究費補助金の助成を受けた「民法解釈における法原理の諸相と機能」という研究課題の一環をなすものである。わが国では、民法の他分野と同じく、相続法においても法原理に遡る研究は流行らないが[4]、本稿では、相続の根拠について考えてみたい。

「相続法は、ときには外からは中をうかがうことができない混沌としたもの、そこに通暁した専門研究者や熟達した実務家だけが自由に行き来することができる世界[5]」とも言われるが、少し前に『新注釈民法⒆相続⑴』が刊行されたので、同書の冒頭部分（吉田克己「相続総論」）の構成に沿って考察を進めることにする[6]。

吉田は、相続法の基本的課題を「人の死亡によって帰属点を失った……財産上の権利義務を、誰にどのように承継させるか」を規律することと捉える[7]（民法896条本文も参照）。したがって、相続の根拠を考える際には、①被相続人か

ら相続人に権利が移転することを正当化する根拠だけでなく、②被相続人の義務（債務）を相続人に引き受けさせることを正当化する根拠を考える必要がある。

Ⅱ　相続制度否定論

歴史的には、相続による財産承継の可否が問題となったが、吉田は、私有財産制度の否定に帰着する相続否定論を過去の議論と評価する[8]。相続否定論については、社会主義国ソビエトにおいて相続法が一時期廃止された経緯（**1**）と、相続制度に否定的な法哲学者・森村進（**2**）、哲学者・ハズレット（**3**）の見解を見ておく。

1　相続廃止の「社会実験」（ソビエト）

1917年11月７日（ロシアで慣用されていたユリウス暦では10月25日）の十月革命（ロシア革命）後のロシア共和国[9]は、相続制度を廃止し、国家による遺産の承継を認めたが、戦時共産主義下で経済が破綻したことなどにより、1922年に相続制度は復活する[10]。その経緯を簡単に振り返っておく[11]。

まず前史として、1848年のマルクス＝エンゲルス『共産党宣言』では「相続権の廃止」が謳われている[12]。それは生産手段の私的所有[13]が廃止されるまでの過渡的措置であり、生産手段の私的所有が廃止されるとその相続権は消滅すると考えられていた[14]。他方、生活手段の所有は維持され[15]、マルクスにはその相続を否定する意図はなかったと思われる[16][17]。

ところが、ロシア共和国の「相続廃止布告」（1918年４月27日）は、生産手段と生活手段とを区別せずに[18]相続を全面的に廃止した[19]。

１条　相続は、法定相続たると遺言相続たるとを問わず、廃止される。財産所有者の死後、その所有者に属した物は、動産と不動産とを問わず、ロシア社会主義共和国の国有財産となる。

しかし、経済状況が破綻したために、1921年に新経済政策（NEP）が開始され、1922年５月22日の「市民の基本的財産権に関する布告」６条により「１万金ルーブル[20]の価格範囲内において、配偶者および直系卑属のための遺言相続または法定相続」が認められることになった。この布告の前文では、貯蓄性向と財産形成を再び促進する必要性が指摘されている[21]。

1922年11月11日にはロシア共和国で民法典が制定され（1923年１月１日施行。1922年12月30日にソビエト連邦が成立している[22]）、相続債務差引後の１万金ルーブルに限定して、市民の個人的所有権、小規模の勤労的私的所有権だけでなく、資本主義的私的所有権を含む、一切の所有権の相続が認められ（１万金ルーブルを超える部分は国有化される）、①直系卑属（子・孫・曽孫）、②生存配偶者、③少なくとも死亡者の死亡１年以前から事実上死亡者により完全に扶養されてきた、労働能力なくかつ資産のない者（非血縁者でもよい）が相続人となる旨、規定された[23]。

その後、生産手段の私的所有の減少に伴い、1926年１月29日に相続法が改正され、１万ルーブルの制限が撤廃された[24]。

1936年には生産手段総額の中で社会主義形態が占める割合が98.7％に達し[25]、同年12月に制定されたソビエト社会主義共和国連邦憲法（スターリン憲法）10条では、「……市民の個人的所有の相続権は法律により保護される。」と規定された[26]。

1938年の民法教科書では、「社会主義の勝利により設定された諸条件の下では、搾取者階級はすでに根絶され資本主義的所有は廃止されて、相続権はもはや搾取の源泉とはなりえない」と解説されている[27]。また、憲法制定後のソビエトの文献では、1918年の「相続廃止布告」は個人的所有の相続権を廃止していないというように歴史が改竄された[28]。

ソビエト以外の東欧諸国では相続法／相続権（Erbrecht）[29]が疑問にさらされることはなく[30]、死亡による財産移転の可能性がなければ、自己の労働に基づく個人的所有（das persönliche Eigentum）の保障は不十分にしか実現されないと認識されていた[31]。

2　法哲学者・森村進の見解

森村[32]は、遺贈を基本的に否定し[33]、法定相続を限定的に認めるが[34]、その立論の基礎にあるのは、自己の身体や自由への権利とそこから導出される財産権を総称する「自己所有権」と呼ばれる思想（自己所有権テーゼ）である[35]。

自己所有権の概念は譲渡の権能を含むが[36]、死亡により自己所有権（その結果、遺産の処分権）は消滅するので、自己所有権に基づき遺贈をすることはできない[37]。他方で、生前贈与は無制限に認められ[38]、贈与税も否定すべきだとする[39]。

森村は法定相続を限定的に認めるが、相続の根拠として挙げられているのは、①遺族の生活保障〔扶養〕、②家族が遺産形成に果たした「内助の功」〔清算〕、③自己の財産を家族に遺せるという考慮が経済活動の動機の一部になっている事実〔経済的効率性〕である[40]。そして、相続が正当化できない遺産については、無主物として先占の対象とするのではなく、国家の財源を確保するために（経済的平等、財の再配分は目的としない[41]）、国家が取り上げることが正当化されるとする。リバタリアンである森村は国家（政府）の存在を肯定するが[42]、国家の財源は、生者の所得や消費に対する課税よりも、死者の財産の取り上げによって調達するほうがましであるとして、相続税の強化を主張する[43]。

死者の債権者は、その債権の範囲で遺産に対し権利を持つ[44]。

3　哲学者・ハズレットの見解

「法原理」と称されるものには種々の性質のものがある[45]が、相続の根拠（あるいは相続を否定する根拠）として重要なのは、「最適化命令としての原理」――あることが、法的可能性と事実的可能性に相関的に可能な限り高い程度で実現されることを命じる規範――である。「最適化命令としての原理」は、その構造上、他の「最適化命令としての原理」と衝突するが、その衝突は条件付き優先関係の確定によって解決される[46]。ハズレット――森村は彼を「『機会の平等』という理想から相続制度の事実上の廃止を提唱する論者のなかで……一番詳細な議論を行っている」と評価する[47]――は、まさにこの手順を踏んで、相続制度を検討している[48]。

ハズレットによると、（互換的に用いられる）理想（ideals）や価値（val-

ues）は、善（good）たるものの輪郭を描くので、完全に実現されえないにしても、追求されるべきものである。理想は絶対的か一応のもの（prima facie）かのいずれかの可能性があるが、相続について議論となる理想はすべて一応のものである（p.238）。この記述に、理想や価値が「最適化命令としての原理」であることが明確に示されている（p.235. p.263も参照）。

ハズレットは資本主義を支持する（p.235, p.264）。資本主義の基礎には、①生産性（productivity）に応じた分配（分配的正義）、②（正義の基本的条件たる）平等な機会、③（積極的）自由という３つの理想があるが、相続制度はこの３つの理想に抵触するので正当化されないという強い推定が働く（pp.238-245）。しかし、他方で、相続を廃止し、政府が死者の財産を承継する制度では、④財産の管理費用（administrative costs）が必要になるほか、⑤家宝（family heirlooms）や家業の承継に対する家族の期待が害されるが、④⑤には相続制度は正当化されないという推定を覆すほどの重みはなく、以下の妥協案により④⑤の不都合の大部分は回避される（pp.254-257）。その妥協案とは、各人が一生涯のうちに相続（受遺、巨額の受贈を含む）できる額に、上限（たとえば1990年のアメリカで10万ドル）を付す案である。ただし、例外的に、配偶者や慈善団体に対する無制限の遺贈、未成年子その他の被扶養者に対するある程度の遺贈などは認められる（pp.245-247, pp.257-261）。

政府が死者の財産を承継することにより生じる管理費用について、学説で言及されることは稀であり、その指摘は注目に値する。ただし、ハズレットが想定しているのは、政府や慈善団体への財産の集中を避けるために必要となる積極財産の処分（売却）にかかる管理費用であり（pp.254-255）、相続債務の弁済など遺産の清算にかかる管理費用には言及がない。

Ⅲ　相続の根拠

以上の簡単な検討の中でも、相続の根拠となりうるさまざまな法原理が登場した。吉田は、『新注釈民法(19)』において、以下の **1** ～ **5** の見解に検討を加えている。[(49)] ただし、吉田自身は、従前の相続根拠論は、現実の相続制度の存在根

拠を説明しそれを正当化する性格が強く、相続法解釈や相続制度設計の指導原理・参照規準として機能していないと述べ、相続制度設計・相続法解釈の際には、国民の意識を含めた社会的事実[50]や、憲法上の諸原則（例、憲法14条の平等原則。民法２条の「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」は憲法上の諸原則の具体化）が参照されるべきだと説いている[51]。

1　意思説

(1)　内容と批判

意思説は相続の根拠を被相続人の意思に求める。意思説は、「被相続人の所有権に基づく処分の自由の帰結として遺言に第一次的重要性を認め、法定相続における相続人の範囲・順位とその相続分は、死者の意思の推測に基づくものと考える。意思説によれば、遺言相続が相続の本来のあり方であり、法定相続はそれを補完する制度である[52]」。

意思説の淵源はグローチウスに求められる[53]。しかしまず、所有権から遺言権を導くことに対し、プーフェンドルフは、死者は死亡時から所有権の主体ではないので死者と生者との間に譲渡が成立することはありえないという批判を加える[54]。自己所有権の概念は「譲渡」の権能を含むが、死亡により自己所有権（遺産処分権）は消滅するので、自己所有権から遺贈の権利を導けないとする森村の見解（Ⅱ２）も、この批判と類似する。ただし、プーフェンドルフは、遺言権を確立させる社会契約が存在するという前提を承認して[55]、結論としては意思説を是認する[56]。

(2)　所有権から遺言権・相続権を導く論法について

所有権から遺言権を、遺言権から相続権を導く論法については、出発点となる所有権が――国家法の制定は不要としても――所詮 conventional なものにすぎないので、決め手に欠ける[57]。たとえば、ヒューム[58]によると、

> 財の保有の固定に関する規則（the rule concerning the stability of possession）は、徐々に生じ、ゆっくりとした進行を通じて、その規則に背く

ことの不都合が繰り返し経験されることによって、〔強制力が〕強くなるが、だからといって人間の合意（human conventions）から引き出されないことにはならない（45頁）。

この合意（convention）〔外的な財の保有を固定する合意〕は約束という本性（the nature of a promise）のものではない（44頁）。

われわれの所有物（property）とは、その恒常的な保有が社会の法（the laws of society）によって、つまり正義の法（the laws of justice）によって確立された財にほかならない（45頁）。正義は人間の合意（human conventions）から生じる（48頁）。

正義の規則は人為的（artificial）ではあるが、思いのままになるもの（arbitrary）ではない。また、その規則を『自然法（Laws of Nature）』と呼ぶのは、表現として不適切ではない（39頁）[59]。

ロック所有論の再生を図る森村[60]は、自己の身体や自由への権利を「狭義の自己所有権」、そこから導出される財産権を含めたものを「広義の自己所有権」と呼び、両者とも道徳的・前国家的な「自然権」であるとし（注(35)）、「自然権」については、「自然権論者は自然権を〈普遍的に認められるべき道徳的権利〉という意味で自然だと考えている」、「『自然権』は……人間性や道徳感覚から自然に正当化できる基本的な権利と理解すべきである」、「それは国家的強制がなくても慣習的に（＝自然に）実現されていることも多い」と説明する[61]。

ホッブズ[62]のように、自然権を生得的権利と捉え、自然法には自然権の確保のための補助者という従属的役割を与えるという説によるならば[63]、人は身体を物理的に支配して生まれてくるため[64]、身体に対する権利は生得的権利たる自然権と呼ぶにふさわしい。身体については、強制的な臓器提供のくじの制度に対する森村の批判[65]も説得的であり[66]、身体に対する自然権を認めることに問題はない。

それに対して、人は財産を物理的に支配して生まれてくるわけではないので、財産権はそもそも生得的権利ではない。財産につき自然権を認めるとしても、それは convention に基づくものなので、身体に対する自然権とは逆に、自然法（convention）が主で自然権が従となる。

スペンサーは、「権利の創造と称されるものは、社会生活を営む人々の個人的欲求から自然に生ずる権利の主張と承認を形式的に裁可し、よりよく定義すること」だから、諸法典の細部は異なるが、諸権利は「根本的な点では一致している」と言う。[67] しかし、ローマ的所有とゲルマン的所有が生じた（注(13)）という一事を取り上げただけでも、その言明の正しさは疑わしい。ある種の所有権を前提にして、その論理必然的帰結として遺言権（遺言の自由）や相続権を導く論法には、普遍的妥当性がない。[68] 実際、森村は自己所有権から遺贈の権利を導くことを否定していたし、逆に、相続はあるが私的所有がない社会も存在する。[69] たとえば、西欧封建社会における封土は、最初は一身専属的であったが、後に相続されるようになり、最後に譲渡可能になった。譲渡不能の財産が相続される時期があったわけである。[70]

結局、所有権から遺言権・相続権を導く論法については、出発点となる所有権が conventional なものにすぎず、一義的な答えが出ないため、あまり意味がない議論である。convention を持ち出すのなら、最初から遺言権・相続権の convention を問題にすれば足りるであろう。

(3)　遺言権から相続権を導く論法について

それに対して、遺言権を認める前提に立つならば、死者の意思の推測により遺言権から相続権を導く論法には生物学的基盤がある。相続制度の根拠として血縁者への愛情を挙げる見解（ボアソナード、[71] 四宮和夫[72]）もある。[73] 血の代償説を採る鈴木禄弥は、「生物学的な血の連続に伴って、財産も伝えられなければならない理由は明らかではな」いと言うけれども、[74] 利己的遺伝子論[75]によると、血族に対する相続の結果、「自分の一族が生き延びれば、自分の遺伝子が次世代に受け継がれる確率は高くなる」。[76] このように血族間の相続には生物学的基盤がある。[77] 遺言権から、遺伝子に操られた意思を通して、相続権を導くことは可能である。

