

間の縁組に關しては何等の問題か起ることかない。取消の問題は妻か夫と養子間に成立したる縁組を取消し得るや否やの問題に過ぎないのである。民法第八百五十六條の規定は疑義に富む規定である。同條には第八百四十一條の規定に違反したる縁組とあつて、第八百四十一條第二項の規定と限定して居ないから第一項の場合をも包含すること明白であるに拘はらず、其他の文詞は「同意ヲ爲ササリシ配偶者」「追認ヲ爲シタルモノト看做ス」等と規定して恰かも第八百四十一條第二項のみを眼中に置いて居る。同條第一項違反の場合に追認のみに因つて妻と養子との間に縁組が成立するものと看做すことは極めて無理である。蓋し縁組は届出に因つて成立する要式行爲なるに妻の一片の追認のみに因つて縁組が成立するものとするは極めて不合理であり、又實際の戸籍法上の手續か不可能であるからである。

されはとて第八百五十六條か單に第八百四十一條の第二項違

反のみを規定したるものと解するときには第一項違反の縁組の效力に關して何等の規定なきこととなり頗る權衡を失ふから、第一項違反の場合をも包含するものと解するの外はないと信する。
 (ニ) 夫婦の一方か他の一方の子を養子と爲す場合に他の一方の同意を得さりしときは、其同意を爲さざりし配偶者か其取消權を有する(八百五十六條、八百四十一條二項)。

(ホ) 同意權者の同意なき縁組は同意權者其取消權を有する(八百五十七條前段、八百四十四條乃至八百五十六條)。

(ヘ) 詐欺又は強迫に因つて同意權者か同意を爲したる縁組の取消權も亦同意權者に屬する(八百五十七條後段、八百四十四條乃至八百五十六條)。

(ト) 縁組か詐欺強迫に因りて爲されたる場合は詐欺強迫を蒙りたる當事者か其取消權を有する(八百五十九條、七百八十五條)。

(チ) 婿養子縁組に於て婚姻か無効又は取消と爲りたる場合には各當事者其取消權を有する(八百五十八條)。

第四 縁組取消の方法

三五八

(一) 總説

縁組取消權の行使は婚姻取消權の行使と同しく訴に依りてのみ之れを爲すことを得る。蓋し縁組の無効は固より當然無効であるから當事者又は第三者か其無効を主張するに就いて必ずしも訴に因る必要かないけれども、縁組の取消は一旦有効に成立したる縁組を取消して無効たらしむるものであるから當事者竝に第三者に重大なる影響がある。従つて取消權の行使方法を訴に依らしめ其手續を鄭重にしたのである。又縁組の取消を訴を以て爲さしむるときは當事者をして縁組の取消を輕卒に行うことを避けしめ、且當事者の通謀に因つて第三者を害する弊を避くる利益もある。

(二) 訴の性質 (Wesen des Klage)

縁組取消の訴は形成の訴 (Gestaltungsklage) である。蓋し取消し得へ

き縁組は其取消しあるまでは有効に成立し、取消に依つて始めて新に無効となるものなるか故である。

(三) 正當なる當事者 (Richtige Partei)

縁組取消の訴の正當なる原告は前に述べたる縁組取消權の主體である。

縁組取消の訴の正當なる被告に關しては民法に其規定を設くる所かない。之れに關しては人事訴訟手續法に規定を設け婚姻事件に關する規定を準用して居る (人事訴訟手續法二十六條、三條)。即ち、

(1) 養親養子の一方か此訴を提起する場合には他の一方を被告とする (同法三條一項)。(2) 第三者か縁組取消の訴を提起する場合には養親の雙方を必要的共同被告とする。夫婦養子の一方に付縁組取消の原因存るときは其取消の訴は其雙方を共同被告として之を提起することを要する (本項末尾記載の判例参照)。

養親養子の一方か既に死亡したる後は其生存者のみを被告とする。

養親養子の雙方が既に死亡したるときは検事を以て相手方とする(同條二項)。検事が當事者と爲りたる後、相手方が死亡したるときは本案の訴訟手續受繼の爲め裁判所は辯護士を承繼人として選定することを要する(同條三項)。

「民法第八百四十一條ニ配偶者アル者ハ其ノ配偶者ト共ニスルニ非サレハ縁組ヲ爲スコトヲ得スト規定シタル所以ノモノハ他ナシ養親ト養子トノ間ニ養親子關係ヲ生スルハ一ニ養子縁組ニ因ルモノナルヲ以テ若シ配偶者アル者其ノ配偶者ト共ニセスシテ養子縁組ヲ爲ストキハ養親子關係ハ唯縁組當事者ノ間ニノミ生シ其ノ配偶者ト縁組ノ相手方トノ間ニハ生スルコト能ハス此ノ如キハ一家ノ秩序ヲ紊リ配偶者間ノ平和ヲ害スルノ虞アルヲ以テ配偶者アル者カ縁組ヲ爲サントスルニハ必ヤ其ノ配偶者ト共ニスルコトヲ要スルモノト爲シタルナリ然ラハ配偶者アル者カ其ノ配偶者ト共ニ爲シタル養子縁組ニ因リテ生シタル當事者間ノ養親子關係ハ夫婦養子縁組ノ場合ヲ除キテハ配偶者ノ一方ノミニ付消長スルコトヲ得セシメサルモノナルコトハ右法條及民法第八百七十六條ノ規定ノ精神ニ照シテ疑ナキ所ニシテ此ノ點ニ付テハ夙ニ當院判例ノ是認スル所ナリ(明治三十五年(オ)第四四五號明治三十五年十二月二十日第一民事部判決明治三十五年(オ)第六三七號明治三十六年一月二十日第一民事部判決參照)從テ配偶者アル者カ其

ノ配偶者ト共ニ養子縁組ヲ爲シタル場合ニ於テ其ノ一方ニ付取消ノ原因存スルトキハ其ノ一方ノ養子縁組ノミヲ取消スコトヲ得サルモノニシテ其ノ雙方ニ付養子縁組ノ取消ヲ爲ササルヘカラサルモノトス民法第八百七十六條ニハ夫婦カ養子ト爲リタル場合ニ於テ妻カ離縁ニ因リテ養家ヲ去ルヘキトキハ夫ハ其選擇ニ從ヒ離縁又ハ離婚ヲ爲スコトヲ要スル旨規定シアリテ夫婦養子ト爲リタル妻ニ付離縁アリタル場合ニ於ケル事後ノ關係ニ付規定シアルニ拘ラス夫婦養子ト爲リタル妻ニ付縁組ノ取消アリタル場合ニ於ケル事後ノ關係ニ付民法カ何等ノ規定ヲ設ケサリシ趣旨ニ照スモ夫婦養子ノ一方ニ付取消ノ原因アルトキハ其ノ雙方ニ付養子縁組ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルモノト論斷セサルヘカラス果シテ然ラハ原判決カ上告人直衛及かつゑノ兩名カ訴外大川縁ト爲シタル養子縁組ハ上告人直衛ニ於テ其家ニ在ル母タル被上告人木村なかノ同意ヲ得スルニシテ爲シタルモノナル事實ヲ確定シ右養子縁組カ民法第八百四十四條ノ規定ニ違背セルモノト爲シ同第八百五十七條ニ依リ上告人直衛及かつゑノ兩名ニ付其ノ養子縁組ヲ取消シタルハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審院大正十五年(オ)第四四六號同年十月五日民二判決判例集五卷十一號七一四頁)。

(四) 裁判籍 (Gerichtsstand)

養子縁組取消の訴は養親か普通裁判籍 (allgemeiner Gerichtsstand) を有

する地又は其死亡の時に之れを有したる地の地方裁判所の管轄に專屬する（八二四條本文、改正草案五百五十五條本文）。併し乍ら縁組取消の訴か婚姻事件に附帶して提起せらるゝ場合に於ては固より此原則に従ふことを得ない（同條但書、改正草案同條但書）。

尙人事訴訟手續法第二十六條第一條第二項第三項、明治三十一年七月八日司法省令第八號の規定を参照せられたい。

(五) 訴の原因 (Klagegrund)

縁組取消の訴の請求原因は縁組取消要件の存在することである。此以外の事實は之れを原因とすることを得ない。

縁組取消の訴に於ても同訴強制主義、別訴禁止主義が行はれる。即ち縁組取消原因の一個のみが存在するときは之れのみを主張するを得べく、數個が競合するときは其數個を併合して主張するを得べく、又相異なりたる當事者間に於ける訴を併合することを得る。加之、他の種類の訴、即ち縁組無効の訴、離縁の訴等を此訴に併合し得べく、又、扶養

の請求、訴の原因たる事實に因りて生したる損害賠償の請求、民法の規定に依り縁組事件に附帶して爲すことを得る婚姻の取消又は離婚の請求を併合することを得る。又之れに對して相手方は反訴を提起し得る。

併し乍ら以上列記の事件以外の他の訴は之れを縁組取消の訴に併合し、又は反訴として提起することを得ない（八二六條、七條、改正草案五百五十七條、五百三十四條）。

縁組取消の訴に付き請求棄却の判決の言渡を受けたる原告は訴若くは其事由の變更又は併合に依り主張することを得へかりし事實に基いて獨立の訴を提起することを許されない。又被告は反對の事由として主張することを得へかりし事實に基いて獨立の訴を提起することを得ない（八二六條、九條、草案五百五十七條、五百三十六條）。

縁組取消の訴に付ては第一審又は控訴審の口頭辯論の終結に至るまで、訴若くは其事由を變更し、之れを併合し、又は反訴を提起し得る（八

第五 縁組取消權の消滅

公益上の取消原因ある場合に於ては取消權者は無制限に其取消權を行使し得る。従つて取消權消滅の問題が起らない(八百五十四條)。

私益上の取消原因ある場合に於ては取消權は特定原因の發生に因つて消滅する。取消權消滅の原因は(1)法定期間の経過、(2)取消權者の追認、又は(3)取消權の拋棄である。

(一) 法定期間の経過

法律か一定の期間の経過に因つて取消權を消滅せしむるは永く身分上の法律關係を不確定の状態に置くことを避けんか爲めてある。

(イ) 養親か未成年なる場合は養親か成年に達したる後六ヶ月を経過したるときは取消權は消滅する(八百五十三條但書前段)。

(ロ) 養親か後見人又は後見計算未了者なるときは管理の計算か終

了したる後六ヶ月を経過したるとき、又養子か成年に達せず、又は能力を回復せざる間に管理の計算か終はりたる場合に於ては、養子か成年に達し又は能力を回復したる後六ヶ月を経過したるときに於て取消權は消滅する(八百五十五條一項但書、三項)。

(ハ) 同意權者の同意なき場合(八百四十四條乃至八百四十六條)

(ニ) 同意權者の同意か詐欺又は強迫に因りて爲されたる場合(八百五十七條後段)

(ホ) 詐欺強迫に因りて縁組か成立したる場合(八百五十九條、七百八十五條)

(ヘ) 婿養子縁組に於て婚姻か無効又は取消となりたる場合(八百五十八條)

以上(ハ)乃至(ヘ)の場合は六ヶ月の経過に因りて其取消權は消滅する。

(二) 追認又は拋棄

私益上の取消原因存在する場合には其取消權は追認(八百五十三條但書、八

百五十五條一項但書、八百五十六條但書、八百五十七條二項、七百八十四條二號)、又は拋棄(八百五十八條二

項)に因りて消滅する。詳細は當該法條を參照せられたい。 三六六

第六 縁組取消の效力

縁組取消の效力に關しては第八百五十九條に於て婚姻取消の效力に關する第七百八十七條の規定を準用して居る。従つて其詳細は拙著婚姻法論第三百八十二頁以下を參照せられたい。今茲には簡單に其要點を説明するに止むる。

(一)縁組取消の效力は既往に遡及しない。是れは民法總則の一般法律行為取消の效力と趣を異にする所である。蓋し一旦成立したる身分關係を其始めに遡及して存在せざりしものと爲すときは一家の秩序を亂し、子孫の利益を害するからである。

(二)縁組取消の效力を既往に遡及せしめざらしむるは當事者の身分關係に止まる。當事者の財産關係に關しては此原則を貫徹する必要かない。従つて法律は(1)縁組の當時其取消原因の存することを知ら

ざりし當事者が縁組に因りて財産を得たるときは現に利益を受くる限度に於て其返還を爲すことを要するものとし、(2)縁組の當時其取消原因の存することを知りたる當事者は縁組に因りて得たる利益の全部を返還することを要するものとし、尙相手方が善意なりしときは之れに對して損害賠償の責に任せしむることゝした。

縁組取消の效力と離縁の效力との差異に關しては離縁の説明に譲る。

第八款 縁組の效力

第一 嫡出子關係及び其發生の日

養子は縁組の日より養親の嫡出子たる身分を取得する(八百六十條、舊民法人事編百三十四條、獨千七百五十七條、佛三百四十七條乃至三百五十五條、瑞二百六十八條)。

民法第七百二十七條に依れば養子は、其縁組の日より養親及び其血族に對して血族と同一の親族關係を生ずる(七百二十七條)。従つて養親及

ひ養子間には親子關係の生ずること同條の規定に徴して疑を容れない。併し乍ら同條の規定のみに依りては其親子關係が果して嫡出子關係なるや、庶子關係なるや、私生子關係なるやを解決するを得ない。仍て民法第八百六十條は養親子關係を嫡出子關係と定めたのである。蓋し我國古來の慣例の認むる所に従ひたるものに外ならない。

養子か養親の嫡出子たる身分を取得するのは養子縁組の日より始まる。換言せば養子縁組は養子の養親の家に於ける法律上の出生である。従つて養親の實子にして縁組の日以前に生れたる者、養親の他の養子(第一養子)にして、此縁組(第二養子の縁組)以前に縁組を爲したる者は、假令其養子(第二養子)より年少なる場合と雖も兄又は姉と看做され、相續順位等に於て其養子(第二養子)に優先する結果を生ずる(九百七十三條二項)。唯注意を要するは婿養子又は姉妹の爲めにする養子縁組である。是等のものは第九百七十三條の規定の存する爲め配偶者たる家女に先ち家督相續順位に在る法定家督相續人ある場合には之れに優

先して家督相續人たるを得ざるものである(大審院大正五年才依二三號同年二月二十四日判決二十三輯二七九頁)。又婿養子又は姉妹の爲めにする養子縁組に因る養子縁組後に生れたる實男子に先ちて養親の家督相續人たるを得るや否やに關しては先に姉妹の爲めにする養子縁組に就いて説明したる所を參照せられたい。

尙婿養子の相續權に關する判例に就いては後に本書三七六頁以下に列擧する所を參照せられたい。

「民法施行法第六十八條ニ依レハ養子縁組ニ付民法ニ定メタル效力ハ其實施以前ノ養子縁組ニ付テハ民法施行ノ日ヨリ初メテ發生スルコト明カナリ故ニ養子縁組ノ民法上ノ效力タル上告人ノ嫡出子タル身分ノ取得ハ民法實施ノ日ニ於テ始メテ發生シタルモノト云ハサルヘカラス果シテ然ラハ被相續人七右衛門カ上告人ヲ養子ト爲シタル後ナリト雖モ民法施行以前既ニ嫡出子ノ出生シタル本件ノ場合ノ如キニ在テハ上告人ハ其嫡出子ノ先順位ニ相續權ヲ主張シ得ヘカラサルハ當然ナレハ本論旨ハ適法ノ理由ナシ」明治三十二年才第八三號同年十月五日言渡判決參照」(大審院明治四十二年才第三二五號同年十月十二日民一判決十五輯七六八頁)。

第二

養子と養親の血族との間の親族関係及び養子の直系卑屬と養親及び其血族との間の親族関係

養子縁組に因つて發生する血族關係は、(1)先づ養子と養親との間に縁組の日より親子關係を生ずること前述の通りであるか、又(2)養子と養親の血族、即ち養方の血族との間に於て縁組の日より血族間に於けると同一の親族關係を生ずる(七百二十七條)。此場合に於ては其養方の血族は養子縁組以前に生れたると、養子縁組以後に生れたるとを問はない。又自然血族たると、法定血族たるとを問はない。例へは養親の祖父母は養子の祖父母であり、養親の實子又は他の養子又は庶子は養子の兄弟姉妹たるか如きである。(3)養子の直系卑屬に關しては養子縁組以後に生れ且養子と其家を同ふする養子の直系卑屬に限り養親及び其血族、即ち養方の血族との間に親族關係が發生する(七百三十條二項)。例へは養子縁組以後に養子に生れたる實子と養親とは祖父母と孫と

の關係を發生する。

斯の如きは我國從來の慣習の認むる所である。蓋し、養親子間の情義上然らざるを得ざるか爲めてある。

我民法は養子と養親及び其血族との間に縁組の日より血族間に於けると同一の親族關係を生ずることに關しては、第七百二十七條の明文を設けたるに拘はらず、養子の直系卑屬と養親及び其血族との間に縁組の日より血族間に於けると同一の親族關係の發生するや否やに關しては直接の明文を設くる所かない。然れども是れ當然言を俟たざる所にして、特別規定の必要なしと認たるか爲めてある。第七百三十條第三項の規定も其事を前提として居るのである。

唯養親の血族に關しては縁組の日以前に生れたると、其以後に生れたるとを問はず、又養親と其家を同ふすると否とを問はず、養子又は其直系卑屬と親族關係を發生するに拘はらず、養子の直系卑屬に關しては養子縁組以前に生まれたる者、及び養子縁組以後に生まれたるも養

親と家と同ふせざる者を除外すべきものなることは前示の通りである。是れ大審院判例の示す所である。

「……民法第七百三十條第三項ニ直系卑屬ト謂ヘルハ養子縁組ノ後ニ生レ養子ト家ヲ同フスル養子ノ直系卑屬ヲ指シタルモノト解スヘキモノニシテ養子縁組前ニ生レタル者又ハ養親ノ家ニ在ラサル者ハ養親及ヒ其血族ト親族關係ヲ生セサルコトハ民法第七百二十七條ト同法第七百三十條第三項ヲ對照シ且其精神ニ稽ヘテ明カナルヘク……」(大審院大正六年(ク)第三四八號同年十二月二十六日民三決定二十三輯二二二九頁、同趣旨大正十二年六月一日法曹會議決議法曹會雜誌一卷七號五九頁參照)。

(4) 養子たる男子か養子縁組後に於て他家より妻を迎へたるときは其妻は夫たる養子の養親と養子縁組を締結するものてないから、其妻は夫の養親に對して養子と爲ることを得ない。養親と養子の妻との間に於ては姻族關係が発生するに過ぎない。恰かも養親の實子か他家より妻を迎へたる場合に其妻は養親と親子關係を取得せずして單に姻族關係を取得すると異なる。併し乍ら養子の妻か養親の實子、養子、繼子等なる場合に於ては之等の者と養親との間は姻族關係に

止まらず親子關係か存存するものなることを言を俟たない。

(5) 養子の直系卑屬の配偶者も養親又は養方の血族との間に親族關係が発生する(七百三十條三項)。

其以外の養子の實方の血族と養親又は養方の血族、例へは養子の實父母と養父母との間の如きは何等の親族關係か存立しない。

第三 養子と其實方の親族との間の親族關係

養子と其實方の親族との間の親族關係は養子縁組に因りて何等の影響を蒙ることかない。従つて養子の實親は養子縁組後に於ても亦養子と實親子關係か消滅するものてなく、養子の實方の兄弟姉妹は縁組後に於ても依然として養子の兄弟姉妹たることを失はない。

第四 家 籍 關 係

養子は縁組に因り養親の家に入る(八百六十二條、舊民法人事編百三十四條)。

縁組に因つて養親養子間に嫡出子關係を發生するけれども之れか爲め養子は何れの家に屬すべきかを知るを得ない。家を異にするも親子關係の存在することは毫も妨げとならないのみならず、又第七百三十三條には子は父の家に入る旨を規定してあつて、養子は出生に因て實父の家に入ること明であるか、縁組は亦養家に於ける養子の出生に外ならないのであるから、同條の適用に依りて養子は養子縁組によりて亦養家に屬すべきものとも考へられる。従つて、第七百三十三條に依つても此問題を解決することか困難である。仍て民法は第八百六十一條の規定を設け、養子は縁組に因り其實家を去り、養家に入るべき旨を定めたのである。蓋し養子制度は養子か養親の家を相續することを主眼とする制度であるから、我舊慣は養子をして縁組に因つて養家に入らしむるのである。民法は此舊慣を維持したのである。我養子制度は此點に於て羅馬法の養子制度と其趣旨を一にする所にして、佛國其他の養子制度と其思想を異にする所である。

戸内縁組の場合に於ては縁組に因りて養子の家籍關係に變更を發生する餘地なきこと勿論である。

養子か養子縁組に因り養家に入る結果として、又養子は實家の戸主の戸主權を脱して、養家戸主の戸主權に服するに至る。又實家の氏及び族稱を失ひ、養家の氏及び族稱を取得する。

第五 親 權 關 係

養子は實父又は實母の親權を脱し養親の親權に服する(八百七十七條)。是れ亦養子の家籍變更の結果である。

第六 扶 養 關 係

養親子及び其他の親族間に扶養義務を發生する(九百五十四條以下)。

第七 婚 姻 障 碍

縁組は婚姻に障碍を生せしむる(七百七十一條)。
即ち養子、其配偶者、直系卑屬又は其配偶者と養親又は其直系卑屬との間に於ては其親族關係か止みたる後に於ても婚姻を爲すことを得ないのである(七百三十條)。

第八 相續關係

養親養子間に相續關係を發生する(九百七十條、九百八十二條、九百八十四條、九百九十四條乃至九百九十六條)。

甲、婿養子の相續權に關する判例

(1) 民法施行前の婿養子の相續權

(イ) 「民法施行以前ニ在リテハ先代死亡後ニ至リ親族協議上將來幼年ノ女戸主ト結婚セシムル目的ヲ以テ男子ヲ迎ヘタルトキハ之ヲ婿養子ト稱シ其縁女タルヘキ女戸主ハ直ニ戸主ノ地位ヲ退キ養子代ハリテ其家督ヲ相續スヘク而シテ一旦家督ノ相續ヲ爲シ戸主タルノ地位ヲ取得シタル以上ハ縱令其後ニ至リ縁女ト離婚スルコトアルモ之カ爲メ其戸主權ヲ喪失セサルコトハ我國從來ノ慣例ナリトス本件被上告人ハ

原院ノ認定セル事實ニ依ルトキハ先代三宅才次郎死亡後同家ノ親族協議ノ上女戸主タル上告人ト他日結婚セシムルノ目的ヲ以テ明治二十二年三月十九日三宅家ニ入籍シ當時ノ法規ニ從ヒ上告人ハ直ニ家督ヲ被上告人ニ譲リ翌二十三年陰曆九月婚姻ヲ爲シタルモ二十八年十一月協議上離婚ヲ爲シタルモノナルヲ以テ被上告人カ三宅家ニ入籍シタルハ先代才次郎ノ死亡後ナリト雖モ前記慣例ニヨリ先代存生中ノ場合ト同シク婿養子タルノ身分ヲ取得シ同時ニ家督ヲ相續シタルモノニシテ其後縁女ト離婚スルコトアルモ之カ爲メ一旦保有セル戸主權ヲ喪失スヘキモノニ非ス云々上來説明セルカ如ク婿養子カ一旦家督ヲ相續シ戸主ト爲リタル以上ハ其後縁女ト離婚スルモ之カ爲メ戸主權ヲ喪失スルモノニ非ス縁女ハ依然タル家族ニ過キサルカ故ニ戸主ノ許諾ヲ經ル以上ハ任意上分家ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ」(大審院明治三十六年才第六八九號同三十七年四月五日民一判決十輯四一六頁)。

(ロ) 「戸主ニシテ實子アルモノハ其男子タルト女子タルトヲ問ハス之ヲ以テ其法定ノ推定家督相續人ト爲シ從テ實子アル戸主ノ養子トナリタルモノハ其婿養子タル場合及ヒ正當ノ事由ニ因リテ養親カ實子ヲ廢嫡シタル場合ヲ除クノ外其法定ノ推定家督相續人ト爲サ、ルヲ以テ本邦ノ慣習トス而シテ世上或ハ實子アル戸主ニシテ其實女子ニ云ヒ名ツケト稱シ他家ノ男子ヲ養子ト爲シ之ヲ婿養子ト呼ビ實女子ヲ縁女ト爲スモノアリト雖モ此一事ヲ以テ其男女ノ未タ婚姻セルニ拘ハラヌ法律上直ニ其養子ハ法定ノ推定家

督相續人ト爲リ其實女子ハ早ク既ニ法定ノ推定家督相續人タルノ地位ヲ失ヒタルモノト言フヲ得ス」(大審院明治二十九年第三八七號同三十年四月十三日民一判決三輯四卷四六頁)。

(ハ)「一家ノ法定ノ推定家督相續人タル長女ノ婿養子ト爲リタル者ハ養嗣子ノ身分ヲ取得スルハ本邦習慣ノ認ムル所ナリ而シテ其婿養子ニシテ離縁シテ其家ヲ去リタルトキハ假令其婚姻中ニ生レタル子女アリト雖モ(其配偶者ナル家ノ長女ニシテ相續開始前ニ死亡シ又ハ相續權ヲ失ハサル以上ハ)其家ノ相續權ハ其配偶者ニ復歸シテ其子女ニ移轉セサルナリ何トナレハ家督相續權ハ戸主ノ最近卑屬親ナル其子ニ屬スヘクシテ直チニ其孫ニ屬スヘキモノニ非ス且孫ハ父カ離縁トナレハトテ祖父ノ最近親屬ナル母ヲ越ヘテ相續スヘカラサレハナリ故ニ戸主ニ於テ再ヒ婿養子ヲ迎ヘタルトキハ其婿養子ハ又前顯ノ習慣ニ依リ嗣子ノ身分ヲ取得スルヤ論ナシ去レハ後ノ養子ハ戸籍上ノ名稱養子タルト養嗣子タルトニ論ナク法定家督相續人タルニ於テ區別アルコトナシ」(大審院明治三十年第二三六號同三十一年二月二十二日民一判決四輯二卷三三頁、反對東京控訴院明治三十九年十一月十四日判決法律新聞三九四號、同院明治四十五年五月二十九日判決法律新聞五〇三號、穗積博士「家督相續—承祖相續—第一の婿養子の子と第二の婿養子との先後」(法學協會雜誌大正十四年四十三卷三號五四三頁以下參照)。

② 民法上の婿養子の相續權

(イ)「婿養子ト雖モ養子タルハ普通ノ養子ト一ナレハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得スルコトハ民法第八百六十條ニ婿養子ヲ除外セサルニ依リ明ナリ從テ特別ノ規定ナカリセハ普通ノ養子ト同シク同法第九百七十條ノ規定ニ從ヒ家督相續人タルコトヲ得ヘク唯同法第九百七十三條ノ規定アルカ爲メ配偶者タルヘキ家女ニ先チ家督相續人タルヘキ法定ノ推定家督相續人アル場合ニハ一般ノ原則ニ從ヘハ家督相續人タルヘキ順位ニ在ルニ拘ハラズ家督相續人タルコトヲ得サルノミニシテ此點ニ於テ普通ノ養子トノ間ニ差異アルニ過キス是故ニ配偶者タル家女ニ先チ家督相續人タルヘキ法定ノ推定家督相續人アラサル場合ニハ婿養子ハ一般ノ原則ニ從ヒ女子タル配偶者ニ先チ家督相續人トナルヘキハ當然ニシテ配偶者カ婿養子縁組前法定ノ推定家督相續人トシテ相續權ヲ有セシト否トハ問フ所ニ非ス配偶者タルヘキ家女カ法定ノ推定家督相續人タリシ場合ニ婿養子縁組ノ爲メニ其資格ヲ失ヒ相續權ノ婿養子ニ歸スルハ相續順位ニ變更ヲ來シタルノ結果ニシテ長女カ男子ノ生レタルカ爲メ法定ノ推定家督相續人タルコトヲ失フト異ナル所ナシ然レハ右ノ場合ニ於テ婿養子カ家督相續權ヲ取得スルハ法定ノ相續順位ニ基キ固有ノ權利トシテ取得スルモノト謂フ可ク之ヲ入夫カ女戸主ニ代リテ戸主トナルニ比擬シテ配偶者タル家女ニ代リ其有セシ相續權ヲ承繼スルモノト爲スハ謬論タルヲ免レス原院カ如上ノ見解ニ基キ本件離縁セラレタル婿養子ト家女トノ間ニ生レタル被上告人ニ相續權アリトシ更ニ婿養子トナリタル上告人ニ相續權

ナキコトヲ判斷シタルハ正當ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(大審院大正六年才第二三號同年二月二十四日民三判決二十三輯二七九頁以下)。

(ロ)「婿養子縁組モ亦養親トノ間ニ親子關係ヲ生スルモノナレハ遺産相續關係ニ於テハ婿養子ハ被相續人タル養親トノ關係ニ於テ卑屬親トシテ他ノ實子タル卑屬親ト共ニ相續權ヲ有スルモノトス而シテ本件ニ於テ上告人ハ原審ニ於テ被相續人石川常七ノ遺産相續人ハ上告人ノ外四名即チ八名ナルコトヲ陳述シタルコトハ原判決事實ノ揭示ニ依リ明ナル所ニシテ原判決カ認定資料ニ供シタル乙第一號證ノ一、二ニ依レハ常七ノ直系卑屬ニハ長男菊次郎長女卯の次女美の次男常次郎三女壽美三男爲治郎四男常藏及次女美の婿養子爲次郎ノ八人アリシコトヲ認メ得ルニ原審ハ「同人ノ直系卑屬トシテ被控訴人(上告人)ノ外三名ノ存在シタルコトハ乙第一號證ニヨリ明ナルモ甲第七號證ニ依レハ其内ノ一人ナル卯のハ右常七ノ死亡前ナル明治三十六年十一月十一日死亡シタルコトヲ認メ得ヘシ依テ常七ノ遺産相續人ハ被控訴人ノ外二名ナリト認定ス」ト判示シタルハ原判決ハ證據ニ副ハスシテ事實ヲ認定シタル不法アルモノトス……」(大審院大正六年才第二號同年八月三十日民三判決二十三輯一二四七頁以下)。

