

明治初期の非嫡出子法

——明治六年太政官布告第二一号覚書——

佐藤義彦

はじめに

- 一 「妻妾ニ非サル婦女」と子との関係
 - 1 「引受」の意義
 - 2 私生子の相続権
- 二 「妻妾ニ非サル婦女」と「私生ヲ以テ論シ」られる子の意義について
 - 1 「妻」の意義
 - 2 「妾」の意義
 - 3 「私生ヲ以テ論シ」られる子の意義
- 三 「見留メ」の方式と効果
 - 1 養育料請求との関連
 - 2 相続の前提として
 - 3 特別の方式による「見留メ」
- 四 父に対する子からの認知請求の可否

はじめに

明治六年一月一八日に、太政官は、「妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論シ其婦女ノ引受タルヘキ事 但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」と布告し⁽¹⁾（明治六年太政官布告第二一号）、ここにわが法制史上はじめて私生子が子の一種として固有の座席を占めるに至った。⁽³⁾ 本稿は、わが婚外子法の最初の立法であるこの布告第二一号につき、それがどのように解釈され、運用されてきたかを、諸先学の業績をもとに、若干の資料と裁判例を参照しつつ、再度跡づけ、私の今後の研究のための覚書としようとするものである。

(1) 法令全書による。

(2) 以下では、「布告第二一号」という。

(3) 高柳真三「私生子の出現」国家学会五〇周年記念国家学論集（昭和一二年）（以下では「私生子」という。なお、この論文は、同教授著明治前期家族法の新装（昭和六二年）二一九頁以下に再録されている）八七頁。

一 「妻妾ニ非サル婦女」と子との関係

1 「引受」の意義

「妻妾ニ非サル婦女」の分娩した子は、「其婦女ノ引受」たるべきものとされている。ここに「引受」とはどのような意味をもつものであろうか。不思議なことに、この点に関しては、明確な定義を与えた文献を見出すことはでき

なかつた。あるいは法制史上の常識に属するののかも思われるのであるが、法制史の門外漢である現在の私としては、⁽¹⁾「母の家に入りて、その扶養を受くる」というくらいの意味に理解しておくほかない。大審院大正五年九月六日判決⁽²⁾も、「該布告ノ趣旨トスル所ハ——法律上其生母ヲシテ独リ扶養ノ義務ニ当ラシムルコトヲ期シタルモノ」としており、また、大審院大正八年二月八日判決⁽³⁾も、「明治六年一月十八日布告第二十一号ハ妻妾ニ非サル者ノ私生子ヲ他人ノ子トシテ遺ハシタルコトナキ場合ニ私生子ノ母ニ於テ之ヲ引受ケ養育スヘキモノト為シタル規定ト解スヘキモノ」と述べている。

そうだとすると、私生子の母は、「見留メ」るまでもなく当然に私生子を扶養すべき義務を負っていたということになる。

2 私生子の相続権

私生子は、その母を相続することができるかについて、明治六年八月一三日の太政官指令には、「不得止事情ノ者婦女子相続差許ニ付テハ其婦男子ヲ妾ノ如ク召抱不苦哉其所生ノ兒子ヲ跡相続ニ立テ不苦哉」⁽⁴⁾ いう同年四月九日の東京府伺に対し、「配偶ノ男子ヲ以養子ト致シ戸主ニ相定候外召抱等ノ名目ヲ以テ配偶ノ儀ハ不相成事 但私生ノ子ヲ以其母タル婦女ノ家ヲ相続候儀ハ尊属ノ親戚協議ノ上ニ候歟又ハ其母タル婦女ノミ生存シ外ニ親戚ノ相続ニ相立候者無之節ハ聞届不苦事」⁽⁵⁾とあり、また、明治七年一〇月一二日の太政官指令には、「女戸主タル者私生ノ子ニ相続為致可然哉」⁽⁶⁾との同年九月二二日内務省伺に対し、「女戸主タル者ニ嫡出ノ子及ヒ親族中ニ相応ノ相続人無之時ハ私生子ニ家督相続セシムルコトヲ得可シ」⁽⁷⁾とあるので、私生子も、一定の制限の下ではあるが、布告二一号が出された当初から女戸主である母を相続することはできたと考えてよいようである。⁽⁸⁾

裁判例において、私生子が戸主である母を家督相続した事案を見出すことはできなかったが、傍論としてこれが可能である旨を述べた判決は存在している。大審院明治二七年一月一九日判決は、能登家の先代戸主の娘の私生子として生まれ、父である高橋家の庶子となっている上告人が、能登家の先代戸主の妹である現戸主を被告として相続回復を求めた事案であるが、「私生子ト雖モ相続権ヲ有スル場合ナキニアラサルヘキモ既ニ高橋徳松ノ認ムル所トナリテ戸籍上高橋家ノ庶子ト編入セラレタル以上ハ、上告人ハ高橋家ノ人ナルヲ以テ適正ナル能登家ノ現戸主ニ代ラントスル請求ノ立カタキヲ言フ俟タサル次第ナリ」と判示している。

- (1) 角田幸吉「明治初年以降民法施行前の親子法」法学志林三六卷一・二号(昭和九年) (以下では「親子法」という) 一四八六頁。また、同一四八七頁には、「私生子は母の家に入りて養はれる」とある。
- (2) 民録二二輯一六九五頁。
- (3) 民録二五輯一八九頁。
- (4) 外岡茂十郎編明治前期家族法資料―家族関係先例集―(昭和四二年と五三年)九九頁所収資料番号一八九による。なお、以下に資料番号のみで引用する太政官指令、司法省指令、内務省指令は、特に断らないかぎり、右書物によっている。
- (5) 五四六。
- (6) その後のこの指令に対しては、「明治七年九月私生子家督相続ノ儀ニ付相伺候処同十月十二日第一条女戸主タルモノニ嫡出ノ子及ヒ親族中ニ相応ノ相続人無之時ハ私生子ニ家督相続セシムルコトヲ得ヘシト御裁令相成候処尚ホ考ルニ女戸主ニ私生子ノミ有之他ニ相続スル者無之時該子ヲ立シテ出願スル者ハ強チ親族中迄求ルニ及ハス私生子ヲ家督ニ相立候方母子ノ情義ニ於テ妥当ヲ得候哉ト存候即今伺出候具之差向指令ニ難相成候間御決裁被下度候也」との稟議(明治一三年二月一四日)に対し、「伺之通」との決裁(明治一四年一月一四日)があり、これを受けて明治一四年一月二四日には、「書面女戸主ニ私生子ノミ有之他ニ相続スルモノ無之時ハ相続ノ権ヲ有スヘキモノトス」との内務省指令が発せられている(二四八五)。
- (7) たとえば、私生の男子を有する女戸主は、その私生子を廃嫡することなく、入夫または養嗣子を貰い受けることができる(明治一六年一月一一日内務省指令(三一〇一)、明治一六年二月二〇日内務省指令(三一四七))。また、「私

生子ハ家族中ニ相続人ナキ場合ニ於テ相続スルモノニ付他ヨリ養子ヲ貰受又ハ夫ヲ迎ヘ嫡男女出生スルキハ其者相続権ヲ有スル義ト可心得事」との明治一七年三月二十九日内務省指令も出されている(三五九一)。

(8) 私生子は、また、承祖相続することもできたようである。明治一四年五月二日内務省は、「茲ニ一女子アリ私生(男女不分明)子ヲ有シ然ルニ該女子病氣ニ抛リテ智養子難貰受歟或ハ無余儀事故アリテ他江縁組ノ際外ニ相続人無之候ニ付該私生孫ヲ養子ニ致度旨願出候者有之右ハ生母ト養妹ノ統柄ニ相当スト雖モ卑族ヲ以尊族ニ相当セサル者ニ付聞届不苦儀ニ候哉又ハ家族ノ私生孫ニ付単ニ承祖ノ孫ト称シ継嗣ニ定メサセ可然哉」との愛知県伺に対し、「家族中ニ相続スヘキ者無之ニ於テハ後項伺之通」と指令している(二五六七)。

