

スルニ至ルノ恐アリ故ニ民法ハ戸主ニ離婚權ヲ保有セシメテ以テ右等ノ
場合ニ於ケル制裁ト爲シタリ但養親カ離婚セラレタルトキハ養子ハ養親
ニ隨ヒ夫カ離婚セラレタルトキハ妻ハ夫ニ隨ヒ其家ニ入ルヘキハ當然ナ
リトス而シテ民法ハ戸主カ此離婚權ヲ行フコトヲ得ルハ婚姻又ハ養子縁
組ノ日ヨリ一个年内トセリ蓋戸主ニ熟慮ノ後此制裁ヲ加フルノ餘裕ヲ與
ヘタルナリ故ニ一个年内ニ此權利ヲ行ハサルトキハ戸主ハ暗ニ其婚姻又
ハ養子縁組ニ同意ヲ與ヘタルモノト看做スヘキナリ(七五)

(二) 復籍拒絶權

復籍拒絶權トハ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル家族カ離婚又ハ
離縁トナリタルトキハ實家ニ復籍スルコトヲ得ヘキハ當然ナルモ其婚姻又
ハ養子縁組ヲ爲シタル當時法律ノ定ムル條件ヲ履行セサリシカ爲メニ制裁
トシテ其復籍ヲ拒絶スルコトヲ得ルノ權利ヲ謂フナリ而シテ戸主カ此權利
ヲ行フコトヲ得ル場合ニ二アリ左ノ如シ
(イ) 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ實家ノ戸主ノ同意ヲ得

スシテ更ニ他家ニ入りタルトキ 既ニ説述シタルカ如ク婚姻又ハ養子縁
組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ更ニ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入
ラムトスルトキニ實家ノ戸主ノ同意ヲ得ルヲ要スルハ離婚又ハ離縁トナ
レル場合ニ當然實家ニ復歸スルカ故ニ外ナラス然ルニ更ニ他家ニ入りタ
ル者カ實家ノ戸主ノ同意ヲ得サリシニ拘ラス離婚又ハ離縁トナリタル場
合ニ尙ホ當然實家ニ復歸スルコトヲ得ルモノト爲ストキハ戸主權ハ全ク
其效力ヲ失フニ至ルヘシ故ニ斯ル場合ニ於テハ實家ノ戸主ヲシテ其復籍
ヲ拒ムコトヲ得セシメ以テ其制裁ト爲サルヘカラス是レ即チ民法カ第
七百四十七條第二項ノ規定ヲ置キタル所以ナリ法文ニハ同意ヲ爲サハハ
シ、戸主ト廣ク規定シタルカ故ニ其戸主中ニハ婚家、養家又ハ實家ノ戸主ヲ
包含スヘキハ勿論ナリ而シテ戸主カ此權利ヲ行フコトヲ得ルハ婚姻又ハ
養子縁組ノ日ヨリ一个年内ト爲セリ蓋戸主ニ熟慮ノ後此制裁ヲ加フルノ餘
裕ヲ與ヘタルナリ故ニ一个年内ニ此權利ヲ行ハサルトキハ戸主ハ暗ニ其婚
姻又ハ養子縁組ニ同意ヲ與ヘタルモノト看做スヘキナリ

(ロ) 家族カ戸主ノ同意ヲ得スシテ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタルトキ 此場合モ亦右(イ)ノ場合ト同一ノ理由ニ因リテ戸主ハ婚姻又ハ養子縁組ノ日ヨリ一年内ニ復籍ヲ拒ムコトヲ得ヘシ(七五)唯此場合ニ付キ疑アルハ他ナラス民法第八百四十三條ニ依ルニ養子トナルヘキ者カ十五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得トアリ而シテ第七百五十條第一項ニハ家族カ養子縁組ヲ爲ストキハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ストアルカ故ニ養子トナルヘキ者カ十五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル父母カ戸主ノ同意ヲ得ルヲ要スヘキハ勿論ナルヘキモ若シ此父母カ戸主ノ同意ヲ得スシテ十五年未滿ノ者ヲ他家ノ養子ト爲スコトヲ承諾シ而シテ其後養子カ離縁トナリタル場合ニモ戸主ハ尙ホ復籍ヲ拒ムコトヲ得ヘキヤ否ヤノコト是ナリ若シ夫レ第七百五十條第一項ノ規定ハ養子縁組ニ付テハ其縁組ニ因リテ他家ニ入ルヘキ家族カ十五年以上ノ者ニ限り適用スヘキモノト爲サムカ十五年未滿ノ者ヲ養子縁組ニ因リテ他家ニ入ラシムルトキハ戸主ノ同意ヲ得ルヲ要セサルコト、ナリテ

權衡ヲ失スルニ至ルヘシ思フニ法律ノ精神ハ養子縁組ニ關シテハ十五年未滿ノ子ニ對シ法律上ノ代理權ヲ父母ニ與ヘタルモノナレハ父母ノ意思ハ即チ子ノ意思ト同一ノ效力ヲ生スルモノト爲シ離縁ノトキ戸主ハ其養子ノ實家ニ復歸スルコトヲ拒ムヲ得セシムルニ在ラムカ然レトモ是レ父母ノ不行届ナリシ結果ヲ其子ニ及ホスコト、ナリテ頗ル穩當ヲ缺クニ似タリ

家族制度ノ嚴正ニ行ハレタル時代ニ在リテハ家ニ屬スル財産アリテ人ニ屬スル財産ナシ個人ノ權利ノ思想稍發達スルニ及ヒテハ此極端ナル慣習ハ夙ニ其跡ヲ絶チ財産ハ身分ノ戸主タルト否トニ拘ラス總テ個人ニ屬スルコト、ナリタルヲ以テ別ニ戸主タル身分ニ屬スル財産アルコトナシ從テ戸主ノ有スル財産ハ戸主トシテノ財産ニアラスシテ個人トシテノ財産ナリ家督相續開始ノ場合前戸主ニ屬セシ財産ヲ戸主權ト共ニ家督相續人ニ於テ承繼スルハ畢竟戸主權ノ附隨トシテ然ルノミ故ニ財産權ハ戸主權ノ内容ヲ成スモノニアラサルナリ而シテ民法ニ於テ家族カ自ラ職業ヲ爲スニ因リテ得タル財産、遺産相續又ハ遺贈、贈與ヲ受クル

ニ因リテ得タル財産等其何等ノ名義ヲ問ハス自ラ有償又ハ無償ニテ取得シタル財産ハ家族ノ特有財産ト爲スコトヲ明示シタルハ從來家産ノ觀念アルカ爲メノミ然ルニ戸主及家族カ居所ヲ異ニスル場合ニ於テハ財産カ戸主又ハ家族ノ何レニ屬スルヤ分明ナラサル場合少ナシト雖モ戸主及家族ハ通常居所ヲ同シクスルモノナルヲ以テ其何レニ屬スルヤノ分明ナラサル財産多キコト通常ナリ而シテ從來我國ノ慣習ニ於テハ戸主ハ其家ニ屬スル一切ノ財産ヲ相續スルヲ常トスルカ故ニ民法ハ其何レニ屬スルカ分明ナラサル財産ヲ以テ戸主ノ財産ト推定スルモノトセリ(七四)但是レ法律ノ推定ニ過キササルカ故ニ其反證ヲ許スヘキハ勿論ナリ。

第三節 戸主權ノ行使

戸主ニシテ能力者ナルトキハ自ラ戸主權ヲ行使スヘキハ勿論無能力者ト雖モ準禁治産者及有夫ノ婦ハ自ラ戸主權ヲ行使スルコトヲ妨ケスト雖モ戸主ニシテ未成年者ナルカ又ハ禁治産者ナルトキハ其之ヲ行使スルノ能力ナシ故ニ戸主カ未成年者ナルトキハ親權ヲ行フ父又ハ母之ニ代テ戸主權ヲ行ヒ(八九)被後見人カ戸

戸主權ノ行使

主ナルトキハ後見人ハ之ニ代リテ戸主權ヲ行フヘキモノト爲スハ相互ノ關係上最モ適當ナリトス(八九五)殊ニ財産ニ關シテハ親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ行爲ヲ代表シ又後見人ハ被後見人ノ行爲ヲ代表スルモノナレハナリ然ルニ又戸主カ自ラ戸主權ヲ行使スヘキ場合ニ於テモ事實上之ヲ行使スル能ハサルコトアリ例ハ不在者ナルトキノ如キ又ハ外征中ノトキノ如キ是ナリ斯ノ如キ場合ニ於テハ親族會代テ之ヲ行使スヘキナリ是レ即チ民法第七百五十一條ニ於テ戸主カ其權利ヲ行フコト能ハサルトキハ親族會之ヲ行フ但戸主ニ對シテ親權ヲ行フ者又ハ其後見人アルトキハ此限ニアラスト規定シタル所以ナリ換言セハ法律上不能ノ場合ニハ親權ヲ行フ父又ハ母若ハ後見人ニ於テ又事實上不能ノ場合ニハ親族會ニ於テ戸主權ヲ行使スルコト、知ルヘキナリ舊民法人事編ニハ入夫婚姻ノ場合ニ於テハ婚姻中入夫ハ女戸主ニ代リテ其權利ヲ行フコトヲ規定セルモ(五八)從來我國ノ制規ヲ按スルニ華士族ニ付テハ明治六年第二百六十三號ノ布告ニ婦女子相續ノ後ニ於テ夫ヲ迎ヘタルトキハ直ニ其夫ニ相續可相讓トノコトヲ定メ又平民ニ付テハ明治九年第五十八號太政官達ニ子女アルノ寡婦夫ヲ迎ヘテ

親族法 戸主 戸主權 戸主權ノ行使

前夫ノ相續人ト定ムル等ハ一般難差許定規ニ候得共其子女幼少且ツ後見スヘキ者無之場合ニ於テ親族協議ヲ以テ願出候節不得止事情ニ係カル者ハ地方官限リ聽許不苦ト定メテ入夫ノトキハ相續ヲ其夫ニ讓ルヘキモノトセリ蓋家族制度ノ本體ニ適合スルモノト云ハサルヘカラス但女戶主カ入夫ノトキ反對ノ意思ヲ表示セハ必スシモ其相續ヲ入夫ニ讓ラサルモ妨ナキモノトスルハ或ハ便ナルヘシ民法第七百三十六條ハ即チ此從來ノ制規ヲ因襲セリ

第四節 戶主權ノ得喪

第一款 總說

戶主權ノ得喪トハ戶主權ノ取得及喪失ヲ謂フ蓋一家アレハ必ス戶主ナカルヘカラス戶主ナキノ一家ハ家族制度ノ認メサル所ニシテ戶主ナキトキハ其家ハ當然廢滅ニ歸ス即チ家ナル觀念ト戶主ナル觀念トハ互ニ分離スヘカラサルモノニ屬シ合セテ家族制度ノ骨髓ヲ成スモノタレハ該制度ノ嚴正ニ行ハレタル當時ニ在リテハ戶主權ノ得喪ハ一家ノ重事タリシト共ニ其之ニ關スル法式モ亦嚴正ヲ極メタリ近時時勢ノ變遷ニ伴ヒテ家族制度漸ク其實ヲ失ハムトスルノ傾向ヲ生シ

戶主權ノ得喪
總說

戶主權ノ取得

タルト共ニ戶主權ノ得喪ニ付テモ敢テ重ヲ置カサルニ至リタルハ自然ノ數ナリト雖手法制上尙ホ家族制度ヲ維持スル已上ハ法律ニ依リテ其得喪ニ關スル原因ヲ明定スルノ要アリ民法カ戶主權得喪ニ關スル條規ヲ設ケ毫モ近時時勢ノ變遷ニ伴ヒテ生シタル傾向ヲ顧慮セサリシ所以ノモノ實ニ他意アルニアラサルナリ唯民法中戶主權得喪ニ關スル條規ハ親族及相續ノ兩編ニ跨リテ散在スルヲ以テ一見明瞭ニシ難キ憾ナキヲ得ス是ヲ以テ余ハ特ニ本章ヲ設ケ之ヲシテ一見明瞭ナラシムルコトヲ期スト雖モ條規ノ性質上相續編ニ屬スヘキモノニ至リテハ眞ニ其要領ヲ示スニ過キサルハ勿論タルヘシ

第二款 戶主權ノ取得

凡ソ私權ノ取得ニハ原始的及繼受的ノ二様アリ從テ戶主權ノ取得ニモ亦此二様アルヲト認メサルヘカラス即チ戶主權ノ原始的取得トハ新ニ發生スル戶主權ヲ取得ヲ謂ヒ繼受的取得トハ既ニ存在スル戶主權ノ取得ヲ謂フ戶主權取得ニ關スル條規カ親族及相續ノ兩編ニ跨ラサルヲ得サル所以ノモノハ即チ戶主權ノ取得ニ此兩様ノ區別アリテ其性質ヲ異ニスルカ故ニ外ナラス蓋戶主權ノ原始的取

親族法 戶主 戶主權ノ得喪

得ハ新ニ一家ヲ創立スル場合ニ存スルカ故ニ毫末モ相續ノ性質ヲ包含セサルヲ以テ其之ニ關スル條規ハ親族編中ニ存セシムヘキヲ至當ト爲スヘシト雖モ其繼受的取得ハ從來別人ニ連結セル戸主權ヲ相續スル場合ニ在ルモノタレハ之ニ關スル條規ハ正シク相續編ニ屬セサルヲ得サルナリ是ヲ以テ戸主權ノ繼受的取得ニ關スルコトハ主トシテ相續編ノ講義ニ讓ラサルヘカラス而シテ其原始的取得ニ關スルコト、雖モ亦既ニ此講義ノ第二編第二章中ニ自ラ包含スルカ故ニ茲ニ重テ之ヲ講述スルノ要ナシ唯期スル所ハ其原因ヲシテ一見明瞭ナラシムルニ外ナラス

戸主權ノ原始的取得ノ原因ハ一、家ノ、創、立、ニ在リ而シテ其創立ハ或ハ法律ノ結果ニ基クコトアリ或ハ創立者ノ任意ニ因リテ生スルコトアルハ此講義ノ第二編第二章ニ於テ既ニ説明シタル所ナリ蓋法律ノ結果ニ依ルト任意ニ依ルトハ其原因ニ於テ異ル所アリト雖モ其結果ニ至リテハ共ニ新ナル一家ヲ生出シ從テ新ナル戸主權ヲ發生セシムル原因ヲ成スモノタレハ其戸主權ノ取得ハ正ニ原始的ノ性質ヲ有スルコト明ナリトス又戸主權ノ繼受的取得ノ原因ハ家督相續(四六)ニ在リ

蓋家督相續ハ戸主カ(一)死亡シタルトキ(二)隱居シタルトキ(三)國籍ヲ喪失シタルトキ(四)婚姻又ハ養子縁組ノ取消アリタルトキ(五)女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキ(六)入夫ノ離婚アリタルトキニ開始スルモノタレハ其之ニ因リテ戸主權ヲ相續スルハ正ニ繼受的取得タルコト明ナリトス而シテ廢絶家ノ再興ハ民法ノ成文上ニ於テハ戸主權ノ原始的取得ノ一原因ト爲サ、ルヘカラサルカ如シト雖モ法律カ廢絶家ノ再興ヲ許スハ全ク家族制度ヲ維持スル上ニ於テ努メテ家ノ存續ヲ圖ルノ精神ニ出テ一家ノ一旦廢絶ニ歸シ從テ戸主權モ消滅シタルニ拘ラス尙ホ無形ニ其存在ヲ認メ之カ承繼ヲ爲サシムルノ主意ニ外ナラサルヲ以テ其實質ヨリ觀察スルトキハ寧ロ繼受的取得ノ一原因ト爲スノ至當ナルヲ信スルナリ

第三款 戸主權ノ喪失

第一項 喪失原因

凡ソ私權ノ喪失ニハ絶對的及相對的ノ二様アリ從テ戸主權ノ喪失ニモ亦此二様アルコトヲ認メサルヘカラス戸主權ノ絶對的喪失トハ戸主權ノ全ク消滅ニ歸スル場合ヲ謂ヒ相對的喪失トハ戸主權自身ハ消滅ニ歸スルコトナクシテ唯其主體

戸主權ノ喪失原因

親族法 戸主 戸主權 戸主權ノ得喪

ノ變更スル場合ヲ謂フ而シテ戶主權ノ絶對的喪失ノ原因ハ絶家及廢家ニ在リ其相對的喪失ノ原因ハ家督ノ承繼ニ在リトス然ルニ廢絶家ニ關スルコトハ既ニ之ヲ説明シタルカ故ニ茲ニ重テ説明スルノ要ナシ又家督ヲ承繼スル原因ハ一方ニ於テハ家督相續開始ノ原因ヲ成スモノナルカ故ニ前二節ニ於テ説述シタル所ニ依リテ自ラ明瞭ナリ然レトモ其承繼ノ一原因タル隱居ノコトニ至リテハ一種變體ノモノナルカ故ニ茲ニ其沿革及性質等ヲ説明スルノ要アリ本來隱居ノ制度タル其由來スル所ヲ尋ヌレハ原始的社會ニ在リテ食糧ノ缺乏ヨリ爭鬪ニ用ヲ爲ササル老人ヲ殺戮シタルノ慣習ニ起因シ後變シテ老人ヲ棄ツルノ慣習ヲ成シ遂ニ老人ヲ退隱セシムルノ慣習ヲ養成シ家族制度ノ嚴正ニ行ハル、ニ及ムテ之ヲ完成スルニ至リタルモノナルコト歴史ニ徵シテ明ナリ而シテ隱居ノ習俗ハ必スシモ我國ニノミ特有ナルニアラス印度ニ於テハ古代ヨリ此習俗ノ盛ニ行ハレタルハ「メヌー」其他古法典ニ照シテ明ナリ獨逸ニ於テモ農民間ニ在リテハ現時尙ホ頗ル我國隱居制ニ近似セル習俗ノ存スルヲ見ル但我民法ニ於テ認メタル隱居制ハ是等外國ノ法ヲ繼受セルモノニアラス專ラ我國ノ舊慣ニ基ケルモノトス

抑我國ニ於ケル隱居ノ習俗ハ其起源ノ何レニ在ルカハ甚タ明瞭ナラスト雖モ始テ其事實ノ歷史上ニ見レタルハ聖武天皇ノ讓位是ナリ而モ事佛教ノ信仰ニ基キタルノ形跡アルニ依リテ之ヲ見レハ隱居制ノ起源或ハ佛教ニ在ルヤモ亦知ルヘカラス否少クトモ隱居ノ習俗カ佛教ノ傳播ニ依リテ益行ハル、ニ至リシハ疑ヲ容レサルナリ而シテ又封建時代ノ武士道ハ其習俗ヲシテ更ニ一層盛ナラシメタルノ實アリ是レ畢竟武士ハ最モ體軀ノ强健ヲ要シタルヲ以テ稍老年ニ及ヒ體軀少シク衰ヘタル者ハ其職ニ堪フル能ハサリシカ故ニ年齢五六十歳ニ達セハ退隱スルノ必要アリシニ因ルナリ穗積博士ハ其著隱居論ニ於テ封建時代ニ於ケル隱居制ヲ其原因ヨリ區別シテ之ヲ四種トシ(一)信教ニ晚年ヲ送ラムカ爲メ出家入道スルヲ宗教的隱居ト稱シ(二)政事上ノ理由ニ基テ致仕退隱スルヲ政事的隱居ト稱シ(三)其過失、犯罪等ニ由テ隱居セシメラル、ヲ法律的隱居ト稱シ(四)身體精神ノ衰耗ニ因リテ退隱スルヲ生理的隱居ト稱セリ蓋封建時代ニ於テハ公法關係ハ常ニ私法關係ト相混シテ家長タルノ資格モ亦私法上ノ身分タルト共ニ公法上ノ身分タリシト雖モ隱居ハ私法上ノ身分ヲ脱スルノ必要ニ基ケルヨリハ寧ロ公法上ノ

關係ニ基ケルモノナリシナリ即チ戸主タルコトハ公權ヲ得公義務ヲ負擔スルノ原因タリシカ故ニ宗教ニ歸依スルカ爲メ若ハ政事ノ羈絆ヲ脱スルカ爲メニハ其公權及公義務ノ原因タル身分ヲ脱スルヲ必要トシ刑罰ヲ受ケタル者ハ其公權能カヲ剝奪セラレ身神ノ衰耗セル者モ亦公權ヲ行ヒ及公義務ヲ盡スコト能ハサルヨリ其公權及公義務ノ原因タル身分ヲ脱スルコトヲ要シタルナリ維新以降ニ在リテハ公法關係ハ明ニ私法關係ト區別セラレ戸主タル身分ハ殆ト全ク私法上ノモノタルニ過キサルコト、ナリタルヲ以テ隱居制ハ事實上其必要ヲ失フニ至レリ然ルニ民法ニ於テ隱居制ヲ認メタルハ事實上ノ必要ニ基クヨリハ主トシテ舊慣ノ俄ニ廢スヘカラサルモノアルト他ニ尙ホ其之ヲ存續セシムルヲ必要トスル二三ノ事情アリシナリ即チ(一)我國現在ノ事情ニ於テ財產權ノ分配ハ尙ホ未タ家產制ノ時代ヲ距ルコト遠カラス法律上ニハ財產權ノ主體ハ個人ナリトノ主義ヲ認メタルニ拘ラス實際ノ狀態ニ就テ之ヲ見レハ財產ハ依然家ニ屬シテ家產ヲ成シ戸主ハ其家產ヲ管理スルノ責務ヲ有セルノ實アリ然ルニ家產ヲ管理スルニハ其勞ニ堪フヘキ身神ノ健全ナルヲ要スヘキコト勿論ニシテ身神ノ既ニ衰耗セル

1011

者ヲシテ尙ホ家產ヲ管理セシムルハ家ヲ重スルノ所以ニアラス民法ハ戸主權ノ代理行使ノ制ヲ設ケタルモ亦戸主ニアラサル者ヲシテ戸主權ヲ行ハシムルハ專ラ其家ノ利益ヲ保護スルコト戸主ノ如クナルヘキコトヲ期スル能ハサルコト(二)民法ノ認ムル戸主權ノ範圍ハ甚タ廣大ナラスト雖モ尙ホ家族ノ居所ヲ指定シ家族ノ婚姻養子縁組等ニ同意ヲ與フル等ノ諸權利ヲ有シ之ト共ニ又家族ヲ扶養スルノ義務ヲ負フモノタリ然ルニ完全ナル身神ノ者ニアラサレハ是等ノ權義ヲ行フニ充分ナル能ハサルコト(三)戸主權ハ私法上ノ權利ナリト雖モ戸主タルノ身分ハ現行法令ノ下ニ在リテモ往々公權取得ノ原因タルコトアリ例ハ華族ノ戸主ハ爵ヲ襲クノ權利ヲ得(華族令)又貴族院議員タル權利若ハ貴族院議員ノ選舉權及被選舉權ヲ有スルカ如シ(貴族院令)即チ是等ノ場合ニ於テ戸主タルノ身分ハ當然公權ヲ伴ヒ若ハ公權取得ノ原因トナルモノナリ而シテ議員選舉權被選舉權ノ如キ公權ヲ行フハ亦身神ノ健全ナルコトヲ要ス既ニ其衰耗ニ屬セル者ヲシテ是等ノ公權ヲ行ハシムルハ公益ニ反スルノ結果ヲ生スヘキコト等ノ爲メ隱居制ヲ存續セシメテ是等ノ患ヲ救ハムコトヲ期シタルナリ然レトモ無制限ニ隱居ヲ爲スコ

親族法 戸主 戸主權 戸主權ノ得喪

トヲ許スハ又大ニ弊害アルヲ免レヌ蓋安逸ヲ好ムハ人ノ常情ナリ無制限ニ隱居ヲ爲スコトヲ許サハ少壯有爲ノ戸主ニシテ自己ノ安逸ヲ圖ルカ爲メニ猥ニ隱居ヲ爲シ其力ヲ公私ノ利益ニ盡サ、ル者ヲ生シ從テ不生産者ヲ増加シ遊惰偷安ノ氣風ヲ養成スルノ傾向ヲ生スルノミナラス或ハ又戸主ノ債務ヲ家督相續人ニ移轉シ以テ自ラ債務履行ノ責ヲ免レ動モスレハ殆ト詐欺破産ニ類スルノ所業ヲ爲シ以テ不法ニ債權者ノ利益ヲ害スル等ノ弊ヲ生スヘキ恐アルナリ現ニ維新以降隱居ニ對スル制限ノ寛ナリシカ爲メニ是等ノ弊害續出シタルノ實アリ故ニ民法ハ隱居ノ制ヲ認ムト雖モ多クノ制限ヲ設ケテ以テ其弊害ヲ豫防セムコトヲ努メタルヲ見ル

件 隱居ノ要

總說

第二項 隱居ノ要件

第一目 總說

隱居制ハ戸主制ト同シク家族制度ノ嚴正ニ行レタル時代ノ遺物ナリ故ニ時勢ノ變遷ニ因リテ實質上多少ノ變更アリタルニ拘ラス形體ニ於テハ現今ト雖モ更ニ異ルコトナシ即チ家族制度ノ嚴正ニ行レタル時代ニ在リテハ隱居トハ生前ニ於

テ戸主タル身分ヲ家督相續人ニ承繼セシムル意思表示ヲ謂ヒ現今ニ於テモ亦同シ而シテ其之ニ因リテ戸主タル身分ヲ脱シタル者ヲ隱居者ト云フ民法ハ少壯有爲ノ戸主ニシテ猥ニ隱居ヲ爲スノ公益ニ害アルヲ認メ一定ノ理由アル者ニアラサレハ隱居ヲ爲スコトヲ許サ、ルコト、爲シ其理由トシテハ(一)老年ナルコト(二)疾病、本家相續其他已ムヲ得サル事由アルコト(三)婚姻ヲ爲スコト又ハ(四)女戸主ナルコトヲ要シ各其之ニ要スル條件ヲ定メタリ其何レノ理由ニ依ルモ隱居ナル法律行爲ハ其實質ニ於テ戸主權ノ拋棄ナルヲ以テ戸主ノ任意ニ出ツルヲ要スルコト論ヲ俟タス是ヲ以テ心神喪失中又ハ全ク意思能力ナキ幼者ノ爲シタル隱居ハ全然無效タリ我舊慣ニ於テ認メタル所ノ廢戸主又ハ刑罰等ニ基ク強制ノ隱居ハ民法ノ認メサル所ナリ故ニ戸主ニ疾病、刑罰、生死不明其他何等ノ故障アルモ親族會等ノ決議ヲ以テ戸主ノ意思ニ反シテ隱居ヲ爲サシムルカ如キコトハ之ヲ許サス但民法第七百五十四條第二項ノ場合ハ此限ニアラス又無能力者カ法律行爲ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ要スルコトハ民法第四條已下ノ法條ニ規定スル所ニシテ廣ク法律行爲ト云ヘルカ故ニ身分ニ關スル法律行爲ニ付テモ法定代理

親族法 戸主 戸主權 戸主權ノ得喪

人ノ同意ヲ要スルカ如クナルモ隱居ニ關シテハ一定ノ事由ヲ限定シテ其事由アルニアラサレハ之ヲ許サ、ルノミナラス一定ノ要件ヲ必要トセルカ故ニ法定代理人ノ同意ヲ必要ト爲サ、ルナリ(七五)其他隱居ニ因リテ身分及財産上ニ生スル所ノ效果ハ利害關係人ニ影響ヲ及ホスヘキモノタレハ婚姻、養子縁組等ノ身分ニ關スル法律行爲ト同シク其意思ノ確實ヲ保障スルカ爲メニ適當ノ方式ヲ定ムルノ必要アルヲ以テ民法ハ隱居者及家督相續人ヨリ戸籍吏ニ届出ツルコトヲ以テ其方式ト定メ戸籍吏カ其届出ヲ受理スルニ因リテ始テ隱居ノ效果ヲ生スルモノトセリ(七五)其家督相續人ヨリモ届出ツルモノト爲シタルハ他ナラス隱居ヲ爲スニハ豫メ家督相續人ノ承認ヲ要スルモノトナセハナリ然ルニ隱居又ハ入夫婚姻ハ其債權者及債務者ニ種々ノ利害關係ヲ及ホスヘキモノナレハ其未タ隱居若ハ入夫婚姻ノアリタルコトヲ知ラサル者ニ對シテ届出ニ因リテ直ニ效果ヲ及ホスモノトセハ往々ニシテ不慮ノ損失ヲ被ラシムルノ恐アルヲ以テ民法ハ前戸主又ハ家督相續人ヨリ戸主變更ノ事實ヲ債權者及債務者ニ通知シタル後ニアラサレハ戸主ノ變更ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得サルモノトナシタリ(七六)

老年ニ因ル隱居ノ要件

第二目 老年ニ因ル隱居ノ要件

老年ニ因ル隱居ノ要件ハ左ノ如シ

一 年齢滿六十年已上ニ達シタルコト

從來隱居ヲ爲ス年齢ニ付テハ時代ニ依リ又地方ニ依リテ彼此異同アリテ敢テ一定セス唯封建時代ニ在リテハ兵役其他ノ公務ニ従事スルノ義務アリシ者ハ士分已上ノ身分ヲ有スル戸主ニ限ルノ制度ナリシカ故ニ其身分ヲ有スル戸主ノ隱居年齢ハ之ヲ士分已下ノ者ノ隱居年齢ニ比スレハ概シテ低カリシノミ維新後ニ在リテモ明治三年閏十一月十七日ノ布告ヲ以テ華族ノ輩年五十歳ヨリ隱居願ノ儀可爲勝手事但癡疾及事故ニ罹リ候節ハ此限ニアラスト定メ又同年同月同日ノ布告ニ士族ノ輩年五十歳ヨリ隱居願ノ儀可爲勝手事ト定メタルノ外何等ノ條件ヲモ之ニ附シタルコトナシ然ルニ隱居ノ制ハ前項ニ於テ説述シタルカ如ク動モスレハ種々ノ弊害ヲ生シ易キヲ以テ正當ノ事由アル場合ノ外ハ實際上老衰ニ因リテ戸主タルノ責務ヲ盡スコト能ハサルニ至レル者ナルコトヲ要スヘシ然レトモ其果シテ老衰ニ至レルヤ否ヤハ一々之ヲ各人ニ就テ檢

親族法 戸主ノ主權ト戸主權ノ得喪

查スルコトノ不能ナルカ故ニ民法ハ我國人ノ一般心神ノ狀況ニ徴シテ滿六十年ヲ以テ衰耗ノ狀態ニ達スヘキ平均年齢ナリト認メ此已上ノ年齢ニ達シタル者ハ次ノ條件ヲ具備スルニ於テハ自由ニ隱居ヲ爲スコトヲ許セリ(七五)

二 完全ノ能力ヲ有スル家督相續人カ相續ノ單純承認ヲ爲スコトヲ隱居ヲ爲スコトヲ許スハ之ニ因リ一家ノ斷絶ヲ來スノ恐ナキ場合ナルコトヲ要ス是レ即チ隱居ノ廢家ト異ル一點ナリ故ニ隱居ヲ爲スニハ必ス家督相續人アルコトヲ要シ而モ其家督相續人ハ法定ノ推定家督相續人若ハ戸主ノ指定セル家督相續人ナルコトヲ要スルト共ニ完全ノ能力ヲ有スル家督相續人ナルコトヲ要スヘシ是レ畢竟老年ニ因リテ隱居ヲ爲スコトヲ許スハ専ラ老衰ニ因リテ自ラ家政ヲ執ル能ハサルニ因ルカ故ニ之ニ代ルヘキ新戸主ハ必ス能ク家政ヲ自ラスルコトヲ得ヘキ能力アル者ナラサルヘカラス然ラサレハ隱居ヲ爲スコトヲ許スノ理由毫モ存在セサルコト、ナレハナリ然レトモ相續者カ果シテ實際ニ家政ヲ執ルコトヲ得ルヤ否ヤハ事實上ノ問題ニ屬シ一々之ヲ判別スルハ不能ノ事ニ屬スルヲ以テ法律ハ完全ノ能力アル家督相續人アルコトヲ以テ

足レリトセリ完全ノ能力ナキ者トハ(一)未成年者(二)禁治産者(三)準禁治産者(四)妻是ナリ未成年者、禁治産者及準禁治産者カ家督相續人タル場合ニ於テハ何レノ場合ニ在リテモ隱居ヲ爲スコトヲ許サズ然レトモ妻ハ夫カ禁治産者又ハ準禁治産者ナルトキ、夫カ瘋癲ノ爲メ病院又ハ私宅ニ監置セラル、トキ、夫カ禁錮一年已上ノ刑ニ處セラレ其刑ノ執行中ニ在ルトキニ於テハ完全ノ能力ヲ得ルモノナルヲ以テ(七)是等ノ場合ニ於テハ妻ヲ家督相續人ト爲シ隱居ヲ爲スコトヲ妨ケサルヘシ而シテ又其家督相續人ハ相續ノ單純承認ヲ爲スコトヲ必要ト爲セリ(一〇〇一七)蓋隱居ヲ爲スニ因リテ不法ニ債權者ノ利益ヲ害スルカ如キハ嚴ニ之ヲ防止セサルヘカラス若シ戸主カ隱居ヲ爲シ其相續人ニ於テ相續ノ限定承認(二五)ヲ爲ストキハ隱居者ハ全ク之ニ因リテ無資力者トナリ其相續人ハ其相續財産已外ニ債務履行ノ責ヲ負ハサルヲ以テ動モスレハ債權者ノ利益ヲ害スルノ恐アリ故ニ隱居ヲ爲スコトヲ許スハ家督相續人カ相續ノ單純承認ヲ爲シタル場合ニ限ルコト、爲セリ然レトモ債權者ヲシテ隱居者並ニ新戸主ニ對シ辨濟ノ請求ヲ爲ヌヲ得セシムルコト隱居取消ノ場合(七六)ニ於ケルト同シカ

