

を生し、頗る解釋に疑義を生ずる。民法第八百三十三條の如き規定は全然之れを法典中より削除するを可なりと信する。

同條の立法理由か上述の如くなるを以て父又は母は其私生子を一旦認知したる後と雖も、一定の事由ある場合に於ては其取消を爲し得べきものである。

### (三) 訴訟能力

訴訟能力に關しては父を定むることを目的とする訴に關して説明したる所を參照せられたい。

### (四) 訴の原因

認知の取消を目的とする訴の原因は認知か詐欺又は強迫に因つて爲されたる事實である。詐欺強迫に依る認知の取消に關して親族法上に明文は存在しない。又詐欺強迫に關する民法總則の規定(九十六條)は當然親族法上の行爲に適用せらるゝものではない。併し乍ら之を條理として親族法上の認知取消の原因に適用すべきものと解せざるを

得ないのである。蓋し若し然らずとせば法律は認知取消の訴を許容するに拘はらず、何等其請求原因たるべき形成權の成立原因を法定しないこととなるのであつて、斯くては法律か認知取消の訴を規定したる趣旨を没却するものであるからである。

學者或は承諾權者の承諾なくして認知か爲されたる場合、即ち(1)成年の私生子を認知する場合(八百三十條)、(2)胎内の子を認知する場合(八百三十一條一項)、(3)死亡したる子の成年の直系卑屬を認知する場合(八百三十一條二項)、及び(4)眞實に反して私生子を認知したる場合(八百三十四條參照)に於ても認知取消の訴を提起し得るか如く考ふるものもある様である(松岡博士特別民事訴訟論三二九頁)。併し乍ら是等(1)乃至(4)の場合には認知か當然無効なる場合であるから、認知取消の訴を提起する餘地かないのである。

前示(1)乃至(4)は認知の成立要件、若くは效力發生要件の欠缺する場合である。要件の欠缺は婚姻又は縁組の場合の如く法律か立法政策上特に明文を設けて其要件中に輕重の差別を爲し、或る要件の欠缺し



たる場合には其法律行為を無効とし、或る要件の欠缺したる場合には其法律行為を取消し得べきものと爲す場合は格別であるけれども（七百七十八條以下、八百五十一條以下、拙著婚姻法論二五三頁以下参照）、然らざる場合に於ては要件の欠缺は總て其法律行為の無効を來すものと斷定するの外はないのである。然らば認知取消の訴に於て(1)乃至(4)の事實を以て其請求原因と爲すを得ないことは論を俟たない所と信する。

又學者中には非眞實認知を以て當然有效と爲し、非眞實認知無効確定の訴を以て認知取消の訴であるとする主張する者があるけれども（奥田博士民法親族法論二六九頁、島田學士親族法三〇二頁以下）、此説は正當でないと思ふ。之に關しては前に説明したる所を参照せられたい。

#### 丁、遺言に依る認知の取消

認知は遺言に因つても爲すを得ることは先に述べたる通りである。然るに遺言は新なる遺言を以て撤回するを得べきものである（千百二十

四條以下）。此場合に於て認知は遺言の撤回に因つて取消さるべきものなりや否やに就いて疑がある。併し乍ら遺言に依る認知は遺言か效力を發生すると同時に其效力を發生するものであるから、遺言の效力發生前に於ては認知は未だ效力を發生しない。従つて遺言を以て爲したる認知は遺言を以て之れを撤回するを得べきものと解すべきである。學者も亦概ね此説を採る（牧野博士三四九頁、奥田博士講義二八三頁、宮田學士質疑問答七四頁、反對柳川學士日本親族法要論二八六頁）。

遺言者の死亡に因りて遺言か效力を發生したる後に於て、其相続人等か遺言の取消を爲したる場合に於ては、遺言に依る認知は如何なる運命に遭遇すべきやも亦疑がある。或は其認知の部分のみに限り取消すことを得すと爲す見解なきに非ざるべきも、認知は遺言か效力を生じて初めて效力を生ずる。遺言か取消されて始めより無効となる場合に於ては、認知も亦當然遺言と運命を伴にし、遺言の取消に因つて取消さるるものと解すべく、別個の認知取消の訴を必要とすべきもの



でないと思信する。遺言を取消さず、認知のみを取消すには認知取消の訴に依るべきこと勿論であらう。

### 第三項 父母の搜索(強制認知)

(認知請求の訴、子の認知を目的とする訴)

#### 關係法條

八百三十五條

瑞三百七條乃至三百二十三條、佛三百四十條乃至三百四十二條

人事訴訟手續法二十七條、民事訴訟法改正草案五百五十八條

#### 參考文獻

種積博士「父ノ搜索」法學協會雜誌明治四十四年二十九卷二號

同博士「父の搜索」富井先生還曆祝賀法律論文集二五八頁以下

中島氏「私生子に關する黙秘契約と善良の風俗」法曹會雜誌大正十二年一卷一號二三六頁以下

野上學士「疑はしき父」同誌五卷三號以下

### (一) 總說

父母は自ら進んで私生子の認知を爲すことか通常であらうけれども、或は利害關係存するか爲め、其認知を爲すを欲せざる場合か必しも少なくない。此場合に於て子は裁判外に於て父母に對し其認知を請求することを得るは勿論であるけれども、父母は子の請求あるにも拘らず、尙其認知を胥せざる場合かあるであらう。斯の如き場合に於ては子は裁判所に訴を提起し、父又は母に對して其認知を請求するのはない。此訴を認知請求の訴と稱する。人事訴訟手續法に於ては之れを「子ノ認知ヲ目的トスル訴」と稱して居る。學者或は訴を以て認知を請求することを強制認知と稱する。蓋し任意認知に對立する觀念たることを示さんとするのである。

或は亦強制認知を父母の搜索と稱する。從來各國の立法例に於て母の搜索(La recherche de la maternité)は之を許すを通例とするけれども、



父の搜索(La recherche de la paternité)は之を許さないのか多い。佛國民法(三百四十條)和蘭伊太利希臘ルーマニア白耳義モナコ等か此主義を採用して居るのであるか、苟も母の搜索を許すへしとせは、父の搜索も亦當然之れを許す必要があるのてあるから、モナコ(一九〇七年)、白耳義(一九〇八年)も父の搜索を許すに至り、佛國も亦一九一二年十一月十六日の法律を以て民法第三百四十條の規定を改正し、父の搜索を許すことゝなつた。

我國に於ても民法施行前に於ては母の搜索を許したるも、父の搜索を許さなかつた。又民法施行以後に於ても民法施行前に生れたる私生子に對しては依然として父の搜索を許さないのてあるか、現行民法は此主義を捨て、後に述ふるか如く、父の搜索を許すことゝした。民法施行前の父の搜索に關する大審院の判例を列擧すれば左の如くてある。

(イ)民法施行前ニ生シタル事項ハ民法施行法ニ別段ノ定アル場合ヲ

除ク外民法ノ規定ニ拘ハラヌ舊法ノ支配ヲ受クヘキコトハ民法施行法第一條ニ明示スル如クナルヲ以テ民法施行前ニ生シタル事項ニシテ特ニ民法ヲ適用スヘキ旨規定ナキモノニ付テハ其施行後ト雖モ舊法ヲ適用スヘキコト勿論ナリトス抑民法施行前ニ於ケル私生兒ノ親子關係ニ付キ適用スヘキ法則即チ明治六年第二十一號布告ニ依レハ私生兒ハ其産婦タル女子ノ引受クヘキモノナルモ其出生ニ關係アル男子ニ對シテハ男子自ラ其子タルコトヲ認メタル場合ニ非サレハ子タル地位(親子關係)ヲ得ルコトヲ得ス換言スレハ私生兒ハ其出生ニ關係アル男子ヨリ認知セラレ其子ト爲ルコトアルヘシト雖モ男子ヲシテ親子關係アリトノ事實ヲ認知セシムル權利ヲ有セス蓋シ民法第八百三十五條ハ血族關係上自然ノ情誼ニ鑑ミ私生兒ヲシテ父タルヘキ男子ニ對シ認知ヲ請求スルコトヲ得セシムルカ故ニ此點ニ於テ舊法ト相牴觸スルニ拘ハラヌ民法施行法中新法ヲ適用セシムル法意ヲ認ムヘキ規定ナキヲ以テ民法施行前ニ出生シタル私生兒ト其出生ニ關



係アル男子トノ關係ハ依然舊法ニ從ヒ定ムヘキ法意ナリト推論セサルヘカラス今原告タル被上告人カ上告人ニ對シテ有スルト主張スル親子關係ハ原審ニ於テ確定シタル事實ノ如ク民法施行前ニ生シタル事實即チ其出生ニ基クモノナルヲ以テ此關係ヲ律スヘキ規定ハ前掲ノ布告ニシテ民法ニ非サルコトハ民法施行法第一條ニ掲クル原則上明白ナリトス而シテ民法施行法第一條ノ「事項」トハ民法施行前ニ生シタル事項及ヒ法律關係ヲ包括スル文詞ニシテ民法施行前ニ於ケル出生ナル事實ニ基ク關係ハ固ヨリ所謂事項ニ屬スルカ故ニ被上告代理人ノ如上辯解ハ原判決ヲ正當ナリトスルニ足ラス原判決ハ結局上告論旨ニ該當スル不法アリト云ハサルヘカラス」(大審院明治三十五年(オ)第五九二號阿三十六年二月十日民一判決九輯一五三頁)。

(ロ)「明治六年第二十一號布告ニハ妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論シ其婦女ノ引受タルヘキコト但男子ヨリ己ノ子ト認メ候ハハ婦女住所ノ戸長ニ請フテ免許ヲ得候者ハ其子男子

ヲ父トスルコトヲ可得事トアリテ該布告ノ趣旨トスル所ハ私生子ハ父ニ於テ進ンテ之ヲ認知スルコトハ固ヨリ其任意ナレトモ私生子ヨリ父ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ許サス法律上其生母ヲシテ獨リ扶養ノ義務ニ當ラシムルコトヲ期シタルモノニシテ是レ畢竟法律カ亂倫行爲ノ結果ヲ保護セサルノ趣旨ニ出テタルモノナルヲ以テ之レカ爲メニ私生子カ他ノ嫡出子又ハ庶子ニ比シテ幾多ノ不利益ヲ受クルコトヲ免レサルハ誠ニ已ム可カラサルノ數ナリトス而シテ該布告ハ民法施行法第九條ニヨリ民法施行ノ日ヨリ廢止セラレタルヲ以テ民法施行後出生シタル私生子ニ付キテハ該布告ヲ適用スヘキモノニ非サルハ勿論ナレトモ民法施行以前ニ出生シタル私生子ノ認知ニ付キテハ其當時效力ヲ有シタル右布告ヲ適用スヘキモノナルコトハ法律適用ノ原則上疑ヲ容レサル所ナルノミナラス民法施行法第一條ニハ民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定メアル場合ヲ除クノ外民法ノ規定ヲ適用セストアリ而シテ同法第六十八條第七十二



條等ニハ特ニ民法施行前ニ成立シタル婚姻養子縁組又ハ親權等ニ付  
キ民法施行ノ日ヨリ民法ノ規定ヲ適用スヘキ旨ノ明文ヲ設ケタルニ  
拘ハラズ私生子認知ニ付キテハ何等別段ノ規定ヲ設ケサリシニ徴ス  
ルモ民法施行以前ニ出生シタル私生子ノ認知ニ付キテハ前記第二十  
一號ノ布告ヲ適用スヘク民法ノ規定ニ從フヘキモノニ非サルコト明  
ナリ而シテ上告人カ明治二十四年一月七日ノ出生ナルコトハ原判決  
ノ認メタル事實ナルヲ以テ原院ハ上告人カ父タル被上告人ニ對シ認  
知ヲ請求スルコトヲ許サスト判決シタルハ固ヨリ相當ニシテ論旨ハ  
何レモ上告ノ理由ト爲スニ足ラス(大審院大正五年オ第五三〇號、同年九月六日民三判決  
二十二輯一六九五頁、穂積博士「判例小話」大阪毎日新聞大正十四年二月二十四日所載參照)。

(ハ)明治六年一月第二十一號布告ニハ「妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩  
スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論シ其ノ婦女ノ引受タルヘキコト但男子  
ヨリ己ノ子ト認メ候者ハ婦女住所ノ戸長ニ請フテ免許ヲ得候者ハ其  
ノ子ヲ父トスルコトヲ可得事」トアリテ該布告ノ趣旨トスルトコロハ

私生子ハ父ニ於テ進ンテ之ヲ認知スルコトハ固ヨリ其ノ任意ナレト  
モ私生子ヨリ父ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ許サス法律上其ノ生母  
ヲシテ獨リ扶養ノ義務ニ當ラシムルコトヲ期シタルモノト云フヘシ  
而シテ該布告ハ民法施行法第九條ニ依リ民法施行ノ日ヨリ廢止セラ  
レタルヲ以テ民法施行後出生シタル私生子ニ付テハ該布告ヲ適用ス  
ヘキモノニ非サルハ勿論ナルノミナラス民法施行法第一條ニハ民法  
施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法別段ノ定メアル場合ヲ除ク外民  
法ノ規定ヲ適用セストアリ而シテ民法施行法中私生子認知ニ付テ別  
段ノ定メナキヲ以テ民法施行前ニ出生シタル私生子ノ認知ニ付テハ  
前記第二十一號ノ布告ニ依ルヘク民法ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非  
ス(大正五年(オ)第五百三十號同年九月六日第三民事部判決參照)然ラハ被上告人ニ於テ上告  
人カ其ノ子ナルコトヲ認メタル事實アルト否トヲ問ハス民法施行前  
ニ出生シタル上告人ハ被上告人ニ對シ民法ノ規定ニ基キ認知ノ請求  
ヲ爲スコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラサルヲ以テ右ト同趣旨ヲ



以テ爲サレタル原判決ニハ何等ノ違法ナキモノト爲ササルヘカラス  
(大審院大正十二年(オ)第四一號同年三月十五日民二判決判例集二卷四號一五九頁)。

此最後の判例に關しては穂積博士の報告がある(同博士「私生子認知」民法施行前出生の私生子か民法施行後認知を請求し得るか」法學協會雜誌大正十三年四十二卷四號七五五頁以下、判例民事法大正十二年度一二九頁以下、同博士「判例小話」天正十四年二月二十四日大阪毎日新聞)。同博士は右明治六年第二十一號布告を以て惡法なりと爲し「惡法は法に非す」の原則か適用せらるべきであるから、裁判官は右布告を惡法として否認し、民法第八百三十五條の規定を「條理」として民法施行前の私生子についても適用すべきであると論せられて居る。

右布告か惡法なることは何等議論の餘地かない所である。蓋し同布告は子に父の搜索を許さない不合理かあるのみならず、同じく民法施行前の私生子中にありても妻妾に非ざる婦女にして分娩する兒子と妻の子とは區別を設けて居るし、又同布告を適用するときには民法施行前の私生子と民法施行後の私生子との間に不公平を生せしむるか

らてある。此判例は社會生活上の妥當性を缺くこと甚しい判例であるから、之れを覆す必要か多大であるけれども、大審院か惡法は法に非すとの原則を採用する英斷に出づるに至るべきことは、現在に於て未だ相當に困難とする所であらう。

我現行民法は第八百三十五條に於て「子其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得」と規定し、人事訴訟手續法第二十七條に於て「子ノ認知ヲ目的トスル訴」を規定して居るから、父母か任意に私生子を認知せざる場合に於ては、子は母に對しては勿論、父に對しても亦強制的に訴を以て其認知を請求することを得るものなること疑かない。

## (二) 訴の性質

認知請求の訴 (Vaterschaftklage; Action en paternité) は給付の訴である。蓋し此訴は父又は母に對して私生子の認知と謂ふ給付を請求することを目的とする訴であるからである。而して此訴も亦人事訴訟手續



法に規定するものであるから、認知の無効確定の訴、認知取消の訴等と共に人事訴訟である。

此訴に於て原告勝訴の判決が確定したるときは民事訴訟法第七百三十六條の準用に因り、父又は母は其認知を爲したるものと看做される。而して判決の効力は第三者に及ぶ（八百三十九條、十八條）。

### (三) 管轄裁判所

子の認知を目的とする訴は子か普通裁判籍を有する地の地方裁判所の管轄に專屬する（八百二十七條）。子か死亡したる後も其直系卑屬又は其法定代理人か子の認知を求むる訴を提起することかあり得る（八百三十五條）。此場合に在つては子か死亡の時に於て普通裁判籍を有したる地の地方裁判所の管轄に專屬する（八百二十七條）。此普通裁判籍は日本に住所なきとき、又は日本の住所の知れざるときは居所に依り、居所なきときは又は居所の知れざるときは最後の住所に依りて定まる。最後の住所なきとき又は其住所の知れざるときは司法省令を以て指定した

る地、即ち東京市を以て住所地とする。（八百三十九條一、二、三項、明治三十一年七月司法省令八號）。

### (四) 正當なる當事者

私生子認知請求の訴の原告たるべき適格を有する者は、

(1) 子である（八百三十五條）。蓋し認知を受くることを必要とするは子に若くものかないから、民法は先づ子に原告たる適格を與へた。

(2) 私生子の認知を請求するものは子以外に於ては子の直系卑屬か其適格を有する。是亦第八百三十五條の明文に徴して疑かない所である。學者或は直系卑屬か父又は母に對して認知の請求を爲し得るは子の死亡後に限ると爲すものかある（松岡博士三二八頁、奥田博士講義二九四頁、仁井田博士二三三頁、島田學士三二二頁）。蓋し子の生存中に於ては子自ら認知の請求を爲し得べきか故に直系卑屬をして其請求を爲さしむる必要かない。又直接の利害關係ある子か認知の請求を爲すことを欲せざるに其直系卑屬をして其請求を爲さしむるは不當であるとするのである。併



し乍ら第八百三十五條は子と直系卑屬とに對し對當の資格に於て認知請求權を付與して居るのであつて、論者の謂ふか如き何等の制限的文言を附加して居ないのであるから解釋論としては論者の說に従ふを得ない。子が生存中なるも、又子の意思に反するも、直系卑屬は認知の請求を爲し得べきものと解するの外はない。

(3) 子又は直系卑屬の法定代理人も亦認知の請求を爲すことを得る(八百三十五條)。認知は身分上の法律行爲であるから無能力の子又は直系卑屬も意思能力を有する限りは法定代理人の同意なくして獨立して之れを請求し得べきものと解するを得るであらう。併し乍ら子又は直系卑屬か意思無能力なきときは認知の請求を爲すことを得ない。法定代理人か父又は母に對して認知の請求を爲す必要は此場合に惹起するのである。

法定代理人か認知の請求を爲すは自己固有の權利であるか、或は子又は直系卑屬を代表して認知の請求を爲し得るに過ぎざるかに關し

て疑がある。固有權説を採用するものなきに非ざるも(東京控訴院判決法律

新聞二七號)、通説は後説に従つて居る(東京控訴大正四年判決法律評論四卷民法三九七頁、民訴一四八頁、大正四年度第一三三號同五年二月十四日判決同書五卷民法二六四頁、明治三十五年判決、法律新聞八〇號、大阪控訴明治四十一年十一月三日判決例彙報四卷六二頁、明治四十五年判決法律評論一卷民法一九二頁、長崎控訴明治四十一年判決例彙報三卷七號、大阪地方明治四十四年判決法律評論一卷民法四〇頁、東京地方判決法律新聞四二號、宮崎地方明治四十年判決法律新聞四六三號等、仁井田博士三三三頁、牧野博士三五四頁、島田學士三一二頁、松岡博士三二八頁等)。

大審院も亦後説に従つて居る。即ち、

(1) 民法第八百三十五條ニハ「子其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得」トアリ元來法定代理人ナル者ハ其資格ニ因リ無能力者ニ代ハリテ其權利ヲ行フヘキモノナレハ若シ子又ハ其直系卑屬ノ法定代理人カ自己ノ權利ニ因リ自己ノ名義ヲ以テ父又ハ母ニ對シテ子ノ認知ヲ求ムルコトヲ得ストセハ前掲法文ニ特ニ「此等ノ者ノ法定代理人ハ云々」ト掲クルノ要ナキカ如キ



感ナキニ非スト雖モ我民法ニ於テハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ如キ法定代理人ハ未成年ノ子又ハ被後見人ニ關スル總テノ行爲ニ付キ此等ノ者ヲ代表スル主義ヲ採ラス精言スレハ法定代理人ハ此等ノ者ノ財産ニ關スル行爲ニ付テハ常ニ之ヲ代表スルモ其財産ニ關セサル行爲即チ身分ニ關スル行爲ニ付テハ特別ノ規定アル場合ニ限リ之ヲ代表スルノ主義ヲ採リタルモノトス是レ同法第八百八十四條第九百二十三條ニ於テ法定代理人カ無能力者ノ財産ニ關スル行爲ニ付キ之ヲ代表スル概括的ノ規定ヲ掲クルニ拘ハラス其身分ニ關スル行爲ニ付テハ民法中如此概括的ニ之ヲ代表スル規定ノ存在セサル所以ナリ然リ而シテ前掲第八百三十五條ハ認知ノ請求ニ付キ法定代理人カ無能力者ヲ代理スルコトヲ特ニ規定シタルモノナリ然ルニ被告人カ本件請求ヲ爲スニハ私生子虎之助ヲ代表シテ其權利ヲ行フニ因ルニ非スシテ自己ノ名義ニ依リ自己ノ權利ヲ行フカ爲メナルコトハ其訴狀中ノ請求原因トシテ掲ケタル陳述……等ニ依テ明確ナルヲ以

テ其請求ヲ却下スヘキ筈ナルニ事茲ニ出テス本事件ニ付判決ヲ下シタルハ法則ヲ不當ニ適用シタルモノ云々(大審院明治三十四年才第四一六號同三十五年一月二十五日判決八輯一巻五五頁)。

(ロ)民法ハ本件ノ如キ私生子ノ認知ヲ求ムル法律行爲ニ付キ親權ヲ行フ母ニ其子ヲ代表スル資格ヲ與ヘタルヤ否ヤヲ按スルニ同法第八百三十五條ハ子其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得ト規定セリ此條文ハ法定代理人カ自己ノ資格又ハ自己ノ權利ニ因リテ認知ヲ求ムルニ非スシテ無能力者タル子又ハ其直系卑屬ヲ代表シ認知ヲ求ムルノ意義ニ解釋セサル可カラス何トナレハ條文ニハ單ニ法定代理人ハ認知ヲ求ムルコトヲ得トアルノミナレハ其文義上法定代理人タル資格ヲ以テ無能力者ヲ代表シテ認知ヲ求ムル權利ヲ行ヒ得ヘキモノト解釋スルヲ當然トスレハナリ人事訴訟手續法第三十九條及第三條ハ無能力者カ認知ノ訴訟行爲ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサル旨ヲ規定シ



タルモ是唯無能力者ハ敢テ其法定代理人ノ同意ヲ要セスシテ認知ヲ求ムル訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ヘキコトヲ規定シタルニ止マリ無能力者カ全然行為能力ヲ有セサルニ拘ハラス尙自ラ此訴訟行為ヲ爲シ得ヘキコト若クハ法定代理人ハ無能力者ヲ代表シテ認知ヲ求ムル行為ヲ爲スヲ得サルコトヲ規定シタルモノニ非ス是猶民法第四條但書ハ未成年者カ單ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免カルヘキ行為ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサル旨ヲ規定シタルモ之ヲ以テ直ニ法定代理人ハ單ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルヘキ行為ニ付テハ未成年者ヲ代表スル資格ナシト論スルヲ得ス其果シテ代表ノ資格アルヤ否ヤハ別問題ニシテ他ノ規定ニ依リテ之ヲ解決セサル可ラサルカ如シ故ニ人事訴訟手續法第三十九條及第三條ハ以テ無能力者ノ法定代理人ニ代表ノ資格ナシトノ根據ト爲スニ足ラス」(大審院明治三十四年オ第四一二號同年十二月十七日民一判決七輯一一卷五八頁)。

子又は直系卑屬の法定代理人は子又は直系卑屬を代表して認知請

求の訴を提起すべきものなること前述の通りであるか其法定代理人自身か幼少なる場合の如きは其法定代理人の法定代理人か其法定代理人に代はりて子又は直系卑屬の認知請求の訴を提起し得べきやの問題か起る。

東京地方裁判所第一民事部は「子カ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムル權利ハ身分上ノ權利ニシテ之ヲ行使スルト否トハ原則トシテ本人直接ノ意思ニ基クコトヲ要ス第八百三十五條ニ依リ子ノ法定代理人ハ子ニ代リテ之カ認知ヲ求ムルコトヲ得ヘシト雖モ是レ唯子ノ直接ノ法定代理人ノミニ關スル特別ノ規定ナルカ故ニ法定代理人ノ親權者ノ如キハ縱令法定代理人ノ代理人タル關係ニ於テスル場合ト雖モ固ヨリ認知ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス」(律新聞九二九號)と判決し石坂博士は右判決に贊同の意を表し「子ノ法定代理人カ子ニ代リテ爲スコトヲ得ヘキ行為ハ原則トシテ財産上ノ法律行為タルコトヲ要ス故ニ判決ノ云フカ如ク身分上ノ法律行為ハ特ニ明文ナクハ法定代理人ハ代理スルコトヲ得サルモノトナサ、ルヘカラス故ニ子ノ法定代理人カ認知ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ第八百三十五條ノ規定アルカ爲メニシテ法定代理人ノ法定代理人ニ代理ノ權限ナキハ云フヲ俟タス且財産上ノ法律行為ト雖モ代理人(法定代理人タルト任意代理人タルトヲ問ハス)ノ法定代理人ハ代理人ニ代ハリテ其行為ヲ爲スコトヲ得ス代理人ノ



法定代理人カ代理人ニ代リテ行爲ヲ爲スハ即復去代理ニシテ特別ノ規定ナキ以上ハ復法定代理ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス例ヘハ未成年者カ代理人タル場合ニ其未成年者ノ法定代理人カ未成年者カ代理人トシテ爲スヘキ行爲ヲ爲スコトヲ得サルハ明ナリ」(同博士「法定代理人ノ復代理」京都法學會雜誌九卷十一號二五三一頁、二五三二頁)と主張せられて居る(百六條參照)此説は正當である。

大審院は曩に之れに反對して、法定代理人の法定代理人は訴を提起し得べきものとすの見解を採つて實際生活に便宜ならしめたか、最近に於ても尙其見解を維持して居る(大審院大正十一年四月六日判決判例集一卷一七五頁)。

即ち

(イ)「親權ヲ有スル私生子ノ母カ其子ヲ代表シテ認知ヲ求ムル行爲ハ親權ノ行使ニ外ナラサルカ故ニ若シ私生子ノ母カ未成年者ナル場合ニ於テハ民法第八百九十五條ニヨリ同人ニ對シテ親權ヲ有スル父又ハ母ニ於テ代テ認知ヲ求ムルコトヲ得ルノ規定ナルコトハ上告人ニ於テモ亦認メテ爭ハサル所ナリ唯本上告ノ趣旨トスル所ハ人事訴訟手續法第三十九條第三條ノ規定ニ依ルトキハ認知ノ訴ハ未成年者ト雖モ法定代理人ノ同意ヲ經ス自ラ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ヲ有スルモノナルカ故ニ私生子ノ母タル金井まさニ於テハ法定代理人トシテ自ラ訴訟行爲ヲ爲スヘキニ其親權者タル金井清吉カまさノ法定代理人トシテ本訴ヲ提起シタルハ人事訴訟手續法ニ違背スルモノナリト云フニ歸着スト雖モ前記訴訟手續法ノ規定タルヤ

無能力者カ認知請求ノ訴訟行爲ヲ爲スニ付テハ必スシモ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ必要トセサル旨ヲ規定シタルニ過キスシテ敢テ法定代理人カ無能力者ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲スノ權利ナキコトヲ規定シタルモノニ非ス若シ上告人論述スルカ如ク法定代理人ニ於テ代テ認知ヲ求ムル權利ナキモノトセンカ無能力者タル私生子ノ母カ尙幼年ニシテ認知請求ノ行爲ヲ爲スコト能ハサルカ如キ場合ニ在テハ到底他ニ認知ヲ求ムルノ途ナク民法第八百三十五條ノ精神ハ全ク之ヲ減却スルカ如キ結果ヲ生スルヲ免レサルナリ」(大審院明治三十七年(オ)第二六三號同年九月二十四日民一判決十輯一一五二頁)。

(ロ)「民法第八百三十五條ノ場合ニ於テハ法定代理人ハ無能力者タル子又ハ其直系卑屬ヲ代表シテ認知ヲ請求スルモノニシテ父又ハ母カ子ヲ代表スルハ親權ノ效力ニ外ナラス故ニ私生子ノ母タル未成年者ノ親權者カ其未成年者ニ代リテ親權ヲ行ヒ私生子認知請求ノ訴ヲ提起スルハ不法ニ非ス」(大審院明治三十八年判決法律評論四卷民法七四二頁)。

(ハ)「民法第八百三十五條ノ子ノ法定代理人カ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得ルハ無能力者タル子ヲ代表シテ認知ヲ求ムルモノニシテ父又ハ母カ子ヲ代表スルハ親權ノ效力ニ外ナラス故ニ私生子ノ母タル未成年者ノ親權者カ同第八百九十五條ニ從ヒ其未成年者ニ代ハリテ親權ヲ行ヒ私生子認知ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ當院判例ノ存スル所ナリ(明治三十八年四月一日第一民事部判例)而シテ未成年ノ子



