トヲ推定シ訴訟ニ依ルニアラサレハ否認スルコトヲ許サヽルハ夫ノ利益ヲ保護スルコト薄キニ失スルノ嫌アレハナリ此二箇ノ推定ニ因リ子ハ單ニ其出生前二百日乃至三百日ニ至ルマテノ間ニ於テ其中何レカノ時期ニ其母カ有效ノ婚姻ヲ爲シ居リタルコトヲ證明スルニ於テハ其他ニ何等ノ證明ヲ爲スコトヲ要セスシテ其母ノ夫カ自己ノ正當ノ父ナルコトヲ以テスルニアラサレハ之ニ對抗スルコトヲ主張スルコトヲ得ヘク其父ハ否認ノ訴ヲ以テスルニアラサレハ之ニ對抗スルコトヲ得サルナリ而シテ懷胎期間ノ計算ハ日ヲ以テ計算シ其計算方法ハ期間計算ニ關スル一般ノ規定ニ依ルモノトス(四)

○故ニ婚姻成立ノ日ハ之ヲ算入セス其翌日ヨリ起算シテ第二百日目ノ午前零時以後ニ於テ出生シタルモノハ前述ノ推定ヲ受クヘシ又婚姻ハ届出ニ因リテ成立スルモノナルカ故ニ此期間ハ婚姻ノ届出ヲ爲シタル翌日ヨリ起算スルコトヲ要ス婚姻ノ解消後又ハ取消後ノ出生ニ付テモ其期間ノ計算ハ亦之ニ準ス即チ其起算點ハ夫ノ死亡シ若ハ失踪ノ宣告ニ因リ死亡シタリト看做サルヽ日ノ翌日ヨリ又ハ離婚ノ届出ヲ爲シ若ハ離婚ノ裁判又ハ婚姻取消ノ裁判ノ確定シタル日ノ翌日ヨリ起算スヘキナリ

右ノ如ク夫レ嫡出子タルノ推定ヲ爲スハ婚姻中ニ懷胎シタルモノナルコトヲ要スルカ故ニ其懷胎カ婚姻ノ成立以前ニ在ルトキハ縱令其成立後ニ出生シタル者ナルモ此推定ヲ受クルコト能ハス懷胎期ノ最モ短キハ二百日ナリ故ニ婚姻成立ノ日ヨリ百九十九日内ニ生レタル者ハ婚姻中ニ懷胎シタルモノト推定セラルヽコトナク從テ夫ハ自ラ其子カ自己ノ出ナラサルコトヲ認ムルニ於テハ自由ニ其自己ノ子ナルコトヲ否認スルコトヲ得ヘシ此否認ハ裁判所ニ之ヲ訴フルコトヲ要セス夫ノ單純ノ意思表示ニ因リ最終ノ效力ヲ生スルモノニシテ又何等ノ證明ヲ要スルコトナシ夫若シ否認ヲ爲サヽルトキハ其子ハ嫡出子トナルコト論ヲ竢タサルカ如シ然ルニ婚姻ノ成立前ニ懷胎シ其成立後ニ於テ出生シタル子ハ當然私生子ニシテ夫ノ之ヲ認知スルニ因リ始テ嫡出子タル身分ヲ取得スルヤ若ハ其子ハ夫ノ之ヲ否認スルニアラサレハ當然嫡出子ト看做サルヽヤニ關シテハ民法ハ何等ノ明文ヲ設ケス純理ヨリ云フトキハ嫡出トハ婚姻中ニ懷胎シタルモノナルコトヲ意味シ婚姻以外ニ懷胎シタルモノヲ以テ嫡出子ト看做スハ法律ノ擬制ニ出ツルモノニシテ特ニ明文アルコトヲ要ス明文アルモノヽ外婚姻以外ニ懷胎

シタル子ハ嫡出子タル身分ヲ取得スルコト能ハサルモノト云ハサルヘカラス此理論ヨリ推及スルトキハ婚姻前ノ懐胎ニ因リ婚姻中ニ生レタル子ハ當然私生子ニシテ父ノ之ヲ認知スルニ因リテ始テ嫡出子タルノ身分ヲ取得スヘキモノト爲サヽルヲ得ス然レトモ此解釋ハ實際ノ事情ニ反シ又立法ノ精神ニアラサルヘキヲ信ス蓋社會ノ秩序ヲ維持シ善良ノ風俗ヲ紊ラサルカ爲メニハ努メテ私生子ヲ生スルコトノ少ナカラムコトヲ要シ而モ男女自然ノ情欲ハ法律ノ禁制ヲ以テ能ク抑止スル所ニアラサルカ故ニ其既ニ發生シタル過失ハ出來得ヘキ限リ後日ニ於テ之ヲ修補スルヲ得セシムルコトヲ要ス此趣意ニ基キ法律ハ婚姻前ノ私通ト雖モ其後ニ有效ノ婚姻ヲ爲スニ因リ子ニ付テハ之ヲ適法ノ結合ト看做セリ婚姻前ニ生レタル私生子カ其父母ノ後日ノ婚姻ニ因リ又ハ婚姻中之ヲ認知スルニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得スルコトヲ定メタルハ之カ爲メナリ從テ婚姻前ニ懐胎シタル子モ亦之ト同一ノ趣意ニ基キ其懐胎ハ婚姻ニ因リテ適法ノ懐胎ト看做サレ其出生ハ嫡出子トシテ出生シタルモノナリト爲サヽルヲ得サルヘシ現ニ獨逸民法ノ如キハ法文上ニ之ヲ明ニセリ從テ父カ其嫡出子タルコトヲ認メサルト

キハ別ニ否認ヲ爲スコトヲ要ス民法カ此場合ニ關シテ法律上ノ推定ヲ規定セサリシハ今ニ於テ多少說明ニ苦ム所ナキニアラサルモ或ハ其否認ヲ爲スニ別ニ反證ヲ擧クルコトヲ要セス單純ノ意思表示ヲ以テ足レリトセルニ因ルモノト爲スノ外ナキカ如シ故ニ嚴正ノ意義ニ解スルトキハ所謂嫡出子トハ懐胎カ婚姻ニ因リタル場合ノミヲ意味スト雖モ民法第四章第一節第一款ニ所謂嫡出子トハ斯ノ如キ嚴正ノ意義ニ用キラレタルニアラスシテ普ニ懐胎カ婚姻中ニ於テ生シタル場合ノミナラス出生ノ事實カ婚姻中生シタル場合ニ於テモ尚ホ之ヲ嫡出子ト看做セルモノト解釋スルヲ以テ穩當ナリト信スルナリ此解釋ニシテ過ナクムハ婚姻成立ノ後百九十九日以内ニ生レタル子ハ夫カ明示又ハ默示ヲ以テ其自己ノ子タルコトヲ承認シタルトキヲ除クノ外如何ナル場合ニ於テモ之ヲ否認スルコトヲ妨ケサルナリ佛民法、蘭民法ノ如キハ默示ノ承認ト看做スヘキ場合ヲ限定シ夫カ其妻ノ婚姻當時懐胎セルコトヲ知リテ之ト婚姻ヲ爲シタルトキ其他一二ノ場合ニ於テハ之ヲ否認スルコトヲ得スト爲セルモ妻ノ懐胎ヲ知リテ之ト婚姻ヲ爲スハ必スシモ其懐胎ノ自己ノ作爲ニ基クコトヲ承認シタルモノト看做スコトヲ

得サル場合アルヘク其他ノ場合モ亦或ハ其理由ナク或ハ我國ノ事情ニ適セサルヲ以テ民法ハ皆之ヲ採ラスシテ其承認アリタルヤ否ヤハ凡テ之ヲ事實ノ問題トセリ

又女カ再婚ヲ爲スニハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六个月ヲ經過シタル後ナルコトヲ要スルハ既ニ述ヘタルカ如シ(七六)而シテ女カ若シ其前姻ノ解消又ハ取消ノ後三百日内ニ分娩シタル場合ニ於テ其分娩カ再婚ノ成立ノ後百九十九日内ナルトキハ其前夫ノ嫡出子タル推定ヲ受クヘキコト勿論ナリト雖モ其女カ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六个月内ニ再婚ヲ爲シタルトキハ往々ニシテ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリハ三百日内、後婚ノ成立ノ日ヨリハ二百日後ニ於テ分娩スルコトアルヘシ此場合ニ於テハ法律上相衝突セル二樣ノ推定アルモノニシテ前述ノ規定ニ依リテハ其前夫ノ子ナルカ將後夫ノ子ナルカヲ推定スルコトヲ得ス獨逸民法ハ此場合ニ關シ前婚解消後二百七十日内ニ生レタル子ハ前夫ノ子トシ其以後ニ生レタル子ハ後夫ノ子ト定メタルモ此推定ハ前述ノ推定ト相矛盾スルモノニシテ事實ニ反スルコト少ナカラサルヘキヲ以テ民法ハ白耳義民法草案ノ規定

ニ倣ヒ此場合ニ關シテハ何等法律上ノ推定ヲ設クルコトナク又父ノ承認ヲ爲スコトヲ許サスシテ專ラ之ヲ裁判所ノ判斷ニ一任セリ蓋前夫及子ノ利益ヲ害スルノ恐アルヲ以テナリ故ニ民法カ努メテ裁判所ノ親族關係ニ干涉スルコトヲ避クルノ主義ヲ採リタルニ拘ラス斯ル場合ニハ裁判所ニ於テ之ヲ定メシムルモノトセリ而シテ裁判所ノ決定ニ對シテハ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ許サス(八二)

第二項　否認權

第一目　否認權ノ性質

婚姻中ニ懷胎シタル子ヲ以テ夫ノ子トスルハ法律上ノ推定ニ過キサルカ故ニ反證ニ因リ其推定ヲ覆スコトヲ許シ又前款ニ述ヘタル解釋ニ從ヘハ婚姻外ノ懷胎ニシテ婚姻中ニ生レタル者モ亦之ヲ嫡出子ト爲スモ是レ單純ノ推測ニ過キサルヲ以テ別ニ反證ヲ要セスシテ其推測ヲ覆スコトヲ許スモノトセサルヘカラス而シテ是等ノ場合ニ於テ夫カ自己ノ子タルコトノ推定ヲ覆スカ爲メニ付與セラレタル權利ヲ稱シテ否認權ト云フ前者ノ場合ニ於ケル否認權ヲ行フニハ裁判所ニ之ヲ請求スルコトヲ要ス之ヲ稱シテ否認訴權ト云フ而シテ否認權ハ原則トシテ

夫ノ一身ニ專屬スル權利ナリ子カ果シテ嫡出ノ子ナリヤ否ヤハ唯夫婦ノミ之ヲ知ルヲ得ヘキカ故ニ夫ノ生存中ニハ唯夫ノミ其權利ヲ有セサルヘカラス故ニ子ハ自ラ其嫡出ニアラサルコトヲ主張スルコトヲ得ス夫ノ相續人又ハ債權者モ此權利ヲ行フコト能ハサルヲ原則トス(八二)然ルニ人事訴訟手續法ハ此原則ニ對スル唯一ノ例外ヲ認メタリ即チ夫カ心神喪失者ナルトキ又ハ夫カ其否認權ヲ拋棄セスシテ死亡シタルトキニ於テハ其利益ヲ代表スル者ニ於テ此訴權ヲ行フコトヲ得セシムルモノト爲シタルコト是ナリ該法ノ規定ニ從ヘハ夫カ禁治產者ナルトキハ其後見人ハ親族會ノ同意ヲ得テ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク夫カ死亡シタルトキハ其子ノ爲メニ相續權ヲ害セラルヘキ者其他夫ノ三親等內ノ血族ニ限リ否認ノ訴ヲ提起シ又ハ夫ノ死亡前ニ提起シタル訴訟ヲ承繼スルヲ得ヘキモノトシタルヲ見ル(八二訴二九)但是レ果シテ親族法規定ノ精神ニ適合スルモノナリヤ否ヤ疑ナキコト能ハス

否認權ハ既ニ子カ自己ノ出タル推測ヲ覆スノ權利ナリ故ニ否認權ヲ行フハ自己ノ出タル推測ヲ受クル子アル場合ナルヲ要ス子カ自己ノ出タル推測ヲ受クルハ

婚姻中ニ懷胎シタル子ノ生レタルトキ是ナリ故ニ否認權ヲ行ヒ得ル場合ハ此二場合ニノミ限ルコト、知ルヘシ第八百二十二條ハ否認訴權ヲ規定ス從テ婚姻中ニ懷胎シタリトノ推定ヲ受ケル子ノ生レタル場合ノミヲ示シ其婚姻前ニ懷胎シ婚姻中ニ生レタル子ノコトヲ示スコトナシ是レ蓋婚姻前ニ懷胎シ婚姻中ニ生レタル子ハ訴ニ依ルヲ要セス之ヲ否認スルコトヲ得セシムルノ趣旨ニ基クモノナルヘシ即チ婚姻前ニ懷胎シタル子ニ對スル否認ニ付テハ何等ノ證明ヲ要セスト雖モ婚姻中ニ懷胎シタル子ニ付テハ婚姻ノ神聖ヲ保ツカ爲メ及子ノ利益ヲ保護スルカ爲メ充分ナル反證アルニアラサレハ容易ニ其推定ヲ覆スヘキニアラサルカ故ナルヘシ佛蘭伊其他ノ諸國ノ立法例ハ否認訴權ヲ行ヒ得ル場合ヲ離隔又ハ變災ノ爲メニ其全懷胎期中實際婦ト同居スルコトヲ得サリシ場合、全懷胎期中同居ノ無形的不能アリシ場合等ノ一二ニ限定シ是等特定ノ證憑ヲ備フルニアラサレハ否認訴權ヲ行フコトヲ許サヽルモノトセルモ法律ヲ以テ斯ノ如キ證憑ノ種類ヲ限定スルハ却テ事實ニ適合セサルコトアルヘク夫ノ利益ヲ保護スルニ充分ナラサルヲ以テ民法ハ多數ノ

立法例ト同シク之ヲ事實ノ問題トシ專ラ裁判所ノ認定ニ一任スルコトヽセリ然リ而シテ否認ノ效果ハ婚姻前ニ懷胎シ婚姻中ニ生レタル子ニ對シテハ夫ノ之ヲ否認シタルトキ及婚姻中ニ懷胎シタル子ニ對シテ否認裁判ノ確定シタルトキハ其子ハ其母ノ夫ニ對シテ其子ナラサルコト確定スヘキナリ從テ其子ハ母ノ私生子トナリ戶主及母ノ夫ノ同意アルトキハ其母ノ家ニ入ルコトヲ得ルモ若シ其同意ヲ得サルトキハ一家ヲ創立スヘシ其實父ニシテ若シ之ヲ認知シタルトキハ其父ノ庶子トナリ其戶主ノ同意ヲ得レハ父ノ家ニ入ルモノトス之ヲ要スルニ前述ノ解釋ニ從フトキハ否認權ハ婚姻前ニ懷胎シタル子ニ對シテハ夫ノ意思表示ヲ以テ之ヲ行ヒ婚姻中ニ懷胎シタル子ニ對シテハ裁判所ニ訴ヲ提起スルコトニ因リテ之ヲ行フヘク(八訴二七)而シテ否認ノ訴ハ子ヲ以テ其相手方トシ又未成年者ナルトキハ子ノ法定代理人ヲ以テ其相手方トシ夫カ自ラ子ノ法定代理人タル場合ニ於テハ裁判所ハ特別代理人ヲ選任スルコトヲ要スヘキナリ(三八二)

第二目　否認權ノ消滅

否認權ノ消滅スル場合ハ左ノ如シ

一　夫カ子ノ出生後其嫡出ナルコトヲ承認シタルトキ　嫡出ナルコトヲ承認スルハ即チ否認權ヲ行使セサル意思ヲ表示スルモノニシテ換言セハ否認權ノ拋棄ナリ而シテ承認ノ方法ハ明示タルト默示タルトヲ問フコトナシ但如何ナル場合ニ於テ默示ノ承認アリシヤハ專ラ裁判官ノ判斷ニ任ス然レトモ單ニ夫カ子ノ出生ヲ届出テタルコトヲ以テ默示ノ承認アリト云フコトヲ得サルヘキモ(戶七)夫カ其届出ヲ爲スニ當リ自ラ其子ノ父トシテ署名シタルトキハ明示ノ承認アリタルモノナルコト勿論ナルヘシ承認ニ因リ否認權ノ消滅スルハ子ノ出生後ニ於テ爲セルモノナルコトヲ要ス從テ懷胎中ニ於テ自己ノ出タルコトヲ承認スルモ否認權ハ之ニ由リテ消滅スルコトナシ蓋懷胎中ニ於テハ妻ハ往々自己ノ非ヲ掩フカ爲メニ懷胎ノ時期ヲ夫ニ隱蔽スルコトナシトセス而モ夫ハ懷胎ノ時期ヲ推知スルコト能ハサルカ故ニ子ノ實際ニ生レタル後ニアラサレハ其果シテ自己ノ出ナルヤ否ヤヲ推知スルニ由ナク動モスレハ妻ノ非行ヲ知ラスシテ不當ニ之ヲ承認スルノ弊アルヘキヲ以テ否認權カ之ニ因リテ直ニ消滅スルモノト爲スハ夫ノ利益ヲ保護スルコト薄キニ失スレハナリ(四八二)而シテ

承認ニ因リテ否認權ノ消滅スルハ婚姻中ニ懷胎シタル子ニ對スル場合ノミナラス婚姻前ノ懷胎ニシテ婚姻中ニ生レタル子ニ對シテモ亦然リ若シ又其承認カ詐欺又ハ强迫ニ基ケル場合ニ於テハ普通ノ法律行爲ノ例ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ(九六、一〇)其之ヲ取消シタル後ハ法定期間内ニ於テ否認權ヲ行使スルコトヲ妨ケサルナリ然レトモ未成年者又ハ禁治産者ノ爲シタル承認カ有效ナリヤ否ヤハ頗ル疑ハシキ問題タリ法定代理人ノ代理權ハ本來財産行爲ニノミ限ラレ身分行爲ニ關シテハ其代理權ノ及フ限ニアラサルヲ原則トスト雖モ民法ハ身分行爲ニ關シテモ法定代理人ノ同意ヲ要セサル事項ニ關シテハ明文ヲ以テ之ヲ規定スルノ主義ヲ採ル故ニ前述ノ承認ノ如キ其明文ナキモノニ至テハ頗ル疑アルコトヲ免レス惟フニ嫡出子ノ承認ハ私生子ノ認知ト等シク父母ノミ之ヲ知ルコトヲ得ヘキモノニシテ法定代理人ノ同意ヲ要スヘキ性質ノモノニアラス(八、二)加之子ノ身分ハ公益上努メテ速ニ之ヲ確定スルノ必要アルヲ以テ未成年者又ハ禁治産者ナルトキハ承認ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲スノ必要ハ毫モ之アルヲ見サルナリ故ニ明文ナキニ拘ラス嫡出子ノ承認ハ未

成年者又ハ禁治産者ノ爲シタル場合ト雖モ第四條及第九條ノ適用ヲ受ケスシテ後日之ヲ取消スコトヲ得サルモノト解スルノ正當ナルヲ信ス

二　一定ノ期間ヲ經過シタルトキ　否認權行使ノ期間ハ諸國ノ立法例一ナラス然レトモ之ニ普通ノ時效ヲ適用セス特別短期ノ行使期間ヲ定ムルコトニ至リテハ諸國皆其軌ヲ一ニスルモノヽ如シ蓋否認ハ其性質上子ノ出生後猶豫ナク之ヲ爲スヘキモノニシテ子ノ生レタル後多少ノ期間親子タル狀態ヲ繼續スルハ即チ默示ノ承認アリタルモノト看做シテ不可ナキノミナラス永ク子ノ身分ヲ不確定ノ狀態ニ置クハ相續權ノ所在ヲ不定ナラシムルヲ以テ公益上努メテ之ヲ避ケサルヘカラス加之出生後長キ期間ヲ經ルニ從テ動モスレハ證據ノ湮滅ヲ來シ子ノ身分ヲ確定スルコト極テ困難ナルヘケレハナリ佛蘭等ノ民法ハ此期間ヲ夫カ出生地ニ在ルトキハ出生後一个月、不在ナリシトキハ其歸來後二个月、出生ヲ隱蔽セシトキハ之ヲ知リタル後二个月トセルモ此期間ハ未タ訴訟ニ慣レサル我國現時ノ事情ニ照シテ短キニ過クルノミナラス事情ニ因リテ其期間ヲ區別スルハ煩雜ニシテ却テ實際ニ適應セス故ニ民法ハ一般ニ之ヲ一个

年ト定メ而シテ其期間ノ起算點ヲ其夫カ出生ヲ知リタル時トセリ(八五)婚姻前ノ懷胎ニシテ婚姻中ニ生レタル子ニ對スル否認權ハ前述ノ解釋ニ從ヘハ訴ニ依リテ之ヲ行フコトヲ要セサルヲ以テ期間經過ニ因リテ消滅スルコトナキカ如シ果シテ然リトセハ此種ノ子ニ對スル否認權ハ夫カ之ヲ承認セサリシトキハ何時ニテモ之ヲ行フコトヲ妨ケサルヤハ一ノ疑問ナリ夫カ子ノ出生ヲ戸籍吏ニ届出ツル場合ニ於テハ其私生子ナルカ若ハ嫡出子ナルカヲ區別シテ届出ツルヲ要ス(八六)故ニ若シ夫カ自テ其届出ヲ爲セルトキハ其届出ニ因リテ之ヲ承認スルカ又ハ之ヲ否認スルカノ意思ヲ表示スルコトヲ要スルモノニシテ斯ノ如キ疑問ヲ生スル恐ナシト雖モ夫カ若シ戸籍法ニ違反シテ届出ヲ爲サヽルトキ又ハ他人ヨリ其届出ヲ爲シタルトキハ(七一)此疑問ヲ決スルノ必要アリ速ニ子ノ身分ヲ確定スルノ必要ハ婚姻中ノ懷胎ニ因ルモノト否トニ因リテ差等アルコトナク否認權行使ノ期間ニ兩者ノ間ニ區別ヲ設クルノ理由ヲ認ムルコト能ハサルナリ故ニ余ハ第八百二十五條ニ於ケル規定ハ稍不備ニアラサルカヲ疑フ又否認權ノ行使ハ其性質上夫ノ一身ニ專屬スヘキモノニシテ法定代理

人ノ代リテ之ヲ行使スルコトヲ許サス然ルニ前述ノ行使期間ハ時效ニアラサルヲ以テ時效停止ニ關スル規定(八一五)ノ適用ヲ受ケス從テ夫カ無能力者ナルトキハ別ニ期間ノ猶豫ヲ與フルノ必要アルナリ是レ夫カ未成年者又ハ禁治產者ナリシトキハ其否認權行使ノ期間ハ其能力ヲ回復スル以前ヨリ其子ノ出生ヲ知リシトキハ其能力回復ノ時ヨリ一年內ニ能力回復ノ後ニ之ヲ知リタルトキハ其之ヲ知リタル時ヨリ一年內ニ於テ其訴ヲ提起スルコトヲ要スルコト、爲セシ所以ナリ(八二)第八百二十六條ニハ其未成年者ノ場合ト禁治產者ノ場合トニ依リ其規定ヲ異ニセリ蓋前者ノ場合ニ於テハ其成年者トナル前ニ既ニ其子ノ出生ヲ知リ居ルヲ普通トスルモ後者ノ場合ニ於テハ禁治產ノ取消後ニ於テ之ヲ知ルコト通常ナレハナリ前ノ場合ニ於テハ反對ノ證據アルマテハ成年ト爲ル以前ニ於テ既ニ之ヲ知リ居ルモノト推測シ後ノ場合ニ於テハ反對ノ證據アルマテハ禁治產ノ取消前ニハ之ヲ知ラサルモノト推測スルニ在リ而シテ人事訴訟手續法ハ夫カ禁治產者ナルトキハ其後見人ハ親族會ノ同意ヲ得テ否認ノ訴ヲ提起シ得ヘキコトヲ規定セリ(八訴八)故ニ禁治產者ハ其禁治產者タル間ニ於

テハ何時ニテモ法定代理人ニ依リテ訴ヲ提起シ得ベク其禁治産ノ取消サレテ更ニ一年間ハ自ラ其訴ヲ提起シ得ルコトハナレリ此補充ノ規定カ果シテ民法ノ精神ニ適合セルモノナリヤ否ヤハ甚タ疑ハサルヲ得サルナリ

第三款　繼親子關係

父ノ配偶者ハ母タリ母ノ配偶者ハ父タルヲ以テ一家構成ノ常態ト爲スト雖モ父母ノ一方ハ時ニ或ハ死亡ニ因リ或ハ離婚ニ因リ或ハ又婚姻ノ取消ニ因リテ他ノ一方ト夫婦關係ヲ失フコトアリ而シテ其夫婦關係ヲ失ヒタル者更ニ他ノ男若ハ女ト婚姻ヲ爲ストキハ父ノ配偶者ニシテ母ナラサルモノ若ハ母ノ配偶者ニシテ父ナラサルモノヲ生ス其母若ハ父ナラサル配偶者ト他ノ一方ノ配偶者ノ子トノ關係ハ姻族關係タルニ過キサルニ拘ラス一家ノ組織ニ於テ配偶者ノ雙方ハ同一家族團體ニ在リ又ハ在リ得ヘキ子ニ對シテ同一樣ノ關係ヲ有スヘキハ我國家族制度ノ慣例ナリ是ニ於テ父ノ配偶者ニシテ母ニアラサルモノト母ノ配偶者ニシテ父ニアラサルモノト同一家族團體ニ在ル子トノ間ニ親子間ニ於ケルト同一關係ヲ生セシメ(八七二)其關係アル者ニシテ母ノ配偶者ナルトキハ之ヲ繼父トシ父ノ配偶者ナルトキハ之ヲ繼母トス蓋父又ハ母ヲ繼クノ義ニ出ツルナリ而シテ之ニ對シテ其關係アル子ヲ繼子ト云フ但繼子ナル稱呼ハ從來法律上ノ公稱ニアラス其之ヲ公稱ト爲シタルハ民法ヲ以テ最始トス蓋實親子ノ間ハ情アリテ義生シ繼親子ノ間ハ義アリテ情生ス而シテ繼親子間ニ義アリト爲ス所以ノモノハ子ノ父若ハ母カ繼親ノ配偶者タルカ故ニ外ナラス是ヲ以テ繼父トハ母ノ後夫繼母トハ父ノ後妻ニシテ子ト共ニ同一ノ家族團體ニ在リ又ハ在リ得ヘキ者ヲ指示スルヲ以テ本體トナスヘキナリ第七百二十八條中繼父母ト繼子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スト規定ハ繼親子關係ノ範圍ニ付キ二樣ノ解釋ヲ爲スコトヲ得ルノ嫌アリ其一ハ即チ繼父母ト繼子トノ間ニ於テ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スルモノト爲ス已上ハ繼父母及繼子ハ法律上實ノ親子ト同一ナルカ故ニ繼子ト繼父母ノ血族トノ間及繼子ノ直系卑屬ト繼父母及血族トノ間ニモ當然血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スヘシト爲スニ在リ其二ハ該條ノ規定ハ單ニ繼父母ト繼子トノ間ノミニ付キテノ親族關係ヲ定メタルモノナルヲ以テ父母ノ血

族ト繼子トノ間等ニハ何等ノ關係ヲモ之ヲ及スヘキモノニアラスト爲スニ在リ然レトモ余ハ此第二ノ解釋ニ依ルノ至當ナルヲ信ス其故ハ他ナラス第七百二十七條中養子緣組ニ因ル親族關係ハ養子ト養親及其血族トノ間ニ生スルモノナルコトヲ規定セルニ拘ラス前顯第七百二十八條中ニハ繼父母ト繼子トノ間云々トアリテ繼父母及其血族トハ云ハサルノミナラス特ニ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係云々トアリテ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ト云ハサルノ一事ハ即チ親族關係ヲ生スル範圍ハ兩者ノ間區別アルコトヲ證スルニ足ルヘク殊ニ從來ノ服忌令ニ於テ繼父母ノ血族中死亡者アルモ繼子ハ忌服ナシトアルヲ以テ之ヲ見ルモ慣例ノ如何ヲ知ルヘケレハナリ故ニ例ハ繼親ノ父母ト繼子トノ間ニハ繼祖父母、繼孫ノ關係ヲ生スルモノニアラス繼親ノ兄弟、姉妹ト繼子トノ間ニ於テモ亦何等ノ親族關係ヲ生スルコトナシ從テ養子緣組ニ因リ生スル親族關係トハ大ニ其範圍ヲ異ニスルモノトス然レトモ繼子ノ直系卑屬ト繼親トノ間ニハ繼子ヲ通シテ血族關係ヲ生スヘキハ當然ナリ唯第七百二十七條中養子緣組ニ因リテ生スル親族關係ハ養子ノ直系卑屬ニ及スモノナルヲ明

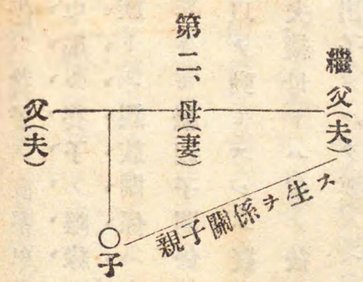
示セサルニ拘ラス其親族關係ハ養子ノ直系卑屬ニ及フモノナルコトハ第七百三十條第三項中養子ノ直系卑屬カ養子ノ離緣ニ因リテ之ト共ニ養家ヲ去リタルトキハ其者ト養親及其血族トノ親族關係ハ之ニ因リテ止ムトノ規定ヨリ之ヲ推セハ自ラ明ニスルヲ得ヘキモ繼親子關係ノ消滅原因ヲ規定セル第七百二十九條ニハ斯ル規定ナキヲ以テ動モスレハ疑義ヲ生シ易キニ似タリ

右ノ如ク夫レ繼父トハ母ノ後夫、繼母トハ父ノ後妻ヲ謂フモノトスレハ第一ニ繼子タルヘキ者ハ前配偶者ノ嫡出子タルヲ要スヘキコト當然ノ結果ナリ何トナレハ母ノ後夫及父ノ後妻ハ前婚ナクシテ生スヘキ理由ナケレハナリ殊ニ一方ニ嫡母庶子ノ關係ヲ以テ親子關係ト爲スノ慣例制度ノ存スル點ヨリ之ヲ見ルモ私出親ニ繼親子關係ヲ認メサルコト明ナリ是故ニ例ハ一家ノ內甲男ノ前妻タリシ乙女ノ子ト其後妻タル丙女トノ間又ハ入夫或ハ壻養子等ノ場合ニ於テ甲女ノ前夫タリシ乙男ノ子トノ間ノ如キ其子ハ皆前配偶者ノ嫡出子ナルヲ以テ當然繼親子タル關係ヲ生スヘキモ其子ニシテ前配偶者ノ庶子若ハ私生子ナルトキハ縱令同一ノ家族團體ニ在ル者ト雖モ唯姻族關係アルニ過キスシテ繼

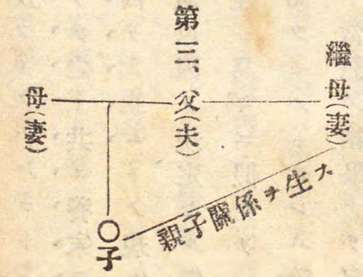
親子ノ關係ヲ生スルコトナシ從テ庶子ノ父及私生子ノ母ノ配偶者ハ幾タヒ變更スルコトアルモ繼親子關係ヲ生スルモノニアラサルナリ但夫ノ庶子ニシテ同一家族團體ニ在ルモノニ限リテハ其子ト父ノ妻トノ間ニ親子關係ヲ生スルモノトス嫡母、庶子關係是ナリ今此關係ヲ圖ニテ示サハ左ノ如シ

第一、

第二、



第三、



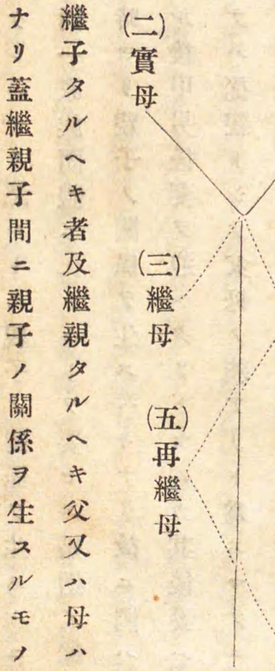
右ノ圖例ニ示スカ如ク第一、第二及第五ノ場合ニハ法定血族關係ヲ生スルモ第四及第五ノ場合ニハ此種ノ關係ヲ生スルコトナシ而シテ第一及第三ノ場合ニハ子ハ父家ニ在リ第二ノ場合ニハ子ハ母家ニ在ルコトヲ要ス本來嫡母ト其夫ノ庶子ニシテ同一家族團體ニ在ル者トノ間ニ法定血族關係ヲ認ムルモ已上ハ夫ト其妻ノ私生子ニシテ同一家族團體ニ在ル者トノ間ニモ同種ノ關係ヲ生スルモノト爲スヘキハ當然ナルカ如シト雖モ父方ヲ以テ親族ノ基礎トナシ而モ男尊女卑ヲ主義トスル親族制ノ然ラシムル所夫ノ庶子ト妻ノ私生子トノ間ニ右ノ如キ區別ヲ設

第四、

第五、

ケタルノミ是ヲ以テ男女同等ヲ法律ニ於テ認ムル今日ヨリ之ヲ見レハ其不權衡ナルコト論ヲ竢タス

第二ニ繼親タルヘキ者ノ實母又ハ實父ノ配偶者タルヲ要スルコトモ亦當然ノ結果ナリ若シ夫レ然ラスムハ所謂親子ノ義ナルモノ生スヘキ理ナケレハナリ然レトモ慣例ニ徵スルニ子ノ實父若ハ實母死去ノ後ト雖モ其配偶者トノ間ニ存スル親子ノ關係ハ依然存續スルモノト爲スノミナラス其繼父又ハ繼母タル者カ更ニ妻若ハ夫ヲ迎フルトキハ其妻若ハ夫ト前妻又ハ前夫ノ子トノ間ニ親子關係アルモノトシ尙ホ又再繼父母即チ繼父カ繼母ノ死去若ハ離婚ニ因リ更ニ迎ヘタル妻、又其妻カ繼父ノ死去若ハ離婚ニ因リ更ニ迎ヘタル夫トノ右ノ子トノ間ニモ亦同樣ノ關係ヲ生スルモノト爲スモノヽ如シ是レ蓋一タヒ親子ノ關係ヲ生シタル已上ハ繼父母ト雖モ亦實父母ト同一ノ義アルモノト爲スヲ穩當トスルノ觀念ヨリ前述シタル所ノ繼親タルヘキ父又ハ母ハ繼子タルヘキ者ノ實母又ハ實父ノ配偶者タルヲ要スルノ條件ハ擴張セラレ遂ニ繼父又ハ繼母ノ配偶者カ實母若ハ實父ニアラサル場合即チ繼親或ハ養親タル場合ニ在リテモ之ヲ實ノ親ニ擬シテ尙ホ親子關係ヲ認ムルコトヽナシタルモノニ外ナラス故ニ例ハ養子緣組ニ因リテ他家ニ入リタル者養父死亡シ又ハ離婚若ハ離緣ニ因リテ其家ヲ去リタル後其養母更ニ他ノ入夫ヲ迎ヘタル場合ノ如キ又實母ノ死亡ニ因リテ實父他ノ女ヲ娶リテ後妻ト爲シタル後實父又死去シ而シテ其後妻即チ繼母カ他ノ入夫ヲ迎ヘタル場合ノ如キ其入夫ハ家ニ在ル子ニ取リテ繼父タルヘキナリ今此關係ヲ圖ニテ示サハ左ノ如シ



第三ニ繼子タルヘキ者及繼親タルヘキ父又ハ母ハ同一家族團體ニ在ルヲ要スルコト是ナリ蓋繼親子間ニ親子ノ關係ヲ生スルモノトナスハ前述シタルカ如ク一家構成上ノ必要ニ基クモノナルヲ以テ繼親タルヘキ父又ハ母ト繼子タルヘキ者

トハ同一家族團體ニ在ルニアラサレハ其間ニ親子ノ關係ヲ生スルモノト爲スノ理由ナケレハナリ然レトモ親子ノ關係ヲ生スルニハ必スシモ婚姻ノ當時ニ於テ其子ノ同一家族團體ニ在ルコトヲ要セス婚姻ノ繼續中ニ其子カ家ニ入リタルトキハ其時ヨリ親子ノ關係ヲ生スヘキナリ故ニ例ハ甲男ノ前妻ノ子他家ニ養子トナリタル後甲男後妻ヲ迎ヘタリトセムカ其後妻ハ既ニ他家ニ入リタル前妻ノ子ニ取リテハ從親トシテ父母ノ義アリト爲スマテニシテ親子ノ關係ヲ生セスト雖モ其子ニシテ離緣ノ後復籍シタルトキハ始テ親子ノ關係ヲ生スルカ如シ然レトモ一タヒ親子關係ヲ生シタル已上ハ其子カ其家族團體ヲ離ルルコトアルモ親子關係ハ依然存續スルモノトス然ラハ則チ其子カ同一家族團體ニ入ル已上ハ其原因ノ如何ヲ問ハス親子關係ヲ生スヘキカ慣例審ナラスト雖モ服忌辨疑、服忌選注等ノ書ニ父ノ死亡後母、子ヲ連レテ他ヘ嫁スルトキハ其夫ヲ養育繼父ト云フモ服忌ナシトアルニ由リテ之ヲ觀レハ斯ノ如キ塲合ニ於テハ繼父母、繼子ト云フモ親子ノ關係ハ生セサルモノト爲サヽルヘカラス何トナレハ親子ノ關係ニシテ存在スルモノトセハ服忌ナキ理由アルヘカラサレハナリ殊ニ民法ニ於テハ所謂連レ

子ナル入家原因ヲ認メサルカ故ニ他ニ嫁シタル者カ前ノ婚家ニ在ル自己ノ卑屬親ヲ後ノ婚家ノ家族ト爲サムトセハ必ス第七百三十八條第二項ノ規定ニ依ラサルヘカラス而シテ此規定ハ婚姻若ハ養子緣組ニ依ラサル入家方法ノ一ニ屬シ其家ニ於ケル家族タル身分ヲ取得スルヲ得セシムルニ過キスシテ之ニ因リ配偶者ノ一方トノ間ニ親子關係ヲ生スヘキコトヲ認メタルニアラサルナリ之ヨリ推究セハ前配偶者ノ嫡出子ニシテ同一家族團體ニ在リテ其子ト後ノ配偶者トノ間ニ繼親子ノ關係ヲ生スルニハ其子ノ原有家籍カ一タヒ其家ニ存在シ而シテ現ニ其子カ同一家族團體ニ在ル塲合ニ限ルモノト爲サヽルヘカラス故ニ例ハ甲男アリ前妻ノ死去後乙女ヲ後妻トシ後乙女ハ前ノ婚家ニ在ル自己ノ子ヲ第七百三十八條第二項ニ依リ後ノ家ノ家族ト爲シタルカ如キ塲合ニハ其子トノ甲男トノ間ニ繼親子ノ關係ヲ生セサルナリ何トナレハ甲男ノ家ニ於ケル其子ノ家籍ハ獲得家籍ニシテ原有家籍ニアラサレハナリ之ニ反シテ一タヒ其家ニ原有家籍ヲ有シタル者ナル已上ハ一時他家ニ在リテ後復籍スルモ繼親子ノ關係ヲ生スルコトヲ妨ケサルモノトス例ハ甲男ト其妻トノ間ニ生レタル子カ他家ノ養子

ト爲リタル後其母即チ甲男ノ妻死去シタルヲ以テ甲男ハ乙女ヲ後妻トセリ然ルニ他家ニ養子トナリタル子離緣ニ因リ甲男ノ家ニ復籍シタルカ如キ塲合ニハ其子ト乙女トノ間ニ繼親子ノ關係ヲ生スヘシ蓋此塲合ニ於テハ身分ヲ回復スルモノナレハナリ但養子ハ養子緣組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノナルカ故ニ養子ハ繼子タルコトヲ妨ケサルハ論ヲ竢タス即チ例ハ養子ヲ爲シタル後、妻ノ死亡若ハ離婚等ニ因リテ更ニ後妻ヲ迎ヘタルトキハ其後妻ト前妻ノ養子トノ間ニ繼母子ノ關係ヲ生スルカ如シ從テ養父ノ後妻及養母ノ後夫ハ養子ノ繼親タルヘキナリ

然ルニ右ノ諸條件ニ對シテハ反對說ナキニアラス而シテ其反對說ハ主トシテ服忌令ノ註釋及維新已後府縣ノ伺ニ對スル太政官若ハ內務省ノ指令之カ材料タリ例ハ服忌令、選註分釋ニ依ルニ父ノ後妻ハ庶子ヨリ之ヲ繼母ト稱スヘキモノト爲スカ如キ又明治十二年十二月二十五日千葉縣ノ伺ニ對スル內務省ノ指令ニ私生子ト雖モ後ニ其母ト結婚シタル夫ヲ繼父ト稱スヘキコトヲ以テシタルカ如キ是ナリ即チ是等ノ材料ノ下ニ繼子タルヘキ者ハ前配偶者ノ嫡出子タルヲ要セサル