(4)　債務承継の正当化

権利の承継を死者の意思（の推測）によって正当化できるとしても、債務の

承継を死者の意思によって正当化するのは困難である。[78] 相続人の意思を持ち出すほうが有望である。

たとえば、「『父債子還』を理想とする我国に於ては、被相続人の名誉を重じてその冥福を祈るべき相続人は、仮令相続財産が相続債務を弁済するに不足なる場合でも、自己の財産から或は自己の労働所得からその弁済をなすべきである」という見解（近藤英吉[79]）のように、債務を履行しないという誹謗から被相続人を守るという相続人の希望という説明[80]が考えられる。[81] しかし、社会倫理を維持する目的で個人に義務を負担させるのは、自由主義を基調とする社会では望ましくない。[82]「私的自治の原則によれば、人は、自己の意思によらずに権利義務の承継を強制させられるべきではない。そこで、相続人は、相続を承認・放棄することができるようになっている」。[83] 日本民法に即して述べるならば、単純承認者が相続債務につき無限責任を負う（民920条）法原理的根拠は、単純承認を消極的に選択した（限定承認・相続放棄をしなかった〔民921条2号〕）という単純承認者の意思ないし自己責任に求めることができる。[84] 消極的選択が単純承認者の厳格な責任を基礎づけることに対しては、疑問が出されているが、[85] 遺産の分別管理がされないと、遺産は散逸し、相続債権者は遺産から満足を受けられなくなる。[86] 相続債権者は通例、債務者の死亡を直ちに知ることにならないので、責任財産を保全することや、相続人が遺産を固有財産と主張した場合にそれを否定することは難しい。[87] それゆえ、責任財産の散逸を防ぐために、無限責任を免れることを望む相続人に厳格な負担を課すことは正当化できる。[88] 他方で、遺産と相続人の固有財産が混合すれば、相続人の無限責任を認めるしかない。[89]

また、相続人が厳格な手続を履践したときは限定承認者として有限責任を負い（民922条）、遺産の管理・清算義務を負担するが（民924条、926-932条、934条、936条）、それも限定承認者の意思によって基礎づけることができる。

限定承認を原則とする法制度や主張もあるが、[90] デフォルト・ルールが異なるだけなので、その場合も単純承認・限定承認の効果を相続人の意思ないし自己責任に帰すことは可能である。

(5)　現行法との整合性

意思説と現行法との整合性については、たとえば、以下の諸制度との関係が問題となる。

まず、意思があっても、方式を欠くと、遺言の効力を生じない（民960条）。次に、一定の事由がないと推定相続人を廃除することができない（民892条）[91]。また、遺留分（民1042条）に反する遺贈に対しては、遺留分侵害額請求が可能である（民1046条）[92]。

(6)　小　括

相続を意思により基礎づける可能性は否定されないが、相続の根拠を意思だけに求めるのも困難である。そのため、客観的要素に着目する以下の見解（**2**～**5**）が、意思説に対峙する。これらの見解は、遺言相続ではなく法定相続を相続の本来のあり方と捉える[93]。

2　清算説

「被相続人の財産形成は家族の協力なしには成しえなかったであろうから、相続財産の中には家族の持分が潜在的に含まれている[94]」という前提[95]の下、清算説は相続の根拠を潜在的持分の払戻しに求める[96]。

たとえば、アダム・スミスは、次のように述べる[97]。

「血縁による相続人の権利は、つねに優先的なものと考えられているが、しかしこの権利はけっして故人の推定された意思にもとづくものではない。もしわれわれが最も初期の相続を考察するならば、それが人のつながりよりも品物のつながりにもとづいていることが、わかるだろう。父と子どもたちはいっしょに住み、かれらが持つどんな所有物でも、共同の取得者たちであったから、父が死んだときには、子どもたちは、父との関係によるよりも多く、それらを取得するのに投じたかれらの労働によって、その品物にたいする共同の権利をもった。」

清算説に対しては、被相続人の財産形成に全く寄与していない者も相続しうる等の批判が加えられている[98]。

3　扶養説

扶養説は、相続の根拠を遺族の生活保障に求める。[99] ロシアでは、親族関係はないが扶養を受けてきた者（例、内縁の配偶者、事実上の養子）も一定の要件の下で相続人となりえた（Ⅱ 1）。[100]

しかし、ヘーゲルは、「子どもが財産を相続するについて、その財産が扶養や教育の費用となる、という理由をあげる人もいるが、その理屈は、すでに教育を受けて自立した子どもには当てはまらないし、自立しない子どもについても、扶養と教育に必要なものだけをあたえればいい、ということになる」と批判する。[101] 岡村司も、扶養義務は死後に存続しない、自活の資力のある者も相続できる、扶養権利者と相続人の範囲は異なる（扶養権利者でない者も相続できる可能性がある）、といった批判を加えている。[102] 伊藤昌司は、「相続も扶養も、それぞれが人類の社会制度の基礎である親族制度を作り上げている副次的諸制度の一つなのであり、その一方を他方で説明しても無意味」だと批判する。[103]

4　取引安全説

以上の 1 ～ 3 の見解が、遺産のうち積極財産に着目するのに対して、取引安全説は、債務（消極財産）の承継を念頭に置く。債務がその主体の消滅に伴い消滅するならば、取引社会が要請する権利安定が確保されないため、債務は原則として債務者の相続人に承継されなければならないとする。[104] たとえば、次のように説かれる。

「無遺言で死亡した者の財産が無主物先占の対象となるとすれば、死者の債権者の不利益となる」。[105]

「金を貸した当の本人が死ねば、借主は返済しなくてよいというようなことでは、信用経済が安定しない。……債務者が死ねば、債権も消滅するということでは信用経済は不安定になる。債務者の遺した財産は相続人に行き、債権者はただ傍観する他はないというのは不権衡でもあろう」。[106]

「積極財産と合わせて消極財産をも相続人に承継させる根拠は、相続債権者の保護及びこれによる法的安定性の確保という点にもあるというべきである。すなわち、相続人が遺産の中の積極財産だけを相続し債務は相続しないという

ようなことを認めることは、積極財産を引当てにしていた相続債権者の利益を不当に害する結果となり、到底容認できない[107]」。

「もし相続という制度がなく、被相続人の権利義務（特に義務）が誰にも承継されないとすると、高齢者と取引を行って高齢者に対する債権を有するのはリスクが大きいということになり、高齢者の生活は困難に直面することになる[108]」。

5　公益説

公益説は、「相続制度は、私有財産制度の下での『一国の富』の増殖と『民人の幸福』の増進を確保する制度であって、国家経済上大きな意味がある」（柳川勝二）とする[109]。

1902年のテーズ（Le fondement du droit successoral en droit français）で、ヴァリエ（Ernest Vallier）は、「人間の活動の真の動機が個人的利益であるとすれば、私的所有を相続によって支えるのでなければ、人はその経済活動を中途で止め、既に蓄積した財産を後は消費するだけに切りかえるであろうが、相続制度は人がその子孫のためにも活動を継続し貯蓄を行うよう刺激する……。かくして、相続は、……経済的進歩の条件であ〔り、〕……それは社会的利益に基づく」と述べている[110]。

ボンフィスによると、経済状況を破綻に導いた「相続廃止布告」から、新経済政策（NEP）・相続制度の復活というソビエト法の歴史は、公益説の正しさを雄弁に語る例である[111]。

6　小　括

最近のある相続法の教科書は、以上のうち、**4**・**5**を「相続制度の必要性」、**1**～**3**を「相続の根拠」（誰に承継させるべきか）と分けて、**1**～**3**のいずれかで現行民法の規律を完全に説明するのは困難であると説明している。意思説（**1**）に対しては、死者の意思に合致しない法定相続の存在を、清算説（**2**）に対しては、遺産形成に対する相続人の貢献や共同生活の有無・程度を現行法が考慮しないことを、扶養説（**3**）に対しては、扶養を要する未成年者が相続

人となるのは例外的であることを指摘している（上記の**1**～**3**の学説が簡潔にまとめられている[112]）。個別具体的な諸事情をすべて考慮に入れて立法をすることは、法的安定性や合目的性の観点から不可能であるため[113]、**1**～**3**の学説に対する批判は適切である。しかし、それらの学説が一定の説得力を持つことも確かであり、無主物や国家帰属という選択肢に比べるならば、積極財産の帰属先としては、ましであろう[114]。

他方で、取引安全説（**4**）は、かなりの説得力を持つ。死者に対する債権を実現するためには、死者の財産関係を清算するか、死者の債務を誰かが承継することが必要である。後者の選択肢を採るのであれば、誰が承継するか――死者と緊密な関係のある親族・配偶者か、国家か、その他の選択肢か――が問題となる。次のⅣで検討する。

公益説（**5**）も一定の説得力を持つが、主張内容の正しさを判断するためには実証研究が必要なことと、理想とする経済体制（資本主義・定常型経済など）によりその評価は分かれるので、本稿ではこれ以上触れないことにする。

Ⅳ　相続制度の必要性

相続制度を否定した場合にどうなるか、について、思考実験をしてみる。相続制度を否定した場合には、遺産の帰趨とその管理・清算が問題となる。権利と義務に分けて検討する。

1　権利（積極財産）の帰趨と管理

相続制度を否定した場合における積極財産の行方として現実に問題になるのは、(1)無主物になるか、(2)（地方自治体を含む）国家に帰属するか、であろう。それ以外の選択肢も考えられるが[115]、この両者を検討しておけば、あとはその応用として解決できるであろう。(1)無主物になるという説を採る場合には、債権や知的財産権など所有権以外の権利の帰趨も問題になる。

(1)　無主物になるとどうなるか？

ジェファーソンは、「いかなる個人が占有していた部分も、彼自身が存在しなくなれば彼のものであることをやめて、社会に戻る。もし社会がその単独保有の土地の専有について何のルールも定めていなかったら、その土地は最初の占有者たちが獲得するだろう。そしてその人々は通常個人の妻子だろう」と述べていた。[116]

相続の根拠に関する先占説は、無主物先占をめぐる争奪紛争を防止するために、先占の蓋然性の高い人を相続人に定める。先占説は、積極財産のうち物の承継を念頭に置いた説である。フィヒテは、次のように述べる。[117]

「死によって財産は所有主のない物となるのだから、最初にそれを手にした人が新しい所有者になることにすれば、ほとんどの場合、日頃から死者の近くにいる近親者がそれを手にとることになるはずだ。こうして、日常的な偶然事が、実定法を通じて、秩序を守る原則の位置に高められる。」

これに対し、ヘーゲルは、次の批判を加える。[118]

「これでは財産の移譲はまったくの偶然にゆだねられます。所有主のない物は、だれでも手にする可能性があって、そこには理性的なつながりがまったくありません。」

岡村も、先占説によると、死者の病床に仕えていた者が隣人の場合には隣人が相続することになるし、遠隔地にある財産を死者の病床に仕えていた者は相続できないと批判する。[119]

日本民法との整合性については、ヘーゲルや岡村が批判するように、先占説は誰が相続人になるかにつき十分に説明できないし、不動産の先占はそもそも認められていない（民239条２項）。

所有者が死亡すると無主物になる（＝所有権は消滅する）、という発想によると、所有権以外の権利も消滅することになるだろう。[120] 実際、預金債権については消滅を認める説があり、[121] 知的財産権については、相続人不存在の場合に国庫帰属（民959条）を否定して権利消滅を認める諸規定がある。[122]

瀕死者の死を待って、多数の者が死者の財産をめぐり先占を競い合う事態は、パン食い競争や椅子取りゲームを彷彿させる。[123] 先占説が主張するように、無主

物先占をめぐる争奪紛争は、法的安定性の下位原則たる法的平和[124]の観点から否定すべきである。無主物化の回避は最低限必要である[125]。

ただし、死後の個人財産は、無主物になるが、公共的に管理されなければならないという説[126]によると、法的平和は害されないが、以下で述べる遺産の管理・清算の問題が生じる。

(2) 国家に帰属するとどうなるか？

岡村は、無主物先占をめぐる争奪を防止するためには、遺産を国庫に帰属させればよいと言う[127]。森村は、「遺産は生前の所有者の死後、自然権論上は無主物になる」が、無主物として先占の対象とするのではなく、国家の財源を確保するために国家が取り上げることが正当化されると述べていた（Ⅱ２）。しかし、国家が遺産（積極財産）を承継すると、ハズレットが指摘するように、政府には遺産の管理費用が生じる（Ⅱ３）。果たして政府は遺産を現実に管理することができるだろうか。

(a) ロシアの経験

ロシア共和国では1918年４月27日の「相続廃止布告」で相続が廃止された（Ⅱ１）。同布告は、相続を廃止し遺産は国有財産となる旨を規定する（１条）。しかし、それを文字通りに受け取ることはできない。まず、「全般的社会保障に関する布告」が公布されるまでは、直系の卑属・尊属、全血・半血の兄弟姉妹、配偶者であって「困窮し労働能力のない者」は死者の遺産から扶養を受けるものとされていた（２条）。次に、死者の財産であって、その額が１万ルーブルを超えないものは、死者と共にある近親および死者の配偶者の直接の管理・処分に服するとされていた（９条[128]）。１万ルーブルという額は、当時の人口の８割以上を占める農民の99％にとって財産総額を超えないものであった[129]が、１万ルーブル以下の少額の財産は国家が管理するのに適さないので、国家が管理の負担を免れるために９条が設けられたのである[130]。他方、１万ルーブルを超える財産は地方ソビエトの管理下に置かれることになっていた（５条）。しかし、「遺言による処分を廃止しても、生前の贈与でこれをくぐるようになるで

あろう」というマルクスの予言[131]が的中[132]し、その潜脱を防止するため、「相続廃止布告」から１箇月も経たないうちに1918年５月20日の布告で贈与にも１万ルーブルの上限が置かれた[133]。「相続財産の隠匿との闘争は、相続廃止の場合には非常に強力に展開されることであろうが、それは実に容易ならぬものでしかも実りすくなく、かつおびただしい国家の精力を吸いつくす事柄なのである[134]」。結局のところ、内戦状態にあった当時のロシアでは、「相続廃止布告」は人民に完全に無視され、政府も人民の共感を失わないために布告を厳格に執行しなかった結果、財産が国家に移転した事例は１件もなかったようである[135]。歴史家のカーによると、この時代の法令は「書くのは容易でも実行するのは難しかった[136]」。

(b)　日本の実情

相続人不存在の場合における国庫帰属（民959条）に関する実務を見る限り、現在の日本では、政府の遺産管理能力はないに等しい[137]。2017年に財務省から「国庫帰属不動産に関する事務取扱について」が出され[138]、2021年に「相続等により取得した土地所有権の国庫への帰属に関する法律」（以下「相続土地国庫帰属法」と呼ぶ）が制定されたので[139]、不動産のままで国庫に引き継がれるケースが今後増える可能性はあるが、これまでの実務では、国は、管理にかかる予算措置が困難であることや早期売却の必要性などを理由に、流動資産以外の財産（動産・不動産等）を現物で引き受けることを望まない結果、換価処分がなされた後に国庫に引き継がれる例が大半であった[140]。

