

Title	明治二十三年民法 (舊民法) における養子制度 (一): その生成と性格
Sub Title	Adoption as provided for in the Japanese civil code (1890) (1)
Author	手塚, 豊 (Tezuka, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.9 (1955. 9) ,p.1- 28
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550915-0001

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.

明治二十三年民法(舊民法)における養子制度(一)

—その生成と性格—

手塚 豊

- 一 はしがき
- 二 舊民法編纂過程における養子制度
 - 一 第一草案における養子制度……………以上本號
 - 二 第一草案の修正と再調査案における養子制度
 - 三 再調査案の修正と元老院提案における養子制度
 - 四 元老院における修正
- 三 舊民法における養子制度
—明治民法と對比して—
- 四 むすび

一 はしがき

穂積陳重博士は、法律進化論的立場から養子制度の歴史的発展を把え、(一)祭祀繼承養子の時代 (二)家督相續養子の時代 (三)財産相續養子の時代 (四)保護收養の時代の四段階に分類されていたが、最近では中川善之助教授がこの分類をさらに整理して、(一)家のための養子法 (二)親のための養子法 (三)子のための養子法の三段階に分けておられる。こうした立場から、明

治中期以降、最近にいたるまでの我國家族生活を規律した明治民法の養子制度をみるに、主として「家督相續養子の時代」、すなわち「家のための養子法」であり、それに「親のため」「子のため」の要素を若干加味していたとみるのが定説であつた。穂積博士は「主として第二期にありて第三期及び第四期に渉るものなり」といわれ、中川教授も「如上三期の原理が錯雜混淆して極めて複雑な構造をなして」⁽⁴⁾いるが「その大部分が『家のため』である」⁽⁵⁾とされている。このように「親のため」「子のため」の要素が多少とも加味されていることは、それを明治初期の法制に比較すると、家族制度的には若干の後退を示すものといえよう。

ところで、周知のごとく明治民法に先立つ法典として明治二十三年のいわゆる舊民法がある。それは明治法典論争の結果、遂に施行されることなく葬られたものであるが、明治初期の法制と明治民法との間に介在し、いわばその架橋として「大なる歴史的意義」⁽⁶⁾を有している。この舊民法における養子制度は、いかなる性格を有していたであろうか。殊に明治民法のそれと比較して、いずれが近代色をより多く含有していたのであろうか。近時、主として明治法典争議の本質を解明する必要がある、舊民法そのものの性格が明治民法のそれと比較して種々の角度から検討されつつある。養子制度は親族法の重要部分を占めるもの故、それをめぐつて、兩法典の規定を比較考察することは、舊民法人事編と明治民法親族編の性格の異同を論ずる際、きわめて重要な一課題といわねばならない。従來、この點について意見を表明された學者がもちろんなかつたわけではない。例えば、明治民法編纂の法典調査會において、穂積陳重博士が述べられた發言によると、舊民法のそれは「家督相續ダケデアリマスガ本案（明治民法草案―手塚註）ハソレダケデナイ今少シ廣イ規定デアリマス」とか、また「家督相續ノ主義トソレカラ慈善ト云フ人ノ性情ニ基ツイテ居ルト云フ主義ヲ基礎トシテ案ヲ立テマシタ」⁽⁷⁾といわれており、また中川善之助教授も舊民法のそれは「純粹に『家のための養子法』である」とし、舊民法が明治民法に較べてより、保守的な部分もあつたとする例證にしておられる。⁽⁸⁾ただ惜しむらくは、中川教授の場合も、そうした結論をみちびかれた詳しい舊民法の逐條

的研究は發表されていない。また、わが國養子制度の詳しい沿革的研究を發表されている青山道夫教授も「舊民法の養子制度の如きはフランス法に範をとつたというよりはむしろわが固有法の色彩がつよいのである」といわれてはいるものの「その個々の規定についてはここで述べべき限りではない」とされ、殊に明治民法との比較の點では、明確な見解を表明されていないのは寔に残念である。⁽⁹⁾

私は本稿において、舊民法における養子制度の構造と性格を、その立法史的過程をたどりつつ究明し、とくに明治民法と對比していかなる異同があつたかを検討してみたいと思う。かつて私は本誌に「明治二十三年民法（舊民法）における戸主權」^(第二六卷一〇號及び第二七卷六號八號)を發表したが、本稿はいわばその續論として、同じく舊民法人事編の性格の一端を吟味せんとするものである。

(1) N. Hozumi, *The Japanese Civil Code, 1912*, p. 117. なお、田中秀知氏も、祭祀相續の時代、家長權相續の時代、遺産相續の時代、保護收養の時代に分けていた（比較養子論）〔内外論叢第四卷第四號・明治三十八年・一七頁以下〕。

(2) 中川善之助「養子制度論」家族制度全集・史論篇Ⅲ一四七頁以下。「日本の家族制度」一五二頁以下。

(3) 穂積陳重「養子正否論—祖先祭祀と日本法律」穂積巖夫譯、附錄所收・二四二頁、なお Hozumi, op. cit., p. 126 参照。

(4) 中川善之助「日本親族法」(昭和十七年)三二二頁。

(5) 中川・前掲全集・一七三頁。

(6) 原田慶吉「日本民法典の史的素描」一三五頁。なお、杉山直治郎博士も「私は敢て言ひたい、我國明治維新後最初の民法は正式に實施された新民法典ではない、實はポアソナード法典であつたと」「若しも舊民法が無かつたならば……三年半の短日月を以てあれ程の法典(明治民法—手塚註)を完成することも不可能であつたであらう」〔洋才和魂の法學者——ポアソナード盡瘁半生の生涯——〕昭和十一年十一月二十六日・帝國大學新聞)と、舊民法の存在を高く評價されていた。

(7) 「法典調査會議事速記録」日本學術振興會版・第五一卷一五〇枚表。

(8) 中川善之助編「註釋親族法」上卷・四頁。

(9) 青山道夫「養子」法學理論篇・七九頁—八〇頁。青山教授も、穂積博士、中川教授と同じく明治民法養子制度の多元性をみとめてお

られる（前掲書・八四頁―八五頁）。この點から考えると、養子制度に關する限りは、舊民法の方がより、保守的であつたものと考えられておられるようではあるが、明確には述べておられない。

二 舊民法編纂過程における養子制度

一 第一草案における養子制度

明治二十年十月二十一日、外務省から司法省に移つた法律取調委員會において、舊民法人事編の第一草案が起草され、翌二十一年十月の初めに完成した事情と経過については、前掲の拙稿において詳論したので、⁽¹⁾ここではくりかえさない。また、その第一草案に特につよい影響をあたえたのは當時のフランス民法であり、その内容は、全體的にみて公布された舊民法あるいは明治民法に比較すると、近代西洋民法の構造にはるかに接近したものであつて、その進歩的性格は高くこれを評價しなければならぬことも、その際、私がかたくわしく考證したところである。⁽²⁾

この第一草案における養子制度の立法趣旨について、「民法草案人事編理由書」⁽³⁾は次のごとく述べている（理由書・下巻第七章一枚裏、二枚）。

縁組ノ廣ク行ハルル所以ヲ察スルニ、第一、宗教上ノ必要ニ出テタルモノナリ。即チ祖先ノ祭祀ヲ絶タサルノ主意ニシテ、古代ノ人情ニ於テ止ムヲ得サルモノナリ。死者ハ此世ヲ去ルト雖モ、棺槨以テ之ヲ埋葬スルニ非サレハ幽魂彷徨トシテ寄ル所ヲ得ス。歳時墳墓靈壇ヲ清掃シ、酒食ヲ供ヘ、祀典ヲ致スニ非サレハ、死者饑餓シテ安ンスルヲ得ス。若シ一家斷絶スルトキハ、死者其子孫ノ追養ヲ得スシテ、其不幸如何ソヤ。故ニ一家ノ繼續ハ、宗教上最モ緊要ナル原則ニシテ、縁組ハ之ヲ繼續セシムルノ制度ナリ。第二、貴族政體ノ國ニ於テハ、縁組ノ制常ニ盛ンナルヲ見ル。右族名家廢絶スルトキハ、其國ノ政體ヲ變更スルニ至ルヘキラ以テ、之ヲ保存スル爲メ養子ヲ爲スノ必要アリ。且ツ封建時代ニ於テハ、家名

