

政法述義第十種之四

民 讓

(親族)

政法學社出版

例言

是編取日本法學博士奧田義人所著之親族法論選譯而成去其破碎繁冗之解釋但存其理論比較原書不過十之四五耳

中國家族制度發達最早散見三禮釐然可徵日本親族法沿襲中國緒餘雜採歐洲法例以吾人眼光觀察之乃比較的**非模範的**也故是編於戶主家族養子緣組後見人諸節概從簡略而於婚姻親子親權諸節足資考證者稍爲詳盡閱者當無掛一漏萬之譏

是編雖係譯體然出筆力求圓熟以免蹈譯述家意晦詞澁之通弊限於時日短促不滿足之處尙多閱者節取其意焉可也

民法親族目次

緒論

第一章 總則	四
第二章 戶主及家族	九
第三章 婚姻	一四
第一節 婚姻之成立	一六
第一款 婚姻之要件	一六
第二款 婚姻之無効及取消	二七
第二節 婚姻之効力	四〇
第三節 夫婦財產制	四五
第一款 總則	四六
第二款 法定財產制	四七



第四節 離婚	四八
第一款 協議上之離婚	五一
第二款 裁判上之離婚	五六
第四章 親子	六六
第一節 實子	六七
第一款 嫡出子	六七
第二款 庶子及私生子	七五
第二節 養子	八五
第一款 緣組之要件	八九
第二款 緣組之無効及取消	九〇
第三款 緣組之効力	九一
第四款 離緣	九二
第五章 親權	九三

第一節	總則	九六
第二節	親權之効力	九九
第三節	親權之喪失	一一三
第六章	後見	一一六
第一節	後見之開始	一一一
第二節	後見之機關	一二二
第三節	後見之事務	一二四
第四節	後見之終了	一二六
第七章	親族會	一二七
第八章	扶養之義務	一三六

民法親族目次 終

民法親族

邵陽 賡 撰編

緒論

一親族法之性質。親族法者。私法之一部。規定人之親族上之關係者也。

(一)親族法者。私法也。凡法所規定之關係。其規定國家與國家機關對於他之國家。或國家機關對於私人者。爲公法。其規定私人相互之間者。爲私法。親族法者。規定私人親族上之關係也。故屬私法之一部。

親族法雖如右所述。而親族編所規定。必謂盡屬私法。亦非也。如舊民法人事編。關於國民分限之得喪。身分證書之規定。多以純然之公法關係規定之。新民法雖已刪除。然因親族上關係之檢事。裁判所。領事。戶籍吏等。至生出國家機關與私人之關係尚多。此等規定。非純然之親族法。而爲關聯於親族關係之公法規定。不待言也。

(二)親族法者規定人之親族上關係之法也。即規定(甲)親族團體之組織及家族團體員相互之關係(乙)因於婚姻之夫婦關係(丙)親子之關係(丁)其他親族間之關係(戊)後見之關係是也。

親族法者對於財產法而言。然因於親族關係而生親族間之財產關係者亦親族法所規定也。故親族法有二方面。純然身分上之關係者謂之狹義親族法。基於親族關係之財產關係者謂之親族財產法。前者之關係為後者之基礎。後者之關係常受前者之影響。

二親族法之特質 親族法者民法之一部。而比民法之他部則有數特質。

(一)親族法者概有強行法之性質。通常在個人間之關係。概任個人意思之自由。其以法律豫為規定。不許以個人意思左右之者恆少。反之而在親族間之關係。則以豫為規定。不許以個人意思左右之為原則。蓋組成社會之分子。有以個人為單位者。有以個人相依組成之親族團體為單位者。在以個人為單位時。其分子與他分子間之關係。其影響不直接及於社會公共之秩序。以親族團體為單位時。親族間之關係。直為社會分子構成之原素。其影響直接及於社會公共之秩序。一般之財產法。有以個人為個人。而看作社會分子

之原素者。於不關公共秩序之範圍。其關係亦任個人之意思。親族法者。以親族關係連結的人人之集合。看作社會分子之單位者也。故其影響不及於公共秩序者極少也。

(一)親族法上之權利。非僅保護權利者之私益。而出於公益之必要。及保護權利者與相手方雙方之利益爲目的者多。因親族法上之權利多有同時即爲義務之性質也。

(二)親族法之規定。依社會固有之慣習而受其影響者最多。凡法因發達而成。不因創造而成。無論何部分。其發達皆在其國社會特種事情之下。雖受其固有慣習之影響。而因於國際交通。各國國法。亦次第受諸外國之影響也。如財產法有萬國共通性質之傾向。如商事事項。尤有萬國普通法規之必要。而與之極表反對者。則爲親族法。親族間之關係。其影響直接於社會。而關於國際交通者少。故受外國之影響亦稀。日本親族法。亦取維持慣習之方針。除特有變更之必要外。殆無繼受外國之法例者乎。

三民法第四編 親族法。規定於民法第四編中。而分爲八章。(一)第一章規定親族關係之發生及消滅原因等。共通於各種親族之事項。(二)現時社會狀態。以家族制爲基礎。家者。親族關係之起點。故以家之組織。規定於各種特則之首部。即第二章「戶主及家族」是

也。(三)家之原因。第一在婚姻。而爲血緣關係之基礎。故於第三章設「婚姻」成立與効力及解消之規定。(四)婚姻者。血緣之基礎也。而血緣之最近者。親子也。故第四章規定「親子」。一般之關係。(五)第五章規定親對於子之權利義務之範圍。(六)無行親權者時。對於未成年者。須有代親權之人。於是有後見。故第六章設「後見」之規定。(七)僅以後見人代親權。尙有不足之時。更須以親族會補其缺。故第七章設「親族會」之規定。(八)夫婦親子戶主家族等。及其他親族間。有「扶養之義務」。關於扶養義務。就其順位義務之範圍。及義務履行之方法。有別須規定者。然其義務。非僅或種之親族特有之。故本編於最後一章設其規定。較之舊民法人事編。親族之特則。與民法全體之通則相混同。而規定於同一之人事編中。又關於國民分限之得喪身分證書等。乃純然之公法關係。而非民法所當規定之事項。亦入於人事編中。是與法國民法。其他法系諸國民法同一誤謬。不得立法體裁。故本法於民法全體通則。別置總則編。凡關於國民分限身分證書等之規定。則護之國籍法戶籍法等。而以本編專規定關於親族之特則也。

第一章 總則

一親族關係之原因。以家族制度組織之社會於法律上之親族關係常有二方面爲其基礎之原因。一爲男女結合之血緣。一爲同一家族團體員是也。羅馬法以家族團體爲法律上親族之唯一基礎。有脫家族團體者即令有血緣關係而已。喪法律上之關係。日本民法則家族團體與婚姻及血緣關係皆爲親族關係之基礎。即令脫家族關係尚有婚姻及血緣關係之存續仍不失親族關係是兩者之異點也。

日本民法認定親族關係發生之原因得分爲三。

(一) 婚姻。因於婚姻直接發生之關係有三。(甲) 於婚姻之當事者間使生夫婦之親族關係。(乙) 於婚姻當事者之一方與他一方之血族間使生姻族之親族關係。(但婚姻當事者一方之血族與他一方血族之間不生何等關係。故夫雖與妻之父母兄弟等爲姻族而夫之父母兄弟與妻之父母兄弟不有親族關係。)(丙) 婚姻當事者一方與他一方之子而在於其家者之間使生親子之關係。(民法七二八條)

(甲) 婚姻者必使夫婦在於同一之家。因婚姻當事者同時又爲同一之家族團體員。故關於夫婦間之親族關係以第一基礎之婚姻與第二基礎之家族關係相結合而爲原

因者也

(乙)親族者或因婚姻而入於同一家族團體或有不然者一爲因婚姻入於他家之婦或入夫與其夫家或婦家之尊屬親因婚姻而爲同一家族團體員之親族也一爲自他家娶妻之男或迎入夫之女與其妻父入夫之家之親族因婚姻而不爲同一家族團體員之姻族也前之場合其親族關係之基礎以婚姻與家族關係相合而爲原因後之場合其親族關係一因於婚姻而已新民法大體務維持從來之家族制度因之爲養子而入他家者與養家之親族生血族關係又因婚姻而入他家者對於在其家之夫及妻之子亦認其生親子之關係固也然在同一事情之下爲同一關係之基礎者如婦之於夫家及入夫於婦家之尊屬親獨不使準於血族之關係是對於家族團體之效果其立法趣旨尙未貫徹也

(丙)夫婦之一方與他一方之子使生親子之關係此以婚姻及家族爲基礎即繼父母與繼子嫡母與庶子之關係也其所以使準於親子之關係者在爲同一家族之團體員故否則夫婦之一方與他一方之子之間惟生通常姻族之關係則血族之理由將毫不

存在也。

(二)血緣。血緣者自然之血統也。因血緣而生之親族關係於狹義爲血族關係。

血緣之結果。有因婚姻而生者。有爲婚姻以外之私生者。前者謂之嫡出親。後者謂之私生親。嫡出親。有入其父母所屬家族團體之權利及義務。(民法七三三條)同時以家族關係之原因相合而爲親族關係之基礎。私生親反是。不能入其父或母之家之權利。(民法七三五條一項)其親族關係僅於血緣上有基礎故其效果亦與在於同一家族中者相異也。

(三)養子緣組。非婚姻又非血緣之基礎。專因入於同一家族團體中而與血族生同一之關係者爲養子緣組。法律上使對於養親與血緣之子立於同一之地位以形容言之則養子緣組者法律上之出生也。

養子緣組親族關係之基礎專在入於同一家族團體中。如脫其團體時則關係之基礎全失。故親族關係亦因之消滅。新民法因以養子離緣爲養子與養親關係消滅之原因。(七三〇條一項)又養親去其家時不問其因離緣而去或因他之原因而去皆消滅其

親族關係(七三〇條二項)惟養子更因他之養子緣組或婚姻而入他家時(七四一條)不以爲消滅之原因於立法趣意似未貫徹

二親族之種別 區別之爲四(一)狹義之血族(二)準血族(三)配偶者(四)姻族

(一)血族 血族因於自然之系統有二種區別一爲直系親一爲傍系親

(二)準血族 無天然之血緣而法律上準於血族者一爲繼父母與繼子及嫡母與庶子之關係一爲養子與養親及其血族之關係(參照民法七二七條七二八條)法律上全與血族同

(三)配偶者 因婚姻所生之夫婦關係須與法律上有效之婚姻故妾非配偶者

(四)姻族 配偶者一方對於他一方之血族準血族謂之姻族關係其關係者之人人集合謂之姻族但配偶者一方之血族與他一方之血族間不生何等關係

三親族關係之效果 親族關係之法律上效果在於與以權利及義務而制限其能力也至德義上之效果非法律所關

(一)因親族關係所生之權利其重者爲家族之權利家督相續之權利求扶養之權利使

同居之權利。行親權之權利。爲後見人之權利。爲親族會員之權利等是也。

(二) 因親族關係所生之義務。其重者爲家族之義務。爲扶養之義務。爲同居之義務。行親權之義務。服從於親權之義務。爲後見人之義務。爲親族會員之義務是也。

(三) 因親族關係所生之無能力。其重者爲婚姻。養子。緣組之能力制限。或一般法律行爲之能力制限是也。其他如法廷不得爲親族作證。公吏不得爲親族執職務。及本法以外之法令制限甚多。

