

# 「離婚後の子の監護」規定の系譜（その1）

—民法編纂開始から明治民法成立まで—

下 夷 美 幸

Child Custody after Divorce: The Transition of Provision in Civil Law, 1870-1898

Miyuki Shimoebisu

本稿では離婚後の子の監護規定について、民法編纂初期の草案から明治民法までの変遷を検討した。旧民法制定以前の草案にはフランス民法の影響から、子の監護者を父母のいずれか、あるいは無責配偶者とする規定がみられる。そのほか、監護に関する決定事項を届に記載する規定や父母による監護費用の分担を定めた規定もみられる。しかし、民法制定に向けた審議が本格化すると家父長的性格が強化され、旧民法は監護権者を原則夫と規定している。また、監護権者以外には子の監護に関する規定を置いていない。その後の修正で、明治民法では監護権者を父母の協議に委ねる規定としているが、これには子どもの福祉に関する国家の関与の後退とみなしうる側面もある。結局、明治民法までの制定過程において、子の監護規定は十分に議論されてはいない。子どもの監護は「家」（おもに夫の「家」）に委ねられており、離婚後の子どもの生活保障に対して、法はほとんど関心を示していないといえる。

キーワード 離婚、子の監護、民法

## はじめに

民法 [1947 (昭22) 年 法律222]

第766条 父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者その他監護について必要な事項は、その協議でこれを定める。協議が調わないとき、又は協議をすることかできないときは、家庭裁判所が、これを定める。

子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の監護をすべき者を変更し、その他監護について相当な処分を命ずることができる。

前2項の規定は、監護の範囲外では、父母の

権利義務に変更をすることがない。

第771条 第766条乃至第769条の規定は、裁判上の離婚にこれを準用する。

上記の766条と771条は現行民法における「離婚後の子の監護」に関する規定である<sup>1)</sup>。本稿の課題は民法766条・771条の成立史をたどり、わが国の民法において離婚後の子の監護がどのように扱われてきたかを明らかにすることである。この規定については、現在、改正の提案がなされているが<sup>2)</sup>、規定の沿革に関する詳しい検討は行われていない。そこで、本稿では明治初期の民法の編纂過程まで遡り、本規定に関する草案や審議内容の資料を用いて<sup>3)</sup>、その変遷を跡付ける。なお、

本号では民法編纂から明治民法成立までを扱う。以下、旧民法の編纂以前（第1節）、旧民法の編纂から成立まで（第2節）、明治民法の成立まで（第3節）の順に検討していく。

## 1 旧民法編纂以前

### (1) 太政官布告

はじめに民法編纂以前および編纂当時の離婚法規について簡単にみておこう。江戸時代の離婚法は武士と庶民では異なっていた。武士の場合は夫家と妻家の熟談により話がまとまったという意味の届書を上司に提出することが必要とされ、庶民の場合はいわゆる三行半の離縁状が要件であった（高柳1951：24、宮崎1937：52）。離婚後の子の監護については、はじめは任意の処置が認められ、のちに少なくとも武士の場合は父方にのこる原則が次第にできたようであるが明白ではない（高柳1951：24）。

妻からの離婚請求は認められておらず、夫の専権離婚であったが<sup>41</sup>、1873（明治6）年5月、162号の太政官布告によって、はじめて妻に離婚請求権が認められるようになった（高柳1951：55）。

#### 第162號布告

夫婦ノ際已ムヲ得サルノ事故アリテ其婦離縁ヲ請フト雖モ、夫之ヲ肯セス、之レカタメ數年ノ久ヲ經テ終ニ嫁期ヲ失ヒ、人民自由ノ權利ヲ妨害スルモノ不少候、自今右様ノ事件於有之ハ、婦ノ父兄弟或ハ親戚ノ内附添、直ニ裁判所ヘ訴出<sup>42</sup>不苦候事

これは夫が離婚に承知しないために妻が再婚の婚期を失い、人間自由の権利を失う者が少なくないという理由から、妻に離婚請求権を認めたものである。ここではあくまで協議離婚が前提となっ

ており、協議が調わない場合に妻から裁判所への離婚の訴えを認めたものである。妻の離婚請求権が認められたとはいえ、夫は自由に離婚ができるのに対し、妻は「やむをえざる場合」にかぎり<sup>51</sup>、「兄弟あるいは親族が付添」の上、「訴え」によって離婚できるにすぎず、妻にとってはかなり限定的な権利である（中川1942：153）。

162号につづいて、1873（明治6）年7月には247号が布告され、夫婦双方の離婚訴訟に関する手続きが定められている（高柳1951：55）。

#### 第247號布告の訴答文例第15條「夫婦離別ノ訴狀」

夫妻離別ノ訴狀モ、住所氏名ノ次ニ夫妻ノ氏名生年及ヒ婚姻ノ年月日ヲ標記シ、次ニ其戸長役場ヘ届置キタル戸籍人別ヲ寫載シ、次ニ離婚ヲ爲ス可キ原由ヲ書ス可シ、原告人夫ナレハ其父母、若シ父母在ラサレハ祖父母、祖父母在ラサレハ尊族ノ親、尊族ノ親在ラサレハ卑族ノ親、卑族ノ親在ラサレハ近隣又ハ朋友ノ内二人以上ノ奥書連印ヲ爲ス可シ、原告人妻ナルモ、前條ニ照シテ其父母親族等ヨリ訴フ可シ、若シ事危急ニ出テ親族等ニ告ルノ暇ナキ時ハ、自ラ訴フ事ヲ得可シ

ここでは、妻からの離婚の訴えには兄弟や親族が付き添うだけでなく、緊急で間に合わない場合以外は父母親族などから訴えることが求められている。実際、妻に父母親族があるときは、共同して訴えを提起しているようである（高柳1951：55）。

子の監護については、162号と247号のいずれにおいても言及されていないが、これら以外に離婚に係する法令はない。したがって実際には、司法省や他の行政官庁への「伺い」とそれに対す

る「指令」が法規として機能していたと考えられる<sup>6)</sup>。明治政府の方針を明確に把握することはできないが、伺いに対する指令のなかには、その家の推定家督相続人の地位を有する子以外の子は妻の実家に連れ帰ることを認めているものがある。また、子が家督相続人であっても、孫が代位相続者となっているとみられる事例では、親族協議の上、廃嫡して行政庁に願い出れば妻が実家に連れ帰ることができるとした指令もある（高柳 1958：136-139）。

