

# 資 料

## MISCELLANEOUS

私生子ノ分娩費及ビ養育費ノ負擔

ニ就テ ..... 教授 外岡茂十郎

野間五造氏著 立法一元論ヲ讀ム ... 助教授 中村彌三次

「ラスク」の改訂「法律哲學」.....

..... 法學部助手 和田小次郎

「勞働協約の法學的構成」に對する

増損及び訂正 ..... 教授 中村萬吉

隨筆 虛心觀 ..... 講師 岡田朝太郎

# 私生子ノ分娩費及ビ養育費 ノ負擔ニ就テ

—改正要綱ノ一批判—

外岡茂十郎

---

I. 私生子問題トニツノ立法主義—II. 私生子問題ト改正要綱—III. 大  
審院ノ見解—IV. 私生母子關係ノ發生—V. 扶養義務履行順位ノ問題—  
VI. 父ノ認知ト子ノ家籍ノ變動—VII. ミツノ異説—VIII. 親權者トシ  
テノ養育費ノ負擔—IX. 養育費ト分娩費—X. 家族制度ノ殘骸的規定.

---

## I. 私生子問題トニツノ立法主義

“A bastard is considered by the law to be *filiius nullius*, and has legally no kindred except his own descendants. Therefore he can not inherit any property from his natural father or mother or any of his natural relatives, or they from him.”  
レハ Terry ガ英法ニ於ケル illegitimate child or bastard 私生子 (嚴格ニ言ヘバ婚姻外ノ子若クハ非嫡出子デアルガ、其ノ用語ハ) (未ダ熟シテ居ラナイカラ暫ラク從來ノ例ニ從フ。以下之ト同様。) ノ地位 *filiius nullius* (The son of no one. 親無シ子) ヲ説明シタ文句デアル (The Common Law, p. 126)。“In the province of family law our first code rejects all fictions, places in the foreground

the true state of affairs, actual parentage, accustoms people to truth-telling, frees them from superstitions, not in words but in fact, places all the children on an equal footing as regards their rights, without distinction of birth, and enables them easily to make use of this equality. . . . In the first place, no distinction is drawn between legitimate and illegitimate relationship.” コレハ 1917 年10月ノ革命ニ依リ建設セラレタル「ロシア聯邦ソヴイェット共和國」ガ、從來ノ資本主義ニ基ク社會萬般ノ制度組織ヲ破壊シテ、1918年9月16日ニ發布シタ「ロシア聯邦ソヴイェット共和國第一法典」ニ於ケル私生子ノ地位ヲ聲明シタ文句デアル (The Contemporary Review, no. 651, pp. 410, 417,) [註一]。

私生子ニ關スル此ノ二ツノ説明ヲ對比スルトキ、吾々ハ私生子ヲ法律上如何ニ取扱フベキカト云フコトニ關シテ、全然其ノ立場ヲ異ニスル二ツノ主義ガ存スルコトヲ知ルデアラウ。即チ一ハ、婚姻尊重ノ風紀論ニ由來スル嫡出子優遇主義デアリ、他ハ、親ノ因果ヲ罪ノナイ子ニ報ユラシメテ之ヲ「野合ノ子」又ハ「亂倫ノ子」トシテ蔑ムコトヲ非トスル人道論ニ基ク嫡出子私生子同等主義デアル。而シテ近代文明諸國ニ於ケル立法ノ傾向ハ、大體ニ於テ、嫡出子優遇主義ガ嫡出子私生子同等主義ニ依ツテ置キ換ヘラレヨウトシテ居ルト云ヒ得ル。少クトモ、嫡出子優遇主義ヲ嚴格ニ採用シテ居ツタ國ニ於テモ、嫡出子私生

子同等主義ニ基ク主張ガ漸次容レラレテ來テ居ルコトハ看過スベカラザル事實デアル。翻ツテ、我現行民法ニ於ケル私生子ノ地位ヲ觀ルニ、必ズシモ、西洋諸國ニ於ケル私生子ノ地位ヨリモ劣ツテ居ルトハ謂ハレナイ。併シ、ソレハ、人道主義ノ立場カラ由來シタモノト云フヨリモ、寧ロ、「女ノ腹ハ借り物」ト云フ思想ニ基ク封建的立法ノ形骸ト觀察サレ得ル場合ガ多イイヤウデアル。

臨時法制審議會ハ大正八年以來慎重ナル審議ヲ經テ、昨冬漸ク民法親族篇相續篇ノ改正要綱ヲ議了シタ。審議ノ内容ハ、勿論吾々局外者ノ知り得ベキ限りデハナイガ、「私生子問題」モ大イニ論議サレタ題目ノ一デアツタコトハ之ヲ想像スルニ難クナイ。蓋シ「吾々が家族ヲ養ヒ得ル状態ニ達スルマデ結婚ヲ制シ、而カモ其ノ期間完全ニ道德的の行爲ヲ守ル」コトガ望マレヌ限リ、近代文明ノ向上ハ一面私生子ノ發生スル場合ヲ益々増加セシムルトモ云ヒ得ルト共ニ、私生子ニ與ヘタ不當ノ取扱ガ現ニ私生子ノ間ヨリ幾多ノ不良少年ト幾多ノ犯罪者トヲ生ミ出シツツアルカラデアル。加フルニ、我國ニ於テハ、家族制度ニ基ク我國特有ノ婚姻ノ不自由ガ存スルニ於テハ（此ノ點ニ關シテハ興味アル統計ガ中島玉吉博士ニ依ツテ掲ゲラレテ居ル——法學論叢第一〇卷三號二六七頁。）愈々私生子問題ハ重要ナル社會問題ノ一タルヲ失ハヌカラデアル。法制審議會ガ此ノ時ニ當ツテ、近來ノ立法傾向ニ對シテ、如何ナル態度ニ出ヅルデアラウカト云フコトハ、非常ニ興味ヲ以テ迎ヘラレタ問題デアツタ。

## II. 私生子問題ト改正要綱

元來、法律上私生子保護ノ問題ヲ論議スルニ當ツテハ、先ヅ第一ニ、私生子ト之ヲ分娩セシメタル男子又ハ之ヲ分娩シタル婦女トノ間ニ於ケル法律上ノ親子關係ハ如何ニシテ生ズベキモノナルカノ問題ガアル。此ノ點ニ關シテハ、從來、子タルコトヲ認ムル意思表示主義ト、親子タルコトヲ確定スル事實關係證明主義トガアツタ。斯クシテ、私生子ノ父又ハ母ガ定マツタナラバ、次ギニ、私生子ト其ト父又ハ母トノ間ニ於ケル法律關係殊ニ私生子ノ其ノ父又ハ母ニ對スル相續權乃至扶養請求權ノ問題、私生子ノ監護及ビ教育ニ關スル親權ノ問題ハ、如何ニ之ヲ定ムベキモノナルカノ問題ガアル。此ノ點ニ關シテハ、嫡出ノ親子關係ト私生ノ親子關係トノ間ニ、差別ヲ設クベキカ否カニ依ツテ主義ガ分レヨウ。假リニ、私ハ之ヲ差別主義ト無差別主義ト呼バウ。更ラニ、我民法ニ於テハ、親子其ノ屬スル家ヲ同ジクスルト否トニ依ツテ、親子關係ニ基ク效果ニ重大ナル差異ヲ來タスガ故ニ、私生子入籍問題ノ解決如何ニ依ツテハ、均シク無差別主義ヲ採用シタトシテモ、其ノ效果ニ差異ガ生ズルデアラウ。又最後ニ、嫡出子私生子無差別主義ハ之ヲ採用シ難イトシテモ、或ヒハ、法律上私生子ノ發生スル場合ヲ出來ルダケ減少セシムルコトニ依ツテ、或ヒハ又、既ニ私生子タル身分ヲ與ヘラレタル者ガ嫡出子タル身分ニ轉化シ得ル制度ヲ認ムルコトニ依ツテ、私生子ナルガ故ニ不利益ヲ受ケネバナラヌ者ヲ

