

會學濟經學大國帝都京

# 叢論濟經

號三第 卷十第

行發日一月三年九正大

## 論說

消費税に於ける累進課税……………法學博士 神戸 正雄

社會の存續……………文學士 高田 保馬

鎌倉時代の家族制度(二)……………文學博士 三浦 周行

明治の米價調節(五)……………法學士 本庄榮治郎

所得税均等負擔の理想と實現(一)……………法學士 汐見 三郎

キヤナンの富の概念に就きて(二完)……………法學士 石川 興二

## 時事問題

家賃騰貴と都市計畫……………法學博士 戸田 海市

官吏の待遇を論ず……………法學博士 小川郷太郎

國庫制度の改定に就きて……………法學士 大森 研造

## 雜錄

交通機關論の交通論における地位……………法學士 小島昌太郎

米國勞働者家計三十年間……………法學博士 河田 嗣郎

岡山藩の開墾策(二完)……………黑正 巖

## 鎌倉時代の家族制度 (二)

三 浦 周 行

### 三 式目の家族制度

貞永式目を通じて氏族制度に關する條文はこれあるを見ず。家督の相續は勿論女子の養子に關する條文に於ても何等民族的關係に及び居らざるなり。

家族制度につきて見るも、必ずしも今日の意味に於ての戸主制度なりとせず。戸主を惣領といふは當時の通用語ながら、式目に於て惣領の文字を使用せるは第三十八條に惣領頭を惣領といへるところのみ。こは即ち前章に説ける惣領地頭なるものにして、必ずしも一族關係あるにあらず家よりは寧ろ所領を主とせる名稱なり。これを外にしては家督相續人を嫡子といひ、其他を庶子といふこと第二十二條の如きものありと雖ども、専ら家督相續開始以前の稱たるが故に、嫡子を以て適確に戸主を意味すと解すべからず。然らば式目の條文中に於て戸主に相當するところは如何なる用語を使用せらるゝやといふに、第二十二條は主として財産の相續に關する規定なるも、其文中に「今所立之嫡子分」云々とある嫡子は家督相續人を意味するなり。然るにこれを定むる

は其親にして、コトガキ事書(標目)には父母とあれども、多くの場合、父なりと看做さざるべからず。財産の相續につきては本條の外、第十八條は父母が女子に讓與せる所領を取戻すことを得るを規定せるものなるが、それには被相續人を父母といひ、又親といへり。第二十條は父母が其子に讓狀を與へし後其子死去するに於ては遺産は任意に處分すべしとの規定なるが、それには父母といひ又父祖(相續人は子孫)ともいへり。第二十六條は父母が子に讓與せる所領に對して安堵の下文を受けし後其所領を取戻して他の子に讓與するを得る規定なるが、それには父母とも親とも書けり。第二十五條は關東の御家人が公卿に嫁せる女子に讓與せる所領に對して御家人の義務を負はする規定なるが、それには親父といへり。養子の場合につきて見るに、第廿三條は實子なき女子が養子に所領を讓與する規定なるが、それには無其子之女人といへり。次に夫婦關係につきて見るに、第二十一條は夫が故なくして妻を離別せる場合は先きに讓與せる所領を取戻すを得ざる規定なるが、それには被相續人を夫といひ、前夫といへり。第二十四條は寡婦の再婚する場合に夫より相續せる所領を亡夫の子に讓與すべしとの規定なるがそれには夫といひ亡夫といへり。

是を以て觀るに、式日の條文中には戸主又は戸主權に關するものもこれあるなく、戸主といふべきところには父若しくは母といひ無其子之女人(養母)といひ、又父祖といひ夫といひ、前夫亡夫といへるの外、正しく戸主に相當すべき用語を見出ださざるなり。これ式日の精神が戸主

たるが故に其特權の認むべきものあるにあらずして、父母たり夫たるが故に然りとするにあるを思ふべし。今更に是等の規定を通じて親子夫婦等の公法上の關係を見るに、親は成長せる子を幕府に薦めて任官せしむることを得たり(二二)。故に父の戸主たる場合に、家族たる子はこれと同じく公職に就き、功勞あれば亦これと同じく所領の恩給(恩地)に預ることを得たりしなり。承久の戦役に於て、若し父子の一方が官軍(京方)に屬し、一方が幕府(關東)に屬せりせば、もともと其賞罰を異にすべく(一七)、又子孫が父祖の讐を復せし場合を除くの外、父子の一方が故殺若しくは謀殺の罪を犯せりとも、一方が其情を知らざるに於ては亦これに坐せしめず(二〇)。夫婦の間亦同じく、夫の或種の重罪を除くの外故殺犯の如きは妻はこれに坐せしめざるなり(一一)。