こうしてみると、離婚後の子どもの問題について触れた明文法規はなく、指令においても離婚後の子どもの生活に関する明確な方針は見出せない。離婚の手続きからもうかがえるとおり、実質的に離婚は夫の家と妻の家で扱われており、子どもの問題も双方の家の事情で処理されていたものとみられる。このような生活基盤としての家の存在により、離婚後の子どもの監護に対して、政府は関心を払っていないのではないかと考えられる。

## (2) 民法決議

江戸幕府の崩壊につづく版籍奉還の後、明治政府は直ちに民法典の編纂に着手している。それは全国統一の民法典を編纂して富国強兵を目指そうという対国内的な理由と、国内体制を整備して治外法権の屈辱的な条約を改正しようという対外的な理由の2つの理由によるものである（石井 1979：3-7）。

明治政府で民法制定に最も熱心であったのは江藤新平であり、彼は1870（明治3）年ごろより、太政官制度局において民法編纂に着手している。その作業は箕作麟祥がフランス民法を翻訳し、それを順次検討するという形式で進められた（石井 1979：8-9）。その成果として、1871（明治4）年7月ごろ民法決議（太政官制度局）が完成している<sup>7)</sup>

（石井 1959：3）。これは日本の最初の民法草案であるが、その内容はフランス民法第1巻私権の享有および喪失と第2巻身分証書に相当する部分にすぎず（石井 1979：10-23）、ここには離婚後の子の監護に関する規定はない。

## (3) 皇国民法仮規則

1871（明治4年）7月に太政官制が發布され、8月に制度局は左院に合併された。江藤は左院副議長となり、左院で民法編纂を継続したが、草案起草には至っていない。1872（明治5）年4月に江藤が司法卿に転じたため、以後、民法編纂作業は司法省で行われている（石井 1979：24）。

1872（明治5）年4月から7月にわたり、司法省明法寮にて民法会議が開かれ、皇国民法仮規則が成立している<sup>8)</sup>。これは2085条にわたる大法典で、わが国で起草された総合的な民法草案の最初のものである<sup>9)</sup>。その歴史的意義は大きく、これがその後の左院民法草案に引き継がれ、さらに旧民法、明治民法へと発展していく（川島・利谷 1958：7-8）。内容はフランス民法典にならっており、とくに財産編はわずかな修正や些細な新規条文があるだけで、ほとんど全部がフランス法を継受している。しかし、人事編はフランス民法（524条）より条文が少なく（140条）、かつ日本の現実に合わせてかなり修正が行われている（川島・利谷 1958：8-9）。

### 皇国民法仮規則

第69條 離縁ノ訴訟中其子ヲ管督スル丁原告被告ヲ問ハス其<sup>父</sup>之ヲ爲スヘシ

但シ其子ノ便利ノ為メ母又親族ハ訴ニ因リ裁判所ヨリ別設其処置ノ言渡シアルキハ格別ナリトス

第70條 夫婦ノ間ニ生レシ子離縁ノ後ハ其<sup>父</sup>之

ヲ引受クヘシ

但シ事情ニヨリ其母又ハ親族引受ルモ亦妨ナシ

第76條 双方ノ承諾ニテ離縁セント欲スル夫婦ハ其間ニ生レシ子ヲ何レノ方ニ於テ引受ク可キヤヲ契約書ニ記ルシ置クヘシ

皇国民法仮規則では協議離婚と裁判離婚が認められており、子の監護については裁判離婚の場合が69条と70条に、協議離婚の場合が76条に規定されている。これをみると、協議離婚では子どもの引き受けを父母のどちらかに協議で決定し、それを契約書に記載することとなっている。ひとつ前の75条では、協議離婚の財産目録の記載等、財産に関する夫婦間の取決めが規定されているが、これと同じように子どもの帰属についても、協議による決定の記載が規定されたものとみられる。ただし、契約書への記載が義務づけられているのは子の監護者のみで、そのほかの監護に関する事項については求められていない。

一方、裁判離婚では訴訟中の子の監護者は父となっている。ただし、子の便利、すなわち子の福祉のために裁判所が変更することを認めている。離婚後についても、父が原則として監護者となっており、事情によって母や親族が子どもを引き受けてもよいことになっている。

フランス民法（302条）では、離婚後の子の監護者は原則として離婚を獲得した配偶者（無責配偶者）となっていることから（宮崎1962：165）、この規定は日本の実情に合わせたものとみられる。なお、フランス民法303条では、監護者が誰であれ、父母は子の養育・教育を監督する義務があるという規定があるが（宮崎1962：165）、皇国民法仮規定にはこれに相当する規定は見当たらない。この規定は後述の旧民法草案で登場することになる。

#### (4) 民法仮法則

1872（明治5）年10月から司法省民法会議が開かれ、皇国民法仮規則および箕作訳フランス民法を基礎に審議が行われた。そして、1873（明治6）年3月10日に民法仮法則が完成し<sup>10)</sup>、12日に正院に提出されている。ただし、その内容は88条の身分証書に関するものである。これは施行されないまま江藤は失脚している（川島・利谷1958：10-11、石井1979：29）。

##### 民法仮法則

第52条 離縁証書ニ左ノ件々ヲ記載ス可シ、

第1 夫婦ノ姓名職業年齢出産ノ地及住所

第2 婚姻ヲ行ヒシ年月日及ビ場所

第3 其子ノ姓名年齢男或ハ女タル事

第4 離縁セシ後、子ヲ預ケ可キ者

第5 離縁ヲナス可キ者ノ互ニ離縁ス可キヲ欲スル事ノ陳述

第6 離縁セシ後夫婦各住所トス可キ場所

第7 証人ノ姓名年齢職業及ビ住所

これをみると、離婚については、身分取扱役所に提出する離縁証書に記載すべき事項が規定されており（52条）、離婚後の子の監護者が記載事項となっている。皇国民法仮規則と同様、監護者を決定すること以外に離婚後の子の監護については規定されていない。

#### (5) 左院の民法草案

1873（明治6）年、江藤が司法省を去ったのち、民法審議は左院で行われている。ここでは皇国民法仮規則が再検討され、1873（明治6）年後半から1874（明治7）年前半にかけて草案が成立したと推定されている（川島・利谷1958：13）。

このうち婚姻法については、1873（明治6）年

に完成した草案59条をみることができる<sup>11)</sup>。ただし、これは左院の草案というより左院民法課の原案であり、のちに院議を経て左院草案となるべきものといわれている（石井1979：95）。

