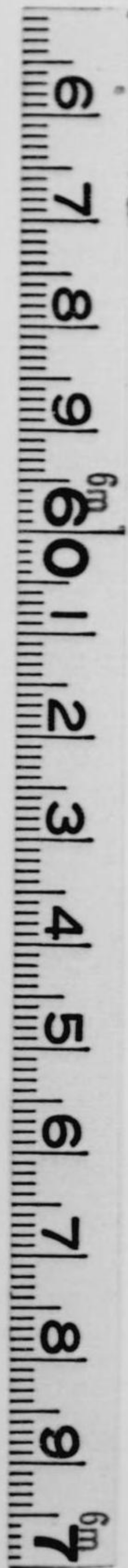


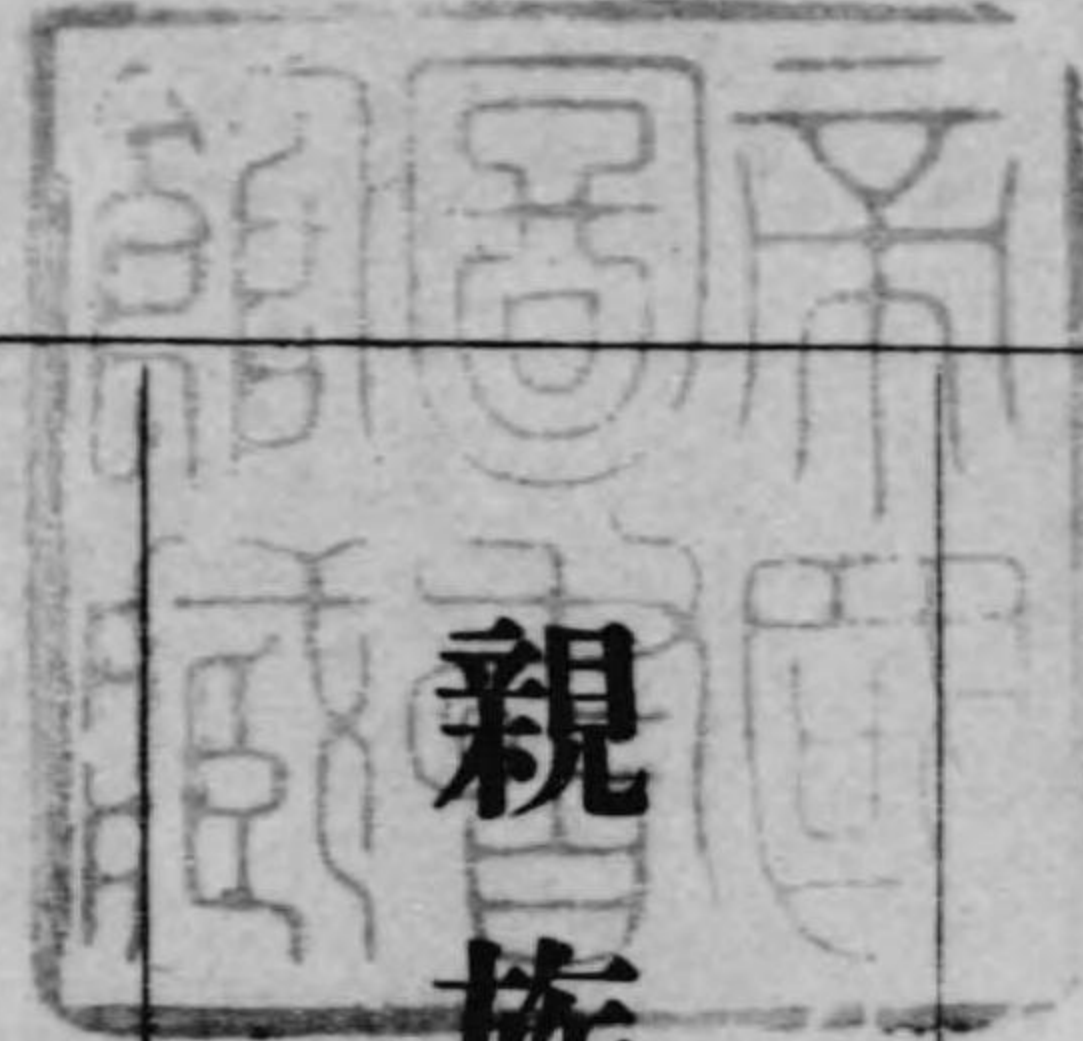
366
70



始



366-70



東京帝國大學
教授法學博士
穗積重遠著
第三版

親族法大意

岩波書店刊行

大正
7. 3. 25
購示

緒言

一 本書ハ著者ガ東京帝國大學法科大學ニ於テ大正五年度ニ使用セル親族法講義案ニ聊カ修補ヲ加ヘタルモノナリ。次學年以後聽講ノ學生ニ便セン爲メ、且ハ未熟ノ私見ニ對スル師友ノ叱正ヲ請ハンガ爲メニ、敢テ之ヲ公刊ス。

二 講義時間ハ二學期約二十五週間一週二時間ヅ、ナリ。此短時間ニ民法第四編ノ全部ヲ講了センガ爲メノ講義案ナルヲ以テ、而シテ講義ノ際ノ説明ニ充分ノ餘地ヲ存センコトヲ欲セルガ故ニ、本書ハ簡單ニ大意ヲ記述スルニ專ラナリキ。聽講者以外ノ讀者ノ爲メニ謀リテ忠ナラザルノ批難アルベシト雖モ、本書ノ目的上已ムヲ得ザルニ出ヅ。

三 簡單ノ一手段トシテ出來得ル限り法律正條ノ本文ヲ書中ニ繰返スヲ避ケタリ。故ニ引用法條ノ參照併讀ハ本書ニ付テ特ニ必要トス。法

條ノ引用ニハ略符號ヲ用フ。單ニ數字ノミヲ記セルハ民法各條ニシテ、特ニ他ト區別スルヲ要スル場合ニノミ「民」字ヲ附記セリ。例ヘバ「七四三ノ二」「三」ハ民法第七百四十三條第二項及ビ第三項、「八一三ノ三號」ハ同第八百十三條第三號ナリ。又「戸」ハ戸籍法、「民訴」ハ民事訴訟法、「人訴」ハ人事訴訟手續法、「非訟」ハ非訟事件手續法、其他慣用ノ略語例ニ從フ。

四 參考スベキ判例及ビ著書論文モ多ク講義ノ際ノ引用ニ讓レリ。但シ此等ハ改版ノ機ニ漸次増補センコトヲ期ス。引用著書論文中筆者ノ名ヲ冠セザルハ著者自身ノ別稿ナリ。

五 「設問」ハ補充的説明事項ノ一端ヲ示シ、且學生ノ豫備的考究ヲ誘起セシムガ爲メナリ。必シモ未解決ノ難問ノミヲ選擇セルニアラズ、又固ヨリ問題ヲ網羅セルニアラザルナリ。唯ダ改版ト共ニ追加シテ網羅ニ近カラシメンコトヲ欲スルノミ。

親族法大意

目次

序論	研究方針	一
第一章 親族團體	一 法律學ノ研究方法	二
第二章 親族法	二 社會學的研究	三
第一 親族法ノ範圍	四 沿革的研究	五
一〇 純親族法ト親族財產法	五 比較的研究	六
一一 親族法ノ範圍	六 本著ノ	七
	七 人類ノ團體的生活	八
	八 古代ノ親族團體	九
	九 現代ノ親族團體	一〇
		一一
		一二
		一三
		一四
		一五
		一六
		一七
		一八
		一九
		二〇
		二一
		二二
		二三
		二四
		二五
		二六
		二七
		二八
		二九
		三〇
		三一
		三二
		三三
		三四
		三五
		三六
		三七
		三八
		三九
		四〇
		四一
		四二
		四三
		四四
		四五
		四六
		四七
		四八
		四九
		五〇
		五一
		五二
		五三
		五四
		五五
		五六
		五七
		五八
		五九
		六〇
		六一
		六二
		六三
		六四
		六五
		六六
		六七
		六八
		六九
		七〇
		七一
		七二
		七三
		七四
		七五
		七六
		七七
		七八
		七九
		八〇
		八一
		八二
		八三
		八四
		八五
		八六
		八七
		八八
		八九
		九〇
		九一
		九二
		九三
		九四
		九五
		九六
		九七
		九八
		九九
		一〇〇

第二 我國親族法ノ沿革.....九

一二 我國親族法ノ沿革

第三 親族法ノ性質.....二二

一三 親族法ハ私法ナリ 一四 親族法ハ大部分強行法

一五 民法親族篇ハ普通法

第四 戶籍法.....三三

一六 戶籍法

第三章 親族法上ノ權利義務.....四

一七 親族法上ノ權利義務

第四章 親族.....二七

第一節 親族ノ起源及ビ範圍.....二七

一八 親族ノ起源 一九 父權說 二〇 母權說 二

一 母權說否認論 二二 原則ハ父系親制度 二三 親

族ノ範圍 二四 民法ノ親族 二五 親族關係

第二節 親族關係.....三三

二六 親族關係ノ發生消滅原因 二七 親系 二八 男
系親女系親 二九 直系親傍系親 三〇 尊屬親卑屬親
三一 親等 三二 階級親等制 三三 世數親等制
三四 親族關係ノ重復

第三節 各種ノ親族.....三五

第一款 血族.....三五

第一項 自然血族.....三五

三五 血族關係 三六 血族關係ノ消滅

第二項 法定血族.....三六

三七 法定血族

第一 養親子關係.....三七

三八 養親子關係 三九 養親子關係ノ範圍 四〇 養

親子關係ノ消滅

第二 繼親子關係及ビ嫡母庶子關係.....三九

四一 繼親子關係 四二 繼親子關係ノ範圍 四三 嫡

母庶子關係 四四 繼親子關係嫡母庶子關係ノ範圍 四

五 繼親子關係嫡母庶子關係ノ消滅 四六 繼親子關係嫡母庶子關係ヲ認ムル必要ナシ

第二款 配偶者.....三

四七 配偶者關係 四八 配偶者關係ノ消滅

第三款 姻族.....三

四九 姻族關係 五〇 姻族關係ノ消滅

第五章 家.....四

第一節 家族制度ト個人制度.....四

五一 家族制度ト個人制度 五二 現行民法ノ親族制度

第二節 家.....三

五三 家ノ觀念ノ變化 五四 家ノ法學的定義 五五

國籍ト家 五六 氏 五七 戶籍 五八 公正證書ト

ヲテノ戶籍 五九 家ノ區別

第三節 家ノ設立及ビ消滅.....四〇

六〇 家ノ設立及ビ消滅

第一 家ノ設立.....四〇

六一 分家 六二 一家創立

第二 家ノ消滅.....四二

六三 廢家 六四 絕家

第三 廢絕家再興.....四三

六五 廢絕家再興

第四節 戶主.....四五

六六 戶主ノ身分 六七 戶主權 六八 氏ヲ稱スル權

利 六九 居所指定權 七〇 同意權 七一 其他ノ

權利義務 七二 戶主權ニ非ザル戶主ノ權利 七三 戶

主ノ財產權ノ推定 七四 戶主權ノ代理行使 七五 戶

主權ノ取得 七六 戶主權ノ喪失

第五節 隱居.....五一

七七 隱居制度ノ由來 七八 隱居ノ届出 七九 隱居

ノ要件 八〇 隱居ノ效果

第六節 家族……………五

八一 家族ノ範圍 八二 家族タル身分ノ得喪 八三
轉籍 八四 家族タル身分ノ效果

第六章 婚姻……………六〇

第一節 婚姻ノ意義及ビ沿革……………六〇

八五 婚姻ノ意義 八六 婚姻制度ノ沿革

第二節 婚姻ノ成立……………六三

八七 婚姻ノ届出 八八 婚姻法ノ根本主義 八九 婚
姻豫約 九〇 婚姻ノ實質上ノ要件 九一 婚姻ノ無效
九二 婚姻ノ取消 九三 戸主ノ同意 九四 特別階級
ノ婚姻 九五 朝鮮人ト内地人トノ婚姻

第三節 婚姻ノ效果……………六四

九六 夫妻關係ノ沿革 九七 守操ノ義務 九八 婚姻ノ

效果 九九 妻ノ無能力 一〇〇 夫妻間ノ一般的權利義
務 一〇一 夫婦財產制 一〇二 夫婦財產契約 一〇
三 法定財產制

第四節 婚姻ノ解消……………六八

一〇四 當事者ノ死亡 一〇五 離婚 一〇六 有因離
婚無因離婚 一〇七 專權離婚

第一 協議上ノ離婚……………六九

一〇八 協議離婚 一〇九 協議離婚手續簡易ニ失ス

第二 裁判上ノ離婚……………七〇

一一〇 裁判上ノ離婚 一一一 有責主義ト目的主義
一一二 離婚訴訟不受理原因 一一三 離婚訴訟ノ手續
一一四 裁判離婚ト婚姻ノ取

第三 法律上ノ離婚……………七二

一一五 法律上ノ離婚

第四 離婚ノ效果……………七三

目次

七

六

一一六 離婚ノ效果

第七章 親子……………九五

第一節 實子……………九五

第一款 嫡出子……………九五

一一七 嫡出ノ推定 一一八 婚姻前懐胎ノ子 一一九
嫡出否認ノ訴

第二款 私生子及ビ庶子……………九八

一二〇 私生子及ビ庶子 一二一 認知 一二二 準正

第二節 養子……………一〇五

一二三 養子制度ノ可否 一二四 養子縁組 一二五

養子縁組ノ要件 一二六 養子縁組ノ手續 一二七 特

殊ノ養子縁組 一二八 養子縁組ノ無効及ビ取消 一二

九 養子縁組ノ效果 一三〇 養子縁組ノ解消 一三一

協議上ノ縁組 一三二 裁判上ノ縁組 一三三 法律上

ノ縁組 一三四 養親ガ夫婦ナル場合ノ縁組 一三五

戸主ヲ離縁スルヲ得ズ 一三六 離縁ノ效果

第三節 親權……………一二九

一三七 親權ト戸主權 一三八 親權ノ進化 一三九

親權者 一四〇 親權ニ服スル子 一四一 親權ノ範圍

一四二 親權ノ内容 一四三 親權喪失 一四四 親權

ノ拋棄

第八章 後見……………一三六

第一節 後見ノ開始……………一三六

一四五 後見ノ開始 一四六 後見制度ノ目的 一四七

後見法ノ位置

第二節 後見ノ機關……………一三九

一四八 後見機關ノ種類

第一款 後見人……………一三九

一四九 後見人及ビ其種類 一五〇 未成年者ノ後見人

目次

九

一五一 禁治產者ノ後見人 一五二 後見人ノ免除
一五三 後見人ノ缺格 一五四 後見人ノ免職

第二款 後見監督人……………三四

一五五 後見監督人ノ性質 一五六 後見監督人ノ種類
一五七 後見監督人ノ免除及ビ缺格 一五八 後見監督人ノ職務

第三節 後見ノ事務……………三七

一五九 後見人ト親權者トノ事務上ノ相違 一六〇 後見ノ事務

第四節 後見ノ終了……………四〇

一六一 後見終了ノ原因 一六二 後見終了ヨリ生ズル義務

第五節 保佐人……………四二

一六三 保佐人ノ選任

第九章 親族會……………四四

一六四 親族會ノ性質 一六五 親族會員ノ選定 一六六 親族會員ノ缺格、免除、免職 一六七 親族會ノ招集
一六八 親族會ノ議事 一六九 親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴

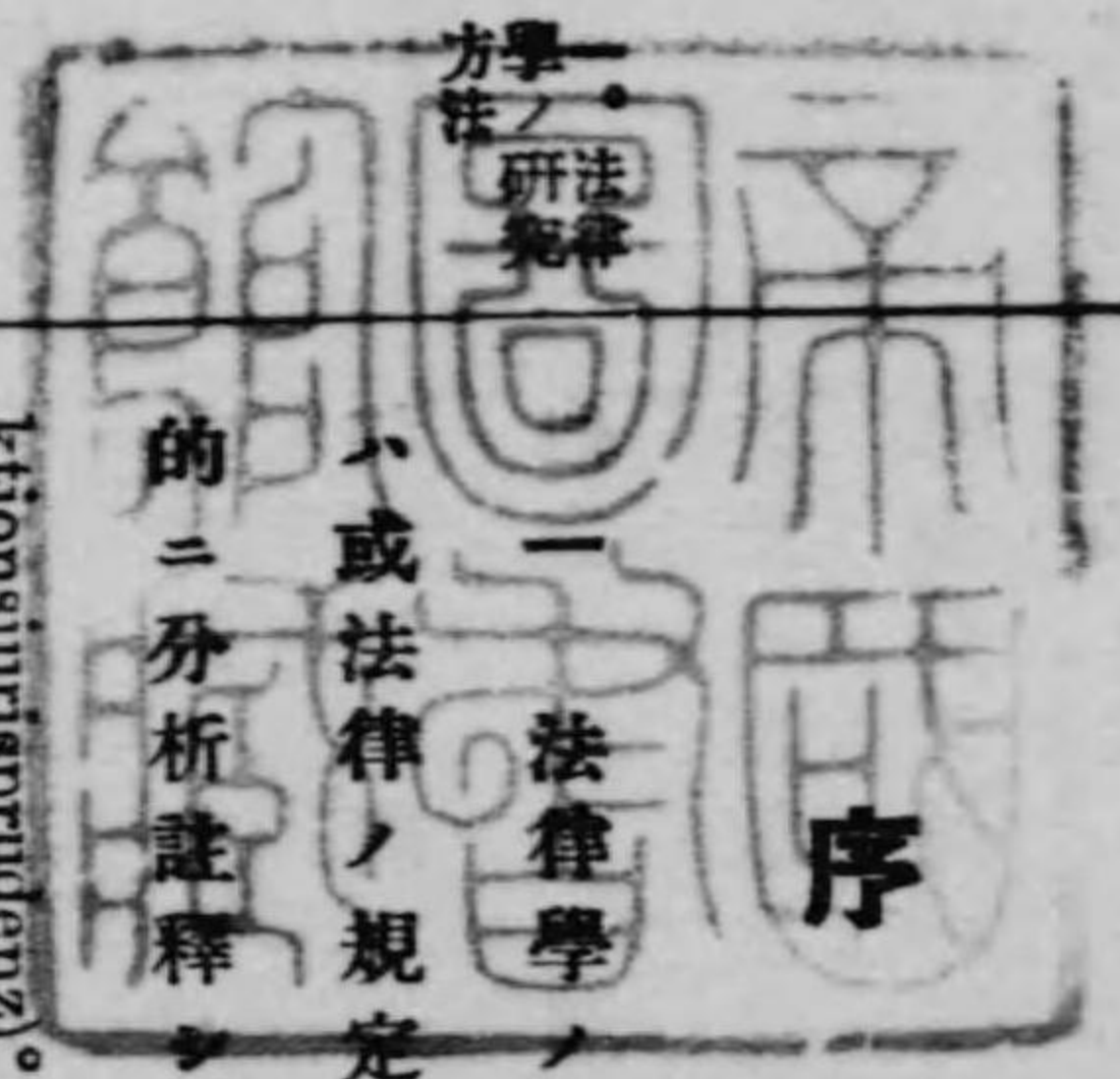
第十章 扶養ノ義務……………四九

一七〇 扶養制度ノ意義 一七一 扶養ノ義務ト扶養ヲ受クル權利 一七二 扶養當事者及ビ扶養ノ程度方法

附錄 法律婚と事實婚……………五五

親族法大意

法學博士 穗積重遠



序論 研究方法

法學博士 穂積重遠

一 法律學ノ研究方法ニ註釋的研究ト社會學的研究トアリ。註釋的研究トハ或法律ノ規定其モノヲ研究ノ目的物トナシ、各規定各條項ノ意義關係ヲ論理的ニ分析註釋シ、以テ解釋論及ビ立法論ヲナスモノナリ (analytical method, Konstruktionsjurisprudenz)。

社會學的研究トハ法律ガ社會的規範ノ一タル方面ニ著眼シ、或法律ノ規定ト社會ノ事情社會ノ利益トノ間ノ關係ヲ攻究シ、法律ノ規定ト社會ノ正當ナル希望要求トノ間ノ調和ヲ圖リ、社會ノ善良ナル趨勢ヲ誘導シ、不善有害ナル風習ヲ撲滅スルノ目的ヲ以テ解釋論立法論ヲナスヲ云フ (sociological method)。

二

thod, Rechtssoziologie)。此二方面ノ研究ハ共ニ法律學ニ缺クベカラザル所ナルモ、現在及ビ將來ニ於テ大ナル發展ヲ要シ且大ナル發展ノ餘地アルハ實ニ法律ノ社會學的研究ナリトス。

二。社會學的研究

二 法律ハ各部門皆社會學的研究ノ必要ナク且其餘地ナキモノナシト雖モ、其ノ最モ著シキモノ、一ハ親族法相續法ナリト云フベシ。何トナラバ親族法相續法ノ規定ハ、一方ニ於テハ社會組織ノ基礎ヲナシテ道義風教問題ト密接シ、他方ニ於テハ經濟活動ノ根源ヲナシテ經濟政策問題ト關聯スレバナリ。而シテ此ノ親族法相續法ノ社會學的研究ハ我國ノ今日ニ於テ殊ニ必要ニシテ且興味多キヲ見ル。

三。註釋的研究

三 然レドモ又現行法ノ註釋的研究ハ實ニ法律研究ノ基礎ヲナスモノニシテ、之ヲ基礎トセザル法律論ハ空論ニ陥リ易シ。此點ハ親族法相續法ニ付テモ毫モ異ナル所ナキノミナラズ、我民法第四編第五編ノ規定ハ未ダ前三編ノ規定程充分ニ研究セラレ居ラザルヲ以テ、其必要一層大ナリト云ヒテ可ナリ。而シ

四。沿革的研究

テ其研究ハ民法第四編第五編ノ範圍内ニ限局セラル、コトナク、民法前三編ノ規定トノ關係、及ビ民法施行法、戶籍法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法、法例等ニ於ケル關係法條、竝ニ大審院以下諸裁判所ノ判決例、司法省指令、法曹會決議等ニ常ニ留意セザルベカラザルナリ。

四 法律學ニハ又沿革的研究アリ。現在ノ法制ノ來由ヲ知り其ノ將來ノ趨勢ヲ察スルニ缺クベカラザル所ナリ。親族法相續法ハ此方面ニ於テモ法律諸部門中最モ豐富ナル材料ヲ供給ス。而シテ我國現行親族法相續法ノ參考トシテ特ニ必要ナルハ、徳川幕府末期以後現行民法施行前ノ法規慣習ナリトス。

五。比較的研究

五 法律學ニハ又比較的研究アリ (comparative jurisprudence, die vergleichende Rechtswissenschaft)。各國法ノ規定ヲ比較シテ其系統ト得失トヲ明カニシ、以テ國法ノ解釋及ビ立法ニ貢獻スル所頗ル多シ。而シテ親族法相續法ハ土地ニヨリ人種ニヨリテ法規慣習ヲ異ニシテ統一の傾向大ナラザル其特質上、此方面ニ於テモ研究ノ範圍最モ廣ク其興味最モ大ナリ。(人種學的法律學 die ethnologische Rechte-

六。本書
ノ研究方
針

Wissenschaft)

六 要スルニ法律殊ニ親族法相續法ノ研究ハ、過去現在未來ニ互リ、内外ニ跨リ、註釋的研究ニ兼スルニ社會學的研究ヲ以テスルニアラズバ完璧ヲ稱スベカラズ。本書ハ現行民法ノ第四編タル親族篇ノ規定ノ大意ノ記述ニ過ギズト雖モ、吾人ハ常ニ如上ノ研究方針ヲ念頭ニ留メント欲ス。

第一章 親族團體

七。人類
ノ團體的
生活

七 人類ハ孤立シテ生活スルコト能ハズ、必ズ社會的團體的生活ヲ爲サザルヲ得ズ、又之ヲ爲スコトヲ欲スルモノナリ。而シテ人類社會ニ於ケル團體ハ大別シテ政治團體事業團體及ビ親族團體ノ三種トナスコトヲ得。政治團體ハ權力ニヨリテ統一セラル、團體ナリ。事業團體ハ或事業即チ共同ノ目的ヲ中心トスル團體ナリ。而シテ親族團體ハ男女ノ配偶關係及ビ之ヨリ生ズル血緣關係ニヨリテ連結セラル、人類ノ團體ナリトス。

八。古代
ノ親族團
體

八 古代ノ社會ニアリテハ此各種ノ團體的生活ガ今日ノ如ク判然區別セラレズシテ混同合一セルコトヲ想像シ得ベク、殊ニ親族團體ガ甚ダ重大ナル意義ヲ有シテ政治團體事業團體タルノ性質ヲ其中ニ包含スル現象ハ往々見ル所ト云フベシ。即チ大小ノ親族團體ガ各自一種ノ政治團體事業團體トシテ階級的ニ一部落一國家ヲ構成シ、個人ハ親族團體ノ首長トシテ之ヲ代表スル資格ニ於

テノミ部落又ハ國家ノ構成分子ナリト云フヲ得ベキモ、一個人トシテハ寧ロ人格者ト云フヲ得ズシテ絕對的ニ親族團體ノ首長ノ權力ニ服従スル制度ハ、最モ考ヘ易キ所ニシテ、更ニ一步ヲ進メテハ國家其モノガ一大親族團體タリ、國家ノ主權者ハ其親族團體中ノ宗家ノ家長ナリトノ觀念モ亦見ルコトヲ得ベキナリ。斯ノ如ク親族團體ガ社會ノ事實上法律上ノ基礎タル制度ヲ氏族制度又ハ大家族制度ト云フ。此制度ガ古代ニ於テ殆ド完全ニ行ハレ今日ニ至ルマデ尙ホ一種ノ家族制度ヲ保存セルコト我國ノ如キハ或ハ他ニ類例ナカルベシト雖モ、世界ノ各民族皆多少此制度ノ經驗ヲ有セザルモノナシト云ヒテ可ナルベシ。

九 然ルニ社會ノ進歩ニ隨ヒ、殊ニ一方ニ於テハ國家團體ガ益々發達シテ自己ガ唯一ノ權力團體タルコトヲ要求シ、他方ニ於テハ個人ノ價值ガ益々尊重セラレテ之ガ國家ノ直接構成分子ト認メラル、ニ至ルト共ニ、親族團體ハ漸ク其重要ノ度ヲ減ジ、今日ニ於テハ國家ノ法律上ノ構成分子ニアラザルノミナラズ、既ニ全ク其政治的意義ヲ喪ヒ、其經濟的重要モ亦昔日ノ比ニアラザルナリ。然

九。現代
親族團體

レドモ親族團體ハ尙ホ實際上社會ノ重要ナル一基礎タルヲ喪ハズ。何トナラバ親族團體ハ配偶及ビ血縁ト云フ重大ナル自然事實ニ基キ人類生存ノ生理的、心理的必要ニ發スルモノナレバナリ。即チ如何ニ個人主義的ナル歐米ノ社會ニ於テモ、最小限度ノ親族團體タル夫妻ト其親權ニ服スル子トノ一團即チ所謂「小家族」(la famille petite)ノミハ其存在ノ重要ヲ否認スルコト能ハズ、之ニ關スル法制ヲ缺クコトヲ得ザルナリ。況ンヤ我國ニ於テハ國家ガ一親族團體タルノ觀念尙ホ新タニ祖先崇拜ノ氣風甚シク衰ヘズシテ、歐米ノ所謂「ファミリー」ヨリモ廣義ナル親族團體ガ實際上社會ノ一基礎ヲナスコト爭フベカラザル事實ナルヲ以テ、家族制度ノ將來ノ運命如何又家族制度助長スベキカ廢止スベキカハ別論トシ、現在ノ社會ノ規則トシテ親族法ナル法規ノ存在理由アルコト議論ノ餘地ナク、且其親族法ハ歐米諸國ノ親族法ヨリモ遙ニ重要ノ位置ヲ占ムベキコト多言ヲ要セザルナリ。(Prof. N. Hozumi, Ancestor-Worship and Japanese Law, 3rd. ed. 1913.)

