九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

現行民法親族編相続編の成立及び解釈と改正の要綱：法典調査會議事速記録の研究

増渕, 俊一

https://doi.org/10.15017/14464

出版情報：法政研究. 7 (1), pp.217-318, 1937-03. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

現行民法親族編相續編の成立及び解釋と改正の要綱

—法典調査會議事速記錄の研究—

增淵俊一

此の貧しき勞作を
別冊法典調査會議事速記錄索引と共に
謹みて舟橋諄一先生に捧ぐ

現行民法親族編相續編の成立及び解釋と改正の要綱

序

法典調査會は明治二十六年三月勅令第一號を以て設置せられ、（富井博士「民法原論」一卷六九頁）民法親族編相續編の議事は明治二十八年十月十四日午後三時二十六分開會の第一二四回に始まり明治二十九年十二月十六日午後三時五十分開會の第二〇二回を以て一先づ終了した、前後七九回。

後の引用の便宜上構成員氏名を記してみると

議長　箕作麟祥　清浦奎吾（一九四回以降）　三浦安（二〇二回）

起草委員　穗積陳重　富井政章　梅謙次郎

其他　本野一郎　土方寧　山田喜之助　村田保　木下廣次　田部芳
高木豊三　穗積八束　奥田義人　鳩山和夫　井上正一　都筑馨六
岸本辰雄　清浦奎吾　三崎龜之助　末松謙澄　横田國臣　重岡薫五郎
元田肇　菊池武夫　長谷川喬　南部甕男　金子堅太郎　磯部四郎

三浦　安　尾崎　三良　中村　元嘉　西源　四郎　岡野敬次郎

而して右議事の速記錄が巖松堂から數千丁全二十五冊に纏めて印行せられた。（穗積重遠博士「有閑法學」二四一―二四八頁參照）私の研究はこれに據つたのであるが、本記錄は美濃紙版和紙に謄寫刷りで、回を異にして字體の區々なのやインク薄く、不鮮な個所の多いのはまだよいとして誤字アテ字多く誠に以て難物である。加之審議は法典章節の順序に依らず原案の條文番號も現行のと違ひ、これがまた削除・修正・轉換・場所變更等の爲め回を追つて始終變更する。從つて何々條を云々とあつてもどの條文のことか迷ふのである。併し何はともあれ本記錄は民法研究上貴重な一文獻たるを失はない。

昨年以來これの索引（條文・事項其他）を作る爲にぼつぼつ讀み續けて最近やつとこれを完了することが出來たのであるが、この爲めに各法條の立法理由、沿革、立法例、起るべき法律問題、（現時の解釋論上の諸問題は當時既に論議せられてゐた）豫想さるゝ利弊等々に付いての前記諸先覺の熱心なる討論審究に接し得て啓發さるゝ所極めて大であつた。當然のこと乍ら一驚したのは委員の理論・說明が新鮮なこと――正しくいへば古くさくないことであつた、具體的例證に抽象的論理に卓越し比較法的・法制史的資料の豐富なことであつた。委員が總て當時の否我國古今の法學泰斗であることは言はずもがな、こゝには民法を如何に立法し解釋し運用すべきかの根本問題が縱橫徹底的に論じ盡されてゐる。本記錄は示唆多き一大註釋書である。

本記錄の研究はその全體に亘り即ち民法の個々の規定の全部に付て爲されねばならぬであらうし私も亦將來に

之を希求するものであるが、今は唯特定の事項に付考察するにとどめる。その事項の選定と敍述の順序は大體親族法相續法の改正要綱に據つたが必ずしもその通りではない。

私達は本記錄上にさしあたり、舊民法、「現行民法の原案」（單に原案と呼ぶ）、現行民法並に改正の要綱と此の四つの法律又は法律的體系を觀望することが出來る。これらは全部夫々異つたものである。原案と現行民法それ自體も異つてゐる、のみならず原案も提出された際と調査會の議を經て修正又は可決された時とで違ひ、それがまた現行法條とも違つてゐることが多い。明治三十一年の議會に於て現行民法親族編相續編は全部草案通り通過したといふのであるから（富井博士前揭七〇頁・岩田新「日本民法史」四七頁）現行民法即ちその議會に出た草案は法典調査會で可決した原案どほりの筈である。然るに事實はさうでなく、右二者の間には差異があり、甚しきは全く正反對になつてゐる。例へば調査會では婦の夫家、入夫の婦家に於る尊屬親との關係を親族とし、廢戸主の規定を置き又離婚及び離緣に因る扶養義務を認めることを可決したが（本稿**一・一〇・一六**參照）議會に提出した草案上に——從つて現行法の上に——載つてゐない、又年齡の如何を問はず自由結婚を認めないことに決してゐたのに（本稿**一一**參照）現行法では年齡で區別してゐる（第七七二條）如きである（其他斯る例に付ては本稿**四（その一、三）・六・八（その三）・二〇・二三・二六（その二）・二八（その二）・三五**の外別册「法典調査會議事速記錄索引」中條文索引の2「削除されたる原案條文」の項に數多く見られるのであらう）。右の變改削除の過程は詳かでない。併し注目すべきは斯様な廢止案がいづれも改正要綱によつ復活せられんとしてゐることである。（親第一〇・一一・一七參照）。

それは兎も角として以上のやうであるから、嚴密には私達は本速記錄を通して、舊民法、提出原案、修正可決（否決）原案、現行民法、改正要綱の五つの法律を鳥瞰し得るわけである。

民法改正要綱の內容は決して或は必ずしも新しいものではない、それらのうち身分法的に本質論的な部分の多くは、少くともその外形に於て、舊制度や舊法規（殊に舊民法や削除された民法原案）の復活であり再生であり、或ひは法典調査會に於て敗北し去りたる理論の甦生である。例へば家族の分家・婚姻・緣組・離婚・離緣等につき年齡に拘らず父母の同意を要し父母の代りには祖父母をも同意權者とした如き（親第四・一一・一五・二三・二五）、法定後見人として祖父母を擧げた如き（親第二九）、其他後見監督人に關する改正（親第三〇）の如きは、何れも舊民法の規定に還らうとするかに見える。親族の範圍の擴張（親第一）、戶主の同意權の制限（親第四・一一・一五・二三・二五）、戶主の監督義務（親第六）、戶主權代行者の設置（親第七）、離籍原因の一般的規定・離籍者の復籍（親第八）、廢戶主（親第一〇）、事實婚主義の採用（親第一二）、離婚に因る扶養義務（親第一七）、親族會の構成（親第三一）、親族會の代表（親第三二）、親族會の書面決議の有效（親第三三）、女戶主の入夫婚姻と戶主權不動の原則（相第四）、遺產相續人の範圍及び相續分の變更（相第六）、相續財產の非法人化（相第一三）等は何れも現行民法起草者から原案や修正案として提出されたか或は一般に議事中に主張せられたかして結局敗れ去つた經驗のある事項ばかりである。

法典調査會が活動したのは今より四十餘年前、丁度日淸戰爭を前にした近代日本の勃興期、封建的身分的組織

より資本主義的自由主義機構への破壊・改造・新設の時代であつた。そして大まかに言ふと其の委員殊に起草委員には明らかに三つの傾向が觀取された、一は古來の家族主義・家長主義に立脚する觀念的消極的な保守思想であり、二は新しき個人主義を以て積極的に萬般を一貫せんとする氣鋭の純理派、そして殘る一は妥協的中庸派である。法典調査會に於て常に論爭果敢以て壓倒的に勝ち續けて來たのは右第二派であつた。從つて現行民法は根本的に右第二派に依つて樹立されたものと言ひ得る。然るに改正要綱は現行民法の規定中我邦古來の淳風美俗に副はざるものありとして之に變革の斧を入れた。その結果として示されたものは、法律技術的要素の多い部分に於ては確に進歩合理化されたが——例へば家事審判所なる裁量的監督指導機關又は親族會々長の設置、相續財産の分配の範圍の公平な擴張、相續人不明の相續財産の處理方法或ひは遺言の方式效力の擴大など——、併し身分的本質論的方面に於ては前述の様に復古還元してゐる。これは私達に一種の強い感動を與へる。而も淳風美俗に副ふと宣言さるゝ新要綱が、少くともその外形に於て、今より約五十年前即明治二十三年一旦公布されつゝも我國情民俗に適せずとして施行を廢された舊民法や、四十餘年前調査會に於て敗退した主張(前記第一の派の所論)などの舊態に復してゐる事實は、先づ強い關心を置くに足る現象である。それが外觀のみの無意識的な偶然の暗合ならば論ないが、意識的なると否とを問はずその內容・精神的基調を同じくするものであつたら右の復古は如何に說明さるべきか。明治二十年代に無視せられたる少數說が昭和年代に於て支配的地位を占めるに至る社會的基礎は何か。政治的外交的必要と世界主義的思潮とから急製された現行民法の中間的役割が既に終りを告げたの

であるか。復古は逆行に非ずして正しき軌道への復歸であるのか。

私は改正要綱に揭げられた事項を主とし此等につき現行民法起草者達の見解を聽き、五つの法律が如何に規定したかを見て、要綱の精神の源泉・民法改正の道の發端を探ぐつてみたいと思ふ。これはやがて解釋と立法との今後の道標ともなるであらう。抱負は右の如くであるが、淺學菲才剩へ短時日のため扱ふ範圍狹く探求皮相に終り、本稿は唯素材を生のまゝ展覽するにとどまる。

凡例　本稿中、一二四回五、同六、親第七、相第八はそれぞれ、第一二四回議事速記錄の五丁、同回の六丁、親族法改正要綱第七、相續法改正要綱第八の略である。親族法改正要綱、相續法改正要綱は正しくは民法親族編中改正の要綱、民法相續編中改正の要綱であるが略して右の如く又單に改正要綱或は要綱とのみ云ふ。引用文中の「既成法典」は舊民法を指す。何條文、引用文、判例中の傍點・訓點筆者。

內容

序

第一部　親族編

一　親族の範圍　二　繼親子
その一　直系血族　三　庶子の入家
その二　子の配偶者の父母、養子の父母及び子の養父母　四　分家
その三　婦の夫家、入夫の婦家に於ける尊族親との關係　その一　現行民法第七四三條の成立

その二　戸主の同意權の制限
その三　法定推定家督相續人の分家
五　廢絕家再興
六　戸主の監督義務
七　戸主權の代行
その一　親族會による戸主權代行
その二　親權者による戸主權代行
その三　後見人による戸主權代行
その四　裁判所の命令による戸主權代行
八　離籍及び復籍
その一　離籍原因の一般的規定――家名を汚す行爲の制裁
その二　戸主の意に反して居所を定めたときの制裁
その三　戸主の同意なく婚姻又は養子緣組を爲したときの制裁
その四　實家の戸主の同意なく離婚又は離緣をしたときの制裁
その五　離籍せられた者の復籍
九　離緣又は離婚等に因つて家を去る者の子の家籍
一〇　廢戸主
一一　婚姻の同意
その一　自由結婚禁止と祖父母の同意權
その二　自由結婚の制裁
一二　婚姻の成立
その一　婚姻の儀式
その二　婚姻の届出
一三　重婚及び近親結婚
一四　協議離婚の同意
一五　離婚の原因――精神病と離婚
一六　離婚及び離緣に因る扶養義務
一七　嫡出子の否認
その一　現行第八二四條
その二　否認權行使期間
一八　子の認知の無效及び取消
その一　原案第八三三條但書
その二　子其他の利害關係人の無效又は取消の主張期間
一九　緣組の許可

二〇　緣組の同意
二一　尊屬又は年長者養子
二二　協議離緣の同意
二三　精神病と離緣――無能力者に代つて爲す離緣の訴
二四　親權行使の制限
二五　親權の喪失
二六　後見人
　その一　法定後見人としての祖父
　その二　法定後見人としての妻―禁治産者の後見人の順位
　その三　後見人の數
二七　後見監督人の規定とその選任
二八　親族會の構成
　その一　親族會の員數
　その二　無能力者の爲の親族會
　その三　親族會構成の困難又は不能
二九　親族會の代表――會長
三〇　親族會の決議
　その一　書面表決の效力
　その二　親族會決議に代はるもの
三一　扶養義務

第二部　相續編

三二　家督相續と遺留分又は相續財産の分配
三三　廢嫡
三四　入夫婚姻と家督相續
　その一　入夫婚姻と相續の開始
　その二　入夫の離婚
　その三　入夫の死亡
三五　嫡出女子と「女戸主の庶子」
三六　國籍喪失に因る家督相續
三七　遺産相續人の範圍及び相續分
　その一　配偶者の遺産相續順位
　その二　直系卑屬の相續分
　その三　兄弟姉妹の遺産相續權

三八　胎兒の利益保護　四一　絶家の時期
三九　親族入籍者等の相續順位
四〇　相續人確定の手續及び相續人曠缺の場合に於ける相續財産の處理

第一部　親族編

一　親族の範圍

（舊民人一九―二四・原案七三三・修正七三八・現行七二五・親第一）

親族の範圍は原案（第七三三條）に於ても大體現行第七二五條と同樣に定められた（一二四回三）。

その一　直系血族

起草委員によれば、親族殊に血族の關係を無限に認めるのは理論上正しいけれども、「親族關係ニ法律上ノ效力ヲ附スルニ當ツテハ無限主義ハ甚ダ不便デアルト思ヒマス。此親族關係ト云フモノハ御承知ノ通リ遠クナルニ從ツテ薄クナル（中略）夫レニ權利義務ガ附クト云フコトニスルノハ實際當ヲ得ナイト思ヒマスニ依テ先ヅ無限主義ハ採ラナイコトニ」した、之が慣習であつた（富井一二四回六・二七）。併し梅氏は、血族親の範圍の擴張が家族制度の緩和崩壞の過程と逆行的に企圖されつゝあることを指摘し、次の樣に論じてゐる――これはただ一點從

來の慣習と違ふ所である、從來は家族を重んじて家族ならば緣の遠いものでも親族と言ひ、さうでない者は緣が近くとも親族と言はぬ傾向があつた、然るに時代の趨勢は家族制度の緩和に向ひ「家ヲ重ンジテ居ツタトイフ點ガ緩ンデ、從來ハ血族ヲソレ程重ンジナカツタノヲ今度重ンズルトイフ方ニ傾イテ來テ居ルコトハ爭フベカラザル事實デアツテ、又今日迄ノ內務省司法省等ノ行政上指令ヲ下シテ居ル傾キガ調ベテ見ルト同ジコトデ」これは役人の創造ではなく輿論であり時勢なのである、と（梅同二九）。即ち梅氏に依れば血族親の範圍擴張は家族制度緩和の象徵・これが救治策なのである。

これに對し更に一步を進めて、社會道德上の觀念に從つて親族の範圍を規定すべしと論ぜられるのは獨り穗積八束氏であつて、吾國古來の觀念では親族は血族であり、血族が親族である、「配偶者ト雖モ是ハ我家ニ這入ル者デアリマスカラ我ガ血族ト看做ストイフヤウナ主義ニスル方ガ古來ヨリノ習慣ニ適ツテ居リハセマイカ（中略）。祖先ニ對スル觀念、先祖ノ仲ナドトイフモノハ丸デ他人ノ仲ミタヤウナモノデアル。サウイフヤウナル所カラ出タヤウデアツテ祖先ハ親族關係ノアルモノデアルトイフヤウナ觀念ハ丸デ見エナイヤウデアリマス。ソレハ併シ實際上ニ必要ノナイコトデアルカラ、斯ウイフ風ニ極メルト仰セラルルナラバソレデモ宜シウゴザイマスガ、私ハドウカ此文章ノ體裁ヲ成ル可ク世間ニ於ケル德義上ノ觀念ト外形ニ於テ背馳セヌヤウナ譯ニ」書き改められたいと思ふ旨を述べられた（同二二）。併し贊成なく不成立に終つた。

改正要綱は右穗積氏の主張の如く直系血族を無限に親族とする。（ド民現一五八九・一五九〇條同旨）。これに對し

ては前記梅氏の説が再考さるべきであらう（尚參照中川教授民法㈠二七頁）。

その二　子の配偶者の父母、養子の父母及び子の養父母

改正要綱第一の六及び七に就ては、これに反對の趣旨が梅氏によつて明瞭に述べられてゐる、即ち「姻族ノ關係デモ、配偶者ノ他ノ配偶者ノ血族トノ間ニハ姻族ノ關係ヲ生ジマスガ、双方ノ配偶者ノ血族同士ノ間ニハ如何ナル關係モ生ジマセヌ。夫レハ從來ノ慣習ニ於テモ認メテ居ラナイ。五等親圖ノ中ニモ服忌令ニモナイ。夫レデスカラ養子ノ實父ト養父トイフモノトハ親類ニハナラナイあかノ他人」である（一二四回三八）、と。右は現行法の解釋上確定するところである（大判大四・五・二四・刑二刑錄六六〇頁　明三一・一〇・二二民刑局長回答法記八五號七七頁）。又養親と養子の血族（實方の血族）との間には親族關係は生じないし（大決大一三・七・二八民　新聞二三〇二號二二頁　同旨ド民現一七六二條）、緣組以前の養子の血族と養親又は養親の血族との間にも親族關係を生じないとされる（大判昭七・五・一一・民四集一〇六二頁　東地判昭六・五・四民一新聞三二七一號八　頁同旨ド民現第一七六三條）。

改正要綱は反之、子の配偶者の父母同志、養子の父母と養親との間を親族とせんとする（親第一の六、七）。

その三　婦の夫家、入夫の婦家に於ける尊屬親との關係

舊民法（人事編第一九條以下）に於ける親族の範圍は大體現行法に同じである（因に舊民法に於ては血族のみ

を親屬と言つた――第一九條）が唯「婦ノ夫家ニ於ケル又入夫ノ婦家ニ於ケル尊屬親トノ關係ハ」親屬（血族）に準ずるといふ規定があり（第二四條二項第一九條）、起草者は修正案第七三八條に於て入夫の場合を除き妻と夫家の直系尊屬との間に血族關係を認めんとしたが（一二五回六八・一二六回二）、議事中舊民法の様に入夫の場合をも含めるものと修正して可決された（同一七）。之が現行法に於て削除された、その後の過程は明かでない。

（修正案理由書四頁參照）

二　繼親子

（舊民人二三・現行七二八・親第二）

現行第七二八條に該當する原案は提出されてゐない。起草委員は現行第七二八條と同趣旨の舊民法人事編第二三條を全然削除する考へだつたのである。その理由は嫡母庶子、繼親子等の關係を實親子に準ずるものとすると相續の場合に何ら血緣のない者が血族を押しのけて相續權者となる不都合を生ずるからといふのであつた（富井一二四回三四）。女が前婚姻の子を連れて（現行第七三八條）再婚した場合舊民法第二三條の如く夫とその連れ子との間に法定親子關係が生ずるとすると、後に夫婦の間に男の子が生れたとしても前の連れ子が相續人となつてしまふが、これは「情愛カラ言ツテモ家族制度ノ方カラ言フテモ其婚姻カラ生レタ男子ト云フモノガ其家ヲ相續セネバナラヌ筈デアル」、又「入夫婚姻ノ場合、前ノ婚姻ニ依ツテ出來タ男ノ子ガアル（中略）、入夫ト其配偶者ト

ノ婚姻カラ男ノ子ガ出來タ（中略）、然ルニ此ニ十三條ノ規定ガアル時ニハ妻ノ前婚中ニ出來タ子ガ新タナル婚姻ニ依ツテ出來タ子ヲ排斥シテ其家ヲ相續スルトイフコトニナル。苟モ入夫婚姻ノ場合ニ於テ入夫ヲ戸主トスルトイフ主義ヲ執ツタ以上ハドウモ其ノ妻ノ前ノ婚姻中ニ產ンダ子ガ家督相續ヲ爲ス、其入夫婚姻ニ因ツテ出來タ嫡子ガアルノニ其前ノ子ニ家督相續ヲサセネバナラヌトイフトハ不都合デアル」（富井同四二・四四）、と述べられた。この後の例即ち入夫の場合に家附の子に相續權があることに付ては爭がない（高木同四六・梅同五二・岸本同五七）、そしてこれは當然である。唯富井氏は見解を異にし入夫の場合には家附の子に付き廢嫡があると主張されるのである（同四八）。尙前の連子の例は正に富井氏のいふ通りで、それ故に繼親子は家附の子に限るとの解釋論や改正要綱の規定が出來たわけである。（穗積重遠博士「親族法」六一頁・「繼子ト相續」法協二十卷五七三頁）。なほ梅氏は、法定親子關係を認めることは遺產相續の場合に弊があるから舊民法第二三條の如きは採用し難い、例へば繼母に財產がありその夫に家附の子がある、その後夫婦間に子が出來ても繼母の財產は當然繼子の方にいつてしまふと述べられたが（同五二）、之は誤解であらう。

