

たるに過ぎない。廣島控訴院は「舊穢多ト稱スル者ト婚姻ヲ交フルヲ嫌忌スルハ今日ト雖モ舊穢多ニアラサル者ノ普通ノ状態ナレハ其舊穢多ノ家ニ生レタル事實ヲ隠蔽スルノミナラス實家ハ血統正シキ舊家豪農ナリト稱スルハ詐欺ニシテ婚姻取消ノ原由ト爲ルモノナリ」
(明治三十五年十二月十日判決、法律新聞一三〇號青木民法判例集八六二頁) と判決して居るが右判決には詐欺事實を以て當事者が之れを婚姻要素と爲し居りたるや否やの点を認定して居ないから、此点に於て理由不備たるを免れない。

(五) 事實の錯誤と法律の錯誤

法律の錯誤とは法律規定の存在を知らないこと又は法律規定に關して誤まりたる認識を有するを謂ふ。法律の錯誤は廣い意義の事實の錯誤の一種である。刑法では政策上法律の不知は辯解とならない

こととして居る (Ignorantia juris non excusat)。然れども民法上では法律の錯誤と事實の錯誤とは同一の取扱を受けるから區別の實益がない。

(六) 表示行為の錯誤

表示行為の錯誤とは言い誤り、書き誤りである。千圓を百圓と誤記し、馬を牛と誤り傳へたるが如きである。此場合は效果意思ありと雖も、表示意思がない場合であるから意思表示の成立要件を具備して居ない。従つて當然無効だと主張するもの(鳩山博士法律行為乃至時效一三六頁)と表示意思は存在したか表示行為が之れに伴はないから法律行為の内容の錯誤と差異がないと謂ふ理由で第九十五條を適用すべしとする(積積博士民法總論下卷七〇頁)とがある。何れにもせよ此場合は效果意思に錯誤がないのであるから詐欺による婚姻取消の問題には觸れないであらう。

(七) 法律行為の性質種類に関する錯誤 (error in negotia)

例へば當事者が縁組と婚姻とを同一なりと信じ、縁組を爲す目的を以て婚姻したるが如き場合には、當事者に婚姻意思が欠缺することとなり、婚姻は成立しないであらう。其錯誤が詐欺によりて發生したる場合と雖も、婚姻は無効であつて、取消し得べきものでない。

(八) 目的物に関する錯誤 (Error in corpore)

法律行為の目的物に関する錯誤は當事者の錯誤に對立す。甲馬を乙馬と誤まりたるが如き場合である。婚姻は目的物ある法律行為でないから、婚姻に關して此錯誤は問題にならない。

(九) 物の性質に関する錯誤 (Error in substantia)

是れは法律行為の目的物の性質に関する錯誤であつて、當事者の性質に關する錯誤と對立する。婚姻は目的物が存在しないから是れも

亦問題とならない。

(十) 表意者の重大なる過失に基く錯誤

此錯誤は民法第九十五條第二項に規定する所である。同條は婚姻に適用がないから、是れに關しても問題が生じない。

(十一) 目的物の數量、履行の時期、履行の場所に關する錯誤

之れも亦財産上の法律行為に關する錯誤であつて、婚姻に關係がない。

(十二) 緣山の錯誤 (Irrtum in Beweggrund, Irrtum in motiv)

緣山の錯誤又は動機の錯誤とは法律行為を爲すに至つた動機の錯誤である。法律行為の内容に關するものではない。

錯誤が動機の錯誤なりや内容の錯誤なりやは又各個具體的に決せらるべき問題である。轉賣によつて利益を得られると信じて或る物

を買ふたのに、轉賣が出来なかつた場合の如きが其一例である。

内容の錯誤なるか、動機の錯誤なるかを區別する實益は第九十五條の適用を受くるや否やの問題である。詐欺に因つて發生する錯誤は動機の錯誤たる場合が少なくない。民法第九十五條は法律行為の要素に關する錯誤を規定し、第九十六條は法律行為の要素に關せざる錯誤を規定するものであつて、動機の錯誤は第九十六條に包含せられるものである。

婚姻に關する詐欺は動機の錯誤たる要素の錯誤たるを問はず皆取消し得べきものである。唯當事者の婚姻意思欠缺の場合は無効であること勿論である。

(十三) 詐欺に因る錯誤と詐欺に因らざる錯誤

錯誤は前示の通り詐欺に因つて發生する場合と然らざる場合とあ

る。詐欺に因り發生する錯誤にも種々の分類があり得る。先づ詐欺者の方面より之れを見れば(a)法律行為の相手方の詐欺に因る錯誤と、(b)第三者の詐欺に因る錯誤と、(c)相手方及び第三者の共謀に因る錯誤とである。

又之れを詐欺の目的物の方面より見れば

(a) 財産に關する詐欺に基く錯誤 (b) 人の身分性質等、人に關する錯誤等種々あり得るであらう。

又錯誤は詐欺者の積極的詐欺行為によつて發生する場合と、詐欺者の消極的沈黙によつて發生する場合とある。沈黙に因つて詐欺が發生するのは詐欺者が法律上又は契約上又は慣習上眞實を告ぐる義務あるに拘はらず沈黙する場合に生ずるのである。

(ロ) 詐欺の制限

前に述べたるが如く、詐欺が婚姻の要素に關して行はれたる場合に於ては當事者は婚姻意思を有しないものであるから、其婚姻が無効であるが、婚姻の要素に非ざる事項に關して詐欺が行はれたる場合には民法第七百八十五條は取消期間を限定する外無制限に之れを取消することを許して居る。併し乍ら些細なる点に關する詐欺の存する場合に於ても無制限に婚姻を取消し得るものと爲すは立法上頗る當を得ないのであるから、或は詐欺事項に關して或る種の制限を設け、或は詐欺の程度に關して何等かの制限を設けることは極めて必要なることゝ信せられる。蓋し婚姻の締結に際しては、當事者又は第三者が多少の詐欺を行ふことは到底之れを免れ得ないのであるから無制限に詐欺を取消すことを許すときは、總ての婚姻は取消し得べき婚姻たるを免れざるが如き結果となるかも知れないからである。

獨逸民法は第千三百三十四條第一項に於て詐欺に制限を設け、詐欺に基く婚姻取消權の濫用を調節せんと試みて居る。即ち

(I) 詐欺による錯誤は主觀的に重大でなければならぬ。即ち配偶者が婚姻に際して其事情を知りしならば到底婚姻せざりしなるべしと思はるゝ事情に就いて詐欺が行はれたることを必要として居る。

(II) 詐欺に因る錯誤は客觀的に重大でなければならぬ、即ち一般人が其婚姻の性質を熟知するときは婚姻を締結することがないだらうと謂ふ程度に重大でなければならぬことになつて居る。

又同條第二項は「財産關係ニ關スル詐欺ニ關シテハ取消ヲ爲スヲ得ル」(Auf Grund einer Täuschung über Vermögensverhältnisse findet die Anfechtung nicht statt.) と謂ふ規定を設け、詐欺行爲の對象に制限を設け、財産關係の詐欺に因る錯誤を以ては、婚姻の取消を爲すを得ざるものとし

て居る。例へば妻たるべき女子又は其親權者が夫たるべき男子に對して詐欺を以て持參金を贈與すべきことを約したる場合の如きは、獨逸民法に於ては其男子は其詐欺を以て婚姻を取消すことを得ないのである。斯の如き規定を設くる所なく財産關係に關する詐欺を以て身分關係たる婚姻の取消を爲すことの可能なる我國民法の如きは社會立法の見地に立ちて之れを見れば、甚だ遺憾なきを得ないのである。

(ハ) 第三者の詐欺

民法第九十六條第二項には、或る人ニ對スル意思表示ニ付キ、第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ相手方カ其事實ヲ知リタルトキニ限リ、其意思表示ヲ取消スコトヲ得ト規定して居る。即ち第三者たる丙か甲(或る人)に對して詐欺を行つて錯誤に陥らしめたる結果、甲が乙(相手方)に對して意思表示を爲したる場合に、乙が悪意なるときは甲は其

意思表示を取消すを得れども、乙が善意なるときは甲は之れを取消すことを得ないのである。蓋し乙が悪意なる場合に於ては、乙は詐欺者たる丙と共謀すると大差なく、共謀に至らずとも少くとも第三者丙の詐欺を利用するものであるから、乙よりも甲を保護する必要がある。従つて乙が悪意あるときに限つて之れを取消すことを得るものとしたのである。然し乍ら婚姻に就ては右第九十六條第二項は適用なく又之れに該當する特別規定が存在しないのであるから、斯の如き場合に於て、乙が善意なるか否かに拘はらず、其意思表示を取消すことを得るものと解すべきである。即ち妻たるべき乙女の父母又は媒酌人(第三者)が、夫たるべき甲男(或る人)に對して詐欺を行つて錯誤に陥らしめたる結果、甲男が乙女と婚姻を締結したる場合に於て、乙女(相手方)が第三者たる父母又は媒酌人の詐欺を知ると否かに關せず、甲男は婚姻を

取消すを得るものと解すべきである。

獨逸民法は總則の第二百二十三條第二項前段に於て我民法第九十六條第二項に該當する規定を設け、「第三者カ詐欺ヲ爲シタル場合ニハ他人ニ對シテ爲サレタル意思表示ハ其他人カ其詐欺ヲ知リタルカ又ハ知ラサルヘカラサリシ場合ニノミ取消スコトヲ得」(Hat ein Dritter die Tauschung verubt, so ist eine Erklarung, die einem Anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Tauschung kannte oder kennen musste……)と定めて居る。然かも其親族編(第一千三百三十四條第一項第二文)に於ても尙「詐欺カ他ノ配偶者ニヨリテ爲サレサリシトキハ其配偶者カ婚姻締結ノ際其詐欺ヲ知リタル場合ニ限り婚姻ヲ取消スコトヲ得」(……Ist die Tauschung nicht von dem anderen Ehegatten verubt worden, so ist die Ehe nur dann anfechtbar, wenn dieser die Tauschung bei der Ehesch-

liessung gekannt hat……)と謂ふ規定を特設して居るのであるから第三者の詐欺は婚姻に就いても相手方が悪意の場合に限り取消の原因となる。

(乙) 強迫に因る婚姻の取消

強迫 (Metus, Drohung, menaces) は他人を恐怖せしむる爲めの不當なる害悪の豫告である。強迫に因る意思表示は表意者が之れを取消し得ること詐欺と異ならない。唯財産上の法律行為に關する問題としては詐欺に因る意思表示は被欺者に多少とも欺罔せられるに就て過失があるのであるから其取消は善意の第三者に對抗するを得ないこととした(九十六條第三項)。加之或る人に對する意思表示に付き第三者が詐欺を行ひたる場合に於ては相手方が其事實を知りたるときに限り其意思表示を取消すことを得るのであるが相手方が善意の場合には

其意思表示を取消すことを得ないのである。(九十六條二項)。然し乍ら強迫の場合に於ては此場合に相手方が善意の場合にも尙且其意思表示を取消すを得るのである(九十六條二項反對解釋)。婚姻に就いては民法は強迫に就いても第九十六條の規定の適用を排斥して特に第七百八十五條の規定が設けられて居るけれども第九十六條と第七百八十五條とは取消の效力に就いて何等の差異はないのである。即ち強迫は相手方が之れを爲す場合たると第三者が之れを爲す場合たると相手方と第三者とが共謀して之れを爲す場合たるとを問はず、總て表意者に於て其意思表示を取消すことを得るのである。(Wolff, a. a. O. S. 78)°

強迫に因る婚姻を取消し得べきものとするは婚姻自由の保護(Schutz der Eheschliessungsfreiheit)を目的とするのである。

獨乙民法に於ても強迫の場合には詐欺の場合の如く種々の制限を

設けず無條件で取消すことを得る旨を定めて居る(千三百三十五條)。

瑞西民法は強迫の内容に制限を設け配偶者の一方が自己又は近親の生命健康又は名譽に對し急迫重大の危害を以て強迫せられたる場合に限つて取消し得べきものとして居る。即ち財産等に關する強迫は婚姻の取消原因とならないのである(百二十六條)。諾威法も亦大なる恐怖を起させるに足る違法行爲に因つて婚姻した場合を取消原因に數へて居る(三十五條)。

第四 婚姻の取消方法

(一) 總 說

婚姻の取消は訴を以て之れを爲さねばならない。蓋し婚姻無効の訴は固より無効なる婚姻であるから、其無効を主張するに就いては必ずしも訴による必要はないのであるが、婚姻の取消は一旦有効に成立

したる婚姻を取消して無効たるに至らしむるので、當事者竝に第三者に對して重大なる影響があるから、手續を鄭重にし、訴を以て之れを取消すことを必要とするのである。今婚姻取消の訴に就いて大体を説明しよう。

(二) 訴の性質

婚姻取消の訴は形成の訴である。蓋し取消し得べき婚姻は其取消しあるまでは有効に成立する。而して法律は一定の取消原因を限定し、其取消原因存在するときは、其有効なる婚姻を將來無効たらしむべき判決を要求することを得せしむるのであつて、此判決は形成判決である。婚姻取消の訴は此形成判決を要求する訴であるから亦形成の訴である。

(三) 正當なる當事者 (Richtige Partei)

婚姻取消の訴の正當なる原告は婚姻取消權の主体即ち取消權者である。取消權者は各當事者、戸主、親族、検事又は同意權者等一々民法に規定を設けてあるが、其詳細は取消權の主体に關する説明に譲る。婚姻取消の訴の正當なる被告に關しては民法に規定を設けて居ない。之れに關しては人事訴訟手續法第二條に其規定が設けられて居る。

同條に依れば婚姻取消の訴の正當なる被告は婚姻無効の訴の正當なる被告と全然同一であつて、即ち(1)夫婦の一方が此訴を提起する場合には其配偶者を以て相手方とする(同條一項)、(2)第三者が提起する婚姻取消の訴に於ては、夫婦双方を必要的共同被告とする。夫婦の一方が死亡したる後は其生存者を以て相手方とする。夫婦の双方共死亡したるときは検事を以て相手方とする(同條二項)。検事が當事者と爲りたる後、相手方が死亡したるときは本案の訴訟手續受繼の爲め裁判所

は辯護士を承継人として選定することを要する(同條三項)。詳細は婚姻無効の訴の當事者に關する説明を参照ありたい。

(四) 婚姻取消の訴の裁判籍

婚姻取消の訴の裁判籍は夫が普通裁判籍を有する地又は其死亡の時に之れを有したる地の地方裁判所の管轄に專屬する。但し縁組事件に附帶して婚姻取消の訴を提起する場合は此限りでない。然し乍ら此普通裁判籍は日本に住所なきとき、又は日本の住所の知れざるときは居所に依り、居所なきとき又は居所の知れざるときは、最後の住所に依りて定まる。最後の住所なきとき又は其住所の知れざるときは司法省令を以て指定したる地を住所地とする(人訴一條)。詳細は婚姻無効の訴の裁判籍に關する説明を参照せられたい。

(五) 訴の原因

婚姻取消の訴の請求原因は婚姻の取消要件である。即ち先に述べたるが如く、(1)不適齡者の婚姻たること、(2)重婚なること、(3)再婚禁止期間内の婚姻たること、(4)相姦者間の婚姻なること、(5)近親婚姻なること、(6)同意権者の同意なき婚姻なること、(7)詐欺又は強迫に因る婚姻なること及び(8)養子縁組が無効なるか又は取消されたる場合に於ける培養子縁組なることを原因とすることを要する。

婚姻取消の訴に於ても、婚姻無効の訴と同じく、同訴強制主義、別訴禁止主義が行はれる、即ち以上列擧の取消原因たる事實の一個のみ存在する場合には其一個のみを主張するを得べく、數個が競合する場合に於ては、其數個を併合して主張するを得べく(請求の客觀的併合)、又相異なりたる當事者間に於ける訴を併合するを得る(請求の主觀的併合)。加之、他の種類の訴即ち婚姻無効の訴、離婚の訴、同居の訴等を婚姻取消

の訴に併合し得る。又扶養の請求、訴の原因たる事實に因つて生じたる損害賠償の請求、民法の規定に依り婚姻事件に附帯して爲すことを得る縁組の取消又は離縁の請求を併合することを得る。加之相手方は之れに對して反訴を提起し得る（人訴七條）。

然れども、以上列記の事件以外の他の訴は之れを婚姻取消の訴に併合し又は反訴として提起することを禁止せられる。

婚姻取消の訴に付き棄却の言渡を受けたる原告は、訴若くは其事由の変更又は併合に依り主張することを得べかりし事實に基いて獨立の訴を提起するを得ない。又被告は反訴の事由として主張するを得べかりし事實に基いて獨立の訴を提起するを得ない（人訴九條、民事訴訟法改正案五百三十六條）。

婚姻取消の訴に付ては第一審又は控訴審の辯論の終結に至るまで

訴若くは其事由を変更し之れを併合し又は反訴を提起するを得る（人

訴八條、民事改正案五百三十五條）。

(六) 婚姻取消の訴提起の時期

(a) 當事者の死亡後の婚姻取消

夫婦の一方が死亡したる場合には、其婚姻は解消するから、婚姻取消の訴を提起し得ざるが如き外觀がないでもない。併し乍ら此場合の婚姻解消の效力として生ずるは、夫婦間の身分關係及び財産關係に過ぎない。生存配偶者と子其他の第三者との間の身分關係即ち法定血族關係、姻族關係又は扶養關係相續關係等は依然として殘存し（七百二十九條七百三十一條等）。従つて夫婦の一方が死亡したる後に於ても、尙其夫婦間に於て一旦成立したる婚姻の取消を爲すべき實益が存在する。

従つて法律は配偶者の一方又は双方が死亡したる後に於ても婚姻

取消の訴を提起するを得べきものとした。配偶者の一方又は双方が死亡後に於ても、婚姻を取消し得べきものとする根拠は人事訴訟手續法第二條民法第七百八十條第一項但書に在る。

(b) 離婚後の婚姻の取消

取消し得べき婚姻が離婚に因つて解消したる場合に於ても尙其婚姻取消の訴を提起する實益がある。蓋し婚姻取消の效力としては後に述ぶるが如く、(1)婚姻の當時其取消の原因の存することを知らざりし當事者が婚姻に因りて財産を得たるときは、現に利益を受くる限度に於て其返還を爲すことを要する。(2)婚姻の當時其取消の原因の存することを知りたる當事者は婚姻に因りて得たる利益の全部を返還することを要する。尙相手方が善意なりしときは之れに對して損害賠償の責に任する(七百八十七條)。然るに法律は離婚の效力としては斯

の如き婚姻に因りて得たる利益の返還及び損害賠償の義務は發生せしめざるものである。従つて離婚に因つて既に解消したる婚姻も尙取消を爲す實益が存在し得るのである。然らば法律は此實益あるに因つて、離婚後の婚姻取消の訴を認むるであらうか。前示の如く法律は當事者の一方又は双方の死亡に因つて婚姻が解消することを間接に規定して居るに拘はらず、離婚の場合に關しては規定を設けて居ないのであるけれども、之れを禁止する趣旨の規定は存在しないのであるから、之れを許さるべきものと解せざるを得ない。

獨乙民法は婚姻解消後の婚姻取消を許さないのが原則である(千三百三十八條本文)。唯婚姻が當事者の死亡に因つて解消したる場合は區別を要する。

(1) 取消権を有する配偶者 (Anfechtungsberechtigte) の一方が死亡したるときは取消を爲すを得ない。併し(2) 取消権を有せざる配偶者の一方 (Anfechtungsgegner) が死亡したる場合に於ては、取消権は消滅しない(同條但書)。

(七) 判決

婚姻取消の訴の判決に關しては、婚姻無効の訴の判決に關する説明を参照せられたい。

(八) 届出

婚姻取消の訴の判決確定したる場合の届出に關しては、婚姻無効の訴の判決確定の場合の届出と同様である。

第五 婚姻取消権の主体

婚姻取消権を有する者即ち婚姻取消権者 (Anfechtungsberechtigte) を婚姻取消権の主体と稱する。取消得べき婚姻は畢竟取消権者に非ざれば之れを取消すを得ないのである。婚姻取消権の主体は婚姻取消原因の異なるに従ひ同一でない。民法は各種の婚姻取消原因に就き

列舉的に一々其取消権者を規定して居る。

(一) 公益保護を目的とする取消の場合 (民法第七百六十五條乃至第七百七十一條

の規定に違反したる婚姻の取消、即ち(1)不適齡者の婚姻、(2)重婚、(3)再婚禁止期間内の婚姻、(4)相姦者間の婚姻及び(5)近親婚姻の場合に於ては

(イ) 當事者

(ロ) 戸主

(ハ) 親族

(ニ) 檢事

が其取消権を有する(七百八十條一項)。

尙(2)重婚、(3)再婚禁止期間内の婚姻及び(4)相姦者間の婚姻に在つては其以外に

(ホ) 當事者の配偶者

(一) 當事者の前配偶者も亦其取消権を有する(七百八十條二項)。

(二) 私益保護を目的とする取消の場合

私益保護を目的とする取消(民法第七七十二條第七百八十五條第七百八十六條の規定に違反したる婚姻の取消)の場合に在つては取消権者は左の通りである。

(イ) 同意権者の同意を得ざる婚姻又は詐欺若しくは強迫に因りて同意権者の同意を得たる婚姻の取消権は同意権者に屬する(七百八十三條)。此場合に於て當事者にも取消権を與へないのは法の欠点であるとの説がある。