#### 左院の民法草案

**第42条** 双方ノ熟談ニテ離縁セント欲スル夫婦ハ、其間ニ生レシ子ヲ何レノ方ニ於テ引受ク可キヤヲ定メ、其旨ヲ届書ニ記載ス可シ、

**第47条** 離縁ノ訴訟中其子ヲ管督スルコトハ、原告被告ヲ問ハズ、其父之ヲ為ス可シ、但シ、其子ノ便利ノ為メ、母又親族ノ訴ニ因リ、裁判所ヨリ別段其処置ヲ言渡シタル時ハ格別ナリトス、

**第58条** 訴訟ニテ離縁ヲ得タル原告ノ夫又ハ婦ハ、其子ヲ養フ可シ、但シ親族ノ求メニ因リ其子ノ便利ノ為メ、之ヲ被告ノ夫又ハ婦又ハ他人ニ托スベキコトヲ言渡シタルトキハ格別ナリトス、

但シ、姦通ノ子ハ其姦夫ニ責付シテ養ハシム可シ、

これをみると、協議離婚では監護者として父母のいずれかを協議で決定し、届けに記載することとなっており（42条）、皇国民法仮規則と同様である。しかし、裁判離婚の離婚後の子の監護者については、皇国民法仮規則では夫が原則であったが、ここではフランス法に則り離婚裁判の原告となっている（58条）。

従来の江藤の民法編纂がフランス法を翻訳し、できるだけそのまま日本に施行しようとしたのに対し、左院の民法編纂は日本の慣習法や習俗法を多く参考にした点が特徴といわれている（石井1979：67-71）。しかし、子の監護に関しては、むしろ左院の民法草案の方がフランス民法に近くなっている。その理由は明らかではないが、これ

が民法課の原案で院議を経ていない段階の案であることに起因する可能性が考えられる。

#### (6) 明治11年民法草案

民法編纂作業は左院で行われていたが、1875（明治8）年の官制改革で左院が廃止されて後、民法編纂作業は司法省民法課で行われることになった（石井1958a：96-7）。1876（明治9）年から民法の具体的な起草準備が始まり、1878（明治11）年には草案が完成し、民法編纂委員の箕作麟祥と牟田口通照から司法卿の大木喬任に提出されている。これは明治11年民法草案とよばれるもので<sup>12)</sup>、フランス民法の直訳に近い内容といわれている（石井1959：4-5）。

その後、明治11年民法草案の修補が開始されたが、あまりにフランス民法の直訳的であり、日本の慣習がほとんど顧慮されていなかったため、修補した程度では施行できないと考えられ、結局、明治11年民法草案は廃棄されている（石井1958b：68）。

## 2 旧民法の制定まで

### (1) 民法人事編第1草案

司法卿大木喬任は1880（明治13）年に新たな民法編纂会議を開き、ポアソナードに民法の起草を命じている。実際にポアソナードが起草したのは財産法のみで、身分法は日本人が起草している（石井1959：4-8）。これは財産法と身分法の立法方針が異なっていたためである。すなわち、財産法については資本主義の発展のために「泰西主義」がとられ、身分法については日本の風習慣習に基いて制定されるべきとの考えがとられたのである。しかし結果的には、身分法の第1草案はポアソナードの指導下にあった一部の司法官僚などによってつくり、箕作草案の延長上のきわめて反伝統的・市民的なものとなっている（川島・利谷

1958：24-5)。

人事編の起草作業は1882(明治15)年に開始されている。民法編纂作業は司法省で行われていたが、条約改正との関係で1887(明治20)年には外務省法律取調委員会に移っている。しかし、条約改正の失敗を経て、再び民法編纂は司法省へ移管され、司法大臣山田顕義を委員長とする法律取調委員会が編纂されている(川島・利谷1958：24-6)。人事編については、1888(明治21)年10月より少し前に第1草案が完成したとみられている<sup>13)</sup>(石井1959：8)。

### 民法人事編第1草案

第121條 協議ヲ以テ離婚セント欲スル夫婦ハ豫メ證書ヲ作り左ノ諸件ヲ定ム可シ

- 1 離婚ノ豫試中夫婦ノ一方移居スヘキ家屋
- 2 夫又ハ婦ノ資力缺乏スル時ハ豫試中其配偶者ヨリ支給ス可キ養料
- 3 豫試中及ヒ離婚ノ後其子ニ關スル處置
- 4 財産ニ關スル夫婦互相ノ權利ノ分定

第134條 離婚ノ訴訟中子ノ監護ハ原告又ハ被告タルヲ問ハス[夫]ニ屬ス

然レトモ地方裁判所ハ婦親族若クハ檢事ノ請求ニ依リ子ノ利益ヲ慮リ婦又ハ第三者ニ其監護ヲ命スル事ヲ得

第143條 夫婦ノ中離婚ノ裁判宣告ヲ得タル[直者]ハ子ノ監護ニ任ス可シ

然レトモ裁判所ハ親族又ハ檢事ノ請求ニ依リ子ノ利益ヲ慮リ之ヲ他ノ一方又ハ第三者ノ監護ニ付スル事ヲ得

第144條 夫婦ノ中子ノ監護ニ任スル者ハ親權ヲ行フ(以下略)

第145條 何人ニ子ノ監護ヲ付シタルヲ問ハス父母ハ其子ノ養成及ヒ教育ヲ檢視スルノ權利ヲ有シ各其資力ニ應シテ費用ヲ負擔ス

離婚後の子の監護についてみると、協議離婚の場合、これまでの草案では監護者の決定が求められていたが、ここでは監護者について特定した規定はなく、「子の監護に関する処置」を協議で決定して届に記載することになっている(121条)。裁判離婚については、まず子の監護者が規定されており、裁判中は夫が原則で、子の利益によっては裁判所が妻か第三者に変更することが認められている(134条)。これは従来の草案でも同様である。理由書によると、変更の典型例には「其子赤児ナルカ又ハ夫ノ行跡放蕩ナル場合」があげられている。また、裁判後は原則として直者、すなわち無責配偶者となっており(143条)、左院の民法草案の規定が継承されている。理由書によると、夫婦のうち無罪の者が子の教育をなすのには適当と推定されるとある。しかし、不良の配偶者といえども不良の父母とは限らないという理由から、裁判所が変更することも認められている。

また、監護権者を親権者とする規定も盛り込まれており(144条)、無責配偶者の妻からの離婚請求が認められて裁判離婚が成立すると、妻が親権者・監護権者となることになる。さらに、民法の草案としてはじめて、離婚後の親の子に対する権利と義務が規定されており(145条)、監護費用についても監護権・親権の有無に関わらず、父母の資力に応じて負担すべきことが明示されている。これは前述したフランス法303条に依拠したものである。

