

(一) 父母の同意

子女が婚姻を爲すには家にある父母の同意を要すること、若し父なく母のみなるときは母の同意を要する。是れ父母は婚姻を爲す子女の將來の幸福を圖るに適格者なるが爲めである。若し父母共に死亡し又は其の家を去り或は又其の意思を表示する能はざるときは、未成年者は後見人又は親族會の同意を要するも、其の他は自由に婚姻を爲すことを得る。(一)

要するに朝鮮に於ては婚姻は舊來は主婚者の意思に基き自由に之れを爲し、婚姻當事者の意思を顧みざりしも、其の慣習に一大推移を來たし、必ず當事者の共諾を要すると共に婚姻當事者に父母ある以上は其の子女が相當年齢に達したると否とを問はず、又嫡母たると繼母たるとに區別なく其の父母の同意を要するのである。(二)

(一) 大正十三年六月廿七日法務局長回答

(二) 大正十二年八月二十三日法務局長回答、大正十三年六月二十七日法務局長回答

併しながら我民法に於ては、男子滿三十歳女子滿二十五歳に達するときは父母の同意を得ることを要せない。子女に於て自由に婚姻を爲すことを得る。(民法第七百七十二條)是れは男女共に相當年齢に達するときは智慮經驗等に依り利害關係を判断することを得るものなれば、其の父母の同意を要せないとの趣旨に基くのである。男女に年齢の差あるは、女子は男子より早熟にして適當の婚期を逸

し易きが爲めである。然るに朝鮮に於ては民事令第十一條に於て婚姻年齢は我民法の適用を見るも、此の自由婚姻年齢に付き何等の適用なき以上は専ら朝鮮の慣習に依り、父母ある以上は子女の年齢如何に拘はらず其の同意を要するものであると解せねばならぬ。斯くの如く婚姻當事者が壯年又は老年に達し充分利害得失を了知する時と雖も、父母ある以上必ず其の同意を要するが如きは進歩したる現代の社會事情に適合せぬものと思ふ。依て此の慣習は改廢し、我民法の自由婚姻年齢を適用するは時代に適する要求であると信ずる。

(二) 後見人の同意

父母なき未成年者には後見人を附する。後見人は父母と等しく未成年者を保護するものなれば、未成年者が婚姻を爲すときは後見人に於て其の婚姻が未成年者の爲め有利なるや否やを考慮し同意をなす。此の同意ありて始めて婚姻が有効に成立するは前述父母の同意と同一趣旨である。

併し禁治産者、準禁治産者が婚姻を爲すときは後見人又は保佐人の同意を要せない。是れ婚姻は身分上の行爲にして本人自ら之れを爲し得るが爲めである。

(三) 親族會

我民法に於て繼父母又は嫡母が繼子又は庶子の婚姻に同意せざるときは繼子又は庶子は親族會の同意を求めて之れを爲すことを得る。(民法第七百七十三條)然るに朝鮮に於ては繼母繼子間、嫡母庶子間に

於て父母嫡子間と等しく親子關係に何等の區別なければ、繼母嫡母の同意を要するは前述の如きである。斯く親子關係上必らず其の同意を要するとせば繼母嫡母等に於て繼子庶子等の婚姻に同意せざるときは繼子庶子は永久に婚姻を爲すことを得ない。斯くの如きは條理上認むべからざるものなり。然らば、我民法第七百三十三條の如く親族會の同意を得て婚姻を爲し得るや否や。慣習としては何等之れを認むべきものがない。加之朝鮮に於ては自由婚姻年齢を認めざる爲め、若し繼子庶子が繼母嫡母の同意を得ざるときは永久に婚姻を爲し得ざることとなる。余は是れ等の問題に付ては條理解釋として繼子庶子より親族會の同意を得たる後婚姻を爲すことを得るものと思ふのである。

(四) 戸主

家族が婚姻を爲すに戸主の同意を要するは、我民法又は朝鮮の慣習上家族制度の基本觀念上當然の事理に屬する。(一)尙婚姻に因り他家に入りたる者が寡婦となり、婚家より更に婚姻に因り他に入らんと欲するときは婚家及び實家戸主の同意を得ることを要する。(二)此の戸主の同意は絶對的要件にして、若し戸主の同意を缺くときは其の婚姻は全然無効に歸するのである。(三)未成年者戸主の親權を行ふ母が婚姻に因り他家に入る場合に於ても其の戸主の同意を要するが、親權を行ふ母は未成年者たる戸主に代りて戸主の同意に關する權利を行ふものなりと雖も、親權者が自己の行爲に付き未成年者の戸主に代り同意を與ふ可き場合の如きは、常に兩者の間に利益相反す

る場合に該當するものなれば、親權者は其の子の爲めに特別代理人の選任を親族會に請求することゝを要する。而して其の親族會に依り選任せられたる特別代理人の同意を得て婚姻を爲し得る。若しも斯くの如き場合に其の特別代理人が其の親權者たる母の婚姻に同意を爲さざるときは其の婚姻は結局成立せないのである。(四)

(一) 大正十二年五月八日法務局長回答、大正十二年八月二十三日法務局長回答

(二) 大正十二年八月二十三日法務局長回答、大正十三年十二月二十八日法務局長回答

(三) 大正十三年三月一日司法協會決議

(四) 大正十二年十二月六日法務局承認大邱地方法院回答

茲に實質上婚姻成立要件の餘論として、朝鮮人と朝鮮人に非らざる者との婚姻及び夫妻の關係等に付き一言を附加する。

(一) 朝鮮人と朝鮮人に非らざる者との婚姻

朝鮮人と朝鮮人に非らざる者との婚姻は、各當事者の所屬地の婚姻に關する各法規の如何に依りて定まる。即ち其の所屬法令を異にする當事者間に於て法律上有效に婚姻關係を成立せしむるに付き、雙方所屬法令の連結を爲さしむる法律規定を要する。若し然らずして各當事者の所屬法令が異なれば事實上婚姻するも當事者雙方又は其の一方の所屬法上有效なる婚姻を認むることを得ない。従て戸籍上入籍又は除籍等に依り、實體上當事者の一方が他方に入籍し其の身分關係を公證するを

得ないのである。夫故に我國に於ては既に大正七年四月十七日共通法が制定せられ、各法令を異にする地域間に於ては各私權に關する法規の連絡を確保するに至つた。即ち各當事者雙方の各所屬地法に從て相互に婚姻又は縁組等の身分行爲を爲すことを得るのである。

朝鮮に於ては朝鮮と内地其の他の地域との戸籍上の連絡の爲め施行せられたる共通法第三條に依り婚姻に關する手續法上の連絡が出來た。即ち共通法第三條第一項に依り、一の地域の法令に依り其の地域の家に入る者は他の地域の家を去ることに基き、身分變更に依る轉屬の場合を規定してある。要するに内地人と朝鮮人間の婚姻成立には共通法第二條第二項、法例第十三條に從て、内地人は民法に依り、朝鮮人は民事令第十一條に依り、朝鮮の慣習に基き各々實質上要件を具備したるとき婚姻が適法に成立する。而して形式上の要件としては、婚姻舉行地法即ち朝鮮に於て婚姻を爲すときは朝鮮戸籍令に、内地にて婚姻を爲すときは内地戸籍法に依り其の届出を爲し、雙方其の效力を認むるのである。例へば女戸主たる内地人と朝鮮男と婚姻する場合に、内地人たる女戸主は民法に朝鮮人男は朝鮮慣習に照し各其の要件を具備し之れを有効に爲し得る。即ち共通法第三條に依り内地朝鮮相互間家の出入に付き何等の支障はない。若し其の朝鮮人にして長男なりしときは入夫婚姻は出來ない。何となれば朝鮮の慣習上長男は本家相續の外他家に入ることを得ない。又長男を廢除する慣習もないが爲めである。

朝鮮人が外國人と婚姻する場合に付て、朝鮮には未だ國籍法が施行せられて居ない。又慣習上も朝鮮人と外國人との身分上の交渉を認めない。從て朝鮮人は婚姻に因り國籍を脱し外國人の家に入ることを得ない。又外國人も婚姻に因り朝鮮人の家に入ることを得ない。併しながら近時に於ては外國人たる女子が朝鮮人の妻として其の家に入ること認むるに至つた。即ち朝鮮人男子と外國人の女子と婚姻し朝鮮人の家に入る場合に法務局通牒として大正二年六月朝鮮總督府訓令第三十二號に依り婚姻の申告に準じて之れを受理すべきものとし、妻の出生別の如き記載事項不詳のものは之れを不詳とし、女子事由欄に何國何州何府何街何番地何某何女何年月日婚姻に因り國籍取得入籍の例に依り相當處理することとした。(一)

現今の戸籍令に於ては同令第四十二條に依り右述と同一趣旨に依り入籍手續を爲し得るものと解すべきものである。

(一) 大正十年十一月八日法務局長通牒

(二) 夫妻關係

朝鮮に於ける夫妻關係は舊法制に於て夫婦關係と同視し妾の地位を妻に準じ親族となした。元來は親族の範圍に付き、妾は有服親に非らず又無服親にも非らざれば之れを親族と看るを得ないのである。然るに妾は夫又は夫の親族に對し服ありとし妻に準じた規定は經國大典以下の各舊法制に散見

する所である。殊に刑法大全第六十四條にも

親族カ相犯シタル時ニ加減スル等級ハ第六十二條ノ例ニ參照シテ左開ノ如シ、亡妻ハ二等、妾ハ四等ヲ以テ論ス（原文假名は謄文）

と規定し、妻より卑しき配偶者と爲し以て親族と看做し、其の生れたる子を以て私生子にも非らず嫡出子にも非らずして庶子たる身分を當然取得せしめたのである。而して妾は夫の親族にして家族の一人たる關係上民籍法施行せらるるに於ても民籍上の記載に付き夫婦關係と同視し、妾の地位を妻に準じたる結果、夫妻の結合及び解消は婚姻離婚に關する規定を準用する外なかつたのである。然るに大正四年八月官通牒第二四〇號を以て自今妾は入籍を受理すべからざるものとし、同月總督府訓令第四十七號を以て民籍法施行心得中、妾に關する規定を全部削除したるに依り、其の後は夫婦關係の規定を妾に準用するを得ざるに至つた。從て夫妻關係を消滅せしむるには當事者の一方の意思表示に依り、何時にても自由に解消し得べく、其の間何等の事由を要せざるに至つた。(二)從て夫妻關係は解消の意思表示に因り、妾は妾たる身分を喪失し當然實家に復歸するものである。然るに前示官通牒第十九項但書に於て、既に民籍に登録せられある者は從前の例に依り取り扱ふ可き旨を定めたのは、右法令の改廢に伴ふ急激の變化を緩和する爲め既に登録ある妾の記載を一時存置するも妨げざる趣旨に出でたるものである。決して妾を妻に準じ舊慣を墨守する趣旨に非らざる

は勿論現今の世態に於て夫妻關係の存在は公序良俗に反することを覺醒し、妾を以て妻と同視する觀念を否定するに至りたるは、是れ全く慣習の推移と謂ふべきものである。

尙妾を妻と爲すことを得るや否や、朝鮮に於ては舊來妾を正妻と爲すことを得なかつた。妾は婚姻上婚姻成立上の要件なるのみならず身分地位等の關係あるも、夫妻關係には何等の要件なく隨意である。刑法大全第五百七十七條の如きは「妾ヲ妻ト作シタル者ハ管九十二處ス」〔原文假名は謄文〕とあり、妻妾の區別を嚴正にし妾を妻と爲すことを禁制し、慣習上に於ても妻の死亡及び離別の後と雖も妾を以て正妻と爲すことは認めなかつたのである。然るに近時往々下級社會に於ては妾を正妻に爲す慣習の推移を來たすに至つた。即ち妾たりし者が正妻の死亡又は離別後に於ては其の夫と婚姻し、夫妻關係成立し正妻の地位を得るのである。政務總監回答に「妾たりし者は妻離別後と雖も妻たることを得ざりしが近來妻たることを得るに至れり。」(三)と。又妻死亡後妾を正妻と爲す場合も同様夫妻間に適正の婚姻に依り正妻たることを得る。(四)尤も斯くの如きは民籍又は戶籍上妾と記載なき妾には何等の關係はない。只だ事實上の夫妻關係を婚姻關係と爲すに過ぎない。而し茲に謂ふ夫妻關係は所謂舊民籍及び戶籍に夫妻關係あるものが正妻となる場合を謂ふのである。斯くの如く妾を正妻となすには其の夫妻間に婚姻届を爲すに依り戶籍上の正妻となるのである。是れ等の慣習の推移を認めたるは全く社會風教を善導し蓄妾の醜俗を排斥し以て婚姻制度の適正改革を期待したる

に基因するものである。

- (二) 大正十年九月二十日高等法院判決、大正十二年七月七日司法協會決議
- (三) 大正五年九月三十日政務總監回答
- (四) 大正十二年十一月三十日法務局承認京城地方法院長回答

第二項 形式上の要件

婚姻の形式上の要件は婚姻の届出である。(民事令第十一條の二及び戸籍令第八十四條の三)婚姻の届出は戸籍事務を管掌する吏員即ち府尹又は面長に對する届出に依り效力を生ずる。其の届出は當事者雙方及び成年の證人二人以上より口頭にて又は署名したる書面を以て之れを爲すことを要する。而して其の届出の場所は夫の本籍地で其の届出記載方法は戸籍令に依る。又外國に在る朝鮮人間に於て婚姻を爲さんとするときは其の國に駐在する日本の大使公使又は領事等に届出を爲すことが出来る。而して是れ等の婚姻届出は當該官吏の受理に依り完全なる效力を生ずるに至る。

第二款 婚姻の無効及取消

第一項 婚姻の無効

婚姻の無効とは婚姻の意思表示が法律上効果を發生せざる所謂婚姻不成立の場合である。我民法に於ては婚姻の無効は當事者間に婚姻の意思を缺く場合と其の届出を爲さざる場合とに限り、其の他は婚姻成立要件に欠缺あるも法律上取消し得べき場合として之れを區別する。然るに朝鮮に於ては、我民

法の所謂婚姻の取消に關する慣習を認めざれば、婚姻の成立に就き實質上又は形式上其の要件中の一を缺く場合と雖も、其の婚姻は無効と解せねばならぬ。茲に無効の場合を擧ぐれば左の如し。

(一) 當事者間に婚姻の意思を缺く場合

婚姻の實質上の要件として當事者間に婚姻の意思表示を要するは前述の如くである。其の意思表示が全く錯誤に依り婚姻其のものに付き當事者の一方又は雙方に婚姻の意思を缺く場合がある。例へば婚姻當事者の人違の如き當初より其の婚姻の意思に欠缺あれば當然無効である。

(二) 婚姻當事者が婚姻の届出を爲さざる場合

婚姻の成立の形式的要件としては婚姻の届出を要する。婚姻は戸籍令に基き婚姻の届出を爲し是れが受理に依り其の効果を生ずるものである。夫故に此の届出を爲さざれば婚姻は成立せざるものにして當然無効である。

朝鮮の慣習は右述の外左記の場合も無効と解せねばならぬ。

(三) 實質上の要件中婚姻年齢に達せざる者の婚姻、重婚、相姦者間の婚姻、親族間の婚姻及び保護者の同意なき場合等である。

我民法に於ては是れ等の場合には婚姻の成立を認むるも當事者又は第三者より是れを取消し得べきことを規定する。併し朝鮮に於ては斯くの如き原因は婚姻成立要件の欠缺として慣習上無効と解す

べきものである。

第二項 婚姻の取消

婚姻の取消とは一度成立したる婚姻を、一定の事由に基き失効せしむる意思表示を謂ふのである。我民法に於ては婚姻の取消は法律上一定の利害關係人より裁判上の主張に基き、判決に依り之れを認むるのである。元來取消の効果は當事者又は利害關係人に對し重大なる利害關係を有するのみならず、公序良俗にも影響するものなれば、取消し得べき場合は法律上之れを明記すべきものにして、其の規定以外には何等の專斷を認めない。必ずや法規に基き、當事者又は利害關係人より裁判上の請求を俟て之れが取消を認むべきものである。

朝鮮に於ては婚姻に關し婚姻成立要件中年齡に關する規定を除く外、朝鮮の慣習に依るべきことは前述の如くである。而して朝鮮の慣習として我民法の婚姻の取消に相當する舊典法規なきのみならず、慣習上にも取消に關する觀念の發達を認めない。即ち婚姻成立要件中一要件の欠缺あるときは其の婚姻は無効と看らる可く、從て其の一要件欠缺の場合が我民法上單に取消し得べき事由に該當する場合と雖も、朝鮮の慣習としては當然無効と解する外はないのである。茲に於て朝鮮の慣習上我民法上取消し得べき場合に於ても之れを當然無効と認むることが果して公序良俗を維持し一個人の利益保護に關し條理に適合するものなるや否や。因て茲に我民法の取消し得べき場合と朝鮮の婚姻成立要件とを

相對照し一言を試みんとする。

(一) 婚姻年齡

不適齡者の婚姻に付き我民法は取消し得べきこととし、朝鮮に於ては慣習上取消を認めざれば當然無効となる。元來不適齡に對する制限は一方に公序良俗を維持し、他方に個人の利益保護の精神に基くものである。然るに其の婚姻當事者が其の後適齡に達し取消期間の經過又は追認したる場合は最早之れに對し無効と認むる必要はない。當事者の意思を尊重すべきものなれば法律上或る範圍内に於て取消し得べき程度に止むるは、一般條理に適合するものと思ふ。我民法に於ては不適齡者以外の者より取消を請求するときは、不適齡者が適齡に達せざる間に其の權利を行使し得べく、既に適齡に達したる後は最早瑕疵なきこととなり、之れが取消を認めないのである。又不適齡者本人が取消を請求する場合には、適齡に達したる後尙三ヶ月間は之れが取消を爲し得ることを認むる。是れ全く不適齡者が不適齡の間は充分なる能力なかりしも、適齡に達したる後は専ら當事者の利益保護の目的に出で、相當期間内に之れが取消の要求を爲さざる場合は、其の取消權を永く保有する事由を認めず、所謂三ヶ月の期間經過後は取消權を消滅せしむる趣旨に基くのである。又適齡に達せざる者の婚姻に付き當事者が適齡に達したる後之れを追認したるときは、勿論取消を認むるの必要はないのである。

要するに婚姻年齢に達せざる者の婚姻は法律上無効なるも、既に當事者が婚姻年齢に達し之れを追認し又は之れが取消を爲さざるときは、當事者の意思を尊重し其の效力を認むるは條理に適合するものと思ふ。然るに朝鮮に於ては婚姻年齢は絶対の必要要件なれば、不適齡者の婚姻は絶対に無効と看ねばならぬ。従て婚姻當時に不適齡者なれば、戸籍上發見當時既に適齡に達したりと雖も、尙其の婚姻は無効と看るのである。(二) 惟ふに戸籍上發見當時既に婚姻適齡に達したる以上は、現今の朝鮮の戸籍上の取扱としては已むを得ざるにせよ、當事者の意思を尊重し法律上有効に取扱ひたす。即ち我民法第七百八十一條第一項、二項の趣旨に倣ひ取消し得べき程度に改正を要するものと思ふのである。

(一) 大正十五年五月十九日法務局長回答

(二) 保護者の同意なき場合

婚姻に付き同意権を有する者、即ち父母、後見人、親族會、戸主等の同意なき場合、又は其の同意あるも詐欺強迫に基きたる場合には、我民法上是れ等の者より取消し得べきことを認むるも、朝鮮の慣習に於ては之れに反し、婚姻の實質的要件を缺くものなれば無効と解する外はないのである。我民法にては右同意権を有する者より婚姻ありたることを知りたる後、又は詐欺を發見し若くは強迫を免れたる後六ヶ月を経過したるとき、又は婚姻届出の日より二年を経過したるとき、或は又同

意権を有する者が追認を爲したるときは其の婚姻を取消すことを得ないのである。是れ右述の相當の期間内に取消し得べきものなるや否や、取消権者に於て充分なる考慮を與へ、取消すべきものは取消し、取消さずとも支障なきものは是れを取消さず、婚姻當事者の意思を尊重し不確定の状態を脱せしめ以て婚姻を有効ならしむるは相互の利益にして何等公序良俗を害するとは認められないのである。夫故に斯くの如き場合は朝鮮の慣習の如く當然無効とし、婚姻の不成立と認むる觀念を維持するの要なきものにして、只だ同意権者に於て取消し得べき程度に止むるが條理に適合するものと思ふのである。

(三) 承諾に瑕疵ある場合

婚姻當事者に婚姻の意思はあるも、其の承諾に付き當事者雙方又は一方の意思に詐欺又は強迫に依る承諾あるときは、之れが取消に付き朝鮮の慣習として何等認むべきものなれば、結局民法總則編の規定に基き之れが取消を認むべきか、疑義の存する所である。我民法親族編に於ては此の承諾に付き詐欺又は強迫ありたるときは、其の取消権は當事者が詐欺を發見し若くは強迫を免れたる後三ヶ月を経過したるとき、又は之れを追認したるときは其の取消権は消滅するものと認むる。若し此の取消権が永久に存在するときは其の婚姻は永久に不安の状態にある。斯くの如く婚姻當事者又は親族關係上不安状態にあるときは幾多の弊害を醸成するものなれば、其の取消権の行使に就ては

一定の期間を附し其の期間経過と共に婚姻を安定ならしむる趣旨に出でたるものである。

朝鮮に於ては前述の如く我民法と同趣の取消に關する慣習を認めざれば、勢ひ民法總則の規定に依據し取消權の行使を認めねばならぬ。依りて若しも是れに依據するとせば、前述の如く婚姻を永久に不安状態に陥らしむる弊害を惹起する。夫故に余は朝鮮に於て取消に關する慣習を認めずとすれば、寧ろ我民法第七百八十五條の趣旨に基き、條理解釋に依り以て斯くの如き婚姻は取消し得べきものと認むるが適當と思ふのである。故に若し詐欺又は強迫に因る婚姻を取消さんとするには、必ず訴を以て裁判上の請求を爲すべきである。果して然らば如何なる場合に詐欺又は強迫に依り取消し得べきかは各場合の事實問題に屬するのである。從て我民法の如き法條の立法あるまでは我民法に則り條理解釋として之れが適用を期待する外はない。

(四) 重婚、相姦者間の婚姻、親族間の婚姻

我民法には重婚、相姦者間の婚姻、親族間の婚姻は何れも當然無効とせず取消請求權を認め、只だ追認又は期間の経過に依り是れ等の障害原因を補救することを認めないのである。余は重婚又は相姦者間の婚姻の如きは公序良俗に反するものなれば當然無効とすべく、取消し得べき程度に止むるの必要はないと思ふ。併し追認又は期間の経過に依り其の欠缺を補救することを認めず、當事者其の他第三者より何時にても取消し得べきものとせば殆んど無効と同一の効果を來たすものである。然

れども立法論としては斯くの如き徹底せざる程度に於て當事者の意思を尊重する必要なく、公序良俗に反し淳風美俗を害するものとして斯る婚姻を絶対に禁止する精神に則り、當然無効を法文上明記することに賛する。次に親族間の婚姻は我民法其の他の法制に於ては近親一定の範圍を除く外之れを認むるも、朝鮮に於ては舊來より同姓不婚の慣習改廢せられざる以上は其の基本的觀念と相容れざるものなれば、當然無効と解すべく、若し我民法の如く或る範圍外の親族に於て婚姻を認むる如く、朝鮮慣習の改廢に因り之れを認むるとせば、茲に取消の問題を生ずる。併し此の慣習の改廢に就きては後に論議することとする。

尙禁止期間内の再婚に付き、朝鮮の慣習上期間に關する慣習なければ、我民法の適用なき以上は無効又は取消の問題を生じないのである。併し余は朝鮮の男系血統の繼承を尊重する精神に基き、我民法の法條の如く禁止期間の婚姻は取消し得べき趣旨の立法を要するものと思ふ。從て民事令改正の下に我民法諸條の適用を期待する。(民法第七百六十七條參照)

第三款 招 婚 婚

朝鮮に於て招婚婚と稱するものは、形式上我民法の入夫婚姻に類似するも、實質上即ち性質、目的、效力等に於て其の趣きを異にする。元來婚姻は女子が女家を去つて男家に入るが原則にして、女子が自家に在り男子を迎へ夫婦關係を成立せしむるは例外である。此の例外の場合を稱し我民法には女戸主

に對し入夫婚姻、家女に對し婿養子縁組と稱するも、朝鮮に於ては招婿婚、又は贅婚と稱して居る。是れを舊法規に徴するに、大明律戸律婚姻逐婿嫁女の條に

凡逐婿嫁女或再招婿者杖一百其女不坐男家知而娶者同罪不知者不坐其女斷付前夫出居完聚とあり又刑法大全第五百六十五條にも

招婿同居シタルモ婿ヲ逐出シテ再ヒ招婿シタル者ハ禁獄十箇月ニ處ス情ヲ知テ娶リタル者ハ同罪トシ女ハ前夫ニ追歸ス(原文假名ハ諺文)(隆熙二年法律第十九號ヲ以テ削除)

とあるも同趣旨である。尙經國大典禮典戸口式の條に

女婿則竝録本貫

とあり、是れ等の舊法規制の趣旨の如く、家に男子なく女子のみなるときは其の家女を出嫁せしめず他より男子を迎へ即ち入夫に依りて其の女家の家族となるが如きは、形式上我民法の入夫婚姻又は婿養子縁組に類似する。併し此の招婿婚は、我民法に於ける入夫婚姻又は婿養子縁組と其の目的、内容、效力に就き大いに其の趣きを異にする。詳説すれば左の如きである。

我民法の所謂入夫婚姻なるものは女戸主にして婚姻に因り他家に入ることを許さざる爲め、女戸主が家に在りて他より男子を迎へて婚姻し、而して婚姻當時反對意思なき限りは當然入夫が婚姻と同時に其の女家の姓を稱し戸主相續を爲すのである。然るに招婿は婦家に人家し家族の一人となるも女戸主

の支配の下に在り婦家の姓を呼稱せず、又婦家の相續人として戸主相續を爲すものではない。夫故に其の妻たる家女が死亡したるときは他に死後養子を爲し其の家を相續せしむる。若し之れが相續を爲さしめざるときは、其の家は絶家となるの外はない。而して其の婿は家女の死亡と共に一家を創立し、夫婦間に生れたる子女は父に従て父の家に入る。従て家女のみある場合は、假令一時的招婿を爲すも相續上何等の効果なく、恰も其の家に於て女戸主一人あると何等異なる所はないのである。斯る事由に依り朝鮮に於ては、女戸主の場合に一家斷絶を避けんとするときは招婿に依らず、其の家女を出嫁せしめ、他より正當に養子を爲し其の家を相續せしむるのである。實際上此の招婿婚の如きは婦の實家に同居し殆んど男女野合に過ぎざるものにして、親族相續法上何等價値を認むることを得ない。而して此の招婿婚は、右述の如く舊來の法制には認むるも慣習上殆んど認めない。稀に下層社會に於て男子が婦の實家に同居することあるも、慣習上男子が婦家に入籍することは認めないのである。(一)併し現行戸籍令に於ては招婿なるものを認め、其の旨を戸籍上届出づべきことを記載して居る。(戸籍令第八十四條第一項第四號)。尙同令施行手續法附録第四號にも招婿は實家を去り婿家即ち妻の家に入籍することとし、戸籍上の記載を例示して居る。是れ等の法意は時代の推移に因り慣習上招婿婚の法律上の價値を認め、進んで我民法の入夫婚姻に接近せしむる目的に出でたるや是れを知ることを得ない。吾人は朝鮮の婚姻及び戸主相續の觀念上、根本的慣習の改廢なき以上は到底接近又は一致し得ざるも

のと信ずる。何となれば朝鮮に於ては戸主相續人は被相續人と實子又は同姓同本の養子であること、之れに反し婚姻は其の當事者たる男女は必ず異姓異本たるを原則とするが爲めである。此の相背反する觀念が慣習上嚴存する以上は、我民法の入夫婚姻又は婿養子縁組の如きは到底相容れざるものである。然るに戸籍令上招婿婚の届出を認むるが如きは、男女同棲の事實に基き法律上婚姻を認めんとしたるものなるも、朝鮮の親族相續上舊來の慣習に基き、家族制度を維持するに於ては何等の價值なきものにして、斯く徹底せざる法制は無用のものと思ふ。

(一) 大正五年五月十二日司法部長回答、民籍例規第二〇九頁

第三節 婚姻の效力

第一款 總 說

婚姻に因り男女が夫婦となり男子は夫たる身分を取得し女子は妻たる身分を取得する。而して其の身分取得に伴ひて夫婦相互間に權利義務を發生する。即ち夫婦の身體財産及び行爲能力上種々の法律的效果が發生する。例へば女子が婚姻に因り妻となり夫たる婚家に入りたるときは其の婚家の秩序と平和を維持する爲め、法律は妻の地位を夫に比し低下し無能力者の一種として取扱ふのである。併し近時文化の發達と共に婦人の地位向上し、男女對等の地位を保持せんと欲するの要求が擡頭して來て居

るが、現今各國の法制に於ては未だ斯くの如き境域を認めず、妻の地位は夫たる夫權の下に無能力者の一種として權利義務の關係を確立するが普通である。斯く婚姻の効果が妻を無能力者の一種として法律上能力に制限を加へるは、婚姻の効果として夫妻たる身分關係に基因するものなれども、民法總則の規定する所なれば茲には省略する。

尙夫婦間に誠實の義務又は守操の義務等を以て婚姻の法律上の効果として認むる學說立法例あるも、我民法及び朝鮮慣習に於ては之れは婚姻の性質上德義上當然の義務にして、法律は只だ其の德義に違反したる場合に制裁的規定を設けたるに過ぎざれば、茲に所謂守操義務を以て特に婚姻の法律上の効果として掲ぐる必要はないのである。

茲に只だ婚姻の直接の効果として説述するものは、夫妻たる身分關係及び夫婦財産關係上の權利義務である。而して其の各種の權利義務に付て其の概要を擧ぐれば、(一)各種の新親族關係の發生、(二)家族關係の變更、(三)夫婦間の身分上の權利義務、(四)夫婦財産關係等に歸着するのであるが、前二者は既に詳述したるを以て茲には後二者を述ぶるに止む。

第二款 當事者の身分上の效果

第一 同居の義務 (民法第七百八十九條參照)

婚姻に因り妻は夫に従ひ夫と同居する權利義務がある。若し夫が妻に對し病氣其の他職業上の許可

に依り一時的居所の自由を與へたるときは、許可に基く結果なれば同居の義務なきは勿論である。

(一) 併し妻が夫の意思に反し同居の義務に背反するときは、夫は其の妻に對し同居義務履行請求を爲し得るも、其の同居を命じたる判決を以て強制執行が出来るか否かは議論の存する所である。而して人の身體の自由を拘束することが出来ないとするれば消極に解する外はない。若しも妻が同居義務を拒絶するときは夫は扶養義務を免るることを得るは當然である。

尙妻が夫と同居する義務は夫に於て相當の方法を以て同居せしむるを要する。若しも夫にして流浪し一定の居所なく又生活資料なくして妻に同居を強制するは不法又は不當にして、妻に於て是れ等の要求を拒絶し得るものと解すべきである。(二) 而して單に同居を拒みたるが如きは離婚の原因とならざるも、悪意を以て遺棄するが如きは後述の離婚の原因となる。

(一) 大正七年七月五日高等法院判決

(二) 大正十年三月二十四日高等法院判決

第二 同家の義務 (民法第七百八十八條參照)

婚姻の效力として夫婦は家を同一にするを要する。夫婦は事實上共同生活の爲め同居するのみならず法律上同一家籍に入るべきものである。即ち妻は夫の家に入り、招婿は妻の家に入り、夫が轉籍するときは妻は夫に従ふべきである。例へば夫が夫の本家相續の爲め本家の養子として本家に入る

ときは妻は夫に従ひ本家に入り、又夫が離縁に因り其の家を去るときは夫に従ひ、若し夫が一家を創立するときは妻は夫と共に其の家に入るのである。

第三 扶養の義務 (民法第七百九十條參照)

夫婦は共同生活を目的とするものなれば相互に扶養すべきは當然である。此の扶養の義務は共同生活の爲め夫婦相互間に有無相給與する義務である。此の義務は權利と相對立するものなれば、一方が其の義務を怠りたるときは他方に扶養を請求し得る權利を發生する。例へば夫婦が正當の事由に依り一時別居する場合に、一方が無資力なれば他方に對し其の生活資料を供給する義務があると共に他方は是れを請求し得る權利がある。此の權利義務たるや夫婦相互間に是れを認むべきものである。

第四 妻が未成年者なる場合 (民法第七百九十一條參照)

我民法に於ては妻が未成年者なるときは夫が後見人として其の職務を行ふとの明文を設けて居る。元來妻が未成年者なる場合には親權者が之れに對し親權を行ふものなるも、其の妻が夫を有する以上は、共同生活の指揮者として夫を措き他に優るべきものなければ、夫を以て親權者に勝る適任者と認め、夫權に基き後見の職務を行はしむる趣旨に出でたるものである。

朝鮮に於ては妻が未成年者なる場合に夫が後見人として其の職務を行ふとの慣習は認められない。

従て妻に對する親權者は親權者として其の親權を行ひ、夫は只だ妻に對し夫權を行ふに止まるものと解せねばならぬ。然し未成年の妻にして夫ある以上は親權者に優る夫あるものなれば夫を措いて他に親權を認むる必要はない。従て我民法に倣ひ夫權に基き夫が恰も後見人と同一の職務を行ふことを得るものと條理上認むべきものである。例へば未成年者たる妻が訴訟行爲を爲す場合に、普通夫として妻の訴訟行爲に同意權あるに過ぎざるも、若し夫が後見人の職務を行ふことを得るとせば、夫自ら法定代理人として訴訟行爲を爲すを得るのである。若し之れを認めざる時は夫あるに拘はらず親權者をして法定代理人と爲すの不條理を來たす結果を生ずるのである。

第五 夫婦間の契約は婚姻中何時にても夫婦の一方より之れを取消すことを得る (民法第七百九十二條參照)

我民法に於ては明文を以て之れを認むるも、朝鮮に於ては舊來男子の權力萬能にして妻の法律上の人格は殆んど認めず。假りに之れを認むるとするも夫に比し甚だ低下し對等の地位の下に契約を爲すが如き觀念は認められなかつた。従て是れ等に關する慣習として未だ發達せなかつたのである。若し夫婦間に或る契約存在する場合は如何に解釋するか、條理上我民法の趣旨と同一に解すべきものと思ふ。元來夫婦間の契約たるや夫權濫用又は情愛の惑溺に基因し往々不公平なる契約を爲すものなれば、夫婦關係存続中は當事者の一方より何時にても是れを取消し得べきものと解するは條理