親(若しくは夫)が戸主たりし場合に家族たる其子(若しくは妻)の公方面に人格者と認められたること此くの如し。私方面に於ても亦必ずしも其人格を無視せらるゝことなかりしなり。

これを夫婦の關係につきて見れば、式目は夫が妻に所領を讓與することを認め、妻が重罪を犯せる爲めに離婚せられたる場合は夫婦の財産契約を取消すことを得るも、これに反して故なく離婚せらるれば夫に於て其先に讓與せる所領の返還を求むることを得ず(二一)。只夫の死後は貞操を守りて其の菩提を用ふべきものとなし、此くの如き寡婦の再婚せる場合は、亡夫より讓渡せら

れたる所領はこれを沒收して亡夫の子に支給し、若し子なくば他に適當の處置を取るべし(二四)。

以上は夫婦間の財産制なるも式目第十八條には父母が女子に所領を讓與する規定あり、第二十三條には女子が實子なき場合に所領を養子に讓與する規定あり、又第十一條には夫の犯罪に坐して妻の所領を沒收すべきや否やにつきての規定あり、妻の所領には夫の讓與を受けたるもの、外其父又は母より讓與せられたるもあるべく、夫婦の間に子なき場合には養子をして相續せしめたり、而して夫の罪に坐して沒收せられ若しくは沒收を免れし所領には此父又は母より讓與せられたるもあるべく、又夫より讓與せられたるもあるべし。第二十五條は幕府に祇候せる女官が其所領に相當する義務を負ふべきことを規定せり。これ主として將軍若しくは其御臺所に附隨して京都より來り幕府に仕ふるものにつきての規定ながら、御家人の女子もこれと同じく、幕府に仕へて恩給に預るものあれば、彼等の所領には此種の恩地も亦これなきにあらざるべし。而して式目は家族としての妻が所領を其特有財産として所有するを認めたりしなり。

只夫婦財産制上特に注意を要するは御家人の女子にして月卿雲客即ち公卿と婚姻せるものに所領を讓與することなりとす。所領あれば必ず義務あり、然るに武家の公家に於けるは猶ほ今日の國際關係の如く、公卿は幕府の治外に立つものなり。故に若し此讓與に依りて御家人の所領が其女子の夫たる公卿の管理に歸し、御家人役の源泉涸渇を來すが如きことあらんか、幕府に取りて

は警戒すべき損失たるを免れず。是を以て式目第二十五條は女子の父が生前其身分ある女婿に優免して、自ら分割讓與せる所領の義務を負担したりとするも、死後は其所有者に向つてこれを催徴すべく、若し公卿の權威に誇りてこれを怠るに於ては、其所領を返還せしむべきことを規定せり。これ幕府が其財源を涵養するの自衛策に出でたるものに外ならず。

次に親子關係につき考察せんに、式目に於て子と稱するものには(一)嫡子(二)庶子及び(三)養子の三あり、第二十二條に

一 父母所領配分時、雖非義絶、不讓與成人子息事、

右其親以成人之子、令吹擧之間、勵勤厚之恩、積勞功之處、或就繼母之讒言、或依(一)庶子之鍾愛、其子雖不被義絶、忽漏彼處分、佗僚之條、非據之至也、仍割今所立之(二)嫡子分、以五分一可宛給無足之兄也、但雖爲少分、於計宛者、不(三)論嫡庶、宜依證據、抑雖爲(三)嫡子、無指奉公、又於不孝之輩者、非沙汰之限矣、

と見えたるは式目の條文中嫡庶の別を示せる唯一の規定なり。然るに此文中嫡庶の意義前後に依つて同一ならず。これを二段に分てば第一段の庶子(一)は前文に成人之子といひ、下文に其子といへる兄に對して弟を指せるものにして、其妻の出たると妾の出たるとを問はざるなり。次に第二段の嫡子(二)は第一段の庶子が新に嫡子に立てられたるものをいひ、下文の無足之兄は此庶子の兄にし

て、即ち第一段の成人之子たるなり此場合嫡子は兄弟の順位を論せず、家督相續人を意味するのみ。而して第三段の嫡子(三)は又第二段のそれと異りて、第一段の成人之子、第二段の無足之兄を指すものなり。此嫡子は先きに家督相續人たりしものなれば、第二段のそれと同意義なりといはんも、其時兄は假に廢嫡せられて弟が新に嫡子に指定せられたることなれば家督相續人を指すものと解すべからず。故に只兄弟の順位に於て長兄を意味すとすを妥當なりとせん。

