



* 0014844000 *

0014844-000

324.6-Ko532m-(th)

身分法概論

小池隆一・著

金文堂書店

改訂増補

1943

ACE

法律資料

慶應義塾大學教授
法學博士

小池隆一著

改訂
增補
身分法概論

東京・三田金文堂發行

324.6 (No. 532 m (4h))

改訂版序

昭和拾七年法律第七號民法中改正法律の公布によつて、本書の改訂を爲す必要を生じたのであつたが、公務多忙の爲め今日に至る迄、その機を得なかつた。

幸に此處に少閑を得たるを以て、本書の改訂を試みる事が出来た。

今回の改訂の要點は、前記改正法律に基く説述を爲したる外、若干の箇所の説明を補正し且印刷の誤謬を改めたることにある。

昭和十八年八月

著者



279875

増訂版序

身分法と戸籍法及び寄留法との関係は極めて密接である。然るに本書の初版を刊行するに際し種々なる事情から、戸籍法及び寄留法の解説を省略せざるを得なかつた。この點は甚だ遺憾であつたが、幸に若干の餘暇を得たる爲め、今回之に關する説明を追加することゝした。尤も紙幅の關係もあるので頗る簡略なる論述に止めて置いた。本書の此部分の解説に當つては關宏二郎氏の「戸籍制度」、中川善之助氏「戸籍法及び寄留法」(新法學全集)及び根本松男氏「戸籍法」に負ふところが多かつた。

尙ほ今回の増補に際して從來の誤謬を能ふ限り訂正した。又本文の所説にも若干の補正を爲した。

昭和十七年一月

序

民法は之を財産法と身分法とに分つことが出来る。身分法とは、身分關係及び身分を前提とした財産關係を規定する一群の法規を指すのであつて、親族法及び相續法は之に屬する。身分法と財産法とは、各々別箇の原理によつて支配せらるべきものであることは、有力なる學者の主張するところである。

筆者は既に財産法に付いて、財産法概説なる書物に於て、筆者独自の體系を示して置いたのであるが、身分法に付いても同様の試みを爲したい念願であつた。本書はこの念願を果す爲めに出版せられたものである。固より本書の構成は完全なるものではなく、尙ほ研究を要すべき點も多しであらう。しかし本書の試みが、多少とも學界に寄與するところがあれば幸甚の至りである。

我國は家族制度の國である。故に身分法の領域に於ては特に其の趣旨が現はれて居らなければならぬ。しかし従來の著書に於ては此點に關する取扱ひが不充分の様に思はれる。筆者は本書

に於て、家族制度的立場に立つて全般の解説を爲した。

本書は他面に於て一般世人に身分法の概要を比較的容易に理解せしめんとする目的をも有して居る。之が爲めに筆者は、解説の平易と簡潔とに努力した。本書によつて世人が身分法に興味を持たれることになるならば、筆者の喜びは之に過ぐるものはない。

本書は既刊の著書論文に負ふところ少しとせぬ。しかし都合上、本書に於ては参考書の引用を一切省略することとした。

尙ほ本書の出版は、金文堂店主倉持君の勧めによるものであり、本書の校正に付いては同君の努力に負ふところが多い。一言謝意を表する次第である。

昭和十六年四月

小池隆一

身分法概論 目次

| | |
|---------------|---|
| 第一章 序論 | 一 |
| 第一節 身分法の性質 | 一 |
| 第一 身分法の意義及び内容 | 一 |
| 第二 身分法の特質 | 六 |
| 第二節 身分法の原理 | 六 |
| 第一 家族主義の原理 | 六 |
| 第二 指導統制の原則 | 九 |
| 第三 自律の原則 | 九 |
| 第三節 本書の構成 | 九 |
| 第二章 家族法 | 二 |
| 第一節 家族法の概念 | 二 |
| 第二節 家族法の原理 | 三 |
| 第一 血統繼續の原理 | 三 |
| 第二 統制協力の原理 | 三 |
| 第三節 家の概念 | 六 |
| 第一 家の意義 | 六 |
| 第二 氏及び家籍 | 六 |

第四節 家の設立及び消滅 一八

第一 家の設立.....第二 家の消滅

第五節 家族関係の発生 三三

第一款 總 說.....

第二款 戸主たる身分の取得.....三四

第三款 家族たる身分の取得.....三五

第六節 家族関係の消滅 三六

第一款 戸主たる身分の喪失.....三六

第一項 入夫婚姻.....三六

第一 入夫婚姻の意義及び要件.....第二 入夫婚姻の効果

第二項 隱 居.....三〇

第一 隱居の意義及び要件.....第二 隱居の效力.....第三 隱居の無効及び取消

第二款 家族たる身分の喪失.....三五

第七節 家族関係の効果 三六

第一款 總 說.....三六

第二款 戸主家族の関係 三六

第一項 戸主の権利義務 三六

第一 戸主権.....第二 戸主権に属する権利義務.....第三 戸主と家族との財産関係

第二項 家族の権利義務 三九

第八節 家の強制維持 四〇

第一 廢家の制限.....第二 法定推定家督相續人の去家の制限.....第三 法定推定家督相續人に

對する相續の強制.....第四 家督相續人となりうる者の範圍が廣大なること

第三章 狹義の親族法(親族関係) 四二

第一節 總 說 四三

第二節 親族の意義及び範圍 四三

第一 親族關係の基礎.....第二 親系及び親等.....第三 民法上の親族.....第四 親族の範圍

第三節 親族關係の効果 四九

第一 親族關係の一般的效果.....第二 親族法的效果

第四章 婚姻法 五一

第一節 總 說 五一

第一款 婚姻の意義及び性質 五一

第一 婚姻の意義 五一

第二 婚姻の性質 五一

第二款 婚姻制度の沿革 五三

第三款 婚姻の種類 五四

第二節 婚姻法の原理 五五

第三節 婚姻の成立 五六

第一款 婚姻の成立要件 五六

第一 實的要件 五六

第二 形式的要件 五六

第三 特別の場合 五六

第二款 婚姻の豫約 六三

第一 意義及び性質 六三

第二 内縁關係 六三

第四節 婚姻の無効及び取消 六六

第一 婚姻の無効 六六

第二 婚姻の取消 六六

第五節 婚姻の效力 六六

第一款 總 說 六六

第二款 婚姻の身分上の效力 六七

第三款 婚姻の財産上の效力 六七

第六節 婚姻の解消 六七

第一款 死 亡 六七

第二款 離 婚 六七

第一項 總 說 六七

第二項 協議上の離婚 六七

第三項 裁判上の離婚 六七

第四項 法律上の離婚 六七

第五項 離婚の効果 六七

第五章 親子法 六八

第一節 親子法の沿革及び原理 六八

第二節 親子關係の種類及びその發生原因 六八

第一款 總 說 六八

第二款 實親子關係

第一項 嫡出子

第一 嫡出子の意義……第二 嫡出子の推定……第三 嫡出子否認の訴

第二項 嫡出に非ざる子

第一 嫡出に非ざる子の意義……第二 認知……第三 準正

第三款 養子

第一項 總説

第一 養子制度の目的及び其價值……第二 養子縁組の意義及び種類

第二項 養子縁組の成立

第一 實質的要件……第二 形式的要件

第三項 養子縁組の無効及び取消

第一 縁組の無効……第二 縁組の取消

第四項 養子縁組の効果

第五項 養子縁組の解消

第一 當事者の死亡……第二 離縁……第三 離縁の効果……第四 法律上の離縁

第三節 親子關係の消滅
第四節 親子關係の効果

第一款 總説

第二款 親權

第一項 總説

第一 親權の意義……第二 親權と戸主權……第三 親權關係の當事者

第二項 親權の内容

第一 子の身上に關する親權……第二 子の財産に關する親權

第三項 親權の制限

第四項 親權の消滅

第一 絶對的消滅原因……第二 相對的消滅原因……第三 親權の喪失

第三款 扶養の義務

第一項 扶養の義務の意義及び要件

第一 意義及び性質……第二 要件

第二項 扶養關係の當事者

第一 身分關係……………第二 扶養義務者……………第三 扶養權利者
 第三項 扶養の程度及び方法……………
 第一 扶養の程度……………第二 扶養の方法……………

第六章 後見法

第一節 總説

第一款 後見法の本質及び沿革……………
 第二款 後見制度の目的及び構成……………
 第一 後見制度の目的……………第二 後見制度の構成……………

第二節 後見の開始

第三節 後見の機關

第一款 後見人

第一 後見人の種類……………第二 後見人就任の順位……………第三 後見人の免除……………第四 後見人の缺
 格及び免黜……………第五 後見人の選任を要する場合……………

第二款 後見監督人

第一 後見監督人の種類……………第二 後見監督人の免除缺格及び免黜……………第三 後見監督人の職務……………

第三款 親族會

第一項 總説

第一 親族會の性質……………第二 親族會を開くべき場合……………

第二項 親族會の構成

第三項 親族會の議事

第一 親族會の招集……………第二 親族會の決議……………

第四項 決議の無効及び取消

第四節 後見の事務

第一款 被後見人の身上に関する事務

第一 未成年者の身上に関する事務……………第二 禁治産者の身上に関する事務……………

第二款 被後見人の財産に関する事務

第五節 後見の終了

第一款 後見終了の原因

第一 絶対的終了原因……………第二 相對的終了原因……………

第二款 後見終了より生ずる後見人の義務

第六節 保佐

..... 一三五

第七章 相続法

..... 一三七

第一節 總説

..... 一三七

第一 相続の意義..... 第二 身分相続と財産相続..... 第三 財産相続制度の存在理由.....

第四 相続法の内容..... 第五 相続の種類及び相続権の意義

第二節 家督相続

..... 一三三

第一款 家督相続の開始

..... 一三三

第一 家督相続開始の原因..... 第二 家督相続の時期及び場所..... 第三 相続財産に関する費用

第二款 家督相続回復の請求

..... 一三四

第三款 家督相続人

..... 一三四

第一項 家督相続人の資格

..... 一三五

第一 胎兒の相続権..... 第二 相続缺格..... 第三 廢除

第二項 家督相続人の種類及び順位

..... 一三六

第一 家督相続の主義..... 第二 家督相続人の種類..... 第三 家督相続人の順位

第四款 家督相続の效力

..... 一三五

第一項 原則的效力

..... 一四三

第二項 隠居又は入夫婚姻による家督相続の特例

..... 一四六

第一 被相続人の財産の留保..... 第二 前戸主の債務辨済の責任

第三項 入夫の離婚又は入夫婚姻の取消による家督相続の特例

..... 一四八

第四項 國籍喪失による家督相続の特例

..... 一四八

第三節 遺産相続

..... 一四九

第一款 遺産相続の開始

..... 一四九

第二款 遺産相続人

..... 一五〇

第一項 遺産相続人の資格

..... 一五〇

第二項 遺産相続人の順位

..... 一五一

第一 遺産相続人と家督相続人との比較..... 第二 遺産相続人の順位

第三項 遺産相続の效力

..... 一五一

第一目 總説

..... 一五二

第一 權利義務の承繼..... 第二 相続財産の共有..... 第三 債權債務の共同承繼

第二目 相続分

..... 一五二

第一 相続分の意義及び種類……第二 指定相続分……第三 法定相続分……第四 贈與又は遺贈を受けたる者の相続分……第五 相続分の取戻

第三目 遺産の分割……………二五八

第一 遺産分割の請求……第二 分割の方法……第三 遺産分割の效力……………二六〇

第四節 相続の承認及び拋棄……………二六一

第一款 總 說……………二六一

第一 相続の承認及び拋棄の意義……第二 相続の承認又は拋棄の制限……第三 相続の承認及び拋棄の期間……第四 相続の承認及び拋棄の取消……第五 相続財産の管理……………二六二

第二款 相続の承認……………二六四

第一項 單純承認……………二六四

第二項 限定承認……………二六四

第一 限定承認の意義及び方式……第二 限定承認の效力……第三 債務及び遺贈の辨濟……………二六五

第三項 相続の拋棄……………二六七

第一 拋棄の意義……第二 拋棄の效力……………二六七

第五節 財産の分離……………二六九

第一款 總 說……………二六九

第一 財産分離の意義……第二 財産の分離と限定承認との關係……………二七〇

第二款 相続債権者又は受遺者の請求……………二七〇

第一 財産分離請求の訴及び其期間……第二 財産分離請求の效果……第三 財産分離を命ずる判決の效果……第四 財産分離請求の阻止……………二七〇

第三款 相続人の債権者の請求……………二七三

第六節 相続人曠缺……………二七三

第一 相続人曠缺の意義……第二 相続財産の法人格……第三 相続財産管理人の選任……………二七三

第四 相続財産の清算……第五 相続人の搜索……第六 相続財産の國庫歸屬……………二七三

第七節 遺留分……………二七五

第一款 遺留分の概念……………二七五

第二款 遺留分の種類及び額……………二七六

第三款 遺留分の算定……………二七九

第四款 贈與及び遺贈の減殺……………二八一

第一 減殺の意義……第二 減殺の順序……第三 減殺の效力……第四 時效……………二八一

第八章 遺言法 一八四

第一節 遺言制度の沿革 一八四

第二節 遺言の性質 一八五

第一 遺言の意義 第二 遺言事項 第三 遺言能力

第三節 遺言の方式 一八八

第一 遺言の方式の意義 第二 普通方式 第三 特別方式 第四 在外日本人の遺言

第四節 遺言の取消 一九六

第一 遺言取消の意義 第二 遺言取消の方法 第三 遺言の取消と看做される場合

第四 遺言取消の效力

第五節 遺言の效力 一九八

第一 遺言の效力發生の時期 第二 遺言の無効及び取消

第六節 遺贈 二〇〇

第一款 總 說 二〇〇

第一 遺贈の意義 第二 遺贈の種類 第三 遺贈による財産處分の制限 第四 遺贈の失効

第二款 包括遺贈 二〇一

第三款 特定遺贈 二〇一

第一 特定遺贈の效力 第二 特定遺贈の承認及び拋棄 第三 特定受遺者の權利義務

第四 特定遺贈の目的

第四款 負擔附遺贈 二〇六

第七節 遺言の執行 二〇九

第一款 總 說 二〇九

第一 遺言執行の意義 第二 遺言執行者を選定する必要 第三 遺言確保の方法

第四 遺言執行の費用

第二款 遺言執行の準備手續 二〇九

第一 遺言書の檢認 第二 檢認及び開封に關する罰則

第三款 遺言執行手續 二一〇

第一 遺言執行者の選任 第二 遺言執行者の任務 第三 遺言執行者の任務終了

第九章 戶籍法 二二〇

第一節 總 說 二二〇

第一 戸籍の意義……………第二 戸籍法の適用範囲……………第三 本籍……………二二八

第二節 戸籍の事務……………二二九

第一 戸籍事務の性質……………第二 戸籍事務の管掌者……………第三 戸籍事務の監督……………二二九

第四 戸籍事務に關する責任……………二二九

第三節 戸籍……………二三〇

第一款 戸籍の編製……………二三〇

第二款 戸籍に關する帳簿……………二三〇

第四節 戸籍の記載……………二三一

第一款 記載事項……………二三一

第一 實質上の記載事項……………第二 手續上の記載事項……………二三一

第二款 戸籍記載の方法……………二三二

第一 記載方一般に就て……………第二 戸籍記載の順序……………二三二

第三款 戸籍記載の基本……………二三二

第四款 戸籍記載の手續……………二三三

第一款 戸主の變更……………二三三

第二款 復籍拒絶……………二三三

第三款 相續人の指定……………二三三

第四款 離籍及び除籍……………二三三

第五款 數市町村に關係する記載手續……………二三四

第一款 本籍の轉屬……………二三四

第二款 非本籍地の届出……………二三四

第三款 内地と他の地域との交渉……………二三四

第六款 戸籍の訂正……………二三六

第五節 戸籍の届出……………二三六

第一款 届出に關する通則……………二三六

第一款 届出の種類……………二三六

第二款 届出を爲すべき者……………二三六

第一 届出能力……………第二 届出の代理……………二三六

第三款 届出の場所……………二三六

條四項 届出義務……………二三六

第一 届出義務者……………第二 届出の期間……………第三 届出の懈怠……………
 第五項 届出の方法……………
 第一 書面による届出……………第二 口頭による届出……………第三 添附書類……………第四 届出
 の追完……………第五 虚偽の届出……………第六 届出の受理……………
 第二款 届出各論……………
 第一項 出産及棄兒……………
 第二項 認 知……………
 第三項 養子縁組及び縁組取消……………
 第四項 養子離縁……………
 第五項 婚姻及び婚姻の取消……………
 第六項 離 婚……………
 第七項 親權及び後見……………
 第八項 隠 居……………
 第九項 死亡及び失踪……………
 第十項 家督相續……………

第十一項 家督相續人の廢除……………
 第十二項 家督相續人の指定……………
 第十三項 入籍、離籍及び復籍拒絶……………
 第十四項 廢家及び絶家……………
 第十五項 分家及び廢絶家再興……………
 第十六項 國籍の得喪……………
 第十七項 氏名、族稱の變更及び襲爵……………
 第十八項 轉籍及び就籍……………
 第三款 抗 告……………
 第十章 寄留法……………
 第一節 總 說……………
 第一 寄留の意義……………第二 寄留の事務……………第三 寄留の帳簿……………
 第二節 寄留の記載……………
 第一 記載事項……………第二 記載手續……………
 第三節 寄留の届出……………
 第一 通則……………第二 新寄留……………第三 轉寄留……………第四 復歸……………第五 退去……………第六 變更……………



身分法 概論

第一章 序論

第一節 身分法の性質

第一 身分法の意義及び内容

(1) 身分法は身分それ自身に關する法規及び之に基く又は之によつて制約せられる特殊の財産的法規を含むものである。(イ)身分とは親族團體に於ける各人の地位を云ふ。例へば婚姻關係に於ける夫又は妻たる地位、家族關係に於ける戸主又は家族たる地位の如し。(ロ)身分それ自身に關する法規は、主として親族法に含まれて居る。しかし親族法の中にも、身分を前提とする財産關係の規定が存する。例へば夫婦財産制に關する規定(七九三條乃至八〇七條參照)扶養の權利義務に關する規定(九五四條乃至九六三條參照)の如し。そこで學者は、親族法中の身分關係のみに關する法規を純正親族法と名付け、身分を前提とする財産關係に關する法規を親族財産法と稱して居る。蓋し假令身分を

前提とする場合であつても財産關係と身分そのものとは別個の性質を有するからである。又身分を前提とする財産關係に關する規定と、純然たる財産法とは、之を區別せねばならない。蓋し前者は其前提と不可分的に結合して居る爲めに、之に對しては純然たる財産的規定を無條件的に適用することを得ないからである。(ハ)人の身分關係は之を婚姻關係、親子關係、家族關係及び親族關係の四種に分つことが出来る。第一の關係からは夫及び妻の身分が、第二の關係からは親と子の身分が、第三の關係からは戸主及び家族の身分が、第四の關係からは親族の身分が生ずるのである。(ニ)民法第五編の相續法も亦、身分法の一部と考へられて居る。即ち相續法は相續及び遺言に關する規定を包含して居るが、相續は家督相續たる遺産相續たるを問はず身分を前提とするものであり又遺言は必ずしも身分を前提とするものではないが相續と密接なる關係を有するものであるから、相續法を以て身分法と解することは正當であると思ふ。尤も外國に於ては家督相續の制度がない關係上、相續を以て財産取得の原因となして居るところもある。例へば佛蘭西民法の如きは之に屬する。

(2) 前述の如く親族法及び相續法は身分法に屬するのであるが、この兩者は身分法の全部を包含して居る譯けではない。即ち皇室及び皇族に關しては皇室典範、登極令、攝政令、立儲令な

どの如き特別法があり、華族に對しては華族令があり又現役の軍人の婚姻に付ては特別の制限がある。従つて此等の範圍に於ては、民法の身分法の規定は其適用を排除せられるのである。

第二 身分の性質

(1) 元來人の身分に關する法律上の取扱は、各國各時代に於て種々なる變遷を経たものであるから、之に關する法規即ち身分法の性質も亦、之に順應して變化して來たのである。殊に外國に於ては經濟生活の進展に伴つて、原始的共同生活形態より家族制度へ、更に家族制度より個人主義制度へと推移し、その結果として現在に於ては身分の意義が頗る稀薄なるものとなつたのである。近來獨逸及び伊太利に於ては所謂全體主義が採用せられ、従つて其社會組織及び社會思想に變化を來たしたのであるけれども、それにも拘らず其の變化は身分を基調としたものではないから、身分法の觀點のみから云へば身分の意義が革新せられたとはなし難い。

(2) 我國は古來より家族制度を基本とした國家である。勿論我國に於ても時代の進展につれて家族制度の内容の點に付き變化を生じたことは事實である。しかしそれにも拘らず我國が皇室を中心とした家族制度の國である點には、變りはないのである。尙ほ明治維新を契機として外國の制度文物が輸入せられ、その結果個人主義的思想が横溢した時代もあつたが、それは一時的

皮相的のものに過ぎず、決して根底的のものではなかつたのである。右の如く我國は家族制度を基本とする國であるから、身分法の意義は頗る重大である。従つて身分法は原則として強行法に屬して居る。故に當事者は特約を以て身分法の規定の適用を除外し得ぬのが通例である。

(3) 然らば我國の現行身分法は、右の趣旨を充分に表現して居るであらうか。筆者の見るところでは然りとは云ひ得ない。即ち現行身分法は、我國從來の家族主義と歐米の個人主義とを參酌立法したるものと、斷すべきである。而してその理由は、大體に於て次の如き事情に基くものと云ふことが出来る。(イ)條約改正なる政治的事情の爲めに早急に民法を成立せしめる必要があつた關係上、我國古來の傳統を充分に考慮する餘裕がなかつたこと、(ロ)前掲の事情と關聯して、歐米人に了解しうべき立法主義を採用する必要があつたこと、(ハ)我國當時の社會事情が歐米の文化及び思想を輸入するに急であつたこと及び(ニ)我國當時の經濟社會が資本主義時代の進展期に這入らんとしつゝあつたこと、之である。右の様な次第であるから、現行身分法が家族主義と個人主義との參酌立法であつたことは、已むを得なかつたのである。しかし個人主義自由主義の如き思想が我國の國體に反することは明白であるから、現行身分法は速かに改正せられなければならぬと思ふ。既に大正十四年の臨時法制審議會の決議による親族編中改正の要綱及

び昭和二年の臨時法制審議會の決議による相續編中改正の要綱が發表されて居る。

(4) 身分法は身分關係の法であるから、身分法が如何にあるべきかは、身分關係自體の性質に基くところが多い。(イ)身分關係は自然的關係である。この點は親子又は夫婦の關係を見れば明かであらう。勿論ある社會と他の社會とでは、身分關係の形式は必ずしも同一ではない。又その社會の經濟的機構が身分關係の形式に對して影響を及ぼすことのあるのは、之を認めなければならぬ。しかし乍ら之は形式の問題であつて、身分關係が人間の性情に基く自然的關係であることに付ては争ひの餘地はないと思ふ。殊に親子の關係の如きは、人の意思と全く關係なき自然の現象たることは明白である。(ロ)身分關係は右の如く自然の關係たることを其の本質とするけれども、國家社會は身分關係を有する人間から成立するものであるから、身分關係の形式は國家社會の基礎に關するものと云ふことが出来る。従つて身分關係の形式は、その國又はその社會の事情に適合するものでなければならぬ。身分法が各國に於て其の特殊性を有することは、この理由に基くのである。故に我國の身分法は、我國の國情に基き、家族主義的のものであらねばならない。この點に於て現行身分法に遺憾の點のあることは、既述の如くである。(ハ)身分關係は本質上自然發生的のものであるから、必ずしも合理的なるものとは云へぬ。換言すれば身

分關係は、論理的に説明し得べきものではない。このことは親子關係、夫婦關係などを見れば明らかである。従つて身分法も亦、財産法と異つて、合理主義的のものではない。(ニ)身分關係は全人格的のものであるから、倫理道德との關係は極めて密接である。蓋し身分關係は前述の如く自然發生的のものであるから、若し倫理道德によつて支持せられぬとすれば、人間自然の本能によつて支配せらるべく、その結果として社會の秩序を混亂せしめるに至る虞があるからである。従つて身分法は倫理道德の規範によつて影響を受くることが頗る多いのである。

第二節 身分法の原理

身分法は親子、夫婦、戸主家族及び親族なる身分に關する法規竝に身分によつて制約せられる特殊の財産關係に關する法規を含んで居るのである。従つて身分法の原理は、身分を基礎として展開せらるべきものである。然るに身分には、前段に掲げた四箇の種類がある。而して各種の身分に關する法は、それ自身に特有なる理論を有して居る。故に本節に於ては、身分法一般の原理に付いて考察することとしよう。

第一 家族主義の原理

我國の身分法が家族主義の原理の上に立脚すべきものであることは勿論である。蓋し我國は家族制度の國であり、日本人は何れかの家に所屬するものであり、従つて人の身分も亦我國に於ては家と不可分の關係にあるものだからである。家族主義とは家を中心とする主義である。換言すれば家族主義は、家を全體として考へる、家の構成員に對する全體主義である。従つて家族主義は、家の構成員の個性及び其の個性的活動を全然没却せしむるものではなく、個性的活動が全體たる家の精神及び理想に適合すべきことを要求する主義である。この思想は身分法全體に通ずる根本的にして且つ最も重要な原理である。この家族主義は之を擴大すれば、皇室中心主義となるべく又所謂公益優先の思想ともなるのである。

第二 指導統制の原則

我國に於ては人は原則として家と云ふ親族團體に所屬して居る。然るに家は戸主と家族とから成立するものであるが、戸主は家族を指導統制する職責を有し、家族は戸主の指導統制に服さなければならぬ。従つて戸主と家族との間には、指導統制の原理が行はれるのである。この原理は單に戸主家族の間に於て存するのみでなく、親と子の間にも、夫と妻の間にも又親族の間にも行はるべきものである。指導統制の原理は支配服従の理論とは異つて居る。蓋し後者の理論は、

(イ) 利害關係を異にする二箇の階級の對立を原則とし、(ロ) 支配者は自己の利益に牴觸せざる範圍内に於てのみ服従者の利益を考慮するに止まるものであり、(ハ) 服従者の意思を正當に斟酌せざるものであるに對して、前者の理論は(イ) 利害關係の對立を前提とするものではなく(ロ) 被指導者の知識及び徳性を啓發するものであり、(ハ) 被指導者の意思を充分に斟酌すると共に、必ずしも之に拘束せられることなきものであり、(ニ) 指導者は自己の方針を被指導者に對して充分に會得せしむることを要するものであり、(ホ) 被指導者は其の諒解を基礎として指導統制に服するものだからである。

第三 自律の原則

前段に於て述べたるが如く、身分法は家族主義の原理及び指導統制の原則に従ふべきものであるが、このことは各人の自律的活動を排除するものではない。寧ろ各人の自律的活動が、右の二原理に適合することを要請するものである。さて身分關係は本質上自然發生的のものであるが、その形式は社會の事情によつて同一ではない。換言すれば身分關係は人の性情即ち自然の本能に由來するものであるが、或る人が一定の身分關係に這入るのは必ずしも常に其の人の意思活動と無關係であると云ふ譯けではない。例へば實親子の關係の如きは、人の意思活動とは無關係であ