2023年の死亡数157万5936人[141]に対して、「相続財産清算人選任等（相続人不分明）」の新受件数は２万8634件である[142]。相続人不存在による国庫帰属が問題となるのは、全相続件数の２％未満であるにもかかわらず、不動産のままで国庫に引き継がれるケースは稀（年間30～50件台）である[143]。かかる状況に鑑みれば、死亡全部につき、国庫が積極財産を換価せずに引き継ぎ管理することは、現実的に不可能である。

そもそも積極財産の管理は、不動産の換価に限られない。国庫が積極財産を引き継ぐのであれば、相続財産清算人[144]（民952条）が現在行っている業務を

――相続人の捜索等、相続制度を前提とするものを除いて――行う必要が生じる（債務の弁済については、**2**で述べる）。たとえば、遺産の調査・保全が必要であり[145]、そのために関係者からの事情聴取、不動産の現地調査[146]、財産的価値のない動産の廃棄、預貯金の解約、有価証券類の売却などを行う必要がある[147]。また、遺産の中には、境界争いがある物件、売却が困難な地積が少ない物件[148]、土壌汚染の可能性のある物件もある[149]。遺産の管理は容易ではない[150]。

さらに、日本では昨今の少子高齢化・人口減少等を受けて、換価処分が困難な不動産（負動産）が増加している[151]。国が中古の分譲マンションやリゾートマンションを現物のまま引き継いでも、利用方法を見出すことは困難であろう[152]。

2021年に制定された相続土地国庫帰属法も、国家帰属には「申請主体の点も含めて厳しい要件が設定され[153]、また、手数料・負担金の納付を要することから、現状、誰にでも利用しやすい制度とは評価しがたい[154]」。実際、2023年４月27日の同法施行から2024年６月30日までの１年余りの国庫帰属件数は564件にとどまる[155]。

結局、死者の遺産（積極財産）をすべて国家が承継するという制度は、それが正義にかなっているとしても、その実施は現実的に不可能であり、合目的性の観点[156]から否定される[157]。

2　義務（債務）の帰趨と清算

相続制度を否定した場合における債務の帰趨については、⑴死者の債務は消滅する、⑵国家が債務を承継するという前提の下で、ⓐ国家が無限に責任を負う（単純承認的に債務を承継する）、ⓑ国家は死者から承継した積極財産の範囲で責任を負う（限定承認的に債務を承継する）、という選択肢が考えられる。それ以外の選択肢もありうるが、この３つを検討すれば、あとはその応用として解決できるであろう。

⑴　死者の債務が消滅するとどうなるか？

所有者が死亡すると無主物になる（＝所有権は消滅する）、という発想（**1**⑴）によると、死者の債務も消滅することになるだろう[158]。遺贈を含む相続が否

定されるという前提の下で、死者の債務は消滅せず、遺産は死者の債権者の責任財産になるとすると、生前の債務負担は債権者に対する遺産処分と経済的には同視できるが、それは遺贈を否定する前提と矛盾するであろう（したがって、相続を否定するのであれば、死者の債務は消滅すると解すべきである[159]）。

しかし、債務者の死亡による債務の消滅を実際に主張する説[160]はほとんどない。その理由として、債務者の死亡により債務が消滅するならば、債権者の信頼と取引安全が害されること（取引安全説〔Ⅲ 4〕を参照）、その結果、債務者が死亡すれば無価値になるリスクの高い財産（債権）は忌避され、ひいては債権制度自体や資本主義経済に負の影響を及ぼすことが挙げられる[161]。

したがって、債務者死亡による債務の消滅を認める選択肢は――債権が存在しない世界に戻る覚悟がなければ――真剣に考慮する必要はないだろう[162]。

(2)　国家が債務を承継するとどうなるか？

相続制度を否定するという前提の下で、債務者の死亡による債務消滅を認めないのであれば、債務主体と債務を弁済する管理機構が必要になる。森村は（相続制度が果たしてきた）債権者の保護は「国庫が没収した遺産に債権者が権利を持つという制度でも果たすことができる」と述べていた（Ⅱ 2[163]）。しかし、（地方自治体も含む）国家が現実にそれを実施できるかは疑わしい。

(a)　国家が無限に責任を負う場合（単純承認的承継）

国家が無限に責任を負うという制度下では、積極財産については、死者ごとの財産目録の作成や遺産の分別管理[164]が不要となるため、次の(b)と比べると遺産管理は容易である。しかし、債務者（死者）以外の財産から債権の満足を受けることに対する債権者の信頼の保護価値は低く[165]、かかる制度下では、死期が近い者による贈与や架空の債務負担等が頻発するだろう。この選択肢も真剣に検討する必要はない。

(b)　国家が死者から承継した積極財産の範囲で責任を負う場合（限定承認的承継）

(1)と(2)(a)で述べたことを死者に対する債権者の側から表現すれば、債務者の

死亡時の責任財産から債権の満足を受けることに対する債権者の信頼は保護に値する、ということに尽きる[166]。したがって、相続を廃止した場合には、国家が死者から承継した積極財産の範囲で責任を負うという選択肢が、最もありそうである。しかし、そのためには遺産の清算が必要になる。ロシア共和国の「相続廃止布告」でも、遺産の清算が予定されており、死者の財産から、第１順位で財産管理費用が、第２順位で死者の親族および配偶者の扶養請求権が、第３順位で承認されたその他の債権が弁済され、財産が債権者の全債権を満足させるのに不足するときは、破産の一般原則が適用された（８条[167]）。しかし、積極財産の管理（１参照）に加えて、死者の債権者を捜索し優先順位に従って債務を弁済するという業務を、すべての死者について国家が引き受けるなど、およそ不可能であろう[168]。

これに対しては、遺産の清算手続を経た後に積極財産のみを相続人に承継させる「積極財産承継主義」を採る国があるので[169]、すべての死者について国家が遺産の清算を行うことも可能である、という反論がありうる。たとえば、イングランド[170]では、「被相続人Ａが死亡すると、Ａの遺産を構成する個々の財産の管理処分権限が、人格代表者という、裁判所で選任を受けた者に排他的に帰属し、この人格代表者のもとで、Ａの遺産が清算される[171]」。しかしまず、「イングランドで発生する相続の全件について、人格代表者が選任されてかれのもとで清算・分配がおこなわれる、というわけではない」。2010年においては、死亡登録件数の約半分においてしか grant（人格代表者の選任時に裁判所が発行する検認状〔probate〕と遺産管理状〔letters of administration〕の総称）の申請がされていない。さらに、「人格代表者として選任された者が、相続債務につき、固有財産をもってしても責任を負う覚悟があるのであれば、清算を一切しないまま分配することも実際上は可能である。この意味で、イングランド法では相続の際に必ず破産手続のような清算手続がなされる、という印象は正しくない」。

イングランドでは人格代表者（personal representative, 遺言執行者〔executor〕と遺産管理人〔adiministrator〕の総称）が遺産管理をし、フランスでは公証人（notaire）が遺産の処理に関与することがあるが[172]、すべての相続事件

について、厳格な清算が行われているわけではない[173]。日本においては、イングランドやフランスに比べて、相続の人的インフラが整備されていないが[174]、仮に人的インフラが整備され、政府がそれを頼ることができたとしても、相続を廃止し、すべての相続事件について厳格な清算をすることは難しいであろう。その理由として、遺産の管理・清算には費用がかかることが挙げられる。管理費用の最低額が50万円であれ100万円であれ[175]、積極財産でそれを賄えない場合には[176]、その遺産は管理・清算されずに放置される可能性が高い[177]。

遺産が管理されなくなると、どうなるだろうか。相続人不存在の場合には積極財産が僅少などの理由により相続財産清算人が選任されないことがあるが[178]、全国888自治体の税務部局に対するアンケート調査では、「そうした土地の権利の帰属や管理責任について、『……民法では国に帰属するとあるが、実際には宙ぶらりんの状態になっているなど問題がある』」という指摘がなされた[179]。相続財産清算人が残余相続財産を国庫に引き継いだ時に国庫に帰属すると[180]解する前提の下で、「相続財産法人は、相続財産の清算人が選任されて初めてその存在が顕在化する」のだとすれば[181]、相続財産清算人が選任されない場合には、遺産は潜在的に存在する相続財産法人に帰属し続けることになる。相続制度を廃止すると、現行法の下で単純承認により管理されている98％以上の遺産のうち、かなりの割合のものが、管理されずに放置されることになるだろう。その結果、「宙ぶらりんの状態」にある権利・義務は、現在よりもはるかに増えることになるだろう。

結局、国家が死者から承継した積極財産の範囲で責任を負うという選択肢も、現実問題として採ることはできない。

V　おわりに

以上の検討により、相続法は不可欠の制度であり、相続制度の廃止は大きな代償を伴うことが明らかになったと思われる。相続の根拠に関する従前の学説の中では、本稿は取引安全説に最も近く、相続法の主目的は、取引安全のために遺産管理機構を設置することにあると見ている[182]。最後に、「遺産の管理・清

算」について日本の現行法に即して敷衍し、「相続の根拠」についてまとめておく。

従来の学説では、「積極財産承継主義」によると遺産の清算がなされるが、「当然包括承継主義」によると（単純承認の場合）遺産の清算はなされない、という用語法が一般的である[183]。しかし、単純承認者も固有財産と分別せずに旧遺産を管理し、相続債務を弁済している[184]。このような単純承認者の営みも、本稿は「遺産の管理・清算」に含める。ただし、単純承認者による「遺産の管理・清算」は固有財産と分別せずに行われる「簡易な清算」である。

しかし、「簡易な清算」は代償を伴う。「厳格な清算」を行う限定承認者は有限責任しか負わないのに対して、単純承認者は無限責任を負うからである。これは一般的な法理に基づく。

上柳克郎によると、法人につき、「法人構成員の責任がいわゆる有限責任でなく、法人債権者が構成員の個人財産をも追及することが認められるのは、法人財産の充実維持についての充分な法律上または少なくとも事実上の保障がない場合においてである[185]」。

「法人」を「相続」に置き換えると、「相続人の責任がいわゆる有限責任でなく、相続債権者が相続人の個人財産をも追及することが認められるのは、相続財産の充実維持についての充分な法律上または少なくとも事実上の保障がない場合においてである」となる。限定承認の場合には相続財産の充実維持についての充分な法律上の保障（民924条、926-932条、934条）があるのに対して、単純承認の場合にはその保障がないから、単純承認者は無限責任を負う（民920条。ただし民902条の2[186]）。イングランド法においても、「人格代表者として選任された者が、相続債務につき、固有財産をもってしても責任を負う覚悟があるのであれば、清算を一切しないまま分配することも実際上は可能である」（**Ⅳ 2**(2)(b)）。

このように、「特別財産の管理・清算方法」と「財産管理人の責任」との間には、特別財産を固有財産と分別して厳格に管理しなければ財産管理人は無限責任を負う、という関係がある。これは一般的な法理である[187]。

そして、単純承認者が相続債務につき無限責任を負う根拠は、債務者の死亡

時の責任財産から債権の満足を受けることに対する債権者の信頼および取引安全と、単純承認を消極的に選択した（限定承認・相続放棄をしなかった）単純承認者の意思ないし自己責任に求められる[188]。相続人が積極財産を承継する根拠として、①被相続人の意思、②実質的な共有財産の清算、③遺族の生活保障（扶養）が挙げられていたが、それらに加えて、④「遺産の管理・清算」に対する「報酬」という理由を付け加えることもできるだろう[189]。①〜④は個別具体的な相続事件には適合的でない場合もあるが、相続人による承継は、遺産を無主物や国家帰属にするという選択肢よりは、ましである。

結局、本稿で検討した相続の根拠に関する学説にはそれぞれ一面の真理があるが、最も重視されるべき法原理は、相続債権者の保護と取引安全であり、それが遺産管理機構を要請する。ただし、相続債務が全く存在しない場合にも、積極財産の管理は必要である[190]。次に、誰に遺産管理をさせるかが問題となる。㋐相続の人的インフラが整備されており、㋑積極財産が管理費用を賄えるほど潤沢であれば、すべての相続事件につき専門家に遺産の厳格な管理・清算をさせるという法制度（積極財産承継主義）も考えられる[191]。しかし、㋐㋑の両条件が常に充足されるわけではなく、そのような場合には簡易な遺産管理機構が要請される[192]（日本では、98％以上の相続事件において、単純承認者が遺産の簡易な管理・清算を行っている）。多くの相続事件において、積極財産から消極財産を控除した正味の遺産はプラスなので[193]、プラスの遺産を承継する理由が多少なりともある者にそれを承継させつつ、遺産の管理・清算を行わせることを――無主物や国家帰属にするという選択肢は現実的に採りえないので――受け入れるしかない[194]。

権利・義務を有する自然人が死亡すると、人格権などの一身専属的な権利・義務は消滅するが、その他の権利・義務は遺産となる。遺産には主体と管理機構が必要だが、可能な限り多くの遺産について管理機構を調達するために、近親者[195]や配偶者を相続人に定め[196]遺産を承継させ管理させる仕組みが「相続」である。「相続法」は遺産管理を目的とする法であり、その手段として管理機構たる相続人に権利・義務を承継（相続）させることにした、というのが、本稿の理解である。したがって、「相続法」という命名は「目的」ではなく「手段」

に由来する。エピグラフ（水野）の比喩を用いると、「権利義務の帰属点である法主体が消失するという事態を消化する」器官としての役割を、プラスの遺産を承継する弱い理由のある近親者や配偶者に、相続人という資格を与えて、委ねることにしたのである。

［付記］本稿は、2023～2027年度科学研究費補助金・基盤研究（C）（課題番号：23K01192）の助成を受けた研究成果の一部である。

（1） 水野紀子「日本相続法の形成と課題」水野（編著）『相続法の立法的課題』〔有斐閣・2016〕12頁。

（2） たとえば、我妻栄ほか『民法３親族法・相続法〔第５版〕』〔勁草書房・2024〕234-238頁と鈴木禄弥『相続法講義〔改訂版〕』〔創文社・1996〕341-346頁の「相続の根拠」の項目や、潮見佳男『詳解相続法〔第２版〕』〔弘文堂・2022〕の冒頭部分（１－５頁）で視野に入れられているのは、積極財産だけである。

