

身分行為と民法第九十条：判例を中心として

青山, 道夫
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/14377>

出版情報：法政研究. 22 (2/4), pp.283-298, 1955-03. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



身分行為と民法第九十条

——判例を中心として——

青 山 道 夫

一

大阪地方裁判所昭和三十年三月十六日判決の「養子縁組無効確認事件」は多くの点において問題をけらんでいる。⁽¹⁾ いまここで本稿に必要な限りにおいて簡単に事件の概要と判決の要旨を示せば次の如くである。

秋山梨三と秋山ももは夫婦であつたが、柿江と養子縁組をした。ところが柿江は梨三の妾であつたので、梨三の死後、ももは梨三とその先妻の長男である秋山栗男とともに原告となり柿江を被告として養子縁組無効確認の訴を提起した。そしてその理由として、亡梨三及び原告ももにおいては養子縁組をなす意思がなかつたことならびに右の養子縁組は公序良俗に反するから右何れの原因よりするも右の養子縁組は無効であると主張したのである。

これに対し判決は当事者間に縁組意思のあることを認定し、かつ右の養子縁組が公序良俗に反する点については「本件養子縁組当時亡梨三と被告との間にいわゆる妾関係のあつたことが認められ本件縁組後も情交関係のあつたことが窺われないではないが、前段認定のとおり亡梨三及び原告もも並に被告は何れも縁組意思を有していた以上本件養子縁組は有効に成立したと謂う外はない」としてももの請求を棄却した。

なお原告栗男の訴は第三者が提起する養子縁組無効確認の訴の当事者適格について不適法の点があるからとして却

下されたが、本稿はこの点には及ばない。

そこで問題は妾を養女にすることが公序良俗に反し無効であるかの点であるが、判決はつきりはいつていない。ただ当事者間にいずれも縁組意思を有しているから有効であるという立言は、公序良俗に反しないことを前提としていることと思われる。

かつて大審院判決（大民昭七・二二二）にこれと似た事件があつた。情交關係のあつた女子と養子縁組をした事件において、縁組の無効を主張した上告人は、このような養子縁組は養子縁組の意思如何に拘わらずつきよく公序良俗に反する無効のものであると主張したが、大審院は次のようにいつて上告を棄却した。

「養親子間に於ける情交關係の不倫の行為として擯斥すべきは勿論なるも、之が為に其の親、子、關係を生ぜしむる意思を以て爲したる養子縁組其のものを以て不倫の行為視し無効と爲すことなし。養親が養子に対し斯る不倫の行為に出でたる場合之を以て離縁の事由となし得るに止るものなるを以て、原審が被上告人と養親辰蔵との間に情交關係の存在を認定しながら縁組を無効に非すと判示したるは素より正当にして論旨は理由なきものとす」（傍点―青山）と。^(三)

したがつて今度の大阪地裁の判決はこの大審院判決の趣旨を踏襲したのもと思われる。

しかし当事者に養子縁組の意思がある以上つねに縁組は有効に成立するのか、いかえればその縁組が公序良俗に反すると考えられる場合にも民法第九十条の適用はないかは、もつと嚴密に考えらるべきことであろう。現在の学説では身分行為には民法総則の適用がないとすることがかなり有力であるが、その場合第九十条をも当然含めることが許されるかどうかは相当問題であると思うのである。その意味で私は以下民法第九十条は身分行為に適用されないか、また妾を養女にすることが公序良俗に反しないかを検討してみたい。

ところで本論に入る前にもう一つ民法第九十条と身分行為に關係をもつ判例をあげておきたい。事案は飯田辰之助

なる者が妻いとの子であるせきと妾關係に入り子をもうけたのでこれを認知したのであるが、親子關係（旧法では継親子關係）ある者の間に情交關係を生じその子を認知するのは公序良俗に反するということとで認知の無効が子の戸籍上の父から主張された。