(ハ)「婿養子縁組モ亦縁組ノ日ヨリ養親ト婿養子トノ間ニ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生セシムルモノナレハ特別ノ規ルナキ限り婿養子ハ普通ノ養子ト同一ノ權利ヲ有スルモノト謂フヘク家督相續ニ

付テハ民法第九百七十三條ノ規定アルヲ以テ配偶者タル家女ニ先チ家督相續人タルヘキ法定ノ推定家督相續人アル場合ニ於テハ婿養子ハ家督相續人タルコトヲ得ス從テ配偶者タル家女ト同一順位ニ於テ家督相續權ヲ有スルニ過キサレト遺産相續ニ付テハ斯ル規定ナキヲ以テ婿養子ハ被相續人タル養親ノ卑屬親トシテ他ノ卑屬タル養子並實子ト共ニ平等ノ割合ニ於テ遺産相續權ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得ス從テ婿養子ハ配偶者タル家女ト共ニ遺産相續權ヲ有スルモノトス斯ノ如ク婿養子カ遺産相續權ヲ取得スルハ被相續人タル養親ノ卑屬親タルニ基クモノナレハ家女カ遺産相續權ヲ失ヒタル場合ニ婿養子之レニ代リ家女ト同一順位ニ於テ遺産相續人タルニ過キスト論シ從テ婿養子ハ家女ト共ニ遺産相續人タルヲ得スト論スルハ不當ナルヲ免レス故ニ遺産相續人タルヘキ婿養子カ遺産相續開始前ニ死亡其他ノ事由ニ因リ相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テハ其直系卑屬ハ民法第九百九十五條ノ規定ニ依リ該婿養子ト同順位ニ於テ遺産相續人トナルヘキモノトス(大正六年才第二號同年八月三十日當院判決參照本件ニ於テ原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ被上告人(被控訴人)兩名ノ亡父富澤松五郎ハ上告人(控訴人)四名ノ母富澤美年並同人ノ二女はるト婿養子縁組ヲ爲シはるトノ間ニ被上告人ヲ擧ケ明治三十九年五月三十一日死亡シ大正九年十二月十日富澤美年ノ死亡ニ因リ遺産相續開始シタルモノナレハ富澤松五郎ハ今尙生存スルモノトセハはる及上告人四名ト共ニ六分ノ一ノ相續分ニ付遺産相續人タルヘカリシ者トス故ニ其直系卑屬タル被上告人

ハ民法第九百九十五條ニ依リ各十二分ノ一ノ相続分ニ付遺産相続人タリ從テ美平ノ遺産タル本件係争ノ不動産ニ付各十二分ノ一ノ持分ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得ス然ラハ之ト同一趣旨ニ出テタル原判決ハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」(大審院大正十三年才第四五七號同十四年三月九日民一判決判例集四卷三號一〇六頁以下、穂積博士「遺産相続—寄養子の遺産相続權」法學協會雜誌四四卷三號五八〇頁參照)。

(二)「上告人(控訴人、原告)ノ主張事實ハ上告人ハ大正六年十二月二十九日戸主山田昌次ト寄養子縁組ヲ爲シ家女トミノト婚姻シタルヲ以テ昌次ノ推定家督相続人ナリ是ヨリ先昌次ハ淺沼喜代三ト寄養子縁組ヲ爲シ右トミノト婚姻セシメ大正五年四月二十六日被上告人(被控訴人、被告)出生シタル後大正六年二月十三日喜代三ハ離縁離婚ト爲リタルモ被上告人ハ推定家督相続人トナルヘキ者ニ非サルヲ以テ大正六年六月二日昌次死亡スルニ及ヒ被上告人ハ承祖相続ヲ爲シタルモ其家督相続ハ無効ナルヲ以テ本件家督相続回復ノ訴訟ヲ提起シタル次第ナリト云フニ在リテ被上告人ノ答辯ハ上告人主張ノ事實ハ全部之ヲ認ムルモ被上告人ノ相続ハ尠モ不法ニ非スト云フニ在リ原院ハ被上告人ノ答辯ヲ採用シ上告人ノ請求ヲ棄却シタリ寄養子縁組ニ因リ寄養子ト家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於ケル此ノ兩者間ノ相続順位ニ付テハ民法第九百七十條第一項第二號ノ規定ヲ適用スヘキモノ一シテ寄養子ハ家女ニ優先スヘキヲ以テ其間ニ生レタル直系卑屬アルトキハ其直系卑屬ハ寄養子カ家督相続開始前ニ相続權ヲ失ヒタル場合ニ

於テ民法第九百七十四條ノ規定ニ從ヒ代襲相続人ト爲ルモノトス本件ニ於テ原判決ノ認ムル所ニ依レハ亡山内昌次ハ訴外淺沼喜代三ト寄養子縁組ヲ爲シ其家女トミノト婚姻セシメ其間ニ被上告人出生シタル後喜代三ト協議上ノ離縁離婚ヲ爲シタルモノナレハ被上告人ハ其當時昌次ノ推定家督相続人トナリタルモノト謂フヘク從テ其後原判決ノ認ムル如ク昌次ノ死亡ニ因リ家督相続開始シタル以上ハ被上告人ハ昌次ノ家督相続人トナリタルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ上告人所論ノ如ク上告人カ喜代三ノ離縁離婚トナリタル後昌次ト寄養子縁組ヲ爲シ家女トミノト婚姻シタリトスルモ昌次ノ家督相続人トナルコトヲ得サルヤ明ナリ然ラハ之ト同趣旨ニ出テタル原判決ハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」(大審院大正十三年(才)第二二九號同年四月二十五日民一判決判例集三卷四號一五三頁以下、同趣旨大阪控訴院大正五年十一月十八日判決最近判例集十八卷三三五頁、穂積博士「家督相続—承祖相続—第一の寄養子の子と第二の寄養子との先後」法學協會雜誌大正十四年四十三卷三號五四三頁以下、判例民事法大正十三年度一四頁以下參照)。

乙、養嗣子及び非養嗣子の相続權

(イ)「民法施行前ニ養嗣子ニ指定セラレタルトキハ其指定ノ效力ハ民法施行後モ變更ナキモノナルコトハ民法施行法第一條及第八十八條ノ規定ニヨリ之ヲ推測スルヲ得ヘシ又一旦養嗣子ニ指定セラレタル以

上ハ其指定ニ因リ養嗣子タル身分ヲ取得シタルモノナルヲ以テ廢嫡其他ノ事由生セサル限りハ其後實男子出生シ又ハ養子ヲ迎フルモ養嗣子ノ地位ニ何等ノ變更ナク而シテ此關係ハ養嗣子ノ男子タルト女子タルトニ依リ差異ナキモノト解スルヲ相當トス」(大審院大正八年七月十一日民一判決二十五輯一三〇頁)。

(ロ)「民法施行前ニ在リテハ養嗣子ト養子ト並存スル場合ニ於テ養親ノ家督相續權ハ養子縁組ノ先後ヲ問ハスシテ養嗣子ニ在リシコトハ本院判例ニ於テ是認シタル所ナリ然レトモ民法ニ於テハ養子ニ如上ノ種別アリシコトヲ認識セサルノミナラス民法施行法第六十八條ニ民法施行前ニ爲シタル婚姻又ハ養子縁組ト雖モ其施行ノ日ヨリ民法ニ定メタル效力ヲ生ストノ明文アルヲ以テ假令民法施行前ニ於テ養親カ相續權ヲ付與セサル意思ヲ以テ爲シタル養子縁組ト雖モ其養子ハ民法施行後ニ於テハ民法ノ規定ニ從ヒ相續權ヲ有スルヲ得ヘキハ固ヨリ論ヲ俟タス故ニ本訴ニ於テハ民法施行ノ日ニ於テ金子岸次郎ノ推定家督相續人タル男子他ニ存セサルトキハ其家督相續權ハ上告人ニ歸スルモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ被上告人ハ岸次郎ノ嫡出子ナレトモ女子ナルヲ以テ民法施行ノ日ニ於テ嫡出子タル身分ヲ取得シタル男子ノ先順位ニ在ルコトヲ得サレハナリ由是觀之本訴ニ於テ被上告人ノ配偶者タリシ仙次郎カ果シテ民法施行ノ日ニ於テ業已ニ相續權ヲ有シタル者ナリシヤ否ヤヲ確定スルノ必要ナルコトハ多言ヲ待タスシテ明

ナリト云フヘシ」(大審院明治三十六年才第一九四號同年六月九日民一判決九輯六九五頁)。

(ハ)「本件相續開始當時ノ法則ニ從ヘハ養嗣子トシテ養子ト爲リタルニアラサル者カ其養親ノ家督相續ヲ爲スヘキヤ否ヤハ其養親ノ意見如何ニ因リテ定マルヘキ事實上ノ問題ナリ然レハ原院カ甲第三號證交換約定書ノ趣旨ヲ解釋シテ養親元庵カ上告人乾太ヲ養子ト爲シタルハ専ラ分家ヲ爲サシメンカ爲メナリトナシ以テ乾太ハ養親元庵ノ家督相續ヲ爲ス權利ヲ有セスト判定シタルモノナレハ上告人所論ノ如ク法則ノ適用ヲ誤マリタルモノト云フヲ得ス」(大審院明治三十年第四九四號同三十一年十月二十九日民一判決四輯九卷六四頁、同趣旨大審院明治二十九年第五二五號同三十年十月七日民一判決三輯九卷二五頁)。

(ニ)「養嗣子ハ所謂法定ノ家督相續人ナリト雖モ養子ニ至テハ其嗣子タルト否トハ事實ノ如何一由ルヘクシテ法律上必スシモ嗣子ト推定スヘキモノニアラス隨テ二名以上アル場合ニ單ニ先位ノ養子タリトテ必ス家督相續ノ權アット論斷スルヲ得サル條理ナリ」(大審院明治二十七年民第二九七號同年十月二十六日判決四七五頁、同趣旨大審院明治二十九年第一九八號同年九月十五日民一判決二輯八卷一二頁)。

丙、被廢嫡者カ養子ト爲リタル場合ノ相續權

「本件ハ上告人ハ藤野喜兵衛ノ法定ノ推定家督相續人ナリシ所明治二十二年七月十三日廢嫡セラレ同日嘉兵衛隱居シ長女キミ家督ヲ相續シ被上告人ハ其長女ニシテ法定ノ推定家督相續人ト爲リタルニ明治三十八年

九月九日戸主キミハ上告人ヲ養子ト爲シ被上告人ハ同年十月十九日一旦分家シ大正五年三月二十七日廢家復籍シタル事實ニシテ當事者ノ何レカキミノ法定ノ推定家督相續人ナリヤヲ決スルニ在リトス凡ソ廢嫡ハ嫡子又ハ嫡孫ノ法定ノ推定家督相續人タル資格ヲ剝奪シ之ヲシテ相續開始ノ場合ニ相續權ヲ得有セザラシメ其家ノ戸主タル地位ニ就カザラシムルコトヲ目的トスルモノナレハ一旦廢嫡セラレタル者ハ其廢嫡ノ取消サレサル限りハ爾後ノ相續ニ於テ當然推定家督相續人タル資格ヲ得有シ相續權ヲ回復スルモノニ非スト雖モ被廢嫡者ハ家督相續人トシテ指定又ハ選定セラル、コトヲ妨ケサルト同シク被廢嫡者ト其後ノ戸主トノ間ニ養親子ノ身分關係ヲ生スルトキハ同時ニ法定ノ順位ニ從ヒ推定家督相續人タル資格ヲ得有シ新ニ相續權ヲ取得スルモノトス」(大審院大正九年二月二十八日民三判決二十六輯一二〇頁)。

第九款 養子縁組の消滅

第一項 總 說

第一目 縁組解消原因

養親子關係及ひ之れに基く法定血族關係は(1)離縁、(2)縁組の取消及
ひ(3)去家に因つて消滅する。

第一 離 縁

養子と養親及び其血族との間の親族關係は養子縁組に因つて發生したものであるから、養子縁組を解消すべき離縁に因つて此關係は消滅するは當然である(七百三十條一項)。養親子の一方の死亡に因つては其間の親族關係は消滅しないこと後に述べる通りである。又死亡に因つて養親子たる親族關係から發生したる效力、即ち養親及び其血族と養子との間の親族關係、養子の取得したる嫡出子たる身分、及び之れに伴ふ權利義務は消滅するものではない。之れを實親子の一方か死亡したる場合に比較するに、實親子の場合には其一方の死亡に因つて親子關係其れ自體か消滅することは養親子の一方か死亡したる場合と異なるけれども、親子關係の效力として發生したるものは消滅しない點は養親子の一方か死亡したる場合と全く同一である。離縁に付ては後に詳述する。

離縁に關しても離婚と同じく之を許すべきものなりや否やに關して二種の立法主義があり得る。

獨乙(千七百六十八條以下)、瑞西(二百六十九條)等の法制は離縁主義を採用し、佛國、伊國等の法制は離縁禁止主義を採用する。蓋し、各國法制が其沿革を異にし、又國情を同ふしない結果、此の差異を生ずるのであらう。然し乍ら離縁の必要なるは離婚の避くへからさると異ならない。故に我國に於ては婚姻に關して離婚主義を採用したると同じく、縁組に關して離縁主義を採用した。蓋し古來の慣習と實際の必要とを參酌したるものであらう。

第二 縁組の取消

縁組の取消も亦離縁と同じく將來に向つて養子と養親及び養親子關係に基く其他の親族間の親族關係を消滅せしむるものであつて(八百五十條、七百八十七條)、一般法律行爲の取消の如く其效力を既往に遡らし

むるものでない。此點は婚姻の取消と同一である。

第三 養親の去家

民法第七百三十條第二項には「養親カ養家ヲ去リタルトキハ其者及ヒ其實方ノ血族ト養子トノ親族關係ハ之ニ因リテ止ム」と規定して居る。之れに付いて三つの場合があり得る。

(甲) 養親か養家を去る場合

第七百三十條第二項に「養家」及び「實方」の二語があるから、同條第二項は先づ以て養親か養子縁組に因つて此家に入りたる場合を前提として居ると解せられる。即ちX家のAを養親としY家のBを養子としてA、B間に養子縁組が成立したるとき更に第一養子たるBを養親として第二養子Cと養子縁組を締結したりとする。此場合に於て養親B(第一養子)か離縁等に因つて養家Xを去るに至つたときは、第二養子より見たる養親B(第一養子)及び其實方の血族と第二養子Cとの間の親族

關係は消滅するのである。然し乍ら養親Aと養子Cとの間の親族關係はBの去家に因つて消滅しないし、又B以外の第二養子Cの養方の血族と第二養子Cとの間の親族關係は消滅することはない(七百三十條二項)。

「福岡地方裁判所長能勢萬問合(大正四年十一月二十四日日記中第四六一八號)

甲家ノ前戸主甲ノ養子タル戸主乙カ丙ヲ養子ト爲シタル後隱居シ民法第七百三十七條ニ依リ實家ニ入籍シタルトキハ第七百三十條第二項ノ規定ニ依リ丙トノ親族關係ハ一應消滅スヘキカ如シト雖モ甲トノ準血族關係ハ之レニ因リテ止ムヘキモノニ非サルカ故ニ丙トノ親族關係モ甲ヲ通シ尙存続スヘシト解スキヤ若シ存続スヘシトセハ丙ヨリ乙ヲ呼ンテ依然養親ト稱スヘキヤ

法務局長回答(大正五年三月十五日民第三九〇號)

乙丙間ニ於テハ養親ノ去家ニ因リ親族關係消滅スヘキハ勿論ナルモ、甲丙間ノ既成ノ親族關係ニ影響ヲ及ボスコトナシ(民法第七百三十條第二項參照)。(霜山學士類纂二〇頁)。

問と答とか相合致して居ないけれども回答の云ふ所は勿論正當である。

(乙) 養親か婚家を去る場合

前例に於て第二養子Cの養親たるBか、養親Aの養子としてX家に入りたるに非ずして、Bか婚姻に因つてX家に入りたる場合に、Bか離婚等に因つてX家を去るとせば、養子Cと養親B及び其實方の血族との間の親族關係は消滅するや否やの問題が起る。此場合に於ても(甲)の場合と同しく其親族關係は消滅するものと解すへきてある。蓋し民法第七百三十條第二項の養家と謂ふ語を養親即ち第一養子Bの養家と解するときは此場合を包含せざることもなるけれども、之れを第二養子Cの養家と解するときはX家は養親Bの婚家なる場合も之れに包含し得るからである。

(丙) 養親か實家を去る場合

養親Bか養子縁組に因りて第一養子としてX家に入りたるに非ず、又婚姻によつてX家に入りたるにも非ざる場合、即ち養親Bか實家たるX家を去る場合に於ては、此關係は消滅しない(七百三十條二項)。又養親

か廢絶家再興、他家相續、親族入籍に因りてX家に入り養子を爲したる後、X家を去るも亦第七百三十條第二項の適用かない（大正八年一月十七日法務局長回答）。

以上(甲)(乙)(丙)の各場合を通して、「養親カ養家ヲ去リタルトキ」と謂ふ去家の原因は、(一)或は養親カ離縁に因つて其家を去る場合もあらう、(二)或は養親カ婚姻に因つて其家を去る場合もあらう、(三)或は養親カ養子縁組に因つて其家を去る場合もあらう、(四)或は養親カ離籍に因つて其家を去る場合もあらう（同説、大正五年十一月十三日法務局長回答 反對説、明治三十一年十二月十四日民刑局長回答 新山學士類纂二一頁）。兎に角當事者の任意の去家たるを、或は裁判上の離婚、離縁、若くは離籍の如く當事者の意思に基かざる場合たるを問はず總て之を包含するのである（大審院大正八年才第九一號同年五月二十日民一判決法律評論八卷民法六四五頁）。然し乍ら養親カ本家相續、分家、及び廢絶家再興の爲め養家を去る場合には、此親族關係は消滅しない（七百三十一條、七百三十條二項）。蓋し之等の原因に因つて其家を去るも、其家と家との關係

密接にして、尙同一の家に在ると異ならないからてる。

第四 養子の去家

養子カ婚姻又は養子縁組に因つて養家を去るも、養親及び其血族と養子との間の親族關係は消滅せぬ。蓋し民法第七百三十條第一項には「養子ト養親及ヒ其血族トノ親族關係ハ離縁ニ因リテ止ム」と規定しあるに過ぎず。而して茲に謂ふ離縁は縁組の取消を包含すと解すへきてあるけれども、養子の去家を包含しないことは明白である。而して本條以外に養子の去家を養親子關係消滅の原因であると規定して居る法規かないからである。而して大審院は此場合に於て「養子ノ卑屬親ト養親ノ親族トノ間ニ於ケル親等ノ計算ハ養子ノ離縁ニ因リ又ハ養親ノ親族關係ノ發生カ養子離縁ノ時ヨリ前ナルト後ナルトニ因リ何等ノ影響ヲ受クヘキモノニ非ス」（大審院大正三年才第六一九號同四年四月二十四日民三判決二十一輯五七〇頁）と謂て居る。

第五 養子の配偶者の去家

第七百三十條第三項には「養子ノ配偶者……カ養子ノ離縁ニ因リテ之ト共ニ養家ヲ去リタルトキハ其者ト養親及ヒ其血族トノ親族關係ハ之ニ因リテ止ム」と規定する。此規定の適用に付いては諸種の場合を考察せねはならぬ。

(A) 夫婦養子の場合

夫婦養子は前示の如く既に夫婦たる者か共同して他人の養子となつたものを謂ふてあるか、此場合に夫たる養子か離縁に因つて其家を去るときは妻も亦當然其家を去るから（七百四十五條）、之れに因つて妻たる養子と養親及び其血族との間の親族關係は消滅する。妻たる養子か離縁に因つて養家を去るときは夫は養親と離縁して妻と共に養家を去るか、或は妻と離婚して養家に止まるか、何れかを選ばねはならぬ（八百七十六條）。夫か離縁して養家を去る場合は夫と養親及び其血族と

の間の親族關係は之れに因つて止む。

(B) 婿養子の場合

婿養子縁組は前示の通り養親と養子（男子）と養子縁組を爲すと同時に、其養子と養親の子（女子）と婚姻を爲すを謂ふのであるか、此場合に在つても養親の子たる女子は（イ）養親の實子たることもあるへく、又（ロ）養親の繼子たる場合もあるへく、又（ハ）養親の他の養子（養女）たることもあること前示の通りである。而して是等何れの場合たるを問はず、養子か離縁となるときは其配偶者は或は養子の離縁を理由として養子と離婚を爲して其家に止まることか出来るし（八百十三條十號）、或は（二）離婚せずして養子と共に其家を去ることも出来る。若し養子の配偶者か（二）を選ぶときは、養子の配偶者と養親及び其血族との間の親族關係は之れに因つて消滅する。然し乍ら養子の配偶者か前示（イ）の場合の如く養親の實子たる場合に於ては養子と共に其家を去るも、養親及び其血族とは實際は自然血族關係を有するのであるから、去家に因つて此親

族關係は消滅する筈はない。

(C) 家女縁組の場合

養子か養親と養子縁組を爲したる後に於て其家に在る養親の實子、繼子又は養子たる女子と婚姻したるとき、即ち民法第八百十三條第十號後段に謂ふ所の「養子カ家女ト婚姻シタル場合ニ於テ」は前示婿養子縁組の場合と同しく家女は養子の離縁に際し、離婚又は去家の一つを選択するを得るのであつて、去家を選択する場合には養親と自然血族に非ざる限り、養子の配偶者と養親及び其血族との親族關係は消滅するのである。

(D) 養子の配偶者か婚姻に因つて他家より入りたる場合

(i) 先づ男子か養子と爲り、後に此養子か他家より妻を迎へたる場合
此場合に於て夫たる養子か離縁に因つて其養家を去るときは妻は夫と共に當然其養家を去る(七百四十五條)。従つて妻と夫の養親及び其血族との間の親族關係は妻の去家に因つて消滅する。

場合 (ii) 女子か先づ養子と爲り、其養子か婚姻に因り他家より夫を迎ふる場合

是れは婿養子縁組、家女縁組、又は入夫婚姻の何れかに該當するものである。婿養子縁組、家女縁組の場合には前に述べたる通りである。入夫婚姻の場合には養子(養女)は既に戸主であるから其入夫婚姻の際養子(養女)か戸主たることを留保したるときは(七百三十六條但書)本來養子離縁は起り得ない(八百七十四條)。入夫婚姻に際し養女か戸主たることを留保せずして入夫か戸主となりたるときは(七百三十六條本文)、夫は妻と共に其家を去るを得ないから離婚を爲す外はない(八百七十六條準用)。此場合に在つては養子自身は離縁に因つて其家を去るも其配偶者たる夫は其家を去らざるか故に第七百三十條第三項の問題は起り得ない。

(A) (B) (C) (D) の場合に於て戸内婚姻、戸内縁組の行はれたるときは、離婚離縁あるも、之れに因る去家の事實は發生しないのであるから第七百三十條第三項の問題に觸れない。

第六 養子の直系卑屬及び其配偶者の去家

「養子ノ直系卑屬又ハ其配偶者カ養子ノ離縁ニ因リテ之レト共ニ養家ヲ去リタルトキハ其者ト養親及ヒ其血族トノ親族關係ハ之ニ因リテ止ム」(七百三十條三項)。養子の直系卑屬及び其配偶者は假令養子か離縁となるも、養子の妻の如くに當然養子と共に其養家を去るものではない。是等の者は養子か離縁して實家に復籍したる後、養子と家を同ふせんか爲めに親族入籍(七百三十七條)等の規定に依つて、養子の實家に入るこゝとか出来るに過ぎない。是れ等の者か養子の實家に入籍し、養家を去るとき、養親及び其血族と是等の者の親族關係は消滅するのである。法文カ「之レト共ニ養家ヲ去リタルトキ」と規定するのは其要語カ正確でないといはねはならぬ。

養子の直系卑屬及び配偶者と養親及び其血族との親族關係の消滅するは、養子の離縁の場合に限る。従つて「養子ヲ其妻及卑屬ト共ニ離

籍又ハ復籍拒絶ヲ爲シタルトキハ親族關係ハ消滅セス」と解すへきてある(大正六年七月十四日法務局長回答霜山學士類纂二二頁)。

第七 養親又は養子の死亡

養親又は養子の死亡か縁組解消の原因となるや否やに關しては學說カ岐れて居る。

(1) 或は養親又は養子の死亡は縁組を解消しないと爲す説カある。蓋し民法第七百三十條には養子と養親及び其血族との間の親族關係は離縁に因りて止む旨を規定し、養親養子各一方又は雙方の死亡を以て養親子關係消滅の原因と爲して居ない。加之、第八百六十二條第三項には「養親カ死亡シタル後養子カ離縁ヲ爲サント欲スルトキハ戸主ノ同意ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得」と規定し、養親の死亡に因りては縁組關係カ解消せざることを前提して居るからである(大正六年十二月十三日法務局長回答、法曹記事二八卷七號七八頁、大正八年九月十九日民事局長回答、法曹記事二十九卷十號八一頁以下)。

「養親子關係ハ養親ノ死亡ニ依リテ消滅セサルヲ以テ其死亡届ニ依リ養親ノ氏名及續柄ノ記載ヲ抹消スヘキモノニ非ス大正七年民第六一三號回答ハ養親ノ一方死亡シタル後養子カ生存セル養親ト離縁シタルトキハ死亡セル養親ト養子トノ親族關係カ消滅スヘキ趣旨ナリ」(大正八年三月六日法務局長回答竊山學士類纂二四頁)。

(2) 或は養親養子の一方又は雙方の死亡に因りて縁組が解消するものと爲す説がある。蓋し自然血族關係消滅の原因が死亡なることは争かないけれども、法律に於て其旨を規定する所かない。是れ當然の事理であつて規定の必要を感じないか爲めてある。民法第八百六十二條第三項は養親死亡後に離縁の語を使用して居るけれども、純理上養親死亡後に離縁ある理由かないから、同條に謂ふ離縁は眞の離縁に非ずして、養親死亡後養子と養親の血族との間の親族關係を消滅することを得せしむる途を開いたのに過ぎないからである(奥田博士講義五六九頁以下)。

以上兩説中の何れを正當と爲すへきか、法律の規定不備であつて疑

問たるを免れないけれども、第一説を正當とすへきてある。蓋し縁組は婚姻と其性質を異にする所がある。婚姻は夫婦共同生活を目的とするから夫婦の一方又は雙方の死亡は當然婚姻の解消を惹起せざるを得ないのであるか、縁組は血統の連絡なき者の間に血統の連絡を擬制し、被収養者をして収養者の地位身分財産を相續せしめんとするものであるから、當事者一方の死亡、特に養親の死亡に因つて縁組が解消するものと爲すは養子制の本來の目的の破壊である。養親の死亡の場合に於て始めて養子制の本來の目的が到達せらるゝのである。然らば第一説が正當なることは殆んど疑の餘地かないものと謂はねはならない(穂積博士大意舊版一一三頁、改訂版一一〇頁照参照)。

第一説に従ふときは夫婦養親の一方の死亡後、養子が生存養親と離縁を爲すときは、死亡せる養親と養子との親族關係は如何に爲り行くてあらうか。此問題に關しては次に場くる二個の回答が存在する。蓋し已むを得ざる解決であらう。

(イ) 熊本區裁判所庶務判事高瀬包三問合(大正四年十月十四日記庶第一八〇八號)

「養父母ノ一方カ死亡シタル後養子離縁ヲ爲ス場合ニ於テ生存セル養親トノミ離縁ヲ爲ストキハ死亡シタル養親トノ縁組關係ハ依然繼續スヘキニ付養子ハ實家ニ復籍スル能ハサルカ如シ此場合養子カ直ニ實家ニ復籍セントスルニハ死亡シタル養親ニ代ル戸主ノ同意ヲモ必要トセサルヤ(生存セル養親カ戸主ノ場合ハ格別)又ハ生存セル養親トノミ離縁セハ當然復籍スヘキモノナルヤ

法務局長回答(大正四年十月二十日民第一六一號)

本月十四日附日記庶第一八〇八號問合ノ件末段貴見ノ通ト思考致候此段及回答候也」

(ロ)「廣島縣深安郡中津原村外三ヶ村組合長中島磯吉何(大正七年九月十二日戸等第九七號)

養父母ト縁組ニ因リ入籍シタル養子カ養母死亡後養父トノミ離縁シ(養母養子關係消滅セシテ以テ)實家ニ復籍シ得ヘキ旨ノ御回答有之候カ養母ト養親子關係消滅スル法ノ根據承知仕度

法務局長回答(大正八年一月八日民第二三五號)

養父母カ共ニ死亡シタル後戸主ノ同意ヲ得テ離縁ヲ爲ストキハ其效力亡養父母ニ及ヒ養親子ノ親族關係消滅シ養子ハ其實家ニ復籍スルト同様ノ趣旨ニ基キ問合面ノ場合ニ於テモ養父ト養子トノ間ニ於ケル離縁ノ效力ハ亡養母ニ及ヒ養子ハ之ニ因リテ其實家ニ復籍スヘキモノト解スヘシ(民法第八百六十二條末項)」。

