慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	姉妹の爲めにする養子縁組
Sub Title	
Author	峯岸, 治三(Minegishi, Haruzō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1923
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.2, No.3 (1923. 12) ,p.250- 267
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19231228-0250

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

姉妹の爲めにする養子緣組

峰岸治三

一

民法は家督相續人の法定の順位を定め一般に相續人に必要なる條件の外に、法定推定家督相續人には（一）被相續人の家族でなければならぬし又（二）被相續人の直系卑屬であるべきことを定めてゐる（九七〇條一項）。勿論廢除された者は法定の原因が存在する場合に、相續から裁判上除斥される者であるから、被相續人の家族であらうが直系卑屬であらうが相續の資格がない譯である。而して家督相續人の法定の順位は（一）親等の近き者（二）男子（三）嫡出子（四）年長者等を先にし（五）第八三六條の規定に依り又は養子緣組に因りて嫡出子たる身分を取得した者には家督相續上其嫡出子たる身分を取得した時に生れた者として相續させることにした。これが民法上の原則である。

ところが民法は之に對し、四個の特例を設けてゐる。

(1) 入夫相續の場合(九七一條、七三六條)

(2) 引取復歸の入籍家族が相續する場合(九七二條、七三八條、七三七條)

(3) 姉妹の爲めにする養子緣組の場合(九七三條)

(4) 所謂代襲相續(représentation)の場合(九七四條、九七〇條、九七二條)

以上が即ちそれである。

私は以上の特例のうち第三の場合に就いて少しく述べて見たいと思ふのである。

二

第三の場合を、民法は法定の推定家督相續人は其の姉妹の爲めにする養子緣組に因りて其相續權を害せられることはないと規定してゐる。本條は其の言方が明瞭を缺いてゐる所から、色々な疑が起るのである。私は先づ問題を二つに分けて考へて見たいと思ふ。即ち(一)法定の推定家督相續人、及び(二)姉妹の爲めにする養子緣組とする。今私は便宜のため、(二)の問題から先きに考へたいのである。

三

姉妹の爲めにする養子緣組

我民法は養子に何種を認めてゐるか、それが問題である。抑も養子制度は我國に於ても古くから行はれてゐたものである。然しそれが法律上から見て、稍發達して來たと云ふべきは律令選定の時代であらう。畢竟養子は法律の擬制を以て人爲の血族關係を生ぜしめるもので、其前提とする所は家族制度に存するものであるとは言ふまでもない。法制史上から見ても、法律は家族制度から個人制度に移り、現今では更に個人制度を經過して社會制度換言すれば社會本位に推移しつゝあると云ふも差支ない。從つて養子制度は昔は何處にも行はれたものである。例へばローマ時代に於ては盛んに養子が行はれたものでArrogatio, Adoptioなどの區別があつた(Rudolf Sohm, Institution.n des römischen Rechts, 16 Auf S. 646 ff)。現今家族制度が餘に崩壞した歐米諸國に於ては最早家族制度を前提とする養子はない。唯それ以外の目的を以て養子制度が行はれてゐるけれども、其條件に大なる制限を加へられるやうな次第であるし、又事實上さう多くは行はれぬのである。例へば英國普通

法に於ては、養子制度は認められぬものであつた。然し乍ら近頃になつては、法令に依り規定を設けたことがあるがこれは普通ではない。大抵は裁判所の宣告に因るもので、其效果は必しも同一ではないのである。(Terry, Common law, p. 686)。獨逸民法に於ても、收養者は嫡出の直系卑屬無き者に限るとか(獨民一七四一條)養親は滿五十歲以上であつて、養子たるべき者より少くとも十八歲以上年長者でなければならぬとか(同法一七四四條)其他色々八釜しい制限を設けてゐるし、佛國民法も亦大體之と同樣な制限を加へてゐる。我民法は收養者は單に成年に達したのみを以て足りそれ以上何等の制限條件はないし(八三七條)又た收養者と養子との間に一定年齡の差あることを必要とするやうなこともない。要するに我民法は外國の民法に比較すると、其制限は極めて寬大であると云ふことが出來る。尤も大寶戶令では、養子を爲すことを得る者は子孫なき男子に限られ、女子は養子を爲すことが出來なかつた、又養子たるべき者は養親の四親等以內の者でなく、子と同列の親族であることを要し、養親とは十五年以上の差がなくてはならず、賤民であつてはいけない等頗る嚴格な制限を加へたものである。武家時代には大寶の律令は行はれな