（3） 泉久雄「相続人の責任の根拠に関する覚書」〔初出1961〕『家族法の研究』〔有斐閣・1999〕119頁注（２）。もっとも、後の共著の教科書で相続法の基本的機能や目的として挙げられているのは「私的所有関係の継続」と「それが人々の感情にあたえる影響」であり、積極財産の承継に焦点が当てられている（泉久雄ほか『民法講義８相続』〔有斐閣大学双書・1978〕２－３頁［泉］。中川善之助＝泉久雄『相続法〔第４版〕』〔有斐閣・2000〕７－８頁注（６）でも、この部分を自ら引用している）。

（4） 民法全体につき、大村敦志『広がる民法１入門編 法の扉を開く』〔有斐閣・2017〕14頁、相続法につき、森村進「相続制度は廃止すべきか？」瀧川裕英（編）『問いかける法哲学』〔法律文化社・2016〕138頁。沖野眞已「信託法と相続法―同時存在の原則、遺言事項、遺留分」『相続法の立法的課題』51頁と窪田充見『家族法―民法を学ぶ〔第４版〕』〔有斐閣・2019〕357-359頁は、相続法の基本原理が明らかにされていないことを指摘する。伊藤昌司『相続法』〔有斐閣・2002〕12-13頁は、「原初の人類社会における社会契約を想定し、それに基づく相続権の起源を論じ、そこからの演繹によって、相続法の全体系を構築しよう」とする「自然法の理論家たち」の試みを受けた「いくつかの相続法体系書の冒頭」の「相続制度発達史の概略的記述」を「科学的根拠のない空想的な机上の理論図式」と批判する。

（5） 水野紀子ほか「現代相続法の課題―企画の趣旨」論究ジュリスト10号〔2014〕

96頁。

（６）　潮見佳男（編）『新注釈民法⒆相続⑴〔第２版〕』〔有斐閣・2023〕１-34頁［吉田克己］。

（７）　『新注釈民法⒆〔第２版〕』２頁［吉田］（下線は大久保）。

（８）　『新注釈民法⒆〔第２版〕』２頁［吉田］。

（９）　「ロシア共和国はソ連邦最大の共和国であり、ここでの家族立法がソ連の成立に先駆けて始まり、ソ連期においては他の共和国に立法のひな形を示す役割を担った」（河本和子「家族と法 ソ連における立法を通して」塩川伸明ほか（編）『ユーラシア世界４公共圏と親密圏』〔東京大学出版会・2012〕189頁）。各共和国がソ連に加盟する略史については、河本和子『ソ連の民主主義と家族―連邦家族基本法制定過程1948-1968』〔有信堂高文社・2012〕20-21頁を参照。

（10）　ロシア革命後の歴史については、E. H. カー（著）／塩川伸明（訳）『ロシア革命 レーニンからスターリンへ、1917-1929年』〔岩波現代文庫・2000〕を参照。

（11）　この項目（**１**）の記述は主に、福島正夫「社会主義的相続制度の発展―その立法および理論について―」山之内先生還暦記念『社会主義法の研究』〔勁草書房・1958〕315頁以下（以下、福島①として引用）と福島正夫「社会主義社会における相続問題」中川善之助ほか（責任編集）『家族問題と家族法Ⅵ相続』〔酒井書店・1958〕351頁以下（以下、福島②として引用）による。その他の邦語文献として、稲子恒夫＝稲子宣子「相続と生活保障―社会主義法との比較のもとに―」民商法雑誌40巻６号〔1959〕11頁以下、藤田勇「社会主義変革と相続法」『ソビエト法史研究』〔東京大学出版会・1982〕173頁以下、河本和子「社会主義国家ソ連と家族―法による自由、援助、介入」法律時報90巻11号〔2018〕53-55頁などがある。

　ソビエト法を中心とする社会主義法を概観できる邦語文献として、ツヴァイゲルト＝ケッツ（著）／大木雅夫（訳）『比較法概論・原論 下』〔東京大学出版会・1974〕541-643頁、稲子恒夫「ソビエト法・東欧法・中国法」早川武夫ほか（著）『外国法の常識』〔日本評論社・1970〕337-416頁を挙げておく。

（12）　マルクス＝エンゲルス（著）／大内兵衛＝向坂逸郎（訳）『共産党宣言』〔岩波文庫・1971〕68頁。

（13）　マルクスの「私的所有」「個人的所有」概念については議論があるが、以下のように理解しておく。

　マルクスは『資本論』第１部第７篇第24章「いわゆる本源的蓄積」で次のように述べる（Karl Marx, Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie, Erster Band, Buch I, 1867,〔Marx-Engels-Werke Band 23, 1983, S.791〕;『マルクス＝エンゲルス全集 第23巻第２分冊』〔大月書店・1965〕995頁）。

「資本主義的生産様式から生まれる資本主義的取得様式は、したがってまた資本主義的私有も、自分の労働にもとづく個人的な私有（das individuelle Privateigentum）の第一の否定である。しかし、資本主義的生産は、一つの自然過程の必然性をもって、それ自身の否定を生みだす。それは否定の否定である。この否定は、私有（das Privateigentum）を再建しはしないが、しかし、資本主義時代の成果を基礎とする個人的所有（das individuelle Eigentum）をつくりだす。すなわち、協業と土地の共同占有と労働そのものによって生産される生産手段の共同占有とを基礎とする個人的所有をつくりだすのである。」

この記述によると、歴史は「《過去》個人的な私有→《現在》資本主義的私有→《将来》個人的所有（≠私有）」と流れていく。特に日本語では「私的」と「個人的」はほぼ同義に用いられるため、「私有（私的所有）」と「個人的所有」の区別がわかりにくいが、マルクスは「資本主義的生産に先行する諸形態」において、私的所有の例としてローマ的所有を、個人的所有の例としてゲルマン的所有を挙げている（カール・マルクス（著）／高木幸二郎（監訳）『経済学批判要綱（草案）1857-1858年 第３分冊』〔大月書店・1961〕410頁以下、特に416-418頁）。

ローマ的所有を特徴づけるのは、１つの物に対して１人の排他的な所有者しか認めない「一物一権主義（一人一権主義）」である。他方、ゲルマン的所有（総有 Gesamteigentum）においては、団体とその構成員が１つの物（土地）の所有権を共同的に行使する。そのため、その所有権は排他的なものではなく、団体による拘束を受ける。

マルクスの死後に制定されたドイツ民法典や日本民法典は、このうちローマ的所有権を採用した。その結果、従前の団体的拘束を受けた所有形態（総有）は、たとえば、団体が所有権を、団体の構成員が入会権を有するといった形に整理されることになった（川島武宜『所有権法の理論』〔岩波書店・1949〕200-204頁、石川健治「財産権①」小山剛＝駒村圭吾（編）『論点探究 憲法〔第２版〕』〔弘文堂・2013〕228-230頁）。ただし、沖縄県の久高島では、1899（明治32）年の沖縄県土地整理事業でも私的所有に移行せず、土地総有制が維持されている（小川竹一「久高島の土地総有制の意義」地域研究（沖縄大学地域研究所）13号〔2014〕195頁以下）。

平田清明『市民社会と社会主義』〔岩波書店・1969〕131-137頁によると、西欧では privat, private と individuell, individual は語源を異にし、元来は同義語でない。前者は共同利用の土地・建物から「奪われた privé」ものを意味するのに対して、後者は共同体的人間結合と関わりを持った言葉（個人＝共同体の構成員）である。したがって、privat は「私的」よりも「排他的」とでも訳したほうがよ

い語である。このことは、マルクス「資本主義的生産に先行する諸形態」の “diese (Privateigenthümer) eigentlich *Privat* eigenthümer als solche sind, so weit sie ausgeschlossen waren, privirt waren, wie die Plebejer [von] der Benutzung des ager publicus.”（MEGA, II/1.2: “Grundrisse”, Teil 2, Seite 388. イタリックは原文。『経済学批判要綱（草案）1857-1858年 第3分冊』417頁1行目では priviert）という文において、ausgeschlossen と並んで privirt というフランス語の privé に相当するマルクスの造語が用いられている点に明確に表れている（平田『市民社会と社会主義』143頁、147頁*、福冨正実『経済学と自然哲学』〔世界書院・1989〕60頁。最近の斎藤幸平『ゼロからの『資本論』』〔NHK出版新書・2023〕47頁も private につき同旨）。

他方で、個人的所有は、上述のように、排他的所有ではなく、共同体による拘束を受けた所有であるから（小松善雄「マルクスの個人的所有概念の意味」立教経済学研究39巻4号〔1986〕52-54頁は、個人的所有には、個人的労働が充用しうるだけのものが所有されるという制限と、物の有用性・使用価値の滅失が招来されないという制限があると分析する）、――ローマ的所有権概念に慣れると奇異に感じられるけれども――同一の物について共同体による所有と個人的所有の両者が同時に成立しうるのである（福冨正実「マルクスの『個人的所有』論について―林直道氏による平田説批判の検討―」経済論叢109巻3号〔1972〕59-65頁）。

遺産については、たとえば、我妻ほか『民法3親族法・相続法〔第5版〕』233頁は、相互取引の交渉が多くなり「家」の内部の統率が強力になると家産は「家長の私的所有の形態をとる」と言うが（松坂佐一『民法提要 親族法・相続法〔第4版〕』〔有斐閣・1992〕203-204頁も同旨）、マルクスの用語法を前提にすると、家長の「私的所有」ではなく「個人的所有」と言うべきである（星野英一『家族法（放送大学教材）』〔放送大学教育振興会・1994〕141頁は「個人の所有」「個人有財産」という用語を用いる）。「初めは、集団所有の中に、個人所有が認められるのだが、次第に個人所有が強くなり、逆に集団所有は弱くなり、遂には集団の崩壊によって個人所有だけが残るようになる。相続もその過程に従って漸く純粋に私有財産の承継になるのだが、その途中では、集団所有の観念が残存し、それが相続法を複雑なものにするのである。相続人の取戻権とか遺留分などはそのことを例証する顕著な残存物である。／私所有というものが、次第に集団所有の拘束を払い落とし、完全な自由所有権へ近づく」という記述（中川＝泉『相続法〔第4版〕』5－6頁。6頁注(2)(3)(4) も参照）は、遺産所有には今なお拘束があることを示している（拘束の内容については、ヘーゲル（著）／長谷川宏（訳）『法哲学講義』〔作品社・2000〕359頁も参照）。その後、遺留分制

度に関する2018年改正によって拘束が減り、遺産所有は私的所有に一段と近づいた。

(14)　マルクス／村田陽一（訳）「相続権についての総評議会の報告」〔1869年〕大内兵衛＝細川嘉六（監訳）『マルクス＝エンゲルス全集 第16巻』〔大月書店・1966〕360-361頁。

(15)　マルクス＝エンゲルス『共産党宣言』58-60頁。

(16)　福島①329-330頁、福島②358頁。

(17)　日本共産党綱領でも、「社会主義的変革の中心は、主要な生産手段の所有・管理・運営を社会の手に移す生産手段の社会化である。社会化の対象となるのは生産手段だけで、生活手段については、この社会の発展のあらゆる段階を通じて、私有財産が保障される。」というように、「生産手段」と「生活手段」とが区別されている（https://www.jcp.or.jp/web_jcp/html/Koryo/〔2024年10月21日最終訪問〕）。

(18)　福島②355頁は、初期のソビエト相続理論が、個人的所有（後注(26)参照）が相続の本来の対象であることを認識していなかったために昏迷に陥った、と評価する。

(19)　福島①339-345頁、福島②356頁、藤田『ソビエト法史研究』175-183頁。条文訳は福島②によったが、「法定」の次に「相続」を補った。条文のドイツ語訳は、Andreas Bilinsky, Das neue sowjetische Erbrecht, in: Jahrbuch für Ostrecht V/2, 1964, SS.139-141にある（所有者 =Besizter である）。

(20)　「金ルーブル」については、カー『ロシア革命』79頁、藤田『ソビエト法史研究』193頁注(32)、齋田章「新経済政策（ネップ）と通貨制度の再建」『ロシア革命の貨幣史』http://www.a-saida.jp/russ/stvol/016.htm を参照（2024年10月21日最終訪問）。

(21)　Dieter Bonfils, Die Funktion des Privaterbrechts in den sozialistischen Ländern, Jahrbuch für Ostrecht, 1970, S.92;　福島①345-346頁、藤田『ソビエト法史研究』184頁、ツヴァイゲルト＝ケッツ『比較法概論・原論 下』566頁。

(22)　Bilinsky, a.a.O., SS.144-146;　福島①345-353頁、藤田『ソビエト法史研究』184-186頁。この民法典に関する邦語文献として、直川誠蔵「ネップ民法典の成立について」比較法学21巻1号〔1987〕1頁以下がある。

(23)　1945年3月14日の「法定相続および遺言相続に関する」政令により相続制度が大きく改正されたが、そこでは、(a)直系卑属（養子を含む）、(b)配偶者、(c)労働能力のない両親、(d)1年以上その扶養により生活してきた者が第1順位の、労働能力のある両親が第2順位の、兄弟姉妹が第3順位の法定相続人とされている（Bilinsky, a.a.O., SS.148-150;　福島①370-373頁、福島②361-365頁、372頁、藤

田『ソビエト法史研究』201頁、河本・前掲注(11)55頁)。

(24)　Bilinsky, a.a.O., S.147;　福島①354頁、藤田『ソビエト法史研究』186-187頁、河本和子「戦間期ソ連におけるコンセッションと対外経済関係―外国人の権利を通して―」国際政治201号〔2020〕87頁。ただし、相続税の最高税率は、民法制定時の50％から90％に引き上げられた。その後、1943年１月９日に相続税は廃止された（Bilinsky, a.a.O., S.148;　福島①367-368頁、藤田『ソビエト法史研究』202頁)。

(25)　福島①359頁。

(26)　福島①359-366頁。同条の「個人的所有」は、ドイツ語では das persönliche Eigentum に相当する概念であり、生活手段の所有権を意味する。

「個人的所有とは、生産手段の全社会的な共同所有関係の一つの具体的な発現形態であって、社会化された生産手段と社会化された労働との結合によって行なわれる社会的生産における各人の労働にたいする分配として、社会的生産物の一定の部分（個人消費フォンドの一定部分）が労働諸主体に帰属する関係をさす」（藤田『ソビエト法史研究』195頁)。

私有財産は「投機あるいは私的企業活動を通じて不労所得を生み出す」ものであり、個人財産は「所有者の物的ニーズを満たす」もの（勤労所得、貯蓄、住宅、家庭での副業経営〔例、家庭菜園〕、家財道具、日用品等）である（河本・前掲注(11)55頁)。