(9) 大審院蔵版大審院判決録民刑合本明治二七年自一月至二月一九頁(文生書院覆刻明治二七年大審院判決録自一月至六月四七頁による)。

二 「妻妾ニ非サル婦女」と「私生ヲ以テ論シ」られる子の意義について

1 「妻」の意義

(ア) 布告二一号が発せられた当時においては、婚姻は、戸長に届け出ることになってはいたが、この届出は、婚姻成立の要件ではないと理解されていたので、結局、法律上「妻」とされるものうちには、届出を済ませた妻と届出を済ませていない妻との二種が存していたことになる。この原則は、届出婚主義に統一することを目的として明治八年一二月九日の太政官達第二〇九号⁽³⁾が制定された後も同様であったようであり、明治一〇年六月一九日に大審院、⁽⁴⁾上等裁判所、地方裁判所へあてた司法省達丁第四六号を経て、明治民法制定時まで続いたといわれている。⁽⁵⁾

(イ) ところで、多くの司法省指令を基にした岡教授の御研究によると、これらの二種の妻のうち、届出を済ませた妻のみが布告二一号にいう「妻」に該当し、届出を済ませていない妻の生んだ子は、私生子として処置されたと

され、特に明治一〇年六月一九日以後は、送籍(妻の入籍)が「夫婦間に出生した子を嫡出子たらしむる為めには、不可欠の要件とされて居った」と結論づけておられる。⁽⁶⁾

たしかに、明治一四年六月二日に内務省は、「明治八年十二月太政官第二百九号ヲ以婚姻又ハ養子養女ノ取組若クハ其離婚離縁仮令相對熟談ノ上タリトモ双方ノ戸籍ニ登記セサル内ハ其効ナキ者ト看做スヘキ旨被達候ニ付テハ結婚届等閑ニ打過キ其間妊娠離別ノ末分娩ノ子ハ則私生ノ姿ニ付戸長ニ請ヒ男子ノ籍ニ編入候節庶子ト称シ候儀勿論ト雖モ媒妁ニ依リ婚姻ノ式ヲ行ヒ数月間實際夫婦ノ接偶ヲナス者ナレハ私通ノ後挙ケタル兒子ト大ニ異ナリ候ニ付其情状ヲ酌量シ生兒ハ嫡出ニ編籍シ無届ノ廉ハ其筋ノ処分ヲ可為受哉」という同年五月一八日の山形県伺に対し、「書面伺之趣八年二百九号公達ノ通可相心得事」ト指令しており、⁽⁷⁾また、明治一八年四月六日に内務省は、「親族ノ承諾且媒妁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ムル内子女ヲ挙ケ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ムルモ當時ノ事実夫妻ニ相違無之者ト戸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」という福島県伺に対し、「送入籍ノ手續ヲ完了セサルモノハ夫婦ト公認スヘキモノニ無之候条其子女ハ庶子ト記載スヘキ義ト可心得事 但シ其夫及ヒ親族等ヨリ送籍セサリシ事由ヲ解陳シ嫡子女ノ認許ヲ請フニ於テハ聞届苦シカラス」と指令している。⁽⁸⁾さらに、明治二四年六月二五日には、「普通ノ慣習ニ依リ結婚セシ男女ニシテ戸籍届出ヲ怠リタルカタメ戸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処分シ可然哉」という高知県伺に対し、内務省と司法省は、「伺ノ通」と指令してもいる。⁽⁹⁾

しかし、判例から見るかぎりでは、事実婚夫婦の間に生まれた子も嫡出子であるとされていたと理解するのが正当であるように思える。たとえば、大審院明治二九年九月一五日判決は、⁽¹⁰⁾「(被上告人と『マンヨ』間の子である訴外A

は)未タ入籍ヲ為サムル以前ノ子ナレハ則チ法律上夫婦ニ非サル者ノ子ナルカ故ニ私生児タルヤ論ヲ俟タス」という上告理由に対し、「按スルニ人ノ身分ハ戸籍簿ニ由リ之ヲ証明スヘキハ当然ナリト雖モ戸籍ニ登記ナキ身分ハ法律上一切之ヲ認め得サルモノニ非ス夫婦タル關係ノ如キ仮令戸籍ニ登記セサルモ果シテ相当ノ式ヲ行ヒ夫婦トナリ爾來夫婦タルノ実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ハ原院ニ於テ被上告人ト『マンヨ』トヲ以テ登記前タルニ拘ラス夫婦ナリト認めタリトテ不法ト云フヲ得ス尤モ戸籍ニ登記セサル間ハ戸籍上夫婦タル身分明カナラサルヲ以テ其間ニ挙ケタル子ヲ真ニ正出子トシテ登記シ得サルハ当然ノ結果ナレハ原院カ被上告人ト『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ト説明シタルモ亦相当ナリ」と答えて、上告を棄却している。つまり、婚姻の届出が未了のため戸籍の記載は私生子とするほかないが、届出のない夫婦間の子も当然に嫡出子であるとして(11)いるのである。

大審院明治三二年六月二二日判決⁽¹²⁾は、被上告人中村ムメは明治三〇年一月に上告人と婚儀を挙げ、爾來夫婦として同居中に懐胎し、同年一二月三〇日に女兒を分娩したので、上告人に、その女兒を戸籍へ編入することを求めて提起した事案であるが、「母ノ婚姻中ニ懐胎シタル子カ私生子ニアラスシテ嫡出ナル事ハ原判決ヲ為シタル當時明治三二年三月一日ニ於テ既ニ適用スヘカリシ民法第八三〇条及民法施行法第七一条ニヨリ明カナリ而シテ原裁判所カ確定シタル事実ニヨレハ本件被上告人ヨリ上告人ニ対シテ引取ヲ請求スル女子ハ上告人ト被上告人中村『ムメ』トノ婚姻中ニ懐胎シタル者ナリ元來本件起訴ノ當時明治三一年五月四日ニアリテハ私生子カ其父トスル者ニ対シテ認知ヲ求ムル事ヲ得サリシハ明治六年布告第二一号ニヨリ明カナリト雖モ嫡出子ト認めテ其引取及ヒ戸籍編入ヲ求ムル事ハ其母親族ヨリ之ヲ為シ来リタル裁判上ノ慣例ヲ成シタルモノトス」としている。

また、大審院明治四五年三月七日判決⁽¹³⁾は、婚姻の届出前に出生した被上告人が父の属する家に入るのは当然であるとした原判決を不当だとしてなされた上告に対し、「然レトモ民法施行前ニ在テハ婚姻ハ戸籍ニ登記スルコトヲ以テ其有効条件ト為ササレハ苟モ婚姻ノ成立シタル以上ハ其後ニ於テ夫婦間ニ挙ケタル子ハ戸籍ニ婚姻ノ登記ナキ場合ト雖モ嫡出子ヲ以テ論セサル可ラス其子ヲ嫡出子ト為ササルコト民法施行前ニ於ケル一般ノ慣例ナルコトハ之ヲ認ムルヲ得サルノミナラス斯ル慣例ハ戸籍ニ登記セサル婚姻ヲ有効ト為セル慣例ト相容レサルモノニシテ準拠セサル可ラサルモノニ非ス而シテ嫡出子カ其父ノ家ニ入ルハ民法施行前ト雖モ認メラレタル所ナルカ故ニ原判決ニ被上告人ノ両親カ戸籍ニ其婚姻ヲ登記セサル前即明治二〇年二月二〇日ニ生レタル被上告人ヲ嫡出子ト為シ当時其父ノ家タリシ天ヶ瀬家ニ入ルヘキモノト判示シタルハ正当ニシテ不法ノ点ナシ」としている。

2 「妾」の意義

(ア) 明治六年当時には、妾が公認されており、法律上の配偶者としての地位を有していたから、妾の生んだ子(庶子)は、妻の生んだ子(嫡出子)と同様、公生子となり、布告二一号の關係するところではなかったということになるはずである。しかし、一般には、大審院明治四一年七月八日判決⁽¹⁴⁾を引用して、「妾腹の子のすべてが庶子たるの身分を取得するのではなく、戸籍上妾として登記せられたるものの子に限られてゐた⁽¹⁵⁾」とされている。