くなり、段々と變つて來て、德川時代には、他人養子を一部の者に許すやうになつた。

かくの如くして、維新以後も依然として養子制度は我國に行はれ民法も亦之を認めてゐる、けれども歐米諸國の新思想が盛んに輸入せらるゝに及んで、我國の思想界にも大きな變化を來したのである。從つて我國の家族制度も次第々々に其色が褪せて行くやうになつたが、其後種々なる方面に於て家族制度は昔の强さを失つて行く、現に民法は其第七四四條に於て、法定の推定家督相續人たる者は他家に入ることは出來ぬと嚴禁してゐる、それにも拘らず社會の要求は之に反し、裁判所も亦其要求の無理からぬを認めて、實際上はかゝる嚴しい定めも其威力は衰へて來たし、又內縁の妻と云ふ樣な面白くない現象も家族制度の生んだ一弊害だとも云はれるやうになつた（法學論叢第九卷第五號五四頁以下中島博士論文民法第七百四十四條廢止論、同第十卷第三號一頁以下岡博士論文內縁の夫婦に就て參照）。

かくして家族制度は段々と崩壞して行くの止むなきに至つてゐる。今日の養子制度は、必しも家督を相續するばかりが其目的ではないことは明かであるが、民法九七三條などは家族制度と其消長盛衰とにすべき運命を持つてゐる。

さて我民法には養子は如何なる種類があるか、形式上から云へば生前養子遺言

養子と云ふやうにも分けられる、養子をなす目的から云へば家名を繼承させる爲めの養子もあらうし、單なる愛情に基く養子もあらう。なほ又成人の後は家女と夫婦にする目的を以て養子をなす場合もあらう、然し乍ら此等は其養子たるの實質的性質に於て、何等の區別を設くる必要はないのである。故に私は此種の養子を一括して單純養子と稱することゝする。ところが此處に少しく其法律上の性質を異にすべきものがある、即ち家女の夫とする養子がそれである。この場合には其法律上の性質を單純養子と同一視するのは正當でない、何となれば單純養子は、養子緣組と云ふ單一なる法律行爲が存するのみである、これに反しこの場合には養子緣組なる法律行爲の外に、なほ婚姻と云ふ別個の法律行爲が必要であるからである即ち壻養子はこれである。從つて我民法に於ては實質的性質に於て單純養子及び壻養子の二種の他に何者も存することなしと云はねばならぬ。であるから所謂姉妹の爲めにする養子緣組も其の孰れかに屬すべきものである。

私はこゝで少しく壻養子に就いて述べる必要がある。壻養子に就いてまづ考へねばならぬことは養子緣組と婚姻とは異時でも差支ないが、或はまた同時でな

ければならぬかと云ふことである。世間では異時の場合即ち先づ養子縁組をなし後に至つて、婚姻した場合の如きもこれを壻養子と云つてをるやうであるが、民法上の解釋論としては養子縁組と婚姻とが同時になされねばならぬと解すべきであることは一般に學者の認めてゐる所である（奥田博士親族法論二一五頁、牧野菊之助博士日本親族法論三三四頁）。これは民法が婚姻の豫約を認めてゐない（大正四年一月二十六日大審院判決を以て直に一般的に婚姻の豫約を認めたと解するは穩當でない）ことから考へて見ても同時説が正當と云ふべきである。けれどもこれは民法上から押し出した解釋であつて、實際上社會で云はれてをる壻養子より狹い範圍に限定しなければならぬに至つたことは立法論としては一應考へべき餘地の存する所であるが、この問題は今暫く之を措くことゝする、それ故壻養子たるには養子縁組の外になほ婚姻の要件を具備してゐなければならぬことは勿論である（七六條、五條、八七條以下）。

さて姉妹の爲めにする養子縁組とは如何なる意義であるか。法曹會の決議に次のやうに云つてゐるものがある。即ち荒田簡二君の提出した問題に曰く、甲乙姉妹の兩女子ある場合に乙妹に對する女壻となす爲めにする場合に於ては毫も