ソビエト市民の個人的所有権に対する制約については、ツヴァイゲルト＝ケッツ『比較法概論・原論 下』610-613頁を参照。

ボンフィスによると、社会主義諸国における所有は、(a) das sozialistische Eigentum（社会主義的所有）と(b) das individuelle Eigentum に大別され、(b)はさらに① das persönliche Eigentum と② das private Eigentum に小別されるが、(b)①の概念は1930年代に作られ、スターリン憲法に初めて登場する（Bonfils, a.a.O., SS.87-88. Bilinsky, a.a.O., SS.147-148;　ツヴァイゲルト＝ケッツ『比較法概論・原論 下』602-604頁、福島②351-355頁も参照)。福島は personal, persönlich を「個人的」、individual, individuell を「個別的」と訳し分ける。小松や藤田はマルクスにおいて両概念は同義だと言うが（小松・前掲注(13)55頁〔同69頁注(９)も参照〕、藤田『ソビエト法史研究』196頁)、注(13)で述べたように、das persönliche Eigentum の客体は生活手段であるのに対して、das individuelle Eigentum の客体は生産手段も含む。

(27)　福島①363頁。「社会主義社会では、生産手段は基本的に社会化され社会主義的所有となり、形式上も実質上も相続の範囲から抜け出てしまう。相続の対象は、結局、労働者・農民・職員・技術者等の個人の財産であって、すべて消費資料・

生活手段だということとなる」（福島②352頁）。

(28)　Bilinsky, a.a.O., S.143; Bonfils, a.a.O., SS.88-90, SS.96-97; Winfried Kralik, Das Erbrecht, 1983, S.4;　藤田『ソビエト法史研究』200頁。ただし、「相続廃止布告」９条は、死者の財産であって、その額が１万ルーブルを超えないものは、死者と共にある近親および死者の配偶者の直接の管理・処分に服すると規定しており、かかる解釈を許容する素地はあった（福島①340-344頁、349頁、352頁注（９））。

(29)　Erbrecht 概念には、客観的意味（相続法）と主観的意味（相続権）がある（Knut Werner Lange, Erbrecht, 3.Aufl., 2022, §４ Rn.1）。

(30)　旧東ドイツ憲法11条１項は、「市民の個人的所有権（das persönliche Eigentum）及び相続権は保障されている。個人的所有権は、市民の物質的及び文化的欲求の充足に奉仕する。」と規定し、同12条１項は、諸々の生産手段は人民所有（Volkseigentum）であり、それに対する私的所有（Privateigentum）は許されない旨を規定する（条文訳は、高田敏＝初宿正典（編訳）『ドイツ憲法集〔第８版〕』〔信山社・2020〕181頁［倉田原志＝初宿（訳）］による）。

(31)　Bonfils, a.a.O., S.91; Kralik, Das Erbrecht, SS.4-5.　福島②357-358頁、367-372頁、藤田『ソビエト法史研究』175頁も参照。

(32)　**2** の本文では、森村進『財産権の理論』〔弘文堂・1995〕の見解を紹介し、その後の改説については注記する。

(33)　ただし、死者への尊敬の念から遺言はある程度法的にも尊重に値する、経済的効率性（後出③）から遺贈は正当化できるかもしれない、とも述べている（森村『財産権の理論』112-113頁。森村・前掲注（４）148-149頁も同旨）。

　森村が依拠するアダム・スミス『法学講義』（後注(37)参照）には、遺言相続が確立していない時代のローマにおいて、「人が死んで、自分の領地を亡命中の息子に残したいと思ったばあいには、かれは自然に隣人たちに、かれ自身の死後にそれをかれから取らないように、要望しただろう。この要望は、それがかれの遺言であるためよりも、死者への一種の敬虔から尊重されただろう」とある（アダム・スミス（著）／水田洋（訳）『法学講義』〔岩波文庫・2005〕208-209頁）。

(34)　家族制度の保護という理由（後出①②）により法定相続を限定的に認める点は、森村進「リバタリアンな相続税」一橋法学６巻３号〔2007〕で改説されたが（1156頁）、その場合にも、遺産に対する優先権を遺族や遺産占有者に認めることを提案している（1160頁。森村進「リバタリアンな相続税を提案する」『自由と正義と幸福と』〔信山社・2021〕111頁も同旨）。また、相続税を100％にするよりも、たとえば40％にするほうが、相続税全体の総額が最大になることがわかれば、政策的な目的から遺贈や相続の権利を人工的に作り出すことは認められる

（1164頁）。

(35)　森村『財産権の理論』19頁。森村は、自己の身体や自由への権利を「狭義の自己所有権」、そこから導出される財産権を含めたものを「広義の自己所有権」と呼ぶ（19頁）。「狭義の自己所有権」も、そこから導出される財産権も、道徳的・前国家的な「自然権」である（４頁、74-76頁）。

(36)　森村『財産権の理論』107-111頁、森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1156頁。

(37)　森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1153頁、森村・前掲注（４）145頁では、同旨のアダム・スミス『法学講義』の一節を引用する。

(38)　死因贈与は、生前贈与と区別し、相続に含める（森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1155頁）。

(39)　ただし、受贈者に所得税を課す（森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1158頁、1163頁、森村『自由と正義と幸福と』109頁、121頁）。本段落全体は、森村『財産権の理論』111-112頁、201-203頁の要約である。

(40)　森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1162-1163頁、森村・前掲注（４）139頁では、①②は家族の相続権の十分な根拠にならないと改説している。

(41)　森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1154-1155頁。

(42)　森村『財産権の理論』52頁、88-93頁、108頁、第８章（198頁以下）、森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1154頁。

(43)　本段落全体は、森村『財産権の理論』112-115頁、201-203頁の要約である（〔　〕は大久保による補充）。森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1159頁、森村進『自由はどこまで可能か＝リバタリアニズム入門』〔講談社現代新書・2001〕153-160頁（156頁以下で、故人の面倒を見た見返りとして相続するという説に批判を加える）も参照。

　なお、森村は、「遺産は生前の所有者の死後、自然権論上は無主物になるから、国家は遺産に『課税（tax）』するというよりも、今でも相続人がいない場合に行なうように『没収（escheat）』すると表現した方が一層正確だ」と言う（森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1156頁、森村『自由と正義と幸福と』107頁。森村・前掲注（４）137頁も同旨）。

(44)　森村『財産権の理論』112頁。自己所有権テーゼは、強制執行に対する責任財産となる地位を正当化する（同117頁）。債権者の保護は、「国庫が没収した遺産に債権者が権利を持つという制度でも果たすことができる」（森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1162頁。森村・前掲注（４）138頁も同旨）。

(45)　大久保邦彦「『法の内的体系』鳥瞰図」阪大法学73巻２号〔2023〕394頁。

(46)　Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, SS.78-84;　大久保邦彦「四宮不

法行為法理論の内的体系」阪大法学74巻１号〔2024〕35-39頁。

(47)　森村・前掲注(４)141-143頁。森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1172-1173頁も参照。

(48)　D. W. Haslett, Capitalism with Morality, 1994.　**3** では、頁数のみで引用する。なお、ハズレットは参考文献に Dworkin を挙げるが Alexy を挙げていない（pp. 265-266）。

(49)　『新注釈民法⒆〔第２版〕』２－４頁［吉田］。相続の根拠につき、包括的な検討を加える邦語文献として、岡村司「相続ノ基礎」明治学報127号〔1908〕１頁以下、伊藤昌司「相続の根拠」星野英一（編集代表）『民法講座 第７巻 親族・相続』〔有斐閣・1984〕341頁以下がある。

(50)　吉田は、婚外子相続分差別違憲訴訟・最高裁判所大法廷決定（最大決平成25・９・４民集67巻６号1320頁）の「相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない」という判示を引用する。

　この決定につき、石川健治は、「『事柄の性質（Natur der Sache)』が時代の変遷とともに変化したという理由付けだけで、平成７年決定〔最決平成７・７・５民集49巻７号1789頁〕を変更することなく、それとは180度異なる結論が導出された」、「時勢の変遷が法の変遷に直結するという、ブランダイス＝芦部流の『法は事実より生ずる（Ex facto jus oritur)』という主張が、実現した」と述べて、その反ドグマーティク的傾向を批判する（石川健治「ドグマーティクと反ドグマーティクのあいだ」石川ほか（編）『憲法訴訟の十字路―実務と学知のあいだ』〔弘文堂・2019〕332頁)。

(51)　『新注釈民法⒆〔第２版〕』３－４頁［吉田］。吉田は前注(50)の最決平成25・９・４を引用するが、我妻栄＝立石芳枝『法律学体系コンメンタール篇４親族法・相続法』〔日本評論新社・1952〕の冒頭（１頁）でも、親族編・相続編の戦後改正の指導原理として憲法24条の「個人の尊厳」と「男女の本質的平等」が挙げられている。

(52)　『新注釈民法⒆〔第２版〕』３頁［吉田］（下線は大久保。文献の引用は省略)。

(53)　グローチウス（著）／一又正雄（訳）『戦争と平和の法 第２巻』〔巌松堂書店・1950〕402-403頁。ヘーゲル『法哲学講義』358頁も同旨。グローチウスについては、伊藤昌司『相続法の基礎的諸問題』〔有斐閣・1981〕179-184頁、伊藤・前掲注(49)342頁も参照。

(54)　カントは、次のように述べて、死亡による財産的損害賠償請求権の相続に関す

る時間的間隔説（大判大正15・２・16民集５巻150頁）と似た理屈により、死者から生者への両者の意志の一致による所持と財の移転（観念的な取得）を認める（カント（著）／樽井正義＝池尾恭一（訳）『カント全集11人倫の形而上学』〔岩波書店・2002〕130頁。ボアソナードも同説である〔伊藤・前掲注(49)345頁〕）。

「相続とは、死に逝く人の所持と財が生き残る人へと、両者の意志が一致することによって移転することである。――相続人による取得と遺贈者による放棄とは、つまり私のもの・あなたのもののこの交換は、一瞬のうちに（死の瞬間に）、つまり被相続人が生を終えるまさにそのときに行われるのであり、本来は経験的な意味での移転ではなく、観念的な取得である。」

(55)　窪田充見も、「自らの死後の財産の帰属を決めることができるというのは自明ではない。その点で、遺言によって財産の帰属を決定することができるということ自体、一定の法制度によって支えられていることは確かである」と述べる（窪田充見「相続という制度」法律時報89巻11号〔2017〕13頁）。

(56)　プーフェンドルフについては、伊藤『相続法の基礎的諸問題』23-24頁、181-184頁、伊藤・前掲注(49)342頁による。

(57)　convention（conventional）は多義的であるが、次注(58)のヒュームにおけるように、言語による意思表示の合致（合意）を欠き、「黙約」「自生的秩序」を意味するときは、地の文では原語を用いる。convention の近時の好例は、エスカレーターに乗るときに右側に立つか左側に立つかに関するルールであろう。ハーバート・スペンサー（著）／森村進（編訳）『ハーバート・スペンサー コレクション』〔ちくま学芸文庫・2017〕390-391頁には、財産権に関するものを含む、原始的社会における convention の多くの例が挙げられている。

「コンヴェンション」と訳すもの：林誓雄『襤褸を纏った徳 ヒューム 社交と時間の倫理学』〔京都大学学術出版会・2015〕10-11頁注（３）（以下で掲げる以外の訳語〔取り決め、黙契、規約、慣習〕にも言及がある）。

「黙約」と訳すもの：大鹿勝之「約束に関するヒュームの議論―黙約と約束―」東洋大学大学院紀要59号〔2023〕54-55頁、59頁、64頁注（１）。

「自生的秩序」と訳すもの：桂木隆夫『自由と懐疑―ヒューム法哲学の構造とその生成―』〔木鐸社・1988〕98頁。

「合意」と訳すもの：デイヴィッド・ヒューム（著）／伊勢俊彦ほか（訳）『人間本性論 第３巻 道徳について』〔法政大学出版局・2012〕。

伊勢俊彦「合意（conventions）と精神の働き（acts of the mind）」日本科学哲学会第29回大会・ワークショップ「ヒュームと心の哲学」（1996/11/17於香川大学）での提題（事前配布資料 https://www.ritsumei.ac.jp/~tit03611/1996c1.html〔2024年10月21日最終訪問〕）は、「convention は agreement とも言い換え

られること、convention という語の最も通常の意味は promise と同じであると述べられることを考慮すると、『黙約』よりも『合意』の方が訳語として適切」だとする〔括弧書きの文献引用は省略〕)。

(58) ヒューム『人間本性論 第3巻』。頁数は本文で引用する。傍点は原文のものであり、原語は次のサイトにより補った(2024年10月21日最終訪問)。https://web.archive.org/web/20060820100015/http://etext.library.adelaide.edu.au/h/hume/david/h92t/

(59) 「自然(Nature)」の多義性については、ヒューム『人間本性論 第3巻』27-28頁を参照。

(60) 森村進『ロック所有論の再生』〔有斐閣・1997〕。ヒュームに対する批判と評価については、同184-186頁を参照。

(61) 森村「課税理論と財産権論」『自由と正義と幸福と』94頁。

(62) ホッブズ(著)/水田洋(訳)『リヴァイアサン㈠』〔岩波文庫・1992〕216頁以下。

(63) 三島淑臣「自然法論」井上茂ほか(編著)『講義 法哲学』〔青林書院・1982〕35-36頁。

(64) 森村『財産権の理論』40-41頁。

(65) 森村『財産権の理論』29-33頁。

(66) 筆者自身も、「全員の目がみえるようにするために、くじで選ばれた晴眼者の片方の眼球を強制的に摘出し、それを全盲の人に移植する社会を想像して欲しい。このような社会をグロテスクだと感じるのは、各人はそれぞれの身体の持ち主であるという観念(自己所有権の観念)を我々が共有しており、眼球の強制的な摘出は正義に反すると感じるからである」と述べたことがある(大久保邦彦「『自由』の概念と『積極的自由』の保護可能性」星野俊也ほか(編)『グローバリズムと公共政策の責任 第3巻 自由の共有と公共政策』〔大阪大学出版会・2019〕8頁)。

(67) 『ハーバート・スペンサー コレクション』392-393頁。森村はスペンサーの見解を、「政府が存在して人々の権利を認めるところではどこでも財産権を含む権利の内容が似ているが、この事実は権利の普遍性を示すものである」と要約する(森村『自由と正義と幸福と』93頁)。

(68) 私的所有(ローマ的所有)から「遺言の自由」を導く議論については、稲本洋之助『近代相続法の研究―フランスにおけるその歴史的展開―』〔岩波書店・1968〕10-23頁も参照。

(69) 中川=泉『相続法〔第4版〕』4頁は、「私有財産のないところに相続がないことは、当然の理である」と言うが、そこで想定されているのはコモンズの相続で

あり（「それは今日でも、空気や通風や陽当りに相続がないのと同じである」という記述が続く）、次注(70)の文献で伊藤が挙げる本文の例とはズレがある。

(70)　伊藤『相続法の基礎的諸問題』15-18頁（特に注(３)）、伊藤『相続法』11頁注(１)。

(71)　伊藤・前掲注(49)345頁による。

(72)　四宮和夫「不法行為による人身損害に関する考え方の対立について」『四宮和夫民法論集』〔弘文堂・1990〕264-266頁（共同生活者への愛情にも言及する）。

