

14.5  
54

別書誌  
合3冊



始



14.5-54



\*1200501213093\*

# 料 資 法 司

號 九 十 三 百 第

佛に於ける家族制の變遷

〔禁轉載〕昭和四年四月

司 法 省 調 査 課

發行所寄贈本

本號にはジョゼフ・シャルモン氏著「民法の變遷」を邦譯収録したり  
原著の内容は佛に於けるナポレオン法典以後に於ける民法法典殊に  
家族に關する法制の變遷を詳述したるものなり時代の進歩に伴ふ法制  
の推移を叙し見るに足るべきものあり比較法制の資料として筆寫に代



昭和四年四月

司法大臣官房調査課



14.5-54

### 目次

序の言.....一

第一章 往時の家族と今日の家族.....六

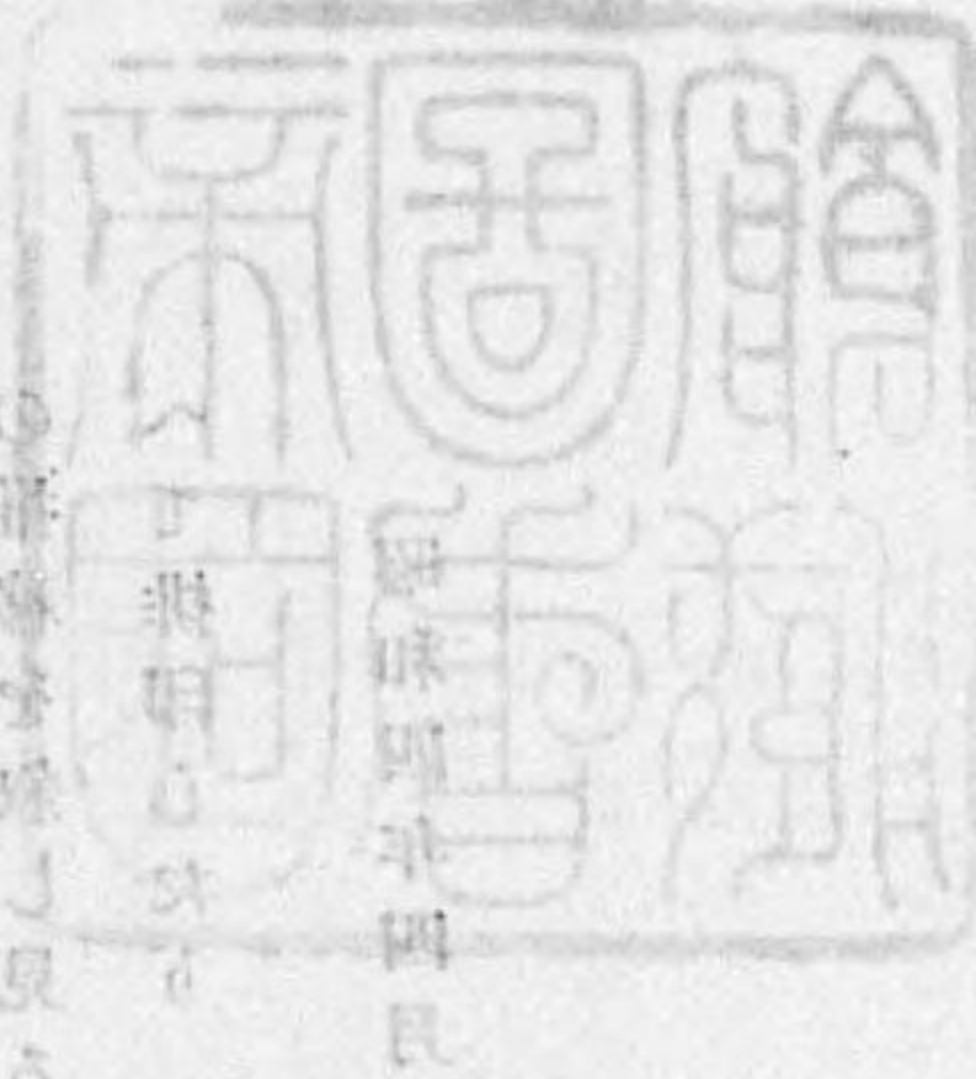
第二章 遺産の強制分割制度が家族に及ぼす影響.....二六

第三章 家族に対する株式會社制度の影響.....三六

第四章 家族に対する工業労働制度の影響.....五二

第五章 婚姻の諸形式.....六二

第六章 婚姻の社會的價值.....七七



同書大正官氣圖書集



本書は往時の家族と今日の家族の比較的研究を主眼とし、その結果として、往時の家族の強制的分割制度が今日の家族に及ぼす影響、株式會社制度、工業労働制度が家族に及ぼす影響、婚姻の諸形式、婚姻の社會的價值を論じてゐるものである。本書の内容は、往時の家族と今日の家族の比較的研究を主眼とし、その結果として、往時の家族の強制的分割制度が今日の家族に及ぼす影響、株式會社制度、工業労働制度が家族に及ぼす影響、婚姻の諸形式、婚姻の社會的價值を論じてゐるものである。

東京大学出版部

第七章 妻の地位、夫権…………… 八三

第八章 妻の地位(續) 妻の財産制…………… 一〇一

第九章 子の地位——物質的に遺棄せられたる子…………… 一三三

第十章 子の地位(續)——道徳的に遺棄せられたる子…………… 一三三

第十一章 子の地位(續) 不良少年又は犯罪少年…………… 一五四

第十二章 私生子の法律上の保護…………… 一七一

第十三章 民法典以後の私有財産權、農業共產主義の最後の殘骸の消滅…………… 一八九

第十四章

民法典以後の私有財産權(續) 益々多數に及ぶ所有權の制限…………… 一九九

第十五章 過失の觀念と危險の觀念——危險說…………… 二一〇

第十六章 過失の觀念と危險の觀念(續) 他人の行爲に就きての責任…………… 二二六

目次終

民法の變遷 ..... 一

序言 ..... 一

第一章 序言 ..... 一

第二章 民法の變遷 ..... 一

第三章 民法の變遷 ..... 一

第四章 民法の變遷 ..... 一

第五章 民法の變遷 ..... 一

第六章 民法の變遷 ..... 一

第七章 民法の變遷 ..... 一

第八章 民法の變遷 ..... 一

第九章 民法の變遷 ..... 一

第十章 民法の變遷 ..... 一

第十一章 民法の變遷 ..... 一

第十二章 民法の變遷 ..... 一

第十三章 民法の變遷 ..... 一

第十四章 民法の變遷 ..... 一

第十五章 民法の變遷 ..... 一

第十六章 民法の變遷 ..... 一

第十七章 民法の變遷 ..... 一

第十八章 民法の變遷 ..... 一

第十九章 民法の變遷 ..... 一

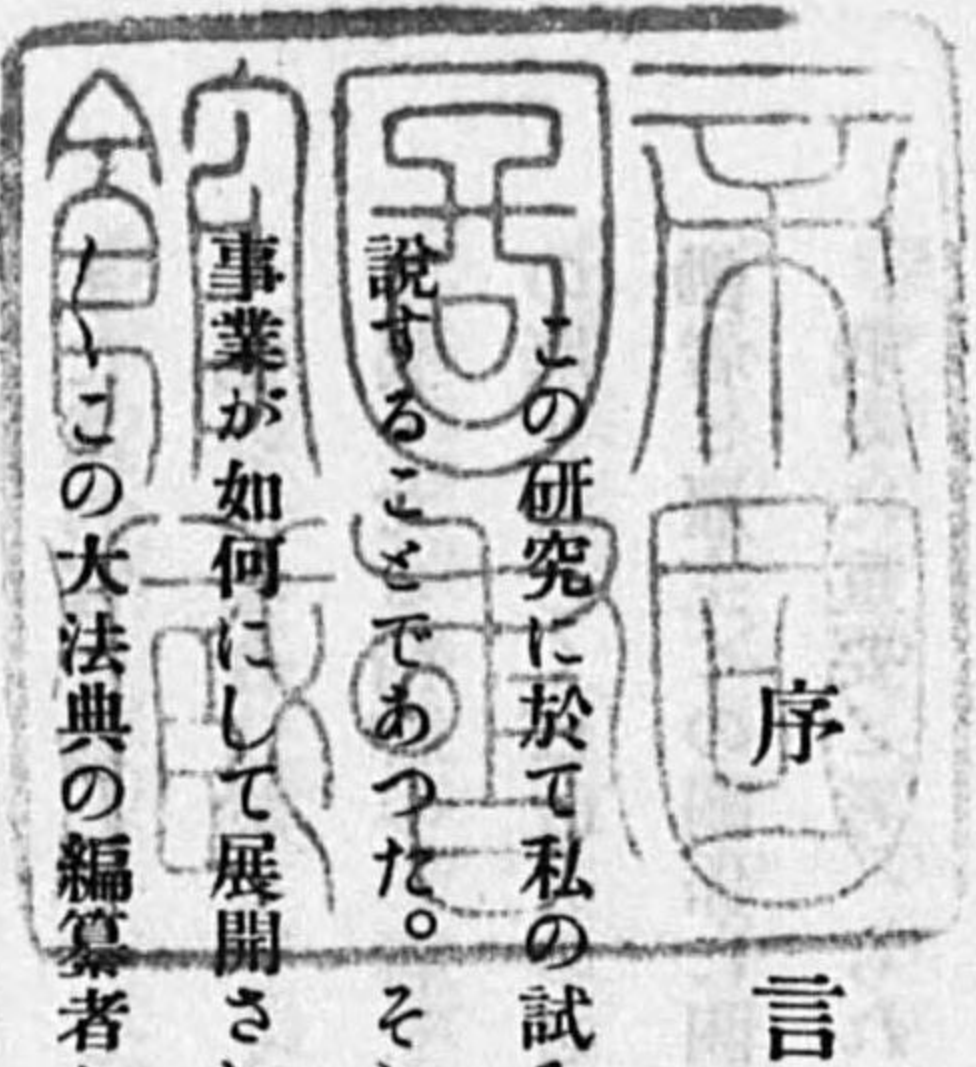
第二十章 民法の變遷 ..... 一

司法資料  
第三百二十九號

# 佛に於ける家族制の變遷

## 民法の變遷

ジョゼフ・シャルモン



この研究に於て私の試みたるものは、ナポレオン法典以來我が私法に於て生じたる主要なる諸變遷を概説することであつた。それ故に、ナポレオン法典の制定以來經過したる一世紀以上のこの期間中に、その事業が如何にして展開され、完成され且つ改善されたかを明らかにするに努めるがために、私は最もしばしばこの大法典の編纂者たちの事業を考察の出發點としたのである。

諸般の改革は往々にして「法典」そのもの、中に既にその萌芽を存したのであるが、しかしそこに定立されて居たものは單に原則のみに止まつた。例へば、家族の組織に於て、所謂親權なるものは、最早この權力を行使する者のために、またその者の利益に於て設定せられたる一個の權利ではなかつた。既に一八〇四年に、この所謂親權なるものは、一個の單純なる保護の權能となり、父に取りて子に對する彼

れの義務を果す一手段となつて居つたのである。しかしそれにも拘らず、この貴重なる思想はそこに於て單に表式されたに止まつて、この思想より生ずる諸般の歸結が未だそこに充分に展開されて居た譯ではない。これ等の歸結は單に時の経過と共に漸次に明識され、且つ順次に現實的確認を見出すに至つたものにはすぎない。この場合、我々の研究せむとするものは、爾後の諸法律と習俗とに對して、立法者に對して、また裁判官に對して、この思想の影響が如何にして行はれたかの點である。

他の諸場合に於て、そこには法典に對する反動を生じ、或る新たな思潮が形成され、生活の統制が或る異りたる精神の影響を受けることになつた。そこには一部諸規定の苛酷若しくは不正が感知され、その廢止若しくは改訂の必要を生せしめた。そしてその例證としては、私生子や妻の地位に關する處分、労働者と雇主との關係に關する處分をこゝに指摘することを以て充分とするであらう。

我々に重要と考へられたることは、敢てこゝに凡ての變遷、凡ての改革を遺漏なく、完全に列擧することではなかつた。それ故に、我々は單に私法の若干の部分、即ち家族法、所有權、損害を與へたる行爲に對する責任に關するそれのみ、我々の考察を制限することにしたのである。

家族組織に於て行はれたる諸般の變化をその全體に於て明認するために、我々は今日の家族が往時のそれと相違する諸種の特性を指摘することに努めた。

家族は、舊政體の下に於て、より確實に、より堅固に構成されて居たかに見える。この場合、先づそれ

の骨子を成すものは農地所有權であつた。貴族主義は一個の地主貴族主義であつた。そして家族の凡ての成員に取りて常に保護の永續的中樞を成した家産の保存と全的相續性を確保するに貢献したる契機は、法律よりも更らにより多く習俗であつたのである。

今日の家族は、より動的に、より不安定に、より不確實に構成されて居る。この場合、我々に於て特に重要と考へられたことは、今日の家族が蒙りたる經濟的諸影響、就中、強制分割制度（相續財産の）の影響を特記することであつた。家産は代替り毎に分割される。この分割は結局家族と小家産との破壊を誘致するものではないか？更らに、株式會社の制度は一個の資本家寡頭政治（*oligarchie financière*）を以て地主貴族主義（*aristocratie terrienne*）に代らしめることになつた、資本を保有する諸家族は二つの階級に分たれた。即ちその小數は企業を獨占し、他の最大多數はたゞその利潤に均霑する。大衆は法律の保護なしには營まれ得ない生活の消極的節約者を以て構成されて居る。そして法律がこの小節約の保護のために爲したものは、尙ほ法律に爲すべく殘されて居るものに比して殆ど言ふに足りないものである。最後に、家族は、順次に父、母及び子女を工場に奪ひ去りたる工業労働によりて解體された。こゝにも尙ほ濫用に對する救済策として法律の干渉が必要とされた。我々が工業労働の法律的統制の問題を考察したのは、即ちこの家族の利益の見地からである。

所有權に關して、我々はそこに生じたる二重の進化を叙説することに努めた。即ち一面に於て、農業共

産主義の最後の残骸を一掃したる地主の権利はより個人的となり、より獨占的となつたのであるが、しかしそれと殆ど同時に、また他面に於て、所有権に對する諸種の制限が累積され、そしてこれ等の制限は所有権を益々細密なる一つの網の中に壓縮することになつたのである。我々は公用徴收に對して所有権者に確保せられたる諸般の保障の價値を研究した。これ等の保障は通常それが信せられて居るよりも、遙かに薄弱であつたかに見える、何故なれば、所謂る公用なるもの、觀念は絶えず擴大されつゝあるからであり、そして就中、所有権に、そこに残されたる防衛手段を剝奪するがためには、規行制度に極めて僅小なる變改を加へることを以て恐らく充分とするであらうからである。我々はまた等しく、收用の他の諸形態が或る新しき権利の設定から暗黙に招來されるものであることを説示した。

より嚴密に法律的なる債務の領域に於ては、我々は單に唯一の例證を爲すに止めた。法の範圍が如何に擴大されつゝあるかを、また道德的義務が如何にして現實的義務に變改されるに至つたかを理解するがためには、一つの新たななる思想、即ち職業的危險 (risque professionnel) のそれを援用する法律家たちの事業を觀察する必要を存する。この事業は古い思想、即ち過失責任の觀念にこの職業的危險の觀念を對立せしめることによりて初められた。即ちそこには漸次この二つの觀念が併立し、相互に補足する働きを爲し、且つその間に調和の傾向が認められる。たゞ問題はこの場合主導的地位を取るものがその何れたるべきかの點のみである。

本著は敢てこれ等の問題に對して結論を與へることを趣旨とするものではない。その唯一の目的はこの一世紀間の經過に於ける法律生活の印象を與へることである。生活が豫見すべからざるものであるのと同様に、またその正確なる意味とそれの決定的性質とは我々の認識を逸脱する。本書に於てより多くの地位を占めるものは、思想の検討よりも寧ろ事實の説明である。最もしばしば、我々の間に討議される諸問題は、たゞ我々の好むところに從ひて解決されべきものではない。我々の意見の如何に關はりなく、事實は我々に對して解答した。我々が欲すると否とに拘らず、また我々の有ち得る見解の如何に拘らず、民主主義、平等主義乃至普通選舉は、我々の時代に於て、また我がフランスのごとき水準を有する國に於て、常に尊重されねばならない事實である。妻及び子の保護、勞働の法律的統制、社會的利益のために個人所有権に加へられたる益々多數なる制限は、また等しく同一性質の事實である。

それにも拘らず、我々は敢て一個の必然性として法律に對する民主主義の影響に服しつゝあるものと解するものではない。我々は一個の進歩としてこれを容認して居るのである。そこに爲されたる事業が残し得る種々の不安と悔恨とにも拘らず、尙ほ民主主義は、その全體に於て、恩惠的であるかに見える。民主主義は各人にそれらその正しき部分を確保することによりて、世界に於ける不正當なる惱みの總量を輕減せむとするものである。



## 第一章 往時の家族と今日の家族

六

この百年以來、家族の構成に如何なる變化を生じたか？、家族的結合は弱められては居ないか？、家族は解體の傾向を辿りつゝあるものではないか？、家族は、民法がそれを封じ込めようとした結構を破り去らうとして居るものではないか？。

民法に取りて、家族の合法的起原を成すものは婚姻である。婚姻は親族關係、親權及び相續權の淵源である。親族關係に關する我が凡ての制度は婚姻を基礎とする。婚姻は子と彼れの父母の家族との間に一個の紐帶を設定する。婚姻外に於て生れたる私生子は彼れの父母の家族に屬せない。それにも拘らず、そこには自由結合の益々増加しつゝある事實に充分なる考慮を拂ふと同時に、この増加の諸原因に就きて不安を感じない譯には行かない。立法者は果して、これ等の不成規の結合に考慮を拂ひ、これを家族の他の一淵源と認め、或る條件の下にこれを承認し、これ等の結合關係に或る効果を附與するの止むなきに至らなかつたであらうか。

如何なる程度に於て、家族は社會環境の影響を受けたか？、これ即ちテーマが、「教會、學校、家族、近代的環境の記述、その環境内に生活すべく我が社會のごとき一社會が見出す諸種の便益と困難との検討」の形の下に「註一」自から課したる問題である。彼れはこの問題を解決するに至らずして死亡した。この

問題は、實際に於て、全體として考察せられ且つ單一なる解決の對象を成すがためには、餘りに錯綜せるものではないか？、家族の起原、その進歩、その影響の擴大されたる理由、その維持せられたる所以、その頽廢の原因及び性質を認識し且つ説明するがためには、就中、幾多の年代を通じて幾多の民族社會の間にそれを探求することを可能ならしむべき特殊研究の多數を必要としたであらう。社會學者たちは殆どこの研究に手を着けなかつた。これを試みたものは僅かに小説家のみ止つた。かようにしてバルザックやゾラは、その欲情、その悩み、その悲しみ、各階級の惡弊及び窮狀、經濟制度の不正に就きて或る時代の表現を我々に與へた。しかしながら、不幸にして、これ等の著作に於て想像と觀察との、假作と眞實との限界と範圍とを識別することは不可能である。

〔註一〕 Taine, *Les origines de la France contemporaine. Le régime moderne, t. II. Avant-Propos*, p. 1.

餘りに一般的なる一問題を對象とするとき、そこには必然的にこれを區分し、種々の觀點の下にこれを考察し、且つ一つの結果を決定し得たる諸原因の各個を分別的に研究することが必要とされる。そこには、例へば或る制度若しくは或る經濟的事實——強制分割制（相續財産の）、有價證券の發達、工業勞動制度のごとき——によりて家族の受ける影響が研究され得るし、またそこには、往時の家族と今日の家族とを區別せしめる主要なる諸特徴が比較研究の方法によりて解明され得る譯である。

我々が現に生活しつゝある時代の家族よりも往時の家族をより克く認識するといふのは逆説的であるか  
 に見える。しかしそれにも拘らず、實際に於ては、その當代を觀察し且つ認識することほど困難な事柄は  
 ない。テーヌの言つたがように「註二」『嚴正に鑑賞的、批判的立場に立つて、一對象として我々自身を、  
 我々の思想を、また我々の制度を考察し得るがためには、我々は常に一大努力を必要とする、そこには常  
 に極めて慎重なる要心と十二分の反省とが要求される』。實際、我々が我々自身の家族の真相を識るのは  
 容易なことではない。第一、我々自身の家族は常に同一の階級に屬したものであるか？、若しもそこに變  
 化があつたとして、その變化は如何にして行はれたものであるか？、——若しもそこに進歩を存したとし  
 て、この場合尙ほ依然としてより恵まれざる階級に取殘されたる成員たちは果してどうなつたのである  
 か？、若しもそこに頽廢乃至没落の事實を存したとして、我々若しくは我々の親族は果して如何なる程度  
 に於てその責任を有するのであるか？、そこに認識されるものは、殆ど常に各家族の外面、表面的分限、  
 職業、世間的諸關係、乃至は緣故でしかないのであつて、苦惱や、内密の悲慘や、芳ばしからの所行の多  
 くは常に秘密にされて居る。蓋し、何れの家族にしても、その一門の過失又は弱點は、能ふかぎりこれを  
 掩蔽し若しくは忘却せしめることに努めるものだからである。

〔註二〕、前掲テーヌ『現代フランスの第一巻序文二頁諸起原——近代的制度』の註を以て、  
 これに反して、諸種の記録、備忘録乃至家族臺帳 (Livres de raison) はしばしば古き諸家族の歴史に

就きて我々により多くの知識を供給するものである。そこには多くの家族に於て備附の習慣を存したる、  
 所謂家族臺帳の一大多數が公刊されて居る。そしてこれ等の臺帳には、系圖を初めとして、親族、姻族の  
 諸關係、家族の出生及び死亡、身代、財産目録等、凡ての重要な事項や出來事が記載されて居たのであ  
 る。

我々の判斷の基礎となるべきこれ等の諸要素に就きて検討するとき、そこには一つの本質的差異が認め  
 られる。即ちその一は、往昔の家族が現今の家族よりもより安定的にして且つその成員に於てより多數な  
 ることであり、その二は、前者に於て、親權が後者に於けるよりも、より強力であり、且つより多く尊重  
 されて居たことである。

中流階級と農民階級とに於て、舊制度の下に於ける家族は安定的であり、その諸般傳統に忠實であり、  
 且つ同一職業と同一郷土とに定着した。家族の成員は多數であつたが故に、子女の一部はしばしば  
 身を立てるために家庭を離れたが、しかし、それにも拘らず、家族は永久化されて常にその家を保存し、  
 且つ何れの代に於ても、その家傳來の職業を代表する者——例へば、辯護士、檢察官、商人、農業者——  
 を存した。若しも幾多小町村の記録が調査されるならば、そこには、同一の所領内に數世紀間を通して定  
 着せる同一家族が発見されるであらう。家族は累進的に發展し行く傾きを有した。家族は代替り毎に一段  
 階を超えた。ポール・ブールゼ (Paul Bourget) が家族行程 (Etappe) と呼ぶのが即ちそれである。

しかるに、今日の家族に於て見出される諸條件は著しくより不安定的である。家庭の父母は彼等がその愛情を集中する少数子女の身の振り方を附けることに多大の犠牲を拂つて居る。生存競争は著しく苛酷となつた。そして親族間の連帶關係は著しく弱められた。現時の人々は只管自分自身のことのみ専念し得るのであつて、最早殆ど他人のことにまで思を致す餘裕を有たない。かようにして、或る者は遠く家郷を飛出して、立身立世することになつても、失敗したる人々は全く彼等自身に放任されて、悲惨なる困窮に陥つて居るのである。尙ほそこには更らに特徴ある一事實を生じた、都市移住が即ちそれである。都市は人心の上に一種の引力を有つた。一八四六年に於て、都市の人口は漸くフランス全人口の四分の一を代表するにすぎなかつたのが、一八九六年には、既に全人口の三分の一以上を算するに至つた。この都市人口がやがて半數に達するのは恐らく間もなきことであらう。この轉住、この離散は家族の紐帶を截切り若しくはこれを弛緩せしめるものであつて、その成員たちは漸次互に疎隔し、やがては音信不通となり、遂には全然路傍の人となつて了ふのである。

往昔の家族は、單により良く統一され、より定定的であつたばかりではなく、またそれはより嚴格なる紀律の下に統制されて居た。親權は極めて嚴正であつた。そして、ローマの影響が保存されて居たのが成文法國と呼ばれる中部諸國に於て、就中さうであつた。蓋し、父の權力は永久的であつた。一個の要式行爲たる所謂の親權解除 (emancipation) によりて父が自からその權利を抛棄しないかぎり、親權の效果

は子の年齢の如何に拘らず存続した。固より、一部の成文法國に於て、婚姻が親權解除の効果を伴つたことは事實であるが、しかしながら、この親權解除は全然例外的事態に屬するものであつた。そしてこの親權解除を拒否したる國王裁判所 (Parlements) の管内に於ては、未だ親權を解除せられざる既婚家族の子女は、その父の權力の下にはなしに、ローマに於けるがように、その父方の祖父の權力の下に置かれて居たのである。ギベール氏によりて刊行せられたるリムーザンの一家族に關する單行論文の中に、我々は、この親權の永久性を廢止したる革命法律の公布より數週間前に作成せられたるこれ等晚期親權解除の一事案に關する調書を發見し得る。父は病弱であり、且つ判事が自身その家に出張せざるを得なかつたまでに老齡であつた。バゾーシユ・アン・ガーチネーの牧師の職に至りたる四十七歳の子は、『一個の獨立な自由人として彼れ自身の事件を處理し得るために、跪座、合掌して、その父に親權の解除を乞うた、老父はその子が爾後親權より解放せらるべきことに承諾の意思を表示した。かくして、その親權解除の方式として、父はその子を起立せしめ、且つ彼れの手を解いた』のである〔註三〕。

〔註三〕 Guibert, La famille limousine d'autrefois, p. 24.

小額貯蓄 (Peuples) として特に除外されたる或る種類の財産を除くの外、子の取得したる財産は凡て父の完全なる所有に歸し、若しくは尠くとも父の収益に歸した〔註四〕。その父の承諾ある場合に於ても、尙ほ子に遺言を爲す能力は認められなかつた。家族は假令成年に達するも尙ほ貸借上の義務を負擔する能

力なきものとされたマケドニヤ法律の原則は依然としてその效力を保有した。

〔註四〕、『子の所得若しくはその給料は、假令年長に至るも、家長がその子にこれを贈與しないかぎり、彼れ自身の所有に歸せなかつた。これ即ち今日我々に保存せられたる諸法典の最古のもの（一二二二年の律令）に於て認められたる原則である』（Guibert, loc. cit. p. 22）°。そこには、更らに、子が婚姻を爲すとき、妻の嫁資を受領し、その受領證を交付し且つその管理を爲すものは、その子ではなしに、彼れの尊族たる家長であつたことが等しく注意され得る Guibert, loc. cit. p. 40）°——cf. Julien, *Éléments de jurisprudence*（『判例の諸要素』）, Aix, 1785, p. 72.

父は子の一身に對して懲戒と絶對的監督との權利を有し、そしてこの權利は常に存続した。將來を束縛する凡ての決定、例へば婚姻や職業の選擇のごときは常に父によりて爲されたが、尠くとも彼れの意見に従ひて爲された。そして父の有するこの權力は、それが果して習俗に由來するものであるか、但しは法律に基くものであるかを、恐らく何人も明言し得ないであらうまでに、爾かく尊重されて居たかに見える。

父は、それが時代と環境とに従ひて自から相違せる或る程度を超ゆることなきかぎり、彼れ自からその子を懲戒する權利を有つた。父は裁判官に子の拘禁處分を請求し得た、そして大多数の場合に於て、裁判官はこの拘禁處分を拒絶することを得なかつた。久しき間、そこには、既に遙かに成年を超えたる子が父

母の請求に基きて拘禁されたる事例を存する。しかしながら、一六七三年の巴甲國王裁判所の一判決に於て、この權利は、子が二十五歳の成年に達したるときは最早これを行使し得ざるものと決定された。そしてこの判例は成文法の諸國に於てその影響を有たざるを得なかつたかに見える。しかしながら、舊制度の最後の法律状態に於て、父はその成年の子に對して凡ての權力を奪はれて居たものと信じてはならないであらう。若しそれが一個の大領主であつたとすれば、彼れは國王から一個の令狀を發せしめることが出来た。かようにして、當時既に二十五歳以上であつたかのミラボーが一七七四年にイーフの城塞に幽閉されたのは、即ち國王の令狀に依り且つその父の請求に基くものであつたのである。等しく、一七六三年七月十五日の一勅令に於て、『父母は、その子が敢て法律上處罰せらるべき罪を犯したものでなくとも……尙ほ彼れにその家族の名譽を毀損し且つその家族の平安を亂すに足るだけの不行狀を存するとき、陸海軍を掌る國務大臣に向て、デジラード島にその子を發遣する處分（*exportation*）を請求し得る』ものと定められた。かようにして、苟くも父母の請求が正當なる理由あるものと認められたるかぎり、その子は國王の命令に基きてデジラード島に發遣されることになつたであらう。そしてこの場合、彼れがロッツシュエフォールに到着したる以後、凡ての拘禁及び給養の費用は國王の負擔とされた。

しかのみならず、敢てかくのごとき苛酷なる手段に訴へないまでも、尙ほその子に對して不満の理由を有したる父は、その子を廢嫡し、且つ一つの相續除斥條項（*clause d'exhérédation*）によりて彼れの相

續權を剝奪し得た。しかし、それにも拘らず、この除斥権は決して専斷的に認められたものではなく、この權利の行使は單に正當なる理由を存する場合に於てのみ許されたものである。父母の承諾を得ず、若くは尠くとも一定の年齢（女子に對しては二十五歳、男子に對しては三十歳）に達せずして婚姻を爲す事實は、多數の勅令によりて、相續除斥を正當ならしめ得る他の一理由と看做されて居た。

× × ×  
 今やそこには家族の組織中に行はれたる變化の重要性が注意され得る。久しき以來二つの觀念の間に追行せられたる一つの鬭争はその一方の勝利によりて完了した。親權は最早これを行使する者のために、且つその者の利益に於て認められたる一個の權利たることを止めて、寧ろ一個の單純なる保護の權能、これを言ひ換へれば、子に對してその諸般の義務を履行すべく父に取りての必要なる一手段となつた。一個の新事業はナポレオン法典を以て初まつた。そこに採用せられたる原則の凡ての結果は一步々實現せられ、且つ漸次に強課された。立法者は、家父の權利を正當ならしめたる諸義務が履行されなかつた度毎に、若しくはこの權利がその目的から逸脱したる度毎に、必然的に干渉せざるを得なかつた。かの義務教育や、工場に於ける少年の勞働や、虐待せられ若しくは道徳的に遺棄せられたる少年の保護に關する諸法律は、凡てこの傾向に由來するものに外ならない。

要するに、家族生活を支配する基調は漸次權力のそれから慈愛のそれに轉移し、そして今日の家族生活は往時のそれに比して、より多くの柔軟さを有つことになつた。近代家族制度に於ける遺産の平等分配制は、兄弟間に於ける紛争の可能性を全く根絶するに至らないまでも、尙ほ尠くとも、彼等の間に於ける嫉視の極めて大なる諸原因を除くことになつた。かようにして、現代社會に於ける家族は、その結合を弱められるよりも、寧ろより多く集中されることになつたのである。

その子女を孕育し、彼等の健康に注意し、彼等の教育に努力し、彼等の身の振り方に就きて心配し、彼等が自から有する地位よりも、より高き、若しくはより良き一つの地位を獲得すべく彼等に助力するため、その何れの階級に屬するを問はず、父母たちに課せられて居る凡ての犠牲に想到するとき、そこには、家族精神が毫も消失し居るものでなく、國家は決して父母の献身愛と獨斷專行とに自から取つて代るべき權利を主張し得るものでなく、そして國家の手によりて行はれる凡ての濫用的干渉が最も激烈なる反抗を喚起するであらうことは極めて明瞭に確認される。民法典の公布以來制定せられたる諸法律に就きて我々は錯覺に陥つてはならない。固よりこれ等の法律は、國家の干渉が漸時發展し行く傾向を有することを示すものであるには違いないが、しかしながら、これ等の法律は同時にこの干渉の限界を確定して居るものである。これ等の法律は、實際、少年の保護處分たるものにはかならない。そして、今日、一般により叛逆的と見えるであらうところの濫用に對して常に力強き輿論が喚起されるのは、まさしく、少年が、往昔に於けるよりも、今日より多くの愛護を受け、従つてより痛切なる關心事とされて居るがためである。し

かしながら、最大多数の父母は彼等の義務を意識して居る者たちである。そしてこれ等の父母は國家に彼等の地位を容易に譲らむと欲するものではない。危険は、テューヌが盲目愛と呼むところのこの愛情の過度に於ても、また等しく存在するであらう。或る家庭に於ける一人子は、しばしば、父母の凡ての心遣ひ、凡ての取越苦勞、凡ての資源を傾倒されて居る。そして爾かく細心周到なるこの教育は、毫もその價したる勞苦に相當する結果を齎して居ない。この教育は健康や、精力や、獨自性や、責任感情やを創り出すものではない。蓋し、凡ての社會的結合に於て、犠牲の精神は自から爲すところのものに比例して發達し、そして利己心は自から受けるところのものに比例して發達するものである。家族もまた敢てこの法則の支配から免れるものではない。中流階級の不安定は明かにその顯著なる一結果である。

## 第二章 遺産の強制分割制度が家族に及ぼす影響

一個の極めて錯綜せる問題に當面して、我々はその問題を種々の觀點の下に考察し、且つ一つの結果を決定し得たる諸原因の各個を分別的に研究するの必要を確認した。諸種の自然科学に於ては、實驗によりて、單一なる原因の働きが決定され得る。然るに我々は一つの社會を以て一個の經驗對象たらしめる譯には行かない。そして就中、我々は、我々がその働きを研究せむと欲する諸原因をそれ／＼孤立せしめ、

以て一個の原因のみが他の諸原因を排除して作用し得るがごときものたらしめる譯には行かない。そこには、ジード氏と共に〔註一〕、二つの國は、時の同一經過中に、一方は自由貿易制度に服し、他方は保護貿易制度を奉じ、かくて前者は繁榮し、後者は衰亡するに至るがごとき事物の經過が豫想されねばならぬ。

〔註一〕 Gide, Principes d'économie politique, 6<sup>e</sup> éd. p. 18.