コト我國ノ慣習ナリト爲スニ在リ蓋服忌令ノ註釋ハ頗ル區々タリ又維新後府縣ノ伺ニ對スル指令ナルモノモ根據甚タ薄弱ニシテ同一事項ニ對スル指令必スシモ一定セス中ニハ佛國民法等ヲ引證シテ指令セルモノサヘ小ナシトセサルヲ見ルヿ是故ニ是等ノ材料ノミニ依リ我國ノ慣習ヲ斷定スルコトハ頗ル危險ナルヲ免レス從テ余ハ是等ノ材料ノミニ基キタル反對說ニ重ヲ置クモノニアラスト雖モ現ニ斯ノ如キ反對說ノアル已上ハ茲ニ聊辯明ヲ要スヘキヲ信スルナリ親族正名九親服屬諺解其他服忌令ニ關スル總テノ註釋ニ依レハ繼父トハ母ノ後夫、繼母トハ父ノ後妻ヲ云フトノ說明アリ此說明ニシテ果シテ正鵠ヲ得タルモノナラムニハ繼父若ハ繼母タルニハ必ス前婚アリタルコトヲ認メサルヘカラス何トナレハ母ノ後夫若ハ父ノ後妻ハ前婚ナクシテ生スヘキ理由ナケレハナリ然ルニ民法ニ於テハ嫡母ト庶子トノ間ニ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スルモノトシ又私生子ニ付テハ父又ハ母ノ認知アルニアラサレハ親子ノ關係ヲ認メサルモノトセリ從テ父ニ妻アルモ父ノ認知シタル私生子即チ庶子ニアラサレハ其父ノ妻ト庶子トノ間ニ親子關係ヲ生スルコトナク又母ニ夫アルモ其夫ニシテ母ノ私生

子ヲ認知スルニアラサレハ母ノ夫ト其私生子トノ間ニ親子關係ヲ生スルコトナキハ勿論タリ庶子若ハ私生子ノ初夫若ハ初妻ニ對シテ斯ノ如クナルニ拘ラス母ノ後夫若ハ父ノ後妻ニ對シテハ直ニ法律上親子關係ノ生スルモノト爲スハ抑如何ナル理由ナルカ余ハ實ニ了解シ能ハサルナリ殊ニ況ヤ服忌令ニ關スル註釋書中ニテモ服忌令提徑中嫡母ニ關スル說明ヲ見ルニ「嫡母トハ妾腹ノ子ヨリ本妻ヲ指シテ謂フナリ嫡母ノ養ヒニナル時ハ養母ト唱ヘテ又其後ニ迎ヘタルヲハ繼母ト謂フ初メノ本妻ノ養ヒニナラサルトキハ幾人替ハリテモ嫡母ト謂フナリ」トアルニ於テヲヤ之ヲ要スルニ假ニ從來ノ慣例ニ於テハ私出子タルモ尙ホ繼子タルコトヲ得タリト爲スモ認知制度ヲ認メタル民法ニ於テハ認知ニ依ラスシテ當然親子ノ關係ヲ生スヘキ理由ナシ而モ其認知ニ依リテ父子ノ關係定リ私生子ハ認知シタル父ニ對シテ庶子ト稱シ其庶子ヨリ父ノ妻ヲ嫡母ト稱シ嫡母庶子間ニ親子關係ヲ認ムルニ過キサルナリ又繼親子ノ關係ハ其繼親タルヘキ者ト繼子タルヘキ者ト同一家族團體ニ在ルヲ要セスト爲スモノアリ維新後ニ於ケル伺ニ對スル指令ノ如キ概ネ然ルヲ見ル然レトモ服忌令提徑ノ示ス所ニ依ルニ繼父又ハ繼

母ハ初ヨリ同居セサレハ子ニ服忌ナシトアリ此所謂同居トハ同一家族團體ニ在ルコトヲ意味スルヤ明ナリ即チ同一家族團體ニ在セハ其子トノ間ニ繼親子關係ヲ認メサルモノト云ハサルヘカラサルナリ現ニ元祿六年ニ追加セラレタル一條項中ニ「父ノ後妻ト通路致シ候得ハ對面無シトモ繼母ノ忌服可受之」トアリ而シテ服忌令提徑ノ解ニ「同居セサルカラニ繼母ノ名目ナシ故ニ父ノ後妻ト書カレタルナリ」ト記セルモノアルヲ見ル況ヤ同一家族團體ニアラサル已上ハ親子關係ヲ生スルモノト爲スノ必要毫末モ認ムヘカラサルニ於テヲヤ

第四款　準嫡親子關係

庶子ハ其父母ノ婚姻ニ因リ又私生子ハ父母ト稱スル者カ婚姻中ニ之ヲ認知シタルニ因リ嫡出子タル身分ヲ取得ス私出子又ハ嫡出子タル身分ハ子ノ出生ノ當時ニ於テ定ルモノニシテ其出生以後ニ於テ其身分ヲ變更スルハ一ニ法律ノ擬制ニ基ク此擬制ハ英國法ヲ除クノ外諸國民法ノ概ネ認ムル所ニシテ我國ニ於テモ維新以降ノ慣習ハ明ニ之ヲ確認セリ此擬制ヲ設クル立法上ノ理由ハ一ニハ努メテ

父母ノ過失ノ結果ヲ子ニ及サヽラムコトヲ期スルニ在ルト又一ニハ婚姻以外ノ懐胎ハ固ヨリ父母ノ過失ナルモ其父母カ後日ノ婚姻ニ因リテ其過失ヲ修補シタル以上ハ其懐胎ヲ以テ適法ノ懐胎ト看做シ法律上之ニ恩典ヲ與フルコトヲ以テ穩當ノ處置ト認ムヘキヲ以テナリ或ハ曰ク斯ノ如キノ恩典ハ却テ私通ノ奬勵ヲ招クノ恐アリト然レトモ男女自然ノ情欲タル單ニ其過失ヲ修補スヘカラスト爲スニ由リテ抑止シ得ヘキニアラス法律ノ禁制ノ能ク抑止スル所ニアラサル過失ハ寧ロ努メテ其過ヲ償フノ方針ニ依ルノ其當ヲ得タルモノナルハ疑ヲ容レサル所ナリ

然リ而シテ私出子カ嫡出子タル身分ヲ取得スルニハ二場合アリ一ハ父母其ニ婚姻前ニ於テ認知シタル子カ其父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子トナル場合ニシテ二ハ婚姻ヲ爲シタル後其婚姻中ニ於テ父母カ其私出子ヲ認知スルニ因リテ嫡出子トナル場合是ナリ此二場合ニ通シテ嫡出子タル身分ヲ取得スルニ必要ナル條件ハ(一)嫡出子タルヘキ子ハ父カ母ト其婚姻前若ハ其婚姻中ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ要ス其婚姻前ニ於テ父カ認知シタルトキハ其認知ニ因リテ其子ハ庶子トナリ

其父母ノ婚姻ニ因リテ當然嫡出子トナル婚姻前ニ未タ父母ノ雙方又ハ少ナクモ其一方ノ認知ヲ得サリシ者其婚姻中ニ於テ父母之ヲ認知シタルトキハ其認知ニ因リ當然嫡出子トナル婚姻中ニ於テ父母ノ認知シタル私生子ヲ嫡出子ト爲スコトハ佛、伊、蘭等諸國民法ノ認メサル所ナリ是レ蓋詐欺ヲ生シ易キニ因ルナリ即チ夫婦ノ間子ナキニ因リテ自己ニ屬セサル子ヲ認知シ斯ノ如クシテ養子ヲ爲スニ要スル條件ヲ具ヘスシテ嫡出子ヲ得ルノ弊生シ易ケレハナリ然ルニ我民法ニ於テハ廣ク養子制度ヲ認メ其之ヲ爲スニ多クノ嚴重ノ方式ヲ要セス從テ斯ノ如キ詐欺ヲ生スルノ恐少ナキノミナラス父母ノ法律ニ慣レサル者婚姻前ニ於テ認知ヲ爲スコトヲ怠ル者極テ多カルヘク是等ノ父母ニ對シ其婚姻以後ニ於テハ其子ヲ嫡出子ト爲スコトヲ得ストスルハ父母ノ利益ヲ保護スルコト薄キニ失スルヲ以テ民法ハ婚姻中ノ認知モ亦婚姻前ノ認知ト等シク嫡出子タル身分ヲ取得セシムルモノトス(二)子ノ父及母カ有效ノ婚姻ヲ爲セルコトヲ要ス取消シ得ヘキ婚姻ハ之ヲ取消スマテハ有效ノ婚姻タルコトヲ失ハサルヲ以テ嫡出子タル身分ヲ取得セシムルニ於テ完全ノ婚姻ト毫モ異ルコトナシ以上二箇ノ條件ヲ具フルニ於

テハ法律ノ規定ニ依リ當然嫡出子トナルモノニシテ父母カ之ヲ嫡出子ト爲スノ意思ヲ表示スルノ必要ナク又縱令反對ノ意思ヲ表示スルトモ尙ホ當然嫡出子トナル(八六三)但認知ニ對シテハ子其他ノ利害關係人ハ其取消ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(八四三)又嫡出子タル身分ハ婚姻前ニ認知シタル子ハ婚姻ノ日ヨリ、婚姻中ニ認知シタル子ハ其認知ノ日ヨリ發生シ其效力ハ既往ニ遡ルコトナシ前ノ場合ニ在リテハ婚姻ノ日ニ於テ、後ノ場合ニ在リテハ認知ノ日ニ於テ嫡出子トシテ出生シタルト同一ノ權利義務ヲ取得スヘシ故ニ婚姻又ハ認知ニ因リ嫡出子ト爲リタル者ハ其婚姻前又ハ認知前ニ生レタル嫡出子ニ對シテハ縱令事實年長者ナルモ法律上弟タルノ地位ニ在ルモノトス而シテ父母ノ婚姻又ハ婚姻中ノ認知ニ因リ嫡出子タル身分ヲ取得スルハ雷ニ生存中ノ子ノミナラス死亡シタル子モ亦嫡出子タル身分ヲ取得ス(八三一第二項)故ニ其死亡シタル子ノ直系卑屬ハ認知シタル父母ノ嫡出ノ孫ト爲リ其婚姻又ハ認知ノ日ヨリ嫡出ノ孫トシテ相續權其他ノ權利ヲ取得スヘシ

第五款　嫡母庶子關係

庶子ヨリ父ノ妻ヲ稱シテ嫡母ト云フ而シテ嫡母ト庶子トノ間ハ姻族關係ノ存スルニ過キサルモノナルモ民法ニ於テハ我國ノ慣例ニ從ヒ繼親ト繼子トノ間ニ於ケルト同シク親子ノ關係ヲ生スルモノト爲ス(八七二)是レ畢竟家族制度ニ伴ヒ夫方ニ重ヲ置クノ主意ニ出スルノミ而シテ此法定血族關係モ亦嫡母ノ血族ニ及ハス見ルモ明ナルノミナラス從來ノ服忌令ニハ忌服ナシトアルニ依ルモ慣例ノ如何ヲ知ルヘキニ足ルヘキナリ故ニ例ハ嫡母ノ父母ト庶子トノ間ニハ祖父母孫ノ關係ヲ生スルモノニアラス又嫡母ノ兄弟姉妹ト庶子トノ間ニ於テモ何等ノ親族關係ヲ生スルコトナシ從テ養子緣組ニ因リテ生スル親族關係トハ大ニ其範圍ヲ異ニスルモノト知ラサルヘカラス然ラハ即チ庶子ノ直系卑屬ト嫡母トノ間ハ如何此點ニ關シテモ繼子ノ直系卑屬ニ於ケル場合ト同シカルヘシ

嫡母庶子ノ關係ハ庶子カ其父ノ配偶者ト共ニ同一家族團體ニ在ル場合ニ於テノミ生スルモノナリヤ否ヤハ其慣例甚タ詳ナラス服忌令詳解、服忌令窺解等ニハ「嫡

母ハ對面無之ハ不可請服忌通路致セハ對面ナシトモ之ヲ請クヘシ」トアルノミ服忌令提徑ニ依ルニ「對面無之トハ妾服ノ子出生ノコトヲ未タ本妻ニ聞カセサルヲ謂ヒ通路セハトハ出生ノコトヲ本妻ニヒロメテ相互ニ音信ヲ通スルヲ謂フナリ在所ニテ出生ノ子江戸ノ本妻ニ未タ對面ハセサレトモ通路スルノ類ナリ」トアリ要領ヲ得サレトモ庶子カ同一家族團體ニアラサレハ親子關係ヲ認ムルノ必要ナキハ勿論實際ニ在リテモ同一家族ニ在リタルヲ信スルナリ故ニ例ハ庶子カ戸主ノ同意ヲ得サルニ因リ其父ノ家ニ入リタル後、父ノ婚姻前既ニ婚姻、養子緣組、分家、廢絕家再興等ニ因リテ其家ヲ去リタルトキハ親子ノ關係ヲ生セサルモ父ノ婚姻前ニ於テ庶子既ニ其家ニ在ルカ或ハ父ノ婚姻後庶子其家ニ入ルトキハ嫡母庶子ノ關係ヲ生スヘキナリ即チ庶子カ父ノ婚姻前ニ於テ既ニ其父ノ家ニ入ルトキハ婚姻ト同時ニ親子ノ關係ヲ生シ婚姻後ニ於テ其父ノ家ニ入ルト同時ニ此關係ヲ生ス而シテ此關係モ亦一タヒ生シタルトキハ庶子カ其家族團體ヲ離ルヽコトアルモ依然存續スルモノトナス夫レ然リ然ルニ嫡母カ離婚ニ因リ其家ヲ去リ又ハ死亡シタル場合ニ父カ更ニ後妻ヲ迎ヘタルトキハ其後妻ハ庶子ニ取リテ嫡母ナルヤ將又繼母ナルヤ服忌令詳解、服忌令窺解等ニ依レハ其後妻ハ繼母ナリト在ルヲ以テ之ヲ見レハ嫡母庶子ノ關係ハ當初ニ在リテ其關係ヲ生シタル當事者ノミニ限リテ存在スルモノト云ハサルヘカラサルカ如シ然レトモ繼子タルヘキ者ハ必ス嫡出子タルコトヲ要スト雖モ原則ヨリ云フトキハ右ノ場合ニ於テ繼母子ノ關係ヲ生スヘキ理由ナシ然ラハ則チ父ノ妻ハ幾度變更スルコトアルモ同一家族團體ニ在ル庶子ノ爲メニハ皆嫡母ナリト爲スコトヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト信スルナリ

第二章　養子緣組

第一節　養子制小史

太古ニ在リテハ人類團結ノ基礎ハ一ニ血緣ニ在リ其征服等ニ依リテ血緣ノ異ル者カ同一團結内ニ入リ來ル場合ニ於テハ常ニ治者ト服從者トノ關係ヲ生シ對等ノ國民タル能ハサリシト雖モ事實上ノ必要ハ必スシモ盡ク同一血緣ニ屬スル者ノミノ團結ヲ許サス血統ヲ重スルノ思想ハ祖先ノ祭祀ヲ絕タサルノ必要ヲ生シ祖先ノ祭祀ヲ司ル者ハ其血統ニ屬スル者ナラサルヘカラス而モ血統ハ往々ニシ

テ斷絶スルコトナシトセス是ニ於テカ血統ノ異レル者ヲ其團體中ニ入レ以テ祖先ノ祭祀ヲ繼續セシムル必要アリ然レトモ血統ノ異レル者ヲ團體中ニ入ルヽハ團結ノ基礎ヲ一ニ血統ニ置ケル思想ト相矛盾セルヲ以テ此矛盾ヲ調和スルカ爲メニ人爲ノ思想ヲ以テ血統ヲ假想シ血統ノ異レル者ヲ或方式ニ依リテ同一血統ニ屬スル者ニ擬スルノ風習ヲ生シタリ是レ實ニ養子制ノ起原ナリ之ヲ略言スレハ養子制トハ自然ノ血統ナキ者ニ人爲ノ擬制ヲ以テ血統アリト看做スノ制ニシテ血統ヲ重スルノ思想ト祖先ノ祭祀ヲ繼續スルノ必要トニ其起原ヲ發セルモノナリ祖先ヲ重スルノ思想ハ凡テノ太古ノ社會ニ普通ナルモノナルカ故ニ養子ノ制モ亦殆ト如何ナル社會ニ於テモ太古ニ於テ之アラサルナカリシナリ羅馬ニ於テモ此種ノ制度ノ行ハレタルコト頗ル頻繁ニシテ稱シテ Adoptio ト云ヘリ而シテ他家ノ家長タリシ者ヲ養子ト爲スヲ Arrogatio ト云ヒ他家ノ家族タリシ者ヲ養子ト爲スヲ狹義ノ Adoptio ト云フ我國ニ於テモ亦養子制ノ行ハレタルコト頗ル古キカ如シ史家ノ說ニ依レハ天祖天照太神カ皇弟素盞嗚尊ノ六男ヲ養フテ子ト爲セルヲ以テ養子制ノ始ト爲スモノアリ然レトモ上古ノ事邈トシテ考フヘカラス養子

制ノ稍具レルニ至リシハ律令選定ノ時ニ在ルニ似タリ大寶戶令ノ定ムル所ニ依レハ養子ヲ爲スコトヲ得ルハ男子タル子孫アラサル者ニ限リ女子ハ養子ヲ爲スヲ得ス其養子タル者ハ養親ノ四等親以上ノ血族ニシテ服穆ニ於テ合シ且養親ト年齡十五年以上ノ差アルモノナルコトヲ要ス服穆ニ於テ合スルハ子ト同列ノ親族ナルヲ謂フ例ハ兄弟ノ子、從父兄弟ノ子ノ如シ從父兄弟ハ自己ト同列タリ兄弟ノ孫ハ孫列ナリ共ニ之ヲ養子トス而シテ養子ハ嫡子ト同一ノ權利義務ヲ取得ス但父祖ノ蔭ニ籍リテ敍位出身ヲ得ルハ兄弟ノ子ノ養子ト爲リタルモノニ限ル遺產ノ分配等ニ付テハ全ク嫡子ト同シ遺棄ノ兒年三歲以下ナル者ハ異姓ト雖モ收養シテ其姓ニ從フコトヲ聽ス戶令ノ定ムル所ハ略ホ以上ノ如シ蓋養子制ヲ認ムルハ家ヲ繼承シ其祭祀ヲ絕タサルノ必要ニ基ク家ヲ繼續スルハ家ニ對スル緣故ノ最モ深キモノナラサルヘカラス家ヲ繼ク者ナキトキニ限リテ養子ヲ爲スコトヲ許シ且其養子タル者ハ同姓近親ノモノナルコトヲ必要トシタル所以ナリ其異姓ノ遺兒ヲ收養スルコトヲ許スハ專ラ慈惠ノ趣旨ニ出ツ武家ノ世ニ及ムテハ大寶ノ律令ハ又行

ハレス而シテ養子制ニ付テモ法令ノ具レルモノナシ然レトモ養子ノ行ハルヽコト益盛ニシテ女子ト雖モ子ナキ者ハ養子ヲ爲シ若ハ異姓ノ者ヲ養フテ子ト爲ス者頗ル多カリシハ疑フヘカラス維新以降ニ於テモ亦養子ノ行ハルヽコト頗ル頻繁ナリシハ人ノ知ル所ナリ

右ノ如ク我國ニ於ケル養子制ハ家ヲ存續スルノ必要ニ其源ヲ發シタルモノナルモ近代ノ習俗ニ於テハ養子ヲ爲スノ目的トスル所必スシモ家ヲ存續スルノ必要アルノミニ止ラス別ニ家ヲ繼承スヘキ者アル塲合ニ於テモ或ハ家女ト婚姻ヲ爲サシムルカ爲メニ養子ヲ爲スモノアリ所謂壻養子是ナリ或ハ單ニ其家ニ屬スル身分待遇ヲ得セシムルノ目的ヲ以テ爲スモノアリ例ハ社會階級ヲ異ニスル男女間ニ婚姻ヲ爲サムトスルトキ其女子ヲ養フテ自家ノ養女ト爲シ更ニ之ヲ其婚家ニ嫁セシムルカ如キハ頻繁ニ行ハルヽ所ナリ或ハ單純ノ愛情ニ基キ養ヒテ子ト爲スアリ是等ハ皆養子制ノ最初ノ本旨タル家督相續ノ爲メ必要ナル範圍ヲ脫セルモノナリト雖モ其我國ノ慣習ト爲レルコト既ニ久シク而シテ一朝之ヲ禁スルノ理由ナシ民法ハ即チ啻ニ家督相續人ヲ得ルノ必要アル塲合ニ於テ養子ヲ爲ス

コトヲ許セルノミナラス其必要ナキ塲合ニ於テモ亦一定ノ制限ノ下ニ於テ之ヲ爲スコトヲ許ス是レ一ニ我舊慣ヲ保存スルノ趣意ニ基クモノナリ其大寶令中ニ於ケル同姓近親ノ者ニアラサレハ養子ト爲スコトヲ許サヽル如キハ其慣習夙ニ消滅セルノミナラス家督相續ノ必要ニ出ツルニアラサルモノハ近親ノ者ニ之ヲ限ルノ理由ハ毫モ存在セス民法ハ固ヨリ斯ノ如キ制限ヲ認ムルコトナシ但無制限ニ養子ヲ爲スコトヲ許スハ或ハ人倫ヲ紊リ或ハ婚姻ヲ妨ケ或ハ相續權、遺留分等ヲ害スルノ虞ナシトセス本法ハ即チ諸種ノ制限ヲ認メテ以テ是等ノ害ヲ豫防セムコトヲ勉メタリ

養子制ハ外國ノ立法例ニ於テモ英、米等二三ノ國ヲ除ク外概ネ皆之ヲ認メサルナシ然レトモ歐洲諸國ノ養子制ハ頗ル我國ノ制度ト其趣ヲ異ニスルノミナラス其實例モ亦甚タ稀ナリ今其制度ノ一例ヲ示サムカ爲メ佛國養子制ノ大要ヲ擧ケムニ同國法ニ於テハ養子ハ之ヲ通常養子ト特別養子トニ區別シ特別養子ハ更ニ之ヲ遺言養子及酬恩養子ニ區別ス通常養子ヲ爲スノ要件ハ養親タル者ハ五十歳以上ノ者ニシテ嫡出ノ子又ハ卑屬親ヲ有セス養子ヨリ十五歳以上ノ年長ニシテ若

シ配偶者アルトキハ其配偶者ノ承諾ヲ得且其養子タルヘキ者ニ對シ其幼時ニ於テ少ナクモ六年間絕エス扶助保管ヲ與ヘタルモノナルコトヲ要ス養子ハ成年(滿二十一年以上)者タルコトヲ要シ其父母アルトキハ其同意ヲ得ルヲ要ス何人ト雖モ夫婦ニ對スル外二人以上ニ對シ同時ニ養子ト爲ルコトヲ許サス酬恩養子トハ戰鬪若ハ水火災ヨリ養親ヲ救ヒ出タシタル者ニ對シ其恩ニ酬ユルカ爲メニ之ヲ養子ト爲スモノニテ通常養子ノ如キ要件ヲ要セス養親タル者ハ成年者ナルコト養子ヨリ年長ナルコト、嫡出子又ハ嫡出ノ卑屬ナキコト、配偶者ノ承諾ヲ得ルコトノ四條件ヲ要スルノミ而シテ養子タル者ノ要件ハ通常養子ニ同シ遺言養子ハ好意後見人(無償ニテ未成年者ノ後見人タル者)カ遺言ヲ以テ被後見人ヲ養子ト爲スモノニシテ其要件ハ後見ヲ始メタル後五年ヲ經過セルコト、後見人カ被後見人ノ成年ニ達スル前ニ死去シタルコト、後見人カ嫡出ノ卑屬ヲ遺サヽルコト、養子タル者カ其承諾ヲ爲スコト等是ナリ養子タルノ效果ハ其實家ニ對スル家族關係ヲ脫スルコトナク又實家ニ於テ凡テノ權利義務ヲ保有シ而シテ之レニ加フルニ其養親トノ間ニ親子ノ關係ト類似ノ關係ヲ生スルモノナリ養子ハ其固有ノ氏ニ養親ノ氏ヲ加稱シ養親ニ對シテ其實子ト同一ノ相續權ヲ取得ス但養親ハ養子ニ對シテ相續權ヲ有セス養子ノ關係ハ專ラ養子ト養親トノ一身ノ關係ニ止リ養親ノ血族ニ對シテ相續權ヲ有セス蓋ヲモ生セサルナリ養子ト養親トノ間ニハ又相互ニ扶養ノ義務ヲ生シ又婚姻ノ不能力ヲ生ス以上ハ佛國法ニ於ケル養子制ノ大要ナリ其我國ニ於ケル養子制ト全ク趣ヲ異ニスルモノナルコトヲ知ルヘキナリ伊國ノ制亦殆ト佛法ニ同シク獨逸墺地利等獨逸法系ノ諸國ニ於テモ略ホ是レト類似ノ效果ヲ認ムルノミ歐洲諸國ノ現行制度カ全ク我國ノ制度ト趣ヲ異ニスルニ反シ古代羅馬法ニ於ケル養子制ハ其效果ニ於テ却テ我國ノ制度ニ近似セルモノアリ其方式等ニ於テ全ク我國ト異レルニ拘ラス其效果ニ至リテハ古代羅馬ノ「アドプチオ」ハ當ニ歐洲現行法ニ於ケルカ如ク養親、養子ノ間ニ民法上ノ親族關係ヲ發生セシムルニ止ラス養子ハ其養子タルコトニ由リテ其自然ノ家長權(パトリア、ポーデスタス)ヲ脫シテ養家ノ家長權ニ服從シタリシナリ之ヲ Adoptio plena ト云フ我國ノ養子モ亦當ニ親族關係ヲ發生スルノミナラス實家ニ於ケル家族關係ヲ脫シ其戶主權、實父母ノ親權ヲ脫シテ養家ノ家族ト爲

リ養家戸主ノ戸主權養父母ノ親權ニ服スルモノニシテ此點ハ初代ノ羅馬法ニ同シ羅馬ニ於テモヂャスチニアン帝以後ハ近世歐洲制度ノ如ク養子ハ唯養親トノ親族關係ヲ發生スルニ止リ其家長權ニ服從スルノ關係ヲ生セサルコトヽナレリ之ヲAdoptio minus plena ト云フ

養子緣組ノ性質

第二節　養子緣組ノ性質

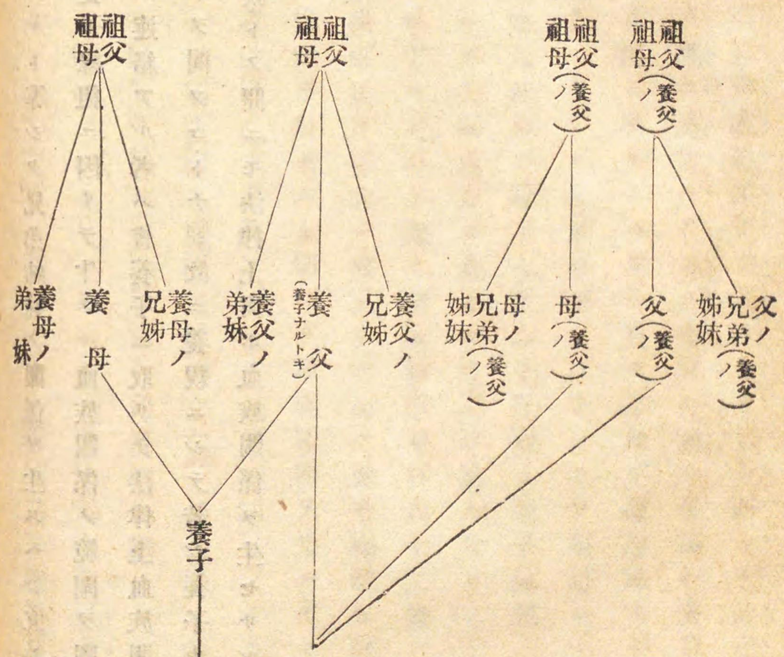
養子緣組ナル用語ニ二義アリ第一義ハ收養者及被收養者間ニ血族關係ヲ創設スル要式ノ行爲ヲ表示シ第二義ハ收養者及被收養者間ニ生スル所ノ血族關係自身ヲ表示ス換言スレハ第一義ハ一時的ノ事實ヲ顯シ第二義ハ繼續的ノ事實ヲ顯セリ我國從來ノ慣例ニ依レハ養子緣組ナル用語ヲ以テ第一義ニ用キルヲ常ト爲ス從テ民法ニ於テモ亦主トシテ其意義ヲ以テ養子緣組ナル語ヲ用キタルコトハ法文上自ラ明ナリト雖モ時ニ或ハ第二義ニ用キタル場合之ナシトセス離緣ナル用語ノ如キ又緣組ノ取消ナル用語ヲ以テ第二義即チ繼續的ノ關係ヲ表示スルモノト爲スニアラスムハ其意ヲ解スヘカラス而シテ第一義ニ依リテ養子緣組ヲ定義スルトキハ養子緣組ハ養親及其血族ト養子トノ間ニ血

族關係ヲ生セシムル合意ニ依ル法律行爲ナリト云フコトヲ得ヘシ但其關係タル婚姻ト同シク舊時ニ在リテハ賣買若ハ贈與ノ行爲ニ依リテ發生シタルモノナルモ時勢ノ變遷、人文ノ進化ト共ニ人類ヲ以テ賣買若ハ贈與ノ目的物ト爲サヽルコトヲ認メタルト共ニ當事者ノ共諾ニ因リ發生スルモノト爲スニ至レリ其因テ生スル血族關係ノ範圍ニ至リテハ前章ニ述ヘタルカ如ク法律制度ノ如何ニ依リ或ハ養子及養親間ニ止ルモノト爲スアリ或ハ養親ノ血族ニマテ及フモノト爲スアリテ一定セスト雖モ我民法ニ於テハ從來ノ制度、慣例ヲ斟酌シ其範圍ヲ養親及其血族ニマテ及フモノト爲ス是レ我國ノ養子制ハ家ニ重ヲ置クノ觀念ニ基テ今日ニ發達シ來リタルノミナラス實際一家ノ構成上ヨリ云フモ又養方ニ於ケル親族トノ情義ヲ濃厚ナラシムル上ヨリ云フモ其之ニ因リテ生スル親族關係ヲ獨リ養親ト養子トノ間ノミニ止ラシメス尚ホ養親ノ血族ニマテ及フモノト爲スノ必要アレハナリ舊來ノ慣習亦實ニ然リトス是レ即チ第七百二十七條ニ養子緣組ニ因リテ養子ト養親及其血族トノ間ニ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スルモノト爲シタル所以ナリ然レトモ養子ノ實方ニ於ケル血族ト養親又ハ其血族トノ

間ニハ何等ノ親族關係ヲ生スルコトナシ而シテ此關係ヨリシテ生スル效果ハ養子ノ直系卑屬ニ及フモノトス此故ニ例ハ養親ハ養子ノ子ニ取リテハ祖父母ト爲リ其子ハ養親ニ取リテハ孫ト爲ルカ如シ獨逸民法ニハ第千七百六十二條ニ養子緣組ノ效力ハ養子ノ直系卑屬ニ及フコトヲ明記セルモ我民法ニハ斯ル規定ナシ惟フニ獨逸民法ニハ第千七百六十三條ニ養子緣組ノ效力ハ養親ノ親屬ニ及ハスト明記セルヨリ其效力カ養子ノ直系卑屬ニ及フコトヲ示スニアラサレハ疑惑ヲ生スルノ恐アルヲ以テ特ニ前顯第千七百六十二條ノ規定ヲ置キタルモノナラム然レトモ我民法ニ於テハ前述セル如ク養子緣組ニ因リテ養子ト養親及其血族トノ間ニ血族關係ヲ生スルモノト爲シタルヨリ其關係ハ養子ノ直系卑屬ニマテ及フヘキハ當然ノ結果ナルヲ以テ特ニ之ヲ示スノ要ヲ見サリシノミ從來我國ノ慣例ニ於テハ女子ノ養子ハ特ニ養女ト稱シ養子ト云フトキハ男子ニ限レリ然レトモ民法ハ此慣例ヲ採ラスシテ一ニ養子ナル稱呼ヲ用キテ養女ヲモ包含セシムルコトヽセリ又法文中其血族トアル中ニハ法定血族ヲモ包含スヘキカ故ニ養子ト養親ノ他ノ養子又ハ繼子、庶子トノ間ニ於テハ養親ノ實

子ニ對スルト等シク兄弟姉妹ノ關係ヲ生スヘシ宜シク注意ヲ要ス

今茲ニ養子緣組ニ因リテ生スル血族關係ノ範圍ヲ圖ヲ以テ示サハ左ノ如シ即チ圖中線ノ連絡アル者ハ皆養子ニ取リテ法律上血族關係ヲ生シ其血族ノ養家ニ在ルト否トヲ問フコトナシ故ニ養親ニシテ若シ養子ナルトキハ其養親ノ實方ニ於ケル血族トノ間ニモ法律上尙ホ血族關係ヲ生セサルヲ得サルナリ



第三節　養子緣組ノ成立

第一款　總說

養子制ハ我法制ニ認ムル所ト歐洲諸國ノ法制ニ認ムル所ト其性質、目的及效果ヲ異ニスルカ故ニ從テ緣組ニ關スル要件ニ至リテモ相互ノ間ニ大差アルハ必然ノ結果ナリトス蓋歐洲諸國ノ法制ニ認ムル所ノ養子制ハ公益ニ關スルコト少ナキモ我法制ニ認ムル所ノ養子制度ハ公益ニ關スルコト大ナルヲ以テ緣組ノ性質上必要ナル條件ノ外緣組ヲ爲スニ尙ホ公益上夥多ノ條件ヲ必要トシ此兩種ノ條件ヲ合セテ之ヲ緣組ノ要件ト云フ而シテ此要件中ニハ之ヲ缺クカ爲メニ緣組ヲ初ヨリ無效タラシムルモノアリ又單ニ取消シ得ヘキモノトシテ足ルモノアリ或ハ唯禁止ニ止ムルモノアリ其輕重一ナラサルコト及重大ナル瑕疵アル場合ノ外單ニ取消シ得ヘキモノトシ而モ其取消ノ效力ヲシテ既往ニ遡ラシムルノ酷制ヲ避ケムトスルハ婚姻ニ於ケルト異ラス唯婚姻ノ要件ハ一二ヲ除クノ外當事者雙方ニ共通ノモノ多キニ拘ラス緣組ノ要件ハ全ク之ニ反シテ一二ヲ除クノ外當事者ノ收養者タルト被收養者タルトニ因リテ要件ヲ異ニスルモ

ノ多シ加之婚姻ノ當事者ハ夫婦タルヘキ男女二人ニ限ルモノタルモ緣組ノ當事者ハ少ナクモ二人多キハ四人ニ渉ルコトアリ即チ收養者及被收養者共ニ獨身者ナルトキハ緣組ノ當事者ハ二人タルヘキモ共ニ配偶者アルトキハ其當事者ハ四人ニ渉ラサルヲ得ス

第二款　絶對的成立要件

我民法ニ依ルニ養子緣組ノ絶對的成立要件ニ左ノ二アリ

一　當事者ノ養子緣組ヲ爲ス意思ノ欠缺セサルコト

養子緣組ノ成立ニハ當事者ノ承諾ノ全ク缺ケサルコトヲ必要トスルハ即チ婚姻ト同シク當事者ノ共諾ニ因リテ成ルモノト爲セハナリ既ニ養子緣組ヲ以テ當事者ノ共諾ニ因テ成ルモノト爲ス以上ハ其承諾ノ全ク缺ケタルトキハ其緣組ヲ無效ト爲サヽルヘカラサルハ勿論タリ(一八五)而モ夫婦ハ獨立シテ養子緣組ヲ爲スコトヲ得ス即チ夫婦共ニスルニアラサレハ養子ヲ爲スコトヲ得サルト共ニ夫婦共ニスルニアラサレハ養子ト爲ルコトヲモ得サルナリ其夫婦相共ニスルニアラサレハ養子ヲ爲スコトヲ得サルハ蓋養子ト養親トノ間ハ血族タル

親子ト同一ノ關係ヲ生スルモノナレハ夫婦各別ニ養子ヲ爲シ爲メニ夫婦ノ一方ニハ子ニシテ他ノ一方ニハ子ニアラサルカ如キ關係ヲ生セシムルハ養子制ノ本旨ニ反スルノミナラス家族ノ平和ヲ害スルモノニシテ又我舊慣ノ認メサル所ナレハナリ然レトモ單獨ノ男子カ養子ヲ爲シタル後初テ妻ヲ迎ヘタル場合ノ如キハ其妻ハ養子ニ取テハ養親ニアラス何トナレハ養子緣組ノ當事者ニアラサレハナリ單獨ノ女子カ養子ヲ爲シタル後夫ヲ迎ヘタル場合ノ如キ其夫ハ右ト同一ノ理由ニ依リ養親ニアラス又其夫婦相共ニスルニアラサレハ養子ト爲ルコトヲ得サルハ蓋夫カ其妻ト分離シテ他人ノ養子ト爲リ妻カ夫ト分離シテ他人ノ養子ト爲ルノ不當ナルハ婚姻ノ性質上當然ナレハナリ(八四一第一項)夫婦ノ一方ノ子ヲ引取リテ養子ト爲ス場合ニ於テハ其養子ト爲ルヘキ者ハ既ニ夫婦ノ一方トハ現ニ親子ノ關係アルモノナレハ之ヲ收養スルニ當リ夫婦相共ニ之ヲ養子ト爲スノ必要ナク唯其一方ノ承諾ヲ得ハ足レリトス(八四一第二項)但其養子ト爲ルヘキ者カ夫婦ノ一方ノ庶子又ハ私生子ナル場合ニ於テハ其既ニ親子ノ關係アルニ拘ラス夫婦相共ニ更ニ之ヲ養子ト爲スコトヲ妨ケサルヘシ此場合

ニ於テ若シ夫婦ノ一方ノ承諾ノミヲ以テ他ノ一方カ單獨ニ之ヲ養子トナシタルトキハ夫婦ノ一方ニハ嫡出子タル身分ヲ取得シ他ノ一方ニハ庶子又ハ私生子タル身分ヲ有スルノ結果ヲ生スルヲ免レサルヘキナリ之ヲ要スルニ夫婦相共ニ養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ル塲合ニ於テ其當事者タル夫婦ハ各自有效ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要スヘシ

然ルニ法律ハ緣組ノ意思表示ニ付キ二三ノ例外ヲ認メタリ即チ(一)夫婦ノ一方ハ或ハ心神喪失等ノ事由ニ因リ意思ヲ表示スルコト能ハサルコトアルヘシ此塲合ニ於テ尙ホ各自ノ意思表示ヲ必要ト爲ストセハ養子ヲ爲シ養子ト爲ルコトハ事實不能ナルノ結果ヲ生シ實際ニ於テ不便ヲ生スル恐アルヲ以テ法律ハ便宜上他ノ意思表示ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得セシム即チ夫婦ノ一方カ意思ヲ表示スル能ハサルトキハ他ノ一方ヲ以テ其法定代理人ト爲シ自己ノ意思ノミニ因リ雙方ノ名義ヲ以テ緣組ヲ爲スコトヲ許スモノトセリ換言スレハ此塲合ニ於テハ意思ヲ表示スルコト能ハサル夫婦ノ一方ハ自己ノ意思ニ因ラスシテ當然養親ト爲リ又ハ養子ト爲ルノ結果ヲ生スルナリ(二八四)(二)養子緣組ハ養親タルヘキ者及養子タルヘキ者ノ終生ノ身分ニ最モ重要ノ效果ヲ及スモノナルヲ以テ其各當事者ノ任意ノ意思表示ヲ以テ其絕對ノ要件トスヘキコトハ當事者ノ利益ヲ保護スルニ於テ至當トスヘキニ似タリ然レトモ我古來ノ慣習ニ於テ養子ハ幼少ノ時ヨリ養ヒテ子ト爲スコト最モ普通ナルノミナラス養子ハ以テ實子ニ擬スルモノナルヲ以テ力メテ相互ノ間ニ自然ノ愛情ヲ養成スルノ必要アリ而シテ愛情ヲ養成スルハ成ルヘク幼少ノ時ヨリ收養スルニ如カサルカ故ニ民法ハ此舊慣ニ依リ事實意思能力ナキ者ト雖モ之ヲ養子ト爲スコトヲ許セリ是ニ於テカ事實上意思能力ナキ者ニ對シテハ法律上之ニ代リテ其意思表示ヲ爲スヘキ者ヲ認ムルノ必要アリ即チ十五年未滿ノ者カ養子ト爲ルニハ其家ニ在ル父及母カ之ニ代リテ意思表示ヲ爲スヘキコトヲ許シ而シテ父母ノ一方カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、其家ヲ去リタルトキ、意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ意思ノミヲ以テ其子ノ意思ニ代フルコトヲ許シ其父母ノ雙方カ不明、死亡又ハ家ヲ去リ又ハ意思能力ナキトキニ於テハ其子ノ後見人及親族會ノ合致シタル意思ヲ以テ其子ノ意思ニ代フルコトヲ許シタリ故ニ例

