

心理的精神的に、宗祧即ち祖先祭祀によつて行はるゝものであるに反し、『家』の繼承は、主として、その物質的經濟的基礎たる家産即ち『家』に屬する財産によつて行はれるからである。

かくして、支那に於ては、尠くも宋代以後、宗祧相續の制廢れ、家産相續の制が、重んぜられる様になつたことは、既に之を述べた通りであるが、宗祧相續廢の傾向は、單に是のみに止まるものではなかつた。何となれば、家産相續が、宗祧相續を壓倒して、社會的に其の重大性を増して來るに従つて、前者は外延的に、次第に後者の衰微を促進したと同時に、内包的には、前者に於ける均分主義の原則が、徐ろに後者の嫡長主義を驅逐して、之に取つて代るに至つたからである。即ち宗祧相續は、周代以來、必ず嫡長子に依つて爲さるべきことが、確定不動の原則であつた筈であるにも拘はらず、此の原則は、漸く財産相續の均分主義に置き代へられた。換言すれば、父祖の祭祀を繼承する者は、必ずしも、嫡長子のみに限らず、衆子均しく之を承繼し得る様になつたのである。

此の事は、種々の點に窺はれるが、殊に祖先祭祀の費用を、嫡長子一人が、之を負擔することになく、相續財産中の一部を留存して之に充て、若しくは、各子孫が、金錢其の他を平等に離出して、此の費用を充當する慣習に、最も明瞭に現はれて居る。蓋し祖先祭祀を嫡長子の特權とするならば、祖先祭祀の費用は、其の者に於て之を負擔すべく、其の他の者が之を負擔すべき理由はない。それ故に、祭祀の費用を、諸子が平等に負擔するといふことは、畢竟、祭祀が、諸子によつて共同に營まらるべきであるの觀念されて居ることの最も卒直なる經濟的表現であるに外ならず、要するに、祖先祭祀の觀念あるも、宗祧承繼の形式なく、且つ財産の均分相續の事實あるが爲に、上記の

如き慣習を生ずるに至つたのである。

即ち、父祖の祭祀の爲に設定せられる財産、即ちかの祭祀公業若しくは祭産が、常に諸子の合有財産たることはもよより、時として、父祖の祠堂、墳墓及び公業の管理すらも、諸子共同に、或は輪流に、之を行ひ、必ずしも嫡長子のみ、獨り之に當り得るものではない。

かくして、現時に於ては、宗子は、父祖の祭祀權の外、如何なる權能をも有することがない許りでなく、父祖の祭祀權そのものすらも、必ずしも、宗子の特權でなくなり、衆子均しく之を享有し得るの状態に在り、宗子の權限は、古代の著しく廣汎且つ強大なるそれに比較して、極度に縮小せられて居る。

即ち、現在では、宗族を統轄すべき地位に在る者は、同族中材幹あり若しくは資産あるところの有能者之に當り必ずしも、古代に於けるが如く、宗子之に當るものではなく、宗子は、僅かに祖祭の主祭者たる虚位を有するに過ぎず、否、父祖の祭祀すらも、衆子共同に之を行ひ、必ずしも、宗子獨り之を司祭するものではない。

上述の如く、支那に於ける宗祧承繼の制度は、封建並びに貴族社會組織の崩壞に伴ふ實質的利益の喪失によつて漸次に、其の社會的意義を失ひ、従つて、其の古代的形式を甚だしく變改せしめたのであるが、此の事は、いふまでもなく、社會進化の必然的結果として、現はれ來つたものであつて、畢竟、社會構成の變革に伴つて、純然たる祭祀相續制度が、次第に其の在立の基礎を失ひ、相續制度の目的が、祖先祭祀から漸次に家族財産の上に推移するに至つたことの當然の歸結であるに外ならない。

かくの如くにして、支那の宗祧承継制度は、現時に於ては、殆んど全く其の本來の形式を喪つたことが、極めて明瞭であることは云へ、而かも尙、支那の所謂『宗法社會』の内部に在つては、まだまだ其の古代的形式の餘影を止めて居る點が頗る多い。蓋し、慣習的傳統的なる支那の社會に於て、古代的なる宗祧の觀念、従つて、宗子若しくは嫡長子の宗教的性質、若しくは祖先祭祀上の特質が、完全に、社會意識によつて否認せられるに至るまでには、尙相當の時日を要すべく、従つて、其の中間の時期に於ては、宗子の祭祀的性質が、多少の程度に於て認められ、宗祧承継の古代的形式が、何等かのかたちにて、残存するに相違はないからである。

即ち、現在に於ても、父祖の祭祀は、衆子共同に、之を營むものではあるが、併しながら、嫡長子たる長房は、尙神主、祠堂、家譜等を管理し、且つ祖屋に居住することが、最も一般普通の慣習であり、此の點に於て、幾分か祖祭の主祭者たる地位に在るものと観ることが出来る。

のみならず、現時に於ては、最早大宗小宗の區別なく、宗統は、事實上『宗』を以て傳へることが不可能であるにも拘はらず、宗祧の觀念そのものは、今尙依然として堅確不拔の禮教的規範として存在し、『家』の祭祀的意義は極めて重大であるから、宗祧承継そのものは、縦合むば、其の本來の形式に著しい變改を受けたこと云つても、それは大體に於て、極めて外的な形式的な意味に於てに止まり、其の實質的内容に至つては、毫も往昔に變ることではないのである。

即ち、現在に於ても、祭祀承継は『家』の最も重大なる任務とせられ、それが以前の如く、嫡長子によつてのみ行はれることがないにもせよ、兎も角も、血統の子孫が、家祀を繼續することいふこと、それ自體の意義並びに慣習は、決して失はれた譯ではない。事實、支那の家族制度は、今尙、祖先崇拜を其の心理的根據として成立し、而して、尠くも、此の點に關する限り、其の古代的基础は、確乎として動かすべからざるものがある。蓋し、支那に於ける道德、習慣は、尙依然として『家』の宗教的性質若しくは祭祀的意義を、飽迄も肯定して居り、血統維持に對する觀念の極めて強烈濃厚なること、今も、殆んど以前に遡るころはないからである。

が、併しながら、それにも拘はらず、支那家族制度のかゝる古代的規範は、縦合むば、それが、今の社會生活に深く根差して、極めて強大な威壓力を持つて居ることとしても、やがては、全く消失し去るべき運命を免れ得ぬことは、いふまでもあるまい。即ち現實の狀態に全く適應しないかゝる家族生活の規範が、社會狀態の變化にも拘はらず、今後其の存在を何時までも續け得るものなどは考へられない。のみならず、前述した様な支那に於ける宗祧承継の歴史的變遷過程は、最も明かに、宗祧承継なる行事の早晚滅亡し去るべきものなることを豫示して居る。而かも、宗祧承継なるものは、取りも直さず、支那に於ける家族制度の根幹をなすところの精神的基礎である。此の最も重大なる基礎の崩壞が、かくも明瞭に暗示されて居る以上、支那家族制度の將來に於ける運命に就いては、今更茲に蛇足を加へる必要は毫もないのである。

第三節 家長の繼任

古來、支那の相續制度に於ては、宗祧承繼又は家産承繼を重要視して、家長たる身分の承繼若しくは家長權の相續に關しては、餘り之に重きを置かぬ傾向があつた。即ち、律例に於ても、宗祧承繼又は家産承繼に就いては、可成り詳細な規定を設けて居るのであるが、家長の繼任に關しては、何等直接の明文を掲げて居ない。換言すれば、支那の相續法は、祭祀相續及び財産相續のみを認めて、家督相續なるものを認めない。而して、此の事は、支那の相續制度が、日本のそれと些か其の趣を異にする點であるが、此の點に關し、民律草案理由書は、左の如き説明を與へて居る。(同書第五編繼承序文)

『日本の家制は、其の性質吾國と異なる雖も、而かも家制既に存す。自ら家長繼承の事あり。故に其の法に、家督相續と遺産相續との別あり。吾國今日家制の破るべからざる固より人々之を知れり。惟だ習俗相沿ふて遞變するを以て、今日吾國の家長は、實に昔日宗法の嫡長に非ず、固より所謂繼承を爲すものなし。即ち血祀の關する所、義を嗣續に取る。古の如く大小宗を以て限りなき。亦た宗祧の繼承と遙かに異なる。』