經驗は決して結論的ではないであらう。結果は、實際上、決して單一なる原因に歸せられて居るものではない。地質、耕作法、政治組織、個人的創意及び精力の度合は凡てこれが説明に寄與するものである。それ故に、我々は適當なる留保の下にこの方法を使用することによりて、經濟的性質を有する三個の原因、即ち、遺産の強制分割制、株式會社の實際及び工業勞動制度が諸家族の狀態と條件とを決定するために、如何なる種類の影響を有し得たかを研究するであらう。

ル・ブレイ〔註二〕によりて提唱せられたる分類に従へば、相續制度の殆ど無限なる異相から、そこには、三個の主要なる標式が區別され得る。蓋し、その第一は、立法者に於て、所有者の意思に如何なる強制をも課せず、彼れの欲するまゝの相續制度を自由に採擇する權利を所有者に許與することのそれであつて、所謂の遺言自由制度 (Système de la liberté testamentaire) が即ちそれである。第二は、反對に、國

家が法規を以てこの財産の移轉に干渉することのそれであつて、この場合、そこに追行されるものは次ぎの二つの傾向の一つである。蓋し、その一は、國家が遺産の分割を妨止せむとし、且つ種々の方法によりて（長子相續權、女子の排除、代位相續制、世襲財産制等）、遺産が單一人に移轉するの結果を確保することに努力する場合であつて、所謂強制保存制度（*Système de la conservation forcée*）と呼ばれるものが、即ちそれである。しかるに、これと全然反對に、國家は、往々にして、遺産の全的移轉よりも、寧ろ遺産が一大多數の人々の間に分割されるがごとき様式を採擇する。この場合、所有者の自由はその凡ての相續人の利益に於て制限されることになるのであつて、所謂遺留分及び強制分割制度（*Système de la réserve et du partage forcé*）と呼ばれるものが、即ちそれである。兩者を區別せしめる種々の差異にも拘らず、この最後の二つの制度は一個の共通的特徴を有する、蓋し、兩者の何れに於ても、所有者の意思に一個の強制が行はれることが、即ちそれである。しかしながら、この強制の作用は二つの場合に於て、全く異りたる意味に於て行はれるものであり、即ちその一は財産の集中に便し、他はその分割を助成するものである。

〔註二〕 *Le Play, La Réforme sociale, t. I, ch. 18, Paragraphe 3, 6<sup>e</sup> édit., p. 252.*

しかしながら、この分類を採用するに當りてそこに注意せねばならないことは、この分類が決して正確に實在に合致するものでないことである。蓋し、大多數の立法は、上記三主義の何れをも決して絶對的に承認して居るものではないからである。かようにして、イギリスの制度は遺言自由主義を認めたものであるが、しかしそれにも拘らず同時にまた強制保存主義が加味されて居る、何故なれば、そこには、或る場合に長子相續權が認められて居るからである。同様に、一個の極めて廣汎なる遺言の自由が許されて居ながらも、尙ほこの主義を完全に承認して居る譯ではない幾多の立法例を存する。これ等の立法例はこれを如何なる公準に従ひて類別すべきであるか？、我々はそこに多くの躊躇なきを得ない。そしてそれが何れの方法によりて爲されるにもせよ、分類は常に專斷的たることを免れないであらう。ル・プレーは、その子の數の多少に拘らず、尠くともその財産の半額を處分する權利が法律上所有者に認められて居る凡ての國を自由主義の國と看做すべきものと主張して居る。従つて、處分し得る部分が財産の半額以下に止まる國は凡て強制分割主義を認めたものとされる譯である。それ故に、単族親の數によりて處分し得る部分の割合に差等を認めて居るフランス民法の制度も、また等しく強制分割制度の一態容に屬することになるのである。

我々は、この制度の効果、その利害及びその弊害が如何なるものであつたかを検討するであらう。

この制度の最も痛烈なる反對論者であつたル・プレーは言ふ、強制分割制度は就中一個の解體的要素であつて、この制度は、まさしく、家族を解體に導き、小自作農の基礎を破壊し、併せて出生率を減殺するものであると。

この點を理解するがためには、先づこの制度が如何なる効果を齎すか考察されねばならない。蓋し、その効果は直接的ではない。その効果は或る期間中習俗によりてか若しくは欺瞞手段によりて阻止され得る。地方的傳統を墨守せる農村の諸家族は世襲的財産の分割を妨止しようと努める。そこには、凡ての子女と合意の上にて、他に婚嫁するものに婚資を與へ、若くは他の凡ての家族たちに扶助を與ふべき負担の下に、自から選定したる相続人に、父が生前その家産を譲渡する慣行がしばしば行はれて居るのであるが、しかしながら、この慣習の勢力は爾かく永續する譯には行かない。相続人たちの間には、自のづから嫉妬や貪欲の感情を挑發する機會が造られる。こゝに於て、家長は、勢ひその意中の相続人と私かに協定して、爾餘の子女に内密に、彼れに利益を供與することに努める。そしてこの場合、この目的のために利用される手段は、動産の直接贈與乃至は假裝贈與であり、また分割行為に於て財産の賣買價格を過小に評價することである。しかしながら、これ等の欺瞞手段は、結局のところ、失敗に終り易いものである。そこには、凡ての手段によりて、假裝贈與の存在が立證せられ、それを受領したる後に於ても尙ほ贈與の取消が請求せられ、相續拋棄の無効が主張され得る。そしてこの相續争ひに於て、終局的決定を與へるものは、要するに法律である。かようにして、訴訟の懼れから、何人も最早求めてかくのごとき悶着や葛藤の危険を冒すことを敢てしない時期は間もなく到來することになるであらう。

強制分割制度は漸時その効果を生じつゝある。そこには種々の可能なる手段を存する。そしてそれは要するに次ぎの三種である。——(1) 或る競賣若しくは或る友誼的協定の方法によりて、相続人の一人のみか家産の全部を引継ぎ、爾餘の相続人にはその一部を金錢にて支拂ふべき約束を爲すと。(2) 家産を或る他人に賣渡し、その代金を各相続人の間に分配すると。(3) 各相続人の間に現物に於て分割を爲すこと。

(1) 友誼的協定は、まさしく、家族の單位と家産の保存とを擁護する最良の手段であるかに見える。しかしながら、この場合、財産を保存する相続人の引受ける負担は、最もしばしば、これに耐へることが不可能なるまでに爾かく過重なるものである。一般に、不動産を保存したいと希望するものは、その力を過信する。土地に對して彼れの有つ執着は、彼れをしてその土地の價値を錯覺せしめる。フランスに於ては、耕地の地價が收益の三十三倍に評價されて居る地方の多くを存する。即ちこの場合、土地投資の利廻りは取得者に取りて年三步に相當する譯であり、そして一、〇〇〇フランの收益ある土地の價格は三三、〇〇〇フランに評價されることになるのである。それ故に、假りに三人の子供を存し、そして不動産を保存するその中の一人が既に先取名義に於て處分可能定額（遺留分を控除したる相續財産）を受けて居たとすれば、彼れは他の二人の兄弟に、補足額一六、五〇〇フランを支拂はねばならないことになるであらう。

如何にして彼れはかくのごとき金額を工面し得べきか？、恐らく抵當附借入の方法によるの外はないであらうし、そしてこの借入利息は通常年五分であるが、しかし公正證書の作成、登記料その他の附隨費用



を加算するときは、その負担は更らに著しく重きものとなるであらう。かようにして、この方法の下に、家産を繼承したる者は、彼れが保存したる不動産の収益と殆ど等しき額を毎年利息として支拂つて行くの止むなきに至る場合が罕れでない。そしてこの場合、若しも彼れが自からの生活を維持する以外に、尙ほ併せてこの利息を支拂つて行くだけの餘裕を見出し得たとするならば、それだけでも既に一個の奇蹟である。況して、彼れが彼れ自身の子女たちの將來に備へるだけのものを節約し且つその負債の元本を賣却するに充分なる活動を爲すことが如何にして期待され得るか？、その内には債務の期限が到來するであらうし、またその間には兇年や不慮の災害も免かれなからうし、かくて結局は何等かの危機に當面して、止むなく廉い値段を以ても尙ほその家産を手離すの外なきことになるであらう。かようにして、この解決は、要するに、一生粒々辛苦を重ねて、尙ほ且つ最後にはその全生活を奪はれて了ふ惨じ目さを見るといふのが、結局の落ちなのである〔註三〕。

(2) 第二の方法、即ち直接家産を賣却してその代金を分配するのは、疑ひもなく、より賢明なる解決であらう。そしてそれはフランスの或る部分、就中ノルマンディに於て汎く行はれたる慣行である。しかしながら、この場合、強制分割は、前の場合に於けると等しく、また小自作農制度の破壊に歸着する。舊地主の相続人たちは小作人の地位に落ちるか、若しくは都會地に於て新たにその運命の開拓を試みるの外なきことになるであらう。

〔註三〕 Voir Le Play, La réforme sociale, t. II, p. 212 à 225. — c. Jauret, Le socialisme d'État et

la réforme sociale, p. 161. — 尙ほこの外、『社會經濟協會』(Société d'économie sociale) によりて刊行

せられたる家族の状態と相続法の適用とに關する諸研究を參照。

(3) かくして、そこに残される最後の方法は現物分配である。そしてそれは表見上最も簡明なる解決であるには違いないが、それにも拘らず、實際上、決して爾かく好ましき解決ではない。この場合、そこには所有者の數を増加し、そして事實上農業經營を不可能ならしめる。蓋し、農業の經營は、常に、建物、家畜、農業屬具及び或る分量の土地を豫定する。そしてこれ等諸要素の價值と效用とはそれ等の結合からのみ生ずるものであつて、これ等の要素が分離するとき、その價值と效用とは全く消滅することになるのである。

若し建物が一人の相続人にのみ歸屬せしめられるとすれば、これ等の建物は縮小せられたる農耕に取り餘りに重要にすぎることになるであらうし、これに反して、他の相続人たちは、その受けたる相続分を基礎として新たなる建築を爲すがために資金の借入を餘儀なくされることになるであらう。また住宅とその附屬物との現物分割は、他の種々なる困難を生ぜしめる。この分割は、かくしてそれ／＼別々の利害を有する人々を相互に一種の混淆状態に於て生活せしむべく餘儀なくすることになり、そしてそれは様々な不便の原因を成し、紛議と反感との絶えざる淵源をなすものである。

土地の分割もまた同一の弊害を招來する。單一なる家族の必要に適應せる葡萄園、牧場及び耕地の分割は、分割によりて生じたる所有者たちを一個の相互依存の状態に置くことになり、農業機具の使用を不能ならしめ、圍障や、畦畔や、作道の數を無用に増加せしめることによりて、土地の一部を不毛に歸せしめる。かくのごとき諸事情と相待つて収入の補足を圖るべく餘儀なくされたるこれ等の小地主たちは外に彼等の勞働口を求めることになつて、勢ひ勞銀階級に陥ることを避ける譯に行かない。この混亂の危懼は餘りにしばしば兩親たちに一つの忌はしき豫戒を植附ける。長子に特遇を與へる譯に行かない兩親たちは子女の多きことを憂ひとなし、寧ろ唯一の相續人を有つことに満足しようとする。かようにして、相續財産の強制分割制度は出生率の上に一個の制限的作用を行ふことになるのである。

× × ×  
これ等批評が固より一部の眞理を含むものであるのは否定しがたいが、しかしそれは著しく誇大に失するの嫌ひを免かれない。

先づ第一に、出生率の問題に關するかぎりに於て、出生率低下の諸原因に關する鑑別が如何に困難なるかは何人も知るがごとくである。そこには凡てこの減少的傾向に競合的働きを爲す諸原因の一大多數が引用され得る。子女の結婚のために充分なる仕度を爲す習慣、生活の高價、奢侈及び快適を求むる欲望の増加、諸種の公職と自由職業とを通じてその諸條件の複雑化より來る就職の困難のために、必然的に結婚年

齡を後れしめる傾向、そして最後には移民の不充分等が即ちそれである。しかしながら、これ等諸種の原因が假令如何なる程度に於てその影響を有するものたるにもせよ、相續制度の及ぼす影響に至りては何れにしても現實的に恐らく二次的性質に止まるものとしか考へられない。これがためには、第一に、等しくフランス民法の制度を適用して居る若干の國、例へばベルギー乃至ライン沿岸諸州に於て、敢て出生率低下の現象を見ないこと、第二に、フランスに於ける出生率低下の傾向は民法の適用より遙かに以後の事態に屬することの二點を指摘するだけで充分であらう。久しき間、そして就中一八三〇年より一八四六年に至る期間中、フランスは他のヨーロッパ諸國のそれと殆ど同一の出生率を有つて居たのである。

同様に、小自作農の破壊に對する相續制度の影響に至りても著しく誇張されて居る。論者によりて民法の有害なる影響が主張されるとき、そこにはまさしく事實の眞相が忘却されて居る。第一、我が古代法に於ては、庶民階級の財産に對して平等分割の制度を存した。遺言の自由は、今日それが在るよりも、遙かにより廣汎なるものではなかつた。遺留分は、一般に遺産の二分の一に等しきものであつたが、しかし或る種の財産に對しては一つの極めて著しき制限を存した。かようにして、父は、事實上、單に自己の財産の五分の一を處分し得るに止まつた。大部分の慣習は法定相續人たる一卑族の利益のために事前に贈與を爲すことを許さなかつた。最後に、遺言の自由はしばしば代位制度によりて制肘されて居た。それ故に、一般的に觀て、この自由は、單に革命期に於てだけでなく、更に舊制度の下に於てそれが在つたよりも、

今日より僅か制限され且つより克く尊重されて居るものなることが承認されねばならないのである。

第二に、凡ての事實は、小農民の所有が決して消滅すべく餘儀なくされて居るものでないことを信せしめるに充分である。小農民の所有は現在、土地の約四分の一を代表し、且つ假令可なり緩漫であるにしても、尙ほそれは漸時に寧ろ發展の傾向を辿つて居るものであり、そして尠くとも、所有が分割される割合に應じて再構成されつゝあるものである。有産階級は漸時土地の所有を斷念する。彼等は漸時土地を一個の投資目的として考へることを止めて居る。それ故に、土地の所有は最早それが往時に現出せしめたような社會的影響を與へるものではない。各種有價證券の發達は土地の所有に對して一個の絶大なる競争的地位を創つた。有價證券の投資は土地投資に對して益々一個の直接的影響を與へて居る。かようにして大地主の所有はますます小地主の手中に分割される傾向を取つて居るのである。最後に、卑族親の間に於ける平等の原則が我々の正義觀念に適合せる唯一の解決として要求されるものであることは、疑問の餘地なきかに見える。相續財産の處分可能定額を増加することは、往々にして家督相續人の地位をより安固たらしめ得るであらうが、しかしながら、それは反面に於て他の子女の地位を極度に困難ならしめることになるであらう。例へば四〇、〇〇〇フランの一相續財産が五人の子女の間に分割されると假定して、若しも處分し得る定額が相續財産の二分の一に等しきものであるとすれば、その中の一人は二四、〇〇〇フランを譲られ得るのに反して、他の子女は何れも單にその六分の一にしか相當しない四、〇〇〇フランを有

ち得るに止まることになるであらう。就中家族の強力なる構成を要求するル・プレーの學派は、これによりて直ちに自活の途なきに至る家督相續人以外の凡ての子女の離散を餘儀なくするに至る結果を閉却する譯に行かないであらう。蓋し、家督を繼承する相續人はその兩親の家敷内に居住して彼等と共に生活するであらうが、しかし他の子女は果してどうなるものであらうか？、この場合、我が習俗の現状に於て、ゴッウェー氏がそれを言ふように〔註四〕、彼等に取りて一種の只奉公と殆ど強制的なる獨身生活を表現する一個の虚げられたる地位に於て長子と同居すべく彼等が同意するであらうことを信するのは、明らかに一個の錯覺に外ならない。彼等は單に遺産の僅少なる一部をしか譲られないで、而かもそれが金錢に於て彼等に與へられるとしたならば、最早そこに何物の力も彼等の郷土に彼等を執着せしむべき謂はれはない。彼等の興味は、彼等の將來を開拓すべく、勢ひ都會に向けられざるを得ない。そしてこの場合、一部のものは成功するであらうが、しかし大部分は結局絶えず増加しつゝある都會生活の落伍者として終るべき運命を免れないであらう。

〔註四〕、Gauwès, Cour d'économie politique, t. III, p. 471.

これ等の危険は尠くとも緩和され得ないものであるか？、然り、そこにはこの目的に於て、多數の處分が提案された、そしてその一部は種々の手段によりて父の權力を鞏固にすることを趣旨とするものであ

り、他の一部は一個の法律の干渉によりて、家の保存と家族の安定とを保證することを目的とするものである。家の安固を保存するために、論者は若干の法制から次ぎの三制度を籍り來らむとする、家産保全制 (Homestead)、農圃一子相續制 (Höferecht)、強制交換制 (Arroundierung) が即ちそれである。そして前者は北米合衆國に於て行はれたものであり、後の二者はドイツ諸國に於て認められたものである。家産免除法 (Homestead exemption law) の名の下に表示されて居るものは、家屋と或る面積の附屬地とを債權者の訴追から免かれしめ、且つその譲渡を所有權の制限を目的とする若干の條件に服せしめる効果を有つた諸般の立法處分である。フランスに於ては、一九〇九年七月十二日の法律は或る差押得ざる家産の設定を認めて居る。價格八、〇〇〇フランを超えざる凡ての不動産は家産 (bien de famille) として設定され得る。家産の設定は公正證書を以てする一つの遺言若しくは贈與によりて行はれる。そしてこの證書は治安判事の確認を受け、且つこの確認後一ヶ月内にこれを登記することを要する。この登記以前の債權者は異議の申立によりてその權利を保存し得る。これに反して、この登記以後の債權者は設定せられたる家産の元本は勿論、またその果實に對しても等しく差押を爲すことを得ない。所有權者は最早これに對して擔保權を設定することは出來ないが、しかし、それにも拘らず、尙ほ家産を譲渡し、若くば或る留保の下にその設定を拋棄する權利を保存する。

農圃一子相續制は農圃の包括的移轉を容易ならしめる一制度である。家産保全制と等しく、この制度は家産の保存に寄與するものであるが、しかしながら、この制度は設定者の生存中に關するものではなしに、その死後に於て初めて其效力を生ずるものである。ドイツの一部、就中ハンノーヴァーに於ては、農圃は単族親の間に分割されないで、單一相續人 (Anerbe) と呼ばれたる一個の特權附けられたる相續人に包括的に歸屬せしめられる。一部の立法はこの相續人を指定する權利を父に與へ、他の一部の立法は子女の協議によりてこれを選定せしめ、そして子女の間に協定成らざるときは、親族會をしてこれを指定せしめる。しかし、最大多數の法律はこの特權相續人として直接に長男を、そして男子なきときは長女を指定して居るのであるが、若干の法律に於ては反對に次男にこの特典が認められて居る。通常、農圃の一子相續制は父の意思表示を條件とするものである。そこには父がその分割を免がれしめむと欲する家産を、農圃臺帳 (Höferolle) と呼ばれたる一つの特別登記簿に登記せしめることによりて、その意思を公示することが必要とされる。ドイツ民法は、これ等の特別制度に關する立法を聯邦各邦の權限に留保する形の下に、農地相續法の中に引續きこれ等の制度を存続せしめたのである。最後に、強制交換制は所有地の過度の分割を防止することを目的とするものである。そしてその方法は、行政官廳の手を以て先づ一町村の凡ての土地を單一なる財團に集一し、これに次いで、所有權者の各自に、従前彼れに關したる隔在せる多數の分割地の總價格に相當する同質の一地積を配分することに存するのである。

これ等諸制度の詳細なる検討を試みるまでもなく、これ等の改革は、何れもその適用に困難を存するか、然らざればその効果の極めて疑はしきものであるかに考へられる。

家産保全制は或る時期に一部論者の間に熱心に研究せられ且つ支持されたものである。しかしながら、ポール・ビュロー氏 (Paul Bureau) の論文、エー・ルヴァツスール氏 (E. Levasseur) の報告及び通信〔註五〕並びに「社會經濟協會」に於て行はれたる二回の討議に関する記録〔註六〕は、この制度の熱心なる支持者たちが多くの錯覺に囚はれて居たものであることを明確に立證した。若しもそれが、我が一九〇九年の法律に於けるがように、所有者にそれを處分するの自由を剝奪することなしに、單に家産を差押へ得ざるものと宣言するに止まるとすれば、この改革は殆ど錯覺的であると斷ずるのほかはない。若しもそれが絶對的讓渡禁止にまで及ぶとするならば、そこには極めて重大なる種々の弊害を生ずることになり、そしてそれは夫の財産に擴張せられたる一種の嫁資制度を設定するものであつて、結局、論者がこれによりて保護せむとする者に却つて凡ての信用、凡ての獨創力、凡ての責任感情を奪ひ去ることになるであらう。

農圃一子相續制は、我が國に於て、かの長子相續權の復活に関する諸種の企てによりて常に挑發せられたる幾多の抗議を生せしめたであらう。この制度は、それが傳統と合致し、且つ輿論によりて受容せられたときにのみ可能なものであることは、明かに經驗の證明するところである。

〔註五〕 Academie des sciences morales t. XIII, 1894, 2e semestre p. 558.

〔註六〕 Réforme sociale, 1894, 2e semestre, p. 71 et 226.

最後に、強制交換制は、人民が保護政治の組織に慣らされて居り、そして團體的所有權の思想が諸種の重要な痕跡を残したるドイツに於て初めて可能たり得るものである。苟くも多少ともフランス農民に就きて知識を有するものは、かくのごとき制度が我が國に於て必ず幾多の反抗を誘發するであらうことを斷定するに敢て躊躇しないであらう。

我々はこゝに、家長の權力恢復を目的としたる多數の提案の研究に多くの時を費すことを差控へるであらう。こゝに一々それを列挙するまでもなく、要するに、それ等の提案は就中相續財産の處分可能定額の擴張——家族調節の自由——と相續除斥の復活とに存するものである。

我々は既に處分可能定額の擴張に関する問題を論議した。この場合そこに斷言され得ることは、假りにそれが可能であつたとしても、かくのごとき改革は恐らく無用たるべきことである。何故なれば、今日處分可能定額に関する制度は最早實際に於て行はれて居ないからである。今日、父は彼れに與へられたであらうところの權能を毫も行使することなきまでに、平等の思想は我が習俗の中に爾かく力強く浸透して居るのである。しかのみならず、この改革はまた不可能である。何故なれば、それは余りにも明白に一般感情に背馳するものだからである。平等主義に基いたデモクラシーの思想は、かくのごとき性質の處分に對

しては常に組織的に反抗することになるであらう。ラヴレー (Laveleye) がそれを言つたがように「註七」、デモクラシーと遺言制度との間には到底調和しがたき矛盾を存するのである。

【註七】 Le gouvernement dans la démocratie, t. I, liv. VI, ch. XII, ep. 307.

家族調節の自由といふ些か漠然たるこの名稱の下に、そこには、彼れの子女に當然歸属すべき一つの遺留分を存置すると共に、彼れの相続財産の適當なる處置を容易に實行するために必要なる凡ての處分を取るべく家父に與へられたる權能が理解されて居る。

民法が、贈與又は遺言によりて彼れの財産の分配を爲すことを父に可能ならしめる所謂「被相続人の配分」(partage d'ascendant) を認めたのは、まさしくこの目的に出づるものであつた。そこにはこの制度から多くが期待されて居た。即ちこの制度の運用の下に、人々は、多くの場合に於て、一つの相続財産の分割によりて招來される諸種の不便が回避されむことを希望したのであつた。然るに、この希望は余りにしばしば幻滅に歸したのである。

その子女たちのために丸裸になつた被相続人の晩年を保障する代りに、この配分は反對に、彼れを子女たちの忘恩に委せしめる。彼れの財産を配分したる後、彼れに留保されて、而かも彼れに拂はれない僅かの扶養料を哀願するのはかなきに至つたか、若しくは——更らにより悲惨なるものとして——共同生活の辛苦と屈辱とを忍ばねばならない老農夫の痛ましき地位、かくのごとき地位に置かれたる實例は極めてし

ばく報告された。そしてそれは不幸にして毫も例外的事態に屬するものではない。

これと同時に、また諸種の葛藤を防止するどころではなく、被相続人の配分は寧ろこれを生せしめることにのみ役立つものであるかに見える。我々はこれ等の紛議に關する裁判沙汰の件數によりて、またそれが判例集に於て常に占めて居る重要な地位によりて、爾かく斷定し得るのである。我々は、法律と判例との現状とに於て、この分配方法が決して事態の安固を保障するものでないことを認めない譯けにはゆかない。假令それが如何に誠實に爲されようとも、それは決して無効の凡ての危険から免がれるものではないのである。

我々の指摘する二つの弊害中、その第一のものは、その組織の如何に拘らず、常にこの制度自體に由來するものである。この點は論者の間に絶えず愁訴されて居る。そしてこの害悪は敢て法律の改正によりて救済され得るものではない。立法者は贈與取消の通常の原因、即ち忘恩と負擔の不履行とを被相続人の生前に爲される相続財産の分割の場合に適用することによりて、既に彼れの爲し得たる凡てのものを爲した。かようにしてそこに残されたる問題は凡て習俗の事業に屬するものである。

しかしながら、第二の弊害は我々に於て回避し得べき性質のものであつた。それにも拘らず、判例は全く反對に、寧ろこれを助成する役目を勤めたかに見える。この場合敢てその細目に入ることなしに、我々はたゞこれ等判例上の解決の二三を注意することに止めるであらう。

(1) 判例は、共同相続人の各分割分に、出來得るかぎり、同一性質若しくは同一價値の動産及び不動産、權利若しくは債權の同一分量を配分すべきものと規定せる民法第八二六條及び八三二條の遵守を要求し、然らざればこれを無効として居る。かようにして、彼れの兄弟姉妹に金錢を以て代償額を支拂ふべき負擔の下に父がその子の一人にその凡ての不動産を歸屬せしめる處分は、相続財産の分割に就き、無効の一原因を構成することになるのである〔註八〕。

〔註八〕、一八七八年二月二十五日の大審院判決を參照 (Dalloz, 1878. 1. 419)

(2) 判例は凡ての無効訴權とそれの時效との出發點を被相続人の死亡の日に定めることによりて、被相続人の生前に於て爲される相続財産の分割の不安固を延長せしめる。

(3) 遺留分侵害を理由とする相続財産分割の取消に關する場合に於て、判例の採用する解決に従へば、遺留分權利者の受けたる損害の評價は、贈與當時に於ける財産の價格に従ひてはなしに、被相続人の死亡の時期に於ける財産の價格に従ひて爲さるべきものである。かようにして、他の者のそれと嚴密に同額なる配分を受けたる共同相続人の或者の分割分に、その後或る偶然の原因によりて價格の低落を來したるときは、その者は有益に取消の訴を提起し得ることになるのである。

これ等凡ての不安定の原因は、結局のところ、法律そのもの、罪ではなく、そこに追行せられたる解釋の罪である。そしてこの點に於て判例の變化が到底期待されがたきものであるとするならば、かの熱心に

一つの立法上の改革を要求するル・ブレー學派の主張には、充分なる理由を存するかに見える。

そこには、更らに一步を進めて、クロード・ジャンネ (Claudio Jannet) がそれを提唱したかように、將來の相続財産に關する契約を無効とする制度を廢止し、そして遺留分權利者は、その欲するところに從ひて、その遺留分を現物又は金錢に於て配分せられ得るものと認めることが寧ろ適當とされないであらうか？。

クロード・ジャンネは言つた、將來の相続財産に關する契約は、女子の婚姻を容易にするためにも、或ひはまた移民を奨勵するためにも、等しく有益たり得るものであると。蓋し、『父の死亡』よりも二、三十年前に與へられたる或る金額は新たに世帯を立てる或る若者や、又は或る移住者に取りて、その實現が遠き將來に屬し且つ不確實なる諸般相続上の權利よりも、遙かにより大なる價値を有する』からである〔註九〕。贈與の形式に於ける相続財産の前渡がかくのごとき必要に一つの充分なる満足を與へるものなることを信ずるのは極めて尤もなことである。然るに、それにも拘らず、將來の相続拋棄に關する實際は極めて不良なる追想を残し、そしてこの實際は、その制度の回復が我々に於て毫も望まじきものと見えないまでに、爾かく忌はしき幾多の打算を助成したものであることを附記せねばならぬ。

〔註九〕、Claudio Jannet, Le socialisme d'État, p. 475.

遺留分は最早現物に於てはなしに、價格に於て要求せられ得るものとなすドイツ民法の確認せる原則

が我が法制に導入されるのを、我々は最早疑惧なしに見る譯に行かないであらう。或る子を一相続人としてとはなしに、若干の金錢を以て片附けられる一債權者として取扱ふのは、その子に一種の除斥を課するに等しきものではないか？、寧ろそこには、彼れに最も適當と思料される分け前をその子女の各自に配分する權利を父に承認するだけで足りるものではないか？、それ故に、立法者に取りて、問題は分割を禁止することではなしに、たゞこれを單純化することに存するであらう。この見地に於て、我々は安價なる住宅に關する一八九四年十一月三十日の法律によりて開始せられたるがごとき改革を多幸なるものと考へ力。蓋し、この法律は不分割を直接に妨げる權利が常に各相続人に認められるものとなす原則に止めを刺すものである。何故なれば、この法律は生殘配偶者若しくは共同相続人の一人に——假令彼等の間に無能者を存する場合であつても——評價に基きて家屋の配分を爲すことを可能ならしめたからである。

遺留分の制度に向けられる最大なる批難の一つは、その行狀の如何に拘らず、何れの日にかその父母の資産を受継ぐことの確實さを一子に與へることによりて、尊敬と報恩との凡ての義務から彼れを免がれしめることである。蓋し子は何等の制裁もなく、父母に對する彼れの凡ての義務を忘却し、最も淺間しき方に於て父母を利用し、最も恥づべき方法に於て父母の面目を毀け得る。即ち假令如何なる振舞を爲さうとも、尙ほ彼れは依然として彼等の相続人たることを失はないであらう。

この破廉恥を防止する唯一の手段は我が舊時の法律の認めたる相続除斥の若干の場合を復活することである。

ある。民法草案は、「浪費の顯著なる」子女に對して尠くとも一つの好意的處分 (dispositive offense) を許すことによりて、或る程度に於てこの制度を維持した。今日も尙ほ、遺留分制度の支持者の中に數へられる多數の著述家は或る理由ある相続除斥を許可する思想に反對して居るものではない。

そこには、尠くとも侮辱 (被相続人に對する) に關する場合を著しく増加することが望まじきことであらうと考へられる。即ち諸外國の法典に於て認められたる相続除斥の諸原因の中には、この侮辱に關する場合に變改され得るものが尠くないであらう〔註一〇〕。そしてそれは恐らく婚姻制度改革の條件であると共に、またその結果であるであらう。既に子女をして家族的諸影響から自由ならしめ、彼等の婚姻に父母の許可乃至承認が免除されるとするならば、その反面に於て、またこれ等の子女に何物をも讓與せざるべき父母の權利が認められるであらうのは、蓋し當然の歸結とされねばならないからである。

〔註一〇〕、スペイン民法第八五三條——ホルトガル民法第一八七六條——ドイツ民法二三三三條——スウイス民法第四七七條。

我々の結論は極めて控へ目に見え得るであらう。我々は過去に對して敢て愛惜を感じる何物をも有たない譯ではないが、しかし、それにも拘らずこの場合直ちに過去を復活せしめることが決して一般に希望され得るものとは信せられない。

家族はかの社會自體を變革したる平等及び自由の諸原則から極めて強大なる影響を受けた。そして遺言



自由の問題が我が國に於て常に一個の政治問題として考へられたのは、即ちこれがためである。かようにして、假令それ自體に於ては良好であつたにしても、尙ほ我々を再び舊時代の家族組織に誘導することを目的としたか、若しくはかくのごとき目的を有するかに見えたであらう多くの處分は、必ず一般の不信用を招き、且つ一つの抗拒すべからざる輿論の反對を挑發することになつたであらう。

### 第三章 家族に對する株式會社制度の影響

株式會社は十九世紀に於ける大工業の道具であつた。即ち危険の分配と制限とによりて、また公衆に對するその開放的性質によりて、この制度は多數資本の集中を可能ならしめた。この制度は、鐵道、運河、その他幾千人の勞働者を使用する諸工場の巨大企業に、諸般の組合が供給することの出来なかつた資源を供給した。株式騰貴の期待とこれを實現することの容易さによりて、この制度は投機心を喚び醒した。自由主義經濟學者たちに取りて、株式會社は産業組織の終局的形式とさへ見えたのであるが、しかしこの過度の株式會社の謳歌に對しては、漸時一個の反動を生ずることになつた。そこには、漸時、この種の社團に多くの缺陷の包藏されて居たことが認知された。疑ひもなく、株式會社は他の何れの社團形式よりも、

より克く時代の諸要求を充したものであつたには違ひないが、しかしそれにも拘らず、その實體が冷靜に反省されるべきとき、そこには、この制度が爾かく大なる勢力を有ち得たことに就きて、多くの不思議なきを得なかつたのである。

勞働者と資本家との間に——即ちジード氏に従へば〔註一〕、『一方に於て自から毫もその果實を收得することなき一つの企業のために勞働する人々と他方に於て其ために毫も勞働することなき一つの企業の果實を收得する人々』との間に、株式會社は如何なる近接關係を設定するのであるか？、嚴密に言へば、相互に他人同志であつて、何等の面識もなく、而かもしばしば彼等が關係せる企業の性質を熟知することすらなき株主たち自身の間にも、また等しく結合關係を存するものではない。

株式會社は決して異りたる諸利益の調和や融合を實現するものではないのであるから、そこには單に力の一大消耗が豫想されて居るばかりではなく、またこの制度には異常なる危険を免かれないのである。株式會社の犯したる濫用、その續出せしめたる破滅の實例は殆ど枚擧の遑ない。イエリソグは極言し得た〔註二〕、『假令株式會社の齎したる社會的諸利益が如何なるものであらうとも、その生せしめたる不幸は遙かにその興へたる恩惠以上に出づるものである。株式會社が私人財産に對して與へたる災害は、大火や、洪水や、飢饉や、地震や、戦争や乃至は敵國の占領が國民の富を破滅に導くべく、襲來したる場合に於けるそれよりも、より重大である』と。ポール・ルロア・ポーリユエー氏のこれ等の災厄に對する判斷も

また等しく峻烈である〔註三〕。即ち言ふ、『嘗て中世の最も遠き時代に於て、商人たちを掠奪し若しくは隨所に農村を荒し廻つたかの大強盗團や大剽盗團の占めて居た地位を今日代表するものは、即ち株式會社である。——固より凡てではないが、しかし株式會社の多くがまさしくそれであつて、而かもその掠奪はより多くの安全と、より多くの無制裁を、より多くの餘裕と、そしてその發起人とその重役たちとに對するより多くの収益とを以て行はれて居るのである。かやうにして、それは、まさしく掠奪の公認されたる方法的組織なのである』云。

〔註一〕 Voy. M. Gide l'avenir de la coopération, p. 9. — encore voir Appendice, p. 289.

〔註二〕 Voir Ihering, Evolution du droit, fraduction Mentenere, p. 152.

〔註三〕 M. Paul Leroy-Beaulieu, L'économiste français du 3 Juillet 1881.

株式會社は貯蓄と他人の事業に於ける投資とを容易にしたのに連れて、また同時に、株式會社は一大巨額の資本を浪費し、蕩盡したものであることが確證される。そこには、尙ほこれに關する一般的調査は見出されなかつたが、しかしながら、その具體的實例は無數に引用され得る。例へば、パナマ運河會社は公衆の貯蓄の中から約一四億フランの資本を徴收した。會社はこの總資本の殆ど半額を諸般の有益なる工事に費消した。そして株主たちは、結局、この事業が二億フランの代償を以てアメリカ政府によりて引繼がれるのを見ることを以て満足せざるを得なかつた。この場合、そこにはホンデユラスによりて契約せられ

たる一億五千九百万フランの一借款が差引かれた。その口實であつた諸工事に使用せられたる額は僅かに一千五百万フランに止り、而かも七千一百万フランの用途はこれを明かにすることが不可能であつた〔註四〕。

〔註四〕 Voy. B. Malou, Le socialisme intégral, t. II, p. 235, n. 1.