(ロ) 詐欺又は強迫に因る婚姻の取消権は詐欺又は強迫を蒙りたる當事者即ち詐欺又は強迫に因り瑕疵ある意思表示を爲したる當事者に屬する(七百八十五條)。

(ハ) 養子縁組の無効又は取消と爲りたる婿養子縁組の取消権は當事者雙方に屬する(七百八十六條)。

第六 取消権の消滅

婚姻取消権には(甲)永久に消滅せざるものと(乙)特定原因の發生に因つて消滅するものとある。特定原因に因る消滅に三種ある。(イ)一定期間の経過に因る消滅、(ロ)一定事由の發生に因る消滅及び(ハ)取消権者の行爲に因る消滅が是れである。

(甲) 取消権の永久に消滅せざる取消原因は

(イ) 重婚

(ロ) 相姦者間の婚姻

(ハ) 近親婚姻

の三者である。之れ等は永久的取消要件又は永久的障碍(Bleibende

Ehehindernisse)に属する。即ち是等の婚姻に對しては取消権は一定の行使期間の制限がない。何時にても其取消権を行使するを得る。婚姻當事者の生前たると死後たるとさへも問ふことがない。

(乙) 特定原因の發生に因つて消滅する取消原因中

(イ) 一定期間の経過によりて取消権の消滅するは

(イ) 不適齡者の婚姻

此場合は男滿十七年、女滿十五年に達するときはその取消権者たる戸主、親族及び檢事は其取消権を行使するを得ない。各當事者は適齡に達したる後三ヶ月間は其取消権を保有する(七百八十一條)。蓋し不適齡者は意思能力が不充分であるから、適齡に達する以前に於ては、取消権を行使すること能るざる場合が多いからである。

(ロ) 再婚禁止期間内の婚姻

再婚禁止期間内の婚姻は前婚の解消又は取消の日より六ヶ月を経過したるときは其取消権は消滅する(七百八十二條)。

(ハ) 同意権者の同意を得ざる婚姻及び詐欺又は強迫に因りて

同意権者の同意を得て爲したる婚姻

此場合は(1)同意権者が婚姻ありたることを知りたる後六ヶ月を経過したるとき、(2)同意権者が詐欺を發見し若くは強迫を免れたる後六ヶ月を経過したるとき、(3)婚姻届出の日より二年を経過したるときは其取消権は消滅する(七百八十四條)。斯の如き場合は取消権者が取消権を拋棄したるものと看做し得べきが爲めである。

(ニ) 詐欺又は強迫に因る婚姻

詐欺又は強迫に因る婚姻は當事者が詐欺を發見し若くは強迫を免れたる後三ヶ月を経過したるときは其取消権は消滅する(七百八十五條二

項。同意権者の同意を得ざる婚姻若は詐欺若は強迫に因りて同意権者の同意を得たる婚姻の取消権は六ヶ月の経過に因つて消滅するものとなしたるに、此場合は三ヶ月の経過に因つて其取消権が消滅するものと爲したるは、前者が取消権を有するは第三者なるを以て當事者よりも熟慮期間を長くする必要あるに因るのである。蓋し當事者は婚姻の存続を欲せざるときは、一日も之れを忍ぶことを得ざる場合が多いから、取消権行使期間を長くする必要が少ないからである。又前者に於ては、婚姻届出の日より二年を経過するときは取消権は消滅するものと爲したるに、當事者が詐欺を發見せず、若くは強迫を免れざる間は幾年を経過するも取消権は消滅せざるものと爲したるは、婚姻が人生の大事であるから、詐欺又は強迫によつて爲されたる婚姻は、詐欺を發見せず、又強迫を免れざる間は取消権を保有せしめて、當事者の利

益を保護せんとする趣旨に出たのである。

(ホ) 縁組の無効又は取消しありたる場合の増養子縁組

此場合の取消権は當事者が縁組の無効なること又は取消しありたることを知りたる後三ヶ月を経過するときは取消権は消滅する。是れ(三)の場合と同一の立法理由に出づる(七百八十六條)。

瑞西民法に於ては取消権は取消原因の發見後又は強迫を免がれたるより六ヶ月の経過によつて消滅するものとし、總ての場合に於て婚姻後五年の経過と共に、時効に罹ることとして居る(百二十七條)。獨逸民法に於ては、總て取消は六ヶ月以内に於て爲すことを要する。此期間に關しては時効の規定を準用する(千三百三十九條)。

(II) 一定事由の發生に因り取消権が消滅する場合

(イ) 不適齡者の婚姻、重婚、再婚禁止期間内の婚姻、相姦者間の婚姻及

び近親婚姻の場合に於て、検事の有する取消権は當事者一方の死亡に因つて消滅する（七百八十八條但書）。蓋し違法婚姻が公益を害するは主として其違法婚姻の存在する間に限る。婚姻が當事者一方の死亡に因つて既に解消したる後も、尙検事に取消権を有せしむるは寧ろ干涉の甚しきに失することゝなるからである。

(ロ) 再婚禁止期間内の婚姻に於て、女が再婚後懐胎したる場合にも取消権は消滅する。是れ其子が後夫の子なることには疑ないからである（七百八十二條）。

(III) 取消権者の行爲により取消権が消滅する場合

(イ) 追認

(a) 不適合者の婚姻は不適合者が適合に達したる後追認を爲したるときは其取消権は消滅する。此追認は適合に達したる後三ヶ月内

に之れを爲すを要する。蓋し三ヶ月を経過するときは、不適合者の取消権は當然消滅し、最早や追認の必要がないからである（七百八十一條二項但書）。

(b) 同意権者の同意なき婚姻に於て同意権者が追認を爲したるときは、取消権は消滅する。同意権者が詐欺又は強迫に因りて同意を與へたる場合に於ても亦之れと同様である（七百八十四條二號）。

(c) 詐欺又は強迫に因る婚姻に於て當事者が追認を爲したる場合にも取消権は消滅する。此場合に於ても其追認は當事者が詐欺を發見し又は強迫を免れたる後三ヶ月を経過するときは取消権は當然消滅するから、其經過以前に於て追認を爲さざれば實益はない（七百八十五條二項）。

(d) 取消権者の取消権の拋棄に因る場合

婿養子縁組に於て各當事者が縁組の無効又は取消ありたる場合に當事者が其取消權の拋棄を爲したるときは其取消權は消滅する（七百八十六條二項）。婿養子縁組の場合に於て縁組が無効又は取消と爲るも、婚姻は何等の瑕疵がないから、追認を以て瑕疵を補充する餘地はない。従つて追認を取消權消滅の事由とせず取消權の拋棄を取消權消滅事由としたのである。

第七 婚姻取消の效力

(一) 立法主義

婚姻取消の效力に關しては、三種の立法例がある。即ち其一は婚姻取消の效力は既往に遡り、婚姻締結の當初より婚姻を無効と爲すものである。英法、獨乙民法（千三百四十三條）が之れに屬する。其二は婚姻取消の效力は當事者の善意惡意に因りて異なるものとし、當事者双方が

善意なるときは、婚姻取消の效力は既往に遡らず、當事者双方が惡意なるときは、取消の效力は既往に遡りて當初より無効とする。當事者の一方が善意にして、他方が惡意なるときは、善意の當事者に付いては婚姻取消の效力は既往に遡及せず、惡意の當事者に付いては婚姻取消の效力は既往に遡及するものとする。主義を採用するは佛國民法（二百一十條）及び我舊民法（人事編六十六條）等である。其三は婚姻取消の效力は既往に遡及せんとする。瑞西民法（百三十二條）及び我民法は此主義を採用するのである（七百八十七條）。

(二) 當事者の身分上に及ぼす效力 (Personliche Wirkung)

民法總則の規定（百二十一條本文）に依れば法律行爲の取消は其效力を既往に遡らしめ、其法律行爲は初めより無効なるものとする。今若し此原則を婚姻に適用するときは、取消の時迄繼續したる夫婦關係は取消

に因つて忽ち當初より私通關係と一變し、其間に生れたる從來の嫡出子は忽ち當初より私生子と化し、法律關係を攪亂して殆んど其弊に堪へないであらう。民法が婚姻取消の效力を既往に遡及せざるものと爲したるは、洵に適當の立法である（七百八十七條一項）。

婚姻取消の效力が既往に遡及せざる結果として、婚姻は取消ある迄は有効に成立し、取消以後に於て始めて消滅に歸するものであるから婚姻取消前に生じたる身分上の效力は、取消に因つて毫も變更を受けない。即ち婚姻當事者は取消に至る迄は夫婦たる身分關係を維持し其間に生れたる子は婚姻取消以後に至るも尙且、嫡出子たる身分を失ふことがない。然し乍ら配偶者の一方の血族は他方に對し、取消以前は姻族關係を有し、取消と共に姻族たる身分關係を喪失する。婚姻に因つて夫の家に入りたる妻、妻の家に入りたる夫は、婚姻の取消ありた

るときは其時に於て始めて婚家より實家に復籍するものである。婚姻成立の當初に遡つて實家に復籍するものでない。

佛國に於ては婚姻が效力を生ぜざるべきは少くも配偶者の一方が善意なる場合に於てのみ子は嫡出子たる身分を取得する（二百二條）。獨乙普通法に於ても同様である。獨乙民法に於ては配偶者の双方が善意なる場合に於ては子は嫡出子であるか、婚姻の無効が方式の欠缺なるか又は婚姻が婚姻登記簿に登録せられざる場合には、其間に生れたる子は當事者双方が善意なる場合にも嫡出子たるを得ない（千六百九十九條）。然るに瑞西民法は婚姻當事者双方が善意なる場合に於ても、又は惡意なる場合に於ても婚姻取消の場合に子は嫡出子たる身分を有する（百三十三條）。

(三) 當事者の財産上に及ぼす效力 (Vermögensrechtliche Wirkung)

婚姻取消の效力を既往に遡及せしめないのは、當事者の身分關係に就いて、混亂を防ぐ目的に出でたのである。併し乍ら財産關係に就いても、婚姻取消の效力を既往に遡及せしめざるものと爲すときは、當事者が婚姻に因つて得たる財産上の利益は、婚姻の取消の爲めに何等の影響を受けざることとなり、當事者が婚姻の存続することを前提とし

て相手方に給付したるものを、相手方は婚姻が存続せざることとなりたるに拘はらず保有することとなり、却つて不穩當の結果を生ずるを免れない。仍て民法は第七百八十七條第二項第三項の例外規定を設けて、當事者が婚姻關係に因つて取得したる財産に關しては婚姻取消に特別の效力を付與することとした。

(イ) 婚姻當事者双方が善意なる場合、

即ち婚姻當事者双方が婚姻締結當時取消原因の存在することを知らざりし場合には、婚姻當事者の一方が他方より婚姻に因つて得たる財産は、婚姻取消當時現に其當事者の一方が其財産に因つて利益を享受する限度に於て、他方に對し之れを返還することを要する（七百八十七條二項）。例へば夫が妻の財産を管理し、其果實を取得して婚姻中の費用に供したる場合に於て、其果實の全部を婚姻中の費用に供し盡したる

ときは、夫は婚姻取消の際之れに關して返還義務がない。若し其果實の一部が婚姻取消當時夫の手中に残存するときは、夫は其殘存部分のみを妻に返還することを要するのである。

(ロ) 婚姻當事者双方が悪意なる場合

即ち婚姻當事者双方が婚姻締結當時取消原因の存在することを知り乍ら婚姻を締結したるときは、此婚姻は他日取消さるゝことあるべきことを豫期するものであると謂はねばならない。従つて婚姻當事者の一方が婚姻に因りて他方より利益を受けたるときは、其享受したる利益の全部を返還せしむることとした（七百八十七條三項）。其利益の一部又は全部が既に費消せられ、婚姻取消當時既に殘存することなき場合と雖も、尙其利益を全部返還することが必要である。

(ハ) 婚姻當事者の一方が悪意にして、他方が善意なる場合、

即ち、婚姻當事者の一方が婚姻締結前其婚姻に取消原因の存在することを知り居るも、他方が之れを知らざりし場合に於て、婚姻に因つて利益を受けたる者が善意なる場合には（イ）の場合と同じく、現存利益を現度として之れを他方に返還すれば足るけれども、婚姻に因つて財産上の利益を受けたる者が悪意なりし場合には、悪意者は善意者に對して不法行爲を爲したるものと異ならない。従つて其享受したる利益は現存すると否とを問はず、全部之れを返還するを要するは勿論、尙其以上に、善意者に損害あるときは、其損害賠償を爲すことを要するのである（七百八十七條三項末段）。此損害賠償は民法第七百九條の不法行爲の特別規定であるから、不法行爲の場合の如く故意過失を必要とせざるものであると信ずる。

（四）婚姻取消の效力と離婚の效力との差異

婚姻取消の效力と離婚の效力との差異に關しては離婚の説明に譲る。

瑞西民法に於ては、婚姻取消の財産上の效力は離婚の規定に従ふこととして居る（百三十四條二項）。

第四節 婚姻の效力

第一款 夫婦関係の沿革

参考文献

August Bebel, *Die Frau und der Sozialismus* (Woman in the Past, Present and Future,

Tr. by Walker; *Femme dans le passé, le présent et l'avenir*. Tr. par Rave.)

Schou'er, *Marriage, Divorce, Separation and Domestic Relations*,
Westminster, Ibid.

Ellen Key, *Love and Marriage: The Woman Movement*; John Marlin, *Feminism*.

穂積博士「フェミニズム」法學協會雜誌二十八卷七號十號

岡村博士「女人ノ地位」明治四十二年四月法學志林紀念論文集、民法と社會主義三三四頁
以下

歴史上、多少の例外なきに非ずと雖も、大体に於て、女子の地位は古に低くして、今に於て漸次に上進した。法律上、妻の地位も亦古に低くして今に至つて漸次に上進した。歴史は女子壓制時代より女子保護の時代に入り更に女子解放の時代を夢みて居る。是を以て人類の歴史は婦人の地位の上進史であり、婚姻の歴史は妻の地位の上進史である

と稱せられる。

實に、女子を如何に觀察し、妻を如何に待遇するかによつて、時代の文野如何を知り、一國の文化如何を窺知するを得る。女子の地位、妻の地位は現在に於て漸次上進の域に達したるに相違なきも尙未だ女子解放の前途は遼遠たるを免かれない。社會の改造を論ずる者、女權の擴張を叫ぶ者若くは文學者小説家が經濟組織の改造、女子の解放、婚姻及離婚制の改革を主張すること、今に於て益多きを加ふるは當然である。蓋し原始時代より文化漸く開くるに至るまで、畢竟するに女子の運命は壓制の一語に盡きて居る、女子は奴隸發生以前より奴隸であると稱せらるゝもの、實に誣言でない。

原始蠻族間に行はれたる嬰兒殺害は、實は女子殺害であつた。女子は戰鬥力を有せず、勞働力を有せず、従つて女兒の出生は原始蠻族にと

つて大なる負擔である。従つて女兒は出生と共に虐殺の運命を有した。幸にして虐殺の運命を免るゝも、長じては掠奪せられ意思の自由を認められず、他種族に屬する男子の妻女とならなければならぬ。文明漸く進むも尙女子は權利の主体に非ずして權利の物体たらざるを得ない。即ち自ら財産を有するを得ず却つて自らが財産であつて賣買によつて夫の有に歸する。

甚しい哉、男女夫婦其地位の差異あること實に斯の如きものならんとは。之れを改善し、之れを向上せしむるは社會改造家、女權擴張論者若くは立法者の使命であらねばならない。

併し乍ら男女と夫婦とは其觀念を異にし、其實体を異にする。従つて亦男女の平等と夫婦の平等とは必ずしも之れを混同するを許さない。社會制度としての法律の上に於ては必ずしも、男女の平等を夫婦

關係の上に徹底せしむるを得ない。男女は自然的性質能力に於て同一たるを得ない。財産の管理一家の主宰は原則として男子之れに任ずるを利とすべく、幼兒の保護、子女の養育は原則として女子之れに任ずるを便とする。極端なる女權擴張論者が徹頭徹尾男女夫妻を同一の地位に措かんとするが如きは到底其弊に堪へないものであらう。

今や婚姻に因つて生ずる夫婦關係は國により處により千差萬別である。然れども夫婦の地位を絶對的平等となすものあるを知らず、如何なる程度まで夫妻の平等觀を徹底せしむべきか、如何なる方法に依つて夫婦の平等を實現すべきか、靜かに過去を顧み、除るに諸國の現行法制を驗し、思を我國現今法制の利害得失に致して國家百年の長計を考慮すべきである。

第二款 婚姻の效力に關する立法主義

婚姻の效力に關する立法主義に二種ある。其一を夫婦同体主義 (Coverture System, Coverture Scheme) と稱し、其二を夫婦別体主義 (Separate existence System, Separate existence Scheme) と稱する。

夫婦同体主義とは、法律上夫婦を一体と看做し、夫婦兩人格の對立を認めざる主義である。而して夫婦一体となるが爲めには、夫の人格中に妻の人格を没入せしむる考へど、妻の人格中に夫の人格を没入せしむる考へどがあり得るのであるが、實際に於ては、夫の人格中に妻の人格を合体せしむるのであつて、即ち妻の人格の獨立存在を認むるものがない。従つて此主義の下に在つては、妻は絶體的に夫權の支配下に立ち、自ら財産を所有する能力なく、自ら獨立して法律行爲を爲す能力がない。夫婦同体主義は其名稱は美である。併し乍ら其實体は妻の人格を無視するものであるから推賞に價しない。初代羅馬法に於ては

極端なる夫婦同体主義を勵行し英國普通法 (Common Law) も亦此主義を採用した。

夫婦別体主義とは法律上夫妻に各獨立なる人格を認め、夫妻相互間が權利義務の關係によつて羈束せらるべきものとなす立法主義を謂ふのである。此主義に在つては固より大体に於て夫妻は對等の地位を有するのであるが、唯夫妻間の平和維持の爲め或程度に於て妻の獨立を制限し、或る程度に於て夫權の優越を認むるものである。妻が財産を有し、又大体に於て法律行爲を爲すことは得ることは勿論である。近世諸國の法制は皆夫婦別体主義に従つた。英國に於ても千九百〇八年有夫の婦の財産條例 (Married Womens Property Act) を制定し、妻に財産上の權利を認むることゝなつた。我國も亦夫婦別体主義を採用して居る。

第三款 婚姻の效力概観

參考文獻

高柳學士「法律上から見た日本婦人と英米婦人」新法學の基調四三二頁以下
岡村博士「瑞西民法ニ於ケル妻ノ地位」京都法學會雜誌八卷七號一一五五頁以下
岡村博士「私法上ニ於ケル妻ノ地位ニ就テ」法學新報大正五年二十六卷八號九號

婚姻の效力は親族關係の效力と同じく、主として民法中に規定せられて居るけれども、又其他の法令中に於て之れに關する規定がないでもない。例へば民事訴訟法、刑事訴訟法、國籍法、恩給法等が是れである。民法の規定する婚姻の效力は之れを分つて二とすることが出来る。其一は婚姻の身分上の效力であり、其二は婚姻の財産上の效力である。婚姻の身分上の效力としては

(1) 新親族關係の發生

(2) 家族關係の變更

- (3) 妻の無能力
 - (4) 夫婦間の権利義務
 - (5) 配偶者の相続権の發生
 - (6) 妻の権利の時効停止等であり
- 婚姻の財産上の效力としては
- (1) 契約財産制
 - (2) 法定財産制がある。
- 今順次に之れを説明することゝしよう。

第四款 新親族關係の發生

婚姻成立するときは之れに伴つて諸種の親族關係が新に發生する。其新親族關係は或は婚姻當事者間に於て發生し、或は婚姻當事者の一方と第三者との間に發生する。

(一) 婚姻當事者間に於て發生する親族關係

婚姻の成立に因りて、婚姻當事者間に發生する新親族關係は配偶者たる親族關係である(七百二十五條二號) 此配偶者たる新親族關係の發生することは、婚姻の最も主要なる效力であり、最も顯著なる效力であつて、其他の各種の婚姻の效力は之れを基礎とし、之れに隨伴して發生するに過ぎない。

(二) 婚姻當事者と第三者との間に於て發生する親族關係

(1) 夫婦の間に生れたる子は其夫婦に對して嫡出子たる身分を取得する(八百二十條)。

(2) 夫婦の一方と他方の血族との間には姻族關係が發生する。姻族關係は夫婦の一方と他方の血族との間に生ずるものなるが故に夫婦の一方と他方の配偶者(重婚の場合)又は他方の姻族との間には發生す

るものでない。

(3) 夫婦の一方と他方の子どもとの間には姻族関係以外の継親子関係が発生することがあり得る。

(4) 妻と夫の庶子との間には嫡母庶子関係が発生する。

第五款 家族関係の変更(婚姻入家、婚姻入籍)

妻は婚姻に因つて夫の家に入る(七百八十八條)。之れを婚姻入家又は婚姻入籍と稱する。蓋し我國が家族制度を採用する結果として夫婦其家を異にするは到底許すべからざることに屬するからである。而して婚姻あるときは則ち妻が夫の家に入籍するのは我が婚姻法上の原則とする所である。併し乍ら、我國に於ては先に述べたるが如く妻が其家を去る能はざる場合に入夫婚姻及び婿養子縁組の制度を認むるのであるから、是等入夫婚姻及び入夫婚姻と養子縁組との結合せる婿

養子縁組の場合に於ては例外として入夫又は婿養子が却つて妻の家に入籍することゝなるのである(七百八十八條)。

婚姻に因りて夫の家に入りたる妻は夫の氏を稱し(七百八十八條一項、七百四十六條、獨千三百五十五條、瑞百六十一條)、妻の家に入りたる入夫又は婿養子は妻の氏を稱する(七百八十八條二項七百四十六條)。

