HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	註釈・民法七九三条（一）
Author(s)	山畠, 正男
Citation	北大法学論集, 36(1-2), 365-407
Issue Date	1985-09-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16481
Type	bulletin (article)
File Information	36(1-2)_p365-407.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

註釈・民法七九三条（一）

山畠正男

一　はじめに
二　序説
　Ⅰ　概説
　Ⅱ　民法七九三条の成立
　Ⅲ　改正要綱と人事法案
　Ⅳ　民法改正と親族法再改正論
三　註釈
　Ⅰ　年長者養子
　　(1)　明治前期
　　(2)　年長者養子禁止（先代の養子）
　　(3)　養弟・養妹（以上本号）
　　(4)　年長者の意義（学説の混乱）
　　(5)　立法者意思（初期学説）
　　(6)　結語

Ⅱ　尊属養子
(1)　明治前期
(2)　立法者意思
(3)　学説
(4)　結語

一 はじめに

沼教授に『親族法準コンメンタール〈総論・総則〉』(昭38)の労作がある。総論には、民法親族編の前史、その成立と改正要綱から人事法案までの改正作業の推移、戦後の改正経過と再改正の動き、親族編の基本構造(民法典ならびに親族法の構造的理論)を収め、総則には、総則規定の理論構成、民法七二五条—七三〇条の学説総覧を収める。全文約六〇〇頁(通常の活字なら八〇〇頁に近い)、六ヶ条の註釈の部分のみでも二五〇頁の大著であり、余人をもってはまず不可能な業績である。参照文献は単行本のみでも二五〇冊を超えており(なお続巻における追加が予定されている)、これだけの文献に目を通すこと自体、他の学者のやっていないことである。筆者も右の一割は手にしたことのない文献であり、それも本書を契機に多少は集めた後でのことである。

なぜか親族編・相続編に関しては、穂積博士の「参考文献目録」(親族法(昭8)巻末)以来、中川教授の『日本親族法—昭和十七年—』巻末、青山博士の『身分法概論』(昭25)巻末、唄教授の『家族法参考文献目録』、その後太田教授の『家族法文献集成』(昭44)、同『家族法判例・文献集成』(昭50)、同続編(昭57)が続き、この分野の研究者に多大の便宜を供してきた。[1] これらのなかにあって、沼教授の参照文献は網羅的であるのみならず、とりわけ古い時代に関して他にはみられぬ文献を含んでいるのが特色である。筆者は本書によって古い文献に対する関心を喚起された。これを契機に教授に文献に関する御教示を仰ぎ、あるいは教授所蔵にかかる筆者未見の文献を借覧させていただくなど、一再ならずであった。その際、教授は、わが国における研究者の先人の業績無視を厳しく批判され、その権威的文献参照や便宜的文献参照を嘆かれるのがつねであった。著名な学者に倣ったり、都合のよい学説を引用するだけにとどめてお

けば、ことは簡単である。しかし当れるかぎりの文献に目を通し、これを整理するとなると、費やされる時間は比較にならぬほど多大である。しかしそうすべきであることを筆者は教授から教えられた。

沼教授のコンメンタールは残念ながら続巻が公にされていない。「その労多き仕事の完成を学界のため願ってやまない」というのが筆者の願望ではあるが、[2] 考えてみればまことに身勝手な願いである。一ヶ条五〇頁を超える親族編全体の註釈などは、想像するだけでも空恐しい感じがする。しかも条文によっては五〇頁には収まらぬことも間違いがない。現に利谷教授の註釈には九〇頁を超えるものがみられる。[3] そういう大変な仕事をただ待望しているだけというのも虫のよい話である。本稿は、わずか一ヶ条の規定ではあるが、沼教授のコンメンタールを範として、とくに民法施行前の慣例とその推移、「既成法典（旧民法）」と「修正民法（現行民法）」との関連、立法者意思、当初の学説、その後の学説の推移と現状の概観を試みたものである。

（1）なおこの分野では最高裁事務総局編『家事執務資料集』が昭和47年以降内部刊行されていたが、最近その改訂版上巻の一が家庭裁判資料一二五号（昭57）として刊行された。

（2）山畠「身分行為の理論」北大法学論集三一巻三＝四号一〇〇〇頁。

（3）注釈民法(22)のI第七八七条。なお同教授執筆の注釈民法(21)第七六三条の註釈も五〇頁に達している。

二　序　説

I　概　説

民法七九三条はどう考えても奇妙な規定である。「尊属又は年長者」という用語がそもそもおかしい。尊属はもとも

と年長者が通常であるから、「尊属又は年長者」ははじめから重複を含んでいる。立法者もそれは承知であり、しかも別になんとも思っていなかったようである。[1] 文字面だけからいえば、これは「尊属又は〔尊属でない＝卑属の〕年長者」と解するのがむしろ普通であろう。しかしこのような解釈は「異姓不養」を原則とする養子法でなければ考えられない。したがってつぎに考えられるのは、原則である親族養子にあっては「尊属」を養子とすることはできず、例外的な他人養子にあっては「年長者」は養子になることができないという理解である。これがそもそも民法施行前における両者の関係であった。

ところが旧法は、養子適格者をまず近親にもとめるという「相続秩序的養子」適格要件をもとより採用していない。年長者養子禁止と尊属養子禁止の原案規定に用いられた「何人ト雖モ……」というのがそのことを示している。そうなると旧法では、民法施行前の場合と異なり、一般的に年長者は養子適格を有せず、ただし年少者であっても尊属は養子適格を有しないという趣旨になるはずである。事実、民法施行直後の学説ではこのような説明の順序になっている。[2] それならば「尊属又は年長者」ではなく「年長者又は〔年長者でない〕尊属」となっているべきであった。実は立法者意思はそのとおりであった。いやそれ以上に、もともと原案では、「年長者養子禁止」と「尊属養子禁止」は別個の規定であった。性質上も両者が一緒になるような要件ではなかった。原案のままであったなら、以上に述べるような解説は無用になるはずであった。

ところで「年長者養子禁止」も、一般には怪しまれていないが、よく考えると奇妙な規定である。立法者はこれを旧民法の「養親年長」要件と同視していた。この両者は厳密にいうと同じではない。なぜ立法者は、旧民法の「養親年長」要件ではなく、「年長者養子禁止」要件としたのか。その理由は簡単である。旧法は旧民法にはなかった「尊属養子禁止」規定を設けた。この規定に合わせて、「養親年長」が「年長者養子禁止」に変わったものである。もし「尊属

養子禁止」が存在しなかったら、多分「年長者養子禁止」も存在せず、代わって養親年長か養子年少のいずれかの要件となっていたであろう。あるいはまた、立法者にとっては、養親年長要件も年長者養子禁止も同一であったごとく、尊属養子禁止は養子卑属要件と同一であったから、後者を「養子ハ卑属タルコトヲ要ス」としていたら、前者も「養子ハ養親ヨリ年少者タルコトヲ要ス」となっていたであろう。[3] 年長者養子禁止が養親年長（養子年少）要件になっていても、問題がすべて解消するわけではない。しかしすくなくとも、両者の混同だけはありえなかった。

年長者養子禁止も尊属養子禁止も、旧藩時代の「年増養子禁止」「目上養子禁止」の継承であるが、明治前期においては、後者は当初から「養子相続」上の要件として確立されたものである。それが家督相続養子を要件とした旧民法には取入れられず、かえって養子を家督相続の目的に制限しなかった旧法原案に採用されたのは、奇妙なことである。しかも、「尊属（目上）」「卑属（目下）」の概念および用語と外国法から伝来した直系血族に関する「尊属親・卑属親」の概念および用語との差異は、すでに旧刑法編纂の段階で問題となっており、混乱を避けて明治一三年旧刑法は親族呼称については「一打書（個別列挙）」を採用したくらいである。したがって「尊属養子禁止」を取入れるにあたっては、この点の整理が必要なはずであったが、旧法の立法者は、旧民法における「尊属親・卑属親＝直系血族の先後」を「直系尊属・直系卑属」に改めることで、「尊属」（養子禁止）の概念に誤解を生ずるようなことはないと考えた。慣例に詳しかった旧法立法者にとっては、それがあまりに自明のことだったのであろう。しかしこの用語の同一性こそが問題の出発点であった。

旧民法編纂当時、諸外国の ascendant, descendant に対しては、「尊属・卑属」以外に「先親・後親」の訳語が用いられている。[4] おそらく後者は、諸外国における「尊属・卑属」とわが国のそれとの概念上の差異を認識したうえで選択した用語であったと思われる。もしかりにこれが旧民法の用語に採用されていたとしたら、旧法にもこれが踏襲された

ことは当然であるが、その場合、「直系先親・直系後親」と「先親」という用語になっていたであろうか。[5] それとも後者は「尊属」としたであろうか。「先（親）後（親）」の縦割りと「（目）上（目）下」の横割りの差異を考えると、後の可能性がなかったとはいえない。かりにそうなっていたとすれば、本稿の註釈もまたありえなかった。

（1）梅謙次郎・民法講義（明34）一八九頁「親ヲ自己ノ子ニスルコトハ無論出来ナイ話デ、ソレハ年令ノ方カラデモ大丈夫ニナッテ来マス……尚兄、姉ナドヲ養子ト為スコトモ出来マセヌ、是ハ今一ツ年長ト云フコトガアル其条件ニモ欠ケマスカラ出来ナイ」。同・民法要義（四）（明32）二七七頁には「尊属却テ卑属ト為リ子却テ父母ヨリ年長ナルカ如キハ其自然ニ反スルコト太甚シ」とあるだけである。

（2）奥田・日本親族法論（明31）二八六頁「自己ヨリ年長ナル者ヲ以テ養子トナシ若クハ仮令自己ヨリ年少ナルモ尊属ノ親族ヲ以テ養子トナスハ尊卑ノ秩序ヲ乱スモノナルカ故ニ本条ヲ以テ之ヲ禁ス」。柿原・民法講義親族編（明31）五二六―五三〇頁は、まず年少要件ついで尊属養子禁止要件を項目を分けて説明する。いずれにおいても年少尊属の例として年少のおじおばをあげる点は、今日におけると異ならない。これに反して梅博士の場合は規定の文言の順序で説明がなされている。

（3）民法七九三条の「尊属」が民法施行前の「目上」「尊長」と同義であり、同列親をも二分する「目下」「卑幼」との択一概念であったことは、山畠「尊属の概念」現代家族法の課題と展望四一頁以下に詳述したとおりである。したがって「尊属養子禁止」は「養子卑属」要件と同じことであった（市岡正一・現行民法人事編（明14）一二八頁にも「総テ養子女ハ近親中卑幼ノ者ヨリ撰ヒ……」とある）。これに反して、「年長」「年少」は択一概念ではない（「同年」）。しかし立法者は択一的に考えていたように思われる。現在では、同列親には尊卑の区別を認めないのが一般であるから、尊属・卑属も択一概念とは考えられていない（養子は卑属であることを要しないと説明するのが通常である）。

（4）民法草案人事編（完）〔九国対比〕には随処にそれがみられるが、もっぱらイタリア民法の場合に用いられているのが注意を惹く。各国別に訳者が異なっていたせいであろうか。

（5）広中俊雄「尊属の概念」家族法大系Ⅰ一二三頁は「明治時代の法律学者が……「卑属」（「降属」）とでもいうような言葉を採用していたら（そうなると、それは――旧民法……と同様に――直系親のみに関するものとならざるをえなかったであろうが、……）、

概念そのものに関するかぎりその混乱が生ずる可能性はずっと少なかったかも知れない」とする。しかし旧民法と同じく直系親のみの概念なら、もともと「尊属」は存在しえなかった。概念の混乱を防ぐ途は、異なる概念には異なる用語をあてることしかない。その意味では、「先親」と「直系先親・直系後親」という用語であっても、広中教授のいわゆる「概念の混乱」を生ずることは、現行用語の場合と異なるところはなかったであろう。

Ⅱ　民法七九三条の成立

起草委員が法典調査会に提出した縁組の当事者適格要件に関する規定の原案、会議における修正、整理の経過はつぎのごとくである。

原案第八百三十七〔現七九二〕条　成年ニ達シタル者ハ他人ヲ収養シテ其子ト為スコトヲ得
〔法典調査会修正・一五八回〕　成年ニ達シタル者ハ養子ヲ為スコトヲ得
原案第八百三十八〔現七九三〕条　何人ト雖モ自己ヨリ年長ナル者ヲ養子ト為スコトヲ得ス〔可決・一五九回〕
原案第八百三十九〔現七九三〕条　何人ト雖モ其尊属又ハ直系卑属ヲ養子ト為スコトヲ得ス
〔本条削除案否決、修正案可決・一五九回〕
修正第八百三十九条　何人ト雖モ其尊属又ハ其家ニ在ル直系卑属ヲ養子ト為スコトヲ得ス
〔起草委員再修正・一六一回〕　何人ト雖モ其尊属ヲ養子ト為スコトヲ得ス

右の直系卑属養子禁止は、[1] 外孫を養子とするのは民法施行前においても許容されており、また実際上の必要もあろうということで、最初は「其家ニ在ル直系卑属」と修正された。ついで、この規定と原案八四一〔現七九五〕条の「夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ子ヲ養子ト為ス場合ニハ……」との関連が問題となり、後者は家にある他方配偶者の非嫡出子はもとより嫡出子といえども養子にすることを予定しているところから、けっきょく直系卑属養子禁止の削除に決した。[2] この

削除がなかったら、整理[3]の段階で尊属養子禁止と年長者養子禁止を一ケ条にまとめることは不可能であった。

(1) 直系卑属養子の禁止も慣例の採用であることは穂積博士のつぎの説明によって明らかである。

「卑属ノ方ハ是ハ自分ノ孫ヲ子ニスルトカ或ハ曾孫ヲ自分ノ子ニスルトカ……云フコトハ矢張是迄許シテ居リマセヌ尤外孫ヲ嗣子ニ貰ウコトヲ許スト云フコトハ明治十七年頃ノ指令抔カアリマス……」。またこれは傍系卑属養子許容の意味を含んでいた。「明治ノ始メ七八年頃カラ弟ヲ養子トスルコトヲ頻リニ禁シ……唯相続人願トシテ養子願ト云フコトニシテ居リマセヌ併シナガラ是ハ久敷ク行ハレテ居ツタ慣習トハ却ツテ反シテ居ル弟ヲ養子トスルト云フ方カ是迄ノ慣習……明治十四五年以来何ントナシニ唯相続人トシテ入レル……ソレ故ニ弟又ハ妹ヲ養子トスルコトガ出来ヌト云フ疑ヒモアリマシタ……」。以上一五九回。

