



Title	青山道夫「養子」(近代家族法の基礎理論)
Author(s)	山畠, 正男
Citation	北海道大學 法學會論集, 3, 75-82
Issue Date	1953-12-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/17047
Type	bulletin (article)
File Information	3_p75-82.pdf



[Instructions for use](#)

青山道夫「養子」(近代家族法の基礎理論)

山 島 正 男

養子制度はいかなる原因によつて發生したものであるか。はだして、パツフォーフェンのいうように、假説的なものにせよ離婚状態のもとにおいては、およそ養子制度というものが考えられないのか。あるいはまた、ラボツクやコーラーの主張するように、離婚ないしは群婚状態における父の確定の必要という點に、養子制度はその端を發したもののなか。養子制度の起原の問題は、いままなお學者にとつて不可解な難問である。

養子制度は最初どのような形態において出現したのであるか。養子制度がその發端において奴隸制度と密接な關連を有したであろうことは、しばしば學者によつて推測的主張がなされてゐる。はたして養子制度は奴隸制養子としてその第一歩を踏み出したのか。それとも、穂積陳重博士の概括の示すように、祭祀の承繼が養子制度の出發點であつたのか。しかも一方青山教授は、未

開社會における「子のため」の養子の存在を強く指摘しておられる。養子制度の原初的形態、これまたはなほだしく困難な問題である。

養子制度が古代社會において重要な機能をはたしたことは周知の事實である。ギリシヤ、ローマ、ヒンズーなどのアーリア法系社會はもとより、古代エジプト、バビロンなどについて、われわれは興味ある資料に接している。しかるに他方、同じ古代社會中でもイスラエルには、養子制度がなかつたといわれる。このような例は古代社會だけではない。未開社會ではほとんど普遍的と思はれるまでに養子制度が行われているが、ある種の部族についてはこの制度の存在を積極的に否認する報告が存在する。現代諸國の中でも、オランダ、ポルトガル、若干の南米諸國は、やはり養子制度を知らないのである。一體、このように養子制度を知らぬ

社會も存在するという事實は何を意味するのか——この點こそ、婚姻に對比してこの制度の本質を理解する場合の重要な手がかりとなる——。この問題について學者は、養子制度を知らぬというのはその必要性がないことを意味すると考えている。ところが、それではいかなる理由にもとずいてその必要性がないかという點になると、祭祀承繼は子以外のものでもさしつかえないという點に理由をもとめたり（インドのトード族）、最初は一夫多妻制のため、後には離婚の自由のためと簡単に片附けたり（イスラエル）、あるいは養育契約（Pflegekindschaftsvertrag）で十分に事足りているからだと説明したり（オランダ）して、問題把握の態様があまりにも各人各様の状態である。この點に關連して、ヨーロッパの中世以降にはなぜ養子制度がみられないかという問題も、とくにわが國の場合に對比して考えるとき、きわめて重要な課題である。

視野を現代に移そう。現在のところ、ごく少數の國を除いて世界のほとんどの國が養子制度を認めているが、これら各國の養子制度の内容たるやきわめて區々である——外國における養子制度研究のほとんどが比較法的考察の形態をとるのはこの點に由来するものと考えられる——。そのうえ、これらの養子法は、瞬時も靜止してはいようとほしない。イギリス、ソヴェット、フランスの例にみるように、各國の養子制度はめまぐるしく變轉してきたし、また現に變轉をつづけている。これら各國の養子制度を比較検討しつつ、そこから近代的養子法の性格を把握することは、身

分法學における最も重要な問題であらう。

眼をわが國に轉ずれば、問題はわれわれにとつてますます切實である。かつて、梅謙次郎博士は、「二十世紀の法律」と題する一文において、つぎのように豫言した。「民法のことに就いてはふなら、家族制度の廢滅、及び、隱居制の廢滅、それから、養子制の減少、これだけは、今日において、斷言して憚らぬ。是れは、百年といはず、ここ、二十年か、三十年の中には、恐らく、實施される」（平野・日本資本主義の機構と法律五一——二頁より引用）。前二者については、——日本社會の根強い家族的性格の壓力により——時期の點で博士の豫想にははるかに遠かつたといえ、民法の改正によつてともかくも實現をみた。ただ最後の「養子制の減少」のみは、博士の豫見を完全に裏切つてしまつた。わが國が世界にも類をみないほどの養子制利用國であることは、いまもなお實證しえよう。だがしかし、博士の豫見が全然見當違ひであつたわけではない。けだし、博士の理解した「養子制」——それはまつたく博士のいう「祖先教の遺習」にすぎぬものである、また博士の指摘したように、近代的諸國家の養子法よりはむしろ古代ローマの養子法を指針とすべき類のものであつた——は、法典上たしかに「減少」したし、慣行上といえども減少の傾向にあると考えられるからである。養子制度が博士の豫期に反して永い生命を持續しているのは、この制度が博士の考えたところとはまつたく別の内容をそなえるにいたつたからである。學者はこれを、養子制度の變質・變貌とよんでいる。しかもこのような