第六款 妻の無能力

關係法條

十四條乃至十八條、舊民法人事編六十八條乃至七十三條、
獨民千三百五十四條千三百九十五條乃至千四百一十條千四百五條、瑞民十三條十四條十六條
百六十七條百六十八條百七十七條
佛民二百十五條二百十七條二百二十一條乃至二百二十三條二百二十五條

(イ) 總 說

現今に於ては各國の私法上男女を平等に待遇し、男女間に權利能力

の差異を認めない迄に進化して來た。我國に於ても大体に於て私法上男女は平等である(例外九百七十條)併し乍ら男女平等の思想と夫妻對等の主義とは其觀點を異にする。男女を平等なりと爲し得るも必ずしも夫妻を平等と爲し得ざる場合がある。蓋し婚姻共同生活の秩序を維持し夫婦間の平和を企圖せんが爲めには夫妻を絶對的平等たらしむるよりも寧ろ夫に對して妻よりも稍優越なる地位を付與するを可なりとするからである。

併し乍ら更に一步を進めて考察するときには婚姻共同生活の秩序を維持して家庭の圓滿を計り、夫妻相互の利益を企圖する爲めには單に妻の法律行為能力を制限するに止まらず、或る場合に於ては之れと反對に夫の法律行為能力を制限して夫の法律行為に對し妻の同意を要するものと爲すを要する場合があるであらう。是れ等は後に述ぶる

契約財産制の問題として容易に實現し得べき所であるけれども、亦法定財産制中に多少此種の問題を考量する必要があるかも知れない

(此種の米國法に就いて種稜博士民法總論上卷一六八頁參照)。

我民法は此要求に應せんが爲め妻を無能力となし、妻が一定の法律行為、訴訟行為又は營業を爲すには夫の許可を得るを要すること、した(十四條乃至十八條)。斯の如く我民法が妻を無能力と爲したる目的は、右に述ぶるが如く、夫婦共同生活の秩序の維持に在つて、妻自身に意思能力等の欠点ある爲めでないから妻自身の利益を保護するは其間接の目的に過ぎない。然るに我民法の規定する他の無能力者たる未成年者禁治産者準禁治産者にありては、其之れを無能力となす目的は是等本人が意思能力に欠点ある爲め之れを保護せんとするに在る。然らば妻の無能力と他の三者の無能力とは同じく無能力なりと雖も其目的

を異にするものである。従つて我民法が妻の無能力に関する規定を右三者と共に總則中に設けたるは其當を得ざる所である。妻の無能力に関する規定は婚姻の效力中に設くべきものである。我舊民法人事編は妻の無能力に関する規定を婚姻の效力中に設け（六十八條乃至七十三條、他の三者の無能力に関する規定を第二百十三條以下に獨立して規定して居る。獨乙民法も亦他の三者に関する規定を總則中に設け妻の無能力に関する規定を婚姻の效力殊に夫婦財産制中に規定して居る。瑞西民法も同様である。佛國民法も亦妻の無能力を夫婦間の權利義務 (Des droits et des devoirs respectifs des époux) 中に規定して居る（二百十五條等）。英法に於ても妻の無能力は夫婦財産に関する問題として立法されて居るようである (Married Womens Property Act)。併し乍ら妻の無能力制度は之れを永く存続せしむべきか否かに就ては疑ある所で

あつて、將來立法の大勢は寧ろ之を廢止するに傾くであらう。

(ロ) 妻の無能力範圍

一、原則

妻の無能力は準禁治産者の無能力と同じく法律行為の種類を特定せられて居るに過ぎない、此点は未成年者禁治産者が法律行為を特定せず全般的に無能力なると異なる所である。

妻が夫の許可を受くることを要する法律行為は（十四條十二條一項一號乃至六號、

- (1) 元本を領收し又は之を利用すること
- (2) 借財又は保證を爲すこと
- (3) 不動産又は重要な動産に関する權利の得喪を目的とする行為を爲すこと

- (4) 贈與和解を爲すこと
 - (5) 相続を承認し又は之を拋棄すること
 - (6) 贈與若くは遺贈を受諾し又は之れを拒絶すること
 - (7) 身体に羈絆を受くべき契約を爲すこと
 - 妻が夫の許可を得ることを要するは右の法律行為に限らない。更に、
 - (8) 訴訟行為 (Prozessrechtsgeschäft) (十四條十二條四號)。
 - (9) 仲裁契約 (Schiedsvertrag) (十四條十二條五號)。
- を爲すに就ても夫の同意を受くることを要する。

仲裁契約は民事訴訟法第七百八十六條以下に於て規定せられて居る。仲裁契約は当事者が係争物に關する現在又は將來の争を仲裁人をして判斷解決せしむることを約する契約であるが、其性質に關しては學説が岐れ或は之れを私法上の契約となし (雄本博士「仲裁契約ト妨訴抗辯及

ヒ無訴權ノ抗辯」京都法學會雜誌八卷一四九七頁、仁井田博士民事訴訟法要論一六一八頁、板倉博士強制執行
義海二二頁、Wach, Handbuch Pd I S. 67, Schmidt 151 ff, Haeger 43 ff)。或は訴訟法上の効

力の發生を目的とする私法上の法律行為 (Prozessualisches Rechtsgeschäft) となし (Kohler in Gruchot's Beitrage Jahr 31. S. 291 ff; Dunsen, Zeit. für Ziv. Bd 31. S. 411ff)。或は訴訟法上の契約と爲す (雄本博士「仲裁契約ト防訴抗辯及ヒ無訴權ノ抗辯」判例批評録一卷三頁以上 Helwig, System, Bd I, 449, Bd II. 102, Stein Bd II. 955, Kohler Gruch. 31. 291 ff, Grunhut 14, 26 ff Hegler, Anerkenntnis 103, Bulow 31, 219, Walsmann ZivArch 102, 209, Alenrath 32) 此最後の説が

正當である。我大審院も亦最後の説に従つて居る (大正七年四月十五日判決)。

學説に依れば訴訟行為は私法上の法律行為と同じく單獨行為と契約とに分類さる (Helwig, Bl I S. 448 ff)。而して前示の通説に従へば仲裁契約は訴訟行為中の契約に屬する。然らば我民法が第十四條によりて準用する第十二條第四號に訴訟行為を規定し同條第五號に仲裁契

約を規定するのは重複たるを免れない。

妻の訴訟行為に關する夫の許可に就いて大審院は

「記録ヲ點檢スルニ被上告人ハ第一審ニ於テ夫捨五郎ノ許可ヲ受ケ
訴訟行為ヲ爲シ來リシコトハ其記録ニ添附シアル明治三十三年四月
二日附ノ藤根捨五郎ノ承諾書ト題スル書面ニ依リ明カナリ然ラハ夫
ノ妻ニ於ケル授權ノ如キハ訴訟代理人ニ付キ其審級毎ニ書面委任ヲ
要スルカ如キ規定（註、民事訴訟法第六十五條）ナキヲ以テ第一審ニ於テ其夫
ノ許可ヲ受ケタル上ハ其訴訟事件ニ付テハ上級審ニ至ルモ更ニ其許
可ヲ要セスシテ訴訟行為ヲ有效ニ爲シ得ヘキモノトス」（大審院明治三十五
年才第五二號同年六月十一日民二判決八輯六卷四九頁、同趣旨同院明治三十三年才第四五八號同年十二月六日
民一判決六輯一卷三六頁、同院明治三十七年才第二七一號同年六月四日民一判決十輯八〇五頁）と判決
し、又第十七條所定の場合には訴訟行為に就ても夫の許可を不必要と

する判決を下して居る（同院大正六年才第八六一號同七年一月三十日民三判決二十四輯一二二
頁）。

又大審院は妻の訴訟行為の追認及び夫の死亡に關し次の判例を下
して居る。

「妻カ夫ノ許可ヲ受ケスシテ第一審及ヒ第二審ノ訴訟行為ヲ爲シタ
ルトキト雖モ上告審ニ至リ適法ナル追認アリタル場合ニ於テハ其訴
訟行為ハ當初ニ遡リテ有效ト爲ルモノトス是レ本院判例ノ趣旨ニ於
テ是認スル所ナリ而シテ妻カ夫ノ許可ヲ受ケスシテ第一審及ヒ第二
審ノ訴訟行為ヲ爲シタル後夫カ死亡シタル場合ニ於テハ爾後妻ハ夫
權ニ服スルコトナク完全ニ訴訟行為ヲ爲ス能力ヲ有スルモノナレハ
其既ニ爲シタル第一審及ヒ第二審ノ訴訟行為ヲ上告審ニ至リ追認ス
ルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス」（大審院大正五年才第一〇一七號同六年三月十

二、例外

妻は前示の原則の例外として、獨立して左の行爲を爲すことを得る。

(1) 一種又は數種の營業を許されたる妻は其營業に關しては獨立人と同一の能力を有する（十五條獨民千四百五條獨民百六十七條佛民二百二十條、殊に商業に就いては商法五條非訟事件手續法百六十七條參照）。

(2) 遺言（千六十二條十四條）。

(3) 會社の無限責任社員と爲ることを許されたる妻は其會社の業務に關しては之れを能力者と看做す（商法六條）。

(4) 夫の許可を受くることの困難なる場合、不能なる場合又は不合理なる場合には夫の許可を必要としない（十七條獨民千四百一一條佛民二百二十一條二百二十二條、即ち、

(a) 夫の生死分明ならざるとき

(b) 夫が妻を遺棄したるとき

(c) 夫が禁治産者又は準禁治産者なるとき

(d) 夫が瘋癲の爲め病院又は私宅に監置せらるゝとき

(e) 夫が禁錮一年以上の刑に處せられ其刑の執行中に在るとき

(f) 夫婦の利益相反するときの如きが是れである。

(ハ) 夫の許可

未成年者禁治産者の場合と異なり、夫は妻の法定代理人ではなく、單に以上列擧の行爲を爲すに付いて、許可を與ふる權利あるに過ぎない。夫が未成年者なるときは夫は其法定代理人の同意を得て妻の行爲を許可しなければならぬ（十八條）。妻が未成年者である場合には、成年の夫は其後見人の職務を行ふものであると爲す規定がある（七百九十一條）。

之れに就いては後に述べる。

妻の借財に對する夫の許可方法に關して次の判例がある。

「妻カ借財ヲ爲スニハ民法第十四條ニ依リ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要スレトモ其許可ハ必スシモ明示タルヲ要セス默示タルコトヲ得ヘク又其借財ヲ爲スニ付特定のニ其都度許可ヲ受クルコトナク豫メ一般的ニ之ヲ受クルコトヲ妨ケス而シテ夫カ出稼ノ爲メニ妻子ヲ故郷ニ殘シテ遠ク海外ニ渡航シ數年間妻子ニ對スル送金ノ途ヲ絶チタルカ如キ場合ニ在リテハ其留守宅ニ相當ナル資産アリテ生活費ニ充ツルコトヲ得ルカ如キ特別ナル事情ナキ限りハ妻ニ於テ一家ノ生活ヲ維持シ子女ノ教養ヲ全フスルカ爲メニ必要ナル程度ニ於テ借財ヲ爲シ以テ一家ノ生計ヲ維持スルコトハ夫ニ於テ豫メ之ヲ許可シ居リタルモノト認ムヘキハ條理上當然ニシテ斯ク解シテ初メテ其裁判ハ情

理ヲ盡シタルモノト云ハサルヘカラス」(大審院大正九年九月一日民三判決二十六輯一二二七頁、牧野英一博士「最近の法律現象としての調停及び陪審」法學志林二十五卷六號七四四頁七四八頁以下、末弘博士「嘘の效用」二七頁參照)。

夫は一旦與へたる許可を取消し又は之れを制限することを得る。

但其取消又は制限は之れを以て善意の第三者に對抗することを得ない(十六條佛民二百二十三條、商法五條十二條非訟事件手續法百六十八條以下)。

取消權は夫に屬するのみならず、又妻にも屬する(百二十條二項)。

取消權の行使は離婚又は夫婦一方の死亡に因つて消滅するものと爲す説(穂積博士民法總論上卷一七四頁、松本博士註釋民法全書一卷一八一頁、鳩山博士同書二卷四〇九頁、中島博士民法釋義總編一六頁、川名博士民法總論二七六頁、嘉山學士民法總論大正三年中央大學講義三〇〇頁、三浦博士民法總則提要第一册九九頁、暁道博士民法要論三八九頁、高窪博士評論法律評論十一卷十二號三八八頁、立石學士民法總則一九〇頁、宮城控訴院判決法律新聞八六八號三〇頁、法律評論二卷民法二五九頁、安濃津地方大正七年十二月十四日判決法律新聞一五一〇號一九頁、法律評論十一卷十二號、民法三八六頁

名古屋地方大正七年十一月五日判決法律評論八卷民法二九〇頁、法律新聞一五〇二號一七頁）もある又其反對説（牧野博士「夫ノ同意ヲ得シテ妻カ戸主ヨリ贈與ヲ受ケタル場合ト戸主死亡後ニ於ケル取消權ノ行使」法學新報二十九卷四號一〇八頁法律評論八卷七號民法二八九頁、梅博士法典質疑總則四六頁、加古學士同上四五頁、藤田判事法律新聞四三五號二頁、廣島控訴院明治四十年十月十九日判決判例彙報二卷一六頁、東京控訴院判決法律新聞三七五號法律評論八卷七號民法二九二頁、高松地方大正十一年六月十二日判決法律評論十一卷民法三八四頁）も存在する。

大審院は夫の取消權に就いては折衷説を採用し、妻の取消權に就いては婚姻解消に因つて消滅せざるものとする説（後説）を採用した。即ち、

「民法第十四條ニ於テ妻カ同條ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニ付キ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要スト爲シタルハ其目的夫婦間ノ平和ヲ維持セントスルニ在ルハ勿論ナレトモ獨リ之レノミニ止マラス夫ハ妻ノ行爲

ニ因リ自己ノ財産上ノ利益ヲ害セラル、コトアルヘキヲ以テ之ヲモ保護セントスルニ在ルモノニシテ法律カ夫ニ妻ノ行爲ノ取消權ヲ與ヘタル所以ノモノモ右ノ目的ヲ全フセントスルニ外ナラス是故ニ妻ノ行爲ニ因リ夫ノ財産上ノ利益カ害セラレサルニ於テハ夫ノ取消權ハ婚姻ノ解消ニヨリ消滅スヘシト雖モ之ニ反シテ夫ノ財産上ノ利益カ害セラル、ニ於テハ夫ノ取消權ハ婚姻ノ解消後ニ於テモ尙存在スルモノト謂ハサル可カラス然レトモ妻ノ行爲ハ必スシモ夫ノ財産上ノ利益ヲ害スルモノニ非サレハ婚姻解消後ニ夫カ爲シタル妻ノ行爲ノ取消ヲ有效ナリト主張セントスルニハ妻ノ行爲カ夫ノ財産上ノ利益ヲ害スルコトヲ主張シ證明セサルヘカラス本件ニ於テ上告人ノ先代カ其夫甚治郎ノ許可ヲ受ケスシテ被上告人ヨリ貸金ノ辨濟ヲ受ケタルコト、甚治郎カ其受領行爲ヲ取消シタルハ上告人先代ノ死亡後ニ

在ルコトハ原判決ノ確定シタル所ナリ然ルニ上告人先代ノ行爲ニヨリ其夫甚治郎ノ財産上ノ利益ヲ害セラル、コトハ上告人ノ主張セサル所ナルヲ以テ甚治郎カ上告人先代ノ行爲ヲ取消シタルハ取消權ナクシテ爲シタルモノニシテ其效ナキモノト謂ハサルヘヨラス」(大審院大正二年十月二十五日民一判決十九輯八六四頁)。

〔民法ニ於テ妻カ夫ノ許可ヲ受ケスシテ爲シタル法律行爲ヲ取消シ得ヘキモノト爲シ其取消權ヲ妻ニ與ヘタルハ主トシテ夫婦間ノ平和ヲ維持スルノ必要アルヲ認メタルニ因ルコト勿論ナリト雖モ其取消權ハ時効ニ因リテ消滅シ又ハ取消シ得ヘキ行爲ノ追認ニ因リテ消滅ニ歸スル外ニハ特ニ之カ消滅ノ原因ヲ認メタル規定アルヲ見ス而シテ同法第二百二十四條第一項ニ於テハ追認ハ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後之ヲ爲スコトヲ要スル旨規定シ又同法第二百二十六條前段ニ

於テハ取消權ノ短期時効ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ進行スル旨規定シ何レモ取消權ノ存在ヲ前提トセルモノナルコト明白ニシテ且所謂取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後トハ妻ノ行爲ニ付テハ婚姻ノ解消ノタル後ヲ指シタルモノニ外ナラサルヤ疑ヲ容レサル所ナレハ妻ノ取消權ハ婚姻ノ解消ニ因リ當然消滅セサルモノト解釋セサルヲ得ス然ルニ原裁判所カ妻ノ取消權ハ夫ノ死亡ニ因リ婚姻解消シタルトキハ之カ爲ニ當然消滅ニ歸スルモノト解シ斯ル見解ニ基キ判決ヲ爲シタルハ違法ニシテ本件上告ハ其ノ理由アリ」(大審院大正十三年才第六七號同年七月十五日民一判決法律評論十三卷民法六二六頁判例集三卷八號三一頁)。

(三) 立證責任

「抑有夫ノ婦カ民法第十四條ニ列記シタル行爲ヲ爲サント欲セハ必スヤ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要スルモノナレハ有夫ノ婦ノ意思表示

アリタル一事ヲ以テ其行爲ハ適法ニ成立セルモノト云フヲ得サルヤ
固ヨリ論ヲ俟タス然レハ則チ其意思表示アリタル事實アレハトテ夫
ノ許可ヲ受ケタル事實アルモノト當然推定スヘキ法理存セサルコト
ハ自明ナリ由是之ヲ觀レハ有夫ノ婦カ原告タル場合ト被告タル場合
トヲ分タス其意思表示ニ因リテ權利ヲ取得シタリト主張スルモノ相
手方カ夫ノ許可ヲ受ケタル事實ヲ立證スル責ニ任スルヲ當然トスヘ
キコト復疑ヲ容ルヘキニ非ス」(大審院明治三十九年才第三六四號同年十二月十八日民一判決
十二輯一六五三頁)。

(ホ) 取消の效力

「妻カ夫ノ許可ヲ受ケスシテ自己所有ノ不動産ニ抵當權ヲ設定シタ
ルトキハ夫ハ其抵當權設定行爲ヲ取消スコトヲ得ルハ民法第十四條
第十二條ノ規定スル所ナリ而シテ取消ノ效力ハ取消サレタル行爲ヲ

シテ初メヨリ無効ニシテ嘗テ其行爲ナカリシモノトシ行爲以前ノ原
狀ニ復セシムルニ在ルコトハ同第二百一十一條ノ法意ニ徴シテ洵ニ明
晰タリ然リ而シテ妻カ夫ノ許可ヲ受ケスシテ設定シタル抵當權ニシ
テ既ニ登記セラレタル場合ニ於テハ夫カ取消權ノ行使ニ依リ其抵當
權設定行爲ノミヲ取消スモ登記ニシテ依然存在スルニ於テハ右取消
ニ依リ設定行爲以前ノ原狀ニ復シタルモノト云フヲ得ス此ノ如キ場
合ニ於テハ取消權ノ性質トシテ夫ニ對シ抵當權登記抹消ノ請求ヲモ
許スニ非サレハ取消權ノ目的ヲ全フスルコト能ハサルハ毫モ疑ヲ容
レサル所ナルヲ以テ取消權ノ行使者ニ對シ原狀回復ニ必要ナル登記
抹消ノ請求權ヲモ許容シタルモノト解釋セサルヲ得ス」(大審院明治三十九

年才第二五號同年六月一日民二判決十二輯八九三頁、同趣旨同院明治三十九年才第二六號同年六月一日民二判
決十二輯九〇七頁)。

第七款 配偶者の相続権

配偶者の一方は他方の家督相続人となる。詳言すれば法定又は指定の家督相続人なき場合に於て其家に被相続人の父あるときは父、父あ
らざるとき又は父が其意思を表示すること能はざるときは母、父母共
にあらざるとき又は其意思を表示すること能はざるときは親族會は
左の順序に従ひ家族中より家督相続人を選定するのである。

第一 配偶者、但、家、女、な、る、と、き、

第二 兄弟

第三 姉妹

第四 第一號に、該、當、せ、ざ、る、配、偶、者、

第五 兄弟姉妹の直系卑屬（九百八十二條）。

即ち配偶者は第一種の選定家督相続人（制限的家督相続人）（Heritier

elu limite)の第一順位又は第四順位に於て相互に其家督相続人となるのである。

又遺産相続に在つては第一順位の遺産相続人たる直系卑屬又は其代襲相続人なき場合に於て配偶者は互に其遺産相続人となるのである（九百九十六條）。

第八款 妻の権利の時効停止

時効の停止（Hemmung, Ruhen, Suspension）とは時効期間の繰延べである。即ち我が民法に於ける時効の停止は時効完成の際に當り一定事由の存する爲め其事由の存する期間内及び其事由消滅後一定の期間内に限り時効を完成せしめざる制度である。従て此時効停止は或は之れを時効完成の停止（Ablaufshemmung）と稱するのである（百五十八條、獨民二百六條、二百七條）。獨乙に於ては此他に尙廣義の時効停止を認むる。

即ち時効期間進行中。に於て一定事由の存在に因り一時時効の進行を休止するものである。停止以前の期間が無効にならない点が時効の中断 (Unterbrechung, Interruption) と異なるのである。

