且嫡出ノ承認ヲ爲スト雖モ後之ヲ否認スルコトヲ得〔註七〕。

(ロ) 期間ノ經過　否認ノ訴ハ夫カ子ノ出生ヲ知リタルトキヨリ一年内ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス(八二五)。夫カ未成年者ナル時ハ前條ノ期間ハ其成年ニ達シタル時ヨリ之ヲ起算ス。但シ夫カ成年ニ達シタル後ニ子ノ出生ヲ知リタル時ハ固ヨリ出生ノ事實ヲ知リタル時ヨリ起算ス。又夫カ禁治産者ナル時ハ出訴期間ハ禁治産ノ取消アリタル後夫カ子ノ出生ヲ知リタル時ヨリ之ヲ起算ス(八二六)。夫カ右期間中ニ否認ノ訴ヲ提起セス又ハ嫡出ヲ承認スルコトナクシテ死亡シタル時ニ於ケル、其子ノ爲メニ相續權ヲ害セラルヘキ者其他夫ノ三親等内ノ血族ノ提起スヘキ否認ノ訴ハ夫ノ死亡後一年ノ期間内ナルコトヲ要ス。

(ハ) 子ノ死亡　『出生子死亡シタル後ニ於テモ亦夫ハ嫡出ノ否認ヲ爲スコトヲ得ルヤ』理論上ニ於テハ其子ノ生存中ナルト死亡後ナルトニ依リ夫ノ否認權ニ差異アルヘキ理ナシト雖モ吾民法ニ於テハ獨逸民法一五九七條ノ如ク此點ニ關スル直接ノ明文ナク且ツ否認權ハ訴ノ方法ニ依ルコトヲ要シ其訴ハ子又ハ其法定代理人ニ對シテ爲サルルコトヲ要スル結果子死亡シタル後ハ相手方ナキコトトナリ訴提起ノ方法ナキ結果否認權行使ノ方法ナク從テ否認權ハ消滅スト云ハサルヘカラス。

(4) 否認權行使ノ效果　夫カ否認ノ訴ヲ提起シタル場合ニ於テ、原告卽チ夫ノ勝訴トナリタル時ハ其子ハ母ノ私生子トナルノ結果、戸主及夫ノ同意アルニ非レハ其家ニ入ルコトヲ得ス。且ツ其判決ハ出生ノ始メニ遡リテ效力ヲ有シ且第三者ニ對シテモ亦效力ヲ有スルカ故ニ、其後ニ於テハ何人ト雖モ子ノ嫡出ナルコトヲ主張スルニ由ナシ。原告敗訴ノ場合ニ於テハ嫡出子トナルコト勿論ナリ。

**四　推定ノ重複**

(1) 女ノ再婚禁止期間ニ關スル七六七條第一項ノ規定ニ違反シテ再婚シタル女カ、前婚ノ解消又ハ取消後三百日以内ニシテ且ツ再婚ノ成立後二百日後ニ子ヲ分娩シタル時ハ、其子ハ八二〇條ニ依リ前後兩夫ノ子トノ推定ヲ受クル結果、同條ニ依リ父ヲ定ムルコトヲ得ス。故ニ此場合ニ付特別ノ規定ヲ設ケ裁判所ニ於テ其父ヲ定ムヘキコトヲ定メタリ(八二一)。

(イ) 父ヲ定ムル訴ハ子、母、母ノ配偶者又ハ前配偶者ヨリ之ヲ提起スヘキモノニ

シテ、子又ハ母カ原告ナル場合ニ於テハ、配偶者及前配偶者ヲ相手方トシ、其一方死亡シタル時ハ生存者ヲ相手方トス。配偶者カ原告トナルトキハ前配偶者ヲ、前配偶者カ原告ナルトキハ配偶者ヲ互ニ相手方トナスヘキナリ(人訴三〇)。

(ロ) 父ヲ定ムル訴ハ前夫ノ子ナルカ後夫ノ子ナルカノ確定ヲ目的トスル訴ナルヲ以テ、裁判所ハ前夫若クハ後夫ノ子ナルコト又ハ両夫何レニモ屬セサルコトヲ判決スルコトヲ得ルニ止マル。故ニ訴訟上縱令第三者タル他ノ男子ノ子ナルコト明ナルニ至リタル時ト雖モ其男ノ子ナリトノ宣言ヲ爲スコトヲ得サルナリ。

(ハ) 判決確定前ニ於テハ其子ハ法律上前夫及後夫ノ子ナリトノ推定ヲ受ケ只其父カ確定セサルニ過キサル結果何人ト雖モ両夫以外ノ者ノ子ナリトノ主張ヲ爲スコトヲ得ス。從テ判決確定前ニ於テハ其子ハ母ニ對シテハ嫡出子ナル性質ヲ有シ母ノ家ニ入ル(七三三ノII)。其出生ノ屆出ハ母之ヲ爲スコトヲ要シ、屆書ニハ父ノ未定ナル事由ヲ記載セサルヘカラス(戸七四)。

(二) 前夫若クハ後夫ヲ父ナリトシ又ハ両夫何レノ子ニモ非ストスル判決確定シタル時ハ、其子ハ始メヨリ前夫若クハ後夫ノ嫡出子トナリ又ハ全然私生子トナル。其私生子ナルコトノ確定ハ母ニ對シテモ同様ナリ。

(2) 重婚ノ場合ニ於テモ重婚後女カ分娩シタル時ハ右ト同様ニ八二〇條ノ推定重複スルノ結果ヲ生スルコトアリ。此場合ニ付テハ民法ニ特別ノ定メナシト雖モ八二一條ヲ類推シテ父ヲ定ムヘキ訴ニ依リ裁判所其父ヲ定ムヘシトスルヲ通説トス。

〔註一〕 獨逸民法一五九一條ハ婚姻締結後出生シタル子ニシテ、妻ノ懷胎カ其婚姻前又ハ婚姻中ニシテ且ツ懷胎期間ノ間夫カ同棲シタルモノナル時ハ嫡出トスト規定シ、懷胎期間(Empfängnisszeit)中ノ同棲ヲ條件トシタルヲ以テ必スシモ本説トハ同様ニアラス、只結果ニ於テ同様ナリトノ意ナリ。

〔註二〕 但シ此場合ニ於テモ八二〇條第二項ニ依リ出生カ夫婦關係消滅後三百日以内ナル時ハ婚姻中ニ懷胎シタリト推定セラルヽコトアルヲ注意スルコトヲ要ス。

〔註三〕 尙ホ其理由ヲ詳言スレハ(a)八二〇條ハ嫡出ノ要件タル「夫ノ子」ノ推定ニ關スル規定ナリ。此事ハ同條第一項カ「妻カ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス」ト規定シタルヲ以テ見レハ明ナリ。蓋シ第二項カ「夫ノ子」ト推定スト規定セスシテ「婚姻中ニ懷胎シタルモノ」ト推定スト規定シタリシハ、第一項ニ於テ「婚姻中ニ懷胎シタル

子」ハ夫ノ子ト推定シタル爲メト、婚姻ノ解消若クハ取消後懷胎シタル子ハ嫡出子ニ非ルカ爲メニ特ニ夫婦關係消滅後懷胎シタル子ハ嫡出子ニ非ル旨ヲ包含センカ爲ナリ。從テ第二項ニ婚姻中ニ懷胎シタルモノ云々トアルモ之ハ決シテ之ヲ以テ嫡出子ノ要件トナスノ趣旨ニ非サルナリ。故ニ元來婚姻前懷胎シタル子ハ全然「夫ノ子」ノ推定ヲ受サルモノナルモ出生日ノ關係上二百日以後ニ生レタル子ハ同樣ニ「夫ノ子」ト推定サル、譯ナリ。又反對ニ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ全ク「夫ノ子」ノ推定ヲ受ルモノナルモ、出生日ノ關係上之カ推定ヲ受サルコトモアルナリ。(b)八三六條ニ依レハ婚姻前懷胎シ且ツ生レタル子モ父母ノ婚姻ニ依リ嫡出子タル身分ヲ取得セシメタルヲ以テ見レハ、懷胎カ婚姻前ナリトモ出生カ婚姻成立後ナランニハ之ヲ當然嫡出子トスルハ民法ノ趣旨ニ合ス。(c)民法八二二條ニ依レハ夫ハ子カ八二〇條ノ推定ヲ受クル場合ニ於テモ其嫡出ヲ否認スルコトヲ得。而シテ此『嫡出』ノ否認トハ「自己ノ子卽チ夫ノ子」ナルコトヲ否認スルコトヲ得ルノ意ニシテ決シテ婚姻中ニ懷胎シタル事實ヲ否認スルコトヲ得ルノ意ニ非サルナリ。卽チ嫡出トハ元來夫ノ子ヲ意味シ懷胎事實ノ婚姻前ナルト其後ナルトヲ問ハサルナリ。(d)例ヘハ婚姻後一ケ月ニシテ夫婦關係消滅シ其後一ケ月ニシテ子出生シタル時ハ婚姻後二百日以內ナリト雖モ夫婦關係消滅後三百日以內ナルヲ以テ嫡出ノ推定ヲ受クル譯ナリ。斯ル場合ニ於テハ純理上婚姻前ノ懷胎ナルコトハ自明ノコトナルニ拘ラス、ヤハリ婚姻中ノ懷胎從テ夫ノ子ト推定シタルヲ以テ見レハ、嫡出ノ要件ハ必スシモ婚姻中ノ懷胎ナルコトヲ法律ハ豫期セスト云ハサルヘカラス。(e)婚姻法カ形式ニ過キ事實ニ符合セサルコトノ非難ハ一般ニ承認セラレタルトコロニシテ、漸次所謂內緣ノ妻モ法律上ノ妻トナスヘシトノ見解多キヲ加フルモノナルヲ以テ本說ノ如ク內緣中ニ懷胎シタル子モ亦嫡出子ナリト解釋スルハ一般ノ事實ニ合スルコト多シト云ハサルヘカラス。

〔註四〕懷胎期間トハ出生ノ日ヨリ遡リ少クトモ受胎ナカルヘカラサル最短ノ日ト最後ノ日トノ間ノ期間ヲ云フ。獨逸民法ニ於テハ出生ノ日ヨリ遡リ第百八十一日ヨリ第三百二日ノ間ヲ懷胎期間トナス。吾民法ニ於テ計算スレハ第二百日日ヨリ第三百日ニ至ル間カ懷胎期間トナル譯ナリ。

〔註五〕尙ホ例之婚姻成立後一ケ月ニシテ離婚ヲナシ其後一ケ月ニシテ子出生シタル場合ノ如キニ於テハ、元來婚姻中ニ懷胎シタルコトノ推定ハ理論上矛盾スト雖モ解釋上斯ク斷セサルヲ得ス。既ニ述ヘタル如ク元來此ノ推定ハ夫ノ子タルコトノ推定ニシテ吾民法カ懷胎ノ時期ノ推定ヲナシタルハ立法上用意ノ周到ナルモノニ非ス。宜シク獨逸民法ノ如ク懷胎期間中夫ノ同棲アリタル時ハ之ヲ夫ノ子ト推定シ且ツ懷胎期間中ハ夫ト同棲シタリト推定スヘカリシナリ(同民法一五九一ノ1及II)。

〔註六〕故ニ例之內緣ノ夫婦同棲中ニ其妻懷胎シタル後第三者ト正當ニ婚姻シ婚姻成立ノ後二百日後ニ子出生シタル時ト雖モ其子ハ八二〇條ニ依リ夫ノ子トノ推定ヲ

受クルカ故ニ、前ノ内縁ノ夫モ妻モ共ニ其私生ノ主張ヲ爲スコトヲ得ス。只夫ノミカ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルナリ。而シテ夫其否認權ヲ喪失シタル後ニ於テハ其子ノ嫡出子タル身分ハ確定シテ不動ノモノトナル。又妻カ姦通ノ結果懷胎シタルコト明ナル場合例之夫ノ不在中ニ妻カ分娩シタル子ノ如キモ全ク同樣ナリ。斯ク妻カ夫ヨリ懷胎スルノ不能ナル事情明ナル場合ニ於テモ尙ホ夫ノ子ト推定シ何人モ其私生ノ主張ヲ爲スコトヲ得ストナスハ明ニ法律ノ不備ナリト云ハサルヲ得ス(獨民一五九一ノI參照)

〔註七〕此場合ニ於テハ子ノ嫡出又ハ私出ノ事實ハ全ク事實問題ナルヲ以テ夫ハ子ノ嫡出ニ非ル事實ノ確定ヲ求ムル通常訴訟ヲ提起スル外ナシ。又此訴ハ八二六、八二七條ノ適用ヲモ受ケサルカ故ニ理論上何時ニテモ之ヲ提起スルコトヲ得ヘシ、但シ出生前ニ於テハ、八二〇條ノ推定ヲ受クルヤ否ヤ不明ニ付懷胎中ニハ此訴ヲ提起スルコトヲ得サルコト、ナル。

## 第二　庶子及私生子

### 一　庶子及私生子ノ意義及親子關係

私生子(uneheliches Kind)トハ正當ノ婚姻ニ依ラスシテ出生シタル子卽チ嫡出子ニ非ル實子ヲ云フ　例ヘハ全然夫婦關係ナキ者ノ間ニ生レタル子、姦通ノ子、無效婚姻ニ因リテ生レタル子、夫婦關係アリタル者ノ間ニ於テモ其關係發生前ニ出生シタル子及其消滅後懷胎シ且ツ出生シタル子ノ如キヲ云フナリ。而シテ私生子父ニ依リ認知セラレタル時ハ父ニ對シテ之ヲ庶子ト云フ(八二七ノII)。庶子トハ父ニ對スル名稱ニシテ母ニ對シテハ縱令父ニ依リ又ハ母自身認知スルト雖モ依然トシテ私生子ナリ。『私生子ハ嫡出子ト同樣其父母ニ對シテ法律上當然親子ノ關係ヲ有スルヤ』ハ立法上頗ル重大ナル點ニ屬ス。私生子モ父ニ依リ認知セラレタル時ハ法律上父子ノ關係ヲモ生スルコト後述ノ如シト雖モ私生子ニ於テハ疑問アリ。

(1)　母子關係　『私生子ハ法律上母ヲ有スルヤ』獨逸民法ニ於テハ私生子ハ母及母ノ親族ニ對スル關係ニ於テ嫡出子ノ法律上ノ地位ヲ有ス(同民一七〇五)ト規定シタレ共吾民法ニ於テハ此點ニ付特別ノ明文ナキ結果議論岐ルル所ナリ。或ハ民法八二七條第一項ニ『私生子ハ其父又ハ母ニ於テ認知スルコトヲ得』トアルヨリシテ母モ認知スルニ非レハ法律上私生子ト親子ノ關係生セサルモノト云フ者アレ共　(a)母子ノ關係ハ出生ノ事實ニ依リ之ヲ知リ得ルコト多ク、事實上母子ノ關係ヲ知リ得ルニ於テハ法律上モ亦親子トナスハ法律常識ニ合ス。父子ノ關係ハ認知ヲ以テ始メテ法律上ノ效果ヲ生ストナスハ實ニ父ヲ知ルノ難キコト多キニ

依ルノミ。(b)民法ニ於テモ私生子ハ母ノ家ニ入ルコトヲ定メ(七三三ノII、七三五ノII)、私生子出生ノ屆出ハ母之ヲ爲スコトヲ要シ(戸七二ノII)、父カ胎内ノ子ヲ認知スルニハ母ノ承諾ヲ要スト定メ(八三一ノI)タルヲ以テ見レハ母子ノ關係ハ法律上當然ニ生スルモノナリトナスヲ穩當トス、通説ナリ。法律上當然ニ生ストハ母ハ當然法律上ノ母ナルノ意ナリ。卽チ母ノ知レサル場合ニ於テモ當然母子關係ヲ生スルノ意ナリ。從テ例之母カ私生子出生ノ屆出ヲ爲サヽル場合ハ勿論母カ所謂棄兒ヲナシ何人ノ子ナルカ不明ナル場合ニ於テモ同樣ナリ。只最後ノ場合ニ於テハ何人カ母ナルカ客觀的ニ不明ナルノミニシテ若シ何人カノ子ナルコトカ立證セラレタル場合ニ於テハ、茲ニ當然母子ノ關係ヲ生スルナリ(註八)。私生子ハ亦母ノ血族ト親族關係ヲ生スルコト言ヲ俟タス。

(2) 父子關係　父子關係ニ付テモ民法ハ何等特別ノ明文ヲ設ケスト雖モ私生子ト父間ニ於テハ母ノ場合ト異リ認知以前ニ於テハ何等法律上ノ效果ヲ認メタル規定ナキヲ以テ見レハ認知以前ニ於テハ法律上親子關係ヲ生セサルモノト解釋セサルヘカラス。此點ニ付テハ何等異論アルコトナシ。思フニ理論上ニ於テハ私生子ト雖モ必ス父アラサルヘカラサルカ故ニ何人カ父ナルカ明ナル場合ニ於テハ法律上ニ於テモ亦當然父子關係ヲ生セシメサルヘカラサルカ如シト雖モ實際上ニ於テハ父ヲ定ムルコト頗ル困難ナルコト多キ結果父ノ明ナル場合ト否トヲ問ハス認知ナケレハ親子關係ナシトナシタルナリ。從テ亦父ノ血族ト私生子トモ親族ニ非ルナリ。獨逸民法ハ明文ヲ設ケテ此點ヲ明ニシタリ(同民一五八九ノII)。

## 二　認知

(1) 認知ノ意義及法律上ノ性質　私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得(八二七ノI)。認知(Vaterschaft=, Mutterschaftsbekenntniss)トハ父又ハ母カ私生子ヲ自己ノ子ナリト承認スル旨ノ宣言ヲ云フナリ。獨逸民法ニ於ケル嫡出宣言(Ehelichkeitserklärung)(同民一七二三以下參照)(註九)ト異リ國家機關ノ協力ヲ要セス。一方的ニ父又ハ母ニ於テ自己ノ子ナル旨ノ表示ヲ爲セハ足ル。只戸籍吏ニ屆出スルヲ要スルノミ。而シテ母ト私生子トノ間ニ於テハ當然法律上ノ母子關係アルカ故ニ認知ノ必要ナキカ如クナレ共或ハ屆出ヲ怠ルコトアルヘク或ハ棄

兒ヲナスカ如キ場合アルヘシ。故ニ民法ハ斯ル場合ヲ慮リ母モ亦認知スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタリ。

私生子ノ認知ハ父又ハ母カ私生子ヲ自己ノ子ナリト承認スルノ意思ヲ表示シタルニ對シ法律上ノ效果ヲ附與スルモノナルヲ以テ意思表示ナルコト明ナリ。且ツ屆出ヲ必要トスルカ故ニ受領必要ノ單獨行爲ナリト云ハサルヘカラス。茲ニ問題トナルハ「認知ヲナスニ成年ノ子又ハ直系卑屬ノ承認ヲ必要トスル場合(八三〇、八三一)ニ於テハ認知ハ法律上契約ヲ以テ論スヘキモノニ非ルヤ」ノ點ナリ。學者或ハ斯ル場合ハ子又ハ母トノ合意ナリト論スル者アリト雖モ子母又ハ直系卑屬ノ承諾ハ認知ニ對スル有效條件タルニ止マリ決シテ之ヲ以テ成立條件トスヘキニ非ルノミナラス所謂承認ハ單純ナル意思通知ニシテ(註一〇參照)意思表示ヲ以テ目スヘキモノニ非ス。且ツ認知ノ效果ハ一ニ父又ハ母ノ意思表示ニ對シテ法律ノ附與スルモノナルヲ以テ縱令成年ノ子其他ノ承諾ヲ必要トスト雖モ、認知ノ法律上ノ性質ヲ變シテ契約ナリトナスコトヲ得ス。

(2) 認知ノ要件

(イ) 認知者ニ關スル要件

(A) 認知ヲ爲ス者ハ私生子ノ父又ハ母ナルコトヲ要ス　其私生子ヲ產ミタル眞實ノ父又ハ母ナルコトヲ要スルハ勿論ナリ。然レ共認知ニ付テハ何等國家機關ノ干與ヲ必要トセス。且ツ戶籍吏カ認知ノ屆出ヲ拒ムヘキ何等ノ規定存セサルカ故ニ、眞實ノ父母ニ非ル者モ父又ハ母ト稱シテ認知スルモ認知ノ效果ハ生スル結果トナリ且ツ一旦認知セラレテ父又ハ母ノ確定シタル私生子ニ付テハ更ニ認知スルコトヲ得サルノミナラス之ヲ取消スヘキ何等ノ手段存セサルカ故ニ、此要件ハ結局私生子ノ父又ハ母ナリト稱スル者ヲ以テ足ルコトヽナル。故ニコソ民法ハ子其他ノ利害關係人ハ認知ニ對シテ反對ノ事實ヲ主張スルコトヲ得セシメタリ(八三四)

(B) 認知ハ父又ハ母自ラ之ヲ爲スコトヲ要ス　私生子ノ認知ヲ爲スニハ父又ハ母カ無能力者ナル時ト雖モ、其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(八二八)又法定代理人ハ無能力者ニ代ツテ認知ヲ爲スコトヲ得ス。卽チ認知ノ權利ハ父又ハ母ノ身分ニ專屬スルモノナリ。認知ハ意思表示ナル結果、意

思能力ナキ者ニ於テハ認知スルコトヲ得サル結果トナル。

(ロ) 被認知者ニ關スル要件

(A) 認知セラルヽ私生子ハ父又ハ母ノ知レサル者ナルコトヲ要ス　『父又ハ母ノ知レサル』トハ戸籍上父又ハ母ノ確定セサルコトヲ意味ス。而シテ私生子ハ認知以前ニ於テハ父定マラサルモノニシテ、他方出生ノ屆出アル私生子ニ於テハ母既ニ定マレルモノナルヲ以テ結局

(甲) 父ノ認知スル場合ニ於テハ、他ニ父トシテ認知シタル者ナキヿヲ要シ、

(乙) 母ノ認知スル場合ニ於テハ、出生ノ屆出ナキ場合例之棄兒ヲナシタル場合ノ如キナルコトヲ要スルコトヽナル。

(B) 成年ノ私生子ヲ認知スル場合ニ於テハ、其承諾ヲ得ルコトヲ要ス　承諾ハ單純ナル意思通知ニシテ(註一〇)認知ヲ爲スモノニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要シ別段ノ方式ヲ必要トセス。承諾ハ (a)認知以前ニ爲サルヽコトヲ要シ、認知後ノ承諾ハ無效ナルコト (b)條件又ハ期限付ナルヘカラサルコト、

(c)承諾者自ラ之ヲ爲スコトヲ要シ代理人ヲ經テ爲スコトヲ得サルコト (d)其無效及取消ニ付テハ意思表示ニ關スル民法總則ノ規定ヲ準用スルコト等ハ特別ノ明文ナシト雖モ之ヲ肯定セサルヘカラス。只問題ハ『承諾ハ之ヲ撤回スルコトヲ得サルヤ』ノ點ナリ。予ハ之ヲ消極ニ解ス。但シ八三四條ノ規定ニ依リ認知ノ取消ノ訴ヲ以テスル場合ハ此限リニ非ス。

尙ホ成年ノ子ハ承諾ヲ爲スト否トハ全ク其自由ニシテ承諾ヲ强制スル何等ノ手段存セス。『成年ノ子カ意思能力ヲ有セサル時、其他事實上承諾ノ旨ヲ表示スル能ハサル時、成年ノ子カ承諾ヲ爲サヽル場合ニ於テハ遂ニ認知ヲ爲スコト能ハサルモノナリヤ』、此點ニ關スル特別ノ規定ナキカ故ニ如何トモナシ難シト云ハサルヘカラス(註一一)。

未成年ノ子ヲ認知スルニハ斯ル承諾ヲ得ルノ必要ナシ。故ニ時ニ於テハ眞實ナラサル父又ハ母ニ於テ認知スルコトアリ。斯ル場合ニ於テハ八三四條ニ依リ反對ノ事實ヲ主張スルノ外ナシ。

(C) 胎内ノ子ヲ認知スルニハ母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス。父ハ胎内ニ在ル

子ト雖モ之ヲ認知スルコトヲ得。此場合ニ於テハ母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス(八三一ノ1)。承諾ニ付テハ(B)ニ述ヘタル所ト同樣ナリ。本條ヲ設ケタル趣旨ハ私生子出生前ニ於テ父ノ死亡スルコトアルヘキヲ慮リ一ニ私生子ノ利益ヲ保護スル爲ナルコト言ヲ俟タス(九六八、九九三、一〇六五參照)。

(D) 死亡シタル子ヲ認知スルニハ、其直系卑屬アルコトヲ要シ、且ツ其直系卑屬カ成年ナル時ニ於テハ其承諾ヲ必要トス(八三一ノII)。卽チ (a)死亡シタル子ハ其直系卑屬ノアルニ非レハ認知ヲ爲スコトヲ得ス。(b)直系卑屬カ未成年者ナル時ハ其承諾ヲ必要トセスト雖モ成年ナル時ハ其承諾ヲ必要トス。承諾ニ付テハ前述ヲ參照スヘシ。

茲ニ問題トナルハ『直系卑屬數人アリテ或者ハ成年ニシテ他ハ未成年者ナル場合ニ於テ成年ノ子ノ承諾ヲ得ルコトナクシテ爲シタル認知ノ效力如何』及『成年ノ直系卑屬數人アリテ一部ハ承諾シタルモ他ハ承諾セサリシ場合ニ於ケル認知ノ效力如何』ノ點ナリ。前者ノ場合ニ於テハ認知ノ效力ハ未成年者ノ直系卑屬ノミニ及ヒ成年ノ直系卑屬ニハ及ハス。後者ノ場合ニ於テハ承諾シタル直系卑屬ニ付テノミ認知ノ效力ヲ生シ他ニ及ハスト解ス、蓋シ例之『兄弟姉妹ナル私生子數人アリテ一部ハ成年ニシテ他ハ未成年者ナル場合ニ於テ成年ノ私生子ノ承諾ナク認知ヲ爲シタル場合』及『兄弟姉妹タル數人ノ成年ニ達シタル私生子アリテ一部ハ認知ヲ承諾シ他ハ承諾セサル場合』ト全ク同樣ナレハナリ。

(八) 方式ニ關スル要件

(A) 認知ハ之ヲ戶籍吏ニ屆出ルコトヲ要ス(八二九ノI)。卽チ認知ハ一ノ要式行爲ナリ。母カ私生子出生ノ屆出ヲ爲シタル時ハ認知ノ效力ヲ生シ、父カ認知ヲ爲スニハ認知屆書ヲ必要トス(戶八一)。出生屆出前ニ子ノ認知ヲ爲サントスル場合ニ於テハ、庶子出生ノ屆出ト認知屆トヲ爲スコトヲ要スルモ、戶籍法ハ單ニ庶子出生ノ屆出ヲ爲セハ足ルモノトシ、庶子出生ノ屆出ハ認知ノ效力ヲ有スルモノト定メタリ(戶八三)。又母カ棄兒ヲ爲シ子カ出生屆ニ因ラスシテ家籍ヲ有スルニ至リタル後認知セントスル場合ニ於テハ認知屆ヲ爲サヽルヘカラス。其他胎內ノ子ノ認知ノ方式ニ付テハ戶籍法八二條八六條

ヲ參照スヘシ。

(B) 認知ハ又遺言ノ方法ニ依リテモ亦之ヲ爲スコトヲ得(八二九ノII)。此場合ニ於テハ遺言ノ方式ニ從ハサルヘカラサルコト言ヲ俟タス。又認知ノ遺言ハ滿十五歲以下ノ者ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス。遺言ニ依ル認知ノ屆出ニ付テハ戸籍法八五條ヲ參照ス可シ。

(3) 認知ノ效力

(イ) 認知ハ出生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス。但シ第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス(八三二)。母カ認知スルモ其子ハ依然トシテ私生子ナリト雖モ、父カ認知シタル子ハ之ヲ庶子ト云フ(註一二)。然レ共共ニ同樣ニ認知ニヨリ認知者被認知者間ノ親子關係確定スルモノナリ。從テ被認知者ハ認知者ノ或ハ(a)家ニ入リ(七三三)、(b)親權ニ服シ(八七七)、(c)婚姻養子緣組ニ關シテハ其同意ヲ得ルコトヲ要シ(七七二、八四四)或ハ相互ニ(d)扶養ノ義務ヲ生シ(九五四以下)、(e)相續ヲナスノ權利ヲ取得スル結果トナル。

而シテ民法ハ此等ノ認知ノ效力ハ出生ノ時ニ遡リテ發生スルモノト定メタリ。

故ニ死亡シタル子ヲ認知シタル時ハ認知ノ效力ハ生前ニ遡及シテ其出生ノ時ヨリ親子タリシコトヽナリ其直系卑屬ハ出生ノ始メヨリ認知者ノ孫タリシコトヽナル。胎內ノ子ヲ認知シタル時ハ其認知ノ效力ハ子ノ出生ノ時ヨリ始マルト言ハサルヘカラス。蓋シ胎兒ハ未タ法律上人格ヲ有セサルモノナレハナリ。但シ相續其他胎兒カ既ニ生シタルモノト看做サルヽ場合ニ於テハ認知ノ時ヨリ其效力ヲ生スト云ハサルヘカラス(七二一、九六八、九九三參照)。認知ノ時トハ屆出ノ受理アリタル時ヲ云フ。

認知ノ效力ハ斯ノ如ク遡及スト雖モ他人カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス。此點ニ付テハ個々ノ場合ニ付學者ノ說及實際上ノ取扱其說ヲ一ニセス。蓋『權利』ノ意義頗ル不明確ナルノ故ナリ。個々ノ例證ニ付研究スルヲ要ス。

(A) 家籍ノ變更　私生子屆出前ニ父又ハ母カ認知シタル時ハ認知ニ因リ出生ノ始メヨリ父又ハ母ノ家ニ入ルヘキコト、私生子カ認知以前ニ於テ婚姻又ハ養子緣組ニ依リテ他家ニ入リタル後父母ノ認知アルモ特ニ父又ハ母ノ家ニ入ルヘキニ非ルコト(註一三)ハ言ヲ俟タス。私生子出生ノ後父又ハ母

カ分家ヲナシ、若クハ離籍セラレタルニ依リ一家ヲ創立シタル後私生子ヲ認知スルモ其被認知者ハ其出生ノ當時父ノ屬シタル家ニ入籍スルコトナク分家又ハ創立シタル父又ハ母ノ家ニ入ルヘキモノナリト解セサルヘカラス。

(甲)『私生子カ父ノ認知ノ當時既ニ母ノ家ニ入リ居タル場合ニ於テハ如何』

此場合ニ於テハ子ハ既ニ母ノ家ノ家族トナリ其戸主權ニ服スル結果、若シ認知ニ依リ父ノ家ニ入ルトセハ、其戸主權ヲ脱スル結果トナリ八三二條但書ニ抵觸セサルヤノ疑アリト雖モ被認知者カ戸主權ヲ脱スルノミニテハ未タ以テ權利ヲ害スト云フコトヲ得サルノミナラス子ハ先ツ父ノ家ニ在ルヘキモノナルヲ以テ(七三三)認知ニ依リ父ノ家ニ入ルヘキモノナリト解釋ス。認知者カ七三七條ノ規定ニ依リ母ノ家ヨリ更ニ他家ニ入籍シタル場合ニ於テモ同樣ナリ。

(乙)『私生子カ認知ノ當時既ニ他家ノ戸主ナリシ場合ハ如何』例之分家ヲナシ離籍セラレ母ノ家ヲ相續シ其他七三七條ニ依リ他家ニ入リタル後戸主トナリタル場合ノ如シ。此場合ニ於テ認知ニ依リ父ノ家ニ入ルヘキモノトセハ多クハ其家ノ家族タル者ノ權利ヲ害スルコト多カルヘク且ツ戸主ノ地位ハ重大ナルヲ以テ此場合ニ於テハ、第三者ノ權利ヲ害スルト否トニ拘ラス、認知ニ依リ家籍ヲ變更スルモノニ非スト解ス。但シ七六二條第一項ニ依リ適法ニ廢家シテ認知者ノ家ニ入ルハ此限ニ非ルコト勿論ナリ。

(丙)『私生子カ既ニ母ノ家又ハ其他ノ家ノ推定家督相續人ナル場合ハ如何』

此場合ニ於テハ別ニ第三者ノ權利ヲ害スルコトナキヲ以テ八三二條本文ト七四四條トノ關係ニ關スル問題ナリ。積極消極兩說アリ。思フニ私生子ハ認知ニ依リ當然認知者ト親子關係ヲ生シ其效力ハ遡及シ出生ト同時ニ認知者ノ家ニ入ルヲ原則トスルモノナルヲ以テ、此場合ニ於テハ私生子ハ推定家督相續人タルノ地位ヲ失フモノナリト云ハサルヘカラス。從テ婚姻又ハ養子緣組ニ依リ若クハ分家シ離籍セラルルニ依リ他家ニ入ル場合トハ事情ヲ異ニスルノミナラス戸主タル場合ト異リ當然廢家スヘキモノニモ非ルヲ以テ、予ハ此場合ニ於テハ私生子ハ認知ニ依リ父ノ家ニ入ルモノナリト解ス。

(B) 婚姻及養子縁組ニ於ケル同意　私生子カ既ニ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタル後認知スルモ認知者ハ之カ同意ヲ爲ササリシ故ヲ以テ取消ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス。蓋シ第三者ノ權利ヲ害スルコト甚シケレハナリ。

(C) 相續　認知ノ當時戸主タリシ認知者既ニ隱居ヲナシテ家督相續開始シ居タル場合ニ於テハ、被認知者ハ縱令認知ノ效力カ出生ノ時ニ遡ルモノトセハ家督相續人タルヘカリシ時ト雖モ既ニナシタル相續人ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス。

『認知ノ當時既ニ認知者ニ法定ノ推定家督相續人アル場合ニ於テ若シ認知ノ效力ヲ出生ノ始ニ遡ラシムルモノトセハ、被認知者カ其人ニ代リテ推定家督相續人タルヘキ時ニハ被認知者ハ其人ニ代リテ推定ノ相續人トナルヤ』此點ニ付テモ亦積極、消極兩說アリト雖モ家督相續人タルノ地位ハ相續開始セハ相續ヲ爲スコトヲ得ヘキ權利ナリト解釋スルヲ相當トスルカ故ニ八三二條但書ノ適用ヲ受ケ推定家督相續人トナルモノニ非スト解ス。

尙ホ扶養ノ義務ニ付一ノ問題アリ卽チ『認知ノ當時迄被認知者ヲ扶養シ來リタル第二順位ノ扶養義務者ハ認知者タル第一順位ノ扶養義務者ニ對シ從來ノ扶養相當額ノ賠償ヲ請求スル可ヲ得ルヤ』ノ問題ナリ。積極說ヲ通說トス。

(ロ) 認知ヲ爲シタル父又ハ母ハ其認知ヲ取消スコトヲ得ス(八三三)。

(A) 玆ニ所謂取消トハ撤回ヲ意味ス。換言スレハ認知者ハ要件ヲ具備シタル完全ナル認知ノ撤回ヲ爲スコトヲ得サルノ意ナリ。認知モ亦意思表示ナルヲ以テ全ク民法總則ノ適用ヲ受ケ或ハ無效トナリ或ハ取消サル。認知カ前述ノ要件ヲ具備セサル場合例ヘハ同意權者ノ同意ナキ場合屆出ヲ爲ササル場合ノ如キニ於テハ無效ナルコト言ヲ俟タス。但シ未成年者ト雖モ獨立シテ認知スルコトヲ得ヘキヲ以テ法律上代理人ノ同意ナキノ故ヲ以テ之カ取消ヲナスコトヲ得ス。其無效ハ何人モ之ヲ主張スルコトヲ得ヘク利害關係アル者ハ其無效確定ノ訴ヲ爲シ得ヘキコト勿論ナリ(人訴二七)。又取消ノ方法ハ訴ノ形式ニ依ルコトヲ必要トス(人訴二七)。

(B) 眞實ノ父又ハ母ニ非ル者カ自己ノ子ニ非ルコトヲ知リナカラ爲シタル認知モ亦有效ナルヲ以テ之カ撤回ヲ爲スコトヲ得ス。只次ニ述フル子其他

ノ者ノ認知取消ノ請求ニ基ク裁判所ノ判決ニ依リ取消サルルコトアルノミ。

(C)『遺言ヲ以テ認知ヲ爲シタル場合ニ於テ遺言カ取消サレタル時ハ認知モ亦取消サレタルコトトナルヤ』(一一二四以下參照)。是レ卽チ八三三條ト一〇二四條以下トニ關スル問題ナリ。積極、消極兩說アリト雖モ消極說ヲ穩當トス。蓋シ民法八三三條ノ規定ハ同一〇二四條以下ノ規定ニ對スル特別規定ニシテ優先シテ適用セラルヘキモノナリト解スルヲ相當トスレハナリ。

(八) 子其他ノ利害關係人ハ認知ニ對シテ反對ノ事實ヲ主張スルコトヲ得(八三五)。是レ卽チ認知取消ノ請求權ナリ。條文ニハ單ニ『反對ノ事實ヲ主張スルコトヲ得』トアレ共固ヨリ取消ヲ求ムルコトヲ得ルノ意ニ解セサルヘカラス。

(甲) 取消請求ノ權利者ハ子其他ノ利害關係人ナリ。利害關係人トハ眞實ノ父又ハ母、被認知者ノ直系卑屬其他ノ親族ハ固ヨリ、何等カノ法律上ノ利害關係ヲ有スル者ノ意ナリ。故ニ第三者モ亦必要ナル場合ニ於テハ取消ノ請求ヲ爲スコトヲ得。茲ニ問題トナルハ『成年ノ子、胎兒認知ノ場合ニ於ケル母、死亡シタル私生子認知ノ場合ニ於ケル其直系卑屬等カ認知者ノ認知ニ對シ承諾ヲ爲シタル時ニ於テモ、其後ニ於テ反對ノ事實ヲ主張シテ認知ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルヤ』ノ點ナリ。學者間議論岐ル、或ハ承諾ヲ以テ取消請求權ノ拋棄ナリトナシテ消極ニ解シ、或ハ承諾ヲナスモ認知契約成立スルモノニ非ルヲ以テ、承諾ニ依リ取消請求權ヲ失フコトナシトナシ之ヲ積極ニ解ス。蓋シ認知ハ濫リニ之ヲ撤回スルコトヲ得スト雖モ被認知者ノ利害ヲ犧牲ニシテ眞實ノ父又ハ母ニ非ル者ト法律上ノ親子關係ヲ有セシメントスルハ情理ニ反スレハナリ。