これに対し大審院は「被告人が自己の妻女の連子たる訴外山内せきと情交關係を結ぶに至れりといふが如きは因より公序良俗に反すとの非難を免れざるべしと雖も、被告人が右せきとの間に生れたる私生子を認知したるは自から別問題にして、毫も公序良俗に反する行為にあらざるのみならず、寧ろ当然の措置なりと云はざるべからず……其の認知は即事實を事實として、届出でたるものに外ならざるのみならず、しかするに非れば当該私生子はついに終生私生子たる身分を脱却すること能はざる不遇の結果となるべければなり」（傍点—青山）と判決した。しかししてこの判決は中川教授も指摘されたように民法総則中法律行為に関する規定が認知に適用されるかの問題を取りあげたことが重要であるが、けつきよく事實を事實として届出でたことに反公序良俗性がないとみていることが注目されるのである。

(一) 下級裁判所民事裁判例集六卷三号四八四（九八）頁以下。

(二) 中川善之助教授「親族相続判例総評」一卷一四七頁以下。法学一卷六号一〇六頁。新聞三三七七号。

(三) 大民昭和六・一・二三新聞三二二七号、中川教授「親族相続法判例総評」一卷一五五頁以下。なお私がこの判例をとくにとりあげたのは、これを支持する中川教授の説がこの問題には大きな意義をもっているからである。もつとも私としては、この判例の具体的解決それじたいには異論はない。

二

わが民法典は周知のようにいわゆるパンデクテン式編別を採用し、総則、物権、債権、親族、相続の五編に分つ

た。パンデクテン式編別がそれ以前のインステイトウイオーネス式（ローマ式）編別に比して有するもつとも大きな特色の一つは総則編が創設されたことである。総則編はあらゆる各種の法律關係に共通な事項についての一般的规定を設ける趣旨にほかならないのであり、このような規範を抽象一般化することはローマ人には不得手であつた。この作用は正しく独普通法時代のローマ法研究の代表物であり、その直接の産親は自然法学者に存するといわれているのである。そしてその後パンデクテンシステムの普及とともにザクセン民法、バイエルン民法草案、ドイツ民法がこの編別を採用し、ついにドイツ民法草案を参考にしたわが民法もまたこれによつたのである。

ところで今日わが民法の総則が沿革的に形式的には民法全体の總則的地位にあるとしてはたして實質的にはかかる意義をもちうるかについては、むしろ否定的に解釈されている。このような解釈が定説的意義をもつにいたつたことについては、中川教授や谷口教授などいわゆる身分法学者の研究の成果をみるべきであらうが、近時の民法總則の教科書もこの立場を支持している。例えば舟橋教授は「民法總則編は、法典の形式からいえば、民法全体にわたる通則の規定を内容とするもののように見えるけれども、これを實質的に検討すると、それは、財産法たる物權編・債權編に対する通則を定めたにすぎないのであつて、家族法たる親族編・相繼編に対しては、必ずしも通則性を有するものでない」といわれる。また松坂教授も「總則の規定を仔細に検討してみると、それが専ら財産法的法律關係を念頭において規定せられてゐることは明かである。したがつて、第一条から第一条ノ三までのように民法の大原則を宣言する規定は別として、總則の規定は原則として身分的法律行為に適用がないというのが近時の定説である」と述べられている。

しかしここで注意しなければならないことは、總則の規定が原則として家族法（親族編、相繼編）あるいは身分的法律行為に適用がないとし、その前提の下に民法第九十条もまた身分行為に適用がないと速断すべきではないことである。

