HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	註釈・民法７９３条（２・完）
Author(s)	山畠, 正男
Citation	北大法学論集, 36(3), 71-99
Issue Date	1985-10-15
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16493
Type	bulletin (article)
File Information	36(3)_p71-99.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

註釈・民法七九三条（二・完）

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（以上三六巻一・二合併号）
　　(4)　年長者の意義（学説の混乱）（以下本号）
　　(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

三　註　釈

Ⅰ　年長者養子

(4)　年長者の意義（学説の混乱）　ところで徳川時代の「年増養子禁止」であれ、明治一七年の「年長者養子禁止」であれ、「年増」とか「年長者」というのは具体的にはいかなる者をさすのであろうか。従来これについてはあまり注意が払われていない。現代的理解では、「年長」「年少」は「同年」を含まない（ただし「同年」の意味が問題であるが、その点は後述）。そうだとすると、「年増養子禁止」は同年者には適用がないことになる。しかるに実際は逆であって、徳川時代においては「同才以上之者」を養子とすることは許されなかった。[79]

実はこのことは明治一七年の年長者養子禁止についても同様であった。この禁止の適用範囲について、司法省は、「同年者」（この場合は同月出生者）を養子とするのは、「年長者」を養子とする手続（つまり「先代ノ養子」の手続）によるとしている。[80] 厳密にいえば、これは養親は養子より年長者でなければならないという要件である。この点はこれまで看過されてきたように思う。

養親が養子と同年であってはおかしいということは、旧民法の「養親は養子より年長」であることを要するとする規定（草一九七条、旧一〇六条）の趣旨を説明するに際してもいわれている。草案理由書をはじめ旧民法の註釈書はひとしく「同年養子」を「奇怪」としている。[81] もっとも同年養子が許されないことは、右の旧民法の要件のもとでは当然であった。これは養子が養親より年少者であることを要件とした場合にも同様である。

旧民法と異なり、現行法の要件は「養子が養親より年長者であってはならない」である。これをそのまま素直に読む

と、養子が養親と同年であれば年長者にはあたらないから、同年者を養子とすることは許されるはずである。現に多くの学説はそのように解している。[82] もっとも「同年」の意味は一定していない。世俗的年令計算によって「年」を基準としている（あるいはそう思われる）ものもあるし、年令計算によって「日」を基準としているものもある。単に「同年養子」は許されるといっている場合には、その具体的内容はまったく不明であり、なんのためにそれをいうのかも明らかでない。おそらく「同年」は「年長ではない」と考えているからであろう。

ところで問題は具体的に「年長者」とはなにをいうかである。この点は後に検討するところであるが、すくなくとも「年令計算ニ関スル法律」施行（明35）以後においては、「日」を基準として「年長」の意義を決しているのが一般である。そうすると、年長者とは「一日早く生まれた者」をいい、[83]「同日出生者」は年長者ではない（したがって養子にすることができる）ということになるはずである。[84] ところが現行要件に関して養子適格者を養親より「一日でも遅く生まれた者」としている学説がすくなくない。[85] ということは、同日出生者を年長者と同視しているわけであり、けっきょくは年長者養子禁止を養親年長要件と同視していることになる。事実、これらの学説は、現行要件を養親年長（養子年少）要件のように説明している。「年長」の決定基準は別として、要件だけについていえば、同じような説明をしている例は他にもすくなくない。[86] 年長者養子禁止と養親年長要件を区別する立場からいえば、これは現行要件の完全な誤解ということになろう。「同年」の意義を含めて「年長」についてなぜこのような混乱が生じたのであろうか。

(5)　立法者意思（初期学説）　そこで疑問となるのは、年長者養子禁止規定を設けた立法者自身は右のような問題についてどのように考えていたかということである。立法者は実のところ現行要件が養親年長要件と異なるとは考えていなかった。そのことは、現行要件は旧民法の養親年長要件と異ならないと説明していることからも明らかである。[87] また立法者は、現行要件の趣旨説明にあたって、旧民法のほか、徳川時代の「年増養子」禁止、明治一七年の「年長養子」

禁止、諸外国の養親年長要件を同列においている。[88] 立法者もまた両者を混同したのであろうか。それを知るためには、そもそも「年長」の決定基準を立法者がどう考えていたかを知る必要がある。

ところが残念なことに、年長者養子禁止要件の説明において立法者は一言もその点にふれていない。ただほぼ確実にいえることは、「年令計算」を基準にはしていなかったという一事である。もっとも直接これを証明できる資料はない。しかし、年令計算を基準に考えていたのであれば、民法施行当時の年令計算は明治六年の布告によって「月」が基準であるから、[89] 同月出生者を養子にできるかどうかという問題があったはずであり、立法者がこれに言及するのがむしろ普通である。前述の民法施行前の行政実例も立法者が知らなかったとは思われない。しかるに立法者がなんらこのような問題にふれていないのは、年令計算による「年長」を考えていなかったからであろう。つぎに旧民法当時から旧法施行後にかけて、すくなくとも「年令計算ニ関スル法律」施行（明35）前は、年令計算による「月」を基準として、旧民法における養親年長要件ないし旧法における年長者養子禁止要件を説明している学説をおよそ見出すことができないという事実がある。[90] たとえば旧民法の註釈書で「年長」の具体的例示をしているのをみると、一年の年長ということをいっている。[91] また民法施行直後の柿原判事の場合も、同じく一年の年少を養子の要件としている。[92] そしてこれも民法施行直後の奥田博士の場合は、出生の「日時」の早い者が年長者とされている。[93] いずれにせよ年令計算を基準としている例はみあたらない。以上が立法者には「年令計算による年長」という考えがなかったとみる理由である。

では立法者は、「年」または「時」のいずれを基準として「年長」を考えていたのであろうか。直接の資料がないことは前述のとおりであるが、おそらくは出生の先後を基準として考えていたと推測される。その根拠は、旧法にはいま一つ「年長」の規定があり、旧法九七〇条一項五号の「年長者ヲ先ニス」について、立法者は「出生の先後」を基準として考えていた事実である。[94] もっともこの規定に関しては、年長者養子禁止の場合と異なり、これ以外の基準を考える余地

はなかった。というのは双生児の長幼が明治初年においてすでに問題になっており、[95]この基準によって決めるほかなかったからである。もちろん年長者養子禁止の場合には他の基準が考えられないわけではない。しかし立法者が年長者養子禁止を養親年長要件と同視していたという事実は、とりもなおさず「年長」を出生の前後を基準として考えていたことの例証であろう。あるいは、家督相続順位の「年長」に関しては「年長」「年少」は択一的であり、そこから養子の「非年長」＝「年少」、養親の「非年少」＝「年長」の同視が生じたともいえよう。いずれにせよ、年令計算を基準としながら両要件を混同する現時の学説とは異なる。

しかし年長者養子禁止は、養子が年少者であることを必要とするものではない。出生の前後を基準としても、たとえ稀有ではあるにせよ、「同時出生者」の存在を否定するわけにはいかない。注目に値するのは、奥田博士の見解に対して、その当時すでに、民法の年長者養子禁止要件のもとでは、出生日時の遅い者のみならず「同時出生者」も養子適格者であるとする学説があったことである。[96]

(6)　結語　以上のように、民法における「年長」の決定基準を「出生の先後」とみるのが立法者意思であった（と推測される）。すくなくも年令計算による基準は考えられていなかった。学説も同様であった。ところが明治三五年の「年令計算ニ関スル法律」以後にわかに学説は「年長」を「日」を基準として解釈するようになる。家督相続順位決定基準たる「年長」規定も例外ではなかった。[97]この場合には双生児の問題があるので、一般には「日」の前後によって、同日の双生児のときは「出生の前後」によって決定すると説明されたりしているが、これでは一般の「同日出生者」については決定不能となる。もちろん僅少の例外はあるが、[98]なぜほとんどの学説が年令計算に依拠するようになったのであろうか。

もちろん年令計算を基準にすることが間違いだというのではない。それ以外には基準がありえないように考えていることがおかしいのである。また年令計算を基準とする以上、「同年でもよいが……一日でも遅く生まれた者は……」と