減少セシメ、以テ私生子保護ノ目的ヲ達スルト云フ消極の方法モ存スルデアラウ（嫡出子ノ推定規定——民八二〇條。準正ノ規定——民八三六條。養子制度ノ活用——民八三七條以下參照）。

以上述ベタル所ニ從ツテ、改正要綱ヲ觀ルニ、吾々ハ第一ノ點ニ關シテハ全然何物ヲモ見出スコトハ出來ナカツタ。第二ノ點ニ關シテハ、婚姻尊重論ノ爲メニ、嫡出子優遇主義ガ、家督相續ノ順位ニ關シテ現行民法ヨリ更ラニ一步ヲ進メタルト共ニ（相續編改正要綱第九）、庶子ノ法定家督相續權ガ著シク制限セラレルニ至ツタ（相續編改正要綱第四）。而モ吾々ハ私生子ノ監護教育殊ニ其ノ養育費ノ負擔ニ關シテハ、遂ヒニ何等ノ新シイ提議ニ接スルコトガ出來ナカツタ。第三ノ點ニ關シテモ亦婚姻尊重論ガ容レラレテ、私生子入籍不能ノ機會ガ新タニ一ツ附加サレタニ過ギナイ（親族編改正要綱第三）。第四ノ點ニ關シテハ、婚姻神聖論ノ爲メニ、夫ノ嫡出子否認權ノ嚴格ナ制限ガ撤廢サレタガ爲メニ（親族編改正要綱第十八）、私生子ノ發生スル機會ヲ増加セシムルニ至ツタ。斯クノ如クニシテ、我民法上ニ於テハ、男系本位ノ家族制度ニ基因シタル規定ノ爲メニ、僅カニ保護サレテ居ツタ私生子ガ、近代個人主義的思想ノ勃興ニ依ツテ、今回俄カニ不利益ナ地位ニ置カルルニ至ツタ。而カモ、審議會ハ他面、近時ノ私生子保護ト云フ立法傾向ニ對シテ、決シテ無關心デハ居ラレナカツタ。即チ私生子ノ名稱ヲ廢止スルコトニ

依ツテ、私生子ナルガ故ニ受クル社會上ノ不利益ヲ出來ルダケ減少セシメントスル企テガ存スルト共ニ（親族編改正要綱第十九）、又事實婚ヲ合法化スルコトニ依ツテ、法律上私生子ノ發生スル場合ヲ減少セシメント試ミテ居ル（親族編改正要綱第十二）【註二】。

斯クシテ、改正要綱ハ私生子問題ニ對シテハ、遂ヒニ徹底シタル方針ヲ採ルコトヲ得ズシテ、其ノ間幾多ノ矛盾撞着ガ存スルト共ニ、猶ホ重要ナル根本的問題ニシテ、未解決ノ儘殘サレントシテ居ルモノモ亦決シテ尠クハナイ。茲ニ於テカ、私ハ早稻田大學懸賞法律討論會ガ開催サルルニ際シテ、此等ノ點ニ關スル問題ヲ論議センガ爲メニ、遊佐博士ト共ニ、次ノ様ナ問題ヲ提出シタ。

「家族甲男ハ他家ノ女戸主乙ト私通シ丙ヲ分娩セシメタルモ之ガ認知ヲ爲サズ、故ニ實母乙ハ私生子丙ノ出生届ヲ爲シ丙ヲ自家ニ入レテ之ヲ養育セリ。其後甲ハ私生子認知ヲ命ズル確定判決ヲ受ケタリ。而シテ甲ノ屬スル家ノ戸主ハ幼者タル丙ノ入家ニ對シテ同意ヲ與ヘタリ。然レドモ甲ハ事實丙ヲ引取リテ養育ヲ爲サザルニ因リ依然トシテ實母乙ガ丙ノ養育ヲ繼續シテ今日ニ至ル。此ノ場合ニ於テ乙ハ甲ニ對シテ丙ノ分娩費及ビ其ノ分娩以來支出セル養育費ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ルカ」。

【註一】 1918年ノ親族法ニ於テ採用サレタ嫡出子私生子同等主義ハ、1927年1月

1日ヨリ施行サレタ改正親族法ニ於テモ同様ニ認メラレテ居ル(法書會雜誌第五卷五號。舊法一三三條、新法二五條參照)。又英法ニ於ケル婚姻外ノ子 illegitimate child or bastard ハ、所謂「親無シ子」 *filius nullius* テハアルガ、此ノ原則ハ或ヒハ判例ニ依リテ、或ヒハ制定法ニ依リテ、幾多ノ修正ヲ受ケテ居ル。例ヘバ、近親相婚禁止 (The prohibited degrees of marriage) ノ原則ノ適用ニ關シテ (早稻田法學第六卷拙稿「一夫一妻婚ノ研究」六三、六四頁參照)、或ヒハ、私生子ヲ分娩シタル婦女ノ之ガ養育義務ニ關シテ (Poor Law Amendment Act, 1834, S. 71.)、或ヒハ、労働者賠償條件 (Workmen's Compensation Acts, 1906 to 1925) ニ依ル加害者ニ對スル損害賠償請求權者ノ範圍ニ關シテ、吾々ハ此ノ原則ノ修正ヲ見出スコトガ出來ヨウ (但シ、之ト反對ノ趣旨ニ解釋サレテ居ル制定法モ亦存スルコトニ注意スベキテアル。例ヘバ1846年ノ災禍條例 (Fatal Accidents Act or Lord Campbell's Act.) ニ依ル Dickinson v. N. E. Ry. Co. (1863), 2H. & C. 735 ノ如キハ即チ是レテアル)。殊ニ1927年1月1日ヨリ施行サレタ養子條例 (The Adoption of Children Act, 1926, 16 & 17 Geo.5, c. 29) 及ビ準正條例 (The Legitimacy Act, 1926, 16&17 Geo. 5, c. 60) ハ、「私生子ノ救濟」ト云フ點ニ於テ、誠ニ注目セラルベキ立法タルヲ失ハナイテアラウ。

【註二】 親族編改正要綱第三 庶子ノ入家——庶子ノ父ニ配偶者アル場合ニ於テハ、其同意アルニ非ザレバ父ノ家ニ入ルコトヲ得ザルモノトスルコト。

同第十二 婚姻ノ成立——(1) 婚姻ハ慣習上認メラレタル儀式ヲ擧グルニ因リテ成立スルモノトシ、其成立證明ノ方法ヲ法律ニ定ムルコト。(2) 前項ニ依リ婚姻ヲ爲シタルトキハ、一定ノ期間内ニ届出ヲ爲スベキモノトスルコト。(3) 第一項ニ依ラザル場合ニ於テハ、婚姻ハ届出ニ因リテ成立スルモノトスルコト。

同第十八 嫡出子ノ否認——(1) 嫡出子ノ否認權ハ承認ノ一事ニ因リテ之ヲ失フコトナキモノトスルコト。(2) 否認權ハ否認ノ原因タル事實ヲ知りタル時又ハ出生ノ時ヨリ起算シ、現行法ニ比シテ其行使ノ期間ヲ延長スルコト。