右の樣に稍混亂した設例で起草者は舊民法第二三條削除を力說したが反對が出て（長谷川同三九）遂に存續と決定した（同六五）。かくして現行第七二八條が出來たわけであるが調査會に於て繼親子の意義・範圍につき今一息の究明がなされなかつたのは惜しまれる。

繼子の意義につき明定されてゐぬ爲め問題が多いが現行法上は連子も繼子になると解されてゐる（大控判大七・

五●二七民一新聞一四二五號一七頁　法曹決昭五●一一●二六法曹九卷二號一一三頁　大二●九●一九法務局長回答法曹要錄上三七九頁　反對穗積重遠博士親族法六二頁參照）。唯民法施行前は妻の連子若くは携帶子は當然夫の推定家督相續人とはならなかつた（大判大一五●七●一七●民三集六六五頁）。又養親の後夫又は後妻と養子との間には繼親子關係が生じるとされる（大判昭六●三●二五民三新聞三二六〇號一六頁　大控判大五●五●一九民一新聞一一三三號二五頁）。

改正要綱は繼子を家附の子に限り即ち連子は繼子とならずとし、養子との關係も之に準ずるものとする（親第二）。

三　庶子の入家

（修正七四二●七四三●現行七三三●七三五●親第三●四●相第九）

現行第七三五條の成立過程は實に面白い。

本條は初め當然のことゝして原案に規定されなかつた。ところが「父母ノ知レサル子ハ一家ヲ創立ス」（現行第七三三條第三項）といふそれだけの條文が修正案第七四二條として起草委員から提出された（一三八回四〇）。これに付て「私生兒ノ場合ニ父モ母モ認メナイトキハドウデスカ」（土方同四七）、又「家族ノ配偶者ニ子ガ出來ルトカ或ハ妾ニ子ガ出來ルトカ、私ガ戸主デナクシテ私ガ妾ヲ持ツテ子ヲ生ンダトイフ場合ニハ、生レタ子ハ當然戸主ノ家族ニナルノデアリマセウカ」（奥田同五三・五七）の疑が出て、一方には草案七四二條に「子ハ父ノ

入ル父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ル」の二項目が加へられ、他方には修正案第七四三條として現行第七三五條に該當する規定が加へられたのである（一四一回二・三）。だから現行第七三五條は同第七三三條第一項第二項と共に議事中に自然に生れ出たものといへる。

併し修正案第七四三條には現行第七三五條の「庶子」の二字がなく、「家族ノ私生子ハ云々」となつてゐる。それはともかく、私生子の入籍は唯戸主に對する關係に於てのみ考へられ、その同意を要するといふ戸主權の擴張となつたのみで、嫡母との關係に就ては論じられてもゐない。男權優越の當代として當然であらう。唯これより先き親族關係に關する論議中「親爺ガ私生子ヲ認メルト其私生子ト嫡母トノ關係ハドウナルノデアリマスカ」（横田一二四回六〇）の問に對し、「私一人デ擔當シテ起草ヲスレバ關係ガナイトイフコトニスル積リデアリマス」（梅同六〇）と答へられてゐるがこれは注目さるべきであらう。嫡母庶子間の法定親子關係（舊民第二三條）に就ては否定論があり（土方・梅・穗積陳重同五八）結局肯定存置の論（横田・三浦同六一以下）が勝つたが（同六五）、二三の起草委員の意向は夫權に對する婦の地位の獨立向上を認めるにあつたかと想像出來るものもあつた。

要綱は家族制度の維持と婦の地位の高揚との觀點から妻に庶子の入家の同意權を認め、入夫の庶子よりも優先した家督相續權を與へる（親第三・相第四）。尙相續法改正要綱第九參照。

四　分　家

（原案七四九・七五〇・七五一・七五五・修正七五二・現行七四三・七四四・親第四）

その一　現行第七四三條の成立

現行第七四三條に該當する原案第七五一條は最初次の様であつた（一二九回六六）、即ち

成年ノ家族ハ戸主ノ承諾アルトキハ何時ニテモ分家ヲ爲スコトヲ得

前項ノ規定ニ依リテ分家ヲ爲シタル者ノ配偶者、子孫及ヒ子孫ノ配偶者ハ分家ノ家族トス但シ本家ノ戸主カ不同意ヲ表シタルトキハ此限ニ在ラス

この第二項但書に付いて削除説が出て（磯部一二九回六八）、結局第二項全體が削られ此草案は新に第七四九條として「成年ノ家族ハ」以下現行第七四三條第一項本文のみに同じ文言が採られた（一三九回八）。現行の第二項及第三項は明治三十五年四月五日法律第三十七號を以て追加されたものである。第一項但書に付いては知らない。兎に角これらの草案が現行條文に變る過程は、私の見落しがなければ其後の速記錄中に載つてゐない。唯第一項の「又ハ廢絶シタル云々」の部分は、これら廢絶家再興の場合にも戸主の同意を要することに準用を豫期して別に原案第七五五條が置かれ（一三〇回五九以下）、これが後に原案第七五一條と合併して原案第七四九條

されたものであることがわかる（梅一三九回八）。

その二　戸主の同意權の制限

家族の分家に對する戸主の同意權を制限すべし、即ち正當の理由なく承諾を拒むときは別に分家を許可する方法を設くべしの意見は本野氏によつて出されてゐる（一三〇回一〇）。これは改正要綱第四の一乃至四に該當する見解であらう。「場合ニ依ツテハ成年ノ家族トイフモノハ一家ヲ分家致シテ立テルトイフコトガ總テノ件ニ付テ利益デアル。自己ガ宜イトイフコトニ思ヒマスル場合ニハ苟モ成年デアル以上ハ其成年ノ意思トイフモノヲ通ラセルト云フコトハ道理ニ叶フテ居ルコトデアリ、又此社會ノ進歩ニモ添フテ居ル事柄デアラウト思ヒマス」。これは第四の二に相通ずる考へである。

「但其不當ニ承諾ガナイトキハドウイフ訴ノ仕方ニシテ宜シイカ、不當デアルトイフコトヲ裁判所デ認メサセテ宜シイカ、或ハ行政處分ニ訴ヘサセルカ、ソレラノ事ニ付テハ私ハ裁判所デ宜シイト思ヒマスガ尚ホ良イ案ガアレバ其點ニ付テハ是々トイフコトハ申シマセヌ」。これは立言は逆になつてゐるが、分家の問題に一定の國家の機關を介入させるといふ點で第四の四の思想に魅けてゐる。

「ガ兎ニ角此戸主トイフ者ガ不當ニ極ク無理ヲ言ツテ其承諾ヲ與ヘルコトヲ拒ンダトキニ之ヲ矯正スル方法ハ是非共設ケテ置カナケレバナラヌト私ハ信ジマス」。此見解は總括的に分家の條件を輕くする要綱第四の一乃至

四の個人主義的精神に近い考へといへやう。

併し本野氏の提案には、戸主權を絶對的なものにして來た建前からの起草委員の反對があり（富井一三〇回四三）、問題は戸主の同意權の本質に轉じたが、長谷川氏は、一般の場合には家族は離籍の制裁さへ覺悟すれば戸主の命に背いてもよいから戸主權制限は不要だが本條の場合にはその要がある。分家出來ると否とは稅法選擧法等公法上の地位に大影響があるからとて本野氏に贊し（同四五）、元田氏も贊成した（同四九）。併し猛烈な反對論多く、離籍され乍ら婚姻緣組を有效に爲し得るやうになつたのは餘程の進步で「尙ホ此上ニ戸主ガ無理ヲ言ヘバ裁判所ニ訴ヘルコトモ出來ルトイフヤウナコトハ稍一足飛ビトイフ感ジモアリ」（梅同四七）、「親ヲ相手取テ裁判所ニ出ルト云フコトモ餘リ面白クナイ」（横田同五一）、家族制維持の點から一家の平穩を紊る（土方同五一）といふので結局贊成者も贊成を取消し、本野氏の案は不成立に終つた（同五九）。

改正要綱は右の案をよりよき形態に於て再現してゐる。

その三　法定推定家督相續人の分家

現行第七四三條の原案の審議に當り、分家する家族に制限のないこと即推定家督相續人も戸主の承諾さへあれば分家出來ることに對する反對說——要綱第四の一の如き文字を添へることの要求——は直ぐに述べられた（磯部一二九回六八）。此點に付き起草委員に於ては「推定家督相續人ト雖モ成年ニシテ尙ホ其上ニ自分ト戸主トノ承

諸ガアレバ分家スルコトガ出來テモ宜カラウト云フ考ヘデアツタ」（富井一二九回七〇）。そして「日本ノ慣習ハドウモ絶對的ニ出來ナイトイフ方ニ一定シテ居ル程ニモ思ヒマセヌ」（富井同上）「コレト反對ノ規定ガ家督相續ノ所ニ出來ナケレバ推定家督相續人デモ分家ガ出來ルコトニナル。ソレハ極メテ必要ト考ヘマス。又慣習モ盛ンニ行ハレテ居ルコトデアル」（梅同七〇）と答辯した。が、「只今裁判例ニ付テモ伺ツテミマシタガサウイフコトハ出來ナイコトニ今日ナツテ居ルサウデアリマス（中略）。長子ヲ段々分家サセテ末子ニ相續ヲサセルトイフ慣習ガアルトイフコトデアリマシタガ、ソレハアルカモ知レマセヌ。其時ハ矢張リ嫡子ノ地位ニアル者ヲ廢嫡シテ、サウシテ順々ニ廢嫡シテ推定家督相續人トイフ者ガ末子ニ至ツテ家ヲ取ルノデ、決シテ推定家督相續人ノ身分ヲ持ツテ居ル者ガ直チニ分家スルヲ得ルトイフコトハ、今日迄裁判例モ慣例モナイト思ヒマス」（磯部同七一　右につき大判大四・一二・七民一錄二〇一七頁は言ふ　民法施行前ニ於テ推定家督相續人ヲシテ分家セシムルニハ廢嫡スルコトヲ要シタルモノニシテ而モ明治五年戸籍法施行前平民ニ在リテハ廢嫡ニ何等ノ手續ヲ要セサリシモノナレハ當時行ハレタル平民ノ分家ノ事實ハ間接ニ廢嫡ノ事實ヲ證明スルニ足ルモノトス）、とか其他の反對論（穗積八束同七六・三浦同七七・長谷川同七九・一三〇回二・一六・元田同一一）強硬で遂に現行第七四三條（原案第七五一條）に「推定家督相續人ハ此限ニ在ラス」又は「推定家督相續人ヲ除ク外成年の家族ハ」なる條件を附けることが、梅、長谷川、土方（一三〇回一六・一九）氏等によつて提案された（贊成三浦同三五・穗積八束同四〇）。これは要綱第四の五と同趣旨である。これに對し、その様な條件は分家の時だけに設けても目的を達し得ない、趣旨が定まる以上は一ケ所に纏めて規

定して置くがよい、といふ見解――現行第七四四條に相當する條文（原案第七五〇條）があれば分家の所に前記の如き條件を置く要なしの見解が述べられたが（梅一三〇回二九・三五）、結局但書を加へる案が可決された（同四二）。

併し起草委員は矢張り之を獨立の一箇條とし、現行第七四四條に該當する原案第七五〇條を提案した、即ち、

推定家督相續人ハ廢嫡ノ後ニ非サレハ他家ニ入リ又ハ分家若クハ廢絕家再興ヲ爲スコトヲ得ス

そして此修正案は一旦可決されたが（同一五）、起草委員は第七五二條として更に修正案を出した（一四一回二四）、即ち

推定家督相續人ハ廢嫡ノ後ニ非サレハ轉籍ヲ爲スコトヲ得ス

併し之は議事中に次の如く修正された（同三〇）、即ち、

推定家督相續人ハ廢嫡ノ後ニ非サレハ他家ニ入リ又ハ一家ヲ創立スルコトヲ得ス

此案は第一六一回に引用されてゐるが（一六一回二表八、第七四一條として）、これが現行條文の如き文言に改まつたことは議事速記錄中には見えてゐない。私の見落しでなければ整理の際に改まつたのであらう。

現行法の解釋上法定家督相續人の分家は屆出をしても無效で（大控判大七・六・一四民一新聞一四四〇號二三頁）、これがためには前以つて廢嫡手續をせねばならぬとされる（大判明三五・四・三〇民聯錄一四九頁　大判大四・一二・七民一錄二〇一七頁）。

改正要綱は法定推定家督相續人は分家出來ぬことにしやうとするが、分家のための廢嫡を許さぬ趣旨ではあるまいから大體右の解釋と同一結果になるのであらう（親第四の五）。

五　廢絶家再興

（舊民人二五一・現七四三・親第五）

親族の廢絶家再興は害はないから廣く許してよからうといふのが起草者の見解であつたから（富井一三〇五九）、僅かに再興者が廢絶家と親族の關係あり未成年ならば法定代理人の同意あることだけを要件とした（現行七四三條）。

（一二九回六六・一三〇回一・五五・五七・七七・八二・一三一回七七・一三七回八四・一三九回八・一六三回八九・一七一回一三・一七九回四三・舊民法人事編第二五一條參照）。

民法施行前には絶家戸主と何等親族關係なくとも緣故があれば再興出來たし、他人でも絶家の親族協議の上行政官廳の許可を受けた者は絶家の相續人となれたのであつた（大捨判大七・二・九民三新聞一三八二號一九頁　大判明三一・三・一五民一錄四輯三卷三三頁）。改正要綱は現行第七四三條の要件の外廢家又は絶家の親族會の同意と家事審判所の許可を要するものとせんとする（親第五）。稍々民法施行前の手續が復活される譯である。

六　戸主ノ監督義務

（舊民人二四四・原案七四七・七四九・現行七四七・七四九・親第六）

原案には第七四七條として次の様な規定があつた（一二八回一・一六四回二〇）、即ち、

戸主ハ其身分及ヒ資力ニ應シテ家族ヲ扶養シ且教育スル義務ヲ負フ但家族カ自ラ其費用ヲ支辨スルコトヲ得ルトキハ此限ニ在ラス

之は主として戸主の義務を定めたものと説明された（富井一二八回二）。併しまるで費用の負擔だけをするの趣旨に讀めるとの非難（磯部同六・横田同八穂積八束同九・土方同一〇）があり、家族に資力あるときはこれに支辨させ得とする修正案が出て（磯部同一四・長谷川同二七・横田同三一・土方同三四）、次では親權、戸主權及び後見人の權限の競合優劣などが問題となり、扶養義務との關係が説かれたりしたが、結局修正案は敗れ（同五四）次の様な別案が可決された（同六一）、

戸主ハ其身分及ヒ資力ニ應シ家族ノ扶養及ヒ教育ノ費ヲ負擔ス

此案は後に一度引用されてゐる（一六四回二〇）これが現行第七四七條のやうな文言にいつなつたのかは不明である。

それはさて右案の議事中に穗積陳重氏は、「私ハ議論ヲ駁撃スルノデハアリマセヌ。御修正ニ付テ外ノ條ニモ

關係ヲ生ジテ來マセウト思ヒマスカラ一寸伺ツテ置キタイノデアリマス。ソレハ不法行爲ノ所デアリマス。七百二十四條（現行第七一四條にあたる）、今日謄寫版デ廻リマシタガ、アレニ、未成年者ガ他人ニ損害ヲ加ヘマシタ場合或ハ心神喪失ノ間ニ他人ニ損害ヲ加ヘマシタ場合ニハ法定監督者タルモノガ其責ニ任ズルトイフコトニ極マリマシタ。然ルニ本案デハ先刻梅君カラ委シク述ベラレタヤウナ理由ガアツテ、且ツ其監督ニ最モ親密ノ關係ノアル者ハ先ヅ親權ヲ行ヒマスル者又後見ヲ致シマスル者ソンナ者ガ法定ノ監督者（中略）ニナツテ居リマス。ココデ教育ノ責任者ヲ戸主ニスルトイフト、勿論ソレニ關聯シテ不法行爲ノヤウナ場合ニ所謂法定ノ監督者トイフモノモ、矢張リ戸主トイフ者ニ一緒ニサセルトイフ結果ニナリマスカ。サウナツテモ不都合デナイトイフコトニナリマスレバ宜シウゴザイマスガ（同三九）。監督ノコトハ後トデ御入レニナル御積リデアリマスカ（同五〇）。或ハ扶養教育トイフコトガアレバ自ラ戸主ガ家督ノ監督權ヲ持ツトイフコトニナルカモ知レマセヌケレドモ、隨分不法行爲ノ責任者トシテ重イコトデアリマス。サウシテココニハ『法定ノ』ト書イテアル。法律デ殊更ニ定メテアル監督者ノコトデアリマス。勿論ココハドウイフ解釋モ出來マスルガ、兎ニ角疑義ヲ殘スダラウト思ヒマス（同五〇）。今ノ點ガ明カニナツテ居ラヌト、不法行爲ノ方モ困ラウト思ヒマス。家族ニ對シテ戸主ガ監督權ガアルカナイカトイフコトハ極メテ置カヌトイカヌ」（同五一）、と述べられた。之に對しては僅かに磯部氏が、戸主は家の責任者で「其家ノ大體ノ政事ノ執リ方ガ惡イガタメニ子弟ガ他人ニ害ヲ及ボシタトイフヤウナ場合ニハ、戸主ガ義務ヲ負フトイフコトニナラナケレバナラヌ。ソレラノ所ハ却テ漠トシテ置イタ方ガ妙味ガアルノデハナ

カラウカシラヌト考ヘマス」（同五一裏）、と答へられたのみで終つてゐる。

併し別に原案第七四九條（現行第七四九條）に關する論議中に於て、「戸主ハ或範圍ニ於テ家族ヲ監督スル權利義務ヲ持ツテ居リマス。夫故ニ其監督權ノ結果トシテ居所ヲ指定スル權利ガナクテハナラヌ。既成法典ハ人事編二百四十四條末文ニ於テ此權利ヲ暗ニ認メテアリマス」（富井同七四）、「私ノ希望スル所ハ戸主ニハ家族ニ對シテ監督權ヲ有セシメルヤウナ御規定ニナリタイト思フノデアリマス」（穗積八束同七八）、等の意見がみられる。これは明文化されずに了つた。けれども現行第七一四條の解釋論上通說になつてゐるところで、（參照大判大一〇・二・三・民二錄二〇〇頁　末弘博士私法關係の當事者としての家團法協四七卷二一〇五頁）、またここに要綱第六の崩芽が見られるであらう。要綱は全く右の穗積氏の見解を再生するものである。

七　戸主權の代行

（舊民人二五七・二五九・原案七五二・七五七・九一〇・九三九・九八五・現行三一・七五一・八九五・九三四・九七八・親第七）

その一　親族會による戸主權代行

原案中第七五二條として次のやうな規定があつた（一三〇回八五）。

戸主ノ生死分明ナラサルトキハ其權利ハ推定家督相續人之ヲ行フ

「既成法典ハ人事編第二百五十七條（筆者註後述その二參照）ニ於テ此點ニ付テ廣ク規定シテアリマス。『戸主ガ家族ニ對シテ婚姻其他ノ事件ニ付キ許諾ヲ與フベキ場合ニ於テ未成年ナルトキ又ハ其意思ヲ表スル能ハザルトキハ戸主ニ對シテ親權ヲ行フ者又ハ後見人之ヲ代表ス』。斯ウイフ規定ハ是非無クテハナラヌ（中略）ノデアルガ、ソレハ親權ナリ後見ナリノ所デ規定ヲシタ方ガ宜カラウトイフ考デコヽニハ削ツタ」、その他人事編第二五九條――戸主失踪ノ宣告アリタル後其家督相續ノ占有ヲ得タル者ハ其占有中戸主ノ權ヲ行フ――も現行第三一條に依つて削つて宜い譯になつた、「唯一ツ規定ノ要ル場合ハ失踪ノ所謂推定中デア」る（富井同八五）。