ニ對シテ親權ヲ行ナフ者ナキトキハ後見人ニ於テ被後見人ニ代ハリテ私生子認知ノ請求ヲ爲スヘキモノナリ」(大審院大正四年(オ)第四六四號同年九月十八日民三判決二十一輯一四七七頁)。

(二) 上告理由「本件ハ被上告人ナル内野カツ子カ未成年者ナルヲ以テ親權者タル内野良太郎カ右カツ子ノ法律上代理人トシテカツ子ヲ代表シ上告人ナル比留間亮一ニ對シ私生子タルコトヲ認知スヘキ旨ノ意思表示ヲ求ムル訴ナリト云フニ在リ(原判決當事者ノ表示及事實摘示)然ルニ原裁判所ニ於テ證據トシテ採用セラレタル甲第一號證戶籍謄本ニヨレハ右被上告人カツ子ノ親權者ハ内野テルニシテ右良太郎ニアラス故ニ原裁判所ニ於テ被上告人カツ子ハ正當ナル法律上代理人内野テルニヨリ代表セラレスシテ全然法律上代理人ニ非サリシ右良太郎ニヨリ誤リテ代表セラレタルモノナリ從テ右良太郎カ被上告人ヲ代表シテ爲シタル辯護士北村廉氏ニ對スル訴訟委任ハ訴訟手續上當然無效ニシテ結局原告タル被上告人内野カツ子カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシ違法アルモノト認メサルヘカラス」

判決理由「甲第一號證ニヨレハ被上告人(原告)内野カツ子ノ親權者タル内野テルハ明治三十五年一月十一日生ノ未成年者ナリシコト又同號證ニヨレハ内野良太郎ハ内野テルノ親權者ナリシコト明ナリ而シテ民法第八百九十五條ニヨレハ親權ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ニ代リテ戸主權親權ヲ行フコトヲ得ヘク子ノ母カツ子ヲ代表シテ父ニ對シ認知ヲ求ムルコトヲ得ルハ親權ノ效力ナレハ本件ニ於テ私生子カツ子ノ

タル未成年者タルノ親權者良太郎カタルニ代リカツ子ヲ代表シテ爲シタル訴訟ノ委任ハ適法ナルヲ以テ論旨ハ理由ナシ」(大審院大正十一年(オ)第一七五號同年四月六日民二判決、判例集一卷一七五頁以下)。

最後に私生子カ尙母の胎兒たる時に於て母か父に對して胎兒の認知を請求し得へきや否や疑がある。實際上、民法は此種の規定を設くる必要があるのであるか、斯の如き規定なき現在に於ては胎兒の認知請求の訴を提起するを得ざるものと解する外はない。父か任意に胎兒の認知を爲す場合は既に説明した(八百三十一條一項)。

民法施行前に於ても胎兒の認知請求は許されなかつた。即ち、

〔原判決當時ノ法律タリシ明治六年布告第二十一號ニ於テ私生兒ニハ父ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ許サス民法第八百三十五條ニ於テ始メテ之ヲ許シ而シテ明治六年布告第二十一號ハ民法施行法第九條ニ依リ民法施行ノ日即チ明治三十一年七月十六日ヨリ廢止セラレタリト雖モ私權ノ享有ハ出生ニ始マリ胎兒カ之ヲ享有スルヲ得サル法理ハ民法未タ施行セラレサリシ時ト雖モ存在セシコトハ毫モ疑ヲ容ル



ヘキニ非ス且父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルノ權ハ其性質子其直系  
 卑屬又ハ其法定代理人ノ行使スヘキ所ノモノニシテ第三者ノ行使ス  
 ヘキモノニ非サルコト固ヨリ論ヲ俟タス今原判決ノ憑據トナリタル  
 事實ニ依レハ上告人ハ各胎兒ヲ代表スルニ非スシテ自己ノ權能ヲ以  
 テ本訴ヲ起シタルニ外ナラス而シテ其相手方ニ求ムル所ハ胎兒ヲ其  
 子ナリト確認スヘシト云フニ在ルヲ以テ假令本訴ハ胎兒ノ爲メ起シ  
 タルモノトスルモ到底法律上許スヘキモノニ非サルヤ明ケシ」(大審院  
 明治三十一年第三三三號三十二年一月十二日民一判決五輯一卷頁)。

以上に於て私生子認知請求訴訟の正當なる原告たる適格を有する  
 者は何人たるかの説明を終はつた。

次には此訴の正當なる被告たるべき者は誰れなるかを研究せねは  
 ならない。

此訴の正當の被告たるべき適格者は民法第八百三十五條に徴し、其  
 私生子の父又は母なること疑かない。

茲に此訴の被告たるべきものに關して屢實際問題の起るのは被告  
 たる父又は母か既に死亡したる場合に於ては子其他の原告たるべき  
 者は何人を被告として本訴を提起し得べきかの問題である。已むを  
 得ざるか故に檢事を相手方として訴か提起せらるゝことか往々ある。  
 併し乍ら大審院の判例は恰かも之れを否認して居るから實際問題と  
 して救済の策かない。

即ち、

「人事訴訟手續法第三十九條ハ子ノ其父ニ對スル認知請求ノ訴ニ  
 ハ同法第二條第三項ノ相手方トスヘキ者カ死亡シタル後ハ檢事ヲ以  
 テ其相手方トスル旨ノ規定ヲ準用スル規定ヲ爲サス其他同章中ニ認  
 知請求ノ相手方タル父死亡ノ場合ニ檢事ヲ以テ相手方トスル旨ノ規  
 定ナキヲ以テ認知請求ノ訴ハ其父ノ生存中ニ限り之ヲ提起スルコト  
 ヲ得其死亡シタル後ハ子ノ認知請求權ハ當然消滅シ檢事ヲ以テ其相  
 相手方ト爲スコトヲ得サルモノト解スヘキモノトス蓋シ認知請求ノ訴



ハ子ノ父ニ對スル其子タルコトヲ認ムル意思表示ヲ求ムルモノニシテ親子タルコトノ確定ヲ目的トスルモノニ非サルカ故ニ斯ル意思表示ハ生存者ニ於テノミ之ヲ爲スコトヲ得ヘク又他人ニ於テ代ハリテ之ヲ爲シ得ヘキモノニ非サルヲ以テ婚姻ノ無効又ハ取消及縁組ノ無効又ハ取消ノ訴カ當事者ノ意思表示ヲ求ムルニ非スシテ確定又ハ創設ノ宣言ヲ求ムルトハ著シキ差異アルヲ以テ人事訴訟手續法第二條第三項ノ規定ヲ認知請求ノ訴ニ類推シテ父死亡シタル場合ニ檢事ヲ以テ相手方ト爲シ得ルモノト解シ得ヘキニ非サルヲ以テナリ」(大審院大正十年六月十一日判決二十七輯一一四四頁、山田博士「父の死亡後に於ける私生子認知事件の當事者」法學論叢八卷四號五四〇頁及び其訂正同誌十二卷五號六八一頁、中川學士「私生子——父の死亡後に於ける認知請求權」判例民法大正十年度三〇二頁參照)。

法曹會も亦大正十五年十一月四日父の死亡後に於ては私生子の認知を求むる途なきことを決議した(法曹會雜誌四卷十二號八七頁)。  
大審院か次に掲ぐる判決に於て取扱つて居る事件は同しく私生子

の認知を請求する訴訟ではあるけれども茲に述ふる子の認知を目的とする人事訴訟ではなく、通常の給付訴訟である。従つて此訴訟の當事者たる適格者は叙上の説明に適中するものではないこと勿論である。  
〔本訴ニ於テ被告上告人ノ請求スル所ハ田島ソノハ被告上告人カ大阪市北區天神橋筋東四丁目千四十三番地田島弘方ニ在籍中同家雇人ト私通シ分娩シタル者ナルニ届出ノ依頼ヲ受ケタル弘ハ明治三十七年十一月二十九日ニ至リ弘竝其妻ナル上告人トノ間ニ出生シタル二女トシ其届出ヲ爲シタリ然ルニ上告人ハソノヲ以テ自己ノ實子ナリト主張シ被告上告人トソノトノ親子關係ヲ争フノミナラス戸籍ノ訂正ヲ申請スルニ必要アルニ付上告人ハ戶主田島一馬戸籍中間人ノ妹父弘母ヌイ二女ト記載シアルソノハ被告上告人ノ私生子タルコトヲ確認ス可シト云フニ在リテ被告上告人ハ他人ノ戸籍ニ記載シアル親子關係ヲ否認シ其子ノ自己ノ私生子タルコトヲ確認セシメントスルモノナルヲ以テ人事訴訟手續法ニ依ル請求ニ非サルハ勿論ナルモ母タル上告人



ニ對シ確認ノ請求ヲ爲スヲ以テ足ルヘキモノニ非ス子タルソノヲ共同被告ト爲シソノ自身ヲシテ被上告人ノ私生子タルコトヲ確認セシムルコトヲ要ス何トナレハ私生子タル身分關係ヲ確定スルニハ認知ノ方法ニ依ラサル場合ト雖モ子ヲシテ之ヲ確認セシムヘク戸籍上母タル上告人ヲシテ確認セシムルヲ以テ足ルヘキニ非サレハナリ(大審院大正五年(オ)第二七二號同年九月六日民三判決二十二輯一六八一頁)。

### (五) 訴訟能力

子の認知を目的とする訴に於て、原告たる子又は其直系卑屬か行爲能力を有するときは當然訴訟能力を有すること疑かないか、是等の者か行爲能力を有せざるときは是等の者の法定代理人か是等の者を代表して訴を提起すること得る(八百三十五條)。是れ法定代理人は身分上の行爲に關しては代理權を有しないと謂ふ原則の例外を爲すものである。

尙此訴訟手續の詳細に就ては前に述べたる父を定むることを目的

とする訴に關する説明及び拙著婚姻法論中の婚姻訴訟に關する説明を參照せられたい。

### (六) 親子の醫學上の鑑別

甲男と乙女と私通して丙子を分娩したる場合に於て丙子、丙子の直系卑屬又は此等の者の法定代理人か甲男又は乙女に對して訴を以て認知の請求を爲す場合に於ては、其立證責任(Beweislast)は原告に屬すること論を俟たない。即ち大審院も甲男ト乙女ト相通シ乙女ヨリ生レタル子カ甲男ヲ以テ自己ノ父ナリトシテ認知ヲ請求スルニハ單ニ甲男ト乙女ト情交ヲ通シタルノ事實ヲ證明シタルノミヲ以テ足レリトセス乙女カ其懐胎當時ニ於テ他ノ男子ト通セサリシ事實關係ヲ乙女ノ操行其他乙女ノ懐胎當時ニ於ケル四圍ノ狀況ニ依リ確定シテ以テ甲男ト乙女ノ交通カ乙女懐胎唯一ノ原因タリシ事實ニ付キテ裁判所ノ心證ヲ得ルコトヲ要シ事實證據ニ依リテ乙女カ他ノ男子ニ接セサリシコトノ心證ヲ裁判所ニ起サシムルコトヲ得サリシ原告ハ私生子



認知ノ訴ニ於テ敗訴スヘキモノトス〔大審院明治四十五年四月五日判決十八輯三四三頁〕と判決して居る通り、其當時甲男と乙女との間に情交關係の存在したること、及び乙女が甲男以外の如何なる男子とも情交關係を結はざりしことを立證することを要する。換言すれば丙子か甲男の血統に屬すること及び乙女の所生に屬することを立證することを要する。而して丙子か乙女の所生に屬することは其立證は困難でない。戸籍謄本を書證として提出し且、從來其家族と親密なる交際を爲す者、其當時の近隣の人又は分娩に干與したる産婆等を人證と爲すことに依りて其目的を達し得るであらう。併し乍ら、丙子か甲男の所爲に依りて生れたることの立證に關しては其立證は極めて困難を感ずる所であつて、殆んど不能に近いと謂はねはならない。或は甲男と丙子との間の骨相、皮膚の色澤、毛髮、眼、耳、口、齒の状態、指紋、蹠紋、態度、習癖、嗜好等を比較して其類似點の有無、程度を検證することも亦有力なる補助的の證據方法たるを失はない。殊に是等の類似點の比較研究を甲男丙子の各

一身にのみ止めずして甲男の屬する多數の親族團體の各員に付きて一々之を検討するを得る場合に於ては是等の補助的の證據益、有力と爲り來るであらう。例へば或る指紋か甲男及び甲男の屬する親族團體の各員間に特殊的に存在する場合に於て其同種の指紋か丙子にも亦存在するか如き場合に於ては丙子か甲男の血統に屬することを窺知するに付き甚た有力なる補助的證據と爲り得るであらう。

然るに近時醫學の發達は血清學的に親子の鑑別を爲すことの可能を發見せしむるに至つたと稱せられる。此親子の血清學的鑑別法が如何なる程度に迄可能なるかに關しては法學者又は法律實務家間に於て未だ普く知悉せらるゝに至らず、従つて裁判所の法廷に於ても從來私生子認知請求訴訟の立證方法として利用せらるゝこと寧ろ稀である。聞く所に依れば、此醫學的方法是同種血液に凝集反應性あることを前提して、先づ、人類の血液を數種(例へば四種又は六種)に分類する。而して、此分類に基く各種血液型の男女の組合はせの結果を研究する



ときは、例へば次の如き假説が成立するらしい。(1)第一種型と第一種型とに屬する兩親より生るゝ子の血液は矢張り第一種型である。此兩親よりは決して、第二種、第三種又は第四種の血液型に屬する子は生れない。(2)又兩親が第二種と第一種の血液型に屬するか、又は第二種と第二種の血液型に屬するときは、其間には第二種又は第一種の血液型に屬する子が生れるけれども、第三種又は第四種の血液型に屬する子は生れない。(3)兩親が第三種と第三種の血液型に屬するか、又は第三種と第一種の血液型に屬するときは、其間には第三種又は第一種の血液型に屬する子が生れるけれども、第二種又は第四種の血液型に屬する子は決して生れない。(4)兩親の一方が第四種の血液型に屬するときは、他方が第一種乃至第四種の中の何れの血液型に屬する場合に於ても、第一種乃至第四種の總ての血液型に屬する子が生れる可能性がある。(5)兩親が第二種と第三種との血液型に屬する場合に於ても、其間には第一種乃至第四種の各種の血液型に屬する子が生れる可能性がある。

ある。従つて右の假説を適用するときは丙子と甲男との血液検査に依りて、丙子が甲男の眞實の子なりや否やを確定し得べき可能あることを容易に信し得ると思ふ。

血液検査に依る親子の鑑別方法の最も確實に利用せられ得るは其否定的斷定に在ると謂ふ。即ち丙子は甲男の子に非すと謂ふ斷定は親子の血液検査に依り頗る確實に之を斷定し得るらしい。併し乍ら丙子が甲男の子であると謂ふ肯定的斷定は之を爲し得る場合と爲し得ざる場合とあり得る様子である。然らば現時の状態に在つては、血液検査に依る親子鑑別は認知を請求せらるゝ被告の防禦方法として頗る有力なるものであつて、認知の請求者たる原告に對しては必ずしも強力なる味方たり得るものとは限らないのはあるかい。

親子の血清學的鑑別方法のみを以て私生子認知請求事件の唯一の證據方法と爲すことは不可能でもあり、危険でもあるてあらう。併し乍ら法律の實務家か此種の訴訟事件に於て此方法を全然無視するな



らは、其實務家は決して自己の責任を果したものと謂ふを得ないこと考へる。吾人は此血清學的方法が現在可能なる範圍に於て實務家の間に大に利用せられんことを希望すると同時に、本問題の醫學的研究が一日も早く長足の進歩を遂げんことを切望して止まない。

親子の血清學的鑑別方法の研究者は歐米に於ても我國に於ても必ずしも其數に乏しくない様であるか、我國に於て殊に著名なるは金澤醫科大學教授古畑爲基博士がある。法律家にして本問題に論及したるは野上學士（「疑はしき父」、法曹會雜誌五卷三號一四頁以下）がある。

#### (七) 戸籍手續

認知の訴訟が原告の勝訴に歸し認知の裁判が確定したるときは訴を提起したる者は管轄市町村長に對し裁判確定の日より十日内に裁判の謄本を添附し、戸籍法第八十一條の規定に依る届出を爲すことを要する。其届書には裁判確定の日を記載することを要する（戸籍法八十四條）。原告が敗訴したるときは身分關係に何等の變動を惹起しないのであるから何等の戸籍手續を必要としないであらう。

## 第四章 養 親 子

### 参考文献

- 穂積陳重博士「養子正否論」法學協會雜誌三十卷十號、穂積殿夫氏譯  
 「祖先祭祀と日本法律」二四九頁以下  
 同博士「由井正雪と徳川幕府の養子法」帝國學士院第一部論文集一號  
 穂積殿夫氏譯前掲二四九頁以下  
 梅博士「養子論」法學志林七卷二十四號法學大家論文集民法之部下卷  
 九六九頁  
 中島博士「養子制度の濫用」法學論叢八卷二八九頁  
 田中秀知學士「比較養子論」内外論叢四卷四號五四三頁以下、五號七二  
 一頁以下、六號九五九頁以下、五卷一號二九頁以下、二號二〇七頁以下  
 岡村博士民法と社會主義四四七頁



三浦博士法制史之研究四五八頁以下  
 同博士「養子考」史學雜誌六編三號  
 池邊義象氏日本法制史一〇〇九頁以下  
 丸山正彦氏「養子考」國學院編續法制論纂  
 東川徳治氏「支那法ト養子」法學志林第二十卷四號  
 中田薫博士「徳川時代ノ文學ニ見エタル私法」(十七)養子、宮崎教授在  
 職二十五年紀念論文集七八四頁又は單行本  
 同博士「徳川時代の養子法」法學論叢十四卷一號乃至三號、法制史論集  
 一卷三七五頁以下

Dr. Hozumi, Lectures on the New Japanese Civil Code eh, XVI,  
 Baustitel, Die Lehre von der Adaption nach den Prinzipien des französischen  
 Civilrechts,  
 F. Tsuzaru, Die Lehre von der Japanischen Adoption,  
 Schul. Annahme an Kindesstatt nach den B. G. B.

第一款 養子縁組の要語例 (Terminologie)

養親子關係は養子縁組に因つて發生する。

養子縁組 (adoptio; Kindesannahme, Annahme an Kindesstatt, Annahmevertrag; adption; Adoption) は單に縁組とも稱する。

法律に於て養子縁組の名稱を使用するは民法第七百二十七條、第七百三十九條、第七百四十一條、第七百五十條等及び皇族身位令第三十三條、華族令第十四條、第十七條、第十九條等にして、單に縁組の名稱を使用するは民法第八百四十一條乃至第八百四十三條、第八百四十五條、第八百四十八條、乃至第八百六十三條、第八百六十六條、第八百六十七條及び戸籍法第八十八條乃至第九十四條等である。又法律は養子縁組を締結することを簡單に「養子ヲ爲ス」又は「養子トナル」と謂ふ語を用いることが多い。例へば皇室典範第四十二條に「皇族ハ養子ヲ爲スコトヲ得ス」、皇室典範増補第二條に「王ハ勅許ニ依リ………家督相續ヲ以テ華族



ノ養子トナルコトヲ得」と規定するか如き、又皇族身位令第三十二條に「華族ノ養子トナルニ當リ」と規定するか如き、又民法第八百三十七條乃至第八百四十條、第八百四十四條、第八百四十八條、第八百七十六條にも此語を用いて居る。又民法は縁組を爲すと謂ふ語も用いて居る（八百四十一條）。

## 第二款 養子縁組の意義及び性質

養子縁組は養親 (Adoptant, Adoptan, Adoptierende, Annehmende, Wahlvater und Wahlmutter, Wahlktern; Parents adoptants, adoptive Parents) 及養子 (adoptatus; Adoptierte, Anzunehmende, Angenommene, Angenommenes Kind, Wahlkind; adopte; Adopted child) との間にて養親子關係を發生せしむることを目的とする要式の法律行為である。

養親養子の身分は養子縁組が成立して初めて發生するものであるから、養親養子間に於て養子縁組が成立するものではないけれども、文

言を簡單にする爲め、茲には假りに「養親」「養子」の語を使用して置く。

(一) 養子縁組は法律行為である。

養子縁組は當事者間に於て養親子關係を發生せしむべきことを目的とする意思表示に法律が其效力を付與するものであるから、法律行為なること議論の餘地かない。而して此法律行為は當事者間の合意に因つて成立するものであるから契約たること疑なく、又此契約は民法親族編に於て規定せられ、親族法上の效力を發生するものなるか故に、親族法上の契約である。

(二) 養子縁組は要式の法律行為である。

縁組は婚姻と同じく、要式の法律行為である。縁組は親子關係なる重大なる身分上の效力を發生する法律行為なるを以て、其意思表示が成立したるや否や、成立したりとせは何時成立したるや等の點に關して意思表示の確實を期する必要がある。仍て民法は之れを要式行為と定めた。而して其方式は市町村長に對する届出に外ならない。



併し乍ら民法施行以前に在つては養子縁組は要式行爲ではなかつた様である。「民法施行以前ニ在リテハ實際養親子ノ事實ノ存スル以上ハ戸籍ニ登記ナキモ其事實ニ依リ判斷ヲ下スヘキコトハ我國裁判上ノ慣例トシテ夙ニ當院判例ノ是認スル所ナレハ(明治十年司法省達丁第四十六號參照原判決ハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ)」(大審院大正四年(オ)第三二七號同年六月十六日民三判決二十一輯九六五頁、同趣旨大審院明治三十二年第九十號同年十月十四日民一判決五輯九卷一〇三頁)と謂ふ判例がある。

(三) 養子縁組の當事者は法律に特定する者たることを要する。

通常の法律行爲に在つては當事者か何者なるか、又當事者か幾人なるかに關して何等の制限なきことを原則とする。然るに養子縁組は當事者間に於て親子關係を發生せしむることを目的とするものであるから、法律は婚姻の場合に於けるか如く、當事者に關して特別の制限を設けて居る。其制限に關しては後に述へんとする所である。

(四) 養子縁組は當事者間に親子間に於けると同一の親族關係を發生

せしむることを目的とする。親子間に於けると同一の親族關係とは嫡出子と實親との間に存する親子關係に外ならない。

(五) 明治初年平民間に在つては養子制度に準すべき慣行があつた。之れに就いて次の判例を知つて置く必要がある。

「明治初年ニ於テ平民間ニ在リテハ婦女カ父母ノ婚姻ヲ承諾セサル以前ニ他人ト私通シテ分娩シタル子ハ往々之ヲ其生母ノ屬スル戸籍ニ子トシテ編入セス他家ニ遣ハシ之ヲ貰受ケタル者ハ自己ノ子トシテ届出テ其家ニ入籍セシムルコトノ慣行カ一般ニ行ハレタルモノニシテ或地方ニ行ハレサリシモノトスルモ其慣行ハ當時ノ法制上適法ノモノナリトス

「如上ノ慣行ハ純然タル養子縁組ニ非サルモ養子制度ニ準據スルモノト謂ヒ得ヘク私通ヲ幫助シ實親子ノ事實關係ヲ不明ナラシムルモノニ非ス而シテ明治六年布告第二十一號ハ妻妾ニ非サル者ノ私生子ヲ他人ノ子トシテ遣ハシタルコトナキ場合ニ私生子ノ母ニ於テ之ヲ



引受ケ養育スヘキモノト爲シタル規定ト解スヘキモノニシテ他人カ之ヲ其子トシテ貫ヒ受ケ之カ届出ヲ爲シタル場合ニハ同布告ヲ適用スヘキモノニ非ス〔大審院大正七年オ第一千八百八十八號大正八年二月八日民三判決二十五輯四卷一八九頁以下〕。

### 第三款 養子制度の利害

養子制度は其起源極めて古く、世界最古の法典と稱せらるゝバビロン王ハンムラビの法典に於て既に養子制度か行はれ羅馬法に於ても亦此制度か設けられて居た。近世に至つても獨乙民法(千七百四十一條乃至千七百七十二條)、瑞西民法(二百六十四條乃至二百六十九條)、佛蘭西民法(三百四十三條乃至三百六十條)等も此制度を設け、伊太利、白耳義亦之に従つた。唯僅に英、米、和蘭及び勞農露國は養子制度を採用しないのである。

斯の如く養子制度の行はるゝこと古今を貫き、東西に亘つて居るけれども、此制度を採用することの利害得失は之を斷定すること必ずし

も容易でない。

養子制度の弊害として學者の主張する所は頗る多岐に亘ると雖も之を要約するときには次の數點に歸着するてあらう。

- 一、養子制度は親子を他人とし、他人を親子とするか故に、天倫を破滅し、親族關係を紊亂する弊がある。
- 二、養子制度は養親か養子の幼少時代に於て之を収養することあるか故に、養子の人格を無視し、人道に反する弊がある。
- 三、養子制度は相續關係を紊亂する弊がある。蓋し養親か養子を収養したる後男子を出生するも、其男子は相續に於て養子に先せられ、自ら相續を爲すことを得ざるか爲めてある。
- 四、養子制度は養子か養親の遺産に對して依頼心を發生し、遊惰の風を助長する弊がある。
- 五、養子制度は婚姻の自由を妨害する弊がある。蓋し、養子と家女との婚姻の如きは養子家女雙方の本意に反して締結せらるること少



くないからである。

六、養子制度は養子の實方の親族に對する愛情を薄弱にする弊がある。

七、養子制度は後嗣の憂なからしむるか故に、獨身の風を生じ、婚姻の障礙を惹起する弊がある。

八、養子制度は法律を回避し、又は法定資格を獲得する手段として濫用せられる弊がある。例へば(1)我國に於ては民法施行前徴兵忌避の目的を以て縁組か締結せられたることかある。即ち明治十二年當時家督相續人タルモノハ徴兵ヲ免ルルコトヲ得タルニヨリ甲ハ乙ノ養嗣子トナリ同人ノ家督相續人タル身分關係ヲ取得セントシテ兩人間ニ養子縁組ノ行ハレタル以上ハ其縁組ハ養親子關係ヲ發生セシムル意思ヲ以テ爲サレタルモノト認ムルコトヲ得ルヲ以テ其養子縁組ハ有效ナリトス」(東京控訴院大正八年(ホ)第一七五號、同年十二月二十八日民三判

決法律評論八卷民法一一四九頁、尙大審院明治二十九年第四一六號同三十年五月十一

日民一判決三輯五卷五〇頁參照)と謂ふ判例の示す事實に徴して此事は明瞭であらう。又(2)羅馬に於ては護民官たる資格を獲得せんか爲めに養子制度か濫用せられたることかあつたのである。

大体に於て養子制度に反對する學者は太宰春臺經濟錄九卷、荻生徂徠(政談四卷)、會澤安(新論)、室鳩巢(鳩巢秘錄、猷可錄)、淺見綱齋(氏族辨證)、蒲生君平(今書)、中井積善(草茅危言)、庄司考社(經濟問答秘錄六卷)、重野安釋博士(隱居家督竝ニ養子ノ弊害)學士會院雜誌第八編、及び岡村司博士(親族講義六一八頁以下)等かある。殊に近時乃木將軍は養子反對論の實行者として世に喧傳せらるゝこと人の知る所である。

次に養子制度の利益として主張せられて居る所のものは、

- 一、養子制度は家系を繼續し、祖先祭祀の絶滅を免れしむること、
- 二、養子制度は子無き者を慰藉すること、
- 三、養子制度は家業、後繼者を得せしむるを以て、家業の絶滅を防止するを得ること(藝道養子)。



四、養子制度は孤兒貧兒を暖き家庭に収養して、之を扶助教養することを得る社會政策上の利益あること（穂積博士「養子制度の新用途」法學協會雜誌三十卷五號八八頁、Bericht ueber ihre Taetigkeit im Jahre 1911 von der Deutschen Zentrale fuer Jugendfuersorge, Berlin, Gurentag）等である。

養子制度は家族制度を採用する時代に於ては絶對的の必要がある。家族制度を捨て、個人制度を採用するに至つては殆んど其必要を感じない。我國の如きは家族制度を採用して居るのであるか、現行民法の家族制度は餘りに形式的に流れ、家族制度より個人制度に遷移する過渡期に在るに過ぎないから、矢張り養子制度の必要を感じる。昔時の如くてないのみならず、此制度を存置するか爲め之れか亂用せられて、國家の深憂を惹起すること必しも尠少でない。併し乍ら養子制度にも前示の如き利益があるのであつて、殊に第二、第四の利益の如きは社會政策上極めて重要な意義があるのであるから、養子制度は法

制として之を保存することを可と信する。唯成るべく其弊害を避け、其亂用を防ぎつゝ、其利益なる點を利用することを勗むべきは勿論である。

#### 第四款 養子縁組の種類（養子の種類）

養子縁組の分類は養子の分類に對立し、單に其觀察點を異にするのみである。即ち實質に於ては縁組の分類は養子の分類であり、亦養子の分類は縁組の分類に外ならない。蓋し、養子縁組は養子の發生原因であり、養子は養子縁組の效力として發生する結果たるに過ぎないからである。

##### （一）婿養子縁組（婿養子）

婿養子縁組とは養親養子間に養子縁組を爲すと同時に養子（男）か養親の家女即ち實子女、養子女又は繼子女（女）等と婚姻を爲すを謂ふのである。而して婿養子縁組を爲したる養子は即ち婿養子たるに外ならな