こうしてみると、この民法草案は全体としては慣習風俗の尊重をうたったものとされているが、離婚後の子の監護については、母親に親権者・監護権者となる可能性を開いているほか、さらに母から父への子どもの監護費用の分担請求を可能とする根拠規定が置かれるなど、これまでにない内容が盛り込まれている。過去の草案のなかで最もフランス民法に近く、近代的な性格を持つものと

みることができる。

## (2) 第1草案に対する意見

この第1草案は1888（明治21）年10月6日付けで各裁判所に送付され、地方官や司法官の意見が求められている<sup>14)</sup>。法律取調委員長に提出された意見のなかで注目されるのは、盛岡始審裁判所検事中西盾雄の意見であろう<sup>15)</sup>。

### 民法草案意見（盛岡始審裁判所検事中西盾雄）

第121條 削除ス可シ

第143條ヨリ第146條ニ至ル4箇條ハ無用ナリ何トナレハ己ニ述フルカ如ク夫婦中ノ子ハ夫ノ子ト爲ス可キモノナレハナリ（以下略）

中西は裁判中の監護者を父とした134条に関しては言及していないが、そのほかの離婚後の子の監護に関する規定については、協議離婚の届出規定（121条）、裁判離婚の場合に離婚後の子の監護者を無責配偶者とする規定（143条）、監護者を親権者とする規定（144条）、離婚後の親の子に対する権利と義務の規定（145条）のこれらすべてを削除すべきという意見を提出している。その理由は、子どもは夫に属するというものである。中西は別の条文（102条・103条）に対する意見で、「婦ハ其夫ニ歸シ其子ハ又其父ニ歸スルコト吾國古來ノ風俗ニシテ即チ不文ノ大法律ナリ」（法務大臣官房司法法制調査部1989：18）とも述べており、きわめて家父長的な見解を示している。

## (3) 民法草案人事編再調査案

これらの意見を参照しつつ、法律取調委員会で第1草案の修正が行われ、1890年はじめに民法草案人事編再調査案が成立している<sup>16)</sup>（沼1998：48）。

### 民法草案人事編再調査案

第88條 離婚セントスル夫婦ハ豫メ證書ヲ作りテ左ノ諸件ヲ定ム可シ

第1 子ニ關スル處置

第2 夫ノ財産ニ關スル處置

第94條 離婚ノ訴訟中子ノ監護ハ原告又ハ被告タルヲ問ハス〔夫〕ニ屬ス

然レトモ地方裁判所ハ婦、親族又は検事ノ請求ニ因リ子ノ利益ヲ慮リテ婦又ハ第三者ニ其監護ヲ命スルコトヲ得

第102條 離婚ノ後子ノ監護ハ〔夫〕ニ屬ス但入夫及ヒ婿養子ニ付テハ婦ニ屬ス

然レトモ裁判所ハ親族又ハ検事ノ請求ニ因リ子ノ利益ヲ慮リテ之ヲ他ノ一方又ハ第三者ノ監護ニ付スルコトヲ得

第103條 父母ノ一方ニシテ子ノ監護ニ任スル者ハ親權ヲ行フ（以下略）

第104條 子ノ監護ノ何人ニ屬スルヲ問ハス父母ハ子ノ養育及ヒ教育ニ付テ檢視ノ權利ヲ有シ且各自ノ資力ニ應シテ其費用ヲ負擔ス

第1草案から再調査案に至る過程で変更されている点は、離婚の効果として協議離婚と裁判離婚のいずれにおいても、子の監護者が原則として父となっていることである（102条）。第1草案では協議離婚の場合は父母の何れか、裁判離婚の場合は無責配偶者となっていたので、大きな後退といえよう。再調査案の形成過程は明らかでないが、先にみた中西のような反動的な意見が強かったものと推察される。ただし、監護者を父とする規定を除くと、子に関する処置を文書化すること（88条）や監護権の有無に関わらず離婚後も親は子に対する権利・義務を負い、両親の資力に応じてその費用負担をすること（104条）の規定は残っている。

#### (4) 民法人事編

再調査案はさらに修正され、法律取調委員会の最終案として全412条の人事編が完成し、法律取調委員長山田顕義はこれを1890（明治23）年4月1日に内閣に提出している。内閣はこれをそのまま5月に元老院へ提出し、元老院で修正が行われている。それが再び取調委員会に戻され、条文の整理が行われた後、元老院に提出されている。元老院を通過した民法人事編は枢密院の諮詢を経て、1890（明治23）年10月7日法律第98号として公布されている。

この過程において、第1草案の進歩的構想は格段に後退し、「家族制度」的要素が強化されていったとみられる。とくに元老院においては「慣習にないこと」「美風に損しますること」を徹底的に削除するという立場から、大幅な修正がなされたという（沼1998：48）。

#### 民法人事編 [1890（明治23）年 法律98]

第80条 夫婦ハ離婚協議書ニ左ノ書類ヲ添ヘテ身分取扱吏ニ届出ツ可シ

第1 婚姻証書

第2 離婚ノ許諾ヲ与フ可キ者ノ許諾書（以下略）

第83条 離婚ノ訴訟中子ノ監護ハ原告又ハ被告タルヲ問ハス<sup>夫</sup>ニ属ス 但入夫及ヒ婿養子ニ付テハ婦ニ属ス

然レトモ裁判所ハ夫、婦、親族又ハ検事ノ請求ニ因リ子ノ利益ヲ慮リテ其監護ヲ他ノ一方又ハ第三者ノ監護ニ命スルコトヲ得

第90条 離婚後子ノ監護ハ<sup>夫</sup>ニ属ス但入夫及ヒ婿養子ニ付テハ婦ニ属ス

然レトモ裁判所ハ夫、婦、親族又ハ検事ノ請求ニ因リ子ノ利益ヲ慮リテ之ヲ他ノ一方又ハ第三者ノ監護ニ付スルコトヲ得

公布された民法人事編で子の監護についてみると<sup>17)</sup>、協議離婚で提出する書類が婚姻証書と離婚許諾書のみとなり、子に関する処置の文書提出がなくなっている（80条）。離婚後の子の監護者については、再調査案と同様で、協議離婚も裁判離婚も夫が原則となっている（83条・90条）。また、第1草案から再調査案に至るまで残っていた監護者を親権者とする規定、および離婚後の親の子に対する権利と義務の規定がここでは削除されている。したがって、母親が子どもの監護者と親権者になり、父親から母親へ子どもの養育費を支払うというような場合は想定できなくなったことになる。

こうしてみると、第1草案ではフランス法に準拠した近代的な規定が示されたが、民法制定の本格的な審議過程が進むにつれてそれらは変更あるいは削除され、家父長的な性格を強めていったといえる。結局、制定された民法では、離婚後の子の監護については、親権者・監護権者を父とすること以外は何ら規定されないものとなっている（以下、1890年の民法人事編を旧民法と記す）。