第二章 親族法

ス

第一 親族法ノ範圍

一〇 親族法ハ民法ノ一部ニシテ、親族又ハ家族タル身分關係及ビ之ニ基ク權利義務ヲ規定スル法規ナリ。即チ親族法ニヨリテ規律セラル、權利義務ハ皆夫妻親子戸主家族等ノ特別ノ身分ニ基クモノニシテ、普通ノ人格權財產權ノ如ク單ニ人格者タルニ基クモノト其趣ヲ異ニスルモ、尙其中ニ人格上ノ權利義務ト財產上ノ權利義務トヲ區別スルコトヲ得ベシ。學者或ハ前者ヲ規定スル法規ヲ純親族法(Das reine Familienrecht)後者ヲ規定スル法規ヲ親族財產法(Familien-*gutrecht*)ト云フ。而シテ後者ヲ親族法中ヨリ排斥スル立法及ビ學說ナキニアラザルモ、規定上モ説明上モ却ツテ不便ヲ免カレザルナリ。又後見ニ關スル規定ハ嚴格ニ云ハハ前記親族法ノ定義中ニ包含セラル、モノニアラズ。サレド所謂「後見ハ親權ノ延長」ナル關係上、之ヲ親族法中ニ加フルヲ寧ろ當然トスベシ。

一〇。純親族法ト親族財產法

一。親族法ノ範圍

一一 親族法ハ畢竟親族團體ノ法ナリ、親族の共同生活ノ法ナリ。故ニ親族團體其モノ、範圍及ビ社會ノ構成分子トシテノ其價值ガ時ト所トニヨリテ異なるニ隨ツテ、親族法ノ範圍ニモ自ラ廣狹ナキヲ得ズ。而シテ其範圍ハ近代ニ至ルニ隨ツテ縮小セルノ傾向アリ。其原因ハ一言ニシテ云ハハ家族制度ノ頽廢ナルモ、尙之ヲ分說セバ大略左ノ諸點ニ歸著セン。

- (1) 公法私法ノ分化
- (2) 財産法ノ獨立
- (3) 契約關係ノ發達
- (4) 相續法ノ分離
- (5) 道德宗教法律ノ分化

第二 我國親族法ノ沿革

一二 我國ノ古代ニ於テ親族法ガ甚ダ重キヲナシタルコトハ前述ノ如シ。サレドソハ我國ノ古代ニ一大親族法典ガ存セリトノ意ニハアラズ。當初ノ親

一二。我國親族法ノ沿革

族法ガ不文ノ慣習法ナリシコトハ疑フベカラザルナリ。其後カノ唐制ヲ模シテ制定セラレタル大寶令ハ多クノ親族法の規定ヲ載セタリト雖モ、ソハ果シテ如何ナル程度マデ實施セラレタルモノナルカ明カナラズ、又實施セラレタリトスルモ其ノ行ハレタル期間モ長カラズ其ノ行ハレタル地方モ廣カラザリシニハアラズヤノ疑アリ。要スルニ中古以前ノ親族法ハ各地方其慣習ト官吏ノ獨斷的裁決トニヨリテ規定ヲ異ニシ、全國統一ノ法制ハ存セザリシナルベシ。武家時代トナリテモ此點ニ付テハサシタル變化ナカリシモノ、如ク、殊ニ戰國時代ニ於テハ慣習法ノ區々ナルコトモ一層甚シカリシナルベシ。徳川時代ニ至リテ其ノ嚴格ナル封建制度ノ必要上幕府ハ漸ク親族相續ノ事項ニ注意シ、例ヘバ婚姻、養子、隱居、家督相續等ノ事項ニ付テ種々ノ規則ヲ設ケ、殊ニ大寶令服紀ノ古制ニ基キ服忌令ヲ更定シテ(五代將軍綱吉)間接ニ親族ノ範圍ヲ法定セリ。然レドモ統一の親族法典ハ固ヨリ存在セズ、又細則ハ各藩ノ規定及ビ地方ノ慣習ニ一任セルモノ多カリキ。明治維新後ハ、當初ハ個々ノ特別法令アル場合ノ外

ハ各地方ノ慣習ヲ法ト認メ又ハ所謂條理ニ依リテ事ヲ決スルノ外ナク、不便甚シカリシヲ以テ、明治三年早クモ民法編纂ノ事業起レリ。其後條約改正ニ關スル政治上ノ必要ハ其速成ヲ促シ、明治二十三年所謂舊民法ノ公布ヲ見ルニ至レリ。然ルニ此法典ニ對シテハ批難甚ダ多ク、遂ニ修正ノ目的ヲ以テ其施行ヲ延期スルノ論ガ帝國議會ニ勝ヲ制シタルガ、其ノ親族法ニ當ル部分即チ人事編ノ規定ニ關シテ我國ノ國情民俗ニ適セザル事項多シト云フモ重大ナル批難ノ一ナリキ。此ニ於テ明治二十六年更ニ新民法編纂ノ事業起リ、二十九年前三編ノ規定成リ、三十一年第四編第五編即チ親族篇相續篇制定セラレ。現行民法ノ規定ハ斯ノ如キ短時日ニ編纂セラレシモノトシテハ其完備驚歎スベシト雖モ、政治的理由ニ驅ラレテ急遽此大法典ヲ制定セルコトハ、殊ニ實際ノ慣習ヲ充分ニ參酌スルコトヲ必要トセル親族篇相續篇ニ付テハ、之ヲ遺憾トスル論者モ存スルナリ。

第三 親族法ノ性質

一三。親族法ハ私法ナリ

一四。親族法ハ大部分強行法

一五。民法ハ親族法ハ普通法

一六。戸籍法

一一

一三 親族法ハ私法ナリ。但親族關係ニ關スル事項ニ付テ檢事、裁判所、市町村長等ノ公權力ノ干與アル點ニ於テ公法規定ヲ含有ス。

一四 親族法ノ規定ハ主トシテ公ノ秩序善良ノ風俗ニ關スル所謂公益規定ナルガ故ニ、其大部分ハ強行法タル性質ヲ有ス。

一五 民法親族篇ノ規定ハ普通法ナリ。但華族ニ關シテハ華族令(明治四十年五月七日皇室令)ニ特別ノ制限アリト雖モ、結局此普通法ガ適用セラレ、モノナリ。然レドモ皇室及ビ皇族ニ關シテハ普通親族法ノ規定ノ適用ナク、スベテ皇室典範其他ノ皇室令ニ從フベキモノトス(明治四十年二月十一日皇室典範增補第七條)。

第四 戸籍法

一六 現行親族法ノ助法トシテハ戸籍法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法等アリ。其中戸籍法ハ最も重要ニシテ、殊ニ大正三年三月三十一日改正戸籍法公布セラレ四年一月一日ヨリ施行セラレタル際ナレバ、別シテ留意研究ヲ要ス。新戸籍法ノ最も重要ナル改正項目ハ左ノ如シ。

(1)『戸籍吏』『戸籍役場』ノ名稱ヲ廢止セルコト。

(2)身分登記ノ制度ヲ廢止セルコト。

(3)職權ヲ以テ戸籍ノ記載及ビ訂正ヲ爲シ得ル制度ヲ認メタルコト。

第三章 親族法上ノ權利義務

一七 親族法ガ吾人ノ生活關係ヲ規定スルニ因リテ生ズル法律上ノ權利義務ヲ親族法上ノ權利義務略シテ親族權親族義務又人ノ身分ニ基キ之ト分離スルコトヲ得ザルモノナルガ故ニ身分權身分義務トモ云ヒ得ベシ。凡ソ法律上ノ權利義務ハスベテ吾人ノ實際ノ生活關係ヲ規定スルニ因リテ生ズルモノナルガ、親族法ニアリテハ其根柢タル生活關係ノ道德的意義社會的意義頗ル重キガ故ニ法律ハ却ツテ徹底的ノ規定ヲナスコト能ハズ、隨ツテ親族法上ノ權利義務ハ其意義範圍充分明確ナルヲ得ザルナリ。或學者ハ規定セラレ、生活關係ノ範圍ニ基キテ親族法上ノ權利義務ヲ分類シ、戶主權、夫權、親權、後見權ト算フルモノアリ、或ハ權利義務ノ内容ニ著眼シテ人身權、八七九同意權、四七三、五七三、七四一、七五〇ノ一、七七二、七七三等、財產權、七九九、八〇一、八八四、九五、四法定代理權、八八四、九二、三其他ノ親族法上ノ權利、七四六、七四九ノ一、三七五〇ノ二、七七九

以下七八九、八三五、八五二以下ヲ列舉スルモノアリ。前者ハ親族法上ノ權利義務ガ身分ニ基クモノナル所以ニ適フト雖モ、スベテノ親族法上ノ權利義務ヲ包含シ得ズ、且此等ノ權利ガ古代ノ戶主權、夫權、親權等ノ如ク廣汎絶對ノ權利ナルカノ如キ誤解ヲ生ズル危險アリ。家、夫婦、親子等ノ或範圍ノ生活關係ニ付キ法律ノ規定ニ因リテ生ゼル後者所說ノ如キ箇々ノ權利義務ノ總和ニ過ギザルコトヲ充分理解セル上ニテ、親族法上ノ權利義務トハ戶主權、夫權、親權、後見權及ビ各對應義務其他親族タル身分ニ基キテ存スル權利義務ナリト云ハ、稍ヤ當レルニ近カルベキカ。尙ホ余ハ人身權ナル語ヲ用フルヲ喜バズ、民法第八七九條ノ權利ノ如キハ單ニ監護教育權ト云ハ、足ラン。(仁井田益太郎博士親族法相續學士日本親族法論 緒論第七章參照) 或ハ親族權ハ支配權ナリト説明スル學者アリ。(鳩山秀夫學士日本債權法九頁) 戶主權、夫權、親權ニ付テハ斯ク云フコトヲモ得ベケレド、子ガ父母ニ對スル權利例ヘバ認知請求權又ハ嫡出子否認權ノ如キハ支配權ト觀念シ難シ。又扶養請求權ノ如キ殆ド債權ト云ヒテ然ルベキ權利モアリ。要スルニ親族權親族

義務ヲ一括シテ其性質作用ニ基ク内容の定義ヲナスコトハ不能ナルベシ。

第四章 親族

第一節 親族ノ起源及ビ範圍

一八。親族ノ起源

一八 親族の結合ハ人類ノ生理的の必要ニ基クモノナルコト一言セル所ナリ。即チ親族團體ハ夫妻親子ナル生理的の關係ニ其基礎ヲ發シ、祖先崇拜ナル心理作用、共同生活ノ必要ト云フ生理的の現象及ビ生存競争適者生存ノ自然法則ニ依リテ擴大セルモノナルコト、學者ノ殆ド一致スル所ナリ。

一九。父

一九 然レドモ原始狀態ニ於ケル親族團體ノ範圍如何ニ關シテハ學說一致セズ。我國氏族制度家族制度ノ親族團體ハ即チ父系親ノ親族團體ニシテ同時ニ又父權的親族團體ナリ (patriarchal system)。通説ハ之ヲ以テ原始的親族團體ナリトナス。

二〇。母

二〇 然ルニ一派ノ學者ハ婚姻ノ原始狀態ハ雜婚 (promiscuity) ナリトノ前提

ノ下ニ此状態ニ於テハ父ノ何人ナルカヲ知ルコトヲ得ザルガ故ニ親族團體ハ母系ニ基カザルヲ得ズト論ジ、又之ニ附帯シテ原始時代ニ於テハ親族團體ノ首長ハ母ナリ親族團體ヲ統一支配スルモノハ母權ナリトノ論ヲモ生ゼリ (Matrarchal system)。(Baohofen, Mutterrecht, 1861)

二一。母權說否認論

二一 然ルニ又此所謂母權說ニ對シテ有力ナル反對論アリ。コレ即チ此說ノ前提タル雜婚ナルコトヲ人類其他ノ高等動物ニ存スル性的嫉妬 (sexual jealousy) ノ性情ニ基イテ否認スル論ニシテ、隨ツテ母系親族團體ナルモノ、存在ヲ認メザルナリ。尙又タトヒ母系親族團體ナルモノガ存在ストスルモ必シモ之ガ母權ニヨリテ支配セラル、モノナリトノ結論ヲ生ゼズ、母系親ノ制度ニ於テ親族團體ノ首長トナリ子ニ對シテ權力ヲ有スル者ハ母ノ兄弟即チ子ノ伯叔父ナリトノ論アリ。

二二。原系ハ父系規則ノ親制度

二二 要スルニ古代ニ於ケル親族的結合ノ状態ハ必シモ人類社會全般ニ互リテ同一ニ論ズルコトヲ得ズト雖モ、少クモ有史時代ニアリテハ原則トシテ父

系親制度ニシテ、殊ニ純粹ナル家族制度ハ全ク父子關係ヲ基礎トシテ母系親ヲ顧ミザルモノナルガ (Muller est finis familiae) 其後配偶關係ヲ親族關係ノ基礎トナス觀念ノ發達ト共ニ、母系親ニモ重キヲ措クニ至リ、姻族ヲモ親族ニ準ジテ、コ、ニ今日ノ親族關係ヲ形成セルモノト云フベシ。

二三。親族ノ範圍

二三 親族團體ハ斯ノ如ク配偶關係及ビ血縁關係ヲ基礎トスルモノナルガ故ニ、自然ノ意義ニ於ケル親族關係ノ範圍ハ此等ノ關係ガ存スル所ニ限り此等ノ關係ガ極マル所マデ及ブベキモノトス。然レドモ社會制度トシテノ親族關係ハ、社會ノ必要上風俗上又ハ人情上、或ハ自然ノ意義ニ於ケル親族關係ヨリ狭ク見ルヲ可トスルコトアリ、或ハ又反對ニ之ヨリ廣カラシメザルベカラザルコトアリ、即チ法律上ノ親族ト自然親族トハ必シモ其範圍ヲ一ニスルコトヲ要セザルナリ。而シテ現今ノ文明社會ノ親族法ノ理想ハ、適法ナル一夫一婦ノ配偶關係即チ婚姻關係及ビ之ニ基ク血族及ビ姻族ノ關係ヲ以テ親族關係ノ標準トナシ、其以外ノ男女關係及ビ血縁關係ハスベテ之ヲ除外スルニアルベシト雖モ、

二四。我
民法ノ親
族關係

此標準ヲ墨守スルコトノ可否ハ社會政策上ノ一大問題ニシテ、要スルニ親族ノ
範圍ヲ如何ニ定ムルカハ各國親族法ガ其組織ヲ異ニスル根本點ト云フベシ。

二四 我民法ハ左ニ掲グタル者ヲ以テ親族トス(七二五)。

一 六親等内ノ血族

二 配偶者

三 三親等内ノ姻族

而シテ此所謂血族ノ中ニ法定血族(準血族)ヲモ含ミ其種類多ク其關係密ナルヲ
以テ我民法ノ特色トス。

設問 民法第七二五條ノ列舉中配偶者ヲ第一位ニ擧グザリシ理由如何。

二五 上記ノ範圍内ニ屬シテ法律上相互ニ親族タル關係ヲ指シテ親族關係
ト云フ。而シテ或人ト或人トノ間ニ親族關係アリヤ否ヤハ蓋テ前述ノ法定標
準ノミニ依リテ定ムベキモノニシテ、個人ノ隨意ニ任カスベキニアラズ。又戸
籍簿ノ登記ハ親族關係ノ一證明方法ニ過ギザルヲ以テ、此登記ノ有無ハ親族關

二五。親
族關係

係其モノニ影響ナシ。

第二節 親族關係

二六。親
族關係ノ
發生消滅
原因

二六 親族關係發生ノ原因ハ婚姻、出生又ハ養子縁組ナリ。後者ハ法律上ノ
出生トモ云フベシ(八六〇、九七〇ノ二)。其消滅原因ハ死亡、離婚(及ビ婚姻ノ取消)
離縁(及ビ養子縁組ノ取消)又ハ去家(七二九ノ二七三〇ノ二七三二)ナリ。次節ニ
詳説セン。

設問 私生子認知モ亦親族關係發生原因中ニ算フベキニハアラザルカ。

二七 親族關係ハ、配偶者ノ關係ヲ除イテハ、皆血統連絡ノ關係又ハ之ニ準ズ
ルモノナリ。故ニ其ノ血統連絡ノ關係即チ所謂親系ヲ各種ノ方面ヨリ觀察シ
テ、親族關係ニ種々ノ區別ヲ設クルコトヲ得ベシ。

二八 (1)男系親、女系親 男系親トハ或人ト或人トノ間ノ血統ガ男子ノミニ
ヨリテ相連絡シ其中間ニ女子ヲ挟マザル場合ノ親族關係ヲ云ヒ、其ノ然ラザル

二八。男
系親、女
系親

二七。親
系

場合ヲ女系親ト云フ。此區別ハ親族法史上甚ダ重大ノ意義ヲ有セルモ、今日ノ民法ニ於テハ此區別ニ基イテ何等權利義務ノ差違ヲ設クルコトナシ。(皇室典範第一條)

二九。直系親傍系

二九 (2)直系親傍系親 直系親トハ或人ト或人トノ間ノ血統關係ガ彼ヨリ此ニ直下スル形ニ於テ連絡スル場合ヲ云ヒ、傍系親トハ之ガ共同始祖ニヨリテ連絡スル場合ヲ云フ。姻族ニ付テモ血族ニ準ジテ此區別ヲナス(七七〇)。此區別ハ現行法上頗ル重要ナリ。

三〇。尊親卑屬

三〇 (3)尊親卑屬親 太宰春臺ノ「親族正名」ニ「親戚ノ中ニテ父祖ノ行ナル者ヲ尊屬ト云ヒ子孫ノ行ナル者ヲ卑屬ト云フ」トアルモノ簡ニシテ要ヲ悉セリ。即チ配偶者及ビ自己ノ行ナル者ハ尊屬親ニモ卑屬親ニモアラザルナリ。此區別モ現行法上重要ノ意義ヲ有ス。

三一。親

三一 親族關係ニハ此系統的區別ノ外其關係ノ親疎遠近ニ基ク區別アリ。此區別ヲ測定スル尺度ノ單位ヲ親等ト云フ。法律上ノ親族ノ範圍ヲ劃リ且各

三二。階級親等制

親族ノ權利義務ヲ定ムルニ付キ頗ル重要ナル標準ナリ。

三二 此點ニ關スル法制ニ二種アリ。第一種ハ階級親等制ト云ヒ、古來支那及ビ我國ニ行ハレタル所ニシテ、必シモ血縁ノ遠近ノミニ基カズ地位ノ尊卑情義ノ厚薄等ヲ參酌シ、時ニハ又男系尊重主義等一定ノ主義ヲ標準トシテ各種ノ親族ニ就キ一々其親等ヲ法定スルモノナリ。隨ツテ或二人間ノ親等ハ必シモ相互的ニ同一ニアラズ、又配偶者間ニモ親等ヲ認ムルヲ特色トス。例ヘバ我が大寶令儀制令ノ規定ノ如キ即チコレニシテ、夫ハ妻ニ對シテ一等親、妻ハ夫ニ對シテ二等親、夫ノ父母ハ二等親、妻ノ父母ハ五等親、父方ノ祖父母伯叔父母ハ二等親、母方ノ祖父母伯叔父母ハ四等親ト云フノ類ヲ以テ其精神ヲ見ルベシ。而シテ此主義ニ依レバ即チ列舉ニヨリテ親族ノ範圍ヲ定ムル制度トナル。明治三年ノ新律綱領モ此主義ヲ採レリ。

三三。世數親等制

三三 第二種ハ世數親等制ト云ヒ、專ラ血縁ノ遠近世數ノ多少ヲ標準トシ一般ノ計算法ニ依リテ親等ヲ算定スル制度ニシテ、即チ或二人ノ間ノ親等ハ相

互的ニ常ニ同一ニ姻族ニ付テモ血族同様ニ親等ヲ算ヘ、又配偶者間ニハ親等ナシ。此主義ヲ親族ノ範圍ヲ定ムル法律ノ規定ニ應用スルトキハ、前述我民法ノ規定ノ如ク總括主義ノ立法トナル。此制度ハ古來歐洲ニ行ハレタル所ナルガ、親等ノ計算方法ニ關シテ「ローマ」法主義ト寺院法主義トノ區別アリ。前者ハ問題ノ二人間ノ世數ヲ系統ヲ辿リテ一々計算シ、其總和ヲ以テ此二人ノ親族關係ノ親等數トナス。後者ハ直系親ニ付テハ之ト同ジキモ、傍系親ニ付テハ共同始祖ヨリ問題ノ二人ニ降ルマデノ世數ヲ別々ニ計算シ、二者同數ナルトキハ其一方同數ナラザルトキハ其ノ多キ方ノ數ヲ以テ親等ノ數トナスヲ異ナレリトス。近代ノ法制ハ概ネ皆「ローマ」法主義ヲ採用ス。我民法第七二六條ノ規定モ即チコレナリ。

設問 寺院法主義ノ立法理由如何。

三四。親族關係ノ重複

三四 或二人ノ間ニ二個以上ノ異ナル親族關係ガ同時ニ存在スルコトアリ。例ヘバ兄ガ弟ヲ養子トナスニ因リテ生ズル自然血族關係ト法定血族關係トノ

重複從兄弟姉妹ガ夫婦トナルニ因リテ生ズル血族關係ト配偶者關係ト姻族關係トノ重複ノ如キコレナリ。此親族關係ノ重複ハ、法理上モ差支ナク、又民法規定ノ適用上モ何等ノ故障ナシ。

第三節 各種ノ親族

第一款 血 族

第一項 自然血族

三五 個人ノ間ニ血統ノ連絡ガ存スル場合ニハ各人ハ相互ニ血族タリ。其關係ヲ血族關係ト云フ。後述法定血族ニ對シテ之ヲ自然血族ト云フモ可ナリ。血族ニハ正出又ハ嫡出ノ血族ト庶出ノ血族トノ別アリ。前者ハ婚姻ヨリ生ジタル血族關係、後者ハ婚姻外ノ男女關係ヨリ生ジタル血族關係ナリ。我民法ハ其兩者トモ之ヲ法律上ノ親族關係ト認メタルモ、相續關係其他ニ付テ種々權利義務ノ差ヲ設ケタリ。又我民法ハ六親等ヲ以テ親族タル血族ノ限界トセシガ

三五。血族關係

(七二五)此點ハ各國大ニ其法ヲ異ニス。

三六 自然血族關係ハ法律上當事者ノ死亡ニ因リテ消滅ス。然レドモ決シテ人爲的ニ消滅セシムルコトヲ得ルモノニアラズ。初期ノ佛民法ニ於ケル準死(mort civile)ノ制度又ハ我國封建時代ノ「久離勘當」親類義絶」ノ如キハ今日ニ適用ナキハ勿論、現行民法ニ於ケル廢嫡又ハ離婚、復籍拒絶等モ唯ダ相續關係又ハ家族關係ノミニ關スルモノニシテ、親族關係其モノニハ何等ノ影響ナキナリ。

第二項 法定血族

三七 法定血族又ハ準血族トハ、元來血統ノ關係ナキ人ノ間ニ法律ガ或事實ニ基キテ自然血族關係ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ゼシムルモノニシテ、主トシテ家族制度ニ基イテ生ジタル法制ナリ。即チ家族制度ニ於テハ、第一ニ家ノ繼續ヲ重ンズルガ故ニ自然血族ナキ場合ニ法定血族ヲ以テ之ヲ補ハザルベカラズ、第二ニ家ニ屬スル各員ハ相互ニ血族ナルコトヲ原則トスルヲ以テ血族ナラザル者モ同一ノ家ニ屬スルニ因リテ之ヲ血族ニ準ズルコトアリ得ベシ。

而シテ此法定血族關係ニ重キヲ措キテ次ノ三種ヲ認ムルコトハ我民法ノ特色ナリトス。

第一 養親子關係

三八 養親子關係ハ養子縁組ニ基キ養子ト養親及ビ其血族トノ間ニ生ズル法定血族關係ナリ(七二七)。此制度ハ祭祀ノ不斷ト家ノ繼續トヲ重要視スル家族制度の觀念ニ其基礎ヲ有シ、殊ニ我國ニ於テハ徳川時代ノ封建制度ニ因リテ大ニ其重要ノ度ヲ増シ、其餘勢現行民法制定當時ニ至リテ尙ホ甚シク衰ヘザリシヲ以テ、我民法ガ此法定血族關係ヲ認メタルハ固ヨリ當然ノ事ナリ。然ルニ家族制度廢レテ既ニ久シキ歐洲諸國今日ノ個人主義的法制モ、尙ホ多少ノ制限ヲ以テ此制度ヲ認メタリ。蓋シ一ニハ普通ニ論者ノ云フ如ク、或制度廢ル、モ其制度ニ因リテ生ゼル慣習ハ惰力ヲ以テ尙ホ長ク存續スルノ理モ固ヨリアルベキモ、養子制度其モノガ人情ノ要求ニ適合セル點アルコトモ亦其存續ノ一原因ナルベキナリ。

三九 此法定血族關係ハ養子縁組ノ日以後ニ向ツテ發生シ、且其行爲ノ當事者タル養子ト養親及ビ養親ノ血族即チ所謂養方ノ血族(後ニ生レタルトハト)トノ間ニ生ズ(七二七)。養子縁組後ニ生レタル養子ノ子ハ當然養親及ビ其血族ト親族關係ヲ生ズルモ、縁組前ニ生レタル養子ノ子ハ然ラズ。況ヤ養子ノ直系卑屬以外ノ養子ノ血族即チ所謂實方ノ血族ハ、タトヒ養子縁組ノ日以後ニ生レタル者ト雖モ、養方ノ血族ト親族關係ヲ生ズルコトナキナリ。

設問 「賣方」「養方」「買家」「養家」トノ區別如何。

四〇 養子縁組ニ因リテ生ジタル親族關係ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス(七三〇・七三一)。

- (1) 離縁
- (2) 養親ノ去家
- (3) 養子ノ配偶者直系卑屬又ハ其配偶者ガ養子ノ離縁ト共ニ爲ス去家

設問 民法第七三〇條ニ「養子ノ離縁ニ因リテ之ト共ニ養家ヲ去リ下ハ如何。」養

子ノ配偶者、直系卑屬又ハ其配偶者ハ養子ノ離縁去家ト共ニ當然去家スベキモノナルカ。

第二 繼親子關係及ビ嫡母庶子關係

四一 繼親子關係トハ繼父又ハ繼母ト繼子トノ間ニ生ズル法定血族關係ナリ(七二八)。繼父又ハ繼母トハ何ゾヤ。母ノ後夫又ハ父ノ後妻ニシテ自己ト家ヲ同ジタスル者ト云フ大體ノ觀念ハ定マリ居レドモ、

- (1) 前後兩婚ノ存在ガ常ニ必要ナルカ、
- (2) 私生子モ繼子トナルカ、
- (3) 家ヲ同ジタスルコトガ常ニ必要ナルカ、
- (4) 戸内婚姻ニ因リテモ繼親子關係ヲ生ズルカ、
- (5) 所謂「連子」七三八ノ一モ繼子トナルカ、

等ニ付テ疑問百出學說モ判例モ未ダ歸一ニ至レリト云フベカラザルナリ。

四二 元來繼親子關係ノ範圍ハ法文上モ慣習上モ一定シ居ラザルガ故ニ、事

親子關係ノ範圍

ロ親子關係ノ法律上ノ效果ヨリ見テ、親子關係ヲ認ムル必要アリヤ、親子關係ヲ認メテ不都合ナキヤニ依リテ其範圍ヲ決セザルベカラズ。而シテ親子關係ノ法律上ノ效果ノ主ナルモノハ親權關係ト相續關係トナリ。然ルニ從來ノ繼親子論ハ多ク此相續關係ニ著眼セザルガ如シ。余ハ寧ロ此方面ヨリ觀察シ、相續關係ヲ生ゼシメテ不當ナラザルヤ否ヤニヨリテ繼親子關係ノ範圍ヲ定ムルノ至當ナルヲ信ズ。故ニ前記諸疑問モ右ノ見解ニ立脚シテ(1)(2)ハ消極(3)(4)ハ積極ニ解決シ、殊ニ(5)ニ付テハ連子ガ繼子トナルトスル通説ヲ採ラズシテ、「家附ノ子」ナルコトヲ以テ繼子タルノ要件トナサンコトヲ主張ス。
(法學協會雜誌第二七七卷第四號)

四三。嫡母庶子關係トハ、父ノ正妻ト父ノ認知シタル私生子トガ家ヲ同ジタスル場合ニ、其間ニ認メラル、法定血族關係ヲ云フ(七二八)。コレ亦家族制度的一現象ニシテ、殊ニ封建時代ノ遺風ト云フベキカ。

四四。繼親子嫡母庶子ノ兩關係ヲ通ジテ養子ノ場合トノ差違ヲ注意スベキ

四三。嫡母庶子關係

四四。繼

親子關係ノ範圍

四四。親族關係

四六。親族關係

ハ、繼父母ノ血族ト繼子、又ハ嫡母ノ血族ト庶子トノ間ニハ親族關係ヲ生ゼザルコトナリ(七二七、七二八)。

四五。此兩親族關係ハ、(1)實父母ト繼父母又ハ實父ト嫡母トノ離婚、又ハ(2)實父母ノ死亡後繼父母嫡母ノ去家ニ因リテ止ム(七二九、七三一)。

四六。繼親子モ嫡母庶子モ一面ニ於テハ後ニ述ブル如キ一親等ノ姻族ナリ。余ハ此親族關係ガ存スル以上更ニ法定血族關係ヲ認ムル必要ナキヲ信ズ。現行民法ハ父母ト子ノ配偶者トノ間ヲモ單ニ姻族關係トナシ、之ヲ法定血族トナセル舊民法ノ主義ヲ排斥セル以上、其權衡上モ當ニ然ルベキナリ。モシ繼親子間又ハ嫡母庶子間ニ法定親子關係ヲ認ムルトキハ、隨ツテ其間ニ親子トシテノ相續關係ヲ認メザルヲ得ザルベク、或場合ニハ却ツテ家族制度ノ精神ニ反スル結果ヲ生ズ。故ニ此親子關係ハ道義上人情上ノモノニ止メテ法律上ノモノタラシメザルヲ可トス。而シテ法律上ノ親子關係ヲ認メズンバ相續關係上不都合ナル場合アラバ、其部分ニ特別ノ例外規定ヲ設ケテ足ルベシ。

① 親族關係ノ範圍
 ② 親族關係ノ種類
 ③ 親族關係ノ消滅
 ④ 親族關係ノ效力
 ⑤ 親族關係ノ證明
 ⑥ 親族關係ノ繼承



四七。配偶者關係

四八。配偶者關係ノ消滅

設問一 繼親子間又ハ嫡母庶子間ニ法定親子關係ヲ認ムルトキハ相續關係上如何ナル不都合アリヤ。又此關係ヲ認メズンバ如何ナル不都合アリヤ。
 二 舊民法人編第二四條ノ如キ規定ヲ設ケザリシハ現行民法ノ缺點ナリトノ論アリ(奥田博士親族法講義録)。當否如何。

三二

第二款 配偶者

四七 婚姻ニ因リテ結合セル男女即チ夫妻ヲ相互ニ配偶者ト云フ(七二五)。配偶者關係ハ血族關係及ビ姻族關係ノ源泉ヲナスモノナルヲ以テ、其自身亦之ヲ親族關係ト云ハザルベカラザルコト勿論ナリ。但血族關係又ハ姻族關係ニハアラザルヲ以テ、親系又ハ親等ノ問題ヲ生ゼズ、尊卑ノ差等モナキナリ。尤モ昔時ノ法制ニアリテハ必シモ然ラザリシコト前述ノ如シ。

設問 妾ノ法律上ノ地位如何。(法規分類大全第一編三八三頁以下參照)

四八 配偶者關係ノ消滅原因ハ婚姻ノ解消即チ當事者ノ死亡及ビ離婚(茲ニ婚姻ノ取消)ナルコト云フマデモナシ。

四九。姻族關係

五〇。姻族關係ノ消滅

第三款 姻族

四九 姻族關係トハ夫妻ノ一方ト其他方ノ血族トノ間ニ認メラル、親族關係ヲ云フ。親系及ビ親等ハ血族ニ準ジ、其範圍ハ三親等以內トス(七二五)。

五〇 姻族關係ハ離婚又ハ生存配偶者ノ去家ニ因リテ止ム(七二九七三二)。即チ配偶者一方ノ死亡ノミニ因リテ姻族關係ヲ消滅セシメザルハ情義ヲ重ンズルナリ(七七〇參照)。

設問 夫ガ死亡セル場合ニ妻ガ民法第七三七條ノ規定ニ依ルニアラズバ實家ニ復籍スルコトヲ得ザルモノトセルハ、立法上宜シキヲ得ヨリヤ。

姻族
 (一) 血族 (七二五)
 (二) 頂戴 (七二五)
 (三) 養子 (七二五)
 (四) 寄附 (七二五)

遺言、ハミシ、
 遺言、ハミシ、
 遺言、ハミシ、
 遺言、ハミシ、
 遺言、ハミシ、

第四章 親族

三三

第五章 家

三四

第一節 家族制度ト個人制度

五一。家族制度ト個人制度ト
五一 親族團體即チ家ヲ以テ國家社會ノ基礎トナス制度ヲ家族制度ト云ヒ、個人ヲ以テ國家社會ノ基礎トスル制度ヲ個人制度ト云フ。兩制度ノ性質ヲ法律的ニ説カバ、家族制度ハ戶主權制度ナリ、個人制度ハ夫權及ビ親權制度ナリト云フコトヲ得ベシ。個人制度ト云フモ各人孤立ノ制度ニハアラズ。或範圍ノ親族の共同生活ハ之ヲ認メザルヲ得ズ。唯所謂家族制度ト其親族の共同生活ノ性質範圍ヲ異ニスルナリ。家族制度ニ於ケル親族團體即チ家ハ戶主ノ權力ニヨリテ統一セラル、モノニシテ、其團體員即チ家族ハ、戶主ニ對シテ又家族相互ニ夫妻親子兄弟祖孫等何等ノ關係アルヲ問ハズ、一樣ニ戶主ノ權力ニ服從シ、夫權親權等皆戶主權中ニ吸收セラレテ其存在ヲ認メラル、コトナシ。故ニ家

ハ戶主ニヨリテ統一代表セラレテ法律上特別ノ地位ヲ認メラレ、國家ノ法律上ノ構成分子タリ、職業モ財產モ家其モノニ屬シ、個人ハ家ヲ通シテ國家ヲ構成シ家ニ屬スルガ故ニ各種ノ權利ヲ享有スルモノタリシナリ。然ルニ現代ノ純粹ナル個人制度ニアリテハ、夫妻及ビ其保護ノ下ニ在ル未成年ノ子ノ一團ヲ「ファミリー」ト稱スト雖モ、親族團體其モノニ法律上特別ノ地位ヲ認メタルニハアラズシテ、夫妻親子等各個人間ニ特別ノ權利義務關係ガ認メラレタルニ過ギズ。即チ親族の共同生活ヲ團結スル法律上ノ連鎖ハ夫權及ビ親權ナリトス。

五二。親族制度ノ現
五二 上述ノ標準ヲ以テ論ズルトキハ、我國現行民法ノ親族制度ハ純粹ナル家族制度ニモアラズ、又純粹ナル個人制度ニモアラズ。即チ兩者ノ中間ニ位スルモノニシテ、戶主權ト親權夫權トノ併立ヲ認ムル點ヲ其特色ト云フベキナリ。斯ノ如キ制度ハ、我國建國ノ由來ト古來ノ慣習ト現在ノ社會狀態トニ鑑ミレバ現在ノ制度トシテハ寧ロ當然ナルベシト雖モ、一方ニ於テハ戶主權ト親權夫權トノ對立ハ規定上實際上不便ナキニアラズ、他方ニ於テハ社會各方面ノ趨勢ハ