同第十九 私生子ノ名稱——私生子ノ名稱ハ之ヲ廢スルコト。

相續編改正要綱第四 女戸主ノ入夫婚姻等ニ因ル家督相續——(1) 女戸主ガ

入夫婚姻ヲ爲ス場合ニ於テハ、反對ノ意思表示ナキ限り家督相續ヲ開始セザルモノトスルコト。(2)入夫ノ離婚又ハ入夫婚姻ノ取消ニ因ル家督相續ニ於テハ、妻ヲ家督相續人トシ、入夫ノ死亡又ハ隱居ニ因ル家督相續ニ於テハ、妻ハ庶子ニ先チテ家督相續人タルモノトスルコト。(3)女戸主ノ死亡、隱居、戸主權喪失又ハ國籍喪失ニ因ル家督相續ニ於テハ、庶子ハ法定ノ推定家督相續人タラザルモノトシ、入夫婚姻ノ取消ニ因ル家督相續ガ妻ノ死後ニ生ジタル場合亦之ニ準ズルコト。

同第九 嫡出女子ノ家督相續ノ順位——家督相續人ノ順位ニ付テハ、嫡出子ハ女ト雖モ庶子ニ優先スルモノトスルコト。

### III. 大審院ノ見解

此ノ種ノ問題ハ決シテ今日目新シイモノデハナイ。現ニ大正十三年一月二十四日ニハ、大審院ハ養育ニ關スル費用損失償還請求事件ニ於テ「父ノ認知ニ因リ其ノ家ニ入ルベキ私生子ガ右認知ナキ爲母ノ家ニ入りタルトキハ母ハ民法第九百五十五條第九百五十六條ニ依リ其ノ子ニ對シ父ニ先チ扶養義務ヲ履行スルヲ要スベキモ後日父ニ於テ其ノ子ヲ認知シタルトキハ同法第八百三十二條ニ依リ認知ノ效力ハ出生ノ時ニ遡ルガ故ニ子ハ出生ノ當時ヨリ父ノ家ニ入り從ツテ父ハ最初ヨリ母ニ先チ扶養義務ヲ履行スルヲ要セシモノト看做サルベキモノトス然レバ母ガ右認知以前先順位ニ在ル自己ノ扶養義務ヲ履行スルノ意思ヲ以テ子ニ對シ扶養料ヲ支出シタリトセバ此ノ出捐ハ父ノ認知後ニ於テハ法律上ノ原因ヲ缺クコトト爲リ又父ハ之ニ因リテ不當ニ自己ノ義務ヲ免レタルコトト爲ルベキガ故ニ母ハ父ニ對シ不當利得返還ノ請求權ヲ取得スルニ至ルベキヤ明ナリ」ト判決シテ居

ル（大審院民事判例集第三卷二號四五頁以下）。此ノ大審院判決ニ關シテハ、既ニ、平野義太郎氏ノ判例研究ガアリ（法學協會雜誌第四三卷一號一八一頁以下）、又管原春二氏ノ判例批評ガアル（法學論叢第一三卷一號一四二頁以下）。而シテ兩氏共、大體ニ於テ、此ノ判決ニ賛同セラレテ居ルカラ、或ヒハ學界之ヲ以テ定説ト爲シテ宜イカモ知レナイ。然シ現行法ノ解釋トシテハ、私ハ此ノ判決自身ニ對シテモ、又判決及ビ其ノ批評ガ論及シナカツタ點ニ對シテモ、幾多ノ疑義ナキヲ得ナイ。固ヨリ、此ノ定説ニ對スル私ノ疑義ハ、所詮王者ノ車輪ニ立テ向フ螻蛄ノ斧タル謗ヲ免レ得ナイカモ知レヌガ、ソレハ決シテ概念遊戲ニ依ツテ殊更ニ新奇ノ異説ヲ立テテ、以テ自ラ快トスルモノデハナイ。以下法律上問題トナリ得ベキ諸點ヲ摘示シテ見ル。必ズシモ、設題ニ對シテ解決ヲ與フルコトノミヲ以テ、其ノ目的ト爲スモノデハナイ。

#### IV. 私生母子關係ノ發生

我民法ニ於テ、母ガ私生子ノ養育費ヲ負擔スルニ、二ツノ場合ガアリ得ル。一ハ、母ガ扶養義務者トシテ子ノ養育費ヲ負擔スル場合デアリ（民九五四條I。九六一條）、一ハ、母ガ子ノ親權者トシテ其ノ養育費ヲ負擔スル場合デアル（民八七七條II。八九〇條但書）。其ノ孰レノ場合ニ於テモ、子ガ母ノ扶養ヲ受クルノ事實ハ同一デハアルガ、法律上ノ性質ハ必ズシモ同一デハナイ（但シ親權者ノ養育費負擔ノ義務ハ近親族間ニ於ケル扶養義務ノ一種ナリト説明スル者モアル（森本富士雄氏日本親族法三三七頁、野上久幸氏親族法五八四頁）。勿論、私モ親權者ニ子ノ養育費負擔ノ義務アリト云フノデハナイ。ヌグ第八九〇條但書ニ相殺ノ規定存スルガ故ニ、事實上ハ親權者ニ子ノ養育費負擔ノ義務ヲ課シ

タルト、其ノ結果ヲ同シク)。從ツテ、設題ノ場合ニ於テ、母ガ扶養義務ノ結果トシテ子ノ扶養ヲ繼續シテ居ル場合ニ、父ノ認知ガアツタト觀ルノカ、又ハ、母ガ親權關係ニ基イテ子ノ扶養ヲ繼續シテ居ル場合ニ、父ノ認知ガアツタト觀ルノカハ、之ヲ區別シテ觀察セネバナラナイ。後述スルガ如クニ、後者ノ關係ガ第一次的ノモノデアルカラ、而シテ設題ニハ特クニ乙ノ親權喪失等ノ事情ガ附加サレテ居ラナイ以上ハ、先ヅ後者ノ方カラ論議スベキデアル様ニ思ハレル。併シ、大審院判決及ビ其ノ批評ガ前者ノ關係ノミニ付キ論議シテ居ルカラ、私モ便宜上前者ノ關係カラ論議シテ後者ノ關係ニ及ブコトニスル。而シテ其ノ孰レカラ論議ヲ進メルトシテモ、乙丙間ニ於ケル法律上ノ母子關係ノ存否ガ、其ノ先決問題デナケレバナラナイ。蓋シ親權關係ト云ヒ、近親相互間ニ於ケル扶養義務ノ關係ト云ヒ、孰レモ、乙丙間ニ母子關係ガ存在シテ始メテ生ジ得ル問題デアルカラデアアル。斯クシテ、私ハ本論ニ入ル前ニ、乙丙間ニ於ケル私生母子關係ノ發生ニツキ一瞥セネバナラナイ。

設題ニ於テ、乙ハ特ニ丙ヲ認知シタ旨ガ述べラレテ居ラナイ。從ツテ、乙丙間ニ於ケル法律上ノ母子關係ハ、乙ガ丙ヲ分娩シタルト云フ事實ニ依リテ既ニ當然ニ生ジテ居ルノカ、又ハ認知ヲ竣ツテ始メテ生ズルノカト云フ問題ニ蓬着スル。立法論トシテハ格別、解釋論トシテハ、私生ノ父子關係ノ發生ガ子タルコトヲ認ムル意思表示主義ニ據ル以上 (大正七年四月十九日大審院判決 (民事判決録第二四輯