ハ父母共ニ知レサル棄兒又ハ父母共ニアラサル孤兒ノ如キモ其後見人及親族會ノ同意ヲ得テ之ヲ收養シテ養子ト爲スコトヲ妨ケス其養子ト爲シタル後ニ於テ例ハ棄兒ノ如キ父母之ヲ認知スルモ其緣組ヲ取消シテ自ラ其子ヲ回復スルコトヲ得サルナリ且又父母カ戶主ナラサル場合ニ於テハ父母ノ承諾ニ加フルニ第七百五十條ノ規定ニ依リ戶主ノ同意ヲ要スルハ勿論ナリ父母カ戶主ノ同意ヲ得スシテ其子ノ爲メニ養子ト爲ルコトヲ承諾シタル場合ニ於テ其承諾カ有效ナリヤ否ヤ若シ有效ナリトセハ戶主ハ何人ニ對シテ該條第二項ノ制裁ヲ加フルヲ得ヘキヤハ疑問ナリ蓋父母ハ養子緣組ニ關シテハ其十五年未滿ノ子ニ對シ法律上ノ代理權ヲ有スルモノニシテ父母ノ意思ハ直接ニ子ノ意思タルト同一ノ效力ヲ生スルモノナリ故ニ父母カ戶主ノ同意ヲ得スシテ其子ノ爲メニ養子緣組ヲ承諾シタル場合ニ於テハ恰モ子カ自ラ其意思ヲ表示シタル場合ト同シク其養子緣組ハ戶主ノ同意ヲ得サルモ尙ホ完全ノ效力ヲ有シ而シテ戶主ハ其養子ト爲リタル子ニ對シテ右ノ制裁ヲ行フコトヲ得ルモノト解スルノ正當ナルヲ信スルナリ（八四三）但繼父母又ハ嫡母ハ承諾ハ親族會ノ同意アルニアラサレハ子ノ意思ニ代ルヘキ效力ヲ生セサルモノトセリ是レ繼子又ハ庶子ノ利益ヲ保護スルノ精神ニ出テ繼父母、嫡母カ子ノ不利益ノ爲メ濫ニ之ヲ他人ノ養子ト爲スノ弊ヲ防カムカ爲メニ外ナラス其繼父母又ハ嫡母カ緣組ニ承諾ヲ爲サヽル場合ニ於テハ十五年未滿ノ子ハ他人ノ養子ト爲ルヘキ途ナキコト實父母カ承諾ヲ爲サヽル場合ト同シカルヘシ（八四二）（三）尙ホ又民法ハ遺言ヲ以テ養子緣組ヲ爲スコトヲ許セリ蓋遺言ヲ以テ養子ヲ爲ス意思ヲ表示スルコトハ多數立法例ノ認メサル所ナリト雖モ家ノ存續ヲ重スルコト我國ノ如キニ在リテハ遺言ヲ以テ養子ト爲スヘキ者ヲ指定スルコトヲ許スハ實際ニ其必要アルヘク而シテ之ヲ禁スヘキ理由ノ存在セサルヲ以テナリ尤モ遺言養子ヲ爲スハ其遺言ヲ爲ス時ニ於テ養子ヲ爲ス能力アルコトヲ要ス即チ成年ニ達セル者ニアラサレハ養子ヲ爲ス遺言ヲ爲スコトヲ得サルナリ（一〇六三）遺言養子ノ效力ヲ生スルハ又遺言者カ死亡ノ當時ニ於テ養子ヲ爲ス能力アルコトヲ要ス故ニ遺言養子ヲ爲セル者カ若シ男子ヲ養子ト爲ス意思ヲ表示シタルトキハ其遺言者死亡ノ時ニ於テ之ニ法定ノ推定家督相續人タル男子アリタルトキハ其遺言

ハ當然效力ヲ失フヘシ遺言養子ヲ爲シタル者死亡シタル後其養子ト爲ルヘキ者又ハ第八百四十三條ノ規定ニ依ル法定代理人カ之ニ承諾ヲ爲サヽルトキハ其遺言ハ又當然效力ヲ失フヘキナリ若シ之ニ承諾ヲ爲シタルトキハ更ニ普通ノ緣組ト同一ノ方式ヲ以テ其届出ヲ爲スコトヲ要ス但此場合ニ於テハ養親タルヘキ者ハ存在セサルヲ以テ之ニ代リテ届出ヲ爲ス者アルヲ要スヘキニ因リ法律ハ遺言執行者(一一〇八二)ヲ以テ養親タルヘキ者ニ代リテ養子又ハ其法定代理人及定規ノ證人ト共ニ其届出ヲ爲スヘキモノトセリ遺言ニ依ル養子緣組モ亦届出ニ因リテ始テ其效力ヲ發生スヘキコト普通ノ緣組ニ同シト雖モ遺言ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ其效力ヲ生スヘキモノナルヲ以テ此場合ニハ緣組ハ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生スルコトヽセリ從テ遺言者ニ對スル相續權其地嫡出子タル身分ヨリ生スル權利義務ハ凡テ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ發生スヘシ(八四)但此場合ニ於ケル疑問ハ養子ト遺言者ノ生存配偶者トノ關係是ナリ蓋生存配偶者ハ養子緣組ノ當事者ニアラサルヲ以テ養親タルヲ得ス又遺言ハ遺言者ノ死亡後ニ效力ヲ生スルモノナレハ生存配偶者アルモ死亡ト共ニ婚

姻關係解消セル後ニ在ルヲ以テ養子ト生存配偶者トノ間ニハ姻族關係サヘ生スヘキ理由ナキニ似タリ是レ果シテ立法ノ本旨ナルヘキカ又我國ノ慣習ニ適合スヘキカ

二 戸籍吏ニ届出ヲ爲スコト

養子緣組ニ關スル方式上ノ要件ハ婚姻ニ關スル方式上ノ要件ニ等シク各當事者及成年ノ證人二人以上ヨリ自署セル書面又ハ口頭ヲ以テ戸籍吏ニ之ヲ届出ツルコトヲ要ス但養子ヲ爲サムト欲スル者ハ遺言ヲ以テ其意思ヲ表示スルコトヲ得此場合ニ於テハ遺言ノ執行者、養子ト爲ルヘキ者及成年ノ證人二人以上ヨリ其届出ヲ爲スコトヲ要スヘシ其他外國ニ在ル日本人間ニ於テ緣組ヲ爲サムトスルトキハ其國ニ駐在スル公使又ハ領事ニ其届出ヲ爲スヲ得ルコトノ如キ、緣組届出ニ對スル戸籍吏ノ義務ノ如キ皆婚姻ノ場合ト異ルコトナシ(八四七)(八四九)(八五〇)

第三款 相對的成立要件

我民法ニ依ルニ養子緣組ノ相對的成立要件ニ左ノ五アリ

一　養親タルヘキ者ハ成年已上ノ者ナルコト

我養子制ハ諸外國ノ制度ト異リ特種ノ發達ヲ爲セルモノニシテ其立法ノ精神ニ於テ彼此大ニ異ルハ既ニ述ヘタル所ナリ從テ其法定ノ要件ニモ亦差異ノ存スヘキハ當然ノ結果ナリ例ハ養親タル者ハ外國ノ立法例ニ依レハ通常四十歳乃至六十歳以上ノ年齡ニ達シタル者ナルヲ要スルモノ多シ是レ專ラ實子ヲ得ルコト能ハサル者ノ爲メニ養子制度ヲ認メタルニ由ルナリ之ニ反シ我養子制度ハ必スシモ實子ノ缺ヲ補フノ精神ニ出テタルニアラサルヲ以テ養親ノ年齡ヲ斯ノ如ク高ク限定スルノ必要ナク其舊慣ニ於テモ亦夙ク養子ヲ爲スコトヲ認メタリ故ニ民法ハ成年ニ達スルコトヲ以テ養親ノ年齡要件ト定メタルナリ其未成年者ニ養子ヲ爲スコトヲ許サヽルハ養子ヲ爲スノ行爲ハ本來養親自ラ爲スコトヲ要シ法定代理人ニ依リテ爲スコトヲ許スヘキコトニアラサレハナリ蓋其性質タル婚姻ノ行爲ト異リ自然ノ情慾ノ之ヲ促スモノナク未成年者ヲシテ之ヲ許スヘキ必要ナキノミナラス意思能力ノ未タ完全ナラサル未成年者ニ隨意ニ之ヲ爲スコトヲ許ス如キハ其利益ノ爲メ頗ル危險ナルヲ免レサレハナリ、但成年ニ達シタル者ナルト女タルトヲ問ハス又其戸主タルト家族タルトヲ問ハサルモノトス維新前ニハ養子ヲ爲スコトヲ得ルハ戸主タル者ニ限ルノ慣例アリタルヲ以テ舊民法ハ其舊慣ヲ採用シタルモ維新以後ノ慣例ハ此舊慣ヲ破リタルノ實アリ而モ養子制ヲ認ムルノ主意ハ必スシモ家督相續ノ必要ノミニ止ラサル已上ハ戸主タル者ニ制限スルノ必要ナキニ依リ民法ハ家族ト雖モ成年ニ達シタル者ニハ養子ヲ爲スコトヲ許シ又其既婚ノ者タルト否トヲ問ハサルモノトセリ人或ハ曰ク婚姻ヲ爲サヽル者ニ養子ヲ爲スコトヲ許ストキハ人類ノ生殖ヲ妨害スルノ弊ナキヲ保シ難シト然レトモ我舊慣ニ於テハ必スシモ養子ヲ爲スニ既婚者タルヲ必要トセサルノミナラス特ニ法令ヲ以テ間接ニ婚姻ヲ奬勵スルハ未タ其必要ヲ見ス況シテ養子ヲ爲シタル後ニ在リテモ婚姻ヲ爲スコトヲ禁スルニアラサルカ故ニ斯ノ如キ議論ハ畢竟杞憂タルヲ免レサルナリ（八三）

二　尊屬又ハ年長者ハ之ヲ養子ト爲スヲ得サルコト

抑養子ハ實ノ嫡出子ト法律上同一資格ヲ得ルモノナルヲ以テ自己ヨリ年長ノ

者ヲ以テ養子ト爲シ又ハ縱令自己ヨリ年少ナルモ尊屬ヲ養子ト爲スハ尊卑ノ秩序ヲ亂スモノナルカ故ニ法律ハ之ヲ禁スルコトヽセリ大寶ノ戶令中ニ養親ノ年齡ハ養子ヨリ十五歲以上年長ナルコトヲ要ストノ規定アリ外國ニ於テモ年齡少ナクモ十五年ノ差アルコトヲ要ストスルノ例多シト雖モ我國近代ノ慣習ニ於テ此條件ヲ必要トスルハ頗ル實際ニ適セサルモノアルヲ以テ民法ハ唯年長ナルヲ必要トシ其年齡ノ差ノ如何ハ之ヲ問ハサルモノト爲セリ年長トハ出生ノ時早キヲ謂フ故ニ同年ニ生レタルモノト雖モ其出生ノ日時遲キモノハ之ヲ養子ト爲スコトヲ妨ケサルナリ又現ニ親子ノ關係アルモノト雖モ嫡出子ノ外ハ之ヲ養子ト爲スコトヲ妨ケス故ニ庶子又ハ私生子ヲ改メテ養子ト爲スモ亦法律ノ禁スル所ニアラサルナリ(八二)(八三)但繼父母又ハ嫡母ノ血族ハ繼子又ハ庶子ト法律上親族關係ヲ認メサルヲ以テ右制限ノ範圍外タルヘシ

三　法定ノ推定家督相續人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ト爲スヲ得サルコト

法定ノ推定家督相續人タル男子アル者ハ女壻ノ爲メニスル外ハ男子ヲ養子ト爲スコト能ハサルモノト爲ス所以ハ他ナラス養子制ヲ認メタル立法ノ趣意必

スシモ家督相續ノ必要ニノミ基クモノニアラサルハ既ニ述ヘタル如シト雖モ推定家督相續人タル男子アル者カ更ニ男子ヲ以テ養子ト爲スハ或ハ其相續權ヲ侵害シ或ハ少ナクモ家族ノ平和ヲ害スル恐アルヲ免レサレハナリ即チ例ハ推定家督相續人カ庶子又ハ私生子ナル場合ニ於テハ嫡出子ハ庶子又ハ私生子ニ先チテ家督相續人タルノ權利ヲ有シ而シテ養子ハ嫡出子ト同一ノ權利ヲ取得スルヲ以テ推定家督相續人タル庶子又ハ私生子ハ男子カ養子ト爲ルニ因リ其相續權ヲ奪ルヽノ結果ヲ生ス又推定家督相續人カ嫡出子ナル場合ニ於テハ養子ハ緣組ノ日ニ於テ生レタルモノト看做サレ家督相續ニ關シテハ常ニ其既ニ推定家督相續人タル者ヨリハ年少ナリト看做サルヽモノナルヲ以テ推定家督相續人ノ相續權ハ之カ爲メニ害セラルヽコトナシト雖モ斯ノ如キ場合ニ於テ更ニ男子ヲ養子ト爲スハ實際其必要ヲ認ムルコト能ハサルノミナラス爲メニ家內ノ平和ヲ害スルノ恐アルヘシ且養子緣組ハ養親ヲシテ養子ニ對シテ監護敎育ノ義務ヲ負ハシムルヲ以テ之カ爲メニ其資產ヲ減シ以テ少ナクモ推定家督相續人ノ利益ヲ害スルヲ免レサルヘシ是レ即チ民法カ是等凡テノ場合ニ

男子ヲ養子ト爲スコトヲ禁セル所以ナリ法定ノ推定家督相續人ハ被相續人ノ家ニ在ル直系卑屬ナリ故ニ男子タル子又ハ孫又ハ曾孫玄孫等アリ且其家ニ在ルトキハ是等推定家督相續人ヲ廢除シタル後ニアラサレハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ス而シテ其子又ハ孫等ノ嫡出ナルト庶子又ハ私生子ナルトヲ問ハサルナリ其既ニ男子ヲ養子ト爲シタル者モ亦同樣ナリトス然レトモ此制限ニ付テハ余ハ甚タ疑惑ナキコトヲ得ス何トナレハ相續權ノ侵害ヲ妨クニハ必スシモ此制限ヲ要セス又或ハ一家ノ平和ヲ害シ或ハ養親ノ資產ヲ減スルカ如キコトハ男子アル家族カ養子ヲ爲ス塲合ニ在リテモ同一ニシテ而モ法律ハ之ヲ禁セサレハナリ

右ニ反シテ女子カ推定家督相續人ナル塲合ニ於テハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ妨ケス蓋此塲合ニ於テ男子タル養子ハ常ニ女子ニ先チテ家督相續ノ權ヲ有シ即チ女子ノ相續權ハ常ニ男子ヲ養子ト爲スニ因リテ奪ルヽモノナリト雖モ元來女子ノ戶主トナルハ家族制度上變例ニ屬スルヲ以テ法律ハ努メテ男子ヲシテ戶主タラシムルノ主義ヲ採レハナリ加之推定家督相續人タル男子アル者ト

雖モ女子ハ之ヲ養子ト爲スコトヲ妨ケス蓋家督相續ノ必要アルニアラスシテ例ハ他家ニ婚嫁セシムル便宜ノ爲メ女子ヲ養フテ養女ト爲スカ如キハ其實例頻繁ニシテ之ヲ認ムトモ男子ノ相續權ヲ害スルコトナキハ勿論其他ニ於テ多ク弊害ヲ生スルノ恐ナキヲ以テナリ又女壻ノ爲メニスル塲合ニ於テハ推定家督相續人タル男子アル者ト雖モ男子ヲ養子ト爲スコトヲ妨ケス是レ家督相續ノ必要アルニアラス特ニ男子ヲ養子ト爲ス必要アル塲合ニシテ例ハ推定家督相續人ノ姊又ハ妹ニ配セシムル爲メ壻養子ヲ爲スカ如キハ實際上其例頻繁ニシテ又之ヲ禁スルノ理由ナク而シテ此塲合ニ於テ推定家督相續人ノ相續權ハ其養子緣組ニ因リテ害セラルヽコトナシ(九七)但女壻ト爲ス爲メニ養子ヲ爲スハ養子緣組ヲ爲スト同時ニ現ニ家女ト婚姻ヲ爲サシムル塲合ナラサルヘカラス(司法省ノ意見ハ之レト異レリ)將來ニ於テ之ト婚姻ヲ爲サシムル目的ヲ以テ養子ヲ爲スハ壻養子緣組ニアラス蓋民法ハ婚姻ノ豫約ヲ認メス故ニ婚姻ノ豫約ヲ以テ養子ヲ爲スハ婚姻ニ關シテハ何等法律上ノ效力ヲ有セサルナリ(九八三)

胎兒ハ相續ニ關シテハ既ニ生レタル者ト看做サレ其懷胎ノ時ヨリ既ニ法定ノ

推定家督相續人タルヘキ能力ヲ有スルモノナリ然ラハ則チ推定家督相續人タルヘキ胎兒ノ懷胎中ニ於テ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ヘキヤ否ヤハ一ノ問題タラサルヲ得ス然ルニ民法ハ此場合ニ關シテ何等ノ明文ヲ設ケス蓋胎兒ノ懷胎中ニ於テハ未タ其男子タルヘキヤ否ヤノ明ナラサルヲ以テ直ニ推定家督相續人タルヘキ胎兒ノ懷胎中ニ於テ男兒ヲ養子ト爲スコトヲ得サルモノト解スルハ不當ナルヘシト雖モ懷胎中ニ於テ男子ヲ養子ト爲シタル後其出生シタル者カ男子ナリシトキニ於テ其養子緣組カ尙ホ完全ノ效力アルモノト爲ストキハ胎兒ハ相續ニ付テ既ニ生レタルモノト看做スノ規定アルコト及右ノ制限ニ於ケル立法ノ趣意ニ背戻セサルコトヲ得サルヘシ故ニ此場合ニ關シテハ胎兒ノ懷胎中ト雖モ男子ヲ養子ト爲スヲ妨ケス然レトモ其緣組ノ效力ハ未タ確定セサルモノニシテ其胎兒ノ出生ノ後男子ニシテ且推定家督相續人タル地位ニ在ルヘキモノナリシトキハ其緣組ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノト解釋スルヲ至當ナリト信ス但民法ニハ此場合ニ於ケル養子緣組ノ取消シ得ヘキモノナルコトヲ規定セス

四　後見人ハ被後見人ヲ養子ト爲スヲ得サルコト

後見人ハ被後見人ノ財產ヲ管理シ而シテ任務ノ終了後二个月內ニ其管理ノ計算ヲ爲スコトヲ要シ固ヨリ自己ノ爲メ之ヲ消費スルカ如キコトヲ許サス然ルニ若シ其任務繼續中又ハ任務終了後管理ノ計算ヲ終ラサル以前ニ於テ被後見人ヲ養子ト爲スコトヲ許サハ後見人ハ被後見人ノ能力足ラサルヲ幸トシ之ヲ養子ト爲シ其位地ヲ利用シテ計算ヲ曖昧ニスル弊アルヲ免レス從テ法律カ管理、計算ヲ命セル趣意ハ水泡ニ歸スルコトナキヲ保スヘカラス然レトモ遺言ヲ以テ被後見人ヲ養子ト爲ス意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ縱令後見ノ繼續中又ハ其計算ヲ了ラサル以前ニ死亡シタル場合ト雖モ其位地ヲ利用シテ計算ヲ曖昧ニスルカ如キ意思ヲ推測スルノ理由ナキハ勿論ナリ（〇八四）

五　尊屬又ハ之ニ代ルヘキ者ノ同意アルコト

民法ノ規定ニ依レハ同意ヲ爲スヘキ尊屬又ハ之ニ代ルヘキ者ノ順序左ノ如シ」

（一）　養子ヲ爲サムト欲スル者若シ其家ニ父及母アルトキハ其父母ノ同意ヲ得

ルコトヲ要ス

養子ハ縁組ニ因リテ養親ノ嫡出子タル身分ヲ得従テ養親ノ父母ニ對シテハ其嫡出ノ孫タル身分ヲ得之ニ對シ相互ノ間ニ相續權、扶養ノ義務其他種々ノ利害關係ヲ生スルモノナレハ其父母ノ承諾アルニアラサレハ養子ヲ爲スコトヲ得サルモノトスルハ當然ナリ其父母ノ一方カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ及意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ同意ノミヲ以テ足リ父母共ニ知レス、死亡シ又ハ家ヲ去リ又ハ意思表示ノ不能ナルトキハ第七百五十條ニ依リ戸主ノ同意ヲ得ルヲ要スルノ外何人ノ同意ヲモ要セスシテ養子ヲ爲スヲ得(八四六、七七二項、第三項)第七百七十二條第三項ハ未成年者ニノミ適用セラルヽモノニテ成年ノ子カ養子ヲ爲スニハ適用ナシ)特ニ第八百四十四條ノ法文ニハ「成年ノ子」トアルモ未成年ノ子ハ養子ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ其家ニ父母アル者カ養子ヲ爲ス總テノ場合ニ於テ該條ノ適用ヲ受ケ婚姻ニ關シテハ父母ノ同意ヲ要スヘキ者ノ年齡ヲ制限シタルモ養子ヲ爲スコトニ關シテハ年齡ニ拘ラス常ニ其同意ヲ要スルモノトシタリ(八

(四)但此要件ハ遺言養子ノ場合ニハ遺言ノ性質上其適用ナカルヘシ

(二)滿十五年以上ノ子カ養子トヲ爲ラムトスルトキハ其家ニ在ル父及母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

法律ハ滿十五年未滿ノ者ニ在リテハ全ク養子緣組ヲ爲スノ意思能力ナキモノト看做シ縱令事實上意思能力アルモ法律上之ヲ以テ有效ノ意思ト看做スコトナシト雖モ滿十五年以上ノ者ハ自ラ有效ノ意思ヲ表示シ得ルモノトシ唯父母ノ同意ヲ要スルコトヽセリ故ニ十五年未滿ノ子ニ對シテハ父母ハ其子ノ意思ニ反シテ之ヲ他人ノ養子ト爲スコトヲ得ルモ十五年以上ノ子ハ其意思ニ反シテ之ヲ他人ノ養子ト爲スコトヲ得ス而シテ滿十五年以上ノ者ハ其年齡ニ拘ラス常ニ其父母ノ同意ヲ要スルナリ父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ同意ノミヲ以テ足リ父母ノ雙方カ右同樣ノ場合ニ於テハ未成年者ハ後見人及親族會ノ同意ヲ得テ養子ト爲ルコトヲ得其成年ノ子ハ何人ノ同意ヲモ要スルコトナシ(八四四、八四六、七七二項及第三項)而シテ此要件ハ遺言養子トシテ

承諾スル場合ニモ亦其適用アルヘキカ

(三) 以上二箇ノ場合ニ於テ繼父母又ハ嫡母カ其子ノ養子緣組ニ同意セサルトキハ子ハ親族會ノ同意ヲ得テ養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ルコトヲ得ヘシ其立法ノ趣意ハ婚姻ノ場合ニ同シ

(四) 養子緣組又ハ婚姻ニ因リ他家ニ入リタル者ハ實家ニ復籍セスシテ直接ニ其養家又ハ婚家ヨリ更ニ他家ニ養子ト爲ルヲ許スコトハ余既ニ之ヲ述ヘタリ此場合ニ於テモ前場合ト同一ノ理由ニ依リ實家ノ父母ノ同意ヲ得ルコトヲ必要トス但夫婦養子ノ場合ニ在リテハ妻ハ當然夫ニ隨テ其家ニ入ルヘキモノナレハナヲ要セサルヘシ何トナレハ妻ノ一方カ知レス、死亡シ、家ヲ去リ又ハ意思表示ノ不能ナルトキハ他ノ一方ノ同意ヲ得ルヲ以テ足リ其雙方カ同樣ノ場合ニ於テハ未成年者ニ限リ後見人及親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス其實家ニ在ル父又ハ母カ繼父母又ハ嫡母ニシテ其同意ヲ爲サヽルニ於テハ親族會ノ同意ヲ得テ養子ト爲ルコトヲ得ヘシ(五八四)

(五) 禁治產者ハ一時心神ヲ回復セルトキニ於テハ後見人ノ同意ヲ得スシテ緣組ヲ爲スコトヲ得ルハ婚姻ニ付キ第七百七十五條ノ規定ニ於テ說明シタルト同シ(七八四)

第三章 分娩及認知

第一節 總說

血族關係ハ又分娩若ハ認知ニ依リテ生スルコトアリ此場合ニ於テハ之ヲ私出ノ血族關係ト云ヒ其關係アル者ヲ私出ノ血族ト云フ但私生子ヲ父カ認知シタルトキハ其父ヨリ之ヲ庶子ト云フハ我國古來ノ慣例ニシテ民法モ亦此慣例ヲ認メタルカ故ニ父ノ認知ヲ受ケタル子ハ其父トノ關係ニ於テハ之ヲ庶出ノ血族タルト私出ノ血族タルトヲ問ハス苟モ六親等ノ血族ハ共ニ之ヲ親族ト爲シ親族關係ニ付テハ父母ノ狀態如何ニ依リテ差別ヲ設クルコトナキヲ原則ト爲シタリ蓋婚姻以外ノ結合ハ本來父母ノ惡業ニシテ子ノ之ニ關スルモノニアラサルニ父母ノ惡業ヨリ出テタル結果ヲ子ニ及シテ親族關係ニ付キ嫡出ノ子トノ間ニ差別ヲ設クルハ人情ニ反シ道理ニ背クトノ理由ニ基

キタルモノナリ嫡出親ハ當然其父母ノ屬スル家族團體ニ入ルノ權利ヲ有シ義務ヲ負フ(七三)此場合ニ於テハ血緣關係ハ同時ニ家族關係ノ原因ヲ成シ相合シテ親族關係ノ基礎ヲ成ス私出親ハ之ニ反シ當然其父又ハ母ノ家ニ入ルノ權利ヲ有スルモノニアラス(七三五第一項)若シ其父若ハ母ノ家ニ入ルコト能ハサル場合ニ於テハ其親族關係ハ專ラ血緣ニノミ其基礎ヲ有スルモノナルヲ以テ其親族關係ノ效果ハ又大ニ同一家族中ニ在ルモノト相異レリ殊ニ婚姻已外ノ血緣ハ父又ハ母ノ認知ニ因リテ確定スルモノト爲スカ故ニ此場合ニ於テハ認知ヲ以テ親族關係ノ直接ノ原因トナスコトヲ得ヘシ母ニ付テハ認知ナキモ分娩ニ因リテ母子ノ關係ヲ認ムルコトアリ此場合ニ於テハ分娩ヲ以テ親族關係ノ直接ノ原因ト爲スコトヲ得ヘシ但分娩ニ關シテハ別ニ說明ヲ要セサルヲ以テ次節以下ニハ認知ニ付テノミ其大要ヲ說明スヘキナリ

第二節　認知ノ性質

私生子トハ婚姻ナキ父母ヨリ生レタル子ヲ謂フ故ニ嚴正ニ解スルトキハ婚姻中ニ出生シタル子ト雖モ其懷胎カ婚姻ニ原因セサルトキハ尙ホ私出子タルヲ失ハス然レトモ法律ハ努メテ人ノ過失ヲ修補セムカ爲メニ婚姻外ノ懷胎ニ因ルモノト雖モ其姻婚後ニ出生シタルモノハ之ヲ嫡出子ト爲スヘキコト前既ニ述ヘタルカ如シ故ニ私出子トハ婚姻外ノ懷胎ニ因リ婚姻關係ナキ男女ノ間ニ出生シタル子ナリト云フコトヲ得ヘシ私出子ニ關シテハ佛國民法ハ之ヲ單純ノ私出子、亂倫ノ子及姦通ノ子ニ分チ其法律上ノ權利義務ニ大ナル差等ヲ付セリ亂倫ノ子トハ婚姻ヲ禁制セラレタル親族間例ハ兄弟姉妹又ハ叔姪等ノ間ニ出生セル子ヲ謂ヒ姦通ノ子トハ有妻ノ男他ノ女ト通シ又ハ有夫ノ女他ノ男ト通シテ出生シタル子ヲ謂フ然レトモ是レ皆其父母ニ過失アルニ止リ其子ニ何等ノ罪惡ナキモノニシテ之カ爲メニ其子ノ法律上ノ地位ニ至大ナル不利益ヲ來サシムルハ親ノ過ヲ子ニ嫁スルモノニシテ子ニ對シテ酷ナルノミナラス社會ノ秩序ヲ維持スルノ途ニアラサルヲ以テ我民法ハ全ク斯ノ如キ區別ヲ認ムルコトナシ但我民法ハ私出子ニ斯ノ如キ差別ヲ認メサルニ反シ別ニ諸國ノ法律ノ認メサル別種ノ區別ヲ認メタリ庶子及私出子是ナリ即チ父ノ認知シタル私出子ヲ其父ニ對シテ庶子ト云ヒ父ノ知レタルト否トヲ問ハス母ヨリ謂フトキハ私出子ヲ總テ私生子ト云フ

認知ハ法定ノ方式ヲ以テ爲シタル私出子ノ父又ハ母タルコトハ任意ノ自白ナリ(一)認知ハ自白ナリ故ニ單獨行爲タリ然レトモ成年ノ子ニ對シテ認知ヲ爲スニハ特ニ其子ノ承諾アルコトヲ要ス(八三)此場合ニ於テ認知ハ合意タリ(二)認知ハ法定ノ方式ヲ以テ爲シタル自白ナリ(九二)故ニ要式行爲タリ其方式ヲ備フルニアラサレハ認知タル效力ヲ生セス(三)認知ハ私出子ノ父又ハ母タルコトノ自白ナリ其父タルコトノ自白ハ之ニ因リテ其母ノ私出子タル身分ヲ確定シ其母タルコトノ自白ハ之ニ因リテ其母ノ私出子タル身分ヲ確定スルモノタリ然レトモ認知ハ子タル身分ハ出生ニ因リテ既ニ確定セリ認知ハ即チ之ヲ法律上ニ表明スルニ過キス認知以前ニ於テハ親子ノ關係ハ一ノ事實タルニ止リ法律ハ其關係ヲ認ムルコトナシ認知ニ因リテ始テ法律上其關係ヲ確定シ出生ノ時ニ遡リテ之ヲ發生セシム其法律上ノ性質ニ於テ子タル身分ハ恰モ認知ナル遡及效ヲ有スル停止條件ニ繫レルモノト云フコトヲ得ヘシ認知ヲ爲シ得ヘキ人ハ私出子ノ父又ハ母ナリ私出子ノ母ハ其出生届書ニ於テ之ヲ明ニスルコトヲ要スルヲ以テ其子ノ出生ニ當リテ適法ニ戸籍吏ニ其届出ヲ爲シタルトキハ母ノ知レサル場合ナク從テ母ノ認知ヲ要スヘキ場合ヲ生シ得ヘカラスト雖モ或ハ母カ其分娩シタル私出子ヲ捨ツルコトアルヘク或ハ其出生届ヲ爲サヽルコトアルヘシ斯ノ如キ場合ニ於テハ母ノ知レサル場合ヲ生セサルヲ得ス父又ハ母ノ認知ハ其認知シタル人ニ對シテノミ認知ノ效力ヲ生ス故ニ父及母ノ同時ニ認知ヲ爲シタルトキハ父母ノ雙方ニ對シテ親子ノ關係ヲ確定スルモ母ノミ認知シタルトキハ其母ニ對シテ親子ノ關係ヲ生シ又母ノ知レサル子ニ對シテ父カ認知ヲ爲シタルトキハ父ニ對シテノミ親子ノ關係ヲ生ス其一方ノ認知ヲ以テ他ノ一方ニ對シテ效力ヲ生セシムルコトヲ得サルナリ故ニ例ハ母カ其子ノ認知ヲ爲シ又ハ其子ノ出生ノ届出ヲ爲スニ當リテ其父ノ名ヲ指示シタル場合ニ於テハ其子ハ父カ其母ノ名ヲ指示シタル場合ニ於テモ亦同シカルヘシ又認知ノ利益ヲ受クヘキ人ハ凡テノ私出子ナリ佛民法ニ亂倫ノ子及姦通ノ子ハ認知ノ利益ヲ受クルヲ得スト爲セルモ我民法ハ斯ノ如キ區別ヲ認メス故ニ婚姻中女ノ分娩シタル子ニ對シテモ若シ其夫カ其子ノ嫡出ナルコトヲ否認シ又ハ否認ノ裁判確定シタルトキハ其實父カ之ヲ認知スルコトヲ妨ケ

ス(八七二)

私生子ノ認知ヲ爲スノ權利ハ其子ノ父又ハ母ニ於テ自ラ決スヘク其性質上法定代理人ノ同意ヲ要スヘキニアラス諸國ノ法律ハ概ネ無能力者ニ關シテ特ニ認知ノ能力アルコトヲ明記スルモノナシト雖モ學者ノ多クハ概ネ其完全ノ能力アルコトヲ認ムルモノヽ如シ蓋未成年者ト雖モ其既ニ子ヲ生ムノ年齡ニ達シタルモノヽ如キハ相當ノ思慮アルモノナルヘク禁治産者ト雖モ亦一時其心神ヲ回復セルモノハ認知ヲ爲サシムルモ弊害アラサルヘク殊ニ子タル身分ハ成ルヘク速ニ之ヲ確定スルノ必要アルヲ以テ民法ニ於テハ此意ヲ明ニシテ疑ヲ防ケリ(八二)

第三節　認知ノ方法

私出子認知ノ方式ニ付テハ外國ノ立法例ハ或ハ公正證書ヲ以テスルコトヲ要スルモノト爲スアリト雖モ我民法ハ身分ニ關スル行爲ハ凡テ戸籍吏ニ其届出ヲ爲スヲ要スルノ主義ヲ採リタルヲ以テ認知ニ關シテモ亦戸籍吏ニ其届出ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生スルコトヽシ其届出ノ方式ハ之ヲ戸籍法ニ讓レリ(戸八)而シテ認知ハ遺言ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得蓋私出子ノ父又ハ母ハ其生前ニ於テ其私

出子タルコトヲ公ニスルコトヲ欲セスシテ死後ニ於テ之ヲ發表スルコトヲ望ムコトアルヘケレハアリ但遺言ノ方式其效力等ニ付テハ相續編ノ規定ヲ適用スト雖モ茲ニ一二ノ注意ヲ要スルモノアリ即チ遺言ヲ爲ス能力アル者ハ滿十五年以上ニ達セル者ナルコトヲ要スルヲ原則トス(一一〇六)ト雖モ認知ニ關シテハ滿十五年以下ノ者ト雖モ遺言ヲ爲スコトヲ妨ケス(八二)又遺言者ハ何時ニテモ其遺言ノ全部又ハ一部ヲ取消スコトヲ得ルヲ原則トスト雖モ(一一二四)認知ニ付テハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノトス(八三)是レ皆遺言ニ關スル一般ノ規定ト認知ニ關スル特別規定トノ相衝突セルモノニシテ其特別ノ規定ニ從フヘキハ勿論ナリ

認知ハ單獨行爲ニシテ而モ事實上既ニ定リタル關係ヲ法律上表白スルニ過キサルモノナルヲ以テ其性質ニ於テ何人ノ承諾ヲモ要セス任意ニ爲シ得ヘキモノナラサルヘカラス是レ故ニ諸國ノ民法ハ多クハ成年ノ子ニ對シテ認知ヲ爲スニ其子ノ承諾ヲ必要トスヘキコトヲ規定スルモノナシ然レトモ私通ニ基ク親子ノ關係ハ元來不倫ノ所爲ニ原因セルモノナルヲ以テ其關係ヲ公ニ確定スルハ往々ニシテ其子ニ滌クヘカラサル不名譽ヲ與フルコトナシトセス認知ハ固ヨリ事實ヲ

事實トシテ表白スルニ過キスト雖モ其事實ニシテ若シ子ニ不名譽ヲ與フルモノナリトセハ子ハ努メテ之ヲ隱蔽セムコトヲ欲スルナルヘシ而シテ父又ハ母ニシテ子カ成年ニ達スルマテモ之ヲ認知スルコトヲ爲サヽリシ以上ハ子ノ意思ニ反シテマテモ其關係ヲ公ニ確定シ以テ父又ハ母ノ利益ヲ保護スルノ必要ナキナリ仍テ民法ハ多數ノ立法例ニ其例ナキニ拘ラス西班牙、葡萄牙二國ノ民法ニ倣ヒテ成年ノ子ニ對スル認知ハ其子ノ承諾ヲ得ヘキモノトセリ(八〇)(三)又父カ其子ノ出生前ニ死亡スル恐アルトキ等ニ於テハ父ハ子ノ出生前ニ於テ其認知ヲ爲スコトヲ冀望スルナルヘシ此他ノ塲合ト雖モ子ノ身分ハ努メテ速ニ之ヲ確定スルコト必要ナルヲ以テ父カ自ラ子ノ出生前ニ於テ認知スルヲ欲スル塲合ニ於テハ法律ハ毫モ之ヲ禁スルノ必要ナシ諸國ノ民法ハ明文ヲ以テ之ヲ許ス旨ヲ規定スルモノ少ナシト雖モ之ヲ禁スルノ精神ニアラス唯我民法ニハ佛國法其他諸國ノ法律ノ如ク胎兒ノ利益ニ關シテ凡テ之ヲ生レタルモノト看做スト云フカ如キ概括ノ規定ナク而シテ一方ニ於テハ認知ハ私生子ニ對シテ之ヲ爲スト云ヘルヲ以テ胎兒ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ否ヤ必スシモ明ナラス故ニ特ニ父ハ胎内ニ在

ル子ト雖モ之ヲ認知スルコトヲ得ヘキ旨ヲ規定シ而モ認知ノ效力ハ私生子出生ノ時ヨリ生スルヲ原則トスルモ(八三)胎兒ニ對スル認知ハ其認知ヲ届出テタル時ヨリ其效力ヲ生ス故ニ相續ノ順位等ニ關シテハ其認知ノ時ヨリ其父ノ庶子トシテノ利益ヲ受ケシム但胎兒ノ認知ノ特別要件トシテ母ノ承認ヲ必要ト爲セリ(八三)是レ又認知カ單獨行爲タルノ一ノ特例ナリ子ノ既ニ出生シタル後ニ於テハ父ノ利益ヲ保護スルカ爲メニハ母ノ意思ニ反シテモ尚ホ認知ヲ爲スコトヲ許スノ必要アリ其不當ノ認知ニ對スル救濟ハ第八百三十四條ノ規定ヲ以テ充分ナリトスルモ子カ未タ胎内ニ在ルニ當リテハ認知セムトスル者ノ單意ニ因リ其果シテ眞ノ父ナルヤ否ヤヲ判斷スルハ子ノ既ニ出生シタル後ニ於テヨリモ一層困難ニシテ母ノ意思ニ反シテ認知ヲ爲スハ多クハ不當ノ認知タルヲ免レサルヘシ且其出生ノ後ニ於テハ母ノ承諾ナクシテ認知ヲ得ヘキモノナレハ其出生前ニ於テ强テ母ノ意思ニ反シテ斯ノ如ク不當ナル虞多キ認知ヲ爲スコトヲ許スノ必要ナケレハナリ

死亡シタル子ニ對シテモ亦其子ニ直系ノ卑屬アルトキニ限リ父又ハ母ハ之ヲ認

知スルコトヲ得(一)死亡シタル子カ直系卑屬ヲ有スル場合ニ於テ其子ニ對シ認知ヲ爲スコトヲ許スノ必要ナルハ明瞭ナリ蓋此場合ニ於テハ之ヲ認知スルニ因リテ其直系卑屬ハ其認知ヲ爲シタル父又ハ母又ハ其親族ニ對シテ相續權ヲ取得スルコトアルヘケレハナリ(二)死亡シタル子カ直系卑屬ヲ遺サヽリシ場合ニ於テハ父又ハ母ハ之ヲ認知スルコトヲ得ス此場合ニ於テ死亡シタル子ノ認知ヲ爲スハ專ラ認知ヲ爲ス者カ自ラ其子ノ相續權ヲ取得スルノ目的ヲ以テスルノ外何等ノ法律上ノ目的ヲ認ムルコト能ハス其子ノ生存中ニ於テハ父又ハ母タルヨリ生スル義務ヲ免ルヽカ爲メ其親子タルノ事實ヲ隱蔽シ其認知カ自己ノ爲メ利益アルニ及ヒテ俄ニ之ヲ表白スルカ如キハ法律ノ認許スヘカラサル所ナリ又(三)死亡シタル子ノ遺セル直系卑屬カ成年者ナルトキハ其認知ヲ爲スニ其卑屬ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス是レ成年ノ子ヲ認知スル場合ニ於ケルト同一ノ理由ニ基クモノトス(一八三)

認知ノ效力

第四節　認知ノ效力

認知ノ效力ハ認知者ト被認知者トノ間ニ親子ノ關係ヲ確定スルニ在リ故ニ認知ニ因リテ認知者ノ血族ト被認知者トノ間ニ於テモ亦親族關係ヲ確定ス例ハ認知者ノ父母ハ認知セラレタル子ノ祖父母タリ認知者ノ兄弟姉妹ト爲ル斯ノ如ク認知ハ親子ノ關係ヲ確定スルモノナルカ故ニ認知ニ因リテ其子ハ親子ノ關係ヨリ生スル諸種ノ權利ヲ取得シ義務ヲ負擔シ及不能力ヲ生ス(一)認知ヲ爲シタル父又ハ母ノ家ニ屬スル氏ヲ稱ス(二)法律ノ定ムル所ニ從ヒ認知者及其親族ト被認知者及其直系卑屬トノ間ニ相互ノ相續權ヲ生ス(三)法律ノ定ムル所ニ從ヒ右同一當事者間ニ相互ノ扶養ノ義務ヲ生ス然レトモ庶子又ハ私生子ノ子タル身分ヨリ生スル權利義務ハ嫡出子ニ於ケルト種々ノ差等アリ即チ嫡出子ハ當然其父又ハ母ノ家ニ入ルモノナリト雖モ私出子ハ其父又ハ母カ戸主ナラサル場合ニ於テハ其戸主カ承諾ヲ爲スニアラサレハ父又ハ母ノ家ニ入ルコトヲ得ス(五七三)其父又ハ母カ自ラ戸主ナル場合又ハ戸主カ承諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ父又ハ母ノ家ニ入リ從テ其父又ハ母ノ親權ニ服シ(八七)及其父ノ妻ニ對シテハ嫡母ノ關係ヲ生シ又父又ハ母ノ承諾ヲ得スシテ婚姻、離婚又ハ養子緣組、離緣等ヲ爲スノ不能力ヲ

