

我國に於ける私生子法
の誕生と私生子の範圍

THE FIRST ENACTMENT OF BASTARDS
IN JAPAN AND THE LEGAL
DEFINITION THEREOF

教 授

外 岡 茂 十 郎

PROF. M. TONOOKA

1941

目 次

	頁
第一 序 説……………	1
第二 私生子法誕生の経緯……………	4
第三 私生子法に於ける妻・妾の意義……………	12
——私通の子としての私生子——	
第四 妻・妾の生める私生子……………	36
——姦通の子としての私生子——	
第五 父に認知された私生子……………	46
——私生子法が生んだ庶子の新意義——	

我國に於ける私生子法の誕生と 私生子の範圍

外岡茂十郎

第一序 説

明治維新以降、海外より流入し來つた法律思想は、我國從來の法律制度の上に種々の形で幾多の重要なる變革を齎らしたのであつたが、親子法に於ける私生子法の誕生も其の一事例たるを失はない。

元來、婚姻外出生子としての「私生子」なる概念は、明治期以前の法律には全く現はれなかつたやうである。尤も、太寶令以來我國の親子法に於ても、本腹子としての「嫡子」に對して、妾腹子としての「庶子」なる分類用語例は存したのではあるが、「妻妾二等親の原則」を採用して來た我國從來の親族法の下に於ては、此の嫡子・庶子の區別は決して今日に於けるが如く公生子と私生子との區別ではなかつた。妾の生んだ子即ち庶子は、妻の生んだ子即ち嫡子と均しく、公生子であつて、「庶子」なる用語には公生子と對立關係に在る「野合の子」「私通の子」としての意義は全く之を缺いて居つた。妾の生む子は、妻の生む子と同様に、法律上當然に其の父を有すると謂はれて居つたこと

も、従つてまた、妻の生む子は生れながらにして當然庶子なる身分を有するとされて居つたことも、孰れも庶子の公生子たる實質を裏書するものであつて、妻を「日蔭者」「私通婦」として取扱はなかつたことの當然の歸結である。併し、此の嫡子・庶子の區別に付ては、全國民事慣例類集は「凡ソ平民間ニテハ公然妾ヲ置ク事ヲ許サザル法制ニテ婢女ニ通ジテ擧ル所ノ子モ多クハ戸籍上ニ男三男ト稱スルヲ以テ別段嫡庶ノ區別ナキ事一般ノ通例ナリ」と謂ふて居るから（同書第一編第七章第三款「嫡庶ノ區別」、参照。明治文化全集第八卷二六四頁）、或ひは、武家法の領域外に於ては、此の嫡子・庶子の區別すら明確には存しなかつたやうにも思はれる。

寧ろ、我國固有の親子法は「家」本位の家族思想に由來する家族法的親子法たることに、其の顯著な一特性があつたやうである。其處には、家督の承繼者となるべき子即ち「嫡子」と然らざる子即ち「庶子」（養老喪葬令では「衆子」と謂ひ、武家制）との區別が重要な位置を占めて居つて、婚姻上の子と婚姻外の子との區別は、全く無視されて居つた。即ち家督を承繼すべき子は、嫡妻の子たると妾腹の子たるとを問はず、總て「嫡子」であり、「嫡子」以外の子は、嫡妻の子たると妾腹の子たるとを問はず、總て「庶子」であつて、此の兩者の間には其の待遇に著しい差別が設けられて居つた。此の「嫡子」と「庶子」との區別に置き換へるに、婚姻上の子としての「嫡出子」と婚姻外の子としての「私生子」との區別を以てするやうになつたのは、「家」よりも寧ろ

「婚姻」を重しとする思想殊にキリスト教の一夫一婦の「婚姻」尊重思想の流入した結果に外ならない。

されば、明治維新以降に於ける親子法變革の基本的課題の一は、家族法的親子法より婚姻法的親子法への推移であり、「婚姻外出生子」法の誕生であつたと謂ひ得る。本稿に於ては、此の意味に於ける我國私生子法の誕生過程を概観した上で、私生子法が當面した、如何なる種類の子が私生子として遇せられたかの問題を明らかにして見たいと思ふ。尙ほ、此の問題に關する參考文獻としては、角田幸吉氏「明治初年以降民法施行前の親子法」(法學志林三十^六卷十二號)及び「明治初中期の私生子法」(法學志林三^{十八}卷五號)・高柳眞三氏「私生子の出現」(國家學會五十周年^{紀念}國家學論集)が存する。本稿も此等先輩學者の開拓に負ふ所が多い〔註一〕。

〔註一〕。民法施行前の先例は、明治八年史官編纂「法例彙纂民法之部」(略語——法例) 初版・同第二版(明治九年)・同第三版(明治十年)、明治十二年彈舜平「民法戶籍類纂」(略語——戶籍)、明治十四年市岡正一「民事法例類纂」(略語——民事)、明治十七年同民「改正戶籍法」(略語——戶籍法)、不詳「局典類纂」(略語——局典)、明治二十三年內閣記録局編輯「法規分類大全第一編刑法門」(略語——法規)、明治三十一年原田眞義「民法對照親族綱相續編」(略語——民法)、明治四十四年自治館「人事慣例全集」(略語——人事)、不詳「舊慣例集」(略語——舊慣)に據つた。

第二 私生子法誕生の経緯

妻でも妾でもない婦女の生んだ子を、其の事實上の關係の儘で、即ち私生子を私生子とした立場での法律上の取扱方を規定した最初の立法は明治六年一月十八日太政官布告第二十一號の「妻妾ニ非ル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論ジ婦女ノ引受タルベキ事。

但男子ヨリ己ノ子ト見留メ候上ハ婦女住所ノ戸長ニ請テ免許ヲ得候者其子其男子ヲ父トスルヲ得ベシ。」

である。即ち明治六年一月十三日司法省原伺の「人ノ妻妾ニ非ル者ニシテ猥リニ他ノ男子ニ姦シ分娩イタシ候弊風ヨリ私生ノ男女多ク相成父ニシテ其子ヲ子トセズ子ニシテ其父ヲ父トセズ囂々争訟スルニ至リ倫理ヲ壞敗スルノ甚シキ言フニ忍ビズ因テ戸籍ノ混亂ヲ招キ一種ノ人類ヲ生ズルニ至ルベク憲法上ニ於テ一日モ坐視スベカラザル事ニ候條至急別紙ノ通御布告相成度」に對して、同年同月十八日太政官が司法省の議を容れて「伺之通布告相成候事」と指令したのに始まる(法例初版四四—四頁—六頁)。斯くして、妻妾以外の婦女の生める子は凡べて私生子であつて、斯かる私生子は當然生母の戸籍に屬し、其の養育も一切其の婦女の負擔たるべきものとされたのであつたが(明治二十二年一月三十一日、大判—粹誌四號一九頁)、また他方では、此の種の子と雖も法律上の父子關係を有し得る途が新たに開かれるに至つた。

斯くの如き意味を有する前記の太政官布告が、従來の慣行的事實を基礎として制定せられたものであるか、或ひは、海外より流入した思想に影響された新文化的條理に基いて制定せられたものであるかは、必ずしも明白ではない。併し、明治三年十二月頒布の新律綱領の「五等親圖」に依つて規律された親族の範圍は、實子を妻の生んだ子^(一等親)と妾の生んだ子^(三等親)とに限定して〔註二〕、妻妾以外の婦女の生んだ子は之を除外して居つた。即ち新律綱領に依れば、斯かる子は其の實父母に對して法律上の親子關係なきものとされて居つたし、また、全國民事慣例類集に依れば、斯かる子は「公然顯シガタキヲ以テ、假ニ父母ヲ設ケテ届ケ及ビ吹聽」されたり、或ひは、「養育料ヲ添テ他家へ遣シ、其家ニテ出生シタル事ニ取計」はれたりする類の各地方の慣行〔註三〕から推察すれば、私通關係から生れた子を私通の子とした儘で、法律上母の引受たることを規定した前記太政官布告は、従來の慣行を單に成文化したものと見るべきではなからう。

〔註二〕。新律綱領の五等親圖の三等親に在る「庶子」の意義に關して、明治七年二月十四日司法省は、同六年四月二十二日滋賀縣伺の「三等親圖中庶子トアルハ妾腹ノ子ナル哉云々」に對して、「何之通」と指令して居る（法例初版四二〇——二頁）。従つて、新律綱領の戸婚律立嫡違法條に在る「庶子」（即ち「嫡子以外の總ての子」としての「庶子」とは、其の意義を異にする（拙稿「子の稱呼」——早稻田法學十九卷四六——八頁參照）。

〔註三〕。同書第一編第二章「出産ノ事」參照。此の慣行に關して、明治九年六月二十日太政官稟議には「全牀私生ノ子ハ其ノ制度ニ由リ大ニ風俗ニモ關シ候義ニ有之從前ハ男女ノ廉恥名節ニ關スル事ナルニ由リ種々ノ取計ヒヲ以テ其蹤跡ヲ滅シ

候者モ間々有之候云々」とあり(局典八九頁)、大正八年二月八日大審院判決も「明治初年ニ於テ平民間ニ在リテハ婦女ガ父母ノ婚姻ヲ承諾セザル以前ニ他人ト私通シテ分娩シタル子ハ往往之ヲ其生母ノ屬スル戸籍ニ子トシテ編入セズ他家ニ遣ハシ之ヲ貰受ケタル者ハ自己ノ子トシテ届出デ其家ニ入籍セシムルコトノ慣行ガ一般ニ行ハレタルモノニシテ云々」と爲して居る(民錄二十五輯一八九頁)。尙ほ、明治六年太政官布告第二十一號制定以前に於て、私生子が如何なる取扱を受けて居つたかに關しては、高柳教授前掲論文五頁以下參照。尤も、同教授は「勿論さう云ふ偽裝が、違法的行爲であつたことは疑ひない」とされて居るが、大審院は養子制度に準ずべき慣行として當時の法制上適法のものなりと見て居る(同判決錄一九六頁以下)。當時の社會事情からして、公生子に偽裝するものであるからと云ふて直ちに違法の慣行なりとは斷定し得ないやうに思はれる(民七二七條、親族法改正要綱第一の七號參照)。

殊に、我國從來の法制は有夫の婦のみならず、無夫の婦の私通關係をも、「和姦」として處罰して居つたので〔註四〕、新律綱領もこの傳統的思想を受け繼いで、犯姦律犯姦條に「凡和姦ハ。ナツトクヅクノミツツウ各杖七十。夫アル者ハ。各徒三年。若シ媒合及ビ容止シテ。通ミツ姦セシムル者ハ。犯人ノ罪ニ。一等ヲ減ズ。」と爲したから、斯かる犯罪行爲たる私通の結果生れた子に對して、私通の子としての固有の法律上の地位を與へることは、之を躊躇せざるを得なかつた社會事情も存したであらうし、また、斯かる事情からして私通の子を私通の子とせず、他人の公生子として假裝の出産届を爲すことを餘儀なくさせるに至つたものであらうことも、大方之を推察し得るやうに思はれる。蓋し當時の法律思想を以てすれば、斯かる子を法律上認めることは、私通關係を默認する結果となつて、凡ての私通關係を犯罪なりとして之を容認

しなかつた従來の思想と相容れないものがあつたらうし〔註五〕、また他方では、私通の子の父又は母が事實關係の儘に自己の私通に因る子として之を處置すれば、刑法上「和姦杖七十」の處罰を受けることを餘儀なくせられたからであらう。斯くして、私通の子は他人の公生子たる假面を一生涯かぶり通すことに依つて、實父母の私通に因る子たる本體を隠して了ふに非ざれば、其の法律上の存在が許されなかつたのであつて、正に司法省の所謂實父母にして其の子を子とせず、子にして其の實父母を父母としない「一種ノ人類」であつた(前掲明治六年一月十三日太政官に對する司法省何參照)。

されば、公生子たる假面をかぶることを必要としないで、即ち私通の子を私通の子として事實關係の儘に處置する前記太政官布告が公布されると間もなく、明治六年一月二十四日木更津縣は、司法省に對し「妻妾ニ非ザル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論ジ其婦女ノ引受タルベキト第二十一號ヲ以テ御布告相成候右ハ凡妻妾ニ非ザル婦女ニシテ男女相通ズルモノ其私和或ハ私ニ媒合容止スルモノ又ハ父母親族ノ公許默許等ヲ論セズ總テ其兒子ハ婦女住所ノ地ニ編籍シ其罪ヲ不問シテ可然哉又ハ男女其他容止スル者等總テ犯姦律和姦ノ條ニ依リ處斷シ然ル後兒子ハ編籍シ可然哉右處斷ノ後兒子編籍スル儀ニ候得バ婦女禁獄又ハ懲役中兒子ハ婦女ニ付シ乳哺爲致可然哉且婦女ニ數個ノ男子アリテ其所生ノ兒子假令婦女ヨリ某男ノ兒子ト指言スルモ何人ノ兒子タルヲ辨知セザル節ハ唯婦女ノミ處刑致可然

哉右ハ當縣下往古ヨリ墮胎洗兒ノ惡習專ラ相行ハレ現今育兒方法施行ノ際前件ノ類不少差掛候儀ニ付此段相伺候至急御指令被下度候也」と爲し(法例初版四四、六—八頁)、司法省も亦同月三十一日太政官に對し「先般妻妾ニ非ザル婦女分娩スル子女ハ一切私生ヲ以テ論ズル云々御布告ニ相成姦生ノ子ト雖必ズ官ハ先訴シテ戶籍ヲ紊亂セザル御趣意ニ有之候然ルニ新律和姦杖七十ノ律存在候テハ其告訴スル道ヲ塞グ而已ナラズ律例矛盾致シ候既ニ條例中ニモ相除キ伺置候ヘドモ當今裁判上ニ差支候間先以テ犯姦律丈至急御決定御布告相成度依テ律案御布告案相添此段相伺候也」と其の決裁を求め(法規二、四四頁)、遂に同年二月八日太政官布告第四十三號を以て「凡和姦夫アル者ハ各徒一年妾ハ一等ヲ減ズ若シ媒合ナカウド及ビ容止シテ通姦セシムル者ハ犯人ノ罪ニ三等ヲ減ズ」として、夫なき婦女の私通關係は之を道德上の問題として法律の領域外に置いて、法律上は處罰せられざることに改めたのであつた〔註六〕。従つて、斯かる沿革的事情を辿つて見ても、明治六年太政官布告第二十一號を以て公布された私生子法が、單に當時の慣行を認定したに過ぎぬと解することは、一層困難のやうに思はれる。

〔註四〕。例へば雜律には「凡姦者徒一年、有夫者徒二年、強者各加一等」とあり、徳川百箇條にも「主人之娘ト致密通候者中追放」、「夫無之女ニ致密通誘引出候者女ハ爲返男ハ手鎖」、「下女下男密通主人ニ引渡」、「他之家來又ハ町人等下女ニ密通忍入候男江戸拂女ハ主人之心持次第」などある（御仕置裁許帳・石井良助編近世法制史料叢書第一（九四頁以下）には此の點に關する判例が多數擧げられて居