原案の「推定家督相續人」は「親族會」に改められ（同九八以下）、起草委員は原案第七五二條を廢し新に第七五七條（現行第七五一條）を設けた（一三九回四二）。併し之に對しては異論が出てゐる、即ち「親族會ハ平常アルモノデナクシテ召集ヲスル。其親族會ハ戸主權ヲ執行スルノ或ハ協議機關トナルノナラバ宜シイカモ知レマセヌガ、之ヲ行フ獨立ノ行爲ノ機關トナルトイフコトハ、斯ウイフコトハ甚ダ親族會ノ性質トシテ餘リ面白クナイト思ヒマス。或ハソレデモ差支ヘナイトイフノデアラウカ。或ハ親族會ヲ選定シタモノトシタ方ガ宜シイデハナイカト思ヒマスガ、如何デゴザイマセウカ」（重岡同四四）といふのである。恐らくこれは改正要綱第七が先づ代行個人を設けるの趣旨と同一であらう。併し起草委員は「權利ノ性質ガ許可ヲ與ヘルトカ與ヘヌトカイフヤウナモノデアリマスカラ親族會ノ議決デ立派ニ行ハレルモノデ」一向に差支へなしと佛蘭西民法を例に引いて簡單

に片附けてゐる（梅同四四）。

その二　親權者による戸主權代行

現行第八九五條は原案第九一〇條として提出された（一五三回一五）。起草者の說明によればこれは舊民法人事編第二五七條（前述**其の二**參照）に基く（富井同一六）。尤も原案には「未成年ノ」といふ字は附いてゐなかつた。

その三　後見人による戸主權代行

現行第九三四條にあたるのは原案第九三九條である（一七〇回七三）。唯原案には第一項の但書が缺けてゐた。これに對し異議が出て（磯部同八三）、後日起草委員に於て修正して但書を加へたのである（一七一回三・二〇）。

その四　裁判所の命令による戸主權代行

現行第九七八條が原案第九八五條として出た初めは、「廢除ヲ請求シタル後其裁判確定前ニ死亡シタルトキ」の「其遺產ノ管理」に付てだけ規定し、戸主權の行使に付ては言及してなかつた（一七八回九五）。この後の點には異議が出て（土方同九六）起草委員（梅）は必要事項は親族會に代行させ大體其他の戸主權は一般に停止するものと解したが、結局「戸主權ノ行使及ヒ」の文言が挿入されることになつたのである（同一一二・一八〇回

二〇)。

その五　戸主權代行者

要綱第七は戸主權代行者を認め、戸主が之を置かぬときは親族會が選任改任し得るものとする。前記現行法の認める各種の機關を廢止する意圖ではなからう。

八　離籍及び復籍

(舊民人七九・一三八・二四四・二四六・二四七・二四九・原案七四〇・七四七―七五〇・修正七五二・現七三九・七四二・七四九・七五〇・親第八)

その一　離籍原因の一般的規定――家名を汚す行爲の制裁

現行第七三九條の原案第七四〇條(一二六回八一・一二七回一)の審議中に次の様な意見が述べられてゐる。

「ドウモ小ヲ擧ゲテ大ヲ擧ゲヌトイフコトハイケナイ。ソレデ恣ニ婚姻ヲスルトカ養子ヲスルトカイフコトデ戸主ノ權ガ行ハレヌト見ルナラバ、戸主ガドンナニ異見ヲシテモドンナニ云フテモ賭博ヲ打ツトイフヤウナ者デアルト、ドウシテモ戸主ノ權利ノ下ニ生息スルコトハ出來ヌ。サウイフ場合ニハ離籍シテ貰ヒタイ。ソレデアリマ

スカラ離籍ノ場合ヲすつと擧ゲテ、斯様ナ風ノトキハ離籍ヲスルトイフヤウナ風ノ事ヲ、必ズ此處ニ擧ゲテ、斯ウ云フ風ニシタイトイフコトハ出來マセヌカ」（横田一二七回三〇）。

これは調査會では賛成者なく成立しなかつた。改正要綱は「成年ノ家族ニ家名ヲ汚辱スベキ重大ナル非行アルトキハ」家事審判所の許可を得て離籍し得るものとせんとしてゐる。興味ある改正である。尚家名云々の表現は離緣の原因（親第二六）や廢嫡の事由（現行第九七五條）中にも見られる（參照大判昭六・一・二九民一新聞三二三二號一〇頁）。

その二　戸主の意に反して居所を定めたときの制裁

原案第七四九條（現行第七四九條）には初め第三項が無かつた（一二八回七四）。制裁に付き離籍は殊に家族が未成年の場合に穩當でないから既成法典人事編第二四四條の様に扶養教育の義務を免れるに止めやうといふのが起草者の意圖であつた（富井同七四）。尚原案第二項末文は「戸主ノ定メタル云々之ニ對シテ第七百四十七條ノ義務ヲ免ル」といふのであつた。第七四七條（これは後に削除になつた。**六**參照）を引用したことから議が錯綜したが、それは別として、制裁の點に付き論ぜられた所をみると、戸主は一應催告し（長谷川同八二）、改悟したら元通りにする（磯部同八四）、制裁が絶對では酷である（長谷川同八六・九二・一〇〇）といはれた。起草委員は制裁なき禁令は望ましくないし制裁は絶對でなければならぬ（富井同八五以下）と頑張り、教育の義務は免れ得

まいの説から（穂積八束同八七）遂に離籍案が出（元田同八七・一〇二・横田同八八）更に成年未成年區別案が出た（磯部同八九・九五）。そして後日修正案第七五二條として第三項が附加され（一三一回二四・三六）、第二項も「指定シタル」に改められたのである（同二五）。

現在判例によつて、居所指定權は絶對無限のものに非ず戶主が其家政の整理に必要な範圍内に於てのみ行使すべきもの（大判明三四・六・二〇民一錄七輯六卷四七頁　大判昭五・一〇・二八民二新聞三二〇三號一六頁）、給付判決請求は許すが强制執行は許されない（大判昭・一・一五民三新聞三〇九二號一四頁）、又推定家督相續人を離籍することは出來ない（大判明三三・九・一八民一錄六輯八卷八頁）と解されてゐる。家族の生活單位の都市的孤立分散は戶主の斯る權能を愈々時代錯誤化し無實ならしめてゆく。要綱は之を察して、戶主の離籍權を取り上げ單に扶養義務を免れしめるにとどめた（親第八の二）。名のみの制裁に終るか然らざれば戶主權の濫用となるにすぎないからである。

その三　戶主の同意なく婚姻又は養子緣組を爲したときの制裁

現行第七五〇條の原案は

家族カ又ハ養子緣組ヲ爲スニハ戶主ノ承諾（現行法は同意）ヲ得ルコトヲ要ス

家族カ前項ノ規定ニ違反シテ婚姻又ハ養子緣組ヲ爲シタルトキハ戶主ハ其離籍ヲ爲スコトヲ得（現行法では云々ノ日ヨリ一年内ニ離籍ヲ爲シ又ハ復籍ヲ拒ムコトヲ得　となつてゐる）

と規定され現行の第三項を缺いでゐた（一二九回五一）。右の第一項は舊民法人事編第二四六條と同じであるが（富井同五一）、第二項の制裁に付ては舊民法では復籍を拒絶し一家を新立することになつてゐた（人事編第二四七・二四九條）。右の原案に對し、制裁は當然の離籍又は分家たるべしとの嚴格論が出た（磯部同五三・五五・五九）。併し起草者は穩和論で（富井同五七）、穗積陳重氏は、家族が尊屬親なるとき之を離籍したり一家新立させるのはどうであらうか、又家族が推定家督相續人である場合にも右の樣な制裁は如何なものかの異論を述べられ（六〇）、其他にも離籍反對論があつた（長谷川同六五）。かくして原案の第七五〇條は最初のとほり可決されたのであつて、其後の審議中折々本條に觸れる所があるが、現行の如き條文への變改のいきさつは明瞭でない（一二六回八二・一二七回五・同六九・一三〇回三五・同四一・一三五回五九）。併し前述の制裁緩和論は、離籍には家事審判所の許可を要するとして不當な戸主の同意拒否權を制限せんとする要綱の精神と、相通ずる何ものかがあるであらう。又要綱は現行の他の一つの制裁即ち復籍拒絶を廢さうとしてゐるが、之は原案への復歸である（親第八の三）。

その四　實家の戸主の同意なく離婚又は離緣をしたときの制裁

現行第七三九條に同じい原案第七四〇條には初め「但其者カ離籍セラレタルトキハ一家ヲ創立ス」との但書が附いてゐた（一二六回八一表）。本條は舊民法人事編第二四七條（同七九・一三八・二四九條參照）

に據つたもので其第二項には、「然レトモ此者カ婚姻又ハ養子緣組ニ付キ實家戸主ノ許諾ヲ受ケサリシトキハ戸主ハ復歸ノ事由ヲ知リタル日ヨリ一ケ月内ニ身分取扱吏ニ申立テ復歸ヲ拒ムコトヲ得」と規定してあつた。これは家事審判所の許可を得て離籍し得るものとする改正要綱第八の四と同精神である。

併し起草者は右の項を疑なきものとして削除した（富井同八一）。そして出席員何れも原案但書の離籍は現行の第七五〇條や第八四四條の要件を缺くもの—即ち同意なき婚姻・緣組に基くものと解してゐるやうであつて、同意なき離婚離緣（現行第八〇九・八六三）に基くもの—要綱や舊民法の豫想するもの—とは考へてゐないやうである。此點を立法當事者は全く脫落したのである。（現行第七七二・八〇九・八四四・八六三・要綱第一一・一五・二三・二五參照）從つて原案但書に對してさへ削除說が出（横田同一〇三・一二七回二）、「離籍セラレタル」の意味が判らぬ（長谷川同三）とか其他頻りに第七五〇條との關係・權衡が論ぜられ（富井同四）或は離籍そのことが論じ續けられ削除說は一旦否決された（同二八）。併し後に別に第七四八條（現行第七四二條）が置かれたので不要として削除されることになつたのである（一三九回二裏、第七四五條）。

要するに改正要綱第八の四に關する事項は立法者の失念であつたと考へられる。

その五　離籍せられた者の復籍

起草者の見解は復籍を許さうといふ改正要綱第八の五の趣旨に反對であり一部の委員は同傾向であつた（前述

その二參照)。

九　離緣又は離婚等に因つて家を去る者の子の家籍

(舊民人二五六・原案七三九・七四三・現行七三三・七三八・七四四・七八八・九七四・親第九・相第四・一〇)

現行民法に於ては養子の離緣又は緣組の取消の場合に子供だけは法定推定家督相續人として養家に殘らねばならぬ(九七四・七四四條大判大一二・七・一四民三集五一一頁)。養子の妻が家女でない場合には妻は夫と共に家を去るのに(現行第七八八條・本稿**二三その二**參照)子供だけ留めて置くのは不條理であるし、その子供も養家の眞の血統ではない。だからかうした場合、子を養子に附けてやるのを原則とし、特約によつては殘して置くことも出來るといふやうにするのは總べての點で合理的である。右は入夫の離婚又は入夫婚姻の取消の場合に付き同樣である。以上が改正要綱第九の趣旨である(穗積重遠博士民法改正要綱解說法協四六卷二〇八頁)。擬制的な法定血族に依つて家の繼續を圖り得たとする法の獨斷を改めた譯である。右は相續法改正要綱第四、第一〇と對照さるべきであらう。その第四の二は入夫の離婚や婚姻取消等の場合に妻を家督相續人とし、第一〇は、子が、父たる養子又は入夫が新に戶主となつた家に、親族として引取られた場合その子の相續權に制限を設けんとする。

法典調査會に於ては右の樣なことは議題に上らなかつた。起草者には人情よりも家の維持繼續が重視せられたのである。現行第七三八條の原案第七三九條——舊民法人事編第二五六條に據つたものだが初めは第一項のみで

あつた（一二五回三〇）。第二項は後に原案第七四三條が併合されたのである（同三八・一二七回七一）――の說明中に、「其子孫ガ家ノ推定家督相續人デアレバ、其承諾モナシニ引取ルコトガ出來ルトシテハ家督相續權ヲ剝奪スルコトニナリマスカラ、ソレハ先デイカヌトシマシタ。シテミレバ家督相續人デナイ者デアレバ元親子ノ間デアル。承諾ガナクテモ附イテ往カナケレバナラヌト思ツタノデアリマス」（富井一二五回三三）、「慣習ヲ調ベテ見マスルト區チ區チニナツテ居リマス。地方ニ依ツテ違ツテ居リマス。民事慣例類集林ニハ隨分詳シク書イテアリマス。或ハ男子ト女子トニ區別ヲ立テテヰルモノモアリマス。或ハ婚姻ト養子ノ場合ト同ジヤウニシテ居ラヌ例モアリマス。乍併兎モ角婚家又ハ養家ニ生マレタ者デアリマスカラ其家ニ屬スルモノトスル慣例ガ最モ多イヤウデアリマス」（富井一二七回七四）と述べられてゐる。又現行第七三三條は原案第七四二條としてその第三項から尻上りに成り立つて來たものであるが（一三八回四〇・一四一回二・一七七回四八・本稿二參照）、これに關する議事中にも求めるやうな說明はない。

一〇　廢戸主

（原案九〇七・修正七六八・親第一〇）

現行法上は一旦戸主となつた以上は如何なる事實證據あるも直接之を廢退せしめ得ないこと明白である（大判

明三三・二・一七民一錄六二頁）。併し民法施行前には戸主となつて居る者をも十分な理由あるときは廢すことが出來る慣例であつた（大判明二七・一一・一四民錄五一三頁）。そして現行民法起草者も亦明白に廢戸主制度を設ける心算であつた。併し此制度は法典調査會に於て可決されたにも拘らず現行法に載せられなかつたことは序文で述べたとほりである。調査會の議事の模様に付て概略を記すならば、起草委員は先づ之を次のやうに提案したのである（一三五回六三）、

修正案第七六八條　戸主ハ一家ノ浮沈ニ關スル重大ナル事由アル場合ニ限リ其父母又ハ親族會ノ請求ニ依リ裁判所ニ於テ其廢黜ヲ命スルコトヲ得但其命令ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

本案の說明（富井同六三）によると、戸主には廣汎な權利と義務があり、家の財產は戸主の財產であつて同時に成員全體を養育する爲のもの、故に重大なる事由と特定人の請求と裁判所の命令で廢戸主を認めることは必要である、これは家族制の維持上廢嫡との權衡上も是認さるべきであるとされた。併しこれには忽ち反對が出て（磯部・横田同六九）、家を貴ぶ精神は戸主の尊重と同じで、廢戸主の規定は平地に亂を惹き起す、といつた。富井氏以外の起草委員も反對で（梅一三六回一・穗積陳重同一五）、本案が原案としてでなく修正案として提出されたのはこの爲めであつた。委員同志の長々の討論があり、養父母繼父母に濫用されるとか刑法以上の酷な制裁であるなどの反對說に對し別に、戸主を會社の代表者にたとへての見地や（長谷川同三三）家族制戸主制の維持の目的（土方同三八・穗積八束同五二）、「押籠隱居トイフモノハ大名ニサヘ行ハレテ居リマシタソレハ自然サウナ

ラネバナラヌ事實デ」あるとの見地（横田同四六）からの賛成論入り亂れ、熱心に詳細に議論が交はされた。結局此案は可決されたが（同七五）、問題は依然片附かず續いて修正說が述べられることになつた「一家ノ爲メ重大ナル事由」と改め「命令」は「判決」として但書を削り（長谷川）、廢戸主の結果には隱居の規定を準用すべし（梅同七六）、「父母」は實父母に限り「廢黜」は「隱居」とすべし（梅七七）等の案に對し、「隱居」とすることには賛成があり又別に隱居の特有財産を認むべしといふことになつて（富井同八〇・土方同八四）論は愈々微に入り細を穿ち大體その様に修正されんとした（同一〇五・一三七回一以下）。ところが突然「一旦戸主ト爲ツタ者ヲバ他カラ强迫シテカラニ隱居サセル様トイフコトハ實ニ穩カナラヌ話デアラウ」、又「立派ナ能力ノアル戸主ガ居レバ親族會ハ要ラヌノデアラウト思フ。然ルニ今ノ御說デアルト、繼父トカ繼母ノ場合ニハ必ズ戸主ガ三十、四十ノ親爺ニナツテモ親族會トイフモノハ作ル御心算デアリマスカ」（尾崎同一二）、の質問に次いで、「其家ニ在ル父母ガ親族會ノ決議ヲ以テ請求シタルトキ」とすべし（土方同一五・奥田同二四）の意見、父母を實父母のみに限るべからず（高木同一九）、親族會を除くべし（尾崎同二一）、檢事を立合はすべし（横田同二六）等々議論百出して收まらず、再び最初に戻つた本案削除說が出（元田同三七）、議長之を却けて議事を續行、「其家ニ在ル父母ノ發議ニ基キ親族會ノ請求ニ因リ」と可決されて一旦終了した（同四七）。

後、原案第九〇七條（「前條（現行第九〇一條）ノ規定ニ依リテ後見人タル者アラサルトキハ戸主ハ未成年ナル家族ノ後見人トナル」・一六六回一〇一）の削除を委員が提案說明中、穗積八束氏より一家内の戸主權と後見

人の權限との抵觸につき（一六七回同九）、又穗積陳重氏より草案第九〇七條削除の精神と廢戶主制度との撞着につき質問が出（同九）、結局廢戶主の條文も削除して差支へないがその要はないとの答辯があつた（富井同一〇）。

その他一二八回一三・一四二回一三・一七一回一三等で廢戶主につき言及されてゐる。が要するに調査會では本制度は是認され可決されてゐる。これが削除された過程を私は知らない。とにかく改正要綱第一〇の趣旨は立法委員の多數に既に了解されてゐたことがわかる。その他要綱は戶主權喪失の審判を家事審判所に委ね、その手續中の必要處分及戶主の行爲の否認等につき詳細を明定せんとする。種々の意味で興味ある改正の一つである。

廢戶主につき、家事審判所といはずとも、一種の裁判機關を設くべしとの見解も見える。「之ニ就テ非常ニ小サナ規則ヲ編ミ立テテ何スルトイフノハ（中略）到底出來ルモノデハナイ（中略）。孰レ戶主ノ惡イコトモアラウシ又外ノ者ノ惡ルイ場合モアルカラシテ、到底一定ノ規則デ旨クヤルコトハ出來ヌ。併ナガラ前ニモ申シタ通リ此事實ヲ搜グルトイフコトハ民事ノ裁判ト違ツテ之ヲ一種ノ裁判ニスルト甚ダ易イ」（横田、同二六裏）。尤も横田氏は檢事を介入させようとされたのであつた。又、「裁判官ニ信用ヲ置クノデアリマスガ、併乍ラ訴ガ容易ニ出來テ公ニナルトイフトドウシテモ意地ヅクニナル。然ウスルト一家ノ大騷ギニナル。一家ガ旨ク往キマセヌ」（土方、同三三表）、など。

尙起草者は戶主權の喪失の節の最初にその原因を列擧し、宛も家督相續に於る第九六四條の樣に、「左ノ事由ニ因リテ戶主權ヲ失フ　第一　死亡隱居女戶主ノ入夫婚姻」等と規定するつもりであつたが、判り切つたこと

して止めたのであつた（穗積陳重一七五回四四）。

一一　婚姻の同意

（舊民人三八―四二・原案七七八・七七九・八一九・現行七七二・八〇九・親第一一）

その一　自由結婚禁止と祖父母の同意權

親族法改正要綱第一一の一の趣旨は大體舊民法に現はれてゐた。即ち

舊民法人事編第三八條　子ハ父母ノ許諾ヲ受クルニ非サレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス

父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足ル云々

第三九條　父母共ニ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ其家ノ祖父母ノ許諾ヲ受クヘシ云々

第四〇條　父母、祖父母悉ク死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ滿二十年ニ至ラサル者ニ限リ後見人ノ許諾ヲ受ク可シ