四親族關係之消滅。血緣關係永遠無消滅。故血族者雖國籍喪失及死亡。尙不失爲親族。

若因人爲原因之親族。則原因消滅。其關係亦消滅。故姻族關係及繼父母與繼子。嫡母與庶子之關係。以離婚而消滅。養子與養親及與其他血族之關係。因離緣而消滅。

五本章之規定。本章規定親族法之基礎。而通於各種親族者也。以(七二五條及七二

七條七二八條)定何者爲親族(七二六條)定親等之算定法(七二九條以下三條)定

親族關係之消滅原因。

第二章 戶主及家族

一家族制度。家族制度爲日本親族法之特有。在上古社會。不問何國。其爲社會分子之單位者。非個人。而家族也。迨後國家觀念發達。及個人權利思想進化。如是家族制度。歐洲早已歸於絕滅。日本維新後。歐風傳播。亦漸有移於個人制之趨向。然數百年舊慣。不能一朝改之者。以社會進化。非因於一樣之原則。而被其支配也。若以歐洲之社會進化。其家族制絕滅之故。而急欲於日本之特種國情。亦以家族制之絕滅。爲適應於社會之進化。則尙不可斷定也。故日本民法大體。雖繼受歐洲立法例。而於親族法。特認歐洲所無之家族制度。以關於家之組織。置於親族編首部。務以維持舊慣。是日本親族法之特有也。

家族制度之特質。在單純親族關係之外。別認一家之組織於家長權之下。使支酌其家族。學者稱此種家族。爲家長的家族。家族制度之極端。毫不認家族之個人爲人格。其不能有財產權勿論。即生命自由。亦因家長意思而左右之。羅馬初代及其他古代之家族制度。即有此極端性質。日本古代亦如之。如父兄賣其子弟。往往散見於古書。日本自大寶令有禁人身賣買之明文。又認家族有財產權。於是家族之人格。漸爲法所認識。維新以降。則家族於公法私法上。皆有完全人格。唯關於其家之組織。不有意思之自由。詳言之。則家族者。能

獨立爲納稅之主體。充兵役之義務。有選舉權。有就公職之資格。有其他之公權。而負擔公義務。於私法上亦有完全之權利能力。與行爲能力。關於此點。殆與個人制之社會無異。獨關於家之組織。尙存家族制度之特徵。蓋比之羅馬古代制度。則根底大相差異。比之歐洲現時社會之個人制。則有不可混之特徵。以下分項論之。

二家之組織。組織一家者。戶主與家族也。爲一家之長。而統轄其家者。曰戶主。戶主之親族。而在於其家者。曰家族。戶主因統轄其家。對於家族所有之權利。總括之曰戶主權。家族者。須爲戶主之親族。古代凡奴隸等被使用於其家者。亦稱家族。近代法律。不認奴隸之存在。其雇用於家者。基於僱傭契約。爲債權關係。而服從於家族之戶主權。其性質全然不同。故不得作爲家族。家者。自戶主及家族而成立之。人人集合也。家者。非法人。不能獨立。而爲權利義務之主體。由外觀之。其權利義務。似有屬於家者。其實皆屬於戶主。總括權利義務之全體。則曰家督。因戶主之更迭。承繼其家督。則曰家督相繼。

羅馬古代制度。家有廣狹二義。現服從於同一家長權之下者。謂之狹義。凡當服從於同一家長權之下者。謂之廣義。日本古代亦如之。現行民法。則除戶主權下之一家外。不認廣義

之家族。而自同一之家分爲數家者。於其間認本家與分家之關係。當本家相續必要時。許分家推定家督相續人入其家。又許分家之戶主爲隱居。又許分家爲廢家。設種種之特例。（民法七四四條七五三條七六二條）此本家分家之集合。似與羅馬廣義。有類似之性質也。

三戶主權 戶主基於其地位對於家族而有權利之全體曰戶主權（一）基於戶主之位而有之權利也。故因特別契約對於家族所有之債權。非戶主權（二）對於家族而有之權利也。故屬於家督權利之部。而非其全體（三）權利之集合也。故與要求特定行爲之債權類異其性質。

戶主權者私法上之權利也。以家族無何等權利及無負擔義務之能力觀之。似戶主獨享有法律上人格而有公法上權利之性質。然日本民法。不以戶主權爲人格之源。蓋人皆享有當然人格。不問其爲戶主爲家族也。戶主權者。不過對於家族有監督之權利。全屬私人關係。故爲私法上之權利。

戶主權爲私法上之權利。雖如右述。而戶主之身分。在現行法令。往往公法上權利。生關

係之原因。如因戶主而取得公民權。如公侯爵華族之當主。有爲貴族院議員之權利。此其例也。

四戶主之義務。戶主基於其地位。對於家族所有義務之全體。謂之戶主之義務。即對於家族而負扶養之義務也。(七四七條九五五條以下)

五戶主權之取得。戶主權之取得。可分爲二。(一)繼受取得。(二)原始取得。繼受取得者。取得存續之家之戶主權之謂也。原始取得者。新設一家之謂也。

(一)戶主權繼受取得之原因。(甲)家督相續。如戶主死亡。隱居。喪國籍。因婚姻及養子緣組之取消而去其家。女戶主爲入夫婚姻。入夫之戶主爲離婚時是。(乙)廢絕。廢絕之再興。廢家者。因戶主之意思。自消滅其家之謂。絕家者。因失戶主無家督相續人之謂。斯時戶主權與其家共歸於消滅矣。法律以維持家族起見。雖歸於消滅後。尙許其承繼。廢絕家之再興者。即承繼其戶主權也。故要稱廢絕家戶主之姓氏。(二)戶主權之原始取得。由於一家新立之場合而起。一家新立者。或因新立者之任意。或基於法律之必要。前者謂之分家。後者謂之創立。分家者。家族自其家分離而別立一家。

也。創立者爲他家之家族者與之分離也。或新得國籍及新出生者。因無可入之家。於是創立一家。基於法律之必要。不得因當事者之任意。

六。戶主權之喪失。戶主權喪失之原因。如死亡。失踪宣告。國籍喪失。女戶主之入夫婚姻。入夫戶主之離婚。隱居廢家。是也。

七。家之消滅。家之消滅。或因戶主意思。或不因其意思而生。前者謂之廢家。後者謂之絕家。爲廢家而立新家者。以本家相續。及廢絕之本家再興。其他因正當事由。得裁判所之許可者爲限。絕家者。因戶主死亡。失踪。或國籍喪失後。無家督相續人時。

第三章 婚姻

一。婚姻之性質。婚姻者。謂依法律所承認之一男一女之完全共同生活狀態。或謂使生如此狀態之男女間意思表示也。

婚姻者。或以爲夫婦間之關係。或以爲使生關係之行爲。日本民法無此區別。

男女之共同生活者。一事實也。因法之承認而始爲婚姻法之承認者。須具備法定之成立要件。而以法定之方式行之。否則男女之共同生活。單止於一事實。不生婚姻之關係。及其

效果故婚姻者一法律關係也。生其關係之行爲一法律行爲也。

婚姻之爲契約之一種與否。此學者之所爭。然婚姻者一法律行爲也。而此法律行爲以法定之方式行之。因男女二人之意思表示而生其効力。於此一點。是與一般要式之契約無異。蓋以二人以上之合意爲契約。則婚姻者明爲一契約也。若只以財產關係之合意爲契約。則婚姻之非契約。又不待言。日本民法所稱契約者。以債權債務發生爲目的之合意之謂。其事專關於財產權所爲目的。不出學者所謂給付行爲不行爲之外。而婚姻非以債權債務之發生爲目的也。其設定之親族家族等之身分關係。使當事者爲不可離之一共同體而已。不僅此也。關於契約之一般規定。全載於債權編中。固非可適用於婚姻者。故日本民法之婚姻。非契約也。

男女之共同生活者。因欲維持男女自然生理上與人類種族之必要。雖原始社會亦如之。但文化低時。一部落中之男女。盡爲共同夫妻。學者稱之爲同族共同婚。文化稍進。則以男之單獨意思。或掠奪。或買賣。強制以爲妻。學者稱爲掠奪婚。或買賣婚。又或數男以一女爲妻。一男以數女爲妻。學者稱爲一妻多夫制。及一夫多妻制。是等皆非近代法律思想之婚。

姻也。近世文明國婚姻須爲一男一女之共同生活，且須由於男女雙方自由意思。夫一婦之制，非特有於文化高等之國也。一夫多妻之制，亦非文明國事實上必絕其跡也。然一男一女之共同生活，最適合於男女之生理的性情，且認爲維持家族及社會秩序之必要。日本民法公認一夫一婦之制，須使出於男女之自由意思。蓋採用此文明思想耳。男女之意思，須存在於婚姻之當時，故姻婚之豫約者，民法所不認，且雖出於男女意思，而不生何等法律上之效果者，亦全然無効之行爲也。

二本章之規定，分爲三種：曰成立、曰効力、曰解消，以下分節述之。

第一節 婚姻之成立

第一款 婚姻之要件

婚姻者，社會組織之基本，而影響於社會之秩序及風俗也。最大故各國法律設諸種制限，以維持之本法參酌各國立法例，及日本從來舊慣，而規定關於婚姻之要件。

婚姻要件，可分爲實質上要件、方式上要件。

第一實質上之要件：(一)各當事者之意思表示、(二)當事者有婚姻能力、(三)於法之

規定之場合有一定之人之同意。

(一) 意思表示。婚姻不可不出於男女自由意思。此性質上之當然者。故本法不別以明文規定之。唯以七七八條一號定無意思之婚姻爲無效。及七八五條定詐欺或強迫之婚姻之取消。以暗示意思表示之必要。

(二) 婚姻能力。婚姻能力之制限。有絕對者。有相對者。絕對制限者。無論對於何人。不使爲婚姻。相對制限者。僅對於特定之人。使不得爲婚姻。如未達婚姻年齡。及前婚未取消或未解消者。或女子於前婚取消解消後。未經過一定期間者。此絕對所制限也。如有一定之親族關係。及曾經有之者之間。不得互爲婚姻。或因姦通而離婚。又受刑之宣告之女。不得與其相姦者爲婚姻。此相對之制限也。

(三) 或人之同意。婚姻當事者。未達一定年齡。非得父母之雙方或一方及親族會後見人同意。則不得爲婚姻。

第二方式上之要件。婚姻者。以各當事者及成年之證人二人以上。口頭或自署之書面。屆出之於戶籍吏而成立。

第七六五條 男子不滿十七歲。女子不滿十五歲。不得爲婚姻。

以法律制限婚姻年齡者。欲抑止早婚之弊也。早婚之弊。其最重者。(一)害婚姻者健康。妨社會上活動。致使國民元死。羸弱。(二)使子孫之體格羸弱。(三)親對於子。瀆負扶養及教育之義務。又行使親權。若其能力不完全。則不能完全行使其權利及義務。因而不能保持一家之秩序。故各國立法例。皆限於一定年齡。雖然。亦未必因法律制限。遂得全然除之也。蓋婚姻以外之私通。法律無從得而禁止之耳。然法律者。非必須達其目的之全部。不過此早婚之弊。乃法律之所欲除。而以防其害之公行而已。婚姻適齡。各國不一。失於低者。不但不能達欲除早婚之目的。且反有獎勵之害。失於高者。則私通及私生子之出生必多。又不免紊社會之秩序。與善良之風俗。故各國立法例。皆以婚姻適齡與成年之年齡爲區別。其制限無不低者。本法因醫家報告。取日本男女發達之平均年度。以男滿十七歲。女滿十五歲爲婚姻適齡。