ラシメムニハ此條件ナシト雖モ尙ホ弊ヲ防クニ足ルヘキヲ信スルナリ

第三目 已ムコトヲ得サル事由ニ因ル隱

居ノ要件

已ムコトヲ得サル事由ニ因ル隱居ノ要件

已ムコトヲ得サル事由ニ由ル隱居ノ要件ハ左ノ如シ

一 家政ヲ執ル能ハサルニ至レル已ムコトヲ得サル事由アルコト
 家政ヲ執ルコト能ハサルニ至ルハ或ハ心神ノ衰耗ニ基クコトアリ或ハ其家ヲ去ル必要アルニ因ルコトアリ其如何ナル事由タルヲ問ハス其事由カ已ムコトヲ得サルニ出ツルモノナルトキハ隱居ヲ爲スコトヲ許スヘキモノトセリ法文ニハ其已ムコトヲ得サル事由ノ例トシテ疾病本家相續本家再興ノ三ヲ列記セリ疾病ハ爾後家政ヲ執ルコト能ハサル程度ニ達セルモノナルコトヲ要ス一時ノ輕症其他平癒スヘキ望充分ナル疾病ノ如キハ隱居ノ原因タルコトヲ得サルヘシ本家相續本家再興ノ必要ハ隱居セムト欲スル者カ分家ノ戶主ナル場合ニ起ル即チ本家相續ノ必要ヲ生スルハ本家カ其戶主ヲ失ヒ而シテ其法定ノ推定家督相續人アラサル場合ニ於テ家督相續人トシテ指定若ハ選定セラレタル場

合ニ在リ本家再興ノ必要ヲ生スルハ本家カ戶主ヲ失ヒタル後家督相續人ナキニ因リテ絶家トナリタル場合ニ於テ他ニ之ヲ再興スル者アラサル場合ニ在リ蓋本家ハ所謂廣義ノ家族團體中ノ宗家ニシテ家族制度ノ本體ヨリ見ルモ又我習俗ニ依ルモ分家ニ比シ重ヲ之ニ置クノ必要アルヲ以テナリ是等諸原因ハ何レモ法律ニ依リ當然已ムコトヲ得サル事由ト看做シタルモノニシテ之ヲ外ニシテ例ハ戶主カ無期徒刑ニ處セラレタルトキノ如キ亦已ムコトヲ得サルノ事由タルヲ得ヘシ何トナレハ無期徒刑ノ處刑ハ其受刑者ヲシテ爾後永久ニ家政ヲ執ルコト能ハサラシムルモノナレハナリ然レトモ是等事由ノ果シテ已ムコトヲ得サルモノナリヤ否ヤハ凡テ裁判所ノ認定ニ任スルモノトス(三五)

二 法定ノ推定家督相續人アルコト若ハ豫メ家督相續人ヲ定メ其承認ヲ得ルコト

事實上家政ヲ執ルコト能ハサルカ爲メニ隱居ヲ爲スコトヲ許スハ老衰ニ因リテ隱居ヲ爲スコトヲ許ス場合トハ異リテ其之ヲ許スニ付テノ要件ハ稍寛大ナラシムヘキ必要アリ故ニ老年ニ因ル隱居ニハ相續ノ單純承認アルコトヲ以テ

要件ト爲シタルニ反シ事實上家政ヲ執ル能ハサルニ因ル隱居ニハ單純承認ト限定承認トヲ問ハス苟モ相續ノ承認アレハ則チ足レリトセリ其故ヲニ債權者ヲ詐害スルノ弊害ノ如キハ次ニ説述スルカ如ク裁判所ノ許可ヲ要件トスルニ由リテ之ヲ防クニ充分ナリ然レトモ之ニ因リテ家ヲ斷絶セシムルカ如キハ固ヨリ之ヲ防止セサルヘカラス(但本家相續又ハ再興等ノ爲メニハ特ニ家ヲ斷絶スルコトヲ許ス)故ニ推定ノ家督相續人アルカ(推定ノ家督相續人ハ相續ヲ拋棄スルヲ許サス)然ラサレハ指定相續人カ相續ノ承認ヲ爲スコトヲ要ストセリ

三 裁判所ノ許可ヲ受クルコト

隱居ノ事由ハ實際ニ家政ヲ執ルコトヲ得サル事由ナルコトヲ要シ決シテ自己ノ安逸ヲ圖リ若ハ故ラニ債權者ヲ詐害スルカ如キ意思ニ出ツルモノナルヘカラス而シテ其事由ノ果シテ已ムコトヲ得サルモノナルコトヲ認定スルハ行政官廳ノ職權ヲ以テシテハ充分ノ確實ヲ期スルコト能ハサルノミナラス隱居ハ本人相續人債權者其他利害關係人ノ權利義務ニ重大ノ效果ヲ及ホスモノナルヲ以テ民法ハ努メテ裁判所ノ親族關係ニ立チ入ルコトヲ避ケムトシタルニ拘

婚姻ニ因
ル隱居ノ
要件

ラス事實上家政ヲ執ルコト能ハサル事由ニ因ル隱居ニ付テハ裁判所ノ許可ヲ以テ其必要條件ノ一ト爲セリ

第四目 婚姻ニ因ル隱居ノ要件

婚姻ハ人生ノ大倫ニシテ最モ當事者間ノ意思ノ合致スルコトヲ要スヘキ性質ノモノナルヲ以テ公益上ノ必要ニ基ク制限ノ外ハ努メテ當事者間ノ自由意思ニ任スルヲ原則ト爲ス而シテ婚姻當事者ノ戸主タルカ爲メニ事實上其欲スル所ノ婚姻ヲ爲スコトヲ得サラシムルカ如キハ人情ノ常規ニ反スルノミナラス動モスレハ私生ノ子ヲ生シ風俗ヲ害スルヲ免レス女戸主ノ場合ニ於テ殊ニ然ルヲ見ル即チ女戸主カ入夫ヲ迎フルハ極テ困難ナルモ嫁シテ他家ニ入ルハ容易ナルヲ常ト爲スニ若シ女戸主カ婚姻ニ因リテ他家ニ入ルコトヲ得ストセハ實際ニ於テ殆ト婚姻ヲ爲スコトヲ禁シタルニ等シキ結果ヲ生スヘシ男戸主ニ在リテハ其必要斯ノ如ク大ナラスト雖モ其婚姻セムト欲スル女カ他家ノ推定家督相續人タリ若ハ戸主タルニ依リテ之ヲ自家ニ入ル、コト能ハサル場合ニ於テ其婚姻ヲ禁スルハ又人情ニ反セサルヲ得サルヘシ故ニ民法ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入ル場合ハ隱居

親族法 戸主 戸主權 戸主權ノ得喪

ヲ爲スヲ許スコト、爲セリ而シテ其條件ニ至リテハ前項ノ場合ト同シク(一)推定家督相續人若ハ指定家督相續人ノ承認ヲ爲シタルコトヲ要ス(二)裁判所ノ許可ヲ受クルコトヲ要スヘシ然レトモ戸主カ婚姻ニ因リテ他家ニ入ラムトスル場合ニ於テハ先ツ相續人ノ承認ヲ得裁判所ノ許可ヲ得テ隱居ヲ爲シタル後ニ於テ婚姻ヲ爲スコトヲ要ス故ニ若シ戸主ニシテ隱居ヲ爲サス戸主タル身分ノ儘ニテ婚姻ニ因リテ他家ニ入ラムトスル旨ヲ届出テタル場合ニ於テハ戸籍吏ハ當然其届出ヲ受理スルコトヲ得サルナリ(六七)但若シ戸籍吏ニシテ誤テ其届出ヲ受理スルコトアルモ其婚姻ハ之ニ依リテ效力ヲ妨ケラル、モノニアラサルナリ(七七)故ニ此場合ニ於テハ或ハ其婚姻ヲ解除スルカ然ラサレハ戸主タルノ地位ヲ失ハシムルハ外ナシ然ルニ婚姻ヲ解除スルハ人情ニ反スルカ故ニ民法ハ寧ロ戸主權ヲ失ハシムルノ至當ナルヲ認メ斯ノ如キ場合ニ於テハ婚姻ニ因リテ隱居ヲ爲セルモノト看做スモノトナセリ蓋家ヲ重スルノ精神ヨリ云ヘハ猥ニ戸主タル地位ヲ失ハシムルノ不當ナルハ勿論ナルモ婚姻ヲ無効ナラシムルハ一層重大ノ效果ヲ生スルノミナラス既ニ婚姻ニ因リテ他家ニ入ラムトスル意思アル已上ハ之ニ依リテ

其戸主タル地位ヲ去ラムト欲スル意思ヲ推測スルニ充分ナレハナリ殊ニ此場合ニ於ケル隱居ハ他ノ凡テノ隱居カ常ニ隱居者ノ任意ニ出テ且相續ノ承認ヲ得ルニ反シ法律ノ規定ニ基ク隱居ニシテ隱居者ノ反對ノ意思ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ許サス又推定家督相續人アルコト若ハ豫メ家督相續人ヲ指定シテ其承認ヲ得ルコトヲ必要トセサルモノト解釋セサルヘカラス然レトモ推定家督相續人指定家督相續人共ニナキ場合ニ於テモ法律ハ尙ホ隱居ヲ爲シタル者ト看做シ得ヘキカ余ハ甚タ疑ナキ能ハス又婚姻ニ因リテ他家ニ入りタル後隱居ノ無効ナルコト發見セラレ又ハ隱居ノ取消サレタルトキハ其婚姻ニ對シテ如何ナル影響ヲ生スヘキカハ一ノ疑問タラサルヲ得ス婚姻ナル法律行爲ト隱居ナル法律行爲トハ各獨立ノ行爲ナリト雖モ隱居ニシテ無効ナルトキハ勿論取消サレタル場合ニ在リテモ始ヨリ隱居ナカリシトキト同様ナルカ故ニ他家ニ入りタルノ行爲ハ無効トナリ依然一家ニ戸主タルヘキモノタリ而シテ婚姻ハ他家ニ入ルヲ以テ要素ト爲スモノニアラサレハ隱居ノ無効トナリ若ハ取消サレタルカ爲メニ婚姻ノ無効トナルヘキ理由ナキハ勿論取消シ得ヘキ原因トモナリ得ヘカラス從テ離婚ノア

親族法 戸主 戸主權 戸主權ノ得喪

ラサル已上ハ隱居ニ因リテ他家ニ入りタル者ノ配偶者カ妻ナリシトキハ其妻ハ當然隱居ノ無效若ハ取消ニ因リテ立戻リタル者ノ家ニ入ルヘキモノトナルヲ信スト雖モ隱居ニ因リテ他家ニ入りタル者ノ配偶者カ夫ナル場合ニ於テハ婚姻ヲ無効ト爲スカ若ハ隱居ヲ有效ト爲スカ二途ノ内一ヲ取ルニアラスムハ到底兩立シ得ヘカラサルニ似タリ民法ハ此場合ニ於テ如何ニ處セムトスルカ疑ナキ能ハサルナリ

戸主カ婦
女ナルニ
因ル隱居
ノ要件

第五目 戸主カ婦女ナルニ因ル隱居ノ要件

民法ハ婦女ト雖モ戸主タルコトヲ得セシムト雖モ從來ノ慣習ニ於テモ亦婦女ノ一般ノ性質ニ於テモ其戸主タルコトハ一家組織ノ變例タルコト疑ヲ容レヌ故ニ民法ハ女戸主ニ限リテハ年齢滿六十年ニ達セサルモノト雖モ家督相續人ノ單純承認ヲ得且配偶者アルトキハ配偶者ノ同意ヲ得テ何時ニテモ隱居ヲ爲スコトヲ許スコト、セリ故ニ女戸主カ隱居ヲ爲スニ付テノ要件ハ(一)家督相續人カ相續ノ單純承認ヲ爲スコト(二)配偶者アルトキハ其配偶者ノ同意ヲ得ルコト是ナリ蓋男戸主カ隱居ヲ爲スニ當リテ法律上ノ要件トシテ一般ニ其妻ノ同意ヲ要ストスル

ハ我從來ノ慣習ニ反スルモノナリト雖モ女戸主カ隱居ヲ爲スニ當リテハ其夫ノ同意ヲ要スヘキコト夫婦間ノ倫序ニ於テ當然ナリ而シテ配偶者ノ同意ハ女戸主ノ隱居ヲ爲ス總テノ場合ニ必要ナリ故ニ女戸主カ年齢六十已上ニ達セスシテ隱居ヲ爲ス場合ハ勿論六十年已上ニ達シタル後若ハ疾病其他已ムコトヲ得サル事由ニ由リ隱居ヲ爲ス場合ニ於テモ常ニ此要件ヲ必要トス然レトモ夫ハ正當ノ事由アルニアラサレハ其妻ノ隱居ニ同意ヲ拒ムコトヲ得ス若シ夫ニ無限ノ同意權ヲ與フルトキハ或ハ夫カ自己ノ利益ヲ圖ルカ爲メ其他不當ニ其同意ヲ拒ム爲メニ女戸主ヲシテ隱居ヲ爲スコトヲ得サラシメ以テ婦女ノ戸主タル變態ヲ繼續スルノ憂ヲ免レサルナリ夫カ其同意ヲ拒ムノ正當ノ事由トハ例ハ家督相續人タルヘキ者幼者婦女其他女戸主ヨリハ一層家政ヲ執ルニ適セサルモノナルトキ等ノ如シ尤モ夫カ正當ノ事由ナクシテ同意ヲ拒ミタルトキハ女戸主ハ裁判所ニ請求シ其許可ヲ得テ隱居ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第三項 隱居ノ效力

第一目 身分ニ關スル效力

隱居ノ効
力ニ關
スル効
力

親族法 戸主 戸主權 戸主權ノ得喪

隱居ハ戸主タル身分ヨリ謂ヘハ喪失ノ原因トナリ家族タル身分ヨリ謂ヘハ取得ノ原因トナルヘキハ論ヲ俟タス何トナレハ隱居ヲ爲スト同時ニ戸主權ヲ喪失シ家族タル身分ヲ取得スレハナリ既ニ家族タル身分ヲ取得スル已上ハ一タヒ戸主タリシ事實アルノ故ヲ以テ他ノ家族ト其權義ヲ異ニスルコトナシ故ニ隱居者ハ結婚ヲ爲シ或ハ自家ノ再相續ヲ爲シ若ハ他家ノ養子トナル等ノコトヲ妨ケスト雖モ隱居者ハ戸主權ニ服從セサルヘカラサルハ當然ノ結果ナリトス之ヲ要スルニ隱居ニ於ケル身分上ノ效果ハ唯隱居者カ戸主權ヲ喪失シ家族タル身分ヲ取得セシメ同時ニ其家督相續人ヲシテ戸主タル身分ヲ取得セシムルニ外ナラス而シテ其隱居者ハ他ノ家族ト權義ニ於テ異ルコトナカルヘキハ勿論ナリト雖モ從來ノ慣例ニ徵スルニ隱居者ハ他ノ家族ノ有スルコトヲ得サル一種ノ特權即チ戸主ヲ廢立スルノ權ヲ有シタルカ如シ(明治五年六月十二日東京府府令ニ對スル指令同年六月十七日白川縣府令ニ對スル指令同年八月十七日福島縣府令ニ對スル指令)畢竟是レ尊屬ヲ重ムスルノ主意ニ基キタル結果ナリ民法ハ斯ノ如キノ慣例ヲ將來ニ存續セシムルノ必要ヲ認メサリシナリ

財産ニ關スル效力

第二目 財産ニ關スル效力

家族制度ノ嚴正ニ行ハレタル時代ニ在リテハ既ニ説述シタルカ如ク凡百ノ權利義務ハ個人ニ屬セスシテ寧ロ家ニ屬シタルカ故ニ家督相續ハ即チ家産相續ヲ包含シ從テ隱居者ハ財産ニ關スル一切ノ權利ヲ家督相續人ニ相續セシメサルヘカラサルヲ原則トシタリ是故ニ維新前ニ在リテハ一二ノ除外例アルノ外此原則ノ一般ニ行ハレタルコトハ未タ吾人ノ記憶ヲ去ラサルナリ然ルニ明治五年ニ至リ地所ニ付テ地券ノ制ヲ定メラレタルヨリ隱居家督相續ニ因リ地所ヲ相續スルハ賣買讓與ト同一視シテ總テ地券ノ書替ヲ爲スニアラサレハ其地所ハ相續人ニ移轉セサルモノト爲セリ然ルニ一方ニハ死亡ニ因ル家督相續ニ於テハ地所ノ所有權ハ直ニ家督相續人ニ移ルモノトシ地券ノ書替ヲ六个月内ニ爲サレハ科料ニ處スルノ制裁アリシノミ(明治八年第百六十三號布告)何故ニ隱居家督相續ト死亡家督相續トノ間ニ斯ノ如キ區別ヲ設ケタルカ今ニ於テ其理由ヲ明ニスルコト能ハスト雖モ當時司法卿ヨリ其理由ニ關シ太政官ニ伺ヒタルニ太政官ハ之ニ對シテ伺ノ趣生存者ノ相續ト遺贈ハ雙方ノ約束ヨリ生ス故ニ地券ヲ書替ヘサル前ニ於テ一ノ訴訟ヲ起サレコト未タ知ルヘカラス死亡者ノ相續人ニ於ケルハ通義ヨ

親族法 戸主 戸主權 戸主權ノ得喪

リ起リ別段差定メタル遺囑ノ證アル物件ヲ除ク外家産所有者ノ權既ニ全ク相續
 ヲ爲スノ日ニ移ル故ニ第一條第二條(明治八年第三百五十二號)ノ區別相立候事トアルニ由
 リテ之ヲ觀レハ隱居家督相續ハ通義ニ戻ルモノト爲シタル結果ナルカ如シ亦以
 テ奇怪ト云ハサルヘカラス斯ノ如キ奇怪ナル制度ハ到底永續スヘカラサルハ當
 然ナルヲ以テ其後登記法(明治十九年八月一號)ノ發布アルト同時ニ右ノ制度ハ廢滅ニ歸
 シ地所ノ相續ニ關シ死亡家督相續ト隱居家督相續トノ間ニ區別ヲ設ケサルコト
 トナリタリ又舊民法財産取得編ニハ家督相續人ハ姓氏系統貴號及一切ノ財産ヲ
 相續シテ戸主トナル系譜世襲財産祭具墓地商號及商標ハ家督相續ノ特權ヲ組成
 ス(舊民法取)ト規定セリ蓋別ニ遺産相續即チ家族ノ死亡ニ因ル相續ヲ認ムル上ハ
 家督相續人ノ相續スヘキ財産ハ戸主ノ所有ニ係ル財産ノミニ限ルヘクシテ毫末
 家族ノ所有ニ係ル財産ニ及ホスヲ得サルハ勿論其戸主ノ所有ニ係ル財産ニ付テ
 モ確定日附ヲ以テ留保シタル財産及其一身ニ專屬シタル權利義務ニ及ホスコト
 ヲ得サルモノト爲サ、ルヘカラス舊民法財産取得編ニハ隱居者ノ終身ヲ限度ト
 スル權利義務即チ終身年金ヲ受クルノ權利生命保險料ヲ支拂フノ義務ノ如キモ

ノヲ除クノ外ハ一切死亡シタル場合ト同一ノ效力ヲ生スルモノト爲セリ(舊民法取三)
 然レトモ隱居ノ效力ニシテ果シテ隱居者ノ一身ニ屬スル權利義務ト雖モ其終
 身ヲ限度トセサルモノナルトキハ總テ皆家督相續人ニ承繼セシムルノ效力ヲ生
 スルモノトセハ隱居者カ戸主タリシ時他人ニ對シ年限ヲ定メテ學術ヲ教授スル
 ノ契約ヲ爲シタルカ如キ場合ト雖モ其契約ヨリ生スル權利義務ハ隱居ヲ爲スト
 同時ニ消滅ニ歸スルモノナリト云ハサルヘカラサルノ結果ヲ生スヘシト雖モ斯
 ノ如キ一身ノ學藝技術ニ屬スル契約ニ至リテハ其性質上相續人ヲシテ承繼セシ
 ムルコトヲ得ヘキモノニアラス是故ニ隱居ハ隱居者ノ一身ニ專屬スル權利義務
 ノ外死亡家督相續ト同一ノ效力ヲ生スルモノト爲サ、ルヘカラス若シ夫レ然ラ
 スムハ一身ノ學藝技術ニ屬スル契約ノ如キニ至リテハ隱居ヲ爲スト同時ニ死亡
 ノトキト同シク解除ニ屬スルモノト爲サ、ルヘカラサルニ至ルヘシ

第四項 隱居ノ無効及取消

第一目 隱居ノ無効

既ニ説述シタルカ如ク法律ハ隱居ヨリ生スル諸種ノ弊害ヲ防禦セムカ爲メニ其

親族法 戸主 戸主權 戸主權ノ得喪

隱居ノ無効及取消

之ヲ有效ナラシムルニ種々ノ要件ヲ必要トシ又其效力ヲ發生セシムルニ付テ一
 定ノ方式ヲ定メ以テ隱居ヲシテ要式ノ法律行爲トセリ故ニ隱居ナル法律行爲ハ
 法定ノ方式及要件ヲ具備スルニアラスムハ完全ナル效力ヲ生スヘキモノニアラ
 サルハ論ヲ俟タス然レトモ法定ノ要件ハ必スシモ隱居ノ性質上當然存在スヘキ
 モノ、ミニアラサルカ故ニ悉ク皆隱居ナル法律行爲ノ要素ヲ成スモノニアラス
 從テ其要素ヲ成スモノニ違背シタルトキハ其法律行爲ハ始ヨリ無効タルヘキモ
 要素ヲ成サ、ルモノニ違背シタルトキハ單ニ取消シ得ヘキモノトナルヘキハ當
 然ナルヲ以テ法律ハ婚姻等ト同シク隱居ナル法律行爲ノ始ヨリ無効タルヘキ原
 由ト單ニ取消シ得ヘキ原由トヲ明示スルヲ要スヘキカ如シ然ルニ民法ハ隱居ノ
 取消原由ヲ明示シタルニ拘ラス無効原由ヲ明示セサルカ爲メニ法文中動モスレ
 ハ疑惑ヲ生シ頗ル曖昧ノ嫌アルヲ免レス思フニ無効ノ原由ハ之ヲ明示セサルモ
 自ラ明瞭ナリトノ主意ニ出テタルモノナルヘシト雖モ既ニ婚姻等ノ場合ニ於テ
 一々其原由ヲ明示セル已上ハ隱居ノ場合ニ在リテモ亦同一轍ニ出ツルニアラス
 ムハ獨リ法律ノ體裁ヲ失フヘキノミナラス却テ疑惑ヲ生セシムルノ恐ナキ能ハ

サルナリ然リ而シテ隱居ノ無効原由ハ(一)隱居ノ無届(二)隱居ヲ爲ス意思ノ欠缺及
 (三)家督相續人ノ欠缺ニ在ルコト明瞭ナリ左ニ追次其大要ヲ説明スヘシ

一 隱居ノ無届

隱居ハ隱居者及家督相續人ヨリ戶籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ストハ
 民法第七百五十七條ノ規定スル所ナリ即チ隱居ノ届出ハ其行爲ヲシテ法律上
 有效ナラシムルニ必要ノ方式ナルヲ以テ若シ此方式ヲ缺クトキハ全ク隱居ノ
 效力ヲ生セサルハ當然ナリト云ハサルヘカラス而シテ法律ハ其届出ヲ爲スコ
 トヲ隱居者及家督相續人ノ雙方ニ求メタルカ故ニ其一方ヨリ届出ヲ爲スコト
 アルトモ隱居ハ尙ホ其效力ヲ生スルコトナカルヘシ又其届出ハ戶籍吏ニ向テ
 之ヲ爲スヘキモノト定メタルカ故ニ戶籍吏已外ノ者ニ届出ヲ爲スコトアルモ
 同シク隱居ノ效力ヲ生スルコトナカルヘキナリ蓋戶籍吏已外ノ者ニ爲シタル
 届出ハ法律上届出ト看做スコトヲ得スシテ其結果ハ全ク届出ナキト同一ナレ
 ハナリ即チ知ル隱居ノ無届ハ隱居無効ノ一原由タルコトヲ然レトモ戶籍法ニ
 定メタル方式ヲ缺キタル場合ハ若シ戶籍吏カ其届出ヲ受理シタルニ於テハ完

全ニ隱居ノ效力ヲ發生スルコトヲ妨ケス而シテ隱居ヲ爲スニ裁判所ノ許可ヲ要スル場合ト雖モ尙ホ戶籍吏ニ届出ツルニアラサレハ隱居ノ效力ヲ生スルコトナシ

二 隱居ヲ爲ス意思ノ欠缺

隱居ハ隱居者ノ任意ニ出ツヘキモノタルコトハ其老年ニ因ルト其他ノ原因ニ因ルトヲ問ハス隱居ナル法律行為ノ性質上當然ナリ即チ隱居者ノ任意ニ出ツヘキコトハ隱居ナル法律行為ノ要素ニシテ若シ暴行其他ノ原因ニ因リ隱居ヲ爲ス意思ノ全ク欠缺シタルトキハ隱居ナル行為ハ始ヨリ無効タルヘキナリ而シテ其意思ノ全ク欠缺セル場合ト認ムヘキ事由ノ主要ナルモノハ隱居者カ暴行ヲ受ケタルコト及隱居者カ意思能力ナキ者タルコト是ナリ隱居者カ暴行ヲ加ヘラレタルカ爲メニ爲シタル隱居ハ詐欺若ハ強迫ニ依リテ爲シタル隱居ト異リテ意思ノ全然欠缺セルコトハ明瞭ナリ又隱居者カ白癩、瘋癲ナルカ若ハ純然タル幼者ナルカ如キ場合ハ全ク意思能力ナキカ故ニ從テ是等ノ者ノ爲シタル隱居ハ意思ノ全然欠缺セルモノト云ハサルヘカラサルナリ而シテ裁判所ノ

許可アリタル場合ト雖モ隱居ヲ爲ス意思ノ欠缺セルトキハ隱居ノ無効タルコトヲ妨ケサルヘシ

三 家督相續人ノ欠缺

隱居ハ其性質上戶主權ノ承繼ヲ包含スルモノニシテ隱居ニ因リテ其家ノ絶家トナルコトヲ許サス(七五四第二項ヲ除ク)故ニ隱居カ隱居トシテノ效力ヲ生スルカ爲メニハ少クトモ家督相續人カ其相續ノ限定承認ヲ爲シタル場合ナルコトヲ要シ若シ全ク家督相續人タルヘキ者アラサル場合ニ於テハ隱居ヲ爲ス能ハサルカ故ニ此場合ニ於ケル隱居ハ始ヨリ隱居タルノ效力ヲ生スルコトナカルヘキハ勿論タルヘシ而シテ裁判所ノ許可アリタル場合ト雖モ家督相續人ノ欠缺セルトキハ隱居ハ無効タルヲ妨ケサルコト前第二ノ場合ト同シカルヘシ

第二目 隱居ノ取消

隱居取消ノ原由ハ法定ノ條件ニ違背シタルコト及隱居者ノ意思ニ瑕疵アルコトノ二種ニ分ツコトヲ得ヘシ前項ニ説述シタルカ如ク隱居無効ノ原因ハ悉ク隱居ナル法律行為ノ要素ヲ成スモノニシテ隱居ノ方式ヲ除クノ外ハ皆隱居ノ性質上

親族法 戶主 戶主權 戶主權ノ得喪

當然存在スヘキ要件ニ屬スルカ故ニ法律ハ是等ノ要件ヲ規定スルコトナシ其法定ノ要件ハ何レモ隱居ノ性質上當然ニ存在スルモノニアラスシテ公益又ハ私益ヲ保護スルカ爲メニ特ニ設ケタルモノナルヲ以テ是等ノ條件ニ違背スルモ法律ハ隱居ヲ始ヨリ無効ノモノト爲サスシテ單ニ取消シ得ヘキモノト爲シ其他隱居者ノ意思ニ瑕疵アル場合ノ如キモ亦同一ナラシムルハ婚姻ニ於ケル場合ト更ニ異ルコトナキナリ蓋意思ニ瑕疵アルハ意思ノ欠缺セルト異リテ法律行爲ノ成立ニ妨ナケレハナリ但婚姻ノ取消ニ付テハ第七百七十九條ノ規定アルニ拘ラス隱居ノ取消ニ付テハ斯ノ如キ條文ナキハ果シテ如何ナル理由ナルヘキカ隱居ハ第七百五十八條及第七百五十九條已外ノ原因ニ因リテ尙ホ之ヲ取消シ得ヘキモノト爲シタルカ果シテ然ラハ其原因ハ如何疑ナキ能ハサルナリ而シテ余ハ已下ニ於テ此二原因ニ付キ大要ヲ説明スヘシ

一 法定條件ノ違反

第二項ニ述ヘタル所ノ法定條件ニ違反シタル隱居ハ取消シ得ヘキモノタリ然レトモ其法定條件ハ裁判所ノ許可ヲ要セスシテ隱居ヲ爲シ得ル場合ト裁判所

ノ許可ヲ得ルニアラサレハ隱居ヲ爲スコトヲ得サル場合トニ因リテ異同アリ即チ前者ノ場合ニ在リテハ

- (一) 老年ニ因ル隱居ニ付テハ隱居者ノ年齢六十年ニ達セサルトキ
 - (二) 配偶者アル女戸主ノ隱居ニ付テハ其配偶者カ同意ヲ爲サルトキ
 - (三) 相續ノ承認ヲ爲シタル家督相續人カ完全ノ能力ヲ有セサルトキ
 - (四) 家督相續人カ單純承認ヲ爲サルトキ
- ニ於テ其隱居ハ取消シ得ヘキモノトナルヘク又後者ノ場合ニ在リテハ
- (一) 已ムコトヲ得サル事由ニ因ル隱居ニ付テハ裁判所ノ許可ノ有無ニ拘ラズ已ムコトヲ得サル事由ヲ有セザリシトキ
 - (二) 婚姻ニ因ル隱居ニ付テハ婚姻ニ因リ他家ニ入ル事由ヲ有セザリシトキ
 - (三) 家督相續人ノ承認ヲ得ザリシトキ
 - (四) 裁判所ノ許可ヲ受ケザリシトキ

ニ於テ其隱居ハ取消シ得ヘキモノトナルヘキナリ然リ而シテ右ノ二場合ニ於テ取消權ヲ有スル者ハ親族及檢事ナリトス蓋法定條件ニ違反セル隱居ノ取消

ヲ許スハ公益上ノ必要ニ基クカ故ニ其隠居ニ付テ利害ノ關係アル者ニハ總テ取消權ヲ與フヘキハ勿論國家自ラノ機關ヲシテ取消ヲ爲スコトヲ得セシムルヲ要ス然ルニ利害關係者中ニハ隠居者本人ノ如キ又債權者ノ如キ何レモ其中ニ包含スルモノナルモ隠居者自ラ其戸主權ヲ拋棄シタルモノナルヲ以テ之ヲシテ再ヒ任意ニ因リ其權利ヲ回復スルコトヲ得セシムヘキ理由ナシ又債權者ハ單純ニ財産上ノ利害關係者ナリ單純ノ財産關係ニ因リテ他人ノ身分ニ干涉セシムルハ寧ロ不當ナルヲ認メタルニ因リ民法ハ檢事及隠居者ノ親族ニノミ取消權ヲ與ヘタリ親族タル家督相續人ハ取消ヲ請求スルコトヲ妨ケス又其取消權行使ハ時期ハ隠居届出ノ日ヨリ三個月以内ト爲ス蓋隠居ハ隠居者及其中督相續人等ニ重要ナル權利ノ得喪ヲ生セシムルモノナルヲ以テ永ク其效力ヲ不定ノ狀態ニ置クコトヲ許サ、ルカ故ナリトス其取消ノ方法ハ裁判所ニ其取消ヲ請求スルニ在リ其裁判所ノ管轄及請求ノ方式ハ手續法ノ規定ニ依ルハ勿論タリ然ルニ夫ノ同意ヲ得サリシ女戸主ノ隠居ニ對シ取消ヲ許スハ專ラ夫ノ利益ヲ保護スルヲ目的トスルモノタレハ此場合ニ於テハ其取消權ヲ有スル者

ハ夫ニ限ルヘキモノニシテ親族、檢事ハ其權利ヲ有セス(七五)

二、隠居ヲ爲ス意思ノ瑕疵
 意思ノ瑕疵ニ因リ取消シ得ヘキ場合ハ隠居者又ハ家督相續人カ詐欺又ハ強迫ニ因リテ届出ヲ爲シタル場合ニ限ル其詐欺及強迫ノ性質ノ詳細ノ説明ハ總則編ノ講義ニ讓ルト雖モ之ヲ略言スレハ詐欺トハ故意ニ虛偽ノ事實ヲ表示シ強迫トハ故意ニ不正ノ害惡ヲ通知シ而シテ之ニ因リテ他人ヲシテ錯誤又ハ恐怖ヲ生セシメ其錯誤又ハ恐怖ニ因リテ意思ヲ決定表示セシメタルコトヲ謂フ詐欺又ハ恐怖ハ意思ノ瑕疵ヲ生ス以テ意思ノ欠缺ト區別ス詐欺ニ因リテ行爲ノ要素ニ錯誤ヲ生シタル場合ハ全ク意思ノ欠缺スルモノニシテ隠居ハ無効タルヘク又直接ニ身體ニ暴行ヲ加フルニ因リテ届出ヲ強制シタル場合ハ亦意思ノ欠缺アルヲ以テ隠居ハ無効ナリトス詐欺又ハ強迫ハ其之ニ因リテ與ヘタル錯誤又ハ恐怖カ意思ヲ決定セシメタル原因ナルコトヲ要ス其錯誤又ハ恐怖カ輕微ニシテ意思ノ決定ニ關係ナカリシ場合ニ於テハ何等ノ瑕疵ヲ生セス詐欺又ハ強迫ハ第三者ノ之ヲ爲シタルト隠居者又ハ家督相續人ノ何レカ一方ノ爲シ

タルトヲ問ハス又隠居者又ハ家督相續人ノ何レカ一方ニ對シテ爲サレタルト其雙方ニ對シテ爲サレタルトヲ問ハス苟モ其詐欺又ハ強迫ニ因リテ惹起セラレタル錯誤若ハ恐怖カ隠居ヲ爲シ又ハ相續ヲ承認スルノ意思ヲ決定セシムルノ原因ナリシトキハ皆取消ノ原因トナルヘシ而シテ此場合ニ於テ取消權ヲ有スル者ハ(一)詐欺又ハ強迫ヲ受ケタル隠居者又ハ家督相續人カ其詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタル以後ニ於テハ其詐欺又ハ強迫ヲ受ケタル隠居者又ハ家督相續人(二)其之ヲ發見シ又ハ之ヲ免レサル以前ニ於テハ其之ヲ受ケタル隠居者又ハ家督相續人ノ親族及檢事ナリトス蓋斯ル場合ニ取消權ヲ與フルノ目的ハ主トシテ其瑕疵アル意思ヲ表示セル者ノ利益ヲ保護セムトスルニ在リ故ニ其取消權ヲ與フルモ亦其瑕疵アル意思ヲ表示シタル者ナラサルヘカラス然レトモ瑕疵アル意思ヲ表示シタル者ハ其意思ノ瑕疵アル所以ヲ知リ又ハ自由ニ意思ヲ表示シ得ルニ至リタル以後ニアラサレハ之ヲ自身ニ於テ取消スコトヲ得サルナリ而シテ隠居ナル行爲ハ雷ニ隠居者及家督相續人ノ利害ニ關係ヲ有スルノミナラス其他公私ノ上ニ於テ重要ノ關係ヲ有スルモノナルヲ以テ本人ニ