民法第五百五十九條第二項は妻が夫に對して有する權利に付ては、婚姻解消の時より六ヶ月内は時効完成せざる旨を規定して妻が夫に對する權利の時効停止を認め、我國に於ける妻の權利の時効停止は外國に於けるが如く夫婦關係の圓滿を企圖せんが爲め、夫婦相互に時効の停止を認むるのでなく、民二百四條瑞西債務法百三十四條佛民二千二百五十三條、夫の權利に服従する妻の保護として片面的に妻に對してのみ之れを認めたるものである。

瑞西債務法 (百三十四條一項三號) は夫婦相互に對する權利に關して時効を停止する、蓋し夫婦を對等とする趣旨に出づるのであらう。

第九款 夫婦間の權利義務

第一項 同居の權利義務

關係法條

七百八十九條

獨千三百五十三條千三百五十六條瑞百五十九條百六十條佛二百十三條二百十四條

參考文獻

宮本博士「家族制度と婚姻」婚姻の基調一九五頁以下

第一 住居設定權

婚姻は夫婦の共同生活を目的とするものなるが故に、夫婦は其住居を一にすることが必要である。即ち夫は妻を同居せしむる權利を有し義務を負ひ、妻は夫と同居する權利を有し義務を負ふのである。同居とは住所又は居所を同一にするを謂ふ。従つて妻は夫の一時的滞在地に同居する義務がない、夫の旅行に同行する義務もない。然れど

も苟くも夫の住所居所なる以上は夫が外國に住所居所を設定する場合に於ても、尙且此外國の住所居所に同居する義務がある。

住所又は居所の設定は夫の權利に屬する。妻は住所居所の設定權を有しない。妻は飽く迄も夫の住所居所の指定に服従せなければならぬのである。夫が入夫又は婿養子たる場合に於ても尙且住所又は居所の設定は夫の權利である。

第二 妻が同居を拒絶し得べき場合

前述の如く住居設定は夫の權利であり又義務である。妻は必ず之れに服従しなければならない。併し乍ら絶対に妻は夫の住居に同居しなければならぬとするは不合理であり、不可能である場合があるであらう。斯の如き場合には妻は同居を拒絶し得べきものと解するが相當である。即ち

(1) 夫が相當なる住居を設定せざるとき

夫は前述の如く住居を設定する權利を有し且義務を負ふものである。夫は之れに服従すべき義務あるものであるから、若し夫が其義務に違反して、全然住居を設定することなく、放浪生活を營むが如き場合に在つては妻は夫と住所居所を同一にせんと欲するも不能である。

(2) 妻が夫と同居するに堪へざる正當なる事由存在するとき

同居義務も亦婚姻の倫理觀念に適合する範圍内に於て之れを強制するを必要とする。夫婦の一方にのみ過大の壓制、過當の義務を強制するは婚姻の倫理觀念に違反し、従つて亦條理に反することであらう。即ち同居が夫婦の一方の名譽を毀損するが如き場合、虐待侮辱を伴ふ場合、地位財産職業等に應じて共同生活を營むに適當ならざる場合、健康を維持するを得ざる場合、夫が精神病にして妻の生命に危険ある場

合、夫が外國に住所を設定する場合に在つては、其國が野蠻國なるか疫病の流行地なるが如き場合は妻が同居を爲すを要せざる場合に屬する。

妻が夫と同居後幾何ならずして子宮病に罹りし爲め、其實家に歸へり、現に治療中なりとするも、其疾病にして夫との同居に堪へざる程度の重患にあらざる限り、夫と同居する義務ありとの判例がある（東京地方大正五年五月二十四日判決法律評論五卷民法六五六頁）。

(3)同居が法令等に依つて禁止せらるゝとき

夫が兵營に在る場合、又は刑の執行として刑務所に在る場合の如きは其例である。

第三 同居義務免除契約

夫婦の同居は婚姻共同生活の要素であつて、之れに關する法規は強

行法規である。夫の住居設定権は權利にして、且義務である。従つて夫は之れを拋棄することを得ない。夫の住居設定権を制限する契約、夫婦別居の契約は無効であると謂はねばならない。唯夫が妻の同居を一時的に免除するが如きは妨げない所である（東京地方大正四年十月二十日判決法律評論四卷民法六六七頁、仁井田博士親族法相續法論一五三頁、島田學士親族法二二二頁）。

民法施行前大審院は「婦ハ元來其夫ト共棲スヘキ義務アル者ナルカ故ニ其夫家ヲ立出テタルハ自己任意ノ行爲ニアラスト主張スル上告人ニ於テ先ツ其主張ノ事實ヲ證明スヘキ責アリトス」（大審院明治二十九年第三二號同年三月二十三日民二判決二輯三卷八八頁）と判決し夫婦の同居義務が民法施行前に於ても存在したことを示して居る。

第四 戸主の居所指定權と夫の居所指定權との關係

民法第七百四十九條には戸主が家族に對して居所指定權を有する

旨を規定して居る。而して民法は他方に於て妻に對して夫と同居する義務を負担せしめ又夫に對して妻を同居せしむべきことを命じて居る。従つて戸主が家族に對して有する居所指定權と夫が妻に對して有する住居指定權とは互に相衝突することがあり得る。民法は此矛盾を調和すべき方法を規定して居ないから解釋上疑がある。併し乍ら戸主の居所指定權は夫の住居指定權に優先することは出来ないものと解するのが相當であらう。蓋し民法は家族制度を認めて、之れを尊重して居るけれども、婚姻制度縁組制度と家族制度とが矛盾撞着を免れない場合に於ては、家族制度を犠牲にすることにして居る。例へば第七百五十四條等が其適例である。民法の此立法趣旨を推測するときは、戸主の居所指定權と夫の居所指定權と衝突する場合にも亦夫の指定權を優先せしむるのが當然である（仁井田博士親族法相續法論一五三頁、

島田學士親族法二三四頁、東京地方大正四年十二月十三日判決大正八年十月十八日判決法律評論八卷民法九七七頁以下。

第五 夫婦の同居を目的とする訴

同居義務の違反ある場合に、之れを訴訟の目的とし、違反者に對して其同居を請求することを得るや否やに就いては争なきを得ないけれども、我國に於ては夫婦の同居を目的とする訴を提起し得ることは毫も疑がない所である。蓋し人事訴訟手續法は婚姻訴訟の一種として明に此種の訴を規定するからである（人訴一條）。

(一) 夫婦の同居を目的とする訴の性質

夫婦の同居を目的とする訴は給付の訴である。蓋し此訴は被告に對し原告と同居すべきことを命ずる判決を求むる訴であるからである。

(二) 正當なる當事者

夫婦の同居を目的とする訴の正當なる原告又は被告は夫婦の一方に限る。第三者は此訴の原告又は被告となるを得ない。

(三) 其他の事項

其他の点に付ては婚姻無效の訴に關して述べたる所を参照ありたい。

(四) 強制執行

夫婦の同居を目的とする訴に於て原告勝訴の判決確定したるときは強制執行を爲すことを得るや否やに就いては多少の疑なきを得ない。併し乍ら被告の身体の自由を拘束して判決の直接執行を爲すを得ないものと解すべきである（同説大阪控訴院大正元年八月二十四日判決松岡博士前掲二三〇頁）。唯民事訴訟法第七百三十四條を準用して間接執行を爲すこと

は可能であらう。間接執行とは第一審の受訴裁判所が申立に因り決定を以て相當の期間を定め被告が其期間内に履行を爲さざるときは其遅延の期間に應じ一定の賠償を爲すべきこと、又は直ちに損害の賠償を爲すべきことを命ずるを謂ふ（民事七百三十四條）。

獨乙民事訴訟法第八百八十八條第一項は我民事訴訟法第七百三十四條に該當する間接執行に關する規定であるが、其内容は第一審の受訴裁判所は申立に因り債務者に總額千五百マルク以下の罰金若しくは拘留に依り其行爲を強要するものである。併し乍ら同條第二項に於て右第一項の規定は婚姻上の生活を回復す可き判決等に對しては適用しないことを明言して居るから、獨乙に於ては此種の訴には間接執行さへも許されないのである。併し乍ら民法に於て此種の判決に特別の效力を付與して居る、即ち同法第一千五百六十七條に於て配偶者の

一方が婚姻生活を回復すべき判決を宣告せられたる後一年間他方の配偶者の意思に反して、悪意を以て右判決を履行せざるときは悪意の遺棄として他方の配偶者は離婚の請求を爲すことを得る効力が是れである。

第二項 扶養義務

關係法條

七百九十條

獨千三百六十條 獨百五十九條 佛二百十二條 二百十四條

婚姻の効力として夫婦は相互に扶養を爲す義務を負ふ（七百九十條）。扶養義務に關する詳細は民法第九百五十四條以下に規定する所である。

夫婦間の扶養義務と相對立して民法は第七百九十八條に於て給養義務を規定して居る。給養義務とは後に述べるが如く、婚姻より生ず

る一切の費用を負擔する義務であつて、夫が此義務を負擔する、但し妻が戸主たる場合には妻が此義務を負擔するのである。給養義務は婚姻生活の一切の費用の負擔なるが故に、其中には他方の配偶者たる妻又は入夫の扶養の費用を包含するのであるから、給養義務が履行せられて居る場合には、扶養義務履行の問題は惹起せられることがない。給養義務者が自己の給養義務を盡すこと能はざる場合か發生して始めて、其相手方に扶養義務履行の問題が發生するのである。

扶養義務者たる夫婦の一方が扶養義務を履行するを要するに拘はらず、之れが履行を爲さざる場合には扶養權利者は扶養請求の訴を提起することを得る。扶養請求の訴は給付の訴である。我が人事訴訟手續法は扶養の訴を規定して居ないのであるから（人事一條）此訴は通常の民事訴訟手續に依るべきものである。獨乙民事訴訟法も亦婚姻

事件中に扶養の訴を規定しないから扶養の訴は通常訴訟に屬する

第三項 後 見

關係法條

七百九十一條

參考文獻

梅博士「未成年ノ婦ニ對スル夫ノ權利」法學志林三十六年四十九號法學大家論文集民法之部下卷八六七頁以下

同博士「民法第七百九十一條ノ解釋ニ關シ志方鋭君ニ答フ」法學志林三十七年五十三號同書下卷八七〇頁以下

妻が未成年者なるときは成年の夫は其後見人の職務を行ふ（七百九十一條）

此規定を研究するに當つては先づ夫妻の年齢の組合はせを考察する必要がある。

夫妻を年齢の關係に就いて考察するときは大凡次の如き組合はせ

を想定し得る。

- (1) 夫が未成年にして妻も未成年なる場合
 - (2) 夫が未成年にして妻が成年なる場合
 - (3) 夫が成年にして妻が未成年なる場合
 - (4) 夫が成年にして妻も亦成年なる場合
- が則ち是れである。

右の四個の場合の中 (4)の夫妻共に成年なる場合に關しては何等の問題は起らない。即ち妻は先に述べたる如き特種の法律行為及び訴訟行為を爲すに夫の許可を得れば足るのである。(2)の夫が未成年にして妻が成年なる場合は先に述べたる如く夫が妻の右法律行為又は訴訟行為を許可するには自己の法定代理人の同意を得て之れを爲すを要する（十八條四條）。是亦別段の問題を生じない。

次に(1)の夫妻雙方共未成年なる場合に於ては、夫には自己の親権者又は後見人たる法定代理人が存在し、妻にも亦親権者あるか（戸内婚姻）、然らざれば後見人を設定しなければならない。

而して妻が前示の特種法律行為又は訴訟行為を爲さんとするには先づ自己の法定代理人の同意を得たる上、夫の許可を受けねばならない。然かも夫は未成年者なるを以て亦自己の法定代理人の同意を得たる上、妻の行為を許可しなければならぬことであつて頗る繁雜を極むるのみならず命令二途に出て、矛盾衝突を生じ、夫婦の平和は害せられるであらう。婚姻によつて夫婦は成年と爲さしめるが如き規定の存在が必要である。

最後に夫が成年にして妻が未成年なる場合である。此場合は則ち民法第七百九十一條の規定する所であるが、此場合には妻に親権者あ

る場合と親権者なき場合とがあり得る。親権者存する場合には、夫権と親権とが對立し且つ衝突するであらう。従つて此規定の解釋が困難と爲る。妻が未成年なるときは成年の夫後見人の職務を行ふと謂ふ本條の規定は(一)妻に親権者ある場合には適用がない即ち親権は夫権を壓倒することも解し得べく(二)或は此規定は未成年の妻に親権者ある場合にも、尙適用があり、夫権が親権に優先することも解釋するを得るのである。同條は夫が後見人の職務を行ふと規定して居つて夫が後見人と爲るとは規定して居ないのであるから、夫権の作用として後見人の行ふべき職務を夫が行ふものであるから、妻に親権者がある場合と雖も、此規定の適用があるものと謂はねばならない。従つて第二説が正當である。

學說判例も殆んど此說に従つて居るものばかりである。

(大審院明治三十六年二月二十日民二判決九輯二〇九頁法曹會決議大正十三年二月六日法曹會雜誌二卷四號八三頁、明治三十五年十一月十五日法曹記事百三十五號七頁、百〇四號六頁、奥田博士日本親族法論三九九頁、牧野博士日本親族法論五七頁、穂積博士親族法大意七六頁、飯島博士民法要論九〇八頁、古山學士親族法詳解二一頁、高窪博士法律評論十三卷五號民法三二九頁、反對仁井田博士親族法相續法論一五四頁、島田學士親族法二三五頁)。

今大審院の代表的判例を掲げて置く。

「右上告理由ノ正當ナルヤ否ヤハ民法第七百九十一條ノ解釋如何ニ因テ定マル、依テ之ヲ按スルニ該條ハ婚姻ノ效力ノ規定中ニ存シ後見ノ規定中ニ在ラス又成年ノ夫ハ後見人ノ職務ヲ行フト規定シ敢テ夫ハ後見人ト爲ル若クハ未成年ノ女カ婚姻スルトキハ後見開始スト規定セサルニ由テ觀レハ未成年ノ女カ婚姻スルトキハ親權者ノ存スルト否トヲ問ハス後見ノ開始スルト否トヲ別タス婚姻ノ效力トシテ成年ノ夫カ直ニ其後見人ノ職務即チ普通ノ場合ニ於テハ後見ノ開始セ

ルトキ後見人ノ執ルヘキ職務ヲ行ヒ民法第九百二十一條ニ定メタル權利義務ヲ有ス可キ旨ヲ規定シタルモノト解スルヲ妥當トス、之ヲ上告人ノ所論ノ如ク解センカ親權者ハ未成年ノ妻ノ爲メニ民法第十四條ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ得サルヘカラス親權ヲ行フ母カ民法第八百八十六條ニモ同法第十四條ニモ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ夫ノ許可ニ併セテ親族會ノ同意ヲモ得サルヘカラス妻カ自身ニ前記ノ行爲ヲ爲サンニハ親權者ノ同意ト夫ノ許可トヲ得サルヘカラス親權ヲ行フ母カ之レニ同意ヲ爲スニ尙親族會ノ同意ヲ得サル可カラシテ頗ル繁累ナリト云フヘシ又民法第九百二條ニハ妻カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ親權者ニ先チテ夫カ其後見人ト爲ル旨ヲ規定セルニ妻カ未成年タル場合ニハ妻ノ行爲ヲ代理スルハ親權者ニシテ夫ニ非ストセハ彼是甚タ權衡ヲ得ス加之法定財産制ニ依ルヘキ場

合ニ於テハ民法第七百九十九條第八百一一條ニ依リ夫ハ妻カ未成年タルトキト雖モ其財産ノ使用及ヒ收益ヲ爲ス權利ヲ有シ且財産ヲ管理ス可ク親權ノ範圍ハ其レタケ縮少セラレ、ハ云フヲ埃タサル所ナリ然ルニ夫ニシテ後見人ノ職務ヲ行ハストセハ民法第八百七十九條ニ依リ親權者ハ未成年ノ女子カ婚姻シタル後ト雖モ依然トシテ其監督及ヒ教育ノ義務ヲ有スルニ拘ハラヌ民法第八百九十條但書ノ養育ノ費用ハ其子ノ財産ノ收益ト之ヲ相殺シタルモノト看做ストノ規定ハ其適用ナク反テ收益ヲ爲ス夫ハ監護教育ノ義務ナキノ不公平ヲ生ス可シ然ルニ前記ノ如ク解釋シ婚姻ノ效力トシテ夫ハ後見人ノ執ル可キ職務ヲ行フモノトセハ其範圍ニ於テ親權ハ其效力ヲ失フニ至リ如上ノ煩累ナク不權衡ナク不公平ナク又別ニ支障ヲ生セス以テ前解釋ノ至當ナルヲ知ルヘシ」(大審院明治三十五年才第五九〇號明治三十六年二月二十日民二判決九輯)

二〇九頁。

前掲大審院の判決通りとせば更に戶籍法第百九條に規定する後見開始の届出は必要なるや否やの問題が起る。之れに關して次の如き回答があるが固より之れは正當である。

「成年ノ夫カ未成年者タル妻ノ後見人ノ職務ヲ行フ者ナル場合從來後見開始届ヲ要セサルノ取扱ナリ成年ノ夫ハ未成年ノ妻ニ對シ後見人ノ職務ヲ行フニ過キスシテ後見人ト爲ルモノニ非サルヲ以テ後見ニ關スル届出ヲ爲サシムル必要ナシ」(法務局長回答法曹記事二九卷四號三〇二頁)。

叙上の説明は夫又は妻が未成年なる場合に關するのであるが妻が禁治産者なる場合(九百二條二項)夫が禁治産者なる場合(同條三項)夫が準禁治産者なる場合(九百九條)妻が準禁治産者なる場合等に就いては後見制度の研究に讓る。

前掲(3)の場合たる夫が成年にして妻が未成年なる場合には夫は後見人の行ふべき極めて煩累なる後見事務を處理しなければならぬ。併し乍ら斯の如きは殆んど不能にして亦極めて不當である。従つて學者は佛國民法の婚姻に因る自治産の制度(中島博士民法釋義卷之一、一五八頁)又は瑞西民法第十四條の結婚は成年を作す(Mündig ist, wer das zwanzigste Lebensjahr vollendet hat. Heirat macht mündig. La majorité est fixée à vingt ans révolus. Le mariage rend majeur.)と謂ふ制度を採用するを可なりと論ずる(種積博士大意七七頁)殊に(1)の夫妻双方共未成年なる場合に在つては其手續繁瑣に堪へない。何等かの特別規定を設けて其弊を救ふの外ない。

第四項 契約取消權

關係法條

七百九十二條 舊民法財産取得編三十五條 三百六十七條
 獨千五百八十四條、獨百七十七條、佛千九十六條千五百九十五條千七百七條

夫婦間に於て契約を爲したるときは其契約は何時にても夫婦の一方より之れを取消すことを得る(七百九十二條)。

(一) 立法理由

夫婦が契約を締結するに當りては、或は其夫婦の一方は他方の威力に壓せられて意思の自由を缺き、或は夫婦間の情熱、愛戀に驅られて周密なる思慮なく自己に不利益なる契約を締結することなきを保せない。茲に於て法律は斯の如く夫婦間の契約は或は夫に於て、或は妻に於て其意思に瑕疵あることを豫想し、夫婦間の利益を保護する爲め夫婦相互に其契約の取消權を與へることとしたのである。民法施行前には此取消權を認めなかつた様である(名古屋控訴院判決法律新聞八八五頁、法律評

論二卷民法五六八頁、反對安濃津地方判決法律新聞八五九頁法律評論二卷民法一八四頁。

羅馬法に於ては原則として、夫妻間の贈與を無効とした。我舊民法財産取得編第三十五條は配偶者間に於て動産と不動産とを問はず買賣契約を禁し、又配偶者の一方が他の一方に對して負擔する眞實且正當なる債務を消滅せしむるには相互に代物辨濟を爲すことを得ること、して居る。又同法同編第三百六十七條は夫妻間の贈與は何等の約款あるに拘はらず婚姻中贈與者隨意に之れを廢罷(取消)することを得ること、して居る。佛國民法に於ては贈與を取消し得べきものとし(千九十六條)又或種の買賣交換を禁止する(千五百九十五條千七百七條)。瑞西民法第七十七條は夫の管理に屬する妻の財産又は共同財産に關する配偶者の法律行爲を有效ならしむるには、後見主務官廳の承認を要すること、して居る。獨乙に於ては夫妻間の贈與を禁止して居る(千五

百八十四條)。

併し乍ら右立法理由は單に買賣贈與等に限局せらるゝ理由はない。其他如何なる契約にも存在する事由であるから、我民法は夫妻間の總ての契約を取消し得べきものとしたのである。

瑞西民法(百七十七條)は配偶者は相互間に法律行爲を爲すことを得る旨を規定し、契約取消權を認めない。然かも夫が第三者に對して夫の利益の爲め義務を負擔する場合には、後見主務官廳の承認を必要とすること、して、妻を保護するのであるから、結局我國の立法と趣旨に於て大差ないのである。

(二) 要件

本條の適用ある爲めには

(1) 契約は婚姻中に締結せられたるものに限る。婚姻前夫妻間に於

て成立したる契約には其適用がない。蓋し婚姻前に於ては夫の威壓妻の愛情等の爲め意思の自由を妨げらるゝことがないからである。併し乍ら立法上婚姻豫約中の男女間の契約に本條を適用又は準用せしむる必要が存在するであらう。