第七六六條 有配偶者。不得重爲婚姻。

本條規定第二要件之婚姻當事者。不可有他之配偶者。以公認一夫一婦之制度。於前婚

之解消或取消之宣告以前。尙在婚姻關係繼續之間。即令其婚姻依七七九條以下之規定得爲取消。而其夫或妻不得更與他之女或男爲婚姻。但其婚姻爲無效時（七七八條）則其婚姻於法律上並未存在。其得更爲他之適法婚姻。自不待論。

第七六七條 女自前婚之解消或取消之日起。非經過六月後。不得再婚。

女於前婚之解消或取消之前懷胎者。自其分娩之日起。而不適用前項之規定。

「前婚之解消。」因夫之死亡或離婚而婚姻關係消滅之謂也。離婚者。不問其爲協議上與裁判上之離婚。又裁判上之離婚。不問其爲如何原因而被宣告者。故因其夫生死不明在三年以上者之離婚。亦受本條之適用。「取消。」因七七九條以下之規定爲婚姻之取消也。取消以前。其婚姻關係。既有效成立。故取消與解消同其結果。而關於再婚之時期。亦設同一之規程。「六月。」本條立法之理由。在欲明生兒之父爲何人。依醫家所說。懷胎期通常爲百八十日。乃至三百日。故於前婚解消或取消之後。經過六月而爲再婚時。即令懷前夫之子。而其子之究屬何人。已足推知矣。若其期間過長。則妨女之再婚。過短則不得達本條立法之目的也。期間計算方法。依一四〇。一四二。一四三等數條之規程。「再婚。」因

離婚而解消前婚之後。若仍同一之男女間爲婚姻。不受本條之適用。

第七六八條 因姦通而受離婚或刑之宣告者。不得與相姦者爲婚姻。

(第一) 因姦通而受離婚宣告之場合。姦通爲裁判上離婚之原因。限於妻之一方。(八一二條) 蓋日本從來慣習。及現在事情。尙不許以夫之姦通與妻之姦通視爲同一也。又限於受裁判所離婚宣告之時。若爲協議上之離婚者。即令事實上本爲妻之姦通。亦不受本條之制裁。蓋姦通之害。善良風俗。固無可疑。然事屬一家。陰謀除裁判所公認外。其擄發之而強附以法律上制裁者。亦不免於有害風俗也。

(第二) 因姦通而受刑之宣告之場合。姦通者之一方或雙方。已受刑之宣告。然尙未受離婚之宣告者。雖以後爲協議上離婚。或因他原因受離婚宣告。或因夫死亡爲婚姻解消。而皆不得與其姦夫爲婚姻。本條所以限於受刑之宣告者。其理由與協議上離婚而不加制裁者同。

第七六九條 直系血族或二親等內之傍系血族間。不得爲婚姻。但養子與養方之傍系血族間。不在此限。

近代各國法律。禁近親間之婚姻。非基於歷史上之理由。蓋以社會衛生之必要。及倫常道德之保持也。羅馬法婚姻之禁制範圍最廣。近代法律無如之者。日本鑑從來之慣習。與現在之事情。只禁直系血族及三親等以內旁系血族間之爲婚姻。所謂血族者。含有狹義血族及準血族。故繼父母與繼子。養親及其直系尊屬與養子之間。亦因本條而禁其婚姻。但養子與養方傍系血族之間。特許其爲婚姻。例如爲養子妻之家女死亡後。而亡妻之姊妹爲婚姻者。夫既生兄弟姊妹之關係。雖無血緣。而於其間爲婚姻。名義上似不妥當。然事實上因一家之事情有必要者。即令許之。亦不致有紊其人倫之虞也。

要之本條受婚姻禁制者。父母（養父母繼父母嫡母）及其直系尊屬。與子（養子繼子庶子私生子）及其直系卑屬間。兄弟姊妹（同父母者異父或異母者）間。伯叔父母與甥姪間是也。

第七七〇條 直系姻族間。不得爲婚姻。依七二九條規定。姻族關係既止後。亦同。

第七七一條 養子並其配偶者。其直系卑屬並其配偶者。與養親及其直系尊屬間。雖依七三〇條之規定。親族關係既止後。仍不得爲婚姻。

第七七二條 子爲婚姻。須得在其家之父母之同意。但男滿三十歲女滿二十五歲後者。不在此限。

父母之一方不可知時。死亡時。去家時。不能表示意思時。則僅得他一方之同意足矣。

父母共不可知時。死亡時。去家時。不能表示意思時。未成年者。須得後見人及親族會之同意。

歐洲各國法。發端於羅馬之家長制度。其達成年或一定年齡者。亦以尊屬親及後見人之承諾爲必要。其立法意因於沿革外。尙有左之理由。(一)婚姻之不得如一般法律行爲而必依代理人爲之。此不待論。然則又何須與以特別之保護乎。蓋關於財產行爲。猶視爲危險而須有完內能力。苦婚姻者。最生人生之重要效果者也。其危險更爲加切。故未成年者。禁治產者。必須父母後見人及親族會之同意也。(二)子反於父母之意而爲婚姻。有紊一家之秩序。故雖成年者。亦須父母之同意也。

本法因右之理由。參酌從來習慣。而設以下三條之制限。

第一項 不滿三十歲之男及不滿二十五歲之女爲婚姻。須得在其家之父母同意。(一)

依本項而能力被制限者。在男不滿三十歲。女不滿二十五歲。然欲維持一家秩序。似不問年齡如何。皆應得父母之同意。雖然。男女既得相當經驗。智力亦發達完全。能自營獨立生計。後尙常須父母許諾。則有制限過酷之嫌。且既達如此年齡。比近老耄之父母。或反得適當之判斷者。又其常也。至若男女年齡之所以異者。女子之發育。比男子更早。若失嫁期。則難爲適當之婚姻。因之早除其制限。使得有自決運命之自由。各國立法例。其男女年齡。亦多異也。(一)須得同意者。限於在其家之父母。不在其家者。雖法律上有同一之親族關係。而事實上關係則甚疎。例如因離婚而去家之母。及因離緣或離婚而去家之父。法律上雖尙認爲父母。而事實上則與在家之父母大異。不須得其同意。此當然之理也。(二)父母共在家且能表示意思時。必須其雙方同意。各國立法例。或父母間有異議時。以惟得父之同意爲已足。本法不取之。(四)父母之承諾。不可不於行婚姻之當時。蓋於承諾之後。屆出之前。有取消之者。仍不得爲婚姻。又於承諾之後。屆出之前。其父或母。有死亡或去家。或不能表示意思者。其承諾失其效力。(五)父母之承諾。不必對於特定之婚姻。但須豫得一概括之許可。即無論何人。皆許其自由爲婚姻也。

第二項 所謂父母之一方不可知者。例如私生子尙未得父之認知者是。父母之一方去家者。例如父或母因離緣或離婚而去其家者是。父母之一方不能表示意思者。如心神喪失或生死不明等是。當此場合。以得在其家且能表示意思之他一方同意爲已足。

第三項 舊民法人事編三九條四〇條。如上之場合。須得祖父母同意。祖父母不在或不能表示意思。則未成年者須得後見人同意。然祖父母爲後見人者固多。其不爲後見人者。以其老耄無善良之判斷也。故本法削除之。舊民法又認未成年者僅得後見人同意。即可爲婚姻。雖然。後見人之能如父母愛護其子者。以愛護被後見人。此不可必之事也。若以生重要效果之婚姻大事。一任其單獨判斷。恐不能十分保護未成年者之利益。故本法規定更須得親族會之同意也。

第七七三條 繼父母或嫡母。於子之婚姻不爲同意時。其子得親族會同意。可爲婚姻。本條以繼父母嫡母之愛護其子。不能必其如實父母。蓋非自然之血緣。因之缺自然之愛情。有時不顧子之利益而不爲承諾者。於此而不許爲婚姻。則制限婚姻之能力。不得不謂之過酷。故本法特以求親族會同意之權與之。

第七七四條 禁治產者之爲婚姻。不須得其後見人之同意。

禁治產者之後見人職務。專限於療養監護及財產管理。如親族上行爲。當在其代理權之範圍外。然第九條之規定甚廣。且得取消禁治產者之行爲。而婚姻亦爲法律行爲之一。故以本條明定其關於婚姻之不須同意也。禁治產者。於其心神喪失中爲婚姻。原不有婚姻之意。故自其初卽爲無効。本條者。想像其心神恢復者也。

第七七五條 婚姻者。因屆出於戶籍吏而生其効力。

本條以下三條定婚姻形式上要件之方式。婚姻執行之方式。一因於公示婚姻之必要。一因於保障婚姻當事者之意思確實。其他則基於宗教上理由。各國立法例。無不定嚴重方式。以爲成立之要件。日本從來慣習。婚姻之法律上方式。極爲簡單。僅由戶主一人屆出於市町村長。登錄戶籍。卽生完全効力。無須婚姻者之自署名。其簡易如此。若一旦忽設複雜之規定。則人民將不堪其煩。必至不能實行。然以無婚姻者之署名。僅由戶主一人屆出。使生完全効力。又將有不必要婚姻者意思之結果。且無婚姻之屆出者。亦視爲法律上夫婦。則私通與婚姻。殆至無由區別。故本法以公示目的及保障意思確實之必要。而定簡單之

方式。以當事雙方及二人以上之證人口頭或署名之書面。屆出於戶籍吏。則得因之以發生婚姻之効力也。

第七七六條 戶籍吏非認其婚姻爲不違反。不得受理其屆出。

一檢證之方法 戶籍吏當其婚姻屆出時。欲知其具備法定之要件與否。須檢其諸種證據。如舊民法命其提出出生證書前婚解消證書及許諾證書等。但此屬於事實上問題。非民法所可規定之事項。故本法概讓之於戶籍法（參照戶籍法一〇二條一〇三條）

二缺戶主同意之婚姻屆出 婚姻須戶主之同意。已如前述。然所以須戶主同意者。在保護其家之利益。非婚姻者有反於公益也。故不得戶主同意者。惟使之得自其家分離之。於情已足。若遂禁制其婚姻。則制限未免過酷。而戶主權之効力更大矣。故本條於無戶主同意者使。戶籍吏貞當爲注意之義務。既已注意。當事者尙欲以不得戶主之同意爲其屆出。則戶籍吏不得拒之。但於此之戶主。對於其爲婚姻者。得使之離籍或拒絕其復籍。（七四一條二項七五〇條二項）