由是觀之、支那に於ては、元來、家長の地位が、相續法上明かに認められて居たにも拘はらず、歴史的變遷に伴ふて、家長自體の性質に變化を生じ、家長そのものは、終に相續法上の地位を失ひ、單に親族法上の身分たるに過ぎなくなつたのである。

併しながら、既に第三章に之を述べた様に、支那に於ける家長なるものは、其の家族に對して、極めて強大なる權力を行使する地位に在るものであるから、之を親族法的に考察する必要があるは勿論、相續法的立場に於ても亦、

之に對して、一應の検討を加へる必要があるのである。

第三章に詳述した如く、支那の家長は、外部に對しては、一家を代表して立ち、内部に在つては、一切の家政を統攝すべき地位に立つものであるが、此の様な家長に必要な資格は、家族中の最尊長者たるべきことである。

即ち、一家を統攝すべき家長は、必ず一家の最尊長の男子たることを要し、必ずしも家祖の嫡長子孫たることを要しない。是家祖の祭祀を主祭するところの宗子が、必ず家祖の嫡長子孫たることを要するのこゝ、大いに趣を異にして居る點であつて、蓋し、祖先祭祀を、その精神的基礎とする宗族に在つては、祖祭を主祭すべきものが、父祖の嫡長子たる宗子であり、擴大せられたる單一的家計の大家族に於ては、其の家政を統轄すべきものが、最も有能なる尊長たる家長たるべきは、寧ろ極めて當然の次第だからである。

今試みに、支那に於ける家長及び宗子と、日本に於ける戸主とを比較して、其の異同を觀るに、日本の家族制度に於ける戸主は、家族の統轄監督者たる點に於て、支那の家族制度に於ける家長と同一である。然るに、日本の戸主は、家督相續に因つて其の地位を取得するものであつて、一家の嫡長子孫若しくは之に準ずべき者、之に當るの點に於て、支那の宗族制度に於ける宗祧相續と、其の主義を同じくし、其の家族制度に於て、家長は嫡長子孫たるを要せず、必ず尊長たるを要するの制と、全く其の主義を異にして居る。要するに、支那の家長は、日本の戸主と其の權限を同じくするも、其の資格を異にする。換言すれば、日本の戸主は、之を家長に比すれば、其の權限を同

じくして、資格を異にし、之を宗子に比すれば、其の資格を同じくして、権限を異にし、結局、宗子の資格と家長の権限とを合一して居るものと観るこゝが出来ぬ。此の點は、日本の家族制度と支那のそれとを、區別すべき大なる性質の差異であつて、支那に於ては、家族制度と宗族制度とは、飽迄截然として區別された別個の制度であるのである。

かくの如く、支那に於ては、宗族制度と家族制度とが、各個獨立の制度であるが爲の必然的結果として、宗族承繼即ち祖先祭祀の相續と、家長の繼任とは、最も嚴格に區別されなければならない性質のものである。例へば、家祖が死亡して、其の嫡長子が、家長を繼任するときは、一面に於ては、家長として一家を主宰し、他面には、宗子として家祖の祭祀を司り、一身に二の資格を兼有し得るけれども、若し嫡長子以外の者が、家長と爲る場合には、家祖の宗祧は、嫡長子若しくは嫡長孫之を承繼し、最早家長に於て、家祖の祭祀を主宰するこゝを得ない。而して、此の嫡長子たらざる家長は、更に其の嫡長子孫によつて、宗統を承繼せられるものであるから、従つて、此の一家内には、二の宗統が生ずるこゝとなるのである。

併しながら、前節に、之を詳述した様に、現在では、宗法的宗族制度が、著しく崩壊して、大宗小宗の區別が失はれた許りでなく、宗族承繼は、必ずしも嫡長子のみによつて行はれるものではなく、衆子均しく之を行ふこゝを原則として居るから、上述の如き區別も、觀念上では兎も角、實際には、決して嚴格に行はれては居ないのである。

思ふに、周の宗法によつて規定せられた長子相續法は、嫡長子が家祀を繼承し、併せて一家の統率權を繼承する點に於て、祭祀相續並びに家長權相續の二の資格を兼有したものであるが、其の後封建的社會組織の崩壊に伴ふて宗子の政治的特權が喪失に歸するに共に、宗族承繼の實質的利益は失はれ、單純なる祭祀相續として、僅かに禮教上の形式的存在を保つに過ぎないものとなつた。而して、此の事の當然の歸結として、實質的利益を代表するこゝろの家産承繼が、宗族承繼を壓倒して、其の社會的重要性を増大せしめて來るに同時に、前者の基礎の上に立つ家族制度は、著しく發達して、後者を根據として成立する宗族制度を超えて、最も重要な社會の基本組織となるに至つた。而かも、かかる家族制度に在つて、一家の統率的職務を執行する家長は、必ずしも嫡長子たるこゝを必要とせず、只其の重任に耐ふべき實力ある者たるこゝを必要とした爲、終に最會長をして之に當らしむるの習慣を漸次に長養し、法律も亦、此の慣習を是認するに至つたのである。(此の事に關しては、唐宋律並びに明清律共に律例に直接の明文を掲げて居ないけれども、條文の註釋及び輯註により此の意を明かにするこゝが出来ぬ。後出参照)のみならず、支那に於ては、尊長を尊崇するの風習夙に發達し、後に至つては法律も亦、強大なる尊長權を規定するに至つたから、此の點に關しても、家長の地位は、漸次に長子から尊長に移轉したものであると考へるこゝが出来ぬ。

來る。

かくして、尠くも唐宋以後、支那の家族制度に在つては、一家の最尊長が、家長として家政を統攝する地位に立つ様になつたのであると考へられる。即ち嫡長の地位に在る者が、血統即ち宗に附随した政治的社會的特權の繼承を保障されて居た時代には、『家』の内部に、宗子即ち嫡長子の統轄權が、最も力強く働き得たのであるが、宗子の祭祀的特權に伴ふ實質的利益が失はれ、宗族制度に代つて家族制度が發達するに至るに共に、一家の統率權は常に必ずしも嫡長の地位に在る者を保有するに過ぎなく、却つて最尊長者の特權なるに至つたのである。それ故に、周代に於ては、長子を、直ちに家督又は家長と稱した（東洋法制史本論二一八頁）のに反し、尠くも唐代以後に於ては、家長は、一家の長子を指すものでなくして、其の最尊長の別名たるに至つた。是即ち前掲民律草案理由書が、『習俗相沿ふて遞變するを以て、今日吾國の家長は、實に昔日宗法の嫡長に非ず』と論斷した所以であるに外ならない。

今、支那に於ける家長の繼任に關し、其の資格及び順位を示せば、大體左の如くである。

家長は、其の家族内に於ける男家族の最尊長之に當るを原則とする。婦女は、原則として、家長と爲り得ない。而して、一家中最尊長の地位に在る者であれば、嫡長と否と、直系と否とは、毫も問題とされない。

抑々家長は、必ず最尊長者之に當るべきことは、支那古來の慣習であるが、法律も亦、此の事を規定して居る。律例には、此の點に關する直接の明文を見出せないが、これは、寧ろ明文を不必要と認められた爲であるを解すべく、

條文の註解及び輯註は、明瞭に之を記載して居る。其の一例を挙げれば、刑律鬪毆下奴婢毆家長條律の輯註に、『不言家長之祖父母父母者、蓋家統一尊、祖在則祖爲家長、父在則父爲家長』とあるが如きは、即ち家長と同時に、家長の祖父及び父の生存するに過ぎなきを示したものであつて、家長即ち最高尊長たる所以を明かにしたものであるに外ならない。國民律草案は、其の第千三百二十四條を以て、家長が一家中の最尊長者たるべきことを、明かに規定して居る。