甲姉に於て相續權を侵害されることなきは明かだが、女壻とするには必ず養子緣組と同時に婚姻を爲すことを要するや、又は其後に於て婚姻をなすとも、苟も養子緣組の當時女壻となす爲めにする意思が明かであるならば、甲姉は第九七三條に依り依然相續權を有するのであるかこれに就いて甲乙の兩說がある、

甲說　養子緣組と同時に乙に對し婚姻をなした時でなければ第九七三條は適用出來ぬ

乙說　縱令養子緣組と同時に婚姻をなさずとも養子緣組の當時女壻となす爲めにする意思が明なれば甲者姉に於て其相續權を害せらるべきものに非ざること第九七三條に依り明かである。

この兩說の孰れが正當であるかと云ふ質疑に對して法曹會の決議は次の如く答へてゐる。

「乙說ヲ可トス

理由　民法第九七三條ハ養子緣組ト同時ニ婚姻スルヲ必要トセス單ニ女壻ノ爲ニスル養子緣組ナルトキハ法定家督相續人ノ相續權ヲ害セズト規定

セシニ外ナラズ故ニ縁組ト同時ニ婚姻ヲ爲サザル場合ニ在リテハ姉妹ノ爲ニスルトノ意思ハ一面ニ於テハ婚姻ヲ豫想シ一面ニ於テハ直ニ法定家督相續人ノ相續權ヲ侵害スルコト能ハザル法律上ノ效果ヲ生ズ而シテ其豫想ノ成就スルト否トハ此效果ニ毫末ノ影響ヲ及ボサザルナリ」

とある（明治三十六年七月三十一日法曹記事第百四十號十二頁乃至十五頁）。この決議に依れば將來女壻となす爲めにする意思の存在する時は第九七主條の適用があることゝなる、從つてさういふ意思が無い場合、或は少くとも其意思を認定し兼ねる場合には本條の適用はないことゝなろう。次に或者は曰く、姉妹の爲めにする養子縁組とは勿論女壻のことであるけれども、其女壻の存否は相續開始當時を標準として決定すべきものである。故に養子縁組と同時に婚姻があつた場合は勿論養子縁組と同時に婚姻がない場合であつても、家督相續開始當時に於て養子が女壻となつてゐたならば、本條の適用がある。而して女子の配偶者と爲す意思の存否は之を問はぬものであると主張する（柳川學士日本相續法注釋上卷二四八頁）。意思の存否に依り區別を設けるのは、養子の目的に依つて區別を設けることゝなるから贊成することが出來ぬ。しかのみならず最初意思があ

つて後に其意思が無くなつた場合に不都合を免れまい、又其反對に最初は意思が無くとも其後に至つて意思を生じた場合にも不公平な結果を生ずることになるまいか。意思の存否は之を問はぬと云ふ點から考へて見ると、後說の方が解釋論としても又實際上から云つても適當と云はねばならぬ。けれどもこの說も亦面白くないところがあるやうに思はれる、我民法に於ては、前にも述べた通り、單純養子と增養子とだけがあるから、相續開始當時に女增たる者は相續權がないとすると、またこゝに一種の養子を認めることにはなるまいか、又た若しこれを增養子の一種と見る時は婚姻と養子緣組と同時に成立することを要件としてゐる增養子の法律上の性質に違背することゝならう、或はまた單純養子の一種とはなほ更考へられぬ、何となれば單純養子ならば民法の原則に依つて相續權を有するものであるからである。民法第八三九條の但書には、女增と爲す爲めにする場合と云ふ文字を用ひてある。此の女增と爲す爲めにする養子と云ふのは、或は一見別種の養子の如く考へられるけれども、本條は、第九七三條と關聯してゐるもので、この場合も亦增養子のことを意味してをるのであるから、特に民法が女增と爲す爲めに