株式會社の制度は家旅に對して如何なる影響を有ち得たか？、この制度は有産階級の間一つの分化を創り出した。即ち一方に於て、廣告や、新聞紙や、金融機關の宣傳によりて勧誘せられたる、何等のイニシアチーブなき一つの受動的貯蓄の方法——若しその事業が良好なるときは利益の一小部分に均霑し、若しそれが不良なるときは投資の凡てを失ふべき——に依頼することを餘儀なくせられたる一個の分散せる無形態の大衆と、他方に於て、分散せる凡ての力を彼等の利益のために使用し、無監督の下にこれを管理し、株主たちの大多數を而かもまたしばしば技術的指揮をも彼等の下に隸屬せしめる企業家及び企業管理者たちの一小集團との對立を生せしめたのがそれである。そして社會主義者たちが一個の經濟的封建制度と呼ぶところの機構を支配するものは、即ちこの少數の證券發行者と、企業管理の諸利益を搾取する諸會社の理事者とである。諸會社取締役會の大部分に於て同一の氏名が発見されるのを認知するがためには單に或る「諸會社一覽」を繰りひろげるだけで充分である。單に既往に就きて語るだけにしても、かのブ

レール兄弟 (Parire) の一人は四十億の資本を代表する一九會社を管理し〔註五〕、また或る一族は五十會社をその手中に收めて居た。一八六三年に於て、僅か一八三人の一團は、その資本總額五〇億を超過せる或る數の銀行、運河、諸製造會社の運命を支配した。かやうにして、株式會社は家族の勢力を異常に助長した。一八三〇年の大ブルジョワジは就中これ等凡ての事業の發展によりて利得した。この大ブルジョワジは大多數の會社の幹部を供給した。その勢力はこの階級を助成したる制度の崩壊後まで生き残つて、今日尙ほ存続して居る。財的實権は尙ほその大部分に於て、少數の古い家族に屬し、諸會社の實権は彼等の手中に握られて居るのである。一族の近親者はそれ／＼一會社の取締役より他會社のそれに、而かもまた往々にして、取締役を監督する任務を有する監査役に轉じ、そしてその選任は事實上彼等自身によりて行はれて居るのである。然るに、このはやかな彼等の職務は、實際上、會社の生産能率や有益なる仕事とは殆ど關するところがない。彼等が事實上そこに爲すところのものは、單に諸種の報告を聴取し、企業に就きて何等充分なる知識と權威とを有することなしに、極めて不用意なる諸種の會議を召集するだけのことである。そこには、毎年一回若しくは二回、使用人たちの手に成りたるお定りの貸借對照表なり、考課狀なりが作成される。彼等の報酬を増加し、若しくは彼等の地歩を固めるために重役たちの利益に於て創定せられたる諸會社の間には、様々の關係が交錯して居る。そこには或る會社が他の會社によりて、或る製造工場が或る銀行によりて、或る電鐵會社が或る建築會社によりて經營されて居る事例

を見るのは罕れでない。或る取締役に於ては、しば／＼、一二の取締役が事實上他の凡ての取締役を代表して居る。この場合、彼等の勢力は絶對的であつて、彼等は自由にその好むところの者を選任し、若しくはその好まざるものを排斥するのである。若干の株式合資會社に於ける代表社員の任期は終身であつて、而かもその後繼者を指名する權利を與へられて居る。一つの製造工場は、恰かも一農園のように、その管理する工業部類には全然無知識たり得る或る親族若しくは婚族に讓渡されて居る。そこには、株主たちに取りては至つて詰らないものであつて、而かもそれを管理する重役たちに取りては極めて有利なる様々の仕事を見ることが罕れでない。そこには、毎年一回株主總會が召集される。この總會なるものは、相互に何等面識なき、そしてしば／＼極めて少數なる人々の一會合にすぎないのであつて、出席株主たちは、この場合、單に彼等に知らせて差支ない範圍に於ける或るお座なりの報告を聴かされるだけのことである。そして總會は議案の承認と重役たちに對する謝辭の可決とによりて終了する。株主たちは、若し配當金が彼等に與へられるならば、たゞ怡々としてそれを受けるのみであり、そして事業が不良に傾き、決算が無配當に終るときは、重役たちの説明する將來の期待と彼等の慰撫とを以て満足することである。假りにまた／＼或る抵抗の試みに會したにしても、言換へれば、不満を懷き若しくは敵意を狭む一部株主の側から、總會に於て重役の不信任を含む諸種の問題が提出され、それに對する明白なる説明を求められるやうなことがあつても、重役は巧みなる答辯を以てこれに應酬する。そしてそこにより重大なる危險が

豫想されるときは、取締役會は諸種の有效なる防禦手段を講ずることを忘れない。即ち、そこには定款上一個の制限的表決権しか與へられて居ない取締役所有の大量株式は彼等の傀儡たる假裝株主たちの間に分配せられ、且つ委任狀の蒐集、浮動株の買収等によりて、巧みに多數決のからくりが行はれるのである。そして事業が全然失敗に終りたるときは、清算が開始される、この場合その附き物は多額の費用と殆ど際限なく引き延ばされる手續とである。聰明なる株主たちは彼等に發せられる諸種の集會の召集に一々出席して、その貴重なる時を徒らに空費するの愚を避ける。かくて幾年かの後に僅かばかりの配當が行はれるのを最後として、結局、事件は有耶無耶の中に片附けられて了ふのである。固より破綻の當時、しばしば重役たちに對して株主側の激しき激昂が挑發され、かくて民事又は刑事の訴訟沙汰を見るときも罕れでない。しかしながら、この場合、彼等重役たちは既にこれに對する充分なる用意をなすのを忘れて居ない。彼等は彼等の財産を他に譲渡し、從來彼等に推定せられたる資産は何時の間にか消え去つて居る。かくして、清算人たちは一つの和解を懇願し、そして株主たちは結局これを承諾して泣寝入に終るの外はないのである。

かやうにして、ターレ氏の結論が是認される〔註六〕。曰く、『株式會社の考案者たちの眼前に展開される光景より看取される極めて顯著なる一事實は、總じて、株式會社なるものは、企業目論見書若しくは様々の樂觀的諸報告によりて幻惑され易い、そして彼等の資本によりて彼等の形成したる企業自體には毫も

事實上關與するの權なき株主たちを、恰かもその全權下に置かれたるかの勞役者の大衆に於けると等しく操縦し行く極めて少數の實業家若しくは資本家によりて没收されて居ることのそれである』と。

この缺陷は株式會社の性質自體に内在するものであるか？、たゞしはこれが匡救の可能を存するものであるか？。

〔註五〕 Voy. Georges Duchêne, La spéculation devant les tribunaux; B. Malon, Le socialisme entégeral, t. II, p. 234. — F. Delaisi, La démocratie et les financiers (Paris, 1910) — ドゥーレーシーは彼れによりて資本主義の參謀本部と名附けられるものゝ表を作成した、そしてこの表に掲げられたるものは、銀行、保險、運輸、冶金等殆ど凡ての大企業を管理する五十五名の實業家なのである(四三—五九頁)。

〔註六〕 Voy. M. Thaller, De la réforme de la loi des sociétés par actions (Revue Politique et parlementaire, 10 Janvier 1903, p. 91.), — cf Syndicats financiers d'émision (Annales de droit Commercial, 1911, p. 5, 34).

この問題は極めてしばしば研究され、討論された。この問題は幾多の重要なる提案、報告及び著作の對象を成した。一九〇二年に設置せられたる一院外委員會は極めて控へ目なる諸結論に到達した。しかるに、

この委員会の要求したる寧ろ臆病なるその諸改革ですらも尙ほ實現されなかつた。そこには、單に、一九〇七年に會計法中に挿入せられたる債券發行の公示に關する若干規定の削除を見るに止まつた。かやうにして、凡ての困難が存續する。對策如何？、政府によりて豫じめ定款の特許を受けることを株式會社設立の要件たらしめたる一八六七年に拋棄せられたる制度に再び復歸すべきか？、否これを考へることは不可能である。蓋し事業の適否乃至企業の成否如何の判斷を行政官廳に一任するのは、本來その任に非ざる一つの職務を行政廳に課するものである。行政廳の裁量は專斷に陥り且つ疑惑を招くの危険を免れない。事業の失敗に就きて自から責任を感じる行政廳は、勢ひ許可に對して過度に嚴正なる態度を取り、或る發明や或る新しき考案の價値を見損ふ傾向を免れないことになるであらうからである。——然らば、一つの單純なる認可制度を以て特許に代らしめることによりて、尠くとも舊制度を緩和することは出來ないのであるか？、この場合、一部論者に從へば行政廳、他の論者に從へば裁判所は凡ての設立の方式が遵守されて居るか否かを調べることになるであらう。しかしながら、かくのごとき提案には多くの反對を免れない。若し監督が嚴正であるならば、結局、それは或る婉曲なる方法によりて特許制度に復歸することになり、そして若しもそれが單に一定方式の遵守を確認するに止まるならば、認可は最早左したる實益なきことになるであらう。

原則として凡ての制限的制度に反對し、法規の制定を概して最惡のものと考へて居る自由學派の經濟學

者たちは専ら公示主義を推賞する。一定の新聞紙に定款の詳細なる公告を爲さしめること、毎年度の貸借對照表を公表せしめること等即ちそれである。固より公示主義には長所がないではない。この制度は就中證券發行に際して有益である。……しかしながら、この制度に我々は過度の信用を置く譯けには行かない。蓋し、この制度の下に必ずしも詐欺が防止されるものではないであらうし、また公表されたる諸般の資料が必ずしも眞面目なものとは限らぬであらうし、加之、公式發起人が必ずしも發起人ではなく、眞の發起人たちは往々にして彼れの背後に影武者として匿されて居るからである。

更らにそこに試みられ得るものは株主總會の權能を増加することであるが、しかしこの點に於ても尙ほ餘りに多くが期待される譯には行かない。進歩は或る立法的改革を條件とするものではない、諸種の欺罔はこれを防遏するに極めて困難である。重役たちの事業の管理を承認する任務を有する株主總會に株主として關與する權利が取締役に拒否されることになれば、この場合、大量の株式を所有する取締役たちは單に定款によりて定められたる最小限度の責任株數のみを自己の名義となすに止めて、他は無記名式となすか、若しくは彼等の傀儡たるべき緣故者の何者かの名義に變改する手段を忘れないであらう。

ターレ氏によれば、この場合、或る實際的價値を有し得る改革としては、たゞ特別検査人の制度を設置することのみである彼れは言ふ、『法律には常に一個の**かなめ**を存せねばならない。一八六七年の法律の**かなめ**は無名會社の解散であつたし、一八九三年の法律の**かなめ**は二年間持株の處分を禁止することであ

つた。新法のかなめは、我々の観るところに誤りないとするれば、まさしく獨立不羈の人々に託されたる検査 (expertise) の制度であらねばならぬ』云々〔註七〕。

〔註八〕 M. Thaller, Revue politique et parlementaire, loc. cit., p. 124.

類似の制度は既にイギリス及びドイツに存する。

ドイツに於ては、一八八四年の法律と一八九七年の商法とによりて、商業會議所の任命する組合組織の検査人制度が創設された。獨立にして且つ専門知識を有する權威者としてのこれ等検査人は株式會社の設立と運営とを監督することを以てその任務とするものである。會社が設立されるべき時、彼等は第一回報告に記載せられたる事實の精確か否かを確認し、若しそこに現物出資を存するときは、彼等はその評價の當否を審査する。そして會社の存続中、或る株主總會に際して、會社資本の十分の一を代表する一部株主の請求あるとき、彼等は會計の検査を爲すために指名され得るものである。

イギリスに於ては多數の會計士組合を存する。彼等の職務は強制的ではないが、しかしながら彼等は公衆の側から一大權威を認められて居るものである。諸會社や重要な商館は、或る爭議を解決し、或る會計状態を検査するために、しばしば彼等の關與を求めらる。

我が國に於てその設置を提案されて居るものは、また大體これと類似の一組合である。この組合は司法附屬吏 (officers ministériels) の新たなる一階級を構成することになるであらう。たゞ問題は、これ等

の附屬吏に如何なる權限が附與せられ、また何人によりて——國家、裁判所、商業會議所——彼等の權限が授與せらるべきかの點に存するのみである。

ターレ氏は會社が法律上確定的設立を見る際、株式が公市場に於ける賣買の目的物とされるとき、及び取締役より決算報告が提出される際、彼等の關與を特に有益とするであらうことを認める。

會社の設立に際しては、多くの欺罔や濫用が犯される。法律は資本全額の引受と尠くともその四分の一の拂込とを要求する。發起人は一公證人の許に出頭し、且つこれ等の條件の充されたることの届出を爲すことを要する。しかしながら、そこにはこの届出の正確なることを立證すべき何物をも存せない。現物出資と特殊利益とは第一總會によりて任命せられたる委員によりて審査される。もし彼等の報告の提出ありたる後、出資の承認を求めるために第二の總會が召集される。しかしながらこれ等の用意は全然不充分である。事實上發起人側と聯絡を存する審査委員たちは過度の評價と不正當なる利益とに喜んで承認を與へる。かやうにして、その發展を、而かもまた往々にしてその存立をすら不可能ならしむべき過度の負擔を初めから負はされたる諸會社が創立されることになるのである。

検査人の關與はこれ等の濫用を豫防し、株主たちを啓發し、諸種の表示の正確さを検査し、眞面目なる評價を爲し、新會社の將來に存する諸般の利害得失を誠實に判断することを可能ならしめるであらう。

往時、會社の設立は最もしばしば公衆の出資を前提とし、株式は専ら公募に附せられた、然るに、今日、

發起人たちは極めて少数のものを以て事業を創始する一つの顯著なる傾向を有する。彼等は先づ彼等の間に株式を抱き込みたる上にて、やがて多少ともプレミアムを附してこれを公衆に賣り附けるのが常である。この場合にもまた奸策は自由に行はれ得た。そしてそれ自體に於て良好なる一つの事業も、かくの如き條件の下にこれに参加するものにさりとてはしばしば不良なるものとなり得るのである。この場合、検査人の手によりて眞實が闡明せられ、事物が適當に處理せられ、創業の決算が検査せられ、その報告が公示され得るのは確かに望ましきことゝされるであらう。

最後に、各年度毎に、取締役は總會を召集し且つその管理にかゝる營業の報告を爲すことを要する。この場合、總會に於て爲さるべき議決は凡て財産目録と貸借對照表との結果によりて決定されることになるのであるが、しかしこの財産目録は虚構され得るし、貸借對照表は常に曖昧なだけでなく、また往々にして虚偽であつて、原料、商品、有價證券の價格は過大に評價され得るのである。それ故に、この場合、株主たちの唯一の保障はたゞ前年度に選任せられたる會計監督委員たちの行ふべき監督にのみ存する。しかしながらこの選任は取締役會の提案に基きて爲されるのであるから、これ等の委員たちはしばしば取締役會の傀儡にすぎないものであつて、毫も彼等がそれを必要とするであらうところの權威と獨立とを有するものではない。この場合に於てもまた眞に眞面目なる審査は検査人の手に待つの外はないであらう。それ故に、この検査人制度の實現は確かに望ましきことゝされねばならない。固より、これがために法

律家又は實務家の新たなる一階級を創設し、そしてその經營が既に爾かく高價なる諸會社に、更らに彼等の報酬を支拂ふべき新たな負擔を課するのは多少苛酷の感がないではないが、しかしそれにも拘らず、この制度の一般的適用は極めて肝要なことである。シュモラー (Schmoller) の考察に従へば、株式會社に認められる濫用の中には、決して寛容すべからざる經濟的不正の一形式を存する。これ等の濫用の一部分は、疑ひもなく、制度自體に、この種諸會社の性質自體に内在するものである。そこには、この種會社に代り得る制度が創造せられ、そしてかくの如き會社の存在を必要とせざる時期の到來するまで、尠くとも株式會社制度の適當なる匡正の必要を存する。

#### 第四章 家族に對する工業勞働制度の影響

現代の工業組織を特質附けるものは、機械動力による大工場内に勞働者を集團化せしめることである。これ等の工場内に於て、勞働者は機械の看守となり、助手となつた。彼等には體力よりも更らに注意力乃至神經力のより大なる使用が要求される。この關係からして、そこには婦人及び小供の勞働が利用され得た。そして彼等の役目は彼等がより僅少なる勞銀を以て満足し得たものであるだけに（彼等の勞銀は専ら家計の足し前として役立つがために）、ますますより重要なものとなつた。固より、我々は、婦人及び

小供の労働が全く新たな一事實であると言はんとするものではない。蓋し、ロシエー及びル・ブレーによりて蒐集せられたる多数の事例は、『婦人及び小供に課せられたる労働の過度は遙かに機械工業以前の現象に属した』ことを證明して居る〔註一〕。

〔註一〕、Voy. P. Leroy-Beaulieu, *Traité d'économie Politique*, t. I, p. 431.  
しかしながら、この使用は大工業制度の發達に至るまでは、常に一個の例外的性質を有するに止まつた。

工業及び職業に關する近時の諸統計の示すところによれば、労働者及び事務員の全體に對する既婚者の割合は男子に於て四二・六パーセント、女子に於て三八・八パーセントである。

經驗は間もなく、立法者がかくの如き状態に決して無關心に止まり得るものでなかつたことを證明するに至つた。婦人及び小供は、餘りにしばしば、彼等の生命又は彼等の健康を危険ならしめたるその服する過度の、早熟の、若しくは餘りに長時間の労働の犠牲となつた。そこには、一八八九年十二月十六日の法律制定に至るまで自由放任の制度が存続したる我が隣國ベルギーに於て、これ等の濫用の悲しむべき無數の實證が蒐集された。そしてこの法律は、まさしく、これ等の濫用を明らかにしたる公式調査の結果として可決されたものであつた。

この調査中には、煙草工場に於て使用されたる五歳若しくは六歳の小供たちや、一日十二、十三、又は

十四時間の労働に服する幾分年長なる他の小供たちが引證されて居る。一調査員は報告する、彼等は『十歳以上から十五時間乃至十八時間労働しつゝある少年たち』を見た、そして彼等は附記する、『綿屑の息苦しき埃の中に於ける一日十五時間から十八時間の労働が果してどれだけの死人を出して居るであらう』と〔註二〕

〔註二〕、Enquête, t. II, sect. reg. D. n° 2337, 2339. Cité par Raoul Jay, *Le travail des enfants et des femmes dans l'industrie, et protection légale du travail*, 1910, p. 31.

『白耳義硝子工業協會長の任にあるシャルロアの一硝子工業主は、彼れの工業に於て、十四歳の、また往々にして未だこの年齢にすら達せざる徒弟が連續二十四時間の労働に服して居ることを認めて居る。或る製糸工場の支配人たる他の一工業家は、彼等が一つの長時間の労働中立つて居なければならぬために、少年たちの足は往々にして畸形となるの事實を明言して居る。………』〔註三〕。

〔註三〕、Extrait de l'enquête, citée par Ravul Jay, *Lois nouvelles*, 1889, t. I, p. 450.

同一の濫用と同一の過勞とはまた女工の労働に於て確認された。一八四四年、下院に於てアシユレー卿は説明した、四一八、五九〇人の職工に對して、女工の數は二四二、〇〇〇人を算し、而かもその半數は十八歳未満である。束速にその労働力を消耗せられたる彼等は、三十五歳にして既に役に立たなくなる。既婚の女工たちは彼等の妊娠期の最後の時間まで工場に於て労働し、そして分娩を待ちて直ちに復業する。



その幼児たちは、彼等自身の子女を育てたことのない、そして子女たちに必要な注意や手當の何物をも知らない老いたる叔母や祖母に託せられる。子供が泣き出せば、彼等は鴉片を以てこれを泣きやませる。人工哺乳に於ける衛生上の注意の欠缺は一つの顯著なる死亡率の原因を爲して居ると〔註四〕。

〔註四〕、イギリスに於て爲されたる調査に關しては、ジャック・デュマ氏の『英國議會に於ける労働法』

(Jacques Dumas, Les lois ouvrières devant le Parlement anglais, Revue d'économie politique, 1896) を題

する極めて博引なる論文を参照。デュマ氏はこの調査に少年たちの若干の供述を附して居る。

假りにその中から一例を引用しよう。『エリザベス・ベントレー……私は六歳から労働を初めた。

私の仕事場では、忙しい時には、凡て朝の五時から晩の九時まで働くことになつて居た。平時の労働時間は朝の六時から晩の七時までであつた。中食には四十分の休憩時間が與へられたが朝食とおやつには仕事を休む譯に行かなかつた……そして仕事の忙しいときには食事をすることさへ出来なかつた。……』(前掲論文別刷三二頁)。

これ等の條件の下に妻及び子女の労働が労働者の家族生活を破壊するに至ることは明白である。そこに、家庭若しくは共同生活は最早存在しない。家族の一部がその仕事を終へて帰宅するとき、他の一部は工場に出かける。妻や母は最早家内に於ける如何なる助けでもあり得ない。彼等は食事の仕度を爲すことも、

洗濯や針仕事をすることも、また子女の面倒を見ることも出来ない。

労働の或る漸進的取締の必要を生せしめるものは、即ちこの濫用の光景である。諸般の改革は漸時に、局部的に、而かも困難に實現された、そしてしばしば有効ならざるか若しくは不充分なるこれ等の改革は多数の新規播直しを必要ならしめた。

立法者は労働を許可される年齢、労働の性質及び労働時間に關して或る條件を課するために干涉する。これ等の條件は當事者に對して強制的である。従つてそれは明らかに契約自由の原則に牴觸するものである。それにも拘らず、全世界は、今日、少年のためにこの干涉の合法性を承認して居る。しかしながら、それが婦人労働の法律的制限に關するときは、そこには既に意見の對立を生じて居る。そして最も多くの異論と困難とを生せしめるものが成年者の労働制限に存することは固より言ふまでもない。労働立法の名稱を與へられたるこの立法の發達と重要性とを示すものは、少年が工場労働に使用されることを許さるゝ年齢の決定を目的としたる種々の制限の比較研究である。最も古き法律、即ち一八四一年のそれは臆病にもこの最低年齢を八歳と定めた。この限定は今日極めて慘じ目なものに見えるであらう。一八六八年、ジュール・シモンが彼れの著述『八歳の労働者』(Jules Simon, l'Ouvrier de huit ans) を公刊したるとき、この題號は既に輿論の同情を喚起するに充分であつた。

工業労働に十二歳未満の少年の使用を禁止することによりて、一八七四年の法律は一大進歩を實現した。

この最低年齢は往々にして十歳まで引下げられたが、しかしそれは或る種類の工業にのみ限られ、そしてその労働時間は一つの休憩によりて中斷せられたる六時間以内に制限された。一八九二年の法律は同一の方向に於て更らに一步を進めた。

この法律は、その第二條に於て、少年は十三歳に達する以前、工業主に於てこれを雇入れ若しくは工場に於て使用することを得ざるものと宣言する。固よりこれ等凡ての限定に於て或る專斷を存するのは明白である。しかしながら、そこには、この限定が凡て少年労働に關する法律の諸規定を義務教育に關する法律の諸規定を調和せしめるがために採擇されたものであることが認知される。少年は、彼れがその年齢上學制法によりて課せられたる凡ての義務から解放せられたるときにのみ工場労働に就くことを得る。しかしながら、この原則には二種の例外が認められる。若し初等教育と職業教育とが同一建築内に於て與へられる場合には、十三歳以下の少年であつても、尙ほその労働時間三時間を超へざることを條件として手工労働に就くことを得る。尙ほ十一歳以上の少年にして卒業試験に合格したものが退學を許可され得ることは何人も知るがごとくである。一八九二年の法律の討議中、一下院議員ローロ氏は、卒業證書を授與せられたる十二歳以上の少年に工場労働を許可すべき修正案を提出した。この修正案は、早熟なる労働と過勞とを理由とする反對を招いたにも拘らず、結局採擇されることになつた〔註五〕。

〔註五〕、一八九二年十一月二日の法律第二條第二項。

結局これ等の除外例——その最後のものは尠くとも我々には悲しむべきものと見えるところの——を認めたる一八九二年の法律の編纂者たちは、年齢の制限より來るしばし不充分なる保障を一個の豫防處分によりて強めようとした。蓋しそこには、十三歳以上の少年であつても、尙ほその發育の不良なるもの、又は工場労働を危険とすることがとき健康状態に在るものを存し得る。これ等の場合に於ける濫用を防止するために、法律は、一つの公共役務を託せられたる醫師によりて特に交付せられたる肉體的能力に關する證明書を携帶する者を除くの外、十三歳以下の少年は如何なる場合に於ても工場労働に就くことを得ざるものと定めたる外、更らに、労働監督官は、既に或る工業労働施設に於て使用せられつつある十六歳以下の凡ての少年に就き、何時にても一つの醫術検査を請求し得るものとした。そしてこれ等の監督官は、醫師の意見に基きて、工場より少年の送還を請求する權利を附與された。

少年が使用され得る労働の性質に就きては、取り立てて、記すべきほどのものを存せない。現時の立法は彼等に對して二種の禁制を認めて居る。第一に、上記法律に従ひて制定せられたる一命令は、未成年者と女工とに適用され得ない危険なる労働の若干を列擧する。その外、法律は、一般的に、彼等に對して夜間労働を禁止して居る〔註六〕。

〔註六〕、夜間労働の禁止は、女工に對しては年齢の制限なく適用されるか、男工に對するその適用は十八歳以下のものに制限される。午後九時より午前五時までの間に行はれる労働は凡て夜間労働と看

做される。法律は夜間労働に關して、若干の工業部類に可なり寛大なる例外を認めた（一八九三年七月十五日の命令を参照）。最も忌はしきこれ等の例外の一つは所謂夜業のそれであつた、即ちこの制度の下に、或る季節をかぎり、六十日以内の一期間中、午後十一時までの追加労働時間が許可されて居たが、しかしながら、しばしばその濫用を指摘せられたるこの夜業の慣行は一九一〇年二月十七日の一命令によりて廢止された。夜業は最早葬具の製造に於てのみ存續するに止まる。

第二の制限は少年の使用され得る労働時間に關するものである。一八九二年の法律は極めて錯雜なる一制度を採用した。一日二十四時間に對する現實労働時間の最大限は、十六歳以下の少年に對して十時間、十六歳以上十八歳以下の少年に對して十一時間。但し後の場合に於ても一週合計六十時間を超ゆることを得ざるものとされた。最後に、十八歳以上二十一歳以下の未成年女工と凡ての年齢の既婚女工に對する最大限は十一時間であつた。

しかしながら、この制度は實踐上便利でなかつた。そこには直ちに適用上の種々の困難を生じた。この法律規定の錯雜は、一面に於て良心ある工業家たちを極端に困惑せしめると同時に、また他面に於て、他の狡猾なる工業家たちには、監督官の監督を極めて容易に免かれ得る抜道を與へることになつた。多くの工場に於ては、幼年者のために定められたる時間の制限を無視して、労働時間を劃一的に十一時間と確定した。一時これを默認して居た政府は一九〇〇年三月三十日の法律によりて労働條件を簡單にし、十八歳

以下の未成年者及び既婚女工の労働時間を十一時に制限し、更らに漸時一九〇二年には十時間に低減した。同一の制限は同一の場所に於て既婚の女工及び未成年者と共に労働に従事する男工にも適用され得るものである。

法律に單に労働時間を制限するのみではない。更らにこれを特定する。即ち、(1)、この労働は、その全體に於て一時間を下らざる一回又は數回の休憩によりてこれを中斷することを要し、且つ繼續的火力を使用する礦山及び製造工場を除くの外、この休憩は保護せられたる凡ての労働者に同時に與へられることを要し、(2)、同一仕事場に於て共同に労働する凡ての労働者に對して、始業、終業及び休憩時は同時に行はれることを要するものとされる。

一八四一年の法律は専ら大工業を目的としたものであつて、小仕事場は凡ての監督から除外されて居た。これに反して、一八七四年の法律は遙かにより一般的性質を有するものであつて、この法律は、原則として、或る工業労働に少年を使用する凡ての工場に適用された。しかしそれにも拘らず、一部の施設には除外例が認められた。家内仕事場、専ら慈善的性質を有する労働場、若しくは職業教育所、國立施設が即ちそれであつた。一八九二年の法律はこれ等の除外例の二つを廢止したが、しかし家内仕事場に對するそれは、或る程度に於てこれを存續せしめた。ここに家内仕事場と呼ばれるものは、父、母又は後見人の權力の下に立つ家族のみを使用する仕事場である。然るに、かくのごとき仕事場に於ても決して濫用の危険を

存せない譯ではなかつた。

ここに於て、法律は、若し或る家内仕事場に於て、労働が汽鐘又は機械動力の助けを以て行はれる場合、若しくはそこに行はれる工業が危険又は不衛生なる工業部類に属する場合には、労働監督官に於て或る保安又は保健處分を命じ得るものと爲すことによりて、この除外例の範圍を制限した。

一八七四年の法律は専ら工業労働に使用される少年をのみ目的とするものであつて、商業労働と農業労働とはこの法律の下に何等の制限を受けるものではなかつた。一八九二年の法律もまたこの點に於て何等より廣き適用範圍を有するものではない。實は、農業労働の問題は、この場合、殊更除外されたものである。蓋しワデントン氏の報告に徴して明かなるかように、この種の労働は、保健の點に於て、弊害よりも寧ろより多くの利益を伴ふといふ理由の下に、この問題は簡單に片附けられたのであつた。固より、この種の労働が工業労働に於けるがごとき危険を伴ふものでないことは明白である。しかしそれにも拘らず、この種の労働がまた多數の濫用を生せしめ得た事實を承認しない譯には行かない。彼れの父母によりて、或ひはまた彼れの奉公する主家の人々によりて、農耕に従事する少年はしばしば長時間の労働又は彼れの體力以上の労働に使用されて居るのは事實である。しかしながら、凡ての労働者が共同作業に従事する仕事場に於て一の有效なる監督を行ふことが既に困難であるとすれば、爾かく散在的であり、また爾かく多様な農業労働とこの監督とを調和せしめることが如何にして考へられ得るか？、如之、そこにはか

くのごとき監督によりて當然惹起さるべき反抗を考慮しない譯に行かなかつたであらう。蓋し、十三歳に至るまでの義務教育制が既にこの反抗に遭遇した。それ故に、若しこの義務教育に關する法律の適用が勵行され得たとするならば、差し當り、我々は先づこれを以て満足するの外はないであらう。

要するに、現行制度は既婚婦と少年との保護を主とするものであつて、——而かも尙ほ不完全なる程度に於て——成年者に對する保護は寧ろ例外的性質を有するものである。

そこには尙ほ爲すべき改革の多くが残されて居る。そしてそこに試みられたる諸改革の多くは不完全であるか若しくは效果に於て不充分なるものである。——(1)、法律上の保護は商業使用人に對して完全に與へられて居ない。週休に關する一九〇六年七月十三日の法律は商業労働の統制に關する基本的處分の一つである。(2)、若干の外國法律はその産褥前後の或る期間、女工の労働を禁止する。一九〇九年十一月二十七日のフランス法は、産褥前後の時期に於ける連續八週間の労働中止は、雇主に於てこれを雇傭契約解除の一原因となすことを得ず、これに反するときには雇主に於てその解除に就き損害賠償の責に任すべきものと規定するに止まる。(3)、週休の原則は今日凡ての被傭者に對して認められて居る。法律は、最初、既婚の婦と十八歳未満の少年とに對してこの原則を適用し、そして單に、工業經營者はこれ等被保護者を一週六日以上使用すべからざるものと宣言するに止め、且つ休業日の決定はこれを當事者間の協定に一任した。

しかしながら、法律のこの規定は改革の根本的意義を誤認するものであつた。實際、日曜日労働の禁止は單に保健及び人道上の一處分ではない。この禁止は、工業労働によりて解體せられたる家族に向つて、毎週互に再會し、集合するの機會を與へる手段なのである。この家族の成員たちをして異りたる日に彼等の休日を取るの止むなきに至らしめるのは、彼等にこの會合の機會を奪ひ、凡ての彼等の娛樂を外に求めべく彼等を誘引することである。公私の工業又は商業を營む場所に於て使用せらるる同一の事務員又は労働者を毎週六日以上従業せしめることを禁止するこの週休の原則を改新し且つ一般化したる一九〇六年の法律は、原則として、休養は同時に且つ日曜日に與へらるべきものと定めた。しかしながら、この原則には極めて多數の除外例が認められ、そしてこの除外例はこの原則適用の意義を著しく滅殺した。若し、被備者たるの労働時間を制限する代りに、單純に日曜日の商店閉鎖が命せられたならば、その効果は恐らく異りたるものを存したであらうと考へられ得る。

婦人の内職はこれを助成すべく望まじきこととされるか？、蓋しそれは確かに面倒な一問題である。一見、家内労働は凡ての最良なるものであり、労働者に最も多くの獨創性と最も大なる獨立とを許すものであり、彼れの生活の品位を最も克く擁護するものであるかに見える。蓋し、この場合、婦人は家に止まりて、その本質的使命に専念し、併せて家族の資源を増加すべく寄與することになるからである。然るに、事實に於て、家内労働は極めてしばしば反對に、凡ての最悪なるものであり、最不健全のものである。こ

の場合、労働者の生活は、狹隘にして、通風悪しく、而かも最もしばしば火氣なき一室に於て行はれ、かくして作業に伴ふ塵埃と屑片とは更らにその室内の空氣を不潔ならしめる。またこの労働様式はその労働生産品を買入れる者に對しても等しく危険である。例へばデフテリア、結核病のごとき各種の傳染病はこの不良なる環境内に於て製作せられたる物品を購買するものに移され得る。最後に、それは最も割の悪い仕事である。一八九五年のイギリスの調査によれば、鉛一ダスの製作に對して三五サンチーム、肌着一枚に對して五〇サンチーム、墓口二十五個に對して七五サンチームの最低賃金が確認された。朝の八時より夜の十一時に至る間斷なき労働に對して労働者の收得する賃金は一週間當り最高七、五フラン乃至九フランに過ぎない。ドイツに於ては、内職婦人の所得は一日十五時間から十八時間休なく働いて八フランであり、家内機業に於ける一家族全體の賃金は一週十フランである。イタリアに於ては、麥稈編を内職とする者の賃金は十二時間乃至十六時間の労働に對して一日二十乃至二十五サンチームである。……コテル氏は言ふ、『私の研究した四八種の職業の平均労働銀は二八九、七九フランであることが正確に確認された』と。かようにしてまた、極めて罕れなる例外を除くの外、一般的に、家内労働婦人はその生活資料を獲得し得るものでないのである。

かくの如き濫用に對しては如何なる救済策を存すべきか？、諸般の婦人問題の研究に興味を有する人々の意見は、この點に關して依然不確定であり、また極めてまち／＼である。

その凡ての弊害にも拘らず、家内労働の禁止を考へる譯に行かないといふことは、殆ど一致の見解であるかに見える。家内労働は一つの絶望的地位の最後の資源であつて、最も不幸なる人々に僅かの糧を與へ、彼等を生きしめるといふよりも寧ろ彼等の餓死を防止するものである。

婦人事業及び婦人制度に關する國際會議はこれに對する國際の保護を當てにし得るものと信じて居ない。國際會議はかくの如き案を不可能乃至實行不能のものと判断して居る。蓋し、如何にして家内に於ける労働を防止し、凡ての家庭に侵入し、以て一つの有益なる監督を行ひ得べきか？、就中肝要なることは、家内労働を一つの劣等なる犠牲多き労働たらしめる諸原因の防遏に専ら努力することである。手業によりて機械と競争することはこれを斷念しなければならぬ。例へば機械を以てより迅速に、より精巧に、且つより安價に製造せらるべき靴下や編物の類を手業に於て製作するがごとく、家内工業を一個の時勢後れの工業状態に結合せしめることはこれを避けねばならない。そこには一方に於て電力の供給によりて労働者の家庭に機械の導入を助成し、他方に於て家内労働としては、成るべく特別な趣味、知力、乃至技術を要求する仕事、即ち共同作業の下にこれを爲すことによりてしばしば何物をも利益するところなきがごとき種類の仕事を選擇せしめることが必要である。また下請仕事を取らないがために、仲立人の排斥、授産場、孤兒院等の間に於ける協定、家内労働者側の聯合等によりて、所謂、鞘取制度 (Sweating System) の防遏に努めることが肝要である。

多くの他の論者たちは、上に提案せられたるがごとき手段は凡て錯覺的なるか、然らざれば尠くとも不十分なるものと信ずるに傾いて居る。國家は實際に於て我々がそれを想像するよりも遙かに無力である。かようにして、労働者の法律上の保護に關する國際會議は次ぎの各種處分を無効なものでないと考へて居る。——(1)、少年の家内労働の保護、(2)、新徒弟の使用禁止によりて不引合なる諸工業(手編、手織等)を廢止すること、(3)、家内工業に對する監督の企て〔註七〕。労働監督官の多くは、就中その労働が一つの機械若くは一つの動力の使用に適する場合、この監督を可能と信じて居る。

〔註七〕、從來實現不能と考へられて居たかの家内労働に對して一つの最低賃銀を確定せむとする考へは、尠くともその適用を試むべき一つの必要なる改革として漸次考へられるようになった。この問題を對象としたる各種の調査、討論及び研究は諸種の反對を緩和し且つ一部の偏見を霧散せしめた。一九一一年十一月七日附を以て政府の提出したる一法律案は、労働協議會に諸種の家内工業に對する一つの最低賃銀の設定を委嘱した。確定的に採擇せられたるこの法律案は、被服工業に於ける家内労働者の賃銀に關する一九一五年七月十日の法律となつた。

そこに専ら努力の必要を存するものは、これ等凡ての活動手段を實行することである。これ等の手段は實際上その間に矛盾する何物をも存せない、何れも同時に使用され得るものである。假りにそれが害惡を一掃することに於て成功しなかつたとしても、しかしこれ等の手段は尠くともそれを緩和し得るものたる

ことは確實である。

## 第五章 婚姻の諸形式

家族の條件と状態とに於て生じたる諸般の變化は、婚姻の諸形式に關する立法に、時代後れの、而かも極めて憂ふべき一性質を與へた。この立法は安定的な、定着的な、そして家族的影響の顯著なる一社會のために作られたものであつた。民法は、能力、父母の承諾、公示等多數の條件を課して居る。新郎新婦はそこにこれ等の條件の具備せることを證明するために作成せられたる凡ての書類を身分吏に提出することを要求されて居る。婚約者の年齢と性とは彼等の出生證書によりて證明される。婚姻に立會せざる尊屬親の承諾は公成證書、若しくは一身分吏の受理したる證書によりて與へられる。若し彼等が死亡せるときは、その死亡の事實は一身分證書によりて證明される。若し多數の公示を爲すことが必要とされたとするならば、そこには、これ等の公示が爲されたこと、そしてこれに對して故障の申出又は既に爲されたる公示の取消を存せざりしことを立證する一證明書を身分吏に提出することが必要とされる。これ等の方式によりて必要とされる煩雜な若しくは出費多き凡ての手續に、當事者に於て調成する義務を負はされる凡ての書類に想到するとき、またこの面倒に加ふるに、更らに當事者たちの無知若しくは彼等の倚賴すべき或る吏員たちの