上當然のことと思ふ。(三) 若し該契約が取消し得べきものとするも婚姻中に限るは勿論にして、婚姻が取消され又は解消したる後は之れを取消すことを得ないのである。其の取消の方法としては相互に相手方に對する意思表示を以て之れを爲す外はない。

而して夫婦間の契約は婚姻中之れを取消し得べきものとするも、之れが爲め善意の第三者の權利を害することを得ない。例へば夫婦の一方が他方より買受け後善意の第三者に讓渡したるとき、賣主は讓受人に對し其の賣買の取消に依り目的物の取戻を爲すことを得ざるが如きである。

(三) 大正十年三月十八日高等法院判決

第三款 當事者の財産上の效力

第一項 總 說

夫婦財産制とは男女が婚姻し共同生活中財産上の關係を規定するものである。即ち夫婦の各自固有財産が婚姻に依り如何なる影響を受くるか、或は婚姻中各自の取得したる財産が何れに歸屬するか、或は又其の財産の管理收益の方法將た又夫婦共同生活費用の負擔等に就き夫婦間に規定する制度を謂ふのである。往時家族制度旺盛なりし時代に於ては戸主又は戸主たる夫の專擅なりし結果特別に妻の財産所有を認めない。妻が婚姻當時より所有したる總ての財産、及び婚姻中取得したる財産は、悉く戸主又は戸主たる夫の財産と認めたのである。然るに其の後時代の變遷に伴ひ個人思想發達し妻の法律

上の地位を認め、財産享有に關し或は夫と共有し、或は夫と別個に特有することを認むるに至つたのである。是れ各國の國民性、風俗、慣習等に起因し夫婦財産制の趣旨、内容、效力等に付き其の差異を來たす所以である。

元來夫婦財産制は婚姻に因り終生夫婦が共同生活上必要なる財産關係を規律するものなれば、夫婦間如何にして財産上平和圓滿に保持し得るか、夫婦間自由に財産關係を規律する場合と然らざる場合とがある。

契約上の夫婦財産制は所謂契約自由の原則に基き夫婦間自由に之れを定むることを得べく、苟も公の秩序又は善良の風俗に反せざる以上は、如何なる種類の契約を爲すも有効である。然るに若しも其の契約が法律上取消され又は無効に歸するか、或は夫婦間に何等の契約なかりし場合には、所謂法定夫婦財産制に依據せねばならぬ。從て其の法定財産制は夫婦財産關係に於ける財産の特有、管理、收益或は又共同生活上の費用負擔等に付き規律するのである。茲に各國法定財産制の大要を述ぶる。

第一 共産制

夫婦間に或る財産を以て共有財産の構成を認むるのである。而して共有財産は夫婦の共同生活存続中は共有なるも一度婚姻が解消するときは夫婦間又は其の承繼者間に分割せらるるのである。尙此の共産制中夫婦間共通財産と然らざる特有財産を認むる場合がある。從て此の制度には夫婦共有財

産、夫の特有財産と妻の特有財産との三種ありて、各々其の内容及び程度等に就ては多少の差異を認むるのである。尙婚姻成立後夫婦各自が取得する財産を以て夫婦共通財産とする。是れを所得共産制とも謂ふ。而して是れ等各種の共産制は何れの場合と雖も共に夫が財産管理を爲す權限を有するのである。佛、西等主として此の制度を採用して居る。

第二 無共産制

夫婦各自が婚姻當時に所有する財産又は婚姻中取得する財産を各別に所有する制度である。併し夫は自己固有財産及び妻所有財産も共に之れを管理し、其の財産より發生する収益を獲得し以て夫婦の生活費に支辨する。本制度は主として日、獨、澳等に於て或程度に於て採用する所である。

第三 別産制

夫婦は各自に婚姻當時より婚姻續続中取得したる財産を任意に保持する財産制である。彼の共産制の如く夫は妻の所有財産の管理及び収益を爲す權利を認めない。夫妻各自が別個に自己所有財産を管理収益する。而して各自は其の収益中より合意又は任意に相當の財産を支出し各自の義務を負擔する制度である。主として西、英、米、露等が此の制度を採用する。

第四 嫁資制

此の制度は妻の財産を嫁資財産と嫁資外の財産とに區別し、嫁資外の財産は妻に於て隨意に管理處

分等を爲し得るも嫁資財産は婚姻繼續中は讓渡處分等を爲し得ない。夫は只だ之れを管理収益し以て婚姻中の負擔を支辨するのである。

我民法は夫婦間の特別契約に依る財産契約を爲す自由を認むると共に、若し是れ等の契約なきときは法定財産制に準據すべきことを規定する。即ち我民法の法定財産制としては前述第二の無共產制に類似の財産制を採用して居るのである。

朝鮮に於ては夫婦財産制に關し、我民法の如く契約に依る夫婦財産制及び法定財産制に關する舊規として明示すべきものなきは、舊來より嚴正なる家族制度を維持し來たり妻の財産上の權利を輕視したるに起因するのである。即ち朝鮮に於て慣習上妻が婚姻の當時所有したる財産、又は婚姻中に得たる所得は一切夫の所有に歸し妻の特有財産を認めざりしを以て、夫婦間相互に財産關係を定むる必要がなかつたのである。然るに近時世態の推移に伴ひ個人思想發達し妻も獨立し財産特有の觀念を生ずるに至りしも、因襲久しきに亘り、夫婦財産關係は重要視せられず、從て其の間に契約を以て權義關係を定むるが如き慣習はなかつたのである。只だ近時妻が財産を特有し夫が其の財産を管理する慣習を認むるに至りし結果、所謂前記第二の無共產制に類する慣習が認めらるるに至つた。

第二項 夫婦財産制の慣習

(一) 夫婦財産制の慣習

朝鮮に於ては往時より婚約成立して入嫁の際父母より田舎其の他財産の贈與を受け、又は婚姻後父祖其の他親族等より遺贈を受くる場合がある。是れ等の贈與、遺贈又は婚姻中妻の營業上より收取したる財産等は妻の特有財産として所有し、夫の所有財産と混合せざる慣習が認めらるるのである。從て若し其の夫婦が離婚する場合には妻は是れ等の特有財産を實家に持ち歸るのである。夫故に是れ等の財産は全く婚姻以來妻として夫と關係なく別個に之れを所有する關係上、妻の特有財産と認めたる所以である。特に朝鮮には妻の營業の収益は夫に關係なく妻單獨所有と認むる慣習がある。普通妻は不動産を特有することは稀にして動産を特有するのである。併し不動産を特有する場合も無いではない。只だ夫妻同棲する場合に其の何れに屬するか不明なる財産は、一應夫の所有に屬するものと推定すべきも、妻の特有財産を有することを認むるに妨ぐるものでない。(一) 尙妻が自己の名に於て得たる財産は妻の特有財産たることを認むる(二)と共に、又夫の財産は妻と共有するとの慣習もないのである。(三)

次に夫婦間の生活資料負擔の如きは、原則として夫が妻を養ふべきものなれば、夫が負擔するは勿論である。若し夫に其の資力なく妻に特有財産あれば妻より生活資料を支出する場合もある。

(一) 大正六年三月十六日高等法院判決

(二) 大正五年十月三日高等法院判決

(三) 大正二年五月二十二日高等法院判決

一九六

(二) 妻の特有財産の管理及處分

妻の特有財産は婚姻繼續中夫に於て之れを管理する。而して其の財産の使用収益を爲すが夫たる關係上妻に代はりて之れを爲すに過ぎない。夫が生活費を負擔すると否とは關係ないのである。夫が妻の特有財産を自由に處分し得るや、又其の處分權行使に付き妻の同意を要するやは慣習上疑義のある所である。或る論者は曰く「夫は妻の承諾有無に拘はらず自由に處分を爲し得る、妻の財産は夫の財産と何等の區別を要しない」と。然るに假令夫婦間と雖も妻に特有財産の權能を認むる以上は、妻の承諾あるに非らざれば夫が之れを自由に處分することを得ないと謂ふが通説である。是れは一般條理にも適合するものと思ふのである。(一)

(一) 大正十年八月十六日舊慣及制度調査委員會決議

(三) 夫婦財産制の立法を要する

夫婦財産制は婚姻成立と共に將來夫婦の情誼一家の平和上に於て重大なる關係を惹起し、相互間の利害禍福の相岐るる所である。然るに今日朝鮮に於ける夫婦財産制に關する慣習としては右述の如く漠然として確定的に之れを認むべきものはない。而も只だ漫然舊慣に放任するときは、社會の進運に背馳し、紛議を頗出するの恐れはないか。例へば夫婦財産契約は夫婦間に契約自由の原則に基

き之れを締結すると雖も、婚姻繼續中夫は妻に對し或は夫の地位を以て威壓し或は情愛の惑溺に陥り隨時其の契約の内容を變更し又は之れを廢棄するが如きことあらば、當初夫婦財産契約を締結したる目的を達成することを得ない。夫故に其の契約の目的達成の爲め我民法其の他の法制の如く必ず婚姻届出前の契約として婚姻届出と共に登記し、婚姻後は或る一定の制限外は如何なる事由あるも之れを改廢するを許さず、又財産管理の方法及び其の承繼人間に於ける諸種の事項に付き其の契約の趣旨目的の完成を期する爲め茲に準據すべき法規の確立を要せざるか。尙夫婦間に於て假りに財産契約を定めたる場合と雖も一定の事由の下には取消又は無効の原因に該當し、當初より夫婦財産契約なかりしと同一に歸する場合がある。或は又夫婦間に各自の特有財産に付き何等の契約なかりし場合等に於て、社會の秩序一家の平和を維持する爲めに、法律上準據すべき一定の保護制度たる即ち法定の夫婦財産制の確立を要するは謂ふまでもないことである。

然るに朝鮮に於ける慣習上夫婦財産制として婚姻當時妻が特有する財産及び婚姻中取得したる財産に付き、夫は之れが管理權を有すると雖も實際上其の慣習の效力は果して一般に法的確信を得たるものなるや、往々各地方に於て其の内容、效力等に就き差異あり以て多少の疑義を認めらるるのである。加之夫が妻の特有財産に對して有する處分權の如き妻の同意を要するや否や明確を缺くに於ては、夫婦財産關係に於ける幾多の紛争の解決に付き多大の困難を來たすものなれば、法制上是れ

等の完成を期するは緊要の事に屬するのである。

或論者は「朝鮮は未だ夫婦財産制の必要はない。彼の歐米諸國の如く個人制度の熾烈なる社會に於ては如何にして夫婦各個人が幸福を獲得し平和なる生活をなし得るや、其の利害得失を考察する必要あるのみならず、歐米婦人は婚姻前より往々勞務、贈與、遺贈等に依り幾多の財産を特有するものなれば、夫婦間に婚姻成立と同時に夫婦財産契約の確立を要望するは當然の事由である。然るに朝鮮に於ては未だ家族制度嚴正にして個人制度發達せざるのみならず、朝鮮婦人は慣習上勞務其の他贈與、遺贈等に依り婚姻前に財産を特有することはない。假りに財産を特有するものありと雖もそは殆んど稀にして、未だ朝鮮一般法規として夫婦財産制度の必要を認めない」と謂ひ、「尙假りに其の制度の必要を認むると雖も現今朝鮮の社會事情としては時期尙早である」と謂ふのである。

余は現今朝鮮の社會現象として歐洲戰爭以來、或は社會問題に或は婦人問題に、世態の推移と共に個人思想が漸次發達し、婦人の地位向上に従ひ、婦人の職業的収入又は婦人の特有財産の觀念發達し、今日に於ては夫婦財産制度確立の必要を認むるに至つたと思ふのである。然るに或論者は「内地に於ても夫婦財産制度の適用は實際上僅少なれば殆んど朝鮮には必要なし」と主張するも、夫婦財産制度の適用尠きが爲めに該制度の無用を論議するを得ない。少くとも余は我民法中夫婦財産制度立法當時に於ける日本婦人の社會的地位、職業的収入及び財産上の觀念に比較し現今朝鮮婦人の夫れが優

るとも劣るなき程度に進歩したることを信ずるのである。夫故に余は朝鮮の現狀態に於ては民事令改正の下に我民法視定の趣旨に基く夫婦財産制を適用するも敢て過當にあらず、寧ろ機宜を得たるものであると思ふ。尙朝鮮に於ては夫婦財産制に關する慣習は前述の如く漠然たるものにして寧ろ確乎たる慣習なきものと謂ふも敢て過當でない。従て我民法の趣旨に依る財産制度を適用するも朝鮮慣習を害するものと謂ふを得ない。却て夫れ等に優る制度を確立することは現今の社會狀態に適應し、將來夫婦間に於ける共同生活の圓滿と平和とを維持し以て法律的保護を増進する所以である。

第五節 離婚

第一款 總說

第一 離婚の性質

離婚とは夫婦共同生活中協議又は法律の定むる原因に依る婚姻の解消を謂ふのである。婚姻の解消は當事者の一方の死亡又は失踪宣告の場合がある。是れ等は夫婦の共同生活關係即ち夫婦の身分關係と財産關係等に變動を生ずるも、婚姻の効果たる殘存配偶者との親族關係、家族關係等の變更消滅はない。然るに離婚は婚姻に因りて夫婦生存中發生したる身分及び財産上一切の法律關係を消滅せしむる。而して婚姻の無効、取消等は婚姻其のもの不成立に基因するも、離婚は之れに反し婚姻

其のものは有効に成立するに拘はらず、當事者間の協議又は法律上の原因に基き解消する關係に於て異なるのである。

第二 離婚に關する法制上の種別

婚姻は男女が共同生活を爲す結合にして、常に夫婦の和合を期するも往々にして其の目的を完成し得ないことがある。夫故に一度結合したる婚姻と雖も相和合せざる夫婦間に之れが解消の途を與ふるに非らざれば却て當事者の不幸及び社會に及ぼす弊害も多大なることあれば、離婚に關する法制を是認するは已むを得ないのである。

然らば如何なる事情に基き將た又如何なる場合に於て離婚を認むべきかは法制上重大問題である。男女婚姻に因り共同生活を爲し來たりたる者に對し當事者又は一方の自由意思に依り離婚を許容するが如きは亂倫の弊に陥り淳風美俗を害する。然れども其の弊害あるが爲め和合せざる夫婦に離婚を禁止するが如きは、寧ろ之れを許す弊害に優る害惡と認めらるるのである。夫故に或一定の制限の下に離婚を認むるは當事者の要望に副ひ亂倫の弊害を避け以て條理に適合するものと思ふ。茲に離婚に關する法制の種類を述べれば左の如くである。

(一) 自由離婚主義

自由離婚主義とは男女雙方より自由に離婚し得る意味に非らずして、男子が妻女をして男子の羈絆

を脱せしむる即ち夫が妻を去る意義である。舊時の所謂自由離婚時代は妻は殆んど人格を認められない。男子の羈絆に屬するものと見たのである。夫故に男子が必要上其の目的を達すること能はざるときは自由に是れを離別するの意味である。併し此の自由離婚主義と雖も男子が絶對的に自由意思に基き離婚し得べきものでない。離婚には只だ男子より女子に對し夫れ相當の原因に基き、離婚の意思表示に依り離婚する趣旨である。例へば妻七去の原因あると共に不三去の制限を認むるが如きである。是れ等の離婚は恰も内地の舊慣に夫手書棄之に相當するものである。此の主義たるや婚姻は男女相俟つて其の目的を達し得べきものなるに拘はらず、男子を尊重し女子を輕視したる結果にして人倫上將た又社會上多大の弊害を認むるのである。

(二) 離婚禁止主義

婚姻は人事中の三大事の一つである。其の重大事項たる婚姻に對し男女間自由に離別を認むるが如きは婚姻の重大且神聖を保持するを得ない。要するに離婚禁止の法制上の根據は、多く宗教上の觀念に基く場合あり、或は社會組織の基礎となる婚姻を自由に破壊するが如きは社會風教上幾多の弊害ありとし、或は又女子の利益と幸福とを圖る爲め離婚を許容せないと謂ふのである。然しながら若し男女夫婦間に生存結合上到底和合せざるものを永遠に存續せしむるは離婚許容の弊害より多大の害惡を惹起するものにして之れに賛するを得ない。

(三) 制限離婚主義

離婚原因を法律上一定し其の原因に該當する場合には一方より他方に對し離婚請求權を認むる法制である。自由離婚主義は婚姻の根本的精神に悖り社會風教を害し子孫の幸福を謬する。又離婚禁止は人性和合の情義に反し弊害を生ずる。茲に是れ等兩主義の特徴と弊害とを調節し婚姻の本質を考察し以て制限的一定の範圍に於て離婚を認むる所謂制限離婚主義は現今各國法制の認容する所である。

第三 朝鮮に於ける離婚の舊法制と慣習の改廢

(一) 離婚の舊法制

朝鮮に於ては舊法制上夫より妻に對し制限的に離婚を認むるも妻より夫に對し離婚は絶對的に認めない。併し實際上の慣習としては夫より妻に對し已むを得ざる場合の外離婚を認めない。從て若し夫婦間に和合せざるものは別居又は著妾に傾き離婚せないので普通である。尙朝鮮人の婚姻は前述の如く當事者の意思に依らず、主婚者の意思に基き成立したるものなれば、當事者より自由に離別を爲し得ないと云ふ傳統的觀念にも支配せられ、當事者間に於て自由に離別を企てたり又は離別を敢行するが如きことはなかつたのである。

然るに茲に離婚に關する舊法制を按ずるに、大明律戸律婚姻の出妻の條に

凡妻無應出及義絶之狀而出之者杖八十雖犯亡出有三不去而出之者減二等追還完娶

とある。所謂七去、三不去の制を認めたのである。七去とは(一)無子、(二)淫佚、(三)不事舅姑、(四)多言、(五)盜竊、(六)妬忌、(七)惡疾、是等の原因中一つに該當する場合は夫より妻に對してのみ離婚を爲し得るを謂ふ。三不去とは(一)經持舅姑之喪、(二)娶時賤後貴、(三)有所受無所歸等の如き場合の一つに該當するときは、假令七去の原因あるも離婚を爲すことを得ないのを謂ふのである。又刑法大全第五七八條に

妻妾ニ左開諸項ノ所犯無キ境遇ニ於テ夫カ出シタル者ハ笞八十、諸項ヲ犯スト雖モ父母ノ喪ヲ與更シタルカ子女ヲ有スルカ娶ル時貧賤ニシテ娶ル後富貴トナルカ歸スルトコロ無キ者ヲ出シタル者ハ笞四十二處シ定娶セシム。一夫ノ祖父母ニ不順ナル者、二多言ニシテ族戚ニ失和セシメタル者、三淫行有ル者、四竊盜シタル者、五傳染スヘキ惡疾有ル者 (原文假名ハ諺文)

とあり、是等の原因あるときは大明律と同様夫より妻に對し離婚を認むる。若し是れ等の原因なきとき其の妻を離婚することを禁じたのである。

又朝鮮には義絶と稱し離婚を強制したことがある。若し此の義絶すべき離婚原因あるに拘はらず離婚せざるものあるときは之れを處罰したのである。大明律出妻の條に

若犯義絶應離而不離者亦杖八十

とあり、如何なる場合に義絶すべきものか明律には掲載なきも、唐律疏義に依れば夫妻共に相手方の祖父母、父母を殴ち、又は外祖父母、伯叔父母、兄弟姉妹を殺傷し或は又夫妻が相手方の尊屬親と姦通したる場合等を示して居る。刑法大全第五百七十九條にも

妻妾ニ左開諸項ノ所犯有ルモ夫カ離異セサリシ者ハ笞一百ニ處シ離異セシム。一夫ヲ謀害シ或ハ毆打シタル者、二夫ノ期親以上ノ尊長カ外祖父母ヲ毆詈シタル者、三祖免以上ノ親ヲ姦通シタル者（原文假名ハ諺文）

同第五百八十條に

夫ニ左開諸項ノ所犯有ルモ妻妾カ離異セサリシ者ハ笞一百ニ處シ離異セシム。一妻妾ノ祖父母父母ヲ毆スルカ伯叔父母姑カ外祖父母ヲ毆傷シタル者、二妻妾ノ母ヲ姦淫シタル者（同上）

とあるが如きである。是れ等の舊法規に依れば離婚原因に該當する事由あるときは是れを離婚し、若し是れを爲さざるときは處罰した。所謂法定強制離婚の趣旨である。而して是れ等の舊法規は何れも隆熙二年法律第十九號に依り削除せられたのである。

朝鮮に於ては右述の如く舊法規に依れば、或制限の下に夫より妻に對する自由離婚主義を採り來つた。而して既に此れ等の法規は廢棄せらるると雖も、其の法規の觀念に基き社會一般に慣行を生じ、遂に法的確信の下に爾來或一種の離婚慣習を確立するに至りしも、未だ離婚の原因に付ては明かな

る慣習として確立さるるものはなかつたのである。要するに夫よりは右述の如き原因あれば離婚することを得るも、妻より離婚を求むるは道義上は勿論慣習上も亦絕對的に出來ないものと確信したのである。只だ妻の實家の父母又は戸主に於ては右述の義絶の場合の外は絕對に離婚を求むることを得ないのであつた。

(二) 離婚慣習の推移

然るに日韓併合當時より世態の變遷に伴ひ法律思想進歩し、婦人の地位を認むるに従ひ、夫が妻に對し離婚の請求を爲し得ると共に、妻が夫に對し同様離婚請求を爲し得ない理由はない、女子と雖も法律上其の他正當の原因あるときは離婚請求權あるものとの觀念發達し、妻より夫に對する離婚請求訴訟は年月と共に増加し來つたのであつた。當時裁判所に於ては朝鮮舊來の慣習としては妻より夫に對し離婚請求權は認めざりしも、婚姻及び離婚の本質に鑑み右述の一般條理的觀念に則り、男子に其の請求權を認むると共に女子にも之れを認むるに至り、我民法の離婚原因其の他條理上正當なる事由あるときは離婚を許容し、若し之れに該當せざるものは其の請求を排斥し來つたのである。其の後朝鮮人の夫婦間に些細なる事項と雖も、一時的感情又は誘惑等に因り離婚訴訟簇出するに至り、所謂過渡時代に於ける濫訴の弊害を惹起することとなつた。夫故に離婚は婚姻が人事の重大なる如く家庭及び社會風教上にも多大の影響あるものなれば、離婚請求に正當の事由あるものは

是れを認めると共に、輕少の事由に依り濫訴の弊害を防止する爲め法律上一定の原因を定め、之れが法規を確定するの必要に迫られた。乃ち大正十一年十二月民事令第十一條の改正に基き、裁判上の離婚原因に付き我民法を其の儘に適用するに至つた所以である。

(三) 協議上の離婚

尙朝鮮に協議上の離婚に關する慣習が認めらるる。即ち夫婦間に情愛親和を缺き將來夫婦關係の存續を欲せざるときは、當事者間協議を以て離婚を許容する慣習が認めらるる。是れを舊法に按ずるに大明律戸律婚姻出妻の條に

若夫妻不相和偕而再願離者不座

とあり、是れ夫婦間融和困難にして兩者が其の離別を相願ふ場合には、之れを許容するの趣旨である。併し朝鮮の慣習では前記法條あるに拘はらず、離婚は主として自由離婚主義にして妻の意思如何に依らず離別する場合のみを認め、夫婦合意に基き離別するが如き慣習は認められなかつた。假りに事實協議上の離別ありしと雖も、一般慣習としては認められなかつたと解するが妥當と思はれる。元來朝鮮に於ける婚姻は將來夫妻となる男女が結合するには必ず主婚者となるものあり、本人の意思を顧みず主婚者の責任に於て成立せしむるものなれば、婚姻當事者は之れを左右するを得ない。即ち自己の主婚者の定めたる婚姻を彼れ是れ言ふ權限なきのみならず、主婚者たる尊屬親に對

し多大の不孝となるとの觀念に支配せられたるものなれば、全く婚姻當事者に於て道德上離婚するが如き觀念は認められなかつたのである。假りに夫婦和合を缺く爲め主婚者又は婚姻當事者間に合意的離婚を爲すと雖も全く特殊の現象にして一般慣習として認むるを得ないのである。然るに輓近數十年間法律思想發達し、婚姻及び離婚が漸次道義的觀念より法律的觀念に變遷し、夫婦の合意に基き離婚を欲するもの時と共に増加し來つたのである。而も尙裁判上の離婚を認むると共に親和せざる夫婦間に於て合意上離婚を要望する觀念發達し來たり、現今に於ては既に合意の離婚を是認すべきものなりとの慣習を醸成するに至つた。是れ全く慣習上一大推移を來たしたるものと謂ふことを得る。

第二款 協議上の離婚

協議上の離婚とは夫妻が合意上夫婦關係の解消を爲すものである。而して其の離婚は當事者の合意に基くものなれば、法律上正當なる離婚原因の有無を問はず、只だ當事者に將來夫妻として親和的生活を保持することを得ないと認むるときは相互の自由意思に基き是れが解消を爲すものである。夫故に協議上の離婚は其の原因を外部に表示せざる點に於て裁判上の離婚と其の趣きを異にする。併し協議上の離婚を爲すには左記の要件を具備せねばならぬ。

第一項 協議上離婚の要件

第一 夫婦の合意

夫妻離婚せんとするときには雙方協議し之れが合意を爲すことを要する。而して其の合意は離婚を爲す意思表示の合致にして、夫妻の雙方又は一方に於て其の意思表示に瑕疵あるときは取消の原因となる。彼の詐欺又は強迫の原因に依り協議上の離婚の意思表示を爲したるときは、民法總則の規定に依り取消を主張し得べきか、民法第七百八十五條の規定を類推適用すべきものなるか、學者間其の意見を異にするも、余は後説に賛し次項に詳述する。

第二 保護者の同意

(一) 父母の同意

子女が婚姻を爲すとき保護者たる父母の同意を要すると共に、離婚を爲す場合にも婚姻に付き同意を必要とする者の同意を要するは婚姻及び離婚の本質上當然のことである。是れ子女にして年少なるときは往々一時的の感情の爲め輕卒に協議上の離婚を爲し後日回復すべからざる不幸と損害とを招くが爲めである。協議上の離婚は夫に保護者たる父母あるときは其の父母の同意を要する。若し父母の一方が死亡し又は知れざるか或は其の意思を表示する能はざるときは他の一方の同意を以て足る。然るに妻には婚姻成立の時は實家父母の同意を要するを以て離婚の場合も同意を要するが如きである。然るに朝鮮の慣習としては協議上の離婚を爲す場合に夫は父母の同意を要するも妻の父

母の同意を要せない。(一)而して婦の父母の同意を要せざるは朝鮮の舊慣上然らしむ所以である。舊來妻より夫に對し離婚を求むるは道義に反し假令夫に非行あるも妻より之れを爲すことは認められないのである。従て實家の父母戸主等にては夫家に對し何等の離婚に關する要求又は主張等を爲す權限を有せざるものなれば、婦家の保護者の同意權等は認むべからざるものと爲すは當然のことである。然るに協議上の離婚を爲すには婚姻に付き同意を要する者の同意を要すると、(二)即ち夫が父母の同意を要すると共に妻も亦實家父母の同意を要するとの趣旨は全く慣習を誤解したる結果か、或は又慣習の推移の結果其の變遷を認めたるものなるか了解に苦しむものである。次に離婚せんとする夫の父母が共に知れざるか又は死亡し、或は又其の意思を表示する能はざる場合に成年者は勿論何等の同意を求むる必要はない。然るに若し其の夫が未成年者なるときは其の後見人又は親族會等の同意を要する。(三)併し禁治産者、準禁治産者等が離婚を爲す場合には後見人、保佐人の同意を要せないのは婚姻の場合と同一趣旨に基くのである。次に我民法にては繼父母又は嫡母が離婚に同意せざるとき親族會の同意を得て之れを爲すことを得るも、朝鮮の慣習としては斯くの如き場合に親族會の同意を得て之れを爲し得るや否や慣習法として未だ認むべきものはない。若し慣習なき場合の條理解釋としては我民法の趣旨に則り斯く解すべきものと思ふのである。

(一) 大正七年二月五日司法部長官回答、大正四年四月十九日政務總監回答

(二) 大正十二年七月十九日法務局長回答
 (三) 大正十二年七月十九日法務局長回答

(二) 戸主の同意

家族が離婚する場合には其の家の戸主の同意を要する。家族が婚姻の場合に其の戸主の同意を要すると同一趣旨に基き、離婚の場合にも其の同意を要するものと解すべきである。然るに朝鮮の慣習として離婚に因り家族の配偶者が其の家より退出することは婚姻に因り其の家に入る場合に比し、一家の整理又は家系維持上危惧少きを以て婚家及び實家戸主の同意を要せないのである。(四)然し乍ら婚姻に付き戸主の同意を要するは家族の進退が一家の整理に重大なる関係あると同様離婚に就ても婚家戸主の同意を要し、實家戸主の同意は要せざるものと認むることが條理に適合するものと思ふのである。

次に夫妻關係は當事者の一方の意思に因り何時にても自由に解消し得るものなれば其の夫妻に父母又は戸主等の保護者ありと雖も其の同意の有無は關係ないのである。(五)

次に我民法には協議上の離婚を爲す男女が共に二十五歳以上に達するときは父母、戸主等所謂保護者の同意を要せない。然るに朝鮮には斯くの如き慣習は認められない。假令男女が高年に達するも父母ある以上は常に其の同意を要する。併し實際問題として男女が相當年齢に達し思慮經驗に於て老父母

に優越するも、常に父母の同意を要するが如きは却つて弊害を生じ不都合の結果を來たすことがある。夫故に我民法の如く自由婚姻年齢を確立すると共に自由離婚年齢を認むるは婚姻又は離婚の本質上當然のことと思ふ。朝鮮に於ても其の趣旨に基き民事令の改正を要望するのである。

(四) 大正十三年十月三十日法務局長回答

(五) 大正十年九月二十日高等法院判決

第三 離婚の届出

離婚も婚姻の場合と同様其の届出を要するは勿論である。離婚の届出は離婚當事者の意思表示の確實を保證し以て其の身分關係の變更を第三者に知らしむるものである。而して届出は當事者雙方及び成年者二人以上の證人、若し同意者あるときは其の同意を以て口頭又は署名ある書面に依り府尹、面長に對し之れを爲す。其の届出が當該吏員の受理に因り離婚の效力を認むるのである。

第二項 協議上の離婚の無効及び取消

協議上の離婚の手續が簡便なる爲め往々或は當事者間の自由意思に基かざることがある。或は第三者の強制又は詐術等に陥り離婚の届出を爲す場合がある。是れ等の届出と雖も離婚が一定の要式行爲として既に受理したる以上は婚姻の解消するものと認めねばならぬ。夫故に當事者の一方が離婚届出に付き無効又は取消を主張するとき、若しも他の一方が之れを争ふ以上は訴に依り其の無効又は取消の

判決を待たねばならぬ。

(一) 離婚の無効

協議上の離婚が如何なる場合に無効となるか。其の離婚が實質上の要件を缺く場合には當然無効である。即ち當事者雙方又は一方に離婚の意思を缺く場合、例へば心神喪失者の届出又は當事者一方の強暴に基因したるが如きである。尙離婚の協議に保護者の同意を欠缺したる場合も無効と解せねばならぬ。

(二) 離婚の取消

離婚當事者に離婚の意思あるも其の意思に瑕疵あるとき、即ち當事者雙方又は一方の表意が詐欺又は強迫に基因したる場合に於て其の離婚を取消し得べきか。朝鮮の慣習として取消に關し何等認むべきものはない。我民法に於ても婚姻の無効取消に關する法條は在るも、離婚の取消に關し其の明文を缺くものなれば、一般學說として民法總則の規定に基き取消し得べきものと認めて居る。然るに離婚の取消は婚姻當事者の一身上重大なる影響あるものなれば、一般の法律行為の法則に準據せず親族法が身分上特別法規たる趣旨に基き親族法的解釋を試みんと欲するのである。

(三) 離婚の取消は婚姻の取消と同一趣旨に解すること

元來協議上の離婚は一つの法律行為である。従て其の離婚の原因に就き當事者間の意思表示が詐欺

又は強迫に基因したるとき、之れが取消に關する特別規定なき以上は、一般法律行為に關する民法總則の規定を適用すべきものであると謂ふのである。然るに斯くの如き説が果して我民法親族編の精神に適合するや。我司法協會決議に於ては詐欺又は強迫に因る協議上の離婚は民法第七百八十五條の規定を類推適用して取消すことを得るものと認めて居る。(一)

惟ふに我親族法に於て婚姻の無効及び取消の原因に就ては一定の制限を爲し、特に其の無効及び取消の規定を設けたるは、民法總則第九十三條以下意思表示の無効及び取消に關する規定を婚姻關係に適用せない趣旨に出でたるものである。茲に於て婚姻關係を成立せしむる契約と既に成立したる婚姻を消滅せしむる契約即ち協議上の離婚とは、其の契約の目的は、一は積極的に婚姻の成立を目的とし他は消極的に其の消滅を目的とする點に於て差異ありと雖も、當事者間の合意に對し實質的觀察を下すときは、結局婚姻關係たる身分關係に關する自由意思に基く契約にして、兩者共に法律上同性質にして同價值なるは明かに窺知し得るのである。従て婚姻成立を目的とする契約に付き、詐欺又は強迫ありたる場合に特に取消權を認め諸種の規定ある以上は、其の契約の目的が相反する場合には特に其の準用を許容せざるものであるとの制限なき限りは、婚姻の取消の趣旨と同様協議上の離婚にも其の類推適用を許すも敢て不當の解釋とは思はれない。而して民法總則の規定を適用する結果と婚姻成立に關する民法第七百八十五條以下を適用する結果とを對照するときは、取消の

効果が遡及すると否と、時効の長短、取消の方法等に付き當事者間及び第三者に對する關係に於て其の影響する所多大の差異がある。余は前示司法協會決議の趣旨に賛し其の詳論を省く。要するに朝鮮に離婚取消に關する慣習なければ婚姻の取消に關する我民法第七百八十五條以下を類推し、以て協議上の離婚に關し瑕疵ある意思表示の取消を認めたるは條理解釋として之れを許容する精神に出でたるものである。

(一) 大正十一年七月十五日司法協會委員會民事聯合部決議

第三款 裁判上の離婚

裁判上の離婚とは夫妻の一方より相手方に對し夫妻關係の解消を裁判上請求するを謂ふのである。而して其の離婚訴求には法律上特定せる原因に基き、當事者の一方より相手方に對し訴訟を提起し裁判上の判決を以て夫妻關係の解消を求むるものなれば、勿論相手方が協議上の離婚に應諾せざる場合に限るは謂ふまでもない。本款は前述の如く民事令第十一條に基き、我民法の裁判上の離婚を其の儘に適用するに至りたるものにして、其の事由は總論に詳説したる所である。尙裁判上の離婚原因は我民法第八百十三條に制限的列舉あれば茲には略述に止むる。