い。婿養子縁組は我國に於て行はるること頻繁である。婿養子縁組は養子縁組契約と婚姻契約との同時成立である。是れは所謂契約の聯立の一種に屬する。従つて婿養子縁組は養親子關係と夫婦關係との二個の效力を併發すべき一個の契約ではないのである。又各契約の當事者も異つて居る。即ち養子縁組は養親と養子との間に成立するし、婚姻は養子と家女との間に成立するのである。換言すれば養子は養子縁組契約と婚姻契約との兩契約の共通當事者であるけれども、養親は養子縁組契約のみの當事者に過ぎず、家女は婚姻契約のみの當事者たるに過ぎない。斯の如く婿養子縁組は縁組と婚姻と二種の契約の聯立であるから、縁組が無効又は取消と爲りたる場合にも婚姻は獨立して有効に存在し得るし、婚姻が無効又は取消と爲りたる場合にも縁組のみ獨立して有効に存在し得る。併し乍ら實際上當事者が婿養子縁組を締結するは、其心中に於て縁組と婚姻とが同時に有効に成立し得ることを目的とするものである。即ち若しも其一方が無効であ

り、又は取消されたるときは他方も亦無効であり、又は取消されることを欲するの通常であつて、決して何れか一方のみが有効に存立することを希望しない場合が多いと謂はなければならぬ。仍て民法は以上の當事者の意思を尊重し、婿養子縁組の場合に於ては各當事者は縁組の無効又は取消を理由として婚姻の取消を裁判所に請求することを得せしめ（七百八十六條）、又之れと反對に婚姻の無効又は取消を理由として縁組の取消を裁判所に請求することを得せしめ（八百五十八條）、更に又、婿養子縁組の場合に於て離縁ありたるときは、夫婦の一方に離婚の訴を提起することを得せしめ（八百二十二條十號前段）、又婿養子縁組の場合に離婚ありたるときは、縁組當事者の一方は離縁の訴を提起することを得ることとした（八百六十六條九號前段）。

以上に列挙したる各法條（七百八十六條、八百五十八條、八百三十三條十號、八百六十六條九號）は一方に於て婿養子縁組か一個の契約に非ずして、二個の契約の聯立なることを前提して居ることは略明瞭である。而して此二種の契約



か同時に成立することを必要とするものなりや、又は時を異にして成立するも妨げなきや否やの點に關して學説は同時成立を必要とすることに一致して居るに拘はらず其法典上の根據は必ずしも明瞭とは謂ひ得ない。併し乍ら第八百十三條第十號及ひ第八百六十六條第九號は恐くは婿養子縁組か婚姻と縁組との兩種の契約の同時成立を必要とする根據を與ふるものと見るを得るであらう。蓋し此兩條に於ては各婿養子縁組と養子と家女との婚姻とを區別して規定して居るから、此兩者か別種のものなることは論を俟たない所である。而して養子と家女との婚姻は先づ養子縁組か成立し、然る後に婚姻か成立することを要することは養子と家女との婚姻と謂ふ文言自体に徴して之を窺知し得る。蓋し先づ縁組か成立しなければ養子と謂ふものは存在し得ないからである。而して若し婚姻か縁組より先たつ場合には更に夫婦養子縁組の觀念か生し來るのであるから、婿養子縁組は勢、婚姻と縁組との同時成立を要件と爲すものと解する外に途はないと

謂ふへきてある。

婿養子縁組に一種の變態か存在し得る孫婿縁組と稱するものか之れてある。孫婿縁組とは男子か戸主の家に入りて家女と婚姻すると同時に戸主の養孫と爲ることを謂ふ。孫婿縁組は現行民法の認めざる所である。

婿養子の相續權に關しては後に述べる。

徳川幕府の封建法に於て掣養子と稱するは現行民法の婿養子と異なり養子か將來養親の家女と婚姻することを條件として養親と養子縁組を爲すものなること後に述べる通りである。従つて掣養子と婿養子とは其性質を異にするものである。

婿養子縁組に於ける養親は戸主たるご家族たるごを問はない。

「民法第八百三十九條ハ法定ノ推定家督相續人タル男子アル者カ女婿ト爲ス爲メニスル場合ノ外男子ヲ養子ト爲スコトヲ得サル旨ヲ規定シタルニ止マルヲ以テ之ニ依リテ婿養子縁組ヲ爲スコトヲ得ル者ハ、戸主ニ限り家族ハ婿養子縁組ヲ爲スコトヲ得サルモノト推論スルコトヲ得ス、家族ト雖モ其子女ノ爲メニ婿



養子縁組ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レハ原院カ被上告人ノ家族タル父喜兵衛ニ於テ其長女カノ爲メニ上告人ト婿養子縁組ヲ爲シタルモノト認メタルハ相當ナリ」(大審院大正四年才第千六十七號大正五年三月四日民三判決二二輯四六一頁)。

婿養子縁組に在つては縁組届と婚姻届とを各別に爲すことを本則とするも一通の届書に縁組届と婚姻届との要件を具備するに於ては市町村長は其届出を受理して差支へないこと勿論である。(大正十三年十月二十九日民事局長回答法曹雜誌三卷一號一一九頁)。

(二)女婿と爲す爲めの養子縁組(八百三十九條)

(女婿と爲す爲めの養子、女婿養子)

民法第八百三十九條に於ては特に「女婿ト爲ス爲メニスル」養子と謂ふ語を使用して居る、女婿と爲す爲めの養子縁組は婿養子縁組と同一のものである。即ち養子か養親と養子縁組を締結すると同時に養親の女子(實子、養子、繼子)と婚姻するものである。此縁組に因つて養子と爲りたる者を女婿と爲す爲めの養子、又は女婿養子と稱するのである。

る。

従つて女婿養子縁組は一旦男子を養子と爲したる後に於て、養親が其家女と養子とを婚姻せしむることを謂ふのではない。蓋し養親の家女と養子との婚姻は家女と養子との合意に因つて成立するものであつて養親の意思に依つて婚姻が成立することを得ないのであるから、養親が後日其家女の女婿と爲す目的を以て現在養子縁組を爲すも後日其目的を達し得るや否やを知り難きか爲めてある(同説穂積博士親族法大意一一〇頁、仁井田博士親族法相續法論二四四頁、牧野博士日本親族法論三八四頁、古山學士親族法註解二七六頁、蜂岸氏「姉妹ノ爲メニスル養子縁組」法學研究二卷三號四號、大正二年十一月二十四日法務局長回答霜山學士類纂一三〇頁、反對説岡村博士民法親族編講義六二六頁、同博士親族法講義要領一八六頁、梅博士民法要義第四卷二八〇頁、明治三十一年十二月十六日、同三十一年一月二十五日、同三十五年四月十日民刑局長回答)。

(三)姉妹の爲めにする養子縁組(九百七十三條)(姉妹の爲めにする養子)

参考文献

蜂岸治三氏「姉妹ノ爲メニスル養子縁組」法學研究二卷三號四號



民法第九百七十三條には「法定の推定家督相續人ハ其姉妹ノ爲メニ  
 スル養子縁組ニ因リテ其相續權ヲ害セラルルコトナシ」と規定して所  
 謂姉妹の爲めにする養子縁組を認めて居る。姉妹の爲めにする養子  
 縁組に因りて養子と爲りたる者を姉妹の爲めにする養子と稱する。  
 姉妹の爲めにする養子縁組は一家に戸主あり、法定の推定家督相續  
 人あり、且其法定の推定家督相續人の姉妹(戸主の家女)ある場合に於て  
 其姉妹か甲男と婚姻を爲し、戸主か甲男と養子縁組を爲す場合に惹起  
 するのである。例へば、

- (1) 戸主甲に長女乙、次女丙、及び三女丁ある場合に於ては、乙は法定の  
 推定家督相續人である。此場合に次女丙、又は三女丁か戊男と婚姻を  
 爲し、戸主甲か戊男と養子縁組を爲すときは姉妹の爲めにする養子縁  
 組か惹起する。是れに關して學者間に争はない。
- (2) 戸主甲に庶出の男子乙、其姉妹に丙、丁ある場合にも其姉妹丙、丁に  
 對して姉妹の爲めにする養子縁組か行はれ得る。是れに關しても學

者間に争かない。

(3) (1)の場合に於て長女乙か法定の推定家督相續人たる地位を廢除  
 せられたるときは、次女丙は法定の推定家督相續人と爲る。此場合に  
 長女乙、又は三女丁に對して姉妹の爲めにする養子縁組か行はれ得る。  
 是に關しても學者間に争かない。

(4) (1)の場合に於て戸主甲と養子戊と養子縁組を爲し、戸主甲の次女  
 丙、又は三女丁と養子戊と婚姻を爲したる後に於て、戸主に實男子己  
 か出生したるときに關しては學者間に議論か岐れ、(A)實男子己か戸  
 主甲の法定の推定家督相續人と爲るのであるから、養子戊は實男子己  
 の姉妹の爲めにする養子であると主張する説 (奥田博士日本相續法論一〇〇頁及  
 ひ同博士講義、柳川學士日本相續法註釋上卷二四五頁以下、牧野博士日本相續法論一三二頁、宮田學士相續法講  
 義五三頁、梅博士民法學義五卷四〇頁、明治四十四年九月二十九日大審院判決、大正四年二月二日東京地方判決、  
 法曹會決議法曹記事一〇〇號二三頁、及び二十四卷十二號司法省回答、明治十七年四月十三日法曹記事一五〇號  
 四三頁等) もあるし、又(B)法定の推定家督相續人は養子戊自身であるか



ら此場合に於ては姉妹の爲めにする養子縁組が存立しないものを見るべきものであると謂ふ説（仁井田博士親族法相續法論四二三頁、島田學士相續法講義一三頁）もあるし、又(C)養子縁組後、戸主に實男子が生れたる場合に於ては、其縁組は女婿と爲す爲めに爲したるものか、嗣子と爲す爲めに爲したるものかは縁組當時に於ける當事者の意思に依つて決定すべきものであると謂ふ説もある（穂積博士相續法大意三三頁）。要するに是等の問題は相續法の問題であるから相續法の研究に譲らざるを得ないのである。唯姉妹の爲めにする養子縁組に關して養子論中に研究して置かねばならない問題は戸主と養子との間の養子縁組と法定推定家督相續人の姉妹と養子との間の婚姻とは同時なるを要するや、又は時を異にして成立すべきものなるやの問題、即ち、姉妹の爲めにする養子縁組は婿養子縁組と同一のものであるか、又は後に述べる家女縁組と同一のものであるか、又は此兩者以外のものなるかと謂ふ問題である。之れに關しても亦學説は岐れて居る。

(1) 第一説は姉妹の爲めにする養子縁組は現實に養子縁組と同時に婚姻が成立することを必要としない。唯養子縁組の際、其養子を將來姉妹の女婿と爲す意思を以て養子縁組を爲せは足ると主張する（明治三十六年三月二十一日法曹會決議）。

(2) 第二説は姉妹の爲めにする養子縁組は婿養子縁組と同一のものであると主張する（奥田博士民法相續法論一〇〇頁、仁井田博士親族法相續法論四二〇頁、牧野博士日本相續法論一一頁、島田學士相續法講義九六頁、古山學士相續法註解九六頁、峯岸氏前掲論文法學研究二卷、法律評論十三卷民法二五四頁）。

(3) 第三説は養子縁組と同時に婚姻すると、又同時に婚姻を爲さるゝとは其任意であるとする主張する（梅博士民法要義五卷三七頁）。

(4) 第四説は姉妹の爲めにする養子縁組とは養子縁組と同時に婚姻ありたるときは勿論であるか、養子縁組と同時に婚姻を爲さるゝも、相續開始當時に於て其養子が女婿と爲り居るときは之れは姉妹の爲めにする養子縁組であると主張する。即ち此説は姉妹の爲めにする養



子縁組は婿養子縁組の全部と、其以上に尙相續開始當時迄の家女縁組とを包含するものとする説である（柳川學士日本相續法註釋上卷二 八頁）。

以上四種の説明中第四説か最も第九百七十三條の立法趣旨に適する説であると信する。

(四) 夫婦養子縁組(夫婦養子)

既に婚姻に因つて夫婦と爲りたる者(養子)が共同して他人(養親)と養子縁組を締結するときは其縁組を夫婦養子縁組と稱する。而して夫婦養子縁組を締結して養子と爲りたる夫婦は夫婦養子に外ならない。夫婦養子縁組に在つては婚姻か養子縁組に先だつて行はれる點に於て婿養子縁組と差異が生ずるのである。

(五) 家女縁組(八百十三條十號、八百六十六條九號)(家女養子)

養親と養子が先つ以て養子縁組を締結したる後に於て、養子が養親の家女と婚姻したる場合に於て其婚姻を養子と家女との婚姻(家女婚姻)と稱し、其縁組を家女縁組と稱する。而して家女縁組に因りて養子と

爲りたる者を家女養子と稱する。

家女とは養親の家に在る女と謂ふ意義に解すべきである。本來、家女とは家附の女、即ち養親の家に生れたる女を謂ふのであらうか、此處では家女を斯の如く狭く解すへき必要がない。養親の家に在る女たる以上は養親の實子なると、養子なると、繼子なることを問はず皆家女である。

家女縁組の特長は右に述べたる通り養子縁組か婚姻に先たつて成立する點に在る、是れか婿養子縁組、夫婦養子縁組と家女縁組とが差異を生ずる重要な點である。

(六) 單純養子縁組(Gewöhnliche Adoption; adoption commune, adoption ordinaire) (單純養子)

以上に列擧したる特種の養子縁組に對して通常の養子縁組を單純養子縁組と稱し、單純養子縁組に因る養子を單純養子と稱する。

(七) 遺言養子縁組(adoptio testamentaria; adoption testamentaire; Adoption



effected by a will) (遺言養子)

關係法條

八百四十八條、舊民法人事編百六條二項、百二十二條、百二十三條  
佛三百六十六條

養子を爲さんと欲する者は普通、生前行爲を以て之れを爲すのであるか、我民法は又遺言を以ても養子を爲すことを得るものとした。多數の立法例は遺言養子を認めないのであるか、我國に於ては遺言養子を禁止すべき理由なく、却つて、遺言養子を認むべき實益あるものとして、之れを認むることとした。蓋し我國に於ては家族制度を採用し、家の繼續を重んずるのであるから、實子なき者をして遺言に因り養子を爲すを得せしめ、若し生前に於て實子を得たるときは其遺言を撤回するを得せしむるは極めて便宜である。若し遺言養子を認めずして生前養子を爲す外なきときは、將來實子を得たる場合には、其實子は相續權を取得するを得ずして種々の家庭上の風波を生ずるであらう。

遺言養子の場合の遺言も一般遺言の原則の支配を受くるのであつて、特に遺言養子に關する遺言の特別規定は存在するのではない。

爰に注意を要するのは遺言を以て養子を爲すと謂ふ意味である。

蓋し遺言養子は遺言に因つて當然成立するのではない。遺言は養親たるべき者の意思か表示せらるゝに過ぎないのである。民法第八百四十八條か「養子ヲ爲サント欲スル者ハ遺言ヲ以テ其意思ヲ表示スルコトヲ得」と規定するのは此趣旨を明白にしたるものである。従つて遺言に因る養子縁組の場合と雖も、養親か死亡して遺言か效力を發生したる後に於て、更に養子たるべき者の承諾の意思表示を必要とするのである。養子たるべき者か十五年未滿なる場合に於ては其家に在る父母か養子に代はりて縁組の承諾を爲すを要するのである（八百四十三條）。然かも遺言養子の場合と雖も、其縁組の意思表示は通常の縁組の如く、市町村長に對する届出の方式に因つて爲されねばならないのであるか、養親は既に死亡後であるから、一方に於ては養親に代つて遺言



執行者か一方の當事者となり、他方に於て養子又は之れに代つて縁組の承諾を爲すへき其家に在る父母か當事者と爲り、之れに成年の證人二人以上を加へて遺言か效力を生したる後、遲滞なく縁組の届出を爲すことを必要とするのである。

従つて遺言に依つて如何に養親たる者の縁組の意思表示か效力を發生するも、養子たるへき者か縁組の意思なき場合に於ては遺言に依る縁組の成立すへき謂はれはない。

通常の縁組に在つては縁組は届出に因つて其れと同時に效力を發生するものである。而して遺言養子の場合に在りては養親の死亡後に初めて届出を爲すものであるから、養親の死亡時期と縁組の成立時期との間に若干の期間を存することとなり、相續其他の點に不便を生ずるから、民法は第八百四十八條第二項の特別規定を設け、縁組の届出は養親の死亡の時に遡りて其效力を生ずるものとした。

遺言者に配偶者あるとき、遺言者は配偶者と共同して養子を爲すこ

とが必要である（八百四十一條一項）。然かも我民法は共同遺言を禁止する（千七十五條）。従つて此兩規定の適用に矛盾を生ずるのであるか、遺言養子を認めたる立法趣旨に徴し、配偶者ある者は單獨にて遺言養子を爲し得へきものと解する外はないと信する。然るときは遺言か遺言者の死亡に因りて其效力を生し、遺言者と養子との間に縁組か成立するとき、遺言者の生存配偶者と養子との間には養親子關係か存在しない。姻族關係か存立するものと見る外はないと信する（反對奥田博士講義三三〇頁）。

遺言養子は其起源極めて古く、埃及古代に於ては養子縁組は遺言を以て之れを爲すことを必要とし、希臘に於ては婦女か養子を爲すには遺言を以て之れを爲すことを要した。羅馬法に於ても *arrogatio per testamentum* と稱する *arrogatio* の一種かあつて、遺言養子を認めて居た。歐洲近代の立法例に於ては遺言養子を認めない。僅に佛國に於て遺言養子 (*adoption testamentaire*) を認めるに過ぎない。

家督相續人の指定（九百七十九條）は遺言養子に似たる便宜の制度であ



る。蓋し前述の如く子なき夫婦が養子を貰ひ受けたる後に其實子が出生するときは、養子か家督相續を爲し、實子は家督相續を爲すを得ざる結果を生し、家庭の波亂を惹起するのであるか、之れか救済策としては遺言養子を爲すも其一方法であるし、又家督相續人の指定も此弊を救済すへき一個の便法である。

(八)生前養子縁組(生前養子)

遺言養子縁組に對して、養親の生前に於て成立する養子縁組を生前養子縁組と稱する。而して生前養子縁組に因る養子は生前養子である。

(九)戸内縁組(戸内養子)、戸外縁組(戸外養子)

養子縁組を爲すへき養親及び養子か共に始めより同一の家に屬するときは之を戸内縁組と稱し、戸内縁組に因りて養子と爲りたる者を戸内養子と稱する。例へば兄か同一の家に屬する弟を養子と爲す場合の如きである。

養親たるへき者と養子たるへき者とか同一の家に屬せざりし場合には其縁組を戸外縁組と稱し、戸外縁組に因りて養子と爲りたる者を戸外養子と稱する。蓋し婚姻に於ける戸内婚姻、戸外婚姻と對立する區別である。

(十)再縁組(再養子)、轉縁組(轉養子)

養子縁組に因りて一旦養家に入りたる者か離縁等に因りて實家に復歸したる後、更に養子縁組を爲すときは之れを再縁組と稱する。婚姻の場合の再婚に對立する觀念である。而して養子か養子縁組に因りて養家に入りたる後、實家に復歸することなく、養家より更に縁組に因りて他家に入り、又は養家に於て戸内縁組を爲すときは、之れを轉縁組と稱する。恰も婚姻の場合に於ける轉婚と對立する觀念である。

轉縁組を爲すに際しては養子は養家及び實家の戸主の同意を得ることを必要とし(七百四十一條)、又養家及び實家の父母の同意を得ること



を必要とする(八百四十五條、八百四十四條)。

民法施行前に於ては轉縁組を認めなかつた。即ち、

「元來我國ニ於テハ一家ノ養子タル者ハ其實家ニ復籍シタル上ニアラザレハ更ニ他家ノ養子ト爲ルコトヲ得サルヲ以テ從來一般ノ慣行ナリトス隨テ既ニ一家ノ養子タル者カ其實家へ復籍セスシテ養家ヨリ直ニ他家ノ養子トナル契約ヲ爲スモ其契約タルヤ未タ以テ養子縁組ノ效力ヲ生スヘキモノニ非ス而シテ養子縁組ノ效力生セスシテ養子タル身分ヲ得テ始メテ取得スヘキ相續權ノ如キ權利ヲ取得スヘキ理ナシ」(大審院明治二十八年第六七號同年九月十三日民二判決一輯二卷一四頁)。

(七) 養嗣子縁組(養嗣子)

縁嗣子縁組とは養親たる戸主カ將來其養子をして其家督相續を爲さしむる意思を以て爲す養子縁組を謂ひ、養嗣子縁組に因りて養子と爲りたる者を養嗣子と稱する。之れと對立して家督相續權なき養子を非相續養子、又は非繼承養子と稱する。養嗣子及ひ非相續養子の制

度は民法施行前に於て行はれたる制度であつて、現行民法の認むる所ではないか、民法施行法第六十八條の規定に従つて民法施行の日より民法所定の養子と同一の效力を生ずるものである。養嗣子及ひ非相續養子の制度は現代の社會生活に於ても之を必要とする場合あり得べきを以て、親族法改正立法に於ては或は之を復活せんをするか如き思潮かないでもない様である。是等の養子に關する大審院及ひ下級裁判所の判例は從來多數に存在して居る。

長崎控訴院明治四十年六月判決法律評論一五卷民法二〇六頁、同控訴院大正十年(ア)第五〇六號同十一年六月十九日判決、札幌控訴院大正十年(ホ)第四八號同十一年四月六日判決、東京控訴院大正十二年(オ)五七五九號同十年二月七日民五判決法律評論十五卷民法二五七頁、大審院明治二十七年民第二九七號同年十月二十六日判決四七五頁、明治二十九年第一九八號同年九月十五日民一判決二輯八卷一二頁、明治二十九年第三八七號同三十年四月十三日民一判決三輯四卷四六頁、明治二十九年第五二五號同三十年十月七日民一判決、三輯九卷二五頁、明治三十年第二三六號同三十一年二月二十二日民一判決四輯二卷三三頁、明治三十年第四九四號同三十一年十月二十九日民一判決四輯九卷六四頁、明治三十二年(オ)第二六六號同三十



三年二月八日民一判決六輯二卷四〇頁、大正八年(オ)第四八〇號同年七月十一日判決、法律評論八卷民法八四五頁、大審院大正九年(オ)第五十號同年三月八日判決二六輯二七四頁、穗積博士「民法施行前の養子制度、幼年者の養子縁組—養子と養嗣子」法學協會雜誌三十九卷九號一五六—一頁参照。

(三) 仲繼養子縁組(仲繼養子)

仲繼養子縁組も民法施行前に行はれたる養子縁組であつて養嗣子縁組の一場合に外ならない。仲繼養子縁組とは戸主の實子又は嫡孫か幼少又は病弱なる爲め、一旦仲繼の爲め養嗣子とする目的を以て叔伯父等を養子として迎ふる養子縁組を謂ふのであるか、其養子が養父たる戸主の死亡又は隱居に因りて家督相續を爲したるときは、先代嫡子又は嫡孫を仲繼戸主の順養子又は指定家督相續人と爲すものである。而して此仲繼相續、即ち先代の嫡子又は嫡孫の爲す相續か民法施行後に開始するときには民法第九百七十條以下の規定に依つて其仲繼戸主を基本として相續順位を定むべきものなるか、或は民法施行前の仲繼相續に關する前示慣習法に従つて、先代戸主を標準として先代

の嫡子又は嫡孫か相續すべきものなるかに關して疑かあるけれども、大審院は民法の規定に依つて相續せしむべきものと判決して居る。

大審院大正十四年(オ)第三二〇號同年六月二十九日民一判決同院大正三年(オ)第六一九號同四年四月二十四日判決法律評論四卷民法四二五頁、同院大正二年(オ)第六八〇號同三年十二月二十一日判決民法八〇頁、同院明治三十五年十卷一八九頁、東京地方大正二年(ワ)第九三五號同年十一月十四日判決同書二卷民法七五四頁、反對説平野學士「再相續に依る仲繼相續と民法施行後の相續順位」法學志林二七卷十二號八一頁、東京地方大正十一年(リ)第一七六四號同十四年五月二十九日民一判決法律評論十四卷民法七九三頁、牧野博士同書四卷四號四三頁同書十四卷民法一九一頁、石山孫平氏仲繼相續論法學新報一一三號一三頁以下、高窪博士批評法律評論二卷民法七五八頁参照。

仲繼相續の爲め爲したる養子を仲繼養子と稱する。

第四款 養子類似の親族

養子は自然の血縁なき所に親子關係か創設せられたるものである。従來の法制を檢するに自然の血縁なき所に擬制を以て親族關係を認



むるものか尠なからず存在するを見る。

(一) 繼親子  
(二) 嫡母庶子

繼親子及び嫡母庶子は養親子と共に我親族法上、所謂法定血族を構成するものなること既に陳へたる所である。併し乍ら繼親子及び嫡母庶子は親子關係ある點に於て養親子と全く同一であるけれども、其親子關係の成立原因を異にし、當事者は養子縁組に因つて親子たるに至つたものではないから、養親子と其性質を異にする。

(三) 養孫

養子縁組 (Annahme an Kindesstatt) と對立して養孫縁組 (Annahme an Enkelstatt) の觀念がある。養子縁組は収養者と被収養者との間に親子關係が発生するに反し、養孫縁組は収養者と被収養者との間に祖父母と孫との關係が発生するのである。養孫縁組は祖父母と孫との間の關係を生ずること前示の通りであるか、養親養子間の養子縁組ありた

る後、養子に直系卑屬を生ずるとき其直系卑屬と養親との間にも祖父母と孫との關係を生ずる。併し乍ら兩者は亦其發生の原因を異にすることを注意せねはならない。前者の祖父母對孫の關係は直接、養孫縁組に因つて發生するのであるが、後者は養子縁組に因つて發生するのである。養孫縁組は家長の繼嗣か男子なくして死亡したるとき、家長は自己の爲めに養子縁組を爲さず、死したる後嗣の爲めに他人の子を収養して、自己の養孫と爲す場合に生ずるのである。養孫縁組の外尙養會孫縁組 (Annahme an Urenkelstatt) も存在し得る。斯の如き間隔を距て、成立する跳躍縁組 (Springende Adoption) は我民法及び近世立法例の認めざる所であるか、支那法、羅馬法、獨逸普通法等は之れを認めた。

(四) 孫婿

民法施行前に於ては戸主か女孫を有する場合に於て、他より男子を収養して自己の養孫と爲すと同時に、其女孫と婚姻せしむる場合かあ



つたようである。其収養行爲を孫婿縁組と稱し、収養せられたる男子を孫婿と稱する。前に述べたるか如く孫婿縁組は婿養子縁組の一變態であるか、現行民法の認めざる所である。尙徳川時代の幕府法に認められたる孫女合婢養子に關しては後に述べる所を參照せられたい

(五) 乳兄弟、乳姉妹 (Milchverwandschaft)

同一の女子(乳母)に乳育せられたる男女を乳兄弟又は乳姉妹と稱する。此名稱は從來我國に於て使用せらるゝ名稱であるけれども、之れに因つて何等法律上の效力(親族關係等)を發生せしめたることかない。併し乍ら回々教法に於ては法律上此關係を認めて居る。乳兄弟及び乳姉妹は親子關係でないから養子と異なることは固より言ふを俟たぬ所である。

(六) 義兄弟 (Vahlbrüderschaft)

義兄弟は兄弟に非ざる男子間に於て兄弟關係を盟約したるものを謂ひ、其兄弟關係を創設する契約を兄弟契約 (Vurbrürlungungsvertrag) と謂ふ。

從來我國に於て屢行はれたる慣習であるか、此種の結合は獨り我國に限りて存在するものではなく、古代諸民族間に行はれたる所である。此契約の效力としては、相互の扶助及び相續等の權利義務が發生する。又親族關係は當事者双方の血族にも及ぶことかある。兄弟契約の外に尙、兄妹契約も存在し得る。兄妹契約は兄妹に非ざる男女間に兄妹關係を發生せしむる契約である。兄妹契約の效力として當事者間に婚姻障礙が發生することかある。

我が民法は兄弟契約又は兄妹契約等を認めない。之れ等の契約に依つて養親子關係が發生せざること論を俟たない。

(七) 指定家督相續人

第一種の法定推定家督相續人、即ち被相續人の家族たる直系卑屬が存在しないときは、被相續人は任意の人を指定して自己の家督相續人と爲すことを得る。之を指定家督相續人と稱する(七百七十九條)。指定家督相續人は被相續人の死亡、其他の事由(九百六十四條)によりて家督相續



か開始するときには被相続人を相続すること恰かも被相続人と家を同  
ふする長子の如き關係に在るけれども、然かも、指定者と被指定者の  
間には指定に依りて何等の親族關係、殊に親子關係を生ずることかな  
いのは、兩者の最も著しい差異が生ずる點である。

遺言に依る養子縁組（八百四十八條、華族令十四條、十九條）と遺言に依る家督相  
續人の指定（九百八十一條、華族令十四條、十九條）とは又類似して居るけれども、尙且  
兩者が同一のもてないことは勿論である（穂積博士相続法大意三五頁以下参照）。