(2) 梅謙次郎・民法要義（四）二七八頁には「何人ト雖モ他人ノ嫡出子ニテモ庶子ニテモ私生子ニテモ之ヲ養子ト為スコトヲ得ヘシ然ルニ自己ノ嫡出子、庶子、私生子ヲ養子ト為シ以テ之ニ他人ノ子ト同一ノ権利ヲ得セシムルコト能ハスト曰ハハ其不権衡固ヨリ多弁ヲ俟タスシテ明カナリ故ニ民法修正案ノ初稿ニハ直系卑属ヲ養子ト為スコトヲ許ササリシモ終ニ之ヲ削除スルコトト為レリ」とある。この見解からすると、「養子縁組」によって従来とは異なる身分を取得しうるかぎり、自己の直系卑属といえども養子となしうる。すなわち「実益説」である。しかしこれによって、本来の立法趣旨であった「嫡孫養子禁止」も消滅せざるをえなかった。これについて穂積博士は「孫ヲ自分ノ子ニスルト云フヤウナコトハ〔直系卑属養子禁止を〕削リマシタ結果トシテ出来得ルト云フコトガ出テ来マス併シ必要カナケレバ余リサウ云フコトモ致スコトハナイ、是ハ若シ又必要ガアツテ致シマシタ所ガ格別八百三十九条ノ精神カラ尊卑ノ順序ヲ倒シマスルト云フコトハ出テ来マセヌ……」と釈明する（一六一回）。しかしもともとは弟妹養子禁止も嫡孫養子禁止も「尊卑失序」に由来する点は同一であった。

(3) 民法整理会議事速記録〔一八回〕民整六ノ六七。

Ⅲ 改正要綱と人事法案

大正8年の臨時教育会議における「淳風美俗」決議に端を発した民法親族編相続編の改正は、同年発足した臨時法制審議会において審議が開始された。民法七九三条に関しては、つぎの事項が「調査要目」として検討対象とされた。[1]

第四十三　養子ト養親ノ年令ノ差等ニ付適当ノ規定ヲ設クルノ要ナキヤ

第四十五　民法ノ規定ニ依レハ尊属又ハ年長者ハ之ヲ養子ト為スコトヲ得ス尊属ノ範囲ニ付適当ノ規定ヲ設クルヲ必要トセサルヤ又右ノ規定ニ反シテ為シタル養子縁組ハ法律上之ヲ無効トセス……〔旧八三九条の男養子禁止違反縁組も同じ〕……為ニ其養子ハ法律ノ予想ニ反シテ相続権ヲ得ルノ奇観ヲ呈スル事例ナキニ非ス両者何レモ養子縁組ハ之ヲ無効トスヘキニ非スヤ

大正14年決議にかかる「民法親族編中改正ノ要綱」においては要件違反縁組の無効のみが決定された。

第二十四　尊属又ハ年長者養子　尊属又ハ年長者ヲ養子トスル縁組ハ原則トシテ之ヲ無効トスルコト

要件違反縁組を無効とすることは前述の検討対象に対応しているが、なぜこれが「原則トシテ」なのか。それは、重婚・近親婚の無効〔要綱第十三〕と異なり、「一家継続の必要上已むを得ぬことがあり得ようから」、家事審判所の許可といった条件付で例外的に尊属・年長者養子も認める余地を残すという趣旨であった。(2)

右の趣旨にもとづいて具体的に条文化された規定は、昭和11年整理の「民法親族編改正案」および昭和16年整理の「人事法案」ではつぎのようになっている。(3)

民法親族編改正案

第八百三十八条　尊属又ハ年長者ハ之ヲ養子ト為スコトヲ得ス但特別ノ事情アル場合ニ於テ家事審判所ノ許可ヲ得タルトキハ此限ニ在ラス

第八百五十一条　縁組ハ左ノ場合ニ限リ無効トス

一　人違其他ノ事由ニ因リ……

二　縁組カ第八百三十八条又ハ第八百四十六条ノ二〔未成年・被後見人の許可要件〕ノ規定ニ違反シタルトキ

人事法案

第百十三条　尊属又ハ年長者ハ之ヲ養子ト為スコトヲ得ス但シ家事審判所ノ許可ヲ得テ養嗣子ト為ス場合ハ此ノ限ニ在ラス

第百二十七条　左ノ場合ニ於テハ縁組ハ之ヲ無効トス

一　縁組カ第百十三条、第百十六条〔夫婦共同養親〕又ハ第百十七条一項〔夫婦共同養子〕ノ規定ニ違反シタルトキ

改正要綱は、養子の種別として、「養嗣子」と「単純養子」の二種を認めていた（第二十一）。養嗣子は家督相続人たるべき養子であり、これは民法施行前の法制への完全な復帰であり、特例にもせよ年長者養子の許容にいたっては明治初年の慣例への逆行である。「一家継続の必要上」であれば家督相続人に指定すればすむことである。もっとも年長者養子の例外的許容の必要性の理由として、養親夫婦の一方（後妻）より養子となる者が年長である場合が考えられていたことは注意してよい。(4)

（1）沼　正也・親族法準コンメンタール三〇頁参照。

（2）穂積重遠・相続法第三分冊五一八頁。

（3）沼・前掲一四一、一四五頁。人事法案の起草過程については唄孝一＝利谷信義「「人事法案」の起草過程とその概要」私法学の新たな展開四七三頁以下に詳しい。これによれば昭和11年整理の民法親族編改正案は第二草案、昭16年整理の人事法案は第四草案である。昭和14年整理の第三草案は同書五〇六頁に「尊属又は年長者をも、家事審判所の許可を得て養子となしうる（一一三条）」として紹介されている。なお堀内節・家事審判制度の研究一六九頁も同じである。

（4）堀内・前掲一六八頁によれば「夫は老年であるが後妻が極めて年若いとき、養子となるものは後妻より年長者でなければ適当な人がないということもありうるので原則として無効とした」のだという。これは養親夫婦の共同縁組要件の問題に関連するが、婚姻の場合には父が子より年少の妻を迎えることが問題とされないのに、縁組ではなぜこれが許されないのか、という権衡論につながる。外岡茂十郎・親族法概論（大15）二三四頁（増訂）（昭6）四三一頁はこれを指摘している。だから年長者養子も許されてよいというのが改正要綱であるが、当初の調査要目では、継親子・嫡母庶子についてすら「親ヨリ年長ナル子ヲ生スルノ非理アリ」とされていることと、かなり矛盾した考え方である（調査要目第十一(イ)。沼・前掲二六頁）。

ちなみに旧民法では、戸主のみが養子縁組の当事者であるから、かりに戸主の妻が養子より年少であっても、縁組の成立についての要件違反の問題は生じなかった。これについて奥田義人・親族法（明29）三〇〇頁は、「収養者ノ配偶者ニモ同様ノ制限〔妻は縁組の当事者ではないが、縁組の効果として養母となるから、養親の配偶者も養子より年少者であってはならないとする要件は考えられる〕ナカルヘカラサルニ似タリ……若シ論理上奇怪ノ顕象ヲ生スルヲ以テ此制限ヲ要ストノコトナレハ婚姻ノ場合ニ於テモ男子ハ自己ノ母ヨリ年長ナル妻ヲ娶ルコトヲ得ストテモ云フカ如キ制限ヲ設クル必要アルヘキナリ」として、結果的に年少者の養母が生ずることを正当化している。

Ⅳ　民法改正と親族法再改正論

戦後の改正においては、「養子に関する規定中家督相続を前提とするものを削除すること」（民法改正要綱案第十六）という方針のもとに、婿養子と遺言養子の廃止（民法改正要綱第二十一、第二十二）が決定されたほか、若干の規定修正が行われたが、民法七九三条の規定が問題となることはなかった。

その後、親族法再改正を審議した法制審議会身分法小委員会においては、縁組の要件中の（年令要件）の検討項目として、戦前の改正要綱と同じく、「養親子間に一定の年令差を必要とすべきか」を取上げたが（昭34「仮決定及び留保事項」第二十八（ハ））、尊属養子禁止、年長者養子禁止規定はまったく問題となっていない。

もっとも年長者養子禁止は右の年令差要件の問題に包含されているともいえるが、年令差を設けるか設けないかの問題のほかに、現行規定のように「年長者を養子にしてはならない」ではなく、これを「養親は養子より年長でなければならない」という趣旨の規定に改める必要はないか、という問題があることは以下の註釈において述べるとおりである。

また右の審議においては、「尊属・卑属」の用語を改める必要はないかが話題にはのぼっていたようである。用語の問題は裁判官会同でも取上げられたことがあるが、これに代わる適当な用語がなかなか見付からない。これまで「先

族・後族」、「先属・後属」、「上系・下系」、「存属・比属」、「昇属・降属」などが提案されているが、[1] いずれも「耳なれない」か「見なれない」ものばかりであり、筆者には旧民法当時の「先親・後親」にまさるものはないように思われる。そういうこともあって、「いままで用いられた便利な尊属・卑属という言葉」ということになるのであろうが、[2] いずれにせよこれは「直系尊属・直系卑属」にかかわる用語の問題であって、民法七九三条の「尊属」の概念にかかわる問題ではない。もっともこのような「尊属」の用語と概念の区別は、民法における「尊属・卑属」を疑いもなく単一概念と考えているかぎり、生まれてこないのは当然である。[3]

(1) この用語の問題については、沼正也・親族法準コンメンタール四〇六―九頁にまとめられているので、それを参照されたい。なお青山道夫・改訂家族法論五二頁も「用語は一考を要する」としている。

(2) この発言に対しては、「私生子が非嫡出子に変ったことによって気分が変る」という反論がなされている。沼・前掲四〇八頁。

(3) 筆者もその当時このような区別は考えもしなかった。この区別を筆者に考えさせ、明治前期慣例および旧民法の研究の必要を教える契機となったのは、広中教授の論文「尊属の概念」である。

三 註釈

I 年長者養子

(1) 明治前期　徳川時代の武家法では、すくなくとも急養子（末期養子）、仮養子（当分養子）の場合には「年増養子」も認められていたが、これも享保以後は禁止され、目上の場合と同様、同姓にかぎり相続人に願出ることになっ

ていた。[1] ただし、妾腹の男子は、妻腹の男子出生のときは、年長ではあるが弟（次男）にする慣例があり、この年長の弟を養子にすることは認められていた。[2] 庶民法上はとくに制限のあったことは知られておらず、むしろ年長者養子は慣行であったようである。[3]

明治政府は、明治元年の布告において「目上」が養子として相続人となることを禁止したが、それ以前に「年令ニ不拘」（明3年布告七四一―二号）養子をなしうるとしていたくらいであるから、年長者養子は問題にしなかった。当時の「家」の保護政策のあらわれといわれているが、[4] 養子相続上の対比でいえば、尊属は養子であることによって尊卑失序を生じたに反して、他人である年長者にあっては、逆に養子でなければ先代となんの続柄ももたぬ相続人を生ずる、という差異があった。[5] この点では徳川時代の年増相続人が「同姓」にかぎられていたことが想起さるべきであろう。

しかし年長者を養子とすることは、死後相続であれば格別、同じく相続とはいっても生前のそれであれば、とくに幼年の当主の場合、年長の相続人がこれを父とよぶことになり、不自然と考えられないはずはなかった。指令のなかには、親戚内養子と親戚外養子を区別して、尊属に準じて相続人と称するとするものがみられるが、[6] これなどは年長者養子禁止の萌芽ともいえよう。またすでに明治六年の編纂と推定されている左院の民法草案中の養子法においては、養子は養親より年少者たるべきことを要件としている事実がある。[7] 左院内部に年長者は尊属と同じく相続人と称するとする見解があったのも当然のことである。[8]

内務省もまた年長者養子には疑問をもった。その契機となったのは、四一才二ヶ月の当主が嗣子がないから六〇才二ヶ月の者を養子にしたいという伺であり、それまでの伺が相続にかかわる「養子相続」であったのに対して、これは「養子取組」の事案である。さすがにこれに対しては、内務省も「〔養子となる者〕齢六十年余ニテ養父ニ可相成者ト其差十九年ニ有之如何トモ顚倒甚敷何分養父子ノ名義ヲ与ヘ候義穏当ナラサル様ニ相考候」と伺出ざるをえなかった。し

かし明治七年の太政官指令は「聞届不苦」とし、年長者を養嗣子とすることも差支えないとした。[9] もちろん養嗣子にかぎることではないから、年長の女性を養女にすることも許される。[10] 後述のごとく、当主幼少の場合に年長者を養父あるいは養兄姉として家族にすることは許されないことになっているが、これらもすべて養子女にしてしまえばよいわけである。伺のなかには、壮年の当主が年長者を養子にしたいというときはむしろ当主を隠居させて相続人とすべきではないかというものもあり、[11] また逆に、養親適令とも関連するが、一〇才未満の戸主が丁年以上の養子を迎えるなどは契約（養子取組）の性質からいっても認められないのではないかというのもあるが、[12] 内務省としてはこれを認めざるをえなかった。

ただし注意すべきは、右のような年長者養子許容の取扱いとともに、幼戸主が年長者を養子とすることを認めない指令もみられることである。明治一〇年の内務省指令には、幼戸主について年長者を養子にして後見人としてよいかという伺に対して、「養子ヲ以テ後見人ト致シ候ハ不都合ニ候得共実際赤貧等不得已者ニ候ハヽ相続人貰受ケ其身嗣子ト相成候ハ苦シカラス」としているものがある。[13] 年長者養子取組を否定し特殊な相続を命じた指令であるが、この指令の基礎になっているのは、幼戸主に相続人を迎えて幼戸主をその嗣子とすることを認めた明治一〇年の太政官指令であり、このときに、相続人と幼戸主との間の称呼は「互の便宜ニ任ス」ことしとし、相続人は養子でなければならぬという原則がすてられている。[14] もちろんこれは不得止事情ある場合の特殊相続形態であるから、養子と称しない相続人の範囲も限定されるが、年長者養子にも例外が設けられたことだけはたしかである。

右に関連していま一つ注意を惹くのは、明治九年の内務省指令には、「戸主幼稚ノ子女ヲ遺シテ死亡シ其遺妻……其子女養育ノ為メ他ヨリ相続人ヲ迎ヘ〔自身は実家へ復帰〕……其相続ニ来ルモノ他日妻ヲ娶リ男女子分娩スルモ家督ハ必ス先代ノ遺子ヘ相譲ルヘキ約定有之候ハヽ聴届不苦哉」の伺に対して、「寡婦ノ養子ト致シ相続為致候儀ハ本年第五

十八号公達ニ拠リ聞届不苦」とするものがみられることである。[15] また明治一〇年の内務省指令には中継に関係なく寡婦の養子を認めたものがある。[16]「寡婦ノ養子」とはどういうことであろうか。問題の出発点は中継相続にある。指令の引用する五八号達はこれを公認したものであり、明治一〇年には九九号達によってこれが士族にも拡張された経緯などは、石井博士の研究にゆずるとして、[17]「寡婦ノ養子」に関連があるのは、嗣子幼少といえどもかならずこれを戸主に立て後見人を付するという明治六年布告二八号の原則をはじめて修正した明治九年の太政官指令である。[18] この指令では、戸主存命のときは「中継養子」をし、死亡のときは「中継的相続人」を迎えるとなっており、戸主死亡後の養子は考えられていない。また幼嗣子が戸主になったときは単なる相続人を迎えることは前述のとおりである。そうなると、内務省指令にいう「寡婦ノ養子」とは、養子取組をするのは戸主にかぎることはすでに定まった要件であるから、[19] 寡婦が戸主となって養子を迎え、この養子を戸主に立てた後、先代の遺子を養子戸主の嗣子にするということであろう。[20] 寡婦の養子であれば、先代の遺子とは兄弟の続柄になる。これは分り切ったことであり、継父子か相続人かという称呼の伺に答えていないのは、そのためであると思われる。しかし遺子があるのにその母が戸主となるというのは変則である。この変則によらず「寡婦ノ養子」を成立させたのが後述の「先代の養子」である。