かくの如く、支那に於ける家長は、一家中の最尊長者たるべきことを原則として居るのであるが、併しながら、元來家長なるものは、家政を統攝し、家族を統御すべき可成り重大なる權限と並びに責任とを、有するものであるから、家長が、家長として、完全に其の任務を行ふ爲には、家長たる者は、心身共に健全なる者であつて、家族統率の爲に、多くの努力を提供し得る者でなければならぬ。それ故に、家長の地位に在る者が、老年の爲若しくは其の他の事由に依り、家長としての充分なる努力を致すに不能はす、其の職務を全うし得ない様な場合には、此の原則を破らねばならぬ必要に迫られて來るのは當然である。

従つて、此の様な場合には、家長は、必ずしも一家の最尊長者でなく、其の他の者が、之に當ることがあり得るのである。例へば、家長たる祖父が老衰の爲、其の地位を父に讓る場合の如き、或は家長たるべき伯父あるに拘はらず、それが身心羸弱なる爲、兄が家長の地位を襲ふ場合の如きである。

此の事は、前清時代の保甲制度に於ける保甲門牌を一見することによつても、容易に其の真相を窺ふことが出來

る。即ち、保甲門牌には、家族として、家長の父、祖父、伯叔父、兄長の如き尊長を記載したものがあり、家長は必ずしも、常に一家の最尊長ではないのであるが、是蓋し、保甲制度に於ては、家長たる者は、常に一家の最尊長に限らず、實際に於て事理に通曉し保甲上の責任を果し得る者であることを必要としたが爲であるに外ならない。是を現在に於ける實際の慣習に徴しても、家長は、必ずしも一家の最尊長者たることを要せず、賢能なる者を選任し得ることを、『中國民事習慣大全』中に記載されて居るものの如くである。(同書第三編親屬二頁)

併しながら、一般的に之を云ふときは、尙一家の最尊長を以て家長と爲すことを美風とするの觀念が最も強く、事實上家政を執るに耐へない老齡者も、之を名義上の家長として、他の能力完全なる子弟に於て、實際の事務を攝行するのを、普通の慣習として居る。

それ故に、支那に於ける家長の地位は、原則として一家の最尊長によつて繼承せられるものであつて、最尊長たる家長の死亡に因り、次位の尊長即ち新たなる最尊長は、當然其の地位を襲ひ、家長權を取得するものであることを得るのである。

第四節 家産承繼

支那に於ける家産が、家祖即ち家の創始者たる家長の在世中は、其の専有に屬し、家祖の死後には、其の直系男卑屬たる承繼人に屬し、承繼人二名以上ある場合には、其の合有に歸屬する財産であることは、既に第四章第二節

第一項に之を説述した如くである。而して、此の様な家産は、中間分異を経ざる限り、世代を通じて存続し、所謂大家族制度の物質的基礎となつて居るものであることも亦、同上第二項に之を述べた通りである。

本節に於ては、此の様な家産の承繼に關し、之を相續法的に考察して其の性質を闡明し、以て支那家族制度の核心をなすところの物質的基礎を明瞭ならしめんとするのである。

支那に於ける家産承繼なるものは、之を要するに、被相續人の直系男卑屬に家産の合同相續を爲さしめんとするものであつて、所謂分頭制度若しくは均分主義の相續制度に外ならないものである。換言すれば、支那に於ける家産相續制度は、直系主義男系主義を採り、家産は、被相續人の直系男子孫に依つて相續せられ、妻又は女子孫は、原則として、之を相續することを得ず、被相續人の傍系親族は、如何なる場合にも、相續權を有しない。而して、相續人たる直系男卑屬數人ある時は、同順位の相續人が、合同して家産相續を爲すものであつて、此の場合には、均分主義を原則とし、各相續人の得分は、原則として、均等である。

今支那に於ける家産相續に關して、現在一般に行はれつゝある慣習を説明する前に、先づ前清現行律に規定されて居る家産相續法を一應検討して置く必要がある。何となれば、大清律例中民事に關する部分は、成文民法の未だ發布なき現在に於ては、すべて繼續して有効なることを認められて居る許りでなく、現在に於ける實際の社會的慣習も亦、大體に於て、其の基礎を、前清時代の法律的規定に置いて居るものだからである。

第一項 律定の家産承繼法

今現行律の規定に據つて、先づ家産承継人の資格、順位並びに相続分等を示せば、大體次の如くである。(「臺灣私法」五六三頁以下参照)

家産承継人は、常に被承継人の直系卑屬親に限り、同列親、尊屬親は勿論、卑屬親も、其の傍系に屬する者は、家産承継權を有しない。親等の異りたる直系卑屬數人ある時は、其の近き者を先順位者とする。而して、同順位の承継人二名以上ある時は、是等が合同して、家産を承継する。而して、此の場合には、均分主義の原則に依り承継人各自の得份は、原則として、均等である。かくの如く、家産は、被承継人の實男子の間に均分すべきものであるが、實男子なき場合には、過繼子(養子)之を承継し、過繼子亦なき場合は、已むを得ず、婦女をして承継せしむることを得る。今家産承継人を、實男子、養男子及び婦女に區別して、之を分説するに、凡そ左記の如くである。

一、實男子 實男子は、嫡子、庶子、婢生子及び姦生子を論ぜず、父の家産に對して、皆承継の權利を有する。故に、實男子が唯一人なる時は、それが家産の全額を取得し得るけれども、若し二名以上ある時は、是等は合同に家産を相続する。而して各自の得份は均等を原則とするが、只宗祧を承継することを得不姦生子(私生子)に限り、其の得份は、嫡子庶子等の二分の一である。(私擅用財條例)

二、養男子 律例の規定に據れば、嫡子庶子なき者は過繼子を立て、宗祧を承継せしむることを得る。此の場合、家産は、當然過繼子之を承継するものであるが、被承継人に姦生子ある時、及び過繼子を立てたる後、實男子の

出生したる時は、家産は、是を均分すべきものとす。過繼子以外の養子即ち宗祧を承継し得ざる異姓又は同姓不宗の養子、換言すれば、養子は、當然に家産承継人たるの權利を有することなく、只被承継人の意思に依り、家産の幾分を酌給せらる、ことあるに過ぎない。即ち、かゝる養子は、正當の家産承継權を有しないものである。

(立嫡子違法條例)

三、婦女 立嫡子違法條例に據れば、被承継人が、實男子孫及び過繼子孫なくして死亡したる場合には、其の妻は、夫の家産を承受し得る。夫が、未だ其の父祖の家産を分得せざる以前に、死亡したる場合も、其の分割に際しては、夫に代位して、其の分得すべき財産を取得することを得るのである。而して、妻は、必要の場合には、其の得たる財産を處分することを得るも、併しながら、之を持參して歸宗改嫁することを得ない。のみならず、他日相當の過繼子を立て、之に其の財産を傳へなければならぬ。それ故に、此の場合に於ける妻の財産承継は、一時的過渡的のものであつて、所謂仲繼相續であるに外ならない。

次に、私擅用財條例には、絶戸の財産にして、同宗の應繼者なき時は、被承継人の親生女子に於て、之を承受すべき規定があるが、而かも、此の様な場合に、被承継人に妻ある場合は、家産は直ちに親女の所有に歸することなく、妻が、之を承受すること前述の如くであるから、親女に於て家産を承受し得るは、只男子及び妻何れも之なき時に限る。加之、親女に於て一時家産を承受し得る場合に於ても、他日其の父の爲に養子孫を立て、之に傳へざるべからざること、前述妻の場合と同様である。

それ故に、婦女は、原則として、家産承継権なきこと、妻たるは其の他の女子たるに、毫も差異はないのである。

以上によつて是を觀るに、支那に於ける家産承継の方法は、直系主義男系主義に依るものであつて、家産は家祖の直系男卑屬によつて承継せらるべく、傍系親はいふまでもなく、妻又は女子孫も、原則として、之を承継することを得ない。而して、同順位の承継人二名以上ある時は、均分主義に依り、嫡長主義に依らない。即ち是等の承継人は、其の家産に對して、平等の合同相續權を有し、其の家産を分割する場合には、是等の承継人は、其の尊長たる卑幼たるを、嫡子、庶子及び過繼子たるを問はず、均等の分前を取得するのである。