(ハ) 後に養子戸主の説明中に掲載する大正三年(タ)第五六三號大審院判決(二十輯號外一一〇七頁以下)も参照せられたい(尙雉本博士「離縁訴訟ノ學問中ニ於ケル養父ノ死亡ト權利拘束ノ終了及ヒ假處分ノ許否」(判例批評録二卷三六二頁以下、本書四一三頁参照)。

第二目 離縁の種類

離縁は之れを協議上の離縁(協議離縁)と裁判上の離縁(強制離縁)との二種に大別し得るのであるか、法律は更に其以外に法律上の離縁(特殊離縁)を認めて居る。是等は皆法律カ離婚の場合に於て協議離婚、強制離婚及び特殊離婚を認むるに對應するのである(拙著婚姻法論五五一頁以下参照)。

第三目 離縁と縁組の取消

離縁と縁組の取消との差異は離婚と婚姻の取消との差異と全く同一である。即ち

(1) 性質 縁組の取消は缺點ある縁組を消滅せしめ、離縁は完全な

る縁組を消滅せしめる。

四〇四

(2)原因 縁組取消の原因は縁組成立の當初より存在する。然るに離縁は縁組成立以後に生じたる原因に因つて惹起する。

(3)権利者 離縁を爲し得るは養親養子の各一方に限らるゝに反し、縁組の取消は養親養子以外の者も之れを爲すことを得る。

(4)時期 離縁は養親が死亡したる後に於ては養子は戸主の同意を得て離縁を爲すことを得る(八百六十二條三項)。公益上の原因に因る縁組の取消も亦當事者の死亡後に於て之れを爲し得るけれども(八百五十四條)、私益上の取消原因に基く縁組の取消権は一定事由の發生に因つて消滅する(八百五十三條、八百五十五條以下)。

(5)遡及效 離縁は其性質上當然將來にのみ其效力を及ぼすに反し、縁組の取消は其性質上より謂へは其效力は縁組成立の當初に遡りて發生すへき筈である。唯法律は特に明文を設けて縁組取消の效力の遡及效を奪つたから、此點は離縁と縁組の取消との間に差別かない(八

百五十九條、七百八十七條一項)。

(6)效力 惡意の縁組取消者は縁組に因つて取得したる一切の利益を相手方に返還するを要するに反し(八百五十九條、七百八十七條二項、三項)、離縁は不當利得の原則の適用を受くる場合の外、善意惡意を區別せず、縁組に因つて得たる利益を返還する必要かない。

第二項 協議離縁

第一目 協議離縁の性質

協議離縁(協議上の離縁)は養親と養子との間に於て其縁組を解消せしめんとする合意である。民法は協議離婚を認むると同一の趣旨に於て又協議離縁を認めたる。蓋し既に當事者の合意を以て縁組關係の創設を許す以上は、當事者が自ら其關係を斷絶せんと欲する場合に於ては、又協議上の離縁を認むへからざる公益上の理由かないからである。

- (1) 協議上の離縁は契約である。
- (2) 協議上の離縁は親族法上の契約である。
- (3) 協議上の離縁は方式を必要とする。其方式は市町村長に對する届出である。

第二目 協議離縁の要件

第一段 實質的要件

第一 當事者の協議(八百六十二條一項)

(一) 原則

離縁の當事者は養親及び養子たることを必要とし、又其當事者は離縁の合意を爲すことを必要とする。法律は其合意を協議と稱する。養親か夫婦なるときは夫婦雙方か共に合意を爲すことを必要とする。

養子か夫婦にして共に離縁を爲さんとするときは亦夫婦養子雙方か共に離縁の意思表示を爲すことを要する。但し禁治産者か協議離縁を爲すにも後見人の同意を得る必要かない(八百六十四條、七百七十四條)。

(二) 例外

(1) 離縁は縁組當事者たる養親及び養子の合意に因りて爲さるべきことか當然であるけれども、養子か滿十五年未滿なるときは養親と養子に代はりて縁組の承諾を爲す権利を有する者との間の協議を以て之れを爲さねはならない(八百六十二條二項)。是れは第八百四十三條に對應する規定である。

十五年未滿の養子か協議離縁を爲すに際して若し實家に實父母共に在らざる場合に於ては第八百四十六條、第七百七十二條第三項の規定を準用して養子の親族會と養親との協議を以て之を爲すべきものであるとの説かあるけれども(大正十三年十二月二十四日法曹會決議法曹雜誌三卷三號五一頁)、此準用は無理であると信するから、此場合に於ては協議離縁の方

法はない。

又十五年未滿の養子か離縁復籍を爲すに際し縁組後實家に於て實夫と婚姻したる後妻あるときは其後妻は民法第八百四十三條第二項の趣旨に依り親族會の同意を得たる上、其離縁の協議に参加すべきものであると謂ふ説かあるけれども（大正十四年三月十八日法曹會決議法曹會雜誌三卷五號一二頁）、養子と後妻とは母子關係かない、殊に繼母子關係かないのであるから、後妻の協議を要せず實父の協議のみを以て足るものと信する。

「養家ヨリ更ニ他家ニ養子トナリシ十五年未滿者カ離縁ニヨリ實家ニ復籍セントスル場合之ニ代リテ

離縁ノ協議ヲ爲スヘキ者ハ前養家ニ於ケル養親ニシテ復籍スヘキ實家ノ實親ニ非ス」（大正八年六月四

日民事局長回答法曹記事二十九卷六號四九八頁）、尙拙著婚姻法論六六〇頁以下参照。

(2) 養親か死亡したる後、養子か離縁を爲さんと欲するときには養家の戸主の同意を得て之れを爲すことを得る（八百六十二條三項）。養家の戸主の同意を得るを以て足ると爲したるは、養親の承諾を得ることは不可能

であり、従つて此場合は離縁不能となるのを避けんか爲めてある。養親死亡後の離縁は親子關係を斷絶せんとするよりも、寧ろ養子か養家を去らんとする目的を有するものであるから、養家の戸主の同意を以て足るものとするに當然である。

「戸籍法第九十七條ニハ民法第八百六十二條第三項ノ規定ニ依リテ離縁ヲ爲ス場合ニ於テハ養子ヨリ届出ヲ爲スヲ以テ足ルトアリテ離縁ノ届出ヲ爲スニ當リ既ニ養親ノ死亡セルトキハ養子ノミニテ届出ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ原院カ上告人一人ニ對シ復籍ノ手續ヲ爲スヘシト命シタレハトテ戸籍法ニ違背シタル不法アリト爲スヘカラス尤モ民法第八百六十二條第三項ニハ養親カ死亡シタル後養子カ離縁ヲ爲セント欲スルトキハ云々トアリテ養親死亡前既ニ離縁チナシタル本件ノ場合ハ之ニ該當セサルカ如キ觀アルモ唯新ニ離縁ノ效力ヲ發生セシムルト既ニ其效力ノ發生シタルトノ差アルノミニテ養親ノ死亡シタル後離縁届出ヲ爲ス點ニ於テハ毫モ異ナル所ナシ而シテ戸籍法第九十七條ハ畢竟養親ノ死亡シタル後離縁ノ届出ヲ爲ス場合ニ於ケル規定ナレハ養親タリシ吉田ナカ死亡後ノ今日離縁ノ届出ヲ爲スヘキ本件ノ場合ハ恰モ此場合ニ該當スルカ故ニ右規定ニ從ヒ養子タリシ上告人一人ヨリ届出ツルヲ以テ足ルモノト爲ササルヘカラス」（大審院明治四十年才第七一號同年三月二十三日民一判決十三輯三一三頁）。

(3) 夫婦が養子と爲りたる場合に於ては其夫婦の一方のみか協議上の離縁を爲すことを得る(八百七十六條)。是れは縁組締結の場合と反對である。縁組締結の場合には共同縁組の原則が存在し、夫婦は共同して養子を爲し、又共同して養子と爲ることを必要とした(八百四十一條)。然るに離縁の場合には養子たる夫婦は共同せずして離縁を爲すことを得るのである。蓋し夫婦が養親たる場合には養子をして養親夫婦雙方に對して嫡出子たる身分を取得せしむる爲め養親夫婦雙方と縁組を爲さしむる必要がある。又配偶者ある者を養子と爲す場合には縁組後も養子をして其夫婦關係を持續せしめんか爲め夫婦雙方を養子とする必要がある。併し乍ら離縁の場合に於ては必ずしも然らず。夫婦養子の一方のみか協議離縁を爲すときに於て、夫か離縁者なるときは妻は夫に従つて當然夫の家に入るべく(七百四十五條)、妻か離縁者なるときは、夫は離縁を爲すか、又は妻と離婚を爲し得べく(八百七十六條)、必ずしも夫婦共同して離縁を爲す必要がないからである。

第二 養子 戸主

離縁を爲すには養子か戸主に非ざることを要する。養子か戸主と爲りたる後に於ては離縁を爲すを得ない(八百七十四條)。

養子戸主の離縁を許すときは、(1) 家族か戸主の進退を決すること、爲り、法律か戸主に付與したる戸主權と矛盾を生ずる。(2) 養子制度は家の廢絶を防ぐを目的とするに拘はらず、養子戸主の離縁を許すときは此目的に反する。

養子か法定推定家督相續人たる場合には第八百七十四條の反對解釋によりて、離縁を爲し得るものと解すべきである。従つて先づ以て養子の法定推定家督相續人たる地位を廢除して、然る後離縁を爲すか如き迂遠の手續を必要としないのである(大審院明治三十三年才第一六五號同三十四年一月二十日判決七輯四卷六二頁、民刑局長回答法曹記事八三號一六二頁、明治三十五年十一月一日法曹會決議法曹記事一三三號一八頁)。

「民法第八百六十條ニ依レハ養子トナリタル者ハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノニシテ之ト同時ニ推定家督相續人ナルコトハ勿論ナレトモ其養子カ戸主トナラサル以前ニ在リテハ離縁ヲ爲スヲ得ヘキモノタルコトハ同法第八百七十四條ノ規定ニ照シテ明カナリ故ニ上告人カ同法第七百四十四條ニ依リ云々同法第九百七十五條ニ依リ云々先ツ推定家督相續人廢除ノ請求ヲ爲サルヘカラスト云フカ如キ本論旨ハ其理由ナキモノトス」(大審院明治三十三年才第一六五號同三十四年四月二十日民一判決七輯四卷六二頁)。

養子か婿養子縁組に因りて女戸主の夫と爲り女戸主か依然として戸主たる地位を留保したる場合に養子と離縁し得べきや否やは問題である。蓋し此場合離縁を許すときは妻たる女戸主は養子に従つて當然其家を去ることとなる。然るに一方に於て其女戸主は固より戸主なるを以て其家を去ることを許されない。又此場合は女戸主に對して第八百七十六條の如き規定か設けられて居ない。又斯の如き場合に民法は之れを相續開始の原因として居ない。従つて此場合に於ては女戸主か先つ以て隠居を爲したる後に非されは離縁を爲すを得

ないものと解するの外はない(同説川名博士法典質疑問答九三頁参照)。

(イ)「離縁ノ訴訟中戸主タル養父死亡シ養子カ家督相續ニヨリテ戸主トナリタルトキハ民法第八百七十四條ノ規定ニ依リ養子ヲ離縁スルコトヲ得サルノ結果トシテ養母ノ離縁ヲ訴フル權利カ消滅ニ歸スルコト當院ノ判例トスル所ニシテ今尙之ヲ變更スルノ必要ヲ見ス」(大正三年タ第五六三號同年十二月十五日當院第一民事部決定參照) 本件ニ在リテハ上告人ハ其夫タル戸主佐々木五郎右衛門ト共ニ大正五年四月十九日佐々木甚右衛門ノ三男タル被上告人ト養子縁組ヲ爲シ之ヲ養子トシタルコト及右五郎右衛門カ大正八年七月二十五日死亡シ被上告人カ家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタルコトハ原裁判所ノ確定シタル事實ニシテ又上告人及右五郎右衛門カ大正八年七月八日日本訴ヲ提起シタルコトハ本件記録ニ依リ明白ナリ果シテ然ラハ上告人ハ右五郎右衛門ノ死亡ト同時ニ被上告人ニ對シ離縁ヲ訴フルノ權利ヲ喪失スルモノト云ハサルヲ得ス」(大審院大正九年十一月二十四日判決二六輯一九〇五頁)。

(ロ)「抗告人カ本件假處分ヲ申請スル本案訴訟ハ抗告人及其夫ニシテ戸主タル立石柳作ヨリ其養子ニシテ推定家督相續人タル立石賢太ニ對シ提起シタル離縁ノ訴訟ニシテ養父立石柳作ハ其訴訟ノ控訴審ニ繫屬中ニ死亡シタルノ事實ナレハ縁組ノ訴權カ縁組當事者ノ一身ニ專屬スルモノタル性質上其死亡後ハ其訴權ヲ行使スル者ナキニ至レルヲ以テ柳作ト賢太トノ間ニ於テハ訴訟ノ權利拘束ハ柳作ノ死亡ニ因リテ

當然終了シ其結果両者間ノ離縁ノ裁判ヲ得ルコト全然不可能ニ歸シ從テ賢太ハ訴訟ノ結果ニ依リ柳作ノ養子タル身分及之ニ伴フ相續權ヲ喪フヘキ事ナキヤ明ナリ養父死亡シタルトキハ養母ニ養父母ト養子トノ離縁ヲ訴求スルノ權アリト爲ス抗告人ノ見解ノ當否ハ姑ク措キ其見解ヲ正當ナリトスルモ養子カ戸主ト爲リタル後ハ離縁ヲ爲スコトヲ得サルハ民法第八百七十四條ノ規定スル所ニシテ戸主タル柳作カ死亡シタル以上ハ養子賢太ハ當然相續ニヨリ戸主ト爲リタルモノナレハ右規定ノ精神ヨリ推シテ養母ノ訴權ハ賢太カ戸主ト爲リタルト同時ニ消滅シタルモノト謂ハサルヘカラス其訴訟ハ結局目的ヲ達スルコト能ハサルニ終ルヘシ」(大審院大正三年十二月十五日民一判決二十輯一一〇七頁、雄本博士「離縁訴訟ノ繫屬中ニ於ケル養父ノ死亡ト權利拘束ノ終了及ヒ假處分ノ許否」判例批評録二卷三六二頁以下參照)。

第三 保護者の同意(八百六十三條)

滿二十五年に達せざる者か協議上の離縁を爲すには、其縁組に付き同意を爲す權利を有する者の同意を得ることを要する。即ち養親か滿二十五年に達せざるときは其家に在る父母の同意を得るを要し、養子か滿二十五年に達せざるときは其實家に在る父母の同意を得るこ

とを要する(八百六十三條、八百四十四條)。蓋し離縁を爲さんと欲する者の私益を保護せんか爲めてある。成年以上の者に對しても同意を必要とするは離縁を以て一般法律行爲に比し更に重要なものと爲すか爲めてある。

父母の一方か知れざるべき、死亡したるとき、家を去りたるべき、又は其意思を表示すること能はざるべきは他の一方の同意のみを以て足る。父母共に知れざるべき、死亡したるとき、家を去りたるべき、又は其意思を表示すること能はざるべきは、未成年者は其後見人及び親族會の同意を得ることを要し、成年者は何人の同意も必要としない(八百六十三條二項、七百七十二條二項、三項)。

繼父母又は嫡母か子の離縁に同意を與へざる場合に於ては、子は親族會の同意を得て離縁を爲すことを得る(八百六十三條二項、七百七十三條)。

第四 特別要件

有爵者か協議上の離縁を爲すには宮内大臣の認可を得ることを必要とする(華族令十四條)。

第二段 形式的要件

協議上の離縁の形式的要件は市町村長に對する届出である。此要件は婚姻協議上の離婚、及び養子縁組に關して定めたる形式的要件と異なる所かない(八百六十四條、七百七十五條)。之れに關しては拙著婚姻法論二一六頁以下を參照せられたい。

第三目 協議上の離縁の無効及び取消

協議上の離縁の無効要件、取消要件に關しては民法に何等の規定を設けて居ないから、種々の問題か惹起するを免れない。此點に關しては拙著婚姻法論五七三頁以下に於ける協議上の離婚の無効及び取消に關する説明を參照せられたい。

第四目 協議上の離縁の却下要件(八百六十五條)及び

注意要件

是等の點に關しても拙著婚姻法論五八六頁以下を參照せられたい。養子か戸主と爲りたる後離縁の届出を受理したるときも離縁の效力を生ずべきものでない(大正十年十一月十九日法曹會決議法曹記事三十二卷三五〇頁)。

「民法第八百六十五條第二項ハ法令ニ違反スル協議上ノ離縁ト雖モ戸籍吏カ既ニ其届出ヲ受理シタル以上ハ届出ノ違法ナルカ爲メニ離縁ノ效力ハ何等ノ影響ヲ受ケサルコトヲ規定シタルニ止マリ協議上ノ離縁カ實質上ノ要件ヲ缺キ又ハ當事者ノ意思ニ瑕疵アルカ爲メニ當然無効ニ屬スルヤ又ハ取消得ヘキモノナルヤ否ヤノ點マテヲモ規定シタルモノニ非ス隨テ協議上ノ離縁カ縁組當事者ノ意思表示ヲ缺キ又ハ當事者ノ一方ノ意思表示カ相手方ノ詐欺又ハ強迫ニ因リタルトキハ縱令戸籍吏カ其届出ヲ受理スルモ民法ノ總則ニ依リ該離縁ノ無効又ハ取消シ得ヘキモノナルヤ勿論ナリ只届出ノ違法ナル理由ヲ以テ其效力ヲ左右スルコト能ハサルノミ然レトモ本件ニ於テ原審ノ確定シ而モ上告論旨ノ根據トスル事實ニ依レハ本件協議上ノ離縁ハ民法第八百六十三條第一項ニ依リ同意ヲ得ヘキ者ノ同意ヲ缺キタリト云フニ在リテ

縁組當事者ノ意思ノ一致ヲ缺キ又ハ其意思ニ瑕疵アリト云フニ非ス而シテ離縁ニ關スル民法ノ規定ヲ通覽スルニ第八百六十五條第一項ハ第八百六十三條ノ規定ニ違反スル離縁ノ届出ハ戸籍吏ニ於テ受理スルコトヲ得サル旨ヲ規定シタルモ戸籍吏カ之ヲ受理シタル後ニ於テ該離縁ヲ取消シ得ヘキコトヲ規定シタル法條アルヲ視ス民法總則ニ依ルモ亦然リ隨テ民法第八百六十三條第一項ニ違反スル離縁ニ雖モ戸籍吏カ其届出ヲ受理シタル以上ハ其届出ノ違法ナル理由ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得サルハ勿論同意ヲ得ヘキ者ノ同意ヲ缺キタル理由ヲ以テモ均シク之ヲ取消スコトヲ得スト謂ハサルヘカラス蓋シ民法ハ戸籍吏カ既ニ届出ヲ受理シタル離縁ノ違法ナル理由ヲ以テ之ヲ取消サシムル利害ト之ヲ取消サシメサル利害トヲ較量シテ之カ取消ヲ許ササルヲ勝レリト認メタルカ爲メニ以上説明スルカ如キ結果ノ規定ヲ設ゲタルモノナリ〔大審院明治三十六年オ第四七八號同年十二月二十四日民一判決九輯一四八二頁〕。

第三項 裁判上の離縁

第一目 總 說

裁判上の離縁は法律に定めたる原因ある場合に於て當事者の一方か他方に對し、訴を提起し裁判所の判決に因つて爲さるる縁組の解消て

ある。當事者間に於て合意成立し、協議上の離縁を爲し得る場合に於ては當事者の一方は裁判上の離縁を請求する必要かない。當事者の一方か離縁を欲するも他方か之れに應せざる場合に於ては、協議上の離縁を成立せしむること不可能なるか故に、始めて裁判上の離縁に依る必要が生ずるのである。斯の如く裁判上の離縁は已むを得ざる場合に之れを許すものなるか故に、法律は裁判上の離婚原因を定むると同じく、亦裁判上の離縁原因を限定する。

第二目 裁判上の離縁原因

我民法は第八百六十六條に於て裁判上の離縁原因を左の數種に限定して居る。

(一) 虐待又は重大なる侮辱

養親養子の一方か他の一方より虐待又は重大なる侮辱を受けたるときは一方は他方に對して裁判上の離縁を請求することを得る（同條

一號)。

此の原因が存在するときは當事者は到底親子關係を持続すること能はさるか爲めてある。裁判上の離婚原因としては虐待は同居に堪へざる程度なることを必要とした(八百十三條五號)。併し乍ら裁判上の離婚原因としては虐待は同居に堪へざる程度に達することを要しない。如何なる程度、如何なる種類の虐待と雖も、皆離縁原因を構成する。蓋し親子は夫婦の如く同居の義務を有せざるか故である。虐待とは残酷なる待遇であつて、即ち肉體に苦痛を與ふる積極的行爲、及び消極的行爲を謂ひ、侮辱とは名譽を毀損する行爲であつて、即ち人の精神に苦痛を與ふるものである(尙詳細は拙著婚姻法論六〇四頁以下参照)。

(イ)「養親カ養子タル婦女ヲ強制シテ再三藝妓ノ如キ賤業ヲ營マシメントシ又ハ金錢ノ爲メニ其節操ヲ破ルヘキ行爲ヲ敢テセシメントスルカ如キハ婦女ニ對シテ堪ユヘカラサル苦痛ヲ與ヘ之ヲ侮辱スルノ甚シキモノニシテ民法第八百六十六條第一號ニ該當スヘキ行爲ナルコト言テ俟タス」(大審院明治三十八年オ第四二一號同年十一月二日民一判決十一輯一五三四頁)。

(ロ)「子トシテ父母ノ命ニ從ハス其言己ノ意ニ適セサレハ之ヲ罵ルニ馬鹿ヲ以テスルカ如キハ宥恕スヘキ事情ノ存セサル限りハ父母ヲ侮辱スルノ重大ナルモノト謂フヘシ」(大審院明治四十二年オ第七三號同年三月三十一日民一判決十五輯二九〇頁)。

(ハ)「上告人ノ如ク醫師ノ家庭ニ成長シ而モ婦人ノ身ヲ以テ其養親タル被上告人ニ對シ畜生又ハ馬鹿爺ト云ヒタルカ如キハ實ニ侮辱ノ重大ナルモノニシテ民法第八百六十六條第一號ニ該當スルモノト云ハサルヘカラス」(大審院明治四十一年オ第九十七號同年四月二十五日民一判決十四輯四九一頁)。

(ニ)「離縁請求事件ニ於テ養子カ養親ニ對シ畜生又ハ馬鹿爺ト云ヒタル事實ヲ認メ此所爲ハ民法第八百六十六條第一號ノ所謂重大ナル侮辱ニ該當スル旨ヲ說示シタルトキハ第三者カ其侮辱被侮辱ノ關係ヲ認識シタリヤ否ヤヲ判斷スル要ナシ」(同上四八九頁)。

尙法定の推定家督相續人の廢除原因としての重大なる侮辱と離縁原因としての重大なる侮辱との關係に關しては末弘博士「家督相續人廢除原因としての虐待」判例民法大正十一年度二九九頁參照。

(二) 惡意の遺棄

養親養子の一方か他の一方より惡意を以て遺棄せられたるときは

縁組の當事者の一方は他の一方に對し離縁の訴を提起することを得る(八百六十六條二號)。

遺棄は裁判上の離婚原因を構成し、又裁判上の離縁原因を構成する。裁判上の離婚原因としての遺棄は同居義務の違反と解する。蓋し夫婦は同居義務を有するから、之れに違反するときは即ち遺棄と爲ること疑の餘地かないからである。然るに養親養子間に於ては同居義務が存在しない。従つて離縁原因としての遺棄を以て離婚原因たる遺棄と同一に解し、之れを同居義務の違反行爲と爲すことは出来ない。而して離婚原因たる遺棄は必ずしも扶養義務違反を謂ふものではない。扶養義務を負擔することなき場合も尙遺棄が存在し得るのである(大審院明治三十三年オ第二〇五號同年十一月六日民一判決六輯一〇卷一八頁)。之れを離縁原因として考察するに、養親子間に於ては同居義務なきを以て、遺棄を以て同居義務の違反と解するを得ず、又扶養義務の違反とも解するを得ずとするならば、離縁原因としての遺棄は如何なる意義を有するものと爲す

べきかを知るを得ないのである。従つて離縁原因としての遺棄は養親子間の扶養義務の違反と解し(穂積博士大意舊版一五頁、改版一二三頁參照)、養親養子の一方か他方より扶養を受くる必要ある場合に於てのみ、他方か一方を遺棄するとき、に於て本號の適用あるものと解するの外はない。法律は離婚の場合と同じく遺棄は悪意に出つることを要求して居る。離婚原因中の悪意の遺棄(八百三十三條六號)及び茲に述べんとする離縁原因中の悪意の遺棄(八百六十六條二號)に於ける悪意の語に關しては故意と同一に解すべきものである。而して故意の意義を定むるに就ては、觀念主義(Vorstellungstheorie)の意思主義(Willentheorie)とあるのであるか、此場合の悪意は意思主義に基きて之を解釋しなければならぬ。觀念主義に従へば此場合に於ては結果に對する觀念、即ち遺棄の事實を知りて之を遺棄するを以て足るのであるか、意思主義に従へば、結果に對する意思、換言すれば結果の發生を欲求する意思を必要とするのである。即ち此場合の悪意は遺棄の事實を知り且之を欲求する意思を

以て遺棄行爲を爲すを要するのである。

舊民法人事編は單に遺棄ごのみ規定し(百四十條)、惡意の語を使用しなかつたのであるが、民法に至つて殊に惡意の語を加へたのである。而して理由書の説明する所に依れば單に遺棄ごのみ規定するときには已むを得ざる事情に基く遺棄も之を以て離縁の原因と爲さざるを得ない。併し夫れては不當であるから、殊に惡意の遺棄に限つて之を離縁原因としたと謂ふにあるらしい。然らば惡意は意思主義に基いて之を解釋せざるを得ないのである。例へば養親養子の一方か犯罪人として逮捕を免れんか爲めに逃走し、又は懲役に處せられたる場合、徴兵の爲め入營して生活費の送金を爲し得ざるか如き場合は遺棄の事實を知るも遺棄の事實を欲求するものてないから、惡意の遺棄とはならない。惡意の遺棄に關しては意思主義の學說か通説である(奥田博士親族法講義五四三頁、仁井田博士前掲一九二頁、島田學士二七六頁、牧野博士三〇五頁、穂積博士「相續—限定承認—單純承認と看做される場合—後見人の行爲の被後見人に及ぼす效果—惡意の意義」判例民事法大正十三年度二七五

頁、柳川學士日本親族法要論二四〇頁)。民法第千二十四條の惡意も亦第八百十三條第六號、第八百六十六條第二號の惡意と同様に解すへきものとされて居る。

(三) 養親の直系尊屬よりの虐待又は重大なる侮辱

養親の直系尊屬より養子か虐待又は重大なる侮辱を受けたるときは養子は養親に對し離縁の訴を提起することを得る(八百六十六條三號)。

離婚原因として本號に對立するは第八百十三條第七號の「配偶者ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ」である。此場合は單に配偶者とあるか故に夫の直系尊屬か妻に對して爲す虐待又は重大なる侮辱と、妻の直系尊屬か夫に對して爲す虐待又は重大なる侮辱とを包含するのであるか、離縁原因としては養親の直系尊屬か養子に對して爲す虐待又は重大なる侮辱に限定せられ、養子の實方の直系尊屬か養親に對して爲す虐待又は重大なる侮辱を包含して居ない。

(四) 他の一方の處刑

第八百六十六條第四號には「他ノ一方カ重禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ」を離縁原因と定めて居る。重禁錮一年以上の刑は現行刑法に於て懲役一年以上の刑に該當する（刑法施行法三條）。即ち養親養子の一方か懲役一年以上の刑に處せられたるときは、他の一方の名譽を毀損し、精神上の苦痛を與ふるを、以て、之れを離縁原因の一に數へたのである。離婚の場合に於て第八百十三條第四號に於ては犯罪を破廉耻罪と其他の罪とに二分し、破廉耻罪は罰金以上の刑に處せらるゝも離婚原因を構成し、其以外の罪は懲役三年以上の刑に處せらるゝに非ざれば離婚原因とならないのである。離縁原因としての本號の規定は、罪質を區別せざる點、及び破兼耻罪以外の普通犯罪に關して遙に輕い處刑と雖も離縁原因を構成する點を注意するを要する。

(五) 家名を瀆し、又は家産を傾くへき養子の重大なる過失
 養子に家名を瀆し、又は家産を傾くへき重大なる過失ありたるときは、養親は養子に對して離縁の訴を提起し得る（八百六十六條五號）。

此離縁原因は養子制度に特有の規定であつて、離婚原因中、之れに對應すへきものかない。

養子に家名を瀆し、家産を傾くへき重大なる過失あるときは、養子か家督相續人たるに否に拘はらず、養家自存の防禦手段として養子を放逐することを得なければならぬ。

家名とは家の名譽である、即ち其養子の屬する家族團體の名譽である。又家産とは養家の戸主の財産、又は家族の財産である。是れ等は養子の特有財産と相對立する財産である。養子か自己の特有財産を傾くへき行爲あるも、離縁原因を構成しない。養子か養家戸主の財産又は養家に於ける自己以外の家族の財産を傾くへき行爲あるとき始めて離縁原因を構成するのである。

家産と稱するときには家の財産の如く解せられるから、恰かも家か法人格を有して、財産所有の能力あるか如き外觀を生ずるけれども他に、家を法人と爲す法律の規定が存在せず、又單に本條の家名、家産の二語