(2)　年長者養子禁止（先代の養子）　右に述べたように、年長者養子については「十才ノ童子七十才ノ老翁ヲ子トナスモ可ナリ」を原則とし、ただ幼戸主について中継的相続の必要がある特別の場合にのみ、単に相続人として年長者を迎え幼戸主をその嗣子とする、というのが年長者養子禁止以前の取扱いであった。その結果、一〇才未満の幼戸主のために丁年以上の者を養子に迎える場合、実質は幼戸主の父による中継養子取組であるが、形式的には幼戸主自身が年長者と養子取組をして差支えない形となった。しかもこの場合、もし年長者を中継にして幼戸主自身がその嗣子となる形の中継的相続にするなら、年長者は単に相続人となる。さらにまた先代の遺子を戸主に立てずに、その遺妻が戸主とな

って中継養子をすることもできるというのである。すでに明治七年に年長者養子禁止を伺出た内務省がかかる取扱いに満足していたはずがない。

明治一七年、三才未満の幼戸主に年長者を養子に迎え家督を譲ることの可否につき県から伺出があったのを機会に、内務省は「年長者養子禁止」を太政官に伺出る。明治七年の伺出から一〇年にしてついに太政官決裁によってこれが実現をみた。その内容は、死後養子の場合は年長者であってもよいが、それ以外は養子取組であると養子相続であるとを問わず年長者が養子となることを認めず、不得已事情の場合にかぎり、親族熟議のうえ「先代ノ養子」として相続させるというものである。[21] 明治一七年の年長者養子禁止についてとくに注意すべきは、「死後養子」と「生前養子」が不可分であった明治前期養子法において、この両者を分離したことであり、その意義は小さくない。もっともこの点を理解するためには、「先代ノ養子」についてよく知る必要がある。これまでこれについてとくにふれたものがなく、筆者自身認識不足であったので、以下に筆者の理解したところを述べておく。

「先代ノ養子」という場合の「先代」は幼戸主の先代の意味であるから、年長相続人からみると先々代にあたる。そのため伺などでは「先代ノ養子」のことを先々代の養子とよんだりしており、[22] 他方、従来からの慣用でいう「先代の養子」は幼戸主の養子の意味であるが、これも指令では用いられており、[23] 非常にまぎらわしい。もちろんこれは「養子取組」ではなく「養子相続」の一形態であるから、相続に関係なく年長者を「先代ノ養子」として入籍させるようなことは認められない。[24] 養子相続でこれに類似するのは「入夫婚姻＝養子相続」の場合である。すでに明治九年の太政官指令によって、入夫は、婚姻によって直ちに女戸主から戸主の地位を承継すると同時に、女戸主の「父母ノ養子」となることに定まっている。[25] いわば法定（擬制）婿養子であるが、この場合、戸主の代数でいえば、先々代（女戸主の父母）―先代（女戸主）―当主（入夫）となり、「先代ノ養子」とまったく同一の関係である。ただ異なるのは、先代と当主の関

係がこの場合は夫婦であり、「先代ノ養子」の場合は、幼戸主が男子であれば年長相続人とは養兄弟、幼女戸主（一二才未満）であれば「縁夫・縁女」の間柄になる点である。入夫の場合には「父母ノ養子」であり、「先代ノ養子」と一見異なるようにみえるが、これは女戸主の先代が通常はその父母であるためであり、幼女戸主の年長相続人たる婿の場合にも、「先代ノ養子」のほか「父ノ養子」も用いられており、[26]両者に差異はない。いずれの場合も戸主承継であるから、先代が養子ですでに離縁去家しておれば、「先代ノ養子」「父母ノ養子」ではなく、「先々代ノ養子」「養祖父母ノ養子」ということになる。[27]もちろんこの場合には幼戸主と年長相続人との続柄も変ってくる。また戸主承継の性質上、一家新立、一代分家などの場合のように、そもそも「先代」が存在しないということもありうる。[28]

右のように入夫相続養子も「先代ノ養子」もその法律関係に差異はないが、ただ一点つぎのような差異がみられる。というのは、入夫の場合には女戸主の「父母存亡ニ拘ハラス」その養子となるだけのことであるが、幼戸主の場合は、もし死亡していれば「幼戸主ノ養子」、生存のときは、先代が死亡していれば無条件に「先代ノ養子」、先代が存命ならば、その先代が年長者なら「先代ノ養子」でよいが、年少者のときは「事実ヲ具シ伺出」をすべきものとされているからである。[29]このような区別は、死後養子と生前養子を不可分に考えている明治前期養子法の原理からは生まれてこない。養子というのは、戸主の生死にかかわりなく、戸主の地位を継ぐ者であるから、もし年長者を養子とすることを許さぬというのであれば、戸主死亡の場合にも「先代ノ養子」とするのが一貫していることは、県の伺の意見のいうとおりである。[30]しかるに亡戸主であればその養子、生存戸主であれば「先代ノ養子」というのでは、同じく戸主の地位を承継しながら、異なる養親族関係が発生する結果となる。また「父母存亡ニ拘ハラス」「先代生死ニ拘ハラス」ということは、現代的にいえば相続にもとづいて生ずる養親族関係の発生を意味するから、そこで当事者の要件が問題になる性質のものではない。しかるに先代と相続人との年長、年少を問題にしているというのは、「先代ノ養子」に「養子取組」的観

念をもちこんでいるということであろう。先に「死後養子」と「生前養子」の分離の意義は小さくないといったのはこの意味である。

「先代ノ養子」は、もともとは「中継的相続」のために考えられた法技術であり、これによって中継的相続人は実質的には本来の中継相続人と同様な地位をもつことになった。先代を主体として考えれば、亡先代が養子をすれば寡婦は当然に養母となり、「寡婦ノ養子」という問題は解消する。また幼戸主のためにその父（先代）が養子を迎えるというのは、実質的には「先代」による養子取組と同じである。幼女戸主のために婿を迎える場合も、実質的には先代による婿養子と同じである。これが形式的にはそうならなかったのは、戸主でなければ養子をなしえない鉄則があったためである。しかも「先代ノ養子」は、明治二〇年代になると、中継的相続の場合にかぎらず、丁年以上の戸主であって、廃疾不具重症など不得止事情ある場合にも認められ[31]、また赤貧疾病の成年女戸主の場合にも認められている[32]。さらにこれは「目上養子禁止」にも影響をおよぼし、不得止事情あるときは「妻の兄」を「先代の養子」とすることも認められている[33]。

右のように、年長者養子禁止は「先代ノ養子」という養子相続形態をつくり出し、これによって従来の養子相続にすくなからぬ影響をおよぼし、また実質的には「先代による養子取組」を認めるのと同じような結果をもたらした。しかし反面、中継的相続の枠が除去されることによって、その適用範囲がかならずしも明確でなくなり、他の法律関係との混同を招くこともすくなくなかった。明治前期の実用書において「先代ノ養子」と後述の「養弟妹取組」が同視されているのもその一例である[34]。もちろん「先代ノ養子」は養子相続であって養子取組ではないから、この両者を同列に扱うのは誤りである。しかし「養弟妹取組」は「年長者養子禁止」と無関係ではなかった。両者にいかなる関係があったのか。これについては項を改めて述べることにする。

(3) 養弟・養妹　「養弟妹」の禁止は年長者養子禁止と相前後して行われている[35]。この両者の関連については後述す

るが、同じ頃にそれまで禁止されていた婿養子と離婚した家女を「養姉妹」とすることが許されるようになったりして、若干まぎらわしい。これまで「養弟妹」に関しては、まったくといってよいほど研究がなされていない。[36] しかしわが国の「養子」を理解するためにはこれを逸することはできないので、婿養子と離婚した家女の問題も含めて、ここでこの問題に関する筆者の理解を述べておく。

ところで「養弟妹」あるいはより広く「養兄弟姉妹」の呼称は、つぎの三種の場合について用いられ、それぞれその意味を異にする。[37]

その一つは、「養子（取組・相続）」とともに発生する養親族関係の一部にすぎない「養兄弟姉妹」である。この親族呼称は相互的であり、養方親族から養子に対しても、養子から養方親族に対しても、同様に用いられるが、後者の場合には「養方」「養家」なども使われる。この称呼が伺・指令でとくに問題になっているのは、一つは戸籍記載の関係である。明治一九年の戸籍法令整備以降、家族の続柄欄の記載に関する伺・指令が多くなるが、養子戸主（または入夫戸主）に対する関係では、養方兄弟姉妹も養弟妹（入籍）もなんら区別はない。[38] いま一つは養兄弟姉妹関係の存否にかかわる問題である。明治政府は一時期婿養嗣子でない婿養子の場合について養親子関係以外の養親族関係の成立を否定した。すなわち明治八年の太政官指令では、婿養子と妻の弟の関係は「姉婿・妻弟」の関係であるとされた。[39] これが婿養嗣子であればもちろん「養兄・養弟」の関係である。類似の問題は、戸主の姉妹の配偶者が先代から財産の分与をうけた場合にも生ずる。[40] 単なる配偶関係であれば、「姉妹の夫・妻の兄弟」の関係であるが、これはあくまで「養子」であるから、「養兄弟姉妹」の関係を生ずる。この養子は相続を原因とするから、その性質は「先代の養子」に類似する。[41] こうなるとしだいに「養弟妹」とまぎらわしくなってくるのであるが、[42] これらはいずれも「養子」をめぐる養親族関係の問題であって、「養兄弟姉妹」の創設が直接的に問題となるものではない。したがって、「養弟妹の禁止」にはなんのかかわりもない。

いま一つは、婿養子である当主が家女と離婚した場合、あるいは家女が縁女である間に婚約を解消した場合に、同籍の家女を「養姉」または「養妹」とする事例である。婿養子にとって妻の兄弟姉妹はもとより養兄弟姉妹であるが、前代の武家法と同じく明治前期においては養兄弟姉妹は禁婚親であり、[43] したがって婿養子と配偶する家女は最初から養兄弟姉妹の関係がないものとみなされている。ここから離婚した家女は養子戸主にとって「他人」なのか、「養姉妹」なのかという問題が起ってくる。これは実は徳川時代以来の問題であって、当時すでに離婚家女は「他人」であることに異論はなく、ただ縁女に関しては、これを同じく「他人」とみる見解と養姉妹とみる見解が分れている。[44] 双方ともに「他人」とみる見解は、「縁女」＝「他人」とみる考え方である。婿養子は最初から家女との婚姻を前提としており、そのためには家女は養妹であってはならず、これを他人とする法擬制がすなわち「縁女」であり、[45] 一旦「縁女」の名目を得た以上は以後他人であることに変りはないとみる。これに反して他の見解は、家女はもともとは養妹であるが、「縁女」によってこれが潜在化するとみて、婚約が解消されれば「養妹」が復活するが、縁女が婚姻してしまえば、養兄弟姉妹間の婚姻はありえない以上、養兄弟姉妹関係はまったくなかったことになるとみる。このような議論は明治前期においても同様であったと思われる。

ところで前述のごとく、明治八年の指令は、婿養嗣子でない尋常婿養子については、最初から養兄弟姉妹関係は発生しないとした。[46] この指令は明治一一年には撤回されているが、この見解によれば最初から家女は「他人」であることは明白である。ではこの場合であれば「養姉妹」の問題は起らないのであろうか。実は逆であって、かえって後述の「養弟妹取組」が問題になってくる。現に明治前期の実用書では、婿養子と離婚した家女の養姉妹問題は「養弟妹取組」として取扱われている。[47] またこのように「養弟妹取組」とはみないが、婿養子取組の離婚効果ともみない考え方としては、約定によって妻の連れ子を養子として入籍する場合と同じように、一種の親族入籍的にみるというのもありうる。離別

縁女を養姉妹とすることの可否を内務省に伺出た県の場合には、右の連れ子養子を認めた太政官指令の類推ということをいっている。[48]

婿養子と家女の続柄はもともと他人であって養兄弟姉妹関係はないとする以上、右のような考え方になるのも当然であり、この点で、この場合の「養姉妹」は、前述の養親族関係たる「養兄弟姉妹関係」とも異なるが、また後述の「養弟妹取組」とも異なる、一種特別の性質をもっていたといってよい。[49] この問題がけっきょくは養兄弟姉妹関係ということで決着をみる事実経過は以下に述べるごとくである。

明治政府は早くから離婚家女は「全ク他人」であるとし、これを養姉妹とすることを認めない方針であった。[50] 当初はとくに縁女を区別しなかったようにもみえるが、明治八年の指令において、「婚儀未整」の場合には「夫婦ノ名義」がなかったことを理由として、家女と死亡した婿養子とは兄妹の続柄であることを認め、[51] また離別縁女は養方姉妹と称することが認められた。[52] しかし離婚家女を他人とみるこの見解には基本的な難点があった。というのは、婿養子と家女の間柄を他人とみる場合にも、家女自身がもつ他の親族との続柄を否定することはできなかったからである。このことを暴露したのがほかならぬ明治一四年の内務省指令であり、婿養子夫婦が養子女を迎えた後、両者が離婚すれば、離婚家女は養子女にとってなお「養母」であるかを問うた伺に対して、内務省は「養方叔母」である旨を指令した。[53] 家女の養母が他家へ再嫁すれば「養母子」関係は消滅し、「養方叔母」の続柄となるとする先例に準拠したものであろう。[54] しかし離婚家女が養子女の叔母であれば、家女と婿養子とは兄妹になるはずであり、両者を「全ク他人」とみる指令と矛盾する。この矛盾を指摘する伺出がなされたのも当然である。[55] かくて内務省も直ちに、離婚家女と婿養子の間柄を「全ク他人」から「兄弟姉妹」の続柄に改正することを太政官に伺出ることになる。太政官はこれの審議に三年近くを費やし、内務省稟議どおりの決裁を下したのは明治一七年五月になってからであった。[56]

右のように、婿養子と離婚した家女も「養姉妹」と称する太政官決裁によって、以後これによる取扱いがなされるにいたったが[37]、これは婿養子と家女がもともと養兄妹関係にあり、婚姻によってそれが潜在化し、離婚によって再び顕在化することを実質的には承認したものである[58]。しかし前述のごとく、養方兄弟姉妹間の婚姻を禁ずる原則自体に変更はなかったから、この「養姉妹」が純然たる養親族関係効果の問題である趣旨を徹底させることは困難であった。これを「養子」ないし「養弟妹取組」のごとく解し、「養妹」はともかく「養姉」は許されぬという理解が跡を絶たなかったのも[59]、根本の原因はそこにあったといえよう。とはいえ、この養姉妹はつぎの「養弟妹」とは明らかに性質の異なるものであり、したがって「養弟妹禁止」にも関係がなかった。