る)。また、明治四年三月二十六日京都府から提出された何文にも、「平民共村番非人後家ト姦通イタシ右非人方ニ數日止宿罷在候云々」とある(法規二四五頁)。されば、和姦(徳川時代の所謂「密通」)は現行法に於ける「姦通」よりも更らに廣い觀念であつた。

〔註五〕。此の間の消息を語るものとしては、法例彙纂初版に「二月十九日京都府ヨリ姦ニ妻妾ニアラザル婦女分娩ノ兒子取扱ノコトヲ伺出候處犯姦律御改正ニ付差返相成右改正律ニハ和姦ノ律無之向後和姦被差許事ニ相見ヘ放蕩縱恣人倫ヲ亂ルモノ増加スベク横井忠直建言致シ説諭難致ニ付伺出。三月十日ニ和姦ノ條ヲ除クハ禁ヲ人心ノ固有ニ託シ遂ニ猥褻ノ行無ラシムル御主意ニテ決シテ之ヲ許スニ非ズ人々不行事ニシテ之ヲ律ニ明細セザルハ管和姦ノミニ非ズ此旨體認シ忠直ヘ相諭スベキ旨史官ヨリ申達ス」なる記事があるし(同書四四六頁)、更らに降つては、現行民法編纂の當時に於てすら、之と一脈相通する思想が存した(亂倫の子及び姦通の子の認知を許すべきか否かに關する討議——法典調査會第一五六回議事速記録参照)。併し、此の論法で一貫するならば、夫が妻の姦通を證明して妻の生みたる子の嫡出子なることを否認することも、禁止されねばならぬことになる。尙ほ、昭和六年一月二十三日大審院判決(法律新聞第三二二七號一四頁)参照。

〔註六〕。明治六年六月十三日太政官布告第二百六號の改定律例犯姦第二百六十條は、此の改正法を其の儘に採用して「凡和姦夫アル者ハ各懲役一年妾ハ一等ヲ減ズ若シ媒合及ビ容止シテ姦姦セシムル者ハ犯人ノ罪ニ三等ヲ減ズ」と規定して居る。尙ほ、舊刑法第三五三條刑法第一八三條改正假案第三二四條(姦通罪)及び同第三二五條(私通罪)参照。

以上概觀した如く、明治六年太政官布告第二十一號は從來の一般的慣行を單に成文化したものとは考へられないのであるが、また併し、之を以て劃期的な私生子法が突如として制定せられたものと斷定するにも、躊躇せざるを得ないものがある。蓋し私通關係より生れた子を「某ノ子ナド曖昧ノ名目」を借りることなく、事實關係の儘に私通の子は私通の子として「母ノ籍ニ

附スル例ナリ」とか、或ひは「其密夫判然タルハ父籍へ編入シ、判然ナラザルハ母籍へ編入スル例ナリ」とかと云ふ類の事實主義の慣行も、地方によつては絶無ではなかつたし(全國民事慣例類集一八六・一八七・一八九頁)、加之、明治新政とともに徳川幕府の鎖國攘夷政策の崩壊は、在留外國人と其の妻でも妾でもない日本人たる婦女との間に子の生れる機會をより多からしめたことであらうし、而して斯かる子を法律上處置するに際して、從來の虚偽的な公生子假裝主義を以てしては、極めて困難なる問題に當面せざるを得なかつたからである。即ち此の場合に於ては、斯かる子を以て其の實父母の親族の實子なりとして、或ひは、子のない知友・貰受人等の實子なりとして其の戸籍に編入すると云ふ從來の方法に依ることは、不可能ではないとしても、著しく困難であつたからである。

されば、壬申(明治五年)八月二十四日大藏省伺の「長崎縣ヨリ歐清人共傭入ノ遊女ニ出生ノ男女彼國へ連歸リテハ本國ニテ差支モ有之趣ニ付遊女身寄抱主等へ熟談ノ上抱主ノ戸籍ニ加ヘ若シ其者ヲ養子ニ致ス時ハ其先へ送籍スル仕來ニテ各國人種ノ者追々入籍致シ居右等斷然御規則可伺ノ處不得止者ハ情願ヲ許可シ入籍爲致候哉ノ段伺出外務省へモ打合ノ處母ノ名ヲ以編籍取計ベクノ義同意ニ付差圖可致哉」に對して、同年八月三十日太政官は「伺之通」と指令して(法例初版四四頁)、斯かる子は事實を事實の儘に、何等他人の公生子たる假面をかぶることなく、母

の私通の子として母の戸籍に編入されることを餘儀なくされたのであつた。更らに、同年十一月十四日大藏省伺に對する同年同月二十三日太政官指令に依つて、在留外國人の妾になつた婦女の生める子に付ても、亦同様な取扱ひが爲さるべきものとせられた〔註七〕。

恐らく、此種の特例こそ、私通の子を私通の子とした儘での取扱方を規定した明治六年太政官布告第二十一號の制定せられるに至つた有力な一機縁となつたものではなからうかと思はれる。而して此の場合、海外より流入し來つた婚姻法的親子法に由來する思想が、此の時代に於ける西歐文化心酔の社會的風潮に順應して、極めて重大な役割を擔當したものであらうことも、之を推斷するに難くない。

〔註七〕。 壬申十一月十四日大藏省伺——神奈川縣ヨリ當七月中外國人呼入ノ遊女へ出生ノ男女戸籍編入ノ義長崎縣伺へ御指令振伺之處西洋人支那人トモ呼入ノ遊女ニ出生ノ男女ハ母ノ名ヲ以編籍可取計旨御差圖有之然ルニ妾へ出生ノ兒有之節ハ同様ノ編入可致哉右等ハ外國人へ御引合ノ上御規則不相立テハ不都合可生ニ付伺出外務省打合ノ上云々(前ノ長崎縣伺ニ同シ)
同年同月二十三日太政官指令——伺之通(法例初版四四四頁)。

第三 私生子法に於ける妻・妾の意義

——私通の子としての私生子——

妻妾にあらざる婦女に生れた子が私生子たるべきことは、前記の太政官布告に依つて明らかであるが、私生子の意義如何の問題は、其處に謂はれて居る妻なり妾なりの身分が如何にして定められて居つたか、「妻」とは何か「妾」とは何かと云ふ問題から先づ始められねばならない。即ち事實として存在する夫妻關係又は夫妻關係が其の儘法律上の關係として認められて居つたものであらうか、それとも法律上一定の手續を必要とし、此の手續以前には、事實關係の如何に拘らず、法律上夫妻關係も夫妻關係も存せずと爲されて居つたものであらうか。此の點に關して、民法施行に至るまでの變遷過程は、之を三期に分けて觀察することが出来る。

第一期は前記の明治六年太政官布告第二十一號の公布された當時の婚姻法である。即ち明治三年十一月四日太政官布告の縁組規則に依る願出主義の婚姻法(註八)が改められて、同四年八月二十三日太政官布告の「華族ヨリ平民ニ至ルマデ互ニ婚姻差許サレ候條雙方願ニ及バズ其時々戸長へ可届出事。但送籍方ノ儀ハ户籍法第八則ヨリ十一則マデニ照準可致事」に依る華族平民を通じての届出主義の婚姻法の時代である。

固より此の「届出」は之を缺いた場合でも、單に或種の制裁

(後述)が科せられたに止まり、婚姻の效力自體には何等の影響もなかつた。従つて、此の時代は婚姻の成立を明らかにする爲め「戸長」に對する届出を強制したが、尙ほ事實婚主義に依る婚姻法であつたと謂ひ得る。蓋し我國古來の慣例に於ては、「婚姻の成立」と「送籍」とは之を別個の事と觀念して〔註九〕、「送籍」せずとも婚姻は成立して判例の所謂「未ダ送籍ヲ爲サザル人ノ妻タル身分ニアル者」の存在が許されたのであつたからである。されば、「届出」は單に戸籍法上の「送籍」に必要な手續であつて、婚姻の實質上の要件ではなく、之を缺くも婚姻を當然無効ならしめることはなかつたのである。

〔註八〕。庚午(明治三年)十一月四日太政官布告 縁組規則

- 一 華族ハ太政官へ願出士族以下ハ其管轄府藩縣へ可願出事
- 一 華族士族取結候節ハ華族ハ太政官へ願出士族ハ其管轄廳ヨリ太政官へ伺濟ノ上可差許事
- 一 府藩縣管轄違ニテ取結候節ハ士族卒平民タリトモ雙方ノ官ニテ聞濟互ニ送り狀取替シ可申事

辛未(明治四年)四月二十二日太政官布告

昨冬十一月御布告縁組規則中管轄違ニテ取結候節ハ士族卒平民トモ雙方管廳ニテ聞濟送り狀取替候様御達ニ相成居候處平民ハ不及其儀今般布告ノ戸籍法第五則ノ通可相心得此段更ニ相違候事

辛未(明治四年)四月四日太政官布告 戸籍法

今般府藩縣一般戸籍ノ法別紙ノ通改正被仰出候條管内普ク布告致シ可申事

第五則——編製ハ爾後六ヶ年目ヲ以テ改ムベシト云トモ其間ノ出生死去出入等ハ必ズ其時々戸長ニ届ケ戸長之ヲ其廳ニ届ケ出テ(支配所アルモノハ支配所ニ届ケ支配所ヨリ其廳ニ届)其廳之ヲ受ケ人員ノ増減等本書ヘ加除シ毎年十一月中戸籍表ヲ改メ十二月中太政官ヘ差出ズベシ(加除ハ生ルル者ト入ルモノヲ加ヘ死者ト

出ル者ヲ除ク類ヲイフ)

[註九]。此の點に關する我國古來の慣例は、多くは慣習上の婚禮儀式を擧ぐるに因つて婚姻を成立せしめ、「送籍」は之とは別個に、新婦の「家風ニ適シ父母夫婦和合ノ見込確立ノ上」で、或ひは新婦が「一子ヲ懷妊スルヲ待テ」行はれて居つたやうである（全國民事慣例類集第一編第三章「婚姻ノ事」参照。尙ほ後掲明治十六年五月三十日石川縣伺に對する同年六月十六日指令、同二十一年五月九日青森縣照會に對する同年六月一日回答等参照。

第二期は明治八年十二月九日太政官達第二百九號の「婚姻又ハ養子養女ノ取組若クハ其離婚離縁縱令相對熟談ノ上タリトモ雙方ノ戶籍ニ登記セザル内ハ其效ナキ者ト看做スベク候條右等ノ届方等閑ノ所業無之様精々説諭可致置此旨相達候事」に依る法律婚主義婚姻法の確立である（此の達は輪廓付であつた——明治六年十一月二十二日第三九三號公達参照）。即ち明治九年一月十九日飾磨縣伺「去ル明治八年十二月九日第二百九號ヲ以テ婚姻又ハ養子養女若クハ離婚離縁假令相對熟談ノ上タリトモ雙方ノ戶籍ニ登記セザル内ハ其效ナキ者ト看做ス可ク云々御達相成ニ就テハ以來律上ニ於テモ養子女或ハ妻トナリ相對熟談ノ上其養父母及ビ夫ト同居スル者ト雖モ未ダ雙方戶籍ニ登記セザル内ハ凡人ト看做シ離婚離縁シテ別居スル者ト雖モ戶籍ニ記載有之内ハ養子女及ビ妻ト看做シ論ズベク哉又ハ戶籍ニ登記スルトセザルトニ論ナク各實際ニテ科斷シ可然哉」に對して、同年二月十三日司法省は「八年第二百九號公布ハ戶籍ニ登記シテ始テ養父子夫妻ノ名稱アル者ト爲ス故ニ刑律ニ於テモ現在ノ居所ニ依ラズ總テ戶籍表ニ依テ處分ス可シ」と指令し（法例三版一〇頁）、また、同年六月十七日内務省伺に對する同年七

月三日の太政官指令は、「伺之趣雙方其本籍地戸長役場ノ戸籍ニ出入ヲ登記シタル日ヨリ（夫婦又は養親子の）效ヲ生スル者ト可心得事」と爲して居る（法例三版一—
三頁）。斯くして、西歐諸國に於ける法律婚的思想の影響を受けて、届出なければ婚姻存せずとする法律婚主義の婚姻法が我國にも始めて茲に一應確立されたのであつた。

併し、斯くの如くに戸籍上の登記を以て婚姻の效力發生要件と爲したことは、「婚姻の成立」と「送籍」とを二個の別事と觀念して來た我國古來の舊慣から甚だしく遠距つて居つたので、幾多の不都合を生ぜしむるに至つた。殊に、慣習上の儀式を擧げて立派に夫婦として生活して居るのに、戸籍に其の登記をしない限りは、假令妻が夫又は夫の祖父母・父母を謀殺しても、之を妻たる身分を有する者の所爲として、「謀殺祖父母父母條例」（改定律例第一
六八條）を以て處斷することを得なかつたと云ふやうな刑の適用上の問題に至つては、國民感情の到底受容れ得べきものではなかつたと見えて、明治九年四月十八日在宮崎縣七等判事有馬純行は、當時の司法卿大木喬任に對して次の如き擬律伺を提出して居る。

明治八年第二百九號公布婚姻又ハ養子養女ノ取組若クハ其離婚離縁縱令相對熟談ノ上タリトモ雙方戸籍ニ登記セザル内ハ其效ナキ者ト看做ス可ク云々ト有之候付テハ雙方父母親屬熟談ノ上人ノ妻トナリ男女ノ子アル者ト雖ドモ戸籍ニ登記無之

者ハ犯姦告訴等ノ節無論處女ト看做シ處分致ス儀ニ可有之尤右ノ者夫又ハ夫ノ祖父母父母ヲ謀殺故殺毆傷罵詈等ニ至ル迄總テ凡人ヲ以テ論ジ且人ノ養子女トナリテ同居シ實際親子ノ會釋ヲ爲ス者ト雖ドモ前同斷ノ者ハ皆凡人ヲ以テ處分致シ可然哉已ニ戶籍法規則確定ノ上ハ婚姻又ハ養子女等其時々送籍等ヲ不爲者ハ無之筈ニ候得共邊土僻隅ノ愚民ニ至テハ絶テナシトモ難確定候ニ付犯者アルニ臨ミ實際ト條理上ト不都合ヲ可生様有之關係不尠聊疑義ヲ生ジ候條豫メ御指揮ヲ受置度此旨相伺候也。

司法省は之に基いて、前記太政官達第二百九號に甚だ無理な解釋を與へて、「婚姻又ハ養子女ノ取組若クハ離縁等ノ儀ニ付テハ八年第二百九號ヲ以テ使府縣へ達セラレタリ然ルニ該達ハ文意稍明確ヲ缺キ或ハ宮崎縣伺ノ如キ疑團ヲ生ズルアリト雖トモ篤ト該達ノ文意ヲ熟按スルニ假令ヒ相對熟談ノ上タリトモ云々ノ文字アリテ既ニ其婚姻ヲ行ヒ夫婦ト爲リタル者ヲ指的スルニアラズ其主意ヲ約言スレバ婚姻養子ノ取組等ヲ爲スニ當リ雙方ノ熟談ノミニテハ一概ニ之ヲ夫婦父子ト見ル可カラザル旨ヲ示シタルモノナリ（尤モ最初該達施行ノ際ハ此辨明ト其旨意ヲ異ニセシヤモ知ル可ラザレド今日法律ノ改良修正ヲ要スルニ當テハ成ルベク舊法ヲ破毀セズ之ガ辨明ヲ以テ其效ヲ得セシムルヲ良トス）然ルニ若シ之ヲ以テ既ニ婚姻ヲ行ヒ親族隣里モ之ヲ認許セシ者ニ適用シテ凡人ヲ以テ處分スルハ實ニ人類社會ノ根本