益々家族制度ニ不利ナル方向ニ向ヒツ、アルナリ。然カモ又西洋諸國ニハ近時却ツテ個人制度ノ弊害ニ懲リテ家族制度ノ復興ヲ思フ議論立法アリ。(一九〇九年「民法三三—三五九條。佛國」) 此制度ノ將來ノ運命如何、及ビ之ヲ將來ニ維持スル必要ト方法トハ、實ニ今後ノ大問題ト云ハザルベカラザルナリ。(法學雜誌第二七卷第一號 第二號「家制論」)

第二節 家

五三。家ノ觀念ノ變化

五三 我民法ノ親族法上家ト稱スルハ建造物ヲ云フニアラズ。故ニ家宅ノ有無ハ家ノ存立ニ關係ナシ。又實際ノ共同生活狀態ヲ指スモノニモアラズシテ、一家ニ屬スル各人ハ必シモ共同生活ヲ營ムコトヲ要セザルナリ。此等ノ點ニ於テ古代ノ純粹ナル家族制度ノ家トハ聊カ其觀念ヲ異ニシ、家族制度ハ稍實質ヲ離レテ多少形式ニ傾ケルヲ見ルベシ。

五四。家

五四 然レドモ民法ガ所謂單身戸主ノ家ヲ認ムル點ニ重キヲ措キテ、家族ハ

ノ法學的定義

家ノ構成要素ニアラズトナシ、家トハ戸主權行使ノ範圍ニ外ナラズト定義スルハ、餘リニ形式ニ走レリ。家ノ本態ハ或範圍ノ親族團體タルコトニシテ、單身戸主ノ家ハ一時的變態ニ過ギズ。故ニ家トハ其團體員ノ一人ノ法定權利ニヨリテ統轄セラル、親族團體ナリト定義スルヲ穩當トセン。

五五。國籍ト家

五五 日本ノ國籍ヲ有スル者ハ必ズ或家ニ屬ス。日本ノ國籍ヲ有スル者ニアラズンバ家ニ屬スルコトヲ得ズ。(戶籍法第一七節國籍ノ得喪ニ關スル規定並ニ同法一六〇條以下就籍手續ニ關スル規定參照)

設問一 國籍法第一三條第二項ノ規定ハ民法ノ精神ニ反セザルカ。

二 出生屆ノ懈怠ニ因ル無籍者ヲ就籍セシムルニハ、届出ヲ爲サシムベキカ、就籍手續ニ依ラシムベキカ。

三 無籍者ニ就籍ノ義務アリヤ。

五六。氏

五六 家ニハ必ズ氏アリ。一家ニニツノ氏ナシ。家ニ屬スル者ハ必ズ其氏ヲ稱セザルベカラズ(七四六)。氏ハ濫ニ之ヲ變更スルコトヲ許サズ(明治五年太一三五號、戶) 分家ハ本家ノ氏ヲ稱スベク、廢絶家再興ノ場合ニハ其廢絶家ノ氏ガ復

活セラル。棄兒ノ氏名ハ市町村長之ヲ定メ(戸七八)其以外ノ一家創立ノ場合ニハ一家創立者任意ニ氏ヲ定ム。(法政大學創立三十週年記念論文(葉川名兼四郎博士氏名論參照))

設問一 離婚又ハ離縁ニ因リテ婚家又ハ養家ヲ去リタル者ガ、復籍スベキ家ノ籍ニ因リテ一家ヲ創立スル場合ニ(七四〇)、依然婚家又ハ養家ノ氏ヲ稱シ得ルカ。

二 私生子ガ一家ヲ創立スル場合ニ(七三五ノ三)、入籍ヲ拒マレタル父又ハ母ノ家ノ氏ヲ稱シ得ルカ。

三 一家創立者ガ意思能力ナキ場合ニハ、何人ガ其家ノ氏ヲ選定スベキカ。

五七。戸籍

五七 家ニハ籍アリ。一家一籍トス。之ヲ戸籍ト云フ。戸籍トハ家ノ法律上ノ所在ナリ。而シテ其所在ハ土地ヲ以テ之ヲ定ム。家ニ屬スル各個人ノ方面ヨリ見テ之ヲ各人ノ本籍ト云フ。即チ戸籍ト云フト本籍ト云フトハ同一物ヲ兩方面ヨリ見タル名稱ナリ。戸籍ハ戸主任意ニ定メ又之ヲ變更スルコトヲ得。戸主ニアラザル者ガ戸主ノ爲メニ戸籍ヲ定ムル場合モ亦存ス戸六九ノ六號七八ノ二。其事實上ノ住所居所ト同一ナルヲ要セザルハ勿論自己ノ所有地

五八。公正證書トシテノ戸籍

五九。家ノ區別

ナラザルモ可ナリ。他ノ家ノ戸籍ト重複スルモ可ナリ。而シテ一家ノ戸主及ビ家族ハ皆同一戸籍ニ屬シ、即チ本籍ヲ同ジクスルコト云フマデモナシ。然ルニ寄留籍ナルモノハ、或人ノ事實上ノ居所ガ本籍ト一致セザル場合ノ行政取締ノ爲メニ設ケタルモノニシテ、實質上戸籍トハ別物ナルコトヲ注意スベシ。要スルニ今日ノ戸籍制度ハ前述家族制度ガ實質ヲ離レテ多少形式的ノモノトナレリト云フ點ヲ最モ適切ニ表明セルモノニシテ、法理上實際上ノ不都合決シテ少ナカラズ。家族制度問題ニ附隨シテ大ニ研究ヲ要スル所ト云フベシ。

五八 戸籍トハ又各家ノ戸主及ビ家族其本籍及ビ其親族法上ノ身分ニ關スル事項ヲ記載スル公正證書ヲ云フ。各人ノ身分關係ノ公知證明ノ具ナリ。市町村長ノ管掌スル所ニシテ、戸籍法ノ規定スル所ナリ。

五九 家ニハ系統上本家分家同家ノ區別アリ。同家トハ同一ノ本家ヨリ岐レタル分家相互ノ關係ヲ云フ。又婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者ヨリ見テ、實家婚家養家ノ稱アリ。法律ハ此等ノ相互關係ニ付テ各種ノ規定

ヲ設ケタリ(七四三・七四一)。

四〇

第三節 家ノ設立及ビ消滅

六〇。家ノ設立及ビ消滅

六〇 家ノ設立及ビ消滅ハ一ニ法律ノ規定スル所ニ從フ。故ニ合家ノ如キハ之ヲ許サズ。法律ガ認メタル家ノ設立及ビ消滅ノ場合ハ左ノ如シ。

設問 兩戸主ノ婚姻ニ因ル合家ハ許シテ可ナラズヤ。

第一 家ノ設立

六一。分家

六一 (一)分家 分家トハ家族ガ戸主ノ同意ヲ得テ其家ヨリ分離シ、其家ト同一ノ氏ヲ有スル一家ヲ創立スル行爲(意思表示——届出)ヲ云フ。即チ戸主ガ分家ヲ爲スヲ得ザルハ勿論、當事者ノ意思ニ依ルモノナルヲ以テ意思能力アル家族ニアラザレバ、分家ヲ爲スコトヲ得ズ。未成年ノ家族ガ分家ヲ爲スニハ親權者又ハ後見人ノ同意ヲ要ス。尙ホ家族ニシテ分家ヲ爲ス能ハザルハ法定ノ推定家督相續人及ビ妻又ハ女戸主ノ夫ナリ。而シテ其ノ新ニ設立セラレタル家

ヲモ分家ト云フ(七四三——七四五・戸一四五)。

設問一 明治三五年法律第三七號ヲ以テ民法第七四三條ニ第二項及ビ第三項ヲ

追加セル理由如何。

二 民法第七四三條第二項第三項ハ、分家ノ戸主ガ本家ニ殘シ置ケル其直系卑屬ヲ分家後ニ入籍セシムル場合ニモ適用アリヤ。

六二。一家創立

六二 (二)一家創立 一家創立(狹義)トハ、分家ト異リ、當事者ノ意思ニ基カズ法律規定ノ結果當然一家ガ設立セラル、場合ヲ云フ。次ノ各場合コレナリ。

- (1) 子ノ父母共ニ知レザルトキ(七三三ノ三・戸七八・七九)。
- (2) 私生子ガ母ノ家ニ入ルコトヲ得ザルトキ(七三五ノ三)。
- (3) 家族ガ離籍セラレタルトキ(七四二・七四九ノ三・七五〇ノ二・七四五・七五〇ノ三)。
- (4) 實家ニ復籍スベキ者ガ復籍スルヲ得ザルトキ(七四〇・七四二)。
- (5) 絶家ニ家族アルトキ(七六四)。

- (6) 外國人が歸化シタルトキ(國籍法五・二五)。
- (7) 日本ニ於テ生レタル子ノ父母共ニ何レノ國ノ國籍ヲモ有セザルトキ(國四)。
- (8) 戶主ナラザル者が受爵シタルトキ(明三八法六二號)。

設問一 父母共ニ知レザリシ子ノ父母又ハ其一方ガ一家創立後知レタル場合ノ關係如何。

二 民法第七四〇條及ビ第七四二條ハ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因ル復籍ノ場合ニモ適用アリヤ。

第二 家ノ消滅

六三。廢家

六三 (一) 廢家 廢家トハ戶主ガ意思表示(届出)ニ依リテ其家ヲ廢シ家族ヲ率キテ他家ニ入ルコトヲ云フ。即チ廢家ヲ爲シ得ルハ意思能力ヲ有スル者ニ限ル。而シテ未成年者ガ廢家ヲ爲スニハ分家ノ場合ニ準ジテ法定代理人ノ同意ヲ要スルモノト解スベシ。他家ニ入ルニ付テハ婚姻、養子縁組、相續又ハ第七三七條ニ依ル入籍等法律上ノ根據アルヲ要スルコト勿論ナリ。而シテ廢家ヲ爲

スコトヲ得ルハ新ニ家ヲ立テタル者ニ限ルコト、セシハ家ノ繼續ヲ重ズル家族制度ノ精神ニ基クモノト云フベシ(七六二・七六二・戶一四三・非訟九一)。

設問 廢絶家再興者ガ其家ヲ廢スルコトヲ得ルカ。

六四。絶家

六四 (二) 絶家 絶家トハ戶主ヲ失ヒタル家ニ家督相續人ナキ爲メ法律ノ規定ニ基キ其家が消滅スルヲ云フ。即チ廢家ト異ル主ナル點ハ當事者ノ意思ニ基カザルコトナリ(七六四・戶一四四)。

設問 絶家ノ時期如何。

第三 廢絶家再興

六五 廢絶家再興ニハ次ノ二種アリ。

(1) 家族ガ戶主ノ同意ヲ得テ廢絶シタル本家分家同家其他親族ノ家ヲ再興スルコト(七四三ノ一・戶一四六)。此場合ハ實質上分家ニ似タリ。法定ノ推定家督相續人及ビ妻又ハ女戶主ノ夫ガ之ヲ爲ス能ハザルコト亦同ジ。唯ダ關係ニ家ノ間ニ本家分家ノ新關係ヲ生ゼザルヲ異ナリトス。

六五。廢絶家再興

(2) 實家ニ復籍スベキ者ガ其廢絶ニ因リテ復籍ヲ爲スコトヲ得ザル場合ニ之ヲ再興スルコト(七四〇條)。此場合ノ原則タル一家創立ハ法律規定ノ結果ナルガ、舊實家ノ再興ニハ特別ノ意思表示ヲ要ス。

即チ無縁故ノ家ヲ再興スルヲ得ザルナリ。意思能力ナキ者ハ廢絶家再興ヲ爲スコトヲ得ズ。未成年者ガ之ヲ爲スニハ法定代理人ノ同意ヲ要スルモノト解スベシ。戸主ハ其家ヲ廢シテ他家ノ再興ヲ爲スヲ得ザルヲ原則トス。新ニ家ヲ立テタル者及ビ裁判所ノ許可ヲ得テ本家ノ再興ヲ爲ス者ハ此限ニ在ラズ(七六二)。廢絶家再興ハ家督相續ニアラズ。新家ハ舊家ノ家名家格ヲ承繼スルモ、新戸主ハ舊戸主ノ權利義務ヲ承繼スルコトナシ。新戸主ガ舊家ノ墳墓其他所謂家督相續ノ特權ニ屬スル財産(九八七)ノ所有權ヲ取得スルモノトナシ、而シテ廢絶家ヲ再興セル者ハ其家ヲ廢スルコトヲ得ズト定メザリシハ、民法ノ不備ト云フベシ。

第四節 戸主

六六。戸主ノ身分

六六 戸主ハ家ナル親族團體ノ一員ニシテ、同シ家ノ他ノ所屬者即チ家族ヲ統轄監督ス。家ニハ必ず戸主アリ而シテ一家一戸主ナラザルベカラザルコト勿論ナリ。但現代ニアリテハ家ハ法人ニアラザルヲ以テ、戸主ハ家又ハ家族ヲ代表スルモノニアラズ。又家ノ公法上ノ意義ハ殆ド全ク喪ハレタルヲ以テ、戸主ナル地位モ亦私法上ノ身分タルニ過ギザルナリ。戸籍法ニ依レバ、戸主ハ家族ノ出生死亡又ハ國籍喪失ヲ届出ヅル義務アリ(戸七二、一七、一五〇)。コレ戸主ナル身分ニ伴フ公法上ノ義務ナリト雖モ、此等ノ義務ヲ負フハ戸主ノミニハ限ラズ、隨ツテ之ノミヲ以テ特ニ戸主ガ公法上ノ身分ナリトハ云フベカラザルナリ。唯ダ有爵者ハ必ず戸主ナルコト、又華族ノ家ノ戸主ガ貴族院議員トナル權利又ハ其選舉權被選舉權ヲ有スルコトハ、稍ヤ異例ト云ヒテ可ナルベシ。

六七。戸主

六七 戸主タル身分ニ附隨シテ家族ノ監督保護ノ爲メニ存スル權利義務ヲ

戸主權ト云フ。古代ノ家長權ト異ナル所ハ、其強度及ビ公法的意義ノ有無ノミナラズ、絶對無限ノ包括的權力ニアラズシテ個々ノ事項ニ關スル特定の權利義務ノ集合ニ過ギザル點ニアリ。即チ古代ニ於テハ極端ノ場合ニハ生殺與奪ノ權マデモ含メル權力ナリシガ、今日ニ於テハ民法ニ規定セラレタル個々ノ權利義務以外ニハ戸主權ナキナリ。蓋シ包括的權力關係ガ分化シテ個々ノ權利義務ノ關係トナルハ法律關係進化ノ一般原則ニシテ、親子夫妻ノ關係又ハ雇傭關係等モ、皆此方面ヨリ其進化ヲ論ズルコトヲ得ルナリ。我民法ガ認メタル戸主ノ權利義務ハ左ノ如シ。

六八 (一) 其家ノ氏ヲ稱スル權利(七四六)

六九 (二) 居所指定權並ニ之ニ伴フ離婚權(七四九) 戶一三九・一四〇) 此權利ハ家族監督保護ノ必要ニ基キテ與ヘラレタルモノナルヲ以テ、其必要ノ範圍内ニ於テノミ有效ニシテ、決シテ絶對無限ノ權利ニアラズ。法定ノ推定家督相續人ニ對シテハ居所指定違反ノ理由ニテ離婚ヲナスヲ得ズ(七四四)。又戸主ハ其妻

六八。氏
ナ稱スル
權利
六九。居
所指定權

又ハ家族ノ妻ヲ離婚シ得ザルコト夫婦關係ノ性質上明カナリト云フベシ。

設問 戸主ノ居所指定權ニ基キ強制執行ヲ爲シ得ルカ。

七〇。同
意權

七〇 (三) 同意權並ニ之ニ伴フ離婚權及ビ復籍拒絕權

(1) 家族ノ入籍又ハ轉籍ニ關スル同意權(七三五ノ一・七三七・七三八) 入籍又ハ轉籍ガ法律上當然行ハル、場合ニハ戸主ノ同意ノ問題ヲ生ゼザルコト勿論ナリ(七三三・七八八・七四五・七三九)。又戸主ガ家族ノ入籍轉籍ニ同意ヲ與ヘ得ルハ法律ガ認メタル場合ニ限ル。故ニ例ヘバ戸主ハ何等ノ緣故ナキ者ヲ家族トナスコトヲ得ザルナリ(七三七・七三八)。

(2) 他家相續分家及ビ廢絶家再興ニ關スル同意權(七四三)。

(3) 家族ノ婚姻又ハ養子縁組ニ關スル同意權(七五〇・七四一・七四四ノ二・戸一四一・一四二) 婚姻又ハ養子縁組ニ付テハ父母ニモ同意權アリ(七七二・八四四)。然レドモ戸主ノ同意權ハ一家統率ノ必要ニ出デ、父母ノ同意權ハ子ノ利益保護ニ基ク。故ニ(イ)子ガ一定ノ年齢ニ達スレバ婚姻ニ關スル父母ノ同意權ハ消滅ス

ルモ、戸主ノ同意權ハ常ニ存ス。(ロ)父母ノ同意權ハ絶對ニシテ其無視ハ婚姻又ハ養子縁組取消ノ原因トナルモ、戸主ノ同意權ノ無視ハ斯ノ如キ效果ヲ生ゼズ、唯其家族ガ離籍又ハ復籍拒絶ノ制裁ヲ受クルノミ(七七六八四九)。尙ホ民法第七四一條ニ於ケル現在自己ノ家族ニアラザル者ニ對スル戸主ノ同意權ノ特例ニ注目スベシ。

- 七一 (四)家族ノ爲シタル婚姻又ハ養子縁組ヲ取消ス權利(七八〇ノ一八五四)
- (五)家族タル養子ガ養親ノ死亡後離縁ヲ爲サント欲スル場合ノ同意權(八六二ノ三) 家族ノ離婚又ハ離縁ノ場合ニハ、婚姻又ハ養子縁組ノ場合ト異リ、戸主ノ意思ハ顧ミラル、コトナシ(八〇九八六三)。唯ダ協議離縁ニ付テ此一特例アリ。此場合ニハ戸主ハ當事者ノ行爲ニ對シテ同意ヲ與フト云ハンヨリハ寧ロ自ラ協議離縁ノ當事者トナル形ニシテ、隨ツテ此場合ニハ戸主ノ同意ナクバ家族ハ離縁ヲ爲スコトヲ得ザルナリ。
- (六)家族ノ禁治産又ハ準禁治産ノ宣告又ハ其宣告ノ取消ヲ請求スル權利(七一

〇一三

- (七)家族ノ後見人又ハ保佐人トナル權利義務(九〇三九〇九)
- (八)親族會ニ關スル權利義務(九四四九四八)
- (九)家族ヲ扶養スル義務(七四七七四九ノ二九五五九五九一九六二) 戸主ノ扶養義務ガ近親ノ扶養義務ト異ナル點ハ相互的ナラザルコトナリ。
- 七二 其他戸主ニハ廢家又ハ隱居ヲ爲ス權利、家督相續人廢除又ハ指定ノ權利、家族ニ對スル遺産相續權等アルモ、此等ハ家族ノ監督保護ノ爲メニ戸主ニ與ヘラレタルモノニアラザルヲ以テ、所謂戸主權トハ云フベカラザルナリ。此等ノ權利ハ第九八六條ニ所謂「一身ニ專屬スル權利」ニシテ、家督相續人ガ之ヲ承繼スルコトナシ。蓋シ戸主權ノ戸主權タル所以ハ家督相續人ガ之ヲ承繼スルコトニ存ス。例ヘバ新戸主ハ前戸主ノ居所指定ニ背キシ家族ヲ離籍シ、前戸主ノ同意ヲ得ズシテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲セル家族ニ對シテ離籍又ハ復籍拒絶ヲ爲シ、又ハ前戸主時代ニ家族ガ爲セル婚姻又ハ養子縁組ヲ取消スコトヲ得。

七三。戸主ノ財産ノ推定

七三 戸主又ハ家族ノ孰レニ屬スルカ分明ナラザル財産ハ戸主ノ財産ト推定スル旨ノ規定アルモ(七四八)コハ單ニ財産ヲシテナルベク其ノ眞ノ所有者ニ歸屬セシメンガ爲メニ最モ然カアリ得ベキ状態ヲ推定セルニ過ギズシテ戸主ニ財産上ノ特權ヲ與フル意ニアラザルナリ。

七四。戸主ノ代理行使

七四 戸主ハ必ず戸主權ヲ有ス。但法律上又ハ事實上自ラ之ヲ行使シ得ザルコトアリ。然カモ戸主權ノ行使ハ一日モ缺クベカラズ。故ニ民法ハ戸主ノ親權者後見人又ハ親族會ヲシテ戸主權ノ代理行使ヲ爲サシム(七五一・八九五・九三四ノ一)。而シテ此代理行使ガ行ハルハ眞正ノ意義ニ於ケル戸主權ニ付テノミ。故ニ戸主ノ親權者又ハ後見人ハ戸主ニ代リテ廢家隱居家督相續人ノ指定又ハ廢除等ヲ爲スコトヲ得ズ。

設問一 民法第七五一條ノ規定ハ戸主未定ノ場合ニモ適用アリヤ。

二 戸主ノ親權者ハ婚姻ヲ爲サントスルトキハ何人ガ同意ヲ與フベキカ。

七五。戸

七五 戸主權ノ取得ニハ原始的ト繼受的トアリ。前述家ノ設立廢絶家再興

七六。戸主權ノ喪失

ヲ含ムノ各場合ニハ必ず戸主權ノ發生アリ。之ヲ戸主權ノ原始的取得ト云フ。戸主權ノ繼受的取得トハ家督相續ニ基ク戸主タル身分ノ承繼ナリ。

七六 戸主權ノ喪失ニハ絶對的ト相對的トアリ。絶對的喪失ハ家ノ消滅即チ廢家又ハ絶家ノ場合ニ起ル。相對的喪失ハ即チ繼受的取得ノ反面ナリ。其原因ハ第九六四條ニ家督相續開始ノ原因トシテ列舉セリ。皆或事實ノ結果トシテ當事者ノ意思如何ヲ問ハズ法律上當然戸主權ノ相對的喪失即チ戸主權ノ主體ノ變更ヲ來スモノナリ。唯ダ入夫婚姻ノ場合ニ例外トシテ當事者ノ反對ノ意思ヲ容ル(七三六)。然ルニ戸主權ノ相對的喪失原因中隱居ノミハ全ク戸主其人ノ意思ニ基キ戸主權ノ喪失ヲ直接ノ目的トスル法律行為ナリ。他ノ戸主權喪失原因ハ既ニ論述シ又ハ相續法論ニ讓ルベキモノナルヲ以テ次節ニ隱居ノミヲ説明セントス。

第五節 隱居

七七 隱居ハ戸主ガ其家督相續人ヲシテ之ヲ承繼セシムルガ爲メ自ラ戸主權ヲ拋棄スル單獨行爲ナリ。家族制度の一現象トシテ古代諸國ニ行ハレタル所ナルガ、我國ノ隱居制度ハ支那ヨリ慣習的ニ繼受セラレ、佛教ノ影響トシテ盛ニ行ハル、ニ至リ、更ニ封建時代ニ於テ戸主ノ地位ノ公法的意義ガ重キヲ加ヘタルニ因リテ助長セラレタルモノト云フベシ。此制度ハ今日ニ於テハ既ニ絶對必要トハ云フベカラズ、又遊惰ノ風ヲ生ジ債權者ヲ害スルノ二弊アルヲ以テ、廢隱居論モ亦一應ノ道理ナキニアラズト雖モ、戸主ノ身分ニ私法上特別ノ權利義務ガ附與セラレ、公法上ノ多少ノ負担モ存スル以上、不適任者ガ其身分ヲ棄テ、適任者ヲシテ之ヲ承繼セシムルコトヲ許スハ、便利ノ制度ニシテ戸主權ノ效用ヲ完全ナラシムル所以ナルベシ。故ニ現行民法ハ其弊ヲ防イデ其制ヲ存スル意味ニ於テ隱居制度ヲ採用セリ。(種稜陳重博士「隱居論」參照)

七八 隱居ノ意思表示ハ市町村長ニ對スル届出ヲ以テ爲スコトヲ要シ(七五七戸一五)且隱居者ノ自由意思ニ出デザルベカラズ(七五九)。意思能力ヲ缺カ

ザル限リハ無能力者ト雖モ、單獨ニ隱居ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得(七五六)。法定代理人親族會等ハ一切之ニ干涉スルコトヲ得ズ。即チ今日ニ於テハ所謂「押込隱居」ナルモノハ行ハル、コトナキナリ。又明治十二年マデハ士族ノ隱居ハ出願許可ヲ要スルモノトセリ。コレ戸主ヲ公法上ノ地位ト見タルガ故ナリ。然レドモ既ニ之ヲ私法上ノ身分トナストキハ、法定要件ヲ具備セル届出アリタル以上更ニ其許否ヲ決スベキ餘地ナキヲ以テ、民法ハ届出ニ因リテ隱居ノ效力ガ發生スルモノトシタルナリ。之ヲ要式行爲トセルハ意思表示ノ正確ヲ期シ要件ノ備不備ヲ檢シ得ンガ爲メニシテ、親族法上ノ意思表示ガ殆ドスベテ届出ニ依ルベキモノトセラレタルハ皆同趣旨ナリ。

七九 隱居制度ニ於テ最モ患フベキ處ハ、壯年者ガ之ヲ濫用スルコト、家ノ斷絶衰微ヲ來タスコト、ナリ。故ニ民法ハ此二點ニ關スル制限ヲ設ケテ隱居ノ要件トセリ。即チ戸主ハ滿六十年以上ニシテ、且完全ノ能力ヲ有スル家督相續人ガ相續ノ單純承認ヲ爲スニアラズバ隱居ヲ爲スコトヲ得ザルナリ(七五二)。

但特別ノ事由アル場合ニハ此制限ヲ適用セズ(七五三七五四)。又女戸主ノ隱居ニハ年齡上ノ制限ナシ(七五五)。此要件ニ適ハザル隱居ハ取消サル(七五八七五九)。意思ガ欠缺シ又ハ届出ナキ場合ニ隱居ガ無効ナルコトハ云フマデモナシ。

設問一 妻チ家督相續人トシテ隱居ヲ爲スコトヲ得ルカ。

二 戸主ガ隱居ヲ爲サズシテ妻子縁組ニ因リテ他家ニ入ラント欲スル場合ニ於テ、市町村長ガ其届出ヲ受理セリ。如何ナル效果ヲ生ズルカ。

八〇 有效ナル隱居ノ效果トシテ、戸主權ガ相對的ニ消滅シテ從來ノ戸主ハ家族トナリ、家督相續ガ開始ス。故ニ家督相續ノスベテノ效果ガ發生スベシト雖モ、此場合ハ前戸主ノ死亡ニ因ル家督相續ノ場合ト異ナリ、隱居者ハ尙生存スルガ故ニ財産ノ一部ヲ留保スルコトヲ得(九八六九八八一三〇)。而シテ隱居又ハ其取消ニ因リテ隱居者又ハ家督相續人ノ債權者債務者ヲ害スルコトナカラシムガ爲メニ、一般ノ家督相續ノ場合ト異ナル二三ノ規定ヲ設ケタリ(七六一九八九ノ一、三、七六〇)。

設問一 民法施行前ノ隱居者ガ爲セル財産全部留保ノ效力如何。

二 民法第九八八條ノ場合ノ債務ノ性質如何。

第六節 家族

八一 家族トハ一家ノ構成員ニシテ戸主ニアラザル者ヲ云フ。即チ其家ノ戸主ノ戸主權ニ服スル者ナリ。一人ニシテ二家ノ家族タリ得ザルハ云フマデモナシ。家族ハ戸主ノ親族又ハ其配偶者ナルコトヲ原則トスルモ(七三二ノ一)、戸主ノ變更アリタル場合ニ於ケル舊戸主及ビ其家族(七三二ノ二)現行民法施行前ヨリノ家族(民施六二)及ビ第七三八條ニ依ル入籍者ニハ、現戸主ノ家族ニアラザル者アリ得ベク、又家族ガ戸主ノ六親等ノ血族又ハ三親等ノ姻族ナル場合ニ、其家族ノ子ガ父母ノ家ニ入ルニ因リテ、戸主ノ親族ニアラザル家族ヲ生ズルコトアルベシ。

八二 家族タル身分ノ得喪ニハ、戸主ニ於ケルガ如キ繼受的得喪ナルモノア

ルコトナク、皆原始的得喪ト云フベシ。得喪原因左ノ如シ。

- (一) 出生(七三三ノ一、二、七三四、七三五ノ一、二、八三二)
 - (二) 死亡
 - (三) 國籍變更
 - (四) 家督相續(九六四、七三六)
 - (五) 離籍又ハ復籍不能(七四二、七四〇)
 - (六) 他家相續、分家、廢絕家再興(七四三)
 - (七) 戸主ガ廢家シテ他家ノ家族トナル場合(七六一)
 - (八) 絶家ノ家族ガ一家ヲ創立スル場合(七六四)
 - (九) 戸主ニ非ザル者ガ爵ヲ授ケラレタル場合(明三八法六二號)
- (二) 轉籍

設問 母ノ家ノ法定ノ推定家督相續人タル私生子ガ父ニ認知セラレタルトキハ、父ノ家ニ入ルカ。其私生子ガ母ノ家ノ戸主ナラバ如何。

八三 轉籍トハ一ノ家ノ家族ガ轉ジテ他ノ家ノ家族トナルコトヲ云フ。即チ一面ニ於テハ家族タル身分ノ喪失ニシテ、他面ニ於テハ家族タル身分ノ取得ナリ。此意義ニ於テ之ヲ家族タル身分ノ相對的得喪ト云フコトヲ得ベシ。轉籍ガ生ズル場合左ノ如シ。

- (一) 婚姻(七八八) (戸内婚姻ノ場合ニハ轉籍ヲ生ゼズ。又入夫婚姻ニアラズ)
- (二) 養子縁組(八六一) (戸内養子縁組ノ場合)
- (三) 轉婚及ビ轉縁組(七四一ノ一)
- (四) 復籍(七三九)
- (五) 入籍
 - (1) 親族入籍(自己入籍)(七三七、明三五法三七號附則)
 - (2) 引取入籍(七三八)
 - (3) 分家入籍(七四三ノ二、三、明三八法六二號一ノ二)
 - (4) 隨伴入籍(七四五、七五〇ノ三、七六三、七六四)

設問一

- 一 意思能力ナキ者ヲ民法第七三八條ニ依リテ入籍セシムルコトヲ得ルカ
- 二 民法第七三九條ハ婚姻又ハ養子縁組ノ取消アリタル場合ニ類推適用セラルベキカ。
- 三 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者ノ實家が其後廢絶シテ更ニ再興セラレタル場合ニモ、民法第七三九條ノ適用アリヤ。
- 四 轉婚又ハ轉縁組ヲ爲シタル者が離婚又ハ離婚ニ因リテ第二ノ婚家又ハ養家ヲ去ルベキトキハ、イづレノ家ニ復籍スベキカ。

八四

家族ハ戸主權ニ服從スル義務ヲ負フ。具體的ニ云ハ、居所ノ選定及

ビ家族關係又ハ親族關係ノ異動ヲ來スベキ或行爲ヲ爲スニ付キ戸主ノ意思ヲ尊重スル義務アルナリ。(六九段七)

家族ノ權利トシテ規定セラレタルハ、其家ノ氏ヲ稱スル權利(七四六)、戸主ノ扶養ヲ受クル權利(七四七)及ビ財産ヲ特有スル權利(七四八)ナリ。但最後ノ權利ハ家産制度ヨリ個人財産制度ニ移ル過渡的必要ヨリ規定セラレタルモノニシテ、權利自體ハ家族ノ身分ニ基ク權利ト云フベキニアラズ。

家族ノ身分ハ何人モ承繼スルコトヲ得ズ。故ニ其死亡ニ際シテハ身分相續開始スルコトナクシテ財産相續開始ス(九九二)。其他ノ家族タル身分ノ得喪ニ際シテハ、何等財産上ノ變動ヲモ來タスコトナキナリ。