(八) Taufpat nschaft

Taufpat nschaft とは命名に因りて發生する親子關係を謂ふ。是れは  
寺院法の認むる制度であつて、小兒が洗禮を受けて名附親 (Taufpater) よ  
り教名を付與せらるゝときは、其小兒と名附親との間に親子關係を發  
生するものである。此制度に依る親子關係は養子縁組契約に基くも  
のてないから養子縁組關係とは固より別個のものである。

(九) in loco parentis

是れは英國に行はれたる制度であつて、養子制度に代用せられたる  
ものである。此制度は代父 (The person standing in loco parentis) が父に代  
はりて孤兒を保護することを目的とするものであつて、代父の權利義  
務は實父と殆んど同一である。併し乍ら孤兒は代父の相続權を有し  
ないのか養子制度と異なる。

(十) Pflégkindschaft

(十一) Einkindschaft

此兩者に關しては後に説明する。

第五款 養子制度の沿革及び比較法制

(一) 羅馬法に於ける養子制度

羅馬法に於ける養子縁組 (adoptio) は之れを二種に區別する。其一を  
家長養子縁組 (arrogatio; die Arrogation, Der Annahme einer gewaltfreien Per-  
son) と稱し、其二を狹義の養子縁組 (datio in a optionem; die Adoptio im



engeren Sinne, Der Annahme einer gewaltunterworfenen Person) と稱する。

(一) 家長養子縁組とは自権者 (*homo sui iuris*) 即ち家長權に服せざる者を収養して養子と爲す養子縁組を謂ふ。換言すれば一家の家長か他家の家長を養子とする養子縁組を謂ふ。此養子縁組は先づ神官に於て正當理由の存否を審査したる後、民會 (*comitia curiata*; *der Kuriatkomitien, Volksgemeinde*) を召集して其同意を得ることを要する。民會に於ては神祇伯か議長となり、養親及び養子に對して先づ養子縁組の意思の有無を問ひ、胥定の答を得たるべき、集會したる人民に向つて此縁組の可否を問ひ、多數決を以て此縁組を決定するのである。帝政時代に於ては民會存在せざるを以て民會の決議に代ふるに皇帝の特許 (*Kaiserlicher Reskript*) を以てした。家長養子縁組の效力としては、(1) 養子は其家族と共に養親の家に入ること、(2) 養子は養親の家長權に服すること、(3) 養子の財産は包括的に養親に歸することである。

(二) 狹義の養子縁組とは他権者 (*homo alieni iuris*) 即ち家長權に服する

者を収養して養子と爲すことを謂ふ。狹義の養子縁組の手續は養子に對して從來存在せし家長權を消滅せしむる手續と養親の家長權を發生せしむる手續とに區別せられ、頗る繁雜であつた。儒帝時代に至ては、其手續非常に簡單となり、養親養子と共に裁判所に出頭して、縁組意思を表示すれば足ることとなつた。而して儒帝は養子縁組 (*adoptio*) を更に二種に區別することとした。其一を完全養子縁組 (*adoptio plena*; *Vollkommene Adoption, Volle Adoption*) と稱し、其二を不完全養子縁組 (*adoptio minus plena*; *unvollkommene Adoption*) と稱する。完全養子縁組とは養子たるべき者の尊屬か養親となる縁組(時には祖父か父の生存中に於て其孫を第三者に與ふる縁組)を謂ひ、不完全養子縁組とは養子の尊屬以外の者か養親となる縁組を謂ふのである。

完全養子縁組の效力として養親か養子に對して家長權 (*Patria potestas*) を取得するけれども、不完全養子縁組に在りては、養親は養子に對して家長權を取得せず、養子は依然として實父の家族として其家長權に



服する。而して養子は養父を相続する権利を有すれども、養父は養子を相続する権利がない。

(二) 獨乙に於ける養子制度

獨乙古代法に於ても既に養子制度を認めて居た。然し乍ら獨乙古代法に於ける養子制度は養子を養親の家族團體に入れる方法として認められたるもので、其目的より之れを見れば寧ろ相続制度に屬し、身分上の制度ではなかつたのである。蓋し獨乙古代法に於ては遺言制度を認めないから、家族以外の者をして遺産を相続せしむる必要あるときは之れを養子として自己の家族中に迎ふる必要があるからである。

獨乙古代法の前示の養子制度は其後漸次に消滅に歸した。而して之れに代はつて獨乙に於ける羅馬法の繼受となり、所謂獨乙普通法 (Gemeines deutsches Privatrecht) が成立し、羅馬法の養子制度が獨乙を支配するに至つたのである。其後第十八世紀以來獨乙各國は各獨立の私

を發布し、又獨乙普通法上の養子制度を採用した。

獨乙民法も亦養子制度を採用したけれども、羅馬法の如く諸種の養子制度を認むることなく、唯一種の養子を認むるに過ぎない。

即ち獨乙民法は縁組の實質的要件としては、(1) 養親に嫡出直系卑屬の存在せざること(千七百四十二條)、(2) 養親は五十歳以上なること、(3) 養親と養子とは十八歳以上の年齢の差あること(千七百四十四條)、但し此年齢の制限は免除の許可を受け得ることかある(千七百四十五條)、(4) 婚姻せる者は配偶者の同意あるに非されは養親となり、又は養子となることを得ざること、(5) 嫡出子は滿二十一歳までは父母の同意を要し、私生子は同しく母の同意を要すること(千七百四十七條)、(6) 縁組は代理人に依つて之れを締結するを得ず、子か十四歳未滿なるときは後見裁判所の許可を得て法定代理人か之れを締結すること(千七百五十條)を規定した。

獨乙民法の養子縁組の形式的要件は後に述べる。獨乙民法の養子縁組の効力は、(1) 養子は養親の嫡出子たる地位を取得し(千七百五十七條)、



未成年の子は養親の親權に服する。(2)養子は養親の姓を取得する(千七百五十八條)。(3)縁組に因り養子は養親の相續權を取得するけれども、養親は養子を相續するを得ない(千七百五十九條)。其他扶養關係(千七百六十六條)、又は養親子關係に基く親族關係の範圍に關して規定を設けて居る(千七百六十二條、千七百六十三條、千七百六十五條)。

獨乙に於て從前行はれたる制度にして、養子制度に似たる制度に二種がある。其一は Finkindschaft の制度であり、其二は Pflegkindschaft の制度か是れてある。前者は獨乙古代法に認められ、後者は普國及ひバーデンの國法に認められて居たものである。

(1) Finkindschaft (unio prolium)

此制度は寡婦か後夫を迎ふるに當り、亡夫との間に生れたる子 (Vor-Kinder) と新夫婦との間に締結する契約であつて、第一婚姻に因つて生したる財産の分割を防止せんか爲め、第一婚姻の子に第二婚姻の夫妻の實子たる地位を付與せんとすることを目的とするのである。即ち

寡婦は先子と第一婚姻の財産の分配を爲すことなくして後夫に嫁するを得へく、第二婚姻の夫妻は先子を扶養教育し、且つ先子は新夫婦の財産より先除分配額を受くるを得るのである。而して此契約の效力として尙先子と後夫との間に親權及ひ相互相續權も發生するのであるから、其效力より見れば、極めて養子制度に類似して居るけれども、之れは眞の養子制度ではなく、寧ろ相續契約 (Erbvertrag) に屬すべきものである。

(2) Pflegkindschaft

此制度は實親に遺棄せられたる小兒を収養する制度である。之れに依つて養親は無償にて其小兒を教育養護する義務を負ひ、養兒は養親に對して無償にて勞務を提供する義務を負ふ。従つて此制度は外觀上、養子制度に酷似するけれども、養親養兒間に身分上の法律關係を發生しないから養子制度ではない。此制度は養親の勞役權濫用を生し易く、奴隸制度の復活であるとの非難を生したるものである。獨乙



民法は此制度を採用しなかつた。

(三) 佛國に於ける養子制度

佛國に於ては大革命以前迄は養子制度は存在しなかつたのであるが、一七九二年一月十八日の勅令に因つて初めて養子制度を採用することに決せられ、民法法典に至つて初めて佛國養子制度は確立するに至つた。

佛國民法に於ける養子縁組は通常養子縁組と、特別養子縁組との二種に區別せられる。

(I) 通常養子縁組 (adoption ordinaire; Gewöhnliche Adoption)

通常養子縁組は特別養子縁組に對立するもので、男子たる者と女子たる者とを問はず、婚姻したる者たると婚姻せざる者たる者とを問はず、養子縁組を爲すことを得る。其要件としては(1)養親は五十歳以上にして養子より十五歳年長たるを要する。(2)養親は縁組の時に於て嫡出子又は準正子を有しないことか必要である(三百四十三條)。(3)夫婦の一方は

他方配偶者の同意なくんは縁組を爲すことを得ない (三百四十四條)。(4)養子か二十五歳以下なるときは父母の同意を必要とする。(5)養子は既に其以前に縁組を爲したる者に非ざることを必要とする(三百四十四條)。(6)而して養子は未成年の間に六ヶ年間繼續して養親に扶養せられたる者たることを必要とする(三百四十五條)。

(II) 特別養子縁組 (adoption privilégiée; Privilegierte Adoption)

特別養子縁組は更に之れを二種に區別する。其一を報恩養子縁組と稱し、其二を遺言養子縁組と稱する。報恩養子縁組 (adoption remuneratoria; adoption remuneratoire; Vergeltende Adoption, Adoption des Lebensretters) とは戰鬪、水難、火難等に際して養親たるべき者を救助したる者に對して其恩に報いんか爲めに之れを養子と爲すものであつて、通常養子に比して其要件を寛大にして居る。即ち(1)養親は五十歳以上たるを要せず、單に成年たるを以て足る。(2)養親養子の年齢の差か十五年なるを要せず、單に養親は養子より年長たるを以て足るか如きてある。



遺言養子縁組 (adoptio testamentaria; adoption testamentaire) は好意後見人か遺言を以て其被後見人を養子と爲すことを謂ふ。此縁組は通常養子縁組の要件の外に尙後見開始後五ヶ年間を経過すること、及び後見人か被後見人の成年に達する以前に死亡したることを必要とする (三百六十六條)。此縁組には裁判所の許可、身分登記吏の登記等を必要としない。此遺言養子縁組の前提として認めらるゝ好意後見の制度 (tutelle officieuse; Annahme eines Pflegekindes) は好意上、収養者が自己の費用を以て被収養者を教養する制度である。詳言すれば男女を問はず、年齢五十歳以上にして嫡出子なき者にして且通常の後見人たる資格能力を有する者は其被収養者の好意後見人と爲り得る。夫婦は他方の配偶者の同意を得る必要がある (三百六十一條、三百六十二條)。而して被後見人は十五年未滿たるを要する (三百六十四條)。被収養者は父母の同意を得ることを要する。

好意後見人か其子の成年に達する前、遺言養子を爲さずして死亡し

たる場合に於ては、其子の成年期迄は必要なる扶養を好意後見人の遺産より受ける (三百六十七條)。又後見人か死亡せざる場合には其子か成年に達したる時より三ヶ月以内に後見人に對して自己を養子 (通常養子) と爲すべきことを請求するを得べく、後見人か之れを承諾せざるときは將來の生活費を支出する責任がある。

佛國民法の養子縁組の形式的要件に關しては後に述べる。

#### (四) 瑞西に於ける養子制度

獨乙古代に於ては養子制度は存在したけれども、中世の瑞西國法には此制度が存在しなかつた。蓋し此制度は家族團體の結合を害し、且嫡出子の利害を侵害すゝ危険あるものとせられたるか爲めてあらう。其後に至つて羅馬法の影響を受くるに及んで、瑞西各州に於ても養子制度が認めらるゝに至つたのであるか、諸種の養子を認めなかつた。即ち羅馬法の完全養子縁組は其效力餘りに廣汎に失するし、不完全養子縁組は其效力が餘りに不完全であるからである。固より又羅馬法



の家長養子縁組や狹義の *adoptio* の制度も継受しなかつたのである。又獨乙古法の *Flegkindschaft* 等も継受しなかつた。唯養子縁組は養親と養子との間に親子關係を設定する制度たるに過ぎないのである。瑞西民法に於ても亦之れと同様である。

瑞西民法上の養子制度の要件も養親子關係を成るべく自然の親子關係に近似せしめんか爲めに定められたのである。即ち、

- (1) 養親たるべき者は四十歳以上たることを要し、
- (2) 養親は養子より少くとも十八歳年長者なることを要し、
- (3) 養親は嫡出直系卑屬を有せざる者たることを要する(二百六十四條)。

又、

(4) 養子は男子たると、女子たると、成年者たると未成年者たると、既婚者たると未婚者たると、又判断能力者たると否とを問はない。又嫡出子たると私生子たるとを問はない。養子か判断能力者たるときは自ら縁組を爲すことを得る(二百六十五條一項)。

養子か未成年者、又は禁治産者なる場合に於ては、假令判断能力を有するときと雖も、其父母又は後見監督官廳の同意のみに依りて養子と爲すことを得る(二百六十五條)。

(5) 配偶者ある者は其配偶者の同意を得て單獨に養子を爲すことを得る。又配偶者ある者は其配偶者の同意を得て他人の養子と爲ることを得る(二百六十六條一項)。

共同して一人を養子と爲すことを得る者は兩配偶者に限られる(二百六十六條二項)。

瑞西民法の養子縁組の形式的要件は後に述べる。

養子縁組の效力としては、養子は養親の姓を稱し、又養親に對して相続權を取得するか、實家の相続權を失ふことはない(二百六十八條一項)。

養子縁組により親としての權利義務は養親に移轉する(二百六十八條二項)。

養子及び其直系卑屬は養親に對して嫡出子と同一の相続權を有す



るか、養親及び其直系卑屬は養子に對して相續權を有しない（四百六十五條）。併し乍ら親子財産關係及び相續權に關しては養子縁組前、公正證書に依りて嫡出子の法定地位に關する規定に異なる定めを爲すことが出来る（二百六十八條三項）。

養子縁組は養親養子の合意上之を解除し得る（二百六十九條一項）。重大なる事由ある場合には養子の申請に基き裁判官に依つて解消せられる。又養子に對して相續權廢除の事由あるときは養親の申請に基いて裁判官に依りて解消せられる（二百六十九條二項）。解消は將來に向つて養子縁組の總ての效力を消滅せしめる。之れは取消さるゝことかない（二百六十九條三項）。

#### (五) 支那に於ける養子制度

支那に於ても古より養子制度が存在したと稱せられる。支那近代法に於ける養子の種類として學者の擧ぐるものは、

#### (1) 過繼子

過繼子とは家督相續の爲めの養子である。過繼子の法律上の地位は嫡長子と全然同一である。

#### (2) 義子（螟蛉子）

支那に於ては祖先祭祀の風盛にして、祭祀繼承者は必ず男系の近親血族たらさるへからすと爲すのであるから、異姓養子を嫌忌すること甚しいものがある。併し乍ら明清律に於ては此禁を解き儲嗣と爲さるる場合に在つては異姓養子を許すに至つた。義子は即ち異姓養子に外ならない。義子は又螟蛉子と謂ふ別名がある。「螟蛉有子、螺贏負之」と謂ふ詩經の語より此名稱が出たと謂ふことである。

其他支那に於ては諸種の養子の名稱を存するけれども爰には之れを省畧する。

#### (六) 臺灣に於ける養子制度

臺灣に於ても養子に種々の區別があつた。

(1) 過房子は支那法の過繼子に相當し、祖先の祭祀を繼承せしめんか



爲めの同姓養子である。

(2) 贈子は親族親友間に授受せらるゝ養子であつて、養親の家督及財産を相續する権利がある。

(3) 買子は金銭を以て買得する養子である。

(4) 養媳(媳婦)は女性養子である。養親は之れに實子を婚せしめ、又は他より夫を迎ふるのか普通である。

(七) 徳川時代に於ける養子制度

参考文献

中田薫博士「徳川時代の文學に見えたる私法一六七頁以下」

同博士「徳川時代の養子法」法制史論集第一卷三七五頁以下

同博士「日本私法法制史(帝國大學講義)」

穂積陳重博士「由井正雪事件と徳川幕府の養子法」帝國學士院第一部

論文集第一號、穂積嚴夫氏譯祖先祭祀と日本法律二四九頁以下

徳川時代の幕府封建法上の養子は「遺跡相續の養子」又は「家督相續の

養子」と稱する家督相續を爲さしむることを目的とする養子と、家督相續以外の目的を以て爲す養子とがあつた。

家督相續を目的とする養子には通例之養子、掣養子、順養子、末期養子、急養子、假養子、當分養子及び心當養子、嫡孫養子等があり、家督相續を目的とせざる養子には分知配當の養子、嫡繼母の養子及び養女等がある。

(1) 通例養子

通例養子は特別の手續を以て願出つる、掣養子、末期養子、假養子、心當養子等に對立するもので、單純に家督相續の目的を以て願出つる男子の養子である。幕府法に於ては養子縁組を養子又は養子取組と稱した。當時の法制上縁組の語は現行民法の婚姻に該當するのである。

(2) 掣養子

掣養子とは養父が將來、自己の實娘又は養女と婚姻せしむる目的を以て爲す養子である。現行法上の婿養子と異なり、寧ろ家女縁組と似て居る。



掣養子に在りては養子と養方の娘との間に許嫁關係、即ち縁夫縁女の關係を生ずる。

祖父か孫女を養女と爲さずして之れに掣養子を迎へるときは、之を孫女合掣養子と稱する。此場合に於ては祖父と養子との間には養父子關係が成立する。

(3) 順養子

順養子には三種の別がある。

第一種の順養子は養子か養方弟を自己の養子と爲すものを謂ふ。養父に順養子に適する實子ある場合には強制的に順養子が爲されねはならない。而して順養子に適する養方弟は養子後に生れたるもの、又は養子前に生まれ、出生の當時虚弱にして出生の届出なかりし者に限られる。

第二種の順養子は亦之を准養子と稱し、當主たる兄か實弟を養子と爲すことを謂ふ。當主に實子なき場合に於ては當主は他より養子を

迎ふるを得ず、必ず弟を順養子と爲すことを要した。

第三種の順養子は惣領たる實子又は養子か早世し、其者に子ある場合に、早世者に代つて惣領の地位を襲ひたる者(二三男又は再養子)か早世者の子を養子と爲すを謂ふ。元來早世者に子あるときは祖父は之を嫡孫承祖に願出つべきものである。之を爲さずして早世者の子を差置きて二三男又は養子に惣領の地位を與ふるは變例である。第三種の順養子は此變例を普通の状態に回復する結果を生ずる。

(4) 末期養子(急養子、遺養子)

末期養子とは重病危篤の際に願出つる養子を謂ふ。末期養子に對して常時の養子を現在養子、又は現世養子と稱する。末期養子は慶安四年末迄は許されなかつたか、其以後に至つて許される様になつた之に關する事情は穂積博士前掲論文に詳述されて居る。

(5) 假養子(當分養子、心當養子)

大名か參覲交替に因つて歸國し、又は大名其他の幕臣か公用を以て



江戸を出て遠國に旅行するに當り、未だ定まれる跡式相續人かないときは、出發の際、假養子を選定して江戸歸着迄に自己か死亡したる場合に其者へ跡式相續を仰付けられ度旨の願書を差出し置くことを必要とした。之れか假養子である。此願書は願人か江戸へ歸着したるときは其效力を失ふものである。

(6) 心當養子

心當養子は平時の假養子である。平常萬一の場合を慮つて死亡を條件として願出て置く養子である。但し心當養子は假養子の別名としても使用せられて居ることは前記の通りである。

(7) 嫡孫養子

祖父か嫡孫を養子として家督相續人と爲すことを嫡孫養子と謂ふ。嫡孫養子は徳川幕府の初期に行はれたけれども、寶曆五年に至つて嫡孫養子の制度は廢せられ、嫡孫承祖の願出に改められたと謂ふことである。

(8) 分知配當(分地配當)の養子

養父か其世封の一部を分配して分家せしむることを目的とする養子を謂ふのである。

(9) 養女

養女の目的は之れに聳養子を迎ふるか、又は更に之を他に嫁せしむるに在る。後者は特に之を婚儀の爲めの養女と稱する。養女は養子の如く願出を必要とせず、養家實家よりの届出にて足るものである。

(10) 嫡母の養子

妾腹の男女子を父か正妻たる嫡母の養子と爲すことを嫡母の養子と稱する。庶子を嫡母の養子と爲すときは、庶子は相續法上嫡出子と同一の地位を取得する利益がある。之に關しては願出届出の手續を必要とせず、父の自由決定に委せられて居た。

(11) 繼母の養子

父か前妻の男女子を後妻、即ち繼母の養子と爲すことを繼母の養子



と稱する。此場合に於ては前妻の子は既に嫡出子なるか故に、嫡母の養子の如く新に嫡出子たる地位を取得する實益はないけれども、繼母の恩義を固くすることを目的として行はれるのである。繼母の養子には願出の必要なかつた。

(12) 父計之養子

父計之養子とは無妻者が爲す養子養女を謂ふのである。

(13) 母計之養子

幕府又は諸侯に奉公せる夫に別れたる女、又は未婚者が爲す養子、養女を母計之養子と謂ふ。

尙徳川幕府封建法上の養子の要件效力、及び普通法上の養子制度の詳細に關しては前示中田博士の貴重なる著書を参照せられたい。

第六款 養子縁組の要件

第一目 實質的要件

第一段 合 意

養子縁組は法律行爲であり、亦殊に親族法上の契約であるから、當事者雙方に於て養子縁組を爲す意思あるを要し、其意思が任意に、正確に表示せらるゝを要し、其意思表示が合致することを要すること契約の一般原則に照して疑かない。是亦婚姻の場合と同様である。當事者が禁治産者たる場合と雖も、後見人の同意を必要としない（八百四十七條、七百七十四條）。

家族制度の隆盛なる時代に在つては、養子縁組の當事者は養子の實親と養親とであつて、養子自身は實親、養親間の養子縁組契約の目的物たるに過ぎない。我國の古來の慣例を初め諸國の慣例皆之れと同一である。

縁組契約に約款を付したる場合に關して左の判例は注目に値するであらう。

「縁組ハ當事者ノ一方カ相手方ヲ養子ト爲スノ意思ヲ表示シ相手方又ハ其父母カ代ハリテ之ヲ承諾スル



ノ意思ヲ表示スルニ因リ成立スル契約ナレハ當事者ノ此意思表示ハ實ニ縁組ノ法律上ノ組成要素タリ故ニ當事者カ此意思ヲ表示シ其表示シタル意思カ其眞意ナルニ於テハ縁組契約ハ茲ニ成立シ當事者ニ縁組ヲ爲ス意思ナキモノト云フヘカラス當事者 或ル約款ノ下ニ縁組ヲシ其約款カ之レナケレハ縁組ノ意思ヲ表示セサルヘキモノニシテ縁組契約ノ所謂主觀的要素ヲ爲ス場合ニ於テモ其約款ノ内容カ縁組ノ法律上ノ組成要素タル意思表示ノ内容ト相容レスシテ其存在ヲ失ハシメ縁組ノ法律上ノ性質ヲ變セサルニ於テハ約款ヲ付シタルノ故ヲ以テ縁組ヲ爲シタルモノニ非スト爲スチ得ス本件縁組ハ養子タル上告人ヲシテ養父久右衛門ノ推定家督相続人タル資格ヲ取得セシメス養父カ遺言ヲ以テ家督相続人ト爲シタル變母即チ上告人ヲ家督相続人タラシムル約款ノ下ニ成立シ其約款ハ本件縁組ノ主觀的要素ナルコト原院ノ確定シタル所ニシテ其約款タルヤ縁組ノ間接ノ效果タル上告人ノ法律上ノ相續資格ヲ變更スルヲ以テ其内容ト爲シ縁組ノ法律上ノ要素タル意思表示ヲ變シテ他ノ意思表示タラシムヘキモノニ非サレハ其約款カ縁組ノ主觀的要素ナルカ爲メ縁組契約ノ成立ヲ妨クル所ナク從テ當事者間ノ契約ヲ以テ縁組ニ非スト論スルヲ得ス尤モ推定家督相続人タル資格ノ得喪ハ法律ノ定ム所ニシテ契約ヲ以テ之ヲ變更スルヲ許サザレハ其變更ヲ内容トシタル如上ノ約款ハ法律上不能ノ事項ヲ目的トスルモノト云フヘク無効タルヲ免レヌ其無効ハ法律行爲ノ一般原則ヨリ論スレハ縁組行爲全体ノ無効ヲ來スヘシト雖モ縁組ニ在リテハ特

ニ民法第八百五十一條ニ於テ無効ノ場合ヲ限定シタルカ故ニ一般ノ原則ニ從ヒテ之ヲ無効ナリトスルヲ得ス(大審院明治四十五年六月十一日判決十八輯五九七頁)。

縁組は契約なるを以て當事者間の合意を必要とすること前述の通りである。然し乍ら民法は我國古來の慣習に基き養子制度の目的を全ふせんか爲めに、必ずしも右の理論に拘泥する所なく、次に示す重大なる例外を認むることとした。

#### 例外第一、

養子と爲るべき者か十五年未滿なるときは其家に在る父母か之れに代りて縁組の承諾を爲すことを得る(八百四十三條一項)。

身分的法律行爲は代理人に因る意思表示を許さざるは我民法の原則とする所である。養子縁組は身分的法律行爲なるか故に此原則の適用上、代理に依る意思表示を許すべからざるものなること論を俟たない(鳩山博士法律行爲乃至時效二四七頁等参照)。併し乍ら我國の慣習は古來幼者を収養して子と爲すことか最も盛に行はれたのである。蓋し、養子縁組



は養親と養子との間に親子關係を發生せしめ、養子は多くは養家の戸主權を相續して一家の運命を擔ふ責任があるから、養子の幼少時代より之れを養育して其愛情を密ならしむることは最も事の宜しきに從ふ所以であつて、縁組の目的を到達するに付き、缺くへからざる良手段である。然るに幼少なる者は意思能力なきを以て自ら進んで縁組の承諾を爲すことは到底不可能であるから、民法は此例外規定を設けたるものである。

其家に在る父母とは養子と戸籍を同ふする父母に外ならないから、父母と雖も養子と戸籍を同ふせざる場合には養子に代はりて其承諾を與ふるを得ない。然れども其家に在る父母たる以上は、其父母が親權者たるに否かを問はない。

父母の一方が知れざるに死亡したるとき、其家を去りたるに、其意思を表示する能はざるに、他の一方の意思表示のみを以て足り、父母共に知れざるに死亡したるとき、家を去りたるに、其意思を表示

する能はざるに、後見人及び親族會の意思表示のみを以て足る（八百四十六條、七百七十二條二項、三項）。

此規定は養子となるべきものか十五年未滿なるときは意思能力を有するに否に拘はらず、其家に在る父母か之れに代りて縁組の承諾を爲すことを要する趣旨である（大審院大正十一年七月二十九日判決、判例集一卷四四三頁、末弘博士「意思能力なき幼兒の養子縁組と其の代理承諾」判例民法大正十一年度二六八頁、菅原博士「意思能力を有せざる未成年者の養子縁組」法學論叢九卷五號六六九頁参照）。

繼父母又は嫡母が縁組の承諾を爲すべきときは、親族會の同意が必要である（八百四十三條三項）。是れ蓋し繼父母又は嫡母が妄に繼子庶子の縁組に承諾を與へて、子の利益を害し、自己の私利を企圖するを防止せんとする趣旨である。

併し乍ら十五年未滿の者の養子縁組に付き繼父母又は嫡母が親族會の同意を得ずして代理承諾を爲し、市町村長に於て若し其届出を受理したる場合に於ては、其縁組は有效たることを失はぬ（大正十二年七月十日



民事局長回答法曹會雜誌一卷五號一〇七頁、大正五年六月二十四日法曹會決議二十六卷九一六頁。

十五年未滿の養子の父母中、父か實父にして、母か繼母なるときは繼母のみ親族會の同意を得る必要があること勿論である（大正十二年六月一日法曹會決議法曹會雜誌一卷八號一一一頁）。

茲に述べたる父母の承諾は、養子縁組契約の構成要件たる申込及び承諾の承諾である。従つて養子縁組に對する同意ではない。此點に於て茲に所謂承諾は第八百四十四條の同意とは全然其性質を異にする。

民法か十五年未滿の幼者の縁組に對しては其家に在る父母の承諾を以て之れを爲すを得るものとしたのは、大なる英斷であつて、之れを養子制度の目的の貫徹の方面より觀察するならば極めて推賞すべき規定なること疑かない。併し乍ら翻つて養子たるべき幼者の方面より之れを見れば自己の意思能力なき間に父母の專權を以て自己一生の運命を決せらるゝか如き結果を生ずるのであるから、其縁組か將來

其幼者の意思にも反せず、又幼者の幸福を持ち來るか如き場合は格別であつても、不幸にして其縁組を爲すことか幼者の希望するものに非ず、亦、其縁組か幼者一代の災禍を惹起するか如きものならしめは、幼者にとつて極めて不合理の規定となるであらう。殊に自己の私利私慾を企及し、幼者の不利益を斟酌せざるは繼父母嫡母に限られない。實父母と雖も此の如き私慾の旺盛なる者必ずしも稀ならざるか如き我國情に在つては、斯の如き規定は爆彈の如く危険のものであらう。養子制度の便宜の爲めに人道を無視するか如きは排斥すべき立法思潮であらう。