最後に冒頭に述べた「養弟妹」であるが、これは純然たる「養弟妹取組」である。その法律的性質は養子取組の場合とまったく同一であり、手続の点でもこれとなんら異なるところはない[60]。現代的にいえば、「養子取組」ではその結果として「養弟妹」を含む養親族関係が発生し、「養弟妹取組」ではその結果として「養親子」を含む養親族関係が発生するということになろうが[61]、当時の「取組」の主体は「個人」よりはむしろ「戸（家）」であるから、個人的身分関係と親族的身分関係はなお未分化である。「戸（家）」にとって必要な家族であれば、養子や「養兄弟姉妹」にかぎらず、「養父」の貰受けも行われる[62]。もっとも親子関係には古くから種別が設けられているから、「養父」に代えて「継父」の名義も用いられている[63]。「養母」というのもみられるが、これは「養母」の貰受けではなく、「継母」を養母に変更するものであるから、すこし性質が異なる[64]。また「養孫」などもすこしまぎらわしいものもあるが、直接的に「養祖父母・養孫」関係の発生を目的とするものではないから、これも性質が異なるように思う[65]。

右のように、「養子」以外の「養親族」としては、「養父」と「養兄弟姉妹」が代表的なものであるが、とりわけ後者はかなり古くからの慣行であったように思われる。県の伺のなかには「養弟」を庶民慣行としているものもあるが[66]、徳

川時代には武家法上すでに「養弟妹」が禁止されているくらいであり、[67] 明治前期には華族に「養弟妹」の例がしばしばみられるから、これが華士民を問わぬ慣行であったことは明らかである。また養弟妹禁止後一〇年以上を経て、宮内省が養妹を許可しているのをはじめ、[68] 明治二〇年代において養兄弟姉妹に関する伺がすくなくないことは、[69] 当時これが怪しむにたりない慣行であったことを物語る。

ではなんの目的でこのような縁組が行われたのであろうか。伺・指令によってみるかぎり、その目的は養子縁組とまったく同じである。たとえば「二三男養子」と同じような趣旨と推測される「養弟」、[70] 養子縁組を前提とする家格付与のための「養弟」などである。[71] 後者と同趣旨での婚姻のための「養妹」も多かったであろうことは推測に難くない。その他家事都合などの理由も、養子についてよくみかけるものである。ただ一点異なるのは、継嗣を目的とするものがないことである。養子と養弟妹の違いは実はこの点からきているように思う。というのは、嗣子の場合には「養子」であることを必要とするが、相続にかかわりのない場合であれば、かならずしも「養子」でなければならぬという理由はないからである。年令差があまりない場合であれば、むしろ「養弟」「養妹」のほうがよりふさわしいといってよい。いわんや年長者となると、養嗣子でなければ、これを「養兄」「養姉」とするのがはるかに自然である。むしろこれは健全な慣行であったといえよう。

明治政府は、右の慣行に対して、「尊属」を貰受けることを禁じ、「卑属」の貰受けは差支えなしとした。[72] 「養父、養兄姉の禁止」、「養弟妹の許容」である。ところがこの明治六年の太政官指令にもかかわらず、明治八年の内務省指令は、養弟妹を含め一切認めない旨を指令した。[73] その理由がなんであったかは不明であるが、太政官指令との矛盾に関する県からの再度の伺に接した内務省は、翌年に年長者養弟妹の「倫理錯乱」を理由として、その禁止を太政官に伺出る。[74] ここで想起されるのは、すでに明治七年に内務省は「年長者養子」の禁止を太政官に伺出て却下されている事実であ

る。これが相続・継嗣上における大問題であったからである。そこで内務省は今度は相続・継嗣にはかかわりのない「養弟妹」を取上げ、これの「年令不順」を問題にしたわけである。しかし太政官は、「追テ何分ノ沙汰」を指令したまま、翌一〇年の再度の「年令ノ長幼ニ拘ハラス養兄弟姉妹ノ名義ヲ以テ他人ヲ貰受候ハ正理上不都合」との伺出にも沙汰なく、けっきょく明治一二年三月にいたって「従前ノ通可相心得」との決裁を下し、養弟妹の禁止は実現しなかった。(75)

右のように、内務省の養弟妹の禁止案は、年長者養子禁止が無理であるとしても、せめて年長養弟妹は禁止したいという趣旨のものであった。しかしこれは年長養弟妹が養兄姉禁止から生じたものであることを忘れた本末顚倒の議論である。なぜなら、年長者養子を不問にして年長者養弟妹を禁止することは、「養弟妹」を「養子」にせよというにひとしいからである。年長者を養子とよぶに比すれば、これを養弟妹とするほうがまだしも不自然でないことは、現代においてすら義兄弟姉妹については、年少者を兄姉とよび年長者を弟妹とよんで怪しまないことからも、容易に理解できよう。いわんや明治前期においては、「年ノ長幼ヲ問ハス、姉ノ夫ヲ養兄、妹ノ夫ヲ養弟」と称する取扱いであった。(76) とくに婚姻の必要上からの養女についていえば、これを養妹とするほうがはるかに自然であったことは、徳川時代の養弟妹禁止においても、婚姻のための養妹のみは特例扱いをされている、という事実に徴しても明らかである。(77) このことは明治前期においても同じであったにちがいない。したがって太政官が内務省の意見に同調しなかったのも当然であり、その結果、内務省としては正面から「年長者養子」に取組むほかなく、その禁止が実現したことによって、年長者養子取組の代用物でもあった養弟妹取組にも禁止が波及したものと思われる。(78)

(1) 享保五年の「前々者急養子仮養子等者、年増之者をも相願候得共、向後年増之養子願者難成事ニ候」徳川禁令考前集第四、二五四頁〔二二七八〕が普通に引用される。中田 薫「徳川時代の養子法」法制史論集第一巻三八七頁には享保三年の禁令（急養子等となっている点が五年の書付と異なる）も掲げられているが、年増養子禁止の年代は不明とされている。また享保一八年以来幕府は他人

養子を禁止するにいたったため（中田・前掲三八三―四頁）、それ以後は親類（又従弟まで。徳川禁令考前掲二六三頁〔二三〇五〕）中の目下（目上は年令に関係なく禁止）の年長者のみが禁止の対象である。

（2）宝暦三年の書付「妾腹ニ男子致出生候以後、妻ニ男子致出生、右妾腹之男子致次男ニ置候もの、右次男年増ニ候得共、弟ニ相立置候儀ニ候間、兄之養子ニ相願候而も不苦候、右之外年増之もの**并**年増ニ無之候而も、伯父之続等ニ候ハヽ、只今迄之通相続ニ可相願候」徳川禁令考前掲二六一頁〔二三〇一〕。妾腹の子は次男扱いにするのがこの時代の慣例であり、弟である以上は年増であっても年少者と同視したものであろう。弟養子の場合の特例とみられる。

（3）註（9）に引用した左院議按参照。

（4）高柳真三「明治初年の養子法（一）」国家学会雑誌四一巻六号（昭2）七七、一〇三頁。

（5）昭5・11・20内務省指令（5・11・欠白川県）では、「年増ノ養子トハ如何ニ付名跡相続ト奉願忌服等ハ養父子同様ノ取扱可仕〔名跡相続は前代の武家法上の絶家再興にあたり、養子ではあるが服忌法上通常の家督相続の養子と区別されていた〕」の伺に対して、「年増ノ者ニテモ普通ノ養子ト差別無之」と指令しており（堀内節編・明治前期身分法大全第三巻二六一頁）、布告二八号以後の明6・9・14太政官指令（6・6・7白川県）では、「無據事故アリテ自分ヨリモ年長ノ者ヘ相続為致候ハヽ養子ト唱候モ如何ニ付相続人ト相称可申哉」に対して、「尊属並ニ姉妹ヲ妻スヘキノ養子ヲ除クノ外ハ年貌ノ少長ニ不拘一切養子ト唱ヘ可申事」と指令しており、これについて法制課議案はつぎのようにその理由を説明している。「妹ヲ除クノ外己カ子女ヲ始メ一切卑属ノ親戚ヲ妻スノ養子又ハ聊モ族縁ナキノ他人夫婦ヲ以養子トナス等ハ縦令其年貌己ヨリ長セリト雖トモ子タルノ義務ニ服セシメサレハ不都合不少仍テ右等ハ総テ養子ト唱ヘ候方可然存候」（傍点筆者）〔外岡茂十郎編・明治前期家族法資料第一巻第二冊〔先例―以下先(一)〕二二九〕。なお他人養子については高柳・前掲（一）一〇六頁。

（6）明7・8・8太政官指令（7・7・31小倉県）「士族ノ内其身幼年ニシテ疾病アリ依テ親戚ノ内年上ノ者ヲ養子ニ取組身退隠致シ養子ヘ家督譲リ度段願出右ハ六年第二十八号公布ニヨリ子弟甥等ノ目下ノ家ヲ継承スル時ハ相続人ト稱シ養子ト稱スヘカラストノ例ニ倣ヒ相続人ニ貰受候筋ナル哉・伺之通」、「幼年ニシテ病アリ然ルニ親戚ノ内相應ノ養子無之不得止年上ノ者ヲ他人ヨリ養子ニ取組家督ヲ譲リ度段申出候者有之如何可心得哉・年長ノ者ヲ養子候儀不苦事」〔先(一)五一六―七〕。

（7）左院の養子法は全一〇ケ条、その第一条に「男女ヲ論セス其齢五十才以上ニシテ嫡庶ノ子孫ナキ者ハ養子ヲ為スコトヲ得可シ其養子タル者ハ己ヨリ年少ノ者タルヘシ但疾病並己ムヲ得サル事故アル者ハ齢五十才以下ト雖トモ……但女子孫ノミアル者ハ婿養子…

…」とある。左院の民法草案と規定の詳細については石井良助・民法典の編纂六七頁以下参照。

(8) 明7・4・24太政官指令（7・1・29長野県）は、「貫属士族当主壮年ニ候共疾病ニ罹リ家事難営ニ付隠居ヲ乞ヒ伯叔父又ハ親族他人ヨリ年増ノ養子願出候者モ聞届不苦候哉若シ聞届候ハヽ相続人ト相稱シ待遇尋常養父子ノ如ク相心得可然哉」に対して前掲明6・9・14指令〔註（5）〕と同趣旨を指令しているが、これについて当初の左院議按（法制課主査）は「昨年中両度白川県ヨリ伺出書面ヘ御指令相成候明文有之候ヘ共一体他人ニシテ父子ノ契約ヲナスハ必ス父子ノ景状アルヲ要スルコト習慣法ニ有之仏国民法中養子ノ如キ天倫ノ親義ニ関セサル者ト雖トモ尚ホ十五歳以下ノ制限アルコトナレハ年長ノ者ヲ養子トスルノ条理アルコトナシ且ヤ尊属血縁ノ者ニ相続ヲ譲リ候節ハ天倫ノ続柄ヲ以テ相続人ト稱シ養子ト稱セサル儀一定ノ成規ニ有之上ハ他人ニシテ年長ノ者ヘ相続ヲ譲ルトキハ相続人ト稱〔ス〕ル〔ヲ〕相当ト存候白川県ヘ御指令相成候立按ノ原意ヲ熟考スルニ他人ニシテ相続ヲ受候者養子ト稱セサル時ハ家産丈ケノ相続人ニシテ家祭継承並ニ其家ニ就テノ義務之レナクトノ嫌ヒアルヨリシテ他人ハ年長ト雖モ養子トナシ父子ノ服忌モ可令受トノ目的ニテ畢竟義務ノ有無ニ関シ候儀ニ之レアリ候ヘトモ既ニ於当課編纂仕候民法養子法ノ部ニモ其掛念之レアルニ付他人ニシテ相続シタル者ハ父子ノ名義之レナクトモ家産相続ノ恩義アルカ為メニ其義務上ニ於テハ尋常養子ト同様タルヘキ旨ニ取調候〔前掲の左院養子法には該当規定はみられない。ただ家産相続法には「家産相続スル者ハ、其家族ヲ養育シ、負債ヲ引受クルノ義務アリ」という規定があり、あるいはこれをさしているのであろうか〕……」という理由によって、「年増ソノ者ハ相続人ト稱シ可申凡他人ニシテ相続人タル者ハ服忌ヲ受ルニ不及尤親族他人〔尊属・年長者〕ヲ不論義務上ニ於テハ尋常養子同様ト可相心得事」とする指令および明6・9・14指令取消の達按を添えている。もっとも一週間後には「〔指令按ハ〕是レ前後矛盾イタシ候……全体服忌ハ義務ヨリ生スル者……已ニ養子ノ義務アリ養子ノ服忌無ンハアルヘカラス……今殊更ニ相続人ハ養子ノ義務アリト雖トモ服忌受ルニ不及ナトヽ被仰出候テハ人情軽薄ニ流レ易ク上ノ好ム所下是ヨリ甚タシキ者アリ何分人民一般ノ風俗ニモ関渉イタシ候事ニ付其議決シテ不可然ト存候」（左院再按臨時御用掛主査）という意見を付して、先の服忌と民法上の義務との分離案を撤回している。堀内・前掲二六二―三頁。

(9) 明7・7・29太政官指令（7・7・12内務省）。その根拠として、左院議按（臨時御用取調掛主査）は「元来年長ノ者ヲ以テ養子ト稱シ候儀倫理ニ於テ穏当ナラス候ヘ共此等ノ儀ハ数百年来民間ノ慣習法トナリ来リ候処モ有之追々民法御改正ノ節ハ此等ノ条件ニ於テモ屹度御法制相立可申筈ニ候ヘ共何分即今養子ノ名義ノミ突然御改革相成候共万事夫レニ適当不致候テハ却テ混雑ヲ生シ人民ノ不便ヲ釀シ可申候ニ付已ヲ得ス……」（傍点筆者）という理由をあげ、また左院議按（法制課主査）は「本年四月長野県伺ノ節本課

ニ於テ異見有之詳細上申候臨時御用取調掛ノ見込有之其通リ御決裁相成候上ハ縦令十才ノ童子ヨリ七十才ノ老翁ヲ子トナストモ可ナル道理有之儀……」（傍点筆者）と開き直っている。堀内・前掲二六四―五頁。

（10）明8・4・5太政官指令（8・3・10東京府）「私〔華族従五位佐竹義理〕儀年令二十才以下ニ候他家ヨリ二十才以上ノ女子貰受養女ニ致シ不苦哉若シ不都合ノ節ハ隠居養母ノ養女ト致シ私養姉ニ相立不苦哉・養女ニ願立不苦」はその例である（堀内・前掲二六五頁。外岡〔先㈠七一三〕）。これは他へ嫁するための養女であろう。

（11）明10・4・24内務省指令（10・4・11神奈川県）「当主壮年疾病等ニテ一家ノ保護難相成因テ縁故有之者ヘ其家ヲ継承為致度候処若当主ヨリ年長スル時ハ養子ト稱スルハ倫理ニ於テ不当ト存候ニ付当主ハ直ニ隠居イタシ継承ノ者ハ相続人ト稱シ可然哉・年長養子ノ儀聞届不苦候事」（堀内・前掲二六頁、外岡・先㈠一三二一）。