次に、然らば、家産承継の時期如何にいふに、家産の分割が、被承継人の生前に於て行はれざる限り、被承継人死亡の時を以て、開始する。それ故に、家産の承継は、各世代毎に行はれ、父産は子之を承継し、子産は孫之を承継し、其の間、承継人の一名なるは二名以上なるを論ぜず、又家産の分割あるは否を問はない。

之を例せば、家祖甲に二男子乙、丙あり。乙に一男子丁、丙に戊、己の二男子ありとすれば、甲の死亡によつて、乙丙は家産を合同に承継するから、其の承継分は、夫々二分の一である。次に、乙の死亡によつて、乙の承継分は丁一人に歸屬し、丙の死亡によつて、戊己兩人は、丙の承継分を合同に承継するから、結局、丁の家産に對する份率は二分の一、戊己のそれは、夫々四分の一となる。所謂分異の際には、此の割合を以て家産が各承継人の間に分割せられるのであるが、此の様な分異を経ざる限り、承継そのものは、各世代毎に行はれるにも拘はらず、所謂共

財が、各承継人の子孫數代に亘つて繼續せられる。

若し、承継の當時、子既に死亡して在らざる時は、孫が代位して父份を承継する。前掲の例に於て、乙が承継に先立つて早世して居た場合には、其の子丁が死者に代位して、叔父丙に合同に家産を承継する。即ち家産承継の當時、承継人の一人が既に死亡し、或は失踪して在らざる時雖も、必ずしも承継權を喪失するものではなく、それを喪失する場合は、只(一)承継人が家産分割以前に被承継人の家を出でたる場合、(二)承継人が家産分割以前に死亡して、未だ妻子を有せざる場合に限られる。

承継人は、被承継人の死亡に因り、家産及び負債の全額を承継する。蓋し、支那法に於ける家産承継は、常に包括的效果を有し、承継人は、被承継人の財産を取得すると同時に、其の債務をも負擔すべく、限定承認の家産承継なるものを認めないからである。

大清律例に示された家産承継人、承継分、承継開始の時期及び承継の効果等に關する規定は、大體以上述べた如くであるが、家産承継人が唯一人なる場合には、該承継人は被承継人死亡の時を以て、家産の全部を承継すべく、別に何等の問題をも生じないけれども、多くは被承継人二人以上あるを普通とし、此の場合には、家産分割の問題を生ずる。蓋し、支那に於ては、古來所謂同居共財を美風とするの觀念が強く、父祖の死後雖も、成るべく家産の分割を避けんとする傾向があるは言へ、而かも、實際上の必要は、常に家産の分割を餘儀なくするからである。のみならず、家産の分割は、單に父祖の死後、家産を合同に承継せる承継人間に於て行はるゝに止まらず、父

祖の生前に於てすら行はれることがあり得る。即ち、父の在世中に其の家産が、直系卑屬の間に分割せられる場合であつて、家産の分割と同時に、當然家産承継が行はれるものと看做すべき場合である。現に法律上に於ても、現行律戸役門別籍異財條律には、『凡祖父母父母在、子孫別立戸籍分異財產者、處十等罰、若居父母喪而兄弟別立戸籍分異財產者、處八等罰』と規定し、家産の分割は、祖父母父母在世中及び其の喪期中に、之を爲すことを絶対に禁止して居るにも拘はらず、同律條例に於ては、『祖父母父母在者、子孫不許分財異居、其父母許令分析者聽』と規定し、父母の承諾ありたる場合には、其の生前に於ても、家産の分割を許可して居る。

家産の分割に關しては、律例は、上記の外、曩に述べた様に、唯承継人の得份を規定するのみであつて、其の方法に就いては、何等規定するところがない。

以上、大清律例の規定を通じて、支那に於ける家産承継制度の概要を略説したのであるが、現在支那に行はれつゝある相續の習慣は、此の様な法律的根據の上に立つて居るものである。蓋し、支那現下の社會的習慣は、尙依然として、家族制度の物質的基礎としての家産制度を維持して居り、而かも、家産の承継に關しては、古來の舊慣が最も偉大なる拘束力を有して居るからである。

第二項 家産承継の習慣

今家産承継の慣習に關し、現在一般に行はれつゝあるところを述べれば、大體左記の如くである。(『中國民事習慣大全』第五編繼承、『臺灣私法』第六章第二節家産承継參照)

先づ、家産承継人の範圍は、被承継人の直系男卑屬に限るを原則とする。親等の異つた直系卑屬が數人あれば、其の近い者が先順位者となる。親等の同じき直系卑屬が數人あれば、同順位の相續人として、合同に家産を承継する。

實男子は、嫡子庶子私生子の別なく、皆同等の家産承継權を有し、實男子なき場合、養子があれば、此の養子は同姓たるに異姓たるに論なく、完全なる家産承継人となるはもとより、異姓の養子に實男子が並存する場合に雖も、家産は、此の兩者の間に均分せられるのが原則である。

女子は、一般の慣習上、原則として家産承継人たることを認められない。唯前述の承継人何れも之なき場合に於て、始めて妻又は親女が、家産を承継することを許す慣習もある。換言すれば、女子は慣習上原則として家産承継權を有せざるにも拘はらず、實男子養男子何れも、之なき時、妻又は女子をして家産を承継せしむる慣習が、例外的に行はれて居る。即ち所謂絶産は、或は之を死者の爲に養子を爲して、之に傳へ、或は之を宗族の公業(合有財産)とし、或は同宗中の近親者之を承受するを普通とするのであるが、時としては、妻又は親女に於て之を承継する場合もあり得る。併しながら、尙一般には、妻又は親女は、家産を持って歸宗改嫁又は出嫁することを得ず、妻は他日適當の嗣子を立て、之に其の家産を傳へ、親女は招婿を爲して其の所生の子をして家産を承継せしむるを原則として居るから、此の様な場合には、婦女の承継は、畢竟家産を養子又は養孫に傳へるまでの仲繼的過渡的辦法にしか過ぎないものである。

それ故は、現在の慣習に於ても、家産承継は、直系主義男系主義に依るこゝ、大清律例の規定と變るこゝは無い。のみならず、同順位の家産承継人二名以上ある場合は、家産は其等數名の承継人によつて合同に承継せられるこゝも亦、律例の規定と同様である。

只、是等の點に關する唯一の乖離が、異姓の養子（即ち義子）に對しても、正當な家産承継權を認めるこゝいふ點に存在して居る。而かも、此の相違點は、支那家族制度の將來を豫測する爲の最も重要な鍵鑰の一であるこゝ、既に第六章養子制度の項に詳述した通りである。何となれば、異姓の養子にも正當な家産承継權を認めるこゝいふこゝは、取りも直さず、それに宗祧承継權を認めるこゝを意味するに外ならないからである。

二名以上の家産承継人は、其の嫡子たるこゝ、庶子たるこゝ、長子たるこゝ、衆子たるこゝ、又實子たるこゝ、養子たるこゝを問はず、家産の上に同等の承継權を有し、其の分割に當つては、均等の分前を取得する。是、所謂均分相續制度であつて、日本に於ける家督相續の如く、長子相續制度ではない。併しながら、父の死後、家産の分割以前に在つては、家産の管理權は、尊長たる長子の手に歸し、他の承継人は管理者の許諾を得ずして、猥りに家産を費用するこゝを得ない。但し、それと同時に、家産の管理者たる長子も亦、善良なる管理者の注意を怠るこゝによつて、他の承継人の權利を侵害するこゝは許されない。是等に關しては、曩に第四章家産制度の項に説述したこゝの如くである。

然るに、此の様な家産の合有状態は、家産の充分なる利用を期する經濟上の必要より言ふも、又合有關係に在る各承継人の個人的利害の點より觀るも、到底永續すべき性質のものではない。尤も、現在に於ても、父の死後家産を合同に承継した諸兄弟が、長く同居共財の大家族を維持するこゝを美風とする社會的觀念は、依然として存在して居るけれども、實際に於ては、此の美風餘り行はれず、父親の死亡後は、寧ろ家産を直ちに分割する方が普通である。のみならず、現在に於ては、家産の分割は、父の生前に於てすら、往々行はれるこゝであるこゝ、既に之を指摘した通りである。