ノ繼絶ハ士分以上ニ於テ忽チ世祿ヲ失フニ至リシヲ以テ、縁組ノ必要ナリシハ深ク怪ムニ足ラス。第三、我國ニ於テ縁組ノ制ハ尙ホ經濟上ノ必要ヲ有スルカ如シ。富家ニ在テハ子女相當ノ年齢ニ至レハ父母之ニ媳婦ヲ迎へ、其身代ヲ讓リ、躬ヲ隱居シ、貧家ニ在テハ其子女ノ稼業ニ依頼シ生活スルヲ常トスルカ故ニ、實子ナキ者ハ勿論男子ナキ者モ縁組ノ必要ヲ感スルモノナリ。以上ノ理由ハ今日マテ縁組ノ盛ンナル所以ニシテ、西洋開化ノ益傳播スルニ至ラハ多少減少スヘント雖モ、今後數十年ノ間ハ大ニ變更ヲ觀ルヘカラス。故ニ縁組ノ制ハ民法上重要ナルハ勿論、幾何カ政治上ニ關係アルモノナレハ、之ヲ規定スルニ臨ミ最モ注意ヲ加ヘサルヘカラス。

我國ノ縁組ハ羅馬ノ制度ト大ニ類似スト雖モ、佛國民法トハ全ク其性質ヲ異ニセリ。佛國法ノ縁組ハ殆ント相續人ノ設定ニ過キサレトモ、我國ノ縁組ハ民法上親子ノ關係ヲ生シ、養子ハ其實家ヲ去リ養家ニ入ルモノナレハ佛國法ヲ以テ模範ト爲スヲ得ヘカラス。且ツ縁組ハ實際無數ノ需用ニ應ジ我國親屬法(マ)ノ基本タルモノナレハ、其條件法式ノ如キモ佛國法ノ如ク嚴重ニシテ窮屈ナルトキハ、實際ノ必要ニ適セサルナルヘシ。故ニ縁組ノ規則ハ之ヲ外國法ヨリ採用スト雖モ勉メテ慣習ニ牴觸セサルコトニ注意セサルヘカラス(句讀點手塚以下同ジ)。

すなわち、フランス民法の養子制度は單なる「相續人ノ設定」であるから「模範ト爲スヲ得」ず、もつぱら我が慣習を尊重して立案したといふのである。そうした立法趣旨は、養子制度に關する規定の裡に、果してどのように具體化されていたであろうか。第一草案における養子制度の規定は、次のようなものであつた(以下人事編第一草案を單に草案と略稱する)。

第七章 縁組

第九十六條 法律ハ三種ノ縁組即チ普通ノ縁組婚姻ニ由ル縁組及ヒ遺囑ノ縁組ヲ認許ス

縁組ハ一旦成立シタルトキハ之ヲ廢棄スルコトヲ得ス

明治二十三年民法(舊民法)における養子制度

本章ノ條例ハ特別ニ規定スルモノヲ除クノ外三種ノ縁組ニ適用ス

「婚姻ニ由ル縁組」は婿養子であり、「遺囑ノ縁組」は遺言養子である。當時のフランス民法は、普通養子 (adoption ordinaire) 及び特別養子として返報 (酬恩) 養子 (adoption rémunératoire) と遺言養子 (adoption testamentaire) の三種類をみとめていたが、日本では例のない返報養子の代りに婿養子を入れた草案の養子形態は、これまでのわが慣習を採用したものともみていい。しかし、草案は明治初期の法制にみられる「死後養子」(死跡養子) はみとめていない。その理由を「縁組ハ親子ノ關係ヲ造成セントスルモノニシテ、死者ノ爲メ他人ヨリ養子ヲ爲スハ甚タ其謂ハレナキカ如シ。是レ家督相續人ノ設定ニシテ、之ヲ養子ト看做ササルヲ至當ナリト」(前掲理由書二枚裏) している。元來、明治初期の法制における養子は、除族者、失踪者の跡をつぐ相續人、絶家の再興人、入夫、幼年戸主の地位をつぐ特別の相續人等、近代民法の觀念では指定または選定相續人とみられるものまでも含む多元的觀念であつたが、草案がこれらのものを整理し、上掲三種の形式に限定したことは、養子縁組を純粹に「契約」と考へたがためにはかならない。この點では、フランス民法の明確な概念構成を繼受したといふべきであらう。

次に本條第二項は、養子縁組の離縁を禁止したものであつて、きわめて注目すべき規定である。元來、フランス養子制度の著しい特色の一つは、何等の離縁規定も有しないことであつた。草案がその制度を繼受したことは争ひえない⁽⁸⁾。理由書は、その原因として、(一) 離縁を許すと、すでに獲得した相續分がある場合にそれを返還すべきか否かで不都合を生ずる。返還するとすれば、既得權侵害になり、返還しないとすれば、養家の財産を實家に移すことになり、不合理である。(二) 婿養子の場合に離縁と離婚の關係をどうするか、合理的な解決がむずかしい。(三) 養親子が不和のときは、別居すればよい。(四) 未成年者が養子の場合、成年になるに及んでその意思により離縁を許すは、一見條理にかなうようであるが、それでは身分不確定の弊に陥る——の四點をあげている(前掲理由書・二枚裏より四枚裏)。

第一節 縁組ノ爲メ必要ナル條件

第百九十七條 何人ト雖モ滿四十年以上ニシテ且ツ其養ハントスル者ヨリ年長ナルニ非サレハ養子ヲ爲スコトヲ得ス
然レトモ四十年未滿ノ者ト雖モ婚姻ニ依リ養子ヲ爲スコトヲ得
遺囑ヲ以テ養子ヲ爲スノ能力ハ遺囑ヲ爲ス能力ニ關スル規則ニ從フ

フランス民法では養親の年齢を五十歳以上とし、且つ養親と養子の年齢の開きを十五年以上としていたが(佛民三、日

本人の短命から養親たりうる年齢を十年引き下げ、また婿養子の場合、養父に後妻(養母となるべき者)があるとき、その年齢が比較的若いことを豫想して、年齢の開きは單に「年長」とどめたのである(前掲理由書五、枚裏、六枚表)。さらにフランス民法

とは異なり(佛民三、四六條)、未成年者が養子となることを特に禁じていないが、それについて理由書は「未成年者ノ縁組ハ我國ノ

慣習ニ於テ最モ盛ンナル所ニシテ、婚姻ニ由ル縁組ノ外ハ概ネ然ラサルハナシ」「縁組ハ未成年者ヲ養子ト爲スヲ得ルニ非サレハ、其目的ヲ達スヘカラス。成年者ニ對シ忽然親愛ノ情ヲ發スルハ決シテ之アルヘカラス。其情ヲ發スルハ童兒ノ

稚弱可憐ナルニ由ル……愛情ハ幼弱ニ原由シ孝心ハ恩義ニ發生スヘシ。故ニ未成年者ノ縁組ヲ允許セサレハ、殆ント其眼目ヲ奪フニ異ナラサルヘシ」(前掲理由書、一五枚表)と述べている。フランス民法が未成年者の養子を禁じたのは、その特長の一つであつて、養子縁組が契約であるという思想に徹したものとされている。草案は前述のごとく根本的には契約思想を採り

入れてはいたが(三〇、三條)、さすがに未成年養子が多いというわが國現實の事態は、これを無視することができず、未成年養子は「親愛ノ情ヲ發スル」に便利であるという點を強調して、むしろ積極的にそれを承認したものである。フランス法は

「模範ト爲スヲ得ズ」という立場が、ここには現われているとみていい。なお、第二項及び第三項は婿養子並びに遺言養子の場合の例外規定であるが、第三項の遺言能力は十四歳以上である(財産獲得編第一草、案一七一五條二號)。

第百九十八條 自家ニ正出若クハ庶出ノ子孫又ハ養子アル者ハ特許ヲ得ルニ非サレハ養子ヲ爲スコトヲ得ス但シ婚姻又ハ遺

囑ニ由ル縁組ハ此例ニ在ラス

特許ハ正當ノ理由アルニ非サレハ之ヲ與フ可カラス

本條は、子ある者が養子をすることを禁じた規定である。庶出子は認知の有無を問わない。すなわち公布された舊民法及び明治民法にいわゆる「庶子」と「私生子」の兩者をふくむ(一七三條)。また、いずれの子にも男女の區別はないし、さらに「胎内兒」も子の概念にふくまれていた。正當な理由というのは、子が失踪して不在の場合(四一條)を豫想していた

らに「胎内兒」も子の概念にふくまれていた。正當な理由というのは、子が失踪して不在の場合(四一條)を豫想していた(前掲理由書七枚裏)。理由書の執筆者熊野敏三は、失踪以外の理由は考えられないとし、むしろ條文を改め、その旨を明示すべきであるとして(同前・八枚表)。