(乙) 反對ノ事實トハ認知者カ眞實ノ父又ハ母ニ非ルノ意ナリ。蓋シ認知ハ單獨行爲ニシテ眞實ノ父又ハ母ニ非ル者ニ於テ認知ヲ爲スモ法律上認知ノ效力ヲ生スルモノナレハ斯ル場合ニ子其他ノ者ノ利害ニ反シテ認知ヲ確定セシムルハ事理ニ反スレハナリ。眞實ノ父又ハ母ノ認知ニ對シテハ認知カ如何ニ子其他ノ者ノ利害ニ反スレハトテ取消ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス。

(丙) 取消ノ請求ハ訴ノ方法ニ依ルコトヲ要ス。蓋シ認知者カ認知取消ノ意思表示ヲ爲スモ無效ナレハナリ(八三三)。認知取消ノ訴是ナリ(人訴二七)。訴

ニ依リ認知ヲ取消ス旨ノ判決確定シタル時ハ認知ハ始メヨリ無效ナルモノトナリ認知ノ凡テノ效力ヲ失ハシムルヲ以テ認知者ト被認知者トノ間ニ於テハ親子關係ハ全クナカリシモノトナル。

(4) 認知請求權　子其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得(八三五)。所謂强制ノ認知ナリ。認知ハ本來認知者ノ一方的行爲ニシテ其任意ニ爲サル可キモノナレ共往々ニシテ任意ニ認知ヲナササルコトアル可ク、斯クテ私生子ニ損害ヲ及ホスコトアルヘキヲ慮リタル結果ナリ。

(イ) 認知請求ノ權利ヲ有スル者ハ子、其直系卑屬及此等ノ者ノ法定代理人ナリ。

(A) 子　認知ノ請求權ハ本來認知ト同樣ニ身分上ノ權利ナルヲ以テ認知者タル私生子カ認知請求ノ權利ヲ有スヘキハ當然ナリ。而シテ認知請求權ハ身分上ノ權利ナルヲ以テ其無能力者ナル場合ニ於テモ、法定代理人ノ同意ヲ得ルコトナク認知ノ請求ヲ爲スコトヲ得。

(B) 直系卑屬　私生子ノ直系卑屬モ亦請求權ヲ有ス。但シ直系卑屬ハ被認知者タル子ノ死亡シタル時ニ於テノミ此權利ヲ有スルモノナリト解セラル。

蓋シ子生存中ニ於テハ其直系卑屬ニ認知請求權ヲ與フルトキハ往々ニシテ被認知者タル子ノ意思ト相反スルコトアルヘク而モ認知ノ請求ヲ爲スヤ否ヤハ一ニ被認知者ノ意思ニ任スヘキモノナリトスルヲ相當トスレハナリ。直系卑屬ハ其無能力者ナル場合ニ於テモ法定代理人ノ同意ヲ得ルコトナク認知ノ請求ヲ爲スコトヲ得。

(C) 法定代理人　子ノ法定代理人及其直系卑屬ノ法定代理人モ亦認知請求權ヲ有ス。直系卑屬ノ法定代理人カ認知請求權ヲ有スルハ被認知者タル子ノ死亡シタル場合ナルコト勿論ナリ。而シテ『法定代理人ノ有スル認知請求權ハ法定代理人カ其身分上有スル固有ノ權利ナリヤ又ハ子若クハ直系卑屬ノ地位ニ代リテ之ヲ代表シテ行フコトヲ得ル權利ナリヤ』ニ付テハ議論岐ルル所ナルモ法定代理人ノ有スル認知請求權ハ自己ノ資格ニ於テ有スル固有ノ權利ニ非スシテ無能力者タル子又ハ直系卑屬ニ代リテ之ヲ代表シテ有スル權利ナリトスルヲ相當トス。從テ左ノ如キ結果ヲ生ス　(a)子若クハ直系卑屬ノ親權者カ未成年者ナル場合ニ於テハ其未成年者タル親權者ノ法定

代理人ニ於テノミ認知ノ請求ヲ爲スヘク未成年者タル親權者ハ認知請求權ヲ有セサルコトトナル。蓋シ未成年者タル親權者ノ親權ハ何レモ之ヲ行使スルコトヲ得スシテ其者ノ親權者又ハ後見人ニ於テ之ヲ行使スヘキモノナレハナリ(八九五、九三四ノII)。(ハ)子又ハ其直系卑屬カ無能力者ニシテ法定代理人ヲ有スル場合ニ於テモ法定代理人トハ獨立ニ自ラ認知ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ前述ノ如シ。故ニ例之私生子ノ母カ私生子ノ父ニ對シ認知ノ請求ヲ爲ササル旨ノ契約ヲナスト雖モ子ノ認知請求權ニ何等ノ影響ナシ。只母カ斯ル契約ヲ爲シタル時ハ母ハ自ラ親權者トシテノ認知請求權ヲ喪失スルニ至ルヤ換言セハ『認知請求權利者ハ自ラ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤ』ニ付テハ疑アリト雖モ予ハ之ヲ否定ス。從テ母カ後ニ至リ認知請求ノ訴ヲ提起スルモ裁判所ハ權利拋棄ノ故ヲ以テ原告ノ請求ヲ棄却スルコトヲ得サルモノト信ス。

(ロ) 認知ヲ爲ス義務ヲ有スル者ハ父又ハ母ナルコト言ヲ俟タス。

(ハ) 認知ノ請求ハ裁判外又ハ裁判上ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ。裁判上ノ認知ノ請求ハ之ヲ認知ノ訴ト云フ。認知ノ訴ニ付テハ人事訴訟法第二章ヲ參照スヘシ。訴ニ依リ被告ニ認知ヲ命シタル判決確定シタル時ハ茲ニ認知ノ效力ヲ生ス。認知ノ效力ハ任意ノ認知ト全然同樣ナリ。其戸籍上ノ手續ニ付テハ戸籍法八四條ヲ參照スヘシ。

三　準正　準正(Legitimation)トハ私生ノ子カ或事實ノ發生ニ依リ嫡出ノ子タル身分ヲ取得スルヲ云フ。吾民法ハ諸外國ト同シク八三六條ニ於テ此制度ヲ認メタリ。

(1) 庶子ハ其父母ノ婚姻ニ依リテ嫡出子タル身分ヲ取得ス(八三六ノI)。

(イ) 茲ニ庶子トハ父母ノ婚姻前既ニ出生シ父ニ因リ認知セラレタルモノヲ云フ。蓋シ父カ胎兒ヲ認知スルモ庶子タル身分ノ取得ハ原則トシテ出生ノ時ニ於テナレハナリ。懷胎中ニ父母カ婚姻シタル時ハ父カ其胎兒ヲ認知スルト否トニ拘ラス又出生ノ時期如何ニ拘ラス其子ハ當然本來ノ嫡出子タル身分ヲ有スルモノナリ(註一四)。

(ロ) 婚姻ノ有效ナルコトヲ要スルハ言ヲ俟タス。取消シ得ヘキ婚姻モ之ヲ取

消ス迄ハ有效ナルノミナラス婚姻取消ノ效力ハ身分關係ニ付テハ既往ニ遡及セサルカ故ニ嫡出子タル身分ノ取消ニ付テハ何等ノ影響ナシ。

(ハ) 嫡出子タル身分取得ノ效果ハ父母ノ婚姻ニ依リ法律上當然生ス。而シテ『其身分ノ取得ハ父母ノ婚姻ノ時ナリヤ又ハ庶子出生ノ時ヨリナリヤ』ニ付テハ說分ルト雖モ父母ノ婚姻ノ時ヨリナリト解スルヲ相當トス通說ナリ。

(2) 婚姻中父母カ認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス(八三六ノII)。

(イ) 玆ニ私生子トハ父母ノ婚姻前ニ出生シタル私生子ヲ云フナリ(註一五)。懷胎中婚姻シタル場合ニ於テハ、父ノ認知ノ有無ニ拘ラス又出生ノ時期ニ關セス其子ハ本來ノ嫡出子ナレハナリ。

(ロ) 認知カ有效ナラサルヘカラサルコト固ヨリナリ。母カ出生ノ屆出ヲ爲シタル時ハ認知ト同一ノ效力ヲ生スルカ故ニ本條ニ父母ノ認知トアルモ固ヨリ更ニ認知セサルヘカラサルノ意ニ非ス。父母ノ認知ハ同時ニ爲サルルコトヲ必要トスルモノニ非ス。父及母カ何レモ認知スルコトヲ要スルノ意ニシテ時ノ前後ヲ問ハス。而シテ玆ニ父母ト云フモ必スシモ眞實ノ父母ナルコトヲ必要トセス。但シ取消ヲ請求セラルルコトアルハ勿論ナリ。又認知ハ父母ノ知レサル私生子ナルコトヲ必要トスル結果既ニ父トシテ認知ヲ爲シタル者アル場合ニ於テハ縱令眞實ノ父母カ婚姻スルモ認知スルニ由ナキコトトナル。

(ハ) 父母ノ認知ハ婚姻中ナルコトヲ要スルカ如シト雖モ一ハ婚姻前ニ認知シ他ハ婚姻中ニ認知スルモ固ヨリ有效ナリト解セサルヘカラス。但シ父カ婚姻前ニ認知シタル場合ハ第一項ノ適用ヲ受ケ第二項ニ該當セス。『私生子ノ母カ其父ト婚姻ヲナシ婚姻關係消滅後ニ於テ父カ認知ヲ爲シタル時ニ於テモ尙ホ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノナリヤ』明文ヨリスル時ハ之ヲ否定セサルヘカラサルモ、父母間ニ婚姻アリタル以上認知ノ前後ニ依リ一ハ嫡出子トナルニ一ハ庶子タルニ過キストナスハ其間ノ差等大ニシテ而モ何等ノ實益ナキ點ヲ考慮スレハ之ヲ肯定セサルヘカラサルヘシ。實際上ノ取扱ハ之ヲ肯定シ此場合ニ於テモ嫡出子タル身分ヲ取得セシムルカ如シ。

(二) 嫡出子タル身分ノ取得ハ認知ノ時ヨリナリ。『認知ノ時』トハ父母カ時ヲ異

ニシテ認知シタル場合ニ於テハ後ニ爲シタル認知ノ時ヲ云フコト言ヲ俟タス。而シテ嫡出子タル身分ノ取得ハ當然生スルモノナルヲ以テ父ノ認知カ後ナル場合ニ於テモ私生子ハ一旦庶子トナルコトナク直チニ嫡出子トナルモノナリ。

(3) 前二項ノ規定ハ子カ既ニ死亡シタル場合ニ之ヲ準用ス(八三六ノIII)。卽チ庶子カ死亡シタル後父母カ婚姻シタル時、又ハ私生子死亡シタル後父母カ婚姻ヲナシテ共ニ認知シタル時ハ死亡シタル子ノ直系卑屬ハ或ハ婚姻ノ時ヨリ或ハ認知ノ時ヨリ嫡出ノ直系卑屬タル身分ヲ取得シテ父ノ嫡孫トナルニ至ル。

斯クテ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者ハ家督相續ニ付テハ其嫡出子タル身分ヲ取得シタル時ニ於テ出生シタルモノト看做サル(九七〇ノII)。

〔註八〕 不明ナル場合ハ屆出ナシタル場合ニ於テモ生スルコトアリ。例之母カ屆出チ爲シタル後棄兒チナシ若クハ子行衛不明トナリ其後子成長シテ自己ノ子又ハ自己ノ母ナルコトチ辨別シ得ヘカラサルニ至リタル場合ノ如シ。斯ル場合ハ嫡出子ノ場合ニ於テモ生スルナリ。此場合ニ於テハ法律上ハ何人ノ子ナルカハ明ナレ共其事實上母子ノ關係不明ナルチ以テ法律上ニ於テモ母子關係チ適用スルコトチ得サル結果トナル。

〔註九〕 所謂嫡出宣言トハ父ノ私生子チ自己ノ子ナリト承認スル旨ノ宣言チ包含シタル申立ニ依リ國家機關ノ爲ス宣言ニシテ、之ニ依リ私生子ハ父ニ對シテハ嫡出子タル身分チ取得スルモノチ云フ。其國家機關ノ宣言チ必要トスル點、母ノ爲メノ嫡出宣言ナキ點、宣言ノ效果ハ父子間ニ止リ父ノ妻父ノ親族及子ノ直系卑屬ニ及ハサル點殊ニ嫡出宣言ハ一ノ恩惠事件(Gnadensache)ニ屬シ申立ニ付何等法律上ノ要件ニ缺點ナキ時ト雖モ之チ拒ムコトチ得レ共吾民法ノ認知ハ意思表示ノ無效タラサル限リ必ス法律上ノ效果チ發生スル點等ニ於テ大ニ吾國ノ認知ト異ルナリ。

〔註一〇〕 民法ハ親族法上ノ行爲ニ付同意及承諾チ必要トスル場合チ定メタリ。而シテ所謂同意(七三七I II、七三八I、七四一、七四三、七五〇I、七五五、七五六、七七二乃至七七四、八〇九、八一四I、八四一、八四四、八五六、八五七、八六三、八六九、八八四、八八六、乃至八八九、九二八、九二二、九二四、九二六、九二九、九三一、九三四等)ハ凡テ單純ナル意思通知ニシテ、意思表示ニ非ル點ニ付テハ異論ナシ。然レ共所謂承諾(八〇二、八三〇、八三一、八四三、八四八、一六七等)ハ其法律上ノ性質必スシモ一樣ナラス。蓋シ。(a)八〇二條ニ所謂承諾ハ同意ノ意味ニシテ單純ナル意思通知ナルコト、(b)八四三條、八四八條ニ所謂承諾ハ明ニ意思表示ナルコトニ付テハ異論ナケレハナリ。

八三〇、八三一條ニ所謂承諾カ單純ナル意思通知ナリヤ又意思表示ナリヤハ頗ル疑ハシ。獨逸民法ニ於テハ嫡出子宣言ニハ子又ハ母ノ同意チ得ルコトチ要スト定メ(同民一七二六)、此同意ノ法律上ノ性質ニ付テハ通常一方的法律行爲ナリト說明ス

ルカ如シ。吾民法ニ於テモ八三〇、八三一條ノ場合ノ認知ヲ以テ合意ナリトナス論旨ハ之ヲ意思表示トナスモノ、如シ。然レ共認知ノ法律上ノ效果ハ八三〇、八三一條ノ場合ニ於テモ子其他ノ者ノ承諾ニ依リ之ヲ欲スルカ故ニ與フルモノニ非スシテ、父又ハ母ノ認知ノ意思表示ニ對シテ與フルモノナリト解セサルヘカラサルカ故ニ予ハ之ヲ單純ナル意思通知ナリト解ス。尚ホ研究ノ餘地アリ。

〔註一一〕『成年ノ子カ意思能力ヲ有セサル場合ニ於テ法律上代理人カ代リテ認知ノ承諾ヲ爲スコトヲ得ルヤ』否ヤノ點ハ頗ル疑問ナリ。論者或ハ法律上代理人ハ八三五條ノ規定ニ依リ認知請求權ヲ有スルモノナルヲ以テ承諾モ亦之ニ代リテ爲スコトヲ得ト論スト雖モ、(a)所謂認知請求權ハ凡テ裁判上爲サルルコトヲ要シ、親子ノ關係ハ一ニ裁判所ノ確定スル所ナリ。故ニ縱令法律上代理人ニ認知請求權ヲ與フルトモ之カ爲メ直チニ認知ノ效力ヲ生スルコトナシ。之ニ反シテ若シ法律上代理人ニ承諾權ヲ與フル時ハ直チニ認知ノ效力ヲ生スルモノナルヲ以テ、認知請求權ヲ與ヘタルノ故ヲ以テ承諾ノ代理權アリトナスハ當ラス。(b)父又ハ母ハ未成年ノ時代ニ承諾ノ必要ナクシテ充分認知シ得ヘカリシモノナルヲ以テ之ヲ怠リタル父又ハ母ニ對シテハ特ニ承諾ヲ得ル能ハサル場合アリトナスモ酷ニアラス。(c)若シ認知カ子ニ利益ナル場合ニ於テハ法律上代理人ハ認知請求ノ訴ヲ爲セハ足ル等ノ點ヲ考慮シテ予ハ此說ニ反對ス。

〔註一二〕認知ニ依リ嫡出子ノ身分ヲ取得スルコトアリ(八三六ノII)。

〔註一三〕此場合ニ於テモ離婚又ハ離緣アリタル場合ノ復籍ハ認知者ノ家ニ爲スヘキモノナリ。又私生子カ女子ニシテ母ノ家ニ在リテ婚養子緣組ヲ爲シタル場合ニ於テモ認知ニ依リ父ノ家ニ入ルコトナシ。蓋シ夫婦ハ其家ヲ異ニスルヲ得サレハナリ。此場合ニ後離婚シタル場合ニ於テハ當然父ノ家ニ入ル(復籍ニ非ス)ヘキヤ勿論ナリ。

尙ホ私生子カ父ノ認知ノ當時母ノ養子トナリ居タル時モ認知ニ因リ父ノ家ニ入ルヘキニ非ス。蓋シ養親子關係ニ依リ養子トシテ養親ノ家ニ在ル可キモノナレバナリ。

〔註一四〕庶子カ父母ノ婚姻前母又ハ第三者ノ養子トナリ居タル場合ニ於テモ、父母ノ婚姻ニ依リ當然父母ノ嫡出子タル身分ヲ取得ス。但シ之カ爲メ養子緣組ノ效力ニ何等影響ヲ及ホササルコト固ヨリニシテ恰モ嫡出子ヲ養子トナシタルモノト同一トナルナリ。

〔註一五〕私生子カ母又ハ第三者ノ養子トナリタル場合ニ於テモ其私生子タル身分ハ喪失スルモノニ非ルナリ。故ニ父母カ婚姻中ニ認知ヲナシテ嫡出子トスルニ何等ノ妨アルコトナシ。

## 第三節　養子(angenommenes Kind)

### 第一　養子緣組ノ性質

#### 一　養子緣組ノ意義

養子縁組(Annahme des Kindes Statt)又ハ縁組トハ『養子ヲ爲シ』(八三七、八四四、八四八)『養子トナル』(八四三、八四四)コト卽チ或人カ他人ヲ養子トナス(八三八、八三九、八四〇、八四一)コトヲ云フナリ。養子トハ縁組ニ依リテ他人ノ、其家ニ在ル嫡出子タル身分ヲ取得シタル子ヲ云フ。卽チ法律上養子縁組トハ當事者ノ一方カ他方ノ其家ニ在ル嫡出子タル身分ヲ取得スル法律行爲ヲ云フ。

(1) 縁組ハ法律行爲ニシテ屆出ヲ爲スニ非レハ其效力ヲ生セス。故ニ事實上他人ノ子ヲ養フモ之ヲ縁組ト云フヲ得ス。

(2) 縁組ハ縁組行爲ノ當事者間ニ於テノミ養親子關係ヲ生ス。

(3) 縁組ハ當事者ノ一方カ他ノ一方ノ嫡出子タル身分ヲ取得ス。養子タルヘキ者ハ養親ト必シモ親族關係ナキモノナルコトヲ要セス。私生子、庶子、又ハ嫡出子ト雖モ家ヲ異ニスル場合ニ於テハ又實父母ト縁組ヲ爲スコトヲ得。又縁組ノ效果ハ當事者以外ニハ及ハス。故ニ養父カ養子ヲナシタル後迎ヘタル妻ハ養子トハ養親子關係ナシ。

(4) 養子ハ養親ノ家ニ入ル。但シ同一家籍內ノ者ト雖モ元ヨリ縁組ヲ爲スコトヲ得。卽チ所謂戶內ノ縁組ナリ。

(5) 縁組ニハ (a)通常ノ養子縁組(生前養子)、(b)婿養子縁組、(c)遺言養子縁組ノ別アリ。養孫(Annahme an Eenkels Statt)ノ如キ制度ヲ認メス。亦吾國ノ舊慣タル順養子ハ現行民法上無效ナリ。

## 二　養子縁組ノ法律上ノ性質

縁組カ意思表示ナル點ニ付テハ疑ナシ(八四二、八四八)ト雖モ契約ナリヤ否ヤニ付テハ婚姻ト同樣頗ル疑問ナリト雖モ予ハ婚姻ニ付述ヘタルト同樣縁組モ亦屆出ヲ以テ其本體ナリト解スルカ故ニ契約ニ非スト信ス。其理由等ニ付テハ婚姻ニ付述ヘタル所ヲ參照ス可シ(註一)獨逸民法ニ於テハ縁組カ契約ナルコトハ明文上明ナレ共之ヲ養子契約(Annahmenevrtrag ト云フ)吾民法ニ於テハ之ト同一ニ解スルコトヲ得ス(獨民一七四一參照)。

『法律行爲ニ關スル民法總則ノ規定ハ縁組ニモ亦適用アリヤ』ノ問題ニ付テモ婚姻ニ付述ヘタルト同樣ナリ。只婚姻ト異リ縁組ニ付テハ代理ニ關シ重大ナル特例ヲ認メタリ。卽チ養子トナルヘキ者カ十五年未滿ナル時ハ其家ニ在ル父母之ニ

代リテ縁組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得(八四三)。又夫婦カ養子トナリ又ハ養子ヲ爲ス場合ニ於テ夫婦ノ一方カ其意思ヲ表示スルコト能ハサル時ハ、他ノ一方ハ双方ノ名義ヲ以テ縁組ヲ爲スヿヲ得(八四二)ル點是ナリ。尙ホ代理ニ關スル一〇八條ノ規定ハ八四三條ノ場合ニ之ヲ準用セサルヘカラス(第三、一、1、イ、E參照)。婚姻其他身分上ノ行爲ニ付テハ本人ノ意思ヲ尊重シテ決シテ法定代理人ノ代表又ハ同意ヲ許ササルモノナルニ獨リ養子縁組ニ付テノミ此特例ヲ認メタリ。是レ卽チ吾國ノ舊慣ニ從ヒ意思能力ナキ者モ之ヲ養子トナスヿヲ得セシメタルニ依ルナリ。

**第二　養子制度**

家族カ社會ノ構成單位ナリシ時代ニ於テハ、祖先崇拜ハ道德ノ根本ヲナシタルモニシテ、血統ヲ重ンシ家門ノ斷絶ヲ恐レタル結果、自己ニ子ナキ場合他人ノ子ヲ養ヒテ子トナスノ風習起ルコトハ誠ニ自然ノ現象ナリト云ハサルヘカラス。是レ卽チ養子起源ノ根本理由ナリ。而モ家族ヲ基礎トスル封建ノ時代ハ世界何レノ人類ト雖モ之ヲ經驗シタルモノナルヲ以テ、養子ノ制度ハ獨リ我國ニ於テノミ存シタルモノニ非ス。羅馬法ニ於テモ養子制度(adoptio)ヲ認メ狹義ノ養子(adoption in engern Sinne)ト家長養子(Arrogation)トノ二種アリキ。次テ個人主義ノ時代トナリ社會カ個人ヲ單位トスルニ至リタル後ニ於テハ養子制度ハ家族團體ト共ニ其社會的意義ノ大半ヲ失ヒタリト雖モ、子ヲ愛スルノ情ハ人間至純ノモノニシテ子ナキ者ハ他人ノ子ト雖モ之ヲ養育セント欲スルモノナルヘク、又財産的利害ヨリ或ハ財産ノ分割ヲ恐レ或ハ將來自己ノ扶養ヲ依賴セン爲メ養子ヲ爲サント欲スルモノ多カル可ク、養子制度ノ意義モ今尙ホ存スルモノト云ハサルヘカラス。殊ニ吾國ノ如ク未タ家族制度ヲ重要視スル國ニ於テオヤ。故ニ現今諸外國ニ於テモ概ネ之ヲ認ム。

吾國ニ於ケル養子制度ノ起源ハ必スシモ瞭ナラスト雖モ、大寶律令ニ於テ『凡無子者聽養四等以上親於昭穆合者』トアリテ養子制度ヲ認メタルヲ以テ見レハ其起源ノ遠キ昔ニ在リタルコトヲ知ルニ難カラス。次テ貞永式目又ハ德川時代ト幾多ノ變遷ヲ經テ今日ニ至リタルモノナリ。

**第三　縁組成立ノ要件**

**一　實質的要件**

(1) 緣組ノ意思アルコトヲ要ス　夫婦養子ヲ爲ストキハ其何レニモ緣組ノ意思アルコトヲ要スルハ勿論ナリ(八四一)。人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ緣組ヲナス意思ナキ時ハ無效ナリ(八五一ノI)。法律行爲タル當然ノ結果ナリ。緣組ノ意思ハ當事者本人ニ存スルコトヲ要スルハ勿論ニシテ未成年者、禁治產者ト雖モ自己ノ意思ヲ以テ獨立シテ緣組ヲ爲スコトヲ得。但シ前述セル如ク民法ハ此點ニ付重大ナル例外ヲ認メタリ。卽チ、

(イ) 養子トナルヘキ者カ十五歲未滿ナル時ハ其家ニ在ル父母之ニ代リテ緣組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得。繼父母又ハ嫡母カ右ノ承諾ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(八四三)。

(A) 養子トナルヘキ者カ意思能力ヲ有スルヤ否ヤハ問ハス。又父母ハ親權ヲ有スルト否トニ拘ラス代表權ヲ有ス。

(B) 『養子トナルヘキ者十五年未滿ナル時ハ必ス其家ニ在ル父母之ヲ代表セサルヘカラサルヤ將又十五年未滿ノ者意思能力アルニ於テハ獨立シテ緣組ヲ爲スコトヲ得ルヤ』條文ニ依レハ『之ニ代リテ緣組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得』トアルヲ以テ恰モ本人ハ獨立シテモ緣組ヲ爲シ得ヘキカ如シト雖モ立法ノ意思ハ『十五年未滿ノ者モ其家ニ在ル父母之ニ代リテ承諾ヲ爲ス時ハ亦養子トナルコトヲ得』トノ意ニ在ルモノナリト信ス。蓋シ若シ斯ク解釋セサルニ於テハ八四四條ニ『十五年以上ノ子カ養子トナルニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス』トアルヲ以テ十五年未滿ノ者ハ父母ノ同意ヲ必要トセス獨立シテ緣組ヲ爲スコトヲ得ルノ結果トナルニ至ルヘケレハナリ。

(C) 父母ハ共同シテ代表スルコトヲ要ス。其一方ノミノ代表ハ無效ナリ。父母ノ一方カ知レサル時、死亡シタル時、家ヲ去リタル時又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサル時ハ他ノ一方ノ意思ノミヲ以テ足リ、父母共ニ知レサル時、死亡シタル時、家ヲ去リタル時、又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサル時ハ後見人及親族會之ヲ代表スルコトヲ要ス(八四六ノI、七七二ノII III)。

(D) 『其家ニ在ル父母』ノ意義ニ付テハ婚姻ニ付既ニ述ヘタリ。只之ト異ル點ハ婚姻ニ於テハ父母カ十七年若クハ十五年未滿ナルコトハ絕對ニ在リ得ヘカラサルモ、養子緣組ニ付テハ父母カ十五年未滿ナルコトアリ得ヘク又婚姻

ニ付テハ繼父母又ハ嫡母カ同意セサル時ハ子ハ親族會ノ同意ヲ得テ婚姻スルコトヲ得ルニ反シ、緣組ニ於テハ繼父母又ハ嫡母カ親族會ノ同意ヲ得タル上承認ノ代表ヲナスニ非レハ緣組ハ絕對ニ之ヲ爲スコトヲ得サルノ點ナリ。故ニ次ノ如キ問題ヲ生スルナリ。(a)『父母カ十五年未滿ナル時ニ於テモ、ヤハリ緣組代表權ヲ有スルヤ』『父母ハ年齡ノ如何ニ拘ラス代表權ヲ有ス。只十五年未滿ナル時ハ自ラ』『其意思ヲ表示スルコト能ハサル』場合ノ一ナリト解ス。從テ父母ノ一方カ十五年未滿ナル時ハ他ノ一方ノ承諾ヲ以テ足リ。父母双方十五年未滿ナル時ハ後見人及親族會ノ承諾ヲ以テ緣組ヲナスコトヲ得ルモノナリト信ス。(b)『其家ニ繼父母ト實父母養父母等數人存スル時ハ何人カ承諾ヲナスヘキモノナリヤ』緣組ニ付テハ婚姻ニ於ケル七七三條ノ如キ規定ナキノミナラス婚姻ト異リ家督相續ヲ趣旨トスルヲ以テ、本來其家ノ人ナル父母ニ於テ承諾ヲナスコトヲ必要且ツ充分トスト解ス(本　書、六十七頁(ロ)參照)。

(E)『父カ其家ニ在ル十五年未滿ノ庶子ヲ養子トナサントスル場合ニ於テモ父ハ代表權ヲ有スルヤ』『父母ノ承諾權ハ親權ト何等ノ關係ナキモノナルヲ以テ八八八條ヲ適用スヘキ限リニ非ス。民法一〇八條ノ規定ヲ準用シ父ハ子ヲ代表スルコト能ハサルモノ卽チ法律上』『其意思ヲ表示スルコト能ハサル』モノナリト解セサルヘカラス。而シテ此場合ニ於テハ後見人在ラサルヲ以テ親族會ノミノ承諾ヲ以テ足ルモノニシテ父ト親族會トヨリ屆出ヲナスヘキモノトス。其他十五年未滿ナル自己ノ子ヲ養子トナサントスル凡テノ場合ニ付同樣ニ解釋セサル可ラス。『夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ十五年未滿ノ子ヲ養子トナサントスル場合ニ於テモ承諾ノ權利ハ親族會ニ屬スルヤ將又此場合ノミハ子ノ親タル夫婦ノ他ノ一方ニ屬スルヤ』『予ハ此場合ノミハ其親タル夫婦ノ一方ニ於テ承諾ノ權利ヲ有スルモノナリト解ス。蓋シ此場合他ノ一方ノ親ニ付テハ一〇八條ヲ準用スルノ餘地ナケレハナリ。

(F)『父母カ子ニ代リテ緣組ノ承諾ヲナス場合ニ於テ父母カ戶主ナラサル時ハ戶主ノ同意ヲ要スルヤ(七五〇ノI)』勿論ナリ此場合ニ父母カ戶主ノ同意ヲ得サリシ時ハ緣組ハ無效ニ非ス。只戶主權ノ制裁ヲ受クルニ止ル(七五〇

ノII)。此制裁ハ縁組ノ當事者タル養子トナリタル子ニナサルヘキモノナリト解釋スルノ外ナシ。

(ロ) 夫婦カ養子ヲナシ養子トナル場合(八四一ノI)ニ於テ其一方カ意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ハ双方ノ名義ヲ以テ縁組ヲナスコトヲ得(八四二)。夫婦ノ一方カ十五年未滿ナル場合ニ於テモ同樣ナリ(前述D參照)。

(ハ) 養子ヲナサント欲スルモノハ縁組ノ意思ヲ遺言ヲ以テ表示スルコトヲ得(八四八)。之ヲ遺言養子(Adoptio testamentaria)ト云フ。遺言ヲ以テ縁組ノ意思ヲ表示シ得ル者ハ養子ヲナスヘキ者ニ限ル。養子ヲナサント欲スルモノハ遺言ノ當時ニ於テ縁組ノ能力ヲ有スルコトヲ要スルカ故ニ(一〇六三)成年ニ達シタル者ナルコトヲ要スルハ勿論ナリ。而シテ遺言ハ遺言者死亡ノ時ニ於テ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ其時ニ於テ縁組ニ關スル法律上ノ要件ヲ具備スルニ非レハ縁組ハ有效ニ成立セサルコト亦當然ナリ。遺言養子モ亦屆出ルニ非レハ其效力ヲ生セス。

(2) 養子ヲナサントスル者ハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス。

(イ) 成年ニ達シタルコト(八三七)　戸主タルト否ト既婚者ナルト否ト能力者タルト否ト男ナルト女タルトヲ問ハサルモノトス。夫婦カ養子ヲナス場合ニ於テハ其何レモ成年ニ達シタルコトヲ要ス(八四一)。

(ロ) 養子ヲナサントスルモノカ戸主タル場合ニ於テハ男子ヲ養子トナサントスルニハ法定ノ推定家督相續人タル男子ヲ有セサルコト　但シ女婿トナス爲メニスル場合ハ此限リニ非ス(八三九)。『女婿トナス爲メ』トハ婿養子縁組ヲ意味ス。

(A) 家族タル男子ハ家督相續人ヲ有スル理由ナキモノナレハ多數ノ男子アリト雖モ男子ヲ養子トナスヲ妨ケス。而モ養子ヲナサントスル家族自身カ推定家督相續人タル場合ニ於テモ同樣ナリ。

(B) 推定相續人カ女子タル場合ニ於テハ男子ヲ養子トナスコトヲ得。

(C) 推定相續人タル男子アル場合ニ於テモ婿養子トナスハ妨ケナシ。

(D) 推定ノ家督相續人タル男子トハ既ニ出生シタル男子ノ存在ヲ意味ス。故ニ養親タルヘキ者ニ懷胎中ノ胎兒アリトスルモ、男子ヲ養子トナスモ毫モ妨ケアルモノニ非ス。

(E) 推定ノ家督相續人タル男子トハ嫡出子タルト、庶子タルト、養子タルト、孫(九七四)タルトハ問ハスト雖モ、(a)他家ヨリ入籍シタル嫡出子(九七二參照)(b)私生子(九七〇參照)(c)繼子(九七〇參照)(d)婿養子(九七三參照)等ノ相續權ノ如ク他ニ嫡出子在ル時ハ相續權ヲ有セサルモノ換言スレハ其相續權ハ他ノ嫡出子ヨリ優先セラルヘキコトヲ法律ニ於テ定メタルモノニ付テハ本條ノ適用ナク、此等ハ法定ノ推定家督相續人アリト雖モ男子ヲ養子トナスコトヲ得トナスヲ相當トス。實際上ノ取扱モ亦然リ(註二)。蓋シ本條ノ規定ニ依リ女子ノ推定家督相續人アル場合ニ於テハ男子ヲ養子トナシテ之レニ相續人ノ地位ヲ與フルコトヲ認メタルモノナルヲ以テ、恰モ嫡出女子ト同樣又ハ其レ以下ノ順位ニ於テ相續權ヲ有スル男子ノ相續權ハ養子ヲナシテ之レニ優先セシムルヲ可ナリト解釋スルコトヲ穩當トスレハナリ。但シ反對說アリ。

(八) 後見人ニ非ルコト　後見人ハ被後見人ヲ養子トナスコトヲ得ス。後見終了スルモ其管理ノ計算カ終ラサル間亦同シ、但シ遺言ヲ以テスル場合ハ此限リニ非ス(八四〇)。

(二) 配偶者アルモノハ配偶者ト共ニナスコト　配偶者アル者ハ配偶者ト共ニスルニ非レハ養子ヲナスコトヲ得ス。夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ子ヲ養子トナスニハ他ノ一方ノ同意ヲ得ルヲ以テ足ル。獨逸民法ニ於テハ夫婦各別ニ養子ヲナスコトヲ認メタレ共(同民一七四六)吾民法ハ之ヲ認メス。只養子トナル可キ者カ夫婦ノ一方ノ子ナル場合ニ於テハ此限リニ非ス。

夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ子ヲ養子トナシ、妻ノ私生子ヲ夫カ養子トナシ又ハ夫ノ先妻ノ子卽チ嫡出子ヲ妻卽チ繼母カ養子トナス場合ノ如シ。而シテ此場合子カ其家ニ在ルト否トハ之ヲ問ハス。又此場合ニ於テハ夫婦一方ノ緣組ノ結果子ハ父母ノ一方ニ對シテハ養子トナリテ嫡出子タル身分ヲ取得スルモ他ノ一方ニ於テハ庶子又ハ私生子タルコトアリ。止ムヲ得サルノ結果ニ出ツ。『夫婦ノ一方ハ他方ノ子タル配偶者アル者ヲ養子トナスコトヲ得ルヤ若シ得トセハ他方ノ同意ノミヲ以テ足ルヤ』思フニ。(a)夫婦ハ共ニナスニ非レハ緣組ヲナスコトヲ得サルヲ以テ他方ノ子

ノミヲ養子トナスコトヲ得サルハ勿論ナリ。(b)而シテ子ノ配偶者ハ子ノ親ニ對シテハ單ニ姻族タルニ過キスシテ決シテ子ニ非ス。故ニ八四一條ヲ適用スヘキ限リニ非スシテ本問ハ之ヲ否定セサルヲ得ス。夫婦双方カ其一方ノ子ヲ養子トナスコトヲ得ルハ勿論ナリ。尙ホ夫婦カ養子ヲナス場合ニ其一方カ意思ヲ表示スルコト能ハサル時ハ他ノ一方ハ双方ノ名義ヲ以テ縁組ヲナシ得ルコト前述セル如シ。『夫カ妻ノ子ヲ養子トナス場合ニ妻カ意思ヲ表示スルコト能ハサル時ハ夫ハ妻ニ代リテ同意ノ意思ヲ表示スルコト能ハサル場合ニ於テ妻ハ自己ノ子ヲ夫ニ代リテ夫ノ養子トナスコトヲ得ルヤ』思フニ八四二條ニハ『前條第一項ノ場合ニ於テ』ト明定セルヲ以テ此等夫婦カ共ニスルニ非サル場合ニ同條ヲ適用スルコトヲ得サルヘシ。然レ共此等ノ場合ニ於テモ夫婦双方ノ養子トナサントスル時ハ意思ヲ表示スルコトヲ得ル一方ハ双方ノ名義ヲ以テ縁組ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ。卽チ夫婦双方ノ養子トナス場合ハ一方ハ他方ヲ代表スルコトヲ得ルモ、一方ノミ養子トナサントスル時ハ他方ノ同意又ハ意思表示ヲ代表スルコトヲ得サルノ結果トナル。

『夫カ妻ノ十五年未滿ノ子ヲ養子トナサントスル場合ニ於テハ縁組承諾ノ權利ハ親族會ニ屬スルコトナク其親タル妻ニ屬ス』ルコトニ付テハ既ニ述ヘタリ。

(ホ) 其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコト　成年ノ子カ養子ヲナスニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(八四四)。『其家ニ在ル父母』ノ何タルヤハ婚姻ニ付述ヘタルト同樣ナリ。條文ニハ『成年ノ子カ』トアレ共養子ヲナス可キ者ハ成年ニ達シタルヿヲ必要條件トスルカ故ニ此文言ハ不要ナリ。而テ婚姻ニ於ケルカ如ク當事者カ一定ノ年齡ニ達シタル時ハ父母ノ同意ハ之ヲ必要トセサル旨ノ規定ナキヲ以テ(七七二ノI但書)養子ヲナス者ハ其年齡ニ拘ラス父母ノ同意ヲ必要トス。父母ノ一方カ知レサル時、死亡シタル時、家ヲ去リタル時又ハ其意思ヲ表示スルヿ能ハサル時ハ他ノ一方ノ同意ヲ以テ足リ、繼父母又ハ嫡母カ同意ヲナササル時ハ親族會ノ同意ヲ得テ縁組ヲナスヿヲ得(八四六ノI、II)(註三)。禁治產者カ養子ヲナスニハ其後見人ノ同意ヲ必要トスルヿナシ(八四七)。