第六章 婚姻

六〇

第一節 婚姻ノ意義及ビ沿革

八五。婚
姻ノ意義

八五 婚姻トハ終生ノ共同生活ヲ目的トスル一男一女ノ法律的結合關係ヲ云ヒ、又ハ此結合關係ヲ創設スル當事者ノ意思表示ヲ云フ。此ノ後ノ意義ニ於テ婚姻ハ一ノ法律行為ナリト云フコトヲ得ベク、而シテ當事者間ノ合意ナルガ故ニ之ヲ一ノ契約ナリト云フコトヲ得ベキモ、我民法ハ契約ナル語ヲ主トシテ債權關係發生ノ原因タル合意ニ付テ用フルヲ以テ、婚姻ヲ契約ナリト云フハ穩當ニアラズ。

(一) 婚姻ハ法律ノ定ムル要件ヲ具フルヲ要シ、又之ヲ以テ足ル。故ニ男女ノ結合ガ悉ク婚姻タルニアラザルト同時ニ、又事實關係ハ法律上ノ婚姻ノ要件ニアラザルナリ。

(二) 婚姻ハ一男一女ノ結合關係ナリ。即チ一夫多妻多夫一妻ヲ認メザルハ勿論、重婚ハ罰セラレ、又前婚ニ付テハ離婚、後婚ニ付テハ婚姻取消ノ原因トナル。

但所謂絕對的一夫一婦主義ニハアラザルヲ以テ、前婚解消後ノ再婚ハ適法ナリ。

(三) 婚姻ハ終身ノ關係ヲ目的トス。但コハ期限附又ハ條件附ノ婚姻ヲ認メザルノ意ニシテ、絕對ニ離婚ヲ許サザルノ義ニアラズ。

(四) 婚姻ハ夫妻ノ共同生活ヲ目的トス。必シモ子ヲ得ルコトヲ目的トセズ。

故ニ子無キヲ去ルコトナク、老年者ノ婚姻ヲ禁ズルコトナク、生殖不能ヲ以テ離婚又ハ婚姻ノ無効取消ノ原因トスルコトナシ。

(五) 婚姻ニハ當事者自身ノ自由意思ニ基ク合意ト、法定形式ヲ履メル其合意ノ表示トヲ要ス。

(六) 婚姻關係ノ創設ハ當事者ノ合意ニ基クモ、其關係ノ内容ハ法律上一定シ、當事者ノ任意ニ之ヲ變更スルヲ得ズ。唯ダ夫婦財產關係ニ付テ例外アルノミ。

八六。婚

八六 以上ヲ以テ我國現行民法ニ於ケル婚姻ノ概念トス。然レドモ婚姻ノ

性質ハ常ニ必シモ斯ノ如キニアラズ。時代ニヨリ場所ニヨリテ千差萬別ノ婚姻制度アリ。學者其沿革ヲ論ジテ、雜婚制ヨリ定婚制ニ進ムモノトシ、定婚制中ニ團體婚姻制、一時的婚姻制、多夫制、多妻制、一夫一婦制アリトシ、又結婚ノ方式ヨリ觀察シテ掠奪婚、賣買婚、贈與婚、共諾婚ノ進化ヲ說キ、尙ホ族内婚族外婚ノ二制度アリシコト、近親相婚ヲ忌ム制度ト之ヲ喜ブ制度トアリシコト等ヲ論ズルヲ普通トスルモ、種々ノ異說アリ。殊ニ雜婚說ニ對シテハ有力ナル反對論アルコト前述セル所ナリ。更ニ婚姻制度ノ將來ニ關スル議論トシテハ、結婚及ビ離婚ノ要件ヲ寛大ニスベシトノ論アリ。其極端ナルモノヲ所謂「自由結合論」(libre union)トス。サレド又我民法ニ付テハ、反對ニ結婚及ビ離婚ノ手續ヲ嚴格ニセヨトノ立法論アリ得ベキナリ。又「ガルトン」(Sir Francis Galton)ノ創始セル「人種改良學」(Eugenics)ノ主張ニ基ク婚姻立法論行ハル。北米合衆國等ニ於テハ、例ヘバ惡疾者ノ婚姻ヲ禁止スル法律トシテ、其主張既ニ多少實行セラレタリ。

第二節 婚姻ノ成立

八七 婚姻ハ之ヲ夫(入夫婚姻又ハ婿養子)ノ本籍地又ハ所在地ノ市町村長ニ届出ヅルニ因リテ其效力ヲ生ズ(七七五戸一〇〇一〇一五七一〇三七七七)。届出ハ市町村長ガ之ヲ受理スルニ因リテ完成ス。戶籍簿ニ記載スルコトハ婚姻成立ノ要件ニアラズ(七七六戸二二)。即チ届出ハ婚姻ノ意思表示自身ニシテ、婚姻關係及ビ其發生日ハ之ニ依リテ確定スルモノナルガ、更ニ之ヲ戶籍簿ニ記載スルコトニ依リテ婚姻關係ノ公示及ビ證據保全ノ用ヲナスモノト云フベシ。而シテ婚姻ノ法式手續ノ簡易ナルコト我民法ノ如キハ歐米諸國ノ民法ニ殆ド其例ヲ見ザル所ニシテ、其ノ社會政策上ノ利害ハ大ニ研究ヲ要スベキナリ。

八八 婚姻法ノ根本主義ニ事實婚主義ト形式婚主義トアリ。更ニ後者ヲ分チテ宗教婚主義法律婚主義トナスコトヲ得ベシ。事實婚主義トハ社會ノ慣習上婚姻ト認めラル、事實關係其物ニ直チニ法律上ノ效果ヲ附與スル立法主義

ヲ云ヒ形式婚主義トハ事實關係ヲ顧ミズシテ唯ダ一定形式ノ履行ヲ以テ婚姻成立ノ要件トナスヲ云フ。而シテ其形式ノ宗教的ナルガ宗教婚主義ニシテ、法律的ナルガ法律婚主義ナリ。「ローマ」法ハ此三主義ヲ併用セリト云ヒテ可ナリ。「クリスト」教弘通ト共ニ宗教婚主義歐洲諸國ヲ席捲シ、婚姻法ハ教會法ノ一部ニシテ全然國法ノ管轄外ニ屬スルモノトセラレ、ニ至リシガ、自然法論及ビ政教分離運動ノ一局面トシテ「婚姻還俗運動」(secularisation du mariage) 漸ク實現シ、佛國大革命ニ於テ一舉ニシテ宗教婚主義ノ根據ヲ覆ヘセリ。今日ニ於テハ獨佛其他ノ中歐諸國ハ法律婚主義ニシテ、英國ハ法律婚宗教婚擇一主義ヲ用ヒ、米國諸州法ハ概ネ英法ト同様ナルガ、中ニハ事實婚主義ヲ採ルモノアリ。我國ニテハ現行民法施行前ハ寧ロ事實婚主義ナリシモノ、如クナルガ、現行民法ハ最モ純粹ナル法律婚主義ヲ採用セリ。即チ事實關係ノ有無ヲ問ハズ慣例的婚禮儀式ノ存否先後ヲ論ゼズ、苟クモ届出アラバ婚姻アリ届出ナクンバ婚姻ナシトスルナリ。凡ソ法律婚主義ノ長所ハ婚姻關係ノ存否及ビ發生期ガ明確ナルニアリ、

其缺點ハ事實關係ト法律關係トガ一致セザルニアリ。法律關係アリテ事實關係ナキ「寫真結婚」、事實關係アリテ法律關係ナキ「内縁ノ妻」、イヅレモ我國婚姻制度ノ缺點ヲ最モ露骨ニ暴露セルモノト云フベシ。國家社會ノ重要ナルニ基礎タル婚姻關係ニ於テ、國民ノ事實的生活ト法律的生活トガ斯ノ如ク甚シク不一致ナルハ不祥事ト云フベク、救正ノ爲メノ研究ヲ懈ルベカラザルナリ。(附錄)

設問 我民法モ事實婚主義ナリトノ論アリ(岡松參太郎博士、法律新聞第一〇一六號—第一〇一九號)。當否如何。

八九 歐米諸國ノ法律ハ多ク婚姻豫約ニ或效力ヲ認メ、違約ノ場合ノ損害賠償贈與物返還等ヲ規定セリ。婚姻豫約トハ將來婚姻ヲ爲スベキ旨ノ當事者間ノ契約ヲ云フモノナルヲ以テ、所謂許婚^{イニテ}即チ當事者ノ父母間ノ約束ハ婚姻豫約ニアラズ、其ノ何等法律上ノ效力ナキモノナルコトハ論ナキ所ナルガ、純粹ナル婚姻豫約ニ付テハ民法ニ何等ノ規定ナキニ拘ラズ有效說ヲナス者アリ。婚姻ハ其届出ノ時特ニ當事者双方ノ自由ナル意思ガ存スルヲ必要トストノ理由ニ

テ最近マデ無効説ヲ採リ來レル大審院ガ、大正四年一月二十六日ノ民事聯合部判決ヲ以テ從前ノ判例ヲ翻シ、婚姻豫約ハ適法ニシテ有效ナリ、法律上之ニ依リ當事者ヲシテ其約旨ニ從ヒ婚姻ヲ爲サシムルコトヲ強制スルヲ得ザルモ、當事者ノ一方ガ正當ノ理由ナクシテ其約ニ違反シ婚姻ヲ爲スコトヲ拒絕シタル場合ニ於テハ、其一方ハ相手方ガ其約ヲ信ジタルガ爲メニ被ムリタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任ズベキモノトス、而シテ其損害賠償ハ違約ヲ原因トシテ請求スルコトヲ要シ、不法行爲ヲ原因トシテ請求スベキモノニアラズト判決セルハ、頗ル注目スベキ現象ト云フベシ。此判決ハ果シテスベテノ婚姻豫約ヲ無制限ニ有效トスルモノナルカ、將タ慣習上ノ結婚式ヲ擧ゲタル後當事者ノ一方ガ届出ヲ拒ム場合ニ係ルカ、判決理由ノ文面上ハ前者ナルガ如ク、事件ノ内容上ハ後者ナルガ如シ。前者ナリトセバ廣汎ニ失シ、後者ナリトセバ事實ノ真相ヲ牽強附會セルノ批難ヲ免レズ。イづレニセヨ何等ノ特別規定ナキ我民法ノ下ニ婚姻豫約ノ效力ヲ認ムルハ、法文ノ解釋上モ實際ノ適用上モ頗ル困難ト云フ

ベシ。蓋シ大審院ノ新判決ハ結局婚姻豫約有效ノ判決ニアラズ、實ハ前述ノ内縁ノ妻「關係ヨリ生ズル婦人ノ不幸ヲ救済センガ爲メニ婚姻豫約ニ假託シテ彼等ニ損害賠償請求權ヲ附與セント欲スルモノ、此意義ニ於テ又此範圍ニ於テ有理由適法ニシテ、時弊ニ適中セル名判決ト云フベク、今後ノ判決ヲ拘束シテ所謂判例法ヲ形成スベキナリ。(法理學大綱一七一至一七三頁參照)然レドモ婚姻豫約制度其モノ、設定ニ至ツテハ結局立法手段ニ依ラザルヲ得ザルベシ。而シテ其立法ニ付テハ、當事者間ノ所謂「夫婦約束」ト或社會的形式ヲ以テスル「婚約」トノ區別ニ留意セザルベカラザルナリ。

九〇。婚姻ノ實質要件

九〇 前述届出ハ即チ婚姻ノ形式上ノ要件ナルガ、有效ナル婚姻ノ成立ニハ尙ホ次ノ實質上ノ要件アリ。

(一)當事者ガ婚姻ヲ爲ス意思アルコト(七七八ノ一號、七八五ノ一七七四) 我民法及ビ戶籍法ガ此意思ノ表示ニ届出ヲ必要トセルハ、即チ各當事者ノ婚姻意思ノ確實ヲ期スル所以ナルモ、當事者ノ自身出頭ヲ必要トセズシテ自署捺印ノ書

面ヲ以テ届出ヅルヲ得ルコト、セルヲ以テ、便宜ニシテ世態ニ適ヘリトハ雖モ確實ノ點ニ於テ全然遺憾ナキ能ハザルナリ(七七五ノ二戸四七)。

(二) 男ガ滿十七年女ガ滿十五年以上ナルコト(七六五)

(三) 重婚ニアラザルコト(七六六刑一八四)

(四) 女ガ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六ヶ月ヲ經過セルコト(七六七)

(五) 相姦者トノ婚姻ニアラザルコト(七六八)

(六) 近親相婚ニアラザルコト(七六九——七七二) 此禁婚ハ古代ヨリ存スル所ニシテ人類ノ道義的感情ニ基ク。生理的理由ハ後ヨリ附會シタルモノニシテ古代ノ立法者ノ知ラザル所、而シテ未ダ充分確實ニ證明セラレタリト云フベカラザルナリ。

(七) 父母又ハ後見人或ハ親族會ノ同意アルコト(七七二——七七四)

(八) 婿養子縁組ノ場合ニハ縁組ガ有效ナルコト(七八六)

尙婚姻ニ因リテ他家ニ入ラント欲スル者ハ戸主又ハ法定ノ推定家督相續人ニ

アラザルコトヲ要スルモ、コハ他家入籍ノ要件ニ外ナラズ、之ヲ婚姻ノ實質的要件中ニ算フルハ穩當ニアラザルベシ(七五四)。

設問一 前夫トノ再婚、夫ガ失踪宣告ヲ受ケタル場合ノ再婚、又ハ夫ノ長期不在ニ因ル離婚後ノ再婚ニモ、民法第七六七條ノ適用アリヤ。

二 刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ受ケタル姦通罪犯人ガ之ヲ取消サル、コトナクシテ其猶豫期間ヲ經過シタルトキハ、相姦者ト婚姻ヲ爲スコトヲ得ベキカ。

三 民法第七六九條及ビ第七七〇條ハ其婚姻障礙ノ原因タル婚姻又ハ養子縁組ガ取消サレタル場合ニモ適用アリヤ。

四 父母後見人又ハ親族會ノ同意ハ取消シ得ベキカ。

九一。婚ノ無効

九一 形式上ノ要件タル婚姻ノ届出又ハ實質上ノ要件タル當事者ノ婚姻ヲ爲スベキ意思ヲ缺クトキハ婚姻ハ無効ナリ(七七八)。婚姻ノ無効ハ即チ婚姻ノ當然不成立ニシテ、裁判所ノ判決ヲ待タズ、又何人ナリトモ之ヲ主張スルコトヲ得。唯ダ争アル場合ニ於テハ其無効ノ確定ニ付キ利害關係アル者ヨリ無効確

認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(人訴第一章)。此場合ノ判決ハ第三者ニ對シテモ効力ヲ有ス(人訴一八ノ一、一六五、一六六)。

九二 當事者ノ意思ニ瑕疵アリ又ハ他ノ實質上ノ要件ノ一ヲ缺クトキハ、婚姻ハ取消シ得ベク、又婚姻ノ取消ハ此等ノ場合ニ限レ(七七九)。取消ハ婚姻取消ノ訴ニ基ク裁判所ノ判決ニ依リテ行ハレ、其判決ハ第三者ニ對シテモ効力ヲ有ス(人訴第一章一〇二)。婚姻取消ノ訴ハ所謂形成ノ訴(權利變更ノ訴)ニシテ、確認ノ訴タル婚姻無効ノ訴ト異ル。

婚姻ノ取消ニハ公益ヲ主トスルモノト私益ヲ主トスルモノトアリ。公益上ノ取消ハ實質上ノ要件(二)乃至(六)ヲ缺ク場合ニ行ハレ、當事者ノ外、戸主親族等モ取消權ヲ有シ、公權力ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得ベク、期間經過、追認等ノ救正方法ヲ認メズ。但婚姻後其要件ガ完備スルニ至リタルトキハ此限ニアラズ(七八〇—七八二)。

私益上ノ取消ハ當事者ノ意思ニ瑕疵アリ或ハ實質上ノ要件(七)又ハ(八)ヲ完備

セザル場合ニ行ハレ、其取消權ハ同意權利者又ハ當事者ノミ之ヲ行使シ得ベク、期間經過又ハ追認ニ因リテ消滅ス(七八三—七八六)。

婚姻取消ノ效力ハ既往ニ遡ラズ。即チ婚姻ノ取消ハ其效果ニ於テハ離婚ト同シ。例ヘバ其婚姻所生ノ子、其婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得セル子及ビ其婚姻中父母ガ認知シタル子(八三六)ハ、其婚姻ノ取消ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ喪失スルコトナキナリ。但財産關係ニ付テハ特別ノ規定アリ(七八七)。

婚姻取消ノ規定ハ民法總則編ノ法律行為ノ取消ノ規定ニ對スル特別規定ニシテ、總則編ノ規定ハ此場合ニ適用ナシ。而シテ一方婚姻ヲ要式行為トナシテ要件ヲ缺ク婚姻ノ發生ヲ豫防シ(七七六)、他方一旦斯ノ如キ婚姻ガ發生セル場合ニハ、民法總則編ノ精神上(九〇)ハ當然無効ナルベキ行為ヲモ單ニ取消シ得ベキモノトナシ、且取消原因ヲ限定シ、然カモ取消遡及効ノ原則(一一)ヲ採用セザリシ點ニ、實際關係ニ重キヲ措ケル立法者ノ用意ヲ觀ルベク、純理論ヨリセバ異論アルベキ所ナリ。



九三。戸主ノ同意

七二

九三 家族ガ婚姻ヲ爲スニハ戸主ノ同意ヲ要ス。然レドモ此同意ハ婚姻ノ絶對要件ニアラザルコト前述セル所ニシテ、此同意ヲ缺クモ婚姻取消ノ問題ヲ生ズルコトナキナリ(七五〇・七四一・七七六)。

九四。特
別階級ノ
婚姻

九四 華族及ビ軍人ノ婚姻ニ關シテハ特別ノ規定アリ。(明治四十年華族(明治四年陸軍現役軍人婚姻條例、明治四十一年海軍軍人結婚條例)明)此等ノ場合ニ市町村長ハ婚姻ガ其規定ニ違反セザルコトヲ認メタル後ニアラザレバ婚姻ノ届出ヲ受理スルコトヲ得ザルモ(七七六)届出ガ一旦受理セラレタルトキハ婚姻ハ有效ニ成立シテ取消サルコトナキモノト解釋スベキナリ(華二〇)。

皇室及ビ皇族ノ婚姻ハ明治四十三年皇室親族令ニ依ル。民法ノ適用ナシ。

九五。朝
鮮人ト
内地人
トノ朝
婚

九五 朝鮮人ト内地人トノ婚姻ハ、韓國併合前ハ外國人トノ婚姻トシテ固ヨリ可能適法ナリキ。況ンヤ併合後之ガ不能無効ナルノ理ナシ。然レドモ戶籍法ト朝鮮ノ民籍法トノ間ニ連絡ヲ缺キ、且朝鮮ノ婚姻法ガ事實婚主義ナルニヨリ、實際ノ手續上朝鮮人ト内地人トノ婚姻ハ併合後却ツテ不能或ハ困難トナレ

ルガ如シ。至急共通法規制定ノ必要アルベシ。

第三節 婚姻ノ效果

九六。夫
妻關係ノ
沿革

九六 婚姻ノ效果即チ夫妻ノ關係ニ關シテモ古來幾多ノ變遷アリシガ、其沿革ヲ一言ニシテ云ハ、妻ノ地位ノ上進ニ歸著ス。實ニ婚姻ノ歴史ハ妻ノ地位ノ上進史ナリ親子關係ノ歴史ハ子ノ地位ノ上進史ナリト云ヒテ大過ナカルベキナリ。殊ニ近世ニ於テハ所謂女權擴張運動(feminism)ナルモノ生ジ、法律上ニ於テハ婦人ノ自然能力ト法律能力トヲ一致セシメンコトヲ期シ、現行法制ガ夫妻間ニ設ケタル種々ノ差等ヲ批難シツ、アリ。然レドモ男女ハ平等ナリトスルモ同一ニハアラズ。故ニ例ヘバ我民法ハ成ルベク男子ヲシテ戸主タラシムル方針ヲ採レリ。又男女ノ平等ト夫妻ノ平等トハ同一物ニアラズ。故ニ夫權制度ハ必シモ男女平等論ヲ以テ攻撃スベキニアラザルナリ。尙ホ夫婦關係ニ關スル法制ニハ夫婦同體主義(coverture scheme)ト夫婦別體主義(separate existence scheme)

トノ別ヲナスコトヲ得ベシ。英ノ「コムモン、ロー」ハ同體主義ナルガ、近代ノ立法ハ皆別體主義ナリ。我民法モ亦然リ。

九七。守操ノ義務

九七 婚姻ノ效果トシテ先ヅ第一ニ誠實ノ義務(守操ノ義務)ヲ擧グルヲ普通トスルモ、コハ婚姻ノ性質上當然ノ道德上ノ義務ニシテ、法律ハ唯ダ其義務ノ違反ノ或場合ニ付キ制裁的規定ヲナセルニ過ギズ、(八一三刑一八三)。故ニ恰モ人ヲ殺サル義務物ヲ盜マザル義務ヲ算フルヲ須ヒザル如ク、所謂誠實ノ義務ヲ特ニ婚姻ノ法律上ノ效果トシテ掲グル必要ナカルベシ。モシ強イテ前掲民法刑法ノ法文ヲ論據トスルナラバ、夫ニハ守操義務ナシトノ謬想ニ陥ルベキナリ。

九八。婚姻ノ效果

九八 婚姻ノ直接ノ效果ハ當事者ガ配偶者即チ夫妻タル親族の身分關係ヲ取得スルコトナリ。而シテ之ニ伴フ各種ノ效果ハ法律ノ諸部門ニ發現スベシ。其ノ民法上ノ效果ヲ總括セバ(一)各種ノ新親族關係ノ發生(二)家族關係ノ變更(三)妻ノ無能力(四)夫妻ノ權利義務ノ四點ニ歸著ス。前二者ニ付テハ他ノ部分ニ説明アリ。コ、ニハ後二者ヲ説ク。而シテ夫妻間ノ權利義務ニハ夫婦財產關係

ニ關スルモノト然ラザルモノトアリ。以下ニ列舉分説スベシ。

九九。妻ノ無能力

九九 第一、妻ノ無能力

我國現今ノ法制ハ私法上ニ於テハ男女ノ間ニ行爲能力ノ差違ヲ認めザルヲ主義トス。然レドモ男女ノ平等ト夫妻ノ平等トハ自ラ別問題ナリ。故ニ民法ハ婚姻共同生活ノ秩序及ビ利益ヲ維持スルガ爲メニ、妻ガ一定ノ行爲ヲ爲シ又ハ營業ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ要スルモノトセリ(一四——一八)。之ヲ總則編無能力者ノ部ニ規定セルコトニ對シテハ批難アリ得ベシ。

一〇〇 第二、夫妻間ノ一般的權利義務

(一)同居ノ權利義務(七八九) 夫妻ガ同居ヲ爲スベキ住居ノ選定權ハ夫ニ屬ス。夫ガ入夫又ハ婿養子ナル場合ト雖モ然リ。第七八八條ハ戶籍關係ヲ云フニ外ナラザルナリ。住居ノ程度ニ違セザル一時的滯留ノ場合、夫ガ一定ノ住居ナキ場合同居ガ法令規則上禁セラレタル場合等ニハ此規定ノ適用ナキコト勿論ナリ。合意ニ依リテ別居スル場合ニハ義務違反ナキモ、同居請求權ハ拋棄スルコ

一〇〇。夫妻間ノ一般的權利義務

トヲ得ザルモノナルヲ以テ、其合意ハ法律上ノ拘束力ヲ生ズルコトナキナリ。夫妻ノ一方ガ此義務ヲ履行セザル場合ニハ、相手方ハ扶養ヲ拒絶シ或ハ請求シ又ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ベク、又同居義務ノ不履行ガ惡意ノ遺棄ノ程度ニ達スルトキハ之ヲ理由トシテ離婚ヲ請求スルコトヲ得ベシ。同居義務ノ履行ヲ請求スル訴ニ對シテ裁判所ガ言渡セル同居ヲ命ズル判決ニ基キテ強制執行ヲ爲シ得ルヤ否ヤハ頗ル疑問ナルモ、身體ノ自由ヲ拘束スル直接執行ハタトヒ違法ニアラズトスルモ實效ナキヲ以テ、結局民事訴訟法第七三四條ノ準用ニヨル間接執行ニ止マルベキモノト云フベシ。

(二) 扶養ノ權利義務(七九〇九五五九五七)

(三) 未成年ノ妻ニ對シテ成年ノ夫ガ其後見人ノ職務ヲ行フ權利(七九一) 夫ガ後見人トナルニアラズ、後見人ガ行フベキ職務ヲ夫ガ夫權ノ作用トシテ行フモノナリ。故ニ妻ニ親權者アル場合ト雖モ此規定ノ適用アリト解スベシ。然レドモ夫ヲシテ後見人ノ行フベキ煩瑣ナル事務九一七——九三六ヲ執ラシムル

コトガ適當ナリヤ又實際可能ナリヤハ頗ル疑問ニシテ、此場合ノ特別規定ヲ設クルカ、又ハ「スイス」民法第一四條ノ如ク「結婚ハ成年ヲ作ス」(Heirat macht mündig)トスルヲ可ナリトセン。

(四) 契約取消權(七九二)

一〇一 第三、夫婦財產制

婚姻共同生活中ニ於ケル夫妻ノ財產上ノ關係ヲ定ムルモノヲ夫婦財產制ト云フ。即チ先ヅ夫妻各自ノ固有財產ガ婚姻ニ因リテ其所有權ノ態樣ニ何等カノ變更ヲ生ズルヤ否ヤ、及ビ婚姻中ニ取得セル財產ノ歸屬者如何ヲ定メ、之ニ應ジテ財產ノ管理者及ビ管理方法、婚姻費用ノ負擔者及ビ負擔方法ヲ定ムベキモノトス。英國「コムモン、ロー」ノ如キ夫婦同體主義ノ法制ニ於テハ妻ノ財產及ビ所得ハ當然夫ニ歸屬スベキモノナルガ、コレ時勢ニ伴ハザル舊制ナルヲ以テ、英國ニモ Married Woman's Property Acts ナル夫婦財產關係ノ特別規定アリ。況ヤ夫婦別體主義ノ法制ノ下ニ在リテハ當然夫婦財產關係ヲ定ムル必要ヲ生ズルナ

リ。而シテ之ヲ定ムルニ當事者間ノ契約ヲ以テ其ノ欲スル所ニ從ハシムルハ最モ便宜穩當ナルベシト雖モ、實際上結婚ノ際斯ノ如キ財産契約ガ爲サル、コトハ必然ナラザルベキヲ以テ、法定財産制ヲ設ケテ財産契約ナキ場合又ハ之ガ不完全ナル場合ノ補充トナスヲ普通ノ法制トス。而シテ歐洲諸國ノ民法ハ數個ノ夫婦財産制度ヲ列舉シテ其一ヲ法定財産制トシ他ヲ契約財産制ノ標準トスルヲ常トシ、後者ニ付テハ當事者ハ契約ヲ以テ其一ヲ擇ビ又ハ尙ホ之ニ異ル定メヲ爲シ得ベキモノトスル法制ト、必ズ其一ヲ擇バザルベカラズトスル法制トアリ。獨佛民法ハ前者ニ屬シ、スイス民法ハ後者ニ屬ス。而シテ此等ノ夫婦財産制中最モ標準的ナルモノハ、共產制管理共通制別産制ノ三者ト云フベシ。我民法ハ契約財産制ニ付テハ全ク當事者ノ自由意思ニ放任シ、法定財産制トシテハ管理共通制ヲ採用セリ。

一〇二。
夫婦財産
契約

一〇二 (一) 夫婦財産契約 夫婦ハ婚姻ノ届出前ニ契約ヲ以テ任意ニ婚姻中ノ財産關係ヲ定ムルコトヲ得。右ノ契約其モノニハ何等ノ形式ヲ必要トセズ

ト雖モ、婚姻ノ届出前ニ其登記ヲ爲スニアラザレバ之ヲ以テ夫婦ノ承繼人及ビ第三者ニ對抗スルヲ得ズ。而シテ婚姻届出後ハスベテ財産關係ノ變更ヲ許サズ。其理由ハ自由意思ノ確實ヲ期シ得ザルト第三者ノ利益保護ノ必要トニアルナリ。即チ財産契約ヲ新タニ締結シ又ハ變更スルハ勿論、財産契約ノ效力ヲ條件附又ハ期限附ナラシメ、又ハ財産契約中ニ後日ノ變更ヲ約スル等イヅレモ無効ナリ。唯ダ管理者ノ變更共有財産ノ分割ニ付テ例外アルノミ(七九三—七九七)。

一〇三。
法定財産
制

一〇三 (二) 法定財産制 婚姻ノ届出前ニ有效ナル夫婦財産契約成立セザルトキハ、民法ニ規定セル夫婦財産制ガ當然婚姻中ノ財産關係ヲ支配ス。今其大趣旨ヲ述ベンニ、妻又ハ入夫ガ婚姻前ヨリ有セル財産及ビ婚姻中自己ノ名ニ於テ得タル財産ヲ其特有財産トス。而シテ夫婦ノ孰レニ屬スルカ分明ナラザル財産ハ夫又ハ女戸主ノ財産ト推定スルコト戸主家族ノ財産關係ニ於ケルト同シ。即チ夫婦各自ノ財産ノ所有權ハ婚姻ニ因リテ毫モ變動スルコトナク、法律

上夫婦ノ共有財産ヲ認ムルコトナキナリ。而シテ婚姻ヨリ生ズル一切ノ費用ハ夫又ハ女戸主ニ於テ之ヲ負擔スベキモノニシテ其代リニ夫又ハ女戸主ハ用方ニ從ヒテ相手方配偶者ノ財産ノ使用及ビ收益ヲ爲スコトヲ得ベシ。然ルニ財産ノ管理權ハスベテ夫ニ屬スルヲ原則トス。女戸主ト入夫トノ間ニ於テモ同ジ。然カモ日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做サル。要スルニ財産ノ所有權ハ各自ニ屬セシメ管理收益及ビ費用ノ負擔ハ之ヲ一方ニ屬セシメ以テ夫妻各自ノ利益ト共同生活關係トヲ調和セシメント欲スル趣旨ノ制度ト云フベシ(七九八—八〇七)。

設問 民法第八〇四條ニ依レバ妻ハ此場合ニ夫ノ法定代理人ナリヤ。

第四節 婚姻ノ解消

一〇四。
當事者ノ
死亡

一〇四 婚姻ハ當事者ノ一方ノ死亡ニ因リテ解消ス。失踪宣告モ死亡ト同様ノ效果ヲ生ズ(三一・三二)。然レドモ死亡ハ單ニ當事者ノ共同生活關係即チ夫

婦タル身分關係ト夫婦財産關係トヲ消滅セシムルノミニシテ婚姻ニ因リテ生ジタル親族關係家族關係等ハ依然トシテ尙ホ存ス(七二九七三九七七〇)。而シテ生存配偶者ハ死亡配偶者ノ家督相續人ヲ選定スル爲メノ親族會ノ招集ヲ裁判所ニ請求スル權利アリ(九八二九四四)。夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ直系尊屬ニシテ其家ニ在ル者トノ間ノ扶養ノ權利義務ハ死亡ニ因ル婚姻ノ解消アルモ消滅スルコトナシ(九五四ノ二)。尙ホ生存配偶者ハ死亡配偶者ノ選定家督相續人トナルコトアルベク(九八二)又其ノ第二順位ノ遺産相續人タリ(九九六)。

設問 配偶者ノ一方ガ失踪宣告ヲ受ケタル後配偶者ノ他方ガ再婚シタルニ其後其失踪宣告ガ取消サレタリ。前後兩婚ノ效力如何。(法學協會雜誌第二七卷第九一〇、一一號「失踪宣告後ノ再婚」)

一〇五。
離婚

一〇五 婚姻ニ因リテ生ジタル一切ノ法律關係ヲ消滅セシメ眞ニ以テ婚姻ノ解消ト稱スベキハ離婚ナリトス。離婚トハ夫婦ノ生存中ニ於ケル婚姻ノ解消ナリ。終生ノ共同生活ヲ目的トスル婚姻ニ於テ斯ノ如キ當事者生存中ノ解

