



Title	註釈・民法七九五条（1）
Author(s)	山島, 正男
Citation	北大法学論集, 38(1), 1-36
Issue Date	1987-08-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16539
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(1)_p1-36.pdf



註釈・民法七九五条(一)

山
畠
正
男

一 はじめに

二 夫婦共同縁組規定の疑問

I 養親の配偶者

(1) 立法趣旨の疑問

(2) 旧民法と旧法の基本的差異

II 養子の配偶者

(1) 立法趣旨の疑問

(2) 人事法案と夫婦養子

(3) 夫婦養子の疑問

三 明治前期

I 養親の配偶者（以上本号）

II 養子の配偶者

(1) 明治二四年内務省訓令一一号

(2) 明治初年における夫婦養子

(3) 夫婦養子の性質

四 旧民法草案

I 養親の配偶者

II 養子の配偶者

五 旧民法

一 はじめに

民法七九五条は、配偶者のある者は共に養親となりまた養子となることを要件とし、民法七九六条は、夫婦の一方が表意不能のときは他の一方が「双方名義」で縁組をなしうる旨を規定する。これは世にも珍らしい規定といつてよい。もちろん夫婦ともに養親となるのは別に珍らしいわけではなく、未成年者とりわけ幼児を養子にする場合にはそうあつて当然であるが、これを「双方名義」縁組まで徹底し、取消の余地もないというにいたつては、「如何ニモ酷ドイ条(文)」といわれても仕方がないであろう。⁽¹⁾この場合は、原則自体に問題はないが、およそ例外を認めないとする立法趣旨のほ

うに大きな問題があるといつてよい。他方、夫婦一緒でなければ養子になれないというほうは、諸外国に例がないのは当然として、わが国の慣習であつたわけでもなく、旧民法がこれを創作し、旧法がそれをそのまま踏襲したものにすぎない。これについても、旧法ならびに旧民法の立法趣旨に疑問があることは同じであるが、それ以上に、そもそも「夫婦養子とはなにか」が筆者多年の疑問であつた。いや正確にいえば、いまもなお疑問は解けていない。

本稿は、右の疑問を契機として、明治前期以降旧法の成立にいたる間において、「養親の配偶者・養子の配偶者」が縁組要件においてどのように取扱われたかの沿革的考察である。もちろんこれまでの研究において「夫婦共同縁組」の沿革が取上げられていなかったわけではない。⁽²⁾ けれども、現行規定の考察にあたって、その沿革にふれるのはむしろ常套の手法であるといつてよい。⁽³⁾ しかし重要なのは、沿革の羅列的記述ではなく、沿革の論理的整理である。沿革の羅列であれば、これまで研究のなかつた明治前期はさしあたり除外するとして、旧民法草案では、養親・養子の双方について、「配偶者の承諾」による個別縁組であり、これが再調査案において養子については「夫婦一致」と改められて、そのまま旧民法の規定となり、旧法原案はこれを養親・養子双方について「夫婦一致」と修正し、その後これが「夫婦共同」に改められて旧法の規定となつた、という経過だけのことである。問題はなぜこのように変わつてきたかである。これが「夫婦一致」から「夫婦共同」への修正であれば、その答えを法典調査会の議論のなかに見出すことは容易である。⁽⁴⁾ しかし旧民法草案から旧法にいたる経過となると、その答えは容易でなくなる。というのも、これに答えるためには、明治前期養子慣習に対する正確な理解を前提として、旧民法草案から旧民法を経て旧法にいたる養子法の歩みを全体的に適確に把握することが必要となるからである。もちろんこれまで、明治前期養子法の研究や旧民法養子法成立過程の研究がなかつたわけではない。⁽⁵⁾ しかしそれらはかならずしも完全なものではなかつた。⁽⁶⁾ のみならず総じてこれまでの研究においては、養親の配偶者および養子の配偶者の問題がそれぞれの養子法における他の縁組要件ないしは縁組

効果との関連において充分に把握されていなかったように思われる。たとえば、明治前期および旧民法においては「養親の配偶者」は問題とならず、明治前期および旧民法草案においては「養子の配偶者」は限られた意味しかもたなかったのであるが、これだけのことも従来明確にされてはいなかったのである。これらは、それぞれの養子法の全体を考察すれば分ることであり、またこのような考察によってのみ「夫婦共同縁組」の正しい沿革を知りうるといつてよい。それによつてまた、現行規定が沿革に照らして必然的であつたのか、それともそうでなかつたのか、ということも明らかになつてくる。もつとも、旧民法とか明治前期法はむしろ法制史の領域に属することであるから、本来はその専門家にゆだねるべきであるのかもしれない。しかしそれがなされてはいないか、あるいはなされていても、われわれを満足させるものでなければ、専門家の研究を促す意味でも、あえてその領域に踏み込まざるをえない。

ということ、本稿は、明治前期においては養親の配偶者ならびに養子の配偶者はどのように取扱われていたのか、旧民法草案の夫婦個別縁組は草案養子法においていかなる意味をもつていたのか、旧民法においてはなぜ夫婦は「夫婦養子」でなければならぬものとされたのか、そしてまた旧法はなぜにこの「夫婦養子」をそのまま踏襲したのか、さらにまた古くからいわれている「夫婦養子」とはそもそもどのような意味をもつものなのか（あるいはどのような法意識の所産なのか）、などを考察しようとするものである。もちろんこれは、わが国養子法の生成過程の探求という筆者の研究の一環にほかならないが、明治前期の養子法を理解するだけでも容易ではなく、右に掲げた問題についてもなお疑問を残していることは、冒頭において述べたとおりである。本稿の構成がいささか変則的になつているのもそのためである。

以下、はじめに現行規定の成立時における立法趣旨に対する疑問から出発して、そこからあるべきであつた立法趣旨を見出すことによつて、明治前期から旧民法を経て旧法にいたる間における養親の配偶者ならびに養子の配偶者の問題

の正しい脈絡を探ってみた。本来なら明治前期から出発すべきであるが、本稿はなお未定稿の域を脱しないため、明治前期および旧民法の部分は後に廻す形となっている。

なお用語について一言しておきたい。これまで「夫婦共同縁組」については、養親・養子の双方について「夫婦養子」を用いたり、あるいは両者を区別して「共同養親」「共同養子」の用語が使われているが、この用語が人によって用法が正反対であったりして、非常にまぎらわしい。⁽⁹⁾本稿では「養親の配偶者」と「養子の配偶者」を原則的に用い、とくに後者についてのみ古くからの用語である「夫婦養子」を用いることとする。

(1) 一六〇回法典調査会における長谷川喬の発言(二註(21)参照)。もともと原案では、表意不能者に回復後の取消権を認めていたのであるが(二六一回、日本近代立法資料叢書・法典調査会民法議事速記録(以下速記録)六、七〇〇頁)、整理の時点において、「ドレ丈ケ此意思ヲ表示スルコトガ出来ナイ間ガ続クカ分ラナイソレヲ後トテ取消スト云フコトニナツテハ種々ノ不都合ヲ生ジャウ」という理由で削除が議論もなく決定してしまったものである(一八回民法整理会、民整六ノ七四)。

(2) 戦前には、若干の解釈上の議論があった程度で(これは薬師寺志光「共同縁組の離縁」法学志林四〇巻五号(昭13)をみれば分る)、研究とよべるほどのものはなかった。ところが、戦後は「夫婦共同縁組」の解釈論、立法論がにわかに活潑となり、数多くの研究がみられるようになった。それらをすべてあげるとは本稿にとって必要でもないから、ここでは、利谷信義「夫婦養子」家族法大系IV親子(昭35)一五四頁以下、山本正憲、養子法の研究I(昭54)二二二頁以下、太田武男、現代家族法研究(昭57)二九三頁以下をあげるにとどめ、他はこれらが掲げるところにゆずる。

(3) 註(2)に掲げた研究でもそれぞれ沿革にふれられているが、それ以上に詳しく沿革に立入っているのは、田中康久「共同縁組をめぐる諸問題(1)(2)」戸籍四七九、四八二号(昭59)一頁以下(その後に田中康久Ⅱ都竹秀雄「共同縁組をめぐる

諸問題(3)「戸籍五一〇号(昭61)がある、永井紀昭「養子制度の改正に関する中間試案について(四)(五)」戸籍五〇七号一七頁以下、同五〇八号(昭61)一六頁以下であり、一見すると実務家のほうが研究者以上に研究者的であるような感じを与える。

(4) 一五九回法典調査会に提出された原案はつぎのようになっていた(速記録六、六四三頁)。

八四一条 配偶者アル者ハ其配偶者ト一致スルニ非サレバ縁組ヲ為スコトヲ得ス
前項ノ規定ハ夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ子ヲ養子ト為ス場合ニハ之ヲ適用セス

この規定と「何人ト雖モ……直系卑属ヲ養子ト為スコトヲ得ス」(八三九条)という規定との関係が問題となり、一六一回法典調査会において、八三九条の右の文言を削除することにより、夫婦の一方の私生子を養子とする場合には一項によればよく、もし一方の嫡出子(すなわち他方にとって継子)を養子にするのであれば二項によることができるといふ提議がなされた。これに対して二項を不要とする意見があり、その議論の過程において、「一致」を「双方承諾」の意味に解釈する余地があり、そのために見解が分れることが明らかになった。これは旧民法草案当時からあつた問題であることは後述するとおりであるが、左にこの見解の違いに関する梅委員の発言を引用しておく。

梅謙次郎 一致ト云フコトガニツアル、双方共ニ養子トスルト云フト今ノ場合ニハアナタ(長谷川喬)ノ議論デアルト養子ガ出来ヌコトニナル如何トナレバ我子ヲ養子ニスルコトハ出来ヌカラ夫婦デ以テ同時ニ養子ラスルコトハ出来ヌ……
仮令ヒ一方ノ相手ガソレデ宜イト言ツテモ出来マセヌ(之に反して)一致ト云フノハ土方君ノ言ハレル如ク其承諾ヲ与ヘルト云フコトダトナルト最モ多クノ場合(すなわち一項の場合)ハアレハ養母デナイ親父ノ家内デアルト云フコトニナルト倫理ヲ紊ルコト甚ダシイ歐羅巴ハ皆サウナツテ居ルガ日本デハサウデナイソレデ穂積君カラ御説明ノアツタ如ク一致ト云フノハ兩人デ養子トスルト云フコトニ解釈シナケレバナラヌ(速記録六、六九二頁)