於テ取消ヲ請求スルコトヲ得サル間ハ公益ヲ代表スヘキ檢事及私ノ利害關係ヲ代表スヘキ隠居者ノ親族及家督相續人ノ親族ヲシテ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得セシムヘキ必要アリ本人ニ於テ既ニ取消スコトヲ得ルニ至リタル後ハ專ラ表示者ノ取消權ニ委シ本人ノ之ヲ請求セサルニ拘ラス他ノ利害關係者又ハ檢事ヨリ之カ取消ヲ請求シ却テ本人ノ意思ニ反スルカ如キ結果ヲ生セシムルノ必要ナシ是レ即チ取消權ヲ本人ノ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免ル、以前ニ於テハ其親族及檢事其之ヲ發見シ又ハ之ヲ免レタル後ニハ瑕疵アル意思ヲ表示シタル者ニ限リタル所以ナリ取消ノ方法ハ法律條件違反ノ場合ト同シク裁判所ニ請求スルニ在ルコト勿論タリ然リ而シテ右ノ場合ニ於テ取消權ノ消滅スル事由ハ取消權ヲ有スル者カ親族及檢事ナルト隠居者又ハ家督相續人ナルトニ依リテ異レリ即チ左ノ如シ

(一) 親族及檢事ノ取消權ハ次ノ事由ニ因リ消滅ス

(イ) 詐欺又ハ強迫ニ因リテ隠居ヲ爲シ又ハ其相續ヲ承認シタル者カ其詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタルトキ蓋此取消權ハ主トシテ本人ノ利益ヲ保

護スルニ在ルカ故ニ本人ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ルニ至リタル後ハ親族及檢事ヲシテ代表セシムルノ必要ナケレハナリ但其已前ニ於テ既ニ之ヲ請求シタルトキハ其訴訟ノ確定已前ニ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免ル、コトアルモ其請求權ハ之ニ因リテ消滅セス

(ロ) 取消ヲ請求シタル後隱居者又ハ家督相續人カ追認ヲ爲シタルトキ蓋本質人カ自ラ追認ヲ爲シタル已上ハ本人ノ意思ニ反シテ家内ノ私事ニ干渉スルノ必要アラサレハナリ

(ハ) 届出ノ日ヨリ十年ヲ經過シタルトキ蓋隱居ハ隱居者家督相續人等ノ權利關係ニ最重要ナル效力ヲ及ホスモノナルヲ以テ如何ナル事情アルモ永ク其效力ヲ不定ノ状態ニ置クコトヲ許サス故ニ縱令隱居者又ハ家督相續人ニシテ未タ詐欺ヲ發見セス又ハ強迫ヲ免レスシテ而シテ檢事又ハ親族ニ於テ之カ取消ヲ請求スル者ナシトスルモ尙ホ相當ノ期間ヲ經過セル後ハ其效力ヲ確定スルノ必要アリ是レ十年ノ特別時効ヲ定メタル所以ニシテ此場合ニ於テハ公益ノ必要ハ私益ヲ保護スルニ暇ナキナリ此期間ハ

時効ナルカ故ニ時効ニ關スル中斷停止等ノ規定ノ適用セラルヘキハ勿論タリ

(二) 隱居者又ハ家督相續人ノ取消權ハ次ノ事由ニ因リ消滅ス

(イ) 追認ヲ爲シタルトキ但其追認ハ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタル後ニ於テ爲セルモノナルコトヲ要ス而シテ明示ナルト默示ナルトヲ問ハサルナリ默示ノ追認ト看做スヘキハ例ハ隱居者カ他家ノ家族トナリタルトキ如キ相續人カ相續財產ノ一部ヲ處分シタルトキノ如キ是ナリ

(ロ) 詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタル時ヨリ一年ヲ經過シタルトキ是レ法律カ默示ノ追認ト看做ス一ノ場合ナリ法定條件違反ノ場合ニ於ケル取消權行使期間カ僅ニ三個月ナリシニ反シ此場合ニ於テハ一年ヲ以テ其期間ト爲シタルハ隱居カ其當事者自身ノ意思ニ反セル場合ナレハ前者ノ場合ニ比シテ特ニ其利益ヲ保護スルノ必要多キカ故ニ外ナラス而シテ此期間ハ法律ノ豫定期間ナルヲ以テ時効ニ關スル規定ハ適用セラル、コトナシ

(ハ) 届出ノ日ヨリ十年ヲ經過シタルトキ而シテ其理由ハ(一)ニ於ケル(ハ)ノ場

隱居取消ノ效力ニ付テハ民法總則編ノ規定ノ適用セラレヘキハ勿論ナルカ故ニ其效力ハ既往ニ遡リ始ヨリ隱居ナカリシモノト看做サレ從テ隱居ニ因リテ其家督ヲ相續シタリシ者ハ其舊身分ヲ回復シテ推定家督相續人トナリ又隱居者若ハ他家ノ戸主ノ家族ト爲リタル隱居者ハ再ヒ戸主權ヲ回復シ家督相續人ハ其相續ニ因リテ得タル財産其他ノ權利義務ノ全部ヲ隱居者ニ返還スルヲ要スヘシ而シテ家督相續人カ相續ニ因リテ得タル權利及其負擔シタル義務ハ隱居ノ取消ニ因リテ當然隱居者ニ復歸スルモノナルヲ以テ其債權者ハ取消以後ニ於テハ取消ニ因リテ戸主タル者即チ隱居者ニノミ請求シ得ヘキモノトナルハ當然ナリ然レトモ家督相續人カ相續以後取消以前即チ戸主タル身分ヲ有セル間ニ於テ負擔シタル債務ハ固ヨリ取消ニ因リテ隱居者ニ移ルヘキモノニアラサルカ故ニ其債權者ハ隱居者即チ取消以後ノ戸主ニ之ヲ請求スルコトヲ得スシテ専ラ相續人ニノミ請求シ得ルニ止ルモノナリ然ルニ是等ノ債權者ハ通常其相手方カ戸主タル身分ニ重ヲ置キ契約ヲ爲セルモノニシテ一朝隱居ノ取消ニ因リ此者カ戸主タル身分

ト共ニ其財産ノ大部ヲ失ヘル後モ家督相續人ノ外其債權ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ストセハ往々不慮ノ損害ヲシトセサルカ故ニ此場合ニ於テハ隱居ノ取消ニ因リ戸主トナリタル者ニモ請求スルコトヲ得セシムルコト、爲セリ即チ此規定ノ適用ヲ受クヘキ者ハ家督相續人カ戸主タル身分ヲ有スル間(即チ其相續以後取消以前)ニ於テ其者ニ對シテ債權ヲ取得シタル者ナルコトヲ要ス此故ニ其者カ相續ヲ爲ス以前ニ債權ヲ取得シタル場合ニハ適用ナキコト論ヲ俟タス蓋此場合ニ於テハ債權者ハ戸主タル身分ニ重ヲ置キテ契約ヲ爲シタルモノニアラサレハナリ又家督相續人カ戸主タル身分ヲ有スル間ニ於テ債權ヲ取得シタル場合ト雖モ(イ)其債權ヲ取得シタル當時ニ於テ隱居取消ノ原因ヲ知リタルトキ及(ロ)家督相續人ノ一身ニ專屬セル債務ニ付テハ此規定ノ適用ナシ畢竟是等ノ場合ニ在リテハ債權者カ其戸主タル身分ニ重ヲ置キタルノ事實ヲ認ムルコト能ハサレハナリ而シテ家督相續人カ戸主タル身分ヲ有スル間ニ於テ債權者トナリタル場合ハ其選擇ニ從ヒ現實ノ債務者タル家督相續人若ハ隱居ノ取消ニ因リテ戸主トナリタル者ハ何レニモ請求スルコトヲ得ヘシ即チ此場合ニ於テハ家督相續人及戸主ハ舊民

法ノ所謂全部義務ヲ負擔スルモノト知ルヘキナリ(七六)
 又隱居及入夫婚姻ニ因ル戸主權喪失ハ其届出ニ因リテ效力ヲ生スヘシト雖モ隱居又ハ入夫婚姻ハ其債權者及債務者ニ種々ノ利害關係ヲ生シ其未タ隱居等ノ事實ヲ知ラサル者ニ對シテモ届出ニ因リテ當然效果ヲ生ストセハ往々不慮ノ損失ヲ被ラシムルコトヲ免レス故ニ民法ハ前戸主又ハ家督相續人ヨリ戸主變更ノ事實ヲ債權者及債務者ニ通知セル後ニアラサレハ戸主ノ變更ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得スト爲シ以テ第三者ノ保護ヲ全クセムコトヲ期セリ(七六)然レトモ法律ハ隱居者若ハ家督相續人ニ必ス通知ヲ爲スヘキ義務ヲ負ハシメタルニアラス唯其戸主ノ變更ヲ以テ債權者等ニ對抗セムカ爲メニハ通知ヲ爲スコトヲ命シタルニ止レリ即チ通知ハ隱居者又ハ家督相續人ヨリ之ヲ對抗スルニ必要ナルノミ故ニ債權者及債務者ヨリハ通知ヲ受ケサルモ之ヲ對抗スルコトヲ妨ケサルナリ

第二章 戸主ノ義務

戸主ノ義務

戸主ハ家族カ自ラ費用ヲ支辨スル能ハサル場合ニ其身分及資力ニ應シテ其家族ヲ扶養シ且教育スルノ義務ヲ負フ(七四七、九五)而モ家族カ自ラ其費用ヲ支辨スル

家族
 家族ノ性質
 家族ノ定義

第四編 家族

第一章 家族ノ性質

第一節 家族ノ定義

歐米諸國ニ於テモ我國ノ所謂家族ニ該當スルノ語辭ナキニアラス然レトモ個人制ノ然ラシムル所法律上家ノ觀念ヲ認ムルコトナキカ故ニ唯居住ヲ共ニスル親族ヲ指稱スルニ過キスシテ一ノ法語トシテ之ヲ用フルノ例ナキカ如シ我國ハ之

親族法 家族 家族ノ性質 家族ノ定義

ニ反シテ社會ノ單位尙ホ個人ニ在ラスシテ家ニ在ルヲ以テ法律上家ノ觀念ヲ認ムルト共ニ家族ナル語辭モ亦一ノ法語トシテ之ヲ用ヒサルヘカラサルノ必要アリ蓋家ハ即チ家族團體ニ外ナラサレハナリ沿革ヲ按スルニ家族ト家長トノ關係ニ付テハ今日ニ至ルマテ三期ノ變遷ヲ經タルノ實アリ其第一期ニハ家族ハ家長ノ所有物ニシテ毫モ人格ヲ有シタルノ跡ナク其第二期ハ家族ハ家長ノ權力ノ下ニ服從シナカラ或種類ノ財産ヲ所有スルコトヲ得タルト共ニ多少ノ人格ヲ認メラレタリ其第三期ハ家族ハ唯家長監督ノ下ニ在ルノミニシテ凡百ノ權利義務ニ付テ兩者間ニ差異ヲ認メサルニ至レリ現今ハ即チ此第三期ニ屬スルヲ以テ一家ノ家族トシテノ權利義務ハ唯家長即チ戶主ニ對スルモノニ過キサルノミ此故ニ第一期及第二期ニ於テハ家族トハ戶主ト居住ヲ同シクシ戶主ノ權力ノ下ニ在リテ其扶養ヲ受クル親族ヲ指示シタリト雖モ現今ニ在リテハ家居ヲ異ニシ生計ヲ別ニスルト否トニ拘ラス戶主ノ下ニ同一家籍内ニ在ル者ノ身分ヲ指示スルモノトナレリ既ニ家居ヲ異ニシ生計ヲ別ニスルモ家族タルヲ妨ケストセハ某カ某家ノ家族タルト否トハ唯其家ノ家籍内ニ在ルト否トニ依ルヘキモノニシテ他ニ標

準トシテ認ムヘキモノナキナリ

第二節 家族ノ範圍

前節ニ説述シタルカ如ク家族ハ一戶主ノ下ニ同一家籍ニ在ル者ノ身分ヲ謂フモ其所謂同一家籍ニ在ルヘキ者ノ範圍ニ至リテハ從來ノ制度慣例甚ク分明ナラス是ヲ以テ動モスレハ親族關係ナキ者モ一家ノ家族ト爲リ居ルノ例全ク之ナシトセサルナリ然レトモ其本來ノ觀念ヨリ推究スルニ家ナル觀念ノ基礎ハ親族關係ニ在ルカ故ニ從テ一家ニ家族タル者ハ親族關係ノ存スル者タルヲ原則ト爲サ、ルヘカラサルハ明ナルカ如シ舊民法人事編カ家族トハ戶主ノ配偶者及其家ニ在ル血族、姻族ヲ謂フ(舊民法二四三)ト規定シタルモ蓋此原則ニ依據シタルモノナルヘキヲ信スルナリ唯此規定ニ依ルトキハ家族ノ配偶者ニシテ現戶主ノ親族ニアラサル者ノ如キ又前戶主ノ親族ニシテ現戶主ノ家ニ在ルモ該戶主ノ親族ニアラサル者ノ如キハ之ヲ家族ト云フヲ得サルコト、ナリ我國ノ現在ニ所謂家族ト稱スル者ニ該當セサルコトアルノミナラス家督相續人カ指定若ハ選定セラレタル場合ノ如キハ舊戶主ノ家族ト親族關係ヲ有セサルコト屢之アルヘキヲ以テ是等ノ者モ

亦新戸主ノ家族ト爲スヘカラサルコト、ナラサルヲ得ス是故ニ民法ハ戸主ノ親族及其配偶者ニシテ其家ニ在ル者ヲ以テ家族ト爲スヲ原則トシ而シテ戸主ノ變更アリタル場合ニ於テ舊戸主及其家族ニシテ新戸主ノ家ニ在ル者モ亦其家族ト爲スコトヲ明文ニ著シタリ(七三)茲ニ所謂其家ニ在リトハ其家籍内ニ在ルノ意ナリ但戸主カ適法ニ廢家シテ他家ニ入ルトキハ其家族モ亦之ニ隨ヒテ其家ニ入ルカ故ニ此場合ニ於テハ右ノ原則ニ例外ヲ見ルコトアルヘキナリ(七六)

第一章 家族ノ權義

前章ニ説述シタルカ如ク家族ハ其變遷ノ第一期ニ在リテハ人格ヲ有セス從テ權利義務ノ主體タルコトヲ得サリシモノト云フモ敢テ不可ナカリシナリ其戸主ノ扶養ヲ受クルカ如キハ家族ノ權利ニアラスシテ戸主ノ所有ニ係ル牛馬ト同シク戸主ノ所有物トシテ飼料ヲ受ケタルニ過キササル姿ナリキ然レトモ第三期タル今日ニ在テハ既ニ家族ニ人格ヲ與ヘ之ヲシテ權利義務ノ主體タルコトヲ得セシメ家族ナル身分ハ其人格ニ毫末ノ妨ヲ生セサルコト、ナリ第三者トノ間ハ勿論戸主トノ間モ一般ノ權利義務上ノ關係ハ個人ト個人トノ關係ト異ルコトナシ唯家

族制度ノ現存スル結果トシテ戸主ハ家族ニ對シ特種ノ權利義務ヲ有スルニ依リ家族ハ又戸主ニ對シテ特種ノ權利義務ヲ有スルコトアルノミ本章ニ所謂家族ノ權利トハ即チ家族カ戸主ニ對スル特種ノ權利及義務ノ謂ニシテ決シテ一般ノ權利義務ノ謂ニアラサルナリ即チ一般ノ權利義務ノ關係ハ家族トシテノ關係ニアラスシテ個人トシテノ關係ニ外ナラサレハ特ニ茲ニ之ヲ説述スルノ必要ナキハ論ヲ俟タサルナリ其新舊民法ニ家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有トスルコトヲ規定シタルカ如キハ家族ハ家長トノ關係ニ於テ前述ノ如ク第一期ハ勿論第二期ニ於テモ未タ全然財産ヲ專有スルコトヲ得サリシ跡アルヲ以テ家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財産ヲ專有スルノ權利アルコトヲ明文ニ著シ以テ家族ニモ純然タル人格アルノ主意ヲ明白ニシタルニ過キス(七四八第一項)自己ノ名ニ於テ得タル財産トハ相續遺贈ニ因リテ得タル財産ハ勿論其他自己ノ勞務等ニ因リテ得タル一切ノ財産ヲ謂フナリ斯ノ如ク夫レ家族ニ財産ヲ專有スルコトヲ得セシムルニ至リタル已上ハ家族ハ其教育及生計ノ費用ヲ其財産ヨリ支辨セサルヘカラサルハ當然ノ結果ニシテ其費用ノ補助ヲ戸主ニ仰クカ如キハ全ク家族ノ無

財産ナルカ若ハ多少ノ財産アルモ其費用ヲ支辨スルニ足ラサル場合ニ限ラサルヘカラス而シテ其費用ノ補助ヲ戸主ニ仰クハ今日ニ在テハ家族カ戸主ニ對當スル殆ト唯一ノ權利ニシテ戸主ノ家族扶養ノ義務ニ對當スルモノトス(七四七、九五)殊ニ又舊民法ハ家族カ其家ノ爲メニ消費シタル財産ニ付テハ戸主ニ對シテ償還ヲ請求スルコトヲ得サルモノトシタリ是レ一家ハ戸主カ家族ト共ニ之ヲ維持スルノ責アルト一ニハ其償還ノ請求ヲ許ストキハ一家ノ紛擾ヲ醸生スルノ恐アルトニ依リタルナルヘシト雖モ是レ戸主ノ權義ト家族ノ權義トヲ混同スルノ規定タルヲ免レス家族カ其現ニ屬スル家ノ氏ヲ稱スルカ如キハ家族ノ權利ト云フヨリモ寧ロ其身分ニ附隨ノ要件タルノミ夫レ然リ而シテ家族ノ義務ハ戸主ノ監督權ニ對當スルモノニシテ即チ家族ハ婚姻、養子縁組、居所變更又ハ分家ヲ爲シ若ハ他家ニ入ル等ノ場合ニ於テ戸主ノ同意ヲ受ケサルヘカラス是レ現今家族カ戸主ニ對スル法律上ノ義務ニシテ法律ハ之ヲ外ニシテ他ニ家族ノ戸主ニ對スル義務ヲ認ムルノ必要ナキナリ而シテ若シ家族カ此義務ニ違背シタルトキハ戸主ハ其家族ヲ離籍シ尙ホ且之ヲ扶養シ若ハ教

育費用ヲ支辨スルノ義務ヲ免ル、コトヲ得ヘシ是レ畢竟戸主カ家族ニ對スル監督權ノ實行上要スル所ノ制裁ニシテ已ムコトヲ得サルノ結果ナリトス家族カ戸主ニ對スル右ノ義務ハ其家族ノ年齢如何ニ拘ラス又戸主ノ尊屬タルト卑屬タルトニ依リテ區別アルコトナシ是故ニ例ハ父カ隱居シ其子戸主トナリタル後其父ニシテ妻ヲ迎ヘムト欲スルトキト雖モ尙ホ戸主タル子ノ同意ヲ受ケサルヘカラスナルナリ本來尊屬カ卑屬ニ對シテ其同意ヲ受クルノ必要アリトハ或不倫ナルカ如シト雖モ戸主ニ家族全體ノ監督權ヲ與フル已上ハ其屬親ノ尊卑ニ依リテ之ヲ區別スルコト能ハサルハ勿論タリ而モ此義務ハ其家族カ他家ニ入りタル後ニ在リテモ往々ニシテ存續スルコトアルハ既ニ述ヘタル所ノ如シ

家族ノ家
籍
原有家籍

第三章 家族ノ家籍

第一節 原有家籍

家族ハ家ナル團體ヲ構成スルモノナリト雖モ其所謂家族ハ悉ク初ヨリ其團體ニ存在シテ終始替ラサルモノニアラスシテ時ニ或ハ増減アルコトヲ免レサルハ論ヲ俟タス然ラハ則チ一個人カ一家ノ家族トナリ其家ノ家籍ニ屬スルハ如何ナル

親族法 家族 家族ノ家籍 原有家籍

原因ニ由ルヘキカ又一家ノ家族タリシ者カ他家ノ家族トナルハ如何ナル原因ニ由ルヘキカ等ノ問題ノ生スヘキハ必然タラサルヲ得ス從來ノ慣例制度ハ是等ノ原因ニ付キ一定スルモノナキカ故ニ甚タ曖昧ニシテ動モスレハ混亂ノ跡アルヲ免レス將來ノ法律ハ宜シク之ヲ明定スルコトヲ要スヘシ然ラスムハ家籍錯雜シ家族制ノ本體ヲ失フニ至ルヘキノミナラス婚姻及養子縁組ニ關スル制度ノ確立スル已上ハ右等ノ原因ヲ明定セスムハ動モスレハ婚姻及養子縁組ニ關スル制度ノ無効ニ歸シ去ルノ恐ナキヲ得サルナリ而シテ家族ノ家籍ニハ生來ノモノト出生後ノモノトアリ茲ニ所謂原有家籍トハ其生來保有スル所ノ家籍ヲ謂フノミ抑原有家籍ヲ定ムルノ標準ハ父母ノ血統ニ在リ蓋子トシテ親ノ家籍ニ從ヒタキハ人情ノ然ラシムル所ナルノミナラス子ハ親權ノ下ニ服從スルヲ要スルモノタレハナリ是故ニ父母家籍ヲ同シクスルトキハ子ハ當然其家籍ニ屬シ父母其家籍ヲ異ニスルトキハ子ハ父ノ家籍ニ屬シ父ノ知レサルトキハ母ノ家籍ニ屬スルヲ以テ原則ト爲サ、ルヘカラス(七三三項第一項)斯ノ如ク夫レ原有家籍ハ父母ノ血統ニ依リ之ヲ定ムルヲ本則ト爲スモ其之ヲ定ムルハ出生ノ時ニ依ルモノトスヘキカ

將又受胎ノ時ニ依ルモノトスヘキカ此問題ヲ定ムルノ必要ナル所以ハ兩親又ハ其一方カ受胎ノ時ハ甲家ノ家籍ヲ保有スルモ出生ノ時ハ乙家ノ家籍ヲ獲得セルコトアルヘキヲ以テナリ例ハ甲家ニ屬シタル兩親カ受胎ノ後乙家ニ夫婦養子トナリタル場合ノ如キ又甲家ニ於ケル養子カ其妻ニ懐胎セシメタル後離縁トナリテ乙家ニ入りタル場合ノ如キ是ナリ蓋右二例中第一ニ在リテハ受胎ノ時兩親ハ甲家ノ家籍ニ屬シタルモノナルモ出生ノ時ハ乙家ノ家籍ニ屬シ第二ニ在リテハ受胎ノ時ハ兩親ハ甲家ノ家籍ニ屬シタルモノナルモ出生ノ時ハ父カ乙家ノ家籍ニ屬スルニ至リタル場合ナリトス是故ニ若シ子ノ屬スヘキ家籍ヲ受胎ノ時ニ依リテ定ムルモノトセハ第一及第二ノ場合共ニ子ハ甲家ニ屬スルモノト爲サ、ルヘカラスト雖モ出生ノ時ニ依リテ定ムルモノトセハ第一及第二ノ場合共ニ子ハ乙家ニ屬セサルコトヲ得サルヘクシテ其結果ニ於テ大ナル差異ヲ生スヘシ國籍ニ關スル近世諸國ノ立法例ハ英國ヲ除ク外子ハ其出生ノ時父母ノ屬スル國籍ヲ保有シ父母國籍ヲ異ニスルトキハ父ノ國籍ヲ保有スルヲ以テ原則ト爲シ而シテ懐胎ヨリ出生マテハ間父又ハ母ノ國籍ニ變更アリタルトキハ其子ノ利益ハ

爲メニ受胎ノ時其父母ノ屬シタル國籍ヲ保有セシムルコトアリ惟フニ是レ法律ハ出生ノ後ニアラサレハ人格ヲ與ヘサルヲ原則ト爲スヨリ國籍ノ保有ハ出生ノ時ヲ以テ之ヲ定ムルコト、スルモ懷胎ヨリ出生マテノ間父又ハ母ノ國籍ニ變更ヲ生シタルトキハ國家觀念ヨリ例外ヲ置クノ必要ヲ認メタルニ外ナラス例ハ受胎ノ時ハ父母共ニ日本人タリシモ出生ノ時ハ其父外國ノ國籍ヲ獲得シタルカ如キ場合ニ其子カ出生ノ後日本ニ留ルトキハ之ヲ以テ日本人ト爲スカ如シ即チ日本ナル國家觀念ヨリ見レハ其子ヲシテ日本ノ國籍ヲ保有セシムルヲ以テ其子ノ利益ナリト認ムルニ在リトス國籍ニ關スル此原則ハ我國籍法ニ於テモ既ニ之ヲ認メタリ家籍ト國籍トハ固ヨリ異リト雖モ原有家籍ヲ定ムルニ付テハ從來ノ慣習ハ偶然ニモ國籍ヲ定ムルニ付テハ近世ノ立法例ニ採ル所ノ標準ト恰モ符合セラルヲ見ル即チ從來ノ慣習ニ於テハ國籍ト同シク原有家籍ハ出生ノ時ニ依リ之ヲ定ムルヲ本則ト爲シ受胎ノ時ニ依テ定ムヘキモノニアラスト爲セリ從テ懷胎ヨリ出生マテノ間父母又ハ其一方ノ家籍ニ變更アルモノ本則トシテハ其子ハ出生ノ時父母又ハ父ノ屬スル家籍ヲ保有スヘキモノニシテ其子ノ生レタル家ノ如何ヲ

問フノ必要ナキナリ民法ニ於テモ亦此慣習ヲ認メタルコトハ第七百三十三條ニ於テ明ナリ然ラハ則チ前述ノ二例中第一及第二ノ場合共ニ子ハ乙家ノ家籍ヲ保有スヘキハ當然ナリトス然ルニ我國ノ慣習ニ依レハ離婚若ハ離縁ニ因リテ家ヲ去ルトキハ親子ノ關係スラ殆ト認メサルヲ常態ト爲スノミナラス家ニ重ヲ置クノ結果妻カ懷胎ノ後夫カ離婚又ハ離縁ニ因リテ其家ヲ去ルトキハ其後ニ生レタル子ハ父ノ現在屬スル家籍ヲ保有セシメテ母カ懷胎ノ時ニ父ノ屬シタル家ノ家籍ヲ保有スルモノト爲ス而シテ其子ノ生レタル家ノ如何ハ之ヲ問フヲ要セサルヲ以テ離婚若ハ離縁ノ結果妻モ亦懷胎ノ儘家ヲ去テ子ノ生レタル時ハ既ニ他家ノ家籍ニ屬スルコトアルモ其子ノ保有スヘキ家籍ニ付テハ同様ナリ故ニ此場合ハ前述ノ原則ニ例外ヲ成スモノタリ第七三三項四俗ニ所謂腹ハ借リ物トハ即チ斯ル場合ヲ指示スルコト、知ルヘキナリ但子ノ出生前父母共ニ其家ヲ去リタル後生レタル子ハ前述ノ原則ニ依リ其生レタル時ニ父ノ屬スル家ノ家籍ヲ保有スヘキナリ父母共ニ家ヲ去ルトハ父母カ共ニ甲家ヲ去リテ乙家ニ入りタルカ如キ場合ヲ指示スルモノニシテ縱令同時ニ甲家ヲ去ルモ父ハ乙家ニ入り母ハ丙家ニ入りタ

ルカ如キ場合ヲ指示スルモノニアラサルナリ若シ又子ノ出生前父母共ニ其家ヲ去ルモ其母ニシテ復籍ノ後其子ヲ産ミタル場合ニハ其子ハ母ノ復籍シタル家即チ懐胎ノ當時父ノ屬シタル家ノ家籍ヲ保有スヘシ蓋此場合ニ於テハ母ハ一旦父ト共ニ其家ヲ去リタルモノナルモ子ノ出生前ニ復籍スルニ於テハ初ヨリ其家ニ在リタル場合ト異ルコトナケレハナリ(七三項四)是故ニ前述ノ二例中第一ノ場合ニハ子ハ乙家ニ屬スヘキモ第二ノ場合ニハ子ハ甲家ニ屬セサルヲ得サルナリ個人主義ニ依ル制度ノ大ニ混入シテ血族關係ハ家ヲ去ルト否トニ依リテ異ルコトナキノ主義ヲ採ル已上ハ右ノ如キ慣例ハ牴觸ヲ免レスト雖モ家族制度ノ尙ホ現存セル今日ニ在リテハ蓋已ムコトヲ得サルモノ、如シ然リ而シテ前述ノ原則ハ苟モ親子關係アル已上ハ其親ノ戸主タルト家族タルト又其子ノ嫡出子タルト私出子タルトニ依リテ區別アルヘカラサルハ勿論ナリト雖モ私出子ニ至リテハ素ト婚姻外ニ生レタルモノナルヲ以テ家族ノ私出子ヲモ當然其父又ハ母ノ屬スル家ノ家籍ヲ保有セシムルモノトセハ其家ニ戸主タル者ハ家族ノ私出子マテモ之ヲ扶養セサルヘカラサル義務ヲ負フコト、爲リ戸主タ

ル者ノ責任ヲシテ過大ニ失セシムルノ結果ヲ生スルノミナラス私出子ヲ其家族ト爲スコトハ一家ノ利害ニ關係ヲ及ホスコト少カラサルヲ以テ民法ハ戸主ノ同意アルニアラサレハ家族ノ私出子ニ對シテハ右ノ原則ヲ適用スヘカラサルモノト爲シタリ(七三項五)從テ戸主ノ同意ナキトキハ庶子ハ母ノ家ニ入り尙ホ又母ノ屬スル家ノ戸主ノ同意ナキトキハ一家ヲ創立スルモノト爲セリ私出子ハ固ヨリ父ノ知レサルモノナルカ故ニ初ヨリ父ノ家ニ入ルヘキ筈ナキヲ以テ母ノ家ニ入ルヘキハ當然ナルモ其母ノ屬スル家ノ戸主ノ同意ナキトキハ又同シク一家ヲ創立セサルヲ得サルナリ(七三五項二)維新以前ノ舊慣ニテハ私出子ハ之ヲ父ナシト稱シ一家ノ家族中ニ入ル、コトヲ爲サスシテ竊ニ他人ノ子ト爲シ以テ斯ル子ヲ生セシメタル醜態ヲ隱匿スルヲ常ト爲シタルモノ、如シ是故ニ家族ノ庶子及私生子ハ戸主ノ同意ヲ得ルノ條件ノ下ニ初テ父又ハ母ノ家ノ家籍ヲ保有スルコトヲ得ルモノト知ラサルヘカラス然レトモ是レ次節ニ説述セムトスル獲得家籍トハ異レリ何トナレハ獲得家籍ハ一家ノ家籍ニ在ル者カ他家ノ家籍ヲ獲得スル場合ヲ指示スレハナリ

獲得家籍
婚姻又は
養子縁組
ニ因ル獲得

第二節 獲得家籍

第一款 婚姻又は養子縁組ニ因ル獲得

妻ハ夫ニ隨フヲ原則トスルモノタレハ一タヒ夫妻ノ關係ヲ生スル已上ハ妻ハ實家ノ家籍ヲ離レテ夫家ノ家籍ヲ獲得スヘシ(七八)但家名ハ余カ既ニ説述シタルカ如ク其起因血統ノ連絡ヲ明ニスルニ在リタルヲ以テ從來ノ慣例制度ハ妻ヲシテ夫家ノ姓氏ヲ稱セシメス依然實家ノ姓氏ヲ稱セシメタリ然レトモ家名ハ一家ト他家トヲ區別スル記號ニ過キスト爲スノ今日ニ在リテハ此慣例制度ヲ存續セシムルノ必要ナシスノ如ク夫レ婚姻ハ妻ノ家籍ニ變更ヲ來スノ效果ヲ生スルモノト爲ス已上ハ家籍ヲ異ニスル夫妻アルヘカラサルハ當然ニシテ若シ家籍ヲ異ニスルトキハ法律上夫妻關係ノ存在ヲ認ムヘカラサルナリ故ニ夫カ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立シタルトキハ妻ハ之ニ隨ハサルコトヲ得ス(七四五)又養子縁組ハ養親及其血族ト養子トノ間ニ親族關係ヲ生セシムルヲ目的トシ而モ養親ト家ヲ同シクスルヲ以テ養子縁組ナル法律行爲ノ成立要件ト爲スモノタレハ養子ハ實家ノ家籍ヲ離レテ養家ノ家籍ヲ獲得スヘシ(八六)入夫婚姻及婿養子縁組ノ場合ニ於

一家創立
ニ因ル獲得

テモ亦入夫及婿養子ハ實家ノ家籍ヲ離レテ妻家ノ家籍ヲ獲得スルモノトス(七八)項二

第二款 一家創立ニ因ル獲得

第二編第二章ニ説述シタル諸種ノ原因ニ因リテ一家ヲ創立シ新ニ家籍ヲ獲得スルニハ從來屬シタル家ノ家籍ヲ離レテ其創立ニ係ル家ノ家籍ヲ獲得スルモノト從來屬スヘキ家ナクシテ其創立ニ係ル家ノ家籍ヲ新ニ獲得スルモノトノ二様アリ何レノ場合タルヲ問ハス其獲得ハ法律上當然生スル所ノ結果ニシテ別ニ説明ヲ要セス而シテ其創立者ニ於テ若シ他家ニ在ル自己ノ親族ヲ新家ノ家族ト爲ストキハ其家族カ新家ノ家籍ヲ獲得シタルハ一家創立ノ原因ニ由ルモノニアラスシテ轉籍ノ原因ニ由ルモノタリ