（12）明11・12・26内務省指令（11・11・30福島県）「……幼戸主〔十年未満〕江丁年以上ノ養子ヲ迎ヒ補佐為致度旨親族協議其〔老年ノ上病痾ニ懼ル〕実父ヨリ出願スル者有之右ハ其養子トナル者ハ其養父ト可相成者ノ契約上ヨリ生スルモノニシテ弁識ヲナキ幼者ノ養子ヲ為スハ仮令尊属ト雖モ為シ能ハサル理ト相考候得共此場合ニ於テハ一家ノ継持ヲ重トシ聞届可然哉・伺之通」（堀内・前掲二六六頁。外岡・先㈡上一八二七）。これは願出になっているが、養子取組であれば届出でたりることはつぎの指令によって明らかである。明15・欠内務省指令（青森県）「丁年未満ノ戸主アリ家事経営ノ為年長ノ者ヲ養子女或ハ弟妹等ノ名目ヲ以貰受度段願出ル者往々有之右ハ尋常養子女ノ例ニ依リ戸長ヘ為届出可然哉・伺之通」（堀内・前掲二六七頁。外岡・先㈡上三〇六六には「養子女」がない）。もっともこのように願出と届出が混用されるのは、養子取組が完全に契約として確立するにいたっていないことの例証であろう。また幼戸主の養子ということ自体も養子取組として理解できることではない。

（13）明10・12・14内務省指令（10・9・5愛媛県）「獨身ノ戸主幼少ニシテ一家ヲ経営スル能ハサルヲ以テ年長ノ者ヲ養子―該家ヲ相続セシムルタメニアラス赤貧ニテ糊口ニ艱ムヲ以テ幼戸主養育ヲ受クル積リノモノ往々有之―トナシ後見相立不苦哉」〔先㈠一四四七〕は、先代が戸主であれば「看抱養子」であるが、すでに幼戸主となっているところが本来の中継相続と異なる。

（14）明10・2・12太政官指令（9・12・22内務省）〔先㈠一二八三〕は、幼戸主の母に後夫を迎えた場合における「戸主改立」の要否と単に幼戸主の相続人として迎えることの可否に関し、次註明9・8・29内務省指令が「追テ可及指令事」として留保していた問題である。なおこの指令にもとづき明10・3・2内務省達が出されている〔明治前期家族法資料第一巻第一冊〔法規〕六五二〕。

（15）明9・8・29内務省指令（9・8・8三重県）〔先㈠一一九四〕。

(16) 明10・1・20内務省指令（9・12・23長崎県）「戸主死後一女子アリト雖トモ幼稚ニシテ婿養子可致年令ニ無之且後見人可相立者モ無之ヨリ一家難渋ノ末其母其家ノ血統或他人ヨリ相應ノ者養子致シ家督相続為致右女子ハ成長ノ上他ヘ嫁シ候共不苦哉・平民ハ聞届不苦事」〔先(一)一二六三〕。

(17) 石井良助「我が古法における後見と中継相続続考」「明治初年の相続法」日本相続法史一九〇頁以下および三九〇頁以下に詳しい。

(18) 明9・3・13太政官指令（9・1・22内務省）「凡ソ農工商雑業等ヲ営ミ候戸主難治ノ病症ニ罹ルカ或ハ死亡跡等相続スヘキ血統ノ男女児アレトモ何レモ未タ幼少……嗣子タルニヨリ該家ノ相続ニ立ント後見人ヲ撰ムニ親属及ヒ他ニモ相應ノ者コレナク……幸ヒ該家ノ営業ニ熟達ノ者他ノ子弟ニ有之右ヲ養子ニ迎フルカ又ハ親族中ヨリ相続人ヲ招キ該家血統ノ嗣子ヲ養子及ヒ相続人ノ改メテ養子トナシ候契約相整ヒ親族連署出願ノ上ハ……聞届……可然哉・伺之通」（傍点筆者）〔先(一)一〇五六〕。

(19) 明8・12・17太政官指令（8・11・19内務省）〔先(一)九四八〕。

(20) 石井・前掲四一〇頁が引用されているように、農工商の場合には「後家戸主」は慣行であったようである。それは「男子無之或ハ男子幼少」の場合にかぎらず、「成人ノ男子有之候テモ後家戸主相立候者往々有之」ということである〔先(一)七七〕。内務省指令はこれにヒントを与えられたのかもしれない。

(21) 明17・5・2太政官決裁〔先(二)下三六三二〕、明17・5・8内務省指令〔同三六三八〕。この決裁は旧民法編纂にあたって参照されており（民法草案人事編参考法例三）、旧法の立法者もこれに言及している（法典調査会議事速記録一五九回）。高柳・前掲(一)に引用されていないので、太政官決裁の原案である内務省稟議（伺）を左に掲げておく。

「年長者ヲ養子ト致シ候義ニ付テハ先ニ裁令「七年三月三十日伺仝四月二十九日裁令〔註（9）〕」ノ旨モ有之爾後右ニ照準処分致シ候義ニ付別紙山梨県伺ノ如キ聞届可申モノニ有之候所実ニ熟考候ニ幼稚ノ戸主亡没年長ノ養子ヲ迎ヒ家名ヲ継承セシムルモノノ如キハ旧来ノ慣習モ有之敢テ差支モ有之間敷候ヘ共生存者ニシテ年長養子ヲ貰受クルトキハ父子ニシテ其年序ヲ顚倒シ幼者ヲ指シテ父ト呼ヒ長者ヲ目シテ子ト唱フル如キ不倫ノ稱呼ヲ生シ遂ニ秩序ヲ紊乱スルノ階梯トモ可相成殊ニ幼者ハ事理弁識ノ能力ナキヲ以テ後見人ヲ付シテ家事ヲ調理セシムルヲ当然トス然ルヲ三才未満ノ幼者ニ家事担保難相成等ノ事柄ヲ以テ其情願ヲ許ストキハ遂ニ不倫ノ弊習ヲ長セシムル義ニ可立至ト存候ヘハ亡没後ニアラサル外ハ断然年長者ヲ養子ト致シ候義不相成事ニ規定致シ度尤幼戸主疾病其他不得已事情ニ依リ強壮ノ者ヲ以テ相続セシメサルトキハ一家ノ浮沈ニモ相関スル等ノ類ハ親族ノ熟議ヲ以テ先代ノ養子トナシ相当ノ者ヲ貰受ケ幼戸主ノ相続人トシテ家名ヲ継承セシメ候様致度……」〔太

政官決裁」「伺ノ通」」（傍点筆者）。

(22) 明18・10・1内務省指令（18・9・21福井県）「年長ノ養子ヲ貰受クルハ其年序ヲ顚倒シ人倫秩序ノ稱呼ヲ紊乱スルモノニ付亡没後ニ非サル外事故アリテ年長者ヲ以テ相続セシメントスルトキハ先代ノ養子トスヘキ旨太政官ヘ御伺定相成候趣客年六月二十四日戸籍局長ヨリ通牒有之候処熟考スルニ生前年長者ヲ養子トシテ人倫ノ秩序ヲ紊乱スト云フ時ハ死後ト雖亦斯ル不秩序ノ稱呼ヲ付スルハ当理ナラサル可シ由是亡没後（幼戸主死亡セシ時ノ年令ニヨル）年長者ヲ以テ相続セシムル時ハ先々代（幼戸主亡ノ父）ノ養子トナシ可然哉・亡没後ハ直チニ養子トシ苦シカラス」（傍点筆者）〔先(二)下三九五〇〕。次註の伺でも同じく先々代の養子といっている。

(23) 明21・8・14内務・司法両省指令（21・4・28滋賀県）「先代死亡セシ場合ニ於テ其養子トナルベキモノ先々代（生存者）ヨリ年長ナルトキハ先代死者ノ養子トナサス先三代迄遡リ其者ノ養子トナスベキ筋ニ有之候哉・先代死亡者ナルトキハ年ノ長幼ニ拘ハラス直ニ養子ト為スヲ得ルモノトス」（傍点筆者）〔先(三)四三四一〕。

(24) 明19・11・24司法省指令（19・11・2山形県）「単身戸主（丁年以上ノモノ）ニシテ資質柔弱又ハ病身等ニテ家事難営貧困ニ迫ル事情ヲ以テ強壮ノ年長者ヲ相続人ニ貰請共ニ家事ヲ維持致シ度趣ヲ以テ親族協議出願ノ者有之右ハ自然不倫ノ弊習ヲ生セシムル儀ニ可立至存ラレ候ニ付聴許スヘカラサル儀ト相心得可然哉又ハ親族協議出願之時ハ其事実篤ト取調相違無之ニ於テハ聴許可然哉・前段見解ノ通」、これについて議按はいう「戸主単身殊ニ壮年ニシテ資質柔弱ト雖モ未タ強壮者ヲシテ自己ニ代リ家名相続セシムルノ必要ナルニ非スシテ相続人ノ名義ヲ以テ年長者ヲ貰受ケ共ニ家事ヲ経営セントスル者ノ如キハ未タ之ヲ許スノ類例ナキノミナラス之ヲ許ストキハ種々不倫ノ弊ヲ生シ一家ノ秩序ヲ紊ルノ懼ナシトセス曾テ内務省ヨリ島根県伺ニ対シ年長者ヲ養子女又ハ養兄姉ノ名義ヲ以テ貰受ケ家事ヲ補理セシムルコトヲ禁シタル精神モ又之レニ外ナラサル可シ」〔先(二)下四〇四四〕。島根県伺については註（35）参照。なお後にこの指令と壮年の戸主にも先代の養子を認める先例（註（31）参照）との抵觸が問題とされ、明20・2・14司法省指令（19・12・7山口県）〔先(二)下四〇八六〕によって、継嗣として貰受けることが認められない趣旨のものであることが確認されている。この種の混同を生ずるのは、継嗣についても「相続人貰受」の用語が使われるためである。

(25) 明9・3・13太政官指令（9・1・14内務省）「華士族平民ニ論ナク戸主タル父亡没ノ跡相続ス可キ男子ナク女子ノミナルニ因リ此ノ遺女子ヲ以テ一旦該家ヲ相続為致女戸主ニ立ツルノ後此女戸主ニ他家ノ子弟ヲ迎ヘ之レト配偶シ直チニ其夫ヘ相続ヲ譲リ戸主ニ相立候輩有之該家ノ代数ヲ推算スル時ハ妻ノ亡父ハ初代ノ戸主妻ハ二代ノ戸主夫ハ三代ノ戸主ニ有之然ルニ三代ノ戸主タル婿ハ二代女戸主ノ夫トナツテ其女戸主ヨリ相続ヲ承ケシ者ナルカ故ニ普通ノ婿養子ノ如ク該家ノ養父ヨリ直チニ家督ヲ承ケシ類ヒトハ同視ナ

シ難キ者ニハ候ヘトモ尚退テ該家ノ安否イカンニ就テ篤ト熟考イタシ候トキハ此件アマリ細カニ区別相立候ハ却テ不可然哉ト存候右等ハ諸般ノ民法御確定相成候マテハ姑ラク普通一般ノ婿養子同様ニ見做シ右夫ヨリ妻ノ亡父ニ対シ生存中素ヨリ養父子ノ契約無之トモ養親子ノ縁義ヲ以テ相続イタサセ候方該家保全ノ良制トモ存候尤女戸主ノ父母存亡ニ拘ハラス前陳ノ如ク処分ニ及ヒ可然哉・伺之通可相心得事」(傍点筆者)〔先㈠一〇五四〕。

右の指令については内部に意見の対立があったことが堀内・前掲第四巻三一頁所収の議案にみえている。法制局は「父子ノ契約無之者ニ候得ハ強テ之ヲ牽合シ父子ノ稱呼ヲナスニ及ハサル儀」といい、第二科(大史歴査)は「各国等ノ民法上ヨリ推論致シ候ハヽ敢テ養父子ト稱スルモ及間敷候ヘトモ今日現状一般ノ慣習ト情誼トニ因ツテ該家保安ノ結果如何ヲ量酌致シ候ヘハ姑ク父子ノ契約ノ有無該家代数等ノ区別ヲ問ハス養親子ノ縁義ヲ以相続致サセ候方恰当ト被存候」という。さらに後者について伊藤博文は、これは姓のみの問題であり「夫タル者若シ其妻ノ姓氏ヲ冒ス時ハ養子ト稱スルモ妨ナシ」といい、「養親子ノ縁義」を無視している。

(26) 「先代ノ養子」が認められる以前は、幼女戸主に迎える入婿は「相続人」と稱する取扱いであった(明15・8・31内務省指令(15・7・12長崎県)〔先㈡上三〇〇七〕)。それが明18・9・8内務省指令(18・8・26滋賀県)では幼女戸主の「亡父ノ養子」としてよいとされ(このケースは、初代幼女戸主―二代入婿(婚姻前離縁)―三代縁女戸主(初代と同じ)―四代年長相続人という特殊なものであり、戸主代数でいうと「先々々代ノ養子」になる)〔先㈡下三九四〇〕、その他明21・2・17内務省指令(21・1・10石川県)〔先㈢四二六九〕、明23・2・3司法省回答(23・1・23愛知県)〔先㈢四六六五〕、明24・8・29内務・司法両省指令(24・8・8山口県)〔先㈢四九一一〕、明25・5・3内務省回答(25・4・20宮城県)〔先㈢五〇三三〕、明25・12・13内務省回答(25・12・3福島県)〔先㈢五一二一〕では、女戸主の「先代の養子」または「父の養子」として入籍することが認められている。

(27) 先々代は年長相続人の養祖父となり、したがって幼戸主も養弟ではなく養甥の続柄となることについて明20・11・5司法・内務両省指令(20・10・5滋賀県)〔先㈡下四二二六〕、明20・11・24指令(20・10・12山口県)〔先㈡下四二六〕。

なお右の明20・11・5指令は、初代幼女戸主―二代養子(死亡)―三代(死後)養子(初代の兄)という場合、「先代ノ養子」の例から考えると、初代は三代の養祖母にあたるが、この稱呼は不穏当であるから、単に妹と稱してよいか、また初代の養父の肩書はいかにするかという伺出に対し、三代は二代にとって初代養母の兄すなわち養伯父にあたるから相続人と稱し(目上養子禁止)、初代額書妹肩書先三代某養女、初代の養父は額書妹の養父肩書先四代某長男と記載するとしている。親族間の養子においてはつねにこの種の問題を生ずるが、議按はこれについて「年長養子ノ例ヲ引用スヘキモノニアラス」としている。

(28) 明17・6・7内務省指令（17・5・26滋賀県）〔一戸新立・先(二)三六七二〕、明22・4・9司法省指令（22・3・28愛知県）〔一代分家・先(三)四四三〇〕、明23・4・16司法省指令（23・4・11神奈川県）〔幼年者分家、一家新立・先(三)四六九九〕。この場合には相続人としたのであろう。

(29) 明25・11・15回答（25・11・5島根県）「幼戸主年長者ヲ相続人ニ貰受クルハ先代ノ養子トナシ相続セシムヘキ旨曾テ御省御指令有之尚先代死亡者ナルトキハ年ノ長幼ニ拘ラス直ニ養子トナルコトヲ得ルモ先代生存者ナルトキハ事実ヲ具シ御省ヘ可伺出旨貴官御説明ノ趣有之候処〔明25・9・20司法省回答（25・7・25島根県）〔先(三)五〇七七〕〕右先代生存者ナルトキハ総テ可伺出義ニ候ヤ又ハ養子トナスモノ其先代ヨリ年長ナルモノニ限リ可伺出義ニ候ヤ・通常幼戸主ノ為メ年長養子ヲ為ス場合ニ於テハ其先代ノ生死ニ拘ハラス地方庁限リ許可相成可然モノナレトモ其先代タルモノ生存者ニシテ且養子タルモノヨリ尚ホ年少ナル場合ノ如キ異例ニ渉ルモノニ就テハ事実ヲ具シ伺出相成ルヘキ旨趣ニ有之」〔先(三)五一〇四〕。また明25・12・28指令（25・12・5東京府）〔先(三)五一三六〕は、幼戸主の先代死亡の場合と現存の場合とでは、かならずしも取扱いが同一でないとする趣旨であろう。