を以て家を法人と認むる根據と爲し難いから、此場合に家名、家産は右に述べたる意義に解するの外はない。

養子か家名を瀆かし、家産を傾くべき行爲を爲すも、其行爲か養子の重大なる過失に出づるに非されは離縁原因を構成しない。如何なる行爲か重大なる過失行爲なるかは其養家の貧富、社會上の地位、職業、其他諸般の事情を斟酌して、各具體の場合に應じて裁判所の認定を要する事項である。例へば養子の破廉耻行爲、放蕩行爲等は多くの場合に於て家名を瀆す行爲と爲るべく、其行爲か犯罪として罰せらるべきは同時に亦第四號の離縁原因と爲るてあらう。放蕩行爲の如きは又一方に於ては家産を傾くる行爲てあらう。

(イ)「上告人ノ如ク醫師ノ家庭ニ在ルモノニシテ情夫ト私通シ之ヲ自宅ニ宿臥セシムル如キハ其養親タル被上告人ノ家名ヲ瀆スヘキ重大ナル過失アルモノニシテ民法第八百六十六條第五號ニ該當スルモノト云ハサルヘカラス」(大審院明治四十一年才第九七號同年四月二十五日民一判決十四輯四九五頁)。

(ロ)「上告人カ縱令他人ノ爲メナルニモセヨ其養父ニ對シ不當ノ要求ヲ爲シ之ヲ法廷ニ争ヒ一審ニ於テ

取訴シタルニ拘ハラス尙無益ノ上訴ヲ敢テシタルハ人道ニ反スルノ甚シキモノニシテ家ニ斯ル不道ノ行ヲ爲ス者アルハ家門ノ汚辱トスル所ナレハ原院カ其行爲ヲ日スルニ家名ノ汚瀆ヲ以テシタルハ理由不備ニ非ス」(大審院明治四十二年才第七三號同年三月三十日民一判決十五輯二九一頁)。

(ハ)「原裁判上半ニ説明スルカ如ク身持放蕩其家ノ養子タルニ適セス親子間ノ關係ヲ保持スルニ堪ヘサルモノ又ハ養母ヲ苦境ニ陥ラシメントノ惡意ニ出テ不孝ノ行爲アリタルモノ等ハ我習慣法ニ於テ離縁ノ原因アリト認メラレタルモノナキニアラスト雖モ只其品行ニ付非議スヘキ廉アリ又ハ孝道ニ付多少缺クル所アルノ事實ヲ以テ直チニ離縁ノ原因ト爲スヲ得ス」(大審院明治三十年第九三號同年四月二十七日民一判決三輯四卷一一二頁)。

(六) 養子の逃亡後、三年以上の経過

養子か逃亡して三年以上復歸せざるときは、養親は養子に對して離縁の訴を提起することを得る(同條六號)。

逃亡は家出てあるか、第一に先づ養子か何れの家(有形の家)を出づることか逃亡となるべきか疑がある。

養子か未成年なるときは、親權者たる養親は其居所を指定する權利

を有する（八百八十條）。又戸主は家族たる養子に對して其居所を指定する權利を有する（七百四十九條）。養子か是等養親又は戸主の指定したる居所より去ることか家出てあり、又逃亡である。

逃亡に關する第二の疑問は養子か家出を爲して其所在か不明なることを必要とするや否やである。併し乍ら此點に關しては逃亡後の養子の所在か不明なると明白なるとを問はないものと解すへきてある。此點は本條第七號の場合と對照して考察するときには此結論の誤ならざるを知り得るであらう（同說大審院明治四十年オ第三五二號同年十月十八日判決十三輯九八七頁、宮城控訴院同年六月二十六日判決法律新聞四六六號、牧野博士四〇七頁、反對秋田地方明治三十八年オ第一五號同三十九年十一月九日判決、法律新聞三九六號）。

逃亡の意義に關しては本條第二號の遺棄、及び本條第七號の規定を比較考察するを要する。又逃亡か惡意の遺棄となる場合は第一號中に包含する。本條は惡意を必要としない。

「民法第八百六十六條第六號ニ所謂養子カ逃亡シテ三年以上復歸セサルトキトハ養子カ養家ヲ逃亡シテ

所在ヲ緜晦セルトキハ勿論所在ハ其後分明トナルモ復歸ノ意思ナクシテ三年以上ヲ經過セルトキヲ指稱シ其事實ハ共ニ養親ノ爲メ養子離縁ノ原因ヲ爲スモノトス蓋シ養親カ養子ヲ收養スル目的ハ主トシテ將來養家ノ家名ヲ斷絶セサラシメ其家産ヲ守ラシメントスルニ在リ而シテ正當ノ事故ナクシテ養家ヲ去ル如キ者カ收養ノ目的ニ背馳シ養親ノ信任ヲ失フヘキコトハ其後所在ヲ緜晦スルト單ニ復歸ノ意思ナクシテ復歸セサルトノ間ニ毫モ擇フ所ナケレハナリ」〔大審院明治四十年オ第三五二號同年十月十八日民二判十三輯九八七頁〕。

(七) 養子の生死の三年以上の不明

養子の生死か三年以上分明ならざるときは養親は養子に對して離縁の訴を提起することを得る（八百六十六條七號）。

是れは離婚原因の第九號（八百十三條）に對立するものである。斯の如き場合に於ては養子を爲したる目的を達し得ざるのみならず、第八百三十九條の規定存在する結果として、家督相續人を得んか爲めの養子を爲すを得ざる不便があるから、民法は之れを離縁原因の中に數へたのである。

(八)直系尊屬に對する虐待又は重大なる侮辱

養親養子の一方か他方の直系尊屬に對して虐待を爲し、又は之れに重大なる侮辱を加へたるときは、他方は其一方に對し離縁の訴を提起することを得る(八百六十六條八號)。

此離縁原因は離婚原因の第八號に對立する離縁原因であつて、又離縁原因の第三號にも對立するものである。

(九)婿養子の離婚又は家女婚姻の離婚若しくは婚姻の取消

婿養子縁組の場合に於て離婚ありたる時、又は養子か家女と婚姻を爲したる場合に於て離婚ありたる時、又は養子か家女と婚姻を爲したる場合に於て離婚若しくは婚姻の取消ありたる時は、養親養子の一方は他方に對して離縁の訴を提起することを得る(八百六十六條九號)。

是れは離婚原因中の第十號(八百十三條)に相對立する離縁原因である。是れに關しては拙著婚姻法論六二六頁以下を參照せられたい。

以上に列擧したる離縁原因を見るに、養親養子間に相互的に認められたるものと、養親若しくは養子のみにより片面的に認められたるものと、二種がある。第一號の虐待及重大なる侮辱、第二號の惡意の遺棄、第四號の懲役一年以上の處刑、第八號の直系尊屬に對する虐待又は重大なる侮辱、第九號の婿養子縁組の離婚、家女婚姻の離婚又は縁組の取消は相互的にして、第三號の養親の直系尊屬よりの虐待又は重大なる侮辱に對しては養子のみにより離縁權が附與せられ、其他第五號の家名汚漬、家産傾倒、第六號の養子の逃亡、第七號の養子の生死不明に對しては養親のみに離縁權が付與せられて居る。

第三目 離縁の訴

第一 訴の性質

離縁の訴は養親養子か生前に於て其縁組を解消せんことを目的とする訴であつて、形成の訴である。蓋、從來有效に存續する縁組を判決

を以て將來解消に歸せしむるものなるか爲めてある。従つて、離縁の訴は恰かも離婚の訴に對應するものである。

第二 管轄裁判所

離縁の訴は他の縁組訴訟と同じく養親か普通裁判籍を有する地、又は死亡の時之れを有したる地の地方裁判所の管轄に専屬する。併し乍ら婚姻事件に附帶して離縁の訴を提起する場合には婚姻事件の管轄裁判所を以て其管轄裁判所とする（人訴二十四條、草案五百二十五條）。尙此外、人事訴訟手續法第二十六條第一條第二項第三項、明治三十一年七月司法省令第八號を參照せられたい。

第三 正當なる當事者

其一、原則

離縁訴訟の正當なる當事者は縁組の當事者たる養親養子に限る（八

百六十六條）。養親か夫婦なるときは、養親夫婦は必要的共同原告又は必要的共同被告たるを要する。養親の一方か死亡したる後は生存せる養親を當事者とする。養子か夫婦なるときは、離縁原因の存在する一方のみか當事者となる。是等のことに關しては前に述べたる所を參照せられたい。

無能力者か離縁訴訟を爲すには其法定代理人、保佐人、又は夫の同意を得る必要かない。然れども受訴裁判所の裁判長は申立に依り辯護士を訴訟代理人に選任することを要する。無能力者か此申立を爲さしむるときは、雖も裁判長は辯護士を訴訟代理人に選任すべき旨を命じ、又は職權を以て其選任を爲すことを得る。此場合に於て裁判所は其自由なる意見を以て定めたる報酬を辯護士に與へしむることを得る（人訴二十六條、三條）。

(1) 「養親子ノ關係ハ縁組ノ當事者則チ養子ヲ爲シタル者ト養子トナリタル者トノ間ノ關係ナルヲ以テ其當事者間ニ在リテハ相互ニ離縁ノ訟求ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ナキニ非サルモ第三者ヨリ縁組ノ當事

者ニ對シ其間ノ養親子ノ離縁ヲ訟求スルヲ得サルヲ以テ通則トス」(大審院明治三十年第六四號同三十一年五月十九日民一判決四輯五卷五二頁)。

(ロ)「養親子ノ關係ハ縁組ノ當事者タル養親ト養子トノ間ノ關係ナルヲ以テ其當事者間ニ在リテハ正當ノ原因存スレハ相互ニ離縁ヲ訴求シ得ヘキモ第三者ヨリハ其請求ヲ爲シ得ヘキモノニアラス依テ本訴ノ趣旨如何ヲ審査スルニ被上告人ハ上告人ト結婚シ婿ト爲ルコトヲ條件トシテ養子ト爲リタルモノナルカ故ニ上告人ト被上告人トノ婚姻成立セサルカ爲メ婿ト爲ルコトヲ得サルトキハ養子タルヲ得サル筋合ニシテ上告人カ被上告人ヲ夫ト爲ス意思ナキニ依リ該婚姻成立シ能ハサル今日ニ於テハ被上告人ハ離別セラルヘキモノナリト云フニ在リテ上告人ハ婚姻ノ成立セサルカ爲メ被上告人カ婿ト爲ラサルコトヲ以テ離別ノ理由ト爲シ本訴ノ請求ヲ爲スモノナレハ其未タ成立セスト主張スル婚姻ノ解除ハ謂ハレナシ從テ本訴ハ離婚ヲ目的ト爲スニアラスシテ單ニ婿養子ト稱スル縁組ノ解除即チ離縁ノミヲ目的トナスニ在ルコト誠ニ明ナリ然レハ上告人ハ被上告人ノ養親ニアラサルヲ以テ被上告人ニ對シ離縁ノ請求ヲ爲ス權ヲ有スルモノニアラス從テ上告人ノ本訴ノ請求ハ失當ナリトス」(大審院明治三十二年第三二號同年十一月十四日民一判決五輯一〇卷四九頁)。

其二 例 外

(一) 養子か十五年未滿なるときは其縁組承諾權者か此訴を提起することを得る(八百六十七條一項)。繼父母又は嫡母か此訴を提起するには親族會の同意を得ることを要する(八百六十七條二項、八百四十三條二項)。

(二) 養親か禁治産者なるときは其後見人は親族會の同意を得て離縁の訴を提起することを得る(人訴二十五條一項、四條一項)。養子か禁治産者なるときは實方の直系尊屬又は實家の戸主か離縁の訴を起すことを得る(人訴二十五條二項)。禁治産者か意思能力喪失中に於て他人か離縁の訴を提起し得べきものと爲すことの當否は立法上の研究問題である。法律は離縁の訴の場合にのみ他人か禁治産者を代表して訴の提起を爲し得べきものとし、縁組無効、縁組取消の訴に關しては之を認めて居ないことを注意するを要する。

第四 人事訴訟の訴訟能力と訴訟代理人の報酬契約

嘗て次の如き事件が起つた。

未成年の養子か養親から離縁の訴を提起せられた。そこで自ら辯護士を其訴訟代理人に選任し、自ら其辯護士と其報酬契約を締結した。然るに其未成年養子は其報酬金の支拂をしないので其辯護士は訴訟を提起して契約の履行を求めた。所か右報酬契約は法定代理人の同意を得ずして爲したるものであるから法定代理人より其辯護士に對して取消の意思表示をしたのである。

そこで養子縁組事件に準用せられる人事訴訟手續法第三條第一項に依れば無能力者か離縁に關する訴訟行爲を爲すには其法定代理人の同意を得ることを要せずして獨立して訴訟行爲を爲し得るものと規定して居る。而して訴訟委任は訴訟行爲に外ならないから (He lwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, Erster Teil S. 199, Stein, Kommentar B.I. S. 237、未成年

養子は固より法定代理人の同意を得ることなく、獨立して辯護士に對して訴訟委任を爲し得る。併し乍ら訴訟委任は原則として報酬の支拂を要求せらるゝ行爲であるから、未成年者か報酬契約に關しては法定代理人の同意を得て之を締結することを要するものと爲すときは人事訴訟手續法の右規定の趣旨は徹底せられない。従つて辯護士に對する報酬契約の締結も亦未成年養子か獨立して爲し得べきものであると解せざるを得ないのである。本事件の第一審裁判所たる大阪地方裁判所の第一民事部は右の趣旨に於て法定代理人の取消を無効とし其辯護士を勝訴せしめた。其判決に對しては予も亦同裁判所の構成員として干與したのであるか、第二審たる大阪控訴院も亦第一審判決を是認して同趣旨の判決を宣告した。然るに大審院は原審の見解を不當として原判決を破毀し事件を差戻したのである。曰く、
〔代理權ノ授與ハ外部ニ對スル行爲ナリ其基本トシテ本人ト代理人トノ間ニ存スル内部ノ關係トハ嚴ニ之ヲ區別セサルヘカラス這ハ外ニ

對シテハ等シク代理權ノ授與ナルモ其内部ノ關係ハ委任ナルコトアリ雇傭ナルコトアリ請負ナルコトアリ組合ナルコトアリ抑亦何等ノ關係スラ存セサルコトアルト共ニ此等内部ノ關係ハ存スルモ外ニ對シテハ何等代理權ノ授與無キコトアルニ徴シテ甚タ明ナリ然ラハ則チ民事事件ニ於ケル訴訟代理權ノ授與ハ訴訟行爲タルニ論ナキカ故ニ之ヲ爲スノ能力其ノ方式其ノ效力ノ如キ一ニ訴訟法ニ準據シテ之ヲ定メサルヘカラサルト同時ニ本人ト代理人トノ間ニ締結セラレタル報酬契約ハ法律行爲(詳言スレハ實體法上ノ法律行爲)タルニ論無キカ故ニ之ヲ爲スノ能力其ノ方式其ノ效力ノ如キ一ニ實體法ニ準據シテ之ヲ定メサルヘカラサルハ殆ント當然ノ歸結ト云ハサル可カラズ今夫レ實體法上ノ限定無能力者ハ原則トシテ訴訟能力ヲ有セスト雖モ人事訴訟ニ於テハ斯ル者モ亦訴訟能力者トシテ遇セララル結果訴訟代理權ノ授與ノ如キモ亦自ラ有效ニ之ヲ爲スヲ得ルハ人事訴訟法第三條ノ適用若ハ準用ニ依リ明白ナリ而カモ其ノコレ有ルカ爲ニ前記ノ

如キ限定無能力者ハ當然自ラ訴訟代理ノ報酬ニ關スル契約ヲ代理人ト有效ニ締結スルヲ得ルコト此點ニ於テ實體法上ノ能力者ト何等擇フトコロ無シト云フニ至リテハ蓋誤ナリ何者斯ル報酬ノ契約ハ純然タル實體法上ノ法律行爲ナルヲ以テ有效ニ之ヲ締結スル能力ノ有無ノ如キ固ヨリ一ニ實體法ニ準據シテ之ヲ解決セサルヘカラサルコト已ニ前ニ説示セルトコロノ如クナレハナリ但實體法ニ依レハ前記ノ契約ハ勿論絶對無効ニハ非ス單ニ取消シ得ヘキモノタルニ過キス其ノ一旦取消アリタル場合ニ民法第二百一十一條ニ依リ現存利益ノ返還ヲ請求シ又民事訴訟法第九十六條第三號ニ依リ申立ヲ變更スルコトノ孰モ之ヲ妨ケサルハ言ヲ俟タサルトコロナリ然ラハ則チ原裁判所カ本件報酬契約ハ人事訴訟ノ訴訟代理ニ關スルモノナリトノ唯一ノ理由ニ依リ其取消ノ無効ナルコトヲ斷定シタルハ失當ニシテ本件上告ハ其理由アリ(大審院大正十四年オ第四八一號同年十月三日民三判決判例集四卷十號四八一頁)。

大審院の右判決は蓋誤であらう。大審院の説明は形式的論理に拘

泥し、本件の解決に妥當でない。穂積博士も亦大審院の右判決を以て不當極まるものとせられ、大審院の反省に値するものと評せられて居る（穂積博士「未成年者—人事訴訟の訴訟能力—訴訟代理人の選任と報酬契約」法學協會雜誌四十四卷九號一七八六頁以下）。

此問題は離縁訴訟のみに關するものではないか、便宜上茲に述べて置く。

第五 訴權の發生

離縁權は民法第八百六十六條に列擧する九個の離縁原因中の何れかの事實の發生するに依りて發生する。唯第九號の場合に於ては離婚又は婚姻取消の訴が提起せらるゝも、其判決が確定するに非されは離婚又は婚姻取消の効力は發生せざるものである。従つて嚴格に謂へば此判決の確定に依りて始めて第九號の離縁權が發生するものである。併し乍ら斯の如きは實際に不便であるから、此場合の離縁訴訟

は婚姻訴訟に附帶して提起することを得るものとした（八百七十三條一項、人訴二十四條参照）。

第六 離縁權の發生防止原因

民法第八百六十六條に列擧する離縁權發生原因たる事實が發生するも、尙其訴權の發生が防止せらるゝ場合があり得る。蓋し此防止原因が存在するときは離縁を許さゝるも相手方は何等の苦痛を蒙むるものではないからである。即ち、

(一) 同意 (Zustimmung; Consentement; Consent)

養親養子の他の一方が懲役一年以上の刑に處せられたるときは一方は他の一方に對して離縁の訴を提起することを得ること前述の通りであるけれども、一方か他の一方の犯罪行爲を爲すことに同意したるときは離縁の訴を提起することを得ないのである（八百六十九條一項）。蓋し、一方か他の一方の犯罪行爲に同意したるときは後に之れを責むる

ことを得ないのか當然であるからである。是れは離婚の場合に於ける第八百十四條に對應する規定である。

(二) 同一事由の存在

養親養子の他の一方が懲役一年以上の刑に處せらるゝも、自らも亦懲役一年以上の刑に處せられたるときは、他の一方の處刑を理由として離縁の訴を提起することを得ない(八百六十九條二項)。是れ離婚の場合の第八百十五條の規定に對應するものである。蓋し自己自身に此不名譽ある以上は、他の一方に同一事由が存在するも、自己の名譽上何等の苦痛を蒙むるものではないからである。

第七 離縁權の消滅

(一) 宥恕 (Verzeihung; Pardon, Condone)

第八百六十六條第一號乃至第六號の場合に於て當事者の一方か他の一方又は直系尊屬の行爲を宥恕したるときは離縁の訴を提起する

ことを得ない(八百六十八條)。此規定は離婚に關する第八百十四條第二項の規定に對應するものである。

宥恕とは相手方の非行に對して懷く惡感情の拋棄である。同意は事前に爲されねはならず、宥恕は事後に爲されねはならない。

宥恕に關する詳細は拙著婚姻法論六三九頁以下を參照せられたい。

(二) 生死分明

養子の生死か三年以上分明ならさるときは養親は離縁の訴を提起し得へきてあるけれども、養子の生死か分明となりたる後は之れを提起することを得ない(八百七十二條)。蓋し此場合は離縁原因か消滅し、離縁の實益かないからである。此消滅原因は離婚の場合の第八百十一條に對應するものである。

(三) 離縁權の拋棄(八百七十三條二項後段)

婿養子縁組の場合に於て離婚ありたるとき、又は養子か家女と婚姻を爲したる場合に於て離婚若くは縁組の取消ありたるときに於て、當

事者か離縁權（離縁請求ノ權利）を拋棄したるときは、離縁の訴を提起することを得ない。此點は離婚の場合の第八百十八條第二項の規定と趣旨を同ふするものである。

(四) 一定期間の経過 (Zeitablauf)

民法は身分關係を永く不確定の状態に置かさらんか爲め、一定期間の経過に因りて離縁權は消滅すべきものとした。

(1) 第八百六十六條第一號乃至第五號及び第八號の事由に依る離縁の訴は之れを提起する權利を有するものか離縁の原因たる事實を知りたる時より一年を経過したる後は之を提起することを得ない。不知に拘はらず其事實發生の時より十年を経過したる後も亦同し（八百七十條）。

(2) 第八百六十六條第六號の事由に因る離縁の訴は養親か養子の復歸したることを知りたる時より一年を経過したる後は之れを提起することを得ない。其復歸の時より十年を経過したるときは、養親か養子の

復歸したることを知ると知らざるに拘はらず、離縁權は消滅する（八百七十一條）。

(3) 第八百六十六條第九號の事由に因る離縁の訴は當事者か離婚又は婚姻の取消ありたることを知りたる後六ヶ月を経過したるときは之れを提起することを得ない（八百七十三條二項前段）。

是等は離婚の場合の第八百十六條と同一趣旨の規定である（詳細は拙著婚姻法論六四二頁以下参照）。

(五) 養子か戸主と爲りたるとき

養子か戸主と爲りたる後は離縁を爲すことを得ない（八百七十四條本文）。但養子か隠居を爲したる後は離縁の訴を提起することを得る（八百七十四條但書）。

養子か分家の戸主と爲りたる場合（大審院大正三年才第一六號同年十二月二十日判決法律評論四卷民法二二頁）、其他養家以外の他家の戸主と爲りたる場合に於ては離縁を爲すを妨げない（仁井田博士二六八頁、牧野博士四一〇頁）。蓋し斯の如き場合

に在りては離縁あるも養家の存続に妨げかないからである。

第四項 特殊離縁

夫婦が養子と爲り、又は養子が養親の他の養子と婚姻を爲したる場合に於て妻が離縁に因りて養家を去るべきときは、夫は其選擇に従ひ離婚を爲して養家に止まるか、或は離縁を爲して妻と共に養家を去ることを要する（八百七十六條）。

此場合に夫が離縁を選擇したるときは之れを特殊離縁と稱し、夫が離婚を選擇したるときは之れを特殊離婚と稱する。

夫婦養子に關しては縁組締結の場合の共同縁組の原則（八百四十一條一項）に對立して共同離縁の原則が無いのである。此事は八百七十六條の明文に徴して疑かない。従つて夫婦養子の一方にのみ前示の離縁原因が存在するときは養親は養子夫婦中、其原因ある一方に對してのみ離縁の訴を提起しなければならない。其原因の存在せざる他方

に對して離縁の訴を提起し得べき法律上の根據を見出し得ないのである。而して夫に對して離縁判決が確定するときは、妻は當然其夫に従つて養家を去り（七百四十五條）、而して妻が夫に従つて養家を去るときは妻と養親及び其血族との間の親族關係は消滅するから、此場合は結局妻も亦離縁と同様の地位を取得する（七百三十條三項）。

又妻に對して離縁の訴が提起せられ、其判決に依つて妻が離縁となりたるときは、夫は離縁と離婚との一を選擇することを要することとなるのである（八百七十六條）。

養親が夫婦なる場合に其一方にのみ前示離縁原因が發生したるときは、前記共同離縁の原則は存在しないから（八百四十一條一項）、矢張り其一方に對してのみ離縁の訴を提起し得べきかの如き外觀がないでもない。併し乍ら養子と養親の一方との間が離縁となるも、離縁とならざる他の一方の養親に對して八百七十六條等に對應する救濟規定が存在しないのであるから、養子は一方の養親との間に於ては離縁によ

りて實家に復籍せざるへからざる地位に立ち、又養親の他方に對しては縁組關係か存續する爲め養家に止まらざるへからざる地位に立つ。斯の如き不合理は法律の豫見せざる所なるか故に、斯の如き場合には法律は夫婦たる養親の一方のみに對しては離縁の訴を許さざるものと解するの外はない。即ち此場合は直接の明文なきに拘はらず、恰かも養親夫婦に對しては共同離縁の原則か存在するものなるかの如く解すべきものと信ずる（結論同說東京地方裁判所明治四十二年六月二日判決、其他法律評論參照、反對穂積博士親族法大意舊版一一七頁、改定版一一四頁、一一五頁）。

「民法第八百四十一條ニ依レハ養親タル夫婦ハ養子ニ對シ共ニ縁組ノ當事者ナルニ因リ同法第八百六十六條ノ訴ヲ提起スル場合ニ於テモ亦其當事者ナルコト自ラ明ナリト云フヘシ蓋シ第八百六十六條ハ主トシテ離縁ノ事由ヲ定メタル規定ナルモ養親タル夫婦ハ離縁ノ訴訟ニ付テハ共ニ直接利害關係者ニシテ之ニ對スル判決ハ合一ニノミ確定スヘキ場合ナルヲ以テ養親タル夫婦共ニ存スルトキハ共ニ訴訟當事者タルヘキコトヲモ併セテ規定シタルモノト解釋セサルヘカラス」(大審院明治三十五年オ第四四五號同年十二月二十日民一判決八輯十一卷一一四頁)。

夫か戸主なる場合に於ては離縁して妻と共に養家を去るを得ないから、離婚を強制せられるのである。

尙特殊離縁に關する詳細は拙著婚姻法論六四六頁以下の説明に譲る。

第五項 離縁の效力

離縁の效力は縁組に因りて發生したる一切の效力を消滅せしむるに在る。即ち、

- (一) 養親と養子との間の親族關係(親子關係)は消滅する(七百三十條一項)。
- (二) 養子と養親の血族との間の親族關係は消滅する(七百三十條一項)。然れども養子の配偶者、直系卑屬、又は其配偶者と養親及び其血族との間の親族關係は離縁のみによりて當然消滅するものではない(尙七百七十一條參照)。

「我國家族制度ニ於テ實親子ノ關係アル場合ノ外親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スルハ養親ト養子繼父母ト繼子及ヒ嫡母ト庶子トノ關係ヲ生シタル場合ノミニ限ラルルコトハ民法施行ノ前後ニ通シ一貫

シテ認容セラルル所ニシテ養子ハ民法施行以前ニ於テモ養親及ヒ其血族トノ間ニ於テハ養子縁組ノ口ヨリ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スヘク養子ノ卑屬親ト養親ノ親族間ニ於ケル親等ノ計算ハ養子カ離縁ニ依リ其家ヲ去リタル事實ノミニ因リ影響ヲ及ホササルモノトス而シテ養親ノ親族關係ノ發生カ養子ノ離縁ヲ爲シタル時ノ前後タルヲ問ハサルナリ本件ニ於テ原審ノ確定シタル事實ニ依レハ上告人ハ海原朗妻かよ間ノ養子周禎妻イク間ノ實子ニシテ被上告人ハ周禎ノ離縁後かよト養子縁組ヲ爲シタル源三郎妻クラノ間ニ生レ源三郎ハ上告人ノ生母ノ入夫ニアラス又上告人ト養子縁組ヲ爲シタル事實ナシト云フニ在レハ上告人ト源三郎間ニハ親子關係ヲ生スヘキ何等原因存セサルヲ以テ上告人ノ實父周禎ハ離縁ニ因リ海原家ヲ去リタルモ親等ノ計算ニ付テハ之ヲ算入シ上告人ハ源三郎ニ對シ三親等被上告人ニ對シ四親等ノ親族關係アルニ過キスシテ所論ノ如ク源三郎ト親子關係ヲ生シ被上告人ト義兄弟ノ地位ニ立ツモノニアラサルコト明〔大審院大正三年才第六一九號同四年四月二十四日民三判決三二輯五七〇頁〕。

(三)縁組に因り他家に入りたる養子は離縁に因り實家に復籍する(七百四十條)。
 實家カ既に廢絶したるときは一家を創立する(七百四十條)。

轉縁組の場合に離縁ありたるるとき、養子の復籍すべき實家に關しては疑かある。詳細は拙著婚姻法論六六〇頁以下參照。

「父カ離縁ニ因リテ子ノ懷胎後出生前ニ母ト共ニ養家ヲ去リタル場合ニ於テハ子ハ懷胎當時ノ養家ニ入ルヘキモノニ非スシテ出生ノ時ニ於ケル父ノ家ニ入ルヘキモノナルコトハ民法第七百三十四條第二項及ヒ第七百三十三條第一項ニ依リ明白ナリ而シテ法定ノ推定家督相續人ハ家ニ在ル直系卑屬ナラサルヘカラス故ニ右ノ場合ニ於テ養家ノ家督相續カ父ノ離縁後ニ開始セラレタルトキハ前示法條ノ規定ニ依リ子ハ懷胎ノ始ニ遡リテ養家ニ入りタルモノト看做スコトヲ得サルヲ以テ法定ノ推定家督相續人トシテ相續又ハ代承相續ヲ爲スノ權ナシ胎兒ハ家督相續ニ付既ニ生レタルモノト看做ス民法第九百六十八條第一項ノ規定ハ如上ノ場合ニ適用スヘキ限リニアラス本件ニ於テハ上告人ノ父正隆ハ亂ニ先代孫四郎ノ養子トナリ法定推定家督相續人ト爲リシモ其後ニ至リ離縁ト爲リ上告人ヲ懷胎シタル妻ト共ニ養家ヲ去リタル後先代孫四郎ノ死亡ニ因リ家督相續ノ開始アリタル事實ナレハ上告人ハ懷胎ノ當時ニ遡リテ父ノ養家タリシ先代孫四郎ノ家ニ入りシモノト看做スコトヲ得ス」〔大審院明治四十年才第三三〇號同年十月二十五日民二判決十三輯一〇一六頁〕。