それ故に、現在支那の家産承継制度に關しては、家産承継そのもの、性質に就いて論述するよりも、寧ろ家産分割に關する慣習を説述するこゝの方が、遙かに緊要であるこゝ考へられる。

第三項 家産の分割

家産の分割に關して、先づ最初に問題となるのは、承継人の得份即ち相續分である。蓋し、家産は、各承継人に其の相續分に應じて分割せらるべきものである。然るに、支那に於ては、家産承継に就いては均分主義を採り、同順位の承継人數人ある時は、其の各自の相續分は均等なるべきを原則とするこゝ、前項に之を述べた通りである。即ち、直系男卑屬中、單に長子と衆子との間に、何等の差別を設けない許りでなく、嫡子と庶子又は私生子とが並存する場合も、是等各承継人の得份は、原則として、均平である。のみならず、實男子と養男子（嗣子及び義子をも含む）とが並存する場合にも、實際に於て、其の得份が、同一なるを普通とする。

かくの如く、家産承継に於ける各承継人の得份は、慣習上原則として均分主義に依るものであるが、此の事に關しては、之と異なる慣習を採つて居るものも尠くない。蓋し、是等の慣習は、大體に於て、古來の法律的规定を基礎として居るものではあるけれども、畢竟自然發生的な社會的慣習であるから、各地方に依り、又各宗族に依つて、其の慣習に多少の差異あるを免れない。

而して、是等の例外的慣習中、最も普通なるものは、長子が他の衆子に比して、より多くの相続分を得ることである。或る地方では、長子が二倍の相続分を取る慣習が行はれて居るが、(福建省晉江縣習慣『民事習慣大全』第五編繼承十四頁)かくの如きは、寧ろ極めて稀な例であつて、多くは、長子の得份が、衆子のそれに比して、僅かに多い許りである。(前掲書十四頁)何故に、かゝる習慣が、可成り一般的に行はれて居るかと言へば、思ふに、宗祧承継の制度が、著しく頽廢した今日に於ても、宗祧は、長子によつて承継せらるべきであるといふ古代宗法の觀念が、尙多少の餘影を止めて居り、其の結果として、祭祀の費用を負擔する長子に對しては、幾分の割増を與ふべきものであるこの觀念が、可成り普遍的に残存して居るが爲であらう。

此の外、實男子以外に義子が並存する時、或る地方では、兩者の相続權並びに相続分が均等であるが(陝西省華陰縣習慣、前掲書十四頁)或る地方では、義子は、家産分割の際に於て、僅かに酌量して幾分の財産を贈與せられるに過ぎず、家産に對して正當の承継權を認められない。(福建省浦城縣習慣、同上十四頁)蓋し、宗法の傳統的精神よりすれば、宗祧を承継せざる養子即ち義子は、當然に家産を承継する權利なきを本則とすべきであつて、律例

も亦是を要求したるこゝに、既述の如くであるが、宗祧の制紊亂し、養子と宗祧を承継する養子即ち嗣子の區別が失はれた結果、主として、情誼關係よりして、異姓の義子に對しても、實男子と同等の承継權を認めるこゝが、却つて、全國的慣習たるに至り、従つて、義子に正當の承継權を認めないこゝが、寧ろ例外となるに至つた。いふまでもなく、此の慣習は、血統觀念の頽廢を立證するものであつて、支那に於ける大家族制度崩壞の運命を豫示する一指標たるを失はない。

以上の如き若干の例外的慣習を除外すれば、直系男卑屬各人の相続分は、慣習上原則として均等である。それ故に、家産分割の際に於て、上述の家産承継人が、依然として被承継人の家族として生存し、若しくは死亡したるも、之に代位して分割に與る權利を有する者ある時は、家産は、是等數名の承継人の間に平等に分割せられる。即ち、實子又は養子が、何等かの事由に依り、家産分割以前に於て、其の家を出た場合には、家産の分割に與り得ないが、分割以前に死亡したる承継人に男子ありたる場合には、此の男子は父に代位して伯叔と平等に家産の分割に加はる。而して、代位承継人二名以上ある場合は、更に其の得份の範圍内に於て、均分の原則に従ひ、之を分割するこゝに、もこよりいふまでもない。

二

以上に於て、家産分割に關して、先づ問題となるべき家産承継人の得份即ち相続分に關する一般的慣習を明かにしたのであるが、次に問題となるのは、家産分割の方法である。何となれば、家産は、各承継人の間に、其の得份

に應じて分割せらるべきものではあるが、併し、承継人の得份は、只權利義務承継の割合を示すものに止まり、家産の内容たる權利義務の具體的分配は、別に之を決定しなければならぬからである。

家産分割の方法は、然らば、如何にして決定せられるか。此の點に關する現在の慣習に就いて、其の概要を述べれば、大體左の通りである。

一、被承継人の生前に於ては、其の指定に依る。

既に屢々指摘した様に、支那に於ては、古來數世同居共財の大家族を美風とし、現在に於ても、尠くも、父母の存命中は、分財異居せざることを、一般的慣習として居るが、併しながら、かくの如き慣習は、主として經濟的原因に依り、又一部分は、個人主義思想の發達に促進せられ、漸次に廢滅して行く傾向があるのは、寧ろ當然と謂はねばならぬ。従つて、法制上に於ても、唐律は、直系尊屬在世中に於て、卑幼の別籍異財を、絶対に禁止したにも拘はらず、明清律に在つては、此の禁を緩め、直系尊屬の許諾ありたる場合に限り、之を許可することに居る。(戸律戸役「別籍異財」條例)それ故に、現在では、父母の死後もより、其の存命中に雖も、父母の承諾の下に、家産を分割して、大家族を分裂せしむる事例は、極めて多い。かくの如き場合には、家産分割の方法は、被承継人の指定に依つて決定せられるのである。

二、被承継人が遺言を以て分割の方法を定めたる時は、之に依る。

被承継人の死後、家産を分割するのは、最も普遍的な慣習であつて、多くは、被承継人の死後二三年を経過し

たら後に於て之を行ひ、尠くも、被承継人の死後二代の後には家産を分割し、所謂累世共財の大家族は甚だ稀である。而して、被承継人の死後に於て家産を分割する場合、被承継人が、遺言で分割方法を指定したる時は、之に依るべきこと、もより言ふまでもない。

三、被承継人が、家産の分割方法に關して、何等の遺言をも爲さざりし時は、合同承継人間の協議に依つて、之を定める。

但し此の場合には、通例主なる親族及び族長の立會が必要とせられる。

家産分割の方法は、大體以上の如き標準によつて決定せられるのであるが、承継人間に分割方法の協議調はざる場合、若しくは、分割の正確公平を期せんとする場合等に在つて、最も普通に行はれる慣習は、抽籤の法を用ふることである。是、家産の分割が、所謂鬪分と稱せられる所以であるが、次に、之に關する説明に入る前に、先づ遺留家産及び贈與財産に就いて、一應の説明を與へて置く必要がある。蓋し、家産分割に當つては、通常、家産を承継人間に分割する以前に於て、先づ祀産、養贍財産等を設定し、婚費、其の他の贈與財産を抽出する慣習があるからである。

三

家産分割に當り、豫め抽出せられて、分割以外に置かれる財産は、大體左記の數種である。

一、遺留家産

(一) 墳墓、祠堂、神主、祭具、家譜等は、性質上分割すべからざる財産であつて、且つ永遠に保存さるべきものであるから、之を家産分割以外に置く。而して、是等は、原則として、父祖の祭祀を繼承すべき嫡長子の特権に屬する財産であるが、宗法觀念の著しく頽廢した今日に在つては、必ずしも之を宗子の特権に歸せず、諸子の合有權に屬せしむる慣習も行はれて居る。