三違法婚姻之屆出受理 戶籍吏有不受理違法婚姻屆出之義務。若誤受理之。除當事

者無婚姻之意思外。其他之婚姻。即令違法。得因其受理而生效力。或後因取消始失其效力。或全然不得取消之。(本節第一款)

第七七七條 在外國之日本人。欲爲婚姻時。得屆出於駐在其國之日本公使或領事。當此之時。準用前二條之規定。

第二款 婚姻之無效取及消

一 婚姻要件之効力。婚姻之要件。隨其種類而効力有種種之差等。因而欠缺之者。其所及於婚姻之影響亦不一。(一)其効力之最弱者。僅止於不備具要件。則不得爲婚姻。若一旦成立後。即令事實上缺其要件。亦生完全効力。不得取消之。是曰禁止要件。(二)其効力次於此者。法律不徒命其備此要件。若缺之之時。則生婚姻効力之瑕疵。其後可得而取消之。是曰取消原因之要件。(三)其効力之最強者。不備此要件。則不得爲法律上婚姻。而絕對成立。是曰絕對的成立要件。

(一) 禁止要件 即關於屆出時法律上方式。屆出者。不問其爲口頭與書面。須依一定方式。否則戶籍吏不得受理之。然若受理之。則婚姻完全成立。不爲缺要件而受何等瑕疵。

(二)取消原因之要件 區別爲二(甲)自直接公益之必要而來者(乙)出於私益保護之目的者。其自直接公益之必要而來者。不但許當事者及他之私人請求取消。即國家機關之檢察。亦得請求之。如婚姻適齡者。非前婚關係之繼續者。前婚解消或取消後經過一定期間者。非姦通者與相姦者爲婚姻者。非近親間之婚姻者。皆此種之要件也。其出於私益保護之目的者。只許一定之私人請求取消。與國家無關涉。如父母後見人親族會之同意。即此種要件也。

(三)無效原因之要件 有二(甲)各當事者之意思(乙)屆出。

二婚。姻之無效。婚姻非備絕對的成立要件。則不爲法律上全然婚姻之成立。(甲)不生伴於夫婦關係之權利或義務。其間所生之子。爲私生子或庶子。(乙)其無效不須訴訟及其他何等手續。(丙)不因追認而生其效力。(丁)有利害關係者。任何人何時。得主張其無效。

三婚。姻之取消。取消者。使法律上有效成立之婚姻。因或瑕疵解除其效力之謂也。婚姻之取消。不同於一般法律行爲之取消。一般法律行爲之取消。使其行爲於法律上。自當初

即視為全不存在。婚姻之取消。則取消之効力。止及於將來。即其取消之方法。及取消權之消滅。皆與他一般法律行為之規定異。今先舉其普通原前如左。

(一) 得取消之婚姻須有法律明言之瑕疵。

(二) 婚姻之瑕疵須存在於婚姻屆出之當時。

(三) 婚姻之取消須於裁判所受宣告。

(四) 裁判所宣告取消之日。止。其婚姻有法律上之完全効力。不因其取消。而溯於既往使之消滅。

(五) 婚姻之取消。非法律指定之人請求。則不得宣告。

(六) 婚姻之取消。在法所特禁之外。依於配偶者一方之死亡。婚姻解消後。尚不妨請求之。

第七七八條 婚姻者限於左之場合為無效。

一 因人違或其他之事由。當事者間無為婚姻之意時。

二 當事者不為婚姻之屆出時。但其屆出。止缺七七五條二項所揭之條件。不因此而

妨其效力

一 婚姻之無效。反於公之秩序或善良風俗之事項爲目的之法律行爲。皆以無效爲原則。(九〇條)本法規定關於婚姻之要件亦如之。然婚姻者於人之身分。生最重要之效果。若事實上爲婚姻後。一旦因之無效。則不僅當事者終身之誤。若有出生子。更誤其子之終身。故關於婚姻無效。特比普通法律行爲。有加制限之必要。故總則第四章一節所規定法律行爲之一般原則。不適用於此。惟當事間無婚姻之意思。及不爲屆出時。使之無效而已。

二 婚姻無效之原因。

(甲)當事者間無爲婚姻之意思。婚姻者因當事者之意思合致而成立之法律行爲也。觀於此點。則婚姻亦可作爲契約之一種。故當事者意思不存在時。其婚姻亦不得存在也。當事者之意思全不存在。而來婚姻之無效。此當然之結果也。若僅意思表示有瑕疵時。其瑕疵至於如何程度。乃爲無效及取消之原因乎。此實立法上及解釋上之一困難問題。法國民法。婚姻當事者之一方或雙方之承諾全不存在者。其婚姻爲不成立。(本法所謂無效)因暴力之承諾及關於人有錯誤者則爲無效訴權。(本法所謂取消)其他意思

表示之瑕疵。全於婚姻之效力無妨。德國普通法亦不認其因意思欠缺而來婚姻之不成。即婚姻者之一人爲精神喪失者。不過爲無効訴權之原因。其新民法亦同。日本舊民法。因意思欠缺之婚姻不成立。限定於人違衷心強暴之三者。是蓋制限其婚姻無効。使不得容易生出之也。然本法於當事者無爲婚姻之意思既明。其婚姻之爲無効。即認爲至當而不加限定矣。婚姻之成立（一）須有意思。故事實上無意思能力者。及因不可抗之暴行而爲婚姻者。皆無効也。（二）須有爲婚姻之意思。例如以單純養子緣組之意思而爲婚養子。則於婚姻全無効也。（三）須當事者間有爲婚姻之意思。故因人違而爲婚姻時。其婚姻無効。人違者。須關於人自體之錯誤者。若關於人資格（性質健康財產身分等）之錯誤。非婚姻無効之原因。例如信相手方之富裕爲婚姻。後始覺知其貧窮。又信其爲貴族。而實爲平民等。皆不妨婚姻之効力。關於人自體之錯誤。或爲有形者。或爲無形者。有形之錯誤者。例如欲與甲女爲婚姻。而當其屆出。以乙女署名。是婚姻之相手方之人。與實際上有爲婚姻之意思者相異也。無形之錯誤者。以異於欲與爲婚姻之相手方之他一人。而誤信其爲相手方。是實體上雖有與其人爲婚姻之意思。而直欲爲婚姻之相手方。乃別有所在。是等

場合於當事者間無爲婚姻之意思則一也。故皆絕對的無効。

(乙)當事者不爲婚姻之屆出時。婚姻者。要式行爲也。故非履行其方式。則全不得成立。是各國立法例之一致也。

三無効婚姻之追認 無効之婚姻者。法律上自初即不存在者也。故無因追認而發生其效力之事。(一一九條)無効之法律行爲。以當事者知爲無効而追認時。作爲新行爲爲原則。其追認不問明示與默示。然婚姻原爲要式行爲。故無因默示追認而作爲新婚姻者。欲爲有効之成立。仍必新爲有効之屆出。

第七九九條 婚姻非依於後七條之規定。則不得取消之。

婚姻之取消。於社會上地位。遺最重大之影響。不得與他法律行爲之取消。適用同一之規定。故各國法律。皆特別嚴其限制。本法亦以七八〇條以下七條定之。(一)婚姻得取消之場合。(二)有取消權者。(三)限定取消權行使之期間。

第七八〇條 違反第七六五條乃至七七一條規定之婚姻。各當事者及其戶主親族或檢事。得請求其取消於裁判所。但檢事於當事者一方死亡後。不得請求之。

違反第七六六條乃至七六八條規定之婚姻。當事者之配偶者。或前配偶者。亦得請求其取消。

一取消之婚姻種類。婚姻之取消者。恐因其婚姻關係之繼續。或直接爲公益之害。或專爲私人利益之害。前者曰公益上之取消原因。後者曰私益上之取消原因。因公益上必要而與之者。(甲)對於其婚姻有利害關係之人。(乙)國家自行其取消權。(丙)不許以時間之經過或追認而全其效力。出於私益保護之目的者。(甲)限於一定之人。許其請求取消。(乙)國家與之無關涉。(丙)許其因時間經過或追認而全其效力。本條先規定關於公益上取消原因之原則。

二公益上之取消原因。(甲)不適齡者之婚姻。(乙)重婚。(丙)前婚之解消或取消後。未經過法定期間之婚姻。(丁)姦通者與其相姦者之婚姻。(戊)爲法律所禁之親族間婚姻。三公。公益上取消原因之普通原則。(一)有取消請求權者。婚姻之取消。基於公益直接之必要。舊民法(人事編五六條)及各國法典。或推廣其範圍。至有財產上之利害關係者。亦與以取消之請求權。實屬不當。故本法特限於有身分上之利害關係者。且取列記法而列

記其可認爲有利害者。(甲)各當事者。(乙)各當事者之戶主。(丙)各當事者之親族。不問爲血族爲姻族。或爲尊屬親卑屬親。或在其家與否。(丁)檢事。(一)取消權之行使期間。有公益上取消原因之婚姻。不得因時間經過或追認而補其效力。其取消原因。以永久無消滅爲原則。故請求取消之期間。亦以永久無限爲原則。雖婚姻當事者一方或雙方死亡後。尙得請求取消。但取消前既離婚時。則所生之親族關係消滅。而可爲取消之目的物不存。在故不得請求取消。

四例外之一 對於以上原則。有設例外之必要。本條第二項及次二條。即定此例外也。而以本條第二項先規定對於重婚再姻姦通者間之婚姻有取消權者之例外。(甲)妻於婚姻關係繼續中。與他之男爲婚姻時。其前婚夫有取消權。夫與他女爲重婚者亦同。(乙)前婚之解消或取消後。不經法定期間而爲婚姻者。許前夫以請求取消權。蓋恐前夫之子混合於後之配偶者之子也。(丙)因姦通被處刑或受刑之宣告者。與其相姦者爲婚姻。亦與前夫以請求取消權。以上三者。是前項原則之當事者戶主親族檢事外。更與是等人以取消權也。

第七八一條 違反第七六五條規定之婚姻。其不適齡者已達於適齡時。不得請求取消。不適齡者已達於適齡後。三個月間。尙得請求其婚姻取消。但達於適齡後爲追認者。不在此限。

本條爲公益上取消原因之第二例外。

第一項 本項規定不適齡者之婚姻也。不適齡者與重婚近親婚姻等有異。其性質上因時間經過。自可修補其瑕疵。故本法以達於適齡後。不許請求取消。

第二項 本項規定不適齡者之自己請求也。蓋雖達於適齡後。而意思能力乃不充分者有之。本法特與以適齡後三個月之猶豫。使得於其間行使取消權。但此專出於私益保護之目的。無永久認之之必要。且長置婚姻於不確定之狀態。亦非所以維持一家及社會秩序之道。故以三個月爲限。