フランス民法の普通養子では、庶出子の存在は縁組の妨げとはなつていないのに反し(佛民三・四三條)、草案がそれをしも縁組の阻害條件にしたのは、その起草を指導したポアソナードの意見の影響ではないかと思われる。何となればポアソナードは子有る者の縁組を極力排斥していたからである。(11) また草案の「原案」ではフランス民法に倣つて、養子の場合に限つては何人でもみとめたようであるが、草案では前述のように變更されていた。熊野はその原案の方を支持している(同前・八枚裏)。

第九十九條 後見人ハ其管理ノ計算ヲ爲サル前ニ其後見スル未成年者ヲ養子ト爲スコトヲ得ス但シ遺囑ノ縁組ハ此例ニ在ラス

管理ノ計算ハ未成年者ノ副後見人ニ之ヲ爲シ親族會ノ允許ニ付ス

本條第一項前段は當時のイタリー民法第二〇七條「後見人ハ其管理スル所ノ財産ノ決算ヲ爲スノ以後ニ非レハ則チ其後見ノ權下ニ在ルノ人ヲ養子ト爲スコトヲ得ス」(13)に範を求めたものである。

第二百條 配偶者アル者ハ其承諾ヲ得ルニ非サレハ養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ルコトヲ得ス但配偶者ノ失踪宣言アリタルトキハ此例ニ在ラス遺囑ヲ以テ養子ヲ爲ストキ亦同シ

註 第二十五條 縁組ハ養子ト養親及ヒ其血族トノ間ニ民法上ノ血族ト同シキ關係ヲ生ス

夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ子トノ關係ハ親子ニ準ス

第二十六條第一項 姻屬トハ婚姻ニ因リ夫婦ノ一方ト其配偶者ノ血族トノ間ニ生スル關係ヲ云フ

第百條第二項 夫ハ婦ヲ住居ニ迎待シ婦ハ夫ノ住居ヲ定ムル處ニ隨行ス可シ

本條は、配偶者を有する者の縁組の規定である。配偶者を有する者は、その承諾を得て各自單獨で養子をなしうる。配偶者を有する者が養子となる場合も同様である。但し、配偶者が失踪宣言をうけているときと、遺言養子の場合にはその承諾は必要でない。夫婦各別に養子をなしうる實益として、(一)夫のみが四十歳以上ならば、妻は若くとも養子をなすことができる。(二)夫婦の一方の庶出子または前婚の子を、他の一方が養子とすることができる。(三)他家に嫁したる女が實家を再興する場合に便利である——をあげている(前掲理由書九枚裏)。この構想が從來の慣習の放棄であつて、フランス民法(三四)の繼受であることはいうまでもなからう。しかし、もちろん夫婦が共同して養子をなすこともみとめてはいる(次條)。配偶者ある者が、その承諾をえて養子をなした場合、承諾をあたえた配偶者と養子との關係は親子に準ずる(三五)。この「親子ニ準スル」の意味は「只名義上ノミニシテ、親子ノ權利義務ヲ生スヘキ」ものではない(前掲理由書三一枚表)。すなわち、法定血族ではないのである。夫婦が共同して養子をなせば、養子は養父母に對して同時に正出子(嫡出子)關係が生ずる。

夫が妻の承諾をえて養子となるとき、妻は夫に從つて夫の養親の家に入るが(二〇〇條、二項後段)、その場合、その妻と夫の養親との間は姻族となるのかどうか。第二十六條が姻屬の關係を婚姻の場合に限定していることから考えると、消極に解すべきであらうか。また、理由書は「婦ハ其夫ニ服從スヘキ義務アレハ自由ニ他人ノ養子ト爲ルヲ允許スルハ相當ナルヘカラス」(前掲理由書一一枚裏)というが、「自由」ではなく、夫の承諾を得れば、妻も單獨で養子となりうる趣旨なのか。第百條第二項からみると、妻の場合たとえ夫の承諾をうけても、すくなくとも單獨でその養親の家に入るがごとき養子にはなれないもの

と考うべきであらうか。こうした疑問が生ずるのは、立法上の不備としなければならぬ。

次に、夫婦が共同して養子となることは、これも明文はないがみとめられている。第二百三條（後掲）の立法理由に「養子財産ヲ所持スヘキニ非サレト、夫婦養子ノ場合ノ如キハ否ラス、故ニコノ規則ヲ設ケタリ」（前掲理由書三二）とあるのは、暗黙の裡に夫婦養子をみとめた證據であらう。この場合、家督相續によつて戸主となつた者でなければ、戸主（例えば分家した戸主）であつても、その家を廢して他家の養子となりうることを注意すべきであらう（後掲・二〇二）。（條の反對解釋）

第二百一條 何人ト雖モ夫婦ノ養子ト爲ルノ外同時又ハ順次ニ數人ノ養子ト爲ルコトヲ得ス

理由書には「我國ノ慣習ニ依レハ養子ヲ爲シ更ニ之ヲ他家ノ養子ニ爲スノ風アレトモ今之ヲ採用セス」（第七章一）といつてゐるが、すくなくとも明治八年以降は、そうした慣習は太政官指令により否定されてゐた。高柳博士は「明治初年の伺文の中には再縁組の慣行の存することを述べたものが少くないから、前代の普通法の下では行はれたものではないかと想像される。養父兩名を帶することが、實際上どれだけの不都合があるかと云ふ問題には觸れないで、唯親と名の付く者が二人三人あることは理窟に合はぬと云ふ、自然法的な開化時代の論理がこの規定（指令の意味―手塚註）を生み出したのではなからうか」（16）といわれている。理由書が、そうした明治初期の法制を誤つて理解していることは、本條がフランス民法の繼受である（佛民三）證據といえよう。（四四條）

第二百二條 家督相續ヲ爲シ戸主ト爲リタル者ハ他人ノ養子ト爲ルコトヲ得ス

註 第三百九十三條 家族ハ婦及ヒ未成年者ヲ除クノ外分家ヲ爲シ又ハ親屬ニ係ル廢絶家ヲ再興スルコトヲ得

明治初期の法制では、戸主は原則として他家の養子とはなれなかつたが、本家相續、生活困難の場合には例外がみとめられていた。（17） 本案は「縁組ハ一家ヲ繼續スルノ主意ニシテ家督相續ヲ爲シタル者他家ノ養子ト爲ルヲ得ハ其家忽チ斷絶スヘシ」（前掲理由書）との立場から、そうした例外には一切留意してゐない。なお、理由書によると「家督ヲ爲ササル間ハ長

子ト雖モ、隨意ニ他家ノ養子ト爲ルヲ妨ケス」(同前・一)としている。長子と雖も、分家の自由を有したこと(三九)と相應じ、草案が法定推定家督相續人に對しては、何の制約をも與えなかつたことを注意すべきであろう。

第二節 縁組ノ法式

第二百三條 普通ノ縁組ハ契約ヲ以テ之ヲ爲スモノトス

縁組契約ハ養親又ハ養子ノ住所若クハ居所ノ身分取扱人ノ前ニ於テ證人二人ノ立會ニテ之ヲ爲ス可シ

本條は、養子縁組が純粹な「契約」であるという思想をあらわしている。フランス民法の縁組は最終的に裁判所の認許を要したが(佛民三)、草案はそれを「鄭重ニ過キルカ如シ」(前掲理由書)として採らなかつたのである。

第二百四條 未成年者ノ縁組ハ其父母ノ承諾ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得但シ其子現場ニ在ルコトヲ要ス