### 3 明治民法の制定まで

#### (1) 民法修正案

旧民法は1890（明治23）年に公布され、1893（明治26）年に施行予定であった。しかし、いわゆる民法典論争を経て、民法修正のために施行が延期されることになり、1892（明治25）年に民法商法施行延期法律が公布された。そこで、1893年（明治26）に修正作業を行う目的で法典調査会が設置され、起草委員として梅謙次郎、富井政章、穂積陳重が任命されている（青山・有地1989：23-25）。

1893（明治26）年6月に法典調査会主査委員会で民法目次案が審議され<sup>18)</sup>、7月には委員総会で目次案が審議されている<sup>19)</sup>。そして、親族編については1895（明治28）年から審議が始まっている<sup>20)</sup>



(小柳1998：15-20)。法案審議の原案は甲号議案とよばれ<sup>21)</sup>、離婚に関しては富井政章が担当している(福島1956：53)。

#### 民法修正案：甲第53號

**第822條** 前2條ノ規定ニ依リテ離婚ヲ爲シタル者ガ其協議ヲ以テ子ノ監護ヲ爲スヘキ者ヲ定メサリシトキハ其監護ハ夫ニ屬ス

夫カ離婚ニ因リテ婚家ヲ去リタル場合ニ於テハ子ノ監護ハ妻ニ屬ス

前二項ノ規定ハ監護ノ範圍外ニ於テ父母ノ權利義務ニ變更ヲ生スルコトナシ

**第830條** 第822條ノ規定ハ裁判上ノ離婚ニ之ヲ準用ス

但裁判所ハ子ノ利益ノ爲メ其監護ニ付キ之ニ異ナリタル處分ヲ命スルコトヲ得

この修正案では、822条で協議離婚の場合の子の監護者について規定し、それを裁判離婚について準用することが830条に規定されている。規定の内容をみると、子の監護者は協議で決定することとし、協議がなされない場合には夫としている。旧民法では協議の余地なく夫となっていたことからすると、協議離婚については旧民法よりも家父長的性格が緩和されている。ただし、旧民法では協議離婚・裁判離婚のいずれについても裁判所が子の利益の観点から監護者を母親や第三者に変更することを認めていたが、この修正案では裁判所の関与は裁判離婚にのみ残され、協議離婚については裁判所の関与が一切なくなっている。このように協議離婚では子に関する決定がすべて親にゆだねられる規定になっている。

#### (2) 提案理由

つぎにこの提案理由をみてみよう。まず、協議

離婚に関する822条については1896(明治29)年1月8日の第149回法典調査会で審議されている<sup>22)</sup>。その際、富井政章はつぎのように提案理由を説明している。

#### 822条の提案理由

(略) 本條ハ子ノ監護ニ關スル規定デアリマス協議離婚ノ場合ニ於テハ子ノ監護ハ先ツ其協議離婚ヲ爲ス所ノ父母ノ協議ヲ以テ定メルノガ最モ比種類ノ離婚ノ性質ニ適ツタ方法デアラウト思ヒマス夫レテ原則ハ父母ノ協議ヲ以テ定メルコトカ出來ルト致シマシタ若シ父母ニ於テ子ノ監護ヲ爲スヘキ者ヲ定メヌ場合ニ於テハ誰レカ其監護ヲスルト云フコトヲ本條ニ於テ極メタノデアリマス是ハ先ツ普通ノ場合ニ於テハ夫ニ屬スルトスルカ一番今日實際ノ有様ニ適ツテ當ヲ得タモノト考ヘマシタノテ既成法典ニ倣ツテ監護ハ夫ニ屬スト致シマシタ外國ノ法律ヲ見ルト必スシモ斯ウ爲ツテ居ラヌ併我邦ニ於テハ、ドウモ原則ハ斯ウナクテハ不都合デアラウト考ヘマス(略)

富井は協議離婚については父母の協議で定めるのが最もふさわしいという考えを示し、定められていない場合には日本の実情に合わせて夫を原則としたと説明している。この規定に対する質問は鳩山和夫によるものだけで、すでに離婚してしまったものを夫や妻と呼ぶよりも父や母としたほうが適切ではないか、といった敬称の修正に関する提案である。そのほかには実質的な議論は一切なく、夫・妻を父・母に修正した以外はそのままの案が第151回法典調査会で提案され可決されている<sup>23)</sup>。

つぎに830条の裁判離婚の場合についての提案理由をみてみよう。830条については、1896(明

治29)年1月10日の第150回法典調査会で審議されている<sup>24)</sup>。そこでの富井政章の提案理由はつぎのようなものである。

### 830条の提案理由

本條ハ既成法典ノ通りデ別ニ説明ヲ要セナイコトト思ヒマス822條ノ場合ハ夫婦ガ相談づくデ離婚ヲスルノデアリマスカラ原則ハ子ノ監護ハ協議ヲ以テ定ムルコトガ出來ルトシテ置テ差支ナイ(略)原則ハ822條ヲ準用ス併シ裁判所ハ子ノ利益ノ爲メニハ別人ニ監護ヲサセルコトガ出來ルトシテ置カネバ不便デアラウト思フ、場合ニ依テハ夫ガ酷イ扱ヒヲスルカモ知レヌ坊主ガ憎ケレバ袈裟迄デ妻ガ憎イ爲メニ子迄酷イ目ニ合ハスト云フヤウナコトガアルカモ知レヌ夫レカラ子ガマダ稚ナイ母ガ乳ガ出ナイヤウナ場合ハ夫ノ所ニ連レテ往ツテ乳母ヲ置カウガ牛乳ヲ飲マセアテモ宜イデセウガ乳ノ出ル場合ニハ母ノ所ニ置テモ宜イデセウ或場合ニハ夫ニ屬ストスルノモ危険デアル妻ニ過失ガアツタ爲メニ子迄ガ不利益ヲ蒙ルコトガアルカモ知レヌ然ウ云フヤウナ點ハ裁判所ガ其事情ヲ酌ンデ極メルト云フコトニシタ方ガ宜カラウト云フノデ但書ヲ置キマシタ

富井は本条については既成法典の通りと説明しているが、旧民法は監護者を原則として夫と規定しており、富井の説明はやや奇異であるがその趣旨は明らかでない。裁判離婚の場合に裁判所が子の監護権者を変更することができるという規定については、夫が妻を憎いばかりに子どもを不当に扱う危険があることや、乳幼児は母乳の出る母親の監護がふさわしいことなどの例を示して、子どもの福祉の観点から裁判所の介入の必要性を述べている。しかし、ここで示されている子の福祉に