第七八二條 違反第七六七條規定之婚姻。自前婚姻消或取消之日起。經過六個月。又女於再婚後懷胎者。不得請求其取消。

本條爲公益上取消原因之第三例外。前婚解消或取消後經過六月者。許爲再婚。蓋經過

六個月後。則公益上可許取消之理由。已早不存在也。

雖未經過六月。而女於再婚後懷胎者。其懷胎既由再婚後。則其子非前夫子可知。而無血統之混交可虞。是許取消之理由已消滅。故雖在六個月期間內。亦不許取消。

第七八三條 違反第七七二條規定之婚姻。得由有爲同意之權利者。請求其取消於裁判所。其同意因詐欺或強迫時。亦同。

本條以下四條。規定專出於保護私人利益之目的之婚姻取消也。

一專出於保護私益之目的之婚姻取消。(甲)不得法律所定之父母後見人及親族會之同意者。(乙)當事者一方或雙方之意思。因詐僞或強迫者。(丙)壻養子之緣組。爲無効或取消時。此等場合。其目的全與公益上之必要者不同。因之有取消權者及行使期間。亦大異其規定。

二出於保護私益之目的之婚姻取消。普通原則。(甲)有取消權者。限於專因其婚姻而利益被毀損之人。(乙)取消權之行使期間。因時間之經過或追認而使消滅之。

三不得法律所定之父母後見人親族會之同意。或因詐僞及強迫。而得其同意之婚姻。

是因保護私益之目的。認婚姻取消之第一場合也。舊民法（人事編六〇條）及各國法典。許諾者及受許諾者。均得請求取消。雖然。不得父母等同意而爲婚姻。又許自行請求取消。不免有使其輕視婚姻之虞。且已達適齡者。不得謂意思能力爲不完全。故本條除不適齡者依七八〇條七八一條請求取消外。不許當受同意而不受之之當事者請求取消。

依本條爲取消之請求者（甲）婚姻當時不在家或不能表示意思之父母。後雖入其家或能表示意思於其婚姻。不得以不同意爲理由而請求取消。（乙）婚姻當時有爲同意之權利者。而不爲不同意之請求取消。至死亡或不能表示意思時。任其何人。不得以無同意爲理由。而請求取消。

第七八四條 前條之取消權。於左之場合而消滅。

- 一 有爲同意之權利者。知有婚姻後。又發見詐欺或免強迫。後經過六月者。
- 二 有爲同意之權利者。既爲追認時。
- 三 自婚姻屆出之日起。經過二年者。

第七八五條 因詐欺及強迫而爲婚姻者。得請求其婚姻之取消於裁判所。但當事者發

見詐欺及免強迫後。經過三月。或已爲追認時。則消滅之。

本條基於保護私益。許婚姻取消之第二場合也。(一)取消之原因。要當事者之一方或雙方因詐欺及強迫而表示婚姻之意思時。(二)有取消權者。表示有瑕疵之意思者也。當事者雙方受詐欺及強迫時。無論何方。皆得請求取消。(三)取消權之消滅。受詐欺及強迫者。於發見詐欺及免強迫後。而爲追認時。不許取消。發見詐欺及免強迫後。經過三個月。法律上作爲默示之追認。不許取消。

第七八六條 壻養子之緣組。各當事者得以緣組無効及取消爲理由。而請求婚姻之取消。於裁判所。但不妨附帶於緣組無効及取消之請求中。而請求婚姻之取消。

前項之取消權。當事者知爲緣組無効及取消後。經過三個月。或拋棄其取消權時。則消滅之。

本條由於婚姻之意思有瑕疵。而許婚姻取消之第三場合也。壻養子緣組者。併合養子緣組及婚姻之二種行爲也。爲壻養子者。於一方與養親生親子關係。同時又於一方與養親之家女生婚姻關係。其婚姻相聯繫於養子緣組。而有效力。是以養子故爲夫婦。以夫婦故

爲養子。若一方無効及取消。僅於他一方繼續之。則適反於當事者之意思矣。故本條特許以養子緣組之無効及取消爲理由。而請求婚姻之取消。又以婚姻之無効及取消爲理由。而請求養子緣組之取消也。

第七八七條 婚姻之取消。其効力不及於既往。

婚姻之當時。不知其存有取消之原因。其當事者。因婚姻而得財產。須依現時所受利益之限度。而返還之。

婚姻之當時。知其存有取消之原因。其當事者。須返還因婚姻所得利益之全部。其相手方爲善意時。更對之任損害賠償之責。

一婚姻取消之及於身分關係之効果。就身分關係而言。則婚姻取消之効果。與離婚之場合同。蓋於取消以前。其當事者爲完全夫婦。其間所生子。不問生於婚姻中者。與生於婚姻前因婚姻而爲嫡出者。雖取消後。尚不失嫡出子之身分。而有相續及其他之權利。在一般法律行爲之取消。則被取消之行爲。即作爲自初無効。然婚姻於人之身分有直接影響。使溯既往而以自初爲無効。則有誤其終生之恐。甚至因其婚姻所生之子。并無何等過失。

而使一朝爲私生子。殊非保護其利益之道。故本法以不溯既往爲規定也。

二、婚姻取消之及於財產上之效果。就其財產關係亦以取消之效力不溯既往爲原則。蓋婚姻於夫婦之財產關係。最生複雜之效果。若因婚姻之取消。使其關係回復原狀。是徒令生繁雜之手數。實際仍不能期其公平。故本法改舊民法（人事編六六條）之規定於財產關係。只於將來生其效力。當事者各依婚姻所得之利益。不須返還。例如夫或女戶主。自其配偶者之財產所得之果實。不須返還（七九九）又妻或女戶主之夫。不須賠償夫或女戶主所負擔婚姻中之費用（七九八）唯取消之當時。各當事者所持之財產。須爲分離而已（八〇七）但當事者之一方。因之而爲不當利得者。則亦不可許。故本條二項三項規定。因不法行爲之不當利得。以返還之爲原則。

第二節 婚姻之效力

一、婚姻之效力。因婚姻發生之法律上效果。得別之爲三：（一）發生親族關係（二）發生家族關係（三）發生夫婦相互間權利義務

（天）發生親族關係（イ）婚姻當事者間。生夫婦關係（ロ）婚姻當事者一方與他

方之血族間、生姻族關係。(ハ)婚姻當事者一方與他一方之子之間、生等於親子之關係。

(地)發生家族關係。因婚姻而當事者一方必負入他一方之家之義務、故婚姻當事者除自婚姻以前不在同一之家外、或失甲家家族之身分而得乙家家族之身分、或失甲家戶主權而得乙家戶主權。

(人)發生夫婦間相互之權利義務。夫婦間相互關係之效果、有身分與財產之別、但財產關係須爲繁雜之規定、以別置一節爲便宜、本節特規定財產以外之一般效果。

配偶者之一般效果、或雙方生普通權利義務、或一方生特別權利義務。

(甲)雙方普通義務。過常別之爲三。(イ)誠實之義務。(ロ)扶養之義務。(ハ)敬愛之義務。

(イ)誠實之義務。其最重要者、不爲重婚之義務、重婚不但於民事上爲婚姻取消及離婚訴訟權之原因、且有刑法上之制裁也。誠實之義務、又生妻之貞操義務、妻爲姦通時、不問其受刑事之制裁與否、爲離婚訴訟權之原因、反之夫之姦通者、則除被處刑時之外、不爲離

婚訴權之原因是義務程度夫與妻相異之點。

(口) 扶養之義務 夫婦有互爲扶養之義務其以惡意被遺棄時爲離婚請求之原因

(ハ) 敬愛之義務 夫婦互相敬愛不得虐待或侮辱其爲虐待或爲重大之侮辱時爲離

婚請求之原因

(乙) 一方特別義務 通常別之爲二 (イ) 保護妻之義務 (ロ) 從順夫之義務

(イ) 保護妻之義務 古代羅馬法夫對妻有無限權利不但財產全歸夫所有即身體自

由亦惟夫之意思是聽近世固不認如是之絕對的權力雖然尙因夫婦自然性格之差異

而認爲夫權妻對於夫權負從順之義務夫因夫權負保護之義務其保護之最重要者使

妻同居及妻未成年而夫爲成年者時執行其後見人之職務是

(ロ) 從順夫之義務 即同居之義務及爲諸種法律行爲時須受夫許可之義務是

二 本節之規定 本節中規定者 (イ) 因婚姻之家族關係變更 (ロ) 夫婦同居之義

務 (ハ) 扶養之義務 (ニ) 對於未成年之妻爲後見人之義務 (ホ) 夫婦間之契約

關係

第七八八條 妻因婚姻而入於夫家。入夫及壻養子則入於妻家。

婚姻者所以置夫婦於不可分離之共同生活之狀態者也。生活共同者生活一切之狀態皆共同之意味也。故夫婦須事實上同生活之場所又須盡法律上同家之義務。日本婚姻自組成其家族團體之點上爲區別時須爲二種。一妻入夫之家。一夫入妻之家。夫入妻家者蓋重家族制度之思想也。無血統男子承繼其家時則使其血統之如子承繼之。於是有人夫及壻養子緣組之事。入夫者戶主之女不去其家而爲婚姻之謂也。壻養子緣組者戶主之女或非戶主之女不去其家而爲婚姻同時其女之親謂其夫爲養子也。二者爲日本慣習所確認。羅馬古法之家族制度不認女系之血統。故女子雖在如何場合無承繼其家之資格。近世歐洲諸國不重家之存續亦無使女子迎夫之必要。故無入夫及壻養子之制定。

普通婚姻妻稱夫家之氏受其家之身分待遇。(如夫家爲華族妻亦爲華族之類)入夫及壻養子稱妻家之氏受其身分待遇。

第七八九條 妻負與夫同居之義務。夫要使妻爲同居。

一 妻之義務。妻當從夫之居處，不得反夫之意思而自選定居所，但有例外。(1)夫不有定居所而浮浪漂泊時，不負同居之義務。(2)依法令被禁制之場所，如夫在兵營中時，被拘禁監獄時，移住被禁制之外國時，不得使妻爲同居。

二 夫之義務。不問其爲通常婚姻之夫，與爲入夫及增養子之夫，皆負引取其妻於自己居所之義務，不得反妻之意，獨自別居。及使妻別居，至居所選定，不須得妻之同意。但出自夫婦合意，則無妨互爲獨居。

三 義務違反之制裁。(甲)妻不肯與夫同居時。(1)妻既不肯與夫同居，則夫可不爲扶養之義務，蓋扶養權利者，已反扶養義務者之意思也，故不得自主張扶養之權利。(2)得以此理由，請求裁判上之離婚。(3)有可疑者，可否假公力以強制其同居也？若強制之，則事實上必出於監禁，然監禁人之身體自由，乃法律所不許，雖法律所認之義務，有許強制執行者，然亦有性質上不許強制執行者，妻之義務，人多信爲性質上不許強制者，而民法起草員，取反對之解釋，可暫存疑。(4)妻拒其同居時，苟故意毀損夫之權利，有請求損害賠償之權。(乙)夫不肯引取其妻於其居所時。(1)夫不爲扶養之義務。

時妻得以自己之需要與夫之身分及資力請求生活之資料於夫（口）得以上之理由提起離婚之訴（ハ）不得假公力而強制同居（ニ）其損害賠償亦不妨請求之

第七九一條 妻爲未成年者時成年之夫行其後見人之職務

最能保護妻之利益者莫如其夫如妻未成年時使其夫行後見人之職務但夫亦爲未成年時或成年而爲禁治產者時則選定他之後見人

第七九二條 夫婦間所爲契約在婚姻中無論何時得自夫婦之一方取消之但不得害

第三者之權利

契約者關於財產爲多然亦非僅關於財產而已故不規定於夫婦財產制中夫婦間因相互之愛情與服夫之威力有時不免缺意思完全之自由故各國法律有禁夫婦間之賣買及贈與者有許賣買而禁贈與者或並許之而日後得任意取消者本法於賣買交換贈與等各契約皆許爲之而以婚姻中任何時得以一方意思取消之爲原則但不得爲變更夫婦財產關係之契約