るけれども、婚姻又は養子縁組の如き關係の成立に當つては、人の意思活動を必要とするのである。更に一定の身分關係を前提としての意思活動の存することも忘れてはならぬ。例へば親權又は夫權の行使を爲す場合の如きは、之に屬する。右の如く人が身分關係を成立せしめる爲め又は一定の身分關係を前提として意思活動を爲す場合に於て、その活動は人格的のものであつて單なる經濟的活動に過ぎざるものではない。故に其の意思活動は、經濟的活動の場合に比較して一層自律的のものでなければならぬ。従つて身分法上の行爲に對しては、民法總則の規定の適用はないのが原則である。例へば法律行爲能力に關する規定、代理に關する規定は、身分法上の行爲に對しては適用せられない。故に無能力者であつても、身分法の規定に基いて、獨立して完全に有效なる身分法上の行爲を爲しうべく又能力者であつても一定の者の同意を要件とせられることがある。更に身分法に於て別段の規定ある場合を除く外か、身分行爲の代理は一般に許されない。これ等の點から見ても、身分法に於ては自律の原則が存することは明かである。

第三節 本書の構成

(1) 我民法はその第四編を親族法とし、その第五編を相続法と名付けて居るが、身分法なる

名稱を採用せぬのである。しかし之を民法の財産法の構成に照して考へるときは、理論的にも又實際的にも、不充分である。即ち親族法及び相續法は共に身分に關する規定又は身分を前提とする規定であつて、その間に共通の性質が存するにも拘らず、現行法には此點に關する考慮は少しも拂はれて居らない。更に親族法及び相續法の内容及び順序も、理論的であるとは云へない。

(2) 前段に於て述べたる如く現行法の構成には缺陷があるから、筆者は本書を著すに當つて別箇の構成を採用することとしたのである。即ち先づ身分法の性質及び其原理を序論として、次に家族法を、第三に親族法即ち親族關係に關する規定を、第四に婚姻法を、第五に親子法を、第六に後見法を、第七に相續法を、最後に遺言法を解説することとした。

第二章 家族法

第一節 家族法の概念

(1) 家族制度とは家を以て社會構成の單位となす制度である。而して家とは後述するが如く戸主と家族とよりなる親族團體である。然るに戸主には家族を指導統制する職責があり、家族には戸主の指導統制に服する義務がある。更に戸主及び家族は協力一致して、家の維持發展に努力すべき義務がある。これ等の關係を規定したものが家族法である。即ち家族法とは、家を中心とする戸主家族の關係を規定した身分法である。

(2) 人間は社會性を有するものであり又其の生活上の必要からも孤立して生存することは出來ず、必ず社會生活を營むものである。而も人間は其の性情に基き家族生活をなすのが通例である。尤も現今歐米に於ける家族生活は社會組織の單位ではなく、單に婚姻關係によつて構成せられる個人の集合體に過ぎぬ。之に反して我國に於ては家族生活を以て社會構成の單位となして居る。我國と歐米諸國との右の如き差異は、結局その國情並に社會思想の差異に基くのである。此

處に我國の家族法の意義と其の重要性とが存する。

(3) 人が家族生活をなし之を以て社會構成の單位と考へるのは、次の如き原因によるものと云ふことが出来る。即ち(イ)祖先の崇拜と祭祀の繼續、(ロ)骨肉相親しむと云ふ人間自然の性情及び(ハ)經濟的必要、之である。先づ(イ)の原因は宗教的及び心理的理由によつて基礎付けられるものであるが、殊に我國に於ては其國情に基く國民的信念に由來するものと解する。(ロ)の原因に付ては特に説明を必要とせぬであらう。又(ハ)の原因は、その國或ひはその社會の經濟組織若くは經濟状態に關連して居る。元來古代の社會生活に於ては、生産手段は不完全であり又生活資料も不充分であつた。従つて必然的に人は共同生活を必要としたのであるが、共同生活中に於て最も強固にして且つ安全なるものは、血縁を基調とする家族生活でなければならぬ。即ち家族生活は自給自足の經濟状態の下に於ては、人の生存にとつて缺くべからざる要件であつたのである。然るに經濟組織が進歩發展するに従ひ、生産團體としての家族團體の意義は消失するに至つた。故に現在に於ては家族生活は、原則として消費生活の面を有するのみである。

第二節 家族法の原理

家族法も亦身分法の一部であるから、身分法一般の原理は、固より家族法に對しても行はれるのである。しかし本節に於ては家族法に特有なる原理のみを説明することとしよう。即ち(イ)血統繼續の原理、(ロ)統制協力の原理之である。

第一 血統繼續の原理

(1) 抑も人間には種族保存及び自己保存の本能がある。従つて人は個人として考へても、自己の血統の繼續を欲望するものである。然るに家族制度の國たる我國に於ては、人は必ず或る家に所屬して居る。さて人が家族生活を爲す原因に付ては、既に前節に於て述べて置いた通り、三箇の種類がある。右の内で祖先崇拜及び祭祀の繼續なる原因は、我國に於ける家族生活にとつて最も根本的のものと云ふことが出来る。ところで祖先崇拜及び祭祀の繼續は、家又は家族生活の繼續を必要とする。然るに家は血統關係ある者の團體たることを其本質とするから、家の繼續は必然的に血統の繼續を前提とせねばならぬ。この故に血統繼續の原理が家族生活に關する法即ち家族法の根本原理なることは、疑ひなきところであらう。

(2) 血統には父系を中心とするものと母系を中心とするものがある。然らば血統繼續の原理は父系を基礎とすべきものであるか又は母系を基礎とすべきものであるか。古代の社會生活が

母系中心のものであつたか否かに付ては、學者間に争ひがある。有力なる學說によると、社會生活は先づ母系中心として發達したのであるが、經濟生活の變化が父系中心の社會を生ぜしめるに至つたのであると、云ふのである。今假りに此說に従ふと、古代に於ては血統の繼續は母系を中心として行はれ、父系中心の時代以後に於ては血統は父系によつて繼續せられたことになる。即ちこの問題は、その社會の形體によつて解決せらるべきである。現行身分法は父系中心の主義を採用して居る。

(3) 上述の如く血統の繼續は家族法の原理であるが、血統は常に繼續しうるものとは云ひ得ない。故に若し家又は家族生活の存續を血統の繼續のみによらしめるときは、場合によつては其家の斷絶を生ずることになる。家の斷絶は祭祀の中絶を意味するものであるから、極力之を避けなければならぬ。此處に養子制度の意義がある。一時養子制度の妥當性を疑ふ學者があつたのであるが、家族制度を維持する限り、養子制度の重要性は之を承認しなければならぬ。

第二 統制協力の原理

自給自足の經濟社會に於ては、家族團體は一箇の生産團體であつた。更に現在に於ても家内工業又は農業に對しては、家族團體は生産の單位である。けれども現在の經濟組織から見れば、家

族生活は専ら消費生活の面に於て特色を有するものと解してよいであらう。さて家族團體を生産團體と見ても又消費團體と見ても、その團體内に於て統制協力の原理が行はれて居ることは明らかである。即ち家族團體は戸主と家族とより構成され、戸主は家族を指導統制する職責があり、家族は戸主の指導統制に服し且つ戸主と協力して家の維持發展を計るべき責任がある。元來團體生活に於ては一箇の中心が必要である。中心なくしては團體生活の秩序を維持し得ない。ところで團體生活の秩序を維持するには、中心勢力が支配服従の原理を採用するか又は指導統制の原理を採用するか、何れかでなければならぬ。右二箇の原理の優劣に付ては既に説明したから此處では之を述べぬが、家族團體の性質上支配服従の原理は採用し得ない。蓋し戸主が權力を以て家族を支配すると云ふが如き思想は、妥當ではないからである。然るに指導統制の原理は構成員の理解の上に立つものであるから、家族團體の原理として最も適當である。

(2) 家族制度の基礎は家の維持發展にある。然るに家の維持發展は、單に家族が戸主の指導統制に服することのみでは不充分である。即ち家族は積極的に協力を爲すことを要する。家族の協力は精神物質兩方面に於て現はれなければならぬ。蓋し家族生活は精神的結合體であると共に生産若くは消費團體たる性質を有するからである。

第三節 家の概念

第一 家の意義

(1) 家族法は家族關係を規定する法律である。ところが家族關係は家を中心として考へられる關係である。然らば家とは何にであるか。抑も家族生活は現實的の家族生活と抽象的の家族生活とに分つことが出来る。前者は現在特定の戸主と特定の家族とが共同生活を營んで居る關係を指すのであり、後者は過去現在及び將來にわたる戸主家族の共同生活關係を云ふのである。而して家族生活の右の二形態に應じて、家にも抽象的意義に於ける家と具體的現實的意義に於ける家とがある。しかし法律は死者には及ばぬから、家族法の對象たる家又は家族生活は、具體的現實的のものでなければならぬ。右の如く家族法は現實的の家を直接の對象とするけれども、本來家の觀念には超現實的要素が含まれて居り之が現實の家の理論にも影響を及ぼすことのあるのを忘れてはならない。換言すれば家族法は一面に於て超法律的性質を有するのである。

(2) 家の觀念は時代を異にするにつれて、其内容を異にする。即ち嚴格なる家族制度の時代に於ては、家には人格が認められて居つたのである。然るに現在に於ては家には人格はない。殊

に歐米諸國の如き個人主義の國に於ては、家の意義は殆んど消滅して居る。之に反して我國は家族制度の國であるから、法律上に於ても家の存在を認めて居る。唯だ我國に於ても(イ)民法編纂當時の事情と(ロ)個人主義との影響によつて、家の意義が極めて形式的のものと考えられるに至つたのである。即ち現行法によると、家とは戸主權の及ぶ範圍であると定義するのが、最も無難なのである。けれども之を實質的に考へるならば、家は戸主と家族とよりなる親族の團體である。

第二 氏及び家籍

(1) 氏

戸主及び家族は其家の氏を稱すべきである(七四)。氏は濫りに之を變更することを得ない(明治五
官布告第
二三五號)。尙ほ分家は本家の氏を稱すべく、廢絶家再興の場合に於ては其廢絶家の氏を稱すべく、
棄兒の場合には市町村長が其氏名を定むべきである(戸籍法七
八條參照)。尙ほ一家創立の場合には、創立者
が任意に其氏を定めることが出来る。氏は其の家の名稱であるから、日本人である以上、必ず氏
を有する譯けである。尤も舊制に於ては平民には氏がなかつたのであるが、明治三年九月太政官
布告第六〇八號を以て平民にも氏を稱することが許され、明治八年二月一三日太政官布告第二

二號により氏を稱することを命ぜられるに至つた。氏の變更は前述の如く濫りに之を爲し得ぬのであるが、地方長官の許可があつた場合には其變更を爲しうる(戸籍法一五、三條參照)。

(2) 家籍(戸籍)

家には家籍がある。家籍又は戸籍とは家の法律上の所在のことである。日本の家の法律上の所在即ち戸籍は日本の國內にあることを要する。戸籍は一家一籍である。戸籍は戸主が任意に之を定め又は之を變更することが出来る(戸籍法九條一五八、條一五九條參照)。而も現在に於ては戸主又は家族の住所或いは居所と戸籍とは一致せぬ。この事は現在の社會状態から見ても已むを得ぬやうであるが、身分法の基礎を家族制度に置く以上は、戸籍と現住所とを一致せしむべきものであらうと思ふ。假令然らずとしても戸籍の重要性を再認識すべきである。

第四節 家の設立及び消滅

第一 家の設立

家の設立とは戸籍上の一家が成立することを云ふ。家の設立には狹義の一家創立の外か分家及び廢絶家再興の場合がある。元來家は傳統的制度であつて、人は生れながらにして或る家に屬す

べきものであるから、狹義の一家創立は例外の場合であると云はなければならない。右の外か明治初年に於ては合家なるものが認められて居つたが(明治六年一月二日太政官布告第二八、號同年八月一三日同布告第三〇一號)、現行法に於ては合家を許さない(明治九年五月二〇日太政官布告第七五號參照)

(1) 分家

分家とは家族が戸主の同意を得て其家より分かれて新に一家を創立する行爲を云ひ(七四、三條)、又かくして創立された家を従前の家即ち本家に對する關係に於て分家と稱する。分家を爲す要件は次の如くである。(イ)分家を爲す者が家族であることを要する。但し妻又は女戸主の夫(七四五、條參照)、法定の推定家督相續人(七四、四條)は分家を爲し得ない。(ロ)戸主の同意を必要とする。(ハ)分家を爲すには民法總則に所謂法律行爲能力あることを要しない。しかし分家者は意思能力がなければならぬ。而して此處に所謂意思能力とは、分家の何物なるかを理解しうる能力のことを指すのである。(ニ)未成年者が分家を爲すには、親権者又は後見人の同意を得ることを要する(七四三、條一項但書)。(ホ)戸籍法の規定に従つて届出を爲すことを要する(戸籍法一、四五條)。分家の要件は以上の如くであるが、分家者は自ら分家の意思表示を爲すべきであり、法定代理人をして分家者に代つて右の意思表示を爲さしめることは出来ない。次に禁治産者又は準禁治産者は前掲の意思能力ある限り

後見人又は保佐人の同意を要せずして有効なる分家を爲すことが出来る。尙ほ改正要綱第四によると、獨立の生活を営む成年男子は戸主の同意を要せずして分家を爲しうると共に、獨立の生計を爲し得ぬものは成年男子と雖も戸主の同意なくしては分家し得ぬこととして居る。

分家の効果は次の如くである。(イ)分家者は分家の戸主となる。而して分家前に分家者が屬して居つた家は本家となる。(ロ)分家者は分家によつて本家を去る。従つて戸籍の變動その他の効果が發生する。(ニ)分家者の妻は當然夫に隨伴して分家に入る(七四條)。之に反して分家者の子は當然には親に隨伴せぬ。従つて分家者の子を分家の籍に入れる爲めには、第七四三條二項の手續を爲さねばならぬ。之を携帶入籍と云ふ。携帶入籍の要件は次の如くである。即ち(a)被携帶者は分家者の直系卑屬なること、(b)直系卑屬が十五年以上なるときは其同意を得ること(七四條)、(c)本家の戸主の同意あること及び(d)分家の届出中に其意思を表明すること、之である。

(2) 廢絶家再興

廢絶家再興とは、廢家又は絶家によつて一旦消滅したる家を再興せしめることを目的とする行爲である。廢絶家再興は(イ)家族が本家、分家、同家、その他の親族の家を再興する場合(七四條)

(一) (ロ)離婚又は離縁によつて復籍すべき者が廢絶したる實家を再興する場合(七四〇條)に限り、之を爲すことが出来る。

尙ほ此處に同家とは同一の本家より出たる分家相互間の名稱であり、實家とは婚姻又は養子縁組の前に自己の所屬せし家のことである。廢絶家再興の結果として、再興者は廢絶家の氏を稱すべく(四六條)、必ずしも廢絶家の最後の戸主の有せし財産を承継するのではない。廢絶家再興に付ては親族法改正要綱第五の規定を参照せられたい。

(3) 一家創立

一家創立とは法律の規定に基いて一家が創立せられる場合のことである。その主要なる場合は(イ)父母共に知れざるとき(七三三條三項戸籍法七七八條七九條)、(ロ)嫡出に非ざる子が母の家に入り得ざるとき(七三三條二項)、(ハ)實家に復籍すべき者が復籍し得ざるとき(七三九條)、(ニ)家族が離籍されたとき(七四二條七四五條七四九條)、(ホ)復籍を拒絶されたとき(七四一條七五〇條)、(ヘ)絶家に家族あるとき(七六條)、(ト)父母共に國籍なきとき(國籍法四條戸籍法六九條七號)、(チ)歸化人(國籍法五條五號戸籍法一四九條)、(リ)國籍回復(國籍法二五條)、(ヌ)家族が授爵せられたとき(明治三八年法律第六二號)、(ル)皇族が華族に列せられたるとき(皇族身位令二六條)、之である。

第二家の消滅

(1) 廢家

廢家とは戸主が其の意思によつて其家を廢し自己の家族と共に他家に入らんとする行爲を云ふ。(イ) 廢家を爲しうる者は戸主に限られる。(ロ) 新に家を立てた者は無條件で廢家しうるが(七六二)、家督相續によつて戸主となつた者は正當なる理由ある場合に限り裁判所の許可を得て廢家しうる(七六二條二項、非訟九一條)。(ハ) 戸籍吏に對して廢家の届出を爲すことを要する(戸籍法一四三條)。(ニ) 廢家は適法に他家に入ることとを要する。

廢家の結果として廢家者の所屬した家は消滅する。廢家の家族は廢家者に隨伴して廢家者の入りたる家に入る(七六三條)。

(2) 絶家

絶家とは戸主を失ひたる家に家督相續人なき爲め法律の規定に基き其家が消滅することを云ふ(七六四條一項)。絶家の要件は次の如くである。(イ) 家が戸主を失ひたることを要する。(ロ) 家督相續人なきことに確定することを要する。何時に於て家督相續人なしと確定するかは民法に直接の明文がない。しかし相續人曠缺の手續に關する規定(一〇五一條以下參照)を參酌して、第一〇五

八條の期間の満了によつて、相續人なきものと確定するものと解する。この點に付き參考となるのは相續法改正要綱第十四である。

家督相續人なきものと確定したるときに其家は絶家となる。絶家の家族は戸籍法第一四四條の規定に基いて一家創立の届出を爲すことによつて、一家の創立をする(七六四條一項)。但し家族の妻は夫に隨伴する(七六四條二項、七四五條)。家族の子は父に隨伴すべく、若し父が知れざるとき、他家にあるときは死亡したるときは母に隨伴する(七六四條一項但書)。

第五節 家族關係の發生

第一款 總說

我國は家族制度の國である。従つても苟くも日本人たる以上、何人と雖も或る家に屬することを要し、戸主に非ざれば家族たる地位を有するのである。現行法によると單身戸主なるものも認められるが、元來家は戸主と家族とから構成せられるのである。従つて家族關係とは戸主家族の關係である。戸主とは家族の構成分子であつて、家族を指導統制する職責を有するものである。戸籍は戸主を中心として編成せられて居る。家族とは家の構成員であつて、戸主の指導統制に服

し且つ戸主と同一戸籍内にあるものことである。家族は原則として戸主の親族であるが、然らざる場合もある。即ち舊戸主の家族(七三三條二項)。又は民法施行前よりの家族(民施六二條)或ひは第七三八條による入籍者中には現戸主の親族ならざるものがある。

第二款 戸主たる身分の取得

(1) 戸主たる身分の取得には原始的のものと繼受的のものがある。分家、狭義の一家創立及び廢絶家の再興の場合には、戸主たる身分の原始的取得が生ずる。蓋し此等の場合には戸主となる者は前戸主の戸主たる地位を承継するものではないからである。

(2) 戸主たる身分の繼受的取得とは、前戸主の戸主たる地位を承継する場合を云ふ。戸主たる身分の繼受取得は、家督相續によつて生ずるのである。即ち戸主たる身分を繼受的に取得するには、前戸主が戸主権を喪失したることを前提とするものである。従つて如何なる場合に前戸主は戸主権を失ふか、換言すれば家督相續は如何なる場合に生ずるかと云ふことを説明すれば、戸主たる身分の繼受的取得を生ずる場合を明かにすることが出来る譯けである(九六條四條)。戸主権喪失の原因に付ては後述するところを参照せられたい。

第三款 家族たる身分の取得

家族たる身分の取得は常に原始的のものであつて、繼受的取得はあり得ない。家族たる身分の發生原因は次の如くである。

- (1) 出生(七三三條一項二項、七三四條、七三五條一項二項、八三三條)
- (2) 婚姻(七八八條)及び養子縁組(八六一條)
- (3) 轉婚及び轉縁組(七四二條一項)
- (4) 復籍(七三九條)
- (5) 廢家(七六二條)
- (6) 親族入籍(七三七條)
- (7) 引取入籍(七三八條)
- (8) 分家入籍(七四三條二項三項)
- (9) 隨伴入籍(七四五條、七五〇條三項、七六三條、七六四條)

以上の内で説明を要するのは親族入籍と引取入籍の場合である。親族入籍とは、他家の戸主と親族關係ある別箇の家に屬する者がその戸主の家に入り其家族となることを云ふ。親族入籍の要件は次の如くである。(イ)入籍者は入籍する家の戸主の親族であること、(ロ)入籍者が現に

所屬する家の家族なるときは其家の戸主の同意を要すべく、入籍者が現に所屬する家の戸主なるときは適法に廢家することを要すること(七六條)、(ハ)入籍者が未成年者なるときは親権者又は後見人の同意を要すること、(ニ)入籍する家の戸主の同意を要すること、(ホ)親族入籍の届出を爲すこと(一三七條)、之である。尙ほ入籍せんとする者は意思能力を有することを要し、其届出は本人自ら之を爲すことを要する。然らば、未成年者は法定代理人によつて代理届出を爲しうるか。戸籍法第四九條を適用して之を積極に解する説もあるが、筆者は消極説に賛成する。蓋し親族入籍を爲すや否やは本人の自由であつて義務として届出を爲す行爲ではないからである。次に引取入籍とは、或る家の家族が戸主の同意を得て他家に在る自己の親族を自家に入籍せしめるものを云ふ。引取入籍は次の二箇の場合に於て行はれる。(イ)婚姻又は養子縁組によつて他家に入つた者が自己の親族を婚家又は養家に入籍せしめる場合及び(ロ)婚家又は養家を去つた者が自己の直系卑屬を現在の自己の家に引取る場合、之である。(イ)の場合の引取入籍の要件は次の通りである。(A)入籍をさせる者は婚姻又は縁組によつて其家に入りたるものなることを要する。(B)入籍する者は入籍をさせる者の親族なることを要する。(C)入籍をする者が現に所屬する家の家族なるときは其家の戸主の同意が必要である。但し法定推定家督相續人、妻又は

女戸主の夫は他家に入籍し得ない。入籍する者が戸主なるときは其家を廢家せねばならぬ。(D)入籍する者が未成年者なるときは親権者又は後見人の同意が必要である(七三八條)。(E)入籍をさせる者が戸主でないときは其家の戸主の同意を要する(七三七條)。(F)入籍をさせる者の配偶者又は養親の同意を要する。(G)入籍する者の同意を要する。(H)引取入籍の意思表示は戸籍吏に届出ることを要する(一八條四三條)。次に(ロ)の場合の引取入籍の要件は次の如くである。

(A)入籍をさせる者は婚家又は養家を去りたる者なることを要する。但し去家の原因の如何を問はぬ。(B)入籍する者は入籍をさせる者の直系卑屬なることを要する。(C)入籍する者は入籍をさせる者の婚家又は養家に所屬する者なることを要する。(D)入籍する者が婚家又は養家の家族なるときは其家の戸主の同意が必要である(七三八條)。但し法定推定家督相續人、妻、女戸主の夫なるときは引取り得ない。又入籍する者が戸主なるときは廢家を要する。(E)入籍する者が未成年者なるときは親権者又は後見人の同意を要する(七三八條)。(F)入籍をさせる者が戸主でないときは其家の戸主の同意が必要である。(G)入籍をさせる者の配偶者又は養親の同意を要する(七三七條)。(H)入籍する者の同意を要する。(I)引取入籍の意思表示は戸籍吏に對する意思表示によつて之を爲すことを要する(一三八條)。

第六節 家族關係の消滅

第一款 戸主たる身分の喪失

戸主が戸主たる身分を失ふ場合則ち戸主権喪失の場合には次の如くである。(1) 戸主権が絶對的に消滅する場合及び(2) 戸主権が相對的に消滅する場合、之である。而して(1)の場合に屬するものは廢家及び絶家の場合であり、(2)の場合の發生原因は戸主の死亡又は失踪宣告、戸主の隱居、戸主の國籍喪失(國籍法一八條以下、民法九九〇條九九一條)、戸主が婚姻又は養子縁組によつて其家を去りたる場合、女戸主の入夫婚姻又は入夫の離婚の場合、之である。右の内で特に説明を必要とするのは隱居及び入夫婚姻による戸主権喪失に付てである。尙ほ親族改正要綱第十には、廢戸主に關する規定がある。

第一項 入夫婚姻

第一 入夫婚姻の意義及び要件

(1) 戸主たる女子が其家を去らざる旨の合意を以てする婚姻が、入夫婚姻である(七三)。從つて入夫婚姻も婚姻の一種であるが、普通の婚姻の場合には妻が夫の家に入るのであるに對して

入夫婚姻の場合には夫が妻の家に入るのである。入夫婚姻と婿養子縁組との異なるところは、前者は夫と妻の兩親との間に養子縁組が存せざるに對して後者は之が存すると云ふ點にある。

(2) 入夫婚姻の成立要件は次の如くである。即ち(イ)妻となる者が戸主なること、(ロ)婚姻一般の要件を具備すること(七五以下)。(ハ)夫が婚姻によつて妻の家に入る旨の合意(戸籍法一四四)を當事者が爲すこと、(ニ)戸籍法の規定に従つて届出を爲すこと(戸籍法一〇〇)之である。但し入夫婚姻の結果として戸主権の異動を生ぜしめるには即ち女戸主に代つて夫が戸主となる爲めには當事者の間に其旨の合意を爲さねばならぬ(戸籍法一〇〇一項五、號一二五條一項但書)。この解釋は民法第七三六條の規定に反する様に見えるが、大正三年に戸籍法が改正せられた爲めに民法の規定は變更されたことになつたからである。(相續法改正要綱第四の一参照)。

第二 入夫婚姻の効果

入夫婚姻は婚姻の一種であるから、之によつて婚姻一般の効果(七八以下)が入夫婚姻の本質に抵觸せざる範圍内に於て發生する。入夫婚姻に特有なる効果は、夫が妻の家に入ることである(七八二項)而して入夫婚姻の結果として戸主権の變動を生ずべき場合には、之によつて女戸主は戸主権を失ひ、家督相續が開始され(九六四、三號)、夫が戸主となる。此場合に夫は女戸主に屬せし戸主権竝に一切

の財産権を包括的に承継する(九八)。(六條)但し女戸主は第九八八條の規定に従つて財産の留保を爲すことが出来る。尤も前戸主又は新戸主から前戸主の債権者及び債務者に對して戸主の交替した事實を通知しなければ、之を以て其の債権者及び債務者に對抗することを得ない(七六)。(一條)

第二項 隱居

第一 隱居の意義及び要件

(1) 隱居の意義

隱居とは、戸主が家督相續人をして戸主權を承繼せしむる爲めに自ら之を拋棄する行爲である。(イ)隱居は隱居者の自發的行爲である。従つて現行法上に於ては、如何なる事情があつても其意思に反して戸主を隱居せしめることを得ない。この點に付き注意すべきは、親族法改正要綱第十の定めである。(ロ)隱居者の意思に基かない隱居は無効であり、假令隱居の届出が戸籍吏に受理されても有効とはならぬ。この場合に於て隱居者、家督相續人又は利害關係人は人事訴訟手續法第三六條により、隱居無効の訴を提起しうる。(ハ)隱居をなすには隱居者に意思能力がなければならぬ。しかし此能力ある以上、行爲能力あることを要しない。即ち無能力者は法定代理人の同意を要することなくして隱居をなしうる(七五)。(六條)又隱居の意思表示は隱居者自ら之を

爲すことを要し、法定代理人の代理を許さない。(ニ)隱居制度の當否に付ては議論がある。元來この制度は、家族制度的現象として諸國に行はれたものであるが、一面に於て遊惰安逸の風を助長する虞があるけれども、他面に於ては不適任者をして適任者に交替せしめうる利益がある。戸主の地位を重視する限り、適當なる條件を附して此制度を承認するのが良いと思ふ。