このやうに民法施行前には三十以上の男と雖も戸主たる父母又は祖父母の同意がなければ婚姻が出來ぬと解されてゐたのである（明三一・一一・一七民刑局長回答法記八六號一三三頁）。

起草者は舊民法に修正を加へた、その第一は「舊トハ廣ク『子ハ』ト書イテアツタノヲ『未成年者』ト致シマ

シタ。人事編ノ初メノ草案ニハ矢張リ「未成年者」トアツタノデアリマスガソレヲ取ラレマシタ（中略）。第二ニハ、既成法典ニハ父母ノナイ場合ニハ祖父母ノ許諾ヲ要スルトイフコトニナツテ居リマスガソレヲ止メマシタ」、祖父母は多く後見人であり若しさうでない場合には別に後見人や親族會があつてこれらの權限の方を尊重しなければならぬ、「第三ノ改メマシタ點ハ育兒院長ガ育兒院ニ在ツテ父母ノ知レザル子ノ婚姻ヲ許否スルトイフコトガアリマスガ（人事編第四二條）ソレヲ廢シマシタ」（梅一四〇回七九）。即現行第七七二條に相當する原案第七七八條は初めは、「未成年ガ婚姻ヲ爲スニハ云々但養子ハ其養父母ノ承諾ノミヲ以テ足ル云々」と規定されたのである（同七八）。

これに對し、成年でも親がかりの間はその同意が必要であるの意見が出て（横田同八六）、年齢が段々せり上げられ（土方同八八）、寧ろ舊民法（改正要綱も然り）の様に無制限に承諾を要する方がよいとの論も出て（岸本同九二・尾崎同九七）次回に持ち越され（一四一回四四）、また制限年齢說で論じ續けた後遂に舊民法の無制限說が勝を占めたのである（同六五）。更に次の原案第七七九條に於て父母の範圍が問題となり（一四二回二）前條共に再議に附され（同一三）それらの修正案が發表されて（一四四回二）一應片附くかと思はれたが、協議離婚の要件（原案第八一九條現行第八〇九條）との均衡で再び問題が再燃し（一四九回一二）婚姻の場合と同様にすべしとの說も出たが、結局離婚の場合のみは現行法條の通り二十五歲に達せざる者のみ同意が必要といふことになつた（同二五・一五一回二）。

以上の様な經過で原案では婚姻の同意につき舊民法や改正要綱の通りに決定したのである。之が現行條文の様に變改された過程は知らない。

その二　自由結婚の制裁

要綱第一、一の二、三は現行第七八三條以外に新に考へられたことで、殊にその二に付ては要綱第八の三（本稿八）參照。

一二　婚姻の成立

（舊民人四三―四九・原案七八〇・現行七七五・親第一二）

その一　婚姻の儀式

慣習に從つた儀式を擧げることに因つて婚姻が成立するものとする主義は明治八年太政官達第二〇九號及び明治十年司法省丁第四六號達により一般に認められ、民法施行前は届出を以て婚姻の條件とせず戸籍簿の記載なくとも婚姻成立を認定された。（大判明二九・六・二三民一錄二輯六卷八三頁　大決明三八・二・二四民二錄二〇二頁）

舊民法人事編第四章第二節も同趣であつた、即ち

第四三條　婚姻ノ儀式ハ當事者ノ一方ノ住所又ハ居所ノ地ニ於テ之ヲ行フ可シ
雙方ハ儀式ヲ行フ前ニ其地ノ身分取扱吏ニ婚姻ヲ爲サントスル申出ヲ爲スルコトヲ要ス但此申出ハ代理人ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得

第四七條　婚姻ハ證人二人ノ立會ヲ得テ慣習ニ從ヒ其儀式ヲ行フニ因リテ成ル
當事者ノ承諾ハ此儀式ヲ行フニ因リテ成立ス

第四八條　婚姻ノ儀式ハ其申出ノ日ヨリ三日後三十日內ニ之ヲ行フコトヲ要ス

第四九條　婚姻ノ儀式ヲ行ヒタルトキハ雙方ヨリ十日內ニ身分取扱吏ニ其屆出ヲ爲ス可シ但此屆出ハ代理人ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得

「此主義ハドウモ實際ニ通ゼヌダラウト思ハレル事ガ二ツアリマス。其一ツハ如何ニモ煩ハシイ。初メニ申出デ置テソレカラ儀式ヲ行フ、ソレカラ又申出ル。煩シクテ（中略）、加之ナラズ斯ウイフ事ハ是迄無イ。是迄ハ慣習上ノ儀式トイフ事トソレカラ屆出トイフ事ガアリマシタガ、其ドチラガ婚姻ヲ成立セシメタルノカトイフコトハ問題デアリマスケレドモ、兎ニ角（中略）三ツノ條件ガ具ハラナイト往カナイ。斯ウイフ事ニ爲ルトイフノハ無論今日迄ノ慣習ニモナイコトデ、即チ國情ニ適セヌデアラウト思ヒマス。尙第二ニ此手續ノ穩當デナイト考ヘマスルコトハ、斯ク三ツ手續ガアル爲メニ、之ハ規定ノ幾分カ不完全ナル所カラ生ズルモノトハ言ヒナガラ、何時婚姻ガ成立シタト看テ宜シイカトイフコトガ不明デアリマス（中略）。何ゼカトイフニ、第一此儀式トイフモ

ノハ既成法典ノ様デアルト、詰リ家ノ内デ擧ゲル所ノ儀式デアツテ公ケノモノデアリマセヌ。之ハドンナニ秘密ニヤツテモ宜シイ。證人二人ノ立會サヘアレバ。其世間ニ知レナイ時日カラシテ婚姻ノ效力ガ生ズルトイフコトハ法律上ノ規定トシテハ穩當デナイ。ソレカラ又、第二ニハ此屆トイフモノモ別段之ヲ公示スルトイフコトデモアリマセヌカラ、サウスルトイフト儀式ノ方ガ婚姻成立ノ要素デアツテサウシテ屆出ハ之ガ公示ノ方法デアルトイフコトモ言ハレナイ（中略）。效力ノ種類ニ依ツテ一ハ儀式ノ日カラ生ジ一ハ屆出ノ日カラ生ズルトイフコトハドウモ穩當デナカラウト思ヒマス」（梅一四二回四九）、といふ理由で起草者は屆出主義・法律婚主義の原案第七百八十條（現行第七七五條　參照ド民現第一三一六・一三一七條以下）を作つた。その第一項は初め次のやうであつた、

婚姻ハ夫ノ住所ノ戸籍吏ニ之ヲ屆出ルニ因リテ其效力ヲ生ス但堉養子緣組及ヒ入夫婚姻ノ場合ニ於テハ妻ノ住所ノ戸籍吏ニ其屆出ヲ爲スコトヲ要ス

而して事實婚主義がよいといふ反對說も出たが（土方同六〇。長谷川同六四）結局原案通りに決せられた（同七三）。

要綱第一二の一は事實婚主義を宣明するが、これに對しては前述梅氏の論說が傾聽さるべきであらう。まことに「共成立證明ノ方法ヲ法律ニ定ムルコト」は容易ではあるまい。併し事實婚主義は大體常識に合致する。ただこれによつて重婚や姦通の要件が輕減され從つてその成立の場合が擴大される——殆ど事實行爲のみによつて身

分的要件が充足される——ことは注目さるべきである（穗積重遠博士民法改正要綱解說法協四六卷八一八頁）。即ち事實婚主義を採用すれば、民法施行前の判例に見る様に、表面上離婚届を出しても事實上婚姻關係繼續する以上は姦通罪や重婚罪が成立し得ることになるのである（大判明三二・三・三一刑二刑錄五輯三卷一四〇頁　大判明三〇・二・二六刑二刑錄八七頁）。

尙ほ今日判例法上に所謂內緣の問題が既にこの時土方氏によつて豫言せられて（同六一）委員が法律上致し方なしと答辯してゐる（梅六三）のは興味あることである。改正要綱の下に於ては形式的內緣の減少が豫想される。

その二　婚姻の儀式

要綱は更に届出を要求し之をも婚姻成立の要件とするが、後者は補充的なものであり、之に對しては前述梅氏の非難は必ずしも當らないのであらう。併し「一定ノ期間內」の届出が望むべくして達成困難なることは當時の委員達も豫想されたところである（土方・梅同上）。

一三　重婚及び近親結婚

（舊民人五五・五六・現行七八〇・親第一三）

舊民法人事編では近親結婚は當然「不成立」即ち無效であり（第五五條第二項）、重婚は「無效ヲ請求シ」得べきもの即ち取消し得べきものとされてゐた（第五六條）現行法は共に當然無效に非ず單に取消し得べきものとし（第七八〇條）要綱は共に無效のものとせんとする（親第一三）。

起草者の說明によると、近親婚を無效とするのは外國に例のないことで舊民法の草案も反對であつた。風敎上いけない事ではあるが、「此婚姻が絕對ニ無效トナルノハ極メテ不都合ガ多イトイフコトヲ立法者モ悟ラレテ、重婚ノ如キ刑法デ罰シテアルモノサヘモ不成立トシテ居ラナイ。外國デモサウデス。尤モ此重婚ノ方ハ不成立ト見テ居ル例ハ幾ラカアリマス。例ヘバ西班牙印度ノ刑法杯」、而して之を不成立とすると子供が迷惑する、故に舊民法の草案に倣つて双方取消し得べきものとした（梅一四三同三五）。近親婚無效說もあつた（穗積八束・中村同四八）が、「穗積八束君ノ御論ハ一般ノ法理カラ云フト最モ正當デアツテ、先刻モ申上ゲマス通リ、別段ノ規定ガナケレバ當然サウナルベキコトデアル。而シテ穗積君ガサウシタ方ガ宜クハナイカトイフ御考ヘノ出ルノハ御尤モデアル。私共ハ理論カラ言フト實ハサウシタクテ堪ラナイ（中略）ガ一番困ルノハ子デアル（中略）。穗積君ノ御論ハ正論デアル。ケレドモ共正論ハ實際ニ於テ困ル結果ヲ生ジマスカラ、無據次ノ條ニ入レタノデアリマス。其代ハリ此取消トイフノハ普通ノ取消トハ違ツテ親族ハ申スニ及バズ檢事迄モ此案デハ取消サレルヤウニナツテヰル。然ウイフコトニシテ制裁ガ餘程强クシテアルカラ此位ノ所デ宜シクハアリマスマイカ」（梅同四九）、と言ひこめられて退いて了つた（同五一）。別に、當然無效を原則とし子供に付いてだけ例外を設ければよいとの說も出た

が（高木同六八）、成立しなかつた。

改正要綱の第一二の如く事實婚主義を採ることにより法律上の重婚の範圍が廣くなることについては前に述べた（本稿一二　大判明三〇・二・二六刑二刑錄八七頁參照）。

それはさて現行法は重婚及び近親婚を取消しても婚姻の效力は將來に向つてのみ失はれるとする即ち取消判決確定迄は有效だつたことにする（第七八七條一項）。これは身分的・繼續契約的關係の遡及的な淸算が全然不可能だからである。然るに要綱は初めから當然無效なものとする（親第一三）。これは理論的に單純正確な處理だげれども、そして假令事實婚主義との間に間然するところなしとしても、現行民法の前記の如き配慮を無視しては事實上困難な問題が生じはすまいか、例へば主として婚姻當事者間又は當事者と第三者間の法律行爲の效力、利得や所有物の返還請求或は相續回復請求などに關聯し又生れ出た子の身分について。獨逸現行民法は重婚及び近親婚を當然無效とするが（第一三二六・一三二七條）、財產關係上配偶者の婚姻無效の抗辯は第三者惡意の場合にのみ之を許し、配偶者の一方が初めより無效原因あるを知つてゐたときは他方の請求により財產關係・扶養關係に付き有責離婚の場合と同樣に扱ひ（第一三二九・一三四四・一三四五・一三四七條）、又無效の婚姻に因り生れた子の身分關係につき第一六九九條以下（第四編第二章第五節）に詳細な規定を設けてゐる。

尙滿洲國新刑法第一八六條は近親相姦者を三年以下の徒刑に處す旨を規定した。

一四　協議離婚の同意

（舊民人七九・原案八一九・現行八〇九・親第一五）

舊民法人事編第七九條は協議離婚に當り年齢に拘はらず父母、祖父母の同意を要するものとした。此點は現行法と異り要綱第一五と同樣である。即ち

離婚セントスル夫婦ハ婚姻許諾ノ爲メ第四章第一節ニ定メタル規則ニ從ヒ各其父母、祖父母又ハ後見人ノ許諾ヲ受クルコトヲ要ス

原案第八九條（一四九回一二）は初めから現行第八〇九條と同樣であつたが、起草者は甚だ迷つたのである。調査會では年齢に拘はらず自由結婚を全然認めぬやうに決議されたため（原案第七七八條・一四〇回七八・一四一回六五・要綱第十一・本稿一一參照）離婚の場合も之と權衡をとり全然不自由とすべきかもしれぬが、婚姻の場合とは事情が違ひ、「惡緣デアルノニ其父母ノ承諾ガナケレバ一生涯離レルコトガ出來ナイトイフコトニスルノハ、如何ニモ酷ドイコトデ」あるからといふので、二十五歲を境として原案を立てた（富井一四九回一二）。併しその反對に二十五歲以上なら我勝手に離婚出來るといふ別の弊もあつて五分五分だから一そ舊民法通り無制限に同意が必要とした方がよいとの意見も述べられた（尾崎同一五・二三）が少數で敗れた（同二五・一五一回二）。

改正要綱は舊民法の家族主義的束縛を復活せんとする（親第一五）。

一五　離婚の原因―精神病と離婚

（舊民人八一・原案八二三・修正八二四・現行八一三・親第一六）

原案第八二三條は大體現行第八一三條と同じで、唯現行の第十號を缺き、その代り次の様な舊民法人（第八一條）にもない規定第六號を持つてゐた（一四九回三四）、

配偶者カ婚姻中三年間心神ヲ喪失シ本心ニ復スル望ナキトキ

これは改正要綱第一六の一の(六)に包含さるべきものである（鈴木直光博士論文福岡日日新聞昭八・一二・二二以降・時報六卷一號）。委員の縷々說明する所に依ると（富井同三七）、「如何ニモ人情ニ悖ツタ事ヲ法律カ奬勵スルヤウニ爲ル」が（參照穗積重遠博士親族法四〇二頁）、「明治十一年十二月二十三日ノ內務省ノ指令デ、發狂者ノ妻デ夫ノ發狂ノ爲メニ一家ヲ維持シ難キトキハ夫ノ承諾ヲ要セズシテ離婚ヲ請求スルコトヲ得ル」とされてゐたのである。併し婚姻の目的を破るやうな事柄は精神的交通不能の外に廢疾や乏貧もあり。此等の場合に離婚の訴權を與へるのは道德上の害を來し日本の法律の體面を汚す、との削除說が出て（長谷川同四六・四九）表決の結果は正半數であつたが、議長の決定で削除することになつた（同五七）。

又穗積陳重委員によつて修正案が提出された（同五八）、

一　第八百二十三條中「左ノ場合ニ限リ」ヲ「左ノ場合ニ於テ」ト改メ同條ノ次ニ左ノ一條ヲ置クコト

第八二四條　前條ノ場合ノ外夫婦ノ一方ハ共同生活ニ堪ヘサル不和ヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ裁判所ハ將來和熟ノ望ナキモノト認メタルトキニ限リ離婚ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

一　第八百二十三條第四號ノ次ニ左ノ一號ヲ加ヘ新タニ第二項ヲ置クコト

五　同居ニ堪ヘサル夫婦間ノ不和

（第二項）前項第五號ノ場合ニ於テハ裁判所ハ將來夫婦間ニ和熟ノ望ナキモノト認メタル場合ニ限リ離婚ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

而してその後に書面を以て提出した目覺ましくも長い理由を述べ制限離婚主義の弊害を五點に分つて論じたが、賛成なく惜しくも不成立に終つたのであつた（同八四）。三年間治癒せざる精神病を離婚原因とするのは近代諸立法例の軌を一にするところと言つてよい（ド民現第一五六九・一五八三條）。改正要綱は之を明定しない。蓋し前記のやうな沿革・人情派への妥協・敗戰に基くものか。

一六　離婚及び離緣に因る扶養義務

（原案八二九・八七七・九五七・現行九五五・九五七・親第一七）

原案第八二九條（一五〇回三〇）

現行民法親族編相續編の成立及び解釋と改正の要綱

夫婦ノ一方ノ過失ニ因リテ離婚の判決アリタルトキハ其一方ハ他ノ一方カ自活スルコト能ハサル場合ニ於テ之ヲ扶養スル義務ヲ負フ

第八百二十三條第六號ノ場合ニ於テハ離婚ノ訴ヲ提起シタル者ヨリ其配偶者ヲ扶養スルコトヲ要ス

前二項ニ定メタル義務ハ夫婦ノ一方カ死亡シ又ハ扶養ヲ受クル權利ヲ有スル者カ再婚シタルトキハ消滅ス

「本條ノ規定ハ既成法典ニハナイノデス。夫故ニ無論解釋ハ反對ニナル。外國ノ法律ニハ大抵皆アリマス。デ是ハ何ウシテモナクテハナラヌ規定デアラウト思ヒマス（中略）離婚ノ原因ガ明カニ存シテ居ツテモ、即チ毎日酷イ目ニ遇ツテ居ルトイフ場合デモ、離婚ニナツタナラバ喰ヘナイトイフノデ苦ミヲ忍ンデ、涕ヲ呑ンデ矢張リ附イテ居ラネバナラヌ、離婚ノ訴ヲ起スコトガ出來ヌトイフコトニナツテハ實ニ不都合デアラウト思ヒマス」（富井同三一）、と說明され、「夫婦ノ一方ノ過失」の文字や慣習が問題になり削除說が出たが（長谷川同三二・三五・横田同三六）、結局原案が可決された（同三九）。

更に離緣の場合に同樣の趣旨が立案された。原案第八七七條がこれでその內容は次の樣であつた（一六四回一）。

當事者ノ一方ノ過失ニ因リテ離緣ノ判決アリタルトキハ其一方ハ他ノ一方ガ自活スルコト能ハサル場合ニ於テ之ヲ扶養スル義務ヲ負フ

前項ニ定メタル義務ハ當事者ノ一方カ死亡シ又ハ扶養ヲ受クヲ權利ヲ有スル者カ更ニ緣組ヲ爲シタルトキハ消滅ス

又原案第九五七條として左の一條が提案された（一六五回三四）。

第八百十八條及ヒ第八百七十九條ノ規定ニ依リ扶養ノ義務ヲ負ヒ又ハ扶養ヲ受クル權利ヲ有スル者ハ若シ離婚又ハ離緣ナカリシトセハ其義務ヲ負ヒ又ハ其權利ヲ有スヘキ順序ニ從フ

併乍ら扶養の順序の問題から、離婚離緣の結果は赤の他人となるのに、兄弟姉妹を差し措いてこの他人から損害賠償ならぬ扶養を年々月々受けることは人情上慣習上考へられないとの反對が出（穗積陳重同三六・村田同四一）、「其位ナラ寧ロ削ツテ仕舞ツテ損害賠償トシタ方ガマダ宜カラウト考ヘル」委員も出たが（梅同五〇）、結局此場合の扶養の順位を一番最後のものとし、九五三條（現行九五五條）には兄弟姉妹の次に「第八百十八條及ヒ第八百七十九條ノ規定ニ依リテ扶養ノ義務ヲ負フ者」といふ一號を加へ、而して九五五條（現行九五七條）にも一番終りに「第八百十八條及ヒ第八百七十九條ノ規定ニ依リテ扶養ヲ受クル權利ヲ有スル者」の一號を加へることによつて、本案第九五七條を削除すべしといふ修正案（穗積陳重同四一）が可決された（同五九）。