当時、夫妻關係が成立するには、多少の経緯があつたとはいへ、夫妻關係の場合におけると同様、「双方許諾ノ上」事實關係が成立するをもつて足りるとされておられ、届出は奨励されはしたが、夫妻關係の成立要件とはなっていないかつた旨が紹介されている⁽¹⁶⁾。つまり、事實婚主義と法律婚主義とが並立していたが、子の地位については、その効果に相違があつたといふのである。

(イ) そこで、前掲大審院明治四一年七月八日判決であるが、「上告人ノ出生セシ明治九年頃ニ在リテハ法律上妾ナルモノノ公認セラレテ戸籍に登録セラレタル時代ナルヲ以テ原院ハ『サク』カ其当時戸籍上誠之ノ妾トシテ登録セラレサリシ事実ト証人末吉『ミト』ノ証言ニ依リテ確定シタル『サク』ハ上告人ヲ懐胎シタル後当時旅宿営業ヲ為シ居タル証人方ニ来リ上告人ヲ分娩シタル事実ヲ参照シテ『サク』カ上告人ヲ分娩シタル当時亡誠之ノ外妾ニ非ス随テ上告人ハ庶子ノ身分ヲ有セサルコトヲ判示シタルモノナレハ上告人ハ誠之ノ二男ニ非サルハ勿論被上告人ト親族関係ナキコトヲ知ルヘク——」と述べており、この判決が、右に述べたように、入籍されていない妾の生んだ子は認知なくしては庶子とならないとする見解の根拠となっている⁽¹⁷⁾。しかし、この判決は、戸籍に登録されない間は法律上妾としての身分を認めることはできないかのごとく原判決が判断したのは不当である旨の上告理由に対して答えたものである。それゆえ、右に引用した部分は、「サク」が妾として戸籍に登録されていなかった事実と証人「ミト」方で上告人を分娩した事実とから原審は「サク」を当時妾ではなかったと認定したにすぎず、原判決には、上告理由のいうような違法はない、と判示したと見るべきである。この判決からは、入籍しない妾の生んだ子は、妻妾以外の女子に生まれた子と同様私生子であり、父の認知によってはじめて庶子として父の子たる地位を占めることができたと理解することはできないと思う。

もつとも、戸籍上の取扱いは、これと異っていたようである。明治一〇年二月一四日に内務省は、「(第一条)一 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貳百九号御達ニ婚姻又ハ養子養女ノ取組若クハ其離婚離縁仮令相對熟談ノ上タリ^ニ双方ノ戸籍ニ登記セサル内ハ其効ナキモノト看做スヘキ旨有之ニ就テハ未タ入籍セサルモノハ妾ノ名義難附儀ニ可有之哉果シテ然ラハ出生ノ子女ニ於ケルモ妾腹ノ名称ハ自然消滅候儀ト相心得可然哉(第二条)

一既に庶母ノ籍ヲ異ニシテ妾腹ト届置候子女今時ニ至リ其名称無之ハ私生ヲ以テ取扱ヒ戸籍上書式父ノ籍ニアルモノハ腹書ニ実母ヲ頭シ置キ候得ハ系統モ明瞭ニ相成リ後來紛疑ヲ生候様ノ儀有之間敷ニ付右ノ手續ヲ以テ訂正可然哉」との一月二〇日岩手県伺に対し、「第一条第二条妾モ送籍セサレハ勿論其名義ハ無之尤生母ハ異籍タリ凡父ノ認メニ由リ其子ヲ庶子ト致候ニハ更ニ差支サル儀ニ付従来已ニ妾腹ヲ以届済ノ分ハ即チ父ノ認メヲ経タル者ニ付庶子ト肩書可致事」と指令しているからである。⁽¹⁸⁾

(ウ) 明治一五年一月一日から妾の制度は廃止されたので、布告二一〇号は、現実には、「妻ニ非サル婦女」の分娩した子についてのみ適用されることになった。妾の分娩した子は、もはや公生子ではなく、私生子として取り扱われることになったのであるが、問題は、明治一五年より前に妾となっていた者が明治一五年以降に分娩した子の地位についてである。「廃妾以前にすでに夫の家に入っていた妾は、その後においても依然従来の地位が認められ、かかる妾に生まれた子はやはり出生により当然に父を有する庶子として扱われた」とする説と、⁽¹⁹⁾「(明治一五年一月一日以後に出生した子は)入籍ずみの妾から生れた子であっても、父の認知を経て『庶子』の名を以って父籍へ入れなければならぬと解すべきであろう」とする説とに分かれる。⁽²⁰⁾この点について判示した判例を見出すことはできなかった。

もっとも、内務省は、明治一八年三月一四日に三重県から出された「刑法施行後ニ於テ妾ハ法律上之ヲ公認セラレサルモノトセハ明治六年第廿一号公布ニ妻妾ニ非ラサル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論シ其婦女ノ引受タルヘキ事トアル妾ノ名義ハ自然消滅ニ属シタル義ニ候哉果シテ然ラハ刑法施行以後ノ妾カ分娩セシ兒子ハ私生ナルヲ以テ戸長ニ請ヒ免許ヲ得タル上ニアラサレハ庶子トスルヲ不得義ニ候哉」という伺に対し、同月二七日に、「明治六年第二十一号布告妾ノ名義ハ消滅セス又子女ノ既ニ戸籍ニ登記シタルモノハ更メテ戸長ノ免許ヲ得セシムルニ及ハ

ス」と指令⁽²¹⁾し、また、同年四月二一日には、「妾ニ分娩スル子女ハ妾腹トシ直ニ其父ノ籍ニ編入シ可然哉」との同年四月一三日埼玉県伺に対し、「妾ノ称呼ト雖モ法律上公認スヘキモノニ無之候条妾腹ノ子タル名義ヲ以テ編籍不相成義ト可心得事 但シ男子己レノ子ト認メタルキハ庶子ト記載スヘシ」と指令⁽²²⁾して⁽²³⁾いる。

3 「私生ヲ以テ論シ」られる子の意義

(ア) 布告二一号は、妻妾にあらざる婦女の「分娩」した子を問題としており、これらの婦女が「懐胎」した時期を問題とはしていない。それゆえ、妻または妾としての地位を取得する前に懐胎し、妻または妾となった後に分娩した子は、公生子となり、認知を要しない、と考えられる。明治一〇年一月二七日に兵庫縣から出された伺「男女アリ私シテ妊娠ス結婚夫妻トナルノ後分娩スル兒子ハ嫡子タルヘク候哉或ハ庶子タルヘキ哉相私シテ妊娠セシヨリ論スレハ庶子ニ近ク結婚後出生セシヲ以テ議スレハ嫡子ニ似タリ疑義決シ兼候条至急御指令相成度候也」に対し、内務省は、明治一一年二月一八日に「書面伺之趣夫妻結婚ノ後出生ノ兒ハ嫡子タルヘキ事」と指令⁽²⁴⁾している。

また、前掲大審院明治四一年七月八日判決も、懐胎時に妾でなかったという事実から上告人を庶子ではないと判断した原判決は不当であるとした上告理由に対し、大審院は、「(原判決は)『サク』カ上告人ヲ分娩シタル当時亡誠之ノ外妾ニ非ス——(ト)判示シタルモノナレハ」と述べて、上告を棄却している。

(イ) 逆に、婚姻中に懐胎し、婚姻解消後に出生した子については、戸籍上の取扱いに関して、明治一五年七月二八日に内務省は、「家女ノ婦ニシテ其夫離縁或ハ死去ノ後又嫁女ノ婦ニシテ其家離縁ノ後分娩シタル兒子ハ其夫其婦離縁ノ日ヨリ三百日以内ナレハ公生ノ子女ト見認可然哉」との同年六月京都府伺に対し、「伺之通」と指令⁽²⁵⁾し、また、明治二一年八月一四日には、「懐胎ノ妻ニシテ離縁ノ上分娩セシ兒子ハ即チ夫婦結縁間ニ於テ懐胎セシモノニ付公生