消ヲ認ムベキモノナリヤ否ヤニ關シテハ古來大ニ論アル所之ヲ否認スル論ハ或ハ宗教思想道德觀念ニ基キ、或ハ社會的秩序子ノ利益ヲ論據トスト雖モ、宗教則道德律ハ必ズシモ直チニ移シテ法規トナスベキモノニアラズ、又社會ノ秩序子ノ利益ハ離婚ヲ認メザルニ因リテ或ハ却ツテヨリ多ク害セラル、モノナシトセズ。離婚ハ一ノ害惡ナルベシ。然カモ其禁止ヨリ生ズルヨリ大ナル害惡ヲ避クル手段トシテ、適宜ナル程度ニ於テ之ヲ認メザルヲ得ザルナリ。「タリス」ト「教殊ニ舊教ハ嚴格ナル婚姻非解消主義ナリシヲ以テ(馬太傳五ノ三。三二。一。九ノ三。一。二。馬可傳一〇。一。二。路加傳一六ノ一。八。路)歐米諸國ノ法律ハ其影響ヲ受ケテ著シク離婚禁止主義ニ傾ケルガ、然カモ古來絕對ニ離婚ヲ禁止セル法制ナシト云ヒテ可ナルベク、其ノ之ヲ禁ズルモノモ別居制度(separation de corps, Trennung von Tisch und Bett)ヲ以テ之ヲ補ハザルヲ得ザリキ。然ルニ別居制度ノ弊害ハ離婚ヨリモ更ニ甚シキヲ以テ、我民法ハ別居ヲ認メズシテ(訴訟法上ノ假處分トシ)離婚ヲ許セリ。

一〇六。
有因離婚
無因離婚

一〇六 離婚ニハ有因離婚ト無因離婚トアリ。有因離婚トハ法律ニ定メタ

ル原因ニ依リテ爲サル、離婚ヲ云ヒ、離婚原因ノ有無ハ夫婦ノ一方ガ其他方ニ對シテ提起スル訴訟ニ依リテ裁判所之ヲ認定スルヲ以テ、又之ヲ裁判上ノ離婚(略シテ裁判離婚ト云フ)。而シテ有因離婚ノミヲ認ムル離婚法ハ離婚原因ヲ列舉限定スルコト、ナルヲ以テ、制限離婚主義トナル。歐米諸國ノ離婚法ハ殆ド皆此主義ヲ採ル。無因離婚トハ法律上何等ノ離婚原因ヲモ必要トセズ當事者ノ意思表示ノミニ基イテ許サル、離婚ヲ云フ。其中夫婦ノ一方ノ意思ノミニ基ク無因離婚ヲ單意離婚ト云ヒ、夫婦ノ合意ニ依ル離婚ヲ協議上ノ離婚又ハ略シテ協議離婚ト云フ。此無因離婚ヲ認ムル離婚法ハ概シテ自由離婚主義ト稱スルコトヲ得ベシ。我民法ハ單意無因離婚ハ之ヲ認メザルモ、裁判離婚ト協議離婚トヲ併用シ、其法定離婚原因モ廣汎ニ協議離婚手續ニ至ツテハ極メテ容易簡單ナリ。斯ノ如キ自由離婚主義ハ他ニ類例ナキ所、其利害得失ハ大ニ研究ヲ要ス。(法學志林梅博士追悼紀念論文集「歐米現行協議離婚制度」法學協(會雜誌第三四卷第一一號、第三五卷第二、三、四號)佛國革命ト離婚法)

一〇七。
專權離婚

一〇七 古代ニ於テハ離婚ナルコトハ夫ガ強制的ニ妻ヲ離別スル謂ナリキ。

コレ即チ所謂專權離婚 (repudiation) ニシテ、今日ノ文明國ノ法制ノ認メザル所ナリ。離婚ニ付テ夫妻ノ同等ガ認メラレ、妻モ亦離婚ヲ請求スルコトヲ得ルニ至ラタルハ、コレ亦妻ノ地位上進ノ一項目ト云フベシ。我國古來ノ離婚法モ專權離婚主義ニシテ、大寶令ニ七出(無子、姪、不事舅姑、口舌、盜竊、妬忌、惡疾)ノ規定アリシモ、結局夫ガ任意ニ妻ヲ離別シ得タルモノ、如シ。然ルニ明治六年五月第六十二號ノ布告ハ初メテ妻モ離婚請求ノ訴ヲ起シ得ルコトヲ明カニシ、現行民法ニ至ツテ、法定原因離婚ニ付テハ夫妻相互主義無因離婚ニ付テハ夫妻合意主義ヲ採用セリ。然レドモ後述ノ如ク姦通ヲ原因トスル離婚ニ付テ尙ホ不平等アリ、且協議離婚ガ實ハ專權離婚ニアラザルコトヲ確ムル法律上ノ保障頗ル薄弱ナルヲ憾ム。

第一 協議上ノ離婚

一〇八 夫婦ハ其協議ヲ以テ離婚ヲ爲スコトヲ得(八〇八)。滿二十五年ニ達セザル者ガ之ヲ爲スニハ其婚姻ニ付キ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ同意ヲ得

一〇八。
協議離婚

ルコトヲ要ス(八〇九)。即チ夫婦ノ一方ト現在家ヲ同ジクセザル實家ノ父母ノ同意ヲモ要スルコト、男子ニ付テ同意ヲ必要トスル年齢ヲ婚姻ノ場合ヨリ低下シテ女子ト齊一ナラシメタルコト、及ビ家族ノ離婚ニ付テハ婚姻ノ場合ノ如ク戸主ノ同意ヲ必要トセザルコト(七五〇)ニ注目スベシ。又禁治産者ノ離婚ハ其ノ婚姻ノ場合ト同様其後見人ノ同意ヲ要セズ(八一〇)。離婚ハ婚姻ト同様ノ法式ヲ以テ市町村長ニ之ヲ届出ヅルニ因リテ其效力ヲ生ジ(八一〇・八一〇・八一〇)四、婚姻ノ場合ノ如キ特別ノ無効取消ナク、一般原則ニ從ヒテ無効トナリ又ハ取消サレ得ベク、即チ取消ハ意思表示ヲ以テ足りテ訴ヲ要セズ、又取消ハ遡及效ヲ有ス(九三——九六・一一九——一二三)。

一 民法第八〇九條ノ「同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者」トハ何人ヲ云フカ。

二 離婚ガ詐欺ニヨリテ行ハレタル後、當事者ノ一方ガ善意ノ第三者ト再婚セリ。其離婚ハ取消サレ得ベキカ。

三 夫婦ガ協議離婚ヲ爲シ、夫婦財産契約ヲ變更又ハ新定セル上ニテ再ビ相婚セリ。離婚及ビ夫婦財産契約ノ效力如何。

一〇九 斯ノ如ク協議離婚手續ト婚姻手續トハ大體ニ於テ同様ニ規定セラレタリ。或法律關係ヲ解除スルニハ之ヲ設定セルト同様ノ手續ニ依ルベシトノ思想從來ノ立法家間ニ行ハレタルモノ、如ク協議離婚ニ婚姻ノ規定ヲ準用セルモ或ハ多少此思想ニ支配セラレタルモノカ。然レドモ此原則ハ必シモスベテノ場合ニ正當ト云フベカラズ。元來婚姻ヲ許ス以上必ズ協議離婚ヲ許サザルベカラザル當然ノ理論アルニアラズ。故ニ之ヲ許スニシテモ其濫行ヲ防止スルニ足ルベキ特別ナル手續規定アリテ然ルベキナリ。而シテ離婚ノ場合ノ當事者ノ一方タル妻ハ實際上其他方タル夫ノ勢力下ニアルモノナルヲ以テ協議離婚ノ手續上最モ必要ナルハ離婚ガ果シテ妻ノ完全ナル自由意思ニ基ケルカ否カラ確ムル手段ナリト云ハザルベカラズ。然ルニ我民法及ビ戶籍法ノ規定ハ全然此目的ニ適ハズ、現ニ妻ノ不知ノ間ニ離婚届ガ提出受理セラレタル實例アリ(明治四四年十月九日東京地方裁判所判決「法律日々」一五九號)。要スルニ我民法ノ協議離婚手續ガ餘リニ簡單容易ニ過ギザルカハ問題トナスニ足ルベク、余輩ハ假ニ協議離婚ニハ當

事者雙方ガ自身出頭シテ市町村長又ハ區裁判所判事ノ面前ニ於テ意思表示ヲ爲スコトヲ必要トスルノ改正意見ヲ提出セントス。

第二 裁判上ノ離婚

一一〇 裁判上ノ離婚トハ、法定原因ニ基キテ夫婦ノ一方ヨリ他方ニ對シテ訴訟ヲ提起シ、裁判所ノ判決ニ依リテ婚姻ガ解消スルヲ云フ。我民法ハ裁判離婚ノ原因ヲ列擧シ、夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限り離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトセリ(八一三)。

(一) 配偶者ガ重婚ヲ爲シタルトキ 重婚ヲ原因トシテ離婚ヲ請求シ得ルハ重婚者ニアラザル前婚ノ配偶者ナリ。而シテ後婚ガ取消サレタルト否ト、及ビ重婚者ガ處罰セラレタルト否トヲ問ハズ(刑一八四)。

(二) 妻ガ姦通ヲ爲シタルトキ

(三) 夫ガ姦淫罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルトキ 即チ妻ノ姦通ハ直チニ離婚原因トナルモ、夫ハ有夫ノ婦ト通ジ又ハ刑法(一七七一八三)ニ規定スル姦淫

罪ヲ犯シテ處刑セラル、ニアラザレバ妻ヨリ離婚ヲ訴求セラル、コトナシ。此不公平ニ對シテ抗議スル一派ノ論者アリ。余モ亦之ニ贊ス。反對論者ハ妻ノ姦通ト夫ノ姦通トハ大ニ情狀ヲ異ニスト論ズ。然カモソハ姦通ノ結果ノ差違ニシテ、姦通其モノガ夫婦間ノ德義ノ重大ナル違反ナルコトニ至ツテハ敢テ差別ナキナリ。但前記ノ論者ガ併セテ刑法第一八三條ノ不公平ヲ説キ、夫ノ姦通ヲモ妻ノ姦通ト同様ニ處罰スベシト論ズル點ニ至ツテハ、違ニ之ニ贊成スル能ハズ。夫ノ姦通ハ妻ノ姦通ト社會的意義ヲ異ニシ、社會ノ道德觀念ハ未ダ之ヲ妻ノ姦通ノ如キ惡事ト認メザルヲ以テ、刑法ハ之ヲ處罰スルコト能ハザルナリ。

(四) 配偶者ガ偽造、賄賂、猥褻、竊盜、強盜、詐欺、恐喝、横領又ハ贓物ニ關スル罪若クハ刑法第一八六條第二項第二六二條ニ掲ゲタル罪ニ因リテ罰金以上ノ刑ニ處セラレ又ハ其他ノ罪ニ因リテ懲役三年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ民法第八一三條第四號ハ舊刑法時代ノ規定ナルヲ以テ、新刑法ニ適應シテ

解釋セザルベカラズ(刑施一九—二三・二九三〇)。コ、ニハ此趣旨ニヨリテ

正文ヲ書キ改メタリ。舊刑法第一七五條新刑法第二六二條ノ犯罪ヲ離婚原因トナセルノ適否ハ大ニ疑フベシ。

(五) 配偶者ヨリ同居ニ堪ヘザル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

(六) 配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ 遺棄トハ同居義務ノ不履行ナリ。必シモ扶養義務ノ不履行ヲ伴フヲ要セズ。

(七) 配偶者ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

(八) 配偶者ガ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ

(九) 配偶者ノ生死ガ三年以上分明ナラザルトキ

(二) 培養子縁組ノ場合ニ於テ離縁アリタルトキ又ハ養子ガ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ離縁若クハ縁組ノ取消アリタルトキ(七八六參照)

設同一 民法第八一三條第六號ニ於ケル「惡意」ノ意義如何。

一、有責主義
二、目的主義

二 同條第十號ニ於ケル「家女」ノ意義如何。

三 配偶者ガ民法第八一三條第四號所定ノ刑ノ言渡ヲ受ケタルモ、其執行ヲ猶豫セラレタル場合ニ、同條ノ適用ヲヤ。

一、不離婚訴訟
二、受理原因

一、一 離婚原因ヲ定ムル標準ニ付テハ、配偶者ノ一方ノ非行殊ニ婚姻義務ノ違反ヲ必要トスル所謂「有責主義」(Verschuldungsprinzip)ト婚姻ノ目的ヲ達スル能ハザル事情ニ重キヲ措キテ當事者ノ責任ノ有無ヲ問ハザル「目的主義」トモ名クベキモノトアリ得ベシ。後ノ見解ヲ正當トス。我民法ノ離婚原因ノ規定ハ大體ニ於テ目的主義ナリト云フコトヲ得ベキモ、獨民法(一五六九)スイス民法(一四二)ノ如ク配偶者ノ一方ノ不治ノ精神病ヲ離婚原因トナサザル點ニ於テ、未ダ純然タル目的主義ナリト云フベカラズ。此最後ノ離婚原因ヲ認ムベキカ否カハ法律道德ノ關係上興味アル研究問題ト云フベシ。

一、二 法定離婚原因ガ存在スルニモ拘ラズ離婚訴訟ヲ提起シ得ザル場合アリ。其離婚訴訟不受理原因左ノ如シ。

- (1) 離婚原因ニ對スル同意(八一四ノ一)
- (2) 離婚原因ノ宥恕(八一四ノ二) (法學協會雜誌第二七卷第六號第七號「離婚原因ノ宥恕」)
- (3) 同一事由ノ存在(八一五)
- (4) 期間ノ經過(八一六八一八ノ二、民施七〇ノ二)
- (5) 配偶者ノ生死ノ分明(八一七)
- (6) 離婚請求權ノ拋棄(八一八ノ二)

- 設問一 宥恕ト同意トノ差違如何。
- 二 宥恕ハ法律行為ナリヤ。
- 三 宥恕ト訴權ノ拋棄トノ差違如何。
- 四 民法第八一五條ノ立法理由並ニ可否如何。
- 五 民法第八一六條ノ立法理由如何。

一、三 離婚訴訟手續人訴一——一八、民八一八ノ一、戸一〇五 裁判離婚ノ場合ニハ離婚ノ效果ハ裁判確定ノ日ニ發生ス。届出ニ因リテ發生スルニアラズ。

一、四 裁判上ノ離婚ト婚姻ノ取消トハ其效果ニ於テ殆ド相同ジ(七八七)。

一、三、離婚訴訟
手續

一、四。

然レドモ取消ハ左ノ諸點ニ於テ離婚ト異ナル。

- (1) 原因ガ婚姻當時ニ存在セルコト
- (2) 夫婦以外ノ者ヨリモ之ヲ請求シ得ルコト
- (3) 夫婦ノ一方ノ死亡シタル後ニ於テモ行ハレ得ルコト(七八〇)

第三 法律上ノ離婚

一一五 民法第八七六條ニ依レバ、夫婦ガ養子トナリ又ハ養子ガ養親ノ他ノ養子ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ、妻ガ離縁ニ因リテ養家ヲ去ルベキトキハ、夫ハ選擇ニ從ヒ離縁又ハ離婚ヲ爲スコトヲ要ス。即チ一方ヨリ云ハ、夫ハ選擇ノ自由ヲ有スルガ如キモ、他方ヨリ云ハ、夫ハ或程度ニ於テ法律上離婚ヲ強要セラル、モノタリ。故ニ假ニ名ケテ法律上ノ離婚ト云フ。此離婚ハ果シテ協議離婚トシテ爲サルベキモノナルカ、將タ裁判離婚トシテ行ハルベキモノナルカ。妻ガ離婚ニ同意スルトキハ協議離婚ノ届出ヲ爲スコトヲ得ベキモ、モシ妻ガ其届出ヲ爲スコトヲ肯ゼザルトキハ夫ハ裁判所ニ離婚ヲ請求スルノ已ムヲ

得ザルニ至ルベシ。民法ガ此等ノ點ニ關スル細規ヲ缺クハ不備ト云フベキナリ。

第四 離婚ノ效果

一一六 離婚ハ將來ニ對シテ當事間ノ婚姻關係ヲ消滅セシム。其ノ身分上及ビ財産上ノ效果ノ主要ナルモノ左ノ如シ。

- (一) 復籍(七三九七四〇)。
 - (二) 夫婦タルニ基ク權利ヲ喪ヒ義務ヲ免ル。
 - (三) 妻ノ無能力ノ消滅。
 - (四) 夫婦財産關係ノ解除。
 - (五) 再婚ノ可能、但二三ノ制限アリ(七六七七六八七七〇)。
 - (六) 姻族關係及ビ繼親子嫡母庶子關係ノ消滅(七二九ノ一)。
- 而シテ民法ハ子ノ監護ニ關シテ特別ノ規定ヲ設ケタルガ(八一二八一九)實子及ビ養子ノ身分及ビ戸籍ハ父母ノ離婚ニ因リテ毫モ變動スルコトナシ。即チ婚

姻中ニ妻ノ懐胎シタル夫ノ子ハ離婚後ニ出生スルモ夫ノ嫡出子タルヲ喪ハズ。又父母ノ婚姻ニ因リ又ハ婚姻中ニ父母ガ認知シタルニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得セル子ハ、父母ノ離婚ニ因リテ其身分ヲ喪失スルコトナシ。

第七章 親子

第一節 實子

第一款 嫡出子

一七。嫡出ノ推定

一七。嫡出子トハ婚姻ニ因リテ出生シタル子ヲ云フ。婚姻ニ因リテ出生シタリト云ハソノガ爲メニハ、

- (1) 父母ノ間ニ婚姻アリタルコト、
- (2) 其子ガ母ノ所生ナルコト、
- (3) 其子ガ夫ノ子ナルコト、及ビ
- (4) 懐胎ガ婚姻中ニ起リタルコト

ヲ必要トス。而シテ(1)及ビ(2)ハ容易ニ證明スルコトヲ得ベキモ、(3)及ビ(4)ハ到底正確ニ證明スルコトヲ得ズ。且普通ノ原則ニ從ヒテ嫡出ノ事實ヲ主張スル

者ニ其舉證ノ責任ヲ負ハシムルハ、實ニ酷ナルノミナラズ頗ル社會ノ秩序ニ反ス。故ニ民法ハ此點ニ關シテ法律上ノ推定ヲ設ケタリ(八二〇)。即チ婚姻成立ノ日ヨリ二百日後婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日內ノ期間ニ妻ガ生ミタル子ハ婚姻中ニ懐胎セラレタル夫ノ子ト推定スルナリ。然ルニ女ガ再婚禁止期間内ニ再婚ヲ爲シテ新婦成立ヨリ二百日後前婚解消ヨリ三百日內ノ期間ニ子ヲ生ミタルトキハ、前記ノ推定ニ依リテ其子ノ父ヲ定ムルコト能ハザルガ故ニ、裁判所ノ認定ヲ仰グベキモノトス(八二一・人訴二七三〇)。

設問 夫婦ガ事實上永年引續キ別居シ居ル場合ニモ、民法第八二〇條ノ推定ヲ爲スベキカ。

一一八 婚姻前ニ懐胎セラレ婚姻後ニ出生シタル子ハ夫婦間ノ子ナルコトガ明白ナル場合ニモ、前段ノ理論ヨリ嚴格ニ云ハ、一應ハ私生子ト見ザルベカラズ。然レドモ斯ノ如キハ民法ガ所謂準正(八三六ノ一)ヲ認メタル精神ニモ反シ、實際ノ事情ニモ適セズ。故ニ嫡出子ナルコトハ之ヲ廣義ニ解シテ此場合ヲ

一一八。
婚姻前懐胎ノ子

モ包含セシムルヲ穩當ト信ズ。或ハ民法ハ此場合ヲ第八三六條第二項中ニ包含セシムル精神カトモ思ハル(戸八三)。然ラザルニセヨ此戶籍法ノ規定ヨリ推スモ此場合ニハ直チニ嫡出子出生届ヲ爲シ得ベキモノナルヲ知ルベシ。唯ダ斯ノ如キ嫡出子ハ第八二〇條ノ推定ノ利益ヲ享ケザルヲ以テ、其嫡出ヲ主張スル者ニ於テ之ヲ立證セザルベカラザルナリ。懐胎期間ノ同棲ト婚姻後ノ出生トノミニ基キテ嫡出推定ヲ與フル獨民法ノ規定(一五九一)ガ、或ハ事宜ニ適セルモノナルベキカ。

一一九 第八二〇條ノ推定ヲ受クル子ハ夫ノ爲ス訴ニ依ルノ外其嫡出ヲ否認セラル、コトナシ。但夫ガ禁治産者ナルトキハ其後見人ガ親族會ノ同意ヲ得テ、又夫ノ死後ハ其子ノ爲メニ相續權ヲ害セラレベキ者其他夫ノ三親等內ノ血族ヨリ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得。否認ノ訴ハ確認ノ訴ニシテ、子又ハ其法定代理人或ハ特別代理人ニ對シテ之ヲ爲ス。子ノ出生前又ハ死亡後ハ之ヲ提起シ得ザルモノト解釋セザルベカラザルガ如シ(八二二・八二三・人訴二七一・二

一一九。
嫡出否認ノ訴

NT

庶子
私生子

一〇二〇
私生子及
庶子

九三九一八。而シテ此嫡出否認權ハ子ノ出産後ニ於ケル嫡出ノ承認(出生届ハ承認ニアラズ)又ハ一定期間ノ經過ニ因リテ消滅ス(八二四—八二六、七三)。(并田博士親族法相續法論再版二〇八頁以下)

第二款 私生子及庶子

一〇二〇 婚姻外ノ懐胎ニ因リ婚姻關係ナキ男女ノ間ニ出生シタル子ヲ私生子ト云フ。即チ婚姻外ニ懐胎セラレタルモ其父母ガ婚姻ヲ爲シタル後出生セル子及ビ婚姻中ニ懐胎セラレ其父母ノ婚姻ガ解消セル後出生セル子ハ私生子ト見ザルノ義ナリ。私生子ト其父母トノ法律關係ヲ如何ニ定ムベキカハ重大ナル社會問題ニシテ、諸國ノ立法例大ニ異ナル。我民法ハ父ガ其私生子ヲ認知シテ之ヲシテ自己ト法律上ノ親子關係ヲ生ゼシメ得ルコトヲ認ム。而シテ父ガ認知シタル私生子ヲ特ニ庶子ト名ケテ相續關係等ニ付キ普通ノ私生子ヨリモ大ナル權利ヲ與ヘタルハ、我民法ノ特例ト云フベシ(八二七ノ二)。但庶子トハ父ニ對スル名稱ニシテ實母ニ對シテハ常ニ私生子ト稱スベキモノナルコトヲ

注意スベシ。尤モ夫ノ庶子ト妻トノ間ニハ嫡母庶子ノ名稱及ビ關係アルコト前述セル所ナリ。庶子及ビ私生子ハ家籍關係及ビ相續關係ニ於テ嫡出子ト其權利ヲ異ニス(七三五、九七〇、九七二、一〇〇四)。按ズルニ歐洲諸國ノ法律ハ婚姻ヲ重ンジ野合ヲ惡ムノ結果私生子ニ酷トナリ、又均分相續制度ナルガ故ニ嫡出子ノ相續利益ヲ侵害スルコトヲ恐レテ私生子ニ相續權ヲ認メザルノ制度ヲモ生ゼルモノナルベシ。然ルニ我國ニテハ、繼嗣ヲ重ンジ男系ヲ宗トセル家族制度ノ沿革上、私生子中更ニ庶子ナル階級ヲ生ジ、庶子ハ勿論普通ノ私生子モ西洋諸國ノ私生子ニ比シテ其位置大體優良ナリ。蓋シ私生子酷遇主義ハ營ニ無事ノ私生子ニ苛酷ナルノミナラズ、却ツテ風紀維持ニ害アリトモ云フコトヲ得ベク、且適當ノ保護者扶養者ナキ私生子ガ多キコトハ社會ノ大害ナルヲ以テ、我國ノ私生子優遇主義ガ大體ニ於テ社會政策ニ適合セリト云フベキカ。

設問 婚姻前ニ懐胎セラレ婚姻解消後ニ出生セル子ハ、嫡出子ナルカ、私生子ナルカ。

一〇二 認知トハ或人ガ或私生子ノ父タルコト又ハ母タルコトヲ承認スル單獨行爲ヲ云フ(八二七ノ一)。但私生子ニ付テモ母子ノ關係ハ普通出生ニ因リテ定マルモノニシテ、母ガ認知ヲ爲スハ寧ロ稀ナル事例ト云フベキナリ。

認知ハ父又ハ母ガ自ラ爲スベキモノニシテ、代理人ヲシテ之ヲ爲サシメ得ベキニアラズ、又父又ハ母ガ無能力者ナルトキモ法定代理人ノ同意ヲ要セズ(八二八)。被認知者ハ他ノ父ニヨリ又ハ母ニヨリテ認知セラレ居ラザル私生子タルヲ要スルコト勿論ナルガ、之ガ未成年者ナル場合ニハ其意思ヲ顧ミズシテ之ヲ認知スルコトヲ得成年者ナル場合ニハ其承諾アルニアラザレバ之ヲ認知スルコトヲ得ズ(八三〇)。此ノ如ク成年期ヲ以テ被認知者ノ意思ヲ尊重スルト否トノ境界トセル當否ハ疑フベク、或ハ養子縁組ノ場合ノ例(八四三)ニ準ジテ十五歳ヲ以テ境界トスルヲ適當トスベキカ。父ハ胎兒ヲ認知スルコトヲ得。胎兒ノ出生ニ先チテ父ガ死亡スベキ場合等ニ實用アルベシ。然レドモ胎兒ノ認知ハ直接ニ其母ヲ指示シテ之ヲ爲スモノナルヲ以テ母ノ意思ヲ尊重シテ其承諾ヲ

要件トセリ(八三一ノ一)。父又ハ母ハ死亡セル子ヲモ認知スルコトヲ得。然レドモ死亡者ニ直系卑屬ナキ場合ニ認知ヲ許ストキハ、認知者ガ自己ノ相續上ノ利得ノ爲メニ之ヲ爲ス弊害アルベキヲ以テ、死亡者ニ直系卑屬アルコト、且其直系卑屬ガ成年者ナルトキハ其承諾ヲ得ルコトヲ以テ要件トセリ(八三一ノ二)。

認知ハ市町村長ニ對スル届出又ハ遺言ニ依リテ之ヲ爲ス(八二九、八〇一、八三〇、八三二、八三三)。而シテ認知ノ效力ハ出生ノ時ニ遡ル。故ニ例ヘバ第七三三條ノ規定ノ適用アリ。又庶子間私生子間ノ相續順位ハ認知ノ先後ニ依リテ定マルコトナシ。然レドモ認知ノ遡及效ハ第三者ガ既に取得シタル權利ヲ害スルコトナシ(八三二)。

認知ヲ爲シタル者ハ之ヲ取消スコトヲ得ズ(八三三)。但認知ハ總則ノ規定ニ依リテ無効トナリ又ハ取消サル、コトアルベク(九五、九六)、然カモ其無効ノ主張及ビ取消ハ單ニ意思表示ニヨリテ爲スベキモノニアラズシテ訴ヲ以テセザルベカラザルナリ(八二七)。尙ホ認知ノ遺言ガ取消サル、ハ(一一二、四以下)別問

題ニシテ、一旦效力ヲ生ジタル認知ガ取消サル、モノニハアラズ。

認知ハ被認知者其他ノ利害關係人ニ取リテモ重大ナル問題ナルヲ以テ、認知者ノ意思ニノミ一任スベキニアラズ。故ニ民法ハ子其他ノ利害關係人ガ認知ニ對シテ反對ノ事實ヲ主張スル權利、及ビ子、其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人ガ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ請求スル權利ヲ認メタリ。而シテ此等ノ權利ハ結局訴ニヨリテ實現セラルベキモノトス(八三四八三五人訴二七)。後ノ場合ニハ裁判ノ確定ニ因リテ直チニ認知ノ效力ヲ生ズ(戶八四)。之ヲ裁判上ノ認知又ハ強制認知ト云フ。

父ト其私生子トノ間ノ法律上ノ親子關係ハ、事實上ノ父子關係ノ確定ニ因リテ發生スルモノニアラズシテ、認知ニ因リテノミ發生ス。故ニ父ノ生前ニ認知ナカリシ場合ニハ、其死後ニ至リテ法律上ノ親子關係ヲ發生セシムルノ途ナキナリ。之ニ反シテ、私生子ト其母トノ間ノ法律上ノ親子關係ハ認知又ハ分娩ノ事實ニ因リテ發生ス。故ニ母ガ認知ヲ爲サル場合ニハ、認知ヲ請求スルノ外、

民法第八三〇條及ビ第八三一條ノ場合ニモ、認知ハ單獨行爲ナリト云ヒ得ルカ。

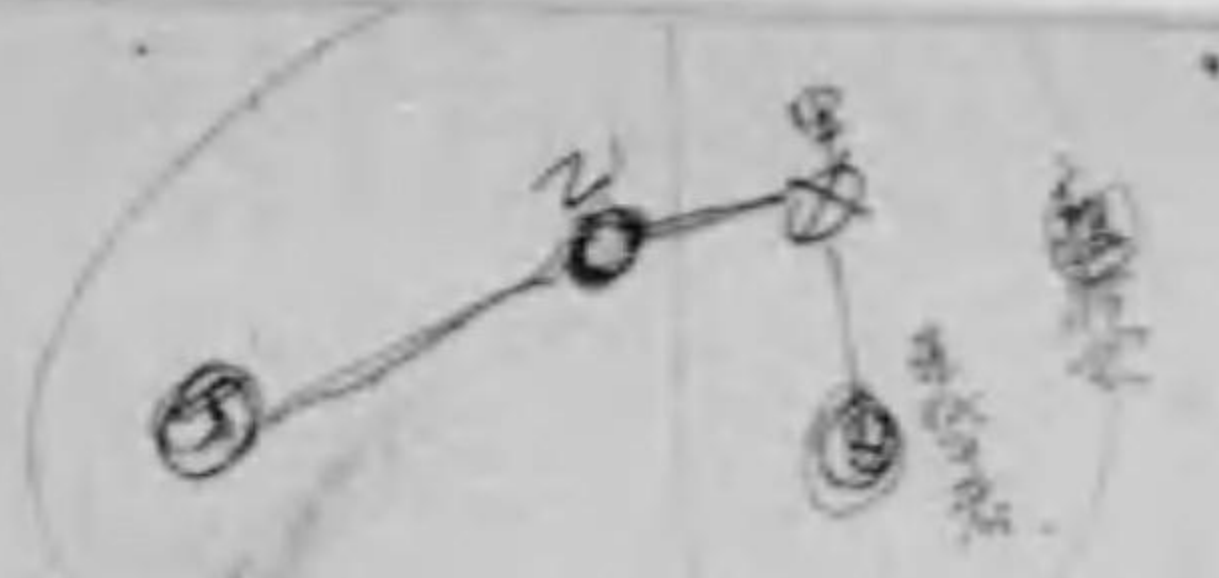
分娩ノ事實ニ對スル確認ノ訴ニ依リテモ親子關係ヲ確定スルコトヲ得。而シテ後者ハ母ノ死亡後ニモ行ハル。

數同一 民法第八三〇條及ビ第八三一條ノ場合ニモ、認知ハ單獨行爲ナリト云ヒ得ルカ。

- 二 死亡セル子ヲ認知セントスル場合ニ、其子ニ成年ノ直系卑屬數人アリテ、其一部ハ認知ヲ承諾シ、他ハ承諾セズ。認知ノ效力如何。
- 三 民法第八三二條ニ「出生ノ時ニ過リテ」ト云フハ、胎兒認知ノ場合ニ不適當ニアラズヤ。
- 四 認知ニ對シテ反對ノ事實ヲ主張スル訴ト認知無效ノ訴(人訴二七)トノ區別如何。
- 五 子ノ直系卑屬ハ如何ナル場合ニ認知ヲ請求シ得ルカ。
- 六 戸主タル私生子ヲ認知セルトキハ、民法第七三三條ノ適用如何。
- 七 胎兒ノ認知ヲ請求シ得ルカ。