父母ノ中一人死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ他ノ一人ノ承諾ヲ以テ足レリトス

第二百五條 父母共ニ死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ親族會其縁組ヲ承諾スルコトヲ得

育兒院ニ在リテ父母ノ知レサル子ノ縁組ハ院長之ヲ承諾スルコトヲ得

第二百六條 未成年者ノ縁組ハ之ヲ爲ス地ノ地方裁判所ノ認可ヲ經ルニ非サレハ未成年者ニ對シテ完成セス

裁判所ノ認可アリタル縁組ハ契約ノ日ヨリ其効果ヲ生ス可シ

第二百七條 右ニ就キ未成年者ノ代表人ハ契約ヨリ一个月内ニ契約書ノ謄本ヲ地方裁判所長ニ差出ス可シ

裁判所ハ其縁組ノ條件完備スルヤ其縁組ハ未成年者ノ爲メ不利益ト爲ラサルヤ及ヒ其養親ハ不名譽ノ者ニ非サルヤヲ審査

シ會議局ニ於テ檢事ノ意見ヲ聽キ他ノ手續ヲ要セス又理由ヲ付セス單ニ縁組ヲ允許ス若クハ縁組ヲ允許セスト宣言スヘシ

第二百八條 縁組ノ契約ヲ爲シ未タ地方裁判所ノ認可ヲ經サル前ニ養親ノ死去シタルトキト雖モ未成年者ノ代表人ハ其手續

ヲ繼續シ縁組ヲ完成スルコトヲ得

これらは、未成年者を養子とする場合の特別な規定である。前述のごとく草案はフランス民法に倣い、縁組を純粹に契約と考えた。従つて未成年者の縁組をみとめる場合、當然に未成年者には契約の承諾能力なしの問題に當面する。フランス民法は、この問題を嚴格に考え、未成年養子を否定したことは前に述べた。未成年養子を積極的にみとめた草案は、契約の承諾者に未成年者の父母もしくはそれに代るべき者を充て、未成年者の承諾無能力の問題を解決せんとしたのである。しかし、その場合に生ずる弊害を避けるため、成年者を養子にする場合に比較してより、嚴重な規則をおいたのである。特に裁判所を關與せしめた趣旨は「我國ニ於テハ……女子ヲ養ヒ之ヲ藝妓ナトニ爲スノ實例ヲ見ル。成年者ハ完全ノ能力ヲ有スルモノナレハ、別ニ法律ノ干涉ヲ要セスト雖モ、未成年者ノ縁組ニ付テハ此弊害ヲ豫防セサルヘカラス。故ニ裁判所ニ於テ養親ハ不名譽ノ人ニ非サルヤヲ調査スヘキモノナリトナセリ」（前掲理由書 一〇枚裏）としてゐる。これにより、明治以降においてもなお存在したいわゆる「奴隸制養子」（18）を防遏せんとしたものであることがわかり、立法者の先驅的意圖は賞讃さるべきである。こうした企圖を達成するため設けられた法式は、ほとんど全てフランス民法の普通養子の法式を、若干變更して借用したものであつた（佛民三五四條 乃至三五七條）。なお第二百四條但書の「其子現場ニ在ルコトヲ要ス」は「未成年者縁組ノ現場ニ在リテ之ヲ抗拒セサルコトヲ要ス」の文言を誤記したものとされている（前掲理由書 一六枚表）。

第二百九條 身分取扱人ハ豫メ双方ヨリ左ノ書類ヲ呈示セシム可シ

- 一 双方ノ出生證書若クハ之ニ代用スル保證書
- 二 養親住所ノ身分證書ノ簿冊ニ記載シタル正出子庶出子及ヒ養子ナキコトヲ證スル認定書又ハ縁組ノ特許書
- 三 配偶者アルトキハ其承諾書失踪ノ宣言書若クハ死去證書
- 四 副後見人ニ管理ノ計算書ヲ差出シタル證明書

第二百十條 身分取扱人ハ縁組ノ妨碍ト爲ルヘキ法律上ノ原由アルニ非サレハ其縁組ヲ拒ムコトヲ得ス

身分取扱人ハ其拒絕ノ理由ヲ明記シタル拒絕書ヲ授付ス可シ

當事者其拒絕ヲ以テ不當ナリト思料スルトキハ之ニ對シテ地方裁判所ニ抗告スルコトヲ得

フランス民法では、裁判所が全ての縁組を最終的に認許したから、縁組の法律的要件の調査もまた裁判所が行つたが
(佛民法三、草案は縁組の契約を身分取扱人の所管にしたので(前掲二)、こうした規定がおかれたのである。)

第二百十一條 婚姻ノ章第七十八條及ヒ第七十九條ノ規則ハ之ヲ縁組ニ適用ス但シ本章第一節ニ定メタル條件ニ違背セサルコトヲ要ス

註 第七十八條 外國ニ於テ日本人ノミノ間又ハ日本人ト外國人トノ間ノ婚姻ヲ爲ストキハ其國ニ慣用スル規則ニ從ヒ其公式ヲ行フコト

ヲ得但シ本章第一節ニ定メタル條件ニ違背セサルコトヲ要ス

第七十九條 日本人ノミノ間婚姻ヲ爲ストキハ其國ニ在ル帝國ノ公使館又ハ領事館ニ於テ帝國ノ法律ニ從ヒ婚姻ノ公式ヲ行フコトヲ得

本條は一種の國際私法的規定である。本條に準用されている第七十八條、第七十九條はフランス民法第七十條の模倣である。

第二百十二條 婚姻ニ由ル縁組ハ婚姻ノ公式ニ因テ成立ス

此場合ニ於テハ縁組ニ必要ナル條件ノ欠缺スルヲ原由トシテ婚姻ノ章ニ定ムル規則ニ從ヒ故障ヲ爲スコトヲ得

第二百十三條 婚姻ノ公式ヲ行フ時養親ハ豫メ身分取扱人ニ縁組ヲ爲スノ意思ヲ申述ス可シ

身分取扱人ハ養子ト爲ル者ニ婚姻及ヒ縁組ヲ承諾スルヤラ質問ス可シ

養子ト爲ル者ノ婚姻ニ與フル承諾ハ縁組ノ承諾ヲ帶有ス

この二カ條は、婿養子に關する規定である。明治初期の婿養子縁組では、養子縁組と婚姻とがかならずしも同時に行わ

れることは必要でなく、縁組後に婚姻が行われることもあつた。⁽¹⁹⁾ 草案は、そうした制度を「變則」^(二二枚表)として排し、縁組と婚姻とは同時になされることを要件としている。したがつて婚姻適齡十七歳未満の男^(四〇)は婿養子にはなれない。

第二百十四條 遺囑ニ由ル縁組ハ公正ノ遺囑書ヲ以テ之ヲ爲ス可シ

此縁組ハ養親死去ノ日ニ家督相續ヲ爲スヘキ正出若クハ庶出ノ子孫及ヒ生存者間ノ養子アラサルトキハ有効トス

此縁組ノ受諾ハ相續開始ノ地ノ身分取扱人ニ之ヲ爲ス可シ

第二百十五條 養子ノ未成年中ニ遺囑ノ開始シタルトキハ第二百四條及ヒ第二百五條ニ指定シタル者縁組ヲ受諾ス可シ

此受諾ハ第二百七條ノ手續ニ從ヒ地方裁判所ノ認可ニ付スルコトヲ要ス

遺言養子に關しては、明治初期の法制にも典據とすべき慣習法を缺き、⁽²⁰⁾ またフランスのそれは準後見關係 (tutelle offi-

ciouse) に立つ者の間にのみみとめられた特別養子であり⁽²¹⁾ (佛民三六一條) 乃至三七〇條)、その法式も明文を缺いたので参考とならず、草案は獨自にこれら二カ條を創定したのである。