の不親切より生ずる支障を考慮するとき、そして最後に、法律婚に向つて必要な諸般の書類と方式とが尙ほ宗教婚に向つて充分たり得ないであらうことを知るとき、貧乏人の階級に取りて婚姻は一個の奢侈であるといふかのしばしば高唱されたる言葉の中に存する凡ての眞實が理解されるであらう。かやうにして大都會に於ける自由結合の増加が説明される。主として勞働者社會に於て、多くの人々は煩雜なる方式の前に逡巡する。この場合、當事者たちは何れも後に至りて正式の手續を履みて法律上の地位に改める意思の下に、當面の便宜上先づ暫定的に共同生活を合意する。然るに年は知らぬ間に經過する、そしてその暫定的地位は依然として同一に止まる。やがて夫婦間に争ひを生ずるとき、夫の身持に變化を來すとき、若しくは子女の負擔が過重に感せられるに至るとき、彼等は彼等が法律上如何なる義務にも拘束されて居ないことに氣附いて來る。かくして彼等はまた何等の拘束をも感ずることなしに、互に子女の養育から免れやうとする。

一個の法律過重主義から生ずるこれ等の悲しむべき結果はしばしば指摘された。そこには、或る程度に於てこの弊害の匡正を試みることを目的とする多數の助成會が設置された。これ等助成會の會員たちは利害關係人に代りて必要な凡ての手續を爲すべく申出でる。彼等は何時にも利害關係人の求めに應じて必要な事務を代辨し、内縁關係に於て生活しつゝある人々の許に赴きて、この不正規の地位が彼等自身と彼等の子女とに取りて如何なる危険を伴ふかを注意し、彼等の結合を合法化するために必要な凡ての

書類を調成し且つ凡ての費用を代辨すべき申出を爲す。かやうにして、この場合、當事者たちは、最早一定の日に身分吏の前に出頭するだけで足りることになる譯である。しかしながら、これ等助成會の活動は極めて制限されたものでしか在り得ない。それ故に、そこには、法律上の諸改革が既にしばしば且つ久しき以來要求されたのである。

一八五〇年十二月十日の一法律は次ぎの諸規定を制定することによりて、最初の一改善を實現した。

(1)、貧困者の婚姻、私生子の準嫡及び養育院に委託せられたる子の引取に必要な書類は、當事者が婚姻の意思を表示したる市町村の身分吏に於てこれを請求し且つ取纏むべきものとする。これ等必要な書類は凡て印紙税を免除される。裁判若しくは司法手續は、檢察官の請求により、職權を以て行はれ且つその費用を免除される。

(2)、關係當事者が十フラン以下の納税を爲すものたることを證明する納税者名簿の一抄本とこれに附せられたる治安判事の査證とに基き、警察官により又は警察官を存せざる市町村に在りては市町村長によりその者に交付せられたる貧困證明書を呈示する凡ての者は、法律の特典を認められたる貧困者と看做される。

經驗は、これ等の凡ての處分が不充分であつたことを實證した、何故なれば、そこに匡救されんとした

害悪は緩和される代りに、むしろ加重されたからである。それ故に、世論は更らにより大なる簡易化の必要を認めることに於て一致した。この目的に於て爲されたる諸提案は、結局、婚姻を簡易にするために民法の多數法條を修正したる一八九六年六月二十日の法律と一九〇七年六月二十一日の法律とに歸着した。そしてこれ等の法律に於て實現せられたる便宜は、從來要求せられたる若干條件の撤廢、一部方式の簡易化若しくは免除によりて招來されたものである。

それが子の婚姻の取極めに關するものであつたかぎりには、民法は極めて廣大なる親權を認めた。即ちそこに認められたる原則に従へば、男子に在りては二十五歳、女子に在りては二十一歳に至るまで、婚姻の可能は尊屬親の承諾を條件とするものであつた。この承諾を缺いた場合、婚姻はこれを擧式すること許されなかつた。そして若しも婚姻がこの承諾なくして舉行されたとすれば、その婚姻は、承諾の權利を無視せられたる父母又はその承諾を得ざりし子に於てこれが取消を請求し得るものとされた。場合に應じて子が二十五歳若しくは二十一歳に達したる以後、最早尊屬親の許可は不可欠的ではなかつたが、しかし彼等の意見を求めることは等しく必要とされた。部分的に、一五五六年の條令に於て定められたる諸條件を踏襲したる民法第一五一條は、結婚請誨書 (*acte respectueux*) によりてこの承諾を請求すべきものと規定した。一公證人の手を経て父母に送達せらるべきこの證書は子の意思の通告を含むものであつた。請誨書は二十一歳以上二十五歳以下の女子及び二十五歳以上三十歳以下の男子によりて、一箇月毎に連續し



て三回提出することを必要とされた。そして婚姻は最後の請誨書より起算して一箇月の期間を満了したる後、始めてこれを舉行し得るものとされたのである。

これ等の規定は先づ一八九六年の法律によりて簡易化された。即ちこの法律は、凡ての場合に於て、結婚請誨書の方式をたゞ一回に制限したのである。蓋しこれ等請誨書の實益が既に疑はしきものであつたとするならば、これを反覆する必要は尙更疑問とされたからである。一九〇七年六月二十一日の法律は更に一步を進めた。即ちこの法律に従へば、子が二十一歳に達するとき、最早如何なる場合に於ても、父母の承諾は必要とされなかつた。法律は同時に結婚請誨書の方式を廢止し、更らに新たなる一方式を以てこれに代らしめた。即ちそれに従へば、満三十歳に達するまで、婚姻豫約者は一公證人によりて彼等の父母にその婚姻の豫約を通告せしむることを要し、そしてこの通告の日より三十日の期間を満了するにあらざれば、その結婚を舉行し得ざるものとされたのである。

尊屬親の死亡又は失踪の證明を簡易にするために、革命曆十三年熱月四日の參事院の一告知は、死亡地又は最後の住所地の不明なることが當事者によりて宣誓の下に届出られ且つそれが證人の供述によりて確認せられたる場合、成年者の婚姻を受理する權能を身分吏に附與した。一八九六年の法律は、婚姻を舉行する能力の代りに、その手續を爲す身分吏の義務を認めた。同時に、流刑に處せられたるか、若しくは徒刑の満了後刑務コロニーに收容せられたる尊屬親は、その意思を表示すべく不可能の状態に在るものと看

做された。即ちこの場合、子はその尊族親の承諾を得る必要はないのである。若し離婚し又は別居せる父母の間に意見の相違を存するときは、父母の中、その者のために別居又は離婚が言渡され且つ子の保護權を有する一方の承諾を得ることを以て充分とされた。

これ等の改革は効果なきものではなかつた。それは尠くとも一時婚姻の數を増加せしめる効果を有つた。しかしながら、そこに要求せられたる諸般の方式は、多數の人々に取りて、尙ほ高價にして、間だらく、且つ煩雜なものたることを失はなかつた。そこには次ぎの諸點が注意され得る。

- (1) 婚姻は自らこの資格を要求し且つそれを確認せしめることを要する貧困者に對してのみ無償である。貧困證明書を得るがためには、様々の手續を経ることが必要とされる。證明書は市町村長又は警察官によりて、收稅吏の交付したる納稅人名簿の一抄本を一覽したる上に於てのみ交付される。その住居する都市に於て多數の收稅吏を存するときは、順次各收稅吏の許に行かねばならない。而かもそれだけではない。更らに治安判事の査證と認可とが必要とされる。そこにはこの要件の廢止が提案されたが、しかし成功しなかつた。司法大臣の訓令は、單に、煩雜なる手續と時間の損失とを當事者に避けしめるために、市町村長は證明書を郵便によりて治安判事に送付すべく、治安判事はその査證を爲したる後、等しく郵便によりて書類を返送すべきものと指示するに止まつて居る。この二重の送達

は必ずしも極めて迅速に行はれるとは限らないであらうし、そしてその間必然的に利害關係人の轉居を避ける譯に行かないであらう。訓令は、治安判事にその委託せられたる監督の任務を最も入念に果すべく命じて居る。かやうにして、取調に遺漏なきを期するがために、當事者を出頭せしめ且つ彼等を訊問することは、治安判事に取って必要缺くべからざる手續と考へられ得るであらう。

(2)、法律は、貧困者の婚姻の場合、必要な書類は、當事者が婚姻する意思を表示したる市町村の身分吏によりて請求せられ且つ取纏めらるべきものと規定する。然るに、これ等の書類は、事實上、彼等の請求によりてのみ交付される。身分吏が不親切であり、不慣れであり、且つ法律の諸規定に精通して居ない場合、當事者は長い間待たされ、そしてしばしばその事務所に、出頭せねばならないであらう。また一證書を提出すべく或る困難に遭遇する場合、當事者たちは、身分吏が障害を除き、故障を斥けるために必要な處置を取つてくれるのを待つの外はないであらう。

(3)、極めて面倒なる場合の一つは、尊屬親の死亡證書又は失踪の證據を提出することの困難から生ずるであらう。一八九六年及び一九〇七年の法律によれば、原則として、身分吏は、かくの如き場合、宣誓の下に爲されたる當事者の届出を以て満足するの止むなきものとされて居る。しかしながら、司法省訓令は、當事者たちが眞面目を缺くものと身分吏に思料された場合を留保する。加之、この便宜の取扱は、法律の規定するところによれば、成年者の婚姻に就きてのみ認められたものである。従つて、

婚約者の一方が二十一歳未満なる場合、この取扱は適用され得ないことになるのであつて、その者は死亡證書の提出を免除されるものではないのである。

(4)、そこに要求せられたる書類は尙ほ極めて多數であり、而かも往々にしてこれを取纏めるべく極めて出費多きか若しくは困難なものである。婚姻に對しては出生證書の提出が要求される、そしてこの場合その證書の交付は、それがフランス本國に於て交付せられたるものなるときは三箇月以内に、或る殖民地又は領事館に於て交付せられたるものなるときは六箇月以内に屬するものたる必要があるとされる〔註一〕。かやうにして、彼等の出生證書の古い抄本を有する當事者はこれを利用して行かないし、また何等かの原因のために彼等の結婚が遷延された場合、彼等の取纏めたる書類は最早用をなさず、更らに新規の調達が必要とされることになるであらう。

〔註一〕、一八九七年八月十七日の法律。

出生證書を缺くときは、七名の證人の供述に基きて治安判事により一つの身分證明書が作成されねばならない。この證書は次でこれを民事裁判所に提出し、その認許を得ねばならない。父母が離婚又は別居せる場合に於て、若しも子が離婚の請求を認められ且つ監護の權利を與へられたる父母の一方の承諾書のみ提出するとき、彼れは他の父母の承諾を求むる必要を存せざりし事實を明記する外、更らに別居判決の抄本又は離婚登録の證據を提出せねばならない。提出すべき出生證書又は死亡證書が婚姻の舉行せらるべ

き市町村自體に於て作成せられたる場合、身分吏は自らその事實の存否を確め得るものであるにも拘はらず、そして彼等が彼等の關係帳簿の検査によりて、そこに承認せらるべき出生及び死亡の事實を確認したる旨を、婚姻證書の本文中に記載することを以て済まされ得るものであるにも拘らず、尙ほ一部の身分吏は几帳面にこれ等證書の正本の提出を要求して居る。實際、身分吏、否寧ろ市町村吏員たちは、無知と、過度の用心と、萬一の場合に於ける彼等の責任回避とのために、法律と道理以上に、無用な繁文褥禮を要求して居るのである。我々はこゝに一慈善團體に收容せられたる一少女の例を引用し得るであらう。其結婚せんとする或る市に附託されて居た彼女は其の父母の死亡證書を要求された。しかしその提出せる證書に、モンブリエの養老院に於て死亡せる父の氏名が不正確に記載されて居た。これに對して、市長は裁判によりてのみなされ得る一つの更正を請求した。この判決は與へられ、更正されたる證書の正本は市長に提出された。父の氏名は極めて正確に記載されて居たが、しかし彼れはその證書に於て無配偶者として表示されて居た。市長は治安判事の意見を徴し、そして彼れの意見に基きて第二の更正判決を請求した。かやうにして、結局、市長をして婚姻の執行を爲さしめるために、出生地と住所地とに於ける二名の檢察官の關與を必要ならしめたのである。若し親切なる人々の助力がなく、彼等自身に委されて居たとするならば、この場合、當事者たちは決してこれ等の凡ての困難を克服することは出来なかつたであらう〔註二〕。

〔註二〕、尙ほそこには、故障申立の權利によりて惹起され得る遅延と困難とが考慮されねばならない。



民法第一七三條の規定によれば、父、父なきときは母、祖父及び祖母は、彼等の子及び卑屬親が満二十一歳に達したる場合に於ても、尙ほ彼等の婚姻に對して故障の申立を爲すことを得る。故障は婚姻舉行の時まで有効に申立てられ得る。尊屬親はその故障申立書に理由を附する義務を有せない。そしてこの故障の却下を言渡す判決は權利なくしてそれを爲したる尊屬親に損害賠償の責任を生せしめ得るものではない。實際、そこには、理由なきものと思料せられたる故障申立の反覆せられたる事例に乏しくない。身分吏は、正當に若しくは不當に、彼れの責任を回避するために、延期の必要あるものを信じた。かようにして、婚姻は數ヶ月間遷延された。そこには、訴訟事件を續出せしめることによりて、十八ヶ月間一婚姻の舉行を妨げること成功したる一事例が指摘された。

それ故に、從來實現せられたる諸改革は尙ほ不充分と考へられる。我が隣國の諸立法は更らにより簡易な、より合理的な法律制度の實例を給與する。ここに我々は就中ドイツ民法とスイス民法とのそれを引用するであらう。

ドイツ及びスイスに於ては、家庭の干渉は未成年者の婚姻に對してのみ要求されて居る。成年はドイツに於ては二十一歳、スイスに於ては二十歳と定められた。若し父母が死亡せるか又は親權を有せざるときは、單に後見人の承諾が要求されるのみであり、そしてこの承諾が拒絶されるとき、そこには尙ほ

一個の救済の可能が認められて居る〔註三〕。フランスに於ては、婚姻に關するかぎり、未成年は結局三十歳まで延長されて居る……しかしながら、この婚姻未成年の單純なる廢止——下院に於て可決されたにも拘らず、尙ほ上院の同意を得るに至らなかつた——は尊屬親の承諾、失踪又は死亡を確認せしめるために必要な舉證の困難を簡單に除去する唯一の手段であつた。疑ひもなく、かくの如き事項に於て、立法者は二重の危険に備へねばならない。家族主義思想の濫用は婚姻に對して宿命的たり得る。我々は我が舊政體の末期に、貴族及び上流社會に於て行はれたるこの濫用によりて惹起されたる弊害を忘れる譯に行かない。また他の弊害の因を爲すものは、過度の個人主義である。蓋しその父母の思惑に頓着なく獨斷にて婚姻を爲す子は、そのこと自體によりて、父母たちとは他人となつて了ふ傾きを有し、かくして新夫婦は從來他のものたちと彼等を結付けたる紐帶を切斷する。それ故に、この點は、婚姻自由を認める代價の意味に於て、その意に反して婚姻を爲す子の相續權を剝奪する權利を父母は承認することによりて、考慮され得る。

スイス民法は婚姻の公表及び締結の制度を極めて單純に組織して居る〔註四〕。婚約せる當事者は單に夫たるべき者の住所地の身分吏に口頭又は書面を以て婚約の届出を爲すに止まる。彼等はこの身分吏に彼等の出生證書と、そして若し彼等が未成年者なるときは彼等の父、母又は後見人の承諾書とを提出する。これを受理したる身分吏はカントンの法律によりて制定せられたる諸準則に従ひて、公示の手續を爲し又

はさし爲める。身分吏の間に行はれる一つの直接通知は當事者の關與と手數とを無用ならしめる。婚約の届出を受理したる吏員は、これに對して故障を存せざりしことを確認したる後、一個の公表證明書を交付する。そしてこの證明書は六ヶ月以内にスイスの凡ての身分吏の前に於て、婚姻を爲す權利を婚約者に附與するものである。この點に於て幾分制限的なるドイツ民法は、婚約者の一方がその管内に彼れの住所又はその通常の居所を有する身分吏にのみ婚姻の締結を取扱ふ權限を附與するに止まるものであるが〔註五〕、しかしながら、婚姻はまた管轄身分吏の書面による授權に基きて、他の身分吏の前に於ても等しく締結され得るものとされて居る〔註六〕。

〔註三〕、ドイツ民法第一三〇四條。

〔註四〕、スイス民法第一〇五條乃至一一九條。

〔註五〕、ドイツ民法第一三二〇條。

〔註六〕、第一三二二條。

## 第六章 婚姻の社會的價值

自由主義學派と社會主義學派の一部とは婚姻制度の改革を錯覺的だと考へて居る。彼等はこの制度を有

害なるものとすら考へ、そして絶對的にこの制度を排斥する。

極めて様々の形の下に——小説、演劇、社會經濟學上の諸研究等——表現せられたるこれ等の反對、通常極めて激烈なるこれ等の批判をここに組織的に敍説することは困難である。

婚姻は結局不道德的、反社會的のものとして批難された。蓋し、婚姻なるものは、本質上、相互の愛と、信任と尊敬とに基きたる一結合たるべきなものにも拘らず、事實上、それは、就中有産階級に於て、一種の取引である。夫は持參金を宛め、娘又はその父母は相手方の地位を評價する。世間が婚姻に與へて居る表面的尊敬は一個の因襲的虚偽にすぎない。『或る物質的地位若くは他の主我的利益のために行はるる男女間の凡ての結合は賣姪に等しきものである。この結合を爲すがために、そこに關與するものが、一身分吏たるど、一牧師たるど、若しくは單に劇場の一女案内人たるどは多く關與するところではない』とマック・ノルドゥは言ふ〔註一〕。勞働階級は、部分的に、これ等利己的動機の影響を免かれて居る。婚姻はこの階級に取りて比較的超打算的ではあるが、さればとてより道德的のものではない。夫は彼の妻が彼れに屬するものであり、彼れは妻に對して一つの權利を有するものと考へて居る。彼れは、この權利が財産に對して我々の有するそれと別種のものであることを理解するがために、餘り粗野である。ブノア・マロンは言ふ、『宿命によりて虐遇せられ、日日の生存競争によりて苛立され、彼れ自身が勞働生活に於て既に他人の壓迫と不公平との犠牲であるこの無智の人間が、人格を尊重すべく一體どこに學び得るであらう

か？、法律は、彼れに服従の義務を有し、且つ子供が生れるに至りては全然彼れに隸屬する更らにより弱き一存在(妻)を終世彼れの支配下に委して居る。法律と習俗とが、彼れにその義務を反省せしむべく敢て干係することなしに、たゞその主人たることを承認したる妻を、家庭に在りて彼れが濫用し、そして彼れ自身の生活苦をその妻に復讐するの事實を見たからとて、少しも不思議なことではない』と〔註二〕。利己主義、富者の貪婪、厚顔無耻、貧者の暴虐——各階級はそれ／＼その惡徳を持合せて居る。

〔註一〕、Max Nordau, *Les mensonges conventionnels*, traduction District, p. 273.

〔註二〕、Benoit Malou, *Le socialisme intégral*, t. I. p. 344.

婚姻は單に不道德なばかりではなく、更らにまた有害でもある。或る地位の苦勞から婚期を後らされることによりて、一部の若い男女の不行狀と誘惑と賣姪とを誘致する。教養があつても資産なき中流階級の少女たちに取りて、婚姻は極めて困難であり、殆ど不可能でさへもある。かくして最も克く、最も獻身的にその義務を容認すべくしば／＼最良の資格を有する少女たちに、婚姻制度は家庭生活を禁止することになる。要するに、この婚姻觀念の基礎を成して居る財産と服従との思想は苦惱と邪念との一淵源なのである。

最後に、婚姻制度は最も忌はしき不公平を招來する。婚姻を以て家族の基礎たらしめむと欲する法律は、假令一つの不適法なる結合關係より生れたものであるにしても、彼等の父母の過失に就きては全然無責任

なる所謂る私生子に劣等なる差別的待遇を與へ、そしてこの法律上の劣等は習俗によりて更らに加重されて居る。

かようにして、ペーベルは結論する『ブルジョワ社會は婚姻制度に一つの満足なる形式を與へることも出来なければ、また結婚せざる人々に満足を與へることも出来ない』と。婚姻は、就中貧困階級に於て、妻を保護するものでない。夫の義務は充分に強認されては居ない。そこに取られたる約束の履行は決して確保されては居ないのである。

固よりこれ等の批難には多くの誇張を存するにしても、しかしまたそこに一部の眞理が含まれて居ることは疑ひない。婚姻は餘りにしばし習俗によりて品位を貶され、貪慾と金銭的偏見とによりて冒瀆されたが、しかしそれにも拘らず、婚姻制度は尙ほ、ルツールノーがそれを認めたかように、子に取りて最も確實な、而かも唯一の保障たることを失はない。一つの不成規なる結合關係より生れたる子がより多く犯罪と、病患と死亡との危険に曝されて居るのは統計の證明するところである。國際統計研究所によりて作成せられたる統計表〔註三〕は、非嫡出子の死産率がフランスに於て嫡出子の殆ど二倍であることを立證する。即ち、嫡出子の死産率一〇〇に對して非嫡出子のそれは、フランスに於て一八九である。自由結合は子を犠牲にする。父母がたゞ彼等自身のことしか考へず、將來のために何等の約束をも爲さないとすれば、子は常に犠牲とされることになるからであらう。そしてこの點は妻に取りてもまた同一であらう。蓋し兩性の結合を容假的、不安定的たらしめる凡てのものは妻の地位を危険ならしめ、その條件に不利益を加へるものである。妻は、やがて夫の愛を失ふとき、その容色の衰へるとき、争苦勞や、物質的困苦によりて母性の疲勞を來すとき、遺棄される。

〔註三〕、Cité par Pouzol, La recherche de la Paternité, p. 384 et 385.

プーゾールは言ふ〔註四〕、婚姻に向けられたる様々の批難は、また移して自由結合に向けられ得るであらう。

〔註四〕、前掲四二二頁。

第一に、自由結婚は決して幸福の一保障ではない。自由結合は婚姻と等しくまたその犠牲を伴隨する。假りに婚姻が往々にして悲しむべき諸動機に出づるものであるにしても、しかし快樂と情欲の満足とを求めめることは決してより高尚なる性質のものではない。多くの新聞紙は不成規なる共同生活に於ける嫉妬や邪念の葛藤を毎日に報じて居る。これ等の葛藤が婚姻生活に於けるそれよりも、果してより少數であるかを知ることには困難である。加之、或持續的結合關係は、徹底的自由主義者たちによりて、まさしく婚姻形式の一つとして表示されて居るものではないか。セバスチャン・フォーレは言ふ〔註五〕、『私の言ふところの意味に於ける同一の弊害は婚姻外の結合、即ち不成規の世帯よりもまた生ずるものである』とを注意せ

むとする。これ等の結合關係は、結局のところ、法律上及び宗教上の承認を缺いた眞實の婚姻に外ならぬ』<sup>5</sup> 30。 [註五] Sibastien Faure, *La douleur universelle*, p. 316, note 1. 兩性間の關係が決して個人自由の争によりて廢棄されないであらうことに、そして國家がこの結合關係の開始される時期に將來に對する約束を要求し若しくは強認し、以て妻及び子の利益を専ら顧念するであらうことに一つの社會的利益の存することは極めて明白である。

何れにしても、我々は、現實を無視してこれに何等の考慮をも拂はざらむとするまでに、法律的嚴止を固執する必要あるものは考へない。實際、これ等不成就結合の一大多數は、就中、都會に於て行はれて居る。巴里の若干區街に於ては、これ等の結合は全世界の半數以上を占めて居る。これ等の結合が當事者によりて承認せられ、若しくは持續するときは、これに對して法律的考慮を加へる必要を存する。この場合、子と併せてまた妻の利益のために、その事實關係に或る効果を附し、その結合關係を維持する事實は凡ての誘惑又は婚姻の約束とは獨立なる責任を生ずることを認めるのが適當とされるであらう。勞働保險法の適用に當りて、不成就なる世帯をも等しく保險の目的たらしめることには大なる利益を存する。若干の相互保險會社は法律外の同棲者に妻と同一の扶助を與へることによりて既に著しき寄與を爲しつつあるものである。勞働傷害に關する一八九八年四月九日の法律は、勞働者死亡せる場合、婚姻がその傷害以前

に契約せられたることを條件として、離婚又は別居せざる配偶者にのみ賃銀の二割を支拂ふべきものとす。子に與へられたる部分に對しては、嫡出の卑族と私生の卑族との間に法律は何等區別を爲さない〔註六〕。しかしそこには更らにより廣汎な、より人間的な解決が望ましかに見える。そしてこの場合、保險の開始する時期に一つの申告を爲すことを條件として、勞働者はその者と彼れが不成就に同棲する婦女をして保險に均霑せしめ得るものたることを許さるべきであらう〔註七〕。

〔註六〕、大戰中、家族扶助料は成規の妻たるを然らざると、嫡出の子たるを然らざるとに區別なく附與された。

〔註七〕、かようにして、そこには異りたる意味に於ける二重の働きが確認され得るかに見える。即ちかくして、一方に於ては、自由結合が承認され、規制されることになり、他方に於ては、離婚を容易ならしめる結果、婚姻の社會的價值が減殺されることになる。従つてその結果は同時に一利、一失であつて、その間に一種の相殺が確認され得ることになるであらう。

## 第七章 妻の地位、夫權

一般的に、我が法制上、女子は次ぎの地位に置かれて居る。——女子は如何なる方法に於ても政治的生

活に參與しない。しかしながら、私法の領域に於て、男女は完全に平等の地位に置かれて居る。民法は最早男性の特権を認めて居ない。女子は一般的に男子と同一の権利と同一の特権を享有するものである。また女子は同一の能力を有する。たゞ唯一の例外を認められたのは後見に關するそれである。民法第四四二條の結果として、母及び尊族以外の女子は後見人又は親族會員たることを得ないのが即ちそれであつた。蓋し、この除外例は後見を以て一個の公的任務と認めたる古い思想の影響によりて説明されるものである。參政權を奪はれたる人々、即ち女子と外國人とがこの職務から除外されたのは、まさしくこの思想に基くものであつた。しかしこの觀念は既に全然時代後れに屬するかに見える。一八七五年以來、外國人と雖、尙ほフランスに於てフランスの國籍を有するその子の後見人たり得ることは、既に大審院判例の承認するところである（一八七五年二月十六日の大審院判例、「シレー」聚覽一八七五年第一卷、一九三頁）。

それが女子に適用されるかぎりに於て、この無能力は不當であると同時に、また極めて悲しむべきものであつた。蓋し、與へられたるがごとき場合に於て、恐らくその子の最もよき保護者たり、その子を愛すべく最大の能力者たる伯母若しくは姉が後見人たり若しくは親族會員たることを得ないで、結局、子の利害に無頓着な他人の關與を求めねばならないようなことに歸着するといふのは、如何にしても理解されがたきところである。ここに於て、一九〇七年七月二日の法律は私生子の後見に關してこの除外を廢止した。

しかしながら、それが嫡出子の後見に關する場合、依然としてこの除外を維持すべき理由は毫末も存在しない。かくして、終局、一九一七年三月二日の法律を以て、嫡出子の後見人及び親族會員に任命せられる権利がまた女子に附與されることになつたのである。

女子に與へられたる平等は婚姻と共に終了する。夫權の下に置かれたる妻は一つの無能力を課せられ、そしてこの無能力は凡ての法律行為に及ぶものである。妻は夫又は裁判所の許可なしに、如何なる法律行為をも爲すことを得ない。妻に與へられたるこの地位は二つの觀點に於てこれを考察することを要する。實際、夫權と夫婦の權利義務とに由來するものと財産制に關するものとの間には區別が爲され得るのである。

民法は果して如何なる程度に於てこの夫權を容認するものであるかを確言することは困難である。夫權なるものは就中過去の遺物である。それにも拘らず、民法に於てこの制度が排斥されようとしなかつたことは確實である。民法第一三八八條は明示にこれを規定し、且つ婚姻契約の一條項によりてこれと異りたる取極めを爲すことを禁止して居る。第二一三條は、夫は妻に對して保護の義務を、妻は夫に對して服従の義務を有するものと宣言する。法制史家、殊にポール・ヴィオレ氏は〔註一〕、夫權と親權との對應關係を明確に論證した。初め、この二つの權利は等しく無制限の權利であつた。父及び夫は子及び妻の一身に



就き絶對的支配權を有つて居た。専ら習俗によりて規制せられたる彼等の權力は凡ての法律上の監督を免かれて居た。この權力は彼等に生殺、賣買、懲戒の權利を與へた。然るに、進歩は二つの態様に於て行はれた。——(1)、先づ權利の行使は正當と思料せられたる一つの動機によりて條件附られた。今日、權利の濫用説と呼ばれるものは即ちそれである。我々は、他の機會に於て〔註二〕、この理説が極めて遠き起原を有するものであつたことを證明すべく試みた。即ちこの理説は何れの時代、何れの國の立法に於ても見出されたものであり、そしてこの理説はローマ法に於て一大多數の制度の發達を説明するものであつた。廢罷訴權 (actio pauliana) は或る種權利の行使に課せられたる一個の監督であつた。主人に對する奴隸の保護、父に對する子の保護は權利濫用の鎮壓を目的とするものであつたし、それが妻に關する場合に於ても、また同一であつた。ロンバルド法によれば、夫は單に或る道理正しき原因に基きてのみ生殺の權を有したに止まつて、彼れの氣まぐれから妻を殺す權能は許されて居なかつたのである〔註三〕。ヴィオレー氏は、尙ほ九世紀頃に於ても、夫がその妻を殺す權利を行使したのは單に彼れが一つの充分なる理由を有つた場合にのみ限られたものと信じて居る〔註四〕。同一の觀念は、打擲の權利に關するかぎりに於て、またボーマノールに於ても見出される〔註五〕。曰く、「凡ての夫は、彼れの妻が彼れの命令に服従することを肯せざる時、又は彼れを呪咀するとき、若しくは彼れを裏切るとき、苟くもそれが適度にして且つ死を招來することなきかぎり、その妻を打擲する權利を有する」と。しかし、時の流れと共に、かくの

とき行爲はその動機の如何に拘らず徐々に禁止されて、最早夫權の範圍内に屬するものとは考へられないようになつて來た。かようにして、夫權は今日最早一個の身體的懲戒權を含むものではない。しかしながら、夫に否認せられたるこの權利は、その子に對してこれを行使すべく、一部著者によりて父に許されて居る。さもあれ、この兩者の區別が一掃されるであらう日の到來は恐らく遠い將來のことではない。濫用の禁止は必然的にこの權利の減殺若しくは廢止に到達することになるであらう。

〔註一〕 Paul Viollet, Précis de l'histoire du droit français, p. 416 et suivantes.

〔註二〕 Revue trimestrielle du droit civil, t. I, p. 119.——Le droit et l'esprit démocratique, p. 88.

〔註三〕 Edit de Rotharis, c. 209.

〔註四〕 Précis de l'histoire du droit français, p. 419.

〔註五〕 Beaumanoir, Coutume de Beauvoisis, 57, 6.

(2)、そこには、夫の懲戒權を廢止することなしに、尙ほ他の一方法が利用され得る。この場合、夫には最早その權利の直接行使は許されない。その行使は、夫の請求によりて活動する公權力に委託されるのである。かようにして、我が舊法に於ては、夫に姦通せるその妻を、一修道院に幽閉せしめることが出來た。一部の法律家たちはこの場合妻の最近親族の意見を要求した。それにも拘らず、夫は尙ほ一つの監禁命令を得るために、司法官憲に訴へてその理由を主張することが出來た。貴族社會に於ては、妻の取り交した

る隠し文は往々にして一つの終身監禁を招來した。懲戒權のこの執行方法の一痕跡は姦通罪の處罰に關する刑法の諸規定に於て發見される。蓋し妻の姦通はそれが何れに於て犯されたにもせよ常に一輕罪である。姦婦は、禁錮を以て處罰されるのに反して、家内に妾を蓄へたる夫に對しては單に罰金を豫定されたに止まつて居る。——最後に、姦通の現行犯に當面してその妻を殺害する夫が宥恕減刑の特典に浴するのに反して、かかる場合に妻によりて犯されたる夫の殺害に就きては何等宥恕に關する規定を存せない。妻の姦通は夫によりてのみ告訴され得る。夫はその妻の宥恕を承諾することによりて有罪判決の効果を阻止すべく依然としてその自由である。この公訴權の發動を求める權利とこの宥恕を爲す權能とに於ては、まさしく懲戒權の痕跡を存するものたるかに見える〔註六〕。

〔註六〕 Paul Viollet, Précis de l'histoire du droit français, p. 424.

舊制度の末期に於ては、夫權は單に、法律上家長と認められたる夫の優越に於てのみ存するものであつた。夫權は法律によりてよりも寧ろ習俗によりて規制されて居た。ポチエの定義するところによれば〔註七〕、夫權は上長に對して負擔せる服從の凡ての義務をその妻より要求すべく夫の有する權利であつたのである。

〔註七〕 Pothier, Puissance de mari, no. 1.

ツイオレー氏の指摘するがように〔註八〕、舊時代の法律は、その歴史の或る時期に於て、婦人に對して一つのより良き法律的將來を豫想せしめ得た。中世に於て、妻は夫の仕事や利害に共に關與し、采邑の主權を認められたる封建制度の中に編込まれて居た。庶民階級の婦人ですらも尙ほ或る種の選舉に參與した。成文法の諸國に於て、婦人は如何なる民法上の無能力をも課せられて居なかつた。かようにして、そこには婦人の將來に向つて有利なる多くのものが期待され得たであらう。しかるにこの期待は凡て幻滅に歸したそこには我々を驚異せしめ得る他の一事實が見出される。人類の解放を以てその使命としたフランス大革命は婦人の諸要求に對して狐疑の態度を、否寧ろ敵意をすら示したことが、即ちそれである。勿論、當時一部論者の間に婦人擁護の聲が聽かれない譯ではなかつたが、しかし一般に婦人は寧ろ冷遇された。蓋し、彼等は専ら舊制度の先入觀と宗教的傳統とに膠着せる一個の退化的要素として觀られて居たのである。かようにして、當時婦人のために要求せられたる集會結社の權利は拒否せられ、……そして『婦人の結社は、革命的に且つ保安處分の形を以て、尠くとも『革命』中禁止せらるべきものと』主張されたのである〔註九〕。

〔註八〕 Viollet, Précis de l'histoire du droit français, p. 248.

〔註九〕 Cité par Mme Maria Cheliga, Le mouvement féministe en France (Revue politique et parlementaire, août 1897, p. 274).

婦人は更らに他の一敵手に遭遇した。婦人を愛せず、否寧ろ彼等を尊重せざるナポレオン一世が即ちそれであつた。彼れは女子に凡ての社會的及び政治的活動を禁止せむとした。惟へらく、彼等の使命は夫に服従し、子を作り、そして家を守ることであると。編纂準備の經過中、彼れは法典の中に、夫に對する服従の原則を明定し、且つ婚姻の締結に當りてこの原則を明白に承認せしめることを主張した。……草案はその夫に服従すべき妻の義務を制限したが、これ等の制限は原則を絶對的のものとして考へたナポレオンの意見に基きて削除された。

婚姻によりて生ずる依存状態を特質附けることは困難である。しかしそこには尠くとも、女子は婚姻によりて、その能力、その國籍、その姓、その生活の自由を抛棄し若しくは危くするものであることが考察され得る。またその子に對して妻はその夫と同一の權利を有するものでないであらう。

妻の法律上の無能力が我が舊法に於て夫權の一結果と考へられて居たことに疑ひはない。……我が舊法の確認したる若干の無能力はこの夫權思想の論理的歸結であつた。それにも拘らず、我が民法に於てはこの原則と合致せざる一列の解決が見出される。

(1) 許可の欠缺に基く無効は單に夫によりてのみならず、また妻によりても援用され得る。然るに、若しも無能力が夫權の結果にすぎなかつたものであるならば、この無効を主張する權能は獨り夫にのみ

認めらるべきはずであらう。

(2) 夫が禁治産者、未成年者若しくは失踪者なるときは、妻の無能力は不必要となる。然るに、民法は、かくのごとき場合に於て、夫の許可は裁判所のそれによりて代らるべきものと規定する。

(3) 夫權の確認、従つて夫の許可は一般的たり得べく、且つその許可は事後の追認を以て充分と認め得べきであらう。然るに、許可は特定のたるべく、且つ行爲の當時に與へらるべきものとされ、そして

夫の追認は妻に取消を求める權利を奪ふものではない。若し妻の無能力は、後見が未成年者の保護を目的とするのと等しく、妻の保護を目的とするものでないとするならば、上記の凡ての解決は如何にして説明されるか？ しかしながら、他方に於て、若し許可が妻の利益に於て認められたもの、言ひ換へれば、法律は妻の無經驗や彼れの輕卒を恐れて居るものだとするならば、反對に民事生活の凡ての行爲をなす完全なる資格が妻に認められて居ることを意味する一列の規定を説明することが極めて困難になる。若し立法者が女子を無能力と認めるものであるならば、立法者は何故に、婚姻の前後に何等の保護をも與へないのであるか？ 妻がその子、その禁治産の夫の後見人となり得る理由、妻が一つの一般的許可によりて商業を爲し得る理由は何によりて説明されるか？、そして就中、妻が眞實無能力であるとするならば、特に保護される必要を存するであらう時期に、例へば、妻が夫と契約を爲し、夫に或る贈與を爲し、夫のために擔保を提供す

るがごとき場合に、その行爲が妻の自由に委せられる所以は如何にして理解されるか？、若し無能力が妻のために認められたものであるならば、かくのごとき諸規定は法律中に存せなかつたはずであらう。蓋し、法律は、實際、凡ての無能力者、就中未成年者を、後見人と被後見人との間に利害の葛藤を存する凡ての場合に於て、彼等の財産管理の任を有する者に對して保護して居るからである。

それ故に、妻の無能力は、妻の保護又はその依存性といふこの二つの思想の何れによりても絶對的に説明されるものでないと考へられ得る。その何れもが立法者に影響した、しかしながら、この二つの影響の何れが主要であつたかを知ることが不可能である。そして上に指摘せる様々の矛盾はまさしくこれに原由するものである。兎も角、妻の無能力が同時に妻の利益と、夫の利益と、そして併せて家族共通の利益とによりて組織されたものであることは、準備事業の各種資料に徴して明白である。そしてブーダンがそれを認めて居るがように、『この制度は擁護されがたい、何故なれば、この制度は單にその原則に於て精確を缺くばかりではなく、またその適用に於ても決して良好に組織されたものでないからである』〔註一〇〕。

〔註一〇〕 Boudant, Droit civil : état des personnes, t. 1, p. 380, 381.