(二) 家産分割に當り、祖先祭祀の費用に供する目的を以て、家産の一部を留存する場合がある。是所謂祀產若しくは祭產であつて、普通不動産を以て之に充て、各承繼人の得份を獨立して、其の合有財産となる。而して、各承繼人は、共同に、或は輪流に、此の財産を管理用益し、其の収益は、之を祖先祭祀の費用に充當する。

祀產を設定する慣習は、以前に於ては、支那全國を通じて、一般に行はれた慣習であつたのであるが、現今に於ては、祖先崇拜の觀念が頽廢した爲に、今一つは經濟的理由に依り、其の慣習は、殆んど行はれなくなつた許りでなく、以前より存続して來た祀產すら、次第に分割せられんことを傾向がある。蓋し、祀產の設定は、祖先祭祀の必要に根據せる社會的慣習であるが、主として不動産を以て組織せらるる祀產は、讓渡分割を禁ぜられ、其の融通性を妨げられること、宛かも、世襲財産と同一であつて、經濟的には其の價值に乏しい憾みがあり、甚だ永續し難い性質を有つて居る。のみならず、分割すべき家産が少額なる時は、かくの如き祀產を設定すべき經濟的餘力を有せざること、もより言を俟たない。而して、是等の經濟的原因が、祖先崇拜の觀念の頽廢並びに個人主義思想の發達と相伴つて、祀產を設定する慣習を衰微せしめる結果を招徠したことは、理論上寧ろ當然の歸趨であること謂は

ねばならない。

而して、祀產の管理も、元來は、祖祭の主祭者たるべき嫡長子の特権であるべき筈であるが、現今では、嫡長子の祭祀的特権が失はれ、父祖の祭祀は、衆子共同に之を營む様になつたから、従つて、祀產の管理權は、衆子共同の權利に歸して居る。茲にも、支那に於ける宗法觀念の頽廢が窺はれるのであるが、併しながら、現今最も普遍的に行はるる、慣習に就いて言へば、家産分割に當り、長子に對して土地を與へ、之を祀田として祖先祭祀の用に供せしむるか、若しくは、祖先傳來の家屋即ち祖屋を與へて、神主家譜等を管理せしむることを普通として居るから、此の點に關しては、幾分か宗法の形式を保存して居るものも考へることが出来る。

二、養贍財産

養贍とは、扶養の意味であつて、養贍財産とは、家産分割の際に、祖父母父母等の扶養料に充當する爲に、設定せられる財産の謂である。俗に之を養贍產若しくは膳田とも言ふ。

祖父母父母を奉養するは、子孫の最も重大なる義務であるから、家産分割の際、是等何れかが生存せる場合には通例是が爲に養贍財産が設定せられる。養贍財産は、前述の遺留家産に、其の性質を異にし、被設定人に專屬する財産であつて、其の私有に歸し、管理及び用益はもより、之を任意に處分することも出来る。只被設定人が、生前に於て、妄りに之を處分する時は、將來の生活費及び死後の埋葬費に支障を生ずべきが故に、之が處分に當つては、承繼人全部の同意を経ることを、徳義上の義務とするのみである。

而して、養贍財産は、被設定人の死後、通常之を葬費に充當する。支那に於ては、父祖の葬儀を盛大ならしむるは、子孫の義務であると同時に、其の名譽でもあるから、相當多額の養贍産を雖も、葬費をして蕩盡して了ふのが普通であるが、尙殘餘ある場合には、承繼人間の協議を以て、或は之を祀産として祭祀の費用に充て、或は之を承繼人の間に分割する。

鬪分以外に父母の養贍財産を設定しない場合には、家産承繼人は、或は、輪流に之を其の家に奉養し、若しくは各自其の受けたる得份中より扶養料を供給することもあるが、普通特定の承繼人（多くは長子）が、之を奉養する代償として、他の承繼人に比し、より多くの家産の分前を受けける。

三、婚費

家産分割の際、女子の婚費に充當する目的を以て、若干の財産を抽出することがある。是、蓋し、女子は、家産承繼なき爲、家産分割後に在つては、唯其の兄弟より任意の補助を仰ぐの外、婚費を得るの途がないから、富家に在つては、通例、家産分割の際、未だ出嫁せざる被承繼人の女子の爲に、婚費を抽出するのである。

而して、婚費は、装奩即ち婚資の外、婚姻の式費に充當せらるべきものである。

かくの如くして抽出せられた婚費は、いふまでもなく、應婚者たる女子の受贈財産であつて、其の私産を成し、婚姻に要する費用に充當して、尙殘餘ありたる場合には、之を装奩として夫家に持参することが出来る。

四、以上の外、家産増殖に功勞ありたる者に加給する爲、功勞額を抽出し、或は嫡長孫の爲に長孫額を抽出するこ

とがある。前者は、鬪分はよつて得たる財産と共に、功勞ありたる承繼人の承繼財産となり、後者は、長孫の私産となる。唯、子の上に加へられる父權の強大なる結果として、長孫額は、往々にして、長孫の父即ち長子の財産に併合せられ、事實上長子に加給せられた承繼財産と異らない。

此の様に、家産分割に當つては、種々の抽出が行はれるのであるが、併しながら、是等の慣習はすべて、事情により、又地方により、必ずしも同一ではなく、更に其の地方の慣習によつて多少支配せられるものであることは言へ、殆んぞ全く被承繼人の意思又は承繼人の協議によつて決定せられるものであるから、もこより劃一的な原則がある譯ではない。

四

上述の如き抽出額を決定したる時には、此の抽出部分を家産より控除し、其の殘額に對して、鬪分を實行するか、或る抽出を爲さざる時は、家産の全額を直ちに鬪分することは、言ふまでもない。

家産の鬪分を爲すには、先づ家産を評價し、次に之を各承繼人の分得率即ち股份に平等に割當て、最後に抽籤を實行するの三段の形式を踏む。是、家産分割の最後の手續であつて、是によつて、家産の分割は終了し、各自の取得財産が確定するのである。

一、家産を分割するに當り、遺留家産、養贍財産等を設定し、婚費其の他を贈與せんとする時は、是等の財産を家産中より抽出して、之を分割以外に置くことは、前段に之を述べた通りである。それ故に、是等の抽出額ある場合

には、此の部分を家産中より控除し、其の残額に對して鬪分を實行することに、なるが、若し是等の抽出を行はざる場合には、家産全部が、分割すべき財産となる。

斯の如くして分割すべき財産が確定したる時は、各財産に就いて、其の價格を評定する。財産價格の算定は、承継人又は被承継人は、立會人ニ協議して、最も公平に之を行ふ。

二、かくして、財産の評價を終了したる時は、各財産の種類性質及び所在地の便否を斟酌して、平等に之を各承継人の股份に割當てる。

家産に對する各承継人の股份即ち分得率は、各承継人同等なるべきを原則とするが、場合に依り異なることに之を詳述した如くである。それ故に、承継人が各々同額の財産を分得すべき時は、股份は承継人の數ニ一致するが、其の得額に差等ある時は、必ずしも之ニ一致しない。例へば、承継人三名あり、長子が次子の二倍を得る場合には、份數は之を四とし、長男は其の二份、二男三男は各一份を得るが如きである。但し、分得額の多少を劃するに份數に依らず、豫め之を抽出して分割以外に置く場合には、鬪分に於ける得份は均等であり、從つて份數は承継人の數ニ一致する。

三、家産を各股份に對して平等に割當てたる時は、吉日を選び、各承継人は、親族及び族長立會の上、祖先の靈前に於て籤を抜き、各自の抽取したる籤の符號に該當する股份を取得する。茲に於て、家産の分割は終了し、各自の取得財産が確定する。是、所謂鬪分であつて、俗に分家ニ謂ふ。蓋し、家産の分割は、取りも直さず、家を分つこ

こを意味するからである。

鬪分に依り、家産の分割が終了し、各自の取得財産確定したる時は、之が證據となるべき鬪書を作製する。俗に分書又は分家單ニ稱せられるものが、即ち是である。鬪書は、承継人の數に應じて數本を作り、各々一本を保持すべきものとする。