(2) 隱居の要件

(イ) 普通の隱居の場合(七五二條)

この場合に於ては(A)戸主の年齢は六十年以上なること、(B)完全なる能力を有する家督相續人が相續の單純承認を爲すこと、(C)隱居者の自由意思に基くこと及び(D)隱居者及び家督相續人が連署して戸籍吏に届出であること(七五七條戸籍法一)の要件を具備せねばならぬ。隱居は隱居者の單獨行爲たる身分行爲であるが、この行爲が完成する爲めには、戸籍吏が右の届出を受理することを要する。

(ロ) 特別の事情による隱居の場合

(甲) 戸主が疾病、本家相續又は再興、その他已むことを得ざる事由により爾後家政を執ること能はざるに至りたる時(七五)。(三條)

この場合に於ける隠居の要件は次の如くである。(A) 裁判所の許可を得ること(非訟九〇)、(B) 隠居者の自由意思に基くこと、(C) 届出を爲すこと、(D) 隠居者に法定推定家督相續人なきときは豫め家督相續人たるべき者を定め其承認を得ること、之である。尙ほ此場合に於ては隠居者の年齢上の制限はなく又家督相續人は無能力者でもよく且つ單純承認をしなくてもよい。

(乙) 戸主が婚姻によつて他家に入らんとする場合(七五四條)

この場合に於て隠居を爲すには、前掲(甲)の場合と同様な要件を具備せねばならない。若し戸主が隠居を爲すことなくして婚姻によつて他家に入らんと欲する場合に於て戸籍吏が其届出を受理したるときは、其戸主は婚姻の日に於て隠居したるものと看做される(七五四條)。本項の規定は婚姻尊重の趣旨に出でたるものであるから、之を養子縁組の場合に類推してはならぬ。但し此點に付ては有力なる反對論もある。尙ほ本條の規定によつて隠居したる後、婚姻の解消によつて實家に復籍しても隠居の效力には影響はなく、従つてその者は戸主たる地位を回復しない。

(丙) 女戸主の隠居の場合(七五五條)

女戸主は年齢の如何に拘らず隠居を爲しうる。この場合の隠居の要件は普通の隠居の場合の要件と大體に於て同様であるが、(A) 年齢の要件は必要でなく、(B) 女戸主に夫あるときは夫

の同意を要するのである。但し夫は正當の理由なき限り其同意を拒むことを得ない。

第二 隠居の效力

有效なる隠居によつて(イ) 隠居者は戸主権を喪失して家族となり(七三二)、(ロ) 家督相續が開始される(九六四條一、九八六條)。隠居者は確定日附ある證書によつて(民五條)、その財産を留保することが出来る(九八條)。但し財産留保の額は遺留分の規定(一一三)に反することを得ない。前戸主即ち隠居者の債権者は、隠居者に對して辨済の請求を爲しうると共に、家督相續人即ち新戸主に對しても辨済の請求を爲しうる(九八九條)。尙ほ隠居による戸主権の喪失は、隠居者又は家督相續人より隠居者の債権者又は債務者に對して其通知を爲すに非ざれば、之を以て其債権者に對抗することを得ない(七六條)。

第三 隠居の無効及び取消

(1) 隠居者に隠居をする意思なき場合には其届出があつたとしても、隠居は無効である。又隠居の届出なき場合、隠居届に家督相續人の連署をなした家督相續人が眞正の家督相續人でない場合、隠居者又は家督相續人に届出の意思なき場合にも隠居は無効である。

(2) 隠居行爲が法定の要件を具備しない場合(七五)及び隠居届出の意思表示に瑕疵ある場合

(七五)には、隠居の取消をなしうる。隠居の取消は訴訟の形式によつて之を爲すのである(人訴三九條)。取消の訴の原告は場合の如何により或ひは隠居者の親族及び検事であり(七五八條一項)、或ひは夫であり(七五八條二項)、又或ひは隠居者又は家督相續人であり(七五九條一項)、或ひは隠居者の親族又は検事である(七五九條二項)。

(3) 隠居を取消す旨の判決が確定したときは、其訴を提起した者は裁判確定の日から一箇月内に判決の謄本を添附して戸籍の訂正を申請することを要する(戸籍法一六七條)。次に隠居の取消によつて、隠居は届出の時に遡つて無効となる。従つて前戸主は隠居しなかつたこととなり、家督相續人は戸主とならなかつたことになる。即ち(イ) 隠居届出後その取消に至る迄の間に於て、家督相續人が戸主として爲した身分上の行爲は無効となる。尤も此理論を無條件に採用すると善意の第三者を害する虞がある。そこで或る學者は民法第三二條の規定を此場合に類推せよと主張して居る。又他の學者は表見代理の理論を類推すべしと論じて居る。筆者は前説に賛成する。従つて前掲の期間内に於て善意で爲した行爲は隠居の取消によつて效力を失はないことになる。(ロ) 隠居によつて財産を得た者は其取消によつて権利を失ふが、善意の利得者は現に利益を受くる限度に於てのみ之を返還すればよい。(ハ) 隠居の取消前に家督相續人の債権者となつた者は、隠

居の取消によつて戸主(隠居者)に對しても辨済の請求を爲しうる。勿論家督相續人に對する請求は之を爲すことが出来る(七六〇條一項)。尤も債権者が悪意なるときは家督相續人に對してのみ請求しうるのである(七六〇條二項)。

第二款 家族たる身分の喪失

家族たる身分の喪失原因は次の如くである。

- (1) 死亡
- (2) 去家
- (3) 自家相續

右の内で去家とは、生存せる家族が其の屬する家籍を失ふ場合を云ふ。去家の原因は次の如くである。(イ) 婚姻、(ロ) 養子縁組、(ハ) 離婚、(ニ) 離縁、(ホ) 婚姻又は縁組の取消、(ヘ) 親族入籍、(ト) 引取入籍、(チ) 分家、(リ) 他家相續、(ヌ) 廢絶家再興、(ル) 分家者の卑屬携帯、(ヲ) 離籍、(ワ) 廢家又は絶家、(カ) 一家創立、(ヨ) 國籍喪失、之である。

第七節 家族關係の效果

第一款 總 說

家族關係と云ふ言葉には二種の意味がある。即ち戸主と家族との關係は其の一つであり、一家の構成員相互の關係は其の二である。前者に付ては次款に於て説明するが故に、本款に於ては後者に付き略述することにする。即ち一家の構成員は(イ)其の家を稱する權利義務を有し、(七四六條)(ロ)親族會員に選定されうる資格があり(九四五條)、(ハ)親權者となりうべく(八七七條)、(ニ)繼親子關係及び嫡母庶子關係の成立の條件であり、(ホ)扶養關係に付き先順位にある(九五六條但書)。(ヘ)相續關係に於て先順位にある(九七〇條九八二條九八四條九八五條)。その他一家の構成員が破産した場合に付て、他の構成員は破産法第七二條三號及び第八三條二號の推定を受ける。又構成員の一人が犯罪を犯したる場合に對しては、刑法第二四四條二五一條二五五條二五七條の規定に注意せねばならぬ。

第二款 戸主家族の關係

第一項 戸主の權利義務

第一 戸主權

戸主權とは家族の指導統制を爲す爲めに認められた戸主の權利義務の全體である。(イ)戸主權は戸主たる地位に結合して居る。(ロ)戸主權は單なる權利ではなく權利義務の集合即ち一箇の資格である。(ハ)戸主權は家族の指導統制の爲めの資格である。従つて戸主が特定の家族に對してのみ有する權利及び家族の指導統制と關係なくして有する權利は、戸主權には屬さない。即ち夫權、親權、隱居又は廢家を爲す權利(七五二條以下七六二條)、氏を稱する權利(七四六條)、家督相續人の廢除又は指定を爲す權利(九七五條九七九條)、遺產相續權(九六六條一項三號)の如きものは之である。

第二 戸主權に屬する權利義務

(1) 居所指定權(七四九條)

家族は戸主の意に反して其居所を定むることを得ない(七四九條一項)。家族が之に違反したるときは次の如き效果が生ずる。(イ)戸主は扶養義務の免除を受ける(七四九條二項)。(ロ)戸主は相當の期間を定めて其期間内に指定の場所に轉居すべき旨を催告し、家族が正當の理由なくして之に従はざるときは、裁判所の許可を得てその家族を離籍しうる(七四九條三項)。但し未成年者、法定推定家督相續人又は戸主の妻及び家族の妻に對しては離籍し得ぬ(七四九條三項但書、七四四條二項七八九條)。

(2) 同意權、離籍權及び復籍拒絶權

(イ) 戸主は家族の婚姻又は養子縁組に對して同意権がある(七五〇條一項)。若し戸主の同意権に違反せる婚姻又は縁組が成立したときは、戸主は其家族を離籍し又は復籍の拒絶をなすことが出来る(七五〇條二項、七四一條)。而して養親又は夫が離籍されたときは、その養子又は妻は之に随伴せねばならぬ(七五〇條三項)。離籍復籍に付ては、親族法改正要綱第八の規定を参照せられたい。

(ロ) 嫡出に非ざる子の入籍同意権(七三五條一項)

(ハ) 轉籍同意権(七三七條一項、七三八條、七四三條參照)

(ニ) 離縁同意権(八六二條三項)

(ホ) 他家相續、分家又は廢絶家再興の同意権(七四三條)

以上(ロ)より(ホ)迄の同意権の効果は絶對的であつて、之に反する行爲はそれ自體無効となるのである。

(3) 婚姻又は養子縁組の取消権(七八〇條、八五四條、人訴一二六條)

(4) 無能力者保護に關する權利義務(七條一〇條、一三條、九〇三條、九〇九條)

(5) 親族會に對する權利義務(九四四條、九四八條、九五一條)

(6) 扶養の義務(七四七條)

尙ほ親族法改正要綱第六に於ては、戸主に對して家族を監督する權利義務を認めて居る。又同改正要綱第七に於ては戸主權代行に關する規定を認めて居る。戸主權の代行に付ては現行民法でも第七五一條に規定があるが、改正要綱は之を合理化したのである。

第三 戸主と家族との財産關係

(1) 戸主家族別産制

嚴密な意味に於ける家族制度の下に於ては家産は家の財産であり、従つて戸主のみが財産を有すべき筈である。しかし現行法の下に於ては家族は特有財産を有しうべく(七四八條一項)、戸主も亦自己の財産を有しうるのである。即ち戸主が其名に於て取得保持する財産に付ては家族は何等の權利もなく又家族が其名に於て取得保持する財産に付ては戸主は何等の權利もない。

(2) 財産歸屬の推定

前述の如く現行民法は戸主家族の別産制を採用して居るのであるが、戸主又は家族の何れに屬するか不明の財産は、戸主の財産と推定するのである。(七四八條二項)。この推定は戸主家族相互の關係に付てのみならず、第三者に對する關係に於ても適用せられる。

第二項 家族の權利義務

家族の権利義務と云ふのは、家族たる身分と結合する権利義務のことである。家族は前項に於て説明した戸主権に服する義務を有すると共に、戸主より扶養を受くる権利を有する。右の外か家族は其家の氏を稱する権利義務を有すべく又特有財産を有しうることは勿論である。

第八節 家の強制維持

我民法は既に屢々述べたるが如く家族制度を採用して居る。然るに家族制度は家を中心とする制度であり、家の維持保存を必要とするのである。然らば我民法は果して此點に付き考慮を拂つて居るであらうか。筆者は現行法の規定に照して之を肯定するものである。以下に於て家の強制維持に關する我民法の規定に付き略述するであらう。

第一 廢家の制限

戸主が任意に家を廢することを得るものとすれば、家の維持は期待し得ない。故に民法は、家督相續によつて戸主となつた者に付き一定の條件の下にのみ廢家を爲すことを認めたのである。^(七六)但し一家創立又は分家によつて新に家を立てた者は、任意に之を廢しうることになつて居る。しかし筆者は此場合に對しても相當の制限を加へることが至當だと思ふ。

第二 法定推定家督相續人の去家の制限

家は家督相續によつて存續するものであるが、法定推定家督相續人は家督相續に付き重要な地位を占めて居る。若し此者が任意に去家しうるとせば、我國の家督制度は根本的に變更せられることになる。故に民法は原則として法定推定家督相續人の去家を許さない^(七四)。但し(イ)本家相續の必要あるとき^(七四四條一項但書)、(ロ)戸主の意に反して婚姻又は養子縁組により他家の者を自家に入れんとし戸主より離籍されたとき^(七四四條二項七の條三項四條)、(ハ)女戸主の家督相續人たる嫡出に非ざる子が他家に屬する實父によつて認知されたとき^(七五三條)、(ニ)七三九條の場合に該當するとき及び(ホ)七五四條二項に該當するときは、例外である。尙ほ法定推定家督相續人である者が第九七五條二項の規定に基いて廢除された場合は去家が出来る。その他法定推定家督相續人が女子なる場合には、男子の養子を迎へることによつて去家をなしうる。

第三 法定推定家督相續人に對する相續の強制^(二〇二)

第四 家督相續人となり得る者の範圍が廣大なること^(九八) ^(五條)

以上の方法によつて民法は家の斷絶を防止せんとしたのである。殊に第四の方法によれば家督相續人の範圍は無限である。

第三章 狹義の親族法（親族關係）

第一節 總 說

(1) 人は其性質上から見ても又生活上の必要から見ても、孤立しては生活し得ない。即ち人は團體生活を營む性質を有するのである。而して人類最初の團體生活は血統を中心とするものであることは勿論である。この血統的團體が母系中心なりや父系中心なりやの點に付ては議論がある。しかし或る程度の文化を有する民族に於ては、父系中心を原則とする。さて人類の血統團體は、最初に於ては小規模のものであつたが、次第に發達して氏族團體となつたのである。氏族團體は更に發展して國家となつた。ところで我國は、國家形成以後に於ても、その基礎を氏族即ち大家族に置いて居ることは歴史上明かである。尤も今日に於ける家族は種々なる原因によつて小家族制となつて居るが、我國が家族制度の國なる點に於ては變りはない。

(2) 大家族制の下に於ては親族は結局家族であつたのであるが、今日に於ては親族の範圍と家族の範圍とは一致せぬ。しかし家族法の精神と親族法（狹義）の精神とは根本に於ては、異な

るところはない。従つて家族主義の原理、指導統制の原理及び自律の原則も亦、理論的には親族法に於ても行はるべきであり、血統繼續の原理及び指導協力の原理も亦、その適用があるべきである。ところが現行法は既述の如くその立法當時の事情に基いて個人主義的思想が或る程度に於て參酌せられて居る關係上、右の原理が充分に實現せられて居らない。この點は甚だ遺憾である。

第二節 親族の意義及び範圍

第一 親族關係の基礎

親族には二箇の意義がある。即ち本來の意義に於ける親族と現行法上の意義に於ける親族、之である。勿論右の二者は根本に於ては異なるところはない。唯だ現行法上の親族は、現行法の立法政策によつて若干の變更が爲されて居るに過ぎぬ。本來の意義に於ける親族は血統關係と婚姻關係とによつて結ばれた者のことである。即ち親族關係の基礎は血統と婚姻とである。尤も婚姻が成立しても常に後繼者が生れるとは限らず、而も家の維持は家族制度の絶對的要請である。此處に於て養子制度又は嫡母庶子の關係が発生して来る。更に配偶者の一方が死亡し又は離婚によつて去家した場合に於て、其家の重要な構成員の缺亡を生ずることになる。この事は一家の經

營上頗る不都合を生ずるから、生存又は殘存配偶者の再婚が必要となることが少くない。此處に於て繼親子關係の發生を見ることになる。要するに親族關係は血統又は之に準ずべきもの及び婚姻によつて生ずるものであるから、血統關係又は之に準ずべき關係及び婚姻關係ある者を以て親族と解すべきである。現行民法に於ける親族も右の定義に適合するのであるが、唯だ其範圍を限定して居るのである。此點に付ては後述する。

第二 親系及び親等

(1) 親系

血統連絡の關係を親系と稱する。養親子關係の如き所謂準血族に對しても、親系の觀念が適用せられる。結局親系は親族關係の系統或ひは種類を示すものである。親族關係は之を標準として、(イ) 男系親女系親、(ロ) 直系親傍系親、(ハ) 尊屬親卑屬親、(ニ) 父系親母系親及び、(ホ) 嫡系親庶系親に分つことが出来る。

(2) 親等

親族關係の遠近を決定する標準を親等と云ふ。然るに親等の計算方法には次の三種がある。(a) 階級親等制（支那主義）、(b) 寺院法主義及び(c) ローマ法主義、之である。第一の方

法は親族を五箇の親等に分つたこと及び配偶者の間にも親等を認めたとの二點に於て特色がある。明治三年十二月公布の新律綱領は之によつて居る。第二及び第三の方法は共に世數親等制と稱せられるものであつて、一代を以て一親等とし且つ配偶者の間に親等を認めない。従つて第二及び第三の方法は直系親に付ては全く同一である。然るに傍系親に於て兩者は異なるのである。即ち寺院法主義によれば、共同始祖と問題の兩人との間の世數を別々に計算し、何れも同數なるときはその數を又同數ならざるときはその多き方を親等數とする。之に反してローマ法主義によれば、問題の一人又は其配偶者より共同始祖に遡りその始祖より他の一人に下る迄の總世數を以て親等數とするのである。例へば伯父と甥との親等數は、寺院法主義によれば二親等であるが、ローマ法主義によると三親等になる。我民法はローマ法主義によつて居る(七二六條)。

第三 民法上の親族

我民法上の規定に従へば、親族は(イ) 六親等内の血族、(ロ) 配偶者及び(ハ) 三親等内の姻族に限られる(七二條)。尤も此處に所謂血族中には法定血族又は準血族を包含せしめる(七二七條)而して親等の計算法は前述の如くローマ法主義の世數親等制に従つて居る(七二六條)。尙ほ我民法は準血族を認めたる結果として、同一人の間に二箇若くは二箇以上の親族關係を生ぜしめること

もある。例へば兄が弟を養子とせる場合の如し。

第四 親族の範圍

前段に於て述べたるが如く我民法は親族の範圍を定めて居る。以下に於て此點に付き少しく述べてみよう。尙ほ親族の範圍に關しては親族法改正要綱第一を參照せられたい。

(1) 血族及び準血族

(イ) 血族

血族とは血統連絡の關係あるものを云ふ。而して婚姻關係により生じたる血統關係を嫡出と稱し、然らざるものを庶出と云ふ。此關係は死亡又は失踪宣告によつてのみ終了する。血統關係があつても、六親等以内の者でなければ親族ではない。

(ロ) 準血族又は法定血族

準血族とは本來血統の連絡なき者であるが法律上の事實に基いて自然の血族關係に於けると同一の取扱ひを受けるものごとを云ふのである。我民法の認めた準血族は、次の三種である。

(a) 養親子關係

この關係は養子縁組によつて發生するものであつて、養子と養親及び其血族との間に血族間に

於けると同一の親族關係を生ぜしめるのである(七七二)。尤も養親及び其血族と養子の實方の血族との間には、親族關係は生じない。尙ほ養子は縁組成立の後と雖も、その實方の血族との間の親族關係は依然として存続する。この關係の終了原因は、離縁及び縁組の取消(七三〇條一項八五)並に養親の去家(七三〇條二項)の三箇である。但し本家相續、分家及び廢絶家再興の爲めに養親が養家を去つた場合は此限りではない(七三三)。又養子の配偶者、直系卑屬又は其配偶者が養子の離縁に因つて之と共に養家を去りたるときは、其者と養親及び其血族との親族關係は消滅する(七三三條三項)。

(b) 繼親子關係

配偶者一方の子であつて婚姻の當時その家に在る者及び婚姻中に其家に入つた者と他の配偶者との間には、繼親子關係が生ずる。繼親子の間には、親子關係と同一の親族關係が發生する(七二八條)。但しこの親族關係は親子間に止まり、繼子と繼親の親族との間には親族關係は生じない。尙ほ繼親子關係發生後に於て出生した繼子の直系卑屬は、繼親と家を同じうするときに限り、之と法定血族となる。繼親子關係は、父母の婚姻の解消により消滅し又夫婦の一方が死亡した後後に於て生存配偶者が去家したときも消滅する(七二九條)。但し第七三一條の場合は例外である。繼親子關係に付ては、親族法改正要綱第二の規定を參照せられたい。

(c) 嫡母庶子の関係

父が認知した嫡出に非ざる子即ち庶子とその父の妻とが家を同じうするときは、兩者の間に嫡母庶子の関係が成立し、兩者は法律上親子として取扱はれる(七二八條)。而して此関係は右兩者の間に止まり、嫡母の親族と庶子との間には親族関係は生じない。嫡母庶子の関係は、父母の離婚又は婚姻の取消により消滅し又父の死亡後に於て母が去家した場合にも消滅する(七二九條)。但し第七三一條の場合は例外である。

(2) 配偶者

配偶者とは、婚姻によつて結合したる男女即ち夫婦を相互よりして呼ぶ名稱である(七二五條)。民法上に於ては婚姻は届出を必要とするから(七二五條一項)、所謂内縁の夫婦は配偶者とは云へない。尙ほ配偶者間には親等はない。配偶者の関係は、婚姻の解消(七二七條)及び婚姻の取消(七二九條以下)によつて消滅する。

(3) 姻族

姻族関係とは、夫婦の一方と他の一方の血族との間に認められる親族関係である(七二五條)。即ち夫と妻の血族及び妻と夫の血族との親族関係が、姻族関係である。然るに夫の血族と妻の血族との

間には親族関係はない。即ち夫の兩親と妻の兩親との間には親族関係は成立せぬ。尤も親族法改正要綱第一の六によると右兩者の間に親族関係を認めて居る。さて民法上の姻族の範圍は、配偶者を基準として三親等として居る。故に例へば夫と妻の兩親、兄弟姉妹、伯父伯母の間には姻族関係があるが、夫と妻の従兄弟姉妹の間には姻族関係はない。姻族関係は、配偶者の離婚及び婚姻の解消によつて消滅する外か、夫婦の一方の死亡後に於て生存配偶者がその家を去る場合にも亦消滅する(七二九條)。但し第七三一條の場合は例外である。

第三節 親族関係の効果

第一 親族関係の一般的效果

(1) 親族関係の法律上の効果は、主として民法親族編及び相續編に規定せられて居るが、他の法令中にも之に關する規定がある。先づ刑法に於ては刑の減免(刑法一〇五條、二四四條など)又は刑の加重(刑法二〇五條)の原因となり、訴訟法に於ては判事の除斥、忌避、回避の理由となり(民訴三二條以下)又證人の證言拒絶權(民訴二八〇條、二九〇條)を生ぜしめ若くは鑑定人たる資格を失はしめる(民訴三〇二條、二九一條刑訴一八六條)をせしめ若くは鑑定人たる資格を失はしめる(民訴三〇二條、刑訴二二八條)。

(2) 民法上の効果としても次の如きものがある。(イ) 四親等内の親族相互の禁治産、準禁

治産の宣告の請求又はその宣告の取消の申立を爲しうる（七條一〇）。（ロ）親族入籍、引取入籍を可能ならしめる（七三七條）。（ハ）親族の隠居取消權（七五九條）。（ニ）近親間の婚姻は禁ぜられる（七六九〇條七）。（ホ）親族の婚姻又は養子縁組の取消權（七八〇條）。（ヘ）親権喪失の宣告の申立權（八九條）。（ト）家督相續に對する權利がある（九八條）。（チ）後見人、後見監督人及び遺言の證人又は立會人となるに付き制限がある（九〇八條九一四條一〇七四條）

第二 親族法的效果

親族法的效果として特に重要なものは次の如くである。

(1) 親族相互の扶養の權利義務（九五九條）

(2) 親族會に於ける親族の權利（九四四條、九四五條、九五一條）

この兩者に對しては論ずべきものが多いから、その詳細は別章の説明に譲る。

第四章 婚姻法

第一節 總 說

第一款 婚姻の意義及び性質

第一 婚姻の意義

我民法は法文中に婚姻の定義を掲げて居らぬけれども、婚姻には二箇の意義が含まれて居る。即ち婚姻とは一男一女の法律的結合關係であつて畢生の共同生活を爲すことを目的とするものを云ひ、又場合によつては右の結合關係を創設する當事者の合意を指すのである。換言すれば婚姻なる語は夫婦關係を指稱することがあり（七九二條七九八條）或ひは婚姻契約を意味することがある（七三六條七三八條七三九條七四一七五〇條七五四條）七六五條乃至七七五條七七八條乃至七八八條八三六條。

第二 婚姻の性質

我民法に所謂婚姻とは、一男一女が畢生の共同生活を爲すことを目的とする合意であつて届出の形式を具備せるものを云ひ、場合によつてはかくして成立したる夫婦關係自體を指すのである。

故に(イ)婚姻は法律によつて認められた男女の結合である。(ロ)婚姻は一男一女の結合関係である。(ハ)婚姻は畢生の共同生活を目的とするものである。(ニ)婚姻は當事者雙方が自由意思に基いて成立せしめたものでなければならぬ。(ホ)婚姻は當事者の合意に基くものである。従つて婚姻は契約の一種であるが、身分を創設する身分法上の契約であるから、財産法上の契約とは之を嚴重に區別せねばならない。

第二款 婚姻制度の沿革

(1) 婚姻は古來から存する社會制度であり、親族關係の源泉を爲したるものである。しかし乍ら婚姻の形式内容に至つては、各國各時代の社會的竝に經濟的狀態の如何により必ずしも同一ではない。多くの學者の説明するところによれば、婚姻は亂婚制より團體婚制へと進み、更に定婚制へと進化したと云ふのである。現代の婚姻制度は固より定婚制に屬し且つ一夫一婦の制度なることは、人の知るところである。又婚姻成立の形式に於ても、掠奪婚より賣買婚、贈與婚へ進み、更に今日の共諾婚となつたのである。

(2) 我國の古代に於て亂婚又は團體婚が行はれたりや否やは不明である。中世以後は定婚制が行はれたことは勿論であるが、一夫多妻が原則であつた。従つて多妻の中にも順位が設けられ

正妻は一人で他は地位に於て正妻に劣る單なる妻又は妾であつた。明治初年に於ては妾の法律上の地位を承認したのであつたが、明治十三年七月太政官布告第三十六號の刑法典によつて妾制度は否認せられるに至つた。

(3) ローマ法に於ては婚姻自由なる思想の下に諸般の制度を設けて居つたのであるが、教會法に於ては婚姻を已むを得ざる害惡なりとして婚姻の自由を制限すると共に離婚の自由をも制限したのである。今日に於ては婚姻を以て已むを得ざる害惡なりとする思想は排斥され、婚姻の自由が一般に認められて居る。尙ほ離婚は家族生活、親族關係に重大なる影響を及ぼすものとして若干の制限のあるのが原則である。

(4) 婚姻の成立に付き事實婚主義と法律婚又は形式婚主義との二箇の主義が對立して居る。前者は社會の慣習上婚姻と認められる事實關係を法律上の婚姻と認める主義であり、後者は一定の形式を履踐するに非ざれば婚姻と認めざる主義である。思ふに婚姻は一面に於ては一家の私事であるが、他面に於ては社會秩序に關するものである。故に現代諸國の民法は一般に法律婚主義を採用したのである。我民法も亦、法律婚主義をとつて居る。しかし我國從來の慣習に照して考へるときは、現行法の法律婚主義は必ずしも妥當ではない。この點に付き參考となるのは、親