以上のやうに調査會に於ては離婚及び離緣に因る扶養義務は是認可決されてゐたのである。右の三原案が如何にして削除されたかは知らない（參照梅博士民法要義卷之四、二一〇頁）。改正要綱は離婚に因る扶養義務のみを認めんとする。

此扶養義務と損害賠償との關係は頻りに論ぜられた。前記反對論の再吟味と共に好題目たるを失はない（參照中島博士「離婚過失者の責任」論叢九卷二號・親族相續法改造論二〇三頁）。なほ現行法上離婚に付故意過失ある者は他方當事者に對し損害賠償義務を負ふことあるは勿論であるが（現行第七〇九條）將來自己の過失で離婚となるときは一定の金員を交付すべしとの契約は善良の風俗に反せず有效とされる（大判大六・九・六・民二錄一三三一頁）。併しこれは嚴密には扶養ではない。民法の扶養の規定は公益の爲め親族相互間の扶養義務を定めたものであるから當事者の任意の保護契約には之を適用し得ないからである（大判明三五・六・二一民一錄八輯六卷一二二頁）。

獨逸民法は別居夫婦の扶養（第一三六一條）の外、離婚が配偶者一方の有責に基く場合や一方の精神病に因る場合の扶養義務に付き詳細な規定を置く（第一五七八條以下・一五八四條）。佛國民法亦同趣の規定を設ける（第二九九―三〇一條）。

一七　嫡出子の否認

（舊民人一〇二・原案八二二・八二五・現行八二四・親第一八）

その一　現行第八二四條

原案第八二二條（現行第八二四條・同旨ド民現第一五九八條）同旨ド民現第一五九八條）に就ては一五四回八〇

で論じられ、一五六回九四、一五七回六でも觸れられてゐるが、求めるやうな議論は見當らない。本條削除說（穗積重遠博士民法改正要綱解說法協四六卷一三九一頁もこれを主張される）があつたが成立しなかつた（土方一五六回九〇・九四）。

その二　否認權行使期間

舊民法に於ては事細かに、「夫カ子ノ出生ノ場所ニ在ルトキハ出生ヨリ三月ノ期間內ニ限リ否認訴權ヲ行フコトヲ得。但夫カ婦ト住家ヲ異ニシ又ハ婦カ子ノ出生ヲ夫ニ隱祕シタルトキハ、此期間ハ子ノ出生ヲ知リタル日ヨリ起算ス。若シ夫ガ遠隔ノ地ニ在ルトキハ訴權ノ期間ヲ四月トシ、子ノ出生ヲ知リタル日ヨリ起算ス」（人事編第一〇二條）と規定した。併し起草委員は原案第八二五條を以て現行（ド民現第一五九四條同趣）の如く定め（一五五回一五）、六ケ月說も出たが（田部同一七・土方一同八）原案に決した（同一九）。その議事中には明らかに、行使期間は一年でも短い位であると論ぜられてゐる（梅同一八）。

改正要綱は行使期間を延長しその起算點を「否認ノ原因タル事實ヲ知リタル時、又ハ出生ノ時」と定めんとする。

一八　子の認知の無效及び取消

（原案八三三・現行八三三・親第二〇）

その一　原案第八三三條但書

原案には第八三三條で、「認知ハ之ヲ取消スコトヲ得ス。但第×××條ノ適用ヲ妨ケス」と規定され、條文を後に挿入する筈の遺言の取消の場合が、例外として認められてゐた（一五六回八八）。この但書は現行法にはない。起草者は又錯誤に基く場合は當然無效なものと述べてゐる（富井一五六回八九・（反對梅博士民法要義卷之四・二六七頁・穗積博士親族法四五八頁・民法改正要綱解說法協四六卷一三九七頁）認知は事實に關する一方的意思表示で取消せぬことは理の當然であるから本條を削除すべしの論もあつたが（土方同九〇・九四）通らなかつた。（修正案理由書一〇七頁參照）。（尙公序良俗に反する情交に因り生れたる子の認知と民法總則編第九〇條との關係に付き、大判昭六・一・二三民二新聞三二二七號一五頁　中川敎授親族相續判例總評第一卷一五五頁參照。又民法施行前に出生した私生子の認知の制限（明六・布告第二一號）に付き大判昭七・五・二八民三法學一卷一一號一一九頁・同昭一二・一・二六民二判決全集四輯二號一四頁參照）。

その二　子其他の利害關係人の無效又は取消の主張期間

子其他の利害關係人の認知の無效又は取消の主張につき、「否認ノ訴ノ樣ニ期間ヲ附シテハドウカ」の見解は

早くから出されたが（土方一五七回一三。一七）、「是ハ否認ノ訴トイフ如キモノト少シ性質ガ違フ。之ヲ以テ訴ノ主タル目的トシテ訴ヲ起ストイフ場合デナイ。ソレデアルカラドウモ期限ヲ置クトイフコトハ餘程仕憎イコトデアラウ」（富井同一三）、第一に成年の子に付て期間を定めることはよいかもしれぬが未成年者に付ては如何、第二にその起算點をいつに定めたらよいか疑はしい（富井同一九）、と答へられ、認知が戸籍吏に届出られた時を起算點とすべしと提案されて（土方同二一）、「文章ハ此次迄ニ再考シマセウ」（富井同二二）といふことになつた。併し他に贊成がない爲め惜しいところで原案通りとなつたのである。

要綱第二〇の二は認知の無效又は取消の主張に付き一定期間の制限を設けんとしてゐる。

一九　緣組の許可

（舊民人一一五―原案八六〇・八七〇・八七二・現行八四三・親第二二）

十五歳未滿の養子の緣組はこれを父母が代つて承諾することになつてゐたこと民法施行前も施行後と同じで（大判大四・六・一六民三錄九六二頁　大判大九・三・八民二錄二七七頁）、舊民法は祖父母、後見人にも承諾權ある旨を規定した（人事編第一一五條以下）。幼子の養子緣組が親の食ひ物にされることが多い爲め之が防止救濟は凡ゆる立法者の一應考慮するところであつた。改正要綱は未成年者從つて滿二十歳以下の者（現行第三條）を養子とする

には家事審判所の許可を受くべきものとすることによつて子賣りを防がうとする（親第二二）。舊民法及び現行民法には此種の保護規定がない。併し忘れられたのではない。現行民法起草者は十五歳未滿で親のために養子にやられた者に緣組の取消權や離緣の訴を許して事後を救濟しやうとしたのであつた、即ち、

原案第八六〇條に、

第八百四十五條（現行第八四三條）ノ規定ニ依リテ爲シタル緣組ハ養子ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但養子カ滿十五年ニ達セサル間及ヒ其成年ニ達シタル後六ケ月ヲ經過シタルトキハ此限ニ在ラス

と規定され（一六二回二）、本條の目的は人身賣買や藝娼妓のためにする緣組から幼子を救濟するにあると說明された（穗積陳重同二・梅同一一）。併し他面、眞に子の爲めを思つてなされた緣組をも後に實親や養子が勝手に破ることを奬勵する結果になつて不都合だ（長谷川同八）、賤業の爲めの緣組は本條がなくとも取消せる（村田同一五・參照大判大一一・九・二民三集四五二頁　同昭七・二・一二民五新聞三三七七號一五頁）等々の削除說が出て双方譲らず、表決の結果は全部削除說が多數を占めた（同三五）。

併し起草委員は前述の精神を捨てず、第二段として之を再び原案第八七〇條に顯はした（一六三回四六）、即ち、

第八百四十六條（現行第八四三條）ノ規定ニ依リテ爲シタル緣組ニ付テハ第八百六十九條（現行第八六六條）ニ揭ケタル事由ナキモ正當ノ理由アル場合ニ限リ養子ハ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

併し、全委員の縷々たる說述があつたにも拘らず此案も成立しなかつた（同六四）。

右は何れも十五歳未満の養子縁組に付てであるが、要綱は廣く未成年養子に許可主義を採り、三度方法を變へて現行民法起草者の精神を達成せんとする。

二〇　縁組の同意

（舊民人一一六・一一七・原案八四五・八四六・現行八四三・八四四・親第二三）

現行第八四三條の前身たる原案第八四五條の第二項第三項は次の様に規定されてゐた、即ち「父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ニ於テ前項ノ承諾ヲ爲スコトヲ得」「父母共ニ知レサルトキ死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ後見人ハ親族會ノ認許ヲ得テ承諾ヲ爲スコトヲ得」（一六〇回六九）。又現行第八四四條に當る原案第八四六條の末段には「此場合ニ於テハ第七百七十二條第二項第三項及ヒ第七百七十三條ノ規定ヲ準用ス」の文句があり（同七五）、兩案ともそのまゝ可決されたのであつて、現行條文の文言に變つた過程は速記錄には不明である。起草者が舊民法の祖父母云々を省いたのは婚姻の場合（一四〇回七九以下參照）と同樣後見人や親族會の權限の方を重しとした理由からであると說明されてゐる（穗積陳重一六〇回七二・尙要綱第一一・本稿一一參照）。

要綱第二三の精神は大體舊民法人事編のそれと同じである。舊民法によれば

第一一六條　滿十五年ニ至リタル者ハ父母ノ許諾ヲ受ケテ緣組ヲ承諾スルコトヲ得
父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足ル
父母共ニ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ其家ノ祖父母ノ許諾ヲ受ク可シ若シ祖父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足ル

第一一七條　父母、祖父母悉ク死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ二十年未滿ノ者ニ限リ前二條ニ定メタル年齡ノ區別ニ從ヒテ後見人之ヲ承諾シ又ハ許諾ヲ與フ

と規定され、同意なき緣組は取消し得べきものとされてゐた（舊民法人事編第一二八・一三二條）。

二　尊屬又は年長者養子

（舊民人一〇六・原案八三八・八三九・現行八三八・親第二四）

原案第八三八條は、「何人ト雖モ自己ヨリ年長ナル者ヲ養子ト爲スコトヲ得ス」とだけ（一五九回一六）、同第八三九條は「何人ト雖モ其尊屬又ハ直系卑屬ヲ養子ト爲スコトヲ得ス」と規定され（同二三）、後者の「又ハ直系卑屬」が削られただけで（同三三以下・一六一回九以下）他は可決された。この二箇條が現行第八三八條の一箇條になつたのは整理の際であらう。

年長者養子の禁止は舊民法人事編第一〇六條にも見え我國古來の慣行である（穗積陳重一五九回一七）が、尊屬養子の禁止は舊民法にはなかつたことで昔の法規上も不明瞭であると述べられてゐる（穗積陳重同二三）。而して右緣組の效果につき改正要綱第二四のやうに無效とする見解は調査會では見えてゐない（前揭の外一六一回二七・三三參照）。

二二　協議離緣の同意

（舊民人一三八・原案八六七・現行八六三・親第二五）

要綱第二五の趣旨は舊民法人事編第一三八條（離緣ヲ爲サントスル養子ハ緣組許諾ノ爲メ定メタル規則ニ從ヒ其父母、祖父母又ハ後見人ノ許諾ヲ受クルコトヲ要ス）と同樣である。起草者が現行第八六三條（原案では第八六七條）を設けて二十五歲の前後で區別したのは協議離婚の場合と同樣な理由からであつて又これと均衡をとつたものである（穗積陳重一六二回六四）。同意權者が死亡したりして居ない場合には困るから之に代るものを設くべしとの意見が出されて（同七二）、委員も「ソレハ能ク考ヘテ見マセウ」（穗積陳重同七三）と答へてゐるが、その後忘れられたのか修正案は出てゐない。要綱は同意權者の「同意ヲ得ス又ハ之ヲ得ルコト能ハザルトキハ家事審判所ノ審判ヲ受ケ」て離緣し得るものとする。

二三　精神病と離緣—無能力者に代つて爲す離緣の訴

（舊民人一四二・原案八七三・八七九・八八〇・九五七・現八七六・人訴二五・親第二六）

原案の第八七三條には

養親カ禁治産者ナルトキハ其法定代理人ハ親族會ノ認許ヲ得テ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

養子カ禁治産者ナルトキハ實家ノ直系尊屬又ハ戸主ヨリ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得但養子ニ配偶者アルトキハ此限ニ在ラス

と規定された（一六三回七〇）。第二項但書は離緣の裁判確定によつて當然離婚になる場合を慮れ、配偶者あるときは外の者は一切訴提起が出來ないとする旨趣であつた。蓋し原案には第八八〇條（現行第八七六條。一六四回四一）の外に第八七九條があつて「家女ト婚姻ヲ爲シタル養子ノ離緣ノ場合ニ於テハ家女ハ其父母及ヒ夫ノ承諾ヲ得テ其夫ノ家ニ入ルコトヲ得但家女カ推定家督相續人ナルトキハ此限ニ在ラス」と規定され（一六四回一三）、この場合默つてゐれば家女は離婚となる、斯の如く離緣があると男女に拘はらずその配偶者の地位に移動の起り得ることが豫想されたからである、（梅同七〇以下　穗積陳重同七四）。尤も妻が家女でない場合には此但書の必要はないばかりか却つて不都合かもしれぬことは了解されてゐた（梅同七二七五・穗積陳重七四）。

これに對し但書削除論が出た。離緣を原因として他方の配偶者に離婚を許して差支ない、家女は家に留めて氣

狂の夫だけを去らすのが人情である、が一緒に附けてやつても構はない、「成程氣狂ノ者ガ離緣ニ爲ツタ、目ガ醒メテミレバ女房ガ居ラヌトイフヤウナコトハ不都合ノヤウデ」ある、併しこの但書を置いて「どんな虐待ヲ受ケテモ女房ガ居レバ仕方ガナイトシテ置クヨリ、離緣ガ本ニ爲ツテ離婚ニ爲ツタトイフコトハ、理窟ニハ少々不都合ガアツテモ實際ニハ少シモ不都合ハナイ」「尾崎同七七)。梅氏は氣狂を離婚の原因とする案は削除されたではないかといはれるが、それとこれとは別問題で、「何モ氣狂ニ爲ツタカラ離緣ヲ請求スルノデハナイ。其氣狂ガ酷ドイ目ニ遇ハサレルカラ離緣ヲ請求スル。今度ハ其離緣ヲ理由トシテ離婚ヲスルトイフコトハ、之ハ先ノ氣狂ヲ棄テテ逃ゲルトイフコトトハ大分違フ」(尾崎同七三・七七・七八・八一)。その他田部、土方氏等(同七五・七八)。採決の結果は正半數であつたが議長の一票で削除說が成立した(同八二)。

尙原案第九五七條は、右の規定によつて「扶養ノ義務ヲ負ヒ又ハ扶養ヲ受クル權利ヲ有スル者ハ若シ離婚又ハ離緣ナカリシトセハ其義務ヲ負ヒ又ハ其權利ヲ有スヘキ順序ニ從フ」と規定し、その趣旨は修正可決された(一六五回三四・五九・本稿**一六**參照)。併しこれは先の原案第八七三條と共に現行法に載つてゐない。唯第八七三條が人事訴訟法第二五條となつて生きてゐるのみである。なほ舊民法人事編第一四二條も同趣旨であつた(舊民法人事編第一四〇條は離緣原因の第四として「浪費」をも擧げてゐた)。

二四　親權行使の制限

（舊民人一五四・一五七・原案八九九・九〇〇・現行八八六・八八八・親第二七）

現行第八八六條の原案第八九九條は初め「父又ハ母カ子ニ代ハリテ」となつてゐて、父を併せ規定した點では舊民法人事編第一五四條一五七條と同趣であり、且現行の第一號を缺いでゐた（一五二回五一）。本條に付ては、全部削除說（田部同五七・六〇・六六・長谷川同六七・七五・尾崎同七〇）の外、親族會や裁判所の認許も理想的な結果は期待されない（田部同六一・尾崎同七〇・村田同七七）母の場合にだけ本條は必要だが父の場合を削除すべきである（本野同五九・尾崎同七三）等の說が出て紛糾したが再議に附する條件で原案に決定した（同八〇）。

又現行第八八八條の前身たる原案第九〇〇條は初め「請求スルコトヲ得」となつてゐた（同八〇）。これに付ても削除說が出たが（尾崎同八二）成立せず再議に附することになつた（同八三）。右兩條のその後の經過は私の見落しでなければ速記錄には載つてゐない。

改正要綱は母の地位を確保し親族會の干涉を減じやうとしてゐる。前記の削除說の趣旨は必ずしも要綱の精神と軌を一にするものではない。此點要綱は矢張り近代的である。唯果してどの程度迄具體化されるかは疑問であらう（穗積重遠博士民法改正要綱解說法協四六卷一七七八頁參照）。

二五　親權の喪失

（原案九一一―九一三・現行八九六・八九七・親第二八）

親權の喪失ということは現行民法に於て認められたもので舊民法には規定がなかつた。原案第九一二條（一五三回三五）及び第九一三條（同四四）は夫々現行第八九六條八九七條と同文で共に「云々ノ請求ニ因ル」ことゝし、當然宣告し得るものとする說は調査會でも出てゐない（尤も要綱第二八は請求權者を擧げないが請求を俟つて審判するものとすること現行法と同樣であらう）唯原案第九一一條には

父又ハ母カ其子ニ對シ刑法第三百四十六條乃至第三百四十九條又ハ第三百五十二條ノ罪ヲ犯シ刑ニ處セラレタルトキハ其子ニ對スル親權ヲ失フ

と規定されたが（同二一一）、猛烈な反對に遭つて消滅した（同三五）。因に右引用の條文は舊刑法の猥褻罪及び淫行勸誘罪に該る。

二六　後見人

（舊民人一六二・一六六・二六六・原案九〇六―九〇八・九一一・修正九〇七・現行九〇一・九〇二・九〇六・親第二九）

その一　法定後見人としての祖父

舊民法人事編第一六六條は

父又ハ母カ後見人ヲ指定セサリシトキハ其家ノ祖父後見人ト爲ル但未成年ノ家族ニ付テハ成年ノ戸主後見人ト爲ル

と規定されてゐた。起草者が現行第九〇一條及び九〇二條即ち原案第九〇六條（一六六回七九）及び第九〇七・九〇八條（一六七回四二・一六九回二）で祖父を除いたのは大體に於て婚姻や緣組又は離婚や離緣の場合の同意權者から祖父を除いたと同樣で、親族會の權限を重くする意圖に出たものであつた（本稿**四、一一、一四、二〇、二二**參照）。即ち、「或ハ祖父ガ法定後見人トシテ當然後見人ト爲ルトシテ宜シイカトモ思ヒマシタケレドモ、ソレハ隨分老耄シタ者モゴザイマセウ。又今日ノ敎育上ニハ適セヌ者モゴザイマセウカラシテ、親族會トシテ置イタ方ガ宜シイト思ヒマス。（中略）戸主ガ幼者ノ祖父デアルトカ伯父デアルトカ兄デアルトカイフ者デアツテシツカリシテ居レバ、親族會ニ於テモ其者ヲ必ズ後見人トスルデアラウト思ヒマス。（中略）戸主ガ幼者ニ緣ノ遠イ者デアツテ他ニ祖父母其他ノ者ニシテシツカリシタ者ガアレバ、（中略）其シツカリシタ所ノ血統ノ近イ者ガ後見人ニ爲ルガ宜シイト思ヒマス」（富井一六七回三・七）。

要綱第二九が再び舊民法の主義に戻らんとしてゐることその第四、十一、十五、二十五の場合と同樣である。

尚獨逸民法も父方母方の祖父を孰れも法定後見人とする（第一七七六條）。

その二　法定後見人としての妻、禁治産者の後見人の順位

現行第九〇二條第二、三項の原案第九〇八條は（一六七回四二）

成年者カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ配偶者其後見人ト爲ル

禁治産者ニ配偶者アルトキハ親權ヲ行フ父又ハ母其後見人ト爲ル

前二項ノ規定ニ依リテ禁治産者タル家族ノ後見人タル者アラサルトキハ戸主其後見人ト爲ル

と規定し舊民法人事編第二二四條と同時に、妻を以て禁治産者の法定後見人とした。

これが我國の實狀・慣習に合ふか否かは疑はしい。「現在日本デ是迄ノ例ニ於テハドウダラウカト考ヘテ見ルト、配偶者トイフ者ハ他所カラ來タ者デアツテ、餘リ實權ヲ與ヘナイ爲ニハ權利ヲ與ヘナイトイフ習慣ニ爲ツテ居ルト思ヒマス。其家ニ親ガ在ルトカ斯ウイフトキニ於テ、殊更ニ其親ヲ飛ビ超ヘテマデ其妻ニ後見ノ職ヲ與ヘル斯ウイフコトハ恐ラク現在ノ習慣デナカラウト私共想像致シマス。サウシテミルトイフト起草者ノ御考デハ、現在ノ習慣ガ斯ウイフヤウナ習慣ニ爲ツテ居ルカラ斯ウシタトイフ譯デゴザイマセウカ、又現在ノ習慣ハ善クナイカラ覆ヘシテ斯ウイフヤウニシタノデアル」か（重岡同四七・長谷川同六〇）。