然れば式目に於て嫡子と稱するには二義あり、第一は兄弟の順位に於て兄を意味し、第二は家督相續人を意味す。従つて庶子も亦二義あり、第一は弟を意味し、第二は家督相續なき諸子を廣く意味すと看做さざるを得ず。これ中古の令に於ても見るところなるが、令には此他別に嫡妻の子を嫡子といひ、妾の子を庶子といふの一義を存せり。式目には妻妾の文字を用ゐしところなきにあらず。第二十一條の事書コトガキに妻妾得<sub>二</sub>夫讓<sub>一</sub>、被<sub>二</sub>離別<sub>一</sub>、後領<sub>二</sub>知彼所領<sub>一</sub>、否事と見ゆるは即ち是なり。然るに其條文を見れば、其妻といひ、彼妻といひ、何れも妻の事をいへるのみにて毫も妾の事に言及せず、思ふに立法者の精神は妻妾の別に重きを置かず、事書に妻妾といへるは只語呂をよくするの外何等の意味なく、妻といひ妻女といふと異らざるを知るべきに似たり。さりさて式目に所謂嫡子と庶子とが妻の子のみを指すものにして、妾の子を指さざりしにあらず、寧ろ妻妾の間に別を立てざる程なれば其子の所生の何たるかは立法者の眼中になかりしと認むべき理由

あり。蓋し相續人の指定につき被相續人の意志が絶対に尊重せられたる當時にありては其相續人に妻の子を以てすると妾の子を以てするとは被相續人の任意にして、式目の干涉すべきところにあらざりしなり。故に此點に於ては前章に説ける一般的の意味の變更せられし跡あるを見出さず

次に養子に關する規定は第二十三條の一條あるのみ。これ主として女子の養子を認めたるものに過ぎず。同條には女子の養子を「法意」の許さざるどころなりといへり。所謂「法意」とは公家法律の精神を意味するの語なるも、律令其他の法文中未だこれに該當する規定あるを見ず、貞永式目の註釋書たる式目抄には本文の女人養子とあるを寡婦(本文寡夫に作るも意を以て改む)の養子と解し本條無二節文一とて法意にはゆるさす」といへり。其意女子の養子を許すの明文なきが故にこれを許さずといふのみ。假りに其明文なしとするも、これを以て違法行爲の論據となすに於ては正に明文なければ犯罪なしとの法の原則に背戻するものと謂はざるべからず。吾妻鏡寶治二年七月十日條に、雜務條々有<sub>レ</sub>其沙汰<sub>二</sub>教經等勘申云、(中略)次妻養子事、凡女人者无<sub>レ</sub>自專法、養子者夫不<sub>レ</sub>免之外、女人養子所<sub>レ</sub>不<sub>レ</sub>免也云々と見えたり。これに據れば女子は妻を意味し、妻は其自由意志を認められざるものなれば、夫の同意あるにあらざれば、養子をなすを許さずといふにあり。何れにするも女子の養子を許さずとは法律に明文あるにあらずして、解釋上より得たる歸結なりとの點に於て一致す。



令に據れば、女子は通例一家の戸主たるを得ざるものなり。然れども戸令に「凡戸内欲析出  
口爲<sub>レ</sub>戸者、非<sub>レ</sub>成中男、及寡妻妾者、並不<sub>レ</sub>合析、應分者不用<sub>レ</sub>此令」この一條ありて、寡婦  
の戸主たるべき場合を認めたり。既に戸主たるを許せば、其實子なき場合に養子をなして家を繼  
がしむることあるべきは言ふ迄もなく、令の規定に據るも、女子が養子をなすを違法と看做すべ  
からず。武家時代に至りては賴朝以來女子の財産を所有するを認め、子なき場合には養子にこれ  
を相續せしむるを例としたりしは前章に説きしところなり。故に式目に於ては所謂「法意」を認め  
つゝも「不易之法」「先蹤惟多」として女子の養子を認めたり。

所謂女人養子が夫ある妻の養子を意味するか、將た寡婦のそれを意味するか、將た又未婚の女  
子のそれを意味するかは考慮すべき問題なり。前掲吾妻鏡の説くところは夫の存生中に於ける妻  
の養子なり、妻は母としては夫たる父と共に親權を行ふを認められ、特有の財産を所有すること  
を認めらる、然れども妻は夫あればこれに服従するを義務とするを以て、其場合の親權は亦夫に  
依つて行使せらるゝを例とすべく、其財産は亦夫婦同財の義に依りて共通のものとなり、而かも  
夫に依つて管理せらるゝを例とすべければ、夫の存生中其財産のみを相續せしめんが爲めに養子  
をなすが如き事有り得べくも思はれず、況んや夫の意志に反してこれを行ふに於てをや。故に式  
目に所謂女人は多くの場合夫を喪へる寡婦たるべく、問々尼の如き未婚の女子もこれありと解し