(73)　加藤一郎「相続と社会統制」『民法における論理と利益衡量』〔有斐閣・1974〕239頁は、「意思の推測」を「愛情の推測」と言い換えている。

(74)　鈴木『相続法講義〔改訂版〕』342頁。星野英一も「血と同じに財産も下に流れる」というのは「事実を述べただけ」と批判する（星野『家族法』146頁）。血の代償説はドマに由来する（伊藤・前掲注(49)343頁。日本の学説については同361頁を参照）。

(75)　リチャード・ドーキンス（著）／日高敏隆ほか（訳）『利己的な遺伝子〔増補新装版〕』〔紀伊國屋書店・2006〕。「ふつうの動物の体は、遺伝子の生存を確保するために、子作りや、あるいは同じ遺伝子を共有する他個体の世話に励むように仕向けられている」（263頁）。個体の体のような「ヴィークル〔乗り物〕はそれ自身では複製しない。その自己複製子〔DNA 分子〕を増殖させるようにはたらく。自己複製子は行動せず、世界を知覚せず、獲物を捕らえたりあるいは捕食者から逃走したりしない。自己複製子はヴィークルがそういったことすべてをするように仕向ける」（397頁）。親の子に対する利他主義が多いのは、血縁者が遺伝子をわけあう確率が平均より高いからである（131頁）。「子に対する親の世話は血縁利他主義の特殊な例である」（136頁）。

(76)　F. B. M. ドゥ・ヴァール「動物たちの行動経済学」別冊日経サイエンス230『孤独と共感　脳科学で知る心の世界』〔2018〕32頁。

(77)　ただし、生物学的基盤という「事実」から「規範（法）」を導くことができるのか、この問いを肯定するとして、どのように導くことができるかは、問題である。ビドリンスキーは、子の監護義務の法原理的な補充的根拠として、子の世話を負担ではなく、生物学的な出自関係により特権と感じる人（親）に課することによって、法貫徹の手間と費用が最小化する（効率的である）こと、義務者（親）の効用が増大することを挙げる（Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, SS.382-384.　これについては、大久保邦彦「消費者法の体系的独立性」神戸学院法学31巻４号〔2002〕46-47頁でも触れた）。

(78)　窪田・前掲注(55)16-17頁。

(79)　近藤英吉「相続人の責任制度とその修正」法学論叢40巻１号〔1939〕30頁。同

３頁、31-33頁のほか、「子が親の債務につき全責任を負うことは、親の名誉を維持するところの『孝』にほかならず、相続人が限定承認した場合には彼は社会から強い道徳的非難を受けなければならなかった」と言う川島武宜『民法㈢』〔有斐閣全書・1951〕134-135頁も参照。

(80)　Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, S.406.

(81)　債務承継の根拠として人格の承継を持ち出す見解があるが（原田慶吉『日本民法典の史的素描』〔創文社・1954〕238-239頁、泉久雄「相続人の無限責任」法学25巻２号〔1961〕114-120頁、泉久雄『家族法の研究』〔有斐閣・1999〕126-127頁を参照）、それは法原理的な基礎づけではなく、債務承継という現象を比喩的に説明しているだけである。また、直系卑属による承継以外には妥当しにくい理由である（稲本『近代相続法の研究』19頁）。

(82)　大久保邦彦「生命・身体の処分と私的自治⑴」神戸学院法学27巻３号〔1998〕７頁。

(83)　前田陽一＝本山敦＝浦野由紀子『LEGAL QUEST 民法Ⅵ親族・相続〔第７版〕』〔有斐閣・2024〕244頁［浦野］。Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, S.405も同旨。

相続の承認・放棄に関する現行法は、「相続人に被相続人の権利義務の承継を強制せずその意思を尊重する」近代法一般の傾向に沿ったものである（谷口知平＝久貴忠彦（編）『新版注釈民法(27)〔補訂版〕』〔有斐閣・2013〕463頁［谷口＝松川正毅］）。

韓国では、遺産が債務超過である事実を重大な過失なく知らなかったときは、その事実を知った日から３箇月以内に限定承認をすることができる旨の規律が、2002年に（日本民法915条に対応する）韓国民法1019条３項に追加されたが、それは、（日本民法921条２号と同内容の）韓国民法旧1026条２号の規定を「憲法上保障された相続人の財産権と私的自治権などを侵害しており違憲」とする1998年８月27日の憲法裁判所の判断を契機とする（『新注釈民法⒆〔第２版〕』556頁［幡野弘樹］）。韓国民法（相続法）の現行規定の日本語訳は、次のサイトで確認できる。https://www.japankorea.jp/178855888（2024年10月21日最終訪問）。

他人の債務を引き受ける他の制度（保証・債務引受）においても、債務負担の根拠は新たに債務者になる者の意思に求められる（大村敦志『新基本民法８　相続編　遺産管理の法』〔有斐閣・2017〕43頁）。

(84)　旧民法財産取得篇323条１項は、「相続人カ……期間内ニ限定受諾又ハ抛棄ヲ為ササルトキ」は「黙示ノ受諾アリトス」と規定していた（下線は大久保）。その第一草案理由書では、相続人は相続を辞することができないという従来の慣習は条理に反する、自己の所為に出ないことに責任を負う理由はないからである、と

説明されている（磯部四郎＝井上正一『民法草案獲得編第二部理由書』66丁）。『新注釈民法⒆〔第２版〕』550-553頁［幡野］に、旧民法起草過程の紹介がある。

意思（約束）と自己責任との関係については、大久保邦彦「法律行為法・契約法原理としての『約束』」甲南法学44巻１・２号〔2003〕130-140頁を参照。

(85)　たとえば、泉は、「少くとも相続人の積極的意思によらずに無限責任を負わせることは不合理とされねばならない」と言う（泉・前掲注(81)「相続人の無限責任」127頁注(５)）。

(86)　実際には、厳格な清算を行う場合でも、財産目録に記載され相続債権者の責任財産となるのは、名義の変更が容易でない死者名義の財産に限られることが多いであろう。「被相続人に属していた有体物一般については、いくら相続人による個別的な手出しは許さないと言ったところで、すべての有体物について監視の目を光らせることなど不可能であり、事実の問題として個別的な簒奪が起こり得る」（金子敬明「相続財産論」吉田克己＝片山直也（編）『財の多様化と民法学』〔商事法務・2014〕747頁）。相続人不存在についても、民法958条の２による特別縁故者に対する「相続財産分与にあたっては、被相続人が名義人であって勝手にはこれを変更しえない財産だけが審理の対象として浮かび上がっているといえるのであり、〔かなり高額の書画骨董・貴金属を含む〕動産は、結局、周囲の者が自由にこれを処分していることが多いのではないか、と推測される」（『新版注釈民法(27)〔補訂版〕』764頁［久貴・犬伏由子］）。なお、相続実務研究会（編）『Q&A 限定承認・相続放棄の実務と書式』〔民事法研究会・2018〕51頁や石田健悟『相続放棄と限定承認の実務―相続の基本的な仕組みから相続財産管理人の活用まで―』〔テイハン・2022〕51-53頁では、熟慮期間中の相続財産の調査対象（民915条）として、積極財産については、預貯金、保険、不動産、車両、株式等の有価証券、債権等が挙げられているだけであり、その他の財産（特に動産）の実務的な重要性は低いことが窺われる。

(87)　Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, SS.406-407.

(88)　大阪高判昭和56・２・24下民集32巻１～４号56頁は、「遺産として債務しかなくその引当てとなる積極財産が存しないような場合には……相続人が（道義上の責任を感ずるなどして）債務だけの相続でも積極的にこれを承認する場合はともかく、そのような債務承継の意思が全くないにもかかわらず法定単純承認の規定（民法921条２号）を適用することによって相続人に債務のみの相続を強制するときは、債権者は、本来相手方たる債務者の給付のみを期待すべき地位にしかないにもかかわらず、債務者が無資力であってもその相続人の特有財産からまでも債権の満足を得られ、債権者が不当に利得をする反面、相続人は、自己に責任なく自己の意思に基づかないことによって不利益を強いられる結果となり、現行法

の基本原則の一つである個人責任主義に抵触することになりかねない」と述べる（下線は大久保）。しかし、限定承認の厳格な手続を経て初めて、積極財産の範囲が明確になり相続人の固有財産との混合や不正行為が防止されるのであるから、積極財産が存しないことを前提とする説明は論点先取であるし、積極財産が存しないと考えるのであれば相続放棄をすればよい。相続債権者を保護するために法定単純承認者の自己責任を厳格に問うことは、基本的に支持できる（ただし、熟慮期間経過後に思わぬ過大な相続債務が見つかった場合は、例外的に自己責任を問えない可能性はあるだろう〔『新注釈民法⒆〔第２版〕』550頁、555-557頁、559-572頁［幡野］〕）。

(89)　「父子同居の場合には、父子間の財産の境目が不明瞭な場合が往々存し、相続財産の限度の責任と言っても、限度が分明でなければ、勢い無限責任とならざるをえない」（原田『日本民法典の史的素描』240頁）。川淳一「民法923条、921条および937条の解釈―出発点としての我妻説に関する覚書」小野秀誠先生古稀記念論文集『社会の多様性と私法の展開』〔法律文化社・2024〕494-496頁も参照。

(90)　日本の限定承認本則論については、金子敬明「相続財産の重層性をめぐって⑴」法学協会雑誌118巻11号〔2001〕1691頁注（１）のほか、1661-1662頁を参照。

(91)　伊藤『相続法』15頁注（３）。

(92)　岡村・前掲注(49)８頁、『四宮和夫民法論集』357頁（遺言自由主義を徹底すれば、遺留分は否定される）。

(93)　『新注釈民法⒆〔第２版〕』３頁［吉田］、窪田・前掲注(55)13頁、潮見『詳解相続法〔第２版〕』３頁。

(94)　潮見『詳解相続法〔第２版〕』５頁。

(95)　稲子＝稲子・前掲注(11)892頁注(10)は、この前提を疑う。

(96)　中川＝泉『相続法〔第４版〕』９-10頁。

(97)　アダム・スミス『法学講義』196-197頁。

(98)　沼正也「近代的相続の本質と機能」『中央大学八十周年記念論文集 法学部』〔中央大学・1965〕708-709頁のほか、「㈠加工説」に対する岡村・前掲注(49)２頁の記述を参照。

(99)　中川＝泉『相続法〔第４版〕』９-12頁、『新注釈民法⒆〔第２版〕』３頁［吉田］。

(100)　Bonfils, a.a.O., SS.95-102, SS.104-105は、社会主義国家の相続制度の特徴として、親族関係（血縁関係・配偶関係・養親子関係）よりも（事実上の）扶養関係が西欧法と比べると相対的に重視されている点を挙げる。

(101)　ヘーゲル『法哲学講義』359頁。

(102)　岡村・前掲注(49)１頁。

(103)　伊藤『相続法』14頁。その詳細については、伊藤『相続法の基礎的諸問題』

26-32頁を参照。

(104)　中川＝泉『相続法〔第４版〕』９頁、12-13頁。稲本『近代相続法の研究』18-20頁も参照。

(105)　ヴァリエの見解（伊藤『相続法の基礎的諸問題』193頁による）。

(106)　中川善之助（責任編集）『註釈相続法（上）』〔有斐閣・1954〕12頁［高柳眞三］。

(107)　大阪高判昭和56・２・24下民集32巻１～４号56頁。

(108)　大村『新基本民法８』163頁。

(109)　『新注釈民法⒆〔第２版〕』３頁［吉田］による。伊藤・前掲注(49)342頁、岡村・前掲注(49)３－４頁の「㈦経済説」も参照。

(110)　伊藤『相続法の基礎的諸問題』191-192頁による（原語は省略）。

(111)　Bonfils, a.a.O., S.92.

(112)　『LEGAL QUEST 民法Ⅵ〔第７版〕』240-242頁［浦野］。ただし、「意思」と「血縁」を別項目とするほか、次の**Ⅳ 1**(1)で紹介する先占説を「相続制度の必要性」に位置づけている。

(113)　紛争処理コストが個別的な分析を阻むとする窪田・前掲注(55)15-16頁、扶養の観点に関する Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, SS.411-412 を参照。

(114)　死者が遺産の国庫帰属を望むこと（**1**）はあるかもしれないが、共有財産の清算（**2**）や生活保障（**3**）は国家については問題にならない。したがって、相続制度を維持する前提に立つのであれば、相続人不存在の場合に最終的に国庫に帰属する理由は「私人が自分の手ではできないことは国家がやるべき」（ホセ・ヨンパルト『人間の尊厳と国家の権力』〔成文堂・1990〕198頁）だとする補完性原理に求めることになるであろう（補完性原理については、服部高宏「『補完性原理』についての覚書き―ドイツにおける議論をふまえて」平野仁彦ほか（編）『現代法の変容』〔有斐閣・2013〕241頁以下のほか、大久保邦彦「公法と私法」神戸学院法学32巻２号〔2002〕65-69頁を参照）。相続人不存在の場合における遺産の国庫帰属の法律構成については、四宮和夫「相続人の不存在」『四宮和夫民法論集』326-327頁、334-336頁に説明があるが、法原理的な考察はほとんどない。

(115)　「自治会などの地域コミュニティ」や「NPO などの民間の非営利組織」も選択肢となりうるが（土地につき、朝日新聞取材班『負動産時代 マイナス価格となる家と土地』〔朝日新書・2019〕223頁、255頁を参照）、適切な組織が存在しない場合には、結局、国家が受け皿となる必要がある。相続土地国庫帰属法制定時の議論については、後掲注(139)『新しい土地所有法制の解説』388頁を参照。

　現行民法959条に相当する規定（旧1059条）の『民法修正案理由書』には、「外国ノ立法例ニ於テハ相続人ナキ相続財産ハ相続開始地ノ小学校養育院又ハ病院ニ

帰属スルモノト為スモノアリ。然レトモ国庫ハ公益ノ為メニ相続財産ヲ使用スルモノト推測スルコトヲ得ルカ故ニ、本案ニ於テハ相続人ナキ相続財産ハ国庫ニ帰属スルモノト定メタリ」とある（法典調査会（編）『民法修正案理由書』〔博文館・1898〕315頁〔句読点は大久保〕）。

(116)　森村進「『大地の用益権は生きている人々に属する』―財産権と世代間正義についてのジェファーソンの見解」『リバタリアンはこう考える―法哲学論集―』〔信山社・2013〕380頁による。森村『自由と正義と幸福と』108頁は、「自己所有権論によると遺産に対して正当な権原を故人も遺族も持っていないということになると、その自然な帰結は〈死者の遺産に対して誰も道徳的な権原を持っていない〉」となるが、ジェファーソンはこのような結論を受け入れていたと説明する（森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1157頁も同旨）。