ノ子トナシ夫家之引受タルヘキハ勿論ノ義ト相心得可然哉」との同年四月二八日滋賀県伺に対し、内務省と司法省は、「見込ノ通」と指令している。⁽²⁶⁾

(ウ) 妻（または妾）の生んだ子であっても、その夫の子でないときは、その子は当然に私生子になるのか、それとも嫡出否認などの特別な手続によって私生子であることが確定するのにかについては、これを的確に述べた判決を見出すことはできなかったが、明治三十三年三月八日判決は、⁽²⁷⁾ 民法施行前にあつては嫡出否認の訴えを許した規定は存在していなかったから、妻の生んだ子に対する嫡出否認の訴えを提起することはできないとする上告理由に答えて、「然レトモ民法施行前ニ在リテ嫡出子否認ノ訴ヲ禁シタル法律及ヒ慣例ナク而シテ条理トシテ当然許サレタルコト原判決説明ノ如クナレハ随テ嫡出子否認ノ訴訟ハ善良ノ風俗ニ関スルモノナレハ之ヲ提起シ得ヘカラサルモノナリトノ論旨ハ其理由ナシ」と述べている。

この点についての司法省指令を見てみると、明治七年十一月一七日の大分県伺「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ハ本夫不在中ノ妊娠ニ係レハ如何処分可然哉猶私生ト看做シ可然哉」に対し、明治八年一月九日に「伺ノ通」と指令しており、⁽²⁸⁾ 明治二〇年五月一二日には、「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仮令姦通ニ因リ挙ケタル事実アルモノト雖モ本夫帰来ノ上其子ニ非サル旨訟撃セサル限りハ私生ノ子ト為スヲ得ス」と指令している⁽²⁹⁾ので、当初は私生子であるか否かを認定する権限を行政庁に認めていたが、後には、夫にも⁽³⁰⁾嫡出否認の権利を認めたとする見解がある。⁽³¹⁾

しかし、外岡教授が言われるように、⁽³²⁾ 「事実関係に依つて、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、父母其他の利害関係人から何時

にても其の戸籍の記載事項を争ひ得ることに為って居った」というのが正当ではなからうか。明治一二年六月二三日の内務省指令は、「甲家夫婦アリ其婦乙家ノ男ト姦通已ニ逃亡セシニ其男女逃亡中一男子ヲ挙ケテ復帰ス仍テ姦通ノ罪ハ所刑ヲ受ケ満期放免スルニ至レハ逃亡中ニ出生スル男児ノ編籍ヲ甲乙家俱ニ相拒ミ候得トモ乙家ニテ承諾セサルハ素ヨリ無謂義ト被相考候間無論乙家へ編籍セシメ可然ヤ且右等ハ裁判所ノ所分ヲ為受可申ヤ但其婦懲役中甲家夫ト離縁シ満期放免セルキハ未タ入籍セサル男児編籍方婦ノ生家へ為引取可然ヤ」との同月一二日千葉県伺に対し、「伺ノ趣裁判所ノ所分ヲ受シムヘキ義ト可心得 但書婦離縁云々ノ場合ハ其父母双方ノ協議ニ任スヘシ」と答えてお⁽³³⁾り、また、明治一七年八月一四日に内務省は、「其夫逃亡又ハ処刑後三百日ヲ過キ分娩シタル子女ハ戸籍上総テ私生トシ可然哉」との同年七月二日岩手県伺に対し、「届出ニ依ルヘキモノトス」と指令しているからである。⁽³⁴⁾

(エ) 乱倫子をも認知することができるかについての判例を見出すことはできなかったが、戸籍実務上は、これを否定していたようである。

たとえば、明治二二年八月二七日の司法省指令は、「養父ト養女トノ間ニ挙ケタル子女ヲ其養父ニ於テ己レノ庶子ト為シ戸籍ニ登録ノ儀町村役場へ届出候者有之右ハ倫理上其儘差置クヘキモノニ無之ト存候ニ付養女ハ其実家へ復籍セシメ養父子ノ縁ヲ断チ而シテ子女ハ男子引受ケ己レノ庶子ト為スモ又ハ離縁養女ノ私生子ト為スモ随意ニ任セ可然存候得共強テ之ヲ離縁セシムルハ権利上如何可有之ト存候ニ付一応相伺候条何分御指揮被下度候也」という明治二二年七月一六日の千葉県伺に対し、「養女ヲ離縁スルト否トニ拘ハラス養父ニ於テ己ノ子ト認知スルコトヲ得サル義ト心得ヘシ」と答えている。⁽³⁵⁾ また、「養実父子又ハ兄弟姉妹乱倫ノ児ニシテ一旦婦女ノ私生子トシ戸籍ニ編入セシ後該父子兄弟等ニ於テ其兒子ヲ己ノ子ト認メ庶子ニ引取ケンコトヲ申出ルモノアリ右ハ仮令男子(父子兄弟等)己ノ子ナ

リト申立ツルモノヲ公認スヘキ限りニ無之ハ勿論一旦父子ノ契約ヲ為シタルモノニシテ離縁後私通シ兒子ヲ挙ケタル場合ニ在テ該兒子(前養女ノ分娩セシ私生子)ヲ男子(前養父)己ノ子ト申立ツルモ同様公認スヘキ限りニ無之義トハ存候ヘ共為念及御問合候条何分御回答有之度此段及御照会候也」との明治二三年三月二〇日島根県照会に対しては、同月三〇日に司法省は「養実父子又ハ兄弟姉妹乱倫兒公認ノ件ハ御意見ノ通公認スヘキ限りニアラサル義ト思考ス」と回答している。⁽³⁶⁾

また、亡兄の遺妻との私生子を弟が認知することができるかについては、明治二四年三月二六日に愛知県からなされた「亡兄遺妻ノ挙ケタル私生子ヲ弟タル男子己レノ子ト認メ庶子ニセントスルモノハ離相成義ニ候哉」との照会に對する同年四月一五日の司法省回答「亡兄遺妻ト結婚前ニ於テハ御意見ノ通⁽³⁷⁾がある。

(1) 明治四年八月二三日太政官布告第四三七号「華族ヨリ平民ニ至ル迄互婚姻被差許候条双方願ニ不及其時々戸長ヘ可届出事但送籍方ノ儀ハ戸籍法第八則ヨリ十一則迄ニ照準可致事」(法令全書による)。

(2) 外岡茂十郎「我国に於ける私生子法の誕生と私生子の範囲」早稲田法学二〇卷(昭和一六年)一二頁以下、高柳真三「明治前期における婚姻法の成立」法律時報一四卷(昭和一七年)(以下では「婚姻法の成立」という。なお、この論文は、同教授著明治前期家族法の新装(昭和六二年)二六五頁以下に再録されている)一号四五頁。

(3) 明治八年一二月九日太政官達第二〇九号「婚姻又ハ養子養女ノ取組若クハ其離婚縁令相對熟談ノ上タリテ双方ノ戸籍ニ登記セサル内ハ其効ナキ者ト看做スヘク候条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」(法令全書による)。

なお、角田前掲「親子法」一四八四頁は、「この布達は實際行はるゝことなく、単に訓令的な効力を有するに過ぎないと解され」ていたとする。

(4) この司法省達丁第四六号には、次の太政官指令が含まれていた。「八年第二百九号ノ諭達後其登記ヲ怠リシ者アリト雖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実アリト認ムル者ハ夫婦若シクハ養父子ヲ以テ論ス可キ儀

ト相心得ヘシ」(法令全書による)。

(5) 高柳前掲「婚姻法の成立」四六頁。

(6) 外岡前掲二三頁以下。同旨高柳前掲「婚姻法の成立」四六頁。また、同「明治前期家族法概観」(明治前期家族法の新装

(昭和六二年)に転載されたものによる)。(以下では「概観」という)四三二頁は、「(法律婚主義と事実婚主義という)