いった、厳密にいえば矛盾、すくなくとも紛らわしい不適切な云い方はやめるべきである。解釈論としては、法律上の年令計算による「日」、出生の「時分」(戸四九条二項二号)、世俗的年令計算による「年」、いずれを基準とすることも可能であり、法律上の年令計算を基準とするのが当然というわけのものではない。いずれが妥当な解釈であるかは具体的に検討してみなければならない。たとえば、学説があげている例示に双生児の兄が弟を養子にしてもよいというのがある。[99] 問題はむしろ逆の場合、右の弟が兄を養子にしてもよいかである。「日」を基準として「同日出生者」は養子にできるという解釈ではこれを肯定せざるをえない。もちろんこれは現在の解釈では尊属養子禁止規定にも抵触しない。[100] それはやはりおかしいというのであれば、「日」を基準とするのは適切でないということになろう。[101] したがって、現行法ではもはや家督相続順位決定基準の「年長」規定は存在せず、民法七九三条の「年長」が唯一の規定ではあるが、立法者意思はなお妥当性を失っていないようにみえる。そして現に、「日」をもって基準とする絶対多数説に反して、厳密にいえば「一分でも早く生まれた者」が年長者であるとする唯一異例の見解も立派に存在する。[102]

しかし右のような解釈は「年長者養子禁止」規定だから妥当性をもつのであって、これが「養親年長」要件であっても同じように考えてよいかは、別問題である。家督相続順位決定基準の「年長」と異なり、この場合には、双生児の兄が弟を養子にすることができなくては困るというものではない。同日出生者は養子適格者でないというのも、現行法上は誤りであるにせよ、その程度の違いがなくてはという意識のあらわれであろう。それどころか一年の差を例示している学説も珍らしくはない。[103] これも世俗的年令計算上の年令差を常識上当然のように考えているからであろう。その点では、同年養子を「奇怪」とする旧民法当時の感覚がなお一部には生きているようでもある。解釈原理としては、年長者養子禁止の立場で「先に生まれた者」が養子となることがないように解し、養親年長要件の立場では、すくなくとも「年令差」に値するように「一年」の違いを要求するのが妥当のように思う。

前述のように、年長者養子禁止は尊属養子禁止に合わせて成立したものである。しかも徳川時代の「年増養子禁止」も民法施行前の「年長者養子禁止」もその実質は「養親年長（養子年少）」要件であった。立法者もまた「養親年長」要件のつもりで「年長者養子禁止」規定を設けたのである。これは立法者の過誤であった。しかし年長者養子禁止要件をそれほど怪しまず、これを養親年長（養子年少）要件のように誤解したのは、すくなからぬ学説も同様であった。しかも立法者が考えもしなかった年令計算の導入によって、立法者の場合には許容できた誤解が明らかな間違いに変わってしまった。

立法論としてはかねて「一定の年令差」を設けることが課題となっている。しかしわが国の縁組の実態はなおこれを許さないものがある。とはいえ今日では、同年（世俗的年令計算）養子の必要性を主張する見解などは考えられない。そうであれば、「養親子間に一定の年令差を必要とすべきか」（昭34）「仮決定と留保事項第二十八(ハ)」の検討以前の問題として、すくなくとも現行年長者養子禁止要件は養親年長要件に改められるべきであろう。

(79)「同年之者を養子ニ相願候儀ハ成がたく事」。中田・前掲三八八頁参照。

(80)明22・4・11司法省回答〔出生同日もしくは以前は先代養子、以後は普通養嗣子かとの問合に対して〕「年令計算ノ義ハ……〔明6布告ニヨリ〕……月ヲ以テ年序ヲ区別スヘキモノニシテ日ヲ以テ区別スヘキモノニアラス仮令同月出生ノモノニシテ数日ノ前後アルモ尚ホ同年者ト看做シ一月前ニ出生ノモノハ年長者ト看做ス……」〔先(三)四四三三〕。

右の回答は問合に対して適確な対応をしていない。そこで同年者は普通養嗣子の取扱いでよいかを再度問合せたのに対して、明22・4・25司法省回答は「年長者養子ノ場合ト同様出願許可ヲ得セシムヘキ義……」〔先(三)四四五五〕と答えている。つまり「先代ノ養子」と同様に取扱うということである。

(81)「養親ハ養子ヨリ年長ナルコトヲ要求スルモノハ天倫ヲ模倣シ親子ノ関係ヲ立テントスルモノナレハナリ若シ其同年ナルカ又ハ其年少ナルトキハ甚タ奇怪タルヘシ」民法草案人事編理由書下巻〔熊野敏三〕・明治文化資料叢書3（法律篇上）一六五頁、磯部

四郎・大日本新典民法釈義(明24)四〇二頁、奥田義人・民法人事編(明26東京専門学校)二九三頁、同・民法人事編講義三四六頁、同・親族法(明29)二九八頁。ただしいずれにおいても「同年」の具体的内容は述べられていない。

(82)単に「同年養子」は許されるとするのは、戦前では穂積重遠・親族法(昭8)四九五頁、堀内節・親族法要義(昭15)三四八頁、薬師寺志光・日本親族法論下(昭17)七九八頁、中川善之助・日本親族法(昭17)三二六頁、戦後では川島武宜＝来栖三郎＝磯田進・家族法講話一六一頁、中川編・註釈親族法(上)〔柳瀬兼助〕三八五頁、民法講義7親族〔山崎賢一〕二〇五頁。民法は養子の「年少」を要件としていないから同年養子は許されるとしているのは、我妻栄＝立石芳枝・親族法・相続法〔立石〕二一〇頁、我妻編・判例コンメンタール親族法〔品川孝次〕二七〇頁。ただしいずれにおいても「同年」の具体的内容は示されていない。

(83)古くは柳川勝二・親族法(明36)二八〇頁、同・日本親族法要論(大13)二九八頁、戦後においては中川監、註解親族法〔山崎邦彦〕二〇六頁、石川利夫・家族法講義〔上〕一八四頁、久貴忠彦・親族法二〇八頁。

(84)戦前では中島玉吉・民法釈義(四)(昭12)五五八頁が唯一であろうか(これに対してと思われるが近藤英吉・親族法講義要綱(昭13)一五八頁は「頗る疑問」としている)。戦後では、戸籍実務上同旨の見解が採用されており(昭24・11・29決議、昭43・11・15＝16決議〔「民法七九三条の適用を受けない」との決議を「禁止条項に抵触しない」に法務局長変更指示〕・戸籍事務協議会決議要録①六〇七四―五頁。また木村三男・改訂戸籍届書類の審査と受理一八六―七頁も「規定を文字どおり解釈すれば」同年(同日出生)者を養子とする縁組届の受理を拒否しえないとする)、注釈民法(22)のⅡ〔山畠〕四九五頁、注釈民法(3)親族相続(有斐閣新書)〔太田武男〕一二四頁が同旨である。

(85)岡村司・民法親族編講義(明39)六二九頁、森本富士雄・日本親族法(大15)二三二頁、野上久幸・親族法(昭3)三二六頁、戦後では(ポケット註釈)親族法相続法〔市川四郎〕一二九頁、基本法コンメンタール〔山本正憲〕一二〇頁、そろって「同年でも〔よい〕……一日でも遅く生まれた者は……」とする注釈民法(22)のⅡ〔中川高男〕五二五頁(同・養子(1)〔総合判例研究(52)〕六一頁)、中川淳・親族法逐条解説二五〇頁、判例コンメンタール民法Ⅳ〔中川良延〕五三八頁など。

(86)古くは奥田義人・日本親族法論(明31)二八七頁(養親年長)、同・親族法(明41)二〇二頁(養親年長)、同・日本親族法(大5)三三一頁(養子年少)、柿原武熊・民法講義親族編(明31)五二七頁(養子年少)、和田宇一・親子法(昭2)二九八―九頁(養親年長・養子年少)、戦後では中川善之助・親族法四一一、四一三―四頁(新訂四二六・四二八―九頁(「同年でもよい」・「年少であればよい」)がその代表であろう。もっとも用語だけについていえば、年長でないことを年少というように表現する例は、筆者を含

めてほとんどの学説にみうけられる（とくに夫婦共同縁組に関連して）。

(87)「本条ノ実質ニ於キマシテハ既成法典ト少シモ異ナッタ所ハナイ……即チ年少者ハ年長者ヲ自分ノ養子トスルコトハ出来ヌト云フ規定デアリマス」（穂積陳重・法典調査会一五九回）。また民法修正案理由書一一三頁でも「人事編第百六条ノ一部ニ字句ノ修正ヲ加ヘテ……」と説明している。