第一 離婚の原因

(一) 配偶者が重婚を爲したるとき

婚姻は一夫一婦の結合を本義とするものなれば、重婚は夫妻關係の本義を害する。所謂夫婦相互に誠實の義務に違背するが爲め之れを以て離婚の一原因と爲すのである。

(二) 妻が姦通を爲したるとき

妻の姦通は貞操を破り血統を紊し夫の名譽を汚損するものである。而して姦通を理由として離婚請求を爲すには妻が姦通罪に依り刑罰に處せらるるを要せない。又妻に對する姦通告訴を爲すと爲さざると何等關係なく、妻の姦通事實を原因として離婚の請求を爲すことを得る。

(三) 夫が姦淫罪に依り刑に處せられたるとき

夫の醜行は妻の名譽を汚損し共同生活の本旨を害するのである。夫が姦淫罪の刑に處せられたる後始めて離婚の原因となるものにして、刑罰に處せられざるときは姦淫の事實あるも是れが原因とはならない。妻の姦通に依る離婚は刑に處せらるることなくして離婚の原因となる。斯くの如く男女間に差異あるは不平等なりと非難するも、是れ男女に自然的性格の差異あるのみならず、東洋に於ける永年の風俗慣習に基因するものである。

(四) 配偶者が偽造、賄賂、猥褻、窃盜、強盜、詐欺、受寄物費消、贓物に關する罪若くは刑法第七十五條、第二百六十條に掲げたる罪に因り輕罪以上の刑に處せられ、又は其の他の罪に因り重禁錮三年以上の刑に處せられたるとき

是れ配偶者は右述の如き刑に處せらるるときは、其の配偶者に於て夫婦たる共同生活の關係上汚辱を蒙るものなれば、是れを以て離婚請求原因の一となしたる所以である。

(五) 配偶者より同居に堪へざる虐待又は重大なる侮辱を受けたるとき

夫婦間相互に親愛し扶養の義務ある者が、相手方に對し同居に堪へざる虐待又は重大なる侮辱をなすが如きは、夫婦の本義に副はざるものなれば、之れを以て離婚の原因と爲したる所以である。

虐待又は侮辱の成否、各場合及び程度等は、各配偶者の性格及び社會上の地位其の他の事情を斟酌し各事實問題に就き是れに該當するや否やを決定するものにして、そは學說判例の示す所なれば茲に省略する。

(六) 配偶者より惡意を以て遺棄せられたるとき

夫婦は同居の義務あるに拘はらず惡意に夫が妻の同居を拒み又妻が夫の許可なく夫の居所を去るが如き、何れも惡意の遺棄にして離婚請求の原因となるのである。而して如何なる事情が惡意なるか如何なる場合が遺棄なるかは各場合の事實問題に付き決定するものである。

(七) 配偶者の直系尊屬より虐待又は重大なる侮辱を受けたるとき

(八) 配偶者が自己の直系尊屬に對し虐待を爲し又は重大なる侮辱を加へたるとき

(九) 配偶者の生死が三年以上分明ならざるとき

第二 離婚の訴

離婚の訴は夫の普通裁判籍たる地の地方法院の管轄に專屬し、夫婦の一方より相手方に對し之れを訴求するものにして、第三者より此の訴を提起するを得ない。

然るに法定離婚原因あるも左記の事由あるときは離婚訴訟を提起することを得ない。之れを離婚訴訟不受理の原因と稱す。

- 一、離婚原因に對する同意（民法第八百十四條第一項）（前示第一號乃至第四號）
- 二、離婚原因の宥恕（民法第八百十四條第二項）（前示第一號乃至第七號）
- 三、同一事由存在（民法第八百十五條）（前示第四號ノ原因）
- 四、期間の経過（民法第八百十六條）
- 五、配偶者の生死分明（民法第八百十七條）
- 六、離婚請求權の拋棄（民法第八百十八條第二項）

第四款 離婚の效力

離婚は夫婦關係の解消にして身分上及び財産上の効果が發生する。而して離婚の效力發生時期は協議上の離婚は戶籍吏の届出受理の時、裁判上の離婚は離婚判決確定の時である。要するに離婚は婚姻の解消にして婚姻の効果が消滅するのである。

第一 配偶者の身分上に關する效力

一、實家復籍

二、同居扶養に關する相互間の義務免除

三、妻の無能力の消滅

四、再婚の可能

五、姻族關係、繼親子、嫡母庶子關係の消滅

第二 配偶者の財産に關する效力

夫婦財産契約解除し各自獨立財産を所持することになる。

第三 子に對する效力

離婚の際協議に依り子の監護を爲すべき者を定めざりしときは、父は其の子を監護すべきものである。招婿の時は父は女家を去るものなれば母に於て之れを監護する。尙又婚姻中懐胎したる子は離婚後出生したるときと雖も父の子となる。

第四章 親子

第一節 總說

親子とは父母と其の子女との身分關係を謂ふ。即ち親たり子たる直系の血族關係にして、父より之れを見れば父子關係、母より之れを見れば母子關係、子より之れを見れば親子關係である。而して其の親子關係は一方と他方との間に於て一世代の血統關係である。

茲に法律上親子關係を大別すれば自然血統に因る親子關係と、法律の擬制に因る親子關係とがある。實子關係は男女の結合に因り出生したる嫡出子、庶子、私生子等の血統の連結に因る親子關係である。之れに反して法律の擬制に因る親子關係は養父母と養子、繼父母に對する繼子、及び嫡母に對する庶子の關係である。養子は養親に對し嫡出子の身分を取得し、繼子は繼父母に對し、庶子は嫡母に對し繼父母子、嫡母子の親子關係を生ずるのである。而して嫡出子は法律上の婚姻より出生したる子女にして、私生子、庶子は婚姻に因らざる男女の結合より出生したる子女である。即ち庶子は夫婦に非らざる男女の結合より出生し父が認知したる子にして、私生子は夫婦に非らざる男女の間に出生し法律上父の知れざる者を謂ふのである。然るに庶子及び私生子は其の父母の婚姻に因り、又は父母婚姻中認知を爲すに因り、嫡出子と爲すことを得るは後述する所である。

第二節 實 子

第一款 嫡 出 子

第一項 嫡出子の推定

第一 嫡出子たる推定要件

嫡出子の推定を爲す要件として先づ(一)父母たる男女が婚姻に因る夫婦たること、(二)其の子は妻の分娩したるものなること、(三)妻の懐胎が其の父母の婚姻中なること、(四)其の子が夫たる父の子であることである。然るに上掲第一、第二の要件は容易に證明が出来るが、第三、第四は到底正確なる證明は出来ない。前二者は婚姻の届出、懐胎、分娩、其の他人證を以て有形的の證據に因り證明が出来る。後二者は之れに反し其の懐胎の時期の如きは醫學上定則を知ることが出来ない。況んや其の子が夫の子であるや否やを確定することは一層の困難である。是れ等の證據方法は一般に之れを主張する者に舉證の責任を負はしむることは條理上過酷なるのみならず、社會の秩序と人情に反するものなれば、各國の法制上嫡出子の推定に關する法規がある。我民法に於ては妻が婚姻中に懐胎したる子は夫の子と推定し、又婚姻成立の日より二百日後、又は婚姻の解消若くは取消の日より三百日以内に生れたる子は、婚姻中に懐胎したるものと推定するのである。(民法第八百二十條參照)

朝鮮に於ては舊來より是れ等の法律的推定に關する舊規慣例はない。只だ一般條理的觀念に基き、妻の懐胎が果して婚姻中なりしや否や既知の事實より未知の事實を推究し確定した。即ち普通の懐胎期間を標準として分娩の時より遡り其の懐胎期を推定し、其の夫の子なるや否やを確定するのである。最も夫婦は普通同居を前提とするものなれば、事實上引續き別居したるものなるときは別問題である。朝鮮に於ては慣習上普通懐胎期は十ヶ月とせるを以て、婚姻成立の時より十ヶ月後及び婚姻解消の時より十ヶ月内に生れたる子は婚姻中に懐胎したるものと看做し其の夫の子とする。要するに婚姻中に懐胎したる子又は婚姻中生れたる子は夫の子たるは勿論、婚姻解消後又は直ちに再婚したる後生れたる場合と雖も、十ヶ月内の子なるときは其の前夫の子として嫡出子たる身分を取得するものと解するが一般慣例として認むる所である。

然るに現今醫學上子の懐胎期間は早生は七ヶ月長きは十一ヶ月に亘ることがある。従て婚姻中懐胎したる子は直ちに夫の子であると断定は出来ぬ。要するに出生子發育の狀況其の他の事情に因り夫の子たるや否やを認め得べきものにして、必ずしも一般慣例に依り確定することを得ないのである。夫故に我民法は第八百二十條に依り、嫡出子たる事實を主張する者に其の舉證の責任を負はしめず法律上の推定を設けて居る。

朝鮮に於ては只だ慣習上婚姻中出生したる子は夫に於て否認せざる限りは夫の嫡出子として推定す

べきものとして取扱つて来たのである。従て我民法と同一趣旨の推定の利益を受くることとなる。(一) 朝鮮には再婚に付き一定の禁止期間の慣習を認めない。従て前婚解消後直ちに再婚成立したるときは、再婚成立より二百日後前婚解消後三百日内の期間に生れたる子は前述の推定に依り直ちに前夫の子であるや、後夫の子であるや是れを確定することは困難であると謂ふより寧ろ不能の事に屬するのである。併し寡婦が改嫁後五月前婚解消後十月以内に子を分娩したるときは、前夫の嫡出子として出生したるものと認むべきものなりと解したる事例がある。(二)

要するに是れ等の問題に就き確然たる慣習として認むべきものなければ、事實問題として事實を調査し、其の結果何人の子なるや裁判上是れを決する外ないと思ふのである。

(一) 大正六年六月二十一日司法部長官回答

大正八年七月五日司法部長官回答

(二) 大正十一年九月二日法務局長回答

第二 婚姻前の懐胎子

婚姻は夫妻となる男女の結合である。而して其の結合の事實と婚姻の届出とは必ずしも一致せざらぬ。寧ろ婚姻届出は結合事實より遅るるが世態としては普通である。夫故に婚姻が届出に依り成立するものとせば男女結合後婚姻届出前の懐胎子は夫の子即ち嫡出子と見ることが出来ない。併し斯く觀察するときは實際上の事實と法律上の效力とに多大の不都合を生ずるのである。従て其の懐胎

が假令婚姻届出前と雖も、婚姻中即ち婚姻届出後に生れたる子は其の夫の子即ち嫡出子と看るは條理上當然である。

元來嫡出子とは懐胎時期如何に拘はらず婚姻中生れたる子は廣義に解し嫡出子と看るか、又は懐胎中男女の婚姻成立したる結果其の子は當然嫡出子と看るべきかが議論の別るる所である。朝鮮の慣習としては明確なる觀念はないが婚姻前懐胎したる子と雖も婚姻後生れたるときは即ち婚姻中生れたる子なれば當然嫡出子と看るが如きである。併し婚姻其のものの効果として其の男女間に生れたる子は嫡出子と看るが條理上妥當と思ふ。尙嫡出子は婚姻より生ずるものにして夫婦關係に基因し、其の間に於て懐胎したる子は出生の時其の婚姻關係の繼續せると否とに拘はらず、嫡出子たる身分を取得する。又夫婦關係なき者の間に懐胎したる子と雖も、其の男女婚姻後出生したるときは矢張嫡出子たる身分を取得する。要するに嫡出子は夫婦間に出生することを要件とするものなれば、懐胎若くは出生の當時に於て常に夫婦關係の繼續は必要とせない。懐胎又は出生何れの時期に於ても一度夫婦關係存在せる男女間に出生したる子は嫡出子と看ることを得るのである。但し普通懐胎期間は一定せるを以て、之れを標準として分娩の時より遡り懐胎期を定め、其の時期に夫婦關係ありしや否やに依り、其の子が夫の子なるや否やを確定することを得る。

第二項 否認 權

第一 否認權の性質

二二四

否認權とは法律上嫡出子との推定を否認する権利を謂ふのである。懐胎したる子が婚姻中なれば如何なる事由あるも夫の子なりとせば、眞實夫の子に非らざる子と雖も夫の子に強制せられ、婦の姦通に便宜を與へるのみならず、血統上の混亂を來たし社會風教上は勿論、親族相續法上認容することを得ない。夫故に法律は婚姻中の子は一應夫の子と推定するも、若しも其の推定に對し反對の證據あるときは是れを否認することを認むる。即ち父が其の子に對し父たることを拒否する所謂否認權を認むるのである。而して其の否認權の行使は前述の推定に對し反證を要するものなれば、正確なる證據を擧ぐることは能はざるときは、事實如何に拘はらず、其の否認權が排斥せらるるは謂ふまでもない。

朝鮮に於ては往時より子は多きを福とし、自己の血胤を他に奪はるることは多大の恥辱とする觀念あり、依て自己の子に非らずと否認するが如きは人倫道義に反するとし一般に之れを擯斥したのである。併し全然我子女に非らざるものと雖も之れを是認することはない。従て否認の觀念は認められて居たのである。例へば妻が婚姻中に懐胎したる子女と雖も、夫が自己の子に非らずと確信するときは稀に之れを否認したのである。殊に懐胎したる子が姦夫の子であることが明白なるときは、其の子を否認し姦夫に引渡す慣習があつた。所謂姦生子と稱し舊法中に之れを認めたのである。即

ち明律刑律犯姦條に

「姦生男女責付姦夫收養」

とあり、又刑法大全第五百四十條に於て

「姦生子女ハ姦夫ニ給シテ收養セシム違フ者ハ笞一百ニ處ス」(原文假名ハ諺文)

と規定してある。是れに依り之れを觀れば、夫が子を否認し姦夫あるときは其子を姦夫に歸屬せしめた。姦夫は自己の子なりと思考するときは之れを引き取つたのである。然るに現今妻が婚姻中に懐胎したる子は一應夫の子と推定するを以て、夫が之れを否認するときは裁判に依る外はない。(一)而して嫡出子の否認が裁判上確定するときは所謂姦生子にし妻の私生子となる。其の私生子に對し戸主が其の家に止まることを許容せざるときは一家を創立することとなる。

要するに夫が子に對し自己の嫡出子に非らずと否認することは道義上尠かりしも、否認の慣習を認むるに至りしは明白である。然らば如何なる場合に否認を爲すことを得るか、是れ全く事實問題にして各事實に付き裁判上討究する外はない。只だ其の一般を説明すれば左の如きである。

(一) 大正五年九月十三日司法部長官回答

第二 否認の原因

(甲) 有形的障害の場合

親族法 本論 第四章 親

子

二二五

例へば夫が旅行又は他出等にて有形的障害が繼續したるに拘はらず、妻に懐胎ありし場合の如きである。夫故に若し夫が一日と雖も同居の事實あるときは所謂繼續的障害として之れを認むるを得ないのである。

(乙) 早生の期間

子の早生は醫學上最短期の懐胎が二百日以上とするものなれば、婚姻後二百日以内に生れたるときは婚姻前の子として之れを否認することを得る。其の他否認原因に付き事實上の問題として之れを主張する者に於て其の原因を立證する責任がある。是れ我民法の趣旨に則り斯く條理解釋する。要するに婚姻中の子は嫡出子たることを推定するものなれば、法律上の推定を打破すべき原因ありと主張する者が立證の責任を以て否認權の行使を爲し得るに過ぎない。

第三 否認權者

否認權は婚姻中に懐胎したる子に對し夫が我子に非らざることを主張するものなれば、此の權利は原則として夫たる者が行ふものなることは謂ふまでもない。是れ自己の子なるや否やは自己之れを知るが爲めである。然し夫が既に禁治産なるときは其の後見人は親族會の同意を得て、否認權行使の爲め否認の訴を提起することを得る。(人訴第二十八條) 然るに若し其の夫が子の出生前に死亡したるとき、其の子の爲め相續權を害せらるる者は、自己の相續權に基き否認權を行ふことを得る。

其の他夫の三等親内の血族に限り此の否認の訴を提起することを得る。是れ等の場合に於ては何れも夫の死亡の日より一年内に否認の訴を提起するを要するのである。(人訴第二十九條)

第四 否認權行使の相手方

否認權を行ふ場合、即ち婚姻中に懐胎したる子は嫡出子たる推定を受くるものなれば父より子に對し否認權を行使するのである。從て否認權の行使の相手方となる者は其の子である。而して婚姻中の子は嫡出子たる推定を受くる者なれば、出生後之れを否認せんとする場合と雖も戸籍上一應は嫡出子として届出を要する。從て父が其の子を否認せんとするときは裁判上訴を以て其の子又は法定代理人に對し訴求せねばならぬ。而して子が未成年者なるときは夫が子の法定代理人なるが普通なれば裁判上特別代理人を選任する外はない。然るに若し其の子が死亡したるとき又は訴提起後死亡したるときは否認權行使の必要なきは謂ふまでもないのである。

第五 否認權行使と其の消滅

否認權の行使は其の子に對し主張するものなれば、其の子が出生後死亡したるときは權利行使の相手方なき爲め之れを行使するを得ないは勿論、尙其の子を自己の子なりと承認したるときは所謂否認權の拋棄にして、明示の承諾たると默示の承認たるとを問はず、共に否認權を消滅せしむるのである。而して是れ等の承認方法に付き一定の方式なければ、實際上否認權者が否認したるや否やは

事實問題として之れを決する外はないのである。例へば前述の如く自己の嫡出子として戸籍上届出を爲したるを以て偶々明示の承認ありと謂ふことを得ない。是れ婚姻中の子は一應嫡出子として戸籍上届出を要するが爲めである。従て否認権利者は戸籍上嫡出子の届出ありたる後と雖も、否認原因あるときは否認権の行使を爲し得るは謂ふまでもないのである。

茲に於て否認原因あるときは否認権利者は永久に其の権利の行使を爲し得るが、若し権利者にして相當の期間經過するも其の権利消滅せず、何時にても否認権行使を爲し得るとせば、其の子は嫡出子たる身分を享有するや否や永久に不確定の状態にあるものと看られねばならない。是れ社會的一般觀念として人の身分關係を不確定と爲すは公平條理の觀念に適合せざるは勿論、權利行使者にとりても否認に關する證據を煙滅せざる間に適正なる裁判を受け、否認権の有無を決せしむる必要がある。従て諸國の立法例に於ては否認権行使に付き一定の期間を定め、之れを経過したるときは其の權利は消滅するものと規定して居るのである。我民法に於ては「否認の訴は夫が子の出生を知りたる時より一年内に之れを提起することを要す」と。尙夫が未成年者なるときは成年に達したる時より起算し、夫が禁治産者なるときは其の取消の後子の出生を知りたる時より起算し一年以内に否認の訴を提起するを要する。(民法第八百二十五條、八百二十六條)従て其の時より一年を経過したるときは否認権を行使するを得ない。然るに朝鮮に於ては右述の如き否認権の消滅に關する何等慣習として

認むべきものなければ、現今の朝鮮としては否認権利者は永久に否認権を行使し得べきものと認めねばならぬ。而して斯く否認権を認むるときは、其の子の身分に付き永久に不確定状態に置く不條理な結果を來たすのである。依て一般的、條理的觀念に基き、我民法の趣旨の如く否認権行使に一定の期間を定め、其の期間經過後は之れを認めざる法條の適用を要望する所以である。

第六 否認の効果

夫婦間に出生子あり、夫が其の子を否認するも兎も角一應夫の子と推定し嫡出子として届出を爲すが、其の届出を爲したる爲めに嫡出子として承認したるものではない。夫が其の出生子に對し否認の訴を提起し勝訴の判決確定すれば既往に遡つて其の子は初めより夫の嫡出子に非らざることとなり妻の私生子となる。否認判決確定する迄は其の子は夫の嫡出子と看做さるるが故に夫の家にあるも、其の判決確定すれば子は夫の家の戸主の同意を得ざるときは其の家に留ることを得ない。従て一家を創立する外はないのである。(二)

(二) 大正五年九月十三日司法部長官回答、大正十三年五月二十三日法務局承認成興地方法院長回答

第二款 庶子及び私生子

第一項 總 說

婚姻に因り出生したる子女を嫡出子と謂ひ、婚姻外に出生したる子女を私生子と謂ふ。其の私生子中

父が我が子なりと認知したるものを庶子と謂ひ、母が之れを認知するも矢張私生子と謂ひ庶子とは謂はないのである。

朝鮮に於ては舊來妾腹の子女は父の認知を俟たず當然庶子となし、其の他の私生子は父の認知に因り始めて庶子たる身分を取得する結果、其の庶子たる身分の取得は妾腹の子女と何等の區別はないのである。而して庶子は其の父に對し庶親子の關係を生じ、私生子は其の母に對し只だ母子の關係を生ずるに過ぎない。共に婚姻關係なき者の間に出生したる子女なることは同一である。併し庶子又は私生子は懐胎の始めより出生の時に至るまで其の男女間に婚姻關係なき場合の子女を謂ふので、假令私通に因り懐胎せし子と雖も其の男女間に婚姻成立したるときは嫡出子となるのである。私生子は事實上の母は當然法律上の母となるも、事實上の父は當然法律上の父とはならぬ。父たる者の認知に因り始めて法律上の父となり、親子關係を生ずる。若し父が認知せざるときは子は所謂父の知れざる子となるのである。

庶子又は私生子に付き、歐洲諸國にては道德及び法律上婚姻を尊重すると共に嫡出子を重んじ、婚姻外の庶、私生子を卑しむのである。然るに朝鮮に於ては舊來より男系血統の繼承を尊重するが爲め、若し嫡出男子なきときは其の血族繼承の爲め庶男子を以て其の相續人となし、所謂祭祀相續、戸主相續等を爲さしめ嫡出子と何等の區別を認めないのである。依て前述の如く妾腹を妻に準じ、法律上殆ん

ど妻と同一の待遇をなし、其の出生子は父の認知を俟たず當然庶子たる身分を取得したのである。彼の民籍法施行當時迄前述の如く妾は家族の一人とし民籍上妻と同様に記入し、妾腹の子女は當然庶子として認めたのである。其の後社會の進化に従ひ一夫一婦を尊重し妾制を排斥し、遂に戸籍令施行に依り戸籍上妻を認めざると共に妾腹の子女に對し當然庶子を認めず、父の認知に因り始めて庶子たる身分を取得し、其の身分取得には必ず戸籍上届出を要することとなつた。

第二項 認知

第一 認知の性質

認知とは父又は母と其の子との間に親子の關係を確定する行爲である。即ち認知は私生子と父、又は母との間に親子たる法律上の關係を生ずることを承認する行爲である。父の認知に依り其の子は庶子たる身分を取得するも、母の認知は母子關係を認むるに過ぎずして庶子の關係は生ぜない。母子關係は出生に因り事實上確定し、法律上母子關係を生ずるものなれば、母の認知は無用に屬するが如きである。只だ棄兒又は母の知れざる子に對し母の認知を必要とし、法律上母子關係を認むる場合があるに過ぎない。

元來親子關係は一つの事實である。法律は其の事實關係を認め、所謂認知に因り始めて法律上庶親子の身分關係を確定するのである。而して認知は各國法制上一定の要式行爲となし、若し其の方式

を具備せざれば認知の效力を發生せしめないものである。

第二 朝鮮に於ける認知

朝鮮に於ては往時より子女の多さを喜び、他に子女を奪はるるを恥辱とし、自ら進んで我子なりとするの争議を生じたのである。即ち我子なりと認知を爲す場合に他人と争を生じ又は其の認知に付き疑を生じたる場合には所謂合血法とか又は滴血法とか行はれたので其の一端を見ることが出来るのである。

増修無冤録中に

「親子兄弟或自幼分離欲識認難辨真偽令各自出血滴一器之内真則共凝爲一否則不凝也但生血見監醋則凝先將所用之器當面洗淨特取新器試之且滴血入水若器大水多兩相去遠即不能合或滴水時略有前後則血有冷熱之別亦不能合也」

又父母既に死せる場合に於ては滴血法を行つたのである。

「身體髮膚受之父母蓋子乃父之遺體而生之者母也試就子身刺一兩點血滴父母骸骨上是親生則血沁小入骨内否則不入」

と又曰く

「滴骨之法孫亦可以驗祖至夫婦各一父母原非一處之分滴骨豈能或受如曰滴之而受則懷抱他人初産

之子而乳之以長者此子後夫之質俱資此母氣血滋化而成滴之不愈當入乎恐未然矣」

(註) 無冤録は明英宗正統三年に成り李朝英祖の時増修を命じ正祖十一年丁未(開國三百九十年)に至り成るものである。

舊來朝鮮に於ては此れ等の合血又は滴血方法に依り親子又は祖孫の關係を定むることを得るものと信じ、又實際にも此れ等の方法を以て親子關係を認定したのである。

朝鮮は往時より慣習として子孫の繁榮を望み子は多さを福とし出生子の否認の如きは人道に背戻するものとしたのである。若し父の知れざる子と雖も母に於て其の父を指示したるときは父たるものは殆んど之れを否認するものはなく、寧ろ生兒の否認を争ふより却つて子の認知を争ふことが多かつたのである。而して朝鮮に於て子の姓は父の姓に依り定まるものなれば、所謂父の知れざる私生子を認むることなく、即ち出生子には必ず姓を要する關係上事實上父の知れざる場合と雖も其の母に於て父を指定し其の姓を稱するが普通であつた。

而して私生子の認知に付ては慣習上定まりたる手續なく、只だ其の父に於て進んで之れを認知し、又は其の母の申出に依り之れを認知するに過ぎなかつた。固より官廳に對し届出づるが如き慣習はなかつたのである。又認知は慣習上遺言を以て胎兒を認知することもあつた。然るに其の後時代の變遷に従ひ、幾多法制の改廢と共に認知に關する慣習上の觀念に變化を來たすに至つたのである。

而も近時に於ては右述の如き認知の方法を認めざるは勿論、如何なる方法に依り認知し得るや、認知を爲し得るや將た又認知の利益を受く可き人は成年者未成年者又は禁治産者等に依り如何なる區別を要するか、又は遺言を以て認知し得るや、妾腹の子と其の他の私生子の認知と何等の區別なきか或は又認知せらるる者が成年者なるときは其の者の同意を要するか、認知の効力は出生の時に遡反すべきものなるや、是れ等の各種の問題を惹起するのである。然るに現今朝鮮の慣習上、認知は右述の諸問題に付き何等解決すべき確定的慣習として認むべきものはない。要するに朝鮮に於ける舊來の慣習は右述の問題を解決なし得ざるのみならず、認知其のものは親族相續上重大なる法律關係を惹起するものなれば、是れが成立要件、認知方法、及び其の効力等に付き法制上明確に規律を要するは謂ふまでもない。依て大正十一年民事令改正と共に同令第十一條に基き、遂に我民法の認知に關する規定を其の儘適用することとなつた。以下我民法の認知に關する解釋に過ぎざれば略述に止むる。

第三 認知の當事者（民事令第十一條、民法第八百二十七條）

認知する者は私生子の父又は母である。認知を受くる者は私生子である。父又は母共に其の私生子に對し認知することあり、又各々別個に認知することもある。父が認知するときは其の子は庶子となり、庶親子の關係を生ずるも母が認知するときは母子の關係を生ずるに過ぎない。實際母子は母

子たる事實關係に依り母の知れざる場合なきが如きも、母が分娩後捨兒をなしたる場合或は又母が私生子の出生届を爲さざりし場合の如きは、法律上母子の關係は未確定と謂はねばならぬ。即ち此の母子關係を確定するは所謂母の認知である。要するに此れ等の認知は認知したる者に親子關係を生ずるものにして、夫婦の一方の認知を以て他の一方に對し認知の効力を生ぜない。従て認知せんとする者は各別に認知を爲さねばならぬ。

第四 認知の種類

父又は母が未成年者の私生子に對し任意に我子なりと單獨行爲に依り認知することあり、又成年者の私生子に對し認知を爲すに特に其の承諾を俟て合意的行爲に依り認知する場合あり、或は又父又は母が我子なりと認知せざる場合に、私生子より其の父又母に對し裁判上認知を強要する場合がある。前二者は所謂任意認知にして後者は強制認知である。

(一) 任意認知の要件（民法第八百二十八條以下）

(イ) 認知は父又は母が自ら之れを爲すこと。

父母たる認知者は未成年者又は禁治産者の如き無能力者と雖も、身分上の行爲に屬する爲め、自ら任意認知を爲すことを得る。決して法定代理人の同意を要せない。是れ無能力者と雖も自己の子を認知するに付き相當の思慮に因るものと認め、尙子は早く身分の確定を要する趣旨に出でた

るものである。

(ロ) 父又は母が認知せんとするときは其の子の父又は母が知れざる場合に限るのである。若し其の私生子に對し他に父又は母あるときは認知は争となる。

(ハ) 認知せらるる子が既に成年者なるときは其の子の承諾を得ること。

(ニ) 父が胎内にある子を認知するときは其の母の承諾を要すること。

(ホ) 父又は母は死亡したる子と雖も其の直系卑屬あるときは之れを認知することを得る。若し其の直系卑屬が成年者なるときは其の承諾を要すること。

(ヘ) 認知は身分を確定する要式行爲なれば之れが届出を要すること即ち府尹又は面長に届出で其の受理に因りて效力を生ずる。

(ト) 認知は遺言に依て之れを爲すことを得る。遺言者が死亡したるとき其の效力を生ずる。

(二) 強制認知(民法第八百三十五條)

強制認知とは任意認知を爲さざる父又は母に對し、私生子又は死亡したる私生子の直系卑屬より裁判上認知を強要するものである。元來認知は徳義上の問題にして法律上之れを強要すべきものでない。然るに認知は人の一身上重大なる關係あるものなれば父又は母が之れを拒否することもある。従て私生子の身分上重大なる影響あれば其の子を保護する觀念に基き所謂強制認知を認むる所以で

ある。法律上之れを強制するが如きは一利一害あるも子の保護上已むを得ざる制度と思はる。子が父又は母に對し強制認知を求むる權利を通常父又は母の搜索の權利と稱して居る。此の權利行使は人事訴訟手續に依りて裁判所に請求し、其の裁判の確定に因り庶親子の關係が確定するに至るのである。

第五 認知の效力

認知の效力は認知者と其の私生子との間に親子關係を確定する。従て親子關係の確定は私生子出生の時に遡及する。即ち父の認知に因り、子の出生の時より其の父の庶子となり、母の認知に因り、出生の時より其の母の私生子となる。斯くの如く認知の效力は既往に遡るも、既に第三者が認知したる權利を害することを得ない。(民法第八百三十二條)而して胎兒を認知し其の出生前に相續開始したるときは、胎兒は相續に關し既に生れたる者と看做す關係上、相續開始の時に遡り認知の效力を生じ其の認知者の相續人となるのである。

認知にして若し其の要件を具へざるか、又は認知の要素に錯誤あるときは當然無効である。例へば人達の如き、又は成年者の承諾なき認知の如きである。然るに認知は父又は母が自己の子たることを自白したるものなれば、認知者に於て任意に之れを取消すことを得ない。(民法第八百三十三條)是れ認知は被認知者の身分に重大なる關係がある爲めである。併し其の認知に付き若し詐欺、強迫等の

原因ある場合は例外であることは謂ふまでもない。次に事實上父又は母に非らざる者が父又は母として爲したる認知は當然無効ではない。若し其の認知が眞實に反するときはその子其の他利害關係人より反對の事實を主張することを得る。(民法第八百三十四條)若し然らざるときは認知に因り其の子は一身又は財産上利害關係ありて不法に損害を蒙ることがある。此れ等の弊害を救済する爲め之れを取消す權利を認むるのである。認知の無効若くは取消の判決確定したるときは認知は既往に遡りて其の效力を失ふ。而して認知に關する戸籍上の記載は戸籍の訂正申請を要する。

第三項 准正

第一 准正の性質

准正とは庶子又は私生子をして嫡出子たる身分を取得せしむるを謂ふ。即ち庶子は父母の婚姻に依り其の時に嫡出子となり、私生子は婚姻前父母の雙方又は父に於て認知せざるも其の後父母が婚姻し之れを認知したるときは嫡出子となるのである。是れ庶子は父母に對し既に親子關係を有するものなれば、其の父母の婚姻に因り嫡出子の身分を取得するものである。然るに私生子は親子の關係を認めざるものなれば、父母たる者が婚姻に因り其の婚姻中之れを認知したるときは其の時より嫡出子たる身分を取得するものと看る。要するに庶子又は私生子が嫡出子となるには父母の婚姻、若くは婚姻中認知に因り其の効果を發生するものである。

第二 准正の要件

(一) 私生子の認知あること

父母が其の婚姻前若くは婚姻中私生子の認知をなすことを要する。

(二) 子の父母が有効に婚姻なすこと

子が嫡出子となるには婚姻前又は婚姻中認知を爲すを要すると共に、父母たる者が適法に婚姻を爲すことを要する。若しも婚姻が無効に屬するときはその子は嫡出子となることを得ないは勿論である。單に取消し得べき婚姻に止まるときは取消あるまで有効にして嫡出子たる身分を取得する。是れ等の嫡出子は適法婚姻に因る嫡出子と何等の區別はないのである。

第三 朝鮮に於ける准正

朝鮮に於ては舊來は庶子が父母の婚姻に因り嫡出子となり私生子が婚姻認知に因り嫡出子となる慣習は認めない。婚姻には血族身分其の他の要件あるも妾には何等の要件はない。従て妾を以て妻と爲すことを得ない。彼の刑法大全第五七七條に

「妾ヲ妻ト作ス者ハ笞九十二處ス」(原文假名ハ諺文)

とある妻妾の區別を爲し妾を妻となす觀念はない。従て妾腹の子たる庶子を嫡出子と爲すことを認めない。殊に私生子を婚姻中認知し嫡出子となすが如き觀念は認められなかつた。元來庶子、私生子

は共に正當婚姻外の子にして男女私通關係に基きたる醜俗の結果である。夫故に其の醜俗より正當婚姻に遷善し、其の出生子をして嫡出子と補正するは、庶子、私生子等不幸の地位を脱離し以て子女の教育其の他多大の利益を享受するものである。然るに正式婚姻を尊重する論者は斯くの如き准正の觀念は一面婚姻を輕視する傾向を生ずる。何となれば准正を以て私通の結果は何時にても適正と爲すことを得る。從て其の結果私通を獎勵する傾きありと。併し此の制度あるが爲め私通を増加するものではない。假りに私通を増加せしむる不利益よりも婚姻外の男女關係を婚姻關係に獎勵し、庶子、私生子を消滅せしむるは社會風教上多大の利益にして、却つて婚姻制度を尊重する所以にて、各國法制上之れを認むる所である。朝鮮に於ては舊來の慣習は右述の如きも、世態の推移と共に民事令の改正に依り、認知に關する我民法法條を適用し、戶籍令の改正と相俟つて准正を認むるに至つたのである。即ち庶子が父母の婚姻に因り嫡出子の身分を取得する。而して其の嫡出子の身分を取得する時期は父母の婚姻の日にして決して認知の日に遡るものではない。(一)又婚姻前の私生子と雖も婚姻中認知し嫡出子として届出を爲したるときは朝鮮戶籍令第七十條の規定に依り、認知届出に因り其の效力を有する。即ち其の認知の時より嫡出子たる身分を取得するのである。