(5) 明治前期に関しては、高柳真三「明治初年の養子法(一)―(三)―」国家学会雑誌四一巻六一八号(昭2)があり、旧民法

については、手塚豊「明治二十三年民法（旧民法）における養子制度（一）（三）」法学研究二八卷九—一一号（昭30）がある。

(6) 高柳・前掲は明治前期養子法のほとんど唯一の研究といつてよいが、明治前期における養子法の流れが描かれておらず、現行法の要件に則して明治前期養子法を説明している点に問題がある。また手塚・前掲は克明な研究であるが、旧民法草案の進歩的性格が保守派の抵抗によって切り崩され旧民法になったという図式で貫かれており、草案の不完全さと旧慣と外国法との接合の無理からくる修正の不可避性が十分に指摘されていない。

(7) わずかに利谷・前掲のみは、事実認識において若干の瑕疵はあるにせよ、本文の批判の対象から除外される。

(8) ある意味では、明治前期養子法の研究の過程で本稿が生まれたといつてよい。旧法立法者をはじめとして当時の学者は、旧慣よりはむしろ外国法のほうに詳しくかつたように思われるが、あるいは外国法に通じていたからかえって旧慣の理解が困難であったのかもしれない。

(9) たとえば利谷・前掲一五五頁は養親・養子の双方について「夫婦養子」を用いる例であり、山本・前掲二一四頁は養親と養子とで区別するが、夫婦が共同で養親となる場合が「共同養子」であり、逆に夫婦ともに養子となる場合が「共同養親」すなわち「夫婦養子」とされている。

二 夫婦共同縁組規定の疑問

周知のように、現行七九五条の規定は、養親は「配偶者の承諾」をえて養子をし、養子は「夫婦一致」して養子女となることを要件とした旧民法を修正して、「夫婦共同」で養親となり養子となることを要件としたものである。以下、養親の配偶者・養子の配偶者のそれぞれについて、その立法趣旨をみてみよう。

I 養親の配偶者

(1) 立法趣旨の疑問　よく引用される民法修正案理由書によれば、「既成法典ハ」養子ヲ為ス所ノ配偶者間ニハ必ス一致アルコトヲ必要トセス夫婦各別ニ養子ヲ為スコトヲ得ヘキモノトシ……欧州諸國ニ於テモ夫婦各別ニ養子ヲ為スコトヲ許ス立法例多数ナルカ如シ然レトモ元來養子ト養親ハ血族ト同一ノ關係ヲ生スヘキモノナレハ夫婦各別ニ養子ヲ為スコトヲ認ムルカ如キハ養子制度ノ本旨ニ適セサル」ところであり、また「我國従來ノ慣習トシテ夫婦ハ必ス一致シテ養子ヲ為シ敢テ各別ニ養子ヲ為スコトナカリシモノナレハ……」⁽¹⁾、既成法典の規定を改めて夫婦一致して養子をすることにしたという。この夫婦一致は穂積博士が強く主張されたものようであるが、⁽²⁾まず疑問を生ずるのは、夫婦一致して養子をするのがわが国の慣習であるとしている点である。明治前期においては、養親は戸主にかぎられており、夫婦一致して養子をするということは、そもそもありえないことであつた。戸主の配偶者は、戸主（その正確な意味は後述）が養子を迎えれば当然に、「養母」となつたのであり、それは戸主の父母が「養祖父母」になり、戸主のきょうだい「養兄弟姉妹」になるのと同じ性質のものであつた。旧民法でも、養親は成年の戸主にかぎられたから（一〇六、一〇九条）、右の結果には変わりがなく、夫婦一致して養子をするということはありえず、ただ戸主の配偶者がその意に反して養母になるということを阻止するため、戸主が養子をするについては「配偶者の承諾」を要件としたにすぎない。このように、旧民法は明治前期の慣習を踏襲しているのであつて、⁽³⁾慣習に対する立法者の認識は理解に苦しむところである。あるいは、縁組効果と縁組要件との不用意な混同ということも考えられないではないが、⁽⁴⁾むしろ立法者は慣習に対する正確な理解を欠いていた、と考えるほうがあつていように思われる。⁽⁵⁾いずれにせよ、わが国の旧慣を採用す

る修正理由には根拠がなく、したがってこれに倣つた初期の学説もすべてが誤つていたということになる。⁽⁶⁾

つぎに、縁組効果と縁組要件との間の相互関連を問題とする修正理由であるが、旧民法の規定は養子と養親との間に血族と同一の關係を生ずるわが国の養子制度の本旨に適しない、というだけでは、なにを意味するのかについて疑問をもたれても当然である。⁽⁷⁾ その意味するところは法典調査会における起草委員の趣旨説明によつてはじめて知りうるが、簡単にいえば、夫婦の一方のみが養親となれば、養親の配偶者は養子にとつて、養母でもなく、嫡母・継母でもなく、ただ「養親の配偶者」というだけの奇怪なものになり、養親子間に血族關係を生ずるとしていることと一貫性を欠き前後撞着している、ということである。⁽⁸⁾ この批判は、起草委員の用語をまねれば、これこそ「奇怪」なものである。というのは、旧民法では「養子縁組ハ養子と養父母及ヒ其親族〔血族〕トノ間ニ親屬ニ同シキ關係ヲ生ス」(二二条)としており、この点に関する旧民法批判の矢は、「縁組ハ養子ト養親及ヒ其血族トノ間ニ民法上血族ニ同シキ關係ヲ生ス」(二五条)とした旧民法草案の規定に向けられていたのであつて、まことに奇妙というほかはない。

では現行七九五条の制定当時の立法趣旨はどのようなものでなければならなかつたのか。面白いことに、筆者がこれを代弁するまでもなく、奥田博士の旧民法批判のなかにそれが述べられているのである。奥田博士は、旧民法は家族制度的養子制度と個人主義的養子制度とを混淆したため、規定中に主義精神の首尾貫徹せざる所ありとし、その最も顕著な例として右の点を取上げている。⁽⁹⁾ つぎにその全文を引用する。

「人事編第二十二條ニハ養子縁組ハ養子ト養父母及其親族トノ間ニ親屬ニ同シキ關係ヲ生スト規定セルニ由テ之ヲ見レハ収養者ハ即チ養父母ヲ得サルカ故ニ養子縁組ニ於ケル一方ノ当事者ハ即チ養父母タルヘキハ当然ナルカ如シ若シ夫レ然ラスンハ養父母ナル名称ノ生スヘキ理由ナカルヘキナリ然ルニ第百九條ニハ戸主ニ非サル者ハ養子ヲ為スコトヲ得ストアリテ一方ノ当事者ハ必ス戸主タルヘキコトヲ示セルヲ以テ収養者ハ養父若クハ養母ノ内戸主タル者ニ限レリ是故ニ該條ニ依レハ夫

カ戸主タルトキハ其夫カ収養者ニシテ婦カ戸主タルトキハ入夫アルモ其婦カ収養者タラサルヲ得サルヘシ果シテ然ラハ戸主ノ配偶者ハ養子縁組ニ於ケル当事者ニ非サルモ養父若クハ養母トナルハ当然ノ結果ナリ換言セハ収養者ニアラサル養父若クハ養母ヲ生スルノ結果トナラサルヲ得ス豈ニ亦奇怪ナラスヤ人或ハ曰ク人事編ハ百十條ニ配偶者アル者ハ其配偶者ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ養子ヲ為スコトヲ得ストアルカ故ニ決シテ不都合アルヘカラスト然レトモ該條ハ只戸主カ養子ヲ為スニ付テハ其配偶者ノ承諾ヲ得サルヘカラサルコトヲ規定シタルマテニシテ其配偶者モ亦養子縁組ニ於ケル当事者ノ一方タルコトヲ示シタルモノニアラサルヲ奈何セン」

奥田博士のいわんとするところを一言にしていえば、縁組効果が「養父母」であれば養父母が縁組の当事者になるべきだということである。このような立法趣旨であれば、筆者としてなにもいう余地はなかった。のみならず、このような立法趣旨であつてはじめて、明治前期から旧民法まで続いた伝統的養子法と旧法養子法との違いが鮮明になるのである。

(2) 旧民法と旧法の基本的差異 旧法が養親の配偶者もまた養親たることを要件としたことの意義は、すでに指摘されているところであるが、明治前期から旧民法にいたるまで「縁組効果としての養母」にすぎなかつたものを「縁組主体としての養母」に改めた点にある。これはわが国の養子法の生成過程における「伝統的養子法からの脱皮」の指標として十分に注意しておいてよい。しかしより重要なことは、旧民法ではそもそも「縁組主体としての養母」はありえなかつたのであり、旧法においてはじめてそれが可能になったという点である。そしてそれを可能にしたのは、旧法では明治前期から旧民法をつらぬく「戸主養親」の鉄則を踏襲することがなかつたからであり、この一点において、旧法はまさしく旧民法草案の精神を継承したといつてよい。旧民法草案の精神とはなにか。草案が縁組要件の冒頭に掲げた「何人ト雖モ、(満四十年以上ニシテ且ツ其養ハントスル者ヨリ年長ナルニ非サレハ……)」(一九七条)の一句によく

それが示されている。これこそは、明治前期養子法に対する、全面的とはいえないにせよ、最も重要な側面におけるいわば訣別宣言であった。草案の進歩的性情ということがいわれるが、それをいうのであれば、立法者が前後撞着とした規定をその例にあげるのではなく、⁽¹²⁾ まずもつて右の冒頭の規定をあげるものでなければならぬ。草案は草案理由書のいうごとく「縁組ノ規則ハ之ヲ外国法ヨリ採用」としているが、「何人ト雖モ……」をすくなくとも縁組要件の冒頭に掲げる外国の立法例はなく、⁽¹³⁾ これは断じて外国法からの借用ではない。これは旧民法によつて繼承されず、一旦は明治前期へと逆戻りしたが、旧法は再び「何人ト雖モ……」養親であることを復活させたのである。⁽¹⁴⁾ ところが皮肉なことに旧法にはこの文言はなく、かえつて旧民法にこの文言が残されてしまった。もつとも旧法草案にはこの文言が用いられていたのであり、⁽¹⁵⁾ 旧民法のそれがまつた多くの空文にすぎなかつたことはいふまでもない。