第二百十六條 身分取扱人ハ縁組ノ契約婚姻ノ公式又ハ遺囑縁組ノ受諾ノ後第四百七十六條ニ從ヒ縁組證書ヲ作ル可シ

第二百十七條 未成年者ノ縁組ハ第四百七十八條ニ從ヒ其認可ノ裁判ヲ縁組證書ノ欄外ニ追記シタル後ニ非サレハ第三者ニ之ヲ對抗スルコトヲ得ス

縁組の公示方法としての縁組證書の規定である。第四百七十七條及び第四百七十八條については後述する。

第三節 縁組ノ證據

第二百十八條 縁組ハ縁組證書ヲ以テ之ヲ證ス可シ

若シ縁組證書ヲ呈示スルコト能ハサルトキハ身分證書ノ章第四百五十八條^(六が正しい―手塚註)ニ規定スルモノノ外尙ホ左ノ證書ニ依リ縁組ヲ

證スルコトヲ得

一 婚姻ニ由ル縁組ニ係ルトキハ其事由ヲ記載シタル婚姻證書

二 未成年者ノ縁組ニ係ルトキハ之ヲ認可シタル裁判宣告書

註

第四百五十六條

身分證書ノ簿冊ノ設備ナク若クハ中絶シタルトキ又ハ其全部若クハ一部ノ毀損亡滅シタルトキ又ハ其記載上ニ甚シ

キ違式若クハ誤脱アリテ信用ヲ置ク可カラサルトキ又ハ身分取扱人ノ詐欺若クハ過失ニ因リ身分證書ヲ作ラサリシトキハ戶籍、證

人若クハ私ノ書類ヲ以テ其身分上ノ事件ヲ證明スルコトヲ得但シ詐欺ヲ以テ其事由ヲ釀成シタル者ハ此限ニ在ラス

第四百七十六條 縁組證書ニハ左ノ諸件ヲ記載ス可シ

一 養子

二 養父母及ヒ實父母

三 養子ヲ爲ス者ノ配偶者ノ承諾若シ承諾ヲ得ル能ハサルトキハ其事由

四 養父母及ヒ養子ノ承諾又ハ遺囑養子ノ承諾

五 未成年者ヲ養子ト爲ストキハ其父母又ハ親族會ノ承諾

六 育児院ニ在リテ父母ノ知レサル子ハ院長ノ承諾

七 實子アル者ノ縁組ニ付テハ其特許

八 遺囑養子ハ遺囑證書ノ日附及ヒ遺囑者死去ノ年月日時

九 證人

十 婚姻ニ由ル縁組ナルトキハ其事由

十一 養子ト爲リタル年月日時場所

第四百七十七條

婚姻ニ由ル縁組ニ於テハ婚姻證書ノ外別ニ縁組證書ヲ作ル可シ

第四百七十八條

地方裁判所ニ於テ未成年者ノ縁組ノ認可アリタルトキハ當事者ハ二个月内ニ其裁判宣告書ヲ縁組證書ノ欄外ニ追記

セシム可シ

縁組ノ認可アラサルトキハ其裁判所書記ノ通知ニ依リ欄外追記ヲ爲ス可キモノトス

明治二十三年民法（舊民法）における養子制度

第四百七十九條 縁組ノ不成立及ヒ無効ノ確定裁判アリタルトキハ其裁判所書記ヨリ十日内ニ裁判宣告書ノ謄本ヲ身分取扱人ニ送達シ身分取扱人ハ縁組證書ノ欄外ニ之ヲ追記ス可シ

第二百十九條 婚姻證書ニ縁組ノ事由ヲ記載セサルトキト雖モ身分ノ占有アリテ婚姻公告書ニ符合スルトキハ之ニ依リ其縁組ヲ證スルコトヲ得

婚姻ノ章第八十二條及ヒ第八十四條ノ規則ハ之ヲ縁組ニ適用ス

註 第八十二條 夫婦ノ間ニ於ケルト夫婦ト第三者トノ間ニ於ケルトヲ問ハス婚姻ノ効果ヲ求ムル爲メニ身分ノ占有ノミヲ以テ婚姻ノ成立ヲ證スルコトヲ得ス

然レトモ身分ノ占有アリテ婚姻證書ニ符合スルトキハ其證書ニ違式アリト雖モ占有ヲ以テ其證書ノ無効ヲ補フ

第八十四條 婚姻證書ヲ増減毀棄匿奪シ若クハ片紙ニ記載シタル場合ニ於テ刑事又ハ民事ノ訴訟ニ依リ婚姻ノ成立ヲ認めタル判決ハ之ヲ身分證書ノ簿冊ニ記載シテ婚姻證書ニ代用スルコトヲ得

草案は戸籍簿(四四條)とは別に、個人の身分に關する事件を記載する簿冊として、身分證書を身分取扱役所(市町村の役所)に備える制度を採用した。身分取扱人は市町村長である(前掲理由書十。五章三一枚裏)。こうした身分證書の制はいうまでもなくフランス民法の模倣である(佛民第二卷。身上證書)。しかし、フランス民法では身分證書中に縁組證書はなく、出生證書にその旨を追記するのみであつたが「我國ノ縁組ハ」其數夥多ナルヲ以テ特ニ縁組證書ヲ作ツたのである(前掲理由書第。七章二四枚表)。こうした縁組證書は、縁組の公示方法であると共に、またその事實を主張する證據方法でもあつた。

第四節 縁組ノ不成立及ヒ無効

第二百二十條 縁組ハ左ノ場合ニ於テハ成立セス

一 公式ヲ缺キタルトキ

二 人違ニ由リ若クハ心神喪失ノ時縁組ヲ爲シタルトキ

三 裁判所未成年者ノ縁組ヲ認可セス若クハ當事者期限内ニ其認可ヲ請求セサルトキ

草案において「不成立」または「成立セス」というのは「如何ナル効果ヲモ生セサルモノニシテ何人ニ限ラス何時ニテモ之ヲ主張スルヲ得ル」ものである(前掲理由書)。
(二六枚表)

第二百二十一條 縁組ハ第一節ニ定ムル條件ノ一ヲ缺キタルトキハ無効トス

此無効ハ養親養子其他何人ニ限ラス現實ノ利益ヲ有スル者ヨリ何時ニテモ之ヲ請求スルコトヲ得

第二百二十二條 官吏ノ管轄違ニ原由スル縁組ノ無効ハ何人ト雖モ之ヲ請求スルコトヲ得但シ一今年ヲ過キタルトキハ其請求ヲ允許ス可カラス

この二カ條は、絶對的無効の規定である。草案の「無効」は、無効の裁判が確定したる以後、將來に向つて、ある行爲が効力を失う場合であり、その効果は既往にさかのぼらないのを原則とする。「何人ニ限ラス」無効訴權を與える場合を絶對的無効、特定人にそれを與える場合を相對的無効という。すなわち、不成立と無効の區別は、明治民法における「無効」と「取消」に相當する。

第二百二十一條の「現實ノ利益ヲ有スル者」の字句は「何人ニ限ラス」のみをうけるのであり、養親及び養子は「現實ノ利益」を有しない場合にも無効訴權を有する。また「現實の利益」の意味は「金錢上ノ利益」である。

第二百二十三條 第九十九條及ヒ第二百條ニ違ヒタル縁組ノ無効ハ未成年者及ヒ配偶者ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス

未成年者其成年ニ至リ若クハ配偶者縁組ヲ了知シタル後之ヲ確認シ若クハ一今年ヲ過キタルトキハ其權利ヲ失フ

第二百二十四條 身上ノ錯誤若クハ暴行ニ原由スル縁組ノ無効ハ錯誤ニ陥リ若クハ暴行ヲ受ケタル者ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス但シ錯誤ヲ認知シ若クハ暴行ヲ免脱シタル後確認ヲ爲シ若クハ一今年ヲ過キタルトキハ無効ヲ補フ

第二百二十五條 未成年者ノ爭拒ニ拘ラス縁組ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ場合ニ從ヒ未成年者ノ請求ニ依リ其無効ヲ宣告スルコトヲ得但シ未成年者成年ニ至リ確認ヲ爲シ若クハ一年ヲ過キタルトキハ其權利ヲ失フ

これらはいずれも相對的無効の場合の規定である。第二百二十四條に「身上ノ錯誤」とあるは「詐僞ノ爲メ錯誤ニ陥リタル場合」と修正すべき筈を「遺忘」したものである（前掲理由書）。

第二百二十六條 婚姻ニ由ル縁組ニ於テハ婚姻ノ無効ハ當然縁組ノ無効ヲ帶有ス然レトモ縁組ノ無効ハ婚姻ノ無効ヲ帶有セズ

婿養子縁組の無効の場合の規定であり、理由は「最モ困難ノ點ナリ」といつている。草案の「原案」では婚姻と縁組のどちらか一方が無効ならば、他もまた無効にしていたが、草案はそれを變更したのである（前掲理由書）。縁組が無効の場合でも婚姻は相變らず有効とした理由は「蓋シ婚姻ノ無効ハ重大ノ不都合ヲ生スルカ故ニ縁組ノ無効ニ拘ラス、之ヲ維持スヘシトノ主意ナリキ」としているが、「養子ハ其妻ヲ携帶シテ實家ニ復歸シ養親ハ家女ヲ失フノ不都合」（前同）を招來する點をどのように考えたのであろうか。理由書の説明は、そのことに觸れていない。明治初期の法制では、婿養子離縁の場合は、當然に婚姻も解消したが、婿養子が家女と離婚しても、縁組には影響がなかつた。⁽²²⁾ 離縁、離婚を無効の場合に類推すれば、草案の規定は正に逆である。おそらく草案は、婿養子における婚姻と養子縁組を對比し、前者を後者より重く考えたためであろう。元來、この草案の根底を流れるものは、夫婦を中心とする「婚姻家族」の構想であつた。他のいかなる身分行爲より、先ず婚姻を第一義的に考へる思想は、そうした構想から生れる必然の結果であつたとみていい。