この制度には、別居せる妻の無能力を完全に廢止したる一八九三年二月六日の法律によりて一大亀裂を生じた。蓋し、裁判上又は契約上財産を分離したる凡ての妻に同一の能力を附與せざるべき如何なる理由

も認められない。かくしてまたこの無能力には諸種の特別法によりて他の除外例が認められ、そして進化は漸時この無能力の完全なる廢止に向ひつつあるものである。

イタリヤに於ては、無能力は例外的であつて、民法第一三四條によりて豫定せられたる場合以外には存在しない。イギリスに於ては、一八七〇年及び一八八二年の法律によりて、妻は凡ての私法上の無能力から解放された。ドイツ民法に於ては、妻の無能力を存せない。妻は自由に契約を爲し、責任を負担し得る。但しこれに對しては二つの留保を存する。即ち、妻の行爲は夫が夫婦財産制によりて享有する權利を害することを得ないのがその一であり、妻が第三者に對して自から爲すべき或る給付の義務を負担したる場合、若しその義務の履行が共通利益を侵害するものと思量されるとき、夫は後見裁判所の許可を得てこれが解約を爲し得ることがその二である〔註一一〕。スイス民法に於ても殆ど同一制度が見出される。フーバー氏は言ふ〔註一二〕、『従前民法上の行爲能力を有したる一女子が、婚姻といふ事實によりて夫の後見の下に置かれねばならない理由は解しがたい。彼れの婚姻は決して彼れの知能をも、また特別に彼れの取引上の經驗をも奪去つた譯ではない』と。第一六七條は單に或る職業又は或る産業を行ふことに對して一つの制限を認めたに止まる。加之、假令夫がその承諾を拒むだにしても、その實行が夫婦若しくは家族の利益によりて動機附けられたものなことを證明するとき、妻は尙ほ裁判所によりて或る職業又は或る産業を行ふことの許可を受け得るのである。

〔註一一〕、ドイツ民法第一三五八條。

〔註一二〕、Exposé des motifs de l'avant-projet : droit des personnes. t. I. p. 95.

女子が婚姻によりてその夫の國籍を取得するのは、また法律によりて認められたる一原則である。この原則は往々にして意思の推定によりて説明されて居るのであるが、しかしそれは極めて不當なことであつて、そこには毫もかくのごとき意思を推定すべき理由を存せない。尠くとも妻は一個の明白なる意思表示によりてこの國籍の變更を避け得べきものであらう。この原則は、實際に於て、妻の人格は夫のそれによりて吸収されるものと認められた舊制度の一紀念にすぎないのである。然るに、非論理的にも、夫の國籍の變更は妻に對して効果を及ぼさない。即ちフランス人たる婦は一外國人との婚姻によりてその國籍を喪失するのであるが、しかしその夫が後にフランスの國籍を取得しても妻はそれを回復するものではないのである。ただ一八八九年以後、妻は一定の手續を経てフランスの國籍を取得し得ることになつたにすぎない〔註一三〕。この點は婚姻の場合に於てもまた同一たるべく、法律はただ妻に夫の國籍取得の便宜を與へるに止めて、敢てこれを強制すべきではないであらう。

〔註一三〕、一八八九年六月二十六日の法律によりて修正を経たる民法第一二條。

妻が夫の姓を名乗るのは不變的慣行である。この慣行は如何なる程度に於て法律的力を有するか？、それは久しく論争された一問題である。一部の論者、殊にブーダンはこの慣習法に基礎を有するものと認めたとに反して、大多數の著者はそれに反對した。離婚せる妻にその夫の姓の使用を禁止する一八九三年二月六日の法律はこの慣習を認正するのであるかに見える。……しかし女權論の發展は漸次舊慣に反對する。一つの職業を營む婦人は或る聲價を獲得したる自己の姓を婚姻によりて拋棄することを好まない。かくのごとき妻は單にその姓を夫の姓に附加するのみを以て満足せず、寧ろ自己の姓を主とし、夫の姓をこれに附加するのを常とする〔註一四〕。

〔註一四〕、Pereau, Le droit au nom en matière civile, p. 223.

婚姻は妻にその獨立の一部を剝奪する。妻は夫と同棲し、夫の欲する地に住居する。服従は夫の負擔せる保護責任の對價である。妻は夫の住所に強制的に羅致され得ることは、大體に於て今日尙ほ判例の認むるところである。判例はまた等しくその妻の交際と通信とを監視する夫の權利を認めて居る。……夫は妻に宛てられたる信書が直接自己に配達せらるべきことを要求し得るかの問題に就きては異論を存する。郵便法八〇七條を參照……より重要なものは、その妻に宛てられたるものにして、自己の占有に歸したる信書を夫は裁判上如何なる程度に於て利用し得るかの問題であるが、この點に於て、妻と夫との間に

は地位の不平等が認められて居る。

妻は、夫の發受したる信書が或る非難せらるべき手段を用ゐることなしにその手中に歸したる場合にのみ、裁判上これを援用し得るにすぎない。……

夫の場合は全然これと相違する。最近に至るまで、夫は、その妻より第三者に、若しくは第三者よりその妻に宛てられたる凡ての信書を援用する権利を認められて居た、そしてこの場合これ等の信書を入力するため使用せられたる手段の何たるかは毫も問ふところでなく、たゞその手段が或る犯罪の性質を有たなかつたことが唯一の條件とされたにすぎない。しかし、一九〇〇年二月五日の大審院判決はこの夫の權利に顯著なる一制限を附した〔註一五〕。即ち判例は、或る濫用的にして且つ不誠實なる方法によりて夫の占有に歸したる親展書を拒否する権利を裁判所に認めた。……蓋し、『信書不可侵の原則は、夫の名譽に對する侵害又は婚姻によりて妻の負擔する義務の重大なる違反の證據を探索すべく、家長として夫に屬する權利の前に例外的に屈服せねばならないものであるにしても、しかしこの搜索權は決して無制限たり得べきでないからである』。かくして、裁判所は毫もこの權利自體を否定することなしに、たゞその濫用を否認し得るに止まるものとされたのである。

〔註一五〕、シレー類聚一九〇一年第一卷一七頁及びナケー氏の註解を參照。

しかしこゝに確認されたる原則は決して確實とは見えない。假りに夫には一個の監督權の屬することが

承認されるにしても、この場合、この權利は果して信書秘密の原則を破り得るものと結論されねばならぬいか？、ナケー氏がそれを指摘するがように〔註一六〕、若し妻がその職業上の或る秘密を寄託されたものであるとするならば、この秘密は夫に對抗され得るものでないか？、夫は、その權力によりて、その秘密を開披すべく妻を強制し、若しくは妻の事務室に侵入し、その書類を點檢してこれを摘發し得るものと、果して認められ得べきであるか？、

〔註一六〕、前掲「シレー」一九〇一年第一卷一八頁、

妻の依存性とその劣等なる地位とは尙ほ子に對する父母の權利の不平等に於て現はれて居る。民法はその第三七二條に於て、子はその成年又は親權解除に至るまで、父母の權力の下に止まるものと規定する。しかし第三七三條に於て、婚姻の繼續中この權利は獨り父によりてのみ行使されるものなことが附加されて居る。かようにして後條の規定は著しく前條のそれを制限し、面かも寧ろそれを否定するものとさへも見える。それにも拘らず、我々は、單に原則的にもせよ、そこに母の權利が法律上承認せられたることを以て満足せねばならぬ。蓋し、これによりて、父の親權行使は母の完全なる除外まで行き得るものでないことを決定する餘地を判例に與へるには充分である。かようにして、父は母子の別居を主張し得るものではないであらう。尙ほ、この父權の濫用に於ては、母の側より別居又は離婚の請求を爲すに充分なる一つ

の重大なる侮辱が認められ得ることになるであらう。加之、婚姻繼續中に於ても、親権は必ずしも常に父によりてのみ行使されるものではない。或る重要な行爲に就きて、法典は明白に母の關與を認めて居る。即ち、婚姻の承諾に就きて母は父の權力に關與する。この場合父は尠くとも母の意見を徵せねばならぬ。養子縁組の承諾に就きて、法典は更らに一歩進めて居る。尠くとも大多數著者の意見に従へば、この場合、單に母の意見を徵することを以て充分としなす。母が自から縁組に承諾を與へることが必要とされる。そしてこの場合父の意思と母の意思との間に何等優劣を認め得るものではないであらう。尙ほそこには第三七三條の原則に對する眞正なる一例外を存する。父と等しく、而かも父の生存中、母は子のために彼れに爲される贈與を承諾する權利を有し、そしてこの承諾は父の反對にも拘らず有效たるべきことが即ちそれである。

民法によりて父母の間に爲されたる親権の分布は大體上記のごときものである。我々はそこに母に與へられたる部分が不當に制限されて居ることを信ずるに躊躇しない。家長として考へられたる父が原則としてその子を單獨に代理し又は子に能力を與へる資格を有することに異存はないにしても、しかし、この場合、尠くとも裁判所に異議の訴を爲す一權利が母に留保されねばならないものであらう。蓋し、子の將來を拘束する凡ての決定——即ち婚姻、親権解除、職業の選定、感化院への委託等——に對して、母の主張する正當なる理由が斟酌され得るであらうことは極めて肝要とされねばならないからである。

しかしながら、それは我が法典よりも遙かに新しい諸立法に於ても尙ほ承認されなかつた一原則である。ドイツ民法は、その第一六三四條に於て、子の一身上の監護を爲す權利義務を母に認めて居るとは言ふものの、尙ほ父母の間に意見の相違を存する場合、常に父の意思を以て勝れるものと認め、これに對して何等異議の手段が許されて居ないのである〔註一七〕。異議を主張する權利は、父の行狀が保健の見地若しくは徳性の見地に於て子に對する一個の危険を構成する場合にのみ存在するにすぎない。

〔註一七〕、第一六三四條末段を参照。

しかしながら、ドイツ民法は、この點に於て、我が民法よりも妻に取りて遙かにより有利であるかに見える。蓋し獨逸民法に於ては、妻に如何なる無能力も課せられて居ないことは、既にこれを述べた。婚姻より生ずる義務は凡て相互的である。その何れも妻に特別なるものではない。如何なる義務も妻の從屬又は依存を含むものではない。こゝに於て、ドイツ民法は夫婦の完全なる平等を認めたものと結論され易いであらうが、しかし誤信してはならない。そこには他の異りたる名稱の下に、不平等が認められて居る。第一三五四條に於て、婚姻生活に關する凡ての行爲に就き決定權が夫に與へられて居るのが即ちそれであり、そして夫は就中家族の住所及び居所を決定するものである。それにも拘らず、そこには尙ほ二重の保障が認められて居る。

(1) 苟くも夫の決定が權利の一濫用を構成するかぎり、妻はこれに服従する義務を有たない。裁判所の

(1) 決定に待つべきであらう。夫が正當なる理由なくして行動するとき、彼れの決定が習俗又は慣行に反するとき、そこには常に権利の濫用を存する。かようにして、妻にその職業の實行を不可能ならしめるために家族の居所を變更せむとする夫の決定は権利の濫用と看做され得る。

(2) そこには妻に固有なる一権利が認められて居る。所謂「家政権」(Schlüsselgewalt) がそれである。第一三五六條は言ふ、妻は共同の家政を處理する権利義務を有すると、かようにして法律は妻に家政を處理する義務を課し、そしてこれがために必要な権能を妻に附與するものである。更らに同條は言ふ、苟くもそれが夫婦の生活状態から見て通例のものであるかきり、妻は家政上の仕事を爲す義務を有するものである。しかしながら、この義務は同時に一個の権利であつて、妻は家族の生活に必要な費用を支出する権利を有し、そしてその凡ての支出に就きては夫を代理するものである。

この代理權は學說上所謂の默示の一般委任と呼ばれるものに相當するのであつて、妻はこれによりて、婚姻生活に必要な凡ての購買に就き、夫の名に於て行爲するものと看做される。獨逸民法は、我が民法に於て學說と實際との所産でしかないこの委任を明示に承認したものである。固より、夫はこの代理權を制限し、或ひは更らにこれを妻に拒否し得るものではあるが、しかしながら、その制限又は拒否が夫權の一濫用を構成する場合、妻は裁判所にその取消を求め得るのである。ドイツに於けると等しくスウイスの立法者は、スウイス民法に於ても殆ど類似の一組織が見出される。

サレイユの言ふがように、婦人に對して明白なる一つの好意を實證したものであり、そしてその事業はまさしく、完全に保障せられたる固有の諸權利を妻に承認せむとする希望を表明するものである。

## 第八章 妻の地位(續) 妻の財産制

妻の財産管理に關する諸準則は採用せられたる制度に従ひて相違する。共通財産制、嫁資制、無共通財産制の下に、妻の財産は夫によりて管理される。契約又は裁判によりて財産を分離せられたる妻はその財産の自由管理を保存する。

最も廣く行はるゝ制度は共通財産制である。一八九八年に於ける婚姻契約八二、三四六に對して、六八、四一二は共通財産制の採用を約定した。加之、大多數の結婚當事者は無契約の下に婚姻する。三個の婚姻に對して漸く一個の財産契約を算するに過ぎない。そして無契約の下に婚姻したる者は凡て完全に法定共通財産制に服するものである。それ故に、こゝに就中考察の必要を存するものは、この制度によりて妻に與へられたる地位である。そして問題は、民法によりて妻に與へられたるそれが果して優勝なる地位を値するかを知ることである。

表見上、この制度は婚姻の性質に、またその目的自體に最も克く適合せるものたるかに見える。しかる



に事實上、この制度には幾多の重大なる不都合を免かれない。この制度は煩雜である。そこには區別の必要を存する三種の財産が結合せられ、或る清算の必要が課せられ、且つ殆ど宿命的に夫の優越権を確保することによりて、多少とも妻の権利が犠牲にされて居る。ヨーロッパに於て共通財産制は益々その領域を制限される傾向を有したことを確認するのは重要な點である。財産分離はロシア、イタリア及びイギリスの法定制度である。共通財産制は從來獨逸聯邦各邦の半数以上に對して普通法を構成したにも拘らず、獨逸帝國民法は法定財産制として管理共通制を採用した。同一の改正はスイスに於ても實現されるに至つた。共通財産制は十二カントンの法定制度であつたにも拘らず、新法典は、反對に管理共通制を採用した。そしてこの選擇を批難する論者はたゞ財産分離制を以てより優れるものとしてこれに對抗したに過ぎなかつた。

分離制は配偶者各自に彼れに屬する財産の所有、管理及び収益を留保する。彼等の各自は共通の負擔に任じ、そしてその収益は各自にこれを獨占する。この制度は概して女權論者の要請を満足せしめるものである。何故なれば、それは女子に對して獨立の最大限を實現する所以だからである。それにも拘らず、かのごとき制度は、單なる表見のためにその實妻の眞の利益を犠牲にするものでないか、疑問とされ得る。家業が繁昌するとき、最もしばしば金を儲けるものは夫である。財産分離の結果、妻は毫もこれに均霑するところがない。妻は共同生活による彼れの協力から何等の利益をも收得しない。メンゲルは言つた。『或

る小さな商業若しくは工業を經營する小家業に於て、妻の働きは殆ど夫のそれと甲乙なきものではないか？、事實また、凡ての場合に於て、夫をしてその家業に没頭し、以てその収益を増加せしめ得るのは、専ら妻の内助の功によるものではないか？、然るに、この凡ての直接若しくは間接の協力から、妻に何物の酬いられるところもないのは果して正當なことであるか？』

獨逸民法及びスイス民法の採用する法定財産制は財産合同制若しくは管理共通制の名の下に知られて居るものである。その内容を充分明確に表現することなきこれ等の用語には曖昧を免かれない。これ等の用語は、一見、財産管理に於ける配偶者双方の關與と一つの共同財産の設定とを含むかに見えるのであるが、その實何等これに類似の制度を含むものではない。財産の合同は二個の財産、即ち彼自身のもので、妻のそれを管理する夫の手中に於て行はれるものである。……所有權は依然として別個であり、各配偶者は何れもその所屬財産並びにその所得の權利者である。そこには何等共通財産を存せない。しかしながら、原則として妻の財産の使用、収益及び管理を爲すものは夫である。固より、この管理權は妻の關與なしにその財産を處分し、又は彼れ自身の債務のためにそれに負擔を課する權能を夫に與へるものではない。しかしそれにも拘らず、これによりて妻の利益は全然犠牲にされるかに見える。蓋し、妻はそこに實現せられたる蓄財に均霑することなく、その財産の収益に與らないからである。

そこには二重の矯正方法を存する。

(1)、獨逸民法はスウイス民法と等しく我が夫婦財産契約不變更の原則を斥けて居る。蓋し、法定財産制には、その日暮しを爲しつゝ、彼等の資源を以て共同生活の費用を辨じ行く夫婦に取りてさしたる不都合を存せないが、しかし、婚姻中、家運の隆盛を來し、而かもその身代が妻の援助と協力とを以てのみ實現され得た場合に於て、この制度は不正當となる。即ちこの場合、夫婦は一個の契約上の財産制、例へば所得共通制を以て法定財産制に代らしめ得るのである。苟くもそれが第三者の利益を害せざるかぎり、これがために何物も彼等の自由を制限するものではない。そしてこの場合、第三者の利益のために要求されるものは、たゞ適當なる公示の處分のみである。……

(2)、若干の財産は夫の管理と収益とを免がれる。所謂る留保財産がそれであつて、この財産は、婚姻契約上の表示、第三者に出づる處分、法律上の決定の三種の淵源を有し得るものである。留保の意思表示は夫婦財産契約自由の原則の一適用にすぎない。従つてこの留保は婚姻中に於ても等しく許され得るものである。

同様に、婚姻中、第三者は、その目的物が留保財産を構成すべき約定の下に夫婦に一つの贈與又は遺贈を爲し得る。

最後に、第一三六六條及び一三六七條に従へば、専ら妻の個人的使用に供せられたる諸物件、妻がその勞働又は或る工業の獨立經營によりて取得したる物は留保財産である。この場合、その勞銀、その個人所得の管理及び収益が妻に留保され、そしてそれが夫の處分や差押を免がれるのは極めて重要な點である。かくしてそれは財産の一部分離の結果を生じ、妻はその留保財産に就きて完全なる處分権を有するものである。……

しかしながら、この法定財産制は實際生活に於て、様々の重大なる紛糾を生せしめ、且つしばしば妻の利益を損傷する結果を來すものでないかの問題を殘存する。事實上、蓄財を實現する夫婦は殆ど常に共同の計算に於てそれを爲すものであらう。この蓄財の一部が妻の個人所得に由來することを妻は如何にして立證し得るか？ 他の面倒は、妻の所得又は蓄財が婚姻費用のために用ひられ得たであらうことに存する。然るにこの費用は夫の負擔たるべきが故に、論理上、夫は妻に對してこれを補償せねばならないものであらう。しかし舉證の困難を除くために、また煩雜なる計算を避けるために、法典は、その第一四二九條及び一四三〇條に於て、家事の費用を辨ずるためにその財産を消費し又は夫に管理權を委ねたる妻は補償を請求する意思を有せざるものと推定されると規定して居る。……

しかし、サレイユがそれを注意したがように、事實上存する共通關係を法律上確認し、且つ共通に置かれたるものの分割を許可することが、寧ろより簡單であり、且つより正當ではなかつたか？ 加之、我が國に於ては、夫歸共通財産制を拋棄することを適當とするかの問題は隣接諸國の立法によりて毫も影響されるところがなかつた。これ等立法の影響は、工業、商業、凡ての取引關係に關係する凡ての事項に對し

て極めて甚大であるのと反對に、その他の事項は、専ら國民的習俗と傳統とを反影するものである。かくして、フランスに於ける一般的選擇が共通財産制に傾いて居ることには疑ひないかに見える。共通財産制は最も行き互つた制度であり、そして單に最も實際的なばかりではなく、また最もよく受け容れられた制度である。經驗は、この制度をそこに望ましきものと考へられ得る諸改革と調和せしめることの不可能ならざることを證明する。民法の改正は所得共通を以て普通法の制度として法定共通財産制に代らしめ、以て妻の地位を改善するの必要を承認することに歸着するであらうことを、我々は確信するものである。所得に制限せられたる共通財産制は法定共通財産制よりも遙かにより正當であり、且つ當事者の推定的意思により多く合致するものである。この制度は、それによりて他方の獨占的利益のために一方に損害を與へ得ることなしに、夫婦の間に一つの利益合同を創出する〔註一〕。殆ど凡ての共通財産契約は所得共通財産契約である。加之、法定共通財産制は舊時の動産及び所得共通財産制とは著しく相違するものなことが注意され得る。我が舊法に於ては、殆ど凡ての重要な有價證券、職務の株 (offices)、年金は動産と看做されて居なかつた。この點は、今日、最早同一でない、そして『動産物件の著しき増加は、我が舊法の共通財産制と民法のそれとの間に於ける差異をますます顯著ならしめるものである』〔註二〕。

〔註一〕、その名稱の示すかように、所得共通財産制は、財産の合同を夫婦の個人的収入を以て、若しくは夫婦共同の産業によりて婚姻中實現せられたる所得に制限する一制度である。

〔註二〕、Tissier, De la communauté d'acquêts envisagée comme régime de droit commun, p. 6.

この場合、法定共通財産制は無契約にて婚姻する夫婦の制度であり、そして契約なしには持込動産の立證を爲し得ないといふのが論者によりて反對される點である。しかしながら、この舉證問題が研究されるべき、そこには、この困難が著しく誇張されたものなることが理解され得るであらう。この舉證の困難は所得共通を法定財産制とした外國立法者たちを阻止しなかつた。管理共通制の諸國に於ても、舉證の問題は、また所得共通制の諸國に於けると等しく課せられて居る。加之、そこには、その起原が不動産のそれと等しく極めて容易に立證され得る多數の動産を存する (司法附屬吏の「株」商業の「株」、記名證券等)。困難は嚴密に言つて、たゞ一部の有價證券 (無記名證券) や通貨に就きて存在するに過ぎない。大多數の立法は別に財産目録又は公正證書を要求して居ない。……假りに財産目録の必要を容認するとして、この場合それは確定日附を有する私署證書によりて作成され得るものとなすことに反對する理由はない。財産目録は一つの夫婦財産契約よりも常により安價なものであらう。最後に、それが舉證に關する場合しかく嚴格なる現行制度が決して持參財産の假裝と過大評價とを防止するものでないことを注意せねばならぬ、蓋し公證人は彼の前に書き出されたる諸物件が眞に持參財産であるか、又はそれ等物件の價格が過大に評價されて居ないかを知る由がないからである。

最も普通の状態、即ちその日暮らしの家計状態を基礎として考へるとき、家族の資源がその正常の用途外に流用されることを防止するために、法典が如何なる處分をも取らなかつたのは不都合である。

共通財産に對する夫の權能は過度である。第一四二一條に従へば、夫は妻の同意なしに、これを賣却し、讓渡し又は擔保に供することを得る。就中勞働者階級に於て、金錢調達のために、動産の全部又は一部、而かも生存又は勞働の條件として必要缺くべからざる諸物件乃至人道上の理由から法律上差押得べからざるものとされたがごとき諸物件でさへも夫によりて賣却される事例が如何に頻繁に行はれたことであるか？……

妻は常に取消し得べきものと考へられたる一個の暗黙の委任によりてのみ共同の費用を支辨し、夫を代理するの對して、法典に従へば、夫は單に彼れの獲得したるものを處分し得るだけでなく、更らに妻の勞働所得を私し、その勞銀を要求し若しくは抑留し得るのである。

夫がその托されたる財産を浪費し又は不當に管理する場合、妻には財産の分離を請求する手段が認められて居る。固よりこの手段は一つの個人資産を有する妻に取りてそれを回復するために有效なる救済策であり得るにしても、しかし彼等の勞働によりて生活しつゝあるものに取りては無益な保護である。蓋しその手續は餘りに緩慢であり、余りに煩雜であり、而かもその結果は餘りに不確實だからである。それ故に、これ等の濫用を救済すべく既に爲されたもの、並びに以後更らに爲さるべきもの、何たるか

と研究されねばならぬ。

その貯蓄に對する妻の權利に關するかぎりに於て、そこに達成せられたる進歩は法律自體に原因するよりも、寧ろその適用せられたる方法に由來するものである。實際、一八八一年四月五日の法律中に挿入せられたる規定は妻に固有なる一權利を認むることから遠いものであつた。

最初の企ては失敗に終つた。一八七二年に、夫の許可なくして貯蓄金庫に預金を爲す權利を妻に與へむとする一法律案が國民議會に提出された。然るにこの提案は、夫の權利を、共通財産制の諸原則を侵害するものとして盛に批難された。惟へらく、共有財産の何物をも處分し得ざる妻は、これによりて共通財産の資源の一部を轉用するために、自から一個の特有貯金を設定するために、その權利を利用することになりはしないかと。數年後にこの提案が再び提出されたとき、その反對を氣遣はれた法律家たちを安心させるために、提案者の考へ附いたのは暗黙の委任であつた。彼等は言つた、問題は妻に固有なる一權利を認めるのではなく、單に妻をその夫の默示的委任を有するものと看做すだけのことである。それ故に、妻が貯蓄金庫に或る預金を爲し又はその引出を爲すとき、妻は夫の名に於て行動し、夫を代理するものと看做されるであらう。夫は、彼れがそれを欲するとき、その委任を取消し、引出に異議を申出で、従つてまたその貯蓄額を共通財産中に編入せしめ得る。何故なれば、その貯蓄額は法律上依然として共通財産の

一部を成すものであつたからであると。かようにして、郵便貯金に關する一八八一年の法律第六條に従へば、妻は、彼等の夫婦財産契約の如何に拘らず、その夫の同意なしに貯金口座の開設を請求し得るものとされ、また彼等の夫の側より異議の申出なきかぎり、かくして開設せられたる口座に拂込まれたる金額を夫の許可なしに引出し得るものとされたのである。

この法律の適用は急速に重要な結果を生じた。一八八二年以來、妻によりて五二、三四五口座の開設が請求された。しかしながら、彼等は彼等の爲し得る選擇に就きて尙ほ充分徹底して居なかつたがために、その請求の半數以上(三〇、八〇三)は夫の許可に基くものであつた〔註三〕。この割合は間もなく覆された。その請求書に「夫の同意なし」の文句を附加する慣行が廣く行はれることになつたのである。しかしながら、この場合、そこには勿論異議の権利が存続する。この権利は如何にして行はるべきか？、この點に關して法律には何等規定するところがない。それ故に、夫は自ら出頭して、その資格を立證するの外なきかに見える。若し彼れが法定共通財産制の下に婚姻したものであるならば、妻によりて預入せられたる金額は共通財産の一部を成すものであり、従つて妻の引出に異議を申出ることによりて、彼れは自からその金額の回收を請求し得る譯である。この請求に對して、貯金部當局は答辯した、『執達吏の作成せる證書によりて正規の異議を送達せしめる手續を取られたし』と。こゝに於て、この異議には煩雜な手數と必要なる費用前納の必要とを生じた。これ等の諸方式を満して夫が郵便局に出頭するとき、尙ほその支拂

は拒絶された。即ち郵便當局は言ふ、『貴下の異議は貴下の妻によりて拂込まれたる金額の引出を差止めるだけの効果しか有たない。貴下自から拂戻を受けるがためには、引出に對する貴下の妻の受諾書又は裁判所の許可書を提出されたい』と。こゝに於て、夫は更らに一つの訴訟手續を取り、貯金局を相手取り、妻を訴訟の渦中に引入れるべく餘儀なくされた。かくして費用と、面倒と煩雜とは彼れを阻止するに恐らく充分であつた。固より彼れにして飽くまでその権利を固執するに於ては、結局その目的を達し得たに相違なく、裁判所は、一八八一年の法律が何等夫の権利を侵害したものでなく、彼れは共通財産の権利者たるその資格に於て、その妻によりて爲されたる預金を處分し得るものと判定するのほかなきことになるであらう。加之、論理上、裁判所はその拂戻拒絶を理由なしとされたる貯金局に訴訟費用の負擔を言渡すべきであるかに見える。若干の判決はまた實際この意味に於て與へられた。しかしながら、セーヌの裁判所は、疑ひもなく事實上の理由を根據として、反對の意味の判決を與へて居る。蓋し、一般的にその妻の貯蓄を横取しようとする夫は極めて下劣なるものと考へられるからである。この實際の取扱とこの判例とは夫の異議を牽制することに成功した。十二年間に貯蓄金庫に送達せられたる異議件數三八五に對して、二七〇件は契約解除若しくは配偶者双方に爲されたる拂戻によりて解決し、一一五件は無解決に終り、そして裁判所の解決に待つたものは僅かに一二件に止まつた。

〔註三〕、これ等の資料は、モリゾー・チポルト氏によりて『立法研究協會』に爲されたる有益なる報

告から借り來つたものである (Bulletin de la Société d'études législatives, t. I, p. 60).

それにも拘らず、この實際の取扱が決して法律と合致するものでなかつたことは、固より識者の意識するところであつた。こゝに於て、法律と實際との間に一つの完全なる調和を確立せんとする願望が政府をして更らに貯蓄金庫に關する一法律案を提出せしめることになつた。そしてこの法律案はその一箇條に於て、自己のために貯金口座を開設せしめる妻の權利を明定した。下院によりて可決せられたるこの法條はまた上院に於て異議なく一讀會を通過したのであるが、次ぎの讀會に於て、不幸にも、舊規定の復活を要求せるシヨルヴェ修正案の結果、遂に修正を見るの餘儀なきに至つた。かくして、結局、一八九五年七月二十日の法律は、單に異議の權利を維持するに止まらず、更らにこれを明確にし且つ容易にすることに成つた。即ち夫より異議の申立ありたる時、貯蓄金庫は書留郵便を以てこれを妻に通知せねばならない。この場合、妻が夫の異議に對して二ヶ月以内に裁判上の手續を取らざる時は、夫はその預金の拂戻を受け得るものとされた(その服する夫婦財産制がその權利を彼れに與へて居るかぎり)。かようにして、妻は遙かにより不利なる地位に置かれた譯である。蓋し一つの訴訟手續を取らねばならないものは妻であつて、夫はたゞ期間の満了まで待つて居て、その満了と共に出頭するだけで足りることになつたからである。

更らに、行政上の形式主義はこの法律を矯正することに成功した。これを理解するがためには、貯金管理局長に發せられたる一八九五年七月二十四日の商務省訓令を参照せねばならぬ。

即ちこれに依れば、一ヶ月の期間を満了したるとき、若し妻が何等の訴をも提起しなかつたとすれば、夫は疑ひなく拂戻を受け得るであらう、但しこれかためには次ぎの二つの條件が必要とされる。

- (1)、就中、夫はその妻の名義に屬する貯金通帳を提出することを要する。かようにして、若し妻がその通帳を保存し若しくは隠匿することに成功する場合には拂戻は出來ないことになる。この場合、法律上夫が妻にその通帳の引渡を求むる權利を有するか否かは多く關するところではない。貯金局はこの種の紛議に關與する必要はない。若し貯金局が複本の交付を請求されるにしても、この場合通帳は紛失、毀滅又は盜難によりて名義人の手を離れたのではないのであるから、貯金局はその交付を拒絶する。

- (2)、第二に、夫はその本人なること、通帳名義人の夫たるその資格を證明し、且つ婚姻證書、夫婦財産契約の正本、又は彼れが別に契約を締結せざりしことの證據を提出することによりて、彼れの財産契約上彼れの有する權利を證明することを要する。然るに尙ほこれだけに止らない。拂戻の請求と異議とはしばしば離婚訴訟の附帶事件であるか故に、夫は更らに離婚又は別居の事實なきことを證明せねばならぬ。この舉證は如何にして爲されるか?、婚姻に就きては、何等の附記なき最近日附の婚姻證明書の提出を以て足りるであらうが、しかし別居に就きては、その舉證はしかく簡單ではない。……訓令は些か皮肉の觀なきに非ざる次ぎの注意を以て結ばれてゐる。曰く、『貴官は更らに貴官に於て必

要と思料されるその他の証明を要求し得るであらう」と。——これ等の條件の下に拂戻がしかく多数に及ばないであらうことは、容易に想像され得ることである。一八九五年の法律は異議の件数を増加せしめた。その公布の翌年、この異議の件数は前年のそれに比して二倍に達した。しかしそれにも拘らず、これ等の異議に對して現實に拂戻の行はれたのは僅かに三件に止まつた。事案の一大多数に於ては、拂戻をも解除をも見なかつた。然るに、異議は單に五年間效力を有するに止まる。若しこの期間の満了前再びその申立なきときは、その異議は職権を以て取消されるのである。

民法に従へば、妻の勞銀は共有財産の一部を成すのであるが、實際に於て、この勞銀は夫の暗黙の代理人と看做されたる妻の手に支拂はれるのが最も普通であつた。しかしながら、この委任は常に取消し得べきものなるが故に、夫は自から妻の勞銀の支拂を受くべく雇主に請求することによりて敢てこの權利の範圍を超へたものではなかつた。立法研究協會の調査に従へば、かくのごとき夫の請求は罕れに行はれた事態に屬することを想像するに難くないにしても、しかし濫用が寧ろ例外的であつたといふ事實は敢て改革に對する反對の理由とはならなかつた。この事實は、寧ろ、習俗がこの點に於て法律より以上に進むで居たことを立證するものであつた。それ故に、改革は、それが一般意識の所與に合致して居ただけにますます容易に承認されることになるのであらう。

久しき以來要求せられ、且つ立法研究協會の諸討議と諸報告とによりて準備せられたるこの改革は〔註四〕一九〇七年七月十三日の法律によりて實現された。そしてこの法律は單にその勞銀に對して妻に固有の一權利を認めることを目的とするものではなく、同時に婚姻生活の負擔に任すべき夫婦各自の義務を確保することに意を用ひたものである。

〔註四〕、財産と勞働及び工業所得とに關して妻の權利及び權能に影響を及ぼす諸修正——テイッシエ氏の報告 (Bulletin de la Société d'études législatives, t. I, p. 25).

問題は諸般の例外的地位を矯正することに存したのであるから、この場合主張せられたる若干の提案は何れも改革にこの同一性質を與へる傾きを存した。かやうにして、デュブユイ・デュタンの提案に従へば、夫がその不行跡によりて婚姻の利益を危険に導くときは、妻は財産の分離を請求することなしに、裁判所の決定によりて、その勞働所得を自から收受する權利を獲得し得た。同様に、立法研究協會に提出せられたるコーウェー氏の草案〔註五〕に於ては、身分吏は、婚姻締結に當りて、將來の妻に、その動産並びにその勞働より産れる利得及び貨銀の處分を自己に留保する考へであるか否かを訊問することを要するものとされた。しかしこれ等の提案は何れも過度にして且つ認容されるに困難なる留保を含むものであつた。蓋し、裁判所の干渉は、煩瑣にして、しばしば遅滞きな、而かも事後に何かと憎惡の痕跡を残す嫌ひを免かれざる一つの匡救手段を構成するものであるし、また婚姻締結と同時に爲される約定は、最も普通の事

態として妻が取ることを敢てしないであらうとこの一つの不信任處分であるかに見える。加之、この時期に於て、妻は大むねその曝露され得べき將來の危険を意識して居るものでないであらう。

〔註五〕、Bulletin de la Société d'études législatives, t. I, p. 203.