ある。論理は正にその逆である。これまでの身分法学者が身分行為の特殊性を検討した結果身分行為に第九十条の適用を否定し、したがつてそのような結論から総則編が財産法の総則にすぎないとの結論がまた生れているのである。もちろん中川教授などが指摘されるように総則編の規定の多くを吟味していくと、それははじめから財産法的關係を念頭においてのみ規定されているものが少なくない。^(六)だが第九十条の場合はそうかんたんではない。あるいは立法者は財産行為も身分行為もとくべつに意識しないで第九十条を規定したともいえよう。そしてそれが身分法学者によつて身分行為に適用なしと解釈されたと考えうるのである。そして私はそのような解釈がはたして正当かどうかをもういちど検討することが必要だと思ふのである。私は旧法以来中川教授の所説に啓発されつつも第九十条に関しては見解を異にしていたのである。^(七)

(一) 山中康雄教授「市民社会と親族身分法」三頁

(二) 原田慶吉教授「日本民法典の史的素描」三頁以下。パンデクテンシステムについては本書の外、山中教授前掲書ならびに沼正也氏「親族法の總論的構造」三頁以下参照。とくに後者はきわめて詳細に述べられており、わが民法の理解に有益である。

(三) 中川善之助教授の数々の著作がこの方面の基礎的役割を果されているが、とくに同教授「身分法の總則的課題―身分權及び身分行為―」、「日本親族法」―昭和十七年―一三頁以下が詳しい。なお中川教授の学説の簡単な要約としては「全訂民法大要・親族法相統法」五頁以下がまとまつている。

谷口知平教授「日本親族法」三三頁以下。「親族法」(新法学全書) 二二頁以下。

なお学説史的に広浜嘉雄教授「私法序説」(昭和元年)の第二章「我が民法総則編の通則性」がこの問題を提起したものととして大きな意義をもつている。

(四) 舟橋諒一教授「民法―総則」三〇頁。もつとも舟橋教授は注意深く「家族法といえども財産法と共通性をもち、総則編の立法者が家族法を顧慮した点も、絶無だとはいえないけれども、ここでは、一般的・支配的な性格として、論じている」(傍点

—青山)と附言される。

(五) 松坂佐一教授「民法提要—総則」五五頁。

(六) 中川教授「全訂民法大要—親族法相続法」五頁以下。

(七) 青山「民法大意」(上) 八六頁以下。

三

さてそれならば、何故民法九十條は身分行為に適用さるべきではないのか。もとより學說には第九十條を身分行為に適用ありとする立場もあるが、それはまた後にふれる。まず適用なしとする學說を検討してみよう。

中川教授はこの点について次のようにはつきりいわれている。教授の言葉をそのまま近著から引用すると「財産行為の規定を身分行為にそのまま適用することは困難である。公序良俗に反する法律行為を無効とする九十條の大原則でさえも身分法には適用がない。そのことは近親婚の禁令に違反した婚姻でさえ無効ではなく取消し得るに止まる(七四四條一項)を見ても明らかである」と。^(一)そしてこれと同趣旨は旧著においても「民法総則第九十條の公序良俗に反する無効行為の原則は身分法には適用されない。父が娘に私生子を生ませてこれを認知するという如き行為でも無効にはならない。重婚や近親婚の如きでさえ第九十條によつて無効にはならず、婚姻法の特別規定によつて取消され得るに止まる」と示されている。かくて中川教授のいう身分行為に第九十條が適用されない理由はかんたんにいえば身分行為は財産行為と本質的に違うということ、したがつてまた身分行為の無効については身分法自体の規定がとくべつに用意されているということになるであろう。そこで中川教授の學說を正しく理解するためには、教授のいわれる身分行為の独自の性格を理解することが必要である。そしてこれを私なりに理解すれば次の如く要約し得るであ