(一) 大正十三年七月七日法務局長官回答

第三節 養子

第一款 總說

養子制度は他人の子を收養し、祖先の祭祀權、戶主權及び財産權等の相續を爲さしむる。此れ等の目的に基き收養するのが所謂養子縁組である。茲に養子縁組なる語は二様の意義を有する。即ち養親子の關係を指稱する場合と、養親子の關係を創設する行爲を指稱する場合とがある。縁組は普通後者の意義に解するも、時として前者の意義に解する場合もある。

養子縁組とは養親が養子をして嫡出子たる身分を取得せしめ、養家に入り祭祀、戶主、財産等を相續せしむることを目的とする要式行爲にして、所謂法律上の親子關係の創設を認め、血族關係の親子關係と同一の効果を創設するのである。而して其の創設行爲たる意思表示は戶籍上届出を要し、是れが受理に依り其の效果の發生を認めたるは、各國法制上共に要式行爲となす所以である。

養子制度に就き或論者は曰く「養親に相續人なき場合に他人の子を收養し以て自己の血族關係あるが如く装ひ情愛なき親子關係を創設するは人倫の情宜に反する惡制度なり」と、或は又「養子制度は養子となる者の人格を無視し養家の爲め犠牲となる虚偽の相續制度である、往々にして相續權や遺留分等を侵害し一家に紛議を生じ幾多の弊害を惹起するものなり」と非難する者もある。而して現今の法律

制度としては其の内容に付き目的、要件、效力等種々の差異がある。而も個人主義の發達したる歐洲諸國に於ては、或は之れを認めず或は其の要件及び效果に大いなる制限を加へ實際上殆んど認めない有様である。内地に於ける養子制度は舊來より族制の主義に基き、祖先崇拜より家族制度となり、封建時代には缺くべからざるものとして發達し、即ち自己の血族の擬制的繼續より家系家名を繼續することに變遷し、遂には收養者と同一血族にあらざるものと雖も收養するに至つた。現今に於ては更に變遷し收養の目的は必ずしも家名繼承に限らず、家女と婚姻せしめ財産相續を爲さしむるの目的に出たのである。従て財産なき處には養子なきに至り、往々にして個人思想の熾烈なる結果我國の美俗たる家族制度を破壊せんとする傾向が認めらるる。

朝鮮に於ては現今内地の養子の目的趣旨と異なる。或は異なると謂ふより寧ろ舊時に於ける内地の祖先祭祀、血族繼承を目的とする嚴正なる觀念を本義とする。即ち宗家に嗣子なきときは支系より出でて本系を繼ぎ、宗本家の繼承は勿論一般支家に於て祭祀相續人なきとき、即ち男子の相續人なきときは甥行の男子を選定して嗣子となすのである。是れ全く祖先崇拜に基く祭祀相續の觀念と男系血族の連絡繼承を目的となすのである。従て他姓の男子を收養せざるは勿論、女子を收養し相續人となすことは絶対に許容せさい。若し之れを敢て爲すも法律上無効に屬し相續人たることを認めないのである。而して朝鮮に於ける收養の目的は、舊來に於ては祖先祭祀と男系血族の繼承を主たる目的とし、戸主

相續、財産相續を從たる目的となしたりしが、現代に於ては祭祀相續を主とし、財産相續を從として更に進みて祭祀相續は法律上特別の場合の外戸主相續に吸收せられ、祭祀相續の法律上の價值を認めざるに至らんとする傾向がある。是れ全く時代の變遷と法律思想の發達に伴ひ、收養の目的趣旨に變化を來たし、其の推移を認めらるるのである。只だ内鮮共に收養の目的は家族制度を基本となすは同一なるも、其の内容に於ては、内地の個人的自由收養主義と朝鮮の族制的制限收養主義と異なる。依て朝鮮に於ては收養は内地に於ける夫れと其の趣きを異にする爲め、民事令に依り朝鮮舊來の養子に關する慣習を認め我民法の適用を許さないのである。

等二款 養子縁組の成立

第一項 養子縁組の要件

第一目 實質上の要件

第一 養親及び養子の一身上の要件

甲 養親に關する要件

(一) 養親の年齢

養子制度の本質は養子をして養親の嫡出子たる身分を取得せしめ、將來其の養家の祭祀、戸主、財産等に關する一切の權利義務を繼承せしむるのである。夫故に養親たる者が收養せんとせば、先づ自

己に嫡出子なきは勿論、將來自ら實子を擧ぐる望みなき事情に基くべきものである。然るに我民法は自ら實子を擧ぐる望みなき場合に限らず、法律上成年に達したる者は養親たり得る資格を認め居る。是れ全く人が既に成年に達すれば自ら利害關係を判斷することを得るものと認めたるに基くのである。然るに人の法律上の行爲能力を以て收養し得る能力と見るは實際上養子制度の本旨に基くはない不穩當の法條であると思ふ。或論者は早年より養子を爲すは親子間の情愛家族關係の親密を圖るの利益ありと謂ふも、是れ一面の觀察に過ぎずして、成年以上の壯年者に是れを許容するは將來幾多の弊害を醸成する。即ち壯年の養親には將來實子を擧ぐる望みもあり、又實際にも之れを擧ぐるのである。外國の立法例として大概養親の年齢を四十歳以上の高年者に限るとせるが如きは、是れ全く養子制度の目的は實子なき者の爲め設けられたるものなれば、實子を擧ぐる望みある者に之れを許さざるは當然の事理にして、養子制度の本旨に副ふものである。

朝鮮に於ける慣習としては前述の養子制度の本旨に適合し、養親となる者が實子を擧ぐる望みなき年齢に達せざれば養子を爲すことを認めない慣習がある。又實際上實子を擧ぐる望みなきに至らざれば收養せないのである。通説としては四十歳以上に達したるとき始めて收養し得る年齢とするも確然たる慣習としては認められない様である。要するに養子制度の本旨に基き、實子を擧ぐる望みなき年齢及び事情に至りたるるとき始めて收養を爲し得るものと認むるが妥當と思ふのである。從て

其の年齢及び事情に到達せるものなるや否や事實問題に依り決する外はない。因て之れに反する收養は無効と解せねばならぬ。

(一) 養親は養子より年長者なること

養子縁組は法律の擬制に基き他人の子を以て恰も自己の實子の如く摸倣し、人倫上親子關係を創設する。從て親と稱し子と稱する關係上、養子は養親より年少者たるを要するは無論である。若し養親が自己より年長者を收養するが如きは、全く人倫の序を轉倒するものなれば、之れを無効と認むべきことは親子關係上當然の事理に屬するのである。

尙養親と養子との年齢が餘り接近するときは親子の情愛を生ぜない。從て相當の間隔年齢を要すると佛國民法の如きは十五年以上の年長者たることを要求して居る。我民法には斯くの如き一定年齢の間隔を要せない。只だ收養者が養子より年長者なれば支障なき趣旨は朝鮮の慣習と同一である。

(二) 既婚男子たること

朝鮮に於ける養子制度の基本的觀念は祖先の祭祀、男系血族の繼承を目的とし、祭祀相續者となる者を收養するのである。從て收養者たる者は祭祀相續者、血族の繼承者たる資格を享有すべきものにして、其の資格享有者が朝鮮の慣習上既婚の男子に限るのである。若し祭祀者又は將來祭祀者たるべき者が未婚の男子にして假りに一時祭祀者となるも未婚の儘死亡したるときは、一家系統上一世

代として祭祀を行はない。従て未婚者は一時祭祀相續人となるも、未婚の儘死亡するときは、嘗て祭祀相續人ならざりしと同一に看做さるるものなれば、其の者の爲めに祭祀繼承者たる養子を創設する必要なきこととなる。夫故に收養者の資格として世代に入ることを得る既婚男子に限るのである。

尙養親たる者は既婚者たることを要するは前述の如くなるも、養親となる夫婦が收養當時必ず生存するを要せない。妻は收養に付き妻として何等資格はなく養親たる夫に既婚者たる資格を與ふるに過ぎないのである。依て其の養親となる夫にして收養の際妻死亡し又は離縁したる後と雖も、既に一度既婚者たりし以上は其の資格を享有するものである。

次に女子は祭祀者たる資格なければ祭祀繼承の爲め祭祀者たるべき養子を爲す資格はない。女子は夫の死亡後戸主相續及び財産相續を爲すも祭祀相續はなし得ない。従て祭祀相續の爲め後に述ぶる死後養子をなすのである。其の死後養子の收養は遺妻に其の選定權を認めて收養を爲さしむるも、自己の養子を選定するものでない。亡夫が生前に收養せずして死亡したるに因り、亡夫の爲めに養子を選定するに過ぎざるものである。併し亡夫に代理して選定權を行ふものではない。遺妻たる資格に於て亡夫の爲め亡夫の死後養子を選定することを得るものと解するのである。是れ女子は原則として收養の資格はなきも、遺妻として收養の資格を認むる例外に過ぎない。我民法其の他の法制

上獨立の男子又は女子にして養親たる資格を認むると其の趣きを異にするのである。

(四) 直系卑屬の男子なきこと

養子制度は祖先の祭祀、血族の繼承を目的とするものなれば、直系卑屬の男子あるときは收養の必要を認めない。従て收養者に直系卑屬の男子なきとき始めて他より收養することを得るものである。

尙養親にして自己に直系卑屬なくとも既に養子を爲したるときは、其の養子は嫡出子と看做され、直系卑屬あると同一なれば、重ねて收養をなすことを得ない。是れ相續人は一家一人に限るが爲めである。

尙朝鮮に於ては我民法と異り直系卑屬に女子あるときと雖も、女子には祭祀相續を爲す資格を認めざる爲め、他より男子を收養し自己の相續人となすことを要する。

次に直系卑屬に男子なきときは養親に嫡出男子なきのみならず、庶出男子なき場合をも包含するのである。朝鮮に於ては庶子と雖も祭祀相續、戸主相續を爲し得るものなれば、其の直系卑屬に嫡出子なくとも庶出男子あるときは、他より收養を爲すことを得ない。嫡庶共になき場合に限るのである、之れを舊規に徴するに經國大典禮典立後の條に

「嫡妾俱無子者告官立同宗支子爲後」

とあり、又開國五百三年六月二十八日議案「率養ノ舊典申明ノ件」にも

「嫡妾俱無子然後始許率養申明舊典事」

とあり、而して刑法大全第五百八十二條には

「違法立嗣シタル者ハ左開ニ依リテ處ス」三、妾ノ子有リテ同宗ニ率養シタル者ハ懲役一年ニ處シ其子ハ本宗ニ歸ス」(原文假名は諺文)

とあり、是れ等の舊規議案等に依り、養親にして庶子あるときは他より養子を爲すことを禁制したのであつた。而し該舊規は嚴正に遵守せられず、往々庶子ある場合と雖も他より收養をなす慣習を認められたのである。或一部の社會に於て、所謂門閥勢家に在つては、祖先崇拜と家系尊重の餘り庶出男子を卑しめ、他より養子をなすものが稀に認められた。是れ等の收養に關する慣習は我裁判上屢々有效と認める判例があつたのである。(一)

併し其の後世態の推移に隨ひ、庶子ある場合には親子の情愛に基き、他より收養を爲さざる慣習に變遷し來たつた。是れ全く養子制度の本旨として血族の連結並びに親子の情愛上、庶子あるときは他より收養の必要なが爲めである。要するに現今の朝鮮慣習としては、養親にして既に庶子あるときは、他より收養を許さざるの慣習が確立したりとは認めない。從て若し養親が生前に庶子あるにも拘はらず、他より收養したるときは全然無効と認むることを得ない。養親は庶子あるときは、成るべく他より收養せざる慣習の推移傾向ありと謂ふに過ぎないものと解するが妥當と思ふのである。

る。

併し養親が收養せずして死亡したる後は、其の寡婦より死後養子を選定することを得るか、養親にして既に庶子ある以上は寡婦は他より收養することを得ない。是れ養親が既に庶子あり、他に收養せざる意思を尊重し、寡婦より任意に收養を認めざる精神にして、舊規慣例の趣旨上は勿論人倫上に於ても當然の事理に屬するのである。其の後高等法院判例及び法務局回答に於ても、寡婦に對し庶子ある場合には他より收養を許容せないこととなつたのである。(二)

次に養親となる收養者は必ず戸主たるを要せない。家族の一員たる者と雖も戸主の同意を得るに於ては既婚男子にして相當年齢に達したる者は養親として他より收養することを得るのである。

(一) 大正二年五月二十日高等法院判決

大正四年一月二十一日高等法院判決

大正三年二月六日政務總監回答

(二) 大正六年二月二十七日高等法院判決

大正六年六月五日法務局回答

大正十二年八月二十三日法務局長回答

(五) 養親は養子となる者の後見人に非らざること

後見人が被後見人を自己の養子と爲すことを認めない。是れ後見人が後見事務結了前に管理計算を免れ又は其の任務を曖昧にし以て自己の曲非を逞ふする虞れあるが爲めである。朝鮮に於て民事令

に依り民法後見の法條を適用する所以は、後見の目的及び性質上被後見人の利益を保護し後見事務の完成を期するに在り、其の後見中被後見人を收養するが如きは、該法條の目的趣旨に背反するものなれば、斯く養親の資格に制限を附するは當然であると思ふのである。然れども養親が遺言を以て被後見人を收養するが如きは有効と解すべきものと思ふ。何となれば遺言の効力は後見人の死亡後發生するものなれば、後見人に於て後見事務を私曲するが如き餘地なきが爲めである。

乙 養子と爲る者に關する要件

(一) 養子は養親と同本同姓なること

朝鮮に於ては男系の血族系統を以て親族關係の基本とすることは屢々述べたる所である。而して收養の目的は祖先祭祀の爲め其の男系の血族の斷絶を防止する趣旨に出でたるものなれば、養子となる者は其の養親たる男系の血族より選定し、是れを收養するものであることは謂ふまでもない。茲に養親の男系血族とは所謂同本同姓の親族關係の者である。從て養親と養子とが同姓なるも其の本貫を異にするときは同血族親に非らざれば是れを收養するを得ないのである。而して養親子が同本同姓なる以上は、親等の遠近を問はず慣習上適正に收養を爲し得るのである。是れ等の要件は我民法の收養とは大いに其の趣きを異にする所である。尙養親子關係は男系血族間に行はるるものなれば、養母となる母系血族より收養するを得ないは謂ふまでもない。

(二) 養子となるものは男子に限ること

朝鮮に於て收養せらるる者が男子に限ることは祭祀相續及び男系血統の連結を期する趣旨に基因することは説明を俟たない。我民法に於て男女の區別なく收養なし得ることと多大の差異がある。

(三) 養親となる者より年少なること

養子となる者は養親となる者より年少なることを要するは親となり子となる人倫關係上當然の事理に屬する。(一)併し養子の年齢が養親の配偶者即ち養母より年長者に非らざることを要する慣習はない。(二)從て養子が養親の配偶者より年長者なるも有效なる縁組となるのである。

(一) 大正四年八月七日官通牒第二四〇號慣習調査報告書第一三七問三一九頁

(二) 大正十一年八月一日高等法院判決

(四) 養子は養親と同列に在る男子の子なること

養子となる者は養親となる者の子の列に在る者なることを要する。是れ親子の關係上當然と謂ふべきである。内地に於ては兄が弟を收養する所謂順養子を認むるも朝鮮には絶対に認めない。朝鮮に於ては養子となる者は同父兄弟の子其の他男系の血族たる従兄弟、再従兄弟、四従兄弟の子等にして養親の子の列に在る者なることを要する。若し養親の子の列に非らざる者は親等の遠近を問はず養子となる資格を欠缺するものである。所謂昭穆の序と謂ひ父子の順序を紊さない趣旨に基因する

のである。昭穆の語は禮記の王制に

「天子亡廟三昭三穆與大祖之廟而七諸侯廟二昭二穆與大祖之廟而五大夫之廟一昭一穆與大祖之廟而三士一廟庶人祭於寢」

又祭統に

「夫祭有昭穆昭穆者所以父子遠近長幼親疏之序而無亂也長是故有事於大廟則群昭群穆咸在而不失其倫此之謂親疏之殺也」

とあり又經國大典禮典立後の條に

「尊屬與兄弟及孫不相爲後」

とあり又大明律戶律役立嫡子違法の條に

「若立嗣雖同宗而尊卑失序者罪亦加之其子亦歸宗改立應繼之人」

とあるは此の意に外ならぬ。又刑法大全第五百八十二條四號に

「尊卑ノ次第ヲ失シテ率養シタル者ハ笞六十二處シ其子ハ本宗ニ歸ス」(原文假名は謄文)

とある。是れ等の舊法は悉く昭穆の序を謂ふ。若し其の序を失するときは刑罰に處する趣旨である。從て養親と同列に在る者の子を養子となすを認むるも、其の他の者を收養することを禁制したるものである。而して同列の男は兄弟、從兄弟、再從兄弟等にして其の子は即ち姪從姪、再從姪等であ

る。要するに昭穆は父子の序にして姪と伯叔父、從姪と從伯叔父、再從姪と再從伯叔父とは昭穆の關係となり、收養關係を認むるのである。

然るに養子は養親と同列に當る男系の子に限るも、實際同列に養子となるべき者なきとき、或は又假りに養子となすべき者あるも極めて遠系なるときは、往々養親と同列に當る男系の孫を入れて養子となす慣習がある。斯くの如きは全く例外に屬するものにして、事實上養孫となるべき者である。然るに收養者たる養親に於て他に適宜の養子なきときは、孫の順位にある男子と雖も已むを得ず、直接養子となすことを認むるのである。(一)

(一) 大正四年六月八日司法部長官回答

大正四年八月五日司法部長官回答

大正五年三月四日司法部長官回答

大正十三年六月十三日法務局長回答

(五) 戸主となりたる者は他家の養子となることを得ない

相續に因り戸主となりたる者は其の家の祭祀者であり戸主權者である。家族制度維持上他家の養子となることを得ないのは當然の事理に屬するのである。然るに本家相續の場合は、分家又は一家創立者は勿論相續に因り戸主となりたる者と雖も、自家を廢し本家の養子となることを妨げない。是れ等の例外は本家系統の繼承を重大視したる觀念に基因するものである。要するに分家又は一家創

立の戸主は本家相續の爲め養子となり本家に入ることを得るも、絶対に本家以外に養子となり他家に入ることを認めないのである。(一)

然るに新に家を立てたる戸主なれば、本家養子に限らず本家以外と雖も男系血族関係の下に養子縁組し、自家を廢し養家に入ること認むるも敢て支障なきものと思ふ。何となれば一家新立なれば祭祀すべき祖先繼承すべき家系なければ、其の者の意思に因り自家を消滅せしめ、養家に入るを許容するも敢て支障ないと思ふのである。(二)

而して分家戸主が養子縁組に因り本家に入る場合に、其の分家に祀るべき祖先なきときは、右養子縁組に因り自然該分家は消滅に歸するも、若し祀るべき祖先あるときは戸主相續開始し、分家にも收養の必要を生ずるのである。

(一) 大正五年六月十九日官通牒第九四號

大正十二年五月八日法務局長回答

(二) 大正十四年七月三日法務局長回答

(六) 長男は他家の養子となることを得ない

長男は將來其の家の奉祀者として相續するものなれば、養子となり他家に入るを許容せざるは家族制度の本旨として當然のことである。元來養子縁組に關する慣習は公の秩序に關するものなれば、假令當事者雙方の希望に副ひ門族一同異議なきときと雖も、長男を他家の養子となすことを得ない。

從て該養子縁組ありと雖も當事者其の他の利害關係人は何時にても之れが無効を主張することを得るのである。

然るに朝鮮に於ては例外として本家又は宗家に於て奉祀者たる相續人なきときは、分家支家の長男が本家宗家相續の爲め養子となり其の家に入る慣習を認むるのである。(一)

是れ祖先祭祀、家系尊重の觀念に基因するのである。從て分家長男が自己の父の兄の家と雖も本家に非らざる場合には、其の家の養子となることは認めない。例へば甲男乙男丙男の三兄弟あり、甲乙男には男子なく、丙男には男子ある場合に、丙男の長男は本家たる甲男の養子となり、而して丙男分家後數年前死亡したる乙男の爲め、丙男の二男を亡夫の死後養子に選定せんとするも、丙男の二男は長男が甲男の養子となりたる後は、丙男の相續人となりたるものなれば、其の地位は長男に異ならざるを以て、右丙男の二男は宗家本家に非らざる父の兄たる乙男の養子となることを得ないのである。併し之れには反對の慣習を主張する者あるも是認するを得ない。(二)

(一) 大正五年十月六日高等法院判決

大正十一年十二月十五日高等法院判決

大正十二年七月十日高等法院判決

大正十二年五月一日法務局長回答

(二) 大正四年七月七日政務總監回答

大正五年六月十九日官通牒第九四號

(七) 養子となる者数人あるときは其の近親者にして年長者を先にすること

即ち養子となる者は、兄弟の子は從兄弟の子より先に、長男は次男に、次男は三男に先んずるが如きである。併し實際に於ては斯くの如き順序を嚴守すべき慣習は認められない。養親其の他收養せんとする者が自由意思に依り、是れを選定するものなれば、必ずしも右述の例に依らないのである。即ち同本同姓の者は其の血族の遠近を問はず縁組を約すことを得るものなれば、分家の長男が本家養子となる場合には、分家長男の父が本家養親たる者と必ずしも實兄弟の關係あるを要せず、四等親以上の關係あるものと雖も、分家長男を以て本家相續の爲め收養なすことを得る。(一) 依て右述の原則は現今としては慣習法の價値を認めざるに至りたるも、一般普通に近親者にして年長者が先順位として收養せらるるに過ぎないのである。

(一) 大正十二年十二月十八日高等法院判決

(八) 未成年者が養子となるとき

養子となる者が未成年者なるも意思能力あるときは、自ら養子縁組をなすことを得る。但し十五年未滿の幼者なるときは意思能力の有無に拘はらず、其の家に在る父母若し其の父母なきときは後見人及び親族會之れに代りて縁組の意思を表示する。(一) 従て未成年者と雖も十五年以上にして意思能力ある以上は、親權者、後見人、戸主等の同意を得て自ら縁組の意思表示を爲すことを得る。夫故

に親權者、後見人、戸主等が未成年者に代りて縁組を爲すことを得ないのである。

(一) 大正十二年十月二十九日法務局長回答

第二 共諾に関する要件

(一) 養子縁組が成立するには養親と養子との共諾を要する

往時に於ては養子を爲して將來養家の祭祀相續、家系の繼承を爲さしむる爲め、養親と養子の父母との間に養子縁組の合意のみにて成立し、養子本人の意思を顧みなかつたのである。然るに現今の法制に於ては、意思能力ある者は當事者間に共諾を要するは原則である。只だ養子が十五年以下の幼年者にして前述の如く意思能力なき者は、父母之れに代つて縁組の意思を表示するのである。若し其の父母なきときは戸主、後見人又は親族會等が其の養子に代つて縁組の共諾を爲すのである。

養親は既婚の男子にして配偶者あるも、收養に付ては配偶者の同意を要せない。縁組成立すれば其の養子と養母との間には養母子の身分關係が成立するのである。又養子の妻となる者は夫に従ひ養家に入るものにして縁組の同意を要せない。是れ其の妻は縁組の當事者に非らざれば其の縁組に對し共諾を要せないのである。

(二) 遺言に依る養子縁組

共諾に依る養子縁組の外に養親となる者が死に臨み縁組の意思表示を爲したる後、養子本人又は其

の代諾者が之れを承諾したるときは其の縁組は完成するのである。是れ變則的養子縁組にして、遺言者が正式に收養する機会を得ざりし場合に、右述の如き遺言を以て已むを得ず收養の意思を表示するに過ぎざるものである。斯くの如く遺言に依る養子縁組は慣習上有效と認むるのである。

第三 同意の要件

養子縁組は婚姻と等しく人事の重大事項にして、其の良否に依り人の禍福の相岐るる所である。従て縁組には慎重なる思慮を以て決行すべきものにして、養親又は養子にして家に父母又は戸主後見人等ある場合には其の同意を要するのである。

(一) 父母後見人の同意

養子縁組者にして家に父母あるときは父母の同意、若し父母なく後見人あるときは後見人の同意を要するのである。(一)是れ縁組に依り養子と養親との間には嫡出子と同一の身分關係を生じ、一家にとり重大なる利害關係を來たすものなれば、其の家にある父母又は後見人の同意を要するは當然のことである。尙縁組當事者が成年者たると未成年者たると區別なく父母又は後見人の同意を要するは謂ふを俟たない。

(一) 大正十二年八月二十三日法務局長回答

(二) 戸主の同意

家族が養子縁組をなすときは戸主の同意を要する。(一)戸主が家族の保護者たることは父母が其の子の縁組に同意を要すると同一趣旨に基因する。養親が家族の一員なるとき又は父母なくして單に家族の一人に過ぎざるときは何れも其の家の戸主の同意を要するのである。

(一) 大正十二年七月十九日法務局長回答

大正十三年三月一日司法協會決議

第二目 形式上の要件

朝鮮に於ける往時の養子縁組手續に就ては經國大典禮典立後の條に

「嫡庶俱無子告官立同宗支子爲後」又は「外方人立後者呈狀本道觀察使開錄啓聞自本曹成立案下送」

とあり、刑法大全第五百八十二條第二號にも

「官ニ告ケテ禮斜ヲ蒙ル」(原文假名ハ諺文)

の語がある。是れ等縁組者に於て官廳に告げ其の許可を受くる制規である。所謂禮曹に請願し禮斜を受くる成規なりしを以て一定の方式を履みしが、其の後漸次斯くの如き手續行はれざるに至つた。只だ縁組の儀式として、縁組の後養家に於て之れを祖先の祠堂に報告する慣例があつた。而して近親者は會合し扨酒を擧ぐるを禮とし、其の時を以て縁組の成立を認めたのである。併し現今社會に於ては

右述の如き觀念は全く道義上の舉禮に過ぎずして、法律上縁組成立の觀念として認めざるに至つたのである。

現今朝鮮に於ける養子縁組の形式上の要件は民事令改正に基き、婚姻の形式上の要件と等しく官廳に對し縁組の届出を要する。(民事令第十一條第二項) 即ち養子縁組は戶籍令の定むる方式に従ひ、府尹又は面長に對し届出を爲すべき要式行爲である。其の届出に依り始めて形式上の要件を完成し、其の效力を認むるに至つた。夫故に届出前の縁組は縁組の事實關係にして、法律上縁組の効果は認めないのである。

遺言に因る養子縁組は養親の死亡のときに遡りて其の效力を生ずる。若し縁組の届出の時に始めて其の效力を生ずるものとせば、養親の死亡後縁組の届出あるまで相續上に間隙を生ずることとなる、相續は相續開始のときに開始するものなるも、養親死亡後縁組の届出あるまで確定せざるものと看ねばならぬ。斯くの如く解するときは全く養親の遺言が養親死亡の時嫡出子たる身分を取得せしむる趣旨に反するのである。

第二項 特殊養子縁組

朝鮮に於ける養子制度の基本的觀念は前述の如く祖先及び自己の祭祀を爲さしむる、即ち祭祀相續を爲さしむる目的に基因するものである。然るに其の後法律上の觀念發達し、收養者の死後養子が所謂

祖先祭祀をなすは勿論一家の主宰者となり、外部に對しては一家を代表し内部に對しては家族の身體財産等を保護する任に當るのである。是れ全く養子は相續開始と共に祭祀相續及び戸主相續をなし、更に財産相續を爲す趣旨に擴張されて來た爲めである。而して養親が生前に自ら養子縁組をなしたるときは、相續開始と共に此れ等の諸相續は何等の間隙なく實現せらるるのである。然るに若しも養親たる者が生前に於て前述の養子縁組を爲さずして死亡したるときは、其の相續人となるべき者なく、祖先の祭祀は廢絶し、一家は絶家となり財産は國庫に歸することとなる。斯くありては全く公序良俗に背反するは勿論養親たりし者の意思に適合せない。夫故に其の家族又は親族等より養親たりし者の祭祀相續、戸主相續及び財産相續等を爲さしむべく、適當の養子を選定し之れが相續を爲さしむるは緊要なることに屬するのである。茲に於て養親が生前に養子縁組を爲さずして死亡したる場合に、其の遺族又は親族より養親の爲め養子縁組を爲すこととなり、遂に特殊養子縁組の慣習を確立するに至つたのである。因て以下各種特殊養子縁組に關する慣習に就き之れが説述を試みる。

第一目 死後養子縁組

普通養子は養親の生前に行はるる縁組なるが、死後養子は之れに反し一家の戸主又は既婚の男子の死亡後に於て、其の者の養子を第三者より選定するものである。前述の如く養子は祖先又は自己の祭祀を爲さしむる目的なれば、養親が生前に其の養子を確定するが普通なるも、生前未だ收養することな

くして死亡したるときは、養親の死後已むを得ず其の相続人たる養子を選定するに至るのである。而して其の養子選定は養親の寡婦、母又は親族會等に於て養親の爲め養子を選定し、祭祀、戸主、財産等の相続を爲さしむるのである。尙既婚の長男が家族の一人とし子なくして死亡したるときは家系血統上一世代に加入するものなれば、其の長男の祭祀相続人を選定する必要がある。是れ等の選定に因り養子となる者が茲に所謂死後養子である。

第一 亡戸主に對する死後養子

(一) 死後養子の意義

死後養子とは戸主たる養親が男子なく、或は男子を有したるも其の男子が婚姻を爲さずして死亡したる場合に、其の亡戸主の死後に於て爲す養子を謂ふのである。要するに戸主が死亡し其の相続人なきとき、亡戸主の爲め養子を選定し相続せしむる行爲である。而して死後養子を選定する者は亡戸主たる養親の爲めに被收養者と縁組を爲し亡戸主の養子と爲すのである。従て其の縁組の當事者たる養子と養子選定者との間に縁組が成立し養子が選定せらるるのである。

(二) 死後養子選定権者

養子を選定する者は亡戸主の妻あるときは妻、若し其の妻が死亡し又は其の意思を表示すること能はざるときは亡戸主の母、若し母が死亡し又は其の意思を表示すること能はざるときは祖母、若し

既に祖母死亡し又は其の意思を表示すること能はざるときは、親族會に於て之れを選定するのである。(一)

而して亡戸主の妻ある以上は其の寡婦の意思に反して亡戸主の母又は親族會より養子選定を強要することを得ない。是れ全く縁組の効果が養母子たる親子關係を創設するものなれば、情愛を基本とし一家圓滿を期する以上、寡婦の意思を尊重し適格の養子を選定せしむる爲め、第一順位の選定権者として認むるものである。然るに若し其の寡婦が亡戸主を殺害し又は殺害せんとしたる者ならばは家系繼承に關し養子選定権を認めないのは是れ全く條理上然らしむる所である。(二)

(一) 大正十四年五月五日高等法院判決

(二) 大正十三年十二月十五日高等法院判決

(三) 寡婦の選定に對する同意

寡婦が亡戸主の死後養子を選定するに當り、亡戸主の母又は親族會の同意を要するや否やに付き慣習上多少の疑問がある。高等法院は「寡婦は單獨にて養子を選定なし得る、決して亡戸主の母又は親族會の同意を要せない」と判決した。(三)然れども余は寡婦が養子選定の際に亡戸主の母、祖母等あるときは其の同意を要するものと思ふ。是れ亡戸主が生存中收養するときは、其の尊屬親の同意を要すると同一趣旨に認むべきものと解するが條理上妥當と信ずるからである。

(三) 大正六年四月二日高等法院判決

二六四

(四) 養子未婚にして死亡したるとき選定権者

亡戸主が生前養子を爲し、其の養子が相續に因り戸主となるも未婚の儘死亡したるときは、更に養子の選定を要するのである。此の場合に於ては、前述の如く其の寡婦に於て之れを選定するものである。(四) 是れ其の養子が未婚の儘死亡したものなれば祖先祭祀の連絡上世代に加入せない。従て其の養子は當初より收養せざりしと同一結果と看るが爲めである。故に亡戸主の養子を選定する關係上、亡戸主の寡婦に於て其の選定権を行使するものと認めねばならぬのである。

(四) 大正九年七月九日高等法院判決

(五) 選定権者の順位

寡婦が養子選定権を有するも其の選定を爲さざるときは、亡戸主の母又は親族會にて選定方を強要することを得るや、又は其の寡婦が選定の意思なきときは、亡戸主の母又は親族會が選定なし得るや。元來亡戸主の養子選定権は其の寡婦、母、祖母、親族會等の順位に於て選定権を有するものなれば、第一順位の方が選定せざるときは第二順位、第三順位と養子制度の基本的觀念に基き、養子選定の必要上其の権利の移轉を認容すべきものである。(五) 依つて若し其の寡婦が養子選定の意思なきときは、亡戸主の母又は祖母、親族會等次順位に在る選定権を有する者に於て相當の期間を定

めて之れを催告し、先順位の選定権者に於て選定の意思なきこと明白なるときは、次順位の選定権者に其の選定権は移轉するものと解するは妥當と信ずるのである。假りに寡婦に於て慣習上戸主相續を認むると雖も、祭祀相續は爲すことを得ない。従て寡婦に一時變體的戸主相續を認むるも慣習上之れが永續を認めない。必ず男系男子の祭祀相續、戸主相續を期待するものである。夫故に若し其の死後養子選定権の先順者が其の選定を懈怠したるときは、次順位の選定権者に右述の如く選定権の推移を認むるは條理上當然であると思ふ。然るに若し其の寡婦又は先順位の選定権者に於て選定する意思明白なる以上は、慣習上選定すべき時期に付き何等の制限なきものなれば、只だ相當の日時を經過するのみにては選定権を喪失するものと解することを得ない。(六) 何となれば先順位の選定権者に於て養子選定に付き適格者を搜索し、之れを調査するに充分なる日時を要するのみならず、現在の候補者よりも更に適當なる者が出生する場合あるが爲めである。

尙戸主に庶出の男子ある場合と雖も、養親が生前に於て既に他より養子を爲したるときは、其の養子は所謂嫡出子と同一の権利を享有し相續人となるものである。然るに之れに反し被相續人が生前養子又は遺言養子なく庶出子ある場合は、亡戸主の寡婦、母又は親族會等に於て被相續人の死後養子を選定し相續人となすことを得ない。(七) 是れ被相續人と庶出男子との情義ある親子關係に基因するのみならず、舊來より妾制を認めたる沿革的原因に基くのである。