旧民法養子法が冒頭に掲げる「何人ト雖モ（養子ト為ル可キ者ヨリ年長ニシテ成年ナルニ非サレハ養子為スコトヲ得ス）」（一〇六条）は、まつたく草案の規定の外形的踏襲にすぎないが、本来、この冒頭の縁組要件は「戸主ニ非サル者ハ養子ヲ為スコトヲ得ス……」（一〇九条）であるべきであつた。そして以下、「養子ト為ル可キ者ヨリ年長ニシテ成年ナルニ非サレハ……」（二〇六条）「家督相続ヲ為スコキ男子アル戸主ハ……」（一〇七条）、「後見人タル戸主ハ……」（一〇八条）、「配偶者アル戸主ハ……」（一一〇条）となるべきものであつた。かくても旧民法の精神に即して右の養親適格要件を整理するとすれば、「家督相続ヲ為スコキ男子ヲ有セス、養子ト為ル可キ者ヨリ年長ニシテ成年ノ戸主ニ非サレハ、養子ヲ為スコトヲ得ス、但推定家督相続人ニシテ戸主ノ許諾ヲ得タル者ハ此限ニ存ラス」という一か条のほかは、戸主後見人たるときは管理計算前の被後見人養子の禁止規定と、戸主配偶者たるときはその配偶者の承諾を要する規定の二か条を設ければたりたのである。しかし旧民法はその最も重要な養親適格要件をなぜか最後に規定してしまつた。そのため旧民法当時の注釈書は、例外もなく、養親の要件の一つとして戸主たることをあげることになつた。しかし養

親を戸主にかざる以上、他の要件はいずれも養親たる戸主の要件であった。

以上によつて、養親の配偶者に関する縁組要件の旧民法と旧法との差異がそれぞれの養子法の基本的構造にかかわるものであることが理解されるはずである。すなわち、「養親の配偶者」というのは旧法においてはじめて出現したのであり、明治前期においては「戸主の妻」の問題であり、旧民法においては「戸主の配偶者」の問題であつて、「何人ト雖モ……」の配偶者について問題となるものではなかつた。

II 養子の配偶者

(1) 立法趣旨の疑問 配偶者ある者が養子となる場合については、旧民法がすでに「夫婦一致」を要件としていたから、旧民法に対する批判はありえなかつた。旧法が旧民法の規定を踏襲した理由として修正案理由書のいうところをみると、「蓋シ婦ハ其夫ニ随フヘキモノナレハ他人ノ養子ト為ルコトヲ得サルハ勿論タルト同時ニ夫ノ姓氏分限等ハ總テ其婦ニ及フモノナレハ夫モ亦婦ト分離シテ随意ニ他人ノ養子ト為ルコトヲ得サルハ至当ノ事タルニ因リ……」とある。⁽¹⁷⁾すなわち、婦は夫に随うべきものであるから「婦のみ養子」はありえず、また夫の身分変動は婦にも影響がおよぶから「夫のみ養子」も認めないのが妥当であり、けつきよく「夫婦養子」以外にはないということである。前段の理由についてはまったく疑問の余地はない。旧民法・旧法を通じて、さらにこれに旧民法草案を加えてさえ、妻が夫に従うことは不変の鉄則であり、旧民法がこれについて規定を欠いたのは欠点であるとして、旧法七四五条は「夫カ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立シタルトキハ妻ハ之ニ随ヒ其家ニ入ル」ことを明示しているからである。⁽¹⁸⁾たとえ婿養子であろうと、あるいは入夫であろうと、夫婦になつた以上は、かならず妻は夫に従い、夫が妻に従うことはありえなかつたから、「婦のみ養

子」がありえないのも当然であつた。⁽¹⁹⁾ もつとも旧民法草案では、妻は夫に従うにもかかわらず、「婦のみ養子」がありうるような規定になつてはいた。しかしそのこと自体が実は草案の養子法の大きな問題点であつた。⁽²⁰⁾

問題なのは、夫の身分變動に婦は従うから、「夫のみ養子」を許さず、「夫婦養子」にするのを至当としている理由のほうである。夫の家籍變動に妻は無条件に従うものである以上、夫が養子になれば妻は当然夫に従つて養家に入るだけの話であつて、このことから「夫婦養子」の必然性は生まれてこない。それでは妻の意見が無視されるということであれば、妻の同意を要件とすればたりののであつて、これまた「夫婦養子」でなければならぬというものではない。つまり、養親の場合には、その配偶者は養母でなければならぬから、夫婦ともに縁組の主体であることを必要とするが、養子の場合には、その配偶者が縁組の当事者である必要はないわけである。この違いは、縁組効果は、「養子」と「養親の血族（養方）」との間に生ずるものであつて、「養親」と「養子の血族（実方）」との間に生ずるものではない、という養子縁組の性質に由来する。このことを旧法の立法者が知らなかつたわけではない。なぜなら、立法者は養親夫婦についての共同縁組の必要性の根拠をまさしく「養子」と「養親の血族」との間に生ずる縁組効果の点にもとめていたからである。

右のように、養子の配偶者すなわち妻が養女とならねばならぬ理由はなかつたのであつて、その意味において、前掲の修正案理由書の掲げる理由はなんら首肯するにたるものではない。となると、立法者は単に旧民法の規定を無批判的に踏襲したにすぎない、ということにもなりそうであるが、筆者にはそうであつたようにも思われぬ。しかし、残念なことに旧民法の規定の踏襲ということもあつてか、法典調査会においても「夫婦養子」はほとんど議論の対象となつておらず、立法当時の立法者意思を知る直接の資料を見出すことはできない。そこで当時の学説に眼を転じてみると、たとえば梅博士の民法要義では、修正案理由書の掲げる理由はまったくみられず、単に「配偶者アル者カ夫ノミ養子ト

為り、又ハ妻ノミ養子ト為ルカ如キハ會テ聞カサル所ニシテ此場合ニ於テハ必ス所謂夫婦養子ナルモノヲ為スヲ常トス(民法施行前ニ在リテハ夫ノミノ意思ヲ以テ養子ヲ為シ又ハ養子ト為リタルカ如シ)(傍点筆者)とあるだけである。すなわちわが国の慣習では夫のみの意思だけによる「夫婦養子」しかなかったというのである。もつとも、養親の配偶者の場合と異なり、梅博士と同じく「夫婦養子」をわが国の慣習とするものはそれほど多くなく、むしろ婚姻との関連を問題にしている見解のほうが目につく。⁽²⁴⁾それらは単に婚姻の性質、利益、目的という抽象論であるか、あるいは修正案理由書が論外としている「妻のみ養子」の場合を問題にしているかであつて、まったく理由になつていない。

では、「夫婦養子」はわが国の旧慣であつたというのは正しいかというに、これがまつたくの誤解であつて、後述するように、明治前期にあつては、養子の妻は同時に養女にならなければならなかつたのではなく、養女になることもできたというだけである。もし旧法の立法者がこの旧慣を知つていたならば、養親の配偶者と養子の配偶者を一緒にして現行法のような共同縁組の規定を設けることは不可能であつたはずであり、養親の配偶者に関する規定とは別に、養子の配偶者について別条を設け、「夫ガ養子ト為ルニハ妻ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」とならんで「妻ハ夫トトモニ養子ト為ルコトヲ得」という規定を設けることになつたと思われる。いまかりに旧法の規定がこのようになっていたとすれば、戦後の改正の時点において、立法者はこれを「夫婦養子」に統一するか、妻のみの養女を認めて「夫婦個別養子」にするかの選択をせまられたはずであり、あるいはその時点において「夫婦養子」は消滅する運命にあつたかもしれない。しかしそれをいうのであれば、いま一つの重要な事実を逸することができない。それは戦前の人事法案である。

(2) 人事法案と夫婦養子 周知のように、大正一四年の「親族編改正要綱」にもとづく改正作業は昭和一九年までの間断続的に続けられていたのであるが、昭和一一年の親族編改正案(第二草案)までは、双方名義縁組に家事審判所の許可を要件としたほかは、養親・養子双方についての「共同縁組」そのものに手を加えることはなかつた。ところが

昭和一四年の人事法案(第三草案)にいたって、養子の配偶者(すなわち夫婦養子)の部分が見直されることになり、養親の配偶者に関しては共同縁組要件を維持しつつ(ただし双方名義縁組については家事審判所の許可を要件とする)、養子の配偶者については従来の共同縁組のほかに新たに「夫のみ養子」を認めることになった。そして民法改正作業の最終案である昭和一八年の第五草案の規定はつぎのようになって⁽²⁶⁾いる。

一一七条 妻ハ夫ト共ニスルニ非ザレバ養子ト為ルコトヲ得ズ

夫ガ養子ト為ルニハ妻ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

人事法案はいかなる理由でこのような規定を設けたのであろうか。わが国古来の「淳風美俗」の維持に合致しない規定の改正ということで、旧慣の復活をはかったのであろうか。もしそうだとすれば、人事法案立案の時点において民法改正調査委員は旧慣に対する正確な認識をもっていたのであろうか。あるいはまたなんらかの理由によって「夫のみ養子」の規定新設が必要となったのであろうか。残念ながらこれらを確める直接の資料はない。また当時の学説をみても、そこからはなんの示唆も与えられない。たとえば、右の法案作成に参画したはずの穂積博士は「養子側については養親側に於ける様には是非斯うなくてはならぬと云ふ絶対の理由はないのだが、斯うしておく方が法律関係を複雑ならしめずして便宜であらう」ということをかねていわれていたが、⁽²⁷⁾そうであればその「複雑」をいとわず人事法案は「夫婦養子」のほかに「夫のみ養子」を設けたことになるが、実際にはこれによって法律関係が複雑になった形跡はまったくみられないから、人事法案が、「便宜」をすてて「複雑」をとった理由をたずねる必要も生じてこない。その他、昭和一〇年代の学説をみても、「夫婦養子」の立法趣旨にふれるものはすくなく、わずかに夫婦養子を全面的に擁護する見解のほか、⁽²⁸⁾これを消極的に批判する見解をみるにすぎない。⁽²⁹⁾またただ一つ当時にあつて異例の見解と思われるのは、「夫婦養子」の

規定は理解に苦しむとした近藤博士のそれであるが、人事法案がかような立場において立案されたものでないことは、³⁰⁾ いうをまたない。

かくて最後の手がかかりとして、人事法案を旧法改正の際に参考資料としたはずの改正法の立法者はこの問題をどうに考えていたか、をたずねることになる。しかし人事法案に関与した中川教授の場合、改正経過の概要において一言もこれにふれることなく、³¹⁾ それにつぐ概説書においては「夫婦を養子にするというのは、家の後嗣を作るといふ思想に立つものであり……（夫婦が共に養親というのも家族制度に由来する）。養子制度が真に『子のため』のものになってしまえば、こうした強制も不必要になることであろう」（傍点筆者）³²⁾ とし、その後の体系書にいたってついに現行七九五条および七九六条の廃止を提言されることになる。³³⁾ これに反して、中川教授よりも先に人事法案に関与していた我妻博士の場合は、最初から「共同縁組」を養子法の根本問題の一つであると考へており、³⁴⁾ その後、人事法案の引用が随処にあることで知られる体系書において、前掲の人事法案一一七条の規定を引用して、「養男子が妻を迎えても、その妻と養親との間には養親子関係を生じない（養父が縁組後に迎えた妻は継母となる）こととの権衡を考へ、かつ妻は夫の家に入ることとの関係にも影響されたのであろうが、旧法の立法者が……実質的には夫が定めて妻が同意するだけだと考へていたこと（利谷・家族法大系IV一六五頁参照）と対比して、極めて興味深い。戦後の改正で人事法案の規定を考慮しなかつたのは、直接に家の制度と関連がない、というのであろうが、相当深い関連があるように思われる」（傍点筆者）³⁵⁾ という推測が述べられている。