七四七頁)。民八二七條、戸七二條八三條)、私生ノ母子關係ノ發生ニ就テモ、意思表示主義ニ依ルノガ權衡上至當ナリト爲ス解釋論モアラウ。其ノ實例ヲ吾々ハ、大正十年十二月九日大審院判決(民事判決錄第二七輯二一〇〇頁)及ビ大正九年十月二十三日法曹會決議(法曹記事第三一卷四一頁)ニ見出スコトガ出來ル。假リニ、此ノ議論ヲ採ツタトシタナラ、乙ハ丙ヲ認知(要式行爲)シタルコトナキガ故ニ、乙丙間ニハ未ダ法律上ノ母子關係ハ存セズ、從ツテ又乙ハ丙ヲ扶養スル義務ヲ負擔セズト云ハザルヲ得ナイ。斯クシテ、甲ガ丙ヲ養育セザリシニ依リ、乙ガ已ムナク甲ノ爲メニ事務管理トシテ丙ヲ養育シタルモノナル場合ニ於テハ、乙ハ甲ノ認知後ニ於テハ、丙ノ養育費ヲ事務管理ニ基ク費用トシテ、甲ニ對シテ之ガ償還ヲ求メ得ベキコトニモナラウ(大正五年二月二十九日大審院判決(民事判決錄第二二輯一七一頁)及ビ東京控訴院判決(法律新聞第六五八號一一頁)參照)。但シ意思表示主義ヲ以テ此處マデ論旨ヲ進メタ者ト雖モ、乙ガ丙ヲ自ラ自己ノ私生子トシテ出生届ヲ爲シタル事實ハ、乙丙間ニ法律上ノ母子關係ヲ發生セシムト云フ反對論ニ蓬着セザルヲ得ナイデアラウ。蓋シ戸籍ノ記載ハ人ノ身分關係ヲ確定スル効カヲ有スルモノデハナイガ、而シテ認知ハ要式行爲デハアルガ(民八二九條)、而モ戸籍法第八十三條ハ父ガ庶子出生届ヲ爲シタル場合ニ之ニ認知届出ノ効カヲ與ヘテ居ル以上、母ガ自ラ私生子出生届ヲ爲シタル場合モ、同様ニ私生子認知届出ノ効カヲ有スト意思表示主義者ハ解セザルヲ得ナイデアラウカラ。斯クシテ大審院ハ裏キニ私生ノ母子關係ノ發生ニツキ、私生ノ父子關係

發生ノ場合ト同ジク、意思表示主義ヲ採ツタガ故ニ、此場合モ之ヲ肯定セザルヲ得ナクナツタノデアル(大正十二年三月九日大審院判決(民事判例集第二卷四號一四三頁)及ビ大正十四年四月十四日大阪控訴院判決(法律新聞第二四二二號一九頁)參照)。更ニ大審院ハ最近ニ至ツテ、意思表示主義ヨリ一步出デテ、扶養義務ノ關係ニ於テハ、認知ハナクトモ分娩關係存スル限リハ、直系尊屬タルノ關係(母子關係)ハ當然ニ生ズルト云フ判決サヘ爲スニ至ツタ(昭和三年一月三十日大審院判決(民事判例集第七卷一號一二頁))。

從ツテ、意思表示主義ヲ固執スルモノデアツテモ、此ノ場合ニ乙ハ未ダ丙ヲ認知セザルガ故ニ法律上ハ丙ノ直系尊屬ニ非ズト爲シ、以テ乙ノ丙ニ對スル扶養義務ノ存在ヲ否定スルコトハ許サルベキデナイ。茲ニ於テカ、丙ニ對スル乙ノ扶養義務ノ不存在ヲ前提トスル、スベテノ議論ハ排斥セラレザルヲ得ナイデアラウ。例ヘバ、乙ガ方面ヲ更ヘテ丙ニ對シテ、丙ノ爲メニ支出シタル養育費ヲ、非債辨濟ノ法理ニ依リ、丙ノ不當利得トシテ、之ガ返還ヲ請求シ得ベキ限リデハナイ。

## V. 扶養義務履行順位ノ問題

次ギニ、我民法ハ扶養義務ヲ負フ者數人アルトキハ、其ノ義務ヲ履行スベキ順位ヲ定ムルト共ニ(民九五五條)、同順位ノ扶養義務者數人アル場合デアツテモ、直チニ同順位ノ義務者ニ各其ノ資力ニ應ジテ扶養義務ヲ分擔セシムルコトナク、先ヅ家ニ在ル者ガ扶養ヲ爲スコトニナツテ居ル(民九五六條但書)。從ツテ、甲ノ認知ガ丙從來ノ家籍ニ對シテ如何ナル變動ヲ來スベキ

カハ、扶養義務履行順位ノ問題ニ對スル重要ナル先決問題デナケレバナラナイ。

即チ、甲ノ認知アレバ甲丙間ニ於ケル父子關係ハ、丙ノ出生ノ時ニ遡リテ發生スルガ故ニ(民八三二條)、丙ハ出生ノ當時ヨリ甲ノ家ニ在リシコトニナリ(民七三三條)、而シテ父母ハ共ニ其子ヲ扶養スルノ義務ヲ負擔スルモノデハアルガ(民九五四條)、第九百五十六條但書ノ規定存スルガ故ニ、認知ノ結果出生ノ時ヨリ父甲ノ家ニ在リタルモノト看做サルル丙ニ對シテハ、甲ガ最初ヨリ母乙ニ先ダチ扶養義務ヲ履行スコトヲ要セシモノトナルノカ(前掲大正十三年一月二十四日大審院判決及ビ菅原、平野兩氏判例批評)、又ハ、甲ノ認知ニ因リ、父子關係ハ丙ノ出生ノ時ニ遡リテ發生スルモ、庶子タル丙ハ甲家ノ戸主ノ入家同意アルニ非ザレバ、父甲ノ家ニ入ルヲ得ザル結果(民七三五條1)、甲ガ第一順位ノ扶養義務者トナルノハ、此ノ同意アリタル時カラデアツテ、同意以前ハ丙ハ乙ノ家ニ在ルガ故ニ(民七三五條1)、同意以前ハ乙ガ第一順位ノ扶養義務者デアルト解スルノカ(大橋誠一氏「民法判例批評」(日本辯護士協會錄事第二九卷七號八六頁)。岡村玄治氏「私生子認知ニ因ル家籍ノ變動」(法學志林第二四卷四號五三五頁))。又ハ後述スルガ如クニ、甲ノ認知アルモ、之ガ爲メニ、丙ハタトヒ甲家ノ戸主ノ入家同意アルトモ、當然ニ甲家ニ入ルベキモノニ非ズト爲シ、從ツテ丙ニシテ依然トシテ乙家ニ在ル以上、乙ハ丙ニ對シテ分娩以來今日ニ至ルマデ引續キ第一順位ノ扶養義務者ナリト解スルノカ(民九五六條但書)。其ノ解釋ノ如何ハ、自ラ結論ヲ異ニセザルヲ得ナイデ

アラウ。

斯クノ如クニシテ、第一説ハ、之ニ依ツテ、乙ガ甲ノ認知前  
先順位ニ在ル自己ノ扶養義務ヲ履行スルノ意思ヲ以テ丙ノ爲メ  
ニ養育費ヲ支出シタルコトハ、甲ノ認知後ニ於テハ、法律上ノ  
原因ヲ缺クコトト爲リ、又甲ハ之ニ因リテ不當ニ自己ノ扶養義  
務ノ履行ヲ免レタルコトト爲ルベキガ故ニ、乙ハ甲ニ對シテ、  
不當利得返還請求權ヲ行使シテ其ノ利得ノ返還ヲ請求スルコト  
ヲ得ルモノト爲スデアラウシ、第二説ハ、之ニ依ツテ、入家同  
意以後ニ於テ、乙ノ支出セル養育費ニ因リテ甲ノ受ケタル利益  
ノミガ、不當利得返還請求權ノ目的ト爲ルニ過ギズト爲スデア  
ラウ。更ニ第三説ニ至ツテハ、之ニ因ツテ、乙ノ懐胎ニシテ甲  
ノ詐欺又ハ強迫等ニ基因セザル以上(大正二年四月十一日東京地方裁  
判所判決(法律評論第二卷民法  
一八〇頁))、而シテ乙ニ之ガ養育ノ資カアル以上、乙ガ丙ノ養育費ヲ  
負擔スルハ、最先順位ニ在ル自己ノ扶養義務ヲ履行シテ今日ニ  
至ルモノナルガ故ニ、甲ニ對シテ之ガ返還ヲ請求シ得ベキ限リ  
ニ非ズト爲スデアラウ。茲ニ於テカ、吾々ハ、乙ガ既ニ支出セ  
ル丙ノ分娩費及ビ養育費ノ返還ヲ、甲ニ對シテ、請求シ得ベキ  
カ否カノ問題ヲ論議スルニ先キ立ツテ、甲ノ認知ガ丙ノ家籍ニ  
及ボス影響如何ノ問題ヲ取扱ハネバナラナイ。