それ故に、この場合、寧ろ凡ての妻に一つの権利を認めることによりて、改革に一つの一般的意義を與へることがより賢明と思料された。こゝに於て、第一條は、凡ての財産制の下に、妻はその利得及び勞銀に對して固有の一権利を取得するものと規定した。第一讀會に於て可決せられたる正條は、契約に於てこの法律上の利益を拋棄するの自由を認めて居たのであるが、しかし、かくすることによりて、そこには、この拋棄が一般の風となり、以て改革を幻滅に歸せしめる悞れを存したが故に、結局、確定正條に於ては、夫婦財産契約に記載せられたる反對條項は凡て無効と宣告された。かやうにして、一九〇七年の法律によりて課せられたる原則は凡ての妻に無差別に適用されるものとなつたのである。

如何なる財産に對して妻は固有の一権利を獲得するか？、こゝに於ても法律の適用範圍は更らに擴大されることになつた。初めそこに考へられて居たものは、就中、他人の家に於て勞働し若しくは使用される妻の勞銀及び給料であつた。自から商業を爲す妻又は自己の計算に於て勞働する妻は考慮されて居なかつた。しかしながら、この場合何等の種別をも認めず凡ての妻を一樣に取扱ふのがむしろより簡明であるかに考へられた。蓋し、濫用は單に勞働階級に於てのみ行はれたのではなく、また妻は中流階級に於てもし

ば、夫の過失によりて勞働すべく餘儀なくされて居るからである。

この點は、その権利が専ら勞銀にのみ制限せらるべきか或ひは實現せられたる貯蓄にも及ぶべきかの問題に就きてもまた同様である。

一九〇〇年三月十日のベルギー法によりて認められたる一つの制限共通財産制は専ら妻にのみその勞銀を受取り、そして家事の必要のためにこれを處分する権利を認めた。妻はこれを預金し、これを使用するにしても、夫はそこに残されたる貯蓄に對してその凡ての権利を保存する。それ故に、かくのごとき改革は不充分であつて、殆ど何等の進歩をも實現するものではない。そこに最も悞れられるものは、夫が直接妻の勞銀を横領することではない。かくのごとき濫用は極めて罕に行はれた事態でしかない。最もしばしば夫の目指すところのものは、残されたる貯蓄、妻によりて實行されたる預金である。法律が確保せむと欲し且つ確保するを要するものはこの預金の保存である。然らざれば、法律は寧ろ無益にすらこれを消費すべく妻を示唆することになるであらう。しかのみならず、しばしばこの貯蓄は或る近接せる費用、例へば家賃の支拂、小供の旅費等のために爲されたものである。この貯蓄はこれが實現に毫も寄與するところのなかつた夫の勝手に委さるべきではない。かやうにして、一九〇七年の法律が妻に認めたる権利は、最も廣い範圍に及ぶものであつて、凡ての種類給料、勞銀、俸給及び或る職業、或る分離せられたる工業又は商業より生ずる利益並びにそれより産み出される貯蓄を含むものである。



留保財産の運命に關しては二つの制度の間に選擇を爲し得るものと考へられた。部分的財産分離制を組織するか、或ひは留保財産を共有資産中に維持するか、即ちそれであつた。

一部分離の制度は簡明であり、凡ての財産制に順應し、留保財産を一つの明白に確定せられたる状態に置く利益を有した。妻はその自由なる管理權を獲得し、如何なる事があらうとも、無分割にそれを保存した。それにも拘らず、この制度は多くの人々に取りて過度に見えた。この制度は、共通財産制に一つの大きな亀裂を生せしめることなしに、果して有益に妻を保護し得たか？、夫が刻苦精勵して共通財産のために貯蓄を爲すとき、妻が單に自己のためにのみ利得し且つ貯蓄を爲すのを容認することが果して正當であるか？。

立法研究協會の見解に従へば、そこに共通財産制を存したるとき、妻の所得及び勞銀は依然としてその一部を成さねばならなかつた。これ等の収入は共有資産に屬したが、しかし夫の處分を免がれた。そこには單一の管理者の代りに、各自特別の權限を有する二人の管理者が設定された。即ち夫は資産の最大の部分を管理し、妻はその給料より成りたる部分を管理することになつたであらう。この制度には、一個の共有財産の設定と分割とにその本質を存する共通財産制と調和しがたき何物をも存せなかつた。管理の單一は共通財産制の本質的性質ではない。舊時の慣習的共通財産制に於て、妻は夫の行爲の一部に關與して居たのは、即ちその證據である。サレイユがそれを言つたがやうに〔註六〕、共通財産制は漸次柔軟にさ

れ、以て習俗と思想とに於て生じたる諸般の變化に順應せねばならぬ。然らざれば、この制度は消滅する結果を免かれないのであらう。

〔註六〕 Bulletin de la Société d'Études législatives, t. I, p. 148.

如上はまさしく法律によりて承認せられたる解決である。もしもそこに共通財産制又は所得共通制を存するときは、留保財産は共有財産の一部を爲し、この財産の分割の目的となる。

共通財産制に又は所得共通制の何れにも該當せざる凡ての制度の下に於ては、留保財産は妻の特有に屬し、これに關するかぎり妻は別居せるものと同一に看做される。

法律は留保財産に對して妻に一個の廣汎なる能力を認めて居る。法律は民法第一四四九條が別居せる妻に附與せる同一なる管理權を妻に與へた。しかのみならず、第一條はそれが別居せる妻に關する場合争ひを生じたる諸問題を、留保財産に關して妻に有利に解決した。かやうにして、妻は動産及び不動産を取得するためにその貯蓄を使用し、夫の許可なくしてその取得したる財産を有償名義に於て讓渡し、この種財産に對して妻に認められたる諸權利に關する凡ての問題に於て、夫の許可なしに訴訟を爲し得る。たゞそこに禁止せられたる行爲は無償名義に於ける諸行爲のみである。

留保財産は妻の債權者によりて差押へられ得るものではあるが、しかし夫の債權者の行爲はこれに及ぶものでない。但し、この場合、そこに採用せられたる財産制に従へば、その財産が、新法前、夫の手中に

存せねばならなかつたものであることを條件として、家事の必要のために夫と契約したる債権者は除外される。

他方に於て、夫及び共通財産は、妻が許可なしに、その権能の範囲内に於て留保財産に對して契約したる債務に就き責任を有するものではない。

この小さな留保財産の設定は、解決すべく可なり困難なる一個の舉證問題を生ぜしめる。法律に於ては、妻によりて爲されたる行爲の効力は、妻がその夫のそれとは別個の一職業を自身に行ふものなることに就き、一つの身分證書によりて又は契約中に記載せられたる他の凡ての手段によりて爲されたる證明をのみ條件とするものと規定されるに止つた。そして財産の出所若しくは確實さに就きて争ひを生じたる場合に於ては、妻は單なる風評による證據を除くの外、凡ての手段によりてこれを立證し得るものとされて居るのである。

妻がそれを濫用したであらう場合に、妻の権能を取戻すべく、夫に一つの訴權を留保することは賢明と考へられた。

夫は非公開の下に審理する裁判所に出訴すべく、而かも緊急の場合には急迫事件裁判の手續によりて、妻の企てたる行爲に異議を申出る權利を認められ得るであらう。この場合、濫用の凡ての場合を決定するのは不可能と考へられたが故に、法律はたゞ例示的に濫費、輕卒又は不良なる管理を擧げるに止まつた。

た。

かくのごとき改革はそれ自體に於て不充分であつた。經驗は、夫婦相互の義務と彼等の子に對する彼等の義務とを、より力強き形に於て確認するの必要を實證した。新しい諸法典の編纂者たちの關心事とすべき一問題は正しくそこに存するのである。かくしてスイス民法は妻の利益を擁護することを目的とする一列の處分を豫定した、共同生活の停止、扶養料の確定、夫の管理權の取戻、夫婦の債務者に向つて、その全部又は一部の辨濟を妻に爲すことを命ずる裁判所の權能が即ちそれである。

我國に於ては、この場合、財産の分離、離婚若しくは別居以外の保護處分を存せなかつた。財産の分離は、勞働婦人に取りて毫も實際的解決ではない。また離婚と別居とはしばしば目的以上に逸脱して、家族生活を破壊するの結果を免れない。

新法はその解決をデュブユー・デュタンの建議案に籍り來つた。新法の認めた處分は妻にも夫にも無差別に適用されるものである。

夫婦の一方がその勞銀又は給料を浪費し、その能力に準じて家計の負擔に任ずることを回避する凡ての場合に於て、他の配偶者は一つの極めて簡捷なる手續によりてこれに干渉することを得る。即ち彼れの請求あるとき、治安裁判所書記はその請求の性質を記載せる單純なる一書留郵便を以て相手方の呼出を爲す。

この場合、兩當事者は期日に治安裁判所に出頭することを要し、且つ對席を以て訊問される。治安判事は、支拂差止の方法によりて、相手方の受くべき勞銀の一部に就き、その直接支拂に對抗する權利を原告に承認し得る。配偶者及び第三債務者に爲されたる判決の送達は、その差押を許可せられたる金額の割當を意味し、その判決は異議又は控訴にも拘らず假執行力を有するものである。

この處分は確かに優れた一つの制裁ではあるが、しかしまた餘りにしばしば無效果なものである。蓋し住所又は仕事場を變更することによりて容易に勞銀の差押を免かれ得ることになるからである。

我々はその妻及びその未成年の子に對する扶養の義務を怠る夫に對しては一個の拘禁刑を内容とする更らにより強力なる一處分の採用を希望する。多數の外國立法は既に我々にその例を與へた。例へば、一八八五年四月十七日のマツサチューセツ州の法律は、理由なくしてその妻又はその未成年の子の扶養を爲すことを怠る者に對して、二十ドル以下の罰金と六月以下の禁錮とを併科し、『その科せられたる罰金は訴追の時期に妻及び子の扶養に任ずる都市、團體又は個人に附與される』。

一八九二年七月六日のノールウェー法律第一條に従へば、家長がその妻及びその子を遺棄するとき、その資源に應ずる一つの扶助料をその妻及びその子に給與する義務が凡ての家長に課せられ、そしてその額は上級官廳によりて決定される。彼れがこの義務を履行せず、且つ彼れの財産に對して執行を爲し得ざるときは、彼れは逮捕せられ且つ彼れが支拂を爲すか若しくは支拂の保證を立つるに至るまで、一強制勞働

場に收容される。但しこの拘禁は三ヶ月を超ゆることを得ない。

最後に、ニューシャールルの刑法はその第二〇七條に於て、次ぎのごとく規定する、『その勞働又は他の凡ての方法により、その直系の曾族又は卑族、又は其配偶者の必要なる費用を供與し得るにも拘らず、これを窮迫の状態に放任する者、又はその家族を遺棄し、以て之れを無救助の状態に放任するものは、一月以上六月以下の禁錮又は一年以上三年以下の勞役場留置を以て處罰せらるべし』。

固より我々はこの場合刑事裁判を以て充分であるものと信ずるものではない。しかしながら、假令その作用が不完全であるにしても、尙ほそれが效果なきものと結論する譯には行かない。一社會現象の諸原因は常に限りなく複雑であり、従つてその凡てを抑壓することは不可能であるにしても、しかし尠くともその中の或物を淘汰し若しくは緩和するとは常に可能である。そして家族遺棄の諸原因の一つがその無處罰に存することは疑ひなきかに考へられる〔註七〕。

〔註七〕、『家族遺棄の罪を設定する必要に就て』 (Bulletin de la Société d'études législatives, t. I, p. 76).

## 第九章 子の地位——物質的に遺棄せられたる子

子の地位に關する歴史はしばしば妻の地位に關するそれに照應するものであつた〔註一〕。そこには、ローマ法の主要なる諸立法に於ける親權制度を決定すべく貢献したる二大思潮を存した。第一のそれはローマ法に第二のそれはゼルマン法に發祥するものである。ローマ思想に従へば、親權はそれを行使する者のために、且つその利益に於て確立されたる一權利である。この觀念には、一五三九年、サンリス (Saulis) の慣習中に初めて表式せられ、そしてロアイゼル (Loysel) —— 彼れの「法學階梯」(Institutes) に於てそれを再表現したる——によりて一般化せられたるかの慣習法上の格言、「親權は存せず」が對抗される。しかしながら、しばしば誤解せられたるこの原則は、單純に、ローマ法の「家父權」(Patria potestas) は慣習法國に於て認められなかつたことを意味するに止まるものであつて、この場合、子は如何なる權力の下にも置かれなかつたことを意味するものではない。たゞこの權力はローマ法に於けるとは異りたる諸原則に基き、且つ異りたる制限を有するものであつたにすぎない。要するに、この權力は父のために確立されたるものではなく、この權力は最早子の利益に於て組織せられたる一個の保護權でしかないといふのが、その一般的思想である。この思想から當然に一系列の結論が引出される、——(1)、この權力は同時に父母に屬する。父は婚姻中單獨にこれを行使する。しかしながら、婚姻の解消後又は禁治産の場合に於て、この權力は母に移る。(2)、この權力は子が最早保護の必要を有せざるに至るとき終熄する。かようにして、親權は、大多數の慣習法によりて二十五歳と確定せられたる子の成年に達したるとき、

又は明示若くは暗黙にこの成年以前に父によりて爲されたる親權解除によりて終了する。そして、就中、親權解除は子の婚姻又は別居によりて暗黙に招來されるものと認められる〔註二〕。或る種の要職もまた可なり一般的に同一の結果を招來した。その例としては、各種の司法職、司教職及びブールボン家のそれのような一部の慣習法に於ては司祭職のごときが引用され得るであらう。(3)、最後に、父母はその子の財産に對して、それに就き報告を爲す義務を伴ひたる一個の單純なる管理權を有するに止まつた。……二つの觀念の間に久しき以來行はれたる鬭争は、終局、その中の一方の勝利に皈し、親權はそれを行使する者のために存する一權利たることを止め、一個の單純なる保護の權能、言ひ換へれば子に對してその義務を果すために父の有する一手段となつた。ベルリエ (Berliet) は民法準備事業の經過中に言つた、『第九篇の目的を成す父母の權能は往昔の親權とは似ても附かぬものである。新しい思想を表すか爲には新しい文字が必要とされる』と。〔註三〕民法には、この親權 (puissance paternelle) の名稱を避けむとする用意が認められる。表題には尙ほこの文字を存するにしても、しかし法典の各條に於ては puissance (權力) の代りに凡て *autorité* (權能) の文字が使用されて居る。更らにアルピッソン (Albisson) は言ふ。『直接的に、子の利益以外の原因、以外の目的を有せざるその子に對する父母の權能 (*autorité*) は、本來的に一個の權利ではなく、單に一つの崇高なる不可缺的義務を全幅に且つ障礙なく履行するための一手段にすぎない』と〔註四〕。

〔註一〕 Paul Viollet, Histoire du droit français. Sources. Droit privé, p. 418.

〔註二〕 Coutume de Paris, art. 239.

〔註三〕 革命曆十年霜月二十六日の參事院會議 (Loaré, t. III, p. 315).

〔註四〕 Loaré, t. III, p. 342.

かようにして、民法は親權を單に子の權利を保護し且つ擁護する一手段としか認めて居ない。しかしながら、民法はこの場合敢てその詳細なる組織を爲すことなく、單にその原則を課するに止まつて居る。民法は第二〇三條に於て、父母はその子を養育する義務を、言換れば、準備事業が明確にそれを言明するかように、その子を教育する義務を有するものと一般的に規定して居る。それ故に、義務教育の原則は民法に於て實質的に承認されて居たのであつて、一八八二年三月二十八日の法律は、本來、單にその適用範圍を決定することによりて、この原則より生ずる結論を明かにしたにすぎないものである。

同様に、民法は、父及び母に課せられたるこの教育義務の履行が如何にして確保せらるべきかを示すべく特別の考慮を拂はなかつた。この義務がそれに對應して子のために一つの權利を發生せしめるものであり、そして我が立法に於て凡ての權利が一つの訴權を生まれしめるものであることは極めて確實である。しかしながら、この訴權は何人がこれを行行使し得るか？、子は彼れが成年に達したるときにのみ單獨に行動し得るにすぎない。子は、その未成年の期間中原則として父によりて代表されるものであるが、しかし、

父は自己に對して行動し得るものでないことは明白である。事態は面倒であつた。そして學説は久しき間この面倒な事態から脱却すべく無益なる努力を續けた。一部著述家たちの見解に従へば、この訴權は、婚姻中母より父に對して、父母の一方の死後、後見監督人より生殘の法定後見人に對して行使され得るものであり。そして何人もその義務を果すものなきときは、檢事自からこれに干渉し得るものとされた。要するに、教育義務を強要する民事上の訴權は理論上存在したにも拘らず、これを行行使することは事實上殆ど不可能であつた。

民法のこの不充分とこの缺陷とは、一八八九年七月二十四日の法律によりて部分的に補正された。この改革の實現前、立法者は、情狀に應じて、子の教育權を擁護することを目的としたる個別的處分を取るの止むなきに至つた。一八八二年三年二十八日の法律が、その子に普通教育を受けしむべき父母の義務を確認し、明定したものであることは、既に指摘したがごとくである。我々は等しく二種の處分を引用し得るであらう。即ち、その子を遺棄し若くは虐待する父母に對して刑事制裁を規定する刑事處分がその一つであり、子に對してその義務を果し得なかつたか、若しくは果すことを欲せなかつた父母に國家自から地位することを許す處分がその二である。かようにして、國家はますます多數の範疇を異にせる子女の教育に自から任ずるの止むなきに至つた。そこは救濟少年の役務の累進的擴大ほど爾かく顯著なる何物をも存せない。初めは單に孤兒と物質的に遺棄せられたる子とに限られたるこの役務は、やがて道德的に遺棄せ

られたる子に、そして最後には、不良にして且つ教育困難なる少年に擴張された。

先づ第一に考慮の必要を存したものは、彼等の義務を回避し若しくはそれを果すべく不可能の状態に在る父母の場合である。

一九〇四年六月二十七日の法律によりて整頓せられたる救済児に關する立法は、久しく、帝政時代の二つの法制、即ち革命暦十三年兩月十五日の法律と一八一一年一月十九日の命令との中に含まれて居たものである。革命暦十三年兩月の法律は養育院に收容を許されたる兒童に適用せらるべき制度を決定した。一八一一年の命令は、兒童がこの救済に均霑し得る諸場合を指定し、且つこれを捨兒、遺棄兒、及び貧困なる孤兒の三種に分類した。——これ等の法律規定の適用は必ずしも常に同一精神に於て爲されたものではない。その適用は單に時代によりて相違したばかりではなく、また地方に従ひて相違した。實際、救済児の役務は一つの地方的役務であつたし、また今日に於ても尙ほそうである。縣會は、その欲するところに從ひて、その豫算を増減し、この役務を擴張し又は制限する権限を有した。

法律がその適用に於て受けたる變化を確定することを就中その目的とするこの研究に於て、實際の變遷をこゝに指摘するのは、恐らく無益とは見えないであらう。

一八一一年の命令は各郡に一養育院を設置した。そしてこれ等の養育院には何れも兒童が何時にても無

條件にて委託せられ得べき一個の捨兒收容口 (bair) を設備すべきものとされた。何人も知るがこゝくに、この收容口は街路に向つて開口せる旋回式設備であつた。この開口部に兒童が置かれたるとき、呼鈴仕掛にて看守に通せられると共に收容口は閉鎖され、そして兒童はその捨主の何人かを知られることなしに秘密に收容されたのである。これ等の條件の下に、爾かく容易にせられたる捨兒の數は引續き増加の傾向を辿つた〔註五〕。一八一〇年、養育院の收容兒は七〇、五五八人を算したのが、一八一五年には八四、〇〇〇人、一八二二年には一〇五、〇〇〇人、一八二五年には一一七、三〇五人、一八三三年には一二七、三〇七人となつた。そこに注意されたものはこの重要な増加のみではなかつた。そこには、この捨兒收容口の制度が、これによりて人命を救助したよりも、却つてそれのより多くを危険ならしめたことが確認されるの餘儀なきに至つた。蓋し乳兒に何等の手當をも加へることなく、而かもこの運搬を一個の眞正なる職業とする者の手によりて遠方より連れ來られたる哺乳兒の死亡率は著しく高いものとなつたからである。こゝに於て、この制度には漸時反動を生じ、先づ收容口の附近に監視所を設けることから初まつて、遂にはこの制度の全廢を見るに至つた。この制度の最盛時に於ては二五一を算したる收容口は一八一八年には尙ほ二三二を算したが、一八六九年には僅かに五個を残すに止まり、そしてこの最後の五個も同年以後閉鎖されることになつた。かくして經驗上失敗に終りたるこの制度は、一般に、許可制度によりて代られることになつた。

〔註五〕 Voir Levasseur, Population française, t. II, p. 61.

巴里に於ては、この許可にはこれが制度を目的とする如何なる方式も課せられて居なかつた。レオン・ラ  
ルマン氏は言つた〔註六〕、『縣會がこの制度の基礎とするところは、家族の秘密の尊重と就中幼児の生命  
確保の必要とであつて、經費の問題は二の次ぎである』と。母はその子と共に公救濟所の一吏員の許に出  
頭する。この場合、收容を許可されるがためには、たゞ子の出生證書の提出を要求されるに止まるのであ  
るが、しかし、相當の理由を存するかぎりこの證書の提出なくとも尚ほ許可は與へられ得るのである。こ  
の場合、吏員は母が自からその子の監護に任ずることに同意すれば、一定額の孕育料の給與を受け得べ  
きことを母に説明し、且つ成るべくこの方法によるべきことを勧告するのであるが、母が依然その決意を  
固執するに於ては、子の收容は決して拒絶されるものではない。しかし收容の許可には、その子の委託さ  
れる場所を母に知らしめないことが條件とされる。この場合、母は單にその子の生死に關する報告のみを  
一年四回受け得るに止まるべきことを豫告される。これ即ちこの遺棄の諸形式に存續する唯一の峻嚴であ  
る。實際、經驗はそれが無数の濫用を防止する唯一の手段であつたことを證明した。しかしそれにも拘ら  
ず、たゞこれによりて自己防衛の可能を留保せむと欲したにすぎない行政當局は、實際上の取扱に於て尚  
ほ多くの手心を用ゐた。かようにして、委託場所は必ずしも常に嚴格に秘せられて居る譯ではなく、しば  
しば收容兒と原家庭との間に聯絡を存續せしめて居るのである。

〔註六〕 Lion Lallemand, Histoire des enfants abandonnés, p. 278.

地方に於ては、これと同一ではなかつた。そこに適用せられたる制度は殆ど到るところに於て極めて制  
限的性質を有するものであつた。一八七一年八月十日の法律によりて救濟兒の役務に關する組織を制定す  
る權限を附與せられたる縣會は收容許可の諸形式と諸條件とを決定した。縣會の多くは、就中、その經費  
を制限することに意を須む、そしてこの目的を達するために、許可を極めて少數ならしむべき性質の諸條  
件を課した。居住地や出身地に關する諸條件、一つの豫先調査の必要、嫡出子の除外等が即ちそれであつ  
た。一九〇四年七月二十七日の法律は、セーヌ縣に於て追行せられたる自由なる取扱を一般化した。そし  
てその第八條及び九條は七歳以下と思料される兒童の收容許可を義務的たらしめた。しかしながら、この  
法律は、收容の許可を容易ならしめると同時に、また他方に於ては、他の一救濟制度として、兒童を父母  
の許に残留せしめ、且つ縣に取りては經費節約の利益を有する養育料給與の處分を能ふかぎり獎勵するこ  
とに努めたのである。

收容を許可せられたる兒童は爾後公救濟部の權力下に置かれた。一九〇四年の法律第十一條に従へば、  
凡ての種類の子の保護と公救濟部收容兒の後見は縣知事又はその代理人たる縣監察官によりて、セーヌ  
縣に於ては、巴里公救濟部長によりて行はれた。

收容兒の後見人にはその輔佐機關として一親族會が設置せられ、そしてこの親族會は縣會によりて選舉

せられ且つ四年毎に改選せられたる七名の委員より成る一委員會によりて形成されたのである。かようにして、救済児の收容許可は、法律上に於てもまた事實上に於ても、殆ど同一の重要性を有する諸結果を招来するものであることが理解される。蓋し家族を奪はれ、若しくは家族によりて遺棄せられたる児童は、本來の意味に於て國家の收養兒である。この場合、實際、彼れの必要を満し、彼れを孕育し、彼れを教育し、そして一つの地位を見出し且つ生活に於て一つの有益なる役目を演ずべく彼れを援助せねばならないものは國家である。我々はそこに恰かも共產主義の一適用を見る譯である。そして我々はこの經驗がまたこの主義の否認せらるべき明白なる證據であることを附言し得るものであらう。それは單に、この收養兒の生活が、彼れのために公けの慈善の爲し得る凡てにも拘らず、尙ほ一個の最悪なるものとして、一個の痛ましき例外として現はれるがためのみではない。それは更らに、國家がその企圖する事業、即ち自から一つの家庭に代らむとする事業に於て、尙ほ或る他の家庭に倚賴することを條件とするに非ざれば成功の途なき事を自認すべく餘儀なくされて居るがためである。事實上、行政當局は、その收容したる児童を彼れ自身に、即ち特殊施設内に於て孕育するものではなく、行政當局が全力を盡して彼れのために覓めるものは一個の家庭委託 (Placement familial) である。そしてこの收養兒の將來は、大部分、この委託家庭の選擇如何に關はるものと言はれ得るのである。若しも彼れがその委託せられたる家庭に於て、單に不親切にして野卑なる主人をしか見出さないとするならば、彼れは既に不可避免的に失はれたるものである。

ある。反對に、若しも彼れが親切を以て取扱はれ、愛情の恵みに浴するとするならば、これを言換へれば、彼れが再びそこに他の一家庭を見出すとするならば、彼れは彼れの新しき環境に順應し、幸福なる生活を爲し、且つ一個の眞面目な人間となるべき機會を有つことになるのである。

統計に徴すれば、救済児童の約十分の一は、その成年前に、處分を取消されてその父母の許に還附されて居る。父母より請求せられたる児童は、後見人に於て、親族會の意見を徴したる後、その處分が子の利益に合致すること、確認するとき、父母に還附され得る。この外、行政當局は更らに假還附を許可し得る。この場合には尙ほ尠くとも一年間、監督が繼續せられ、この期間の満了を待つて還附が確定的となるのである。

## 第十章 子の地位(續)——道徳的に遺棄せられたる子

如何なる時代に於ても、孤兒、癡疾兒、家庭なき児童の多少とも研究されないことはなかつた。しかしながら、道徳的に遺棄せられたる児童——就中彼等の父母に對して保護される必要を有する児童として理解されることによりて——が専ら社會の關心事とされたのは、極めて最近のことである。

これ等の児童の數は世人がそれを信するよりも遙かに大である。……これ等の少年の擄取は都會に於



て、殆ど公然の、そしてしばしば極めて有利な一個の職業となつて居る。……これ等の少年はしばしばその父母によりて晝間一フラン半乃至二フラン、夜間三フラン乃至四フランを以て職業乞丐者に賃貸されて居るのである。

この種の少年に對して私人の慈善は無力である。少年が父母の残忍性又は悪例の犠牲であるとき、少年自身に對する私的慈善は何等の効果を齎すものでもない。……

しかしながら、公救濟部は、尠くとも巴里に於て、全然無爲に止まるものではなかつた。救濟兒童の職務の外に、セーヌの縣會は、一八八一年、或る種の少年、就中、『その父母が、或は廢疾、貧困又はその職業の性質のために、或は彼等の惡徳そのもの、結果、子の監護を爲すことの不可能の状態に在ることの明らかになれたる』者のために開かれたる一つの道徳的被遺棄少年の役務を創設した。この役務は極めて迅速に構成され、且つ發達した。一八八一年より一八八九年に至るまで、この役務は毎年七〇〇人乃至八〇〇人を收容するに至つた。同時に、民間に於ても、また同一の目的を有する多數事業の發生を見るに至つた。例へば、一八八七年ジョルジュ・ボンジュアン氏によりて創立せられたる『被遺棄少年、犯罪少年保護會』(Société générale de protection pour l'enfance abandonnée ou coupable)、一八八八年、ジュール・シモン氏を會長として創設せられたる『フランス少年救濟協會』(Union française pour le sauvetage de l'enfance)のごとき即ちそれである。……しかしながら、不幸にして、法律は餘りにしばしばこれ等凡ての献身的

努力を無益に終らしめた。蓋しそこには、少年を收容するがために父母の承諾が要求され、また彼等に保護を與へるがためにも等しくこの承諾が要求されたのであるが、しかし、多數の場合に於て、そこに必要とされたであらうことは、まさしく父母そのものに對して少年を保護し得ることに存したからである。

かようにして、そこには一つの立法上の改革の必要を生じた。この改革運動は先づ「刑務協會」(cité des prisons) から初められた。蓋しこの協會に於て、この問題は一八七八年以來、ロバン氏の重要な一報告の對象であつたのである〔註一〕。この報告の與へたる諸結論は多數の討論を誘起し、そして少年保護法の起草若くは適用に寄與したる殆ど凡ての人々に新たな研究の機會を與へた。恰かもこれ等の討論の要約としての一建議案は、一八八一年一月二十七日、ルツセル氏外數氏によりて上院に提出された。これに後るゝこと數ヶ月にして、等しく上院事務局は、一院外委員會によりて準備せられ且つ政府によりて提出せられたる他の一法律案を受理した。しかしながら、凡ての救濟兒童に關する立法を絶對的に改訂したるこの法案の範圍の廣汎なること、その採用によりて招來せらるべき財政的負擔の加重と、この負擔を正確に見積ることの困難とは、遂にこの法案の通過を不能ならしめた。

〔註一〕 Bulletin de la Société des prisons, 1878, p. 798.

尠くともこの改革の一部を助けるために、政府は、最も多額の經費を要すべき部分を犠牲にして、その中の最も重要な諸規定を法案の全體から切離すべく決意した。一八八九年七月二十四日の法律となつた

ものは、即ちこの限定されたる法案である。

この法律の目指すところは本質的に被遺棄少年であり、そして法律はこれを次ぎの二種に分つた——(1)、その父母の過失又は悪徳によりて道徳的危険の状態に置かれたる者、(2)、その父母の貧困、廢疾又はその他凡ての原因の結果、無監督の状態に放任されたる者。第一の場合、即ち父母がその父母たることを値せざる場合、法律は父母よりその権利を剝奪する。第二の場合、即ち敢て父母たることを値せざる譯けではないが、しかし、父母が彼等の義務を果すべく不能の状態に在る場合、法律は、親權の停止を言渡し、且つ子の收容を承諾する個人又は慈善團體にその親權を授與する權限を裁判所に附與する。この二つの處分に關するかぎり、一八八九年の法律は、ブルユイール氏がそれを指摘するがように〔註二〕、實際に於て、單一なる法律に統合せられたる別種の二個の法律を成すものと言はれ得る。即ち前者は就中一個の刑罰的性質を有するものであり、後者に單純なる公救済に關する一法律である。

〔註一〕 Brueyre, La loi de 1889 et son application. Rapport au Comité de défense des enfants traduits en Justice, p. 17.

この第一の部分に含まれたる諸規定は次ぎの三問題に答へるものである——親權喪失は如何なる場合に言渡されるか？、親權喪失の手續及びその效果如何？、親權喪失は如何にして解除されるか？

法律は二つの場合を區別する。第一は特に重大なるものとして、親權剝奪を強要的とする場合、第二はより輕きものとして、親權剝奪を任意的とする場合が即ちそれである。第一の場合に該當するものは第一條に於て列擧される。凡ての場合に於て、親權剝奪は單に父母に對して言渡されたる一つの有罪判決を前提とするばかりではなく、更に、この有罪判決は子に對して犯されたる一つの重罪又は輕罪に、若しくは子によりて犯され、且つ父母が共同正犯又は從犯としてこれに加功したる一つの重罪に原由することが必要とされる。これ等の條件の下に、論者が往々にしてそれを爲したがように〔註三〕、親權剝奪に一個の強要的性質を與へること以て過度の嚴格に失したものだとする批難を、我々は法律に向け得るものとは信せな。

〔註三〕、一八八三年五月二十六日及び七月七日の會議に於ける上院議員ガヴァルデー氏の演説を参照 (Journal officiel, débats parlementaires, p. 569 et 836).