右のように、民法改正に際して改めて人事法案の規定を参照する機会をもった二人の学者は、一は「夫婦養子」を「家の後嗣」思想の所産とし、他は「夫のみ養子」が「家の制度」と深く関連することを推測する。もちろんこれは後者があたっている。ただしその論拠を縁組効果や婚姻の効力にもとめている点は首肯しえない。というのは、人事法案は改

正要綱にもとづく法改正であるから、まず婚姻の効力は改正要綱とは関係がなく、縁組効果は改正要綱に關係があると(36)いえばあるが、これも「夫のみ養子」との関連はないからである。(37)では改正要綱からなぜ「夫のみ養子」が生まれたのか。筆者の推測では、改正要綱第二十一「養子ノ種別及ビ相続権」中の「一、家督相続人タルベキ養子ハ之ヲ養嗣子トシ、單純ナル養子ト區別スルコト」とした「養嗣子」がその理由ではなかったかと考える。(38)というのも、この「養嗣子」は、「我邦古來ノ淳風美俗」の復活の理念に即して、「民法施行前の制度をも參酌して」設けられたものであり、(39)これと同時に「夫のみ養子」および「夫婦養子」という明治前期の慣行の復活も考えられたと推測できなくはないからである。もつとも「養嗣子」は最初から改正案に取入れられたにもかかわらず、「夫のみ養子」のほうは第三草案にいたってはじめて登場したことを考えると、「養嗣子」を認める以上、「夫婦養子」のみでは困ることに気付いたという推測もできなくはない。しかし、夫婦養子についても「養嗣子」と「單純養子」の區別をすることは立法技術的に不可能ではないこと、「妻ハ夫ト共ニスルニ非ザレバ……」といつて、養子の配偶者が養女となるのを夫の縁組時に限定していることを考えると、明治前期の旧慣を採用したとみるのがあつたのである。(40)

いずれにせよ、人事法案が成立していたなら「夫婦養子」の運命は変わつていたはずである。のみならず、戦後の民法改正に際して、人事法案は「審議内容を十分に検討する余裕はなかつた」ようであるが、(40)もしかりに十分にそれが検討されていたら、やはり「夫婦養子」の運命は尽きていたのではないか、という想像をかまえることも許されよう。

(3) 夫婦養子の疑問 右のように、人事法案は「夫婦養子」の問題を考える一つの手がかりを与えてくれているものの、「養嗣子」と「夫婦養子」との関連という新たな問題を提示していることにもなる。そしてこれはとりもおさず、明治前期の問題でもあり、さらにまた、「養嗣子」以外には認めなかつた旧民法でなぜ「夫婦養子」を唯一の要件としてしまつたのか、という疑問へと発展してゆく。この筆者多年の疑問について、いまのところ憶測を述べる程度以上には

出ないのであるが、これについては後述するところにゆずる。

夫婦養子についての疑問は右の点にとどまらない。明治前期といつても、すくなくとも明治一〇年代以降において「妻携帯の養子」とならんで「夫婦養子」の入籍が認められていることは間違いないが、この両者にはどのような違いがあったのであろうか。明治前期養子法の唯一の文献といつてよい高柳博士の研究をみても、この点について教えられるところはない。そこでさらに前代にさかのぼってみると、近世養子法に関する古典的文献といつてよい中田博士の研究によつて、前代の武家法にあつては「夫婦養子」の観念は許されず、これは庶民法における慣習であつた、という事実を教えられる⁽⁴¹⁾。そうだとすると、明治前期においては、前代武家法の「妻携帯の養子」と前代庶民法の「夫婦養子」がともに継承されたということになりそうであるが、ここで改めて前代庶民法における「夫婦養子」の実体が問われることになる。そもそも中田博士が「夫婦養子」の例としてあげたのは、文芸作品中の用語例にすぎず、しかも実は娘婿を養子にしたものであつて、夫婦養子ではないのである⁽⁴²⁾。もつとも、中田博士の引例が間違つていたからといつて、前代庶民法において「夫婦養子」がなかつたというのではない。前代の庶民法において「夫婦養子」の観念が存在したことは、すでに法制史家によつて一般に認められているという点は別として、実証的な研究によつてもその裏付けが与えられている。たとえば、前代の農民家族において「夫婦養子」の観念があつたことは、人別帳の脇書に「夫婦養子仕候」という文言が用いられていることによつても明らかであり⁽⁴³⁾、また町人家族については、とくに夫婦養子の場合について特別の祝儀規定が設けられていたという事実からみても、養子の妻も養女になる場合のあつたことを知る事ができる。しかし問題は、これがかならずそうでなければならなかつたのかどうかである。実はそうではなかつたことが宗門改帳に「養子に女房召連罷越申候」「家族召連……養子来候」の文言によつてはつきりと示されている⁽⁴⁶⁾。これは農民家族の場合であるが、町人家族の場合にも同じであつたのではなからうか⁽⁴⁷⁾。もしそうであれば、明治前期における夫婦養子も妻子

携帯入籍も前代庶民法の継承ということになるが、ここで改めてどのような意味があつて、あるいはどのような目的によつて、夫婦養子になされたのか、という疑問が浮かびあがつてくる。

右の疑問に対して、適確に答えることは非常に難しい。武家法における夫婦養子の否認には立派な理由があるのに対して、庶民法における夫婦養子は、夫婦養子でもよかつたというだけであるから、その規範意識を探ることは容易ではない。⁽⁴⁸⁾しかしすくなくとも、夫婦養子は「家の後嗣」の思想に由来するということも簡単には首肯しえないし、これを「祖先祭祀」に関連させるといふにいたつては、⁽⁵⁰⁾あまりにも安易な憶測といわなければならぬ。あえて筆者も憶測を云わせて貰えば、夫婦養子の慣行は、「家―祖先」の継承には無関係であり（より強く云えば矛盾しており）、⁽⁵¹⁾庶民の間で行われていた「両貫い（将来結婚させる目的での養子と養女）」に照してみても、⁽⁵²⁾縁組の原始的発想たる「同質意識」の家内顕現であるように思われる。⁽⁵³⁾筆者がいまの時点で云えるのはこの程度にとどまる。

(1) 民法修正案理由書一―一六頁。

(2) 利谷信義「夫婦養子」前掲一六一頁註(一三)参照。

(3) 山本・養子法の研究一二〇頁は、旧民法は諸外国の立法例を参考にして他方配偶者の「承諾」を要件としたとしており、これが一般の理解でもあるが、養子制度の目的を限定して、明治前期の慣習を個人法的に構成した旧民法の性格を考へれば、この要件をとくに諸外国の立法例から採つたとは考えにくい。

(4) 梅謙次郎・民法要義(四)(明32)二八三頁には、「我邦ノ慣習ニ於テハ夫婦共ニ養子ヲ為シ……」とあるが、同・民法講義(明34)一九三―四頁では、「随分従来デハ夫一人ノ意思デ養子ヲシタリ……致シマシテ其結果デ配偶者ガ養母ト為ツタ……日本ノ慣習カラ考ヘテ見マスト父ガ養父デアル以上ハ其妻ガ養母デナイト云フヤウナコトハドウシテモ許サレナイ」(傍点筆者)とあり、後者では修正理由のような説明になつていない。民法講義は明治三二年に民法全体を一〇回(二〇時

(5) その例証として、法典調査会一五九回に提出された原案の(参照)資料には、旧慣として東鑑宝治二年七月一〇日が掲げられているにすぎない事実をあげることができる。これは女人養子の事例であつて養親の配偶者・養子の配偶者のいずれにも関係のないものである。

(6) たとえば奥田義人・民法親族法論(明31)二九二頁「夫婦各別ニ養子ヲナシ為ニ夫婦ノ一方ニハ子ニシテ他ノ一方ニハ子ニ非ラサルカ如キ関係ヲ生セシムルハ養子制度ノ本旨ニ反スルノミナラス家族ノ平和ヲ害スルモノニシテ又我旧慣ノ認メサル所ナリ」、柿原武熊・民法親族編講義(明31)五〇七頁、「從來吾國ノ慣習トシテ夫又ハ婦カ单独ニテ養子ヲ為スコトハ殆ント之レナク必ラス夫婦ノ共同ニテ養子ヲ為シ夫婦双方ニ対シテ養親子ノ関係ヲ生スルヲ常トセリ」。杉田金之助・親族講義(明32)二九九頁「夫婦各別に養子をするは……養子制度の本旨に反するのみならず吾國従来の慣習に適應せざるなり」、掛下重次郎・親族法講義(明32)一八九頁「吾邦ノ慣習ニ於テハ夫婦獨立シテ養子縁組ヲ為スコトヲ許ササリシテ以テ……」(これは養親・養子双方についてである)、これと同旨の境沢弥太郎・親族法論綱(明35)二三四頁、鶴丈一郎・民法親族(明35)一三八頁、岡村司・民法親族編講義(明39)六三一頁など、また実用書では大鐘彦市||松村敏夫・民法講義親族之部(明31・7)二六三頁、自治館・民法親族編相統編実用詳解(明31・12)一七四頁など、すべて修正案理由書の誤りを踏襲している。

(7) 山本・前掲二二四頁。

(8) 法典調査会における穂積陳重の趣旨説明は山本・前掲二三三、二三五頁、中川淳「夫婦共同縁組の共同性」現代家族の課題と展望(昭57)一五四頁に引用されているが、いずれも完全な引用ではない。とくに山本・前掲は、起草委員の批判が旧民法ではなく旧民法草案に関することを知りうる重要な部分が切離して引用されている。これは両者をつながないと全体が明らかにならないから、以下に改めて一五九回法典調査会における穂積委員の立法趣旨説明を掲げることにする。(速記録六、六四三―四頁)