この二元主義による二種の婚姻が、婚姻効果において差違のあったのは注意すべき事実であった。すなわち届出手続を経た

婚姻から生まれた子はいうまでもなく嫡出子であったが、届出をしない事実婚から生まれた子は私生子として扱われたので

ある。事実婚でも有効な婚姻と認められることが明文により定められているにかかわらず、これによって生まれた子は母の

みをもつ私生子であるという事は、法律論理を無視したものとわねばならない。しかしその矛盾をおかしてかかる取扱

いが行われたのは、事実婚と婚姻といえないような一時的男女関係との区別が困難であるため、一定の条件をそなえた事実

婚は一往有効な婚姻として、直接の夫妻の権利義務は認めるが、子について嫡出子の資格を与えるためには、法律婚である

ことがとくに相続の場合等に関し必要と考えられたことによるのであろう。」とされる。

(7) 二六一九。

(8) 三八七〇。

(9) 四八八七。

(10) 民録二輯八卷八頁。

(11) 外岡前掲二四頁は、この判決を、「其の婚姻を戸籍に登記して居なかつた夫婦を『夫婦たる事実』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断定し」た判決であると理解しておられるが、法律上

授も認めておられるように、「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『夫婦たる事実』の存する

や否やを認定せしむることは、実質的審査権なき戸籍吏にとつては誠に不当にして過大な負担」(同二五頁)であったがた

めに、戸籍上は「私生子」と記載するほかない旨を述べた判決であると理解すべきだと思ふ。なお、大審院明治三三年四月

一〇日判決民録六輯四卷一六頁は、戸籍面に私生子として登録されている子からその父に対して嫡出子であることの確認を

求めた事案であるが、「被控訴人ハ控訴人の嫡出子ニシテ私生子ニアラサル事実ノ明瞭ナル上ハ」として請求を認容した原

判決を維持している。

明治初期の非嫡出子法

- (12) 民録五輯六卷七九頁。
- (13) 民録一八輯一七二頁。
- (14) 民録一四輯八五一頁。
- (15) 角田前掲「親子法」一四八六頁、同「明治初中期の私生子法」法学志林三八卷五号（昭和十一年）（以下では「私生子法」という）六六六頁。同旨、外岡前掲二七頁以下。高柳真三「妾の消滅」法学新報四六卷九号（昭和十一年）（以下では「妾」という。なお、この論文は、同教授著明治前期家族法の新装（昭和六二年）二四一頁以下に再録されている。）一三八一頁以下も、「入籍せざる妾の生んだ子は、妻妾以外の女子に生れた子と同様、父の認知によつてはじめて父の子たる地位を占めることができたのである」とされる。その他、高柳前掲「婚姻法の成立」四四頁参照。
- (16) 高柳前掲「妾」一三七〇頁以下。また、大審院大正七年四月一九日判決民録二四輯七四七頁も、「旧刑法施行前ニ在テハ妾ナル法律上ノ身分ヲ認メテ之ヲ入籍セシムルコトヲ許シ入籍ノ手續ヲ為ササルモ事実上妾タルノ關係存スルニ於テハ妾タルコトヲ認メタリ」としている。
- (17) 角田前掲「親子法」一四八六頁以下、外岡前掲三〇頁。
- (18) 一二八七。
- (19) 高柳前掲「概観」四五一頁以下。同旨、外岡前掲四八頁。
- (20) 加藤美穂子「明治前期における庶子制度―先例を中心として―」法学新報八一巻五号（昭和四九年）一〇七頁以下。
- (21) 三八六七。
- (22) 三八七八。
- (23) 明治二十二年二月二〇日にも、同年一月三〇日に鳥取県から出された「刑法実施後ノ妾ハ戸籍ニ登記セサルモ該妾腹ニ出生セシ兒子ハ庶子トシテ直ニ男子ノ籍ニ編入シ可然義ト存候」との伺に対し、「刑法施行後ノ妾ハ法律上之ヲ公認セラレサルヲ以テ其兒子ハ婦女ノ引受ケタルヘキニ付其手續ヲ経ルニ非ラサレハ男子ノ籍へ編入スルヲ得サルモノトス」と指令している（四三八六）。
- (24) 一四九四。
- (25) 二九八三。

(26) 四三四一。

(27) 民録六輯三卷四二頁。

(28) 六一九。同旨のものとして、明治一一年五月一日大分県伺「爰ニ夫ノ永尋中其婦一子ヲ分娩スル有シニ其児ハ六年公布ノ第廿一号ニ擬シ私生子ヲテ論スヘキヤ」に対する同月二〇日の「伺之通」との内務省指令(一六一〇)、明治一十九年六月二一日司法省指令(人ノ妻タル者夫逃亡中他人ト私通シ分娩シタル兒子ハ明治六年第二拾一号布告ニ依リ処分スヘキ義ト心得ヘシ 但戸籍編入方ノ儀ハ其筋エ伺出ツヘシ(四〇一〇))、明治二〇年三月二一日司法省指令(有夫ノ婦姦通シテ挙ケタル子女ハ姦婦ノ私生子ト称スヘキモノトス又姦夫己レ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筈ナルニ其手続ヲ為ササル上ハ仍ホ姦婦ノ私生子ト称スヘキ義ト心得可シ(四〇九六))などがある。もつとも、明治二〇年五月二二日司法省指令は、「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仮令姦通ニ因リ挙ケタル事実アルモノト雖モ本夫帰来ノ上其子ニ非サル旨訟撃セサル限りハ私生ノ子ト為スヲ得ス」とある(四一二八)。

なお、角田前掲「私生子法」六六六頁は、これらの指令を引用して、「妻は己の出生したる子を夫の子にあらずとして、私生子の届出を為すことが出来た」としているが、外岡前掲三八頁は、「民法施行前に於ては、子の出生は総べて其の出生子に入るべき家の戸主より届出づべきものとされて居った」として、妻に戸籍の届出義務があったことを前提とする議論に反対しておられる。

(29) 四一二八。

(30) ここで「夫にも」嫡出否認の権利が認められたと述べたのは、右明治二〇年五月一二日の司法省指令の後である明治二一年一月一日に、内務省および司法省は、「爰ニ夫婦アリ夫在監若クハ失踪中其婦他人ト私通男女子ヲ挙ケ私生子ノ届出ヲ為スモノアリ右ハ有夫ノ婦ニ出生セシ男女子ニ私生子ノ称呼ヲ附シ戸籍ヘ登記スルハ穩当ナラサルモノ、如シト雖モ其夫ニ於テ承諾セサル以上ハ嫡出子ニモ難致右等ハ事実取糺シ無相違ト認ムルモハ仮令有夫ノ婦ト雖モ私生子ノ名称ヲ附シ戸籍ヘ登記シ可然乎」という同年一〇月一六日大阪府伺に対し、「有夫ノ婦其夫不在中出生セシ男女子称呼ノ件ハ伺ノ通」ト指令している(四三七〇)からである。

(31) 高柳前掲「私生子」一〇六頁以下。

(32) 外岡前掲三八頁。

(33) 一九八〇。また、明治一五年二月七日に内務省は、「茲ニ他江嫁シタル女懐妊シ配偶後九ヶ月或ハ七八ヶ月ニシテ児子ヲ分娩ス然ルニ其夫タル者月数ノ十ヶ月以内ナルヲ以テ敢而吾子ト見認メスシテ単ニ他人ノ遺胤ナリト主張シ其出産届ヲ為スヲ肯ンセサル者アリ此ノ如キハ如何処分致シ可然哉」との同年一月一三日京都府伺に対し、「我子ト認メサルニ於テハ其筋ノ裁判ヲ受クヘキ旨指示スヘシ」と指令している(二八七四)

(34) 三三三一。同旨のものとして、このほか、明治二〇年四月一四日山梨県伺「本夫逃亡若クハ失踪後年余ヲ経テ其妻子女ヲ分娩シ本夫逃亡若クハ失踪前ノ受胎ト称シ届出候者有之右ハ妊娠三百日以上ニ及ヒ候義ニテ實際有ルヘカラサル事トハ存シ候得共姑ク其届出ニ任セ取扱可然哉將タ其妻ノ私生トシテ取扱フヘキ儀ニ候哉」に対する「前段伺之通」との同月二三日指令(四一一九)、明治二二年一〇月九日に愛知県からなされた「夫数年前失踪不在中其妻他人ト私通妊懐致シ男子出生届出ノ旨ヲ以テ戸籍記載方向出候モノ有之右ハ倫理上不都合ノモノニハ候得共加籍見合セ置候義モ難相成ト被存候ニ付妻名私生子ト肩書致シ戸籍ヘ登記シ可然哉」との問い合せに対する同月一三日内務省回答「右ハ届出ニ依リ戸籍ニ記載スル例ニ有之候間私生トシテ届出タル場合ハ御見込ノ通ニテ可然此段及回答候也」(四三三三)、明治二二年四月一二日の千葉県照会に対する「戸長役場ニ於テハ其事実ヲ推測シ公生私生ヲ判別スヘキ限ニアラサルヲ以テ公正トスルモ私生トスルモノニ届出ニヨリ戸籍ニ登記スヘキ旨趣ニ有之候」との同年五月八日内務省回答(四四七二)がある。