(五) 大正十三年八月二十八日法務局長回答

(六) 大正十四年五月五日高等法院判決

(七) 大正六年十一月二十六日高等法院判決

第二 既婚長男の死後養子

(一) 長男の死後養子の意義

現戸主の長男が既婚の上戸主より先に死亡したるときは、其の亡長男の爲め養子を選定し、其の養子をして其の家の祭祀及び戸主相続人たる地位を繼承せしむるのである。若しも其の長男が未婚の儘死亡したるときは假令現戸主の二男と雖も當然其の相続人となる。二男三男ありと雖も其の長男が既婚者たりし以上は現戸主の相続人にして、二男以下は絶対に現戸主の相続人たることを得ないのである。是れ婚姻は人倫大禮の一にして血族家系繼承の一階段と認むると共に、長子相続の主義を極端に採用したる結果である。尙長男の寡婦が假りに再嫁により其の家を去りたる後と雖も、長男が既婚者たりし以上家系の世代に入り相続人たる地位は喪失せないのである、従て死後養子選定も長男に子なきときは、子の列に當る者をして相続順位に適合せしめ、長男の配偶者が其の家に在ると他家に再嫁するに關係なく收養し其の相続人となすものである。

(二) 死後養子の選定権者

長男死亡後養子縁組が普通縁組と異なる所は、長男たる養親に代つて其の長男の養子を選定し、相手

方たる養子と縁組を爲す點にある。朝鮮の慣習として亡長男に代つて養子を選定する者は長男の父である。若し父なく又は其の意思を表示すること能はざるときは、戸主、親族會等の順次に從ひ選定権を行使し其の縁組を爲す、即ち是れ等の者は亡長男を養親と見て之れに代つて長男の養子を選定するのである。高等法院は判示して曰く「朝鮮の慣習に於ては、戸主の長男が婚姻し嗣子なくして死亡したる場合に於て、亡長男の爲め養子を選定する権利は第一次に父たる戸主に屬し、戸主死亡せるときは順次其の母、祖母に屬し、此れ等の者皆在らざるとき又は其の權利を喪失したるとき若くは之れを行使すること能はざるとき亡長男の寡婦に屬するものとす」と。(一)然れども余は家族が亡長男の爲めにする死後養子の選定は第一順位として長男の遺妻に於て之れを爲すべく、長男の尊屬親に對し遺妻より先順位の選定権を認むるは不條理であると思ふのである。是れ長男の遺妻と養子との間には養母子たる親子關係を生ずるものなれば、兩者の圓滿を計る爲め其の遺妻に養子選定権の第一順位を認むべきものと思ふ。即ち遺妻の養子選定は養親たる亡長男の地位に代り收養するものなれば斯く認むるが妥當と信ずる。而して其の遺妻が死後養子を選定するに付き亡長男が收養すると同様、戸主又は亡長男の父母の同意を要するは謂ふまでもない。余は斯く解するが條理に適合すると思ふのである。尙既婚長男死亡の場合に於て家系を維持する爲め、亡長男の子の列に在る血族男子を收養して嗣子と爲すを原則とする。然るに亡長男に適當なる嗣子を得ざるときは例外として

亡長男と同列に在る血族男子を收養することを得る。是れ次に述ぶる次養子にして、其の何れを採用するも亡長男の爲め養子を爲すことを得べき者に於て、任意に之れを選定し得べきものである。

(一) 大正十三年二月十二日高等法院判決

第二目次 養子

第一 次養子の意義

次養子とは既婚の長男又は養子死亡し、其の者に男子なき場合に於て、亡長男又は養子と同列に當る者を自己の養子となし、其の養子に男子出生するを待つて亡長男又は養子の養子と爲すを謂ふのである。

朝鮮の慣習に依れば戸主の長男又は養子が婚姻し、嗣子なくして死亡したるときは、其の家系を維持するには亡長男又は養子の爲め昭穆の序に依り、其の子の列に在る者を收養するが通例である。然るに亡長男と同列に在る男子を收養し、一時戸主相續、財産相續をなさしめ、將來其の者が儲けたる男子を以て亡長男又は養子の嗣子と爲す場合を謂ふのである。要するに次養子は亡長男及び養子に嗣子なきとき、正當の養子を收養する爲め次養子の男子を收養する目的を以て、一時的現戸主養親と養子關係を創設するに過ぎない。從て次養子は戸主相續、財産相續等を爲すも祭祀相續はせない。系統上世代に何等の關係なく只だ祭祀を攝行するに過ぎないのである。而して其の次養子に

男子出生したるときは、當然亡長男又は亡養子の死後養子として其の養家の相續人と爲るものにして、養子に選定せられて其の養家の養子となるものではない。(一)而して次養子の縁組に關して養親あるとき、普通任意養子の例に依り養家に入籍する。若し養親となる者の死後なるときは死後養子の例に依り選定するのである。(二)而して其の出生子に對する親權者は亡長男に妻あるときは其の妻は當然親權者となる。若し次養子が一時養子となるも男子を擧ぐることは能はざるときは、亡長男の爲め他より養子を爲すことを得るのである。

(一) 大正九年三月十二日高等法院判決

(二) 大正十三年二月九日法務局長回答

第二 次養子の相續權

次養子は收養者たる戸主死亡に因り相續開始するとき、前戸主の戸主相續及び財産相續を爲すも祭祀相續は收養入家の關係上一時的祭祀を攝行するに過ぎざるものにして、一般養子關係と其の趣きを異にする所である。從て祭祀相續は戸主より既婚の長男又は長男の爲め收養したる養子に移轉し、而して是れ等の者より次養子に生れたる男子又は長男の爲め收養したる養子に移轉するものにして、次養子は祭祀相續上何等の關係はないのである。(一)

次養子が男子を擧げたるときは、其の男子は亡長男の養子にして祭祀相續人となり、家系を繼承す

ると共に一時次養子が相續したる戸主相續及び財産相續も相續し、次養子はその地位を去り實家に復籍するのである。(二)而して次養子が其の地位を去る時期は其の出生子が相當年齢に達するを俟つことあるも、其の時期に就ては慣習上一定せない。(三)若し次養子が男子を儲くるを得ずして死亡したるときは、亡長男の爲め養子を選定するまで、其の家に次養子の妻あり他に尊屬親なきときは、其の妻に於て一時的戸主相續及び財産相續を爲すのである。(四)

(一) 大正九年一月二十七日高等法院判決

(二) 大正四年二月十六日政務總監回答

(三) 大正十二年七月二十三日法務局長回答

(四) 大正九年二月二十七日高等法院判決

第三 次養子の選定権者及び其の順位

朝鮮の慣習に依れば戸主の長男が婚姻し嗣子なくして死亡したるときは、其の家系の維持上亡長男の爲め、其の子の列にある者を收養し嗣子となし、或は亡長男と同列に在る男子を收養し將來其の者が儲けたる男子を以て亡長男の嗣子と爲す目的を以て收養するとは、獨り收養権者の自由選定に依るのである。(一)而して亡長男の爲め養子を選定する権利者は第一に戸主たる父である。然るに既に父死亡せるときは其の寡婦、母、祖母、相次ぎ其の選定権を有するのである。若し是れ等の者なきとき、又は其の權利を喪失し、若くは之れを行使すること能はざるときは、亡長男の寡婦が其

の権利者となる。是れ等の権利者は次養子選定に關する順位に付ては、長男の死後養子の場合と同様に認むべきものと思ふ。何となれば死後養子を得るも次養子を得るも、亡長男の爲めには其の目的は同一の趣旨に基因するが爲めである。只だ死後養子の場合には第一位は寡婦なるも次養子の場合には第一位養父にして、第二位以下は母、祖母、長男の寡婦等共に同一順位である。但し亡長男を殺害したる妻は家系の繼承上次養子を選定する権限を有せざる者と認むるは前述と同様である。(二)次に配偶者ある男戸主が相續人なくして死亡したる場合には、亡戸主の爲め死後養子を選定せずして、其の兄弟の列にある者を以て次養子となすことを得る。是れ等の場合に於ける次養子の選定は配偶者、母、祖母等の順位に選定権を有する。(三)而して其の選定は各選定権者單獨に之れを爲すことを得るものにして、必ず親族會の同意を要するが如き慣習は認めないのである。(四)然れども余は死後養子の場合と同様に若し尊屬親あるときは其の同意を要するものと認むることが條理に適合するものと思ふのである。

而して若しも是れ等の選定権者なきときは親族又は利害關係人、若くは檢事より次養子選定の爲め親族會を招集し、其の親族會に於て亡戸主の父又は亡長男の父を以て養親として次養子を選定することを得るのである。

(一) 大正九年三月十二日高等法院判決

- 大正十三年二月十五日高等法院判決
 (二) 大正十三年十二月十五日高等法院判決
 (三) 大正十三年十二月十八日高等法院判決
 (四) 大正九年三月十二日高等法院判決

第三目 白骨養子

白骨養子とは養親の子の列に當り收養するものなきとき其の孫の列に當る者が既に死亡せる實父を養親の養子となし、其の者の實父の子として養家に入り相續人となる。是れ全く養親に對して死亡せる實父を直接養子となすも實父は既に死亡せるにも拘はらず、恰も生存者と同一視し養子縁組を成立せしむる所謂死者の養子なれば白骨養子と謂ふ所以である。是れ等の縁組は朝鮮舊來に於ては之れを認め屢々行はれたのである。現在朝鮮人間の姓氏系譜編製の際往々白骨養子の事例がある。例へば朝鮮人間に血統家系上高貴有名なる子孫の血統斷絶し居る場合に、若し其の子孫たる光榮を得んと欲する者は其の血統繼承の爲め、自己の繼承せんとする尊屬親中の或者を養親となし、其の子の列に當る自己の尊屬親を以て養子となす。其れ以下は所謂父に従ひ其の家系に入り子孫となり、祭祀相續人となり、延いては財産相續人となるのである。是れに關聯して族譜調製上專横を行ひ將た又財産相續上の策略に依り屢々不正不法の事例あるを聞くのである。然るに現今の法律上の觀念として養子縁組は養親と養子との縁組成立要件として其諾を要すること

は前述の如くである。依て亡父夫れ以上の尊屬親を以て自己の入らんとする養家の養親に對して養子縁組の成立したるが如き形式をとり、子孫が其の亡養子の子孫として父に従ひ其の養家に入ると看做すが如きは、法律上の觀念として認むることを得ざるのみならず、斯くの如き行爲を認むるときは血統家系上の紛争より、延いては公序良俗を害することとなる。從て現行戸籍令上にも之れを認めざることとなつたのである。(一)

(一) 大正十三年六月二十八日法務局長回答

第四目 收養子

養子となる者は男系血族中昭穆の序に當る男子に限るは前述の如くである。併し舊來斯くの如き適格の養子となる者なきときは、異本異姓の血族男子又は女兒を收養し、或は又棄兒を收拾し自己の子とし其の姓に従はしめた。是れ等の養子は皆收養子と謂ひ養親の家に入り親子關係を認めたのである。然るに斯くの如き收養子は朝鮮に於ける養子制度の基本的觀念に背反するものにして、現今の慣習及び戸籍令上不適合のものとして此れ等の收養關係は認めざる故、(二)若し斯くの如き收養を爲すと雖も法律上全然無効に屬するのである。

以下參考の爲め舊法制上の收養子に付き一言附加する。

(一) 大正十一年五月五日高等法院判決

(一) 異姓の收養子

異姓の養子とは自己の血族に非らざる他姓の男子を收養することを謂ふので、舊法以來是れを禁じて居たのである。彼の大明律戸律戸役立嫡子違法條には、

「其乞養異姓義子以亂宗族者杖八十若次子與異姓人爲嗣罪同其歸宗」

とあり、又刑法大全第五百八十一條五號及び六號に

「異姓ノ子孫ヲ乞養シテ立嗣シタル者ハ笞六十二處シ其子ハ本宗ニ歸ス」

「子孫ヲ異姓子人ニ給シテ子孫ヲ作ル者ハ笞一百ニ處シ其子ハ歸宗ス」(原文假名は諺文)

とあり、是れ等の舊法規に於て明かに異姓の收養を禁じ之れを敢て爲す者は處罰し其の子は實家に歸らしめたのである。

又朝鮮の一般慣習としても異姓の子を收養する例はなかつたのである。然るに舊來下層社會に於て養親が適當の養子を收養することを得ないとき、又は單に自己の老後を託し其の死後の祭祀財産上の處分等を委託する目的を以て收養することがあつた。併し此れ等の收養は舊法規上は勿論慣習法として何等認むべき價値はなかつたのである。

(二) 棄兒の收養子

棄兒に就ては舊來より種々の法規がある。戸籍上にも届出其他に關する規定がある。而して人は

其の本姓を稱するを原則とするも、若し棄兒が三歳以下なるときは收養者の姓に従はしめた。併し血族者に非らざれば祭祀其他戸主相續人となることを得ないのである。是れを舊法に徴するに、大明律戸律戸役立嫡違法の條に

「其遺棄小兒年三歳以下雖異姓仍聽收養即從其姓」

とあり、又刑法大全第五百八十二條の五號にも

「但遺棄シタル三歳以下ノ小兒ハ異姓ト雖モ收養シテ其姓ニ從ハシムルモ立嗣スルコトヲ得ス」

(原文假名は諺文)

とあり、是れを以て見るに三歳未満の者は異姓と雖も之れを收養し收養者の姓に従はしむることを得たのである。然るに其の收養子は血族に非らざれば相續人となることを得ない。従て收養子との間に親子關係は生じない、只だ收養父母に對し恩義上喪に服する慣習がありしも法律上何等の効果を認むることを得ないのである。

(三) 女子の收養子

女子は他人の養子となることを得ないのは前述の通りである。然るに舊來女子を收養し營利の目的となす習俗があつた。舊來法制上は勿論戸籍上にも何等の規定はなく親子關係を認めないのである。是れ等の收養子は收養者の家において恰も普通養子の如しと雖も收養子は親子關係なく、従て收養者

の相続人となることを得ない。只だ收養者の父母に對し恩義上の關係あるに過ぎざれば、收養者の死後に祭祀、戸主並に遺産相続者等なき場合には收養子の所有に歸することあるも、是れは收養子の相続に因る取得に非らずして遺贈又は先占取得に過ぎざるものにして、親族相続法上何等の價値を認むべきものではない。

第五目 婿 養 子

婿養子とは養子縁組と婚姻とが同時に成立する場合である。即ち養親と養子と養子縁組を爲し其の養親の女子と其の養子とが同時に婚姻し男子が女家に入るのである。我民法に於ては女子が既に戸主なるときは入夫婚姻となり、家族の一人なるときは婿養子縁組となる。入夫婚姻又は婿養子縁組は共に女家に入り家督相続を期待するは同一なるも、其の女子が女戸主たると家族たるとに因り異なる。

朝鮮に於て所謂我民法の家族の一人なる家女に對し婿養子縁組を爲す法制を認むるや否や、既に婚姻の章に於て之れに類似する招婿婚に付き詳述したれば茲には省略する。要するに朝鮮に於ては我民法の婿養子縁組は認めないが、招婿婚として只だ男子が家女の家に入り婚姻することを認め、恰も形式上婿養子縁組なるも其の目的、内容、效力等に於て異なるのである。

元來朝鮮の養子縁組の基本的觀念は屢々述べし如く祖先の祭祀にある。即ち男系の血族相享け父子相傳へ其の血統の斷絶せしめざるを期するのである。其の男系血族の繼承は相続人たる男子なきときは

男系血族中子の列に當る者を收養し嗣子と爲すのである。從て自己血族外の他姓の者より收養せない要之養子縁組の成立要件は自己の血族中に限り、婚姻成立の要件は異姓間に限るのである。此の兩者共に相反する別個の成立要件併立し、到底合體することを得ざる特性を有するものなれば、其の基本的觀念の改變なき限りは朝鮮に婿養子縁組は到底認むることを得ないのである。

第六目 夫 婦 養 子

夫婦養子とは養子縁組に因り養子となる者に配偶者あるときは其の配偶者と共に收養し、養親の家に入るは我民法の認むる所なるも、朝鮮の慣習としては是れを認めない。即ち朝鮮に於ける收養は養親と養子との共諾に基因し是れが成立を認むるのである。夫故に其の養子の配偶者たる妻との間に合意的意思表示を要せないのである。只だ其の養子たる夫が養家に入るに從ひ其の配偶者たる妻は之れに從屬して養家に入るに過ぎざれば、其の養子に配偶者の有無は何等關係はないのである。又朝鮮には女子の養子を認めざる以上妻が養子となる觀念はない。併し婦は夫に從ひ養家に入るを認むるものなれば結局夫婦養子を認むる結果となる。養親に於て婦は收養せざるも夫に從ひ入家するときは之れを拒絶することを得ざるが爲めである。

養子となる者は其の配偶者の同意を要するや、朝鮮の養子縁組は養親と養子との間の縁組にして妻の介入を認めないは前述の如くである。從て縁組は夫の意思に依るべきものなれば、其の妻に關係な

く其の同意を要せない。只だ妻は夫が養子となり養家に入る關係上夫に従ひ養家に入るに過ぎない。併し乍ら現今夫婦を以て家庭の基本とする小家族制度の觀念發達し來たりたるにも拘はらず尙妻の同意を要せないものとするは、今日の社會生活の實情に適合しないと思ふ。實際上夫婦間に於て夫が他家の養子となるに際し妻の同意を要せずとせば、將來夫婦關係の構成者に於て多大の障害を生ずる場合なきを保し難い。

第三款 養子縁組の無効及び取消

第一項 縁組の無効

養子縁組の無効とは縁組の意思表示が法律上其の効果を生ぜざる場合にして、一般法律行為に關する無効でない。茲に縁組の無効とは縁組の成立要件に缺陷あり、當初より縁組關係の効力が發生せざる所謂縁組の不成立の場合を謂ふのである。其の無効たるや訴訟を以て之れを確定するを要せない。何人と雖も其の無効を主張し得る。若し争ひあるときは無効確認を求むる外はない。而して其の裁判は只だ縁組の無効を判定するに止まる。其の無効は何人も之れを主張し得ると共に何人に對しても其の無効を認めるのである。

我民法に於ては親族法規上縁組の無効及び取消に付き特別規定を設け各場合に依り是れを決するも、朝鮮に於ては其の縁組が如何なる場合に無効となり如何なる場合に取消し得るか、其の區別に従ひ慣

習上何等の發達を認めないのである。夫故に若し縁組の成立要件に付き缺陷又は不適法の事由ある場合は其の要件の缺陷として其の縁組が無効と解する外はないと思ふ。茲に縁組の無効と解すべき場合を列擧すれば左の如くである。

(一) 意思の缺陷

養子縁組は當事者雙方に其の縁組を爲す意思の合致に因り成立する。夫故に若し當事者の雙方又は一方に於て其の縁組の意思に缺陷ある場合は當然無効と解せねばならぬ。例へば其の縁組上人違又は他人の強制に基き其の意思に缺陷あるが如きである。併し其の意思が瑕疵あるに過ぎざる場合には無効ではない。例へば當事者間に相手方の性質、身分、財産等に付き錯誤あるも意思の缺陷に非らざる以上は有効と解する外はない。

(二) 縁組の届出なき場合

届出は縁組成立要件の一つである。事實上縁組するも戸籍令上届出をなさざる場合又届出をなすも受理せられざる場合には、其の縁組は成立要件に缺陷あれば無効と解せねばならぬ。

(三) 養親が養子より年少なる場合

養子縁組は法律の擬制に基き親子關係を創設するものなれば、人倫上養子は養親より年少なるを要するものである。夫故に若し養子が養親より年長者なるときは、其の縁組は成立要件に不適合のも

のなれば無効と解するは當然である。

(四) 養親が既婚者に非らざるとき

養親たる資格は必ず既婚者たるを要件とするは朝鮮の養子制度上慣習の然らしむる所である。未婚者には祭祀相續人たる資格なければ養親たる資格もない。夫故に若し未婚者が收養することあるも養親たる資格は要件を缺くものなれば其の收養は無効である。而して未婚者の意義は一度も婚姻せざりし者を謂ふものにして、一度婚姻したる後妻を離婚し、又は妻死亡に依り獨身者となりたりと雖も、一度既婚者たる以上は祭祀相續人たる資格を有すると共に養親となる資格をも有するのである。従て是れ等の者の收養は有効である。

(五) 直系卑屬の男子あるとき

相續人は一家一人である。收養は其の一家一人たる相續人なき場合には是れを認むるものなれば、若し直系卑屬中相續人たる男子あるときは收養の必要はない。従て之れに反する收養は無効である。庶出男子あるときと雖も、養親に於て他に收養すは有効なるも、養親の死後養子を爲すは無効である。

(六) 同本同姓ならざるとき

養子縁組は男系血族の繼承なれば養親養子間の要件として同姓同本たるは前述の如くである。夫故

に若し異姓異本の者を收養するも血統の繼承とならず、收養の目的を達成することを得ざるものなれば、無効と解する外はない。

(七) 女子を收養したるとき

朝鮮の養子縁組は男系血族の繼承にして、女子を收養するも其の目的に適合せざるものなれば、無効に屬するは謂ふまでもない。

(八) 養子が養親の子の列に非らざるとき

養子縁組は昭穆の序に依り收養するものなれば、若し養子が養親の子の列に非らざるときは、親子天倫に副はざるものとして無効である。只だ養親の子の列に適當の養子なきとき孫の列に在る者を收養するは例外である。

(九) 戸主又は長男を收養したるとき

戸主又は長男は其の家の維持者又は相續人なれば、他家の養子となり得ないは當然の事である。若し是れ等の者を收養するも無効と解すべきものである。然るに本家相續の場合には分家戸主又は長男と雖も本家の養子となるの例外がある。

第二項 縁組の取消

養子縁組の取消とは一度成立したる縁組を解消せしむる意思表示である。我民法には婚姻の取消と同

じく法律上明白に定め一定の原因以外に縁組の取消はない。即ち取消を許す場合は或は公序良俗を基礎とし、或は個人の利害關係を斟酌し、其の取消權者及び取消期間の経過追認等の規定を以て何等專斷を許さない。又其の取消は利害關係なき者に之れを認めず、必ず法律上指定したる者より訴求するのである。然るに朝鮮に於ては縁組の取消に關しては斯くの如き法律的觀念の發達なく、慣習法として何等認むべきものない。從て前述の如く、若し縁組の成立要件に缺陷あるときは、悉く其の縁組は無効と解せねばならぬ。然るに往々にして縁組當事者間に於て利害關係上取消し得べき程度に止め、當然無効を要望せざることもあり、斯くするが却つて公序良俗を保持する上に得策なる場合がある。夫故に余は左の場合の如きは當然無効となすより寧ろ取消し得べき程度に止むるが條理に適合するものと思ふ。若し茲に取消制度を認むるに於ては我民法の立法趣旨に則るか、或は又其の儘朝鮮に適用するか立法上問題である。余は茲に取消し得べき場合の立法上の意見を述べれば左の如くである。

(一) 養親の年齢

我民法には養親の年齢を成年とし成年に達せざる者が收養したる場合には取消を認むるが、朝鮮の慣習としては相當年齢に達し子を擧ぐる望なきとき(通説四十歳以上)に收養することを得るとせるは前述の如きである。夫故に其の通説に反して收養したる場合に其の縁組は收養者たる資格要件を缺くものなれば當然無効と解すべきものである。然るに縁組當事者の意思は其の縁組の無効を主

張せず、寧ろ有効に存續を期待する者に對し強て是れが無効を認むるの要はないのである。夫故に我民法の如く收養後相當の期間の経過又は追認等に依り其の縁組を有効となし、若し當事者の一方に於て之れを要望せざるとき始めて取消を許容するが當事者の意思に準據し其の目的に適合するものである。依て朝鮮に於て慣習上子を擧ぐる望なき通説の四十歳以上を以て養親年齢を規定すると共に若し夫れ以下にて收養したるときは當然無効とせず、取消し得べき程度に認むるは條理に適合するものと思ふのである。

(二) 養親が養子となる者の後見人なるとき

養親が養子となる者の後見人に非らざることは縁組の成立要件にして、被後見人の利益を保護する觀念に基くのである。然るに縁組當事者間又は利害關係人に於て其の縁組の存續を要望するにも拘はず是れを當然無効とする必要はない。依て我民法の如く是れ等の縁組を取消し得べき程度に認め、當事者又は利害關係人の意思を尊重し其の目的に反することを強要する必要はないのである。而して其の取消權は縁組後一定の期間経過後又は追認等に因り消滅することと認め、即ち後見管理終了後又は成年に達したる後相當期間内に是れが取消をなさざるときは、追認したるものと看做すは當事者の意思に適合するものと信ずる。

(三) 配偶者ある者を收養したるとき

朝鮮に於て養子縁組は、養子に配偶者の有無に關係なく養親と養子との間の意思に依り成立し、其の配偶者の意思如何は問はないのである。我民法は其の配偶者と共に收養せざるときは配偶者より取消し得ることを認め、且若し縁組後六ヶ月を経過したるときは追認したるものと認めて居る。朝鮮にては現今縁組當事者の意思如何に依り其の配偶者の意思を顧みないが、現今社會に於て個人思想の發達と共に夫婦を以て家族制度の基礎とする觀念上、一方の配偶者が他方の配偶者の縁組に同意を要し若し其の同意なくして爲したる縁組は其の配偶者より取消し得べきこととなすは、夫婦を基礎とし家族制度を中心とする社會生活の實情から觀て至當の事と思ふ。而して其の縁組には他の一方の同意を要するとするも、追認又は一定の期間經過に依り同意したるものと看做すべき規定をも要するは當然である。

(四) 父母又は戸主の同意條件に違反したるとき

朝鮮に於ける養子縁組に父母又は戸主の同意を要することは其の成立要件の一つである。夫故に若し縁組當事者に於て其の同意を得ざりしときは成立要件を缺くものなれば不成立にして無効に歸するのである。然るに是れ等の同意權者にして縁組成立當時同意なかりし爲め縁組當事者の要望に反し、必ず無効を主張し別離を強要するに及ばざる場合には其の縁組成立に干渉するの要はない。我民法には同意權者が同意せざりし場合又は其の同意が詐欺強迫に因る場合には、同意權者が追認

又は詐欺強迫を免れ六ヶ月を経過し又は縁組届出より二年を経過したるときは其の取消權は消滅することと認められたのである。従て其の縁組の取消ある迄は有効とし、右述の制限内に取消ありて始めて縁組は解消するものと認めて居る。朝鮮に於ても斯く我民法の立法の趣旨に則り之れが立法を期待して止まない。

(五) 承諾に瑕疵あるとき

養子縁組には往々詐欺又は強迫等に依る場合がある。斯くの如き事由あるときは詐欺を發見し又は強迫を免れたる者より相當期間内に其の縁組を取消し得ることを認めねばならぬ。何となれば假令當事者間縁組は成立するも詐欺又は強迫に原因するが如きは、縁組の目的を達成し得ざるは勿論公序良俗に反するものである。夫故に我民法の如きは相當期間即ち六ヶ月間内に取消の意思表示を爲すべきことを規定して居る。従て若し其の期間内に取消を爲さざるときは、當事者間に縁組の存續を要望するものとして其の意思を尊重し、追認したるものと解して居る。朝鮮に於て詐欺強迫に基づく縁組は當事者の一方又は雙方に意思の缺陷ありとし、雙方共無効を主張し得るものとせば將來永久に身分上の確保が出来ないのみならず公序良俗にも影響するのである。依て我民法の如く詐欺又は強迫に依り縁組を爲したる場合は、其の詐欺を知り強迫を免れたる後相當期間内に取消を認め、其の期間を経過したるときは追認したるものと認むるは一般條理上至當のことなれば、朝鮮に於て

も我民法と同一趣旨に基き、之れが立法を期待するは既に婚姻の取消の場合に述べたと同一である。

第四款 養子縁組の效力

縁組の效力は縁組成立に因り養親子間に擬制的に嫡出子たる身分を取得するものなれば、自然血族の朝子關係の效力と區別はない。朝鮮に於て舊法制又は慣習上は養父母に對し父又は母と稱し、實父母に對しては生父母と稱せしが、現今慣習上我民法に倣ひ實父母に對し養父母の名稱を使用するに至つた。今茲に縁組の効果として説述すれば左の如くである。

第一 嫡出子たる身分の取得

養子縁組成立により養子は養親の嫡出子たる身分を取得する。從て養子は養親の血族關係ある親族とは、嫡出子たる身分に基き同一の親族關係を創設する。即ち養子は養親の親族たる直系尊屬、直系卑屬及び傍系親族等の所謂親族關係を生ずるのである。尙養子が未成年者なるときは養親の親權に服し家族となるときは戸主と家族との權利義務の關係を生ずる。

第二 養子は縁組に因り養親の家に入る

養子は縁組成立に依り養家に入るは縁組の目的上當然のことである。若し其の養子にして妻子あるときは共に養子たる夫又は父に從ひ養家に入る。而して其の養家に戸主あるときは其の家の家族と

なるも、戸主死亡し死後養子るときは直ちに戸主たる身分を取得する。從て養子は實家に於ける權義を喪失すると同時に養家に於ける權義を取得する。只だ朝鮮に於ては同姓の男系血族より收養するものなれば養子の姓號には何等の變更はないのである。

第三 親族關係と親等

養子と養親及び養親の親族とは縁組成立以前より親族關係にあるも其の縁組成立に因り、從來の親族關係と親等上の變更を來たす。即ち養親の嫡出子たる身分に基き、新たに親族關係を創設したる親等を指稱するに至るのである。

第四 扶養の義務

養子と養親及び其の親族關係の間に養親子關係として、扶養に關する權利義務を創設するに至る。

第五 養子の相續

縁組は養子と養親との間に相續に關する權利義務を生ずる。例へば死後養子又は次養子の如く其の選定せられたるときより相續人たる身分を取得し、祭祀相續は直接其の養親より相續し戸主相續、財産相續等一時養親の寡婦、母、祖母等より承繼するのである。

第六 遺言に依る養子關係

縁組は成立の日より養親子及び其の血族關係に自然血族と同一の關係を生ずるが、遺言に因る養子

は養親の死亡の日に遡及し、養親の有せし一切の権利義務を繼承する。養親の遺言の效力と養子縁組届出とに期間の介在ありと雖も、相續上の間隙を認めざる爲め、遺言の效力は養親の死亡の時に遡及し、其の時より養子は嫡出子たる身分を取得することは既述の如くである。

第五款 離縁

第一項 總説

(一) 離縁の意義

離縁とは養子縁組の效力を解消する行爲である。内地に於ては舊來離縁と謂へば婚姻及び養子縁組の解消等に使用したるも、我民法上の用語としては婚姻の解消は離婚と謂ひ、養子縁組の解消を離縁と謂ふのである。朝鮮に於ては養子縁組の解消を罷養と稱し、養親より養子に對する縁組の解消の場合に使用したる語である。此の罷養の語は舊規慣例に使用し來たりたるも、併合以來一般に我民法に倣ひ離縁の語を使用するに至つた。

離縁とは養子縁組の解消にして當事者が或は協議上解消することあり、或は法律上の原因に基き裁判上の訴に依り解消することもある。元來養子縁組成立後は嫡出子たる身分關係を發生し親子の情愛を保持するものである。然るに親子相互に情愛と敬慕の念を失し、往々養親が養子を虐待し養子は親に不孝を爲し或は養家の財産を浪費し、放逸の生活に陥り養子縁組の目的に背反する現象を來

たすことがある。斯くの如き場合には、一家の盛衰興亡に影響するのみならず、社會風教上にも多大の弊害を惹起することがある。夫故に斯かる縁組に因る親子關係を繼續せしむるは條理に適合せざるのみならず又惡縁の強要を認むる必要もない。依て縁組當事者の自由意思に基き協議上又は裁判上の請求に依り是れを解消せしむるは、法律上之れを認容すべきものである。

(二) 離縁の種類

縁組の解消に付き縁組當事者間の協議に依る離縁と裁判上の請求に依る離縁と二種類ある。即ち縁組當事者間に於て將來親子關係を維持すること能はざるを知得して當事者の自由協議に因り縁組の解消を爲すことを協議上の離縁と謂ひ、當事者間に右協議が調はざる爲め法律上一定の原因ある場合に限り、當事者の一方より他方に對し裁判上の請求に基き離縁を裁判上の離縁と謂ふのである。

(三) 離縁に關する舊法制

離縁に付き各國法制上各々其の原因内容に於て異なり、或は之れを認め或は之れを許さず或は又一定の制限の下に許容するが如くである。内地に於て從來の慣習及び法律上是れを認むるが、朝鮮にも同様舊來より左述の如き一定の制限の下に協議上の離縁及び法律上の離縁を認めて居たのである。茲に離縁に關する舊法規を看るに大明律戸律戸役立嫡出子違法の條に

「若養同宗之人爲子所養父母無子而捨去者杖一百發付所養父母收管若有親生子及本生無子欲還者

聽」

二九〇

とあり、又續大典禮典立後の條に

「爲人後者本生父母絶嗣則繼歸宗許其所後家改立後若所後父母已死不得改立後則從旁親班祔例權奉其神立俾不絶祀」

とある。是れ等の舊法制に依れば養親に實子が生れ、養子の實家に相續人なき場合或は養親に實子が生れざるも、實家に相續人なき場合には其の養子關係を解消し養親は他に養子をなした。是れ全く當事者間に協議上の離縁を爲すことを認めたと解するを得る。

又六典條例禮典曹繼後の條に

「本生父母絶嗣則許令罷繼歸宗爲人後而有狂易及惡疾不合奉祀者因兩家門長單啓聞罷繼」とあり、又刑法大全第五百八十三條に

「人ノ繼後シタル子カ所後父母ヲ捨去ル者ハ笞一百ニ處シ所後父母ニ發付シテ收管セシム其所後父母カ願ハサル者ハ聽ス生子ニ因リ繼後シタル子ヲ罷歸スル者ハ笞四十ニ處シ舊ニ仍テ繼後ス」但所後父母ガ生子シ本生父母ガ無子ニシテ還歸スル者論スル勿レ」(原文假名は譯文)

とあり、是れ等の舊法規は殆んど前記の法規と同一精神である。若し其の養子が狂易惡疾あり祭祀者に適せざるものは養親より之れを離縁することを認めたるも、收養後實子が生れたる爲め其の養

子を離縁するが如きは認めなかつた。併し養家に實子が生れ養子の實家に相續人なき場合には之れを離縁することを得たのである。北鮮地方の下級社會には實子生れたるときは養子を離縁する慣習ありしと謂ふ者あるも、未だ慣習法として認むるに至らなかつたのである。其の他養子が犯罪を犯し不孝にして財産を浪費するが如き原因あるときは離縁をなす慣習を認めたのである。然るに朝鮮舊來の一般慣習として養親より養子に對し右述の原因あるときは一方的意思表示に依り罷養を認めたるものにして、當事者間に協議上の離縁に關する慣習は殆んど認められなかつたのである。