來スト雖モ(七七二、八〇九、八四四、八六三等)其父又ハ母カ戸主タラスシテ其戸主カ承諾ヲ與ヘサリシ塲合ニ於テハ其父又ハ母ノ家ニ入ルコトヲ得ス此塲合ニ在リテハ認知ハ單ニ親族關係及親族關係ヨリ生スル權利義務ヲ發生スルニ止リ家族關係及家族關係ヨリ生スル權利義務ハ之ヲ發生スルコトナシ從テ親權、婚姻、養子緣組ノ不能力等ハ其效力ヲ生セス相互ノ相續權ニ付テモ其嫡出子タルト私出子タルト及同一ノ家ニ在ルト否トニ因リ差等アルハ相續編ノ規定ニ詳ナリ

認知ハ親子ノ身分ヲ發生スルモノニアラスシテ之ヲ法律上ニ表白スルモノナルコト右述ヘタルカ如シ親子ノ關係ハ出生ノ當時ニ於テ既ニ發生ス唯其關係カ適法ニ知了セラレサリシヲ認知ニ由リテ之ヲ法律上ニ表白スルニ過キス故ニ認知ハ其性質上當然出生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ發生スヘキモノタリ然レトモ認知アリタル前ニ第三者カ既ニ權利ヲ取得シタルトキハ遡及效ヲ其權利ニマテモ及スハ權利享有ノ確實ヲ害スヘシ故ニ例ハ(一)認知ヲ爲ス以前ニ於テ既ニ法定ノ推定家督相續人タル權利ヲ取得セル他ノ同順位(九七〇第一號乃至第四號)ノ者アル塲合ニハ其後ニ認知セラレタル者ハ縱令之ヨリ年長者ナルトモ推定家督相續人タル權利ヲ取得スルコトナシ但其既ニ推定家督相續人ノ地位ニ在ル者カ親等ノ遠キ者ナルトキ、女子ナルトキ又ハ私生子ナルトキニ於テ其後ニ認知セラレタル者カ親等之ヨリ近キトキ、男子ナルトキ又ハ庶子ト爲レルトキハ認知ニ因リテ其地位ニ代リテ自ラ推定家督相續人トナル(二)被認知者カ認知ヲ受クル以前ニ於テ認知者ノ同意ヲ得スシテ姻婚又ハ養子緣組ヲ爲シタル塲合ニ於テハ其同意ヲ得サリシコトヲ理由トシテ認知以後ニ於テ其婚姻又ハ養子緣組ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ(三)認知者カ被認知者ノ扶養義務者タルトキ其認知以前ニ於テ之ヨリ低キ順位ニ在ル扶養義務者(九五五)又ハ扶養義務ナキ者カ其子ノ扶養ヲ爲シ居リタル塲合ニ於テハ其者ノ出生ノ時ヨリ以後ノ扶養ニ對シテ認知者ニ其賠償ヲ求ムルコトヲ得是等ハ一二ノ例ニ過キスシテ其他皆此例ニ依リ推知スルコトヲ得ヘシ是故ニ認知ハ第三者ノ既ニ得タル權利ヲ害セサル範圍ニ於テ出生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノトス(八三二)

前述ノ如ク認知ハ單獨行爲ナリ故ニ或ハ單獨ノ意思ヲ以テ自由ニ之ヲ取消シ得ヘキモノナリトノ疑ヲ生スルノ恐ナシトセス然レトモ認知ハ其父又ハ母カ自己

ノ子タルコトヲ自白スルモノニシテ認知者及被認知者ノ身分ニ最モ重要ナル效果ヲ及スヘキヲ以テ自由ニ之カ取消ヲ許スヘキニアラス(三八三)然レトモ其效力ニ瑕疵アル認知ヲモ之ヲ取消シ得ヘカラストスルノ主意ニアラス無效及取消ニ關スル規定ハ認知ニモ亦其適用アルコトヲ妨ケサルナリ故ニ認知ノ意思ノ全ク缺ケタルトキ例ハ心神喪失者ノ爲シタル認知又ハ人違其他行爲ノ要素ニ錯誤アリタル認知ハ無效ナルヘク又第八百三十條、第八百三十一條ノ規定ニ反シ成年ノ子母又ハ成年ノ直系卑屬ノ承諾ヲ得スシテ爲シタル認知ハ無效ナルヘク其他子トシテ爲シタル虛僞ノ認知ノ如キハ無效ナルヘク而シテ詐欺又ハ强迫ニ因リ爲シタル認知ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキナリ但無能力者ノ爲シタル認知ハ其無能力者ナルカ爲メニ之ヲ取消スコトヲ得サルハ既ニ述ヘタルカ如シ又認知ハ單獨行爲ナリ故ニ特別ノ規定アル場合ノ外ハ認知者ノ單獨ノ意思ヲ以テ完全ノ效力ヲ發生スヘキカ故ニ若シ其認知ノ眞實ニ反スルヲ認ムルニ於テハ子其他ノ利害關係人ハ之カ取消ヲ請求スルノ權利ナカルヘカラサルハ當然ナリ若シ然ラサレハ利害關係人ハ不當ニ其利益ヲ毀損セラレナカラ毫モ救濟ノ途ヲ

有セサルコトヽナラサルヲ得ス而シテ認知ノ取消ヲ請求シ得ル者ハ被認知者其他ノ利害關係人タルヘクシテ其利害關係人ハ其身分上ノ利害關係ヲ有スルモノトヲ問ハサルヘシ身分上ノ利害關係ヲ有スル者ノ親族又ハ後見人(四)被認知者ノ親族又ハ後見人等ヲ數フルコトヲ得ヘク其財產上ノ利害關係ヲ有スル者ニハ認知者ノ相續權者、扶養權利者等ヲ數フルヲ得ヘシ其他何人ト雖モ利害關係ヲ有スルニ於テハ認知ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(四三)但認知ノ取消ヲ請求スル者ハ反對ノ事實ヲ主張スルコトヲ要ス換言セハ其認知カ眞實ニ反スルコトヲ證明スルコトヲ要ス從テ單ニ親子ノ關係ヲ公ニ發表スルコトヲ欲セサルニ因リテ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得サルナリ認知カ眞實ニ反スルノ證明ハ凡テノ方法ヲ以テ之ヲ證據立ツルコトヲ得而シテ認知取消ノ請求ハ之ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ要スヘシ(八訴(一)七、三九)

第五節　父母ノ搜索權

子及其直系卑屬カ父又ハ母ノ認知ヲ求ムルノ權利ハ通常之ヲ父又ハ母ノ搜索ノ

權利ト云フ其權利ヲ認ムルト否トニ關シテハ諸國ノ立法例一ナラス母ノ捜索權ハ諸國ノ立法例概ネ之ヲ認ムト雖モ父ノ捜索權ニ付テハ或ハ之ヲ認メ或ハ之ヲ認メス即チ父ノ捜索權ハ佛國、伊國、蘭國等ノ民法ニ在リテハ一二ノ例外ノ場合ノ外之ヲ認メス墺國、西國、葡國等ノ民法ニ在リテハ之ヲ認メタリ佛國民法ニ於テ父ノ捜索ヲ禁シタルハ沿革上ノ理由ニ基クモノヽ如シ即チ佛國革命以前ノ法律ニ於テハ父ノ捜索ハ之ヲ公許シ而シテ父タルコトノ證明ノ方法トシテハ母カ其分娩ニ際シテ爲シタル陳述ヲ以テ最強ノ證據トシタリ然ルニ不德ナル女子ニシテ多數ノ男子ニ接セルモノハ其分娩スルニ當リテハ常ニ最モ富アリ且名譽アル者ヲ其子ノ父トシテ指名シ甚タシキハ毫モ私通ノ關係ナキ者ヲ指示スルニ至リ其流弊ノ甚タシキニ堪ヘサリシヲ以テ民法ヲ編纂スルニ當リテ此危險ニ鑑ミ反對ノ極端ヲ採リテ父ノ捜索ハ絕對ニ之ヲ禁止スルコトヽ爲シタルナリ然レトモ佛國古法ノ下ニ於テ父ノ捜索カ其弊害ヲ流スコトノ多カリシハ其證明ノ方法ヲ誤レルニ基キ父ノ捜索其モノヽ弊アルニアラス父タルノ事實ハ母タルノ事實ノ如ク之ヲ證明スルコト容易ナラスト雖モ而モ適當ノ方法ヲ以テセハ必スシモ之ヲ

證明スルノ不能ナルニアラス現ニ佛國民法等ニ於テモ誘拐ノ場合ニ於テハ其誘拐ノ時ト懷胎ノ時ト符合スルトキハ之ニ因リテ父タル身分ヲ確定スルヲ得ルコトヲ認ムルヲ見ル是等ノ場合及之ト類似ノ證明アル場合ニ於テハ或ハ其父子ノ關係ノ眞實ナルコトニ付テ確實ナル證據ヲ備フルコトヲ得ヘク而シテ苟モ其證憑ノ確實ナルニ於テハ父ノ捜索ヲ許スハ毫モ其弊害アラサルノミナラス子ノ利益ヲ保護スルニ於テ當然ノ規定ナリト云ハサルヘカラス故ニ我民法ハ父ノ認知ヲ求ムルノ權利ヲ認メタリ（八三、五）又ハ其卑屬ノ法定代理人ナリ是等ノ者ノ外ハ何人ト雖モ認知ヲ求ムルコトヲ得ス子ノ母ハ亦認知ヲ求ムルノ權利ナシ認知ヲ求ムルノ方法ハ裁判所ニ之ヲ請求スルニ在リ法文ニハ單ニ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得ト規定シ恰モ裁判所ニ訴フルコトナク直接ニ父又ハ母ニ認知ヲ求ムルノ權利アルコトヲ認メタルカ如シト雖モ父又ハ母ニ任意ノ認知ヲ求ムルコトヲ得ルハ明文ヲ竢タサル當然ノ事ニ屬シ又必スシモ其子又ハ其直系卑屬タルヲ要セス何人ト雖モ任意ニ其認知ヲ求ムルコトヲ得ヘシ而シテ父又ハ母ハ決シテ之ニ應スル義務ヲ有セス

故ニ法文ノ認ムル所ハ一ノ權利ナリ父又ハ母ノ之ニ應スルノ義務ナキモノハ又子ニ之ヲ求ムル權利アリト云フコトヲ得ス斯ノ如キハ法文ノ認ムル所ニアラサルナリ其裁判所ニ請求スル手續ハ人事訴訟手續法ニ之ヲ規定セリ從テ裁判所ニ認知ヲ請求シタルトキハ親子ノ關係ハ其裁判ノ確定ニ因リテ確定スルモノト知ルヘキナリ此認知ハ裁判ニ依ルモノナルカ故ニ父又ハ母ノ意思表示ヲ要スルコトナシ是レ學者カ此種ノ認知ヲ稱シテ強制ノ認知ト云フ所以ナリ然ルニ既ニ述ヘタルカ如ク認知ハ自白ナリ認知者ノ意思ニ基クコトヲ要ス故ニ強制ノ認知ト云フハ其語ニ於テ既ニ矛盾ヲ免レスト雖モ民法ハ尚ホ之ヲ認知ト云ヘリ諸國ノ法律カ母ノ捜索ヲ認許セルハ他ナラス母タルコトノ證明ハ有形ノ事實ヲ以テ之ヲ證明スルコトヲ得ヘク父ノ捜索ニ伴フノ恐アル弊害ハ母ノ捜索ニ付テハ其恐アラサレハナリ其捜索訴權ヲ有スル者、捜索訴權行使ノ方法等ニ付テハ全ク父ノ捜索ニ付テ述ヘタル所ニ同シ

第三編　親族關係ノ效果

第一章　夫婦間ノ效果

親族關係ノ效果　夫婦間ノ效果

第一節　總說

婚姻ヨリ生スル效果ハ之ヲ大別スルトキハ(一)親族關係ヲ生スルコト(二)家族關係ヲ生スルコト(三)夫婦間ニ權義ヲ生スルコトノ三類ト爲スコトヲ得ヘシ而シテ婚姻ニ因リテ生スル親族關係ハ既ニ說明シタルカ如ク婚姻當事者ニ夫婦タル關係ヲ生セシメ又婚姻當事者ノ一方ト他ノ一方ノ血族トノ間ニ姻族關係ヲ生セシムルノミナラス場合ニ依リテハ婚姻當事者ノ一方ト他ノ一方ノ子トノ間ニ親子ニ等シキ關係ヲ生セシムルコトアリ(八七二)加之婚姻ハ從來存續セル親族關係ノ性質ヲ變更セシムルコトアリ他ナラス當事者カ婚姻已前ニ生ミタル子ハ其當事者ノ婚姻ニ因リテ嫡出子ト爲リ(八三)又妻カ婚姻前ニ懷胎シタル子ニシテ婚姻後ニ生レタルトキハ之ヲ以テ嫡出子ト爲スカ如キ即チ是ナリ其婚姻ニ因リテ生スル家族關係ハ此講義ノ中卷ニ說述スルカ如ク婚姻ニ因リテ當事者ノ一方ハ必ス他ノ一方ノ家ニ入リテ其家族ト爲ル(一七四)又或ハ甲家ノ戶主權ヲ失ヒテ乙家ノ家族タル身分ヲ取得スルコトアリ(七五四)或ハ甲家ノ戶主權ヲ失ヒテ乙家ノ戶主權ヲ取得スルコトアリ(七五四)然レトモ婚姻ヨリ生スル是等ノ效果ハ余カ既ニ說述シタル所

又ハ中卷ニ說述スル所ニ依リテ明ナルヲ以テ本章ニ於テ其說明ヲ爲スノ要ナシ是故ニ本章ニ於テハ婚姻ヨリ生スル效果中夫婦間ニ生スヘキモノニ付キ說明セムコトヲ期スヘシ

夫婦間ニ生スヘキ婚姻ノ效果ニ付キテハ古來ヨリ諸國ノ法制中採ル所ノ主義ニ二樣アリ即チ夫婦同體主義(Coverture scheme)及夫婦別體主義(Separate existence scheme)是ナリ英國及我國ノ慣習法ハ主トシテ夫婦同體主義ニ依リ羅馬法ヲ繼受セル諸國ノ法律ハ主トシテ夫婦別體主義ニ依ルモノヽ如シ但英國ニ在リテモ衡平法及近世ノ諸條例ハ概シテ羅馬法ニ依準スルノ傾向アリテ近時ニ及ヒテハ夫婦同體主義ハ漸次排斥セラルヽノ時運ニ向ヒタリト云フテ不可ナカルヘシ我新舊民法ノ如キ又主トシテ羅馬法ノ主義ニ依リタルハ其規定ノ條項ニ付テ之ヲ見ルモ亦明白ナリ蓋夫妻同體主義トハ夫婦ハ婚姻ニ依リテ法律上一體ト爲リ妻ノ法律上ノ成立ハ婚姻中停止セラレテ夫ノ羽翼ノ下ニ保護セラレ居ルモノト爲スノ觀念ヲ基礎トスル主義ヲ謂ヒ夫婦別體主義トハ夫婦ハ法律上各獨立ノ成立ヲ爲スモノト認ムル主義ヲ謂フナリ法制カ夫婦同體主義ヲ採ルト夫婦別體主義ヲ採ルト

ニ因リテ婚姻ノ結果ニ著大ナル差異ヲ生シ來ルヘキハ當然ナルカ故ニ本章ニ於テ此兩主義ヨリ生スル婚姻ノ效果ヲ照合說明スルノ至當ナルヲ信スト雖モ夫婦同體主義ハ近時各國法制ノ既ニ排斥スル所ニ屬スル所ナルノミナラス今此主義ニ關シテ詳細ニ說明スル所アルモ或ハ無用ノコトニ時間ヲ消費スルノ誹ヲ免レサルノ恐ナキニアラス故ニ本章ニ於テハ主トシテ夫婦別體主義ニ基キ婚姻ノ效果ヲ講述スヘシ然レトモ羅馬法及之ヲ繼受シタル諸國ノ法制ト雖モ夫婦同體主義ハ全ク之ヲ混用セサルコトハ豫メ期シ置カサルヘカラス殊ニ夫婦間ニ生スヘキ婚姻ノ效果トシテ妻ハ夫ノ家ニ入リ又夫ノ姓氏ヲ稱スヘキコト等ニ付キテハ之ヲ本講義中卷ニ於テ詳細ニ說述スヘキニ依リ茲ニハ之カ說明ヲ省略スルコトヽセリ而シテ其他婚姻ニ因リ妻ノ身分及國籍ニ及スヘキ效果等ニ付キテハ事自ラ公法ニ屬スル事項ナルヲ以テ親族編ノ講義中ニハ之ヲ省クコトヽナセリ

第二節　共住ノ權義

夫婦ハ共住セサルヘカラサルコトハ婚姻ノ性質上當然生スル所ノ效果ナリ然レ

トモ其住居ヲ選定スルノ權利ハ獨リ夫ニ屬シ「妻ノ住居ハ夫ノ住居ニ混同セラルヘシ」トノ原則ハ諸國法制ノ皆認ムル所ニ屬セリ即チ夫ノ住居ハ妻ノ住居ニシテ妻ハ苟モ夫ニ惡意若ハ詐欺ノ意思アラサル已上ハ其執レノ場所タルヲ問ハス夫ノ定ムル所ノ住居ニ隨伴スルノ義務アルモノトス但假住居又ハ一時ノ居所ニ關シテハ此限ニアラサルコト勿論タリ故ニ若シ婚姻前ニ當リ其夫タルヘキ者カ妻タルヘキ者若ハ自己ノ友人等ト婚姻ノ上ハ其妻ヲシテ兩親住居ノ近傍ヲ離レシムルコトヲ爲サヽルヘシト約スル如キハ法律上全ク無效ノ契約ナリ而シテ妻ニシテ若シ夫ニ隨伴スルコトヲ拒ムトキハ夫ハ妻ヲ扶養スルノ義務ヲ負フコトナカルヘシ然ルニ近世ニ至リ妻ニ獨立ノ資格ヲ付與スル議論漸次勢力ヲ增シ住居ニ關スル夫ノ權利ヲ減殺スルノ傾向ヲ生シ前述スル所ノ原則ニ夥多ノ例外ヲ置クノ已ヲ得サルニ至リタルモノヽ如シ換言セハ相當ノ理由アル場合ニ於テハ妻ハ夫ニ隨伴スルコトヲ拒ムヲ妨ケサルコトヲ認ムルニ至レリ即チ例ハ夫カ交戰中ニ敵國若ハ其生命ニ危害ヲ及スヘキ場所ニ隨伴セシメムトスル場合ノ如シ之ヲ要スルニ近世ノ諸國法制ノ傾向ハ住居選定ノ權利ヲ夫ニ屬セシムルニ拘ラス其選定スル所ノ住居ニシテ其妻ニ苦痛ヲ感セシムルカ如キ場所ナルトキハ妻ニ隨伴ノ義務ヲ負ハシメサルニ似タリ現ニ北米合衆國ニ於ケル近來ノ判決例ヲ見ルニ夫カ其住居ヲ變スル場合ニ於テ妻カ之ニ隨伴スルコトヲ拒ミタルトキハ夫ハ妻ヲシテ己ニ隨伴セシムルニ付キテ相當ノ理由アルコトヲ證明セサルヘカラサルモノト爲セルモノアリ我民法ハ歐洲諸國ノ法制ニ倣ヒ夫ト同居スルヲ以テ妻ノ義務トシ又夫ハ妻ヲシテ同居ヲ爲サシムルノ義務アルコトヲ明定シタリ(七八)即チ妻ハ夫ノ定ムル住居ニ隨伴スルコトヲ要シ夫ノ意思ニ反シテ自ラ其住居ヲ選定スルコトヲ得ス又夫ハ其普通ノ婚姻ニ因ル夫タルト入夫又ハ壻養子タルヲ問ハス自己ノ住居ニ妻ヲ引取ラサルヘカラス從テ妻ノ意思ニ反シテ自ラ獨リ別居シ又ハ妻ヲシテ別居セシムルコトヲ得サルナリ然レトモ妻ノ共住ノ義務ハ夫カ其住居ヲ選定シタル場合ニ於テノミ存ス夫カ一定ノ居所ヲ有セス浮浪漂泊スル場合或ハ法令其他ノ規則ニ依リテ同居ヲ禁スル場合例ハ夫カ兵營ニ在ルトキ、學校ノ寄宿舍ニ在ルトキ又ハ監獄ニ在ルトキノ如キ場合ニハ妻ニ共住ノ義務ナキコト勿論タルノミナラス夫ノ選定ニ係ル住居カ妻ヲシテ同居セシムルコト

能ハサル場所ナルニ於テハ妻ハ之ニ隨伴スルノ義務ヲ負フコトナキモノト解釋シテ不可ナカルヘシ但夫婦ノ同意アルニ於テハ其何レノ場合タルヲ問ハス互ニ獨居スルコトヲ妨ケサルハ論ヲ竢タス

然ルニ妻カ夫ト同居スルコトヲ肯セス又ハ夫カ妻ヲ同居セシムルコトヲ肯セサル場合ニ於テハ民法ハ何等ノ規定モ之ヲ置カサルヲ以テ學者ノ議論區々ニ渉ルノ實アリ現ニ佛國民法等ニモ此場合ニ於ケル救濟法ヲ設ケサリシカ爲メ學說一定セス唯學者ノ多クハ公力ヲ藉リテ共住セシムヘシト云フニ在ルモノヽ如シ舊民法人事編ノ草案ニハ夫婦ノ一方正當ノ理由アリテ同居ヲ拒ムトキハ地方裁判所ハ會議局ニ於テ夫婦ノ陳述及檢事ノ意見ヲ聽キ義務ヲ免スルコトヲ得又正當ノ理由ナクシテ同居ヲ拒ム者ハ子ノ監護及扶養ニ關スル權利ヲ有セサルモノトセリ今現行民法ノ規定ヲ前後對照スルニ妻カ夫ト同居スルコトヲ肯セサル間ハ夫ハ妻ヲ扶養スルノ義務ヲ免ルヘシ畢竟扶養義務者ハ扶養權利者ヲ引取リテ之ヲ養フト引取ラスシテ養料ヲ給スルトノ選擇權ヲ有ス(九六)ルモノナルカ故ニ扶養權利者タル妻ニシテ扶養義務者タル夫ノ意ニ反シテ其家ニ引

取ラレサル已上ハ自ラ其權利ヲ主張スルコトヲ得サルヘキハ當然ナレハナリ而シテ妻ノ此擧動タル惡意ヲ以テ夫ヲ遺棄シタルモノト云フコトヲ得ヘキヲ以テ從テ之ヲ理由トシテ夫ハ裁判上ノ離婚ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(第八一三號)然レトモ公力ヲ藉リテ其同居ヲ强制スルコトヲ得ルヤ否ヤニ至リテハ前後ノ法文一モ之ヲ判明ナラシムルモノナシ民法修正案理由書中ニハ公力ヲ藉リテ强制スルコトヲ得ヘキカ如キ說明アリト雖モ公力ヲ藉リテ此義務ヲ强制スルハ事實ニ於テ其身體ヲ監禁スルニアラスムシロ行ハレ得ヘキコトニアラス身體ノ監禁ハ法律カ特ニ許シタル場合ニアラサレハ之ヲ行フコトヲ得サルハ憲法ノ明定スル所ニ屬スル然ルニ法律ハ之ニ關シテ何等ノ明文ヲ置カサルニ依リテ之ヲ見レハ公力强制ハ法律ノ認メサル所ナルヤ明ナルカ如シ從テ妻カ同居ヲ肯セサル場合ニ於テハ民法ハ別段ノ救濟法ヲ設ケサルモノト認ムルヲ以テ正當ナリト信ス又夫カ妻ヲ其居所ニ同居セシムルコトヲ肯セサル場合ニ於テモ夫ニ扶養ノ義務アルトキハ妻ハ自己ノ需要ト夫ノ身分及資力ニ應シテ生活ノ資料ヲ夫ニ請求スルコトヲ得ヘキノミナラス之ヲ理由トシテ裁判上ノ離婚ヲ要求スルコトヲ得ヘキモ公力ヲ藉

リテ同居セシムルコトヲ強制スルヲ得サルハ同樣ナルヘシ但妻カ同居ヲ肯セサルノ塲合タルト又夫カ妻ヲ同居セシムルコトヲ肯セサル塲合タルトヲ問ハス夫又ハ妻ヨリ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケサルヘシ畢竟斯ル塲合ニハ財產權ニ對スル損害ヲ生スルハ必然ノ結果ナレハナリ(七〇九)(七一〇)

第三節　扶助ノ權義

婚姻ハ男女ノ共同生活ヲ以テ其目的ト爲スモノナルカ故ニ夫婦相互ノ間ニ扶助ノ權義アルヘキハ又婚姻ノ性質上當然生スル所ノ效果ナリ而シテ茲ニ所謂扶助トハ財產ヲ出シテ扶養スルコト及心力ヲ勞シテ相助クルコトヲ合セテ指示スト雖モ心力上ノ扶助ハ其性質上法律ニ依リテ之ヲ強制スル能ハサルヲ以テ諸國ノ法制ハ概ネ扶養ノ權義ノミヲ規定シテ苦樂ヲ共ニシ疾病互ニ相助クルコトノ如キ心力上ノ扶助ニ付テハ一ニ道義ニ任スルコトヽ爲ス是故ニ民法ニ於テモ配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ及配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ(八一三號第一三六號第五)ハ裁判上ノ離婚ヲ請求スルヲ得ルコトヽシタルニ拘ラス婚姻ノ效果トシテハ單ニ夫婦互ニ扶養ヲ爲スノ義務アルコトヲ

規定シ其他ハ道義ニ一任シタリ(七〇九)

第四節　守信ノ權義

夫婦ハ互ニ信實ナルヘキコトモ亦婚姻ヨリ生スル當然ノ效果ナリ語ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ夫婦ハ配偶者ノ外他人ト疎絕セサルヘカラサルノ義務アルナリ故ニ諸國ノ法制ハ概ネ特ニ此權義ヲ記載シ舊民法人事編ノ草案ニモ亦其第九十九條ニ之ヲ明示セリ然ルニ諸國ノ法制及實際ヲ見ルニ守信ノ義務ハ妻ニ重クシテ夫ニ寬ナルノ傾向ナキ能ハス尙ホ極言スレハ妻ハ貞操ヲ守ルノ義務アルモ夫ニハ其義務ナシト云フモ過言ニアラサルカ如シ即チ諸國ノ法制及實際ニ於テ夫ノ姦ヲ責ムルニ薄クシテ妻ノ姦ヲ處スルニ甚タ嚴ナルカ如キハ其一例トシテ見ルニ足ルヘキナリ是レ蓋妻ノ姦ニ在リテハ他性ノ胤ヲ容ルヽコトアルヲ以テ其害少ナカラサルニ基因スルモノナルヘシト雖モ甚タシキニ至リテハ犯姦ノ現行ニ當リテ夫ハ其妻ヲ殺傷スルコトアルモ刑法ハ其罪ヲ宥恕スルノ傾アルカ如キハ果シテ他性ノ胤ヲ容ルヽノ害大ナルヨリシテ結果シタルノ規定ナルヘキカ甚タ疑ナキコト能ハス我新舊民法ニ於テハ婚姻ノ效果トシテ別ニ守信ノ權義ヲ規定セサ

ルモ一方ニ於テ配偶者カ重婚ヲ爲シタルトキ、妻カ姦通ヲ爲シタルトキ及夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルトキ（八一三第一號乃至第三號）ハ裁判上ノ離婚ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセルカ故ニ裏面ニ於テハ夫婦間ニ守信ノ權義アルコトヲ認メタルコト論ヲ竢タス即チ右等ノ塲合ニ裁判上離婚ヲ請求スルコトヲ得ルモノトシタルハ主トシテ守信ノ義務ヲ破リタルニ基ケル結果ト知ルヘシ

夫婦間契約ノ取消權

第五節　夫婦間契約ノ取消權

民法ハ其第十四條ニ於テ或行爲ノミニ付キテ夫ノ許可ヲ受クヘキモノトセルカ故ニ妻ハ本來獨立シテ法律上ノ行爲ヲ爲スニ付テ夫カ許可ヲ與フルモ其許可ニ因リテ妻ヲシテ夫ノ代理ヲ爲サシムルニハアラス夫ノ許可ハ單ニ妻ノ無能力ヲ銷除スルノ效果ヲ生スルニ外ナラサルヲ以テ其行爲ハ妻自身ノ行爲ニシテ夫ノ行爲ニハアラサルナリ例ハ妻カ夫ノ許可ヲ得テ或債務ノ保證人ト爲リ其債務者カ義務ヲ履行セサルニ因リ債權者カ保證人タル妻ニ對シテ出訴スルコトアリトスルモ夫ハ毫末タモ之カ爲メニ責任ヲ負フコトナカルヘキハ當然ナリ而シテ夫婦間ノ契約ハ第三者ノ權利ヲ害セサル

已上ハ婚姻中何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトス畢竟是レ夫婦間ノ關係ハ他人トノ關係トハ大ニ異リテ或ハ妻ハ夫ニ威壓セラルヽノ恐アリ或ハ夫婦間ノ愛ニ溺ルヽ等ノコトアリテ動モスレハ自由ノ意思ノ缺クル所アルヲ以テナリ（二七九）舊民法ニ於テハ賣買ハ之ヲ禁シ贈與ハ之ヲ許シ二者共ニ後ニ至リテ取消スコトヲ得ヘキモノトナシタレトモ賣買ト贈與トヲ斯ノ如ク區別スルノ理由甚タ乏シク殊ニ賣買ト交換トノ間ニ大ニ區別ヲ設ケタルカ如キハ全ク其理由ナキナリ

第六節　夫婦財産制

第一款　總說

婚姻ノ目的ハ夫婦ノ共同生活ヲ爲スニ在ルヲ以テ其間ノ財產關係ニ付テモ亦通常個人間ノ關係ヲ以テ律スヘカラサルモノアリ蓋夫婦カ婚姻ヲ爲スニ當リテ其財產關係ニ付キ任意ニ契約ヲ爲スニ於テハ苟モ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ヲ害セサル已上ハ概シテ其契約ノ定ムル所ニ一任スルモ不可ナシト雖モ夫婦間ノ關係ハ專ラ情誼ニ依リテ成立スルモノナルヲ以テ婚姻ヲ爲スニ當リ必スシモ其財產

關係ニ付キ契約スル所アルヲ期スヘカラス若シ其契約ヲ爲サヽルトキハ別ニ其關係ヲ支配スヘキ法律上ノ規定ヲ要スヘキハ勿論契約ヲ爲シタル場合ニ在リテモ其契約ニ關シテ一般ノ契約ニ關スル規定ノ外別ニ法律上ノ制限ヲ設クルノ必要アリ舊民法ニ於テハ夫婦ノ財産關係ハ之ヲ財産取得編中ニ規定セリ蓋財産ニ關スルノ規定ナルヲ以テ財産法中ニ其規定ヲ置クノ正當ナルヲ認メタルニ因ルモノニシテ佛國民法其他從來ノ立法例亦概ネ然リトス然レトモ夫婦ノ財産關係ハ直接ニ親族關係ニ起因シ其規定スル所ハ身分ニ關スル事項ト關聯スルモノ多シ而シテ身分ニ關スル事項ハ之ヲ親族法中ニ規定スルノ正當ナルハ勿論ニシテ財産ニ關スル事項ノミ之ヲ分離スルコトヲ許サヽルヲ以テ現行民法ハ獨逸民法ニ倣ヒテ之ヲ婚姻章中ノ一節トシタルナリ又舊民法ニハ之ヲ夫婦財産契約ト題シタルモ其規定スル所ハ契約ニアラスシテ夫婦ノ契約上若ハ法律上ノ財産關係ニ在ルカ故ニ之ヲ契約ト題スルハ其當ヲ失スルモノナルヲ以テ現行民法ハ獨逸民法ト同シク之ヲ夫婦財産制ト改メ款ヲ分チテ契約上ノ財産關係ト法定ノ財産制トヲ規定シ夫婦ノ財産關係ニ付テハ二者其一ヲ擇ハサルヘカラサルモノトセ

リ即チ一ハ夫婦ノ婚姻ヲ爲ス前ニ於テ別段ノ契約ヲ締結スルニ在リ之ヲ夫婦財産契約ト云フ一ハ婚姻前別ニ之ヲ締結セサルニ在リ此場合ニ於テハ夫婦ノ財産關係ハ全ク法律ノ規定ニ依リテ支配セラレ夫婦ノ意思ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ許サス此關係ヲ法定ノ夫婦財産制ト云ヘリ茲ニ所謂夫婦財産制トハ此兩制ヲ總稱スルコトヽ知ルヘキナリ

第二款　夫婦財産契約

第一項　夫婦財産契約ノ性質

夫婦財産契約トハ婚姻ヲ爲サムトスル男女間ニ於テ其婚姻中ノ相互ノ財産關係ヲ定ムルカ爲メノ契約ナリ故ニ夫婦財産契約ハ從タル契約ニシテ婚姻ニ附隨シテ其效力ヲ有ス即チ婚姻ノ效力ヲ生スルト共ニ財産契約モ亦其效力ヲ生シ婚姻無效ト爲リ取消サレ又ハ解消セラルヽトキハ財産契約モ亦當然無效ト爲リ又ハ取消サレ若ハ解除セラルヘシ而シテ婚姻ノ繼續中ニ於テハ財産契約ヲノミ獨立シテ解除スルコトヲ許サヽルナリ又夫婦財産契約ハ婚姻セムトスル男女間ニ締結スル契約ナルヲ以テ其契約ノ當事者ハ必ス婚姻セムトスル男女二人ナルコト

ヲ要スヘキハ勿論ナリトス但其當事者ニシテ無能力者ナルトキハ民法總則中ノ規定ニ依リ法定代理人ノ同意ヲ得サルヘカラス抑契約上ノ財産關係ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル已上ハ夫婦タル當事者ノ任意ニ之ヲ定ムルコトヲ得ルモノト爲スハ當事者ノ自由契約ヲ認メサル瑞西諸州、秘露、アルゼンチナ等數國ヲ除ク外ハ普通ノ立法例タリ然レトモ法定財産制ノ外別ニ法律上數種ノ方法ヲ設ケ以テ當事者ノ據ルヘキ標準ヲ定ムルモノ多シ即チ例ハ佛國民法ニ於テハ財産共通ヲ以テ法定財産制ト定ムルニ拘ラス夫婦ノ契約ニ依リテ之ニ變更ヲ加フルコトヲ許シ財産共通ノ外別ニ全ク之ト異レル三種ノ方法ヲ認メタリ一ハ即チ財産不共通ノ制ニシテ夫婦ハ各其特有財産ヲ有シ唯夫ハ妻ノ財産ヲ管理シ及其財産ヲ使用シ且之ヲ收益スルノ權利ヲ有スルモノトシ從テ其婚姻中ノ費用ハ夫ノ負擔ニ屬ス夫ハ妻ノ財産ヨリ生シタル收入ヲ以テ其費用ニ充ツルコトヲ得ルモノ是ナリ二ハ即チ財産分離ノ制ニシテ夫婦ハ各其特有財産ヲ有スルノミナラス又各其財産ノ管理、使用、收益ノ權ヲ有ス婚姻中ノ費用ノ分擔方法ハ契約ノ定ムル所ニ依ルモ若シ其契約アラサルトキハ妻ノ收入ノ三分ノ一マテハ其費用ニ充

ツルコトヲ要スルモノ是ナリ三ハ即チ所謂嫁資制ニシテ妻ノ財産ハ之ヲ其嫁資外財産トシ嫁資トシテ設定セル財産ノ外ハ凡テ之ヲ嫁資外ノ財産トシ妻ニ屬スルヲ原則トスルモ代替物、評價ヲ爲シタル動産及評價ヲ爲シ且賣買ト同一視スルコトヲ約シタル不動産ハ嫁資トシテ夫ニ移轉シ夫ハ嫁資返還ノ時ニ於テ其代價又ハ之ト同種ノ物ヲ辨濟スルコトヲ要スルノミ其他ノ嫁資ハ妻其所有權ヲ有シ夫ハ之カ管理及收益ヲ爲スノ權利ヲ有ス夫ノ管理ニ因リ嫁資財産ヲ危ウスルノ恐アルトキハ妻ハ財産ノ分離ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得財産分離ノ場合及婚姻ノ取消、夫婦ノ別居、夫婦ノ一方ノ失踪ノ場合ニ於テハ夫又ハ其相續人ハ嫁資ヲ妻又ハ其相續人ニ返還スルコトヲ要ス嫁資以外ノ財産即チ妻ノ特有財産ハ妻ニ於テ其所有權ヲ有シ併テ之カ管理及收益ヲ爲ス權利ヲ有スルモノ是ナリ而シテ當事者ハ其何レカノ方法ヲ擇フモ若ハ其何レニモ依ラスシテ全ク相異リタル契約ヲ爲スモ其任意ナリトス獨逸民法ニ於テハ財産不共通ヲ以テ法定財産制トシタルニ拘ラス契約上ノ財産關係ニハ財産共通、所得共通、動産及所得共通ノ三種ノ制ヲ認メタルカ如キ即チ其類例トス我民法ニ於テハ法定ノ財

産制ヲ認メタル外ハ全ク當事者ノ契約ニ一任シ其他何等法律上ノ推測ヲ設クルコトナシ故ニ當事者若シ法定ノ財産制ト異リタル財産關係ニ依ラムト欲スルトキハ其細目ニ至ルマテ一々契約ヲ以テ之ヲ定ムルヲ要シ其契約ニ明言シ若ハ其契約ヨリ當然推測シ得ヘキ事項ノ外ハ全ク法定ノ財産制ニ依リタルモノト推測スルモノトセリ然リ而シテ財産契約ノ有效ナル爲メニハ一般契約ト同シク法律行爲及契約ノ通則ニ依リ諸種ノ要件ヲ具備スルノ必要ナルハ勿論ナリ故ニ未成年者カ財産契約ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ要シ詐欺又ハ强迫ニ因リ其契約ヲ爲シタルモノハ之ヲ取消スコトヲ得ヘク又公ノ秩序ヲ目的トスル法令ノ規定ニ違反スルコトヲ得サルナリ

第二項　夫婦財産契約ノ要件

民法ハ一般法律行爲ニ通スル要件ノ外夫婦財産契約ニ關シ別ニ二ノ特種ノ要件ヲ認メタリ其一ハ契約ヲ結フノ時ニ關スル要件ニシテ即チ財産契約ハ婚姻届出前ニ於テ之ヲ爲スヘキコト是ナリ蓋婚姻中ニ在リテハ夫婦ハ相互ノ愛情ノ爲メ若ハ夫ニ威壓セラルヽ爲メ完全ナル意思ノ自由ヲ有スル能ハサルト債權者ノ利

益ヲ詐害スルノ恐アルヲ以テナリ(三七九)其二ハ財産契約ヲ第三者及夫婦ノ承繼人ノ對抗スルカ爲メノ要件ナリ蓋夫婦財産契約ハ夫婦婚姻中ノ財産關係ヲ支配スルモノニシテ夫婦ノ一方又ハ雙方ニ對シテ債權債務ノ關係ヲ有スル第三者ノ利害ニ大ナル影響ヲ及スモノナルヲ以テ其契約ノ條項ニ付テハ之ヲ凡テノ第三者ニ公示スルノ方法ナカルヘカラス諸國ノ法律中或ハ公證人ヲシテ證書ヲ作ラシメ或ハ婚姻證書中ニ附記セシムル等ノ方法ヲ採レルモノアルモ民法ハ一般ニ財産權ニ關スル事項ノ公示方法トシテ登記ノ方法ヲ採用セルヲ以テ財産契約ニ關シテモ亦登記ヲ以テ第三者ニ對抗スルノ要件トセリ登記ハ當ニ第三者ニ對抗スル爲メ必要ナルノミナラス夫婦ハ承繼人ニ對抗スル爲メニモ亦之ヲ必要トス第三者トハ夫婦其代理人及其承繼人ヲ除ケル凡テノ者ヲ謂フ故ニ夫婦ノ承繼人ハ第三者ニアラス然レトモ夫婦ノ承繼人ハ夫婦ノ死亡セルトキ其遺產ヲ整理スヘキモノニシテ夫婦ノ財產ニ重大ノ利害關係ヲ有スルモノナルヲ以テ豫メ其財產契約ノ條項ヲ知ラシムルノ必要アルヲ以テナリ斯ノ如ク夫レ登記ハ夫婦カ第三者又ハ夫婦ノ承繼人ニ對抗スル爲メノ要件ナルカ故ニ登記アラサルモ第三者又

ハ承繼人ヨリ之ヲ對抗スルコトヲ妨ケス而シテ其登記ハ婚姻届出前ニ之ヲ爲スコトヲ要スルハ財産契約ヲ爲スニ・婚姻前ナルヲ要スルト同一ノ理由ニ因ルナリ

(七九四)