(四)養子は離縁に因り其實家に於て有せし身分を回復する。但し第三者カ既に取得せし權利を害することを得ない(八百七十五條)。

養子は縁組に因りて其實方の血族との間に何等親族關係の變更を

けないこと勿論である。蓋し四男の権利は既得權たるか爲めてある。此事は家督相續は相續開始當時に於ける被相續人の家族か之れを爲すべきものたることに因りて亦疑かないのである。

(イ)「被上告人カ明治三年津田家ノ養子トナリシ時ハ其父市郎兵衛ハ筒井家ノ家族ニシテ未タ戸主トナラサリシコトハ原判決ニ於テ確定スル所ノ事實ナレハ當時廢嫡ノ手續ヲ要セスシテ養子縁組ヲ爲シタル事實モ亦自ラ明カナリ抑モ家督相續權ハ相續開始ノ時ヲ以テ始メテ確定スヘキモノナレハ其未タ開始セサルヤ推定家督相續人タル身分ハ一種ノ權利タルコト勿論ナリト雖モ確定不動ノ權利ニアラス乃チ被相續人ニ女子アリテ未タ男子アラサル間ハ女子實ニ推定家督相續人ノ身分ヲ有スレトモ其後男子生ルルカ又ハ婿養子ヲ爲スヤ女子ハ當然推定家督相續人ノ身分ヲ失ヒ男子若クハ婿養子代リテ之ヲ有スルカ如キハ以テ著明ノ例證ト爲スニ足ルヘシ是故ニ相續開始前ニ於ケル推定家督相續人タル身分ハ民法第八百七十五條所謂既ニ取得シタル權利ニアラサルモノト論斷スルヲ以テ相當ナリトス被上告人ノ離縁復籍ハ民法施行前ナリシト雖モ第三者ノ既ニ取得シタル權利ヲ害セサル限リハ其實家ニ於テ有シタル身分ヲ回復スヘキ法理ハ當時ニ在リテ亦是認セサルヲ得ス何トナレハ是レ其養子縁組以前ノ狀態ニ回復スルニ外ナラサレハ苟モ第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルニアラサルヨリハ之ヲ禁スル理由存セサレハナリ加

之被上告人ハ養子縁組ノ際廢嫡セラレタルニアラス而シテ本訴家督相續ノ開始シタルハ民法施行後ナルヲ以テ相續順位ハ民法第九百七十條ノ規定ニ依リテ定マルヘキコト勿論ナレハ被上告人カ相續權ヲ有スルコト誠ニ明ナリ」(大審院明治三十五年オ第三百四號同年十一月二十一日判決)。

(ロ)「民法施行ノ前後ニ拘ハラズ養子カ離縁復籍シタルトキハ第三者ノ既ニ取得シタル權利ヲ害セサル限リハ其實家ニ於テ有シタル身分ヲ回復シ家督相續開始前ニ推定家督相續人ノ有スル相續權ノ如キハ右第三者ノ既得權ニ屬セサルノ筋合ナルヲ以テ(明治三十五年オ第三百四號同年十一月二十一日第一民事部判決)民法施行前ニ養嗣子ノ身分ヲ有スル者ト雖モ其者ノ養家ニ離縁復籍シタル者アルカ爲メニ右養家ノ家督相續ヲ爲スヲ得サルニ至ルコトアルハ言ヲ俟タサル所ナリ是ヲ以テ上告人ハ其主張ノ如ク明治二十六年十一月九日先代寅之助ノ養嗣子ト爲リ又ハ同人ノ法定ノ推定家督相續人タル長女エツノ婿養子ト爲リタリトスルモ被上告人ハ原裁判所認定ノ如ク出生當時先代寅之助ノ庶子タル身分ヲ有シ其後生母アサト右寅之助トカ明治十八年五月二十五日婚姻シタルカ爲メ嫡出子タル身分ヲ取得シ右寅之助ノ相續開始前大正三年四月十一日養家タル酒井家ヨリ離縁ノ上復籍シタルノ事實存スル以上ハ前示ノ法則ニ依リ上告人ニ先シテ右寅之助ノ家督相續ヲ爲スノ權利ヲ有スルコト洵ニ明白ナリ是ヲ以テ原裁判所カ「被控訴人(被上告人)ハ先代寅之助ノ相續開始前大正三年四月十一日酒井家ヨリ復籍シタル以上ハ實家ニ於

ケル身分ヲ回復スルヲ以テ被控訴人ノ嫡出子タル身分取得後即チ明治二十六年十一月九日寅之助ノ養子トナリタル控訴人ニ先チ寅之助ノ家督ヲ相續スヘキハ當然ナリ」云々「右ノ理由ニ依リ被控訴人カ先代寅之助ノ隠居ニ因リ家督相續ヲ爲シタルハ正當ニシテ控訴人ノ相續權ヲ侵害シタルモノニ非ス」ト判示シ上告人敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ正當ニシテ所論ハ畢竟スルニ法則ノ誤解ニ出テ又所論ニ係ル判例ハ本件ノ場合ニ適切ナラス」(大審院大正八年才第一四一號同年六月七日民三判決二十五輯九八九頁以下)。(ハ)「養子女一旦離縁トナリシ以上假令養家ニ實子ヲ遺シタル場合ト雖モ養家ノ家事ニ付親族トシテ關係スルノ權利ナキコト古來ノ習慣ナリ故ニ離縁トナリ婦女ヲ妻ト爲シタル夫ハ妻カ舊養家ノ家事ニ付容喙ノ權利ナキコトモ亦言フ俟タス」(大審院明治二十七年民第三七四號同年十二月三日判決五六五頁)。

第六項 縁組豫約

縁組の豫約とは養親たるべき者と養子たるべき者との間に於て將來、養子縁組を締結すべきことを約する契約を謂ふ。

縁組豫約は婚姻豫約に對立する觀念である。縁組豫約を無効なりとする學說なきに非ざるが如しと雖ども(穂積博士「親權—幼兒引渡請求」判例民法大

正十年度五一七頁)、婚姻豫約を有効とする以上は縁組豫約も亦之れを有効と爲すのか當然たと信する(同說奥田博士講義三一三頁以下)。

我が大審院は未だ直接に縁組豫約の有効無効等に關する判例を降して居ない。

縁組豫約の性質、要件、效力等に關しては婚姻豫約に關する拙著婚姻法論六九〇頁以下の説明を參照せられたい。

第五章 繼 子

參考文獻

- 穗積博士「繼子ト相續」法學協會雜誌二十七卷四號五七三頁
同博士「繼子」法律大辭書一卷九〇四頁
中島博士「繼子非子論」法學論叢八卷一四七頁
岡村博士民法と社會主義四三三頁
岡松博士「繼父繼母と繼子及嫡母ト庶子ノ親族關係」法學新報二十六卷
一號
同博士臺灣私法二卷下三七頁以下、四八頁以下
美濃部博士法政新誌八卷十一號一頁
牧野博士法學志外十卷八號六頁以下、七卷六號一頁以下、十一卷三號
六八頁以下
長島學士「繼子の意義」法曹會雜誌三卷十號一頁以下

繼親子 (Stiefeltern und Stiefkinder; Benux-Parents et belle-fils, belle-filles, Step-parents and step-children) の關係に付いては我民法は第七百二十八條に於て繼父母ト繼子……トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス」と規定するに過ぎない。法律の規定か頗る不備であるから、疑問百出して、學說か多岐に亘つて居る。繼親子關係は、外國に於ても勿論存在するけれども、我國の如く、此の間に於て親子關係と同一の親族關係を認める立法例はない。外國に於て繼親と繼子との間に存在する親族關係は、單に姻族關係である (Engelmann, Das bürgerliche Recht Deut. chlan. 613 岡松博士前掲十二頁)。我國に於ても、前示民法第七百二十八條の規定存在せざるときは、繼親子關係は、當然姻族關係たるに過ぎない。唯、此明文あつて始めて、繼親子關係が親子關係に準せられ、準血族關係となるのである。

皇室の親族法たる皇室親族令其他の法律に於ては皇室に於ける繼親子關係に関する何等の規定を設けない。従つて皇室に於ては繼親子關係か親子關係たることを認めないと謂はなければならぬ。即ち此關

係は姻族關係に過ぎないのである (皇室親族令一條)。蓋し皇室に在つては家族制度を採用せられないから、繼親子關係を親子關係に準する必要かないのである。皇室服喪令第四條には「繼母」と謂ふ語か存在し、第五條には「夫ノ繼母」と謂ふ語か存在して居るけれども、是れは單に服喪の關係を規定したるに止まり、繼親子關係を親子關係に準する趣旨でない (奥田博士講義二〇四頁参照)。

(一) 繼父 繼母 及 繼子の意義

繼父、繼母及ひ繼子の意義に付て大審院は「民法第七百二十八條ニ繼父母ト繼子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ノ生スト規定シ且之ヲ嫡母ト庶子トノ關係ニ對立シタルニ依リテ之ヲ觀レハ繼親子ノ關係ハ子ノ實父又ハ實母カ後妻ヲ娶リ又ハ後夫ヲ迎ヘタル場合ニ於テ其後妻又ハ後夫ト、之レト家ヲ同フスル前妻又前夫ノ子トノ間ニ生スルモノト解スルヲ相當トス」(大審院大正六年ク第二二七號、同年八月二十日民三、決定二十三輯一九五頁)と謂ひ、又「繼子トハ配偶者ノ前婚ノ子ニシテ婚姻ノ當時配偶者ノ家ニ在リタル者又ハ婚姻中其家ニ入リタル者ヲ稱スト爲スヲ以テ我古來ノ慣習ニ適スルモノトス、ヘク又之ヲ以テ現行

法ノ解釋上正當ト爲ササルヘカラス〔大審院大正九年才第三五號同年四月八日民二、判決二六輯四六頁〕と謂ふて居る。要するに、繼父 (Stiefvater ; beau père, Step-father) とは母の後夫であり、繼母 (Stiefmutter; belle mère Step-mother) は父の後妻を謂ふものであつて、何れも、繼子と其家を同ふする者を謂ふのである。而して、繼父及び繼母より、其子を指して繼子 (Stiefkind ; belle-fils, belle-fille, Step-child) と謂ふのである。

繼親子の擬制は支那古來の制度に其淵源を發し、我國に繼受せられたものであつて、繼父繼母と謂ふ名稱は支那及び我國に古より存在するに反し、繼父又は繼母に對する繼子、即ち間々子と謂ふ名稱は支那及び我國の法制上には存在せず、單に服忌令註釋書等の著書中に使用せられ居るに過ぎない。繼子の語が法律に使用せられたるは民法に始まると謂ふことである。支那法に使用せらるる繼子の語は、繼父繼母に對する繼子に非ずして、宗祧を承繼する子、即ち我家督相續人に該當するものである (奥田博士講義二〇〇頁参照)。

(二) 繼親子の要件

(1) 第一要件

繼親子關係の成立するには、前後兩婚の存在することか必要である。例へば、甲男乙女と婚姻して、丙子を設け、其後乙女(丙子の實母)が死亡し、甲男が更に丁女と婚姻したとする。此場合に於て丁女(甲男の後妻)と丙子との間に、繼母繼子の關係が發生する爲めには、甲男乙女間の婚姻(前婚)が法律上有効に成立し居りたることを必要とし、且甲男丁女間の婚姻(後婚)が適法に成立したることを必要とするのである。換言すれば甲男乙女間の關係か、私通關係、又は内縁關係であつて、丙子が私生子なる場合、又は甲男丁女間の關係か、私通關係、又は内縁關係に過ぎざる場合、若くは、甲男乙女間の關係、及び甲男丁女間の關係か、雙方ともに私通關係、内縁關係に過ぎざるか如き場合に於ては、丁女と丙子との間に繼母、繼子の關係が發生せざるものである。以上は繼母繼子の例であるか、繼父繼子の關係も之れに準じて自ら明白であらう。

即ち甲女か乙男と婚姻して丙子を設けたとし、乙女の死亡後、更に甲女か丁男と婚姻したる場合に於て、丙子と丁男との間に、繼父繼子の關

係の發生するには、甲女乙男間の婚姻(前婚)か適法であることを要し、且甲女丁男間の婚姻(後婚)か適法であることを要するのてある。併し乍ら、苟くも、前後兩婚か在在する以上は其兩婚か普通婚姻たるを、戸内婚姻たるを問ふものてない。蓋し、普通婚姻と戸内婚姻との差異か、繼親子關係の發生に關して、其效力を異にすへき理由かないからてある。

戸内婚姻の場合に於ては繼親子關係か發生するや否やに付いて議論か岐れて居る。

戸内婚姻に於ては、繼親子關係を發生せすと爲す説は、

(イ) 司法省民刑局長回答、明治三十二年四月十八日

(ロ) 法曹會決議、法曹記事一三四號

(ハ) 岡松博士前掲二〇頁、穂積博士「繼子ト相続」前掲五九二頁以下

戸内婚姻の場合に於ても繼親子關係は發生すと爲す説は、

(イ) 司法省民刑局長回答、明治四十四年二月十四日

(ロ) 司法省法務局長回答 大正二年七月三日霜山學士類纂四頁
大正二年九月三十日同書七頁

(ハ) 大審院 (1) 明治四十二年(オ)第三五四號、同年十二月十三日民二判決十五輯九五頁
(2) 明治四十二年(オ)第三八一號、明治四十三年二月十日民一判決十六輯六二頁
(3) 大正六年(ク)第二二七號、同年八月二十二日民三決定二十三輯一一九五頁

(ニ) 法曹會決議、法曹記事二〇卷四號四一頁

(ホ) 奥田博士講義二一〇頁、牧野博士日本親族法論五三頁、島田學士六一頁、梅博士法學志林七卷六號

尙前後兩婚は、必ずしも同一の家に於て爲される必要かない。例へは甲家の甲男か乙家の乙女と入夫婚姻を爲して丙子を擧げたる後、離婚して甲家に復籍し、丙子も甲家に入籍したる後、甲男か丁女と婚姻したるときは、丁女と丙子との間に繼母繼子の關係を生ずるものと解せられる(司法省法務局長回答大正二年八月二十二日霜山學士類纂五頁及ヒ大正五年九月十九日同書一二頁、法曹會決議大正十年五月二十一日法曹記事三一卷八號六九九頁、法律評論十卷民法八五二頁)。

繼父の配偶者たる實母か死亡し、又は繼母の配偶者たる實父か死亡したる後、新に配偶者となりたる者と、其子との間にも、繼親子關係か存

在するものと解して差支ない。蓋し繼子は繼父母に對して嫡出子たる身分を取得するものであるから、實父母の死亡後、繼父母の新配偶者となつた者は、實父母の配偶者と身分上何等の差異かないからである（同説、大正十年六月十八日法曹會決議、法曹記事三十一卷七八八頁、大正十四年六月二十九日法曹會決議法曹會雜誌三卷十號一一一頁、牧野博士日本親族法論五二頁、島田學士親族法六八頁、岡松博士前掲論文法學新報二十六卷一號一六頁、穂積博士「繼子ト相續」五七四頁、同博士「再繼父母」法學協會雜誌三十九卷十號一七二〇頁、柳川學士親族法講義四一頁、同學士日本親族法要論三四頁、奥田博士民法親族法論六頁、東京控訴院大正八年（ネ）第一七五號、同年十一月二十八日民三判決、法律評論八卷民法一一四九頁等）。

繼父母の新配偶者たる繼親を再繼父又は再繼母と稱する。再繼父母の配偶者たる繼親を再々繼父又は再々繼母と稱する。以下順次に之に準して其解決を同ふすへきてある。

大審院も亦再繼父母の觀念を認めて次の如き判決を宣告して居る。此判決は再繼父母の意義を定めたるのみならず、前に掲げたるか如く繼親子の意義をも定めて居る重要な判例である。曰く、

「按スルニ民法第七百二十八條ハ單ニ繼父母ト繼子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スト規定スルノミニシテ繼子トハ如何ナル者ヲ指スカニ付キ別段ノ規定ヲ存セサルモ繼子トハ配偶者ノ前婚ノ子ニシテ婚姻ノ當時配偶者ノ家ニ在リタル者又ハ婚姻中其家ニ入りタル者ヲ稱スト爲スヲ以テ我古來ノ慣習ニ適スルモノトスヘク又之ヲ以テ現行法ノ解釋上正當ト爲ササルヘカラス然レトモ配偶者ノ前婚ノ子ト云フハ配偶者ト其前婚ノ夫又ハ妻トノ間ニ生シタル實子タルコトヲ要スルモノニアラス苟クモ配偶者カ其前夫又ハ前妻ト婚姻ヲ爲シタルニ因リテ其子ト法律上親子關係ヲ取得シタル者ナル以上之ヲ目シテ繼子ト稱スルニ妨ナシ故ニ繼母カ再婚セルトキハ繼子ハ其配偶者タル夫ニ對シ繼父子ノ關係ヲ生スヘク繼父カ再婚シタルトキハ其配偶者トシテ迎ヘタル後妻ニ對シ繼母子ノ關係ヲ生スヘシ斯ノ如キハ民法カ本來姻族關係ニ過キササル者ノ間ニ親子ト同一ノ親族關係ヲ發生セシメタル旨趣ニ一致シ尤モ善ク家族制度ニ

由來スル我國情ニ適合スルノミナラス又從來ノ慣例ニモ反スル所ナシ蓋シ子カ自己ノ生父又ハ生母ノ配偶者ニシテ家籍ヲ同フスル場合之ヲ繼父又ハ繼母トシテ其子トノ間ニ親子ト同一ノ親族關係ヲ發生スルモノトセル民法第七百二十八條ハ家族間ニ於ケル秩序ヲ維持スルト共ニ其間ニ於ケル情誼ヲ圓滿ナラシメ以テ一家ノ和平ヲ期シタルニ因ルモノニシテ一旦繼父子又ハ繼母子トシテ親子關係ヲ發生シタル以上ハ其繼父又ハ繼母ノ後繼配偶者ニ對シテモ亦繼父又ハ繼母トシテ親子ト同一ノ身分關係ヲ認ムルニ非サレハ同條ノ法意ヲ貫徹スル能ハサルヘク從來ノ慣例ニ徵スルモ敢テ之ヲ否定シタルモノト認ムヘキ事跡アルコトナシ上告代理人カ援用スル明治二十年十一月二十九日ノ指令第七條第八條ハ從來ノ慣例上繼父母ノ後繼配偶者ハ實質上繼父母ナリヤ否ヤノ問題ヲ決定シタルモノニアラスシテ唯戶籍簿上親子ノ續柄ヲ詳カニスル爲メ繼父ノ後妻又ハ繼母ノ後夫ト記入スヘキモノナルコトヲ指示シタルニ過キササルヲ以テ之ニ依リ斯ル慣例ノ

存在ヲ胥定シ難ク又同シク上告代理人ノ引用セル舊民法人事編ノ規定第二十三條ハ現行民法第七百二十八條ト旨趣ニ於テ異ナル所ナケレハ是亦反對ノ慣例ノ存在ヲ是認シタルモノト爲シ難シ上告代理人ハ更ニ民法第七百二十九條第二項ノ規定ヲ引用シテ法意再繼親子關係ヲ認メサルニ在ルカ如ク論スルモ同條ノ所謂生存配偶者カ其家ヲ去ルトハ婚家ニ對スル從來ノ情誼ヲ棄テ全然其家ト關係ヲ絶ツノ意思ニテ其家ヲ去ルノ旨趣ニシテ此點ニ於テ離籍復籍ト異ナル所ナケレハ繼親子關係ヲ認メタル立法ノ基礎カ繼子カ配偶者ニ對スル子タル身分アルカ故ナル事及ヒ後繼配偶者カ子ノ屬スル家ニ籍屬セル關係アルカ爲メナル事等ニ存スルニ照シ同條第一項ヲ以テ離婚ノ場合ニ於テ親繼子關係ノ絶止ヲ認ムルト同時ニ其第二項ニ於テ生存配偶者カ從來籍屬セル婚家ト絶縁スル意思ニテ其家ヲ去リタル場合ニ於テモ亦繼親子ノ關係ヲ消滅セシメタルニスキスシテ死亡シタル配偶者カ繼子ノ實父又ハ實母タルカ爲メ生存配偶者ニ於テ家ヲ去リタル

場合ニ限り繼親子關係ノ消滅ヲ認メタルモノニアラス又死亡者カ實母タルト否トヲ區別シテ同條項ノ適用ヲ左右スヘキ何等ノ根據アルコトナケレハ之レヲ以テ論旨ヲ是認スヘキ資料ト爲スヲ得ス所論引用ニ係ル當院大正六年(ク)第二二七號決定ハ繼親子關係ヲ發生スヘキ基礎タル婚姻ハ戸内婚姻ナルト然ラサルモノナルトヲ問ハサル旨趣ヲ判示スルニ當リ其關係ノ發生スヘキ普通ノ場合ヲ舉示シタルニ止マリ此關係ヲ發生スヘキ場合ヲ限定セントセル旨趣ニアラス又同年(ク)第三四八號本院決定ハ繼父母ハ繼子ヲ通シテ其直系卑屬トノ間ニ準血族關係ヲ發生スヘキコトヲ判示シタルニ過キス之ニ因リテ繼親子ノ範圍ヲ定メントシタルモノニ非サルコト明白ナルヲ以テ何レモ之ニヨリ論旨ヲ肯定スヘキ範ト爲スニ足ラサルモノトス(大審院大正九年オ第三五號同年四月八日民二判決二十六輯四六六頁、穗積博士「再婚父母」法協三十九卷十號一七二〇頁以下參照)。

繼親子關係發生の第一要件たる前後兩婚の存在の必要は之れを繼親の方面より觀察して謂ふのである。今此要件を繼子の方面より觀

察して、其各場合に付いて調査して見ると、

(A) 嫡出子 嫡出子は繼子たる資格を有することに疑かない。蓋し、繼親子關係は、前後兩婚の存在を必要とするのであるから、繼子は適法なる前婚に因つて出生せられねはならぬこと疑なく、適法の婚姻に因つて出生したる子は嫡出子に外ならないからである。

(B) 私生子 私生子は、私通關係、又は内縁關係ある男女間に出生したる子である。即ち、私生子の父母間には、適法なる婚姻(前婚)が存在しないのである。然らば、私生子は、其母か後に後婚を締結するも、其母の後夫と自己との間に、繼父繼子の親族關係を發生し得ることは是亦疑ない所である。

然れども私生子か繼子たるを得るや否やに付て、議論は岐れて居る。即ち

(イ) 私生子は繼子たるを得と爲す説は

梅博士「繼父ノ意義」法律新聞第二八九號、判例批評法學志林七卷六號、岡村博士講義七〇頁、奥田博士

親族法論二五頁。穗積博士は家附の私生子に限り繼子となると主張せられる(「繼子ト相續」參照)。

(ロ) 私生子は繼子たるを得ずと爲す説は

(i) 仁井田博士、二二頁、牧野博士五〇頁、烏田學士五〇頁、岡村博士要領一九頁、柳川學士四〇頁、
奥田博士講義二〇六頁、穂積博士大意二九頁三〇頁、坂本三郎氏親族法三三頁、岡松博士前掲一六頁、
(2) 法曹會決議、法曹記事明治四十四年二十一卷十一號

(3) 法務局長回答、大正二年十二月十八日、霜山學士類纂九頁、法務局長回答大正七年五月三十日法曹
記事二十八卷六號五二六頁、民事局長回答大正十一年十一月二十八日

(4) 大審院明治三十七年(才)第二一六號同年五月二十三日民二判決十輯七一二頁

「繼父トハ嫡出子又ハ庶子ノ父カ死亡シ又ハ家ヲ去リタル後入夫トナリタノ者ヲ指スノ稱ナルニ鶴吉ハ
カギノ私生子ニシテ適法ノ認知ヲ受ケタルモノニアラサルコトハ原判決ニ採用シタル甲第七號證ニ依リ
明カナレハナリ云々」

(C) 庶子 庶子に付ても、其父母間に適法なる婚姻(前婚)が成立して居
ないこと、私生子の場合と全く同じである。然らば前後兩婚の存在を
必要とする純理を貫けは私生子が繼子となり得ない如くに、庶子も亦
繼子と爲り得ないと謂はねはならない。然るに大審院は此問題に付

いて前示の如く、繼父トハ嫡出子若クハ庶子ノ父カ死亡シ又ハ家ヲ去
リタル後入夫ト爲リタル者ヲ謂フと謂ふ判決をして居る。

其他、尙學說區々に岐れ、如何なる標準に據つて此問題を解決すへき
かを判断することか困難である。

或は民法施行前の慣例又は維新後の中央官廳の指令を標準として
之を解決すへしと主張する説がある(奥田博士親族法講義二〇七頁に引用の學說参照)。
或は親子關係の效力たる親權關係、相續關係より見て不都合なきや否
やを標準とすへしと主張する説がある(穂積博士親族法大意舊版二九頁、新版二三頁)。
何れにせよ、法律の明文が存在して居ないのであるから、到底其解決は
不可能である。結局前示判例法に従つて置くより外に良策はないて
あらう。

庶子か繼子と爲るや否やの問題に付いて學說實例を調査するに、

(1) 庶子が繼子と爲らないとする説は

(イ) 坂本三郎氏親族法三三頁

- (ロ) 奥田博士親族法講義二〇七頁
- (ハ) 岡村博士親族法講義要領二〇頁
- (ニ) 鳥田學士親族法五〇頁
- (ホ) 仁井田博士親族法相續法論二二頁等がある。
- (2) 庶子は繼子と爲るとする説は
- (イ) 穂積博士親族法大意舊版二九頁、新版二三頁
- (ロ) 牧野博士日本親族法論五一頁
- (ハ) 明治三十七年十二月十四日民刑局長回答
- (ニ) 大審院明治三十七年(オ)第二一六號同年五月二十三日民二判決十輯七一二頁等がある。

實際に於て庶子が繼子となるや否やの問題の起るのは次の如き場合である。

(イ) 嫡母と庶子 甲男と乙女とが婚姻(前婚)した。然るに、甲男は丙女と私通關係があつて、甲男丙女間に丁子を設け、甲男か之れを認知して庶子とした。乙女死亡して、甲男は更に戊女と婚姻(後婚)した。此場合

に、乙女と丁子との間には、後に述ふるか如き嫡母庶子の關係を生じ、繼母繼子の關係を生しない。併し、戊女と丁子との間は嫡母庶子關係なるや、或は繼母繼子關係なるや、多少の疑かないでもないけれども、矢張り嫡母庶子關係であつて繼母繼子關係でないとするのか正當である(同説奥田博士講義二〇七頁、大正二年九月三十日法務局長回答、霜山學士類纂七頁)。

(ロ) 嫡母の後夫と庶子 甲男丙女間に私通關係に因つて生れたる丁子があつて、甲男か之れを認知して、庶子とした。甲男は乙女と婚姻し、其後甲男が死亡し、乙女は己男と入夫婚姻した。此場合には、乙女と丁子との間には嫡母庶子の關係があるか、己男と丁子との間には、繼父繼子の關係か發生するや否や、即ち嫡母の後夫と庶子との間に繼父繼子の關係か發生するや否や。此問題に付いて、司法省民刑局長(明治三十七年十二月十四日回答)及び牧野博士(五三頁)穂積博士(繼子と相續)は積極説をとり、奥田博士(講義二〇七頁)及び岡村博士(要領二〇頁)は消極説を採る。庶子も繼子となると謂ふ判例法に従ふ以上は前説が正當である。

(ハ) 私生子の母の夫と庶子 甲女と乙男との間に私通關係に因つて丁子を設け、乙男は之を認知して庶子とした。丁子が甲女の家に入りたる後、甲女と丙男と入夫婚姻した。此場合丁子は甲女に對して依然として私生子であるから丙男と丁子との間には繼父繼子の關係を生しない。

(D) 養子 養子は養子縁組の日より、嫡出子たる身分を取得するものであるから(八百六十條)、養子が繼子となることは疑なき所である。

(イ) 夫妻たる養親か、養子縁組を爲したる後、其夫婦の一方が死亡し新配偶者あるに至りたるときは、新配偶者と養子との間に養親養子の關係が生ずる。

(ロ) 配偶者なき養親か養子縁組を爲し、其後婚姻に因つて配偶者を得たるときは、其養親の配偶者と養子との間には、養子縁組が存在しないから、其配偶者と養子との間には、養親子關係は存在しない。即ち其配偶者は其養子の養母でない。又此場合には、其養子は養父の前婚に因り

て出生したるものではないから、嚴格に云へは其配偶者と養子との間に繼母繼子の關係は發生しないと謂はねはならないけれども、其養子は養親の嫡出子であるから、此場合は養親の配偶者と養子との間に、繼母繼子の關係を認めねはならない(同說奥田博士講義二〇七頁、穂積博士「繼子ト相続」、大正五年九月十九日法務局長回答、霜山學士類纂一二頁、岡松博士前掲論文一六頁、法曹會決議法曹記事十八卷十一號三四頁、長島學士前掲六頁)。