族法改正要綱第十二の規定である。

第三款 婚姻の種類

法律上の婚姻には通常の婚姻の外か次の如き種類がある。

(1) 戸内婚姻

同一戸籍内に在る者相互の婚姻を戸内婚姻と云ふ。この婚姻は近親禁婚の規定(七六九條以下)に反せざる限り有効である。この場合には配偶者の家籍には變動がない。

(2) 再婚(七六七條参照)

(3) 入夫婚姻

夫が女戸主の家に入るべき婚姻が入夫婚姻である。但し入夫は別段の意思表示を爲さぬ限り婚家の戸主とはならぬ(戸籍法二〇〇條、民法七三六條)。

(4) 婿養子縁組

婚姻と同時に妻の父母の養子となるべき場合を婿養子縁組と名付ける。婚姻と養子縁組とを同時に届出でた場合は、原則として婿養子縁組となる。

第二節 婚姻法の原理

(1) 婚姻は人間の性情に基く男女の結合形式である。即ち男女が婚姻生活を営むのは、合理的な利害関係の考慮に起因するのではなく、寧ろ非合理的なる性情に基くのである。右は婚姻の一般的の動因であるが、この動因は各國各時代の諸條件によつて制約せられるのである。例へば封建制度の時代に於ては、子を得ることを以て婚姻の目的なりと考へる傾向が一般に認められうるが如し。家族制度の下に於ても右と同様に子を得ることが婚姻の重大目的と考へられ、無子を以て離婚の原因となし又は一夫多妻を正當化する理由となしたことは、人の知るところである。

(2) 思ふに家族制度的精神に従へば、家の繼續は最高目的である。而して家の繼續は後繼者を必要とするが、後繼者は自己の子なることを以て理想とする。ところで婚姻は子を得る爲めの合法的手段である。従つて婚姻の重大目的は子を得ることにありと云ふことは誤りではない。けれども子を得ることのみが婚姻の唯一の目的ではあり得ぬし又それのみが婚姻の唯一の動因ではない。要するに家族制度の我國に於ては、婚姻の動因は人間の性情と後繼者を得んとする欲望とに在る。

(3) 婚姻法の原理の問題も亦、家族制度の國と個人主義の國とは異つて居る。故に我國の婚姻法は家族主義的原理の制約を受くべきである。即ち個人主義の國に於ては、婚姻法の原理は分業の原理及び拮抗の原理(中川善之助氏身分法 學一〇二頁以下参照)につきる。けれども我國の婚姻法の原理としては、拮抗の原理は妥當せぬ。要するに我國の婚姻法としては、分業の原理、指導協力の原理を基礎として構成せらるべきである。

第三節 婚姻の成立

第一款 婚姻の成立要件

婚姻を有効に成立せしむべき要件を分つて實質的要件と形式的要件とする。

第一 實質的要件

(1) 當事者に婚姻を爲す意思あること。
婚姻は當事者間の合意を要件とし、その合意は各當事者の眞實の意思表示によつて構成せられることを要する。従つて當事者に婚姻を爲す意思なきときは、その婚姻は當然且つ絶対に無効である(七七八條一號)。婚姻の意思は無能力者と雖も自ら之を表示することを要し、法定代理人をして代理

せしむるを得ない(七七四條)

(2) 當事者が婚姻適齡に達したること

男は滿十七年、女は滿十五年に達しなければ、適法の婚姻を爲し得ない(七六五條)。但し婚姻不適齡者間の婚姻は當然に無効ではなく、之を取消すことを得るに過ぎぬ(七八〇條七八一條)。

(3) 重婚者ならざること

配偶者ある者は重ねて婚姻を爲すことを得ない(七六六條)。重婚は二重の婚姻届出によつて成立するのであるから、實際には極めて稀れである。しかし重婚の生じうる場合が絶無と云ふのではない。即ち(イ) 戸籍吏の不注意により婚姻届が二重に受理されたとき、(ロ) 前婚に對する離婚後に於て再婚したるに、その離婚が無効又は取消されたとき、(ハ) 失踪宣告後に於て惡意の再婚を爲したるところ、失踪宣告が取消されたとき(三三三條)の如きは、之に屬する。重婚は婚姻取消の原因となる(七八〇條)。更に重婚は離婚の原因となり(八二三條一號)又刑法上の犯罪となる(八四四條一)。

(4) 女は前婚の解消又は取消の日より六ヶ月以上を経過せること(七六七條一)

この要件は血統の混亂を防止せんとすることを目的とするものである。六ヶ月の制限期間を稱して寡居期間と云ふ。本條違反の婚姻は取消すことが出来る(七八〇條七八二條)。又本條違反の再婚によつ

て生れたる子の父が何人であるかに關する推定に付ては、第八二〇條及び第八二一條に規定がある。本條立法の趣旨が血統の混亂を防止するに在るところからして、次の如き場合には本條の寡居期間の経過を要せずして再婚を爲しうる。(イ) 女が前婚の解消又は取消の前より懐胎して前婚終了後六ヶ月内に分娩したる場合(七六七)、(ロ) 前婚の解消後に於て前夫と再婚する場合、(ハ) 夫に對する失踪宣告によつて婚姻が解消したる場合及び(ニ) 夫の生死が三年以上分明ならざるが爲め裁判上の離婚ありたる場合、之である。

(5) 相姦者との婚姻に非ざること

姦通によつて裁判上離婚の宣告を受け又は刑の宣告を受けた者は、相姦者と婚姻を爲すことを得ない(七六六)。本條違反の婚姻は取消することが出来る(七八〇)。

(6) 近親間の婚姻に非ざること

民法は一定の近親者の間に於ける婚姻を許さない。(イ) 直系血族又は三親等内の傍系血族の間に於ては婚姻をなし得ない(七六六)。認知前の嫡出に非ざる子と實父及びその血族との間には親族關係はないが、近親婚姻が禁止される理由—人倫に反し且つ優生學の見地より見て劣性なる子孫を生む虞がある—に鑑み、右の關係に對しても本條の適用を認むべきである。養子と養方の傍系血族

との間は婚姻が許される(七六九)。繼子と繼親の血族との婚姻も妨げない。(ロ) 直系姻族の間に於ては婚姻を爲し得ない。姻族關係が止みたる後と雖も同様である(七七〇)。(ハ) 養子、その配偶者、直系卑屬又はその配偶者と養親又はその直系尊屬との間に於ては、親族關係が止んだ後と雖も、婚姻をなし得ない(七七〇)。(ニ) 近親禁婚に關する規定に反した婚姻は取消しうる(七八〇)。尤も親族法改正要綱第十三によると無効となつて居る。

(7) 父母、後見人及び親族會の同意あること

(イ) 三十年未滿の男若くは二十五年未滿の女が婚姻を爲すには、その戸籍内に在る父母の同意を要する(七七二)。父母の一方が知れざるとき、死亡したるとき、家を去りたるとき又は其の意思を表示すること能はざるときは、他の一方の同意のみを以て足る(七七二)。父母共に知れざるとき、家を去りたるとき又は其の意思を表示すること能はざるときは、婚姻を爲す者が未成年者なる場合に限り、その後見人及び親族會の同意を得なければならぬ(七七二)。繼父母又は嫡母が子の婚姻に同意しないときは、子は親族會の同意を得て婚姻をなすことが出来る(七七二)。(ロ) 父母後見人及び親族會の同意を得ずして爲した婚姻は、之を取消すことを得る。若し同意が詐欺強迫に基くときは、婚姻は取消しうる(七八三)。尤も同意権者が婚姻の事實を知つた後又は詐欺を發見し

若くは強迫を免れた後六ヶ月を経過し或ひは同意権者が追認を爲し又は婚姻届出の日より二年を経過したときは、最早やその婚姻を取消すことを得ない(七八條)。(ハ) 滿三十年以上の男子又は滿二十五年以上の女子は、禁治産者と雖も、父母若くは後見人の同意を要せずして、婚姻を爲しうる(七七條)。但し本心に復したるときでなければ、禁治産者は有効な婚姻を爲し得ない。婚姻の同意に付ては親族法改正要綱第十一に規定がある。

(8) 家族の婚姻に付ては戸主の同意あること

(イ) 家族が婚姻をなすに付ては戸主の同意を要する(七五條)。(ロ) 轉婚を爲すには婚家及び實家の戸主の同意を要する(七四條)。(ハ) 戸主の同意なくして婚姻しても、その婚姻は取消されることなく、戸主によつて離婚若くは復籍拒絶の制裁を受くるに過ぎない(七四一條二項)。(ニ) 戸主の同意なき場合に於て戸籍吏が注意を爲したるにも拘らず當事者が婚姻届出をなさんと欲するときはその届出を受理せねばならない(七七六條)。(ホ) 戸主が父又は母若くは後見人なるときに於て一方の資格に於て同意を與へたる場合は他方の資格に於ても同意を與へたるものと解して差支えない。

(9) 婿養子縁組の場合には縁組の有効なること(七八六條)

婿養子縁組は既述の如く、婚姻と養子縁組とが不可分的に結合して居る場合であるから、養子縁組が無効となり又は取消されたときは婚姻は取消しうるものとなる。

(10) 戸主又は法定推定家督相續人が婚姻によつて他家に入る場合の制限(七五四條)

第二 形式的要件

婚姻は戸籍吏に届出であることを要する(七七五條)。届出は戸籍法の定むる手續に従つて之を爲すべく(七五條二項戸籍法一〇三條)。その届出は市町村長の受理によつて完成する。戸籍吏は、その婚姻が前掲の要件を具へ、その他法令の規定に違反しないことを認めなければ、その届出を受理してはならぬ。但し戸主の同意を缺くに過ぎぬ場合は此限りではない(七七六條)。

第三 特別の場合

(1) 華族及び現役軍人の婚姻に付ては、民法の規定する要件の外か、華族に於ては宮内大臣の認許(華族令一四條)、現役軍人に付ては勅許若くは大臣又はその所屬長官の認可を受けることを要する。右の條件を具備せぬ届出は受理すべからざるものである。しかし戸籍吏が誤つて之を受理したときは、民法上有効の婚姻が成立する。

(2) 在外日本人の婚姻に付ては(イ)その在留國の法律に定めたる手續によること(法例一三、

(ロ) 本籍地役場に婚姻届書を提出すること、(ハ)その在留する國に駐在する日本の公使又は領事に對して婚姻届出を爲すこと(七七七條法例一三條)の三方法の内の何れか一箇を選択すべきである。

(3) 日本に於ける外國人の婚姻に付ては(イ)實質的要件はその本國法により(法例一三條)、(法例一項)形式的要求は我民法に従ふべきである(法例一三條)。

(4) 朝鮮、臺灣に關する特例

朝鮮人又は臺灣人との婚姻は、共通法によつて認められて居る(共通法三條一項)。けれども朝鮮及び臺灣と内地との間には、戶籍法規の統一が無かつたので、移籍送籍の事務が行はれず、結局婚姻も圓滿に行はれなかつたのである。そこで朝鮮では朝鮮民事令と朝鮮戶籍令とを以て、この問題を解決した。又臺灣に付ては、昭和七年勅令第三六〇號「大正十一年勅令第四〇七號臺灣ニ施行スル法律ノ特例ニ關スル件中改正ノ件」及び同勅令第三六一號「本島人ノ戶籍ニ關スル事務ヲ郡守警察分署長又ハ支廳長ヲシテ取扱ハシムルノ件」竝に昭和七年十一月二十七日律令第二號「本島人ノ戶籍ニ關スル件」によつて統一されて、昭和八年三月一日以後は法律上の支障は消滅した。

(5) 戦死後受理された婚姻届の效力

婚姻届はそれが受理せられるときに於て、婚姻當事者が生存せることを條件とするものである。

故に今次の事變に當り、出征軍人が出征地より婚姻の届書を郵送したるも其受理前に戦死せるとき又は本人の委託によつて留守宅より届出を爲したるも其の受理前に本人が戦死せるときは、本來その届出は有效ならざるものと云ふべきである。尤も司法省の先例では、右の如き婚姻届出を有效なりしとして居る。従つて司法省では、今次の事變の事例に對しても、同様の取扱ひを爲すべき通牒を發した(昭和二年二月九日民甲一六六〇號地方裁判所長宛民事局長通牒)。筆者は理論としては司法省の見解に疑問を有するが、實際の取扱ひとしては賛成する。

第二款 婚姻の豫約

第一 意義及び性質

(1) 婚姻の豫約は、その本來の意義に於ては、將來に於て適法な婚姻を爲すことを目的とする一男一女の合意である。従つて親相互の合意に基く所謂許婚は、婚姻の豫約ではない。婚姻の豫約に付ては我民法に規定はない。しかし其性質は身分法上の契約である。

(2) 然らば右の意義に於ける婚姻の豫約は、有效であらうか。思ふに婚姻の當時に於て互に自由意思を保有すべき當事者が、豫約によつて拘束せらるるが如きことは、婚姻の本質に反する。従つて之を嚴密に解するならば婚姻豫約は有效ではあり得ない。しかし婚姻の豫約は強制力

なきも正當の理由なくして之を履行せぬときは損害賠償責任を生ぜしめる效力あるものと解することは可能である。尙ほ大審院では後述する如く、婚姻の豫約は強制力なきも正當の理由なくして之を履行せぬときは損害賠償の責任を生ずと判決して居るが(大正四年一月二六日民事聯合部判決)、この場合の豫約は内縁関係を意味するのであつて、單なる豫約を指すのではない。従つて此判決を以て婚姻豫約の有効性を説明する根據とはなしえない。

第二 内縁関係

(1) 前段に於て述べたるが如く固有の意義に於ける婚姻の豫約は、無効である。然るに我國に於ては所謂内縁の夫婦なるものが甚だ多い。元來我國に於ては慣習上の儀式を挙げれば夫婦であること云ふ慣習が行はれて居つたのであるが、現行民法は此點に付き何等の考慮をも拂はず所謂法律婚主義を採用したのである。従つて民法の規定は事實状態と一致せざる傾向を示すこととなつた。此處に於て届出を爲さざる夫婦關係即ち内縁關係が、多數に發生するに至つた。而して内縁關係は一種の婚姻の豫約であるから、前述の理論に基いて無効である。故に内縁關係に在る一方——主として内縁の妻であるが——は他方に對して婚姻の届出を請求することも出来ぬし又正當の理由なくして内縁關係の解消を宣告されても不履行による責任を相手方に對して主張する

ことも出来なかつたのである。然るに若し此状態を放置するときは、社會上極めて不都合なる結果を生ずることになる。此處に於て大審院は、内縁關係に在る者は婚姻の豫約を爲したのであり、この豫約は其性質上強制履行を求め得ぬが、正當の理由なくして届出を爲さず又は内縁關係の終了を宣告するときは、豫約不履行による損害賠償を求めうるものと、判決したのである。大審院の判決の結論は、内縁の妻を救済すると云ふ點に於ては正當である。しかし筆者は、大審院の理論構成には賛同し難い。即ち大審院は内縁關係を單なる債權契約と同視して居るやうであるが、この關係は身分法上の契約であり婚約者たる地位を生ぜしめるものである。従つて正當の理由なくして届出を拒絶し又は内縁關係の解約を主張するものは、一種の不法行爲をなしたるものである。故に拒絶者は損害賠償の責任を負ふのであると思ふ。

(2) 内縁關係に在る者は右の大審院の判決によつて或る程度の救済が與へられたのであるが、之だけでは未だ根本的に救済が與へられたとは云ひ得ない。既述の如く内縁關係の成立は、主として民法の届出主義に起因する。従つて此問題を解決するには、次の如き二箇の方法が考へられる。(イ) 婚姻届出主義の理解を一般國民に奨勵普及し、婚姻の儀式と届出とを同日に取り行ふ慣習を作るべく努力するか又は(ロ) 慣習上の儀式を挙げたる婚姻を法律上の婚姻と認める方

法を採用するか何れかである。(イ)の方法は理想的ではあるが、その實現には時日を要する。又(ロ)の方法は現実的ではあるが、婚姻の公的方面を輕視すると云ふ批難を免かれない。親族法改正要綱第十二によると(イ)婚姻は慣習上認められたる儀式を擧ぐるによつて成立するものとし其の成立證明の方法を法律に定むること、(ロ)前項によつて婚姻をなしたるときは一定の期間内に届出を爲すべきものとする事及び(ハ)第一項によらざる婚姻は届出によつて、成立することとなつて居る。筆者は改正要綱の方針に賛成である。

第四節 婚姻の無効及び取消

第一 婚姻の無効

(1) 民法の定むる婚姻無効の原因は(イ)婚姻意思の欠缺及び(ロ)届出の欠缺の二箇である(七八)。婚姻の無効は何人に對しても無効であつて、敢て無効確認の訴を必要とせぬ。尤も婚姻の無効に付き争ひあるときは、無効確認の訴を爲さねばならぬ。婚姻が無効となつた結果として戸籍上の記載を訂正する爲めには、婚姻無効の確定判決が必要である(戸籍法一六五)。尙ほ此場合の訴訟手續は、人事訴訟手續法による。

(2) 婚姻が無効なるときは、その婚姻は當初より成立せざりしものと看做される。従つてその當事者間に生れたる子は、私生子となる。

第二 婚姻の取消

(1) 婚姻の取消とは、一旦成立した婚姻を將來に向つて無効ならしむる行爲である。婚姻取消の原因は(イ)不適齡婚姻、(ロ)重婚、(ハ)寡居期間を守らざる婚姻、(ニ)相姦者の婚姻、(ホ)近親間の婚姻、(ヘ)父母の同意なき婚姻、(ト)父母の同意を詐欺強迫によつて得たる場合、(チ)詐欺強迫による婚姻及び(リ)婿養子縁組に於ける縁組の無効又は取消の場合之である(七七九條乃至七八六條)。

(2) 婚姻の取消は常に訴訟の形式によらねばならぬ(七八〇條七八八)。その手續は人事訴訟手續法の規定に従ふ(人訴一、二條)。婚姻取消の判決は第三者に對しても其の效力がある(人訴一)。

(3) 婚姻取消の效力は既往に遡らない(七八七)。即ち取消の裁判確定の時から將來に向つてのみ、その效力を生ずる。従つて當事者間に於て婚姻取消前に生れたる子は、嫡出子たる身分を有する。婚姻の當時その取消の原因を知らざりし當事者が婚姻によつて財産を得たるときは、現に利益を受くる限度に於てその返還を爲すことを要する(七八七)。之に反して惡意の受益者は、得た

る利益の全部を返還する外か、相手方が善意なるときは之によつて生じたる損害を賠償せねばならない(七八七、七八八、七八九)。

第五節 婚姻の效力

第一款 總 說

(1) 婚姻が如何なる効果を生ずるかに付ては、從來二箇の主義が對立して居る。即ち夫婦同體主義及び夫婦別體主義、之である。前者は夫婦を以て法律上一箇の人格とし、従つて妻の特有財産を認めぬのである。之に反して後者は夫婦を獨立の人格者となし、各自が特有財産を有することを認めるものである。近代に於ては男女平等の思想が承認され、夫婦が對等の人格者として婚姻生活を営むのを至當であると考へ、諸國の民法は一般に夫婦別體主義を採用して居る。我國の民法は我國舊來の慣習を參酌して、男女間に多少の差別を設けて居るけれども、その規定の內容から判斷すると、夫婦別體主義を採つたものと云ふことが出来る。

(2) 筆者は、男女平等論に必ずしも反對ではない。従つて婚姻生活にて、夫は支配者であり妻は服従者であるとの考へ方には、賛成しない。しかし我國は家族制度の國であるから、この點

から男女の地位に若干の差異を生ずることは、當然であると思ふ。更に夫婦生活は一種の團體生活であるが、團體生活には中心を必要とする。然るに我國の國情に照して、夫婦生活の中心は夫にあらねばならぬ。故に筆者は、絶對的男女平等論には反對せざるを得ない。右の如く夫と妻とは原則としては平等であるが、家族制度の趣旨と夫妻生活の圓滿との理由により、その間に若干の差別を認められることになるのである。尤も夫と妻の間は、支配服従の關係ではなく、指導統制の關係にあるものと云はねばならぬ。而して妻の人格は右の制約の範圍内に於て、之を認めらるべきものと思ふ。

第二款 婚姻の身分上の效力

婚姻の効果として、當事者は互に配偶者たる身分を取得し、この身分に基いて親族關係が発生し、戶籍關係に變動を生じ、夫婦は互に種々なる權利義務を有することになる。以下に於て之を分説するであらう。

(1) 配偶者たる身分

婚姻當事者は婚姻によつて相互に配偶者たる身分を取得する(七二五、七二六)。若し第三者が故意又は過失によつて、婚姻生活の存續を妨害したるときは不法行爲となる。例へば第三者が配偶者の一方

を殺害し又は其の貞操を蹂躪したる場合には、他方の配偶者は加害者に對して不法行爲による損害賠償を求めることが出来る(七一一條參照)。

(2) 貞操の義務

夫婦は互に貞操の義務を負ふ。從來妻の貞操義務は一般に承認されて居つたが、夫の貞操義務に付ては疑ひを抱くものが多數であつた。然るに大正十五年七月二十日の大審院判決は、之を肯定したのである。筆者は此判決に賛成である。蓋し婚姻は、男女畢生の共同生活を目的とするものであり、此目的を達する爲めには當事者が互に誠實なることを要するからである。この義務の法文上の根據に付ては議論もあるが、筆者は第七八九條の同居の義務に求むべきであると思ふ。

(3) 同居の義務

妻は夫と同居する義務を負ひ、夫は妻をして同居せしむる義務を負ふ(七八九條)。右の如く夫婦は互に同居の義務を負ふのであるが、住居の選定權は夫に在る。若し配偶者の一方が同居に應ぜざるときは、他方の配偶者は同居請求の訴訟を爲しうる(八二條一六條)。但し強制執行はなし得ない。尤も正當の理由に基く別居の合意は有効である。尙ほ前述の如く同居の義務は、夫婦生活の本質上當然に當事者相互の貞操の義務を包含する。

(4) 扶養の義務

夫婦は互に扶養をなす義務を負ふ(七九〇條九)。婚姻生活の費用は、夫又は女戸主たる妻が之を負担すべきであるが、此等の者が其の資力又は能力なきときは、他の配偶者が扶養せねばならぬ(七八九條)。尙ほ夫婦は扶養義務者としては第一順位に在り、扶養權利者としては第三順位に在る(九五七條)。但し第九六一條の適用はない。

(5) 後見人となる義務

妻が未成年者又は禁治産者なるときは、夫はその後見人となる(七九一條九)。又夫が禁治産者なるときは、妻が後見人となる(九〇二條三項)。

(6) 戸籍關係の變動

妻は婚姻によつて夫の家に入り、入夫及び婿養子は妻の家に入る(七八八條)。従つて家族關係の變動を生ずる。

(7) 親族關係の發生

婚姻により夫婦は親族となり又各自の配偶者の三親等内の血族とも親族になる(七二五條)。その他繼親子關係(七二八條)、嫡母庶子の關係(七二九條)、準正(八三六條)などの關係が發生しうる。

第三款 婚姻の財産上の效力

(1) 妻の無能力

妻は夫婦間の共同生活の圓滿を期する必要上、民法總則編の規定に従ひ(一四條乃至一八條)、無能力者たる取扱ひを受くるのである。如何なる範圍に於て妻が無能力となるかに付ては、總則編の説明に譲る。但し妻の無能力は妻たる身分を前提とするが故に、假令婚姻中の行爲であつても婚姻解消後に於ては之を取消すことを得ない。尙ほ妻を無能力として之を總則編に規定したる點に付ては反對論が多い。筆者も民法の態度には賛成しない。即ち妻の能力は婚姻生活の必要上から制限せられるものだから、之を婚姻の効果として規定するのが至當である。親族法改正要綱第十四の一號の規定の趣旨も、筆者と同じである。

(2) 夫婦間の契約の取消権

夫婦間に於て契約を爲したるときは、其の契約は婚姻中何時にても夫婦の一方から之を取消すことが出来る。但し第三者の權利を害することを得ない(七九條)。夫婦間に於ては一時の感情にかられて輕率に契約を爲すことがあるし又然らずとしても夫婦間に於て契約の履行を法律的に主張することは夫婦生活の本質に反するから、本條の規定を設けたのである。但し本條の規定は契約の

取消を奨勵したものではないから、夫婦が契約を嚴守することは寧ろ歓迎すべきである。

(3) 夫婦の財産關係

(イ) 總說

夫婦は婚姻によつて共同生活を営むものであり、共同生活に於ては必然的に財産上の關係が隨伴する。従つて夫婦の財産關係に付ても何等かの規定がなければならぬ。夫婦の財産關係に付き、從來諸國の法律に於て認められて居るものは、次の六箇である(法定財産制)。(a) 管理共通制、(b) 夫婦別産制、(c) 一般的共産制、(d) 所得共産制、(e) 動産共産制、(f) 嫁資制、之である。尤も夫婦は契約によつて、その財産關係を定めることが出来るのは勿論である(契約財産制)。

管理共通制は、夫が妻の財産を管理しうるものであり、獨逸及び瑞西並に我國の法定財産制は之に屬する。夫婦別産制は、夫婦が各々その財産及び財産の管理權を有するものであり、伊太利に於て採用せられて居る。一般的共産制は、夫婦の共有とするものであり、和蘭の法定財産制は之である。所得共産制は夫婦が婚姻中に取得したる財産を共有する制度である。動産共有制は夫婦の動産及び夫婦が婚姻中に取得したる財産を共有する制度である。佛蘭西民法は之による。嫁資

制は妻の嫁資財産を夫の所有とする制度であつて、ローマ法の採用したものである。

以上の諸制度の論評は之を避けるが、親族法改正要綱第十四の二に於ては、次の如く定めて居る。即ち夫婦の特有財産を認めると共に、夫又は女戸主は配偶者の財産に對して使用収益権あるものとし、妻の財産に對する夫の管理権を廢止すべきものとする。

(ロ) 民法の規定

我民法に於ては、夫婦の財産關係は、夫婦財産契約あるときは之により、之なきときは法定財産制によるべきものとなして居る(三七九)。

(a)、夫婦財産契約

夫婦は婚姻届出前に於て婚姻に於ける財産關係の合意を爲し、之を婚姻の届出前に登記するによつて、夫婦財産契約は完成する(四七九)。その内容は強行法の規定及び公序良俗に反せざる限り當事者の任意に之を定めることが出来るが、婚姻届出後に於ては之を變更し得ない(七九六)。但し管理の失當により其財産を危くしたる場合に於ける管理者の變更(七九六)及び共有財産分割の場合(七九六)は、例外である。尙ほ管理者の變更又は共有財産の分割の場合に於ては、直ちに其旨を登記せざれば、之を以て夫婦の承継人及び第三者に對抗するを得ない(七九六)。又外國人が、その本國

の法定財産制と異なりたる契約をなしたる場合に付ては、第七九五條に規定がある。夫婦財産契約は實際に於ては殆んど行はれて居らない。

(b) 法定財産制

夫婦が夫婦財産契約を爲さなかつた場合には、法定財産制に従ふ(三七九)。我民法の法定財産制は管理共通制に屬する。以下に於て其の概要を述べることしよう。(甲)夫婦は各々特有財産を有しうる。即ち夫又は妻の財産の歸屬は、婚姻によつて何等の影響を受くることなく、婚姻前から有して居る財産及び婚姻中に自己の名に於て得たる財産は、その者の財産となる(八〇七)。夫婦の執れに屬するか不明なる財産は、夫又は女戸主の財産と推定される(八〇七)。(乙)婚姻により生ずる一切の費用は、夫又は女戸主の負擔に屬する(七九)。(丙)夫又は女戸主は、用方に従つて配偶者の財産の使用及び収益を爲すことが出来る(七九)。夫又は女戸主は、その配偶者の財産の果實中より、その債務の利息を支拂ふことを要する(七九)。本條の場合に對しては第五九五條(通常必要費の負擔)及び第五九八條(原状回復義務)の規定の準用がある(八〇)。(丁)夫は妻の財産に對する管理権がある(八〇)。夫が管理不能の場合は、妻が自ら管理する(八〇)。夫が未成年なる場合に對しては第八八五條の規定がある。尤も夫の管理権は、妻の専用に供せられる物及