反するような事態は、協議離婚の場合にも当然考えられるが、なぜ裁判離婚だけにこのような事態を想定して裁判所の関与を認めているのか、その理由についての説得的な説明はなされていない。裁判離婚ではかなり紛争性の高い事例が多く、子どもの福祉がなおざりにされると考えられたのかもしれない。たしかに、富井は親の子に対する配慮について高く信頼しているようである。たとえば、別の協議離婚に関する規定(819条)の提案理由において、富井は協議離婚を認めても軽率な離婚が増えることはないという説明をしているが、そこで「殊ニ子モアレバ人情トシテ大抵ノ事ハ辛抱シテ離レナイ事にスルデアラウト思ヒマス」と述べている<sup>25)</sup>。

830条の提案説明に対しては2つの質問がなされている。ひとつは議長の箕作麟祥によるもので、「其監護ニ付キ」は不要ではないかという質問である。それに対して、富井は裁判所の関与を監護に限定する必要があると説明している。もうひとつの質問は長谷川喬によるもので、「子ノ利益ノ爲メ」ということは不要ではないかという質問である。それに対して富井はあつてもなくてもよいが、あれば規定の性質がよく分かるという回答をしており、ここでは子の福祉に対する関心の薄さを感じられる。このほかには質問もなく、830条もほとんど議論もないまま原案どおり決定している。

### (3) 明治民法

その後、1897(明治30)年12月に民法中修正案(後2編)が第11帝国議会に提出されたが、翌日に衆議院が解散されたことから審議に入っていない。そのため、1898年(明治31)に整理会で再度修正ののち、1898年(明治31)の第12帝国議会に「民法中修正案」が提出され、一部修正のうえ可決されている。こうして、民法の親族編・相続編は6月21日に公布、7月16日に施行となった

(以下、これを明治民法と記す)。

民法第4編・第5編 [1898(明治31)年 法律9]

第812條 協議上ノ離婚ヲ爲シタル者カ其協議ヲ以テ子ノ監護ヲ爲スヘキ者ヲ定メサリシトキハ其監護ハ父ニ屬ス

父カ離婚ニ因リテ婚家ヲ去リタル場合ニ於ケル子ノ監護ハ母ニ屬ス

前二項ノ規定ハ監護ノ範圍外ニ於テ父母ノ權利義務ニ變更ヲ生スルコトナシ

第819條 第812條ノ規定ハ裁判上ノ離婚ニ之ヲ準用ス但裁判所ハ子ノ利益ノ爲メ其監護ニ付キ之ニ異ナリタル處分ヲ命スルコトヲ得

子の監護に関しては原案どおりの法律となっている。『修正案理由書』をみると<sup>26)</sup>、812条については、第1に、旧民法人事編90条は夫婦の協議を許していないが、これは実際の便利を顧みないものであり、かつ協議離婚の性質に悖るものというべきであるという理由があげられている。第2に、協議離婚の場合にはつとめて裁判所の関与を避けるべきことが日本の慣習に照らして最も必要であるため、90条の2項を削除したと述べられている。第3に、この条文は単に子の監護に関するものであり、親権その他の親子間の権利義務に影響を及ぼすものではないという理由から、3項は必要であると述べられている。

ここで示された第2の理由が、協議離婚の場合について、裁判所に子の監護者の変更を認めた規定を削除した理由となっている。これをみると、協議離婚を完全な私的協議にすることが優先されており、子どもの福祉を根拠とした国家関与の必要性はまったく認識されていない。

819条の提案理由は法典調査会での説明と同様で、人事編90条とほとんど変わりが無いという説

明のままである。裁判離婚の場合に裁判所の関与を認めている規定について、起草委員の1人である梅謙次郎の1916年『民法要義』をみると、品行の良くない親を監護者とする協議がなされる場合があるという例が示されているにすぎず、なぜそのような子の福祉に反する協議が裁判離婚に限定して想定されるのか明らかではない。しかし、末弘(1926:336)は協議離婚に裁判所の関与がないことを「民法の甚だしき欠点」と批判しており、法案審議過程でこの点が争点となっていないことは理解しがたい。

さて、旧民法に対して民法典論争でとくに問題とされたのは、日本人の起草した人事編と財産取得編中相続の部であった。しかし、子の監護規定について旧民法と比べてみると、民法典論争の影響で反動化・保守化したというものにはなっていない。旧民法では子の監護者は原則夫とされていたが、起草委員は離婚当事者の協議による決定を原則とする原案を提案し、それがほとんど議論されることもなくそのまま制定されている。ただし、果たしてこのような協議を重視した規定が民主的・近代的なものともみてよいか、ということもまた別の問題であろう。現実の夫婦間の協議が民主的に行われる保障はなく、実質的には夫専制で決定される可能性も高い。むしろ、そのような実情から協議を前提とした規定が反対もなく受け入れられたとも考えられる。

#### 4 まとめ

民法編纂のはじめから明治民法まで、離婚後の子の監護に関する規定を見てきた。変遷の概要は表1のようにまとめられる。

こうしてみると、編纂初期にはフランス民法の影響が大きく、離婚後の子の監護者を父母のいずれか、あるいは無責配偶者とする規定がみられる。また、届出に子の監護に関する決定事項を記載す

るよう求めた規定や、父母の資力に応じて監護費用を分担するよう定めた規定もみられ、離婚後の子どもの監護保障に対する配慮がみられる。しかし、民法制定にむけた本格的な審議過程に入ると家父長性格が強化され、旧民法では子の監護者は原則として夫と規定されている。そのほか、草案段階でみられた子の監護に関する規定は一切採用されず、監護権者以外には子どもの監護に関する規定は置かれていない。その後、民法典論争を経て、明治民法の制定段階になると、監護者は父母の協議による決定とし、決定がない場合は夫とするという修正案が提示され、それがほとんど議論されないまま受容され成立している。協議が重視されており、表面的には旧民法よりも家父長

性格が緩和され近代化した法規ともみられる。しかし、協議が必ずしも夫婦間で民主的に行われることが期待できない以上、実質的に家父長的な態度が温存されたとみることにもできる。また、明治民法では協議離婚の場合、子の福祉の観点から裁判所による監護者の変更を認める規定が削除されており、この点から、子どもの福祉に対する国家の関与は旧民法より後退したとみることにもできる。

結局、子どもの監護規定は明治民法制定までの過程において十分に議論されることはなく、民法のなかでも重要な位置を占めてはいない。子どもの監護は「家」（おもに夫の「家」）に委ねられており、離婚後の子どもの生活保障に関して、法はほとんど関心を示していないと考えられる。