タル一家親族ノ大倫ヲ亂スベキ法律ト云ハザルヲ得ズ別紙有馬判事伺ノ如キ其實明々タル夫婦親子ニシテ獨リ戸籍ノ登記ヲ缺ク者若シ謀殺故殺犯姦等ノコトアランニ凡人ヲ以テ之ヲ論ゼン耶是レ其形ヲ論ジテ其實ヲ論ゼザル者大ニ法律ノ原旨ニ悖戾スト謂フ可シ然リト雖ドモ其戸籍登記ノ届ヲ爲サザル情實ニ因リ元ト其婚姻等ノ成リ立タザル不良ノ所爲アルモノハ其效ヲ失ハシムル者モ之レアルベシ因テ別紙之通指令可及ト存候且左ノ指令案ノ趣旨ニ從ヒ各裁判所へ念ノ爲メ本省ヨリ布達ニ及ビ度此段相伺候條早速御裁令相成度存候也」と爲して太政官に上申したので、太政官も其の趣旨を容れて、「伺之趣八年第二百九號ノ諭達後其登記ヲ怠リシ者アリト雖ドモ既ニ親族近隣ノ者モ夫婦若シクハ養父子ト認メ裁判官ニ於テモ其實アリト認ムル者ハ夫婦若シクハ養父子ヲ以テ論ズ可キ儀ト相心得ベシ」と指令した。斯くて、司法省は明治十年六月十九日司法省達丁第四十六號を以て、之を大審院上等裁判所地方裁判所へ「爲心得相達候事」と爲つて（戸籍法二三
○頁以下）、茲に第三期としての事實婚主義への復歸時代を導き出すことになつた。

尤も、前記の明治十年の司法省達に依つて、穂積重遠博士は明治八年の太政官達も畢竟戸籍届出の督勵に外ならなかつたので、民法施行に至るまで結局事實婚主義だつた様であると爲されて居るし（親族法三四
六頁以下）、中川善之助教授も「明治八年に行はれんとした形式婚主義の婚姻法は、遂に社會意識の乖離と之を敏感

した司法當局の一種の自由求法的解釋とに依て全く光明の世界に出ないで終つた」と爲されて居るし（「婚姻の儀式」——法學協會雜誌第四卷八九五頁）、また、和田子一博士は前記の司法省達の有權解釋から明治八年の太政官の達自體が事實婚主義を宣言するものと解されて居るが（「婚姻法論九」五頁以下）、而して此種の見解が今日の通説ではあるが〔註一〇〕、其の當時に於ける各種の指令（例へば前掲明治九年二月十三日司法省指令、同年七月三日太政官指令及び後掲明治八年十二月十七日太政官指令、同九年一月十四日司法省指令、同十年二月十四日内務省指令等）等から推察して、明治八年十二月九日太政官達第二百九號以後同十年六月十九日司法省達丁第四十六號に至るまでの間は、法律婚主義の婚姻法が行はれて居つたと見る方が正しいやうに思はれる。

或ひは、前記の司法省達丁第四十六號の發せられるに至つた由來からして、之を以て完全なる事實婚主義への復歸ではなくして、「明治八年十二月九日太政官達第二百九號ノ精神ハ從前結婚ヲ爲シナガラ戸籍ニ登記ヲ怠ル者多キニヨリ是等ノ者ニ對シテ戸籍ニ登記セザル間ハ婚姻ノ效果ヲ主張スルヲ得ザルコトヲ明示スルニアリ若シ公益上就中刑事上婚姻ノ成立ヲ認メザルヲ得ザル事情アリテ裁判所婚姻ノ成立ヲ認メ親族近隣モ亦之ヲ認ムルトキハ未ダ戸籍ニ登記セザルモ既婚者トシテ處分スル」を妨げざるものと解する先例もあり（明治二十四年三月二十七日内務大臣照會に對する同年四月二十三日司法大臣回答一人、事四七六頁）、同様に、民法施行前に於ける婚姻は「戸籍ニ登記セザル内ハ其效力ヲ生ゼザルヲ原則トシ唯刑事ニ付テハ已ムコトヲ得ザル事情ヨリ戸籍ニ登記セザルモ親族近隣ノ者之ヲ夫婦

ナリト認メ裁判官ニ於テモ其實アリト認メタルトキハ夫婦ヲ以テ論ズベキモノト定メタルガ如シ果シテ然ラバ少クトモ民法上ニ於テハ假令民法施行前ト雖モ婚姻ハ之ヲ届出ヲ爲スニ非ザレバ其効力ヲ生ゼザルモノト論斷セザルベカラズ」と爲す者もある(宮田四八氏「法典質疑問答」第四編六二頁以下。同説——岡村司博士民法親族篇三四二頁)。また、他方では、司法省より大審院上等裁判所地方裁判所へ「爲心得」達した明治十年の丁號達を以てしては、明治八年の太政官達を廢する効力なし(明治六年十一月二十二日第三百九十三號公達——布告達書刷印發行候分今ヨリ永ク遵守スベキモノハ輪廓ヲ附シ一時心得ベキモノハ輪廓無之候條此旨相達候事一参照)との立場から、事實婚主義への復歸を否定する梅謙次郎博士の説明があり(最近判例批評二〇〇頁以下。同續編一七五頁以下)(註一一)、奥田義人博士も其の根據を明らかにされては居ないが、「財産關係及ビ刑事上ノ目的ニ向テハ届出ヲ缺クモ尙婚姻ノ効力ヲ生ゼシメタリ」として、前記司法省達丁第四十六號以後も身分關係に付ては、尙ほ法律婚主義であつたことを認められて居る(親族法論一三一頁以下。日本)。併し、此等の説明を以てしては、民法施行前に於ける「婚姻の成立」と「送籍」とを區別して居つた實際上の取扱、例へば後に掲げる「結婚ノ届ヲ爲サザリシ有子ノ妻ガ夫死亡後ニ夫ノ家ニ妻ノ名義ヲ以テ入籍スル場合ハ事實結婚セシ年月日ニ遡リ戸籍へ登記スベシ」と云ふが如きは、到底之を理解し得ないであらうし、殊に、前記司法大臣回答の如きは、婚姻に相對的效果を認めんとするものであつて、斯くの如きは婚姻の性質上許さるべき限りではない。

以上概観した如くであるから、明治十年六月十九日以後は第三期として、法律婚主義から事實婚主義への復歸時代である。斯くして、未だ「送籍」を爲さざるも婚姻は成立すると云ふ原則が、民法の施行せらるるまで維持されて來た。例へば、明治十六年五月三十日石川縣伺の「既ニ結婚セシ者入籍ノ手續ヲナサザル内一男子ヲ擧ゲ然ル後其夫死亡候處該婦ハ一子ヲ分娩セシモノニ付死者妻ノ名義ヲ以テ入籍爲致度旨出願スルモノ有之右ハ親族協議ノ上ハ聞届不苦候哉」に對して、同年六月十六日の指令は「結婚セシ年月日ニ溯リ戸籍へ登記スベシ」と爲し(局費七)、明治二十一年五月九日の青森縣照會に對して、同年六月一日の回答は「未ダ戸籍ニ登記セザル遺妻入籍ハ親族協議ノ上出願スルニ於テハ聞届ケ苦シカラザル義ニ有之……其戸籍登記方ハ當初結婚……セシ年月日ニ遡リ登記スベキモノト思考ス」と爲し(人事三、六七頁)、また、明治二十六年九月十八日長野縣照會が「茲ニ本年二月中結婚セシ未ダ送入籍ノ手續ヲナサザル内其夫六月中死亡ノ處遺婦已ニ懷妊シ居ルニ付死者妻ノ名義ヲ以テ送入籍ノ義願出候モノ有之事實相違無之被認候得共婚姻ナルモノハ戸籍ニ登記シテ始メテ公認スベキモノニ付其登記以前ニ夫妻タリシ事實ヲ以テ送入籍事項訂正ヲ出願スルモ詮議セラレザル例ニ候得バ右ノ如キ一方ノ死亡セシニ拘ラズ内縁當時ニ遡リ夫妻タルヲ公認スルハ不相成筋ト被存候」と爲したのに對して、同年十月二十一日内務省庶務局長司法省民刑局長回答は「男子ノ

親類協議ノ上出願スルニ於テハ聞届不苦例ニ有之候」と爲して居る(人事五
八六頁)〔註一〇〕。されば、舊民法人事編第四十七條第一項は「婚姻ハ證人二人ノ立會ヲ得テ慣習ニ從ヒ其儀式ヲ行フニ因リテ成ル」と爲し、同第四十九條は「婚姻ノ儀式ヲ行ヒタルトキハ雙方ヨリ十日内ニ身分取扱吏ニ其届出ヲ爲ス可シ」と規定して居る。固より、之を以て法律婚的思想が國民の法律的意識の上から全く消滅し去つたものと斷定してはならない(民七五條一
項親族法改正
要綱第一二「婚
姻ノ成立」参照)〔註一一〕。

〔註一〇〕。牧野菊之助「親族法論」一九五頁以下。谷口知平「日本親族法」二二一頁以下。堀内節「親族法要義」一九三頁。大審院も明治二十六年一月二十日「法式ニヨリ妻トナリ居ラザルモ事實ノ判斷上其夫タリトスルモノニ對シテハ夫婦及ビ共通財産ノ關係ヲ生ジタルコトヲ認定スルコトヲ得ベシ」と判決して以來(裁判粹誌民事集第八卷上八頁)、屢々此の主旨の判例を出して、民法施行前事實婚主義であつたことを明言して居る——判例體系親族編上四七五頁以下参照。

〔註一一〕。此の點に關して大審院は「民法施行以前ニ生ジタル事項ニ付テハ明治十年六月司法省丁第四十六號達ハ明治八年第二百九號太政官ノ指令ヲ司法省カ諸裁判所ニ達シタル者ニシテ等シク憲法第七十六條ノ所謂法令ト稱スベキモノニ屬シ遑由スベキ效力ヲ有スベキモノトス然リ而シテ民法施行前ニ在テハ實際夫婦タル事實ノ存スル以上ハ其實際ニ據リ判斷ヲ下スハ我國裁判上ノ慣習ナリトス故ニ本案モ亦民法施行前ニ生ジタル事項ニ係ルヲ以テ前顯司法省達及ビ慣習ヲ適用スベキモノナリ」と説明して居る(明治三十二年九月十九日判決、五輯八卷六頁)。尙ほ、東京地方裁判所は明治三十五年(ワ)一二六六號に於て「婚姻ハ民法實施後ハ勿論實施前ト雖モ其届出ヲ爲スニアラザレバ其效ナシ」と爲して居るのが、判例としては異例に屬する(法律新聞一五一號九頁)。

〔註一二〕。但し、此の點に付てすら異例の取扱がないでもない。

明治十七年二月二十四日高知縣何一一 茲ニ一旦離縁セシ妻ヲ復縁シ未ダ入籍ノ手

續ヲ了ヘズシテ其夫死亡後ニ至リ入籍ヲ願出ヅルモノアリ右ハ夫死亡後ニ於テ妻ノ位置ニ復セシムルハ稍穩當ナラザルガ如シト雖ドモ遺子ノ情願其事情默止ガタキ次第ニ相聞ニ畢竟スルニ當時戶籍上其手續ヲ怠リシモノニシテ事實ニ於テ相違無之上ハ情願ノ通入籍聞届可然乎但本文難聞届筋ニ候ハバ母ノ地位ニ入籍セシムルハ不苦哉。

明治十七年七月十八日指令——書面伺ノ趣母トシテ入籍スルハ不苦儀ト可心得事(局典五六五頁)。

明治十九年十月六日静岡縣伺——爰ニ女子アリ(戶主ニアラズ)家事ノ都合ニヨリ他府縣ヘ寄留中某氏ノ妻トナルモ未送籍ノ手續ヲ經ザル内夫某死亡ス然ルニ該夫存生中他ヨリ貰受ケタル幼男子アルヲ以テ家督繼承セリト雖幼年ニシテ家事ヲ調理スル能ハズ且他ニ相應ノ後見人無之ヲ以テ前書妻タリシモノヲ當今幼者ノ母ニ送籍ノ義願出ルモノアリ右ハ幼者ノ母ヘ送籍スルモ差支無之義ニ候乎。

同年十一月二十二日指令——難聞届義ト心得ベシ(人事一五三頁)。

明治二十三年十月十一日東京府知事伺——凡ソ婚姻ノ取組ハ明治八年第二百九號達ニ依リ雙方ノ戶籍ニ登記セザル内ハ其效ナキ義ハ勿論ナルモ武官ノ如キ陸軍大臣ヨリ結婚條例ニ依リ與ヘラレタル結婚認可書并ニ同大臣ヘ差出シタル結婚済届書等ノ如キモノアリテ戶籍ニ登記以前縁組シタル事實ノ證明確實ナルトキハ之ヲ戶籍登記以前ニ廻リテ夫妻ト認ムルモ差支無之哉若シ差支無之トスレバ戶籍上入籍年月ニ合セテ結婚年月ヲ記載シテ其關係ヲ明ニスルモ差支無之哉又武官ニアラザルモ確實ナル證據アルモノハ渾テ本文同様取計苦シカラズヤ差掛候儀有之候條至急何分ノ御指揮相成度此段相伺候也。

明治二十三年十月二十八日司法大臣指令——本年十月十一日第六四五八號婚姻ノ效ニ付伺ノ件ハ總テ明治八年第二百九號達ニ依ルベキモノトス(人事四五八頁)。

〔註一三〕。例へば、明治二十年法律取調報告委員熊野敏三氏起稿民法草案人事編第八十一條には「何人ト雖モ婚姻成立ノ證據ヲ舉グルニ非ザレバ婚姻ヨリ生ズル民法上ノ效果ヲ求ムルコトヲ得ズ 婚姻成立ノ證據ハ婚姻證書ヲ以テ之ヲ爲ス可シ云々」とあり、同第八十二條第一項には「夫婦ノ間ニ於ケルト夫婦ト第三者トノ間ニ於ケルトヲ問ハズ婚姻ノ效果ヲ求ムル爲メニ身分ノ占有ノミヲ以テ婚姻ノ成立ヲ證スルコトヲ得ズ」とある。茲に「身分の占有」とは男女夫婦の如同居し

親族世上よりも夫婦の如く待遇せらるる状態を云ふものであり、「婚姻證書」は婚姻の公式(同法第七一條)後、即時に身分取扱人が身分證書作成の規定に従つて之を作成すべきことに爲つて居る。尙ほ前掲〔註一二〕参照。