## VI. 父ノ認知ト子ノ家籍ノ變動

大審院及ビ通説ハ、私生子認知ニ因ル子ノ家籍ノ遡及的變動  
ヲ、認知ノ遡及效ニ基ク當然ノ效果トシテ、説明シテ居ル様デ

アル（前掲大審院判決及ビ菅原、平野兩氏ノ判例批評参照。尙ホ法定ノ推定家督相續人タル私生子ノ認知ト其ノ家籍ノ變動ニ關シテモ大審院ハ「私生子ガ母ノ家ニ入りテ其推定家督相續人ト爲リタル事實アリトモ、其後、父ガ認知シタルトキハ、其效力ハ民法第八百三十二條ニ依リ、私生子ト出生ノ時ニ遡リテ親子關係ヲ確定スルコト明カニシテ、又、子ガ原則トシテ父ノ家ニ入ルコトハ、同法第七百三十三條第一項ノ規定スル所ナルヲ以テ、父ノ認知シタル私生子ハ出生ノ時ニ遡リテ親子關係ノ確定スルト同時ニ父ノ家ニ入ルモノニシテ、私生子ガ母ノ家ニ入り、其ノ推定家督相續人ト爲リタル事實ハ父ノ認知ナキニ近因セル一時ノ現象ニ過ギザレバ、父ノ認知ニ因リ根本的ニ消滅シ、私生子ハ當初ヨリ母ノ家ニ入りテ推定家督相續人トナリタルコトナキモノト謂フベク從テ、推定家督相續人タル資格ノ存在ヲ前提トスル同法第七百四十四條ハ叙上ノ私生子ガ父ノ認知ニ因リテ其家ニ入ルノ妨ト爲ルモノニ非ズ」ト判決シテ居ル（大正九年二月十日大審院判決、民事判決錄第二六輯一七五頁）。此ノ判決ニ對シテハ穗積博士（法學協會雜誌第三九卷一五五六頁）平野義太郎氏（法學志林第二七卷一三四五頁）ノ贊同ガアリ、藥師寺志光氏（法學志林第二三卷一六三八頁）ノ反對ガアル。又戸主タル私生子ノ認知ト其ノ家籍ノ變動ニ關シテモ大正九年十月十五日ノ大審院判決ガアル（民事判決錄第二六輯一五〇〇頁）。此ノ點ニ關シテモ、穗積博士（法學協會雜誌第四〇卷八三九頁）平野義太郎氏（法學志林第二九卷一七九頁）藥師寺志光氏（法學志林第二三卷一六三八頁）ノ判例批評ガ存スル。此ノ他此ノ點ヲ取扱タ論文トシテハ岡村玄治氏（法學志林第二四卷五二四頁）島田鐵吉氏（法學新報第三卷八號一一六頁）大橋誠一氏（日本辯護士協會錄事第三〇八號八四頁）及ビ鬼武義彦氏（法律新聞第二六三一號三頁）ガアル。併シ設題ノ様ニ家族タル父ガ認知シタル場合デモ、認知ノ遡及効ニ依リテ、子ノ家籍ガ遡及的ニ變動セラルルモノト謂ヘヨウカ。蓋シ父ガ家族デアアル場合ニハ庶子ハ、戸主ノ同意ナクシテハ、父ノ家ニ入ルヲ得ザルモノデアアルカラデアアル（民七三五條1）。勿論父ノ認知アレバ、其ノ子ハ出生ノ時ヨリ父ノ庶子トナリ（民八三二條）、其ノ入ルベキ家ハ「父ノ知レザル子」トシテ定マリタルニハ非ズシテ、「父ノ知レタル子」トシテ定マリタリシコトニ變ズルモノデハアラウガ（民七三三條七三五條）、之ガ爲メニ、出生ノ時ニ於テ父ノ家ノ戸主ノ入家同意アルヲ要ストノ法則ハ、變更ヲ受クベキ限リデハナイ。從ツテ、認知ヲ命ズル判決アリタル後、父ノ屬スル家ノ戸主ガ入家同意ヲ爲ストモ、其ノ同意ガ出生ノ時ニ遡リテ效力

ヲ生ズルモノデナイ限りハ、出生ノ時ニ於テ戸主ノ入家同意アリタリシコトニハ變ジナイカラデア(特クニ此ノ點ヲ明カニ反對ニ解釋シテ居ルモノトシテハ明治四十年七月十日長崎控訴院判決(法律新聞第四五二號六頁)明治四十五年(ネ)第七一號長崎控訴院判決(法律新聞第七九三號二二頁)及野上久幸氏親族法三〇二、三〇三頁參照)。詳言スレバ、父ノ認知ハ法律上ノ親子關係ノ發生ヲ目的トスル父ノ行爲デアツテ、戸主ノ入家同意ハ、生マレタル子が法規(民七三三條)ニ依リ父ノ家ニ入ルコトヲ容認スル戸主ノ行爲デアル。認知ニ遡及效ヲ認メタコトハ、之ト別個ノ行爲タル同意ニ遡及效ヲ與ヘタモノデハナイ。而シテ生マレタル子ノ屬スル家ハ、出生ノ時ニ於テ定マルベキモノナルガ故ニ、戸主ノ入家同意ハ、子出生ノ時ニ於テ存在スルコトヲ要スル。斯クシテ、認知ヲ命ズル判決ニ應ジテ戸主ガ入家同意ヲ爲シテモ、出生ノ時ニ於テ同意ナカリシコトニハ何等變更無キガ故ニ、子ハ出生ノ時ニ於テ父ノ家ニ入りシコトニ變ズルヲ得ズト云ハザルヲ得ナイ。

之ヲ要スルニ、丙ハ甲ノ認知ニ依リテ出生ノ時ニ遡リテ甲ノ庶子タル身分ヲ取得スルニ至ツタノデハアルガ、出生ノ時ニ於テ甲ノ戸主ノ入家同意ヲ得ルコトノ不可能ナルガ爲メニ、依然トシテ戸主タル母ノ家ニ在ルモノデアル。タダ甲ノ認知前ハ、「父ノ知レザル子」トシテ母ノ家ニ在ツタ丙ガ(民七三三條11)、甲ノ認知後ハ出生當時ヨリ「父ノ家ニ入ルコトヲ得ザル子」トシテ母ノ家ニ在リシコトニ變ジタルニ過ギナイ(民七三五條11八三二條)。

以上ノ見解ニシテ誤リナシトスレバ、民法ハ同順位ノ扶養義

務者數人アル場合ニ於テハ、家ニ在ル者ヲシテ先ヅ扶養ヲ爲サシメ(民九五六條但書)、丙ガ母ノ家ニ在ルニ至リタルコトガ、「父ノ知レザル子」ナルガ爲メナルト、「父ノ家ニ入ルコトヲ得ザル子」ナルガ爲メナルトヲ區別セザルガ故ニ、認知ノ前後ヲ問ハズ、母乙ガ丙ニ對シテハ第一順位ノ扶養義務者ナリト云ハザルヲ得ナイ。斯クシテ、乙ガ丙ヲ養育シテ今日ニ至レルハ、將ニ最先順位ニ在ル自己ノ扶養義務ヲ履行シツツアルモノニシテ、之ガ爲メニ自己ノ財産又ハ勞務ヲ消費シタリトスルモ、固ヨリ何人ニ對シテモ之ガ償還ヲ求め得ベキ限りデハナイ。但シ乙ノ懷胎ガ甲ノ詐欺強迫等ニ基因シテ居ル場合ニハ、乙ハ之ニ因リテ生ジタル財産上ノ損害トシテ、分娩費及ビ養育費ノ支拂ヲ甲ニ對シテ請求シ得ベキヲ勿論デアル(民七〇九條以下)。