第三款 轉籍ニ因ル獲得

一家ノ家族ハ本來婚姻養子縁組若ハ興家ヲ爲ス場合ノ外他家ノ家族ニ其家籍ヲ轉スルコトナカルヘキハ當然ナリト雖モ法律ハ婚姻養子縁組若ハ一家創立ニ因ルノ外尙ホ一家ノ家族ヲシテ他家ノ家族トナルコトヲ得セシメサルヘカラサル

親族法 家族ノ家籍 獲得家籍

轉籍ニ因
ル獲得

場合ナシトセス即チ或家ノ家族カ他家ノ戸主ノ親族タルトキノ如キ是ナリ舊民法人事編ニハ第二百五十六條ニ規定スルモノ、外一般ノ場合ヲ規定セスト雖モ我國現在ノ状態ニ付テ觀ルトキノ其之ヲ規定スルノ必要ナルコト明ナリ若シ夫レ之ヲ規定スルコトナクムハ時ニ或ハ自己ノ實子ヲ家族ト爲サムトスルニモ尙ホ養子縁組ノ法式ニ依ラサルヘカラサルカ如キ不都合ヲ生セサルコトヲ得サルナリ例ハ茲ニ分家ノ戸主甲者アリ自ラ隱居シテ其家ヲ相續人タル乙者ニ譲リタル後隱居者タル甲者カ本家ヲ再興シ若ハ之ヲ相續シタル場合ニ分家ニ在ル所ノ自己ノ實子タル丙者ヲ本家ノ家族ト爲サムトスルトキノ如キ兩家戸主ノ同意サヘアルニ於テハ法律ハ當然之ヲ許スニアラスムハ事實上ニ奇怪ナル結果ヲ生セサルヲ得サルヘキナリ其他尙ホ甲家ハ富ニシテ乙家ハ貧ナリ而モ乙家ニハ家族多キ場合ノ如キ若シ其家族中ニ甲家戸主ノ親族タル者アルニ於テハ兩家ノ戸主ノ同意ヲ以テ之ヲ甲家ノ家族タルコトヲ得セシムルノ必要アル等一々例ヲ擧ケテ其之ヲ規定スルノ必要ヲ示スニ於テハ殆ト枚擧ニ違アラサルヘキナリ是レ民法第七百三十七條及第七百三十八條ノ規定アル所以ナリ唯茲ニ此規定ヲ置クノ

復籍ニ因ル獲得

結果トシテ一種ノ弊害ヲ生スヘキ恐アルハ他ナラス或家ノ戸主カ養子タル場合ニ於テ其養子タル戸主カ實家ニ在ル自己ノ親族ヲハ妄ニ養家ノ家族ト爲シ以テ養家ノ煩累ヲ醸スコトアルヘキノ弊害是ナリ然レトモ是レ實ニ已ムコトヲ得サルノ結果ニシテ法律ハ戸主ノ養子タル場合ニ限り特ニ制限ヲ置ク能ハサルヘキナリ然リ而シテ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ其家ノ戸主ノ親族ニアラサル自己ノ直系卑屬ヲ婚家又ハ養家ノ家族ト爲サムトスルトキノ及婚家又ハ養家ヲ去リタル者カ其家ニ在ル自己ノ直系卑屬ヲ自己ノ家族ト爲サムトスルトキノハ前述兩家戸主ノ同意ヲ經ルノ外尙ホ其配偶者又ハ養親ノ同意ヲ經ルコトヲ要ス

第四款 復籍ニ因ル獲得

一タセ或家ノ籍ヲ離レ他家ノ家族トナリタル者ト雖モ或事情ノ存スルトキノ元家ニ復籍スルコトヲ許サルヘカラサルコトアリ即チ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ離婚又ハ離縁トナリタルトキノ是ナリ蓋離婚又ハ離縁トナリタルトキノ其婚家若ハ養家ニ止ルコトヲ得サルヲ以テナリ然レトモ婚姻又ハ

親族法 家族 家族ノ家籍 獲得家籍

養子縁組ノ當時ニ於テ實家ノ戸主ノ同意ヲ受ケサリシ者マテモ當然復籍スルコトヲ得セシムルトキハ戸主ノ權利ヲ完クスルコト能ハサルニ因リ法律ハ或ル條件ノ下ニ其復籍ヲ拒ムヲ得セシムルコトハ既ニ述ヘタル所ノ如シ(七五)民法ハ此場合ニ於テノミ之ヲ復籍トシ他ハ總テ轉籍トシタルモノ、如シ即チ婚姻ニ因リテ他家ニ入りタル者、配偶者ノ死亡シタルトキ婚家及實家ノ戸主ノ同意ヲ得テ實家ニ復籍スルモ民法ニ於テハ轉籍ナリ蓋戸主ノ同意ヲ得テ初テ爲スコトヲ得ヘキニ依ルナリ又分家ヲ爲シタル者ハ本家ノ戸主ノ同意ヲ得テ其家ヲ廢シ本家ニ復籍スルコトヲ得ルモ右ト同一ノ理由ニ依リ民法ニ於テハ轉籍ナリ其他他家ノ戸主ノ親族タル或家ノ家族ニシテ兩家ノ戸主ノ同意ヲ得テ其他家ノ家族トナリタル者、婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者ノ直系卑屬ニシテ其配偶者又ハ其養親並ニ戸主ノ同意ニ因リ婚家又ハ養家ノ家族トナリタル者及婚家又ハ養家ヲ去レル者ノ直系卑屬ニシテ其配偶者又ハ其養親タリシ者並ニ戸主ノ同意ニ因リテ婚家又ハ養家ヲ去レル者ノ家族トナリタル者カ實家ニ復籍スルコトアルモ民法ニ於テハ共ニ皆轉籍ナリトス

第五編 婚姻

第一章 婚姻制小史

男女ノ共同生活即チ婚姻ナリトセバ人類ノ歴史ニ於テ婚姻ナル現象ヲ見サルノ時代アルコトナシ何トナレハ男女ノ共同生活ハ男女生理上ノ性質ト人類種族ヲ維持スル自然ノ必要トニ基クモノニシテ苟モ人類アレハ之ニ伴フ現象ダレハナリ然レトモ婚姻ハ一男一女ノ共同生活タルコトヲ要シ而モ其共同生活ハ男女雙方ノ自由意思ニ基キタルモノナルコトヲ要スルハ近世ノ法律思想ニシテ此制限的意義ニ於ケル婚姻ハ如何ナル時代ニ於テモ又如何ナル社會ニ於テモ存在シタリト云フヘカラス一部ノ社會學者ノ研究ノ結果ニ依レハ原人ノ社會ニ在リテハ部落ノ男女悉ク共同ノ夫妻タリシコトアリ稱シテ共同婚(Communal marriage)ノ時代ト云フ各部落爭鬪ヲ事トスルニ及ムテハ男子ノ單獨ノ意思ヲ以テ他部落ニ在ル婦女ヲ掠奪シテ其妻ト爲ス慣習ノ存在シタルコトアリ稱シテ掠奪婚(Marriage

by privation) ノ時代ト云フ文化稍進ミ争鬪止ミテ一族ノ權力男子ニ移ルニ及ム
 テ婦女ハ賣買ノ目的物トナリ男女ノ共同生活ハ男子ト婦女ノ父トノ賣買ノ取引
 ニ因リテ成立スル慣習ノ存在シタルコトアリ稱シテ賣買婚 (Marriage by sale) ノ時
 代ト云フ社會ノ進歩カ奴隷ノ外人身ノ賣買ヲ許サ、ルコト、ナリテ婦女ハ賣買
 ノ目的物ヨリ遷リテ贈與ノ目的物トナリ男女ノ共同生活ハ婦女ノ父ヨリ男子ニ
 其婦女ヲ贈與スルニ因リテ成立スル慣習ノ存在シタルコトアリ稱シテ贈與婚
 (Marriage by gift) ノ時代ト云フ社會愈進歩シ人類ハ其性ノ如何ヲ問ハス法律關係
 ノ主體タルヘキモノニシテ物體タルコトヲ許サ、ルノ觀念ヲ生スルニ及ムテ婦
 女モ亦男子ト法律上同位地ヲ占ムルコト、ナリテ近世ノ法律思想ニ於ケル婚姻
 ヲ見ルニ至レリ稱シテ共諾婚 (Marriage by mutual consent) ノ時代ト云フ之ヲ要スル
 ニ婚姻制ハ社會ノ進歩發達ニ伴フテ數變シテ今日ノ状態ヲ見ルニ至リタルモノ
 ト云ハサルヘカラス然レトモ是レ唯進歩シタル社會ニ付テ其變遷ノ順序ヲ示シ
 タルニ過キス文化未タ低度ナル民族ニ在リテハ現時ト雖モ尙ホ此變遷ノ途中ニ
 彷徨スルモノ少ナシトセサルナリ

婚姻制ハ斯ノ如ク數變シテ今日ニ至リタリト雖モ共同生活ヲ爲スヘキ男女ノ制
 限ニ付テハ必スシモ右ノ時代ニ伴ハサルモノアリ若シ夫レ普通ノ觀念ヲ以テセ
 ハ原人ノ社會ニハ親子ノ秩序アルニアラス又夫妻ノ人倫アルニアラサルカ故ニ
 必スヤ一般ニ所謂共同婚ナルモノ行ハレ婦女ハ恰モ數男子ノ共有物ニシテ一定
 ノ夫ヲ有セサルノ状態ヲ見サルヘカラス多夫一妻ノ制ノ如キ即チ此状態ニ起因
 スルモノト爲スヲ當然ナリト爲スヘキカ如シ現ニ或學者ノ如キハ此普通ノ觀念
 ニ基キ共同婚ヲ以テ婚姻制ノ最古ノ形ト爲シ而シテ多夫一妻ノ制ハ共同婚ニ胚
 胎セルモノナルコトヲ説キ之ヲ證明スルニ諸種ノ原人ニ於ケル状態ヲ以テセリ
 然ルニ當初説述シタルカ如ク近時ノ研究ノ結果ニ依レハ或原人ノ社會ニ共同婚
 ヲ見ルノ例全クナキニアラサルハ事實ナルモ之ヲ以テ一般原人社會ニ於ケル状
 態ナルコトヲ推論スヘカラサルノミナラス多數原人ノ社會ハ却テ一夫一妻ノ共
 同生活ヲ本則トナセル證據多ク其多夫一妻ノ制ノ如キハ其起因全然別存スルモ
 ノナルコトヲ明ニセルヲ見ル而シテ多夫一妻ノ制若ハ一夫多妻ノ制ハ概シテ半
 開已下ノ民族ニ多ク見ル所ナリト雖モ一夫一妻ノ制必スシモ文化高等ノ國ニ特

有ナルニアラス一夫多妻ノ制亦必スシモ事實ニ於テ近世文明國ニ其跡ヲ絶テリト云フコトヲ得ス唯近世ノ法律思想ニ於テハ一夫一妻ノ制最モ男女ノ生理的情性ニ適合シ且家族及社會ノ秩序ヲ維持スルニ必要ナルヲ認ムルノミ

右ノ如ク近時ノ研究ノ結果ニ依レハ婚姻制ノ歴史ニ於テ所謂共同婚ノ時代アルコトヲ認ムヘカラサルハ勿論掠奪婚ノ慣習ト雖モ世界ノ各方面ニ於ケル總テノ原人中ニ行ハレタルコトヲ斷言スルハ頗ル危険ナリ然レトモ掠奪婚ハ多クノ方面ニ於ケル原人中ニ行ハレタルノ證據アルコトハ諸學者ノ著書中蒐集セル所ニ依テ之ヲ見ルモ疑ヲ容ルヘカラス殊ニ此慣習ハ定婚ノ制ヲ見ルニ至リタル起因ヲ成シ併セテ異族相婚及異性相婚ノ慣習ヲ誘引シタルノ事跡アルト又後世ニ至ルマテ各種民族ノ婚姻ノ儀式中ニ多クノ痕跡ヲ留メタルノ事跡アルトニ依テ之ヲ見ルモ其行ハレタル範圍ノ決シテ狭少ナルモノニアラサリシコトヲ想像スルニ足ルヘキヲ以テ婚姻制變遷ノ一時期トシテ之ヲ見ルニ於テ必スシモ不可ナカ

ルヘシ諸學者ノ著書ニ就テ見ルニ歐羅巴ニ於ケル諸民族中ニ此慣習ノ行ハレタルコトヲ證スルノ材料稍乏シキニ似タリト雖モ尙ホホーマーノ古詩或ハヒロド

トタスノ歴史ニ依テ此慣習ノ希臘ニ存在シタルコトヲ證スルノミナラス現ニスバルタ人ハ婚姻ノ儀式ノ緊要ナル標章トシテ之ヲ維持スト云フ羅馬人ニ就テモ亦花嫁ハ逃ケテ母ノ腰掛ニ縋付キ婿及其友ハ腕力ヲ以テ之ヲ連レ去リタルノ證據アリ然レトモ有史ノ時代ニ在リテハ此事ハ儀式ニ止レリト記スモノアリ瑞典ニ於テハ昔時婚禮ハ夜間ニ於テ之ヲ行ヒ新婦ノ朋友中ヨリ強壯ナル數男子ヲ選ミテ刀劔ヲ以テ護衛セシメタル慣習ノ存在シタルハ畢竟婦女ノ掠奪ヲ恐レタルニ起因スルモノナルカ如ク其他露西亞及他ノ「スラボニヤ」人種中ニモ婚姻ノ儀式中尙ホ掠奪婚ノ痕跡アルコトヲ記セリ而モ濠洲亞細亞亞非利加太平洋諸島及南米等ニ於ケル土蕃中ニハ此慣習ノ行ハレタル證據ノ確實ナルモノ最モ多キカ如シ印度ノ古法「メヌ」ノ法典中ニハ人ノ適法ナル婚姻ノ儀式中「ラークシャジ」即チ掠奪婚ノコトアリ其定義ニ曰ク女子アリテ戰爭ニ際シ親戚朋友ハ悉ク皆傷死シ家室モ既ニ敵ノ破ル所ト爲リテ啼キ叫ヒ救助ヲ乞フトキ腕力ヲ以テ之ヲ奪ヒ去ルヲ「ラークシャジ」ト云フトアリ即チ「ラークシャジ」ハ特ニ軍人ニ適用スル掠奪的婚姻制ナリシヲ知ルヘシ「モセス」ノ法典中ニモ古代ノ猶太人中ニハ軍人ノミハ人種ノ

異同ヲ問ハス戰場ニ於テ掠取セル婦女ヲ妻ト爲スヲ允シタルコトヲ記セリジヤ
 ミーソン氏ハ余ノ知ル所ニテハ妻トスル爲メ女ヲ掠奪スルコトハ支那ノ歴史上
 痕跡ヲ留メス又婚姻ノ儀式中何レニモ形ヲ存セスト言ヘリ我國ニモ記録ニ存ス
 ル證據ナシト雖モ婚姻ヲ祝スルカ爲メニ石或ハ草鞋ヲ投シ若ハ水ヲ流シ掛タル
 等ノ慣習アリタルヲ以テ之ヲ見レハ土人中ニハ蓋掠奪婚ノ慣習ノ存在シタルヤ
 ノ疑ナキニアラス即チ婦女ノ掠奪ニ遇ヒタル際石若ハ草鞋ノ類ヲ投ケ之ヲ防禦
 シタルヨリ遂ニ斯ノ如キ行爲ヲ以テ婚姻ヲ祝スルニ至リタルモノナル歟
 然リ而シテ右ノ如ク掠奪婚ノ行ハレタル當時ニ在リテモ或種族中ニハ買賣婚行
 ハレ牛馬其他ノ物件ト婦女トヲ交換スルノ慣習ヲ存シタルモノ少カラザリシハ
 學者ノ證明スル所ナリ然レトモ代價ニ依リテ婦女ヲ買得シ以テ自己ノ妻ト爲ス
 ノ慣習ハ大體ニ於テ掠奪婚ニ次テ養成セラレ一般ニ行ハル、ニ至リタルモノ、
 如シ甚タシキニ至テハ婦女ノ定價ヲ設ケタル法律ノ存在シタルコトナキニアラ
 ス例ハイスラントノ古法ニ依レハ少クトモ「マルク」ノ價ヲ以テ婦女ヲ購買スル
 ニアラザレハ法律上正當ノ婚姻タルコトヲ認メザリシカ如キ其一例ナリ羅馬ノ

古法ニ於ケル「コエンブシヨ」(Coemptio)ノ制度ノ如キ亦永ク婦女ヲ使役セムカ爲メ
 ニ一婦若ハ數婦ヲ買得シ男女ノ特別ナル所有物ト爲シタルモノタルコトヲ疑ハ
 ス斯ノ如クニシテ夫ハ買得ニ因リ其婦カ自己ノ所有トナルカ故ニ婦ノ身上ニ付
 テハ自ラ專權ヲ有シ若シ之ヲ嫌フカ又ハ其子ナキトキハ忽チ之ヲ去ルコトヲ得
 タルハ上古ニ於テ殆ト一般ニ行ハレタル習慣ナルカ如シ而シテ此賣買ノ目的タ
 ル婦女ハ毫モ之カ協議ニ與ルコトナクシテ其賣買ハ父ト夫トノ間ニ成ルモノタ
 リシナリ若シ又其夫タラムトスル者ニシテ代價ヲ支拂フコト能ハサルトキハ或
 期間其婦ノ父ノ勞役ニ服シ之ヲ以テ代價ニ代フルコトヲ得タリ學者之ヲ勞役婚
 (Marriage by servitude)ト稱セリ社會ノ風潮漸ク公義ヲ重スルニ至リ婦女ヲ以テ賣
 買ノ目的物ト爲スノ背理ナルコトヲ知リ婚姻ハ父ヨリ夫タルヘキ者ニ婦女ヲ贈
 與スルニ依リテ成ルモノト爲スノ習慣ヲ生スルニ至リタルハ現ニ我國從來ノ慣
 習ニ依テ之ヲ見ルモ明ナリ然レトモ贈與婚ハ一般ニ行ハレタル慣習ナルコトハ
 之ヲ證明スルノ材料乏シキカ故ニ之ヲ以テ婚姻制變遷ノ一時代ト爲スコトハ躊
 躇セサルヲ得サルナリ

社會愈進化スルニ從テ婦女モ亦一人ノ位權アルモノナルコトヲ認メラレ之ヲ以テ賣買又ハ贈與ノ目的物トスルカ如キコトハ自ラ熄ムニ至リ斯ル慣習ハ古俗ノ一例ニ過キサルモノトナリ從テ婚姻ヲ爲サムトスルトキハ必ス先ツ其婦ノ承諾ヲ要スルコト、ナレリ學者稱シテ共諾婚ノ時代ト云フ此時代ニ於テハ昔日ニ於ケルカ如ク代價ノ名義ヲ用ヒスシテ嫁資又ハ養老資金ノ名義ヲ以テ之ヲ婦タルヘキ者ニ與ヘ專ラ夫ノ死後ニ生存スル場合或ハ離婚セラレタル場合ノ用ニ供スルカ如キ慣習ヲ生シタリ是レ即チ婦力大ニ不羈ヲ得タルノ徵ナリトス要スルニ婚姻ハ男女同等ノ會合タルニ至リタルナリ而シテ今之ヲ生理上ヨリ觀察スルモ進歩シタル社會ニ於テハ宜シク斯ノ如クナラサルヘカラサルヲ見ルヘシ凡ソ男女會合ヲ爲スヤ各其情慾ノ赴ク所ニ任セ宛モ禽獸ト同一ナルトキハ婚姻ノコトタル何レノ國ニ於テモ之ヲ見テ不良ノコト、爲スニ至ルヘシ之ニ反シテ此事タル管ニ肉體會合ニアラスシテ專ラ道義ノ愛情ヲ以テ其心魂ヲ會合セシムルコトタラシムルトキハ之ヲシテ貴重ノコトタラシムヘシ蓋婚姻ノコトタル愛情以テ恰モ夫婦ヲ一體ト爲シ禍福苦樂ヲ共ニシテ益其親ミヲ厚クシ其子女ヲ教育シ其

業ヲ勉メ又互ニ之ヲ扶助シ相倚リ相資ケテ以テ盛衰ノ運ヲ共ニスルニ在リト云フニアラサレハ得テ其義ヲ解スヘカラサルナリ故ニ婚姻ハ其同類ヲシテ永久斷絶セシメサラムカ爲メノ會合ニ過キストセハ禽獸ノ會合ト相似ルモノナリト雖モ婚姻ノ目的ハ之ニ止ラスシテ其子ヲ養育シ人世ノ艱苦ヲ共ニシテ互ニ相扶持スルニ在リトセハ是レ即チ是非ノ心理ヲ備ヘタル人類ノ獨リ專有スル所ニシテ禽獸ノ能クセサル所タルナリ是ヨリシテ婚姻ナル法律行爲ハ必ス男女ノ自由ノ承諾ヲ要スヘキモノトナラサルヲ得サルヘシ何トナレハ若シ此自由ノ承諾ナクシテ婚姻ヲ爲ストキハ將來ノ親睦ト其目的タル苦樂ヲ共ニシ共同生活ヲ完クスルコトヲ得サレハナリ而モ夫婦タル者ハ三年若ハ五年ト云フカ如ク定期ノ婚姻ヲ爲スヘカラス何トナレハ其會合ノ原因トスル所ノ愛情ハ豫メ其終期ヲ見ルコト能ハサルハ勿論若シ斯ノ如キコトアルトキハ婦ハ結婚ノ初ニ有セシ妙齡ト美貌トヲ失フヲ以テ常ニ其損害ヲ免レサレハナリ然レトモ又他日夫婦ノ同意ヲ以テ婚姻ヲ解クコト能ハスト云フニアラサルナリ是ヲ以テ近世ノ法律思想ニ於テハ男女ノ共同生活ハ一ノ事實タルニ過キスシテ其婚姻トナルニハ法律ノ承認ヲ

要スルモノト爲シテ法律ノ之ヲ承認スルニハ婚姻ニ關スル法定ノ成立要件ヲ具備シ法定ノ方式ヲ以テ行ヒタルコトヲ要ス其要件ヲ具備シ其方式ヲ經ルニアラサレハ男女ノ共同生活ハ單ニ一ノ事實タルニ止リ婚姻ノ關係ヲ生セス又縱令之ヲ生スルコトアルモ取消サルコトアルヘキナリ故ニ近世ノ法律思想ニ於ケル婚姻ハ一ノ法律關係ナリ其關係ヲ生スル行爲ハ一ノ法律行爲ナリトス但歐洲ノ中世ニ於テハ國家ハ尙ホ未タ充分ニ自己ノ職責ヲ識認スルニ至ラスシテ一個人ノ婚姻ノ法則ヲシテ全然教會ノ教則ノ一部ニ列セシメタリ加特力教ノ教則ニ依レハ婚姻ハ一個ノ宗教上ノ儀式タリ是故ニ寺院法ニ於テハ婚姻ノ締結及解除ヲ規定シ婚姻事件ヲ宗教上ノ事件トシテ取扱ヒ且婚姻事件ノ裁判權ヲシテ高級僧侶ニ專屬セシメタリ而シテ是等ノ事タルヤ凡テ中世ノ國家カ絕對ニ準據シタル所ナリ其婚姻ナル行爲カ宗教上ノ羈絆ヲ離レテ俗事上ノ性質ヲ認メラルニ至リタルハ實ニ宗教改革已後ニ在リ爾來國家ハ婚姻事件ニ關スル立法及司法ヲ自己ノ權内ニ專屬セシメ教會ノ參與ヲ離レテ婚姻ヲ爲スコトヲ規定シ婚姻事件ニ付キ拘束力ヲ以テ裁判スルハ獨リ國家ノ裁判所ノミトセルニ至リタルナ

婚姻ノ性質
婚姻ノ定義

第二章 婚姻ノ性質

第一節 婚姻ノ定義

夫ト云ヒ妻ト云フ共ニ適法ノ婚姻ニ因リテ創設セラレタル男女ノ身分ヲ謂フニ外ナラス而シテ婚姻ナル用語ニ二義アリ第一義ハ男女ノ同意ニ因リ夫妻タル身分上ノ關係ヲ創設スル有式ノ行爲ヲ表示シ第二義ハ夫婦タル身分上ノ關係自身ヲ表示ス即チ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民法ニ於テハ此二ツヲ區別スルノ用語ナシ故ニ婚姻ナル語ヲ以テ或ハ有式ノ行爲ト爲シ或ハ夫婦ノ關係トナセリ然レトモ之ヲ夫婦ノ關係トナセルハ便宜上ノ用例タルニ過キス而シテ此行爲ノ性質ニ付テハ學者ノ間大ニ論議アリ其論議ノ因リテ生スル所ハ他ナラス婚姻ハ男女ノ共諾ニ因リテ成ルモノタルヲ認メタルヨリ之ヲ以テ一種ノ契約ト爲スト否トニ在リ婚姻ハ一ノ法律行爲タリ而シテ此法律行爲ハ法定ノ方式ヲ以テ行フ男女ノ意思表示ニ因リテ效力ヲ生スルモノタルハ此點ニ於テハ一般有式ノ行爲ト異ル所ナキヲ見ル故ニ二人若ハ二人已上ノ合

親族法 婚姻 婚姻ノ性質 婚姻ノ定義

意ヲ以テ直ニ契約ナリトセハ婚姻モ亦一種ノ契約ナリト云フテ不可ナキニ似タ
 リ若シ又財産關係ヲ目的トスル合意ノミヲ以テ契約ナリト云ヘハ婚姻ハ全然契
 約ニアラサルナリ何トナレハ婚姻ハ財産關係ヲ目的トスルモノニアラサレハナ
 リ我民法ニ依ルニ契約トハ債權債務ヲ目的トスル合意ヲ稱スルモノトナセルカ
 故ニ婚姻ハ契約ニアラサルナリ況ヤ婚姻ノ普通契約ト差異アル點ハ尙ホ他ニ多
 多アルニ於テヤ今其二三ヲ示サハ普通ノ契約ニ於テハ意思能力ニ缺クル所ナ
 キ已上ハ身體ノ不具ハ故障ヲ爲スモノニアラス婚姻ニ在リテハ不具ノ性質ニ依
 リテハ之ヲ無効タラシム又普通契約ニ於テハ當事者ノ緣故如何ヲ問フコトナシ
 ト雖モ婚姻ニ在リテハ近親ノ緣故アル者ノ如キハ其當事者タルコトヲ得サラシ
 ム又普通ノ契約ニ於テハ既ニ他人ト契約シタル一人カ他ノ一人若ハ數人ト各別
 ナル契約ヲ爲スコトヲ得ルモ婚姻ニ在リテハ現ニ夫妻タルノ關係アル者ハ他人
 ト重テ婚姻スルコトヲ得サル等殆ト枚擧ニ違アラサルナリ然ラハ則チ婚姻ハ如
 何ナル性質ノモノナルヘキヤ蓋婚姻ハ自然ノ狀態ニ於ケル人間ノ一身上ヨリ觀
 察スルトキハ男女ノ器械的ノ結合タルニ過キスト雖モ之ヲ社會上ヨリ觀察スル

トキハ其男女ノ結合タル公ケハ性質ヲ有シ法律ニ於テモ亦其夫婦タルコトヲ認
 ムルカ故ニ從テ其間ニ權利義務ヲ生シ而モ其權利義務タル唯男女雙方ノ間ノ關
 係ニ止ラス併セテ社會公衆ニ對スルモノトナルナリ是以テ近世諸國ノ制度ハ
 法律ニ定ムル所ニ從ヒタル婚姻ニアラサレハ法律上其效力ヲ與ヘサルモノトセ
 リ加之婚姻ハ禽獸ノ會合トハ其性質ヲ異ニシ單ニ同類ヲシテ永久斷絶セシメサ
 ラムカ爲メニスルモノニアラス必スヤ人世ノ艱苦ヲ共ニシ互ニ相扶持スルヲ以
 テ目的トスルニ在リ是レ即チ是非ノ心理ヲ備ヘタル人類ノ獨リ專有スル所ニシ
 テ禽獸ノ能クセサル所ナリ是以テ近世ノ學者ハ
 婚姻トハ法律ヲ以テ公認セル一男一女ノ共諾ニ因リ生存間ノ共同生活ヲ目的
 トスル法律行為ナリ
 ト説クニ至レリ然レトモ一男一女ノ共同生活カ最モ男女ノ生理的精神ニ適合シ
 且家族及社會ノ秩序ヲ維持スルニ必要ナルヲ認メタルハ文明諸國ニ於テノミ行
 ハル、所ノ思想タルニ過キス故ニ未開國ノ婚姻ニハ右ノ如キ定義ハ尙ホ之ヲ適
 用スヘカラサルナリ是ヲ以テ今婚姻ノ定義ヲシテ一夫多妻ノ「モルモン」宗ノ國ニ

モ數夫一妻ノチベット國ニモ一夫一妻ノ歐米諸國ニモ悉ク適用スルモノタラシメムト欲セハ婚姻ハ法律ニ公認シタル男女兩性ノ結合ナリト云フノ外ナカルヘキヲ知ルヘシ蓋法律ノ公認セサル男女兩性ノ結合ハ之ヲ野合ト稱スヘキナリ我民法ハ即チ歐米文明諸國ニ普通ナル婚姻ノ思想ヲ採用シタルカ故ニ前顯近世學者ノ採ル所ノ婚姻ノ定義ハ之ヲ我國法ニ於ケル婚姻ニモ亦適用スルコトヲ得ヘシ果シテ然リトセハ我民法ニ於ケル婚姻ハ歐米諸國ノ法制ニ於ケルト同シク左ノ四條件ヲ具備スルヲ要スルコト自ラ明ナリ

- 一 一夫一婦タラサルヘカラス
- 二 共諾ナカルヘカラス
- 三 畢生ノ結合ヲ目的トセサルヘカラス
- 四 法定條件ヲ具備セサルヘカラス

トノコト是ナリトス

婚姻ノ豫

第二節 婚姻ノ豫約

婚姻ノ豫約トハ未來ニ於テ結婚ヲ爲ス旨ノ約束ヲ謂フ羅馬法ニ於テハ「スポンザ

リア(Sponsalia)ト稱シ男女年齢七歳已上ニ達セハ口頭ヲ以テ此豫約ヲ爲スコトヲ許シ若シ其男女ニシテ父權ノ下ニ在ル者ナルトキハ其父ノ同意ヲ要スルモノト爲シ殊ニ女ニ付テハ其夫トシテ父ノ選擇シタル者ニ對シテ其者カ惡質ヲ有スル場合ヲ除ク外故障ヲ述フルコトヲ許サ、ルモノトセリ然レトモ此豫約ハ履行ノ強制ヲ許サ、リシノミナラス破約ノ場合ニ損害ノ要償ヲモ爲スコトヲ許サ、リシモノ、如シ我國ニ於テハ許婚ノ慣習アリタリト雖モ是レ婚姻ノ當事者ト爲ルヘキ男女雙方ノ父母カ未來ニ於テ其男女ヲ婚姻セシムルノ豫約ニシテ婚姻當事者ノ豫約ニアラス又結納ハ今日ニ在リテハ當事者ノ婚姻豫約ノ方式タルモ從來ニ在リテハ當事者ノ内夫タルヘキ者ト妻タルヘキ者ノ父トノ間ニ成立スル婚姻豫約ノ方式タリシナリ近世歐洲諸國ノ法制ニ付テ婚姻ノ豫約ニ關スル立法例ヲ按スルニ何レノ法制ニ於テモ婚姻ノ豫約ハ當事者雙方ノ身分ニ關シ何等ノ效果ヲ生セサルモノト爲スカ故ニ此豫約アルモ其一方ノ者ト他人トノ間ニ婚姻ヲ爲スノ障礙ヲ成サ、ルノミナラス豫約者ノ一方ト他ノ一方ノ血族ノ間ニ姻族ノ關係ヲ生スルコトナク縱令其豫約者カ引續テ共住スルコトアルモ當然婚姻ノ成立

スルコトヲ認メス然レトモ其豫約ヲ破リタルトキニ於ケル救済ニ關シテハ三種ノ制度ノ存在スルヲ見ル其一ハ婚姻ノ違約ニ關シテハ全然損害賠償ノ訴ヲ許ササルモノ是ナリ例ハ伊太利民法ノ如シ(五伊三)其二ハ婚姻ノ違約ニ因リテ實際損害ヲ受ケタル者ニ損害賠償ノ訴ヲ爲スコトヲ許スモノ是ナリ例ハ埃國民法ノ如シ(埃四)佛國民法ニ於テハ何等ノ明文ナキカ故ニ實際損害ヲ受ケタル者ニ損害賠償ノ訴ヲ許スヘキヤ否ニ付キ學說及判決例共ニ一致セサルモ民法第千三百八十二條ニ凡ソ人己ノ過失ニ因リ他人ニ損害ヲ被ラシムルトキハ之ヲ賠フ義務アルコトヲ規定セルヨリ學說及判決例ノ多クハ婚姻違約ノ場合ニ實際ニ損害ヲ受ケタル者ハ損害賠償ノ訴ヲ爲スコトヲ許スヘキモノト解釋セリ其三ハ婚姻ノ違約アリタルトキハ實際ノ損害ノ有無ニ拘ラス違約者ニ對シテ損害賠償ノ訴ヲ許スモノ是ナリ例ハ獨逸新民法及英國法ノ如シ就中獨逸新民法ハ此事ニ關シ嘗テ類例ナキ詳密ノ規定ヲ置キタリ今其大要ヲ摘述セハ婚姻ノ豫約ニ基キ婚姻履行ノ訴ヲ爲スコトヲ許サ、ルノミナラス婚姻ヲ爲サ、ル場合ニ於ケル科罰ノ約束ハ全然無効タルモノトス(獨九七)然レトモ正當ナル解除ノ理由ナキニ拘ラス豫約者