(30) 註（22）参照。

(31) 明20・10・25司法省指令（20・9・12神奈川県）〔先(二)下四二八一〕、明21・5・17司法省回答（21・5・7福島県）〔先(三)四三〇九〕。なお明20・2・14司法省指令（註（24）参照）の伺中に明治一九年にも同旨の指令があったようにいっている。

(32) 明27・4・23司法・内務両省回答（27・3・28岡山県）〔先(三)五二六五〕。この場合には、女戸主の亡夫の亡父（先々代）の養子となり、女戸主と年長相続人は養兄妹の続柄となる。先代の養子としては特殊なケースである。

(33) 明18・4・28内務省指令（18・4・8徳島県）「他家ニ入嫁セシ妹ノ配偶者ノ養子タラントスル者有之右ハ自然妹ヲ養母ト稱セサルヲ得サルモノニシテ穏当ナラサル義ニ付聴許スヘカラサル義ト相心得可然哉・伺之通但不得止事情アルモノハ先代ノ養子トシ配偶者ノ相続人トナス義ハ苦シカラス」〔先(二)下三八八二〕。

(34) 鼓鍊之助＝林部甲子録・現行人事及戸籍法実用（明27）一九頁には「先代ノ養子トシテ年長者ヲ貰受クル場合ノ外養弟妹ヲ貰受クルコトヲ得ス」とある。養弟妹が相続に関係のないことは後述のとおりである。なお同種の混同については註（42）（43）参照。

(35) 明19・8・9司法省指令（19・7・14静岡県）「如何ナル事情有之ト雖トモ養兄弟姉妹ノ名稱ヲ以テ他人ヲ貰受クル義モ難相成候乎・伺ノ通」〔先(二)下四〇一四〕の議按は、これより先の明17・6・25内務省指令（17・6・13島根県）〔先(二)下三六八五〕を参照に

供している。この指令・伺では「家名相続ノ為ニアラスシテ家業繁多等ノ故ヲ以テ年長者ヲ他ヨリ家族ニ入籍シ即チ養子女ト稱呼シ家事ヲ補理シ来ルモノ往々有之候得共斯ノ如キモノト雖トモ総テ不相成義ト相心得可然哉果シテ然レハ養兄姉ノ名義ヲ以テ貰受クハ不苦哉・難聞届儀ト心得ヘシ」とあって、養弟妹についての伺ではない。しかしすくなくとも、年長者養子禁止指令後のことであるから、年長者を養弟妹の名義で貰受けることを禁ずる趣旨は含まれていたとみることはできる。のみならず「養弟妹」が年長者養子禁止に先立って一般的に禁止されたのではないかとの疑いがあるのは、冒頭の指令の伺中に「赤貧及幼少ノ戸主家計調理ノ為メ他人ヲ貰受兄弟姉妹等ノ名稱ヲ付スル儀不苦哉ノ旨相伺候処〔明治十七年〕二月二十七日付ヲ以テ聞届難キ儀ト可心得旨御指令相成」が前段にあるためである。

(36) 古く角田幸吉・日本親子法論（昭16）一五二頁には「養弟・養妹」の項目はみられるが、内容はほとんどないといってよい。現在までのところ、神戸家審昭51・4・24判例時報八二二号三五頁以下がおそらく唯一の文献ではないかと思われる。そしてこれは利谷教授の鑑定にしたがったものであるから、それが唯一の研究ということになる。筆者はこの事件の当事者の一人からその一部を見る機会を与えられたが、教授はこれを公表されていないので、いまのところは右審判にみられる範囲で引用するにとどめる。

右審判によれば、養弟には二種あり、養子縁組の成立によって生ずる養弟（第一種）と養兄弟関係（契約）によって生ずる養弟（第二種）があって、後者は扶養・家格調整・予備軍的な相続人の確保等を目的として行われ、その性格は非常に曖昧であるという。右の養弟の分類は、戸籍に記載されている「養弟」がいずれの種類であるかを判断する必要から便宜的になされたものであり、「養子」と意味を同じくする「養弟」は一種しかありえない。「養子」の効果たる「養弟」は、養子取組にかぎらず、入夫を含む「養子相続」によっても発生し、むしろ後者の場合において、養子または入夫が戸主となるため、戸籍の記載上「養」親族関係の表示が必要となる。また養弟取組の目的とされるもののうち、相続の予備軍というのは、結果的に相続にかかわりをもつ場合もあるということであって、むしろこれが目的とはなりえないことを示すものであろう。「養弟」が相続に直接のかかわりをもつのは「傍系相続制」の場合であり、ここでは「養子相続」に代わって「養弟相続」が行われることになる（直系相続制では逆に弟も（養）子とする原則になる—ただし明治前期はこれを「相続人」とした）。またこの種の養弟は第一種のそれに比して性格が曖昧であるというのは、比較すべきは「養子取組」と「養弟妹取組」であって、曖昧さの点では両者共通であり、要するに制度が多目的に利用されているということにほかならない。

(37) 堀内 節・前掲第三巻三四八—三五九頁には、養兄弟姉妹としてこの三種のものが収録され、また同第四巻には、「等親及び呼稱」

の項目において養兄弟姉妹のほか「家女離婚後の親族関係」が特別にまとめられている（九八―一〇八頁）。

(38) 明20・3・17内務省回答（20・1・27滋賀県）「本人ノ額書ハ……仮令ハ養家ノ兄弟姉妹及養弟妹ニ入籍セシモノ等ハ養兄弟姉妹ト書スヘキ哉若シ然ラハ其兄弟姉妹ノ子ハ尚ホ養甥姪ト稱シ可然哉・前段御見解之通后段單ニ甥姪ト稱スルノ例タリ」〔先㈡下四〇九八〕。

右の「甥姪」の部分は明22・5・18内務省回答（20・12・19福島県）〔先㈢四四八七〕によって「兄弟姉妹及伯叔父母甥姪ニ限ラス総テ養字ヲ冠記」すべく、右指令が改正済みであることが明らかにされた。同種の混乱は入夫戸主と妻の姉妹との続柄に関してもみられる。明23・8・5内務省回答（23・7・18愛知県）「入夫戸主妻ノ姉妹額書ハ養姉（妹）肩書（亡）養父名何女ト記載シ可然義ニ候哉・女戸主ニ入夫シタルモノ其家ニ養父ノ続柄ヲ生スヘキモノアルトキハ御見込ノ通養字ヲ冠稱シ其家ニ養父ノ稱呼ヲ生スヘキモノナキ入夫ニ在テハ妻姉（妹）ト記スヘキ例ニ有之」〔先㈢四七六三〕に対して、明26・1・20指令（26・1・12石川県）は「入夫家督相続ノ後ハ妻ノ父母存亡ニ拘ラス養ノ字ヲ用ユルハ曾テ御指令モ有之候得共妻ノ姉妹ニハ養ノ字ヲ用イサル義ナルヤ・妻子ヲ除キ他ノ家族ニハ養ノ字ヲ附スヘキ義ト心得ヘシ」（傍点筆者）〔先㈢五一五一〕とする。

右の伺・指令によって、養方家族に「養」を額書する取扱いがかならずしも確立されていなかったこと、ただ家族中に養祖父母・養父母がいるかぎり、当然他の家族にも「養」が附される取扱いであったことが推測できる。なお明31年戸籍法以降は、養親子のみ「養」を冠する取扱いとなった。明36・1・10民刑局長回答七三四号。

(39) 明8・8・27太政官指令（8・5・27内務省）「過般貧者ニ数子アリ富者之ヲ貰ヒ養フコトハ不苦旨ハ允裁相成付テハ丁ナルモノ〔婿養子〕追テ分家又ハ終身家族ニ閣クニ論ナク到底該家相続スヘキモノニ無之候ヘトモ甲〔養父母〕ト丁トハ現ニ養親子ノ稱呼ヲ存セサルヲ得ス然ルトキハ丙〔家女ノ弟〕ト丁トハ年序ヲ以兄弟トシ服忌モ兄弟同様ニ相受可申哉又ハ丙ヨリ丁ヲ指シテ姉婿トシ丁ヨリ丙ヲ指シテ妻弟トシ互ニ服忌ハ無之哉右難決依テ及上陳候・該家相続スヘキ者ニ非ストモ養父母ニ於テ相当ノ服忌ヲ受クヘシ其婿養子ト弟男子ノ間稱呼ノ儀ハ姉婿妻弟ヲ以テス……」。興味を惹くのはこの指令案（法制課）の附箋であり、外史附箋は「兄弟ノ名ハ同父母ヨリ生ス……〔本指令案ハ同日ノ婿養嗣子ニ関スル指令案（註（51）参照）ニ牴觸〕……抑モ本邦ノ養子ハ家督相続ノ為ニシタルモノナルヘシ爾来各地ニ於テ種々の習慣アリテ豪農富商ノ如キハ一家ニ数人ノ養子ヲナスモノアリ一旦之ヲ許セシヨリ婚戚ノ名義ヲ紊シ戸籍ノ混雑ヲ生スル等多少ノ弊害アリ遂ニ養子ノ本旨ヲ失フニ至ル今ニシテ其本ヲ正サス徒ニ其障碍ヲ拒ント欲スルモ其術ナカルヘシ故ニ断然之ヲ改メ自今家督相続スヘキ者ノ外ハ濫ニ養子ヲ許サス尤一家ニ数男女子アルモ強テ分家シ又ハ他ノ養子トナ

スニ及ハス……」という尋常婿養子廃止意見を付し、これに対して規則掛附箋は、「養父子ノ実父子ト異ナルコトハ喪葬令以下服忌令参照ノ通ニ有之父母ノ名義ヲ同フスルハ必ス兄弟ノ名義ヲ同フスル物ニハ無之三重県御指令トハ其主旨自ラ異ニシテ牴觸ノ患ハ有間敷……」と反論している。

右の指令をうけた広島県は、明9・9・13伺をもって、右は姉婿でなく妹婿でも同様かと再度伺出た。伺出から一年以上も経過して後、以下の内務省見解を法制局に照会したうえ、明11・1・7内務省指令をもって、前指令の改正をようやく指令するにいたった。内務省照会は「父母ヨリハ同シク子ト稱シテ其子ノ間ニ於テハ互ニ兄弟姉妹ノ縁義ナキ者ト為スハ甚不妥当ノ義ト存候尤名義上婿養子ハ其姉妹ト配偶スルノ嫌忌アリト雖トモ此名義タルヤ養子法ヨリ来ル所ノ附帯法ナレハ養子法存置スルノ限リハ此名義モ亦存セサルヲ得サルニ付追テ民法確定候迄ハ普通ノ慣行ニ因リ名義上ノ嫌忌ニ拘ラス専ラ血統ノ有無ニ就テ論シ配偶ノ際夫婦ノ名生シテ兄妹ノ名消滅スルト〔否ト〕ニ拘ハラス渾テ同様ノ縁義アル者ト致シ候方時態ニ適当可致ト相考候」というものであった〔先(二)上一四六一〕。

(40) 明20・10・7回答（20・9・22福島県）「〔回答〕戸主先代ノ遺志ヲ継キ其同居ノ姉妹ヘ迎ヘタル配偶者ハ其妻ノ父母ヲ養父母ト稱スヘク又該戸主ト配偶者トハ養兄弟ノ続柄ニ可有之」〔先(二)下四二一二〕。明20・11・7回答（20・10・14福島県）「姉妹ノ配偶者ト戸主トノ続柄……先代ノ遺志ヲ継キ迎ヘタルモノト否トニヨリ異ナル義ニ可有之哉・戸主先代ノ遺志ヲ継キ其姉妹ヘ配偶者ヲ迎ヘタルトキハ先代ノ財産ヲ分与スル筋ナルヲ以テ配偶者ヨリ其妻ノ父母ヲ養父母ト稱シ戸主ト配偶者トハ養兄弟ノ続柄ニ相成ルヘシト雖モ先代ノ遺志ヲ継クニ非スシテ戸主自ラ其姉妹ヘ配偶者ヲ迎ヘ其財産ヲ分与スルトキハ配偶者ヨリ其妻ノ父母ヲ養父母ト稱セス単ニ妻ノ父母即チ舅姑ノ続柄ニ止マリ戸主ニ対シテハ姻族ノ兄弟タルモノトス」（傍点筆者）〔先(二)下四二三三〕。

(41) 「先代の養子」は戸主承継であり、これは遺産承継である点が異なる。現代的にいえば「遺言養子」ともいえるが、相続を原因とする点で当時としては「養子相続」と考えられたものであろう。なお徳川時代の服忌法には「家財受候恩深き養子」というのがみえるが、あるいはこの種の養子であろうか。

(42) 明20・11・29内務・司法両省指令（20・8・2愛知県）「従来戸主ノ養兄弟姉妹トシテ他ノ子女ヲ貰ヒ受クルヲ得サリシ処分家或ハ相続人トナスヘキ目的ニテ姉妹ノ夫ヲ貰ヒ受ケ入籍スルヲ得ルトキハ実際養兄弟ニ当ルヘキモノナレトモ之レヲ養兄弟ト稱セス戸主ヨリハ身続ナキ家族ト心得単ニ姉妹ノ夫ト額書シ可然哉又ハ年長ノ者ヲ先代ノ養子トシテ貰ヒ受ヘキ例規ニ拠レハ戸主ノ相続人ニアラスト雖トモ先代ノ養子トシテ姉妹ト結婚セシムルトキハ則チ養兄弟ヲ貰ヒ得ヘキ筋ニ候哉・前段伺ノ通」（傍点筆者）〔先(二)下四

二四一)。

(43) 明6・8・27太政官指令(6・7広島県)「長女ヘ婿養子致シ長女(養子妻)死去其跡養家ノ妹ヲ妻ニ縁組相調フヘキ哉伺出ノ者モ有之名義ハ兄妹ニ候ヘ共血縁ハ無之ニ付妻ニ縁組不苦哉右相調候ヘハ都テ養子ノ続ニテ血縁無之者父母ヲ除クノ外ハ縁組不苦哉・都テ一旦他家ノ養女ト為シ改テ娶リ候義ハ不苦事」〔先(一)二一四〕。なおこの「一旦他家ノ養女」については明7・5・8太政官指令(7・4・14酒田県)の伺が「遺跡相続ノ養子タル者養家ノ兄弟姉妹他家ヘ養ハル、モノト雖モ相互ニ実兄弟姉妹半減ノ服忌ニ有之名義上如何ナルモ聞届不苦哉」との疑問を提起しており〔先(一)四二四〕、これについて左院議按は「至極尤ノ見込……名義上ヨリシテ親属相姦ヲ許スニ当リ甚不都合ニ付先般本院並元法制課ヨリ上申ノ趣有之……」としており、禁婚親を貫徹する意見だったことが知られる。堀内・前掲第一巻七九頁。しかし「一旦他家ノ養女」は民法施行直前まで一貫した取扱いであった。明31・5・欠司法・内務両省指令(31・4・26福岡県)「親族協議ノ上〔婿養子〕元妻ノ妹ヲ一旦他家ノ養女トシテ改メテ娶ルニ於テハ差支ナシ」〔先(三)五三八九〕。ただし届出ではなく願出を要することについて明30・12・28司法省指令(30・12・17島根県)「断縁ノ上ト雖モ其〔養兄弟姉〕結婚ニ付テハ出願ヲ要ス」〔先(三)五三八四〕。梅謙次郎・民法要義(四)九六頁は「是レ実ニ謂レナキ所ニシテ又全ク無益ノ手続」としており、これが現行法に禁婚親除外の明文をとどめているゆえんである(民七三四条但書)。しかもなお奥田義人・親族法(明41)一〇八頁は、婿養子縁組について婚姻以前に養兄妹関係なしとしている。