以上に述べ來たつた事實婚主義への復歸に對しては、茲に極めて重要な一の例外が存する。即ち前記の明治十年司法省達丁第四十六號以後も、慣習上の婚姻の儀式を擧げて既に事實上の夫婦關係が成立して居つても——第三期はそれだけで法律上の夫婦と見るのではあるが——之を戶籍に登記しない限りは、其の事實上の夫婦間に出生した子は、之を私生子として處置した事が是である。例へば、明治十八年三月十三日福島縣伺の「親族ノ承諾且媒酌人アツテ結婚シタル夫妻アリ謂レナク送籍ノ手續ヲナサザル内子女ヲ擧ゲ而シテ不熟ノ故ヲ以テ離縁セシモノアリ右ハ送籍ノ手續ヲナサザルモ當時ノ事實夫妻ニ相違無之者ト戶長ニ於テ認定シタル上ハ前記ノ子女嫡子女トナシ可然哉」に對する同年四月六日の指令及び明治二十四年六月十日高知縣伺の「普通ノ慣習ニ依リ結婚セシ男女ニシテ戶籍届出ヲ怠リタルガ爲メ戶籍ニ夫妻タルノ記載ナキ場合ニ出生セシ子女ハ私生ト認メ處分シ可然哉又ハ既ニ結婚シテ夫婦トナリシ男女ノ間ヨリ出生セシモノニ付嫡子ト認ムベキ哉」に對する同年六月二十四日の指令は、孰れも斯かる子が嫡出子にあらざることを明らかにして居る(四事九三・四九〇頁)。従つて、明治二十八年八月一日鹿児島縣から提出された伺文中にも「結婚正當ノ手續ヲ履行セズシテ一男甲ヲ擧ゲ私生子トシテ母籍ニ編入シタル後其父母正婚ノ

手續ヲ履行シテ又一男乙ヲ舉ゲタリ然ルニ先ニ出生シタル甲ハ未ダ明治六年一月太政官布告第二十一號但書ノ手續ヲナサザルヲ以テ乙ヲ長男トシテ届出テ之ヲ公認シ然ル後成規ノ手續ヲ了シ甲ヲ庶子トシテ入籍セシメ父母正婚ニ依リ嫡出成ノ届出ヲ爲シタリ云々」とあるし(人事六、四八頁)、また、同年十月十五日茨城縣から提出された伺文中にも「明治二十一年二月二十八日長男某へ婦(正式ノ結婚)ヲ迎へ長男ハ徵兵現役當選ナルヲ以テ同年四月中某營所へ入營服役滿期後ニ至ルモ婦ノ送入籍ノ手續ヲ爲サザル内二十五年二月及ヒ二十六年八月中子女ヲ舉グルモ入籍セザルハ私生子トシテ婦ノ原籍へ入籍シ云々」とあり(人事六、五二頁)、更らに、明治二十九年十月二十九日福岡縣から提出された伺文中にも「甲ノ長男乙アリ丙女ト結婚其式ヲ舉ゲ又社會ニ於テモ之ヲ夫婦ト認メルニ足ル事實アルモ丙ノ送籍未濟從テ戶籍上ニ於テハ夫婦ニ認ムルヲ得ズ然レドモ乙丙ノ婚儀ヲ舉ゲタルハ既往數年ノ前ニ在リテ既ニ丁戊ノ二子ヲ舉ゲ成規ニ從ヒ丙ノ籍ニ就籍セシメ其丙ノ入籍ヲ終へ二子ノ中先ヅ戊ヲ引受ケ嫡出ノ手續ヲ了シ云云」とある(人事六、九四頁)。

されば、明治二十九年九月十五日大審院は、其の婚姻を戶籍に登記して居なかつた夫婦を「夫婦たる事實」存するが故に、法律上の夫婦と認めながらも、而も其の夫婦間に出生した子を私生子なりと斷定して「夫婦タル關係ノ如キ假令戶籍ニ登記セザルモ果シテ相當ノ式ヲ行ヒ夫婦トナリ爾來夫婦タルノ實アル場

合ニハ法律上ニ之ヲ夫婦ト見做シ毫モ差支ナシ然レバ原院ニ於テ早坂久之助トマンヨトヲ以テ登記前タルニ拘ラズ夫婦ナリト認メタリトテ不法ト云フヲ得ズ尤モ戸籍ニ登記セザル間ハ戸籍上夫婦タル身分明カナラザルヲ以テ其間ニ舉ゲタル子ヲ真正出子トシテ登記シ得ザルハ當然ノ結果ナレバ原院ガ久之助トマンヨ間ノ子ヲ登記前ニ付私生子ト記入シタル迄ナリ云々」と爲して居る(民錄第二輯、八卷八頁)。蓋し子の出生届を受理するに際して、戸籍吏をして其の父母間に所謂「夫婦たる事實」の存するや否やを認定せしむることは、實質的審査権なき戸籍吏にとつては誠に不當にして過大な負擔でもあつたらうし、また事實上不可能な事でもあつたらうから(註一四)、子の私生子なりや否やは、一に其の父母が戸籍の記載に依り夫婦たる身分を有するや否やに依つて、一律に判斷せしめたものであらう。

同様に、大正元年八月二十三日司法省民事局長も、明治二十四年に事實上の婚姻を爲し明治三十年に其の届出を爲した夫婦が、明治二十九年に生んだ子を私生子なりとの回答を與へて居る(霜山精一氏「親族相續」(先例類纂)一四八頁)。但し之と反對の取扱も存するし(大正五年三月二十八日民第四四九號法務局長回答——明治十一年生ノ子ハ其ノ父母ガ婚姻ノ届出ヲ爲シタルコトナキモ事實上婚姻成立シ其婚姻中ニ出生シタルモノナルニ於テハ嫡出子ナリ——霜山一五〇頁)、判例も學説も殆んど一律に事實婚主義を根據として、此の種の子を嫡出子なりと見て居る(明治四十五年三月七日大判、民錄一八輯一七三頁。大正三年十月五日大阪控判、新聞九七三號二四頁。大正四年二月十六日福島地判、評論四卷民九五頁。大正七年十一月十六日大津地判、新聞一四九四號二四頁。大正九年七月十日東控判、評論九卷商五六四頁。大正十二年十二月十二日東地判、評論一三卷民七八頁。大正十三年十二月六日長野地判、評論一四卷民一九六頁。大正十四年七月八日東控判、

評論一五卷)
民一五三頁)。

併し、民法施行前に於ける理論と實際とを統一理解し得る爲めに——或ひは今日の法律思想を以てすれば甚だ不合理のやうではあるが——夫妻關係又は夫妻關係の成立それ自身に關する事實婚主義の問題と、出生子の身分それ自身に關する無届私生子主義の問題とを區別して觀念すべきことを茲に強調する。事實婚主義に依つて「夫婦ヲ以テ論ズ可キ」ものだからと云ふて、直ちに其の間に出生した子が「妻妾ニ非ザル婦女ニシテ分娩スル兒子」には該當しないと斷定して了ふことは、少なくとも概念上の論理の爲めに實際上の取扱を無視するものだと謂はざるを得ない。婚姻自體の取扱と其の間の出生子の取扱とが、關連と均衝とを失つた例は、立法史的にはローマ法以來決して少くはない。我國現下の内縁法に於て、父母は内縁の夫婦として判例法上可なり廣い範圍で婚姻の効果を與へられて居るのに、其の間に生れた所謂内縁出生子は婚姻外出生子として、何等準嫡出子的待遇を法律上與へられて居らない事實の如き（大正四年一月二十六日大判、民錄二一輯四九頁。大正八年五月十二日大判、民錄二五輯七六〇頁。大正十年五月十七日大判、民錄二七輯九三四頁。大正十一年六月三日大判、民集一卷二八〇頁。昭和三年十一月二十四日大判、新聞二九三八號九頁。昭和五年十一月二十九日大判、新聞三二一〇號一二頁。昭和六年八月六日大阪地判、新聞三三一二號一四頁。昭和七年六月六日名古屋區判、新聞三四四〇號一二頁。昭和七年十月六日大判、民集一一卷二〇三六頁。昭和九年五月十日東控判、新聞三七一二號五六頁等及び大正八年十月八日大判、民錄二五輯一七五六頁。昭和三年十二月六日大判、新聞二九五七號七頁。昭和八年四月二十六日山口地判、新聞三五五九號五頁。昭和十五年一月二十三日大判、民集一九卷五四頁等對照）、或ひは、フランス民法に於て、一八八四年に挿入した相姦者間の婚姻禁止の法則（同法第二九六條）を一九〇四年に廢止

して、相姦者間の婚姻を許すに至つたにも拘らず、其の相姦者間の出生子に對しては、相姦者たる父母の爾後の婚姻に因る準正 (Legitimation per subsequens matrimonium) の恩恵を原則として今日も拒否して居る事實の如きは (同法第三三一條三三五條三四二條参照。尙ほ J. Dundas White は “Legitimation by Subsequent Marriage” に於て相姦者間の婚姻を許しながら、其の相姦者間の出生子を準正から除外することの不當を説いて居る — The rule which excludes the children of adulterous unions from legitimation by the subsequent marriage of their parents was closely related to the rule of the earlier Canon Law that forbade the marriage of the adulterer with the paramour;.....If the law allows the parties who have committed adultery to marry—as it does almost everywhere—there does not seem to be any reason for excluding the innocent offspring of their adulterous union from legitimation.—Law Quarterly Review, No. 143, 1920, pp. 264—5.)、此の最も顯著な一事例たるを失はない。

之を要するに、第三期に於ては「送籍」は、婚姻の成立要件でも、また效力發生要件でもなかつたが、而も夫婦間に出生した子を嫡出子たらしむる爲めには、不可缺の要件とされて居つた。第二期の法律婚主義の時代には當然の事柄ではあるが、恐らくは明治六年一月から明治八年十二月に至る第一期の届出主義の時代に於ても、婚姻の成立自體には必要とせられなかつた「送籍」の手續も、子を妻の子として戸籍上嫡出子の取扱を受けさせるが爲めには、不可缺の要件とされたのではなからうかと思はれるが、之を明確にする積極的な資料に乏しい〔註一五〕。

以上は妻たる身分の成立に關するものではあるが、法律は妾を妻と均しく夫の二等親として居つた關係上、妾たる身分の成立に付ても妻の場合と同様な取扱上の變遷があつたやうであ

る。即ち明治六年五月二十五日愛媛縣伺の「未ダ其家ニ入籍セズト雖ドモ内實人ノ妾トナルモノ姦罪ヲ犯ストキハ姦夫姦婦各懲役百日ニ處スベキ哉」に對して、同七年二月二日太政官は「凡妾ト稱スルハ雙方許諾ノ上初テ其名ヲ定ムルヲ得ル其定名アル者姦罪ヲ犯セバ即有夫ヲ以テ論ズ」と指令し(法例初版
三七三頁)、同七年六月七日高知縣伺に對しても亦同様に「未ダ入籍セズト雖モ雙方許諾ノ上其實際妾トナル者姦罪ヲ犯セバ即チ有夫姦ヲ以テ論ズ」と同年八月十日指令して居る(法例初版
三七五頁)。蓋し當時の社會事情からして、事實婚主義に依る夫妻關係との權衡上當然な處置であつたであらう。

尤も、明治四年四月四日太政官布告を以て公布された戶籍法には、其の末尾の「戶籍同戶列次ノ順」に妻の記載順位を擧げて居るが、妾の分を缺いて居つたので、或ひは、妾は妾として夫の家籍に入るべきものではないとも解されぬことはなかつたのではあるが、明治六年六月十九日太政官は妾を以て雇人婢女の類と見做して之に賦税すべきものにあらざと爲し(註一六)、次いで、同年六月二十七日大藏省伺の「戶籍法書式中妾ノ名目之レナキニ付取調掲載可致御達ノ處新律綱領二等親妻妾ト有之ニ付妻ノ次ニテ可然ヤ式部寮へ問合ノ末異存ナキニ付公布案取調上達。公布案——戶籍法書式ノ内妾ノ名目無之候處右ハ妻ノ次ニ掲載候様可致尤父ノ妾ハ母ノ次、祖父ノ妾ハ祖母ノ次へ認可申事但妾ハ其夫ノ籍ニ列シ候儀ニ付送ノ入籍共戶籍規則ノ通可取計

事」に對して、同年八月五日太政官は「上申ノ趣御詮議ノ次第有之公布ニハ不相成候得共伺出候向ヘハ案文ノ通可及指令事」と指令して(明治六年法令全書 一七九—二頁)、妾の戸籍に於ける記載順位を明らかにして、妾は妾として其の夫の家籍に在るべきものと爲したのであつた。而して此の方針は其後も維持されて居つた(註一七)。されば、華族の婦女が士族又は平民の妾と爲り、或ひは、士族又は平民の婦女が華族の妾と爲つた場合も、妻と爲つた場合と同様に、「妾ノ儀ハ其筋ヘ届出送入籍相濟候上ハ其家ノ家族ト公認可致義ニ候ヘハ總テ其夫ノ族籍ニ依リ取扱可申候」ともされたのであつた(明治十一年(月日缺)華族前田利嗣よりの伺に對する同年八月十二日宮内省指令 一八—一頁)。

而して妻たる身分の成立に關して法律婚主義が採用されると、當然に妾たる身分の成立にも影響があつたと見えて、明治八年十二月十七日太政官は同年十月七日内務省伺に對して、「雙方ノ許諾アリト雖ドモ妻或ハ妾ノ名ヲ以テ其筋ニ届出送入籍セザル者ハ妻或ハ妾ト公認スベカラザル儀ト可相心得事云々」として居るし(法例二版 一五三頁)、明治八年十二月二十五日東京裁判所伺の「從來婚姻又ハ養子養女ノ取組若クハ其離婚離縁ノ成規無之ヨリ裁判上障碍不少候所本年太政官第二百九號御達ノ趣ヲ以テ右分別判然致シ候然ル上ハ二等親中妾ノ如キモ亦同様相心得可然哉」に對して、同九年一月十四日司法省は「伺之通」と指令して居るし(法例三版 一—六頁)、また、明治十年一月二十日岩手縣伺の「妾名定方ノ儀戸籍法書式中ニ無之候得共明治八年太政官第二百九號御

達ニ婚姻又ハ養子養女ノ取組若クハ其離婚離縁假令相對熟談ノ上タリトモ雙方ノ戶籍ニ登記セザル内ハ其效ナキモノト看做スベキ旨有之ニ就テハ未ダ入籍セザルモノハ妾ノ名義難附儀ニ可有之哉云々」に對して、同年二月十四日內務省は「妾モ送籍セザレバ勿論妾ノ名義ハ無之云々」と指令して居る(戶籍法ニ五九頁)。明治四十一年七月八日大審院も「明治九年頃ニ在リテハ法律上妾ナルモノ公認セラレテ戶籍ニ登録セラレタル時代ナルヲ以テ戶籍上妾トシテ登録セラレザル妾ノ分娩シタル子ハ庶子ノ身分ヲ有セザルモノトス」と判決して居る(民錄一四輯八五七頁)。