變質・變貌こそまさに近代養子法の特質なのである。この點においてわが國の養子法は、一方では舊來の前近代的諸要素の拂拭が要求されるとともに、他方では近代法的諸原理・諸規定の採用が要請されるわけで、このため立法上、解釋上いくたの問題が提供されてくるのである。

現にわが國でも孤兒・貧窮兒救済に大きな役割をはたしている里子制度も、養子制度の研究において忘れてはならぬ重要な領域である。ことに近代養子法の機能を保兒・私生子救済にもとめようとする限り、兩者は目的においてほとんど差異がないだけに、いろいろな意味で相互の關連が問題となるであらう。

以上、養子制度の問題點と考えられるものを、氣づくままに列挙してみた。以上の視野の範圍においてさえ、養子制度の含む問題は、まことに複雑多岐にわたり、しかも興味深くかつ切實である。それにもかかわらず、從來この方面に對する學者の努力は、これを他の身分法領域に比するるとき、かならずしも豊富かつ十分だったとはいえない——すでに二十年も前に中川教授がこのことを指摘されたが、その後もこの状態はずう一つと繼續された。しかるに最近、この方面に關する業績をしばしば目にするようになった。わたくしの知る範圍でも、中川教授が、戦後初めて手にした外國書として、アンセルの「近代立法における養子」(法學一五卷一號)を紹介されたのを初め、比較法的な資料として、櫻積重遠・米國養子法(法曹時報三卷三號)、山本正憲・一九五〇年イギリス養子法(民商二七卷二・五號)同、イギリスに於ける養子法の變遷(岡山

大學法經學會雜誌三號未完)、有泉亨・朝鮮養子の制度(家族法の諸問題所收)などのすぐれた業績が發表されており、また來栖三郎・養子制度に關する二三の問題について(家族法の諸問題所收)は、養子制度が、日本の場合とは逆に、なぜ西歐中世に存在しないという前述の難問を起點として、東西兩封建制の差異の解明と、いう雄大な目標を志向しつつ、奴隸制養子、養子制度と遺言制度および養子制度と家族感情との關連の三つの基本問題を取扱われた問題提起の勞作であり、山本正憲・養子と里子(神戸法學二卷一號)は、この領域における先驅的役割をはたしたものと見えようわたくしもまた、制度の本質を家族法的な關連のもとに探る意圖をもつて若干の考察を試みた(養子制度に關する一考察——法學一六卷一・二號未完)。さらに最近になつて、本稿の對象である青山教授の「養子」(法學理論篇)がこれに加えられた。中川教授の業績以來停頓を續けていた養子法研究の現状において、かつ近代家族法理論の探求を志向しつつつぎつぎに業績を世に問われている教授の手になるものだけに、まことに喜ばしいことといわねばならない。本稿では、以下ごく簡単に本書の内容を紹介しつつ、あわせて筆者の若干の所感を述べさせて貰うことにする。

本書は、序説および五章——第一章未開社會における養子制度、第二章古代社會における養子制度、第三章近代法における養子制度、第四章わが國における養子制度の沿革、第五章民法と養子制度——より成る。教授が先に發表された「養子制度研究序説」(松山商大論集一號所收)と構想においては同一であるが、本書

では第四章中に「近代養子法の社會的機能」が收められたほか、第五章が新に付け加えられている。考察の範圍は歴史的、比較法的に廣汎にわたり、養子制度の問題點もほとんど完全に論及されており、かつ最近にいたるまでの各種の研究成果をも廣く參酌されている點、本書は養子制度概論とよばれるに値する。今後の研究の發展に資するところすくなくないと思われるので、まずこの點で深く敬意を表しなければならぬ。