(88)法典調査会における穂積博士の原案説明にそれがよくあらわれている。

「太古〔大宝令〕ハ……年令十五才隔ツテ居ラナケレバイカヌ……徳川氏ニナリ……百ヶ条ノ中ニ……年長ノ者テモ養子トスル〔この百ヶ条は徳川成憲百箇条であり、徳川禁令考前集第一に三種が収録されているが、そのうちの一書に「無二実子一者予養子して家督を固むへし、但、当人拾五才以下者養子の例なし……無二実子一無二養子一して相果る者ハ、親疎に拘ハらす没収すへし、天下は天下の天下にして一人の天下にあらさるの理、皆聖賢の道也、然共当人幼少たる共、存命之内於二養子願一者、長年の者たり共、相続申付不レ苦事」とある（一五四頁）。ただし徳川成憲百箇条は今日では「偽書」ということになっている〕……享保以後……ハ死後養子、急養子、假養子抔ノ外ハ年長ノ者ハ出来ヌ〔誤り。註(1)参照〕……明治三年……華士族養子法抔モ出マシタ〔これは養親について「年令ニ不拘」〕……一般ノ平民等ニ於テハ年令ニ拘ハラス一般ニ許スト云フコトニナッテ居リ〔平民にかぎらない〕……十七年以後ニハ年長者ヲ養子トスルコトハ許サヌ……年少者ノ外ハ養子ヲ許サヌト云フコトニ極マツテ居ル……既成法典ノ如ク兎ニ角年長者、親ノ方カ年長者テナクテハイカナイト云フ位ノ所カ穩カデアリ……又近頃採リ来リマシタ所ノ我邦ノ方針モ斯ノ如クニナツテ居ル……親カ年長ト云フコトデアリマスレバ余程緩カ……外国ニモ例ハナイデハアリマセヌ白耳義草案抔ハサウナツテ居リマス普魯士モサウナツテ居リマス」（傍点筆者。法典調査会一五九回）。

梅謙次郎・民法要義(四)二七七頁もこの点では変りがない。「旧法〔慣例〕ニ於テ……年長者ニ至リテハ稀ニ之ヲ許スモノアリト雖モ其自然ニ反スルコト太甚シキヲ以テ世ノ嗤笑ヲ招キタリ故ニ旧民法ニ於テモ年長者ノ養子ハ之ヲ許サス又外国ニ於テモ啻ニ年長者ノ養子ハ之ヲ許ササルノミナラス……」とある。

(89)明6・2・5太政官布告三六号〔年令計算方ヲ定ム〕「自今年令計算候義幾年幾月ト可相数事」、明8・10・3太政官指令「年令計算ハ生月ニ止リ候ニ付生日ヲ定ムルニ不及候」。年令計算に関する数多くの指令については堀内・前掲第四巻一四一頁以下。

月を基準にすると、月初生まれと月末生まれでは、成年〔明9・4・1太政官布告四一号以降満二〇才〕到達に三〇日の差を生ずる。そのため旧民法編纂当時すでに、成年の規定（草四条）に「日」を基準とする年令計算に関する一項を追加する意見が提出さ

れている(民法編纂ニ関スル裁判所及司法官意見書(上)〔大阪始審裁判所検事岩重巖〕三六頁)。なお民法正義人事編巻之壱(上)〔熊野敏三〕一六頁、森順正・民法人事編講義二七頁は、人事編第三条が「滿」二十年としているのはその趣旨であり、将来における年令計算方法の変更を予定したものであると説明しているが、「滿」の一字は明治九年の布告においても用いられているから、これは説明になっていない。

この当時から年令計算方法は問題になっていたにもかかわらず、現行法の制定時にこれが法典調査会において論議の対象になった形跡はない。また当時の註釈書などにおいても年令計算に言及しているものはほとんどみあたらない。岡松参太郎・註釈民法理由上巻(明29)二四、三四〇頁は、ドイツ民法草案は「日」フランス法でも「日」を基準とするが、「近世ノ法理ニ依レハ……時ヲ以テ算フ可キモノ」としているものの、当時の現行法にはまったくふれていない。筆者の見出した唯一の例外は、榊原幾久若・民法総則編講義(年次不明・明治法律学校講法会出版)三八頁であり、「年令ハ時ヲ以テ計算スルカ又ハ日ヲ以テ計算スルカ事甚タ小ナルカ如シト雖モ其関スル所頗ル重大ナリ」という問題提起をして、ドイツ・フランスは日を基準とするが、フランスの学説は出生証書による時を基準とする方向にあり、これによれば出生届における出生の時となるが、明治六年の布告がある以上、この布告は民法一三八条の「年令ニ別段ノ定アル場合」にあたり、年令計算は民法一四三条の規定によらず、月を以て基準とすべきものであるとしている。

(90)筆者の目にふれたかぎりで養子適格者を「一月タリトモ後ク出生セル者」としているのは田中秀知「比較養子論」内外論叢四巻六号三二頁であるが、この論文は明治38年のものである。

(91)手塚太郎・日本民法人事編釈義(明24)二八四頁、坪谷善四郎・日本民法註釈(明24)二三一頁は、ともに「一年ニテモ年長ナラバ……」としている。また草案に対する意見書中にも、養親四〇才養子三九才を例示するなどして、婚姻適令を基準としあるいはフランス民法に倣って、一五才あるいは一七才の年令差要件に改むべしとする主張がみられる。民法編纂ニ関スル裁判所及司法官意見書(上)一七六ー七頁。

(92)柿原・前掲「年令ノ間隔ニ付テハ……何等ノ制限ヲモ定メサルヲ以テ一才ト雖トモ少ナキ以上ハ養子トナルニ差支ナシ」。これにしたがえば、いわゆる「同年養子」は禁止される。上田豊・民法親族編相続編釈義(明31)一三四頁の「同年以下」を年長者とするのも同旨であろうか。

右のような「年」を基準とする考え方は、「我邦ニ於テハ古来年ヲ以テ之ヲ算スルヲ常習トシ世俗ノ計算法ハ今猶ホ之ニ従フ」(松

本烝治・人法人及物(明45)一〇八頁）ということからすれば、世俗的年令計算を基準とする見解とみることができる。

(93)奥田・日本親族法論二八七頁「年長トハ出生ノ時早キヲイフ故ニ同年ニ生マレタルモノト雖モ其出生ノ日時遅キモノハ之ヲ養子ト為スヲ妨ケス」（傍点筆者）。この見解は「年令計算ニ関スル法律」施行後の著作である日本親族法(大5)前掲においてもなんら変更されていない。右の「日時」は戸籍法の「出生ノ年月日時」(明戸六八条三号）によったものであろうが、板垣不二男＝岡村司・戸籍法釈義(明31)一七七頁には「何時何分出生ト記載」とあり、市岡正一・戸籍事務取扱全書(明31)六七頁以下の出生届様式にも「分」まで記載されているから、実務上は「分」まで記載されていたようである。

なお旧民法の「年長」について奥田博士がどのような理解をしていたかを知りたかったが、どの著書にも具体的な記述を見出せなかった。

(94)「此「年長」ト云フ文字先ニ生マレタル者、先ニ生マレタル者ト云フ此「年長」ト云フコトカラ……」という梅博士の言葉が見出される。法典調査会一七七回。

(95)明7・12・13太政官指令〔後産を長とし前産を幼とする俗説に関して〕「前産ノ児ヲ以兄姉ト定候儀」。なお民法施行直後の明31・10・26民刑局長回答は、出生の時の記載を欠く双生児出生届は受理しえないとしている。

(96)杉田金之助・親族法講義(明32)二九三頁「同年に生れたる者と雖も其出生の日時遅きものは勿論同時に生れたるものと雖も之を養子と為すことを得可し」。明らかに奥田説の批判であり、年長者養子禁止と養親年長要件との違いを認識していた先駆者である。

(97)牧野菊之助・日本相続法論(明42)一〇七頁「読ンテ字ノ如ク生年月日ノ先ナル者ヲ云フ……出生シタル日ノ先後ニヨリ之ヲ定ム」、柳川勝二・日本相続法註釈〔上巻〕(大7)二一四頁は「年令計算ニ関スル法律」を引用。なお法令研究会・相続法総覧(大15)によれば古山茂夫・相続法註解(大12)六八頁も同旨。比較的新しいところでは穂積重遠・相続法第一分冊六〇頁も「自然の年令によって定まる」としている。なお奥田・日本相続法論(明31)、梅・民法要義(五)(明33)には「年長」の意義に関する記述はみられない。

(98)親族編の「年長」と相続編の「年長」の双方にふれているものはみられない。前者に関しては奥田・日本親族法（前掲）のほか、戸籍実務家向けの清原不二夫・日本民法親族相続図解問答集上(明38)一四六頁に「出生ノ日時ノ早キヲ云フ」とある。後者に関しては仁井田益太郎・親族法相続法論(大4)四一九頁「年長者ナルヤ否ヤハ出生ノ前後ニ依リテ定マル」、法令研究会・前掲によれば島田鉄吉・明大相続法講義九〇頁「年長者トハ先ニ出生シタル者ヲ謂フ年令ノ長シタル者ヲ謂フニ非ス年令ハ明治三十五年法律第五十号ニ依リ……」のほか、島田俊雄・改正戸籍法詳解(大3)三九七頁が出生の「日時」と「年長」との関連を指摘している。