ノ一方カ婚姻ノ豫約ヲ解除シタル場合ニハ豫約者ノ他ノ一方及其父母又ハ父母ニ代リテ或行爲ヲ爲シタル第三者ニ婚姻ヲ豫期シテ支出ヲ爲シ又ハ義務ヲ承諾シタルカ爲メニ生シタル損害其他豫約者ノ一方カ婚姻ヲ豫期シテ其財産又ハ職業ニ影響ヲ及ホス處置ヲ爲シタルカ爲メニ生シタル損害ヲ賠償スルコトヲ要スルモノトセリ但此損害賠償ノ責ハ支出義務ノ承諾其他ノ處置カ適當ナリシ場合ニ於テノミ生スルモノトシ(獨九八)若シ又之ニ反シテ豫約者ノ一方カ正當ナル解除ノ理由ヲ構成スル過失ヲ爲シ爲メニ他ノ一方ヨリ豫約ノ解除ヲ爲スニ至リタルモノナルトキハ其過失ヲ爲シタル一方ヨリ他ノ一方及其父母又ハ父母ニ代リテ或行爲ヲ爲シタル第三者ニ前述ノ損害ヲ賠償スルコトヲ要スヘシ(獨九九)而シテ豫約ノ當事者タル女カ其豫約ニ基キ他ノ當事者タル男ニ同衾ヲ許シ加フルニ前述ノ如キ損害アリタルトキハ財産上ノ損害ニアラサル損害ニ付テモ尙ホ相當ナル金錢上ノ賠償ヲ求ムルコトヲ許セリ(獨一〇〇)其他婚姻ヲ爲サ、ル場合ニ婚姻豫約者ノ一方カ他ノ一方ニ贈與シタル物アルトキハ贈與者ハ受贈者ニ對シ不當利得還付ノ規定ニ基キ其還付ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(獨一〇一)而シテ又右等損害

要償ノ權及不當利得還付ノ請求權ハ婚姻豫約解除ノ後二個年ヲ以テ時効ニ罹ルモノトセリ(獨民三〇二)是レ即チ獨逸新民法ニ於ケル規定ノ大要ナリ英國法モ亦大體ニ於テ其主意ヲ同シクセリ我民法ニ於テハ全然婚姻ノ豫約ナルモノヲ認メサルカ故ニ縱令實際ニ於テ豫約ヲ爲スコトアルモ法律上無効ノ拘束ナルヲ以テ豫約ノ解除ニ依リ損害ヲ生スルコトアルモ之カ賠償ノ要求ヲ許サ、ルハ勿論其豫約ニ基キ豫約者ノ一方カ他ノ一方ニ物ヲ贈與スルコトアルモ是レ唯一般ノ贈與タルニ過キサレハ豫約ヲ解除シタリトテ不當利得ノ規定ニ依リ之カ還付ヲ求ムルコトヲ許サ、ルナリ

抑結婚豫約ノコトタル法律上之ヲ認ムル已上ハ豫約者ノ一方カ正當ノ理由ナクシテ破約シ爲メニ他ノ一方ノ聲名ヲ損シ若ハ財産上ニ損害ヲ受ケシメタルニ於テハ之カ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ許スヘキハ當然ナリ然レトモ婚姻ノ豫約ヲ法律上認ムルノ利害得失ニ關シテハ立法論トシテ大ニ考究ヲ要スヘキコトニ屬シ容易ニ判斷スヘカラスト雖モ此豫約タル其性質ニ於テ履行ヲ強制シ得ヘキモノニアラサルハ勿論破約ノ場合ニ於テ生スル所ノ損害ハ賠償ニ依リテ能ク修補

セラレ得ヘキモノニアラスシテ時ニ或ハ之カ爲メニ一生ヲ過ルカ如キコトナシトセス加之既ニ婚姻ハ之ヲ爲ス當時ニ於ケル當事者雙方ノ自由ノ意思ニ因リテ成ルモノタル已上ハ苟モ其自由ノ意思ヲ拘束スルカ如キコトヲ認ムルハ即チ其本來ノ性質ニ反スルモノト云ハサルヘカラス婚姻ノ豫約ヲ認ムルカ如キ是ナリ是レ我民法カ多クノ立法例ニ反シ伊國民法ニ倣ヒ全然婚姻ノ豫約ヲ認メザリシ所以ナリ

入夫婚姻

第三節 入夫婚姻

入夫婚姻ハ家族制度ヨリ結果スル婚姻ノ一種ニシテ即チ女戸主カ夫ヲ迎ヘテ爲ス婚姻ナリ換言セハ結婚ノ一方ノ當事者タル女カ戸主タル場合ニ於テノミ成立スル所ノ婚姻ナリ而シテ此婚姻ハ戸主タル女カ反對ノ意思ヲ表示セサル已上ハ家督相續開始ノ原因ヲ成スモノニシテ入夫ハ戸主タル其妻ヲ相續シテ自ラ戸主トナル結果ヲ生スルモノナルカ故ニ夫ハ婚姻ニ因リテ妻ノ家ニ入ラサルヘカラス是レ蓋此婚姻ニ於ケル特色タリ其他普通ノ婚姻ニ在リテハ妻ハ夫ノ家ニ入ルニ拘ラス入夫婚姻ニ在リテハ夫ハ妻ノ家ニ入ルコト、ナリ又夫ハ婚姻ヨリ生ス

ル費用ヲ負擔スヘキモノナルモ妻カ戸主ナルトキハ妻之ヲ負擔スルノ特例アルノ外普通ノ婚姻ト其性質及效果ニ於テ異ルコトナシ

第三章 婚姻ノ要件

第一節 總說

當事者タル男女ノ意思ノ合致ハ婚姻ノ性質上其要素ヲ成スモノタルコトハ前章ニ説明シタル所ニ依リテ明ナリ然ルニ婚姻ハ當事者間ニ夫婦タル身分關係ヲ生スルト共ニ社會ニ對シテモ亦種々ノ影響ヲ及ホスモノナルニ依リ民法ハ婚姻ヲ成立セシムルニ公益上又ハ私益上諸種ノ條件ヲ必要トセリ而シテ此條件ヲ婚姻ハ要件ト云フ而シテ此要件中ニハ其之ヲ缺クカ爲メニ婚姻ヲ以テ初ヨリ無効ノモノト爲サハルヘカラサルモノアリ又單ニ取消シ得ヘキモノトシテ足ルモノアル等其輕重一ナラス諸國法制ノ沿革ニ依ルニ從來動モスレハ要件ノ輕重ヲ區別セス苟モ之ヲ缺クトキハ婚姻ヲ以テ初ヨリ無効ノモノト爲スノ傾アリタリト雖モ近世ニ及ムテハ成ルヘク婚姻ヲ以テ初ヨリ無効ト爲スノ法制ヲ避ケ要件ヲ缺クコトアルモ其婚姻ハ重大ナル瑕疵アル場合ノ外單ニ取消シ得ヘキモノトシテ而

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ノ傾向アルモノノ如シ是レ蓋瑕疵アルカ爲メニ婚姻ヲシテ無効タラシムルヨリ生スル害毒ハ却テ其不完全ナル儘ニ之ヲ存續セシムルカ爲メニ生スル害毒ヨリ甚タシキモノアルヲ以テ成ルヘク當事者若ハ利害關係人ノ請求ヲ待テ法律ノ干涉ヲ容レムコトヲ期スルニ外ナラス是ヲ以テ婚姻ノ要件中如何ナル條件ヲ缺クトキハ其婚姻ヲ初ヨリ無効トシ如何ナル條件ヲ缺クトキハ其婚姻ヲ取消シ得ヘキモノト爲スヤハ諸國ノ法制區々ニシテ固ヨリ一定セサルノミナラス一國ノ法制中ニ在リテモ時勢ノ變遷ニ依リテ大ニ差異アルノ跡ヲ遺セリ我民法ニ於テハ近世法制上ノ傾向ニ鑑ミ婚姻ハ其性質上ノ要素ト法定ノ方式ヲ缺ク場合ノ外法定要件ヲ缺クトコトアルモ總テ之ヲ取消シ得ヘキモノト爲スニ止メ全然無効ト爲スノ酷制ヲ避ケ而モ取消ハ將來ニ向テノミ效力ヲ生スルモノトシテ一般ノ法律行爲取消ノ如ク其效力ヲ既往ニ遡ラシメサルモノトシタリ

第二節 實質上ノ要件

第一款 當事者ノ共諾

實質上ノ要件
當事者ノ共諾

親族法 婚姻ノ要件 總說 實質上ノ要件

婚姻ハ當事者タル男女ノ共諾ニ由リテ成ルモノナル已上ハ其共諾ハ即チ婚姻ノ基礎ニシテ苟モ之ヲ缺クトキハ原因ノ如何ニ拘ラス婚姻ハ初ヨリ成立セサルモハト爲サ、ルヘカラサルハ論ヲ俟タス換言セハ當事者タル男女ノ共諾ハ婚姻成立ノ要素ヲ成スモノナルナリ是レ現時歐米諸國ニ於ケル法制ノ一致スル所ニシテ一モ除外例アルヲ見ス民法第七百七十八條第一號ノ規定アルモ全ク歐米諸國ニ於ケル法制ノ主義ヲ採用シタル結果タリ然レトモ同シク共諾ノ缺ケタル場合ナルモ時ニ或ハ全ク欠缺シタリト看做スヘキ場合アリ又時ニ或ハ其共諾ニ瑕疵アリト看做スヘキ場合アリテ一ナラス即チ人違又ハ喪心等ニ因リテ共諾ノ欠缺シタル場合ハ常ニ全ク共諾ナキモノト看做スコトヲ得ヘシト雖モ詐欺若ハ強迫ニ因リテ共諾ノ欠缺シタル場合ノ如キハ其程度ニ因リテ差異アルヘキカ故ニ未タ初ヨリ全ク共諾ノ欠缺シタルモノト断定スヘカラサルコトナシトセス換言セハ詐欺若ハ強迫ニハ承諾ヲ阻却スル場合ト承諾ノ瑕疵ト爲ル場合トノ二様アルアリテ存ス其承諾ヲ阻却スル場合ニ在リテハ婚姻ノ無効タルハ當然ナルモ單ニ承諾ノ瑕疵ト爲ル場合ニ在リテハ其婚姻ハ單ニ取消シ得ヘキモノト爲スコトヲ普

通契約ノ場合ト異ルコトナシ然レトモ近世ノ法制ハ前述シタルカ如ク成ルヘク婚姻ヲ無効ト爲スノ酷制ヲ避クルノ結果詐欺若ハ強迫ニ因リテ成リタル婚姻ハ詐欺若ハ強迫ノ程度如何ニ拘ラス單ニ取消シ得ヘキモノト爲スノ傾向アリ而シテ當事者ノ共諾ニハ(一)婚姻ノ意思アルコトヲ要シ(二)其表示アルコトヲ要シ(三)意思ト表示ト一致スルコトヲ要シ又(四)任意ノ意思表示アルコトヲ要ス
 前述ノ如ク婚姻ニハ當事者ノ共諾ヲ必要ト爲スカ故ニ其當事者ハ各完全ナル承諾ヲ與フルニ足ル精神上ノ能力ヲ備フル者ナラサルヘカラス即チ白痴瘋癲者ノ如キモノハ此能力ヲ備フルモノニアラサルヲ以テ適法ナル婚姻ノ當事者タルコトヲ得サルハ論ヲ俟タス故ニ是等ノ者ト爲シタル婚姻ハ法律上全ク無効ト爲ササルヘカラス尤モ昔時ニ在リテハ歐洲諸國ノ法制動モスレハ婚姻ヲ以テ神聖ノモノト爲シタルヨリ斯ノ如キ婚姻ト雖モ尙ホ之ヲ無効ト爲スコトヲ許サ、リシ跡アルハ其當時ノ狀勢ニ於テ已ムヲ得サリシコト、知ルヘキナリ(ビショップ氏著)唯所謂白痴者若ハ瘋癲者ノ如キハ其種類性質ニ種々アリテ一定セサルカ故ニ往々ニシテ難問ヲ生スルコトナキニアラサルモ要スルニ事實上ノ問題ニ屬スルカ

故ニ場合ニ從ヒ裁判官ノ認定スル所ニ任スルノ外ナカルヘシ又教育ノ普及セザ
 リシ時代ニ在リテハ聾啞者ノ如キ者モ亦一種ノ白痴者ト認メラレ婚姻ヲ承諾ス
 ルノ能力ナキモノトシタルコトナキニアラスト雖モ今日ハ即チ之ニ反シテ聾啞
 者ノ如キ者モ符號ニ依リテ完全ナル承諾ヲ與フルコトヲ得ヘキ者ト認メラル、
 ニ至レリ況ヤ單純ナル聾者聾者若ハ盲者ノ如キ者ニ至リテハ婚姻上ノ無能力者
 ニアラサルコト勿論ナリ又時ニ或ハ當事者ノ身體中男女兩性ノ區別ヲ表示スヘ
 キ部分ニ不完備ナルコトナシトセス斯ル場合ニ於テハ婚姻ノ主眼タル男女共同
 生活ノ目的ヲ完タスルコト能ハサルニ依リ諸國ノ法制ハ寧ロ當事者ノ身體中斯
 ノ如キ不具ノ存スルコトナキヲ欲セリ故ニ若シ當事者中此不具ノ存スルアリテ
 到底不治ノモノナルトキハ其既ニ爲シタル婚姻ヲ以テ無効ノモノト爲サ、ルヘ
 カラス畢竟是レ當事者ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキモノト爲サ、ルヲ得サレハナリ然
 レトモ其不具ニシテ婚姻ノ當時存シタルニアラスシテ婚姻ノ後ニ生シタルモノ
 ナルトキハ其婚姻ヲ以テ無効ト爲スヘカラス

當事者ノ
適齡

第二款 當事者ノ適齡

凡ソ法律上行爲能力ニ付テハ年齡ニ依リ成年者及未成年者ニ區別シ未成年者ハ
 之ヲ無能力者ト爲ス已上ハ婚姻ヲ爲スニ付テ別ニ年齡上ノ制限ヲ設ケストモ一
 般ノ制限ニ依ルヘキハ當然ナルカ如シ然レトモ婚姻ノ適齡ト肉體ノ發達トニ懸
 隔アルトキハ情慾ノ制スヘカラサルヨリ却テ風俗ヲ紊スノ恐アルヲ以テ諸國ノ
 法制ハ皆婚姻ヲ爲スニ付テノ年齡ノ制限ハ之ヲ普通行爲能力ニ關スル年齡ノ制
 限ト殊別セリ即チ英、米、佛、獨ノ四國ノ法律ニ就テ之ヲ見ルモ何レモ皆年齡二十一
 歳ヲ以テ普通ノ成年ト爲スニ拘ラス婚姻ニ付テハ北米合衆國ハ各州年齡ノ程度
 ヲ異ニスルモ英國法ハ男ハ十四歳女ハ十二歳佛國法ハ男ハ十八歳女ハ十五歳獨
 國法ハ男ハ二十歳女ハ十六歳ヲ以テ其成年ト爲セリ蓋國々ノ風土氣候等ニ異同
 アルニ因リテ肉體ノ發達ニモ異同アルカ故ニ從テ其規定ヲ異ニセルナリ我國ニ
 ハ明治九年(四)布告第四十一號ヲ以テ自今滿二十年ヲ以テ丁年ト定ムト達セラレ
 タル外婚姻ニ付テハ從來別ニ斯ノ如キ制限ナカリシヲ以テ法律上ヨリ云ヘハ其
 年齡如何ニ拘ラス婚姻ヲ爲スヲ得ヘカリシハ勿論ナリ唯實際ニ於テ幼少ナル者
 カ婚姻ヲ爲スノ例ハ甚タ稀ナリシノミ但陸海軍軍人ニ付テハ別ニ結婚年齡ニ制

親族法

婚姻

婚姻ノ要件

實質上ノ要件

限ヲ設ケタルモノアリ民法ハ歐米諸國ノ例ニ倣ヒ我國從來ノ慣例ヲ參酌シテ婚
 姻ノ成年ヲ男ハ十七歳女ハ十五歳ト定メタリ(七六)
 斯ノ如ク夫レ我民法ト云ヒ歐米諸國ノ法律ト云ヒ婚姻ノ成年ヲ以テ普通ノ成年
 ト之ヲ殊別シタリト雖モ亦學者ニ依リテハ其之ヲ殊別スルヲ不可ト爲スモノナ
 キニアラス現ニ白耳義國ノ如キハ其民法草案ニ於テ斷然之ヲ殊別スルコトヲ廢
 シ婚姻モ亦普通ノ成年ニ達シタルモノニアラサレハ爲スコトヲ得サルモノトシ
 タルヲ見ル其理由ハ他ナラス婚姻ノコトタル素ト人倫ノ大義ニ屬シ苟モ夫婦ト
 ナリタル已上ハ相互ニ親愛シ相互ニ幫助シ殊ニ其間ニ生ル、子ハ之ヲ養育スル
 ノ責任ヲ有スルモノタレハ獨リ肉體ノ發達シタルノミヲ以テ足レリトスヘカラ
 ス必スヤ心性モ亦共ニ發達シタルモノタルコトヲ要スルハ勿論タリ而シテ十七
 八歳ノ男子若ハ十五六歳ノ女子ニ至リテハ肉體ニ於テ稍發達シタルモノト云フ
 コトヲ得ヘキモ其心性ニ至リテハ未タ以テ發達シタルモノト云フヘカラスシテ
 現ニ尙ホ父母又ハ後見人ノ監督ノ下ニ在ルモノナルカ故ニ到底家ヲ維持シ其子
 ヲ養育スルカ如キ責任ニ當ルコトヲ得ヘキ能力アルモノト爲スコトヲ得ス然ル

ニ斯ル無能力者ニ婚姻ヲ爲スノ自由ヲ與ヘ一生ノ禍福ヲ約束スルコトヲ得セシ
 ムル如キハ決シテ之ヲ條理ニ適シタル制度ト爲スヘカラスト云フニ在リ是レ實
 ニ一理アルノ説ニシテ直ニ擯斥スヘカラスト雖モ亦一方ヨリ觀察スルトキハ單
 ニ理論ニ偏シテ實際ニ生スヘキ弊害ヲ顧ミサルノ説タルヲ免レサルカ故ニ未タ
 以テ學者ノ多數ハ之ヲ是認スルニ至ラサルノミナラス始テ民法ノ草案ニ採用シ
 タル所ノ白耳義國ニ於テスラ尙ホ全然之ヲ採用スルコトヲ得スシテ已ムコトヲ
 得サル場合ニ於テハ政府ニ婚姻適齡ノ免許ヲ與フル權ヲ付與スヘキモノト爲ス
 カ如シ尤モ此變例ハ佛國民法第四百一條ニモ明記セルヲ見ル
 抑婚姻ヲ爲スニ年齢ノ制限ヲ置ク所以ノモノハ他ナラス一ニハ年尙ホ若キトキ
 ハ思慮深カラサルヨリシテ或ハ一時ノ情慾ニ迷ヒ前後ヲモ顧ミサルノ憂アルヲ
 免レサルト又一ニハ相當ノ年齢ニ達シタル者ニアラサレハ從テ其肉體ノ發達モ
 充分ナルコトヲ得サルカ爲メニ其間ニ生レタル子モ亦自ラ虛弱ナルコトヲ免レ
 難ク而シテ其害ヤ延テ子孫ニ及ヒ終ニハ社會ノ人類ヲシテ總テ虛弱性タラシム
 ルハ結果ヲ生スルコトナキヲ保スヘカラスト爲スニ由ルナリ然ラハ則チ婚姻ノ

適齡モ亦普通ノ成年ト同一ナラシムヘキヤ否ヤ其之ヲシテ同一ナラシムルトキハ或ハ又一方ニ弊害ヲ生シ或ハ社會ノ道德ヲ紊亂シ或ハ當事者ノ一生ヲ誤マラシムルニ至ルコトナシトセス故ニ諸國ノ法制皆多少ノ參酌ヲ加ヘ婚姻適齡ノ程度ヲシテ普通ノ成年ヨリ低カラシム是レ蓋已ムコトヲ得サルニ出ツルナリ然レトモ又眼ヲ轉シテ他方ヨリ觀察ヲ下ストキハ法律ハ果シテ婚姻ニ向テ斯ノ如ク年齢ニ制限ヲ附セサルヘカラサルノ必要實際ニ之アルヘキカ疑ナキ能ハス蓋人間普通ノ状態ニ照ラスニ通常法律カ定メタル婚姻ノ適齡以內ニ於テ結婚スルカ如キ者ハ法律ノ制限ナシト雖モ實際上甚タ稀ナルコト明ナレハナリ試ニ我國從來ノ状態ニ就テ之ヲ見ヨ慣習法ニ於テモ又成文法ニ於テモ別ニ婚姻ノ適齡ヲ定メタルモノナシ然ルニ此制限ナキカ爲メニ果シテ我國ノ人種ヲシテ之ヲ虛弱ナラシムルニ至リタルカ將又此制限ナキカ爲メニ若年者ニシテ前途ノ方向ヲ誤ルニ至リタル者甚タ多カリシカスノ如キ弊害ノ實際ニ生シ來リタルノ事實ヲ發見シタルモノ未タ曾テ之ナキニ由テ之ヲ見レハ法律ヲ以テ婚姻ノ適齡ヲ定ムルノ必要ナラサルヲ證スルニ足ルモノ、如シ蓋人自ラ精神ノ備ル在リ若年者モ家庭

ノ教育其宜シキヲ得ハ前後ヲ顧ミスシテ結婚ヲ爲スカ如キ輕舉ヲ爲サルハ勿論縱令家庭ノ教育其宜シキヲ得サルトモ現ニ尙ホ一身スラ生活スルノ途ナクシテ妄ニ結婚ヲ爲スカ如キ者ハ通常人ニ於テハ蓋之ナカルヘシ況ヤ傍ニハ父母親戚ノ之ヲ監督スル者アルニ於テヤ昔時ニ在リテハ諸國ノ大名其他商賈ノ家ニ生レタル子弟ハ其家ノ富裕ナルニ連レテ早婚ノ弊アリタルコトハ往々吾人カ耳ニスル所ナレトモ今日ノ如ク教育普及シ殊ニ漸次個人主義ノ勢力侵入シタル已上ハ一ニハ自ラ生計ノ途ヲ立ツルノ必要ヲ生シ來リ一ニハ智能ノ發達ト共ニ社會道德ノ秩序モ整理スルニ至リテハ早婚ノ弊ハ法律ニ依リテ之ヲ矯正スルノ必要ナキモノ、如シ要スルニ斯ル制限ヲ尙ホ今日ニ存スルハ羅馬法已來ノ沿革ニ基クモノト知リテ不可ナカルヘシ

第三款 前婚ノ解消又ハ取消

一妻數夫ノ制ノ實際ニ行ハレタルノ國ハ甚タ稀ナリト雖モ一夫數妻ノ制ニ至リテハ古代ノ希臘以來歐亞諸國ニ行ハレタルノ跡ヲ遺シタルノミナラス「モルモン」宗ヲ奉セル國ニ於テハ尙ホ現存セルヲ見ル此制ノ因リテ生シタル原因ニ付テハ

前婚ノ解消又ハ取消

親族法 婚姻ノ要件 實質上ノ要件

古來種々ノ學說アリ或ハ曰ク一族ノ血統ヲ永遠ニ垂レ人口ヲ蕃殖セシムルノ主意ニ基因スト或ハ曰ク此制ノ南方諸國ニ最モ盛ニ行ハル、ヲ見レハ氣候ノ温熱情慾ヲ激スルニ基因スト然レトモ一夫數妻ノ制果シテ能ク人口繁殖ノ目的ヲ達シ得ヘキカ又人ノ情慾ハ果シテ寒暖計ノ高下ト其比例ヲ同シクスルモノナルヘキカ實際ノ事實ハ反對ヲ證明セルモノ、如シ見ヨ世界ノ統計學者ハ未タ曾テ「モルモン」宗ヲ奉スル國ノ如キ一夫數妻ノ制盛ニ行ハル、國ノ人口ハ比較上繁殖ノ速ナルヲ證明セサルニアラスヤ又世界ノ統計學者ハ未タ曾テ猥褻ノ罪ヲ犯ス者ノ比較上暖國ニ多キヲ證明セサルニアラスヤ惟フニ此法制ハ一ニ婦女ヲ以テ財產視シ男子ハ己ノ欲スル所ノ婦女ヲ買得シ得ヘシトノ觀念ヲ有シタル事實ニ基因シタルモノナルヘキヲ信ス然ルニ文明ノ法制ハ自然ノ條理ト社會ノ公益トニ基キ婚姻ノ當事者ハ一男一女間ニ限ルモノト爲スノ結果獨リ民法ニ於テ重婚ヲ許サ、ルノミナラス刑法ニ於テモ重婚者ハ刑罰ニ處スルニ至レリ我刑法ニモ亦其第三百五十四條ニ重婚ヲ爲シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加スルコトヲ規定シ又民法ニ於テモ前婚ノ現存セル

已上ハ重テ婚姻ヲ爲スコトヲ得サルモノトシ(七六)婚姻ハ一男一女ノ結合タルノ意ヲ明示セリ本來我國ニハ佛教ノ侵入以來妻帶禁止ノ說ヲ唱道スル僧徒アリテ其僧徒中ニハ間々一生ノ間妻帶ヲ爲サ、ル者モアリトコトナレトモ幸ニシテ一夫數婦或ハ一婦數夫ノ惡制ヲ輸入シタルモノナキニヤ古來ヨリ斯ル慣例ノ存在シタルカ如キコトハ更ニ歷史上ノ證明ヲ得サルナリ唯蓄妾ノコトニ至リテハ古今ヲ問ハス盛ニ行ハレ又現ニ行ハレツ、アルハ吾人ノ目撃スル所ニシテ而モ有妻ノ男カ別ニ妾ヲ蓄フルハ其實體ニ於テモ亦之ヨリ生スル結果ニ於テモ重婚ト異ルコトナシト雖モ是レ適法ノ婚姻ニ因ルモノニアラサルカ故ニ從來ノ慣例ニ依ルモ之ヲ默許ニ附シ去レリ蓋狀態ノ已ムコトヲ得サルモノアルニ依ルナルヘシト雖モ其醜態タルヤ論ヲ俟タス然リ而シテ諸國ノ法制ニ就テ之ヲ見ルニ前婚ノ現存セル已上ハ後婚ヲ以テ初ヨリ無効ノモノト爲スアリ又單ニ取消シ得ヘキモノト爲スアリテ一定セサルモノ、如シ即チ英米ノ法律ハ後婚ヲ以テ全ク無効ノモノト爲スニ拘ラス佛國民法及我民法ハ之ヲ以テ單ニ取消シ得ヘキモノト爲セルカ如キハ其一例ナリ(ビシヨップ氏著英米婚姻及離婚法佛民一八四)

又、女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ後相當ノ期間ヲ經過セサレハ再婚ヲ爲スコトヲ許
サ、ルヲ普通トス蓋之ヲ許ストキハ再婚後生レタル子ハ果シテ前夫ノ子ナルカ
將又後夫ノ子ナルカ之ヲ判明ナラシムルニ難ク血統ノ混合ヲ來スノ恐アレハナ
リ然レトモ既ニ此條件ニ違背シテ再婚ヲ爲セル後之ヲ無効タラシムルカ如キコ
トアルモ雷ニ一家ノ混雜ヲ招クニ過キスシテ最早混合ヲ防止スルコト能ハサル
カ故ニ諸國ノ法制及我民法ハ單ニ之ヲ取消シ得ヘキモノトセリ而シテ我民法ニ
於テ女カ再婚ヲ爲スニハ前婚ノ解消又ハ取消ノ後六個月ノ經過ヲ必要トシタル
ハ懐胎ヨリ分娩ニ至ルマテノ最短期ヲ採リタルナリ蓋分娩ノ最短期ヲ採テ再婚
ノ制限ト爲セハ血統ノ混合ヲ防クニ充分ナレハナリ即チ例ハ明治三十九年一月
一日ニ前婚解消シ續テ七月一日ニ再婚シタリトセムカ若シ十二月マテノ内ニ子
ヲ生マハ前夫ノ子タルコト明ナルヘシ蓋再婚後未タ六個月ヲ經過セサレハナリ
之ニ反シテ來年一月ニ至リテ子ヲ生マハ其子ハ後夫ノ子タルコト明ナリ何トナ
レハ前婚ノ解消後既ニ十二個月ヲ經過シタレハナリ佛國民民法ニハ其第二百三十
八條ニ前婚ノ解消ヨリ十個月ヲ經過セサレハ再婚スルコトヲ得サルモノトセリ

(七六)舊民法人事編(舊民法)ニ依レハ女ハ前婚解消ノ後六個月内ニ再婚ヲ爲スコト
ヲ得ストシテ唯婚姻解消ノ場合ニノミ適用スルノ規定トナシタルモ現行民法ニ
於テハ婚姻ノ取消ハ一般取消ニ關スル原則ト異リテ其效力ヲ既往ニ及ホサ、ル
カ故ニ其結果此場合ニ婚姻ノ解消ト取消トノ間ニ區別ヲ設クヘカラサルヲ以テ
取消ノ場合ニ於テモ再婚ノ時期ヲ解消ノ場合ト同一ナラシメタリ獨國民民法伊國
民法等皆然リ又舊民法人事編ニハ失踪ニ原因スル離婚ノ場合ハ再婚ノ時期ニ制
限ヲ置クヲ要セサルモノトセリ蓋失踪ノ宣告ハ夫カ其家ヲ去テヨリ數年ヲ經過
シタル後ニ屬スルカ故ニ婚姻解消ノ當時ニ於テ現ニ懐胎ノ理由ナク又分娩ヲ爲
シタルトキハ最早血統ノ混合ヲ來スヘキノ憂ナシト云フニ在リ然レトモ失踪ノ
場合ニハ夫婦ハ必スシモ同居シタルコトナシトハ云フコトヲ得サルヘキノミナ
ラス若シ此場合ヲ例外トセハ夫カ重禁錮ノ刑ニ處セラレ或ハ惡意ノ遺棄ヲ爲シ
爲メニ離婚ノ生シタル場合ノ如キモ亦同一テラサルヘカラス故ニ民法ハ何レノ
場合ニ於テモ前婚ノ解消又ハ取消ノ後六個月ヲ經過セサレハ再婚ヲ許サ、ルモ
ノトセリ但女カ前婚ノ解消又ハ取消ノ前ヨリ懐胎シタル場合ニ於テハ其分娩ノ

當事者ノ
無緣故

日ヨリ此制限ヲ適用セサルコト勿論ナリ蓋血統ノ混亂スヘキ憂ナケレハナリ

第四款 當事者ノ無緣故

第一 血族ノ禁婚

最近血族ノ緣故アル男女間ノ結婚ヲ禁スルノ思想ハ主トシテ生理上ノ理由及異族相婚ノ慣習トニ其端ヲ發シ古代ニ於テ既ニ行ハレタル所ニ屬セリ而シテ近世諸國ノ法制ニ於テ或範圍ノ血族間ニ婚姻ヲ禁スルノ制ヲ設クル所以ノモハモ亦生理上ノ必要ト人倫道德ヲ保持スルノ必要トニ因ルナリ即チ最近血族ノ緣故アル婚姻ハ婚姻自身ニ付テ云ヘハ人倫道德ニ違背シ其婚姻ノ結果ニ付テ云ヘハ不具ニシテ且怯弱ナル子孫ヲ生スルコト多ク殊ニ最近血族間ノ交際ハ或ハ嚴格ニ失シ或ハ忸怩ニ流レ婚姻ノ目的タル共同生活ヲ全クスル能ハスト爲スニ在リ其婚姻ノ結果ニ付テ附スル所ノ理由ニ至リテハ或ハ醫學上ノ實驗ニ照シ或ハ人類社會實地ノ狀態ニ徴シタルマテノコトニシテ固ヨリ未ダ正確ニ學理上ノ研究ヲ遂ケタルモノニアラサルカ故ニ最近血族間ノ婚姻ヲ禁スルノ理由トシテ重ヲ之ニ置ク能ハスト雖モ其婚姻自身ニ付テ附スル所ノ理由

即チ人倫ニ違背スルトノコトニ至リテハ最モ重ヲ置カサルヘカラス蓋人類社會ハ單ニ器械的ノ羈絆ニ依リテ其秩序ヲ維持シ得ヘキモノニアラス却テ道德人情等自然ニ存スル所ノ無形的ノ羈絆アリテ始テ能ク之ヲ維持スルコトヲ得ヘシ若シ夫レ此羈絆ニシテ解弛セムカ亦救濟ノ途ナキニ至ル即チ最近血族間ノ婚姻ノ如キハ正シク此羈絆ヲ解弛スルノ甚タシキモノニシテ其結果社會ノ秩序紊亂ノ端ヲ啓クモノト謂ツヘキナリ而シテ婚姻ヲ禁スヘキ血族ノ範圍ハ或ハ時代ノ推移或ハ國情ノ異同ニ依リテ諸國法律ノ定ムル所ニ多少廣狹ノ別アリ沿革ニ徴スルニ此範圍ハ未開ノ時代ニ廣クシテ開明ニ赴クニ從ヒ漸次狹キヲ致シタルノ傾向アリ又法系ノ種類ニ依リテモ多少廣狹ノ差異アルヲ見ル即チ羅馬法ニ於テハ禁婚ノ親族ヲ直系血族四親等内ノ傍系血族及直系ノ姻族ニ限リタルモ寺院法ニ於テハ該法ノ算定方法ニ依ル七親等即チ民法ニ因ル十四親等已内ノ傍系血族ニマテ及フモノトナシタルカ如キ是ナリ然レトモ近世諸國ノ法律ハ斯ノ如キ廣キ範圍ニ於テ禁婚ヲ認メスシテ或ハ直系ノ血族姻族及兄弟姉妹間ノ婚姻ノミヲ禁シ或ハ直系血族姻族及三親等已内ノ傍系血族間

ノ婚姻ヲ禁スル等其範圍頗ル狹隘ナルカ如シ我民法ニ依レハ血族禁婚ノ範圍ハ左ノ如シ

(一) 直系ノ血族ニ於ケル禁婚ノ範圍
直系ノ血族ニ於テハ親等ノ遠近ヲ問ハス其正出タルト私出タルトニ拘ラス總テ尊屬ト卑屬トノ婚姻ヲ許サス例ハ親子間ノ婚姻ノ如キ孫ト祖父母トノ婚姻ノ如キハ之ヲ許サ、ルナリ蓋斯ノ如キ婚姻ハ人倫ニ違背スルノ最モ甚タシキモノトス