紙幅の關係で詳細な内容紹介は不可能であり、また概論書の性質上不必要とも思われるので、章別に問題點のみを簡単に拾つてみる。未開社會における養子制度においては「これを統一的に理解することは困難」(一三頁)とされつつ、近代養子法と共通點をもつ「私生子を養子にする未開人の工夫」(一四頁)に注目を注いでおられる。未開社會の養子制度の考察は、わが國では教授をもつて嚆矢とする。そして未開社會における「子のため」の養子の存在は教授の以前からの持論である。これに疑問を提起した拙稿に對して、親族呼稱がこの場合實親子と同一である點に教授の主張の正しいことの根據をもとめられ、わたくしの疑問を否定しておられる(わたくしは、わたくしのいう「縁組」では親族呼稱がむしろ異なるわけではないかと考えたのであるが)。いずれにしても現在の資料では、未開社會に關する限り、不明確な點があまりにも多い(わたくし自身の考えでは、民族學者がこの制度についてどれだけの問題意識を有するのかさえ疑問に思つている)ので、これは將來の課題であらう。それはともかく、未開社會について

最も問題なのはかれらの慣行の底に横わる基礎的な觀念にあるとわたくしは考えるのだが、この點に關して教授の論及がなかつたのは残念である。

古代社會における養子においては、ローマの養子制度のみが取扱われている。ローマの他にも、奴隸制養子の先驅的社會と思われるバビロンや、子に十二種の別があるといわれるヒンズー、前述のイスラエルなどが重要と思われるが、それらについて敘述がなかつたのは紙數の關係であらう。

敘述は、古代社會から直ちに近代法における養子制度に移る。ヨーロッパ中世になぜ養子制度が存在しなかつたかについて、教授は別の個所で(七五頁)、「ヨーロッパにおいては、我國における如き知行封録の物質的基礎に立つ「家」制度がなく、したがつてその維持のための養子制度を、とくに要求しなかつた」ことに理由をもとめておられる。封建制に關する限り事實であらうが、この他にもなお、ローマ社會とゲルマン社會の構成原理の差異、前者の支配從屬的結合原理に對して後者の相互協同的結合原理、*arrogatio* と *Wahlkindschaft* との差異、後者における兄弟契約の役割なども注目すべき點であるように思われる。

近代的養子法としては、フランス、ソヴェット、イギリス、アメリカがとりあげられている。フランスについては一九三六年家族法にもふれて戴きたかつたし、またイギリスについては、一九二六年法の要點としてあげたところは殆んどそのまま一九五〇年法にも當嵌まる(二四—三五頁)とされているのは疑問である。

五〇年法の認めた二六年法とは逆の財産相續上の効果は、注目すべき事實のように思えるからである。近代養子法の孤兒・私生子救済の機能については、それが「私生子制度の存続、孤兒扶養の不完全の是認の上に立つ救済的従つて消極的政策」(長沼)という批判に一面の眞理を認めておられる(四六頁)。社會的な問題の家族的解決である點、同じことは扶養制度についてもあてはまると思うが、ことに養子制度の場合、それが純粹に身分的な性格をおびるだけに、右の批判は傾聴に値する。

わが國における養子制度の沿革は、古代から明治初年にいたる間を、諸種の資料を參酌されつつ概観している。隨處に示唆に富む見解を見るが、わたくしとしてはとくに「徳川武家法の養子制度がたんなる親子關係の擬制ということだけでなく、政治的目的により左右されたことは、養子の如き制度の本質は、その存在する社會の全機構のうちで考察せられねばならないことを強く示す」(六〇頁)という著者の見解に強い共鳴を感じた。ここでいま一つ問題にされているのは、奴隸制養子である。川島教授の報告(奴隸制の型態としての養子)に端を發した問題であるが、著者のいわれるように、「このような奴隸的養子をアジア的型態と認めるにはアジア的社會それ自體の性格をわが國の社會發展の事實に即してもつと嚴密に規定することも必要」であり、またこのような奴隸制養子が「servival」か「function」の問題かをも廻り下げて検討しなければならぬ」(以上、六六一―六七頁)ことになる。ただ、わたくしのように縁組と他兒養育とを區別して考へ

る立場からは、教授が同一に論じておられる「親子ナリ」的擬制關係(六五頁)と「ナンキンソウ」的養育(使用慣行(七三頁))とは、別種のもののように考えられる。事實また、中川教授とともに三陸沿岸を踏査したときの印象では、「ナンキンソウ」には縁組の觀念がほとんど存在しない(つまりかれらが家族構成員外の者とされている)ように思われたのである。そしてここでは「servival」というよりは、家族經營の零細漁業と資本主義的漁業經營との接觸より生ずる變則的現象という感じをうけた。だが、これも將來の大きな課題である。