穂積博士は獨乙民法（千七百五十條一項）に倣ふて此場合には裁判所の許可を要するとするか、家事審判所に監督せしむるかの方法を採れば多少の弊害を防止し得るであらうと主張せられて居る（同博士「養子縁組の無効—藝妓稼業を爲さしむる爲の養子縁組」判例民法大正十一年度二七〇頁、同博士「民法施行前の養子制度、幼年者の養子縁組—養子と養嗣子」法學協會雜誌三十九卷九號一五六四頁参照）。



養子と爲るべき者か十五年未滿なるときは民法施行以前に於ても父母は之れに代はつて、即ち其法定代理人として、縁組を承諾することを得たものである（大審院大正九年三月八日民二判決二十六輯二七七頁、穂積博士「民法施行前の養子制度、幼年者の養子縁組—養子と養嗣子」法學協會雜誌三十九卷九號一五六—頁參照）。

「民法施行前に在リテ幼者カ他家ノ養子ト爲ルニハ家ニ在ル父母之ニ代リ縁組ノ承諾ヲ爲スヘク父母共ニ死亡シ又ハ所在不明等ニ依リ其意思表示ヲ爲スコト能ハサルトキハ親族協議ノ上幼者ニ代リ縁組ノ意思表示ヲ爲シ得タリシコトハ夙ニ行ハレタル我國ノ慣例ナリトス本件ニ付原審ノ確定シタル事實ニ依レハ被上告人ハ福井榮作ノ次男ニシテ榮作ハ行衛不明ト爲リ母ヨシハ死亡シ祖父治吉ノ養育ヲ受ケ居リタル際明治十二年中祖父治吉叔母トミ等協議ノ上當時三歳ノ被上告人ニ代リ同人カ富木市郎次及ヒ其妻ツルト養子縁組ヲ爲スヘキコトニ付キ承諾ノ意思表示ヲ爲シタリト云フニ在レハ被上告人ノ養子縁組ハ當時ノ慣例ニ依リ適法ニ成立シタルモノニシテ此ト同趣旨ニ出テタル原判決ハ相當ナリ云々而シテ其親族ナルモノハ必ハシモ幼者ノ直接扶養義務者ニ限定セサルハ勿論協議ニ預ルヘキ親族ハ其全部若クハ幼者ト最近親ノ關係ニ在ル者ノミナルコトヲ要セサルヲ以テ論旨第一點ニ對シ説示セル如ク原審カ被上告人ノ養育者タリシ祖父及ヒ叔母カ協議上縁組ノ承諾ヲ爲セルコトヲ明ニセル以上ハ他ニ近親ノ者ノ存スル

ヤ否ヤ又右兩名カ幼者ノ親族ノ全部ナルヤ否ヤヲ判示セサレハトテ何等ノ缺クル所ナキヲ以テ論旨第二點第三點モ亦理由ナシ」（大審院大正四年（オ）第二二七號同年六月十六日民三判決二十一輯九六二頁）。

### 例外第二、

配偶者ある者か養子縁組を爲す場合に於て夫婦の一方か其意思を表示すること能はざるときは他の一方か雙方の名義を以て縁組を爲すことを得る（八百四十二條、八百四十一條一項）。

我國に於ては配偶者ある者は其配偶者と共にするに非されは縁組を爲すことを得ない（八百四十一條一項）。之れを共同縁組の原則と稱する。従つて夫婦たる者は共同して養子となり、又は共同して養親とならざるを得ないのである。斯の如き場合に於て其夫婦は共同して各、自ら意思表示を爲すを要すること勿論である。併し乍ら此理論を固守するときは、夫婦の一方か心神喪失、行方不明等の爲め其意思を表示すること能はざる場合に於ては、夫婦は到底縁組を爲すことを得ない。家督相續人たる直系卑屬なき者か縁組に因りて家督相續人を得んとす



る場合多き我國に於て、斯の如き解決は國情に適せざるものである。従つて民法は此一大例外を設けて、夫婦の一方は雙方の名義を以て縁組を爲すことを得べきものと爲したるものである。

## 第二段 當事者

當事者に關する縁組の實質的要件は擬制に出づる養親子關係をして成るべく自然の親子關係に近接類似のものたらしめんか爲めの目的を以て定められたる要件である。

### 第一 養親に關する要件

(Voraussetzungen auf Seiten des Annehmenden)

(一) 養親は成年に達したる者たることを要する (八百三十七條、舊民法人事編百六條一項、獨千七百四十四條、千七百四十五條、瑞二百六十四條、二百六十七條、佛二百四十三條)。

従つて夫婦が共同して養子を爲すには其夫婦雙方が成年に達し居

ることを要すること論を俟たない。之れを養親の縁組適齡と稱するを得るであらう。

養親の縁組適齡に就いて各國の法制を見るに、(1) 或は我國の如く成年たる滿二十年を以て縁組適齡と爲すものがある。蓋し養子縁組は婚姻と異なり男女自然の慾情を満足せしめんとするものではないから、婚姻適齡の如く成年以下に之れを定むる必要かないのである。加之未成年者に養子を許すときは未だ意思能力も完全ならざる爲め或は不必要不適當なる縁組を爲す危険があるし、又之れか爲め家庭の風波を惹起する場合かないとも限らないのみならず、未成年者の養子の如きは全く實益かないのである。従つて我國に於ては成年を以て養親の縁組適齡としたのである。(2) 或は養親の縁組適齡を婚姻適齡と同じからしむるものがある。蓋し未だ婚姻適齡にさへも達せざる者は父母たること能はざる者である。斯の如き者に養子を爲すことを許すは自然に反するからである。支那、臺灣等の慣行は之れに屬す



る。(3)或は養親か生殖機能の衰滅を推定せらるべき年齢に達することを要件とするものがある。蓋し未だ此年齢に達せざる者は實子を出生すへき可能か残存するからである。獨乙、佛蘭西、奧太利、伊太利は五十年、西班牙は四十九年、瑞西は四十年として居るのは此思想に基くものである。

(二)法定の推定家督相續人たる男子ある者は男子を養子と爲すことを得ない(八百三十九條、獨千七百四十一條、千七百四十三條、瑞二百六十四條、佛三百四十三條)。

婿養子ある者も亦更に男子を養子と爲すことを得ない。蓋し婿養子と雖、法定推定家督相續人たる男子に外ならないからである(大正十一年一月二十一日法曹會決議法曹記第三十二卷六號四八一頁、大正十四年十一月四日同會決議法曹會雜誌三卷十二號六二頁、大正十年五月十三日民事局長回答)。

縁組の目的は現今我國に於ては必ずしも家督相續人を得んか爲めのみに限られて居ないけれども、既に家督相續人たる男子ある場合に於ては、更に男子を養子と爲す實益かないのみならず、之れを許すとき

は相續其他の事項に關して一家に紛争を生ずる弊害がある。法定推定家督相續人か戸主の嫡出男子なるときは、男子を養子と爲し、其養子か嫡出子より年長なるときと雖も、養子は家督相續に付ては養子縁組の日に於て生まれたるものと看做され(九百七十條二項)、家督相續に於て其嫡出子に優先することを得ないから(九百七十條五號)、別段の妨げなきか如くてあるけれども、實際に於て嫡出男子ある戸主か更に男子を養子と爲す實益なきのみならず、家庭の平和を害し親族争鬭の端を開く憂がある。若し夫れ法定推定家督相續人か庶子又は私生子なる場合に於て、更に男子を養子と爲すときは其養子は嫡出子と同一の権利を取得し(八百六十條)、戸主の實子たる庶子私生子は養子の爲め相續順位を先んせられる結果を生ずるであらう(九百七十條三號)。故に民法は男子たる法定推定家督相續人を有する戸主は更に男子を養子と爲すことを禁したのである。従つて、

(1)戸主か法定推定家督相續人たる女子を有するに過ぎざる場合に



於ては、男子を養子と爲すことを妨げない。法定推定家督相續人か女子たる場合に於ても男子を養子と爲すときは其女子は相續順位を優先せらるゝに至るけれども九百七十三條二號、我國法上家督相續は實女子よりも寧ろ養男子に於て之れを爲すを可なりとしたのである。

(2) 戸主か法定推定家督相續人たる男子を有する場合と雖も、其姉妹の女婿と爲さんか爲めに男子を養子と爲すことは妨げかない(八百三十九條但書)。蓋し法定家督相續人たる男子は其姉妹の爲めにする縁組の爲め相續權を奪はるゝことかないからである(九百七十三條)。

(3) 法定推定家督相續人たる男子を有する戸主と雖も、女子を養子と爲すことは何等の妨げかない。此場合は其養子か其法定推定家督相續人の相續權を害する憂かないからである。

(4) 養親か家族たるときは法定推定家督相續人を有しない。従つて其養親に男子ある場合に於ても更に男子を養子と爲すを妨げない。此場合に於て其實男子は養子の爲め遺産相續分を減少せられる結果

と爲るけれども、法律は斯の如き點まで干涉するを避け、家族たる養親の自由意思に一任したのである。

(5) 法定の推定家督相續人たる男子ある者は男子を養子と爲すことを得ないと謂ふ民法第八百三十九條の原則に關聯して、更に研究を要する問題は養子と胎兒との關係である。而して養子と胎兒との關係を研究するに就いては、次に掲ぐるか如き諸種の場合を區別して考察することを必要とする。即ち、

(I) 子なき戸主及び其妻か共同して養子(男子)を爲したる後、其戸主の妻か懐胎し、胎兒(男子)か家督相續開始前に出生したる場合、

(II) 子なき戸主及び其妻か共同して養子(男子)を爲したる後、其戸主の妻か懐胎し、其懐胎中家督相續か開始し、家督相續開始後に於て其胎兒(男子)か出生したる場合、

(III) 未だ子なき戸主の妻か懐胎後に於て戸主及び其妻か胎兒あるに拘はらず養子(男子)を迎へ、胎兒(男子)出生後、家督相續か開始したる場合、



(IV) 戸主の妻か懐胎後に於て、戸主及び其妻か胎兒あるに拘はらず養子(男子)を迎へ、其後家督相續開始したる後、胎兒(男子)か出生したる場合か是れてある。

第一の場合、は戸主夫妻か子なき爲め養子(男子)を爲したるに、其後實男子か出生したる場合である。此場合は戸主に法定の推定家督相續人たる男子なき場合に屬するを以て、固より其養子縁組は何等の缺點はなく、又其養子か法定の推定家督相續人であつて、實男子と雖も後に生れたる以上は養男子に先ちて家督相續順位を獲得することを得ないこと疑かない。恰かも其養子は長男にして、其實男子は次男に該當する。長男か次男に優先して家督相續人たるべきは第九百七十條の明定する所に外ならない。

併し乍ら斯の如き場合には家庭の不和争鬭の禍根茲に其端を發し、養子制度の缺陷を暴露し來るのであるから、實子なき戸主は直に生前養子を迎ふることを避け、遺言養子を爲すか、家督相續人の指定を爲す

の策に出つることを必要とすること前に述べたる通りである。

第二の場合は戸主夫妻か子なき爲め養子(男子)を爲したるに、其後其妻か懐胎し、其胎兒の出生前に於て其戸主か死亡したるか如き場合である。此場合に在りては後に述ふる民法第九百六十八條に依りて胎兒か如何に保護せらるゝとも、家督相續順位に於て到底養男子に優先することを得ないのである。第一の場合も第二の場合も實男子か養男子に優先するを得ない顯著なる實例である(大審院大正六年五月十八日民一判決

二十三輯八三六頁、同十年三月七日民二決定二十七輯四九九頁参照)。

第三、第四の場合は戸主夫妻か既に實子を懐胎するに拘はらず、養子(男子)を爲す場合であつて、唯第三の場合は胎兒の出生か家督相續開始前であり、第四の場合は胎兒の出生か家督相續開始後たるの差異あるに過ぎない。

抑、戸主に未だ法定の推定家督相續人たる男子なしと雖も、戸主の妻か既に將來に於て法定の推定家督相續人たるべき胎兒を懐胎中なる



ときは、戸主夫妻は男子を養子と爲すことを得べきや否やか先つ以て先決問題であつて、若し男子を養子と爲し得べきものとせらるゝならば、更に其相續順位は養子と實子と何れか優先すべきものなるかの問題に達着する。

是等の問題を解決せんか爲めには、先づ胎兒の法律上の地位を研究することを要するのてあるから、之に關して簡單なる説明を試みようと思ふ。

胎兒は未だ權利能力も行爲能力も有しないのであるから、私法上に於ては何等の保護を得ることを得ないこととなるのであるか、社會共同生活上、胎兒と雖も私法上の保護を必要とすること疑かない。従つて各國の民法は胎兒の保護に關して規定を設けて居る。

胎兒保護の立法主義に二種ある。其一は總括的保護主義(一般的保護主義)であり其二は個別的保護主義である。

總括的保護主義(一般的保護主義)は胎兒の一般の利益を保護せんと

する立法主義であつて、獨佛の古代法、普國國法、奧國民法等は此主義に依り、羅馬法も亦胎兒ハ其利益ニ關シテハ既ニ生レタルモノト看做ス」と規定し、我舊民法人事編第二條も亦胎内ノ子ト雖モ其利益ヲ保護スルニ付テハ既ニ生マレタル者ト看做ス」と規定して、此立法主義に依つて居るのである。

個別的保護主義とは個々の場合に付てのみ胎兒の利益を保護せんとする立法主義であつて、獨乙、瑞西、佛蘭西、英國等近世の立法例は大抵此主義を採用して居る。

我民法も亦此個別的保護主義を採用し、不法行爲に因る損害賠償請求權(七百二十一條)、家督相續(九百六十八條)、遺産相續(九百九十三條、九百六十八條)、及び遺贈(千六十五條、九百六十八條)に關して民法上胎兒保護の規定を設け尙戸籍手續に關して戸籍法第二十三條第三項、第二百二十七條及び第二百二十八條の規定を設けて居る。

各國立法例か右二種の立法主義中の何れを採用するにせよ、其保護



の方法は一般的又は個別的利益に對して胎兒を既に生まれたるものと看做すに在る。併し乍ら胎兒は既に生まれたるものと看做さるゝに依りて如何なる法律上の地位を取得するのであらうか、此問題を解決するに付て二種の學說が存在する。

第一説は胎兒の利益に關しては胎兒は出生前より人格、即ち權利能力を有するものであると爲す説であつて、此説は民法第一條から抽象し得べき第一原則、即ち私權の主体は人である」と謂ふ原則の例外を形成するものと爲すものである。即ち未だ人に非ざるものを私權の主体とするのである。換言すれば胎兒を胎兒として出生前より保護せんとするものである。

第二説は之に反して胎兒は人格を付與せられるのではなくして、胎兒が將來生きて生まれたならば、其出生後に至つて、其出生の効力か出生前迄遡及して發生するものと爲すのである。即ち此説は第一説の如く胎兒を胎兒として保護すべきものと爲すに非ずして、出生兒を胎

兒時代に遡及して保護せんとするものである。従つて此第二説は矢張り民法第一條から出てくる第二原則、即ち權利能力發生の時期は出生の時である」と謂ふ原則の例外を爲すものであるとする。

第一説は佛奧二國の多數説であつて、我國に於ては少數説である（中島博士民法釋義卷之一、九〇頁以下、嚙道博士民法要論一卷一五二頁、松本博士「家督相續人タル胎兒ヲ論ス」私法論文集二卷二八一頁以下、仁井田博士親族法相續法論三九一頁、島田學士相續法三七頁、宮田學士相續法二〇頁、末弘博士債權法各論一一〇四頁等）。

第二説は獨乙の多數説であり、英法學者も亦此説に従つて居る様であるし、我國に於ても之れが多數説と爲つて居るのであつて、我大審院も亦此説を採用して居る（岡松博士「人ノ始終」内外論叢紀念講演集六九頁以下、穗積博士民法總論上卷一一九頁以下、同博士相續法大意舊版三七頁以下、同新版四一頁以下、菅原博士日本民法論一卷二二頁以下、鳩山博士日本民法總論四四頁以下、同博士日本債權法各論九四三頁以下、松本博士民法全書一卷八五頁、川名博士日本民法總論三七頁、中川學士相續法三三頁、柳川學士日本相續法註釋上卷一五六頁、松岡博士民法論總則一三七頁、明治四十年十二月十四日法曹會決議、法曹記事十八卷三號四九頁以下、大審院大正六年五月十八日民一判



決二三輯八三一頁、大正十年三月七日民二判決二七輯四九九頁、東學士「胎兒—家督相續の順位」大正十年度判例民法九九頁以下、法學協會雜誌三九卷十一號一九四三頁以下。

第一説及び第二説の中の何れを正當とすへきか、我が法典の規定か不備であるから、何れの説を採用するとしても、共に到底其缺點から免るゝことを得ない。第一説に従ふときは胎兒は人格を有するけれども、未成年者其他の無能力者でないから、其權利行使の機關に關する規定かない。従つて胎兒は其權利を行使する方法かない。又第二説に従ふときは胎兒の懷胎より出生に至る迄の間、即ち出生の效力遡及前に於て主体なき權利の存在を認めなければならぬこととなるのであるか、主体なき權利の存在は我國法上之を認むることを得ないのであるから、第二説も亦缺點あるを免れない。併し乍ら第一説は必要以上胎兒を保護する弊があるけれども、第二説は其結論に於て穩健たるを失はないから此説に従ふ方が無難であらう。殊に此説は大審院か之を採用して居るのであるから實務に映掌する者の捨て難き説である。

ある。

而して次に研究を要する重要な問題は胎兒は其利益保護に付て如何なる時期に於て胎兒たるを要するやの問題である。

之れを前に掲けたる(I)乃至(IV)の問題に關して考察すれば、(III)の場合の如く家督相續開始前に懷胎せられ、家督相續開始前既に出生したる胎兒も、(IV)の場合の如く家督相續開始前に懷胎せられ、家督相續開始後に至つて漸く生れたる胎兒、即ち相續開始當時懷胎中の胎兒も、共に皆保護せらるべきものなるや否やの問題である。

併し乍ら胎兒の保護は例外であるから、無制限に胎兒を保護することを得ない。胎兒の保護は之を必要とする最少限度に止めなければならぬ。即ち不法行爲に關しては不法行爲發生の時に於て胎兒たる者を保護することを以て必要にして且充分なりとすへきてあるし、家督相續に關しては相續開始の時に於ける胎兒に限つて之を保護すへきものと解せざるを得ない。換言すれば前掲(IV)の場合の胎兒のみ



か保護せらるゝ資格があるのてあつて、(III)の場合、即ち相續開始當時に於ては既に出生し居る胎兒の如き、又は戸主の隠居に因る家督相續の場合に於て見るか如く、既に家督相續を開始したる後に於て始めて懐胎せられたる胎兒の如きは保護せらるゝことを得ない(同説、柳川學士日本相續法註釋上卷一五九頁、牧野博士日本相續法論三九頁、同博士法學志林十卷十二號、奥田博士民法相續法論八〇頁、鳥田學士相續法三七頁、大審院大正六年五月十八日民一判決二十三輯八三一頁、同院大正十年三月七日民二決定二十七輯四九九頁、反對説、梅博士法實疑錄相續法解答一四八頁、宮田學士相續法二〇頁、明治三十二年八月十三日司法省民刑局長回答、大正二年八月二十二日司法省法務局長回答、大正二年六月二十一日及び八月二十二日法曹會決議ニ對スル少數意見、明治四十年二月十六日法曹會決議等)。

今本文と同説を主張する大審院の判例及び其反對説を主張する法曹會の少數意見を次に掲げる。

(イ)「按スルニ胎兒ノ相續法上ノ地位ヲ規定セル民法第九百六十八條ハ家督相續開始ノ當時胎兒タルヘキ者ニ限り適用ヲ受クヘキモノニシテ開始ノ當時既ニ出生シ居リタル者ニ對シテハ同條ノ適用ナキモノト謂ハサルヘカラス蓋シ家督相續人ノ何人ナリヤハ一ニ相續開始當時ヲ標準トシテ之ヲ決定セサルヘカラス即チ其時期ニ於テ權利能力ヲ有スル生存者ニ付テ之ヲ定ムルチ原則トスヘク同條ハ此一般原則ニ

對スル例外規定ニ外ナラサルヲ以テナリ故ニ家督相續ニ於テ母ノ懐胎中父カ養子ヲ貰ヒ受ケタル場合ニ胎兒出生後戸主タル父カ死亡シタルトキハ其兒ハ民法第九百七十條第一項第五號ノ一般相續順位ニ歸スル法則ニ從ヒ養子ヲ排シテ相續スルヲ得サルモノトス」(大審院大正六年五月十八日民一判決二十三輯八三六頁)。

(ロ)「按スルニ家督相續ニ付キ民法第九百六十八條ノ規定ヲ設ケタル所以ハ相續開始ノ當時既ニ母ノ胎内ニ在リ若シ出生シ居リタランニハ當然相續人タルノ地位ヲ取得スヘキモノナルニ其出生時期後レタルカ爲メニ相續上後順位ニ在ル者ニ依リテ優先セラルル不當ノ結果ヲ避クルノ旨趣ニ出テタルモノニシテ家督相續ノ順位ニ付キ長幼ノ順序ヲ定ムル標準ヲ規定シタルモノニ非ス故ニ同條ノ規定ハ家督相續開始ノ當時胎兒タル者ニ適用セラルルモノニシテ相續開始ノ當時既ニ出生シタル者ニ對シテハ同條ヲ適用スヘキモノニ非ス本件ハ前戸主大場源兵衛カ妻ノ懐胎中大正二年五月二十九日きよ子ヲ養子ト爲シ次テ同年八月十七日抗告人トよ子出生シ其後大正八年十一月二十五日源兵衛ノ死亡ニ因リテ家督相續開始シタル事實ナルチ以テ民法第九百七十條第二項ニ依リ養子きよ子ハ家督相續ニ付テハ嫡出子タル身分ヲ取得シタル大正二年五月二十九日ニ生レタルモノト看做スヘク從テきよ子ハ長幼ノ順序ニ依リ源兵衛ノ家督相續人タルヘキモノトス」(大審院大正十年(ク)第二十七號同年三月七日民二決定二十七輯四九九頁以



下。

(ハ)「本條ノ規定ハ家督相續ニ關シ胎兒ノ利益ヲ保護スル爲メ胎兒ニ特別ノ地位ヲ與ヘタルモノト解スヘキヲ以テ苟モ家督相續ニ付胎兒ヲ既ニ生レタルモノト看做スニヨリ此者ニ利益ヲ與フヘキ場合ナル以上常ニ其適用アリト認ムヘク家督相續開始當時胎兒ナリシ者ニ對シテノミ適用アルモノト狹義ニ解スヘキニ非サルカ故ニ次男丁ハ長男丙カ甲ト主ト乙ノ婚姻ニ因リ嫡出子タル身分ヲ取得シタル時(第九百七十條第二項)ニ先チ懷胎セラレタルモノナル以上丙ニ先チテ生レタルモノト看做サレ當然甲ノ家督相續人タルヘシ」(大正二年六月二十一日法曹會決議少數意見)。

家督相續に關して保護を受くる胎兒は家督相續開始當時に於て母の胎内に在るものたることを要することは前示の通りである。斯の如き胎兒は出生後に於て其出生の效力を既往に遡及して出生前の或る時點より既に生まれたるものと看做して保護せられるのである。併し乍ら其出生の效力は既往の如何なる時點迄遡及せられるのであるか。之に關しては、(1)或は相續開始の時迄遡及すべきものと考へられ、(2)或は更に遠く懷胎の當初まで遡及するものと考へ得るの

てあるか、家督相續に關しては相續開始の時迄遡及するを以て胎兒の保護に必要にして且充分と考へられて居る。柳川學士日本相續法註釋上卷二六〇頁以下、大正二年六月二十一日法曹會決議判決要録四卷四〇七頁、島田學士相續法三八頁等。大審院も亦相續に關しては相續開始當時迄遡及すべきものと爲す見解に従ひ、「胎兒ハ出生ニヨリ始メテ相續開始ノ時ニ遡リ相續權ノ主体ト爲ルモノニシテ開始前ニ於テ人格ヲ享有スルモノニ非サルカ故ニ云々」(大審院大正五年(オ)第九一號大正六年五月十八日民一判決二十三輯八三七頁)と判決して居る。

予も亦通説及び大審院の判例に従つて實務を解決することに異議はないけれども、併し實際は胎兒の保護は各通説及び判例とは寧ろ反對に、懷胎の當初まで遡及せしむることか必要なのではあるまいかと疑ふて居る。

穂積博士は胎兒保護の效力は「出生前必要の時期まで遡つて發生するのである」と説かれて居る(同博士民法總論上卷一九頁)。而して保護に必要な時期は出生前の何時なるかに付いては説明して居られないのである。



るから其趣旨を付度することを得ないのである。

以上の説明は胎児か生きて生れたる場合に於てのみ適用かあるの  
てある。胎児か死体にて生れたるか又は胎児の母か死亡して分娩な  
かりし場合には胎児保護の問題か起らない(九百六十八條二項)。

胎児の法律上の地位は以上を以て一應の説明を終了したるもの  
とする。仍て更に冒頭に列記したる(I)乃至(IV)の問題に立歸らなければ  
ならない。右の四問題中(I)及び(II)は戸主に子なき場合であるから、第  
八百三十九條本文の規定に照すときは其戸主か養子を爲し得るや否  
やの問題の惹起する餘地かない。戸主は養子を爲し得へく、養子を爲  
したるときは其養子は後に胎児か生るゝことあるも、之れに因りて自  
己の相續順位を侵犯せらるゝことかない。(III)及び(IV)の場合には戸主  
の妻か既に胎児を懐胎せし後に戸主夫妻か養子(男子)を迎ふる場合  
るか、此場合に、果して戸主は養子を迎ふることを得るや否やの問題か  
潜在して居る。此場合に於て胎児は男子なるや、女子なるやを豫知す

るを得ず、死産なるや、流産なるやを豫知するを得ないけれども、男子か  
出生することは有り得るのであるから、第九百六十八條の規定の存す  
る以上は、斯の如き場合に戸主夫妻は果して適法に養子を爲し得るや  
否やに關して先づ以て疑を生し得る。

前に述べたる胎児の法律上の地位に關する第一説を採用し、胎児は  
胎児として既に人格を有するものと爲すときは、此場合は或は第八百  
三十九條に抵觸することとなり、戸主夫妻は養子(男子)を迎ふることを  
得ないと謂ふ論結に出てなければならぬかも知れないけれども、既  
に第二説に従ひ、胎児は出生前に於ては人格を有しないと謂ふ見解を  
採る以上は、戸主夫妻は胎児懐胎後に於て男子を養子と爲すも第八百  
三十九條に抵觸するものではない。(同説奥田博士日本親族法論二九〇頁、牧野博士日本親族法  
論三六七頁、岡村博士民法親族編講義六二七頁、同博士質疑回答内外論叢四卷四號七一七頁、柳川學士日本親族法  
要論三〇一頁。而して其後家督相續開始前胎児か出生し、且其胎児か男子  
なりしときは更に第八百五十四條、第八百三十九條に依り其縁組は取



消し得べきものなりや否やに關して問題か惹起するけれども、取消し得べきものに非すと解するのが正當である。同說岡村博士前掲六二七頁、同博士質疑回答内外論叢四卷四號七二一頁、穂積博士親族法論大意一〇八頁、反對說奥田博士前掲二九〇頁。

而して更に(III)の場合に付いて其養子と胎兒との相續順位を考ふるに此場合の胎兒は相續開始に先ちて出生したのであるから、前に説明したる理論に従つて、第九百六十八條の保護を受くるを得ない。従つて養子(男子)と胎兒(男子)とは第九百七十條に依り其相續順位が定められるのであつて、出生兒か胎兒としての保護を受けて養子に優先すると謂ふことかない。

更に(IV)の場合、即ち戸主の妻か懐胎したる後、戸主夫妻か養男子を迎へ家督相續開始後に於て胎兒か出生したる場合は此胎兒は家督相續開始當時の胎兒であるから第九百六十八條の保護を受くる資格はある。併し乍ら其遡及効は懐胎當時迄遡及するのではなく、家督相續開始當時迄遡及するに過ぎないから、家督相續開始以前より嫡出子たる資格を

有する養子は胎兒に優先して相續順位を獲得するのである。

此結論は形式論理として固より正當たるを失はないけれども、次に掲ぐる上告論旨に述ふるか如き不當があるから、立法論としては第八百三十九條を法定の推定家督相續人たる男子のみに限定せずして(中川學士相續法一〇一頁参照)、胎兒をも此中に包含せしむるか、或は同條を現在の儘として置いて、前に述べたる通り第九百六十八條の胎兒保護の遡及効を懐胎當時迄遡及せしむることゝしたいと考へる。

上告論旨「第五點ハ當事者間ノ合意ヲ以テ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルハ民法上ノ原則ナリ而シテ本件ニ於ケル上告人ノ父タル亡權助ト被上告人トノ養子縁組ニ關シテハ當時胎兒タリシ上告人ハ第三者ニ該當スルモノナルカ故ニ若シ原判決ノ如クセンカ亡權助ト被上告人トノ合意ヲ以テ第三者タル上告人ノ權利ヲ侵害スルモノニ外ナラス勿論相續ハ事實ニシテ相續人ノ地位ハ相續ナル一種ノ期待ニ過キサルノミナラス胎兒ハ權利ノ享有者ニアラサルカ故ニ被害者タル適格ニアラサルカ如キモ相續ニ付キテハ第九百六十八條第一項ノ規定ニ基キテ生レタルモノト看做サレ而カモ相續人タル地位ハ後日相續ヲ爲スニ至リテ幾多ノ權利主体タルモノナルカ故ニ第三者ノ權利侵害ナル結果ヲ生スルモノトス本件ハ事實