(2) 取消權の行使は婚姻中に限る。蓋し一旦成立したる契約は成るべく取消の場合を制限し、契約の不確定の状態を短からしむる必要があるからである。

(3) 取消權は夫妻の一方にのみ專屬する。此取消權は第三者又は夫妻の承繼人に移轉することがない。

(三) 取消の方法

取消の方法に就いて民法は特別の規定を設けて居ないから、一般法律行為の取消の通則に従ふ(百二十三條)。

(四) 追認

取消し得べき法律行為は追認に因りて初めより有效なりしものと看做されるのが原則である(百二十二條)。併し乍ら夫妻間の契約は法律が前掲の立法理由に基いて當然取消し得べきものとしたのであるから、夫妻の意思を以て其取消權の拋棄を爲し得べきものと爲すに於ては、前掲の立法目的を貫徹するを得ないものである。従つて夫妻間の契約に付いては、追認を爲し得ないものと解すべきである。

(五) 效力

夫妻間契約取消の效力は、其契約を始めより無効なりしものと看做すのである(百二十一條本文)。夫婦間の契約を取消し得べきものと爲したるは前示の如く夫妻の利益を保護せんとする目的に出で、居る。併し乍ら此取消を無制限に許すときは第三者が不測の損害を蒙ること

あるを免れない。従て夫妻保護の立法目的は第三者保護の立法目的に一步を譲らざるを得ないこととなる。仍て法律は夫妻間の契約取消は第三者の権利を害することを得ざることをした(七百九十二條二項)。例へば夫が妻に不動産を贈與し、妻は之れを第三者に賣却したる場合に夫が妻に對し其贈與を取消し得るものと爲すときは、妻は其取消の結果、其當初に遡及して其不動産の所有權を喪失し、従つて第三者は無權利者より其不動産を買得したることに歸し、第三者の権利は害せらるゝこととなるのである。斯の如きは社會の一般取引の安全に危害を及ぼすものであるから、法律は取消により第三者の権利を害するを得ざることをしたのである。取消後に贈與を受けたる第三者の如きは本條の保護を受けざるものなること自ら明瞭であるが、恰かも此問題に就いて大審院の判決がある。

「民法第七百九十二條ニ於ケル夫婦間契約ノ取消ノ效果ハ其契約ヲ始メヨリ無効ナリシモノト看做サシムルニ在リト解スヘク而シテ原審ノ確定シタル所ニ據レハ本件宅地所有權及ヒ永小作權ハ始メ被上告人ニ於テ上告人ヨリ之レカ贈與ヲ受ケ其權利ヲ取得シタルモ其後明治四十三年三月十日被上告人ハ更ニ賣買名義ニ因リ妻フジニ權利移轉ノ手續ヲ爲シ之レカ登記ヲ爲シ上告人ハ明治四十四年七月十九日訴外フジヨリ之レカ贈與ヲ受ケ同年八月三日其登記ヲ受ケタルモ被上告人ト妻フジトノ契約ハ夫婦間ノ契約ニシテ當事者ノ婚姻繼續中ナル明治四十四年三月六日被上告人ヨリ之カ取消ノ意思表示ヲ爲シタルモノトス、然ラハ右取消ニヨリ被上告人及フジ間ノ權利移轉ノ契約ハ前段説示ノ如ク初メヨリ無効ナリシモノト看做サル、結果トシテ訴外フジハ最初ヨリ本件目的物ニ付キ何等ノ權利ヲ有セザリシ

モノト看做サル、カ故ニ上告人ハ何等權利ヲ有セサル訴外フジョリ
 本件權利ヲ取得シタル筋合ト爲ルヲ以テ被上告人ハ民法第七十七
 條ノ所謂第三者ニ該當セサルノミナラス前示ノ如ク被上告人ハ最初
 ヨリノ權利者トシテ本件權利ヲ主張スル筋合ト爲ルカ故ニ夫婦間ノ
 契約取消ニ因ル權利ノ得喪ヲ以テ上告人ニ對抗スルモノニ非サルコ
 ト亦明ナリトス民法第七十七條ヲ本件ニ適用セサル原判決ハ正當
 ナリ、上告人ハ又民法第七百九十二條但書ノ規定ニ付論スル所アルモ
 該規定ハ前段説明ノ如ク契約取消ノ效果カ遡及力ヲ有スル結果トシ
 テ契約後取消前ニ契約ニヨリ夫婦間ニ移轉セラレタル者ト雖モ取消
 ノ影響ヲ受ケ不慮ノ損失ヲ被ルニ至ル結果ヲ防止センカ爲メ之ヲ保
 護スルノ趣旨ニ出テタル規定ニ過キスシテ本件ノ如ク契約取消後ニ
 贈與ヲ受ケタル上告人ノ如キハ右但書ノ規定ニ於ケル第三者ナル者

ニ該當スト云フヲ得ス」(大審院大正三年十二月二十五日民二、判決二十輯一一七八頁)。

第十款 他の法律に依る婚姻の效力

(1) 民事訴訟法に依れば配偶者たることは判事の除斥忌避回避の原
 因となり、又證人鑑定人の證言拒絶及び忌避の理由となる (民訴三十二條乃
 至四十一條、二百九十七條一號三百三條三百二十七條三百二十二條)。

(2) 刑事訴訟法に依れば配偶者たることは亦、判事の除斥忌避回避の
 原因となり、亦證人鑑定人の證言拒絶及び忌避の理由となる (刑訴二十四
 條百八十六條百八十八條二百二十八條舊刑訴四十條乃至四十五條百二十三條二號三號百三十六條) 又配偶
 者は告訴無能力となる (刑訴二百六十四條)。

(3) 國籍法には夫妻は他の配偶者の國籍を取得し又は喪失する場合
 を規定し又其他婚姻の效力を規定して居る。

(4) 恩給法 (大正十二年四月十四日法律第四十八號) に依れば配偶者は扶助料を受

くる権利を有する(同法七十二條七十三條七十五條)。

第十一款 夫婦財産制

参考文献

梅博士「夫婦財産制ニ就テ」法學志林八卷七號法學大家論文集民法之部下卷九〇七頁以下
Louis Bridel, Régimes matrimoniaux. Etude critique de droit compare.

法學協會雜誌二十九卷七號

蘆積重威氏「英法に於ける夫婦財産關係」法律新聞大正十三年十二月二十三日二千三百四十一號

一、婚姻の效力として婚姻共同生活中に於ける夫婦の財産關係を規定する制度を夫婦財産制(Das Gutrecht der Ehegatten, Eheliches Gutrecht; régimes matrimoniaux; Arrangement as to the marital Property)と稱する。

夫婦間の財産關係に關しては或は債權法の規定を以て足るものと爲す見解もあり得るであらう。併し乍ら夫婦共同生活に因つて發生する財産關係は頗る複雑を極め、到底債權法の規定のみを以ては、之れ

を解決することを得べきでない。従つて從來諸國の立法例は債權法以外に於て、殊に親族法中に夫婦財産制に關する規定を設けて居る。

夫婦財産制の使命は夫婦婚姻生活中に於ける財産關係を規律するにあるのであるが、其内容を構成する要素は之れを客觀的に考察し、又之れを主觀的に觀察して、略、次の如くならざるを得ない。夫婦財産制が此客觀的要素(Objektiven Elemente)と主觀的要素(Subjektiven Grundlagen)とを欠缺するときは到底完全なる夫婦財産制を構成し得ないものと考へられる。

(I) 夫婦財産制の客觀的要素

夫婦財産制の客觀的要素としては

(1) 所有權關係 (Die Eigentumsverhältnisse)

夫婦財産制の所有權關係は夫妻雙方の財産の歸屬が婚姻に因つて

如何なる影響を受くべきかの問題である。之れに關しては

(イ) 或は婚姻によつて妻の財産が夫の財産に合体して一個の財産關係 (Alleineigentum) を爲すものとする考へもあり得るであらう (財産統一制 *Gutereinheit*)。

(ロ) 或は婚姻に因つて夫婦財産が共有に歸するものと爲す考へがあり得るであらう (財産共有制 *Gutergemeinschaft*)。

(ハ) 或は婚姻が成立するも夫婦の財産は影響を受けないうで、依然として分離的存在を有するものと爲す考へもあり得るであらう (財産分離制 *Gütertrennung*, 管理共通制 *Güterverbindung*, Verwaltungsgemeinschaft)。

(2) 管理權處分權關係 (Verwaltung- und Verfügungsbefugnisse)

(イ) 或は管理權處分權が夫にのみ屬するものと爲すものもあり得る (財産統一制、財産共通制・管理共通制)。

(ロ) 或は之れ等の權利が夫妻の共同に依つてのみ行使せられ得べきものと爲すものもあり得る。

(ハ) 或は夫妻に各獨立して屬するものと爲すことも出來よう (財産分離制)。

(3) 責任關係 (Haftungsverhältnisse)

(イ) 婚姻前及婚姻中の債務に對する責任が夫のみに歸屬すと爲すを得る (財産統一制)。

(ロ) 夫妻双方の債務が共通に夫妻双方に歸屬するものと爲すを得る (財産共通制)。

(ハ) 又夫妻各自の債務に對し夫妻各自が獨立して責任を負ふことも可能である (財産分離制)。

(4) 清算關係 (Liquidation)

夫婦財産関係は婚姻解消によりて如何なる影響を受くべきかの問題が起る。死亡の場合に於ては一般承継人に移轉するであらうし、離婚、婚姻の取消の場合には、婚姻前の状態に原状回復を爲すべきものとなし得べく、又持分に應じて分割すべきものとも爲し得るであらう。

(5) 要之 夫婦財産制は主とし (a) 夫婦各自の財産の歸屬が婚姻に因りて何等かの變更を生ずるや否や、(b) 夫婦が婚姻中に新に取得する財産は夫婦の何れに歸屬すべきやを定め尙其他 (c) 夫婦財産の管理者、管理方法、婚姻生活費用の負擔者、負擔方法を定むることを要するものである。

(II) 夫婦財産関係の主観的要素

夫婦財産関係の主観的要素の問題は當事者及第三者に對し利益の公平を歸することに存する。

(1) 夫に對しては婦の財産の使用収益管理を爲すを得せしむべきや否やの問題を解決するを要する。

(2) 妻に對しては自己の全財産又は財産の一部に對する使用収益管理の權限を自己に留保せしむべきか或は之等を夫に屬せしめて相等の干與を自ら爲すべきか等の問題を決定せねばならない。

(3) 第三者に對しては、夫婦財産制の登記を爲して之れを公示せしむる方法を探るべきか否かの問題がある。

二、夫婦財産制は婚姻當事者たる夫婦間の契約を以て之れを定むるを最も便宜にして且穩當なりとする。婚姻當事者間の契約を以て其財産關係を定むるものを契約財産制 (Vermögenssches Guterrecht; Gut erstand des Ehevertrages; regime conventionnel; Property relations of husband and wife arising from contract) と稱し、其夫婦間の財産關係を定むる契約

を夫婦財産契約 (pacta dotalia, pactum sponsalium; Ehevertrag; le contrat matrimonial, le contrat de mariage; contract relative to marital property) と謂ふ。

然れども當事者は斯の如き財産契約を締結することは實際に於ては甚だ少ない。又假令之れを締結したりとするも當事者は法律的智識に乏しき爲め、其契約は不完全たるを免れざる場合が多からう。従つて之れが救済策として當事者の契約財産制なき場合には補充的に法律を以て財産制を定めて之れに依らしめ又は法律を以て數種の模範的の財産制を定めて當事者をして之れを選択せしめ以て當事者の契約財産制の不完全を免れしむることが必要である。斯の如く當事者の契約又は選擇に依らず法律を以て夫婦の財産關係を定むるものを法定財産制 (Gesetzliches Gutrecht; the legal arrangements as to marital property) と稱する。

歐洲諸國の立法例を按ずるに、皆當事者の契約財産制存在せざる場合に於て、法定財産制を以て夫婦間の財産關係を規律するのが常である。而して契約財産制に就いては、(一)法律を以て模範的に數種の夫婦財産制を定め、當事者は其一を選択して之れに依るか、或は全然其模範に依らずして別異の夫婦財産契約を締結するかを全く當事者の自由に任ずるものもあるし、(二)又法律を以て數種の模範的財産制を定め、當事者は必ず其中の一種を選択して之れに依るを要し、法律の定むる模範的財産制以外の別異の夫婦財産契約を締結するを得ざるものと爲すものがある。

獨乙民法 千四百三十二條以下千三百六十三條以下) 及び佛國民法は前の主義を採用し、瑞西民法は後の主義を採用した(百七十九條)。獨佛の主義は當事者の意思を尊重する趣旨に出て、瑞西の主義は當事者が不完全なる夫婦

財産契約を締結することを豫防することを目的とする。蓋し不完全なる契約は諸種の困難なる問題を惹起する虞れがあるからである。

我親族法は契約財産制と法定財産制とを採用すること前掲歐洲諸國と其授を一にするけれども、契約財産制に關しては全然當事者の自由意思に放任し、模範的財産制を定めて當事者をして之れを選択せしむることがない。

第一項 契約財産制（夫婦財産契約）

参考文献

柳川學士「夫婦財産契約ヲ論ス」法政新誌九卷十卷十號十一號法學大家論文集民法之部下
卷八八四頁以下

契約財産制は婚姻を締結せんとする男女が契約を以て定むる夫婦財産制度である。契約財産制を定むる當事者間の契約を夫婦財産契約と稱すること先に述べたる通りである。

夫婦財産契約は婚姻を爲さんと欲する男女間の契約であつて、既に婚姻したる男女間即ち夫婦間の契約ではない（七百九十三條、七百九十四條）。従つて先に述べたる夫婦間の契約取消權の問題（七百九十二條）は夫婦財産契約に何等の關係がないのである。又夫婦財産契約は婚姻前に之れを締結するを要するのであるから、當事者が夫婦財産契約を締結せずして婚姻を爲したるときは、其後に於ては最早や之れを締結するを得ないこととなることも注意すべき點である。今、夫婦財産契約に就いて分説しよう。

第一 契約の自由性

夫婦財産契約は契約である。然かも夫婦財産契約は親族法に於て規定せられ、親族法上の效力を生ずるものであるから、則ち親族法上の契約であつて、債權契約とは稱し難い。併し乍ら、夫婦財産契約は其内

容は夫婦の財産關係に關する契約であるから、其實質に於ては概して債權契約と異なる所はないのである。従つて當事者は主として債權法上に行はる、契約自由の原則に従つて、自由に、夫婦間の財産關係の内容を定むることを得る、又契約の締結に關しては何等の方式を遵守する必要がない。一般契約上の原則は此契約に適用せられるのである。唯婚姻の目的を維持し、夫婦共同生活を爲す必要上、親族法所定の此契約に特有なる制限に従ふことを要するに過ぎない。

第二 契約の附從性

夫婦財産契約は夫婦婚姻中の財産關係を定むる契約であるから、將來婚姻の成立すべきことを前提とする。即ち此契約は婚姻の從たる契約である。唯從たる契約は主たる契約と同時に成立し又は主たる契約成立の後に成立することが原則であるけれども、夫婦財産契約は

必ず婚姻成立の以前に成立することを必要とする點が異なつて居る。

夫婦財産契約は婚姻の從たる契約であるから婚姻と運命を共にする。即ち婚姻が將來有効に成立するときには此契約も效力を生じ、婚姻が無効なるときは、此契約も無効となるべく、婚姻が取消さるゝときは、此契約も其效力を失ふに至るべく、婚姻が解消するときには此契約も亦其效力を失ふに至るであらう。去り乍ら、反對に夫婦財産契約が無効となり、又は取消さるゝことあるも、單に其れが爲め婚姻が無効となり又は取消となることはあり得ない。夫婦財産制が無効又は取消となる場合に於ては法定財産制が適用せらるゝに至るのみである。

第三 契約の固定性

一、原則

當事者が契約を締結するに際しては、前示の如く自由なる意思を以

て相互に其契約の内容を定むることを得るけれども、一旦契約が成立するときには、當事者は其契約の履行を相手方に請求する権利を取得し又之れが履行を爲す義務を負担する。従つて當事者は妄りに一方の意思を以て、單獨に其契約を解除し又は其契約の内容を変更するが如きことを爲し得ざるは勿論のことである。若し妄りに斯の如き單獨の解除又は変更が許され得べきものと爲すときは、契約は拘束力を有せず、當事者は契約締結の目的を達することを得ざるが爲めである。

然りと雖も、苟くも當事者雙方の合意ある場合に於ては一旦成立したる契約も自由に之れを解除し、又は自由に之れを変更することを得なければならぬ。是れ亦契約自由の原則の當然の適用に過ぎない。

今、夫婦財産契約に就いて之れを見るに、夫婦財産契約も契約であつて、其締結に際して自由性を有すること前に述べた通りであるから、婚

姻成立前に在りては、苟くも當事者間に合意が成立するに於ては或は之れを解除し、或は之れを変更するを妨げない。亦合意あるに於ては其変更は幾回之れを重ねるも妨げがないのである。(七百九十六條一項反對解釋)。併し乍ら一旦婚姻が成立したる後に於ては、夫婦財産契約は忽ち確定不動となり、如何に當事者が合意を爲すも、決して之れを解除又は変更することを得ざるに至る。(七百九十六條一項)。即ち當事者は夫婦財産契約の内容を変更するを得ざるのみならず、之れを廢して法定財産制に従ふことを得ないのである。

法律が夫婦財産契約に固定不變を要求する所以は、當事者及び第三者の利益を保護せんが爲めであつて、當事者及び第三者を不便ならしめんが爲めではない。蓋し一旦婚姻が成立するときには先に述べたるが如く、夫の威壓、妻の愛情等に拘束せられて、當事者は自由なる意思を

以て利害を較量し、相手方と折衝することを得ないことがある。従つて婚姻成立以前に於て、當事者各自が獨立の人として、自由なる協定を爲すを得せしむることは當事者の保護を全ふする所以であるからである。加之夫婦財産契約は第三者に對しても對抗し得べきものであるから（七百九十四條）、夫婦が如何なる内容の財産契約を爲したるかは、第三者に重大なる影響を生ずることあるであらう。然るに此契約を自由に変更することを得るものと爲すに於ては、第三者は其変更を知らざるが爲め、不測の損害を蒙むることがあるであらう。然らば此契約の固定性は亦第三者の利益を保護する所以であると謂へよう。

瑞西民法（百七十九條乃至百八十二條）は夫婦財産契約の締結は婚姻の前なると、後たることを問はない。又其變更廢止を妨げない。唯是れに關しは、公證、當事者の署名及後見主務官廳の承認等一定方式の履踐を必要

とするのである。是れ蓋し同法が夫妻は相互に獨立自由を保有すると爲すに因るのである。

二、例外

夫婦財産契約は婚姻成立後は之れを變更するを得ざる原則に對して法律は左の例外を設けて居る（七百九十六條二項三項、七百九十七條）。

(1) 管理者の變更

(甲) 夫婦財産契約夫れ自体の定むる所に依りて婚姻届出後に、夫婦の財産管理者を變更する場合

夫婦財産契約は婚姻届出前に於て、之れを締結するを要すれども、其契約に於て當事者が婚姻成立後、或る條件の成就又は期限の到來あるときは、其財産關係を變更すべき旨を定むるを妨げない。併し乍ら當事者が夫婦財産契約を以て或る條件の成就又は期限の到來により財

産關係の變更すべきことを定むるを得るは茲に述べんとする管理者の變更と後に述べんとする共有財産の分割とに限定せられて居る。其以外の財産關係の變更を定むる夫婦財産契約は無効である。

例へば女戸主に夫の特有財産の管理權を與ふることを定め、同時に一定の事由が発生したる後に於ては、夫が女戸主に代はりて其管理者と爲る旨を定むるが如きは其一例である。或は當事者が夫婦財産契約中に於て之れを定むる以上は、將來條件の成就又は期限の到來に因り、管理者の變更、共有財産の分割を生ずる場合に限らず、其他如何なる變更を財産關係に加ふるも妨がないと解するものなきを保せないけれども、此の考は正當でないであらう。蓋し民法第七百九十七條は例外規定であつて、唯管理者の變更、共有財産の分割のみを規定するに止まるから、之れ以外の事項に之れを擴張するを得ないことを言を俟たな

い所であらう。

(乙) 裁判所に請求して、夫婦の財産管理者を變更する場合

夫婦の一方が他の一方の財産を管理する場合に於て、管理の失當により、其財産を危くしたるときは、他の一方は自ら其管理を爲さんことを裁判所に請求することが出来る。而して裁判所が其請求を許可するときは、即ち茲に夫婦財産關係の變更を生ずる。

今其要件を説明すれば、

(a) 夫婦の一方が他方の財産を管理する場合なることを必要とする夫又は妻が各、自己の財産を管理するが如き場合に在つては、其管理が失當なるも他の一方が之れに代はつて管理を爲さんことを請求することは許されない。

(b) 管理が失當なることを必要とする。

例へば夫が妻の財産を管理する場合に夫が放蕩にして妻の財産を酒色賭博に消費するが如き、或は妻が夫の財産を管理する場合に、妻が愚昧にして第三者に欺罔せられ夫の財産を危険事業に投資するが如き場合は管理が失當なるものである。

(c) 財産を危くすることが必要である。

財産を危くするとは例へば管理の失當に因り財産の所有権を喪失する恐れあるが如き場合を謂ふ。財産の収益を失ふ恐れあるのみにては足らない。然し乍ら現實所有権を喪失したることを要しない。將來に於て所有権を喪失すべき恐あるを以て足る。