(99)谷口＝於保監・新版民法概説3九〇頁。ただし旧版九三頁では兄が一つ年下の弟を養子にしうることが例示されていた（同じ例示は太田武男・親族法概説二三七頁にもみられる）。同一筆者であるかどうか、この例示の変更が年長の決定基準に関連があるのかどうかを知りえない。

(100)立法者は二親等同列親にも尊卑の区別を認めていたから、たとえ年長者養子禁止にふれないとしても、尊属養子禁止のほうにふれる。しかし同列親における尊卑の区別は学説上かなり早い時期に消滅してしまった。

(101)注釈民法(22)のⅡ（山畠）四九五頁では時間的には早く生まれた者を養子にすることも可能としている。「日」を基準とするかぎりそういう結論にならざるをえないが、いまはかような養子縁組は不可能と見解を改める。

(102)沼正也「理論親族法学」墓場の家族法と揺りかごの財産法(昭47)二五二頁がそれである（もっとも同年者（同日出生者）は年長者ではなく、一日早く生まれた者が年長者であるが、「細かいことまでいうと」そうなるとされている）。文献に関する博識の点では学界において他に比をみない沼教授のことであるから、杉田・前掲もあるいは既知のように思われるが、ともかくもそれ以来の見解であることは間違いない。

(103)谷口知平、日本親族法(昭10)三七一頁のほか、成毛鉄二・改訂戸籍の実務とその理論五〇八頁、註(99)に引用した「兄が一つ年下の弟……」などがそうである。ただしいずれも「年長」の決定基準にふれていないから、「年」を基準とする趣旨かどうかは明確でない。

Ⅱ　尊属養子

(1)　明治前期　明治三年新律綱領を制定し、律令制親属倫理の確立を旗印に掲げた明治政府にとって、「尊卑失序」の典型である「目上養子」を前代と同じく禁止するのは当然であった。明治五年中の指令にはすでにこれを明らかにしたものがあり、[1] これが明治六年の布告二八号〔華士族相続法〕における「父兄伯叔総テ目上ノ者子弟甥等ノ家ヲ継承スルトキハ相続人ト稱シ養子ト稱ス可ラス」の一ケ条として成文化された。[2] 明治前期養子法において例外を認めぬ唯一の明文の要件であったといってよい。というのは、明治三年の布告にいう「実子無之輩ハ年令ニ不拘養子願ノ儀可為勝手事」については、「実子無之輩」は有名無実というに近く、「年令ニ不拘」も後には年長者養子禁止さらには養親適令によって変更をうけ、これとは逆に、明治前期を通じて維持された「戸主（による）養子」の原則と「転縁組の禁止」は、すくなくとも直接的な明文の根拠を欠くものであったからである。

目上養子禁止について、布告は「相続人と稱すべく養子と稱してはならない」といっているが、もちろん単に呼稱だけのことではなく、「養子」という身分を取得すること自体を禁じたのである。相続人となる場合は、死後相続のみならず生前相続も含むから、死後養子・生前（相続）養子ともに禁止される。もとよりこの要件は、目上が継嗣として養子（養嗣子）となることの禁止をも含んでいる。のみならず目上は相続人として継嗣となることも許されなかった。この点は、弟・妹婿の場合との違いであることは後にふれるとおりである。もちろん継嗣・相続にかかわりのない場合であっても、目上が養子であってはならぬことに変りはない。当時においては、養子相続と養子取組について別個の要件があったわけでなく、また「尊卑失序」は、相続にはかかわりなく、尊長卑幼間犯罪や服忌に混乱をもたらすものであったからである。

明治六年の布告は、「目上・目下」という前代の用語を使っているが、指令では「尊属・卑属」が用いられており、いずれの場合でも新律綱領でいう「尊長・卑幼」と同義であり、同列親をもちろん包含している。ただし同列親に関しては、新律綱領の場合であれば、親属（五等親図）の範囲内である従兄弟姉妹についても尊卑の区別が厳格に適用されたが、[3] 民事においては、従兄弟姉妹ではもはや尊卑の区別をせず、したがって「尊属養子禁止」の範囲も兄姉にとどまった。[4] 布告にいう「父兄伯叔・子弟甥〔姪〕」は「目上・目下」の慣用的例示であり、もちろん宗族・外姻にかかわりなく全親属に通ずるものであった。後の親属分類でいえば「血族・姻族を問わず」ということである。[5]

明治六年の布告が禁じたのは「目上」が養子となることである。しかし明治政府の養子制限は、この前代武家法上の要件の継承にとどまらなかった。その代表的な例が多年にわたって認められてきた「弟妹養子」の禁止である。弟妹を養子とすると、養子とその実兄弟姉妹との間に甥姪叔父母の続柄を生ずるからである。しかし、律令時代の「於昭穆合者」（同列親排除）の要件は、最初から守られず、弟を養子とすることは普通であった。以来、前代まで怪しまれずに容認されてきたのであるが、[6] 明治政府の王政復古的倫理確立の理念はこれを許さず、「目下」であっても「弟妹およびその配偶者」が養子となることを禁じ、[7] 明治九年以降は「相続人中尊属及ヒ弟妹又ハ尊属及弟妹ト配偶スヘキ者」が相続人であるほか、他はすべて養子と指令されることになった。[8] もっとも、この弟妹養子禁止は三点において目上養子禁止とは異なる取扱いをうけている。その第一は、弟・妹婿を予め継嗣（推定相続人）と定めて戸籍上に登記をしておくことが認められたことである。[9] その第二は、妻の弟妹が養子となるのは許されていたことである。[10] その第三は、兄が弟を養子とし、ついで弟が兄の子を養子とし、さらに兄の子が弟の子を養子とする「順養子」は当然許されなかったが、[11] 当初の弟養子は禁止されているから相続人となるが、その際予め契約しておけば、この弟相続人が養方弟の続になる兄の子を「養子」とするのは許されたことである。[12] これを許したのは、「順養子」に代えて「順相続」が行われるよりは、

一回かぎりの「弟養子」によって「直系相続」を確定するほうが望ましいと考えたからであり、ここでは「尊卑失序」が「立嫡違法」に譲歩している。

明治政府の「親属・相続秩序」にかかわる養子制限は以上にとどまらなかった。たとえば前代における「嫡継母の養子」というのは認められなかった。[13] もっともこれは戸主の一存によって嫡母・継母を養母に改めるものであり、[14] 養子取組とは性質を異にしているので、現代的に云い換えて庶子を養子とすることを認めなかったというほうが理解し易いであろう。嫡継母の養母への変更は二等親から一等親へ、庶子の養子への変更は三等親から一等親へ、いずれも親属序列の変更であり、とくに後者は相続序列にも影響をおよぼす。庶子についてはむしろ相続秩序のほうがより問題であったと思われる。

相続秩序の点では、中世においては孫も「(養)子」として相続人となる慣習であったが、律令時代の「嫡孫承祖」は前代武家法においてすでに確立されており、[15] 明治前期もこれを継承した。[16] しかし「外孫」養子となると、親属秩序上は五等親から一等親への変更であるが、相続秩序のうえからはむしろ当然視されている。[17] この嫡孫と外孫の差異が、後に旧法原案における「直系卑属養子禁止」規定をめぐって問題となることは、すでに前述したところである。

以上にみたように、明治前期においては単に布告に明文のある「目上養子」のみが禁止の対象であったわけではなく、「尊卑失序」「立嫡違法」双方の見地から、親族間の養子禁止の範囲はより広範囲にわたり、しかも例外を含んでいた。とりわけ重要なのは、これらの養子制限は「家＝戸主」の承継をめぐる要件であり、旧民法以降の「個人的」養子縁組の要件とはその基礎を異にしていたということである。

(2)　立法者意思　　尊属養子禁止要件は、旧民法編纂過程ではまったく問題にされることなく、旧法において突如として登場した。しかも起草委員としては、この規定の必要性を確信して、法典調査会に原案提出をしたものではなかっ

た。[18] そのため、この規定に関する審議の冒頭において、本家相続のためには尊属養子といえども必要な場合があるという理由から、本規定の削除意見が村田保から主張されたとき、梅博士はこれに便乗して即座に賛成の意を表明したくらいである。もともとこの規定に関しては、穂積博士と梅博士の見解には懸隔があったようにみうけられる。そのことは法典調査会における本規定の審議経過にもはっきりとあらわれている。たとえば梅博士は、原案支持意見に対してもその理由づけがおかしいといって反対したりしているが、その反対論たるや、本規定に関する穂積博士の立法趣旨説明に向けられているのと同じであった。[19]