第五節 縁組の效果

第二百二十七條 養子ハ實家ノ氏及ヒ族稱ヲ棄テ養家ノ氏及ヒ族稱ヲ冒ス可シ

第二百二十八條 養子ハ其實家ヲ去リ養家ニ入ルモノトス但シ親屬ノ關係ヨリ生スル養料ノ義務ハ爲メニ變更スルコトナシ

この二カ條は、もつとも重要な縁組の効果の規定である。フランス民法では、養子は實家の姓を捨てず、その姓にさらに養家の姓を合稱し(佛民三 四七條)、また養家に入らず、實家に止まつた(同前三 四八條)。草案はその制度を繼受せず、「家のための養子制度」の特長である従來の慣習をそのまま條文化したのであり、理由書も「我國ノ縁組ハ佛國法ト大ニ異ナル所ニシテ、羅馬法ノ外比較スヘキモノヲ見ス」(前掲理由書 三〇枚表)と、舊慣尊重を強調している。しかし、第二百二十八條但書はフランス民法(三四 八條)に則つたものであつて、親子間の養料の「義務ハ天倫ニ出ツルモノニシテ……變更ナキモノトス」(同前三 〇枚裏)と、(23) いう立場を墨守したものであつた。

第二百二十九條 然レトモ婦ノ養子ハ其養母ノ實家ノ氏ヲ稱シ夫ノ家ニ入ラス

婦其夫ノ子ヲ養子ト爲ストキハ養子ハ夫家ノ氏ヲ保有シ其家ヲ去ラス但シ特例婚姻ニ於ケル婦其夫ノ子ヲ養子ト爲ストキハ前條ノ規則ニ從フ

本條は妻が單獨で行つた縁組の効果の規定であり、前二カ條の例外である。第二項の「婦其夫ノ子ヲ云々」とあるのは、妻たる嫡母が夫の子(庶子、繼子)を養子にする場合であり、「特例婚姻ニ於ケル婦」というのは、女戸主が夫を迎える場合(入夫婚姻)(三六 條)である。

第二百三十條 縁組ハ養子ト養親及ヒ其親族トノ間養料ノ義務ヲ生ス

此義務ハ實親族ノ間ニ於ケルト其規則ヲ同フス

第二百三十一條 養子ノ未成年ナルトキハ養親ハ之ヲ養成シ訓戒シ及ヒ教育スルノ義務ヲ負フ

養親其養子ヲ養成シ及ヒ教育スルニ充分ノ資力ヲ有セザルトキ若クハ其死去シテ養子ノ財産不足スルトキハ養家ノ尊屬親其他ノ親族ハ養料ノ義務ノ順序ニ從ヒ其入費ヲ負擔ス可シ

此義務ハ實家ノ父母尊屬親其他ノ親族ノ義務ニ先ス可シ

第八百八十九條第九十二條及ヒ第九十三條ハ之ヲ養子ニ適用ス

註 第八百八十九條 子ハ終身其父母ニ孝養ヲ盡シ其他尊屬親ニ對シテモ尊敬ヲ致ス可シ

第九十二條 父母共ニ其義務ヲ盡ササルトキ若クハ親權ヲ行フ者其義務ヲ盡ササルトキハ血族及ヒ檢事ハ地方裁判所ニ訴フルコトヲ得

何人ト雖モ父母其教育ノ義務ヲ盡ササルコトヲ聞知シタルトキハ之ヲ檢事ニ通知ス可シ

裁判所ハ父母ニ對シ親權ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得

第九十三條 子ハ其父母ニ對シ婚姻其他ノ方法ニ依リ一家ヲ成スノ資財ヲ求ムル訴權ヲ有セス

第二百三十二條 養親ハ次章（第八章親權―手塚註）ニ定ムル規則ニ從ヒ養子ニ對シ監護及ヒ懲治ノ權ヲ有ス

第二百三十三條 養子ハ其持參シ又ハ相續贈與遺囑ニ依リ得タル財産ノ所有權ヲ有ス但シ未成年中其財産ノ管理ハ次章ノ規則ニ從ヒ養親ニ屬ス

第二百三十四條 養子ハ其縁組ノ日ニ生レタルモノト看做シ其日ヨリ正出子ノ權利ヲ有ス

これらの條文は、養子は養家に入ると共に、養親の正出子（嫡出子）たる身分を取得し、養親及びその親族との間に養料の關係を生ずると共に、若し未成年ならば養親の親權に服する點を中心とした規定である。

第二百三十五條 縁組ノ後生レタル養子ノ子ハ養家ニ於テ正孫ト同一ノ地位及ヒ權利ヲ有ス縁組前ニ生レタル子ト雖モ其縁組ニ之ヲ包含シタルトキ亦同シ

養子は正出子（嫡出子）として取扱われるから（前條参照）、從來の慣習に照せばその子も正孫であることは當然ともいえるが、フランス民法では原則として「縁組ヨリ生スル關係ハ養親ト養子トノ間ニ限ルモノ」（三三枚裏）であり、養子の子の代襲

相續權についても疑問の餘地があつたので、そうした點を明らかにする意味でこの規定を設けたのであろう。なお、本條後段の場合、子ある者がその子を連れて養子となつて他家へ入ることを豫想しているが、そうした場合の手續等につい

ては他に何等の規定もない。

第二百三十六條 縁組ヨリ生スル相續ノ權利ハ相續ノ章ニ之ヲ規定ス

財産獲得編第二部第一草案によると、相續について養子は正出子と全く同様に取扱われ、養家において家督相續、普通相續（遺産相續）の權利を有している⁽²⁵⁾（同草案一五四三條）。しかし、實家においては家督相續の權利を失うのみならず^(同前一五三六條)、また普通相續の權利も失う制度であつた^(同前一五七七條)。「民法草案財産獲得編第二部理由書」によると、普通相續の權利を失う理由は「養子ハ養家ニ於テ充分ノ相續權ヲ有スルモノナレハ加フルニ實家ノ相續權ヲ保ツニ至ルトキハ二重ノ相續權ヲ有シテ公平ノ度ヲ失スヘシト人事編組合（法律取調委員會内に設けられた小委員會―手塚註）會議ニ於テ議決シタルニ依ルモノナリ（本章起草者ハ決シテ此議決ニ賛成セサリシモノトス）」^{(第一章三）（七枚裏）}としてゐる。「本章起草者」とあるは、理由書のこの部分の執筆者磯部四郎自身を指すものと思われる。「此議決ニ賛成セサリシ云々」とあるのは、養子にも實家における遺産相續權をあたえよとの意見であろうか。とすれば、磯部は當時すでに早く現行民法と同一趣旨の見解を有していたとみることが出来る。

第六節 罰則

第二百三十七條 本章第二節ノ規則ニ違背シタル身分取扱人ハ二圓以上五十圓以下ノ罰金ニ處ス

以上は第七章の規定であるが、この章以外の部分で、養子縁組に關係ある條文は、次の通りである（前掲したものは除く）。

第十二條 日本人ノ養子ト爲ル外國人ハ當然日本人ノ分限ヲ獲得ス

第四十六條 養子ト養親其尊屬親及ヒ配偶者トノ間又養親ト養子ノ配偶者及ヒ卑屬親トノ間婚姻ヲ禁ス

第五十一條 養子ハ婚姻ヲ爲スニ付第四十七條及ヒ第四十八條ニ從ヒ養家ノ父母祖父母ノ許諾ヲ請フ可シ實家ノ父母祖父母ノ許諾ヲ要セス

養子ノ婚姻ニ付テモ亦第四十九條ヲ適用ス

第四十七條 成年ニ至ラサル男女ハ父母ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス

父母其意ヲ異ニスルトキハ父ノ許諾ヲ以テ足レリトス

父母ノ中一方死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足レリトス

第四十八條 父母共ニ死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ父系ノ祖父母ノ許諾ヲ請フ可シ

祖父母其意ヲ異ニスルトキハ祖父ノ許諾ヲ以テ足レリトス

祖父母ノ中一人死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ他ノ一人ノ許諾ヲ以テ足レリトス

第四十九條 父母及ヒ父系ノ祖父母悉ク死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ親族會ノ許諾ヲ受ク可シ