び營業を許された妻の營業財産には及ばない。夫が妻の爲めに借財を爲し、妻の財産を讓渡し、之を擔保に供し又は第六〇二條の期間を超えて其の貸貸を爲すには、妻の承諾が必要である。但し管理の目的を以て果實を處分するときは此限りではない(二八〇)。夫が妻の財産を管理するには、自己の爲めにする同一の注意を用ひなければならぬ(五八〇)。夫が妻の財産を管理する場合に於て必要ありと認めるときは、裁判所は妻の請求によつて夫をして其の財産の管理及び返還に付き相當の擔保を供せしめることが出来る(三八〇)。尙ほ夫の管理權に對しては第七九六條二項の適用ある外か、委任に關する第六五四條及び第六五五條の規定が準用される(六八〇)。(戊)妻は日常の家事に付ては、夫の代理人と看做される(八〇四)。何にを以て日常の家事とするかは、その夫婦の身分その他の事情に基き社會の通念に従つて、之を決すべきである。妻は日常の家事に付ては右の如く法定代理人となるのであるが、その行爲をなすに當つて必ずしも夫の爲めにすることを示す必要はない。しかし妻は自己の爲めにする同一の注意を以て代理行爲をすべきである(八〇五)。妻の日常家事の代理權に對しては、第六五四條及び第六五五條の規定の準用がある(六八〇)。夫は妻の代理權の全部又は一部の否認を爲すことが出来る。但し之を以て善意の第三者に對抗することを得不い(八〇四)。若し妻が日常家事の範圍を超えて代理行爲をなしたるときは、表見代理となること

がある(一一〇)
(條参照)

第六節 婚姻の解消

第一款 死 亡

婚姻は當事者の一方の死亡によつて解消する。失踪宣告も亦死亡と同様の効果を生ずるのである(三一三)。但し死亡は、單に夫婦たる身分關係及び其の財産上の關係を消滅せしむるに過ぎぬのであつて、婚姻によつて生じたる親族關係及び家族關係は之が爲めに消滅するものではない(七二九)。生存配偶者と他の一方の直系尊屬にして其の家に在る者との間の扶養の權利義務も亦、之が爲めに消滅せぬ。

第二款 離 婚

第一項 總 說

(1) 離婚とは、夫婦の生存中に於て婚姻によつて生じたる一切の法律關係を消滅せしめる行爲を云ふ。離婚に關しては從來、自由離婚制、離婚禁止制及び制限離婚制なる三個の主義がある。離婚禁止制は、キリスト教の影響であるが、この主義は人情の自然に合しないから、現今では嚴

格な禁止制を採用する國はない。次に自由離婚制は、社會秩序と云ふ點から見て、採用し難い。従つて一定の原因あるときに限り離婚を許すとする制限離婚制が、最も妥當である。

(2) 我國に於ては古來より比較的自由に離婚を許して居つた。尤も我國に於ては、家族制度及び封建制度の影響によつて、離婚は主として男子側の特權であり、女子は一般に離婚の請求を爲し得ぬものとされて居つた。然るに明治六年五月十五日太政官布告第一六二號により、妻の離婚請求權が承認せられるに至つたのである。現行法は夫と妻に離婚請求を許して居る。

(3) 離婚に協議上の離婚と裁判上の離婚の區別がある。前者は當事者の合意による離婚であり、特定の原因あることを要しない。後者は一定の原因ある場合に於て裁判所の許可を得て爲す離婚である。我國に於ては右兩種の離婚を許して居るが、歐米諸國に於ては協議上の離婚を認め居らぬ。協議上の離婚に付ては反對論もあるが、筆者は制度自體としては必ずしも不當ではないと思ふ。但し此制度は配偶者の一方に苛酷なる結果を與へる虞がある。此點に付き親族法改正要綱第十七が、離婚による扶養義務を認めたることは、極めて至當である。又現行法の法定離婚原因は不充分である。我國の實情によれば、妻が離婚を爲す場合には原則として、裁判上の離婚によつて居る。故に法定原因の當否は、主として妻の利害に關するところが大である。親族法改

正要綱第十六は、頗る適切なる離婚原因を掲げて居る。

第二項 協議上の離婚

協議上の離婚とは、夫婦の生存中その協議を以てする婚姻の解消を云ふ(八〇條)。この種の離婚の要件は(イ)離婚の意思あること(八一〇條)、(ロ)二十五年未満の者は父母又は後見人若しくは親族會の同意を得ること(八〇九條七七條)、(ハ)戸籍吏に届出でること(八一〇條七七條)、之である。而して戸籍吏が其届出を受理したるときを以て、離婚は完成するのである。この場合の離婚の無効又は取消に付ては別段の規定はないが、民法總則の規定の適用のないことは勿論であるから、婚姻の無効及び取消に關する規定を類推適用すべきである。尙ほ親族法改正要綱第十五の規定を参照せられたい。

第三項 裁判上の離婚

(1) 裁判上の離婚とは、夫婦が法律上の原因ある場合に於て、その一方の請求に基き、裁判所の判決を以てする婚姻の解消を云ふ。その手續は、人事訴訟手續法の規定に従ふ(人訴一條三條四條乃至一八條參照)。

(2) 民法の認むる離婚の原因は次の如くである(八一條)。即ち(イ)配偶者が重婚を爲したと

き、(ロ)妻が姦通を爲したとき、(ハ)夫が姦淫罪に因り刑に處せられたとき、(ニ)配偶者が一定の犯罪により輕罪以上の刑に處せられ又は他の罪に因つて重禁錮三年以上の刑に處せられたとき、(ホ)配偶者より同居に堪へざる虐待又は重大なる侮辱を受けたるとき、(ヘ)配偶者より惡意を以て遺棄されたとき、(ト)配偶者の直系尊屬より虐待又は重大なる侮辱を受けたるとき、(チ)配偶者が自己の直系尊屬に對して虐待を爲し又は之に重大なる侮辱を加へたる時、(リ)配偶者の生死が三年以上分明ならざるとき及び(ヌ)婿養子縁組の場合に於て離縁ありたるとき又は養子が家女と婚姻を爲したる場合に於て離縁若くは縁組の取消ありたるとき、之である。

(3) 以上の内で(イ)より(ト)迄の原因ある場合に於て、夫婦の一方が他の一方の行爲に同意し又は其の行爲を宥恕したるときは、離婚の訴を提起するを得ない(四八條)。又(ニ)の場合に於ては第八一五條の制限がある。更に(イ)より(チ)迄の原因ある場合に於て、一年又は十年の期間を経過したるときは、離婚の訴を提起し得ない(六八條)。尙ほ(リ)の原因ある場合に於ては第八一七條の制限がある。又前掲(ヌ)の原因あるときは第八一八條の規定に注意せねばならない。

第四項 法律上の離婚

夫婦が養子となり又は養子が養親の他の養子と婚姻したる場合に於て、妻が離縁によつて養家を去るべきときは、夫は其の選擇により離縁又は離婚を爲さねばならぬ(八七條)。之を法律上の離婚と云ふ。此場合には裁判上の手續を要せずして離婚を爲しうる。

第五項 離婚の効果

(1) 離婚は將來に向つて婚姻関係を消滅せしめ且つ婚姻によつて生じたる一切の關係をも同時に終了せしむるものである。協議上の離婚の場合には其届出により、裁判上の離婚の場合には之を許容した判決の確定によつて、離婚の効力が生ずるのである。離婚の訴を提起した者は、判決確定の日より十日以内に、判決の謄本を添附して離婚の届出を爲さなければならぬ(戶籍法一〇四條〇六)。

(2) 離婚の主要なる効果は次の如くである。即ち(イ)配偶者たる身分の消滅(ロ)姻族關係の消滅(七二九條一、二項)、(ハ)法定血族關係の消滅(七二九條一、二項)、(ニ)戶籍關係の變動(七三九條、七四〇條)、(ホ)夫婦財産關係の終了、(ヘ)妻の無能力の消滅、(ト)再婚の可能及び(チ)子に對する效力(八一九條)之である。右の内で特に説明を要するのは、(チ)の場合である。離婚があつて父母の婚姻が解

消しても、子その他の自然血族との親族関係には影響はない。尤も離婚の結果、父母の一方がその家を去つた場合には、その親と子とは戸籍関係を異にすることとなり、親権、扶養の権利義務及び家督相續權等に變更を生ずるのである(八七二條八七七條九五六條九五八條九七〇條九八四條)。離婚を爲した者が、その協議を以て子の監護をなすべき者を定めないときは、その監護の権利義務は父に屬する(八一二條)。父が離婚によつて婚家を去りたる場合に於ては、子の監護は母に歸屬する(八一二條)。裁判上の離婚を爲した場合に於ける子の監護に付ては第八一二條の規定の準用がある。但し裁判所は子の利益の爲めに之と異なる處分を爲しうる(九八一條)。尙ほ親族法要綱第九及び第十五の二を参照せられたい。

(3) 現行法では離婚後に於ける扶養問題に關しては何等の規定もないが、親族法改正要綱第十七に於ては之に關する規定がある。離婚が配偶者の一方の不法行爲に基因するときは、被害者は固より損害賠償を請求しうるが、然らざるときは現行法に於ては扶養の請求又は損害賠償の請求を爲し得ない。離婚が自己の過失による場合は已むを得ぬが、自己の責に歸すべからざる事由によつて離婚を受けたる者の立場は之を保護する必要がある。この意味に於て改正要綱の規定は妥當である。

第五章 親子法

第一節 親子法の沿革及び原理

(1) 人類の存する限り自然の親子關係は、如何なる時代に於ても存したのであり又存すべきである。従つて親子間の關係に付ては之を規律すべき法則が、古き以前より存在して居つたものと云はねばならぬ。

(2) 法制史に従へば、古代に於ては父は子に對して生殺與奪の權利を有したのであつた。この時代に於ては子の人格は、殆んど認められなかつたと云つても、過言ではない。故に此時代の親子法は、父の爲め若くは家の爲めの親子法であつた。然るに社會の進歩と共に、子の人格が承認されるに至つたのであるが、それにも拘らず子は親のものと云ふ思想は容易に消滅しなかつた。而して此時代に於ける親子法は親の爲めの親子法より子の爲めの親子法への過渡期と見ることが出来る。ところで最近に於ては親子法の趣旨が後繼者の育成にあることを承認せられるに至り、此處に子の爲めの親子法が完成したのである。

(3) 我國は古來より家族主義の國であつたから、親子法の原理にも家族主義的色彩が強かつたことは勿論である。現行民法の親子法は子の爲めの親子法と解釋することが出来る。しかし此處に子の爲めと云ふのは、子自身の利益の爲めと云ふ意味ではなく、家の繼承者としての又は次代の國民としての子の爲めと云ふ意味である。

第二節 親子關係の種類及びその發生原因

第一款 總 說

(1) 元來親子とは、血統の連絡ある親と子の關係を指稱するものであるが、種々なる理由と必要により、法律の擬制による親子をも、此處に所謂親子の内に包含せしめるのである。親子關係からは(イ)親子なる親族關係、(ロ)相續問題、(ハ)親權の問題及び(ニ)扶養の權利義務などの効果が生ずるのである。

(2) 親子關係は之を(イ)實親子關係と(ロ)法律の擬制による親子關係とに大別しうる。而して前者は之を(甲)嫡出子關係、(乙)嫡出に非ざる子の關係とに分ち、後者は之を(甲)養親子關係、(乙)繼親子關係及び(丙)嫡母庶子の關係に分つことが出来る。

第二款 實親子關係

第一項 嫡出子

第一 嫡出子の意義

嫡出子とは、婚姻によつて出生せる子を云ふ。故に嫡出子たる爲めには(イ)父母の婚姻中に妻が受胎したこと、(ロ)夫の子なること、(ハ)妻の分娩したる子なることの三要件を具備せねばならない。故に婚姻前に懷胎し婚姻中に生れたる子は、假令事實上その父母の子であつても當然にはその父母の嫡出子とはならぬ。尤も此場合に於ては第八三六條二項の規定に基き、その子は嫡出子となる事が出来るのである。

第二 嫡出子の推定

嫡出子たる要件は前述の三箇であるが、若し争ひがある場合に於ては之を立證せねばならぬ。然るに(イ)婚姻中に懷胎したるや否や及び(ロ)夫の子なるや否やの點は、その立證が頗る困難である。そこで民法は次の如き規定を設けたのである。即ち(a)妻が婚姻中懷胎したる子は夫の子と推定され(八二〇條一項)、(b)婚姻成立の日より二百日後又は婚姻の解消若くは取消の日より三百日以内に生れたる子は婚姻中に懷胎したるものと推定される(八二〇條二項)。故に此場合に於て他人

の子なることを主張する者は其の立證を爲すべく（嫡出子否認の訴）(八二條)、此場合以外に於て夫の子なりと主張する者は之を立證せねばならぬ。尙ほ女が再婚禁止期間内に再婚したる場合に於て、若しその女が新婚成立後二百日後又は前婚解消後三百日以内に於て分娩を爲したるときは、前條の規定により其子の父を定め難いから、裁判所の認定によるべきである(八二條、人訴二七條、三〇條、戸籍法七四條)。

第三 嫡出子否認の訴

嫡出子の推定は、その證明の困難を避ける爲めの便宜に出でたものであるから、それが常に眞の事實と一致するとは限らない。故に民法は、夫に對して嫡出子の推定を打破する爲めに嫡出子否認の訴を爲すことを許したのである。即ち夫は、その子又はその法定代理人に對する訴によつて、嫡出子の推定を否認しうるのである。但し夫が子の法定代理人なるときは、裁判所は特別代理人を選任せねばならぬ(八三條)。右の如く夫は、この訴の原告であるが、夫が禁治産者なるときは、夫の後見人は親族會の同意を得て、この訴を提起しうる(八條)。又夫の死亡後に於ては、その子の爲めに相續權を害せらるべきもの、その他夫の三親等内の血族から、右の訴を提起することが出来る(九條)。夫の嫡出子否認權は、(イ)子の出生後に於て夫がその嫡出子なることを承認したる場合、(ロ)その子が死亡したるとき及び(ハ)法定の期間を満了した場合には、消滅

する(八二條、八三條、八四條、八五條、八六條)。尙ほ親族法改正要綱第十八の規定を参照せられたい。

第二項 嫡出に非ざる子

第一 嫡出に非ざる子の意義

嫡出に非ざる子とは、婚姻によらずして出生したる子を云ふ。昭和十七年法律第七號によつて私生子の名稱は廢止された(親族法改正要綱第十九參照)。従來嫡出に非ざる子を分つて私生子及び庶子の二と爲して居つたが私生子の取扱ひを如何にすべきかは問題である。多數の立法は、社會の秩序維持及び道義上の觀念からして、私生子に差別待遇を與へるのを通例として居る。思ふに婚姻制度尊重の趣旨に基いて私生子の差別待遇を爲すことは、一應の理由はある。しかし(イ)子自身には何等の罪もなく又責任もないのに之に對して差別待遇を與へることは苛酷であるし、(ロ)私生子に差別待遇を與へることで婚姻外の男女關係を絶止又は減少せしめうるや否やは疑問である。勿論筆者は、私生子と嫡出子とを平等に待遇せよと云ふのではない。唯だ現在の待遇は私生子にとつて餘りに苛酷だとするのである。尙ほ嫡出に非ざる子にして父の認知を受けたる者を庶子と名付ける(八二條)。庶子の場合を除き嫡出に非ざる子とその父母との間には血縁關係はあるが法律上の親子關係はない。

第二 認知

(1) 父又は母が、その嫡出に非ざる子を自己の子なりと承認する行爲を、認知と稱する(八二二項)。認知権を有する者は父又は母である。父又は母が無能力者であつても、認知を爲すに付てはその法定代理人の同意を要しない(八二二)。但し認知権者は意思能力あることを要する。認知せられる者は、父又は母より認知せられざる嫡出に非ざる子、胎兒及び嫡出に非ざる子として死亡せる者である。胎兒の認知を爲すには母の承諾を要し(八三一)、成年の子を認知するにはその者の承諾を要し(〇三)、死亡したる子を認知するには其者に直系卑屬あることを要すべく又その直系卑屬が成年者なるときは其者の承諾が必要である(八三一)。認知は戸籍吏に届出を爲さなければならぬ(八二九條一項戸籍法)。認知は遺言によつても之を爲すことが出来る(八二九條二項一〇六〇(八一條乃至八三條))。認知によつて、父母と嫡出に非ざる子との間に法律上の親子關係が完成する。尤も母子關係は出生なる事實によつて當然に生ずるから、母が認知を爲す必要なしと云ふ見解もある。認知の効果は、出生の時に遡るのを原則とするが、第三者の既得権を害するを得ない(八三三)。尙ほ父が認知したるときは、父子間に親子關係が発生する外か、その子は庶子たる身分を取得する(八二二項)。庶子は必ずしも其父と家と同じうするものとは云へぬ。蓋し入籍の権利は戸主にあるからである。母と嫡出に非ざる子との戸籍關係も亦、之と同様である。

認知を爲したる父又は母は、その認知を撤回することは出来る(八三三)。尤も(イ)認知が詐欺強迫に基くとき又は(ロ)法定の承諾なき場合には、その認知は取消すことが出来る。更に(イ)届出なきとき、(ロ)認知の意思なきとき、(ハ)重複したる認知、(ニ)眞實に反する認知は無効である。(3) 認知は重大なる利害關係を嫡出に非ざる子本人に及ぼすものであるから、嫡出に非ざる子、その直系卑屬又は此等の者の法定代理人は父又は母に對して認知の請求を爲しうべく(八三五條三九條)、又嫡出に非ざる子、その他の利害關係人は認知に對して反對の事實を主張すること(八三四條)が出来る(八三四條人)。尙ほ昭和十七年法律第七號により第八三五條が改正せられた結果として、父母の死亡後に於ても嫡出に非ざる子の側から認知の訴を爲すことが認められた。但し父母の死亡後三年を経過したるときは此限りではない。

第三 準正

嫡出子に非らざる者が嫡出子の身分を取得する場合を、準正と云ふ。準正は次の如き場合に行はれる。即ち(イ)庶子はその父母の婚姻により其時から、(ロ)婚姻中父母が認知したる嫡出に非ざる子は其の認知の時から(八三三)、嫡出子たる身分を取得する。(イ)及び(ロ)の場合に於て、既に其子が死亡せるときであつても、右の規定の適用がある(八三六)準正の効果は既往に遡及せぬ(九七〇條二項参照)

第三款 養子

第一項 總說

第一 養子制度の目的及び其價值

養子制度は元來、家の繼續と祖先の祭祀とを絶さざる目的に出るのであつて、古代の血族團體の時代、家族制度の時代及び封建制度の時代に於ては、大いに其の存在理由があつたのである。然るに歐米の如き個人主義の國に於ては、この制度は單なる財産の繼承の目的を有するに過ぎざるものとなつたのであり且つこの制度には（イ）子たる者の人格を無視する傾向あること、（ロ）不自然な親子關係を生ぜしめる爲めに家庭内の不和を惹起せしめる虞あること及び（ハ）自然の人倫に反する擬制であること等の否難が、なされたのである。然れども我國は家族制度の國である關係上、この制度は充分にその存在理由及び價值あるものと云はねばならぬ。

第二 養子縁組の意義及び種類

（一）養子縁組とは、養親子關係を發生せしめることを目的とする親族法上の契約である。而して養子縁組は後述する如く、届出を必要とするが故に、要式行爲に屬する。

（二）養子縁組の種類は次の如くである。（イ）通常の養子縁組、（ロ）婿養子縁組（八三）、

（ハ）戸内縁組、（ニ）遺言養子縁組（八四）、之である。尙ほ親族法改正要綱第二十一に於ては、養子の種別及び相續權に付き規定して居る。

第二項 養子縁組の成立

第一 實質的要件

（一）當事者が縁組を爲す意思あること（八五一條一號）。

養子縁組は親族法上の契約であるから、當事者が縁組を爲す意思あることを要するのは、勿論である。この意思なきときは縁組は無効となり、この意思に瑕疵あるときは縁組は取消しうるのである（八五一條）。當事者は自ら意思表示を爲すことを要し、代理人による意思表示は許されぬ。尤も養子となるべき者が十五歳未満であるときは、其家に在る父母が之に代つて縁組の承諾を爲すことが出来る（八四三條八四六條）。尙ほ此點に付ては親族法改正要綱第二十二の規定を、參照せられたい。又無能力者と雖も縁組を爲すに付き、その法定代理人の同意を必要とせぬ（八四七條）。更に配偶者ある者が養子を爲す場合に於て、夫婦の一方が其意思を表示すること能はざるときは、他の一方は雙方の名義を以て縁組を爲しうる（八四條）。

（二）養親の資格

養親は成年者であることを要し(八三)且つ養子より年長者なることを要する(八三)。又養子より卑屬であつてはならない(八三)。

(3) 養子の資格

養子は養親より年長者であつてはならぬ。又養子は養親の尊屬ならざることを要し、養親の被後見人であつてはならぬ(八四)。女婿の場合を除く外か、男子は法定の推定家督相續人たる男子ある者の養子とはなれない(八三)。

(4) 配偶者ある者の養子縁組

配偶者ある者は必ず其の配偶者と共に縁組をせねばならぬ。但し夫婦の一方が他方の子を養子とするには、他方の同意を得るを以て足る(八四)。

(5) 父母及び戸主の同意

成年の子が養子を爲し又は満十五年以上の子が養子となるには、その家に在る父母の同意を要する(八四)。父母の一方が知れざるとき、死亡したるとき又はその意思を表示すること能はざるときは、その一方のみの同意あれば足る。父母共に知れざるか、死亡したるか又はその意思を表示し能はざるときは、未成年者たる當事者は後見人及び親族會の同意を要する(八四六條)。同意権者

たる繼父母又は嫡母が同意をなさざるときは、親族會の同意のみで足る(八四六條)。轉縁組の場合に對しては第八四五條第八四六條の規定がある。次に戸籍の變動に付ては戸主の同意が必要である(七五)。このことは縁組の場合に於ても何等異なるところはない。

第二 形式的要件

養子縁組は戸籍吏に之を届出づることを要する(八四七條七七五條)。戸籍吏は縁組が第七四一條一項、第七四四條一項、第七五〇條一項及び第八三七條乃至第八四八條の規定その他の法令に違反せざることを認めたる後に非ざれば、その届出を受理し得ない。尙ほ第七七六條但書の規定は、此場合に準用される(八四九條)。

右の外か、外國に在る日本人間の養子縁組に付ては第八五〇條の規定がある。又皇族が養子をせらるる場合(皇室典範増補二條皇族身位令三〇條)、王公家が一般臣民の養子となられる場合(大正一五年皇(公家軌範六三條皇族身位令三二)、華族が養子をなす場合(華族令一四)及び外國人を養子とする場合(明治三年內務省令五一號)には、別段の定めがある。

第三項 養子縁組の無効及び取消

第一 縁組の無効

養子縁組は（イ）意思の欠缺の場合及び（ロ）届出の欠缺の場合に無効となる（八五）。縁組の無効は何人に對しても之を主張しうる。之に付き争ひあるときは、利害關係人は縁組の無効確認の訴を提起することが出来る（人訴二四條二六條戸）。尙ほ親族法改正要綱第二十四を参照せられたい。

第二 縁組の取消

養子縁組は左の原因あるときに之を取消しうる（八五）。（イ）成年に達せざる者が養子を爲したとき（三五）、（ロ）尊屬又は年長者を養子としたとき（四五）、（ハ）法定推定家督相續人たる男子ある者が男子を養子としたとき（八五四條）、（ニ）後見人が被後見人を養子としたとき（八五）、（ホ）配偶者と共にせざるとき（八五）、（ヘ）法定の同意なきとき（八五）、（ト）詐欺又は強迫によつて法定の同意が與へられたとき（八五）、（チ）婿養子縁組の場合に於て婚姻が無効なるか又は取消されたとき（八五）、（リ）詐欺又は強迫により養子縁組がなされたとき（八五）、之である。縁組の取消は判決の確定によつて其效力を生じ且つ其效力には遡及性がない（八五九條七八七條）。

第四項 養子縁組の効果

（一）養子は縁組の日から養親の嫡出子たる身分を取得する（八六）。養子と養親及び其血族との間には血族間に於けると同一の親族關係を生ずる（七二）。故に（イ）養子と養親との間に相續權を

生ぜしめ（九七〇條二項、九四四條以下）、（ロ）養子は養親の親權に服し（八七）、（ハ）婚姻に障礙を生ぜしめ（七六九條）及び（ニ）養子と養親及び其血族との間には扶養の權利義務を生ぜしめる（九五）。

（二）戸内養子に非ざる限り、養子は縁組によつて養親の家に入る（八六一條八七七條）。

第五項 養子縁組の解消

第一 當事者の死亡

養子縁組が當事者の死亡によつて解消することは疑ひない。しかし當事者の死亡は、縁組によつて生じた效果の全部を消滅せしめるものではない。例へば養親が死亡するも、養子と養親の血族との間の親族關係は消滅せぬ。

第二 離縁

（一）離縁があると、縁組によつて生じた一切の關係消滅する。離縁には（イ）協議上の離縁（八六）、（ロ）裁判上の離縁（八六六條）又は（ハ）法律上の離縁（六七條）の區別がある。尙ほ養子が戸主となりたる後に於ては、離縁をなし得ない（八七）。

（二）協議上の離縁とは、當事者の合意による縁組の解消のことである（八六二）。（イ）養子が満十五年未滿なるときは、養親と實家の父母との協議により離縁しうる（八六二條二項親族法改正要綱第二十五號參照）。（ロ）

養父死亡後に於ても戸主の同意を得て離縁しうる(八六二)。(ハ) 滿二十五年未滿の者が協議上の離縁をなすには縁組同意権者の同意を要する(八六)。(ニ) 禁治産者の協議上の離縁に付ては後見人の同意を要しない(八六四條)。(ホ) 屈出を必要とする(八六四條七七五條八六五條九條)。(籍法九五條乃至九七條九九條)。

(三) 裁判上の離縁を爲すには、法定の原因あることを要する(八六)。離縁権は(イ) 養親子関係の消滅、(ロ) 宥恕(八六)、(ハ) 同一處刑(八六)、(ニ) 期間の経過(八七〇條八七一條八七三條)、(ホ) 生死の不明(二八七)及び(ヘ) 抛棄(三八七)により消滅する。尙ほ親族法改正要綱第二十六を参照せられたい。裁判上の離縁は當事者間の訴訟によつて之を爲すのである。しかし養子が滿十五年未滿なるときは、代諾権者より離縁の訴を提起しうる(八六七)。

第三 離縁の効果

離縁によつて養子と養親及び其血族との間の親族関係は消滅し(但し第八六二條三、養子は實家に復籍し(七三九條七四〇條七四二條)、その縁組前に實家に於て有して居つた身分を回復するが、第三者の既得権は之を害し得ない(八七五)。