する養子と云ふやうなものを認めた譯ではないのである（奥田博士前掲二八九頁―二三〇頁、牧野博士前掲三一五頁―三一六頁）。

次に相續開始當時を標準とする時は、實際上から考へて見ても、どうかと思はれるところがないでもない。例へば實子を有しない爲めに、他家から養子を迎へて此者を以て法定推定家督相續人とした、ところが其後になつて計らずも實子を擧ぐるに至つたときは、これがため養子の相續權に動搖を來すものであらうか（八六〇條九七〇條一項五號九七〇條二項）。して見れば相續開始當時女壻たる養子は相續權がないとすると、最初は疑もなく立派に法定推定家督相續人であつた養子が、其後婚姻することにより、しかも其相手方が例へば長女の妹である（女子のみある場合）と云ふ事實のために、一朝にして其の相續權を喪失してしまはなければならぬ悲しい境遇に陥ることゝならう。して見ると養子が自己の地位の安全を保つには家女と婚姻することは危險となり結局法律を以て間接に之を禁止したやうなことにはなるまいか。これは明かに養子の利益を餘りに輕々視すぎたものと云はなければなるまい、のみならず斯の如き時は、養子となる者も大いに考へさせられるであらう。苟くも養子制度を認めた以上、其正否は別問題として、相當に其利益を保護してやらなけ

ればならぬ。家族制度にして、前にも述べた通り既に其强さが昔日の觀なき今日なほ更さらであらうと思ふ。また家督を相續すべき養子が、どんな事情に依り後日に至り家女と婚姻しないとも限らない、其時になつて突如として相續權を喪失することはなるとこれを廢れて養子たることを控へるやうにはなるまいか、かくては民法が養子制度を認めたと云ふことから考へて見ても面白くないと思ふ。兎に角相續開始當時を標準とすることもまた相當に贊成し兼ねる結果を生せざるを得ないのである。

そこで私は所謂姉妹の爲めにする養子縁組とは、矢張り增養子のことで、なければならぬと解するのである（奥田博士相續法論二〇〇頁、牧野博士日本相續法論一一六頁）。然し乍らこの解釋に就ても絶對に不都合な結果が生じないと云ふことは出來ぬ。即ち姉妹の爲めにせざる養子縁組は、之を單純養子と見て差支ないから、養子をなし次ぎに婚姻せしめた場合には第九七三條の適用はないとしても、これを惡用した場合がそれである。例へば長次女ある者が、次女を愛するの結果長女をして家督を相續させることを欲しないために、次女に增養子をしやうと思つた時、增養子とする時は直に第九七三條

の適用を受けるから、先づ養子をなし次に次女と婚姻せしめたらどうだらう、言ひ換れば長女の相續權を害する目的を以て養子緣組をしたらどうだらう。債權關係に就いては民法は債權者取消權（四二四條）なるものを認めて債權者を保護してゐる、けれども親族關係に就いてはかくの如き取消權がない。前例に於いて長女は自己の相續權を害する目的を以て爲された養子緣組に對し取消權を行使することが出來たならば、不當に自己の權利を害せらるゝ虞もあるまい。けれどもこれは立法論として考究すべき餘地はあるとしても、實際上長女は甚だ不利な地位に置かれてゐると云はねばならぬ。斯の如きは固より本條の徹底しなかつたことにも原因してゐるが、法律上女子の地位をもつと向上せしめる必要もある。元來我民法の主旨は男子相續を以て原則としてゐる、これは尤も從來の慣習をも考慮したからでもあらうが、現に長子相續と云ふことも、實際上は漸次さう嚴格に行はれないのみならず、社會はこれに對する苦痛を感じ始めてゐる。今日女子を家督相續に於て原則に對する例外の地位に置くことは必要であらうか。民法には諸所に男尊女卑の思想が現れてゐる、例へば妻を一般的無能力者と同列にしたり（十四條以

下)、法律上の性質は少しも異ならないのは同意を許可と云つて見たり(同條一項)、或はまた夫婦の財産關係に就ても(民法第三節)さうである。女子を不當に尊敬する必要のないことは勿論だが、不當に其の地位を降下せしむる必要も亦更にないではないか。事實上女子の地位を引き上げる必要を感ずると共に、一方養子も其法律上の地位は兎も角、事實上に於いて餘り有利の地位ではないことは、一般に世間で知つてゐる通りであるから、家族制度が色々な形で破られて行くにつれ、傳統的觀念及びこれから流れ出た慣習はよしあるにせよ實際上其數を減少して行くことになるだらう。

四

法定の推定家督相續人

次に私は法定の推定家督相續人の意義に就いて、一言することにする。この意義に就いては殆んど學說が一致してゐると云つてもよい、從つて事新しく說明する必要もないと思ふけれども異說もないこともないから、一言して置きたいのである。