起草者の答辯に依れば、日本の慣習に於て妻が後見をすることはない、明治六年布告第二八號の華士族家督相

續法第二條で未成年戸主の後見に付き規定されて以來度々瘋癲者杯の後見に關し伺が出たが指令や裁判例は之を許さなかつた。又家族の後見も認めなかつた、前記布告に華士族の幼戸主とあるのに拘泥してゐたのである、ところで慣習法は父或は祖父又はこれらの者や親族會が選定した者を後見人としてゐる、又家族も財産を有つやうになつて來た。瘋癲者と未成年者とは同視することは出來まいけれど、夫が妻の後見をするのは「日本ノ慣習ニモ決シテ背クトハ言ヘマイ」し若し反對の慣習があつたら「サウイフ慣習ハ打破ツテ宜」からう。扨問題は妻の場合である、男尊女卑の風習から妻が後見することは奇異に感ぜられよう、併し、未成者の後見は親權に代るといふことで親權の上に後見が載る樣であるが禁治産の場合には親權の上に妻權が來るといふことはない。「親トハ雖モ親トイフ名義デ後見ヲスルノデハナイ。後見人トシテ禁治産者ノ財産ヲ治メル。（中略）親族關係ハ少シモナイ。學理上カラ言ヘバ親族編ニ規定スベキデナイガ、便利ノ爲メニ親族編ニ併セテ規定シテアル位デアリマスカラ、少シモ親族關係ガ無イトスレバ、概シテ妻ハ夫ヲ思フコトガ深イ、而シテ妻モ是カラ（民法殊に夫婦財産制の施行後はの意）段々財産ヲ持ツトイフヤウナコトデアルカラ」、妻自身の財産と共に夫の財産を管理させるやうに、妻を後見人としても不當ではあるまい。又民法は妻を自由に辭任出來るやうにして決して無理強いはしない。これは權力の問題ではなく愛情と犧牲の問題なのである（梅同四八・五六・六一）。

起草者の意圖は正當である。併し第一にその手段の外觀に於て古來の家族制度と適合しない（長谷川同六四）。第二に妻が實質上一家の實權を握るといふことが婦人の能力や家庭生活の現狀に適當しないであらう、「コレカ

ラ數十年先キ（昭和十二年は丁度四二年目に當る）ニ於テハ現在ノ日本人ノ頭ハ未ダソンナニ進ンデハ居ナイダラウ」（重岡同六四）。第三に起草者の所謂親族關係を無視した後見の觀念、事實的・管理的な犧牲とみる考へ方は後見の實際上の性質機能の全般を網羅してゐるか否か。

果して原案反對が多數を占めた（同六六）。かくして修正案第九〇七條として

成年者カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ親權ノ行フ父又ハ母其後見人トナル

妻カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ夫其後見人トナル夫後見人タラサルトキハ前項ノ規定ニ依ル

夫カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ父又ハ母後見人タラサルトキハ妻其後見人トナル

と規定された（一六九回二）。これが現行法に於て全然逆に原案に還つた過程は明でない。改正要綱はこの點を再吟味してゐないが、將來とも興味ある問題だと思ふ。

その三　後見人の數

現行法は後見人を一人に限り（九〇六條）、舊民法も同樣であつた（人事編第一六二・二二六條）。原案第九一一條は之に反して

父、母又ハ親族會ハ數人ノ後見人ヲ指定シ又ハ選定スルコトヲ得此場合ニ於テハ後見ノ事務ハ其過半數ヲ以テ之ヲ決ス但父、母又ハ親族會カ各後見人ヲシテ後見ノ事務ヲ分掌セシメ又ハ之ヲ其各自ノ專斷ニ任セタル

トキハ此限ニ在ラス

と定められた（一六七回七四）。これは財産が遠方の數地に散在する場合や一ケ所に在つても種類數額が多い場合等の便宜を慮つたもので、從來の慣習は行政上の指令では明治十五年以降は一人に限りそれ以前は何人でも可なりとされてゐた、民事慣例類集に據つても數人の慣習が相當ある、外國の立法例も一人に限らぬ方が多い、不一致不畫一の弊はあるが數人たり得た方が便宜であらうといふのであつた（梅同七五）。

之に對し、不一致の場合にどうするか、一人の後見人でも必要あらば代理や委任で補助者を作れるではないか、數人は事實上不便である、等の反對說が出て（土方・田部・元田同八五・八七・八九）、遂に一人に限定されることになつた（同九〇）。併し起草者は次の様な修正別案を出して初志を固執した（一六九回三）、

後見人ハ一人タルコトヲ要ス但後見ノ事務ヲ分掌セシムル爲メ數人ノ後見人ヲ指定又ハ選定スルハ此限ニ在ラス

けれどもこれも不成立に終つた（同一〇）。

二七　後見監督人の規定とその選任

（舊民人一、六九・一七〇・現行九〇五・九一一・親第三〇）

舊民法人事編の初めの草案は後見監督人を必要機關としたが後の草案は之を改め、成立した條文は

第一六九條　後見ニハ一人ノ後見監督人ヲ付スルコトヲ得

後見監督人ハ後見人ヲ定ムルト同一ノ手續ニ從ヒテ之ヲ指定シ又ハ親族會ニ於テ之ヲ選定ス云々

第一七〇條　後見監督人ヲ置カサル場合ニ於テ監督ヲ要スルコト有ルトキハ親族會ニ於テ會員一人ヲ選定シ臨時ニ後見監督人ノ任務ヲ行ハシム

とあつて之を任意の機關とした。而して原案並に現行法も之に倣つたが規定は一層詳細になつた。これは我民法の主義が裁判所の干渉（ド民現第一八三七條以下は終見裁判所 Vormundschaftsgericht なる施設を持つ）を最小限度に止めんとしてゐる爲め數多の內部的自治的監督規定が必要とされるからである（梅一六八回一二）。

併し此制度に對しては反對・疑問多く、激論が行はれてゐる。先づ後見監督人を選定しない後見人を免黜するとしたが（現行第九一一條）、人々が後見人になつた後の義務の煩雜を厭ふ現狀では、この責任回避の爲に先の制裁を甘受招致する結果とならう（高木同三三）。後見監督人は日本の現實では餘り行はれて居るまいから精々親族會で選任し得ることにして置けばよからう（長谷川同三九・村田同四〇）。後見人や後見監督人につき詳細嚴密な規定を必要とするのは富貴の者に限り、一般の人民車夫馬丁にはそれ程の要がない（長谷川同四二）、「日本ノ漁夫ハ今日九十萬アリマスガ、甚ダシイ社會ニ往クト人間社會ノ狀態ヲ爲シテ居ラヌ。疊モナケレバ床モナイ。土間ニ藁ヲ敷イテ寢テ居ル。食物ハ芋ノ屑尾ヲ食ツテ居ル。小屋ハ藁小屋ノ中ニ這入ツテ居ル。誰ガ養ツテ居ルカ

ト言ヘバ金持デ、何ノ爲メニ養ツテ居ルカト言ヘバ下肥ヲ取ル爲メニ養ツテ居ル。甚ダシイ處ニ往ケバサウイフ所ガアル。其位ナ日本ニハ人間ノ多イ處デ、其處ヘ後見ヲ置キ後見監督人ヲ置クトイフコトハ出來ルモノデナイ。ソレ程デナクトモ却々親族會トイフモノヲ設ケルコトハ出來ヌト思フ。私ハ親族會トイフ樣ナモノハ今日ナカナカ華族ノ中デモ設ケルコトハドウカト思フ位ナコトガアル」（村田同四五）。起草者の樣に後見人の不正を虞れる要はない。其多くは愛情ある親族である（高木同四六）。後見人が辭任するとき（現行第九〇五條）もその免黜あるとき（同九一一條）も、一々裁判所に請求させるのは不必要であるのみならず不可である。單に親族會が選定し得ると規定すれば充分であるから、改められたい（長谷川同四七・四八）。

右の樣な反對論にも拘らず具體案は僅か長谷川氏の一箇であつた爲め、此親族會案が少數で潰れると原案通りに決定してしまつた（同四七・五〇）。

改正要綱は選定後見監督人の選任を親族會の自由判斷に一任し、現行法の繁雜な規定を整理せんとする。後の點に付き舊民法は前記の二ケ條のみであつた。がこれでも事足ると思へるやうである。

二八　親族會の構成

（舊民人一七六・原案九五七・九五八・修正九四九・九五〇・九五七・現行九四九・九五〇・親第三一）

その一　親族會の員數

原案は初め親族會員を五人とした（一七一回七六・一七三回五二）。即ち起草委員提出修正案には、

第九四九條　親族會員ハ五人トシ本人ノ最近親族中ヨリ又親族中利害ヲ異ニスル者アルトキハ其各種ノ者ヨリ之ヲ選定スルコトヲ要ス但正當ノ理由アルトキハ此限ニ在ラス

親族會中ヨリ五人ノ會員ヲ選定スルコト能ハサルトキハ親族會員ハ三人トス

第九五〇條　親族カ三人ニ滿タサルトキハ本人ニ緣故アル他人ヲ以テ之ヲ補充ス親族ナキトキハ本人ニ緣故アル他人五人ヲ以テ親族會ヲ組織ス此場合ニ於テハ前條第二項ノ規定ヲ準用ス

とあつた。之に對し高木氏は別案を出し、

第九百五十條ヲ第九百四十九條トシ左ノ如ク改ム

親族會員ハ三人以上トシ親族ノ協議ヲ以テ之ヲ選定ス但親族ナキトキハ其家又ハ本人ニ緣故アル他人ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得

親族會員ハ本人ノ最近親族中ヨリ之ヲ選定スルコトヲ要ス但正當ノ理由アルトキハ此限ニ在ラス

前二項ノ規定ニ依リテ會員ヲ選定シタルトキ又ハ會員ノ變更アリアリタルトキハ會員ノ連署ヲ以テ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルコトヲ要ス

とし、「所謂親族ノ協議デ五人ガ七人ニナラウトモ十人ニナラウトモ法律ハ差支ナイトイフコトニシ」た（同五六）。賛成者があつて（横田同六五。尾崎同六六）高木氏案の第一項第三項は可決されたが第二項は否決された（同七二・七五）。これで兎に角現行の三人以上ということになつたのであつて、舊民法に於ても三人以上とされてゐた。之に對し要綱は全然これを協議と家事審判所の認可に任さうとしてゐる。

その二　無能力者の爲めの親族會

現行第九四九條に該る原案第九五七條（一七四回七一）には現行條文の後段が無い代りに第二項第三項が附いてゐて、之が議事中に削除せられたことは要綱第三二の說明の項（本稿**二九**）に明らかであるが、本條に關する速記中に次の様な問答が記されてゐる。

「此親族會ハ無能力ノ止ムマデハ（中略）繼續シテ居リマセウガ、一旦互選シタ會員トイフ者ガ始終此親族會ヲ組織シテユクトイフ意味デハナカラウト思ヒマスガドウデゴザイマセウカ」（磯部同七六）。「此處デ無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ハ、其無能力者ノ爲メニ親族會ヲ置カナケレバナラヌトイフコトハ、法律デ極ツテ居リマス。此處デ謂フ『爲メニ設ケタル親族會』トイフト、言葉ヲ換ヘテ言ツテミルト、『爲メニ選定シタル會員ヲ以テ組織シタル親族會』ト言フ意味ニナルノデアリマス」（梅同上）。「サウサヘ讀メレバ宜シウゴザイマス」（磯部同上）。餘り判然としないが、會そのものは繼續しても會員には變動があり得るの意か。

而して原案第九五八條には（同七七）、

前條ノ場合ニ於テ親族會ニ缺員ヲ生シタルトキハ親族會ハ其補欠員ヲ選定ス

補欠員タルヘキ親族ナキトキハ本人ニ緣故アル他人ノ中ヨリ之ヲ選定ス

と規定され之に對し次の如き修正案が高木氏より提出されて（同七八）可決された（同九〇）。即ち

前條ノ場合ニ於テ親族會ニ缺員ヲ生シ補欠ノ必要アルトキハ親族會ハ其補欠員ヲ選定ス

前項ノ場合ニ於テハ第九百四十八條第二項及ヒ第九百四十九條ヲ準用ス

即ち原案に於ては會員の補充は親族會に於てすべきものとした。之を現行第九五〇條の如く缺員を生じた一般の場合に補充を裁判所に請求することにした過程は知らない。が沿革上は――起草者の見解では第九五〇條が「前條ノ場合」のみを豫想して設けられたものであることが判る（增員しても再招集を要しない、大判昭一一・六・一七民三集一二二六頁參照）。

要綱はこの所謂「前條ノ場合ニ於テ」家事審判所が選任改任し得るものとする。

その三　親族會構成の困難又は不能

舊民法人事編第一七六條　親族會ヲ設クル能ハサルトキハ區裁判所其事ヲ行フ

「親族會トイフモノノ組織次第デハ此規定ハ必要カハ知リマセヌ（筆者註、舊民法人事編第一七一條參照）。ケ

レドモ今度ノ案デハ（中略）、親族會員ハ五人トシテ本人ノ親族中カラ裁判所ガ之ヲ選定スル。其親族ガナイトキニハ本人ニ緣故ノアル他人ヲ以テ代ヘテモ宜シイトイフコトニナツテヰル。ソレデ假令親族ガナカツタ所デ緣故ノアル者ヲ五人位集メラレヌコトハナカラウト考ヘマス。（中略）極端ヲ言ヘバ向フ三軒兩隣リデモ矢張リ緣故ガアル」（梅一七一回七四）、といふので右舊民法の規定は現行法起草者の削除する所となつた。

要綱はこれを復活し親族會の構成が不能又は、困難なる場合に家事審判所の審判を以て決議に代へ（親第三一の三）、又構成された親族會が決議せず或は決議不能だつた場合にも同樣にしやうとする（親第三三の三・本稿三〇其の二）。

二九　親族會の代表―會長

（原案九五二・九五七・親第三二）

原案は二つの條文に於て親族會の代表者を認めた。

先づその第九五二條（一七四回二五）には

親族會員ハ會長ヲ互選ス

會長ハ會議ノ場所及ヒ時日ヲ定メ議事ヲ整理シ且親族會ヲ代表ス

とあつた。委員の説明によると、これは舊民法になかつた規定であるが、議事を開始進行せしめ單獨の署名で會を代表させたりする便宜上必要なものである（梅同二五）。併しその代表權は第三者に如何に公示されるか、又會長の越權行爲から第三者は如何に救濟されるか（横田同二八・土方同二九）、の質問から、斯る內部のことは親族會の自治に一任すべしの説が出て（土方同二九・三二・奥田三〇）、代表の點を除いて本案は削除される事になつた（同三一）。對外的代表權につき規定を要求したのは奥田氏で（同三〇―三三）、「代表者ヲ定メテソレヲ屆ケテ置ケバ、外ニ對シテハ其代表者ノ名前ヲ以テ總テ仕事ガ出來ルトイフコトニシタ方ガ便利デハアリマスマイカ。ソレヲ法律ノ上ニ定メテ置カヌト却テ面倒ガ起ツテ、已レハ委任ヲシタ積リデナイ、彼ガ代表人トイフ名ヲ騙ツテ色々ナコトヲシタ、トイフヤフナ紛議ヲ生ズル基イト思ヒマス」と述べられ、之に對し第三者にとつては登錄よりも委任狀に依る方が見分け易いとの反對説もあり（横田同三四）、「復タ後トデ能ク考ヘテ置クトシテ此處デハ此儘通過セラレンコトヲ希望致シマス」（奥田同三五）と遠慮された爲め、遂に惜しい所でそれなりになつてしまつた。

次に原案第九五七條（同七一）には、

無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ハ其無能力ノ止ムマデ繼續ス

前項ノ場合ニ於テ親族會ハ會長之ヲ招集ス

會員其他第九百四十九條ニ揭ケタル者ハ親族會ノ招集ヲ會長ニ請求スルコトヲ得

と定められてゐた。これも舊民法にない規定であるが、先の原案第九五二條との關係から二項三項共に削除されてしまつた（同七七）。

要綱は代表者を置く（獨逸民法も議長を設ける・第一八六〇條以下）のみならず之に訴訟當事者能力を認めんとしてゐる。

三〇　親族會の決議

（原案九五三・九五四・九六一・現行九五一・九五二・親第三三）

その一　書面表決の效力

原案第九五三條（一七四回三五）　親族會ハ會員三人以上ノ出席アルニ非サレハ其會議ヲ開クコトヲ得ス

會員ハ代理人ヲ出スコトヲ得ス

原案第九五四條（同四五）　正當ノ事由ナクシテ會議ニ出席セサル親族會員ハ其缺席ニ因リテ生シタル一切ノ損害ヲ賠償スルコトヲ要ス

右兩條は調査會に於て削除されたものであるが（同四四・五〇）、これを削除した理由は持ち廻り決議を認めることにあつたのである。即ち「此個條ハ私ハドウモ贊成シ難イデス。ソレハ何故カトイフト、此親族會ハ其會議

ノ仕方トイフモノヲ丸デ議事ヲ開クトカ國會トカイフヤウナ風ノ之ハ仕方ニシタノデアリマスガ、私ハカウイフ風ニナクテモ宜シイ、心易イノハ相談シ廻ハツテモ宜シイ、皆廻狀ヲ廻ハシテ之ハ宜シイトイフコトナラバソレデ連印スレバ宜シイト思ヒマス。又老人デ出切ラヌ樣ナ者ヲ無理ニ出サヌケレバイカヌトイフノハ無理デアリマス。又代人トイフコトデモ代人ニ決議サセルトイフコトハソレハ當然往ケナイ。（横田同三八）親族會ノ相談會トイフモノハ寄リ集マツテスルノガ本トデアリマス。乍併是迄ノ慣習ト言ハレルガ、決シテ親族ガ是迄其場所ニ會シテ突ツ立ツテ見タリ代理人ヲ出スコトガ出來ヌトカサウイフコトハ決シテナイ。ソレハ寄ツテ下サイ、其日寄ラヌ者ノ意見ヲ聞カヌ、數ニ加ヘヌトイフヤウナコトハ決シテナイ。慣習上アリ得ベカラザルコト、自然カライフト。ソレデ無論親族相談會トイフモノヲ本トニシテ、其相談會トイフモノノ議事ハ、必ズシモ出ヌカラトイツテ其出ヌ者ノ意見ハ採ラヌトイフコトデハナイ。ソレデ先方ヘ往ツテ相談シテ宜シイトイフコトハ或ル場合ヲ指シタノデアリマス。決シテソレガ本則デアルトイフコトデハナイ」（横田同四二）。

改正要綱は右の解釋を明文化せんとしてゐる（親第三三の一）。之に對し現行法上判例ハ、「其ノ決議手續ノ違法ナルコト勿論ナリト雖、該決議ハ適法ニ選定セラレタル親族會員カ其ノ資格ヲ以テ爲シタル以上親族會ノ決議ニ外ナラサレハ、之ニ對シ民法第九百五十一條ニ依ル訴ヲ爲スハ格別、單ニ右決議手續ノ違法ナルノ故ヲ以テ法律上當然無效ナリト謂フヲ得ス」、といひ起草者達と見解を異にしてゐる（大判大一二・四・二五・民三集二七一頁　同趣大判大一三・四・一八民一評論一三卷民五六四頁大判大一五・一〇・二六民二新聞二六三三號一二頁）。