第四 法律上の離縁

夫婦が養子となり又は養子が養親の他の養子と婚姻をなしたる場合に於て、妻が離縁によつて

養家を去るべきときは、夫は其選擇に従つて離婚又は離縁を爲さねばならぬ(八七六)。

第三節 親子関係の消滅

親子関係の種類に従つて、その消滅原因は同一ではない。しかし親子関係の一般的消滅原因は死亡である。けれども親子の一方又は雙方が死亡しても、親子関係より生じた直接若くは間接の効果が全部的に消滅するものではない。この點は離婚又は離縁によつて親子関係が消滅したる場合に於ても異ならない。例へば婚姻解消後に於ても、母子の關係は消滅せず又夫と妻の母若くは妻と夫の父とは婚姻し得ざるが如し。尙ほ各個の場合に於ける親子関係の消滅原因の大體に付ては既に説明したから、之を省略する。

第四節 親子関係の効果

第一款 總 說

親子関係からは種々なる効果が發生する。即ち親は親権を有すると共に、子を監護教育する義務を有する。子は親の親権に服しなければならぬ。次に親子の間には家督相續權及び遺産相續權

の問題を生ずる。又親子の間には扶養の権利義務がある。然るに相續の問題に付ては別に論ずるを便宜とするから、本節に於ては、親權と扶養の権利義務に付き解説するであらう。尙ほ親權に付ては別に問題はないが、扶養の権利義務は必ずしも親子の間のみ生ずるものではない。従つて之を親子關係の効果として説明することは妥當を缺くかの如く考へるであらうが、親族關係の源泉が親子であることは異論はないから、此點に立脚して筆者は此の説明方法を採用したのである。

第二款 親 權

第一項 總 說

第一 親權の意義

親權とは、父又は母がその父又は母たる身分に基き其家に在る子に對して有する身上並に財産上の監督保護を爲すことを内容とする権利義務の集合である(八七條)。(イ)親權は父又は母に歸屬する。實父なると否とを問はない(八七七條)。(ロ)親權は同一戸籍内にある親子の間に成立する。(ハ)親權は未成年の子を主として對象とする。(ニ)親權は單なる權利又は義務ではなく、子の保護監督を目的とする權利義務の集合である。従つて親權は子の爲めの制度であつて、親の爲

めに存するのではない。されば親權の濫用は許されない(親族法改正要綱第二十(七)及び第二十八參照)。(ホ)他人が親權の行使を妨害したときは、親權者はその妨害の排除を請求しうる。

第二 親權と戸主權

家族制度の組織が強固であつた時代に於ては、親權は存在の餘地がなかつたのである。従つて親權は戸主權の衰退に伴つて承認されたものである。現行法では戸主權と親權との併存を許して居る。蓋し兩者は其目的を異にして居るからである。しかし我國は家族制度の國であるから、若し兩者が抵觸する場合に於ては、戸主權は親權に優越するものと云はねばならない(八八〇條參照)。

第三 親權關係の當事者

(1) 親 權 者

親權を行ふ者は原則として、子と其家を同じうする父であるが(八七七條)父が家に在らざるとき、知れざるとき、死亡したるとき又は親權を行ひ得ざるときは、母が之を行ふのである(八七七條)父が親權を行ひ得ぬときは、父が長期不在、長期の重病、未成年、禁治産者又は準禁治産者、親權喪失の宣告を受けたるとき(八九條)などを指す。同一戸籍内に數種の父母あるときは(イ)養父又は養家の繼父、(ロ)養母又は養家の繼母、(ハ)實父、(ニ)實母の順位による。尤も繼父母

又は嫡母が親権を行ふ場合には、後見の規定に従ふのである(八七)。母は父と異なつて單獨で親権を行使し得ず、重要な事項に付ては親族會の同意を得ることを要する(八八六條)。又母は子の財産を管理することを辭することが出来る(八八九條)。

(2) 親権に服する者

親権に服する者は、父又は母の家に在る未成年の子及び獨立の生計を立てざる成年の子である(八七)。但し成年の子に對する親権は、殆んど有名無實である。

第二項 親権の内容

第一 子の身上に關する親権

- (1) 未成年の子に對する監護教育(八七九條)
- (2) 子の命名權(戶籍法六九條、七二條)
- (3) 未成年の子の居所指定權(八八〇條)
- (4) 未成年の子の兵役出願許可權(八八一條)
- (5) 未成年の子の戶主權及び親権を代行する權利(八九五條)
- (6) 子に對する懲戒權(八八二條感化院法五條六條但書八條少年法一條四條矯正院法一條二條一條非訟九二條)

279875

(7) 未成年の子に對する營業許可權及び取消權(八八三條、六條)

第二 子の財産に關する親権

(1) 未成年の子の財産管理權(八八四條)

親権者は自己の爲めにする同一の注意を以て財産の管理を爲すことを要する(八八九條一項)。母が親権を行使する場合には、重要な行爲に付き親族會の同意を要する(八八六條)。但し第八八三條、第六條、第五條、第八九二條の場合には財産管理權はない。親権者は子の財産より生ずる果實を取得して、之と子の養育及び財産管理の費用との相殺を爲しうる(八九〇條)。但し第八九一條の場合は例外である。尙ほ第八九三條の規定により、委任に關する第六五四條及び第六五五條の準用がある。又第八九二條及び第八九四條の規定に注意せねばならぬ。

(2) 未成年の子の配偶者の財産管理(八八五條)

(3) 未成年の子の財産上の行爲を代表する權利(八八四條)

第三項 親権の制限

(1) 前項に於て述べたるが如く親権者は未成年の子の財産を管理し又その財産に關する法律行爲に付き代表權を有するのであるが、その子の行爲を目的とする債務を生ぜしめる場合に於て

は、本人の同意を要する(八八四)。故に例へば親権者が子に代つて第三者と雇傭契約を締結する場合には、その子の同意を要する。

(2) 親権者と子との間に利益相反する場合及び同一の親権者の親権に服する數人の子相互の間に利益相反する行爲が爲される場合には、親権者はその子の爲めに又はその一方の爲めに特別代理人を選任することを親族會に請求せねばならぬ(八八八)。本條違反の行爲は無權代理となる。尙ほ本條は身分法上の行爲なると財産法上の行爲なるとを問はず、その適用がある。

(3) 母が左に掲げる行爲を未成年の子の爲めになし又は未成年の子が此等の行爲を爲すに付き同意を與へる爲めには、親族會の同意を要する(八八八)。(イ)營業を爲すこと、(ロ)借財又は保證を爲すこと、(ハ)不動産又は重要な動産に關する權利の喪失を目的とする行爲を爲すこと、(ニ)不動産又は重要な動産に關する和解又は仲裁契約を爲すこと、(ホ)相続を拋棄すること及び(ヘ)贈與又は遺贈を拒絶すること、之である。親権者たる母が、親族會の同意なくして、右の行爲に付き代理を爲し又は同意を與へたるときは、子又はその法定代理人は之を取消すことが出来る。此場合に於ては第一九條、第一二二條乃至第一二六條の適用が認められる(八八八)。(七)尙ほ母の親権に付ては、親族法改正要綱第二十七を参照せられたい。

(4) 繼父母又は嫡母が親権を行ふには、後見の規定に従ふ(八七)

第四項 親権の消滅

第一 絶對的消滅の原因

- (1) 子の死
- (2) 子の成年
- (3) 子の去家
- (4) 子に對する禁治産の宣告(九〇〇條、九〇二條)

第二 相對的消滅の原因

- (1) 親権者の死亡又は去家
- (2) 親権者の親権行使の不能
- (3) 親権者の管理權消滅
- (4) 母が財産管理を辭したるとき

第三 親権の喪失

- (1) 親権の拋棄(八九九條)

第四節 親子關係の效果

(2) 親権の剝奪

(イ) 親権者が親権を濫用し又は著しく不行跡なるときは、裁判所は子の親族又は検事の請求により親権の喪失を宣告することをうる(八九六條、親族法要正(要綱第二十八條參照))。尤も喪失の原因が止んだときは、裁判所は本人又は親族の請求により、失権の宣告を取消することをうる(八九九條)。右の手續は人事訴訟手續法の規定に従ふ(人訴三一條三、二條三九條)。

(ロ) 親権者が子の財産を適當に管理しない爲め子に對して財産上の損害を與へ又は與ふる虞あるときは、裁判所は子の親族又は検事の請求により財産管理権の喪失を宣告しうる(八九七條一項、人訴三一條)。父が管理権喪失の宣告を受けたるときは、家に在る母が之を行ふのである(八九七條二項)。尙ほ此場合にも第八九八條の適用がある(人訴三三條二號)。親権者に管理権なき場合に於ては後見人は財産に關する権限のみを有する(九三條五條)。

第三款 扶養の義務

第一項 扶養義務の意義及び要件

第一 意義及び性質

(1) 扶養義務とは一定の人が自ら生活又は學修を爲すこと能ざる場合に其者と一定の身分關係

ある者が之を引取り又は引取らずして其生活又は教育の爲の經濟的給付を爲す義務のことである。

(2) 元來社會に於ける各人は、その總てが自力を以て生活することを得るものとは云ひ難い。即ち社會には種々なる原因によつて扶助を必要とする者が存在するのである。思ふに社會は協同體的構成並に精神を有すべきものであるから、若し社會の構成員の或る者が自力を以て生活する能はざる事情にある場合には、他の構成員は個人的に又は適當の組織によつて之を救済するを當然とするのである。この點は歐米の如き個人主義の國に於ても異なるところはない。然るに我國に於ては右の如き一般的扶助の制度の外に、扶養の義務の制度が存するのである。尤も外國に於ても親子及び夫婦の間には扶養の權利義務を認めて居るが、我國の扶養制度は之に比較して廣汎であるし又戸主と家族との間に扶養の義務を承認したる點に於て特色を有して居る。

(3) 我國に於ける扶養義務の制度は、家族制度及び親族關係を中心とする身分法的性質を有するものである。従つて扶養請求權の對象は經濟的給付であるけれども純粹なる債權ではなく、身分法上の請求權であるから、民法は此請求權の處分を許さない(九六條三條)。又債權者代位權(四二條三條)の對象ともなり得ぬし、差押も許されぬし(民訴六一條一項一號)、扶養義務者は自己の有する反對債權を以て之と相殺するを得ない(五一條〇條)。尙ほ親族法改正要綱第三十四を參照せられたい。

第二要 件

扶養の義務の發生要件は次の如くである。即ち(イ)扶養権利者と義務者との間に一定の身分關係が存在すること及び(ロ)扶養権利者が自己の資産又は労働によつて生活を爲すこと能はざる場合或ひは自己の資産によつて教育を受くること能はざる場合なること。之である(九五九)。但し兄弟姉妹間の扶養義務は、扶養の必要が扶養権利者の過失によらずして生じたる場合に於てのみ、發生するのである。尤も扶養義務者が扶養権利者に對して戸主家族の關係に在るときは、此限りではない(九五九)。

第二項 扶養關係の當事者

第一 身分關係

扶養關係の當事者相互の間には一定の身分關係が存在せねばならぬ。即ち(イ)直系血族(九五九)、(ロ)兄弟姉妹(九五九)、(ハ)家を同じくする直系姻族(九五九)、(ニ)配偶者(七九)、(ホ)戸主及び家族(七四)の關係、之である。右の内で(イ)より(ニ)迄の關係ある者は相互に扶養の權利義務を負ふに對し、(ホ)の關係に於ては戸主のみが此義務を有する。

第二 扶養義務者

(1) 扶養義務者は(イ)直系血族、(ロ)兄弟姉妹、(ハ)夫婦の一方と他方の直系尊屬にして同一戸籍内に在る者、(ニ)配偶者及び(ホ)戸主、之である(九五九)。

(2) 扶養義務者が數人あるときは、その順序は次の通りである。即ち(イ)配偶者、(ロ)直系卑屬、(ハ)直系尊屬、(ニ)戸主、(ホ)夫婦の一方と他方の直系尊屬にして同一戸籍内に在る者、(ヘ)兄弟姉妹の順序である(九五九)。又直系尊屬或ひは直系卑屬の間に於ては、その最も親等の近き者を先にする(九五九)。尙ほ家に在る者を先にし(九五九)、同順位者あるときは各自の資力に應じて其義務を分擔する(九五九)。

第三 扶養権利者

扶養権利者の順位は(イ)直系尊屬、(ロ)直系卑屬、(ハ)配偶者、(ニ)同一戸籍内の姻族たる直系尊屬、(ホ)兄弟姉妹、(ヘ)家族である(九五九)。數人の直系尊屬又は直系卑屬或ひは數人の姻族たる直系尊屬に付ては、第九五五條二項の規定が準用される。同順位の扶養権利者數人あるときは、各その需要に應じて扶養を受くることが出来るが、家に在る者は家に在らざる者に優先する(九五九)。

第三項 扶養の程度及び方法

第四節 親子關係の效果

第一 扶養の程度

扶養の程度は、権利者の需要と義務者の身分及び資力とに應じて之を定むべきである(九六)。若し扶養の程度に付き争ひあるときは、當事者双方はその程度の確定又は變更を訴によつて請求することが出来る(九六)。

第二 扶養の方法

扶養の方法は原則として義務者が之を定めることが出来る。即ち義務者は、権利者を引取り又は引取らずして生活資料を給付することが出来る(九六)。但し権利者は正當なる事由あるときに限り、訴によつて扶養方法の決定又はその變更を請求することが出来る(九六一條但書、九六二條)。

第六章 後見法

第一節 總 說

第一款 後見法の本質及び沿革

(1) 後見の制度は相當に古き時代から存在して居つたものである。蓋し社會生活を爲すには相當程度の精神力智力及び體力を必要とするのであるが、社會の構成員中には此等の能力を具備せざる者が存在するからである。殊に氏族制社會に於ては其の族長に又家族制社會に於ては其の家長に絶大の権力があり、その團體を統制して居るのであるが、その族長又は家長自身が幼年者なる爲めに適當の保護を要することも在りうるのである。然るに族長又は家長の幼弱は一族又は一家の休戚に關する。かくて後見の制度は、族長又は家長の幼弱なる場合に之を保護するものとして發生したのである。更に家長的統制が次第に弛むに伴れて、親なき幼者並に夫なき女子の保護を必要とするに至り、後見の制度は此場合にも擴張されたのである。然るに家族制度が崩壊し個人制度が出現するや、後見の制度は一種の財産管理の制度となるに至り、家族法的特質を失ふに

至つたのである。

(2) 我國の後見法も亦、大體に於て右の如き變遷を経たのであるが、既述の如く我國は家族制度の國であるから、現行後見法にも家族法的色彩が相當に存在して居る。筆者は現行法より以上に、家族法的分子を包含する後見法を設定すべきであると思ふ。

第二款 後見制度の目的及び構成

第一 後見制度の目的

現行法に基く後見制度の目的は、未成年者及び禁治産者の利益の爲めに、その身體及び財産の保護及び監督を爲すことにある。しかし他面に於て未成年者を保護する根本の目的は次代後継者の育成に存し、禁治産者を保護する根本の理由は正義公平、取引の安全及び社會秩序の維持にある。この根本的理由又は目的は、後見制度の理解乃至運用に付き、決して等閑視せざるものと思ふ。

第二 後見制度の構成

(1) 後見制度には未成年者の爲めにするものと禁治産者の爲めにするものとの別がある。前者は親権制度の延長であり、多分に親子法的乃至家族法的色彩が強い。之に反して後者には必ずし

も右の色彩が強いとは云へぬ。

(2) 後見の機關としては執行機關と監督機關とがある。前者は後見人であり、後者は後見監督人と親族會である。尤も親族會は必ずしも後見の機關としてのみの存在ではないが、筆者は便宜上之を後見制度の一部として解説することとした。尙ほ保佐の制度は、禁治産者の爲めの後見の場合と類似するが故に、之を本章の末尾に附加説明することとした。

第二節 後見の開始

後見とは、親権の保護を受けざる未成年者及び禁治産者の爲めに開始せられる私法上の職務である。後見開始の原因は次の如くである(九〇條)。

(1) 未成年者に對して親権を行ふものなきとき

父母共に死亡したるとき、知れざるとき、家を去りたるとき、親権を行ふこと能はざるとき又は親権喪失の宣告を受けたるとき或ひは母が管理權を辭したるときに(八九條)、未成年者の爲めに後見が開始せられるのである。

(2) 禁治産の宣告ありたるとき

禁治産者に對しては後見人を必要とするが故に(八)、禁治産の宣告ありたるときは後見が開始せられる。禁治産の宣告は未成年者に對しても爲されるから、禁治産者たる未成年者には後見人が附せられる。故に此場合には後見人と親権者とが併存する様に考へられるが、第九〇二條の規定があるから、親権者が同時に後見人となるのである。従つて兩者が併存する場合は、親権者が管理権を失ひたる場合及び母が管理権を辭したる場合に限られる。

第三節 後見の機關

前述の如く後見の機關には、執行機關と監督機關とがある。前者は後見人であり、後者は後見監督人及び親族會である。

第一款 後見

第一 後見人の種類

後見人とは後見の事務を行ふ者であり、常に一人でなければならぬ(九〇六條)。後見人には(イ)未成年者の後見の場合に於て、(a)指定後見人(九〇三條)、(b)法定後見人(七九二條)及び選定後見人(九〇三條)の三種があり、(ロ)禁治産者の後見の場合には、(a)法定後見人(九〇三條)及び(b)選

定後見人(九〇四條)の二種がある。尙ほ親族法改正要綱第二十九の規定を参照せられたい。

第二 後見人就任の順位

(1) 被後見人が未成年者なるとき

この場合に於ては第一位に指定後見人、第二位に法定後見人、第三位に選定後見人、の順位となつて居る。

(2) 被後見人が禁治産者なるとき

この場合に於ては第一位に法定後見人、第二位に選定後見人となつて居る。尙ほ法定後見人に付ては次の場合に注意せねはならない。即ち(イ)配偶者なき者が被後見人なるときは後見人は親権者、(ロ)夫が被後見人なるときは後見人は妻、夫が未成年者なるときは後見人は親権者、(ハ)妻が被後見人なるときは夫が後見人・然らざるときは妻自身の親権者、(ニ)以上の方法により後見人たる者なきときは後見人は戸主である。

第三 後見人の免除

後見人の就任は、法律上の強制負擔たる性質を有するから、濫りにその就任を拒絶し又は辭任することを得ない。即ち(イ)婦女なるとき及び(ロ)正當なる事由あるときに限り、就任を拒

絶し又は辭任することが出来る(九〇)。右の辭任の意思表示は親族會に對して爲さるべく、親族會の決議に對して不服あるときは、不服の訴を提起しうるのである。

第四 後見人の缺格及び免職

(1) 後見人の缺格

後見人たる資格を缺くことを、後見人の缺格と云ふ。如何なる場合には缺格が生ずるかは第九〇八條に従ふ。缺格者を後見人に指定し又は選定するも、無効である。

(2) 後見人の免職

(イ) 後見人に一定の義務違反ありたる場合には親族會は之を免職することが出来る(九一一條九〇條、民施七九條)

(ロ) 後見人に於て後見の任務に堪えざる事跡、不正の行爲又は著しき不行跡ありと認めたるときは、裁判所は之を免職することが出来る(九〇八條八號)

(ハ) 親族會の決議に對しては不服の訴を起しうべく又後見人免職の訴を提起しうる者は被後見人の親族、親族會員、後見監督人及び檢事である(九一五條八九六條)

第五 後見人の選任を要する場合

母が財産の管理を辭し、後見人が其の任務を辭し、親權者たる父又は母が去家し又は戸主が隱居を爲したるにより後見人を選任する必要を生じたるときは、その父、母又は後見人は遲滯なく親族會を招集し又はその招集を裁判所に請求することを要する(九〇五條)

第二款 後見監督人

後見監督人とは、後見に關する絶對的必要機關であつて、後見人を監督する職責を有するものを云ふ。

第一 後見監督人の種類

後見監督人には、後見人の指定權者(九〇)により遺言を以て指定せられる指定後見監督人(九一〇條)と、親族會によつて選定せられる選定後見監督人との別がある。(イ) 指定後見監督人なく法定又は指定の後見人あるときは、此等の者の請求により親族會が(九一一條) 又法定或ひは指定後見人なきときは親族會は先づ後見人を選定し、その選定後に於て直ちに後見監督人を選定すべきであり(九一一條二、項九〇四條)、(ロ) 後見人の缺けたるとき(九一一條)、(ハ) 後見人の更迭ありたる時(九一一條三)も亦、後見監督人が親族會により選定せられるのである。尙ほ後見監督人は一人たることを要しない(九一六條參照)。

第二 後見監督人の免除、缺格及び免職

後見監督人の免除及び缺格に付ては、缺格に關する第九一四條の場合の外か、後見人の免除及び缺格に關する規定の準用がある(九一六條九〇)。(七條九〇八條)。又その免職に關しては、第九一六條の規定により、第九〇八條八號の準用がある。

第三 後見監督人の職務

後見監督人の職務は、主として後見人の事務を監督することである。第九一五條には、その職務が列擧してある。後見監督人は、その職務を行ふに付き善良な管理者の注意を拂ふことを要する(九一六條)。(六四四條)。尙ほ親族法改正要綱第三十を参照せられたい。

第三款 親族會

第一項 總 說

第一 親族會の性質

親族會とは、特定の人又は家の爲めに、重要な事項を議決することを目的とする合議機關である。(イ)親族が會合して家の重大事を議する慣習は古來より存した。即ち親族會は本來、家族的性質を有するのである。然るに現行法では、親族會を以て親族の會合たることを要せざる

ものとして居るから、現行法の親族會は必ずしも家族制度と不可分なものとは云へぬ。(ロ)親族會は親族全體の會合でもなく又必ずしも親族のみの會合でもない。

第二 親族會を開くべき場合

- (1) 無能力者保護の爲めの親族會(九四九條)
- (a) 親權の補充及び其の監督(八八六條、八八八條、八七八條)
- (b) 後見の監督(九〇四條、九〇五條、九一二條乃至九一三條、九一五條、九一七條乃至九三九條)
- (c) 保佐の監督(九〇九條、九四三條)
- (d) 子の婚姻、養子縁組に關する保護(七七二條、八四三條、八四六條、八六三條、七七三條、八〇九條、八四六條)
- (e) 精神病者の保護(精神病者監護法一條)
- (2) 家の爲めの親族會
 - (a) 戸主權の代行(七五一條)
 - (b) 家督相續人の廢除及び選定(九七五條二項、九八二條乃至九八五條)

尙ほ親族會は、原則として會議を要する事件の發生する毎に裁判所により組織招集され、その事項の決議を終ると共に消滅する。但し無能力者の爲めの親族會は無能力の止む迄繼續する(九四)。

第二項 親族會の構成

(1) 親族會員の選任

親族會は法定の人の請求により裁判所が組織招集するのである(九四四)。(イ)親族會招集を請求しうる者は、事件本人、戸主、親族、後見人、後見監督人、保佐人、検事又は利害關係人である。(ロ)裁判所は、親族、事件本人又はその家に縁故ある者の中から三人以上を選定して、之を親族會員とする。(ハ)その手續は非訟事件手續法の規定に従ふ(非訴九六)。(ニ)未成年者の爲めにする親族會の場合には、後見人を指定しうる者が遺言によつて親族會員を選定しうる(九四五)。

(2) 親族會員の資格及び其の數

親族會員となりうる者は、事件本人の親族、縁故者又は本人の屬する家の縁故者に限られる(九四五)。(イ)事件本人の後見人、(ロ)後見監督人、(ハ)保佐人は、親族會員になれない(九四六)。又後見人缺格及び免黜の規定は、親族會員にも準用せられる(九四六)。(ニ)親族會員の數は三人以上なることを要する(九四五)。若し會員が三人以下となりたるときは、裁判所は之が補缺選任を行ふ(九五)。(三)判例は親族會員の増員を認めた(非訟一九)。

(3) 親族會員の責任

親族會員は、善良な管理者の注意を以て事務を處理すべきであり(九五三條、六四四條)、一定の理由ある場合の外か濫りに親族會員たることを辭するを得ない(九四六)。

尙ほ親族會の構成に付ては、親族法改正要綱第三十一の規定を参照せられたい。

第三項 親族會の議事

第一 親族會の招集

親族會が適法に行動するには、先づ親族會の招集が適法に爲されることを要する。親族會の招集は、事件本人、戸主、親族、後見人、後見監督人、保佐人、検事又は利害關係人が之を請求し、裁判所が之を招集するのである(九四)。(イ)後見人指定權者が遺言を以て親族會員を選定したる場合に於ても(九四五)、矢張り裁判所が招集するのである。尤も繼續する親族會の招集に付ては、第九四九條に規定がある。

第二 親族會の決議

(1) 親族會の行動は之を二箇に分つことが出来る。(イ)事實の報告を受け又は意思表示を受領すること(九二八條九〇七條)及び(ロ)法律行爲を爲すこと(七五一條八四六條九〇四條七七)之である。(イ)の場合に於ては別段に親族會の決議を必要とせぬが、親族會員の過半數が出席することは

必要である。(ロ)の場合に於ては親族會が決議を爲すことを要する。

(2) 親族會の決議は(イ)過半数の會員が出席することを要し、(ロ)全會員の過半数の同意によつて成立する(九四七)。會員は各自一票の表決権を有するが、自己の利害に關する議事に付ては表決権を行使するを得ない(九四七)。尙ほ事件本人、戸主、家に在る父母、配偶者、本家並に分家の戸主、後見人、後見監督人及び保佐人は、親族會に出席して其意見を述べることが出来るから、親族會招集の通知は此等の者に對しても爲されなければならない。但し此等の者は表決権を有しない(九四八)。

(3) 親族會が決議を爲すこと能はざる場合に於ては、親族會員はその決議に代るべき裁判を爲すことを裁判所に請求することが出来る(九五)。

尙ほ親族會の決議に付ては、親族法改正要綱第三十三を又親族會の代表に關しては同第三十二の規定を參照せられたり。

第四項 決議の無効及び取消

(1) 親族會の決議が無効となる主要なる場合は次の如くである。(甲)決議が強行法に反する場合及び(乙)親族會の構成が不適法なる場合、之である。親族會の決議が無効なるときは、何

人に對しても其の無効を主張しうる。

(2) 親族會の決議に對しては、一箇月以内に會員又は第九四四條に掲げたる者から、その不服を裁判所に訴へることが出来る(九五)。而して不服の訴が認められたときは、決議は既往に遡及して取消されるのである。

第四節 後見の事務

第一款 被後見人の身上に關する事務

第一 未成年者の身上に關する事務

被後見人が未成年者であるときは、後見人は大體に於て親権者と同様の権利義務を有する(九一)。尤も後見人は(イ)親権者の定めたる教育の方法及び居所を變更する場合、(ロ)懲戒場に入れる場合、(ハ)營業の許可、その取消又は制限を爲す場合には、親族會の同意を要する、右の外か後見人は、被後見人の戸主權又は親權を代行する(九三)。

第二 禁治産者の身上に關する事務

禁治産者の後見人は(イ)禁治産者の資力に應じて其の療養看護に努むること(九二)、(ロ)

禁治産者を入院せしむるや又は私宅に監置するや親族會の同意を得て之を決定することを要する。後見人は禁治産者の身分に關する事項に付き代理權がある。即ち(イ)嫡出子否認權の行使(八二二條八二三)、(ロ)認知請求權の行使(八三)、(ハ)離婚訴訟の提起(八四)、(ニ)戸主權の代行(九三項)、之である。