任意的親權剝奪の場合は第二條に於て列擧される。初めの四つの場合は、父母が先きに一つの有罪判決の言渡を受けたることを前提とする。これに反して後の二つの場合に於ては、親權剝奪は何等父母の受けたる有罪判決を前提とせずして適用され得るものである。

第二條に記載せられたる有罪判決は、單に或る重罪又は特別な輕罪に原由するものに限られたものではない。第一項は一般的性質を有するものであつて、或る普通法上の犯罪事實に就き一個の重罪刑の言渡

を受けたる凡ての父母に適用されるものである。

最も特質的なる場合は、親権喪失が何等有罪判決を存せざるにも拘らず言渡され得る場合である。これ等の場合の第一は、十六歳以下の未成年の子が刑法第六六條の適用によりて矯正院に送附せられたる場合である。蓋し、かくのごとき場合に於て、子の過失は最もしばしば、父母の監督の缺乏若しくは父母の示す悪例によりて説明されるものと考へられたのである。

親権剝奪に最も廣汎なる適用範圍を開くものは最後の條項である。これによれば、何等有罪判決を受けたることはないにしても、しかし彼等の常習酩酊、彼等の顯著なる不行狀、若しくは虐待によりて、その子の健康、安全又は徳性を危険ならしめる父及び母に對して、裁判所は親権喪失を言渡し得る。實際、この條項は最も包括的にして、他の凡ての規定を完補するものである。そして大多數の場合に於て援用されるものもまたこの條項である。法律は裁判官に極めて廣汎なる裁量の權能を與へて居る。そして、この法律の適用に關する訓令に於て、司法大臣が極めて慎重にその權利を行使すべく檢事に要請して居る理由は極めてよく理解される。しかしながら、尠くとも今日まで、少年保護に興味を有する人々を不安ならしめ得るものは、この危険ではない。我々がそこに擧げられたる成績の重要性を評價すべく試みるであらうとき、我々は、裁判所が司法大臣の要望したる慎重なる手心を寧ろ誇張しすぎたといふ非難をより正當に値したであらうことを見るであらう。

親権剝奪の訴は或る親族又は檢事によりてのみ提起され得る。第三條に従へば、この訴權を行使する資格を有する未成年者の親族は、四親等内の親族である。しかしながら、實際上、親権剝奪處分の適用され得る場合の大多數に於て、家族は破壊され又は解體されて居るのであるから、そこに期待され得る唯一の權利行使は殆ど常に檢事のそれであるであらう。

この訴に就きては、二つの裁判所が審判の權限を有する。通常の管轄權は子の父又は母の住所地若しくは居所地の民事裁判所に屬するのであるが〔註四〕、しかし例外的に、刑事裁判所が親権剝奪の理由となるべき性質の或る刑を適用する場合、刑事裁判所に繫屬する重罪又は輕罪訴訟に於て行はれたる辯論により、事案が充分明白にされたと思料するとき、刑事裁判所は同時に親権剝奪を言渡し得るのである〔註五〕。この後の場合に於て、手續は極めて敏速に運ばれ得るのに反して、訴が民事裁判所に提起されたる場合には、請求の審理は著しく煩雜となることを免かれない。蓋し、この場合、禁治産に關する民事訴訟法の諸規定を斟酌せる法律は、この手續に一系列の方式を課して居るからである。

〔註四〕、第三條。

〔註五〕、第四條。

判決が確定したるとき、言渡されたる失權は如何なる效果を生ずるか？、この場合、法律は極端に嚴格である。法律は如何なる區別をも認めない。失權は絶對的である。親權の喪失は既生又は未生の凡ての子

に及ぶものであり、そしてこの失権は、親権の凡ての屬性、言換へれば、民法又は爾後の諸法律がその子の一身及び財産に關して父母に附與する凡ての權利を包含するものである。かようにして、この失権の言渡は單に彼等の間に扶養の相互的義務を存續せしめるに止まるものである。

父が失權したるとき、その權利は何人に附與されるか？、若し原則に膠着するとすれば、母が生存し且つ能力者である場合、これ等の權利を移さるべきものは母である。しかるに一八八九年の法律は、この場合普通法に對して一つの極めて重要な例外を認めることを躊躇しなかつた。蓋し、失權を言渡し又は尠くとも後見を命ずるに當りて、裁判所は、子の利益のために、父の奪はれたる權利を母をして行使せしむべきか否かを決定すべきものとされたのが即ちそれである（第九條）。失權の理由となりたる事實に就き、獨り父のみがその責任を認められたにも拘らず、この失權を母にまで擴張することに對しては、可なり激しき反對意見を存した。それにも拘らず、確かに嚴格なるこの規定は、大多數の場合に於て、法律の有効なる適用を確保する唯一の手段であつたことを、我々は確信する。蓋し、共同生活の事實に徴して、假令母が父によりて犯されたる濫用の共犯者でなかつたにせよ、母が既にその濫用を防止すべく無力であつたかぎり、今後に於ても尙ほ母はこれを防止するの力なきものであらうからである。

大多數の場合に於て母を斥け又は尠くとも斥けることを許すことによりて、法律は是非とも子の後見を組織すべく考慮せねばならなかつた。或る場合に親権の喪失を規定したる従前の凡ての法律は、そこに含まれるものが單に刑事處分にすぎなかつたがために、殆ど不適用のまゝに止まつたことは、正に經驗の教ゆるところであつた。蓋し、そこには、親權を剝奪しながら、如何にして、且つ何人によりて子が養育せらるべきかを指定する處分が取られて居なかつたからである。一八八九年の法律の制定者たちはこの經驗を利用した。

彼等は普通法によりて設定せられたる個別的後見が他の凡てに優りたる保護の一方法であつたといふ考から出發した。それ故に、法律はそれを可能と信するかぎりに於て、常にこの方法の組織に努めた。この組織を簡易ならしめるために、自から子の後見人を指定する任務が裁判所に託された。この場合、この後見の承諾を義務的となすまでには行つて居ないが、しかし、後見人の承諾をより容易ならしめるために、この後見人には法律上の抵當が免除されて居る。同一の精神に動かされたる他の諸規定は子に取りてより有利なる一つの例外的後見の設定を助成する。好意後見 (tutelle officieuse) が即ちそれである。實際、そこには或る慈善家が或る不幸なる少年の養育を自己の負擔に於て引受けむとする場合を存し得る。そしてかくのごとき慈善行爲は法律の努めて獎勵するところであつて、第十三條は、失權訴訟中、何人を問はず、被後見人が自から生計の途を立て得るに至るまで、被後見人の生活と教育との費用を自から負擔する條件の下に、好意後見人の資格を彼れに附與すべく裁判所に請求し得るものと規定する。かくのごとく、一つの好意後見若しくは普通後見の設定を容易ならしむるために必要なる處分が取られ

たにも拘らず、尙ほそこには極めてしばしば後見人となることを承諾する者を見出すことの困難を存せねばならなかつた。かくのごとき場合に於て、子は公救濟機關の後見の下に置かるべきものと決定された。……

かようにして、公救濟部の活動範圍は俄かに擴大された。凡ての縣に於て、救濟兒童の役務と並んで、一つの新たな役務、即ち道德的被遺棄少年のそれが創設された。この二つの役務は同一管理の下に、同一職員によりて行はれる。その何れに囑する少年も同一の方法によりて養育される。

そこには、同時にこの新しき役務の費用に就きて考慮する必要を存した。

これ等の費用は原則として父母の負擔に歸せらるべきものであらう。彼等の親としての無資格は彼等の義務から彼等を解放するものではない。しかしながら、彼等の貧困若しくは彼等の悪意のために、この負擔部分は著しく低減されるであらうことが豫定されねばならなかつた。かようにして、費用の殆ど全額が必然的に公救濟部の負擔に歸することになつたであらう。そしてそれは國家と、市町村と縣との間に一定の割合に於て分擔せらるべきものと定められた。

少年の運命を確定的に指導すべくこの處分に存し得た利益にも拘らず、尙ほ父母の失權を回復の途なきものたらしめることは立法者の意思でなく、一定の條件の下に、失權の處分はこれを取消し得るものとされた。

如何なる條件の下に親權が回復され得るかを知るがためには、それを喪失したる原因に従ひて區別を爲すことを要する。

若し失權が或る有罪判決の必然的又は任意的結果であつたとするならば、この處分を受けたる者は彼等の復權を得た上でなければ、その權利を回復する譯に行かない。

これに反して、父及び母が何等有罪判決を受けたることなき場合に親權喪失が言渡されたものであるならば、親權回復の請求には如何なる豫先條件も必要とされない。

親權回復の手續は原則として失權のそれと同一である。請求が認められたるときは、父はその失ひたる凡ての權利を回復する。たゞ彼れは子の教育と扶養とが必要としたる凡ての費用を償還せねばならないだけのことである。但し判決が父母の貧困を理由としてその義務を免除する場合はこのかぎりでない。

これに反して、若し請求が棄却せられたるときは、婚姻の解消後母によりてそれが爲される場合の外、再度の請求は許されない。

一八八九年の法律はその名を値せざる父母からその權力を剝奪することだけに止まるものではない。法律の意思は單に親權濫用の鎮壓にのみ存したのではなく、更らにその父母によりて遺棄せられたる子を進むで收養せむとする個人又は慈善團體の事業を助成することによりて、濫用の豫防を期することに存した。

従來、これ等の慈善團體はその事業の遂行に於て一大障礙に會した。これ等の團體が或る子の教育を引受けるべく承諾したる場合、そしてその子が極めて幼少であつた場合、その子は喜んで彼等に託せられた。加之、またしばしば父母は進んでこれ等團體の救済を要請した、何故なれば、この時期に於てその子は彼等に取り立てたゞ一個の負擔たるに止まつて、何の役にも立たなかつたからである。

しかしながら、その子が生長し、充分働き得るようになり、そしてその子を更らに一つのより慘まじき搾取の道具たらしむべく期待され得たとき、父母は不都合にもその權利を回復しようとした。親權は讓渡すべからざるものである。如何なる約束も、如何なる棄權も、父母にこれを對抗する譯には行かなかつた。これ等の要求を斥ける手段として子を收容したる團體は、しばしばその父に對して教育費の償還を請求した。裁判所は、實際、この賠償の請求を認め、そして父にその支拂を命ずる言渡を爲した。しかしながら、子はこの債務支拂を確保するための一個の人質として取扱はれる譯には行かつたのであるから、慈善團體は、後に父母に對して賠償言渡の執行を爲すのは別として、先づ父母の要求に應じて子の引渡を爲すの外はなかつた。而かもその賠償なるものは父母の支拂無能力のために殆ど常に幻滅に歸したのである。かようにして、この慈善團體の拂ひたる凡ての努力と、凡ての犠牲とは、殆ど不可避免的に水泡に歸した。そしてその父母の手に還されたる子は、新たに墮落若しくは悲惨の生贄となつたのである。

これ等の濫用を根絶するために、一八八九年の法律がそれより切り離されたるかの一般法案は一個の根

本的手段を採用するに躊躇しなかつた。この草案に於ては、父母と個人又は一つの慈善團體との間に取結ばれ且つ治安判事の承諾を経たる一つの契約は、子の父及び母より彼等の親權を剝奪する効果を有し得たものと認められた。しかしながら、準備調査の經過中、參事院はこの思想に強硬なる反對の態度を取つた。要するに、かくのごとき契約の效力を認めることは、我が法制上常に維持されて來た親權の傳統的觀念に反するといふのである。……

この反對の結果、結局、父母によりて承諾せられたる棄權の效力を認めることなしに、而かも或る子の引受を承諾したる慈善團體に或る保障を確保することに意を須むたる一個の妥協案が採用されることになつた。任意棄權の制度に代ゆるに裁判上の轉付の制度を以てしたのが、即ちそれである。これを言喚へれば、父母は一個の契約によりてはなしに、一個の裁判によりてその權利を委棄するものであり、そして、この場合、子の監護に任ずる團體又は個人は直接にこの權利を獲得するものではなく、單に公救濟機關の監督の下にこれを行使する權能を附與されるにすぎないのである。

裁判上の親權轉付は次ぎの二つの場合に於て言渡され得る。

- (1)、父、母又は親族會の同意を得たる後見人が十六歳未滿の子を公救濟施設（育兒院、養育院、慈惠院）又はこの目的に於て許可せられたる民間慈善團體若しくは私權を享有する單なる個人に委託したる場合。かくのごとき場合、親權の轉付は父母と子を收容したる施設との共同申立によりて言渡される。

(2) 満十六歳以上の子が上記の施設又は個人の一つによりて、直接に、且つ父母の關與なしに收容せられたる場合。この場合、これ等の施設又は個人は、三日以内に、市町村長をして巴里に於ては警察官に、その子が彼等の許に收容せられたることを證明する一つの申告を爲すことを要する。市町村長又は警察官はこの申告を知事に移譲し、知事はこれを子の父母に告知することを要する。若しこの申告より三ヶ月以内に、父、母又は後見人が子の取戻を請求せざる時は、その子は放棄せられたるものと看做され得る。そして法律は、この場合、子を收容したる個人又は慈善團體に、親権の全部又は一部の行使が彼等に委託せらるべき言渡を求め申立を裁判所に爲す権能を附與する。……  
 手續はまた能ふかぎり簡易である。裁判所は單純なる申立によりて事件を受理し、検事の意見を聴きて、非公開の下に、事件を審理する。……裁判は凡ての場合に於て、公判廷に於て言渡される。  
 この裁判の効果として、父母に屬したる権力は公救濟機關に轉付される、そして子を收容したる施設又は個人に委託されるものは、單にこの権力の行使のみである。……公救濟機關は第一七條により子の名に於て裁判上の行爲を爲す資格を附與される。また等しく第二三條により、知事によりて代表せられる國家は個人又は團體に委託せられたる子に對して一つの常任的監督權を行使する。  
 親權轉付は親權喪失と等しくまた絶對的ではない。これを言ひ換へれば、裁判所は敢て必然的に父母よりその權利の全部を奪ふのではない、裁判所はまたその一部を彼等に留保し得るのである。

轉付によりて父母の失ひたる權利は彼等に回復され得る。しかしながら、この回復は裁判上の決定によりてのみ行はれ得るものである。

一八八九年に行はれたる改革の價值と重要性とを公正に評價するがためには、著しく失望的であるかも知れないところの第一印象から警戒する必要を存する。

この法律を子の保護のために必要と認め、熱心に且つ久しき以來それを要求し、そしてその適用の大恩恵を期待したる殆ど凡ての人々は、間もなく一つの苦き當外れを感じた。  
 第一に、人々はこの法律が多くの重大なる不完全を表現したことを認めるべく餘儀なくされた。凡ての慈善團體に取りて爾かく有效なる一活動手段であり、そして彼等に數千の兒童を救濟すべく可能ならしめたるかの英米法律の簡明さを有つことなく、一八八九年の我が法律は餘りに煩雜であると同時に、また餘りに臆病であつた。餘りに煩雜な區別、餘りに形式主義に偏した手續、そしてしばしば曖昧なる諸規定は、實際方面の人々を失望せしむるに充分であつた。……これ等の立法的處分は決して利己的動機によりて確保され得るものではなかつたのであるから、そこには、より高潔なる諸感情に懇へ、且つ諸種の慈善團體の藉し得た協力を尊重することが最も肝要とされたであらう。然るに、全く反對に、これ等の團體には如何なる發言權も與へられて居ない。彼等に許されたる凡ては單に檢察官に彼等の告訴を爲し得るだけの

ことである。

適用に當りて直ちに逢着せざるを得なかつたものは、法律の包藏する諸缺陷であつた。この法律は外國人に適用されるか？、法律はこの點に就きて何等規定するところが無い。そして親權喪失に關する諸規定は本質的に一個の刑罰的性質を有するものではないが故に、一八八九年の法律は外國人には適用なき一對人法であつたと主張され得た。固より、著述家の多くはこの結論を回避することに努めて居る。しかしながら判例は不確實である。また疑はしき場合、——而かも面倒を回避するために——檢察官は進むで行動する義務あるものと考へて居ない。法律は私生子に就きてもまた規定するところが無い。それが認知せられたる一私生兒に關する場合、これに對して法律が適用され得ることは容易に承認される。しかしながら、この場合に於ても既に解釋家はその適用を不便らしむべき幾多の困難に逢着して居る、そしてこれ等の困難は、それが認知せられざる一私生子に關する場合、殆ど克服すべからざるものとなるのである。

加之、法律の適用とそれの與へたる結果とに就きて省察するとき、そこには、この法律が多數の激しき反抗に會したること、そしてそれが判例の上の一つの極めて好ましからぬ影響を與へたことが確認されざるを得ない。

そこには、この改革を準備したる人々の考へ方とこれが適用を託されたる人々の感情との間に一種の不一致を存した。寧ろ行政官であり、活動の人であつた前者は害惡の性質を知つて居た。彼等は父母により

て控取せられ、虐待せられ、放棄せられたる子を保護する唯一の手段は、彼等の手より子を奪ひ去ることである所以を理解して居た。これに反して、親權を殆ど法律に優越せる先在的一權能として考へることは慣されたる傳統に膠着せる裁判官たちは、たゞ取るべく彼等に要求せられたる處分の嚴酷性を見ただけであつて、敢てその必要を痛感しなかつた。また彼等は親權喪失の言渡を爲すのに極めて氣乗りのしない態度を取つた。彼等はこの處分を寧ろ極端なるものとして成るべく回避しようとして試みたのである。そして公救濟部地方監察官の凡ての報告は、幾多の善良なる意思を失望せしむるであらうこれ等の反抗に就きて愁訴した。

同時に、そこには、裁判所が爾かく控へ目に適用したるこの法律によりて、従前の判例が常に彼等に承認したる一つの權利、即ち親權の監督及び取締を爲す權利を裁判所が剝奪されはしなかつたかの問題が課せられた。

從來、或る父がその權力を濫用し、理由なくして子とその尊族親との間の凡ての通信を禁止し、或ひは虐待によりて子の健康又は教育を危険ならしめたがごとき場合に於て、司法權はこれに干渉した。そして裁判所はその權利を有たなかつたが故に、敢て父からその親權を剝奪することはしなかつたが、しかし父の禁止したる通信を子に許可し、而かもまたその子を或る第三者に委託する處分を取つたのである。そしてこの監督權は親權の凡ての屬性に對して行はれた。即ちそこには決して親權の諸機能完全に抑止され



るまでには行かなかつたが、しかし、テスツー氏の表現に従へば〔註六〕、子の損害に於て父の使用したる諸権能はそれによりて中和されることになつたのである。

〔註七〕 Testoud, Contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux (Revue critique de législation, 1891,

p. 18.

實際、この判例は何等明確なる正條に基いたものではなかつた。固よりこの判例に於ては、民法第三〇二條と第四四條とが類推の方法によりて援用され得たにもせよ、しかし判例の専ら依憑するところのものが、慣習法國の諸傳統と民法編纂準備事業の經過中に爲されたる多數の宣言とに存したことは言ふまでもない。そして就中、この判例は、父母に附與せられたる親權は専ら子の利益に於て行使されねばならぬとする思想の論理的歸結として考へられたのであつた。

一八八九年の法律は、不幸にして、この判例の適法性を問題たらしめる結果を齎した。蓋しこの判例はこの法律の承認したる親權喪失不可分の原則と調和すべからざるものであつたと主張されるのである。惟へらく、親權剝奪は、假令それが義務的にもせよ、任意的にもせよ、常に親權の凡ての屬性に及ぶものである。然るに、裁判官が從來その有する監督の權能によりて命じ得ると信じたる處分は一個の部分的親權剝奪に等しきものである。それ故に、これ等の處分は爾後裁判官に禁止されたことになるであらうと。

この反論は一部裁判所に於て決定的と見えた。若干の裁判所は彼等の監督權を拋棄することを拒絶した、

しかしながらその大多數は反對の見解を採用した。かようにして、一八八九年の法律は希望の多くを裏切られた。或る點に於て、法律は明かに好ましからぬ結果を有つた。しかし、それにも拘らず、その誤算の何物をも秘することなしに、その擧げ得たる成績が決して輕視すべきものでなかつたことを我々は確信するものである。

最近數年間に公刊せられたる幾多資料の比較は、假りに不斷の一進歩でないまでも、尠くとも、そして特に若干の地方に於て、この法律の可なり廣汎なる一適用を確認せしめる。諸種の反抗は不知不識の間に緩和され、そして様々の偏見は漸次に消滅するに至つた。親權喪失を言渡すことが依然として困難であり、そしてそれが裁判官に於て嚴酷に失すると考へられるとき、彼れはしばしば裁判上の轉付處分を以てこれに代らしめる、蓋しこの處分は子に取りて同様の保障を與へるものであつて、而かも遙かにより容易く言渡され得るものだからである。固より、この親權轉付は、父母が任意に彼等の權利を拋棄したことを豫定するものであるとは言ふまでもない。しかしながら、一つの取調の結果、父母が親權を濫用して居ること、彼等がその子の乞丐若しくは賣淫によりて生活して居ることが確證される場合、若し彼等が更らにより久しく無處罰のままに残され得るものでないことを感得するとすれば、訴追を避けるために、彼等は彼等に要求される承諾を極めて容易に與へむとするのが普通である。

かようにして、一八八九年の法律は自のづから博愛家の自發的活動を助成し、促進することになつた。

またかくして、専ら少年保護に献身する諸團體は、『從來のように不當に利用されるがとき危険を豫防されて』〔註七〕、健全に發達することになった。これ等の團體は到るところに於てより活動的な、より充實したものとなつた。そしてその不充分や不完全を徒らに愁訴することなしに、これ等の團體は、たゞ在るがまゝの法律の下に、只管それを利用することに努めたのである。

〔註七〕 Berthelamy, Rapport au Congrès d'Assistance de Lyon de 1894, p. 14.

現今、親權の濫用は凡ての立法によりて抑壓されて居るものと言はれ得る。ヨーロッパに於て、虐待せられ若しくは道徳的に遺棄せられたる少年を保護するために、公權力に干渉の權利を認められて居ない國は一つとして存在しない。これ等の保護處分は、就中十九世紀末に於て増加された。一八八五年より一八九九年に至るまで、これに關する何物かを含まない外國立法年鑑は殆ど一つとして存在しない。これ等の法律の間に於て見出される差異は凡て二次的性質のものであつて、反對に、類同性はその凡てに通ずる特質である。そしてそれは、單にこれ等の法律が同一精神によりて動かされ且つ同一の必要に應ずるものたるがためばかりではなく、またその編纂が何等獨創的なものを有たないがためである。各法律は何れも部分的に或る隣國の法律を複製したものであり、そしてその隣國法律は最もしばしば一個の借り物でしかなかつた。かようにして、少年保護立法は凡て模倣原則の一適用でしかないのである。

今これを概説するために、我々は單に二つの事柄を指摘するに止めるであらう。

第一は、これ等の處分が到るところ同一の重要性をもまた同一の嚴しさを有するものとは見えなかつたことである。實際、一部の立法は——一般的にローマ法の影響を受くることの最も少かつた諸立法——常に親權を從屬的のものと看做した。スイス、ドイツ、イギリスに於ては、この權能は常に或る公權力の常住的監督の下に行はれた。そしてこれ等の公權力は後見監督の任務を法律によりて附與せられたるものである。イギリスに於ては、この監督權は、彼れ自身、凡ての家族の長 (parens patriae) と看做されたる國王の代表者たる大法官 (Lord Chancellor) に歸屬した。これ等の事情に於て、親權の剝奪若くは制限は、苟くもそれが子の利益によりて是認せらるべきかぎりに於て、その都度取らるべく躊躇しないであらう極めて單純なる一處分として現はれるものであることが理解される。これに反して、親權を法律以上存する一個の權能として考へることに慣はれたる諸國に於ては、親權剝奪は遙かにより嚴正なる一個の例外的處分と看做されたであらう。疑ひもなく、この權力は、最早ローマに於けるかように、父の利益に於て存在する一個の單純なる權利ではない。この權力は子に對する彼れの義務を果すべく父のために認められたる一手段である。しかしながら、この歸結は、假令それが論理的であり得たにもせよ、尙ほ依然として極めて重大たるを失はないかに見えた。親權喪失の言渡を許したる諸法律もまた、上に擧げたる諸國に於て、幾多の重大なる反抗に逢着した。即ちこれ等の法律は一つの長き進化の最終段階として、除々

に、幾多の曲折を経て初めて承認されるに至つたものである。

第二に指摘され得ることは、我國に於て上記のごとき諸改革を危険なるか若くば樹くとも尙早なるものと考へたる人々を安神せしむべき性質のものである。即ちそれは決して我々の創意に出でたものではなく、我が立法よりも遙かにローマ的なる他の諸立法が我々に先ちて既にそれを實現して居たとである。蓋し、一八六五年に公布せられ、一八六六年より實施せられたるイタリヤ民法は、既に親族濫用の匡救に就きて考へて居た。即ち第二三三條は言ふ、『父又は母がその義務の違背又は懈怠により、若くば子の財産の不良なる管理によりその親權を濫用するときは、裁判所は親等の最も近き親族又は檢事の請求に基き、子の一身上又は財産上、一後見人又は一管理人を任命し、當該親權者より用益權の全部又は一部を剝奪し、且つ子の利益に於て適當と思料せらるべき他の凡ての處分を命ずることを得る』と。そしてホルトガル民法〔註八〕とスペイン民法〔註九〕とに於ても、また類似の規定が見出される。

〔註八〕、第一四一條。

〔註九〕、第一七一條。

## 第十一章 子の地位(續) 不良少年又は犯罪少年

最後に、尙ほ我々は第三範疇の子に就きて説明せねばならぬ。彼等自身に對して矯正と保護との必要を存する不良なる犯罪少年が即ちそれである。この場合、家庭は最もしばしば無力であるか又は共同責任者である。この場合、國家の干渉が強要的とされるのはこれがためである。我々はこの干渉の性質と結果とに就きて一言するであらう。

この範疇に屬する少年の數は十九世紀の經過中、殊にその末期に及むで著しく増加した。この少年犯罪増加の社會的諸原因は極めて多數である。しかしながら、一々これを詳細に説明することは困難である。こゝに於ては、就中、都市への移住、子を無監督の状態に放任するの結果を免かれざる母の工場勞働、陳列品の窃取を挑發し且つ容易ならしめる大商店への自由出入を引用するに止まり得る。少年に取りて最も危険なる年齢は十二歳乃至十五歳であり、彼等の最も慣行的なる犯罪は窃盜と乞丐とである。一八三〇年より一八八〇年に至るまで、輕罪裁判所及び重罪裁判所の審判に附せられたる十六歳以上二十一歳以下の少年の數は七、一〇四より二八、一九二に遞増し、一八九二年には三六、七三六に達した。それ以來は寧ろ遞減の一傾向が確認されるのであるが、しかしこの事實を見て餘りに樂觀する譯には行かない、何故なれば、この傾向は、一部分、檢事局のより寛大なる取扱の實際によりて説明されるものだからである。

今日までのところ、これ等の少年は單に彼等の逮捕を待つてのみ處遇の對象となつたに止まる。最も肝要なる豫防の事業は當今漸くその緒に就いたにすぎない。

若干の場合に於て、處罰は家庭そのものによりて要求される。監護の権利と同時に、法律は父に一個の懲戒権を認めて居る。

懲戒によりて、そこには子を監禁せしめる権利が理解されねばならない。この特権は古い親権の最終の一殘物として維持されたものである。しかしながらこの懲戒権を規定するに當りて民法はその行使に様々の新たな制限を附した。そこには詳細なる多數の規定から、次ぎの二原則が抽出され得る。

- (1)、懲戒権は裁判所の干渉なしには行はれ得ない。監禁命令は裁判所長によりて交付されるのである。
- (2)、懲戒権の行使には職権による場合と請求による場合とを存する。前者は所長に監禁命令を拒絶する権能なき場合であり、後者は父のみが監禁命令を請求する権利を有し、そしてそこに援用せられたる理由を不充分と認むるとき、所長に於てこれを拒絶する権利を有する場合である。職権による場合の懲戒権は父にのみ認められた。そしてこの権利は子が十六歳未滿なるときにのみ父に屬するものである。しかしながら、假令子が十六歳未滿であつても、尙ほ父がこの方法によりて行動し得ない三つの場合が指摘されねばならない。父が再婚者なるとき、子が或る職業を行ふとき、又は子が個人財産を有するときに即ちそれである。

母が親権を行使する場合、母もまた子を監禁せしめ得る、しかしながら、父と異りて、母の権利は常に

請求の方法によりてしか行はれないものである。加之、この場合には更らに二つの條件が課せられて居る。

第一に、母は再婚者で在つてはならない。再婚の場合、懲戒権を行使するものは親族會たるべきこと、第二に、母は子の最近父系親族二人の協力を以てのみその権利を行使し得ることが即ちそれである。

監禁の期間はそれが職権によりて命せられたるか或は請求により命せられたるかに從ひて相違する。子が職権によりて監禁されたるとき、その期間は一ヶ月を超ゆることを許さない。これに反して、子が請求によりて監禁されたるとき、その期間は六ヶ月に延長され得る。

監禁は常に父の意思によりて短縮され得る。法律は父に赦免権を與へて居る(第三七九條)。しかしながら、その監禁を免せられたる後、子が再び新たな過ちに陥るときは、更らに監禁を命じ得るものとなる。

懲戒権の何たるか、そして法律がこれを如何に組織するかは大體上記のごとくであるとして、この場合、更らに我々に課せられるものは、この懲戒権を如何に考ふべきかの問題である。充分なる資料を手にして本質的にこの問題を取扱ふことは、久しき間殆ど不可能であつた。司法省と内務省とによりて罕れに發表せられたる若干の統計は精々のところ、毎年、裁判所長によりて交付せられたる監禁命令の數と、實際に於て監禁せられたる子の數とを知らしめ得たに過ぎない。兎も角、一般の感情がこの處分に就き悲觀的傾向を有つて居たことは恐らく確實であつた。蓋し、この處分が恐らく必要なる鎮壓若しくは威嚇の一手段

であつたことは承認されたにしても、しかし、餘りに短期に失したか、若しくはその組織に於て不備を免かれなかつたこの監禁處分が、殆ど常にそれを適用せられたる子に對して矯正の効果を有するものでなかつたことは、一般的に信せられたことである。

二つの事情はやがてこの問題に留意する人々を啓明すべく異常なる助けとなつた。即ち一方に於て、刑務協會は、一八九三年に、フランス及び一つの類似制度を採用する他の諸國に於ける父母の懲戒權の運用に關する一調査を企てた。またこれと殆ど同時期に、當時セーヌ民事裁判所長であつたボードーアン氏は巴里に父母の懲戒權に關する事務分科を再組織し、この事務の指揮を、遺棄少年又は犯罪少年の研究にその一生を捧げたる一判事ジョルジュ・ボンジャン氏に託した。かくして爲されたる調査の諸結果は、一八九四年、アンリー・ジョーリー氏によりて刑務協會に報告された。またこれより少しく後れて、等しく刑務刑會に、ボンジャン氏の同一問題に關する他の一報告が提出された〔註一〕。

〔註一〕 Voir le rapport de M. Henri Joly, dans le „Bulletin de la Société des prisons”, 1894, p. 2 et suivantes; la communication de M. Bonjean, A séance du 19 décembre 1894, le même Bulletin 1895, p. 2 et suivantes; séance du 20 mars 1875, le même Bulletin p. 469 et ss. — Voir également Bonjean, En-fauts révoltés et parents coupables, Paris, 1895. — H. Joly, Les abus actuels de la loi sur la correction paternelle (Réforme sociale, 1895, t. I, p. 561 et suivantes).

兩氏の報告に現はれたる諸傾向には著しき差異を存した。彼等の到達したる實際的諸結論もまた等しく同一ではなかつた。しかしながら、彼等の印象に至りては何れも悲觀的であり、またそこに明かにされた事實も等しく一致した。そしてこれ等の事實は同時に父母の懲戒權によりて生じたる忌むべき幾多の濫用とその適用の無効果を證明するものであつた。

そこに見出されたるものは、世人が恐らくそれを信じたであらうに、極力その子の有する不良なる諸本能の矯正に努力したるもその效なく、萬策盡きて、本意ながらも法律に救済を求むるの止むなきものと觀念したる一つの痛ましき試練に服しつゝある父母であることの代りに、最もしばしばそこに見出されたるものは、彼等の義務に就きて毫末の反省をも有つことなく、その子の過失の大部分に就きて彼等自から責任を有する父母であつた。——加之、往々にして懲戒權は父母の手中に於て、一つの復讐若しくは一つの威嚇、言ひ換へれば、『惡徳、放縱若しくは一つの破廉恥なる擗取に身を委すべく抵抗するその子を壓服する』一手段でしかなかつたのである。

そして更らにこの處分の效果、言ひ換へればこの拘禁に服したる子の成行はさうであつたか？、彼等が監禁を解かれたるとき、彼等は彼等が監禁前に在つたよりも更らに不良となり、より苛立しく、脅威的となつて居ることは、凡ての證言の殆ど一致するところである。

巴里に親權懲戒事務を再構成すべくその任を引受けたるかの愛の使徒は、法律がそれを許し得たかぎり

に於て、彼れに啓示せられたるこの悲しむべき地位を匡救すべく、その全力を傾倒した。彼れは、先づ第一に、豫じめ父と子とを對質することなしには、そして父子双方の行状と徳性とに關する一つの詳細なる取調の手續を取ることなしには、如何なる監禁命令をも交附しないことを原則とした。必要なる凡ての資料が得られたるとき、裁判官の専ら留意するところのものは、父の求めるものが請求による懲戒であるか、或ひは職權によるものであるかの點である。第一の場合に於て、申立が正當ならざるか、若しくは援用せられたる理由がかくのごとき嚴正なる處分を是認せしむるに充分と思料せられざるときは、監禁の命令は拒絶され得る。しかしながら、若しも父が職權による懲戒を求め得るものであるならば、假令子の地位が彼に於てしかく關心を値するものと見え得ようとも、裁判官の活動は最早習熟せるものではないか？、否この場合に於ても、裁判官の活動は、世人が容易にそれを信せむとするであらうかように、しかく完全に封せられて居る譯ではない。監禁命令の交付は固よりこれを拒絶する譯けに行かない、しかしながら、この交付は遷延され得る。蓋し、ボンジャン氏は言ふ、如何なる正條も一定の期間内にこの命令を與へる義務を裁判所長に課して居るものではないと。若し父母がその資格なきものであるならば、その記録は検事局に送致されるであらう。そしてこの記録の送致は、監禁命令が交付される以前に、一つの訴追又は一つの親權剝奪の訴を誘發し得ることになるであらう。加之、尙ほボンジャン氏の注意するところによれば「註二」、父の申立が疑はしきものと思料されるにも拘らず、尙ほ親權の剝奪を言渡し得

べき場合の一つに該當せざるとき、そこには更らに、殆ど常に成功の確實なる他の一手段が使用され得る。即ちかくのごとき場合には、民法第三七八條に準據して、その子の拘禁のために生ずる凡ての費用を支拂ふべき義務の承諾を父に要求するのである。然るに、この監禁處分の請求は、この處分によりてその子の面倒を見る厄介を免かれ、従つて父自身のために一つの節約になるであらうといふような不都合な考へから來て居るのが極めて普通なのであるから、一度費用負擔の義務を以て對抗されるとき、かくのごとき父の請求は容易に撤回されることになるのである。

〔註一〕、Bulletin de la Société des prisons, 1895, p. 8.

これ等の用意は、從來確認せられ且つ無處罰に犯され得たる濫用の大多數を防止し得るものであるには違いないが、しかしこれを以て最早一つの改革を必要ならしめるに充分なるものと認め得るか？、ボンジャン氏は爾かく考へて居ない。「註三」。否、彼れに従へば、職權によりて言渡される懲戒權の廢止と子の上訴權の擴張とは、ここに要求され得べき最小限度の改革なのである〔註四〕。

〔註三〕、Bulletin de la Société des prisons, 1895, p. 7.

〔註四〕、例外的に、たゞ請求の方法によりてのみ十六歳以下の子を父が監禁せしめ得る二つの場合を豫定せる民法第三八二條は、更に附言して、監禁せられたる子は検事長に一つの抗告狀を提出し得るものとする。この場合、検事長は始審裁判所検事の報告を徴し且つ自からこれを控訴院長に報告し、そ

して控訴院長は始審裁判所長によりて交付せられたる監禁命令を更正し若しくは取消すことを得るのである。

しかしながら、事實上、この上訴手段は殆ど用ひられて居ない。子は彼れが不服を申立る権利を有することを知らないのである (Voir les observations de M. Bonjean, Bulletin de la Société des prisons,

1895, p. 26 et 479).

否寧ろそこには懲戒権そのもの、廢止が要求されたであらう。懲戒権の消滅は我々に何等悔を殘すものではない。この権利は親權に關する我々の觀念と調和しない、何故なれば、子がこれによりて何等利益し得るものでないことは、今日明白に證明されて居るからである。この不祥なる事態が匡正され得るがためには單に法律の正條を改訂することを以て充分とするものではないであらう。そこに必要とされるものは、要するに、「刑務所が感化院に改造され得る」ことであらう。

次に説明すべきものは、裁判所の審判に附せられたる少年である。犯罪少年の處遇は、刑法上、彼れが十六歳以上なるか或は以下なるかによりて相違する〔註五〕。この年齢以上なるとき、彼れは普通法の適用を受ける。この場合、彼れの責任は推定される。彼れに適用される刑は、彼れがその罪責を認められたる犯罪事實に相當し、且つ同一の情狀に於て、他の凡ての犯人に言渡され得べきそれである。これに

反して、若し彼れが十六歳以下の未成年者なるときは、その地位は特別なる諸原則によりて決定されることになるであらう。この場合、裁判官の注意は就中負責能力の問題に集中される。犯罪の存在に就きて確信を得たるべきとき、裁判官は判決の言渡を爲す前に、先づその未成年者が辨別を以て行動したるか否かを吟味せねばならない。若し彼れが肯定されるべきときは、未成年はそれ自體に一つの宥恕すべき情狀を構成し、そしてこの情狀は一つの減輕を招來する〔註六〕。

〔註五〕、一九〇六年四月十二日の法律は刑事成年を十八歳と定めた。

〔註六〕、刑法第六七條及び六九條を參照。

若しも反對に、被告が辨別なく行動したるものと裁判官に思料されるときは、裁判官は無罪を言渡さねばならぬ。しかしながら、この言渡を爲すに當りて、裁判官は、第六六條の適用により、被告を父母の許に歸還せしめる代りに、懲治場に送附し、且つ滿二十一歳を超へざる範圍内に於て、判決により確定せられたる年限間これを留置する決定を爲し得るのである。此等少年の處遇は幼年囚の教育及び輔成に關する一八五〇年八月五日の法律によりて確定された。それにも拘らず、この法律の凡ての規定が實際に於て完全に遵守されて居るものと斷定する譯には行かない。この場合、そこには各種の施設が區別される——(1)、親權に基く被拘禁者、十六歳以下の未決囚及びこの兩者と隔離されて、六月以下の短期刑を言渡されたる未成年者の收容に充當せ

られたる留置場及び懲戒場 (maisons d'arrêt et de correction) — (2)、本質的に矯正教育所たる刑務コロニー (colonies pénitentiaires)。一八五〇年の法律第一條によれば、少年はその在所期間中、一つの道徳的、宗教的及び教育を受けねばならない。これ等のコロニーは或は國家によりて管理せられたる國立施設たり、或ひは刑務所政廳の統制と監督との下に私人によりて管理せられたる民間施設たり得るものである。これ等のコロニーに於ては、辨別なく行動したるものとして無罪を言渡されたる少年と六月以上二年以下の刑を言渡されたる少年とが收容される。——(3)、改善の機會の最も少き少年、二年以上の禁錮に處せられたる少年、又は他の諸施設に拘禁せられて不従順と看做されたる少年の收容に充當せられたる懲治コロニー (Colonies correctionnelles)。

しかしこれ等の區別は男子にのみ適用されるものなことを附言せねばならぬ。凡ての種類の子未成年者は同一の刑務施設内に收容される。そこにはたゞこれ等施設の内部に於て隔離と異りたる處遇とを立てるだけで満足されて居る。

懲治の目的を以て處刑せられ若しくは監置せられたる少年は満期前に且つ條件附に釋放され得る。行政當局は顯證處分の名義に於て、彼等をその父母の許に還し又は彼等を或る保護者の許に委託し得る。しかしながらこの委託は常に一個の恩典と看做れ、彼等の爾後の行狀がそれを是認せしめないときは取消され得るものである。これ等少年の中顯證の最も満足的なるものは軍隊に現役志願を爲すことを許可され得る。

刑法第六六條に従へば、懲治のためにする監置は如何なる場合に於ても二十歳以上まで延長される譯に行かなかつた。それ故に、確定的釋放は尠くとも成年に達する前一年内に行はれた。かようにして、少年は、最もしばしば彼れに取りて如何なる保障をも現示することなく、そして極めて困難に獲得せられたる一つの改善の結果をたゞ危険ならしめ得るにすぎなかつたその家庭に還され且つ再びその指導の下に置かれたのである。一八五〇年の法律はこの危険を意識した。そしてその一條に於て(第一九條)、無罪を言渡され且つ懲治處分のために拘禁せられたる未成年者並びに六月以上の禁錮に處せられたる未成年者は、その釋放に當りて、尠くとも三年間公救濟部の輔成に附せらるべきものと規定した。しかしながら、この規定は不適用のまゝ止まつた。蓋し輔成の方法と範圍とを決定するはずであつた法規命令は何時までも制定されなかつたからである。一九〇六年四月十二日の法律がこの監置の長期を延長してこれを成年期、即ち二十一歳までとしたのは極めて合理的である。

一八五〇年の法律の適用に恐らくより重大なる妨げとなつたものは、これ等の懲治教育施設の誘發したる様々の偏見と裁判所の大多數によりて進行されたる實際とである(註七)。懲治事業の役務に於て實現せられたる諸種の改良にも拘らず、その評判は良好でない。そこには、單に時と絶大なる努力とだけではなしに、更らに様々の不良なる追憶を一掃し、且つこれ等の施設を真正なる感化院乃至徒弟學校と看做す



見解に慣れしめるために、多数の決定的確證が必要とされたであらう。かようにして、大多数の裁判所がこの懲治的監置に對する不信任から、殆ど組織的に刑法第六六條を適用することを回避し、そしてむしろ事案がその適用を許すかぎり少年に對して短期輕罪刑の言渡を爲すことを擇むだ所以が理解される。それにも拘らず、これ等の刑が殆ど宿命的に無效果であつたことは極めて確實である。蓋し、數週若しくは數日の後に、刑務所は少年をその元の環境に復歸せしめるために開かれる。刑務所は彼れの改善のために何物をも爲すことなく、むしろ反對に、彼れを萎縮せしめ、そしてばく更らにより以上に悪化せしめた。凡ての輔成會もまた熱心にこの裁判慣例の重大なる弊害を指摘するに努めた。巴里に於て目的は達せられた、そしてこの裁判慣例はセトヌ裁判所によりて確定的に拋棄されたものと認められ得る。

〔註七〕、これ等の矯正施設に就き、そこに考へらるべきもの、何たるかを知ることがは困難である。時折そこに勃發する暴動や不時の出來事が世人の注意を喚起するのは悲しむべきことである。

一八九九年に行はれたる調査はこの點に關して極めて意味深きものであつた。爾來、幾多の重要な改良が行はれた。しかしながら、累犯數は、固より正確にこれを知る譯には行かないが、尙ほ依然として顯著なるものを存する。紀律は懲罰の脅威によりて維持され、監督は教育事業に素養乏しき退役軍人によりて行はれて居る。

各施設の定員は一般に過多である。Revue pénitentiaire 所載の刑務コロニーに關するシユラメック

氏の報告とこの報告に就きての討論を参照 (Bulletin de la Société des prisons, mai et juin 1910, p. 562, 704, 748).