### VII. 三ツノ異說

以上述ベタル通説及ビ私ノ見解ニ對シテ三ツノ異說ガアル。即チ第一ハ、父ノ認知アルモ、認知以前ニ於ケル母トノ家族關係ハ、之ニ因リテ當然ニ消滅スルモノデハナイガ、認知ノ時ヨリ父ノ家ニ入ルト爲ス見解デアル。此ノ見解ニ從ヘバ、母ハ認知前支出シタル子ノ養育費ノ返還ヲ父ニ請求スルコトヲ得ザルモ、認知後支出シタル養育費ノ返還ハ之ヲ請求シ得ルト云フコトニナラウ。併シ所謂「認知ノ時ヨリ父ノ家ニ入ル」ト云フノハ、法規ニ依リ當然父ノ家ニ入ルノカ、又ハ法律行爲ニ基イテ父ノ家ニ入ルニ至ルノカ、必ズシモ明白デハナイガ(前掲大橋氏八六頁、岡村氏

五三五頁、野上氏三〇二頁參照。）、若シ前者ナリトスレバ、前述シタ通説ニ對スルト同様ノ非難ヲ加フルコトガ出來ルデアラウシ、若シ後者ナリトスレバ、丙ガ幼者タル點ニ於テ、親族入籍（民七三七條）ノ規定ハ適用ナカルベク、又乙ノ家若クハ甲ノ屬スル家が婚家又ハ養家ナラサル點ニ於テ、引取入籍（民七三八條）ノ規定モ適用ナキヲ以テ、此ノ場合ハ孰レモ論議ノ範圍外ニ屬スル。

第二及ビ第三ノ異説ハ、結果ニ於テハ、私ノ述ベタ所ニ一致スルデアラウガ、其ノ説ク所ヲ異ニスル。即チ其ノ一ハ、スベテ家族ガ其ノ家ヲ去ルニハ、常ニ其ノ去ラントスル家ノ戸主ノ同意ガ必要デアルニモ拘ハラズ（民七四三條七三七條七三八條七五〇條七四一條）、此ノ場合ニ限ツテノミ、父ノ認知アレバ、去ラントスル家ノ戸主ノ同意ナクシテ當然ニ母ノ家ヲ去リテ父ノ家ニ入ルト云フノハ、甚ダ不權衡、不調和デアルト説ク（前掲岡村氏五二九頁、野上氏三〇三頁參照。）。然レドモ其ノ列舉スル場合ハ、悉ク法律行爲ニ基ク去家ノ場合ニ戸主ノ同意ヲ必要トスルト云フニ過ギナイノデアツテ、法規ニ依ル當然ノ去家ノ場合ニ戸主ノ同意ヲ必要トスルト云フ根據ニハナラヌノデハナカラウカ。吾々ハ現行法上、離婚又ハ離縁ニ因ル實家復籍ノ場合ニ於ケル婚家又ハ養家ノ去家ニ、其ノ婚家又ハ養家ノ戸主ノ同意ヲ要セスト云フ場合モ（民七三九條）、又夫ガ他家ニ入り若クハ一家創立シタルトキニ、妻ガ之ニ隨ヒテ去家スル場合ニモ、去ラントスル家ノ戸主ノ同意ヲ要セスト云フ場合（民七四五條）モ多分ニ持テ合セテ居ルコ

トヲ忘レテハナラナイ(尙ホ民七五〇條 111 參照)。況シテ、此ノ場合ニ子ガ認知ニ依リテ父ノ家ニ入ルノハ、子ガ認知前在リタル母ノ家ヨリ父ノ家ニ轉ズルノデハナクシテ、出生ノ時ニ於テ父ノ家ニ入りシコト、即チ丙ハ認知前在リタル母ノ家ニハ始メヨリ在ラザリシコトニ、變ズルノデアアルカラ、法律行爲ニ依ル去家ノ法理ヲ以テ、子ノ家籍不變動ノ根據ト爲スノハ正當デハナイ。

次ギニ、子ノ家籍不變動ノ根據ヲ、民法第八百三十二條ノ但書即チ認知遡及效ノ原則ニ對スル制限ニ求メントスル者ガアル(前掲岡村氏五二五頁、藥師寺氏(法學志林第二三卷一六四六頁))。例ヘバ、丙ガ乙ノ家ニ在ルコトニ依ツテ、丙ニ對シテ有スル乙ノ戸主權乃至親權ハ、認知ニ依リテ害サルベキ限リニ非ズト主張シ、從ツテ其ノ結果、甲ノ認知アルモ丙ノ家籍ニハ何等ノ變動ヲ來サズト爲スガ如キハ即チ是デアアル。併シ此ノ論鋒ハ、既ニ認知遡及效ノ法理ニ基ク子ノ家籍ノ遡及的變動ヲ認ムルモノデアツテ、僅カニ第八百三十二條但書ニ依ツテ、之ヲ制限シ得タニ過ギヌモノデアアルガ故ニ、前述シタ通説ニ對スルト同様ノ非難ハ免カレ得ザル所デアアル(大審院モ亦此ノ點ニ付キ「母ハ父ノ認知以前ニ於テ私生子ニ對シ親權若クハ戸主權ヲ有スルコトアルベシト雖モ此等ノ權利モ父ノ認知ナキニ近因シ父ノ認知ニ因リ當然遡及的ニ消滅スルモノニシテ民法第八百三十二條但書ノ保護ヲ受クルモノニ非ザレバ私生子ノ母ガ一時親權若クハ戸主權ヲ取得シタル事實ハ是亦私生子ガ父ノ認知ニ因リ其家ニ入ルノ妨ト爲ルモノニ非ズ」ト判決シ)テ居ル(民事判決錄第二六輯四卷一七六頁)。

### VIII. 親權者トシテノ養育費ノ負擔

以上論議シタ所ハ、前掲大正十三年一月二十四日ノ大審院判

決及ビ之ニ對スル平野、管原兩氏ノ判例批評ニ從ツテ、養育費ノ負擔ヲ扶養義務ニ基クモノトシテノ説明デアツタ。併シ吾々ハ、父母ガ扶養義務者トシテ子ノ養育費ヲ負擔スルト云フ場合ヨリ、更ニ第一次のナ且ツ重要ナ場合トシテ、父又ハ母ガ親權者トシテ子ノ養育費ヲ負擔スルコトノアルヲ忘レテハナラナイ。勿論、親權者ガ未成年ノ子ノ監護及ビ教育ヲ爲ス權利義務(民八七九條)ハ、監護教育ヲ爲スニ要スル費用ヲ負擔スルノ義務トハ明カニ區別セラルベキモノデハアルガ、民法第八百九十條但書ノ規定アル結果、如何ナル場合ト雖モ、未成年ノ子ノ養育費ハ先ヅ第一ニ親權者ニ於テ之ヲ負擔セネバナラナイ。未成年ノ子ガ「自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ爲スコト能ハザル」場合ナルト否トハ、敢ヘテ之ヲ問フモノデハナイ。斯クシテ、父又ハ母ガ親權者トシテ子ノ養育費ヲ負擔スルコトハ、父母ガ扶養義務者トシテ其ノ養育費ヲ負擔スルコトニ先キ立ツト共ニ、父母共同シテ之ヲ負擔スルコトハアリ得ナイ(民九五六條本文對照)。蓋シ我民法ニ於テ親權者ハ父又ハ母デナケレバナラヌカラデアル(民八七七條)。從ツテ設題ニ於テ、母乙ガ丙ヲ未ダ認知セスト云フコトハ、乙丙間ニ母子關係ヲ發生セシムルノ妨トナラナイト云フ議論ガ容レラレテ、從ツテ乙ガ丙出生以來其ノ親權者デアツタトシタナラバ、丙ガ自ラ生活ノ資産ヲ有スルト否トヲ問ハズ、乙ニ於テ丙ノ養育費ヲ負擔スベキハ勿論デアラウ。タダ後日甲男ガ丙ヲ認知シタル場合ニ於テハ、甲