法典調査会では、「直系卑属養子禁止」には議論が集中したが、「尊属養子禁止」のほうは大した議論もなく、現行法として成立した。一旦規定として成立した以上、梅博士は、「尊属養子禁止」の立法趣旨に忠実であった。梅博士は、民法七九三条の「尊属」の意味をつぎのように説明している。[20]

「尊属トハ直系尊属即チ父母、祖父母ハ勿論兄姉、伯叔父母等従来ノ慣例ニ於テ自己、目上ノ親族ト認ムヘキモノヲ総稱ス而シテ兄姉ヲ除ク外編首〔七二六条〕ニ掲ケタル親族表中父母ト同世以上ニ在ル者ハ皆之ヲ尊属トスヘシ而シテ是レ單ニ血族ノミニ付テ言フニ非ス姻族ニ付テモ亦同シキ所ナリ」(傍点筆者)

右の註釈によって明らかなように、「尊属」とは「従来の慣例における目上の親族」である。もちろんそれは弟妹養子禁止を含まぬから従来の慣例そのものではない。それは「尊属」にかぎられる。ただしつぎの二つの点に注意する必要がある。第一は姻族を含むと注意している点であり、第二は「兄姉ヲ除ク外」としている点である。後者は兄姉が「年長者」でもあるところからきているのはもちろんであるが、同時にそれは尊属が同列親を含むものであることを示している。しかも兄姉をあげて従兄姉をあげていないことは、二親等同列親のみを対象としていることを暗に示している。「従来ノ慣例」とはその意味をも含めているように思われる。これに姻族を含めるという点を合わせ考えると、姻族の

該当者は直系姻族、(亡)兄姉の配偶者および配偶者の兄姉、(亡)おじ・おばの配偶者および配偶者のおじ・おばとなる。他方、血族は年長者を除くと、直系では法定血族のみであり、傍系は六親等の範囲であるが、同列親（二親等）には該当するものがない。つまり同列親は姻族のみということである。したがって、かなり以前からの通説にしたがって、尊属に同列親を含まないと解すると、姻族の該当者が二親等にはなくて三親等にはあるという結果になる。その意味では姻族を含めることと同列親（二親等）を含めることとは不可分の関係にある。

しかし右のような「尊属」はあまりに固有法的概念でありすぎた。それに加えて、民法にはこの「尊属」とは別に「直系尊属・直系卑属」の用語が多く使われていた。このことは、両者に通ずる「民法上の尊属・卑属」概念を思考させる契機となり、また固有法的「尊属」概念についても立法者意思とは異なる解釈を生みだす原因となった。ところで立法者は右の両者についてどのように考えていたのであろうか。

ここで問題となるのが、民法には「尊属・卑属」についての定義規定がみられない点である。旧民法には「直系ニ於テ自己ノ出ツル所ノ親族ヲ尊属親ト謂ヒ自己ヨリ出ツル所ノ親族ヲ卑属親ト謂フ」とする規定があった（二〇条三項）。当時のフランス民法やイタリア民法の規定に倣ったものであり、[21]「親族」とは血族を意味する旧民法の用語であった。これに対して現行法はこの種の規定を設けなかった。法典調査会において起草委員はその理由を疑問の余地がないためと説明しており、[22]民法修正案理由書も「法文ヲ待テ後ニ之ヲ知ルモノニ非(ス)」といっている。[23]これは明らかに当時のドイツ民法草案の規定に倣ったものである。[24]これによって、民法に用いられている「直系尊属・直系卑属」（現行法では七二九・七八三・七八七・八八七・九六六条―直系卑属、七三六条―直系尊属・卑属、八八九条―直系尊属）は、定義規定はないが、血族を意味する趣旨であったことが知られる。この点に関する限り、旧民法と旧法との間に違いがないという認識は、古い時代にもあったし戦後にもみられるが、正しいといってよい。

問題は、「直系尊属・直系卑属」が血族に関することは法文を要しない自明のものであったとしても、それと民法七九三条の「尊属」とは関係がなかったという点である。前述のごとく、立法者はこの「尊属」に「姻族」が含まれることをとくに指摘しているのである。そして姻族を含める以上、同列親である傍系二親等を尊属から除外できないことは前述のとおりである。しかしわが国のほとんどの学説は、「直系尊属・直系卑属」と「尊属」の用語から、「民法上の尊属・卑属」概念を勝手に創造し、単に「尊属」とあるときは「傍系尊属」を含むという理解をし、そのうえで傍系尊属には同列親を含むかどうか、また直系・傍系を問わず姻族は含まれるかという問題の把え方をした。しかしこれは方法論的にすでに誤りを犯している。というのは、「直系尊属・直系卑属」がもし民法の基本概念であるなら、単に「尊属」というような用語があってはおかしいからである。もし民法七九三条の「尊属」が単に直系にかぎらぬという趣旨であったなら、当然それは「直系尊属および傍系尊属」となっていなければならぬはずであった。しかも実際には民法におよそ「傍系尊属」なる用語はみられないのである。[25]

結論的にいえば、「直系尊属・直系卑属」は直系血族の細分類であって姻族を含まぬことは自明であったが、「尊属」はもともと直系・傍系・血族・姻族を問わず、しかも親族は尊卑いずれかに属する択一的横割概念であった。この両者の統一概念などありえず、したがってまた旧民法のように定義規定を設けることは考えられぬところであった。しかしこれは立法者意思の次元の理解であり、解釈論としては民法七九三条の「尊属」を右のようにしか解しえないというものではない。事実、わが国の学説は古くから今日にいたるまで、この実用性を欠く規定に対して、諸種の見解を提示してきた。それらは沼教授によって詳しく紹介され、[26] 筆者もすでに別稿で附け加えるところがあったが、[27] 以下に一応の整理をしてみる。

(3) 学説　民法七九三条に関する学説を分類するとつぎのごとくである。[28]

(i)　固有法的概念とみる見解　立法者と同一の見解であり、「直系尊属・直系卑属」とは別個の概念とみる。初期の学説にのみみられる。[29] 一般には「父兄伯叔」の語によって代表される「目上＝尊長」を意味するが、養子に関するかぎり同列親は二親等のみというまったく「慣例」上の概念であるから、民法の親族概念にとってすら異質のものである。

(ii)　直系・傍系・血族・姻族を問わぬとする見解　固有法上の「目上」の概念そのものと解するため、同列親は二親等にかぎられない。その点では固有法の拡大でもある。奥田博士の所説である。[30]

(iii)　直系血族に限定する見解　すでに古く平島判事のとった見解である。[31] この見解では年少尊属の該当者は法定血族（継親・嫡母）のみとなる。この見解は柳川判事も支持したが、[32] 戦後においては沼教授がこの見解である。[33] ただし、現行法上は年少直系尊属が存在しないから、「尊属」は空文となる。

(iv)　同列親を除外し姻族を含める見解　民法施行直後の柿原判事の見解はそれであり、[34] 奥田博士も後にこの見解に改めた。[35] 戦前では穂積博士、中島博士などがこの見解に属する。[36] 穂積博士は姻族の例として年少継母をあげており、戦後でも少数ながらこれに倣う見解がみられる。[37] この見解では傍系二親等の姻族は除外され、三親等姻族が含まれるという結果を生ずることはすでに指摘したとおりである。

(v)　直系・傍系の血族に限定する見解　これは「尊属」を「直系尊属および傍系尊属」とみる見解であり、もちろん同列親を除外する。[38] 筆者の知るかぎり、この見解の最初は島田判事のように思われる。[39] 大正末年には通説であったようにいわれているが、[40] 民法七九三条の「尊属」に関する解釈はほとんどなく、昭和に入って以降は通説とはいえなかったようにみえる。[41] しかし戦後においては、いずれかといえば姻族を除外する見解が多数であった。[42] やがて中川教授が民法七九三条の尊属は姻族を含まぬとされ、[43] ついで広中教授が「姻族の尊属」は法律上ありえないとするにいたって、[44] これに倣う学説が多くなり、現在ではこれに反する見解を見出すのは困難な状況である。[45] しかし姻族を除外する論拠につ

いては、首肯しがたいものばかりであることは、昔も今も変りはない。[46] 解釈論上も、血族と姻族とで養子適格を異にする理由を説明できず（婚姻障害ですら直系姻属族を含める）、また実際にも、年少継母は養子にしてもよいが、幼児でもおじ・おばなら養子にできないというのは、納得できることではない。

なおこの見解では、年少の直系尊属（法定血族）が存在した旧法と異なり、これがありえない現在、民法七九三条の「尊属」にあたるものは「傍系尊属」のみである。したがって用語としては、「尊属（卑属）」は傍系のみの区別ということになる。[47]