第二款 被後見人の財産に關する事務

- (1) 後見人の有する財産上の職務は次の如くである。(イ)財産の調査及び財産目録の調製(九一七條九一八條)、(ロ)財産の管理(九二)、(ハ)債務關係の申出(九一)、(ニ)支出金額の豫定(九二)、(ホ)金錢の寄託(九二)、(ヘ)財産狀況の報告(九二)、擔保の提供(九三)、之である。
- (2) 後見人は財産管理の爲めに親族會の同意を得て有給の財産管理者を使用しうる(九二)。後見人が被後見人の財産を管理する場合には、善良なる管理者の注意を用ひなければならぬ(九三六條)。後見人は後見事務の執行を公正に爲すべきものであるから、被後見人の有する權利を取得するに付ては、一定の制限に従ふことを要する(九三〇條)。又後見人は一定の條件の下に、親族會の決議により、被後見人の財産中より相當の報酬が與へられる(九二)。
- (8) 後見人は、財産に關する法律行爲に付て被後見人を代理し又は被後見人の行爲に對して同

意を與ふる權限がある(九二三條九二九條)。但し被後見人と利害相反する行爲に付ては、代理權はない(九一五)。後見人の代理行爲及び同意に對しては、親族會の同意が必要である(九二)。後見人が、その任務を曠くするときは、親族會は臨時管理人を選任し、後見人の責任を以て被後見人の財産を管理せしむることが出来る(九三)。

第五節 後見の終了

第一款 後見終了の原因

第一 絶對的終了原因

- (1) 未成年者の後見の場合
この場合には(イ)死亡したとき、(ロ)成年に達したとき、(ハ)親權を行ふ者があるに至つたときには、後見は絶對的に終了する。
- (2) 禁治産者の後見の場合
この場合には(イ)死亡したるとき、(ロ)禁治産の宣告が取消されたときに、後見は絶對的に終了する。

第二 相對的終了原因

後見そのものは終了せぬが、後見人の交代する場合に於ては、後見の相對的終了を生ずる。この場合の終了原因は次の如くである。即ち（イ）後見人の死亡、（ロ）後見人の辭任（九〇〇條）、（ハ）缺格事由の發生（九〇條）、（ニ）後見人の免職（九〇八條八號九一一條九一）、（ホ）戸主たる後見人が戸主たる身分を喪失したるとき、（ヘ）被後見人の去家など之である。

尙ほ後見の當事者は、後見の終了したことを相手方に通知し又は相手方が之を知りたるときに非ざれば、之を以て其の相手方に對抗するを得ぬ（九四一條、六五五條）。

第二款 後見終了より生ずる後見人の義務

（一） 後見の終了によつて後見人の任務は終了することになるが、之によつて後見に關する一切の任務が直ちに終了するものではない。即ち後見人は（イ）管理の計算を爲すべく（九三七條）、（ロ）財産の返還を爲すべきである（九三九條）、（イ）及び（ロ）の事務が終了すると後見關係は全部終了するのであるが、急迫なる事務あるときは第九四一條の規定により第六五四條の準用がある。

（二） 後見人、後見監督人又は親族會員と被後見人との間に於て後見に關して生じたる債權の消滅時効に付ては、第八九四條の規定が準用される（九四條）。

第六節 保 佐

（一） 保佐人は準禁治産者に附せられる者であつて、準禁治産者を保護する職分を有する。保佐の開始は、準禁治産の宣告があつたときである（一一條）。

（二） 保佐人には（イ）法定保佐人（九〇三條）と（ロ）選定保佐人（九〇四條）の二種がある（九〇九條）。保佐人の數は一人なることを要する（九〇九條一、九〇六條）。而して選定保佐人は法定保佐人なきときに於て就職する。保佐人の免除、缺格及び免職に關しては、後見人に關する規定の準用がある（九〇九條一項九、九〇八條八號）。

（三） 保佐人は法定代理人ではないから、代理權はない。保佐人は同意權のみを有すとすることが通説であるが、筆者は保佐制度の目的及び機能に照して賛成せぬ。筆者は、保佐人は同意權、取消權及び追認權ありと解する。尙ほ保佐人の監督は親族會が之を爲すべく、保佐人と準禁治産者との間に於ける利害相反する行爲に付ては保佐人は臨時保佐人の選任を親族會に請求することが出来る（九〇九條二項）。尙ほ保佐の終了に關しては、後見の終了の場合と同一に解して妨げない。唯だ保

佐に關して生じた債權の消滅時効に付ては、第九四三條の規定によつて第九四二條一項の規定の準用があることに注意しなければならない。

第七章 相続法

第一節 總 說

第一 相続の意義

相続とは、一定の身分關係ある者の間に於ける法定の原因に基く權利義務の包括的承繼を云ふ。(イ) 相続は法定の原因ある場合に開始せられる。而して其の原因は、(a) 家督相続の場合に戸主權の喪失であり、(b) 遺産相続の場合には被相続人の死亡である。(ロ) 相続は一定の身分關係ある者の間に行はれる。即ち相続は被相続人と相続人との間に行はれるのであつて、兩者は親族關係を有するのを原則とする。(ハ) 相続は包括的權利義務の承繼である。即ち被相続人に屬する權利義務を一體として相続人に移轉せしむるものが、相続である。

第二 身分相続及び財産相続

(一) 元來相続は、人格の繼續なる觀念に基くものであることは、何人も疑はざるところである。即ち氏族制度及び家族制度に於ては、氏族及び家の繼續は最も重大なる事項であつたが、氏

族又は家は族長又は家長によつて代表せられ、氏族及び家の繼續は結局、族長又は家長の人格の繼續に歸着するのである。尤も氏族又は家には通例若干の財産が存したから、族長又は家長の人格の承繼は同時に財産の承繼を意味したのである。しかし此場合に於ても相續は本質的には人格の相續であつて、財産の承繼は之に附帶するものと考へられたのである。

(2) 然るに家族に對して特有財産が認められるに及び、嚴格なる家族制度は弛緩したが、この時代に於て人格相續と獨立せる財産相續の萌芽が現はれるに至つた。更に歐米諸國の如き個人主義の國に於ては、家又は戸主の觀念は消失して了まつた爲めに、相續と云へば財産相續を意味するやうになつたのである。

(3) 我國は家族制度の國であるから、法制上家督相續即ち人格相續を承認して居る。然るに現行法は他面に於ては、財産相續をも認めて居る。このことは現行立法當時の事情に基くのであるが、我國の現状に照して強ひて之を批難するに當らないと思ふ。

第三 財産相續制度の存在理由

財産相續は果して合理的存在理由があると云ひうるであらうか。此點に關しては種々なる議論もあるけれども、筆者は之を次の如く考へるのである。我國の法律制度は、私有財産を承認して

居る。私有財産制度は一面に於て相當の缺陷を有するが、他面に於て人性に基く制度であるから、一概に之を排斥するのは妥當ではない。既に私有財産制度を認むる以上は、必然的に財産相續の制度を認めざるを得ない。尤も社會に於ける極端なる富の偏在は、社會的正義の實現を妨げる虞がある。更に社會を構成する各人は相互依存の關係に立つものであり、財産の保存又はその獲得も亦この關係と不可分であるから、財産相續の制度は、制度自體としては正當であるとしても、之に對しては適當の制限を附することが必要ではないかと思ふ。

第四 相續法の内容

(1) 相續法とは相續に關する法規を云ふ。然るに我民法は、相續法中に遺言法を包含せしめて居る。嚴密に考へれば我民法の態度は正確ではない。しかし兩者の間には密接な關係があるから、必ずしも我民法の態度を全然不當なりとは云ひ難い。尤も本書に於ては、兩者を別箇の章に於て説明することとした。

(2) 相續法の位置に關しては、從來特別法主義と法典主義とがある。而して前者は、之を包括的特別法主義（英領印度の相續法）と部分的特別法主義（英國法）とに分ちうる。又後者には親族編の一部となすもの、物權法の一部となすもの、財産取得編の一部となすもの及び獨立の一編

となすものとの四種がある。我民法は相続法を以て、獨立の一編となした。

(3) 相続法は身分法の一部であり、強行法規なるを原則とする。尙ほ我國の相続法としては、家族法的原理の支配を受くべきを當然とするのである。しかし現行相続法の規定の内部は、必ずしも此の要請を充分に充たして居るとは云ひ得ない。

第五 相続の種類及び相続権の意義

(1) 相続の種類

我民法の規定によると相続には(イ)家督相続及び(ロ)遺産相続の區別ある外か、(ハ)法定相続及び(ニ)遺言相続の區別がある。

(2) 相続権の意義

我民法上に於て相続権なる語に、二箇の意義があると云はれて居る。その一つは相続開始前の相続権(九七三條九七四條九七五條)であつて、他は相続開始後の権利である(九六六條一〇〇五條)。然らばこの見解は正當と云へるであらうか。筆者は之に賛成せぬ。筆者の考へによると、相続権は相続開始前の権利となるのである。元來相続権は相続人たる地位を内容とするものであるから、相続開始前の権利となさざるを得ない。而して民法が、相続開始後に於ても種々なる権利義務を規定したのは、筆

者の所謂相続権を前提としたるものであり、その效力の結果であると解すべきだと思ふ。唯だ筆者の見解に従ふと、相続権は相続の開始によつて消滅に歸するが如く思はれるが、必ずしも然るのではない。即ち相続開始後と雖も必要ある場合に於ては、その存在を維持すべきことは、恰も混同後に於ける権利と同一である。

(3) 相続権の性質

相続権の性質に關しては議論がある。或ひは之を以て財産的親族權と解する學者もあるが、疑問である。先づ家督相続権は人格相続たることを本質とし、財産の相続は之に附帶するに過ぎぬものであるから、寧ろ之を身分權と解すべきであらう。然るに遺産相続権は財産の相続であるから、之を財産的親族權と解してよい。要するに相続権は、相続人たる地位を内容とする身分權である。故に相続人に被相続人の権利義務が包括的に移轉するのは、相続人たる地位に對する法律の規定又は遺言の效力であつて、相続権自身が請求權なのではない。

第二節 家督相続

第一款 家督相続の開始

第一 家督相続開始の原因

家督相続とは、戸主が死亡、その他の事由によつて戸主たる身分を失ひたる場合に家督相続人が其の戸主に専屬せざる一切の権利義務を承継することを云ふ。家督相続開始の原因は次の如くである(九六、四條)。

- (イ) 戸主の死亡
- (ロ) 戸主の隠居(七五二條以下)
- (ハ) 戸主の国籍喪失(国籍法一八條、二三條)
- (ニ) 戸主の去家(七七九條以下八五二條以下)
- (ホ) 女戸主の入夫婚姻(戸籍法二〇〇條)
- (ヘ) 入夫の離婚及び入夫婚姻の取消(七三九條)

尙ほ相続法改正要綱第二には戸主権喪失の宣告による家督相続に付き、第三には隠居による家督相続に付き、第四には女戸主の入夫婚姻による家督相続に付き、第五には国籍喪失による家督相続に付き、規定して居る。

第二 家督相続の時期及び場所

(1) 家督相続開始の時期は、原則として前段に掲げたる事由の發生したるときである。而して相続は、相続人が之を知ると否とに拘らず開始するのである。尙ほ隠居又は去家などの如く届出の時を以て相続開始の時となる場合は問題ないが、死亡の場合は問題となる。結局裁判所の認定による外かなき場合が少くない。蓋し戸籍簿の記載は、一應の證據力あるに過ぎぬからである。

(2) 相続開始の場所は、被相続人の住所地である(九六、五條)。被相続人の住所地は、相続事件に関する裁判管轄を定むる標準となる(民訴一九條二〇條人訴三三條三五條非訟六五條八五條九七條一〇三條一〇四條)。

第三 相続財産に関する費用

相続財産とは、相続人が被相続人より承継せる積極財産を云ふ。但し此の言葉は場合によつて、より廣義に用ひられることもある。相続財産に関する費用は、原則として相続財産の内から支辨すべきである。但し相続人の過失によつて生じたる費用は、相続人の固有財産より支辨せねばならぬ(九六七、一七項)。相続財産に関する費用とは、租税その他の公課、管理費用、清算費用、訴訟費用などである。又遺留分権利者が、被相続人の爲したる贈與を減殺するによつて得たる財産も亦、廣義に於ける相続財産であるが、それから相続財産に関する費用を支辨することを要しない(九六七、二項)。

第二款 家督相續回復の請求

(1) 家督相續は、相續開始の原因たる事實の發生によつて當然開始せられ、家督相續人は當然に戸主となるのである。故に正當ならざる相續人が、故意又は過失によつて、家督相續を爲すことがありうる。かかる場合に於ては眞正の相續人が、正當ならざる相續人(僭稱相續人)に對して、自己の相續權を主張し、その侵害の排除を請求することが出来る。この權利を稱して家督相續回復請求權と云ふ(九六六)。

(2) 相續回復請求權は、通例回復訴訟の方法で行はれる(民訴二)。相續回復判決の効果は、第三者に對しても及ぶ。しかし此場合に於て第一九二條の規定の適用あることを忘れてはならぬ。尙ほ回復訴訟の結果として、戸籍の訂正を爲すべき場合に付ては、戸籍法第一二九條及び第二三條の規定がある。

(3) 家督相續回復請求權は、家督相續人又は其の法定代理人が相續權侵害の事實を知りたる時から五年間又は相續開始の時から二十年間、之を行使せざるときは、時效によつて消滅する(九六六)。

第三款 家督相續人

第一項 家督相續人の資格

第一 胎兒の相續權

(1) 家督相續權も私權の一種であるから、人は出生によつて相續能力を取得するのである。従つて相續開始當時に於て生存する人なる以上、相續人たりうるものと云はねばならぬ。尤も我國は家族制度の國であるから、被相續人の家族又は親族にあらざる者が相續人となることは、實際上稀れである。筆者は被相續人の指定權に一定の制限を加ふべきが至當であると思ふ。

(2) 右の原則を無制限に適用するときは、胎兒にとつて甚だ苛酷でもあり又自己の直系卑屬に相續權を與ふることは被相續人の意思にも合するから、民法は胎兒は家督相續に付ては既に生れたるものと看做すと規定して(九六八)一、胎兒に相續權を認めたのである。唯だ問題は、胎兒は直ちに家督相續を爲しうるか又は後日出生したる場合に於て家督相續を爲し其の効果が相續開始の時に遡及するものと見るかの點にある。通説は後の見解によるけれども、胎兒の利益保護の點から見て、筆者は前説がよいと思ふ。尙ほ實際の取扱ひは戸籍法第一二七條以下の規定により、家督相續人たる胎兒の届出を爲し、後に死産したるときは遡及的に權利を失ふべきものとして居る(九六八條二項戸)。又既に女子が居る場合には一應その女子に相續を爲さしめて居る様である。尙ほ

相續法改正要綱第八の規定を参照せられたい。

第二 相續缺格

(1) 家督相續は戸主たる地位の承繼であり、家の繼續の爲めに行はれるのである。故に家督相續人の地位は頗る重大である。従つて民法は、第九六九條各號に該當するが如き行爲を爲したる者を缺格者とし、その者の家督相續權を剝奪したのである。

(2) 缺格者は法律上當然に家督相續權を剝奪せられる。故に缺格者は被相續人より相續人の指定を受くるも其の效力なく又故意過失によつて家督相續を爲すも無効である。缺格の効果は絶對的であるから、何人に對しても之を主張しうる。尤も或人が缺格者となつても、その者の直系卑屬には何等影響はない。

第三 廢除

(1) 被相續人の意思に基き法定の原因ある場合に裁判上法定の推定家督相續人の相續權を剝奪することを廢除と云ふ。廢除を爲しうる原因は第九七五條に規定せられて居る。被相續人は同條第一項の原因ある場合には獨斷にて廢除の訴を爲しうるも、同條第二項の場合は親族會の同意を得ることを要する。

(2) 廢除は必ず訴の形式を以て爲すことを要する(人訴三三條三七條乃至三九條)。廢除の權利は被相續人の一身に專屬する身分上の權利である。この訴の相手方は、法定の推定家督相續人であるが、その者が未成年者なるときは第八八八條一項によつて親族會が選任した特別代理人が必要となる。又被相續人は遺言を以て廢除を爲すことも出来るが、この場合に於ては遺言執行者は遺言の效力を生じたる後遲滯なく廢除の訴を提起すべきである。廢除の判決があれば、その効果は被相續人の死亡の時に遡及する(九七六條)。

(3) 廢除の効果は、廢除の判決によつて發生する。廢除の判決ありたるときは、相續人はその相續權を失ふ。尤も(イ)廢除の原因が止みたる時、(ロ)被相續人が宥恕したるときは、裁判上廢除の取消を爲すことが出来る(九七七條一項二項)。但し相續開始後に於ては、廢除の取消をなし得ない(九七七條三項)。廢除取消の訴は、廢除によつて推定家督相續人となりたる者に對して爲すべきである(人訴三四條三九條四項)。廢除取消の請求は、遺言によつても之を爲しうる(九七七條四項)。廢除取消の効果は、相續順位の回復である。

(4) 廢除又は廢除取消の請求ありたる後その裁判確定前に相續が開始したるときは、裁判所は親族、利害關係人又は檢事の請求により、戸主權の行使及び遺産の管理に付き必要なる處分を命

することをうる。廢除の遺言ありたるときも亦、之と同様である(九七八)。裁判所は此場合管理人を選任することを常とするが、之に對しては第二七條乃至第二九條の規定の準用がある(九七八)。尙ほ判例によると、この管理人は被相續人の訴訟手續をも承繼すると解されて居る(大正六年七月九日大判)。

第二項 家督相續人の種類及び順位

第一 家督相續の主義

(1) 我國は家族制度の國であるから、家の存續を重大視して居る。然るに家の存續は家督相續によつて行はれる。さて家は戸主と家族とよりなる共同生活團體である。共同生活團體には中心力が必要である。戸主の地位は家の中心力である。然るに中心力は一箇たることを要し又一箇たるを以て足る。故に家督相續は一人相續主義とならざるを得ない。

(1) 家には通例多少の財産が戸主の財産と云ふ形式で存在して居る。故に家督相續は同時に財産相續を伴ふのである。然るに前述の如く家督相續人は必然的に一人であるから、前戸主の財産も亦相續によつて、一人の相續人に歸屬することになる。この結果に對しては種々なる理由に基いて、相當の批難がある。しかし筆者は、この批難には一概に贊同するを得ない。蓋し(イ)一人相續主義は家族制度の本質的要請に基いて居ること、(ロ)反對論は我國が家族制度の國なる

ことを忘却して居ること及び(ハ)戸主たる地位には有形無形の負擔及び責任の存することとなる三箇の理由があるからである。この問題に付き相續法改正要綱第一に於ては、相續財産中より家を維持するに必要な部分を控除したる殘餘を被相續人の直系尊屬、配偶者及び直系卑屬にも分配すべきことを定めて居る。しかし此方法は實際上不當であると思ふ。蓋し分配の程度に於て困難なる問題を生じ、紛争惹起の原因となるからである。加之筆者は、分配を爲すと云ふ思想が家族制度の本旨に反するものと思ふから、改正要綱の方針には反對である。

(3) 家督相續人を一人とすれば、何人を以て相續人とするやが問題である。この點は時代及び場所の如何により、多少の差異があつた。しかし被相續人の直系卑屬たる男子を以て、家督相續人とするは、一般に認められて居つた様である。唯だ長子を相續人とするや又は末子を相續人とするかが問題である。しかし戸主權の承繼と云ふ點から考へて、長子相續制度が妥當であると思ふ。現行民法も亦この主義を採用した。尙ほ女子の相續順位は古來より一般に低く、現行法も亦この方針に従つて居る。尤も相續法改正要綱第九に於ては、嫡出女子の相續順位を庶子たる男子に優先せしむべしと規定して居る。筆者は改正要綱の趣旨に賛成である。

第二 家督相續人の種類

家督相続人は之を次の五種に分つことが出来る。

- (イ) 第一種の法定家督相続人
- (ロ) 第二種の法定家督相続人
- (ハ) 指定家督相続人
- (ニ) 第一種の選定家督相続人
- (ホ) 第二種の選定家督相続人

第三 家督相続人の順位

家督相続人の種類は右の如く五箇であるが、同種の家督相続人が数人居ることもある。然るに家督相続人は一人なることを要するから、異種の家督相続人間の順位及び同種の家督相続人間の順位を法定する必要がある。

(1) 異種の家督相続人間の順位

家督相続人の種類による順位は、次の如くである。即ち第一順位は第一種の法定家督相続人、第二順位は指定家督相続人、第三順位は第一種の選定家督相続人、第四順位は第二種の法定家督相続人、第五順位は第二種の選定家督相続人である。

(2) 第一種の法定家督相続人

この種の家督相続人は、被相続人の家族たる直系卑屬である(九七〇條)。若し此種の家督相続人が数人あるときは、次の標準に従ふのである。即ち(イ)親等の異つた者の間では其の近い者を先にする。(ロ)親等の同じき者の間では男子を先にする。(ハ)親等の同じき男子又は女子の間では嫡出子を先にする。(ニ)親等の同じき者の間では、女であつても嫡出子及び庶子を先にする(九七〇條一項)準正又は養子縁組によつて嫡出子となつた者は、家督相続に付ては、その嫡出子たる身分を取得したる時に生れたものと看做される(九七〇條二項)。右の標準によつて第一位に相続すべき順序にある者を、法定の推定家督相続人と云ふのである。法定の推定家督相続人は一定の理由ある場合を除き、去家することを許されぬ(七四四條)。又第一種の法定家督相続人は、相続の拋棄を爲すことは出来ない(一〇二二條)。

右の標準には次の如き例外の場合がある。即ち(a)入夫婚姻の場合(九七一條)、(b)親族入籍又は引取入籍の場合(九七二條七三、七三八條)、(c)婿養子の場合(九七三條)、(d)代襲相続の場合(九七四條)及び(e)廢除された場合(九七五條乃至九七八條)、之である。以下に於て此等の場合に付き略説するであらう。

(甲) 入夫婚姻の場合 女戸主が入夫婚姻をしても直ちに家督相続は生じない(戸籍法一〇〇條一項五號)。而し

て入夫婚姻の場合に於て入夫が戸主となる旨を届出たるときは、入夫は戸主となる。即ち此場合には家督相続が開始される。しかし第九七〇條は此場合には適用されぬのである(九七一條)。尙ほ相続法改正要綱第四の規定を参照せられたい。

(乙) 親族入籍、引取入籍の場合 被相続人の直系卑屬が親族入籍又は引取入籍によつて其の家の家族となつた場合には(七三七條、七三八條)、これ等の入籍者は被相続人に嫡出子又は庶子たる他の直系卑屬なきときに限り、第九七〇條の原則に従ふ順序で家督相続人となる(九七二條)。この規定は元來、連子の相続権を制限する目的を以て設けられたものであるが、本條の文面上總ての親族入籍者及び引取入籍者に適用せられる結果、不都合を生ずるのである。此點に付ては相続法改正要綱第十の規定を参照せられたい。

(丙) 婿養子の場合 法定の推定家督相続人は、その姉妹の爲めにする養子縁組によつて、その相続権を害せられることはない(九七三條)。本條の適用を豫想されるのは、次の如き場合である。

(い) 法定の推定家督相続人が嫡出に非ざる子であるとき、その姉妹の爲めに婿養子を迎へた場合、(ろ) 姉が法定の推定家督相続人であるときに、妹に婿養子をした場合、(は) 姉が廢除などにより妹が法定の推定家督相続人となつたとき、その姉に婿養子をした場合、之である。(五)

の場合は嫡出に非ざる子、(ろ) 及び (い) の場合には姉若くは妹に對して、婿養子は優先し得ない。尙ほ親族法改正要綱第二十一の規定を参照せられたい。

(丁) 代襲相続の場合 第一順位の法定家督相続人たるべき者が相続前に死亡し又は相続権を失つた場合には、その家に在る其の者の直系卑屬は第九七〇條及び第九七二條に定めたる順序に従ひ其の者と同順位に於て家督相続人となる(九七四條)。之を代襲相続又は嫡孫承祖と稱する。例へば法定の推定家督相続人たる長男が相続開始前死亡した場合に、その長男に直系卑屬があるときは、その直系卑屬は次男に優先して被相続人の相続人となる。尙ほ昭和十七年法律第七號によつて第九七四條に第二項が追加された。之によつて胎兒に付ても代襲相続の規定が適用せられることになつた。

(3) 指定家督相続人

(a) 指定家督相続人とは、第一種の法定家督相続人なき場合に、被相続人の指定によつて家督相続人となりたる者と云ふ(九七九條一項前段)。尤も家督相続人の指定は、第一種の法定家督相続人なき場合であり且つ被相続人の死亡又は隱居による家督相続の場合にのみ限定される(九七九條三項) 而して家督相続人の指定は、第一種の法定家督相続人が出來ると、當然に失効する(九七九條一項後段)。但し指定家督相続人は、必ずしも被相続人の親族又は家族なることを要しない。

(b) 家督相續人の指定は、被相續人に於て之を取消することが出来る(九七九條二項)。

(c) 家督相續人の指定又は指定の取消は、戸籍吏に之を届出せるによつて其の效力を生ずる(九八〇條)。又家督相續人の指定或ひは指定の取消は遺言を以ても爲しうるが、遺言執行者は其の遺言が效力を生じたる後遅滞なく之を戸籍吏に届出なければならぬ。右の届出があると、指定又は其の取消の效力は被相續人の死亡の時に遡及する(九八一條)。尙ほ相続法改正要綱第十一を参照せられたい。

(4) 第一種の選定家督相續人

前段に述べたる法定又は指定の家督相續人なき場合に於て、家に在る父又は母若くは親族會が第九八二條所定の順位に従つて選定したる家督相續人を、第一種の選定家督相續人と云ふのである。その順位は、第一位は家女たる配偶者、第二位は兄弟、第三位は姉妹、第四位は家女ならざる配偶者、第五位は兄弟姉妹の直系卑屬である(九八三條)。この點に付ては相続法改正要綱第十二を参照せられたい。尤も選定權者は、正當なる事由ある場合に限り、裁判所の許可を得て右の順序を變更し又は選定を爲さざることが出来る(九八四條)。民法が右の選定を爲すべき期間及び其の遅延に對する督促の規定を設けなかつたことは、不當である。

(5) 第二種の法定家督相續人

前掲の選定家督相續人のない場合には、被相續人と同一戸籍内に在る直系尊屬が、家督相續人となる(九八五條)。而して有資格者が數人なるときは、親等の近き者を先にし又親等が同じきときは男子を先にする。

(6) 第二種の選定家督相續人

この種の家督相續人は、以上の四種の家督相續人なき場合に於て、親族會に於て選定せられたるものである(九八六條)。その選定の順位は、第一は親族、家族又は同家關係ある者、第二は一般の他人である(九八七條)。但し正當の事由あるときは、親族會は裁判所の許可を得て第一位に他人を選定することが出来る(九八八條三項)。尙ほ相続法改正要綱第十二の二の規定を参照せられたい。

第四款 家督相續の效力

第一項 原則的效力

(1) 家督相續人は、相續開始の時から、被相續人即ち前戸主の有して居つた身分上並に財産上の權利義務の中で被相續人の一身に專屬せざるものを當然に承繼する(九八九條六項)。元來家督相續は戸主たる地位の承繼であり、之に附帶して財産の承繼が行はれるのである。一身に專屬する權利義務には、二種がある。所謂行使上の專屬と享受上の專屬とが之である。而して此處に云ふ一身專