(35) 四五六九。

(36) 四六九四。

(37) 四八四〇。

三 「見留メ」の方式と効果

1 養育料請求との関連

「見留メ」は、事実上のそれで足りるのか、それとも、戸籍の届出などの特定の方式をもってすることを要するのかについて、学説は分かれている。角田教授は、「一旦己の子と認めたる以上は、仮令それが未だ戸籍に登録せられ

ざるるときと雖も、父はその子の引受けを拒むことを得ざるべく、認知の届出前と雖も、扶養の義務を免るゝことを得ざるものとした⁽¹⁾とし、大審院明治二六年六月二九日の判決を引用しておられる⁽²⁾。これに対し、高柳教授は、「父が事実上認知した証跡があつても、法律上認知してゐない以上、父はこれを認知する義務なく、従つてその子を引取る義務なきものとした⁽³⁾」としておられる。

そこで、大審院明治二六年六月二九日判決であるが、私生子の母が父を相手取つて提起した「兒子養料請求ノ件」において、「原院ハ上告人（注 父）ノ自認又ハ甲号証ニ依リ幼兒チヨ及ヒ長次ハ上告人カ自己ノ子ナリト認メシ事実ナルカ故ニ親トシテ其子ヲ養育スルハ本分ノ義務ニシテ契約ヲ以テ免脱スルヲ得サルモノナリト判決シタルモノナレハ親子ノ關係ハ普通ノ場合ト異ナルヲナシ」と判示したあと、「幼兒チヨ及ヒ長次ハ被上告人カ私生子ニシテ上告人ハ未タ曾テ公ケニ我子ナリト認メタルニ非ス從テ区长ノ承認ヲモ得タルニ非サルヲハ被上告人ヨリ提出セル甲第五号証ニ明カナリ然ルニ原院ハ恰モ正当ナル父子ノ關係アル如ク判決シタルハ法律ヲ不当ニ適用シタルモノナリ」との上告理由に答えて、「已テニ私生子タルヲ認メシ事実ノ存スル以上ハ公式ニ係ル区长ノ承認ヲ経ルノ手續ハ未タ之ヲ為サスト雖モ其子ヲ養育スルノ義務ハ免カルヘカラサルモノトス」と述べて、被上告人からの兒子養料請求を認容した原判決を維持している。

このことは、その後、同じく私生子の母が父を相手取つて提起した「養料請求ノ件」である明治二九年四月一六日の大審院判決⁽⁵⁾でより一層明確になる。原院が、「控訴人ノ分娩シタル女兒ヲ自己ノ子ナリト明言シタルコトアリトスルモ云々管轄村長ノ許可ヲ得テ自己ノ子ナリト認メタルコトアラサル以上ハ云々其女子ヲ控訴人（注 父）ノ庶子ナリト云ヲ得サレハ其女兒ノ養料ヲ得ントスル本訴ノ請求ハ其当ヲ得サルモノト認ム」として、請求を棄却したので、

母から上告して、「管轄村長ノ免許ヲ得テ或ル男子ヲ父トスル公式ノ手續ヲ經スト雖モ或ル男子ニシテ其子ヲ我カ子ナリト認メタル事実アル以上ハ之ヲ養育スルノ義務ヲ免ル、能ハ(サ)ルコトハ独リ従来ノ慣習ニ於テ然ルノミナラス法律上亦明瞭ノ筋合ナリ」と主張した事案であるが、大審院は、「妻妾ニ非サル婦女ノ分娩シタル兒子ニシテ男子カ己レノ子ナリト認メタル事実アルニ於テハ之カ養育ノ資料ヲ求メラル、ニ当リ其支給ノ義務ナシト言フヲ得ス彼ノ明治六年第二十一号布告ノ如キハ身分ニ関スル規定タルニ過キス然ルニ原裁判カ『控訴人ノ分娩シタル女兒ヲ自己ノ子ナリト明言シタルコトアリトスルモ云々管轄村長ノ許可ヲ得テ自己ノ子ナリト認メタルコトアラサル以上ハ』云々説明シ去リシハ緊要ノ事実ヲ遺脱シ法則ヲ不当ニ適用シタル不法ノ裁判ナリトス」と判示して、原判決を破棄し、原審に差し戻している。これらの裁判例から見ると、養育料の請求に関するかぎりでは、「見留メ」は、事実上のそれで足り、戸籍の届出は必要でなかったとする見解が正当なように思われる。⁽⁶⁾

2 相続の前提として

右に見た裁判例は、いずれも子の母から父に対する子の養育料請求に関する事案であるが、父を家督相続するには、父から「見留メ」られたうえ、父の籍に入ることが要件となっていた。

明治八年一二月一七日に太政官は、同年九月一〇日に内務省から出された「妻妾ニ非サル婦女ニシテ拳ケタル子ハ則私生ヲ以論セサルヲ得ス然ルニ男子ヨリ其私生子ヲ指シテ己ノ子ト見留ルモ法理上ヨリ論スルキハ私生子タルヲ免ル可ラス如何トナレハ妻妾ノ産ニ非ラス且産後妻妾ニナサル義ヨリ生スレハナリ由テ此等ハ私生ト稱シ可然哉前条ノ如ク産後妻妾トナサルレハ該子成丁ノ後ト雖依然私生ヲ以論スヘク然ニ家督相続ノ際ニ臨ミ該家親族及親戚ノ内相応ノ者無之キハ無論相続ノ権利ヲ授ケ可然ト相考候 但相続候末ハ私生ノ称呼ハ滅却スヘキ哉抑又存スヘキ哉」

との伺に對し、「伺之通 但戸長免許ヲ受ケ男子ノ籍へ入ル、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続ノ權ヲ有ス可キ事⁽⁷⁾」と指令し、また、同月二七日には、「私生ノ子入籍ノ上ハ庶子ト稱シ庶子中長幼ノ順序ヲ以テ嫡出ノ子ノ次へ記載致スヘク——(この)順序ニ拠リ相続ノ權ヲ有スヘキ事」⁽⁸⁾と指令しているからである。

なお、明治八年一月二七日の太政官指令は、明治八年九月三〇日に秋田県から内務省に對してなされた伺「妻妾ニアラサ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其男子ヲ父トスル上ハ其男子ノ方へ編籍可然儀ニ候得共男女情願ニ依リ何レへ編入候テモ不苦候哉」を受けたものと思われるが、この伺に對し、内務省は、右太政官指令が出された後である同年一月二五日に「伺ノ通」⁽⁹⁾と指令している。また、

「其父ニ於テ未タ本妻ニ処生之嫡男無之トキハ其母ノ籍ニ編入シタル庶子ト雖トモ一男子之義ニ付相続ノ權ヲ有スル義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続ノ權利無之義ニ候哉」という明治十一年九月二七日愛知県伺に對し、同年一月四日に内務省は、「書面伺之趣相続ノ權ハ無之義ト可心得事 但父家へ復歸スル者ハ此限ニアラス」⁽¹⁰⁾と指令しているので、結局、父から「見留メ」られた子であっても、父の籍へ入籍されていなかった者は、父を家督相続することはできないのが原則であったということが出来る。

他方、相続に関する判決としては、大審院明治四一年七月八日判決⁽¹¹⁾がある。上告人は先代戸主誠之の私生子(庶子でなく)であるが、誠之が法定推定家督相続人である長男菅太郎の廃除と上告人を相続人とする旨の出願をし、所轄行政官庁の許可を得たため、誠之死亡後上告人が戸主となったという事案である。原判決は、上告人は亡誠之の庶子でない以上、相続権を有していないから、たとえ誠之が長男の廢嫡と同時に上告人を嗣子と定めても、上告人が家督相続をする道理はない、と判示したが、大審院は、華士族の家督相続に関する明治六年第二六三号布告には、長男に