又外國人カ夫ノ本國ノ法定財産制ニ異リタル契約ヲ爲シタル場合ニ於テ婚姻ノ後ニ日本ニ住所ヲ定メタルトキハ一年内ニ其契約ヲ登記スルニアラサレハ日本ニ於テハ之ヲ以テ夫婦ノ承繼人及第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトスルハ畢竟外國人ノ夫婦ノ財産關係ハ婚姻當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依テ之ヲ定メ婚姻後ノ國籍ノ變更ニ因リ之ヲ變更スヘカラサルカ(法例第一項)故ニ夫ノ本國法ニ於ケル法定ノ財産制ニ依テ其財産關係ヲ定メタルトキハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スル爲メニ別ニ登記ヲ要セスト雖モ若シ夫ノ本國ノ法定財産制ニ異リタル契約ヲ爲シタルトキハ其契約ヲ公示スルノ方法アルコトヲ要スヘキカ故ナリ即チ此規定ノ適用ヲ受クルハ「外國人カ夫ノ本國ノ法定財産制ニ異リタル契約ヲ爲シタル場合」ナリ故ニ夫ノ本國ノ法定財産制カ我國ノ法定財産制ト異ルトキニハ我國ノ法定財産制ト同一ノ契約ヲ爲シタルトキニ於テモ尚ホ

此規定ノ適用ヲ受ク夫ノ本國法トハ婚姻ノ當時ニ於ケル夫ノ本國法ヲ意味ス(法例一五)故ニ婚姻ノ後國籍ヲ變更シタル者ニシテ更ニ日本ノ國籍ヲ取得シ又ハ日本ニ住所ヲ定メタルトキハ縱令其契約カ第二ノ本國ノ法定財産制ト異リタル契約ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦同シク契約ヲ登記スルハ其國籍ヲ取得シ又ハ住所ヲ定メタル時ヨリ起算シテ一年以内ナルコトヲ要ス一年ヲ過キテ登記ヲ爲サヽリシトキハ第三者及夫婦ノ承繼人ハ當然日本ノ法定財産制ニ支配セラルヽモノトシテ主張スルコトヲ得但夫婦間ニ在テハ此場合ニ於テモ契約カ完全ノ效力ヲ有スルハ勿論ナリ又一年以内ニ於テモ登記ヲ爲サスシテ當然第三者及夫婦ノ承繼人ニ對抗スルコトヲ得ルニアラス一年ノ期間ハ有效ニ登記ヲ爲シ得ル期限ヲ限定シ其以後ニ以テ爲シタル登記ヲ無效ナラシムルニ止ルカ故ニ一年以内ト雖モ登記ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ他ニ對抗スルコト能ハサルノ點ニ於テハ同シ

カルヘキナリ

婚姻後夫婦財産契約ノ變更禁止

第三項　婚姻後夫婦財産契約ノ變更禁止

夫婦ノ財産契約ハ婚姻前ニ於テ之ヲ爲スヲ要シ而シテ其之ヲ爲スノ婚姻前ニ在ルヲ要スルノ理由ハ夫婦ノ意思ノ自由ヲ保護スルト共ニ債權者ノ利益ヲ保護スルニ在ルコト前述シタルカ如シ而シテ其目的ヲ貫徹セムトスルニハ婚姻中ハ夫婦ノ財産關係ヲ變更スルコトヲ禁スルノ必要アルハ論ヲ竢タス故ニ夫婦ノ財産契約ハ其婚姻ノ届出ヲ爲ス前ニ在リテハ其效力未タ確定セサルモノナルヲ以テ其既ニ登記ヲ爲シタル場合ト雖モ未タ登記ヲ爲サヽル場合トヲ問ハス當事者ノ任意ニ之ヲ變更スルヲ妨ケサルヘキモ其既ニ婚姻ノ届出ヲ爲シタル後ハ夫婦ノ任意ヲ以テ其關係ニ變更ヲ加フルコトヲ許サヽルモノトス（七六七九）從テ婚姻届出ノ後ニ在テハ其契約ヲ解除シテ法定ノ財産制ニ依ルカ如キ若ハ財産共通ノ契約ヲ爲セル後所得共通ニ之ヲ變更スルカ如キハ皆違法ナリ斯ノ如ク夫レ夫婦ノ財産關係ハ之ヲ變更スルコトヲ得サルヲ以テ其結果トシテ婚姻中其財産關係ヲ變更シ得ルノ權利ヲ留保セル契約ハ無效ナリ即チ例ハ夫婦ノ一方又ハ雙方ニ契約ヲ解除

スヘキ權利ヲ與ヘ又ハ夫ニ所有權ヲ移轉シタル財産ヲ何時ニテモ再ヒ妻ノ所有ニ復シ得ヘキコトノ契約ヲ爲スカ如キ其他夫婦ノ任意ニ依リテ其契約ヲ變更シ得ヘキコトノ契約ヲ爲スカ如キハ皆違法ナリ但婚姻中ニ財産ノ管理者ヲ變更シ又ハ夫婦ノ共有財産ヲ分割スルコトアルヘキコトヲ契約スルカ如キ即チ例ハ女戸主ニ夫ノ特有財産ノ管理權ヲ與フルコトノ契約ヲ爲スト同時ニ一定ノ事由アルトキハ夫カ其管理者ト爲ルヘキコトノ契約ヲ爲スカ如キ又ハ夫婦共有ノ財産ヲ設定スルト同時ニ一定ノ事由アルトキハ之ヲ分割スルコトノ契約ヲ爲スカ如キ皆嚴格ニ言フトキハ婚姻中ニ夫婦ノ財産關係ヲ變更スルモノナリト雖モ民法ハ斯ノ如キ契約ヲ以テ有效ト看做スノ精神ナルコトハ明瞭ナリ（七七九）而シテ契約ニ於テ之ヲ定メサリシ場合ト雖モ夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ特有財産ヲ管理スル場合ニ於テ其財産ヲ以テ投機業ヲ試ミ或ハ放蕩ノ資ニ供スルカ如キ其管理ノ方法ヲ誤リ爲メニ財産ヲ危ウスルコトアルトキハ其財産ノ所有者タル他ノ一方ハ自ラ其財産ノ管理權ヲ回復シ共有財産タルトキハ之カ分割ヲ求メ以テ其財産ノ安全ヲ圖ルノ權利ナカルヘカラス（七九六第二號第三號）蓋法定ノ財産制ニ依リタルトキハ

夫ハ妻ノ財産ノ管理權ヲ有スルヲ原則トシ(一八〇)又別段ノ契約ヲ定メタルトキニ在テモ妻ノ財産ハ夫之ヲ管理スルコトヲ定ムルコトアルヘク或ハ時トシテハ妻ヲシテ夫ノ財産ヲ管理セシムルコトアルヘシ其何レノ場合ニ於テモ夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ財産ヲ管理スル場合ニシテ其管理ニ係ル財産ヲ危ウシタルトキハ他ノ一方ハ其權利ヲ有スヘシ所謂財産ヲ危ウスルトハ財産ノ所有權ヲ失フノ恐アルヲ謂フ故ニ單ニ財産ノ收益ヲ失フニ止ル場合ハ此限ニアラサルコト勿論ナルモ必スシモ現ニ所有權ノ一部ヲ失ヒタル場合ナルヲ要セス管理ノ失當ニ因リ將來ニ於テ其所有權ヲ失フヘキ恐アルヲ以テ足レリトス殊ニ又財産ヲ危ウシタルハ管理者ノ故意又ハ過失ニ因ルコトヲ要スヘシ財産所有者ノ自己ノ所爲ニ因リタルトキハ勿論不可抗力ニ因リ財産ヲ危ウシタル場合ニハ他ノ一方ニ斯ル權利ヲ認ムヘキ理由ナシ而モ自ラ管理ヲ爲サムトスルニハ裁判所ニ請求スルコトヲ要シ夫婦ノ任意ニ依リ管理者ヲ變更スルコトヲ許サヽルナリ若シ夫レ夫婦カ財産共通ニ依リ契約ヲ爲シ夫婦ノ共有財産ヲ設定シタル場合ニ於テ管理者カ管理ノ法ヲ誤リ爲メニ其財産ヲ危ウシタルトキハ獨リ管理者ヲ變更スルノミニテ

ハ未タ原所有者ノ利益ヲ保護スルニ充分ナラサルヲ以テ斯ノ如キ場合ニ於テハ共有ノ財産ヲ分割スルコトヲ得シムト雖然レトモ其分割ノ請求ハ管理者變更ノ請求ト共ニスルニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得サルヘキノミナラス管理者カ管理ノ失當ニ因リ其財産ヲ危ウシタル場合ニアラサレハ其請求ヲ許サヽルナリ

右ノ如ク夫レ夫婦ノ財産ノ管理者ヲ變更シ又ハ其共有財産ヲ分割スルハ或ハ契約ニ定メタル結果ニ因ルコトアリ或ハ管理ノ失當ニ因リ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトアリ而シテ何レノ場合ヲ問ハス其法定財産制ニ依リタルモノナルトキハ法定ノ財産制ニ異リタルコトヲ爲シ其財産契約ニ依リタルモノナルトキハ既ニ登記シタル事實ニ變更ヲ加フルモノナルカ故ニ之ヲ以テ第三者及夫婦ノ承繼人ニ對抗スルカ爲ニハ新ニ契約ヲ爲ス場合ト同ク登記ニ因リテ之ヲ公示セサルヘカラサルハ勿論タルヘシ(七九)

第三款　法定ノ財産制

第一項　法定ノ財産制ノ性質

婚姻ノ當事者カ其婚姻前ニ於テ婚姻中ノ財産關係ニ付キ別段ノ契約ヲ爲サヽリ

シ塲合ニ在テハ法律ノ規定ヲ以テ一定ノ財産關係ヲ定メ夫婦ヲシテ其婚姻後ニ於テ任意ニ其關係ヲ定ムルコトヲ許サヽルハ諸國ノ法制其軌ヲ一ニス而シテ之ヲ法定ノ夫婦財産制ト云フ即チ法定ノ財産制ハ別段ノ契約ヲ爲サヽリシ塲合ニ於テ夫婦間ノ財産關係ヲ支配スルモノタリ蓋法律ニ慣レサル一般ノ人民ニ在リテハ財産ニ付キ別段ノ契約ヲ爲シ方式ニ從テ之ヲ登記スルカ如キハ寧ロ稀ナルヘキヲ以テ法定ノ財産制ハ最モ能ク國情ニ適シ弊害ヲ生スルコト最モ少ナキ制ヲ採ラサルヘカラス我民法ハ財産不共通ノ最モ我國情ニ適スルヲ認メ之ヲ以テ法定ノ制トセリ顧フニ法定ノ財産制ハ諸國ノ法制一ナラス佛國民法ハ財産共通ヲ以テ法定ノ制トス即チ夫婦一切ノ財産ハ之ヲ夫ノ特有財産、妻ノ特有財産及夫婦共有ノ財産ニ區別シ其共有財産中ニ入ルヘキモノハ婚姻ノ當時ニ現在セル一切ノ動産、財産契約ヲ爲シタル時ヨリ婚姻執行マテノ間ニ動産トノ交換ニ因テ得タル不動産、婚姻中ニ取得シタル一切ノ動産及不動産トシ特有財産ト雖モ其收益ハ夫婦ノ共有財産中ニ入ルモノトス和蘭、瑞典等ノ民法略ホ之ニ同シ其他西班牙及ルイジアナ等諸國ノ民法ハ所得共通ヲ以テ法定ノ制トス即チ其如何ナル名義

タルヲ問ハス婚姻中ニ取得シタル財産ハ凡テ之ヲ夫婦ノ共有トシ婚姻中ニ生シタル負債モ亦共同ノ負債トス露國ノ民法ハ純然タル財産分離ヲ以テ法定ノ制トス即チ夫婦各別ニ獨立ノ所有權、管理權、收益權及債務辨濟ノ義務ヲ有スルモノトス爲スナリ獨逸民法及伊國民法ハ我民法ト略ホ其主義ヲ一ニセルカ如シ抑財産共通ノ制ハ夫婦生活ノ共同ヲ完ウセシムルノ點ニ於テ最モ婚姻ノ性質ニ適合スルモノナルヘシト雖モ婚姻ハ時ニ或ハ解消セラルヽコトアリ斯ノ如キ塲合ニ在テハ共有ノ財産ハ之ヲ分割スルニ複雜ナル計算ヲ要シ訴訟濫起ノ弊アルヲ免レス財産分離ノ制ハ又之ト反對ナル結果ヲ生シ夫妻間ノ平和ヲ害スルヲ免レサルヘシ而シテ所得共通ノ制モ亦財産共通ノ制ト其弊ヲ同ウスルモノナリ我民法カ獨伊等ノ民法ト同シク財産不共通ノ制ヲ採リシハ畢竟以上ノ如キ弊ヲ生スル少ナキヲ認メタレハナリ即チ我民法ニ於テハ夫婦ノ財産ハ凡テ之ヲ各自ノ特有財産トシ別ニ法律上ノ共有財産ヲ認メス妻又ハ入夫カ婚姻前ヨリ有セル財産及婚姻中自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有財産トシ其何レニ屬スルカ明ナラサルモノハ夫又ハ女戸主ノ財産ト推定シ夫又ハ女戸主ハ妻又ハ夫ノ特有財産ニ付キ使

夫又ハ戸主ノ婚姻中ニ係ル費用負擔ノ義務

用收益ノ權利ヲ有ス從テ婚姻中ノ費用ハ夫又ハ女戸主之ヲ負擔スルコトヲ要シ妻ノ財産ハ夫之ヲ管理スルモノトス但其管理權ハ法律上多少ノ制限ヲ受クヘシ而シテ日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト爲ル等ノコトヲ其骨子トセリ

第二項　夫又ハ女戸主ノ婚姻中ニ係ル費用負擔ノ義務

夫又ハ戸主タル妻ハ配偶者ノ財産ニ付キ其果實ヲ取得スルノ權利ヲ有シ(九七)又財産權ノ推定ヲ受クルノ權利ヲ有ス(八〇)而シテ法律ハ是等ノ權利ト相關聯シテ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔スルノ義務ヲ夫又ハ戸主タル妻ニ負ハシムルモノトス蓋財産共通又ハ所得共通ノ制ニ在リテハ是等ノ費用ハ其共通ノ財産ヨリ支辨セシムヘキモノナルモ民法ハ法制ニ依ル共有財産ヲ認メスシテ財産ヨリ生スル收入ハ全ク夫又ハ女戸主ニ於テ取得スルヲ得セシムルモノトナシタルヲ以テ從テ是等ノ費用モ亦夫又ハ女戸主ノ負擔トシタルナリ其所謂婚姻ヨリ生スル費用トハ夫婦共同生活ノ利益ノ爲メ要スル費用ヲ謂フ故ニ妻又ハ女戸主ノ夫カ自己ノ單獨ノ利益ノ爲メ要シタル費用ハ夫又ハ女戸主ノ負擔ニ歸スルコトナシ如何ナルモノカ共同生活ノ利益ノ爲メニ要シタル費用ナルカハ事實問題ナリ

妻カ其費用ヲ負擔スルハ其戸主タル場合ニ限ル夫婦共ニ家族ナルトキハ夫カ壻養子ナル場合ニ於テモ尚ホ其負擔トス然レトモ妻又ハ女戸主ノ夫ハ其夫又ハ女戸主又ハ其他ノ近親カ自ラ生活ヲ扶持スルコト能ハサルニ至レルトキハ婚姻中ノ費用カ夫又ハ女戸主ノ負擔タルノ故ヲ以テ其扶養ヲ拒ムコトヲ得サルヘシ(七九)(八)

第三項　夫又ハ女戸主ノ其配偶者ノ財産上ニ有スル使用及收益ノ權利

前述セルカ如ク民法ニ於テハ法制ニ依ル夫婦間ノ共有財産ヲ認メスシテ夫婦ノ財産ハ凡テ之ヲ各自ノ特有トシ其財産ヨリ生スル果實モ亦之ヲ夫婦ノ共有ト爲スコトナシト雖モ夫婦ハ分離スヘカラサル共同生活ヲ爲スモノニシテ其共同生活ヨリ生スル費用ノ如キハ之ヲ分割スルコトヲ得ヘキモノニアラサルヲ以テ之ヲ夫婦ノ獨立ノ負擔ト爲スハ事實行フヘカラサルコトニ屬スルカ故ニ一方ニ於テハ其費用ハ一切之ヲ夫又ハ女戸主ノ負擔トシ他方ニハ夫又ハ女戸主ハ其配偶

者ノ財産上ニ特別ノ利益ヲ有スヘキモノトス其利益トハ即チ夫又ハ女戸主ハ用方ニ從テ其配偶者ノ財産ヲ使用シ及收益ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノトシタルコト是ナリ用方ニ從フ使用及收益ノ何タルコトハ使用貸借(民第三編第二章第六節)ノ講義ニ詳ナルヘシ然レトモ夫又ハ女戸主ハ唯財産ノ使用及收益ヲ爲スノ權利ヲ有スルニ過キサルカ故ニ妻ノ財産ヨリ生スル果實ハ凡テ夫ノ特有財産ト爲リ夫ハ婚姻ヨリ生スル費用ノ爲メニハ勿論自己ノ單獨利益ノ爲メニモ亦隨意ニ費消スルヲ得ルモ妻ノ財産ノ元本ハ代替物ト雖モ夫ニ於テ費消スルコトヲ得サルハ勿論終身定期金ノ如キハ果實ニアラサルカ故ニ純然タル妻ノ特有財産ト爲ルヘキモノニシテ夫ハ之ヲ取得スルコトヲ得サルナリ斯ノ如ク夫レ夫又ハ女戸主ハ其配偶者ノ財産ヨリ生スル一切ノ果實ヲ取得スト雖モ若シ其配偶者ニシテ自己ノ債務ヲ負擔セルトキハ其利息ハ自己ノ財産ヨリ生スル果實ノ中ヨリ辨濟スルコトヲ許ササルヘカラス故ニ妻又ハ女戸主ニ提供スル前ニ先ツ其中ヨリ自己ノ債務ノ利息ヲ控除スルコトヲ得ヘシ(七九)殊ニ又夫又ハ女戸主ノ使用及收益ノ權ニ對シテハ使用貸借ニ關スル規定ヲ準用シテ以テ之

ニ制限ヲ加フルコトヽセリ即チ使用權ヲ有スル者ハ其使用スル財産ノ通常ノ必要費ヲ負擔シ其他ノ費用ニ付テハ其配偶者ヨリ償還セシムルコトノ如キ其使用收益ノ爲メ其財産ノ上ニ工作ヲ施シ又ハ植物ヲ植エ付ケタル等ノ場合ニハ其財産ヲ原狀ニ復シ其附屬物ヲ收去シ得ヘキコトノ如キ是ナリ(八〇)

第四項　妻ノ財産ニ對スル夫ノ管理權

財産ノ使用及收益ヲ爲ス權利ハ夫又ハ女戸主ニ屬セシメタルニ反シ財産ノ管理權ハ妻カ戸主タル塲合ト否トヲ問ハス常ニ夫ニ屬スルモノトス蓋婚姻ニ因テ生スル費用ハ夫又ハ戸主タル妻ノ負擔ニ歸スルモノナルヲ以テ妻カ戸主タル塲合ニ於テハ夫ノ財産ヨリ生スル利益ハ妻ノ所有ニ歸セシムルコト至當ナリト雖モ財産ノ保存、改良、利用等ノ行爲ニ至テハ必スシモ戸主權ト相隨伴スルヲ要セス是等ノ行爲ハ其性質上男子ノ之ヲ爲スニ適スルノミナラス夫ハ夫權ノ結果トシテ其妻ヲ保護スルノ權利義務アルモノナレハ妻カ戸主タル塲合ニ於テモ其財産ヲ管理スル權利ハ夫ニ屬セシメタルナリ而シテ財産ノ管理トハ財産ノ保存、利用及改良ヲ含ム故ニ夫ハ妻ノ財産ニ付キ妻ノ意思ニ反シテ其保存、改良、利用ノ爲メニ

諸種ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシ但管理ハ權利ノ移轉ヲ目的トスル行爲ヲ包含セサルカ故ニ妻ノ財産權ヲ讓渡シ又ハ拋棄スルカ如キハ當然夫ノ權利ニ屬スルモノニアラサルナリ然リ而シテ夫カ法律上ノ無能力ニ因リ又ハ事實上意思ノ不完全ニ因リテ財産ヲ管理スルコト能ハサル場合ニ於テハ妻ヲシテ自ラ其財産ヲ管理セシムルコト當然ナリ而モ夫カ婚姻當時ヨリ管理ノ不能ナル場合ト其婚姻中ニ於テ不能ト爲リタル場合トヲ問ハス法律上當然ノ特例ナルヲ以テ管理者ヲ變更スルモ登記ヲ爲スヲ要セサルヘク又妻カ財産ノ管理ヲ爲スヘキ場合ニ於テ妻カ若シ無能力ナル場合ニハ妻ノ後見人之ヲ管理スヘキナリ(一八〇)

第五項　妻ノ財産ニ對スル夫ノ處分權

夫ハ妻ノ財産ニ付キ其管理權ヲ有ス故ニ一般ノ管理行爲ニ關シテハ妻ノ意思ニ反シテ之ヲ爲スコトヲ妨ケスト雖モ其管理行爲ノ重大ナルモノニ付テハ之ヲ爲スニ妻ノ同意ヲ要セストスルハ妻ノ利益ヲ保護スルニ充分ナラス故ニ樹木ノ栽培又ハ伐採ヲ目的トスル山林ニ付テハ十年、其他ノ土地ニ付テハ五年、建物ニ付テハ三年、動產ニ付テハ六个月ヲ超エテ妻ノ財產ノ賃貸ヲ爲ス場合(賃貸ハ管理行爲ノ一種ナリ)ニ

限リ其管理行爲タルニ拘ラス妻ノ同意ヲ得ルニアラサレハ爲スコトヲ得サルモノトシ妻ノ財產ニ付キ處分行爲ヲ爲スニ付テハ總テ妻ノ同意ヲ要セシムヘキモノトセリ而シテ其同意ヲ得タルトキハ夫其名義ヲ以テ是等ノ行爲ヲ爲シ得ヘシ舊民法財產取得編ニハ妻カ禁治產ナルトキハ親族會ノ同意ヲ得其失踪ノ場合ニ於テハ裁判所ノ許可ヲ得テ是等ノ行爲ヲ爲シ得ヘキコトヲ規定シタリト雖モ民法ニハ禁治產者タル場合ノコトハ後見ノ章ニ、失踪ノ場合ニ關シテハ失踪ノ條中ニ規定シタリ又妻カ戶主ナラサル場合ニ於テハ妻ノ財產ヨリ生スル果實ハ當然夫ノ所有ニ歸スト雖モ妻カ戶主タル場合ニ於テハ妻ノ財產ヨリ生スル果實ハ勿論夫ノ財產ヨリ生スルモノモ亦妻ノ所有ニ屬ス故ニ特別ノ明文ナキトキハ此場合ニ於テ其果實ヲ處分スルモ亦妻ノ同意ヲ得ルコトヲ要スヘシト雖モ夫ハ本來妻ノ財產ノ管理權ヲ有スルモノナルヲ以テ其管理權ノ範圍內ニ於テ果實ヲ處分スルハ何人ノ承諾ヲモ要スヘキニアラサレハ民法ハ其意ヲ明定シタリ(二八〇)

第六項　管理權ヲ有スル夫ノ擔保提供ノ義務

夫ハ妻ノ財産ヲ管理スルモノナルヲ以テ其管理方法ヲ誤ルカ爲メ往々其財産ヲ危ウスルノ恐アル塲合ナシトセス斯ノ如キ塲合ニ於テ妻ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ適當ナル救濟方法ヲ設クルヲ必要トシ民法ハ自ラ其財産ヲ管理スヘキコトヲ請求スルヲ妻ニ許シタリト雖モ尚ホ夫ノ管理ノ失當未タ甚タシキニ至ラス若ハ妻カ自ラ管理ヲ爲スニ不適當ナルカ如キ塲合ニ於テ夫ノ管理權ヲ剝奪スルニ至ラスシテ別ニ救濟方法ヲ設クルノ要ヲ認メ其財産ノ管理及返還ニ付キ夫ヲシテ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ請求スルコトヲ許シ其擔保ノ種類數額ハ皆裁判所ノ適當ト認ムル所ニ依ルモノトセリ其主意ハ失踪者ノ財産管理ニ關スル第二十九條ノ規定、後見人ニ關スル第九百三十三條ノ規定等ト同シカルヘシ(三八〇)

第七項　日用ノ家事ニ關スル妻ノ代理權

妻ハ夫ノ財産ニ付キ何等ノ處分權又ハ管理權ヲ有セサルカ故ニ妻ハ夫ノ爲メニ借財ヲ爲シ又ハ夫ノ財産ヲ處分スル能ハサルハ勿論夫ノ財産ノ保存、利用等ニ關シテモ何等ノ行爲ヲ爲スコト能ハサルモノナリト雖モ妻ハ日常ノ家事ヲ管理スルノ職務ヲ有スルモノナルヲ以テ日常ノ家事ニ關シテハ夫ノ爲メニ權利ヲ得義

務ヲ負フコトヲ得サルヘカラス夫ハ固ヨリ妻ニ其代理權ヲ授與スルコトヲ得ヘシト雖モ夫カ一々之ヲ授與スルハ事實ニ於テ豫期スヘカラサルノミナラス第三者ノ利益ヲ保護スルニ於テ亦甚タ充分ナラサルヲ以テ法律ハ日常ノ家事ニ關シテハ妻ハ法律上當然夫ノ代理權ヲ有スルモノトス其日常家事ノ何タルヤハ事實問題ナルモ概言スレハ家族ノ日常ノ衣食ヲ支フルカ爲メニ爲ス行爲ナリ例ハ平常ノ飲食品ノ購買、家具、通常ノ衣服ノ購買、住居ノ小修繕ノ如キハ日常ノ家事ナリ日常ノ家事ニ屬スルモノハ管理行爲タルト處分行爲タルトヲ問ハス妻ハ其代理權ヲ有ス故ニ日常家事ノ爲メニ妻ノ名ヲ以テ負ヒタル債務ハ夫之ヲ辨濟スルノ義務ヲ有スヘシ斯ノ如ク夫レ妻ノ代理權ハ法律上當然其權限定レルモノナリ然レトモ夫ハ自己ノ任意ニ依リ其代理權ノ全部ヲ剝奪シ又ハ其一部ヲ制限スルコトヲ得ヘシ此塲合ニ於テ其制限セラレタル範圍ニ於テハ日常ノ家事ニ關シテモ妻ハ夫ノ爲メニ權利ヲ得義務ヲ負フコトヲ得サルモノナルモ若シ第三者カ其代理權ノ制限ヲ知ラスシテ其妻ヲ夫ノ代理人ナリト信シテ爲シタルトキハ日常ノ家事ニ關スル所爲ニ付テハ善意ノ第三者ヲ保護スルカ爲メ尚ホ夫ヲシテ其行爲

ニ對シテ責任ヲ負ハシム(八四〇)

管理者及代理人ノ義務

第八項　管理者及代理人ノ義務

普通ノ管理人及代理人ニ在テハ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テスルヲ要スルコトヲ原則トスト雖モ夫婦間ニ在リテ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ之ニ責ムルハ人情ニ適セサルノ嫌アルヲ以テ此場合ニ於テハ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ヲ以テスルノ義務ヲ負ハシムルモノトス(八五〇)然リ而シテ夫ノ管理權又ハ妻ノ代理權カ消滅シタル場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ夫又ハ妻、其相續人若ハ法定代理人ハ配偶者、其相續人若ハ法定代理人カ其事務ヲ管理シ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スヲ要スルコト及夫ノ管理權又ハ妻ノ代理權ノ消滅ハ之ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ之ヲ知リタルニアラサレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルヲ得サルコト等ハ縱令夫婦間ノ代理權カ委任ニ基キタルモノニアラサルモ委任ニ關スル規定ヲ適用スヘキハ當然ナリトス(八三〇)

財産權ノ推定

第九項　財産權ノ推定

既ニ述ヘタル如ク民法ハ夫婦ノ共有財産ヲ認メスシテ夫婦ノ財産ハ總テ之ヲ各

自ノ特有財産ト爲スト雖モ通常嚴格ニ之ヲ分離セルモノニアラサルヲ以テ其財産ノ何レニ屬スルカヲ明ニスルニハ法律上ノ推定ヲ設クルノ必要ナルヲ認メ妻又ハ入夫ニ屬スヘキ財産ハ特ニ之ヲ指定シ其他夫婦ノ何レニ屬スルカ分明ナラサル財産ハ之ヲ夫又ハ女戸主ニ屬スルモノト推定スル主義ヲ採レリ此主義タル第七百九十八條、第七百九十九條及第七百四十八條等ヲ通シテ一貫セルモノナルカ故ニ今特ニ説明ヲ要セス唯注意ヲ要スヘキハ他ナラス夫又ハ女戸主ノ財産タル推定ヲ受クルモノハ夫婦ノ何レカニ屬スヘキモノタルコト明瞭ナルモ其何レニ屬スルカ現在ニ於テ明瞭ナラサルモノニ限ルヘキハ當然ニシテ妻又ハ女戸主ノ夫ノ特有財産ニアラサルモノハ凡テ此推定ヲ受クルニアラストノコト是ナリ即チ戸主又ハ家族ノ内何人ニ屬スルカ明瞭ナラサルモノニ至テハ戸主ノ財産タル推定ヲ受クヘキナリ而シテ妻又ハ入夫ノ特有財産ハ其婚姻前ヨリ有セル財産及婚姻中自己ノ名ヲ以テ得タル財産ヲ包括シ其婚姻前ヨリ妻又ハ入夫カ有セル財産、財産ハ婚家ニ持參スルモ別段ノ契約ヲ以テ之ヲ配偶者ノ所有ニ移轉スルコトヲ約スルニアラサレハ依然妻又ハ入夫ノ所有ニ屬シ婚姻中ニ取得シタル財産ハ妻

又ハ入夫カ自己ノ名ヲ以テ得タルモノヽ外凡テ其配偶者ノ所有ニ歸スヘシ即チ妻カ夫ノ代理人トシテ得タル財產ハ自己ノ名ニ於テ得タルモノニアラサルカ故ニ日常ノ家事ニ關シテ妻ノ得タル財產ノ如キハ夫ノ所有ニ屬シ妻又ハ入夫ノ財產ヨリ生スル果實モ亦夫又ハ女戶主ノ所有ニ屬スヘキナリ但妻又ハ入夫カ自己ノ營業ニ因テ得タル所得及自己ノ財產トノ交換ニ因テ得タル所得ハ其所有ニ屬スヘキハ勿論タリ(七八〇)

第二章　親子間ノ效果

第一節　親權ノ性質

第一款　總說

羅馬法ニ依ルニ親權ハ即チ家長權ニシテ家長權ノ外別ニ親權ナルモノヲ認メス從テ親カ一家ノ家族タル場合ニ於テハ親ハ子ニ對シテ法律上何等ノ權力モ之ヲ有セサリシナリ之ニ反シテ近世歐洲諸國ノ法制ニ依レハ親權ヲ認メテ家長權ヲ認ムルコトナシ畢竟前者ハ家族制度ヲ基トシ後者ハ個人制度ヲ礎トスルカ故ニ外ナラス然ルニ我國ハ目下家族制度ヨリ個人制度ニ移ルノ時代ニ在リテ半ハ家

族制度ヲ存續シ半ハ個人制度ヲ採用セサルヘカラサルノ狀態ナルヲ以テ民法ハ一家ニ長タル者ニ戶主權アルコトヲ認メ併テ又人ノ父又ハ母タル者ニ親權アルコトヲ認メテ兩々竝ヒ存在スルコトヲ得セシムルノ制ヲ採リタリ即チ親權ハ父又ハ母タル者カ子ニ對シテ有スルノ權利ニシテ家長即チ戶主ノ權利ニハアラサルナリ是故ニ父又ハ母ハ其戶主タル場合ナルト否トニ拘ラス常ニ親權ヲ保有スヘシ而シテ戶主權ノ目的ハ一家ノ管理ニ在ルヲ以テ其效果モ亦一家全體ノ利害ニ影響スヘキモ親權ノ目的ハ人ノ保護ニ存スルヲ以テ其效果ハ專ラ子ノ身體財產ニ影響スルニ過キサルモノトス斯ノ如ク夫レ戶主權ト親權トハ其目的及效果ニ於テ異レルカ故ニ二者各別人ノ保有ニ歸スルトモ互ニ權力ノ衝突ヲ來シ家內ノ平和ヲ破ルノ恐ナシ其偶同一ノ效果ヲ生スル例ハ居所指定ノ權利ノ如キニ至テハ家族制度ノ本體トシテ戶主權ニ重ヲ置キ以テ相互ノ衝突ヲ避クルコトヲ期シタリ(八八)之ヲ要スルニ父又ハ母ニ親權アルコトヲ認ムルニ至リタルハ家族制度ノ漸次破壞スルト共ニ戶主權ノ薄弱ニ陷ルヲ證スルモノニシテ時勢ノ變遷上已ヲ得サルノ結果ニ外ナラサルコトヽ知ラサルヘカラス

第二款　親權ノ定義

親權ハ父又ハ母カ其父又ハ母タル身分ニ基キ法律ノ規定ニ依リ其家ニ在ル子ニ對シテ有スル權利及義務ノ集合ナリ蓋上古ニ在リテハ父ハ其子ニ對シテ絕對無限ノ權力ヲ有シ獨リ其子ヲ監督、扶育スルノミナラス之ヲ賣却シ或ハ人質ト爲シ甚シタキハ之ヲ殺戮スルコトヲモ爲シ得タリ斯ノ如キ時代ニ於テハ親權ハ一ノ事實タルニ過キス近代ノ法制ニ於テハ親權ノ範圍ハ法律ヲ以テ限定セラレ其範圍以外ニ於テハ父又ハ母ハ其子ニ對シテ何等ノ權利義務ヲ有セス即チ親權ハ事實上ノ權力ニアラスシテ法律上ノ權利義務ノ集合ナリ故ニ親權ハ二箇ノ條件ヲ必要トス即チ父又ハ母タル身分ハ其一ナリ同一ノ家ニ在ルコトハ其二ナリ親子間ノ親族關係ハ縱令親子互ニ其家ヲ異ニスルモ消滅スルモノニアラスト雖モ其親族關係ヨリ生スル效果ニ至リテハ家ヲ同ウスルト否トニ由リ大ニ差異アリ親權ハ親子同一ノ家ニ屬スルコトヲ以テ其要素ト爲ス家ヲ異ニスル親子間ニ於テモ例ハ未成年ノ子カ分家ヲ爲シ又ハ廢絕家ヲ再興シタルトキノ如キ其本家ニ在ル父又ハ母カ其子ヲ監護シ敎育シ其財產ヲ管理スルコトナキニアラサルモ是レ

親權ノ行使ニアラスシテ後見人トシテ後見ノ事務ヲ行フモノト知ルヘシ

第三款　親權ノ目的

親權ノ根據ハ親子タル身分ノ自然ノ性質ニ存ス蓋親カ其子ヲ扶育シ其完全ノ能力ヲ得ルニ至ルマテ之ヲ保護スルハ凡テノ高等動物ニ普通ナル性質ニシテ特ニ人類ニ在リテハ如何ナル社會ニ於テモ此性質ノ完全ニ發揮セラレサルハナシ若シ性法學者ノ所謂性法ナルモノヲ認ムルトキハ親權ハ疑モナク一ノ性法ナリ縱令國法ノ之ヲ認ムルモノナシト雖モ尙ホ親子間自ラ此關係ナカラサルヘカラス此場合ニ於テハ親權ハ一ノ事實タルニ過キス然レトモ近代ニ於ケル權利思想ハ各私人ニ對シテ凡テ平等ノ人格ヲ認メ其一人ノ意思ヲ以テ他人ノ意思ノ自由ヲ侵害スルコトヲ許サス其之ヲ許スハ特ニ法律ノ認許スル場合ニ限ル是ニ於テカ法律ヲ以テ其自然ノ性質ニ基ク關係ヲ公認シ其一方ノ意思ヲ以テ他ノ意思ノ自由ヲ制限シ得ルノ範圍ヲ限定スルノ必要ヲ生ス國カ其法律ヲ以テ親權ヲ公認スルトキハ親權ハ一ノ事實ヨリ變シテ法律上ノ權利義務タル性質ヲ受クヘシ斯ノ如ク夫レ親權ヲ認ムル立法ノ目的ハ親子間ノ自然ノ關係ヲ公認スルニ在リト雖

モ之ヲ詳言スルトキハ近世ノ法律ニ於テ親權ヲ認ムル主タル目的ハ之ヲ三ニ區別スルコトヲ得ヘシ公益ノ保護ハ其一ナリ子ノ利益ノ保護ハ其二ナリ親ノ利益ノ保護ハ其三ナリ敎育ナキ不良ノ徒ヲ生スルハ國家ノ自存及發達ヲ妨ケ財產管理ノ能力ナキモノヽ財產ヲ放擲スルハ國家經濟ノ利益ヲ害スルヲ以テ國家ハ父又ハ母ヲシテ其子ヲ監護敎育シ財產ヲ管理スル等ノ義務ヲ負ハシムルヲ以テ公益上必要ナルヲ認ム又子ノ能力ノ未タ發達セサル間ニ於テハ自ラ自己ノ利益ニ著眼スヘキ思慮ヲ有セサルカ故ニ其自然ノ保護者タル父又ハ母ヲシテ代リテ其利益ヲ保護セシムルノ要アリ親權ハ子ノ利益ヲ保護スルヲ以テ其目的ノ一トス カ故ニ親權ノ範圍ハ子ノ利益ヲ害セサル限度ニ於テ明ニ其不利益タルヘキ行爲ハ決シテ之ヲ許スコトナシ是レ近代ノ立法ニ通スル一ノ特色ニシテ上古ニ於ケルカ如ク子ヲ殺戮シ之ヲ他人ニ賣與スルカ如キ權利ハ近代ノ立法ノ斷シテ認メサル所ナリ而シテ最後ニ親權ハ親ノ利益ノ保護ヲ目的トス蓋子カ完全ニ發達スルト否トハ親ノ利益ニ重大ノ影響ヲ及セハナリ即チ親權ハ親ノ利益ノ保護ヲ目的トスルカ故ニ親權ヲ行フハ親ノ權利タリ親權ハ又子ノ利益ノ保護ヲ目的トスルカ故ニ親權ヲ行フハ又親ノ義務タルナリ

第四款　親權ノ行使

親權ニ服スヘキ者ヲ未成年者ニ限ルヘキヤ將又成年者ト未成年者トヲ問ハサルヘキヤニ付テハ多數ノ立法例ハ之ヲ未成年者ニ限リ或ハ稀ニ一層之ヲ制限シ禁治產ノ宣告ヲ受ケサル未成年者ニ限レルモノアリ其成年者ト未成年者トヲ問ハス常ニ親權ニ服スヘシトスルモノハ他ニ其例少ナキニ拘ラス我民法ハ是等ノ立法例ト我國ノ國情トヲ參酌シ原則トシテ親權ニ服スヘキ者ハ未成年者及獨立ノ生計ヲ立テサル成年者ニ限レリ獨立ノ生計ヲ立ツルトハ自己ノ資產若ハ勞務ニ依リ生活スルヲ謂フ自己ノ資產若ハ勞務ニ依リ生活ノ一部ヲ支持スルモ他ノ一部ハ之ヲ父母ノ扶養ニ待テル者ハ獨立ノ生計ヲ立ツルモノニアラス未成年者又ハ獨立ノ生計ヲ立テサル成年者ハ其戶主タル塲合ト家族タル塲合トヲ問ハス常ニ親權ニ服スルモノトス故ニ父隱居シテ未成年ノ子其家督ヲ相續シタルトキハ戶主タル子ハ家族タル父ノ親權ニ服スヘシ又民法ハ嫡出子ト庶子又ハ私生子トノ間ニ親權ニ服スヘキ點ニ於テ區別ヲ設クルコトナシ諸國ノ民法ハ概ネ婚姻ヲ

爲シタルトキハ未成年者ト雖モ親權ヲ脫スト爲スモノ多シ是蓋歐洲諸國ニ於テハ婚姻ニ因リテ夫婦ハ獨立ノ一家ヲ組織スルモノナレハナリ然ルニ我國慣習ニ於テハ婚姻ハ事實ニ於テモ必スシモ一家ヲ組織スルノ原因ニアラサルノミナラス婚姻ヲ爲シタル後モ法律上必スシモ其家ヲ去ルモノニアラサルヲ以テ民法ハ多數ノ立法例ニ反シ婚姻ヲ爲シタルト否トニ拘ラス未成年者及獨立ノ生計ヲ立テサル成年者ハ其家ニ在ル父又ハ母ノ親權ニ服スヘキモノトセリ但婚姻ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ例ハ女子カ嫁シテ他家ニ入リタルトキノ如キハ實家ノ父又ハ母ノ親權ヲ脫スルコト勿論ニシテ其婚家ニ於テモ亦配偶者ノ父母トノ間ニハ親子ノ關係ヲ生スルモノニアラサルヲ以テ唯夫權ニ服從スルヲ要スルニ止リ親權ハ全ク之ヲ脫スヘキハ當然ナリ

斯ノ如ク夫レ我民法ニ於テハ親權ニ服スル者ハ啻ニ未成年者ニ止ラスシテ獨立ノ生計ヲ立テサル成年者モ亦之ニ服スヘキヲ原則ト爲セルニ拘ラス其親權ノ效力トシテ規定スル所ヲ見ルニ悉ク皆未成年者ノミニ對スルモノニシテ成年者ニ對スルモノアルヲ見ス獨リ懲戒權ニ關シテノミ未成年者ト成年者トヲ區別スル