(ヘ) 家族ナル場合ニ於テハ戶主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(七五〇)　『戶主カ未

成年者ニシテ其親權者タル父又ハ母カ養子ヲナサントスル場合ニ於テハ如何』ノ問題ニ付テハ婚姻ニ付述ヘタルト同樣ナリ。

(3) 養子トナラントスル者ハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス。

(イ) 養親ノ尊屬又ハ之ヨリ年長者ナラサルコト(八三八)　姻族ニ付テハ尊屬卑屬ノ適用ナシト雖モ尊屬ニ相當スル者ハ之ヲ養子トナスコトヲ得スト解セサルヘカラス(本　書、三七頁、註一參照)。養親ト養子トノ間ニ一定ノ年齡ノ差異存スルコトハ之ヲ必要トセサルモ養子カ養親ヨリ年長ナルコトヲ得ス。從テ出生ニ一日ノ差アル場合ニ於テモ前ニ出生シタル者ハ後ニ出生シタル者ヲ養子トナスコトヲ得ルナリ。

(ロ) 配偶者アル者ハ配偶者ト共ニスルコト(八四一)。　夫婦ノ一方カ其意思ヲ表示スルコト能ハサル時ハ他ノ一方ハ双方ノ名義ヲ以テ縁組ヲナスヿヲ得(八四二)。八四五條但書ニ依レハ『妻カ夫ニ從ヒテ他家ニ入ル』トアルヲ以テ一見恰モ夫婦ノ一方タル夫ノミカ養子トナリ養親ノ家ニ入ルヘキ場合ヲ認メタルカ如ク、從テ夫婦ノ一方ノミヲ養子トナスコトヲ得ルカ如シト雖モ然ラス。本條ハ後ニ述フル如ク夫婦カ養子トナル場合ニハ妻ハ實家ニ在ル父母ノ同意ヲ必要トセサル旨ヲ規定シタルニ過キス。

(ハ) 十五年以上ノ子ナル場合ニ於テハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス。十五年未滿ノ子カ養子トナルニハ其家ニ在ル父母ニ於テ代テ承諾ヲナスヘキコトヲ要スルハ既ニ述ヘタリ。『其家ニ在ル父母』ノ意義及『其家ニ數人ノ父母アル場合ニ於テハ何人ノ同意ヲ得ヘキヤ』ニ付テハ既ニ述ヘタル所ヲ參照スヘシ。又婚姻ニ於ケル如ク年齡ニ制限ナキヲ以テ其家ニ父母ヲ有スル限リニ於テハ年齡ノ如何ヲ問ハス同意ヲ必要トス。但父母在ルモ其同意ヲ表示スルコト能ハサル場合ニ於テハ成年ノ子ハ其同意ヲ必要トセス。七七二條第二項、第三項、七七三條ノ規定ハ此場合ニ又準用セラル。

(ニ) 婚姻又ハ縁組ニ依リ一旦他家ニ入リタル者カ更ニ縁組ニ依リ他家ニ入ルヘキ場合ニ於テハ實家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコト、但妻カ夫ニ從ヒテ他家ニ入ルヘキ場合ハ此限リニ非ス(八四五)本條ハ婚姻又ハ縁組ニ因リテ一旦他家ニ入リタル者ニノミ適用アリ又縁組ニ因リ他家ニ入ルヘキ場合ニノミ適用アリ。

故ニ例之婚家又ハ養家ニ於テ養子トナルヘキ場合卽チ所謂戸内縁組ノ場合ニ於テハ實家ノ父母ノ同意ヲ必要トセス。『實家』ノ意義ニ付テハ分冊第一、二三頁註二ヲ參照スヘシ。『妻カ夫ニ隨ヒテ他家ニ入ル』トハ夫婦カ八四一條ノ規定ニ因リ養子トナル場合ニ於テハ妻ハ元來婚姻ニ依リ婚家ニ入リタル者ナルヘキヲ以テ實家ニ在ル父母ノ同意ヲ必要トスルモノナレ共妻ハ本來夫ニ從ヒテ其家ニ入ルヘキ者ナルヲ以テ(七四五)特ニ實家ニ在ル父母ノ同意ヲ必要トセストノ意ナリ。故ニ夫婦カ養子トナルヘキ場合ニ於テハ妻ハ常ニ實家ノ父母ノ同意ヲ必要トセサルコトトナル。『婚姻又ハ縁組ニ因リ一旦他家ニ入リタルモ其後更ニ家籍ニ變更アリタル場合ニ於テモ亦實家ニ在ル父母ノ同意ヲ必要トスルヤ』然ラス例ヘハ (a)婚家又ハ養家ヨリ分家ヲナシタル時 (b)養子トナリタル後養親ノ分家ニ因リ其家ニ入リタル時 (c)婚家又ハ養家ヨリ七三七條、七三八條ニ因リ他家ニ入籍シタル時ノ如シ。故ニ『婚姻又ハ養子縁組ニ因リ他家ニ入リタル者』トハ『現ニ婚家又ハ養家ニ在ル者』トノ意ニ解セサルヘカラス。但シ家籍ニ變更ナキ以上換言スレハ婚家又ハ養家ニ在ル以上婚姻又ハ縁組ニ變更アルモ本條ノ適用アリ。例之婚姻ニ因リ他家ニ入リタルモ夫死亡シタル場合又ハ夫ノ死亡後其弟ト婚姻シタル場合ノ如シ。七七二條第二項、第三項及七七三條ノ規定ハ本條ノ場合ニモ亦準用アリ。

(ホ) 家族ナル時ハ戸主ノ同意ヲ得ルコト(七五〇)。

(ヘ) 婚姻又ハ縁組ニ因リ一旦他家ニ入リタル者ナル時ハ婚家又ハ養家及實家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコト(七四一)　現ニ婚家又ハ養家ニ在ラサル時ハ本條ノ適用ナキコトモ(ニ)ニ述ヘタルト同樣ナリ。

(ト) 法定ノ推定家督相續人ニ非ルコト(七四四)　法定ノ推定家督相續人ハ廢除セラルルニ非レハ他家ニ入ルコトヲ得ス。故ニ他家ニ入ルコトヲ要セサル養子縁組及本家相續ノ爲メノ養子縁組ハ此限リニ非ス。

(チ) 戸主ニ非ルコト(七六二)　戸主ハ隱居ヲナスニ非レハ他家ニ入ルコトヲ得ス。

(4) 同意權者ノ同意ハ詐欺又ハ强迫ニ基カサルコトヲ要ス(八五七)。

(5) 婿養子縁組ノ場合ニ於テハ婚姻ノ有效ナルコトヲ要ス(八五八)。

(6) 外國人ヲ養子トナスニハ內務大臣ノ許可ヲ必要トス(明治三十一年法律第三十一號同三十二年內務省令第五十一號)。

(7) 華族ノ戶主及家族カ緣組ヲナスニハ宮內大臣ノ認可ヲ得ルヿヲ要ス(華族令)。緣組ノ實質上ノ要件ハ右ニ止マリ婚姻ニ關スル七六九條以下ノ如キ規定ナキヲ以テ尊屬及年長者ニ非ル限リ如何ナル親族ト雖モ之ヲ養子トナスニ妨ケナシ。只自己ノ養子ヲ更ニ養子トナスコト及自己ノ家ニ在ル嫡出子ヲ養子トナスコトノミハ不可能ナリ。庶子、私生子、繼子及他家ニ在ル自己ノ嫡出子ヲ養子トナスコトヲ得。

## 二　形式的要件

養子緣組ハ之ヲ戶籍吏ニ屆出ルコトヲ要ス。緣組ハ之ヲ戶籍吏ニ屆出ルニ因リテ其效力ヲ生ス。屆出ハ當事者双方及成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス(八四七、七七五)。此點全ク婚姻ト同樣ナリ。獨逸民法ニ於テハ緣組ハ契約ヲ以テ爲スヘキモノニシテ、其契約ハ管轄裁判所ノ認許ニ依ツテ其效力ヲ生スルモノナルモ(同民一七四一)吾民法ハ固ヨリ之ト全然異ル。緣組ノ屆出ハ養親ノ本籍地又ハ所在地ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要シ(戶九二)外國ニ在ル日本人間ニ緣組ヲ爲サントト欲スル時ハ其國ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ニ屆出ルコトヲ得(八五〇)。屆書ノ形式其他ニ付テハ戶籍法八八條乃至九〇條ヲ參照ス可シ。戶籍吏ハ緣組カ實質的要件ヲ具備スルニ非レハ其屆出ヲ受理スルコトヲ得ス。但シ緣組カ七四一條第一項又ハ七五〇條第一項ノ規定ニ違反スル場合ニ於テ戶籍吏カ注意ヲナシタルニ拘ラス當事者カ其屆出ヲナサント欲スル時ハ此限リニ非ス(八四九)。尙屆出ニ付テハ婚姻ニ付說明シタルヲ以テ參照スヘシ。

遺言養子ノ場合ニ於テハ遺言執行者養子トナルヘキ者又ハ八四三條ノ規定ニ依リ之ニ代ツテ承諾ヲ爲シタル者及成年ノ證人二人以上ヨリ遺言カ效力ヲ生シタル後遲滯ナク緣組ノ屆出ヲナスコトヲ要ス。

〔註一〕此說ニ於テ說明上困難ナルハ當事者又ハ相手方ノ語ナリ。蓋シ屆出ヲ以テ意思表示ヲナス時ハ婚姻又ハ緣組ノ當事者又ハ相手方ハ戶籍吏ナラサルヘカラサレハナリ。尙緣組ニ付テハ八四三條「承諾」ナル文言アルヲ以テ契約說ハ一層有力ナル根據ヲ有スルモノノ如シ。然レ共縱令當事者カ事實上承諾ヲナスト雖モ法律ハ此

承諾ニ對シテ直チニ法律上ノ效果ヲ附與スルモノニ非スシテ一ニ當事者間ノ合意ヲ前提トスル屆出ニ對シテ法律上ノ效果ヲ附與スルモノナルヲ以テ當事者ノ單ナル合意ヲ以テ直チニ緣組行爲ナリト云フコトヲ得ス。當事者間ノ事實上ノ合意ハ之ヲ緣組ノ豫約ト云フノ外ナシ。

緣組ノ豫約ニ付テモ婚姻ノ豫約ト同樣、一ノ債權契約ニシテ有效ナリト解スルコト婚姻ノ豫約ト同樣ナリ。

〔註二〕

(a) 他家ヨリ入籍シタル嫡出子トハ七三七、七三八條ノ規定ニ依リ入籍シタル嫡出子ヲ意味ス。而シテ此等ノ者ハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ノナキ場合ニ限リ九七〇條ノ順位ニ於テ家督相續人トナルモノナリ。從テ戸主カ一人ノ嫡出子ヲ七三七條ニ依リテ入家セシメ他ノ嫡出子ヲ養子トナシタル時ハ養子ニ相續權存スルコトトナル。

(b) 私生子カ推定家督相續人タル場合ハ其母カ戸主ナル場合ナルコト勿論ナリ。

(c) 繼子モ亦其相續權ハ嫡出子ニ先立タルルモノナルコト明ナリ。

(d) 茲ニ注意ヲ要スルハ婚養子ナリ。婚養子モ固ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノナルヲ以テ、九七三條ノ場合ヲ除ク外九七〇條ノ規定ニ依リ推定家督相續人タルコトアルハ勿論ニシテ此場合ニ於テハ更ニ男子ヲ養子トナスコトヲ得ス。例ヘハ女子數人アル戸主カ其長女ニ婚養子ヲナシタル時ハ養子ハ九七〇條第一項第二號ニ依リ推定ノ家督相續人トナルヲ以テ男子ヲ養子トナスコトヲ得サルモ、次女ニ婚養子ヲナスモ九七三條ニ依リ長女ノ相續權(九七〇ノ1、5)ハ害セラルルコトナク養子ハ推定相續人トナルコトナキヲ以テ男子ヲ養子トナスコトニ妨アルコトナシ。

〔註三〕「其家ニ數人ノ父母アル場合ニ於テハ何人ノ同意ヲ必要トスルヤ」ニ付テハ予ハ八四六條ニ於テ七七三條ノ準用アルニ拘ラス本來其家ノ人ナル父母ニ於テ同意ヲナスヘキモノナリト解ス。蓋シ緣組ハ婚姻ト異リ家督相續ヲ眼目トスルヲ其主旨トスルコト多ケレハナリ。

## 第四　緣組ノ無效及取消

養子緣組モ亦法律行爲ナルヲ以テ要件ヲ具備セサル時ハ或ハ始メヨリ效力ヲ發生セサルコトアル可ク或ハ一旦成立シタルモ後ニ取消サレサル可カラス。緣組ノ無效及取消ト一般法律行爲ノ無效及取消ニ關スル民法總則ノ規定トノ關係ニ付テハ婚姻ニ付述ヘタル點ヲ參照ス可シ。

### 一　緣組ノ無效 (Nichtigkeit der Annahme an Kindesstatt)

緣組ノ無效トハ緣組カ實質上又ハ形式上ノ要件ヲ缺クカ爲メニ緣組ノ意思表示タル屆出カ始メヨリ效力ヲ生セサルヲ言フ。實質要件ヲ缺クモノヲ實質無效形

式要件ヲ缺クモノヲ形式無效ト言フコトヲ得ヘシ。而シテ實質無效タルト形式無效タルトヲ問ハス其無效ハ絶對的ニシテ無效タルカ爲メニ何等特別ノ手續ヲ必要トスルコトナシ。緣組ハ左ノ場合ニ限リ無效トス(八五〇)。

(1) 實質無效　卽チ人違其他ノ原因ニ因リ當事者間ニ緣組ヲナス意思ナキトキ(八五〇ノI)。十五年未滿ノ者カ養子トナル場合ニ於テハ自ラ意思ヲ表示スルコト能ハサルモノニシテ其意思ハ必ス家ニ在ル父母之ヲ代表セサルヘカラス。故ニ本人自ラ意思ヲ表示スルモ緣組ハ無效タルヲ免レス法律ニ依リ意思能力ナシトナサレタル故ナリ。而シテ右ノ場合ニ子ノ意思ヲ代表シタル父母ニ付緣組ノ意思ナキ時緣組ノ無效タル可キコト論ヲ俟タス。但シ此場合ニ於ケル緣組ノ意思トハ自ラ緣組ヲナス意思ニ非スシテ其子ノ爲メニ緣組ヲナス意思ナルコト言ヲ俟タス。夫婦ノ一方カ双方ノ名義ヲ以テ養子ヲナシ養子トナル場合ニ於テ代表者ニ緣組ノ意思ナキ時ハ勿論無效ナリト雖モ夫婦カ養子ヲナシ又ハ養子トナル場合ニ於テ其一方ニ緣組ノ意思ナキ場合ニ於テハ意思ナキ當事者ノ緣組ハ無效ナレ共意思アリシ當事者ノ緣組ハ單ニ取消シ得ルニ止マル(八五六參照)。故ニ例ヘハ夫婦カ夫婦ヲ養子トナス場合ニ於テ其一人ニ付緣組ノ意思ナシト雖モ其意思ナキ當事者ノ緣組ノミ無效タルナリ。『人違』『其他ノ事由』『意思ナキ時』等ノ意義ニ付テハ婚姻ニ付說明シタル點ヲ參照ス可シ。藝妓營業ヲ目的トスル養子緣組ハ多ク虛僞表示ニ因リ無效タリ(註四)。

(2) 形式無效　卽チ當事者カ緣組ノ屆出ヲナササル時但シ屆出ノ方式ニ關スル七七五條第二項、八四八條第一項ニ違反スルニ止マル時ハ此限リニ非ス(八五一ノI)。『屆出ヲナサス』トノ意義其他ニ付テハ婚姻ニ付述ヘタリ。無效緣組ノ競合ニ付テモ亦婚姻ニ付述ヘタル所ヲ參照ス可シ(註五)。

## 二　緣組ノ取消(Anfechtbarkeit der Annahme an Kindesstatt)

緣組ノ取消トハ屆出ニ依リ一旦效力ヲ生シタル緣組カ要件ノ缺陷ヲ理由トシテ其效力ヲ消滅セシムルヲ云フ。取消シ得ヘキ緣組ハ取消シ得ヘキ婚姻ト同樣救正ニ依リ完全ナル緣組トナルコトヲ認ム。救正ノ原因ハ期間ノ經過(八五三、八五五、八五六、八五七、八五八)追認(八五三、八五五、八五六、八五七)取消權ノ拋棄(八五八)等ナリ。『緣組ノ解消ハ取消シ得ヘキ緣組ヲ救正スルヤ』ノ問題ニ付テハ婚姻ニ付述ヘ

タルト同樣ナリ。

(1) 取消ノ原因　緣組ハ左ノ場合ニ限リ取消スコトヲ得(八五二)。

(イ) 成年ニ達セサル者カ養子ヲナシタル時(八五三、八三七)此場合ニ於テハ養親卽チ養子ヲナシタル未成年者本人又ハ其法定代理人ヨリ其取消ヲ請求スルコトヲ得。而シテ其取消權ハ養親カ成年ニ達シタル後六ケ月ヲ經過シタル時又ハ成年ニ達シタル後六ケ月經過以前ニ追認ヲナシタル時ハ其時ニ於テ消滅ス。

(ロ) 尊屬又ハ年長者ヲ養子トナシタル時(八五四、八三八)此場合ノ取消權者ハ各當事者、各當事者ノ戶主、各當事者ノ親族ナリ。檢事ハ取消權ヲ有セス『戶主』及『親族』ノ意義ハ婚姻ニ付述ヘタルト同シ。此場合ニ於テハ救正ヲ認メス卽チ取消權ハ期間ノ經過等ニ因リ消滅スルコトナシ。

(ハ) 法定ノ推定家督相續人タル男子アル者カ婿養子ニ非スシテ男子ヲ養子トナシタル時(八五四、八三九)取消權者及救正ヲ認メサル點等全ク前述(ロ)ニ同シ。

(ニ) 後見人カ被後見人ヲ管理ノ計算終ラサル以前ニ於テ遺言ニ依ラスシテ養子トナシタル時(八五五、八四〇)此場合ニ於ケル取消權者ハ養子卽チ被後見人本人及其實方ノ親族ナリ。實方ノ親族ノ意義ニ付テハ分冊第一、二四頁ヲ參照ス可シ。取消權ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス。

(A) 管理ノ計算カ終リタル後ニ於テ養子カ追認ヲナシタル時但シ養子ハ成年ニ達シ又ハ能力ヲ回復シタルコトヲ要ス故ニ養親タル後見人ノ管理ノ計算終了スルモ尙ホ養子カ後見ニ附セラルヘキ場合ニ於テハ追認スルニ由ナシ。

(B) 管理ノ計算カ終了シタル後六ケ月ノ期間ヲ經過シタル時但シ管理ノ計算ノ終了カ養子ノ無能力中ナル時ハ六ケ月ノ期間ハ養子カ成年ニ達シ又ハ能力ヲ回復シタル時ヨリ起算スルモノトス。

(ホ) 夫婦カ共ニセスシテ緣組ヲナシタル時(八五六、八四一)『夫婦カ共ニセサル緣組』トハ (a)夫婦ノ一方ノミカ緣組ノ屆出ヲナシタル時 (b)夫婦カ共ニ緣組ノ屆出ヲナシタルモ其一方ハ人違其他ノ事由ニ因リ緣組ノ意思ヲ有セサル時ヲ言フ。夫婦ノ一方ノミカ屆出ヲナシタルモ其者モ亦緣組ノ意思ヲ有セサル時及夫婦ノ一方カ八四二條ニ依リ双方ノ名義ヲ以テ緣組ヲナシタル場合ニ於

テ其者カ縁組ノ意思ヲ有セサル時ハ共ニ縁組ハ無效ニシテ取消ス可キ限リニ非ス。此場合ニ於ケル取消權者ハ同意ヲナササリシ配偶者ナリ。『同意ヲナササリシ配偶者トハ前述(a)ノ場合ニ於テハ屆出ヲナササル夫婦ノ一方(b)ノ場合ニ於テハ縁組ノ意思ヲ有セサル夫婦ノ一方ヲ意味ス。即チ取消權者ハ取消サルヘキ縁組ノ當事者ニ非サル配偶者ナリ。故ニ例之夫婦カ夫婦ヲ養子トナス屆出ヲナシタルモ養親夫婦ノ一方又ハ養子夫婦ノ一方ノミ縁組ノ意思ヲ有セサル時ハ其者ノミ他ノ配偶者ノ縁組ヲ取消スコトヲ得ルナリ此場合養親夫婦ノ一方ト養子夫婦ノ一方ト縁組ノ意思ヲ有セサル時ハ此等二人ノ者ハ各取消權ヲ有スルコト固ヨリナリ。茲ニ問題トナルハ八四二條違反ノ縁組ナリ詳言スレハ『夫婦ノ一方カ意思表示ヲ爲シ得ルニ拘ラス他ノ一方カ濫リニ双方ノ名義ヲ以テ爲シタル縁組ハ之ヲ取消スコトヲ得ルヤ』ノ問題ナリ。思フニ名義ヲ濫用サレタル夫婦ノ一方ノ縁組ハ縁組ノ意思ナキモノトシテ無效ナルコト勿論ナルカ故ニ此場合ニ於テモ八四一條違反ノ縁組卽チ『夫婦共ニセサル縁組』ナリトシテ名義ヲ濫用サレタル者ニ於テ取消權ヲ有ストナスヲ正當トス。

尙茲ニ頗ル疑問ナルハ『夫婦カ縁組ヲナシタル場合ニ於テ其一方ニノミ取消ノ原因存シ取消サレタル場合ニ於テ他ノ一方ノ縁組ノ效力如何』ノ問題ナリ。何等ノ明文ナク且ツ明文ナキ縁組ハ之ヲ取消スコトヲ得サルハ民法ノ大原則ナリト雖モ夫婦ノ一方ノミ養親子關係ヲ持續スルコトヲ得サルコトモ亦民法ノ大原則ナルカ故ニ予ハ八五六條ニ所謂八四一條違反ノ縁組卽チ夫婦カ共ニセサル縁組トハ夫婦カ共ニ完全ナル縁組ヲナササル時ト解シ本問ノ場合ニ於テモ取消サレタル縁組ノ當事者タル夫婦ノ一方ヨリ之カ取消ヲナス權利ヲ有スト解釋ス、猶ホ研究ヲ要ス。但シ『夫婦カ養子トナリ其一方ノミ離縁トナリタル場合』ハ此限リニ非ス『配偶者アル者カ遺言養子ヲナシ生存配偶者ノ承諾ナキニ拘ラス縁組ノ屆出アリタル場合』モ亦本條ニ依リ取消サルヘキモノナリ。

右ノ取消權ハ取消權ヲ有スル配偶者カ縁組ノアリタルコトヲ知リタル時ヨリ六ヶ月ヲ經過シタル時又ハ之ヲ知リタル後六ヶ月經過以前ニ追認ヲナシタル時ハ其時ニ於テ消滅ス。

（ヘ）同意權者ノ同意ヲ得ルコトナクシテ縁組ヲナシ若クハ、同意ニ瑕疵アリタ

ル時(八五七、八四四乃至八四六)同意權者トハ緣組ノ當時同意ヲナス權利ヲ有セシ者ナリ婚姻ニ付述ヘタル所ヲ參照ス可シ。右ノ取消權ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス(八五七、七八四)。

(A) 同意ヲナス權利ヲ有セシ者カ緣組アリタルコトヲ知リタル後又ハ詐欺ヲ發見シ若クハ强迫ヲ免レタル後六ケ月ヲ經過シタル時。

(B) 同意ヲナス權利ヲ有セシ者カ追認ヲナシタル時其詐欺又ハ强迫ニ因リ同意ヲナシタル場合ニ於テハ詐欺ヲ發見シ强迫ヲ免レタル後追認スルニ非レハ其效ナシ。

(C) 緣組屆出ノ日ヨリ二年ヲ經過シタル時。

(ト) 詐欺又ハ强迫ニ因リテ緣組ヲナシタル時(八五九、七八五)取消權者ハ詐欺又ハ强迫ニ因リ緣組ヲナシタル者ナリ右ノ取消權ハ當事者カ詐欺ヲ發見シ若クハ强迫ヲ免レタル後六ケ月ヲ經過シ若クハ詐欺ヲ發見シ强迫ヲ免レタル後六ケ月以前ニ追認ヲナシタル時ハ其時消滅ス。

(チ) 婚養子緣組ノ場合ニ於テ婚姻ノ無效又ハ取消サレタル時(八五八)取消權ヲ有スル者ハ各當事者ナリ。各當事者ハ婚姻ノ無效又ハ取消ノ請求ニ附帶シテ緣組ノ取消ヲナスコトヲ得。右ノ取消權ハ當事者カ婚姻ノ無效ナルコト又ハ其取消アリタルコトヲ知リタル後六ケ月ヲ經過シ若シクハ知リタル後六ケ月以前ニ追認ヲナシタル時ハ其時消滅ス(註六)。

(2) 取消ノ方法　緣組ノ取消權ヲ行使スルニハ裁判所ニ對シ取消ノ訴ヲ提起シテ之ヲナスコトヲ要ス訴ノ管轄其他ニ付テハ人事訴訟法第一章ヲ參照ス可シ。

(3) 取消ノ效果　緣組取消ノ效果ニ付テハ民法ハ婚姻取消ノ效果ニ關スル七八七條ノ規定ヲ準用セリ。卽チ、

(イ) 身分關係ニ付テハ緣組ハ取消ノ判決ノ時ヨリ無效トナリ取消ノ效果ハ既往ニ遡及スルコトナシ。從テ (a)取消前當事者カ養親子タル身分ヲ前提トシテ爲シタル法律行爲ハ其效力ヲ妨ケラルルコトナク (b)判決確定ノ時實家ニ復籍ス其戸主トナリタルト否トヲ問ハス(九六四ノII參照) (c)緣組ニ因リテ生シタル身分關係ハ取消ノ時ニ於テ消滅ス。

(ロ) 財產關係ニ付テハ取消ノ效果ハ緣組ノ始メニ遡及シ (a)緣組ノ當時取消

ノ原因存スルコトヲ知ラサリシ當事者カ緣組ニ因リテ財産ヲ得タル時ハ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ其返還ヲナスコトヲ要シ　(b)緣組ノ當時其取消ノ原因存スルコトヲ知リタル當事者ハ緣組ニ因リテ得タル利益ノ全部ヲ返還スルコトヲ要ス尙ホ相手方カ善意ナリシ時ハ之ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任ス。而シテ緣組ハ純然タル身分上ノ行爲ナルヲ以テ緣組ノ效果トシテ法律上財産關係ニ何等ノ影響ナキカ故ニ嚴格ニ言フ時ハ『緣組ニ因リテ得タル財産又ハ利益』ナルモノ存スルコトナキノ理ナリ。　從テ緣組ニ因リテ得タル財産又ハ利益トハ緣組ヲ條件又ハ前提トシテ收受アリタル財産又ハ利益ノ意ニ解セサルヘカラス。財産トハ金錢其他ノ有形ノ財産ヲ意味シ利益トハ右ノ財産ノ外當事者カ得又ハ失フコトヲ免レタル財産上ノ利益ヲ意味ス例之緣組中生活上ノ費用ノ如シ。尙ホ婚姻ニ付說明シタル點ヲ參照ス可シ。『夫婦カ緣組ヲナシタル場合ニ於テ其一方カ取消サレタル場合ニ於テ他ノ一方ノ緣組ノ效力如何』ニ付テハ既ニ之ヲ述ヘタリ。

## 第五　緣組ノ效力

### 一　身分ニ關スル效力

養子ハ緣組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得シ(八六〇)養子ト養親及其血族トノ間ニ於テハ養子緣組ノ日ヨリ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス(七二七)。緣組ノ日トハ緣組成立ノ日ヲ意味シ緣組ハ屆出ノ受理ニ因リテ成立スルコト、嫡出子ノ身分關係ハ緣組ノ當事者間ニノミ生シ其他ノ者ニ及ハサルコト其他養親子關係ニ付テハ先ニ之ヲ詳述セリ(本　書一六頁以下參照)。但シ遺言養子ノ場合ニ於テハ緣組ノ效力ハ養親ノ死亡ノ日ニ遡ル(八四八ノII)『夫婦ノ一方ノミカ養子ヲナシ又ハ夫婦ノ一方ノミカ養子トナリタル場合ニ於テ其取消以前ニ緣組ノ當事者ニ非ル配偶者ト養子又ハ養親トノ間ニ如何ナル親族關係ヲ生スル』ヤ明文ナシト雖モ一人カ緣組ヲナシ其後配偶者アルニ至リタル場合ト同樣前者ノ場合ニ於テハ繼親子關係後者ノ場合ニ於テハ單ニ姻族關係ヲ生スト解スル外ナシ。『夫婦ノ一方ノミカ夫婦ノ一方ノミヲ養子トナシタル場合ニ於テ緣組ノ當事者ニ非サル配偶者相互ノ間』ニ於テハ單ニ姻族關係ヲ生スルニ過キスト解スルノ外ナカル可シ。『配偶者アル者カ遺言養子ヲナシ生存配偶者カ承諾ヲナササ

ルニ拘ラス屆出ヲナシタル緣組ノ取消以前ニ於テ生存配偶者ト養子トノ親族關係如何『嚴格ニ解釋スル時ハ何等ノ親族關係ナシト言フノ外ナカル可シ蓋シ遺言養子ノ效力ハ養親死亡ノ日ニ遡ルト雖モ養親ノ死亡ノ日ニ於テ養親ト生存配偶者トノ婚姻關係ハ既ニ消滅セルモノナレハナリ。然レ共何等ノ親族關係ナシトスルモ不都合ノ嫌アルヲ以テ予ハ繼親子ノ關係ヲ生スルモノナリト解釋セント欲ス。緣組ハ斯ク親族關係ヲ生スル結果扶養ノ權利義務ヲ生シ(九五四)婚姻ニ付障碍ノ理由トナルコトアリ(七七一)。緣組ハ斯ク新ニ親族關係ヲ生スト雖モ養子ノ從前ノ親族關係ニ付テハ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ス。

**二　家ニ關スル效力**

養子ハ緣組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル(八六一)。從テ (a)實家ノ戶主權ヲ脫シテ新ニ養家ノ戶主權ニ服シ (b)實父母ノ親權又ハ後見ヲ離レテ新ニ養親ノ親權ニ服シ (c)實家ノ家督相續人タル權利ヲ失ヒテ新ニ養家ニ於テ家督相續人ノ順位ヲ取得ス。養親ノ家ニ入ルノ效果ハ取消シ得ヘキ緣組ノ場合ニ於テモ亦生ス從ツテ『夫ノミカ養子トナリタル場合ニ於テ妻モ亦夫ニ隨ヒテ養親ノ家ニ入ルヤ』ノ問題ニ對シテモ勿論ナリト言ハサルヘカラス(七四五)。

**第六　緣組ノ解消**

緣組ノ解消トハ緣組ニ因リテ生シタル法律關係ノ終了スル事實ヲ言フナリ。恰モ婚姻ノ解消カ婚姻關係ノ終了ヲ意味スルト同樣ナリ。緣組解消ノ理由ハ卽チ所謂離緣ナリ。『當事者ノ死亡ハ緣組ヲ解消セシムルヤ』思フニ養子カ死亡シ又ハ養親カ死亡シタル場合ニ於テ養子又ハ養親カ養親又ハ養子ニ對シテ有シタル身分上ノ權利、義務カ消滅スルコトハ言ヲ俟タスト雖モ養親カ死亡スルモ養子カ養親ノ嫡出子タル身分及養親ノ血族ニ對スル親族關係ハ決シテ消滅スルモノニ非ス。此點婚姻ニ於テ當事者ノ死亡カ生存配偶者ノ妻タルノ地位ヲ喪失セシムルト大ニ異レリ。蓋シ婚姻ハ男女ノ終生間ノ共同生活ヲ目的トスルニ反シ緣組ハ法ノ擬制ニ因リテ親子關係ナキ者ノ間ニ親子關係アルモノトスルヲ目的トスル結果ニシテ此目的ハ當事者ノ一生間ニ終ラシムヘキモノニ非ス當事者ノ死亡後ト雖モ尙ホ血統ノ連絡アルモノトナスニ非サレハ之ヲ貫徹スルコトヲ得サレハ

ナリ。故ニ當事者ノ死亡ハ縁組解消ノ原因ニ非スト言ハサルヘカラス。(八六二ノIII參照)然レ共養親ノ去家及七四五條、七三〇條第三項ノ規定ニ因リ養親子關係消滅スルコトアルハ既ニ前述セル如シ(七二七、本　書、二〇頁以下參照)

## 一　離縁ノ意義

離縁ハ婚姻ニ於ケル離婚ニ相當ス。即チ離縁トハ當事者ノ意思ヲ以テ縁組ヲ解消セシムル行爲ニシテ縁組ニ因リテ生シタル一切ノ法律關係ヲ消滅セシム。離縁ニ協議上ノ離縁、裁判上ノ離縁、法律上ノ離縁ノ三アリ又協議上ノ離縁ニハ當事者双方生存中ノ離縁ト養親死亡後ノ離縁トアリ。

## 二　協議上ノ離縁

縁組ノ當事者ハ其協議ヲ以テ離縁ヲ爲スコトヲ得。協議トハ合意ヲ意味ス。然レ共離縁ノ行爲ヲ以テ契約ナリトナスハ當ラス。何トナレハ離縁行爲ノ本體ハ縁組行爲ト同シク屆出ナレハナリ。協議上ノ離縁ハ契約ニ非スト雖モ法律行爲ナルコトハ言ヲ俟タサルヲ以テ法律行爲ニ關スル民法總則ノ規定ハ當然適用セラル。就中離縁ノ無效及取消ニ付テハ民法總則ノ法律行爲ノ無效及取消ニ關スル規定ニ準據セサルヘカラス。

### (1)　協議上離縁ノ要件

(イ)　當事者ノ協議アルコトヲ要ス　離縁ノ意思ハ當事者双方ニ存スルコトヲ要シ且ツ其意思ヲ自ラ表示スルコトヲ要ス法定代理人ニ依ルコトヲ得ス。

左ノ場合ヲ除クノ外當事者ノ一方又ハ双方カ意思能力ヲ有セサル場合ニ於テハ離縁ヲ爲スニ由ナシ但シ夫婦カ養子ヲナシ夫婦カ養子トナリタル場合ニ於テ其一方カ意思ヲ表示スルコト能ハサル時ハ八四二條ヲ準用シテ他ノ一方ハ双方ノ名義ヲ以テ離縁ノ協議ヲナスコトヲ得ト解釋スルヲ穩當トス。

(A)　養子カ十五年未滿ナル時　此場合ニ於テ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爲ス(八六二ノII)『養子ニ代リテ縁組ノ承諾ヲナス權利ヲ有スル者』トハ養子カ實家ニ在リテ現ニ縁組ヲナストセハ之ニ代リテ承諾ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ意ナリ即チ實家ニ在ル父母ヲ意味ス(註七)。『實家ノ父母』ト言フモ父母共ニ在ルコトヲ必要トセス其一方ノミ存スル時ハ其者ノミニテ離縁ノ協議ヲナシ得ルコト勿論ナリ。

父母ノ一方カ其意思ヲ表示スルコト能ハサル時ハ八四六條ニ依リ七七二條、第二項ヲ準用スヘク若シ實家ノ父母共ニ在ラサル時ハ八四六條ニ依リ七七二條、第三項ヲ準用シテ親族會離緣ノ協議ヲナス可キモノト解セラル。茲ニ親族會トハ養子ニ代リテ緣組ノ承諾ヲナシタル親族會存スル時ハ其親族會、若シ無キ時ハ養子ノ親族、養子若クハ實家ニ緣故アル者ニ於テ親族會ヲ組織ス可シトナス。『養子緣組ニ因リテ一旦他家ニ入リタル養子カ更ニ緣組ニ因リテ他家ニ入リ離緣セント欲スル場合』ニ於テ其者ニ代リテ離緣ノ協議ヲ爲シ得ル者ハ生家ノ父母ニ在ラスシテ第一ノ養家ニ在ル養親ナルコト勿論ナリ。

(B) 養親死亡シタル時　養親カ死亡スルモ尙ホ養子ハ離緣ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ養子ハ養家ノ戸主ノ同意ヲ得テ離緣ヲ爲スコトヲ得(八六二ノIII)。養親ノ死亡トハ夫婦カ養子ヲ爲シタル場合ニ於テハ養親夫婦双方ノ死亡ヲ意味スルナリ。『其一方ノミ死亡シタル場合』ニ於テハ養子ハ生存セル養親トノ協議ヲ以テ離緣ヲ爲スコトヲ得ヘク其離緣ハ死亡養親ニ對シテモ亦離緣ノ效力ヲ有スルモノニシテ生存養親ニ對シテハ其協議ヲ以テ離緣シ死亡養親ニ對スル離緣ハ特ニ戸主ノ同意ヲ以テ之ヲ爲ス可キニ非サルナリ。『養親カ婚姻又ハ養子緣組ニ因リテ養家ニ入リタルモノナル場合ニ於テ其者カ養家ヲ去リタル時』ハ養親ノ去家ト共ニ其者ト養子トノ親族關係ハ消滅スルカ故ニ其後ニ於ケル離緣存スルコトナシ。之ニ反シ例之家女カ養子ヲナシタル後婚姻ニ因リテ其家ヲ去リタル場合』ノ如キニ於テハ養親子關係消滅セサルヲ以テ其後ニ於テモ尙ホ協議上ノ離緣ヲナスニ何等ノ妨アルコトナシ。養親死亡シ自ラ戸主トナリタル場合ニ於テハ離緣ヲナスコトヲ得ス(八七四)養家ノ戸主ノ同意ハ單純ナル保護者ノ同意ノ意味ニ非ラス死亡養親ニ代ル離緣ノ協議ノ意ナリト解セサルヘカラス從テ純然タル意思表示ナリ。又此場合ニ於テモ其他ノ協議上離緣ノ要件(後述ロ及ハ)ヲ具備スルコトヲ要スルハ勿論ナリ。