最後の民法と養子制度の章は、本書のうちでわたくしの最も興味深く讀み、かつ教えられるところの多かつた部分である。明治初期民法草案における養子法(七四頁以下)は著者が初めて採り上げられたものであるし、また審判の統計を通して未成年養子の實態にまで眼を注がれ、フイールド・ワークによる問題の検討に將來の課題を見出されている點(一〇七頁以下)、著者の視野の廣いことに改めて敬意を表しなければならぬ。舊法を通じてみたわが國養子法の考察は、著者の改正法に對する革新的批判の鮮明さにつらぬかれて、傾聴すべき點が多い。ただ、立法者の正しい態度としては、教授の引用されたレーニンの立場が良いか、あるいはまたボリタリスの立場が良いかは、問題であると思う。現實を一擧に變革しつくす革命的立法論と、革命なしに法律の力で行える改革の限界を前提とする漸進的立法論と、いずれがはたしてわが國の實狀に適していたか。立法論と立法者の任務とはかな

らずしも一致しない。立法の前提が問題であると思う。改正法の立法者たちは、「新しい制度を採用するについて、われわれは理論によつてそれが與えてくれる利益を計量しようとはいへ、それを實際に行つて見てはじめてわかるような不都合の全部を知りつくすなどということは不可能」であること、「弊害を匡正しつつも、匡正それ自體の危険をなお見逃してはならぬこと」、「法律を變える代りに、それを愛する新しい動機を市民に提供してやること」が殆どいつもより有利であること（以上ポリタリス・民法典序論、野田譯七頁）を念頭におかれていたものと思う。それにもかかわらず、均分相續はほとんど行われず、また立案者たちの穩健な市民的立法趣旨は、わが國のかなり廣汎な階層を代表すると考えられる牧野博士の筆によつて、執拗なまでの論難攻撃を浴びているのである。

最後に、基本的な問題について教授の御教示を仰ぐことにした。それは、養子制度の身分法において占める位置ないし養子制度の本質の問題である。教授のこの點に關する記述は、簡單ではあるが序説の部分（五一―九頁）にみられる。教授によれば、身分關係は單なる自然的關係ではなく、社會的・文化的關係であり、したがつて、親子關係においても、一方では自然的・生物的には親子でありながら社會的・法律的には親子と認められないものがあり、他方では血縁關係の基礎なしに社會的親子關係が認められる場合がある、生理的父子關係が未知の社會における社會的父子關係（トロブリアンド島）および養子制度が後者に屬する。しか

も、養子制度は「實親子關係への擬制（fiction）であることが根本的特徴」（七頁）であり、このことは、養子制度が「婚姻のよりに人間の本質的なものではないことを意味する」（九頁）のだとされている。この點は非常に重要と思うので、いまずこし詳細な論述がほしかつたように思う。身分關係における自然的・所與の性格は、それ自體別個の敘述を必要とする大問題にちがいないが、すくなくとも、養子制度が唯一の人為的・擬制的身分制度であることは疑いがなく、これをどのように近代身分法中に位置づけるかについて教授の御教示を得たかつた。養子制度が擬制である點は序説の部分以外にも二三、教授によつて論及されているが、わたくしはつぎのように考えている。養子制度は基本的な獨立した身分關係なのではなく、身分關係創設の一形式にすぎない。したがつて、一定の目的に奉仕する手段にすぎない（養子制度の濫用というのは矛盾である）わけで、他にも手段があればその必要は存在せず、そこで教授もいわれるように、「養子を知らない社會もあれば、またこれを拒否する社會もある」（九頁）ということになる。養子制度が存在するところかならず特定の目的が存在するが、反面同一の目的がかならずしも養子制度を必要とするわけではない。教授が「家督相續養子」と「財産分與養子」とに分類する通常のやり方に不満を投げておられる點（五五頁）、また右の引用において婚姻との差異を指摘されている點、まったく同感なのであるが、それ以上には論及されず、婚姻と養子制度とは、制度として存在する點では變りがなく、「兩者とも一約束で

あり、知性の産物」であることにおいては「一致する」（九頁）と片付けておられるのは、本書の副題に「近代家族法の基礎理論」と銘打っておられるだけに、いささか物足りぬ感じを禁じえなかつた。