明文ナシト雖モ懲戒ハ手段ニシテ目的ニアラス其權利ハ從タル權利ニシテ主タル權利ニアラス他ニ主タル權利ナク獨リ懲戒權ナル獨立ノ權利ヲ認ムルハ解スル能ハサル所ナリ從テ懲戒權モ亦未成年者ノミニ對スルモノト解セサルヘカラス果シテ然リトセハ成年者ニ對スル親權ハ唯假想ノ名義ニ止リ何等ノ效力ヲ有セサルモノニアラサルカ或ハ親權ハ權力ナルヲ以テ法律上其效力ヲ規定セサルモ事實上ノ權力トシテ之ヲ行フコトヲ妨ケスト云フ者アルヘシト雖モ近代ノ法制ハ個人間ニ全ク平等ノ關係ヲ認ムルヲ以テ原則トシ其不平等ノ關係ヲ認ムルニ於テハ一々之ヲ特定シテ其權力ノ範圍、分量ヲ限リ個人相互ノ間ニ無限ノ服從關係アルヲ許サス親權ハ事實タル權力ニアラスシテ法律上其範圍、分量ノ一定セラレタル權利ナリ親權ヲ行フ者ハ法律ニ定ムル制限以外ニ於テハ何等ノ權力ヲ有セサルモノナリ婚姻、養子緣組、離婚、離緣等ノ行爲ヲ爲スニ父母ノ同意ヲ要スルハ成年ノ子モ亦然リト雖モ是レ獨立ノ生計ヲ立ツルト否トヲ問ハサルノミナラス親權ヲ行ハサル父又ハ母ニ對シテモ亦其同意ヲ要スルモノニシテ其親權ノ效力ニアラサルハ法律カ許可ト云ハスシテ同意ト云ヘルニ因リテモ明ナリ姑

ク疑ヲ存セサルヘカラス

親權ヲ行フ者ハ原則トシテ其家ニ在ル父ナリ父知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フ能ハサルトキハ其家ニ在ル母ナリ羅馬法ニ於テハ親權ハ專ラ父ニ屬スル權力タリキ是レ親權ヲ以テ一ニ父ノ利益ノ爲メニスルノ精神ヨリ出タルニ外ナラス近世ノ立法例ニ於テハ親權ヲ以テ主トシテ子ノ利益ノ爲メニスルノ主義ヲ採リ從テ子ノ天然ノ保護者タル父母ニ其ニ親權ヲ有セシム佛國法其他從來ノ立法例ニ於テ之ヲ父權ト稱スルハ羅馬法ノ遺習ニ基クニ過キス斯ノ如ク夫レ父又ハ母ハ等シク親權ヲ享有スヘキ能力ヲ有スト雖モ二人同時ニ之ヲ有スルコトヲ許サスシテ父其家ニ在ルトキハ父之ヲ行ヒ父知レス又ハ死亡其他ノ事由ニ因リ之ヲ行フコト能ハサルトキハ母之ヲ行フモノトス蓋二人同時ニ之ヲ行フトセハ敎養一途ニ出ツルコト能ハサルノ虞アルヲ以テナリ其原則トシテ父ニ之ヲ行ハシムルハ婦ハ夫權ノ下ニ在ルモノナレハナリ而シテ親權ヲ行フ者ハ其家ニ在ル父若ハ母ナリ蓋親子ハ必スシモ常ニ同一家族團體ニ屬スルモノニアラス養子ト爲リ又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル者ハ其實家ノ父

母ト家ヲ異ニス故ニ養子ハ養父又ハ養母ノ親權ニ服スルモ實父母ノ親權ニ服スルコトナシ之ト同シク實父又ハ實母カ離婚又ハ離緣ニ因リ其家ヲ去リタルトキハ其親權ニ服スルコトナク又分家ヲ爲シ一戶ヲ創立シ又ハ廢絕家ヲ再興シタル者ハ其實家ニ在ル父母ノ親權ニ服セス其家ニ在ル父又ハ母ナルトキハ其實父母ナルト繼父母又ハ嫡母ナルト若ハ養父母ナルトヲ問ハス等シク其親權ニ服スヘキナリ但婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル者ハ其配偶者ノ父又ハ母ニ對シテ親子ノ關係ヲ生スルモノニアラサルカ故ニ其親權ニ服スル限ニアサルハ勿論タリ母ノ親權ヲ行フハ父カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、其家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フ能ハサルトキニ限ル其所謂父ノ知レサルトキトハ私生子ノ未タ父ノ認知ヲ得サル塲合ヲ謂フ其既ニ認知ヲ得タルモノト雖モ戶主ノ同意ヲ得サル爲メ父ノ家ニ入ル能ハスシテ母ノ家ニ入リタルトキハ尙ホ其母ニ於テ親權ヲ行フヘシ又父カ其家ヲ去リタルトキハ父カ養子又ハ入夫ナル塲合ニ於テ離緣又ハ離婚ニ因リ其家ヲ去リタル塲合ヲ謂フ父ノ親權ヲ行フ能ハサルトキトハ或ハ事實上ノ不能ナルコトアリ或ハ法律上ノ不能ナルコトアリ事實上ノ不能トハ例ハ父不在

ナルトキ、心神喪失ノ常況ニ在ルトキノ如シ法律上ノ不能トハ未成年者ナルトキ及親權喪失ノ宣告ヲ受ケタル塲合ナリ其何レノ塲合ニ在テモ親權ハ母ニ於テ之ヲ行フ父母共ニ未成年者ナルトキハ其父又ハ母ニ對シテ親權ヲ行フ父又ハ母アルトキハ其父又ハ母、後見人アルトキハ其後見人代リテ親權ヲ行フモノトス（八七八、九五、九三四）然レトモ繼父、繼母又ハ嫡母ハ自然ノ血緣關係アルモノニアラサルヲ以テ實父母ニ於ケルカ如ク其子ニ對シ自然ノ愛情アルヲ期スルコト能ハサルカ故ニ之ニ實父母ト等シク懲戒權、監護、敎育、財產管理等ノ絕對ノ權利ヲ付與スルハ子ノ利益保護ニ付テ危險ナキ能ハス故ニ繼父母又ハ嫡母カ親權ヲ行フ塲合ニ於テハ後見ニ關スル規定ヲ準用シ後見監督人ノ監督ニ服セシムルコトヽス（八七八）

第二節　親權ノ效力

第一款　總說

前章ニ於テ說述シタルカ如ク近世ノ法制ハ個人間ニ全ク平等ノ關係ヲ認ムルヲ以テ原則ト爲スカ故ニ親カ子ニ對スル塲合ト雖モ法律ノ規定ニ依ルニアラスムハ其間ニ特ニ不平等ノ關係ノ存在ヲ認ムルコトヲ許サス是ヲ以テ法律ハ親權ヲ認ムルト同時ニ其之ヲ組織スヘキ權利義務ノ範圍分量ヲ明定シ以テ親子間ニ於ケル不平等ノ關係ハ全ク法律ノ特例ニ屬シ決シテ一般ノ原則ニアラサルコトヲ示サヽルヘカラス是レ即チ我民法カ歐洲諸國ノ法典ト同シク親權ノ效力ナル題目ノ下ニ親權ヲ組織スル權利及義務ノ範圍分量ヲ明定セル所以ニ外ナラス歐洲諸國ノ民法ニ於テ親權ノ效力ヲ規定スルモノ其多クハ懲戒、住居ノ指定、財產ノ管理及收益等ノ特定ノ權利如何ヲ示スニ止リ概括的ニ其效力ヲ規定スルモノ甚タ稀ナリト雖モ我民法ハ獨逸民法ノ規定ヲ參酌シ概括的ニ其效力ヲ規定シ親權ノ效力ノ性質範圍ヲ明瞭ナラシメムコトヲ期シタリ而シテ親權ノ效力ハ之ヲ大別スルトキハ子ノ身上ニ對スルモノト其財產ニ對スルモノトノ二種ニ外ナラサルノミナラス其兩種ノ效力ト雖モ未成年者ニ對スルヲ以テ原則トシ而モ個人間ノ關係ニ不平等ヲ認ムルノ特例ニ過キサルカ故ニ其範圍甚タ狹隘、其分量頗ル寡少ニシテ親子間ニ在リテモ成ルヘク個人間平等ノ關係ヲ認ムルノ原則ヲ度外視スルカ如キ結果ノ生セサラムコトヲ期スルヲ以テ親タル者ヲシテ苟モ親權ヲ濫用スルカ如キコトヲ許サヽルナリ我國從來ノ慣例ヨリ見ルトキハ親子間ノ關係ニ於

テ斯ノ如キ制限的ノ效力ヲ定ムルハ親子間ノ關係ヲシテ頗ル輕薄ナラシムルノ恐アルノ感ナキニアラスト雖モ法律ノ規定ハ却テ親子間ニ苟モ輕薄非道ナカラシムルコトヲ期スルニ在リテ其精神ニ於テハ決シテ親タル者ヲシテ法律上ノ義務已外ニ子ヲ愛育スルコトヲ制シ又子タル者ヲシテ親ニ對シテ法律上ノ權利ヲ主張セシムルコトヲ奬勵スルノ主意ニアラサルナリ

第二款　身上ニ關スル效力

第一項　監護及教育ノ權義

監護トハ身體ニ對スル不利益ヲ消極的ニ防衛スルヲ謂ヒ教育トハ體育、智育、德育ニ付キ積極的ニ利益ヲ增進スルヲ謂フ蓋積極ニ其利益ヲ增進スルハ即チ消極ニ其不利益ヲ除ク所以ニシテ其間判然タル區別ヲ許サス相竢テ子ノ身體ヲ保護スルノ權利及義務ヲ組成ス而シテ其監護及教育ヲ爲スハ親權ヲ行フ父又ハ母ノ權利ナリ故ニ父又ハ母ハ他人ノ監護及教育ヲ排シテ自己ノ任意ニ其子ノ監護及教育ノ方法ヲ定ムルコトヲ得ヘシ又其之ヲ爲スハ親權ヲ行フ父又ハ母ノ義務ナリ故ニ父又ハ母ハ其監護、教育ヲ怠ルコトヲ得ス但其義務ノ程度如何ハ其身分及資

力ニ應シテ自ラ異ルヘキハ勿論タリ子ノ監護竝ニ教育ヲ爲スハ其子ニ對スル私法上ノ義務ナルカ故ニ子ハ父又ハ母ノ身分資力ニ應シテ監護及教育ヲ受クル權利ヲ有スト雖モ此權利ハ訴訟ニ依リ之ヲ強制スル手段ヲ有セス唯父又ハ母カ此義務ヲ怠リタル場合ニ於テ子ノ親族又ハ檢事ハ親權ノ喪失ヲ請求シ得ルノミ(八九)國家ハ又子ニ相當ノ教育ヲ與フルコトアリ此場合ニ於テハ子ヲ教育スルハ親ノ公法上ノ義務タル性質ヲ有ス然レトモ茲ニ所謂監護及教育ヲ爲ス親ノ義務ハ國家ニ對スル義務ト爲スノ精神ニアラサルナリ現行小學校令ニ於テ親ハ其子ヲ尋常小學校ニ就學セシムル公法上ノ義務ヲ負フモ(小學校令二乃至二)此義務タルヤ民法上ノ義務ハ親ノ身分及資力ニ應シ監護及教育ヲ爲ス義務ニシテ其身分及資力ノ如何ニ依リテハ必スシモ尋常小學校ニ就學セシムルノミヲ以テ民法上ノ義務ヲ盡セルモノト云フヲ得ス又必スシモ尋常小學校ニ就學セシメサルモ民法上ノ義務ニ違反スルモノニアラス尋常小學校以上ノ學校ニ就學セシムルハ民法上子ニ對スル義務タルヲ失ハサルモ國家ハ之ヲ

國ニ對スル義務ト爲スコトナシ之ヲ要スルニ民法上ノ義務ハ純然タル私法上ノ義務ニシテ其公法上ノ義務タル性質ヲ受クルト否トハ全ク他ノ公法ノ規定ニ依ルモノナリ而シテ監護及教育ヲ爲ス義務ヨリ生スル一ノ效果ハ其子カ第三者ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ其損害ヲ賠償スルノ責ニ任スルニ在リ(四七一)父又ハ母ハ固ヨリ其子ノ監護及教育ヲ他人ニ委託スルコトヲ妨ケスト雖モ其委託者ノ選擇ハ全ク父又ハ母ノ責任ニ在ルヲ以テ其之ヲ委託シタル場合ニ於テモ尙ホ其責任ヲ免レサルナリ(八七)

第二項　居所指定權

子ノ居所ヲ指定スル權利ハ監護及教育ヲ爲スノ權利ヨリ生スル重要ナル效果ノ一ナリ子カ親權ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得スシテ自由ニ其居所ヲ定ムルヲ得ヘシトセハ或ハ浮浪ノ徒ニ交リ又或ハ他ノ惡化スル所ト爲リ監護及教育ヲシテ其宜ヲ得セシムルノ目的ヲ達スルコト能ハサルヘキナリ然レトモ法律ハ必スシモ父又ハ母ニ子ノ居所ヲ指定スル義務ヲ負ハシムルモノニアラス父又ハ母カ子ノ自ラ其居所ヲ定ムヘキ充分ノ智慮アルコトヲ認メタルニ於テハ之ヲ子ノ任意ニ

放任スルモ妨ナキナリ而シテ子ノ居所ヲ指定スルニハ或ハ特定ノ住家ヲ限定スルコトアルヘク或ハ特定ノ土地ヲ限定シ其土地内ニ於テハ子ヲシテ任意ニ住家ヲ選擇セシムルコトアルヘク或ハ子ノ居所ヲ指定スル權利ヲ第三者ニ委託スルコトアルヘシ特定ノ住家ヲ限定スルトハ例ハ學校ノ寄宿舍ニ入ラシメ商家ノ徒弟タラシメ若ハ特定ノ家ニ下宿セシムル場合ノ如シ特定ノ土地ヲ限定スルニ止ルトハ例ハ東京ニ留學セシメ其住家ヲ限定セサル場合ノ如シ其限定ノ住家ヲ指定セラレタルトキハ任意ニ其住家以外ニ居所ヲ定ムルコトヲ得ス土地ヲ指定セラレタルトキハ其土地以外ニ居所ヲ定ムルコトヲ得ス第三者ニ指定權ヲ委託シタルトキハ其第三者ノ指定シタル場所以外ニ居所ヲ定ムルコトヲ得サルヘキナリ殊ニ又居所ノ指定ハ明示ト默示トヲ問ハサルモノトス其明示ノ指定ヲ爲サルトキニハ多クハ父又ハ母ノ住家ニ止ルヘキ默示ノ指定アリタルモノナリ故ニ子カ父又ハ母ノ住家以外ニ其居所ヲ定メタル場合ニ於テハ其適法ナルコトノ擧證ノ責ハ子ニ在ルモノトス但指定ノ居所ニ住居スルノ義務ヲ負フ者ハ未成年ノ子ニ限ル蓋監護及教育ノ權利ハ唯未成年ノ子ニ對シテノミ之ヲ有スルモノナル

コト既ニ述ヘタルカ如クナルヲ以テ其效果タル右ノ權利モ亦未成年ノ子ニ對シテノミ之ヲ有スルコト當然ナリトス

夫レ然リ然ルニ此權利ノ强制ノ方法如何ニ付テハ民法ハ別ニ明文ヲ設ケスシテ之ヲ警察法、訴訟法等ノ規定ニ讓レリ畢竟スルニ民法ハ唯其權利ノ本則ヲ定ムルニ止リ之ヲ强制スルニ或ハ裁判所ニ依ルヘキカ若ハ警察署ニ請求スヘキカハ民法ノ關スル所ニアラサルヲ以テナリ又戶主ハ家族ノ居所ヲ指定スルノ權利ヲ有スルコトハ第七百四十九條ノ定ムル所ナリ而シテ一方ニハ又親權ヲ行フ父又ハ母ニ未成年ノ子ノ居所ヲ指定スルノ權利ヲ認メタリ親權ヲ行フ者ト戶主トカ同一人ナル場合ニ於テハ二者ノ權利ハ同一人ニ歸屬シ其間固ヨリ衝突ヲ生シ得ヘカラスト雖モ若シ親權ヲ行フ者ト戶主トカ同一人ナラサル場合ニ於テ未成年ノ子カ同時ニ親權ト戶主權トニ服從スルトキハ二者ノ權利ノ間衝突ヲ生スルコトナキヲ保スヘカラス是ニ於テカ法律上其衝突ヲ調和スヘキ規定ヲ設クヘキ必要ヲ生ス例ハ戶主ハ甲ノ場所ヲ居所トシテ指定シ父又ハ母ハ乙ノ場所ヲ其居所トシテ指定セルトキハ子ハ其何レニ適從スヘキカヲ知ルヘカラス故ニ法律ハ斯ル

場合ニ於テハ戶主權ノ效力ヲ以テ親權ノ效力ヨリ强キモノトシ家族タル未成年ノ子ハ父又ハ母ノ指定ニ拘ラス戶主ノ命ニ從テ其居所ヲ定ムヘキコトヽ爲セリ蓋親權ト戶主權トノ衝突ヲ生スルハ常ニ親權ヲ行フ者カ家族タル場合ニ在リ換言スレハ親權ヲ行フ者カ自ラ戶主權ニ服從スル場合ナルヲ以テ此場合ニ戶主權ヲ以テ親權ノ上ニ在リト看做スハ當然ナレハナリ(〇八八)

第三項　兵役出願ノ許否權

子ノ兵役ノ出願ヲ許否スルノ權利ハ又監護及敎育ヲ爲ス權利ヨリ生スル效果ナリ蓋現行徵兵令第十二條ハ男子十七歲以上ノモノニハ兵役ヲ出願スルコトヲ許ス而シテ民法ハ十七年以上二十年未滿ノ者ニ限リ豫メ親權ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得テ之ヲ志願スルコトヲ要セシメタリ畢竟兵役ニ服スルト否トハ子ノ身上ニ重要ノ影響アルモノナレハ子カ國ノ强制ニ依ルニアラスシテ任意ニ兵役ニ服セムトスル場合ニ於テハ其身上ヲ監護、敎育スルノ責アル者ハ之ヲ許否スルノ權利ヲ有スヘキコト當然ナレハナリ(〇八八)

第四項　懲戒權

懲罰ヲ加フルノ權利ハ國家公力ノ專權ニ屬セシムルヲ以テ近世法制ノ通則トシ私人ハ國ノ制限ヲ受クル場合ノ外完全ニ身體ノ自由ヲ有シ自己ノ意思ニ由ルニアラスシテ他人ノ爲メ其自由ヲ制限セラルヽコトナシ此原則タル各私人ノ間ニ於テ殆ト例外ナク認識セラルヽ所ナリト雖モ獨リ戶主ト家族間、夫婦間及親子間ニ於テハ法律ハ其一方ノ意思ヲ以テ他ノ一方ノ意思ノ自由ヲ制限スルコトヲ許ス是レ即チ戶主權、夫權及親權ナリ而モ戶主權及夫權ニ在テハ尙ホ直接ニ家族又ハ妻ノ身體ニ懲罰ヲ加フルコトヲ許スコトナキニ反シ獨リ親權ニ在リテハ管ニ子ノ意思ノ自由ヲ制限スルニ止マラスシテ進テ其身體ノ上ニ懲罰ヲ加フルノ權利ヲ認メタリ子ヲ懲戒スルノ權利ハ多少ノ度ニ於テ諸國法制ノ概ネ認ムル所ナリ蓋父母ハ子ノ身上ヲ保護シ其利益ヲ增進シ不利益ヲ排除スル全權ヲ有スルモノナリ子ノ利益ヲ增進スルニハ子ノ惡化スルヲ防禦スヘキ各種ノ方法ヲ行フノ權利ナカルヘカラス子ノ惡化カ未タ甚タシカラサルニ於テハ之ヲ矯正スルニ普通ノ敎育方法ヲ以テ足レリトスヘキモ其罪惡ニ浸染スル既ニ甚タシキニ至ラハ普通ノ敎育方法ハ或ハ以テ之ヲ矯正スルニ足ラサルコトアルヘシ是レ懲戒權ヲ

認ムルノ根據ナリ懲戒ハ或ハ父又ハ母ノ專斷ヲ以テ之ヲ行ヒ或ハ裁判所ニ請求シテ之ヲ行フモノトス

一　專斷ニ依ル懲戒權　親權ヲ行フ父又ハ母ハ必要ナル範圍ニ於テ自ラ其子ヲ懲戒スルノ權利ヲ有ス父カ親權ヲ行フ場合ニ於テモ亦懲戒ヲ爲スコトヲ妨ケサルハ勿論タリ（八七八、九二一）外國ノ立法例ニ於テハ間々再婚ヲ爲シタル父ハ其子ニ對シテ懲戒權ヲ行フコトヲ得スト爲ス者アリ是レ蓋其父カ子ノ繼母タル後妻ノ爲メニ子ニ對スル愛情ヲ缺クニ至ルヲ恐レタルニ因ルト雖モ民法ハ之ヲ採ラサリシ又懲戒ヲ爲スコトヲ得ルハ未成年ノ子ニ限ルヤ若ハ親權ニ服スル成年ノ子ニ對シテモ亦懲戒ヲ爲スコトヲ得ヘキヤニ關シテハ民法ハ別ニ之カ制限ヲ設クルコトナシ即チ親權ニ服セル子ニ對シテハ成年ノ者ト雖モ尙ホ之ヲ懲戒シ得ヘキニ似タリ然レトモ懲戒權ハ人ノ身體ノ自由ニ對スル一ノ重大ナル特例ニシテ嚴正ニ之ヲ解釋スルコトヲ要ス法律ハ「必要ナル範圍」ニ於テノミ懲戒ヲ爲スコトヲ許シ而シテ其所謂必要ナル範圍トハ監護及敎育ニ必要ナル範圍ヲ

意味スルモノト看做スヘシ蓋懲戒ハ手段ナリ目的ニアラス法律カ懲戒ノ權利ヲ認ムルハ之ニ因リテ或他ノ目的ヲ達スルノ必要アルニ依ルモノト知ラサルヘカラス換言スレハ懲戒權ハ一ノ獨立ノ權利ニアラスシテ或他ノ權利ヨリ生スル效果タルニ過キス懲戒權カ專ラ子ノ罪惡ヲ矯正セムト欲スル目的ニ出ツルモノナルコトハ既ニ述ヘタル如シ而シテ子ノ罪惡ヲ矯正スルハ子ヲ敎育シ及監護スルノ權利アル者ナラサルヘカラス換言セハ懲戒權ハ監護、敎育ノ權利ヨリ生スル效果タリ若シ果シテ懲戒權カ監護、敎育ノ權利ノ一ノ效果タルニ過キサルモノトセハ懲戒ハ未成年ノ子ニ對シテノミ行フヲ得ヘキモノナルコト明瞭ナルヘシ何トナレハ其主權利タル監護、敎育ノ權利自身カ未成年ノ子ニ對シテノミ有スルモノナレハナリ(九八七)法文中之ヲ明言セサルハ蓋明言ヲ竣タスシテ明ナリト思惟シタルニ由ルモノト信スルノ外ナシ故ニ懲戒ハ監護及敎育ノ目的ヲ達スル爲メ必要アル場合ナルコトヲ要シ懲戒ノ程度モ亦此目的ノ爲メ「必要ナル範圍內」ニ於テスルコトヲ要ス如何ナル程度ヲ以テ必要ナル範圍ト爲スヘキヤハ一ニ事實ノ問題ナリト雖モ其刑法上ノ犯罪行爲タルノ故ヲ以テ必ス常ニ必要ノ範圍ヲ超越セルモノト云フコトヲ得ス例ハ毆打ハ刑法上犯罪(第刑四二五號)ナルモノ爲メ必要ナリト認ムヘキニ於テハ犯罪ニアラス其他私擅監禁ノ如キ(刑二三)モ或ハ懲戒ニ必要ナルコトアルヘシ然レトモ懲戒ハ子ヲ矯正スルニ必要ナル範圍ヲ超ユル能ハサルヲ以テ何レノ場合ニ於テモ子ノ生命ヲ危ウスヘキ行爲ヲ爲スコトヲ許サヽルナリ懲戒ノ方法ニ付テハ民法中何等ノ明文ヲ設ケスシテ警察令等ノ規定ニ讓レリ但裁判所ノ許可ナクシテ子ヲ懲戒場ニ入ルヽコト能ハサルハ明白ナリ

二　裁判所ノ懲戒權　親權ヲ行フ父又ハ母ハ管ニ自ラ其子ニ對シ懲戒ヲ行フヲ得ヘキノミナラス其懲戒ヲ要スル事由重大ニシテ自ラ之ヲ行フヲ以テ足レリトセサル場合ニ於テハ裁判所ニ請求シ其許可ヲ得テ之ヲ懲戒場ニ入ルヽコトヲ得ヘシ但裁判上ノ懲戒權ヲ行フヲ得ルハ子ヲ懲戒場ニ入ルヘキ必要アル場合ニ限ル懲戒場トハ刑法ニ所謂懲治場(刑七九、八〇、八二)ニ同シ即チ懲戒場ハ犯罪タルヘキ行爲ヲ爲シ而モ其智能ノ足ラサルカ故ニ刑罰ノ制裁ヲ加フルコト能ハサ

ルモノニ對シ國家カ之ヲ懲戒シ矯正スル目的ヲ以テ設立セルモノナリ慈惠ノ目的ヲ以テ罩ニ不良ノ少年ヲ感化スルカ爲メ設立セル感化院ノ如キハ懲戒場ニアラサルナリ子ヲ感化院ニ入ルヽハ敎育ノ目的ニ出ツルモノニシテ裁判所ノ許可ヲ受ケスシテ之ヲ爲スコトヲ得而シテ懲戒場ニ入ルヽ期間ハ裁判所之ヲ定ムヽ但六个月ヲ超ユルコトヲ許サヽルモノトセリ蓋懲戒場ニ入ルヽトキハ事實ニ於テ殆ト刑罰ヲ行フニ等シク全ク子ノ自由ヲ剝奪スルモノナルヲ以テ如何ナル場合ト雖モ長期ニ亘ルコトヲ許スヘカラス是レ其最長期間ヲ六个月ト定メタル所以ナリ但六个月ヲ過キテモ尙ホ懲戒ノ目的ヲ達セサリシトキハ更ニ六个月以內ノ範圍ニ於テ裁判所ニ之ヲ申請シ其許可ヲ得テ引續キ懲戒場ニ在ラシムルハ毫モ妨ナシ其期間ヲ以テ一ニ裁判所ノ定ムル所ニ依ラシメタルハ懲戒場ニ入ルヽハ全ク子ノ自由ヲ剝奪スルモノニシテ其利益ヲ害スルノ恐甚タ大ナルカ故ニ之ヲ其父母ノ專斷ニ任スルハ危險極テ大ナレハナリ又裁判所カ一旦懲戒場ニ入ルヽ期間ヲ定メタル後ニ於テモ親權ヲ行フ父又ハ母ハ何時ニテモ其期間ヲ短縮セムコトヲ請求スルコトヲ得ヘシ蓋子ヲ懲戒場ニ入

ルヽハ專ラ父又ハ母ノ意思ニ基キタルモノナルヲ以テ父又ハ母カ自ラ其權利ヲ拋棄スルニ於テハ强テ之ヲ懲戒場ニ入レ置クヘキ公益上ノ必要ハ毫モ之ナケレハナリ親權ヲ行フ者ノ申請ニ因リ懲戒場ニ入レタル後其父親權ヲ喪失シタルニ由リ母カ代リテ親權ヲ行フトキハ母ハ其期間ヲ短縮スルコトヲ請求スルヲ妨ケス而シテ子ヲ懲戒場ニ入ルヘキ裁判所ノ決定ニ對シテハ啻ニ其裁判ニ因リテ權利ヲ害セラレタリトスル者即チ父又ハ母及子カ其裁判ニ對シテ抗告ヲ爲シ得ルノミナラス(非訟二〇)檢事モ亦其裁判ニ對シ抗告ヲ爲シ得ルコトヽセリ(非訟九二)以テ此重大ノ權利ニ對シ努メテ子ノ利益ヲ保護セムトシタル主意ヲ知ルニ足ルヘキナリ

第五項　職業ノ許否權

職業ノ許否權ハ子ノ身上ト財產ト共ニ關係ヲ有スル權利ナリ民法第六條ハ一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル未成年者ノ能力ヲ規定シ而シテ其何人カ之ヲ許スヘキヤニ關シテハ親族編ノ規定ニ讓レリ法文中職業ヲ營ムトハ收入ヲ得ルノ目的ヲ以テ或行爲ヲ常業ト爲スコトヲ謂フ故ニ箇々ノ行爲ヲ爲スハ其目的縱令收

入ヲ得ルニ在ルモ許可ヲ要スルノ限ニアラス之ニ反シテ收入ヲ得ルノ目的ヲ以テ常業ト爲スモノナルトキハ其何等ノ業務タルヲ問ハス必ス常ニ父又ハ母ノ許可ヲ要ス其商工業ナルト又ハ所謂自由職業例ハ學校教師、辯護士、醫師、官吏ノ類ナルトヲ問ハサルナリ故ニ茲ニ職業トハ商法等ニ所謂營業トハ異ルモノト知ルヘシ而シテ未成年者カ未タ其職業ニ堪ヘサル事跡アルトキハ一旦與ヘタル許可モ之ヲ取消スコトヲ得ヘク其取消サレタル後ハ職業ヲ爲スノ能力ヲ失フ故ニ取消以後ニ於テ爲シタル職業ノ爲メニ負擔シタル債務ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ又同一ノ場合ニ於テハ許可ヲ制限スルコトモ爲シ得ヘシ職業ニ關シテ完全ノ自由ヲ許可シタル後其一定ノ金額以外ノ資本ヲ用キルニハ許可ヲ要セシメ又二種ノ職業ヲ許シタルニ其一種ヲ禁スルカ如キ類ナリ

財産ニ關スル效力
財産管理權

第三款　財産ニ關スル效力

第一項　財産管理權

未成年ノ子ト雖モ特有財産ヲ有スル場合固ヨリ少ナシトセス未成年者カ戶主タル場合ニ於テハ勿論其家族タル場合ニ於テモ或ハ遺產相續、遺贈、贈與若ハ有償行爲ニ依リ自己ノ名ヲ以テ得タル一切ノ財產ハ凡テ自己ノ特有財產タリ(八七四)而シテ未成年者ハ財產管理ノ能力ヲ有セサルモノナルヲ以テ何人カ之ニ代リテ之ヲ管理スル者ナカルヘカラス親權ヲ行フ者ハ子ノ身體及財產ヲ保護スル全權ヲ有スルモノナルヲ以テ之ニ財產管理ノ權ヲ與フヘキハ當然ナリ父母ノ財產管理權ハ子ノ一切ノ財產ニ及フヲ原則トスルモ之ニ二ノ例外アリ其一ハ職業ヲ許サレタル未成年者ハ其職業ニ關シテハ完全ノ能力ヲ有スルモノナルヲ以テ(六)其職業ノ資本ニ關シテハ自ラ其完全ノ管理權ヲ有セサルヘカラス是レ其例外ノ第一ナリ又其二ハ無償ニテ子ニ財產ヲ與ヘタル第三者カ反對ノ意思ヲ表示セルトキナリ此例外ニ付テハ第八百九十二條ニ於テ其規定ヲ設ケタリ又父母ノ財產管理權ハ無制限ノ權利ナルヲ以テ原則トス故ニ後見人ノ管理權ノ如ク後見監督人又ハ親族會ノ干涉ヲ受クルコトナク又夫カ妻ノ財產ヲ管理スル場合ノ如ク擔保ヲ供スルノ義務ヲ負ハス但繼父母又ハ嫡母ハ後見人ト同一ノ管理權ヲ有スルニ過キサルナリ所謂管理トハ財產ノ保存、改良、利用ヲ目的トスル行爲ナリ財產ノ管理ハ父又ハ母ノ權利ニシテ又義務ナリ故ニ親權ヲ行フ者ハ財產ノ管理ヲ辭スルコト

ヲ得ス但母ニ付テハ例外アリ(八九)又諸國ノ立法例カ未成年ノ子ハ婚姻ヲ爲シニ因リテ親權ヲ脫スルモノトシタルニ反シ民法ハ婚姻ヲ爲シタル後ニ於テモ其家ニ在ル未成年ノ子ハ尙ホ父又ハ母ノ親權ニ服スト爲シタルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ而シテ婚姻ヲ爲シタル未成年ノ子ハ法定ノ夫婦財產制ニ依リタルトキハ其妻ノ財產ヲ管理スル權利ト義務トヲ有シ(八〇)別段ノ財產契約ヲ爲シタルトキト雖モ或ハ配偶者ノ一方カ他ノ一方ノ財產ヲ管理スルコトアルヘシ然レトモ自ラ自己ノ財產ヲ管理スルノ能力スラナシトセラレタル者カ他人ノ財產ヲ管理シ得ヘキ理由ナシ故ニ此場合ニ於テ子ノ法定代理人タル父又ハ母ヲシテ其子ノ配偶者ノ財產ヲ管理セシム(八八)右ノ如ク夫レ親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財產ヲ管理シ併テ未成年ノ子ニ代リテ其配偶者ノ財產ヲ管理スト雖モ親子ノ間ニ於テ善良ナル管理者ノ注意ヲ責ムルハ人情ニ適セサルヲ以テ夫カ妻ノ財產ヲ管理スル場合ト同シク(八〇)自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ヲ爲スヲ要セシムルニ止メ後見人ニ對スル如ク善良ナル管理人ノ責ヲ負ハシメサルナリ(八一)(九)又母カ親族會ノ同意ヲ得テ子ノ爲メニ或行爲ヲ爲シ又ハ子ノ或行爲ヲ爲スニ同意シタルトキハ或ハ其親族會ニ同意アリタルノ故ヲ以テ責ヲ免ルヽモ可ナルカ如キ疑念ナキヲ得スト雖モ決シテ然ラス即チ親族會ノ同意ヲ要スル場合ニ於テモ母ハ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ヲ爲スヘキ義務ヲ有シ其注意ヲ缺キタル場合ニ於テハ其行爲ニ付キ責任ヲ免レサルモノトス(八九)(第二項)其他父又ハ母カ子ノ財產ヲ管理スルハ其未成年ナル間ニ限ルヲ以テ其子カ成年ニ達シタル後ハ速ニ計算ヲ爲シ其現在ノ財產ヲ子ニ引渡スコトヲ要スルノ義務アルハ勿論ナリト雖モ其義務ノ範圍ニ付テハ親權ヲ行フ者ト後見人トノ間ニ多少ノ差異アリ即チ後見人ハ後見ノ終了ノ後二个月內ニ計算ヲ爲スコトヲ要スルモ(九三)親權ヲ行フ者ニハ唯遲滯ナク之ヲ爲スコトヲ命スルニ止リ法律上ノ一定ノ期間ヲ設ケス又被後見人ニ引渡スヘキ金額ニハ後見終了ノ時ヨリ利息ヲ附スヘキコトヲ命スルモ(九四)(〇)親權ヲ行フ者ハ利息支拂ノ責ヲ負ハサルナリ而シテ管理計算ノ義務ハ子カ成年ニ達シタル場合(九五)其他ノ親權ノ消滅ノ場合例ハ親カ其家ヲ去リ親權喪失ノ宣告ヲ受ケ又ハ財產管理ヲ辭シタルトキノ於キハ管理計算ノ義務ヲ負ハシ

メス蓋此場合ニ於テハ子ハ直ニ後見ニ服スルモノニシテ後見ノ開始スルト同時ニ後見人ハ其財産ヲ調査スヘキモノナルヲ以テ管理ノ計算ヲ命スヘキ必要アラサレハナリ(〇八九)

然リ而シテ民法ハ財産管理權ノ終了シタル場合ニ於テハ委任ノ終了ニ關スル規定ヲ準用シ夫婦財産制ニ關シ第八百六條ニ規定セル所ト同一タラシム(三八九)故ニ別ニ說明ヲ要セス又親子間ニ於テハ努メテ訴訟ノ起ルコトヲ避クヘキ必要アルハ勿論ナルモ親子間ノ債權關係ニ付テハ固ヨリ訴訟ヲ禁スヘキニアラス故ニ親權ヲ行フ者ノ財産管理ニ付キ其父又ハ母ト子トノ間ニ生シタル債權ニ關シテハ其規定ヲ設クル必要アリ舊民法ハ後見人ノ管理計算ニ付テノミ規定ヲ設ケ親權ニ付テハ何等ノ規定ヲ設ケス諸外國ノ立法例モ多クハ斯ノ如クナルモ親權ニ付テモ此種ノ債權ニ普通ノ時效ヲ適用スヘカラサルハ後見ト同シク或ハ之ヨリ一層強キ理由アルモノナルヲ以テ親權ニ付キ其規定ナキハ缺點ナリト云ハサルヘカラス故ニ民法ハ新ニ親權ニ關シテ其規定ヲ設ケ而シテ後見ニ付テハ親權ニ付テノ規定ヲ準用スルモノトシタリ財産ノ管理ヨリ生シタル債權トハ例ハ子カ成年ニ達シタル後管理ノ計算ニ脫漏アルトキ其更正ヲ求ムル訴權ノ如キ、第三者カ無償ニテ贈與シタル財産ヲ其第三者ノ意思ニ反シテ父又ハ母カ自ラ收益シタルトキ其返還ヲ求ムルカ如キ是ナリ而シテ子ヨリ親族會員ニ對シ債權關係ヲ生スルハ親權ヲ行フ母カ親族會員ノ同意ヲ得テ子ノ爲メニ或行爲ヲ爲シ又ハ子ノ爲メニ同意ヲ與ヘタル場合ニ生スヘシ是等ノ債權ハ普通債權ノ十年ヲ以テ其時效ニ罹ルニ對シ特ニ短期時效ヲ定メ五年ヲ以テ其時效トセリ此短期時效ヲ定ムルノ理由ハ主トシテ管理中ノ事務ハ概シテ詳密ナル記錄ヲ缺キ多クハ親權ヲ行フ者ノ記憶ニ存セルニ過キサルヲ以テ長キヲ經レハ證據ヲ得ルノ極テ困難ナルニ因ルナリ而シテ其時效ノ起算點ハ子カ成年ニ達スルニ因リ管理權ノ消滅シタルトキハ其管理消滅ノ時ヨリ其成年ニ達セサル前ニ例ハ親權喪失ノ宣告ヲ受ケ管理ヲ辭シ又ハ其家ヲ去ルニ因リ管理權消滅シタルトキハ其子カ成年ニ達シタルトキ又ハ成年ニ達スル前ニ後任ノ法定代理人(第一ノ親權ヲ行フ者又ハ後見人)ノ就職シタル時ヨリ之ヲ起算スヘキナリ(四八九)

第二項　財産收益權

管理ノ計算トハ管理權ヲ行ヘル間ニ子ノ爲メニ取得シタル收入ト其之カ爲メニ支出シタル費用トヲ計算シ以テ其現在財産ヲ明ニスルニ在リ然レトモ親子間ニ在リテハ其關係固ヨリ尋常私人間ノ關係ノ如クナラス之ヲシテ一々其收支ヲ精密ニ計算セシムルハ人情ニ背キ又我國ノ實際ニ適セサルモノナルヲ以テ子ノ養育及財産ノ管理ノ費用ハ其子ノ財産ノ收益ト相殺シタルモノト看做スコトヽナセリ換言スレハ父又ハ母ハ子ノ財産ヨリ生スル收益ハ之ヲ自己ノ所得ト爲スノ權利ヲ有シ而シテ子ヲ扶養敎育シ及其子ノ財産ヲ管理スルニ要スル費用ハ凡テ自己ノ財産ヨリ之ヲ支辨スルノ義務アルモノトセリ故ニ此費用及收益ハ管理ノ計算中ニ於テ之ヲ計算スルコトヲ要セス其一方ノ額カ他方ノ額ヨリ大ナルモ何レモ其差額ヲ請求スルコトヲ得ス縱令子ニ全ク財産收益ナキ場合ニ於テモ父又ハ母ハ其費用ヲ請求スルコトヲ得サルナリ(〇八九)然レトモ第三者カ子ニ無償ニテ財産ヲ與フルハ多クハ之ヲ以テ子ノ利益ノ爲メ特定ノ目的ニ使用セシメムト欲スルニ在リ例ハ或ハ其收益ヲ積立テヽ子ノ成長シタル後ノ資本ト爲サシメムト欲スルコトアルヘク或ハ其收益ヲ以テ子ノ敎育資金ト爲サムト欲スルコトアル

ヘシ是等ノ場合ニ於テ其贈與者ノ意思ニ從テ其收益ヲ蓄積スルハ子及贈與者ノ利益ヲ保護スルニ於テ當然ナラサルヘカラス故ニ第三者カ無償ニテ子ニ財産ヲ與ヘタルトキ若シ其第三者カ其收益ヲ親權ヲ行フ父又ハ母ノ所得トナスヲ欲サルノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從ヒテ其財産ノ收益ニ付テハ右述ヘタル所ノ相殺ノ規定ヲ適用セサルナリ無償ニテ財産ヲ與フルトハ贈與又ハ遺贈ニ因ル場合ナリ茲ニ所謂第三者トハ親權ヲ行フ父又ハ母以外ノ凡テノ者ヲ謂フニ外ナラス故ニ父カ親權ヲ行フ場合ニ於テハ母モ亦第三者ナリ又反對ノ意思トハ其收益ヲハ親權ヲ行フ者ノ所得トカ爲サヽル意思ヲ積極ニ表示スルコトヲ要ス然レトモ反對ノ意思ヲ表示スルハ必スシモ財産ヲ與フル當時ニ於テスルヲ要セス財産ヲ與ヘテヨリ多少ノ時日ヲ經過シタル後ニ於テモ其意思ヲ表示スルヲ妨ケサルモノト信ス(一八九)殊ニ又父又ハ母ハ子ノ財産ヲ管理スル全權ヲ有スルモ父又ハ母ハ往々管理ノ失當アルコトヲ免レス若シ第三者カ特ニ子ノ利益ノ爲メニ財産ヲ與ヘムト欲スル場合ニ於テ父又ハ母ノ管理ヲ以テ子ノ利益ノ爲メニ危險ナリト認ムルトキハ其管理ヲ排斥スルコトヲ得セシムルコト子ノ利益ヲ保護スル