第二節 夫婦財產制

婚姻者所以置夫婦於不可分之共同生活之狀態者也。故就其財產關係亦不可以通常私人間關係律之。雖當其爲婚姻時不妨將財產關係概定之於契約中。然夫婦以情誼而生必一一定之契約亦屬難堪之事。且或有竟不爲契約者。尤不可不有特別支配其關係之法律上規定。故本節詳之。

第一款 總則

第七九三條 夫婦於婚姻之屆出前其財產不爲別段之契約時其財產關係依次款之
所定。

第七九四條 夫婦爲異於法定財產制之契約時非於婚姻之屆出前登記之則不得以
之對抗夫婦之承繼人及第三者。

第七九五條 外國人爲異於夫之本國法定財產制之契約者婚姻後取得日本國籍或
定住所於日本時非於一年內登記則於日本不得以之對抗夫婦之承繼人及第三者。
第七九六條 夫婦之財產關係婚姻屆出之後不得變更之。

夫婦之一方管理他一方之財產。而因管理失當危其財產時他之一方得以自爲管理。

之事。請求於裁判所。若係共有財產。得請求其分割。

第七九七條 依前條之規定。或契約之結果。變更管理者或分割共有財產時。非登記之。則不得以之對抗夫婦之承繼人及第三者。

第二款 法定財產制

第七九八條 夫負擔自婚姻生出之一切費用。但妻爲戶主時。妻負擔之。

第七九九條 夫及女戶主。有從其用方。而於其配偶者之財產。爲使用及收益之權利。

夫及女戶主。須自其配偶者財產之果實中。付其債務之利息。

第八〇〇條 第五九五條及第五九八條之規定。於前條之場合。準用之。

第八〇一條 夫管理妻之財產。不能管理時。妻自管理之。

第八〇二條 夫爲妻借財。讓渡妻之財產以拱擔保。或超過第六〇二條之期間而爲其

借貸。須得妻之承諾。但以管理之目的而處分其果實。不在此限。

第八〇三條 於夫管理妻之財產之場合。認爲有必要時。裁判所得因妻之請來。使夫對

於其財產之管理。及還返。供相當之擔保。

第八〇四條 關於日常之家事。以妻視作夫之代理人。

夫得否認前項之代理權全部或一部。但不得以之對抗於善意之第三者。

第八〇五條 夫管理妻之財產或妻爲夫之代理人時須與自己爲同一之注意。

第八〇六條 第六五四條及第六五五條之規定。於夫管理妻之財產或妻爲夫之代理

時準用之。

第八〇七條 妻或入夫於婚姻前所有財產。及婚姻中以自己名所得之財產。爲其特有

財產。

屬夫或婦不能分明之財產。推定女戶主之財產。

第四節 離婚

(一) 婚姻之解消 婚姻者。使置夫婦於不可分離之共同生活狀態者也。故性質上除

夫婦一方死亡外。當永久繼續其關係者也。則比解除條件。應爲婚姻所不許。然夫婦共同生活。在於愛情之一致。若互相敬愛之情不存。而強使其爲共同生活。則徒釀種種弊害。非所以保家族及社會之平和。故除夫婦一方死亡。其關係自然消滅外。而法律規定生存中

其關係消滅之最要者。即離婚是也。詳言之。婚姻之解消者。由於自然事實。與人爲事實而生。其由於自然者。即配偶者一方死亡也。（失蹤宣告同。）雖夫婦間之關係消滅。而自婚姻所生之親族及家族關係。仍不消滅。故法律上無須特別之規定。反之而由人爲消滅者。即離婚也。則凡因婚姻所生之一切親族家族關係。皆應消滅。且離婚爲一獨立之法律行爲。就其行爲之要件等。尤有詳悉規定之必要。此本章立法之本意也。

（二）婚姻之解消與取消之差異。取消者。由婚姻有瑕疵。其原因存在於婚姻之當時。解消者。婚姻後因夫婦一方死亡或離婚是也。死亡之解消。性質自異。無待說明。獨離婚之解消。與取消差異之點。有不可不述者。（一）取消之原因。存在於婚姻之當時。解消則生於其婚姻之後。（二）離婚者。夫婦一方死亡後。不得爲之取消者。除法所特禁之場合外。雖夫婦一方死亡後。尚不妨請求之。（三）取消者。婚姻當事者以外。亦得請求之。離婚者。當婚者之外。不得爲之。（四）離婚之效力。其性質當然及於將來。取消則使婚姻自初即爲無效。其効力不及於既往。又知有取消原因而爲婚姻者。因婚姻所得之一切利益。要返還離婚。則不區別善意與惡意。除適用不當利得之原則外。因婚姻所得之利益。不須返

還

(三) 離婚之性質。離婚者、夫婦之生存中、婚姻解除也。換言之。即因婚姻所生之一切效果。使向將來而消滅之。法律上原因也。此法律上之原因。或由當事者之意思而生。或由裁判所之宣告而生。前者謂之協議上離婚。後者謂之裁判上離婚。夫離婚既使婚姻之一切效果消滅。故不徒夫婦間之婚姻關係消滅。即因婚姻而生之姻族關係及繼父母繼子等之關係亦為消滅。而使因婚姻所變更之家族關係復其原狀也。但因婚姻所生之子及其直系卑屬之親族關係不在消滅之限。又離婚者。使婚姻之效力消滅於將來者也。故於既往發生之效果不在消滅之限。

(四) 離婚之效力。離婚之效果如右所述。更詳言之。可分為(甲)配偶者間之效果。(乙)對於配偶者親屬之效果。(丙)對於子之效果。

(甲) 配偶者間之效果。離婚者。使配偶者間之親族關係消滅者也。因是 (1) 離婚之配偶者一方不能享有因為他一方之親族所生之利益。即對於他一方無相續權。及遺族扶助料等之權利。(2) 失夫婦間相互之權利義務。如同居。如扶養。如妻之貞操。皆自

離婚之日解除之。(一)離婚之配偶者。各回復再行新婚之能力。但妻自離婚之日起。須經過六個月後。或離婚前懷胎者。須分娩後始回復此能力。因若奸通受離婚宣告之妻則與其相姦者失婚姻之能力。(二)離婚之妻。回復因其爲妻所生之不能力。(三)離婚之後。不得稱其配偶者之氏。(四)既離婚之夫婦間所懷胎之子。爲私生子。(五)婚姻雖有瑕疵。離婚後不得請求取消。(六)夫婦間之財產關係。於婚姻屆以前。無別段契約。而依法定之夫婦財產制時。離婚之後。不受關於該財產制法律之適用。(七)對於配偶者親族之效果。因婚姻所生之姻族關係等。皆失其效力。但因關係所生之婚姻能力制。雖離婚後尙繼續之。

(丙)對於子之效果。以不變更爲原則。(除繼父母與繼子。嫡母與庶子)故仍不失爲法律上之父母。(一)離婚之配偶者對於其子。相互負扶養之義務。(二)離婚之配偶者。與其子之間。雖離婚後。而依法律之所定。相續有相續權。(三)離婚之夫。雖離婚後。而依法律之所定。不妨行否認訴權。(四)離婚配偶者。對於其子。依法律之所定。行其親權。其監護以協議定之。若不定時。父監護之。父去其家時。則屬於母。

第一款 協議上之離婚

第八〇八條 夫婦得以其協議爲離婚。

協議上之離婚。要出於配偶者雙方之意思。故配偶者一方或雙方意思缺時。或意思有瑕疵時。依總則之規定爲無效。又得取消之。然苟其意思完全。則不問其原因若何。皆爲有效。

第八〇九條 不滿二十五歲者。爲協議上之離婚。依第七七二條及第七七三條之規定。要得關於其婚姻有爲同意之權利者之同意。

以本條以下三條。規定關於協議上離婚之特別要件。而以本條先定要或人之同意。

第八一〇條 第七〇四條及第七七五條之規定。於協議上之離婚。準用之。

本條規定禁治產者之離婚。不要其後見人之同意及離婚之方式上要件。

(一) 禁治產者之離婚。禁治產者之後見人之職務。專關於禁治產者之看護及財產上之行爲者也。其身分上之行爲。禁治產者於事實上精神恢復時。有完全之能力。且關於禁治產者之婚姻。已有七七四條之規定。故離婚之場合。亦準用之。以明其能力也。

(二) 離婚之方式上之要件。協議上之策婚。與婚姻同爲要式行爲。屈出於戶籍吏。因

之發生効力者也。故其方式亦與婚姻同。要由當事者雙方及成年之証人二人以上。以口頭或署明之書面爲之。

第八一一條 戶籍吏非認其離婚於第七七五條第二項及第八百九條之規定。并其他之法令無違反之後。不得受理其届出。

戶籍吏雖違反前項之規定而受理其届出時。然離婚不因之而妨其効力。

(一) 離婚之無効及取消 (甲) 離婚者於左之場合爲無効。

(天) 當事者不爲届出時。離婚爲要式行爲。故其方式缺。則絕對無効。本法關於婚姻明言之而於離婚不明言者。離婚之無効及取消。反於婚姻之場合。與一般法律行爲適用總則之規定故也。

(地) 當事者一方或雙方無離婚意思時。即令爲離婚之届出。且届出被受理。亦絕對無効。故 (イ) 離婚之届出。若在當事者一方或雙方之心神喪失中而爲之者時。或因不可抗拒之暴行而爲之者時。其離婚無効。 (ロ) 當事者相通而爲虛僞之離婚者。其離婚無効。 (ハ) 法律行爲之要素有錯誤者。其離婚無効。 (ニ) 以婚姻之無効信爲有効而離

婚者。其離婚無效。

(乙) 離婚因詐僞或強迫而爲之者。得取消之。(イ) 詐僞之效果。使於法律行爲之要素生錯誤時。及強迫之效果。全剝奪意思能力時。其離婚絕對無効。(ロ) 因當事者之一方或第三者之強迫。而爲離婚之場合。雖對善意之第三者。亦得對抗而爲取消。故離婚後其相手方與他之男或女爲婚姻時。其婚姻爲重婚。得依七八〇條之規定。請求取効。(ハ) 因第三者之詐僞而爲離婚。其相手方不知詐僞之事實時。不得取消之。(例如他人以惡意僞告其妻之姦通於其夫。其妻不知因詐僞而同意爲離婚者。其離婚生完全効力) 其相手方知之之時。得取消之。例如配偶者之一方。與第三者共通與欺他之一方。因而使生離婚之意思時。得取消之。(ニ) 因詐欺離婚之取消者。不得以之對抗善意之第三者。(例如因詐欺而爲離婚後當事者之一方與不知欺詐事實之男或女爲婚姻時。其婚姻有効成立前之離婚。不得取消)