從つて、また、第三期に於ては夫妻關係も、夫妻關係と均しく、其の届出は夫妻關係成立の要件でも效力發生の要件でもなく、「妾たる事實」に法律上の效力が認められるに至つたのではあるが、夫妻關係から生れた子として私生子ならざる「妾腹の子」は、夫の家籍に入籍して居る妾の生んだ子のみ限定せられねばならなかつた。即ち夫の家に入籍せざる妾の生んだ子は、入籍せざる妻の生んだ子とともに、妻妾以外の婦女に生れた子と同様に私生子であつて、父の認知に因つて始めて父の子たる地位を有し得るに過ぎなかつた。

以上述べた所から、民法施行前に於ける私生子とは、「妻妾ニ非ザル婦女ニシテ分娩スル兒子」であつて、明治十年の司法省達丁第四十六號に依つて夫妻關係又は夫妻關係の成立自體に付ては、事實婚主義が認められるやうになつた後でも、妻又は妾

としての「送籍」手續を了しない妻又は妾の分娩した子は、妻妾以外の婦女の分娩した子と均しく、ともに法律上私生子として取扱はれて居つたのである。

〔註一四〕。但し大正十一年一月二十一日法曹會決議は「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ズベキコト民法施行法第六十八條ノ明言スル處ナルガ故ニ民法施行前ニ在テ實際夫婦タル事實ノ存スル以上戸籍ニ登記ナキニ拘ラズ民法施行後ニ於テモ尙ホ之ヲ夫婦ト認ムベキモノトス從テ其間ニ生マレタル子ハ嫡出子ナレバ嫡出子トシテ出生ノ届出アリタルトキハ市町村長ハ之ヲ受理スベキモノトス而シテ市町村長ガ民法施行前ニ於テ事實上ノ婚姻成立シタルヤヲ調査スベキ手續ニ付テハ何等ノ規定アラザルモ明治十年司法省丁第四十六號達ノ趣旨ニ從ヒ親族近隣ノ證明書ヲ届書ニ添附セシメ市町村長ハ其證明書ニ依リテ右ノ事實ヲ調査スルコトヲ得ベキモノト解スルヲ相當トス」として居るが(決議要録上九五頁)、理解し得ざる所である。

〔註一五〕。此の事を推測せしむる慣例を「全國民事慣例類集」に探して見ると信濃國高井郡——新婦懐妊スルカ、又ハ三箇年程過テ送籍スル事モアルナリ(一九二頁)。

安房國安房郡・平郡——一子出生スルヲ待テ送籍スル例ナリ云々(一九二頁)。

陸中國膽澤郡——婚姻後一兩年ヲ經、子生レシ上ニテ送籍シ届ヲ爲ス例ナリ(一九三頁)。

丹波國桑田郡——一子出生スルヲ待テ役場ヨリ送籍スル例ナリ(一九五頁)。

備中國窪屋郡——別段ニ届ヲ爲サズ。出産ノ上ニテ人別帳ヘ記載スル者多シ云々(一九六頁)。

肥後國天草郡——送籍ハ年限ノ定メナク一子ヲ生ムノ後雙方送籍ヲナス慣習ナリ(一九七頁)。

伊豆國田方郡——婚姻スレバ必ず役場ヘ届ク。送籍ハ其歸居附キノ頃ヲ待テ爲ス事ナリ(一九二頁)。

石見國通摩郡——送籍ハ、家風ニ適シ父母夫婦和合ノ見込確立ノ上、里方村町役人ノ證書ヲ持參シ該地役人ニ出シ受籍證ヲ里方役人ニ渡ス事ナリ(一九五頁)。

美作國西北條郡——其時々届出デズ、家内和合ノ模様ヲ見届テ届出ル慣例ナリ。

送籍ハ家内居合ヲ見届テ後届出ヅ云々(一九五頁)。

周防國都濃郡——婚姻相整ヒ家内和合ノ上届出ヅ。其手續ハ出産届方ニ同ジ。吹聴ハ逐日親族近隣等ヘ連行ク。送籍ハ家内居合ヲ見届ケ届出ヅ云々(一九六頁)。

安藝國沼田郡・安藝郡——婚姻スレバ必ず其役場ニテ送入籍スル法ナレドモ、多クハ新婦ノ居合ヒ宜キ時ヲ待テ其家ヨリ申出デ此手續ヲ取計ヒ初テ近隣ヘ披露スル例ナリ(一九六頁)。

[註一六]。明治六年四月三十日開拓使伺——先般御布告相成候僕婢稅則ノ内下婢ハ上仕下仕ヲ不論十八歳以上ハ一ケ年金十二錢ト有之妾ノ儀ハ明文無之新律ニ據レバ妾ハ二等親ノ部ニ記載有之其親屬タル顯然ニ候得共辛未四月御發行ノ戸籍法同戸列次書式ノ中ニ相見ヘ不申全ク使婢ノ類ト見做シ候儀ニ可有之ト存候仍テ今般稅金取立及戸籍取調ニ付テハ妾ハ婢女ノ分ニ所置可仕哉併處刑ノ儀新律中二等親ノ例ヲ以テ擬斷致シ候得バ彼是齟齬ノ次第ニ相成甚不都合ノ儀ト奉存候間何分御指揮被下度此段相伺候也。明治六年六月十九日太政官指令——伺之趣妾ハ賦稅ニ不及事(法令全書明治六年一七八五——六頁)。

[註一七]。明治八年三月二十日石川縣伺——妾列次ノ儀ハ戸主ヨリ二等親ニ付妻次列ト存候得共祖父及父ノ妾ハ戸主ヨリハ他人ノ儀ニ候得バ同戸列次ノ順ハ是亦戸主兄弟姉妹夫妻ノ上ヘ書載候儀歟ト存候

明治八年八月五日内務省指令——妾次列ノ儀ハ妻ノ次ニテ父ノ妾ハ母ノ次祖父ノ妾ハ祖母ノ次ヘ記載可致事(戸籍法四七——八頁)。尙ほ後掲明治十五年二月三日宮内省質議ニ對する同十六年十二月二十六日參事院回答參照。

次ぎに、「妻妾ニ非ザル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論」ずると謂ふのは、子の懐胎から出生に至るまでの間の孰れの時期に於ても、夫妻關係又は夫妻關係を生じたことのない男女間の子が私生子たるべきことを定めたものであつて〔註一八〕、夫妻關係又は夫妻關係中に懐胎されなかつた子又は出生しなかつた子の悉くが私生子であると云ふのではない(此の點に關する最も明瞭な

異説——中島玉吉博士「民法」釋義卷四「四七九頁以下參照）。英國に於ても、懐胎が婚姻中に在るとを以て子の嫡出性 (the legitimacy of a child) の要件とはして居らない。蓋し嫡出子たるが爲めには子の出生が婚姻後であれば足りるからである。また、出生が婚姻中に在ることを以て子の嫡出性の要件ともして居らない。蓋し嫡出子たるが爲めには子の出生以前に父母間に婚姻の存したことを以て足りるからである (Stephen, Commentaries, ii., 391—2. Eversley, Domestic Relations, 471—2.)。ただ、嫡出推定 (Presumption of Legitimacy) の適用が、婚姻前に懐胎され婚姻後に出生した子 (a child conceived before but born after marriage) と婚姻中に懐胎された子 (a child conceived in lawful wedlock) とに依つて、其の種類及び程度に於て差異があるに過ぎない (Hooper, The Law of Illegitimacy, 153 et seq., 186 et seq.)。ローマ法 (Cod. v., 27, 11, 153 et seq., 186 et seq.)。スウキス (同民第一五九一條一、五九二條一七—七條) フランス (同民第三一—二條三—四條三—五條。谷口知平氏「佛蘭西民法・人事法」(現代外國法典叢書) 二七九頁以下) 等の大多數の立法例に於ても、子が婚姻前に懐胎されたと云ふことを以て其の子の嫡出子たるの障碍とは爲して居らないのみならず (Burge, Colonial and Foreign Laws, ii. 266 et seq., Vernier, American Family Laws, IV. 148 et seq.)、我民法と異なり、斯かる子に對しても一定の制限の下に嫡出推定すら與へて居る立法例が多い。

されば、我國に於ても、夫妻關係又は夫妻關係の繼續中に懐胎された子は、其の出生當時既に斯かる關係が消滅して「妻妾 = 非ザル婦女」の分娩するものであつても私生子ではなく、ま

た、子が「妻妾ニ非ザル婦女」に懐胎されたものであつても、其後子の出生前に父母間に夫妻關係又は夫妻關係が存するに至れば、其の出生當時に猶ほ斯かる關係が繼續すると又は既に消滅したるとに拘らず私生子ではないとされて來た。例へば、明治十年十二月二十七日兵庫縣伺の「男女アリ私通シテ妊娠ス結婚夫妻トナルノ後ニ至テ分娩スル兒子ハ嫡子タルベキ哉或ハ庶子タルベキ哉相伺候也」に對して、同十一年二月十八日內務省は「書面伺ノ趣夫妻結婚ノ後出生ノ兒ハ嫡子タルベキ事」と指令し^(民事一、二七頁)、また、明治二十一年四月二十八日滋賀縣伺の「(前略)懐胎ノ妻ニシテ離縁ノ上分娩セシ兒子ハ即チ夫婦結婚間ニ於テ懐胎セシモノニ付公生ノ子トナシ夫家ノ引受タルベキハ勿論ノ義ト相心得可然哉云々」に對して、同年八月十四日指令は「前段見込ノ通云々」と爲して居る^(人事三、二二頁)。

固より、此の方針は之に反する規定を有しない現行民法の上に於ても變更さるべき限りではなく、最近大審院も聯合部判決を以て「未ダ婚姻ノ届出ヲ爲サザルモ既ニ事實上ノ夫婦トシテ同棲シ所謂内縁關係ノ繼續中ニ内縁ノ妻ガ内縁ノ夫ニ因リテ懐胎シ而モ右内縁ノ夫妻ガ適式ニ法律上ノ婚姻ヲ爲シタル後ニ於テ出生シタル子ノ如キハ假令婚姻ノ届出ト其ノ出生トノ間ニ民法第八百二十條所定ノ二百日ノ期間ヲ存セザル場合ト雖モ之ヲ民法上私生子ヲ以テ目スベキモノニアラズカクノ如キ子ハ特ニ父母ノ認知ノ手續ヲ要セズシテ出生ト同時ニ當然ニ父母ノ嫡出

子タル身分ヲ有スルモノト解スルハ之ヲ民法中親子法ニ關スル規定全般ノ精神ヨリ推シテ當ヲ得タルモノト謂ハザルベカラズ」と爲した(昭和十五年一月二十三日判決(民集一九卷一號五四頁)尙。但ほ大正八年十月八日大判(民錄二五輯一七五六頁)參照。)。但し、從來戸籍上の取扱では婚姻成立後二百日以内の出生子は準正嫡出子なりとする見解(從つて子の出生前に父が死亡したときには、其の子は永久に私生子とせざるを得ない場合もある—昭和三年十二月六日大判(新聞二九五七號七頁)。大正九年五月二十八日民第一七九四號民事局長回答。)が行はれて居るが、婚姻中に懐胎された子のみが嫡出子であると云ふ慣例が存した譯でもなく且つ民法第八二〇條の規定は同條の要件を充たすものでなければ夫の子ではないと云ふ趣旨でもないから、此の見解には與し得ない。殊に、内縁出生子の場合に至つては、我國に於ける内縁の特殊性と近時に於ける内縁の準婚的取扱とから見るも到底許さるべき見解ではない。

[註一八]。但し、婚姻の無効は婚姻を當初から存在しなかつたものとして取扱はれるので、無効な婚姻(民七七八條)に因る子は私生子ならざるを得ないが、婚姻取消の効果は既往に遡らないから(民七八七條一項)、婚姻繼續中に懐胎された子は、其の出生前又は後に、父母間の婚姻が取消されても私生子ではないこと勿論である。但し、民法施行前の事實婚主義の婚姻法時代に、重婚(民七六六條七八〇條八一三條一號)に因る子を婚姻外の子として「男ニテ引取候ハバ庶子、女ニテ引取候ハバ私生ノ子」として處置した先例がある。尤も、後婚に付き「送籍」の手續を了して居つたか否かは不明であるが(後掲明治九年六月二十三日太政官指令(法例三版一六一—四頁)參照)。

第四 妻・妾の生める私生子

——姦通の子としての私生子——

「妻妾ニ非ザル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論ずると謂ふことは、妻又は妾の生んだ子の悉くが私生子ではないと謂ふことにはならない。蓋し妻又は妾の生んだ子が私生子ならざるが爲めには、其の子が夫の子であることを要するからである。されば、明治七年十一月十七日大分縣伺の「六年第二十一號御布告妻妾ニ非ザル婦女ニシテ分娩スル云々然ルニ妻妾ナル者其夫逃亡又ハ一年以上懲役ニ決配中分娩シ其月日ヲ推セバ本夫不在中ノ妊娠中ニ係レバ如何處分可然哉猶私生ト見做シ可然哉」に對して、同八年一月九日司法省は「伺ノ通」と指令し(法例二版
二三三頁)、また、明治九年五月二十日内務省伺の「別紙秋田縣伺夫逃亡後二十四ヶ月ヲ不待尊屬等私擅ニ婚姻爲致候ニ付關係ノ者夫々所置相濟候ヘドモ右婚姻中一子ヲ生ムニ至リテハ既ニ子之松(後夫ノ名)ノ子タルハ相認メ居且現夫 二十四ヶ月内歸宅候モ難測然ルヲ通常私生子ノ如ク母ノ引請ト爲シ母名ヲ記シ候儀ハ穩當ニ無之候間即チ子之松ニ爲引受庶子ニ入籍爲致可然歟且二年ヲ過ギ夫歸リ不申候ハバ離婚ノ手續ヲ濟シ候上配偶候儀不苦ト被考候(別紙)秋田縣伺——當縣管轄荷上場村平民佐藤小七郎(戸主)七年九月中逃亡行衛相知レザル處同人養母齡六十ヲ過ギ小七郎妻ハ妙齡ニシテ獨居共ニ家務ニ堪ヘズ活計ニ困ムヲ以テ

右養母ヨリ遺妻ノ實父等ニ議リ私擅ニ後夫ヲ媒合配偶セシ後其事實露顯シ八年十一月中遺妻ノ實父ヲ始メ夫々及處分後夫ハ離隔スト雖モ已ニ其遺胤有之本年一月中致出產候處右兒子編籍ノ儀ハ妻妾ニアラザル婦女分娩スルトモ異リ現然父母及ビ親戚熟議ニ候ヘバ私生ヲ以論ジ難ク被考候條戶籍上如何取扱可然哉云云」に對しても、同年六月二十三日太政官は「子ハ雙方ノ協議ニ任セ男又ハ女ニテ爲引取男ニテ引取候ハバ庶子、女ニテ引取候ハバ私生ノ子ト記載スベキ事云々」と指令して居る(法例三版一六頁)。