第四項 私産の承継

既に第四章第三節に之を述べた様に、支那現在の慣習に於ては、家産の外に、家族の私産をも認めて居る。即ち支那の財産制度は、古來嚴格なる家族主義を採り、財産は一切家に屬するものとして、家族の特有財産を認めなかつたのであるが、後世に至つては、女子の婚資を先驅して種々家族の特有財産が出来るに及んで、漸く財産に關する個人所有の觀念が發達し來り、遂には、家族が其の勤勞に因つて取得した財産は、之を特有財産として、私有することが許されるに至つたのである。

然らば、かゝる私産の承継は、果して如何なる方法に依つて行はれるものであるか。

思ふに、家族の特有財産即ち私産は、一般には、被承継人の遺言を以て任意に之を處分するを原則として居る様ではあるが、併しながら、必ずしも一定せる慣習がある譯ではない。加之、私産承継の方法は、私産の種類に依り必ずしも同一ではない。而かも、私産には、妻妾の婚資、子女の婚費、長孫額其の他家族が自己の勤勞貯蓄に因つて獲得したる特有財産等があるけれども、是等は必ずしも重要なものではなく、且つ男子孫の特有財産は、他日

其の男子孫が獨立して一家を成す時は、其の家産の一部を爲すものであるから、其の場合に於ける承継の方法は、畢竟家産承継の法に依ることとなる。

それ故に、支那に於ては、私産承継は、寧ろ例外的と謂つてもよく、全體として觀れば、今も尙依然として、家産承継が、殆んど比較にならぬ程重大な意味を有つて居る。

是蓋し、支那に於ける家産制度が、大體に於て今尙昔乍らに維持されて居ることの必然的歸結であるに外ならないのである。

第五節 民律草案に於ける相續法

民律草案に謂ふところの『繼承』なるものは、單に純然たる財産相續である許りでなく、被相續人が家長たる場合と家族たる場合とを問はず、其の遺産を直系卑屬に共同相續を爲さしめんとするものであつて、如何にも近代的個人主義の色彩に富んだものである。

思ふに、相續は、之を大別して、身分相續と財産相續とに爲し得る。支那に於ける家族制度の最も重要な基礎となつて居た宗祧承継が、純然たる身分相續であつたことは、いふまでもない。然るに、其の後、支那に於ては、宗祧承継制度の社會的重要性が、漸次に喪はれると同時に、財産相續たる家産承継が、殆んど唯一の相續制度となるに至つた。それ故に、民律草案は、此の點を法律上明確に規定し、財産相續のみを認めて、身分相續たる宗祧承

継を認めて居ない。

然らば、此の事實は、果して何を意味するか。いふまでもなく、支那に於ける家族制度の根本的變革の一つの現はれである。何となれば、支那古來の家族制度は、祖先崇拜を其の心理的根據として成立して居るものなるが故に、其の事の當然の歸結として、宗祧承継が、最も重要な相續の形式であるべき筈であるにも拘はらず、法律が、宗祧承継を、其の繼承法から除外した時に、それは、尠くも形式的には、家族制度の祭祀的意義を、全く見限つたものと謂はねばならないからである。

家族が特有財産を有し得ることは、民律草案の明文を以て規定されて居る。(二三三〇條)のみならず、民律草案に於ては、家族は家族なるが故に、其の權利能力並びに行爲能力に何等の制限を受けることがないから、従つて家族は、凡て自己の名義を以て所得したる特有財産の上に、完全なる權利を保有し、毫も家長の制肘を受けることはない。是、最も個人主義的な別産主義に外ならないものであつて、民律草案の繼承法なるものは、かくの如き個人主義的別産主義をその前提として、其の基礎の上に打建てられて居ることのものである。

然るに、支那に於ては、古來財産に關して家産主義を採り、家族は財産を所有する能力を有せず、其の取得したる財産は之を家産として家長の管理に委ね、家族各自が擅に之を費用すること許さなかつた。それ故に、從來支那に於ける財産相續は、所謂家産承継に限られたのであるが、民律草案が、家族の財産私有能力を認めるに及んで此の點も亦、根本的に變革されたものと謂はねばならない。何となれば、家族が特有財産を所有し得る結果は、家

族内に、家長に所屬する財産、家族に專屬する財産の兩種の財産が存在し得る様になり、従つて、其の相続も此の兩者に就いて各別個に行はねばならなくなつたからである。

民律草案の相続法が、如何に個人主義的色彩に富んだものであるかは、亦、遺産の共同相続人數名ある時に於ける遺産の共同所有關係に就いて、同草案が、日耳曼法的な所謂合有を忌避して、羅馬法流の所謂共有を採用した規定に、最も明瞭に現はれて居る。例へば、民律草案第四百七十二條は「繼承人數人あるときは、各承繼人は遺産に對して共有權を有す」と規定し、其の共有權に就いては、物權法の共有に關する規定が、準用されること、なつて居る。而かも、其の事の當然の結果として、各承繼人に對しては、何時にても遺産分割の請求を爲す權利を與へて居る許りでなく、(一四八二條)更に、五年を超ゆる不分割の遺言を無効として居る。(一四八一條)

既に述べた様に、支那の舊法では、父祖の遺産を共同に相続した兄弟の間に於ける財産所有關係に就いては、合有を認めて共有を認めなかつた。然るに、民律草案が、遺産の共同相続に就いて、團體主義的協働的な合有關係を忌避して個人主義的排他的な共有關係を採用した時に、新法の相続法は、其の内容と外觀とに於て、個人主義的色彩を極めて濃厚ならしめたものと謂はねばならない。即ち、支那に於ては、古來父の死後、其の遺産を合同に相続せる諸兄弟が、之を分割することなくして、互に同家共産的生活を爲すことを美風とするの觀念が強く、所謂五世同居共財といふことは、唐代以來清末まで、朝廷の旌表を受ける一の資格とされた程であるにも拘はらず、民律草案が、遺産相続に就いて、分割主義の共同所有を、その原則とした時に、それは、事實上、財産相続に關する家

族主義の傳統を捨て、新に個人主義を採用したものと謂はざるを得ないのである。

併しながら、茲に特に注意すべき一事は、民律草案の所謂繼承法は、上述の如き理由の下に、著しく、近代的個人主義的色彩に富んだものではあるけれども、而かも、今少しく詳細に検討する時には、其の中に、多くの家族主義的原則の殘存をば發見し得ること、是である。

例へば、民律草案が、既に家族の特有財産を認め、個人の權利を尊重する以上、相続人に不利なる相続、若しくは相続人の欲せざる相続に對しては、之を放棄して認めざる權利が與へられねばならぬ筈であるに拘はらず、民律草案には、相続を放棄するの規定がない。是蓋し、家の繼續を重んずる家族制度の精神よりして當然の歸結であつて、子は父の財産と共に、其の家を繼承するものであるから、其の相続の放棄を許されないのは、寧ろ當然の次第である。然るに、かくの如きは、所謂父債子還なる古來の慣習に合致するものではあるが、併し、此の事は、畢竟個人主義を原則とする相続法の上に一の矛盾を包藏せしめることとなる。何となれば、相続の放棄を絶対に許さない結果は、必然的に、個人の特有財産を侵害する結果となるからである。それ故に、民律草案は、其の第四百六十二條に於て、左の如き規定を設けて、之を緩和する手段を講じて居る。即ち同條の規定に據れば、

『被相続人が債務を負ふときは、被相続人の財産を以て之を償還す。若し相続人が自己の特有財産を以て償還するべきことを希望するときは之に従ふ。』

こあり、原則として財産上の個人主義を保障しつつも、尙所謂父債子還なる家族主義的慣習の保存を企圖して居

る。換言すれば、民律草案は、個人主義的な所謂限定承認の財産相續を取入れることによつて、著しく舊法から飛躍したことは言へ、而かも尙、民間の家族主義的慣習を全然否定し去らうことはして居ないものである。即ち、其の立法理由には、