て可なるべし。

相續につきて式目の條文は殆ど財産のそれに限らるゝの觀あるも、獨り第二十二條の嫡子は家督相續を意味すること前に説きしが如し。これに據れば、親は初に兄を擧げ、後に弟に代へたるものにして、式目は其財産相續につきて干渉すべき規定を存したれ、(そは後に説くべし)家督相續人の指定其物に向つては毫も更改するところなかりしなり。されば家督相續人につきては親の任意指定するところなりしこと疑ふの餘地なし。

次に遺産の相續につきても、式目第二十條は子が遺産の相續につきて親の意志表示をなせる讓狀(遺言の文書)を得たる後、親に先きだつて死去せる場合に其遺産處分は親(本文前には父母及び子となせるも後に至りて父祖及び子孫となせり)の意に任すべきを規定し、「其子雖令見存至令悔返者、有<sub>レ</sub>何妨哉」といひて子の生存中なりとも、先きに與へし讓狀を取消すも妨げずといへり。被相續人の讓狀につきてはこれを幕府に届出で、將軍の承認を経べく、幕府はこれに向つて安堵の下文を下附すべし。然るに第二十六條は親が此安堵の下文を受けたる後、先きの讓狀を取消して更に他の相續人を指定する場合は、後の讓狀の有効たるべきことを規定して被相續人の最後の意志表示を以て有効なりとし、これを以て將軍の承認にも對抗し得べしとなせり。然るに女子に讓與せる所領につきては女子の父母の意に乖ることありとも、これを取戻すを得ずとの説あり、これ朝廷の明法家の主張するところにして、其理由は女子が婚姻すれば其父母よ

り譲られたる所領は夫婦同財の義に依りて、夫これを管理すべく、父母これを進退し難し、故に父母が有夫の女子に處分せる財産は、輒く返還せしむるを得ずといふにあり。これ亦當時の明法家に通有なりし淺薄にして不條理なる法理論たるを免れず。何とならば戸令は妻の特有財産を所有するを認め、夫の遺産を分配するに際しても、妻の財産はこれと混同せしめざることをせり。而して子は父母に對して訴訟を提起するを許されざることなれば、父母が他人の妻となりし女子に讓與せる所領を返還せしむることは法律上決して不可能にあらざりしなり。況んや未婚の女子に於てをや。

然るに式目は此明法家の學說に對して法理論よりこれを辯駁するを敢てせず親子間の道德上此學說に従ふべからざるを説きて曰く、若し父母に於て其女子に讓與せる所領を取戻し得ずとせば女子は不孝の行爲を憚るべからざると共に、父母も亦女子に所領を讓與するを好まざるに至るべく、これに反して父母の取戻を許すに於ては、女子は讓與の取消を免れんが爲めに孝道を盡くすべく、父母も亦慈愛の思を均しくすべしといふにあり(一八)。

式目が此くの如く財産の相續につきて殆ど絶對的に父母の任意處分を認めたるにも拘らず、唯一の除外例と看做すべき規定を第二十二條に見出すべし。本條に於ては親が成長せる子を嫡子として幕府に薦め其勤勞の功を積めるにも拘らず、愛情の爲め、これを廢して弟に代へ、且つ兄の遺産の分配より除斥せる場合はこれに干涉して新に立てたる嫡子の得分を割き、其五分の一を兄

に分配せしむることを規定せり。これ式目が廢嫡の兄に同情を寄せ、「非據之至」なる父母の處分に對して救濟するの意に出でしものに外ならず。而かもこれ一種の非常手段にして、(一)幕府に對して勤勞の取るべきものなく(二)無指奉公(三)父母の意に乖りて義絶せられたるものは此救濟に預ることを得ず(四)然れば遺産相續に當りても親は子に對して任意に其得分の多少を定むることを得、又或るものには全く與へざることをも得たりしなり。而して所領なきものは全く御家人たる資格を缺欠に至ることを記せざるべからず。

以上は何れも父母(若しくは祖父母)が遺産相續に關する意志を讓狀なる文書に依りて表示せる場合の規定なるが、彼等の中には往々疾病其他の事故に依り生前未だ讓狀を作製するに及ばずして死に至れるものなしとせず。是等の所領を「未處分跡」といひ、式目は幕府がこれに對して適宜分配をなすことを規定せり。而して此場合に於て分配額の標準たりしもの二あり、一は「奉公之淺深」にして、二は「器量之堪否」なり(二七)。前者は父母の遺産分配に預るべき相續人の間に於て幕府に對する勤功の程度を詮衡するものにして、第二十二條の分配に漏れたる兄に對する同情が其勤勞にありたるを、奉公の見るべきものなくば救濟を與へざるとは并びに式目の精神の存するところを説明す。後者は御家人としての才幹の利鈍を詮衡するものにして、其結果有能者に厚く無能者に薄くせんとせるもの、これを前者に參照して、幕府の御家人に對する方針を窺ふべき屈竟の資料たらずんばあらず。