(ロ) 保護者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス　滿二十五年ニ達セサル者カ協議上ノ離緣ヲ爲スニハ其緣組ニ付キ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(八六三)『同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者』トハ養子カ離緣ノ當時緣組ヲナスモ

ノト假定セハ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ヲ云フ。其場合ニ於テモ亦七七二條第二項及第三項七七三條ノ規定ヲ準用ス又禁治產者カ協議上ノ離緣ヲナスニハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(八六四、七七四)。

**(八)** 屆出ルコトヲ要ス　離緣ハ之ヲ戶籍吏ニ屆出ルニ因リテ其效力ヲ生ス(八六四、七七五)當事者ノ協議ノミヲ以テハ未タ離緣ト言フヘカラス屆出ノ受理ニ因リ始メテ離緣ノ效力ヲ生ス卽チ屆出カ離緣行爲ノ本體タル所以ナリ。其方式ハ緣組ノ屆出ニ同シク戶籍吏ハ離緣カ七七五條第二項八六二條及八六三條ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ屆出ヲ受理スルコトヲ得ス。戶籍吏カ右ニ違反シテ屆出ヲ受理スルモ離緣ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ(八六五)。

協議上離緣ノ要件ハ右ニ止マル故ニ何等特別ノ原因存スルコトヲ必要トセス。然レトモ養子カ戶主トナリタル時ハ如何ナル場合ニ於テモ離緣ヲ爲スコトヲ得ス(八七四)。養親死亡シ自ラ戶主トナリタル場合ニ於テモ同シキコト固ヨリナリ但シ隱居ヲナシタル後ニ於テハ此限リニ非ス(八七四但書)茲ニ『養子戶主トナリタル場合』トハ養子カ家督相續ニ因リテ戶主トナリタルコトヲ意味ス。通說ナリ。從テ養子カ養家ヨリ分家ヲナシタル場合又ハ養子カ養家ヨリ更ニ緣組ニ因リテ他家ニ入リテ戶主トナリタル場合ニ於テ第一ノ養親カ離緣セント欲スル場合ニ於テハ離緣ヲ爲スコトヲ得。『養子カ法定ノ推定家督相續人タル場合ニ於テハ離緣ヲナスコトヲ得ルヤ』廢除セラレタル後ニ於テハ問題ナシ其以前ニ於テハ說分ルト雖モ予ハ離緣スルコトヲ得ト解釋ス卽チ養子離緣ノ場合ニ於テハ七四四條ノ適用ナシ。『夫婦カ緣組ヲ爲シタル場合ニ於テ其一方ノミ離緣ヲ爲スコトヲ得ルヤ』思フニ八四一條ノ趣旨ヨリセハ、之ヲ否定セサルヘカラサルヘシト雖モ七三〇條第三項及八七六條ノ規定ヨリ案スレハ夫婦カ養子トナリタル場合又ハ養子カ養親ノ他ノ養子ト婚姻シタル場合ニ於テハ養子夫婦一方ノミノ離緣ヲ認ムト言ハサルヘカラス。其他婿養子緣組ノ場合及養子カ家女ト婚姻シタル場合ニ於テモ離緣存スルコトハ法ノ認ムル所ナリ(八一三ノ10)。從テ夫婦カ養子タル場合又ハ養子ニ配偶者アル場合ニ於テモ夫婦一方ノミノ離緣ハ之ヲ爲スコトヲ得ト言ハサルヘカラス。而シテ夫ノミノ離緣トナリタル時ハ妻ハ夫ニ從ヒテ其家ヲ

去ル可ク其家ヲ去リタル時ハ離縁ト同一ノ結果トナリ(七三〇ノIII)、妻ノミ離縁トナリタル場合ニ於テハ八七六條ノ規定存ス。然レトモ『夫婦カ養子ヲナシタル場合』ニ付テハ頗ル疑ハシト雖モ夫婦カ養子トナリタル場合ト異リ何等之ヲ肯定スヘキ規定存セサルヲ以テ予ハ之ヲ否定ス尙ホ後述四ヲ參照ス可シ。

(2) 協議上離縁ノ無效及取消　先ニモ一言セル如ク協議上離縁ノ無效及取消ニ付テハ協議上離婚ノ無效及取消ト同樣民法ニ何等特別ノ明文ナキヲ以テ理論上一ニ民法總則ノ法律行爲ノ無效及取消ニ關スル規定ニ從ハサルヘカラス。

(イ) 無效

(A) 形式無效卽チ離縁ノ屆出ヲ爲ササル時ニ於テ離縁ノ無效タルヘキコトハ言ヲ俟タス。但シ戸籍吏カ七七五條第二項ノ規定ニ違反シタル離縁ノ屆出ヲ受理スルモ離縁ハ有效ニ成立ス(八六五ノII)。

(B) 實質無效ニ付テハ (a)當事者ニ離縁ノ意思ナキ時ハ無效ナリ養親死亡ノ場合ニ於テ戸主ニ同意ノ意思ナカリシ場合亦同樣ナリ。八六二條ニ『其協議ヲ以テ』トアルハ其意思ヲ以テト言フノ意ナリト解ス可ク從テ其眞意ニ非ル以上如何ナル場合ニ於テモ無效ナリト解釋ス。無效行爲ノ追認ニ關スル一一九條ノ規定ハ離縁ニ適用アリ。

(ロ) 取消

(A) 同意權者ノ同意ヲ得サル離縁ノ屆出ヲ戸籍吏カ受理シタル場合ニ於テハ其離縁ハ有效ニシテ取消ス可キモノニ非ス(八六五ノII)。

(B) 離縁取消ノ原因ハ詐欺又ハ强迫ニ限ル。其他取消權者、取消ノ方法、及效果、追認、及時效等ニ付テハ協議上離婚ニ付述ヘタルヲ以テ參照ス可シ(本書一五〇頁以下)

三　裁判上ノ離縁

裁判上ノ離縁トハ法定ノ一定ノ原因ヲ理由トシテ當事者ノ一方ヨリ提起シタル離縁ノ訴ニ付爲シタル判決ニ因リテ縁組ノ解消スルヲ言フ。法定ノ原因存スル場合ニ於テ當事者カ離縁ノ訴ヲ提起スルヤ否ヤハ全ク其自由ナリト雖モ原因カ一定シ訴ヲ必要トシ離縁ハ判決ノ結果ナル點ニ於テ協議上ノ離縁ト異ルコト猶ホ裁判上ノ離婚カ協議上ノ離婚ト異ルト同樣ナリ。

(1) 原因　縁組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(八六六)。

(イ) 他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタル時他ノ一方トハ勿論縁組當事者ノ一方ヨリ見タル語ナリ故ニ養親又ハ養子ナラサルヘカラス。從テ養親カ養子ヲナシタル後娶リタル妻カ養子ニ對シ虐待又ハ侮辱ノ行爲ヲナスト雖モ離縁ノ原因トハナラス。養親ノ直系尊屬ノナシタル虐待又ハ侮辱ハ離縁ノ原因トナルニ此場合ニ離縁ノ原因トナラサルハ不權衡ナリトノ非難ヲ免レサル可シ。虐待ハ離婚ノ場合ト異リ同居ニ堪ヘサルコトヲ必要トセス。侮辱ハ重大ナルコトヲ要ス。何ヲ虐待ト言ヒ、何ヲ侮辱ト言フカハ個々ノ場合ニ付キ當事者一身ノ事情ヲ斟酌シテ決スルノ外ナシ。離婚ニ付述ヘタル所ヲ參照ス可シ(本書一五八頁以下)。

當事者ノ一方カ他ノ一方ノ行爲ヲ宥恕シタル時ハ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(八六八)。

(ロ) 他ノ一方ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタル時　遺棄ハ惡意ナルヿヲ要ス。遺棄トハ婚姻ノ場合ト異リ扶養ノ義務違背ヲ指スモノト解セラル。惡意トハ之ヲ欲スルコトヲ意味ス。此場合ニ於テモ養親ノ配偶者ノ遺棄ハ離縁ノ原因トナラス。當事者ノ一方カ他方ノ行爲ヲ宥恕シタル時ハ離縁ノ原因トナラス(八六八)。

(ハ) 養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタル時　但シ養子カ養親ノ直系尊屬ノ行爲ヲ宥恕シタル時ハ此限リニ非ス(八六八)

(ニ) 他ノ一方カ重禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレタル時　重禁錮トハ禁錮一年以上ヲ意味ス。但シ當事者ノ一方カ他ノ一方ノ行爲ニ對シ同意若クハ宥恕ヲナシ又ハ當事者ノ一方自ラ同一ノ刑ニ處セラレタルモノナル時ニ於テハ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(八六八、八六九)(註八)。

(ホ) 養子ニ家名ヲ瀆シ又ハ家産ヲ傾クヘキ重大ナル過失アリタル時　過失トハ不注意ヲ意味シ重大ナルコトヲ要ス。離縁ノ原因トナルニハ必スシモ家名ヲ瀆シ家産ヲ傾ケタルコトヲ必要トセス但シ現實ニ過失アリタルコトヲ必要トスルヲ以テ單ニ將來ノ危險ノミヲ以テ離縁スルコトヲ得ス當事者ノ一方

カ他方ノ行爲ヲ宥恕シタル時亦同シ(八六八)。

(A) 家名トハ猶ホ家門ノ名譽ト言フカ如シ家門ノ名譽ハ家ニ依リ必スシモ一ナラサルヘク何カ家名ヲ損スル過失ナリヤハ一律ニ定ムルコトヲ得スト雖モ犯人トナリ亂倫私通ノ行爲アルカ如キ甚シキ道德違反ノ行爲ハ概ネ離緣ノ原因トナリ得可シ。養子カ養親ニ對シ無用ノ訴訟ヲ提起スルカ如キモ亦然リト解セラル。

(B) 家產トハ家ニ屬スル財產ノ意ナル可シト雖モ法律上家ハ私權ノ主體ニ非サルヲ以テ家ニ屬スル財產ナルモノ存スルコトナシ。又必スシモ戶主ノ財產ノ意ニモ非ス蓋シ養子カ戶主トナリ家督ヲ相續シタル場合ニ於テハ縱令家產ヲ傾ケタリト雖モ離緣スルコトヲ得サレハナリ(八七四)。故ニ養子以外ノ養家ニ屬スル者ノ財產ト解スルノ外ナカル可シ。然レ共本條ノ規定ハ主トシテ家督相續ノ場合ヲ豫想シタルモノナルコトハ想像ニ難カラス。

(ヘ) 養子カ逃亡シテ三年以上復歸セサル時　逃亡ノ意義必スシモ明瞭ナラスト雖モ單獨ニ其在ルヘキ場所ヲ故意ニ逸走スルノ意ニ解セサルヘカラス。

從テ生死不明ヲ意味セス(ト參照)。又必スシモ行先不明ノ意ニ非ス。所在分明ナリト雖モ猶ホ逃亡ト言フニ妨ケナシ。其在ルヘキ場所トハ養家又ハ養親ノ指定シタル居所ノ意ニ解スルノ外ナシ(註九)。復歸セストハ現實ニ復歸セサルコトヲ意味ス從テ嚴格ニ解スル時ハ將來必ス復歸スルノ意思アル場合ト雖モ三年間繼續シテ現ニ復歸セサル時ハ離緣ノ原因トナルト言フノ外ナシ(八七一參照)然レトモ復歸スルノ意思アル以上復歸セサルニ付相當ノ理由アル時ハ離緣ノ原因トナスヘキニ非ストナスヘキカ。三年以上トハ繼續シテ三年以上ノ意ナリ。

(ト) 養子ノ生死カ三年以上分明ナラサル時　但シ養子ノ生死カ分明トナリタル以後ニ於テハ縱令其以前ニ三年以上生死分明ナラサリシト雖モ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(八七二)

(チ) 他ノ一方カ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時　此場合ニ於テモ養親ノ配偶者カ爲シ又ハ加ヘタル虐待若クハ侮辱ハ離緣ノ原因トナラサル譯ナリ。

(リ) 婿養子縁組ノ場合ニ於テ離婚アリタル時又ハ養子カ家女ト婚姻シタル場合ニ於テ離婚又ハ婚姻ノ取消アリタル時　此場合ニ於テハ離婚又ハ婚姻取消ノ訴提起サレタル時ハ之ニ附帶シテ離縁ノ請求ヲ爲スヿヲ得(八七三ノI)。然レ共當事者カ離縁請求ノ權利ヲ拋棄シタル時ハ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(八七三ノII)。

以上ノ原因存スル時ハ當事者ノ一方ハ離縁ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモ同意、宥恕、請求權ノ拋棄、養子ノ生死分明トナリタルコト等ニ因リテ離縁請求權消滅シ訴訟不受理ノ原因トナルアルハ各場合ニ付説明シタリ。民法ハ尙ホ期間ノ定メヲナシ其期間ヲ經過シタル後ニ於テハ又離縁請求權ヲ失フ旨ヲ定メタリ。即チ前述(イ)乃至(ニ)及(チ)ノ事由ニ基ク離縁ノ訴ハ之ヲ提起スル權利ヲ有スル者カ離縁ノ原因アルコトヲ知リタル時ヨリ一年、事實發生ノ時ヨリ十年ヲ經過シタル時(八七〇)(ホ)ノ事由ニ基ク訴ハ養親カ養子ノ復歸シタルコトヲ知リタル時ヨリ一年、其復歸ノ時ヨリ十年ヲ經過シタル時(八七一)、(リ)ノ事由ニ基ク離縁ノ訴ハ當事者カ離婚又ハ婚姻ノ取消アリタルコトヲ知リタル後六ケ月ヲ經過シタル時(八七三ノII)ニ於テハ爾後之カ提起ヲ爲スコトヲ得サルモノトス。

尙ホ前述何レノ事由存スル場合ト雖モ養子カ家督相續ニ因リ養家ノ戸主トナリタル時ハ離縁ノ訴ハ之ヲ提起スルニ由ナシ。從テ例ヘハ養子カ虐待ヲナシ重大ナル侮辱ヲ加ヘ家名ヲ瀆シ家產ヲ傾ケ逃亡シ又ハ生死カ永年不明ナリト雖モ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルコトトナル。此點ハ尙ホ立法上充分研究ノ餘地アリト言ハサルヘカラス。但シ養子カ法定ノ推定家督相續人タルニ止マル時ハ離縁ノ訴ヲ提起スルニ妨ケナシ。

(2) 離縁ノ訴　離縁ノ訴ハ縁組ノ當事者ノ一方ヨリ之ヲ提起ス可キモノトス(八六六)卽チ原告ハ必ス養親又ハ養子自身ナラサルヘカラサルモノニシテ縁組取消ノ訴ト異リ第三者ハ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得スト雖モ十五年未滿ノ養子カ訴ヲ提起ス可キ場合ニ於テハ八四三條ノ趣旨ト同樣養子ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲ス權利ヲ有スル者ニ於テ離縁ノ訴ヲ提起ス可キモノトス(八六七)條文ニハ『提起スルコトヲ得』トアレ共『提起スルコトヲ要ス』ノ意ニ解セサルヘカラス。且離縁ノ訴ヲ提起スルヤ否ヤノ決定ノ權利モ亦縁組承諾權者ニ屬スト解スルニ非サレ

ハ本條ノ趣旨ハ徹底セス。繼父母又ハ嫡母カ右ノ訴ヲ提起スルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(八六七ノII、八四三ノII)。尙ホ養親カ十五年未滿ノ養子ヲ離緣セントスル時ニ於テモ必ラス緣組承諾權者ヲ被告トスルコトヲ要スト解セサルヘカラス是レ八六七條ノ文意解釋ノ當然ノ結果ナリ、又無能力者カ離緣ノ訴ヲ提起スルニハ法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(人訴二六、三)養親カ禁治產者ナル時ハ其後見人ハ親族會ノ同意ヲ得テ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク(人訴二五ノI四)養子カ禁治產者ナル時ハ實方ノ直系尊屬又ハ實家ノ戶主離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(人訴二五ノII)。『夫婦カ緣組ヲ爲シタル場合ニ於テ夫婦ノ一方ニノミ八六六條ノ原因存シ又ハ離緣ノ請求權ヲ有スル場合ニ於テハ其一方ニ對シテノミ又ハ其一方ノミヨリ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ』協議上ノ離緣ニ付述ヘタルト同樣ノ趣旨ヨリシテ

(a) 養親カ夫婦ナル場合ニ於テハ其一方ノミカ離緣請求ノ權利ヲ有シ又ハ其一方ニノミ離緣ノ原因存スルトキト雖モ必ス夫婦双方ヨリ又ハ夫婦双方ニ對シテ訴ヲ提起ス可キモノ卽チ離緣ハ養親夫婦ニ對シ合一ニノミ確定スヘキモノニシテ所謂必要的共同訴訟(民訴五〇ノI)ニ屬ス

ト解ス。之ニ反シ

(b) 養子カ夫婦ナル場合ニ於テ其一方ノミカ離緣請求權ヲ有シ又ハ其一方ノミニ付離緣ノ原因存スル時ハ其者ノミヨリ又ハ其者ノミニ對シテ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ト解ス。『養子カ夫婦ナル場合ニ於テ其一方ニノミ離緣ノ原因存シ又ハ其一方ノミ離緣請求權ヲ有スル場合ニ於テ養子夫婦双方ニ對シ又ハ養子夫婦双方ヨリ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ』予ハ之ヲ否定ス蓋シ離緣ハ養子夫婦ニ對シテハ合一ニ確定スヘキコトヲ要セス且ツ他人ニ存スル事由ヲ原因トシテ離緣ヲ爲スコトハ法ノ原則ニ反スル所ナレハナリ。尙ホ夫婦一方ノ離緣ノ訴ニ付テハ後述四ヲ參照ス可シ。尙ホ茲ニ問題トナルハ『養親死亡後ニ於テ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ』ノ問題ナリ。

(a) 養親カ夫婦ナル場合ニ於テハ生存養親ヨリ又ハ生存養親ニ對シ離緣ヲ請求スルコトヲ得ヘク其場合離緣ノ判決ハ死亡養親ニ對シテモ亦效力ヲ有スト解セサルヘカラサルモ

(b) 養親カ一人ニシテ死亡シ夫婦ナルモ双方死亡シ又ハ養親夫婦ノ一方ハ死亡シ一方ハ養家ヲ去リタル場合ニ於テ尙ホ離緣ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルヤニ付テハ頗ル疑アリ。思フニ緣組ハ養親ノ死亡ニ依ッテ

解消セス協議上ノ離縁ハ養親死亡後ニ於テモ猶ホ爲スコトヲ得且ツ人訴法二四條ノ規定ヨリ案スル時ハ裁判上ノ離縁モ養親死亡後ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘキカ如シ。然レ共何人カ此訴ノ當事者トナルヘキヤ。八六二條第三項ノ規定ハ協議上ノ離縁ニ關スル規定ナリ又人訴法二六條ニ因リ同二條第三項ヲ準用シタリト雖モ同條ハ無效又ハ取消ニ關スル規定ニシテ共ニ離縁ノ訴ニ準用スルコトヲ得サルヘシ。又縱令人訴法第二條第三項ヲ準用ス可シトスルモ養子ニ離縁ノ原因存スル場合ニ於テハ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルヘシ例之養子カ養親ヲ殺害シタル場合ノ如シ。此點ハ猶ホ研究ヲ要ス。

**四　法律上ノ離縁**

夫婦カ養子ヲナシタル場合ニ於テハ養親夫婦ハ共同ニノミ離縁ヲナス可キモノナリト雖モ夫婦カ養子トナリ又ハ養子カ養親ノ他ノ養子ト婚姻シタル場合ニ於テハ協議上タルト裁判上タルトヲ問ハス其一方ノミ離縁ヲナスコトヲ得ヘキコト前ニ説明シタルカ如シ。

(1)　夫ノミカ離縁トナリタル場合ニ於テハ夫ハ離縁ニ因リテ養家ヲ去ル可ク妻ハ夫ニ隨ヒテ養家ヲ去ラサルヘカラス(七四五)。而シテ妻カ夫ニ隨ヒテ養家ヲ去リタル時ハ養親ト妻トノ養親子關係モ亦消滅スルモノナルヲ以テ妻ニ付別ニ離縁ヲ爲スノ必要ナシ(七三〇ノIII)。茲ニ問題トナルハ『夫カ離縁トナリタル時ハ妻ハ如何ナル場合ニ於テモ夫ニ隨ヒテ養家ヲ去ル可キヤ』詳言スレハ『妻カ戸主ナル場合又ハ法定ノ推定家督相續人タル場合ニ於テモ猶ホ夫ノミノ離縁ヲナスコトヲ得ルヤ若シ得トセハ戸主又ハ法定ノ推定家督相續人タル妻モ亦夫ニ隨ヒテ養家ヲ去ル可キヤ』ノ問題ナリ。(a)『妻カ戸主ナル場合』ニ於テハ妻カ隱居ヲナシタル後ニ非サレハ夫ノミノ離縁ヲ爲スコトヲ得ス。蓋シ戸主ハ死亡シ又ハ隱居ヲ爲スニ非サレハ其地位ヲ失フコトナキモノナレハナリ。(b)『妻カ法定ノ推定家督相續人タル場合』ニ於テ妻ヲ離縁スルヿハ妨ケナシト雖モ夫ノ離縁ニ因リ法定ノ推定家督相續人タル妻(養子タル)カ夫ニ隨ヒテ養家ヲ去ルヤニ付テハ予ハ此場合ニハ七四四條ノ適用アルモノナリト解シ從テ此場合ニ於テモ亦廢除ヲナシタル後ニ非サレハ夫ノミノ離縁ヲナスヿヲ得サルモノナリト信ス。而シテ右ハ夫婦カ養子トナリ又ハ養子カ養親ノ他ノ養子ト婚姻シタル場合ニ關スト雖モ之ト

同様ノ關係ニ在ル場合卽チ(a)『女戸主タル娘ニ婿養子ヲナシ養子カ戸主トナラサル場合』(b)『養子カ家女ト婚姻シ妻カ法定ノ推定家督相續人タル場合』ニ於テモ妻カ隱居ヲナシ又ハ廢除セラレタル後ニ非サレハ養子ヲ離緣スルコトヲ得サルモノナリト解セサルヘカラス。然レ共右何レノ場合タルヲ問ハス『夫カ離緣ニ因リ養家ヲ去ルトセハ妻カ法定ノ推定家督相續人タルヘキ場合』ニ於テハ夫ノミノ離緣ヲ爲スコトヲ得ヘク妻ハ夫ニ隨ヒテ其家ヲ去ル可キモノト解セサルヘカラス蓋シ此場合ニ於テハ妻ハ七四五條ニ依リ當然其家ヲ去ル結果推定家督相續人トナルノ餘地ナケレハナリ但シ離婚ヲナシ得ルコトハ言ヲ俟タス(八一三ノX)。

(2) 夫婦カ養子トナリ又ハ養子カ養親ノ他ノ養子ト婚姻シタル場合ニ於テ妻ノミカ離緣トナリタル時ハ妻ハ離緣ニ因リ養家ヲ去ルヘキ理ナレ共一方妻ハ夫ト其家ヲ共ニセサルヘカラス夫ハ尙ホ養家ニ止マラサルヘカラサル結果妻モ亦養家ニ止マラサル ヘカラサル結果トナル。此關係ヲ解決スル爲メニ民法ハ特ニ夫ニ與フルニ離緣ヲナシ又ハ離婚ヲナスノ選擇ノ權利ヲ認メタリ(八七六)。此離緣ハ夫カ一方的ニナス離緣ニシテ協議上ノ離緣ニモ非ス亦裁判上ノ離緣ニモ非ス。稱シテ法律上ノ離緣ト言フ。八七六條ノ離緣ニ付テハ先ニ離婚ノ場合ニ詳述セルヲ以テ參照ス可シ(本　書、一六五頁以下)。

**五　養親ノ去家**

養親カ養家ヲ去リタル時ハ其者ト養子トノ養親子關係ハ消滅ス(七三〇ノII)養子ノ離緣ニ因リ之ト共ニ他ノ養子カ養家ヲ去リタル時亦同シ(七三〇ノIII)此點ニ付テハ養親子關係ノ消滅ニ付說明シタリ(本　書　一九頁以下)。

**六　離緣ノ效果**

離緣ニ因リ緣組ハ解消ス養子ト養親及其血族トノ親族關係ハ離緣ニ因リテ止ム(七三〇ノI)。離緣ノ效果ハ協議上ノ離緣ニ於テハ離緣屆出ノ受理ニ始マリ裁判上ノ離緣ニ於テハ離緣判決ノ確定ニ依リテ生ス。緣組ニ因リ他家ニ入リタル養子ハ離緣ニ因リ實家ニ復籍シ(七三九)實家ニ於テ有シタル身分ヲ回復ス但シ第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス(八七五)。

(1) 養子ハ緣組ニ因リ實家ニ於ケル親族關係ヲ消滅セシムルモノニ非ス唯實家ニ於ケル家族タル地位及之ニ基ク法律關係ヲ消滅セシムルノミ。從テ養子カ離

緣ニ因リ復籍シタル時ハ實家ニ於ケル身分ヲ回復スヘキコト殆ント言ヲ俟タス。

(2) 養子カ再緣組ニ因リテ養家ニ入リタルモノナル場合ニ於テ離緣ニ因リテ復籍ヲナス家ニ就テハ議論岐ルト雖モ予ハ生家及第一ノ養家ノ何レニモ其選擇ニ從ヒテ復籍シ得ルモノト解ス又養子カ身分ヲ回復スル實家ハ復籍ヲナシタル實家ノ意ニ解セサルヘカラス（本　書二三頁註二參照）。

(3) 第三者カ既ニ取得シタル權利ノ意義ニ付テハ八三二條ノ場合ト同樣ノ疑問ヲ生ス。卽チ『右ニ所謂權利中法定ノ推定家督相續人タル地位ヲ包含スルヤ』ノ點ナリ。予ハ之ヲ包含スルモノナリト解スルコト八三二條ノ場合ト同樣ナリ。但シ判例ハ之ニ反ス。

(4) 夫婦カ養子トナリ養子カ養親ノ他ノ養子ト婚姻シタル場合ニ於テ其一方ノミ離緣トナリタル場合ニ付テハ既ニ說明シタリ。婿養子緣組ノ場合ニ於テ養子離緣トナリタル時ハ妻ハ離婚ノ訴ニ因リ離婚トナラサル限リ（八一三）夫ニ隨ヒテ其家ヲ去ラサルヘカラサル點モ先ニ一言セリ。

〔註四〕相手方ト通シテ爲シタル虛僞ノ養子緣組ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルヤ、此問題ハ婚姻ニ付テモ同樣ニ生スルモノナレ共虛僞表示ニ依ル婚姻ハ頗ル稀ナル可シ但シ理論ハ緣組ノ場合ト全然同一ナラサルヘカラス。而シテ予ハ養子緣組ニ關スル八五一條第一號ノ規定ハ民法九三乃至九五條ノ凡テノ場合ヲ包括規定シタルモノナリト解シ從テ緣組ニ就テハ九三條乃至九五條ノ規定ノ適用ナク苟モ緣組ノ意思ナキ以上ハ凡テ無效ニシテ何等例外ヲ設ケサルモノナリト解スルコト既ニ述ヘタル所ノ如シ、從テ九四條第二項ノ規定ハ緣組ニ付テハ其適用ヲ排除セラレ虛僞表示ノ緣組ト雖モ理論上第三者ニ其善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス對抗スルコトヲ得ト解セサルヘカラス。

〔註五〕遺言養子ノ場合ニ於テモ緣組ノ無效ニ付テハ凡テ前述シタル所ニ準據シテ決定セサルヘカラス。

〔註六〕遺言養子緣組ト取消

(一) 遺言養子ノ場合ニ於テ遺言其モノヲ取消スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ付テハ

(a) 一一二四條以下ノ規定ニ基ク取消卽チ所謂撤回ハ之ヲ爲スコトヲ得ト解セサルヘカラス蓋シ認知ノ遺言ニ於ケルカ如ク一一二四條以下ニ對シ何等特別規定ノ存スルコトナケレハナリ　(b) 遺言カ詐欺又ハ强迫ニ基キタルモノナル時ハ遺言者ハ固ヨリ其遺言ヲ取消スコトヲ得（九六、一二〇）然レ共茲ニ問題トナルハ『遺言者ノ死亡後養子緣組ノ屆出以前ニ於テ其家督相續人ハ右ノ瑕疵アル遺言ヲ取消スコトヲ得ルヤ』（一二〇參照）ノ問題ナリ。予ハ之ヲ否定ス蓋シ養子緣組行爲ハ身分上ノ行爲ニシテ之ニ關スル意思表示ノ取消權ハ家督相續人ニ移轉セスト信

スレハナリ。

(二) 右ノ遺言ノ取消ト遺言養子緣組ノ取消トハ異ル蓋シ遺言養子ノ場合ニ於テモ苟モ一度屆出アリタル以上ハ所謂養子緣組ノ取消ナルヲ以テ明ニ八五二條以下ノ規定ニ準據セサルヘカラサレハナリ。

(a) 八三七條違反ノ場合ニ於テハ取消スコトヲ得ス蓋シ養親又ハ其法定代理人ナルモノナケレハナリ。

(b) 八三八、八三九條違反ノ場合ニ於テハ養子各當事者ノ戸主及親族ヨリ取消スコトヲ得。

(c) 八四一條違反ノ場合、八四四條乃至八四六條違反ノ場合ハ固ヨリ取消サル。

(d) 婿養子緣組ノ場合ニ於テ婚姻ノ無效又ハ取消アリタル時亦然リ。

(e) 八五九、七八五條ノ場合ニ於テ遺言カ詐欺又ハ强迫ニ基キタルモノナル場合ハ取消權者既ニ死亡シ且ツ其取消權ハ承繼スルコトヲ得サルモノナリト解スルカ故ニ之カ取消ヲ爲スコトヲ得ストナササルヘカラス。

〔註七〕 法文ニハ養子ニ代リテ緣組ノ承諾ヲナス權利ヲ有スル者トアリ故ニ權利ヲ有セシ者必スシモ離緣承諾權ヲ有セス例ヘハ緣組後實家ヲ去リタル實父母ノ如シ。又必スシモ『實家ノ父母』ノミノ意義ニモ非ス例ヘハ男子カ其家ニ在ル自己ノ庶子ニ代リテ緣組ノ承諾ヲナシテ庶子其家ヲ去リタル後ニ於テ妻ヲ娶リタリトセヨ此場合養子ハ既ニ實父ノ家ニ在ラサルヲ以テ實父ノ妻ト養子トハ嫡母庶子關係ナク從テ之ヲ親子ト言フコトヲ得ス然レ共若シ現ニ養子カ實家ニ在ル時ハ實父ノ妻モ亦緣組承諾權ヲ有スル者ナルヲ以テ又離緣ノ承諾權ヲモ有スルコトヽナル是レ即チ法文ニ『權利ヲ有スル者』ト規定シタル所以ナリ。

尙ホ右ハ八六三條ノ『同意ヲナス權利ヲ有スル者』及離婚ノ場合ニ於ケル八〇九條ニ於テモ同樣ナリ。

〔註八〕 同意及宥恕ニ付テハ離婚ニ付述ヘタル所ヲ參照スヘシ(本書一五六頁及一六二頁註五)

〔註九〕 玆ニ養家ト言フハ法律上ノ家ヲ指スモノニ非ス養親カ住居スル家ノ意ナルコト勿論ナリ。養親ハ獨立シテ居所指定權ヲ有スルモノニ非ス詳言スレハ養親カ戸主ニモ非ス且ツ養子カ成年ニシテ獨立ノ生計ヲ立ツル場合ニ於テハ養親ハ養子ニ對シテ居所指定權ヲ有セサルナリ。斯ル場合ニ於テ逃亡ノ意義頗ル不明確タルヲ免レスト雖モ本條モ亦主トシテ養親カ戸主ナル場合ヲ豫想シタルモノナリト解スルニ難カラス。

## 第四節　親子關係ノ效果

### 第一　總說

親及子ノ意識詳言スレハ親タル者ト子タル者トノ間ニ於テ或ル秩序ヲ有セサル

ヘカラサルコトノ認識ハ人類ノ私法的認識中最モ早カリシモノナルヘキコトハ想像ニ難カラス親子間ノ權利義務ノ關係ハ歴史ト共ニ幾多ノ變遷ヲ經タルヘシト雖モ今日ニ於テモ私法的秩序ノ中最モ嚴肅ナルモノナルコトハ世界ヲ通シテノコトナリ而シテ近代ノ個人主義思想ノ結果親子ノ關係殊ニ親權ニ付テハ種々ナル議論存スル所ナリ。親子關係ノ效果中最モ重要ナルハ親權、扶養ノ權利義務及相續關係ナリト雖モ吾國ニ於テハ歐洲諸國ト異リ家族制度ヲ認メタルヲ以テ家ニ關スル效果亦少カラス。親子間ノ權利義務ノ關係概ネ左ノ如シ。

**一**　家ニ關スル效果

(1)　子ハ父又ハ母ノ家ニ入ル(七三三、乃至七三五、七五〇ノIII、七六四ノI但書)

(2)　父又ハ母ハ他家ニ在ル子ヲ引取ルコトヲ得(七三八ノII)

**二**　婚姻及養子緣組ニ關スル效果

(1)　子カ婚姻又ハ養子緣組ヲ爲スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(七七二、七七三、八四四、八四五、八四六)

(2)　子カ協議上ノ離婚又ハ離緣ヲナス時亦同シ(八〇九、八六三)

(3)　親子ハ婚姻スルコトヲ得ス(七六九)

以上ノ點ニ付テハ既ニ之ヲ述ヘタリ。

**三**　親權

**四**　扶養ノ權利義務

**五**　相續(九七〇以下)

相續ニ付キテハ相續法ヲ參照ス可シ扶養ノ義務ハ獨リ親子關係ノ效果ノミニ非サルヲ以テ別ニ之ヲ說クヘク本節ニハ單ニ親權ニ付テノミ說明ス。

## 第二　親權(elterliche Gewalt)

### 一　親權ノ意義

親權トハ父又ハ母カ其親タル身分ニ基キ其家ニ在ル未成年若クハ獨立ノ生計ヲ立テサル成年ノ子ニ對シテ身分及財產ノ監護上有スル權利義務ノ總稱ナリ。

(1)　親權ハ父又ハ母カ有スル權利ナリ『父又ハ母カ』トハ親權者ハ父ナルカ或ハ母ナルカ必ス其一人ニシテ父母共ニ親權者ニハ非サルコトヲ意味ス(註一)。

故ニ例ヘハ婚姻養子緣組及協議上ノ離婚離緣ニ於ケル同意權等ノ如ク父母共ニ

有スルモノハ親權ニ屬スルコトナシ。

(2) 親權ハ父母カ其親タル身分ニ基キ有スル權利ナリ從テ例ヘハ禁治產ノ請求(七)婚姻又ハ養子緣組ノ取消權(七八〇、八五五)等親タル身分ニ基クコトナク親族タル身分上有スル權利ノ如キハ親權ニ屬セス。

(3) 親權ハ子ノ身分及財產ノ監護ヲ目的トス。故ニ家族ノ監督ヲ目的トスル戶主權トハ異ル戶主權ハ戶主タル地位ニ在ル者カ家族ニ對スル權利ニシテ親權ハ親タル身分ヲ有スル者カ子ニ對シテ有スルモノニシテ戶主タラサル親ト雖モ親權ヲ有シ且ツ其子カ戶主タル場合ニ於テモ亦親ハ其子ニ對シテ親權ヲ有スルモノナリ。

(4) 父又ハ母ハ其家ニ在ル子ニ對シテノミ親權ヲ有ス故ニ例之扶養ノ權利義務ノ如キ子ノ家ニ在ルコトヲ必要トセサル權利ノ如キハ親權ニ屬セス(九五四以下殊ニ九五六)。

(5) 親權ハ未成年若クハ獨立ノ生計ヲ立テサル成年ノ子ニ對シテノミ存ス故ニ獨立ノ生計ヲ立ツル成年者ニ對シテモ行ハルル權利例之婚姻又ハ養子緣組ノ同意權、相續權等ノ如キハ親權ニ屬セス。

(6) 親權ハ權利義務ノ集合ナリ包括的ナル一個ノ權利ニ非ス古代ニ於テハ親ノ有スル權利ハ家長權中ニ包含セラレ一個ノ包括的ノ絕對支配權ニシテ一ニ父ノ利益ヲ中心トシタルモノナリシト雖モ(註二)今日ニ於テハ家長權卽チ戶主權ト親權トハ分離ヲナシ歐洲諸國ニ於テハ家族制度崩壞ノ結果戶主權ハ全ク其影ヲ止メスシテ親權ノミ認メラルト雖モ吾國ニ於テハ親權ト戶主權トハ併存ス。親權ハ包括的ナル一種ノ子ノ支配權ニハ非スシテ子ノ監護ヲ目的トスル個々ノ權利ノ集合ニシテ子ノ利益ヲモ包含シ彼ノ妻ニ對スル夫權ト同樣一ノ後見的權利トナレリ、而シテ親權ハ子ノ監護ヲ目的トスルモノナルカ故ニ義務ヲ包含ス。

## 二　親權ニ服スル者

親權ニ服スル者ハ父母ト家ヲ共ニスル子ナリ但シ獨立ノ生計ヲ營ム成年ノ子ハ此限リニ非ス(八七七ノ一)。

(1) 子トハ嫡出子、庶子、私生子、養子及繼子ノ凡テヲ指ス卽チ嫡出子ハ其實父母ノ庶子ハ實父又ハ嫡母ノ、私生子ハ其母ノ、養子ハ養親父母ノ繼子ハ繼父母ノ各親權

ニ服スルナリ孫ニ對シ祖父親權ヲ有スルコトナシ。

(2) 子ハ凡テ親權ニ服シ　(a)婚姻シタルモノナルト否ト　(b)戸主タルト否ト

(c)自ラ親權ヲ有スルト否トヲ問ハスト雖モ成年ニシテ獨立ノ生計ヲ營ム者ハ親權ニ服スルコトナシ。卽チ未成年ノ子及獨立ノ生計ヲ立テサル成年ノ子ハ共ニ親權ニ服スルナリ。然レ共吾民法ニ於テ成年ノ子カ服ス可キ親權ハ單ニ懲戒權ノミニ過キス(八八二)シテ其他ノ親權ハ凡テ未成年ノ子ニ對スルモノナリ獨逸民法ニ於テハ親權ニ服スル者ハ單ニ未成年ノ子ニ止マル(同民一六二六參照)(註三)。