或者はこゝに所謂法定推定家督相續人を解して、次のやうに云つてゐる。即ち

「……凡ソ法定ノ推定家督相續人タル嫡出ノ男子ハ其姉妹ノ爲メニスル壻養子縁組ニ依リ家督相續ヲ爲スコトヲ妨ケサルコトハ第九百七十條第五號及ビ第二項ノ規定ニ依リテ明ナル所トス然レトモ法定ノ推定家督相續人タル庶出ノ男子アルニ當リ其妹ノ爲ニ壻養子ヲ爲シ又ハ姉ノ廢除ニ因リテ妹カ法定ノ推定家督相續人ト爲リタル後其妹ノ爲メニ壻養子ヲ爲シタル場合ニ於テハ第九百七十條ノ規定ニ依リ嫡出ノ男子ハ庶出ノ男子ニ先チ又親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ハ私生子ヲ除ク外女ニ先ツカ故ニ別段ノ規定ナクンハ養親ノ嫡出子タル身分ヲ有スル壻養子ハ家督相續ニ付キ先順位ヲ有スルニ至リ壻養子ヲ爲スコトヲ許シタルカ爲メニ法定ノ推定家督相續人ノ權利ヲ害スル結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ第九百七十三條ノ規定ハ第九百七十條ノ規定ノ適用ヲ制限シ前述ノ場合ニ於テ法定ノ推定家督相續人タル者カ其身分ヲ失フコトナク壻養子ニ先チテ家督相續ヲ爲スヘキ旨ヲ定メタルモノナリ……中略……之ヲ要スルニ第九百七十三條ニ所謂法定ノ推定家督相續人トハ壻養子縁組ノ際現ニ其身分ヲ有スル者ヲ指

）スモノナリ」（仁井田博士親族法相續法論四二一頁―四二二頁）。これは增養子緣組當時を以て、法定推定家督相續人の意義を定むるもので、即ち增養子緣組の時現實に法定推定家督相續人として存在して居る者が第九七三條の適用を受ける者であるとするのである。けれども斯の如く考へると、本條の適用は極めて其範圍が狹くなつて、實際上から云つても極く特殊な場合にのみ限定されてしまふことになる。例へば姉の增養子のために妹が其相續權を害せられると云ふ場合は、姉が廢除された時の如きもので理論上は兎も角、實際上に於て餘り多くはあるまい、又は長女が次女の增養子、庶男が其妹の增養子に依り相續權を害せらるゝが如き場合で、肝心な嫡出の男子は除外されてしまう。養子をなしてから後に實子が生れた場合と、本條に於ける場合とは其性質を異にしてゐるから、この場合にもまた後から生れた嫡出子に相續權なしとするの理由は少しもないと云はねばならぬ。例へば長次女ある者が其後男子を擧げた場合には、其男子は長女に優先して相續をなすことは、少しの疑もないところである。然るに男子出生前に次女に增養子をなし、相續開始前に長女が死亡したとする、其時に相續すべきは增養子であると云ふならば、本來長女に對して

下位にあつた壻養子が、長女に對して上位にある男子を排して相續することになり、甚だ不都合な結果を來すことにならう。のみならず、社會本位の立場から見ても、壻養子縁組當時を以て法定の推定家督相續人の意義を定むるのは、穩當と考へられぬ次第である。從つて法定の推定家督相續人の意義は、どうしても相續開始の時を以て定めなければならないのであつて、法文には、相續開始當時現實に存在するものをのみ包むものとは限らないのである（奥田博士前掲一一〇頁、梅博士民法要義卷之五四〇頁、牧野博士前掲一一九頁、一二〇頁、相川學士前掲二四五頁）。

五

之を要するに姉妹の爲めにする養子縁組とは壻養子のことである。換言すれば、これは養子縁組當時を以て定まるものである。法定の推定家督相續人は相續開始當時を以て定るもので、縁組當時現實に存在する者ばかりではないことになるのである。壻養子縁組でも婚姻は其届出に因りて效力を生ずと云ふ第七七五條の規定が影響を及ぼして、つひに本條にまで波及するに至つた、一方に於ては所謂内縁關係の發生を餘義なくして、社會に悪い結果を齎らしてゐるから、學者が盛

んに攻撃してゐる所である。かように我婚姻の形式主義は其及ぼすところ、法律關係のみならず、事實關係にも障りが出來て來るのであるから、まづ其源から改革して行かなければ第九七三條の解釋は圓滿なる譯にはゆかぬものである。

（一九二三・一二・五）