上告人ノ父母ノ病中被上告人ノ後見人タル星野喜八カ擅ニ上告人父母ノ名義ヲ濫用シテ訴外針山三太郎ノ長女タル被上告人ヲ養子ト爲シタルモノニシテ若シ上告人ノ父母ニシテ病氣全快センカ當然取消サルヘキモノナリシニ其儘兩人トモ死亡シタル結果本件ヲ發生シタルモノナルカ若シ原判決ノ如ク胎兒ノ相續權ハ相續開始ノ時ニ於テ胎兒タルコトヲ要シ胎兒アリテ養子ヲ爲シタル場合ニ於テ後日相續開始ニ際シ當時ノ胎兒トシテ出生シ成長シタルモノニ相續權ナシトセンカ第三者タル胎兒ノ權利侵害ハ續續トシテ起リ相續ノ順位ハ變更セラレ家族制度ノ根本ヲ破壊スルニ至ルヘシ原判決ハ此點ニ於テモ法ノ精神ヲ誤解シタルノ違法アルモノト云フニ在リ

判決理由「民法第九百六十八條ハ家督相續開始當時ニ於ケル胎兒ニ限り適用アルノミナラス其胎兒ハ出生ニヨリ始メテ相續開始ノ時ニ週リ相續權ノ主体ト爲ルモノニシテ開始前ニ於テ人格ヲ享有スルモノニ非サルカ故ニ父ハ懷胎中ト雖モ任意ニ他人ヲ養子ト爲スコトヲ得ヘク法律ハ毫モ之ヲ禁セス從テ養子カ後ニ生ルヘキ胎兒ニ先タチ相續スルコトアルモ這ハ我民法第九百七十條ノ規定ノ當然ノ結果ニシテ之ヲ以テ前示第九百六十八條ノ解釋ヲ否定スヘキ資料ト爲スニ足ラサルモノトス」(大審院大正五年才第九一號、同六年五月十八日民一判決二十三輯八三七頁)。

之を要するに前に掲げたる(I)乃至(IV)の問題中、(I)乃至(III)の胎兒は

第九百六十八條の保護を受け得るものではない。(IV)の胎兒は保護を受くる資格だけはあられるけれども、養子に優先出来ないものであるから、結局何等の實益かない。第九百六十八條に依つて胎兒が完全に保護を受け得るは被相續人たる戸主に他の直系卑屬なき場合、若くは直系卑屬あるも家督相續の推定順位に在らざる者、例へは其直系卑屬か庶子なるか、女子なるかの場合に於てのみ同條の胎兒保護が實現せらるゝに過ぎないことを注意するを要する(柳川學士日本相續法註釋上卷一六一頁参照)。

民法施行前の家督相續人たる者の縁組に就いては次の判例が存する。

(イ)「民法施行前ニ於テハ法定推定家督相續人アル場合ト雖モ養嗣子ト爲スニ非スシテ單純ナル養子ト爲スハ毫モ妨ケナカリシモノトス是レ當院判例ノ認ムル所ナリ(明治三十二年第二六六號、明治三十三年二月八日當院判決參照)」(大審院大正九年三月八日民二判決二十六輯二八〇頁)。

(ロ)「民法施行前ニ在リテハ法定家督相續人タル男子アル場合ト雖モ養嗣子ト爲サスシテ單純ノ養子ト爲スコトハ毫モ妨ケナカリシモノトス而シテ原判決ハ被上告人ヲ以テ上告人ノ養嗣子ト爲シタルモノト



事實ヲ確定シタルニ非サルヲ以テ當時ノ法令若クハ慣習ト違背シタル所ナシ若シ夫民法施行法第六十七條規定ノ趣旨ハ民法施行前ニ生シタル事實ニシテ當時ノ法令若クハ慣習ニ於テ適法トセス且民法ニ於テ養子縁組取消ノ原因トナルモノハ民法施行ノ後モ其縁組ヲ取消スコトヲ得トノ法意ニ過ヤス故ニ本訴ノ養子縁組ハ民法第八百三十九條ニ違背シ即チ民法ニヨレハ取消ノ原因アルヘシト雖モ現ニ前段ニ説明シタル如ク縁組當時ニ於テハ適法ナリシヲ以テ民法施行法第六十七條ニ依リテ取消ヲ請求シ得ヘキ限りニアラス」(大審院明治三十二年オ第二六六號、同三十三年二月八日民一判決六輯二卷四〇頁)。

(ハ)「明治四年第七十號太政官布告戸籍法制定以前ニ在リテ弟ヲ以テ兄ノ養子ト爲シ又非戸主ト雖モ嗣子タル地位ニ在ル者壯年ニ及フモ仍ホ男子ナキトキハ該家繼承ノ爲メ男子ヲ養子ト爲スコトノ其當時ノ法制ニ於テ認許セラレタルコトハ原判決認定ノ其後ノ編製ニ係ル舊戸籍ニ其關係ヲ知ルニ足ル記載アルニ依リテモ推知スルコトヲ得ヘク原院カ先代甚兵衛ノ長男徳治ニ男子ナカリシヨリ慶應二年中實弟徳五郎ト養子縁組ヲ爲シタルコトヲ認メタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(大審院大正三年オ第六六一號、同四年三月十三日民三判決二十一輯三一二頁)。

(三)養親は養子の後見人たらしめることを要する。既に後見人が任務を終了したる後と雖も未だ管理の計算を終らざる間も亦同し(八百四十條

一項、舊民法人事編百八條、獨千七百五十二條。

後見人は被後見人の財産管理権を有するから、其権利の濫用を防止する爲め、亦計算義務をも負擔し、後見監督人、親族會等の監督を受けなければならぬ。仍て後見人は其就職中に行ひたる私曲を掩はんか爲めに、被後見人を養子とする場合かなくてもない。仍て民法は後見人が其就職中、被後見人を養子と爲すを禁止し、且任務終了後と雖も管理の計算を終了せざる間は尙被後見人を養子と爲すことを禁止することとした。

後見人が遺言を以て被後見人を養子と爲す場合は縁組の効力は後見人の死亡後に發生するのであるから、被後見人を養子として自己の私曲を掩ふ意思のないこと明白である。従て民法は之れを禁止することかない(八百四十條二項、八百四十八條)。

此後見人が被後見人を養子と爲すを得ざることは養子縁組の要件として法律の規定する所であるけれども、是れ實は後見制度を圓滑に



實行せしめんか爲めの規定であつて養子制度保護の目的の爲めてはない。

(四)配偶者ある養親は配偶者と共にするに非されは縁組を爲すことを得ない。(八百四十一條一項、舊民法人事編百十條一項、獨千七百四十六條、千七百四十九條、瑞二百六十六條、佛三百四十四條)。

養子縁組は養親養子間に親子關係を生ずるものなるに拘はらず夫婦各別に養子を爲すときは、配偶者の一方には子にして、他方には子に非ざる者を生ずる。斯の如きは養子制度の本旨に適することを得ざるのみならず、家庭の平和も害せらるゝに至る場合があるてあらう。民法が養子を爲すには夫婦の共同を必要としたのは此れが爲めてある。従つて結局夫婦の一方か養子を爲すを欲せざるときは夫婦雙方共に養子を爲すを得ないこととなるのである。

獨乙、瑞西、佛蘭西、伊太利、白耳義等に於ては夫婦共同して養子を爲すことを認むるけれども強制的でない。夫婦は單獨に養子を爲すこと

を得る。唯、夫婦が單獨に養子を爲す場合に於いては他の一方の同意を得ることを要する。

例外一、

夫婦が共同して養子を爲さんとするに拘はらず其一方か反對の意思を有する場合には、強いて一方の意思のみを以て養子を爲すを得ないこと前述の通りであるけれども、夫婦の一方か或は他方と同じく養子を爲すの意思あるべきこと明なるに拘はらず、恰かも心神喪失又は行方不明等の爲めに其意思表示を爲すこと能はざる場合があるてあらう。殊に夫婦間に法定推定家督相續人たる直系卑屬なき場合に於て、夫婦の一方か其意思を表示すること能はざる場合の如き、夫婦の一方のみを以て養子縁組を爲さしむべき便法なきを得ないのである。仍て民法は夫婦の一方か其意思を表示すること能はざるときは、他の一方は雙方の名義を以て縁組を爲すことを得ることとした(八百四十二條、舊民法人事編百十條一項但書、獨千七百四十六條二項)。此場合は夫婦一方のみの意思表示



を以て夫婦雙方か養親と爲るのである。此點に關しては前に述べたる所である。

例外二、

夫婦共同して養親となることを要する前示の原則に對して更に一個の例外がある。即ち、夫婦の一方か他の一方の子を養子と爲す場合である。此場合には夫婦共同して養親と爲ることを必要としない。一方は他方の同意を得て、單獨に其子と縁組を爲すことを得るのである（八百四十一條二項）。蓋し此場合には養子は他の配偶者の子であつて、既に親子關係が存在するのであるから更に之れを養子と爲す必要がない。唯一方か他の配偶者の意思に反して其子を養子と爲すときは、夫婦の不和を生ずることなきを保し難いから、其同意を必要としたのである。

爰に他の一方の子とは、或は他の一方の前婚の嫡出子たることあるへく、繼子又は養子たることあるへく、庶子たることあるへく、私生子た

ることあるてあらう。先づ嫡出子の場合に就いては、其嫡出子は夫婦の一方に對しては縁組により嫡出子たる身分を取得し、夫婦の他方に對しては其他方と前婚の配偶者との間の嫡出子である點か異なるけれども等しく夫婦の雙方に對して嫡出子たることを失はない。併し乍ら其子か夫婦の他方の庶子又は私生子たる場合には一方に對しては縁組により嫡出子たる身分を取得するに反し、他方に對しては養子たる嫡出子に非ずして依然として實子たる庶子又は私生子たるに止まるのである。夫婦であるに拘はす其一方に對して嫡出子にして他方に對して庶子私生子たるか如き跛行的制度は是れ固より養子制度の趣旨に反し、法律か夫婦共同縁組の要件を定めたる趣旨を没却するものである。

或は斯の如き不合理を避けんか爲めに例へは甲夫か乙妻の私生子丙を養子と爲さんとする場合に、甲夫と丙子との間に縁組を締結して妻は甲夫に對して同意の意思表示を爲すときは、甲夫と丙子との間に



養親子關係を發生するのみならず、乙妻と丙子との間にも養親子關係を發生するものと解する學者がある（奥田博士講義三二〇頁以下）。此說に依れば巧妙に本條の跛行的結果を避くるを得るのである。然し乍ら民法第八百四十一條を卒直に讀下するに、斯の如き夫婦の雙方に養親子關係を發生すべき趣旨には解することか困難である。

### (五) 養親に關する要件の比較法制

我國法上養子縁組の養親に關する實質的要件は、以上に列擧したる所に盡きて居り、其以外に何等の要件を必要としない。併し乍ら或は古來の法制史上の制度として、或は現行比較立法上の制度として觀察するときは尙其他種々の養親に關する要件が存在して居ることを知り得てあらう。是等は我國法の解釋上に於ては必ずしも直接研究の必要なき所であるか、苟くも養子制度の全般を研究せんとする者に在つては一應の注意を必要とする。

#### (I) 年齢の間隔

我現行法に於ては單に養親の縁組適齡を定むるに過ぎないけれども立法例中には養親と養子との間に一定の年齢の間隔あることを必要とするものがある。例へば、

(1) 大寶令に於ては養親は養子より十五歳年長たることを必要とし、

(2) 羅馬法は儒帝時代に於ては養親は養子より十八歳以上年長たるを要するものとし、

(3) 獨乙、瑞西、埃太利、伊太利、西班牙等に於ては養親は養子より十八歳年長なることを必要とし、

佛蘭西は十五歳年長なることを要するものとして居る。佛蘭西の報恩的養子縁組は養親は丁年以上にして養子より單に年長なるを以て足るものとして居る。報恩的養子縁組 (*adoptio remuneratoria*; *Adoption des Lebensretters*, *Vergeltende Adoption*; *adoption rémunératoire*) とは養親か危害を受けんとする場合に於て之を救助せる者に對する報恩の爲めに爲す養子縁組(佛民三百四十五條)なること前述の通りである。

#### (II) 性の制限

古代法に於ては養親は男子たることを要件とした。蓋し家族制度の隆盛なる時代に於ては家長は皆男子であつて、養子は家長のみか之れを爲すことを得たからである。我大寶令に於ても亦然り。其後女子と雖も養子を爲すことか認めらるゝに至り、次いで夫婦は或は單獨に、或は共同して養子を爲すを得るに至つた。我國に於ては更に養親か夫婦たる場合には共同か強制的に要件とせらるゝに至つた。

#### (III) 無子の制限



多くの立法例に於ては養子縁組は養親に實子なき場合に限られて居る。實子なくとも既に養子を爲したる者は更に養子を爲すことを得ない。蓋し養子制度は相續人の欠缺を補充することか大なる目的であるからである。歐洲諸國の養子制度は古來より現今に至る迄皆概ね然らざるはない。此思想の影響は更に宗教家又は獨身者等に養子を禁ずることに及んで居る。蓋し是等の者には實子の存在すへき理由がない。従つて養子を許すへき理由がないからである。

#### (IV) 家族の養子

家族制度の嚴格に行はるゝ時代に在つては前に述べたる如く、家長のみ養子を爲すことを得るのであつて、家族は養子を爲すことを許されなかつた。我國及び歐洲の古代法は概ね此制限を設けて居る。然れども現今に於ては家族制度崩壊して此種の制限を設くる國かない。我國は家族制度を採用するに拘はらず、亦此種の制限を認めない。

### 第二 養子に對する要件

(Erfordernisse auf Seiten des Kindes)

(一) 配偶者ある者か養子と爲るには其配偶者と共にするを要する(八

百四十一條、舊民法人事編百十條二項、獨千七百四十六條、千七百四十九條、瑞二百六十六條)。

是れ亦共同縁組の原則に外ならない。配偶者ある者か各單獨に他人の養子と爲るときは、恰かも前示の如く配偶者か各單獨に養子を爲す場合に於けるか如き不都合を生ずるのみならず、更に夫と妻とは各其屬する家を異にするに至る。斯の如きは養子縁組の性質に反するのみならず、亦婚姻の性質にも反するものであつて、到底之れを許すを得ない所である。

配偶者ある者か配偶者と共に養子と爲らんと欲する場合に於て、配偶者の一方か其意思を表示すること能はざるときは、他の一方は雙方の名義を以て縁組を爲すを得る(八百四十二條、八百四十一條一項)。此事は夫婦か養子を爲す場合と同一である。

然るに法律は夫婦か共同して養子を爲す場合に關して、其養子か夫婦の一方の子なるときは單に他の一方の同意を得るを以て足る旨の規定を設けたるに拘はらず(八百四十一條二項)、夫婦か共同して養子と爲る



場合に、其養子か夫婦の一方の子なるときは他の一方の同意を得るを以て足る旨の規定を設けざるは權衡を失ふものと謂はざるを得ない

(二) 尊屬又は年長者を養子と爲すことを得ない(八百三十八條、舊民法人事編百六條、獨千七百四十四條、瑞二百六十四條、佛三百四十三條)。

羅馬法に於ては「養子縁組は自然に模擬す」(adoptio enim naturam imitatur)との原則があつて養親養子の關係は自然の親子間の關係に模擬すへきことか要求せられて居た。我國に於ても亦前述の如く養子縁組は自然の親子を模倣して親子關係なき者の間に親子關係を發生せしめんとするものであるから、養子にして養親よりも尊屬親た、又は年長者たるか如きは、倫序を顛倒するものである。従つて斯の如き尊屬又は年長者は養子たるを得ないことゝしなればならない。尊屬は直系尊屬及び傍系尊屬を包含する。年少者なる以上は卑屬は直系卑屬及び傍系卑屬ともに養子たることを得るものである。必ずしも親族に非ざる者に限つて養子たるを得るものとして居るわけではない。

年少者なるも尊屬なるときは養子たるを得ない。

法律は養親子關係に於ては養親が養子より年長なることを必要として、不倫の結果を避くることを得せしめたのであるか、繼親子關係又は嫡母庶子關係に在つては繼親か繼子より又、嫡母か庶子より年少なる場合を生し、不倫の結果を生ずるは遺憾とせざるを得ない。

大體に於て卑屬は直系卑屬なると傍系卑屬なるとを問はず、年少者を養子と爲すを得ること前示の如くてある。而して卑屬中には嫡出子あり、庶子あり、私生子あり、又繼子がある。

(イ) 繼子

繼親は繼子を養子と爲すを得ないと謂ふ説がある(大正八年八月二十四日民事局長回答法曹記事二十九卷九號七四八頁、柳川學士日本親族法要論二九九頁)。大審院も亦繼父母は其家に在る繼子を養子と爲すことを得ないものと解して居る(大正十四年(オ)第三六三號同年五月二十二日民二判決法律評論十四卷民法四二二頁)。蓋し繼子は嫡出子たる身分を取得すへきものと解すへきものであるから、更に之を養子と爲す實益かないとするのであらう。併し乍ら繼父母の繼子に對する繼



親子關係の効力は民法第七百七十三條、第八百九條、第七百七十三條、第八百四十三條、第八百四十六條、第八百四十四條、第八百四十六條、第八百四十條、第八百六十三條、第八百四十四條、第八百七十八條等の制限を受けて居るのであるから、繼父母は繼子を養子と爲すことに於て必ずしも實益なしと謂ふを得ない。繼子を養子と爲すことを得るものと解すへきてある。蓋し繼子を養子と爲すことを禁止する明文かないからである。學說に於ても之れと同一の結論に出づるものがある（大正九年四月二十三日法曹會決議法曹記事三十卷七號四八三頁、奥田博士民法親族法論二八七頁、東京控訴院大正十三年ネ第九六七號同十四年一月三十一日民二判決同書民法二七四頁、高窪博士批評同書九卷民法八二七頁）。

爰に注意すへきは繼親子關係消滅後に於ては若し繼父母が繼子より年少なるに於ては繼子を養親、繼父又は繼母を養子とする縁組を締結するを得ることである。斯の如きは從來の親子の位置を反顛して倫常に反すること多大なるものである。第七百七十條、第七百七十一條等の規定に準して、此場合に關する禁止規定を設けざるへからざる

筈である。嫡母庶子の關係に於ても之れと同一である。

(ロ) 庶子又は私生子

庶子又は私生子を養子と爲すことに關しては通説は皆之れを肯定する。蓋し是れ亦法律に之れを禁止する明文を設けないのみならず、庶子私生子を養子と爲すことに因りて之れに嫡出子と同一の地位を與ふることは、庶子私生子の地位の向上の爲め極めて必要なることであるからである。民法が準正を認むる立法趣旨に徴するも此解釋は民法の精神に合致する所であら。庶子私生子を養子と爲して之れに嫡出子たる地位を付與するは庶子私生子に關する法律の適用を回避せんとするもので不法であると爲す説の如きは採るに足らざる謬論である。

(ハ) 嫡出子

自己の嫡出子を自己の養子と爲すことを得るや否やに關しては議論の岐るゝ所である。(1)或は嫡出子を養子と爲して更に嫡出子たる



身分を取得せしむることは不可能であるから、自己の嫡出子を更に自己の養子と爲すを得ないとするものかある（仁井田博士親族法相續法論二四三頁、飯島博士民法要論九四三頁、明治三十五年九月二十日法曹會決議法曹記事一三二號、明治三十九年六月三十日決議法曹記事一六卷九號七頁等）。(2) 或は反之嫡出子と雖も養子と爲すに妨げかないとするものかある（奥田博士講義三二二頁）。(3) 或は嫡出子を他家に在る嫡出子と自家に在る嫡出子とに區別し、他家に在る嫡出子は之れを養子と爲すことを得るも、自家に在る嫡出子は之れを養子と爲すことを得ないとするものかある（牧野博士日本親族法論三六五頁、島田學士講義三二三頁、三二四頁、三二五頁、掛下學士講義一九七頁、阪本氏講義二〇三頁、宮田學士法典質疑問答七六頁、大審院大正十四年（オ）第三六三號、同年五月二十二日民二判決法律評論十四卷民法四一一頁、大正十四年九月二十八日法曹會決議法曹會雜誌三卷十一號一一六頁）。

自家に在る嫡出子を養子と爲すことを得ないとする明文は存在しないけれども、既に自家に在る嫡出子を養子と爲すか如きは法の濫用であつて何等の實益の存せざる所であるから第三説を正當とせざる

を得ない（八百四十一條二項精神解釋）。

(三) 養子として他家に入籍するには戸主又は法定推定家督相續人に非ざる者たることを必要とする（七百四十四條）。

養子縁組を爲すも、其縁組が戸内縁組なるときは養子は其家を去らないから問題を生しないけれども、戸外縁組の場合に於ては養子は實家を去りて養家に入るものであるから、戸主は縁組に依り他家に入ることを得ないこと勿論である。法定の推定家督相續人も亦同様である（大審院大正十四年（オ）第三七五號、同年七月七日民二判決法律評論十四卷民法四七四頁）。同一の趣旨に於て法定推定家督相續人は同一家籍内に在る他の家族の養子と爲ることも亦禁止せらるゝものと解すべきものであらう（大正十一年三月二十八日法曹會決議法曹記事三十二卷七號五七四頁）。隱居者か隱居の結果前戸主の法定推定家督相續人と爲りたる場合に於ては養子縁組に因り他家に入ることを得ないこと普通の場合と異なる所かないと信する（明治三十五年十一月十八日民刑局長回答、大正九年三月二十六日法曹會決議法曹記事三十卷六號四二六頁、反對穂積陳重博士隱居



戸主の養子縁組に關して左の判例がある。

「民法第八百五十一條第一項ニハ縁組ハ左ノ場合ニ限り無効トストアルヲ以テ親族編中他ニ特別ノ規定ナキ以上ハ縁組ノ無効ナルハ第八百五十一條各號ニ列舉シタル場合ニ限ルモノニシテ其他ノ場合於テハ縁組ハ常ニ其效力ヲ生スルモノト解セサルヲ得ス而シテ民法ノ規定ニ依レハ戸主ハ隱居ヲ爲シタル後ニ非サレハ縁組ニ因リ他家ニ入ルコトヲ得サルモノナルモ之レカ爲メニ直ニ戸主カ他家ニ入ルヘキ養子縁組ヲ爲シ戸籍吏カ其届出ヲ受理シタルトキハ其縁組ヲ無効ナリト謂フヲ得ス寧ロ民法第八百五十一條各號ニ該當セサルヲ以テ其行爲ハ有效ナルモノト解スルヲ相當トス斯ノ如ク既ニ縁組ニシテ有效ナル以上ハ養子ハ同法第八百六十一條ノ規定ニ依リ養親ノ家ニ入ルヘキモノナルヲ以テ其養子ト爲リタル戸主ハ戸主權ヲ喪失シタルモノト謂ハサルヲ得ス但シ此養子ト爲リタル戸主カ如何ニシテ戸主權ヲ喪失スルモノナルヤニ付テハ民法中特別ノ明文ナキモ婚姻ニ關シテハ民法第七百五十四條第二項ノ規定アリ即チ同條ニ依レハ戸主カ隱居ヲ爲サシテ婚姻ニ因リ他家ニ入りタルトキハ其戸主ハ婚姻ノ日ニ於テ隱居ヲ爲シタルモノト看做サルヘキモノトス元來民法上婚姻ト縁組トハ同一ノモノニ非サルハ勿論ナルモ孰レモ重要ナル身分上ノ關係ヲ生スル行爲ニシテ二者ノ間輕重ノ差別アルモノニ非ス加之立法上婚姻ニ關ス

ル民法第七百五十四條第二項ノ規定ノ前提ト爲リタル法則ヲ按スルニ民法ハ戸主カ隱居ヲ爲シタル後ニアラサレハ他家ニ入ルコト能ハサル場合ニ於テ隱居ヲ爲サス其儘他家ニ入りタルトキハ他家ニ入りタルトキニ隱居ヲ爲シタルモノト看做シ戸主權ヲ喪失セシムル原則ヲ認メタルモノナルコトヲ推測スルコトヲ得ヘシ即チ民法ハ此原則ヲ前提トシ之レヨリ演繹シテ第七百五十四條第二項ノ規定ヲ設クルニ至リタルモノト解スルコトヲ得ヘシ然ルニ此原則タルヤ戸主カ隱居ヲ爲サシテ他家ニ入ルヘキ養子縁組ヲ爲シタル場合ヲモ包含スルモノナルヲ以テ婚姻ニ關スル第七百五十四條第二項ノ規定ヲ縁組ノ場合ニ準用シ戸主カ隱居ヲ爲サシテ他家ニ入ルヘキ養子縁組ヲ爲シタルトキハ其戸主ハ縁組ヲ爲シタル日ニ於テ隱居ヲ爲シタルモノト看做シ之レニ因リ戸主權ヲ喪失シタルモノト解スルヲ民法ノ法意ニ適シタルモノト認ム。

戸主カ他家ニ入ルヘキ養子縁組ヲ爲シタル場合ニ於テハ前示ノ如ク民法第七百五十四條第二項ノ準用ニ依リ縁組ノ日ニ於テ隱居ヲ爲シタルモノト看做スヘキモノナルヲ以テ同法第九百六十四條第一號ニ依リ家督相續ハ開始スルモノトス。

民法ハ縁組ノ效力ニ關シ親族編中特別ノ規定ヲ設ケタルヲ以テ總則編ノ規定ノ適用ハ之ヲ除外スル法意ナリト解スルヲ相當トス(明治四十四年(オ)第六三號同年六月六日判決、明治四十五年(オ)第三九號



同年六月十一日判決参照(大審院大正四年(オ)第三六一號大正五年一月二十日民二判決二二輯四九頁)。

#### (四) 養子に關する要件の比較法制

我國に於ける養子縁組の養子に關する要件は以上に列擧する所に盡きて居るのであるが、他の立法例に於ては尙其以外に種々の要件を規定したのかあ。

##### (I) 性の制限

現行の立法例に於ては我國のみならず、他の諸國に在りても養子は男子たると子たるとを問はず認められて居る。然し乍ら養子制度の本來の目的よりして之れを見れば養子は一家の繼嗣を得るを目的とするのであるから、養子は男子たること必要である。例へば支那法の如きは古より養女を禁して其違反に制裁さへも附したのである。

##### (II) 養子の縁組適齡

養親の年齢は前示の如く養子より年長にして且其年齢は或は五十歳以上、或は四十歳以上たることを必要とするものがあるか、養子の年齢は養親より年少なることを必要とするのみにして其以外に養子の縁組適齡、即ち養子と爲り得る最低年齢、又は最高年齢を定むる必要かない。従つて多數の立法例は斯の如き養子の年齢の制限を設くるものか少ない。唯佛國は養子は成年以上たるを要するものとし、伊國は

未成年なることを要するものとした。

##### (III) 階級の制限

現行立法例に在つては平等主義が横溢するか故に、養子縁組は養親養子の階級の制限に服することを要するものとしな。併し乍ら往昔に在つては、各國皆社會の階級思想旺盛にして貴賤尊卑の區別嚴格であるから、異種の階級に屬する者に在つては相互の社交さへも嫌忌するを常とした。従つて婚姻、養子縁組は法律上之れを禁止せられたのである。希臘法に於ても、羅馬法に於ても、支那法に於ても、我國古代法に於ても皆然らざるはない。徳川時代に於ても、尙此禁止嚴格であり、明治維新以後に於ては華族、士族にして嗣子無き者は年齢に拘はらず養子縁組を許されたるに拘はらず、平民は之れを禁止せられ(明治三年閏十月大政官布告)、其後に至り漸く華族士族平民の何れの階級に屬する者も相互に養子縁組を許さるに至つたものである(明治六年正月第二十七號布告)。

##### (IV) 近親縁組

養子は家系及び祭祀の繼續を主眼とする。殊に我國に於ては「異姓不祭」の思想が行はれ、祖先は唯其血族の祭祀のみを饗するものとした。蓋し其淵源とする所は春秋左氏傳の「神不歆二非類、民不祀二非族」と謂ふ信條に在ると謂ふことである。従つて我國に於ては異姓不祭の思想の爲めには所謂「同



姓不娶」の支那法上の原則さへも之れを無視して、婚姻に關しては祖先祭祀の爲めには同姓婚姻さへも厭はざる風を生したけれども、養子制度は頗る嚴格に「異姓不養」の原則か行はれ、以て近く徳川時代の養子法に至るまでも此原則か勵行せられた。

我國に於ては養子は異姓の子たるを得ないこと前示の如くであるけれども、同姓中にありても尙制限がある。即ち大寶戸令に「凡無子者、聽養四等以上親於昭穆合者」と規定し、子を有せざる者は四等以上の親族（即ち二等親たる兄弟、姪、孫、三等親たる從兄弟、異父の從父兄弟、同居する前妻妾の子及び四等親たる再從兄弟、兄弟の孫、從父兄弟の子、外甥、曾孫）にして且昭穆に合する者を養子と爲すことを得るものとした。昭穆に合する者の意義に關しては古來學者間に議論多き所であるか、養親と養子との年齢の差か自然の親子と同様なることを必要とする意義であつて、大寶令は男十五歳にして婚姻を爲すを許すのであるから、養親と養子との年齢の差少くとも十五年なることを必要とする趣旨と解する説か正しいと思はれる。但し遺棄の小兒は異姓と雖も養子と爲すを得る例外がある。