『獨立ノ生計ヲ立ツ』トハ現ニ自己自身ノ資產又ハ勤勞ニ因リテ生活シ父母ヨリ何等ノ扶養ヲ受ケサルノ意ナリ然レ共獨立ノ生計ヲ立ツルヤ否ヤニ付テハ各個ノ場合ニ當リ不明瞭ナル點多カル可ク固ヨリ一律ニ之ヲ決定スルコトヲ得サルヘシ例ヘハ富豪ノ子息ノ如キハ通常人ナリセハ獨立ノ生計ヲ立ツルニ充分ナル資料ヲ自ラ得ルモ尙ホ父母ニ仰クコト多キコトアルカ如シ。獨立ノ生計ヲ得ル能力ヲ有スルノミニテハ足ラスト雖モ現ニ通常人カ獨立ノ生計ヲ立ツルニ充分ナル資料ヲ得ツツアル以上ハ多少ノ補助ヲ父母ニ仰クト雖モ之ヲ獨立ノ生計ヲ立ツル者ト言フヲ穩當トセンカ。尙ホ茲ニ注意スヘキハ禁治產者必スシモ獨立ノ生計ヲ立テサル者ト言フコトヲ得サルコトナリ而シテ獨立ノ生計ヲ立テス且ツ配偶者ヲ有セサル成年ノ子カ禁治產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ親權ト後見權ト併存スルコトトナルナリ(九〇二)(註四)。

(3) 父母ノ家ニ在ル子ノミ親權ニ服ス故ニ婚姻、養子緣組、一家ノ創立、七三七條ニ依リ他家ニ入リタル者ハ親權ニ服スルコトナシ。茲ニ問題トナルハ『本家相續、分家及ヒ廢絕家再興ノ場合ニ於テモ亦親權ヲ脫スルヤ』ノ問題ナリ(七三一條參照)特別ノ明文ナキ以上之ヲ肯定セサルヲ得サルヘシ。且ツ斯ク解スルモ後見開始スルコト多カルヘキヲ以テ別ニ不都合ヲ生セス。

## 三　親權ヲ有スル者

親權ヲ有スル者ハ其家ニ在ル父又ハ母ナリ。母モ亦親權ヲ有ス古代ニ於テハ親權ハ家長權ニ包含セラレ一ニ父ニノミ屬シ之ヲ父權(väterliche Gewalt)ト稱シタリ羅馬法、獨逸舊法皆然リ母ノ親權ノ思想ハ佛國「ナポレオン」法典以後ノコトニシテ茲ニ於テ始メテ父權ハ親權トナルニ至レリト言フ。

(1) 親權ヲ有スル者ハ父又ハ母ナリ『父又ハ母』トハ曩ニモ一言シタルカ如ク父母ハ共ニ親權者タルコトヲ得ト雖モ二人カ同時ニ親權者タルニ非ス又一ノ親權ヲ共有スルカ如キコトニハ非スシテ現ニ親權者タルハ父又ハ母ニシテ必ス其一方ノミナリトノ意ナリ。但シ反對說アリ(註五)。

(2) 父又ハ母トハ實父母、養父母、繼父母、嫡母ノ凡テヲ包含ス卽チ實父又ハ實母ハ嫡出子、庶子、又ハ私生子ニ對シ養父又ハ養母ハ養子ニ對シ繼父又ハ繼母ハ繼子ニ對シ嫡母ハ庶子ニ對シ各親權ヲ有スルナリ。

(3) 親權者タルノ順位ハ獨逸民法ト同シク第一次ニ父ニシテ第二次ニ母ナリ(八七七、獨民一六二六、一六八四參照)卽チ子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服シ父カ知レサル時、死亡シタル時、家ヲ去リタル時又ハ親權ヲ行フコト能ハサル時ハ家ニ在ル母之ヲ行フ(八七七ノI及II)。

(イ) 親權ヲ一人ニノミ屬セシメタルハ其行使ノ不統一ノコトアルヘキヲ慮リタル結果ニシテ且ツ先ツ父ヲ以テ第一次ノ親權者ナリト定メタルハ (a)親權ハ元來家長權ヨリ分立シタルモノニシテ戶主ハ先ツ男ヲ以テ之ニ當テ(九七〇ノII、七三六參照)タルト同一ノ趣旨ニ基キタルト (b)母ハ元來其妻タル地位ニ於テ夫權ニ服セサルヘカラサル(一四、八〇一參照)モノナルニ由ルナルヘシ。從テ母カ戶主ナル場合ニ於テモ父ハ先ツ親權者トナル。

(ロ) 父カ知レストハ父カ戶籍上知レサルコト卽チ子カ私生子ニシテ未タ父ノ認知ヲ受ケサル場合ヲ言フ尙ホ『父カ私生子ヲ認知シタルモ家族ナル爲メニ庶子ヲ其家ニ入ルルコトヲ得サル場合』ハ寧ロ予ハ父カ親權ヲ行フコト能ハサル場合ニ該當スト解釋ス。

(ハ) 父カ其家ヲ去リタル時トハ父カ婚姻(入夫婚姻)又ハ養子緣組ノ取消若クハ離婚、離緣ニ因リテ其家ヲ去ル時ヲ意味ス然レ共父カ養子ニシテ離緣ニヨリテ其家ヲ去ル時ノ如キニ於テハ妻タル母ハ夫ニ從ヒテ其家ヲ去ルコトアルヘキヲ以テ(七四五)斯ル場合ハ母カ親權者トナルコトナシ(八一三ノX參照)

(ニ) 親權ヲ行フコト能ハストハ父カ事實上及法律上親權ヲ行フコト能ハサル場合ヲ意味ス。事實上ノ不能トハ不在若クハ意思能力ナキ場合等ニシテ法律上ノ不能トハ未成年者ナル時(八九六)禁治產若クハ準禁治產者ナル時ノ如キヲ

言フ『禁治産者若クハ準禁治産者タル親ハ親權ヲ行フコトヲ得ルヤ』ニ付テハ通說ニ從ヒ之ヲ否定スルコトヲ穩當トス蓋シ自ラ後見人又ハ保佐人ニ附セラルル者カ他人ニ對シ後見的權利ヲ行使スルハ常理ニ反スレハナリ。

親權ヲ行フコト能ハストハ右ノ如ク父カ親權ヲ有スレ共之ヲ行使スルコトヲ得サル場合ヲ意味スト雖モ尙ホ父カ親權ヲ喪失シタル場合及父カ子ノ家ニ在ラサル場合ヲモ包含スト解セサルヘカラス例之父カ親權喪失ノ宣言ヲ受ケタル場合(八九六)父カ私生子ヲ認知シタルモ家族ニシテ戸主ノ同意ヲ得ス其家ニ入ルルコトヲ得サル場合(七三五ノI)等ノ如シ。

(ホ) 右ノ如ク母カ親權ヲ有スルハ父カ存セス親權ヲ有セス又ハ之ヲ行フコト能ハサル場合ニ限ルモノナリ茲ニ問題トナルハ(a)『母ハ實母ニシテ父ハ養父ナル場合(八四一ノII)(b)母ハ實母ニシテ父ハ繼父ナル場合等ニ於テモ亦父ハ母ニ先チテ親權者トナルヤ』ノ問題ナリ然リ固ヨリナリ蓋シ法文ニ何等ノ制限ナケレハナリ(註七參照)故ニ例ヘハ(c)『未成年ナル戸主ノ母カ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル後夫ト共ニ親族入籍ニ由リテ其家ニ入リタル場合』ノ如キニ於テモ母ノ夫卽チ繼父親權ヲ行ヒ戸主權ヲ代行スト言ハサルヘカラス但シ最後ノ點ニ付テハ反對說アリ又(d)『母カ戸主ナル場合』ニ於テモ同樣ナリ。

(ヘ) 子ノ家ニ在ル父又ハ母ノミ親權者ナリ從テ父カ其家ヲ去リタル時ハ母カ當然親權者トナリ(八七七ノII)母カ其家ヲ去リタル時ハ後見開始ス(九〇〇ノI)而シテ父ト母トノ間ニ於テハ父ハ常ニ母ニ先立ツト雖モ父相互母相互ノ間ニ於テハ親權者タルノ順位ハ如何ニ定ムヘキヤ詳言スレハ『家ニ實父ト養父、實父ト繼父又ハ實母ト養母、實母ト繼母若クハ嫡母カ共ニ存スル場合ニ於テ父又ハ母相互ノ間ニ於テ何人カ先ニ親權者トナルヤ』ノ問題アリ。予ハ曩ニ子ノ婚姻ニ關スル父母ノ同意權ニ付述ヘタルト同樣實父ト養父間及實母ト養母間ニ於テハ養父又ハ養母カ先ツ親權者トナルモ其他ノ場合ニ於テハ常ニ實父又ハ實母カ先ニ親權者トナルモノナリト解ス、蓋シ八七八條ニ依レハ繼父繼母若ハ嫡母カ親權ヲ行フ場合ニ於テハ後見ニ關スル規定ヲ準用スルモノナリ而シテ本條ノ規定ヲ設ケタルハ繼父母又ハ嫡母ノ愛ハ往々ニシテ實父母ノ愛ト異ル所アルヘキヲ慮リタル結果ナルコトハ言ヲ俟タス茲ニ於テ予ハ八七七條ノ規定

ハ婚姻ニ關スル七七三條ノ規定ト同樣家ニ實父母ナキ場合ヲ豫想シタルモノナリト解シ實父母存スル場合ニ於テハ本條ヲ適用スヘキ限リニ非スト信スレハナリ養父母ニ付テハ斯ル規定ナキヲ以テ養父母ハ養家ニ在ル實父母ニ先立チテ親權者トナルト解ス、而シテ八七七條第二項ノ規定ハ父相互母相互ノ間ニ於テモ亦之ヲ準用シ第一次ノ父親權ヲ失ヒ又ハ之ヲ行フ能ハサル時ハ第二次ノ父、親權ヲ行フヘキ父ナキ時ニ第一次ノ母次ニ第二次ノ母カ各親權者トナルモノナリ(註六)。

(4) 繼父繼母又ハ嫡母カ親權ヲ行フ場合ニ於テハ第六章後見ニ關スル規定ヲ準用ス。

(イ) 繼父カ親權ヲ行フ場合トハ親權ヲ行フヘキ實父ナキ場合(註七)ニシテ繼母又ハ嫡母カ親權ヲ行フ場合トハ親權ヲ行フ可キ實母ナキ場合ナリ。

(ロ) 後見ニ關スル規定ヲ準用スト言フハ親權者ハ後見人ト同一ノ地位トナリ後見ニ關スル規定ニ從ハサルヘカラストノ意ナリト雖モ頗ル不明瞭ニシテ疑義尠カラス。

(A) 繼父繼母又ハ嫡母カ繼子若ハ庶子ト共ニ實子ヲモ有スル場合ニ於テハ單ニ繼子又ハ庶子ニ對スル親權行使ニ付テノミ後見ニ關スル規定ヲ準用スヘキハ當然ナリ。

(B) 後見ノ規定中後見人ノ資格ニ關スル九〇八條ノ規定ハ其適用ナシト雖モ後見監督人ニ關スル規定ハ其適用アリト解セラル卽チ親權監督人ナルモノヲ選任スルコトヲ要シ其選任ノ爲メ親權者ハ親族會ヲ招集セサルヘカラス(九一一)其他親權監督人ノ職務ニ關シ九一五條ノ規定後見人ノ職務ニ關スル九二九條ノ規定九三四條但書ノ規定等ハ親權ノ行使ニ付亦適用アル可シ。

## 四　親權ノ內容

親權ハ子ノ身體及財產ノ監護ヲ目的トス(獨民一六二七參照)身體ノ監護(Sorge für die Person)ハ卽チ身分上ノ監護ニシテ八七九條乃至八八三條八九五條ノ規定之ニ相當シ財產ノ監護(Sorge für das Vermögen)ハ卽チ財產管理(Vermögensverwaltung)ニシテ八八四條八八五條八九〇條等ニ規定ス。

(1) 子ノ身分ニ關スル親權

(イ) 監護及敎育ノ權利義務　親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及敎

育ヲ爲ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ(八七九)。

(A)『未成年ノ子ノ監護』ト云フハ身體的監護ヲ意味ス獨逸民法ニ於テハ身體監護權ハ教育、監督、居所指定ノ權利ヲ包含スト雖モ(同民一六三一參照)吾民法ニ於テハ教育及居所指定ノ權利ハ之ヲ獨立ノ權利トナシタルヲ以テ民法上所謂監護トハ身體ニ關スル監督保護卽チ子ノ身上ニ關シ不利益ヲ防衛スルノ權利ナリト言ハサルヘカラス。卽チ子ノ危險物ノ所持、外出又ハ飲食ヲ制限シ病氣ニ當リテハ治療ヲ受ケシメ亦醫師ヲ選擇スルノ權利ヲ有スルカ如シ。而シテ親權者ハ子ノ監護ヲ他人ニ委託スルコトヲ得此場合ニ於テハ監護ノ必要上子ヲ受託者ニ引渡スコトヲ要スルヲ以テ親權者ハ別ニ居所指定ノ權利ヲ有スルコトナシト解セサルヘカラス『第三者カ不法ニ子ヲ抑留スル場合ニ於テハ親權者ハ其監護權ニ基キ子ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ルヤ』獨逸民法一六三二條ノ如キ明文ナシト雖モ學者判例共ニ之ヲ肯定ス。子ノ引渡請求權(Herausgabeanspruch)是ナリ。尙ホ監護權ハ其家ニ在ル父又ハ母ニ屬スト雖モ父母カ離婚スル場合ニ於テハ父母又ハ裁判所ハ特ニ監護權ヲ有スル者ヲ定ムルコトヲ得ルコトヲ規定セリ(八一二、八一九)監護權ハ同時ニ亦義務ナリ故ニ親權者カ其義務ヲ怠リタル結果子カ第三者ニ損害ヲ及ホシタル場合ニ於テハ其損害ヲ賠償スル義務ヲ負ハサルヘカラス(七一二)。

(B) 教育トハ子ノ利益ノ爲メニ相當ノ教育機關ニ付體育知育德育ヲ受ケシムルヲ言フ(註八) 教育ハ宗教トハ異ルヲ以テ父母ハ子ニ對シ或宗教ニ屬セシムヘキコトヲ命スルコトヲ得ス。而シテ教育ノ方針學校ノ選擇ハ一ニ親權者ノ決スル所ニシテ子ハ之ニ服從スルノ義務ヲ有スト言ハサルヘカラス。教育權ハ亦同時ニ義務ナルヲ以テ子ハ親權者ニ對シ相當ナル教育ヲ受ケンコトヲ請求スルコトヲ得ルコト勿論ナリ但シ强制履行ノ方法ナシ(註九)

(C) 監護及教育權ト監護及教育上必要ナル費用負擔ノ義務トハ別問題ナリ費用ノ負擔ハ一ニ扶養ノ義務ニ依リテ決セサルヘカラス。

(ロ) 居所指定ノ權利　未成年ノ子ハ親權ヲ行フ父又ハ母カ指定シタル場所ニ其居所ヲ定ムルコトヲ要ス(八八〇)。所謂居所指定ノ權利ハ夫モ戶主モ之ヲ有ス『夫ノ居所指定權戶主ノ居所指定權及親權者ノ居所指定權ノ關係如何』思フ

ニ　(a)夫ノ居所指定ノ權利ハ夫婦ノ同居スヘキ居所ヲ指定スルノ意ニシテ妻ハ夫ト同居スルコトヲ要シ夫ハ妻ヲ同居セシムル義務アルモノナレハ夫ノ居所指定ハ戸主及親權者ノ居所指定權ニ優先ストナササルヘカラス次ニ　(b)親權者ノ居所指定權ト戸主ノ居所指定權トノ關係ニ付テハ或ハ前者ヲ優先ストナシ或ハ後者ヲ優先ストナス予ハ前說ニ贊シ親權者ノ居所指定權ハ戸主ノ居所指定權ニ優先スルモノナリト信ス。其理由次ノ如シ卽チ第一、戸主ノ居所指定權ハ一家統轄ノ必要上有スル權利ナレ共親權者ノ居所指定權ハ元來親トシテノ愛情ヲ其基礎トスル親權ノ一ナルモノナレハ二者カ衝突スル場合ニ於テハ子ノ利益ヨリ見テ親權者ノ權利ヲ優先ストナスヲ穩當トス第二、親權者ノ居所指定權ハ吾民法ニ於テハ獨逸民法ト異リ獨立ノ權利ナリト雖モ而モ猶ホ監護敎育ノ權利義務ト重大ナル關係ヲ有スルコトハ疑ナキ所ニシテ若シ親權者ニシテ子ニ對スル居所指定ノ權利ヲ有セストセハ其監護敎育ノ權利義務ノ大半ハ其意義ヲ失フヘキ「ハ明ナリ而シテ戸主ハ何等家族ニ對シテ監護敎育等ノ權利ヲ有スルコトナク又居所指定權ナケレハ其意義ヲ失フカ如キ戸主權存スルコトナシ卽チ親權者ノ權利ハ戸主ノ權利ニ優先セサルヘカラス第三、子カ家族トシテ戸主ノ居所指定權ニ服從セサル場合ニ於テハ之ヲ强制スル方法ナク單ニ制裁トシテ扶養ノ義務ヲ免レ離籍ヲナスコトヲ得ルニ止マル(七四九ノII III)然ルニ親權者ノ居所指定權ハ子カ若シ之ニ從ハサル場合ニ於テハ之ヲ强制シテ其命令ニ從ハシムルノ權利ヲ包含スルモノナリ而モ戸主ノ居所指定ノ場合ニ於ケル扶養ノ義務ハ親權者存スル場合ニ於テハ殆ント其履行ヲ見ルコトナカル可ク且ツ離籍ハ未成年者ニ對シテハ之ヲ行使スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ見レハ(七四九ノIII但書)親權者アル未成年ノ子ニ對スル戸主ノ居所指定權ハ頗ル薄弱ナルモノナリト言ハサルヘカラス此點ヨリスルモ親權者ノ權利ハ戸主ノ權利ニ優先ストナスヲ穩當トス。故ニ八八〇條但書ニ七四九條ノ適用ヲ妨ケストアルハ戸主ノ居所指定ノ權利ハ親權者ノ夫レニ優先スルノ意ニ非スシテ親權者タル父又ハ母ハ戸主ノ居所指定權ニ服從セサルヘカラサルコト及親權者カ居所指定權ヲ行使セサル場合ニ於テハ子ハ戸主ノ居所指定權ニ從ハサルヘカラサルコトヲ定メタルモノナリトセサルヘカ

ラス但シ居所ノ指定ハ默示的ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得ルモノナルヲ以テ例ヘハ通常殊更ナル指定ナキ場合ニハ自宅ヲ以テ子ノ居所ト指定シタルモノナリトセサルヘカラス又子ノ兵役出願、職業ニ許可ヲ與ヘタル場合ニ於テハ服役及職務ノ執行地ノ外ニ居所ヲ指定スルコトヲ得ス。

居所指定權ハ子ノ住居スヘキ場所(Wohnort)ノミナラス住居スヘキ家屋(Wohnung)ノ決定ヲモ包含スルコト勿論ナリ。

(八) 兵役出願ヲ許可スルノ權利　未成年ノ子カ兵役ヲ出願スルニハ親權ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス(八八一)是レ親權者カ監護教育權ヲ有スル當然ノ結果ナリ兵役ノ出願トハ徵兵令第十二條ニ依リ强制徵集ニ依ラス兵役ニ服セントスルヲ云フ。

(二) 懲戒スルノ權利　親權ヲ行フ父又ハ母ハ必要ナル範圍內ニ於テ自ラ其子ヲ懲戒シ又ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ懲戒場ニ入ルルコトヲ得(八八二ノ一)是レ卽チ所謂懲戒權(Züchtigungsrecht)ナリ。獨逸民法一六三二條第二項ニ於テハ懲戒權ハ一ニ敎育權行使ノ手段トシテ認メタルヿヲ明言セリ吾民法ニ於テハ此點ニ付何等ノ規定ナク一ノ獨立シタル權利ノ如クナレ共懲戒權ヲ認メタルハ一ニ子ノ知育德育上必要ナルカ故ナルコトハ多言ヲ要セサルヘシ。故ニ『必要ナル範圍內』トハ一ニ敎育上必要ナル範圍ヲ意味シ個々ノ場合ニ付子ノ身體ノ强弱ヲ斟酌シテ之ヲ決定セサルヘカラス。其必要ナル範圍ヲ超エタル場合ニ於テハ親權喪失ノ結果ヲ來スノミナラス(八九六)刑事上ノ責任ヲ負フコトアリ。懲戒トハ懲罰訓戒ノ意ニシテ其方法ハ種々アルヘシト雖モ主トシテ叱責毆打等ナル可シ但シ嚴ニ必要ノ範圍ニ止マラサルヘカラス。

(A) 懲戒權ヲ有スル者ハ親權者タル父又ハ母ナリ故ニ親權者ニ非サル父又ハ母ハ懲戒權ヲ行使スルコトヲ得ス。親權ヲ有スル以上繼父母ナルト嫡母ナルトヲ問ハサルナリ而シテ親權ヲ有スル父又ハ母ハ自ラ必要ナリト認メタル場合ニ於テハ必要ノ程度ニ於テ懲戒スルコトヲ得ト雖モ之ヲ他人ニ委託スルコトヲ得ス。必ス常ニ『自ラ』之ヲ爲スコトヲ要ス。

(B) 懲戒ノ方法ノ如何ハ之ヲ問ハスト雖モ懲戒場ニ入ルルコトニ付テハ必ス裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス。懲戒場トハ專ラ不良少年ノ匡正ヲ目的

トスル設備ヲ言フモノニシテ感化院ノ如キ其主ナルモノナリ懲戒場入置ノ期間ハ六ケ月以内タルコトヲ要シ裁判所之ヲ決定ス但シ親權ヲ行フ父又ハ母ノ請求ニ依リ何時ニテモ之ヲ短縮スルコトヲ得(八八二ノII)之カ手續ニ付テハ非訟事件手續法九二條ヲ參照ス可シ。

(C) 懲戒權ニ服スル者ハ未成年ノ子ニ限ルヤ否ヤハ問題ナリ前述セルカ如ク懲戒權ハ一ニ監護教育權ヨリ派生セル權利ナルヲ以テ八七九條トノ對照上之ヲ肯定セサルヘカラスト雖モ八八二條ニ何等其制限ナキヲ以テ獨立ノ生計ヲ營マサル成年ノ子ニ對シテモ亦之ヲ行フコトヲ得ト解スルノ外ナシ蓋シ居所指定權ノ如キモ亦一面監護教育權ト重大ナル關係アルニ特ニ『未成年ノ子』ニ對シテノミ存スルコトヲ明言セルニ對照シ斯ク解セサルヘカラサレハナリ。

(ホ) 職業ヲ許可スルノ權利　未成年ノ子ハ親權ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得ルニ非サレハ職業ヲ營ムコトヲ得ス(八八三ノI)職業トハ營業ヨリモ廣シ蓋シ營業トハ主トシテ商業ヲ營ムノ意ニシテ(商法五)法律行爲能力ヲ有スルコトヲ必要トスレ共(六)職業トハ商業タルト自由業即チ教師醫師辯護士タルト單純ナル勤人タルト勞働者タルトヲ問ハス又必スシモ職業ヲ爲スニハ法律行爲能力ヲ有スルヿヲ必要トセサルモノナレハナリ。未成年者ノ職業中營業ノ許可ノミハ親權者カ母ナル場合ニ於テハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(八八六ノII)。其許可ヲ得タル時ハ其營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有ス(六ノI)。父又ハ母ハ子カ營業其他ノ職業ニ堪ヘサル事跡アル時ハ右ノ許可ヲ取消シ又ハ制限スルコトヲ得(八八三ノII、六ノII)制限トハ許可一部ノ取消ノ意ナリ。

(ヘ) 子ノ身分ヲ代表スルノ權利　親權ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ニ代リテ戸主權及親權ヲ行フ(八九五)親權者カ未成年ナル場合ニ於テハ自ラ親權ニ服スルモノナルヲ以テ之ニ戸主權及親權ヲ行使セシムルハ穩當ニ非ス即チ親權者ノ親權者ヲ以テ孫ニ對シ戸主權及親權ヲ行使セシムル所以ナリ而シテ親權者カ代理行使シ得ル其子ノ戸主權及親權ハ子カ未成年者ナル場合ニ限ル從テ獨立ノ生計ヲ營マサル成年ノ子ノ親權及戸主權ハ之カ代理行使ヲ許サス又父即チ夫ハ未成年者ナルモ母即チ妻ハ成年者ナル場合ニ於テハ八七七條第二

項ニ所謂父カ親權ヲ行使スルコト能ハサル場合ナルヲ以テ母カ親權者トナルヘキモノニシテ其父又ハ母タル親權者ハ代理行使ヲ爲スヘキニ非ス。

其他親權者ハ法定代理人トシテ未成年ノ子ニ代表スルコトアリ例之未成年ノ子ニ代リテ私生子認知ノ請求ヲ爲シ(八三五)嫡出子否認ノ訴ニ於テ未成年ノ子ニ代リテ訴訟行爲ヲ爲スカ如シ(八二三)。

(2) 子ノ財産ニ關スル親權

(イ) 財産ヲ管理スルノ權利　親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ヲ管理ス(八八四)管理ストハ其子ノ爲メニ財産ノ保存、利用、改良ヲ目的トスル一切ノ行爲ヲ爲スヲ言ヒ管理上必要ナル場合ニ於テハ財産ノ處分權ヲモ亦有ス。

(A) 左ノ財産ニ付テハ親權者ト雖モ管理スルノ權限ヲ有セス。

(甲) 無償ニテ子ニ財産ヲ與フル第三者カ親權ヲ行フ父又ハ母ヲシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シタル時(八九二ノI)。

右ノ場合ニ於テハ其財産ノ管理者ハ特ニ之ヲ定ムルコトヲ必要トシ第三者自身之ヲ指定スルコトヲ得ヘク第三者カ特ニ指定ヲ爲ササル場合ニ於テハ子、其親族又ハ檢事ノ請求ニ依リ裁判所之ヲ選任スヘキモノトス(八九二ノII)又第三者カ之ヲ指定シタル場合ニ於テモ管理者ノ權限カ消滅シ或ハ之カ改任ヲ爲ス必要アル場合ニ於テ第三者ハ更ニ管理者ノ指定ヲ爲スコトヲ得ヘク第三者カ更ニ指定ヲ爲ササル場合ニ於テハ子、其親族又ハ檢事ノ請求ニ依リ裁判所更ニ選任若ハ改任ヲ爲スヘキナリ(八九二ノIII)。

右管理者ノ權限ニ付テハ不在者ノ管理ニ關スル二七條乃至二九條ノ規定及委任ニ關スル六五四條六五五條ノ規定ヲ準用ス又管理者選任ノ裁判所ニ付テハ非訟事件三八條ヲ參照ス可シ。

(乙) 子ニ財産ノ處分ヲ許シタル時(五)

(丙) 子カ獨立ノ營業ヲ許サレタル時(六)

(B) 親權ヲ行フ父又ハ母ハ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ヲ以テ子ノ財産ヲ管理スルコトヲ要ス(八八九ノI)。

(C) 未成年ノ子カ其配偶者ノ財産ヲ管理スル場合ニハ親權ヲ行フ父又ハ母ハ其子ニ代リテ配偶者ノ財産ヲ管理ス(八八五)此場合ニ於テ親權者カ管理ノ

失當ニ因リ其財産ヲ危クシタル時ハ配偶者ハ自ラ其管理ヲ爲サシ(七九六)及必要アリト認メタル時ハ相當ノ擔保ヲ供スヘキコト(八〇三)ヲ裁判所ニ請求シ得ヘキコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ(七九六(本　書一三九頁參照))。

(D)　子カ成年ニ達シタル時ハ管理ノ權利ハ消滅ス可ク財産ノ管理終了ノ場合ニ於テハ親權ヲ行ヒタル父又ハ母ハ遲滯ナク管理ノ計算ヲ爲スコトヲ要ス此場合ニ於テ子ノ養育ノ費用及財産管理ニ關スル費用ハ本來子ヨリ親權者ニ對シ償還ヲ爲ス可キモノナレ共親權者ハ一方子ノ財産ヨリ收益ヲ爲ス權利ヲ有スルヲ以テ民法ハ費用ト收益トハ之ヲ相殺シタルモノト看做シ計算ノ簡便ヲ計レリ(八九〇)但シ無償ニテ子ニ財産ヲ與ヘタル第三者カ右ニ異ナル意思ヲ表示シタル時ハ其財産ノ管理ニ付テハ相殺シタリト看做ス可キニ非ス。

(E)　管理終了ノ場合ニ於テハ委任終了ニ關スル六五四條六五五條ノ規定ヲ準用ス(八九三)從テ管理權消滅ノ場合ニ於テ急迫ナル事情アル時ハ親權者ハ子、其相續人又ハ他ノ法定代理人カ管理ヲ爲スコトヲ得ルニ至ル迄必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要ス又管理權ノ消滅ハ之ヲ子ニ通知シ若クハ子カ之ヲ知リタルトキニ非レハ之ヲ以テ子ニ對抗スルコトヲ得ス。

(E)　親權ヲ行ヒタル子若クハ母又ハ親族會員ト其子トノ間ニ財産ノ管理ニ付生シタル債權ハ其管理權消滅ノ時ヨリ五年間之ヲ行ハサル時ハ時效ニ因リテ消滅ス子カ未タ成年ニ達セサル間ニ管理權カ消滅シタルトキハ右ノ期間ハ其子カ成年ニ達シ又ハ後任ノ法定代理人カ就職シタル時ヨリ之ヲ起算ス(八九四)。

(ロ)　財産ニ關スル法律行爲ニ付子ヲ代表スルノ權利　親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ニ關スル法律行爲ニ付其子ヲ代表ス(八八四)是レ卽チ父又ハ母ノ法定代理權ニシテ子ノ財産ニ關スル事項ニ付テハ一般ニ代表權ヲ有ス身分上ノ行爲ニ付テハ特ニ代表權ヲ認メタル場合ニ非レハ法定代理權ヲ有スルコトナシ。

(A)　然レ共左ノ場合ニ於テハ親權者ノ代理權ニ制限アリ。

(甲)　其子ノ行爲ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合　此場合ニ於テハ親權

者ハ本人タル其子ノ同意ヲ得ルニ非サレハ代表シテ行爲ヲ爲スコトヲ得ス(八八四但書)其子ノ行爲ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合トハ雇傭、委任ノ契約ノ如キヲ言フ勞務ニ服スルコトヲ內容トスル契約ノ如キニ於テハ勞務ニ服ス可キ本人ノ意思ヲ度外視スルコトヲ得サル結果之ニ同意ヲ必要トシタルモノニシテ所謂同意ハ單純ナル意思通知ナリト雖モ意思能力ヲ要スルコトハ勿論服ス可キ勞務ノ何タルヤヲ辯別スルノ能力ヲ有スルコトヲ必要トス。

(乙) 親權ヲ行フ母カ未成年ノ子ニ代リテ左ニ揭ケタル行爲ヲ爲ス場合ニ於テハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(八八六)。

(a) 營業ヲ爲スコト　商業其他不斷ノ收入ノ源原トナスノ意思ヲ以テ反覆繼續スル行爲ヲ爲スヲ言フ。

(b) 借財又ハ保證ヲ爲スコト　借財トハ消費貸借ノ債務者トナルコト保證トハ保證債務者トナルコトヲ意味ス。

(c) 不動產又ハ重要ナル動產ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル行爲ヲ爲スコト　重要ナル動產トハ其子ニ取リテ重要ナル動產ヲ意味シ其子ニ對シテ重要ナルヤ否ヤハ子ノ財產トノ對照上個々ノ場合ニ決スルノ外ナシ。

(d) 不動產又ハ重要ナル動產ニ關スル和解又ハ仲裁契約ヲ爲スコト　和解トハ六九五條ニ所謂和解ヲ意味シ仲裁契約ノ如何ハ民事訴訟法七八六以下ヲ參照ス可シ。

(e) 相續ヲ拋棄スルコト　相續ノ拋棄ニ付テハ一〇三八條以下ヲ參照ス可シ。

(f) 贈與又ハ遺贈ヲ拒絕スルコト　贈與ノ拒絕トハ贈與ノ申込ヲ承諾セサルヲ言ヒ遺贈ノ拒絕トハ遺贈カ效力ヲ生シタル後之ヲ拋棄スルヲ言フ(一〇八八)

右ノ制限ニ違反シテ母カ爲シタル行爲ハ子又ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得此場合ニ於テハ一九條ノ規定ヲ準用シ又取消ノ效力追認時效等ニ付テハ一二一條乃至一二六條ノ規定ニ從フ(八八七)。茲ニ

法定代理人トハ親權者タル母自身ヲ言ヒ其死後後見開始シタル時ハ後見人ナリ。

(丙) 親權者ト子トノ利益相反スル場合　親權ヲ行フ父又ハ母ト其未成年ノ子ト利益相反スル行爲ニ付テハ父又ハ母ハ其子ノ爲メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス(八八八ノI)一〇八條本文前段ノ趣旨ニ添ヒタル規定ナルコトハ明ナリ利益相反スル行爲トハ親權者ト子トカ各一方ノ當事者タル契約、其他子ヨリ親權者ニ對スル相殺、債權ノ拋棄、免除、及損害賠償ノ請求ヲ爲スカ如キ行爲ヲ言フナリ(註一〇)。

(丁) 數人ノ子ノ間ニ於テ利益相反スル場合　父又ハ母カ數人ノ子ニ對シテ親權ヲ行フ場合ニ於テ其一人ト他ノ子トノ利益相反スル行爲ニ付テハ其一方ノ爲メニ亦特別代理人ノ選任ヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス(八八八ノII)。一〇八條本文後段ノ趣旨ニ添ヒタル規定ナルコトハ言ヲ俟タス。『其一方ノ爲メ』トハ何レノ一方ニセヨ一方ハ親權者之ヲ代表シ他ノ一方ノ爲メニ特別代理人ノ選任スルコトヲ要スルノ意ナリ親權者カ其何レヲ代表スヘキカハ全ク其自由ナリトス。

(B) 親權ヲ行フ父又ハ母ハ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ヲ以テ代理行爲ヲ爲スコトヲ要ス(八八九ノ)母ハ親族會ノ同意ヲ得テ爲シタル行爲ニ付テモ其責ヲ免ルルコトヲ得ス但母ニ過失ナカリシ時ハ此ノ限リニ非ス(八八九ノII)。茲ニ『母ノ過失』トハ母カ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ヲ爲ササルコトヲ言フ卽チ本條第二項ノ趣旨ハ母ハ親族會ノ同意ヲ得テ爲ス行爲ニ付テモ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ヲ以テ爲スコトヲ要シ若シ之ヲ怠リタル時ハ其責ヲ免レストノ意ナリ。

(八) 財產ニ關スル子ノ行爲ニ同意ヲ爲スノ權利　親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ニ代リテ其財產ニ關スル法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルモ之カ爲メニ子自身カ其財產ニ關シ法律行爲ヲ爲スノ權利ヲ奪ハルルモノニ非ス其意思表示ノ能力アルニ於テハ財產ニ關シテモ亦元ヨリ獨立シテ法律行爲ヲ爲スコトヲ得。此場合ニ於テハ其親權者ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ其同意ヲ得サル場合ニ於テハ之ヲ取消スコトヲ得(四)卽チ親權者ハ子カ財產ニ關シ法律行爲ヲ爲ス場

合ニ之ニ同意ヲ與フル權利ヲ有ス但左ノ如キ制限アリ。

(A) 左ノ場合ニ於テハ未成年者ハ單獨ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ得。

(1) 單ニ權利ヲ得義務ヲ免カルル行爲(四、但書)

(2) 親權者カ處分ヲ許シタル財產ニ關スル行爲(五)

(3) 許サレタル獨立ノ營業ニ關スル行爲

(B) 母カ八八六條ニ定メタル行爲ニ關シ同意ヲ與フルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(八八六、八八七)。

(C) 親權者ト子ト、子ノ一人ト他ノ一人ト利益相反スル行爲ニ付テハ特別代理人ノ選任ヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス(八八八)。

(三) 子ノ財產ヲ收益スルノ權利　親權者ハ子ノ財產ノ收益ヲ爲スコトヲ得(八九〇)。收益トハ管理中生シタル利益ヲ自己ノモノトナスヲ言フ。然レ共親權者ノ收益ハ財產ニ關スル管理權消滅ノ場合ニ於テ管理ノ計算ヲ爲スニ當リ子ノ養育及管理ノ費用ト相殺シタルト看做サル但子ニ無償ニテ財產ヲ與スル第三者カ反對ノ意思ヲ表示シタル時ハ相殺シタルモノト看做スコトナシ(八九一)。

五　親權ノ消滅

(1) 親權ハ通常左ノ原因ニ因リテ消滅ス。

(a) 子ノ死亡及失踪宣告

(b) 子ノ去家

(c) 子カ成年ニ達シ獨立ノ生計ヲ營ムニ至リタル時

(d) 親權者ノ死亡及失踪宣告

(e) 親權者ノ去家

(f) 親子關係ノ消滅(七二九、七三〇)

(2) 右ノ外民法ハ親權消滅ノ特別ノ原因ヲ認メタリ親權喪失ノ宣告管理權喪失ノ宣告及母ノ管理權ノ拋棄(辭任)是ナリ。

(イ) 親權喪失　親權喪失トハ親權ヲ行フ父又ハ母カ親權ヲ濫用シ又ハ著シク不行跡ナル場合ニ於テ子ノ親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ裁判所ノ爲シタル宣告ノ結果其親權ヲ喪失スルヲ言フナリ(八九六)。

(A) 親權喪失ハ左ノ原因アル場合ニ非サレハ之カ宣告ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス。

(甲) 親權ノ濫用　親權ノ濫用トハ親權ノ行使カ不當ナルヲ言フ例ヘハ懲戒酷ニ過キ又ハ子ニ乞食ヲ强ヒルカ如ク敎育ノ方針宜シキヲ得サルコト甚シキ場合ノ如シ。

(乙) 著シキ不行跡　著シキ不行跡トハ不道德不品行ノ甚シキヲ言フ例ヘハ酒亂、賭博ノ常習、亂倫行爲ノ如シ。

(B) 親權喪失ノ宣告ヲ請求シ得ル者ハ子ノ親族及檢事ナリ。親族ハ血族タルト準血族タルト姻族タルトヲ問フコトナシ。

(C) 親權喪失ハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ要ス。請求ノ方法ハ訴ニ依ルヘキモノニシテ之カ手續ニ付テハ人事訴訟法三一條以下ヲ參照ス可シ。