(44) 中田　薫・前掲第一巻四一五頁。

(45) 縁女に服忌がないのも他人であるためである。明11・7・8内務省指令(11・6・24愛知県)〔先(三)上一六七三〕も「縁女ニ於テ相当ノ服忌ハ無之」とする。

婿養子のために家女は「縁女」となるが、後妻の連れ子と自分の子を結婚させようとするときは、養女としたのでは禁婚親となるから、最初から「縁女」として入籍させねばならない。これについては明9・9・14太政官指令(9・7・15内務省)〔先(一)一二〇一〕「茲ニ夫婦アリ男子出生ノ後婦死亡ス他ヨリ後妻ヲ娶ルニ後妻ニ一人ノ女子ヲ有ス故ニ右結婚ノ際一同貰受入籍致シ置追前顕男子ニ配偶致シ候儀不苦哉ノ旨伺出候向有之右ハ縁女ノ名義ヲ以テ入籍致シ置カ又ハ附籍トナシ置追テ配偶致シ候儀ハ敢テ指支ヘ無之哉ニ候ヘトモ其倫理ニ就テ論シ候トキハ継母ノ子ト継父ノ子トノ配偶ニ相成倫理上妥当ナラサル哉ニ相考候尤是マテ的例モ無之儀ニ付仰高裁候也・配偶不苦候事」。なお議案は「結婚ノ儀ハ不相成」が法制局原案であったが、大木参議の「再考」要請によって、再按では「此事民間従前習ヒ行フ事ニシテ我古今ノ法律ニ嘗テ之ヲ禁スルノ條章アルヲ見ス之ヲ英仏各国ノ法律ニ参考スルニ皆ナ許ス所

ナリ因テハ人民ノ便宜ニ任セ可然歟」とする意見に変った。堀内・前掲第四巻一八五頁。なおこの指令にもとづき明10・2・7内務省指令(9・12・22大阪府)は「尤縁女ノ名義ヲ以テ入籍為致置候ハ、更ニ他ノ養女トナスニ不及候事」と指令している〔先(一)一二七九〕。

(46) 註(39)参照。

(47) たとえば市岡正一編・現行民法人事篇(明14)六九頁「子孫ノ有無ヲ問ハス養弟妹ヲ貰受ケ又ハ子孫ヲシテ他家ノ養弟妹ニ差遣スコトヲ得ヘシ但養子家女タル妻ヲ離婚シ養妹ト為スコトヲ得ス」。また明21・2・1内務省回答(21・1・17鳥取県)の伺には明17・19年刊行の戸籍法令に関する出版物の引用があり、これについて内務省は「〔後掲〕太政官裁令ニヨリ改正相成候義ヲ承知致サヽルヨリシテ誤謬ヲ掲載……一家ノ私著ニハ往々信用ヲ置キ難キ所モ有之……」として伺の下戻を勧告している。

(48) 明8・11・15内務省指令(8・6・18石川県)「……離縁ノ家女ハ全ク他人ニテ姉妹ト為スヘキ筋無之旨御指令有之然ルニ士族寺西直一ナル者ヨリ離縁ノ上養姉ト致度旨別紙ノ通出願ニ付尚取調候処右ハ婚儀未整ノ者ニ付少ク異同モ可有之哉先般当県及名東県ヘ御指令ニ私生ノ子有之ノ婦女夫ヲ迎ヘ又ハ寡婦連レ子致シ他ヘ嫁娶ノ節其現夫ノ約定ニ因リ養子等各種ノ名ヲ生ズベキ旨ヲ参考傍例仕候ヘハ離縁ノ夫ヨリ順次第ニテ更ニ姉妹ノ稱ヲ立テ不苦哉・婚儀未整ノ者ニ候条聞届不苦候事」〔先(一)八九六〕。伺中の継子養子については明7・10・12太政官指令(7・9・22内務省)〔先(一)五四六〕が石川県伺の事案であり、名東県伺は明8・3・14内務省指令(8・2・8名東県)〔先(一)六八六〕である。

(49) 明治前期の「養子」の難しさはこのあたりにあり、養子相続以外にも、すくなくとも「養子取組」とは考えられていない「養子」があったことは間違いない。連れ子養子もその一つであるが、夫婦養子なども同じ種類のもののように思われる。

(50) すでに古く明4・8大蔵省の「養子ト配偶致シ候家女離縁相成候節素ヨリ養父母ト親子ノ縁可断情義ニ無之候ヘハ養子ヨリハ年令ヨリ姉妹ト致シ忌服モ相当相受候儀トハ存候ヘトモ人倫上関係ノ儀ニ付一應御問合候」との伺に対して、明4・8・22式部寮回答は「離縁ノ家女ハ全ク他人ニテ姉妹ト致シ候筋無之忌服ハ相互ニ不可受事」としている〔先(一)三七〕。明7・2・13太政官指令(6・11・19大蔵省)〔先(一)三四九〕はこれを再確認)。その後の明6・11・8太政官指令(6・9・18東京府)「婿養子ノ者家督相続ノ上夫婦ノ間不熟ノ故ヲ以其妻ヲ離別シ養妹或ハ厄介等ニ致シ候義其戸主目上申立ノ有無ニ拘ラス情実判然タル上ハ差許不苦哉・〔左院議案「婿養子タル者其妻ヲ離別シ厄介トシテ別室ニ居住セシムルコト差支ナシト云ヘトモ其情実詳細記載シ親族或ハ戸長ノ奥印ヲ以テ願出ルヲ要ス然ラサレハ受産養親ノ恩ヲ忘レ苛刻ノ処置アルヲ免レ難シ但養妹ノ名義ハ甚タ不条理ニテ其謂レナシトス」〕離縁処分ノ儀ハ都テ協議ニ任セ可然候ヘトモ其情実詳細記載シ双方親戚等二人以上之ニ連印シ戸長ノ奥印ヲ以テ願出サセ候上聞届可申事但養妹

ニ致候儀ハ不相成事」（堀内・前掲第四巻九九頁。なお外岡・先㈠二七二では妻が縁女になっている）は、婿養子当主は親族協議出願のうえ離婚すべく、家女を養妹とすることはできぬ旨を明らかにし、明6・12・12太政官指令（6・11・22和歌山県）「右〔家〕女素ヨリ帰スヘキ方無之家籍ニ罷在候節前夫当主ニ付年ノ長幼ニ随ヒ更ニ養家ノ姉妹ト為相心得可然筋ニ有之候哉・姉妹ト見做シ候義不相成候事」堀内・前掲、明7・12・18太政官指令（7・10・10小田県）「先婦ハ他ヘ嫁付モ其家ノ厄介ニ致スモ不苦哉・家女離縁ノ後モ家族タルハ勿論ニ付養父某ノ女ト稱スヘク尤兄妹ノ名稱不相成……」〔先㈠六〇三〕が同旨を繰り返し、明8・5・19内務省指令（8・2・7広島県）も「養家相続ノ者家女ヲ妻ニ致居候処其妻病気ニテ本復ノ期無之カ或ハ不得止事故有之夫レカ為メ家事差支候類本人ハ勿論双方親族協議ノ上其妻ヲ離縁致シ年長ナレハ姉年少ナレハ妹ト唱置他日外方ヘ縁付ケ候テモ不苦ヤ……・家女ノ妻離縁ノ儀ハ或ハ悪疾ニ係ルカ或ハ倫理ヲ犯ス等ノ所業有之者ハ格別尋常ノ事故ノミニテハ離縁候儀ハ難相成候条猶事実取調相違ナキコト親族協議ノ上願出候ハ、聞届不苦候事但離縁ノ家女ハ全ク他人ニテ姉妹ト致シ候筋ハ無之且忌服モ相互ニ不可受事」〔先㈠七六七〕としている。

(51) 明8・8・27太政官指令（8・5・12内務省）、明8・9・25内務省指令（8・4・7三重県）「〔婚姻前婿養子死亡〕依テ此ノ婚姻ヲ取消タル者ト見做ストキハ夫婦ニ非ラス然ル時ハ亀造鶴女〔婿養子・縁女〕ヲ兄妹ト認メサルヲ得ス……・〔法制課議案「養子ノ家女ニ於ケル契約既ニ成ルト雖トモ婚儀未タ整ハサル前ニ亡没スルトキハ前日夫婦ノ契約ハ自ラ消散破毀シテ兄妹ノ続合トナル……」〕後養子ハ家女ノ父母ヲ養父母トシ前養子ヲ先代ト稱スヘク家女ノ前養子〔死亡先代〕ニ於ケル兄妹ノ続合ト相成候事」〔先㈠八三〇・八四六〕。

(52) 明8・9・8太政官指令（8・8・14内務省）「家女ニ婿ヲ取リ其婿戸主ト相成候后チ離止事故アリ夫妻ノ縁義ヲ断ツ於此夫ヨリ其離縁ノ妻ヲ指シテ姉又ハ妹ト稱セス全ク無縁タルヘク云々先キニ御裁令此レアリ之レヲ以テ一般例行シ来リ候処或ハ夫妻ノ名稱ヲ存スルモ婚儀未相整此等ハ従前一種ノ慣習ニシテ間々有之其実夫妻ノ縁義全ク結構セサルモノニシテ謂ハ、無縁ノモノト看做スモ敢テ道理ナキニ非ラス如此モノ離止事故アル熟談ノ上夫妻ノ約義ヲ解キ更ニ其婿養子ナルモノヨリ該女子ヲ指シテ養方姉養方妹ト稱スル等ノ儀ハ実際支吾有之間敷乎・伺之通ニテ差支無之事」（儀則課議案「縁令夫妻ノ私約アルトモ婚姻届無之以前ハ法律上夫婦ノ名義無之ニ付伺之通ニテ可然」）〔先㈠八三五〕。なおこの指令から間もなく、同年一二月九日には「婚姻又ハ養子取組若クハ其離婚離縁縁令相対熟談ノ上タリトモ双方ノ戸籍ニ登記セサル内ハ其効ナキ者ト看做ス」とする太政官達二〇九号が公達されたから、実際には「夫婦」であっても、戸籍登記以前であれば、なお「養姉妹」と稱することは可能であった。

(53) 明14・5・13内務省指令（14・4・14栃木県）〔先(二)上二五九一〕。なお養女に関して同旨明24・6・19内務省指令（24・6・3神奈川県）〔先(三)四八八〇〕。

(54) 明9・4・27太政官指令（9・4・5内務省）「家女ノ養母他ヘ再嫁スレハ養子ニ於テハ叔母ノ服忌ヲ可受ト明治七年一月大蔵省ヘ御指令有之候〔明7・1・29太政官指令（6・11・12大蔵省）〔先(一)三二四〕である〕右ハ養母他ヘ再嫁ノ上ハ則養母子ノ縁義ヲ絶チ候儀ニ付養子ヨリハ養祖父ノ子ナルヲ以テ叔母ノ稱呼ヲ生シ候モノト相考候然ル上ハ右叔母再嫁ノ家ヲ離縁シ帰リ来ルトモ再ヒ養母ノ名義ハ生セサルモノニ付養方叔母ト稱シ叔母ノ服忌ヲ受ケ然ルベク哉、家生ノ養母隠居ノ後他家相続セハ都テ前条ニ倣ヒ養父叔父ト稱シ叔父ノ服忌ヲ受ケ可然哉・二条トモ伺之通」〔先(一)一一〇九〕。なお堀内・前掲三一頁にある法制局議案に「旧幕時ノ成例モ有之……」とあるとおり、右は徳川時代の服忌令の例にならったものである。

(55) 明17・5・22内務省指令（14・5・24栃木県）〔先(二)下三六五六〕。局典類纂では伺の日附が17・5・24となっているらしく、外岡・上掲は17に堀内・前掲一〇五頁は24に（ママ）を付している。この伺にもとづき次註の伺出がなされているのであるから、伺出年が14であることに疑問の余地はない。

(56) 明17・5・15太政官決裁（14・6・30内務省）〔先(二)下三六四七。14に（ママ）を付しているが、もちろんこれで正しい〕。本指令については堀内・前掲一〇四頁が参事院の見解をも収録しているので、内務省伺出とともに左に抜萃する。

内務省稟議「……婿養子ト該家父母親属ハ依然続柄有之モノナレハ事故有之夫婦ノ縁絶スルヲ以テ併セテ養家親属ノ縁モ断ルモノトナスハ穏当ニモ無之哉既ニ栃木県伺ノ如ク再ヒ養子女ヲナス時ハ伯叔母叔姪ノ間ニシテ獨リ協議上ヨリ離縁シ同居ヲナス先夫ノミ相互ニ他人視スルハ実際妥当ニ無之ト致思考候……」

参事院稟申「婿養子家女離縁ノ後兄弟姉妹ノ名稱ヲ付スルハ倫理上穏当ナラスト雖モ離縁後仍ホ其籍ヲ同クシ其居ヲ共ニスルヲ許ス上ハ戸籍上家族ノ続合ナカルヘカラス而シテ其続合ヲ繹スルニ養子ノ父母ハ家女ノ父母ニシテ家女ノ叔姪ハ養子ノ叔姪ニ当ルヲ以テ養子ト家女トノ間ニ於ケル自ラ兄弟姉妹ノ続合ヲ生スルハ如何トモス可ラサルナリ且一家族ニシテ他人ヲ混居セシムルヨリハ寧ロ親族ノ名稱ヲ附シテ両者ノ別ヲ正フシ一家親属ノ和睦ヲ保タシムルニ如カス……」（傍点筆者）。この上申の日附は十七年四月二十九日、大臣閲覧が五月六日となっている。