ろう。

中川教授はまず私法的法律關係を財産法關係と身分法關係に峻別し、前者の特質が合理性であり後者のそれは非合理性であり、したがつて身分法關係は財産法關係とは著しく異なる原理に支配されることを当然とする。そして身分行為については「身分關係が人間性の自然に流露した本質的結合であり、身分行為に於ける意思が感情の外に對立せず、むしろその内にあつて感情するがままに意思するという如き意思であるから（中略）形成的身分行為は財産法的意思でいへば、常に宣言的であつて、創設的ではない。私生子の認知が親子關係の確証宣言であることはいうを俟たないが婚姻の如きであつても、その本質は自然に成生した婚姻關係の法律的關係に外ならない」（傍点—青山）とし、その宣言的性を強調される。しかし身分行為がほとんど創成力をもちたず以上のように自然に生成する事實の追認的宣言であることは身分行為の無効にも影響を及ぼすことになる。即ち中川教授は「財産行為が法律的要件に缺けたため無効となつた場合には、何等の事實をも後に残すことがない。……しかるに身分行為の無効を考へてみると……多くの場合に、当該身分的變動が、法律的には無効とされてもその先行的事實そのものは嚴として残ることがある」とこの点を指摘されるのであり、身分行為に於ては事實の先行が基礎となりその事實が無効な行為を超越して存続することを重視されるのである。そして身分行為の無効（例えば婚姻の無効）がそれじたいの無効の規定をもつのは右の如き身分行為の宣言的性からくる帰結とされるものの如くである。もつともまた別に中川教授は身分行為の有効無効はその人の全生活關係の上に重大な激変をあたえることになる……従つて身分上では行為の無効ということが甚だしく臆病になり、婚姻法などでは明記によらずして無効も取消もあり得ないという原則がはつきりと立てられているのである」ともいわれている。

次に谷口教授の立場であるが、教授は「親族法上の法律行為は公けの秩序善良の風俗に反する事項を目的とするの

故を以て直ちに無効とされないのを原則とする。親族法は、恰も何が公序良俗であるかを自ら定めているものである。即ち親族法は自身で親族法上の行為が公序良俗に反すと認められる場合を明定し、或は之を無効とし或は取消さるべきものと定めている。従つてそれら法定する場合以外に、素りに公序良俗なる空白な規範によつて効力を左右することは、却つて親族法的公けの秩序を保つ所以でないと謂はねばならぬであらうからである」(傍点—青山)とし養父が養女に生せた子を認知しても無効ではないとされている。^(六)

さて私は以上のような中川教授、谷口教授のいわれるところがわからぬわけではない。ことに中川教授が財産行為の無効と身分行為の無効の効果をはずきりと区別されたことはきわめて有益である。しかし以上の所説から第九十条が身分行為に適用されないとまでいいうるかは、私には疑問なのである。婚姻について無効、取消が特別規定されていることが一つの論拠になつているが、この場合は婚姻という特殊の事情による立法的措置であり、このような事例からつねに身分行為の無効が法文に明記せられた場合に限るということは論理的必然ではない。谷口教授は九十条を適用することが却つて親族法的公序を保つ所以でないとされるが何故そうなのかは諒解し難いのである。

中川教授は身分行為において事実が先行することを強調され、例として認知が親子関係の確認宣言であることをあげられている。そして前掲の判例批評において「事実を事実として承認すること自体は常に公序良俗の問題を生じない」と論じられている。しかし私はこの点がかなり問題であると思うのである。

家族関係、身分関係の本態は愛情による結合であり、本来人倫の支配すべき領域であり法の支配すべき領域でないことを主張する立場があり、あるいは家族のような閉ざされた道德共同體の内部秩序に対してはなるべく法は不干涉主義ですすむべきようにもいわれている。^(七)しかしわれわれは家族関係、身分関係は社会における法秩序の一端としてすなわち制度として存在することを忘るべきではない。そしてもちろんこのことは人間が自由な人格者として行動