ガ丙ノ出生時ニ遡ツテ、丙ノ親權者タリシコトニ變ズルカ否カハ、前述ノ扶養義務ニ基ク養育費履行順位ノ場合ト同様ニ、解釋上困難ナル論議ヲ免カレ得ナイノデアラウ。蓋シ甲ガ丙ノ親權者タルニハ、甲丙間ニ親子關係ガ存スルト云フ以外ニ、更ニ甲丙ハ其ノ屬スル家ヲ同ジクスルコトヲ必要トスル我民法ノ下ニ於テハ(民八七七條)、甲ノ認知ニ丙ノ家籍ノ遡及的變動ヲ認ムルモノト、不遡及的變動ヲ認ムルモノトニ依ツテ、甲ガ丙ノ親權者トナル時期ヲ異ニセザルヲ得ナイノデアラウカラ。而シテ私ハ前述シタルガ如クニ、甲ノ認知ハ丙ノ家籍ニ遡及的ニモ又不遡及的ニモ何等變動ヲ來タサズト解スルガ故ニ、甲ノ認知後(且ツ甲ノ戶主ノ入家同意後)ト雖モ、乙ハ出生以來依然トシテ丙ノ親權者デナケレバナラナイ。從ツテ、乙ノミガ丙ノ養育費ヲ負擔スベキモノデアツテ、之ガ爲メニ假令、乙ガ財産上多額ノ支出ヲ爲スニ至ツテモ、乙ニシテ自己ノ財産又ハ收入ニ依ツテ之ガ負擔ノ可能ナル以上、甲ニ對シテ、之ガ償還ヲ請求シ得ベキ限リデハナイ。但シ特別ノ事情ガ加ツテ甲ニ不法行爲上ノ責任ガアレバ、ソレハ別ニ損害賠償ノ問題ニ變ズルデアラウガ。

### IX. 養育費ト分娩費

母ガ其ノ分娩ノ爲メニ支出シタル費用ハ、子ノ養育ノ爲メニ支出シタル費用トハ云ヒ得ナイ。蓋シ分娩費ハソレ自體決シテ、子ノ生活上ノ需要ヲ充タスモノデハナイカラデアアル。從ツテ、

分娩費ノ負擔ニ付イテ、特別ノ規定存セザル現行法ノ下ニ在リテハ、母又ハ場合ニ依リテハ母ノ扶養義務者が負擔スベキモノデアツテ、子及ビ子ノ扶養義務者ニ於テ之ヲ負擔スベキ限リデハナイ。而モ葬式費用ニ關シテ先取特權ヲ認メタル規定（民三〇八條）ヨリ推理スルトキハ、民法ハ葬式費用ヲ先ヅ死亡者ノ相續人（民九八六條一〇〇一條）又ハ相續財産法人（民一〇五一條）ヲシテ負擔セシメ、次ニ此等ノ者ガ葬式費用ヲ支出スルコト能ハザル場合ニハ、更ニ死亡者ノ扶養義務者ヲシテ之ヲ負擔セシムルガ故ニ、現行法ノ下ニ於テモ葬式費用ノ負擔ハ扶養義務ニ屬スト云ヒ得ル（獨民一六一五條 11、佛民三八五條 4、二一〇一條<sup>2</sup>）。而モ、死亡者ノ死亡後ニ發生スル葬式費用ハ、決シテソレ自體死亡者ノ生活上ノ需要ヲ充スモノデハナイニモ拘ハラズ、尙ホ民法ハ之ヲ以テ扶養義務者ヲシテ負擔セシメテ居ル趣旨ヨリ觀レバ、而シテ分娩費ガ「母ノ生ム費用」ト觀ズニ、「子ノ生マレル費用」ト觀ラルルニ於テハ、分娩費ニ付テモ、教育費ト同一ノ負擔原則ガ適用サレルノデハナカラウカ。斯クシテ、養育費ヲ負擔スベキ者ハ分娩費ヲモ負擔スベキコトニナラウ。若シ然ラザレバ、婚姻ニ因リテ出生シタル子ノ分娩費ハ、多クノ場合ニ於テ、夫ガ「婚姻ヨリ生ズル一切ノ費用」トシテ之ヲ負擔スルニ拘ラズ（民七九八條）、懷胎ニ原因ヲ與ヘタル者ニシテ且ツ裁判上父タルコトノ確定セラレタル男子ガ、全然子ノ分娩費ヲ負擔セザルコトナリ、彼我甚ダ其ノ權衡ヲ失スル

ニ至ルカラデアアル（獨民一七一五條、瑞民三一七條、露親舊一四三條、新三一條參照）。併シ養育費ニ付キテスラ甲ニ請求スルヲ得ナイト爲ス私ハ、假令分娩費ノ負擔ガ養育費ノ負擔ト同一ニ取扱ハレタトシテモ、甲ニ對シテ分娩費ノ返還ヲ請求シ得ベキ限リデハナカラウ。

### X. 家族制度ノ殘骸の規定

斯クシテ、現行法ノ解釋トシテ私ノ到達シタ所ハ、甲ニシテ詐欺強迫等ノ特別ノ事情ニ依リ、乙ニ對シテ、不法行爲上ノ責任ナキ限リハ、乙ハ甲ニ對シテ丙ノ分娩費及ビ養育費ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ナイト云フコトニナツタ。而シテ此ノ事ハ、必ズシモ吾々ノ今日ノ社會的正義ノ觀念ニ一致スルモノデハナイ。殊ニ、甲乙兩人ガ丙死亡後ニ於テ其ノ遺産ニ對シテ均等ノ相續權（民九九六條一〇〇二條乃至一〇〇四條）ヲ有スルコトヲ考フルナラバ、前述ノ分娩費及ビ養育費ノ負擔ニ關スル説明ハ、不公平ノ謗ヲ免ヌカレ得ナイデアラウ。固ヨリ相續權ノ根據ハ、單ニ之ヲ扶養義務履行ノ、代償タル意味ニノミ、求ムベキモノデハナカラウガ、而モ此ノ兩者ガ互ニ無調和、不均衡デアルコトモ、其ノ本質上許サルベキ限リデハナカラウカラ。茲ニ於テカ、吾々ハ斯ル結果ニ到達セザルヲ得ナカツタ事情ヲ考慮シテ見ル必要ガアル。此ノ場合、私ハ少クトモ次ノ三ツノ點ヲ擧ゲルコトガ出來ヨウ。