(二) 傍系ノ血族ニ於ケル禁婚ノ範圍
傍系ノ血族ニ於テハ三親等内ヲ限リ其婚姻ヲ許サス即チ兄弟姉妹ハ其父母ノ同一ナルト異父又ハ異母ナルトヲ問ハス其婚姻ヲ許サス又伯叔父姑ト甥姪トノ間モ之ヲ許サス蓋我國ノ習俗ニ依ルモ傍系ノ血族ニ在リテハ親等ノ最近ナルモノヲ除ク外其間ニ婚姻ヲ爲スコトアルモ之ヲ以テ違倫ト爲サ、ルノミナラス却テ之ヲ好ムノ傾向アルカ故ニ其禁婚ノ範圍ヲ廣クスルハ我國ノ狀態ニ適セサルモノト云ハサルヘカラス況ヤ醫學的ニ觀察スレハ傍系

ニ於テハ親等ノ最近ナルモノニアラサル已上ハ其間ニ婚姻ヲ爲スコトアルモ害毒ヲ子孫ニ及ホスコト甚タ少ナシト爲スニ於テヤ而シテ伯叔父姑ト甥姪トノ婚姻ヲ禁スルカ如キハ一ハ親等ノ近キニ因ルト云フト雖モ又一ハ兄弟姉妹間トハ異リテ親密ノ情ニ於テモ稍薄ク殊ニ平常其居ヲ同シクセサルニ拘ラス慣習上伯叔父姑ハ父母ノ生存中タルト死後タルトヲ問ハス其甥姪ヲ監督スルノ責ニ任シ甥姪モ亦伯叔父姑ニ對シテハ畏敬ノ意ヲ表スルノ實アルカ故ニ此狀態ヨリスルモ其間ノ婚姻ハ之ヲ禁スルコト固ヨリ至當ナリ

(三) 法定血族ニ於ケル禁婚ノ範圍

(甲) 養子縁組ニ因ル法定血族
養子縁組ハ養子ト養親及其血族トノ間ニ血統ノ連絡ナシト雖モ法律上實ハ血族ト同シキ關係ヲ生スルモノト爲スヲ以テ養親又ハ其尊屬親ト養子又ハ其直系卑屬トノ間ノ如キハ其婚姻ヲ許サ、ルハ當然ニシテ天然の直系ノ血族ニ於ケル禁婚ノ範圍ト異ルコトナシ然レトモ養子縁組ニ因ル傍

系ハ、血族間ニ付テハ何等ノ制限ヲ設ケルコトナシ、蓋養子ト養家ノ家女ト婚姻スルカ如キ又ハ家女死亡シタル後亡妻ノ姉妹若ハ伯叔母ト婚姻スルカ如キハ正式ニ論スレハ違倫タルヲ免レスト雖モ是等ハ慣習上已ムコトヲ得サルコト、シテ之ヲ違倫ト爲スコトナシ(七六九)但從來ノ慣例ニ依レハ養子縁組ノ後養母ノ生ミタル子女ト其養子ト婚姻スルカ如キ若ハ婿養子カ其配偶タル長女ノ死亡ニ因リ妹ト婚姻スルカ如キ場合ニ於テハ一旦他家ノ養女トシ更メテ娶ルニアラサレハ一家ノ内ニ在リテ直ニ婚姻スルコトヲ許サ、ルモノ、如シ而シテ養子縁組ニ因ル親族關係ハ或原因ニ因リテ消滅スルコトアリ(七三)既ニ其關係ニシテ止ミタル已上ハ禁婚ノ制限モ亦之ヲ解クヘキニ似タリト雖モ養子其配偶者直系卑屬又ハ其配偶者ト養親又ハ其直系尊屬トノ間ノ婚姻ノ如キハ養子縁組ノ繼續中ハ勿論其縁組ニ因リ生シタル親族關係ノ消滅シタル後ト雖モ之ヲ許サ、ルモノトス蓋違倫タルヲ免レサレハナリ但養子縁組ノ取消サレタル場合ハ格別ナリ

乙) 父母ノ關係ニ因ル法定血族

繼父母ト繼子又ハ嫡母ト庶子トノ間ニハ法律上親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス(七二)故ニ是等ノ者ノ間ノ婚姻ハ之ヲ許サ、ルハ勿論タリ(七六)然ルニ此法定血族關係ハ或原因ニ因リテ止ムコトアリ(七二)既ニ此關係ノ止ミタル以上ハ其間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ民法ハ更ニ何等ノ明文モ之ヲ置カス若シ夫レ此關係ニシテ姻族關係タラハ第七百七十條ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ヘキモ法律ハ之ヲ姻族關係ト爲サ、ルヲ奈何セム直系ノ姻族ニ付テハ特ニ其關係ノ止ミタル後ト雖モ婚姻ヲ許サ、ルコトヲ規定セルヨリ之ヲ見レハ法律ハ右ノ如キ場合ニハ親族關係ノ消滅シタル後ハ其婚姻ヲ許スモノト解釋スヘキハ寧ロ當然ナリトス然ルニ親子タル關係ヲ生スルコトナキ直系姻族ニ在リテスラ其關係ノ止ミタル後モ婚姻ヲ禁シタルニ拘ラス繼父母ト親子又ハ嫡母ト庶子トノ間ノ如キ現ニ親子ト同一ノ關係ヲ生スルモノニ在リテハ一層強キ理由ヲ以テ其關係ノ止ミタル後ニ於テモ婚姻ヲ禁スルノ理由アルモノト云ハサルヘカラス果シテ然リトセハ民法力之ヲ規定セサリシハ或ハ明文ヲ俟タスシテ明ナリ

親族法 婚姻ノ要件 實質上ノ要件

トノ意ナリシカ若シ夫レ然ラハ第七百七十一條ノ規定ノ如キモ亦之ヲ置カスシテ自ラ明ナリシニアラサルヘキカ暫ク疑ヲ存ス又妻ノ夫ニ於ケル又入夫ノ妻ニ於ケル尊屬トノ間ハ其本來ノ性質上ヨリ云フモ直系ノ姻族タルカ故ニ縱令法定血族ニアラサルモ尙ホ婚姻ヲ許サ、ルコト次ニ説述スル所ノ如シ唯子ト其嫡母繼父又ハ繼母ノ血族トノ間ニハ何等ノ關係ヲ認メサルヲ以テ其子ハ嫡母繼父又ハ繼母ノ近親ト婚姻ヲ爲スコトアルモ敢テ妨ナキモノ、如シ然レトモ若シ之ヲ許ストセハ其子ト嫡母繼父又ハ繼母ノ尊屬若ハ卑屬ト婚姻ヲ爲スコトアルモ尙ホ之ヲ適法ト爲サ、ルヘカラス是レ果シテ我國慣習ノ許ス所ナルヘキ歟又果シテ違倫ノ婚姻ト云フコトヲ得サルヘキ歟疑ナキ能ハス

第二 姻族ノ禁婚

姻族ノ緣故アル男女間ノ婚姻ハ血統ノ聯絡セル緣故ニアラサルカ故ニ最近血族ノ緣故アル場合ニ於ケルカ如ク生理上ノ害毒ヲ殘スコトナシト雖モ其親等ノ近キ者ノ間ノ婚姻ハ人倫ヲ紊亂スルコト最近血族ノ緣故アル者ノ婚姻ニ於

ケルト異ルコトナシ諸國ノ法制上或範圍ニ於テ姻族ノ緣故アル者ノ婚姻ヲ禁スルハ即チ之カ爲メナリ而シテ其範圍ノ如キモ或國ノ法制ニ依レハ最近血族間ノ婚姻ヲ禁スル範圍ト同一ナラシメ其禁制ヲ直系及傍系ノ姻族間ニ及ホスモノナキニアラス即チ英佛法律ノ如キ其一例ナリ(佛民一六二及一六四シヨ)我民法ニ於テハ此禁制ノ範圍ヲ直系ノ姻族間ニ止メタリ蓋我國ノ狀態ニ照ラシテ至當ナルカ如シ何トナレハ我國ニ在リテハ從來傍系ニ於ケル姻族間ノ婚姻ハ甚タ普通ノコトニ屬スルヲ以テ今俄ニ制限ヲ附スルトキハ實際ノ不便ヲ感スルコト多キノミナラス人倫上ヨリ見ルモ敢テ之ヲ制限スルノ必要ナケレハナリ然リ而シテ姻族關係ハ或原因ニ因リテ消滅スルモノタルモ直系ノ姻族ハ其關係ノ止ミタル後ト雖モ尙ホ婚姻ヲ爲スコトヲ禁ス(七七)蓋姻族ノ間ニハ敢テ血統ノ關係アルニアラサルヲ以テ是等ノ點ヨリ觀察スルトキハ其關係消滅ノ後ニ在リテハ婚姻ヲ許スモ敢テ不當ニアラサルカ如シト雖モ夫婦ハ平常ノ交誼上相互ニ其尊族ヲ以テ自己ノ尊屬其卑屬ヲ以テ自己ノ卑屬ト殆ト同一視スルモノタレハ縱令姻族關係止ムコトアルモ直系ノ姻族間ニ婚姻ヲ爲

スコトヲ許スハ人倫ニ反スレハナリ但婚姻ノ取消サレタル場合ハ格別ナリトス

第三 相姦者ノ禁婚

姦通ハ社會善良ノ風俗ヲ害スルコト甚タシキモノナリ若シ夫レ姦通ニ因リ離婚ノ宣告ヲ受ケタル者ヲシテ其相姦者ト婚姻ヲ爲スコトヲ許ストキハ偶姦通ヲ獎勵スル結果ヲ見ルコトアルヘク又姦通ニ因リ刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ其離婚セラレタル場合ナルト否トヲ問ハス其相姦者ト婚姻ヲ許サ、ルハ姦通者ニ對スル當然ノ制裁ナリ(七六)

(一) 姦通ニ因リ離婚ノ宣告ヲ受ケタル場合 姦通カ裁判上ノ離婚ノ原因トナルハ妻ノ姦通ノ場合ニ限レリ(三八)故ニ此場合ノ適用ヲ受ケタルハ有夫ノ婦カ他ノ男ト通シタルトキニ限ルモノトス蓋我國從來ノ慣習及現在ノ事情ハ未タ夫ノ姦通ヲ見ルコト妻ノ姦通ニ於ケルト同一ナルヲ許サ、ルヲ以テナリ又此場合ノ適用ヲ受ケタルハ裁判所ニ於テ離婚ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ限ル裁判所ニ依ラスシテ協議上ノ離婚ヲ爲シタル場合ハ縱令事實上妻ノ姦通カ

其原因ヲ成シタルトキト雖モ此適用ヲ受ケル限ニアラス蓋姦通ノ所爲ハ社會善良ノ風俗ヲ害スルモノナルコト疑ヲ容レスト雖モ事一家内ノ陰秘ニ屬シ其裁判所ニ於テ公認セラレタルモノ、外之ヲ摘發シテ法律上ノ制裁ヲ付スルハ却テ風俗ヲ害スルヲ免レサルヲ以テナリ

(二) 姦通ニ因リテ刑ノ宣告ヲ受ケタル場合 現行ノ刑法ニ於テ姦通カ刑罰ノ原因タルハ有夫ノ婦カ他ノ男ト通シタルトキニ在リ此場合ニ於テ姦通者ノ一方又ハ雙方カ姦通ニ因リ刑ノ宣告ヲ受ケタルトキハ縱令同一ノ原因ニ因リ離婚ノ宣告ヲ受ケサル場合ト雖モ其後協議上ノ離婚ヲ爲シ又ハ他ノ原因ニ因リ離婚ノ宣告ヲ受ケ又ハ夫ノ死亡ニ因リ婚姻解消シタル後其姦夫ト婚姻ヲ爲スコトヲ得ス其刑ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ限レル所以ハ協議上ノ離婚ノ場合ニ其制裁ヲ付セサル理由ニ同シ要スルニ有夫ノ婦カ姦通ヲ爲シタルトキハ其姦通ニ因リテ刑ノ宣告ヲ受ケ併セテ離婚セラレタル場合ハ勿論離婚ノ宣告ヲ受ケタルモ刑ニ處セラレサリシ場合若ハ刑ノ宣告ヲ受ケ而モ離婚セラレサリシ場合ハ何レモ永久ニ其姦夫ト

婚姻ヲ爲スコトヲ得サルモノニシテ前夫ノ許諾ニ因リテ此制裁ヲ免除スルコトヲ得サルハ勿論ナリ

當事者ノ品等

第五款 當事者ノ品等

諸國ノ法制中人種身分及階級等ニ依リ婚姻ニ制限ヲ設ケタルコトハ往々ニシテ近世マテ其跡ヲ遺シタルモノアリ現ニ我國ノ如キハ維新前後マテハ士民ノ區別嚴重ナルノミナラス尙ホ他ニ穢多非人ト稱シタル者アリテ互ニ自由ニ相婚姻スルコトヲ得サリキ而シテ其之ヲ爲スコトヲ得ルニ至リタルハ實ニ明治四年(八)ヲ以テ華族ヨリ平民ニ至ルマテ互ニ婚姻被差許候條雙方願ニ及ハス其時々戸長ヘ届出ツヘキ事トノ布告ヲ發布セラレタルノ時ニ在ルナリ又外國人ト婚姻ヲ爲スコトヲ得ルニ至リタルハ明治六年(三)布告第百三號ニ基ケリ現在ト雖モ皇族ニ付テハ皇室典範第三十九條ニ依リ婚嫁ハ同族又ハ勅旨ニ由リ特ニ認許セラレタル華族ニ限レリ又陸海軍人ニ付テハ別ニ結婚條例ノアルアリテ當事者ノ品等ニ關シ大ニ制限スルモノアリ即チ陸軍軍人ニ付テハ明治十四年(五)乙第二十五號ノ陸軍省達陸軍武官結婚條例アリ海軍軍人ニ付テハ明治二十五年(六)月第八十七號

尊屬又ハ之ニ代ルヘキ者ノ同意

ノ海軍軍人結婚條例ナル勅令アルナリ然レトモ是等ハ全ク特別ノ理由ニ基キタルモノナレハ一般ニ之ヲ謂フトキハ奴隸制度ノ全廢以來歐米諸國ニ於テハ斯ノ如ク制限ヲ婚姻ノ法制上ニ設クルコトヲ廢シタルカ故ニ當事者ノ品等ハ近世婚姻ノ法制上之ヲ論スルノ要ナシ

第六款 尊屬又ハ之ニ代ルヘキ者ノ同意

婚姻ヲ爲サムトスル當事者ハ成年若ハ一定ノ年齢ニ達スルマテハ尊屬又ハ之ニ代ルヘキ者ノ同意ヲ得ルヲ要スルコトハ羅馬ニ於ケル家長制度ニ其端ヲ發シタルモノナリト雖モ此沿革上ノ理由ヲ外ニシテ尙ホ其之ヲ要スヘキ理由ナキニアラス何ソヤ即チ婚姻ハ人事ノ最大事ニ屬シ男女ノ身分之ニ因リテ定リ人生禍福ノ基スル所ナレハ婚姻ヲ爲サムトスルニ當リテハ宜シク熟考ヲ加ヘ前後ヲ顧ミ他日悔悟ノ念慮ヲ生スルカ如キコトナキヲ要スヘシ而シテ成年已上ノ者ニ至リテハ身體精神既ニ發達ノ程度ニ達シ又自ラ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルノ能力アルモノタレハ斯ノ如キ憂ハ稍少シト雖モ未成年者ニ在リテハ縱令法律ニ於テ婚姻ヲ爲スノ能力アルモノト爲セルニ拘ラス其身體精神共ニ未タ成年者ニ於ケル

親族法 婚姻ノ要件 實質上ノ要件

カ如ク發達シタル者ト云フヘカラサルハ勿論尙ホ自ラ法律行爲ヲ行フコトヲ許サ、ルモノタレハ或ハ一時ノ情慾ニ眩惑シ前後モ顧ミス妄ニ婚姻ヲ爲シ他日ニ至リテ大ニ悔悟スルカ如キコトナキヲ保スヘカラス是ヲ以テ歐米諸國ノ法律ニ於テモ未成年或ハ成年ヲ超過スルコト尙ホ僅ニ數年ニシテ婚姻ヲ爲サムトスルトキハ父母又ハ之ニ代ルヘキ者ノ同意ヲ要スルモノトセリ蓋父母又ハ之ニ代ルヘキ者ハ其子ノ將來ノ爲メニ最モ利益アル忠告ヲ與フルニ足ルヘキ經驗アルノミナラス又其子ノ爲メニ常ニ利益ナラムコトヲ希圖スルモノタレハナリ然ルニ舊民法人事編ニ於テハ成年者タルト未成年者タルトヲ問ハス婚姻ヲ爲サムト欲スル者ハ總テ父母又ハ之ニ代ルヘキ者ノ同意ヲ得ルヲ以テ一ノ要件トセリ此制度タル之ヲ歐米諸國ノ制度ニ比セハ稍干涉ニ失スルノ誹アルヲ免レスト雖モ我國ハ尙ホ家族制度ノ現存セルモノアルアリテ成年者タルト未成年者タルトヲ問ハス又既婚者タルト未婚者タルトニ拘ラス父母祖父母等ト家ヲ同シクシテ住居シ共ニ一家族ヲ組成スルヲ常態トナスカ故ニ甞ニ婚姻ヲ爲ス者ノ爲メニ將來ノ利益ヲ顧慮スルノミヲ以テ足レリトセス併セテ風教ヲ維持シ一家ノ平和

ヲ保チ家族相互ノ間ニ紛紜ヲ生スルコトナカラシメムコトヲ期シタルニ外ナラサリシモ現行民法ニ於テハ男ハ滿三十歲女ハ滿二十五歲ニ達シタル後ハ此同意ヲ要セサルモノトナシタリ(七七)是レ蓋男滿三十歲女滿二十五歲ニ達セハ相當ノ經驗ヲ積ミ且能力ニ於テモ完全ニ發達シタルモノト看做スコトヲ得ヘキモノナレハ老耄ニ近ケル父母等ヨリモ却テ適當ノ判斷ヲ與フルコトヲ得ヘシトノ推定ヲ爲スニ足ルヘク殊ニ女子ニ至リテハ其生育男子ニ比シテ一層早キヲ常トシ而モ嫁期ヲ失ヒ適當ノ婚婚ヲ爲シ難キニ至ルノ事情アルヲ以テ一層早ク其制限ヲ解除シテ自ラ自己ノ運命ヲ決スルノ自由ヲ得セシムルノ必要ヲ認メタルニ在リ而シテ婚姻ニ付キ同意ヲ與フヘキモノ、順序ハ左ノ如シ

一 家ニ在ル父母生存スルトキハ其父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(第七七項)

二 家ニ在ル父母トハ其家籍内ニ在ル父母ノ義ニシテ家居ヲ別ニスルト否トヲ問ハス又養父母、繼父母又ハ嫡母タルヲ問ハス總テ之ヲ包含ス蓋父母ノ其家ニ在ラスト雖モ其親族關係ニ於テハ家ニ在ルノ父母ト異ルコトナシト雖モ親子タルノ情義ハ其家ニ在ルモノニ比シテ疎遠ナルヲ常ト爲スノミナラス家族制度

ノ下ニ在リテハ子ト離婚ニ因リテ其家ヲ去リタル母、離婚又ハ離婚ニ因リテ其家ヲ去リタル父トノ間ノ如キハ事實上殆ト親子ノ關係ヲ認めサルノ實アルカ故ニ同意ヲ與フヘキ者ハ家ニ在ル父母ニ限ルヲ以テ適當トシタリ故ニ例ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者ハ其實方ノ父母ノ同意ヲ要セス又子カ分家シ、他家ヲ相續シ、廢絶家ヲ再興シ、離婚セラレ其他他家ニ入りタル等ノ場合ニ於テモ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルヲ以テ足レリトシ其他ハ父母ノ同意ヲ要セサルモノトセリ然レトモ是レ果シテ我國ノ慣例ニ反スルコトナキカ又親子間ノ倫序ヲ保持スル上ニ於テ果シテ適當ナルヘキカ疑ナキコトヲ得ス固ヨリ從來ノ慣例ニ在リテモ父又ハ母カ離婚又ハ離婚トナリタル場合ノ如キハ子カ婚姻ヲ爲スニ當リテハ其離婚又ハ離婚トナリタル父又ハ母ノ同意ヲ得ルヲ要セサルヘキハ論ヲ俟タサルモ斯ノ如キ原因ニ因ラスシテ家ヲ去リタル場合ニ於テハ其家ニ在ル場合ト同シク同意ヲ得セシムルハ寧ロ從來ノ慣例ナルノミナラス親子間ノ倫序ヲ保持セシムル上ニ付テモ必要ナルヘキヲ信スルナリ殊ニ本家相續ノ場合ノ如キハ養子縁組ニ因ル場合ニ於ケル如ク其本家ニ於ケル尊

長ト相續人トノ間ニ法律ハ血族關係ヲ生スルモノト爲サス家督相續人カ指定若ハ選定ニ係ル時ノ如キ亦同シキカ故ニ縱令尊長アルモ其同意ヲ得ルヲ要セサルコト、ナリテ頗ル穩當ヲ缺クニ似タリ宜シク他日ノ研究ヲ要ス然リ而シテ父母ノ同意ハ婚姻ヲ行フ當時ニ效力ヲ有スルモノナラサルヘカラス故ニ一旦同意ヲ與ヘタル後婚姻届出前ニ之ヲ取消ストキハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス又同意ヲ與ヘタル後婚姻届出前ニ其同意ヲ與ヘタル父又ハ母カ死亡シ若ハ意思ヲ表示スルコト能ハサルニ至リタルトキハ其同意ハ效力ヲ失フヘキハ法律ノ解釋上當然ノ結果ナルカ如シ然レトモ余ヲ以テ之ヲ見レハ右ノ如キ場合ニ關シテハ多少ノ制限ヲ設クルニアラサレハ實際上頗ル不都合ヲ免レサルヲ信ス蓋民法ニ在リテハ婚姻ノ豫約ヲ認めサルヲ以テ婚姻ハ届出ニ因リテ其效力ヲ生スルモノナルモ其届出ヲ爲スノ前ニハ當事者間ニ在リテ多少ノ準備ヲ爲スヘキハ勿論親戚其他ニモ相談ヲ遂クル等ノコトアルヘキハ當然ナルニ婚姻届出ノ前ナレハトテ父母ヲシテ一旦與ヘタル同意ヲ取消スコトヲ得セシメ或ハ其届出前ニ同意ヲ與ヘタル父又ハ母カ死亡シ若ハ意思ヲ表示スルコ

ト能ハサルニ至リタルノ故ヲ以テ其同意ヲ無効タラシムルカ如キコトアリテハ男子ニハ支障ヲ見ルコト稀ナルヘキモ女子ニ取リテハ爲メニ損害ヲ受クルコト多キノミナラス或ハ嫁期ヲ失フカ如キ結果ヲ生スルコトナキヲ保スヘカラサレハナリ但父母ノ同意ハ必スシモ特定ノ婚姻ニ對スルモノナルヲ要セス豫メ概括ノ同意ヲ與ヘテ何人ニ對シテモ自由ニ婚姻ヲ爲スコトヲ許スモ婚姻ハ同意トシテ有效ナルコトヲ妨ケサルヘシ

二 父母ノ一方知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其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ル(第七七項)

父母ノ一方知レサルトキトハ例ハ私生子ノ未タ父ノ認知ヲ得サル場合ノ如キヲ謂ヒ父母ノ一方ノ家ヲ去リタルトキトハ父又ハ母カ離婚若ハ離縁ニ因リテ家ヲ去リタル如キ場合ヲ謂ヒ又父母ノ一方カ意思ヲ表示スルコト能ハサルトキトハ心神ヲ喪失シ又ハ生死不明ナルカ如キ場合ヲ謂フ是等ノ場合ハ何レモ父母ノ一方カ家ニ在ラス又ハ縱令家ニ在ルモ其意思ヲ表示スルコト能ハサル場合ナルヲ以テ其家ニ在リ且意思ヲ表示シ得ヘキ他ノ一方ノ同意ヲ得テ足レ

リト爲スハ已ムコトヲ得サルノ結果ナリ

三 父母共ニ其家ニ在ル者ナク又ハ其家ニ在ルモ意思ヲ表示スルコト能ハサル

トキハ未成年者ニ限り後見人及親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(第七七項)

舊民法人事編(舊民法八三)ニ依ルニ此場合ニ於テハ祖父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノトシ祖父母共ニ在ラス又ハ意思ヲ表示スルコト能ハサル場合ニ限り

未成年者ノミハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノトセリ然ルニ現行民法ニ於テハ祖父母ノ同意ヲ得ルノ要件ヲ削除シ未成年者ニ限り後見人及親族會

ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルコト、シタリ其祖父母ノ同意ヲ得ルノ要件ヲ削除シタルハ他ナラス祖父母ノ未タ老耄ナラサル者ハ概シテ自ラ後見人タルノ場

合多ク其後見人タラサル場合ハ多ク善良ノ判斷ヲ與フルコトヲ期スル能ハサルニ依ルナリ又後見人ノ外尙ホ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノトシタ

ルハ他ナラス後見人ハ父母ノ子ニ於ケルカ如ク專ラ被後見人ヲ愛護スルノ精神ヲ有スルモノト爲スヘカラサルカ故ニ婚姻ノ如キ重要ノ效果ヲ生スルモノ

ニ付キ其單獨ナル判斷ニ任スルハ未成年者ノ利益ヲ保護スルニ充分ナラサル

ヲ恐レタルニ因ルナリ而モ是レ專ラ未成年者ノ利益ヲ保護スルノ目的ニシテ一家ノ秩序ヲ保持スルノ目的ニアラス且後見人ノ如キ親族會ノ如キ未成年者ノ利益ヲ保護スルコト其父母ノ如クナルコト能ハサルヲ以テ父母ノ同意ニ於ケルヨリハ一層早ク其制限ヲ脱セシムルノ必要アルヲ以テ成年者ニ對シテハ父母共ニ在ラス又ハ意思ヲ表示スルコト能ハサル場合ニ於テハ之ニ完全ノ婚姻能力ヲ與ヘタルナリ

四 繼父母又ハ嫡母カ子ノ婚姻ニ同意セサルトキハ子ハ親族會ノ同意ヲ得テ婚姻ヲ爲スコトヲ得(三七)

子ハ父母ノ同意ヲ得ルニアラサレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス而シテ其家ニ在ル父母ハ其實父母ナルト繼父母又ハ嫡母ナルトヲ問ハス總テ同意ヲ要スヘキハ前述シタルカ如シ然レトモ繼父母及嫡母ニ在リテハ子ヲ愛護スルノ厚キ實父母ノ如クナルコトヲ望ムヘカラス實父母ニ在リテハ不當ニ同意ヲ拒ミ子ノ利益ヲ顧ミサルカ如キコトハ殆ト之ナキヲ期スルコトヲ得ヘシト雖モ繼父母又ハ嫡母ニ在リテハ自然ノ血統ナク從テ自然ノ愛護ヲ缺キ爲メニ子ノ不利益ヲ

顧ミスシテ不當ニ同意ヲ拒ムコトナキヲ保スヘカラス斯ノ如キ場合ニ於テ子ニ婚姻ヲ爲スノ途ヲ與ヘサルハ婚姻能力ヲ制限スルコト酷ニ失スルモノト云ハサルヘカラス是故ニ斯ノ如キ場合ニ在リテハ子ニ與フルニ親族會ニ同意ヲ求ムルコトヲ得セシメ親族會ニ於テ之ニ同意シタルトキハ繼父母ノ一方又ハ雙方若ハ嫡母ノ不同意ナルニ拘ラス適法ノ婚姻ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ

已上ハ即チ婚姻ニ付キ同意ヲ與フヘキ者ニ關シ民法ニ於ケル規定ノ大要ヲ説明シタルニ過キス而シテ是等同意ヲ與フヘキ者ニシテ不當ニ其同意ヲ拒ミタル場合ニ於テハ如何スヘキカ伊國民法ニハ其同意ノ拒絕ニ對シ子ハ裁判所ニ是非ノ裁定ヲ求ムルノ權アルモノト爲スカ如シト雖モ斯ノ如キ訴求ヲ爲スノ權ヲ子ニ與フルハ却テ一家ノ和親ヲ傷クルノ基トナルカ故ニ我民法ハ斯ノ如キ訴求ヲ爲スノ權ヲ子ニ與フルコトナシ故ニ同意ノ拒絕ハ其當否ニ拘ラス子ヲシテ婚姻ヲ爲スコトヲ得サラシム又民法カ其第七百七十四條ニ禁治產者カ婚姻ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ要セサルコトヲ規定セルハ他ナラス後見人ハ禁治產者ノ療養看護及財産管理ニ付キ法定ノ代理權ヲ有スルニ過キササルモノナレハ婚姻ニ付キ

親族法 婚姻ノ要件 實質上ノ要件

同意ヲ與フルカ如キハ其職務外ニ屬スルニモ拘ラス婚姻ヲ爲スモ亦一ノ法律行爲ナルヨリ禁治産者カ心神ノ回復シタル時ニ婚姻ヲ爲ス場合ニモ他ノ法律行爲ト同シク其同意ヲ受クルコトヲ要スルカ如キ誤解ヲ來タス恐ナシトセサルカ爲メニ特ニ茲ニ注意シタルノミ但禁治産者カ其心神喪失中ニ婚姻ヲ爲シタル場合ノ如キハ固ヨリ婚姻ノ意思ヲ有セサルモノナルヲ以テ其婚姻ハ無効タリ故ニ該條ハ其心神ヲ回復シタル場合ヲ想像シタルモノト知ルヘシ

形式上ノ要件
届出ノ要件

第三節 形式上ノ要件
第一款 届出ノ要件

婚姻ノ方式ハ即チ形式上ノ要件ナリ而シテ其之ヲ定ムルノ目的ハ主トシテ婚姻當事者ノ意思ノ確實ヲ保障スルニ在リ舊民法人事編ニ在リテハ婚姻ヲ爲サムト欲スル者ハ先ツ其旨ヲ身分取扱吏ニ申出テ其申出ヨリ後三日已後三十日已内ニ證人二人ノ立會ヲ得テ婚姻ノ儀式ヲ行ヒ後更ニ之ヲ身分取扱吏ニ届出ツルヲ方式トシタリ然レトモ我國從來ノ慣習ニ依レハ婚姻ニ關スル法律上ノ方式ハ極テ簡單ニシテ戸主一人ヨリ之ヲ市町村長ニ届出テ戸籍ニ登記セララル、ニ因リテ婚

姻ノ完全ナル効力ヲ生シ婚姻當事者ノ署名ヲモ要スルコトナカリシニ今俄ニ複雜ノ規定ヲ設クルモ殆ト實行ヲ期スルコト能ハス去レハトテ婚姻當事者ノ署名ナキ戸主一人ノ届出ヲ以テ婚姻ニ完全ノ效果ヲ生セシムルカ如キハ當事者ニ婚姻ヲ爲ス意思アルコトヲ確實ナラシムルコトヲ得ス是ヲ以テ民法ニ於テハ意思ハ確實ヲ保障スルニ必要ナル限度ニ於テ努メテ簡單ナル方式ヲ定メ當事者雙方及二人已上ノ證人ヨリ口頭又ハ署名シタル書面ヲ以テ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ婚姻ノ効力ヲ發生スヘキモノト定メシナリ舊民法人事編ニ婚姻ノ儀式ヲ行ヒタル時ニ於テ婚姻ノ効力ヲ完成スルモノト爲シタルハ畢竟婚姻ノ事實ニ重ヲ置キタルモノニシテ理論上正當ト云ハサルヘカラスト雖モ其儀式ヲ行ヒタル時期ハ之ヲ證明スルコト頗ル困難ナルカ爲メニ却テ婚姻ノ成立ニ爭疑ヲ生セシムルノ恐アリ故ニ届出ヲ以テ成立ノ時期ト爲シ其時期ヲ明瞭ニシテ爭疑ナカラシメムコトヲ期スルニ若カサルナリ然リ而シテ其届出ハ戸籍吏ニ向テ之ヲ爲スコトヲ要シ戸籍吏已外ノ者ニ向テ爲シタル届出ハ届出タルノ効力ヲ生セス其何人カ戸籍吏ニシテ又何レノ地ノ戸籍吏ニ届出ツヘキカハ戸籍法ノ定ムル所ニ依ル(戸

親族法 婚姻ノ要件 形式上ノ要件

四〇又届出ハ或ハ口頭ヲ以テ或ハ書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得其口頭ヲ以テスル
 場合ニ於テハ婚姻ノ當事者雙方及二名已上ノ證人自ラ戸籍役場ニ出頭スルコト
 ヲ要シ代理人ヲ以テスルコトヲ許サス其書面ヲ以テスル場合ニ於テハ當事者雙
 方及證人ハ各自其姓名ヲ署スルコトヲ要シ代署ヲ許サス從テ自署スルコト能ハ
 サル者ハ口頭ヲ以テスルノ外ナキナリ書面ヲ以テ届出ヲ爲シタル場合ハ民法ノ
 普通ノ原則ニ依リ^(七九)戸籍吏カ之ヲ受理スルニ因リテ效力ヲ生スルモノトス而シ
 テ當事者及證人中ノ一人又ハ數人ハ書面ニ署名シ其他ノ一人又ハ數人ハ口頭ニ
 テ届出ツルコトヲ妨ケサルハ勿論其證人タルコトヲ得ヘキ者ハ未成年者及禁治
 産者ヲ除ク外男女ヲ問ハス又戸主タルト否トニ拘ラサルナリ

届出ノ受理

第二款 届出ノ受理

婚姻ニ關スル法律上ノ要件ハ公益又ハ私益ノ保護ニ基クモノナルカ故ニ此要件
 ヲ具備スルニアラサレハ正當ノ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス故ニ戸籍吏ニ於テ婚姻ノ
 届出ヲ受ケタルトキハ先ツ其婚姻ハ是等ノ要件ヲ具備スルヤ否ヤヲ檢シ其之ヲ
 具備スルコトヲ認メタル後ニアラサレハ届出ヲ受理スヘカラサルハ勿論タリ然