表1 明治民法までの「離婚後の子の監護」に関する規定

年	法規・草案	協議離婚の子の監護		裁判離婚の子の監護		離婚後の子の監護に関するその他の規定
		監護者	届記載事項	裁判中の監護者	離婚後の監護者	
1872	皇国民法仮規則	何れか <sup>1)</sup>	監護者	父 <sup>1)</sup>	父 <sup>1)</sup>	—
1873	左院の民法草案	何れか <sup>1)</sup>	監護者	父 <sup>1)</sup>	原告 <sup>1)</sup>	—
1888	民法草案人事編 (第1草案)	—	子に関する処置	夫 <sup>1)</sup>	直者 <sup>1)</sup>	監護者 = 親権者、父母の資力に応じた負担
1890	民法草案人事編 再調査案	夫 <sup>1)</sup>	子に関する処置	夫 <sup>1)</sup>	夫 <sup>1)</sup>	監護者 = 親権者、父母の資力に応じた負担
1890	民法人事編	夫 <sup>1)</sup>	—	夫 <sup>1)</sup>	夫 <sup>1)</sup>	—
1886	民法修正案 (第1議案)	協議(定めなければ夫)	—	—	協議(定めなければ夫) <sup>1)</sup>	—
1898	明治民法	協議(定めなければ夫)	—	—	協議(定めなければ夫) <sup>1)</sup>	—

注1) 子の利益等のため、裁判所による変更が可能。

注2) 1873年の明治11年民法草案については、本稿では規定原文に接することができなかったため記載していない。

## 註

- 1) 766条が協議離婚に関する規定であり、これを裁判離婚においても準用することと規定しているのが771条である。そこで本稿では766条と771条を離婚後の子の監護規定として扱う。
- 2) 法制審議会民法部会（1996年1月16日）の「民法の一部を改正する法律要綱案」には、「子の監護に必要な事項」として、「1 父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及び交流、子の監護に要する費用の分担その他の監護について必要な事項は、その協議でこれを定めるものとする。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならないものとする。（以下略）」とある。
- 3) 法典調査会の議事速記録等の資料については、日本学術振興会の謄写本があるほか、商事法務研究会刊行の法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書』にも収められている。広中（1996：160-163）は商事法務研究会版の問題点として、写真版による複製ではなく組み版による複製のため、編集時に濁点や半濁点が付されていること、および誤字脱字などが訂正されていることの2点を指摘している。そして、商事法務研究会版は研究上の検索に用い、論文等での引用には日本学術振興会謄写本を用いるよう促している。これに従い、本稿でもはじめに商事法務研究会版に関連する文書を検索し、そののちに日本学術振興会謄写本が写真版で収められている「法典調査会記録」のマイクロフィルム（雄松堂書店製作、マイクロリール全62巻）を利用している。そのほかの草案や議事等については参照した資料どおりに表記している。

そのため、参照資料ですでに新字体に改められているものについては、本稿でもそれに従っている。但し、数字はすべて算用数字に改めて記してある。なお、表記のうち下線および囲みは筆者によるものである。

- 4) しかし、夫の一方的な意思だけで離婚が行われるものでもなく、現実には夫側の離婚する意思と妻側の離婚される意思との合致、協定の形をとるのが常態であったという。ただし、協議といっても交渉は当事者夫婦ではなく、夫の家と妻の家によって行われた（高柳1958：119）。
- 5) 高柳（1951：56-61）は、何が「やむ得ざる事故」に該当するかを検討している。
- 6) 伺・指令集としては、『法例彙纂』『民事要録』がある（小柳1998：6）。そのほかは慣習法によっていた。慣習については、『民事慣行類集』（1877年）『全国民事慣行類集』（1880年）がある。
- 7) 「民法決議」は石井（1979）に全文が掲載されている。
- 8) 東京大学法学部所蔵の「皇国民法仮規則」が、東京大学社会科学研究所より「日本近代法資史研究資料集第一」として写真版で復刻されている。本稿ではこれを参照した。ただし、第69条の「置ノ言渡シ」の前の文字が判別できなかった。本稿では推測によって「処」と記した。今後確認を必要とする箇所である。
- 9) ただし、川島・利谷（1958：7）も指摘しているとおり、1099条の次が2000条となっており、実際の条文総数は1184条である。
- 10) 「民法仮法則」は石井（1979）に全文が新字体で掲載されている。本稿ではこれを参照した。
- 11) 「左院の民法草案」は石井（1979）に全文が新

字体で掲載されている。本稿ではこれを参照した。

- 12) 「明治11年民法草案」については、筆者は現時点では規定全文ならびに該当の規定（離婚および子の監護に関する規定）を入手できていない。
- 13) 「民法草案人事編（完）」として「民法草案人事編九國對比」が前掲註3の雄松堂版マイクロリール41巻に収められている。本稿ではこれを参照した。同文書は前掲註3の商事法務版では16巻に掲載されている。そのほか「民法草案人事編理由書（上）（下）」が石井（1959）に掲載されている。
- 14) 「民法編纂に関する裁判所及司法官意見書」が前掲註3の雄松堂版マイクロリール39巻に収められている。本稿ではこれを参照した。同文書は前掲註3の商事法務版では16巻に掲載されている。なお、前田（1998：16注19）は「民法編纂に関する裁判所及司法官意見書」のうち、「法例并ニ人事編及ヒ獲得編ニ關スル意見書」は第1草案に対する意見だが、「民法草案人事編ニ關スル意見」「法例並人事編ニ關スル諸意見」「民法草案人事編意見追加」は法律取調委員会が1890年4月1日に政府に提出した人事編最終案（元老院提出案になる）に対する意見であろうと推察している。また、「法律取調委員會民法ニ關スル諸意見書綴込」が前掲註3の雄松堂版マイクロリール44巻に収められている。本稿ではこれを参照した。同文書は前掲註3の商事法務版では16巻に掲載されている。なお、前田（1998：16注19）は「法律取調委員會民法ニ關スル諸意見書綴込」のうち、「民法草案人事編獲得編諮問意見具申」（大阪控訴院長 兒島惟謙）から「民法人事編意見書」（大審院 刑事第一局）