先ヅ第一ニ、現行民法ガ未成年ノ子ノ養育費ヲ負擔スベキ者

ヲ、親權ヲ行フ父又ハ母ニ限定シタコトニ關スル當否ノ問題デア  
アル。蓋シ之ガ爲メニ、親權ヲ行ハザル父又ハ母ガ、未成年ノ  
子ノ養育費ヲ法律上負擔スル場合ハ、子ガ其ノ資産又ハ勞務ニ  
依リテ生活ヲ爲スヲ得ザル場合ニシテ（扶養ノ必要。日民九五  
九條<sup>1</sup>、獨民一六〇二條）、且ツ父又ハ母ガ自己ノ地位ニ相應スル  
生活ヲ爲スモ、尙ホ子ヲ扶養シ得ル場合（扶養ノ可能。日民九  
六〇條、獨民一六〇三條<sup>1</sup>）ニ限定セラルルカラデアアル。而シテ  
此ノ事ハ、民法ガ親權ヲ行フ者ヲ子ト家ヲ同ジクスル父又母ニ  
限定シタガ故ニ、親權ヲ行ハザル父又ハ母ハ、未成年ノ子ニ對  
シテ單ニ親族篇第八章ノ近親親族間ニ於ケル扶養義務ヲ負擔ス  
ルニ過ギザルコトニナリ、從ツテ其ノ發生要件、效力及ビ義務  
履行ノ方法ガ全ク一般ノ近親親族間ニ於ケルト同一ニ判斷セラ  
ルルニ至ツタ結果デアアル。併シ斯クノ如キガ、果シテ親ヲシテ  
子ノ教養ノ責任ヲ全カラシムル所以デアリ、正ニ人倫ノ要求ス  
ル所デアルト言ヒ得ヨウカ。多大ノ疑ナキヲ得ナイ。

次ニ、父母ガ扶養義務者トシテ其ノ子ヲ養育スルニ當ツテ、  
養育義務履行ニ關シテ、「家」ノ同一ナリヤ否ヤヲ以テ、義務履  
行ノ先後ノ標準ト爲シタコトニ關スル疑問デアアル。元來、扶養  
義務ガ家族關係ヲ以テ説明セラレタ法制、別言スレバ同一ノ  
「家」ニ在ルコトガ扶養義務ノ發生ノ主要ナル基礎ヲ爲シテ居ツ  
タ法制ハ、同一ノ「家」ニ屬スル者ガ、生産ニ於テモ、消費ニ於テ  
モ、經濟ヲ共通ニシテ居ツタト云フ社會的背景ニ依テノミ支持

サレテ來タモノデアアル。從ツテ、民法施行前ニ於テハ、家ヲ異ニスル者ノ間ニ於ケル扶養義務ヲ認メンガ爲メニ、「厄介」或ヒハ「附籍」ナル制度ヲ必要トスルニ至ツタ。而モ、個人特有財産ノ發生ト共ニ、「家」ガ漸次經濟的團體タル素質ヲモ失フニ至レバ、家族の扶養義務ニ代ツテ、親族的扶養義務ガ確立セラルルニ至ツタ。現行民法ガ、近親親族扶養ノ制度ヲ設ケルト共ニ、之ヲ補フニ「家」ヲ基礎トスル扶養制度ヲ認メテ居ルコトハ、此ノ間ノ消息ヲ明カニ説明シテ居ル過度的法制ニ他ナラナイ。而シテ現在ハ、親族的扶養義務ヨリ更ニ一步ヲ進メテ、社會的國家的扶養義務ガ盛ニ主張サレツツアル。斯クシテ、扶養義務ハ家族團體ヨリ親族團體ヘ、而シテ國家ノ手ニ移ラントシテ居ル。此ノ社會的事情ノ推移ヲ無視シテ、家族制度ノ殘骸タル「家」ノ同一ナリヤ否ヤヲ以テ、義務履行ノ先後ヲ區別スル規定ガアルトシタナラバ——而シテ其ノ「家」ガ吾々ノ現實ノ生活ト無關係ノモノデアアルトシタナラバ——ソコニ當然此ノ種ノ規定ノ當否ガ問題トナラザルヲ得ナイデアラウ。

第三ノ點ハ、家族ノ庶子又ハ私生子ガ、父又ハ母ノ家ニ入ル場合ニ於ケル戸主ノ有スル同意權ノ存在價值ニ關スル疑問デアアル。蓋シ親子其ノ家ヲ同ジクスルヤ否ヤニ依ツテ、親子關係ニ基ク法律上ノ效果ニ、重大ナル差別ヲ認ムル我法制ノ下ニ於テ、嫡出子ハ當然ニ父ノ家ニ入りナガラ、庶子又ハ私生子ハ戸主ノ同意アルニ非ザレバ父又ハ母ノ家ニ入ルヲ得ザルコトハ、嫡出

子ト庶子又ハ私生子トニ依ツテ、其ノ父母ニ對スル權利義務ニ重大ナ差別ヲ來タスコトニナルカラデア。民法ガ斯クノ如キ同意權ヲ戸主ニ與ヘテ居ル理由ハ、恐ラクハ、之ニ依ツテ、一ハ野合ノ子ノ入家ヲ拒ミ以テ家名ヲ維持セントシ、二ハ戸主ヲシテ野合ノ子ニ對スル扶養義務ヲ免カレシメントスルニアツタデアラウ。併シ、其ノ謂フ「家名」ナルモノハ、實ハ現ニ其ノ家ノ戸主タリ家族タル人々ノ現實ノ行動ノ如何ニ依ツテ左右サレ得ルモノデアルトシタナラバ、野合ノ子ニ對シテ形式的ナ入家拒絶ヲ爲スコトガ、家族ノ爲シタル「野合」ヲ抹消シ去ツテ、以テ家名ノ維持ニ效果アルモノトモ思ハレナイ。假リニ、此ノ入家拒絶ノ方法ニ依ツテ家名カ維持サレ得ルトシテモ、均シク野合ノ子デアリ乍ラ、戸主自身ノ「野合ノ子」ハ之ガ入家ニ依ツテ、家名ノ汚瀆ヲ許シ、獨リ家族ノ「野合ノ子」ノミ家名ノ汚瀆ヲ許サズト爲スコトハ、果シテ能ク立法ノ趣意ヲ貫徹シテ居ルモノト謂ヘヨウカ。若シ夫レ第二ノ理由ニ至ツテハ、雞ヲ割クニ牛刀ヲ以テシタト云フ謗ハ免カレ得ナイデアラウ。吾々ハ戸主ノ單ナル感情、名譽心乃至所謂「家名」ノ爲メニ、親子間ノ自然ノ情宜ヲ傷ケ得ルガ如キ權利ヲ、今日戸主ニ與ヘテ置カネバナラヌ理由ヲ見出スコトヲ得ナイ。若シ、家族制度ニ基ク殘骸的規定ニシテ、親子夫婦ト云フ様ナ基本的親族關係ヲ害フモノガアツタトシタナラバ、ソコニ此ノ種ノ規定ノ廢止論ガ當然起ラザルヲ得ナイデアラウ。斯クシテ、私生子問題ハ法律

學上古イ問題デハアルガ、又新シイ問題タルヲ失ハナイ。

以上論述シタ他、私生子ノ分娩費及ビ養育費ノ負擔ニ關シテハ、或ヒハ、分娩費又ハ養育費ノ負擔ノ基礎トシテノ婚姻外ニ於ケル情交ト云フ問題モアラウシ（日民七一九條<sup>1</sup>後段、獨民八二五條八四七條<sup>11</sup>、一三〇〇條一七一五條、瑞民九三條三一七條、露親舊一四三條一四四條、新一條三二條）、或ヒハ、分娩費又ハ養育費ノ負擔ト私生子ノ遺産ニ對スル相續權トノ調和如何ト云フ問題モアラウ（獨民一六〇六條、瑞民三二九條）。併シ、是等ノ問題ハ必ズシモ當面ノ設題ニ直接ノ關係ガアル譯デモナイガ故ニ、此處デハ之ヲ取扱ハナカツタ（卷末金澤學士稿法律）  
（討論會記事參照）。

——(終)——