斯かる妻又は妾の生める「姦通の子」は、妻又は妾以外の婦女の生める「私通の子」を規定した明治六年太政官布告第二十一號に依つて規律さるべきものとして居つた。蓋し姦婦の子も、私通婦の子と同様に、「姦夫己ノ子ト見認メタルトキハ姦婦住所ノ戸長ニ請ヒ免許ヲ得テ引取ル可キ管ナルニ其手續ヲ爲サザル上ハ仍ホ姦婦ノ私生子ト稱スベキ義ト心得可シ」とされて居つたからである(明治十九年六月二十一日及び同二十年三月十一日指令(人事一三七・一六六頁)參照)。従つて、姦婦の子は、姦夫が自から進んで己れの子なりと認めざる限りは、凡べて其の姦婦の「引受たるべき事」と謂ふことになるので、姦婦の戶籍即ち本夫の戶籍に妻の私生子として編入されたものであらう(民法施行前は家族の私生子は戸主の同意を要せずに當然母の家に入るものとされて居つた(大正五年十一月九日民第九〇六號法務局長回答)。尙ほ明治八年二月十五日若松縣何(法例二版二三三頁)。明治二十年二月二十五日福島縣何(人事一六六頁)。同年四月十九日滋賀縣何(人事一七八頁)。明治二十三年四月九日東京府知事問合(人事四四〇頁)參照)。斯かる場合に本夫が此種の子の入籍を拒否し得たものか否か、また、拒否し得たものならば(明治八年七月二日熊谷縣何——)法例二

版二三五頁)、姦婦たる母の生家の戸籍に編入されたものか(明治十九年六月四日山口縣何一人)又は一家を創立したものか、未だ此等の點を明らかにする先例に接しない。

前掲の指令から推して、夫の不在・逃亡・處刑等に因つて懐胎期間中夫婦同居の常態を缺く場合には、假令妻又は妾たる者の生んだ子であつても、之に對して夫の子なりとの推定は與へられなかつたと見て差支へないやうに思はれる。蓋し嫡出推定は夫婦同居の常態を前提として居るものであつて、斯くの如き場合は何人の否認も俟つことなく、事實關係に依つて「姑ク其届出ニ任セ取扱可然」とされて居つたからである(明治二十年四月十四日山梨縣何に對する同年同月二十三日指令参照——人事一七五頁)〔註一九〕。即ち事實關係に依つて、私生子を以て届出た場合は私生子として、また、公生子を以て届出た場合は公生子として、其の届出が受理されて戸籍に登録された上で、父母其他の利害關係人から何時にても其の戸籍の記載事項を争ひ得ることに爲つて居つたやうに思はれる。

〔註一九〕。民法施行前に於ては、子の出生は總べて其の出生子の入るべき家の戸主(必しも其の父又は母の屬する家の戸主に非ず)より届出づべきものとされて居つた。蓋し此の點に關して明治四年四月四日布告戸籍法第五則「出生死去出入等届出方」には規定を缺くが(前記の〔註八〕参照)、明治十九年九月二十八日內務省令第十九號による「出生死去出入等届出方及寄留者届出方」第一條には「出産アリタルトキハ十日以内ニ届出ベシ」とあり、同第五條には「前數條ニ記載シタル事項ハ戸主ヨリ届出ベシ戸主未定又ハ不在ナルトキハ親族二人以上又ハ其事ニ關係ル者ヨリ本籍地戸長ニ届出ベシ云々」とあつて、舊來の慣例を踏襲したものと思はれるからである。而して出生子の父又は母を以て、戸主に先んじて届出義務者と

爲したのは、明治三十一年法律第十二號の所謂舊戸籍法に始まり（同法第七一條）、大正三年法律第二十六號による現行戸籍法に及んで居る（戸七二條）。されば、「民法第八二〇條によれば「妻が婚姻中懐胎シタル子ハ夫ノ子ト推定」せられ、嫡出子たる身分を取得すべく、その否認は、夫の專權に屬せしめてあるが、反之、民法施行前にありては、妻は己の出生したる子を夫の子にあらずとして、私生子の届出を爲すことが出来た」とする見解（角田幸吉氏前掲論文——法志三六卷一二號八四頁。同三八卷五號八〇頁）には與し得ない。

尤も、前記の先例からして当初は行政廳が嫡出否認を爲し、明治二十年頃から夫の訴に依つてのみ嫡出否認が行はれたと爲す見解もあるが（高柳眞三氏「私生子の出現」——二二頁以下）、併し同教授の所謂「妻妾に生れた子も客觀的にその夫の子にあらざること明らかで」ある場合に、何故に特に行政廳の嫡出否認を必要としたかは理解し得ざる所である。夫の子たることの客觀的にあり得ない場合には、始めから嫡出推定は與へられて居らないし、嫡出推定の與へられぬ所には、始めから嫡出否認の問題も存し得ざる所ではなからうか。蓋し嫡出否認とは法律上嫡出子たる推定を受ける子を嫡出子にあらずと主張することに他ならないからである（角田幸吉氏は民法施行前妻も嫡出否認を爲し得たと解せられて居るが（前記の〔註一八〕參照）、また同様な非難を免れないやうに思はれる）。或ひは、斯かる場合でも尙ほ一應夫の子なりとの推定が與へられて居たとしても、妻又は妾の生んだ子を行政廳が容喙して夫の子にあらずと認定して否認すると云ふやうなこと——従つてまた、人の妻又は妾たる者が姦通を犯して居たと云ふことを公然と行政廳が發き得ると云ふやうなこと——は民法施行前と雖も到底容

認し得ない所であつたらう（民八二二條人訴二八條二九條刑
一八三條二項刑訴二六三條參照）。されば、
明治二十二年三月二十五日民事局長に對する内務省總務局戶籍
課長照會に引用された千葉縣知事の伺文にも「私生子ナルヤ否
ヤヲ判ズルハ行政上ニ屬スベキ筋ニ有之間敷行政官ハ有夫ノ婦
ノ所生ニ付即チ公生ト認メ取扱置可然様被存候云々」とある（事
三四
〇頁）。

事實主義を基礎として嫡出推定を行はうとする此の方針が改
められて、妻又は妾の生んだ子は事實關係の如何に拘らず、悉
く一應夫の子なりと推定するやうになつたのは、明治二十年四
月十九日の滋賀縣伺に對する同年五月十二日の指令が「本夫失
踪又ハ旅行中其妻他ノ男子ト姦通シテ分娩シタル兒子假令姦通
ニ因リ擧ゲタル事實アルモノト雖ドモ本夫歸來ノ上其子ニ非ザ
ル旨訴訟セザル限リハ私生ノ子ト爲スヲ得ズ」と爲したのに始
まり（人事一
七八頁）、民法第八二〇條推定規定の解釋に付き、此の見解
が戶籍取扱の上では維持されて今日に及んで居る（明治三十二年七
月十七日民刑第
一〇三一號民刑局長回答。大正十年七月二日民第二四二九號民事局
長回答。大正五年六月二十四日及び昭和七年五月四日法曹會決議）。

而して前掲明治二十年五月十二日の指令では嫡出否認は必ず
夫の訴によることを要すると爲つて居つたが、明治二十一年十
月十六日大阪府伺に對する同年十一月一日指令に依れば、嫡出
否認の途は必ずしも夫の訴によることを要せず、事實上否認さ
れて「其夫ニ於テ承諾セザル以上ハ」「私生子ヲ以テ届出タルハ
私生子トシ」て處置されて居つたし（人事三二五頁。其他明治二十二年
三月二十五日内務省總務局戶籍課

長照會に對する同年同月二十八日民事局長回答（人事三三九頁）、明治二十三年四月九日東京府知事問合に對する同年同月三十日司法省民事局長回答（人事四四〇頁參照）、また、離婚後三百日以内の出生子に對して爲された先夫の事實上の嫡出否認に付ても、均しく其の効力が認められて、「實際ハ後夫ノ嫡子ニ相違ナキ趣先後夫連署据置届出ノ上ハ其儘（即ち先夫の籍に引戻さしむることなく、）（後夫の長女として戸籍に登録した儘）据置差支ナキ義ト思考ス」とされて居つた（明治二十六年六月二十六日長野縣照會に對する同年七月十日一日内務省庶務局長司法省民刑局長回答——人事五八一頁）。

之を要するに、私生子には妻又は妾たる身分を有せざる婦女に生れた「私通の子」と、妻又は妾たる身分を有する婦女に生れた「姦通の子」との二種がある。民法施行前に於ても、「姦通の子」を「私通の子」から特に區別して、姦通の私生子（Adulterine Bastards）として法律上特殊の取扱を爲すことはなかつたやうではあるが（亂倫の私生子に付ては後述の如くに認知は禁止されて居つたのであるが、姦通の私生子に對する認知の許されて居つたことは、前掲の先例が示す如くである）、相姦者間の婚姻禁止の法則〔註二〇〕が適用される限りに於ては、假令姦通の子の準正を禁止する直接の規定はなくとも、姦通の私生子は兩親の爾後の婚姻に因つて準正される機會を有し得なかつたことであらう。斯くして、姦通の子に對しては私生子から嫡出子への轉換の途が法律上塞がれたことに依つて、姦通の子に準正の恩恵を享受せしめない大多數の西歐諸國の立法例〔註二一〕と歩調を一にすることが出来たが、而も、親の妾通の罪業を責むべからざる子に背負はせるに至つた所に、一層重大な立法上の根本課題が潜むことを看過してはならない。

〔註二〇〕。明治十四年六月一日太政官指令——姦婦姦夫處刑後ハ結婚差許サズ（民

法七一頁)。

明治十九年八月二十五日宮崎縣伺——有夫ノ婦姦通シ處刑ノ後離縁トナリ姦夫姦婦結婚セントスルモノアリ右ハ苦シカラザル義ニ候哉。同年十月六日指令——伺ノ趣ハ結婚不相成義ト心得ベシ(人事一四五頁)。

明治二十年四月十九日滋賀縣伺——有夫ノ婦姦通シ處刑ノ後離縁トナリ姦夫姦婦結婚ノ義ハ不相成旨客年八月宮崎縣伺ニ對シ御省御指令ノ次第モ有之候右ハ處刑ヲ受ケタルモノニ限ラズ姦通ノ事實判然シ(本夫失踪中姦夫ノ子ヲ擧グル等ヲ云フ)衆人之ヲ熟知スルガ如キモノハ同様結婚不相成義ト相心得可然哉。同年五月十二日指令——姦夫姦婦結婚禁止ノ儀ハ姦罪ノ處刑ヲ受ケシ者ニ限ル(人事一七八頁)。

以上の外、民法施行前の相姦者間の婚姻禁止の法則に付ては、「民法中修正案參考書」第七六八條の部に明治九年六月二十三日太政官指令、同七月十七日內務省指令、十四年九月二十八日內務省指令が引用されて居るが、未だ之を發見し得ない。

[註二一]。元來、婚姻外に生れた子に對し、其の父母の婚姻を原因として婚姻上の出生子と同様の身分を與へる準正制度 (legitimatio per subsequens matrimonium) は、ローマ法に其の起源を有する。即ちキリスト教を奉じた最初の皇帝 Constantine に依つて僧侶の示唆に基き三三五年暫定的法律として制定されたものに始まり、五二九年 Justinian 帝に依つて恒久的的制度として確立されたものだと謂はれて居る (Fraser, Parent and Child, 3rd ed., p. 37)。其の目的はキリスト教思想に基き當時の内縁制を絶滅させて婚姻・内縁二元主義を排して婚姻一元主義を確立せしむることに在つたので、準婚關係 (quasi-matrimonial relations) たる内縁 (concubinatus) から出生した子 (libri naturales, the offspring of parents living in concubinatus) のみが、其の父母の内縁から婚姻へ轉ずることに因つて、準正されたに過ぎなかつた。従つてまた、準正法が内縁を減少せしめずに却つて之を獎勵する結果になることを憂慮して、當初は準正法の實施當時既に出生して居る内縁の子のみが準正され、同法實施以後に出生した内縁の子は準正から除外されて居つた。Justinian 帝の時代に至つて此の制限は撤廢されて、準正法は内縁出生子に自己の婚姻に依りより高き身分を與へることを希望する内縁關係に在る總ての者に解放されるに至つたが、内縁以外の放恣な男女關係から

出生した子には依然として及ぼされることはなかつた (“Legitimation by Subsequent Marriage,” by Sir Dennis Fitz Patrick, in the Journal of Comparative Legislation, New Series, 1904, vi. p. 28 et seq.)。——一七二年法王 Alexander III に依つてローマ法の準正制度を移入した教會法は——（ローマ法の準正制度は上述の如くにキリスト教に影響されたものであり且つ當時は既に婚姻法が國家から教會の手に移つて體系づけられて居つたのではあるが、第十二世紀後半以前の教會法には準正に関する規定が存しなかつた）——始めて内縁以外の法律外の關係から出生した總ての私生子 (spurii, the offspring of promiscuous intercourse) の準正を認めるやうになつたのではあるが——（FitzPatrick は此の間の事情を、内縁關係を單なる私通關係より遙かに憎惡して壓迫して來た教會が、苟くもローマ法の準正制度を採用せんとするならば、準正法の適用範圍を擴大して一般の婚姻外出生子 (children born out of wedlock) に廣く及ぼしてこそ始めて可能であつたと説明して居る）——而も、姦通に因る私生子 (children begotten in adulterous intercourse) に対しては、父母の婚姻に因る嫡出子化の途は依然として開かれることがなかつた。されば、準正は Catholic Encyclopaedia の Legitimation の項にも、適法の婚姻が子の出生若くは懐胎の時に又は少くとも懐胎から出生に至る期間中の何時かに可能なるやうな父母間の子にのみ及ぼされ、子の懐胎から出生に至るまでの間其の父母間に無効的婚姻障礙 (diriment impediment) の存するやうな父母間の子には及ぼされることなしと説明されて居る。姦通に因る私生子に對する此種の特殊的取扱は、プロシアの Landrecht ドイツ民法 (同法第一七一九條乃至第一七二二條) (J. Dundas White に依ればタスマニア (The Tasmanian Legitimation Act of 1905) 及び西部オーストラリア (The Western Australia Legitimation Act. No. 102 of 1909) Ibid. p. 264) を除いたフランス (佛民三三一條三三五條三四二條) スウェーデン (瑞民二五八條三〇二條三〇四條) イタリア (伊民一八〇條一九五條) ベルギー (自民三三五條) オランダ (和民三二八條三三八條) スペイン (西民一一九條) ポルトガル (葡民一二二條) 等大多數の近代諸國の法律に依つて踏襲された (Burge, op. cit. ii. 357)。英國に至つては、第十二世紀の末葉から第十三世紀の中葉に涉つて “Once a bastard always a bastard” の法則を修正して準正を認むべきか否かに關し教會法 (the

law of the Church) に據る僧正 (bishops) と國法 (the law of the land) に據る僧侶ならざる裁判官 (temporal judges) との間に論争が惹起されたが—— (Bishop Grossetête は古代イングランドに於ける mantle children の慣習 (父母の爾後婚姻の際に父母を覆ふ布片の下に婚姻の儀式中置かれた私生子は之に依つて準正される慣習——Hooper, op. cit. p. '64.) とローマ法とに論及し、また、英國法に於て婚姻前の出生子の嫡出性を拒否しながら、而も婚姻前の懐胎子の嫡出性を認容することの矛盾を論難したが)—— Statute of Merton (20 Hen. 3, 1235—6) の第九章に依つて準正制度が排斥される結果となつたので、—— (Hooper は此の事をローマ法の侵略に對する英國普通法獨立の爲めの大勝利は私生子を犠牲にして得られたものであることは私生子にとつて極めて不幸なことであつたと謂ひ (pp. 64—5). John Selden は英國はローマ帝國に對するあらゆる種類の服従を全く免かれて居り且つ決してローマ法に依つて支配され統治さるべきではないと云ふことが、此の結果を齎らした原因であると述べて居る Dissertatio ad Fletam, ed. 1647, p. 526, quoted by J. D. White, op. cit. p. 258)——“Birth in wedlock was the *sine qua non* of legitimacy” の法則は、英國に於ては始終一貫して一九二六年の準正法 The Legitimacy Act (16 & 17 Geo. 5, c. 60) まで約七世紀に涉つて維持された。而も、同法も多くの他の立法例と歩調を一にして、其の第一の二に於て私生子出生の當時に兩親の一方が既に第三者と婚姻を爲して居つた場合には準正を認めないことにして居る (“Recent Changes in Family Law,” by E. Jenks, in the Law Quarterly Review, 1928, No. 175, p. 316)。尤も、此の點に關して W. Clarke Hall は養子法 The Adoption of Children Act, 1926 の第五の一が活用されて、養子は「適法の婚姻に於て養親に生まれた子」(a child born to the adopter in lawful wedlock) の地位に立つが故に、實父母は自己の私生子を養子と爲して之に嫡出子の地位を與へることが出来る。蓋し議會は此の種の私生子に對して自働的準正 (automatic legitimation) を拒んだが、此の養子縁組の方法に依る準正 (quasi-legitimation) を禁止せんとして何事をも爲さなかつたからと述べて居る (The Law of Adoption, p. 140)。