することを束縛する意味でもなくまた人倫を無視するものではない。今日の国家法的立場でいえば、今日の民主主義国家のイデオロギーを国家構成の単位的存在たる家族秩序にまで及ぼそうとするものである。したがつて身分関係、家族関係がたんに事実としてだけ存在することはできない。これは現在の社会ばかりでなく、どのような社会でもあつてはまるというる。例えば婚姻は男女の性情に基く自然発生的なものが基礎となるのは当然であるが、男女の結合関係のすべてが婚姻でないことはいうまでもないことであり、婚姻が婚姻であるためには、その結合が社会的価値判断を経て正当なものとして承認されることを必要とする。法が各種の婚姻成立要件を定めているのはそのためである。また親子関係も自然の血族関係に基礎をおくことは当然であるが、生物学的な親子関係イコール法律上の親子関係ではない。古代ローマにおいて父がその生児をとりあげたことによつて親子関係が法律上発生するようなことはもはや近代法は認めないが、法が嫡出子と非嫡出子を区別することは——その当否は別として——法が親子関係を制度としてとらえることを示すものである。だから極端にはソヴェト法は嫡出子の場合に父母と子の関係を認めるが、非嫡出子については認知制度を廃止し、母子関係のみを法定し、父子関係は法律上の親子関係としては存在させないのである。^(九)即ち結論としていえばたんなる事実としてのみの身分関係ということは法律上の概念ではあり得ないのである。

だから父が娘に子を生まれさせこれを認知することが事実を事実として届けることであるから公序良俗に反する問題が生じないとはいきれない。認知によつてはじめて法律的親子関係を生ずるのであるから、国家はその価値判断によつて、その認知が公序良俗に反するならばこれを無効として親子関係の発生を拒否することはむしろ当然といわねばならない。

フランス民法（仏民三三五条、三四二条）やスイス民法（瑞民三〇四条）が姦淫子認知を禁止したことは理由のあるこ

とである。⁽¹⁰⁾わが明治民法の立法者はこのような特別規定をおかなかつたのはむしろフランス民法の趣旨に反対の立場であつたようであるが、⁽¹¹⁾法典調査会において富井委員が「子ニ罪ハナイ夫故ニ嫡出子ト同ジ權利ハ生ジマセヌガ矢張り親子ノ關係ト云フモノハアル。夫レ法律上生ゼシメナイヤウニスルト云フコトハ如何ニモ天理ニ悖ツタコトデアル」といつてゐることはいぢおう注目される。しかしこれまで述べたように法律上の親子關係は事実上の親子關係をれじたいではないのであるから、天理に悖るといふような自然法的理念をここにもち出すことは正当ではない。磯部委員が指摘したように子にとつて不倫な親子關係を公認されることはかえつて甚だ迷惑であることも考えられねばならない。世間では非嫡出子を他人の嫡出子と届出る例が少くないが、これは不倫の關係を公示することを欲しない感情にも子の名譽を考ふる配慮もないとはいへまい。

例えば父Aが娘BにCを生ませA、Cの間に認知によつて親子關係が認められることになると、CはBに対しては子であるが、Aとの關係においてはBとともにやはり子となり親族關係の序列がいちぢるしく混乱する。私はこのような乱れた序列を法律上認めることが公序良俗に反しないとはとうていいえないと思う。

婚姻や養子縁組の場合はその無効の場合を民法が限定して明記してゐる（民七四二条、民八〇二条）からそれ以外の無効はありえず、民法九十条の適用はないとの主張もある。中川教授は前掲の養子縁組無効に関する大審院判決を批評して次の如く述べられてゐる。「先ず問題となるのは、縁組行為に民法九十条の適用ありやの点である。此度の判決は之を適用なしとしたものと解して差支へなからう。私もまたその適用なかるべきことを信ずる。婚姻に付ても同様、すべての意思表示に関する民法総則の規定は此処に適用せられざるものと解すべきである。そして、人が民法九十条の適用なしとすることにより依て恐れるであろう所の凡ゆる禍害は、婚姻意思もしくは縁組意思なき場合として無効に取扱はれるを以て杞憂に終るであろうことを私は確信する。民法七七八条（新七四二条—青山）、同八五一条