「本条ハ既成法典ノ規定トハ少シ立テ方ガ違ウテ居リマスルノテ其点ヲ説明致シタウゴザイマスル既成法典ハ配偶者アル者ガ養子ヲ為シマスルニハ其配偶者ノ承諾ヲ要スルト云フコトニナツテ居リマス其理由書ヲ讀ンデ見マシテモ養子ト云フモノハ夫婦ノ一方ノ子丈ケニナルノタト云フ主義カ採ツテアリマスル其理由トシテ例ヘバ妻ヲ娶ツタサウスルト妻ノ実子ト云フ者カ他家ニ在ルソレヲこつちニ引取ツテ自分ノ子トスルト云フトキニ一方ノ養子トシテ置ケハ夫丈ケノ子ニナルコトガ出来ルソレカ一ツノ利益……モウ一ツハ一方丈ケノ養子トシテ置クト云フト年齢ノ制限、殊ニ依ルト妻杯ハ夫ヨリ余程年カ下ノ者カアル併シお母さんヨリ年カ上デアツテモお父さん、養父ト云フ者ヨリ年ガ下ナラバソレテ宜イト云フ便宜モアル……ト云フ説明ニナツテ居リマス是ハ甚タ奇怪ナコトデアツテ既成法典モ前後撞着シテ居ルノミナラズ我邦ノ養子ト云フモノノ慣習ニ丸デ違ウテ居リマス何故ニ既成法典ガ前後撞着シテ居ルカト申シマスルト一方ニ於テハ養子ト云フモノハ養子縁組ニ依テ血族ト同シ關係ヲ生ズルト云フコトカ書イテアリマスサウシテこちらデハ一方丈ケノ子デアル……サウスルト血族ト同ジ關係ヲ生ズルト云フコトハ親爺丈ケノ關係デアル配偶者ハ何ンテアルカ嫡母デアルカト云フト嫡母デモナイ繼母デアルカト云フト繼母デモナイ繼母ナラハ勿論親ノ中ニ這入ルサウスルト養親ノ配偶者ト云フ意味ヨリ外ニ立タナイサウスルト血族ト同シ關係ヲ生ゼシメルト云フコトカ貫イテ居ラナイ……加之ナラス我國ニ於キマシテハ旧幕ノ服忌令杯ニモアリマス養父母ト云フ者ハ嫡母繼母杯ヨリハ重イモノデアツテ実父母ニ均シイモノデアアルサウスルト養父ノ配偶者ノ子デナイトスルノハ如何ニモ不理ナ話デアラウ……日本ノ習俗トシテ養子ト云フ者ハ養父母ノ子トナルノデアツテ一方丈ケノ子トスルノデハ決シテナイ……繼母其他ノ者デアツテモ兩方ノ子ト為ツテ居ル……西洋デハ一方ノ子ト云フモノニナルノデアリマシテ蓋シソレ等ノ所ヲ幾ラカ斟酌シテ既成法典ハ養ウ方ハ承諾ヲ得ル養ハレル方ハ一致ト云フ風ニ書キ分ケタノカモ知レマセヌカ之レデハドウシテモ父ニ養ハレルト云フト母ノ方ハドウデモ宜イト云フヤウナコトニ為ツテ法律上ハ何ヤラ分ラヌコトニナルソレ故ニ養子ト為ルニモ又ハ養子ヲ致シマスルニモ配偶者ノアルトキハ双方共一致シナケレバイカヌト云フ方ノ主義ニ改メマシタ」(傍点筆者)

(9) 奥田義人・親族法(明29)二七七一―八頁。なお主義精神首尾貫徹せざるいま一つの例としてあげられているのは、「年長

「養子禁止」要件であつて、この要件は養親たる戸主のみに関するから、戸主の配偶者より養子が年長であつてもよい結果になり、首尾相貫徹せざること甚たしとしてゐる（同二七九頁）。ただし奥田・民法人事編講義（明？）三四七頁は、民法は自己の母より年長の妻を娶ることを禁じていないことをもつて、右の結果を是認してゐる。

(10) 利谷・前掲一五八頁は共同縁組の規定が「養子縁組の契約性をつらぬいた点に近代的な意義をもつ」一面を正當に評価する。ただしこれは養親の配偶者についていえることであつて、養子の配偶者にはあてはまらないことは、後述するとおりである。

(11) 「家」を残した旧民法草案にとつて、明治前期との全面的訣別はありえないことであつた。

(12) 手塚豊「明治二十三年民法（旧民法）における養子制度（一）」前掲四頁において、草案は「近代西洋民法の構造にはるかに接近したものであつて、その進歩的性格は高くこれを評価しなければならない」とする教授の立場では、「配偶者のある者の単独縁組は注目に値する」（二四四頁）ことになる。

(13) 民法草案人事編理由書下巻（石井良助編・明治文化資料叢書第三巻法律編上）一六三頁。

(14) 外国では「何人ト雖モ……」を転縁組の禁止の規定において用いており、この点は草案でも同一であつた。「何人ト雖モ夫婦ノ養子ト為ルノ外同時又ハ順次ニ數人ノ養子ト為ルコトヲ得ス」（二二〇一条）がそれである。

(15) しかしこれが容易でなかつたことは、一五八回法典調査会が旧民法一〇六条、一〇九条の復活をめぐる論議に終始したことに端的に示されている（速記録六、五九七—六二〇頁）。その一部は谷口知平・日本親族法（昭10）三六八頁に紹介されているが、三時間にわたる論議の末、ついに一〇九条（戸主要件）は否決されたが一〇六条（継嗣要件）が可決され、民旧八三九条となつたのである。

(16) これについては山島「註釈・民法七九三条（一）」北大法学論集三六卷一一二号（昭60）三七二頁参照。

(17) 民法修正案理由書一一五頁。

(18) 民法修正案理由書一四頁は「本条ノ規定ハ既成法典ニ全ク欠ケル所ナリト雖モ慣習ノ確認スル所ニシテ之ヲ規定セサル

ハ欠点ト為ササルコトヲ得ス是レ本条ヲ設ケタル所以ナリ」と説明している。旧民法は単にこの規定を欠くだけでなく、旧民法草案ですら婚姻の効力として「婦は夫に従う」ことを定めていたのに(一〇〇条二項)、その規定をも欠いていた。これについて奥田義人・親族法(明29)一五六頁は「蓋シ本邦ニ於テハ共住ノ権義ニ関シ夫婦間ニ公然タル紛議ヲ生スルカ如キコトハ風俗ノ許サ、ル所ナルヲ以テ實際ニ其要ナキコトヲ認メタルニ依ルナラン歟」としている。規定をまつまでもなく自明の理というのが立法者意思であつたのであろう。

(19) 梅・民法要義四二頁の旧法七四五条の註釈には「夫婦ハ殆ト一体ヲ成ス者ナルカ故ニ……法律ニ於テモ其属スル家ヲ同シウセシムルハ固ヨリ当然ナリ而シテ夫唱婦隨ノ原則ニ依リ妻ハ夫ノ家ニ在ルヘキモノトセリ(七八八条一項)是レ婚姻ノ効力トシテ……妻カ夫ノ家ニ入ルヘキコトヲ定メタルニ過キス本条ニ於テハ更ニ進テ夫カ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立シタル場合ニ於テ妻ハ之ニ隨ヒテ其家ニ入ルヘキコトヲ定メタリ……入夫及ヒ智養子ハ妻ノ家ニ入ルヘキコトヲ定メタリト雖モ(七八八条二項)一旦夫婦ト為リタル以上ハ夫ハ決シテ妻ニ隨ヒテ家ヲ転スルコトナク妻ハ常ニ夫ニ隨ヒテ其家ヲ転スヘキモノトセリ是レ蓋シ我邦ノ慣習ニ適スルモノナリ」(傍点筆者)とある。

(20) 手塚・前掲(一)一〇頁は、夫婦の一方のみが養子となることについて疑問を生ずることをもつて草案の立法上の不備とする。これが草案の無理な規定の所産であることについては、後述するところにゆずる。

(21) 夫婦養子が問題とされたのは「双方名義」の場合についてであり、「如何ニモ酷トイ」とされたのは「女房カ(養女)に往ツテ(表意不能の)夫カ喰付イテ往カナケレバナラヌ」という点であつた。穂積・梅は「双方名義」を養親にかぎることとに反対しなかつたが、この案は少数で否決された。ただ議論のなかで梅博士が「男子カ養子ニ往ツテ、サウシテ其細君ノ方カ意思ヲ表示スルコトガ出来ナケレバ御伴ヲシナクテモ宜シイト云フコトハ私ハ絶対ニ賛成ハ出来ヌ丸デ出来ヌトカ又ハ一方丈其場合丈ケ離レ、離レ、ニ為ルト云フコトナラバ宜シイガ」(傍点筆者)と云つてゐることは、「梅(縁組は)出来ヌトシヤウト云フノデスカ 長谷川 サウデス 梅 ソレナラバ反対ハシマセヌ」と云つてゐることと関連して、その真意をよく理解できない(速記録六、六六七頁)。

(22) 梅・民法要義二八三頁。ただしこの点でも、梅・民法講義前掲註(4)は「随分從來デハ夫一人ノ意思デ……養子ト為ツタリ致シマシテ其結果デ配偶者ガ……養女トナツタリ尠クモ養子ノ妻ト云フコトニ為ツテ其家ニ入ル」という正確な理解を示す一方、「知ラナイ間ニ自分ノ夫ト一緒ニ養家ニ入ツテ仕舞フト云フヤウナコトハドウモ宜シクナイ、サウ云フコトヲ許シマスト畢竟一家不和ノ原因デアリマスカラ、ソレデ成ルベクサウ云フコトノナイヤウニスルニハ即チ本人ガ総テ承諾ヲスルト云フコトニシタ方ガ宜イ……夫ガ養子ト為ルト云フ場合ニ其妻ガ当然附イテ參ルト云フコトモ穩当デナイカラソレデ本人ノ承諾ヲ要スルト云フコトニ致シマシタ、是ガ分レ分レニナツテ夫ハ養親ノ家ニ入り妻ハ元ノ家ニ残ツテ居ルト云フヤウナコトハ到底認めラレヌカラ、勢ヒサウ云フコトニ規定スルノ外ナカラウト云フ所カラ新法典ニ於テハ夫婦ハ共ニ養子ヲ為シ又ハ共ニ養子ト為ルト云フコトニナツタ」(傍点筆者)としている。「承諾」といい、「分レ分レ」といい、理解に苦しむ説明というほかはない。

(23) 掛下・前掲、鶴・前掲(これは旧民法の規定を引用する)、岡村・前掲のように梅・民法要義にならつて養親の配偶者ならびに養子の配偶者の双方について共同縁組が旧慣であつたとする学説のほか、とくに「夫婦養子」を慣習であつたとするものはみられない。