(117)　ヘーゲル『法哲学講義』358頁による。

(118)　ヘーゲル『法哲学講義』358頁。

(119)　岡村・前掲注(49) 1－2頁。

(120)　森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1158-1159頁、森村『自由と正義と幸福と』109-110頁。

(121)　死者の「債権…が消滅するということは、たとえば死者の銀行預金を銀行が労せずして得る…ことを意味するから、望ましくない」という森村の主張に対して、橋本努は「銀行がその利益に応じて預金の利率を上げるなど利用者へのサービスを向上させるかもしれない」と述べたそうだが（森村『自由と正義と幸福と』110頁）、預金債権以外の債権には、橋本の理由は妥当しない。

(122)　特許法76条、著作権法62条１項１号。商標法35条、実用新案法26条、意匠法36条は、特許法76条を準用する。

(123)　「有体動産ハソレデ宜イガ、不動産抔ヲ先占デ得ラレルト言ツタラ騒動ダ。ソレハ北海道ノ隅カ台湾ノ隅ハ宜ウゴザイマスガ、日本ノ人家稠密ノ所デ相続人ガナケレバ先占デ取レルトナツタラ叩キ合ガ初マル」（梅謙次郎発言『法典調査会議事速記録』〔日本学術振興会〕62巻20丁裏〔句読点は大久保〕）。

「余命いくばくもない人の死亡を待ち構える無主物先占の可能性は、……社会に大変な騒動と不安定性をもたらしてしまうだろう」（森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1158頁、森村『自由と正義と幸福と』110頁）。

(124)　法的安定性・法的平和については、拙稿・前掲注(45)386-385頁を参照。

(125)　「近代化確立は家名相続だとか家産相続だとか人格承継だとか血縁相続だとかのほんらい的・伝統的な相続法の目的を打ち砕いて無主物化回避法に変ぜしめてしまった」（沼・前掲注(98)698頁）。

相続権の根拠を「統一的に説明しようとすれば、**財産の無主物化の回避**という

きわめて法論理的な根拠しかない」（二宮周平『家族法〔第５版〕』〔新世社・2019〕311頁〔ゴチックは原文〕）。

(126)　笠井潔『国家民営化論 完全自由社会をめざすアナルコ・キャピタリズム』〔光文社・1995〕168頁、202-205頁。同書は、国家・政府がない社会で、死後の個人財産を原資に遺産管理会社がさまざまな社会事業を行うことを想定している。

(127)　岡村・前掲注(49) 4 頁の「(リ)争奪防止説」。

(128)　藤田『ソビエト法史研究』175-176頁。

(129)　河本・前掲注(11)53頁注(７)、河本・前掲注(24)84頁。

(130)　藤田『ソビエト法史研究』181頁。

(131)　村田陽一（訳）「〔相続権についてのマルクスの演説の記録〕」〔1869年〕『マルクス＝エンゲルス全集 第16巻』561頁。

(132)　Kralik, Das Erbrecht, S.4.

(133)　Bilinsky, a.a.O., S.143;　藤田『ソビエト法史研究』183頁。

(134)　福島①351頁。ただし、かかる闘争に対し楽観的な見方もある（Haslett, Capitalism with Morality, pp.249-251）。

(135)　Bilinsky, a.a.O., S.144;　藤田『ソビエト法史研究』183頁。

(136)　カー『ロシア革命』31頁。

(137)　ドイツにおける政府の遺産管理能力は日本よりも高い。

ドイツ民法（BGB）によると、相続開始時に被相続人に血族・配偶者・生活パートナーが存在しないときは、被相続人の最後の住所・常居所がある州が相続し、それ以外の場合（例、被相続人の最後の住所が外国にある場合）には連邦が相続するが（1936条）、政府（Fiskus）は法定相続を放棄できない（1942条２項。同条項の Fiskus は連邦 Bund と州 Land の双方を含むので「国庫」ではなく「政府」と訳した）。それにより、相続人がない遺産は存在せず、相続債権者のために遺産の清算が遂行される。相続債務に対する政府（Staat）の責任は、相続財産の価値に限定される（Dieter Leipold, Erbrecht, 23. Aufl., 2022, Rn.229-230, Rn.232,　ディーター・ライポルト（著）／田中宏治（訳）『ドイツ相続法』〔信山社・2024〕88-89頁）。

このようにドイツでは政府が相続人となることがあるが、ミュンスター地区政府（Bezirksregierung Münster）の本注末尾のサイトによると、同地区政府は、近時は年に200件程度、相続しており（過半数が債務超過）、動産・株式・相続債務等を含む遺産の調査・換価や債務弁済等を行い、（サイト訪問時のデータによると）104の相続不動産を管理している。2020年には207件の相続事件が処理されたが、遺産の換価により合計71万1000ユーロの収入があり、このうち33万4000ユーロは不動産の修繕や債務弁済のために支出された。ドイツ法では建物は土地

と一体化した不動産であるが（BGB94条１項）、劣悪な状態で相続される不動産が多いため、その安全を保つために修繕を行う必要がある。https://www.bezreg-muenster.de/de/wirtschaft_finanzen_kommunalaufsicht/fiskus-erbschaften/index.html（2024年10月21日最終訪問）。朝日新聞取材班『負動産時代』205-208頁も参照。

(138) 朝日新聞取材班『負動産時代』219-221頁、正影秀明『相続財産管理人、不在者財産管理人に関する実務』〔日本加除出版・2018〕284-288頁、尾島史賢（編集代表）『実務家が陥りやすい相続人不存在・不在者財産管理の落とし穴』〔新日本法規出版・2020〕217頁、吉村孝太郎『弁護士のためのイチからわかる相続財産管理人・不在者財産管理人の実務』〔日本法令・2021〕153頁、大畑敦子ほか（共編）『令和３年改正民法対応 負動産をめぐる法律相談 実務処理マニュアル』〔新日本法規出版・2022〕237頁。

(139) 同法については、日本弁護士連合会 所有者不明土地問題等に関するワーキンググループ（編）『新しい土地所有法制の解説―所有者不明土地関係の民法等改正と実務対応』〔有斐閣・2021〕385-408頁［野村裕・遠藤啓之］を参照。

(140) 片岡武ほか『家庭裁判所における成年後見・財産管理の実務〔第２版〕』〔日本加除出版・2014〕351頁、377頁（紛争性等のある不動産につき）、421頁（動産につき）、421頁・424頁（不動産につき）、水野賢一『相続人不存在の実務と書式〔第４版〕』315頁（財務局につき）、320頁（家裁につき）、松岡登「相続財産の清算と国庫帰属の手続」判タ688号〔1989〕283頁（金銭債権たる預貯金につき）。

(141) 厚生労働省「令和５年（2023）人口動態統計月報年計（概数）の概況」https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/geppo/nengai23/dl/gaikyouR5.pdf ２頁（2024年10月21日最終訪問）。

(142) 「令和５年司法統計年報（家事編）」。https://www.courts.go.jp/toukei_siryou/shihotokei_nenpo/index.html からアクセスできる（2024年10月21日最終訪問）。

ちなみに、司法統計年報によると、相続財産の厳格な清算が問題となる他の手続に関する2023年の新受件数は、「相続の限定承認の申述受理」が688件、「相続財産の分離に関する処分」が４件、「相続財産管理に関する処分（財産分離）」が１件、片岡ほか『家庭裁判所における成年後見・財産管理の実務〔第２版〕』407頁によると、2006年の東京地裁における相続財産の破産事件数は９件であり（伊藤眞ほか『条解破産法〔第２版〕』〔弘文堂・2014〕1473-1474頁も参照）、相続財産の清算が厳格に行われるのは、全相続件数の２％未満である（「厳格に」というのは、単純承認の場合と比較して厳格という意味である。相続財産破産と比べると、相続人不存在・限定承認・財産分離の場合の清算は簡易である。Ⅴ参照）。

(143) 財務省によると、2015年前後の数年間で、国が引き取った土地は年間30～50件

台である（朝日新聞取材班『負動産時代』218-219頁）。2015年については、土地が37件、建物が２件である（第193回国会参議院法務委員会第２号〔平成29年３月９日〕２頁）。

他方、相続人不存在によって国庫に帰属した金額は、2006年度は224億円、2015年度は420億円、2020年度は601億円である（吉原祥子『人口減少時代の土地問題「所有者不明化」と相続、空き家、制度のゆくえ』〔中公新書・2017〕161-162頁、最高裁判所「令和４年度一般会計歳入予算概算見積書」（現金収入）２頁 https://www.courts.go.jp/vc-files/courts/2021/R4sainyuyosan_gaisanmitsumorisyo_259kb.pdf〔2024年10月21日最終訪問〕）。

(144)　2021年改正により、「相続人の不存在」の章の「相続財産の管理人」が「相続財産の清算人」に改められたが、その権限等は改正の前後で異ならない（村松秀樹＝大谷太（編著）『Q&A 令和３年改正民法・改正不登法・相続土地国庫帰属法』〔きんざい・2022〕391頁、山野目章夫＝佐久間毅（編）『解説 民法・不動産登記法（所有者不明土地関係）改正のポイント』〔有斐閣・2023〕310頁［西希代子］）。

(145)　近時はデジタル資産も登場しており、親の遺産の調査だけでも容易ではない。「以前は親が亡くなったら、実家に赴き、金庫や抽斗を開けて、銀行や郵便局の通帳を取り出し残高を確認する。証券会社などから郵送されてくる取引残高通知書を確認して、証券会社に届け出るなどといったことを行ってきました。しかしこれからの相続は、親の持っていたスマートフォンやタブレット、パソコンの中身までチェックしなければ、財産の全容を解明できない時代になってきています」（牧野知弘『負動産地獄』〔文春新書・2023〕219頁）。デジタル資産については、岡野雄志（税理士）「相続でトラブル増加中の『デジタル遺産』、生前対策はどうやるべき？」https://diamond.jp/articles/-/318676 も参照（2024年10月21日最終訪問）。

(146)　相続土地国庫帰属法６条も参照。

(147)　具体的な業務については、片岡ほか『家庭裁判所における成年後見・財産管理の実務〔第２版〕』351-358頁、尾島（編）『実務家が陥りやすい相続人不存在・不在者財産管理の落とし穴』42-108頁を参照。

(148)　正影『相続財産管理人、不在者財産管理人に関する実務』36頁によると、敷地が50㎡以下の狭小物件は売却が難しい。

(149)　片岡ほか『家庭裁判所における成年後見・財産管理の実務〔第２版〕』377頁。

相続土地国庫帰属法２条３項、５条１項は、「建物の存する土地」、「担保権又は使用及び収益を目的とする権利が設定されている土地」、「通路その他の他人による使用が予定される土地として政令で定めるものが含まれる土地」、「土壌汚染

対策法第２条第１項に規定する特定有害物質により汚染されている土地」、「境界が明らかでない土地その他の所有権の存否、帰属又は範囲について争いがある土地」、「崖がある土地のうち、その通常の管理に当たり過分の費用又は労力を要するもの」、「土地の通常の管理又は処分を阻害する工作物、車両又は樹木その他の有体物が地上に存する土地」、「除去しなければ土地の通常の管理又は処分をすることができない有体物が地下に存する土地」、「隣接する土地の所有者その他の者との争訟によらなければ通常の管理又は処分をすることができない土地として政令で定めるもの」、「通常の管理又は処分をするに当たり過分の費用又は労力を要する土地として政令で定めるもの」を国庫帰属の対象外としている。

相続税法41条２項の物納の要件を充足しない管理処分不適格財産を定める相続税法施行令18条、相続税法施行規則21条も参照。

(150) 業務の煩雑さ等を示す指標として、相続財産清算人の報酬（民953条→民29条２項）に関する審判例を挙げると、4251万円余りの相続財産の管理につき500万円が付与された例（大阪家審昭和50・12・26家月28巻11号99頁）、遺産が仙台市所在の宅地（613.68㎡）のみである事例につき35万円が付与された例（仙台家審昭和53・７・５家月31巻９号48頁）がある。

相続財産の内容から相続財産清算人の報酬を含む管理費用の財源が見込めない場合には、相続財産清算人選任の申立人（民952条１項）に、原則として東京家裁では100万円、小規模庁では30万円程度の予納を依頼しているが（片岡ほか『家庭裁判所における成年後見・財産管理の実務〔第２版〕』331-332頁。堀越みき子「相続人不存在の実務」判タ996号〔1999〕102頁、尾島（編）『実務家が陥りやすい相続人不存在・不在者財産管理の落とし穴』26-27頁〔近時は50万円程度に低額化している〕も参照）、予納金の大部分は相続財産清算人の報酬となる（正影『相続財産管理人、不在者財産管理人に関する実務』29頁。同70-72頁も参照）。

(151) 吉田太一『あなたの不動産が「負動産」になる 相続・購入する前に今すぐやるべきこと』〔ポプラ新書・2015〕、吉原『人口減少時代の土地問題』、米山秀隆『捨てられる土地と家』〔ウェッジ・2018〕、朝日新聞取材班『負動産時代』、牧野『負動産地獄』等を参照。

(152) 全国888自治体の税務部局に対するアンケート調査によると、自治体が土地の寄付を受け取るのは稀であり、受け取る場合も、道路用地など「公的利用が見込める場合」にほぼ限られている（吉原『人口減少時代の土地問題』83-86頁、154頁）。

(153) 「公共的観点からみて社会的便益のある土地であり、かつ、その管理コストが国にとって過大にならないものに事実上限定されている」（潮見『詳解相続法

〔第２版〕』112頁）。

(154)　『新しい土地所有法制の解説』390頁。なお、本法制定時の法務委員会において、上川陽子法務大臣は、「相続土地国庫帰属制度は、これまでにない新しい制度ということでございますので、これがどの程度利用されるのかにつきましては、現時点で具体的に申し上げることがなかなか難しいという状況でございます」と答弁している（第204回国会参議院法務委員会第７号〔令和３年４月13日〕８頁）。

(155)　法務省のサイト「相続土地国庫帰属制度の統計」https://www.moj.go.jp/MINJI/minji05_00579.html（2024年８月18日訪問）。2024年７月31日現在で667件（2024年９月11日訪問）、９月30日現在で868件（2024年10月16日訪問）に増加している。

(156)　合目的性については、拙稿・前掲注(45)384-383頁を参照。

(157)　「私有財産制のもとで、国家が国民の相続財産を承継するのはいかにも煩雑であり、国家も結局はそれを売りに出すことになるから、資力のある買い手がこれを手に入れて、かえって富のいっそうの不平等を招くことにもなる、というのが『便宜』からの〔相続権の〕根拠ではないか」（星野『家族法』147頁）。