わたくしの疑問を最も單純な形で表現するなら、一體「養子制度とは何か」ということなのである。實に分り切つたことのように、その實、學者の取扱つている研究對象からはけつて明確な回答を導き出しえないのである。養子制度の歴史的比較的研究をする場合には、最もこの點がはつきりあらわれてくる。わたくしは、養子制度の研究對象のなかに多くの「養子」というに値するかを疑わせる」（朝鮮の養子制度、有泉・前掲三〇二頁）ものを見出す點に疑問を發し、養子制度の本質を明かにするために、人爲的な身分關係創設（縁組）と他兒養育とを區別して考へるべきだという一應の結論に不完全ながら達したのである。

いま一つ御教示を仰ぎたかつたのは、もちろん右の點に關連するのであるが、近代法における養子制度のもつ意味である。これについては、もはや公式と化している一家のため、「親のため」、「子のため」の公式がその點を示しているといえるかも知れない。これはもちろん教授もいわれるように、養子制度が奉仕する目的の變遷の主要な動向を概言したものであらう（わたくしの立場からいへば、縁組が他兒養育を内容とするにいたり、眞に養子制度の名に値するものとなつた過程である）。しかしこのことは、つぎのような意味をもつてはなからうか。親族關係創設の一形式である縁組は、本來それ自體になんらの目的をもたぬわけであり、

したがつて最初には親族關係の創設それ自體が内容であつたが、後には特定の親族効果發生のために親族關係の創設が利用されるにいたり、やがて、これら特定の親族効果發生にはそれぞれの個別的制度が生ずるや、しだいに縁組は消滅の過程をたどることとなつた。以上が、近代以前の縁組のたどつた行程である。ところが近代になつて、再び多くの諸國が、忘れ去られていた縁組を復活した。しかし、これは實は舊時の縁組とはまつたくその内容を異にするものであり、ここでは明確な固定的目的（子のため）をもつ制度に變じてしまつた。これは、まさに事實の基礎の上に成立するのを原則とする身分法における一大異例といわねばならぬ。これが、わたくしにいわせれば、縁組の解體すなわち縁組觀念の消滅に引き續く縁組の變貌である。縁組は、親族關係の創設という形態であらゆる目的に利用しうる制度から、唯一つ他兒養育のためにのみ家族法上の効果を附與する實は社會的保護制度へと變つたのである。しかし、私的扶養のみで足りず公的扶養が大幅にこれを補充しているのと同様、他兒養育もまた家族法の枠内ではとうてい充分ではありえない。このためにこそ、各國とも里親制度をもつてこれを補充せざるをえなくなつていたのである。

以上、紹介とも書評とも感想ともつかぬ自分勝手な小稿になつてしまつた。本書において教授は「粗雑なそして未完成にもちかゝいもの」を書いた（あとがき）といつておられる。もちろん粗雑どころではなく、本書を讀む者は、いたるところで教授特有の示唆的な見解に接し、將來への豊富な課題を汲みとることである。

う。なるほど、それらの示唆的な批判的意見が一つにまとまつた形で讀者に示されていないという點では、たしかに本書は未完成にちかいかものかも知れない。しかし、完成した書物の平板な羅列の説明は、將來への發展的課題を含まないだけに、右の意味での未完成の書物からうけるような刺戟を與えてはくれない。このよ
うな意味での未完成の本書に、紙幅の関係、書評の未熟のために

きわめて「粗雑」な紹介をあえて行つたことは、著者に深くお詫
びしなければならぬ。あるいは筆の到らぬところ、理解の及ば
ぬところ多かつたかを恐れ、この點で教授の御寛容を願うとも
に、筆者の意圖を未熟な筆の間から少しでも披みとつて戴けるな
ら幸甚である。

北大法學會記事 (昭和二十七年)

一、法學會研究會

三月二十二日

H、J、ラスキにおける自由
行政協定について

七月九日

破防法についての綜合研究

七月十五日

裁判上の和解と調停

九月十二日

刑事學の俯瞰

二、法學會書評會

尾形典男「多數決の論理」日本政治學會年報(一九五二年)所載……教

三、法學會判例研究會

毎週金曜日研究會を開いている。

特別研究生 富田容甫

教 授 尾形典男

教 授 今村成和

助 授 和田英夫

助 手 福田秀策

助 教 授 小山昇

助 手 福田秀策

教 授 今村成和