リ而シテ其婚姻カ法律上ノ要件ヲ具備スルヤ否ヤヲ知ルハ諸種ノ證據ニ就テ之
 ヲ檢定スルコトヲ要ス故ニ舊民法人事編ニハ婚姻ノ申出ト共ニ出生證書ニ前婚
 姻解消證書及許諾證書等ノ提出ヲ要スルモノトシタルモ是レ皆證據ノ問題ニ屬
 シ民法ニ規定スヘキ性質ノ事項ニアラサルヲ以テ改正民法ハ之ヲ戸籍法ニ讓レ
 リ^(七二、七六、〇三)
 右ノ如ク夫レ法律上ノ要件ヲ具備セサル婚姻ノ届出ハ戸籍吏ニ於テ之ヲ受理ス
 ヘカラサルモノト爲スニ拘ラス戸主ノ同意ヲ缺キタル婚姻ノ届出ニ付テハ唯戸
 籍吏ヲシテ一應其注意ヲ爲サシムルニ止メ戸籍吏カ其注意ヲ爲シタルニ拘ラス
 尙ホ當事者カ戸主ノ同意ヲ得スシテ其届出ヲ爲サムト欲スルトキハ戸籍吏ヲシ
 テ其届出ヲ拒ムコトヲ得サラシメタリ^(七七、七六)畢竟婚姻ニ戸主ノ同意ヲ得ルヲ必
 要トセル所以ハ專ラ其家及婚姻ヲ爲サムト欲スル者ノ利益ヲ保護スルニ在リテ
 婚姻自身カ公益ニ反スルカ故ニアラス然ルニ戸主ノ同意ヲ缺キタルノ故ヲ以テ
 婚姻ノ届出ヲ受理スヘカラサルモノト爲スニ於テハ戸主ノ同意ヲシテ公益上ノ
 要件タラシメ戸主權ノ效力ヲシテ過大ナラシムルノ恐アリ故ニ此場合ニ於テハ

親族法 婚姻ノ要件 形式上ノ要件

婚姻自身ヲ禁制スルノ方法ヲ採ラスシテ唯其婚姻ヲ爲シタル者ニ對シテ或ハ之ヲ離籍シ或ハ之カ復籍ヲ拒絶スルコトヲ得セシムルニ止ム

第三款 在外日本人間ノ婚姻ノ届出

日本人カ外國ニ於テ婚姻ヲ爲ス場合ニ於テハ外國ニ日本ノ戶籍吏アラサルヲ以テ前述第一ノ方式ニ依ルコト能ハス然レトモ日本人ハ外國ニ在リテハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ストスルノ不當ナルハ論ヲ俟タサルヲ以テ別ニ之カ方式ヲ定メサルヘカラス故ニ民法ハ此場合ニ於テ其國ニ駐在スル日本ノ公使若ハ領事ニ届出ヲ爲スニ由リテ完全ノ效力ヲ生スルモノトシ其届出ニ要スル方式及届出ヲ受ケタル公使又ハ領事ノ義務ニ關シテハ戶籍吏ニ於ケルト同シカラシメタリ(七七)

第四章 婚姻ノ無効及取消

第一節 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シ法律ハ此種ノ要件ヲ具備スルヲ以テ必要トスルノミニシテ一旦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戶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戶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、ルカ如キ是ナリ(七八)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ノ目的ニ出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、當事者ノ無縁故等ニ關スル要件ハ此種ニ屬ス又後者ノ場合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マリ國家自ラ之ニ干涉スルコトチ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効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諾及届出ハ此種ノ要件タリ禁止要件ニ付テハ

別ニ説明ヲ要セサルモ無効及取消要件ニ付テハ次節已下ニ於テ詳細ニ之ヲ説明スルコトヲ要ス

第二節 婚姻ノ無効

第一款 無効原因ノ區別

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為ハ之ヲ無効トス
トハ民法一般ノ原則タリ(九)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効ト爲サ、ルヘカラサルハ當然ナリ然レトモ婚姻ハ他ノ法
律行為ト異リテ身分ニ重大ナル關係ヲ及ホスモノタレハ其之ヲ無効ト爲ストキ
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
ス其無効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効ノ原因ヲ當事者ノ意思ノ欠缺及婚姻ノ無届
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効トスル原因ノ範

婚姻ノ無効原因ノ區別

意思ノ欠缺

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効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効ハ特ニ裁判所ノ宣告ヲ要ストセルモ
ノナキニアラスト雖モ婚姻ノ無効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効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

第二款 意思ノ欠缺

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効タリ普國普通法及獨國民法ノ如キハ意思ノ欠缺ヲ以テ
婚姻無効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

親族法

婚姻 婚姻ノ無効及取消 婚姻ノ無効

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其婚姻ハ全然無効タルモノトセリ(第七八號)是故ニ我民法ニ依ルトキハ事實上意思能力ナキ者例ハ精神喪失者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効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場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効タリ而シテ人ニ關スル錯誤即チ人違トハ人自身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効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効ト爲サス即チ詐欺又ハ強迫ニ因リテ婚姻ヲ爲シタル場合ハ其詐欺又ハ強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場合ノ外ハ其婚姻ヲ無効ト爲スコトナシ

第三款 婚姻ノ無届

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効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戶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、ルトキハ婚姻ハ効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効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場合ト雖モ戶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(第七八號但書)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状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

第三節 婚姻ノ取消

第一款 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ヘ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場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場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クスルコトヲ許サス之ニ反シテ後者ノ場合ニ於テハ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ク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

第二款 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内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)各當事者ノ屬スル家ノ戸主(三)各當事者ノ親族(四)檢事トセリ即チ此内(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

在リ舊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、ルナリ(七八
 項第)

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
 リテモ尚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
 シテ尚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(七八項)而シテ當事者ノ配偶者ハ重
 婚ノ場合ニ存シ前配偶者ハ再婚ノ場合ニ存スルコト、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填
 補セラレ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ヶ月存續スルコトヲ得セシムルノ適當ナルヲ認メタリ(第七八項)而シテ其期間ヲ三ヶ月トナセル所以ハ他ナラス其適齡ニ達シタル已後ノ取消權ハ専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状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ヶ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必要ナケレハナリ

三 法律ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ後六ヶ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ヶ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ヶ月ヲ經過セサルモ女カ再婚ノ後懐胎シタル

ルトキ其懐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)

第三款 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強迫ニ因リテ表示セラレタルコト(三)培養子縁組ノ場合ニ於テ其縁組カ無効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一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場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、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状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(三七)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場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已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條及第七百八十一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り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、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)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強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ハ總則ノ規定ニ依リテ明ナリ然ルニ余ハ民法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ヲ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強迫ヲ免レタル後六個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(四)(七)ハ即チ六個月ノ經過ニ因リテ取
消權ヲ拋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
ヲ以テ取消權ノ拋棄トシタルニ在リ(三)ハ二個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
見シ若ハ強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個月ヲ經
過セサルモ取消權ハ届出ノ日ヨリ二個年ノ經過ニ因リテ消滅スヘキナリ而シ
テ(一)ノ場合ニ六個月トアリ(三)ノ場合ニ二個年トアルハ共ニ取消權行使ノ豫定
期間ニシテ時効ニアラサルカ故ニ時効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 詐欺若ハ強迫ニ因リテ爲シタル婚姻ニ對スル取消權ハ其詐欺若ハ強迫ヲ受
ケ婚姻ヲ爲シタル者ニ屬ス(五)(七)(八)換言セハ取消權ヲ有スル者ハ詐欺若ハ強迫ニ
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強迫ヲ
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強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)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為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)詐欺ヲ發見シ若ハ強迫ヲ免レタル後三個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)即チ^(一)ハ當事者カ詐欺若ハ強迫ヲ免レタル後三個月ノ期間經過ニ因リテ取消權ヲ拋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個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強迫ヲ免レタル

後六個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個月ノ經過ヲ以テ取消權消滅ノ時期トシ其間ニ三個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個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個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効^(六一)ヲモ適用セサルコト、シタリ是レ蓋婚姻ノ如キ身分ニ重大ナル關係ヲ及ホス行為ニ付キ當事者ノ意思カ詐欺又ハ強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強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

三 婿養子縁組ノ場合ニ於テ縁組ノ無効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縁組ノ無効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)蓋婿養子縁組ハ養子縁組及婚姻ナル二箇ノ行為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縁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効又ハ取消カ必スシモ養子縁組ノ無効又ハ取消ノ原因タラサルト同時ニ養子縁組ノ無効又ハ取消ハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ原因タラサルナリ然レトモ通常ノ場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効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場合ニ於テハ當事者ノ意思ハ養子縁組ノ有効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縁組ヲ爲シタルモノニシテ若シ其一方カ無効ト爲リ又ハ取消サル、コトヲ知ラハ他方ノ行爲ハ之ヲ爲サ、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ホサ、ルヲ一般法律行爲ノ原則ト爲スモ此場合ニ於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効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婿養子縁組ノ無効又ハ取消ニ在ルカ故ニ婿養子縁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婿養子縁組ニ在テモ縁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婿養子ト爲リタル者及其妻ニ屬スルモノタリ從テ縁組ノ無効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縁組ノ無効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縁組ノ無効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カラズ殊ニ動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縁組ノ無効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(七八)第一項

然リ而シテ右ノ取消權ハ當事者カ(一)縁組ノ無効ナルコト又ハ其取消アリタルコトヲ知リタル後三ヶ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)ハ即チ三ヶ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縁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(五八)然レトモ養子ノ妻ニ在リテハ自ラ宣告ノ送達ヲ受ケタ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ヶ月ノ久シキ尙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効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縁組ノ無効タルハ當然ナルカ故ニ此場合ニ於テハ三ヶ月ナル期間ノ起算點ハ縁組ニ無効原因ノ存在セルコトヲ知リタルノ日ナルヘキナ

無効及取消ノ效果

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り前述スル所ト其取消權ノ消滅スル時期ノ起算點ヲ同シタスルコト、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云ハスシテ取消權ハ拋棄ト云ヒタルハ意思ノ縁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

第四節 無効及取消ノ效果

婚姻ノ無効ハ初ヨリ婚姻ノ存在ヲ認め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、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効ナリシコトヲ知リテ尙ホ事實上同居シ其他夫婦タル状態ヲ繼續スルモ其當初ノ届出ヲ有效ナラシムルコト能ハ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能ハサルナリ

然レトモ婚姻ノ取消ニ至リテハ當事者ノ身分關係及財産關係ニ重大ナル效果ヲ

親族法 婚姻ノ無効及取消 無効及取消ノ效果

生スヘシ蓋一般法律行為ノ取消ニ付テハ其取消サレタル行為ヲ初ヨリ無効ナリ
 シモノト看做スヲ原則トナス(一)ト雖モ婚姻ノ取消ハ人ノ身分及財産關係ニ直
 接ノ影響ヲ生シ一タヒ成立シタル婚姻ヲシテ初ヨリ無効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、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得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
 效果ヲ既往ニ及ホ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當ノ父
 タルヘキ者ナキカ如キ奇怪ナル結果ヲ生セサルヲ得サルヘシ舊民法人事編ニハ
 子ニ付テノミ取消ノ效果ヲ既往ニ遡ラシメサルモノトシタルモ夫婦ノ財産關係
 ハ頗ル複雑ノ效果ヲ生スルモノナレハ婚姻ノ取消ニ因リテ其關係ヲ原狀ニ回復
 セシムルハ徒ニ繁雜ノ手數ヲ生スルニ止リテ實際ニ於テ公平ヲ期スルコト能ハ

サルノ實アリ是ヲ以テ民法ハ婚姻ノ取消ニ付テハ一般ノ法律行為ノ取消ノ原則
 ニ反シテ其結果ヲ既往ニ及ホサ、ルモノトナシタリ(七八)是故ニ身分關係ニ付
 テ云ヘハ婚姻取消ノ效果ハ全ク離婚ノ場合ト等シク取消已後ニ於テ其關係ノ解
 消セラ、モノニシテ取消已前ニ於ケル當事者ハ完全ノ夫婦タリ從テ其間ニ生レ
 タル子ハ其婚姻中ニ生レタルモノナルト將又婚姻前ニ生レ婚姻ニ因リテ嫡出子
 ト爲リタルモノト問ハス取消已後ニ於テモ尙ホ嫡出子タル身分ヲ失フコトナ
 クシテ相續其他ノ權利ヲ保有スヘシ又財産關係ニ付テモ取消ハ其效果ヲ取消已
 後ニ於テノミ生スヘキカ故ニ當事者ノ各自カ婚姻ニ因リテ得タル利益例ハ夫又
 ハ女戸主カ其配偶者ノ財産ヨリ得タル果實(七九)ノ如キハ之ヲ返還スルコトヲ要
 セス又妻若ハ女戸主ノ夫ハ夫又ハ女戸主ノ負擔シタル婚姻中ノ費用(七九)ヲ賠償
 スルコトヲ要セサルヘクシテ唯取消ノ當時ニ有セル各自ノ特有財産(七八)ヲ分離
 スルコトヲ要スルノミ

然リト雖モ婚姻カ取消サレタルニ拘ラス財産關係ニ付キ當事者ノ一方ヲシテ不
 當ノ利得ヲ得セシムルコトハ之ヲ許スヘキニアラサルヲ以テ婚姻ノ取消ト同時

ニ夫婦ノ財産關係ハ不當ノ利得及不法行爲ノ原則(七〇四三)ニ依リテ之ヲ定ムヘキ
モノトス(項第七項)其適用ハ左ノ如シ

一 婚姻ノ當時其取消原因ノ存スルコトヲ知ラザリシ當事者カ婚姻ニ因リテ財
産ヲ得タルトキハ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ其返還ヲ爲スコトヲ要スヘシ
例ハ夫カ婚姻ノ結果ニ因リテ妻ノ財産ノ收益ヲ得タルトキ之ヲ婚姻中ノ費用
ニ充テタル場合ハ返還ヲ要セサルモ若シ其全部若ハ一部カ婚姻取消ノ當時夫
ノ手ニ存スルカ又ハ之ニ依リテ自己ノ負債ノ辨償ヲ爲シタルカ如キ場合ニハ
其金額ヲ限度トシテ之ヲ返還スルコトヲ要スルカ如キ又例ハ夫婦財産契約ニ
依リ夫カ妻ニ其財産ノ一部ヲ贈與シタル場合ニ於テ其贈與ノ全部又ハ一部カ
現存スルトキハ妻ハ夫ニ之ヲ返還スルコトヲ要スルカ如キ是ナリ但無益ニ又
ハ婚姻中ノ費用ニ之ヲ消費シテ婚姻取消ノ當時ニ利益ヲ有セサルトキハ之ヲ
返還スルコトヲ要セサルナリ

二 婚姻ノ當時其取消原因ノ存スルコトヲ知リタル當事者ハ婚姻ニ因リテ得タ
ル利益ノ現存スルト否トヲ問ハス其全部ヲ返還スルコトヲ要シ尙ホ其相手方

カ善意ナリシトキハ損害賠償ノ責ニ任スルモノトス蓋婚姻ノ當時ニ於テ其取
消原因ノ存スルコトヲ知リテ婚姻ヲ爲シタル者ハ婚姻ニ因リテ得タル利益ハ
初ヨリ自己ノ有ニ歸スヘキモノニアラサルコトヲ知ルモノナルカ故ニ毫モ之
ニ因リテ其利益ヲ受ケシムヘキモノニアラサルコトハ勿論タリ而シテ若シ其
利益ヲ消費シタルトキハ即チ消費スヘカラサルモノヲ消費シタルモノタレハ
管ニ其受ケタル現實ノ利益ノミナラス其婚姻ニ因リテ得タル一切ノ利益例ハ
其財産ニ依リテ自己ノ債務ヲ辨濟シタルトキハ其債務額及其法定利息婚姻中
ノ費用ヲ相手方カ負擔シタルトキハ其費用ノ自己ノ部分ニ屬スルモノ及其法
定利息等ノ如キ悉ク之ヲ返還スルコトヲ要スヘキナリ是レ即チ不法行爲ヨリ
生スル當然ノ義務ナリトス尙ホ亦其相手方カ善意ナルトキ例ハ夫ハ取消原因
ノ存スルコトヲ知リタルモ妻ハ之ヲ知ラザリシ場合ノ如キハ之ニ對シテ損害
賠償ノ責ニ任セサルヘカラス而シテ其損害賠償ハ管ニ財産ニ對スル損害ノミ
ナラス又其名譽貞操自由等ヲ害シタル損害ニ對シテモ賠償ヲ爲スコトヲ要ス
(七一)是レ畢竟善意ノ相手方ヲ欺キタルモノト云フテ不可ナケレハナリ

親族法 婚姻ノ無効及取消 無効及取消ノ效果

第五章 婚姻ノ效果

第一節 總說

婚姻ノ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)夫婦間ニ權利義務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第一編ニ説明シタルカ如ク當事者ニ夫婦タル關係ヲ生セシメ又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(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(六八三)又妻カ婚姻前ニ懐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第四編ニ説述シタ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リ(七四)或ハ甲家ノ戸主權ヲ失ヒテ乙家ノ家族タル身分ヲ取得スルコトアリ(七四)或ハ又甲家ノ戸主權ヲ失ヒテ乙家ノ戸主權ヲ取得スルコトアリ

(七五)然レトモ是等ノ效果ハ余カ説述シタル所ニ依リテ既ニ明ナルヲ以テ本章ニ於テ其説明ヲ再ヒスルノ要ナシ是故ニ本章ニ於テハ婚姻ノ效果中夫婦間ニ生スヘキモノニ付キ説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古來諸國法制中採リタル所ノ主義ヲ大別セハ二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、如シ但英國ニ在リテモ衡平法及近世ノ諸條例ハ概ネ羅馬法ニ依準スルノ傾アリテ近時ニ及ヒテハ夫婦同體主義ハ漸次排斥セララル、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ハ主トシテ羅馬法ノ主義ニ依リタルハ其規定ノ條項ニ就テ之ヲ見ルモ亦明ナリ蓋夫婦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説明スルノ至當ナルヲ信スト雖モ夫婦同體主義ハ近時法制ノ既ニ排斥スル所ニ屬スルヲ以テ今此主義ニ關シ詳細ニ説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ニアラ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ルコトハ之ヲ第四編第三章第二節第一款ニ説述シ妻ハ夫ノ姓氏ヲ稱スヘキコトハ之ヲ第二編第一章第四節ニ説述シタルヲ以テ再ヒ本章ニ説述スルノ要ヲ見ス又婚姻ニ因リ妻ノ身分及國籍ニ及ホスヘキ效果ハ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、知ルヘキナリ

第二節 身體ニ關スル效果

第一款 同居ノ權利義務

夫婦ノ同居スヘキモノタルハ婚姻ノ性質上當然生スル所ノ效果ナリ然レトモ其

身體ニ關スル效果
同居ノ權利義務

同居ヲ選定スルノ權利ハ獨リ夫ニ屬シ妻ハ住居ハ夫ハ住居ニ混同セラレハシトノ原則ハ諸國法制ノ皆認ムル所ニ屬ス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孰レノ場所タルヲ問ハス夫ノ定ムル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、ルヘシト約スル如キハ法律上全ク無効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増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ムヲ得サルニ至リタルモノ、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ホ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

親族法 婚姻ノ效果 身體ニ關スル效果

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妻ハ妻ヲシテ己レニ隨伴セシムルニ付テ相當ノ理由アルコトヲ證明セサルヘカラス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コト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居所ニ隨伴スルコトヲ要シ夫ノ意思ニ反シテ自ラ其居所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婿養子タルト問ハス自己ノ居所ニ妻ヲ引取ラサルヘカラス從テ妻ノ意思ニ反シテ自ラ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ハ其住ノ義務ハ夫カ其居所ヲ選定シタル場合ニ於テハ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舎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居所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俟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ケル救濟法ニ付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ザリシカ爲メニ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、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ハ選擇權ヲ有ス(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

親族法 婚姻 婚姻ノ效果 身體ニ關スル效果

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ハキハ當然ナレハナリ
而シテ妻ノ此舉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(第八三號)然レト
モ公力ヲ藉リテ其同居ヲ強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強制スルコ
トヲ得ヘキカ如キ説明アリト雖モ公力ヲ藉リテ此義務ヲ強制スルハ事實ニ於テ
其身體ヲ監禁スルニアラスムハ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強制
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様ナルヘシ但妻カ同居ヲ肯セ
サル場合タルト夫カ妻ヲ同居セシムルコトヲ肯セサル場合タルト問ハス夫又
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場合ニハ財產權ニ
對スル損害ナキモ權利毀損ナル損害ヲ生スルハ必然ノ結果ナレハナリ(七〇九)

第二款 扶助ノ權利義務

婚姻ハ男女ノ共同生活ヲ以テ目的トス故ニ夫婦間ニ扶助ノ權利義務アルヘキハ
婚姻ノ性質上當然ノコトニ屬ス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上ノ扶助ハ其性質
上法律ニ依リテ之ヲ強制スルコト能ハサルヲ以テ諸國ノ法制ハ概シテ扶養ノ權利
義務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上ノ扶助ニ
付テハ一ニ道義ニ任スルコト、爲ス是故ニ我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)ハ裁判上ノ離婚ヲ請求スルコトヲ得ルモノトシタルニ拘
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(七九)

第三款 守信ノ權利義務

夫婦ハ互ニ信實ナルヘキコトモ婚姻ヨリ生スル當然ノ義務ナリ換言セハ夫婦ハ配偶者ノ外他人ト疎絶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利義務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寛ナルノ傾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、コトアルヲ以テ其害少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、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國新舊民法ニ於テハ婚姻ノ效果トシテ別ニ守信ノ權利義務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(八一第三第一號)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利義務アルコトヲ認メタルコト論ヲ俟タス即チ右等ノ場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而シテ又妻ニシテ粗忽若ハ粗暴ノ性質ナルトキハ勿論夫婦共ニ斯ノ如キ性質ナル場合ト雖モ夫ノ粗忽若ハ粗暴ヲ責ムルニ寛ニシテ妻ノ粗忽若ハ粗暴ヲ責ムルニ嚴ナルハ自然ノ状態ナルカ如シ是ニ於テ乎未開ノ時代ニ在リテハ夫ハ妻ニ對シテ腕力ヲ以テ其威權ヲ維持スルコトヲ是認シタルハ亦必スシモ怪ムニ足ラス現ニ英國古代ノ慣習法ノ如キハ夫ハ妻ニ對シ適度ノ懲戒權ヲ有スルコトヲ認メ且之ヲ以テ夫ニ屬スル一種ノ特權トシタリ又羅馬法ノ如キハ夫ニ付與スルニ過大ノ懲戒權ヲ以テシ妻ニシテ若シ或種ノ過失ヲ爲セル場合ニハ夫ヲシテ腕力ニ依リテ其妻ヲ懲戒スルコトヲ得セシメタリ然レトモ社會ノ漸ク文化ニ進ムニ從ヒ夫婦ヲ以テ同等ノ位置ニ在ルモノト認ムルノ傾ヲ生シ近世ニ及ムテハ諸國ノ

親族法 婚姻 婚姻ノ效果 身體ニ關スル效果

法制中斯ノ如キノ懲戒權ヲ夫ニ付與スルモノ殆ト其跡ヲ絶ツニ至レリ故ニ今日ニ在リテハ夫ノ懲戒權ニ關シ深ク論究スルノ必要ヲ認メサルナリ我新舊民法ニ於テモ親ハ子ニ對シテ親權ヲ有シ子ノ監護及教育ニ必要ナル範圍内ニ在リテ適度ノ懲戒ヲ行フコトヲ許シタルニ拘ラス夫婦ノ關係ニ付テハ之ヲシテ同等ノ位置ニ在ラシムルヲ本則トシテ夫ノ懲戒權ヲ認ムルコトナシ

第三節 行為ニ關スル效果

行為ニ關スル效果
妻ノ無能力

第一款 妻ノ無能力

夫婦同體主義ニ依ル法制ニ於テハ妻ハ身體ハ夫ハ身體ニ没入シ法律上ノ行為ニ關シテハ妻ハ絶對的ニ無能力者タリ之ニ反シテ夫婦別體主義ニ依ル法制ニ於テハ妻ヲ以テ特ニ或行為ニ限リテ無能力者トシ夫ノ許可ヲ得ルニアラスムハ其行為ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ畢竟行為ノ重大ニシテ妻又ハ一家ノ不利益ヲ來ス恐アル事項ニ限リ妻ノ能力ヲ制限シタルニ外ナラサルナリ現ニ英國慣習法ノ如キハ妻ヲ以テ絶對的無能力者トナシ我新舊民法ノ如キハ妻ヲ以テ無能力者ト爲スニ拘ラス法律ニ於テ明ニ夫ノ許可ヲ受クヘキモノト特定セル行為ヲ除ク

外妻ハ獨立シテ總テノ法律行為ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトセルナリ從テ行為ノ效果ニ關スル規定ハ妻ヲ以テ絶對的無能力者ト爲スノ原則ヲ採ル法律ノ規定トハ大ニ其趣ヲ異ニスヘキハ當然ナリ此講義ハ主トシテ民法ノ規定ニ基クカ故ニ次款以下ニ於テ妻ノ無能力ニ關スル規定ヲ説明セハ足レルコト勿論ナリト雖モ前述ノ如ク現ニ英國慣習法ニ於テハ尙ホ妻ヲ絶對的無能力者ト爲スノ原則ヲ採ルヲ以テ茲ニ參考ノ爲メ此點ニ關スル英國慣習法ノ大要ヲ叙述スヘシ而シテ先ツ契約ニ關スル無能力ニ付キ説明セムニ英國ノ慣習法ニ於テハ妻ヲ以テ契約上ノ無能力者ト爲スコト幼者ヲ以テ無能力者ト爲スト異ルコトナシト雖モ幼者ノ爲シタル契約ハ通常單ニ取消シ得ヘキモノト爲スニ拘ラス妻ノ爲シタル契約ハ或僅少ノ例外即チ夫ノ失踪ノ場合ノ如キ若ハ地方ノ慣習ニ依リ夫ト獨立シテ商業ヲ營ムコトヲ妻ニ許シタル場合等ヲ除ク外絶對的ニ無効トナセルカ故ニ妻ヲ無能力者ト爲スハ幼者ヲ無能力者ト爲スヨリモ一層嚴密ナリト云ハサルヘカラス蓋幼者ヲ以テ契約上ノ無能力者ト爲スハ主トシテ其不經驗ヲ保護スルニ在リト雖モ妻ヲ以テ無能力者ト爲スハ一ニ法律カ強大ナル夫權ヲ認メタルノ結果ニ

親族法 婚姻 婚姻ノ效果 行為ニ關スル效果

外ナラス換言セハ妻ノ身體ハ婚姻中夫ノ身體ニ没入シ夫ノ全權ニ服從セサルヘ
 カラストノ主義ヨリ結果スルモノニシテ決シテ妻ノ不經驗ヲ保護スル主意ニ基
 クモノニアラス是レ蓋法律ハ單獨ノ女子ニ與フルニ男子ト同一ノ能力ヲ以テス
 ルニ因リテ之ヲ證スルニ足ルヘキナリ斯ノ如ク夫レ英國ノ慣習法ニ於テハ妻ヲ
 以テ絶對的無能力者ト爲セルカ故ニ例ハ婚姻ノ繼續中ニ妻カ契約シタル負債ナ
 ルトキハ夫ノ死後ニ支拂フヘキノ合意アルモ尙ホ之ヲ以テ原因ナキ契約トシテ
 無効ノモノトセリ (Meyer v. Havorth, 8 Ad. & El. 467) 然レトモ慣習法ハ必需品ニ關
 シテハ妻ニ許スニ夫ノ代理人トシテ契約ヲ爲スコトヲ以テセリ例ハ妻カ日常食
 事ニ供スル魚類野菜類ヲ買入ル、カ如キ又社會ニ於テ有スル地位相當ノ妻トシ
 テ通常購買スル物品ヲ商店ニ於テ買入ル、カ如キハ夫ヨリ代理ノ默任アリタル
 モノトシテ其責任ハ總テ夫ニ於テ負擔セサルヘカラサルナリ之ニ反シテ例ハ船
 舶ノ賣買契約ヲ爲スカ如キ若ハ土地家屋ノ賣買契約ヲ爲スカ如キハ妻カ通常爲
 スヘキ事項ニアラサルヲ以テ法律ハ斯ノ如キ事項ニ關シテ夫ヨリ代理ノ默任ア
 リタルモノト推定セサルハ勿論ニシテ從テ夫ハ其責任ヲ負擔スルコトナシ而シ

テ必需品ニ關シテ右ノ如キ權限ヲ妻ニ與フルハ他ナラス夫ハ社會ニ於ケル身分
 地位相當ノ必需品ハ之ヲ自己ノ妻ニ供給セサルヘカラサルノ義務アルモノト爲
 スノ主義ニ基因セルノミ又妻カ他人ニ對シテ行ヒタル私犯若ハ他人ヨリ受ケタ
 ル私犯ニ關スル責任及權利ニ付テハ如何ト云フニ契約ノ場合ニ於ケルト同シク
 妻ハ依然無能力者タリ故ニ夫之カ責ニ任シ其權利ハ夫之ヲ行フ換言セハ妻カ他
 人ニ加ヘタル私犯上ノ損害ハ夫之カ賠償ヲ爲シ他人カ加ヘタル私犯上ノ損害ハ
 夫之カ賠償ヲ受クル權利アリ而シテ其私犯ハ結婚ノ前ニ生シタルモノト婚姻中
 ニ生シタルモノトヲ問ハサルナリ其他尙ホ夫ハ妻カ結婚前ニ爲シタル負債ニ付
 テモ亦其責ニ任セサルヘカラス要スルニ英國慣習法ハ夫婦同體主義ノ純粹ナル
 モノト謂フモ敢テ過言ニアラサルナリ
 右ニ反シテ我新舊民法ニ於テハ妻ハ唯或行爲ニ付テノミ無能力者タルニ過キス
 而シテ民法ハ其第十四條ニ妻カ夫ノ許可ヲ得ルニアラサレハ爲スコトヲ得サル
 行爲ヲ列記シタリ今其規定ヲ分析スルトキハ大要左ノ如クナルヘシ
 一 無償ノ行爲ニ付テハ一般ニ妻ヲ以テ無能力者ト爲シ夫ノ許可ヲ受クルニア

親族法 婚姻 婚姻ノ效果 行爲ニ關スル效果

ラサレハ獨立シテ之ヲ行フコトヲ得サラシム是レ他ナラス他人ニ贈與ヲ爲スカ如キ行爲ハ獨リ一家ノ經濟ニ重大ノ關係ヲ有スルノミナラス男子ニ贈與ヲ爲ス場合ノ如キハ或ハ其間ニ案倫ト認ムヘキ事情ノ存在スルコトアルヘキ慎アルト又他ヨリ贈與ヲ受クル行爲ハ敢テ一家ノ經濟ニ影響スルコトナク却テ利益アルヲ通常ト爲スニ拘ラス德義上ノ義務ニ拘束セラレ甚タシキニ至リテハ一家ノ名譽ニ關スルノ結果ヲ生スルコトアルヘキニ因ルナリ然レトモ慣習上親族朋友間ニ多少ノ贈物ヲ爲シ其他多少ノ義捐金若ハ寄附金ヲ爲スカ如キハ敢テ問フ所ニアラサルハ勿論タルヘシ尤モ法文中ニハ贈與ヲ爲シ之ヲ受諾シトアルノミニシテ右ノ如キ例外ヲ設ケサルモ是レ當然ノコト、知リテ大過ナキヲ信ス

二 有償ノ行爲ニ至リテハ其種類ニ依リテ妻ヲ以テ能力者ト爲ス場合ト無能力者ト爲ス場合トノ二様アリ即チ不動産又ハ重要ナル動産ヲ讓與シ之ヲ擔保ニ供シ借財ヲ爲シ債權ヲ讓渡シ之ヲ質入スル等ノ行爲ニ至テハ往々家政ヲ危クスルノ恐アリ又元本ヲ領收スルカ如キハ本來管理上ノ行爲ニ過キサルモ領收

ノ上浪費スルノ悞ナシトセス保證ヲ爲スカ如キハ時ニ或ハ有償ナルアリ或ハ無償ナルアリテ一定セサルモ危險ノ結果ヲ生スルノ恐アルヲ以テ是等ノ行爲ニ付テハ妻ハ一切無能力者ニシテ夫ノ許可ヲ受クルニアラサレハ獨立シテ之ヲ行フコトヲ得サルモノトセリ然レトモ他ノ有償行爲即チ普通ノ動産ヲ賣買交換シ使用貸借ヲ爲シ或ハ利息ノ辨濟ヲ受クルカ如キ行爲ニ至リテハ妻ハ獨立シテ之ヲ行フコトヲ得ヘシ畢竟是等ノ行爲ヲ妻ノ自由ニ任スルモ一家ノ經濟又ハ妻ノ一身ニ格別ノ影響ヲ受クルコトナカルヘキモノト推測スルヲ得ヘケレハナリ

三 身體ニ羈絆ヲ受クル契約即チ他ノ雇人ト爲ル等ノ契約ヲ爲スカ如キコトハ夫ノ許可ヲ受ケシム蓋妻ハ夫ト其住居ヲ共ニシ且之ニ從順ナルヘキモノナルニ自ラ擅ニ其身體ヲ拘束スヘキ約束ヲ爲スコトアルトキハ妻カ夫ニ對スルノ義務ニ矛盾スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ然レトモ法律ノ命スル所ノ義務ノ爲メニ身體ニ羈絆ヲ受クルカ如キ場合ハ此限ニアラサルコト勿論タリ即チ他人ノ後見人ト爲ルカ如キハ多少身體ニ羈絆ヲ受クルモノナリト雖モ是レ法律

ノ命スル所ノ義務ナルカ故ニ夫ノ許可ヲ受クルヲ要セサルコト、知ルヘシ
四 和解ヲ爲シ仲裁契約ヲ爲シ又ハ訴訟ヲ起スカ如キ行爲ハ之ニ係ル物件ヲ處
分スルノ能力ヲ要スルカ故ニ之カ利害得失ハ大ニ一家ノ經濟若ハ妻ノ一身ニ
關係スルモノタレハ夫ノ許諾ヲ受ケシム

右ノ如ク民法ハ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コトヲ得ルモノト爲リ縱令其行爲ヲ爲スニ付
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
トハ關係トハ大ニ異リテ或ハ妻ハ夫ニ威壓セラレハ恐アリ或ハ夫婦間ノ愛ニ

妻ノ無能
力ノ銷除

溺ルハ等ハ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(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