第三百三十六條 特例婚姻及ヒ婚姻ニ由ル縁組ノ場合ニ於テハ裁判所ハ離婚ノ訴訟法中夫ヲシテ共同ノ住家ヲ去ラシムルコトヲ得

第二百五十七條 親權ヲ失ヒタル父若クハ母ハ其子ノ婚姻若クハ縁組ヲ承諾シ並ニ其子ニ自治ヲ與フルノ權ヲ失フ

第二百八十九條 未成年ナル養子ノ親族會員ニハ實家ノ親族ヲモ撰定スルコトヲ得

第一草案における養子制度の概要は、以上の通りである。次に、その特長と性格を概括して考察したい。前に述べたごとく、理由書によれば、養子制度は「佛國法ヲ以テ模範ト爲スヲ得ヘカラス……我國親屬法ノ基本タルモノナレハ……慣習ニ牴觸セサルコトニ注意セサルヘカラス」（前掲理由書二枚表）という立場から立案されたものとしている。なるほど、そうした趣旨から條文化されたと思われる規定はたしかに存在する。例えば、(一)養子はフランス民法の場合と異なり、原則として實家を去つて養家に入ること（二〇四條、條前段）、(二)フランス民法が禁止している未成年養子をみとめ、且つ未成年養子に對する親權を養親に與えたこと（二〇四條、二〇三條）、(三)西洋の法制にはみられない婿養子をみとめたこと（一九六條一項）、(四)養子はフランス民法とは異なり、養

親の血族とも血族と同じ關係を生ずること(二五條)、(田)戸主は原則として他人の養子になれないこと(二〇條)等は、いずれも明治初期の法制をそのまま採り入れたものであつた。しかし、それはそれとして、「模範ト爲スヲ得ヘカラス」と稱したフランス民法の影響は、果してその言葉通り僅少であつたらうか。否、その影響は、從來の慣習のそれに比較して勝るとも劣らざる事實を、次のごとく指摘しうるのであらう。まず草案は、養子縁組を純粹に「契約」と觀念した。この立場から從來の養子縁組を検討し、普通養子、婚養子、遺言養子の三種を採り上げたのである。これはフランス民法を通じて西洋法律學の明確な概念構成を學んだものであり、草案における養子制度の根幹を成している。それがため、明治初期の法制では養子縁組と稱せられたものでも、契約の概念に該當しないものは躊躇なくそれをふり捨ててゐることは、すでに述べた通りである。婚養子縁組において、從來の慣習に反し縁組と婚姻とが同時に行われる場合だけを考慮したのも、「婚養子」という概念の明確さを重んじたがためであらう。このように、養子縁組を契約とみるならば、その法式もまたそれにふさわしいものでなければならぬ。草案が縁組の諸方式について、かならずしも從來の慣習に拘泥せず、主としてフランス民法の方式を繼受したことは、きわめて當然の結果であつた。

さらにフランス民法の規定を明らかに攝取したものととして、(一)養親の年齢の制限(一九七條)、(二)子ある者はいかなる場合に普通養子をなさないこと(一九九條)、(三)離縁の禁止(一九六條)、(四)配偶者を有する者も、その承諾をうれば單獨で養子をなすること(二〇〇條)、(五)養子は實家においてもなお養料の義務を負担したこと(二二條)等をあげることができる。明治初期の養子制度では、養親の資格を戸主または將來戸主となるべき推定家督相續人に限定したのに反し、草案はただ年齢だけから養親の資格を規定している。養子縁組は、實子がなく、またそれを得る希望もすくない年齢になつた者に、はじめて許される法定親子關係の創設であるという點にのみ注目し、その制度が「家」のためであるという從來の慣習には、ほとんど考慮を拂わなかつたものとみていい。養子は養親の尊屬親であつてはならないとした從來の慣習も、草案では無視されている。明治初

期の法制でも、養子は家督相續人たる實子が無い場合に許されるのを原則としたが、「家」の存續と繁榮のためには、幾多の例外的措置がみとめられていた。家督相續を目的としない養子、分家のための養子、特殊技能者の養子、實子が相續不適格の場合の養子等がそれである。草案は、そうした例外を一切みとめない。これは、成文法である草案においては、明治初期の法制にみられる慣習法的弾力性を表現しえないためでもあろうが、より根本的には、草案が養子制度に對して志向したものと、明治初期法制のそれとの間に、大きな相違があつたことが最大の原因であらう。離縁についても、明治初期の法制は協議離縁、裁判離縁をみとめ、⁽²⁹⁾「家」のためには戸主たる養子の離縁すら許している⁽³⁰⁾。これに反して、草案が一切の離縁を禁止したのは、たとえ擬制であつても、ひとたび發生した親子の關係は解消できないとするフランス民法の立場を、全面的に支持したものであつた。養子の實家における養料義務も、同様に親子關係は絶ちえずとする立場から、これを理解することができる。

次に、配偶者ある者の單獨養子は注目に價する。明治初期の法制では、夫たる者が養子をする場合、その妻の意思とは無關係に法律上の養母關係が成立した。高柳博士は「夫が養子をする際、妻の同意を求めるのが普通であつたと考えられるが、法律はその點にふれなかつただけのことであらう」として⁽³¹⁾おられる。ともかく「家のための養子」という見地からは、夫だけの養子、妻だけの養子という構想は、到底考えられなかつたのである。然るに、草案^(前掲)第二百條^(前掲)は、夫婦各別に養子をなすことを正面から規定し、夫婦共同しても養子をなしうることは、第二百一條^(前掲)からわずかに推察されるにすぎない。すなわち、草案の養子縁組は、夫婦各別に行うことが原則であり、夫婦が共同して養父母になることは、むしろ例外的にみとめられたにすぎないのである。このことは、フランス民法がそうであつたように、養子制度の目的が夫または妻の遺産相續であること、いいかえると「親のための養子」という觀點からのみ理解しうることであらう。草案の相續制度は、家督相續の場合でも長子單獨相續制を採らず、長子以外の子も、正出子、庶出子、養子の差別なく、また男女の別を問わ

ず、普通相續權⁽³²⁾を有したとと相關連して、養子制度におけるそのようなねらいは、寔に有意義であつたとみななければならぬ。養子制度の主たる目的が親のために相續人を設定することであるならば、明治初期の法制にあらわれているような相續權をあたえない養子のみとめる餘地もなく、また、實子、養子の區別なく、いやしくも相續人たるべき子が存在する以上は、さらに養子をするのを許さないのは、當然であろう。なお、直接にはフランス民法の繼受ではないが、推定家督相續人及び分家の戸主は、何の制限もなく自由に他人の養子となりえた點も、みのがしてはならない。これすなわち「家」の存續より個人の自由を尊重したものであり、草案全體の進歩的性格にふさわしい規定であつた。

このように、草案の養子制度に對するフランス民法の甚大な影響を肯定するならば、理由書に熊野敏三が書いている前掲總括的立法理由は、草案の實質的内容をかなり歪曲して述べたものといわざるをえない。理由書は法律取調委員會に提出されたものであるから、委員會における保守的抵抗をあらかじめ知つていたであろう熊野は、實質以上に舊慣尊重の趣旨をよく主張せざるをえなかつたのではなからうか。⁽³³⁾

以上述べたところで明らかなように、第一草案における養子制度には、「舊慣習法的なもの」と「フランス民法的のもの」とがかなり錯雜して混交している。元來、明治初期の法制の中でも、養子制度は古來の家族法的要請をもつとも多く濫存していた分野であり、「家」の制度の中で主要な役割をはたしていた。いわば典型的な「家のための養子法」であつた。草案の起草者達は、草案のめざす進歩的家族關係の構想と、養子を巡る舊慣習との妥協に、非常な苦心を拂つたものと思われろ。そして、普通養子、婿養子、遺言養子という三種の傳統的養子形態の裡に、典型的な「親のための養子法」といわれるフランス法的なもの、いいかえると遺産相續的要素をできる限り實質的に織りこんだのであつた。されば、第一草案における養子制度の性格は、形式的には「家のための養子法」的形骸が保存されているが、實質的には「親のための養子法」的色彩が、きわめて濃厚であつたといふべきであらう。