### 第三段 同意

養子縁組は婚姻と同しく同意権者の同意を必要とする。蓋し養子

縁組も亦婚姻と同しく人生の重大事項たるか爲めてある。

(一) 養親は其家に在る父母の同意を得ることを要する（八百四十四條、舊民法人事編百十六條一項、獨千七百四十七條、瑞二百六十五條、佛三百四十六條）。

養子は養親の嫡出子たる身分を取得し、從つて亦養親の父母に對して親族關係を取得するものであるから、養親の父母に對しても利害關係（例へは相續關係、扶養關係等）を生ずること尠なくない。是れ養親か養子を爲すには養親の父母の同意を必要と爲したる所以である。

此場合に於ては其同意に就ては、第七百七十二條第二項、第三項、及び第七百七十三條の規定の準用がある（八百四十六條）。即ち父母の一方か知れざるべきとき、死亡したるとき、家を去りたるべきとき、又は其意思を表示すること能はざるべきときは他の一方の同意を以て足り、父母共に知れざるべきとき死亡したるとき、家を去りたるべきとき、又は其意思を表示すること能はざるべきときは何等の同意を必要としない（八百三十七條參照）。又繼父母、又は嫡母か養親の養子縁組に同意せざるべきときは、養親は親族會の同意を得て



縁組を爲すことを得る。

禁治産者か縁組を爲すには婚姻と同しく後見人の同意を必要としない(八百四十七條、七百七十四條)。婚姻に在つては男子滿三十年、女子滿二十五年に達すれば父母の同意を要しない(七百七十二條)。然るに養子縁組の場合に於ては養親に年齢の制限を設けず、終始家 在る父母の同意を必要とした。蓋し前者は婚姻當事者の利益の爲めにし、後者は父母の利益及びひ一家一族の利益の爲めに設けたる規定であるからである。

(二) 滿十五年以上の子か養子と爲るには其家に在る父母の同意を得ることを要する(八百四十四條)。此場合に於ても第七百七十二條、第二項、第三項、第七百七十三條の準用がある(八百四十六條)。滿十五年未滿の者か養子と爲るには其家に在る父母之れに代はりて縁組の承諾を爲すべきものなるを以て(八百四十三條)、父母の同意の問題を生しない。

(三) 養子縁組、又は婚姻に因りて養家に入りたる者か更に養子として他家に入らんと欲するときには實家に在る父母の同意をも得ることを

要する(八百四十五條)。是れ一旦實家に復籍することなくして、直に他家に縁組を爲すときは第八百四十四條のみに従ふときは實家の父母は閉却せられ、同意を與ふる機會を失ふか故に、民法は本條を特設して、實家父母の意思を尊重し、實親子間に於ける平和を維持せんと欲するのである。唯妻か夫に従つて他家に入るは當然避く可からざる事項なるを以て實家父母の同意を要すべき理由かない(八百四十五條末段)。

此場合に於ても亦第七百七十二條、第二項、第三項及第七百七十三條の規定か準用せられる(八百四十六條)。

縁組又は婚姻に因りて他家に入りたる者が更に婚家又は養家に在る者の養子となる場合にも民法第八百四十五條を適用し、實家父母の同意を必要とするものと解すべきである(反對明治三十七年八月十五日民刑局長回答 法曹記事一五四號三二頁)。

(四) 養親及び養子か家族たるときは戸主の同意を得ることを要する(七百五十條)。



(五) 婚姻又は縁組に因つて他家に入りたる者か更に縁組に因つて他家に入らんと欲するときは婚家、養家及び實家の戸主の同意を得ることを要する(七百四十一條)。

婚姻に因つて夫の家に入りたる妻か夫に従つて他家に養子縁組を爲さんとする場合には其妻は實家戸主の同意を得なければならぬ  
(大正十一年十二月十二日法曹會決議法曹會雜誌一卷一號二〇〇頁)。

併し乍ら民法か第八百四十五條の轉縁組に關する實家父母の同意の場合に於ては妻に例外規定(同條但書)を設け[但妻カ夫ニ從ヒテ他家ニ入ルハ此限ニ在ラス]と爲したるに拘はらず、轉縁組に關する實家戸主の同意に關して、妻に例外規定を設けさりしは權衡を失すること甚しきものである。

又民法は縁組又は婚姻に因りて他家に入りたる者か更に婚姻に因りて他家に入らんと欲するときは、第八百四十五條に對應して、實家父母の同意を必要とする旨の規定を設けず、唯單に第七百四十一條の實

家戸主の同意を得るのみを以て足るものとして居る。是れは養子の場合に於ては自己の子か養家の養子となり、利害關係を生ずることあるべきか故に實家父母の同意を必要とするのであるか、婚姻の場合に於ては夫婦共同生活か問題であつて、必ずしも實父母の利害を問題とするものでないからである。

#### 第四段 特別要件

(一) 日本人か外國人を養子と爲すには内務大臣の許可を受くることを要する 明治三十一年七月十一日法律第二十一號外國人ヲ養子又ハ入夫ト爲スノ件一條)。

内務大臣は外國人か、(イ) 引續き一年以上日本に住所又は居所を有するとき、(ロ) 品行端正なるときに非されは其許可を與ふることを得ない(同法二條)。

(二) 王は家督相續の目的を以て華族の養子となることを得るのであるか、此場合には勅許に依ることを要する(明治四十年二月十一日皇室典範增補二條)。



其勅許は王か十五年未滿なるときに於ては親權を行ふ父代はりて勅許を請ふことを得る。親權を行ふ父なきときは、其後見人に於て親族會の同意を得て勅許を請ふことを得る。而して其縁組の承諾を爲すにも之れと同様である。明治四十三年三月三日皇室令第二號皇族身位令三十二條、三十一條一項、二項。此養子縁組は勅許なきときは無効である(同法三十三條)。

(三)有爵者か養子縁組を爲さんとするときは市町村長に其届出を爲す前、宮内大臣の認許を受くるを要する(明治四十年五月八日皇室令第二號華族令十四條)。有爵者の家族か養子縁組を爲さんとするときは、有爵者又は其法定代理人は之れに同意を爲す前、宮内大臣の認許を受くるを要する(同法十七條)。

有爵者又は其推定家督相續人か養子縁組を爲す場合に於ては、其養子は養父又は被相續人の男系の六親等内の血族(但し他家より入りたる者の實方の親族を除く)たることを要する(同法十九條)。

而して宮内大臣の認許を受けずして養子縁組を爲したる者は情狀

に依り華族の禮遇を停止せられ、又は爵を襲かしめられさることかある(同法二十條)。

## 第二目 形式的要件

(Das Formerfordernisse, Des formes de l'adoption)

縁組の意思表示は市町村長に對する届出に因りて之れを爲すを要する。是れか縁組の形式的要件である。此届出は當事者雙方及ひ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(八百四十七條、七百七十五條、舊民法人事編百十三條、四十三條、四十六條、四十八條、獨千七百五十條乃至千七百五十四條、瑞二百六十七條、佛三百五十三條乃至三百六十條)。縁組の届出は養親の本籍地又は所在地に於て之れを爲さねはならない(戶籍法九十二條)。其他届書に記載すべき事項に關しては戶籍法第八十八條、第八十九條に規定して居る。遺言養子の場合に於ては遺言執行者、養子と爲るべき者又は第八百四十三條の規定に依り之に代はりて承諾を爲し得



る者、及び成年の證人二人以上より遺言か效力を生したる後、遲滯なく縁組の届出を爲すことを要する。此届出には縁組に關する遺言の謄本を届書に添附することを要する(戸籍法九十一條)。

外國に在る日本人間に於て縁組を爲さんと欲するときは、其國に駐在する日本の公使又は領事に其届出を爲すことか出来る。此場合に於ては第七百七十五條、第八百四十八條、第八百四十九條の規定を準用する(八百五十條)。

市町村長は縁組か實質的要件、及び形式的要件を具備することを認めたる後に非されは其届出を受理することを得ない(八百四十九條)。但し普通縁組に於て家族か戸主の同意を得ざる場合(七百五十條一項参照)、及び轉縁組に於て家族か養家及び實家の戸主の同意を得ざる場合(七百四十一條参照)に於て、市町村長か注意を與へたるに拘はらず、尙敢て其届出を爲さんと欲するときは市町村長は其受理を拒絶するを得ない(八百四十九條二項、七百七十六條但書)。蓋し民法は一家の利益の爲めに縁組の自由を制

限することを欲せざるに依るのである(注意要件)。

其他詳細なる事項は拙著婚姻法論中婚姻の形式的要件に關して説明したる所を参照せられたい。尙婚姻法上の内縁夫婦問題と對立して法律上の形式的要件を具備せざる養子、即ち事業上の養子を如何にして保護すべきかの問題か起る。併し之に關しても現行法上も判例法上も何等の解決は得られない。此點に關しては穂積博士の報告かある(同博士「家督相續」被相續人の意思を家督相續人選定の標準とすへきか「事實上の養子の家督相續に於ける地位」親族會決議の實質的不當に對する不服の訴」判例民事法大正十三年度四三六頁以下)。

民法施行前の縁組は必ずしも届出を強要せられない。届出なき場合に於ても事實上の養子縁組さへあれば夫れを以て足るものとして居たようである。

「按スルニ明治八年第二百九號太政官達ニハ戸籍上登記セサル養子縁組ハ其效ナキ者ト看做ス可ク定ムルモ同達ニ關スル太政官ノ指令ヲ司法省カ裁判所ニ達シタル明治十六年六月同省丁第四十六號達ニ



依リ戸籍ニ登記ヲ怠リタル者ト雖モ現ニ親族近隣ノ者モ養父子ト認メ裁判官ニ於テモ其實アリト認ムルモノハ養父子ヲ以テ論スヘキモノト爲シ民法施行以前ニ在テハ實際養子縁組ノ事實存スル以上ハ其實際ニ依リ判断ヲ下スハ我裁判上ノ慣習ナリトス故ニ本件モ亦民法施行前ニ生シタル事項ニ係ルヲ以テ前顯司法省達及ヒ慣習ヲ適用スヘキモノトス從テ原院カ本件縁組ノ實際ニ於テ成立シタル事實ヲ認メ明治八年第二百九號達ハ戸籍ニ登記セサルトキハ本件ノ如キ當事者間ノ縁組ヲモ無効タラシムル趣旨ノモノニアラスト説明シタルハ毫モ不法ニアラス又按スルニ推定ノ家督相續人タル男子アルモ女婿ト爲ス爲メ養子ヲ爲スコトハ民法施行前ニ於テモ許シタル事項ナレハ原院ニ於テ被告梅次郎ト原告人ノ家女ト結婚ノ成立シタリト認メタル本件縁組ノ如キハ有效ナルハ勿論ニシテ民法施行前ニ有效ナル養子縁組モ同法施行後其届出ヲ爲ササルニヨリ無効ナル謂ハレナシ

(大審院明治三十二年第九十號同年十月十四日判決、同趣旨、大審院大正四年第二百二十七號同年六月十六日判決、東京控訴院大正四年(ホ)第六八號、同七年五月十五日民三判決法律評論七卷民法三九九頁、東京控訴院大正八年(ネ)第五五號、同九年四月十三日民二判決法律評論九卷民法二三四頁、穂積博士「民法施行前の養子制度―届出不要」法學協會雜誌三十九卷九號一五六頁参照)。

縁組は一身一家に重大なる身分上財産上の影響を及ぼすべき行爲であるから、古代より現今に至る迄縁組の形式的要件は頗る鄭重に定められ、(1)届出、(2)許可、及び(3)公示の三階段の手續を要求せらるるを常とした。希臘法に於て然り、羅馬法に於て然り。殊に羅馬法に於ける狹義の *adoption* の如きは其手續二階段に分れ、複雑を極めた。然るに我現行民法は前示の如く單に之を要式行爲と爲したるのみであつて從來の養子縁組に比すれば其手續簡單である。

外國の立法例に於ける縁組の形式的要件は次の通りである。

(1) 獨乙に於ける養子縁組の形式的要件

養子縁組契約は當事者雙方が同時に裁判所又は公證人の面前に出頭して之を締結することを必要とし、代理人を出頭せしむることを得ない(千七百五十條)。養子か十四歳未満なるときは法定代理人か後見裁判所の許可を得て縁組を締結することを要し(千七百五十條)、養親か制限能力者なるときは法定代理人の同意の外更に後見裁判所の許可を必要とする(千七百五十一條一項)。養子か制限能力者なるとき



に於ても同様である(同條二項)。又養子縁組を爲すには當事者の合意以外に管轄裁判所の許可を必要とする(千七百四十一條)。其裁判所は養親の住所地を管轄する區裁判所である(獨乙非訟事件手續法六十五條、六十六條)。裁判所は其縁組が法律の定めたる要件を具備するときは之れを許可し、然らざるときは之れを許可するを得ないのである。當事者は縁組契約のみに因つて既に拘束せられるけれども(千七百五十四條一項)、縁組は裁判所の許可に因つて始めて效力を生ずるのである。裁判所が許可を拒絶したるときは其縁組は效力を失ふ(千七百五十四條二項)。

(2) 佛國に於ける養子縁組の形式的要件

養子縁組は當事者が共に養親の住所地を管轄する治安裁判所判事(juge de paix)の面前に出頭して縁組の意思表示を爲し、縁組證書を作成せしめることを要する(佛民三百五十三條)。而して其縁組證書の副本を十日間内に始審裁判所の檢事に提出して其裁判所の許可を申請するを要する(三百五十四條)。申請に對する審理は公開することなく、會議室に於て行はれ、裁判所は檢事の意見を聽き理由を付せず縁組の許可を言渡す(三百五十五條、三百五十六條)。當事者は更に此言渡書を控訴院に提出し始審裁判所と同一の手續を経て控訴院の言渡を受けなければならない(三百五十七條)。縁組が許可せられたるときは其判決は公告せられねばならない(三百五十八條)。又三ヶ月内に當事者一方の申請に因り養親の

住所地の身分證書に登録せらるることを要する。之れを怠るときは縁組は成立しないこととなる。

(3) 瑞西に於ける養子縁組の形式的要件

養子縁組は公正證書を以て爲されねばならない。而て養親の住所地の管轄官廳の許可を得ることを必要とする。管轄官廳の許可は形式的のものではない。管轄官廳は縁組が假令法律上の要件を具備する場合と雖も、養親が其子に對して監護及び扶養を爲し又は其他重大なる事由存在し、且養子縁組に依りて其子に不利益を生せざるべきときに限りて許可を與へることが出来る。

縁組は出生登記簿に登録せねばならない(瑞民二百六十七條)。

第七款 縁組の無効及び取消

第一項 總 說

縁組の無効は縁組が法律上の效力を生せざるを謂ひ、縁組の取消は縁組が瑕疵を有するに因り、其效力を將來に向つて喪失せしむるを謂ふ。

法律は婚姻の場合と同しく、縁組の要件に輕重の差等を設けて、之れ



を(1)無効要件、(2)取消要件、(3)却下要件及び(4)注意要件に分類して居る。無効要件は縁組か此要件を欠缺するときは無効と爲るべき要件を謂ひ、取消要件とは縁組か此要件を欠缺するときは取消し得べきものとなる要件を謂ひ、却下要件とは、縁組か此要件を欠缺するときは市町村長は其縁組届出を受理することを得ない、必ず之れを却下せなければならぬけれども、若し市町村長が故意又は過失に因つて之れを受理したるときは縁組は完全に效力を生ずるか如き要件を謂ふ(八百五十一條、八百五十二條、八百四十九條)。注意要件とは縁組か其要件を欠缺するときは、市町村長は當事者に注意を與へて反省を促すけれども、當事者が尙其れにも拘はらず敢て其届出を爲さんと欲するときは市町村長は之れを受理するを要するか如き要件を謂ふのである(八百四十九條二項、七百七十六條但書、七百四十一條一項、七百五十條一項、拙著婚姻法論二五三頁以下参照)。

## 第二項 縁組の無効及び取消と民法總則との關係

民法總則の法律行為の無効及び取消に關する規定(百十九條乃至百二十六條)は縁組にも亦適用ありや否やの問題に關しては、其適用なしと解すべきものなること婚姻の無効及び取消の場合と異なる所かない。大審院は曩に協議上の離縁の無効及び取消に關して、反對説を採り、

〔新法ハ其施行以前ニ於テ合法ニ成立シタル法律行為ニ效力ヲ及ホスヘキモノニアラサルハ法理上一般ノ原則ナルノミナラス民法施行法第一條ニモ規定スル所ナレハ民法施行法第六十七條ハ民法ニ依リ養子縁組ヲ取消ス原因ト爲ルヘキ事實ナルトキハ假令其事實カ民法施行前ニ於テ縁組取消ノ原因トナラサリシモ之ヲ原因トシテ民法施行前ノ養子縁組ヲ取消スコトヲ得セシムル法意ニアラス民法ニ因リ取消ノ原因トナルヘキ事實ニシテ民法施行前ニ於テモ取消ノ原因トナリシモノニ限り之ヲ原因トシテ縁組取消ノ請求ヲ爲スコトヲ許スニ過キサル精神ナリトス而シテ民法施行前ニ在テハ推定ノ家督相續人タル男子アルモノハ極貧或ハ老病ナル場合ニ實子カ幼少ナルトキ



ノ如キ特別ノ事情存在シ實子ヲ廢嫡シタルニアラサレハ嗣子トシテ  
 養子ヲ爲スコトヲ許ササルヲ以テ本則トシ唯嗣子トセス又ハ二三男  
 トシテ他人ヲ養フ事ヲ得タルモノニシテ本件縁組ヲ爲シタル明治七  
 年頃ニ於テモ異ナルコトナシ然レハ本件ノ如キ推定家督相續人タル  
 男子アルニモ不拘被上告人ヲ養子ト爲シタル場合ニ於テ其養子縁組  
 ノ有效タルニハ特別ナル事情存シ實子廢嫡シタルカ又ハ嗣子トセサ  
 ル目的ニテ養子ヲ爲シタル事實ナリシコトヲ要スルニ原院ハ民法施  
 行前ニ在テハ法定ノ推定家督相續人タル男子アル場合ニ於テモ男子  
 ヲ養子ト爲スハ敢テ妨ケナキモノナリト判示シ以テ養子縁組ノ目的  
 如何ニ不拘養子ヲ爲スコトヲ得タルモノノ如ク裁判シタル失當ナリ  
 トス然レトモ上告人カ被上告人ヲ養子ト爲シタルハ嗣子ト爲ス目的  
 ニアラサリシトキハ勿論特別事情存シ實子ヲ廢嫡シ被上告人ヲ養嗣  
 子ト爲シタル事實ナリシトキモ其當時ノ法則ニヨリ許ス所ノ養子縁  
 組ナルヲ以テ假令其事實カ民法ニヨリ取消ノ原因トナルモ民法施行

法第六十七條ニ依リ之ヲ原因トシテ養子縁組ノ取消ヲ請求スルコト  
 ヲ得ス之ニ反シ實子ヲ合法ニ廢嫡セスシテ被上告人ヲ養嗣子ト爲シ  
 タル事實ナリシトキハ民法施行前ニ於テモ取消スコトヲ得ヘキ養子  
 縁組ナルヲ以テ右法條ニヨリ之レカ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘシト  
 雖モ同條ノ但書ニ此事實カ既ニ民法ニ定メタル期間ヲ經過シタルモ  
 ノナルトキハ此限リニ在ラスト規定シ且民法第二百二十六條ニ取消權  
 ハ取消ス行爲ノ時ヨリ二十年經過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅ス  
 ヘク規定シアリテ此規定タルヤ民法總則中ニ掲クル所ノモノナレハ  
 別段ノ定メナキ總テノ民法上ノ法律行爲ニ適用スヘキ法則ニシテ養  
 子縁組モ一ノ法律行爲ニ屬シ本件ノ場合ノ如キ縁組取消權消滅ノ時  
 效ニ付特別ノ規定ナキヲ以テ養子縁組ニ付テモ同條ヲ適用ス可キハ  
 論ヲ俟タサル所ナリトス而シテ本件養子縁組ノ明治七年ニ成立シタ  
 ルコトニ付キ當事者間ニ爭ナキコト原判決ノ摘示ニヨリ明カナレハ



本訴提起ノ時迄ニ既ニ二十年経過シ上告人ハ最早取消權ヲ失ヒタルモノナリ右ノ如クナルヲ以テ何レニシテモ上告人ノ本件養子縁組取消ノ請求ハ失當ナルカ故ニ其請求ヲ却下シタル原判決ハ結局相當ノ裁判ナリトス」(大審院明治三十二年第一一號、同年十月三日民一判決五輯九卷一三頁、小池隆一氏「養子縁組取消權と時効」中央法律新報第四年第四號參照)と謂ふ判決を宣告し、次いで又、

「協議上ノ離縁カ縁組當事者ノ意思表示ヲ欲キ又ハ當事者一方ノ意思表示カ相手方ノ詐欺強迫ニ因リタルトキハ……民法總則ニ依リ該離縁ノ無効又ハ取消シ得ヘキモノナルヤ勿論ナリ」(大審院明治三十六年十二月二十四日九輯一四八二頁、明治三十二年民事判決錄九卷二二頁參照)

と謂ふ判決を宣告したのであるか其後、離縁無効に關する判例及び婚姻無効に關する判例を以て前説を翻へし、尙聯合部の判例をも發表した。此後説は學者の賛同する所である(穗積博士「離婚—假裝の協議離婚と第三者との關係—民法總則の規定は離婚の無効取用に適用ありや—離婚無効の訴の性質」判例民法大正十一年度五二頁以下、平井學士「養子縁組の取消權と時効—民法一二六條は八三八條に反する養子縁組の取消權に適用なし」判例

民法大正十二年度三二九頁、廣濱學士「我が民法總則編の通則性」法學論叢一二卷二號一二九頁參照)。

(イ)「縁組モノノ法律行爲ナルハ所論ノ如シト雖モ其無効ニ付テハ民法第八百五十一條ノ特別規定アリテ其場合ヲ規定シアルニ由テ觀ハ民法總則ニ於テ法律行爲ノ無効原因ヲ定ムル一般法規ハ縁組ニ關シテハ全然其適用ヲ見サルモノト謂ハル可ラス故ニ當事者間ニ縁組ヲ爲スノ意思ナキ場合ハ其縁組カ虛偽ノ意思表示ナル場合ト雖モ其縁組ハ民法第八百五十一條ニ從ヒテ之ヲ無効トスヘク民法第九十四條ニ依リ無効ヲ以テ之ヲ論シ其無効ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト爲ヘテ得ス而シテ事件ノ問題トナレル縁組ハ原院ノ確定スル所ニ依レハ當事者相通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ナルヲ以テ原院カ何人モ絶對ニ其有效ヲ主張スルコトヲ得サルモノト爲シ民法第八十四條第二項ノ規定ハ此場合ニ適用ナキモノト判示シタルハ正當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」(大審院明治四十四年オ第六三號同年六月六日民一判決十七輯三六二頁)。

(ロ)「婚姻ニ付無効ノ原因ヲ民法第七百七十八條ノ特別規定ヲ以テ制限シタル法意ニ依リテ之ヲ觀レハ意思表示ノ無効ニ關スル民法總則ノ規定ハ婚姻ニ適用セラレサルコト明ニシテ從テ之ト同一ノ性質ヲ有スル離婚ニ適用セラレサルモノト解釋スルヲ相當トス即チ民法第九百四十條ノ規定ハ離婚ニ適用ナキモノナレハ當事者カ離婚ヲ爲スノ意思ナクシテ相通シテ假裝ノ離婚届ヲ爲シタルトキハ之ヲ民法第九十四



條ニ所謂無效ヲ以テ論シ其無效ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノト爲スヲ得ス」(大審院大正十年(オ)第九六〇號同十一年二月二十五日民三判決、判例集一卷二號六九頁)。

(ハ)「取消シ得ヘキ行爲ニ付規定シタル民法第二百十條乃至第二百二十六條カ取消ノ原因當事者無能力又ハ意思表示ノ瑕疵ニ存スル法律行爲ニ關スルモノナルコトハ規定ノ内容ト排置ノ上ヨリ認識シ得ヘシ從テ第二百二十六條ノ時効ハ如上取消原因ヲ有スル法律行爲ニ適用アル可キモノニシテ其適用ヲ他ノ事由ニ因リ取消得ヘキ法律行爲ニ及ホスヲ得ス當院ハ明治三十三年十月三日ノ判決ニ於テ同條ハ民法總則ニ於ケル規定ナルカ故ニ別段ノ定ナキ限り總テノ民法上ノ法律行爲ニ適用アリトノ見解ノ下ニ同法第八百三十八條ノ規定ニ違反シタル養子縁組ノ取消權ニモ其適用アリト判示シタレトモ此見解ハ正當ナラス法律カ他ノ取消シ得ヘキ養子縁組ニ付テハ追認ヲ爲シ又ハ一定期間ヲ經過シタルトキハ取消權ヲ行フヲ得サルコトヲ規定シタルニ反シ此縁組ニ限り取消權ノ行使ニ斯ル制限ヲ加ヘサル所以ノモノ此ノ縁組ノ存續ハ公ノ秩序ト相容レサルヲ以テ取消ニ因リ無効トナルヲ望ムニ在ルヨリ見ルモ亦以テ其取消權ニ時効ヲ適用スルハ法律ノ精神ニ反スルヲ知ルヘシ故ニ原院カ年長者ヲ養子ト爲シタル本件縁組ノ取消權ニハ民法第二百二十六條ノ適用ナキモノトシ以テ同條ノ短期時効ニ因リ取消權消滅シタリト上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ當ヲ得タルモノニシテ何等間然スル所ナシ之ニ對シ法律ノ誤解ナリト辯駁スル本論旨ハ同條ヲ

以テ取消シ得ヘキ一般ノ法律行爲ニ適用又ハ準用サルヘキモノトナス見解ニ基クモノナレハ法律ノ誤解ハ寧ロ上告人ニ在リト謂フヘシ」(大審院大正十一年(オ)第一一四六號同十二年七月七日民事聯合部判決判例集二卷九號四三八頁以下、平井學士前掲判例民事法大正十二年度三二六頁參照)。

### 第三項 縁組の無効

(Nichtigkeit der Adoption)

#### 第一 縁組無効の原因 (Nichtigkeitsgrund)

民法第八百五十一條には「人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキ」及「當事者カ縁組ノ届出ヲ爲ササルトキ」は縁組は無効なる旨を規定して居る。即ち縁組の實質的要件の第一、又は形式的要件を欠缺するときは縁組は無効である。此二要件は即ち縁組は無効要件に屬すること婚姻の無効要件と異なる所かないのである。今先つ當事者の縁組届出の欠缺に關して説明し次に當事者の縁組



意思の欠缺に關して説明しよう。

(一) 縁組届出の欠缺

養子縁組は要式行爲であるから、其方式を具備せされは成立するを得ないこと婚姻と同様である。而して其方式は市町村長に對する届出に依つて之れを爲さねはならないこと、亦婚姻と同様である。其届出に關しては、戸籍法第八十八條以下の規定を参照せられたい。

縁組か其届出を欠くときは縁組は不成立である。民法第八百五十一條第二號には縁組の届出欠缺を以て無効と爲して居るけれども、是れ婚姻の場合(七百七十八條二號)と同じく法律行爲の無効と不成立との觀念の分化せさりしか爲めてあるから、嚴格に謂へば同條第二號は縁組不成立の場合たることを注意するを要する。蓋し縁組は届出に因つて始めて成立するもので、届出なき場合には未だ有效無効を決定すべき何等の外形さへも存在しないからである。

縁組届出の欠缺に關しては婚姻に關する説明に譲ることとする(拙

著婚姻法論二七七頁以下参照)。

(二) 當事者の縁組意思の欠缺

参考文献

中島博士「養子制度の濫用」法學論叢八卷三號二八九頁以下

穂積博士「藝妓とする爲めの養子縁組」法學協會雜誌三十九卷五號七

三〇頁

同博士「親權—幼兒引渡の請求」判例民法大正十年度五一四頁

同博士「養子—縁組の無効—藝妓稼業を爲さしむる爲めの養子縁組」

判例民法大正十一年度二七〇頁

法律行爲は一般に意思を尊重する。法律行爲に意思を欠缺するときは總て無効である。縁組に於ても實質的要件中、當事者の縁組意思を最も重大なりとして、其欠缺の場合には其縁組を無効としたのである。

當事者間に縁組意思が存在しない場合と謂ふのは當事者か縁組の



效果意思(Erfolgswille)を欠缺するを謂ふ。即ち縁組の表示意思(Erklärungs-wille)のみを有するも、縁組の意思ありと爲すを得ないのである。

縁組の效果意思は當事者が眞實に於て縁組を爲すことを欲する意思である。當事者が眞實縁組を爲す意思を有せず、唯他の縁組以外の目的を有し、其目的を達する爲めに、縁組の届出を爲すか如き場合は、縁組の效果意思を有せず、單に縁組の表示意思のみを有する場合である。

併し乍ら苟も縁組の效果意思を有する場合は完全に縁組は效力を生ずるのであつて、其效果意思を發生したる縁由か他に存するも、固より縁組の成立に妨げかないのである。前示の如く他に縁由ありと雖も、效果意思さへ存するならば縁組は成立し、效果意思存在せずして表示意思のみ存在する場合に於ては縁組か效力を生ぜざることは理論上疑かないけれども、實際問題に之れを適用して考察するは必ずしも容易のことではない。