(新七九二条—青山)が、婚姻または縁組はそこに列挙せられた場合に「限り」無効とすといった文字もかくして充分生きて来る」といわれている。そして中川教授はこのような根拠で判例の具体的事案に対してはけつきよく縁組意思無きものとして無効とすべしと論じられるのである。すなわち「縁組は民法九十条によつて無効とされることはない。しかし縁組関係には自から一定の型がある。合理的な限定がある。その型に従つた関係を創設せんとする意思のみが「縁組意思」である。従つて、情交関係の如くこの型に矛盾する関係を含めて、これを覆い包むために縁組の形式を借りようとする意思を以て縁組屈をしたとしても、それは決して縁組意思ある縁組といふことはできない。当然八五一条(新七九二条—青山)一号によつて無効たるべきものである」と^{二三}。中川教授が縁組関係に「自ら一定の型がある。合理的な限定がある」とされることは——自らという言葉が多少気になるが——全く正しい。そして私は民法が縁組成立の要件を規定しているのはこの型を法定しているのであり、このことは婚姻の場合についても同様にいえることである。そして縁組や婚姻の成立が要式行為であり届出によつて成立するとしているのは、国家が縁組なり婚姻なりがこの要件、中川教授のいわゆる一定の型を充たしているか否かを——形式的にはしろ——審査するからである。ところでこのような一定の型が法定されることは養子縁組が制度として存在することに外ならない。そしてこのやうな一定の型の養子制度が正当性をかちえていることはこれを裏からいえば、公序良俗に反しないものとして承認されることを意味すると考えてよいと思う。だからこの一定の型に反した縁組は本来公序良俗に反する養子縁組として無効であつて差支えないわけである。ただいつたん成立した縁組は事実として存在するのであるから価値の事実への妥当としてとくに法律がこれを取消さるべき縁組とし、縁組意思の無き場合だけを無効としたと解してよいと思う。このようにみれば第八〇二条が「左の場合に限り」無効というのは取消さるべき縁組との関係において縁組意思のない場合が無効ということであつて、民法が予定していなかつた公序良俗に反する縁組が発生した場合も無効とは認め

ない趣旨と解すべきではない。中川教授のように情交關係を伴う縁組は縁組意思なきものとして無効とすることもすぐれた解釈論ではあるが、私は民法九十条を直接適用して差支えないと思う。ここに大阪地裁の妾を養女にした場合の如きはこのような解することの方が率直で妥当でないかと思われる。

そこで次にこれまでの学説で民法九十条が身分行為に適用ありとするものをあげてみよう。

前述したように早く民法総則編は単に財産關係に対する通則に過ぎないのでないかの疑問を提出された広浜教授も、第九十条が身分關係についても通則性を有することは明かであるとされている。^(一四)しかしその理由については明言されていない。

旧法時代の学説として薬師寺教授は公の秩序、善良の風俗に適合するの要請は私法を貫く大原則であつて親族法上の行為と雖も、公の秩序、善良の風俗に反し得ないとする。そして婚姻を例とし、「民法七七八条（新七四二条―青山）は婚姻の無効なる場合を列挙するも、これ以外の場合に於ても法の目的乃至婚姻の本質に反するものは婚姻として無効なりと解すべきである。従つて反良俗的婚姻は無効なりと云い得る」とし、重婚その他の反良俗的婚姻が取消し得るものとされたことから逆に推論して他の反良俗的婚姻は之を有効とする趣旨なりと断定するのは正当でないといわれている。^(一五)

我妻教授も第九十条を身分行為に適用することを肯定する。教授はその理由として「けだし、公の秩序善良の風俗に反する法律行為が無効であることや、強行規定に違反する行為が無効であることは、法律秩序のすべてを支配する理念だからである」といい、ただ「身分上の行為が公の秩序善良の風俗に反するかどうかを決定するには、その行為の社会的・国家的意義とこれを無効とすることの影響とを考慮して慎重な態度をとらねばならない」と注意されておる。^(一六)