- (1) 拙稿「明治二十三年民法(舊民法)における戸主権(一)」本誌第二六卷一〇號七頁以下参照。
- (2) 石井良助博士は、最近、第一草案の進歩的性格に對するポアソナードの思想的影響を強調されているが、「明治文化史」法制編・昭和二十九年・五一四頁―五一五頁)、私もその見解に賛意を惜しまない。
- (3) 「民法法人編理由書」上下二卷の構成、性質、執筆者等については拙稿・前掲戸主権(一)・八頁―九頁参照。
- (4) 當時のフランスにおける養子制度は、いわゆるナポレオンコードのそれであつて(一八〇三年四月二日公布、第一編第八章養子。この個所は一九二三年六月十九日の法律で改正)、中川善之助教授の「フランス養子法の變遷(一)」(法學新報第四〇卷一號二一頁以下)に詳しい紹介がある。因みに、フランスの養子制度は、一九二三年の改正で「親のための養子」法から「子のための養子」法へ、大轉換を遂げたのであつた。
- (5) 返報養子というのは、戦争、火事、水難等の場合に生命を救われた者が、その恩に酬ゆるため、救つた者を養子にする方法であり、普通養子よりも種々の條件が緩和されていた(佛民三四五條)。
- (6) 婿養子は、西洋の法制にはみられない制度である。それがため、明治初期の養子反對論の中には「兄妹ノ婚姻ト云ハザルヲ得ズ。是レ民ニ許スニ禽獸ノ所行ヲ以テスルノ法ニ非ズンテ何ゾヤ」(養子論・講學餘談第三號・明治十年)という酷評もあつた(拙稿「明治前期の養子反對論」本誌第二八卷四號五五頁)。
- (7) 高柳眞三「明治初年の養子法(一)」國家學會雜誌第四一巻六號六六頁、八二頁。角田幸吉「日本親子法論」(昭和十六年)一二七頁。
- (8) ポアソナードは離縁について「養子ハ固ト實子ナキニ由リ之ヲ我カト爲スノ所爲ナレハ容易ニ之ヲ廢止ス可カラサルナリ。佛國ニ於テハ決シテ之ヲ廢止スルヲ許サス。此點ニ於テハ養子ハ離婚ヨリ嚴格ナリ。日本ニ於テハ養子ヲ爲スモ容易ニシテ之ヲ廢止スルモ亦容易ナリ。此レ蓋シ至當ノ事ニ非サル可キナリ。」といつていた(「法律大意講義」明治十四年・二七頁)。草案の起草者達は、こうしたポアソナードの見解に忠實に従つて、フランス法の態度をうけ入れたものと思われる。
- (9) 中川・前掲論文(一)・二三頁。
- (10) 前掲理由書によると、遺言能力の年齢を十六歳以上としているが(第七章六枚裏)、これはフランス民法の年齢であり(佛民九〇四條)、本草案では十四歳に引き下げられている。理由書の執筆者熊野敏三が、この點を間違つたのであろう。
- (11) 拙稿・前掲養子反對論・六一頁―六二頁。
- (12) 第一草案は、法律取調委員會に設けられた小委員會ともいふべき「組合」(組合長は法律取調委員西成度、他の組合員は全て報告委員より成る)で作成されたものであるが、この組合の會議に提出された草案は、各報告委員の分擔執筆によるものと思われる。この草案が

第一草案の「原案」である。詳しくは拙稿・前掲戸主権(一)・八頁参照。

(13) 譯文は「民法草案人事編九國對比」に據る(「民法草案人事編完」日本學術振興會版・一七二枚裏)。

(14) 元來、草案第二十五條二項「夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ子トノ關係ハ親子ニ准ス」の規定は、繼親子關係、嫡母庶子關係等を法定血族としてみとめない趣旨であるが「親子に准スル」の用語はまぎらわしい。それがため、熊野敏三は「親子に准スルノ語ハ如何ナル錯誤ノ解釋ヲ生スヘキヤモ測ラレサレハ、其ノ危險ヲ避クル爲メ……寧ロ直系ノ姻屬ニ准スルモノトシテ可ナラン乎」(前掲理由書三章三〇枚表)あるいは「斷然繼父又ハ嫡父母ノ名稱ヲ廢シ直系ノ姻族トシ其權利義務ヲ有セシムルノ最モ良法ナラン乎」(同前・三二枚裏)としてゐる。彼の考えは、現行民法の立場を主張してゐるものといえよう。なお、舊民法の親子法については、將來、別稿を以て專見を發表する豫定である。

(15) 明治八年十月二十七日内務省伺・十二月二十七日太政官指令(法例彙纂・民法第二版・二四九頁—二五〇頁)。

(16) 高柳・前掲論文(一)・一二〇頁。

(17) 高柳・前掲論文(一)・一一三頁—一一六頁。角田・前掲書・一四一頁。

(18) 川島武宜「日本社會の家族的構成」二七頁以下参照。

(19) 高柳・前掲論文(一)・一二〇頁。

(20) 高柳・前掲論文(一)・一四七頁。

(21) 準後見は、五十歳以上で實子のない者と十五歳未滿の者との間に結ばれる。被後見人すなわち十五歳未滿の者の意思表示を代理する者は父母、親族會、養育院長、市町村長である(佛民三六一條)。配偶者のある後見人はその同意を要する(同前三六二條)。こうした準後見關係に立つ後見人のみが被後見人を遺言養子とすることができる。この方法によれば普通養子の嚴格な條件(養子は成年以上で未成年の時代に六年間、扶助されていたことを必要とする等——佛民三四五條)を免かれる便利があつた。しかし、手續が煩雜のため實際にはほとんど行われなかつたといわれる(中川・前掲論文(一)・三四頁)。

なお、箕作麟祥がフランス民法を翻譯した折には「準後見」は「チュエーテル・ヲヒシュース」と原語のままになつてゐる(「佛蘭西法律書」明治十五年版・八二頁—八三頁)。適切な譯語を見出しえなかつたためではあるが、その制度自體の内容も、十分に理解できなかつたのかも知れない。

(22) 高柳・前掲論文(二)・國家學會雜誌第四一卷八號九六頁、一〇二頁—一〇三頁。

(23) 草案は「天倫」にもとづく親子間の養料義務は、正出、庶出または亂倫姦通による子の場合にも區別してゐない(前掲理由書三章三

二枚表裏。

- (24) 註(4)で述べた一九二三年改正後のフランス民法第三五三條は「養子縁組ニ基ク血族關係ハ養子ノ嫡出子ニ及ブ」と規定している。
- (25) 第一草案の相續制度は、家督相續、普通相續の二本立である。家督相續は戸主の地位を相續する場合であり、相續人は其家所屬の特權及び法律が規定した財産（系譜、族稱、祭具、墓地、屋號、本宅とその宅地等）、または法律の制限内で被相續人が指定した財産を繼承するが（財産取得編一五二五條乃至一五三一條）、その他の財産は他の相續人間に平分する。この家督相續財産以外の財産の平分相續（同前一五二七條）と戸主以外の者の財産を相續する場合（同前一五五六條乃至一五七五條）の両者が普通相續である。
- (26) 草案では、家督相續をした戸主は他人の養子にならない（二〇二條）。したがって、本文で述べるように分家の戸主だけは自由に養子になることができた。明治初期の法制では、前にも述べたように、戸主が他家の養子になることを原則的には禁じていたが、それにも若干の例外をみとめていた。兩者を比較すると、草案の方が弾力性を失つてゐる。

(27) 高柳・前掲論文(一)・七九頁。角田・前掲書・一四〇頁。

(28) 同前・一一〇頁。

(29) 高柳・前掲論文(二)・八七頁以下。角田・前掲書・一四二頁。

(30) 高柳・同前・八八頁。角田・前掲書・一四五頁―一四八頁。

(31) 高柳眞三「明治家族法史」（法學理論編）七四頁。

(32) 註(25)参照。

(33) 理由書は、草案を起草した組合から、法律取調委員會の審議に對し、草案説明の資料として提出されたものである。草案を起草した報告委員達は、いうまでもなくボアソナード門下の佛法學者であり、彼等が從來の「家」の制度にすどく批判的であつたことは、草案全體の構想から十分に窺われるところである。これに反し、同委員會で審査の實權を握る取調委員は、その大部分が保守派の人々によつて占められていた（報告委員は議決權を有していない）。このような委員會の、草案に對する抵抗を考慮して、理由書は作爲的に舊慣尊重を強調していると推測される。「戸主家族ノ習慣ハ千古ノ遺風ニシテ」「保存スヘキハ固ヨリ當然（前掲理由書一章一枚表）」といながら、實際には全く戸主の權利をみとめていないのも、その一例ではなからうか（拙稿・前掲戸主權(一)・一一四頁）。

(34) 中川・前掲論文(一)・三九頁。

(未完)

明治二十三年民法（舊民法）における養子制度（一）正誤表（本誌前號）

頁	行	誤	正
二	五	家族制度的	「家」の制度的
七	一七	財産獲得編	獲得編
八	八	庶出子の存在	庶出子及び養子の存在
九	一	民法上ノ血族	民法上血族
九	二	親子ニ準ス	親子ニ準ス
一七	一三	「現實の利益」	「現實ノ利益」
一八	一六	第五節 縁組の効果	第五節 縁組ノ効果
二一	三	財産獲得編	獲得編
二一	五	民法草案財産獲得編	民法草案獲得編
二三	九	方式	方式
二八	五	(財産取得編	(獲得編
二八	一一	(28) 同前・一一〇頁。	(28) 高柳・同前・一一〇頁。
二八	一一	一一四頁)。	一一四頁)。