(ハ) 妻の實家に在る妻の養子を婚家に入籍せしめたるときは妻の夫と妻の養子との間に繼親子關係を發生する(大正七年五月三十日法務局長回答、霜山學士類纂一四頁)。

養親の配偶者たる繼父母を養繼父母と謂ふ。前示(イ)(ロ)(ハ)の各配偶者は皆養繼父母である。

(E) 繼子 繼子も亦繼子となる。例へは妻の實家に在る妻の繼子は民法第七百二十九條の規定に従つて繼親子關係の止まざる場合に於ては婚家に入籍したる場合に於て繼子と爲り得る(大正七年五月三十日法

務局長回答、霜山學士類纂一五頁、長島學士前掲論文三頁。繼父の配偶者たる實母が死亡し、又は繼母の配偶者たる實父が死亡したる後、新に配偶者となりたる者と其子(繼子)との間、即ち前に述べたる再繼父母の場合も亦繼子か繼子となり得る一例である。

(F) 家附の子及び連子 繼親繼子の關係は家附の子に對してのみ發生せしむべきものであつて、連子は繼子と爲すことを得ないと謂ふ學說がある(穂積博士親族法大意二九頁、同博士「繼子と相續」奥田博士親族法講義二〇九頁、岡松博士前掲論文一八頁参照)。此説は相續問題に關する繼親子關係の不合理を排除せんか爲めに組織せられたる説であつて極めて尊重に値する。併し乍ら、通説は之に反し繼親子關係の發生には必ずしも家附の子たることを必要としない。連子も亦繼子となるものと主張する。司法省の見解も最近は通説に従つて居る(大正二年九月十九日、大正五年十一月十日、大正七年五月三十日の各法務局長回答)。

通説に従へば相續問題に付いて不合理が生ずるけれども、家附の繼

子と連子たる繼子とに對して相續問題に付き差別を設け、家附の繼子には家督相續に付き實子と畧同一の地位を與へ(大正五年二月三日法務局長回答、大正八年六月十四日、大正十一年八月十八日、大正十一年十月十八日及び大正十一年十一月八日民事局長回答参照)、連子たる繼子は實子か女子なる場合、實子か親族入籍者たる場合に於ても家督相續に付いて後順位を與へることにすれば(大正八年六月二十六日及び大正十一年十一月八日民事局長回答、通説の缺點は除かれるであらう(長島學士前掲六頁以下参照))。

(2) 第二要件

繼親子關係の成立するには繼親たるべき者と繼子たるべき者と同一の家に屬することを必要とする。同一の家とは同一の家屋に同居する意義に非ずして、其戸籍を同ふすることを謂ふのである。繼親繼子をして、同一戸籍に屬せしむることを必要とするは、一家の情義を厚し、一家の平和を維持せしめんことを目的とするのである。

支那古來の制度に依れば、繼父子關係の發生には、繼子か繼父と同居することを要件として居る様で、

ある。蓋し繼父子關係は繼子か繼父と同居して撫養の恩義は浴するを必要とする觀念に出づるからである。之れに反して繼母子關係の發生には繼母繼子の同居を必要としない。蓋し繼母子關係は繼子が繼母の撫養の恩義に浴する觀念でなく、父の配偶者たる名分を保持する觀念に出づるからだと言ふことである(奥田博士講義二〇一頁参照)。

繼親繼子は如何なる時期に於て同一戸籍に屬するを要するか。之れに關しては各種の場合を想定し得る。

(1) 前婚に生れたる子か、後婚成立前、其家を去り、後婚成立當時に於ては、既に其家に在らざる場合には、後婚當事者と繼親子關係を發生する餘地はない。蓋し斯の如き子は、後婚當事者と家を同ふするものではないこと一點の疑なき所であるからである(奥田博士民法親族法論二五頁、大正六年六月二十二日法務局長回答、霜山學士類纂一四頁、反對説、牧野博士日本親族法論四〇頁、穂積博士「繼子ト相続」)。

(2) 之れと反對に前婚に於て生れたる子か、後婚成立以前より、其家に在り、且後婚成立後も、引續き其家に在るならば(家附の子)、後婚當事者と此子との間には、繼親子關係が發生すること、是亦疑なき所であろう。

斯の如き子は前婚及後婚當事者と徹頭徹尾、家を同ふするものであるからである。

(3) 前婚に於て生れ、前婚繼續中に其家を去り、後婚成立以後に於て、其家に入り來る子は、後婚當事者と繼親子關係を發生するや否や争かあるけれども、苟も情義上同一戸籍に在る者の間に於て、繼親子關係を認めんとする以上は、假令後婚成立後に其家に入り來つた者と雖も、同一戸籍に屬することに於て何等の差異はないのであるから、後婚成立後の入籍者も、後婚當事者と繼親子關係を發生するものと解するのかが正當である。

子か後婚成立後に繼親の家に入るのは多くは次の如き場合に生ずるのである。

(イ) 親族入籍 父死亡後、母か婚姻に因り他家に入りたる後、夫と共に子の家に親族入籍を爲し、又は其子が親族入籍に因り、母の婚家に入る場合は、子と母の夫との間に繼親子關係を生ずる(大正二年九月十九日法務局長回

(ロ) 引取入籍 再婚に因り他家に入りたる者か、其後其子を引取入籍せしめたるときは其子と夫との間に繼親子關係を生ずる (奥田博士二五頁、牧野博士四三頁、梅博士判例批評法學志林七卷六號、大正二年九月十七日及び大正五年十一月十日法務局長回答、霜山學士類纂一二頁)。

(ハ) 連子入籍 即ち父母の婚姻入家と同時に婚家に引取られたる子は、民法施行前に於ては、繼子となつた様であるけれども、民法は斯の如き連子入籍といふ入籍原因を認めないから、連子か繼子となるや否やの問題を生ずる餘地はない。尤も(ロ)の如く父母の婚姻入家後に入籍したる子を連子と謂ふことにすれば(穂積博士大正二九頁)、斯の如き連子は繼子となること勿論である。例へば法曹會決議は(イ)戸主の妻か其實家に在る前夫の子を入籍せしめたる場合に於て其子を連子と稱し、後夫と繼親子の關係を生ずるものとして居る(大正八年四月十九日法曹會第一科決議法曹記事二十九卷八號六二六頁)。此事は前に述べたる所である。

(ニ) 廢家入籍 子を有する女戸主か廢家して、婚姻に因つて他家に入る場合(七百六十三條)には、其子は母と同時に婚家に入る。然るときは、子と其夫との間に繼父子の關係を生ずる(大正五年十一月十日法務局長回答、霜山學士類纂一二頁)。

(4) 本家相續、分家、廢絶家再興に因つて、婚姻解消後、實父母の一方か之等の家に入り、子は從來の家に止まる場合に於て、其本家相續、分家、廢絶家再興を爲したる父母の一方に新配偶者を生したるときは、此新配偶者と其子とは、其屬する家を異にするけれども、尙且此間に繼親子關係を生ずる。蓋し本家相續、分家、廢絶家再興の場合に之等の家と從來の家とは關係が密接であつて、恰かも同一の家なるかの如く取扱ふのが民法の趣旨であるから(七百三十一條)、此場合に嚴密に謂へば其子と新配偶者とか其屬する家を異にするに拘はらず、此間に繼親子關係を發生するものと解するのが正當である(大正五年十一月十日法務局長回答、霜山學士類纂十三頁)。此場合に子も亦其後之等の家に入籍したる場合には新配偶者と其子

との間に繼親子關係の存することは論を俟たざる所である。

民法施行前に在つても亦、繼親子の親族關係は分家に因つて絶止すへき法則か存在しなかつた（大審院明治三十八年才第五九〇號、明治三十九年一月十八日民一、判決十二輯二三頁）。

(5) 同一の家に屬する父母と子との間に繼親子關係があつた場合に、子か其後婚姻養子縁組等に因つて繼親の家を去るときは、繼親と同一の家に屬せざるに至る。此場合に、子か其家を去りたる後も、依然として繼親子關係は消滅しないと解するのが正當であらう（同説長島學士前掲二四頁）。蓋し繼親子關係の消滅原因は民法第七百二十九條に「前條ノ親族關係繼親子關係」ハ離婚ニ因リテ止ム夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキ亦同シ」と明定してあつて、同條には繼子の去家を繼親子關係消滅の原因として居ないからである。子か離婚に依つて其家を去るも同様である（反對長島學士前掲二四頁）。

之に反して繼親か繼子を殘して其家を去るときは繼親子關係は消滅する。是れ同條第二項の規定に徴して明白なる事實である（大正三年一月十四日法務局長回答、霜山學士類纂一〇頁）。繼親の去家か本家相續、分家、廢絶家再興の爲めなるときは繼親子關係は消滅しない（七百三十一條）。又繼親か家を去るも、繼子も亦之と共に其家を去り、共に同一の他家に入る場合には繼親子關係は消滅しない（大正三年八月八日法務局長回答、霜山學士類纂一一頁）。

繼親か繼子を殘して婚姻又は養子縁組に因り其家を去り、一旦繼親子關係か消滅するも其繼親か再び其家に復歸するときは再び從來の身分關係を回復して繼親と爲る（同説、明治四十五年五月一日法曹會決議、法曹記事二二卷七號三九頁、大正六年六月二十二日法務局長回答霜山學士類纂一四頁、反對説、大正九年三月二日民事局長回答長島學士前掲二二頁）。此身分關係を回復することは離婚に因つて復籍する場合には第八百七十五條の「養子ハ離婚ニ因リ其實家ニ於テ有セシ身分ヲ回復ス但第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス」と謂ふ明文によつて何等疑かないか、離婚に因つて復籍する場合には此の如き明文かないけれども、同一に解し得べきものであらう。

分家女戸主甲か戸主權を留保して乙と入夫婚姻したる後、分家を廢して、夫と共に本家に入籍したるとき、本家には甲の實子あるときは、入夫乙と甲の實子との間には繼父子關係か生ずる（同說大審院大正十四年才第一三九號同年六月二十四日民三判決法律評論十四卷民法四七八頁、大正二年九月十九日法務局長回答、古山學士親族法註解六三頁、反對大阪控訴院大正七年(ネ)第四一四號同八年九月二十二日民三判決法律新聞一六一五號、法律評論八卷民法一一五八頁）。

(三) 繼親子の效力

一、我民法は子の身分を嫡出子、庶子及び私生子の三種に區別し、其以外に子の身分を認むることかない。繼父母と繼子との間に親子關係を認むるにせは、繼子は右三種の内の何れに屬すへきか。繼親子關係の發生には繼親の方面に於て適法なる前後兩婚姻の存在することを必要とし、從て子の方面より謂へば、子は嫡出子たることを必要とする。こと前述の如くてあるから、繼子は嫡出子たる身分を取得するものこと謂はねはならぬ（同說大正十四年二月十八日法曹會決議、法曹會雜誌三卷四號九一頁）。唯例外と

して庶子も亦繼子たる場合あるを許すならば、繼子は例外の場合には、庶子たる身分を有することありと謂はねはならぬ。

二、繼親子關係は本來の性質上より謂へば、姻族關係に過ぎないけれども、我國に於ては殊に此間に親子關係を認むることとした。從て親子關係に基いて發生する法律上の效力は、當然繼親子間にも發生するの原則である。即ち繼父又は繼母は繼子に對して親權を行ひ得べく、又繼子は繼父又は繼母を相續し得る。唯繼親子關係は法律の擬制に依つて親子關係の無い所に親子關係を創設したるものであるから、其情誼に於て實親子と同一なるを望むことは不可能と謂はねはならない。そこで民法は繼父又は繼母の繼子虐待、繼子冷遇を豫防せんか爲めに二三の特別規定を設けた。即ち、

(イ) 繼父母カ子ノ婚姻ニ同意セサルトキハ子ハ親族會ノ同意ヲ得テ婚姻ヲ爲スコトヲ得（七百七十三條）。

(ロ) 滿二十五年に達せざる繼子か協議上の離婚を爲す場合に、繼父母

か之れに同意を與へないときは、子は親族會の同意を得て協議上の離婚を爲すことか出来る（八百九條、七百七十三條）。

(ハ) 養子と爲るべき者か十五年未滿なるときは、其家に在る繼父母か之れに代はつて縁組の承諾を爲すことか出来るけれども、之れに付いては親族會の同意が必要である（八百四十三條）。

(ニ) 成年の繼子か養子を爲し、又は滿十五年以上の子か、養子と爲るには其家に在る繼父母の同意を要するが、此場合に繼父母か之れに同意を與へないならば、繼子は親族會の同意を得れば足る（八百四十六條、八百四十四條）。

(ホ) 縁組又は婚姻に因つて、他家に入りたる繼子か、更に養子として、他家に入らんと欲するとき、實家に在る繼父母の同意を得ることか必要であるか、此場合に繼父母か之れに同意を與へないならば、繼子は親族會の同意を得れば足る（八百四十六條、八百四十四條）。

(ヘ) 滿二十五年に達せざる繼子か、協議上の離縁を爲すには其實家に

在る繼父母の同意を得ることを要するか其繼父母か、同意を與へざるときは、繼子は親族會の同意を得れば足る（八百六十三條、八百四十四條）。

(ト) 繼父繼母か親權を行ふ場合に於ては後見に關する規定を準用する（八百七十八條）。

三、繼父母と繼子との間には、親子間に於けると同一の親族關係の發生することは、前述の通りであるが、(1) 繼父母の血族と繼子との間及び(2) 繼父母又は其血族と繼子の血族、例へは直系卑屬との間には、祖父母對孫等の親族關係か發生するや否やに付て疑がある。

第一説は繼父母と繼子との間の親族關係は、繼父母及繼子の各一身に止まる。即ち(イ) 繼父母の父母と繼子との間には繼親子關係に基く親族關係、例へは祖父母對孫と謂ふか如き親族關係なく、又(ロ) 繼父母の兄弟姉妹と繼子との間には伯叔父母對甥姪等の親族關係なく、又(ハ) 繼父母と繼子の子との間に於ても祖父母對孫と謂ふか如き繼親子關係に基く親族關係は存在しないと謂ふのである。此説は多數の學

者實際家に依つて唱へられて居る所である（奥田博士親族法講義二一三頁、同博士民法親族法論二七頁、穗積博士親族法大意三〇頁、柳川學士親族法講義四四頁、日本親族法要論三七頁、坂本氏親族法講義三一頁、仁井田博士親族法相續法論二二頁、岡村博士親族法講義要領二二頁、同博士親族編講義七四頁、大正十五年十月七日法曹會決議法曹會雜誌四卷十一號一一六頁）。

又大審院も嘗ては此説を採用して居たのである。即ち、

〔訴訟記録ニ依レハ泉尾政太郎ハ被告萬太郎ノ姉ノ夫ノ子ニシテ被告萬太郎ノ姉ハ政太郎ノ繼母ナレハ被告萬太郎ノ姉ト政太郎トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係アリト雖モ繼子ト繼母ノ血族トノ間ニハ法律上血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ナキヲ以テ被告萬太郎ト政太郎トノ間ニ親族關係アリト云フヲ得サルハ勿論姻族トハ婚姻ニ依リ夫婦ノ一方ト其配偶者ノ血族トノ間ニ生スル關係ヲ云フ者ナレハ政太郎ノ父ハ其配偶者タル被告萬太郎ノ姉ヲ通シテ被告萬太郎ト姻族關係アルモノナレ共政太郎ト被告萬太郎トノ間ニ於テハ姻族關係アルヘキ筈ナシ故ニ豫審判事カ本件ニ付政太郎ヲ證

人トシテ宣誓セシメ訊問シタルハ違法ニアラス（大審院大正四年（丑）第八五一號同年五月二十四日刑二判決法律評論四卷刑訴九〇頁）。

此第一説の根據は、民法第七百二十七條と第七百二十八條との對照に在るのである。第七百二十七條には「養子ト養親及ヒ其血族トノ間ニ於テハ養子縁組ノ日ヨリ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス」と規定して居るに反し、第七百二十八條には「繼父母ト繼子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス」と規定して居るに過ぎない。詳言すれば第七百二十七條には養親子關係に於ては養子と養親との間及び養子と養親の血族との間に親族關係が生ずる旨を明定して居るから、養親子關係に於ては親族關係は養親養子の各一身に止まらず、養親の血族に迄及ぶのであるが、繼親子關係に在つては「繼子ト繼親及ヒ其血族」と云ふ文言が存在しないのであるから、第七百二十七條と對照して、文理解釋上繼親子關係に基く親族關係は繼親繼子の各一身に止まる趣旨だと斷定せざるを得ないと謂ふに在る。

此説に依るも尙繼父母の實子と繼子との間には親族關係は存在し得る。蓋し繼父の實子と繼子とは異父同母の兄弟姉妹 (uterini; Stiefgeschwister von derselben Mutter; uterini) 即ち母系の兄弟姉妹關係かあり、繼母の實子と繼子とは同父異母の兄弟姉妹 (Stiefgeschwister von demselben Vater, Consanguinis) 即ち父系の兄弟姉妹關係かあつて、即ち自然血族關係か存在すること疑かない。是れ我民法は同父同母の兄弟姉妹 (Germani, vollbürtige Geschwister; frères germains, sœur germaine) 即ち父母兩系の兄弟姉妹の外に父母の一方を異にする兄弟姉妹 (Halbürtige Geschwister, Halbbrüderschaft) 即ち同父異母の兄弟姉妹及び同母異父の兄弟姉妹を認むるものと謂はねはならないからである (明治三十二年五月九日法務局長回答参照)。是等は自然血族の一種である。然し乍ら父母雙方か繼父母なるとき、即ち一方か繼父又は繼母であつて、他方か再繼母又は再繼父なる場合には此關係を生ずる餘地はないであらう。

第二説は第一説と正反對であつて、最も廣い範圍に於て繼親子に基

く準血族關係を認めんとするものである。即ち繼親子關係に基く親族關係は繼親及び繼子の各一身に止まることなく、其親族關係は養親子關係の場合と同じく、繼親の血族及び繼子の血族まで及ぶと謂ふに在る (牧野博士五九頁以下、同博士「準血族の範圍」法學志林明治四十一年一〇卷八號、法學大家論文集民法之部下卷七二七頁以下)。

其理由としては「既ニ繼親子ノ關係ヲ發生シタリトセハ、繼親ノ父若クハ母ハ乃チ繼子ヨリ見テ祖父母ニ該リ、繼親ヲ通シテ繼子トノ間ニ親族關係ヲ生スヘク、嫡母ト庶子トノ間ニシテ既ニ親子ナリセハ、嫡母ノ實子トハ乃チ同父兄弟若クハ同父姉妹タルヘク、父ヲ同フスルニ因リ其父ノ配偶者トノ間ニ共ニ均シク嫡母庶子ナル親族關係ヲ發生セルモノナレハ、其各自ノ間ハ則チ兄弟姉妹ナラサルヘカラサルナリ蓋シ養親ヲ通シテ其血族ト養子トノ間ニ親族關係ヲ生スルト繼親ヲ通シテ其血族ト繼子トノ間ニ親族關係ヲ生スルト二者何等ノ逕庭ナカルヘキハ理ノ暗易キ所ナルヘシ、唯法文ノ上ニ現ハレタル文理解釋上、兩者ノ範圍限界ニ差異アルカ如キモ、實質上ニ付テ之ヲ見ハ、兩者ノ間別ニ之ヲ區別スルノ要ナカルヘキナリ」 「法律ハ親族ノ範圍ニ付テ、血族ハ之ヲ六親等内ニ限リ、姻族ハ之ヲ三親等内ニ限定セリ、若シ養子縁組ニ基因スル準血族關係ハ、六親等内マテ之ヲ親族トスルモ、婚姻ニ基因スル準血族關

係ニ付テハ單ニ親子間ニノミ限ルトスルハ、彼是權衡ヲ失スルモノニ非スヤ、兩者何レモ本來血統ノ關係ナク、唯法律力之ヲ血族ニ準スルモノナルニ拘ハラズ、新ル差異ヲ存スルハ謂ハレナシ、繼子又ハ庶子ヨリ出ツル所ノモノハ、繼親又ハ嫡母ノ親族タルヘキハ、養子ヨリ出ツル所ノモノカ、養親ノ親族トルト毫モ淪ル所アルヘキ理ナキニ非スヤ、第七百二十七條及ヒ第七百二十八條ノ規定ハ、其明文上親族ノ限界ヲ異ニスルカ如クナレトモ兩者均シク準血族關係ニ外ナラサルカ故ニ、第七百二十五條ノ血族ナル文字ハ、自然ノ血族ト準血族トヲ包含スルモノト解シ兩者ノ間ニ差異ナキモノトスルヲ至當トセン」

(牧野博士日本親族法論五九頁乃至六二頁)と主張して居る。

此説は權衡上繼親子に基く準血族關係の範圍を養親子に基く準血族關係の範圍と同一の程度迄擴張せんとするものであるけれども、其養親子に基く準血族關係の範圍なるものか詳細の點に於ては明瞭に指示せられて居ない(同博士、日本親族法論四三頁以下参照)。併し乍ら同書に記載せらるゝ行文の強き語調より推測するときは、此説は出來得る限り廣き範圍迄此關係を擴張せんと欲するものゝ如く推測せらるゝ(同博士前掲著書五八頁以下、前掲論文下卷七二七頁以下参照)。即ち此第二説は第一説と反對の極端に

立つものである。

第三説は第一説と第二説との中間説で、繼親子關係は繼親繼子の各一身に止まるものではないとするのであるか、此説を唱ふる者の中、其以上如何なる範圍まで繼親子に基く準血族關係を擴張すべきかに付いて種々の説がある。

(I)大審院決定の主張する説は、繼親と繼子との間に繼親子關係が發生したる後に生れ、繼子と家と同ふする繼子の子と繼親とは準血族關係を生ずると謂ふのである。此説は第三説中に於ては最も狭き範圍に於て準血族關係を認むる説である。即ち、

「民法第七百二十八條ニハ繼父母ト繼子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スト規定シアリテ繼父母ト繼子トノ關係ヲ血族ニ準スルコトヲ定メタルニ過キスシテ繼子ノ直系卑屬ト繼父母トノ關係ニ付キ何等ノ規定ヲ爲ササルヲ以テ一見其間ニ何等準血族ノ關係ヲ生セサルカ如クナレトモ之ヲ熟考スルトキハ繼父母ト繼子ト

ノ間ニ繼親子ノ關係ヲ生シタル時換言スレハ子ノ實父又ハ實母カ後妻ヲ娶リ又ハ後夫ヲ迎ヘタル時ヨリ此繼父母ト繼子トノ間ニ準血族ノ關係ヲ生スルヲ以テ此時以後ニ生レタル繼子ノ子ハ繼子ト家ヲ同フスル繼父母ノ家ニ入ルニヨリ繼子ヲ通シテ繼父母ト準血族ノ關係ヲ生シ即チ祖父母對孫ト同一ノ親族關係ヲ生スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ民法第七百二十八條ヲ同法第七百二十七條ト比較スルニ後者ニ於テハ養子ト養親ノ血族トノ間ニ於テ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スト定メタルモ前者ニ於テハ繼子ト繼父母ノ血族トノ關係ニ付キ何等ノ規定ヲ爲ササルノ差異アルニ過キシテ養子又ハ繼子ノ血族ト養親又ハ繼父母トノ關係ニ付キ何等ノ定メヲ爲ササルコトハ同一ナルニ拘ハラヌ第七百二十七條カ養子ノ直系卑屬ト養親トノ間ニ於テハ準血族ノ關係ヲ生セシムル趣旨ナルコトハ民法第七百三十條第三項ノ規定ニ照シテ明ナルヲ以テ之ヲ觀レハ第七百二十八條ハ繼子ノ直系卑屬ト繼父母トノ關係ニ於テモ亦準血族ノ

關係ヲ生セシムル法意ト解スルヲ相當トスヘク而シテ民法第七百三十條第三項ニ直系卑屬ト謂ヘルハ養子縁組ノ後ニ生レ養子ト家ヲ同フスル養子ノ直系卑屬ヲ指シタルモノト解スヘキモノニシテ養子縁組前ニ生レタル者又ハ養親ノ家ニ在ラサル者ハ養親及ヒ其血族ト親族關係ヲ生セサルコトハ民法第七百二十七條ト同法第七百三十條第三項ヲ對照シ且其精神ニ稽ヘテ明カナルヘク繼子ノ子ト繼父母トノ關係ニ於テモ亦養親子ノ關係ニ於ケルト異ナリタル解釋ヲ爲スヘキ理由ナケレハ繼親子ノ關係ヲ生シタル後ニ生レ繼子ト共ニ繼父母ノ家ニ入リタル繼子ノ子ニ限り繼父母ト準血族關係ヲ生スルモノト解スルヲ相當トス加之繼親子ノ關係ハ本來姻族ナルモ法律カ一家ノ平和ト家族間ノ情誼ヲ顧慮シ其間ニ親子ト同一ノ關係ヲ認メタルモノニシテ其關係ノ發生シタル後ニ生レタル繼子ノ子ニシテ繼子ト共ニ繼父母ノ家ニ在ル者ト繼父母トノ間ニ於テモ親族ト同一ノ關係ヲ認ムルハ一家ノ平和ヲ維持シ情誼ヲ圓滿ナラシムル爲メ必要ナルヲ以

テナリ」(大審院大正六年ク第三四八號同年十二月二十六日民三決定二十三輯二二九頁)。

五〇〇

(II) 民事局長回答(大正八年六月二十六日法曹記事二九卷七號五六二頁) 「戸主甲(繼子)(安政二年二月三日生)隱居シ甲ノ長男丁(明治十六年七月五日生)家督相續ヲ爲シ戸主ト爲リタルトキハ乙(天保五年八月五日生、文久二年婚姻入籍)ハ前戸主タル父(甲)ノ繼母ナルヲ以テ新戸主トノ續柄ハ祖母」てあると。此説は(一)の大審院決定と同一の範圍に於て繼親子關係の效力を認めて居るのである。

(III) 岡松博士の説 繼親子に基く親族關係は繼親と繼子及び其直系卑屬との間に限る。而して其直系卑屬は嫡出と私出とを問はず、又其直系卑屬ハ繼親子關係發生前に生れたる者をも包含する。但し繼子の直系卑屬は繼親又は繼子の家族團體に屬する者に限るとする(同博士前掲論文)。

(IV) 島田學士の説 「繼父母ト繼子トノ間ニ親子關係ノ生シタル後ハ此等ノ者ハ實親子ニ異ナラス隨テ其以後存在スルニ至リタル繼父母ノ直系卑屬例へハ其私生子養子又ハ繼子ノ直系卑屬ハ實親ノ直系卑屬又ハ實子ノ直系卑屬ニ等シキカ故ニ他方ニ對シテ準血族關係ヲ生

ス」繼父ノ血族ニシテ其以前ヨリ存セル者例へハ其直系尊屬ト繼子トノ間、繼子ノ血族ニシテ其以前ヨリ存セル者ト繼父母トノ間ニハ準血族關係ヲ生スルコトナシ」立法論トシテハ繼子ノ其以前ヨリ存スル直系卑屬ニシテ其家ニ在ル者ト繼父母トノ間ニハ準血族關係ヲ生セシムルヲ相當ト思料ス」(同氏親族法五六頁)。

(V) 民事局長回答(大正八年六月二十六日法曹記事二九卷七號五九七頁) 「繼親子ノ關係發生後ニ生レタル者ハ實親子ニ異ナラサルヲ以テ其以後存在スルニ至リタルイ)繼親ノ直系卑屬ト繼子、又はロ)繼子ノ直系卑屬ト繼親、及ヒハ)其直系卑屬相互間ニ於テハ何レモ準血族ノ關係ヲ生ス」。

是等の諸説の了解に便ならしめんか爲めに之れを圖示して説明すれば、





前示(I)乃至(V)の諸説を通してA及びBの間に繼親子關係の存在するのは勿論であるか、其以外に於て(II)の八審院決定及び(II)の民事局長回答はAとEとの間に繼親子に基く準血族關係を認め、(III)の岡松博士の説はAとC、Eとの間に繼親子に基く準血族關係を認める。但同博士の家は廣き意味を有することを注意するを要する。(IV)の島田學士の説はK、LとC、D、E、Fとの間に繼親子に基く準血族關係を認め、(V)の民事局長回答は(イ)K、LとB、(ロ)E、FとA、(ハ)K、L、E、F相互間に繼親子に基く準血族關係を認むるのである。

以上第一説乃至第三説を通覽考察するに、先づ養親子關係に付いては其問題に關聯して前示の如く二個の明文がある。即ち從來屢引用したる民法第七百二十七條の「養親及ヒ其血族トノ間ニ於テハ養子縁組ノ日ヨリ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス」と謂ふ規定及び第七百三十條第二項の「養子ノ配偶者直系卑屬又ハ其配偶者カ養子ノ

離縁ニ因リテ之レト共ニ養家ヲ去リタルトキハ其者ト養親及ヒ其血族トノ親族關係ハ之レニ因リテ止ム」と謂ふ規定である。此兩規定を綜合すると養親子關係に基く法定血族關係は、(一)養親養子の間は勿論、更に其以外に、(二)養子と養親の血族との間(七百二十七條)、及び(三)養親と養子の配偶者、直系卑屬(養子縁組以後に生れ、養子と家を同ふするもの)、直系卑屬の配偶者との間にも存在すること明瞭である(七百三十條三項)。然るに繼親子關係に付ては全然第七百三十條第二項に對應する規定がないのみならず、第七百二十八條には第七百二十七條の「及ヒ其血族」と謂ふ文言も存在しないのであるから、直接の文理解釋としては第一説が正しい。直接の文理解釋から第一説以外の結論を抽出することは到底不可能であらう。然かも民法施行前の法令なり、慣習なりに於て、繼親子關係を繼親繼子の各一身に限つたと謂ふ法制史的の事實も更に此説に應援を與へて居る