然り而して當事者が縁組意思を有せず、又縁組届出も爲さざる場合

には何物も存在せざるのであるから何等の問題を生しない。然れども當事者が縁組意思を有せざるに拘はらず、其届出のみか存在するときは、眞實に於ては縁組か存在せざるに拘はらず、外觀上は縁組か存在することとなる。之れを表見縁組(Scheinadoption)と稱することを得るであらう。表見縁組は縁組か外觀上存在するも、其效力か發生せざるものであるから、眞に縁組の無効なる場合である。民法第八百五十一條第一號は表見縁組に關する規定である。

法律は同條第一號に於て當事者に縁組意思の存在せざる例示として人違(Personenverwechslung)の場合を規定して居るのであるか、固より之れに限らるべきではない。心神喪失者の縁組(註二)又は暴力に因りて縁組届に署名捺印せしめられたる場合、又は自己の不知の間に第三者か縁組届を偽造して擅に届出を爲すか如き場合、縁組の要素に錯誤ある場合(註三)は皆縁組意思欠缺の例示である。

縁組か婚姻と異なる一點は第八百四十三條所定の養子か十五歳未



満なるときは其家に在る父母之れに代はりて縁組を爲すことを得る點に在る。此場合に於ける縁組意思欠缺の問題は代理人たる其家に在る父母に就いて之れを定むへきてある(百一條一項準用)。

註 一、

「人違其他ノ事由ニ依リ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキハ其縁組ヲ無効トスル旨ヲ規定シタル民法第八百五十一條ハ單ニ所論ノ如ク縁組當事者ニ於テ意思能力ヲ有シ且其縁組ノ届出ヲ爲シタルニ拘ハラス人違其他ノ事由ニ依リ其效果ヲ缺如スル場合ノミヲ規定シタルモノニ非スシテ縁組當事者カ全然意思能力ヲ有セサルニ拘ハラス縁組ノ届出ヲ爲シタル場合ハ勿論此他尙當事者間ニ縁組契約成立シタルモノトシテ第三者ヨリ戸籍吏ニ届出ヲ爲シタル場合モ亦該法條ノ適用アルモノト解スルチ妥當ナリトス蓋シ若シ上告人所論ノ如ク同法條ニ於ケル無効ナル文字ヲ狹義的ニ解釋シ單ニ上記前者ノ場合ニ於テノミ人事訴訟手續法ニヨリ養子縁組無効ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトセハ後者ノ場合ニハ人事訴訟手續法ニ依リ救済ヲ求ムルコト能ハサルノ結果ヲ來シ民法第八百五十一條竝ニ之ニ關シテ人事訴訟手續法ヲ制定シタル法ノ精神ハ之ヲ貫徹スルコト能ハサルニ至ルヤ明カナリ而シテ原判決ノ認メタル事實ニ依レハ大正四年一月十一日戸籍吏ニ養子縁組ノ届出ヲ爲シタル當時被上告人實母關根とくハ老耄性痴呆ニ因リ心

神喪失ノ常況ニ在リ上告人ト養子縁組ヲ爲スノ意思能力ヲ全然缺如シタリト云フニ在ルヲ以テ右縁組届出カ何人ノ手ヨリ爲サレタルチ問ハス前記民法第八百五十一條ニ依リ本件養子縁組ノ無効タルヤ多言ヲ要セスシテ明ナリ論旨ハ徒ニ法文文辭ニ拘泥シタルモノニシテ適法ナル上告理由ト爲スニ足ラス」(大審院大正六年才第九六八號同年十二月二十日民二判決二十三輯二一七八頁)。

註 二、

「民法第八百五十一條ニ「縁組ハ左ノ場合ニ限り無効トス一、人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキ」トアリ故ニ人違ニ因リ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキ場合又ハ精神ノ喪失若クハ強迫ニ因リ意思能力ヲ失フタル場合ハ勿論其他當事者ニ於テ特ニ縁組ヲ爲ス要素ト爲シタルモノチ欠缺シタルニ因リ縁組ヲ爲ス意思ナキ場合モ亦其縁組ヲ無効タラシムル法意ナリト解釋セサルチ得ス何トナレハ人違ニ因リ當事者間縁組ヲ爲ス意思ナキ場合ト縁組ヲ爲ス要素即チ之レアルカ爲メ縁組ヲ爲ス意思アルモノ之レナカリセハ縁組ヲ爲ス意思ナキカ如キ主要ナルモノチ欠缺スルニ因リ縁組ヲ爲ス意思ナキ場合トハ其間毫モ異ナル所ナケレハナリ乃チ原判決ヲ審按スルニ原院ハ亡伯爵飛鳥井雅望ニ於テ上告人ハ子爵種波經度弟徳明ニシテ華族ノ家族ナリト信シ華族ナル身分ヲ要素ト爲シ縁組ヲ爲ス意思ヲ有セシモ其要素ナキ一平民山田徳明ナル上告人ト縁組ヲ爲ス意思ナカリシモノト認定シ以テ民法第八百五十一條第



一號ニ所謂其他ノ事由ニ因リ縁組ヲ爲ス意思ナキモノニ該當スト判定シタルコト原判文上洵ニ明白ナリ  
左スレハ原判決ハ法律ヲ正當ニ適用シタルモノニシテ所論ノ如キ不法アルモノニアラス而シテ上告人カ  
引用スル民法第八百五十九條及ヒ第七百八十五條ハ當事者カ縁組ヲ爲ス要素ニ錯誤アル場合ニアラスシ  
テ單ニ縁組ヲ爲スニ付詐欺等ニ因リ意思表示ヲ爲シ爲メニ要素ニアラサルモノニ錯誤ヲ來シタル場合ヲ  
云ヒシモノニ過キス故ニ原院カ認メタル本件ノ事實ニ適用スヘキモノニ非ス」(大審院明治四十年オ第  
四三二號同年十二月十三日民二判決十三輯一二〇七頁)。

縁組無効の問題に關して實際社會に於て屢慣行せらるゝ實例は藝  
妓の養女問題である。

甲父あり、家の貧窮を救はんご欲し十五歳未滿なる乙女を將來藝妓  
たらしめんか爲め藝妓置屋の女將丙に對して引渡さうとする。即ち  
簡單に謂へは實子の人身賣買を行はんとするのである。併し乍 女  
將丙は乙女の自由を羈束する便宜上乙女を養女として法律上母子の  
關係を發生せしむるに非されは其引取を承諾しないのを常とするか  
ら、甲父は乙女に代はつて民法第八百四十三條に基き女將丙と養子縁

組の届出を爲し、乙女引渡の對價として金若干を受領するのである。  
然かも其際に於ては丙女將は乙女を更に轉縁組の方法に依り鞍替せ  
しむることを豫期して、民法第七百四十一條第一項の實家戸主の同意  
書、及び第八百四十五條の實家父母の同意書として使用せんか爲め甲  
父をして白紙に捺印せしめたるものを自己に提出し置かしむるので  
ある。斯の如くにして、縁組は幼女の人身賣買(註)を行ふ手段に供せら  
れ轉縁組は人身の轉賣を行ふ手段に供せられるのである。而して斯  
の如き人身賣買を陰匿したる縁組は後日甲父か乙女を再び更に他に  
高價に賣却する目的を以て之れか取戻請求を爲さんか爲め縁組無効  
の訴か之れに利用せらるゝのである。

註、穂積陳重博士法窓夜話二〇二頁參照。尙藝妓の養子縁組に關して實親か一旦賣却したる實子を親  
權に基いて女將に對して引渡を請求する訴訟も屢提起せられる。其引渡請求訴訟の目的は眞實、其子を  
自己の權内に取戻して監護教育するに在るのではなくして實際は更に之れを他に賣却せんとするに在る  
ことを常とするのである。



設例の場合には藝妓たるべき者が十五年未滿にして父母か之れに代はりて縁組の承諾を與へたる場合であるか、十五年以上の藝妓自身か自ら縁組を爲す場合も固より考へ得られる。

斯の如く世上に慣行せらるゝ藝妓の縁組は、若し其當事者が眞實に於て縁組を爲す意思を有するものならば固より普通人の間に行はるゝ縁組と同じく其效力に何等の疑問を發生しないのであるか、實際は前示の如く縁組の假装の下に人賣買を敢行せんとするものであるか、當事者間に寸毫も縁組意思を有しないことを常とするから、其縁組は法律上果して有效なりや無効なりや、に關して争を生ずるのである。此問題解決の鍵は實に言ふ迄もなく民法第八百五十一條第一號に存するのである。

此問題は從來屢裁判上の問題と爲り來つたものである。而して裁判所は當初に於ては其縁組を有効とした様であるか、其後其態度一變し現今に於ては斯の如き縁組を總て無効とするに至つた。固より藝

妓養子と雖も當事者が眞實に於て縁組の効果意思を有する場合は之れを無効とすべき理由は毫も存在しないのであるし、當事者に縁組の効果意思が存在せざる場合に於ては藝妓縁組は固より無効である。而して之れを大體より觀察すれば藝妓縁組の殆んど全部は當事者に效果意思を有しないこと疑を容れる餘地かないてあらうから、裁判所の無効判決は正當と謂はねはない。

藝妓養子を有效なりとする判例は蒐集に容易ではない。其代表的のものは次に掲ぐる判決である。

「養子縁組ノ成立ニハ縁組ヲ爲スノ意思ノミヲ以テ足り其決意ヲ爲スニ至リシ縁由ノ如キハ縁組ノ效力ニ影響ヲ及ホスモノニ非ス本件ニ於テ藝妓縁ノ便宜ニ出テタリトノ事由ハ全ク縁組ヲ爲スノ意思ヲ決セシメタル縁由ニ過キサレモノナレハ之アルヲ以テ縁組ノ意思ナカリシモノト言フコトヲ得ス又甲第一號證ニ依レハ被控訴人カ數名ノ養子ヲ有スル事實ヲ認メ得ルモ之レニ因リ直チニ本件縁組ハ虚偽ナリト爲スコトヲ得ス」(東京控訴院明治四十一年七月七日民一判決、法律新聞五一四號一一頁、法律評論九卷五號民法一九〇頁、同八卷民法九一四頁、同趣旨大正七年四月二十一日長野地方裁判所判決判例三卷民八四七頁青木博士民法判例集八九六頁二六)。



判決の與へられたる事實か果して判決の認定するか如く藝妓稼を爲さしむることか縁組の効果意思を決定せしむる緣由に過ぎずして、縁組の効果意思か立派に存在するものであるならば固より此判決は正當であるけれども、實際の事實は恐くは藝妓稼を爲さしむる意思あるも縁組の効果意思か存在しない場合であらうと思はれるから、此判決は事實認定に誤まりかあるのであらう。藝妓置屋の女將は藝妓稼を爲さしむる爲め數人若くは數十人の養子を有するか如き事實に徴するも縁組意思の不存在を容易に推認するを得るであらうと思はれる。

右の判例に反對して藝妓稼業の爲めにする縁組を無効とする判例は其以後多數に存在するように爲つた。即ち、

- (1) 東京地方裁判所明治四十五年七月五日民一判決法律新聞八〇二號一七頁、判決要録四卷三九〇頁、
- (2) 東京地方裁判所判決法律新聞八〇二號一七頁、法律評論一卷民法三二三頁、六卷民法四二頁、
- (3) 東京控訴院大正二年十月九日民二判決法律新聞九〇七號二四頁、判決要録四卷三八九頁、
- (4) 東京地方裁判所大正四年二月八日判決法律評論四卷民法四二頁、六卷民法四一頁、八卷民法九一四頁、
- (5) 東京控訴院大正五年十一月二十八日民一判決法律評論六卷民法四一頁、九卷民法一九〇頁、

- (6) 浦和地方裁判所大正六年十一月二十九日判決法律新聞一三六四號二八頁、判決要録九卷二五四頁、
- (7) 東京地方裁判所大正七年五月三十一日民一判決法律評論七卷民法三八七頁、八卷民法九一四頁、九卷民法一九〇頁、
- (8) 東京地方裁判所大正七年十月三十日民一判決法律評論七卷民法九六二頁、八卷民法九一四頁、九卷民法一九〇頁、
- (9) 東京地方裁判所大正八年九月二十九日判決法律評論八卷民法九一二頁、九卷民法一九〇頁、
- (10) 松江地方裁判所大正九年二月三日判決法律新聞六六七號二二頁、法律評論九卷民法一八七頁、
- (11) 大審院大正十一年九月二日民三判決判例集一卷四四九頁

此最後の大審院判決の判決理由の全文は次の通りである。

「縦令縁組ノ當事者カ養子縁組届書ニ署名捺印シテ縁組ニ關スル表示行爲ヲ爲スモ眞ニ縁組ヲ爲スノ意思ヲ有セサルトキハ民法第八百五十一條第一號ニ所謂當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキ場合ニ該當スルヲ以テ其養子縁組ハ無効ナリトス原判決ノ認メタル事實ニ依レハ被上告人ハ上告人トリヨリ金百圓ヲ借受ケ上告人シヅヲシテ大正六年三月中ヨリ向フ八年間久留米市紺屋町ナル上告人トリ方ニ於テ藝妓見習稽古及藝妓稼業ニ從事セシメ藝妓稼業ニ因ル取得金ヲ以テ右債務ノ辨濟ニ充ツヘキコトヲ約シ右期間其



約旨ノ履行ヲ確保スル方法トシテ上告人シヅヲ同トリノ養子トシテ縁組ノ届出ヲナスコトトシ同年三月二十日之カ届出ヲ爲シタルモノニシテ右トリ及シヅ間ニ於テ直ニ養子縁組ヲナスノ意思ヲ有セザリシコト明ナレハ原院カ本件養子縁組ハ民法第八百五十一條第一號ニ依リ無効ナリト判示シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ女子ヲシテ藝妓稼業ヲナシタル爲之ト養子縁組ヲナシタル場合ニ於テハ或ハ當事者間ニ眞ニ養子縁組ヲ爲スノ意思アリテ藝妓稼業ヲ爲サシムルハ單ニ縁組ヲ爲スノ縁由タルニ過キサレコトアリ或ハ藝妓稼業ヲ爲サシムルコトヲ以テ要素ト爲シ養子縁組ノ届出ヲ爲シタルノミニシテ直ニ縁組ヲ爲スノ意思ヲ有セサルコトアルモノニシテ其何レニ屬スルヤハ各場合ニ付決スヘキ事實問題ナリ原院ハ本件養子縁組ハ後者ノ場合ニ屬スト認定シタルコト既ニ第二點ニ於テ説明シタル如クニシテ即藝妓稼業ヲ爲サシムルコトヲ縁組ノ縁由ト爲サザリシモノナレハ原院カ上告人トリ及シヅ間ニ於テハ養子縁組ヲ爲スノ意思ナカリシモノナレハ本件養子縁組ハ民法第八百五十一條第一號ニ依リテ無効ナリト判示シタルハ相當ナリ上告人カ本件養子縁組ハ藝妓稼業ヲ爲サシムルコトヲ縁由ト爲シタルモノニシテ有效ニ成立シタルモノナリト論スルハ原院ノ事實認定ヲ非難スルニ過キサレヲ以テ採用スルニ足ラス。

## 第二 縁組無効の主張方法

養子縁組の無効は婚姻の無効と同しく當然無効である。裁判を待ち始めて無効となるものではない。併し乍ら縁組の有効なるか無効なるかに關して争の生ずる場合には訴訟を以て之れを解決する外はない。法律は斯の如き場合に訴に依つて縁組の有効なるや無効なるやを決するを許すのである。人事訴訟手續法第一章は婚姻事件と相並んで養子縁組事件に關する訴訟手續を規定し、之れを(1)縁組の無効を目的とする訴、(2)縁組の取消を目的とする訴、(3)離縁を目的とする訴に區別して居る(人訴二十四條、民事訴訟法改正草案五百五十五條)。蓋し縁組事件は一の組織に重大なる影響を及ぼし、従つて亦社會組織にも大なる影響ありて、公益に關すること婚姻事件と異なる所かないから、通常訴訟手續の不干渉主義に據るを得ないのである。即ち縁組事件を婚姻事件と相並んで人事訴訟の特別訴訟手續に依らしむる所以である。

然り而して法律の規定は同法第二十四條に於て縁組訴訟の種類及び管轄裁判所を規定し、其他殊に第二十五條に於て禁治産者に關す



規定を設けたるのみにして、其他の事項は皆婚姻訴訟の規定を準用することとして居る（同法二十六條、草案五百五十七條）。従つて詳細は婚姻訴訟に關する説明に譲り、特別の規定に關してのみ説明することとする（拙著婚姻法論二八一頁以下参照）。

### (1) 訴の性質

縁組無効の訴は婚姻無効の訴と同しく確定の訴 (Feststellungsklage) である。當然無効なる縁組を無効なりと宣告する判決を請求する訴である。有効に成立したる縁組を判決に因つて無効たらしむる訴ではないから形成の訴 (Gestaltungsklage) ではない。

### (2) 管轄裁判所

養子縁組事件は總て養親か普通裁判籍を有する地、又は死亡の時に之れを有したる地の裁判所か其管轄權を有する。然かも其裁判所は區裁判所に非ずして地方裁判所であり、且其管轄は專屬管轄である。但し縁組訴訟と雖も民法第八百七十三條に従ひ婚姻事件に附帶し

て提起せらるゝものに在りては婚姻事件を管轄する裁判所か其管轄權を有する例外がある（同法二十四條但書）。

此裁判籍は日本に養親の住所なきとき、又は日本の住所の知れざるときは居所に依り、居所なきとき又は居所の知れざるときは最後の住所に依りて定まる。最後の住所なきとき、又は其住所の知れざるときは司法省令を以て指定したる地を住所地とする（同法二十六條、一條二項三項）。而して司法省令（明治三十一年七月八日司法省令第八號）は東京市を以て住所地と指定した。

### (3) 其他の事項

其他の事項に關しては前示の如く人事訴訟手續法第二十六條に於て、婚姻事件に關する第二條（當事者）、第三條（無能力）、第五條第六條（檢事の干與）、第七條、第八條、第九條（訴の併合反訴）、第十條（處分權主義の制限）、第十一條（闕席手續）、第十二條（本人訊問）、第十四條（裁判所の職權行爲）、第十五條（送達）、第十七條（訴訟費用）、第十八條（判決の羈判力）等の規定を準



用して居る。是等は婚姻に關する説明に讓るのであるか之れに關して存在する判例に次の如きものがある。

## (A) 訴訟當事者

(イ) 第三者カ縁組無効ノ訴ヲ提起スル場合ニ於テハ養親子ヲ以テ相手方トスヘキモノナルコトハ人事訴訟手續法第二十六條及ヒ第二條ノ規定ニ依リ明白ナルコト實ニ本論旨ノ如シ是故ニ第三者カ若シ養親又ハ養子ノ一方ヲ被告トシテ縁組無効ノ訴ヲ提起スルトキハ其訴ノ不適法ナルコト勿論ナリト雖モ當事者及ヒ裁判所カ其不適法ヲ看過シテ縁組無効ノ判決確定シタル場合ニ於テ現行法規中之ヲ匡正スヘキ手續規定存セサルハ誠ニ憂フヘキ一欠典ナレトモ其判決ハ當然無効ナリト云フヲ得ス何トナレハ民事訴訟法ニ規定シタル再審ノ事由中ニハ事體ノ輕重一樣ニ非サレトモ如上ノ場合ニ比シテ事體ノ重キモノ(例之ハ規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサリシトキノ類)アルニ徴シテモ既存ノ判決當然無効ナリトノ論旨失當ナルコト明ナレハナリ

(大審院明治三十九年オ第四一三號同年十一月一日民一判決十二輯一四〇九頁)。

(ロ) 民法第八百五十一條第一號ニ依リ養子縁組カ無効ト爲ルニハ縁組ノ届出其他縁組ノ效力ヲ生スル外形ノ存在スヘキハ勿論ナルモ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキコトハ人違其他ノ事由ニ因ルヲ以テ足ルカ故ニ外形上縁組ノ當事者ト爲リ居ルトキト雖モ同條ニ依リ無効ト爲ル場合アルコトハ論ヲ俟タス本件ニ於テ甲第四號證ノ如ク所轄戸籍吏ニ對シ養子縁組ノ届出アルコトハ原院ニ於テ當事者間ニ爭ナク被上告人カ亡八郎ハ上告人ヲ養子ト爲ス意思ナク隨テ同人ニ於テ養子縁組ノ届出ヲ爲シタル事實ナク同證中同人名義ノ部分ハ他人ノ偽造ニ係ル旨ヲ主張シタルニ對シテ上告人ハ明治三十三年以來亡八郎家ニ在リタルモノニシテ同人ノ承諾ヲ得テ同證ノ縁組届ヲ爲シ完全ナル養子縁組成立シタル旨抗爭シタルコトハ原判決ノ事實摘示ニヨリテ明白ニシテ斯ノ如ク養子縁組ノ不成立ニ付當事者間ニ爭アルトキハ被上告人ハ前示法條ニ依リ其無効ヲ請求シ得ヘキナリ(大審院明



(ハ)「抑民法第八百四十一條ニ配偶者アル者ハ其配偶者ト共ニスルニ非サレハ縁組ヲ爲スコトヲ得スト規定シタル所以ノモノハ他ナシ養親ト養子トノ間ニ親子關係ノ生スルハ一ニ養子縁組ニ因ル故ニ若シ配偶者アル者其配偶者ト共ニセスシテ獨自養子縁組ヲ爲ストキハ親子關係ハ唯縁組當事者間ノミニ生シテ其配偶者ト縁組ノ相手方トノ間ニハ生スルコト能ハス此ノ如キ不權衡ヲ防止センカ爲メニ實ニ本條ノ規定アリ然レハ則チ法律ノ精神ハ配偶者アル者ノ爲シタル養子縁組ニ因リテ生シタル當事者間ノ親子關係ハ配偶者ノ一方ノミニ付テ消長スルコトヲ得セシメサルニ在ルコト自ラ明ナレハ本訴ノ如キ養子縁組無効ノ訴ハ配偶者ノ一方ノミニ意思ヲ以テ提起スルヲ得サルモノト論斷セサルヲ得ス」〔大審院明治三十六年才第六三七號同年一月二十日民一判決九輯二八頁〕。

(B) 訴訟能力

「養子縁組訴訟事件ニ於テハ意思能力ヲ有スル未成年者ハ訴訟能力

ヲ有スルコト人事訴訟手續法第二十六條第三項第一項ノ規定ニ依リ明カナルヲ以テ斯ル未成年者ハ通常訴訟ニ於ケル訴訟能力者ト同シク自ラ訴訟代理人ヲ選任シテ訴訟ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノト解スヘク同法第三條第二項第三項ノ規定ハ自ラ訴訟代理人ヲ選任セサル無能力者ヲ保護スル爲メ認メタルモノナレハ同條ノ規定ニ依ルニ非サレハ無能力者ノ訴訟代理人ヲ選任スルコトヲ得サルモノト云フヲ得ス若シ意思能力アル未成年者ト雖モ自ラ訴訟代理人ヲ選任スルコトヲ得サルモノトセンカ之レ或ル範圍ニ於テ訴訟能力ヲ認ムルモノニシテ明カニ法律ノ規定ニ反スルノミナラス人事訴訟手續法第三條第三項前段ニ於テ裁判長カ無能力者ニ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スヘキコトヲ命スルコトヲ得ル規定ヨリ看ルモ無能力者ト雖モ自ラ訴訟代理人ヲ選任スル能力アルコトヲ認メタル法意ヲ推知スルヲ得ヘシ」〔大審院大正四年才第二一六號同年八月二十四日民一判決二十一輯一三九九頁〕。

(C) 檢事の干與



「人事訴訟手續法第二十六條ニ依リ養子縁組事件ニ準用シタル同法第五條ハ檢事ニ對スル一ノ訓示的規定ニ外ナラサレハ裁所判カ事件ヲ檢事ニ通知シ檢事ニシテ辯論ニ立會フ機會ヲ得セシムル以上其立會ナケレハトテ事件ノ審理判決ヲ違法ナラシムルモノニアラサルコトハ夙ニ當院判例ノ示ス所ナリ（明治四十一年才第一二八號同年四月三十日言渡判決參照）而シテ檢事ニ對スル通知書ハ之ヲ訴訟記録ニ點綴スヘキ規定存セサルヲ以テ之ヲ綴入セサルヲ通常トシ從テ記録ノミニ依リ通知ナキコトヲ肯定スルコトヲ得サルモノトス」（大審院大正九年十一月十八日判決二十六輯一八四七頁）。

#### (D) 訴の變更

「養子縁組事件ニ付テハ第一審又ハ控訴審ニ於ケル辯論ノ終結ニ至ルマテ訴若クハ其事由ヲ變更シ得ルモノナレハ起訴者カ控訴審ニ於テ第一審判決ノ認メタル事由ノ外尙他ノ一事由ヲ主張シ控訴裁判所カ其事由ヲ認メタリトテ不法ニ非ス」（大審院明治四一年才第九七號同年四月二十五日民

一判決十四輯四九〇頁）。

### 第三 縁組無効の效力

縁組の無効は固より當然無効であつて、何等の效力を發生しないものである。即ち後に述ふる縁組の效力たる親子關係、家籍關係、扶養關係等は皆悉く發生する餘地かないのである。

「無効ナル養子縁組ハ戶籍簿ニ登録セラルルモノ之ニ依リ何等ノ效力ヲ生スルモノニアラスシテ依然無効ナルモノトス而シテ養子縁組ノ無効ハ第三者ト雖モ訴又ハ抗辯ノ方法ニ依リ之ヲ主張シ得ヘキコトハ上告理由第十點ニ述ヘタルカ如シ」（大審院大正四年才第五八六號同年十月十八日民二判決二十一輯一六五一頁）。

### 第四項 縁組の取消

(Anfechtung der Annahme an Kindesstatt; Pannul-



第一 縁組の取消と離縁

此事は後に離縁に關する説明に譲る。

第二 縁組取消の原因

(Anfechtungsgrund, Annulationsgrund)

縁組の成立要件中、取消要件を欠缺するときは其縁組は取消し得へき縁組である。縁組が取消要件を欠缺するに拘はらず、當事者が其届出を爲さんと欲し、市町村長も亦其届出を受理したるときは、縁組は有效に成立する。併し乍ら之れを永久に觀過し持續せしむるときは、或は公益に反し、或は私益保護を全ふするを得ない。仍て法律は斯の如き縁組の取消を爲すことを得せしめ以て其消滅を期した。民法の定むる縁組の取消原因は之れを公益保護を目的とする取消

原因と私益保護を目的とする取消原因との二種に分つ。

(一) 公益保護を目的とする取消原因は民法第八百三十八條第八百三十九條の規定に違反する場合にして、即ち(イ)養子か養親より年長なること、(ロ)養子か養親の尊屬なること、(ハ)男子を養子と爲したる養親に法定推定家督相續人たる男子あることである。

(二) 私益保護を目的とする取消原因は六種ある。

- (イ) 養親か未成年なること(八百三十七條)、
- (ロ) 養親か養子の後見人、又は後見計算未了者なること(八百四十條一項)、
- (ハ) 配偶者ある者か其配偶者と共にせずして縁組を爲すこと(八

百四十一條、

- (ニ) 同意權者の同意を缺くこと(八百四十四條乃至八百四十六條)、即ち(a) 配偶者ある者か其一方の子を養子と爲す場合に其一方の同意を缺くこと、(b) 當事者か其家に在る父母又は親族會の同意を缺くこ



と、  
 (c) 縁組又は婚姻に因り他家に入りたる者か更に養子として他家に入る場合に實家に在る父母又は親族會の同意を缺くこと、  
 (d) 養子たる未成年者に父母雙方なき場合に於て後見人又は親族會の同意を缺くこと、

(ホ) 同意権者の同意か詐欺又は強迫に基くこと(八百五十七條後段)、

(ヘ) 縁組か詐欺又は強迫に因りて爲されたること(八百五十九條、七百八十五條、詐欺強迫に關しては拙著婚姻法論三四二頁以下参照)、

(ト) 婿養子縁組に於て婚姻が無効なること、又は取消されたること(八百五十八條)である。

### 第三 縁組取消権の主體

縁組取消権の主體とは縁組取消権を有する者、即ち縁組取消権者を謂ふ。

一) 公益上の取消原因存在する場合に於て其取消権を有する者は、

(イ) 養子か養親の尊屬又は年長者なるときは取消権は縁組の各當事者、其戸主又は親族に屬する(八百五十四條、八百三十八條)。

(ロ) 法定推定家督相續人たる男子ある者か男子を養子と爲したる場合に於ても亦同様である(八百五十四條、八百三十九條)。

(二) 私益上の取消原因ある場合に於て其取消権を有する者は、

(イ) 養親か未成年なるときは其取消権は養親又は其法定代理人に屬する(八百五十三條、八百三十七條)。

(ロ) 養親か養子の後見人又は後見計算未了者なるときは其取消権は養子又は其實方の親族に屬する(八百五十五條、八百四十條)。

(ハ) 配偶者ある者か其配偶者と共にせずして縁組を爲したる場合には其取消権は共に縁組を爲さしりし配偶者に屬する(八百五十六條、八百四十一條一項)。配偶者ある者(例へば夫)か其配偶者(妻)と共にせずして縁組を爲すときは、其縁組は夫と養子との間にのみ存在し、妻と養子との間には縁組は存在して居ない。従つて妻と養子との