屬とは、後者の意味である。例へば夫権、親権、身元保證の責任などは之に屬する。尙ほ相続財産中に不動産があつた場合には、登記を要するか否かは問題である。しかし死亡相続以外の場合には登記を要すると云ふ説が有力である。

(2) 系譜、祭具及び墳墓の所有権は、家督相続の特権に屬する(九八七條)。蓋し此等のものの所有権は、相続人が祖先の系統を承継し一家の祭祀を繼續するに必要なものだからである。従つて此等のものの所有権は、遺留分の算定を爲すに當つても、之を計算外に置かねばならない(一三三二條三項)。

第二項 隠居又は入夫婚姻による家督相続の特例

第一 被相続人の財産留保

(1) 隠居又は入夫婚姻によつて家督相続が開始された場合に於ても、前戸主の全財産が相続人に承継されるのである。然るに此場合に於ては死亡相続の場合と異なり、前戸主は未だ生存して居る。従つて前戸主が財産の留保を希望することも少くない。故に我民法は、家督相続人の遺留分を害しない範囲内に於て、被相続人に財産の留保を爲すことを許したのである(九八八條一)。

(2) 被相続人たる隠居者又は女戸主が其の財産の留保を爲すには、次の條件に従はねばならぬ。即ち(イ)財産の留保は確定日附ある證書(五條)を以て行ふこと、(ロ)相続開始と同時に

又はそれ以前に行ふこと及び(ハ)遺留分の規定に反せざること、之である。相続開始前の確定日附ある證書によらぬ財産の留保は、無効である。民法が(イ)及び(ロ)の條件を必要としたのは、第三者の利益を保護せんが爲めに外ならぬ。又(ハ)の條件を必要としたのは、家督相続人の利益保護の目的に出づるのである。然らば(ハ)の條件に反する財産留保の効力は如何であらうか。筆者は超過部分のみが減殺の結果無効となり他は有效なりと解する。

第二 前戸主の債務辨済の責任

隠居又は入夫婚姻による家督相続の場合に於ては、前戸主の債権者は前戸主に對して辨済の請求を爲すことが出来る(九八九條一項)。元來相続の開始によつて相続人は前戸主の權利義務を承継するのであるから、前戸主の債権者が相続人に對して履行の請求を爲しうることは勿論である(九八九條二項)。然るに隠居又は入夫婚姻による家督相続の場合に於ては、被相続人は財産の留保を爲しうるのであり又財産の留保を行はずとしても被相続人自體は生存するのであるから、前戸主の債権者の利益の爲めに、本條の規定が設けられたのである。右の如く前戸主の債権者は、相続人及び前戸主に對して履行の請求を爲しうるのであるが、相続人及び前戸主は所謂連帶債務者ではない。故に前戸主が債務の辨済を爲せば相続人に對して求償しうるが、相続人が債務の辨済をしても前戸主

には求償し得ない。

第三項 入夫の離婚又は入夫婚姻の取消による家督相続の特例

入夫の離婚又は入夫婚姻の取消による家督相続の場合に於て、入夫が戸主たりし間に負擔したる債務の辨濟は、その入夫に對して之を請求することが出来る(九八九條二項)。この場合に於て債權者が家督相続人に對しても、履行の請求を爲しうることは勿論である(九八九條三項)。此處で問題となるのは、入夫が戸主となる以前に負擔したる債務に付き、入夫が戸主の地位を去つた後に於て、債務者は右の債務の履行を入夫に對して請求しうるや否やの點である。筆者は之を積極に解する。蓋しこの種の債務は入夫個人の債務だからである。

第四項 国籍喪失による家督相続の特例

(1) 日本の家の戸主は日本人でなければならない。従つて戸主が日本の国籍を喪失したときは、家督相続が開始される(九六四條一號)。この場合の家督相続に關しては、次の如き規定がある。

(イ) 家督相続人は、被相続人の戸主權及び系譜、祭具及び墳墓の所有權のみを承継するのが原則である(九九〇條一項)。

(ロ) 家督相続人は、遺留分及び前戸主が特に指定した相続財産を承継することが出来る(九九〇條

但書)。

(ハ) 被相続人が国籍の喪失によつて其の有したる權利を享有し得ざるに至りたる場合に於ては——例へば日本銀行の株主となる權利の如し——一年内に之を讓渡せぬときは、その權利は家督相続人に歸屬する(九九〇條二項)。

(ニ) 前戸主の債權者は、家督相続人に對しては、その受けたる財産の限度に於てのみ、辨濟を請求することを得る(九九一條)。

(2) 国籍喪失による家督相続に付ては、相続法改正要綱第五に規定がある。その主要なるものは、(イ) 法定の推定家督相続人あるか又は戸主が豫め指定したる家督相続人あるときに限り、国籍喪失による家督相続を認めたること及び(ロ) 若し之等の家督相続人なきときは絶家したるものとすること、之である。

第三節 遺産相続

第一款 遺産相続の開始

(1) 遺産相続とは、家族の死亡したる場合に死者に屬したる財産を相続人に於て承継する場合

を云ふ。故に遺産相続は、家族の死亡なる事實によつて開始せられる(九九條)。遺産を相続すべき者を、遺産相続人と稱する。

(2) 遺産相続開始の場所、遺産相続回復の請求及び相続財産の費用に付ては、第九九三條の規定により、家督相続に關する第九六五條乃至第九六七條の規定が準用せられる。

第二款 遺産相続人

第一項 遺産相続人の資格

(1) 何人と雖も権利能力ある者は、遺産相続人となりうる。尤も法人は権利能力を有するが、遺産相続人とはなれない。又胎兒は権利能力を有しないけれども、第九九三條の規定により第九六五條の規定の準用があるから、遺産相続権がある。尙ほ相続法改正要綱第八の規定を参照せられたい。

(2) 遺産相続人に付ても第九九七條所定の事由あるときは之を缺格者とする。又第九九八條所定の事由あるときは、被相続人は訴によつて遺産相続人の廢除を爲すことが出来る。而して推定遺産相続人の廢除は、被相続人に於て何時にても之が取消を裁判所に請求することが認められて居る(九九條)。その他第九七六條及び第九七八條の規定は、推定遺産相続人の廢除及び其の取消の

場合に准用せられる(一〇〇條)。

第二項 遺産相続人の順位

第一 遺産相続人と家督相続人との比較

遺産相続人と家督相続人とは、次の諸點に於て異つて居る。

(1) 遺産相続人は常に法定相続人であり、家督相続人の如く指定又は選定の相続人はない。従つて包括受遺者は、遺産相続人と同一の権利義務を有するけれども(二〇九條)、遺産相続人ではない。

(2) 家督相続は戸主たる地位の承継であるから相続人は一人なることを要する。然るに遺産相続は財産の相続であるから相続人は一人たることを要せず、同順位者が數人あるときは共同相続を爲すことになる。

(3) 家督相続人には、法定の推定家督相続人の如く相続の拋棄を許されぬものがあり(二〇條)又第七五二條及び第七五四條の規定による家督相続人は單純承認をしなければならぬ。然るに遺産相続人は相続の承認及び拋棄の自由がある。

(4) 遺産相続人は被相続人の親族のみであり、他人は遺産相続人とはならぬ。

(5) 遺産相続人は被相続人の家族たることを要しない。尤も民法施行前に於ては、遺産相続人は被相続人死亡の際その家族たることを条件として居つた。そこで民法施行前に被相続人の家を取り、民法施行後に於て遺産相続が開始された場合に、その者は遺産相続人となりうるかと云ふ問題が生ずる。判例は之を以て遺産相続人にあらずと解して居る(大正一二年一月二〇日大判)。

(6) 家督相続は届出を要するが(戸籍法一二)、遺産相続には其の必要はない。

第二 遺産相続人の順位

(1) 遺産相続人の順位は次の如くである。第一に被相続人の直系卑屬、次に配偶者、第三に直系尊屬、第四に戸主、である。此點に付き相続法改正要綱第六は、配偶者を直系卑屬と同順位とし、家に在る直系卑屬と家に在らざる直系卑屬の相続分を區別し、兄弟姉妹を遺産相続人中に包含せしめることとした。

(2) 第一順位の遺産相続人は、被相続人の直系卑屬である(九九)。直系卑屬の間に於て親等を異にするときは、親等の近き者を先にし、親等の同じき者は同順位者の相続権がある(九九)。直系卑屬たる遺産相続人に付ては、代襲相続の原則が適用される(九九)。即ち第一順位の直系卑屬たる遺産相続人が、相続開始前に死亡し又は相続権を失つた場合に於て、その者に直系卑屬ある

ときは、その直系卑屬はその者と同順位に於て遺産相続人となるのである。

(3) 第二順位の遺産相続人は被相続人の配偶者である(九九六條一項一號)。

(4) 第三順位の遺産相続人は、被相続人の直系尊屬である(九九六條二號)。この場合に於て直系尊屬數人あるときは、親等の近き者を先にし、同順位者は共同相続をなすのである(九九六條二項)。従つて例

へば被相続人の父母は第一順位、祖父母は第二順位であり、父母は共同相続権がある。尙ほ遺産相続人は被相続人と同一戸籍内にあることを要しないから、父方の直系尊屬も母方の直系尊屬も同一の資格である。

(5) 第四順位の遺産相続人は、被相続人の所屬した家の戸主である(九九六條一項三號)。即ち戸主は最終の遺産相続人である。

第三項 遺産相続の效力

第一目 總 說

第一 權利義務の承繼

遺産相続に付ては、所謂共同相続主義が行はれて居る。而して遺産相続人は、相続の開始によつて、被相続人が其の當時に於て有して居つた財産上の一切の權利義務を承繼するのである。但

し被相続人の一身に専属するものは、此限りではない(一〇〇)。

第二 相続財産の共有

遺産相続人が一人であるときは問題はないが、同順位遺産相続人が数人あるときは、相続財産はその共有に属する(二〇〇)。尙ほ此處に所謂相続財産は、積極財産即ち資産のみを意味し、負債又は義務を包含せぬ。而して相続財産の共有と、物権法に於ける共有とは必ずしも其の性質を同じうするものではないが、その状態が類似するから、物権編に於ける共有に關する規定が此場合に適用せられる。尤も相続法に別段の規定あるときは、共有に關する規定は其の適用を除外される。例へば共有の持分に關する第二五〇條の規定は、相続分に關する規定(一〇〇三)によつて、その適用を排除せらるるが如し。

第三 債権債務の共同承継

相続財産は、共同相続人間に於て其の相続分に應じて共有せられるのであるが、物権の共有の場合には前述の如く専ら物権編の共有の規定によつて解決せられる。然るに遺産相続人が債権債務を承継したるときは、之を如何に解決すべきか。學者によつては、民法第四二七條以下の規定に従つて解決すべしと、説明して居るが、可分の債権債務を承継した場合には問題がある。即ち此

場合に於て共同相続人は、その債権債務を當初から分割承継すると見るべきか(四二七條參照)又は當初は之を共同承継するものと解すべきかに付ては異論がある。筆者は後説の主張に賛同する。蓋し第一〇〇三條と前條とを総合的に考察すれば、可分の債権債務の承継に付き第四二七條の適用を排斥する趣旨であることが明かだからである。

第二目 相続分

第一 相続分の意義及び種類

相続分とは、各共同相続人が被相続人に屬せし権利義務を承継する割合を云ふ。換言すれば相続財産(廣義)に對する共同相続人の持分が、相続分である(三〇〇)。相続分には、法律の規定に基く法定相続分と、被相続人又は第三者が定める指定相続分との區別がある。以下に於て之を分説しよう。

第二 指定相続分

相続分は先づ被相続人の定むるところに依つて定まる。被相続人が相続分の指定を爲すには、次の條件に従はねばならぬ。即ち(イ)遺言を以てすること、(ロ)被相続人が自ら指定するか又は第三者に之を委託すること及び(ハ)遺留分の規定に反せざることである(一〇〇六條一項)。若し

(ハ)の條件に反する相続分の指定がなされたときは、指定自体は無効ではなく、唯だ遺留分減殺の規定が適用されることになる。例へば一萬圓の財産ある場合に於て、嫡出子が二人と庶子一人が居れば、直系卑屬の遺留分は二分の一であるから五千圓であり、二人の嫡出子は各々二千圓、庶子は千圓の遺留分である。此場合に若し被相続人が二人の嫡出子に各々千圓を庶子に八千圓を指定したときは、二人の嫡出子は庶子に對して遺留分減殺の請求により、各々千圓宛を請求しうる。尙ほ被相続人が、共同相続人中の一人若くは數人の相続分のみを定め又は定めしめたるときは、他の相続人の相続分は法定相続分の規定に従ふ(一〇〇六、二〇六)。

第三 法定相続分

指定相続分なきときは、法定相続分に従ふのである。法定相続分の内容は次の如くである。即ち(イ)同順位の共同相続人の相続分は相均しきものとする。直系卑屬が數人あるときは、嫡出に非ざる子の相続分は、嫡出子の相続分の二分の一とする(一〇〇)。 (ロ)代襲相続人たる直系卑屬の相続分は被代襲者の相続分と同じであるが、代襲相続人が數人あるときは、その數人の相続分は相均しきものとせられる(五〇〇)。相続法改正要綱第六の二が、家に在る直系卑屬と家に在らざる直系卑屬とを差別したことは、家族制度的精神に合致したものと云ふことが出来る。

第四 贈與又は遺贈を受けたる者の相続分

共同相続人の中で、被相続人より遺贈を受け又は婚姻、養子縁組、分家、廢絶家再興の爲め若くは生計の資本として贈與を受けたる者があるときは、遺産分配の公平を期する爲めに民法は次の如き規定を設けたのである。即ち(イ)被相続人が相続開始の時に於て有せし財産の價額に其の贈與の價額を加へたるものを相続財産と看做し、之によつて算定した相続分が遺贈又は贈與の價額を越ゆる時にのみ、その差額を受遺者又は受贈者に與ふることとした(一〇〇七)。 (ロ)遺贈又は贈與の價額が相続分に等しく又は之に超ゆるときは、受遺者又は受贈者はその相続分を受くることを得ない(一〇〇七)。 (ハ)被相続人が、(イ)及び(ロ)と異なりたる意思を表示したるときは、その意思表示は遺留分の規定に反せざる限度に於て其の效力を有する(一〇〇七)。 (ニ)以上の贈與の價額は、受贈者の行爲によつて其の目的たる財産が滅失し又は其の價額の増減のあつた場合であつても、尙ほ原狀にて存するものと看做して、之を計算するのである(一〇〇八)。

第五 相続分の取戻

共同相続人の一人が、分割前に其の相続分を第三者に譲渡したるときは、他の共同相続人は其の價額及び費用を償還して其の相続分を讓受けることが出来る(一〇〇九)。之を相続分の取戻權と

云ふ。相続分の取戻権は、譲渡の時より一箇月内に行使せねばならない(一〇〇九)。右の取戻権は、共同相続人が共同してのみ之を行使すべきものであらうか。元來民法が取戻権を認めたる趣旨は、遺産相続に對して家族主義的感情又は要求を考慮したものであるから、取戻権は共同行使を必要とするものの如くである。しかし若し然りとすれば、共同相続人中の一人の反對あれば之を行使し得ることとなるから、筆者は單獨行使を許すものと解したい。

第三目 遺産の分割

第一 遺産分割の請求

(1) 前述の如く遺産相続の開始により、相続財産は共同相続人の共有に屬する。然るに共有状態を繼續せしむることは、不利益若くは不便宜なることが少くない。従つて我民法は、遺産の分割に關する規定を設けたのである。尤も家族制度尊重の趣旨から考へると、遺産の分割を許したることは、無條件に賛成することは出来ない。

(2) 共同相続人の相続分は共有者の持分に該當するが故に、各共同相続人は他の共同相続人に對して遺産の分割を請求することが出来る(二五六)。尤も被相続人が遺言を以て、相続の開始の時から五年を超えざる期間内分割を禁じたる時は、之に従はねばならぬ(一〇二)。尙ほ共同相続

人相互間に於ける契約によつて、五年を超えざる期間内に於ける分割禁止の特約を爲すことは差支えない(二五六條一項但書二項)。

第二 分割の方法

被相続人が遺言を以て分割の方法を定めたる時は、分割の方法は之によるべく又被相続人が遺言を以て第三者に分割の方法を定むることを委託したるときは、分割の方法は其の第三者の決定に従ふ(一〇二)。若し以上の方法によつて分割の方法が定まらざるときは、共同相続人間の協議に従ふべく、協議が調はざるときは其の決定を裁判所に求むべきである(二五八)。この訴の性質は形成の訴であつて給付の訴ではない。而して裁判所は、現物分割を爲すこと能はざるとき又は現物分割によつて著しく其の價格を害する虞あるときに限り、換價分割の方法によること許すのである(二五八條)。

第三 遺産分割の效力

(イ) 遺産分割の效力は、相続開始の時に遡及する(二〇二)。従つて各共同相続人は分割によつて與へられた財産に對する權利を、最初から單獨的に有して居つたことになる。此結果は第三者に不當な損失を及ぼすとして反對する者もあるが、筆者はさうは思はない。蓋し利害關係人は第二

六〇條によつて分割に参加しうるし又其の参加を待たずして分割を爲したるときはその分割請求者に對抗し得ぬからである。

(ロ) 各共同相續人は相續開始前より存する事由に付き他の共同相續人に對して賣主と同じく其の相續分に應じて擔保の責に任するのである(一〇一三條五、六〇條以下)。例へば甲乙丙の三人が價格三萬圓の遺産を共同相續し、之を分割したる結果、各々一萬圓の價格ある物品を取得することとなつたが、甲の受けたる物品に相續開始前から隠れたる瑕疵があつて七千圓の價格あるに過ぎぬときは、乙丙は不足分三千圓に付き、その相續分に應じたる擔保を爲さねばならぬ。従つて甲乙丙の相續分が相等しいとすると、乙丙は各々千圓宛を甲に與へることになる。

(ハ) 各共同相續人はその相續分に應じ、他の共同相續人が分割によつて受けたる債權に付き分割當時に於ける債務者の資力を擔保すると共に、辨濟期に在らざる債權及び停止條件附債權に付ては各共同相續人は辨濟を爲すべき時に於ける債務者の資力を擔保するのである(一〇一四條)。若し擔保責任を有する共同相續人中に償還をなす資力なき者がある場合には、その償還をなすこと能はざる部分は、求償者及び他の資力ある者が各相續分に應じて之を分擔すべきであるが、求償權者に過失あるときは他の共同相續人に對して分擔を請求することを許さない(一〇一五條)。

(ニ) 前掲(イ)より(ハ)迄の擔保責任は、被相續人が遺言を以て別段の意思を表示したるときは、之を除外するのである(一〇一六條)。蓋し被相續人の意思を尊重したる結果に外ならぬ。

第四節 相續の承認及び拋棄

第一款 總 說

第一 相續の承認及び拋棄の意義

(一) 我が國は家族制度の國であり、家の維持繼續を重要視すべきものであるから、家督相續人は必ず家督相續を爲すべきものと云はねばならぬ。然るに現行法の規定を見ると、家督相續人も相續を拋棄しうる場合を認めて居る。筆者は民法の態度には賛成せぬ。

(二) 遺産相續は財産相續であるから、現行法は相續人に相續の承認及び拋棄を許して居る。財産相續の性質上、當然のことであると云つて良い。

(三) 相續の承認とは、相續人が自己の爲めに開始された相續を受諾する意思表示である。又相續の拋棄とは、相續人が自己の爲めに開始された相續の効果を否認する意思表示である。相續の承認には、單純承認と限定承認との別がある。前者は、被相續人の權利義務を全部的に承繼する

ことを承認する場合である(三〇二)。又後者は、相続によつて得たる財産を限度として被相続人の債務及び遺贈を辨済すべき場合である(五〇二)。尤も單純承認の場合に於ては、單に法定期間内に限定承認又は相続の拋棄を爲さざることを以て足るのであり、特に單純承認をなすべき旨の意思表示を爲す必要はない。尙ほ相続の承認又は拋棄に付ては、條件又は期限を附し得ないのが原則であり、必ず其の全部に付て之を爲さねばならぬ。

第二 相続の承認又は拋棄の制限

相続の承認又は拋棄を爲すに付ては、次の如き制限がある。(イ)法定家督相続人は相続を拋棄するを得ない(一〇三)。尤も第九八四條の規定による家督相続人は例外である(條但書)。(ロ)入夫婚姻による家督相続人たる入夫は、相続の拋棄を爲し得ない(七三)。(ハ)第七五二條による家督相続人は、相続の拋棄及び限定承認を爲し得ない。第七五五條の場合も同様である。(ニ)第七五三條及び第七五四條の家督相続人は、相続の拋棄を爲し得ない。

第三 相続の承認及び拋棄の期間

或る相続人が相続の承認をなすや又は相続の拋棄をなすやは、次順位の相続人は勿論、利害關係人にとつても、その影響するところが大である。故に民法は、相続の承認又は拋棄を爲しうる

期間を定めたのである。即ち(イ)原則として相続開始を知りたる時より三ヶ月内(一〇一七)、

(ロ)相続人死亡の場合は代襲相続人又は次順位の相続人が其の相続の開始を知りたる時より三ヶ月内(八〇二)、(ハ)相続人が無能力なるときは其の法定代理人が相続開始を知りたる時より三ヶ月内に(九〇二)、相続の承認又は拋棄を爲すことを要する。尤も以上の期間は、利害關係人又は檢事の請求により、裁判所に於て之を伸張することが出来る(一〇一七條一項但書非)。尙ほ相続人は承認又は拋棄を爲す前に、相続財産の調査を爲すことが出来る(二〇一七)。又此處に「自己ノ爲メニ相続ノ開始ヲ知リタル時」と云ふのは、相続人が相続開始の原因たる事實の發生を知り且つ之が爲めに自己が相続人となりたること覺知したる時を指すのである(大正一五年八月三日大決參照)。

第四 相続の承認及び拋棄の取消

相続人は一旦相続の承認又は拋棄を爲したる以上、之を取消すことを得ない(二〇二二)。尤も民法總則編及び親族編の規定に基いて取消すことは妨げなく(一〇二二)。尙ほ右の取消權に付ては、特別なる消滅時効が規定されて居る(二〇二二條)。

第五 相続財産の管理

相続の承認又は拋棄を爲す迄は、相続人は其の固有財産に於けると同一の注意を以て相続財産

の管理を爲すことを要する(條一〇二二)。裁判所は利害關係人又は検事の請求によつて何時にても相続財産の保存に必要な處分を命ずることを得べく、管理人を選任したる場合に於ては第二七條乃至第二九條の規定の準用がある(二項三項)。

第二款 相続の承認

第一項 單純承認

單純承認は被相続人の權利義務を無制限且つ無條件に承継する場合を云ふ(三〇二二)。單純承認を爲さんとするには、法定の期間内に限定承認又は相続の拋棄を爲さざることを以て足り、特に單純承認を爲すべき意思表示を必要としない。又單純承認は届出を爲すことを要しない。民法は第一〇二四條に於て、單純承認と看做すべき場合を列挙して居る。その場合は(イ)相続人が相続財産の全部又は一部を處分したるとき(但し保存行爲又は第六〇二條所定の期間内の賃貸借を爲した場合を除く)、(ロ)相続人が法定期間内に限定承認又は拋棄を爲さざりしとき、及び(ハ)限定承認又は拋棄行爲後に不正行爲を爲したるとき(但し其の相続人が拋棄を爲したるに因り相続人となりたる者が承認を爲したる場合を除く)、之である。

第二項 限定承認

第一 限定承認の意義及び方式

(1) 限定承認とは、相続によつて得たる財産を限度として被相続人の債務及び遺贈を辨濟すべきことを留保して相続の承認を爲す場合を云ふ(五〇二二)。限定承認は相続人の意思表示であり、裁判所に對して其意思を申述すべきものである。この制度は相続人保護の爲めに存する。學者によつては此制度が家族制度の本旨に反すと論するのであるが、筆者は必ずしも然りとは思はない。

(2) 限定承認を爲すには、自己の爲めに相続の開始ありたることを知りたる時より三ヶ月内に財産目録を調製して之を裁判所に提出し、限定承認を爲す旨を申述することを要する(一〇二六條非至一〇二九條)。

第二 限定承認の效力

限定承認を爲したるときは、(イ)相続人は被相続人の權利義務を承継するが、唯だ被相続人の債務及び遺贈を辨濟するに付ては承継せる財産を限度とする、(ロ)相続人が被相続人に對して有せし權利義務は之を消滅せざりしものとする(七〇二二)。(ハ)相続人は其の固有財産に於けると同一の注意を以て相続財産の管理を繼續すべき義務を負担する(八〇二二)の效力を生ずるのである。尙ほ相続法改正要綱第七の二を参照せられたい。

第三 債務及び遺贈の辨済

限定承認を爲したる者は、相続債権者及び受遺者に對して辨済を爲さねばならない。その辨済の手續は次の如くである。

(1) 限定承認者は、限定承認後五日以内に一切の相続債権者及び受遺者に對し、(イ) 限定承認を爲したること、(ロ) 二ヶ月を下らざる一定期間内に其の請求の申出を爲すべき旨を公告し、(ハ) 其の期間内に申出を爲さざるときは清算より除外せらるべき旨を附記せねばならない(二九〇條一項二項)。又限定承認者に知れたる債権者に對しては、各別に其の申出を催告すべきである(二九〇條二項七、九條三項七)。

(2) 限定承認者は、右の期間満了前に於ては其の辨済の請求を拒絶することが出来る(二〇三條)。右の期間經過後に於て限定承認者は、期間内に申出ありたる債権者及び知れたる債権者に對して、債権額に應じて相続財産より其の辨済を爲すのである。尤も優先権ある債権者の権利を害してはならない(二〇三條)。尙ほ條件附又は期限附債権も亦その辨済を受くることが出来るけれども、裁判所が選任した鑑定人の評價に従はねばならぬ(二〇三條)。又受遺者に對する辨済は、上述の手續に従つて債権者に辨済したる後に非ざれば、之を爲すことを得ない(二〇三條)。尙ほ此等の辨済を爲

すに付き必要あるときは、限定承認者は相続財産を競賣に附し又は競賣に代へて裁判所の選任したる鑑定人の評價に従ひ相続人自身の財産を以て其の辨済を爲すことが出来る(一〇三四條一〇三、五條二六〇條二項)。

(3) 以上の手續により辨済を得ざりし債権に付ては、限定承認者に於て其の責任はないから所謂自然債務となり、限定承認者が任意に辨済を爲したるときは其の辨済は有効である。又右の手續に違反して爲したる辨済であつても、その辨済は無効ではない。しかし之が爲めに他の債権者又は受遺者に損害を與へたる場合には、限定承認者は之が賠償を爲すことを要する(一〇三六條一項)。尙ほ情を知つて不當に辨済を受けたる債権者又は受遺者は、他の債権者又は受遺者よりの求償に應ずる義務がある(一〇三六條二項)。而して民法は、右の損害賠償請求權並に求償權に付き不法行爲の場合の消滅時効の規定を準用して居る(一〇三六條三、項七二四條)。

(4) 辨済手續完了に際して尙ほ殘餘財産あるときに限り、第一〇二九條一項の期間内に申出を爲さざりし債権者及び受遺者は、その殘餘財産に付き辨済を求めることが出来る。但し相続財産に付き特別擔保を有する者は、その擔保價額の限度に於て辨済を受けうるから、既に辨済を受けた債権者及び受遺者が拂戻を請求されることになる(七〇三條)。

第三項 相続の拋棄