さて以上のように身分行為に第九十条の適用ありやに關しては今日でも學說の対立があるのであり、それは平行線でもあるようである。しかしすでに述べたように私は民法總則は財産法の總則だから身分行為に適用はないといううなかんたんな機械論では問題は片附かないと思う。そこで何故第九十条を身分行為に適用すべきではないかという議論を判例を中心とし、比較的詳細に展開されている中川教授の學說についてみたわけであるが、私には十分納得出来かねたのである。

だから私は結論として第九十条は第一条、第二条とともに全私法的法律秩序の理念として身分行為に適用さるべきものと考えたいのである。そして第九十条の適用を身分行為に適用することを否定する學說は、財産法と身分法の原理を峻列するわけであるが、親族法と相続法をあわせて身分法として統一的に把握し、財産法と対立させることは、ことに新法では困難であると思う。^(七七)

(一) 中川教授「全訂民法大要―親族法相続法」七頁。

(二) 中川教授「日本親族法」三四頁。

(三) 中川教授前掲書二四頁。

(四) 中川教授「身分法の總則的課題」―身分権及び身分行為―一九九頁。

(五) 中川教授「日本親族法」三二頁。

(六) 谷口知平教授「日本親族法」四四頁。

(七) この点を力説されるのは山中康雄教授である。

(八) 尾高朝雄教授「法と事実」六五頁。

(九) 一九四四年「母と子・婚姻と離婚にかんするソヴェト法」第二〇条「母親が婚姻を登録せずと同棲していた者との間に生れた子を保護するために、父親の認知および扶養料を求める訴を裁判所に提起する現行の權利を廢する」

(一〇) 中川教授によればフランスにおけるこの禁止は姦通・近婚の如き不倫を青天の下に暴露することを恐れたに因るものであるから、姦淫子の親の一方が他方の名を明かさずしてなした認知は有効であり、他方の親が後から重ねて自己も親なることを主張しようとして認知をする場合に後の認知の受理が拒まれると解されている(親族相統判例総評一巻一五七頁以下)。

(一一) 梅博士は、「父母ノ罪ニ因リテ罪ナキ子ヲ罰スルニ均シク真ニ謂レナキ所ニシテ殊ニ從來ノ慣習ニ於テモ名義上ノ區別ヲ為シタル例ナキカ故ニ我民法ニ於テハ之ヲ區別セズ」(「民法要義」親族編二五三頁)といつてゐる。

(一二) 法典調査会一五六回議事速記録九三頁。なお中川編「註釈親族法」(上)(谷口)三三三頁。

(一三) 中川教授「親族相統判例総評」一巻一五三頁以下。

(一四) 広浜教授「私法序説」三一頁。

(一五) 葉師寺教授「日本親族法論」上巻四二頁。

(一六) 我妻教授「民法大意」下巻四四二頁。

(一七) 沼助教授「親族法の総論的構造」三七頁参照。

四

以上第九十条が身分行為に適用ありとすれば、妾を養女とする縁組は公序良俗に反するものとして無効とすることが当然と考えられるが、何故公序良俗に反するかとの反問も考えられぬわけではない。公序良俗の概念を細く論ずることはいまここでそれほど必要ではないが、従来の通説によれば、人倫に反する行為は公序良俗に反するものとされ^(一)ており、私は妾を養女にすることは人倫に反するといつてよいと思う。しかしそのような人倫の意義を多少吟味してみたい。