(ロ) 管理權ノ喪失　管理權ノ喪失トハ親權ヲ行フ父又ハ母カ管理ノ失當ニ因リテ其子ノ財產ヲ危クシタルトキ子ノ親族又ハ檢事ノ請求ニ基キ裁判所ノ爲シタル宣告ノ結果財產ノ管理權ヲ喪失スルヲ言フ(八九七ノI)卽チ親權者カ單ニ子ノ財產ヲ危クシタルニ止リ權利ノ濫用著シキ不行跡等ノ原因ナク親權全部ノ喪失ヲ結果セシムル必要ナキ場合ニ於テ單ニ財產管理權ノミヲ喪失セシメントスル親權一部ノ消滅ナリ其手續ハ親權喪失ト同樣ナリ。

而シテ茲ニ所謂管理權トハ八八九條ニ所謂管理權ト同樣財產ニ關スル親權ヲ意味シ單純ナル財產ヲ管理スル事實的行爲ノミヲ指スニ非サルナリ從テ後見開始ノ必要ヲ生ス(九〇〇ノI)。

然レ共父カ右ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ其家ニ母アル時ハ管理權ハ家ニ在ル母之ヲ行フ(八九七ノII)。

此場合ニ於テハ親權ハ父ト母トニ分屬ス。

親權喪失及管理權喪失ノ宣告ハ其宣告ノ原因カ止ミタル時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)。

(ハ) 母ノ管理權ノ拋棄　親權ヲ行フ母ハ管理權ヲ辭スルコトヲ得(八九九)卽チ、

(A) 管理權ヲ辭任スルコトヲ爲ルハ母ノミナリ蓋シ財產ノ管理ハ數理ヲ要

シ理財ノ途ニ適スル者ナルコトヲ必要トスル結果母ニシテ其任ニ堪ヘストト思惟スル者ニ對シテハ之ヲ許スヘキコト反ツテ子ノ爲ナルコト多ケレハナリ。從テ、

(B) 母ト雖モ辭任スルコトヲ得ルハ管理權ノミニシテ親權一般ヲ拋棄スルコトヲ得ス。母カ管理權ニ付テノミ親權ヲ有スル場合(八九七ノII)ニ於テモ辭スルコトヲ得ルハ勿論ナリ。父ハ管理權ノミヲモ辭スルコトヲ得ス。

(C) 母ハ自ラ未タ親權者ニ非ル間卽チ父カ親權ヲ行使シ居ル間ニ於テ豫メ管理權ヲ辭スルコトヲ得(九〇一ノII)。

(D) 辭任ハ意思表示ナリ民法ハ辭任ノ方法ニ付特別ノ定メヲ爲ササルヲ以テ單ニ外部ニ對シ辭任ノ意思ヲ表示スルヲ以テ足レリト信ス但一旦辭任ノ意思ヲ表示シタル時ハ豫メノ辭任ナルト否トヲ問ハス之カ撤回ヲ許スヘキニ非サルナリ。

母ノ親權ノミハ又左ノ場合ニ於テモ消滅スト言ハサル可カラス。

(イ) 母カ入夫婚姻ヲ爲シタル場合

(ロ) 父カ親權ヲ行フニコトヲ得ルニ至リタル場合　蓋シ母ハ父ナキ時又ハ父カ親權ヲ行フコト能ハサル場合ニ於テノミ親權者トナルモノナルヲ以テ(八七七ノII)新ニ父ヲ生シ又ハ父カ親權ヲ行フコトヲ得ルニ至リタル時ハ母ハ親權者タル地位ヲ退クモノナリト言ハサルヘカラサレハナリ。父カ親權ヲ行フコトヲ得ルニ至リタル場合トハ (a)成年ニ達シ (b)禁治產準禁治產ノ宣告ヲ取消サレ (c)親權喪失ノ宣告ヲ取消サレタル場合 (d)管理權喪失ノ宣告カ取消サレ 是ナリ。

〔註一〕父及母ハ同時ニ親權者ニシテ其行使ニノミ順位ヲ定メタルモノナリト說ク者アリ。

〔註二〕羅馬法ニ於ケル父權(Vaterliche Gewalt, Patria Potestas)ハ子ニ對スル絕對的支配權ニシテ奴隸ニ對スル所有權ト相去ル一歩ナリ卽チ子ニ對スル生殺ノ權(das jus vitae ac necis)ヲ有シ又之ヲ他ノ權力ニ委ネ若クハ贈與スルコトヲ認メタリ從テ扶養ノ義務ノ如キハ全ク道德上ノモノニシテ法律的强制ヲ受ケス。是レ一ニ將來ノ自由ノ豫備門ニシテ支配セントスル者ハ學ハサルヘカラストノ考ヘヨリ出テタルモノナルヘシト

〔註三〕吾國ノ民法ニ於テモ親權ハ單ニ未成年ノ子ニノミ對スル權利ナリト言フノ寥

ロ正當ニ非サルヤノ疑アリ其理由タル諸點左ノ如シ。

(a) 親權ニシテ成年ノ子ニ對スル者ハ八二條ノ懲戒權ノミナリ而シテ所謂懲戒權ハ監督及教育權ヲ行使スル手段トシテ其意義ヲ有スルモノニシテ決シテ獨立シタル親權ニ非ス然ルニ其目的タル監督及教育ノ權利ハ未成年ノ子ニ對シテノミ行ハルヽモノナリセハ(八七九)其手段タル補助的權利モ亦未成年ノ子ニ對シテノミ存スルモノナリト言ハサルヘカラサルハ當然ナリト言フ點。

(b) 後見ノ制度ハ其未成年者ニ對スル部分ハ一ニ親權ノ補助的制度ナリ蓋シ未成年者ニ對シ親權者ナキ場合ニ於テノミ後見開始スルモノナレハナリ。果シテ然ラハ獨立ノ生計ヲ立テサル成年ノ子ニ對シ親權ヲ行フ者ナキ場合ニ於テモ亦後見開始セサルヘカラサル理由ナルニ之カ開始ヲナサヽルハ元來親權ハ未成年者ニ對シテノミ存スルモノニシテ成年ノ子ニ對シテハ存セサルモノナルカ故ナリト言フ點。

(c) 自ラ親權ヲ有スル者ト雖モ亦親權ニ服スル而シテ自ラ親權ニ服スル者カ自己ノ親權ノ行使ヲナスハ許スヘカラサルヲ以テ之カ代理行使ヲ爲サシメサルヘカラサルハ理ノ當然ナリ。八九五條ハ一ニ此趣旨ニ出ツ、然ルニ八九五條ニ於テハ未成年ノ親權者ノ親權ノミノ代理行使ヲ規定シ獨立ノ生計ヲ立テサル成年者ノ親權者ニ付テハ此事ナシ此點ハ誠ニ理論ニ反ス故ニ此點ヨリスルモ元來成年ノ子ニ對シテハ親權存セサルモノニ非スヤトナス點。

等是ナリ。然レ共八七七條但書ハ明瞭ニ獨立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限リニ非ストヽ規定シタルヲ以テ如何トモナシ難ク本文ノ如ク解釋スルノ外ナカル可シ。

〔註四〕(a) 尙ホ夫婦カ養子トナリ養子カ養親ノ他ノ養子又ハ家女ト婚姻シタル場合ニ於テ獨立ノ生計ヲ立ツトハ固ヨリ各自カ自己ノ資產又ハ勤勞ニ依リ生活スルノ意ニ解スヘカラス。共同シテ獨立ノ生計ヲナシ父母ニ補助ヲ仰カサレハ足ルノ意ニ解セサルヘカラサルコト勿論ナリ。

(b) 右ノ例ニ於テ夫婦カ未成年者ナル時ハ共ニ親權ニ服スト雖モ夫ハ成年者ニシテ妻ハ未成年者ナル時ハ夫ハ獨立ノ生計ヲ立ツルト否トニ拘ラス妻ニ對シテ後見ノ事務ヲ行ヒ父母モ亦妻ニ對シテ親權ヲ有スル譯ナリ。

(c) 獨立ノ生計ヲ立テサル成年ノ子ニ對スル親權ノ終了ハ明確ニ時期ヲ劃スルコト能ハサルコト多カルヘシ且ツ一旦獨立ノ生計ヲ立ツト雖モ後獨立ノ生計ヲ立テ得サルニ至リタル時ハ理論上再ヒ親權ニ服スルコトヽナリ親權ハ復活スト言ハサルヘカラサル可シ。

〔註五〕反對說ハ右註一ニ述ヘタル如シ其理由ハ八七七條第二項及八九七條第二項ニ『之ヲ行フ』トアルカ故ナルヘシ然レ共八七七條第二項ヲ見ルニ父カ知レス死亡シ家ヲ去リタル場合ノ如ク元來母ノミカ親權者ナラサルヘカラサル場合ニ於テモ尙ホ單ニ『之ヲ行フ』ト規定セルニ非スヤ右ノ如キ場合ハ元來母ノミカ親權者ニシテ親權者タル父ナキモノナレハ權利ナキ者トノ間ニ於テ『權利ノ行使ノ順位』ヲ定ムルコトハ全ク法律常識ニ反スルモノニシテ正確ト言フヘカラス。然レ共一方父カ親權ヲ

行フ能ハサル場合ニ於テハ父モ亦親權者タル地位ヲ失ハサル場合アルヲ以テ玆ニ二人ノ親權者アルコトヽナルニ至リ不都合トナル、從テ此點何レトモ解スルコトヲ得ルモノニシテ何レニ解スルモ實益ニ於テハ差別アルコトナシ。

〔註六〕大正六年六月二十二日民第一一八〇號法務局長回答及本書六七頁、七六頁註四參照)。

玆ニ實例ニ付述ヘンニ、

(a) 養父母アル未成年ノ養子カ戸主ニシテ其實父母ヲ入籍セシメタル場合ニ於テハ一、養父二、實父、三、養母、四、實母。

(b) 實母及其夫(繼父、本書二八頁參照)ヲ其家ニ有スル戸主タル私生子カ先ニ認知シタル其實父夫婦ヲ入籍セシメタル場合ニ於テハ一、入籍シタル實父二、繼父三、實母四、嫡母。

ノ順位ニ於テ親權若トナリ。

(c) 繼母アル戸主タル未成年ノ繼子カ實母ヲ入籍セシメ繼母ニモ亦實子アル場合ニ於テハ各母ハ各其實子ニ對シテ親權ヲ有スルカ如シ。

〔註七〕若シ八七八條ノ規定ヲ實父母ノナキ場合ヲ豫想シタルモノナリト解スル時ハ實母アル時ハ實母ハ繼父ニ先チテ親權者トナルニ非スヤトノ疑アレ共然ラス父ハ如何ナル場合ニ於テモ母ニ先ツモノナレハナリ。

〔註八〕プロシヤ州法ニ於テハ父母ハ其子ヲシテ將來國家ノ有用ナル成員タラシムル爲メ必要ナル學、藝術又ハ產業ヲ修得セシムルノ義務ヲ有シ、バイエルン州法ニ依レハ父母ハ其子ヲシテ神ヘノ奉仕及公共團體ヘノ奉仕ノ爲メニ基督教的ニ且ツ信實ニ教育スルノ義務ヲ有ス從テ此等ノ法律ニ依レハ子ノ教育ハ一面國家又ハ宗教ノ爲メナリト言ハサルヘカラス吾國ニ於テモ教育ノ權利ハ同時ニ義務ニシテ一面ハ子ノ利益ノ爲メナリト雖モ他面ニ於テハ亦國家社會ノ爲メナリトノ立法趣旨ナルヘキコトハ言ヲ俟タス然レ共親權ニ基ク教育權ハ純然タル私法上ノ權利義務ナルヲ以テ之ヲ以テ一面國家ニ對スル義務ナリトナスコトヲ得ス其義務ハ一ニ子ニ對スル義務ナルコトハ言ヲ俟タス國教制度ヲ認メサル我國ニ於テハ教育權ハ宗教ト ハ何等ノ關係ナシト言ハサルヘカラス。

〔註九〕小學校令第二十條ニ依レハ父母ハ學齡兒童ヲ小學校ニ通學セシムル義務ヲ負フ。此義務ト本條ニ所謂教育ノ義務トハ全然其性質ヲ異ニス註八ニ一言シタルカ如ク親族法上ノ教育ノ義務ハ親權者カ子ニ對シテ負擔スル純然タル私法的權利關係ナレ共小學校ニ通學セシムルノ義務ハ父母カ國家ヨリ命セラレタル義務タリ混同ナキヲ要ス。

〔註一〇〕或ハ『利益相反スル行爲』ヲ解シテ單ニ財產上ノ行爲ノミナラス身分上ノ行爲ヲモ之ヲ包含ストナシ未成年ノ子カ戸主ニシテ親權者カ家族ナル場合ニ於テ親權者カ或ハ婚姻シ或ハ分家ヲ爲シ或ハ自己ノ直系卑屬ヲ入籍セシメントスル場合ニ於テモ親權者ハ特別代理人ノ選任ヲ親族會ニ請求シテ之カ同意ヲ得サルヘカラス

トナス。然レ共八八八條ノ規定ハ八八四條ノ規定ニ對スル制限規定ナルコトハ疑ナキ所ナルヲ以テ之ヲ身分上ノ行爲ニモ及ボサントスルハ誤ナリ親權者カ未成年ノ子ノ戸主權ヲ代行スルハ八八四條ニ依ルニ非ス八九五條ノ規定ニ依ルモノナリ即チ八八八條ノ規定ハ八九五條ノ規定トハ全然關係ナキモノナレハ右例示ノ如キ場合ニ於テハ予ハ全然同意ヲ必要トセスト解ス(本書七〇頁參照)。

# 第五章　扶養ノ義務 (Unterhaltspflicht)

## 第一節　扶養ノ義務ノ性質

**第一**　扶養ノ義務ノ意義

扶養ノ義務トハ一定ノ親族關係又ハ家族關係アル者カ其身分ニ基キ一定ノ親族關係又ハ家族關係アル他ノ者ニ對シ法定ノ條件ヲ具備シタル場合ニ於テ其者ノ生活及教育ノ爲メニ經濟上ノ給付ヲ爲スヘキ親族法上ノ義務ヲ言フ。

**一**　扶養ノ義務アル者ハ之ヲ扶養義務者ト言フ扶養義務者ハ必ス權利者ト一定ノ親族又ハ家族關係アル者ニシテ何等親族法上ノ關係ナキ者ハ扶養義務者トナルコトナシ吾民法上ノ扶養義務者ハ直系血族、兄弟姉妹、配偶者、及戸主是ナリ。

**二**　扶養義務者ニ對シ給付ノ請求ヲ爲スコトヲ得ル者ハ之ヲ扶養權利者ト稱ス扶養權利者ハ義務者ト一定ノ親族又ハ家族關係アル者ニ限ル即チ直系血族、兄弟姉妹、配偶者及家族是ナリ。

**三**　扶養ノ義務ハ身分ニ基因スル義務ナリ換言スレハ扶養ノ義務ハ義務者ノ意思表示ノ結果負擔スル義務即チ契約上負擔スル義務ニ非ススシテ一定ノ親族又ハ家族關係アルカ故ニ負擔スル義務ナリ。

**四**　然レ共扶養ノ義務ハ一定ノ親族又ハ家族關係ノ當然ノ内容ヲ爲スモノニ非ス換言スレハ一定ノ親族關係又ハ家族關係ヲ有スル者ハ其身分上當然義務ヲ負擔スルモノニ非スシテ一定ノ條件發生セサル以前ニ於テハ單ニ希望又ハ可能權存スルノミナリ(九五九)。

**五**　扶養ノ義務ハ經濟上ノ給付ヲ爲スヲ以テ其内容トス故ニ親權者カ其子ニ對シ監護教育ヲ爲ササルヘカラサル義務トハ其性質ヲ異ニスルナリ其他親權者ノ監護教育ノ義務ト扶養ノ義務トハ左ノ點ニ於テ異ル。

(a)　監護教育ノ義務ハ親權者ノミ負擔スルモノナルモ扶養ノ義務ハ親權者タルト否トヲ問ハス直系血族配偶者及戸主モ之ヲ負擔ス。

(b)　監護教育ノ義務ハ未成年ノ子ニ對シテノミ存スルモ扶養ノ義務ハ然ラス。

(c)　監護教育ノ義務ハ一方的ナルモ扶養ノ義務ハ相互的ナリ。

**六**　扶養ノ義務ハ權利者ノ生活及教育ノ爲メ經濟上ノ給付ヲ爲スヘキモノナリ生活及教育ノ爲メ以外ニ經濟上ノ給付ヲ爲スヘキ義務ナルモノハ絶對ニ存スルコトナシ。

**七**　親族法上ノ義務ナリ扶養請求權ハ親族法上ノ權利ナレ共身分ト附着シテ之ト一體ヲ爲ササル點ニ於テ親權夫權等ト異リ認知請求權ニ同シ。

## 第二　扶養義務ノ法律上ノ性質

右ニ述ヘタルカ如ク扶養ノ義務ハ一定ノ親族關係ニ基ク身分上ノ義務ナルヲ以テ扶養請求權カ親族法上ノ權利ナルコトハ言ヲ俟タス然レ共扶養請求權モ亦他人ニ對シ經濟上ノ給付ヲ請求スルコトヲ得ルヲ内容トシ他人ノ行爲ヲ要求スルモノナルヲ以テ此點ニ於テ亦財産權タル性質ヲ有シ債權ニ類似スト言ハサルヘカラス但其發生カ契約等義務者ノ行爲ニ因ルニ非ス亦單純ニ財産ヲ移轉スルヲ以テ本來ノ目的トセス一ニ倫理道德上認メラレタルモノナル點ニ於テ通常ノ債權ニ比シ種々ナル點ニ於テ差異アリ。即チ、

(1)　扶養ノ義務ハ一旦權利ヲ滿足セシメタルヲ以テ直チニ消滅シ了ルモノニ非ス其條件存在スル間ハ義務亦存在シ且ツ一旦條件消滅スルモ新ニ條件發生シタル時ハ義務モ亦新ニ成立ス。獨逸民法ハ明文ヲ設ケテ此點ヲ明ニシタリ(同民一六一四ノII)。

(2)　通常ノ債權ハ主トシテ對價關係ニ基クモノナレ共扶養ノ義務ハ何等ノ對價關係ヲ有セス。即チ夫ノ扶養ノ義務ハ決シテ夫カ妻ノ財産ヲ收益スルカ故ニ非ス(七九九參照)又父母ノ扶養ノ義務ハ其ノ子ノ財産ヲ收益スル權利(八九〇參照)ト

ハ何等ノ關係ナシ。

(3) 通常ノ債權ハ權利ノ成立カ權利者ノ過失ニノミ因リタル場合ハ義務者ニ何等ノ責任ナシト雖モ扶養ノ義務ハ然ラス(九五九ノII參照)。

(4) 扶養請求權ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得ス(九六三)卽チ所謂一身ニ專屬スル權利ナリ。從テ左ノ如キ結果ヲ生ス。

(イ) 扶養請求權ハ之ヲ擔保ニ供スルコトヲ得ス(三四三)。

(ロ) 扶養請求權者ノ債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ債務者ニ屬スル扶養請求權ヲ行フコトヲ得ス(四二三)。

(ハ) 扶養義務者ハ權利者ニ對シテ有スル自己ノ債權ト扶養請求權トヲ相殺スルコトヲ得ス(五一〇)。

(ニ) 扶養請求權ハ權利者カ破產ノ宣告ヲ受クルモ破產財團ヲ構成セス。

(ホ) 扶養請求權ハ相續物體トナルコトナシ(九八六、一〇〇一)。

(ヘ) 扶養請求權ハ之ヲ差押フルコトヲ得ス(民訴法六一八)。

(ト) 扶養請求權ハ時效ニ因リテ消滅スルコトナシ但既ニ辨濟期到來シタル過去ニ屬スル請求權ニ付テハ一六八條一六九條ヲ參照ス可シ。

(5) 扶養請求權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス但シ既ニ辨濟期到來シタル過去ニ屬スル請求權ハ此限リニ非ス(九六三)。

(6) 然レ共一旦發生シタル個々ノ扶養請求權ハ財產權タル性質ヲ有スルモノナルヲ以テ右ニ述ヘタルカ如ク或ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ヘク或ハ時效ニ依リテ消滅ス其他義務者カ過失ニ因リ履行ヲ爲ササル時ハ之ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得。卽チ、

(イ) 義務者カ不履行ニ終リタル請求權卽チ過去ノ請求權ヲモ之ヲ請求スルコトヲ得。

(ロ) 義務者カ義務ヲ履行セサル結果損害ヲ生シタル時ハ之カ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得(獨民一六一三參照)。

(ハ) 第三者カ扶養義務者ノ生命ニ危害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ危害ノ當時扶養請求權ヲ有セシ者ハ第三者ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲ス權利ヲ有ス(七一一、獨民八四四ノII)。

(三) 尙ホ扶養義務者ノ破産シタル場合ニ於テハ扶養請求權ハ破産債權トナルコトヲ得。

(7) 尙ホ扶養ノ義務ニ付テハ八六六條第二項民事訴訟法九一條等ノ規定アリ參照ス可シ(註一)。

## 第二節　扶養制度

相互扶助カ人類本來ノ面目ナリヤ否ヤノ問題ハ暫ク之ヲ措クモ家族團體カ社會ノ構成單位ナリシ時代卽チ人類ノ生活カ團體生活ヲ其單位トシ個人ノ生活ハ問題視セラレサリシ時代ニ於テハ團體員相互ノ間ニ相扶クヘキ自然ノ義務アリシコトハ之ヲ疑フノ餘地ナカル可シ。卽チ今日所謂扶養ノ義務ハ團體生活當然ノ結果ニシテ其義務モ亦今日ノ如ク個人ノ義務ニ非スシテ團體全體ノ義務ナリシナル可シ。然ルニ個人主義思想カ社會思想ヲ支配スルニ至リテハ團體ノ權利ハ個人ノ權利ニ團體ノ義務ハ個人ノ義務ニ還元セラレシノミナラス人ハ各々自主獨立ニシテ濫リニ他人ノ干涉ヲ受ケス又其意思ニ基クコトナクシテ他人ニ義務ヲ負擔スルコトナキヲ以テ根本原則トナシタルヲ以テ扶養ノ義務ノ如キハ全ク其影ヲ失ハントスルニ至レリ。カノ婦人運動ニ於テ婦人ノ經濟的獨立ヲ叫フハ一ニ妻カ夫ノ扶養ヲ受ケサラシムヘキコトニ外ナラス。然レ共自ラ其生計ヲ支持スルコト能ハサル者例ヘハ今日ノ妻、子供、老人ノ如キニ付テハ何人カ之カ生計ヲ扶クルノ外ナク且ツ親トシテ子ヲ養フハ生物ノ本能ナリ夫カ妻ヲ養ヒ又兄弟姉妹相互ニ相扶ケ、妻モ亦夫ヲ扶クルノ義務ヲ負フハ人間倫理ノ正道ト言ハサルヘカラス。卽チ民法カ個人主義ノ立法ナレ共猶ホ倫理道德上義務者ノ意思ノ如何ヲ問ハス扶養ヲ爲スヘキ義務ノ制度ヲ認メタル所以ナリ戶主カ扶養ノ義務ヲ負擔スルハ家族團體生活ノ名殘リニシテ民法カ家族制度ヲ認メタルニ基クナリ。扶養義務ハ之ヲ個人ノ義務トナサス團體卽チ國家ノ義務ニセサルヘカラストノ思想アリ社會主義的思潮ニ胚胎ス。

## 第三節　扶養當事者

### 第一　扶養當事者ノ意義

扶養當事者トハ扶養義務者卽チ扶養ヲ爲スヘキ義務アル者及扶養權利者卽チ扶養ヲ請求スル權利ヲ有スル者ヲ言フ。吾民法ニ於ケル扶養當事者左ノ如シ。

**一**　直系血族相互ノ間

直系血族ハ互ニ扶養ヲ爲ス義務ヲ負フ(九五四ノI)卽チ父母ト子祖父母ト孫トハ相互ニ扶養ヲ爲ス義務アリ而シテ所謂直系血族ハ法定血族ヲモ含ム亦家ヲ同フスルヤ否ヤハ之ヲ問ハス。

**二**　兄弟姉妹相互ノ間

兄弟姉妹ハ互ニ扶養ヲ爲ス義務ヲ負フ(九五四ノI)家ヲ同フスルヤ否ヤハ之ヲ問ハス然レ共兄弟姉妹間ニ在リテハ扶養ノ義務ハ扶養ヲ受クル必要カ之ヲ受ク可キ者ノ過失ニ因ラスシテ生シタルトキニノミ存在ス但扶義養務者カ戸主ナル時ハ此限リニ非ス(九五九ノII)。

**三**　夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ直系尊屬ニシテ其家ニ在ル者トノ間

夫婦ノ一方ト其姻族ニシテ尊屬ニ相等スル者トハ互ニ扶養ヲ爲ス義務ヲ負フ(九五四ノII)。

(1)　扶養義務アルハ家ヲ同フスル場合ニ限ル卽チ通常ノ婚姻ニ於テ夫ノ父母ト妻トノ間ノ如シ。

(2)　扶養ノ義務ハ姻族關係ヲ基礎トス故ニ夫婦關係ハ消滅スルモ姻族關係消滅セサル場合ニ於テハ尙ホ扶養ノ義務アリト言ハサルヘカラス卽チ夫婦ノ一方カ死亡スルモ生存配偶者カ其家ヲ去ラサル場合ノ如シ(七二九ノII)。

**四**　戸主ハ家族ヲ扶養スル義務ヲ負フ(七四七)。

**五**　夫婦ハ互ニ扶養スル義務ヲ負フ(七九〇)。

**第二**　扶養當事者ノ順位

一人ノ扶養權利者ニ對シ數人ノ扶養義務者アルコトアリ又一人ノ扶養義務者ニ對シテ數人ノ扶養權利者アルコトアリ卽チ例ヘハ妻ニ對シテハ夫、戸主、父母、子、兄弟姉妹、夫ノ父母等ハ皆扶養義務者ニシテ又戸主ニ對シテハ其家族、其妻、兄弟姉妹、父母、子等皆扶養ヲ請求スルコトヲ得ルモ義務者ハ全員ヲ扶養スルコトヲ得サルカ如シ。斯ル場合ニ於テ何人カ如何ナル順序ニ於テ義務ヲ負ヒ又ハ請求ヲ爲スヘキヤハ之ヲ一定スルノ必要アリ其順位左ノ如シ。

一　扶養義務者ノ順位

扶養ノ義務ヲ負フ者數人アル場合ニ於テハ其義務ヲ履行スヘキ者ノ順序左ノ如シ(九五五ノI)。

第一　配偶者
第二　直系卑屬
第三　直系尊屬
第四　戸主
第五　夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ直系尊屬
第六　兄弟姉妹

直系卑屬又ハ直系尊屬ノ間ニ於テハ其親等最モ近キ者ヲ先ニス夫婦ノ一方ノ直系尊屬ノ間亦同シ(九五五ノII)。

同順位ノ扶養義務者數人アル時ハ各其資力ニ應シテ其義務ヲ分擔ス但家ニ在ル者ト家ニ在ラサル者トノ間ニ於テハ家ニ在ル者先ツ扶養ヲ爲スコトヲ要ス(九五六)即チ父母、子、兄弟姉妹數人アル場合ニ關スルコト明ナリ此場合ニ於テハ家ニ在ル者カ先ツ義務ヲ負ヒ皆家ニ在リ又ハ家ニ在ラサル場合及之等ノ者相互間ニ於テハ資力ニ應シテ分擔シテ其義務ヲ負フヘキナリ。

二　扶養權利者ノ順位

扶養ヲ受クル權利ヲ有スル者數人アル場合ニ於テ扶養義務者ノ資力カ其全員ヲ扶養スルニ足ラサルトキハ扶養義務者ハ左ノ順序ニ從ヒ扶養ヲ爲スコトヲ要ス(九五七ノI)。

第一　直系尊屬
第二　直系卑屬
第三　配偶者
第四　夫婦ノ一方ト他ノ一方ノ直系尊屬トノ間
第五　兄弟姉妹
第六　前五號ニ掲ケタル者ニ非サル家族

直系尊屬又ハ直系卑屬ノ間ニ於テハ其親等ノ最モ近キ者ヲ先ニス夫婦ノ一方ノ直系尊屬ノ間亦同シ(九五七ノII、九五五ノII)。

同順位ノ扶養權利者數人アル時ハ各其需要ニ應シテ扶養ヲ受クルコトヲ得(九五八)但家ニ在ル者ト家ニ在ラサル者トノ間ニ於テハ家ニ在ル者ヲ先ツ扶養スルコトヲ要ス(九五八ノII、九五六ノ但書)。

## 第四節　扶養義務ノ發生

扶養ノ義務ハ一定ノ親族又ハ家族關係アル者カ當然負擔スルモノニ非スシテ必ス一定ノ條件ヲ必要トス。而シテ扶養義務發生ニ必要ナル條件ハ扶養請求者ノ貧困ト扶養被請求者ノ給付能力ト是ナリ。

(1)　扶養請求者ノ貧困(Bedürftigkeit der den Unterhalt Beanspruchenden)扶養請求者ノ貧困トハ扶養ヲ受クル者カ自己ノ資產又ハ勞務ニ依リ生活スル能ハサルコト又ハ自己ノ資產ニ依リ教育ヲ受クルコト能ハサルコト是ナリ此條件存スルニ非サレハ扶養義務發生スルコトナシ(九五九ノI)。

(イ)　自己ニ全然財產又ハ收入ノ途(恩給等ノ如キヲ言フ)ナシト雖モ勞働收益アル者、勞働ニ依ル收益ナシト雖モ財產又ハ恩給等ニ依リ生活シ得ル者ハ之ヲ貧困ナリト言フコト能ハス又生活スルコトヲ得ト雖モ自己ノ資產又ハ勞務ニ依ラサル場合例ヘハ乞食ノ方法ニ依ルカ如キ救貧院ニアルカ如キハ貧困ナルコト勿論ナリ。

(ロ)　無財產又ハ無收益ト言フモ固ヨリ絕對的客觀的意味ニ於テニ非ス寧ロ扶養ヲ受クヘキ者ノ特別ナル事情ヲ斟酌シタル關係的ノ意味ニ解セサルヘカラス例ヘハ　(a)不融通物ノ如ク金錢ニ換價シ得サル物ヲ有スルカ如キ又ハ珍寶ヲ所有スルモ餘リニ高價ナルカ爲メニ買ハントスル者ナキ場合ノ如キハ之ヲ『財產ナシ』ト言フノ外ナク(註二)。又　(b)勞働セハ何程カノ勞銀ハ之ヲ得ルコトアル可シト雖モ其勞働タルヤ自己ノ體力精神及社會的地位教育ノ程度ニ甚シク不相當ナル場合ノ如キニ於テハ之ヲ『收益ナシ』ト言ハサルヘカラサルカ如シ。

(ハ)　自己ノ生活ハ資產又ハ勞務ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得レ共教育ヲ受クルコト能ハサル者ニ對シテハ亦扶養ヲ爲ス可キ義務ヲ生ス。此場合ニ於ケル扶養ノ義務ハ教育ヲ受クルニ必要ナル資料ヲ給付スヘキ義務ナルコトハ言ヲ俟タ

ス。教育ヲ受クルコト能ハストハ (a)自ラ (b)自己ノ資産ニ依リ教育ヲ受クル能ハサルコトナリ。從テ自己ノ子ヲ教育スルコト能ハサル場合ニ於テハ其子ニ對シテ扶養ノ義務生スルモノニシテ父母ニ對シテ生スルモノニ非ス又勞働收益ニ依リテ教育ヲ受クルコトヲ得ル者ト雖モ亦扶養請求權ヲ有ス。又所謂教育トハ必要ナル教育ノ意ニシテ今日ニ於テハ小學校教育ト解セサルヘカラス是レ國家カ小學校教育ヲ以テ義務教育トナシ之ヲ强制セル點ト彼此ヲ比較推考セシ結果ナリ。

(ニ) 玆ニ生活スルコト能ハス又ハ教育ヲ受クルコト能ハストハ生活費又ハ教育費ノ皆無ナル場合ノミナラス其費用ノ不足スル場合ヲモ包含ス(九六〇參照)費用不足ストハ固ヨリ緊要ナル費用ノ一部ヲ缺クヲ意味シ個々ノ場合ニ付個人的事情ヲ斟酌シテ決定スルノ外ナシ。

(ホ) 右ノ扶養請求者ノ貧困ノ原因カ請求權者自身ノ責ニ歸ス可キ過失ニ存スルト否トヲ問ハサルナリ然レ共兄弟姉妹間ニ在リテハ扶養ノ義務ハ扶養ヲ受クル必要カ之ヲ受ク可キ者ノ過失ニ因ラスシテ生シタルトキニノミ存在ス但扶養義務者カ戸主ナル時ハ此限リニ非ス(九五九ノII)。

(2) 扶養被請求者ノ給付能力(Leistungsfähigkeit der in Anspruch Genommenen)扶養被請求者ノ給付無能力トハ扶養ノ請求ヲ受ケタル者カ扶養ヲ受クヘキ者ナル時ハ勿論自己ノ資産上自己自身ノ生活及教育ヲ害スルニ非サレハ他人ヲ扶養スルコト能ハサルヲ言フナリ。扶養被請求者ニ給付能力アル場合ニ非サレハ扶養義務ハ發生セス。此事ハ吾民法ニ於テハ獨逸民法ニ於ケルカ如ク特ニ明文ナシト雖モ九六〇條ノ趣旨ヨリスルモ殆ント自明ノ事ナリト言ハサルヘカラス蓋シ扶養ノ程度ヲ扶養ノ義務者ノ資力ニ應シテ定ムトセハ扶養ノ資力無キ者ニハ扶養ノ義務ナシト言ハサルヘカラサレハナリ。故ニ或者カ扶養ノ請求ヲ受ケタリトスルモ之ニ應スル給付能力ナキ場合ニ於テハ之ヲ拒絶スルヲ得ヘク之ヲ拒絶スルモ遲滯ニ附セラルルコトナク從テ損害賠償ノ義務モ亦生スルコトナシ。

(イ) 給付能力ナシトハ必ススシモ資産ナシトノミノ意ニ非ス。卽チ資産ナシトスルモ自己ノ勞働收益ニ於テ餘裕アラハ給付能力アリト言ハサルヘカラス。

(ロ) 扶養セハ自己ノ生活又ハ教育ヲ危險ナラシムル場合ニ於テノミ給付能力

ナシト言フナリ從テ單ニ自己ノ生活ノ程度ヲ低クシ又ハ困難ナラシムルノミヲ以テハ未タ給付能力ナシト言フコトヲ得ス。

(八) 給付能力アリヤ否ヤハ扶養ノ請求ヲ受ケタル義ニ付資產、債務、勞働力、敎育ノ程度、及社會的地位上必要ナル費用等トヲ斟酌シタル上個々ノ場合ニ付之ヲ決定スルノ外ナシ。

(二)給付能力ヲ有セサル原因カ自己ノ過失ニ基クト否トハ決シテ之ヲ問フモノニ非サルナリ。

以上ノ條件ヲ具備シタル時ハ扶養ノ義務ハ一定ノ親族關係又ハ家族關係ニ基キ當然發生スルナリ(註三、四)。卽チ扶養ヲ受ク可キ者カ請求ヲ爲シタル時ニ始メテ發生スルモノニ非ス請求ハ單ニ扶養義務ノ履行期ノ確定從テ義務者ノ遲滯ニ付必要ナルノミト解セサルヘカラス。然レ共曾テ右ノ條件存シタリト雖モ、現ニ、卽チ扶養請求ノ當時右ノ要件ノ一ヲ缺ク場合例ヘハ曾テ子カ貧困ニシテ父ニ扶養ノ餘力アリタリト雖モ現ニ子カ貧困ニ非ス又ハ父ニ給付能力ナキ場合ノ如キハ勿論其他現ニ引續キ右ノ要件ヲ具備スル場合ト雖モ一般ニ過去ニ遡リテ扶養ノ請求ヲ爲スコトヲ得スト言ハサルヘカラス蓋シ扶養義務ハ貧困者ヲ扶助シテ之ヲ生活セシムルコトヲ本質トスルモノニシテ過去ニ遡リテ生活セシムルコトハ事實上不能ノコトナレハナリ但曾テ一旦請求シテ義務者カ遲滯ノ責ニ任スヘキ場合ニ於テハ過去ニ遡リテ請求スルコトヲ得ヘク又之カ爲メニ蒙リタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ト言ハサルヘカラス(獨民一六一三參照)。又一旦貧困ノ狀態ハ消滅スルモ更ニ貧困トナルニ至リタル時若クハ曾テハ扶養被請求者カ一旦給付能力ヲ失ヒタリシモ新ニ餘力ヲ生シタル場合ノ如キニ於テハ更ニ新ニ扶養ノ義務發生スト言ハサルヘカラス。

尙ホ右要件ノ立證責任ハ扶養ヲ受クヘキ者ニ存スルヲ原則トスルモ扶養被請求者カ其給付無能力ヲ主張スル時ハ其無能力ヲ立證セサルヘカラス。

## 第五節　扶養ノ程度及方法

**第一**　扶養ノ程度

扶養ノ程度ハ扶養權利者ノ需要ト扶養義務者ノ身分及資力トニ依リテ之ヲ定ム

(九六〇)卽チ權利者ノ貧困ノ程度ト義務者ノ給付能力ノ程度トヲ基礎トシテ決定スルナリ。

一　扶養ノ程度カ權利者ノ貧困ノ程度ヲ先ツ基礎トシテ決定サルヘキハ勿論ナリ蓋シ生活又ハ敎育費ノ一部ヲ缺ク場合ニ於テハ其不足分ヲ給付スレハ充分ナルヘケレハナリ。

二　貧困ノ程度ニ對シ充分之ヲ滿足セシメ得ヘキ給付能力ヲ有スル場合ニ於テハ元ヨリ之カ全部ヲ扶助セサルヘカラスト雖モ權利者ノ給付能力カ充分ナラサル場合ニ於テハ給付能力ノ程度ニ於テ扶助ヲ爲セハ足ルモノトセサルヘカラス而シテ給付能力ノ如何ハ義務者ノ身分及資力ニ依リテ之ヲ定ム。法文ニ『扶養ノ程度ハ扶養義務者ノ身分及資力ニ依リテ之ヲ定ム』トアリト雖モ決シテ義務者ノ身分上又ハ資力上給付能力大ナル場合ニ於テハ權利者ノ需要ヲ越エテ扶助セサルヘカラサルモノナリト解スヘキニ非ルナリ。而シテ資力トハ資產ヲ意味シ身分トハ社會上ノ地位卽チ社會的ノ信用ヲ意味ス。