アメリカ合衆國諸州の大多數、スコットランド及び英國海外自治領も既に久しく

準正法を有し、Scotland. Ceylon. Malta. New Zealand. South Australia. Queensland. New South Wales, Victoria 等に於ても均しく姦通の子の準正を認めないが、アメリカ合衆國諸州の準正法はナポレオン法典に基礎を置く Louisiana (R. C. C., 1920, Art. 198) 及び準正法の解釋からする若干の州のみが準正から姦通の子を除外して居る (Chester G. Vernier, American Family Laws, IV, p. 156 et seq. J. W. Madden, Law of Persons and Domestic Relations, p. 345. E. Freund, Illegitimacy Laws of U. S., p. 12 et seq.)。尙ほルイジアーナ州に於ては父が法律上認知し得ざる子を養子と爲すことをも曾ては禁止して居つたが、一九三六年の養子法は斯かる禁止を設けない。また、同州に於ては、父母の婚姻に因つて準正され得ない姦通又は亂倫の子を “bastards” と云ひ、之に對して準正された私生子を “natural children” と云ふて居る (R.C.C., 202, 206, 920)。

第五 父に認知された私生子

——私生子法が生んだ庶子の新意義——

明治六年太政官布告第二十一號は公生子として「妻の子」及び「妾の子」、私生子として「妻・妾に非ざる婦女にして分娩する兒子」の他に、新たに「父に認知された私生子」なるものを認むるに至つた。即ち同布告但書に妻・妾以外の婦女の分娩する子にして「男子ヨリ己レノ子ト見留メ候上ハ婦女住所ノ戸長ニ請テ免許ヲ得候者ハ其子其男子ヲ父トスルヲ可得事」とあるのが是である。斯くの如き子は妻でも妾でもない婦女の分娩した子であるから依然私生子に屬すべきか、又は、父を有せざる子として母の引受たるべきものとされた「認知されざる私生子」からは截然區別して取扱はれて居つたので、私生子なる稱呼には包含されずと爲すべきか。明治八年九月十日内務省伺の「妻妾ニ非ザル婦女ニシテ擧ゲタル子ハ則私生ヲ以論ゼザルヲ得ズ然ルニ男子ヨリ其私生子ヲ指シテ己ノ子ト見留ルトモ法理上ヨリ論ズルトキハ私生子タルヲ免ル可ラズ如何トナレバ妻妾ノ産ニ非ズ且産後妻妾ニナサザル義ヨリ生ズレバナリ由テ此等ハ私生ト稱シ可然哉。前條ノ如ク産後妻妾トナサザレハ該子成丁ノ后ト雖依然私生ヲ以論ズベク然ニ家督相續ノ際ニ臨ミ該家親族及親戚ノ内相應ノ者無之トキハ無論相續ノ權利ヲ授ケ可然ト相考候。但相續候末ハ私生ノ稱呼ハ滅却スベキ哉抑又存スベキ哉」

は正に之が解決を求めたものであつた。

太政官は同年十二月十七日之に對して「伺之通。但戸長ノ免許ヲ受ケ男子ノ籍へ入ルルトキハ私生ノ名義ヲ消シテ庶子ト稱シ庶子中長幼ノ順序ヲ以テ相續ノ權ヲ有ス可キ事」と指令し(法例二版二二九頁)(註二二)、次いで、明治九年五月二日内務省は同年二月二十五日岐阜縣伺に對して「(前略)私生ノ子ハ戸長ノ免許ヲ受ケ男子ノ籍ニ入レ庶子ト致シ候上ハ妾腹ノ子同様可相心得事」と指令して(民事一三三頁)、父に認知された私通野合の子に公生子たる妾腹の子と同様な準嫡出子の地位を許與するに至つた(父に認知された私生子である限り、私通の子たると姦通の子たるとに依つて、其の庶子たる身分の獲得に何等の差別を置かなかつた——前掲明治九年六月二十三日太政官指令、同十九年六月二十一日指令等参照)。蓋し我國從來の封建的・父權的思想に淵源するものであることは、遺産相續に於て庶子が私生子と常に同列に置かれて居ること(民一〇〇四條二〇〇五條)及び母に對する關係に於ては父に「認知された私生子」も「認知されざる私生子」も常に同様な待遇を法律上與へられて居ること(例へば、大正元年九月十一日民第二五〇號民事局長回答は「私生子甲姉乙妹ヲ有スル女戸主アリテ乙妹父ニ認知セラレタルモ父ノ家ニ入ルコトヲ得ズシテ母ノ家ニ在ルトキハ女戸主ノ法定推定家督相續人ハ甲姉ナリ」と爲し、大正十四年四月二十二日法曹會決議は「女戸主ニ其ノ私生子タル男女二人アル場合ニ於テ其ノ女子父ヨリ認知セラレタルモ父方ノ戸主ガ其ノ入家同意ヲ爲サザル爲メ何レモ母ノ家ニ在ルトキハ女戸主ノ法定推定家督相續人ハ依然男子ナリ」と爲して居る)からしても、容易に推察し得る所である。されば、明治十八年一月九日山口縣伺の「嫡子ト庶子ト其相續順序ニ於テ嫡ヲ先ニシ庶ヲ後ニスルハ言ヲ俟タザル義ニ有之然ルニ嫡出ノ女子ト庶出男子トノ義ニ付去ル九年二月中舊名東縣伺ニ對シ御指令ノ趣ニ據レバ嫡出ノ男子無之トキハ妾腹ノ長男他

家へ養子ニ遣シ候儀難相成ト有之由是觀之嫡出ト雖ドモ女子ナレバ庶子男子ニ先ツテ相續スルノ權ハ無之哉將又々庶子ト稱スル私生ニテモ男子己ノ子ト認メ其籍ニ編入シタル上ハ私生ノ名義ヲ消シテ庶子ト稱スル義ニ有之是等嫡出ヲ措テ相續ス可キモノトスルトキハ實ニ一家ノ不和ヲ釀スノミナラズ其順序ニ於テモ如何敷付テハ庶子ト雖ドモ妾腹ニ限リ嫡出女子ニ先ツテ相續ス可キ權ヲ有スル哉」に對して、同年二月五日の指令も明瞭に「前段伺之通。後段庶子ニ妾腹ト私生トノ別ハ無之義ト心得ベシ」と從來の趣旨を繰返して居る(人事七)。

之を要するに、明治六年の第二十一號布告は庶子を妾腹子として本腹子たる嫡出子に對立させた當時の親子法の構成から一轉して、「父に認知されざる私生子」にも對立させ、従つて庶子に、妾に生れた公生子としての本來の庶子の他に、「父に認知された私生子」としての庶子なるものを新たに追加したのであつた。而して妾腹子としての庶子は明治十五年一月一日舊刑法の施行に依つて妾制度の廢止(法規三八三—一七頁參照)せらるるまで存續した(同法——四條三——條參照。尤も、舊刑法施行前から既に妾なる身分を有した者は、同法施行後も依然其の地位が認められて居つたので、斯る身分を有する婦が同法施行後に生んだ子は依然「妾腹の子」としての特殊な地位を有して居つた——明)。(明)從つて、「妾」と云ふ法律上の身分が抹消されれば、女は「妻」であるか、然らざれば「妾に非ざる婦女」であるかの孰れかに屬すべきが故に、子も妻の生める子即ち嫡出子であるか、然らざれば妻ならざる私通婦の生める子即ち私生子であるかの孰れかであ

つて、此以外に準嫡出子のな子の存在を認める餘地は全然存し得ない。即ち私生子は父に認知されて庶子と爲つても、之が爲めに生來の私生子たることを失ふものではない(民七三五條三項、八二七條二項)。而も、現行法上庶子なる稱呼に禍されて、私通野合の子としての庶子に許與するに妾腹子としての準嫡出子の特權を以てしたことは、庶子を不當に優遇するものとの譏を免れ得ない。民法改正要綱が嫡出女子をして庶出男子に優先して家督相續人たらしむるが如き(相續法改正要綱第九・民九七〇條一項二號)、又は、庶子は父の認知あるも當然父の家に入ることなく常に父の妻の同意を要するものと爲したるが如きは(親族法改正要綱第三・民七二八條七三三條七三五條)、蓋し妾制度を否定する現行法の建前としては當然の改正と謂はねばならない。

【註二二】。但し「庶子中長幼ノ順序ヲ以テ相續ノ權ヲ有ス可キ事」と云ふ此の方針は、略明治三十年頃まで維持されて居つたやうである。例へば、明治十七年四月十二日京都府伺に對する同十八年三月三日指令にも「妾腹及ヒ私生子ノ入籍シタルモノハ總テ庶子ト稱シ庶子中長幼ノ順序ヲ以テ嫡出ノ子ノ次ヘ記載スル義ト可心得事」とある(人事八五頁)。併し、明治三十一年二月(日缺)には庶子の相續權は「年齢ニ拘ハラズ其庶子トナリタル順次ニ依リ庶子ノ順序ヲ立ツル方可然」との回答が現はれたが(人事七二四頁)、此の方針は現行民法に依つて再び改められて、庶子相互間の家督相續順位は認知の先後に依るべきものでなくして、年齢の長幼に依るべきものとされるに至つた。(民八三二條九七〇條大正十四年九月二十八日法曹會決議)。

「男子ヨリ己レノ子ト見留メ」得る期間に付ては、現行法と同じく、何等の制限が存しなかつた。實母死亡後に「私生子ヲ己レノ子ト認メ町村長ノ許可ヲ請ヒ出デ候モノ有之」場合には、「認

メラルル本人及亡母ノ親族事實ヲ證明シテ連署出願スルニ於テハ「聽許不苦義ト心得ベシ」とされて居つた(明治二十三年一月十五日和歌山縣知事何に對する同年同月二十三日司法大臣指令——人事四〇八頁)。尤も、認知を爲し得る者は父のみであつて、戸主・祖父其他親族が自己の資格に於ては固より、父に代つても認知を爲し得ないとされて居つたから(例へば、明治二十八年十月十一月一日内務司法兩大臣指令——人事六五一頁)、實父死亡後は「親族ノ願出」あるも、戸長は「認可ヲ與フル限リニ在ラス」とされて居つた(明治二十六年十月十八日長崎縣照會に對する同年同月三十日民刑局長回答——人事五八七頁)。但し、民法施行前には認知の意思は事實上存すれば足り、必ずしも一定の方式に依つて表示されることを要しなかつた。例へば、書簡を以て表示された認知の意思に對しても效力を認めたる先例が存する〔註二三〕。而して同布告但書は、父が自ら進んで爲す所謂任意認知のみを認め、子又は母より父に對して認知を請求する所謂強制認知を認めたるものではないと云はれて居る。即ち民法施行前に於ては、認知を爲すことば父の權利ではあるが、義務ではなかつたが、現行民法に至つて始めて父に對する強制認知が認められたものとされて居る。されば、判例は明治三十六年二月十日の大審院判決(民錄九輯二五九頁)以來、民法施行前に生れた私生子は民法施行後に於ても其の父に對して認知を求むることを得ないと繰返し判決して居る。

「男子ヨリ己レノ子ト見留メ」得る子に付ても、事實上の親子關係が存する限り、何等の制限が存しなかつた(尤も、既に他人に依つて認知された子は、其の認知の無効又は取消が確定した後でなければ(民八三四條、人訴一八條一項二七條以下三九條一項)、其の子の事實上の父に依つて認知され得ないが——大正五年十

一月二日民第一三三一號法務局長回答。昭和二年十月六日法曹會決議)。死亡せる私生子でも其の者に直系
 卑屬ある場合には認知が許されたことは、現行法と同様であつ
 たが(民八三一條二項。明治二十七年三月三十一日滋賀縣照會に對)、胎兒たる
 私生子の認知が許されたか否かは明かでない(民八三一條一項)。但し、
 婚姻を禁ぜられて居る近親者間に出生した所謂亂倫の子の認知
 は許されなかつた(拙稿「子の稱呼」〔註一〕_三乃至〔註一五〕參照)。蓋し斯かる子の認知を許
 すことは自己の亂倫を公けにすることで、社會の風儀上禁止す
 べきものとされて居つたからである(佛民三三五條三四二條瑞民三〇四條參照)。現行法
 は事實上の親子關係に在る者は法律上も親子關係に在らしむべ
 きであるとの見地から立法されたので(法典調査會第一五六一回筆記)、昭和六年一
 月二十三日大審院も「被上告人(認知者)が自己ノ妻女ノ連子タル訴
 外山内キセト情交關係ヲ結ブニ至レリト云フガ如キハ固ヨリ公
 序良俗ニ反ストノ批難ヲ免レザルベシト雖、被上告人が右キセ
 トノ間ニ生レタル私生子ヲ認知シタルハ自ラ之ト別問題ニシテ
 毫モ公序良俗ニ反スル行爲ニアラザルノミナラズ寧ロ當然ノ措
 置ナリト謂ハザルベカラズ……其ノ認知ハ即事實ヲ事實トシテ
 届出デタルモノニ外ナラザルノミナラズ、爾カスルアラザレバ
 當該私生子ハ畢ニ終生私生子タル身分ヲ脱却スルコト能ハザル
 不遇ノ結果トナルベケレバナリ」として亂倫子の認知を有效と
 爲した(法律新聞第三二二七號一四頁)。尤も、近時此の判決の結論に對しては子
 の名譽と保護との立場から疑を持つ學者もある(谷口親族法三四七
 頁、青山家族制度全集第三卷一二七頁、川島・金)。姦通の子が民法施行の前後を通じて