(24) 梅・民法講義前掲もこれに含められなくはないが、それを別として、境沢・前掲「配偶者アル者カ夫ノミ養子ト為リ又ハ妻ノミ養子ト為ルカ如キハ亦固ヨリ我慣習ノ認メサル所ニシテ此ノ如キ場合ニハ所謂夫婦養子ヲ為スヲ常トスルノミナラス婚姻ノ性質ヨリスルモ夫婦分離シテ養子トナルコトヲ得サルハ疑ヒナキ所ナリ」のように、旧慣とあわせて「婚姻の性質」を論拠にするもののほか、奥田・前掲「夫カ其妻ト分離シテ他人ノ養子トナリ妻カ夫ト分離シテ他人ノ養子トナルノ不当ナルハ婚姻ノ性質ヨリシテ当然ナリ」、柿原・前掲「……コレ専ラ婚姻ノ利益ヲ全フセシメンカ為メニ外ナラス蓋シ夫婦ノ内其夫又ハ其婦ノミ他人ノ養子トナルコトヲ得ヘキモノトセハ如何養子ト為リ他家ニ入ル以上ハ婚姻ノ関係ハ存スルモノトスルモ婚姻ヨリ生スル義務ト権利トヲ行フ能ハサルニ至ルヘシ……」、杉田・前掲「……蓋シ婦は其夫に随ふ可きは勿論夫も亦婦と同居の義務を負ひ互ひに共同一致するにあらざれば養子と為ることを得ざるものとせり」、柳川勝二・親

族法(明36)二八四頁「一方ノミ養子トナリ他ノ一方ヲ顧ミストスルハ縁組ノ為メニ婚姻ノ目的ヲ妨ケラル、虞アリ」などは婚姻の性質・利益・目的を問題とし、牧野菊之助、日本親族法論(明41)三四〇頁「夫婦カ各別ニ他人ノ養子ト為ルハ猶ホ夫婦カ各別ニ養子ヲ為スト同一ノ不都合アルヘク殊ニ妻ノミカ養子ト為ルモ夫婦ハ本来其家ヲ異ニスルヲ得サルモノナレハ妻ハ養親ノ家ニ入ルコトヲ得サルコトトナルヘシ。若シ養親ノ家ニ入ルコトトナレハ婚姻ヲ維持スルヲ得ス。婚姻ノ性質ニ悖戻スルニ至ルヘケレハナリ。従来普通ニ行ハルル夫婦養子ナルモノ実ニ其好適例ナリトス」などは「妻のみ養子」を例にあげ、また自治館・前掲にいたっては、「夫ハ甲家ノ養子ト為リ妻ハ乙家ノ養子ト為ルト云フカ如ク別々ニ他人ノ養子ト為ルヲ得ス、妻ハ夫ニ從フ可キモノナルニ拘ハラズ若シ夫カ甲家ノ養子ト為リ妻カ乙家ノ養子ト為リテ各其家ニ入ルトキハ妻ハ夫ニ從フコトモ出来ス又夫ト同居スルコトモ能ハスシテ離婚スルヨリ外ナキニ至ル可シ……」として、夫婦が別々に養子となり養女となる例をあげる。ついでに大鐘||松村・前掲も引けば、「婦カ養子トナリタル場合ニ於テモ婦ノ行為ヲ監視スル等ノ必要アリテ夫ノ一身上ニ及ホス変化モ亦大ナリト云フ可シ是ヲ以テ……双方トモニ養子トナラサルヲ得ス夫婦養子ト称スルモノ是ナリ」という。いずれも旧法の理解不足というほかはない。

(25) 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(昭50)四七三頁以下、堀内節編著・続家事審判制度の研究(昭51)三〇六頁以下参照。なお第二草案と第四草案の対照は沼正也・親族法準コメンタール(昭38)一〇六頁以下、第四草案と第五草案の異同は堀内節編著・家事審判制度の研究(昭45)九三〇頁以下に全貌が掲げられており、また第三草案の概要は唄||利谷・前掲四九九頁以下によって知ることができる。

(26) なお第四草案(昭16)では、一一七条二項の「夫のみ養子」の場合について「妻ガ其ノ意思ヲ表示スルコト能ハザルトキハ家事審判所ノ許可ヲ以テ之(妻ノ同意)ニ代フルコトヲ得」という但書が設けられていた(沼・前掲一四二頁、堀内・前掲九五頁)。第三草案の原文はみる機会をもっていないが、多分同じであったと思われる。第五草案にいたって右の但書が削除されたのは、養親の配偶者の場合には「双方名義」縁組について家事審判所の許可を要件としたのであるが(一一六条二項)、養子の配偶者については「双方名義」縁組を廃止したことからきたものと思われる。前掲註(21)の少数意見

がここで復活したことは興味深い。

(27) 穂積重遠・親族法(昭8)五〇九頁。

(28) 中島玉吉・民法釈義親族編(昭12)五六八頁のつぎの見解は明治期の旧慣尊重論者のそれとまったく同じである。「此(夫婦養子の)規定ハ配偶者ハ互ニ其ノ地位ヲ共ニスルト云フ思想ヨリ発スルモノナリ、夫婦ノ一方カ養子トナリ他家ニ入りタルニモ拘ハラズ、他ノ一方カ養子トナラサルニ於テハ夫婦ハ家ヲ異ニスルノ不合理アリ、又養親ト養子夫婦カ始メヨリ家ヲ同フスル場合ニ於テモ各別ニ養子トナリ得ルモノトスレハ夫婦ノ一方ニ対シテハ親子関係ヲ生シ、他ノ一方ニ対シテハ親子関係ヲ生セサルカ故ニ夫婦其ノ地位ヲ異ニスルニ至ルヘケレハナリ、最モ養親カ先ツ男子ヲ養子トナシ後之ニ妻ヲ娶リタル場合ニ於テハ養親ト養子ノ妻ノ間ニハ親子関係ヲ生スルコトナシト雖モ、夫ハ形式上ノ問題ニシテ、我國ノ婦ハ其舅姑ニ対シテハ単ナル姻族一等親ノ親族関係ニ立ツニアラスシテ真ノ意味ニ於ケル親子関係ニ入ルモノナリ、民法ハ此ノ顯著ナル事実ヲ観過シタリト雖モ事実ハ此ノ如シ、故ニ配偶者アル者其ノ一方ノミカ養子トナリ他ハ養子ト為ラサルニ於テハ養親ニ対スル関係円満ヲ欠クヤ論ナシ、之レ夫婦共同養子タルヲ要スル理由ナリ」。この立論は旧慣・旧法に対する理解不足のうえに成り立っている。

(29) 薬師寺志光・日本親族法論下巻(昭17)八〇二頁は中島説を批判して「我民法が「共同縁組」を選んだのは、それが一家の平和のために処する唯一の方法ではないが、他の方法として考へられる「配偶者の同意」よりも得るものがあると考えたためである」と謂はねばならぬ」という。前述のように、立法者が「配偶者の同意」と「夫婦養子」の優劣を検討した形跡はみられないのであるが、かりに両者の立法論として優劣の問題があれば、夫婦養子がまさる理由が問われることにならう。

(30) 近藤英吉・親族法講義要綱(昭13)一五三頁「……乍併、一般に子の配偶者は単に法律上姻族たるに過ぎないにも拘らず、養子の場合に限り、夫婦共に養子としなければならぬ理由を理解するに苦しむのである」。戦後においてこそこれは一般にいわれているところであるが、戦前においてこの見解があつたことは注意を惹く。

- (31) 中川善之助・新民法の指標と立案経過の点描(昭24) 八六頁。
- (32) 中川善之助・民法大要親族相続法(昭25) 一一三頁。その後民法大要は全訂(昭29)、改訂(昭38)、新版(昭50)と版を改めたが、この部分に変更はない。
- (33) 中川善之助・親族法(下巻)(昭33) 四一七頁。新訂親族法(昭40) 四三二頁も同じである。
- (34) 我妻栄・改正親族・相続法解説(昭24) 八八頁は「夫婦個別縁組は」この度の改正でそこまでする必要はないと考えられているわけであろうが、養子制度の根本問題の一つとして研究を要するであろう」とする。
- (35) 我妻栄・親族法(昭36) 二六一頁。永井・前掲(四) 二二頁もこれを引用している。
- (36) 婚姻の効力よりはむしろ妻の随伴入籍(民法七四五条)のほうが重要である。前掲註(19) 参照。
- (37) 改正要綱第二継親子は「継親子ノ関係ハ父又ハ母ノ家ニ生マレタル子ト父又ハ母ノ後妻又ハ後夫トシテ其家ニ入リタル者トノ間ニ生ズルモノトシ、養子トノ関係亦之ニ準ズルモノトスルコト」として、通説・判例上継子とされていた連子を排除し(「家附の子」にかぎる)、単身の養親が配偶者を迎えた場合にも継親子関係が成立することを確認していた(穂積重遠・相続法第三分冊(昭22) 四六八頁参照)。後者は最初から問題があつたところであり、たとえば奥田義人・親族法(明41) 一八九頁「民法ノ規定ヲ嚴格ニ解釈スルトキハ单身ノ者養子ヲ為シタル後配偶者アルニ至リタル場合ニ其再婚ナルトキハ其配偶者ト養子トノ間ニ継親子ノ關係ヲ生スルニ拘ラス初婚ナルトキハ其配偶者ト養子トノ間ニハ単ニ姻族關係アルニ過キサルコト、為ラサルヲ得サルヘキナリ是レ果シテ民法ノ精神ナルヘキ歟頗ル疑ナキ能ハス止ムヲ得スムハ斯ル場合ニ在リテハ継親子ノ關係アルモノト為スヘキ乎而モ継父ハ母ノ後夫ニシテ継母ハ父ノ後妻ナリトノ定義ハ之ヲ維持スルニ由ナキコト、為ラサルヲ得ス」という疑問があつた。もともと旧慣でも難しい概念であつたから、旧法のように「継親子」の定義を欠く場合には混乱を生ずるのは当然であつた(学説の対立については薬師寺志光・日本親族法論上巻(昭14) 九一頁以下参照)。人事法案では、第三草案までは「養子ト養親ノ配偶者トノ間」を明示していたが、第四草案で「家附ノ嫡出子ト父又ハ母ノ配偶者ト為リタル者トノ間」に統一され、第五草案ではこれが「父又ハ母ノ配偶者ト家ニ在ル子トノ間」

に改められている。かりにこの改正によって、養親の配偶者と養子との間に全面的に^い継親子の關係が成立することになつたとしても、これが「夫婦養子」に影響をおよぼすものでないことは明らかである。