三　扶養ノ程度ハ右ノ標準ニ依リ或ハ當事者ノ協定ニ因リテ定マリ協議調ハサル時ハ裁判所ノ判決ニ因リテ之ヲ決定ス(九六二參照)。

第二　扶養ノ方法

扶養義務者ハ其選擇ニ從ヒ、扶養權利者ヲ引取リテ之ヲ養ヒ又ハ之ヲ引取ラスシテ生活ノ資料ヲ給付スルコトヲ要ス(九六一)。卽チ扶養ノ方法ハ必ス扶養權利者ヲ自己ト同居セシメテ之ヲ生活セシムルカ又ハ別居ノ上生活ニ必要ナル資料ヲ給付スルカノ二者ノ中一ナルコトヲ必要トシ且充分トス而シテ其選擇ノ權利ハ義務者ニ存ス。但シ正當ノ事由アル場合ニ於テハ扶養權利者ノ請求ニ因リ裁判ハ更ニ別途ノ方法ヲ定ムルコトヲ得(九六一但書)此請求ハ訴ノ方法ニ依ルコトヲ要シ別段ノ定メナキヲ以テ通常ノ訴訟手續ニ依ル(九六二判決ノ文字參照)。

第三　程度及方法ノ變更

一　當事者カ定メタル場合

(1)　扶養ノ程度ヲ定ムヘキ標準卽チ權利者ノ需要ト義務者ノ給付能力ニ變更ヲ生シタル時ハ當事者ハ其協定ニ依リテ扶養ノ程度ヲ變更スルコトヲ得ヘク協議調ハサル時ハ當事者ハ裁判所ニ對シ之カ變更ノ訴ヲ提起スルコトヲ得。

(2) 扶養ノ方法ハ扶養權利者ニ於テ選擇權ヲ有スルモノナルヲ以テ亦選擇ヲ變更スルノ權利モ亦有スト言ハサルヘカラス又扶養權利者ハ正當ノ事由アル場合ニ於テハ九六一條本文ニ定メタル以外ノ方法ニ變更セラレンコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ト解スルヲ穩當トス(九六一但書參照)。

二　裁判所カ定メタル場合

扶養ノ程度又ハ方法カ判決ニ因リテ定マリタル場合ニ於テ其判決ノ根據トナリタル事情ニ變更ヲ生シタル時ハ各當事者ハ其判決ノ變更又ハ取消ヲ請求スルコトヲ得(九六二)。

## 第六節　扶養義務ノ消滅

扶養ノ義務ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス。

(a) 扶養權利者又ハ義務者ノ死亡

(b) 親族關係又ハ家族關係ノ消滅

(c) 扶養權利者ノ貧困ノ消滅　但更ニ貧困トナルニ至リタル時ハ新ニ亦扶養ノ義務ハ發生ス。

(d) 扶養義務者ノ給付能力ノ消滅　但給付能力カ回復シタル時ハ更ニ新ニ扶養ノ義務ヲ生ス。

(e) 扶養權利者ノ懈怠　權利者カ其懈怠ニ因リ請求ヲ爲ササリシ場合ニ於テハ其當時ノ義務者ノ義務ハ消滅ス蓋シ前ニ說明シタルカ如ク扶養ノ義務ハ現在ノ貧困ヲ除去シ生活又ハ敎育ヲ扶助スルモノナレハナリ。

〔註一〕獨逸民法ニ於テハ扶養ノ義務ニ關連シタル左ノ如キ特別ノ定メアリ。

(a) 贈與者カ其外ノ義務ヲ斟酌シタル上ニ於テ自己ノ地位ニ相當スル生計又ハ法律上負擔スル扶養ノ義務ヲ害スルニ非レハ約束ヲ履行スルコト能ハサル場合ニ限リ贈與ノ方法ヲ以テ爲シタル約束ノ履行ヲ拒ム權利ヲ有ス(同民五一九ノ一)

(b) 贈與者カ贈與履行ノ後自己ノ地位ニ相當スル生活ヲ爲スコト能ハス且ツ其血族配偶者又ハ前配偶者ニ對シ法定ノ扶養義務ヲ履行スル能ハサルニ至リタル時ニ於テノミハ贈與者ハ不當利得引渡ノ規定ニ依リ受贈者ニ對シ贈與物ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得云々(同民五二八)。

(c) 右ノ場合ニ於テ受贈者カ自己ノ負擔スル他ノ義務ヲ斟酌シタル上ニ於テ自己ノ地位ニ相當スル生活ヲ害シ又ハ法律上負擔スル扶養義務ヲ害スルニ非サレハ受

贈物ヲ引渡スコト能ハサル場合ニ於テハ受贈者ハ引渡ヲ拒ムコトヲ得（同民五二九ノII）。

(d) 事務管理ナカリセハ本人ノ公益上ノ義務又ハ扶養ノ義務ヲ正當ノ時期ニ履行シ得ヘカラサルヘキ場合ニ於テハ事務管理ハ本人ノ意思ニ反スルコトヲ妨ケス等

〔註二〕扶養ヲ受クヘキ者カ金錢其他有體ノ財産ハ有セスト雖モ第三者ニ對シテ債權ヲ有シ之カ辨濟ヲ受クルニ於テハ貧困ハ除去セラルヘキ場合ニ於テハ先ツ債權ヲ請求スルコトヲ要スルヤ勿論ナリ然レ共債權カ辨濟期ニ至ラサル以前ニ於テ生活ニ差支ヘ又ハ債務者無資力ニシテ結局債權ノ滿足ヲ得ルコト不能ナル場合ノ如キニ於テハ貧困ナリト言ハサルヘカラス。

〔註三〕七九八條ト九五九條トノ關係

七九八條ニ依レハ夫又ハ女戸主ハ婚姻ヨリ生スル費用ヲ負擔スル義務アリ『婚姻ヨリ生スル費用』トハ既ニ述ヘタルカ如ク共同生活上ノ費用及出生兒ノ養育費用ノ如キヲ言フ（本書一三七頁參照）即チ妻ニ對スル扶養ノ義務及其家ニ在ル子ニ對スル扶養ノ義務ノ意ナリ。故ニ(a)夫又ハ女戸主ニ給付能力ノナキ場合ニ於テハ全ク此義務ハ存在セサルナリ若シ之ヲ扶養ノ務務トハ異リタル務務ナリトセハ夫又ハ女戸主ハ其過失ニ基キ給付無能力トナルニ至リタル場合ニ於テハ損害ヲ賠償セサルヘカラサルコト、ナル可シ（四一五後段參照）(b)又妻入夫若クハ子ニ於テ獨立シテ生活シ且ツ教育ヲ受クルコトヲ得ルニ於テハ本條ノ義務存セスト言ハサルヘカラス（九五九）。論者或ハ夫又ハ女戸主ハ七九八條ノ規定ニ基キ九五九條ノ條件アルト否トニ拘ラス換言スレハ獨立ノ生活ヲ爲シ又ハ教育ヲ受ケ得ル場合ニ於テモ扶養ノ義務アリトナスト雖モ決シテ然ラス (c)七九八條カ七九〇條及九五四條以下ノ規定ト獨立シテ存在スル理由ハ實ニ次ノ點ニ存スルナリ即チ

（イ）子カ扶養權利者ナル時ハ子ハ母又ハ入夫ヨリモ先ニ常ニ父又ハ戸主タル母ニ之カ請求ヲ爲サヽルヘカラサルコト。

（ロ）母又ハ入夫ハ自己ノ扶養ノミナラス其子ノ扶養ヲ父又ハ戸主タル母ニ請求スルコトヲ得ルコト

是ナリ。

〔註四〕八九〇條ト九五九條トノ關係

右註三ニ述ヘタル點ハ親權者ノ養育ノ費用負擔ノ義務ト扶養義務トノ關係ニ付テモ同樣ニ適用スルコトヲ得詳言スレハ八九〇條ニ依リ親權者ノ負擔トナレル養育ノ費用トハ全ク子ノ扶養ニ必要ナル費用ニ外ナラス故ニ子ニシテ資産ヲ有シ自活シ教育ヲ受クルコトヲ得ルニ於テハ親權者ハ決シテ養育ノ費用ヲ負擔スヘキ法律上ノ義務ヲ負フモノニ非ス。是レ即チ八九〇條カ養育ノ費用ト財産收益トハ之ヲ相殺シタルモノト看做シタル所以ナリ蓋シ子ニ財産アル時ニ非サレハ親權者ノ收益ナカルヘシ子ニ財産アル時ハ多クハ自活スルコトヲ得ヘク從テ親權者ハ子ニ對シ養育ノ義務ヲ負擔セス玆ニ於テカ之ヲ相殺セシメテ計算ヲ簡易ニスルノ必要ア

ルモノナレハナリ。論者或ハ幼年ノ子ハ資産ヲ有スル時ト雖モ養育請求權ヲ有ストナス者アリト雖モ正當ニ非ス。

# 第六章　家

## 第一節　總論

### 第一　家ノ性質

親族法上家トハ戸主權ノ存在ヲ基本トスル親族的範圍ナリ。

**一**　家トハ建物ノ意ニ非ス

通俗ニ所謂家カ人ノ住居スル家屋ヲ意味スルコトハ元ヨリナレ共親族法上ニ所謂家カ家屋其他ノ建物ノ意ニ非ルコトハ言ヲ俟タス『其家ニ在ル』『他家ニ在ル』『其家ヲ去ル』『養家ヲ去ル』『家ニ入ル』『他家ニ入ル』『家ヲ再興シ』『新ニ家ヲ立ツ』(七六二)『一家ヲ創立ス』『家ヲ廢絶ス』ト言フモ家屋ニ在リ、家屋ヲ去リ、家屋ニ入リ家屋ヲ再興シ、家屋ヲ立テ又ハ創立スルノ意ニ非ルナリ。

**二**　家トハ血統ニ非ス

俗ニホーヘンツオレルン家、若クハ源家、平家又ハ家柄或ハ家碌、家系、舊家、名家等ト

稱スル場合ニ於テ『家』ナル語ハ血統、門閥ヲ意味スルモノナル可シト雖モ親族法上家トハ元ヨリ右ニ示セル通俗ニ用ヒラルル家ナル觀念トハ別ナリ。法律ニ於テ或ハ『家ニ入ル』ト言ヒ或ハ『家ヲ去ル』ト言ヒ『家ヲ立ツ』ト言ヒ或ハ『他家ヲ相續ス』ト言フヲ血統ニ入リ、血統ヲ去リ、血統ヲ立テ、他ノ血統ヲ相續スノ意ナリト爲サハ夫レ自身ニ於テ既ニ意味ヲ爲サス蓋シ血統トハ生理的自然ノ血緣關係ヲ言フモノナレハナリ。

**三**　家ハ戸籍ノ意ニ非ス

家ニ籍アリ之ヲ戸籍ト言フ戸籍ハ家ノ戸主及家族其他親族的身分關係ヲ明ニスル爲メノ公正證書ニシテ戸籍ト家トハ異ナルナリ。民法ニ於テ『其家ニ在ル』(七三二、七三五ノI、II、III、七七二ノI、八四三、八四四、八七七、九五四ノII、九五六、九八四『他家ニ在ル』七三七、七六四)『家ニ入ル』(七三三ノI、II、七六三、七六四)『他家ニ入ル』七三八、七四一、七四四、七四五、七五四、七六二、七六三、八四五)『其家ヲ去ル』(七三四ノI、II、七三八ノII、八七七、九〇五)『養家ヲ去ル』(七三〇ノII、III、七三八ノII、八七六)ト言フハ何レモ家籍ニ在リ、家籍ニ入リ、家籍ヲ去ルノ意ナルヲ以テ恰モ家ト家籍卽チ戸籍トハ同一意義ナルカ如シト雖モ決シテ然ラス。卽チ斯カル場合ハ何レモ其家或ハ他家若クハ養家ニ在リ或ハ之ニ入リ若クハ之ヲ去ルノ結果其家ノ戸籍ニ在リ或ハ之ニ入リ若クハ之ヲ去ルモノニシテ家ト戸籍トハ同一觀念ニ非ス。

**四**　家ハ戸主トハ異ナル

民法第七三二條第二項ニハ『新戸主ノ家族』ナル文言アリ又第七三六條ニ於テハ戸主ハ其家族ヲ云々ト言ヘリ。又一方『其家ノ家族』(七六四)『分家ノ家族』(七四三ノII)『他家ノ家族』(七三七)『婚家又ハ養家ノ家族』(七三八)等ノ文言アリ從テ家族ニ對スル關係ニ於テハ家ト戸主トハ同一ナルカ如キモ然ラス。戸主ト雖モ其家ニ在ル者ナル點ニ於テハ家族ト何等異ナルコトナシ戸主カ決シテ家其モノニ非サルコトハ『其家ノ戸主』(七三六)『戸主ヲ失ヒタル家』(七六四)『戸主ハ其家ヲ廢ス』(七六三)等ノ文言ニ依リテ明瞭ナリ。

**五**　家ハ戸主權トモ異ナル

家ハ戸主權ノ存在ヲ基本トシ戸主權無キ所ニ家在ルコトナシ(七六四)然レ共戸主權ト家其モノトハ亦別異ノ觀念ナリ。

家督相續ハ戸主權ノ承繼ナルコト言ヲ俟タス然ルニ一方民法ニ於テハ或ハ『本家ノ相續』(七三一、七五三、七六二)ト言ヒ或ハ『他家ノ相續』(七四三)ト言ヘルカ故ニ恰モ家カ相續ノ客體ノ觀ナキニアラス從テ亦家ト戸主權トハ同一ナルカ如シト雖モ元來家ハ權利ニモ非ス義務ニモ非ス戸主權ノ存在ヲ前提トスル法律上ノ抽象的親族關係ノ形態ヲ言フモノニシテ相續ノ客體トナルコトナク戸主權其モノニハ非ルナリ。

**六**　我國ノ家ト歐洲ニ於ケル『ファミリー』トハ異ナル

羅馬法ニ於ケル Familia 及獨逸古法ニ於ケル Familie ハ凡ソ吾國古代ノ『戸』ニ相當シタルモノニシテ今日我國親族法上ニ所謂家ノ觀念ヨリモ強大ナリシナリ。現今歐洲ニ於テハ戸主權制度ヲ認ムルコトナク親族關係ハ一ニ夫權及親權ニ依テ規律セラルル所ニシテ今日所謂『ファミリー』ハ夫婦ト其保護ノ下ニ在ル子女ノ一團ヲ稱スルモノニ外ナラス獨逸現行法ニ於ケル Familie ハ我國ニ通俗ニ言フ家族ニ相當スル場合アリ通常婚姻、親族、姻族關係獨逸ニ於テハ姻族ト親族トハ異ル)ニ依リ結合セラレタル人ノ範圍ナリト解セラレ(獨民六ノ1ノ2、五七〇、一〇九三)又我國ニ通俗ニ所謂家庭ニ相當スル場合アリ(獨民一六六六、一八三八同施行法一三五)丸ヨリ我民法上ノ家トハ其觀念全然異ルナリ。

**七**　家ハ必スシモ團體ヲ意味セス

家ニ戸主アリ家族アリ戸主ハ戸主權ヲ以テ家族ヲ統括シ家族ハ戸主ノ戸主權ニ服スルヲ通常ノ狀態トス。而シテ家ノ存在ハ戸主權ノ存在ヲ前提トスルカ故ニ戸主無キ家ハ存セスト雖モ(七六四)家族無キ家ハ世上必スシモ稀ナラサルノミナラス法律上ニ於テハ家族無シト雖モ戸主タニ存スレハ家ハ存在ス而モ戸主ハ必ス一人ナルコトヲ要スルモノナルヲ以テ俗ニ所謂單身戸主ノ場合ニ於テハ家ハ團體ヲ形成スルコトナシ。

**八**　家ハ共同生活體ニ非ス

戸主及家族カ住居ヲ一ニシ經濟ヲ一ニシ共同生活ヲ營ムコトハ家ノ要件ニ非ス民法ニ於テ『家ニ入リ』『家ヲ去リ』『家ニ在ル』ト言フハ先ニモ言ヘル如ク家籍ヲ同一ニシ抽象觀念タル家ノ構成員トナリ或ハ之ヲ去ルノ意ニシテ決シテ共同生活ニ入リ又ハ之ヲ去ルノ意ニ非ルナリ。

**九　家ハ法人ニ非ス**

古代ノ家長權的家族制度ノ時代ニ於テハ家ハ國家内ノ國家タルノ觀ヲ有シ親族的、政治的、經濟的獨立主體タリシト雖モ今日民法上ノ家ハ權利義務ノ主體タルコトナク法人格ヲ有スルコトナシ。『家名』『家產』『家政』等ノ文言(七五三、八六六、九七五)ハ何レモ家カ法人ト同樣ナリシ時代ノ遺物ニ過キス。相續人曠缺ノ場合ニ於テ相續財產ハ之ヲ法人トスレ共家其モノハ此場合ニ於テモ法人トナルコトナシ(一〇五一)。

**一〇　家ハ實在ノモノニ非ス**

家籍ハ家ノ籍ニシテ家ノ法律上ノ所在ナリ其所在ハ土地ヲ以テ定ム通常番地ヲ以テ示サル然レ共其番地上ニ家カ實在スルコトヲ意味スルモノニ非スシテ其番地ニ家在リトサレタルノミ。故ニ同一番地ニ二箇ノ家存スルコトアリ又他人ノ所有地ニ家ノ存スルコトアリ是レ卽チ家カ實在ノモノニ非ラスシテ單ニ法律上ノ觀念タルニ止マルカ故ナリ。之ヲ要スルニ家トハ何ソヤトノ問ニ對シテハ實質的ニ積極的性質ヲ以テ答フルコトヲ得ス形式的ニ戸主權ノ存在ヲ基本トスル親族的範圍ナリト言フノ外ナシ。

**第二　家ノ區別**

**一　本家ト分家及同家**

法律ハ本家、分家、同家ニ付定義ヲ示サス一般ノ風習ニ其解釋ヲ委シタリ卽チ本家(七三一、七四三、七四四、七五三、七六二ノII、九四八、八八五)トハ分家ニ對スルモノニシテ分家カ出テテ以テ獨立シタル本元ノ家ヲ言ヒ、分家(七三一、七四三、九四八、九八五)トハ本家ヨリ分レ出テテ獨立シタル家ヲ言フト云フノ外ナシ同家(七四三)トハ同一ノ本家ヨリ分レタル分家相互ノ間ヲ言フ(註一)。從テ本家ト分家及同家トノ間ニ於テハ本家ハ分家及同家ヨリモ一般ニ重ク取扱ハレ民法ニ於テハ大體左ノ如キ關係ニ於テ存ス。

(1)　本家ト分家及同家ハ同一ノ氏ヲ稱ス。

(2)　分家ノ法定ノ推定家督相續人ハ本家ヲ相續スル必要アル場合ニ於テハ其家ヲ去ルコトヲ得(七四四)。

(3)　分家ノ戸主ハ本家ノ相續又ハ再與ノ事由ヲ以テスル時ハ裁判所ノ許可ヲ得

テ隱居ヲ爲スコトヲ得七五三)。

(4) 家督相續ニ依リ戸主トナリタル分家ノ戸主ト雖モ本家ノ相續又ハ再興ノ事由ヲ以テ裁判所ノ許可ヲ得テ廢家ヲ爲スコトヲ得(七六二ノII)(註二)。

二　實家ト婚家及養家

實家(七三九、七四〇、七四一、八四五、八七五、人訴二五)トハ元來養家(七三〇、七三八、七四一)及婚家七三八、七四一)ニ對スルモノナリ。養家トハ養子緣組ニ因リテ入リタル家ニシテ婚家トハ婚姻ニ因リテ入リタル家ヲ言フ而シテ實家トハ生家及養子緣組又ハ婚姻ノ當時其者ノ屬シタル家ヲ言フナリ然レ共民法ニ於テハ實家ノ意義必スシモ一定セス各規定ニ付決定スルノ外ナシ詳細ハ二三頁註二ニ既述シタリ。

三　自家ト他家

自家トハ自己ノ屬スル家ヲ言ヒ他家トハ自己ノ屬セサル家ヲ言フ(七三八ノII參照)。

四　廢家及絕家

本來廢家トハ戸主カ其意思表示ニ依リ自己ノ家ヲ廢シテ家族ト共ニ他家ニ入ルコトヲ言ヒ絕家トハ戸主無キニ依リ法律上家ノ消滅スルコトヲ言フモノナレ共『廢絕家ノ再興』(七三一、七四〇、七四三)ト言フ場合ニ於テハ廢絕シタル家嚴格ニ言ヘハ廢絕以前ノ家ノ意ナルコト元ヨリナリ。其他相續人曠欠手續中ノ家ト然ラサル家トノ區別アリ但シ斯カル區別ハ事實上ノ區別ニシテ家ノ法的性質ノ區別ニ非ス。

## 第三　氏名

### 一　氏(Familienname)

古代ニ於テハ人ハ名ノミヲ有シ次テ血統ヲ表示スル爲メ氏起リ後同一氏ヲ有スル一門ノ正流ノ家ノ稱號トシテ姓ノ制ヲ興シ武家ノ時代ニ入リ苗字ヲ稱フルコト興レリ。今日ニ於テハ氏ト言ヒ姓ト言ヒ苗氏ト言フ一般ニ同樣ノ意義ニ用ヒラルレ共親族法上ニ於テ統一シテ之ヲ氏ト言フ。

氏トハ家ノ稱號ナリ(七四六參照)氏ハ一家ニ對シテハ一アリテ二ナク且ツ之カ變更ヲ濫リニ許ササルコトトセリ。氏ニ關スル準則概ネ左ノ如シ。

(1) 戸主及家族ハ其家ノ氏ヲ稱ス(七四六)　(a) 嫡出子ハ父ノ家ノ氏ヲ稱シ　(b) 私生子ハ認知ニ依リ父ノ家ニ入リタル時ハ父ノ家ノ氏ヲ稱シ母ノ家ニ入リタル時

ハ母ノ家ノ氏ヲ稱ス　(c)婚姻、養子縁組ニ依リ他家ニ入リタル者ハ婚家又ハ養家ノ氏ヲ稱ス入夫ト雖モ同樣ナリ　(d)第七三八條ニ依リ入籍シタル者ハ其入籍シタル家ノ氏ヲ稱シ　(e)指定及選定家督相續人ハ相續シタル家ノ氏ヲ稱ス　(f)離婚又ハ離縁ニ因リ實家ニ復籍シタル者ハ實家ノ家ノ氏ニ復ス。

(2) 分家ハ本家ノ氏ヲ稱ス(大正二年一月三十一日民事局長回答)

(3) 廢絶家ヲ再興シタル時ハ再興シタル家ノ氏復活ス(大正七年五月三十一日法務局長回答)

(4) 一家ヲ創立シタル場合ニ於テハ創立セラレタル家ノ氏ハ創立者任意ニ之ヲ定ム　(a)父母ノ知レサル子(七三三ノIII)　(b)母ノ家ニ入ルコトヲ得サル庶子又ハ私生子(七三五)　(c)離籍セラレタル家族(七四二)　(d)實家ニ復籍スルコトヲ得サル者(七四〇、七四二)　(e)絶家ノ家族(七六四)　(f)歸化シタル外國人(國籍法五ノ5)　(g)國籍法第四條ニ該當スル子等ハ何レモ自由ニ氏ヲ定ムルコトヲ得。故ニ父又ハ母ノ家ニ入ルコトヲ得スシテ一家ヲ創立スル私生子カ父又ハ母ノ家ノ氏ヲ稱スルコト實家ニ復籍スヘキ者カ復籍スルコトヲ得サルニ依リ一家ヲ創立スル場合ニ於テ廢絶シタル實家ノ氏又ハ婚家若クハ養家ノ氏ヲ稱スルコト自由ナリ。一家ノ創立ハ創立者ノ意思ニ關係ナキモノナルコト後ニ述フルカ如シ故ニ意思表示ニ非スト雖モ氏ノ選定ハ全ク創立者ノ意思ニ依リテ爲サレ屆出ニ依リテ確定スルモノナルヲ以テ意思表示ナルコト明ナリ從テ『一家創立者カ意思決定ノ能力ヲ有セサル場合ニ於テハ氏ハ如何ニシテ選定セラルヘキヤ』ノ問題ヲ生ス。法律ニ何等ノ規定ナキヲ以テ一ニ便宜ニ從ヒテ解釋スルノ外ナシ卽チ

(a) 庶子カ一家ヲ創立スヘキ場合ニ於テハ父之ヲ定メ私生子カ一家ヲ創立スヘキ場合ニ於テハ母之ヲ定ム。蓋シ父又ハ母ハ庶子又ハ私生子ノ出生屆ヲ爲ス義務ヲ有シ出生屆ニハ子ノ氏名ヲ記載セサルヘカラサレハナリ。

(b) 其他ノ場合ニ於テハ右ノ如キ規定ナク全ク止ムヲ得サルカ故ニ創立者ノ親族會之ヲ選定シ親族會選定スルコト能ハサル場合ニ於テハ戸籍法第七八條ヲ類推シ市町村長之ヲ定ムト解スルヲ穩當ト信ス。

(5) 棄兒ノ氏ハ市町村長之ヲ定ム(戸籍法七八)(註三)

## 二　名(Vornahme)

往古ニ於テハ人ハ名ノミヲ有セシナリ名ハ人ヲ表示スル爲メ特ニ定メラルルモノニシテ各人特有ノモノナル點ニ於テ氏ト異ル名ニ付テ特ニ問題トナルハ命名權者卽チ『各人ノ名ハ何人カ選定スル權利ヲ有スルモノナリヤ』ノ問題ナリ或ハ親權者(若クハ後見人)ナリトシ或ハ屆出義務者ナリトナシ或ハ慣例ニ依ル可シトナシテ議論岐ル是レ一ニ法律ニ命名ノコトニ關シ何等ノ規定ヲ有セサル結果ナリ。獨逸民法ニ於テハ法律ニ特段ノ定メナシト雖モ通說ハ命名權ハ親權中身分監護權ノ範圍內ニ屬シ敎育權ノ內容ヲ爲スモノナリト解ス。獨逸ノ通說ヲ正當トス蓋シ氏名ハ法律上人格ヲ表示スル公認ノ具ニシテ各人ハ其氏名ヲ專用シ他人ヲシテ之ヲ用ヒサラシムルノ權利ヲ有スルモノナル結果命名ハ一面氏名權附與ノ行爲ニシテ氏名權ノ附與ハ親ノ子ヲ保護スヘキ權利義務ノ範圍內ニ屬スルモノナルコトハ言ヲ俟タサル所ナレハナリ。

名ニ付キ注意スヘキ事項左ノ如シ。

(1) 名ハ一人一名タルコトヲ要ス(明治五年太政官布告第一四九號)蓋シ名ハ人ノ法律上ノ稱號ナルヲ以テ二以上アルコトヲ得ス但シ雅號、藝名等ヲ用フルコトヲ得ストノ意ニ非ス此等ハ法律上名タル性質ヲ有セサルノ意ナリ。

(2) 御歷代御諱竝ニ御名ノ文字ヲ熟字ノ儘名トシテ用フルコトヲ得ス(明治六年太政官布告第一一八號)

(3) 國名舊官名ヲ通稱ニ用フルコトヲ得ス(明治三年太政官布告)

## 三　氏名權(Namensrecht)

氏名權トハ自己ノ氏名ヲ專用スルノ權利ナリ卽チ權利者ハ其氏名ヲ用フルコトヲ得ルノミナラス他人カ權利ナクシテ自己ノ氏名ト同一ノ氏名ヲ用フルコトヲ禁止スルコトヲ得ルノ權利ヲ包含ス。他人ノ爲メニ氏名使用ノ權利ヲ爭ハレタルトキ若クハ他人カ同一ノ氏名ヲ使用シ因リテ利益ヲ侵害セラレタルトキハ權利者ハ其他人ニ對シ妨害ノ除去ヲ請求スルコトヲ得引續キ妨害ノ虞アル時ハ其禁止ニ付キ訴ヲ爲スコトヲ得ヘク(獨民一二)又氏名使用ニ付キ爭アル時ハ氏名權確認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(瑞西民二八ノII)ルハ勿論ナリ其侵害ニ依リ損害ヲ受ケタル者ハ損害賠償ノ請求權ヲ有ス(七〇九)氏名權ハ生命權、名譽權、自由權ト共ニ人格權ニ屬スト言フヲ學者ノ通說トス。

## 第四　家族制度

### 一　家長的家族制度

嚴正ノ意味ニ於ケル家族制度ハ所謂家長的家族制度(Patriarchalische Familie)ナリ家長的家族制度トハ家族ノ族長(Hausherr)カ絶大ノ權力ヲ以テ族人ヲ支配スル家ノ組織ヲ言フ。羅馬法ニ於テハ家卽チ Familia ノ長ハ其妻ニ對シテハ夫權(Manus)ヲ其子及孫ニ對シテハ家長(Pater Familias)トシテノ家長權(patria Potestas)ヲ有シ何レモ生殺與奪ノ權力ヲ有シタリシナリ　家(Familia)ハ經濟上及法律上獨立シタル總括的家卽チ一人ノ市民權ヲ有スル者ノ權力ノ下ニ支配セラレタル人及物ノ總稱ナリシナリ從テ家ハ親族團體タルト同時ニ獨立シタル經濟的及政治的團體ニシテ國家內ノ國家ノ性質ヲ有シ家長權ハ今日ニ於ケル戶主權ト親權及夫權ヲ併合シタル總括的且ツ無限ノ權力タリシナリ。

上代ノ獨逸ニ於テモ Sippe ノ長ノ權力ハ同樣ニ絶大ナリシナリ我國ニ於テモ太古ニ於テハ所謂氏族制度ニシテ戶集マリテ氏ヲ爲シ氏ハ部及奴ト稱スル半奴隸及奴隸ヲ包含シ戶ニハ家長(戶主)アリ氏ニハ氏ノ上アリ氏ノ上ハ其氏ノ專門ノ職業ヲ總括シ自己固有ノ權力ヲ以テ氏人ヲ直接ニ支配シ以テ一ノ親族的且ツ經濟上及政治上ノ獨立團體ナリシナリ。

### 二　個人的制度

家長的家族制度ノ時代ニ於テハ個人ハ物的視サレ人格ヲ有セス社會組織ノ單位及道德ノ標準ハ一ニ家族團體ナリシト雖モ歐洲ニ於テハ文化ノ進歩ト共ニ個人ハ自主獨立ニシテ各人皆人格ヲ有スルコトヲ認メラレ個人相集マリテ直接ニ社會國家ヲ形成シ個人ト國家トノ間ニ何等團體的組織單位ヲ認メサルニ至レリ。

茲ニ於テカ家族ハ經濟單位ヲ爲サス又元ヨリ權力團體タルコトナクシテ戶主權ナク親族關係ハ夫權及親權ニ依リテ規律セラルルナリ道德ノ中心亦一ニ人格ニ在リ。之ヲ個人的制度ト言フ。現今歐洲ノファミリーハ夫婦中心ニシテ夫婦ト其保護ノ下ニ在ル子女ヲ言ヒ家長無キコト先ニ一言セリ。家長的家族制度崩壞ノ理由ノ重ナルモノハ個人自由思想ノ發達(基督敎ノ傳播、文藝復興、宗敎革命、民約論等)國家權力ノ增大換言スレハ權力國家ノ勃興、生產關係ノ進展(產業革命、分業制度)等ナリ。

## 三　我國現今ノ家族制度

我國現今ノ家族制度ハ戸主權ト夫權及親權トノ併立スル組織ニシテ夫權及親權ハ家長權ヨリ分離獨立シテ各夫又ハ親ノ有スル所トナリ戸主權ハ單ニ家族ニ對スル監督的權利ニシテ個人對個人ノ性質ヲ有シ公法上ノ性質ヲ有スルコトナク元ヨリ家族ニ對スル支配的無限ノ權力ニ非ス故ニ家長的家族制度ニモ非ス又個人制度ニモ非ス其中間ニ位スルモノトナリト言ハサルヘカラス。

斯カル制度カ過渡的制度換言スレハ家長的家族制度ノ個人主義制度ヘノ推移ノ途上ニ在ル一變態ナルコトハ現今ノ世界思潮ヲ察シ現今ノ經濟關係カ如何ニ家族制度ニ不利ナル方向ニ存スルヤヲ考フレハ眞ニ明瞭ナル所ナルノミナラス而モ今日我國ノ家族的生活ノ實狀ハ殆ント夫權及親權ニ依リテ規律セラレ戸主權ノ實行ハ全ク形式一片ニ流レ終リテ彼ノ歐洲ノ個人的制度ト幾何ノ相違アルヤ疑ハシキ狀態ヲ一瞥スレハ思ヒ半ニ過クルモノアル可シ。念フニ人類社會ノ問題中最モ深所ニ横ハル困難ナル根本問題ハ自由ト秩序トノ調和ノ問題ナリ自由對秩序ノ問題ハ卽チ個人對社會(國家)ノ問題ニ還元セラルルモノニシテ革命ノ歴史ハ秩序(自由ノ束縛、權力)ニ對スル自由(個人自由)ノ抗爭ノ歴史ニ外ナラス戸主權制度存否ノ問題モ亦秩序對自由ノ問題ノ片影ニ過キス。近時良風美俗ノ論調大ニ興リ家族制度有終ノ美ヲ唱フル識者多シト雖モ好ク風潮ヲ察シ實情ヲ鑑ミルニ非レハ改正モ亦一片ノ形式ニ止マルナキヲ保セス世ノ識者ノ最モ眞面目ナル研究ヲ俟ツ所以ナリ。

〔註一〕　玆ニ注意ス可キハ本家ノ再興(七四三、七五三、七六二ノII)又ハ分家ノ再興(七三一、七四三)ト云フ場合ニ於テハ現ニ本家又ハ分家ノ存スルモノニ非サルコトハ勿論ニシテ廢絶シタル本家若クハ分家正確ニ言ヘハ廢絶以前ノ本家又ハ分家ノ意ニ解セサル可カラサルコト是ナリ。

〔註二〕　分家トハ新ニ本家ヨリ分離獨立シタル家ナリ故ニ本家ノ家族カ廢絶シタル分家ヲ再興シ(七三一、七四三)親族ノ家ヲ再興シ(七四三)分家ノ家族カ本家ヲ再興シタル場合(七四三)ノ如キニ於テハ新ニ本家分家ノ關係ヲ生スルモノニ非ス。

又分家ノ家族カ分家ヲ爲シタル場合ニ於テハ第一ノ分家ハ第二ノ分家ノ本家ニシテ第一ノ分家ニ對スル本家ハ第二ノ分家ニ對シ本家タルコトナシ。

〔註三〕　羅馬法ニ於テハ名稱ニ通常三アリ Nomen, Cognomen, Praenomen 是ナリ Nomen ハ Gens (ゲンズ)ノ稱號ニシテ Cognomen ハ Familia ノ、Praenomen ハ特ニ人ノ爲メニ定メラレタル名稱ナリゲンズハ同族ニ當リフアミリアハ家ニ相當スルヲ以テ三ツノ名稱ハ略ホ我

姓、氏、名ニ相當ス。

現今ノ歐洲ニ於テハ家ノ制度ナキヲ以テ嚴格ノ意味ニ於ケル我カ氏ニ相當スルモナシ所謂フアミリーノ有スルFamilienna'meハ略ホ氏ニ相當シ親子ノ關係ニ因リテ代代相稱フルナリ元ヨリ我國ノ如ク一家創立ノ制ナキヲ以ヲFamilienn.hmeハ撰定ノコトナシ即チ獨逸民法ニ於テハ

(a) 妻ハ夫ノ姓ヲ稱シ(一三五五)離婚シタル妻ハ夫ノ姓ヲ保有シ又自己ノ姓ヲ回復スルコトヲ得、離婚シタル妻カ離婚セル婚姻ノ締結前ニ結婚シタルコトアル場合ニ於テハ婚姻締結ノ際有セシ姓ヲ回復スルコトヲ得但シ離婚カ妻ノミニ責任アル場合ハ此限リニ非ス、離婚ニ付キ妻ノミニ責任アル場合ニ於テハ夫ハ妻ニ對シ其姓ヲ用フルコトヲ禁スルコトヲ得(一七五五)。

(b) 嫡出子ハ父ノ姓ヲ受ケ(一六一六)私生子ハ母ノ姓ヲ冒ス母カ婚姻ニ因リ他ノ姓ヲ有スル場合ニ於テハ私生子ハ母ノ婚姻前有セシ姓ヲ稱ス(一七〇六)。

養子ハ養親ノ姓ヲ稱ス婚姻ニ因リ他ノ姓ヲ稱スル妻カ養子ヲ爲シタルトキハ養子ハ婚姻前其妻ノ有セシ姓ヲ稱ス夫婦カ共同ニ養子ヲ爲シ夫婦ノ一方カ他方ノ子ヲ養子ト爲シタル時ハ養子ハ夫ノ姓ヲ稱ス、養子契約ニ別段ノ定メナキ時ハ養子ハ新ナル姓ト自己ノ舊姓トヲ連結スルコトヲ得(一七五八)離緣ノ場合ニ於テハ養子及離緣ノ效力ノ及フ養子ノ直系卑屬ハ養親ノ姓ヲ稱スル權利ヲ失フ(一七七二)。

(c) 棄兒(Find lki er)ノ姓ハ州法ニ從ヒ主務官廳之ヲ定ム(身分戸籍法二四ノII)

等ノ規定ヲ以ヲ其稱ス可キ姓ヲ決定ス。

## 第二節　家ノ新立

**第一**　一家新立ノ意義

家ノ新立トハ新ニ家ヲ立ツルコト(七六二)ヲ言フ。家ノ新立ニハ廣義ニ於ケル一家ノ創立ト廢絕家再興トアリ廣義ノ一家創立ハ更ニ之ヲ分家ト狹義ノ一家創立トニ分ツコトヲ得(註四)。

家ハ戸主權ノ存在ヲ基本トスルモノニシテ戸主權ナキ所家モ亦存スルコトナシト雖モ戸主權ト戸主權ノ主體タル戸主トハ法律上異ナル觀念ニシテ戸主タル人ノ更迭ニ拘ラス戸主權其モノハ依然トシテ存續シ從テ家モ亦消滅スルコトナシ。故ニ家督相續ニ依ル戸主ノ變更ハ家ノ新立ニ非サルコト勿論ナリ。

**第二**　分家

**一**　分家ノ意義　分家トハ或家ノ存續中其家ノ家族カ其家ヨリ分離シテ一家ヲ創立スル意思表示ナリ(七四三ノI)其意思ヲ必要トスルモノナル點ニ於テ狹義

ノ一家創立ト異リ、其主體カ家族ナルコトヲ要シ一旦消滅シタル家ヲ復活スルモノニ非サル點ニ就テ廢絶家再興ト異ル。分離シタル元ノ家ヲ稱シテ本家ト言フニ對シ分離シテ新ニ立テタル家其モノモ亦分家ト稱ス(七四三ノII)。