までは第1草案に対する意見がやや遅れて具申されたものと見られるものが含まれており、それ以外は再調査案に対する意見であろうと推察している。

- 15) 中西の「民法草案意見」は「法律取調委員會民法ニ關スル諸意見書綴込」のなかにある。
- 16) 「民法草案人事編再調査案 完」は前掲註3の雄松堂版マイクロリール41巻に収められている。本稿ではこれを参照した。同文書は前掲註3の商事法務版では16巻に掲載されている。
- 17) 我妻（1969）を参照したため、新字体になっている。
- 18) 離婚に関しては、1893（明治26）年6月30日の民法主査会第8回で議題となっている。子の監護に関連する議論はなく、別居規定についての議論がなされたが、原案通り可決している。「法典調査會民法主査會議事速記録」は前掲註3の雄松堂版マイクロリール33巻に収められている。本稿ではこれを参照した。同文書は前掲註3の商事法務版では13巻に掲載されている。
- 19) 離婚を含む第4編全体が、1893（明治26）年7月4日の第3回法典調査会総会で議題となっているが、離婚に関する議論は行われていない。「法典調査會總會議事速記録」は前掲註3の雄松堂版マイクロリール35巻に収められている。本稿ではこれを参照した。同文書は前掲註3の商事法務版では12巻に掲載されている。
- 20) 1895年10月14日から12月13日まで親族編審議、未了。1896年1月8日から2月17日まで親族編審議、未了。1896年4月15日から5月25日まで親族編審議完了。相続編審議完了。1897年6月7日から12月17日まで整理会にて親族編・相続編審議。広中（1996：

141-144) 参照。

- 21) 民法修正案である「民法第1議案」は前掲註3の雄松堂版マイクロリール43巻に収められている。本稿ではこれを参照した。同文書は前掲註3の商事法務版では13巻に掲載されている。
- 22) 「第149回法典調査會議事速記録」は前掲註3の雄松堂版マイクロリール17巻に収められている。本稿ではこれを参照した。同文書は前掲註3の商事法務版では6巻に掲載されている。
- 23) 修正内容は「前2條ノ規定ニ依リテ離婚シタ者」を「協議上ノ離婚ヲ爲シタル者」としたことと、「夫」「妻」を「父」「母」としたことであり、いずれも表現上の訂正である。「第151回法典調査會議事速記録」は前掲註3の雄松堂版マイクロリール17巻に収められている。本稿ではこれを参照した。同文書は前掲註3の商事法務版では6巻に掲載されている。
- 24) 「第150回法典調査會議事速記録」は前掲註3の雄松堂版マイクロリール17巻に収められている。本稿ではこれを参照した。同文書は前掲註3の商事法務版では6巻に掲載されている。なお、本稿での引用部分に一部ひらがなが混じっているが（「夫婦ガ相談づくデ」）、雄松堂版マイクロリールにおいてもこの箇所はひらがなとなっているので、そのまま引用した。
- 25) 第149回法典調査会での発言。「第149回法典調査會議事速記録」は前掲註22のとおり。
- 26) 『民法修正案理由書』（明治31年6月刊行）東京博文館蔵版が『日本立法資料全集 別巻32』（1993年復刻版、信山社）に掲載されている。本稿ではこれを参照した。

## 引用文献

- 青山道夫, 1937, 「離婚と子の監護」『家族制度全集 法律篇 第2巻 離婚』河出書房, 245-270
- 青山道夫・有地亨編, 1989, 『新版 注釈民法 (21) 親族 (1)』有斐閣
- 福島正夫編, 1956, 『明治民法の制定と穂積文書』有斐閣
- 広中俊雄, 1996, 「日本民法典編纂史とその資料—旧民法公布以後についての概観—」『民法研究』第1巻, 137-170
- 星野通, 1943, 『明治民法編纂史研究』ダイヤモンド社
- 法務大臣官房司法法制調査部監修, 1984, 『日本近代立法資料叢書6』商事法務研究会
- 法務大臣官房司法法制調査部監修, 1988a, 『日本近代立法資料叢書10』商事法務研究会
- 法務大臣官房司法法制調査部監修, 1988b, 『日本近代立法資料叢書12』商事法務研究会
- 法務大臣官房司法法制調査部監修, 1988c, 『日本近代立法資料叢書13』商事法務研究会
- 法務大臣官房司法法制調査部監修, 1988d, 『日本近代立法資料叢書15』商事法務研究会
- 法務大臣官房司法法制調査部監修, 1989, 『日本近代立法資料叢書16』商事法務研究会
- 石井良助, 1958a, 「明治十一年民法草案 (一)」『法律時報』30-4: 96-97
- 石井良助, 1958b, 「明治十一年民法草案 (二)」『法律時報』30-6: 68-69
- 石井良助編, 1959, 『明治文化資料叢書 第3巻 法律編上』風間書房
- 石井良助, 1964, 『法制史 (体系日本史叢書4)』山川出版社
- 石井良助, 1979, 『民法典の編纂』創文社
- 川島武宜・利谷信義, 1958, 「民法 (上) 法体制準備期」鶴飼信成・福島正夫ほか編『講座日本近代法発達史5』勁草書房 2-48

- 小柳春一郎, 1998, 「民法典の誕生」 広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 全体的観察』有斐閣, 3-40
- 前田陽一, 1998, 「民法742条・802条（婚姻無効・縁組無効）」 広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 個別的観察（3）親族編・相続編』有斐閣, 1-52
- 宮崎孝治郎, 1937, 「協議離婚論」『家族制度全集法律篇 第2巻 離婚』河出書房, 49-83
- 宮崎孝治郎, 1962, 「フランス婚姻法」宮崎編『新比較婚姻法Ⅲアメリカ大陸（2）・ヨーロッパ（2）』勁草書房, 625-817
- 本沢巳代子, 1998, 『離婚給付の研究』一粒社
- 中川善之助, 1937, 「離婚法概説」『家族制度全集法律篇 第2巻 離婚』河出書房, 1-47
- 中川善之助, 1942, 「離婚問題」中川善之助『随想家』河出書房, 132-180
- 沼正也, 1998, 『親族法準コンメンタール 総論・総則〔新版〕』（沼正也著作集8）信山社
- 末弘敏太郎, 1926, 『民法講和 上巻』岩波書店
- 高柳真三, 1951, 『明治家族法史』日本評論社
- 高柳真三, 1958, 「明治民法以前の離婚法」中川善之助ほか編『家族問題と家族法3 離婚』酒井書店, 110-138
- 手塚豊, 1991, 『手塚豊著作集8』（『明治民法史の研究（下）』）慶応通信
- 東京大学社会科学研究所, 1970, 『皇国民法仮規則』（日本近代法史研究資料集 第1）東京大学社会科学研究所
- 梅謙次郎, 1984, 『民法要義 4 親族編』（明治45年版復刻）有斐閣
- 我妻栄編, 1969, 『旧法令集』有斐閣
- 『日本立法資料全集 別巻32』, 1993, 信山社