やむを得ない事故がある場合において、次男、三男、女子がないときは、「血統ノ者」をもって相続させることができる旨が定められているとして、私生子である上告人の家督相続を有効と認めている。この判決は、父が「見留メ」た子は、「庶子」となり、一定の順序で父を家督相続する権利を有していることを前提としたうえで、「見留メ」られていない私生子にも例外的に相続の権利を承認したものである。⁽¹²⁾

3 特別の方式による「見留メ」

「見留メ」の方式については、布告二一号の定める方式とは異なった方式も許されるかにつき、若干の判決が公表されている。

大審院明治三二年一〇月五日判決⁽¹³⁾は、明治九年八月一日に斎藤義行とフデとの間に私生子として出生し、その後義行とフデが明治一二年一〇月六日に婚姻した際にフデに伴われて入籍された被告上告人が義行を家督相続したので、明治一二年八月九日に義行の養子となっていた上告人から、相続回復を求めた事案である。上告人は、単に父の籍に入籍させたにすぎないときは、認知の効力はない、と主張したが、大審院は、「民法施行以前ニ在テハ男女ノ間ニ挙ケタル私生子ハ男女結婚シ而シテ其子ヲ入籍セシメタルトキハ其入籍ハ即チ認知ノ証ニシテ其子ハ其入籍ト同時ニ嫡出子ト成ルモノトス」と述べて、上告を棄却している。⁽¹⁴⁾

これに反し、父母が婚姻の慣習上の式を挙げたにすぎず、子は父の兄の嫡出子として届けられていた事案においては、認知の効力、したがって準正の効力も否定されている。⁽¹⁵⁾

私生子を父がその妻との間の嫡出子として戸籍の届出をしたときに、認知の効力があるかにつき、大審院大正七年四月一九日判決⁽¹⁶⁾は、これを否定している。「私生子ハ其父トノ間ニ当然法律上ノ親子関係アリテ其父ノ庶子タルヘキ

モノニ非ス私生子ノ父カ私生子ヲ庶子ト為スニハ民法施行後ニ在テハ認知ノ手續ヲ為スヲ要スルハ勿論民法施行前ニ在テハ明治六年太政官布告第二十一号ニ依リ戸長ノ免許ヲ受ケ庶子トシテ入籍セシムルコトヲ要シタリ——上告人カ孫一郎(注 父)ト其妻トノ間ノ嫡出子トシテ戸籍簿ニ登録セラレタルコトハ戸長ノ免許ヲ受ケ若クハ戸籍吏ニ認知ヲ届出テテ入籍セシメタルノ効力ヲ有スルモノニ非(ス)と述べている。

(1) 角田前掲「私生子法」六六七頁以下。外岡五〇頁も、「民法施行前には認知の意思は事実上存すれば足り、必ずしも一定の方式に依って表示されることを要しなかつた」とされる。

(2) 角田前掲「私生子法」六七二頁。

(3) 高柳前掲「私生子」一一三頁。

(4) 大審院蔵版大審院判決録民刑合本明治二六年自五月至七月二八九頁(文生書院覆刻明治二六年大審院判決録自五月至二月一七三頁による)。

(5) 民録二輯四卷七三頁。

(6) このように、父から「見留メ」られたが、いまだ父の戸籍へ入籍されていない子は、なお「私生子」と呼ばれたのか、それとも「庶子」と呼ばれたのかについては、後注(7)ないし(9)参照。

(7) 九四三。なお、高柳前掲「私生子」一一一頁は、この太政官指令により、「父に認知された私生子もまた妾に生れた公生子たる庶子と、同一の呼称を有することが明らかとされることゝなつた」としておられる。

(8) 九六五。この太政官指令を受けて、内務省は、明治九年一月一二日に、同文の指令を出している(九九〇)。

(9) 九五七。

なお、この指令は、本文に引用した伺(第一条)のほか、「第二条 右男子ノ籍へ編入候上ハ戸籍上肩書妾腹トモ異ナリ如何相心得可然哉 第三条 婦女ノ籍ニ置クトキハ男子不明ノ私生トモ異ナリ候ニ付是又肩書如何相心得可然哉」との伺を含んでおり、これに対して、内務省は、「第二条 戸長ノ免許ヲ受ケ男子ノ籍へ入ル、時ハ私生ノ名義ヲ消シテ庶子ト称スヘキ事 第三条 肩書ニハ唯母ノ名ヲ書シ某幾男女ト相認ヘキ事」と指令し、また、明治一〇年三月には、この第三条に

「但腹書ニ父ノ名ヲ書シ某庶子ト相認可申事」という但書を追加している（六五五）。それゆえ、私生子は、父から「認め」られた以上、父の戸籍に入るか母の戸籍に止まるかを問わず、当初は、いずれも「庶子」と呼ばれたようである。ところが、明治二〇年七月九日には、「私生子ヲ男子己レノ子ト認め戸長ノ免許ヲ得男子ノ籍ニ入ル、トキハ庶子ト称スルト雖モ其庶子ヲ都合ニ依リ女家ノ引受トシタル場合ニ於テハ御意見ノ通り其母ニ在テハ正婚ヲ為サルモノニ付直ニ庶子ト称スルヲ得サル義ト思考ス但女家ノ戸主ナル父母等ノ養子ト為スヘキハ其生母ヨリハ実子ト称シ可然ト存候」と回答されており（四一六八）、しかも、明治二二年一月一九日には、「私生子ヲ男女己レノ子ト認め戸長ノ免許ヲ得レハ父庶子ノ称呼ヲ生シ其父タル者ノ引受ケタルヘキニ付仮令双方ノ情願ト雖モ其儘婦女ノ籍ニ差置クヲ得サルモノトス」との内務・司法両省の指令が出されるに至り（四三九八）、ここに認知と入籍との分離状態がなくなり、認知を受けた子は常に認知者の籍に入るとともに「庶子」と呼ばれることになった。

(10) 一七六〇。

(11) 民録一四輯八五一頁。

(12) その他、布告二一号が出される前に父に引き取られ、村方人別帳に父の長男と記載されている婚外子が父を家督相続することができるかについて争われた事案として、大審院明治一一年五月三十一日判決（明治一二年八月印行司法省蔵版大審院民事判決録一三一九頁（三和書房刊明治前期大審院判決録刊行会編明治前期大審院民事判決録2自明治一一年一月至明治一一年六月二七一頁による））がある。この事件は、被告伝次郎は故村尾伝助と鈴木長兵衛の娘「セキ」との間に弘化三年四月に婚姻外で出生し、戸籍上鈴木長兵衛の長男鈴木長三郎の子として記載され、同所において養育されてきたが、嘉永七年一月に父伝助に引き取られ、以来村方人別帳にも伝助長男と記載されてきたところ、明治六年九月に伝助が死亡し、伝助の妻「サヨ」がいったん戸主となったが、明治六年一二月六日に伝次郎を戸主とする旨の届出をした後に、「サヨ」から、明治二年に出生した伝助と「サヨ」間の嫡出子である由井松が相続すべきであったとして提訴された事案である。原審大阪上等裁判所が、「被告伝次郎ハ私生ノ子ナル故相続ノ權無之旨申立ル由井松出生ノ前伝助於テ伝次郎ヲシテ繼續タルノ分ヲ定メ置タルハ私生ヲ以テ論ス可キニ非ス」と判示したので、原告から上告したところ、大審院は、「伝次郎ハ相続人タルノ權利ヲ有スルモノニ非ストノ弁論ハ大阪上等裁判所ノ裁判ノ当否ニ関セサル弁論ナリトス如何トナレハ一旦協議ノ上相続人タルノ届ヲ為シタル上ハ縦令届ヲ為サ、ル前ニ在ッテハ相続ノコトニ付キ故障ヲ為スヘキ權利アルニモセヨ既ニ協議ノ上届出