認知を受け得たことは前述した如くである。但し、民法第八二〇條に依り嫡出推定を受ける妻の分娩した子は、嫡出子否認の訴に依つて此の推定を覆した後でなければ、其の子の事實上の父に依つて認知され得ないことにはならう〔註二四〕。妻の分娩せざる子を戸籍簿上夫婦間の子として記載せられて居る場合には、判例は戸籍の記載が實體上の親子關係に影響を及ぼさないことからして、戸籍簿上の記載を抹消することなく、子は事實上の父に對して認知を請求し得るし、また、事實上の父に於ても斯かる子を認知し得るものとして居る（昭和七年十二月十四日大審院判決、民集十一卷二二三三頁）。

私生子が父に認知されれば、父の庶子として當然（父の家の戸主の同意（民七三五條）を得ることさへ必要ではなかつたこと前述した如くである）母の家から父の家に入るのが、民法施行前に於ける一般的取扱であつたが、固より父の家に入ることが父の庶子と呼ばれる爲めの要件ではなかつた。即ち明治八年九月三十日秋田縣伺の「妻妾ニアラザル婦女ニシテ分娩スル兒子アリ男子ヨリ己レノ子ト認メ婦女住所ノ戸長ニ請テ免許ヲ得其子共男子ヲ父トスル上ハ其男子ノ方ヘ編籍可然儀ニ候ヘ共男女情願ニ依リ何レヘ編入候テモ不苦哉」に對して、同年十二月二十五日内務省は「伺之通」と指令し（法例二版三四一頁）、更に、明治十年三月内務省より秋田縣への達に依れば、斯くして母の籍に留まつた子は「腹書ニ父ノ名ヲ書シ某庶子ト相認可申事」と追加された（戸籍三三七頁）。即ち父に認知された子は父の籍に編入されるのが本則ではあつたが、「母ニ於テ其子ヲ引受度協議相整候節ハ一旦

父ノ父籍ニ編入シ更ニ(母ノ母ノ籍ニ)送籍」する手續を爲すことなく、直ちに母の籍に編入することが許され、而かも「戸籍上額書ニ實父云々ト顯シ置庶子ヲ以テ取扱可然」とされて居つた(明治十年七月二十三日岩手縣伺に對する同年九月三日内務省指令——戸籍二三六頁)。但し、明治十一年九月二十七日愛知縣伺の「(前略)父ニ於テ未ダ本妻ニ所生ノ嫡男無之トキハ其母ノ籍ニ編入シタル庶子ト雖モ一男子ノ義ニ付相續ノ權ヲ有スル儀ト相心得可然哉又ハ男女情願既ニ他ノ籍ニ編入ノ上ハ相續ノ權利無之儀ニ候哉」に對する同年十月四日内務省指令に「相續ノ權ハ無之儀ト可心得事。但父家へ復歸スル者ハ此限ニアラズ」とあるが如く(人事四六頁。其他前掲明治十年六月十月三日太政官決裁參照)、父の家にならざる庶子は父に對する相續權を有することなく、また、認知されても父母と家を同じくしない限りは、準正の恩惠には與り得なかつたこと後述するが如くである。

〔註二三〕。明治三十年十一月十八日奈良縣知事問合——私生子認知ノ權ハ一身ニ專屬スルモノナルヲ以テ死亡ト共ニ消滅ス可キハ勿論ノ義ト存候得共茲ニ在郷兵召集ニヨリ在營中書信ヲ以テ既ニ正當結婚シタル婦女ノ入籍ヲ促ガシ若シ入籍手續前兒子出生候得者自己ノ實子ニ付庶子トシテ引取方其父ニ申越シ而シテ兒子出生後男子死亡シタルモノアリ此場合ニ於テ依頼ヲ受ケタル父ハ書信ヲ提出シテ明治六年第二十一號布告ニヨリ私生子引取方請願シタルトキハ町村長ハ父ノ請願ヲ以テ子ノ意思ヲ繼續シタルモノト認メ免許ヲ與フルコトヲ得ルヤ。

明治三十年十一月三十日民刑局長回答——本年十一月十八日坤第一六八四號問合私生子ヲ庶子トシテ引取方ノ件ハ其提出シタル書信ヲ正確ナリト認ムルトキハ許可ヲ與フルモ苦シカラザル儀ト思考ス(人事七二〇頁)。

〔註二四〕。大正五年四月二十九日大審院判決——婚姻ノ解消ノ日ヨリ三百日內ニ再婚ヲ爲サザル母ガ分娩シタル子ハ嫡子トシテ母ノ夫タリシ父ノ家ニ入ルベキモ

ノシテ父ハ其子ノ嫡出ナルコトヲ否認スルヲ得ルニ止マルモノトス隨テ夫若クハ其死亡ノ場合ニ於テ之ニ代ハルベキ者ガ否認訴權ヲ行使シ嫡出ニ非ザル裁判ノ確定スル以前ニ在リテハ其子ハ私生子ニ非ザルヲ以テ母ハ其法定代理人トシテ他人ニ對シ私生子認知ノ訴ヲ提起シ得ベキ適格ヲ有セザルモノトス（最近判十八卷一一二頁）。

同趣旨。大正五年六月二十四日及び大正十三年七月九日法曹會決議。

従つて、之を逆に云ふならば、否認權の存續中又は消滅後は（民八二二條乃至八二五條）、子は事實上の父の認知を受ける途を有しないことにもなる。事實を事實として親子關係を確定せんとした民法の建前から云へば、充分検討さるべき問題たるを失はない。

私生子法の誕生は當然に婚姻上の子と婚姻外の子とを差別して待遇する結果となるので、親子法の基本的構成として、兩者の限界は極めて嚴格にならざるを得ない。即ち嫡出子とは婚姻上の子であるが故に、妻でも妾でもない婦女の生んだ子は私生子であつて、假令其後父母が適法な婚姻を爲すも、嫡出子ではない筈である。併し、此の原則を固執すると、私通した當人自身は私通から婚姻へ轉換することに依つて、夫婦としての凡ゆる法的保障を受け得るにも拘らず、其の間の出生子だけは婚姻外の子として凡ゆる冷遇と擯斥とを永久に受けなければならないと云ふ跛行的取扱、殊に同一父母間の出生子でありながら、父母婚姻前の子は婚姻外の子たる故を以て年少の婚姻後の子に相續上劣位（民九七〇條一項二號乃至四號九七四條一〇〇四條一）（〇〇五條相續法改正要綱第六ノ一・第九參照）に置かれなければならないと云ふ不均衡が切實に痛感される。此の困難な事態を救ふ爲めには、婚姻外の子を其の父母の爾後婚姻に因つて

嫡出子たる身分に置き替へる制度が確立されなければならなく
なり（準正制度の沿革及び立法例に付ては〔註二一〕参照）、斯くして、準正法の樹立は私生子法
誕生の必然の歸結とも見られ得る。

されば、準正は婚姻外の子に付き、若し其の父母が婚姻を爲
すならば其の子も婚姻上の子に改められると云ふことであるから、
婚姻外の子と婚姻を爲した父母との間に存する實親子關係
が法律上明確にされる時期に依つて、準正にも、(1)父母の婚姻
前に實親子關係が法律上明確にされて居つた爲めに、婚姻に因
つて當然生ずる庶子準正（民八三六條一項、明治十一年七月（日缺）内務省指
令——私生ノ子ヲ男子ヨリ己レガ子ト認メ婦女住
所ノ戸長ニ請ヒ免許ヲ得ルノ後チ男子其婦女ト結婚スル時ハ該私
生ノ子ヲ嫡子トシテ苦シカラズ——民事——七頁、戸籍二五四頁）と、(2)父母の
婚姻繼續中に實親子關係が法律上明確にされた爲めに、婚姻中
に生ずる私生子準正（民八三六條二項、明治二十七年五月十四日民刑局長警保
局長回答——父母ヲ同フスルモノト雖モ前ニ出生ノ子
ハ私生子トシテ母ノ籍ニ編入シ母婚嫁ノ後其夫タル男子ニ於テ已レノ子ト認メ引受
ケタル場合ニ在テハ其之ヲ引受ケタルトキハ初メテ父子ノ分限確定シ嫡出トナルベ
キモノト思考致シ候ニ付其引受以前已ニ出生ノ嫡出子アルトキハ其者ヲ以テ長男ト
シ後ニ引受ケタル子ハ年長者ト雖モ二男ト稱シ戸籍ニ登記可致筋ニ有之候——人事
六一二頁）と、(3)父母の婚姻取消又は解消後に實親子關係が法律上明
確にされた爲めに、婚姻後に生ずる私生子準正（大正八年三月二十八
日民第七一〇號法務
局長回答——父ガ妻ノ實家ニ在ル妻ノ私生子ヲ離婚又ハ妻ノ死亡後ニ於テ認知シタル
場合ニ於テモ其ノ私生子ハ嫡出子タル身分ヲ取得ス。同趣旨、大正八年十月一日民
第三七二六號及び同十一年五月十六日民第三八一七號民事局長回
答・大正十一年十月二十六日及び同十三年十月八日法曹會決議）との三つの
態様があり得る。尤も、民法施行前に第三の婚姻後の準正が認め
られて居つたか否かは疑はしい。民法施行直後明治三十一年八
月三十一日民刑第九八七號民刑局長回答は「私通ノ後一男ヲ生
ジ之ヲ私生兒トシテ届出デ其後兩人間有效ノ婚姻ヲナシタルモ

又故アリテ離縁ス而シテ右離婚後夫タリシモノヨリ一男ヲ認知セシ場合ハ婚姻中之ヲ認知セバ嫡出子タル身分ヲ取得スベキモ已ニ婚姻解消後ナルヲ以テ庶子トシ登記スベキモノトス」と爲して居る。但し、フランス民法に於けるが如くに（同法三三一條、FitzPatrick, op. cit. p. 25.）、原則として婚姻の時までに親子關係が法律上明確にされた子に對してのみ準正の利益を與へるものではなかつたこと上述の如くである。

民法施行前に於ては、私生母子關係は母の認知を要せずして法律上存在するものとされて居つたので、準正の要件としての實親子關係の存在は、父母双方の認知を要せず父の認知あるを以て足りるとされて居つたし〔註二五〕、また、妾腹の子は出生の事實に因つて法律上當然父の子たる身分を取得し、父の子たるが爲めに認知の如き特別の手續を必要とするものではなかつたので、妾を本妻に改めることに因つて（明治六年五月二日東京府伺——華族ヨリ平民ニ至マデ妾ヲ本妻ニ直シ候儀不苦哉。同年五月三十一日太政官指令——伺之趣）當然に妾腹の子が、母の「本妻トナリタル時ヨリ嫡出ノ子トナルモノトス」とされて居つた（明治十六年十月十六日岩手縣伺に對する同。年十一月二日内務省指令——局典八四頁）。

準正の效果は固より遡及するものではないから、「私生子ノ庶子ニ列スルハ年序ノ少長ニ拘ラズ入籍ノ日ヲ以テ初生ノ日ト見做シ其嫡位ニ入ルハ母ノ正婚ノ日ヲ以テ初生ノ日ト見做スベキモノトス」とされて居つた（明治九年六月二十日稟議に對する同十六年十月三日太政官決裁——局典八九頁。民法一四七頁）。而して此の效果は父母の婚姻に因り法律上當然に生ずるもので、

父母又は準正される子に於て此の効果の發生を妨げることを得ないし(明治十四年二月八日舊堺縣伺に對する同十六年十月二十四日内務省指令——局典九二頁)[註二六]、また、先妻の子女の有無に依つて差異なきものとされて居つた(明治十七年一月十八日岩手縣伺に對する同年二月八日内務省指令——局典四八四頁)。但し現行法上準正は準正される子の家籍に當然影響を及ぼすものでもなく(明治四十五年四月二日民第六三〇號民事局長回答。大正七年五月三十一日民第二八〇號法務局長回答)、また、準正される子と父母とが家を同じくすることも準正の要件ではないが(明治四十五年六月二十七日民第九五九號民事局長回答、大正三年十二月二十八日民第一九九二號法務局長回答)、民法施行前に於ては、婚姻外の子が父母の婚姻に因り嫡出子たる身分を取得するが爲めには、父母と家を同じくすることを要し、「庶子が父母正婚ノ日ヨリ嫡出子ト爲ルハ父母ト同籍ニ在ル場合ニ限ルモノニシテ若シ同籍ニ在ラザル場合ニハ庶子ヲ父母ノ籍ヘ引取リタル時ヨリ嫡出子タル身分ヲ得ルモノトス」とされて居つた(明治二十七年九月二十九日及び同年十月二十九日山口縣問合に對する同年十月十九日民刑局長回答及び同年十一月三十日民刑局長警保局長回答——人事六三二頁、六三七頁。明治三十二年四月十三日民刑第一七四六號民刑局長回答)。従つて又、準正は當然に準正される子の家籍に直接變動を及ぼすものともされて居つたやうで、此の見解は民法施行の當時は尙ほ維持されて居つた。例へば明治三十一年十月十二日民刑第一五三八號民刑局長回答は「母ノ家ニ在リタル庶子ハ父母ノ婚姻届出ニ依リ當然父家ノ戸籍ニ移スベキモノ」と爲して居る。

[註二五]。民法第八三六條第二項は「婚姻中父母ガ認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス」と規定して居るので、庶子準正の場合たと私生子準正の場合たとを問はず、常に父母双方の認知を必要とすると解する者もあるが(中島釋義四卷五三七頁、奥田二七四頁、牧野三〇五頁、柳川二八八頁、野

上三一四頁、和田親子法論四八頁)、現行法の下に於ても私生母子關係は、分娩の事實さへ明瞭であるならば、何等母の認知を要せずして、子の出生に因り當然發生するものと解するが故に(瑞民三〇二條參照。異説。大正十年十二月九日大審院判決——民錄二七輯二一〇〇頁。尙ほ親族法改正要綱第二十ノ一參照)、準正の要件としての賞親子關係の存在は、原則として父の認知あるを以て足り、私生母子關係の發生にも母の認知を必要とする棄兒の如き特殊な場合に限つて(民八二七條一項)、父母双方の認知を必要とするものと解すべきである(大正十三年十月八日法曹會決議參照)。

[註二六]。尤も、民法施行前には強制認知が認められて居らなかつたから、準正の要件としての父の認知も、常に父の任意に出たるものなることを要したので、或ひは、「嫡庶ノ區分其父ノ情願ニ依リ定ムルモノノ如シ若シ父ヨリ嫡子ト改正スルヲ欲セザレバ庶子ノ儘爲閣不苦候哉」などと誤解されて居つた。併し、認知が父の任意に出ると云ふことと、準正が認知に基いて當然生ずると云ふこととは、自ら觀念上區別せらるべき別箇の事に屬する。蓋し準正に因つて婚姻外の子が嫡出子と爲ること夫自體は、父母又は子の知ると知らざるとを問はず、また之を欲すると欲せざるとに拘らず、當然發生する非意思的效果であるからである。されば、現行法上強制認知も任意認知と同じく準正の基礎たり得る。

——(終)——