(4) 結語　「尊属養子禁止」はわが親族法における純固有法的規定であり、旧法においてすらそれは異質的存在であった。そのため一部学説は古くからこれを「直系尊属・直系卑属」の概念に合わせようとした。なるほど、「尊属・卑属」は血族に関する区別であり、単に「尊属」というときは「直系尊属および傍系尊属」の意味であるといえば、一応もっともらしくきこえる。しかし学説の対立は当初からすれちがっていた。すなわち民法七九三条の「尊属」に着目する学説は、姻族を含めないと不当な結果を生ずるといい、民法の「直系尊属・直系卑属」に着目する学説は、姻族を含めるとおかしな結果となる、という水掛論であった。この水掛論が問題の本質を物語っている。そもそも両者は異なる概念だからこういう結果になるのである。しかしこれはまだよいのであって、今日では、「尊属・卑属」はもともと血族に関する区別であるといって、姻族を含めるかどうかという問題自体が存在しえないとする見解すらある。しかし「もともと」というなら、事実はまったく逆である。もともとは「尊属・卑属」と「直系尊属・直系卑属」は別概念であるが、解釈論として「尊属」に姻族を含めるべきではない（あるいは含めなくともよい）から、戦前は「尊属」は「直系尊属・傍系尊属」と解してよかったし、現在ではこれは「傍系尊属」のみを意味する、という議論の展開でなければならぬはずである。

しかし「姻族を含めるかどうか」という問題の把え方がそもそも誤りであることはすでに述べたとおりである。民法七九三条の「尊属」は、直系・傍系・血族・姻族にはかかわらぬ「目上」「尊長」の意味なのか、今日では単に「直系尊属」に対立する「傍系尊属」の意味にすぎないのか、というのが問題の本質である。解釈論を別とすれば、両者の差異はつぎのような意味をもつ。すなわち、もし「傍系尊属」にすぎぬのであれば「尊属」という用語は明らかに不適当である。もし「尊属」が固有法概念であるなら、その概念自体が現行憲法のもとにおいては、不適当というよりはむしろ違法である。この区別が認識されていないところから、「尊属には姻族が含まれるか」という議論が現在にまで継承されてきたといってもよい。筆者は「尊属」を用語の問題としてではなく概念の問題として把える。そして現行憲法の「法の下の平等」の原則のもとでは、これは身分による「差別」以外のなにものでもなく、すでにその効力を有しないと解する。

親族法再改正審議においては、前述のごとく「尊属・卑属」の用語が話題にのぼりはしたが、その「概念」が問題とされることはなかった。他方、民法七二五条の「親族」の削除は仮決定をみている（昭34「仮決定と留保事項」第一）。これも固有法概念であるが、なお法技術的用語の側面をもつ。これに対して「尊属・卑属」は、「直系尊属・直系卑属」については用語の問題であるが、「尊属」に関しては純粋に固有法的概念そのものである。用語を代えてもその内容が変わるものではない。この区別がないところに、すべてが用語の問題に解消され[48]、あるいは「法の下の平等」が用語論にとどまり、規定の効力論に結びつかない原因がある。[49] その意味では、「尊属」の削除のほうが「仮決定」により適していたといえそうである。

（1）明5・5・18太政官指令（4・11・15京都府）「士族卒ノ輩嗣子無之内病気等ニテ伯叔父及ヒ兄等ヲ以テ養子ニ致度段願出レハ

聞届不苦哉不得止情実ナレトモ名義上如何ニ付伺・養子ノ名義不都合ニ付相続人ト致候儀不苦候事」〔先㈠五四〕、明5・10・28太政官指令（5・9・27大蔵省）「当主隠居イタシ実子又ハ養子ヘ家督相続イタシ候上其相続人多病或ハ不埒ノ儀有之カ又ハ病死最前ノ隠居壮健ニテ再ヒ家督願ヒ出候節聞届可然哉・〔左院附紙と同文〕尊属ノ親卑属ノ親ノ家ヲ継承スルトキハ天倫ノ順序ヲ以テ相続人ト稱シ養子ト稱スヘカラス本条ノ如キハ再相続人ト稱スヘシ」〔先㈠八五〕。明治五年の編纂と推定されている皇国民法仮規則〔養子〕第百四条但書の文言は後者と同一である。

(2)明治六年の編纂と推定されている左院の民法草案・家産相続第九条の文言がこれと同一である。

(3)五等親図では従父兄弟姉妹は三等親、再従兄弟姉妹は四等親である。明8・2・24司法省指令（7・12・2山形県）〔先㈠六六七〕は従父弟が従父兄を殴るのは三等親尊長に対する殴罪になるとしている。

(4)すでに左院民法草案の条文には「但従兄弟姉妹以外此限リニアラズ」の括弧書きがみられ、明11・3・25内務省（11・3・8東京府）〔先㈡上一五六〇〕は従兄弟・再従兄弟の養子願は不苦とし、明14・6・15内務省指令（14・5・16岩手県）〔先㈡上二六三八〕は従弟・再従弟は尊卑の区別をなすに不及、婚姻不苦としている。

(5)明7・4・24御指令（7・3・28置賜県）「伯叔母並姉等尊属ノ親ヘ夫ヲ迎フルトキハ養子ト稱セス相続人ト稱スヘシ」〔先㈠四〇七〕明7・7・4太政官指令（7・6・8東京府）「姉婿ニシテ妻ノ弟ノ家ヲ継承スル者ハ相続人ニシテ養子ト稱セス稱呼服忌モ従前続柄ノ通可相心得事」〔先㈠四八〇〕、明11・9・28内務省指令（11・9・12熊本県）「妻ノ父兄伯叔……相続人ト稱シ当然ニ可有之」〔先㈡上一七五三〕。なお妻の兄姉については註(10)参照。

(6)ただし徳川時代にも弟養子が無制限に許されたわけではなく、養子となった弟がさらにその実方弟（伯父の続）を養子とすることを禁じて、相続人として願出るべきものとし、この相続人がその実方弟（大伯父の続）を養子とすることも同じく禁じられ、この弟相続人が実方弟を養子とするとき、はじめて禁止が解除された。宝暦四年「弟共を段々ニ兄ノ養子ニ願候事」徳川禁令考前集第四、二六一頁〔二三〇二〕。

(7)明6・9・14太政官指令（6・6・7白川県）〔先㈠二二九〕はすでに「姉妹ヲ妻スベキノ養子」をあげているが、弟をあげたのは明7・4・29太政官指令（7・3・30内務省）のようである。（石井良助「明治初年の相続法」日本相続法史二六五頁）。その後の弟妹養子禁止の指令は多い。たとえば明7・5・8太政官指令（7・4・27東京府）〔弟・先㈠四二六〕、明7・7・22太政官指令（7・6・25東京府）〔妹・先㈠五〇二〕、明10・1・17内務省指令（9・12・27岐阜県）〔弟・先㈠一二六一〕、明10・1・23

内務省指令（9・12・20熊本県）〔妹・先㈠一二六四〕、明16・9・24内務省指令（16・9・1福井県）〔弟・先㈡下三三八一〕など。弟妹養子禁止指令にもかかわらず右のように伺が跡を絶たなかったのは、明治四年戸籍法の戸籍書式「戸籍同戸列次ノ順」の例示中に「兄ノ養子タルモノ、例」があげられており（法㈠一九七）、当初はその禁止が考えられぬほど一般的慣行であったことに大きな原因があると思われる。のみならず、明20・9・16指令（20・7・7長野県）〔先㈡下四一九四〕、明24・9・7司法省回答（24・7・9長野県）〔先㈢四九一五〕、明25・3・21内務省回答（25・3・16千葉県）〔先㈢五〇一七〕が弟妹養子を認める混乱もあった。しかし最終的には明25・9・26内務・司法両省指令（25・6・7東京府）〔先㈢五〇八六〕によって、弟妹養子の禁止が確認されている。この禁止を解除することも旧法の立法者の方針の一つであり、「直系卑属養子禁止」の原案規定には傍系卑属（弟妹）養子許容の趣旨が含まれていたことは、前述したところである。