タル相続人ヲ故ナク廃スヘキ条理ナケレハナリ」と判示している。

(13) 民録五輯九卷三七頁。

(14) もっとも、戸籍上の取扱いはこれと異なっていたようである。明治二七年四月二八日の内務・司法両省指令は、同月一日の大阪府伺「私生子ヲ男子己レノ子ト認メ其籍ニ編入セントスルトキハ明治六年第二十一号公布但書ニ抛ル義ニ有之候処公布ハ男子ニ於テ私生子ヲ庶子トシテ引取ル場合ヲ規定シタルモノニシテ父母正婚シ右私生子ヲ嫡出トナサントスル場合ニ於テハ該公布規定ノ外ニ属シ明治十九年内務省訓令第二十号及二十年同省訓令第十三号登記目録異動ノ部第七項等ニ参考スルモ又右ノ場合ニ於テ別ニ許可ヲ請フノ手續ヲ要セサルモノト認メラレ候ニ付從來当府ニ於テハ其私生子カ既ニ母ノ携帶子トシテ父方ニ入籍アルト猶ホ母ノ生家ニ残シアルトニ拘ハラス届出限リ嫡子ニ引直シ来リ候処他府県ニ於テハ此場合ニ於テモ右公布但書ニ依リ願濟ノ上嫡出ニ引直シ居候向モ有之趣ニ付其取扱方区々ニ涉リ送籍状ノ交渉等ニ於テ不都合ヲ生スル義モ可有之候得共右ハ從來ノ取扱振ニテ差支無之候ヤ将タ父母正婚後ト雖モ未タ父ノ籍ニ入ラサル私生子ハ総テ該公布但書ニ抛ルニアラサレハ嫡出子ニ引直スコトヲ得サル義ニ有之候哉」に対し、「仮令結婚後ト雖モ其生家ニアルト既ニ携帶シタルトニ拘ハラス明治六年第二十一号公布但書ニ抛ルニアラサレハ嫡出子ニ引直スヲ得サル義ト心得ヘシ」としているからである(五二六六)。

(15) 大審院大正六年一月二日民集二三輯一七二〇頁。

(16) 民録二四輯七四七頁。なお、角田前掲「親子法」一四八八頁以下は、この判決が、「私生子ハ其父トノ間ニ当然法律上ノ親子関係アリテ」と述べているところだけを引用して、大審院判例は、民法施行前において、認知前における生父と私生子との間にも親子関係を認めていたとされる。しかし、大審院判例に対するこの理解は、右に引用した判決文に続く後の部分との関係からすれば、誤りであるというほかない。

四 父に対する子からの認知請求の可否

子(私生子)から父に対して認知の請求をすることができるかについて、布告二一号は何も述べていない。しかし、

(1)

この点に關しては、否定的に解することと一致を見ているということが出来る。

明治三十一年七月一六日の民法施行前に言い渡された認知請求事件の判決を見出すことはできなかつたが、民法施行前に出生し施行後に判決言渡し(2)のなされた事件はかなり発表されている。最初に出された判決は、大審院明治三十二年一月一二日判決である。「(上告人タケと被告藤平とは)夫婦契約ヲナシ通シ居リタル為メニ妊娠シタルニヨリ其兒ハ被上告人ノ胎兒タルコトヲ確認セシメント」して、タケとその父馬造が藤平を相手取って「胎兒確認請求ノ件」を提起したものである。大審院は、「原判決当時ノ法律タリシ明治六年布告第二一号ニ於テ私生子ニハ父ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ許サス民法第八三五条ニ於テ始メテ之ヲ許シ而シテ明治六年布告第二一号ハ民法施行法第九条ニ依リ民法施行ノ日即チ明治三十一年七月一六日ヨリ廢止セラレタリト雖モ私權ノ享有ハ出生ニ始マリ胎兒カ之ヲ享有スルヲ得サル法理ハ民法未タ施行セラレサリシ時ト雖モ存在セシコトハ毫モ疑ヲ容ルヘキニ非ス且父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルノ權ハ其性質子其直系卑屬又ハ其法定代理人ノ行使スヘキ所ノモノニシテ第三者ノ行使スヘキモノニ非サルコト固ヨリ論ヲ待タス今原判決ノ憑拠トナリタル事實ニ依レハ上告人ハ各胎兒ヲ代表スルニ非スシテ自己ノ權能ヲ以テ本訴ヲ起シタルニ外ナラス而シテ其相手方ニ求ムル所ハ胎兒ヲ其子ナリト確認スヘシト云フニ在ルヲ以テ仮令本訴ハ胎兒ノ利益ノ為メ起シタルモノトスルモ到底法理上許スヘキモノニ非サルヤ明ケシ故ニ」として、上告を棄却している。「父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルノ權ハ其性質子其直系卑屬又ハ其法定代理人ノ行使スヘキ所ノモノニシテ」と述べているところからすれば、場合によっては、子からの認知請求が許される余地もあると読めないことはないが、ここは傍論であり、「明治六年布告第二一号ニ於テ私生子ニハ父ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ許サス」と述べているところを重視すべきであろう。

前掲大審院明治三二年六月二二日判決⁽³⁾も、傍論としてではあるが、「本件起訴ノ当時明治三一年五月四日ニアリテハ私生子カ其父トスル者ニ対シテ認知ヲ求ムル事ヲ得サリシハ明治六年布告第二一号ニヨリ明カナリ」としている。大審院明治三六年二月一〇日判決⁽⁴⁾は、原審判決が子から父に対する認知請求を認容したので、父から上告したものであるが、「明治六年第二一号布告ニ依レハ私生児ハ其産婦タル女子ノ引受クヘキモノナルモ其出生ニ関係アル男子ニ対シテハ男子自ラ其子タルコトヲ認メタル場合ニ非サレハ子タル地位（親子関係）ヲ得ルコトヲ得ス換言スレハ私生児ハ其出生ニ関係アル男子ヨリ認知セラレ其子ト為ルコトアルヘシト雖モ男子ヲシテ親子関係アリトノ事実ヲ認知セシムル権利ヲ有セス」として、上告を容れ、被上告人の請求を却下している。

私生子から父に対する認知請求は認められないとする大審院の立場は、大正時代に入っても変わらず、大審院大正五年九月六日判決⁽⁵⁾も、「該布告ノ趣旨トスル所ハ私生子ハ父ニ於テ進テ之ヲ認知スルコトハ固ヨリ其任意ナレトモ私生子ヨリ父ニ対シテ認知ヲ求ムルコトヲ許サス法律上其生母ヲシテ独リ扶養ノ義務ニ当ラシムルコトヲ期シタルモノニシテ是レ畢竟法律カ乱倫行為ノ結果ヲ保護セサルノ趣旨ニ出テタルモノナルヲ以テ之レカ為メニ私生子カ他ノ嫡出子又ハ庶子ニ比シテ幾多ノ不利益ヲ受クルコトヲ免カレサルハ誠ニ已ム可カラサルノ数ナリトス」と述べている。ここでは、父に対する認知請求ができないことの根拠を「乱倫行為ノ結果ヲ保護セサルノ趣旨」に求めている点が目新しい。大正一二年三月一五日判決⁽⁶⁾も、右大正五年九月六日判決の文言をそのまま踏襲して、「該布告ノ趣旨トスルコトハ私生子ハ父ニ於テ進テ之ヲ認知スルコトハ固ヨリ其ノ任意ナレトモ私生子ヨリ父ニ対シテ認知ヲ求ムルコトヲ許サス法律上其ノ生母ヲシテ独リ扶養ノ義務ニ当ラシムルコトヲ期シタルモノト云フヘシ」と述べ、子から父に対する認知請求を退けている。これらの判決は、その後、大審院昭和七年五月二八日判決⁽⁷⁾や、大審院昭和一二年一月二

六日判決⁽⁸⁾において先例として引用され、確定したものとなっている。

- (1) 角田前掲「親子法」一四八七頁、同「私生子法」六六七頁、高柳前掲「私生子」八八頁など。
 - (2) 民録五輯一卷七頁。
 - (3) 民録五輯六卷七九頁。
 - (4) 民録九輯一五三頁。
 - (5) 民録二二輯一六九五頁。
 - (6) 民集二卷一五九頁。
 - (7) 法律新聞三四三五号一八頁。
 - (8) 法律新聞四一〇九号八頁。
- (二九八九・一・一八)