次に養子が養親の死亡に依り戸主相續したるときは其の養子を離縁することを認めない。是れ全く養子が戸主となりたる後には一家の戸主として全權を取得するものなれば、家族制度保持上他より之れを排斥することを得ないのである。

(四) 離縁の請求權

朝鮮は舊來より法規慣習上養親子間に協議上の離縁を爲す場合と、養親の一方より離縁を爲す場合とありしが、其の後離縁も離婚と同様世態の推移に基き、權利思想の發達の結果各當事者雙方より各自が正當の原因あるときは、離婚又は離縁を請求し得る權利を認むるに至つた。是れ一方養親に離縁請求權を認め他方養子に之れを認めざるは權利の公平を失するが爲めである。

尙養子にして意思能力を有せざるときは其の縁組に承諾を爲したる者より、其の養子の爲め離縁を

要求することを得るは謂ふまでもない。

(五) 離縁の方法

朝鮮に於ては舊來は養親より養子に對し單獨の意思表示を以て一方的離縁即ち罷養を認めたのである。然るに其の後離婚又は離縁は身分關係上重大なる利害關係あるは勿論、公序良俗を維持する上に於ても嚴正且適正なる處置を要するものとし、罷養に關する慣習は廢滅に歸したのである。(一) 從て若し養親子間に協議上の離縁が任意に成立せば兎も角、若し其の協議が成立せざるときは當事者雙方に正當の事由あるときは裁判上之れを訴求する觀念發達し、遂には正義公平の下に判決を以て離縁の適否に付き判断を受くる慣習が漸次發達し、遂には慣習上裁判上の離縁を認むるに至つたのである。(二)

(一) 大正八年十一月二十八日高等法院判決

(二) 大正十二年七月十三日高等法院判決

第二項 協議上の離縁

協議上の離縁とは親養と養子とが協議を以て親子關係の解消を目的とする法律行為である。其の協議の内容又は理由に就ては適正なるや否や敢て問はず、當事者が縁組に付き詐欺又は強迫なく自由意思に基きたる合意なるときは、其の親子關係は解消を認むる。茲に協議上の離縁に關する條件は左記の

如くである。

第一 當事者の協議

協議上の離縁は養親及び養子間に於て一方的意思によらず、必ず雙方の協議に基く意思表示に基かねばならぬ。其の協議たるや當事者間にありては全く自由意思に基き何等の瑕疵なきことを必要とする、若し當事者の一方の意思表示に瑕疵あるときは之れを取消し得ることは當然である。其の取消は民法總則の規定に基き取消すべきや、慣習法に依り取消すべきやは未だ慣習法として認むべきものなければ、前章協議上の離婚の場合と同一趣旨に解すべきものと思ふ。既に同章に於て詳述したれば茲には省略する。

養子にして意思能力なく、例へば通例十五年未滿の者は自ら離縁に關する意思表示を爲すこと能はざれば、縁組に付き承諾の權限を有したりし者即ち實家の父母より其の養子に代つて離縁の意思を表示する外はない。若し其の無能力者に代り之れが協議を爲す者なきときは、養子が十五年以上に達したる後に非らざれば、結局協議上の離縁は爲すことを得ないのである。

第二 保護者の同意

協議上の離縁に保護者の同意を要するは、或は年少にして輕卒なること、或は一時的感情に走り思慮淺薄に基因し離縁するが如きは、將來回復すべからざる不幸と損害とを招來するが爲めである。

夫故に若し當事者間に離縁を爲さんと欲するときは、其の縁組の成立に付き同意を爲す権限を有する者に於て、其の離縁の適正なるや否やを判断し、是れを決定すべきものである。即ち其の同意とは親子關係に於ては養家及び實家の父母の同意を、家族關係にては戸主の同意を要するのである。(一) 反對説として親子關係には父母の同意を要するも家族は戸主の同意を要せないと。(二) 併し余は養親に父母あり且戸主あるときは共に其の親子關係、家族關係に於て父母及び戸主の同意を要すると、養子の實家の父母及び戸主の同意を要せないと解するが妥當でないかと思ふ。何となれば養子が養家を去るに付き養家には重大なる關係あるも、養子の實家には夫程の影響ないが爲めである。而して我民法に於ては滿二十五年以上の者は離縁に付き右述の如き同意を要せざること、所謂自由離縁年齢を規定して居る。然るに朝鮮に於ては慣習上自由離縁年齢なければ、離縁當事者に保護者ある以上は永久に其の同意を要するのである。然れども余は斯く離縁に付き保護者たる者あるとき、永久に其の同意を要するものとせば、多大の不條理を來たす場合がある、夫故に前章の自由離婚年齢の確立を要するが如く、離縁にも亦自由離縁年齢の制定を要するものと思ふ。其の理由は自由離婚年齢と同一趣旨なれば茲には省略する。

(一) 大正五年二月十六日政務總監回答

(二) 大正十三年十月三十日法務局長回答

第三 離縁の届出

協議上の離縁は當事者雙方及び成年の證人二人以上にて口頭又は署名したる書面を以て府尹又は面長に届出、其の受理に依り離縁の效力を生ずるのである。(民事令第十一條第二項)

第三項 裁判上の離縁

第一目 總 說

裁判上の離縁は裁判上の判決を以て縁組の解消を目的とする行爲である。詳言すれば離縁を要求する當事者の一方が他方に對し離縁の訴求に基き、確定判決を以て其の親子關係の解消を目的とするのである。

(一) 養親の離縁請求權

朝鮮に於ける養子の離縁は前述の離婚訴訟の漸進に伴ひ、離縁訴訟の頻出を見るに至つた。元來離縁は養親より養子に對し一方的意思表示に因り其の解消を認めた。即ち舊慣習に依れば養子が養家の資産を蕩盡し、家名を汚損するが如き或は犯罪を犯し養親に對し不幸の甚だしき場合等には、養親の一方的意思表示により離縁を爲すことを認めたのである。然るに離縁に關し是れ等の一方的意思表示を爲すと雖も、若し其の相手方たる養子が之れに應諾せざるときは、如何にして其の養親子關係を解消し得るか未だに爭議を殘し解決を見るを得ないのである。茲に於て單に離縁の通告の

みを以ては離縁の確定とは認めず、離縁すべき事由に基き、裁判上是れを訴求し判決を以て離縁すべき法的確信を醸成し、漸次罷養訴訟の頻出を看るに至つたのである。夫故に高等法院は大正十二年七月十三日聯合部に於て左記の要旨の判示を爲したのである。朝鮮人間に在りては養子が家産を蕩盡する虞れあるとき、又は養親に對し甚だしき不幸の行爲ありたるとき、若くは重罪を犯し處罰せられたるとき等の事由は、今尙慣習上離縁を求むる事由として認めらるるものとす。叙上の事由の存する場合に於て、離縁を爲すには養親の養子に對する裁判外に於ける罷養の意思表示を爲すを以て足れりとする慣習は既に廢滅に歸したるものとす。大正十一年以降にありては離縁を求むることを得べき事由あるときは、當事者の一方より訴を以て裁判所に離縁の裁判を求むべく、之れに對し離縁を宣告する判決あり、其の判決確定したるとき離縁の效力を生ずる慣習成立したるものとす(一)と判決を以て慣習の推移を明示したのである。

要するに朝鮮の舊慣に依れば罷養は養親の養子に對する一方的意思表示を以てなしたるも、該判決後は協議上の離縁成立せざるときは養親より養子に對し裁判上訴求し、正義公平の觀念に基き適正の理由あるときは、裁判上離縁を認むるとの慣習が確立するに至つたのである。而して朝鮮戶籍令に於ても既に如上慣習の推移を認め、即ち養親一方の意思表示に因る離縁の慣習は廢滅に歸し、裁判上離縁に關する慣習存するものなりとの前提の下に、裁判上離縁に因る身分變動に關する戶籍上

の記載を爲さしむることと規定し、以て養親の一方的意思表示に因る離縁に付ては何等の規定を設けなかつたのである。

(一) 大正十二年七月十二日高等法院聯合部判決

(二) 養子の離縁請求權

朝鮮に於ては罷養は舊來養親より養子に對する一方的意思表示に因て罷養を爲したるも、養子より養親に對しては如何なる事由あるも罷養を求むることを得ないのであつた。是れは養子より罷養を強要するが如きは親子の道義に背反するものなりとの觀念に基因したのである。斯くの如き慣習は親子間として或は敬親の美風なりと雖も、極端に之れを認むるときは却つて弊害を發生するのである。一度養子となり親子關係の身分にあるときは、如何なる虐待又は侮辱を受くるも或は又扶養を受くること能はざる場合と雖も、養子より養親に對し絶對に離縁を求むることを得ざるが如き、全く正義公平の觀念に背き時代思想に適應せない。元來縁組は人爲的結合なれば離縁も亦人爲的離別である。因て相當の事由あるとき縁組の解消を認むべきものなれば、茲に養子より正當の事由あるときは其の離縁の請求を認むるも、決して妥當性を缺くものと認むることを得ないのである。前示判例は裁判上の離縁を請求し得る者は必ずしも養親とは限らない。養子より之れを請求し得ることを想定し得るのである。即ち其の判決文中「慣習の認むる罷養原因の存するときは當事者の一方よ

り訴を以て裁判所に離縁の裁判を求むべしとする慣習が成立するに至つた」と謂ふ趣旨は、即ち當事者の一方より訴を以て之れが請求を爲し得るとせば、養親子相互に其の請求權を認むる所以に外ならないのである。次に養親より養子に對する離縁の原因は、後述するが如く殆んど我民法第八百六十六條の内容趣旨に相當するも、養子より養親に對する離縁原因に付ては何等舊規慣例を認めない。尙判例としても何等認むべきものなければ其の原因に就ては多少の疑問がある。併し條理解釋として前示法條の虐待又は重大なる侮辱、惡意の遺棄等の事由あるときは、勿論養子より離縁原因として是れが請求を爲し得るものと解するは妥當と信ずるのである。

第二目 離縁の原因

裁判上の離縁は如何なる場合に訴求し得るや。一定の原因を要するは裁判上の離婚原因と同じく人事の重大事項なれば、法文上之れが確定を要するは當然の事理である。我民法に於ては其の原因に付き制限的に列舉し其の原因に該當する場合には是れを認むるも、朝鮮に於ては未だ離縁原因に付き慣習上制限的確定原因を認めないのである。只だ明治四十三年十二月二十日總督府取調局の回答に依れば、養子が網常の罪を犯したるとき、家産を蕩盡し又は狂易惡疾ありて將來祖先を奉祀する希望なきとき、或は又生家に嗣子なき爲め生家に復歸せんとし又は尊卑失序の場合等を例示的に列舉して居る。而して是れ等の所謂列舉的罷養原因に就き或は其の範圍に於て妥當を缺き、或は其の程度に於て明確を缺

くと雖も、大體に於ては我民法の第八百六十六條の規定の趣旨と異なることはない。只だ其の罷養原因に付ては現今變遷期にありて、各場合の原因事實に依り審査考究し、正義公平の觀念に準據し條理に基き果して離縁原因と認むるが妥當なるや否や裁判上之れを裁定する外はないのである。

茲に朝鮮に於ける罷養原因と我民法の離縁原因と相對比するに、(一)家産を蕩盡する虞れあるときは民法の家産を傾むくる重大なる過失あるときと謂ふに當り、(二)尊卑失序不幸とは民法の虐待若くは重大なる侮辱又は惡意の遺棄と、(三)重罪を犯し處罰せられたるときと謂ふは民法の重禁錮(懲役)一年以上の刑に處せられたるときと同じく其の外民法に於ては養親より離縁原因として、(四)養子が家名を汚すべき重大なる過失あるとき、(五)養子が逃亡し三年以上復歸せざるとき、(六)養子の生死が三年以上分明ならざるとき等の原因を列舉して居るのである。是れ等の原因は朝鮮に於ては明確なる慣習なりと確信を得ざるには非らざるも、條理解釋に基き我民法離縁原因に則り離縁原因と認むべきものと思惟するのである。併し離縁は人事として重大なる利害關係あるものなれば離縁原因に就き、我民法の如く明文上之れが確立を要するは贅言を要しないのである。

右述の如き離縁原因あるときは何時までも離縁の請求權を認むべきか、朝鮮の慣習として既に發生したる離縁請求權は一種の形成權の行使なるは勿論除斥期間の慣習なければ永久に其の請求權を認めねばならぬ。然るに縁組當事者の一方が他方の行爲に同意し、若くは其の行爲に参加し又は宥恕したる

が如きことあらば、之れが訴を提起することを得ざるは條理上當然のことである。

第三目 戸主の離縁

養子縁組成立後養親死亡し養子が相続により一家の戸主として一家の内外に全權を享有するに至れば是れが離縁を要求する觀念は相容れないのである。何となれば養子は既に養子縁組成立と同時に嫡出子たる身分を取得し、養親の死亡と同時に養子は祭祀相續、戸主相續及財産相續等を爲すものなれば、他より是れを排斥し得ざるは家族制度の觀念上當然のことである。是れ等の慣習は民法第八百七十四條に該當し、裁判例も同一に解し議論の餘地はないのである。(一)

(一) 大正四年八月七日官通牒第二四〇號

大正六年五月二十二日司法部長官回答

大正六年十月四日司法部長官回答

大正八年四月二十六日司法部長官回答

大正六年七月六日高等法院判決

然るに朝鮮に於ける從來の慣習が果して右述の如き回答判例の趣旨に適合するや否や。養親の生前に養子を收養し其の者が戸主となりたる場合は前述の如くなるも、養親の死後所謂死後養子又は次養子が戸主相續を爲したる場合に於て、收養者より其の收養戸主に對し正當の離縁原因あるときは、協議上又は裁判上の離縁を爲し得るや多少の疑問がある。

現在戸主と雖も死後養子の結果戸主となりたる者に對し離縁原因として正當の事由あるときは、是れを排除し得ることを認むるも支障ないと思はる。例へば死後養子として戸主となりたる後其の戸主が實家に復歸せんと欲する時、或は又戸主たる養子と養親の寡婦と圓滿を保持し難き場合等に於て、強て其の縁組を繼續する必要はないと考へらるるのである。明治四十三年十二月慣習取調局の回答に「寡婦が亡戸主の爲めに養子を爲したる場合に養子の生家に嗣子なき爲め養子が生家に復歸せんとするときは寡婦は門會の決議を経て罷養することを得」とある。要するに死後養子は戸主となりたる後と雖も、所謂網常の罪を犯し家産を蕩盡し祖先祭祀の意思なき等の場合に於ては、寡婦たる養母より其の戸主たる養子に對し離縁を爲し得るものと認むるは、將來一家の圓滿並びに家族制度の發達を計る上に於て便益にして敢て支障なきものと信ずるのである。然るに是れ等の觀念は未だ慣習法として法的確信を得たるものなりとは斷言し得ない。尙舊慣及び制度調査委員會に於ても、死後養子の場合には養子が戸主となるも養母が養親に代位し收養したる關係上、其の養子に對し養親たる地位を保有する關係上寡婦より其の養子に對し離縁を請求なし得るとある。(二)次に次養子として他家に入りたる後其の生家戸主死亡したる爲め生家を繼承せしむる場合がある。而して其の次養子が其の生家に復歸するも既に其の家に他より養子來たり戸主となり居るときは、其の次養子は其の養子の戸主たる地位を變更するを得ない。然るに其の養子戸主が家産を蕩盡する虞れあるとき、重罪を犯したるとき、又は惡

疾癲狂にして繼後に適せざるとき等一般罷養の原因あるときに限り、門中協議の上之れを罷養することを得るものとし、其の次養子が單獨に之れを罷養することは得ない、(三)と認めて居るのである。要するに是れ等の決議及び回答は養子が戸主となりたる後と雖も、或る一定の事由あるときは離縁を認めたる慣習あることを窮知することを得る。余も斯くの如き場合に於ては其の離縁を爲し得るものと認むるが條理上妥當と思ふのである。併し斯く養子が戸主となりたる後に離縁を許すとすも、相當の制限をなすことを要するは勿論である。彼の明治四十三年十二月慣習取調局の回答には、養子たる戸主が既に養親の三年の喪に服したるときは其の寡婦に於て罷養を爲し得ざる慣習なりと。是れ等一定の制限の下に寡婦より戸主たる養子に對し正當の事由の下に之れを離縁すべきことを許容するは立法上重大問題であるが詳論は後日に譲る。

(二) 大正五年二月十六日政務總監回答

大正十二年一月二十五日舊慣及制度調査會決議

(三) 大正三年八月二十三日政務總監回答

第四項 離縁の效力

離縁は養親子關係の解消にして、其の養家の嫡出子たる身分關係及び養家に於ける親族關係消滅し、其の他扶養の權利義務解消する等收養以前と同一に歸するものにして茲に詳述を要せない。只だ離縁に因り養親子關係が何時に消滅するや即ち離縁の效力發生時期に付き一言を附加する。即ち協議上の

離縁は其の届出に依り効果を發生する。從て其の届出前の協議は所謂内相談にして届出が未だ受理せられざるときは離縁の效力を生ぜないのである。之に反し裁判上の離縁は其の裁判が確定したるとき離縁請求者より裁判確定後十日内に其の届出の義務がある。(戸籍令第八十二條)養子が離縁に因り實家に復籍するときに其の實家が絶家となり復籍すること得ざる場合には、離縁の時に當然一家を創立する。尙朝鮮には夫婦養子を認めざれば夫たる養子が離縁に依り其の養家を去るときは妻は夫に従ひ其の家を去るのである。

第五章 親 權

三〇四

第一 親權の性質

親權は父又は母たる身分に基き其の家にある子女に對して有する身分上及び財産上の監督保護を目的とする權利義務の集合である。

(一) 親權は權利義務の集合である。

舊來親權は子女に對し絶對無限の權力があつた。即ち子女を監護扶育すると共に生殺與奪の權力をも認めて居た。併し近世の法制に於ては親子たる事實關係より一方の意思を以て他方の意思を制限することを公認するに止まるのである。其の意思の制限たるや法律上一定の範圍内に於て權利義務を有する。其の權利義務の集合全體が所謂親權である。此れ等の權義たるや公益を維持すると共に子女の身分及び財産上の利益を保護し、延いては父母の利益をも保持する法律關係の集合を謂ふものである。

(二) 親權は親子關係の權利義務である。

親權者たる父又は母と親權に服する子女とは親子の身分關係に基き權利義務である。而して其の親子關係は生來の親子關係なると法律上擬制に基き親子關係なると區別なく、父又は母たる身分と其

の子女たる身分に基き權利義務である。

(三) 親權は父又は母が家にある子女に對する權利義務である。

親子間に於て家を異にするときは親子たる關係は消滅せざるも親權關係は消滅するのである。親權の行使は其の子が親權者と家を同じくすることを要件とする。例へば父又は母が未成年者の子女にして分家を爲し又は絶家再興したるときは其の子に對し親權の行使は出來ない。又婚姻、養子縁組等に依り他家に入りたるときは親子關係消滅せざるも親權の行使は及ばないのである。

(四) 親權は身分上及び財産上の權利義務である。親として子の身分上の監護又は財産上の保護を爲すは親子の情愛に基くものである。

此の情愛を基礎として親が子の身分上又は財産上監督保護を目的とする權利義務の集合である。依て親權者たる父母は家にある子女即ち未成年者又は獨立の生計を立てざる成年の子の財産の管理等換言すれば一身上の處置に付き利害得失を辨別するを得ざる者に對し、是れが指導管理等を爲すのである。而して子の身分上の監督保護に關する權利義務の集合が所謂監護權にして、財産上の監督保護に關する權利義務が所謂財産管理權である。故に親權は此の監護權及び管理權の集合にして親たる義務を行ふ權利と謂ふことに歸着するのである。

第二 親權と戸主權

舊時嚴正なる家族制度に於ては戸主は一家の統轄的權力を以て家族の身分又は財産上に無限の監督支配權を有したるものにして、親が子に對する情愛に基く親權即ち親子間の權利義務は認められなかつた。然るに其の後家族制度漸衰し個人制度發達すると共に戸主權衰へ親權が認めらるるに至つた。是れ全く親子關係は親子間の情愛を基本とし、親は子を撫育監護し子は親を敬愛し服従するたためにして、親權は益々發達し遂に戸主權を侵蝕するに至つたのである。即ち親が子に對し監護撫育するは勿論、子の職業を選定し若くは子の居所を指定し、財産上の管理等に至るまで既に親權に推移したるの觀を來たしたのである。然るに親權と戸主權とは其の性質内容等に於て異なる。即ち戸主權は一家の主宰者として家族の利益保護を目的とする權利義務にして、親權は親子の情愛に基き親子間の利益保護を目的とする權利義務である。前者は家の統轄を主とし後者は子の監督保護を目的とする點に於て異なる。併し親が戸主たる場合には戸主權と親權と併有し其の間何等の區別はない。又親が家族なる場合には往々親權は戸主權に壓せられ、戸主が未成年者なる場合は親權に壓せらるるが如き觀あるも、兩者各其の目的内容に於て區別がある。其の他扶養の權利義務、居所の指定の如き各々順位ありて是れが併立を認め得るのである。然るに此の兩者の權利義務が各個に行はせらるるときは往々にして衝突なきにしも非らざるも、戸主權の本旨と親權の本旨とに基き條理的解釋の下に其の調和を要するものである。

第三 朝鮮に於ける親權

朝鮮に於ては舊來家族制度の下に戸主權と親子の情愛に基く親權と共に併存し發達し來つたのである。親權者として父あるときは父若し父なきときは母親權を行使し、父が之れを行使する場合と母が之れを行使する場合と其の範圍及び效力に於て異なる所はなかつたのである。併し實際の場合に於て母は女子たる關係上内室にあり外部との交渉を避け世事に暗き爲め、親權の作用として重要な事項即ち其の子の財産管理處分等に付き、伯叔父又は門會等に協議し其の同意を得たる事例はありしも、慣習としては特に母が親權を行ふに際し特別事情なき限りは右様の同意を要せず、親權者としての母は單獨に任意管理處分を爲し得たのである。

又親權の行使は親權に服する子が親權を行ふ父又は母の家にある場合に限るのである。若し子が其の家を出でたるときは親權を行使することを得ない。又子女が親權に服するに年齢上の制限はない子が其の家にある以上は父又は母の生存中親權を脱することを得なかつた。併し乍ら實際上は其の子が相當年齢に達し又は獨立の生計を爲すに至りたるときは、事實上親權は行はれなかつた。次に繼母嫡母は繼子庶子に對し親權を行ふに付て敢て實母と異なることはなかつたのである。併し繼父は慣習上親子關係を認めない、從て子は其の繼父の親權に服することはなかつた。

次に父たる親權者が親權を濫用し若くは著るしき不行跡を爲し或は其の子の財産を危くする場合と

雖も、親子關係上親權者が敢て之れを爲すも已むを得ざることとし、官廳又は親族門會等より其の親權の全部又は一部を褫奪するが如き事例はなかつた。只だ寡婦たる母が著るしき不行跡をなし戸主たる子の財産を危くするが如き場合には往々親族間協議の上是れに干涉する事例はあつた。併し其の干涉を以て母たる親權者に斯くの如き行爲を中止せしめ、或は又其の親權行使を褫奪することは出来なかつた。親權者が子の財産を喪ふも親權者の爲したる行爲なれば已むを得ざるものと認められたのである。

第四 我民法親權の適用理由

朝鮮に於ける舊來の親權は右述の如く慣習として認むべきものはあるも未だ條理上明確ならず、殊に財産管理權に就き慣習上準據すべきものはない。夫故に當局に於ては民事令改正に基き我民法の親權制度を適用するに至つた。其の理由として左記の如くである。

(一) 親權は親が子に對し人倫條理に基き子の利益保護に關する權利義務である。此の親權が舊來の家族制度の下に戸主權に壓迫制限せられしが、近來個人制度の發達に順應し戸主權の專擅は漸衰し親權の擴張を見るに至つた。是れ人倫の至情にして時代の推移に適合するものである。従て從來に倍し親權の發達完成を促し、法律上親權の範圍内容及び效力等を明確にするの必要を認むるに至つたのである。

(二) 朝鮮の舊來の親權は前項大略説明したるが如く、親權の内效力殊に財産管理等に就き明確なる慣習なく、假りに慣習ありとするも未だ發達完成を認むるを得ないのである。併し人倫條理に基く親權作用は、家族制度の下に個人制度を認むる現今の世態に於て日鮮何等の區別はない。従て親權に關する我民法の立法趣旨は朝鮮人間の親權制度の慣習趣旨と何等異なる所を認めないのである。然るに現今の朝鮮人間に認むる親權に關する慣習のみにては、親權作用として其の發達の完成を期し以て子の利益保護を達成すること得ない。特に財産管理權の如きは不備にして到底子の利益を擁護するを得ないのである。寧ろ親權濫用となり幾多の弊害を醸成し親權の目的に背反するを以て、遂に我民法の親權制度を適用するに至つたのである。要するに我民法の親權制度を其の儘適用したるは日鮮共に家族制度より個人制度に推移し、戸主の專横より親權の發達に漸變し人倫情愛に基く親權關係に於て、其の内容及び效力等日鮮何等の區別を認むる必要なく、寧ろ我民法の親權制度を適用するは現代の要求に適應したるものと觀取したるに基くのである。以下親權の内容效力等の諸問題は我民法の親權制度の説明に過ぎざれば、茲に親權制度の概念より我民法の親權制度を適用するに至りし事情を述ぶるに止め其餘は省略する。

第六章 後見

第一 後見の性質

後見とは親権者なき未成年者及び禁治産者の身體財産に付き監督保護を爲す職務である。

(一) 後見は親権者なき未成年者及び禁治産者に對して之れを附する。

未成年者に親権者あるときは未成年者の身體及び財産上の保護を爲すものなれば、他に保護者を要せない。然るに若し其の親権者なきときは他人が是れを保護せねばならぬ。尙親権者が財産管理權を喪失したるときは、財産管理に就き親権者なきと同一に歸着するものなれば矢張り之れが管理保護をする。其の保護者となるものが即ち後見人にして、所謂學者の後見は親権の延長であると謂ふも畢竟此の意味に過ぎないのである。

次に法律上後見を認むるは禁治産者である。其の他の無能力者に對しては之れを認めない。即ち無能力者として妻の如きは智慮不完全に因るに非らず、夫權の尊重に基因するものなれば別に後見人を附することを要せない。又準禁治産者は保佐人ありて特殊の保護を爲すものなれば後見の必要はない。從て茲に後見を要するは無能力者中親権者なき未成年者及び禁治産者に限るのである。舊來は幼少の戸主又は癡癲白痴の戸主に限り後見を認めしも、我民法は其の後趣きを異にして即ち被後

見人は必ず幼少の戸主に限らず家族の一人と雖も親権者なき未成年者に對しては後見を附することがあり、又白痴癡癲なるものと雖も未だ禁治産の宣告を受けざるときは後見を附することはないのである。

(二) 後見は右無能力者の身體及び財産上の保護監督を爲すものである。

無能力者は或は年少にして思慮經驗に乏しく或は精神上に障礙又は錯亂等あり、自ら諸種の法律行為を爲す能はざるか若し之れを爲すも多大の不利を蒙るものなれば、何人か是れを保護し監督するの必要を認むるのである。所謂是れ等無能力者の身體及び財産上の保護監督を爲し、進んでは無能力者に代り諸種の法律行為に因り無能力者の利益を保護増進することを目的とするのである。

(三) 後見は無能力者を保護監督する一種の職務である。

即ち後見人は無能力者の身體を監督し又は財産を保護する任務を有する機關である。其の後見の職務は私法上の職務として被後見人に對する權利義務である。或論者は後見は公の職務にして私の職務でないと言ふものがある。併し後見事務たるや被後見人の監督保護にして國家が之れに干與する性質のものに非らざれば、矢張り私法上の職務であると解するが妥當と思ふのである。

第二 舊來朝鮮に於ける後見

朝鮮に於ては舊來未成年者又は精神病者等に對し一定の保護者を定め、身體及び財産上の保護を爲

し來たりしも嚴正なる後見制度として舊典法例上何等認むべきものはなかつた。只乾隆二年法律第十三號民刑訴訟規則第六十七條に「裁判所は當事者が訴訟を行ふべき能力なしと認めたるときは其の代表者を指定することを得」と規定し、其の他開國五百四年法部令第三號第二條に護後人の代訴を許す規定がある。要するに此れ等の規定は訴訟當事者が無能力者なる場合に其の代理を許可する趣旨にして、無能力者たる者の行爲能力を補充するに過ぎないのである。

然るに其の後時代の變遷に伴ひ親權者なき未成年者の戸主及び精神病者の如き者は、身體及び財産上の保護者を設くる必要を認むるに至つた。即ち無能力者を保護する者を或は護後人と謂ひ、或は後を見る人と謂ふ者を創設するに至り全く後見に類する者が發達したのである。而して朝鮮に於て後見を附する場合は親權者なき未成年者戸主及び精神病者の戸主に限り、所謂戸主權の代理行使を主眼として護後人を附した。従て親權者なき未成年者又は精神病者と雖も家族の一人に過ぎざるときは護後人の如き保護者を要せなかつた。斯くの如き場合は戸主が其の戸主權に基き監督保護を爲すものなれば所謂後見人の必要を認めなかつたのである。

次に護後人となることを得ざる者ありしや否や慣習上明白でなかつた。而し通例として刑罰に處せられし者又は精神病者、浪費者等の如き者は護後人となることを認めなかつた。而して護後人として不適任と認めたるときは、門會に於て是れが免黜の決議をなし排斥する慣習は認められたのである。

尙後見監督人あり、慣習上に於ては常に門長が其の護後人を監督することありしも、是れは門長として門中一切の事項に付き監視するに過ぎざるものなれば、是れを以て直ちに後見監督人とは認むることを得ないのである。従來後見人となる者は何人が其の任務に従ひしか、親權者なき戸主たる未成年者に對しては普通祖母が是れを擁護の任に當り、精神病者の如きは近親者中より保護者を選任し普通伯叔父母が其の任に當つたのである。然るに其の後高等法院は判示して曰く「朝鮮に於ては未成年者に對し親權を行ふ者なきときは、祖母が常に護後人となり未成年者の財産を管理處分する權利を有する慣習は認めず」と。(一)是れ從來の慣習を打破し他に近親中より適當なる護後人を選任し、保護の任に當らしむることを懲慥したのである。

其の後同院に於て、未成年者に對し親權者なきときは、未成年者の身體及び財産等の保護者を要することは社會生活上當然の要求と認め、後見人設置の慣習を認むるに至つた。即ち曰く「朝鮮に於ては未成年者に親權者なきときは後見人を設け是れをして保護監督を爲さしむる慣習あり、而して後見人は父母の遺言あるとき其の遺言を以て指定せられたる者に依り、若し遺言なきときは伯叔父中年長者を以て是れに任ずるを通例とし、是れ等の者なきときは親族協議の上近親者中より適任者を選定する慣習を確信し創設するに至つた」(二)と判示した。而して其の後見人は常に一人に限り同時に二人以上を認むるを得ないと言明するに至つたのである。

(一) 大正元年十月二十四日高等法院判決

大正二年二月二十八日高等法院判決

(二) 大正八年十月三十日高等法院判決

第三 後見制度適用理由

舊來朝鮮に於ける後見制度は前述の如く後見制度又は之れに類似する慣習として殆んど認むべきものはない。只だ戸主にして親権者なき未成年者及び精神病者等に付き身體又は財産上の監護の爲めに近親者中より適當の保護者を選定し、便宜上之れが保護を爲さしめたる程度に過ぎないのである。而して假りに是れ等後見制度に類する慣習を認むると雖も甚だ明確を缺くものにして其の準據に苦しむのである。

茲に於て朝鮮に我民法後見制度の適用を要するや否や、抑も現今に於ける後見制度は親族法上無能力者保護の方法及び公益維持上其の肝要なることは既に論議を要せないのである。即ち未成年者の身體及び財産を監督擁護する職務なれば、恰も親権者の親権行使の如く重要なるは謂ふまでもない。殊に禁治産者の如き精神に異状ある者に對しては、通常未成年者に比し一層周到なる監護を必要とするのである。然るに朝鮮に於ける前述の後見に關する慣習のみにては果して是れ等無能力者の保護を爲し得るや否や、後見は親権の延長たる目的に副ひ之れが完成を期し得ないのである。例へば如何なる場合に後見を認むるや、如何にして後見人を選定するや、即ち指定法定の後見人を任ずる

が如き將た又後見人が如何にして被後見人の爲め身體又は財産の監護管理等をなすか、即ち後見人の權利義務、後見人の免除及び缺格免黜、後見の事務終了、計算及び後見監督人に關する等周到なる法規を以て爲すに非らざれば、能く後見の目的を達成することを得ないのである。夫故に吾人は朝鮮に於ても後見は親権の延長である無能力者の身體及び財産上の保護機關として法制上我民法の後見制度を適用し其の目的の達成を期するは、現今の世態に適合し、諸般法律思想の發達に副ふ適宜の處置と思ふ。而して朝鮮に我民法後見制度を其の儘適用するの可否に付き多少の議論ありしと雖も、現代朝鮮の慣習として後見を認むる以上は敢て之れを適用するも支障なく條理に適合するものとし、當局は大正十年彼の民事令改正と共に我民法の後見制度を其の儘適用するに至つた。我民法の後見制度適用として後見開始より後見人の資格、選任、缺格、免除及び後見事務等の説述は悉く我民法後見制度の解説に譲り茲に省略する。

第七章 保佐人

保佐人は準禁治産者を保護する機関である。後見人が未成年者又は禁治産者を保護するが如きである。後見人は被後見人に對し法律行為を代表するも、保佐人は準禁治産者の法律行為に同意不同意を與ふる権利義務を有するに過ぎない。所謂保佐人は準禁治産者の相談を受ける資格を有し、同意不同意を以て知能の不足を補充する職務にして法律行為の代表者でない。朝鮮に於て舊來より舊規及び慣習上保佐人なる觀念を認めなかつたが後見制度を認めたと同一趣旨に基き、準禁治産制度を認むる以上保佐人の創設を要するは當然の結果である。依て我民法の保佐人に關する法條を其の儘適用するに至つたのである。