その二　親族會決議に代はるもの

現行第九五二條は親族會の決議不能の場合に之に代る裁判を「請求スルコトヲ得」とするが、修正案第九六一條では「裁判所ハ會員ノ請求ニ因リ其決議ニ代ハルヘキ裁判ヲ爲ス」となつてゐた（一七五回二）。本案は後から氣附いて提出されたもので（梅同一七四回八〇・一七五回二）、「決定」と改められただけで可決した（同三）。これが現行のやうな文言になつた過程は速記錄上に記されてゐない。要綱は親族會が決議を爲さず又は之を爲し得ない場合に家事審判所の審判を以て之に代へやうとする、その規定し方の積極的な點は前記修正原案に似てゐる（親第三三の三、尙同三一の三・本稿**二八その三**參照）。

現行法上親族會の決議不能とは絶對的不能の場合のみならず、意見不致一で過半數に達しない儘の解散（大決大二・八・一八民一錄六八五頁）、會員全部の缺席等の場合をも含むが、これらの一事を以て一般を律するを得ず具體的には一々裁判當時を標準とし（大決昭三・五・一六民四集三七三頁）諸般の事情を審査して決定すべきものとされる（大決昭五・一二・四民一・裁判例四卷民一三〇頁）。從つて要綱の「決議ヲ爲サズ」の場合も現行法の決議不能中に入れ得るであらう。

三一　扶養義務

（舊民人二六―二九・原案九五一・九五二・九五七・九五九・九六二・修正九五六・現行九五四・親第三四）

「扶養ノ義務ノ事ハ既成法典ニ於キマシテハ人事編第二十六條乃至第二十九條ニ規定シテアリマス。既成法典ニハ養料ヲ給スル義務ト謂フテアリマス。ドウモ斯ク申シテハ甚ダ辭ガ穩カデナカラウト思フ。（中略）ソレ故ニ扶養ノ義務ト言葉ヲ更メマシタ。本章ノ規定ハ大體ハ既成法典ト同ジ精神ノ積リデアリマス。既成法典ニ於テハ扶養義務者ノ範圍ヲ狹クシテアルノデアリマス。デ是ハ今日一般ノ通勢デアリマス。（中略）淳德上ハ何處迄モ廣ク養フノハ容易イコトデアリマスケレドモ、法律上ノ義務トシテハ先ヅ世界一般ノ傾キニ從テ既成法典位ノ所ニシタガ宜カラウト考ヘマシタ」、唯家族制を認めた結果として他國の法律よりは扶養義務の範圍が廣い、「本案ト既成法典ト違フ所ハ、唯既成法典ニ於テハ扶養ノ義務ニ關スル規定ガ極メテ不充分デアリマス。草案ニハ隨分綿密ニ規定シテアリマシタガ、ドウイフ譯デアリマシタカ確定ノ法文ハ誠ニ簡單ニナツテ居ツテ、如何ニモ疑ハシイ問題ガ澤山アリマス。即チ」扶養權利者扶養義務者の順位や扶養の方法が判らない缺點がある、「苟モ法典ヲ作ツテ扶養ノ義務ニ關スル規定ヲ置ク以上ハ、少ナクトモ實際ニ疑ヒノ生ジナイヤウニセネバ不都合デアルト思ヒ」右缺點を補つたので、「規定ハ既成法典ヨリモ餘計ニナツテ居リマス。ソレ丈ガ既成法典ト違フノデアリマス」（富井一六五回一）。右の說明に明らかな様に原案は非常に詳細に亘り、要綱の所謂煩雜さは現行法以上

であつた。

即ち、現行第九五四條の原案第九五一條には第三項として

前二項ニ定メタル義務ハ扶養ヲ受クヘキ者カ自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活スルコト能ハサルトキニノミ存ス　と規定され（同三・可決同一〇・修正一六六回一）

原案第九五二條（修正第九五六條二項）　兄弟姉妹間ニ在リテハ自己ノ過失ニ因ラスシテ生活スルコト能ハサル者ニ限リ之ヲ扶養スルコトヲ要ス　（一六五回一一・可決同二三・修正一六六回二）

原案第九五七條　第八百十八條及ヒ第八百七十九條ノ規定ニ依リ扶養ノ義務ヲ負ヒ又ハ扶養ヲ受クル權利ヲ有スル者ハ若シ離婚又ハ離緣ナカリシトセハ其義務ヲ負ヒ又ハ其權利ヲ有スヘキ順序ニ從フ　（同三四・二四・修正可決同五九・尙こゝに引用の二條文は離婚及び離緣に因る扶養義務に關するものである、本稿一六參照）

原案第九五九條第二項　扶養義務者ハ前項（現行第九六〇條）ニ定メタル範圍内ニ於テ扶養權利者ノ生活ニ必要ナルモノノ外其教育ノ費用ヲ負擔ス但法令ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス　（一六五回三二・削除一六六回二三）

原案第九六二條　扶養ノ義務ハ扶養權利者又ハ扶養義務者ノ死亡ニ因リテ消滅ス但其死亡ノ當時既ニ辨濟期ノ至リタルモノハ此限ニ在ラス　（一六六回五六・可決同六五）

以上の可決された諸原案が削除された過程は詳でない。その他の原案は現行第八章の各條に同じい。要綱は規定を大綱に止め適宜の裁斷を家事審判所に期待せんとする。

第二部　相續編

三二　家督相續と遺留分又は相續財産の分配

（舊民取二九四・原案九七三・修九八九・九九〇・現行九八六・九八七・相第一―三・一七）

法典調査會に於て、被相續人の家族一般の保護の爲め家督相續の場合事情に應じて遺留分は三分の一、四分の一と變更し得るやう規定すべしの說があつた（尾崎二〇一回一一・一四）。併し遺留分を多くすることはそれ丈被相續人の生前處分を制限することになつて別の不都合が生ずる。他の家族にとつて酷な結果になるかもしれないが、家族制度を認め「家督相續人ノ權利ヲ認メル以上ハ仕方ガナイ。ソレヲ補ナフ道ハ其家督相續ヲ爲シタ者ニ扶養ノ義務ガアル。」第一には戸主として第二には兄弟として其他「種々ノ理由カラ養ナツテ往カナケレバナラヌ。而シテ本案デハ扶養ノ義務ハ生命ヲ繫ゲバ宜イトイフコトニナツテ居ラヌ。教育迄モサセナケレバナラヌトイフコトニナツテ居ル」それに相續人が義理人情を辨へぬときには財産の半分は被相續人が自由に處分出來る、

「家督相續ノ場合ハ斯ウスルヨリ外ニドウモ仕方ガナイト思フ」（富井同一四）、と答へられた。之に對し要綱は、相續開始後事情に應じて相續財産の一部の分配を直接に强制するといふ新しい解決を見出したのである（穗積博士相續法の改正について法協四三卷一九五八頁以下・民法改正要綱解說法協四六卷二〇二八頁以下參照）

尙舊民法財産取得編第二九四條には

家督相續人ハ姓氏、系統、貴號及ヒ一切ノ財産ヲ相續シテ戶主トナル

系譜、世襲財産、祭具、墓地、商號及ヒ商標ハ家督相續ノ特權ヲ組成ス

とあつた。これは現行法の解釋上も、又相續法改正要綱第一の一の「財産」やその「家ヲ維持スルニ必要ナル部分」、その二の「諸般の事情」等の解釋にも參考さるゝであらう。

原案第九七三條は初め現行第九八六條九八七條の兩條を含んでゐたこと舊民法と同樣で（一七五回六一）後に修正案第九八九條九九〇條となつて分離したものであるが（一九九回四七）文面は初めから現行通りである。

三三　廢　嫡

（舊民取二九六・二九七・原案九八二・現行九七五）

舊民法財産取得編第二九六・二九七條、原案第九八二條（一七七回八八）は共に大體現行第九七五條と同樣で

ある。唯第二項は「成年ニ達シタル推定家督相續人ノ同意アル場合ニ限リ」となつてゐた。

右第二項削除論が穗積八束氏によつて次の様に述べられてゐる。第一家督相續制度の確立の爲めに法定推定家督相續人の地位を不動たらしめねばならぬ、第二に本條によると廢嫡を繼續的に行ふことによつて相續人なき家とすることが出來るやうで以ての外である、第三に裁判所や行政官の判斷に絶對の信賴は置けない、第四に正當の事由ある時相續人の同意があれば廢除出來るが同意がなければ正當の事由があつても出來ないといふのは不合理である、第五に正當なる事由の意味が曖昧不確定である、第六に正當の事由が止むことを得ざる事由よりも輕いものであるなら第一項に麗々と窮屈な列擧をしたことは無意味で前後矛盾する、といふのであつて（同九七・一七八回三）、贊成者もあつたが（高木一七七回一〇五）少數で成立しなかつた。

次の問題は被廢嫡成年者の同意であつた。第一項列擧の事由中尊屬に對する虐待侮辱があるがこれらの場合の虐待者が廢嫡に同意するを要するといふのは不可解である、寧ろ當然廢除となるものとすべきである（穗積八束同一一八）、これに贊成して同意の要件削除を主張する（長谷川同一一八・土方同一二一・横田同一二三・重岡一二五）、等の說が出て、親族會の決議を經て請求すべきものとする案（土方同三〇）が出され贊成あり（長谷川三三・三崎三九）、多數を以て可決され（同四二）、修正案は親族會の認許の文言を採つた（一八〇回二〇）。これが現行の同意と變つたのは整理の際か、不明である。

又原案第一項第二號には「不具又ハ疾病ニ因リテ家政ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコト」と規定され、馬鹿・頓間・

魯鈍が不具に入るか否かが問題になり（横田一七七回一〇四・箕作一七八回二）、「サウスルト魯鈍デハ吾々モ魯鈍カモシレヌ」（梅同三）なぞと冗談も出たが、不具は矢張り不充分とあつて様々の說が出た末（同一五・二一）、起草委員に一任と決し（同四二）、後日現行通りに改められたのである（一八〇回一九）。

第三號の家名云々の文句は餘り見掛けないものであるが親族法改正要綱第八及び第二六は離籍及び離緣の原因中に之を用ひてゐる（尙參照大判昭六・一・二九民一新聞三二三二號一〇頁）。

三四　入夫婚姻と家督相續

（舊民人二五八・取二八七・原案七四五・七五一・八七六・九七二・修正七四三・七六八・現行七三六・七四五・八七四・九六四・戸籍一〇〇・相第四）

その一　入夫婚姻と相續の開始

舊民法に於ては女戸主の入夫婚姻は相續開始原因ではなかつた（人事編第二五八條取得編第二八七條・修正案理由書二二六頁）。之に反し原案第九七二條（現行第九六四條）は初め第二號として相續開始事由とすることを宣明した（一七五回四一）。

舊民法人事編第二五八條には

入夫婚姻ノ場合ニ於テハ婚姻中入夫ハ戸主ヲ代表シテ其權ヲ行フ

とあつて女は依然として戸主たる地位を保つてゐた。原案第七四五條（修正案第七六八條同七四三條）（一二七回七八・一三五回五六・一三八回五七）即現行第七三六條では相續開始を豫定して入夫が戸主となるを原則としたが、戸籍法第一〇〇條との關係上入夫婚姻屆に際し特に入夫が戸主となる旨を記載せぬ限り入夫を戸主にせぬ意思と看做されるから、實際は舊民法と同樣になつてゐるのが現狀である（大四・七・一五法務局長回答新聞一〇三四號二九頁　大判大一四・六・二四民三新聞二四三二號一〇頁）。

起草委員は、舊民法の下に於ても「戸主ノ權ハ入夫ガ行フトイフコトニナツテ居リマス。併シ實際戸主デナクシテ其權利ヲ總テ行フトイフコトハ隨分妙ナ有樣デアルト思ヒマス。ノミナラズ慣習ハ明カニ入夫ガ戸主ト爲ルトイフコトニ爲ツテ居ル」とて明治六年布告第二六三號、同九年太政官達第五八號、同十年同達九八號、同二三年十月一日司法省指令を引用し、「草案ニ於テハ入夫ヲ以テ戸主トスルトイフコトニナツテ居リマス。何處デ變ツタカ知レマセヌガソレガ今ノ法典（舊民法）ノヤウニナツテ居リマス。ソレデ本案ハ之モ實際ドウアツテモ斯ウナケレバナラヌトイフ程固イ考ハ私ハ少シモナイ。實際ノ得失ニ付テハ多少迷ヒマシタガ先ヅ慣習ニ從ツタ方ガ宜カラウト思ヒマシタ」（富井同七八）。又「苟モ女戸主ヲ認メレバ女戸主ガ既ニ女戸主デアツテ、其處ヘ入夫ガ來タナラバ其亭主ガ當然戸主ニナルトイフコトニシナクテモ宜イデハナイカ、何時モサウデナクテハナラヌトイフヤウニシナクテモ、女戸主ヲ廢スルナラバ兎モ角女戸主ガアル以上ハ。（中略）慣習ハ或ハ戸主ハ默ツテ

居レバ其者ガ戸主デアッテ、更ニ隠居願カ何カ出サヌト夫ニハ戸主權ハ移ラヌモノト解シテ居リマシタ。（中略）昔ノ様ニ男ガナケレバ其家ガ絶エルトイフヤウナソレナラバ理窟ガ通ル。昔ハ戸主ハ公ノ勤メガアルトカイフコトモアツタガ今日ハサウデナイ。戸主トイツタ所ガ男デナクテモ濟ム。唯其家ノ政治丈ケヲ」すればよいのであつて軍務其他の役に出る要はない、故に一旦女戸主を認める以上は「女戸主ガ夫ヲ持テバ必ズ其夫ニ戸主權ヲ移ストイフコトニセヌデモ宜シイダラウ」（梅同八二）。これが變更は隠居さへすれば出來る、「此場合ニハ年齢ニ拘ハラズ隠居ガ出來ルトイフコトニシタイ」（梅同八三・尚一三二回四三）。これに對し、戸主は必ず入夫たるべしとし第二項を削除せんとする説も大いに主張されたが（高木八一・八三・長谷川八三・磯部一三五回五七・横田一三二回四二）原案通りに決した。起草者は皆女戸主繼續を原則とする論を吐いて居り乍ら、規定の上では入夫戸主を原則とし僅かに但書を以て例外を活かさうとした。之は大いなる矛盾であるが、惟ふに前記當代の諸法令が反對の夫權主義的な入夫戸主原則を宣言し、或は宣言するものと解されてゐた事實に妥協したものであらう。果して後日委員はその眞意を表白して、「元カラ入夫ヲ以テ戸主トスト云フコトハ少シ氣ニ喰ハナカツタノデ、外ニヨイ文章ヲ氣ガ附カナカツテ斯ウシタノデアリマスガ、別シテ親族ノ總則ノ初メノ所ニ立テルニハ入夫ヲ以テ戸主トストイフコトハ面白クナイ」（梅一三八回五八）と、文字論に細かい心遣ひをされてゐる。

又原案第七五一條（現行第七四五條）には第二項として、

有夫ノ女戸主ニ付キ同一ノ事實アリタル場合ニ於テハ入夫ハ之ニ隨ヒテ其家ニ入ル

と規定されたが（一三九回一五）之は削除された（同四一）。

又女戸主の尊屬と入夫との間に法定血族關係を認める立法例として舊民法人事編第二四條第二項があつた。起草者は初めこれを認めなかつたが（修正案第七三八條・一二五回六八・一二六回二一）議事中に提案可決された（一二六回一七）。併し現行法となる迄にまた削除されてゐる（本稿**一**參照）。

要綱第四の一は入夫婚姻により相續開始せざるものとし前述起草委員の意圖を再現せんとしてゐる。今こそ妥協を要する客觀的事情もない。適當な改正であらう。

その二　入夫の離婚

現行第九六四條の原案第九七二條では初め第二號として入夫婚姻のみ相續開始原因とされ、その取消も入夫離婚も又現行の第二號も擧げられてゐなかつた（一七五回四一）。そしてこれは戸主の離緣を認めないからであると說明された（穗積陳重同四六）。蓋し原案第八七六條即現行第八七四條（一六三回八六）を指すものであらうか。

右のやうな原案第九七二條が現行第九六四條となつた過程は明かでない。

要綱は入夫の離婚又は入夫婚姻の取消に因る家督相續に於ては妻を相續人とする。破れた法定血族よりも自然血族を基として相續順位を定めんとするもので正當であらう（親第九・本稿**九**參照）。（尙入夫の離婚と婚姻前より負擔せる入夫の債務に付いては大判昭九・二・二三民一裁判例八卷二六頁參照）

その三　入夫の死亡

「入夫ノ場合ニハ今度ノ原案ハ入夫ヲ以テ戸主トスル其婦家ニ幾ラノ財産ガアラウトモ又自分ガ持チ來ツタ財産ガアラウトモ其財産ハ一ツニ混和シテ仕舞ツテ則チ其家ノ財産ト」なる、而して入夫は先夫の身分を繼いだと同様に先夫の子は「自分ノ婚姻カラ出來タ子ト同ジモノト見テ其子供ニ相續サセルトイフコトニナツテ居」、入夫死亡の場合は「日本ノ是迄ノ習慣又ハ觀念トシテ家督相續人ハ前ノ子カ又ハ自分ノ產ンダ子」である、又「法律ノ進歩又ハ外國法理ノ輸入ニ依ツテ家督相續トイフモノノ他ニ遺產相續トイフモノヲ認メルトイフコトニスルニシテモ、是ハ餘程注意シナケレバナラヌト考ヘル。例ヘバ入夫ガ前ニ養子ニ往ツテ子ヲ產ミ付テ居ツタ實子ガソコニアツタ。ソレデ今度入夫ニ來タ時ニ前ノ婚姻ニ依ツテ出來タ子ガアル。斯ウイフ場合ニ自分ガ戸主トナツテ婦家ノ財產ヲ自分ノ物トシタ。ソレガ矢張リ前ノ子ニ讓ルトイフノガ習慣デアルマイカ」（高木一二四回四六）。入夫の場合に「若シヤ夫婦ノ間ニ後日男ノ子ガ出來タナラバソレニ相續サセタイ。サウイフ約束ナラバ入夫ニナラウトイフヤウナ契約ヲ、私ハ親族ノ間ニヤツタコトガアル。ソレカラ二三件取扱ツタ例モアル」、併し一般に慣習としては家附の子が相續權者とされた（岸本同五七）。

之に對し起草委員は「大變ナ違ツタ考ヘヲ持ツテ、（中略）苟モ入夫ヲ戸主トスル以上ハ女ノ方ガ前ノ婚姻ノ時ニ持ツテキタ子トイフモノノ家督相續權ヲ認メナイ」、即ち先夫の家附の子に付當然廢嫡あるものと考へ（富井

同四八・本稿**二**參照)、新たに夫婦間に出來た子のみに家督相續權を認めんとした。勿論之は「個人主義ノ制度ト家族制度ノ喧嘩デ」(岸本同五六)敗れ去つた。

相續法改正要綱は家族制度と血統主義保持、婦の地位の向上の一石二鳥として妻の相續權を確保し庶子のそれを却けてゐる(相第四の二、三)第九及び親第三・第九・前述**その二**參照)。

三五　嫡出女子と「女戸主の庶子」

(舊民取二九五・原案九七八・現行九七〇・相第四・九)

原案第九七八條は現行第九七〇條と同樣に起草されたが、「本條ハ舊民法ノ財産取得編第二百九十五條第一項ト略ボ同シ事デアリマス。唯違ヒマスコトガ、第一ニ舊民法ノ第三號ニ據リマストイフト、此三號許リデハ分リマセヌ、二號三號四號ヲ合セテミマスルトイフト、男子ハ私生子ニテモ嫡出子、庶子タル女子ヨリカハ先キニ相續スルヤウニ見エマス。サウトシカ讀メマセヌ。之ハ日本ノ慣習ニモ明カニ反スルコトデアツテ、(中略)男子ト雖モ私生子ハ一番後トニシナケレバナラヌ」(梅一七七回三六・富井一五六回七一)と說明された。