(8)明9・10・21太政官指令（9・7・18内務省）〔先㈠一一七〕。同旨の指令は多い。

(9)明9・6・15太政官指令（9・5・24内務省）「戸主男女子共無之者弟ヲ養子トシ或ハ妹ニ婿ヲ迎ヘテ婿養子ト致シ予テ継嗣ニ定置候儀一般ノ慣習法ニ候処右等ハ相続人ト稱スヘキ旨御指令有之以来戸主亡没或ハ隠居ノ際ナラテハ継嗣タルノ実稱ヲ得サル様ニモ相成候ヘ共畢竟弟及ヒ妹婿ヲ養子ト稱セシヲ其名稱ノ当ラサルヨリ相続人ト稱スル迄ニテ其実嗣子同様ノ者ニ候間戸主ノ存慮ニ任セ前以テ継嗣ト定置戸籍上扇書ニハ弟ト記シ額書ニ家督相続スヘキ者タルコトヲ記載致シ可然哉尤……妹ヲ以テ直ニ継嗣ト定置候儀ハ不相成事ト存候・伺之通」〔先㈠一一五三〕。妹は同じ取扱いがなされない点に注意を要する。また尊属については、伺などからは弟・妹婿と同じ取扱いをした形跡がみえなくもないが、明17・3・7内務省指令（17・2・20滋賀県）〔先㈡下二五六四〕、明24・10・5司法省指令（24・9・28岩手県）〔先㈢四九三三〕は、予め継嗣とすることをはっきり禁じている。

(10)明11・6・5内務省指令（11・1・12東京府）「妻ノ兄姉ヲ養子女ニ致シ候義ハ不相成候得共妻ノ弟妹ヲ養子女トシ養子女ノ兄姉ヲ娶リ候義ハ不苦事」〔先㈡上一六三三〕明11・6・6内務省指令（10・8・7島根県）「妻ノ弟妹ヲ養子女ニ貰受ケ候儀ハ不苦、養子ノ姉ヲ娶リ候義ハ不苦候得共妹ヲ娶リ候事ハ不相成」〔先㈡上一六三八〕。なお明18・12・21内務省指令（18・12・7愛媛県）〔先㈡下三九七七〕、明19・12・15司法省指令（19・12・3徳島県）〔先㈡下四〇六〇〕、明27・5・26司法・内務両省回答（27・4・10岡山県）〔先㈢五二七五〕は、養子となった弟妹は姉を養母と稱するとしている。

右のように妻の弟妹を養子とすることが認められた理由について、高柳真三「明治初年の養子法（一）」国家学会雑誌四一巻六号一〇二頁（同・明治家族法史七四頁）では、養母が縁組当事者でなかった点があげられている。しかし妻の兄姉を養子とすること

は許されなかったのであるから、やはり「尊卑失序」の程度の差によるものと思われる。ちなみに戸主がその妻の兄を相続人としあるいは弟を養子とした場合の服忌について、明12・4・19内務省指令(12・3・29山口県)〔先(二)上一九二一〕は「兄ハ姉弟ハ養母ノ服忌ヲ受ヘシ」としている。

(11)明8・12・4内務省指令(8・1岩手県)〔先(一)九二三〕の伺は「立嫡違法」の見地から順養子を問題にしているが(「追テ何分ノ可及指令」)、明9・1・18太政官指令(8・12・10内務省)では「尊卑失序」が理由とされている。「当主子無ク他家ヨリ養子ヲ迎ヘ或ハ弟ヲ以テ相続人ト定メシ後男児出生スルニ因リ其養子又ハ弟家督相続ノ後已レノ実子アルモ之ヲ措キ養父ノ男児ヲ養子ト為シ己レノ実子ハ又其養子トス等ヲ順養子ト唱フルハ習俗ノ趣ニ候ヘ共是等ハ到底法令(明治六年第二十八号布告)ニ乖戻シ一家紛紜ヲ生スル原由共可相成候ニ付以来不相成事ニ定メ可然哉・伺之通」〔先(一)九九五〕。

(12)右の指令に「〔養父或ハ兄ノ〕実子ヲ養子及ヒ弟ノ養子トナスヘキ契約ヲ最初ヨリ定メ置シナラハ其契約ヲ践マシムヘク然ル時ハ其後ノ相続ハ無論其実子ノ系統ヲ追フ……」とある。これは仲継的養子の許容である。明9・3・13太政官指令(9・1・22内務省)も、嗣子幼少の場合に右同様に「該家血統ノ嗣子ヲ養子及ヒ相続人〔尊属弟妹並にその配偶者〕ノ改テ養子トナシ候契約相整ヒ親族連署出願」によって特別に嗣子ある場合の養子を許すとしている〔先(一)一〇五六〕。なお明治初年の縁組後出生の実子と養子の相続権および中継相続に関しては石井良助「明治初年の相続法」前掲二七〇頁、三九〇頁以下に詳しい。

(13)明8・3・31太政官指令(8・1・24白川県)〔先(一)七〇九〕。

(14)中田薫「徳川時代の養子法」法制史論集第一巻四四八頁。

(15)中田「中世の家督相続法」前掲三〇九頁、同「徳川時代の家督相続法」同五〇〇・五一二頁、同「徳川時代の養子法」同三八六頁。

(16)嫡孫養子を禁じた指令としては明22・7・3司法省回答(22・6・25静岡県)「同籍中ノ孫女〔離縁シタ養嗣子ノ子〕ハ更ニ祖父ノ養女ト為スコトヲ得サルモノトス」〔先(三)四五四七〕、明29・7・1内務・司法両省指令(29・6・23埼玉県)「実孫〔分家者ノ子〕ハ養子ト為スヘキモノニアラス……〔承祖ノ〕孫タルノ廉ヲ以テ入籍セシム」〔先(三)五三二八〕。

(17)明10・9・19内務省指令(10・8・22東京府)「外孫ヲ養子ト稱シ不苦候事」〔先(一)一三九一〕、明15・8・2内務省(15・6・16滋賀県)「養子ト記載シ血縁ノ順序ヲ額書スヘシ」〔先(二)上二九八九〕。他にも指令は多い。なお明治一三年の旧刑法の親属例(一一五条)において「外孫」の用語はすでに消滅しているが、民法施行直前の明30・3・10司法・内務両省回答(29・12・28茨城県)

「外孫カ他家ニ於テ出生シタル者ナルトキハ養子トシテ入籍セシム」はなおこの呼稱を用いている〔先(三)五三六一〕。もちろん家(籍)の異同による孫の区別である。

(18) 穂積陳重「尊属ヲ卑属トスルト云フコトハ……是迄許サヌモノデアリ……此制限ハアツタ方ガ宜カラウト思ヒマシテ仮リニ原案ハ疑ヒヲ存ジナガラ……置イタ」、梅謙次郎「先ヅ置イタ方ガ穏カテアラウ……是非之レガナクテハナラヌデアラウカ或ハ削ツテ置イテ宜カラウカ……私抔ハ大分迷ヒ……」(一五九回)

(19) 穂積陳重「親族上ノ秩序抔ト云フモノハ構ハヌト云フコトデアリマスレバ兎ニ角……〔尊属養子禁止ハ〕成文法モアリマシタシ慣習モサウデアリ……親族上ノ尊卑ノ順序ヲ紊ルト云フコトハ大変嫌ヒ……華士族相続法〔明6布告〕ニ書イテアルカ如ク父兄伯叔父母其他総テ長者ヲ養子トスルコトハ出来ヌト云フコトニ成リ来ツテ居リマスカラ矢張リ是ハ慣習法ニ従テ置イタ方カ宜クハナイカト云フ考ヘテ出シタ位テアリマス」

横田国臣「原案通リノ方カ宜イ……私ハ伯父トカ何ントカ云フ傍系ト云フモノハ尊属ト言フ可ラスト思フ位……後々ハサウナルカモ知レヌ西洋デハ此傍系ト云フモノハ尊属トカ何ントカ云フモノテハナイ位テアル……此伯父ト云フモノト兄ト何ノ為メニ尊卑ノ別カアルカ、サウ云フコトデハ私ハイカナイト思フ今日ニ於テハ伯父ヲ養子ニスル……コトハ大変人モ嫌ウ……又唯利益ノ為メノミカラ考フ可カラサルコトデアラウト思フ伯父ヲ養子ニスルト養子ト養父トノ関係……ハ丁度親子ノ如キモノニナツテ来ルト其伯父ノ親ト云フ者ノ関係カ変シテ仕舞ウ……」

梅謙次郎「横田君ノ言ハレタ尊属ト云フモノヲ存セネハナラヌ其理由トシテ親族ノ関係カ紊レル、ソレナラバ丸デ此親族間ノ養子ヲ禁シナイトイカナイ……〔尊属養子禁止ハ〕ほんノ極メテアツテ実際ニ於テ伯父さんテアツテモ自分ヨリ年カ下ノ者ハ伯父さんノヤウニ崇メテ居ラヌ酷ク年ノ違ツテ居ル者ハ恰モ甥ノ如クニ思フテ遊ンテ居ルヤウナ話テアルソレテ其理由デ横田君ノ如ク尊属ヲ置カレルト云フコトハ不同意ヲ唱ヘナケレハナラヌ」(一五九回)