(d) 裁判所に請求することを必要とする。

夫婦が任意に合意を以て管理者を変更することは出来ない。必ず裁判所に對して請求しなければならぬ。而して此請求は訴を以て

之れを爲し、判決に因つて管理者の変更の宣告を受けなければならぬ。

夫婦財産契約に定めたる管理者変更を請求する訴は形成の訴である。

裁判所が原告の請求を理由ありと認むるときは原告自ら財産を管理すべきことを宣告するのである。

(e) 管理者の変更を爲したるときは其登記を爲すに非ざれば、夫婦の承継人又は第三者に對抗するを得ない。

(2) 共有財産の分割

我が法定財産制は後に述べるが如く夫婦の共有財産を設けない。然るに契約財産制には何等の制限がないから夫婦は財産契約を以て夫婦の共有財産を設定することが出来るのである。法律も亦夫婦が

契約を以て共有財産を設定することを豫想して居る（七百九十七條）。今説明せんとするは夫婦が共有財産を設定したる場合である。

財産契約を以て共有財産を設定し夫婦の一方が之れが管理を委せられたる場合に於て、管理者が前述の如く管理の失當により、其財産を危くしたるときは、前述の方法により、管理者の變更を裁判所に請求することを得ること勿論であるけれども、管理者の變更のみに因つては財産の安定を望むこと能はざる場合がある。蓋し管理者の變更により従來自己の共有持分の管理權なかりし配偶者の一方が、自己の持分の管理權を回復したるときは、共有物全体の管理は民法第二百五十二條の規定により、管理に不適當なる相手方と共力して之れを管理せなければならぬ。斯の如きは従來、管理が管理に不適任なる相手方の專權に屬したるに比較すれば、一層の便宜ではあるけれども、未だ之れ

のみを以て充分とは稱し難い。之れに依つて自己の財産保護の目的を貫徹することは困難である。仍て民法は此場合には管理者の變更と共に共有財産の分割を裁判所に請求することを得せしめ、裁判所の許可あるときは、共有財産を分割して自己單獨の管理を爲すを得せしむることとした。

(a) 共有財産分割の請求は前掲の管理者變更の請求と同時に裁判所に對して爲されねばならない。即ち原告は一個の訴を以て共有財産の自己の持分の管理權を自己に回復することを請求し、且共有財産分割の請求を爲すことを必要とするのである。

(b) 従て管理者變更の請求が前掲の要件を具備するに非ざれば分割の請求も亦認容せらるゝを得ないのである。即ち管理者が管理の失當に因り相手方の財産を危くしたることは管理者變更の請求の權

利保護要件 (Rechtsschutzvoraussetzungen) であり又同時に共有物分割の請求の権利保護要件である。

(c) 共有財産分割の請求は、分割許可の請求なるか、分割実施の請求なるか疑がある。併し乍ら非訟事件手続法第二百二十三條第二項には「分割ヲ許可シタル判決」と謂ふ文言を使用して居るから、此請求は單に分割許可の請求に過ぎないと解釋する外はない。従つて判決も亦單に「本件共有財産ノ分割ヲ許可ス」と謂ふが如き趣旨の主文を宣告するに過ぎない。然らば夫婦は此判決確定したるときに於て協議上共有財産の分割を爲さなければならぬが、多くの場合に於て其協議は成立しないであらうから、夫婦は更に亦共有財産分割実施の訴を提起せざるを得ないであらう(二百五十八條參照)。斯の如きは實に無用の手數であつて立法の不備である。

共有財産の分割に就いては物權法の規定(二百四十九條乃至二百六十四條)を參照ありたい。

(d) 分割の登記に就いては次項の説明を參照せられたい。

第四 契約の公示

關係法條

七百九十四條七百九十七條

獨千四百三十五條瑞二百四十八條乃至二百五十一條、佛千四百四十五條、千五百六十三條

夫婦が財産契約を締結したるときは、婚姻の届出前に其登記を爲すに非ざれば、之れを以て夫婦の承繼人及び第三者に對抗することを得ない(七百九十四條)。夫婦財産契約の結果に因り、若くは裁判所の判決に因り、管理者の變更を生じ又は共有財産の分割を爲したるときも亦其登記を爲すに非ざれば、之れを以て夫婦の承繼人及び第三者に對抗する

ことを得ない（七百九十七條）。

四七八

夫婦の承継人とは相續人其他の一般承継人を謂ふ。夫婦財産契約は夫婦の總財産に關する契約にして、第三者は勿論相續人其他の一般承継人に對しても、重大なる影響を及ぼすものであるから、是れ等の者は夫婦間に如何なる財産契約ありたるかを知る必要がある。然るに若し夫婦財産契約が公示せられざるときは、夫婦の承継人及び第三者は、法定財産制に依るものだと推定すべく、従つて之れが爲めに不測の損害を蒙むることあるを免れないであらう。仍て民法は夫婦が法定財産制に異なりたる契約を爲したるとき及び管理者の變更共有財産の分割を爲したるときは、之れを登記するに非ざれば、夫婦の承継人及び第三者に對抗することを得ざるものとし、一般承継人及び第三者を保護した。然し乍ら登記なきも一般承継人及び第三者より夫婦に對

抗することは何等の妨げがない。

夫婦財産契約の登記に付ては夫と爲るべき者の住所地の區裁判所又は其出張所を以て管轄登記所とする。夫と爲るべき者が入夫又は婿養子なるときは、妻と爲るべき者の住所地の區裁判所又は其出張所を以て管轄登記所とする（非訟事件手続法百十八條）。而して各登記所には夫婦財産契約登記簿を備へて、之れに登記を爲すのである（同法百十九條）。夫婦財産契約に關する登記は契約者双方の申請に因りて之れを爲すのであるが、其申請書には夫婦財産契約書又は管理者の變更若しくは共有財産の分割を許可したる判決の謄本又は之れに關する契約書を添附することゝ要する（同法百二十三條）。其他尙其手續に就いては非訟事件手続法第二百五條を参照せられたい。

第五 外國人の夫婦財産契約

四七九

民法第七百九十五條は外國人が夫の本國の法定財産制に異なりたる契約を爲したる場合に於て、婚姻の後、日本の國籍を取得し、又は日本に住所を定めたるときは、一年内に其契約を登記するに非ざれば、日本に於ては之れを以て夫婦の承繼人又は第三者に對抗することを得ざる旨を規定して居る。是れ民法が日本人間に於ける夫婦財産契約の登記を命じたのと同じの目的に出でたのである。今此規定に基いて外國人の夫婦財産契約の登記に關する要件を説明すれば、

(1)外國人が夫の本國の法定財産制と異なる財産契約を締結したる場合たることが必要である。

外國人の夫婦財産制は婚姻當時に於ける夫の本國法に依るべきも

のなることは、法例第十五條第一項の規定に依つて明白である。従つて外國人夫婦間の財産關係如何は夫の本國の法定財産制を調査することによつて直に之れを知ることを得るであらう。然るに若し外國人の夫婦財産契約の内容が夫の本國の法定財産制に異なるときは、第三者は之れを知ることが得ないから、此場合に於ては登記を爲して之れを公示するに非ざれば夫婦の承繼人又は第三者を保護することが困難である。仍て民法は此場合に於て假令其契約が日本の法定財産制と同一なるも、苟も夫の本國の法定財産制と異なる以上は、其登記を必要としたのである。其夫婦財産契約が日本の法定財産制と異なるも、苟も夫の本國の法定財産制と同一なるときは之れが登記を必要としないことは論を俟たない。

(2)外國人が婚姻後日本の國籍を取得し又は日本に住所を設定した

る場合たることが必要である。

外國人が夫の本國の法定財産制に異なる夫婦財産契約を締結するも其外國人が外國に住する場合又は婚姻後に於て日本の國籍を取得せざる場合に於ては、日本に於て取引上何等の關係を發生することがないから、日本に於て其契約を登記することは不能でもあり不必要でもある。外國人が日本に滞在するも、單に一時的旅行を爲すに過ぎざる場合に在つても亦同様である。然れども外國人が婚姻後に於て日本の國籍を取得したる場合、又は日本の國籍を取得せざるも日本に住所を設定する場合には、夫婦の承繼人又は第三者に對して重大なる關係を生ずることあるべきを以て、法律は登記を爲すに非ざれば、承繼人及び第三者に對抗することを得ざるものと爲したのである。

日本の女が外國の男と婚姻したるときは婚姻と同時に夫の國籍を

取得すべく、（國籍法十八條）外國の男が日本人の入夫となり、又は婿養子となりたるときは、日本の國籍を取得し、（同法五條）其夫婦財産制は日本の法律に依る。（法例十五條二項）従つて本條の適用あるは婚姻成立後外國人が日本の國籍を取得したる場合に制限せられるのである。

(3) 一年の期間内に登記を爲すことを要する。

一年の期間は猶豫期間である。一年内に登記を爲すことを懈怠したるときは承繼人及び第三者に對抗することを得ざるに至る、即一年後の登記は無効である。一年内に登記を爲したる場合と雖も、其効力は國籍取得住所設定の時期又は婚姻の時期に遡及して其効力を發生するものではない。單に登記の時より其効力を發生するに過ぎない。従つて登記前の行爲に付いては其効力を承繼人及び第三者に對抗するを得ない。

第二項 法定財産制

第一立 法 例

法定財産制は婚姻當事者が契約財産制を設定せざる場合に於て法律を以て其依るべき財産制を定むるものなること前に述べたる通りである。

法定財産制は一方に於て歴史的に幾多の沿革を経て居るし又比較法制上種々の種類に分類せられ得るのである。

併し乍ら法定財産制を通観するときは之れを二大潮流に区分し得るであらう。其一は婚姻後の夫婦財産関係を婚姻前の財産関係と同様に、各分離對立せしめんとする思潮である (Gütergetrentheit)。其二是婚姻成立後の夫婦財産を併合して一体たらしめんとする思潮である (Gütervereinigung)。

婚姻後の夫婦財産を分離状態に置かんとする立法例に二種類ある。其一を財産分離制と稱し其二を管理共通制と稱する。

(一) 財産分離制 (Gütertrennung; regime de la Separation des biens)

財産分離制とは婚姻後に於て夫婦の財産は各自獨立の存在を有するものと爲す制度である。即ち財産は所有權其他の財産權が婚姻前と同じく夫婦各自に屬するは勿論、其財産の占有も、管理も、處分も、皆夫婦各自に屬するのである。婚姻後各自の所得は各自の所得に歸し、夫は妻の財産に對して何等の特權 (Weibergutprivileg) を有しない。婚姻中の共同生活費用も亦結局夫婦各自の獨立負擔である。

英國は此制度を採用して居る。財産分離制は我國に於ては又別産制財産分別制等の名稱を以て呼ばれて居る。

(II) 管理共通制 (Verwaltungsgemeinschaft, Güterverbindung, Güterschei

dung, Guterinheit, formelle Gutergemeinschaft, Guterstand der Nutzverwaltung, Guterstand der Verfügungsnutzniessung; regime de l'exclusion de la Communauté)

管理共通制は夫婦双方の財産が獨立して存在する点に於て財産分離制と異なる所がない。唯両者が異なるは夫は自己の財産と共に妻の財産の占有 (Besitz) 管理 (Verwaltung) 處分 (Verfügung) 及び使用 (Gebrauch) 収益 (Nutzung, Nutzniessung) を爲す権限を付與せられる。妻の財産から生ずる収益は夫の財産に歸する。各債務は夫妻に各別に屬して混亂することがない。婚姻解消の場合は、妻の財産は其儘妻の手に返還せられる。獨乙伊太利等は此主義を法定財産制として居る。

管理共通制 (Verwaltungsgemeinschaft) の謂ふ語はシエネーダー (R. Schöder) が始めて用いたる語であるを謂ふことである。必ずしも正確なる語でないから、反對を主張する學者もあるけれども現在に於て極めて廣く行はれて居る名稱である。(Enneccerus II 2. S. 141 und S. 145; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 372)。

管理共通制は我國に於ては財産無共通制、無共通制、財産不共通制、無共產制等諸種の名稱を以て呼ばれて居て、必ずしも未だ一定の術語が創設せられて居ない様である。

婚姻成立に因り夫妻の各財産を合併して一体たらしめんとする思潮にも亦二種類がある。其一を財産共有制(共產制)と稱し、其二を財産統一制と稱する。

(II) 財産共有制 (Gutergemeinschaft; regime de la communauté)

財産共有制又は財産共通制 (Gesamteigentum) とは婚姻に因つて夫妻各自の財産が共有と爲る制度を謂ふ。共有と爲りたる財産を共有財産 (Gemeinschaftgut) と謂ふ。共有財産の管理處分は夫に屬する。夫妻の債務は共有財産に依つて辨濟せらるる。

財産共有制は之れを四種類に分類することを得る。

(1) 一般共通制 (Allgemeine Gutergemeinschaft)

一般共通制は夫婦の各財産の全部を共有と爲す主義である。和蘭
 葡萄牙等は之れを法定財産制として居る。

(2) 動産共通制 (Fahrnisgemeinschaft)

夫婦の財産を各自に留保して、唯單に動産のみを共有とするものを
 動産共通制と謂ふのである。

(3) 所得共通制 (Errungenschaftsgemeinschaft)

夫婦が婚姻中の所得を共有とするものを所得共通制と稱する。西
 班牙、瑞西、北米ルイジニア州は所得共通制を法定財産制として居る。

(4) 動産所得共通制

夫婦各自の動産及び婚姻中の夫婦双方の所得を共有とするものを
 動産所得共通制と稱する。佛蘭西、白耳義、瑞典、諾威、丁抹は動産所得共
 通制を法定財産制として居る。

右(2)乃至(4)の如く夫婦が全財産を共有とせず、單に其財産の一部の
 みを共有とする場合に在つては財産の他の殘部は夫婦各自の手に殘
 存するものであるから (Getrenntes Eigentum) 此制度に在つては夫婦間
 に三個の財産 (Drei Massen) が存在することとなる。即ち (I) 夫婦の
 共有財産 (Gemeinschaftsgut, Gesamtgut) (II) 夫の特有財産 (Einhandsgut des
 Mannes, Propertgut des Mannes) 及び (III) 妻の特有財産 (Einhandsgut der
 Frau) が即ち之れである。夫婦共有財産の持分は通常平等にして、各
 二分の一を有する。三財團の管理は夫に屬し其收益は共有財産に屬
 せしむるのが通例であらう。

前掲(1)の一般共通制に對して(2)乃至(4)の共通制を一部共通制 (Die
 Partielle Gutergemeinschaft) 又は特別共通制 (Die Partikulare Gutergemeinschaft)
 と稱する。

財産共有制は我國に於ては又、財産共通制、共產制等の名稱を以て呼ばれて居る。

(IV) 財産統一制 (Gutereinheit)

財産統一制とは婚姻前の夫の財産及び妻の財産 (Eingebrachtes Gut) が經濟上法律上一体に合一せられて全部夫に歸屬する夫婦財産制である。換言すれば妻の全財産が夫の全財産中に没入せられ併呑せられて一体となるものである。妻は離婚の際、合併せられたる自己の財産の價格の賠償を請求し得るに過ぎない (瑞百九十九條參照)。

(V) 嫁資財産制又は嫁資制 (Das System der Gutertrennung mit Dotalecht oder mit Dosbestellung, Dotalsystem; regime dotal)

嫁資財産制とは婚姻生活費用の負擔を軽減せしめんが爲めに、妻又は第三者が夫に對して嫁資 (Dos, Ehesteuer) を設定する制度である。嫁

資とは財産の出捐に外ならない。嫁資財産制には夫の特有財産と妻の特有財産とが對立して居つて、夫の財産は夫之れを管理し妻の財産は妻之れを管理する點から之れを見れば、明に財産分離制に屬するのであるが、此制度に於ては妻の財産中に二個の財團即ち嫁資財産 (Dos, Dotalvermogen; Biens dotaux) と妻の特有財産 (paraphernalia bona, Paraphernalien, Paraphernalgüter; biens paraphernaux) とがあつて、其中嫁資財産は婚姻に因つて夫の財産中に併合せられて夫に歸屬する點より之れを觀れば、此制度は財産統一制に近いのである。

嫁資は婚姻中之れを讓渡するを得ず、差押ふるを得ない。婚姻解消の際、夫は之れを妻に返還するを要するものである。

嫁資財産制は往昔羅馬の自由婚姻に於て行はれたる所であるが、瑞西民法も亦其第二百四十七條に於て是に關する規定を設けて居るの

である。

以上に列挙したる諸種の制度中財産共通制は大体に於て夫婦共同生活を圓滿ならしむるに適當なるが如しと雖も婚姻解消の際に共通財産の分割に關して複雑なる問題を殘留する不便がある。財産分離制は之れと正反對の極端に立ちて夫婦間の平和を害する機會を生じ易き憂がある。管理共通制は兩制度の中間に介在して兩制度の弊害を防ぐに足り現在最も適當の制度たるを失はざる觀がある。然し乍ら漸次女子の向上に伴い財産分離制を可なりとするに至るであらう。我國は法定財産制として此管理共通制を採用した。

我國古代法に於て、今の規定に依れば夫婦は共產制にして、妻の持參財産は動産不動産の區別なく共に夫の財産と共通となるのであるが、夫れと同時に父子共產制であつたから、婦の財産は舅の財産と共通と

なるのである。

第二 我國の法定財産制

我民法の法定財産制は管理共通制に依ること前示の通りである。今其内容を順次に説明しよう。

(一) 夫婦の固有財産

夫婦は各別に其財産を所有し、互に相侵犯することはない。即ち夫婦は婚姻前より有する財産を各別に所有し、婚姻に因つて其歸屬を變更することがないのである。従つて我が法定財産制に於ては、夫の固有財産と、妻の特有財産との二個の財團が存在するのみであつて、夫婦の共有財産は存在することがない。

法律は妻又は入夫の財産のみに對して特有財産と謂ふ名稱を使用して居る（八百七條一項）。法律は夫又は女戸主の財産を特有財産と稱せ

ないから、假に之れを固有財産と稱して置こう。

妻又は入夫の特有財産は妻又は入夫が婚姻前より有せし財産 (*Eigene Gebrachte Güter*) 及び婚姻中自己の名に於て取得したる財産より成立する (八百七條一項獨千三百六十三條)。妻又は入夫が婚姻中に自己の名に於て取得する財産 (*Acquet*) とは妻又は入夫が婚姻中、或は遺産相續、遺贈、贈與、買、交換等に因り、或は營業の遂行に因り、或は雇傭其他の原因に因りて得たる財産を謂ふのである。

夫婦の孰れか一方に屬するとは分明なれども、夫婦の孰れに屬するか分明ならざる財産ある場合に於ては、法律は斯の如き財産を以て夫又は女戸主の財産と推定する (八百七條二項、瑞百九十六條舊民財産取得編四百三十五條)。此推定 (*Eigentumsvermutung*) は固より反證を擧げて之れを覆へすことが出来る。所有權の推定は既に羅馬法に於て存在した。此制度は主

として夫の債權者を保護せんとするものである。

民法は第七百四十八條第一項に於て夫婦財産制の場合と同じく、家族が自己の名に於て得たる財産は特有財産とすべき旨を規定し、第二項に於て亦戸主家族の孰れかに屬することは明白なるに拘はらず、其孰れに屬するか分明ならざる財産は戸主の財産と推定する旨を規定して居る。民法第八百七條は夫妻の關係に於て之れを規定し、第七百四十八條は戸主家族の關係に於て之れを規定するものであるから、此兩條の規定は必ずしも互に衝突し矛盾するものではない。

戸主Aの家族に夫Bと妻Cとがあると假定する。今茲に或る財産がB又はCの孰れかに屬すること及びAに屬せざることが分明であつて、然かも果してBに屬するかCに屬するか分明ならざるときは、其財産は第八百七條に従つて、夫Bに屬するものと推定せられるであらう。

若し其財産がA B兩者中の孰か一人に屬すること分明なるに拘はらず、其孰れに屬するか分明ならざる場合又はA C兩者の中孰れかに屬すること分明なるに拘はらず其孰れに屬するか分明ならざる場合に於ては民法第七百四十八條に従つて其財産は戸主Aに屬するものと推定せられる。併し乍ら或る財産が戸主A、夫B、妻Cの何れか一人に屬することは分明なるも果して其何れに屬するか分明ならざる場合に於ては之れを孰れに屬するものと推定すべきか、此最後の問題に關しては右兩條の孰れを優先して適用すべきかの問題を生ずるのであるが、民法は右兩條の孰れが優先するかに就いて何等の解決を與へて居ないので之れを解決すべき途がないのである。

一家に戸主且夫たるDと家族にして妻たるEとが存在する場合に於ては右兩條は重複するが其何れを適用するも同一の結果を生ずる。

右の法條の實際に多く適用せらるゝは債權者が債務者に對して強制執行を爲す場合に一家内に存在する財産が夫又は妻若くは戸主又は家族の孰れに屬するかを決定する必要がある場合に屢利用せられるのを見るのである。

(二) 婚姻中の費用の負擔

婚姻より生ずる一切の費用は夫又は女戸主に於て負擔する(七百九十八條、獨千三百八十九條)

婚姻より生ずる一切の費用とは、夫婦の婚姻共同生活中に生ずる一切の費用である、即ち夫婦の生活費、子の養育費、教育費、又は夫婦及び子の娯樂費、療養費等を包含するのである。

婚姻中の費用の負擔者は夫である。但女戸主が入夫婚姻を爲し、尙自己が戸主なる場合には女戸主に於て之れを負擔する。入夫が戸主

となる場合には入夫が之れを負担する。夫が婿養子なるときは夫が之れを負担するのである。

婚姻中の費用は其性質上より之れを見れば夫婦の共同負担と爲すのが相當であるから、夫婦は各別に其財産を以て之れを支辨することが當然であらう。併し乍ら日常零細なる支出に至るまで一々其計算を爲し、夫婦の負担を定むることは實際に於て行い難き所であるのみならず、又情義上夫婦の圓滿を害すること多大なるべきを以て、斯の如き費用は夫が戸主たることを問はず、之れを夫の負担と定めたるものである。之れを給養義務と稱する。