ニ於テ且又第三者ノ意思ヲ貫徹セシムルニ於テ當然ナラサルカヘラス固ヨリ斯ノ如キ場合ニ於テハ管理權ノ喪失ヲ請求スルコトヲ許スト雖モ(八七九)此請求權ハ素ト已ヲ得サルニ出ツル非常權ナルノミナラス現ニ其財産ヲ危ウシタル場合ナルヲ要スルヲ以テ其財産ヲ與フル者カ父母ノ管理ヲ排斥シタルトキハ其財産ノ管理ハ父又ハ母ノ權利ニ屬セサルモノトシ子ノ利益ヲ保護シ併テ其之ヲ與ヘタル者ノ意思ヲ貫徹セシムルコトヲ期セサルヘカラス而シテ父又ハ母ノ管理權ヲ排斥シタルトキニ於テハ別ニ之カ管理者ヲ置カサルヘカラサルヲ以テ民法ハ第一ニ其財産ヲ與フル第三者ニ其管理者ヲ指定スルノ權利ヲ認メ其是レヲ指定セサリシ場合及其指定シタル管理者ノ權限消滅シ又ハ之ヲ改任スル必要アル場合ニ於テ第三者ノ更ニ管理者ヲ指定セサリシ場合ニ於テハ子、其親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ選任スルコトヽセリ其指定セラレタル管理者カ其管理ヲ承諾セサリシトキモ亦同一ナルヘキハ勿論ナリ(八九二)其第三者カ指定シタル管理者ハ委任契約ニ因ル受任者ナルカ故ニ委任ニ關スル民法第三編第二章第十節ノ規定ハ當然之ニ適用セラレ裁判所ニ依リ選任セラレタル者ニ關シテハ不在者ノ財

産管理者ニ關スル民法第二十七條乃至第二十九條ノ規定ヲ準用スヘキコトヽス

第三項　法定ノ代理權

親權ヲ行フ父又ハ母ハ財産ニ關スル法律行爲ニ付キ子ノ法定代理人トナル而シテ其代理權ノ範圍ハ財産ニ關スル一切ノ行爲ニ及フ故ニ管ニ財産ノ管理ニ付テノミナラス子ノ一切ノ財産ノ處分ヲ爲シ子ノ爲メニ借財ヲ爲シ贈與、遺贈ヲ受諾シ又ハ之ヲ拒絶シ又ハ子ニ代リテ營業ヲ爲スカ如キ凡テ財産ニ關スル行爲ニ付テハ其子ノ代理人トナリ其子ノ爲メニスル行爲ヲ示シ爲シタル行爲ハ凡テ其子ニ對シ直接ニ效力ヲ生ス(九九)但其代理權ハ專ラ財産ニ關スル行爲ニ限ルヲ以テ身分ニ關スル行爲ニ付テハ特ニ明文アルモノ外代理權ヲ有セサルヲ原則トス例ハ子ニ代リテ隱居ヲ爲シ又婚姻、離婚等ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ又財産行爲ニ關スル代理權ハ全ク無制限ナルヲ原則トスルモ一ノ例外アリ「子ノ行爲ヲ目的トスル債務」ヲ生スヘキ行爲ヲ爲スヲ是ナリ例ハ子ノ爲メニ雇傭契約ヲ結ヒ又ハ受任者タルノ契約ヲ結フカ如キ子カ自ラ動作スルコトヲ必要トスヘキ法律行爲ニ關シテハ父母ハ絕對ノ代理權ヲ有セスシ

テ子ノ同意ヲ得テ爲スコトヲ要ス是レ子ノ身體ノ自由ヲ束縛スルノ結果ヲ生スヘキモノナレハナリ但親權ノ他ノ效力ヨリ來ルモノ例ハ敎育ノ爲メニスルモノ、如キハ縱令子ノ行爲ヲ目的トスルモ其同意ヲ要スルノ限ニアラサルナリ此例外ノ外尙ホ母カ親權ヲ行フ場合ニ於テハ次項ニ述フル所ノ制限ヲ受クヘシ殊ニ繼父母、嫡母ノ場合ニ於テハ後見人ト同一ノ代理權ヲ有スルニ過キサルハ既ニ述ヘタルカ如シ親ノ法定代理權ハ一方ニ未成年ノ子ハ其代理人ニ依ラスシテハ全然何等ノ行爲ヲ爲スヲ得サルコトヲ意味スルモノト解釋スヘカラス事實上意思ヲ有スル未成年ノ子ハ法定代理人ノ同意ヲ得ルニ於テハ自ラ一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ヘク又或種ノ行爲ニ付テハ何人ノ同意ヲモ得スシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ(六五)然レトモ子カ獨立シテ爲スニ代理人トシテ之ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノナリトス(六八)

然リ而シテ親權ヲ行フ父ノ代理權ハ其子ノ行爲ヲ目的トスル債務ヲ生スル場合ノ外全ク無制限ナリ諸國立法例ノ多クハ後見人ニ於ケルト相等シキ制限ヲ其代理權ニ加フルヲ例トスルモ民法ハ我國親子ノ倫情ニ照ラシ斯クノ如キ制限ヲ加フルヲ不當トシ父ハ殆ト自己ノ財產ニ於ケルト等シク子ノ財產ヲ處分シ得ヘキモノトセルナリ然レトモ母カ親權ヲ行フ場合(六七第二項)ニ於テハ斯クノ如キ絕對無限ノ代理權ヲ許スヘキニアラス蓋女子ハ概シテ男子ニ比シテ智慮充分ナラサルヲ常トシ殊ニ夫ヲ失ヒタル後ニ於テハ他ノ誘惑スル所トナリ子ノ利益ニ反スル行爲ヲ爲スヘキ危險一層大ナルコト多ケレハナリ故ニ民法ハ母ノ親權ヲ行フ場合ニ於テハ子ノ利益ニ重大ノ影響ヲ及子ノ其行爲ヲ爲スニ同意スルトキニ於テハ親族會ノ同意ヲ得ルヲ要スト雖モ(六八)此故ニ母カ其權限ヲ超エテ爲シタル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得サルヘカラス然ラスムハ子ノ利益ヲ保護スル目的ハ毫モ達スルコト能ハサルナリ故ニ民法ハ其取消權ヲ認メ併テ取消ノ方法、效力、取消權ノ消滅ヲ規定シタリ(七八)今之ヲ分析スルトキハ(一)親權ヲ行フ母カ第八百八十六條ノ規定ニ違反シテ爲シ又ハ同意ヲ與ヘタル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得即チ親族會ノ同意ヲ得スシテ子ニ代リテ營業ヲ爲シ若ハ子ノ是等ノ行爲ヲ爲スニ同意シ因リテ其子ノ爲シタル行爲ナリ(二)取消權ヲ有スル者ハ子又ハ其法定代理人ナリトス而

シテ子カ能力者トナリタル後ハ子ノミ其取消ヲ請求スルコトヲ得子ノ能力者トナラサル間ハ其父母又ハ後見人等法定代理人タル者ニ限ル(三)第十九條ハ此場合ニ準用セラル、故ニ其行爲ノ相手方ハ其子ノ能力者トナリタル後一个月以上ノ期間ヲ定メテ之ヲ追認スルヤ否ヤヲ催告スルコトヲ得其期間内ニ確答ヲ爲サ、リシトキハ追認シタルモノト看做サル(四)其取消ノ方法、取消ノ效力、取消權ノ消滅(追認又ハ時日ノ經過)等ニ關シテハ全ク一般法律行爲ノ取消ニ關スル總則編ノ規定ヲ適用セラルヽモノトス

右ノ如ク夫レ親權ヲ行フ父又ハ母ハ子ノ法定代理人タリ然レトモ父又ハ母ト子トノ間往々ニシテ利益相反スルコトナシトセス此場合ニ於テ尚ホ父又ハ母ヲ以テ子ノ代理人トナスハ代理ノ性質上之ヲ許サス第百八條ハ代理ノ總則ニ於テ既ニ何人モ其相手方ノ代理人トナリ又ハ當事者雙方ノ代理人トナルヲ許サヽルコトヲ規定シタリ此精神ハ親子間又ハ後見人、被後見人間ノ關係ニ於テモ亦之ヲ貫クコトヲ要スルヲ以テ右ノ如ク利益相反スル場合ニ於テハ子ノ特別代理人ノ選任ヲ親族會ニ請求スヘキコトヲ命セリ其後見人ノ場合ニ付テハ第九百十五條第四號ニ於テ同一ノ趣意ニ基ク規定ヲ設ケタリ親子ノ利益相反スルトハ例ハ親子間ニ契約ヲ爲ストキ又ハ財産管理ノ失當等ニ因リ損害賠償ヲ請求スル等ノ場合ノ如シ民法ハ親權ノ濫用、財産管理ノ失當等ニ因リ損害賠償ヲ請求スルコトヲ許サヽルカ故ニ此場合ニ關シテハ子カ親權ノ喪失ヲ請ノ必要ナキナリ(八一八第一項)

父又ハ母カ數人ノ子ニ對シ同時ニ法定代理人タル場合ニ於テモ右ト同一ノ理由ニ依リ其子ノ一人ト他ノ子トノ間ニ利益相反スルトキハ父又ハ母カ同時ニ其雙方ノ代理人タルコトヲ許スヘカラス故ニ此場合ニ於テハ其何レカ一方ノ子ノ爲メニ其特別代理人ノ選任ヲ親族會ニ請求スルコトヲ要スルモノトセリ(八一八第二項)

第四項　戸主權及親權ノ代表

我民法ハ多クノ立法例ト異リ未成年ノ子ハ婚姻ヲ爲シタル後モ尚ホ親權ニ服スルコト既ニ述ヘタルカ如シ故ニ親權ニ服スル未成年ノ子ニシテ又自ラ子ヲ有スルコトヲアリ得ヘシ然レトモ自ラ親權ニ服シナカラ自己ノ子ニ對シテハ親權ヲ行フコトヲ得ルモノトスルハ事理其當ヲ得サルヲ以テ斯クノ如キ場合ニ於

テ其親權ヲ行フ父又ハ母カ其子ニ代リテ其孫ニ對シテモ親權ヲ行フコトヽセリ但父母カ子ニ代リテ親權ヲ行フハ子及其配偶者カ何レモ未成年ナル場合ニ限ルハ勿論タリ蓋夫カ未成年者ナルモ其配偶者カ成年已上ナルトキハ其配偶者カ子ニ對シテ親權ヲ行フモノナレハナリ又未成年ノ子カ戶主ナル場合ニ於テモ戶主權ヲ行使スルヲ許サヽルヲ以テ親權ヲ行フ父又ハ母アル場合ニ於テハ其父又ハ母カ之ニ代リ戶主權ヲ行フコトヽセリ(八九)

第三節　親權ノ喪失

第一款　總說

親權ノ消滅ハ或ハ子ノ身上ニ原因スルコトアリ或ハ親ノ身上ニ原因スルコトアリ子ノ身上ニ生シタル事實ニ因リテ親權ノ消滅スルハ(一)子ノ死亡シタルトキ(二)子ノ他家ニ入リタルトキ(三)子ノ成年ニ達シタル後獨立ノ生計ヲ營ムニ至リタルトキ是ナリ親ノ身上ニ生シタル事實ニ因リ親權ノ消滅スルハ(一)親ノ死亡シタルトキ(二)其禁治產者ト爲リタルトキ(三)其神心喪失等ニ因リ事實上親權ヲ行フ能ハサルニ至リタルトキ(四)其他家ニ入リタルトキ及(五)裁判所ニ於テ親權ノ喪失ヲ宣

告セラレタルトキ是ナリ親權ノ消滅カ裁判所ノ干渉ニ因ラサル場合ニ付テハ別ニ法律ノ規定ヲ要スヘキモノナシ蓋明文ヲ竣タスシテ明ナルカ然ラスムハ第八百七十七條ノ規定ヲ以テ充分ナルカ故ナリトス然レトモ親權ハ啻ニ是等ノ正當ノ原因ニ因リテ消滅セシムルノミナラス又其親權ノ濫用アルニ當リテハ其濫用ヲ防キ以テ子ノ利益ヲ保護スルノ途ナカルヘカラス親子ノ間ハ固ヨリ專ラ情義ニ依リテ支配セラレ裁判所ノ其間ニ干渉スルカ如キハ努メテ忌避スヘキコト勿論ナリト雖モ親權ハ子ノ自由ヲ制限スヘキ强大ノ權利ニシテ其權利ノ利用カ其子ノ利益ヲ增進スルコト最モ大ナルト共ニ其權利ノ濫用ハ其子ヲシテ啻ニ全ク其自由ヲ失ハシムルコトアルヘキノミナラス或ハ之ヲシテ救フヘカラサル罪惡ニ陷ラシムルコトナキヲ保スヘカラス若シ斯ノ如クムハ裁判所カ之ニ干涉シテ其親權ノ喪失ヲ宣告スルハ啻ニ子ノ利益ヲ保護スル爲メノミナラス又國ノ公益ヲ保護スルニ於テ已ムコトヲ得サル必要アルモノト云フヘシ是ヲ以テ民法ハ舊民法ニ其例ナカリシニ拘ラス特ニ親權ノ喪失ナル一節ヲ設ケテ以テ是等裁判所ノ干涉ヲ要スルノ場合ヲ規定シタリ本節ハ即チ此規定ニ付キ說明スルニ過キサ

ルナリ元來親權ヲ行フハ父又ハ母ノ義務ナルカ故ニ父又ハ母ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得サルヲ原則トス然レトモ親權ヲ行フ父又ハ母カ戶主ナル場合即チ親權ト戶主權トカ同一人ニ歸屬スル場合ニ於テハ親權ヲ行フ者カ其戶主權ノ作用ニ依リ法定ノ推定家督相續人タル子ノ外一定ノ場合ニ於テ其子ヲ離籍スルコトヲ得ヘシ父又ハ母カ其子ヲ離籍シタルトキハ子ハ其父又ハ母ノ親權ヲ脫ス是レ固ヨリ親權ノ拋棄ト看做スヘキニアラスト雖モ離籍ハ戶主ノ單獨ノ意思ニ基クモノナルヲ以テ其效果ニ於テ恰モ親權ノ一部ヲ拋棄スルコトヲ許ス是レ婦女ノ特別ノ性質ニ基クモノニシテ他アルニアラス

親權喪失ノ宣告
親權全部ノ喪失

第二款　親權喪失ノ宣告

第一項　親權全部ノ喪失

親權喪失ノ請求ハ親權ヲ行フ父又ハ母カ親權ヲ濫用シ又ハ著シク不行跡ナルトキニ限リテ之ヲ許ス蓋親權ノ濫用トハ法律ノ認メタル範圍ヲ超エテ子ニ對シテ強制權ヲ行ヒ又ハ法律ノ認メタル範圍內ニ於テモ親權行使ノ方法其當ヲ得サル

ヲ謂フ前ノ場合ハ例ハ必要ノ範圍以外ニ懲戒權ヲ行ヒタルトキノ如キヲ謂ヒ後ノ場合ハ例ハ監護敎育ノ方法其當ヲ失シ子ノ不利益ノ場所ニ其居所ヲ指定シ財產ノ管理其當ヲ得サル場合ノ如シ親權ノ濫用ハ曾ニ親權ニ屬スル權利ヲ不當ニ行使スル場合ヲ含ムノミナラス又親權ニ屬スル義務ヲ怠リタル場合ヲモ含ムモノトス例ハ親權ヲ行フ者カ子ニ相當ノ敎育ヲ爲スコトヲ怠リタルトキノ如キ是ナリ又親權喪失ノ請求ハ現ニ親權ノ濫用アリタル場合ノミナラス未タ其濫用ナキモ將來ニ於テ濫用セラルヘキ危險ノ著シキ場合ニ於テハ又之ヲ喪失セシムルノ必要アリ即チ親權ヲ行フヘキ者カ著シク不行跡ナルトキハ此危險アルモノトス

看做シ此場合ニ限リテハ現ニ親權ノ濫用ナキ場合ニ於テモ親權ノ喪失ヲ請求スルコトヲ許セリ然レトモ其不行跡ハ著シキ程度ニ上レルヲ要ス其程度ノ如何ハ事實ノ問題ニシテ裁判所ノ認定ニ依ルノ外ナシト雖モ例ハ親權ヲ行フヘキ寡婦カ他ノ男ト私通セルトキ、放蕩無賴ニシテ家政ヲ顧ミサルトキノ如キハ其原因トナルヲ得ヘシ然レトモ親權ハ又後見ト異リ剝奪又ハ停止公權者、破產者ノ如キモノニアラサルカ故ニ是等ノ場合ニ於テモ著シキ不行

跡トシテ之ヲ喪失セシムルコトヲ得ルノミ又親權ノ喪失ヲ請求シ得ル者ハ子ノ親族又ハ檢事ナリ(イ)子ノ親族ハ何人ト雖モ之ヲ請求スルコトヲ得故ニ例ハ子カ養父又ハ養母ノ親權ニ服セル場合ニ於テ其實家ノ父母又ハ其血族ヨリモ之ヲ請求スルコトヲ得ヘシ廣ク凡テノ親族ニ請求權ヲ與ヘタルハ子ノ利益ノ爲メ及國ノ公益ノ爲メ努メテ廣ク之ヲ許スノ必要アレハナリ(ロ)檢事モ亦之ヲ請求スルコトヲ得蓋親權ノ濫用ハ其子ヲシテ無賴ノ少年タラシムルノ恐アリ之ヲ妨クルハ國ノ公益ノ爲メ極テ必要ナレハナリ(ハ)然レトモ子又ハ其代理人ノ自ラ之ヲ請求スルコトヲ許サス是レ子ニシテ親ヲ訴フルハ其名分ニ於テ許スヘカラサル所ナレハナリ然リ而シテ親權ノ喪失ハ裁判所之ヲ宣告スルモノトス蓋最モ事重大ニシテ其原因ノ確實ナルコトヲ要シ行政廳ノ命令ノ如キハ未タ其確實ヲ期スルニ充分ナラサレハナリ(八九)

財産管理權ノ喪失

第二項　財産管理權ノ喪失

親權濫用カ其全部ニ亘ラスシテ單ニ財産ニ對スル親權行使ノ方法ヲ誤リタルニ過キサル場合ニ於テハ必スシモ親權ノ全部ヲ喪失セシムル必要ナク唯財産管理權ヲ失ハシムルヲ以テ足レリトスルカ故ニ此場合ニ於テハ裁判所ハ其管理權ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得ルニ止ルモノトス其請求ノ原因ニ付テハ第七百九十六條第二項ノ場合ニ同シク其請求權ヲ有スル者等ニ付テハ前項ト同シ但子ノ親族又ハ檢事カ親權ノ喪失ヲ請求シタル場合ニ於テ裁判所ハ其職權ヲ以テ財産管理權ノミノ喪失ヲ宣告スルコトヲ妨ケス親權ヲ行フ父又ハ母カ其子ニ代リ子ノ配偶者ノ財産ヲ管理スル場合ニ於テ(五八八)管理ノ失當ニ因リ其財産ヲ危ウシタルトキモ亦其管理權ノ喪失ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然リ而シテ父カ親權ノ喪失ヲ宣告セラレタルトキハ母カ親權ヲ行フモノナルヲ以テ父カ財産管理權ヲ失ヒタルトキハ之ト同一ノ理由ニ因リ母カ其管理權ヲ行フコト當然ナリ(七八九)

失權宣告ノ取消

第三項　失權宣告ノ取消

親權ノ全部又ハ財産管理權ヲ喪失セシムルハ素ト已ムコトヲ得サルニ出ツルモノナルヲ以テ其原因ノ止ムニ於テハ其權利ヲ回復セシムヘキコト當然ナリ故ニ親權ヲ喪失セル本人又ハ其親族ノ請求ニ因リテハ其宣告ヲ取消スコトヲ得セシメサルヘカラス然レトモ失權宣告ノ取消ハ其子カ親權ニ服スヘキ原因ノ存スル

間ナルコトヲ要シ其成年ニ達シタル後ニ於テハ其取消ヲ請求スルコトヲ得サルハ勿論ナリ失權ノ宣告ヲ取消サレタルトキハ後見ハ終了シ其子ハ再ヒ親權ノ下ニ服スルニ至ルヘキナリ(八八九)

母ノ財産管理權ノ拋棄

第三款　母ノ財産管理權ノ拋棄

母ヲシテ財産管理權ヲ拋棄スルコトヲ得セシムルハ即チ親權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ許サヽル原則ニ對スル例外ニシテ婦女ノ自然ノ性格ト我國實際ノ狀態トニ照ラシ其必要アルヲ以テナリ而シテ財産管理權ハ或ハ豫メ之ヲ辭スルコトヲ得ヘク或ハ其親權行使中ニ於テ之ヲ辭スルコトヲ得ヘシ其何レノ場合ニ於テモ直ニ後見ヲ開始スルコトヲ要スルナリ蓋茲ニ所謂財産管理トハ處分行爲ニ對シテ云フ所ノ管理行爲ニアラス財産ニ關スル一切ノ權限ヲ含ムモノニシテ財産ニ關スル行爲ニ付キ未成年ノ子ヲ代表スル權利、其行爲ニ同意ヲ與フル權利、其財産ヲ收益スル權利等ヲ包含スルモノナリ母カ管理ノ權ヲ拋棄スルトキハ必ス其權限ノ全部ヲ拋棄スルコトヲ要ス其一部ノミヲ拋棄シテ他ノ一部ヲ留保スルコトヲ許サヽルナリ(八八九)母ニ財産管理ノ權利ノミヲ拋棄スルコトヲ許シ其他ノ親權ヲ拋棄スルコトヲ許サヽルハ子ノ身體ヲ保護スルハ親最モ之ニ適當シ之ヲモ他人ノ保護ニ任スルハ子ノ利益ニ反スルコト甚タ大ナルノミナラス財産以外ノ管理ハ我國ノ事情ニ於テモ決シテ母ノ性格ニ反スルモノニアラサレハナリ(八八九)

親族間扶養ノ義務

扶養義務ノ性質

第三章　親族間扶養ノ義務

第一節　扶養義務ノ性質

第一款　總說

法律上ノ義務トシテ親族相互ノ間ニ扶養ノ義務アルコトヲ認ムルハ刑法上ノ制裁ヲ付シタル場合ノ外我國舊慣ノ認メサル所ナリ蓋社會組織ノ未タ單純ナルニ當リテハ斯ノ如キ義務ハ法律ノ之ヲ強制スルモノナキモ之ヲ社會德義ノ制裁ニ一任スルヲ以テ却テ其社會ノ事情ニ適合スルモノアルヘシ然レトモ社會ノ複雜ナル近代ノ如キニ及ヒテハ之ヲ德義ニ一任スルコトヲ許スヘカラサル事情アリ人ハ必スシモ德義ノ觀念ニ富メルヲ保スヘカラス其德義ノ最モ薄キ者近親ノ困難ニシテ自活ヲ爲ス能ハサル者ヲモ放擲シテ顧ミサルアラハ國家ハ之ヲ強制シテ扶養セシムルノ義務ヲ負ハシムルノ必要アリ蓋扶養ノ資力アル近親ノ存スル

ニ拘ラス自活シ能ハサル貧民ヲ生スルカ如キハ決シテ國家社會ノ公益ヲ保持スルノ途ニアラサレハナリ

扶養ノ義務ハ人倫ノ常情ト德義ノ觀念トニ其基礎ヲ有ス國民ノ安寧幸福ヲ圖ルハ國家若ハ公共團體ノ主タル目的ナリ故ニ自活シ能ハサル貧民アレハ國家若ハ團體ハ自ラ之ヲ扶養スヘキモノトス然レトモ國家若ハ團體ノ扶養ハ素ト究竟ノ手段ニ屬シ他ニ扶養スヘキ者アルニ於テハ先之ヲシテ扶養セシムヘキハ當然ナリ而シテ扶養ノ義務ハ私法上ノ義務タルコト言ヲ竢タスト雖モ國家ハ或ハ之ニ私法上ノ制裁ヲ付スルヲ以テ足レリトセス別ニ刑罰ノ制裁ヲ付スルモノアリ(三六、三六四、三)此場合ニ於テハ扶養ノ義務ハ一ノ公法上ノ義務タリ扶養ノ義務ハ各國ノ民法概ネ皆之ヲ認ムルモ其規定ハ婚姻ノ章中ニ置クモノ多クシテ別ニ獨立ノ一章ヲ設クルモノアルヲ見ス然レトモ扶養ノ義務ハ各種ノ親族ニ通シ而モ其順位、程度、方法等ニ關シテ規定スヘキ所多キカ故ニ我民法ハ是等多數ノ立法例ニ反シ特ニ別章ヲ置テ其義務ヲ規定シタリ

扶養義務者ノ範圍

第二款　扶養義務者ノ範圍

扶養ノ義務トハ自己ノ資產又ハ勞役ニ依リテ生活ヲ爲スコト能ハサル者又ハ自己ノ資產ニ依リテ敎育ヲ受クルコト能ハサル者ニ對シ其生活ノ資料ヲ給シ又ハ引取リテ之ヲ養ヒ又ハ必要アルトキニ之ヲシテ敎育ヲ受ケシムル義務ナリ而シテ法律上此義務ヲ負ハシムル者ニハ一定ノ範圍アリ抑戶主ハ家族ニ對シテ扶養義務ヲ負フコトハ余既ニ之ヲ戶主權ノ章ニ說述シ夫婦ハ相互ニ扶養ノ義務ヲ負フコトハ婚姻ノ效力中ニ說述シタルニ依リ本款ニ於テハ戶主及夫婦以外ノ親族間ニ於ケル扶養義務者ニ付テノミ說述スルニ過キス而シテ扶養ノ義務ヲ負フ者ハ(一)直系血族ナリ即チ父母ト子ト祖父母ト孫ト皆相互ニ此義務ヲ負フ直系ノ血族中ニハ法定ノ血族ヲモ包含ス故ニ養父母又ハ其直系尊屬ト養子トノ間モ亦同一ノ繼父母ト繼子ト嫡母ト庶子トノ間モ互ニ扶養ノ義務ヲ負フ直系血族ハ亦同一ノ家ニ在ルト否トヲ問ハス故ニ他家ノ養子ト爲リタルモノ又ハ其直系卑屬ト其實家ノ父母又ハ其直系尊屬トノ間及他家ニ嫁シタル女子又ハ他家ノ入夫トナリタル男子又ハ其直系卑屬ト其實家ノ父母又ハ其直系尊屬トノ間ニ於テモ互ニ此義務ヲ負フ(二)兄弟姉妹ナリ兄弟姉妹中ニハ法定ノ血族ヲ包含ス故ニ例ハ養子ハ養

親ノ實子又ハ他ノ養子トノ間ニ扶養ノ義務ヲ負ヒ繼子モ亦繼父母ノ實子トノ間ニ其義務ヲ負フ而シテ其同一ノ家ニ在ルト否トヲ問ハサルナリ(三)夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ直系尊屬ニシテ其家ニ在ル者トノ間ニ亦扶養ノ義務ヲ負フ例ハ他家ニ嫁セシ女ハ其夫ノ父母其家ニ在ルトキ其父母ト婦ノ間ニ其義務ヲ負ヒ他家ノ入夫ト爲リタル男ハ其妻ノ父母其家ニ在ルトキハ其父母ト入夫トノ間ニモ其義務ヲ負フ是等ノ者ハ民法ニ於テハ之ヲ法定血族ト爲サヽリシト雖モ我國ノ家族制度ニ於テ是等ノ者ハ事實上直系血族ト同樣ニ看做サルヽモノナルカ故ニ其間ニ扶養ノ義務ヲ認メタルハ當然ナリ但其家ニ在ル者ナルコトヲ要ス故ニ他家ヨリ妻ヲ迎ヘタル者ハ妻ノ父母ニ對シテ扶養ノ義務ヲ負ハサルハ勿論其家ニ在リシ配偶者ノ父母ト雖モ離籍、分家、廢絕家再興其他ノ事由ニ依リテ其家ヲ去リタル後ハ其間ニ扶養ノ義務ヲ負フコトナシ即チ戸主、夫婦間及以上三種ノ親族間ノ外ハ何人モ法律上扶養ノ義務ヲ負フコトナキナリ我國從來ノ事情ニ於テ此他ノ親族ト雖モ困窮ノ者アルニ於テハ廣ク親族相助クルヲ以テ社會道德ノ本旨ト爲スコト勿論ナリト雖モ法律上ノ義務トシテ廣ク親族間ニ扶養ノ義務ヲ認メタル慣習ハ未タ之アラサルノミナラス生活ノ程度高マルニ從テ生計ヲ爲スコト往時ノ如ク容易ナラサルヲ以テ法律上ノ義務トシテ扶養ノ義務ヲ認ムルノ範圍ハ次第ニ減少セラルヽ必要アルニ至レリ民法ハ即チ以上ノ範圍ニノミ此義務ヲ限定シタルノミナラス其範圍內ノ親族ト雖モ亦常ニ扶養ノ義務ヲ負フモノニアラスシテ一定ノ場合ニノミ此義務ヲ發生スルモノトシ殊ニ兄弟姉妹間ニ此義務ヲ生スルハ寧ロ變例ニ屬スルモノトセリ(四)(五)扶養義務ノ性質斯ノ如クナルカ故ニ從テ之ニ對スル權利ハ一ノ債權ナルニ拘ラス一身ニ專屬スル權利ナルヲ以テ之ヲ讓渡スコトヲ得サルハ勿論之ヲ擔保ニ供シ又ハ之ヲ差押フルコトヲ得サルモノトス(六)

第三款　扶養義務ノ發生

抑人ハ各自立シテ生活ヲ營ムヘキコトヲ本則トシ其他人ノ扶養ヲ求ムルハ自立ノ生活ヲ營ムコト能ハサル場合ニ限ラサルヘカラス故ニ原則トシテ扶養ノ義務ハ存在スルハ左ノ二場合ニ在リ(一)自己ノ資產又ハ勞務ニ依リ生活ヲ爲スコト能ハサルトキ即チ其財產ヨリ生スル收入ヲ以テ生活ノ資料ヲ給スルコト能ハス且

自ラ勞務ヲ執リテ其生活ヲ營ムコト能ハサル場合ニ限ル勞務ヲ執ルコトヲ得ヘキ狀況ニ在リナカラ故ラニ之ヲ執ラサルカ如キモノニハ扶養ノ義務アルコトナシ然レトモ眞ニ勞務ヲ執ルコト能ハサルトキハ其執ル能ハサル事由カ何ニ基クカヲ問ハサルナリ故ニ身體精神ノ不具又ハ病症ニ因ルトキハ勿論社會ノ經濟上ノ事情ヨリ其勞務ヲ失ヒ相當ノ手段ヲ盡スモ其就クヘキ業務ヲ發見スル能ハサルモノハ扶養ノ權利ヲ有ス(二)自己ノ資產ニ依リ敎育ヲ受クルコト能ハサルトキハ其敎育ノ資ヲ給スル義務ヲ含ム蓋近代ノ社會ニ於テハ人ハ敎育ヲ受ケスシテ生活スルコト能ハス國家ハ一定ノ程度マテハ敎育ヲ受クルコトヲ以テ國民ノ國家ニ對スル義務トセリ(小學校令二〇)但敎育ノ義務ハ幼年者ニ對シテノミ存在スルモノナルハ言ヲ竢タス故ニ自己ノ資產ニ依リ敎育ヲ受クルコト能ハサル幼年者ニ對シテノミ敎育ノ資ヲ給スル義務ヲ負フモノトス而シテ以上ノ原則ニ對スル例外ノ一ハ夫婦間ノ扶養義務ナリ夫婦カ特ニ財產契約ヲ結ヒタル場合ノ外夫又ハ戶主タル妻ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔スヘキモノニシテ(八七九)夫又ハ戶主タル妻ハ其配

偶者カ縱令自己ノ資產又ハ勞務ニ依リ其生計ヲ營ミ得ル場合ニ於テモ尙ホ扶養ノ義務ヲ負擔スルモノナリ又例外ノ二ハ親權ヲ行フ父又ハ母ノ未成年ノ子ニ對スル義務ナリ親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ヲ敎育スル費用ヲ支辨スヘキ義務アリ(八九〇第二項)其義務ハ其子カ自ラ生活ノ資ヲ有シ若ハ勞務ヲ爲シ得ルト否トヲ問ハサルナリ然レトモ是等ハ皆婚姻若ハ親權ノ效力トシテ發生スル義務ニ屬スルニ至リタルトキニ限リテ存在スルモノトス蓋兄弟姉妹間ハ社會道德ノ思想ニ於テ其相互ノ扶養ヲ責ムルコト直系血族ノ如ク強カラス故ニ諸國ノ立法例ニ於テモ佛國民法又ハ獨逸民法ノ如ク兄弟姉妹間ニ扶養ノ義務ナシト爲スモノアリト雖モ其他ノ多數ノ立法例ハ本人ノ過失ニ因ラスシテ生活ヲ爲ス能ハサル場合ニノミ此義務存在スト爲スモノ多シ我民法ニ於テモ兄弟姉妹間ニ全然扶養義務ノ存在セストハ爲スモ我國ノ事情ニ適セサルヲ認メタルト共ニ直系血族間ニ於ケルト同樣ノ義務ヲ認ムルハ亦其當ヲ得サルモノト爲シ即チ舊民法其他多數ノ立法例ト同シク扶養ヲ受クル必要カ過失ニ因ラスシテ生シタル場合ニノミ扶養義

扶養關係者ノ順位
扶養義務者ノ順位

務ヲ生ストセリ故ニ縦令自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ爲スコト能ハサルモ自ラ責ヲ負フヘキ事由ニ依リテ資産ヲ失ヒ又ハ勞務ニ就ク能ハサルニ至リタルトキハ其兄弟姉妹ニ對シテ扶養ヲ求ムルコトヲ許サヽルナリ例ハ生活ヲ爲シ得ヘキ資産ヲ有シナカラ自ラ放蕩無賴ニシテ爲メニ其資産ヲ失ヒ又ハ故ラニ投機業ヲ試ミテ失敗シ其資産ヲ蕩盡シタルカ如キ又ハ自ラ破廉恥ノ罪ヲ犯シ爲メニ世ノ信用ヲ失ヒ勞務ニ就ク能ハサルカ如キハ皆兄弟姉妹ニ對シ扶養ヲ求ムルノ權利ナキコトヽ知ルヘシ(九五)

第二節　扶養關係者ノ順位

第一款　扶養義務者ノ順位

扶養ノ義務ハ素ト德義ノ觀念ニ其基礎ヲ有スルヲ以テ扶養義務ノ順位ヲ定ムルニモ亦德義ニ基カサルヘカラス(一)夫婦ハ共同生活ヲ爲シ同心一體タルヘキモノナルヲ以テ配偶者カ第一位ノ義務者タルヘキハ當然ナリ(二)孝ハ我國社會道德ノ基本タリ故ニ配偶者ニ次キテハ直系卑屬ヲ以テ其義務者トス直系卑屬中子ト孫等アルトキハ子ハ孫ニ先チテ其義務ヲ負ヒ孫ハ曾孫ニ先テ其義務ヲ負フ(三)第二

位ノ義務者ヲ直系尊屬トス父母トアルトキハ父母先ツ其義務ヲ負フ(四)第四位ノ義務者ヲ戸主トス是レ我家族制度ヨリ來ル特色ナリ(五)夫婦ノ一方ノ直系尊屬ト他ノ一方、其直系尊屬ニ親等ヲ異ニスル者アルトキハ父母先ツ其義務ヲ負フ(六)兄弟姉妹ノ扶養義務ヲ負フハ寧ロ變例ニ屬スヘキモノナルヲ以テ最後ノ義務者トス一例ヲ以テ之ヲ說明スレハ例ハ自己ノ資産又ハ勞務ニ依リ自ラ生活スルコト能ハサル男子アリト假定セハ先ツ其妻ニ扶養ヲ請求スヘク其妻ナキトキ又ハ妻ニ資力ナキトキハ其子又ハ孫ニ請求シ次ニ父母又ハ祖父母ニ次ニ戸主ニ次ニハ其家ニ在ル妻ノ父母若ハ其家ニ在ル子ノ配偶者ニ請求シ以上ノ者皆在ラス又ハ資力ヲ有セサルトキ始テ兄弟姉妹ニ之ヲ請求スヘキナリ若シ又親等相等シキ同一順位ノ扶養義務者數人アルトキ例ハ數人ノ子アルトキ、父母數人アルトキ(實父母、養父、養母、繼母、嫡母)配偶者ノ父母ノ雙方共ニ其家ニ在ルトキ又ハ配偶者ト父母ト子ノ配偶者ト共ニ在ルトキ、其家ニ在ル子ノ配偶者數人ナルトキ、兄弟姉妹數人アルトキ等ハ扶養義務ヲ負フヘキ者ノ前後ヲ定メサルヘカラス仍テ民法ハ斯ノ如キ場合ニ於テ(一)其家ヲ同ウスルモノト否ラサルモノト

アルトキハ其家ヲ同ウスルモノヨリ先ツ義務ヲ負フコトヽ爲セリ例ハ數人ノ子アル者カ其一人ハ他家ノ養子ト爲リ他ハ同家ニ在ルトキハ其同家ニ在ル者先ツ義務ヲ負ヒ養子ト爲リタル者ハ之ニ次テ義務ヲ負フ是レ家族制度ヲ認メタル當然ノ結果ナリトス(一一)家ヲ同ウスル者數人ナルトキハ其數人ハ各資方ニ應シ其扶養ヲ分擔スヘキモノトス此場合ニ於テハ順序ヲ付スヘキ理由アラサルニ由ル例ハ子二人アリテ共ニ其家ニ在ルトキ其一人ハ六ノ資產アリ一人ハ四ノ資產アリトセハ前者ハ扶養ノ十分ノ六ヲ擔任シ後者ハ其十分ノ四ヲ擔任スヘキナリ餘ハ凡テ之ニ準スルモノトス(九五)

扶養權利者ノ順位

第二款　扶養權利者ノ順位

扶養義務者カ數人ニ對シテ此義務ヲ負ヘル場合ニ於テ其資力ニシテ凡テノ扶養權利者ヲ扶養スルニ足ラサルトキハ其權利者ノ中ニ順立ヲ設ケ先ツ何人ニ對シテ扶養ノ義務アルカヲ明ニスルヲ要ス而シテ其順位ノ如キハ亦自然ノ性情及德義ノ觀念ニ依リ之ヲ決セサルヘカラス民法ハ直系尊屬ヲ第一順位ニ置ケリ蓋我國ノ德義上孝ヲ重スルコト最モ大ナレハナリ直系卑屬ヲ其次位ニ置キタルハ子ヲ愛スル人情ニ基キ次ニ配偶者次ニ其家ニ在ル配偶者ノ直系尊屬又ハ其家ニ在ル直系卑屬ノ配偶者トシ次ニ兄弟姉妹トシ最後ニ以上ノ親族ニアラサル家族トヲ爲セリ其同一順位者中親等ノ異ルモノアルトキハ其近キ者ヲ先ニス例ハ父母トヲ祖父母トアルトキハ先ツ父母ヲ扶養シ其資力尙ホ餘アルニ於テ祖父母ヲ扶養シ資力尙ホ餘アルトキハ次ニ子次ニ孫次ニ夫又ハ妻等ヲ扶養スル義務ヲ負フモノトス故ニ例ハ配偶者ニ對シテ扶養ヲ請求スルニハ其配偶者カ父母、祖父母、子又ハ孫ニ對シテ扶養ノ義務ヲ負フモ之ヲ扶養シタル上尙ホ資力ニ餘アルコトヲ證明セサルヘカラス其餘皆之ニ準ス(九五)(七)

同順位ノ扶養權利者即チ同シク父母タリ祖父母タリ又ハ子又ハ孫タル等ノ場合ニ於テ其權利者中家ニ在ル者ト在ラサル者トアルトキハ其家ニ在ル者先ツ扶養ヲ請求スルコトヲ得其家ニ在ラサル者ナルトキハ各其需用ニ應シテ扶養ヲ受ク例ハ子二人皆其同シク家ニ在ラサル者ナルトキハ各其需用ニ應シテ扶養ヲ受ク例ハ子二人皆其家ニ在ルトキ其一人ハ六ノ扶養ヲ需要シ一人ハ四ヲ需要シ而シテ扶養義務者ノ資力一ナルトキハ前者ハ十分ノ六ノ扶養ヲ請求シ後者ハ十分ノ四ヲ請求スルコ

トヲ得ヘシ(九五)