(57) 明21・5・2内務省回答（21・5岡山県）〔先(三)四三〇四〕、明22・11・20内務省指令（22・11・7熊本県）〔先(三)四六一五〕など。

(58) 明20・11・29内務・司法両省指令（20・8・2愛知県）「家女ノ妻ヲ離婚スレハ結婚セサル養姉妹ト同様ニ付養姉若シクハ養妹ト

額書シ可然哉・伺ノ通」（傍点筆者）〔先㈡下四二四一〕。

(59) 明21・2・21内務省回答（21・2・14鳥取県）「家女ニ婿養子ヲナシ其養子ヨリ家女ノ年長ナルモノ若シ離婚セハ養子ト稱セサルヲ得ス果シテ然ルトキハ卑屬タリシモノ俄ニ尊族親ノ稱呼ヲ付スル事ト相成甚タ不穩当ノ樣被相考候得共矢張愛知県伺指令〔前註参照〕ノ通相心得可然哉・愛知県指令ノ通年ノ長幼ニ依リ養姉妹ヲ区別スヘキ義ニ有之候」〔先㈢四二七四〕。これと同じ考え方は、市岡正一編・増補改良戸籍事務取扱心得（明27）九頁「其妻夫ヨリ年長ナレハ夫ハ之ヲ姉ト呼ヒ妻ハ前夫ヲ弟ト呼ハサルヘカラス然ルトキハ忽チ尊卑ヲ顚倒シ一家紛紜ヲ生ス」、同五七頁「明治一九年福井県問合ニ対シ内務省ハ離縁ノ家女トハ養姉妹ノ続柄アル成規云々ノ回答アリタリト云フ説アレトモ……家女……年少ナレハ……左マテ不都合アルヘカラサルモ若シ年長ナルトキハ……離婚ニ依リ却テ戸主ノ目上ノ親屬トナリ忽チ尊卑ヲ顚倒スルカ如キハ一家不諧ヲ惹キ起スヘキ源因ヲ来タスヘシ是レ姉妹ノ続柄ヲ生セシメシテ他人ト為スノ条理ニ適シタルモノト考フ但未タ婚姻セサル者ハ姉妹ノ続柄ヲ生セシムルモ妨ケナシ」にもみられる。

(60) 明15内務省指令（青森県）「丁年未満ノ戸主アリ家事経営ノ為年長ノ者ヲ養子女或ハ弟妹等ノ名目ヲ以貰受度段願出ル者往々有之右ハ尋常養子女ノ例ニ依リ戸長ヘ為届出可然哉・伺之通」〔先㈡上三〇八八〕。なお堀内・前掲第三巻三五一頁は若干内容が異なる。

(61) この点で明9・5・11太政官指令（9・4・13宮内省）の別紙宮内省への伺中にみられる「養弟ノ儀ハ私一人ノ儀ニテ亡父正睦養子ニ仕候者ニ無之候間私一人ノ儀弟ト見做シ忌服其外共都テ外甥ノ心得ニテ可然哉」が注意を惹くが、これは「私〔華族従五位堀田正倫〕養弟譌之丞儀旧家門士族ニテ私外甥ニ相当候者ニ候処鶴牧藩知事水野忠順ヨリ私養弟ニ仕養子ニ貰受度旨申越候ニ付」なされた養弟のためであって（傍点筆者）、婚儀のための養女が無忌服とされたこともあったのと同じく、養弟一般に通ずることではない。右の伺は、右の養弟が養子となってから離縁になったので、養弟も取消と考えてよいか、それとも名義上のみの養弟と考えてよいかを問うたものであるが（かかる意識自体は注目に値する）、宮内省・太政官ともに「養弟ノ忌服」を当然としている〔先㈠一一二五〕。しかし右の養弟が養父子関係を伴うものであったとすると、後の養子縁組は「養父両名ヲ帯スル」形になり、転嫁組の禁止にふれぬかの疑問が起る。

同じ問題は、婚姻のための養妹についてもある。もっともこのほうは一時的に養女入嫁の場合にも離縁が要求されたためであり、明治一一年にはこの要件が廃されているので、問題は解消した。この点については高柳・前掲（一）一一六―一二〇頁参照。

(62) 「養父貰受」の例は後掲明8・11・15内務省指令（註（73）参照）のほか、明16・5・25内務省指令（16・5・8滋賀県）「幼年の戸主アリ赤貧ニシテ一家ヲ維持スル能ハサルヲ以テ養父ノ名義ヲ以テ他ノ年長ノモノヲ貰受タキ旨親族協議ノ上願出候モノ有之……

養父又ハ継父ノ名義ヲ以テ他ノモノヲ貰受候儀ハ不相成義ト相心得可然哉・伺ノ通」〔先(二)下三二五二〕がある。

(63) 「継父貰受」については、明12・11・28内務省指令（12・11・17三重県）「幼年ノ戸主單身且ツ該家貧困ニシテ糊口ノ途ニ差支フル等実際不得止場合ニ依リ親族熟議ノ上幼戸主ニ継父貰受度出願候時ハ聞届可然ヤ但……貰受ントスル者曾テ其幼戸主ノ後見人タリシトキハ不相成儀ニ候哉・不相成儀ト心得ヘシ」〔先(二)上二〇八一〕、明12・12・23内務省回答（12・12・10青森県）「都テ継父ヲ迎フルハ娶ハスヘキ寡母アルモノニ限リ候儀ト被相考候処一家中老祖母ト幼子女ノミニテ家事経営難相成趣ヲ以継父ヲ貰受度旨願出ルモノ有之……御意見ノ通無論不相成モノト御承知ニテ可然」〔先(二)上二一一二〕。なおこれとは若干趣旨の異なるものとして、明11・5・16内務省指令（11・5・6石川県）〔先(二)上一六〇六〕のように、曾て後見人だった者が家名取壘妻子携帯のうえ「養父ニ相成申度」がある。これは合家に近い。

(64) 徳川時代の「嫡・継母の養子」は、当主が庶子・継子のために嫡・継母を養母に直すものであるが、当主が庶子・継子であればこれが「養母」となる。明8・3・31太政官指令（8・3・8内務省）〔先(一)七〇九〕の伺は「継母ヲ養母ト相更タムル儀」といい、左院議案は「母ノ名義ノ変更」といって、これを禁止している。明18・6・3内務省指令（18・5・22島根県）〔先(二)下三九〇三〕の「養父母離縁……再ヒ養父母ニ入籍・難聞届義」も養叔父母を養父母に改める点でこれに近い。

(65) 「養孫」には諸種のものがある。養孫縁組が行われるのは、夫の妻子をともに養子（夫婦養子）養孫にする場合、単身の婦女を養女としその子を養孫とする場合（明20・6・22司法省指令（20・6・7埼玉県）〔先(二)下四一五六〕）のほか、嗣子壮年におよんで実子のない場合における「養孫」（嗣子からみれば養子）、前養子死亡後の「養孫」（明12・9・12内務省指令（12・3・29愛媛県）「〔亡〕先代ノ養子トナシ家名相続ノ儀ハ聞届不苦儀ニ候哉・養孫ト為シ迎ヘ候儀ハ不苦儀ト可相心得事」〔先(二)上二〇四五〕）などがある。現代的に考えれば最後のものは独立の「養孫縁組」のごとくみえるが、亡先代あっての養孫であるから、実子なき嗣子の場合と異ならない。

(66) 明13・6・1内務省指令（13・5・20岩手県）「当戸主ノ姉妹江夫ヲ貰受候節其入夫ト該戸主トハ兄弟ノ縁故無之哉云々去月中御省江相伺候処伺之通ト御指令有之就テハ其姉妹ナキ戸主ノ如キハ弟ノ名義ヲ以テ他人ヲ貰受候儀ハ素ヨリ無謂モノト被考候然ルニ従来民家ノ慣習ニシテ右等縁約間々相見ヘ候得共既ニ戸籍ニ明記アルモノハ現在ニヨリ取扱而シテ将来如斯縁約出願有之モ許可セサル方ニ可有之哉・聞届不苦」（傍点筆者）〔先(二)上二三〇六〕。

(67) 元文元辰年八月二日養弟養妹之儀ニ付御觸書「親類遠類又ハ由緒有之者ニ而も、養弟又ハ養妹ニ致候儀、向後可為無用候、養ハす

候而不叶子細有之者ハ、養子ニ可相願、……」徳川禁令考前集第四、二七〇頁〔二三二三〕。

(68) 明28・10・12内務・司法両省指令（28・9・19東京府）「他人ヲ養兄姉等ノ名義ヲ以テ入籍スルハ不相成旨明治二十五年九月二十日当庁伺ニ対シ御指令ノ次第モ有之候処茲ニ華族ニシテ宮内大臣ノ許可ヲ受ケ他人ヲ養妹名義ヲ以テ入籍届出テ候モノ有之右ハ最前ノ御指令ニ依レハ入籍難取扱儀ハ勿論ニ候得共……華族ノ戸籍ハ宮内大臣ノ管掌ニ属スル而已ナラス其養子女等ニ関スル儀ハ先以テ同大臣ノ許可ヲ受クルコトニ相成居候ニ付テハ同大臣許可ノ上ハ設令一戸籍取扱ノ例ニ反スルモ其儘入籍取扱ヒ候外無之トハ存候得共為念一應相伺候・華族ト雖モ他人ヲ養妹名義ニテ入籍スルコトヲ得サル義ト心得ヘシ」〔先㈢五三〇五〕。

(69) 明20・11・25指令（20・10・24兵庫県）「丁年未満ノ戸主事故アリ年長又ハ年少ノ者ヲ養兄弟姉妹ノ名稱ヲ以テ貰受クル義ハ差支無之候哉・不相成義ト心得可シ」〔先㈡下四二三七〕、明21・7・10司法省指令（21・6・25富山県）「養兄養姉ノ名義ヲ以テ他人ヲ貰受候義ハ不相成候処養弟養妹ノ名義ヲ以テ貰受クルハ差支無之候哉・養弟養妹ノ名義ヲ以テ他人ヲ貰受クルコトハ不相成モノトス」〔先㈢四三二七〕、明25・1・7内務省回答（24・12・22島根県）「養兄弟姉妹（姉妹ノ夫トシ又ハ兄弟ノ妻トスルモノニアラス）ノ稱呼ヲ以テ貰受クルハ不苦義ニ候ヤ果シテ然ラハ戸主ノ養兄弟姉妹ト戸主ノ父母トハ養父母養子女ノ縁義ヲ生スヘキヤ・養兄弟姉妹ノ稱呼ヲ以テ貰受クルハ相成ラス」〔先㈢四九八四〕、明25・9・20指令（25・8・9東京府）「他人ヲ養弟妹ノ名義ヲ以テ入籍セシムル義ハ差支ナキヤ・他人ヲ養兄姉〔弟妹―筆者〕ノ名義ヲ以テ入籍スルハ相成ラス」〔先㈢五〇七九〕、明29・7・4内務・司法両省指令（明29・6・15東京府）「他人ヲ養兄姉弟妹ノ名義ヲ以テ入籍スルヲ得サルハ去明治二十五年九月二十日当庁伺ニ対スル御指令及ヒ同年十月二十七日御省参事官回答ニ依リ明瞭ナルモ茲ニ本年四月中他府県ニ於テ他人ヲ養弟トシテ入籍シタルモノノ当管内ニ転籍シタルモノアリ右ハ設令入籍後ノモノト雖モ事実不都合ノモノニ付此際断縁復籍セシムル義トハ存候得共為念伺候・見込ノ通」（傍点筆者）〔先㈢五三二九〕。

(70) 明8・1・13御指令（8・1・7東京府）「華族正二位浅野長勲ヨリ伯父懋続三男栄槌ヲ広島県士族浅野敬三弟ニ差遣度段願出是迄士族中長男有之上他家ヨリ二男ニ貰受別居為致度者聞届候ヘ共右同様御聞届相成候儀ニ候哉・聞届候」〔先㈠六二二〕。二男養子というのは伺の理解であるから、この養弟の目的が実際になんであったかは不明である。

(71) 註（61）はその事例である。

(72) 明6・11・18太政官指令（6・6・25秋田県）「嫡子嫡孫有之者勝手ヲ以他ヨリ弟娘姉妹等ニ貰受不苦哉・姉ノ稱呼ヲ以テ貰受候儀ハ不相成其他伺之通」〔先㈠二七八〕。ただし司法省異見はこれに反対して「嫡子嫡孫有リテ人ノ子ヲ養フ者ハ男女共一切養子ト可

稱事」という指令案を草している。堀内・前掲第三巻一七七頁。なお前掲神戸家審（註（36）参照）はこれを「姉」のみの禁止とみているが、兄をあげていないのは伺に兄がないためにすぎず、兄を除く趣旨であったとはとうてい考えられない。

(73) 明8・11・15内務省指令（8・6・18石川県〔註（48）と同一指令〕）「当主幼少家事難治節年長ノ者ヲ貰受養父トナシ又ハ家事ノ都合ニ因リ年ノ長幼ヲ以養兄弟姉妹等ノ名稱ニ相立他人ヲ貰受家族ニ仕置候テモ不苦哉・不相成候事」〔先(一)八九二八〕。

(74) 明9・5・13内務省禀議「明治六年六月二十五日秋田県伺ニ嫡子嫡孫有之者勝手ヲ以テ他ヨリ弟娘姉妹等ニ貰受候儀ハ不苦候哉ノ御指令〔註（72）参照〕ニ姉ノ稱呼ヲ以テ貰受候儀ハ不相成其他ハ伺之通ト有之右ハ年ノ長幼ヲ不問弟妹トシテ貰受候義ハ不苦ノ御趣意ト存候ヘ共元来年長ノ者ニ卑属ノ稱ヲ附スハ勿論養育ノ為メ他人ヲ貰受弟妹ノ稱呼スルモ倫理錯乱ノ基ニシテ今之ヲ廃スルモ人民ニ何等ノ不利アルヲ不覚レハ右等ノ儀断然被差止候方可然哉然ル時ハ年長養子モ一部類ノ者ニ候ヘハ同シク廃セサルヘカラスト雖トモ養子ノ如キハ一家継嗣上不得止ニ出候者モ可有之現今養子法ノ確定ヲ不待獨年長養子ノミヲ廃スル時ハ人民ノ不便ヲ生シ随テ苦情モ無之ト申難ク故ニ先ツ暫ク年長養子ノ儀ハ措テ不問其害ナクシテ改正シ易キ者ヨリ手ヲ下シ漸々養子法モ御確定相成候方ト存候間以後ハ一般年ノ長幼ヲ不論養兄弟姉妹トシテ他人ヲ貰受候義ハ不相成事ニ御決定相成度」〔先(二)上一九〇七所収丙号禀議、堀内・前掲第三巻三四九頁〕。

(75) 以上の経過については明12・4・2内務省指令（10・8・1石川県）〔先(二)上一九〇七〕、堀内・前掲第三巻三四九—三五〇頁参照。

(76) 堀内・前掲第四巻五九—六〇頁に明治二〇年代の四つの指令が収められているが、以前からその取扱いであったと思われる。

(77) 註（67）に引用した部分に続いて「縁談取組候ニ付、養女ニ致し可願と存候而も、養子ニ難成年令候ハヽ、何之続、或ハ何之由緒有之、手前江呼取、誰方江婚姻相願候と、願書可相認候」（傍点筆者）とあり、養妹願出を認めている。年長者養妹が当時の一般的慣行であったことを示すものであろう。

(78) 年長者養子禁止の養弟妹への影響については前掲神戸家審昭51・4・24判例時報八二二号三六頁でも指摘されている。もっとも「年長」だけが問題であれば、年少の弟妹養子まで禁ずる必要はない。したがって弟妹養子禁止の根本的な理由は、養子を養嗣子にかぎろうとする根強い志向のあらわれとみるべきであろう。