一一三三。

一一三二 私生子ガ其父母ニヨリテ認知セラレ、即チ所謂庶子トナリタル後、父母ガ婚姻ヲ爲スコトアリ。又或男女ガ婚姻ヲ爲シタル後其婚姻前所生ノ子ヲ



認知スルコトアリ。民法ハ此場合ニ所謂「準正」(legitimatio per subsequens matrimonium)ノ效果ヲ認め、前場合ニハ庶子ハ父母ノ婚姻ノ時ヨリ、後場合ニハ私生子ハ認知ノ時ヨリ、嫡出子タル身分ヲ取得スルモノトシ、其效果ハ庶子ガ父母ノ婚姻前ニ死亡セル場合ニモ發生シ、又既ニ死亡セル私生子ガ父母ノ婚姻後認知セラレテ、其直系卑屬ガ嫡出孫タル身分ヲ取得スルコトアルベシ(八三六・九七〇ノ二、戸八三三)。歐米諸國ノ法律中ニハ、婚姻尊重主義ヨリシテ準正ヲ認めザルモノアリ(英)。又養子ニ關スル嚴格ナル制限ヲクハル手段トナルコトヲ恐レテ婚姻中ノ認知ヲ許ササルモノアリ(佛、伊、蘭)。然レドモ我民法ハ、一方ニ於テハ子ノ利益ヲ重ンジ、他方ニ於テハ野合關係ニ在ル男女ガ婚姻關係ニ移ルコトヲ獎勵スル趣旨ヲ以テ準正ノ制度ヲ採用セリ。

設問 民法第八三六條ニ依リテ同時ニ嫡出子タル身分ヲ取得セル者數人アルトキハ、民法第九七〇條第二項ノ適用如何。

第二節 養子

一二三。
養子制度
ノ可否

一二三 養子制度ハ祖先崇拜制度家族制度封建制度ニ於テ缺クベカラザル所トシテ發達シタルモノナリ。故ニ今日ニ於テハ其存在ノ直接ノ必要ハ既ニ消滅シタルモノト云フベク、且或ハ人倫ノ自然ニ反スルモノトシテ、或ハ婚姻尊重主義ニ反スルモノトシテ、或ハ養子トナル者ノ人格及ビ意思ヲ無視スルモノトシテ、之ヲ非難スル議論モ少カラザルヲ以テ、歐米諸國ノ法律ハ或ハ之ヲ認めズ、或ハ其條件及ビ效果ニ大ナル制限ヲ加ヘ、實際上モ甚ダ多クハ行ハレザルモノ、如シ。然レドモ我國ニ於テハ家族制度ハ尙ホ維持セラレ、隨ツテ養子制度ハ一般ニ重要視セラル、ヲ以テ、我民法ハ此制度ヲ認め、大ナル制限ヲ加フルコトナク、充分ナル效果ヲ附與セリ。(法學協會雜誌第三〇卷第一〇號「養子正否論」)

一二四 養親養子ノ關係ハ一ノ法定血族關係ナリ。此關係ヲ生ズル行爲ヲ養子縁組ト云フ(七二七)。即チ養子縁組トハ當事者ノ一方ガ其他方ノ家ニ在

一二四。
養子縁組

嫡出子タル身分ヲ取得スルコトヲ目的トスル合意ヲ云フ(八六〇八六一)。故ニ從來全然親族關係ナカリシ者又ハ親子關係ナカリシ者ヲ養子トナシ得ルハ勿論、自己ノ庶子私生子ヲモ養子トナスコトヲ得ベク、又自己ノ嫡出子ニシテ家ニ在ラザル者ヲ養子トシテ家ニ入ル、ノ利益モ亦存ス(九七二)。而シテ法律行為ハスベテ當事者ノ意思ヲ必要トスルハ私法上ノ大原則ト云フベク、且身分上ノ行為ニ付テハ殊ニ本人ノ意思ヲ尊重シ、法定代理人ト雖モ其意思ヲ代表シ又ハ補充スルコトヲ認メザルモノナルニ、養子縁組ニ關シテハ、當事者タルベキ配偶者ノ一方ガ其意思ヲ表示スルコト能ハザル場合、及ビ養子トナルベキ者ガ十五年未滿ナル場合ニ、此大原則ニ對スル例外ガ認メラレタルヲ注目スベシ(八四二八四三)。然レドモ當事者以外ノ者ガ養親子タルコトヲ得ザルハ無論ニシテ、養父ガ養子縁組後迎へタル妻ハ其養子ノ養母ニアラズ、又養母ガ養子縁組後迎へタル入夫ハ其養子ノ養父ニアラザルナリ。

一二五。養子縁組ノ要件

一二五 養子縁組ノ實質的要件ハ左ノ如シ。

- (一) 當事者ニ養子縁組ノ意思アルコト(八五一)
- (二) 養親ガ成年者ナルコト(八三七) 而シテ夫婦ガ養子ヲ爲サント欲スルトキハ其双方ガ成年者ナルコトヲ要ス(八四一ノ一)。實子ヲ得ル望ナキ場合ニノミ養子ヲ爲スコトヲ許ス趣旨ヲ以テ、養親ノ年齢ヲ四十歳以上五十歳以上等ト限定スル立法多キモ、我民法ハ唯ダ養子ヲ爲ス者ガ其行為ヲ爲スニ充分ナル知慮アルコトノミヲ以テ標準トセリ。又純粹ノ家族制度ヨリ云ハ、戸主ノミガ養子ヲ爲シ得ベキモノナランガ、民法ハ戸主タルト家族タルト男子タルト女子タルト既婚者タルト未婚者タルトヲ問ハズ養子ヲ爲シ得ベキモノトセリ。
- (三) 養子ガ養親ニ對シテ尊屬又ハ年長者ニアラザルコト(八三八) 養親ト養子トノ間ニ實親子ニ準ズル十五年十八年等ノ年齢ノ懸隔ヲ必要トスル立法アルモ、我民法ハ採ラズ。故ニ兄ガ弟ヲ養子トナスコトモ可能ナリ。又「異性不養」ノ類ノ制限ヲモ設ケズ。未成年者ヲ養子ト爲スコトヲ得ズトスル立法例ニモ做ハザリキ。而シテ十五年未滿ノ者ガ養子トナルニハ、タトヒ意思能力アルモ自

ラ養子縁組ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ズ家ニ在ル父母ガ代リテ之ヲ爲スベキモノトス(八四三・八四四・八四六)。

(四) 男子ヲ養子トスル場合ニハ養親ガ法定ノ推定家督相續人タル男子ヲ有セザルコト(八三九) 此制限ハ不必要ノ場合ニ養子ヲ爲シテ相續關係ノ紛亂ヲ來タスコトナカラシムル趣旨ニシテ、随ツテ法定ノ推定家督相續人タル男子アル者モ婿養子ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ(九七三)。然レドモ此規定ノ趣旨ハ充分徹底セザルガ如シ。(1) 法定ノ推定家督相續人タル嫡出ノ男子アル場合ニ男子ヲ養子トスルモ相續權ノ侵害ヲ生ゼズ(九七〇ノ二)。故ニ此規定ハ法定ノ推定家督相續人タル男子ガ庶子ナル場合ニノミ實效アリ。(2) 法定ノ推定家督相續人ガ私生子ナル場合ニハ、女子ヲ養子トナスニ因リテ其相續權侵害セラル(九七〇)。(3) 胎兒アルモ養子ヲ爲スニ妨ナシ(九六八)。(4) 家族ガ養子ヲ爲ストキハスベテノ場合ニ實子ノ遺産相續利益ヲ害ス。モシ其家族ガ其家ノ法定ノ推定家督相續人ナルトキハ、其家ノ將來ノ家督相續關係ヲ紛亂スベシ。

(五) 養親ガ養子ノ後見人ニアラザルコト(八四〇)。蓋シ後見人ガ私利ヲ圖リ私曲ヲ蔽ハンガ爲メニ被後見人ヲ養子ト爲スノ弊ヲ防ガンガ爲メナリ。故ニ遺言ヲ以テスル養子縁組ハ差支ナシ。

(六) 配偶者ト共ニスルコト(八四一・八四二)

(七) 父母ノ同意ヲ得ルコト(八四四——八四六)

(八) 婿養子縁組ニアリテハ婚姻ガ有效ナルコト(八五八)

其他養子縁組ニハ當事者ノ屬スル家ノ戸主ノ同意ヲ必要トスルモ(七五〇・七

四一) 其成立條件ニアラザルコト婚姻ニ付テ述ベタルト同ジ(八四九)。

設問一 我國ノ舊習タル「順養子」ハ現行民法上適法ナリヤ。

二 養子トナル者ガ夫婦ニシテ其一方ガ養親ノ實子ナル場合ニ、民法第八四一條第二項ノ如キ規定ノ必要ナキカ。

三 民法第八四四條ハ何故ニ第七七二條ニ於ケル如キ年齢上ノ制限ヲ設ケザリシカ。

四 縁組又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入りタル者ガ更ニ婚家又ハ養家ニ在ル者

ノ養子トナル場合ニ、民法第八四五條ノ適用アリヤ。
五 縁組又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入りタル者ガ更ニ婚姻ニ因リテ他家ニ入ラント欲スル場合ニ付テハ、何故ニ民法第八四五條ノ如キ規定ヲ設ケザリシカ。

一二六。養子縁組ノ手續

一二六 養子縁組ニハ其形式上生前養子遺言養子ノ二種アリ。生前養子縁組ハ市町村長ニ對スル届出ニ因リテ效力ヲ生ズ。届出ノ形式手續ハ婚姻ノ場合ニ準ズ(八四七八四九八八——九〇九二)。遺言養子縁組ニアリテモ其届出ハ之ヲ缺クベカラズト雖モ、届出ノ效力ハ養親ノ死亡ノ時ニ遡リテ發生ス(八四八九一)。遺言者ノ生存配偶者ガ遺言ニ因ル養子縁組ニ如何ナル關係アリヤヲ規定セザリシハ民法ノ不備ト云フベシ。又養子縁組ト婚姻トヲ結合シタル婿養子縁組ナル形式ガ存スルコトハ上來引用セル諸般ノ規定ニヨリテ明白ナリ。民法第八三九條但書ニヨレバ更ニ「女婿ト爲ス爲メニスル養子」ナルモノモ存スルノ觀アレドモ、婿養子縁組ヲ云フニ外ナラザルナリ。

一二七。特殊ノ養子縁組

一二七 外國ニ在ル日本人間ノ養子縁組、及ビ外國人ヲ養子トナスコトニ關

シテハ各特例アリ(八五〇明三一法二一號)。有爵者及ビ其家族ノ養子縁組ニハ特別ノ要件アリ(華族令一四・一七・一九)。而シテ我皇室ニハ養子制度ナク、又皇族ハ養子ヲ爲スコトヲ得ズ(皇室典範四二同増補二)。蓋シ養子ハ家族主義的の制度ナリト雖モ、純粹嚴格ノ家族制度ニ於テハ却ツテ其精神ニ反スルモノト云ヒ得ベキナリ。

一二八。養子縁組ノ無効及ビ取消

一二八 養子縁組ノ無効及ビ取消ニ關スル規定ハ婚姻ノ無効及ビ取消ニ關スル規定ト殆ド精神ヲ同ジタセリ(八五一——八五九人訴二四——二六)。即チ養子縁組ノ有效無効ヲ決スルニ付キ最モ重キヲ措クベキハ、當事者ニ養子縁組ヲ爲スノ眞意アリヤ否ヤニシテ、例ヘバ藝妓稼業ノ爲メニ爲シタル養子縁組ヲ無効トセル判例ハ正當ト云フベキナリ。(明治四五年七月七日東京地方裁判所判決其他)

設問 相手方ト通ジテ爲シタル虚偽ノ意思表示ニ依ル養子縁組ノ無効ハ、之ヲ以テ善意ノ第三ニ對抗スルコトヲ得ルカ。

一二九。養子縁組ノ效果

一二九 養子縁組ノ效果左ノ如シ。

- (一) 養子ハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得ス(八六〇・七七五・八四八ノ二)。
- (二) 養子ハ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル(八六一・七四六)。但戸内養子縁組モ亦存ス。
- (三) 養子ト養親及ビ其血族トノ間ニ縁組ノ日ヨリ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ズ(七二七)。
- (四) 縁組ハ婚姻ニ或障碍ヲ生ゼシム(七六九・七七二)。
- (五) 縁組ハ養子ト養親及ビ其他ノ親族トノ間ニ扶養ノ權利義務ヲ生ゼシム(九五四)。
- (六) 縁組ハ養子ヲシテ養親ノ親權ニ服セシム(八七七)。
- (七) 縁組ハ養子ト養親トノ間ニ相續權ヲ生ゼシム(九七〇・九七三・九八四・九九四・九九六)。
- (八) 縁組ハ養子ノ從來ノ親族關係ニ何等ノ影響ヲ及ボスコトナシ。

設同一 民法第九七三條ノ規定ハ如何ナル場合ニ實益アリヤ。

二 婿養子ハ縁組後ニ生レタル養親ノ實男子ニ先チテ養親ノ家督相續人タルコトヲ得ルカ。

一三〇。養子縁組ノ解消

一三〇 婚姻ハ自然ノ事實及ビ人爲ニ因リテ解消スルコト前述ノ如シト雖モ、養子縁組ハ自然ノ事實即チ當事者一方ノ死亡ニ因リテ解消スルコトナク、唯ダ人爲即チ離縁ニ因リテ解消スルノミ(七三〇ノ一)。蓋シ婚姻ハ當事者ノ共同生活關係ヲ目的トス。故ニ當事者ノ一方ノ死亡ハ其目的ノ消滅ニシテ、當然婚姻解消ノ原因タラザルヲ得ズ。随ツテ當事者ノ一方ノ死亡後ハモハヤ離婚ノ問題ヲ生ゼザルナリ。然ルニ養子縁組ハ血統連絡ノ擬制ヲ目的トス。コレ元來人爲的擬制ナルガ故ニ、當事者一方ノ死亡ト云フ如キ自然ノ事實ニ因リテ消滅スベキモノトスルハ、實ニ條理ニ適ハザルノミナラズ、頗ル其ノ實際ノ目的ニ反ス。即チ養親子關係ノ解消原因ハ唯ダ人爲ノ離縁アルノミニシテ、随ツテ當事者一方ノ死亡後ノ離縁モ考ヘ得ベキナリ(八六二ノ三)。

斯ノ如ク婚姻ト養子縁組トハ根本ノ性質ヲ異ニシ、随ツテ解消原因ヲ異ニス
ト雖モ、離婚及ビ離縁其モノニ付テハ民法ノ規定大同小異ナリ。

一三一 第一、協議上ノ離縁(八六二)——八六五、九五——九七九(九) 縁組ノ
當事者ニアラザル者ガ次ノ二場合ニ於テ離縁ノ協議ヲ爲シ得ルコトノ外大體
協議上ノ離婚ノ規定ト同様ナリ。

(1) 養子ガ十五年未滿ナルトキハ、離縁ハ養親ト養子ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲
ス權利ヲ有スル者トノ協議ヲ以テ之ヲ爲ス(八六二ノ二)。

(2) 養親ガ死亡シタル後養子ガ離縁ヲ爲サント欲スルトキハ、戸主ノ同意ヲ得
テ之ヲ爲スコトヲ得(八六二ノ三)。

一三二 第二、裁判上ノ離縁(八六六)——八七三人訴二四——二六、九八) 養
子縁組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限り離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得。

(一) 他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ 養親ガ縁組後ニ迎
ヘタル配偶者トノ間ノ虐待又ハ侮辱ハ離縁原因トナラズ。(三)及ビ(八)ノ離

縁原因ト對照シテ不權衡ナリ。之ヲ養親ニ準ゼザリシハ民法ノ缺點ト云
フベシ。

(二) 他ノ一方ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ 婚姻ノ場合ノ遺棄ハ同居
義務ノ違反ナリ。此場合ノ遺棄ハ結局扶養義務ノ不履行ニ歸著スベシ。

(三) 養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

(四) 他ノ一方ガ懲役一年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ 離婚ノ場合ヨリモ遙
ニ輕キ處刑ガ離縁原因トナルヲ注目スベシ(八一三ノ四號)。

(五) 養子ニ家名ヲ汚シ又ハ家産ヲ傾クベキ重大ナル過失アリタルトキ 家産
トハ養子ノ特有財産以外ノ養家ノ戸主及ビ家族ノ財産ト解スベキカ。

(六) 養子ガ逃亡シテ三年以上復歸セザルトキ 逃亡ノ意義明白ヲ缺ク(二)七參
照)。養家ノ戸主ノ居所指定權ニ服從セザルコト、解スベキカ。

(七) 養子ノ生死ガ三年以上分明ナラザルトキ 養親ニ關スル同一ノ事情ガ離
縁原因トナスベキモノニアラザルハ論ナシ。離婚原因ハ相互的ナルモ、離

縁原因ハ必シモ然ラズ。(五)(六)ノ場合モ同様ナリ。

(八)他ノ一方ガ自己ノ直系尊屬ニ對シ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ

(九)婿養子縁組ノ場合ニ於テ離婚アリタルトキ、又ハ養子ガ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ離婚若クハ婚姻ノ取消アリタルトキ

一三三。法律上ノ離婚

一三三 第三、法律上ノ離婚(八七六) 所謂夫婦養子ノ場合ニハ、養親子關係ガ二個存在スルモノト見ルベク、其一方ノミニ付テ離婚ガ行ハレ得ルモノナルコト、民法第八七六條ノ規定ニ依ルモ明白ナリ。即チ養子タル夫婦ノ一方ト養親トガ協議離婚ヲ爲シ得ベク、又養子タル夫婦ノ一方ニ離婚原因ガ存在スル場合ニハ之ニ對シテノミ離婚ノ訴ヲ提起シ得ベキナリ。而シテ夫ガ離婚ニ因リテ養家ヲ去ル場合ニハ、妻ハ之ニ隨ヒテ養家ヲ去リ(七四五)實際上ノ支障少ナキモ、妻ガ離婚ニ因リテ養家ヲ去ルベキ場合ニハ、夫ハ離婚ヲ欲セズンバ離婚ヲ選擇セザルヲ得ズ。故ニ之ヲ法律上ノ離婚ト名ク。然レドモ夫ハ又必シモ離婚ヲ

一三四。養親ガ夫ナレバ合ノ離婚

爲スヲ要セズ、既ニ戸主トナリタル場合ノ如キハ離婚ヲ爲スコトヲ得ズシテ離婚ヲ爲サルヲ得ザルナリ(八七四)。

一三四 然ルニ養親ガ夫婦ナル場合ニハ、養親子關係ハ一個ト見得ベキヲ以テ、養子ハ養親ノ一方トノミ離婚ヲ爲スコトヲ得ズ。協議離婚ノ一方ノ當事者ハ養親兩人ナラザルベカラズ。然レドモ離婚ノ訴ハ必シモ養親ノ双方ヲ當事者トスル必要ナク、養親ノ一方ニ離婚原因ガ存スル場合ニ其他方ニ對シテ之ヲ提起スルヲ得ベク、又養親ノ一方ニ對シテ例ヘバ養子ガ虐待ヲ爲シタル場合ニ、養親ノ他方ヨリ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ベシ。而シテ養親ノ一方ノミヲ當事者トスル訴ニ因ル離婚ノ判決ハ當然養親ノ他方ト養子トノ養親子關係ヲ消滅セシムルモノト解スルヲ正當ニシテ且便宜ナリトセンカ。但反對ノ判例アリ(明治四二年六月二日東京地方裁判所)。民法及ビ人事訴訟手續法ニ此點ヲ明カニスル規定ナキハ缺陷ト云フベシ。

一三五。戸主ヲ離縁スルヲ得ズ

一三五 養子ガ養家ノ戸主タル間ハ離婚ヲ爲スコトヲ得ズ(八七四)。戸主ノ

地位ヲ重シ任意ニ其地位ヲ去ルコトヲ得ズ、又其意ニ反シテ其地位ヲ奪フコトヲ得ザルヲ民法ノ大原則トスレバナリ。但此規定ニ對シテハ立法的の反對論アリ得ベシ。

設問 婿養子が養家ヲ出テ、分家ヲ爲セル後離縁が行ハレ得ベキカ。此場合ニ離縁が行ハルベキモノトシ且同時ニ婿養子ト其妻トが離婚ヲ爲サバ、養子及ビ其妻ハ各其實家ニ復籍スベキカ。

一三六。
離縁ノ效

一三六 離縁ニ因リテ養子ト養親及ビ其血族トノ親族關係ハ消滅シ(七三〇・七七二)養子ハ實家ニ復籍ス(七三九)。而シテ養子縁組ハ養子ヲシテ實家ニ於ケル家族タル身分ヲ喪失セシムルノミニシテ、其以外ノ身分ヲ喪失セシムルモノニアラズ。故ニ養子ハ離縁ニ因リ其實家ニ於テ有セシ身分ヲ回復ストノ第八七五條ノ規定ハ、第七三九條ノ規定ト重複シテ無意義ナリト云フベク、第三者ガ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ズトノ但書ノ規定モ、家族タル身分ノ回復ガ遡及效ヲ有スルモノニアラザル以上、殆ド云フマデモナキナリ。

設問 三人ノ男子ヲ有スル戸主ノ次男ガ他家ノ養子トナリタル後長男ガ死亡セリ。其後離縁ニ因リテ次男ガ復籍セバ、次男三男イゾレガ其戸主ノ法定ノ推定家督相續人ナルカ。

第三節 親 權

一三七。
親權ト戸主權

一三七 親權ハ父又ハ母ガ家ニ在ル子ニ對シテ有スル身上及ビ財産上ノ監督保護ヲ目的トスル權利義務ノ集合ナリ。純粹ナル家族制度ニ在リテハ親權ハ戸主權ニ包括セラレテ獨立ノ存在ヲ有スル餘地ナキモノナルガ、個人主義ノ發達ト共ニ親權ハ戸主權ト分離シテ之ト併立ス。我國今日ノ法制コレナリ。而シテ純粹ナル個人制度トナルニ及ンデハ戸主權ヲ認ムル餘地ナク、親權獨リ存ス。即チ家族制度ハ戸主權制度ナリ、個人制度ハ親權制度ナリト云フコトヲ得ベシ。然ルニ近來ノ國家社會主義的傾向ハ、子ハ國家ガ其教養ノ任ニ當ルベキモノナリトナシ、親權ハ多少ノ制限干涉ヲ受クルニ至レリ。

設問 親權ト戸主權トノ併立ヲ非難スル論アリ。(法學志林第八卷第三號岡村司
第七章 親子
一一九)

博士親權ト戸主權。當否如何。

一三八。親權ノ進化

一三八 親權ハ又親ノ利益ヲ目的トスル制度ヨリ進化シテ、子ノ利益保護ノ制度トナレリ。又包括的ノ權力ヨリ進化シテ個々ノ權利義務ノ集合トナリ、親權ヲ行フコト自身モ親ノ權利タルト同時ニ又其義務トナレリ。即チ親權ノ歴史ハ子ノ權利ノ擴張史ナリト云フコトヲ得ベシ。

一三九。親權者

一三九 親權關係ノ存在ニハ當事者間ノ親子關係ト家ヲ同ジクスルコト、ヲ必要トス。親權者ハ第一次ニ父第二次ニ母ナリ。古代ニ在リテハ親權ハ父ニノミ屬セシガ、親權ガ子ノ利益ヲ目的トスル制度トナルニ及ンデ母ノ親權モ認めラル、ニ至レリ。「スイス民法ノ如キハ父母ハ共同シテ親權ヲ行フベキモノトスルモ、我民法ハ監督保護ノ不統一ヲ慮リテ、親權ヲ一人ニ專屬セシムル主義ヲ採レリ。即チ父ガ親權ヲ行フヲ原則トシ、父ガ知レザルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フコト能ハザルトキハ、母ヲシテ親權ヲ行ハシム(八七七)。親權ヲ行フコト能ハズトハ、事實上行ヒ得ザルト法律上行ヒ得ザ

一四〇。親權ニ服スル子

ルトヲ併セ云フ。法律上行ヒ得ズトハ、後述親權喪失ノ宣告ヲ受ケタル場合及ビ禁治産者又ハ準禁治産者タル場合ナリ。(但準禁治産者ニ付テハ疑アリ。三〇、治産者ト親權) 未成年者ナルコトハ親權者タルヲ妨グズ。唯ダ其法定代理人ガ親權ヲ代理行使ス(八九五九三四ノ二)。同一ノ家ニ各種ノ父母ガ併存スル場合ニハ、養父母ハ實父母ニ先チ、實父母ハ繼父母嫡母ニ先ツコト當然ナルベシ。繼父繼母又ハ嫡母タル親權者ハ後見人ト同様ノ制限監督ヲ受ク(八七八)。

一四〇 親權ニ服スル者ハ未成年ノ子及ビ獨立ノ生計ヲ立テサル成年ノ子ナリ(八七七ノ一)。然レドモ成年ノ子ニ對スル親權ガ殆ド有名無實ナルコトハ、後述親權ノ内容ニ見テモ知ルベク、成年ノ子ニ對スル親權者ガ缺クルモ後見開始スルコトナキナリ(九〇〇)。

一四一。親權ノ範圍

一四一 親權ハ父母タル身分ニ基キテ存スル權利義務ナルモ、斯ノ如キ權利義務ガスベテ親權ナリトハ云フベカラズ。例ヘバ相續ニ關スル權利等ハ勿論、扶養ノ權利義務、子ニ對スル各種ノ同意權ノ如キモ親權ニアラズ。何トナラバ、

或ハ家ヲ同ジクスルコトヲ要件トセズ、或ハ獨立ノ生計ヲ立ツル子ニ對シテモ行ハレ、又或ハ父母同時ニ之ヲ有スレバナリ。此等ノ親權ニアラザル父母ノ權利義務ハ親權喪失ノ宣告ニ因リテ消滅セズ。然レドモ又親權ハ民法親權章下ニ規定セルモノ、ミニ限ルトナスベカラズ。法令中父又ハ母ガ子ノ親權者トシテ又ハ法定代理人トシテ或私法上ノ行為ヲナスコトヲ規定セル場合ノ權利義務ハ、同ジク親權ノ内容ヲナスモノト見ザルベカラザルナリ(七三七ノ二八三五等)。

設問 小學校令第三二條ニ依リ學齡兒童ヲ就學セシムル親權者ノ義務ノ性質如何。

一四二。親權ノ内容

一四二 親權ノ内容ヲナス權利義務ニハ、子ノ身上ニ關スルモノト、子ノ財産ニ關スルモノトノ區別ヲナスコトヲ得ベシ。

第一、子ノ身上ニ關スル權利義務

(一) 未成年ノ子ノ監護及ビ教育ヲ爲ス權利義務(八七九八一二八一九)——身

分相應ノ監護教育ノ方法ヲ決定實施スル權利義務ナリ。監護教育ノ費用ヲ負擔スル義務トハ別問題トス(八九〇)。

(二) 未成年ノ子ノ居所ヲ指定スル權利(八八〇)——親權者ノ居所指定權ト戶主ノ居所指定權(七四九)トガ衝突スル場合ニハ前者ガ優勝シ、親權者ノ居所指定權ト夫ノ同居請求權(七八九)トガ衝突スル場合ニハ後者ガ優勝ス。

(三) 未成年ノ子ノ兵役出願ヲ許可スル權利(八八一) 徵兵令一二

(四) 未成年ノ子ガ職業ヲ營ムヲ許可シ及ビ一旦與ヘタル許可ヲ取消ス權利(八八三六)

(五) 必要ナル範圍内ニ於テ自ラ子ヲ懲戒シ又ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ懲戒場ニ入ル、權利(八八二) 非訟九二 刑施一六 感化法五——此權利ニ付テノ「未成年ノ子」トナキヲ注目スベシ。子ガ感化院ニ在ル間ハ感化院長ガ親權者トナリ、本來ノ親權者ハ其間親權ヲ喪失ス(感八)。

第二子ノ財産ニ關スル權利義務

- (一) 未成年ノ子ノ財産ヲ管理收益スル權利(八八四・八八五・八八九―八九四)
- (二) 財産ニ關スル法律行為ニ付キ未成年ノ子ヲ代表スル權利(八八四―八八八)

第三、未成年ノ子ニ代リテ戸主權及ビ親權ヲ行フ權利(八九五)

- 設問一 民法第八八〇條但書ノ意義如何。
- 二 未成年ノ子ガ官公吏トナルニ親權者ノ許可ヲ要スルカ。
- 三 父ガ親權者ナル場合ニ母ガ子ヲ懲戒スルハ適法ナルカ。
- 四 成年ノ子ヲ懲戒シ得ルカ。

一四三。親權喪失

一四三 親權ガ其要素ノ消滅ニ因リテ絶對的又ハ相對的ニ消滅スベキコトハ特ニ説明ヲ要セズ(八七七)。親權ハ又親權喪失ノ宣告ニ因リテ消滅ス。父又ハ母ガ親權ヲ濫用シ又ハ著シク不行跡ナルトキハ、裁判所ハ子ノ親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ其親權ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得。コレ親權ノ全部喪失ナリ(八九六)。親權ヲ行フ父又ハ母ガ管理ノ失當ニ因リテ其子ノ財産ヲ危クシタルト

キハ、裁判所ハ子ノ親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ其管理權ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得。此場合ノ管理權トハ前述子ノ財産ニ關スル權利義務ノ全體ニシテ、即チ親權ノ一半ナリ。コレ親權ノ一部喪失ニシテ、父ガ此宣告ヲ受ケタルトキハ、通常親權ガ父母ニ分屬スル結果ヲ生ズ(八九七)。親權喪失ノ原因ガ止ミタルトキハ、裁判所ハ本人又ハ其親族ノ請求ニ因リ失權ノ宣告ヲ取消スコトヲ得(八九八)。子自身ハ親權喪失ノ宣告ヲ請求スル權利ヲ有セズ、然カモ其取消ヲ請求スル權利ハ之ヲ有スルコトニ注目スベシ。

一四四。親權ノ拋棄

設問 二人以上ノ子アル場合ニ其一人ニ關シテノミ親權喪失ヲ宣告シ得ルカ。

一四四 親權ハ親子家ヲ異ニスルニ至ル或行為ノ間接ノ效果トシテ之ヲ拋棄セルト同様ノ結果ヲ生ズルコトヲ得ルモ、直接ニ之ヲ拋棄スルハ許サレザル所ナリ。唯ダ親權者タル母ハ財産ノ管理ヲ辭スルコトヲ得(八九九)。又親權者トナラザル前ニ豫メ之ヲ辭スルコトヲ得(九〇一ノ二)。

設問 財産管理權ノ拋棄ハ之ヲ取消シ得ルカ。

第八章 後見

二二六

第一節 後見ノ開始

一四五
後見ノ開始

一四五 後見トハ、

(一) 未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキトキ、又ハ親權ヲ行フ者ガ管理權ヲ有セザルトキ、

(二) 禁治産ノ宣告アリタルトキ、

其未成年者又ハ禁治産者ノ身體財産ノ監護ノ爲メニ開始スル私法上ノ職務ナリ(九〇〇・七九一)。

設問 同一戸籍内ニ養母ト實父トアル場合ニ、養母ガ死亡シ又ハ財産ノ管理ヲ辭シタルトキハ、後見ガ開始スルカ。

一四六
後見ノ目的

一四六

後見ハ無能力者ノ保護ヲ目的トスル制度ノ一ナリ。而シテ我民法ガ認メタル四種ノ無能力者中、妻ハ無能力ノ原因ガ夫權ノ尊重ニアルヲ以テ夫

權ニ服從スル以外別ニ後見ノ問題ヲ生ゼズ。準禁治産者ハ心神障礙ノ程度輕キヲ以テ後見ニ附スル必要ナシトシテ別ニ保佐人ノ制度ヲ設ケタリ(一一)。未成年者ニ對シテハ父母ナル自然ノ保護者アリ。法律ハ其自然關係ヲ利用シテ親權制度ヲ設ケタリ。故ニ未成年者ガ親權ニ服スル間ハ後見ノ問題ヲ生ズルコトナシ。唯ダ未成年者ニ對シテ親權者タルベキ者ナキニ至リ、又ハ親權者ガ親權ヲ一部喪失シタル場合ニハ、未成年者ノ保護ヲ缺クニ至ルヲ以テ、コ、ニ後見制度ノ必要ヲ生ズルナリ。故ニ此場合ニハ後見ハ親權ノ延長ナリト云フコトヲ得ベシ。之ニ反シテ禁治産者ニ付テハ後見ハ當初ヨリ開始ス(八)。蓋シ禁治産ハ年齢ノ高下及ビ獨立ノ生計ヲ立ツルト否トニ關係ナク、且一定期ヲ以テ必ズ消滅スベキモノニアラズ、且禁治産者ハ未成年者ニ比スレバ監督保護ノ必要寧ロ却ツテ大ニ、保護者ノ責任一層重キヲ以テ、親權制度ヲ以テハ其保護ニ充分ナラザルコト勿論ナリ。故ニ民法ハ此場合ニハ當初ヨリ後見制度ノ必要アルモノト認メ、禁治産者ノ保護者ガ父母夫妻戸主等ナル場合ニモ、彼等ハ後見人