以外因左之場合而離婚者。不得取消。(イ) 未滿二十五歲者。不得父母之同意而爲離婚時。(ロ) 未成年者。不得後見人或親族會之同意而爲離婚時。(ハ) 離婚之屬出。背

法律上之要件時。是等場合。雖戶籍吏不得受理之。若以過失或惡意而戶籍吏受理之時。於離婚者生完全之効力後。不得取消之。

(一) 有取消權者。限於因受詐偽爲強迫。爲有瑕疵之意思表示者。

(二) 取消之方法。有取消權者。以其取消之意思。對當事者之他一方表示。且屆出之於戶籍吏而生効力。

(四) 取消之効果。使離婚自初卽爲無効。其婚姻關係可視作爲繼續而無斷絕者。

(五) 得取消之離婚之追認。有取消權者。發見其詐欺及免強迫之後。因而追認其離婚。而生完全之効力。

第八一二條 爲協議上之離婚者。不以其協議定當爲子之監護者時。其監護屬於父。父因離婚而去婚家時。子之監護屬於母。

前二項之規定。於監護之範圍外。父母之權利義務。不生變更。

子之監護。以屬於行親權之父或母爲原則。然必在其家之父或母也。故夫婦離婚後。子在夫家時。父有當然爲監護之權利義務。在妻家時。則屬於母之權利義務。是由親權之効力。

所生之普通原則也。然日本從來慣習。往往子之戶籍存置父家。而事實上母引取其子於居所而監護之者有之。或入夫及婿養子之場合。子之戶籍存置母家。而父引取之於其居所而監護之者有之。若是者即委之於夫婦之任意協議。毫無不可。且依夫婦之協議。即令以不在家之父或母許爲其子之監護。亦可謂適合於協議上離婚之性質。故本條關於子之監護。得以夫婦之協議而定其不行親權之父及母或第三者爲其監護者。於此場合雖行親權之父或母失監護其子之權利義務。然無論何時。得以新協議變更之。

本條之規定。單關於子之監護者也。而非影響於親權之他之効力。故依第五章之規定。行親權者。雖依本條失子之監護權利義務。其他如教育權懲戒權許可權及否認訴權之權利與扶養之義務等。皆不受變更。本條第三項已明示此意矣。

第二款 裁判上之離婚

第八一三條 夫婦之一方。限於左之場合。得提起離婚之訴。

一 配偶者爲重婚時。

二 妻爲姦通時。

三 夫因姦淫罪而被處刑時。

四 配偶者因關於偽造。賄賂。猥褻。竊盜。強盜。詐欺取財。受寄財物費消。贓物等之罪。及因刑法第一七五條第二六〇條所揭之罪。被處輕罪以上之刑時。或因他之罪。被處重禁錮三年以上之刑時。

五 受配偶者同居不睦之虐待。及重大之侮辱時。

六 因配偶者以惡意而被遺棄時。

七 受配偶者直系尊屬之虐待。及重大之侮辱時。

八 代偶者對於自己之直系尊屬。而為虐待。又加以重大之侮辱時。

九 配偶者之生死三年以上不分明時。

十 壻養子緣組之場合而離緣時。及養子與家女為婚姻之場合而離緣。或緣組取消時。

本法於夫婦協議一致之場合。不問何等原因。許自由離婚。既如前述。然夫婦協議不一致之場合。如一方有重大之過失及罪惡。或其他有不能繼續共同生活之事情時。而不許其

離婚。使強忍不可堪之痛苦。是大反乎人情。然或只依夫婦一方之意。思而許自由離婚。如羅馬古法及日本舊慣。又未免紊亂婚姻制度。而害及社會之風俗。且未免置其妻與奴隸。雇人爲同一之狀態也。其不可許。豈待論哉。故本法於夫婦協議不一致之場合。其有法律所定之特定之原因者。由夫婦之一方請求於裁判所。在裁判之確定。而始得離婚。

(一) 有離婚訴權者。夫婦之一方也。至夫婦一方之親族。及債權者。其他當事者以外者。不問何等原因。不許請求離婚。當事者當爲婚姻時。未得父母及戶主之同意而爲婚姻者。其父母等得依七八三條七八四條之規定請求取消外。不得爲離婚之訴。蓋離婚之訴者。專屬於當事者之一身之權利也。故當事者死亡後。其相續人不得提起其訴於其裁判未確定以前。提起其訴之當事者死亡時。消滅其訴訟。但當提起訴者爲禁治產者時。其後見人得親族會之同意。得提起離婚之訴。相手方之配偶者爲後見人時。後見監督人得親族會之同意。得提起其訴。(人訴四)但此規定。果得民法之精神與否。今置不問。

(二) 離婚訴權之原因。限於左之十種場合。

(甲) 配偶者之重婚。配偶者爲重婚時。他一方之配偶者。依七八〇條之規定。得取消

其重婚。雖然。若與既與他人爲重婚者。依然繼續其婚姻。殆亦人情所不欲。故重婚者不問其爲取消與否。得以之爲理由。提起離婚之訴。又於此之場合。似不妨以姦通爲理由。提起其訴。然夫之姦通不可爲離婚之原因。即妻重婚之場合。至重婚取消爲止。亦爲有效之婚姻。仍不得目之爲姦通。此所以不能爲重婚之獨立原因也。

(乙) 妻之姦通。夫婦互負誠實之義務。然此義務之程度。因男女自然之性情。及日本從來之慣習。其責之於妻也較嚴。蓋不但有混亂子孫血統之虞。而直接毀損夫之名譽尤大。故夫之姦通者。除被處刑之場合外。不爲離婚之原因。反之於妻。則可以單純之姦通。提起離婚之訴。又姦通者。不問其行於若何之場處。更不問其爲單一之所爲。與亘於連續期間之所爲。但強姦者非姦通。妻受強姦。不爲離婚之原因。

(丙) 夫因姦淫罪而被處刑時。夫之單純之姦通。法律不看做違反誠實之義務。如既前述。然因姦淫罪而被處刑時。則事已非一家內之私事。國家所認爲罪惡者也。其直接害及妻之名譽爲如何。故於此場合。妻得爲提起離婚之訴之原因。男因姦淫罪被處刑者。依現行刑法。強姦十二歲以下幼女之姦淫。及有夫姦是也。而是等皆待或者之告訴而始論。

罪。故即令有是等之所爲。而無告訴者。因而不處刑時。則不爲離婚之原因。又本號之場合。不問其處刑之爲輕罪以上與否。即依刑法加減例。刑之減輕至於違警罪之刑。然仍不妨爲離婚之原因。

(丁) 因破廉耻罪之輕罪以上。及重禁錮三年以上之配偶者之處刑。雖屬姦淫罪以外之罪。然或配偶者一方處重大之刑之場合。則於他之一方爲大不名譽。若尙使之與如此刑法上之罪人繼續其夫婦狀態。是實與以不可堪之痛苦耳。故本法 (一) 配偶者處重禁錮三年以上之刑。不問其因何等罪。爲離婚訴權之原因。(二) 處重禁錮三年以上之輕罪之刑時。只須法律認爲破廉耻罪之罪名。即爲離婚之原因。但在婚姻繼續中被宣告者。若婚姻前被處刑者。即令因不知之而爲婚姻。亦不爲離婚之原因。然在其婚姻中被宣告時。則事雖出於婚姻前。亦不妨爲離婚之原因。

(戊) 不堪同居之配偶者之虐待及重大之侮辱。虐待或侮辱皆事實上問題。不能下精確之定義。虐待者。於其生命或健康有可危之積極及消極之所爲。或雖不至於危而使同居以不堪肉體上之痛苦之所爲是也。重大侮辱者。毀損其名譽至大之所爲。不問以言

語文字及現實之所爲是也。但虐待達於如何程度，而不堪同居，居侮辱達於如何程度，而謂之重大，則惟一任裁判官之認定。若言其例，則如不給身分及資力相當之生活資料，或居常受毆打其他之暴行者，即不堪同居之虐待也。因夫或妻之放蕩無賴，及其他之不道德，致受社會之排斥，或爲自己利益，使妻爲姦通，皆重大之侮辱也。

(己) 配偶者之惡意之遺棄。惡意之遺棄者，無正當之事由，夫拒妻同居，或妻不肯與夫同居之謂也。夫婦負同居之義務，故因義務履行之拒絕，當然爲離婚之原因。其有正當之事由與否，由裁判官之認定。

(庚) 受配偶者直系尊屬之虐待及重大之侮辱。配偶者之直系尊屬者，在日本慣習實際上，殆與親子同永久爲事業者也。若配偶者一方受他一方直系尊屬之虐待及重大侮辱時，即令夫婦間愛情繼續而已，不堪痛苦矣。且家族間，平和終不能保，故此場合許提起離婚之訴。

(辛) 配偶者對於自己之直系尊屬而爲虐待及重大之侮辱。配偶者之一方對於他一方之父母祖父母等，與對於自己之父母祖父母等，應有同等之尊敬。此日本風俗所夙

認者。若配偶者背此義務。而對於父母祖父母爲虐待及加重大之侮辱時。自應爲其子孫者傍觀所不堪。如此場合。不問配偶者之爲妻與夫。實以與之離婚爲正當。此所以許提起離婚之訴也。

(壬) 配偶者。三年以上。之生死。不分明。配偶者之生死。長不分明。而其妻永不許再婚。殊失於酷。而反於人情者也。生死不分明。通常以七年爲宣告失踪。與死亡生同一之效果。而婚姻亦當然因之解消。雖然。七年之後。固有解除之明文。而七年之中。恐仍不免過長之遺恨。故本法規定三年以上。即得爲離婚之請求也。

(癸) 壻養子之離緣。又與家女婚姻之養子之離婚。又緣組之取消。本號與第七八六條同其主意。然婿養子爲離緣。或養子緣組之後爲婚姻者。其緣組之被取消及爲離婚緣。非於婚姻意思有瑕疵。故不得爲婚姻取消之原因。此本號所以定爲離婚訴權之原因也。提起裁判上離婚之訴。限於以上十種。外國立法例。如不能生殖。虐待子女。及有不治之疾病。皆爲離婚之原因。然本法不取。

第八一四條

於前條第一號乃至第四號之場合。夫婦之一方。曾於他一方之行爲爲同

意者不得提起離婚之訴。

於前條第一號乃至第七號之場合。夫婦之一方。已有恕他之一方或其直系尊屬之行為時亦同。

本條以下五條。規定得提起離婚之訴之原因存在。而因特別事情。其訴權不發生。或一度發生而消滅之場合。即法國民法。及舊民法等。所謂對於離婚訴權不受理之原因者是也。

(甲) 有離婚訴權之原因存在。而權利不發生之場合。(一)配偶者之一方同意其離婚訴權原因之行為時。(二)配偶者之一方以處刑爲離婚訴權之原因。而受同一之處刑時。(乙)一度發生後。而權利消滅之場合。(一)配偶者之一方宥恕其爲離婚訴權原因之行為時。(二)配偶者之一方受其爲離婚訴權原因之同一處刑時。(三)因配偶者之生死不分明。生離婚訴權之後。而生死分明時。(四)至得行使離婚訴權後。經過一定期間之時。本條先規定關於其不發生及消滅之第一場合。