(38) 改正要綱の第二十一の解説については穂積・前掲五一―一頁以下参照。

(39) 穂積・前掲五二―二頁。

(40) 唄Ⅱ利谷・前掲四七四頁註(3)参照。

(41) 中田薫「徳川時代の養子法」法制史論集第一卷(大15・昭45)三七八、四五五頁。

(42) 中田・徳川時代の文学と私法(大12)八八頁(徳川時代の文学に見えたる私法(昭3)二一九頁)は其碩・世間娘氣質によつて「養子ヲ勤当シ」後へは日本橋の妹簪を夫婦呼入れて家を立つる相談極まり「妹夫婦を跡目に立つれば」トアリテ妹夫婦ヲ養子トセル例ヲ出セリ」として、これを夫婦養子の例に掲げているが、右に養子というのは実子であり、妹と^いうのはその実子の妹であつて、妹婿・妹夫婦は親からいへば娘婿・娘夫婦であることは、つぎの原文をみれば明らかである。中田博士の掲げるのはこれだけであるから、けつきよく博士の^いう夫婦養子には根拠がないことになる。

其碩自笑傑作集上(帝國文庫)四九〇頁「腎八三野へ通ひそめ一日も宿にゐねば、親達驚きさまく異見せらるれども中耳へも入らず、……今ははや異見も盡て、外さま沙汰になつて勤当帳に付て追失ひ、後へは日本橋の妹簪を夫婦呼入れて、家を立つる相談に極まり、又爰にてもおゆきに断いふて尿す談合、連合勤当せらるる上は是非におよばぬ首尾なれば、帰るまい共いはれず、此所でも懐に祝言の塊だかへてただならぬ身、平産いたさは此子は此方へ御請取なされて下されと涙ながらに申せば、妹夫婦を跡目にたつれば、其方も知らるる通り年子に五人迄屈強成る子供あれば、其上に養へとは如何に親なればとて、^い簪の手前もあれば何もいはれず……」(傍点筆者)

(43) ただし根拠をあげているものはない。とりわけ瀧川政次郎・日本法制史(昭3)六〇一頁(講談社學術文庫・日本法制史(下)二六四頁)に「当時妹夫婦を夫婦養子となすことは、最も普通に行われた」とあるのは、先の中田博士の引例に照

らして、その根拠に疑問を感ずる。

- (44) 新見吉治・壬申戸籍成立に関する研究(昭34)一九五頁。なお大竹秀男・封建社会の農民家族(昭37)二二九頁も、農民家族において実子がいなければ単独養子ないし夫婦養子を迎えて当主の地位を継がせるのが通例であるとしており、これも実証的裏付けにもとづくものであろう。

- (45) 中笠喜雄・大阪町人相続の研究(昭51)一七二頁によれば、贅養子の場合には婚礼の振舞代だけであり、養子の振舞代は不要とされ、夫婦養子の場合には一人分の振舞銀でよい、とする町儀規定があったという。

- (46) 新見・前掲二一七頁。女房召連罷越した養子に家内頭(戸主)を譲った後に養父が女房と娘二人の家族召連单身女戸主のところに養子に赴いている。

- (47) 中笠・前掲は大阪四町の宗門人別帳を資料として一五〇七例の町人相続の実態を究明した貴重な実証的研究であるが、養子取組による夫婦養子の相続事例の有無は明らかでない。しかし巻末の相続一覧表のなかに「死後養子」の夫婦養子が一例だけ含まれている(菊屋町34。三四六頁)。右の相続一覧表には「死後養子」が非常に多く、これは前代庶民法の特色といつてよいが(大竹・前掲二三〇頁)、同じく死後養子に妻がありながら夫婦養子とはされていないものがある(平野町二丁目145。三六七頁。木挽町南之町25。四〇二頁)。相続後に妻を迎えたのでないかぎり、妻召連養子であったと推測してよいのであろうか。

- (48) 中笠・前掲二八頁も、「簡潔なる宗門人別帳の文言(脇書)の中から更に片言隻語を拾うことを以て」する町人の相続意識の解明が至難に属することを指摘している。

- (49) もっとも夫婦養子の場合には、両者の子は「養孫」になるから、この点では「家の後嗣」に関連があるようにもみえる。問題は「養孫」のために「夫婦養子」が行われたのかどうかである。そのような資料を見出すことはできないのみならず、この理由では、夫婦だけで夫婦養子となっている事例(実例は後述)を説明することができなくなるであろう。

- (50) 田中〓都竹「共同縁組をめぐる諸問題(3)」前掲四頁。

(51) 家の継承といい、祖先祭祀といい、本来男系の継承であるから、妻が養女となる理由はないし、そもそも妻子携帯入籍でもよかったことを説明することができない。

(52) 新見・前掲一六八頁に五人組帳にみられる女戸主の両貫いの例が掲げられている(一七四頁参照)。両貫いは別に古い時代にだけ行われたものでなく、今日でも巷間にその例をみることができる。

(53) 民族学者が人為血族としての養子制度の本質として扱えたものである。これについては山島「養子制度」家族問題と家族法Ⅳ(昭32)二六六頁以下参照。

三 明治前期

明治前期にはわれわれが今日問題にしているような「共同縁組」はなかったといつてよい。というのは、養親になりうるのは戸主のみであるから、そもそも養親の共同ということはありえず、また養子の場合には、「夫婦養子」はたしかにあったが、夫婦養子でなければならなかったわけではなく、夫のみが養子になってもよいし、妻も同時に養女にしてもよい、ということであつたからである。

I 養親の配偶者

明治前期における養親の配偶者の問題はいたつて簡単である。養子を迎えるのは戸主にかぎられているから、その配偶者が縁組の主体になることはありえない(共同養親ということはありえない)。戸主が養子をするについては、旧法の

立法者が云っているように「夫ノミノ意思」で行うのが普通であったかもしれないが、また妻と協議のうえで行うこともあったであろう。しかしそれはまったく事実上の問題であって、法的に問題となることではなかった。したがって、「夫が養子をする際、妻の同意を求めるのが普通であったと考えられるが、法律はその点にふれなかっただけのことでろう」というのは、現代法的理解であって、戸主が養子を迎える明治前期の制度のもとでは適切な問題把握とはいえない。さらに明治前期の養子に特徴的なのは、幼戸主の養子、あるいは亡戸主の養子（養子相続・死後養子）であり、この場合には、縁組主体という概念さへも不適切であって、戸主（あるいは亡戸主）によって代表される「家」に養子を迎えたというにすぎない⁽⁴⁾。もちろん実質的にみれば、「戸主以外のものによって養子を迎えられ」、「その家にある祖父母或いは親族が養子して」ということなのであるが、これをただちに現代的な縁組要件としてしまつては、当時の縁組を適確に説明したことにはならない。現代養子法の契約的構成になじまないところに、あるいはそれと矛盾するところに⁽⁶⁾こそ、むしろ当時の法制の特色をみるべきである⁽⁷⁾。

養子取組であると、養子相続であるとを問わず、「家」に養子を迎えれば、縁組効果として養家族関係および養親族関係が発生し、構成員はそれぞれ「養父母」と「養祖父母」「養兄弟姉妹」「養伯叔父母」などになるのであって、とくに「養母」だけが特別の縁組効果だったわけではない⁽⁹⁾。なお「養家族関係」と「養親族関係」の関連は難しい問題であり、「家」の去就によって養親族関係が変わることもあり⁽¹⁰⁾、逆に養家族関係が養親族関係に引直されることもあった⁽¹¹⁾。

なお、戸主の妻が「養母」となるのは、縁組の効果としてそうなるのであるから、縁組後に、戸主が後妻を迎え、女戸主が後夫を迎えた場合には、後夫、後妻は養父母ではなく「継父母」となる⁽¹²⁾。そして、戸主たる継父が先夫の子を養子とすることはできたが（したがって継父は養父となる⁽¹³⁾）、継母が養子をすることはできないから、継母を養母にする途はなかった⁽¹⁴⁾。独身の戸主の場合、最初に養子を迎えて、その後を妻を迎えあるいは夫を迎えたときは、戸主の妻ないし

し女戸主の夫は「養父母」となったかどうか。これを肯定するのが旧慣であつたとする見解もみられるが、筆者が知るかぎり、先例はその場合には「継父母」であるとしている。⁽¹⁶⁾

(1) 戸主以外の者が養子を迎えることを禁ずるのは明治前期を通じて不変の鉄則であつた。明8・12・17太政官指令(8・11・19内務省)〔外岡茂十郎編・明治前期家族法資料第一巻第二冊(先例)先例番号九四八。以下、先(一)九四八と略称〕、明14・4・11太政官決裁(14・3・3内務省)〔先(二)上二五四五〕参照。なお明治八年の指令では除族者の尊属親ないし親族による養子が例外として許されたようにみえるが、明7・3・22太政官指令(6・8・5大蔵省)〔先(一)三八六〕は「其家祖父母父母及親属存スルアレハ其者共ニ生産アリテ一戸主ニ立ツヲ得ヘキ時ハ其者ニ養子シテ其族ヲ襲カシムルヲ得」(傍点筆者)としており、これはやはり戸主による養子である。唯一の例外をあげるとすれば、「嗣子ナル者壮年ニ及ヒ実子無之時」の養子であり(明10・2・12内務省指令(9・12・28福島県)〔同一二八四〕)、明治政府もさすがにこの場合には戸主が「養孫」を迎えよとはいわなかつた。非戸主の養子禁止に対する疑義は、前記明治一四年の内務省稟議をはじめ数多くの伺出のなかにみられるが、戸主が養子を迎えて後に隠居をすれば「非戸主ノ養子」が生ずることの疑義もその一つであつた。明21・6・8司法省指令(21・5・25鳥取県)〔先(三)四三二七〕参照。

(2) 高柳真三・明治家族法史(昭26)七四頁。これは手塚・前掲(一)二四頁が引用しているため、あえて掲げたが、高柳「明治初年の養子法(二)」前掲一〇二頁では「妻の同意は必要でなかつたかと考へられるが、明らかに知ることができない。……妻の同意なき場合に当然に取消し得るものとはせられてゐなかつたと見られよう。」とある。