この審議中庶子と私生子の相續順位の優劣は男親の方にとつてみると重大だが女親にとつては大差はないから、女戸主の家督相續に付き庶子と私生子を區別するに及ばぬ(横田一七七回四四・尾崎同四五・土方同五二・五八)、

との意見が出てのち、女戸主の庶子といふものが大問題になり（一七七回四四・六〇）女戸主には嫡出子と私生子しかない、庶子は父に對する（同六二）、又男には私生子はない、認知すると庶子になる（同六四）と解された。これが爲めに、現行第九七〇條（原案第九七八條）第四號につき女戸主の場合と男戸主の場合とを區別すべしとの考へから、削除説も出（尾崎一七七回四九・箕作同五九）、私生子に全然相續權なしとする説も出たが（尾崎同上）結局同號に、「女戸主ノ家督相續ノ場合ニ於テ」と入れ「庶子」の文字を二ケ所削るといふ説が多數を占めた（同六五）。この決議に基き、

第九百七十八條第一項第四號ヲ左ノ如ク改ム

親等ノ同シキ嫡出子及ヒ私生子ノ間ニ在リテハ嫡出子ハ女ト雖モ之ヲ私生子ヨリ先ニス

（但第四章中母ノ爲メニハ庶子ナル者ナキコトヲ明カニスルコト）

別案　第三號トシテ左ノ一項ヲ加ヘ同條第一項第四號ヲ削ル

被相續人カ女戸主ナル場合ニ於テ親等ノ同シキ嫡出子及ヒ私生兒ノ間ニ在リテハ嫡出子ハ女ト雖モ之ヲ私生子ヨリ先ニス

との修正案が提出され異議なく可決された（同一八）。然るに右の修正案はいつの間にか撤回されて現行法は再び原案に還つてゐる。この過程は詳かでない。唯右議事の經過を傳へんとてか修正案理由書には次の樣に記されてゐる、「嫡出子ト私生子ガ、其親タル戸主ノ家ニ在リテ其間ニ家督相續順位ノ關係ヲ生ズル場合ハ、戸主ガ女

子タルトキニ限ルモノニシテ、私生子ガ既ニ男戸主ノ家ニ在ルトキハ之レ庶子タルベキニ因リ、男戸主ノ家ニ在リテ嫡出子ト私生子ノ家督相續順位ノ關係ヲ生ズルコトナカルベシ」（二三四頁）。

三六　國籍喪失に因る家督相續

（舊民人二五二・取二八七・原案九九三・九九四・現行九九〇・九九一・相第五）

舊民法人事編第二五二條には

戸主カ國民分限ヲ喪失シタルトキハ廢家シタルモノトシ推定家督相續人ハ一家ヲ新立シ前戸主ノ家族ハ新戸主ノ家ニ入ル

とあり、國籍喪失は相續開始原因ではなかつた（舊民法財産取得編第二八七條參照）。併し起草者は、之は日本の國情に反し當事者にも不便である（梅一七五回五二）、又國籍喪失が戸主權喪失の原因であることは言ふ迄もないが戸主權が繼續するか否かの疑を生ずる、等の理由及び日本の家族制度の根本主義から、これを相續開始原因と明定した（穗積陳重一七五回四四）。かくして現行第九六四條の原案第九七二條の第一號が成立したのである（同四一）。

この場合財産は當然承繼さるゝや而してその關係は行政法でなく民法か（重岡同四六・四八）の間には何れも

然りと答へられた。別に、舊民法のやうに廢家を原則とし。再興するか否か財産を讓與するか否か等はいつれも本人や親族の自由な選擇や協議に委す方がより合理的であらう（横田同五四）の意見が出たが成立しなかつた。

現行第九九〇條の原案第九九三條に付てみると、これには初め第二項がなかつた（二〇〇回三）。「土地所有權或ハ日本人ニ非ザレバ有スルコトノ出來ナイ株式等ノコトノ始末ハ特別法デ規定スルガ宜シイ。是ハ法典調査會ヨリモ條約實施準備委員會ノ方デ考ヘル事柄デアルト思ヒ、（中略）家督相續ノ特權ニ屬スル權利又ハ其他日本人ニ非ザレバ有スルコトヲ得ザル私權ノミヲ承繼スト斯ウ廣ク書キマスノハドウモ危險デアラウト思ヒ」、之を除いたのであつた（穗積陳重同五・梅同七）。併し外國人の享有出來ぬ權利をもつ人が國籍喪失前豫め處分して置かなかつた場合にも、一定の猶餘を與へてこれを相續し又は自由處分し得るやうにしてやつても不都合はあるまいとの意見が出横田同五。梅一六）、これらを民法に規定することが提案され（横田同二二）、當然直ちに權利は國籍喪失者の手を離れて相續人に歸屬するものと一定すべしとの案も出たが（高木同二三）、不意打はいけないし國庫に收めるも望ましくない、萬人法を知るは擬制にすぎないからといふ猶餘論あり（梅同二六）、表決の結果現行の第二項を附加することとなつた（同二九）。

なほ現行第九九一條の原案第九九四條は、「ニ對シテハ其」といふ六字が拔けて「家督相續人カ受ケタル」となつてゐた（二〇〇回三四）。

改正要綱は法定推家家督相續人又は指定家督相續人ある場合にのみ國籍喪失によつて家督相續が開始するが其

他の場合には絶家するものとし（現行第七六四條）その詳細を明定する（相第五）。

三七　遺産相續人の範圍及び相續分

（舊民取二九五・三一三・原案九九四・九九六・九九七・現行九九四・九九六・相第六）

その一　配偶者の遺産相續順位

現行第九九六條は初め原案では

前二條ノ規定ニ依リテ相續人タルヘキ直系卑屬ナキ場合ニ於テ被相續人ニ生存配偶者アルトキハ其生存配偶者遺産相續人トナル

と規定され（一八六回二二）、これにつき委員は次の様に說明した。

生存配偶者の相續者の相續順位に付ては起草者間に意見が分れてゐる。立法例は六つ程ある、第一は配偶者を卑屬親に先立たせるもの（我王朝末期）第二は同順位とする、第三は卑屬親より後にする（原案舊民法取得編第三一三條）、第四は配偶者に全く相續權なしとする（我封建末期）、第五は子に相續させ配偶者には用役權のみを與へる、第六は之に似て子があれば配偶者には用役權だけ又子がなければ所有權を與へる。「卑屬親ト同順位ニ於テ繼グトイフ考ヘモ隨分吾々ノ中デ考ヘテミマシタカ兎ニ角原案ハ」第三の主義を採つた（穗積陳重同二三

・梅同二七)。

同順位說は續々と出た。繼子や仲の惡い子があるとき寡婦はみぢめである（横田・穗積陳重同二六)、家督相續に於ては直系相續が家族制度の本則であるが遺産相續に於ては妻子を饑ゑさせぬやうに財産を分配するのが本則であるから「自分ノ子ト妻ト同ジヤウニ財産ヲ遺シテ置クトイフコトガ人情ニ近イヤウニ思ヒマス」（穗積八束同二六)。「今日ハ妻子ト云ツテ却ツテ妻ノ方ヲ先ニスルヤウニナツテ居ル。又人ノ嫁ニナツテ行クトイフノハ生涯自分ノ身ヲ任カセル積リデアル。縱シ復再ビ餘所ニユクト云フテモ年デモ取ツテ居レバユカレヌコトニナル。サウスレバ矢張リ同順位ニシテ置テハドウデアリマセウカ」（横田同二七)。併し夫から財産を貰ふ妻の多くは唯餘生の消極的安樂を考へるだけであるが、子供は男子なら職業を覺え妻帶して子孫の繁榮を積極的に謀つてゆかねばならぬし女子でもよい所へ緣付くには財産も要るから母と子では財産必要の程度が違ふ、母の餘生は實子にせよ繼子にせよその扶養の義務で保證させてある、女は夫婦財産制の規定で自分の財産を確保出來るのだからそれにまた財産を與へる要はない（梅同二七・三一)、との反對があり、表決の結果は原案通りとなつた(同三二)。

改正要綱は同順位に改めんとする。

因に舊民法に於ては家を同じうせざる卑屬（直系に限らず）よりは配偶者が優先することになつてゐた（取得編第三一三條)。

尙原案第九九七條は「前三條ノ規定ニ依リテ相相續人タルヘキ者ナキトキハ戶主其家族ノ遺産續人ト爲ル」と

規定されてゐたが（同三三）、議事中に直系尊屬を戸主よりも優先させることに決し（同四五）、前記原案第九九六條と合併されて現行第九九六條の一ケ條となつたのである（一八七回二八）。

その二　直系卑屬の相續分

現行第九九四條（原案一八六回一二）は單に直系卑屬と書き「男女ノ區別モナシ嫡出子庶子ノ區別モナシ家ニ在ル無イノ區別モナイ」（同一七・一八）が、調査會に於て別に異論はなかつた。舊民法は遺産相續も家督相續と同樣に嫡庶私の區別をし（財産取得編第二九五・三一四條）、家を同じくする卑屬親直系に限らず）のみに相續權を與へた（同第三一三條）。

改正要綱は家に在る無しで相續分に二對一の差等をつけやうとする。

その三　兄弟姉妹の遺産相續權

現行第九九六條第一項二、三號の前身たる原案第九九七條の審議中、「兄弟姉妹位迄ハ、戸主ヨリ、却テ愛情ノ點カラ言フタナラバ深イデアラウト思ヒマス。ソレデアリマスカラ傍系親デモ兄弟姉妹迄位ハ相續權ヲ與ヘタ方ガ人情ニ適ヒハシナイカ」、と論ぜられた（田部一八六回三四・三八、横田同三八）。併し愛情云々を云ふならば或外國の例の樣に十二等親迄相續權を與へるやうなことにせねばなるまい、「傍系親ニ至ツテハ之モ程度論

デアリマスルガ隨分考ヘテミルベキコトデアラウト思ヒマス。或ハ兄弟ダケニ限ルトカ或ハ伯父、叔母、甥トカイフ者迄ニモ及ボシマスルトカ。餘リ此相續權ノ範圍トイフモノヲ擴ゲマスルトイフト愛情ニハ基イテ大變ニ良イコトデハアリマスルガ、併ナガラ隨分親族等ノ關係ニ於テ甚ダ面白クナイ感情ヲ始終持テ居ル、或ハ卑劣ナル感情ヲ持テ居ル、少シ遠ザカルトイフト早クあれが死ヌレバ宜イ、或ハ從弟杯ニ至リマスルト死ンダノヲ大變ニ嬉シガルトイフヤウナ風ノコトガアツテ、（中略）相續トイフモノガ本ニナツテ甚ダ面白カラザル感情ヲ惹起スルヤウニナル」（穗積陳重同三五）、といふ肯定的な程度論もあつたが、反對說（梅同三九）の少い代りに強い贊成論もなく、自然立消えとなつて了つた。

要綱は尊屬に次ぎ戶主に先んじて兄弟姉妹の相續權を認めんとする。（獨逸民法第一九二五條も同樣である。）

三八　胎兒の利益保護

（原案九七六・一〇〇三・一〇六五・現行九六八・九九三・一〇六五・相第八）

現行第九六八條、九九三條及び一〇六五條は原案の第九七六條、一〇〇三條及び一〇六五條に該當する（一七六回八四・一八六回五五・一九〇回六九）がこれらの審議は簡單に濟んでゐる。參照穗積博士相續法改正餘論法協四六卷二頁

三九　親族入籍者等の相續順位

（原案九七九・現行九七二・相第一〇）

原案第九七九條（現行第九七二條）では初め「直系卑屬ハ他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限リ」とあつたから、これら入籍卑屬の相續順位は私生子にもおくれることになつてゐた（一七七回六六）。

本條適用の結果は利弊二通りを生ずると論じたのは横田氏で、「今私ガ例ヘバ何處ノ家ニ夫婦ニ爲ツテ居ツテ子ヲ生ンデ居ル。デこちらニ歸ツテ私ガ今戸主ト爲ツテ居ル。其時分ニ私ノ妻トイフモノハ以前ノ妻デアル。ソレカラシテ私ラ夫婦ノ間ニ子モ無イ。向フニ二三人モアルカラ、ソレヲこちらニ引取ル。其後ニ私ガ妾カ何カ置テ生ミ出ス。其時分ニ妾ガ生ンダ子ガ貰ツタ嫡出子ノ奴ヨリカ其方ガ先キニナル。斯ウイフヤウナ場合ニハ」本條の結果は不穩當である。唯「私ガ最初養子ニ往ツテ子ヲ生ンデ其家ヲ出テ來テこちらデ新タニ嫁ヲ取ツテ又子ガ出來タトイフ場合、其場合ニ以前ノ家ガ貧乏デアツタトイフヤウナ場合ニハ以前ノ子ヲ引取ツテこちらデ養フトカイフヤウナ場合ニハ、誠ニ此規則ハ宜シイガ、ソレカラ場合ヲ考ヘルト非常ニ惡イ場合ト非常ニ適合スル場合ト」があるから、「惡イ場合ヲ何トカ規則デドウトカスル、養子ニスルトカ何トカスルナラバ宜シイガ云々」と述べられた（同七〇）。又土方氏がこれを是認された上惡い場合の例を更に一つ擧げられた、それは次男を養子

にやつた後と長男が死んだ、長男には子が無いか又はあつても妾腹だから次男の方へ繼がせたい、「養家へ相談ヲスルト向フデハ養親ニ實子ガ出來テキルカラ歸シテモ宜シイトイフノデ歸ツテ來ルト庶子ガアル。其場合ニ庶子ガ勝ツヤウニナル。ソレデハ困ル。矢張リ其次男ガ相續ガ出來ヌト困ル」（同七三）。後の例に對しては梅氏から、離緣復籍は現行第七三九條の場合であつて本條には關係ない。本條は現行第七三七・七三八條による入籍の場合であると注意された（同七四）。併し、親族入籍の場合にも嫡出子を在家の庶子より優先させたい（土方同七九）、先に引取られても後とから生れた庶子に優先させるのは不都合だ（横田同八〇）といはれたが、これは「既ニ相續人ト極ツテ居ル者ノ權利ハ奪ハレヌトイフコトニスレハ宜シイ」と答へられた（梅同八〇）。

而して穗積八束氏は家族制の上から其家で生れた者が外で生れた者に先んづる原案を支持され（同八〇）、之に對し庶子は必ずしも其家で生れるものではない、女戶主の場合に私生子の方が勝つのは酷いとの意見が出て贊成多く（同八一以下）、その趣旨で原案に「嫡出子又ハ庶子タル」の九字が加へられて現行の如くになつたのである（一八〇回一八）。

改正要綱第一〇は更に本條の適用を入夫と養子の二つの場合のみに限定せんとする。

四〇　相續人確定の手續及び相續人曠缺の場合に於ける相續財産の處理

（舊民取三四二―三四八・現行一〇五一・一〇五九・相第一三）

舊民法財産取得編第三四二條　相續人現出セス相續人ノ有無分明ナラス又ハ相續人相續ヲ拋棄シタルトキハ相續人ノ曠缺セルモノト看做ス

第三四三條　相續地ノ區裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リテ相續財産ノ管理人ヲ命ス可シ

第三四四條　管理人ハ利害關係人ヲ召喚シテ相續財産ヲ調査シ其目錄ヲ作リ財産ノ形狀ヲ檢證セシム可シ

管理人ハ此手續ヲ終了シタル後相續ニ屬スル權利ヲ行使シ之ヲ訟求シ又共相續ニ對スル訟求ニ答辯ス可シ云々

第三四八條　相續人アラサルコト確實ニ至リタルトキハ國ハ特別法ニ從ヒ供託金額ヲ領收ス可シ

富井氏の說明によれば――款別の體裁に於て舊民法は相續財産の受諾及び拋棄と並べて「相續人ノ曠缺セル相續財産ノ處分」の一款としたが之は不當である。原案の相續人の曠缺の場合は舊民法より狹く、相續人が不在の場合は現行第一〇二一條によつて管理處分するのであつてこの範圍外。從つて第五章の適用は相續人あること不

分明の場合に限る（富井一八九回一一）。

相續財産を法人とするや否やは立法技術上の一大問題で起草者は非常に迷つたのである。法人とせぬときは第一に訴訟上に不便である、第二に管理人を代理人と考へると本人即相續人は未來の不確定人であり究極に於ては國家でなければならぬ（舊民法取得編第三四八條のやうに）、然るに原案では國家を相續人としない。之に反し法人とするときは拵へ事即ち擬制が多くなる、第一に法人格、第二に後日相續人が現れたときの遡及的な法人格取消、第三に右の場合既往の管理人の行爲の遡及的失效。どちらも一長一短であるが理論上も實際上も法人にした方が始末がよからうと考へられた（富井同一三・一八）。

併し相續人不明の財産を法人とする說には反對の論が續出した。相續人不明の場合その財産は無主物ではないが、又これを法人とせずとも訴訟法上特別代理人の定めがあらう（高木一九・二〇）。斯る擬制をせずとも相續人が分明ならざるときは其相續財産の管理處分の目的の範圍内に於て被相續人は存續するものと看做すと規定しては如何（穗積八束同二八）。法人などとせず事實ありのまゝに必要に應じた規定を作り管理義務、訴訟當事者能力、債權者保護、究極の國庫歸屬等を明にすればよい（土方同三〇）。現行第一〇五一條と第一〇五九條を比較すると或點を法人と看做し他の點を財産と看做すやうであるが法人になつたものも國家に歸屬するか（岡野同三一）。相續財産を管理處分する一種の職務を持つた管理人又は管財人を裁判所で任命しこれに代理の規則を準用し、相續人が出現したら權限は解けて相續人に歸屬するとしたい、又管理者の善意の行爲は失效せずとする（土方三五・

三六・三七）。法人説だと「行倒レガアツタ、養育院ニ行ツテ死ンダトイフ時ニ誰モ受取人ガナケレバ、半天一枚褌一筋デモ法人ニナル様デアリマスナ」（穂積八束三七）。其他菊池、高木氏等（同三二・三八・四〇・四三）。之に對し唯一の強硬な法人論者は梅氏で、國庫を相續人にすることは出來ない、無主物とすると先占取得が行はれ人家稠密の所で相續人がないと叩き合が始まる、總則編に法人の規定があつて何の不都合もない、これを相續財産に屬する權利義務に或程度適用出來るではないか（梅同二一・二七・三二）と逆襲された。

結局決を採る段になつて議長は土方案重岡案と個々に付贊否を求めることを提案しこの方法によることになつた爲め何れも少數で不成立、遂に原案に決した（同四四）。大體の原案削除か否に付採決したら或ひは贊成が多かつたらう。尤も代るべき具體案が急に出ぬ爲原案維持に止まつたとみるべきかもしれぬ。（岡野同四二）。

改正要綱は「相續人アルコト分明ナラサルニ」の表現を止め、相續財産は法人たらざるものとし、國家の外社寺等にも歸屬せしめ得るものと定め、その管理人の選任・職務權限等を明定せんとする。大體舊民法の主義が復活されるわけである。

四一　絶家の時期

（舊民人二六一・原案七七〇・現行七六四・相第一四）

現行法第七六四條（原案第七七〇條・一三八回三）は舊民法人事編第二六一條と同樣に、「戸主ヲ失ヒタル家ニ家督相續人ナキトキハ絶家シタルモノトシ」てゐる。併し相續人なきときが何時かは判然しない（穗積博士法學全集三五卷一三三頁以下・近藤敎授新法學全集相續法二四七頁以下）。改正要綱は斯る場合の最後の段階として「相續財産ノ管理人ヲ選任スベキモノトシ、其管理人ニ家督相續人ノ選定ヲ目的トスル親族會招集請求ノ權利ヲ認メ、其他相續人ノ確定ヲ迅速ナラシムル爲メ相當ノ規定ヲ設クルコト」（相第一三の一）としたから、當然この過程に於ては絶家はまだないわけである。又要綱は右の「相續財産管理人ノ選任ナキ場合ニ於テ、家督相續開始ノ時ヨリ一定ノ期間內ニ家督相續人確定セザルトキハ、其期間滿了ノ時ニ於テ絶家シタルモノトスル」（相第一四）。蓋し疑義を避け且家の繼續を念慮した適切な改正であらう。

了

（昭和十二年二月二十日）