トシテ其保護ニ任ズベキモノトセリ。或ハ既ニ親權ニ服スル者ニ對シテハ更ニ之ヲ禁治產者トナシテ後見ニ附スル必要ナシト云フ者アランモ、成年者ニ對スル親權ハ前述ノ如ク殆ド無意義ノモノタリ、又未成年者ニ對スル親權ハ終了スル時アルヲ以テ、當初ヨリ之ヲ後見ニ附セザルトキハ、前ノ場合ニハ保護ガ有名無實ナリ。後ノ場合ニハ保護ガ繼續セザルノ遺憾ヲ免カレザルナリ。

一四七 後見人被後見人ノ關係ハ、契約上ノ權利義務關係ニハアラズシテ、一ノ身分關係ナリ。サレドモ此身分關係ハ親族的身分關係トハ云フベカラズ。何トナラバ後見人ハ被後見人ノ親族タルコトヲ要セザレバナリ。故ニ後見ニ關スル規定ヲ親族法中ニ包含セシムルヲ不可トスル學說アリ、此主義ニ基ク立法モ亦アリ得ベキナリ。然レドモ前述ノ如ク未成年者ニ對スル後見ハ親權ノ延長タルノ性質ヲ有シ、又禁治產者ニ對スル後見人ハ父母夫妻又ハ戶主ヲ以テ之ニ充ツルヲ原則トスルノミナラズ、其他親族關係ト關聯セル事項多キヲ以テ、學說及ビ立法例ガ普通之ヲ親族法中ニ包含セシムルハ事宜ニ適セルモノニシ

テ、我民法モ此主義ヲ採レリ。尙ホ今日ノ後見制度ハ我國從前ノ後見ノ如ク戶主代表ノ制度ニハアラザルヲ以テ、多少ノ公法的意義アルニモセヨ、公法上ノ制度トハ云ヒ得ザルベシ。

第二節 後見ノ機關

一四八 後見ノ職務ヲ行フ機關ニハ次ノ三種アリ。

- (一) 後見人
 - (二) 後見監督人
 - (三) 親族會
- (一)ハ執行機關ニシテ、(二)及ビ(三)ハ監督機關ナリ。サレドモ親族會ハ後見ノ職務ノミニ關スル機關ニアラザルヲ以テ、別章ニ規定セリ。裁判所ヲ以テ後見機關トスル外國立法例アルモ我民法ハ此主義ヲ採ラザリキ。

第一款 後見人

一四九。後見人及
其種類

一五〇。未成年者
ノ後見人

一四九 後見人トハ後見ヲ行フ人ヲ云フ。而シテ之ニ對シテ後見ニ附セラ
ル、者ヲ被後見人ト云フ。後見人ハ一人タルコトヲ要ス(九〇六)。但一人ニシ
テ數人ノ被後見人ニ對スル後見人トナルコトヲ妨ゲザルナリ。後見人ニハ、(1)
法定後見人(2)指定後見人(3)選定後見人ノ三種アリ。

一五〇 未成年者ノ爲メノ後見人ハ左ノ順位ヲ以テ就任ス。

第一順位 未成年者ニ對シテ最後ニ親權ヲ行フ者ガ遺言ヲ以テ指定セル後
見人(九〇二)

第二順位 戸主タル法定後見人(九〇三)

第三順位 親族會ガ選任スル選定後見人(九〇四・九〇五・非訟九六)

未成年者ニ親權者ナキ場合又ハ親權者ガ財産管理權ヲ有セザル場合ニハ必ず
後見人ナカルベカラズ。唯ダ未成年ノ妻ニ成年ノ夫アル場合ニハ、夫ガ後見人
ノ職務ヲ行フベキヲ以テ、後見人任命ノ餘地ナシ(七九二)。

尙ホ教育所ニ在ル未成年者ノ後見ニ付テハ二三ノ特別法規アリ。(明治三十
年三月十三

四三 日法律五一號。同年四月十三日勅令一四
四號。同年三月二十七日內務省令一號。四)

設問一 親權ガ父母ニ分屬スル場合ニ、父母ハ各自後見人指定權ヲ有スルカ。

二 財産管理權ヲ有セザル親權者ト財産管理ノ爲メノ後見人トガ併存スル
場合ニ、親權者ガ死亡シ又ハ親權ヲ全部喪失セルトキハ、從來ノ後見人ガ
當然ニ全部の後見人トナルベキカ。

一五一。禁治產者
ノ後見人

一五一 禁治產者ノ爲メノ後見人ハ左ノ順位ヲ以テ就任ス。

第一順位 法定後見人(九〇二)

(イ) 子が禁治產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ親權ヲ行フ父又ハ母

(ロ) 妻ガ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ夫、夫ガ後見人タラザルトキハ親權
ヲ行フ父又ハ母

(ハ) 夫ガ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ妻、妻ガ後見人タラザルトキ又ハ夫
ガ未成年者ナルトキハ親權ヲ行フ父又ハ母

第二順位 戸主タル法定後見人(九〇三)

第三順位 選定後見人(九〇四)

成年ニシテ獨立ノ生計ヲ立テ且配偶者ナキ者ガ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ前記第一順位ノ後見人タルベキ者ナキヲ以テ直チニ第二順位ノ後見人ガ就任スルコトナル。而シテ親權ニ服スル禁治産者ガ親權ニ服セザルニ至リタルトキハ親權者タル後見人ハ理論上其資格ヲ喪失セザルベカラズ。立法上ノ可否疑フベシ。此場合ニハ家ニ在ル父母ヲ以テ第一順位ノ法定後見人トスルヲ可トセズヤ。

禁治産者ノ親權者ガ其後見人トナルモ之ニ因リテ親權者タル身分ヲ喪失スルモノニアラザルコト勿論ナリ。其結果此者ハ一身ニ親權者トシテノ權利義務ト後見人トシテノ權利義務トヲ併有ス。此兩種ノ權利義務ガ現行法上充分調和シ居ルカ否カハ尙ホ研究ヲ要スルモ權利モ義務モ共ニ重キニ從フト解シテ大過ナカラシムカ。

一五二。後見人ノ免除

一五二 後見人トナルコトハ法律上ノ強制負擔ナリ。即チ法定後見人ニ當

一五三。後見人ノ缺格

レル者又ハ後見人ニ指定又ハ選任セラレタル者ハ之ヲ辭スルコトヲ得ザルヲ原則トス。但婦女ナルトキ又ハ正當ノ事由アルトキハ此限ニ在ラズ(九〇七)。此ノ後見人ノ任務ヲ辭シ得ルコトヲ後見人ノ免除ト云フ。辭任ハ後見人トナレル初メニ於テスルモ後見人ノ中途ニ於テスルモ可ナリ。事由ガ當初ヨリ存スルモ半途ノ辭任ヲ妨グザルナリ。辭任ノ意思表示ハ何人ニ對シテ爲スベキカ、正當ノ事由アリヤ否ヤハ何人ガ判定スベキカニ付テハ直接ノ規定ナキモ親族會ニ對シテ辭任ヲ申出デ、親族會ガ其許否ヲ決シ、親族會ノ決議ニ對シテハ不服ノ訴ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ穩當トスベシ(九〇五九五一)。

一五三 民法ハ一定ノ者ガ後見人タルコトヲ得ザル旨ヲ列舉的ニ規定ス。之ヲ後見人ノ缺格ト云フ(九〇八)舊刑三二三三刑施一八一九三三三四三六(民施二二三)。蓋シ後見人トシテハ充分ノ能力アリ且忠實ニ被後見人ノ利益ヲ圖ルベキ者ヲ要スレバナリ。

設問 民法第九〇八條第六號「被後見人ニ對シ訴訟ヲ爲シ又ハ爲シタル者」ノ意義
第八章 後見
一三三

如何。被後見人ガ原告ニシテ其者が被告ナル場合、又ハ被後見人ノ利益ノ爲メナル形式上ノ訴訟ナル場合ヲモ含ムカ。

一五四。後見人ノ免職

一五四 後見人ニ一定ノ義務違反アリタルトキハ親族會之ヲ免職スルコトヲ得(九一一・九一二・九一七・九一九・民施七九)。又裁判所ハ後見ノ任務ニ堪ヘザル事跡不正ノ行爲又ハ著シキ不行跡アリト認メタル後見人ヲ免職スルコトヲ得(九〇八ノ八號)。此ノ後見人免職ノ訴ヲ起シ得ル者ハ被後見人、後見監督人、親族會員、被後見人ノ親族及ビ檢事ナルベキカ(九一五・八九六)。此點ニ關スル民法ノ規定甚ダ不備ナリ。

第二款 後見監督人

一五五。後見監督人ノ性質

一五五 後見監督人ハ後見人ニ對スル監督機關ナリ。我民法ハナルベク裁判所等ノ國家ノ機關ガ一家ノ内事ニ立入ルコトヲ避クル方針ヲ採リ、且親族會ノ如キ合議機關ニシテ事ニ當リテ招集ヲ要スルモノノミヲ以テハ後見人ヲ監督シテ被後見人ノ利益ヲ保護スルニ充分ナラザルヲ慮リ、後見監督人ナルモノ

ヲ設ケタリ。故ニ

(一) 後見人アラバ必ず後見監督人ナカルベカラズ。

(二) 後見監督人ハ各後見人ニ就キ相對的ニ定ムベキモノトス。

即チ第九一一條第九一二條ノ規定ハ第一點ヲ表明シ、法定後見監督人ナルモノナク、又後見人ノ更迭ト共ニ後見監督人モ改選スベキモノトシ(九一三)、又後見人ノ配偶者、直系血族又ハ兄弟姉妹ハ後見監督人タルヲ得ザルモノトセルハ(九一四)第二點ノ趣旨ニ基ク。而シテ後見人ハ一人ニ限ルモ、後見監督人ハ必シモ一人ニ限ラズ。岡村司博士曰ク、『事務ヲ行フ手ハ一雙ナルコトヲ便トス、之ヲ監視スル眼ハ多キ程可ナリ』。然カモ又一人ニテ數人ノ後見人ヲ監督スルヲ妨ゲザルナリ。

一五六。後見監督人ノ種類

一五六 後見監督人ニハ次ノ二種アリ。未成年者ノ爲メノ後見人ニ對シテハ第一種ノ後見監督人ナキ場合ニ第二種ノ後見監督人ヲ設ケ、禁治產者ノ爲メニハ第二種ノ後見監督人ノミアリ得ベシ。

第一 指定後見監督人——後見人ヲ指定スルコトヲ得ル者ハ遺言ヲ以テ後見監督人ヲ指定スルコトヲ得(九一〇)。

第二 選定後見監督人——親族會ガ後見監督人ヲ選任スベキ場合左ノ如シ(九一一—九一三)。

(イ) 指定又ハ法定後見人アリテ指定後見監督人ナキトキ。

(ロ) 親族會ガ後見人ヲ選任シタルトキ。

(ハ) 後見監督人缺ケタルトキ。

(ニ) 後見人ノ更迭アリタルトキ。

一五七 後見監督人ノ免除及ビ缺格ニ付テハ、前記特別ノ缺格(九一四)ノ外、後見人ノ免除及ビ缺格ノ規定(九〇七、九〇八)ヲ準用ス(九一六)。

一五八 後見監督人ノ職務ハ、後見人ノ事務ヲ監督スルコトヲ主トシ、又後見人ノ補缺ヲ督促ス。然カモ急迫ノ事情アル場合ニハ自ラ必要ナル處分ヲ爲スベク、又後見人又ハ其ノ代表スル者ト被後見人トノ利益相反スル行爲ニ付キ被

一五七。後見監督人ノ免除及ビ缺格
一五八。後見監督人ノ職務

後見人ヲ代表ス(九一五)。而シテ後見監督人ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其職務ヲ行フコトヲ要ス(九一六、六四四)。

設問 後見監督人ガ民法第九一五條第三號ノ必要處分トシテ家族ノ分家ニ同意セントス。親族會ノ同意ヲ要スルカ。

第三節 後見ノ事務

一五九 後見ハ或場合ニ於テ親權ノ延長ナリ、又然ラザル場合ニモ親權ト殆ド同一ノ目的ヲ有ス。故ニ後見ノ事務ニ關スル規定ハ大體ニ於テ親權ノ效力ニ關スル規定ニ似タリ。然レドモ親權ハ親子間ノ自然ノ愛情ヲ基礎トシ、後見ハ然ラズ。故ニ兩者ノ事務執行ニ付キ法律ガ干渉スル程度ガ異ナルハ當然ノ事ナリ。而シテ後見人ノ權利義務ガ親權者ノ權利義務ト異ナル著シキ點ハ左ノ如シ。

(1) 後見監督人ノ監督ニ服スルコト(九一五、九一七、二九一九、一九三八、二)。

一五九。後見人ト親權者トノ事務上トノ相違

- (2) 親族會ノ監督ニ服スル程度遙ニ大ナルコト(八八六八八八七八)(九二一九二二ノ二九一七ノ三九一九ノ三九二四九二六——九二九九三一——九三四九三七九三八ノ二)。
- (3) 財産ノ調査及ビ目錄調製ノ義務アルコト(九一七)。
- (4) 財産ノ狀況ヲ毎年親族會ニ報告スル義務アルコト、但法定後見人ニハ此義務ナシ(九二八)。
- (5) 報酬ヲ受クルコトアルモ、被後見人ノ財産ニ對スル收益權ナキコト(九二五八九〇)。
- (6) 善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ事務ヲ處理スル義務アルコト(八八九九九三六六四四)。
- (7) 被後見人ノ歳費ヲ豫定シ且一定ノ額ニ達シタル金錢ヲ寄託スル義務アルコト(九二四九二七)。
- (8) 任務終了ノ際常ニ管理ノ計算ヲ爲ス義務アルコト(八九〇九三七九三八)。

一六〇。
務後見ノ事

一六〇 後見人ノ任務ニ付テハ民法其他ノ法令中諸所ニ規定アリ。コ、ニハ唯ダ民法後見章中ニ規定セル所謂後見ノ事務ヲ列記セントス。

第一、被後見人ノ身上ニ關スル事務

- (一) 未成年者後見ノ事務(九二二)
 - (二) 禁治産者後見ノ事務(九二二)(明三三、法三八號精神病者監護法)
- 第二被後見人ノ財産ニ關スル事務(九三五)
- (一) 財産ノ調査及ビ目錄調製(九一七——九二〇)
 - (二) 財産ノ管理(九二三、九二五、九二六、九三二、九三六)

- (1) 歳費ノ豫定(九二四)
- (2) 金錢ノ寄託(九二七)
- (3) 財産狀況ノ報告(九二八)
- (4) 行爲ノ制限(九三〇、九三一)
- (5) 擔保ノ提供(九三三)

第三、被後見人ノ行爲ノ代表

- (一) 財産ニ關スル法律行爲ノ代表(九二三九二九)
- (二) 戸主權及ビ親權ノ代理行使(九三四)

第四節 後見ノ終了

一六一。後見終了ノ原因

- 一六一 後見ノ終了ニハ絶對的終了ト相對的終了トアリ。絶對的終了トハ後見其モノ、終了ニシテ、其場合左ノ如シ。
- (一) 未成年者ガ成年ニ達シタルトキ。
 - (二) 被後見人ガ死亡シタルトキ。
 - (三) 禁治産ノ宣告ガ取消サレタルトキ。
 - (四) 未成年者タル被後見人ガ親權ニ服スルニ至リ、又ハ親權者ガ管理權ヲ回復セルトキ。
 - (五) 未成年女子タル被後見人ガ成年ノ男子ト結婚シタルトキ(七九一)。

後見ノ相對的終了トハ、後見其モノハ、未ダ終了セズ、唯ダ或後見人ノ任務ガ終了スルモノニシテ、即チ後見人更迭ノ場合ナリ。其原因左ノ如シ。

- (一) 後見人ノ死亡、辭任、免黜又ハ後見人タルコトヲ得ベキ資格ノ消滅。
 - (二) 戸主タル後見人ガ戸主ノ身分ヲ喪ヒ又ハ被後見人ガ其家ヲ去リタルコト。
 - (三) 親權者タル後見人ガ其被後見人ニ對シテ親權者タラザルニ至リタルコト。
- 後見終了ノ事由ハ其ノ後見人ニ出デタルト被後見人ニ出デタルト同ハズ、之ヲ他方ニ通知シ又ハ他方ガ之ヲ知リタルトキニアラザレバ、之ヲ以テ其他方ニ對抗スルコトヲ得ズ(九四一六五五)。

設問 如何ナル場合ニ未成年者タル被後見人ガ親權ニ服スルニ至ルカ。

一六二 後見ノ終了ニ因リテ後見人ノ任務ハ終了スレドモ、後見人ハ之ニ因リテ全然其義務ヲ免ル、モノニアラズ。即チ後見人又ハ其相續人ハ二个月内ニ管理ノ計算ヲ爲スコトヲ要シ(九三七)、此計算ハ後見監督人ノ立會ヲ以テ爲スベク、後見人更迭ノ場合ノ計算ハ親族會ノ認可ヲ得ザルベカラズ(九三八)。蓋シ

一六二。後見終了ノ義務

最後ノ場合ニハ新舊後見人ガ通謀シテ不正行爲ヲ爲ス危險アリ、且其際被後見人ハ未ダ計算ノ當否ヲ鑑査スル能力ナカルベケレバナリ。而シテ此計算ノ終了ト共ニ後見關係ハ全然解消スルモノト見ルコトヲ得ベキナリ(九三九・九四〇)。然レドモ又後見終了ノ場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ、後見人其相續人又ハ法定代理人ハ被後見人其相續人又ハ法定代理人ガ自ラ其事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマデ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要ス(九四一・六五四)。最後ニ後見ニ關シテ生ジタル債權ハ、親權者ノ財産管理ニ付テ生ジタル債權ト同様、五年ノ特別時効ニ因リテ消滅ス(九四二・八九四)。蓋シ強制負擔ニ因ル重責ヲ十年ノ普通時効期間繼續セシムルハ苛酷ナルベク、且親權者ト子トハ勿論、後見人ト被後見人トモ通常親密ノ關係アル間柄ナルヲ以テ、其間ノ債權債務關係ヲナルベク速ニ消滅セシムルヲ利便トスルナリ。

第五節 保佐人

一六三。
保佐人ノ
選任

一六三 準禁治產者ノ保佐人ハ其權限大ニ禁治產者ノ後見人トハ異ナルモ(二一・二二)無能力者保護機關タル點ハ同一ナルヲ以テ、其選任ニ付テハ禁治產者ノ後見人ニ關スル規定(九〇二——九〇八)ヲ準用シ(九〇九ノ二)其他後見ノ章ニ一二保佐人ニ關スル規定アリ(九〇九ノ二・九四三)。

第九章 親族會

一六四。
親族會ノ
性質

一六四 親族會ハ特定ノ人又ハ家ノ爲メニ重要ナル事項ヲ議決スル合議機關ナリ。之ヲ開クベキ場合ハ民法其他ノ法令中諸所ニ規定アリテ、親族的生活上頗ル重要ナル一機關トス。親族ガ打寄リテ家事ヲ議スルコトハ實際ニハ固ヨリ古ク行ハレ、民法施行前ニモ裁判所ガ或場合ニ其必要ヲ認メタルコトアリシガ、之ヲ法律上ノ制度トシテ確立シタルハ民法ノ規定ニ始マル。蓋シ歐洲大陸諸國ノ制度ニ倣ヘルナリ。

親族會ハ親族全體ノ會合ニアラザルハ勿論、必シモ親族ノ會ニアラズ、親族以外ノ緣故者ガ親族會員タルコトアリ。親族會ハ會議ヲ要スル事件ノ發生スル毎ニ裁判所ニヨリテ組織召集セラレ、其事項ノ議決ヲ終ルト共ニ消滅ス。即チ親族會ハ常設ノ機關ニアラズ。無能力者ノ爲メノ親族會ハ無能力ノ止ムマデ繼續ストノ規定(九四九)モ親族會員タルノ資格ガ繼續スルノ趣旨ニ外ナラザル

モノト解スベシ。而シテ無能力者ニ付テモ親族會ハ必置ノ機關ニアラズ。唯ダ無能力者ガ後見ニ附セラル、場合ニハ後見監督人ト同様之ヲ必置機關タラシムル趣旨ナルコト、後見ノ事務ニ關スル規定上明白ニシテ、即チ後見ノ最高監督機關トシテノ任務ヲ親族會ノ任務ノ最モ主要ナルモノトス。

親族會ハ法人ニアラズ、其自身ニ權利能力ヲ有スルコトナシ。故ニ親族會ガ或行爲ヲ爲シ得又ハ爲スコトヲ要スト云フハ、實ハ親族會員ノ權利義務ニ外ナラザルナリ。然レドモ親族會員ハ全員共同シテノミ此權利ヲ行ヒ義務ヲ負ヒ得ルモノニシテ、隨ツテ親族會ノ行爲ハ結局常ニ決議ナリトス。

一六五 親族會員ノ定員ハ三名以上トス。後見人ヲ指定スルコトヲ得ル者ハ遺言ヲ以テ親族會員ヲ選定スルコトヲ得。指定親族會員ナキカ又ハ定員ニ滿タザル場合ニハ裁判所ガ親族其他本人又ハ其家ニ緣故アル者ノ中ヨリ親族會員ヲ全部又ハ一部選定ス。其後ノ補缺員ノ選定ハ裁判所常ニ之ニ當ル(九四五・九五〇非認九九)。外國法ニハ會員數ヲ一定スルモノアリ、其場合ニハ之ヲ奇

一六五。
親族會員
ノ選定

數ニ限ルモノ多シ、又會員數ノ最高限ヲ定ムルモノアリ、更ニ親族會員タルベキ者ノ順位ヲ定ムルモノアレドモ、我民法ハ採ラザリキ。

設同一

一 指定親族會員ハ親族又ハ縁故者タルコトヲ要セザルカ。

二 遺言者ガ三人以上ノ親族會員ヲ指名シタル場合ニ、裁判所ガ尙ホ他ニ會員ヲ選定附加シ得ベキカ。

三 親族會員ニ缺員ヲ生ジタルトキハ、總員三人以下トナラザル場合ニモ補缺ヲ要スルカ。

一六六。親族會員ノ缺格、免職、免除、免

一六六 親族會員タルコトハ、後見人タルコト、同ジク、法律上ノ強制負擔ナリ。故ニ法定ノ缺格者タルカ又ハ正當ノ事由アリテ辭任スルノ外ハ(九四六非訟一〇〇)、選定セラレタル以上其任ニ當ラザルベカラズ。尙裁判所ハ其任務ニ堪ヘザル事跡、不正ノ行爲又ハ著シキ不行跡アリト認メタル親族會員ヲ免職スルコトヲ得(九四六ノ三九〇八ノ八號)。

一六七。親族會ノ招集

一六七 親族會ハ招集ニ因リテ成立ス(九四四九四九四八ノ二非訟九六一九八)。招集請求權利者及ビ招集者ニ付テハ明白ナル規定アルモ、招集ノ場所ニ

付テハ規定ナシ。招集者ノ任意タルベキナリ。

一六八。親族會ノ議事

一六八 親族會ノ議事ハ會員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス、出席會員ノ過半数ヲ以テ決議ヲ爲スモノニアラズ(九四七九四八九五二非訟九六以下)。而シテ代理人ヲ出席セシムルヲ得ズ、又書面表決モ無効ナルヲ以テ、別ニ定足數ノ規定ナシト雖モ、會議ニハ會員半数以上ノ出席ヲ要スルコトヲ知ルベシ。外國法ニハ裁判官ヲ議長トナスコト又ハ議長ヲ設クベキコトヲ定ムルモノアルモ、我民法ハ採ラズ。隨意之ヲ設クルハ妨ゲナカルベキモ、之ニヨリテ各員ノ表決權ニ差等ヲ附シ、又ハ採決方法ヲ變更スルコトヲ得ザルナリ。

一六九。親族會ノ決議ニ對シテ不服

一六九 親族會ノ決議ニ對シテハ不服ノ訴ヲ提起シ得(九五二)。決議ガ違法ナル場合ニハ何人ニテモ何時ニテモ其無効ヲ主張シ得ベキヲ以テ別ニ規定ノ必要ナシ。即チ此訴ハ決議ノ實質的不當ヲ理由トシテ其取消ヲ請求スル所謂形成ノ訴ニシテ、決議無効確認ノ訴ニアラザルナリ。不服ノ訴ノ原告タルベキ者ハ明白ニ規定セラレタルガ、被告ニ關スル規定ナキヲ以テ多少ノ疑アリ。親

族會員ノ資格繼續中ナラバ現在會員全部、其後ナラバ決議當時ノ會員全部(會員中已ヲ除クコト勿論ナリ)ヲ共同被告トナスベキモノト解スベキカ。然ルトキハ此訴ノ爲メノ專屬裁判籍(例ヘバ親族會招集地ト云フ如キ)ヲ定メザリシハ法ノ不備ト云フベク、被告タルベキ數人ノ親族會員ガ同一ノ地方裁判所ノ管轄區域内ニ住所ヲ有セザル場合ニハ、民事訴訟法上訴訟提起ノ途ナキナリ(民訴一〇——一三二九——三一)。

- 一 親族會員ガ自己ノ利害ニ關スル議事ニ付キ表決ノ數ニ加ハレルトキハ、其會員ノ表決ノミガ無効ナルカ、決議其モノガ無効ナルカ。
- 二 民法第九四八條第二項ノ手續ヲ履マザリシ場合ニハ、親族會ノ決議ハ當然無効ナルカ、或ハ之ニ對シテ不服ノ訴ヲ起シ得ルニ止マルカ。
- 三 原告ガ親族會員以外ノ者ナル場合ニ、「決議ヲ知リタル時」ヲ以テ親族會ノ決議ニ對スル不服出訴期間ノ起算點トセザリシ理由如何。

第十章 扶養ノ義務

一七〇。
扶養制度
ノ意義

一七〇 扶養ノ義務トハ一定ノ人ガ一定ノ人ニ對シテ生活又ハ教育ノ爲メノ經濟的給付ヲ爲ス義務ヲ云フ。此義務ハ契約ニ基キテ生ズルコトモアレド、民法ハ近親相互間及ビ戸主ニ法律上此義務ヲ負ハシメタリ。抑モ血族相倚リ相扶クルハ、我國ニ於テハ古來家族制度當然ノ結果トシテ行ハレ來リシ所、即チ一面ニ於テ道德上ノ義務タルト同時ニ他面ニ於テハ法律制度タリシモノト云フベシ。然レドモ此意味ニ於ケル扶養ノ義務ハ頗ル廣汎ナルモノニシテ、家族制度其モノ、當然ノ内容ナリシガ故ニ、之ニ關スル特別ノ法律規定ハ却ツテ缺ケタルモノ、如シ。然ルニ個人主義的風潮ノ結果、家族制度其モノ、頽廢ト共ニ、此制度モ亦其根據薄弱トナレルヲ以テ、却ツテ現行民法ニ此制度ノ細規ヲ設クル必要ヲ生ゼルナリ。即チ民法ノ扶養制度ハ、家族ニ對スル戸主ノ扶養義務ヲ認ムル點ニ於テ家族制度的ニ、近親相互間ノ扶養關係ニハ家ヲ同ジクスルト

一七二。
扶養ノ義
務ト扶養
ノ權利ヲ
受クル

否トフ問ハザル點ニ於テ個人制度的ナリト云フベシ。而シテ積極的ノ德行慈善ヲ強制スルハ法律ノ任務ニアラザルヲ以テ、我國現行法律ハ刑法ニ於テ極端ナル扶養義務ノ違反ヲ罰シ(刑二一八二一九)民法ニ於テハ扶養關係ガ極メテ當然ニシテ且必要缺クベカラザル場合ニノミ之ヲ法律止ノ權利義務關係トナシ、權利者ノ請求ニ依リテ初メテ義務者ヲ強制スルノ制度ヲ設クルニ止メタリ。

一七一 扶養ノ義務ハ親族的身分關係ニ基クモノニシテ所謂身分上ノ義務ナルモ、其内容ガ經濟的給付ニ止マル點ニ於テ民法第八七九條ノ父母ノ監護教育ノ義務トハ全ク別物ナルコトヲ注意スベシ。即チ親權者タル父母ニハ監護教育ノ義務ハ必然ニシテ扶養ノ義務ハ必シモ然ラズ、而シテ兩者ハ期限ノ有無及ビ相互的タルト否トニ付テモ異ナル。

扶養ヲ受クル權利モ同ジク身分止ノ權利ニシテ、所謂親族權ノ一ナリ。然レドモ其内容ガ他人ノ行爲ヲ要求シ得ルニアル點ニ於テ債權ニ類似シ、一種ノ財產權ナリト云フコトヲ得ベシ。然カモ其性質上所謂一身ニ專屬スル權利ニシ

一七二。
扶養當事
者及ビ扶
養ノ程度
方法

テ、元來ノ權利者以外ニ移轉シ得ベキモノニアラザルコト當然ト云フベク、又權利者モ、既ニ辨濟期ニ達セル扶養料請求權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ベキモ、扶養ヲ受クル權利自體ヲ將來ニ向ツテ拋棄スルコトヲ得ザルナリ(九六三・九八六・一〇〇一民訴六一八)。又扶養ヲ受クル權利者ガ扶養義務者ニ對シ債務ヲ負フ場合ニモ、其權利ハ其債務ノ爲メニ相殺セラル、コトナシ(五一〇)。

一七二 民法所定ノ扶養制度ノ内容ハ規定上大體明白ナリ。故ニ左ニ法條ヲ排列スルニ止ム。

第一、扶養當事者(九五四・七四七・七九〇)
第二、扶養當事者ノ順位

(一)義務者ノ順位(九五五・九五六)

(二)權利者ノ順位(九五七・九五八)

第三、扶養ノ義務ガ發生スル場合(九五九)

第四、扶養ノ程度及ビ方法(九六〇——九六二)

附録

(左の一文は「新日本」大正六年一月號所載の拙稿であるが、本文第八八段の評説であるから、多少の修補を加へてこゝに附載する。)

法律婚と事實婚

一

法律とは何であるかと云ふ所謂法律本質論に付ては、古來種々様々な觀方がある。其中法律は個人の命令であるとし、個人間の契約であるとし、個人の自由に対する制限であるとし、個人の利益の保護であるとする類、即ち個人主義的法律觀が一時遍ねく行はれたものであるが、近時の趨勢は、法律は社會生活の法則である、法律の目的は社會的利益の保護にあるとする社會的法律觀に向ひつゝ、ある。我輩は此見解を正當なりとするのであつて、法律の研究方法に付ても、現行法の解釋のみを事とする『現行法學』、抽象的法理のみを説く『觀念法學』では