妾を養女にすることを裏返しにしてみると養女を妾にするという事例が考えられる。ところで民法はもとよりこの

ような事例に対する規範を用意はしないがこれに似た次のような規定がある。すなわち民法第七三六条の養親と養子やその配偶者との間の婚姻は養親子関係が消滅した後においても禁止しているのである。したがつて例えば養父は離縁後においても養女と婚姻することはできない。そしてこのことはいちど直系の法定血族関係にあつた者同志の婚姻は倫常に反するとか道義上好ましくないと解せられるからであり、直系血族婚の婚姻禁止(民七三四条)および直系姻族間の婚姻禁止(民七三五条)と同一基調に立つていたのである。しかし他の立法例ではドイツ民法の如きは養子縁組に基く直系血族関係が終了した後は養親と養子との間の婚姻は近親婚としてはとりあつかわず有効としている(独民一三二一条)。したがつてわが民法の右の規定に対する批判としても、婚姻自由の原則・配偶者選択自由の原則が高調され、「公共の福祉に反しない限り」立法上最大の尊重を要求されている新憲法(憲一三条)の下にありては、右の規定の婚姻障碍を撤廃すべきであつたとの見解がある。近親婚を制限する範圍はかなり相対的なものであるから右の見解をいちがい斥けることもできない。そしてこの場合は優生学的立場は全然なくただ倫理道德的立場から由来しているのであるから、その立場において判断すればよいわけである。

近親婚は何故禁止されねばならないかについては、これまでも多少の学説はある。しかし歴史的事実としてとくに直系血族間の婚姻の禁止はどのような未開民族にもみられるが、これを明白に体系的に説明し得た学説はないといつてよいのであり、けつきよく人類の本能ともいふべき倫理感情に帰せられている。(三)そして私としても十分な見解を有しないが、ただその倫理感情を多少分析してみると次のようにいい得るのではないかと思う。即ち家族秩序は夫婦秩序(性愛の秩序)と親子の秩序に分けてみることができるが、「母は子において夫を愛する。父は子において妻を愛する。いずれも子において彼等の愛を認める」といわれるように子は婚姻の統一の対象化とされている。(四)かかるにこのように婚姻の統一の対象化された者との間に親が改めて性愛をもちこむことは安定している家族秩序を分裂させる

ものである。家族秩序は親子の秩序の序列と性愛秩序の混同を否定するのである。この意味でパーソンズが最近の論文で家族の最大の機能が子を育成し社会に適應する人間をつくることにあり、そのような家族においてはすべての家族成員の感情の均衡 (emotional balances) が必要であるとし、この立場から近親婚の禁止をみていこうとすることは注目されるのであり、結局において私のいうところに同じ趣旨のようにも思われる。

そこでこのような立場からいえば、法定直系血族の間においてその共同生活が存在し血族關係が存続している場合には婚姻の禁止の説明がつくが (独民前掲もこの場合は婚姻をみとめない) 法定血族關係が解消された場合にはたしかに問題となる。しかし私はいちど存在した擬制的親子關係があろかぎり両者は全然他人ではない。両者間には縁組が解消した後もかつて親子であつた事實は潜在している。その意味において親子秩序は完全に反古になつたわけではない。したがつてその間に性愛秩序を二重にすることは正当でないと解せられるのではないかと思う。けつきよくは倫理感情であるが、性愛秩序と親子秩序とを両立混同させてはならない倫理である。そこで妾を養女にすることは、やはりこのような立場から人倫に反するものと結論したいのである。婚姻の自由ということも婚姻の制度としての範圍内における自由であらう。

- (一) 我妻教授「民法総則」(民法講義一)二三〇頁以下。松坂教授「民法提要—総則」一六五頁以下、舟橋教授「民法—総則」一二二頁、山中教授「民法総則講義」二二二頁以下等。
- (二) 中川教授編「註釈親族法」(上)(律師寺)一三三頁。
- (三) 穂積重遠博士「親族法」二八九頁。
- (四) 和辻哲郎博士はヘーゲルの言葉(「法哲学」一七三頁)としてこれを援用する「倫理学」中巻一六一頁参照。私は和辻博士が夫婦の存在を二人共同体、親子のそれを三人共同体とし、三人共同体が相互媒介的に共同存在を形成するという考えに多くの示唆を得ている。

(五) Talcott Parsons, *The Incest Taboo in Relation to Social Structure and the Socialization of the Child*, *The British Journal of Sociology*, vol. V, No. 2, p. 101 (1954)