明治七年十月第八號布告に依つて採用せられたる舊幕元祿年中の服忌令に「但繼父母ノ親類ニハ服

「忌無之」とあるのか其根據である。廢忌令の正文は内川義章氏法規大全、有斐閣現行法令輯覽等に掲載せられて居る。尙此點に就いては牧野博士日本親族法論六〇頁、奥田博士講義二一三頁、穂積博士「繼子ト相續」五八八頁参照。

併し乍ら苟くも繼親子關係を認め乍ら繼親の子、即ち實子、繼子、養子等は繼子の兄弟姉妹に非ず、繼親の父母は繼子の祖父母に非すと謂ふか如きは社會の通念に反する。殊に同じく準血族たる養親子關係に關しては、其準血族關係を養親子の各一身に限らないと謂ふことであれば、第二説の主張する如く其權衡を失することは固より甚しい。繼親子問題の解決か繼親子關係全廢問題まで到達すれば別論なれども、然らざれば繼親子關係を繼親繼子の各一身に止まらしめず、養親子に基く準血族關係と同一の點まで擴張して行かねはならない。判例法か先に掲けたる如く大正五年五月二十四日大審院第二刑事部の判決に於て第一説を採用したるに拘はらず、大正六年十二月二十六日の同院第三民事部の決定に於て第三説を採用し、繼子の直系卑屬に繼親子に

基く準血族關係を認むるに至つたのは、論理に多少の無理あるを免れないにしても、法文の缺點を補ひ、實際社會生活に便宜を與へたるものと謂はねはならない。予は第七百二十八條を第七百二十七條及び第七百三十條第三項の程度まで上下に擴張解釋を爲すことに因つて繼子の直系卑屬に付ては結局前示大審院決定と同一の結論に到達し、繼親の尊屬親に付ては牧野博士の説と同一の結論に到達したいと考へる（菅原博士「類推ヲ論ス」法學論叢二卷三號六號参照）。

四、繼親子關係の效力として、親權、扶養、相續等に關する問題か存在するけれども、今茲に之を説明することを省畧する。

繼子の相續問題及び其不合理なる點に付ては穂積博士の「繼子ト相續」岡松博士前掲一八頁等か重要なる参考文献である。

(四) 繼親子關係の發生及び消滅

繼父又は繼母と繼子及び其血族との間の親族關係は實父母と繼父母間の婚姻に因つて發生する。

繼父母と繼子及び其血族との間の親族關係は

(1) 實父母と繼父母との離婚、

(2) 實父母の死亡後、其生存配偶者たる父母の去家に因つて消滅する
(七百二十九條二項)。

併し乍ら其去家か本家相續、分家又は廢絶家再興の爲めなるときは繼親子關係は消滅しない(七百三十一條、七百二十九條二項)。而して生存配偶者の去家に付いて離婚等當事者の意思に基づかすして家を去る場合をも去家中に包含することは疑のない所である。此點に付いては次に掲ぐるか如き大審院の判例がある。

「民法ニ於テ家ヲ去リタルトキトアルハ必スシモ當事者カ任意ニ其家ヲ去リタルトキノミヲ指スニアラス例ハ裁判上ノ離婚又ハ離婚縁ト謂フカ如キ其意思ニ基ツカスシテ家ヲ去ル場合モ其中ニ包含セシムル法意ナルコトハ同法第七百三十四條第七百四十二條等ノ用例ニ徴スルモ明カナリト認ム然レハ民法第七百二十九條第二項ニ所謂家

ヲ去リタルトキトアル文字中ニハ當事者ノ意思ニ基カサル場合ヲモ包含スルモノト解スルヲ相當トス而シテ本條ニハ單ニ夫ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキトノミアリテ他ニ何等ノ制限ナキヲ以テ本件ノ如ク離婚ニ依リテ家ヲ去リタル場合モ亦同條ノ適用ヲ受クヘキモノト謂ハサルヲ得ス」(大審院大正八年(オ)第九十一號同年五月二十日民一判決二十五輯七九三頁)。

(五) 繼親子關係の立法問題

現行法の解釋問題としては繼親子關係は廣き範圍に於て之れを認め養親子關係と權衡を保つべきであること前に述べたる如くである。然し乍ら、繼親子關係の立法問題は亦自ら別論である。繼親子關係は配偶者の一方か前婚に於て設けたる子と、後婚に於ける新配偶者との關係であるから、前示の如く此關係は姻族關係である。繼親子關係を單に此姻族關係としてのみ存在せしめ、繼親子問題を民法上から驅逐すべきか、或は現行民法の準血族主義を維持すべきかは繼親子關

係の立法問題の中核である。繼親子関係は家族制度に胚胎するのであるから、嚴格に云へば繼親子存廢問題は家族制度の存廢問題を先決せねはならないかも知れぬ。然し乍ら家族制度存廢問題は親族法上の大問題であつて一朝一夕に輕々しく決定を爲し得ざる所であるから、現在に於ては家族制度は之を維持すへきものとして、直接繼親子の存廢問題を決定すへきものであらう。而して學界の大勢は繼親子關係廢止論に傾いて居る。

繼親子關係廢止論の理由とする主要なる點は（中島博士「繼子非子論」法學論叢八卷二號一四七頁、穂積博士大意三一頁、岡村博士民法と社會主義三四三頁以下参照）、

(1) 繼親子間に於ては姻族一親等の親族關係を認むれば夫れて充分である。此姻族關係以外に親子關係を認むる立法上の必要が存在しない。

(2) 繼親子間に姻族一親等の親族關係以外に親子關係を認むるときは大なる弊害を惹起する。蓋し雙方間に親子たる真情なきに拘はら

す、親子たる負擔を課するからである。

(3) 舊民法人事編第二十四條には

「姻屬トハ婚姻ニヨリテ夫婦ノ一方ト其配偶者ノ親屬トノ間ニ生スル關係ヲ謂フ

然レトモ婦ノ夫家ニ於ケル又入夫ノ婦家ニ於ケル尊屬親トノ關係ハ親屬ニ準ス」と規定してあつた。即ち普通婚姻の場合に於ては妻と夫の尊屬親との間に親屬關係を認め、又入夫婚姻の場合に於ては即ち入夫と妻の尊屬親との間に親屬關係を認めたとある。然るに民法は此主義を排斥し、父母と子の配偶者との間に於ては單純なる姻族一親等の關係を認むるのみにして、其間に親子關係を認むることかない。然るにも拘はらず繼父母と繼子との間に於てのみ親子關係を認むるのは權衡を失するものであると謂ふに在る。

繼親子關係に關する第七百二十八條の明文を民法中より削除して民法の病根を一掃することの得策なることは何等の疑なき所であつ

て、一日も早く此改正の實行せられんことを希望する所である、然し乍ら、假に右規定を全然削除することを許さねないものとすれば、右規定に充分の改訂を爲し、以上に詳述したる如き繼親子關係より生ずる難問と不合理とを取去ることか急務である。

第六章 嫡母 庶子

参考文献

岡松博士「繼父繼母ト繼子及嫡母ト庶子ノ親族關係」法學新報二六卷一號

民法第七百二十八條は「嫡母ト庶子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス」と規定し、先に述べたる繼親子と相並んで、嫡母と庶子との間に法律の擬制を以て、法定親子關係を認めて居る。併し乍ら、此嫡母庶子間の親族關係に就いても、繼親子關係と同しく、法典の規定が不備であつて、疑問が百出するを免れない。

嫡母庶子關係と繼親子關係とは共に第七百二十八條に同一の文章を以て規定せられ、全く其法律關係は同一であるから、殊に茲に述べる以外のことは皆先に繼親子關係に就いて述べたる所を引用すれば足る。

(一) 嫡母 庶子の意義

父の家に在る庶子から、父の正妻を稱して嫡母と謂ふのである。法律は私生子の母をも母と稱するから（七百三十三條）、父の正妻を殊に嫡母と稱したるに過ぎない。而して庶子とは父の認知したる私生子を謂ふものなること前述の通りである。即ち嫡母庶子は或る男子の正妻と其男子の庶子との間の關係であつて、嫡母より謂へば庶子は自己の配偶者の血族に該當するから、嫡母庶子關係は姻族關係である。然るに民法は姻族關係たる繼親子關係を單純なる姻族關係と見ず、殊に其間に擬制的に親子關係を認めたと同じく、嫡母庶子關係に付いても、之れを單純なる姻族關係と見ずして、殊に其間に擬制的に親子關係を認むることとしたのである。嫡母庶子關係を法定親子關係と認むべきか、或は單純なる姻族關係に止まらしむべきかは繼親子關係と同じく、將來慎重に考察せられ、適當に解決せられねばならぬ重大なる立法問題である。

(二) 嫡母庶子の要件

(1) 第一要件

嫡母庶子關係の發生せんか爲めには、父と嫡母との間に、婚姻の存在することか必要である。嫡母庶子の關係は、父の正妻と父の庶子との關係であるか故に、父と正妻との間に適法なる婚姻の存在せねばならぬことは明白である。併し乍ら、父と庶子の實母との間に婚姻の存在することは必要でない。蓋し嫡母庶子關係は嫡母と庶子との關係であつて、嫡母と嫡出子との關係でないからである。繼親子關係に於て前後兩婚の存在を必要とし、繼子か嫡出子たるを要するのと趣を異にする一點である。

(2) 第二要件

嫡母庶子關係が發生せんか爲めには、嫡母と庶子とか同一の家に屬することか必要である（大正二年二月二十六日民事局長回答）。

嫡母庶子間に親子間に於けると同一の法定親子関係を認むるのは一家の平和と情誼とを保持せんか爲めてある。此目的は繼親子間に法定親子関係を認むる立法理由と全然同一である。従つて繼親子関係の發生要件に同一家籍の存在を必要とするか如く、嫡母庶子間に於ても同一家籍の存在を必要とするのである。庶子の家籍に就いては父か戸主なる場合に於ては戸主たる父の認知に因つて庶子は當然父の家に入るのてあつて、此場合は庶子と父の正妻とは同一家籍に屬するから、直に其間に嫡母庶子の關係が發生する。併し乍ら、私生子の父か家族なるときは、其私生子は家族たる父の認知に因つて庶子となることは、戸主たる父の認知と異なる所はないけれども、家族の庶子は戸主の同意あるに非されは、其家に入ることか出來ない。庶子か父の家に入ること能はさるときは、其母の家に入るのである。母も亦家族であつて、母の戸主の同意を得ること能はさる場合には、私生子は母の家にも入ることか出來ない。私生子か母の家にも入ることか出來ない場

合には、一家を創立して之れに入る（七百三十五條）。斯の如く庶子か父の家に入ることか出來ずして、母の家に入り、又は一家を創立する場合には、父及び父の正妻たる嫡母と庶子とは同一の家に屬することか出來ないから、父の正妻と庶子との間に嫡母庶子關係は發生せぬ。

父の私生子認知の時期は、父と正妻との婚姻前たるを要するや、婚姻後にても可なるやに付ては、議論の餘地かないでもないか、其婚姻の前後を問はないものとするのか通説である（明治四十五年四月十五日民事局長回答）。

一旦嫡母庶子關係が發生したる以後に於て、庶子か其家を去るも、此關係の消滅せざることは、繼親子關係に就いて述べたる通りである。

(三) 嫡母庶子の效力

(1) 嫡母庶子關係は親子間の親族關係と同一なること、繼親子關係と同一である。繼親子關係に付いて述べたる例外規定の適用あることも同一である。

(2) 嫡母庶子關係に於て、庶子は嫡母の夫の庶子であるから、勿論嫡出子たる身分を有しない。又嫡母に對しては嫡出子でも私生子でもないから、庶子は嫡母に對しても庶子たる身分を有するものと解する外ないであろう。

(3) 嫡母庶子間の法定親族關係は必ずしも嫡母庶子の各一身に止まらない。嫡母と庶子の直系卑屬との間に於ても、若し庶子の直系卑屬か嫡母庶子關係發生後に生れ且、嫡母と同一の家に屬する場合ならば此間に嫡母庶子關係に基く法定親族關係は發生するものと解すべきこと繼親子關係と異ならない。

(四) 嫡母庶子關係の發生及び消滅

嫡母と庶子及び其血族との間の親族關係は庶子の父と嫡母との間の婚姻に因つて發生する。

嫡母と庶子との間の親族關係は、

(1) 實父と嫡母との離婚、

(2) 實父の死亡後、生存配偶者たる嫡母の去家に因つて消滅する（七百二十九條二項）。但生存配偶者たる嫡母の去家か本家相續、分家又は廢絶家再興の爲めなるときは、嫡母庶子間の親族關係は消滅しない（七百三十一條、七百二十九條二項）。

去家は當事者の意思に基いて爲さるゝ場合たると、離籍等の如き當事者の意思に基つかずして爲さるゝ場合たるとを問はないことに付ては繼親子關係の發生及び消滅に關して説明したる所を參照せられたい。

第七章 親 權

第一款 總 說

先に屢説述したるか如く、親子には種々の種類がある。即ち血統の連絡ある實親子があり、又血統の連絡なく單に法律の擬制に因る親子がある。實親子にも亦或は婚姻に因つて生れたる嫡出親子あり、或は婚姻外の懐胎に因る庶出親子又は私生親子がある。又法律の擬制に因る法定親子の間に在つても、或は養親子あり、或は繼親子あり、或は嫡母庶子がある。斯の如く我民法上に於ては諸種の親子關係があつて、夫々法律上の取扱を異にする點なきに非すと雖も、亦大體に於て共通の效力か付與せられて居る點もある。

親子關係の效力には種々あつて、今一々茲に之れを説明するを得ないのであるか、試に其著しきものを列擧して見ると、(1)先づ第一に家籍

の關係かある。即ち嫡出子は出生に因つて父の家籍を取得し、父の知れざる子は出生に因つて母の家籍を取得する(七百三十三條)。養子は養子縁組に因つて養親の家籍を取得する(八百六十一條)。(2)親子間には扶養の權利義務かある(九百五十五條以下)。(3)親子間には家督相續權(九百七十條等)、遺産相續權(九百九十四條等)かある。(4)或は婚姻の障礙(七百六十九條)も生ずるし、又(5)親は子に對して各種の同意權を有する(七百七十二條、七百七十三條、八百九條、八百四十三條、八百四十四條、八百四十五條、八百六十三條等)。

斯の如き諸種の親子關係の效力の外、更に親子間に發生する最も重大なる效力かある。親權か即ち是れてある。本節に於ては親子關係の效力として親權を詳説せんとするのである。

親子關係の效力中、親權以外のものに關しては既に諸所に於て説明を了したる所あり、又相續法の研究に譲るべきものもあるのである。

第二款 親權の意義及び性質

親權 (Elterliche Gewalt; la puissance paternelle, autorité paternelle, l'autorité des parents, droit des parents; Parental power) とは父又は母か其家に在る子に對して身體又は財産の監督保護を爲すことを目的とする權利義務の集合である。

(一) 親權は權利にして、且同時に義務である。

親權又は其他の親族法上の權利か原則として權利にして、且同時に義務であることは學說の認むる所であつて疑のない點である。此事は殊に親權に關しては第八百九十九條の例外規定の反對解釋に依つて、法典上の根據を得ることも出来るのであるし、又立法上の理由から之れを考へても、斯く解しなればならない。蓋し若し親權か普通債權法上の權利の如く單純に權利たるに止まるならば、親權者は自由に親權の拋棄を爲すことを得なければならぬ。併し乍ら親權者か自由により親權を拋棄し得るものと爲すときは、子は監護教育を受くるを得ないこととなり、頗る不合理の結果を生ずるであらう。後に述ふるか

如く親権者なきときは後見人が親権者に代はりて子の監督保護を爲すこととなるであろうけれども、後見人の監督保護は親権者なき場合、又は親権者あるも親権者が其親権を濫用するか、或は著しき不行跡ある場合に於て初めて開始すべき止むを得ざる救済策に過ぎないので、固より親権者の監督保護に比すべくもないのである。茲に親権者が親権を抛棄するを許されない立法上の理由が存在するのである。然らば親権は親権者が自己の権利として之れを行使すべきものなりと同時に、義務として之を履行せざるへからざるものと認めなければならぬ。

(二) 親権は権利義務の集合である。

親権は昔時に在つては親か子に對して有する包括的權利であつた。然るに其後、親権は進化して親か子に對して有する個々の權利 (Elterliches Recht, Elternrecht) の集合となり、是等の權利は法律に依つて一々限定せられて居るのであるから、包括的且強力なる昔時の親権と其趣を

異にするのである。

(三) 親権は父又は母か其父又は母たる資格に基きて有する権利義務である。

親権は法律か父又は母に對して、其父又は母たる資格に基いて、當然之れを付與する権利義務である。父又は母か一定の法律行為、又は法律手續を爲すによりて付與せらるゝものではない。父若くは母は子に對して、或は賣買、贈與、其他の法律行為を締結し、其結果、父又は母は子に對して一定の権利義務を有するに至ることかあり得るけれども、是等法律行為に基いて父又は母か子に對して有するに至りたる権利義務は親権を構成するものではない。

(四) 親権は父又は母か其家に在る子に對して有する権利義務である。

親子間の親族關係は親子か家を異にする場合と雖も存在するを原則とする。唯繼親子關係、嫡母庶子關係の例外かあるのみである。

併し乍ら親權は親子か同一の家に屬する場合に限つて認めらるゝ權利である(八百七十七條)。従つて親子か家を異にする場合には其子は親あるに拘はらず親權者を有せざることを以て、親權に代はる後見か開始するのであるか、其父又は母は後見人として其子を監督保護することは可能である。

親子間の扶養義務は單に親子關係の存在するのみを以て足り、親子か其家と同ふすると否かを問はないのであるから、此點に於ても親子間の扶養義務は親權を構成することかない。

(五)親權は父又は母の一方か其子に對して有する權利義務の集合である(八百七十七條、舊民法人事編百四十九條)。

親權は父又は母の一方のみか之れを有するに過ぎない。父母雙方か共同して之れを有するものでない。獨乙民法(千六百二十七條、千六百八十四條)は我民法と同一の立法主義に立つけれども、瑞西民法(三百七十四條)は此點に於て其立法主義を異にするのである。

親權を父又は母の一方にのみ屬せしむるは親權者の子に對する監督保護の不統一に流るゝことを防止せんとするのである。而して親權は父母の中、先づ第一次的に父に專屬し、父か親權を行使すること能はざる場合に於て、第二次的に母に專屬する(八百七十七條、舊民法人事編百四十九條)。

子の婚姻に對する父母の同意權(七百七十二條、七百七十三條)、子の協議離婚に對する父母の同意權(八百九條、七百七十二條、七百七十三條)、子の養子縁組に對する父母の同意權(八百四十四條)、子の轉縁組に對する實家父母の同意權(八百四十五條)、子の協議離縁に對する父母の同意權(八百六十三條、八百四十四條)等の如きは父母雙方か同時に之れを有するを以て、斯の如き同意權は親權中に包含せられない。

(六)親權は父又は母か未成年の子、又は獨立の生計を立てざる成年の子に對して有する權利義務である(八百七十七條)。

従つて父又は母か其子に對して有する權利義務なるも、獨立の生計

を立つる成年の子に對して有する権利義務は親權ではない。従つて扶養義務、子の婚姻又は養子縁組に對する父母の同意權等は此點に於ても親權に屬しない。

(七) 親權は父又は母か子の身體財産を監督保護することを目的とする権利義務の集合である。

従つて親權は直接に子の利益の爲めに存在するものであつて、直接に親の利益の爲めに存在する権利義務ではない。

(八) 親權を構成する個々の権利義務は子に對する私法上の権利義務である。

蓋し親權制度か子に對する私法上の制度たる當然の結果に外ならない。

例へは小學校令第三十二條に依りて學齡兒童を就學せしむべき親權者の義務の如きは、親權者の義務たること疑かないけれども、此義務は親權者か子に對して有する義務に非ずして、國家に對して負擔する

義務なるのみならず、私法上の義務に非ずして、公法上の義務なるか故に親權を構成するものでない。

(九) 親權は必ずしも民法第四編第五章「親權」と題する章中に規定せらるゝ権利義務のみを指稱するものではない。

學者或は民法親族編の親權章下に規定する権利義務のみか親權に屬するものと爲すものかある(岡村博士講義六八一頁、同博士親族法講義要領一九七頁)。

併し乍ら親權を斯の如く狭く解すべき理由はない。苟くも法令中に於て、父又は母か親權者として、又は法定代理人として私法上の行爲を爲すことを規定する場合にして、前示(一)乃至(七)に述べたる性質に抵触せざる以上は、是等の権利も亦親權の内容を構成するに支障かない(積博士大意一二二頁参照)。例へは子の親族入籍の場合に於て親權者たる父又は母か爲す同意權(七百三十七條二項)、父又は母か子又は子の直系卑屬の法定代理人として母又は父に對し、子又は子の直系卑屬の認知を請求する權利(八百三十五條)等は其著しきものに屬する。

(十) 親權を制限する契約の效力

(イ) 「親權ノ如キ人ノ身分上ノ權利ヲ制限スルヲ以テ目的ト爲ス契約ハ公ノ秩序ニ反スルモノニシテ從テ無効ナリトス若シ夫レ個人間ノ契約ニ依リ親ニシテ其子ニ對スル權利ヲ制限セラレタルカ爲メ自己自由ノ意思ニ從テ之ヲ行フコト能ハストセン乎親ノ親タル本分即チ其子ノ教育其身體財產ノ保護監督ヲモ自己自由ノ意思ニ從テ行フコト能ハサルノ結果ヲ生スヘシ夫レ然ラン乎社會ノ秩序ハ整然タラサルニ至リ即チ公ノ秩序ヲ紊亂スルコト喋々ヲ待タスシテ明カナリ故ニ親權ノ行用ハ契約ヲ以テ之ヲ制限スルコトヲ得サルモノトス」(大審院明治三十年第四九七號同三十一年三月十七日民一判決三卷五〇頁)。

(ロ) 「漫ニ親權ニ制限ヲ加ヘ以テ公ノ秩序ヲ害スルモノハ法律ノ許ササル所ナルモ上告人ハ長女「トミ」ト別居異籍ナルコトハ上告代理人ノ自陳スル所ナレハ上告人ハ其女「トミ」ニ對シ親權ヲ行ヒ得ヘキモノニアラサルノミナラス父ト雖モ其未成年ノ子ト利益相反スル行爲ニ付テハ其子ノ爲メ特別代理ヲ選定シ其子ノ財産管理ヲ委任スルハ相當ノ行爲ナリトス故ニ上告人カ其子「トミ」ニ金員ヲ贈與スルコトヲ約シ其債務ヲ完了セサル間ハ「トミ」ノ財産管理ヲ被上告人ニ委任シ且其委任ヲ解除セサルコトヲ約シタルハ敢テ親權ニ制限ヲ加ヘ公ノ秩序ヲ害スルモノト謂フヲ得ス」(大審院明治三十一年第二四七號同年十月三十一日民二判決四輯九卷六七頁)。

人

(五) 「本件ニ於テ確定シタル事實ニ依レハ未成年者杉山萬次郎ハ己ニ父ヲ喪ヒ被上告人まさのハ其實母ニ

シテ家ヲ同フスル者ナリ故ニ被上告人まさのハ未成年者萬次郎ニ對シ親權ヲ行フヘキ者ニシテ所謂自然ノ後見人ナリトス而シテ親權ノ規定タル公ノ秩序ニ關スル規定ニ屬スルヤ疑ナキヲ以テ親權ヲ有スル者ト雖モ契約ヲ以テ豫メ之ヲ拋棄若クハ制限スルコトヲ得ルモノニアラス然ルニ甲第一號附第一條末段ノ契約ハ被上告人まさのト上告人及其他ノ者トノ間ニ於テ未成年者萬次郎ノ後見人杉山榮吉(上告人)ノ任期滿限ニ至リタルトキハ更ニ親族協議ノ上ニテ其後見人ヲ選定スヘキコトヲ約定シタルモノニシテ畢竟被上告人ノ親權ヲ制限スル所ノ契約ニ外ナラサレハ法律上當然無効ナリト謂ハサル可カラス然則被上告人まさのハ該契約ヲ遵守スルノ義務ナキヲ以テ自ら未成年者萬次郎ノ後見人タルコトノ届出ヲ町役場ニ差出スモ不當ニアラス」(大審院明治三十一年第二四六號同年十一月二十四日民一判決四輯十卷三六頁)。

(二) 民法施行前に於ける親權者と後見人との關係

(イ) 子カ未成年ナルトキハ父ハ自然ノ後見人トシテ其監護ヲ爲ス權利ヲ有シ及ヒ義務ヲ負フヘキハ勿論ノコトナレハ特別ノ事情存在シ自ラ子ノ監護ヲ爲スヨリ代人ヲシテ其任ニ當ラシムルヲ以テ相當ト認ムル場合ニハ親權ニ基キ己ニ代ヘテ他人ヲ後見人ト爲シ子ノ監護

ヲ爲サシムルコトヲモ得レハ又他人ヲシテ後見人タラシムル必要ナ
キヲ認ムル場合ニ親族會ノ選任シタル後見人ニ非サレハ何時ニテモ
之ヲ罷免シ自ラ監護ヲ爲スコトヲモ得ルハ條理ノ然ラシムル所ナリ
トス」(大審院明治三十年第三二二號同三十一年三月三日民一判決四輯三卷一三頁)。

(ロ)「母アリテ父ナキ幼者ハ其母ノ親權ニ服シテ他人ノ後見ニ服セサ
ルヲ法則トス但其母カ他人ヲ後見人ニ選定スルコトヲ承諾シ又其意
見ヲ表示スルコト能ハスト雖モ後見人ヲ選定シテ幼者ヲ保護スル必
要アルトキハ格別ナリトス」(大審院明治三十一年第一四五號同年九月十七日民一判決四輯七卷
二四頁)。

(ハ)「母カ自ラ其子ノ後見人トナルモ又ハ他人ヲ其後見人ニ選定スル
モ母ノ權内ニ屬スルコトハ原院説明ノ如シ但母カ自ラ其子ノ後見人
タルコトヲ辭スル場合ニ於テ親族ノ協議ニ依リ後見人ヲ選定スル慣
習ナキニ非サルモ是後見人タルコトヲ辭シタル母カ自ラ後見人ニ他
人ヲ選定セサル場合ニ於テ然リトス云々 母カ自ラ後見人タルコト

ヲ辭シテ他人ヲ其子ノ後見人ニ選定スルハ即チ親權ノ行用ノ一ニシ
テ之レカ爲メ親權ヲ讓渡シ又ハ委任ヲ爲シタルモノニ非ス然レハ母
ハ其選定ノ後ト雖モ後見人ノ權利ニ相觸レサル範圍ニ於テハ仍ホ親
權ヲ行フコトヲ得ヘク又後見人ハ其資格ニ依リ自己自由ノ意思ニ從
テ權利ヲ行フコトヲ得ルモノナリ」(大審院明治三十年第四九七號同三十一年三月十七日民
一判決四輯三卷五二頁)。

(三) 現行民法上の親權と後見權との差異

親權制度も後見制度も共に無能力者の保護を目的とする制度であ
るから、之に關する規定は大同小異てなければならぬ。然し乍ら親
權者は親子自然の愛情に基いて其子の保護を爲すけれども、後見人は
無能力者に對して斯の如き自然の愛情を有するものではないから、法律
は親權者に對して其監督を寛大にし、後見人に對しては其干涉を嚴格
にしなければならぬ。是れ即ち親權法と後見法と其差異を生ず
る根本思想である。例へば、

(1) 親権者には親権監督人を設けないけれども、後見人には後見監督人を設け其職務を法定して居る(九百十五條)。而して後見人が就職當初に於て被後見人の財産の調査及び其目録の調製を爲すには後見監督人の立會を強制せられ、之に違反するときは親族會は後見人を免黜することを得る(九百十七條二項三項)。又後見人が被後見人に對して債權を有し、又は債務を負ふときは前示の財産調査に著手する前に之を後見監督人に申出てなければならぬのであるか、之に違反するときは其債權を失ふし(九百十九條一項二項)、又其債務の申出を爲さざるときは親族會は其後見人を免黜することを得る(九百十九條三項)。而して後見終了の場合には後見の計算は後見監督人の立會を以て爲さねはならないし(九百三十八條一項)、後見人の更迭の場合に於ては後見の計算は親族會の認可を得る必要がある(九百三十八條二項)。

(2) 親権者には(1)に述べたるか如き就職當初の財産の調査及び財産目録の調製を必要としないのに、後見人には其義務が課せられる(九百十

七條)。

(3) 親権者には毎年子の財産状況を親族會に報告する義務がないのに、法定後見人以外の後見人には此義務が課せられて居る(九百二十八條)。

(4) 親権者は子の財産の管理権を行使するには自己の爲めにする同一の注意を以て之を爲せは足るのであるか(八百八十九條)、後見人は善良なる管理者の注意を以て其事務を處理しなければならない(九百三十六條、六百四十四條)。

(5) 後見人は其就職の當初に於て親族會の同意を得て被後見人の生活、教育、財産管理の爲め歳費の豫算を作成する義務があつて、之を變更するには亦親族會の同意を必要とする(九百二十四條)。親権者には斯の如き義務がない。

(6) 後見人は其就職當初に於て被後見人の爲めに受取りたる金銭を親族會の定むる一定額に達したるとき、親族會の同意を得たる場所に之を寄託する義務を負ふ。後見人が寄託を爲さるときは其法定利