同時に鎮壓に代ゆるに豫防を以てするの必要が漸時に痛感された。司法省は検事局に訓令して未成年犯人に關する凡ての事件を豫審を附せしめた。この場合、裁判官は少年と家庭とに關する情報を徴せねばならない。これ等の情報を彼れに供給するために、巴里に於ては一特別吏を彼れに配屬せしめた。大都市に於ては、それ／＼被審判少年擁護委員會 (Comités de défense des enfants traduits en justice) が組織された。少年を逮捕したるとき検事局はこれを委員會に報告し、委員會は直ちにその少年を輔佐するために一代表者を指定する。この代表者は判事の一助手のごときのものであつて、彼れは自から事件に就き必要な調査を爲し且つ各事件毎に適當と思料される解決を研究する。巴里に於ては、彼れの意見は殆ど常に採用された〔註八〕。これ等の傾向は、或る程度に於て、一八九八年四月十九日の法律によりて助成されることになつた。この法律は、その題號に従へば、少年に對して犯されたる暴力、暴行、殘忍なる諸行爲の鎮壓を目的とするものである。法律は少年に對して犯されたるこの性質の諸行爲の鎮壓を強力にすることを目的とする諸規定を含むで居る。そして可なり普及せる一つの慣例に従ひて、この法律の制定者たちは、殆ど一般の注意を惹くことなしに、而かもこの法律の最も重要な部分となつて居る從屬的諸規定を正條中に挿

入するためこの機會を利用した。即ち第四條及び第五條の規定によれば、少年により若くは少年に對して犯されたる重罪又は輕罪を存するとき、その都度、豫審判事はその少年の監護を或る親族、或る個人又は或る慈善團體若しくは公救濟部に委託し得るのである。

〔註八〕、この擁護委員會の代表者と判事の協力とは、結局少年に對する特別裁判所の制度を準備し若しくは實現するものと言はれ得る。巴里に於ては、一九〇六年以來、未成年者に關する凡ての取調は特別に任命せられたる同一の豫審判事に委託された。そして一九〇七年以來、凡ての少年事件は單一の部をしてこれを管掌せしめることになつた。そこには、少年裁判所の創設を目的とする種々の草案の提出を見るに至つたが、上院の採用したる正條によれば、十三歳以下の未成年者に關する事件の豫審は、凡て、各年度毎に裁判所の協議會によりて指名せられ、且つ司法官、退職司法官、辯護士、現職又は名譽公證人又は代訟人、輔成會又は被審判少年擁護委員會の男女會員の中より選定せられたる一委員 (Rapporteur) に委託された。少年裁判所に關する一九一二年の法律は、主査委員及び保護監督委員の名の下に、かくして司法役務に關與する單純なる個人に若干の權限を附與する。—— Voir Marcel Kleine, *Les tribunaux pour enfants en France* (Revue politique et parlementaire, 10, mai 1911, p. 240). — E. Gargon, *quelques observations sur le projet de loi relatif aux tribunaux Tenfants* (Revue politique et parlementaire, 10 octobre 1911, P, 63).

この規定の適用は大なる利益を有し得る。即ちそれは少年に未決勾留を回避することを可能ならしめるものであり、また裁判所の選擇に一つの新たな手段を供給するものである。少年に一つの短期刑を言渡し、又は少年を或る矯正施設に送附し、或ひは少年をその家庭に歸還せしめる代りに、裁判所は極めて簡單なる一處分によりてこれを一つの慈善團體又は公救濟部に委託するの自由を有する。そしてこの處分は親權剝奪處分と等しき重大なる結果を伴ふものではない、何故なればそれは單に父母より監護の權利を奪ふに止まるものだからである。

立法者は、不幸にして、これ等の規定の執行を確保するの用意を缺いた。その適用を可能ならしめるがためには、裁判官は或る輔成會、或る慈善團體の協力を得ることが必要とされる。豫審判事は或る少年の監護を命じ得る、しかしこれを強制する譯には行かない。慈善團體は他のものに有害なるこの種被疑少年たちの監護を引受けるのを著しく躊躇する。これ等少年の監護が公救濟部に強課され得たかの問題は解決されて居なかつた。一部の縣はこれを認めるのを拒絶した。一般に、公救濟部は敢て正式の拒絶を以て對抗することはしなかつたが、しかし嫌々ながら承諾したにすぎなかつた。然るに、一九〇四年六月二十七日の法律は、一八九八年四月十七日の法律第四條及び第五條の執行により、その監護が裁判所によりて公救濟部に委託せられたる少年を明らかに救濟兒役務の中に包含せしめることによりて、この問題を解決した。

しかしながら、これ等の少年は如何に取扱れるか？、多数の場合、彼等に對して家庭委託は不可能である。一九〇四年六月二十七日の法律は、彼等の無紀律又は彼等の性格上の缺陷のために、家庭に委託され得ない公救濟部の收容兒は、縣監察官の報告に基く知事の決定によりて一職業學校に委託せらるべきものと定めて居る。しかしながら、これ等の學校は實際に於て未だ存在しない。「註九」をして行政部は結局一個の手段をしか有たない、これ等無紀律の少年を行刑廳に委託すべく裁判所の許可を受けることが即ちそれである〔註一〇〕。

〔註九〕 Voir Eugène Prévost, Les écoles professionnelles des enfants assistés et l'application de la loi du

27 juin 1904.

〔註一〇〕、一九〇四年六月二十七日の法律第二條——往々にして、そして就中巴里に於て、裁判所は、少年を矯正院に送附する言渡を爲すに當りて、或る保護會又は救濟團體に少年の假委託を爲すことを許可する。監督附自由（保護監督）の制度が即ちそれである。この場合、若し少年の行狀が善良なるときは、保護會は自からその監護に任じ、若し彼れが無紀律なるとき、又は彼れが逃走を試みるるとき、保護會はこれを行刑廳に引渡すべきものとされる。この脅威は多数の場合、少年に對して一つの充分なる効果を有つことになるであらう。

## 第十二章 私生子の法律上の保護

特にこゝに考察せむとするものは、その権利が民法に於て殆ど全然無視されて居た私生子の地位である。民法は血族關係ではなしに婚姻を基礎とするその家族觀念のために、私生子を犠牲にした。子に父母の庇護を受くる権利を確保するものはたゞ適法なる家族關係のみである。一つの自由結合より生れたる子は一つの低劣なる地位に置かれることによりて、父母の婚姻は子に取りて一種のプレミアムを構成する。しかしながら、これ等の子に批難せらるべき何物をも存する譯ではないのであるから、この解決の不正なることは明白である。

しばしば要求せられたる諸改革は部分的に實現された。最も重要なものは、その父及び母の法定相続に於ける私生子の権利を著しく増加したる一八九六年三月二十五日の法律より生ずるそれである。しかしながら、この法律は僅かに一少數者の地位を改善したにすぎない、何故なれば、その目的とするところは單に或る相続財産を受くることを要する適法に認知せられたる私生子にのみ止まるからである。然るにかくのごとき者は事實上極めて少數である。そこには寧ろ他の私生子、言換へれば、凡ての扶助を奪はれ且つ何等の権利をも有たない者に就きて考慮することがより緊要とされるであらう。そこには或る條件の下に所謂父の詮索 (recherche de la paternité) を許可し、その孕育される環境に於て私生子が一つの充

分なる保護を見出し、彼れの健康、彼れの教育、彼れの將來に累を及ぼさざるべく確保することが肝要とされるであらう。

我が舊時の立法は殆ど私生子の権利を認めなかつた。私生子は家族外に、そして社會的に劣等の地位に置かれた。しかしながら、反對にその親子関係を立證する権利は極めて汎く認められて居た。

親子関係は三種の方法によりて確定され得た。任意承認、身分の所有、裁判上の詮索が即ちそれである。父母の明示の意思表示は任意承認と解され、身分の所有は一つの黙示の認知と看做された。そして若し子がその父母によりて自發的に認知されなかつた場合には、彼れは父母の詮索、言換へれば、その親子関係の確認を求めため裁判所に出訴することを得た。この詮索は、凡ての妊婦にその懐妊の届出を爲す義務を課したるアンリー二世の一勅令により、母に對して一層容易にされた。詮索は父に對しても等しく可能であつた。最もしばしば訴は母によりて提起された。そしてそれは、損害賠償を得るために母自身の名に於て、また扶養及び教育の費用を父の負擔たらしめるためにその子の名に於て行はれたものである。

然るに意外とされ得るのは、我が中間法律に於て、父子関係詮索の禁止が現はれて居るのを確認するこ

とである。即ち私生子に嫡出子と同一の権利を與へたる革命曆二年霧月十四日の法律は同時に父子関係の詮索を禁止せるものと解釋されて居た。……そしてこの禁止は、同時に、從來愁訴せられたる詮索權の濫用に對する一反動であつたのである。ベルリエは言つた〔註一〕。『良俗の利益と家庭の平和とは、舊時の裁判の恥辱に於て、今日の裁判所に於て尙ほ毎日に繰返されて居る父子関係の確認を求めこれ等の忌はしき請求が最早許されざるべきことを要求したであらう』と。……………

〔註一〕 Fenet. t. VIII, p. 222.

この反動思想は、民法の編纂に當りても、様々の曲折を経て、結局、決定的となつた。……………全體を綜合して、婚姻外の父子関係の舉證に關して法典の採用したる制度は、次ぎのごとく要約され得る。

私生子とその父母との間には、父母がこれを任意に認知したるかぎりには於てのみ親族関係を存する。任意の認知なきとき、父に對する裁判上の凡ての詮索は禁止さる。この詮索權は母に對しては認められて居るが、しかしそこにはその成功を困難ならしめる若干の條件が課せられて居る。

この禁止は絶對的であつて、詮索は何人にも許されて居ない。訴は父に對しても、また子に對しても提起され得ない。たゞ例外的に、父の詮索は、誘拐の場合に於て、この誘拐の時期が子の受胎の時期に對應するときのみ許可される〔註二〕。かくのごとき場合には、凡て誘拐者は子の父たるものと看做され

る。  
 「註二」、民法第三四〇條。

爾かく嚴格なるこの原則は、法律が公然一個の道徳的法則を否認し得るであらうことを承認しようとする。凡ての八々の反對を激成せざるを得なかつた。父子關係の詮索を禁止するのは、結局、誘拐を奨励し、男子の不行狀を放任し、嬰兒殺又は子の遺棄を挑發し、しばしば責任の最も輕き、そして凡ての場合に於て最も弱き女子に一個の共同責任の結果を負擔せしめるものである。この原則の廢棄は、單に徹底的改革論者によりてだけではなく、また凡ての方面の穩健なる人々、例へばヴァレットやブーダンのごとき法律家を初めとして、ル・プレーやポール・ゾイオレーのごとき經濟學者や歴史家によりて要求された。そしてこの反對運動はしばしば繰返されたる立法的改革の試みと判例に對する一つの顯著なる影響となつて現はれた。

多數の判例は、(1)、子の扶養料を支辨すべく誘惑者より爲されたる約束の有効と、(2)、誘惑せられ且つ遺棄せられたる婦女のために、誘惑者より一つの金錢上の賠償を得る權利とを認めた。

かくのごとき解決は如何にして民法第三四〇條と調和し得るか？ 裁判所はその言渡を爲すに當りて、父たることの事實が立證されたるものと看做すことを努めて回避して居る。即ち第一の場合に於て、そこ

に取られたる約束を存するとき、裁判所は單にこの約束が一つの適法なる原因を有するものと認めるだけのことである。裁判所は誘惑者が子の父たるか否かを詮索する必要はない、たゞ彼れが果すべき義務を有すると信じた事實を確認するだけで充分であり、そしてこの信念が彼れの約束を是認せしめるのである。第二の場合に於て、裁判所の援用する根據は第一三八二條である、蓋しこれによれば、自己の過失によりて他人に或る損害を生ぜしむるとき、その行爲の如何を問はず、その者は常にその損害を賠償する義務を有することになるからである。

そこには、更らに一步を進めて、誘惑の事實を存したことなしに、尙ほ責任の存在を認める譯に行かないであらうか？ 誘惑の欠缺を共同的たらしめる。この事實は責任を分割し且つ輕減せしめるにしても、しかしそれを阻却するものではない。それ故に、そこには、共同責任の場合に廣く認められたる一慣例に従ひて、凡ての賠償を拒絶することなく、損害賠償の額を緩和して部分的にそれを認めねばならなかつたであらう。この解決に對して反對され得る點は、別に詐欺をも權勢の濫用をも存せざる場合、自由なる承諾に基きたる婚姻外の結合關係は一つの過失を構成するものでないことである。しかしながら、この反對は決定的でない。實際、他人の權利に對する凡ての侵害は一個の過失である。然るに、部分的にその責任を有する一行爲の凡ての結果を單獨にて女子に負擔せしめるのは、明らかに彼女の權利、彼女の人格を害するものではないか。

しかしそれは兎も角として、判例が原則の峻厳に對して加へる緩和は充分と考へられる譯に行かない。それは單に母と子とに、不確實、不完全にして、而かも例外的なる一つの保護を與へるものにすぎない。或る特定事件に就きて意見を徴せられたる如何なる實際家も決して的確に判断することは出来ない。凡てが疑はしく、且つ專斷的である。請求の棄却は往々にして一つの重要ならざるか若くは偶然的なる事情、裁判所の不機嫌、餘りに單刀直入に父子關係の問題を生せしめた辯護士の不用意、申立作成の不手際に所依するものであり、そして成功の場合に於ても、そこに獲得されるものは單に部分的賠償でしかないのである。——ブーゲンは言ふ、『父は、彼れが懷妊の主であるかぎりに於て、哺乳期間中の費用の支拂を言渡されるであらう。しかしながら、彼れが死亡したるとき、子は依然として相續から排除されるであらう、何故なれば、親子關係が適法に確立されて居ないからである。一つの法律がかくのごとき結果に到達するとき、その法律は無力である』と〔註三〕。

〔註三〕、Bendant, *Etat et capacité des personnes*, t. II, p. 238.

しかしながら、今日まで、改革の凡ての企ては一つの激烈なる反對に會した。一八八三年、上院は子のみ訴權を附與する極めて嚴正なる一つの訴訟手續を定めたる極めて用意周到なる一建議案を否決した。一八九五年下院に提出せられたるリッヴェーの建議案は握り潰の厄に會ひ、そして常に同一の運命を繰返した。

た。然るに、近時、問題は一步を進めた。即ち父子關係の確認を求め手續に關する一法律案は一九一〇年上院に於て可決せられ、そして或る修正の下にまた同時に下院の採擇するところとなり、かくして兩院協議の結果成立したる一九一二年十一月十二日の法律は、或る場合に、且つ或る留保の下に、實父子關係の確認を求め訴を許可することになった。

父子關係詮索の許可に反對する凡ての論據は、舉證の困難と不面目の懼れとの二點に歸着する。

しかしながら、不面目は寧ろ權利の否認に、母子の遺棄に存するのではないか？、嫡出子の否認、離婚乃至別居の訴は一つの異りたる性質を有するものであるか？、これ等の訴はまた同一性質を有する事實を曝露するものではないか？、我が舊法に於て生じたる濫用は今日何人もこれを再現せむとするものなき一慣行の結果であつた。悪意を於て行動する者に對しては刑事處分を制定することによりて、恐喝は豫防され得るものではないか？、

舉證の困難は克服すべからざるものではない。そして先づそこには、父子關係が承認されたる場合、この承認が所謂身分の所有、信書又はその他の文書より生ずる場合が除かれねばならない。

身分の所有は、實際、證書に優る一個の承認である。或者が或る子を公然彼れの子として取扱ひ、その扶養を爲し、その教育に任じたる場合、その者は一公證人又は一身分吏に認知の届出を爲したる場合と等しく、否寧ろそれ以上確實にその子を認知したものでないか？、それは輕卒や無反省に出でたるの懼れ

なき持続的の一證據である。これに反して、證書は一瞬時の所産であり、而かもそれは子の人違ひならざること (identice) を立證するものでないのに反して、身分の所有は必然的にそれを證明するものである。法律に別段の規定なきにもせよ、身分の所有は實親子關係の一證據と看做され得たものと一般に主張された。そして判例も一時それを是認するに傾いて居たかに見える。信書又はその他の私文書より來る承認にも同一の効果を與へることが必要とされる。この場合、裁判官の任務は、専らその文書がまさしく本人より出でたるものなるか否か、それが自由に且つ事情を熟知して作成せられたるものなるか否かを探求することに存する。父子關係は、それが承認せられたる場合の外に、尙ほ尠くとも二つの場合に於て確立され得る。即ちその一は詐欺手段、權勢の濫用、婚姻の約束によりて特質附けられたる誘惑を存するときであり、そして女子が最も多くの保護を必要とするのはこの場合である。……

第二は、所謂父と子の母との間に受胎の法定期間中明白なる同棲の事實を存したる場合である。そしてそれは最早隱秘の關係に關するのではないが故に、それ自體に立證の容易なる一事實であり、そして殆ど拒否すべからざる性質を有する一つの推定を可能ならしめるものである。従つて、受胎の法定期間中、母が或る他の者と關係を有つて居たか若しくは母に一つの明白なる不行狀を存した事實の立證せられたる場合の外、恐らくこの推定を覆すことは困難であらう。この留保の下に、獨逸民法はこの推定を認めながら、しかし、他面に於て、父子關係の裁判上の詮索の効果を制限して居る。この關係の確認は相續の權利を附

與するものではない。父は單に子が滿十六歳に達するまで〔註四〕母の生活狀態に相應する扶養を保障するに必要な金額を子に供給する義務を負担するに止まる。そして母には出産の費用と、出産後六週間の生活費とが償還されねばならない。スウイス民法に於てもまた殆ど同一の區別が見出される。

〔註四〕、しかしながら、滿十六歳に達したるとき子が一つの肉體的又は精神的廢疾に冒されて居る場合、父の義務は繼續される (獨逸民法第一七〇八條)。

大正時代の學問的進歩は、法律の分野に於ては、實情の把握を以てその第一の要諦と爲す。……

私生子にその父を詮索する權利を否認したる法典に於ては、彼れが何人によりて且つ如何にして養育せらるべきかの問題が毫も考慮されて居なかつた。

假りに一九〇〇年を例にとすれば、そこには、商務省の公けにしたる人口統計によりて、嫡出子の出生數七五四、一七六に對して私生子のそれが七三、一二一に上つて居ることが確認される。かようにして、私生子の比例は生産兒の約十分の一に相當する譯である。そこには二つの事實が注意され得る。(1)、都市は割合により著しき分け前を供給して居る。巴里に於てこの率は殊に高く、三分の一に相當し、そして或る區域に於ては半數に上つて居る。(2)、過去數年間の統計に徴すれば、嫡出子出生率の低下傾向と私

生子出生率の不動とが確認される。それ故に、後者は比較的累進状態に在る譯である。

最も有利なる状態は庶子のそれである。七三、一二一に對して、一三、四六七、即ち一八、四一パーセントは出生證書に於て父より認知された。出生證書に於て爲されたる認知は専ら父に出るものであるか、しかし母の姓名が常に表示されるものであることが注意され得る。そして父によりて爲されたる母の姓名の表示は、母子關係が或る承認、就中身分の所有によりて強められるとき、この母子關係を立證するものであることは、判例の認むるところである。

庶子の地位は準嫡 (Legitimation) によりて更らに改善され得る。一九〇〇年、一九、三七四の婚姻は二

二、三七三人の私生子を準嫡した、そしてこの中七、二六四人は前に父によりて認知されて居た。大多数の場合に於て、子は、往々にして父又はその家庭の援助の下にそれを養育する母の負擔に残されて居る。これ等の子はしばく公救濟部によりて收容される。一九〇〇年、セーヌ被救濟兒施設に收容せられたる五、〇九〇人の兒童に對して、二、九三五人は認知せられざる私生子であり、七三二人は庶子であり、一、三四八人は嫡出子であつた。

一般的に、これ等種類の子には凡て一個の悲しき運命が待ち構へて居る。實際、刑務統計は矯正教育施設に於ける私生子の異常なる割合を確證しては居ないか、しかし、これ等の子が疾病と死亡との危険により多く曝されて居ることは確實である。一、〇〇〇人の私生子に就き、その七〇〇人以上が二十一歳前に

死亡して居るのに對して、嫡出子一、〇〇〇人に就き、その死亡數は三六〇を超えない。

認知せられ且つその父母によりて養育せられたる私生子の地位に關して、法典には別に纏つた制度を存せなかつた。そこには單に孤立的諸規定が見出されるに止つた。即ち第三八三條は、懲戒權に關する第三七六條以下が適法に認知せられたる私生子の父母に共通的たるべきことを宣言するに止まつた。また他の一規定(第一五八條)はその婚姻に就き父母の同意を求める義務を私生子に課した。

これ等の孤立的諸規定から、學理と判例とは若干の原則を抽出した。そこには、子の一身に對して婚姻外の父母は婚姻上の父母と同一の權利を有するものと認められた。民法第三八三條は彼等に懲戒權を認めた。そして懲戒權は監護權を包含する。これに反して、親權が子の財産に對して附與する權利、即ち、使用、收益乃至法律上の管理を爲す權利は婚姻外の父母には認められて居なかつた。法定後見の權限に就きては異論を存した。學說と判例との多くは、婚姻外の父母にそれを附與する明示の規定を缺きたる法定後見を彼等に拒否した。實際、この種の後見は法定管理そのものと等しく、子に對する一個の保護處分たるよりも寧ろ父母に與へられたる一個の特典を成すものと看做されたであらう。従つて、私生子に對しては、單に選定後見を存したに過ぎない。然るに、事實上、この後見を組織することは、最もしばく閑却された。この後見の選定は僅かに重大なる金錢上の利益を擁護するがために爲されたに過ぎない。子が偶



この優越権は夫權より来る一結果である。然るに、この場合、婚姻は存在しない、家計は不安定である。父は、彼れがそれを欲するとき、母を去り、そして子を母の手より離し得る。親族に一つの監督、一つの後見の權能を附與せむとする試みは無益である。この場合、親族は存在しない。それが嫡出子に關する場合、既に親族會は極めて不完全なる一機關である。親族會は固定的、常住的の何物をも有たない。親族會は何等自發的處置を取り、また制規の監督を行ひ得るものではない。親族會は單に或る個々の行爲の適否に就きて意見を開陳すべく要求せられ、そして最もしばしばこれに對してたゞお座なりの承諾を與へるだけのことである。しかしながら、この同一制度を私生子に適用せむるとき、その缺陷は限りなくより重大となる。この場合、そこに存するものは、最早一個の親族なき親族會、即ち純粹なる一個の擬制ではない。

國家の高等後見制度はドイツに存する。非嫡出子はその出生以來、未成年者の後見を組織し、且つこれを監督することを使命とする國家の保護の下に置かれる。各區裁判所毎に一名の判事が特に後見事務を託される。後見開始の原因となる凡ての事實は、身分吏又は孤兒會によりてこの後見判事に通告される。後見判事は孤兒會の意見を徴したる後、一名の後見人を任命する。この後見人は私生子の母又は母方の祖父たり得るが、しかしそれは必然的ではない。判事は彼れの選任せむと欲する者に出頭を命じ、彼れに一個の正式の約束を爲さしめ、彼れに一個の辭令を交付する。そしてこの辭令には、未成年者の氏名、生年月

日、後見人及び後見監督人の氏名が記載される。これ等の職務を授けられたる後見人は高等後見機關の監督の下に置かれる。後見人は、彼れにそれが請求されるとき、單に後見事務の處理に關する諸報告だけではなく、更らに被後見人の身上、その健康、その行狀及びその教育に關する諸報告を供給する義務を有する。後見人はその管理に就き毎年一報告書を提出することを要し、懈怠又は職務違背を存する場合、三〇〇マルク以下の罰金を科せられる。尙ほ、特に重要な諸行爲、即ち雇傭契約、徒弟契約、國籍變更の場合には裁判所の認許を必要とする。

後見裁判所の監督はまた財産の管理にも及ぶ、しかしながらその干渉は寧ろ二次的のものと看做される。何故なれば、私生子の大多數は無資産だからである。後見裁判所は單純なる管理の範圍外に出る行爲に對してその許可を與へる。また裁判所は扶養料又はこの扶養料に代る賠償金の支拂のために父との間に締結される契約を認許するために最もしばしば干渉する。この契約は極めて周到なる方法に於て締結される……裁判所は單にこの法律行爲を認許するのみを以て満足しない。裁判所は直接これに干渉し、父を呼出し、その意思に就きて訊問し、かくしてまたしばしば準嫡を助成することに於て成功する。

私生子の母が後見人に任命されなかつた場合に於ても、母は尙ほ依然として子の監護權を有する。しかしながら、この場合母を輔佐する地位に置かれたる後見人は意見を述べ、且つ監督を爲す權利を有し、監護の状態を取調べ、そして濫用を存する場合には後見裁判所に出訴する。獨逸民法第一六六三條に従へば、

然或る遺産の相続を爲したるとき、そこには一後見人を任命する手續を取るために、一親族會が召集された、しかしながら、法律上、私生子は家族を有たないのであるから、この親族會は隣人、知己又は利害關係なき人々によりて構成された。

一八九九年の法律以前に在りては、親權の行使に對して一個の監督權を附與せられたる判例は、それが私生子に關したる場合、尙更類似の一權利を認められ、そしてより多くの嚴正さを以てこれを行使した。この名義に於て、判例は、順次的及び同時的認知の場合に於て父母の間に生じたる紛議を解決するために干渉した。この種の諸場合に於て、一部の判例は父と母とに同一の權利を認め、他の一部判例は父に一個の優越なる地位を附與したが、しかし實際に於て、これ等判例の間に於ける差異は實質的たるよりも寧ろ表見的のものであつた。何故なれば、それがそこに取らるべく妥當とされたであらう處分の決定に關したる場合、假令そこに出發點として採用せられたる原則が何であつたにもせよ、これ等の處分は常に子の利益によりて決定されねばならなかつたことを宣言する點に於て判例は凡て一致して居たからである。

しかしながら、これ等の凡ての規定は明かに不充分であつた。蓋し、そこには、私生子に對して如何なる保護も確保されて居なかつたし、また公權力によりて如何なる豫防處分も取られて居なかつたからである。實際、私生子はそこに破廉耻、遺棄又は犯罪を存したる場合に於てのみ考慮されたに止まつた。……親族會は殆ど召集されたことはない。巴里に於て、その召集は一年間、各區當り漸く一二件を算する

にすぎなかつた、そして利害に無頓着なる人々又は後見人たるべき者の知己によりて構成せられたるこれ等の親族會は決して眞面目なる監督を行ふことなく、單に後見人の迎合的補助機關でしかなかつた。婚姻外の子がその被害者であつた一事故の責任者に對してその父の提起したる訴に不受理の言渡を爲したる一八九七年の一判決は〔註五〕、政府に一九〇七年七月二日の法律となりたる一法律案の提出を促すことになつた。この法案の審議に際して行はれたる討論を参照するとき、子のために家庭保護を求むるか或ひはこれを國家の後見に附するかとの二つの觀念の中そこに選擇され得たもの、何たるか理解される。

〔註五〕、一八九七年三月十七日の巴里控訴院判決 (Sirey, 1901, II, 105)

家庭保護制度は私生子の地位を能ふかぎり嫡出子のそれに接近せしめることに存する。この制度の眼目とするところは、子がその父母によりて養育されることである。この制度に於ては父母に法定後見の權能が附與せられ、父の優越權が認められ、親族會の制度が保存される。我が法律に於けるこの觀念は傳統的であつた。大革命が私生子の地位を嫡出子のそれと類化しようとする努力は周知の事實である。

この觀念に對立するものは國家の高等後見のそれである。この觀念は私生子に家庭保護の缺けて居る事實から出發する。社會は彼れに同價値の保障を與へる義務を有する。然るにこれを嫡出子と同視する原則は彼れに取りて必然的に不利益なるものとなるであらう。私生子に對して、父の優越權は正認されない。

この優越権は夫權より來る一結果である。然るに、この場合、婚姻は存在しない、家計は不安定である。父は、彼れがそれを欲するとき、母を去り、そして子を母の手より離し得る。親族に一つの監督、一つの後見の權能を附與せむとする試みは無益である。この場合、親族は存在しない。それが嫡出子に關する場合、既に親族會は極めて不完全なる一機關である。親族會は固定的、常住的の何物をも有たない。親族會は何等自發的處置を取り、また制規の監督を行ひ得るものではない。親族會は單に或る個々の行爲の適否に就きて意見を開陳すべく要求せられ、そして最もしばしばこれに對してたゞお座なりの承諾を與へるだけのことである。しかしながら、この同一制度を私生子に適用せむるとき、その缺陷は限りなくより重大となる。この場合、そこに存するものは、最早一個の親族なき親族會、即ち純粹なる一個の擬制ではない。

國家の高等後見制度はドイツに存する。非嫡出子はその出生以來、未成年者の後見を組織し、且つこれを監督することを使命とする國家の保護の下に置かれる。各區裁判所毎に一名の判事が特に後見事務を託される。後見開始の原因となる凡ての事實は、身分吏又は孤兒會によりてこの後見判事に通告される。後見判事は孤兒會の意見を徴したる後、一名の後見人を任命する。この後見人は私生子の母又は母方の祖父たり得るが、しかしそれは必然的ではない。判事は彼れの選任せむと欲する者に出頭を命じ、彼れに一個の正式の約束を爲さしめ、彼れに一個の辭令を交付する。そしてこの辭令には、未成年者の氏名、生年月

日、後見人及び後見監督人の氏名が記載される。これ等の職務を授けられたる後見人は高等後見機關の監督の下に置かれる。後見人は、彼れにそれが請求されるとき、單に後見事務の處理に關する諸報告だけではなく、更らに被後見人の身上、その健康、その行狀及びその教育に關する諸報告を供給する義務を有する。後見人はその管理に就き毎年一報告書を提出することを要し、懈怠又は職務違背を存する場合、三〇〇マルク以下の罰金を科せられる。尙ほ、特に重要な諸行爲、即ち雇傭契約、徒弟契約、國籍變更の場合には裁判所の認許を必要とする。

後見裁判所の監督はまた財産の管理にも及ぶ、しかしながらその干涉は寧ろ二次的のものと看做される。何故なれば、私生子の大多數は無資産だからである。後見裁判所は單純なる管理の範圍外に出る行爲に對してその許可を與へる。また裁判所は扶養料又はこの扶養料に代る賠償金の支拂のために父との間に締結される契約を認許するために最もしばしば干涉する。この契約は極めて周到なる方法に於て締結される……裁判所は單にこの法律行爲を認許するのみを以て満足しない。裁判所は直接これに干涉し、父を呼出し、その意思に就きて訊問し、かくしてまたしばしば準嫡を助成することに於て成功する。

私生子の母が後見人に任命されなかつた場合に於ても、母は尙ほ依然として子の監護權を有する。しかしながら、この場合母を輔佐する地位に置かれたる後見人は意見を述べ、且つ監督を爲す權利を有し、監護の状態を取調べ、そして濫用を存する場合には後見裁判所に出訴する。獨逸民法第一六六三條に従へば、

裁判所は教育の缺乏又は不良なる教育によりて子の將來又は徳性が危くされるとき、何時にてもこれに干渉する。この規定を適用するに當りて、そこには二つの場合が區別される。子がその父母によりて養育される場合には、裁判所の干渉はより留保的であつて、單に明確なる濫用を存したるときに於てのみ行はれる。これに反して、被後見人が一後見人によりて養育される場合には、一つの豫防處分を取ることが許される。

かようにして、ドイツ法に於ては、家庭の任務は極めて從屬的な、極めて制限的なものとなつて居る。この組織が満足な結果を與へたこと、そしてそれが未成年者の有效なる保護を確保するものであることは、この組織を研究したる人々の一様に承認するところである。

上記二つの觀念の何れを採擇することが妥當とされるかの問題は、我が議會によりて徹底的に解決されたとは見えない。そこには私生子を嫡出子と同様に取扱はむとすることと國家の干渉との二つの思想を調和する一折衷制度が殆ど本能的に採用されたのであつた。そしてそれはそこに採用せられたる諸解決の全體から容易に看取されることである。

親權は原則として父母の中子を認知したる者に附與される。しかしながら、父母が共に子を認知したるときは、その何れに優越權が認められるか？、この子の親權を行使する者は、被後見人の親權を行使するものと見做される。

私生子を嫡出子と同視せむとする主義を支持する人々は、父に優先の權利を認めるものであるが、それにも拘らず、論者の間にはこの場合反對に、母に優先の權利を認めるの必要を存したことが主張された。蓋し母に對しては親子の關係が確實であり、寧ろ母の監護は子に取りて最も有益なるものであり、母に於て遺棄の事例はより罕れであるのに反して、父はその義務に就きて必ずしも母と同一の自覺を有するものではないからである。一九〇七年七月二日の法律は一個の中間的解決を採用した。この法律は父母の中先に子を認知したる者に優先の權利を認め、同時認知の場合には、父に親權を附與する、但し裁判所が母の指定を子のためにより有利と認めたるときはこの限りでない。

この親權の性質に至りては、一九〇七年の法律の基調となりたる一視同仁の主義から、原則として、私生子の父母はその子の身體及び財産に對して、嫡出子の父母と同一の權利を有するものと認められる。しかしながら、この場合、婚姻の存在を豫定する法定管理は排斥される。

そこには、一個の悲しむべき改革によりて、親權を行使する父又は母に附與し得ると信せられたる法定利益權に對して他の一例外を認める必要を存したのであらう〔註六〕。法定利益權はその原則に於て既に異論を存するものである。しかしながら、それが私生子の父母に附與されるとき、この權利は特に忌はしき一特典である。かくのごとき特典はこれを利得の一手段となす者のために存すべきものではないのである。