唯妻が戸主たる場合に於ては、戸主が家族を養ふ義務ありと爲す我家族制度の慣習上、妻が之れを負担するものとなし、前示夫の給養義務負担の原則に對する例外を設けて居る。

夫又は女戸主たる妻が貧困にして、夫婦婚姻中の費用を負担することを得ず又自己自身の生活を爲す能はざる場合に於て、他の配偶者に資力あるときは、扶養義務の結果として、夫又は女戸主たる妻を扶養しなければならぬ。他の配偶者は夫又は女戸主たる妻が婚姻中の費用負担の給養義務あることを主張して扶養義務を免るゝことを得ない。

他の配偶者も亦資力なきときは其親族は其夫妻又は子に對して扶養義務を負担する。其親族は夫又は女戸主たる妻の給養義務を主張して、親族たる扶養義務を免るゝことを得ない。

(三) 財産の使用収益権

夫又は女戸主たる妻は配偶者の財産の使用収益を爲す権利がある

(七百九十九條獨千三百八十三條瑞二百一條佛千五百三十條以下)。

夫婦は各別に其財産を有するものであるから、其財産を使用収益することも亦夫婦各自の権利に屬し、配偶者は元來、他の配偶者の財産の使用収益を爲す権利を有するものではない。併し乍ら、夫又は女戸主たる妻は前掲の如く婚姻中の費用を一切自己の負擔とせられたのであるから、其配偶者に財産ある場合於ては、其代償として、之れを使用収益して其費用を補足することを得せしめるのは適當である。是れ民法が第七百九十九條の規定を設けたる所以である。

(A)夫又は女戸主たる妻は配偶者の財産を其用方に従つて使用収益することが必要である。或は住家を變じて土藏又は馬小屋と爲して之れを自ら使用し又は之れを他人に賃貸して収益するが如き、或は風呂敷を變じて座布團と爲し、畑地を變じて池と爲して使用するが如きは、物の用方に従はざる使用収益なるが故に、之れを爲すを得ない。蓋し

物の用方を變更するは財産の性質の變更を來すものであつて、其財産を危険の地位に置き又は其價值を減少し、又は所有者の意思を無視する所以であるからである。配偶者が物の用方に反する使用収益を爲し、仍て損害を發生せしめたるときは、固より不法行爲を構成するであらう。

(B)夫又は女戸主たる妻は配偶者の財産の使用及び収益を爲し得るに止まる。

使用 (Gebrauch) とは物を毀損又は滅失せしめずして利用するを謂ひ、収益 (Ertrag, Nutzung, Nutznießung) とは其財産より生ずる天然果實又は法定果實其他の利益を取得するを謂ふ。

單に使用収益に止まるが故に或は其財産を滅盡せしめ、或は之れを消費し、或は之れを賣買贈與等によつて處分することを得ないこと勿

論である。

五〇二

妻が婚姻後取得したる財産例へば妻が雇傭に因りて取得したる報酬、營業に因りて取得せる利益、妻の俸給等は配偶者の特有財産を構成する元本にして、果實でないから夫又は女戸主たる妻は之れを費消することを得ない。

大審院は

「夫カ女戸主ニ非サル妻ノ財産ニ付使用収益ヲ爲ス權利ヲ有スルコトハ民法第七百九十九條ニ依リテ明白ナリ此權利カ夫婦關係ノ繼續中ニ限り存スルコトハ勿論ナルモ婚姻中既ニ生シタル法定果實ニ付テハ其解消後ニ於テモ夫タリシ者カ之ヲ取得スヘキ權利ヲ有スルコト當然ナリ何トナレハ夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔スル報償トシテ如上ノ収益權ヲ有スルモノニシテ第三者ニ對シテ夫ノ爲メ

ニ發生シタル収益上ノ權利カ時効ニ因リテ消滅スルハ格別ナルモ單ニ婚姻ノ解消ニ因リテ行使ヲ妨ケラルヘキ條理アラサレハナリ」(大審院明治三十九年オ第六〇九號同四十年一月二十一日民二判決十三輯四頁)と謂ふ判決をして居る。

(D)夫又は女戸主たる妻は配偶者が債務を負擔せるときは、配偶者の財産の果實中から其債務の利息を支拂ふことを要する(七百九十九條)。

夫又は女戸主たる妻は配偶者の財産の果實を収益する權利あること前述の通りであるけれども、配偶者が債務を負擔せる場合には其果實を以て其利息を辨濟し、其殘餘ある場合に於て初めて其殘餘の果實を収益するを得るものとした。若し然らずとせば配偶者は其特有財産の原本より之れを支辨するを要することとなり、斯くては法律が夫又は女戸主たる妻に配偶者の財産の元本を減少するを許さずして單に財産の使用収益權のみを與へたる趣旨を貫徹し難きに至るからで

五〇三

ある。

(E)財産の使用収益には第五百九十五條及び第五百九十八條の規定を準用する(八百條)。

夫又は女戸主たる妻の使用収益権は夫婦財産制に基きて發生するものにして使用貸借(Commodatum, Leihe, Gebrauchsleihe; Pret a usage, Comodat; loan of Goods)に因つて發生するものでないけれども、恰かも使用貸借に因つて生ずる借主の権利に酷似するを以て、之れに關して法律は使用貸借に關する規定を準用して配偶者の財産に關する費用の負擔を定め且財産使用の終了したる場合に於ける附屬物の收去に關する事項を定めた。

(a)費用の負擔

夫又は女戸主たる妻は配偶者の財産に關する通常必要費を負擔

する。通常必要費(Die Gewöhnlichen Kosten der Erhaltung, ordentliche Verwendungen; Depenses ordinaires, spes ordinarie)とは物の保存に通常必要なる費用にして、動物の飼養料(Fütterungskosten)、家屋の定期の修繕料の如きものである。臨時必要費(Ausserordentliche Verwendungen; depenses extraordinaires; spese straordinarie)例へば暴風雨の爲めに破損したる家屋の修繕費の如きは之れを負擔するを要しない。従つて若し之れを支出したるときは、配偶者より之れを償還せしむるを得るのである(五百九十五條二項、五百八十三條二項百九十六條)。又有益費(depenses utiles; nützliche Verwendungen; spese utili)は之れを加ふることに因り、財産の價格を増加し且其價格の増加が現存する場合に限り配偶者の選擇に従ひ其費したる金額又は増價額を償還しなければならない。此有益費に就ては裁判所は配偶者の請求に因り之れに相當の期限を許與することを得る

奢侈費 (Luxuskosten ; depenses voluptuaires ; epese lussuriose) に就いては夫又は女戸主たる妻の負擔となり、配偶者より之れを償還せしむることを得ない。

(b) 附屬物の收去

夫又は女戸主たる妻が配偶者の財産を使用するに當りて、之れに附屬せしめたる物あるときは、其使用を終了したる場合に於て其物を原狀に復し、其附屬物を收去することを得る (八百條五百九十八條二百四十二條)。附屬物とは家屋の造作の如きを謂ふ。

(四) 妻の財産の管理

妻の財産は夫に於て管理する (八百一條)。

(A) 財産の管理者

夫婦は各自其財産を特有するが故に其管理も亦各自獨立して之れを爲すことを相當とすべきが如き外觀がある。是れ財産分離制の立法例の存在する所以である。併し乍ら女子は其性質、男子に比し財産管理の能力に乏しきを通例とするから、妻をして自ら其特有財産を管理せしむるときは往々にして其管理の失當により、其財産を危くすることがないでもない。加之、夫をして夫婦共同生活の主宰者たらしめ妻をして夫權を尊重し夫に柔順ならしむるは家庭の平和を來し間接に妻の利益を計る所以である。固より夫權を萬能たらしめ妻を奴隸視するは古來の陋風にして、婦人の覺醒を必要とする現代の要求に反すること勿論であるけれども、長短相補ふ程度に於ける此種の夫權尊重は毫も不合理なりと謂ふを得ない。仍て民法は夫は夫自身の財産を管理するのみならず、亦妻の財産をも管理すべきものと爲した。夫

が妻の財産を管理するは財産管理の能力に於て夫が妻に優るに由るのであるから、妻が戸主なる場合と雖も、妻の財産の管理権は夫に屬するものである。妻が戸主なると家族なるとに因りて其取扱を二三にする理由がない。此点は前示の給養義務が妻が戸主なると否とによりて異なる趣を異にする所である。

夫が妻の財産を管理するは原則である。併し乍ら法律上、事實上の理由に因つて、夫が妻の財産を管理することの不能なる場合がある。斯の如き場合に於ては妻は自ら其特有財産を管理するのである（八百一條二項）。例へば、

- (1) 夫が不在なるとき
- (2) 夫が生死分明ならざる時
- (3) 夫が妻を遺棄したるとき

(4) 夫が禁治産者又は準禁治産者なる時

夫が禁治産者準禁治産者なるときは、自らの財産を管理するを得ざるのみならず、又妻の財産を管理することは出来ない。民法第八百八十五條には未成年の子が其配偶者の財産を管理すべき場合に於ては親権を行ふ父又は母之に代はりて其財産を管理すべき旨を規定して居る、即ち同じく無能力者なる未成年者に對しては配偶者の財産の管理権を與へ居るに拘はらず、禁治産者準禁治産者に對しては斯の如き規定を設けて居ないのであるから、此民法の規定の精神解釋よりして禁治産者準禁治産者には配偶者の財産管理権がないものと斷せざるを得ないのである。

- (5) 夫が禁治産の宣告を受けざるも癡癲白痴にして意思能力を有せざるとき

- (6) 夫が重病なるとき
 (7) 夫が刑に處せられ其刑の執行中なるとき
 (8) 夫婦の利益相反するとき
 (9) 夫が妻に營業を許可したるとき

此場合には營業財産のみの管理が妻に屬する。

(10) 夫が未成年にして且親權者又は後見人の存在せざるるとき
 夫が未成年にして親權者又は後見人の存在せざる場合に在つては速に後見人選定の手續(九百一條乃至九百五條參照)を盡すべきであるが、未だ其手續を盡さざる場合に於ては妻は自ら其特有財産を管理せざるを得ないのである。

夫が未成年にして親權者又は後見人存在するとき又は存在するに至りたるときは、夫の親權者又は後見人は夫に代はりて夫の財産は勿

論、妻の財産をも管理する(八百八十五條九百二十一條)。従つて妻は自ら其財産を管理することを得ない。此場合、親權者又は後見人は夫に代はりて管理權を行使するものであつて、管理權は依然として夫に屬するものと解釋せざるを得ない。

妻の財産を夫が管理するを得ざるときは妻が自らこれを管理するのであるが、夫の財産は何人が之れを管理すべきかに就いて明文を缺く。夫が不在者なるときは不在者の財産管理の規定(二十五條乃至二十九條)によりて其財産を管理すべきものとするか、或は事務管理の規定(六百九十七條乃至七百二條)に因りて第三者又は妻が之れを管理すべきものとするか、何れにしても不便である。斯の場合に就ては宜しく民法に於て妻は夫の財産をも管理すべきものとする規定を設くべきものであつた。

妻が自ら財産を管理する場合に於て、妻も亦夫と同じく管理不能なる場合に於ては特別の規定が存在しないのであるから疑問を生ずるのである。

妻が未成年者なるときは妻の親権者、又は後見人に於て管理し、妻が禁治産者なるときは親権を行ふ父母又は戸主（九百二條九百三條）が、後見人として妻の財産を管理するものと解する外ないであらう。妻が不在者なるときは不在者の財産管理に關する規定を適用し得るであらう。又事務管理の規定の適用があることもあらう。其以外に於ては妻の財産管理の途は發見出來ないようである。

(B) 管理行爲の範圍

關係法條

八百二條八百一條舊民法財産取得編四百二十九條乃至四百三十一條瑞百九十五條二百二條

管理行爲は法律行爲中の一分類であつて處分行爲に對する觀念である。管理行爲とは物又は権利の保存又は改良を目的とする行爲を謂ふ。即ち管理行爲は保存行爲、利用行爲及び改良行爲の三種に區別するとを得る。保存行爲 (actes conservatoires) とは物又は権利の滅失毀損を防ぐ行爲、換言すれば財産の現狀を維持する行爲である。例へば時效の中斷を爲すが如き、保存登記を爲すが如き、建物の修繕契約を爲すが如きは之れに屬する。保存を目的とする行爲なる以上は物又は権利の性質を變更することは必ずしも妨げがない。

茲に注意すべきは保存行爲は財産の現狀を維持する行爲であつて其所謂財産とは其財産を構成する個々の物又は権利に就いて之れを謂ふのが通例であるけれども、又時としては必ずしも之れに限らない。財産全部に就いて之れを謂ふ場合があり得る。例へば腐敗し易き物

を賣却するは其物に就いは處分行爲なれども腐敗し易き物を賣得金に替へて之れを保存するは財産全部の上より之れを見れば保存行爲と謂ふべきである。

利用行爲とは物又は権利の性質を變せざる範圍内に於て其利用を目的とする行爲を謂ふ。利用とは物又は権利に因りて収益を爲すを謂ふ。例へば家屋を賃貸し、金銭を利殖するが如き行爲である。改良行爲とは物又は権利の性質を變せざる範圍内に於て、其改良を目的とする行爲を謂ふ。改良とは物又は権利の價格を増加する行爲を謂ふ。例へば物の負擔する他物權を消滅せしむる行爲の如き、條件附權利を無條件の權利と爲すが如き、建物に改良を施すが如きは之れに屬する。利用改良を計る行爲と雖も其物又は権利の性質を變ずるときは利用改良行爲たるを得ない。例へば賃料を増加するも賃借權を地

上權に變更し、又は乘馬を駄馬に變更するが如きは利用行爲改良行爲と爲すを得ない。

管理行爲の意義は法典に定められて居ないけれども第二十八條第百〇三條、第二百五十二條、第二百五十三條、第八百一條等を綜合するときは大略前示の如き行爲なることを知ることを得るであらう。

管理行爲に對して處分行爲と謂ふときは、處分行爲とは管理行爲即ち保存行爲、利用行爲及び改良行爲に屬せざる一切の行爲、即ち權利の喪失移轉を來たすべき行爲を指稱するものである。

處分行爲は又義務行爲と對立して使用せらるゝ觀念である。此意義に於ける處分行爲 (Verfügung; acte de disposition) とは直接に權利を處分する行爲を謂ふ。詳言すれば直接に權利を讓渡し、制限し、變更し、又は消滅せしむる行爲を謂ふ。例へば物權の設定、物權債權の讓渡、權

利の拋棄免除等は之れに屬する。

民法第四十一條第四十二條第二百二十九條第三百四十九條第三百七十五條第九百六十三條等には此意義に於ける處分行爲を規定して居る。

義務行爲 (Verpflichtungsakt) は直接に權利を處分するものでない。處分を爲すべき義務を生ずる行爲を謂ふ。其義務の履行に因りて初めて權利が處分せられるに至るものである。例へば賣買に因つて所有權移轉の義務を生じ、其義務の履行として所有權移轉の物權契約が爲さるゝ場合の如きである。

或は茲に所謂處分行爲及び義務行爲の兩者を併せて處分行爲と謂ふ場合 (八十七條二項) もある。

元來處分行爲、管理行爲は法律行爲の分類である。従つて例へば管

理行爲中に家の修繕を包含せしむる場合には家を修繕する事實行爲即ち板を削り、釘を打ち、壁を塗るが如き行爲は管理行爲に非ずして、之れ等の事實行爲を爲すべき法律行爲、例へば請負契約を締結することが則ち管理行爲であるのである。代理の目的は法律行爲に限るのであるから管理行爲が代理の目的たるときは此嚴格なる意義に従はなければならぬけれども、夫が妻の財産を管理する場合に於ては、必ずしも其範圍を法律行爲に限定するを得ないのであるから、此場合に於ける管理行爲は法律行爲のみならず亦事實行爲をも包含するものと解する。

妻は婚姻成立後に於ても、依然として自己の特有財産の主体であつて、其財産の處分權を有する。従つて其處分行爲を爲すべき權限を失はない。夫は妻の財産に就いて處分權を有しない。唯妻は特種の處分

行爲を爲すに就いて夫の許可を受くるを要するに過ぎないのである
(十四條、十二條参照)。

夫は婚姻成立後妻の財産に對する管理權を取得する。従つて妻は自己の特有財産に就いては處分權を有すれども管理權を有することは出来ない。唯夫は特種の重要な管理行爲を爲すに就いては、殊に妻の同意を必要とするのである。

要するに夫は獨立して(妻の同意なくして)妻の財産に付き處分行爲及び重要な管理行爲を爲すを得ないし、妻は獨立して(夫の同意なくして)管理行爲及び重要な處分行爲を爲すを得ないのである。

妻が獨立して爲すを得ざる管理行爲及び重要な處分行爲に關しては先に説明した、今は夫が獨立して爲すを得ざる處分行爲及び重大なる管理行爲に關して説明しやう(八百二條)。

(イ) 管理行爲

(a) 夫が妻の爲めに借財を爲すこと(十二條八百八十六條参照)。

借財とは消費貸借に因つて金錢其他の物を借入る、とを謂ふと爲すのが通説である。消費貸借に限らず約束手形の振出其他債務を負擔すべき一切の行爲を借財の中に包含せしめんとする説(大審院明治三十六年才第三四三號同年六月三十日民一判決九輯八二六頁、同院同年才第二四七號同年六月二十七日民一判決九輯八〇六頁等)は文字解釋上廣きに失し無理であるけれども、擴張解釋に依つて後説と同一の結論に達するを可なりとする。

借財を爲すときは辨濟の義務を生じ、其方法を誤るときは妻の財産の喪失を來たす危険がある。従つて借財は管理行爲として爲さるゝときと雖も、夫は妻の承諾を得なければ、之れを爲すを得ない。借財が管理の目的の爲めに爲さるゝに非ずして處分行爲たるときは勿論

である。

(b) 妻の財産の譲渡

妻の財産の譲渡は本来處分行爲なるを以て、夫は獨斷を以て之れを爲す權限はない。妻の財産譲渡が管理行爲として爲さるゝ場合も亦重大なる管理行爲なるを以て妻の承諾を必要とした。

(c) 妻の財産を擔保に供すること

妻の財産を擔保に供することも亦本来處分行爲なるを以て夫は獨斷を以て之れを爲す權限はない。管理の目的を以て之れを爲す場合も亦其危険借財と毫も異なる所がないから妻の承諾を必要とした。

(d) 第六百二條の期間を超えて賃貸借を爲すこと

賃貸借は利用行爲であるから妻の財産の賃貸借に付いては夫は本来之れを自由に締結することが出来るわけであるけれども、長期の賃

賃借は所有者の利害より見て殆んど賣買と異ならないから、管理行爲なるに拘はらず妻の承諾を必要とした。

(ロ) 處分行爲

夫が妻の財産に就いて處分行爲を爲し得ざることには先に説明する通りである。民法第八百二條但書は此趣旨を明言して居るものと謂ふを得るのである。處分行爲は當然には夫に之れを爲す權限が與へられて居ないけれども妻の承諾あれば夫之れを爲し得ること勿論である。

果實の處分も勿論處分行爲であるから、本来夫は獨立して之れを爲すを得ないけれども其果實の處分が管理の目的を以て爲さるゝ場合に於ては管理行爲となるから夫は妻の承諾なくして之れを爲すを得る。従つて先に述べたる(a)(b)(c)の場合と毫も區別がない。例へ

ば妻の土地より收取したる果實を賣却して其代金を保存し、妻の家屋を修繕せんが爲めに其家の家賃を費消するが如きが其例である。

(C) 管理の目的物

民法は「夫ハ妻ノ財産ヲ管理ス」(八百一條)と規定し何等の例外を設くる所がないから、夫は妻の特有財産の全部を管理しなければならぬ。然かも其管理は法律上の行爲は勿論、事實行爲をも包含するものと解すべきであること先に述べた通りであるから、夫の管理は頗る廣きに失するのみならず、妻は又自己の財産に關して何物をも管理する権限がないのであるから、其不便は想像に難くない。極端の場合を想像すれば妻の一身に専用すべき衣服、下着、足袋の類に至る迄、夫が之れを修補洗濯の勞を執らざるを得ないであらう。

獨逸民法 (千三百六十五條乃至千三百七十一條) に於けるが如く妻の持參財産

(Eingebrachtesgut) 中より留保財産 (Vorbehaltsgut) を分離し留保財産を妻の管理に委するを可なりとする。留保財産には妻の専用に供せらるゝ衣服、裝飾品、手道具等が之れに屬する。佛國民法(千五百三十四條)も法定財産制(動産所得共有制)による場合に於ても尙契約によつて妻が自己の財産の收入を單獨に取得して一身の使用に供することを認めて居る。

(D) 訴訟行爲

夫は妻の財産に關する一切の管理行爲を爲す權利義務を有するを以て、亦之れに對する訴訟行爲を爲すを得なければならぬ。従つて妻の財産の處分行爲に關しては妻は夫の許可を得たる上自ら之れを爲さなければならぬ(十四條十二條)けれども管理行爲に關しては夫が自己に管理權を有する以上、獨立して自己の名に於て訴訟行爲を爲す