(158)　森村・前掲注(34)「リバタリアンな相続税」1158頁、森村『自由と正義と幸福と』109頁。

「法的把握における死は、権利能力の喪失というただ一色である。亡骸はすでにして物であり、物は物を所有することができない。そこになんらかの法的統制が下されないなら、財産法の世界の次元で、動産は無主物化し、不動産は国庫帰属となり、債権・債務は宙に浮くまでであろう」（沼・前掲注(98)694頁）。

(159)　ジェファーソンは次のように言う。自分が生きている間に支払えるよりも大きな債務を契約で負うことができるならば、〔責任財産となる〕土地の用益を、将来の何世代にもわたって食い尽くせることになる。それは土地が死者に属することを意味する。しかし、「大地の用益権は生きている人々に属する」ので、そのような契約を結ぶことはできない（森村『リバタリアンはこう考える』379-384頁による）。

このジェファーソンの考えを前提にすると、遺贈を否定する自己所有権テーゼにより故人に対する債権者がその債権の範囲で遺産への正当な権利を持つとする森村の主張（森村『財産権の理論』112頁）は、債務負担は遺贈と経済的に同視できるため、内在的な矛盾を抱えることになる。

(160)　牧野『負動産地獄』225-226頁。

(161)　「債権者ハ債務者ノ財産ヲ信用シテ債権ヲ取得セルニ債権者自身カ死亡スルモ其ノ債権ヲ失ヒ債務者カ死亡スルモ亦之ヲ失ハハ誰カ他人ヲ信用シテ契約取引ヲ為ス者アランヤ」（岡村・前掲注(49)９頁）。債権関係や資本制経済の基礎に信頼関係が存在する必要があることについては、川島武宜『債権法総則講義 第一』

〔岩波書店・1949〕３－８頁を参照。

(162)　法人消滅の際の債務の帰趨に関する現行法によると、法人解散の場合は清算（債務弁済）が行われ、法人合併の場合は消滅法人の債務を別法人が承継する。法人消滅を理由に債務が消滅することはない（大村『新基本民法８』42-43頁）。

(163)　岡村・前掲注(49)10頁、星野『家族法』147頁も同旨。なお、森村の主張には、注(159)で述べた問題もある。

(164)　「分別管理義務」に関する信託法34条は、「受託者は、信託財産に属する財産と固有財産及び他の信託の信託財産に属する財産とを、……分別して管理しなければならない」と規定するが、相続法では「分別管理義務」という用語はあまり使われないようである（潮見『詳解相続法〔第２版〕』97頁は、限定承認者の「分別管理義務」を言う）。

(165)　Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, S.405.　相続債権者が、相続人の相続放棄の意思表示を詐害行為として取り消すことができない（最判昭和49・９・20民集28巻６号1202頁）理由にもなる（『新版注釈民法（27）〔補訂版〕』632-633頁［犬伏］、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』〔信山社・2017〕767-768頁）。

(166)　「相続債権者の利益を確保するためには、少くとも、相続財産の全部がその債権の満足のために提供せられねばならぬ」（近藤・前掲注(79)２頁）。

(167)　Bilinsky, a.a.O., S.140.

(168)　立法論としての限定承認本則論（注(90)参照）に対して、「実際にすべての相続について清算をするということになると、その手続は大きな負担となる」という批判が加えられているが（大村『新基本民法８』47-48頁）、現行法を前提にすると、限定承認の場合には相続人が清算手続を行う（民924条、926-932条、936条）。国家が限定承認的承継をする場合には、清算手続の煩雑さに加えて、実際に誰がその手続を担うのか、という問題が付け加わる。

(169)　相続承継のプロセスについては、遺産の清算手続を経た後に積極財産のみを相続人に承継させる「積極財産承継主義」と、遺産の清算手続を経ずに消極財産も含めて全財産を相続人に承継させる「当然包括承継主義」（日本法の原則）とが対立している（『新注釈民法⒆〔第２版〕』４－５頁［吉田］）。

(170)　以下、イングランド法については、金子敬明「イングランド法」大村敦志（監修）『相続法制の比較研究』〔商事法務・2020〕81-82頁、119頁による（引用部分の括弧書きは省略）。

(171)　ローマ法については、木庭顕『法存立の歴史的基盤』〔東京大学出版会・2009〕938-940頁参照。

(172)　金子・前掲注(86)741-746頁。推定値で約半数の事例で公証人が介入する（金子敬明「相続財産論再考」私法77号〔2015〕201頁）。フランス法の詳細について

は、金子敬明「相続財産の重層性をめぐって(5)」法学協会雑誌121巻6号〔2004〕701頁以下（公証人〔ノテール〕による遺産の処理については744頁以下）を参照。

(173)　金子・前掲注(172)「相続財産論再考」202-203頁、金子・前掲注(86)750頁。

(174)　『新注釈民法⒆〔第2版〕』30-34頁［吉田］。金子・前掲注(86)753-755頁も参照。

(175)　注(150)を参照。民法旧918条2項（現897条の2）による相続財産管理人の選任を申し立てる際、相続財産がほとんどない場合でも、30万円から50万円程度の予納を依頼されることがある（石田『相続放棄と限定承認の実務』86頁）。

(176)　遺産の保存・清算・配当に関する費用については、共益費用の先取特権が認められるので（民307条。『新版注釈民法(27)〔補訂版〕』547頁［小室直人・浦野由紀子］も参照）、積極財産から消極財産を控除した正味の遺産がマイナスでも、積極財産で管理費用を賄うことができれば、遺産の厳格な清算は可能である。ただし、相続人が遺産たる建物に居住し続けるような場合には換価は困難なので、それ以外の積極財産で管理費用を賄う必要がある。

(177)　現在でも、納税義務者の死亡・居所不明、相続人不存在などにより課税対象者がわからないため「課税保留」になっている固定資産税がかなりある（吉原『人口減少時代の土地問題』75頁以下）。

(178)　『新注釈民法⒆〔第2版〕』788頁［常岡史子］、片岡ほか『家庭裁判所における成年後見・財産管理の実務〔第2版〕』308-309頁、335頁、正影『相続財産管理人、不在者財産管理人に関する実務』29-30頁、水野『相続人不存在の実務と書式〔第4版〕』15-16頁。

(179)　吉原『人口減少時代の土地問題』73頁。同162頁も参照。

(180)　最判昭和50・10・24民集29巻9号1483頁、『新注釈民法⒆〔第2版〕』815頁［常岡］。

(181)　『LEGAL QUEST 民法Ⅵ〔第7版〕』385-386頁［浦野］。

(182)　大村敦志の教科書は、相続法を「遺産管理の法」と把握しているが、その際、「被相続人による遺産管理」を考えている（大村『新基本民法8』1頁、14頁、163-164頁のほか、「遺産管理の法」という同書の副題を参照）。本稿では「相続債権者を代表とする利害関係人と取引安全のための遺産管理」を考えている。

(183)　伊藤『相続法』23頁、大村『新基本民法8』114-115頁、『LEGAL QUEST 民法Ⅵ〔第7版〕』246頁、378頁［浦野］。

(184)　組合に関する民法688条1項は、清算人の職務として、現務の結了、債権の取立て、債務の弁済、残余財産の引渡しを挙げる。「被相続人に相続人がいれば、当然包括承継主義により、相続財産は相続開始と同時に相続人に帰属する。相続

人は相続財産を管理し、相続債権者や受遺者に対して弁済をする義務を負う」（『LEGAL QUEST 民法Ⅵ〔第７版〕』384頁［浦野］）。ただし、遺産に対する借地権（賃借権）のように、債務者の死亡による清算が不要な法律関係もある（大判昭和13・10・12民集17巻2132頁、『新版注釈民法(27)〔補訂版〕』712-713頁［金山正信・高橋朋子］、721-722頁［谷口安平］、『新注釈民法⒆〔第２版〕』806頁［常岡］、片岡ほか『家庭裁判所における成年後見・財産管理の実務〔第２版〕』398頁）。

(185)　上柳克郎「法人論研究序説」『会社法・手形法論集』〔有斐閣・1980〕５頁。同「合名会社の法人性」『同書』26-27頁も参照。

(186)　相続人が相続財産の全部または一部を処分したときや、（限定承認・相続放棄後であっても）隠匿し、私に消費し、悪意で財産目録に記載しなかったときに、単純承認が擬制されるのは（民921条１号・３号）、相続財産の充実維持に反する行為をしたからである。

(187)　ただし、「裏」は必ずしも真でなく、特別財産の分別管理をしても財産管理人が無限責任を負う場合がある。たとえば、財産分離の際に単純承認者が遺産管理をする場合がそうである（民944条、948条前段、950条）。ただし、相続財産と相続人の固有財産とがすでに混合している可能性もあるし（民941条１項、950条１項）、相続財産の一部につき財産分離を認める説もあるので（『新注釈民法⒆〔第２版〕』753-755頁［常岡］）、相続財産全体につき分別管理がされているとは限らない。

信託では、受託者は分別管理義務を負うが（信託法34条）、受託者は固有財産によっても責任を負うのが原則であり（信託法48条を参照）、信託財産の充実維持について株式会社と同様の保障（信託法222条、225条など）がある場合に例外的に、受託者が当該信託のすべての信託財産責任負担債務について信託財産に属する財産のみをもってその履行の責任を負う「限定責任信託」（信託法２条12項）を設定することができる（道垣内弘人『信託法（現代民法別巻）』〔有斐閣・2017〕151頁以下）。

(188)　私法の規範化（立法・解釈）に際しては、ⓐある法主体に有利な法律効果が帰属する理由、ⓑ他の法主体に不利な法律効果が帰属する理由、ⓒまさにこの２人の間で当該法律効果が発生する理由を基礎づける必要がある。ビドリンスキーはその必要性を強調し、ⓐ～ⓒの基礎づけを求める考え方を二面的正当化原理（Das Prinzip der zweiseitigen Rechtfertigung と名づけている。しかし、ⓐⓑが薄弱な場合は、ⓓ第三者利益や公益（例、取引安全）を補充的に援用することは許される（Franz Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988, SS.307ff.; ders., System und Prinzipien des Privatrechts, SS.92-97.　大久保邦彦「二面的正当化

原理―スキミング被害の預金者保護に向けて―」甲南法務研究２号〔2006〕13頁も参照)。相続制度については、ⓑ単純承認者が相続債務につき無限責任を負う根拠はやや薄弱であるが、ⓐ債務者の責任財産から債権の満足を受けることに対する相続債権者の信頼に加えて、ⓓ取引安全が、ⓑの薄弱さを補っている。

時効制度については、ⓐⓑの薄弱さをⓓが補う。相続制度と時効制度は、いずれも制度を廃止した場合の弊害が大きいため、制度の正当化に際してⓓに重みが置かれる点で共通する。時効制度については、大久保邦彦「時効制度の存在理由について」阪大法学69巻６号〔2020〕1185頁以下を参照。

(189)　限定承認の場合も限定承認者ないし相続財産清算人には本来の「報酬」は認められないので（『Q&A 限定承認・相続放棄の実務と書式』164頁、177頁)、正味の遺産がプラスの場合には、積極財産の相続は「報酬」の意味を持ちうる。

「報酬」という性質決定が問題となる他の例として、間接強制金（民事執行法172条）を挙げうる。間接強制を行った債権者は、法実現という公的サービスを行ったことに対する「報酬」として、損害額を超える強制金を受け取ることができると考えられる（他の例も含め、拙稿・前掲注(188)「二面的正当化原理」33-35頁を参照)。

(190)　2021年の不動産登記法改正の際、「法制審議会民法・不動産登記法部会」において、「登記名義人が死亡した場合には、登記名義人の権利主体性が失われていることになるが、これを公示したままとすることは虚無人名義の登記を認めないという不動産登記法の建前に抵触することになるし、実際上も登記名義人と連絡を取ることもできないことから、死亡に伴って権利を承継した者が誰かを公示する要請が高い」(「中間試案のたたき台（不動産登記制度の見直し)」民法・不動産登記法部会資料19・30頁 https://www.moj.go.jp/content/001309491.pdf〔2024年10月21日最終訪問〕）という指摘がなされたが、そこで述べられている不都合を回避するためには、前提問題として、不動産の承継人ないし管理人を定める必要がある。

(191)　金子敬明は、積極財産の分配のされ方が決まっていることを前提にして、個々の遺産の所有権の承継プロセスについて検討するが（金子敬明「相続財産の重層性をめぐって⑵」法学協会雑誌119巻１号〔2002〕143-145頁)、その際、相続人以外の者に遺産の管理・清算をさせることを理想としている（金子・前掲注(86)737-755頁)。それに対して、本稿は、積極財産の帰趨自体も問題にしており、「積極財産承継主義」の貫徹は不可能という認識に基づき、「包括承継」の場合に遺産を管理させる機構として相続人を法定した、という理解をしている。

(192)　金子も、「現実にワークする制度を構想する際には、特に小規模な遺産を念頭に置くと、大がかりで立派な仕組みだけでは不十分であり、それを経由しなくて

も済む方途をある程度は用意する必要がある」と言う（金子・前掲注(172)「相続財産論再考」203頁）。

(193)　2023年の死亡数157万5936人に対して、「相続の限定承認の申述受理」の新受件数は688件、「相続の放棄の申述の受理」の新受件数は28万2785件、「相続財産清算人選任等（相続人不分明）」の新受件数は２万8634件であることに鑑みれば、正味の遺産がプラスの相続事件が多数を占めると考えられる（「令和５年司法統計年報（家事編）」。https://www.courts.go.jp/toukei_siryou/shihotokei_nenpo/index.html からアクセスできる〔2024年10月21日最終訪問〕）。

　相続税の課税状況については、https://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/property/e07.htm を参照。2022年の課税件数は死亡数の9.6％（15万858件）である（2024年10月21日最終訪問）。

(194)　ジェファーソンは、土地を相続する人が先の所有者の債務を支払うという要求は、「国家的なものにすぎず道徳的なものではなく、社会の意志から来ていて、その社会は故人の債務の支払いを条件として、占有者の死によって無主となった土地の専有をするのが便利だとみなしている」と述べている（森村『リバタリアンはこう考える』383頁による）。

(195)　新村出（編）『広辞苑〔第７版〕あ―そ』〔岩波書店・2018〕803頁によると、「近親」は「血統の近い親族」を意味するが、民法711条の見出しの「近親者」は配偶者を含む（民法734条の見出しの「近親者」は配偶者を含まない）。

(196)　内縁の配偶者や事実上の養子を法定相続人とすることや、国庫を補完的に法定相続人にすることも、立法論としては考えられる。指定相続人制度も立法論として考えられるが、デフォルト・ルールとして、法定相続人を定める必要がある。