第八章 親族會

第一 親族會の性質

親族會は親族又は縁故者を以て構成し、特定の人若くは家の爲め重要なる事項を議決する機關である。

(一) 親族會は法律上の制度である。

親族相集まり特定の人又は家に關し重大事項を協議することあるも、事實上親族間の會合に過ぎずして法律上の親族會でない。茲に所謂法律上の親族とは、法規に従て構成せられたる合議制の決議機關にして法規上の権限を有する。而して是れを合議制となしたるは決議が慎重公平を期し粗漏偏頗に陥ることを防止せんとするが爲めである。彼の法定代理人又は後見人等の單獨處置は時機に應じ敏速なるも往々其の判斷處分を誤ることがある。夫故に家又は人に對し重大なる事項に付ては親族會たる合議制の機關を採用する所以である。

(二) 親族會は親族又は縁故者に因り組織する。

親族會員たる者は親族會を要する特定の人又は家の親族及び縁故者より選定したる者を以て組織する。而して此の親族會員は申請人の選定申請に基き、裁判所の自由判斷に依り適宜の者より選定す

るのである。

(三) 親族會は特定の人又は家の爲めに決議する。

人が完全なる能力を有すれば、親族會を要せざるは勿論、又完全なる能力なくとも親權者あるときは親族會を要せない。然るに若し完全なる能力なきか又は親權者なき場合には、人又は家の利益保護の爲め公平適正なる判断を要するは謂ふまでもない。其の公正にして適宜の判断を要するが所謂親族會創設を要する基本的趣旨である。

(四) 親族會は特定の人又は家の爲め重要事項を決議する。

親族會が決議する重要事項とは親族法及び相續法中各所に親族會の決議を要する場合を認むるものである。例へば或は親族會が後見の最高機關として決議し、或は戸主が戸主權を行ふこと能はざるときは戸主に代り之れを行使し、或は家督相續人を選定し、未成年者と親權者と利害相反するときは特別代理人を選定し、或は又母たる親權者が未成年者に代り重要な法律行爲をなすときに同意する等、其の他人又は家の爲め幾多の重要事項に關し決議する權限を有するのである。

要するに親族會は未成年者及び禁治産者の監督保護の爲め親族生活中最高且つ重要機關である。從て人又は家の爲め親族會を要する場合は常に裁判所に對し親族會員の招集申請を爲し、一定の親族會員に依り斯く事案を決議する。而して親族會は各事案を決議すると共に消滅するものなるも、無

能力者の爲めに創設したる親族會は其の無能力が繼續する間は繼續し事案發生に應じ決議を爲すのである。

第二 朝鮮に於ける親族會

朝鮮に於て親族と云ふは男系の血族を謂ふ。而して男系血族の連續せる範圍を總稱して一族又は宗族と謂ふのである。其の一族たるや所謂同姓同本の血族に限り一族と謂ふに外ならぬ。一族中各地方に分派散在するに至り、其の分派の一部分が一族中の一門と稱する。茲に一族の戸主が會合し宗族に關する特定事項に就き協議決定するを宗會と謂ひ、一門の戸主が會合し家又は門中特定事項に關し協議する親族的協議を門會と謂ふのである。

(一) 宗會

宗會とは宗族一統の戸主が集合し一族に關する重要事項を協議する合議制の機關である。例へば宗族の墳墓地の爭議若くは其の變更に關し協議をなすことあり、或は又族譜の調製訂正の如きは宗族一統の戸主會合協議をなすことがある。而して宗會の會員は一族の各戸主全部にして一統の宗孫たる宗長司會者となり、宗會を招集し之れを指揮するのである。

(二) 門會

門會は一門に屬する戸主全部の會議にして、一門の墳墓位土其他一門の親族及び相續上重要事項

に付き協議を爲す機關である。門會の會員は一門の戸主にして門長之れを招集し司會者となり協議上の指揮を爲すのである。

(三) 會員の資格

宗會及び門會は一族一門の會合は戸主たる資格を以て其の會員たるを得る。我民法の親族會員は親族又は縁故者中より適任者を選定し、以て親族會員たる資格を得るも、宗會門會員は之れと異なり戸主たる資格に於て當然會員たる資格を享有するのである。然るに戸主と雖も幼者、精神病者、不具者、女戸主の如きは會員たる資格を認めず其の會合に出席せざるが普通である。而して會員たる資格は戸主たる身分に附隨するものなれば其の資格を辭することを得ない。從て戸主は悉く會員たる職務を盡す義務があるのである。

(四) 會議の方法

會議は宗長門長に於て一定の期日に會員を招集し議案を決議する。其の議案の採決は出席者の過半数に依り是れを決定し、若し同點にして決定すること能はざるときは宗長又は門長に於て是れを決する。而して其の決議に對し不服ある者は稀に異議を申出づるものありしも、大概是宗長門長の意見に従ひ之れを決定したのである。尙會員外の者と雖も宗長又は門長の許可を得るときは議席に列し意見を述べることを得るが、其の決議の數に加はることは出来なかつたのである。

第三 我民法親族會制度の適用理由

朝鮮に於ては宗會及び門會に付き右述の如く組織及び權限等に付き漠然たるのみならず、其の運用に於ても敏速ならず、進歩せる現代の世態に順應せざるものなれば、大正十年民事令改正に依り我民法親族會の法條を適用し、朝鮮從來の宗會及び門會に關する慣習中我民法の親族會の法條に牴觸する部分を排斥するに至つた。其の理由とする所は左の如きである。

(一) 會員組織

宗會の會員たる者は宗族一派の血族全部の戸主にして門會の會員たる者は、一門中大概有服親の親族全部の戸主の會合である。依て一族一門の全戸主會合し始めて宗會門會が成立するものなれば、會員の組織上餘り其の範圍が廣きに失するは勿論、往々會員にして出席せざる者あり、或は會員多數なる爲め協議容易に一決せざる場合がある。例へば宗族一門中黨派を作り爭議を生ずる場合もあり、或は又何れの黨派にも加擔し其の賛否の意思不明なる者もある。夫故に是れ等の協議の一決が困難又は遅延し急速に適應の處置を爲すことを得ない。然るに我民法の親族會の法條に依れば、親族會は三人以上に限定せられ、會員の選定も容易にして議事の進行も迅速に決定し活動し得る便益がある。

要するに朝鮮の宗會門會は主たる目的は祖先祭祀に關する墳墓、祭祀、位土、族譜等にありしが、

現今の親族會は養子縁組、後見人の選定、無能力者保護等に屬するものなれば、親族會の活動として敏速簡便に適宜の處置を要するのである。依て此の親族會の組織に就て我民法の趣旨に則り其の便宜を期したのである。

(二) 會員の資格

朝鮮に於ては一族一門の戸主は悉く宗會又は門會の會員たる資格を有するものなれば、親族會を要する事件本人と特殊の利害關係を有するものと雖も會員たる資格を有する。従て往々事件本人と利害相反し、協議上公平を失し適正の判断をなさず、却つて事件本人の不利益を來たすことがある。然るに我民法に於ては親族會員たる資格に就き明文上一定の制限を認むる。例へば後見人、後見監督人、保佐人、被後見人に對し訴訟を爲し又は爲したる者等親族會員たる資格を認めない。是れ全く事件本人の爲め適正の判断を爲すことを得ざるが爲めである。

(三) 親族會の招集

宗會門會の招集は宗長又は門長が之れを爲すのである。夫故に事件本人又は親族間に於て其の門長と利害關係ある場合には會合の招集を懈怠することあり、又之れを招集するも往々其の時機を逸するの弊害がある。然るに我民法にては親族會を開くべく、必要事項が発生したるときは事件本人、後見人、後見監督人、保佐人、檢事其の他利害關係人等より隨時其の請求を爲し得る便益がある。

(四) 親族會の議事方法

親族會の議事方法に就ては我民法及び朝鮮の慣習上何等の區別はない。併し親族會員の個々の意見に依り其の會議が決定せざる場合、又は決議するも夫れに對し不服ある場合に於て、朝鮮の慣習上何等の救済方法として認むべきものはない。併し我民法に於ては之れが救済方法としては、其の決議に對し訴を以て無効又は取消を求むることを得る。是れ等は親族會を慎重公平ならしめ其の適正を期する趣旨に基く當然の要求である。

(五) 親族會の權限

親族會の權限は親族法及び相續法上種々の運用を見るものなるが、舊來朝鮮に認めらるる門會の如き規律なき慣習のみに準據するときは、進歩せる社會複雑なる現代に於て親族相續上發生する幾多の問題に對し適正なる判断に依り其の權能を發揮し之れを處置することを得ない。依て我民法親族會の法條を適用し、時代の要求に順應し其の運用を期待する所以である。

第四 親族會と宗會門會との關係

朝鮮に於ける宗會は前述の如く一族宗家の墳墓の争議、族譜の修正、宗中共有財産の管理處分等を議するものなれば、我民法の親族法の親族會に關する法條を適用するも親族會と宗會とは協議事項の目的内容に就て何等の交渉又は抵觸なきものなれば、宗會は尙慣習として實在するものと認めね

ばならぬ。次に門會は前述の如く一族の分派たる一門に關する事項、即ち一門の墳墓、位土其他門中共有財産に關すること、並に門中の養子又は後見人選定監督等に就き議したのである。依て現今我民法の親族會に關する法條を適用するときは、養子又は後見人の選定監督其他親族相續法上の適用を見るも、所謂朝鮮舊來の主要なる門會の協議事項には何等の交渉はないのである。夫故に我民法親族會の法條を其の儘に適用するとき、門會の協議事項中我民法親族會に相當する慣習は廢滅に歸したりと謂ふことを得るも、門會にして我親族會に相當せざる事項に關する慣習は今尙朝鮮人間の慣習として殘存するものと認めねばならぬ。要するに我民法の親族會は無能力者の保護監督機關に過ぎざるものなれば、朝鮮舊來の宗家一門の協議事項とは大部分に於て交渉なきものと謂ふことを得るのである。

第五 親族會制度の不備

我民法親族會制度を以て朝鮮門會の一部其他無能力者保護機關として實施したるは舊來朝鮮の慣習に優ると雖も、彼の法條の運用に就き往々不條理を生ずることは何人も之れを認むるのである。其の法條たるや往々にして親族上の實質關係を忘れ、徒らに形式に走り、親族會の決議が却つて人又は家の爲め之れを利用して不正の行爲を畫策する弊害に陥り易きものである。朝鮮に於て既に本章適用以來一面に便益ありと雖も、他面には往々紛争を惹起する傾向を認めらるるのである。實際

上親族會を以て無能力者又は一家の保護機關として實質上の權威と實益とを收得せしむるには親族會を適正に組織し其の完全なる運用を期せねばならぬ。即ち親族會員の資格又は其の選定等に付き裁判所は府尹、面長又は警察署と連絡を保ち、親族會の招集又は決議等に付き公平且つ適正を期し、以て親權者又は後見人等の親權、後見の濫用を防止し、其他利害關係人の不正行爲を防壓するに適當の方法を講ずる必要がある。斯くして始めて親族會は法律上の意義を有し其の目的を達成し得るのである。

朝鮮人間の親族會は前述の如く民事令改正に基き、親族法及び相續法上親族會の決議を要する場合は我民法親族會の法條に則り、親族會を招集し以て之れを組織し議事事項を決議する。而して親族會員の資格、選定、招集、議事方法其他の事項に關する説述は我民法の解説に過ぎざれば茲に省略する。

第九章 扶養の義務

第一節 總 說

扶養義務とは一定の人が一定の人に對し生活又は教育の爲め經濟上必要なる給與を爲すを謂ふ。

(一) 扶養義務は一定の人が一定の人に對する義務である。

扶養の義務は一定人間の權利義務にして扶養を受くる者より之れを観察するときは權利にして、扶養を爲す者より之れを観察するときは義務である。從て茲に扶養の權利と謂ひ扶養の義務と謂ふも特定人間の扶養關係を兩面より觀察したるものに過ぎないのである。

(二) 扶養義務は生活又は教育の爲め經濟上必要なる給與である。

扶養義務の發生關係は戸主と家族間、又は親族相互間に於て生活及び教育の爲め必要なる經濟上の支給である。其の給與義務の程度及び範圍等は、各扶養權利者及び義務者間の身分、地位、經濟的資力如何に依り決定する。從て給與を受くる權利者が自己の資産又は勞務に因り自活し、又は教育を受くること能はざる場合に限るものにして、自ら自活し、教育を受くることを得るときは是れ等扶養權利義務の關係は消滅する。依て扶養は其の必要の程度を超えて強要する權利なく又義務なきものである。

(三) 扶養の義務は親族上の義務である。

扶養義務は家族關係及び親族關係に於て人倫道義の觀念に基因し老幼相助け有無相救ふものにして強て之れを法律上扶養の權利義務として權利者より義務者に扶養の強要を認むる必要なきが如きである。然るに近時權利思想の發達に隨ひ道義の觀念が浮薄となり、單に之れを人倫道義に委するときは不孝の子が其の父母をして飢餓に苦しませ、無情の父母が子女を顧みざるが如き背倫の行爲あるも之れが救恤の道を講ずることを得ないのである。夫故に若し扶養義務者之れを懈怠し背反するときは、刑法上の處罰は別とし、茲に親族法上親族間に斯る困苦に陥る者を救濟せざるが如きは近親間の情誼、人倫、道義を破壊し、公序良俗を害するものとし、此の義務を以て各人の自由意思に放任せず法律上強要を認むるに至つたのである。從て各國法制上右述の趣旨に基き明文を以て扶養義務を規定するのである。

尙扶養は前述の如く家族關係及び親族關係に基因する義務にして、權利者より是れを見れば經濟的給與を目的とする身分に基く權利である。其の權利たるや義務者の給付を強要する財産權の如くなるも、性質上權利者の一身に專屬するものなれば、他人に讓渡し又は相續等に依り移轉するを得ない。尙給付の目的物が辨濟期に到達したる權利は拋棄することを得るも、將來に向つて之れを拋棄することを得ない。扶養權利者が義務者に對し債務を負擔する場合に扶養權利と其の債務と相殺す

ることを認めないのは扶養義務の性質として當然の事理に屬するのである。

朝鮮に於ては舊時より親族間助け相救ふの觀念は極めて強く、相互に扶養する慣習の成立を認むるのである。其の慣習たるや舊典法規に基くものに非らずして前述の人倫道義の觀念に基因し自然的に發達した。而して若し其の義務に違反したるときは、刑事上の制裁は勿論民事上救恤義務の履行を強要したのである。従て現今親族法上其の儘に準據適用せられ、戸主の家族に對する義務、夫婦間の義務、親権者の未成年者に對する義務其の他親族間の義務等均しく朝鮮慣習上の義務を認むるのである。而して是れ等の義務が如何にして履行せらるるや、即ち其の義務の範圍、順位、程度、方法等に關し各慣習に基き説述を試みる。

第二節 慣習上の扶養の義務

第一 扶養義務の範圍

朝鮮に於ては前述の如く扶養義務は家族間又は親族間に自然的に其の發達を認め來つた。而して此の義務の範圍が如何なる家族間又は如何なる親族間に實現せられたるや、其の範圍には確然たる慣習は認められない。唯だ人倫情愛に基き自然的に親族及び家族間に醸成せられ、其の發達を認むるに過ぎない。其の大意を示せば左の如きである。

(一) 家族關係に於ては戸主が家族を扶養する範圍は、家族が事實上戸主の家にあると否とに關係なく、家籍を同じうする家族たる以上は扶養義務を認むるのである。

(二) 親族關係に於ては如何なる範圍に扶養義務あるや慣習上明確を缺き、往々人に依り其の範圍に付き見解を異にする。普通認容する範圍は有服親に止まると解するが通説である。大體を示せば、

- | | |
|------------|------------|
| (一) 父母、祖父母 | (二) 配偶者 |
| (三) 子孫 | (四) 兄弟姉妹 |
| (五) 伯叔父母、姑 | (六) 姪、姪女 |
| (七) 從兄弟姉妹 | (八) 再從兄弟姉妹 |
| (九) 外祖父母 | (一〇) 妻の父母 |

尙朝鮮慣習及制度調査委員會は左の如く其の範圍を決定して居る。

- | | |
|-------------------|------------------|
| (一) 本宗直系尊屬 | (二) 夫の本宗直系尊屬 |
| (三) 本生(實家)直系尊屬 | (四) 夫の本生(實家)直系尊屬 |
| (五) 配偶者 | (六) 本宗直系尊屬並に其の妻 |
| (七) 出繼子孫 | (八) 本宗兄弟姉妹並に其の妻 |
| (九) 夫の本宗兄弟姉妹並に其の妻 | (一〇) 本生兄弟姉妹並に其の妻 |

- | | |
|------------------|----------------|
| (一一) 出繼兄弟 | (一二) 本宗伯叔父母、姑 |
| (一三) 夫の本宗伯叔父母、姑 | (一四) 本宗姪、姪女、姪婦 |
| (一五) 夫の本宗姪、姪女、姪婦 | (一六) 本宗從兄弟姉妹 |
| (一七) 本宗に於ける外祖父母 | (一八) 本宗從祖父母、大姑 |
| (一九) 妻の父母 | (二〇) 外孫、外孫女 |
| (二一) 本宗從孫、從孫女 | (二二) 女婿 |
| (二三) 家族 | |

右の中孫女以下の直系卑屬たる女、姑、姪女、從姉妹、大姑、外孫女、從孫女は出嫁前に限り、妻の父母女婿は妻又は女の生存中に限り、嫁したる者の扶養を爲すべき本宗の範圍は父母兄弟姉妹に限る。(一)朝鮮に於ては扶養義務範圍は右述の如しと雖も法制上是れが確定的創設を要せないか。抑も扶養の義務たるや義務者が其の義務を懈怠したるときは權利者より是を強要し得るものなれば權利者及義務者間に其の範圍の規律を要するは當然の事理である。若し其の範圍が廣きに失するときは徒らに扶養を望む傾向を生じ、義務を強要する弊害を生ずるのである。若し又其の範圍が狭きに失するときは親族間に窮乏者を頻出し道義人倫に反する弊害を生ずる。從て諸國の法制に於ては各々民情風俗に従ひ法制上一定の範圍を定むるのである。然るに朝鮮の慣習の如きは右述の如く其

の範圍餘り廣汎に失する感がある。斯の如く扶養に關する權利義務が如何なる範圍に限定せらるるや之を確定せざるときは親族的生活に不安を免れない。因て扶養權利者と謂ひ扶養義務者と謂ふも、其の權利義務關係の認めらるる範圍を限定し、明文を以て之れを確立するは法制上當然の期待である。

(一) 大正十年十二月一日習慣及制度調査委員會決議

第二 扶養の順位

扶養の義務は家族及親族相互間に於て、或は權利者となり、或は義務者となる。其の權利義務の分るる所は、一方が自活する能はざるときは他方が是れを扶養する、即ち一方が權利者となれば他方が義務者となるのである。而して茲に權利者となり將た又義務者となるも、其の權利者又は義務者間に數人あるときは、何人が先きに權利者となり何人が先きに義務者となるか法律上其の順位を確立する必要がある。若し然らざるときは權利者と謂ひ義務者と謂ふも其の名のみにして、自ら進んで扶養義務を盡す者なきに非らざるも、往々之れを回避せんとする場合に如何に處斷すべきか、我民法其の他各國法制上此れ等の權利者又は義務者間の扶養順位に就き法條を以て確定して居るのである。朝鮮の慣習に於ては扶養を受くべき權利者數人ある場合に於ける順位は、親等の異なる者の間に於ては其の近き者を先きにし、本宗と外族との間に於ては本宗を先きにする。即ち直系尊屬、配偶者、

直系卑屬、兄弟姉妹、伯叔父其の他傍系親族の順序に依るが如く、又扶養義務者數人ある場合に於ては配偶者、直系卑屬、直系尊屬、兄弟姉妹、伯叔父等の順序に依ると認むるも、一般慣習として確定的順位とは認むるを得ない。普通斯の如き順位であると謂ふに過ぎない。依て立法論として扶養權利者又は義務者に付き法律上の順位を確立するは肝要であると思ふ。若し然らざるときは各順位者間に紛争を生じ、假りに紛争は生ぜざるとも不安の觀念は免れないのである。夫故に朝鮮に於ては我民法に倣ひ扶養の範圍を確定すると共に其の順位をも規律するが肝要である。

第三 扶養義務の發生

(一) 扶養を受くる者は自己の勞務又は自己の財産にて生活すること能はざるとき

扶養の義務を認むるは扶養を受くる者が自活の資料なき場合に、他より之れが給與を受くることを目的とするのである。夫故に自己の財産又は収入を以て生活し得る者は他より何等扶養を受くるを要せない。從て扶養權利者が扶養を求むるに至りし原因が、疾病なると放蕩の結果なるとに區別なく、現在に於て自己の財産又は勞務を以て生活資料を得ること能はざるに至りたるときは茲に扶養權利が發生するのである。是れ全く自活し能はざる者を顧みざるは道義に反するは勿論、法律上に於ても是れを看過するを許さず、是れを強要し得るとの趣旨に出でたるものである。

(二) 自己の資産に依り教育を受くることを得ざるとき

人にして一定の教育を受くべきは國民の一般義務である。然るに若し人が一定の年齢に達するも自己の資産を以て教育を受くること能はざるときは、是れ亦扶養義務者に對し教育を受くる權利を發生するのである。

元來教育は人の此の世に處するに最大の要務である。夫故に國家は國民に對し一定の教養を普及せしむる趣旨に於て生活資料給付と共に扶養義務發生原因の一つと認めたのである。併し朝鮮に於ては舊來は此の義務教育を以て慣習上扶養義務の一種として認めなかつたのである。然るに現今進歩したる一般社會觀念として扶養義務者が扶養權利者に對し一定の年齢まで普通教育を爲すは、扶養義務の一種として是認するに至つたのである。是れ全く朝鮮人間に一般教育思想の普及したる時代の推移として當然の結果である。

第四 扶養の請求權

扶養は扶養を受くる者より看れば權利にして扶養を爲す者より看れば義務である。之れを權利と謂ふも義務と謂ふも一體にして其の觀察の立場を異にするに過ぎない。茲に扶養權利者より觀察するときは義務者に對する扶養請求權の發生となる。而して其の請求權の發生原因に就ては、戸主及家族關係に基くと親族相互關係に基くとに因り、扶養權利に何等の區別はない。而して此の兩原因に基く權利が各別に發生する場合と同時に併立する場合とある。而して家族關係に基く扶養と親族關

係に基く扶養と併立することあるも、二重に扶養を受くることを得ないは謂ふまでもない。

尙扶養請求権は義務者と権利者と家を同一にする以上は事實上別居すると否とに依り區別はない。例へば子が父の下に在ると否と妻が夫と別居すると否とに區別はない。夫が妻を實家其の他に別居せしめたる場合には、妻は夫に對し扶養料を請求する権利ありと雖も、若しも妻が任意に實家其の他に別居したるときは之れが請求権を認めざるは當然であると思ふ。尙夫が戸主の扶養を受け自ら妻を扶養すること能はざるときは、妻は夫に對し扶養を請求するを得ずして戸主に對し之れを請求し得るのである。

又自己の過失に因り自活し能はざるに至りし者と雖も扶養を受くる権利を認むる。我民法に於ては兄弟姉妹間にありて扶養を受くる者が自己の過失に因らざる場合のみ扶養を請求し得ることを認めたるも、朝鮮に於ては兄弟姉妹間と雖も過失の有無に依り権利の消長に何等の區別は認めないのである。

扶養権利者は此の請求権を拋棄することを得るか、我民法に於ては將來に向つて之れを拋棄することを認めない。是れ全く扶養権利者の保護を目的とするものなれば、將來の權利處分を禁止するは當然である。朝鮮に於ては扶養權利を拋棄し得るや否やは何等確然たる慣習は認められない。併し扶養權利の性質上一面權利者の利益を目的とするも、他面社會公益の爲め其の必要を認めたるもの

なれば、將來に向つて任意に之れを拋棄することを認めざるは條理解釋として當然と思ふ。從て若し是れ等の權利に付き豫め拋棄する契約を爲すも無効と解すべきものである。

尙扶養の權利は權利發生後權利者が其の權利實行を等閑に附したる場合に於て、過去の部分に屬する扶養料を請求し能はざるも、一度之れを請求したる後は繼續し其の扶養料を請求し得るものと思ふのである。我民法には明文を以て之れを規定せず、又朝鮮の慣習としても明確ならず、併し扶養請求権の基本的觀念に基き當然の事理に屬するものと思ふのである。

第五 扶養方法

扶養の方法として慣習上確定したるものはない。扶養義務者は權利者に對し或は一定の生活資料を給與するか、或は權利者を引き取り是れを扶養するか、二者の内其の一つを擇ぶは扶養權利者の便宜如何に因り義務を履行し得るものと解せねばならぬ。

尙扶養方法として當事者間に協定することありしも、後日に至り當事者の身分境遇等の變化に依り協定を以て其の方法を變更する場合と何等の協定なく變更する場合とある。即ち協定が一度確立するも或は又扶養方法が確定判決となり居るも、其の後の事情變更に依り之れを改廢することを得る。若し一方が其の改廢を欲するも他方が之れを欲せざるときは判決を以て其の變更を訴求し得るは條理上當然である。我民法に於ては右述の趣旨を明文上記載するも朝鮮に於ては明確なる慣習として

認むべきものはない。然れども扶養義務者が権利者に對し從來一定の扶養料を供與したるも之れを廢し義務者の家に引き取り又は義務者に身分境遇上に變動を生じ、一定の資料を給與すること能はざるときは、從前の協定又は確定判決の改廢を爲し得るは條理解釋として當然のことと思ふ。

第六 扶養の程度

扶養の程度に就ては権利者は充分なる供給を欲するも義務者はなるべく其の負擔の輕減を望むのである。從て権利者の需要如何と義務者の身分資力の如何に因りて決せねばならぬ。朝鮮に於ては扶養の程度に就き慣習として何等認むべきものはない。只だ扶養當事者間の身分及び資産程度に依り其の需給の程度を決する外はないのである。例へば権利者の年齢身體の強弱其の他の事情と義務者の身分資力等に準據し、適宜の程度に其の義務を負擔する外はないのである。

扶養の程度に付き當事者間に豫め協定するも又判決に依り確定するも其の後當事者間の身分資力其の他事情の變化に依り其の程度の變更改廢を爲し得るは當然である。例へば扶養權利者の需要の増減を來たし、又は扶養義務者の資力に變動を來たしたる場合等に従ひ扶養の程度が増減すべきものである。若し當事者間に於て合意上扶養程度を變更するを得ざるとき、或は又扶養程度が判決を以て確定したるも其の後の事情變化に因り是れが變更を要望するときは、各當事者より隨時裁判所に對し其の變更を訴求し得るは扶養義務の本質上當然の條理に屬するものと思ふ。

第二編 相續法

緒論

第一章 相續制度の概念

第一 相續制度

現代に於ける相續制度は國家社會制度上は勿論、各個人の經濟的生活に於ても極めて重大且緊要なる制度である。元來人の生存には限りありて一度生命が其の體軀を離るときは諸種の事實關係や法律關係は悉く斷絶し、唯だ生存中の言行遺蹟が人の記憶に残るのみである。即ち人の死亡は法律上人格の消滅にして法律的生活は遮斷し權利義務は消滅する。茲に於てか法律的人格の消滅に對し幾多の變動を回避し、其の斷絶を補救する爲め茲に相續制度を認むるに至つたのである。所謂法律的人格の消滅に伴ふ人格の繼承にして、相續人は被相續人の家系又は財産等を繼承し、恰も消滅せる人格の延長を期するが如きである。其の人格の繼承たるや家系財産上の權義の主體には個別的變更あるも、法律關係に於ては權義の繼承に基く人格の延長にして何等變更を認めないのである。此の人格の繼承に因り法律的生活の連鎖を規定する法律が即ち相續法である。斯く法規ありて始めて人の靈長たる高貴の

意義を維持し人の不完全性を保障する制度となるのである。若し現世に此の相續制度を否認せんか、人は死亡と共に法律上の權義は消滅し、家系は亂れ、財産は無主物となる。誰が其の生前奮勵努力する者があらう。人は現在生活にのみ囚はれ、理想なく努力なく、自暴自棄となる。如何にして一國の安寧秩序を維持し、社會民心の幸福を保持することを得るであらうか。實に相續制度が國家經濟上に影響する所重大にして、是れが嚴正なる立法制定を要する所以である。

第二 相續制度の種類

相續制の基本的觀念に三種類ある。即ち祖先祭祀の爲めに祭祀相續、一家維持の爲めに戸主相續、財産繼承の爲めに遺産相續の制度を認むるのである。即ち族制制度の下に祖先を崇拜し、子孫繁榮を期する爲め、祭祀相續の觀念を胚胎し、家族制度の下に家を以て國家組織の基本となし戸主相續の觀念を發達せしめ、個人制度の下に私有財産を保持し以て社會經濟上の生活を確立する財産相續の觀念を醸成したのである。併し是れ等の各相續制は其の成立内容效果等に就き何れも差異が認めらるる。

第三 相續制度の推移

此の相續制度たるや親族制度と同じく國情民俗の發現にして、國家社會組織と融合し相背馳するを得ないのである。従て相續制は單純なる理論のみに因り是れが立法制定を許さない。必ず其の國家の建設歴史、政治、宗教、慣習等を參酌し是れが制定を見るべきものである。尙相續制は國家社會の法的

反映にして時と共に進化發達するものである。其の進化發達は必ず權利思想の變遷に相隨伴するものにして、決して自然法學派の謂ふが如く相續制は永久不變のものでなく、又歴史法學者の謂ふが如く立法者の意思に依り擅に制定し得べきものではない。實に相續制は親族制と相俟ち社會國家政治經濟上に適合し、各時代の世態に順應し、能く安寧秩序を保持し淳風美俗を維持すべき制度を確立すべきものである。

第四 相續制度と所有權

所有權の發達を沿革に徴すれば、團體的所有權より家族的所有權を經過し、現今個人的所有權に變遷し來たつた。是れ人爲の結果に非らずして世態變遷に伴ふ自然の結果である。即ち所有權に關する家長專權の制は漸衰し、各家族の勞務其の他に依る所有權の獲得を認むるに至つた。現今家族制度を認むる國家と雖も既に所有權に關し、家長の專擅を許さず、各個人に所有權獲得の制を認めて居る。此の個人的所有權制度の發達が相續制度上個人的相續觀念の發達を促すに至つたのである。彼の相續方法は相續法規に依ると遺言處分に依ると共に一個人の死後其の所有權を自己の親族又は自己の指定する者に繼承せしむるのである。若し彼の社會共產主義者の謂ふが如く人の死後は所有權が社會共有に歸するものとし、自己の親愛なる親族又は自己の欲する儘に處分するを得ざるものとせば、何人能く其の生前に勤勞し蓄財利殖を計るものがあらう。斯の如くにしては到底國家社會の安寧幸福を保持する

ことは望めないのである。國家社會の利福増進を期し公序良俗を保つには、嚴正なる個人的所有權制度の下に法律的身分の繼承たる相續制度を確立し始めて其の完成を期し得るのである。實に相續は人の活動及び貯蓄の機能を促進し、國家社會の進歩發達の原因となるのである。若し此の相續制を廢せんか忽ち私産は放逸し公産は漸衰し國家社會は遂に破滅に終るのである。夫故に相續制度は單に一個人の利益のみに非らずして、實に國家社會の利害に關する重大且緊要なる制度と謂はねばならぬ。朝鮮に於ける相續制度たるや後述の如く往時より族制主義より家族制度に移り、家を以て國家組織の根本とし、祭祀相續、戸主相續の觀念より現今個人主義の發達に従ひ、個人的財産に關する繼承を認め我内地と同様に相續觀念の發達を促したのである。

第二章 相續制の沿革

第一 共有時代

往時東西諸國に於て各種族は水草を逐ふて移住し、其の欲望に追従し恰も鳥獸に彷彿たるが如きものである。斯の如き時代にては財産なる觀念を認めざれば、所有權の觀念もなく、其の後各種族の増殖に従ひ、各自が現在に満足せず、勤勞の結果貯蓄の觀念が發達するに従ひ、他より之れを掠奪せられざるが爲の防護の必要上、利害關係を共にするものは一團體となり、財産を共有保持する時

代があつた。併し未だ同一民族に基く團體的生活と異なるものなれば、其の共有者中一人の死亡者を出すも其の財産は殘存者の共有に屬し、相續人に於て繼承する觀念はない。只だ共有者の一人を減少するに過ぎないので財産上何等の影響を生ぜない。從て此の時代に於ては相續の觀念は認められないのである。

第二 族制時代

舊時各地方に於て種族が増殖するに従ひ各種族間には或は爭鬪掠奪あり。或は有無相通ずる時代があつた。而して各種族は團體的結合生活の下に別異の稱號を指稱し、其の種族の異同を區別したのである。同一稱號を稱する種族は同一血族を表彰するものにして、各所に蟠居し職業其の他事情を異にした。是れ等同一血族者は他の血族者に比し一層親密なる交情を持續し、遂には同一自血族間に於て子孫は其の祖先を自然的に崇拜するに至り、延いて祖先祭祀の觀念を醸成したのである。即ち同一血族の集團が祖先を祭祀する爲め、其の祭祀を掌とる繼承者を要するに至り、遂に祭祀相續の觀念が發達するに至つたのである。

第三 家族制度時代

同一血族者増殖するに従ひ血族者間に分裂し、各別に生活し、本家、分家、宗家、支家の別を生じ、遂に一族團體生活より各家長の下に一家を構成し、社會組織の一單位を形成するに至つたのである。

各家の家長は家内にありては其の家族全員を統率し家族の財産を管理し、外に對しては一家を代表し契約其の他の事務を處理する權能を認めたのである。夫故に一家の統轄權と財産上の支配權とは總て家長の專擅に屬し、家族の特有財産と雖も家長の權能に屬するのである。從て若し家族が死亡するも只だ一家族の一員を減ずるに過ぎざれば、家族の死亡に依る相續なる觀念は認められないのである。併し家長が死亡するときは其の一家の指揮者を失ふものなれば家長の後繼者を設くるを要する。其の後繼者たるものが所謂家長の相續者にして、即ち後述戸主相續の觀念を發現するのである。彼の族制主義の祖先崇拜に依る祭祀相續と共に一家家長權繼承の爲め戸主相續の觀念が発生し所謂家族制度の發達を看るに至つたのである。是れ全く家族制度は一家繼承維持に關する相續にして戸主たる身分相續である。即ち戸主たる身分の繼承にして財産の繼承でない。從て財産の繼承は必ずしも戸主相續と相伴はないのである。要するに家族制度にありては戸主死亡により戸主相續開始し其の戸主の財産有無の關係はない。只だ財産の繼承は戸主たる身分の繼承に伴ふものに過ぎずして戸主相續其のものの直接の目的ではない。

第四 個人制度時代

爾來世態の變遷と權利思想の發達と共に伴ひ家長の權能漸衰するに從ひ、其の家族たる各個人的人格及び權利を認むるに至つた。即ち各家族に各自勞力又は贈與遺贈等に依り自由に財産を取得し之れ