**二　分家ノ要件**　分家ヲ爲スニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス。

(1)　**或家**(卽チ本家)ノ存續中ナルコトヲ要ス　戶主廢家シテ他家ニ入リタルトキハ其家族モ亦其家ニ入ル可ク(七六三)絶家ノ家族ハ各一家ヲ創立ス可キモノニシテ(七六四ノI)分家ヲ爲スノ餘地ナシ。

(2)　家族タルコトヲ要ス　戶主ハ其戶主タル地位ヲ失ハサル以上其家ヲ分離スルコトヲ得サルハ當然ナリ。戶主カ隱居ヲ爲シタル時ハ家族トナルヲ以テ分家スルニ妨ケナシ。家族ノ中左ノ者ハ分家ヲ爲スコトヲ得ス。

**(イ)**　法定ノ推定家督相續人　法定ノ推定家督相續人ハ廢除セラレタル後ニ非サレハ(九七五)他家ニ入リ又ハ一家ヲ創立スルコトヲ得ス(七四四ノI)茲ニ一家ヲ創立ストハ廣義ニシテ分家ヲ含ム(註四參照)法定ノ推定家督相續人カ本條ニ違反シテ爲シタル分家ノ意思表示ハ當然無效ニシテ假令戶籍吏ノ受理アリル時ト雖何等ノ效力ヲ生スルコトナシ。

**(ロ)**　妻　夫婦ハ家ヲ同フスルコトヲ要シ(七八八)夫カ他家ニ入リ又ハ一家ヲ創立シタル時ハ妻ハ法律上當然之ニ隨ヒテ其家ニ入ル可キモノナレ共(七四五)妻カ他家ニ入リ又ハ一家ヲ創立スルモ夫カ之ニ隨ヒテ其家ニ入ル可キニ非サルヲ以テ妻ノ分家ハ夫婦家ヲ異ニスル結果ヲ生ス故ニ妻ノ分家ヲ許スコトヲ得ス。

**(ハ)**　女戶主ノ夫　戶主ハ男子タルト女子タルト妻タルト否トニ關セス其家ヲ去ルニ由ナシ故ニ若シ女戶主ノ夫ニ分家ヲ爲スコトヲ得セシムハ夫婦家ヲ異ニスルノ結果ヲ生スヘシ。

**(ニ)**　法定ノ推定家督相續人タル妻ノ夫　例ヘハ婿養子カ法定ノ推定家督相續人タル地位ニ在リ之カ廢除セラレタル結果家女タル妻カ法定ノ推定家督相續人トナリタル場合ノ如キニ於テハ妻ハ七四四條ニ依リ他家ニ入ルコトヲ得サル結果夫ノ分家ヲ認ムルニ於テハ夫婦家ヲ異ニスルニ至ル可キコト前二場合ト異ルコトナシ。

戸主カ婿養子ヲ爲シタル場合ニ於テ離婚ノミヲ爲シタル時ハ其妻タリシ家女ハ其後分家スルニ何等ノ妨ケアルコトナシ。

(3) 意思能力ヲ有スルコトヲ要ス　分家ハ意思表示ナルヲ以テ意思決定ノ能力ヲ有スルニ非サレハ分家ヲ爲スコトヲ得ス未成年者カ分家ヲ爲スニハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(七四三ノI但書)ルモ禁治産者及準禁治産者ハ後見人又ハ保佐人ノ同意ヲ得ルコトナク分家ヲ爲スコトヲ得。分家ハ分家者自ラ爲スコトヲ要シ未成年者、禁治産者ノ法定代理人ト雖此等ノ者ニ代リテ分家ヲ爲スコトヲ得ス又分家ハ分家者ノ任意ニ出ツルコトヲ要スルヲ以テ強制分家ナルモノ存セス從テ分家ヲ爲ス可キ旨契約シタリト雖モ斯ノ如キ契約ハ之ヲ強制スルコトヲ得サルヲ以テ此契約ニ基キ訴ヲ提起スルコトヲ得ス契約ハ當然無效ナリトスルヲ正當トス。

(4) 戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス　戸主ノ同意ハ之ヲ強制スルニ由ナク其同意ナキ分家ハ無效ナリ。

(5) 戸籍吏ニ屆出ルコトヲ要ス(戸一四五)　分家ハ要式行爲ニシテ戸籍吏ニ屆出ツルニ依リテ其效力ヲ生ストスルヲ正當トス通說ナリ。

**三　分家ノ效力**　分家ノ意思表示ハ屆出ノ受理ニ依リテ其效力ヲ生シ茲ニ新ナル家ハ設立セラレ分家シタル者ハ其家ノ戸主トナルニ至ル其他尙ホ左ノ如キ效果アリ。

(1) 分家ハ本家ノ氏ヲ稱ス

(2) 分家シタル者ノ妻ハ之ニ隨ヒテ分家ニ入ル(七四五)

(3) 分家者ハ戸主ノ同意ヲ得テ自己ノ直系卑屬ヲ分家ノ家族トナスコトヲ得(七四三ノII)(註五)但シ直系卑屬カ滿十五年以上ナルトキハ其同意ヲ得ルコトヲ要ス(七四三ノIII)

(イ) 分家ノ家族トナリ得ル者ハ直系卑屬ニ限ル故ニ直系卑屬ハ七三七條ノ規定ニ依レハ格別本條ニ依リ分家ノ家族トナルコトヲ得ス。又直系卑屬ハ孫ヲモ含ムコト當然ナリ。

(ロ) 分家ノ家族トナル可キ直系卑屬ニ妻アル時ハ其妻モ亦當然分家ノ家族トナル(七四五)死亡シタル直系卑屬ノ妻タリシ者ハ元ヨリ本條ノ效力ノ範圍外ナ

リトス。

(八) 分家者カ自己ノ直系卑屬ヲ分家ノ家族トナスヤ否ヤハ任意ニシテ何レヲ爲シ何レヲ爲ササルモ亦自由ナリ但シ祖父カ分家ヲ爲シ孫ヲ分家ノ家族ト爲サントスル場合ニ於テハ戸主ノ同意ノ外父タル子ノ同意ヲ必要トシ婿養子カ離婚ノミヲ爲シタル後妻タリシ家女カ分家ヲ爲シ婿養子トノ間ニ出生シタル子ヲ分家ノ家族ト爲サントスル時ハ戸主ノ同意ノ外婿養子タル父ノ同意ヲ必要トスルヲ正當トス尙ホ自己ノ直系卑屬ト雖モ(a) 本家ノ法定ノ推定家督相續人ナルトキ(b) 本家ノ他ノ家族ノ妻タルトキ(c) 本家ノ女戸主ノ夫タルトキ(d) 本家ノ法定ノ推定家督相續人ノ夫タルトキニ於テハ之ヲ分家ノ家族ト爲スコトヲ得ス(七四四、七八八參照)。

(二) 分家ノ家族ト爲スコトハ分家者ノ一方的意思表示ニシテ戸籍吏ニ屆出ツルニ依リテ其效力ヲ生シ其屆出ハ分家ノ屆出ト同時ニ且ツ分家屆書中ニ於テ爲スコトヲ要ス(戸四四ノ2)。

(ホ) 十五年以上ノ直系卑屬ト雖モ意思能力無キ時ハ其同意ヲ得ルノ必要ナシト解スルヲ正當トス。

(ヘ) 戸主ハ正當ノ理由アルニ非サレハ同意ヲ拒ムコトヲ得ストスルヲ正當トス。蓋シ直系卑屬カ本條ニ依リ分家ノ家族トナルヤ否ヤハ其家督相續權ニ關シ重大ナル影響存スルモノナレハナリ(九七二)(註五參照)

## 第三　一家創立

### 一　一家創立ノ意義

一家創立トハ狹義ノ一家創立ナリ一家創立トハ當事者ノ意思ニ基クコトナク法律ノ規定ニ依リ當然一家カ設立セラルル場合ヲ言フ其意思ニ基ク行爲ニ非サル點ニ於テ分家ト異リ意思ニ基カス且ツ一旦消滅シタル家ヲ復活セシムルモノニ非サル點ニ於テ廢絕家再興ト異ル。

### 二　一家ヲ創立スル場合

一家創立ハ左ノ場合ニ限ル。

(1) 子ノ父母カ共ニ知レサルトキ(七三三ノ1、II)　子カ日本人ナルトキハ父又ハ母ノ家ニ入ルヲ原則トシ(七三三ノ III)父母共ニ知レサルトキハ一家ヲ創立ス蓋シ家ニ屬セサル日本人アルコトナケレハナリ而シテ子カ日本人ナリヤ否ヤハ國籍法ニ依リテ定マリ日本ニ於テ生レタル子ノ父母知レサルトキハ日本人トス(國

籍法四)

所謂棄兒(Findelkind)ハ多クノ場合父母共ニ知レサルモノニシテ棄兒ヲ發見シタルトキハ戸籍法第七八條ノ規定ニ從ヒ手續ヲ爲スコトヲ要ス父又ハ母カ棄兒ヲ引取ルトキハ一ケ月以内ニ出生屆ヲ爲シ且ツ戸籍ノ訂正ヲ申請スルコトヲ要ス(戸七九)從テ茲ニ棄兒ハ一家ヲ創立セサリシコトトナリ出生ノ初メヨリ父又ハ母ノ家ニ屬シタルコトトナルニ至ル。

(2) 庶子又ハ私生子カ母ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキ(七三五ノIII)

(イ) 庶子ハ父ノ家ニ入ルヲ本則トスレ共(七三五ノI、II參照)父カ家族ナルトキハ同意ナキニ非サレハ其家ニ入ルコトヲ得ス(七三五ノI)庶子カ父ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ母ノ家ニ入ルモ(七三五ノII)母モ亦家族ナルトキハ戸主ノ同意アルニ非サレハ其家ニ入ルコトヲ得ス(七三五ノI)故ニ庶子カ母ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ一家ヲ創立ス。

(ロ) 父ノ認知ナキ私生子ハ母ノ家ニ入ルモノナルモ(七三五ノI)母カ家族ナルトキハ戸主ノ同意ヲ要シ戸主ノ同意ナキトキハ一家ヲ創立スルノ外ナシ。

(3) 實家ニ復籍ス可キ者カ實家ノ廢絶ニ因リ復籍スルコト能ハサルトキ(七四〇)婚姻又ハ養子縁組ニ依リテ他家ニ入リタル者ハ離婚又ハ離縁ニ依リ實家ニ復籍スルモノナルモ(七三九)其以前ニ實家カ廢絶シタルトキハ復籍ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ一家ヲ創立スルノ外ナシ婚姻又ハ縁組ノ取消ノ場合ニ於テモ同樣ナリ但實家ヲ再興スルコトヲ妨ケサルヲ以テ(七四〇但書)實家ヲ再興シタル場合ハ一家創立ヲ爲ス可キニ非ス『廢絶シタルニ因リ』ノ意義及實家再興トノ關係ニ付テハ後述第四ノ(4)ヲ參照ス可シ(註六)

(4) 家族カ離籍セラレタルトキ(七四二)　離籍セラレタル家族ハ一家ヲ創立ス卽チ家族カ戸主ノ意ニ反シテ居所ヲ定メ又ハ戸主ノ同意ヲ得ルコトナクシテ婚姻妻ヲ娶リタル場合)又ハ養子縁組(養子ヲ爲シタル場合)ヲ爲シタルニ因リ離籍セラレタルトキハ(七四九ノIII、七五〇ノII、七四四ノII)一家ヲ創立スルノ外ナシ。妻ハ離籍セラレタル夫ニ隨ヒテ其家ニ入リ(七四五)家族カ養子ヲ爲シタルニ依リ離籍セラレタルトキハ養子ハ養親ニ隨ヒテ其家ニ入ル(七五〇ノIII)。

(5) 他家ニ入リタル後復籍ヲ拒マレタル者カ離婚又ハ離縁ニ依リ其家ヲ去リタ

ルトキ(七四二)　戸主ノ同意ナクシテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シ他家ニ入リタルニ依リ復籍ヲ拒マレタル者(七五〇ノII、七四一ノII)ハ離婚若クハ離縁又ハ婚姻、養子縁組ノ取消ニ依リ其家ヲ去リタルトキハ一家ヲ創立ス(註七)。

(6)　絶家ノ家族　絶家ノ家族ハ各一家ヲ創立ス但シ子ハ父ニ隨ヒ又父カ知レサルトキ他家ニ在ルトキ若クハ死亡シタルトキハ母ニ隨ヒテ其家ニ入リ妻ハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入ル(七六四ノI、II)。

(7)　日本ニ於テ生レタル子ニシテ父母知レタレ共何レノ國籍ヲモ有セサルトキ(國籍法四)

(8)　外國人カ歸化シタルトキ(國籍法五)

(9)　日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ日本ノ國籍ヲ回復シタルトキ

(10)　家族カ爵位ヲ授ケラレタルトキ(明治三十八年法律第六二條)　此場合ニ於テハ分家ニ關スル規定ヲ準用ス其他皇室親族令(三三條)皇室身分令(二六條)明治四十三年法律三〇號一條)等ニ於テ一家創立ノ場合ヲ定メタリ。

『廢家ヲ爲シタル者カ他家ニ入ルコト能ハサル場合ニ於テ一家ヲ創立スルヤ』否ヤニ付テハ廢家ノ項ヲ參照ス可シ

## 三　一家創立ノ效力

一家創立ハ一家創立ノ要件完備シタルトキ直チニ其效力ヲ生ス卽チ(a)(1)(2)及(7)ノ場合ニ於テハ子ノ出生シタルトキ(b)(3)及(5)ノ場合ニ於テハ婚家又ハ養家ヲ去リタルトキ(c)(4)ノ場合ニ於テハ離籍セラレタルトキ(d)(6)ノ場合ハ絶家シタルトキ(e)(8)ノ場合ハ歸化シタルトキ(f)(9)ノ場合ハ國籍ヲ回復シタルトキ(g)(10)ノ場合ニ於テハ授爵シタルトキ何レモ一家創立ノ效力ヲ生ス。斯ノ如ク一家創立ハ法律ノ規定ニ依リ當然成立スルモノナルヲ以テ固ヨリ屆出ニ依リ初メテ效力ヲ生スルカ如キモノニ非ス只(3)乃至(5)ノ場合ニ於テハ戸籍法一四二條ノ規定ニ依リ(10)ノ場合ニ於テハ之ニ關スル法律第二條ニ依リ戸籍法上ノ義務トシテ戸籍吏ニ之ヲ屆出ルコトヲ要スト定メタリ尙ホ(2)及(7)ノ場合ニ於テハ出生屆ニ一家創立ノ旨ヲ記載スルヲ通常トス。

一家創立ノ效果左ノ如シ。

(イ)　一家創立者ハ戸主トナリ、創立者ニ隨ヒ其家ニ入ル可キ者ハ新立家ノ家族

トナル。

(ロ) 創立者及其家族ハ新ナル氏ヲ稱ス其氏ハ創立者任意ニ之ヲ定ムルコトヲ得但シ(a) 棄兒ノ氏ハ市町村長之ヲ命シ(戸七八)(b) 授爵ニ依ル一家創立者ハ本家ノ氏ヲ稱ス蓋シ分家ニ關スル規定ヲ準用セラルル結果ナリ。

## 第四　廢絶家ノ再興

### 一　廢絶家再興ノ意義

廢絶家再興トハ廢家又ハ絶家ニ依リ一旦消滅シタル家ヲ復活スル意思表示ナリ卽チ家ノ再立ヲ目的トスル行爲ナリ其分家又ハ一家創立ト異ナル點ニ付テハ先ニ述ヘタリ。

### 二　廢絶家ヲ再興シ得ル場合

廢絶家ノ再興ハ左ノ場合ニ限ル。

(1) 家族カ戸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場合(七四三)。

(イ) 家族ト雖モ(a) 法定ノ推定家督相續人(註八)(b) 妻(c) 女戸主ノ夫(d) 法定ノ推定家督相續人タル妻ノ夫ハ廢絶家ヲ再興スルコトヲ得ス。

(ロ) 再興シ得ヘキ家ハ本家分家同家及親族ノ家ニ限ル卽チ(a) 本家ヲ再興シ得ヘキ者ハ分家ノ家族(b) 分家ヲ再興シ得ヘキ者ハ本家ノ家族(c) 同家ヲ再興シ得ヘキ者ハ他ノ同家ノ家族ナルコト言フヲ俟タス而シテ何レモ親族ノ家タルコトヲ必要トセス。次ニ(d) 茲ニ親族ノ家トハ本家分家同家ノ關係ナキ自己ノ親族ノ屬シタリシ家ヲ言フ例ヘハ廢絶シタル妻ノ父ノ家絶家シタル兄弟姉妹ノ養家若クハ婚家等ノ如シ茲ニ疑ハシキハ『直系卑屬ヲ殘シテ離婚又ハ離緣トナリタル者カ其婚家又ハ養家タリシ廢絶家ヲ再興シ得ルヤ』ノ問題ナリ法律ニ何等ノ制限ナキヲ以テ他ノ條件ニシテ具備スル以上再興スルコトヲ得ト言ハサル可カラス。

(八) 戸主ノ同意アルコトヲ要ス。

(二) 再興者ハ意思能力ヲ有シ且ツ自ラ再興スルコトヲ要ス未成年者ハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス。此等ノ點ニ付キテハ分家ノ要件ヲ參照ス可シ。

(2) 新ニ家ヲ立テタル者カ廢家シテ廢絶家ヲ再興スル場合　民法第七六二條第一項ハ新ニ家ヲ立テタル者ハ廢家シテ他家ニ入ルコトヲノミ許シタリト雖同條第二項ニ依レハ家督相續ニ因リテ戸主トナリタル者ト雖モ本家再興ノ爲メニハ廢家スルコトヲ許シタルヲ以テ新ニ家ヲ立テタル者ニ付テハ一層ノ理由ニ依リ其立テタル家ヲ廢シテ廢絶家ヲ再興スルコトヲ得ト言ハサル可カラス。

(イ) 再興シ得ヘキ家ニ付テハ何等ノ明文ナシト雖モ本家分家、同家其他親族ノ家ニ限ルト解セサルヘカラス通說ナリ。

(ロ) 再興者ハ意思能力ヲ有シ且ツ自ラ再興スルコトヲ要ス法定代理人ノ代理ヲ許サス未成年者ニ付テハ何等明文ナシト雖モ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セストスルヲ穩當トス蓋シ未成年者カ廢家ヲ爲スニ付キ何等ノ同意ヲ必要トセサレハナリ(廢家ノ項參照)。

(ハ) 新ニ家ヲ立テタル者トハ分家者、一家創立者、廢絶家再興者ヲ言フ廢絶家再興者ニ付テハ議論アリ後述廢家ノ項ヲ參照ス可シ。

(3) 家督相續ニ因リ戸主トナリタル者カ廢家ヲ爲シ廢絶家ヲ再興スル場合(七六二ノH)。

(イ) 家督相續ニ依リ戸主トナリタル者ハ廢家スルコトヲ得サルヲ原則トシ裁判所ノ許可アル場合ニ於テノミ其家ヲ廢スルコトヲ得。

(ロ) 廢絶家再興ノ理由ニ依リ適法ニ廢家シ得タル時ハ廢絶家ヲ再興スルコトヲ得ルヤ勿論ナリ但シ通常ハ本家再興ノ場合ニ限ラルルナル可シ。

(ハ) 再興者ハ意思能力ヲ有シ且ツ自ラ再興スルコトヲ要ス法定代理人ノ代理ヲ許サス未成年者ニ付テハ前(2)ニ述ヘタルト同樣ナリ。

(4) 復籍スヘキ者カ實家ノ廢絶ニ依リ復籍スルコト能ハサルニ依リ之ヲ再興スル場合(七四〇)。　婚姻又ハ養子緣組ニ依リテ他家ニ入リタル者カ離婚若クハ離緣又ハ婚姻若クハ緣組ノ取消アリタルトキハ實家ニ復籍スヘク實家カ廢絶シタルニ依リ復籍スルコト能ハサルトキハ原則トシテ一家ヲ創立スルモ實家ヲ再興スルコトヲ妨ケス(七四〇但書)。

(イ) 再興シ得ヘキ家ハ實家ニ限ル實家ノ意義ニ付テハ先ニ之ヲ述ヘタリ尙ホ註六ヲ參照スヘシ

(ロ) 實家ノ廢絶ニ因リ復籍スルコト能ハサル場合ニ限ル故ニ復籍シ得ヘキ實家中生家又ハ婚家若クハ養家中ノ一カ廢絶シ他ハ存續中ナルニ於テハ當然其家ニ復籍スヘク廢絶ノ實家ヲ再興シ得ヘキ限リニ非ス。茲ニ問題トナルハ第七四〇條ト第七四二條トノ兩條ニ該當スル場合換言スレハ『實家ノ一ハ廢絶シ他ノ實家ノ戸主カ復籍ヲ拒ミタル場合ニ於テ復籍スヘキ者ハ廢絶シタル實家ヲ再興スルコトヲ得ルヤ』ノ問題ナリ積極ニ解スルヲ穩當トス蓋シ此場合ニハ廢絶家シタル實家カ存續中ナリセハ復籍シ得ヘキモノナリシコト從テ廢絶シタルニ因リ復籍スルコト能ハサル場合ノ一ニ外ナラサレハナリ。之ニ反シテ『實家ノ戸主カ復籍ヲ拒絶シタル後廢絶シタル場合若クハ實家ノ戸主カ何レモ復籍ヲ拒絶シ其中一ノ實家カ後廢絶シタル場合』ニ於テハ廢絶シタル實家ヲ再興スルコトヲ得ス蓋シ此等ノ場合ニ於テハ實家存續中ト雖モ復籍スルコト能ハサルモノナルヲ以テ法文ニ所謂『廢絶シタルニ因リ』復籍スルコト能ハサルニ非サレハナリ。

(八) 實家カ廢絶シタルニ因リ復籍スルコト能ハサル場合ト雖モ一家創立ヲ原則トスルカ故ニ實家ヲ再興セントスルトキハ婚家又ハ養家ヲ去ルト同時即チ離婚屆離緣屆又ハ離婚若クハ離緣ノ判決及婚姻若クハ緣組取消ノ判決ノ確定ト同時ニ實家再興ノ意思表示即チ屆出ヲ爲スコトヲ要ス然ラサレハ去家ト同時ニ一家創立ノ結果ヲ生シ實家再興ノ餘地ナキニ至ル蓋シ一家創立ハ要件具備スルトキハ法律上當然成立スルモノナレハナリ。

(二) 再興者ハ意思能力アルコトヲ要シ且ツ自ラ再興スルコトヲ要ス法定代理人ノ代理ヲ許サス末成年者ト雖モ獨立ニ再興スルコトヲ得。

(5) 自ラ廢シタル家ヲ再興スル場合　自己ノ家ヲ再興センカ爲メノ廢家ナルモノ存スルコトナシト雖例之(a) 單身ノ女戸主カ其家ヲ廢シ婚姻ニ因リテ他家ニ入リ後離婚若ハ婚姻ノ取消アリタル場合(b) 棄兒カ一家ヲ創立シタル後適法ニ其家ヲ廢シテ他家ニ養子トナリ後離緣トナリタル場合(c) 單身戸主タル孤兒カ病弱ニシテ自ラ支フルコト能ハサルニ依リ裁判所ノ許可ヲ得テ廢家シ他家ニ養子トナリ後離緣トナリタル場合ノ如キニ於テハ此等ノ者ハ先ニ自ラ廢シタル家ヲ再興スルコトヲ得ルヤノ問題アリ嚴格ニ解スルニ於テハ實家ノ廢絶ニ因リ

復籍スルコト能ハサル場合ニ非ストノ疑ナキニ非サレ共此等ノ場合モ亦七四〇條ノ場合ノ一ナリト解シ自ラ廢シタル家ヲ再興スルコトヲ得トスルヲ相當トス

**三　廢絶家再興ノ屆出**

廢絶家再興ノ個々ノ場合ノ要件ニ付テハ前ニ述ヘタリ尙ホ一般的要件トシテ再興ノ意思表示ハ之ヲ戸籍吏ニ屆出ツルコトヲ要シ屆出アルニ非サレハ廢絶家再興ノ效力ヲ生スルコトナシトスルヲ正當トス即チ一ノ要式行爲ナリ。屆出ニ付テハ戸籍法第一四六條ヲ參照ス可シ。

**四　廢絶家再興ノ效力**

再興ノ效力ハ屆出ノ受理ニ依リテ生ス其效果左ノ如シ。

(1)　廢絶シタル家ハ復活ス即チ全ク新ナル家カ設立セラルルニ非ス再立セラレタル家ハ廢絶前ノ家ト同一ナリ。從テ

(イ)　廢絶シタル家ノ氏ヲ稱ス。

(ロ)　廢絶シタル家ト本家、分家、同家ノ關係ニ在リタル家ハ再立シタル家ニ對シ同一ノ關係ニ立ツ。

(ハ)　廢絶シタル家ヲ實家トセシ者ニ對シテハ實家タルノ資格ヲ復活シ其者ハ再立ノ家ニ復籍ス但シ『廢絶シタル實家ノ戸主カ先ニ復籍ヲ拒絶シ居タリシトキ』ハ此限リニ非ストスルヲ正當トス。

(2)　再興者ハ再興シタル家ノ戸主トナル當然ノコトナリ但シ廢絶家再興ハ家督相續ニ非ルカ故ニ前戸主ノ有セシ一切ノ權利義務ヲ承繼スルコトナク之ヨリ絶家ノ財産ハ再興者ニ歸屬スルコトナシ(一〇五九)。

(イ)　再興者ノ妻ハ夫ニ隨ヒテ此家ニ入ル(七四五)。

(ロ)　戸主カ適法ニ廢家シテ再興ヲナシタルトキハ其家族モ亦再興シタル家ニ入ル(七六三參照)。

(ハ)　但シ前ニ廢絶シタル家ノ家族ニシテ廢絶ニ因リ他家ニ入リ又ハ一家ヲ創立シタル者(七六四ノI、II、七六三)ハ再興ノ家ノ家族トナルコトナシ。

(ニ)　再興者及其家族ハ廢絶シタル前戸主若クハ其家族タリシ者ト再興ニ因リ親族關係ヲ生スルコトナシ。

## 第三節　家ノ消滅

家ハ或ハ戸主ノ意思ニ依リ或ハ法律ノ規定ニ依リ當然消滅ス前者ハ所謂廢家ニシテ後者ハ絶家ナリ。

### 第一　廢家

**一　廢家ノ意義**　廢家トハ戸主カ其家ヲ消滅セシムル意思表示ヲ言フ。家族制度ノ下ニ於テハ家ハ親族關係ノ中心ナルノミナラス國家社會組織ノ單位ナルヲ以テ妄リニ之ヲ廢スルコトヲ許ス可キニ非ス民法施行前ニ於テハ行政廳ノ許可アル場合ニ於テノミ之ヲ認メタリ民法ハ廢家ノ場合ヲ二ニ分チ各條件ヲ定メテ之ヲ許シタリ。

**二　廢家ヲ爲シ得ヘキ者**

(1)　新ニ家ヲ立テタル者(七六二ノI)　新ニ家ヲ立テタル者トハ分家者一家創立者及廢絶家再興者ヲ言フ廢絶家再興者カ新ニ家ヲ立テタル者ナリヤ否ヤ從テ任意ニ其家ヲ廢スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ爭アリト雖之ヲ積極ニ解スルヲ可トス蓋シ(a)　民法ニ特ニ廢絶家再興者ノ廢家ヲ禁スル旨ノ規定ナク(b)　第七六二條第一項ニ所謂新ニ家ヲ立テタル者トハ同條第二項ニ所謂家督相續ニ因リ戸主トナリタル者ニ對立スヘキ者ニシテ相續以外ノ原因ニ依リ戸主トナリタル凡テノ場合ヲ包含スト解スルヲ穩當トスルノミナラス(c)　若シ廢絶家再興者ヲ之ニ包含セサルニ於テハ相續ニ因リ戸主トナリタル者ハ裁判所ノ許可ヲ得テ廢家スルコトヲ得ルニ反シ廢絶家再興者ハ絶對ニ廢家スルコトヲ得サルニ至リ甚シク不都合ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ。

新ニ家ヲ立テタル者(七六二ノII)　家督相續ニ因リ戸主トナリタル者ハ任意ニ家ヲ廢スルコトヲ得。

(2)　家督相續ニ因リ戸主トナリタル者(七六二ノII)　家督相續ニ因リ戸主トナリタル者ハ新ニ家ヲ立テタル者ト異リ廢家スルコトヲ得サルヲ原則トシ正當ノ事由アル場合ニ於テ裁判所ノ許可アリタル時ニ於テノミ廢家スルコトヲ得。

(イ)　裁判所ハ左ノ場合ニ於テハ許可ヲ爲スコトヲ要ス。

(A)　本家ノ相續又ハ再興ノ場合　家督相續ニ因リ分家ノ戸主トナリタル者モ本家ヲ相續シ又ハ再興スル場合ニ於テハ正當ノ事由アルモノトシテ許

可ヲ爲ササルヘカラス。本家ハ分家ヨリ重シトノ理由ニ出ツ。

(B) 其他正當ノ事由アルトキ　正當ノ事由アリヤ否ヤハ廢家スヘキ戸主ノ特別ノ事情及社會觀念ヲ標準トシ裁判所ノ判斷スヘキ所ナリ。例之(a) 女戸主カ婚姻ニ因リ他家ニ入ラントスルトキ(b) 戸主カ貧困ニシテ家ヲ支フルコトヲ得ス他家ニ養子トナルトキ等ノ如キハ正當ノ事由アルモノトスルヲ正當トス。

(ロ) 許可ヲ爲ス可キ裁判所ハ廢家セントスル戸主ノ住所地ノ區裁判所ナリ(非訟法九一)裁判所ノ許可ナキ廢家ハ假令戸籍吏ノ受理アリタル場合ト雖モ無效ナリ。

三　廢家ノ要件　右ニ述ヘタル外廢家ヲ爲スニハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス。

(1) 廢家ヲ爲シタル者ハ同時ニ他家ニ入ルコトヲ要ス　廢家者ハ他家ニ入ルニ非スシテ廢家ヲ爲スコトヲ得ス第七六二條第二項ニ『正當ノ事由』トハ他家ニ入ルヘキ正當ノ事由ヲ言フモノニシテ他家ニ入ルニ非サルトキハ如何ナル事由アリトモ廢家ヲ爲スコトヲ得ス。七六二條第一項ニ『家ヲ廢シテ他家ニ入ル』トアルハ全ク此意ニ外ナラス。

(イ) 他家ニ入ルヘキ行爲カ要件ヲ具備セサルニ依リ無效ナルトキハ廢家ノ行爲モ亦無效トス從テ廢家シテ別ニ一家ヲ創立スルコトヲ得ス。

(ロ) 他家ニ入ルトハ廣ク本家ノ相續又ハ再興、婚姻、養子縁組其他他家ノ相續廢絶家再興親族入籍(七三七)引取入籍(七三八)等ノ場合ヲ包含ス但家督相續ニ因リ戸主トナリタル者ノ廢家ニ付テハ制限アルコト先述ノ如シ。

(2) 廢家ノ意思アルコトヲ要ス　廢家ハ意思表示ナルヲ以テ意思能力アルコトヲ要シ且ツ自ラ意思ヲ表示スルコトヲ要ス法定代理人ノ代理ヲ許サス未成年者ト雖モ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(註九)但シ他家ニ入ル行爲ハ廢家ノ行爲トハ本來別個ノ行爲ナルヲ以テ各行爲ニ付要件ヲ具備スルコトヲ要スルヲ以テ同意ヲ必要トスル場合アルコト勿論ナリ。

棄兒カ廢家ヲ爲スニハ意思能力ヲ必要トセサルモノトシテ實際上取扱ハルルカ如シ。

(3) 廢家ノ意思表示ハ之ヲ戸籍吏ニ屆出ルコトヲ要ス　從テ廢家ハ要式ノ行爲ナリ屆出ニ付テハ戸籍法第一四三條ヲ參照ス可シ。

**四　廢家ノ效力**

廢家ハ屆出ノ受理ニ依リテ其效力ヲ生ス但シ廢家ハ他家ニ入ルコトヲ條件トスルカ故ニ廢家ノ屆出ト他家ニ入ル行爲ノ屆出トハ同時ニ爲スコトヲ要シ同時ニ之ヲ爲スコト能ハサル時ハ他家ニ入ルヘキ行爲ノ受理アリタルトキ廢家モ亦效力ヲ生ストスルヲ正當トス。然ラサレハ廢家ノ屆出ト他家入籍トノ間ハ無籍者トナルヘシ。廢家ノ效果左ノ如シ。

(1) 廢家ニ依リ其家ハ消滅ス

(2) 戸主カ適法ニ廢家シテ他家ニ入リタルトキハ其家族モ亦其家ニ入ル(七六三)此場合廢家者ノ他家入籍ハ假令七三七條又ハ七三八條ノ規定ニ依ル場合ナリト雖モ家族ノ入籍ハ法律上當然ノ結果ナルコトヲ知ラサルヘカラス。

## 第二　絶家

### 一　絶家ノ意義

絶家トハ戸主ヲ失ヒタル家ニ家督相續人ナキコト確定シタルニ因リ法律ノ規定ニ依リテ其家ノ消滅スルコトヲ言フ(七六四)。戸主タル人ナキ家ニ關スルコト及ヒ戸主ノ意思ニ基クコトナキ點ニ於テ廢家ト異ル。

### 二　絶家ノ要件

絶家ノ要件トシテハ戸主タル人ナキニ至リ家督相續人ナキコトノ確定シタルコト是ナリ家督相續人ナキコトノ確定トハ相續法ノ規定ニ依リ選定家督相續人モナキニ至リタル事實ヲ言フ即チ一〇五九條ノ規定ニ依リ一〇五八條ノ公告期間內ニ家督相續人タル權利ヲ主張スル者ナキ場合ナリ。此場合相續財產ハ國庫ニ歸屬スルヲ以テ相續財產ノ國庫歸屬ト絶家トハ同時ニ生スルナリ。民法第七六四條ニ『家督相續人ナキ爲メ』トハ全ク右ノ意ニ外ナラス從テ相續開始シテ單ニ家督相續人カ不明ナルニ過キサル場合ハ未タ絶家トナルコトナシ。

### 三　絶家ノ效力

絶家ノ效力ハ家督相續人ナキコト確定シタルト同時ニ生シ此時ヨリ其家ハ消滅ス。絶家ノ效力ハ相續開始ノ時ニ遡ルモノニ非ス。

**絶家シタル家ノ家族ハ絶家ノ時ニ於テ各一家ヲ創立ス但子ハ父ニ隨ヒ又父カ知レサルトキ他家ニ在ルトキ若クハ死亡シタルトキハ母ニ隨ヒテ其家ニ入リ妻ハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入ルヘキコトハ先ニ述ヘタリ(七六四)。**

〔註四〕學者ハ通常家ノ興亡ニ關シテ家ノ設立ト廢絶家ノ再興トヲ區別シ家ノ設立ヲ更ニ分家ト一家創立トニ分ツ。理論上ニ於テハ何等非難ノ餘地ナカル可シト雖モ現行民法ノ解釋上ニ於テハ本文ノ如クスルヲ便利トス。蓋シ(a)民法七六二條ニ所謂『新ニ家ヲ立テタル者』ノ中ニハ一家創立者及分家者ノ外廢絶家再興者ヲ包含セシムルヲ正當ナリトスルコト後ニ述フル如クナルヲ以テ法律カ此等ヲ一括シタル用語トシテ新ニ家ヲ立テタル者ト言ヒ以テ家督相續ニ因リ戸主トナリタル者ニ對立セシメタル以上之ヲ分類ノ標準トスルハ立法ノ趣旨ニ叶フ可シ又(b)分家ト所謂一家創立トヲ包含シテ廣義ノ一家創立トナシタルハ理由アリ。民法ハ分家七四三ノI、II)ト一家創立(七三三ノIII、七三五ノII、七四〇、七四二、七六四)トハ之ヲ區別シテ異ナル觀念ナリトシタルハ兩者ノ性質上誠ニ正當ナリト雖モ飜ツテ民法七四四條七四五條ノ規定ヲ見ルニ右二條カ何レモ分家ヲ其規定中ニ包含スルモノナルコトハ今日學者及判例ノ疑ハサル所ナリ而シテ分家ヲ以テ右ノ法條ニ所謂『他家ニ入ル』ノ一種ナリトハ如何ニスルモ解スルコトヲ得サル所ニシテ右條文中ニ所謂『一家ノ創立』ノ中ニ包含スルモノト解釋スルノ外ナシ依テ民法ニ所謂一家ノ創立ハ二義ヲ有シ分家ト對立スヘキ狹義ノ一家創立ノ意義ト兩者ヲ包含シタル廣義ノ一家創立トノ意義トアリト言ハサルヘカラサレハナリ。

〔註五〕七四三條第二項ト七三三條及ヒ七三七條トノ關係

(a)七三三條ニ依レハ子ハ父又ハ母ノ家ニ入ルモノナルカ故ニ七四三條第二項ノ規定ハ全ク不必要ノ觀ナキニ非ス然レ共本來七三三條ノ規定ハ子カ出生シタル場合ニ其所屬スヘキ家ヲ定メタルモノナルヲ以テ父又ハ母カ分家ヲ爲ス場合ニ子カ同條ニ依リ分家ニ入ルノ結果ヲ生スルコトナシ故ニ父又ハ母ハ分家シタル後ニ於テ七四三條第二項ナキトキハ七三七條ノ規定ニ依リ其子ヲ入籍セシムルノ外ナキナリ。

(b)然ルニ七三七條ノ規定ニ依リ入籍シタル者ハ家督相續權ニツキ同條ニ依ラスシテ其家ノ家族トナリタル直系卑屬ト重大ナル差異アリ(九七二)例ヘハ父カ分家シタル後七三七條ニ依リ長男ヲ入籍セシメタル後次男出生シタル場合ノ如キニ於テハ九七二條ノ規定ノ結果次男カ家督相續人トナルノ結果ヲ生ス可シ此不都合ヲ除カン爲メニ明治三十五年法律第三十七號ヲ以テ七四三條第二項及第三項ヲ追加シタルモノナリ。

〔註六〕婚姻又ハ養子緣組ニ依リ他家ニ入リタル者カ更ニ婚姻又ハ養子緣組ニ依リ他家ニ入リタル時ニ於テ離婚離緣又ハ婚姻若クハ緣組ノ取消アリタルトキハ生家ノミナラス第一ノ婚家若クハ養家ニモ亦復籍スルコトヲ得(七四一條反對解釋)從テ七