(3) 養親は個人としての「成年の戸主」でなければならぬという要件が先例上あらわれるのは旧民法公布(明23)以後のことである。

(4) 利谷「夫婦養子」前掲一五八頁は、「当時の養子縁組は、「家」共同体の秩序における一定の地位を取得するという色彩がつよい。」とする。

(5) 高柳・明治家族法史七〇頁。

(6) もちろん明治初年においても、「幼戸主が養子を迎える」ことが怪しまれなかつたわけではない。たとえばつぎの内務省
 何などに当時における個人（契約） 法的法意識を明確にみることができる。明9・10・12太政官指令（9・9・12内務省）
 「幼年ノ女戸主成長ノ後夫ト為スノ契約ヲ以テ、男子ヲ迎ヘ家督相讓度旨出願候向モ有之候処先般幼年ノ戸主ヲ他家へ養子ト
 為ス儀ハ不相成旨御裁令ノ旨趣ヲ熟考仕候ニ戸主ノ換替ハ一家ノ重大事件ニシテ今無知ノ幼年此繼授ニ依テ成長ノ後万一
 沈滞ヲ来シ遺憾ナラシメントノ高旨ト被考候へハ是亦仮令親族協議出願候共体格成定自己ノ意見相立候迄ハ難聞屈筋ト被
 存候得共未タ成規モ無之候ニ付御裁令相仰候。伺ノ趣ハ其親戚ノ協議ニ任ス可キ儀ト可相心得事」（傍点筆者）、（先(一)二
 一四）。この太政官指令によつて、「弁識モナキ幼者ノ養子ヲ為スハ……」（明11・12・26内務省指令（11・11・30・福島県
 〔先(一)上二八二七〕）、「幼年無知ノ戸主養子女貰受候儀ハ……」（明12・5・28内務省指令（12・4・7愛知県〔同一九五
 〇〕）によつての地方庁の疑問に対して、「聞届不苦」の内務省指令を繰り返すことになつた。

(7) 利谷・前掲一六〇頁は「養子は契約の目的物の地位にある場合さえある」としているが、幼戸主の場合には、養
 親すら契約の目的物であつたということにならう。これを強いて契約法的に説明するとすれば、養子・養親のそれぞれに
 ついて「代諾」的構成をとるほかないが、代諾者というのも「双方親族」であることを考えれば、当時の法意識そのまま
 に「親族協議のうえ幼戸主へ養子貰受」としておくほうが理解し易いといえよう。この場合には、だれが縁組主体かを問
 題にするのはすでに現代養子法的発想であつて、これを「幼戸主の養子縁組」と考えれば、養子相続の場合には「亡養父
 の養子取組」ということになつてしまふ。これらは「家」のために親族によつて行われる「選定養子」相続人ないしは
 「選定養子」戸主といふべきものであつて、現代養子法の要件的説明にはなじまないものである。さらに明治一七年以降
 になると、年長養子禁止の結果として「先代ノ養子」が登場してくるが、これなどは「選定養子」と「幼戸主の相続人選
 定」の複合形態であり、現代養子法的説明はますます困難かつ不適切となる。なお「先代ノ養子」については、山島「註
 釈・民法七九三条(一)」前掲二八〇頁以下参照。

(8) 養子相続の場合に、寡婦があれば、この寡婦の意に反する養子はできないとする指令があり(明17・9・24内務省指令(17・欠・欠佐賀県)「茲ニ戸主アリ死去其遺族寡婦一人アリ然ルニ外戚ノ者一人養子貰受人トナリ養子ノ親戚連署養子相続ノ義届出戸長之ヲ受理シ送入籍ヲナシタリ然ルニ右寡婦ニ於テ不服ヲ唱へ送入籍取消ノ義出願セリ抑寡婦ノ養子ニ於ケル母子ノ続ヲナスモノニシテ其母ノ協議ヲ経サル不完全ノ届ニ付直ニ取消爲致可然哉、何ノ通」(先(二)下三七四八)、寡婦が縁組主体であるようにみえなくもないが、この場合にも寡婦が養子をするわけではなく、やはり親族協議による養子貰受であることに変わりはない。ただし親族協議によつて寡婦を一旦戸主とするのであれば、もちろん寡婦の養子となる。これについて明7・5・14御指令(7・5・4茨城県)「当主他ヨリ養子ニテ事故アリ実家へ立戻リ……再養子見当候迄養母又ハ妻ノ養子ト称へ可申哉但前当主養父ノ養子ノ称フヘキ哉・本文ノ通可爲事」(先(一)四二一九)

なお養子相続の縁組効果については、明10・2・6内務省指令(9・12・15三重県)「服忌令ニ子無之死去候者名跡相続ノ爲メ新規ニ家督相続ノ時ハ養父母ノ如ク服忌可受之死去候者ノ妻ハ養母ニ可准尤養実ノ定メ養子ノ如シトアリ右ハ相続人タルモノ先代ニ対シ養父ノ名義ハ無之候得共其家督相続ヲナスヨリ義理上ニ於テ養父母ノ如ク服忌ヲ受クルノ筋ニ可有之然ラハ先代ノ者該家ニ生ルルモ或ハ他ヨリ養子ニ来ルモ其父母兄弟等ト相続人トニ於テ親族ノ名義ハ無之儀ニ候哉・死去者ノ跡ヲ相続スル者ハ尊属ノ親及弟妹ヲ除クノ外生前父子ノ約ハ無之トモ養父子ノ名義有之筈ニ付其養父ノ父母兄弟ハ無論親族タルヘキ事(伺が妻にふれていないため養父の妻が掲げられていないが、これが養母であることに疑問の余地はないであろう)」(先(一)二七七)、明11・9・26内務省指令(11・9・9広島県)「女戸主ノ養子トナリタル者ハ養母ノ亡夫トハ養父子ノ名義無之然ル処右養母亡夫ノ子女アルトキ其子女ト養子トノ称呼異父兄弟姉妹ト唱忌服受候義ニ候哉・養母ノ亡夫ハ養父ト称スヘキニ付亡夫ノ子女ハ養方ノ兄弟姉妹タルヘシ」(先(二)上一七五二)

また入夫婚姻の場合にも、「女戸主ノ父母存亡ニ拘ハラス」「養親子ノ縁義ヲ以テ相続」するものとされたから、これなどは婚姻によつて「養父母」の縁組効果を生じたともいえる。明9・3・13太政官指令(8・11・30内務省)「先(一)一〇五三」、明12・9・15内務省指令(12・9・6山形県)「先(二)上一〇五〇」明21・9・18内務省回答(21・8・11愛媛県)「先

(三)四三四八) など。なお山島・前掲(一)三八一頁参照。

(9) なお「弟妹養子禁止」は妻の弟妹にはおよばなかつたから(明11・6・5内務省指令(11・1・12東京府)(先(二)上一六三三三))、戸主が妻の妹を養女にすれば、妹(養女)にとつて姉は「養母」になるとされていた。明18・12・21内務省指令(18・12・7愛媛県)(先(二)下三九七七)、明19・12・15司法省指令(19・12・3徳島県)(同四〇六〇)

(10) 養父母も一旦「家」を去れば、「養叔父母」の続柄となり、その後に復籍してもその称呼が変わることはなかつた。明9・4・27太政官指令(9・4・5内務省)(先(一)一〇九)、明16・1・23内務省指令(15・12・19島根県)(先(二)下三一四)、明21・3・21内務省回答(21・2・27東京府)(先(三)四二八三)。なおこれについては山島・前掲(一)三八六頁参照。

(11) たとえば戸主甲が乙を婿養子としたが、家女幼少のため結婚未了の間に、甲死亡し、ついで戸主となつた乙も死亡、そこで養子相続人として丙を迎えた場合、亡甲とその妻は丙にとつて養曾祖父母にあたるが、明8・8・27太政官指令(8・5・12内務省)は「後養子〔丙〕ハ家女ノ父母〔甲とその妻〕ヲ養父母トシ前養子〔乙〕ヲ先代ト称スヘク家女ノ前養子ニ於ケル兄妹ノ続合ト相成候事」(先(一)八三〇)としている。

(12) 明12・4・19内務省指令(12・3・29山口県)「戸主養子致候後妻死去ニ付養子ノ姉ヲ妻ニ貫請度出願候者有之候処素ヨリ血縁無之義ニ付聞許不苦候哉・何之通」右聞許候上ハ妻養子ノ間ハ継母子ニ可有之哉又ハ肉縁ノ姉弟ニ可有之哉・継母ト称ス可シ」(先(二)上一九二二)、明21・3・26司法省回答(21・3・3山口県)「養父後妻ヲ娶リタルトキ及ヒ養母後夫ヲ迎ヘタルトキハ養子ヨリ養父ノ後妻養母ノ後夫ヲ指シテ単ニ養父母ト称ス可キ哉又ハ養継父母ト称ス可キ哉・継父母ト称スヘシ」(先(三)四二八五)、同旨明22・12・19内務省指令(22・11・28愛知県)(同四六二八)、明24・11・25内務省指令(24・10・14東京府)(同四九六三)

(13) 明18・10・28内務省指令(18・10・3山口県)(先(二)下三九五八)、明20・6・22司法省指令(20・5・30滋賀県)(同四一五四)

(14) 明8・3・31太政官指令(8・3・8内務省)「継母ヲ養母ト相更タムル儀ハ名実相反スルノミナラス往々縁義系統上ニ

於テ紊乱ヲ来スノ一端トモ可相成候間願意聴許不致方允当……・難聞届旨ヲ以テ可及指令事」(先(一)七〇九)

- (15) 奥田義人・親族法(明41)一八九頁「旧慣ハ養子ヲ為シタル後養親ニ配偶者アルニ至リタル場合ニ於テハ其配偶者モ亦縁組ノ当事者タラサリシニ拘ラス養親タルコトヲ妨ケサリシ……旧民法カ養子ハ縁組ノ日ヨリ養家ニ於テ嫡出子ノ權利及義務ヲ有ス(二三四条)ト規定シタル所以ノモノ其意蓋此旧慣ヲ踏襲シタルニ在ルナリ」、同・日本親族法(大5)三一頁。

- (16) 明22・12・26内務・司法両省指令(22・11・19宮崎県)「茲ニ女戸主(從來配偶者ナシ)アリ他ヨリ養嗣子ヲ貰受ケ直ニ戸主ヲ譲リ退隱ノ後極貧又ハ後見人トナスニアラスシテ只配偶ヲ欲スル思念ヨリ夫ヲ迎ヘントスルモノアリ右ハ有子ノ寡婦故ナク後夫ヲ迎フルトハ稍事実ヲ異ニスルヲ以テ聴許シ苦シカラスヤ果シテ然ラハ戸主(養嗣子)ヨリ入夫(養母ノ夫)ニ対スル称呼ハ養父ト称スヘキモノナルヤ又ハ統柄ナキモノナルヤ……前段聞届ケ苦シカラス但戸主幼年ナルニ於テハ其後見人及親屬ノ連署ヲ要ス後段継父ト称スヘシ」(先(三)四六三二)、明23・2・24内務省回答(23・2・2愛知県)「養母ノ后夫(再醮ノ夫ニアラサルトモ)ハ継父ト称スヘキ旨……御回答ノ趣モ有之候処茲ニ幼年戸主一家維持上ニ付養母ヘ夫(后夫ニアラス初メテ貰受ルモノ)ヲ貰受タルモノモ戸主ヨリ継父ト称スルヤ右ハ前夫ナキモノニ付継父ノ称呼適當セサル儀ニ被相考候ニ付猶一應及御問合候……右ハ継父ト称スル例ニ有之」(同四六七七)