第二款 妻ノ無能力ノ銷除

夫カ許可ヲ與ヘテ妻ノ無能力ヲ銷除スルニハ或行爲ノ種類ヲ特定シ又ハ特定セ
サルモ固ヨリ夫ノ自由タルヘシ蓋許可權ノ既ニ夫ニ屬スル已上ハ之ヲ行フニ當
リ或ハ一部ヲ行フモ或ハ全部ヲ行フモ其自由ニ任スヘキハ當然ナレハナリ然ル
ニ夫カ正當ノ理由ナク其許可ヲ與フルコトヲ拒ミタル場合若ハ夫ノ不在ニ因リ
其許可ヲ受クルコト困難ナル場合ニ付テハ佛國民法ハ其第二百十八條ニ、伊國民
法ハ其第三十六條ニ之カ救濟法ヲ定メ我舊民法人事編ノ草案モ亦斯ル場合ニ
在テハ妻ハ其住所ノ地方裁判所ノ許可ヲ請求スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定メ而シテ
夫ハ場合ニ依リ妻ノ得タル許可ノ廢止ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ルモノトセ
ルニ拘ラス我新舊民法ニハ斯ノ如キ救濟法ヲ置カサルナリ惟フニ古來因襲ノ久

親族法 婚姻ノ效果 行爲ニ關スル效果

シキ自ラ一種ノ氣風ノ存スルモノアリテ夫カ許可ヲ與フルコトヲ拒ミタルハ縱令不當ナルモ妻ハ之ニ服従スルコトヲ常トシ又鐵道郵便電信ノ便開ケタル已上ハ夫ノ不在ノ爲メニ其許可ヲ受クルコトノ困難ナル場合ノ如キハ殆ト想像スヘカラス外國ニ渡航スルカ如キ場合ニ在リテハ夫モ亦相應不便ナカラシメム丈ケノ用意ヲ怠ラサルヘキヲ以テ別ニ右ノ如キ救濟ニ係ル法文ヲ設クルノ必要ナキハ勿論縱令多少ノ必要アルトモ斯ル權利ヲ妄ニ妻ニ與フルノ途ヲ開クハ法律カ求メテ現存ノ美風ヲ破毀スルノ結果ヲ生スヘキヲ恐レタルニ因ルナラム而モ英國慣習法ニ於ケルカ如ク妻ヲ以テ絶對的無能力者トスルヲ原則ト爲ス法制ナラムカ或ハ斯ル規定ノ必要ヲ見ルヘキモ我新舊民法ノ規定ニ依レハ普通ノコトハ妻ニ於テ獨立之ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ斯ル救濟規定ヲ必要トセサルナリ右ノ如ク法律ハ或種類ノ行爲ニ付テハ妻ヲシテ夫ノ許可ヲ受ケシムルヲ以テ必要トナシタリト雖モ時ニ或ハ夫權ノ止熄スル場合ナシトセス夫權ニシテ止熄スルトキハ妻ハ獨立シテ總テノ法律行爲ヲ爲スノ自由ナカルヘカラス即チ舊民法人事編ハ其第七十條ニ於テ此場合ニ二箇アルコトヲ認メ現行民法ハ其第十七條

ニ此場合ニ六箇アルコトヲ認メタリ若シ夫レ夫ノ許可ヲ要スヘキ行爲タルニ拘ラス妻カ其許可ヲ得ス自己ノ獨斷ヲ以テ之ヲ行フコトアルモ其行爲ノ成立ヲ妨ケスシテ唯其行爲ハ取消シ得ヘキモノトナルノミ故ニ例ハ妻カ夫ノ許可ヲ得スシテ元本ヲ領收シタル場合ニ於テモ之ヲ有益ノ事ニ消費セサルトキハ妻ノ行爲ヲ銷除シ債務者ニ對シテ再度ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘク又妻カ夫ノ許可ヲ得スシテ讓渡シタル不動産ハ之ヲ取戻スコトヲ得ヘク其他保證ヲ爲シタル場合ノ如キ或ハ和解仲裁ヲ爲シタル場合ノ如キ何レモ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ(九一乃至一〇六)

財産ニ關スル效果
總說

第四節 財産ニ關スル效果

第一款 總說

婚姻ノ目的ハ夫婦共同生活ヲ爲スニ在リ從テ其間ノ財産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産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

親族法 婚姻ノ效果 財産ニ關スル效果

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産關係ニ付キ契約アルヲ期スヘカラス若シ契約ナキトキハ別ニ其關係ヲ支配スヘキ法律ノ規定ヲ要スヘキハ勿論契約ア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而シテ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、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ズ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夫婦ノ財産關係ニ付キテハ或ハ契約ニ依リ或ハ法定ノ財産制ニ依ルヘキモノト

シタリ即チ夫婦財産契約ハ婚姻前ニ締結スルコトヲ要シ之ヲ締結セザリシトキハ夫婦ノ財産關係ハ全ク法律ノ規定ニ依リテ支配シ夫婦ノ意思ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ許サ、ルモノトシタルナリ

第二款 契約上ノ財産制

契約上ノ
財産制

夫婦財産契約トハ婚姻ヲ爲サムトスル男女ノ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効トナリ取消サレ又ハ解消セラル、トキハ財産契約モ亦當然無効トナリ又ハ取消サレ若ハ解除セラレ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、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タリ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

親族法 婚姻ノ效果 財産ニ關スル效果

モノトナ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產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アリ即チ例ハ佛國民法ニ於テハ財產共通ヲ以テ法定財產制トナセルニ拘ラス夫婦ノ契約ニ依リ之ト異リタル制ニ依ルコトヲ許シ法定ノ財產制ノ外別ニ全ク之ト異レル三種ノ制ヲ認メ契約ヲ爲ス場合ニ於ケル標準トシテ規定シタルヲ見ル其一ハ即チ財產不共通制ナリ此制ニ依レハ夫婦ハ各其財產ヲ特有シ唯夫ハ妻ノ財產ヲ管理シ及其財產ヲ使用シ且之ヲ收益スルノ權利ヲ有スルモノトシ從テ婚姻中ノ費用ハ夫ノ負擔ニ屬セシメ夫ハ妻ノ財產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トス其二ハ即チ財產分離制ナリ此制ニ依レハ夫婦ハ各其財產ヲ特有スルノミナラス亦各其財產ノ管理使用收益ノ權利ヲ有シ婚姻中ノ費用ノ分擔方法ハ契約ニ依リ定ムルモノトシ若シ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トス其三ハ即チ嫁資制ナリ此制ニ依レハ妻ノ財產ハ之ヲ其嫁資外財產ト嫁資財產トニ區別シ嫁資トシテ設定セル財產ノ外ハ凡テ之ヲ嫁資外ノ財

產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產及評價ヲ爲シ且賣買ト同視スルコトヲ約シタル不動產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ヲ管理及收益ヲ爲スノ權利ヲ有シ夫ノ管理ニ因リ財產ヲ危クスルノ恐アルトキハ妻ハ財產ノ分離ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得財產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產即チ妻ノ特有財產ハ妻ニ於テ其所有權ヲ有シ併セテ之ヲ管理及收益ヲ爲ス權利ヲ有スルモノトス而シテ當事者ハ此三種ノ制ノ一ニ依ルモ若ハ其何レニモ依ラスシテ全ク異リタル契約ヲ爲スモ其任意ナリトセリ又獨逸民法ニ於テハ財產不共通制ヲ法定ノ制トシタルニ拘ラス契約上ノ財產關係ヲ定ムル標準トシテハ財產共通所得共通動產及所得共通ノ三種ノ制ヲ規定シタリ我民法ニ於テハ法定ノ財產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カ若シ法定ノ財產制ト異リタル財產關係ニ依ラムト欲スルトキハ契約ヲ

以テ之ヲ定ムルコト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強迫ニ依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

然レトモ民法ハ右等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事はナリ蓋婚姻中ニ在テハ夫婦ハ相互ノ愛情ノ爲メ若ハ夫ニ威壓セラル、爲メ完全ナル意思ノ自由ヲ有スルコト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(七九)其二ハ財産契約ヲ第三者及夫婦ハ承繼人ニ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ホ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雷ニ第三者ニ對抗スル爲メニ必要ナルノミナラス夫婦ノ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キタル總テノ者ヲ謂フ故ニ夫婦ノ承繼人ハ第三者ニアラス特ニ夫婦ノ承繼人ヲ加ヘタルハ夫婦ノ死亡セルトキ其遺産ヲ整理スヘキモノニシテ夫婦ノ財産ニ重大ノ利害關係ヲ有スルモノナルヲ以テ豫メ其財産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)

又外國人カ夫ノ本國ノ法定財產制ニ異リタル場合ニ於テ婚姻ノ後日本ノ國籍ヲ取得シ又ハ日本ニ住所ヲ定メタルトキハ一年內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產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（法例一五）項故ニ夫ハ本國法ニ於ケル法定ノ財產制ニ依リテ其財產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ハ本國ノ法定財產制ニ異リタル契約ヲ爲シタルトキハ其契約ヲ公示スルハ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產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產制カ我國ノ法定財產制ト異ルトキハ我國ノ法定財產制ト同一ノ契約ヲ爲シタルトキニ於テモ尙ホ此規定ノ適用ヲ受ク夫ハ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若シ其第一ノ本國ノ法定財產制ト異リタル契約ヲ爲セルトキ

七〇

ハ縱令其契約カ第二ノ本國ノ法定財產制ト同一ナルモ尙ホ此規定ノ適用ヲ受クヘシ此規定ハ又雷ニ夫婦ノ雙方カ日本ノ國籍ヲ取得シ又ハ日本ニ住所ヲ定ムル場合ニ其適用アルハミナラス夫又ハ妻ノ何レカ一方カ國籍ヲ取得シ又ハ住所ヲ定メタル場合ニ於テモ亦同シ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內ナルコトヲ要ス一年ヲ過キテ登記ヲ爲サ、リシトキハ第三者及夫婦ノ承繼人ハ當然日本ノ法定財產制ニ支配セラル、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然レトモ一年內ニ在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於テ爲シタル登記ヲ無効ナラシムルニ止ルカ故ニ一年以內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

夫婦ノ財產契約ハ婚姻前ニ於テ之ヲ爲スコト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

親族法

婚姻ノ效果 財產ニ關スル效果

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得サラシムルノ必要アルハ論ヲ俟タス故ニ
 夫婦ノ財産契約ハ其婚姻ノ届出前ニ在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未タ登記ヲ爲サル場合トヲ問ハス當事者ノ任
 意ニ之ヲ變更スルコトヲ妨ケサルヘキモ婚姻届出ノ後ハ夫婦ノ任意ヲ以テ之ニ
 變更ヲ加フルコトヲ許サス(七九)從テ或ハ婚姻届出ノ後其契約ヲ解除シ法定ノ財
 産制ニ依ルカ如キ或ハ契約ニ依リ財産ヲ共通トシタル後所得共通ニ之ヲ變更ス
 ルカ如キ皆違法ナリ斯ノ如ク夫婦ノ財産契約ハ婚姻成立ノ後之ヲ變更スルコト
 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ハ權利ヲ留保セル
 契約ハ無効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ハ契約例ハ女戸主ニ夫ノ特有財産ノ管理權ヲ與フル

七二

七三

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ナルヘキコト
 ノ契約ノ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
 ヲ分割スル契約ノ如キ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効ト看做スノ精神ナルコトハ明瞭ナ
 リ(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其財産ヲ危ク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途ナカルヘカラス(七九第六項及第三項)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(八〇)又別段ノ契約
 ヲ定メタルトキニ在リ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
 ヲ危クシタルトキハ他ノ一方ハ此權利ヲ有スヘシ所謂財産ヲ危クスルトハ財産

親族法 婚姻ノ效果 財産ニ關スル效果

ノ所有權ヲ失フノ恐アルヲ謂フ故ニ單ニ財產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
 ニ又財產ヲ危ク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產所有
 者自ラノ所爲ニ因リタルトキハ勿論不可抗力ニ因リ財產ヲ危クシタル場合ニハ
 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ルナ
 リ若シ夫レ夫婦カ財產共通ノ契約ヲ爲シ夫婦ノ共有財產ヲ設定シタル場合ニ於
 テ其管理者カ管理ノ法ヲ誤リ爲メニ其財產ヲ危ク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產ヲ分割スルコトヲ得セシム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產ヲ危クシタル場合ニアラサレハ其請求ヲ許
 サルナリ

右ノ如ク夫婦ノ財產ノ管理者ヲ變更シ又ハ其共有財產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タルヲ問ハス法定財產制ニ依リタルモノナルトキ
 ハ法定ノ財產制ニ異リタルコトヲ爲シ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
 抗スルカ爲メニハ新ニ契約ヲ爲ス場合ト同シク登記ニ因リ之ヲ公示セサルヘカ
 ラサルハ勿論タルヘシ(七九)

第三款 法定ノ財產制

婚姻ノ當事者カ其婚姻前ニ於テ婚姻中ノ財產關係ニ付キ別段ノ契約ヲ爲サ、リ
 シ場合ニ在テハ法律ノ規定ヲ以テ一定ノ財產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ルハ諸國ノ法制其軌ヲ一ニス而シテ之
 ヲ法定ノ夫婦財產制ト云フ即チ法定ノ財產制ハ別段ノ契約ヲ爲サ、リシ場合ニ
 於テ夫婦間ノ財產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テ
 ハ財產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能ク國情ニ適合シ弊害ヲ生スルコト最モ少キ制ヲ探ルコトヲ要ス我民法ハ財産不共通制ハ最モ我國情ニ適スルコト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制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リ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リ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セリ之ニ反シテ荷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制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セリ露國ノ民法ニ至リテハ純然タル財産分離制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制ハ夫婦ノ共同生活ヲ完クセシムル點ニ

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ラルコトアリ斯ノ如キ場合ニ在テハ財産共通ハ其財産ヲ分割スルニ複雑ナル計算ヲ要シ訴訟濫起ノ弊アルヲ免レス財産分離制ハ之ト反對ナル結果ヲ生シ夫婦間ノ平和ヲ維持スルニ適セサルヘシ而シテ所得共通制モ亦財産共通制ト其弊ヲ同シタ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制ヲ採リタルハ畢竟以上ノ如キ弊ヲ生スルノ少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ナル等ハコトヲ其骨子トセリ今追次説明セム

一 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(七九)
 又財産權ノ推定ヲ受クルノ權利ヲ有ス(七八)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義務ヲ夫又ハ戸主タル妻ニ負ハシ
 ム蓋財産共通又ハ所得共通ノ制ニ在テハ是等ノ費用ハ其共通財産ヨリ支辨セ
 シムヘキモノナルモ民法ハ法律ニ依ル共有財産ヲ認メスシテ財産ヨリ生スル
 収入ハ全ク夫又ハ女戸主ニ於テ取得スルコトヲ得セシムルコト、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ニ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ニ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
 トキハ夫カ婿養子ナル場合ニ於テモ尙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若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)
 (七八)

二 夫又ハ女戸主カ其配偶者ノ財産ニ付キ有スル使用及収益ノ權利
 前述セルカ如ク民法ハ法律ニ依ル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
 ト雖モ夫婦ハ共同生活ヲ爲スモノニシテ其之ヨリ生スル費用ヲ以テ夫婦各自
 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
 配偶者ノ財産ノ使用及収益ヲ爲スノ權利ヲ有スルコト、シタリ故ニ妻ノ財産
 ヨリ生スル果實ハ凡テ夫ノ特有財産トナリ夫ハ婚姻中ノ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之ヲ費消スルコトヲ得ヘシ然レトモ元本
 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ナ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ハ如ク夫ハ夫又ハ女戸主ハ其配偶者ノ財産ヨリ生

親族法 婚姻ノ效果 財産ニ關スル效果

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中ヨリ辨濟スルコトヲ許サハルヘカ
ラス故ニ妻又ハ女戸主ハ其財産ノ果實ヲ夫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(第七九項)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、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)

三 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テ財産ノ
管理權ハ妻カ戸主タルト否トヲ問ハス常ニ夫ニ屬セシム蓋婚姻中ノ費用ハ夫
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場合ニ於テハ夫
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リテハ必スシモ戸主權ニ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コト適當ナ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場合ニ於テモ其財産
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
ヲ含マ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ナ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コト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(八一)

右ノ如ク夫レ夫ハ妻ノ財産ヲ管理スル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モ尙ホ之ヲ爲スコトヲ妨ケスト雖モ管理行爲ノ重大ナルモノニ付テモ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從テ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、動産ニ付テハ六個月ヲ超エテ妻ノ財産ノ賃貸ヲ爲ス場合(賃貸ハ管理行爲ノ一種ナリ)ニ限り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産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スコトヲ得ヘシ(二八)舊民法財産取得編ニハ妻カ禁治産者ナルトキハ親族會ノ同意ヲ得其失踪者ナルトキ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産者タル場合ニ關シテ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戸主ニアラサル場合ニ於テハ妻ノ財産ヨリ生スル果實ハ當然夫ノ所有ニ歸スト雖モ妻カ戸主タル場合ニ於テハ妻ノ財産ヨリ生スル果實ハ勿論夫ノ財産ヨリ生スルモノ

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産ノ管理權ヲ有スルモノナルヲ以テ其管理權ノ範圍内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)

四 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ニ往々其財産ヲ危クスルノ恐アル場合ナシトセス故ニ民法ハ斯ノ如キ場合ニ於テハ妻ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ適當ナル救濟ノ方法トシテ自ラ其財産ノ管理ヲ爲サムコトヲ請求スルコトヲ妻ニ許シタリ(七九六項)ト雖モ尙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場合ニ於テ夫ノ管理權ヲ剝奪スルニ至ラシテ別ニ救濟ノ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而モ其主意ハ失踪者ノ財産管理ニ關スル民法第二十九條ノ規定、後見人ニ關スル民法

第九百三十三條ノ規定等ト同シカルヘシ(三八〇)

五 日常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コト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ヲ常態トナスヲ以テ之ニ關シテハ夫ノ爲メニ權利ヲ得義務ヲ負フコトヲ得セシムルヲ至當トスヘシ蓋夫ハ事毎ニ妻ニ其代理權ヲ與フルコトヲ得ヘシト雖モ事毎ニ之ヲ與フ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シタリ其日常家事ノ何タルヤハ事實問題ニ屬スト雖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、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負フ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場合ニ於テ其制限セラレタル範圍内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リト雖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行爲ニ付テハ善意ノ第三者ヲ保護スルカ爲メニ尙ホ夫ヲシテ其行爲ニ關スル責ニ任セシムルモノトシタリ(四八〇)

六 管理人又ハ代理人ノ義務

普通ノ管理人又ハ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ノ間ニ在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(五八〇)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

八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コト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コト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(六八)

七 財產權ノ推定

夫婦ノ財產ハ即チ各自ノ財產ナリト雖モ通常嚴ニ之ヲ分離セルモノニアラサルヲ以テ夫婦ノ何レニ屬スルカ分明ナラサル財產ハ之ヲ夫又ハ女戶主ニ屬スルモノト推定スルコトハシタ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コトハ他ナラス夫又ハ女戶主ノ財產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戶主ノ夫ノ特有財產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戶主又ハ家族

ノ内何人ニ屬スルカ明瞭ナラサルモノニ至リテハ戶主ノ財產タル推定ヲ受クヘキナリ而シテ妻又ハ入夫ノ特有財產ハ其婚姻前ヨリ有セル財產及婚姻中自己ノ名ヲ以テ得タル財產ヲ包括シ其婚姻前ヨリ妻又ハ入夫カ有セル財產ハ婚姻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產ハ妻又ハ入夫カ自己ノ名ヲ以テ得タルモノ、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リテ得タル所得及自己ノ財產トノ交換ニ因リテ得タル所得ハ其所有ニ屬スヘキハ勿論タリ(七八)

第六章 婚姻ノ解消

第一節 總說

婚姻ハ夫婦ヲ分離スヘカラサル共同生活ノ狀態ニ置クモノナルカ故ニ其性質上

婚姻ノ解消
總說

親族法 婚姻ノ解消 總說

夫婦ノ一方ノ死亡ニ至ルマテ其關係ヲ繼續セシムヘキ意思ヲ以テスルコトヲ要シ之ニ一定ノ終期ヲ附シ又ハ解除條件ヲ附スルコトヲ許サスト雖モ共同生活ヲ爲スニハ愛情ノ一致アルコトヲ要ス相互間ニ敬愛ノ情ヲ存セサルニ拘ラス強テ共同生活ヲ爲サシムルハ徒ニ諸種ノ弊害ヲ醸スニ止リ家族及社會ノ平和ヲ保ツ所以ニアラサルナリ而シテ人ノ愛情ハ必スシモ死ニ至ルマテ永久ニ變更セサルモノニアラサルハ勿論ニシテ婚姻ノ繼續中ニ於テ夫婦相反目スルカ如キコトナキヲ保スルコト能ハス是ニ於テカ夫婦一方ノ死亡ニ因リテ婚姻ノ自然ニ消滅スル場合ノ外尙ホ夫婦ノ生存中ニ在テモ亦之ヲ消滅セシムルノ必要ヲ生スルコトアリ離婚制ヲ設クルノ要即チ茲ニ存ス是故ニ婚姻ノ解消ハ或ハ自然ノ事實ニ由リテ生シ或ハ人爲ノ事實ニ由リテ生ス自然ノ事實ニ由リテ婚姻ヲ解消スルモノハ配偶者一方ノ死亡(失踪宣告ヲ包含ス)ナリ而シテ人爲ノ事實ニ由リテ婚姻ヲ解消スル原因ヲ離婚トス婚姻解消ノ自然ノ事實ニ由ルモノハ事實上夫婦間ノ關係ヲ消滅セシムルニ止リ婚姻ヨリ生シタル親族關係及家族關係ヲ消滅セシムルコトナシ故ニ配偶者ノ一方ノ死亡アルモ姻族關係、繼親子ノ關係、嫡母庶子ノ關係ハ皆之

ニ由リテ消滅スルコトナク而モ婚姻ニ因リテ其家ニ入りタル妻又ハ入夫若ハ婿養子ハ其配偶者ノ死亡ニ因リテ當然其家ヲ去ルモノニアラサルヲ以テ夫婦一方ノ死亡ニ因ル婚姻ノ解消ニ付テハ別ニ何等ノ規定ヲ要セス然レトモ離婚ノ場合ニ於テハ婚姻ニ因リテ生シタル一切ノ親族關係及家族關係ヲシテ將來ニ消滅セシムルモノタリ從テ其要件等ニ付キ詳細ノ規定ヲ要ス故ニ本章ハ之ヲ婚姻ノ解消ト題スルニ拘ラス一ニ離婚ニ關シテ説明スルコト、知ルヘシ
 大寶令及女大學ヲ見ルニ夫カ妻ヲ去ル原因ヲ列舉シ(一)舅姑ニ順ハサル女ハ去ル(二)子ナキ女ハ去ル(三)淫亂ナレハ去ル(四)悖氣深ケレハ去ル(五)癩病ノ如キ惡キ病アレハ去ル(六)多言ナレハ去ル(七)物ヲ盜ム心アレハ去ルトアリ而モ妻ヨリ離婚ヲ求ムルノ途ニ至リテハ之ヲ認メタルノ跡ナシ即チ所謂離婚トハ夫カ妻ヲ去ルノ意義ナリシコト疑フヘカラス是レ獨リ我國ニ於テ然リシニアラス未開ノ時代ニ在テハ何レノ國ニ於テモ婦女ヲ財產視シタルノ結果離婚ハ夫ノ自由ニ屬セルノ事實アリ蓋妻ハ男子カ買受ケ或ハ貰受ケタル財產ナリト思惟シタルノ結果ノミ是ヲ以テ未開ノ時代若ハ未開ノ國ニ行ハル、經典ヲ見ルモ夫ハ自由ニ妻ヲ去ルコ

トヲ許セルヲ見ル即チモセスノ經典モハメットノ經典ノ如キ是ナリ然レトモ社會
 漸ク進テ一方ニハ婚姻ノ重スヘキヲ知リ他方ニハ離婚ヲ以テ夫ノ自由ニ任スル
 ノ弊害多キヲ知ルニ至リテ反動ノ然ラシムル所耶蘇敎家ハ婚姻ヲ以テ神意ニ因
 ルモノト爲シ神意ニ因テ結ハレタルモノハ人力ヲ以テ之ヲ解消スヘカラストノ
 コトヲ説キ政治家ハ離婚ノ自由ナルヨリ生スル弊害ヲ矯正セムト欲シテ離婚ヲ
 禁止スルノ必要ヲ認ムルコトナリ遂ニ一時ハ歐洲諸國概テ離婚禁止ノ制度ヲ
 採ルニ至リタリ即チ佛國ハ大革命前及一八一六年ノ復古政略後一八八三年マテ
 英國及奧地利ハ宗教改革以前普漏西ハ一七九四年普通法全典ノ制定マテ離婚禁
 止ノ制度ヲ採リ伊太利ハ今尙ホ其民法ニ於テ離婚ヲ許サ、ルナリ我國ニ於テハ
 未タ離婚禁止ノ制度ヲ設ケタルコトアルヲ聞カスト雖モ古來ヨリ夫婦ハ二世ト
 ノ敎アリテ死後ニ至ルマテ夫婦ノ關係ハ解ケサルモノト爲シタルコト明ナリ
 惟フニ此敎ハ印度ヨリノ傳來ニ係ルモノナラム歟何トナレハ印度ニハ婦ハ生死
 共ニ夫ニ從フヘシトノ敎アリテ近來ニ至ルマテ寡婦准死ノ法ヲ存シ而シテ佛敎
 ハ印度ヨリ傳來セルモノナレハナリ

右ノ如ク夫レ離婚ノ自由ヨリ生シタル弊害ノ反動ハ離婚ヲ全ク禁止スルノ結果
 ヲ生スルニ至リタリト雖モ此制度タル條理公道ニ違背シ到底嚴正ニ之ヲ行フコ
 ト能ハサルヲ悟リタルノミナラス却テ私生ノ子ヲ多クスルノ結果ヲ生シ從テ生
 スル所ノ弊害多キヲ認メタルニ依リ終ニハ裏面ニ於テ其弊害ヲ除去スルノ方法
 ヲ按出シ或ハ婚姻ヲ無効ト爲シ或ハ夫婦別居ヲ許スニ至レリ即チ結婚ノ先約血
 族若ハ姻族ノ近親精神喪失身體上ノ不適格等ノ故障アルトキハ婚姻ヲ以テ初ヨ
 リ成立セサルモノト爲シ稱シテ婚姻解除 (Divortium a vinculo matrimonii) ト云ヒ又姦
 通虐待其他人倫ヲ害スル最モ甚タシキ所爲アルトキハ宗教裁判所ノ宣告ニ依リ
 夫婦同居ノ義務ノミヲ解除スルモノトシ稱シテ寢食ノ離婚 (Divortium a mensa et
 thoro) ト云ヒタルナリ然ルニ一タビ宗教改革ノコト起ルヤルサル等主トナリ
 テ宗教ト政治トヲ區別セサルヘカラサルコトヲ説キ婚姻ヲ以テ宗教上ノ制度ト
 爲サスシテ純然タル民事ト爲スニ至リテヨリ婚姻制ニ一大變動ヲ來シ婚姻ノ義
 務ヲ破ルハ最モ甚タシキモノニ至テハ離婚ヲ爲スモ敢テ妨ナキモノトシ耶蘇新
 敎ヲ奉スル諸國ニハ離婚制ヲ設ケテ別居制ヲ廢シ或ハ離婚制ト別居制トヲ併用

親族法 婚姻ノ解消 總説

シ、或ハ新教徒ニハ離婚ヲ許シ、舊教徒ニハ別居ヲ許スハ制ヲ採ルコトハナレリ、現
今歐洲諸國ノ法律ハ伊太利ヲ除ク外右ノ内其一ニ居ルモノナリ即チ佛國民法ハ
或條件ヲ定メテ離婚ヲ許シ別居ヲ以テ離婚ノ假處分トシ普漏西及奧地利ノ民法
モ亦或條件ヲ定メテ離婚ヲ許シ別ニ有期別居ノ制ヲ設ケテ離婚ノ假處分トセリ
英國ノ法律モ同シク離婚ヲ許スモ其離婚ヲ爲スコトヲ得ヘキ原因狹隘ナルヨリ
別ニ別居ノ制ヲ置キ離婚ニ關スル法ヲ補フモノトセリ獨リ伊太利民法ハ依然ト
シテ別居ヲ以テ離婚ニ代用スルノ制ニ依レリ我民法モ亦或條件ヲ定メテ裁判上
離婚ヲ許シタリト雖モ原則トシテハ法定條件ノ有無ニ拘ラス夫婦ノ協議ヲ以テ
離婚ヲ爲スコトヲ得セシムルノ主義ヲ採リタリ即チ歐洲諸國ノ制度ニ一步ヲ進
メタルモノトス蓋世ノ文化ニシテ尙ホ一層ノ進歩ヲ見ルニ至ラハ法律ハ離婚ニ
付テ何等ノ條件モ之ヲ設クルノ必要ナク離婚ヲ以テ一ニ當事者ノ自由ニ任スル
コトヲ得ルニ至ルヘキナリ何トナレハ世ノ文化ニシテ尙ホ一層ノ進歩ヲ致シ德
義ヲ重スルニ至レハ法律ヲ以テ別ニ制限ヲ加フルノ必要ナケレハナリ若シ然ラ
ムカ婚姻ハ自由ニ始リテ自由ニ終ルモノト謂フヘシ

第二節 離婚ノ性質

離婚トハ夫婦ノ生存中ニ於ケル婚姻ノ解消ナリ即チ婚姻ニ因リテ生シタル一切
ノ效果ヲ將來ニ向テ消滅セシムル法律上ノ原因ナリ此原因ハ當事者ノ意思ニ因
リテ生スルコトアリ又裁判所ノ宣告ニ因リテ生スルコトアリ前者ノ場合ニハ之
ヲ協議上ノ離婚ト云ヒ後者ノ場合ニハ之ヲ裁判上ノ離婚ト云フ離婚ハ婚姻ノ一
切ノ效果ヲ消滅セシム故ニ當ニ夫婦ノ關係ヲ消滅セシムルニ止ラス其間ノ親族
關係婚姻ニ因リテ生シタル姻族關係繼父母繼子等ノ關係ヲ消滅セシメ及婚姻ニ
因リテ變更シタル家族關係ヲ復舊セシム但婚姻ニ因リテ生シタル子及其直系卑
屬トノ親族關係ハ離婚ニ因リテ消滅セサルコト勿論タリ
婚姻ノ解消ハ之ヲ婚姻ノ取消ト區別セサルヘカラス婚姻ノ取消ハ婚姻ニ瑕疵ア
リシニ由リ其原因ハ婚姻ノ當時ニ於テ存在セルモノナラサルヘカラス婚姻ノ解
消ハ之ニ反シ其原因婚姻ノ後ニ於テ生シタルモノナラサルヘカラス夫婦一方ノ
死亡ニ因ル婚姻ノ解消ト婚姻ノ取消トカ其性質ニ於テ又其效力ニ於テ同シカラ
サルハ説明ヲ俟タスシテ明ナリト雖モ離婚ニ因ル婚姻ノ解消ハ婚姻ノ一切ノ效

力ヲ將來ニ消滅セシメ而シテ婚姻ノ取消モ亦其效力ヲ既往ニ遡ラシメサルヲ原
 則トス故ニ其效力ニ於テ兩者殆ト同一ナリ唯兩者間ニ差異ノ存スル所ハ(一)取消
 ハ婚姻ノ當時ヨリ存在セル原因ニ因リ離婚ハ其後ニ生シタル原因ニ因ル(二)離婚
 ハ夫婦一方ノ死亡シタル後ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ得サルモ取消ハ法律ノ特ニ
 禁シタル場合ノ外夫婦一方ノ死亡シタル後ニ於テモ之ヲ請求スルコトヲ妨ケス
 (三)取消ハ婚姻當事者以外ノ者ヨリモ請求スルコトヲ得ルモ離婚ハ當事者ノ外之
 ヲ爲スコトヲ得ス(四)其效力ニ於テモ離婚ハ性質上當然將來ニノミ效力ヲ及ホス
 ヘキモノナルニ反シ取消ハ其性質ニ於テハ婚姻ヲ初ヨリ無効ナラシムヘキモノ
 ニシテ其效力ヲ既往ニ及ホサルハ特ニ法律ノ明文アルニ因ル而シテ婚姻ノ取
 消ハ其效力ヲ既往ニ及ホサルハ原則トスルモ取消原因アルヲ知リテ婚姻ヲ爲
 シタル者ハ婚姻ニ因リテ得タル一切ノ利益ヲ返還スルコトヲ要スルニ反シ離婚
 ニ在テハ善意ト惡意トヲ區別スルコトナク不當利得ノ原則ノ適用ヲ受クル場合
 ノ外ハ婚姻ニ因リテ得タル利益ヲ返還スルコトヲ要セサルナリ
 右述ヘタル所ノ離婚ノ性質ニ依リテ之ヲ觀ルモ離婚ヲ爲スニハ二箇ノ條件ノ中

何レカーヲ必要ト爲スコト明ナリ詳言セハ夫婦ノ協議ナキトキハ裁判所ノ宣告
 アルヲ要シ裁判所ノ宣告ナキトキハ夫婦ノ協議アルコトヲ要ス佛國民法及之ヲ
 繼受セル法制ニモ亦離婚ヲ爲スニハ此二箇ノ條件ノ中一ヲ必要トセリト雖モ我
 民法ノ規定ニ於ケル精神トハ全ク相異ル所アルヲ以テ彼此混同スヘカラス即チ
 佛國民法及之ヲ繼受セル法制ニ依レハ裁判所ノ宣告アルニアラサレハ離婚ヲ許
 サルヲ原則トシ其協議離婚ヲ許スハ法定原因ヲ隱秘スルノ方法ニ屬シ協議ヲ
 以テ離婚ヲ爲シタルハ法定原因ノ存在シタル證據ト爲スナリ蓋法定原因ヲ公ニ
 スルハ一家ノ不名譽ナルヲ以テ成ヘク之ヲ隱秘セシムコトヲ欲シタレハナリ
 則チ佛國民法等ニ於テハ協議離婚ノ制度ヲ以テ法定原因ニ由ル離婚ニ關スル制
 度ヲ補フモノナリト云フヘシ從テ規定ノ順序モ亦裁判所ノ宣告ニ由ル離婚ノコ
 トヲ先ニシ協議離婚ノコトヲ後ニセリ然レトモ我民法ノ規定ニ於ケル精神ハ此
 二箇ノ條件ヲ兩立セシメ決シテ協議離婚ノ制度ヲ以テ裁判所ノ宣告ニ因ル離婚
 ノ制度ヲ補フモノトシタルニアラス是ヲ以テ規定ノ順序モ亦佛國民法等ニ於ケ
 ル規定ノ順序ト之ヲ前後シタルヲ見ル