第三節　扶養義務ノ程度

扶養義務ノ效力

扶養ノ程度

第一款　扶養義務ノ效力

扶養ノ義務ハ扶養權利者ノ生活ヲ扶助スルニ在ルモ如何ナル程度マテ其生活ヲ扶助スルコトヲ以テ扶養義務者ノ義務ト爲スヘキヤハ事情ニ依テ異ラサルヲ得ス是等ノ事情ヲ定ムルモノハ(一)扶養權利者ノ需要ナリ扶養權利者ニハ或ハ全ク資産ヲ有セス且全ク勞務ニ就クコトヲ得スシテ生活費用ノ全部ヲ給セラルヘキ必要アルコトアルヘク此場合ニ於テハ其需要ハ生活費用ノ全部ナリ或ハ多少ノ資産ヲ有シ又ハ多少ノ勞務ニ就クコトヲ得其收入ヲ以テ生活費用ノ一部ニ充ツルヲ得ルモ之ノミヲ以テハ未タ生活ヲ爲スニ充分ナラサルコトアルヘシ此場合ニ於テハ其需要ハ生活費用ノ補充タルニ過キス或ハ又幼年者ノ如キ生活費用ノ外尙ホ敎育ヲ受クルヲ要スルコトアルヘク或ハ又疾病ニ罹レル者ノ如キ其疾病ノ療養ヲ要スルコトアルヘク等シク生活費用ニ於テモ扶養權利者ノ身體ノ狀況ニ應シテ多クヲ要スルコトアルヘシ又少ナクシテ足ルコトアルヘシ即チ扶養義務ノ程度ハ是等ノ事情ニ應シテ之ヲ定ムヘキモノナリ(二)扶養義務者ノ身分及資力ナリ扶養權利者ニシテ縱令自ラ生活ヲ爲ス能ハサルニモセヨ若シ扶養義務者ノ身分資力ニシテ僅ニ自ラ生活ヲ維持シ得ルニ過キサルトキハ之ヲシテ更ニ他人ノ生活ヲ助クル義務ヲ負ハシムヘカラサルハ當然ナリ若シ又其身分資力ニシテ充分ナラムカ當ニ扶養權利者ノ生命ヲ保持スルニ止ルノミナラス尙ホ相當ノ資料ヲ給セシムヘキナリ是等ノ程度ハ扶養權利者ノ資力如何ニ依リ定ムヘキハ勿論ナルモ必スシモ資力ノミヲ以テ定ムルヲ得ス負擔ノ額遙ニ資產ノ額ニ超エ法律上ハ全ク無資力ナル者ト雖モ社會上相當ノ身分ヲ占メ相當ノ信用ヲ有スル者ノ如キニ在リテハ之ヲシテ扶養ノ義務ヲ負ハシメサルヘカラス(九六)

扶養ノ方法

第二款　扶養ノ方法

諸國ノ立法例ニ於テハ金錢ヲ給スルヲ以テ扶養ノ方法ト爲シ舊民法モ亦斯ノ如ク爲シタルモ現行民法ハ我國ノ事情ニ照シテ金錢ヲ給スルヲ以テ扶養ノ唯一ノ方法ト爲スノ不當ナルヲ認メ扶養權利者ヲ引取リテ養ヒ又ハ引取ラスシテ生活ノ資料タルヘキ金錢其他ノ物品ヲ支給スルカヲ選擇スルノ權利ヲ扶養義務者ニ

付與セリ從テ扶養義務者ハ自己ノ便宜トスル方法ニ從ヒ或ハ金錢其他ノ物品ヲ給シテ扶養ヲ爲スモ或ハ扶養權利者ヲ引取リテ扶養ヲ爲スモ一ニ其自由ナリ但或場合ニ於テハ全ク扶養義務者ノ選擇ニ一任スルコトハ扶養權利者ノ利益ノ爲メ甚タ危險ナルコトアルヘク或ハ又此二種ノ方法ノ外扶養權利者ニシテ病人ナルトキノ如キハ之ヲ相當ノ病院ニ入ルヽ等ノ必要アルコトアルヘシ斯ノ如キ場合ニ於テ若シ扶養權利者ト扶養義務者トノ意思一致セサルトキハ扶養權利者ハ裁判所ニ其方法ヲ定ムルコトヲ請求スルヲ得ルモノトセリ(一九六)

扶養ニ關スル判決ノ效力

第三款　扶養ニ關スル判決ノ效力

扶養ノ程度又ハ方法ニシテ扶養義務者ト扶養權利者トノ契約ニ依リ定リタル場合ニ於テ若シ其契約ノ根據タル事情ノ變更アリタルトキハ當事者ノ一方ハ臨時ニ其契約ヲ解除シ新ニ其契約ヲ爲スヲ得ヘキハ言ヲ竢タス裁判所ノ判決ニ依リ扶養ノ程度又ハ方法ヲ定メタル場合ニ於テモ亦扶養權利者及扶養義務者ニシテ若シ相一致スルトキハ任意ノ契約ヲ以テ其判決ト異リタル方法又ハ程度ヲ定メ又ハ全ク扶養ヲ爲サヽルコトヲ得ヘキコトヲモ亦言ヲ竢タス然レトモ若シ當事者カ一致スル能ハサルトキハ縱令其判決ノ根據タリシ事情ニ變更アルモ當事者ノ一方ノ任意ヲ以テ其判決ノ效力ヲ動スコト能ハサルヲ以テ民法ハ此場合ニ當事者ノ一方ヨリ其判決ノ取消又ハ變更ヲ請求スルヲ得ルコトヽ爲セリ蓋根據トナリタル事情ノ變更ヲ生シタルトキニ遡リテ效力ヲ生ス(一九六)

第四編　親族關係ノ解除

第一章　夫婦關係ノ解除

第一節　總說

夫婦關係ハ(一)婚姻ノ取消(二)離婚(三)夫婦一方ノ死亡ニ因リテ解除スヘシ蓋一般法律行爲ノ取消ノ效力ハ既往ニ遡ルモノナルカ故ニ初ヨリ其行爲ヲ成立セサルモノト看做スト雖モ婚姻ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及サス(七七八)從テ夫婦關係消滅ノ一原因タリ離婚ハ婚姻解消ノ原因タルカ故ニ夫婦ノ關係ハ離婚ト共ニ解除ニ歸スヘキハ論ヲ俟タス又夫婦ノ一方カ死亡スルトキハ婚姻ハ之ト共ニ解消スヘキヲ以テ其死亡ハ夫婦關係解除ノ一原因タルヘキナリ

第二節　婚姻ノ取消

第一款　總說

婚姻ノ要件ハ其種類如何ニ因リ效果ヲ異ニス而シテ其效果ノ最モ弱キモノヲ單ニ禁止要件ト稱シ法律一此種ノ要件ヲ具備スルヲ以テ必要トスルノミニシテ一且婚姻ノ成立シタル後ハ事實上其要件ヲ缺クコトアルモ婚姻ハ完全ノ效力ヲ生シ後ニ之ヲ取消スコトヲ得サラシム民法ニ依ルニ婚姻ノ届出ヲ爲スニハ口頭ヲ以テスルト書面ヲ以テスルトヲ問ハス一定ノ方式ニ從フコトヲ必要トシ其方式ニ違背スル届出ハ戸籍吏ニ於テ之ヲ受理スルコトヲ得サルモノト爲スニ拘ラス若シ戸籍吏ニ於テ誤テ之ヲ受理シタル上ハ此要件ヲ缺キタルノ故ヲ以テ婚姻ノ瑕疵ト爲サヽルカ如キ是ナリ(二七七八第二號但書)其效果ノ之ニ次クモノハ取消要件トシ之ニ違背シタル婚姻ヲ取消スコトヲ得セシム蓋此要件ハ主トシテ公益ノ必要ニ基クモノアリ又主トシテ私益ヲ保護スル目的ニ出ツルモノアリ前者ノ場合ニハ當事者其他親族ヲシテ取消ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシムルノミナラス國家ノ機關タル檢事ヲシテ之カ取消ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシム即チ婚姻ノ適齡、前婚ノ解消當事者ノ無緣故等ニ關スル要件ハ此種ニ屬ス又後者ノ場合ニハ一定ノ私人ニノミ其取消ヲ請求スルコトヲ得セシムルニ止リ國家自ラ之ニ干渉スルコトナシ即チ父母又ハ之ニ代ルヘキ者ノ同意ヲ得ヘキ要件ノ如キハ此種ニ屬スルモノタリ其效力ノ最モ重キモノハ無效要件トシ之ニ違背シタル婚姻ハ法律上絕對的ニ成立セサルモノトス即チ當事者ノ共諸及届出ハ此種ノ要件タリ禁止要件ニ付テハ別ニ說明ヲ要セサルモ無效及取消要件ニ付テハ次節已下ニ於テ詳細ニ之ヲ說明スルコトヲ要ス抑公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ之ヲ無效トストハ民法一般ノ原則タリ(九〇)而シテ婚姻ノ要件ハ概ネ公ノ秩序

又ハ善良ノ風俗ヲ保持スルヲ以テ目的トスルモノナルカ故ニ一般ノ原則ヨリ云ヘハ其要件ニ違背シタル婚姻ハ悉ク無效ト爲サヽルヘカラサルハ當然ナリ然レトモ婚姻ハ他ノ法律行爲ト異リテ其身分ニ重大ナル關係ヲ及スモノタレハ其之ヲ無效ト爲ストキハ或ハ當事者若ハ其子ノ終生ヲ誤ラシメ或ハ一家ノ醜態ヲ曝露セシムル等種々ノ害毒ヲ社會ニ流スノ結果ヲ生スヘキカ故ニ婚姻ニ關シテハ一般ノ原則ニ依ラス其無效タラシムヘキ場合ヲ制限スルハ却テ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ヲ保持スル所以ナリ是ヲ以テ民法ハ婚姻無效ノ原因ヲ當事者ノ意思ノ欠缺及婚姻ノ無屆ノ二事項ニ制限シタリ歐米諸國ノ現制ニ依ルトキハ婚姻ヲ無效トスル原因ノ範圍ハ稍廣キ實アリト雖モ既ニ說述シタルカ如ク近世ニ於テハ寧ロ漸次其範圍ヲ狹隘ニスルノ傾向アルヲ以テ我民法ニ於テモ此傾向ニ鑑ミ斷然右ノ二事項ニ制限シタルナリ而シテ婚姻ノ無效ナルハ即チ初ヨリ其婚姻ノ成立セサルナリ故ニ夫婦ノ身分ニ伴フ權利ヲ生スルコトナキハ勿論其間ニ生レタル子ハ私出子タラサルヲ得ス諸國ノ立法例中ニハ婚姻ノ無效ハ特ニ裁判所ノ宣告ヲ要スストセルモノナキニアラスト雖モ婚姻ノ無效ナルハ事實上婚姻ノ成立スルコトナキ場合ニシテ裁判所ノ宣告ヲ待チテ然ルニアラサルカ故ニ我民法ハ訴訟其他ノ手續ヲ要セサルモノトセリ從テ利害關係人ハ何時ニテモ其無效ヲ主張スルコトヲ妨ケス又當事者ノ追認又ハ期間ノ經過ニ因リテ其效力ヲ生スルコトナシ

婚姻ハ既ニ當事者ノ合意ニ依ルモノナル以上ハ其成立ニハ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思アルコトヲ要スヘキハ婚姻ノ性質上當然ナリ從テ當事者ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキハ婚姻ハ無效タリ普國普通法及獨國民法ノ如キハ意思ノ欠缺ヲ以テ婚姻無效ノ原因ト爲サスシテ唯取消シ得ヘキモノト爲スト雖モ斯ノ如キ立法例ハ婚姻ノ性質ヲ半ハ無視スルモノニシテ決シテ模範ト爲スニ足ラス是ヲ以テ我民法ニ於テハ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキハ婚姻ハ全然無效タルモノトセリ(七七八第一一號)是レ故ニ我民法ニ依ルトキハ事理ヲ辨別シ能ハサル幼者ノ爲シタル婚姻其他抵抗スヘカラサル暴行ニ因リタルモノ例ハ暴力ヲ以テ婚姻ノ届出ニ署名セシメタル場合ノ如キ何レモ當事者ニ婚姻ヲ爲ス意思ノ欠缺セルコト明ナレハ其婚姻ハ無效タリ又人ニ關スル錯誤例

ハ人違ニ因リテ婚姻ヲ爲シタル塲合ノ如キハ其人ト婚姻ヲ爲ス意思ヲ缺クモノタレハ其婚姻ハ無效タリ而シテ人ニ關スル錯誤ナルヲ要シ人ノ身分、財產等ニ關スル錯誤ハ此中ニ包含セサルナリ而シテ是等ノ婚姻ヲ無效ト爲スハ當事者ノ意思ノ全ク欠缺セルカ故ニ外ナラサルヲ以テ唯其意思ニ瑕疵アルモ其婚姻ヲ以テ無效ト爲サス即チ詐欺又ハ强迫ニ因リテ婚姻ヲ爲シタル塲合ハ其詐欺又ハ强迫ノ結果ノ全ク意思能力ヲ剝奪セルカ又ハ人違若ハ行爲ノ實質ニ關スル錯誤ヲ生セシメタル塲合ノ外ハ其婚姻ヲ無效ト爲スコトナシ又我民法ニ於テハ婚姻ヲ爲スノ意思ハ一定ノ方式ニ依リテ之ヲ表示スヘキモノトシ其方式ニ依リ意思ヲ表示スルニアラサレハ意思表示ノ效力ナキモノトセリ蓋婚姻ハ身分ニ關スル行爲ニシテ意思表示ノ確實ヲ要スレハナリ即チ民法ニ於テハ戸籍吏ニ届出ツルコトヲ以テ其方式トシタルカ故ニ其届出ヲ爲サヽルトキハ婚姻ハ效力ヲ生スルコトナシ然レトモ其届出カ法定ノ方式ヲ缺キタルノ故ヲ以テ婚姻ヲ無效トスルコトナシ例ハ證人ノ署名ヲ缺キタルトキ、證人カ未成年者ナリシトキ、代理人ヲシテ届出セシメタルトキノ如キ塲合ト雖モ戸籍吏ニ於テ其届出ヲ受理シタルトキハ其婚姻ハ完全ニ成立スルコトヲ得ヘシ（七八第七號但書）

而シテ婚姻ヲ爲スノ意思ハ届出ヲ爲ス當時ニ存在スルコトヲ要スルカ故ニ其届出ヲ爲シタル當時婚姻ヲ爲ス意思ナカリシニ於テハ事實上夫婦タル狀態ヲ繼續スルコトアルモ當初ノ届出ヲ有效タラシムルコト能ハス從テ新ニ有效ノ届出ヲ爲スニアラスムハ其婚姻ヲ成立セシムルコト能ハサルナリ

第二款　取消原因ノ區別

我民法ニ依ルニ婚姻取消ノ原因ハ大別シテ公益上ノ原因及私益上ノ原因ノ二種ト爲スコトヲ得ハシ是レ畢竟法律カ婚姻ノ取消ヲ許スニ專ラ公益ヲ保持スルヲ目的ト爲スモノト專ラ私益ヲ保護スルヲ目的ト爲スモノトアレハナリ前者ノ塲合ニ於テハ其婚姻ニ關シ利害ノ關係ヲ有スル者ニ取消權ヲ與フルト共ニ國家自ラモ亦之ヲ行フコトヲ得ルモノトシ特別ノ塲合ヲ除ク外ハ一定ノ期間ノ經過若ハ追認ニ因リテ其效力ヲ完ウスルコトヲ許サス之ニ干涉スルコトナシ而シテ一定ノ期或特定ノ人ニノミ取消權ヲ與ヘ國家自ラ之ニ干涉スルコトナシ而シテ一定ノ期間ノ經過又ハ追認ニ因リテ其效力ヲ完ウスルコトヲ許ス今民法ノ規定ニ依リ婚

姻取消ニ關スル通則ヲ示セハ即チ左ノ如シ

一　婚姻ノ取消ハ其婚姻ニ瑕疵アリ而モ其瑕疵ハ婚姻届出ノ當時ニ存在スルコトヲ要シ婚姻成立以後ニ生シタル瑕疵ハ取消ノ原因トナラス

二　一般ノ法律行爲ノ取消ハ單純ノ意思表示ニ因リテ之ヲ爲スコトヲ得ルモ婚姻ノ取消ハ裁判所ノ宣告アルコトヲ要ス

三　一般ノ法律行爲ノ取消ハ既往ニ遡リテ其效力ヲ生シ初ヨリ其行爲ヲ無效タラシムルモ婚姻ノ取消ノ效力ハ既往ニ遡ラス從テ其婚姻ハ取消ノ宣告アルマテ效力ヲ有ス

四　婚姻ノ取消ハ法律上取消權ヲ有スル者ノ請求アルニアラサレハ之ヲ宣告スルコトヲ許サス

五　婚姻ノ取消ハ法律ニ依リテ特ニ禁止セル場合ノ外配偶者一方ノ死亡ニ因リ婚姻ノ解消シタル後ニ於テモ之ヲ請求スルコトヲ妨ケス

第三款　公益上ノ取消

公益上ノ取消原因ハ(一)當事者ノ不適齡ナルコト(二)重婚ナルコト(三)女ニ在リテハ前婚ノ解消又ハ取消後法定ノ期間ヲ經過セサルコト(四)當事者ノ關係カ禁婚ノ範圍內ニ屬スルコトノ四種トシ而シテ是等原因ノ存スル婚姻ニ對シテ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘキ者ハ(一)各當事者(二)各當事者ノ親族(四)檢事トセリ即チ此內(一)乃至(三)ハ公益上ノ理由ノ外尙ホ直接身分上ノ利害關係ヲ有スル者トシテ取消權ヲ與ヘ(四)ハ一ニ公益保持ノ爲メニ取消權ヲ與フルニ在リ蓋民法人事編其他歐洲諸國ノ法制中或ハ廣ク現實ノ利益ヲ有スル者ニ取消權ヲ與フルコトヲ規定セルモノアリ從テ財產上ノ利害關係ヲ有スル債權者モ之カ取消權ヲ有スルモノトセルモノアルモ民法ハ單純ノ財產關係ニ因リテ他人ノ婚姻關係ニ容喙スルコトヲ許スノ不當ナルヲ認メ是等ノ者ニ取消權ヲ與ヘサルコト、シタリ其自ラ法律ノ規定ニ違背シタル當事者ニマテ此權利ヲ與フル所以ノモノハ事公益ニ關スルカ故ニ外ナラス又取消ノ原因公益ニ關スルノ故ヲ以テ其原因ハ永久ニ消滅セス從テ取消ヲ請求シ得ヘキ期間モ亦概シテ永久ナルヲ原則トス是レ故ニ期間ノ經過又ハ追認ニ因リテ其效力ヲ補フコトヲ許サヽルナリ（第七八一項○）

右ノ理由ナルヲ以テ公益上ノ取消權ハ婚姻當事者ノ一方又ハ雙方ノ死亡後ニ在リテモ尙ホ消滅セサルコト勿論ナリト雖モ檢事ノ取消權ニ至リテハ全ク公益保持ノ目的ニ出ツルモノニシテ而モ違法婚姻カ公益ヲ害スルハ其婚姻ノ存續中ニ在ルヘキヲ以テ其婚姻ニシテ當事者ノ一方ノ死亡ニ因リ既ニ解消セルニ於テハ檢事ヲシテ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得セシムヘキ必要ヲ認メサルヨリ法律ハ婚姻當事者一方ノ死亡ヲ以テ檢事ノ取消權ノ消滅原因トシタリ(七八〇第一項但書)加之取消原因ノ性質如何ニ因リテハ民法ハ取消權ヲ有スル者及取消權行使ノ期間ニ關シテ尙ホ前述ノ原則ニ三箇ノ例外ヲ置クノ必要ヲ認メタリ即チ左ノ如シ

一　取消權ヲ有スル者ハ各當事者、戸主、親族及檢事ニ限定シタルニ拘ラス其取消原因ニシテ重婚ナルトキ、前婚ノ解消又ハ取消ノ後法定ノ期間ヲ經過セサルトキ及相姦者タル緣故アルトキハ其當事者ノ配偶者又ハ前配偶者モ亦利害關係人タルヲ以テ之ニ與フルニ取消權ヲ以テス(七八〇第二項)而シテ當事者ノ配偶者ハ重婚ノ場合ニ存スルコトヽ知ルヘシ

二　取消權ノ行使期間ハ永久ニシテ而シテ追認ニ因リテ消滅スルコトナキヲ原則ト爲スニ拘ラス當事者ノ不適齡ニ因ル瑕疵ハ性質上期間ノ經過ニ因リテ塡補セラルヘキモノタリ即チ當事者ニシテ適齡ニ達シタルトキハ其瑕疵ハ自ラ消滅ニ歸セサルコトヲ得ス從テ適齡ニ達シタル已後ハ取消權ヲ存在セシムヘキ理由ナシ故ニ戸主、親族及檢事ハ不適齡者カ適齡ニ達シタル後ハ其婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得サルナリ(七八一第一項)然レトモ不適齡者自身ニ在リテハ意思能力不充分ニシテ其不適齡ノ間ハ取消ヲ請求スル能ハサルコト多キヲ以テ不適齡者ノ取消權ハ其適齡ニ達シタル後尙ホ三个月存續スルコトヲ得セシムルノ適當ナルヲ認メタリ(七八一第二項)而シテ其期間ヲ三个月ト爲セル所以ハ他ナラス其適齡ニ達シタル已後ノ取消權ハ專ラ私益保護ノ目的ニ出ツルヲ以テ永ク之ヲ認ムルノ必要ナキハ勿論公益上ノ理由ナキニ永ク婚姻ヲ不確定ノ狀態ニ置クハ一家及社會ノ秩序ヲ保持スルノ途ニアラサレハナリ但不適齡者ノ適齡ニ達シタル後其婚姻ヲ追認シタルトキハ適齡後未タ三个月ヲ經過セサル間ト雖モ取消權ハ消滅スルモノトス蓋適齡ニ達シタル後ノ取消權ハ不適齡タリシ者ノ私益保護ノ目的ニ出ツルモノナルヲ以テ自ラ婚姻ヲ追認スルニ於テハ取消

權ヲ認ムヘキ心要ナケレハナリ

三　法律ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ後六个月ヲ經過スルトキハ再婚ヲ爲スコトヲ許スカ故ニ此期間中ニ婚姻ヲ爲シタル場合ト雖モ前婚ノ解消又ハ取消ノ後六个月ヲ經過シタルトキハ之カ取消ヲ許スヘキ公益上ノ理由ハ消滅ニ歸シタルモノト云ハサルヘカラス又縱令六个月ヲ經過セサルモ女カ再婚ノ後懷胎シタルトキ其懷胎カ再婚後ニ於テ生シタルコト明瞭ナル場合ニ於テハ其子ハ前夫ノ子ニアラサルヲ以テ血統ノ混合ヲ生スルノ恐ナキカ故ニ此場合ニ於テハ六个月内ト雖モ婚姻取消ノ請求ヲ許スヘキ理由ノ消滅シタルモノト認メサルコトヲ得ス從テ取消權モ亦消滅スヘキモノトス(七八二)

第四款　私益上ノ取消

私益上ノ取消原因ハ(一)尊屬又ハ之ニ代ルヘキ者ノ同意ヲ得サリシコト(二)當事者ノ一方又ハ雙方ノ意思カ詐欺若ハ强迫ニ因リテ表示セラレタルコト(三)壻養子緣組ノ塲合ニ於テ其緣組カ無效ト爲リ又ハ取消サレタルコトノ三種ト爲ス蓋是等ノ原因ノ存スルコトアルモ公益上ハ毫モ其婚姻ヲ取消スコトヲ得セシムル必要

ナク其ノ旦成立シタル已上ハ其關係ヲ繼續セシムルコト却テ公益ニ適合スヘシト雖モ其婚姻ニ因リテ自己ノ利益ヲ毀損セラレタル者ニハ其利益ヲ保護スル爲メニ取消權ヲ與フルノ必要アリ故ニ是等ノ塲合ニ於テハ取消權ヲ有スル者ハ其婚姻ニ因リテ自己ノ利益ヲ毀損セラレタル者ニ限ラサルヘカラス民法ハ其瑕疵ノ種類ニ因リ利益ヲ毀損セラレタル者ノ誰タルヲ指定シ以テ其指定セル者ノ外ハ取消請求ヲ爲スコトヲ許サヽルモノトセリ又私益保護ノ爲メニ婚姻ヲシテ永ク不確定ノ狀態ニ在ラシムルハ却テ一家及社會ノ秩序ヲ保持スル所以ニアラサルヲ以テ期間ノ經過又ハ追認ニ因リテ取消權ノ消滅スルコトヲ認メタリ今左ニ婚姻ニ存スル瑕疵ノ種類ニ因リ取消權ヲ有スヘキ者及其取消權消滅ノ原因ニ關シ差異アルコトヲ示スヘシ

一　父母又ハ之ニ代ルヘキ者ノ同意ヲ受ケスシテ爲シタル婚姻ニ對スル取消權ハ其婚姻ノ當時同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ニ屬ス(七八三)蓋同意ヲ受クヘキ者カ之ヲ受ケサリシコトハ其同意ヲ爲ス權利ヲ蔑ニシタルモノナルカ故ニ其權利ヲ有セシ者ニ取消權ヲ以テシタルナリ諸國ノ法制中往々此塲合ニ同意ヲ受ケ

サリシ當事者ニモ尙ホ取消權ヲ與ヘタル例アリト雖モ斯ノ如キハ當事者ヲシテ婚姻ヲ蔑視スルニ至ラシムルノ恐アルノミナラス法律カ此種ノ取消權ヲ認ムル精神ニ違フノ結果ヲ生セサルコトヲ得ス殊ニ既ニ適齡ニ達セル者ニ在リテハ不適齡者ノ如ク其意思能力不充分ナルモノト云フコトヲ得サルヲ以テ民法ハ不適齡者カ第七百八十一條及第七百八十二條ニ依リテ取消ヲ請求スルコトヲ得ル外ハ同意ヲ受クヘクシテ受ケサリシ當事者ノ取消權ヲ認メサリシナリ」

右ノ如ク此場合ニ於ケル取消權ハ其婚姻ノ當時ニ同意ヲ爲ス權利ヲ有シタル者ニ屬スルカ故ニ婚姻ノ當時家ニ在ラス又ハ意思ヲ表示スルコト能ハサリシ父又ハ母カ其家ニ入リ又ハ意思ヲ表示シ得ルニ至リシ後其婚姻ニ同意ヲ與ヘサリシコトヲ理由トシテ取消ヲ請求スルコトヲ得ス之ニ反シテ婚姻ノ當時家ニ在リテ意思ヲ表示スルコトヲ得タル父又ハ母ハ其後家ヲ去ルコトアルモ尙ホ此取消權ヲ有スヘキナリ又婚姻ノ當時同意ヲ爲スノ權利ヲ有シ而モ同意ヲ爲サヽリシ者カ取消權ヲ行ハスシテ死亡シ若ハ意思ヲ表示スルコト能ハサルニ至リシトキニ於テモ何人ヨリモ其同意ナキコトヲ理由トシテ取消ヲ請求スルコトヲ得サルナリ但親族會ハ團體ナルカ故ニ其會員ニ變更アルモ取消權ノ行使ヲ妨ケス(九四九)(九五〇)而シテ又同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ同意ヲ爲シタルモ其同意カ詐欺又ハ强迫ニ因リタルトキハ其同意ヲ爲シタル者ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキコトハ總則ノ規定ニ依リテ明ナリ然ルニ余ハ第七百八十三條ノ規定ニ關シ了解ニ苦シムコトアリ他ナラス婚姻ノ當事者カ其婚姻ヲ爲スニ當リテ同意ヲ求ムルハ各其人ヲ異ニスヘキハ當然ニシテ即チ各自ノ屬スル家ニ在ル父母又ハ之ニ代ルヘキ者ノ同意ヲ受クヘキモノタリ果シテ然リトセハ當事者ノ一方ハ同意ヲ受ケタルニ拘ラス他ノ一方ハ同意ヲ受ケサリシコトナシトセス然ルヲ當事者ニハ共ニ取消權ナキモノトセルハ果シテ當ヲ得タル規定ナルヘキヤ否ヤノコト是ナリ蓋同意ヲ受クヘキ者ニシテ之ヲ受ケサリシ者ニ對シテハ取消權ヲ與フルノ理由ナキハ當然ナルモ同意ヲ受ケタル者ニ對シテモ尙ホ取消權ヲ與ヘサルニ至リテハ前陳ノ理由ハ全ク該當セサルニ似タリ姑ク他日ノ研究ヲ待ツノ外ナシ

然リ而シテ右ノ取消權ハ(一)同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ婚姻アリタルコトヲ

知リタル後又ハ詐欺ヲ發見シ若ハ强迫ヲ免レタル後六个月ヲ經過シタルトキ(二)同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ追認ヲ爲シタルトキ(三)婚姻届出ノ日ヨリ二年ヲ經過シタルトキハ消滅スルモノトス(七八四)(一)ハ即チ六个月ノ經過ニ因リテ取消權ヲ抛棄セルモノト看做スニ在リ(二)ハ取消ニ關スル總則ノ規定ニ從ヒ追認ヲ以テ取消權ノ抛棄トシタルニ在リ(三)ハ二个年間既ニ夫婦トシテ生活セル後尙ホ之ヲ取消スコトヲ得セシムルハ一家ヲ攪亂シ却テ公益ヲ害スルニ至ルノ恐アルヲ以テナリ換言セハ公益上婚姻ヲ完全ナラシムルノ必要ハ私益ヲ保護スルノ必要ヨリ一層大ナルモノト認メタルヲ以テナリ故ニ縱令未タ詐欺ヲ發見シ若ハ强迫ヲ免レサルモ又縱令之ヲ發見シ若ハ之ヲ免レタル後六个月ヲ經過セサルモ取消權ハ届出ノ日ヨリ二个年ノ經過ニ因リテ消滅スヘキナリ而シテ(一)ノ場合ニ六个月トアリ(三)ノ場合ニ二个年トアルハ其ニ取消權行使ノ豫定期間ニシテ時效ニアラサルカ故ニ時效ニ關スル中斷又ハ停止ノ規定ヲ適用スヘカラサルハ勿論ナリ

二　詐欺若ハ强迫ニ因リテ爲シタル婚姻ニ對スル取消權ハ其詐欺若ハ强迫ヲ受ケ婚姻ヲ爲シタル者ニ屬ス(七八五)換言セハ取消權ヲ有スル者ハ詐欺若ハ强迫ニ因リテ瑕疵アル意思ヲ表示シタル者ナリ即チ當事者ノ雙方カ詐欺若ハ强迫ヲ受ケタルトキハ其何レヨリモ又其一方カ之ヲ受ケタルトキハ其者ヨリ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ蓋此取消權ハ瑕疵アル意思ヲ表示シタル者ノ利益ヲ保護スルニ在レハナリ本來詐欺又ハ强迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ルハ總則ノ規定(六九)ナルカ故ニ第七百八十五條第一項ノ如キハ特ニ規定スルノ必要ナキカ如シト雖モ民法ハ第七百七十九條ニ規定セルカ如ク婚姻ニ關シテハ其之ヲ取消シ得ヘキ場合ヲ限定シタルノミナラス婚姻ノ取消ハ身分上重大ナル關係ヲ有スルヨリ一般法律行爲ノ取消ノ如ク當事者ノ意思表示ノミニ因リテ之ヲ爲スコトヲ許サスシテ總テ裁判所ニ請求スヘキモノトシ殊ニ取消權消滅ノ原因ヲ異ニセルヲ以テ前顯ノ規定ヲ置クノ必要ヲ認メタルナリ然リ而シテ右ノ取消權ハ當事者カ(一)詐欺ヲ發見シ若ハ强迫ヲ免レタル後三个月ヲ經過シタルトキ(二)追認ヲ爲シタルトキハ消滅スルモノトス(七八五第二項)即チ(一)ハ當事者カ詐欺若ハ强迫ヲ免レタル後三个月ノ期間經過ニ因リテ取消權ヲ抛

棄シタルモノト看做スニ在リ蓋夫婦ニシテ其關係ノ存續ヲ欲セサルニ於テハ一日モ之ヲ忍フ能ハサルヲ常態ト爲スニ三个月間ノ久シキ取消權ヲ行ハサルハ其存續ヲ欲スルモノト看做スコトヲ得ヘケレハナリ(二)ハ取消ニ關スル總則ノ規定ニ從ヒ追認ヲ以テ取消權ノ拋棄トシタルニ在リ前號即チ婚姻ニ付キ同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ノ取消權ハ其者カ詐欺ヲ發見シ若ハ强迫ヲ免レタル後六个月ノ經過ニ因リテ消滅スルモノトセルニ本號ニ在リテハ三个月ノ經過ヲ以テ取消權消滅ノ時期トシ其間ニ三个月ノ差異ヲ設ケタルハ他ナラス本號ノ場合ハ取消權カ婚姻ノ當事者自身ニ屬シ而シテ當事者カ三个月間モ取消權ヲ行ハサルトキハ婚姻ノ存續ヲ欲スルモノト推測シ得ヘキヲ以テナリ又前號ノ場合ハ届出ノ日ヨリ二个年ノ經過ヲ以テ取消權消滅ノ時期トシタルニ本號ノ場合ハ斯ル期限ノ經過ヲ以テ取消權消滅ノ時期ト爲スコトナキノミナラス取消權ニ關スル通常ノ時效(一六二)ヲモ適用セサルコトヽ爲シタリ是レ蓋婚姻ノ如キ身分ニ重大ナル關係ヲ及ス行爲ニ付キ當事者ノ意思カ詐欺又ハ强迫ニ因リテ表示セラレタルニ於テハ其詐欺ヲ發見セス又ハ强迫ヲ免レサル已上ハ幾

數年經過スルモ之ヲ取消スコトヲ得セシムルヲ以テ至當ト認メタルニ因ル

塔養子緣組ノ場合ニ於テ緣組ノ無效又ハ取消ヲ理由トスル婚姻ノ取消權ハ各當事者ニ屬ス但緣組ノ無效又ハ取消ノ請求ニ附帶シテ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ妨ケス(七八六第一項)蓋塔養子緣組ハ養子緣組及婚姻ナル二箇ノ行爲ヲ併合シタルモノニシテ一方ニ於テハ養親及其血族トノ間ニ血族關係ヲ生シ他方ニ於テハ養親ノ家女ト婚姻關係ヲ生スルモノニシテ其婚姻ハ養子緣組ニ相牽聯シテ效力ヲ有スルニ拘ラス各別ナル行爲ヨリ成立スルモノナルカ故ニ婚姻ノ無效又ハ取消カ必スシモ養子緣組ノ無效又ハ取消ノ原因タラサルト同時ニ養子緣組ノ無效又ハ取消カ婚姻ノ無效又ハ取消ノ原因タラサルナリ然レトモ通常ノ塲合ニ於テハ養子タルカ故ニ夫婦タリ夫婦タルカ故ニ養子タルモノニシテ若シ其一方ニシテ無效ト爲リ又ハ取消サレタルトキハ他ノ一方ノミ之ヲ繼續スルハ當事者ノ意思ニ反スルコト普通ナリ即チ此塲合ニ於テハ當事者ノ意思ハ養子緣組ノ有效ニ成立シタルモノト信シタルカ故ニ婚姻ヲ爲シ婚姻カ有效ニ成立シタルモノト信シタルカ故ニ養子緣組ヲ爲シタルモノニシテ若シ其

一方カ無效ト爲リ又ハ取消サルヽコトヲ知ラハ他方ノ行爲ハ之ヲ爲サヽリシモノト推測スルコトヲ得ヘシ然ルニ其之ヲ爲シタルハ意思ノ緣由ニ錯誤アリタルナリ意思ノ緣由ニ於ケル錯誤ハ行爲ノ效力ニ影響ヲ及サヽルヲ一般法律行爲ノ原則ト爲スモ此場合ニ在リテハ其緣由ハ行爲ノ成立ニ直接ノ原因ヲ成スカ故ニ若シ當事者ニシテ其一方ノ行爲カ無效ト爲リ又ハ取消サレタル場合ニ他ノ行爲モ從テ消滅ニ歸セムコトヲ欲スルニ於テハ其取消ノ請求ヲ許スヲ至當トス而モ此場合ニ於ケル婚姻取消ノ原因ハ壻養子緣組ノ無效又ハ取消ニ在ルカ故ニ壻養子緣組ニアラスシテ養家ノ家女又ハ他ノ養子即チ養女ト爲シタル婚姻又ハ夫婦養子ト爲リタル場合ハ之ニ該當セサルコト勿論ナリ殊ニ壻養子緣組ニ在テモ緣組ニ付テハ養親及養子カ當事者ニシテ婚姻ニ付テハ夫婦ノミ其當事者タルヘキハ當然ナルヲ以テ此場合ニ於ケル取消權ハ壻養子ト爲リタル者及其妻ニ屬スルモノタリ從テ緣組ノ無效又ハ取消ト婚姻ノ取消トハ必スシモ同時ニ發生スヘキ問題ト爲スコトヲ得サルナリ而シテ此場合ニ於テ取消權ヲ行フニハ緣組ノ無效ナルコト決定シ又ハ取消サレタルトキハ通常ノ

場合ト同シク裁判所ニ之ヲ請求スヘシト雖モ一旦緣組ノ無效又ハ取消ノ確定シタル後更ニ之ヲ理由トシテ婚姻ノ取消ヲ請求スルニハ其間多少ノ日時ヲ要スルノミナラス手數モ亦少ナカラス殊ニ動モスレハ當事者ノ希望ニ相反スル事態ヲ生スルコトアルヘキヲ以テ婚姻取消ノ原因未タ發生セス又ハ未タ明ナラサルニ拘ラス緣組ノ無效又ハ取消ノ請求ニ附帶シテ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ許スモノトセリ（人訴一、七・第二項）

然リ而シテ右ノ取消權ハ當事者カ（一）緣組ノ無效ナルコト又ハ其取消アリタルコトヲ知リタル後三个月ヲ經過シタルトキ（二）其取消權ヲ拋棄シタルトキハ消滅スルモノトス（七八）（一）ハ即チ三个月ノ經過ニ因リ取消權ヲ拋棄シタルモノト看做スニ在リ蓋養子緣組取消ノ請求ハ養親カ養子ニ對シ又ハ養子カ養親ニ對シテ之ヲ爲スモノナレハ養子ハ其請求アリタルコトハ之ヲ知ルヘキハ當然ナルモ其取消アリタルコトヲ知ルハ宣告ノ送達ヲ受ケタル日ニ在ルヘシ（人訴一、五、二六）然レトモ養子ノ妻ニ在リテハ自ラ宣告ノ送達ヲ受クルモノニアラサルカ故ニ其之ヲ知ルハ事實上其取消ノ宣告ノ確定シタルコトヲ知リタル日ニ在ルヘキ

ナリ其何レノ場合タルヲ問ハス其之ヲ知リタル後三个月ノ久シキ尚ホ取消權ヲ行ハサルハ夫婦ノ關係ヲ存續スルノ意思アルコトヲ推測スルニ足ルヘシ但無效ニ付テハ裁判所ノ判決アリタル後始テ確定スヘキモノニアラスシテ苟モ其原因アル已上ハ緣組ノ無效タルハ當然ナルカ故ニ此場合ニ於テハ三个月ノ期間ノ起算點ハ緣組ニ無效原因ノ存在セルコトヲ知リタルノ日ナルヘキナリ故ニ其原因ニ付キ爭アリテ裁判所ノ判決ヲ要シタル時ニ限リ前述スル所ト其取消權ノ消滅スル時期ノ起算點ヲ同シクスルコトヽ知ルヘキナリ(二)ハ拋棄ニ因リテ取消權ノ消滅スルモノナルカ故ニ寧ロ當然ノ結果ナリ唯茲ニ追認トハ意思ノ緣由ノ錯誤アルニ止リテ其意思表示ノ實體ニ於テ瑕疵アリタルニアラサレハナリ

取消ノ效果

第五款　取消ノ效果

婚姻ノ無效ハ初ヨリ婚姻ノ存在ヲ認メサルモノナルヲ以テ何等ノ效果モ之ヲ生スルコトナシ從テ當事者ニ於テ追認ヲ爲スコトアルモ其追認ハ新ナル行爲ヲ爲シタルモノト看做サルヽヲ原則トス(九一)故ニ當初婚姻ノ届出ヲ爲セル當時ニ於テ當事者ニ婚姻ヲ爲スノ意思ナカリシトキハ其届出後無效ナリシコトヲ知テ尚ホ事實上同居シ其他夫婦タル狀態ヲ繼續スルモ其當初ノ届出ヲ有效ナラシムルコト能サルハ勿論新ニ有效ノ届出ヲ爲スニアラサレハ婚姻ヲ成立セシムルコトヲ能サルナリ然レトモ婚姻ノ取消ニ至テハ當事者ノ身分關係及財產關係ニ重大ナル效果ヲ生スヘシ蓋一般法律行爲ノ取消ニ付テハ其取消サレタル行爲ヲ初ヨリ無效ナリシモノト看做スヲ原則トス(一一二)ト雖モ婚姻ノ取消ハ人ノ身分及財產關係ニ直接ノ影響ヲ生シ一タヒ成立シタル婚姻ヲシテ初ヨリ無效ナルモノト爲サハ人ノ終生ヲ誤ラシムルノ恐アルハ勿論其婚姻ニ因リテ生レタル子ヲモ之ヲ私出子ト爲サヽルヘカラサルノ結果ト爲ルヲ以テ歐洲諸國ノ法律ハ婚姻ノ取消ニ付キテ概ネ多少ノ例外ヲ設ケテ取消ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スルモノト爲サス現ニ佛國民法其他佛法系ノ諸國ノ民法ニテハ往々當事者中善意ノ者ニ對シテハ取消ノ效果ヲ既往ニ及サス其惡意ノ者ニ對シテノミ其效果ヲ遡ラシムルモノナキニアラス然レトモ身分關係ニ付テ當事者ノ善意ト惡意トニ因リテ區別ヲ設クルトキハ妻ニ私通ノ男アリ母ノミハ正當ニシテ子ハ其嫡出子タルニ獨リ其正