を保管する權利を認め、各家族の特有財産に對しては家長と雖も之れに干渉することを許容せないのである。茲に於て此れ等特有財産を有する家族の一個人が死亡したるときは其の特有財産の相續問題を生じ所謂遺産相續の觀念を發達せしめたのである。各個人が家族の一人として特有財産を所有するを認むるは、家族制度より社會組織上一大變動を來したる所謂個人制度の發現にして、各人は自主獨立し財産特有を本則と認めたる所以である。只だ未成年者其の他の無能力者にして獨立自營すること能はざる者は父母其の他の保護者に於て保護するに過ぎないのである。是れ家長權が漸衰し親權、後見又は夫權に轉化すると共に國家社會組織の單位は家長の家に非らずして、家を構成する分子たる各個人が基本となつて來たのである。從て近時各國の法制上にも家族制度漸衰し、個人制度の發達と共に相續制上に身分の繼承より財産繼承に推移するに至り、現今歐米諸國の如きは所謂家長たる身分地位の相續觀念は漸次消失せんとし、將に相續は遺産たる財産相續のみに變遷しつつあるは顯著なる現象と認むるのである。

朝鮮に於ては舊時より族制主義に基く家長制度の熾烈の國であつた。即ち男系の血族を以て親族家系の基本となし、其の血族の子々孫々が相繼承維持し來つたのである。血族の繼承に伴ふ祖先祭祀の爲め祭祀相續を以て血統の繼承を圖るを重要視し、若し自家に其の承繼者なきときは血族中より養子を選定し、其の後繼者となし祖先の祭祀と血族の繼承を持續し、而も其の繼承者は男子の特權

として女子には絶対に其の資格を認めないのである。従て朝鮮は右述の趣旨の下に嚴正なる家族制度を維持し、以て戸主相続に因り家系の繼續を保持したのである。此の長家制度の下には舊來家族の特有財産を認めざりし爲め、家族の死亡に依り直系卑屬に對し遺産相続の觀念も認められなかつた。従て其の遺産は直系卑屬に於て相続するものでなく戸主に於て其の財産を取得したのである。然るに近代朝鮮に於ては各國の進運に隨ひ權利思想發達し、各家族の人格權能を認むると共に財産特有を許容し、其の特有者たる家族死亡するときは其の遺産は家長の所有に歸せしめず、直系卑屬の所有に歸せしめる所謂遺産相続の觀念發達するに至つたのである。

尙朝鮮に於ては身分權の繼承は當事者の意思に依り是れを左右するを得ないが、財産相続は之れに反し専ら被相続人の意思に重きを置き、其の財産を如何に處分するかに付ては所有者の自由意思に放任したので、彼の遺留分制度の如き觀念は認められなかつたのである。要するに朝鮮の遺産相続は未だ幼稚にして被相続人が其の遺産を遺言其の他の方法に依り處分せざりしときは如何にして其の遺産を相続せしむるか、現今の慣習として明確を缺き、今尙發達の過程にあるものと謂ふことを得る。併し大體に於て家族たる男子の相続人間には長幼の區別なく、共同に其の遺産を相続し之れを相続人間に分配すべきものなりとの慣習は認められて居る。其の配分如何は後章に述ぶることとし、茲には單に朝鮮の現今に於て祭祀相続、戸主相続及遺産相続の三種あることを沿革上説述する

に止むる。

第三章 相続法の性質

相続法は人の身分又は財産を承繼する方法を規定する強行私法である。

(一) 相続法は人の身分又は財産を繼承する法規である。

相続の目的が戸主たる身分を繼承すると謂ひ或は先代の財産上の權義を繼承すると謂ふも、相続人たる後者が被相続人たる前者の地位を繼承するのである。詳言すれば相続の目的が家族制度の下に身分と財産とを包含する相続たると、個人制度の下に單に財産關係に過ぎざる相続たると、法制上の差異あるも、相続人との間に於て身分的地位に基き之れを繼承するものなることは同一である。其の身分の繼承將た又財産上如何なる方法に準據して之れが繼承せらるるものなるや、其の方法を規定する法規が即ち相続法である。

而して相続の目的たる身分及び財産の繼承に關する規定は各國特種の事態に基因するものなれば、其の相続制度上各々特色を具備するものである。即ち一家を以て國家組織の單位となす法制にありては、一家の戸主が死亡其の他戸主權を喪失すると共に是れに代るべき戸主たる相続人を要する。而して戸主相続は戸主たる身分の相続が本則にして其の戸主の財産の有無は關係がない。之れに反

し一個人を以て社會組織の單位と爲す法制にありては、個人の死亡に依り其の者が有せし權義を喪失すると共に之れに代るべき相續人を要するのである。而して個人的權義の繼承は戸主たる身分の繼承と異なり、財産の繼承取得に過ぎざれば結局個人的遺產相續に外ならないのである。從て若し一個人にして權義の目的たる財産なきときは遺產相續は認められないこととなる。或は相續は被相續人の意思を尊重したる結果遺言相續を主とせる法制もある。或は又法定相續制を主とせるものもあり、何れも各國の國情風俗等に基因し全く別異なるか、將た又主從の差異を生ずるものにして各國法制上の統一を期するを得ないのである。

朝鮮に於ては二千有餘年來支那法制の沿革を繼承し社會組織上族制主義に基きたる家族制度を基本となし、祖先祭祀と家系繼承を重要視し即ち血統身分の繼承が相續の本體となり、財産の繼承の如きは其の身分繼承に附隨するものと認めたのである。然るに近時世態の變遷に基き家族制度より漸次個人制度に移せんとする所謂過渡時代に際會して居る。例へば戸主相續に關係なく家族たる一個人の死亡に因り個人所有財産上の權義繼承を認むる。即ち先代の身分繼承を主とし財産相續は從としたる相續を認むるに至つた。茲に相續に關する繼承方法が所謂朝鮮の相續法にして朝鮮從來の慣習に依憑するものである。

(一) 相續法は強行性を有する。

相續法の適用に關しては何人と雖も之れに遵據すべく、自由意思に放任し又は專擅を認めないのである。例へば戸主相續に就て相續人の資格順位の如き遺產相續に就て相續分の分割の如き其他法制上強行的内容を有する。是れ全く相續法制は一國の道德經濟將た又政治上にも重大なる關係がある爲めである。詳言すれば戸主相續は戸主たる身分の繼承にして、國家社會組織の單位構成上重大なる影響あるものなれば、一個人の自由意思に放任し是れが變改を許さない。又遺產相續にありては何人が其の財産を相續すべきか、相續分は如何に確定するか、親族間に利害得失を來たす多大の影響あるものなれば是れ亦一個人の自由意思に放任するを許容せないのである。朝鮮の相續法に關しては祭祀相續と戸主相續と遺產相續とを問はず共に朝鮮の慣習に準據すべきものなるが、其の慣習は未だ相續法制として發達完成を期し得られざるも、既に現今朝鮮の慣習法として是れが確立を認め得るに至らば、何人も之れに服從すべき強行的特性を有するは、何等成文法と區別はないのである。

(二) 相續法は私法にして民法の一部に屬する普通法である。

相續法は國民の或階級若くは特別の人又は特定の地域のみに行はるるものでない。只だ朝鮮貴族は朝鮮貴族令の特別法あるも、其の以外には一般普通法たる相續法即ち朝鮮相續法に依憑すべきものである。

又相續法は主法にして即ち権利の實體的法律關係を規定するものなるが、朝鮮の相續に關する慣習法の運用に關し戶籍令、人事訴訟手續法等助法的規定と相俟つものにして、相續法たる主法と共に運用し其の活用を觀るのである。

次に遺言は純然たる相續法の範圍に屬せざるも、遺言は死後處分にして通常戶主又は財産相續に關聯する事項が最も多きを以て本編中に論述することとする。

要するに相續法は其の性質として身分法たるや財産法たるや、各國法制上各々差異はあるも、朝鮮の相續に關する慣習は我民法相續法と殆んど同一趣旨にして、一定の身分關係に基く地位の繼承である。其の地位繼承の効果として財産上の權義を取得するものと謂ふことを得る。

第四章 相續權の基礎

相續度制の肝要なるは一個人の利害得失に止まらず國家社會將た又經濟上にも其の影響する所重大なるが爲めである。被相續人の生前又は遺言を以て死後に於ける家系及び財産繼承に就き確定せしめたる場合は兎も角、若し此れ等の處置を爲さずして死亡したるときは、其の家系及び遺産上如何にして相續人に歸屬せしむるか、死後果して自己の親愛なる子孫に於て相續するものなるや、將た又他人に掠奪せらるるものなるや、現世に於て吾人が日夜奮勵努力するは個人的な情愛に基く福利増進を望み、

社會的に公序良俗を維持し社會國家の進運を期待する觀念に基因するのである、是れ等の觀念が茲に謂ふ被相續人が生前又は遺言を以て身分上又は財産上の處分を爲さざりし場合に準據すべき法定相續制の基本的觀念となるのである。其の觀念は所謂相續の目的内容の如何に因り差異は認めらるるも、從來一般に該觀念に關する學說としては人の身分地位の繼承に關せず多くは財産繼承を目的とする說明が多いのである。茲に其の主要なるものを擧ぐれば左の如きである。

第一 先占說

先占說は人の死亡に因り權義の主體たる地位を喪ふと共に、其の者が所有したる財産は無主物となる。無主たる財産は先占により其の所有權を取得すると謂ふのである。夫故に人の遺産が所謂無主物となれば先占取得を爲し得る者は自然最近の親族者に於て先占取得する地位にある。從て死者の遺族に之れが取得を認むるは即ち無主物先占の法理に基くのである。

第二 遺思說

相續は被相續人の意思に基き死後相續人に財産を繼承せしむる。即ち財産の繼承は生前中自由之れを處分し得るのみならず、死後に於ても亦之れを處分し得るのである。從て被相續人が遺言を以て其の意思を明示すれば夫れに依るは勿論なるも、若し之れを表示せざりしときは其の者の意思を推定し夫れに副ふことを期せねばならぬ。斯く推定の根據は被相續人と情愛の深淺如何を考量し資

格順位等を定むる。而して其の子孫を以て相続人と認むる所以は人の情愛厚薄の觀念に基因するが爲めである。

第三 共有説

親族は生活上共同の運命を有する、即ち各親族間の權利義務に共同的關係あるものなれば、遺産に付き共有の關係を有し、一人の死亡に因り他の殘存者に於て之れを共有し得べく、從て相続は遺族たる親族間に於て其の遺産を共有取得するのである。

第四 公益説

相続は公益上の必要に基く制度であると謂ふ。人は死亡に因り遺産が無主物となり、若し之れが先占を争ふときは掠奪争闘を生じ社會の安寧秩序を害するのである。夫故に國家は豫め公序良俗を維持するが爲め、相続上一定の規律を以て其の遺産を相続せしむるは是れ公益上の必要に基因するものと謂ふのである。

相続法の基本的觀念に付き主觀的基礎として之れを觀察するときは遺思説は適正である。人の意思是死亡と共に全然其の效力を消滅せしむるものでない。遺言の效力を認むるは死者の意思を尊重し、若し其の人が生存せば斯く處分すべしと推測し、遺産を以て最も親愛なる子孫に繼承せしむるものと規律すべきは一般人の情愛に基く當然のことである。然るに此の説は主觀的にのみ觀察するに過ぎずし

て客觀的の理由を斟酌せざる缺點を認めらるのである。元來相続制度を認むるは一個人の利益のみならず、一家の安寧幸福を圖ると共に社會國家經濟上の考究にも基かねばならぬ。即ち相続人の推定意思は往々にして國家社會將た又經濟上の爲めには往々讓歩せねばならぬ場合がある。特に戸主相続の如きは、被相続人の意思に基くより寧ろ家の存續を重要視し相続權の歸屬を規定するものである。夫故に現今相続權の基礎觀念としては是認する所は、先づ主觀的に意思説に因り相続權の基本觀念となすと共に、客觀的に公益説に依り公益上の觀念に依據し個人的感情利害得失を考察し、社會的に安寧秩序を期し國家社會の進運に伴はねばならぬと思ふのである。

第五章 相続權の性質

相続權とは相続人が被相続人の身分を繼承する權利である。身分繼承とは相続開始前後に於ける被相続人の法律上の地位の繼承にして、相続人と被相続人との親族及び家族關係に基く相続上の權利である。再言すれば相続人が被相続人の法律上の地位を繼承し得る權利にして、其の權利に基き相続物體に對し自ら承認又は拋棄を爲すことを得るも、他人より法律上の地位を強制又は侵犯することを得ないのである。但し法規原因に依る場合は勿論別問題である。而して相続權は身分權にして財産權ではない。恰も相続開始に依り相続人の相続は財産權の一種なるが如き外觀を有するも決して然らず、財

産権は身分を離れ獨立して法律行爲の目的となる権利を謂ふのである。然るに相続権は相続人たる身分を離れて存在することを得ざるものなれば、譲渡の目的となることを得ない。所謂財産権に非らずして身分に伴ふ権利である。要するに相続其のものは財産権に非らずして相続の結果財産権を取得するに過ぎない。相続人が相続権に基き繼承する個々の財産に對する關係は財産権の一種と謂ふべきも、相続人たる身分権に基く相続権發動の効果として財産を取得するに過ぎないものと思ふ。

次に相続権の意義に就き種々の學説がある。即ち或は相続法上の請求權と謂ひ、或は自己を相続人となす意思表示なりと謂ひ、或は又相続開始後相続人が承認又は拋棄を爲すまで有する権利であると思ふ。何れも未だ相続権の意義を説明するには不充分であると思ふ。即ち相続権は相続人の請求又は意思表示の有無に關係なく、又相続人たる身分に依り相続の目的に關する權義を取得するものなれば、相続開始に因り承認拋棄迄の特別の權利として認むるを得ない。相続の承認、拋棄は相続権發動の作用にして個々の財産の取得は其の効果である。殊に相続開始前の相続権の如きは右の諸説を以ては到底説述することを得ないのである。

茲に相続権の發生時期及び態様より觀察すれば、相続開始前の相続権と相続開始後の相続権と二様に區別することを得る。

第一 相続開始前の相続権

或は相続人の相続開始前の地位は相続開始に因り被相続人の權義を繼承し得べき希望に過ぎざれば未だ相続法上權利と謂ふべきものでないと謂ふ。併し相続開始前と雖も相続人の地位は單純なる希望ではない。相続上の權利を享有するものにして只だ其の權義が確定的でないと謂ふに過ぎない。戸主相続にありても遺産相続にありても相続人たる地位を排斥し得る事後の發生事實なき以上は現在の地位を保持し得るのである。例へば戸主相続にありては自己より優先する者の發生せざる限りは其の相続人たる地位を奪はることなく、又遺産相続にありても其の承繼の目的物に多少の差異は生ずるも、相続人たる地位を侵犯せらるることはない。必ず法律上權義に關する地位を保持するものである。夫故に相続開始前と雖も相続人たる地位を確認する爲め自己の地位に基き裁判上之れが確認請求を爲し得るものと解するのである。

第二 相続開始後の相続権

相続開始後の相続権は純然たる相続権である。即ち相続開始後相続人の法律上の地位を指稱する。其の地位は相続開始の時相続人が現實に被相続人の權義を繼承する事態を意味する。此の意味に於ては相続人たる地位は戸主相続たと遺産相続たとを問はず、被相続人の法律上の地位を繼承するものである。其の地位の繼承は相続の内容に依り承認又は拋棄することを得るも、其の承認拋棄は相続人の法的地位に伴ふ効果にして相続権の一作用である。

我民法に於ては相続権の性質を二様に區別して居る。即ち同法第九百七十三條、第九百七十四條及び第九百九十五條の如きは第一の意味にして、同法第九百六十六條、第九百九十條の如きは第二の意味である。朝鮮の慣習に於ても同一趣旨に解するも敢て不當でないと思ふのである。然るに相続開始前に於ける相続人の地位の如きは、將來相続開始後相続人の地位を取得すべき條件附權利に類するものにして、純然たる相続権とは認むるを得ない。何となれば相続人の地位が相続開始前に於ては動搖し、又は相続権發生の機會を喪失することがある爲めである。只だ立法上の便宜に基き相続開始前に於ても將來相続人たる地位を有する以上は其の相続権を認むるも敢て不可なしと謂ふに過ぎないのである。之れに反して相続開始後に於ける相続権は真正の相続権にして、相続人の地位は確定し身分上動かすべからざる權義の繼承を指示するのである。

本 論

第一章 總 論

第一節 相続の性質

相続とは法定原因に因り相続人が被相続人の法的地位即ち身分を繼承するを謂ふ。

第一 相続は法定原因に因り開始する。

相続は權利義務の移轉なれば、其の原因たるや法律又は慣習上一定し居らねばならぬ。戸主相続にありては我民法上法定原因として戸主の死亡、隱居、入夫婚姻其の他の原因を認めて居るが、朝鮮の慣習は戸主の死亡、死後養子の選定其の他法的原因を認め各々其の原因を異にするも、遺産相続に於ては財産上權義の主體たる地位の喪失に基因する。即ち相続人の死亡を以て相続開始原因となすは同一である。是れ等の法定原因に基き相続が開始するものである。

第二 相続は法律上身分の繼承である。

身分とは人の法律上の地位にして包括的權義の主體である。其の權義の主體繼承が相続である。詳言せば人の死亡其の他の原因に依り被相続人の一身に專屬せる權義を除き、其の他の權義の主體たる地位を繼承する趣旨である。茲に地位の繼承と謂ふは被相続人が有せし地位を其の儘に繼承する

のである。從て身分繼承たる相続と財産繼承たる相続とは共に被相続人の身分地位の繼承なるも、必ずしも該相続が相伴ひ又は主従の關係にあるものでない。相続上財産の有無は相続たる觀念に何等關係はないのである。例へば被相続人に資産なき場合又は負債のみある場合と雖も、相続開始原因に因り相続が行はるるのである。然るに相続が身分關係に基き單に財産上の權義を繼承する場合がある。併し其の權義は被相続人の一身に專屬する權義を除き、其の他の財産繼承に過ぎざる場合がある。此の觀念は個人主義の發達せる國に於ては、往々相続は人の死後に於ける遺産の處分方法に過ぎざるものと認むるも、朝鮮慣習に於ては家族制度の下に祭祀及び戸主たる身分に關する權義の繼承と單に財産に關する權義の繼承と三様に認めて居るのである。

第三 相続は權利義務の包括的移轉である

相続は被相続人の身分を繼承するものなれば其の地位に伴ふ權利義務は當然包括的に繼承する、即ち被相続人の權義は一身に專屬する權義を除き、其の儘相続人に歸屬する所謂被相続人の地位の延長であると謂ふことを得る。其の權義たるや被相続人に屬せし最後の權義にして、内容範圍等何等の變更なく目的物を一體視し包括的繼承を爲し、之れが分割移轉を認めないのである。若しも相続人が數人あるときは各別に相続人に歸屬するものに非らずして、數人が共に其の目的物を包括的に繼承し、共有者として是れを取得するに過ぎないのである。

要するに相続人は被相続人の法律上の身分繼承者にして、被相続人と身分上一定の關係を有するものに限る。其の身分關係は法規上又は慣習上一定の資格、順位等ありて、相続人被相続人其の他の者より之れを任意に變改することを得ない。被相続人と法律上同一の地位にある如く其の權義の繼承が所謂相続である。尙相続は法律的事實にして相続人が被相続人の權義を繼承するは當事者の意思如何に依り是れを左右するものでない。法規又は慣習上相続開始するときは相続人は當然被相続人の權義を承繼するものにして、賣買、贈與等の如く合意に依る權義移轉と其の性質を異にする。即ち相続は當事者の意思に依らず法的處分である。其の法的處分の效果に對し相続人の承認拋棄に依り左右することを得るも、法的處分其のものに對しては當事者の意思の介在に依り之を左右することを認めないのである。

第二節 相続の種類

相続制度は各國の國情に因り異なる。即ち各國の歴史、宗教、教育、又は法律、經濟、慣習等に基因し各々特異の制度を有するものなることは前述の如きである。彼の歐洲諸國の如きは往時より大家長權の家族制度に發生し、漸次家族の權利が發達し家長權を認めず、遂には夫婦本位の近代的家族制度となり、極端なる個人制度を認むるに至つた。即ち家長主義より個人主義に、身分權の繼承より財産

權の繼承に推移したのである。我國に於ては舊時より明治維新まで矢張り大家長權の家族制度を認めたるに基因し、其の後歐洲の相續制度に則り個人制度を加味するに至り、所謂家族制度を主とし個人制度を従とし家督相續及び遺産相續を認めて居る。即ち身分權と財産權の繼承とを併有せる制度を認めるのである。

朝鮮に於ては往時より支那家族制度の沿革を繼承し、嚴正なる家族制度の下に祭祀相續、戸主相續のみを認め、財産は是れ等の相續に隨從するものと觀念したのである。然るに近時文化發達と共に權利思想發達し、遂に個人制度に基き財産相續の觀念を醸成するに至つた。依て現今朝鮮に於ける相續制度としては祭祀相續、戸主相續及財産相續の三態様を認め得る。即ち祖先崇拜の信念より祖先祭祀の爲め祭祀相續あり、一家の繼承の觀念に基き戸主相續あり、家族の財産特有の觀念に基き遺産相續を認むるに至つたのである。

第一 祭祀相續

朝鮮に於ては祭祀相續は祖先の祭祀者たる身分上の地位を繼承する。即ち祖父子孫と世々相傳へ其の祭祀者たる地位の繼承を保持する。是れ全く祖先崇拜の觀念に基き舊時より相續中第一位に重大視し來つたのである。元來相續たる成語は近時相續法に關する思想發達に依り之れを使用するに至りしものである。李朝の各大典、禮典等には奉祀又は立後と謂ひ、奉祀は承重主祭、立後は祭祀繼

續の語にして祭祀者繼承の意味で所謂祭祀相續である。此の觀念は近時家族制度の下に戸主相續の觀念が發達し、漸次戸主相續に吸収せらるるに至つた。現今に於ては祭祀相續は男系血族繼承の爲め殆んど族譜作成の要具となるに過ぎない。從て法律上權義繼承の觀念が薄弱なる關係となつたのである。

而して祭祀相續の觀念は祖先祭祀者の地位の繼承なれば、被相續人が一家創立又は分家者には家に祭祀すべき祖先なければ祭祀者たる地位の相續はない。即ち分家者又は一家創立者の相續人は被相續人一先代の祭祀者に過ぎずして祭祀相續は認められない。尙女子は戸主相續を爲し得るも男系血族繼承の觀念に反し、相續上各世代に計上するを得ざる爲め、祭祀相續を認めないのである。

第二 戸主相續（家督相續）

朝鮮に於て舊時の族制時代は祭祀相續の觀念ありしも戸主相續の觀念はない。家族制度の發達に伴ふて家長相續より戸主相續の觀念が發達したのである。戸主相續は戸主及家族たる關係に於て家長たる身分に基因し、一家戸主の地位繼承である。戸主たる身分を失ふと同時に其の相續人は前戸主に專屬する以外は一切の權利義務を繼承する。所謂舊戸主より新戸主へ身分の延長と觀るべく、被相續人の權義は相續人の權義となる。所謂我民法の家督相續に該當するものである。朝鮮に於ては普通戸主相續は祭祀相續と共に開始するが必ずしも相伴ふものでない。例へば被相續人が一家創立

又は分家戸主にして相續開始したるときは戸主相續は開始するも、祭祀すべき祖先なければ祭祀相續はない。又祭祀相續、戸主相續共に開始するも、男子の相續人なきときは被相續人の祖母、母及び妻の順位にて戸主相續のみ繼承し祭祀相續は認められない。祭祀相續は男系血族中の男子が死後養子に依り相續人に選定せらるるまで一時曠缺の状態にある。是れ女子には戸主相續を認むるも祭祀相續は認めないのである。元來女子に戸主相續のみを認むるは現今の法律制度が一家を以て社會組織の單位とし戸主に依る一家の維持を缺くべからざるものとする觀念に基き、變體的に一時欠缺を補ふ方法として是れを認むるに過ぎないのである。

第三 財産相續（遺産相續）

朝鮮の往時に於ては遺産相續の觀念は認められない。即ち族制時代に於ては家産は全部共同所有にして、家族の一人が死亡するも團體員の一人減少するに過ぎずして家産は殘存家族が之れを共有する。従て家族の死亡に因る財産相續の觀念は相容れないのである。其の後家族制度の發達と共に家族死亡したるとき其の家族の財産は家長の所有に歸し、遺産相續の觀念も亦認められなかつたのである。然るに近世に至り個人制度發達し、各個人に財産の特有を認むると共に家族たる所有者死亡に因り其の財産の死後處分として財産繼承の觀念が發達し、遂に相續法上遺産相續なる一種の觀念を認むるに至つたのである。

而して所謂遺産相續とは家族の死亡に依り相續開始し、相續人は其の家族たる死亡者の身分其のもの相續するに非らずして、家族たる身分關係に基き家族が特有せし財産を相續するものである。従て家族の特有財産の主體たる法律上の地位即ち權義の主體たる身分地位の繼承に過ぎないのである。夫故に遺産相續は相續開始當時被相續人が必ずしも積極的財産のみを有せることを前提とせない。遺産相續の目的物たる財産が積極的價值より消極的義務が過重なるも、相續人が其遺産を相續する以上は其の過重義務は負擔せねばならぬ。要するに被相續人が義務のみを残したる場合と雖も、義務が相續財産上の關係に屬するときは其の義務を負擔せねばならぬ。

第三節 相續開始

第一 相續開始の時期

相續開始の時期とは相續開始原因發生し、相續人が相續權に基き被相續人の權利義務を相續する時期、即ち相續人が被相續人の法律上の身分及財産を繼承するの時期である。此の繼承の時期は相續人の請求又は意思表示を要せない。相續原因發生に因り其の開始を看るのである。要するに相續開始の時期は各種の相續開始の原因に基き被相續人が權義の主體たることを得ざる時期到來し始めて相續開始の時期が發生する。従て權利の主體たるを得ざる時期と相續開始の時期とは同一であると

謂ふことを得る。

相続開始の時期は法律上確定するを要する。相続開始當時何人が相続権あるや其の時期の確定前後により相続人となる資格順位等を決するものなれば、相続人には多大の利害得失の関係がある。例へば相続人と被相続人と何れが先に死亡したるや、或は又相続人間の順位に付き係争起るときは相続開始の時期に於て決すべく、遺言の効力の発生時期も其の時に遡るものなれば、戸主相続と遺産相続との區別なく相続上其の時期を決定すること肝要である。

第二 相続開始の場所

相続開始の場所に於ては、我民法は明文を以て家督相続と遺産相続との區別なく被相続人の住所に於て開始すと定めて居る。朝鮮に於ては慣習上明確ではない。而して相続人の住所に於て開始するものと認むべきが條理上當然と思はる。即ち被相続人の住所は生活の根據地にして、身分上又は財産上種々重大なる関係ある所にして被相続人の住所に於て相続が開始するものと認むる外はない。斯く認むるも何等の支障はないと信ずるのである。而して若し被相続人の住所が知れざるときは、居所を以て住所と看做し其の居所に於て相続は開始するものと認むべく、是れ全く相続は被相続人の権義の繼承にして被相続人の一身上將た又財産上利害関係の重大なるものなれば、被相続人の住所又は居所に於て或は又最後の居所に於て相続開始の場所と認むべきものと思ふ。

第四節 相続人の資格

第一款 自然人及び胎兒

第一 自然人

相続人の資格は被相続人の権義を繼承する権能を有する者に限るのである。此の権能は権利能力者たる者は何人と雖も是れを享有する。即ち私權の享有は出生に始まるものなれば人は出生に因り相続人たる資格を享有するのである。

人は出生を以て權利享有の始期とし死亡を以て終期とする。夫故に人の相続資格は其の出生より死亡に至るまで之れを有する。從て相続開始當時未だ出生せざる者、既に死亡し又は失踪宣告を受け其の取消なき者は相続人たる資格を有せざることとなる。尙法人は権義の主體なるも相続人たる資格を認めない。是れ相続は身分關係より發生する権義の繼承なれば自然人に限るのである。詳言すれば祭祀相続又は戸主相続に於ては其の相続人は前奉祀者前戸主の地位を繼承するものにして、自然人たる身分關係に限り又遺産相続に於ても被相続人の遺産に關する権義の繼承なれば、相続人と被相続人との身分關係に基くが爲めである。

第二 胎兒

胎兒は相續法上相續人たる資格を有するや否や。胎兒は未だ出生せざるものなれば權利能力の主體ではない。從て相續上の權義の享有は認められない。併し乍ら胎兒は將來必ず出生するものにして被相續人と血統相繼ぐものである。從て被相續人は自己の相續人として將來出生する胎兒に相續せしめんと欲するは情義の然らしむるのみならず、相續は元來身分繼承を本義となすものなれば、我民法に於ては特に胎兒を既生兒と看做すとの明文を以て相續上の權利能力者として相續資格を認め居るのである。

朝鮮に於ては舊來胎兒の相續資格に關し我民法の如く既生兒と看做すと謂ふが如き、直接權利能力の主體と認めたる法制はない。然るに胎兒の權利利益の保護上多數の立法例を看るに、殆んど胎兒は既生兒と同一に保護をなし、慣習上にも既生兒と同様に取扱つて來たのである。茲に舊法規を徴するに、多くは胎兒の保護に關し妊婦に對する審判、行刑の制限及び墮胎等を罰し間接に胎兒を保護する結果となる。彼の李朝成宗の二年即ち開國八十年に於て經國大典刑典用律の條に「用大明」と規定し以て朝鮮に於ける刑法の一部として施行したのである。其の刑律斷獄婦人犯罪の條に

「若婦人懷孕犯罪應拷決依上保管待產後一百日拷決若未產而拷決因墮胎者官吏減凡鬪傷罪三等致死杖一百徒三年。若犯死罪聽令穩婆入禁看視亦聽產後百日乃行刑未產而決者杖八十」とあり、以て胎兒を保護したのである。又開國三百五十三年李朝英祖の二十年に編成したる續大典

刑典用律の條にも、大明律を用ふること及び經國大典並に續大典等に特別の規定あるものは之れに依ることを明かにした。而して是れ等の規定は李朝正祖の九年に成りし大典通編及び李太王の二年に成りし大典會通等にも其の儘に適用し、光武九年刑法大全施行に至るまで其の效力を認めたるものと謂ふことを得る。又刑法大全に於ては第三條に

「死刑ニ處スヘキ婦女カ懷孕シタル時ハ分娩後百日ヲ待テ執刑ス」(原文假名は謄文)

と規定し、又其の第五百三十三條に

「墮胎シタル者ハ左開ニ依リテ處ス因テ孕婦ヲ死ニ致シタル境遇ニハ懲役五年ニ處ス」一、孕婦ヲ毆打シテ墮胎シタル者ハ懲役二年トシ九十日未滿ハ笞一百」二、孕婦ヲ威逼シテ墮胎シタル者ハ懲役一年トシ九十日未滿ハ笞八十」三、孕婦或ハ夫カ其祖父母ノ請囑ヲ聽キ藥物或ハ其他ノ方法ヲ施シテ墮胎シタル者ハ懲役十ヶ月トシ九十日未滿ハ笞七十」四、奸夫カ藥物或ハ其他ノ方法ヲ施シテ姦婦ノ胎ヲ墮セシメタル者ハ懲役三年」五、一項二項三項ノ所爲ニシテ親屬カ犯シタル境遇ニハ第六十四條親屬等級ニ依リテ遞加遞減ス」(原文假名は謄文)

是れ等の舊規は胎兒の權利能力に關するものに非らざれば、相續人たる資格の有無に關係ないのである。併し斯の如き舊法典法規を以て胎兒を直接又は間接に保護し、殆んど既生兒と同様に之れを取扱つて來た。茲に於て彼の舊典舊規及び觀念が或一種の慣習として發達し、遂に胎兒を既生兒と

看做すとの一般的確信を醸成するに至りしものと認むるも敢て支障ないと思ふ。因つて高等法院に於ては、「胎児は出生し且男子なるときは懐胎の時に遡りて既に生れたるものと看做し相續權を有する慣習あり」と(一)判示して居る。斯く胎児に對し懐胎當時に遡及し相續權の取得を認めたるは一に舊規慣例に基くと雖も、特に被相續人の親子間の感情及び遺志を尊重し、相續の本義に適合すべく解決したるものである。尙胎児を既生兒と看做すは男子として出生したる場合に限る。若しも胎児が女子として出生したるときは例外の場合の外相續權を認めざれば懐胎兒を既生兒と看做すが如き問題は發生せないのである。

(一) 大正五年四月十四日高等法院判決

次に胎児が相續權を取得するは生きて出生することを要するは論を俟たない。死體として産れたるときは死亡者と同様相續權はない。是れ相續權の主體が獨立の人格を有するものなることを要する當然の結果である。或學說立法例には、胎児が相續權を有するには生きて出生すること及び生存し得べき力を具備することを必要とする。併し乍ら生存し得べき力を具備するや否や之れを認定するは頗る困難のことに屬する。生兒の體力如何に依り相續上の權利能力の有無を定むるが如きは到底出來得べき限りではない。我民法の如きは、只だ生きて出生したるときは其の權利能力を認め、生存し得べき能力を要求しては居ない。

朝鮮の慣習として斯く明確なる觀念は認められざるも、我民法と同一趣旨に解することが妥當であると思ふ。

以下胎児の相續に付き祭祀相續、戸主相續及び遺産相續の各場合を詳述すれば左の如きである。

(一) 祭祀相續に於て奉祀者たる被相續人又は家族たる長男の死亡の際、其の妻に胎児あるも男女何れなるやは不明である。若し男子として出生するときは直に祭祀相續人となる資格を享有するものなれば、養子を爲さず胎児の出生を待つ慣習がある。最も其の慣習たるや、舊來は多く京城以南の地方に認められしが、現代に於て全鮮一般の慣習として認めらるるに至つたのは、是れ全く條理に適合するが爲めである。然るに被相續人死亡の際葬儀上喪主を要する爲め、胎児を喪主となすを得ざれば、他より養子を爲し喪主となす慣習がある。其の慣習たるや主として平安咸鏡江原諸道の一部地方に認めらるるも一般慣習として認むるを得ない。又或地方に於て妻が喪主の事務を攝行し若くは假喪主たるべき者を死者の子の列にある男系中の男子を選定し、執務せしむることあるも、一般慣習として認めざるのみならず、習慣上何等の効果も發生せないのである。

次に懐胎中他より養子をなしたるとき胎児と養子と何れが優先的相續權を有するや、養子が胎児に優先して相續權を取得するのである。併し朝鮮の下流社會に於て妻の懐胎中他より養子をなし、喪主となしたる後胎児男子として出生したるときは、其の養子を離縁し實子を奉祀者となすことがあ