ことが當然である（同説仁井田博士一六五頁）。

併し乍ら妻自ら爲したる法律行為に就いては別論である。

大審院は之れに關して「民法第八百一條ハ妻ノ財産ニ對スル夫ノ管理權ヲ認メ同第八百二條ハ夫カ妻ノ爲メニ又ハ妻ノ財産ニ付列記ノ如キ法律行為を爲スニハ妻ノ承諾ヲ得ルコトヲ要スル規定ニシテ妻ノ爲シタル法律行為ニ付夫カ獨立シテ訴訟行為ヲ爲スコトヲモ認メタルニアラサルハ上告論旨ノ如シ」（大審院明治三十九年才第二六號同年六月一日民二判決十二輯九〇〇頁）と謂ふ判決を下した。

(E) 注意の程度（八百五條獨千三百五十九條）

夫が妻の財産を管理するに付いて、其用ふべき注意の程度は自己の爲めにする同一の注意を爲すを以て足るのである（*culpa in concreto*, *culpa quam suis*）。是れは他人の財産を管理する者は善良なる管理者の

注意を要するものとする民法の通則に例外を設けたものである。夫婦間の情誼の圓滑を計るには善良なる管理者の注意を以て、其責任を問ふを得ない。自己の爲めにする同一の注意を以て足れりとするのが人情に合する所である。獨逸普通法獨逸民法皆此主義に依つて居る。

(F) 擔保義務

(Sicherstellungsanspruch der Ehefrau)

關係法條

八百三條二十九條九百三十三條

獨千三百九十一條千三百九十二條、瑞二百五條

夫が妻の財産を管理する場合に於て必要ありと認むるときは裁判所は妻の請求に因り夫をして其財産の管理及び返還に付き相當の擔保を供せしむることを得る。蓋し夫が妻の財産を管理するに當りて、

管理往々其當を失し、相當の収益を爲すを得ず又財産を亡失滅却する危険あるときは、妻を保護する爲め夫をして擔保を供せしむるを最も適當とするからである。

I 要件

(イ) 擔保供與を請求し得る者は妻であり、擔保を供與すべき義務を負ふ者は夫である。

(ロ) 夫の行爲に因りて妻の財産が亡失滅却せらるゝ危険あることが必要である。

本條に該當する獨逸民法第千三百九十一條には危険が著しきことを必要として居るけれども我民法には著しき危険あることを要求して居ない。併し乍ら其危険が極めて微弱なる場合には擔保供與の必要ありと認むることを得ないか危ら險は相當の程度に著しきことは

必要である。瑞西民法(二百五條)は妻は夫に對して無條件に何時にても擔保の供與を請求することを得るものとして居る(Egger, II, S. 256)。併し必要存せざる場合に尙夫をして擔保を供與せしむるは、夫に酷であらう。單に危険あれば足る。従つて既に一部の侵害行爲が存在することは必要でない。又侵害行爲が益増大せんとすることは必要でない。併し乍ら既に侵害行爲が存在する場合には固より之れに對して擔保を請求し得る。

(ハ) 妻の財産に對する危険は夫の作爲によつて爲さるゝと、不作爲によつて爲さるゝとを問はない。例へば夫が妻の承諾なく妻の財産の一部を處分せんとするが如き、或は夫が管理行爲を懈怠する場合の如きは其例である。

(ニ) 危険行爲を爲すにつき、夫に故意過失を必要としない。

(ホ) 夫が自己の財産を亡失し又は不適當に管理するの一事のみを以ては必ずしも直に妻の財産を危くするものと謂ふことを得ない。危険は妻の財産に關する問題であるからである(同説 *Staudinger IV B. 255* 及び同書に引用する多数の文獻參照)。

II 擔保の種類

擔保は相當の擔保ならば如何なる種類の擔保にても足る。質權抵當權を設定すると、保證人を立つると、信託的に所有權を讓渡すると(賣渡擔保)は夫の選擇に任す。妻は之れを選擇するを得ない。擔保供與の費用、例へば登記費用等は夫の負擔である。擔保が質權等なる場合には、其質物は妻自ら占有し管理すべきもので夫が妻に代はりて之れを占有管理することを得ないと信ずる(八百一條二項)。

III 擔保供與の目的

妻が夫に對して請求するは、其財産ノ管理及ヒ返還に對する擔保である。財産の管理に對する擔保とは管理の失當に因りて生ずることあるべき損害賠償義務の履行の擔保を謂ふ。即ち管理失當なるときは妻の財産は減少すべきを以て其減少に對する賠償請求權の擔保を必要とするのである。又財産の返還に對する擔保とは夫は管理終了後、妻に其財産を返還する義務あるに拘はらず、管理の失當により其財産の全部を喪失して之れを返却するを得ざる場合、又は故意に之れが返還を爲さざるが如き場合に、其返還義務を擔保することを謂ふのである。之等の擔保は擔保供與の際には債務は未だ存在せざるものであるから將來の債務の擔保である。

IV 擔保請求權の行使方法

妻が夫に對する擔保請求權の行使は裁判所をして之れに干與せし

める。而して、非訟事件手続法其他の法律に於て何等之れに關する規定が存在しないから訴訟を以て其請求權の行使をしなければならぬ。獨乙法瑞西法に於ても亦同様である。

本條と同一趣旨の規定 (Parallelbestimmung) に第二十九條及び第九百三十三條が存在する。而して第二十九條の不在者の財産管理人の擔保供與に關しては、非訟事件手続法に於て其規定を設けて居るから、訴訟に依つて其手續を爲すを得ない。第九百三十三條の後見人の擔保供與に關しては、本條と同じく特別の手續規定が存在しないから爭ふる場合には訴訟に依つて之れを行使すべきものである。

V 夫が管理の失當に因り、妻の財産を危くしたるときは、妻は自ら其管理を爲さんことを裁判所に請求することが出来る (七百九十六條二項)。

蓋し民法第七百九十六條第二項の規定は夫婦財産制の總則中に存在

するものであるから、法定財産制にも適用があること疑ないからである。然れども妻は此規定に基いて、夫より管理權全部を自己の手中に奪ふ必要な場合には、單に擔保を供與せしむるを以て足れりとするであらう。

(G) 管理權の消滅

夫の妻の財産に對する管理は婚姻の解消と同時に消滅する。(八百三條 八百六條獨千四百二十四條)

夫の管理が消滅するときには直接の明文の規定なしと雖も、夫(又は其死亡の場合に於ては其相續人)は、妻(又は其死亡の場合に於ては其相續人)に對して、管理の計算を爲し且其財産を返還することを要するものと解すべきである (八百三條八百六條參照)。

夫の管理權が消滅したる場合には委任に關する規定 (六百五十四條六百五

十五條) を準用し(八百六條) 急迫の事情あるときは妻、其相続人が自ら其財産の管理を爲すを得るに至る迄、夫又は其相続人は必要な處分を爲すことを必要とする。又管理権の消滅したることを夫婦又は其相続人の一方が他方に通知し、又は他方が之れを知りたるときに非ざれば、之れを以て他の一方に對抗することを得ないのである。即ち妻は夫又は其相続人より管理終了の通知ある迄は依然として夫を管理者と看做すを得べく、夫は亦妻又は其相続人より管理終了の通知ある迄は管理を續行することが出来る。夫婦は通常同居するものであるから、通常の場合に於ては管理終了の事實は之れを知るであらうけれども、夫婦の一方が死亡したる場合は、相続人は生存配偶者と必ずしも同居するものでなく、又夫婦と雖も同居せざる場合もあり得るから、通知の必要を生ずるのである。

(五) 妻の家政管理権 (Schlüsselgewalt)

關係法條

八百四條

獨千三百五十七條、瑞百六十一條二項三項百六十三條乃至百六十六條

參考文獻

菅原博士「日常ノ家事ニ關スル妻ノ代理權」法學論叢十二卷三號

坂本三郎氏「妻ノ日常家事代理權」法學志林九卷三號

Rosenfeld, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau.

Ostern, Die Schlüsselgewalt der Frau.

夫は婚姻共同生活に於て自己の財産を管理し、又妻の財産を管理し、且婚姻生活の費用の一切を負擔する。従つて日常家事に關する法律行爲に至る迄も自ら之れを爲すことを必要とする。併し乍ら、斯の如く廣汎なる事務は夫一人を以て之れを處理し得べきものでない。婚姻共同生活の幸福を増進し、家庭の平和を企圖せんが爲めには、或る程

度に於て、家政に付いて妻の關與を必要とする。瑞西民法(百六十一條二項)が妻は協議及び行爲を以て夫を輔佐し、且夫が共同生活の爲めにする施設に力に應じて助力せざる可からず (Sie steht dem Mann mit Rat und Tat zur Seite und hat ihn in seiner Sorge für die Gemeinschaft nach Kräften zu unterstützen. Elle lui doit, dans la mesure de ses forces, aide et conseil en vue de la Prosperité commune.) と爲すは此趣旨に外ならない。

立法例に於ては多くは家政上の事務即ち日常家事の範圍内に於て妻に家事執行權 (Das Geschäftsführungsrecht, Geschäftsführungsmacht) と家事代理權 (Das Vertretungsrecht, Vertretungsmacht) とを與へて居る。此兩者を總稱して獨乙民法に於ては家政管理權 (Schlüsselgewalt) と謂ふ。蓋し鍵 (Schlüssel) は家婦の權利の象徴 (Symbol hausrautlicher Gewalt) であるから、此家政管理權は家政の鍵を掌握する意義である (Kipp, a. a. O. S. 158 am. 1.

菅原博士前掲三八八頁。但し瑞西民法に於ては Schlüsselgewalt を單に代理權のみを指稱するものとして居る様である (Egger, a. a. O. S. 149)。

家事執行權と稱するは妻が家政上、夫の事務を執行する權利である。此權利は夫婦間の内部關係に於て妻の有する權利である。妻が自己の事務を執行する權利あることは言ふ迄もないことであるから茲には問題とならない。又家事代理權は妻が家事に關して夫を代理する權利である。此權利は夫婦間の内部關係に非ずして、妻が第三者に對する外部關係に於て有する權利である。獨乙民法は第千三百五十七條に於て、瑞西民法は第百六十一條及び第百六十三條に於て此兩種の權利を妻に附與することを明言して居る。

翻つて我民法を見るに第八百四條には「日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス」と規定するに過ぎずして、其他之れに關して何等

の規定が存在しない。従つて妻が家事代理権を付與せられ居ることは洵に明瞭にして疑を存せざる所であるが、家事管理権に關しては疑がある。

併し乍ら民法は外部關係に於て第八百四條に於て日常家事に付て妻に對して夫の代理權を與へたる以上は、其外部關係の根本たる内部關係に於て妻に家事執行權を付與されて居ることを前提とするものでなければならぬ。蓋し外部關係に於て適法なる代理人として妻が第三者と締結したる法律行為が内部關係に於て當然夫に對して不法行為となるものとするが如きは、之れを法律の精神とは解せられないからである。加之第八百五條に於ては「妻カ夫ノ代理ヲ爲ス場合ニ於テハ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ヲ爲スコトヲ要ス」と規定し又第八百六條には「第六百五十四條及ヒ第六百五十五條ノ規定ハ妻カ夫

ノ代理ヲ爲ス場合ニ準用ス」と規定して居る。是れ等の規定は外部關係の方面より觀察する妻の代理權に關する規定であるが、是れ等の規定の反面に於て、又當然内部關係に於ける妻の家事執行權を付與することを前提とするものと見るを得るであらう。然らば我民法は他の立法例に於けるか如く妻に家事管理權と家事代理權とを與へたるものと推論せねばならない。

大多數の學者は我國に於て、妻の日常家事執行權を認め得るや否やに就き沈黙して居る。獨り菅原博士前掲は之れを認め得るものとして居られる。余の茲に説く所は多少同博士の理論の構成と異なる点があるかもしれない。岡村博士(講義四六五頁)は我國に於ては之れを認め得られないことを明言して居られる。蓋し之れを認むるに就いて直接の明文が存在しないからであらう。

(イ) 妻の家事執行權

妻の家事執行權は日常家事に關するを要すること第八百四條から推論が出来る所である。而して日常家事は婚姻共同生活を爲すに付、

衣食住等に關しては日常生活すべき事項を謂ふものであるが、其事項は必ずしも法律行爲 (Rechtsgeschäft) にのみ關することを必要としない。事實行爲 (Tatsächliche Handlung) も亦妻の家事執行權の目的と爲し得るものと解するのが相當である。是れ法人の理事、株式會社の取締役、組合の業務執行員等の爲す事務が法律行爲に限らず、事實行爲も包含するのと趣を一にする所である。

例へば家の修繕、衣服の補綴、洗濯、掃除、箆筒内の物の整理等は妻の執行すべき事實行爲の例示となるであらう。家事執行は妻の權利であり又妻の義務であらねばならぬ。

又妻の家事執行權は管理行爲に限らず、處分行爲も亦爲し得るものである。唯處分行爲は必ず日常家事に關することを要するは勿論である。

(ロ) 妻の家事代理權

夫が妻をして日常家事を代理せしむるに當り、個々の法律行爲につき、一々代理權を授與するは其煩に堪へないのみならず、第三者も亦一々、妻が夫の代理權を有するや否やを調査するに非ざれば、妻と取引を爲すを得ざるが如きは、第三者の利益を保護するに充分と爲すに足らない。仍て民法は日常家事に付ては、妻を夫の代理人と看做すこととした。

家事管理權に就いては、原則として其家事は法律行爲の場合が多いけれども、又必ずしも事實行爲を排斥するものでないこと先に述べたる通りである。併し乍ら妻の家事代理權は夫の代理を爲す權利であるから、固より其對象は法律行爲に限定せられるものである。日常家事とは共同生活の生活資料 (Lebensmittel) たる燈火、薪炭、白米、夫婦子女

の衣服等の購入、奴婢、洗濯女、乳母の雇入、器具、兒童の學校用品の買入、醫師の支拂親族友人への時々、の贈答、家賃の支拂等、衣食住に關して日常生活すべき事項を謂ふのである。而して何が日常家事であるかは一般に定めらるべきものでなく、其時、其場所に於ける風俗慣習を斟酌し又其夫婦の身分階級等特別の事情をも斟酌して定むべきものである。

續業權の讓渡（大正四年山口地方判決法律新聞一〇四七號二九頁、青木民法判例集八六六頁）電話加入權の賣渡擔保契約又は其名義變更契約（大正五年六月十四日東京地方判決法律新聞一一五六號二二頁、大正八年十二月十九日東京地方判決法律新聞一六六九號、青木民法判例集八六六頁八六七頁）等は日常家事ではない。大審院も亦電話加入權の賣渡擔保契約を日常家事に非すと判決した。妻の爲したる行爲が日常家事に非ざるときは妻は無權代理人の責任を負擔せなければならぬ。併し此場合と雖も、民法第一百十條の表見代理の要件を具備する場合は同

條の所定の表見代理の效力を生ずること勿論である。今此大審院判例の全文を掲げて置く。

「民法第八百四條ハ日常ノ家事ニ付テ妻ハ夫ノ代理人ト看做スノミナレバ本件電話加入權ヲ賣渡擔保ト爲シ其名義書換ノ手續ヲ爲スカ如キ日常家事ニ非サル事項ニ付テハ同條ニ依リ妻ニ夫ノ代理權アリト謂フコトヲ得ス而シテ第三者カ同第一百十條ニ依リ妻ニ其代理權アリト信スヘキ正當ノ理由ハ夫カ犯罪嫌疑ノ爲メ入監不在中妻ニ於テ同人ノ實印ヲ占有セルカ如キ事實アルヲ以テ足レリトセス他ニ同種ノ事項ニ付キ代理權ノ授與アルカ如ク夫ノ作爲ニ出テタル事情ニシテ眞ニ妻ニ係争事項ノ代理權アリト信セシムルニ足ルモノアルコトヲ要ス」（大審院大正七年オ第二二五號同年四月十三日民三判決二十四輯六八一頁）。

妻の日常家事代理權は民法第八百四條に依つて付與せらるゝもの

であつて、夫の特に代理権の授與あることを必要とするものでない。夫が若し妻に對して特に代理権を授與する場合に在つては、妻は日常家事以外の如何なる法律行為と雖も、之れを爲し得るものなることは言ふ迄もないことである。妻が夫より總括的に法律行為及び其他總ての行為を委任せられたる場合に關し、大審院は左の如き判例を下して居る。

〔夫カ外國ニ旅行中妻ヲ以テ總理代人トシ公私一切ノ事件ヲ代理セシムル場合ニ於テハ不動産競賣開始決定ニ對スル異議申立ノ如キハ勿論、裁判所ニ對シ抗告ヲ爲スコトモ包括シテ妻ニ委任シタルモノト解釋シ得ヘク如上ノ行為ヲ委托スルニ付權限ノ特定ヲ要スルモノニ非ス〕（本件異議申立書添付の委任狀には「拙著義外國旅行中ハ妻とよテ總理代人ト定メ左ノ權限ノ事ヲ代理可致候事一、公私諸般ニ係ル一切ノ件右總理代理委任候也」と記載してあるのである。）（大審院大正三年十一月十三日二十輯九二六頁）。

年十一月十三日二十輯九二六頁）。

妻の日常家事代理権は法定代理なりや任意代理なりや疑がある。或は妻の日常家事代理権は法律の規定に依り妻たる者に當然付與せらるゝものであるから法定代理であると爲すものがある（岡村博士講義四六三頁、坂本三郎氏前掲論文同氏著親族法一六七頁）又或は之れを任意代理なりとする者もある（仁井田博士一七五頁、一七六頁）。蓋し民法第八百四條は單に日常家事に付ては、妻は夫の代理人と看做すと規定するのみにして法定代理人なることを明言する所がない。且同條第二項には後に述ぶるが如く夫は其意思に従つて、妻の代理権の全部又は一部を否認することを得る旨を規定するのであるから、妻は日常家事に付て、夫の法定代理人ではないと解するのが穩當である。然らば同條は妻が日常家事に付て夫の法定代理人たることを規定したるものでなく、妻が夫の任意代理

人と看做さるゝものなる旨を規定したものであると解すべきである。妻が夫を代理する場合に於ては民法第九十九条に従つて夫の代理人たることを示して之れを爲すことを要するや否や換言すれば夫の名に於て之れを爲すを要するや否や。

第八百四條は單に(一)妻は夫を代理する權限あることを規定するに過ぎざるや、(二)或は其以外に夫の名を表示せざるも、尙且夫の代理人と認むるを得るものなるや頗る疑があるけれども同條は(一)(二)双方を規定するものと解釋するのが相當である。蓋し斯の如く解釋するに非ざれば、同條が妻に夫の代理權を付與したる趣旨の大半は没却せられ、其目的を達することは出來ないからである。

併し乍ら妻の行爲が殊に夫の代理でなく妻自身の行爲なることを認め得べき特別事情の存在する場合に在つては、妻を以て夫の代理人

と見ることを得ないのである。是れは同條が強行法規でない當然の結果である。獨乙民法第千三百五十七條は「…別段ノ解釋ヲ爲スヘキ事情ナキ限りハ夫ノ名ニ於テ爲サレタルモノト看做ス」(…Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, gelten als im Namen des Mannes vorgenommen, wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt…)と規定し此事を明言して居る。

我大審院も亦最近に於て此説と同趣旨の判例を發表した。

「民法第八百四條第一項ノ規定ハ我國家庭ノ普通ノ狀態ニ鑑ミ日常ノ家事ニ關スル事項ニ付妻ノ爲シタル法律行爲ニ關シ夫ヲシテ其責ニ任セシムル爲妻ヲ夫ノ代理人ト看做シタルモノナレハ妻カ日常ノ家事ニ關シテ爲ス法律行爲ハ特ニ夫ノ爲メニスル意思ヲ表示シテ爲スコトヲ要セサルモノトス然ラハ本件ニ於テ原裁判所カ上告人ノ妻仲代カ被上告人ヨリ吳服類ヲ買入レタル行爲ヲ以テ日常ノ家事ニ關

スルモノト認め其買入ヲ爲スニ當リ上告人ノ爲メニスル意思ヲ表示シタルヤ否ヤヲ判示セサリシトテ之ヲ以テ所論ノ如キ不法アリト謂フヘカラス」(大審院大正十二年第八〇二號同十三年一月十八日民一判例集三卷一號一頁)。

(ハ) 妻の家事代理權の範圍

妻の日常家事代理權の範圍は夫に於て之れを定むることを得る。

即ち妻が家事に付き無智、無經驗其他特殊の事情ある場合に於ては、其全部又は一部の代理權を剝奪するを得る(八百四條二項本文)。

併し乍ら、元來妻の日常家事代理權は、第三者保護の目的を有するを以て、夫が妻の代理權を制限するときは、第三者は不測の損害を蒙むることあるを免れず、斯くては本條の目的は貫徹するを得ないから、法律は其救済策として、妻の代理權に對する夫の否認は、善意の第三者に對抗するを得ざるものとした(同條二項但書)。従つて例へば夫は妻の代理權

の全部を否認したるときは、夫は出入の商人全部に對して之れを通知し、又夫が妻に對して衣服購入のみを禁止したるときは、呉服店に對して之れを通知するを要するが如きである。

妻が夫の代理行爲を爲すに付ては、自己の爲めにすると同一の注意を爲すを以て足る(八百五條)。

代理終了の場合に於て急迫なる事情あるときは、妻又は其相續人は夫又は其相續人が自ら事務を處理するを得るに至る迄必要な處分を爲すことを要する(八百六條六百五十四條)。

代理の終了は夫婦又は其相續人の一方が他の一方に通知し、又は他の一方が之れを知りたるときに非ざれば、之れを以て他の一方に對抗することを得ない(八百六條六百五十五條)。

第五節 婚姻の消滅