息を支拂ふ義務を負ふ(九百二十七條)。然るに親權者には斯の如き義務がない。

(7) 後見人は被後見人の資力、其他の事情に依り被後見人の財産中より相當の報酬を受ける權利を有する(九百二十五條)。然るに親權者は斯の如き報酬請求權を有しない。又親權者は子の財産の収益權を有し、養育費用、管理費用を自辨する義務がある(八百九十條)。後見人には斯の如き權利義務がない。

(8) 親權終了したるときは親權者は遅滯なく、其管理の計算を爲すことを要する(八百九十條)。然るに後見人の任務が終了したるときは後見人又は其相續人は二ヶ月内に其管理の計算を爲すことを要する(九百三十七條)。然かも其計算には後見監督人の立會を必要とする。後見人の更迭ありたるときは後見の計算は親族會の認可を得ることを要する(九百三十八條)。

(9) 親族會の監督は後見人に對しては親權者に對するよりも嚴重て

ある。之に關しては第八百八十六條、第八百八十八條、第八百七十八條、第九百二十一條、第九百十七條、第九百十九條、第九百二十四條、第九百二十六條乃至第九百二十九條、第九百三十一條乃至第九百三十四條、第九百三十七條、第九百三十八條第二項を參照せられたい。

第三款 親 權 者

子は第一次的に其家に在る父の親權に服する。父か知れざるとき、死亡したるとき、家を去りたるるとき、又は親權を行ふこと能はざるときは第二次的に其家に在る母か之れを行ふ(八百七十七條一項二項)。

羅馬法に於ては親權は父に專屬し、之れを父權と稱した。父權は其目的専ら父の利益を圖るに存し、子の利益を眼中に置かない。然れども親權か其後進化して専ら子の利益を圖ることを目的とするに及んては、親權を子の保護者たる母にも歸屬せしむるに至るのは極めて當然のことである。唯、親權をして父又は母にのみ專屬せしむるを相當

とすへきか、或は父母をして共同してのみ之れを行使せしむるを相當とすへきかの問題か残存するに過ぎないのである。

親権か父又は母の中の一人に専屬することゝしたのは、子の監督保護の不統一を防止せんと欲するのであるか、之を父たらしむへきか、母たらしむへきかに就いては攻究の餘地がある。我法典か先づ第一次的に父を親権者と爲したるは、父を親権者たらしむることか、大體に於て諸種の方面に利益なりとしたのである。

親権は父又は母の一人に専屬せしめ、同時に二人以上の親権者を設くることを得ないのであるか、親権の一部か父に屬し、同時に其の他の部分か母に屬することは必ずしも法律の禁止する所でない。即ち後に述ふるか如く、父か其子の財産に對する管理の失當に因り、其子の財産を危くしたるときは、裁判所は子の親族又は檢事の請求に因り、其管理権の喪失を宣告することを得るのであるか(八百九十七條一項)、父か斯の如き宣告を受けたるときは其管理権は其家に在る母か之れを行ふの

てある(同條二項)。然るときは親権中、子の財産の管理権は母に屬し、其他の權利は父に屬するわけである。母か親権者たるとき母は財産の管理権を拋棄すること許さるのであるから(八百九十九條)、此場合は其財産管理の點に就いて後見か開始し、其他の親権に關しては母か親権者として止まる。然るときは、親権者と後見人とか併存することゝなる。

親権の主體は父としては實父たると、養父たると、繼父たるとを問はない。又母としては實母たると、養母たると、繼母たると、嫡母たるとを問はない。苟くも子と家と同ふする以上は、其子に對して皆親権を享有し得るのである。唯、同一の家に於て是等諸種の父又は母か同時に共存する場合に關して法律は何等の規定を設けざりしを以て頗る疑がある。親権の共同行使を許容せざることか我民法の主義であること見なければならぬのであるから(八百七十七條)、是等各種の父又は母か一家に共存する場合に於ては、各種の父又は母をして共同して親権を行

使せしむべきものと解すべき理由かない。蓋し斯の如きは法律か監護の不統一を慮り、親権を一人に専屬せしめたる主義に反するからである。従て何れかの父又は母一人をして親権者たらしむべきものと解するの外はない。而して其何れの父又は母をして親権者たらしむべきかを決定するのは頗る困難の問題であるけれども、實父母は親権者として繼父母、又は嫡母より適當であるから、實父母と繼父母、又は嫡母と一家に共存する場合に於ては、親権の性質上實父母か繼父母又は嫡母に優先して親権者たるものと解するのが正當である。蓋し斯の如く解することは民法か親権制度を設けて子を保護せんとする趣旨に最も適當するからである。即ち繼子に繼父母と實父母とある場合に於ては、實父母か親権者となり、庶子に嫡母と實母とある場合に於ては、嫡母か親権を行ふものと解すべきである（同說仁井田博士前掲二九二頁、島田學士親族法三五二頁、反對說、東京地方大正九年第三號同年十月二十七日民一決定法律評論九卷民法九九〇頁、梅博士民法要義四卷三四九頁、名古屋地方明治四十二年第七九號判決法律新聞五八〇號一五頁、光州地方法院順天支廳

大正十四年民第九五五號判決法律評論十四卷民法九五八頁、明治三十五年三月十五日法曹會決議法曹記事一二四號八頁）。同一の理由に依り實母と繼父とある場合に於ては實母か親権を行ふべきものであらう（反對大正十五年十一月四日法曹會決議法曹雜誌四卷十二號九〇頁）。

又一家に養父母と實父母と共存する場合に於ては、養子は實父母の支配監護を離れて、養父母の支配監護の下に立つに至つたものであるから、此場合に於ては養父母か實父母に優先して其親権者たるべきものと解すべきであらう（大正八年九月十九日民事局長回答法曹記事二十九卷十號八三七頁、大正七年十一月二日法曹會決議同誌二十八卷十一號九五二頁參照）。

繼父母又は嫡母か親権を行使するには後見人と同様の制限、監督の下に立たねはならない（八百七十八條）。是等の者を後見人と稱しないのは從來の慣例に従つたのである。是等の者か親権を行使するには前示の如く其監督機關として後見監督人の規定を準用する結果として、親権監督人を設置する必要がある。

養父の後妻、即ち養子の繼母は其家に入りたる養子の實父母に先つ

て養子の親権者となるものと解する外はない。

「民法第八百七十七條ニハ子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服スヘク父カ知レス又ハ死亡シ又ハ家ヲ去リ若クハ親權ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母ノ親權ニ服スヘキ旨ヲ規定シ其父母カ實父母タルト養父母タルト將タ又繼父母タルトニ付キ區別ヲ爲サス一ニ其家ニ在ル父又ハ母ノ親權ニ服スヘキモノト爲シ且養子ハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得シ又縁組ニ因リ養親ノ家ニ入ルモノト爲セル民法第八百六十條第八百六十一條ノ法意ニ照シテ之ヲ觀レハ養子ハ實父母ノ親權ニ服スルモノニアラスシテ養親ノ親權ニ服スルモノト謂フヘク即チ第一ニ養父ハ親權ヲ行ヒ養父カ知レス又ハ死亡シ又ハ家ヲ去リ若クハ親權ヲ行フ能ハサルトキハ第二ニ養母之ヲ行フヘク其以前養父カ後妻ヲ娶リタルトキハ後妻即チ繼母ハ親權ヲ行フヘキモノトス故ニ養家ノ繼母ハ子ノ實父アルトキト雖モ親權者トナルモノニシテ繼母カ親權者ナル以上ハ實父カ其家ニ入リタルノ一事ニ因リ當然親權ヲ喪失スルモノニアラサルナリ繼父母ト實父母トハ子ニ對スル愛情ニ於テ厚薄ナキニアラスト雖モ民法第八百七十八條ニ於テ繼父母ノ親權行使ニ制限ヲ加ヘタルヲ以テ子ノ受クヘキ不利益少カルヘク且民法第八百七十七條ハ實父母養父母及ヒ繼父母間ニ親權行使ニ付キ前後ノ順位ヲ設ケサルヲ以テ養子カ縁組ニ因リ養家ニ入リタル以上ハ養父母又ハ其家ノ繼父母ノ親權ニ服セサルヲ得サルナリ故ニ本件ニ於テ原院カ石原義廣カ石原八右衛門及同トヲト

養子縁組ヲ爲シ其家ニ入リタル後養母トシテ其家ニ入リタルヲ以テ義廣ハ繼母タル上告人ノ親權ニ服スヘキモノニシテ實父民三郎ハ親族入籍ニ因リ其家ニ入リタリトテ上告人ハ親權ヲ失フヘキモノニアラスト判示シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」(大審院大正七年才第九八七號同年十二月二十四日民一判決二十四輯二四一九頁)。

次に大審院は父の妻に非ざる母の親權に關して次の判例を與へて居る。

「民法第八百七十七條第二項ニハ父カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フトアリテ父ノ妻ニ非サル母ヲ除外セサルノミナラス私生子ノ母ト雖モ親權ヲ行フヲ得ルコトハ父ノ知レサルトキトアルニ依リテ寔ニ明瞭ナリ故ニ父ノ妻ニアラサル母モ子ト家ヲ同フスルトキハ同項規定ノ場合親權ヲ行フコトヲ得ルハ勿論ナリトス二人以上ノ父若クハ母ノ順位ニ關シ民法中何等ノ規定ナキハ被上告人ノ所論ノ如シト雖モ唯其規定ナキヲ以テ父ノ妻ニ非サル母ハ親權ヲ行フコトヲ得

サルモノナリト謂フヘカラス」(大審院明治三十八年才第三六號同年四月二十日民一判決十一輯五四七頁)。

父の知れざるるときとは私生子か未だ父の認知を受けざる場合の如きを謂ひ、父か家を去りたるるときとは父か入夫又は養子なる場合に離婚又は離縁に因りて其家を去るか如き場合を謂ひ、父か親権を行ふこと能はざるるときとは事實上又は法律上の理由に因りて親権行使の不能なる場合を謂ふ。即ち父か永続的の不在者なる場合の如き、父か心神喪失の常況に在る場合の如きは事實上の不能に屬し、父か親権喪失の宣告を受けたるとき(九百八十六條)の如きは法律上の不能に屬する。父か準禁治産者なる場合に於ては親権を行使することを得べきや否や學說頗る岐れて居るのであるか、通説は準禁治産者は親権を行使することを得ないものと解する。

準禁治産者は親権を行ふを得ずと爲す説は、

- (1) 長野地方裁判所明治四十四年十月十日判決法律新聞四十四年十一月十日七五一號二四頁

(2) 大審院明治三十九年四月二日民二判決十二輯十卷五五三頁

(3) 大審院明治四十四年十一月二十七日民二判決十七輯二十七卷一〇二七頁

(4) 法曹會決議明治四十年四月十三日法曹記事十七卷四號二七頁

(5) 牧野博士日本親族法論三七七頁

(6) 鈴木虎雄氏法律新聞四十四年十一月二十日七五三號五頁

(7) 東京控訴院明治三十九年八月二十八日判決法律新聞三七八號二〇頁

(8) 法務局長回答大正四年二月十日霜山學士類纂一五五頁

準禁治産者は親権を行ふを得るものと爲す説は、

(1) 東京控訴院明治四十四年六月二十二日判決法律新聞四十四年八月二十五日七三六號二〇頁

(2) 梅博士最近判例批評法學志林九卷五號四二頁

(3) 穗積博士「禁準治産者ト親權」法學協會雜誌三十卷四號五九九頁以下

(4) 民刑局長回答明治三十六年二月二十八日法曹記事百三十七號五一頁

此點に關する大審院の判例は次の如くである。

- (イ) 「民法第百二條ニ代理人ハ能力者タルコトヲ要セストアルハ委任ニ因ル代理ト法定代理トヲ區別セ

ス一般ニ通スル原則ヲ規定シタルモノナレトモ之ニ反スル別段ノ規定アル場合ニ於テハ其特別ノ規定ニ從ハサル可カラス民法親族編ノ規定ヲ按スルニ第八百九十五條及ヒ第九百三十四條第二項ニ依レハ未成年者ハ自ラ親權ヲ行フコトヲ得ス其未成年者ノ親權者又ハ後見人代ハリテ之ヲ行フモノトシ又第九百八條ニ依レハ禁治産者又ハ準禁治産者ハ後見人タルコトヲ得サルモノトセリ此等ノ規定ヲ推シテ立法ノ趣旨ヲ考フルトキハ未成年者ノ父又ハ母カ禁治産者ナルトキハ又親權ヲ行フコトヲ得サルモノト解スルヲ當然トス蓋シ代理人ノ能力者タルコトヲ要セサルヲ原則トスル所以ハ代理行爲ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生シ代理人ニ其效力ヲ及ホスコトナキヲ以テ代理人ト爲リタル無能力者ノ保護ヲ缺クノ虞ナケレハナリ然レトモ無能力者ノ爲メニ設ケタル法定代理ノ規定ハ實ニ本人カ無能力ナルノ故ヲ以テ其本人ヲ保護スル爲メニ定メタルモノナレハ若シ此場合ニモ代理人ノ能力者タルコトヲ要セストノ原則ヲ適用シ無能力者ヲシテ他ノ無能力者ヲ代理セシムルコトヲ得ルモノトセハ爲メニ代理人ト爲リタル無能力者ノ保護ヲ缺クコトナキモ本人タル無能力者ノ保護ハ之ヲ全フスルコトヲ得スシテ其本人保護ノ必要上設ケタル立法ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヤ明ケシ是レ如上數個ノ法條ニ於テ親權者又ハ後見人ハ能力者タルコトヲ要スル趣旨ヲ明ニシタル所以ニシテ父又ハ母カ禁治産者又ハ準禁治産者ナル場合ニ付テハ明文アルニ非スト雖モ特ニ之ヲ除外シテ親權ヲ行フコトヲ許シタルモノト解スルヲ得ス若シ其明文ナキ故テ

以テ反對ニ解スヘキモノトセンカ子ヲ有スルマデニ成長シタル未成年者スラ尙親權ヲ行フコトヲ得サルニ反シ心神喪失ノ常況ニ在ル禁治産者ハ却テ右未成年者ニ代ハリテ親權ヲ行フコトヲ得ルカ如キ奇觀ヲ呈シ又法律ハ禁治産者又ハ準禁治産者ノ保護ノミニ厚フシテ其子ノ保護ハ毫モ之ヲ顧ミサルカ如キ不當ノ主義ヲ採リタルモノト爲ルニ至ラン斯ノ如キハ到底之ヲ是認スルコトヲ得サルナリ而シテ禁治産ノ宣告アリタルトキハ第九百條第二號ニ依リ後見開始セラレルモ其後見ハ禁治産者ノ法定代理ニシテ其子ノ法定代理ニアラス且禁治産者ニ代ハリテ親權ヲ行フコトヲ得ル旨ノ規定アルヲ見ス故ニ父又ハ母カ禁治産者又ハ準禁治産者ナルトキハ親權ヲ行フコトヲ得サルモノニシテ他ニ親權ヲ行フモノナキトキハ第九百條第一號ノ所謂未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキトキニ該當シ後見ノ開始アルヘキモノト謂フヘシ

〔大審院明治三十八年才第六一七號同三十九年四月二日民二判決十二輯五五三頁〕。

(ロ)「按スルニ民法ハ第八百九十六條第八百九十七條ニ於テ父母ノ親權喪失ノ原因ニ付キ特ニ規定ヲ設ケ父又ハ母カ親權者トシテノ絶對無能力ノ原因ニ付キ何等規定スル所ナシト雖モ其場合アルヘキコトヲ豫想シ民法第八百七十七條第二項ニ於テ「父カ知レサルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ」ト規定スル所ナリ然レトモ民法ハ其所謂「親權ヲ行フコト能ハサル場

合」ヲ具體的ニ明示セサルヲ以テ父ハ如何ナル場合ニ於テ親權ヲ行使スルコト能ハサルモノトスヘキヤハ解釋ノ問題ニ屬シ該規定ノ精神ノ存スル所ヲ參酌シ其然ルヤ否ヤヲ判斷スルハ裁判所ノ職責ニ屬スルハ論ヲ俟タス而シテ民法第八百七十七條ニ「親權ヲ行フ能ハサルトキ」トアルハ父カ疾病其他ノ理由ニ因リ事實上親權ヲ行使スルコト能ハサル場合ハ勿論、其精神上身體上ノ障礙ニ因リ親權者タルノ能力ナキコトカ既ニ明確ナル場合ヲ包含シ特別ノ宣告ヲ要セスシテ之ヲ除外スルノ趣旨ナリト解スヘキモノトス其一例トシテ父禁治産ノ宣告ヲ受ケタル場合ヲ指定スルヲ得ヘク父カ準禁治産ノ宣告ヲ受ケタル場合モ亦其一ニ居ルモノトス夫レ禁治産ハ其宣告ヲ受ケタル禁治産者ヲ後見ニ付スルノ效力ヲ生シ禁治産者ハ一方ニ於テハ心神喪失ノ常況ニ在リ他方ニ於テハ已レ自ラ他人ノ後見ヲ受クヘキ地位ニ在ルヲ以テ其子ノ爲メニ親權ヲ行フニ適セサルノミナラス之ヲ行フコト絶對ニ不可能ナル場合往々ニシテ之アルヲ以テ親權者トシテノ適格ヲ有セサルハ論ヲ俟タス準禁治産者ノ能力欠缺ハ禁治産者ノ如ク甚シキニ至ラスト雖モ其親權者トシテノ適格ヲ有セサルハ禁治産者ト撰フ所ナシ抑準禁治産者ハ自ラ其財産ヲ管理スルノ完全ナル能力ヲ享有セサル所ニシテ自己ノ財産ヲ管理スルノ能力ヲ缺如スル所ノ準禁治産者ト雖モ親權者トシテハ其子ノ財産ヲ管理スルノ完全ナル能力ヲ有スヘシトセハ是レ矛盾ノ甚シキモノト謂ハサルヘカラス立法者カ無能力者ノ利益ヲ保護スルニ極メテ周到ナル注意ヲ用ヒタルハ民法ノ規定ニ付キ歷々之

ヲ徵スルコトヲ得ヘク無能力者ノ利益ヲ保護スルニ於テ然カク專心ナル立法者カ親權者トシテ子ノ財産ヲ管理スルノ能力ナキコトカ既ニ明確ナル父ヲ事前ニ於テ親權ノ行使ヨリ排斥スルコトヲ爲サスシテ管理ノ失當ニ因リ其子ニ損害ヲ與ヘタル場合ニ於テ其管理權ヲ奪ヒ僅ニ事後ニ於テ之カ救済ヲ與フルカ如キハ無能力者保護ノ精神ニ背反スルモノト謂ハサルヘカラス斯ノ如キハ決シテ立法ノ趣旨ナリト謂フコトヲ得ス加之準禁治産者ハ假令事實上ニ於テ親權ヲ行フコトヲ得ルニモセヨ心神耗弱者啞者盲者浪費者ノ徒ニシテ何レモ完全ナル人格ヲ享有セサルモノニ係リ準禁治産者トシテ宣告ヲ受クルニ至リテハ其身ヲ處理スルニ必要ナル堅確ノ意思ト明快ノ智識スラ之ヲ缺クモノト認メサルヘカラサルヲ以テ自己ノ行爲ニ付キ後見ニ付セラル、ニ至ラサルモ尙其子ノ身上ニ關シ監護扶育ノ重任ヲ果タスノ能力ヲ有セサルモノト斷定セサルヘカラス從テ親子間自然ノ愛情ヲ以テスルモ到底其子ノ利益ヲ保護シ之ヲシテ圓滿ナル發達ヲ遂ケシムルニ足ラサルハ多言ヲ要セスシテ明カナリ果シテ然ラハ準禁治産者モ亦親權ヲ行使スルノ能力ヲ缺クモノト謂フヘク準禁治産者カ其子ヲ代表シテ爲シタル法律行爲ハ絶對ニ無効タルヲ免レサルモノトス是レ當院判例ノ存スル所以ナリ而シテ本件上告人章市ヲ代表シテ貸借契約抵當權設定契約ヲ締結シタル坂口元治ハ其當時準禁治産ノ宣告ヲ受ケタルモノナルコトハ原院カ事實トシテ確定シタル所ニシテ其貸借契約竝ニ抵當權設定行爲ノ無効ナルハ前顯説明ノ如クナルヲ以テ第一審裁判所カ其

無効確認ト抵當權登記ノ抹消ヲ求メタル上告人ノ請求ヲ是認シタルハ相當云々(大審院明治四十四年十一月二十九日民二判決十七輯七二七頁)。

禁治産者か親權を行使し得るや否やに關しても亦争かあるけれども、通説は禁治産者は親權を行使し得ないと解するのである(同説前掲大審院判決、前掲法曹會決議、穂積博士前掲論文、仁井田博士二八七頁、反對梅博士前掲批評)。

父か未成年者なるときは、其未成年者たることか親權者即ち親權の主體たる妨げとはならない。併し乍ら、其親權の行使者たることは出來ない。其父の法定代理人か其未成年の父に代はりて其親權を代理行使するのである(八百九十五條、九百三十四條二項)。従つて祖父母(又は後見人)か未成年の父に代はりて其孫に對し親權を行使するのである。

第四款 親權に服する者

親權に服する者は其家に在る未成年の子又は獨立の生計を立てざる成年の子である(八百七十七條)。而て苟も子たる以上は其子が嫡出子な

ると、庶子なると、私生子なるとを問ふことかない。又實子なると養子なると、繼子なるとを問ふことかない。

子にして親權に服せざるは獨り、獨立の生計を立つる成年の子に限る。獨立の生計を立つるとは自己の資産又は勞務に依りて生活する者、即ち生活の資料を父母に仰かざる者、換言すれば父母の扶養を受けざる者を謂ふ。斯の如く獨立の生計を立つる能はざるものは成年と雖も父又は母の親權に服せざるを得ないのであるか、民法か親權の效力として規定する所を見るに殆んど總てか未成年の子に對する親權の效力であつて、成年の子に對する親權は單に懲戒權(八百八十二條あるに過ぎない。従つて成年の子に對する親權の效力は殆んど有名無實の觀を呈するを免れない)。

「成年ニ達シタル子ト雖モ其家ニ在ル父ノ親權ニ服シ父ノ死亡シタル場合ニ於テハ家ニ在ル母カ親權ヲ行フコトハ民法第八百七十七條ニ規定スル所ナレハ佐保博士カ獨立ノ生計ヲ立ツルノ事實ナキ以上ハ假令成年ニ達セル今日ニ於テモ依然其家ニ在ル母タル上告人ノ親權ニ服スルモノナルヲ以テ右親權喪失ヲ

第五款 親權の要件

親權の成立するか爲めに必要な要件は前に示したる親權の性質に徴して殆んど自ら明白であつて、特に茲に新に説明を必要とするものかないのであるか、念の爲め一應の説明をして置きたい。

(一)親權の成立する爲めには親子關係の存在することか必要である。蓋し親權は親か子に對して有する權利義務の集合であるからである。

親子關係の發生原因は子の種類の異なるに従つて必ずしも同一でないこと亦從來説示したる通りである。即ち嫡出子は出生に因りて當然其父母との間に親子關係が發生する。庶子は出生のみに因りて當然其父との間に親子關係を發生せず、父の認知に因りて初めて父子

關係が發生する。私生子と母との間の親子關係は出生に因りて當然發生するけれども、棄兒の如きは母の認知をも必要とする場合か生ずるのであらう。養子は養子縁組に因つて養親との間に親子關係が發生し、繼子は繼親と實親との婚姻に因つて繼親子關係が發生し、嫡母と庶子間の親子關係も亦嫡母と庶子の父との間の婚姻に因つて其間の親子關係が發生する。

以上に列擧する原因に因つて親子關係が成立したるときは、其親子間に親權關係が成立するのである。

(二)親權の成立するか爲めには親子が同一の家に屬することを必要とする。

親子が同一の家に屬する以上は、親か戸主たるご家族たるごを問はない。子か戸主にして親か家族たる場合と雖も尙、子は其親の親權に服する。

嫡出子は出生に因りて當然父の家に入る(七百三十三條一項)。私生子は母

の家に入る(同條二項)併し乍ら家族の庶子、私生子は戸主の同意あるに非されは其家に入るを得ない。庶子か父の家に入るを得るときは母の家に入る(七百三十五條)。以上何れの場合に於ても、苟も親子か同一の家に屬する以上は親權か成立するのである。其他、轉籍、即ち縁組(八百六十一條)、轉縁組(八百四十五條)、復籍(七百三十九條)等の場合、入籍、即ち親族入籍(七百三十七條)、引取入籍(七百三十八條)、分家入籍(七百四十三條二項三項)、授爵入籍(明治三十八年三月十三日法律第六十二號戸主ニ非サル者爵ヲ授ケラレタル場合ニ關スル件一條)、隨伴入籍(七百五十條三項、七百六十三條、七百六十四條)等の場合に親子か同一の家に屬するに至るときは親權か發生する。

(三)子か未成年者なるか、獨立の生計を立てざる成年者たることを必要とする。

是れに關しては親權に服する者に關して既に説明したる所である。

第六款 親權の效力

親權は子の身體に關する權利義務と、子の財産に關する權利義務とに區別するを得る。

子の身體に關する權利義務は之れを(1)監護教育權、(2)懲戒權、及び(3)未成年の子に代はりて其戸主權及び親權を行ふ權に分つこ 可出來る。而して監護教育權は其中に、(イ)居所指定權、(ロ)子の引渡請求權、(ハ)職業許可權、及び其取消權、及び(ニ)未成年の子の兵役出願許可權を包含する。

子の財産に關する權利義務は、(1)管理權、(2)代理權、(3)同意權、及び、(4)収益權に區別する。

第一項 子の身體に關する權利義務

第一 監護教育權

關係法條

八百七十九條、八百十二條

獨千六百二十七條、千六百二十八條、千六百三十一條

瑞二百七十二條、二百七十五條乃至二百七十七條

佛二百三條

參考文獻

藥師寺學士「幼兒引渡請求權」法曹記事大正八年二十九卷七號五一七頁
以下

菅原博士「子の引取請求權」法學論叢十二年七卷四號四八七頁

(一) 意義及び性質

監護(Beaufsichtigung, Sorge, Protection)とは監督保護の意であつて、子の身體及び精神の發達を監督し、之れに危害又は不利益の發生したる場合に於ては之れを防衛保護することを謂ひ、教育(Erziehung, elevat, Education)とは教導養育の意であつて、子の身體及び精神の發育完成を企圖する行爲である。即ち教育は子の智育、德育、體育の完成を目的とする行爲である。

換言すれば監護は子の身體及び精神の發達を目的とする消極的行爲であり、教育は子の身體及び精神の發達を目的とする積極的行爲である。従つて監護と教育とは一種の行爲の兩面であり、表裏であり、兩輪である。此兩種の行爲は其一個のみを以ては其目的を達し難い。

監護と教育と相倚りて始めて其目的を達するを得るのである。而して監護教育行爲は極端なる場合に於ては之れを區別することか容易であるけれども、具體の場合に於て或る種の行爲か果して此兩者中の何れに屬するかを知り難き場合もあるべく、或は一個の行爲か此兩者の雙方に屬することも有り得るであらう。

監護か子の身體に對して行はるゝ實例としては子の發病の豫防及び治療、特に子の喫煙、過食其他の不攝生に基く發病の豫防及び治療、傳染病防禦、不良少年等の誘惑、誘拐に對する防衛、自瀆行爲の豫防矯正等あるべく、子の精神に對して行はるゝ實例としては低級文藝書の耽讀の禁止、淫猥圖書の獲得の防禦等かあるてあらう、

又教育か子の身體に對して行はるゝ實例(體育)としては運動會の參加、登山、水泳、スケート、スキー、乗馬の練習、若くは柔道、劍道、弓術の稽古等の勵行、野球、フットボール、庭球、ゴルフの獎勵もあるてあらう。子の精神上(智育、德育)の教育としては、學校教育、佛教、基督教の訓育、博覽會見學、講演會の出席、修學旅行の參加等として表はれ來るてあらう。

民法第八百七十九條には「親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ爲ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ」と規定して居る。而して此監護教育の權利は監護教育權と稱すへき一種の權利なるか、監護權及ヒ教育權と稱する別個の二種の權利なるか疑がある。或は(1)之れを一種の權利と爲すものかあり(藥師寺學士前掲論文)、或は(2)之れを監護權及ヒ教育權と謂ふ別個の權利なりと解するものかあり、(奥田博士日本親族法論二二〇頁、梅博士民法要義卷之四、二〇八頁、岡村博士親族法講義要領二〇〇頁等)、或は(3)一個の權利なりや、二個の權利なりやに關して無關心の者もある(大審院判決二四輯六一四頁後述參照)。併し乍ら子の監護及ヒ教育は子の精神上及ヒ身體上の發達

を企圖する行爲の消極的及ヒ積極的の兩面に過ぎない。従つて之れを二個の權利に分割するときは、例へば、民法第八百十二條及ヒ第八百十九條の如き場合に於ては此二種の權利が各、別人に歸屬することとなり、子の監護教育の方法に矛盾衝突を惹起する虞があり、斯くては法律か子の利益の爲め此權利を設定したる立法趣旨を貫徹するを得ないのてあるから、監護教育權を包括的、不可分の一個の權利と解する説が正當である。此説を採るときは、民法第八百十二條及ヒ第八百十九條に於て單に監護と規定し、監護教育と規定せざる理由を解し得ざる弊あるか如くに見える。併し乍ら右兩條の監護は之れを廣義に解し、監護教育を包含するものと解するを妨げないとする。

獨乙民法第六百三十一條に依れば子の監護權(Vormundschaft)は子の監護(Sorge)及ヒ教育(Erziehung)を包含すること明瞭である。瑞西民法第二百七十五條第二項には子の教育權を規定して居るけれども其以外に監護權を規定する所がない。而して學者は教育權の内容として監護を包含せらるるものと説明し