不十分である。法律と實際社會生活との相互關係を社會學的に研究する『社會法學』を併用する必要があると確信する。此立場から見ても、國家社會に取り又法律に取り最も大切なことは、法律生活と事實生活との一致である。『法律上は斯うだが事實上は斯うでない』と云ふ言葉は往々聞く所であるが、もし眞にさう云ふ關係がありとせば、其國家社會及び其法律の耻辱であり缺陷である。もしありとせばと云つたが、我國には現にある。『事實上は夫婦だが法律上は夫婦でない』と云ふ言葉は日常聞く所である。『法律上は夫婦だが事實上は夫婦でない』と云ふ關係も生じ得る。國家社會の基礎根柢たる婚姻と云ふ重大な事柄に付て、法律生活と事實生活とが一致しない、國民が法律上は左う實際は斯うと云ふ二重生活を營むと云ふことは、我國國家社會及び我法律の大耻辱であり大缺陷ではあるまいか。

二

抑も法律を以て婚姻關係を規定するに二主義がある。一を事實婚主義、他を

形式婚主義と名づけやう。形式婚主義を更に分つて宗教婚主義及び法律婚主義とすることが出来る。

事實婚主義と云ふのは、其土地其時代の社會の實際生活上婚姻關係である夫婦であると認めらるゝ、男女共同生活の事實關係を其儘法律上の婚姻關係と認めて、婚姻としての法律上の效力を生せしめるのである。其婚姻關係の發生には法律上何等の形式何等の手續を必要としない。即ち事實上の夫婦は必ず法律上の夫婦であり、法律上の夫婦は必ず事實上の夫婦に限る。故に此事實婚主義で婚姻法を定めれば、前述の如き事實生活と法律生活との不一致は起り得ないのであつて、此點に於ては頗る好都合である。最も自然なる婚姻法律であるかの如く思はれる。

然るに今日の開明諸國の婚姻法中、事實婚主義を採るものは殆ど無いと云つてよい。北米合衆國中、南カロリナ州が事實婚主義であり、又我國では朝鮮がさうであるが、これ其地が未だ充分開明ならざるが故と云ふべきである。即ち今

日の諸文明國の法律は、男女が合意によつて共同生活を営むだけでは、たとひそれが婚姻としてのすべての他の要件を具備して居つて風俗上野合又は蓄妾と認めらるゝものでなくとも、之を婚姻とは認めない。婚姻と認められ得んが爲めには今一つの條件を要する。當事者間に婚姻の合意があるだけでは不足であつて、此合意が法律の要求する或形式で發表されなくてはならない。此所謂形式上の要件に重きを置いてこれなくば婚姻は成立せぬとするのが、即ち形式婚主義である。

三

最も實際生活に適合せる様に思はれる事實婚主義を、今日の文明諸國は何故に採用せぬであらうか。これには大に理由のあることであつて、遡つては法律は社會本位であると云ふ原理に出發點を見出す。婚姻は當人同志の自由意思に基づくべきものであるとは普通云ふ所であるが、それは國家が婚姻を許す個々の場合に其婚姻を爲すか否かの自由を有すると云ふだけであつて、國家は必し

もあらゆる男女間のあらゆる婚姻を許さねばならぬのではない。例へば我民法の規定に見るも、既に配偶者ある者が重ねて婚姻を爲すことが出来ないのは勿論、滿十七年以下の男又は滿十五年以下の女は婚姻を爲すことが出来ず、滿三十年以下の男又は滿二十五年以下の女の婚姻には父母の同意を要し、近親婚及び相姦者間の婚姻は禁せられ、又女は前婚解消後直ちに再婚することが出来ない。又近來人種改良論の要求として、遺傳性の難病を有する者慣習的重大犯人等の結婚を禁ずべしと云ふ議があり、米國では多少實行されて居る。此等の干渉は、即ち婚姻が單に個人間の私事たる一合意一契約たるに止らずして、國家社會の基礎として最も重要な一制度であると認めらるゝが故に行はれるのである。凡そ或男女の婚姻に付て社會の利益上明確にせねばならぬ事項が三つある。第一には其關係が果して婚姻なりや否やを明確にせねばならぬ。第二には其婚姻が果して前述の如き所謂「婚姻障礙」の規定に違反する所なき有効の婚姻なりや否やを明確にせねばならぬ。第三には其婚姻が何月何日に成立し

たと云ふ婚姻の始期を明確にせねばならぬ。それでなくては重婚姦通を禁ずることも嫡出子私生子の區別を立てることも徹底せず、社會の秩序風紀の維持が充分であり得ない。然るに事實婚主義は此三點を明確にすることが出来ない。之に反して形式婚主義を採り、一定の形式手續を婚姻の要件とするときは、手續の有無を以て婚姻の有無を知り、手續の際に婚姻障碍の有無を檢し、手續の日を以て婚姻の始期とすることが出来る。苟くも婚姻の社會的重要を認めて、正當な婚姻を奨励保護しやうと欲する文明國家が皆事實婚主義を棄て、形式婚主義を採るのは此故である。

四

形式婚主義は歐洲に於ては宗教婚主義に始まつた。宗教婚主義とは宗教上の儀式を擧げなければ有效な婚姻が成立しないとすゝる主義である。歐洲諸國は中世まで大體に於て事實婚主義であつたと云つて宜い。然るに一五六三年「トレント」の宗教會議は「クリスト」教會の儀式に依つて締結せられたものでない

れば有效な婚姻でない」と云ふ主義を確定し、茲に宗教婚主義が一般に行はれることとなつた。これは「ローマ」教會の勢力強大にして教權が王權を壓倒し、國民生活の一部殊に親族關係が國法に支配せられずして教會法に支配せらるゝに至つた現象で、「カトリック」派の宿望成就である。然るに第十八世紀に至つて、一方には王權擁護の政教分離運動あり、一方には宗教に反抗する自由思想並に國家及び法律萬般を契約を以て説明せんとする契約思想あり。相合して所謂「婚姻還俗運動」となつた。これが佛國大革命に際會して「カトリック」主義婚姻法の中堅を覆へし、一七九一年九月三日の佛國革命憲法が特に「婚姻ハ民事契約ニ過ギザルモノト認ム」と云ふ一箇條を載するに至つた沿革は、歐洲婚姻法歴史の最も興味ある一節である。

五

婚姻法は斯くして還俗したが、以前の事實婚主義には復歸しないで、形式婚主義の第二種たる法律婚主義となつた。法律婚主義とは、法律の定めたる形式によ

つて婚姻の意思を表示することを、而して之のみを、婚姻成立の形式上の要件とする主義であつて、別に宗教上風俗上の儀式を必要としないのである。教會へ行かなくても市役所へ行つただけで法律上の有効な婚姻は成立する。教會と市役所と兩方へ行つても差支ないが、婚姻は市役所で申立をしたときに成立するので、教會で祝福を受けた日に成立するのではない。佛國革命後の「ナポレオン」法典の婚姻法は此法律婚主義であつて、今日に於ては此主義が頗る廣く行はれて居る。今歐洲の主要なる國々の現行婚姻法に就て宗教婚主義法律婚主義の分布を大觀するに、露國は宗教婚主義、英、澳、西の諸國は法律婚主義、獨佛伊等の中歐諸國は法律婚主義である。法律婚主義と云ふのは、各人の擇ぶ所に從ひ教會で結婚式を擧げて、法律上の手續で結婚しても宜いのであつて、法律は其のいづれにも有効なる婚姻としての效力を認めると云ふ折衷主義である。尙ほ米國に付ては後に述べる。

六

然らば我國の婚姻法は何主義であらうか。明治三十一年現行民法親族篇施行までは事實婚主義であつたのである。明治八年太政官達第二百九號には、婚姻又ハ養子養女ノ取組若クハ其離婚離縁假令相對熟談ノ上ナリトモ雙方ノ戶籍ニ登記セザル内ハ其效ナキモノト看做スベク候條右等ノ届出等閑ノ所業無之様精々説諭可致置此旨相達候事。

とある。此文面では事實婚主義ではなく法律婚主義の様であるが、明治十年司法省丁第四十六號達には、

八年第二百九號ノ諭達後其登記ヲ怠リシ者アリト雖モ既ニ親族近隣ノ者モ夫婦若クハ養父子ト認め裁判官ニ於テモ其實アリト認ムル者ハ夫婦若クハ養父子ヲ以テ論ズベキ儀ト相心得ベシ。

とある。そこで大審院では、八年第二百九號の達は人民が身分の變更を届出づることを怠らぬ様督勵すべしと云ふ訓令に過ぎざるものであると解釋し、

民法實施前ニ於テハ縦令戶籍簿上婚姻ノ事實ヲ登記セザルモ當事者間ニ其

事實アル以上ハ裁判上之ヲ夫妻ト認メタルモノトス。

と云ふ趣旨の判決をして居る。これは至極正鵠を得た判決であつて、現行民法實施前には事實婚主義であつたと云ふことは、當時戸籍に登記のない事實上の夫婦が重婚罪又は姦通罪で罰せられて居る刑事の判決例によつても疑のない事實である。

七

然るに明治三十一年現行民法親族篇實施に至つて、從來の事實婚主義を棄て、極めて純粹なる法律婚主義を採用した。民法第七百七十五條の規定が其法律婚主義の言明である。

婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ヅルニ因ツテ其效力ヲ生ズ。

前項ノ届出ハ當事者雙方及び成年ノ證人二人以上ヨリ四頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス。

即ち戸籍吏(大正三年の戸籍法改正以來戸籍吏及び戸籍役場と云ふ名稱は法律上用ひないこととなつたのだが本論文には便宜の爲めに依然之を用ひること)

る)に對する届出が婚姻の形式上の要件であつて、當事者間に婚姻の合意があつて其合意を此戸籍吏に對する届出と云ふ形式で表示すれば、これに因つて又これだけで婚姻は有効に成立する。當事者間に婚姻の合意があつても、其合意を此の法定の形式で表示せず、或は三々九度の盃事で表示し、或は日比谷大神宮又は基督教會で表示し、或は事實上の同棲關係で表示したのでは、婚姻は成立しない。もし既に慣例上の婚禮式を挙げ又は同棲關係を開始した後届出をしたとすれば、婚姻は婚禮式又は同棲の日に始まらずして届出の日に始まる。届出前に事實上の夫が妻を棄て、他の女と結婚しても重婚罪にならない。届出前に事實上の妻が他の男と通じて姦通罪に觸れない。届出前に事實上の夫婦の間に生れた子は私生子である。即ち我民法の婚姻法は全然事實婚を顧みざる法律婚主義である。

八

此に於て吾人は形式婚主義殊に法律婚主義の一大缺點に注目せざるを得な

い。其缺點は即ち事實關係と法律關係との不一致である。事實婚と法律婚との無關係である。而して此缺點は我國今日の婚姻制度に於て最も極端に暴露して居る。一方に法律婚あつて事實婚なき状態がある。他方に事實婚あつて法律婚なき状態がある。

法律婚あつて事實婚なき現象で有名なのは所謂「寫眞結婚」である。在米の同胞男子が本國から妻となるべき女子を呼び迎へるのに、未婚の女子として渡來させたのでは米國入國が不能故、日本の本籍地で婚姻を済ませ、既に自分の妻である女を呼び寄せると云ふ體裁にするのが慣行手段である。書面の往復と寫眞の交換とのみで成立つ緣であるから、これを「寫眞結婚」と云ひ、米人は此遠來の嫁さん達を、ビタチャー、ブライズ」と名ける。夫婦互に寫眞顔より外知り合はぬのが普通であるから、入港出迎の際には種々の悲喜劇も起ると云ふ。米國では當初互に顔を知り合はぬ夫婦のあるべき道理がないと云ふ考へで、婚姻を假裝して新移民禁止の約束をくづるのではあるまいかと疑ひ、ビタチャー、ブラ

イズの上陸を中々やかましく云つた様だが、日本側から段々事情を説明して、近來は入港の船中又は移民收容所で改めて米國法による婚姻手續を行はせて其上で入國を許すことになつた。此米國側の處置は理屈を云はゞ甚だ怪しからんと云へるのであつて、日本の法律が既に正當な夫婦と認めて居る者を捉へて、汝等は夫婦とは認められんから今一度婚姻手續をせよと強ひるのは、日本の法律を侮辱した不道理千萬な行爲と立腹しても然るべきである。併し米國人が一面識もない夫婦のあらう筈がないと不思議に思ふのも米國の風俗及び法律から云へば尤も千萬である。米國のみならず歐洲諸國でも婚姻手續は宗教上のものは勿論法律上のものも、當人が打揃ひ教會市役所等に出頭することを必要とすること後に述べる通りであつて、婿嫁地を隔て、郵便で届書の調製提出を済まし得ると云ふ様な手輕な婚姻手續は日本の外にはない。「寫眞結婚」は即ち此の極端な法律婚主義の結果たる我國の特産であつて、餘り誇るに足るべき名産でもないが、一局部の問題に過ぎずして社會の大弊害と云ふ程のこと

もない故、こゝには事實婚法律婚不一致の一例たる奇現象として擧げて置くに止める。尙ほ聞く所に依れば、今大正六年に入つてから、米國が移民入國の際學力試験を課することゝなつたのに關聯して、我外務當局は累ねて寫眞結婚問題に關する交渉を試み、米國の當局も寫眞結婚が日本の法律上適法有效の婚姻であることを會得了解し、今後ビクチャープライヴに對して更に結婚式を行はしめず、又學力試験をも課せずして入國を許すことを承認したと云ふ。

九

事實婚あつて法律婚なき状態は所謂「内縁の妻」である。少々誇大に云はゞ、新聞の三面記事に「内縁の妻」なる文句を見出さない日は一日もない位、我國の社會に最も普通なる現象である。これは即ち事實上の夫婦關係は存在し然かも多くの場合には立派に三々九度の盃を取交はせて居るにも拘らず、婚姻届が出て居ないが故に法律上夫婦と認められず、夫婦其姓を異にする場合である。今日の風習上結婚式を擧げる前又は同日に婚姻届を出すと云ふ人は先づ少數で、婚

婚姻の方が結婚式よりも數日の後になるのが普通であるから、もし理屈一點張りに云ふならば、新夫婦の十中八九は内縁の夫婦であると云はねばならぬことになる。併し數日の遅延ならば先づ大目に見るとして、一ヶ月延び二ヶ月遅れるとなつては頗る怠慢と云はねばならず、一年も二年も婚姻届を出さないに至つては、既に怠慢の問題ではなくして、或は無知を憫むべく、或は惡意を憎むべきである。内縁の夫婦關係の弊害は事新しく述べ立てるまでもないが、内縁の妻たることは、婦人に取つては頗る不利益な地位である。私通でもなく妾でもなく、事實上正當な妻と自ら信じ人も許して居るにも拘らず、正當な妻としての法律上の權利利益を享け得ない。第一公然夫の姓を名乗り得ず、夫と同居し夫の扶養を受けると云ふ妻としての當然の利益も、夫が之を實行しない場合には法律上の權利として請求することは出来ない、否それ所ではなく、夫が己を振棄て、他の女と結婚しても結局泣寝入に終らねばならぬのである。而して又自分の生んだ子は夫の嫡出子たる身分と權利とを得ることが出来ない。然るに我

國の婦人の或者は婚姻には届出が缺くべからざる要件であることを知らず、此點に重きを措かずして輕々結婚の式を擧げ、妻にして妻にあらざる不利益屈辱の地位に立ち、或は尙ほ之を知らずして晏然たり、或は後に之を知つて悔ひ悲しむ。其の無知真に憫れむべきである。而して此無知に乗じて、妻として迎へた女に正當な法律上の地位を與へず、甚しきは當初より届出入籍の意思なくして妻を迎へ、やがて之を振棄て、婦人の一生に拭ふべからざる傷を負はせる男子に至つては、其惡意不徳義憎みても餘りある次第である。斯かる個人間の不正不利益に止らず、社會國家の基礎たる夫婦親子の關係明確ならず、事實上の重婚姦通が罰せられずして風紀を害し、或は「暫く様子を見た上で籍を入れやう」と云ふ試験結婚が行はれて無條件無期限なるべき婚姻の根本義を紊すこととなる。實に「内縁の妻」なるものが存在すること、然かも頗る多數に存在することは、我國の社會の憂患であり、我國の法律の耻辱である。

此の「内縁の妻」なる醜事實稱名を、願くは我國の社會から永久に削り去りたいものである。此弊害の救済法として先づ第一に考へに浮ぶのは、元來斯の如き事實婚と法律婚との不一致を生ずるのは一に我民法が法律婚主義を用ひた爲めであるから、其主義を廢して民法施行前の事實婚主義に復するのが最簡單最有効な救済法ではあるまいかと云ふことである。

之に付て興味あり且注目すべきのは、米國に於ける事實婚問題である。米國法は英國法に由來して居るのであるが、元來英法の基本法たる所謂「コンモン、ロー」は事實婚主義である。然るに其後英國に於ては成文法の規定に依つて前述の宗教婚法律婚併存主義が確立された(The Marriage Act, 1836)。即ち其以後は宗教上の儀式又は法律上の手續が婚姻有効の要件とせられ、事實婚は法律上の婚姻と認められないこととなつた。随つて今日では却つて我國ならば「内縁の妻」と云ふべきものを「common law wife」と云ふ。

米國に於ても建國當初は「コンモン、ロー」の事實婚主義が行はれた。併し其後

各州は漸次に事實婚主義を棄て、宗教婚法律婚併存主義を採るに至り、現在まで事實婚主義を維持し來つた州は前述南「カロリナ」州であると云ふことである。元來英國「コムモン、ロー」の事實婚主義は米國移住の元祖たる清教徒の嫌忌する所であつて、事實婚主義の結果當時英國及び歐大陸諸國に行はれた放縱淫奔の弊風が清教徒去國の一動機であつたとも云ふ。此清教徒的精神の傳承と獨立以後の國家組織の發達整頓とに因り、而して英本國に於ける婚姻法の改正に伴つて、當初の「コムモン、ロー」たる事實婚主義が今日の現行法たる形式婚主義に變遷したのである。

然るにこゝに注目すべき現象は、最近に至つて事實婚主義復活の傾向が米國文化の中心なる「ニューヨーク」州に出現したことである。即ち今一九一七年三月頃の事と思はれるが、「ニューヨーク」州の控訴院に於て、原告たる一婦人は其の事實上の夫の死亡を理由として保険金の支拂を請求し、被告たる生命保險會社は原告が死亡者の法律上の妻でないことを理由として保険金の支拂を拒んだ

事件に對し、裁判長「ヒスコック」判事は原告勝訴の判決を下した。蓋し宗教上法律上の手續を履まざる事實關係も法律上の婚姻たる效力を有すると判断したのである。而して人も知る如く米國の裁判所殊に控訴院の如き上級裁判所の判決は爾後の事件に對して大なる拘束力を有し、即ち判例法をなすものであるから、此新判決によつて「ニューヨーク」州の婚姻法は一部分改正復古せられ、今後は形式婚事實婚併存主義となるのである。隨つて宗教上の儀式又は法律上の手續に因る婚姻も有效であるが、事實上夫と呼び妻と稱して共同生活を爲すことに因つても婚姻は有効に成立する。或論者は男女が相携へて「ホテル」に宿泊し宿帳に夫婦と記名したならば法律上の夫婦と認めらるべきであると云つて居る。而して斯の如き事實上の夫妻にも法律上の夫妻たる一切の權利義務が発生する。其間に生れた子は嫡出子として父に對する相続權を有する。(英米は私生子は父に對す。もし又例へば或女が法律上の夫あるにも拘らず他の男とは相続權を持たぬ。) 夫婦的共同生活を爲し、又は或男が或女との夫婦的事實關係に結末を附けずし

て他の女と法律上の婚姻手続を行ひ或は宗教上の婚姻儀式を挙げたならば、いづれも重婚罪として處罰せらるべき理屈である。(英米法では單純な姦通)。此等の點に於て「ニューヨーク」控訴院の新判例は所謂「Free Lovers」に取つての大恐慌であらうと或新聞は云つて居る。

此の米國の新判例が果して自由戀愛者に對する大打撃であつて風紀維持の効用があるか、將た又折角築き上げた形式婚制度を破壊して秩序紊亂の端緒を開くものであるかは、慎重研究を要する大問題である。成程我國に於ても現行民法の法律婚制度を廢して民法施行前の事實婚主義に復古したならば、内縁の妻が直ちに法律上の妻と認めらるゝことゝなり、事實婚と法律婚との不一致は消滅するが、其代り前述の通り婚姻と婚姻たらざる關係との區別が不明確となり、婚姻が要件に適つたものであるか否かを確保し得ず、婚姻關係を社會組織の重要な基礎として保護監督しやうと云ふ國家の目的を完うし得ないことゝなる。之に因つて生じ得べき弊害は、内縁の妻の弊害よりも更に重大にして根本

的である。故に、苟くも法律を以て婚姻を規律する以上、何等かの形式的要件を設け之を履行すると否とに依つて婚姻たり婚姻たらざるを區別せざるを得ない。それ故にこそ近世の開明國家は前述の通り皆事實婚主義を去つて形式婚主義に移つたのであつて、形式婚主義の中でも宗教婚主義から法律婚主義に進んで來たのである。而して我國に於ては婚姻と宗教とは元來歐米諸國に於ける如き密接な關係はないのであるから、我民法が法律婚主義を採つたことは至極正當であつて、今更之を廢することは甚だ望ましくない。現行民法治下の吾人としては、現行民法の法律婚制度を維持することゝしての時弊救治策を考へて見るのが、先以て穩當であらうと思ふ。

(附言。本論文が「新日本」に掲載せられた後、米國「シカゴ」市在留の「讀者」よりとの名義で一九一七年四月一日の同市一新聞紙の切抜を著者に送られた人がある。著者は其切抜の記事に基いて本節に大修補を加へた。此の篇志なる「讀者」の芳名を知り得ないのを遺憾とする故に、ここに其旨を附記して謝意を表する)。

或は法律婚主義を採るは宜いが其手續が餘りに面倒である爲めに、自然婚姻届が怠り勝になるのであるまいかと、漠然と考へる人があるかも知れぬ。成程歐米諸國の法律婚の手續は頗る面倒なものだ。其標本として「スイス」新民法の婚姻手續の規定を紹介しやう。「スイス」の如き小國の法律を以て獨佛の大國の法律を代表せしめるのは不當の様にも思はれやうが、「スイス」は其國勢上萬般の事情が獨佛の折衷と云ひ得るもの多く、殊に其の新民法典（一九〇七年制定）は或意味に於て獨佛民法の折衷と云ひ得るものであるから、之を以て獨佛等中歐諸國の法律の標本とするのは強ち不當ではあるまい。即ち「スイス」民法の婚姻手續の規定は左の通である。

第二百五條 婚姻豫約者ハ其婚姻ノ約束ヲ身分取扱吏ニ届出テ、公告ヲ爲サシムルコトヲ要ス。

届出ハ婚姻豫約者自身出頭シテ之ヲ爲シ、又ハ公證セラレタル署名ヲ有スル書面ヲ以テ之ヲ爲スベシ。

公告ノ申請ニハ、婚姻豫約者ノ出生證書、及ビ必要ノ場合ニハ父母又ハ後見人ノ同

意書、前婚配偶者ノ死亡證書又ハ前婚ノ無効又ハ離婚ニ關スル裁判判決書ヲ添附セザルベカラズ。

第二百六條 公告ノ申請ハ夫タルベキ者ノ住所地ノ身分取扱吏ニ提出スベシ。

夫ナル者が「スイス」人ニシテ外國ニ居住セル場合ニハ、其申請ハ其本籍地ノ身分取扱吏ニ提出スルコトヲ得。

公告ハ婚姻豫約者双方ノ住所地及ビ本籍地ニ於ケル身分取扱吏之ヲ爲ス。

第二百七條 届出ガ不適法ナルカ、婚姻豫約者ノ一方ガ婚姻無能力ナルカ、又ハ法定ノ婚姻障碍ガ存在スル場合ニハ、公告ハ拒絕セララル。

第二百八條 利害關係人ハ公告期間内、婚姻豫約者一方ノ婚姻能力欠缺又ハ法定婚姻障碍ヲ理由トシ、當該婚姻ニ對シテ故障ヲ申立ツルコトヲ得。

故障ハ公告ヲ主リタル身分取扱吏ノ一人ニ對シ書面ヲ以テ爲スコトヲ要ス。

婚姻能力欠缺又ハ法定婚姻障碍ニ基カザル故障ハ身分取扱吏ニ於テ即時ニ之ヲ却下スベシ。

第二百九條 當該婚姻ニ關シ無効原因存在スル場合ニハ、管轄官廳ハ職權ヲ以テ故障ヲ提起スベシ。

第一百十條 故障ガ提起セラレタル場合ニハ、公告ノ申請ヲ受理シタル身分取扱吏ハ

公告期間ノ經過後直チニ婚姻豫約者ニ其旨ヲ通告スベシ。
故障ガ婚姻豫約者ノ一方ニ依リテ否認セラレタル場合ニハ、直ニ其旨ヲ故障提出者ニ通告スベシ。

第一百一十條 故障提出者が故障ヲ維持セント欲スルトキハ、公告申請ガ提出セラレタル地ノ裁判官ニ對シ結婚禁止ノ訴ヲ起サザルベカラズ。

第一百一十二條 故障ノ提起故障ノ否認及ビ結婚禁止ノ訴ノ提出期間ハ各十日トス。前項ノ期間ハ公告ヲ爲シタル日、故障ガ婚姻豫約者ニ通告セラレタル日、又ハ否認ガ故障提起者ニ通告セラレタル日ヨリ起算ス。

第一百一十三條 故障ガ提起セラレズ、又ハ提起セラレタル故障ガ裁判官ニ繫屬スルニ至ラズ、又ハ棄却ノ裁判ヲ受ケタル場合ニハ、婚姻豫約者ノ請求ニ依リ、公告申請ガ提起セラレタル地ノ身分取扱吏ハ結婚式ヲ執行シ、又ハ公告證書ヲ交付スベシ。婚姻豫約者ハ公告證書ニ基キ其交付後六箇月間ニ任意ノ「スイス」國身分取扱吏ニ結婚式ヲ執行セシムルコトヲ得。

第一百一十四條 公告ノ拒絕ヲ要スル事由存在セルトキハ、身分取扱吏ハ結婚式ノ執行ヲ拒絕セザルベカラズ。
六箇月ヲ經過シタルトキハ公告ハ其效力ヲ失フ。

第一百五條 婚姻豫約者ノ一方ノ疾病ノ爲メ公告期間ヲ遵守セバ婚姻ヲ爲スコト能ハザルベキ虞アルトキハ、監督官廳ハ身分取扱吏ニ其期間ヲ短縮シ又ハ無公告ニテ結婚式ヲ執行スルコトヲ許スコトヲ得。

第一百十六條 結婚式ハ公開ノ結婚式場ニ於テ成年ノ證人二人ノ立會ヲ以テ執行スベキモノトス。

婚姻豫約者ノ一方ガ疾病ノ爲メ當該官廳ニ出頭スルコト能ハザル旨ノ醫師ノ證明アリタル場合ニ限リ、結婚式場以外ニ於テ結婚式ヲ執行スルコトヲ得。

第一百七條 身分取扱吏ハ婚姻豫約者雙方ニ對シ婚姻ヲ爲ス意思アリヤ否ヤヲ訊問スベシ。此間ニ對シテ肯定ノ答ヲ得タルトキハ、身分取扱吏ハ此雙方ノ合意ニ依リテ婚姻ガ法律上成立シタル旨ヲ宣言スベシ。

第一百十八條 身分取扱吏ハ結婚後直ニ婚姻證書ヲ配偶者ニ交付スベシ。宗教的結婚式ハ婚姻證書ノ提示ヲクシテ執行スルコトヲ得ズ。

第一百十九條 聯邦參議院及ビ各其職權ノ範圍内ニ於テ、各州官廳ハ公告、結婚式及ビ結婚登記簿ノ記入ニ關シテ細則ヲ定ムルコトアルベシ。

如何に面倒複雑ではないか。即ち結婚せんと欲する者は、先づ婚姻の豫約を

届出で之を公告して企てられた婚姻が違反故障の無いことを確かめた上、身分取扱吏(我國で云は)の面前に自身出頭して結婚手續をせねばならぬのが、歐米諸國の結婚手續の普通である。然るに我民法の結婚手續は前掲の第七百七十五條一箇條に盡きて居る。即ち自署の届書一本出せば事済みで、自身出頭の必要なく、もし自分の名が書けない程無筆ならば自身出頭して口頭で届出ることも出来る。眞に一擧手一投足の勞であつて、これ以上手續を簡單にし様はなく、この國にも此様な簡單な結婚手續はないのである。實は「スイス」民法の結婚手續の様に慎重にしないで、婚姻關係の正確適法を確保すると云ふ法律婚主義の目的を充分貫徹することは出来ないであつて、簡單には簡單に伴ふ粗漏弊害があるのであるが、我國民はまだ法律生活に慣れないから、手續を複雑にしては婚姻届を面倒がつて怠り勝ちになる弊害があるであらうと心配して、立法者は思ひ切つて簡單な手續を設けたのである。故に結婚届が遅れ勝ちになるのは決して法律が複雑なるの罪ではない。或は反對に手續が餘り簡單なので之

を輕視し等閑にする弊害を馴致したと云ふことが出来るかも知れない。

一一二

唯だ我民法の規定の缺點ではあるまいかと思はれるのは「届出」なる語を用ひたことである。我民法及び戸籍法には「届出」なる語が二様の意味に用ひてある。即ち出生届死亡届等の場合の届出は、生れた死んだと云ふ事實を届出るのであつて、届出に因つて生れも死にもするのではなく、又届出がなくとも生れた死んだといふ事實は動かない。然るに婚姻の届出養子縁組の届出等は全然之とは性質を異にし、結婚した養子したと云ふ事實を届出るのではなくして、届出に因つて婚姻養子縁組等が成立する、これなくば婚姻養子縁組等は存在しない、即ち届出自身が婚姻養子縁組等の行為其のものである。斯く届出なる語は二様の意味に用ひられて居るが、或事實を事後に届出ると云ふ第一義の方が普通にして自然である。随つて婚姻の届出と云ふと、法律の知識なき人は婚姻をしたと云ふ事實を事後に届出るものと誤解しやうなものである。先づ結婚式

を擧げて而して後に届出をすることが今日一般の風となつて居るのは、民法が届出なる語を用ひたことにも多少は原因して居はしまいかと思はれる。さなくとも一語を二義に用ひ且つ通俗の用法と違つた意味に用ひるのは立法に最も忌むべき所であつて、我民法の『婚姻の届出』なる語は今一工夫を要すると思ふ。

一三

内縁の妻なる現象は或意味に於ては我國獨特のものであると云ふことが出来る。或は同じく形式婚主義の歐米諸國にも同様な現象が起りさうなものと疑があらう。歐米諸國にも法律上の夫婦にあらざる事實上の夫婦はある。例へば佛國に所謂“*concubinage*”米國に所謂“*affinities*”は内縁の夫婦類似の關係である。併し此等は法律が要求する手續をも履まず社會が承認する儀式をも擧げず、俗に云ふ「ズル々々ベツタリ」に同棲して居る關係であつて、歐米諸國には我國の内縁の妻の如く天下晴れて結婚式を擧げて居ながら、法律上の妻でないといふと云ふやうなものは有り得ない。歐米では教會で結婚式を擧げるのが一般

の風であるが、英米等の宗教婚主義法律婚主義併用諸國では此宗教上の儀式で婚姻が有効に成立し、教會の儀式を欲しない不信心者は法律上の手續を以て之に代へることが出来るのであるから、結婚式は擧げたが法律上夫婦でないといふ者は有り得ない。獨佛、スイス等の法律婚主義諸國では、法律上の手續をしなれば婚姻が成立しないことは我國と同様であるが、前掲スイス民法第百十八條に見える通り、法律上の手續を濟ませない内は、宗教上の結婚式を行うことは許されない。獨佛では民法中には同様の規定はないが、夫々他の法律に宗教婚の先行を禁じてあつて、此規則に違反した牧師は嚴罰を蒙ることになつて居る。故に教會で結婚式を擧げる時は既に法律上は夫婦になつて居るのであつて、我國の婚儀の式を濟ませた内縁の妻の如き關係は存在し得ない。

然らば我國でも、スイス民法第百十八條の如き規定を設けたら宜さうなものであるとの疑が起るであらう。併し我國では神前結婚や佛前結婚はまだ極めて少數者の間に行はれるのみであつて、私宅で婚禮を執り行ふのが古來普通