(20) 梅謙次郎・民法要義(四)二七八頁。

(21) フランス民法は相続順位に関連して財産取得編に定義規定を設けている(七三六―八条)。人事編の総則規定として定義規定を設けていたのはイタリア民法である。ただし現行法では直系親の先後を区別する規定は削除されている(七四―八条)。

(22) 「人事編ニハ……定義ヲ掲ケテアリマス……併シ是ハ何レモ疑ヒノナイコトト思ヒマス」富井政章・一二四回。

(23) 民法修正案理由書五頁。

(24)当時参照したドイツ民法草案では、親系に関する規定は民法総則に設けられており、直系親の先後に関する定義規定はもちろんなかった。現行法はこれを「血族」の章に移し、扶養義務者の順位などに関して直系血族の先後を区別している（一五八九、一五九〇条）。また相続に関しても同じ用語が使われている。

(25)傍系尊属の用語をかりに使うとしても、それはあくまで「直系尊属」との関連においてである。広中・中川両氏の引用する民法修正案理由書一三六頁の「傍系尊属」はその例である。

(26)沼正也・親族法準コンメンタール三七四頁以下。

(27)山畠「尊属の概念」現代家族法の課題と展望四〇頁以下。

(28)総論的に「尊属・卑属」について述べている学説は沼・前掲にゆずり、ここでは民法七九三条の「尊属」についてもふれている学説に限定する。

(29)掛下重次郎・親族法（明32）八頁「父母、祖父母ハ勿論兄姉伯叔父母等従来俗ニ所謂目上ト稱スル親族ハ其血族ナルト姻族ナルトヲ問ハス」、杉田金之助・親族講義（明32）二九二頁「血族たると姻族たるとを問はず直系たると傍系たるを論ぜず凡て自己より目上の親族を云ふ故に父母兄姉伯叔父母は勿論舅姑等」というのが代表的例である。

(30)奥田義人・親族法（明41）六四頁。

(31)平島直太郎「尊属及び卑属の名稱に就て」法律新聞四五号（明34）二頁以下。

(32)柳川勝二・親族法（明36日本法律学校講義録）一九・二八〇頁。ただし後に同日本親族法要論（大13）二三頁において傍系血族を含める。

(33)沼・前掲三八七頁。ただし沼・理論親族法学（墓場の家族法と揺りかごの財産法）二五二頁では、民法七九三条の「尊属」に関して、「『尊属』は一般的にはひろく解して姻族たる尊属にもおよぼさしむべき……」とされている。

(34)柿原武熊・民法親族編講義（明31）五二九頁。

(35)奥田義人・日本親族法（大5）三三八頁。

(36)穂積重遠・親族法（昭8）四九三頁、中島玉吉・民法釈義(四)（昭12）五五七頁。なお穂積博士は年少継母を例示しているが、これは法定血族であるから、これだけでは姻族を含めるかどうかは明らかでない（もし除外するのであれば、法定血族たる継母と姻族にすぎぬ父の配偶者とで差異を生ずる）。しかし博士は「直系尊属・卑属」という場合には姻族を含まぬことをとくに注意し

ている（前掲四一頁。これを把えて注釈民法⑳〔中川高男〕一二〇頁が博士を姻族除外説とするのは誤り）。これによって博士が「尊属」という場合には姻族を含める趣旨であることが明らかである。堀内節・親族法要義（昭15）八八頁もこれに倣っている。

(37)中川監・註解親族法〔山崎邦彦〕二〇五頁、石川利夫・家族法講義〔上〕一八四頁。

(38)島田鉄吉・親族法三二二頁。姻族を含める奥田説を引用している。

(39)古山茂夫・親族法註解（改訂大15）二一頁、森本富士雄・日本親族法（大15）三七頁。ただし後者は「血族ナリトセハ尊属ナルヘキ姻族」に尊属養子禁止の類推を認めるから、実質的には姻族を含める見解に属する。

(40)谷口知平・日本親族法（昭10）九六頁は姻族に尊卑の別なしとし、薬師寺志光・日本親族法論下（昭17）七九七頁が「尊属」に姻族は含まぬとしている。ただしその論拠を欠く。

(41)谷口知平＝中川善之助・親族法（昭24）一五〇頁（谷口知平・親族法（昭28）一九二頁）の影響と思われる。柚木馨・親族法七六頁、末川博・民法（下ノ一）三五頁などはそれであろう。その他の学説については沼・前掲三八五頁参照。

もっとも穂積博士に倣って、「直系尊属・卑属」には姻族を含まぬとしつつ、姻族にも尊卑の区別ありとする見解もなくはなかった。有泉亨・親族法・相続法一四頁、松坂佐一・民法提要二九頁はその例である。しかし双方とも現在は改説している。

(42)中川善之助・親族法（下）四一四頁（新訂四二九頁）。

(43)広中俊雄「尊属の概念」家族法大系一〇四頁以下。

(44)有泉・新版親族法・相続法二〇頁、松坂・民法提要〔新版〕三六頁は尊卑を血族の区別としつつ、一一五頁で中川説を引用。その他、注釈民法㉒のⅡ〔中川高男〕五二六頁、同・養子(1)〔総合判例研究㊷〕六三頁、中川淳・親族法逐条解説二四九頁、判例コンメンタール民法Ⅳ〔中川良延〕五三七頁など。

(45)註(37)の石川・前掲ぐらいであろうか。

(46)戦前の論拠の主たるものは、「直系尊属・卑属」に姻族が含まれると不当な結果を生ずるというものであった。いまもこの種の議論は跡を絶っていないが、かような理由で「尊属」にも姻族は含まれぬとするのはまったく筋違いの議論である。これに対して、中川教授の場合は、姻族を含む場合には「姻族尊属」という用語を使うという見解であり、広中教授の場合は、「尊属・卑属」というのは元来が血族の区別であるという見解である。いずれも用語論であるが、「直系尊属・直系卑属」を基礎にしている点では戦前と異なるところがない。「姻族尊属」なるものは法律上ありえないというのが広中教授の所論であるが、これが現実に法文に

用いられていたことは、教授自身が本文に掲げられた旧民法草案三〇条の規定がこれを証明している。そのかぎりでは、中川教授の所論を「誤解」とする広中教授のほうに明らかな誤解がある。

ただし「姻族尊属」の用語が必要となるのは「（血族）尊属＝直系尊属」との関連においてである。旧民法草案にみられる「姻族尊属」も、「第一卑属親、第二尊属親……第五卑属ノ姻族、第六尊属ノ姻族」（三〇条一項）、「三親等マテノ血族及ヒ尊属タル姻族」（三八〇条二項）のように、血族と順位あるいは範囲を異にする場合に用いられている。中川教授のいわゆる「格別の修飾語」が必要となるのはかような場合であって、民法七九三条の「尊属」のような場合には妥当しない。あるいは「尊属および姻族の尊属」となっていなければならないという趣旨であったかもしれないが、そうであれば、同条は「姻族を含む直系および傍系の尊属」というのが正確であろう。しかしこれはとりもなおさず「（直系・傍系を問わず、血族・姻族を問わず）尊属」ということに帰する。

(47) 戦前においては、三宅正太郎＝青山道夫・親族法相続法（昭9）三〇、一九二頁、堀内・前掲八九頁が「尊属」を傍系のみの区別としていた（もっとも前者は年少継母を例示）。戦後は青山道夫・身分法概論五四頁、同・改訂家族法論五二頁が同旨である（姻族を含めるかどうかにふれられていないが、「親族範囲の図」では姻族にも尊卑の区別があるように表示されているため、沼教授は姻族を含める見解に分類）。姻族を含める見解がこれをいうのは誤りであるが（傍系姻族のみというのは考えられない）、逆に姻族を除外する見解がこれをいわないのは不思議である。

(48) 民法読本3〔久貴忠彦〕二七頁は「尊属・卑属」を「技術的な用語として理解しておけばよい」とする。これは「直系尊属・直系卑属」については妥当する。

(49) 「個人の尊厳」や「法の下の平等」は、立石芳枝「尊属・卑属」民事法学辞典下一二七七頁、注釈民法(22)のⅡ〔中川高男〕五二四頁に引用されている。しかし前者では「法律技術……名称の問題……として放置をゆるさぬ事柄」としながらなお問題を「技術的表現」の域にとどめている。また後者は「尊卑の観念は現行法（民一条ノ二、憲一三・一四条）と相容れない」としつつ、民法七九三条は単なる養子適格要件の規定であるとする。文意明確とはいいがたいが、尊卑の観念によってではなく久貴・前掲のような「技術的用語」として規定を理解する、という趣旨でもあろうか。