『民法の原理を論ずれば、應に個人を以て本位とすべし。故に被承継人債務を負ふあらば應に其の財産を以て償還すべし。惟だ中國には素に父債子還の説あり。然るに親族法は既に明かに子の特有財産を認む。則ち子若し願ふに自己の財産を以て父債を償ふを以てせば、是亦民徳の美行なり。法律は道徳を妨げざるを以て主と爲す。故に本律は、其の願ふ所を許して制限を設けざるなり。』

とある。即ち是に依つて觀ても、民律草案の相續法なるものは、畢竟個人主義的基調の上に、一部古來の家族主義的精神を加味したところのものであるに外ならないことが、極めて明瞭である。

のみならず、此の様な事實は、更に民律草案に於ける繼承そのもの、性質に觀ても、最も明白に看取されることである。何となれば、民律草案は、曩にも述べた様に、形式的には、即ち明文上では、宗祧承繼に關する規定を全く設けて居ないにも拘はらず、其の所謂繼承なるものに對しては、飽迄も、其の宗教的性質若しくは祖先祭祀上の特質を全然見限つては居ないからである。蓋し、宗祧なるものは、曩に屢々指摘した如く、中世以來、その最も重要な實質的利益を喪失することによつて、其の社會的重要性を著しく減少せしめたことは言へ、傳統的保守的な支那に於ては、其の社會生活の根柢に深く浸透し切つた祖先崇拜の觀念が、未だに根強く残存して居り、従つて

容易に祖先祭祀の繼續即ち宗祧承繼を無視することが出来ないからであらう。

即ち、民律草案第四百六十八條は、第一順位の相續人たる直系卑屬なき場合には、(一) 夫又は妻、(二) 直系尊屬、(三) 實兄弟、(四) 家長、(五) 實女の順序に依つて遺産を承継すべき者を定むべきことを規定して居るのであるが、之に對する立法理由は、所謂繼承の祭祀的特質を、最も明瞭に示して居る。即ち、

『本條は、直系卑屬なければ、繼承の時、應に何人が遺産を承継すべきかを規定するものに係る。所謂繼承は、實に其の財産を接受するのみならず、實は即ち其の宗祧を繼續するなり。故に惟だ被承継人の直系卑屬のみ繼承權を有すと爲す。若し、其の人に子孫なければ、其の遺産のみを處置す。祭祀繼承の問題と關係あることなし。故に繼承と曰はず、而して承継と曰ふ。而して此の承継の順序は、夫又は妻を第一とし、次は直系尊屬、次は親兄弟、次は家長、次は親女と爲す。』

是によつて觀れば、民律草案の遺産相續人なるものには、(一) 遺産を相續し、同時に、宗祧を承継するものと、(二) 宗祧承繼とは關係なく、單に遺産のみを相續するものとこの二種の區別が儼存する譯である。而して、第一種の相續人は、必ず被相續人の直系卑屬に限られ、之を繼承人と謂ひ、第二種の相續人は、直系卑屬なき場合、夫又は妻、直系尊屬、實兄弟、家長並びに實女が、之に當り得るものであつて、之を繼承人とはせずして、承継人とはせずのである。かくの如く、民律草案が、最も嚴格に、繼承と承継との區別を立て、居るこゝは、取りも直さず、それが繼承の祭祀的特質を飽迄も認容して居ることを意味するものであつて、此の點に、民律草案の相續法に於け

る著しい家族主義が窺はれるのである。

民律草案に於ける相続法の性質を、より一層明瞭ならしめんが爲には、之を日本民法に於けるそれと比較して、其の重大なる差異を指摘することが、最も便利であるを考へられる。

一、日本民法の相続法は、家族制度的な家督相続と個人制度的な遺産相続とを並立せしめて居るが、支那の民律草案に在つては、個人主義的基調の上に立つ遺産繼承のみを規定して居る。但し、此の大體に於て個人主義的な遺産繼承法も、必ずしも純然たる個人主義的なそれではなく、尙祖先祭祀的家族主義的特質を、多分に包蔵したものであること、既に説明したところの如くである。

二、日本の相続法に在つては、女子は、略男子と同等の相続権を認められて居るが、支那のそれに於ては、女子は依然として、遺産の繼承権を與へられて居ない。女子は、前記民律草案第四百六十八條によつて、僅かに、最終順位の遺産承受権を有するに止まる。是蓋し、民律草案が、其の所謂繼承に於て、傳統的な宗祧承繼の性質を飽迄肯定する以上、女子は、當然繼承から除外されなければならないからである。換言すれば、民律草案の繼承なるものは單に財産を相続するのみならず、實は即ち祭祀を繼續するものであり、而かも、祖先祭祀が必ず男子によつて營まるべきものであるといふことは、宗祧承繼の傳統的原則だからである。

三、日本相続法に於ける遺産相続人は、被相続人の直系卑屬、配偶者、直系尊屬、並びに戸主の四者であるが、民律草案に於ては、遺産繼承人は、直系卑屬のみであり、配偶者、直系尊屬、兄弟、家長並びに女子は、單に遺産を承受するを得るに止まり、正當の繼承人たることを得ない。又日本の相続法は、戸主を最終順位者として居るにも拘はらず、被相続人の兄弟姉妹を遺産相続順位中に加へて居ないが、民律草案繼承法は兄弟を家長よりも先順位の遺産承受人として居る。

四、日本の相続法に於ては、各共同相続人は、被相続人の遺言ありたる場合を除き、何等他人の干渉を受くることなく、何時にても遺産の分割を請求し得るが、民律草案の繼承法では、父の遺言ありたる場合を除く外、母の存在する場合に於て、若し各承継人が遺産を分割せんことを欲する時は、母の承諾を経べきものとして居る。(第四百六十三條)

五、日本相続法の遺産相続人は、例外なく、相続を承認又は拋棄することを得るが、民律草案繼承法には繼承を放棄するの規定を設けて居ない。是に關して、草案理由の説明するところは、次の如くである。

「本案には繼承を放棄するの規定なし。各國の法制は、被相続人莫大の債務を負ひ、相続人其の相続の不利ななるを認めたる時は、之を放棄して認めず、被相続人の財産に對して破産を申請することを許す。日本相続法第三章も亦然り。其の法殊に我國の習慣と相悖れり。我國には古來父債子還の説あり。故に相続の時に當り、其の父莫大の債務ありと雖も、子の放棄すること能はざるは明かなり。唯だこは特有財産の制と大いに關係あり。蓋し相続の放棄を許さざれば、勢ひ必ず自己所有の財産を以て被相続人の債務を償還せざるべからざるを以てなり。是即ち特有財産の制を認めざるなり。既に特有財産の制を認めず。即ち個人の權利を認めざるなり。個人既に權

利なければ、即ち民法の根本觀念以て破る。是非も救済の方法を講ぜざるべからず。此の故に親族法案は、明かに特有財産の制を認む。而して本案には、習慣を保存せんが爲に、既に相続を放棄するこゝを許さず。而して相続人被相続人の債務を償還するに就き特に制限を設く。(此の點に關しては、曩に之を詳述した一引用者註)是或は新舊法律思想を融和するの道か。』

是によつて觀ても明瞭なるが如く、民律草案の繼承法は、在來の支那法と近代の外國法とを打つて一丸とし、古き家族制度を新時代の趨勢に順應せしめ、家族協同の原則と、個人主義的原則との融合調和を試みんことをしたのであつて、根本に於て、其の基調を、個人主義に置きつゝも、尙相當著しき程度に於て、家族主義の精神をば、取り入れて居る。

かくして、民律草案に於ける相続法は、宗祧承繼若しくは家督相續等のあらゆる家族制度的な規定を缺如し、財産相續のみを規定するこゝによつて、外觀上大いに個人主義的色彩を濃厚ならしめて居るにも拘はらず、其の實質に於ては、尙も家族主義的原則を、相當多分に包藏して居るものと謂ふこゝが出来るのである。(未完)

昭和三年二月十日印刷
昭和三年二月十五日發行

南滿洲鐵道株式會社庶務部調査課

編輯兼 發行人 佐 田 弘 治 郎

大連市近江町九十一番地

印刷人 山 田 浩 通

大連市近江町九十一番地

印刷所 東亞印刷株式會社大連支店

發行所 南滿洲鐵道株式會社

K 232

終