第一項 配偶者之重婚。妻之姦通。夫之因姦淫罪。而處刑。配偶者之重禁錮。三年以上。及因破廉恥罪之輕罪。以上之處刑。皆爲離婚訴權之原因。雖然。配偶者之他一方。若當

初即同意爲其所爲。則無因之而咎其配偶者之理由。若許其請求離婚是直等於他之不當之原因耳。其同意不問明示與默示。其爲刑法上之教唆犯。或共同正犯及從犯。其他積極懲憊爲其所爲之場合。自不待論。即在可以制止其所爲之地位。而不制之者。亦受本項之適用。此即當初不發生離婚訴權者也。

第二項 本項亦與前項基於同一之趣意。規定配偶者之一方。宥恕他一方之所爲而離婚訴權因之消滅者。宥恕者。與同意異。其有所爲後而是認之之謂且。不問明示與默示。以配偶者知有爲離婚訴權原因之所爲。經過一年。視爲默示之宥恕。

第八一五條 受第八一三條第四號所揭之處刑宣告者。其配偶者不得以同一之事由爲理由。提起離婚之訴。

本條規定配偶者因處刑之離婚訴權。其一方因與之受同一處刑而消滅或不發生之事。配偶者之一方不法行爲。爲離婚訴權之原因。若他之一方。亦有同樣之不法行爲。離婚訴權。非即因之而消滅。夫虐待及侮辱。或惡意遺棄等之行爲。存在於配偶者之雙方時。其維持家族之平和。比只存在於一方者爲尤甚。故無因之使消滅離婚訴權之理由。唯受訴之

相手方。得以同一事由。提起反訴而已。（人訴七）然獨以配偶者一方之處刑。爲離婚訴訟之不可不有之原因者。蓋出維持他一方名譽之趣旨也。若配偶者之他一方。亦受同樣之處刑時。則彼此名譽既失。無由以一方之處刑。主張自己名譽被毀損之資格。故本條自重禁錮三年以上。及因破廉恥罪處輕罪以上之刑者。即令其配偶者處同樣之刑。亦不許以爲理由。提起離婚之訴。其處刑在相手方之處刑以前者。離婚訴訟權當初即不發生。在其以後者。離婚訴訟權因之消滅。

第八一六條 因第八一三條第一號乃至第八號事由之離婚之訴有。提起之權利者。自知離婚原因之事實時。經過一年後。不得提起。自其事實發生時經過十年後亦同。

關於離婚訴訟權之消滅時効。各國法例。或有適用普通時効者。或有設特別之消滅時効及豫定期間者。夫夫婦間以愛情而宥恕其一方之不法行爲。此亦通常之事。故知其有爲離婚原因之事由而默過之者。可看做默示之宥恕。即不知之亦自其事由發生而後。既經過數年之久。則感覺薄弱。亦無因之而生。不堪共同生活之憂。故本法取後之主義。而定離婚訴訟權之特別行使期間。自知爲離婚原因之事實時起。一年以內。及不知之之時。自其事實

發生之時起。十年以內。爲訴權行使之期間。

第八一七條 因第八一三條第九號事由之離婚之訴。配偶者之生死既分明後。不得提起之。

配偶者之生死不分明。爲離婚訴權之原因。其生死既分明時。訴權自然消滅。固不待言。而本法特爲防疑。設此明文。

第八一八條 於第八一三條第十號之場合。有離緣或緣組取消之請求時。得附帶之而爲離婚之請求。

因第八一三條第十號事由之離婚之訴。當事者知其離緣及緣組取消之後。經過三個月。及拋棄離婚請求之權利時。不得提起之。

第八一九條 第八一二條之規定。於裁判上之離婚準用之。但裁判所爲其子之利益。就其監護得命爲異於此之處分。

第四章 親子

親子之關係者。由自然之血緣或養子緣組而生。由自然之血緣者。謂之實子。由養子緣組

者。謂之養子。實子及養子之外。而別以法律之規定。使直接發生親子之關係者。繼父母與繼子及嫡母與庶去之關係是也。但已於總則編中說明之。此不再及。

第一節 實子

因自然之血緣。所生親子之關係。謂之實親子。子對於親謂之實父實母。親對於子謂之實子。實子者或嫡出或私出。由於爲婚姻之男女之作爲所懷胎者。嫡出子也。由於不爲婚姻之男女之作爲者。私出子也。又婚姻前懷胎之子。而分娩於婚姻中時。夫不否認之者爲嫡出子。即出生婚姻前之子。亦因父母之婚姻及婚姻中因父母之認知法。特許其爲嫡出子。私出子得父之認知者。謂之庶子。不得父之認知者。謂之私生子。

第一款 嫡出子

第八二〇條 妻於婚姻中所懷之子。推定爲夫之子。

自婚姻成立之日起。二百日後。又自婚姻之解消。或取消之日起。三百日內。所生之子。推定爲婚姻中懷胎者。

(一) 嫡出子身分之證明 嫡出子者。出生於有效婚姻男女間之子之謂也。故主張嫡

出子之身分。(イ)須母之婚姻之有效。(ロ)爲母之分娩之子。(ハ)懷胎於婚姻中之子。(ニ)爲母之夫之子。此四者中其證明母爲有效之婚姻及爲母之子。不難以有形之現實證據而證明之。獨母之夫是否爲其父。及母懷胎於婚姻中之事實。無由因有形之證據而證明也。於是法律設二個之推定。(甲)懷胎婚姻中之子。推定爲夫之子。(乙)自婚姻成立之日二百日後。又婚姻之解消或取消之三百日內。所生之子。推定爲懷胎於婚姻中之子。

(一) 爲夫之子之推定。母之爲何人。以分娩之事實證明之。父之爲何人。無何等外形之事實以證明之。其所知之者。唯子之出生原因於父母而已。然定夫之爲何人。專因於父承認與否。實不足以保護子及母之利益。故各國法律。皆取事之普通狀態。以母之懷胎於婚姻中之事實。推定其夫爲法律上之父。蓋妻之能貞操者。妻之普通狀態也。即妻之姦通構成犯罪。而犯罪非證據則不許推測之。且事實上又屬稀少之異例。故於婚姻中妻之懷胎之事實既明。即依其事實而推測其原因於其夫。最適於普通之狀態。抑亦由婚姻之性質而求當然之推定也。否則婚姻制度。殆無何辨之價值矣。

(三) 懷胎時期之推定。爲夫之子之推定者。必明其子之懷胎實由於婚姻中者否也。然果由於婚姻中與否。又非外形之事實可以證明。若自懷胎至於分娩之日。有一定之期間。可爲準則。則無難依時間計算以證明之。而懷胎期間又無可爲準則者也。故關於此點。又生法律上推定之必要。

據醫家之考證。通常自懷胎至分娩之期間。其最長者。二百日。最長者。三百日。至三百日以上。三百二十日以內而分娩者。則不多有。百八十日以上。二百日以內而分娩者。亦不能決其必無。本法因取其最普通者。於是規定自婚姻成立之日。二日日後。及自婚姻解消或取消之日。三百日內所生之子。推定爲懷胎於婚姻中者之子。至於二百日以內或三百日以後之分娩。全置不取者。蓋以此等異例而推定之。恐於夫之利益。又不免於薄弱耳。

(四) 婚姻前懷胎。而於婚姻成立後生出之子。夫受嫡出子之推定者。要爲婚姻中懷胎者也。若懷胎在婚姻或立以前。而出生在成立以後。則不能受此法律上之推定。蓋法律上懷胎期之最短者。亦須二百日也。故即生於婚姻成立後之百九十九日以內。亦不得推定爲懷胎於法律上婚姻中者。於此場合。夫得自由否認其不爲自己之子。且此否認不須訴

之裁判所。以單純之意思表示。對戶籍吏爲屆出即生效力。亦不須何等之證明。但夫不否認時。其子爲嫡出子。

第八二一條 違反第七六七條第一項之規定而爲重婚之女者。於分娩之場合。不能依前條之規定定其子之。父時由裁判所定之。

女爲再婚。要自前婚之解消及取消之日。經過六箇月後。此七六七條一項所規定也。若在前婚解消取消後三百日以內及再婚成立後百九十九日以內分娩之場合。自依前條之規定。推定爲其前婚之嫡出子。可勿待論。然女若違反法律。於六箇月以內爲再婚。而又恰於前婚解消取消之日三百日以內後婚成立之日二百日以後分娩時。則於法律上大起衝突矣。如謂依前條之規定。則推定其爲前夫之子乎。抑爲後夫之子乎。是不得不窮於解說也。本法於是儆白民草之規定。於此場合。不設何等法律上之推定。亦不許父之承認。致有害前夫及子之利益之虞。而專任裁判所之判斷。此本條所以有請求裁判所之規定。而爲本法所取務避裁判所干涉親族關係主義之一特例也。且對於裁判所之決定。不許提起否認之訴。

第八二二條 於第八二〇條之場合。夫得否認其子之爲嫡出。

(一) 否認權之性質。以懷胎於婚姻中之子爲嫡出子。不過法律上之推定。故有反證時。許其覆此推定。又以婚姻外之懷胎而生於婚姻中者爲嫡出子。尤不過單純之推測。故即無反證時亦許覆其推測。是等場合須請求之於裁判所。故稱之曰否認訴權。

(二) 有否認權者。否認權者。以專屬父之一身之權利爲原則。蓋子果爲嫡出之子與否。唯夫妻得知之。然若夫爲心神喪失者或本不肯拋棄其否認權而死亡時。則代表其利益者。有宜代行其訴權之責任。故於人事訴訟手續法別規定之曰。夫爲禁治產者時。其後見人得親族會之同意。得提起否認之訴。夫死亡時。限於可爲害其子之相續權者其他夫之三親等內之血族提起否認之訴。又得承繼其夫之死亡前提起之訴訟。

(三) 得行否認權之場合。否認權者。不認法律上推測其子爲自己所出之權利也。本條規定裁判上否認權之趣意。專對於所出生之子被推定懷胎於婚姻中之場合而已。若於婚姻前懷胎而出生於婚姻中者。當然得否認之。故不必別設規定。

(四) 否認之証憑。對於婚姻前懷胎子之否認。不要何等之証明。既如前述。反之婚姻

中懷胎之子。爲保婚姻制度之神聖及子之利益起見。非嚴重之反証。則不許容易覆其推定。各國立法例。得行否認訴權者。限定因於離隔或因變災其全懷胎期中。實際不得與夫同居。又妻之有姦通。隱蔽其懷胎。且全懷胎期中。有同居之無形的不能等之場合。非備是等特定之憑據。則不許其否認。雖然。以法律限定如是証憑之種類。不僅不適合於事實。且保護夫之利益亦甚不充分也。故本法雖與各國立法例。同以之爲事實問題。然而本法則專任裁判所之認定耳。至如前舉之二場合。其可爲証憑之最著事例。固無容疑。

(五) 否認之效果。婚姻前懷胎。而出生於婚姻中之子。及婚姻中懷胎之子。以夫之否認而裁判確定時。其子對於其母之夫。不爲其子之事確定。而爲其母之私生子。有戶主及母之同意時。得入其母之家。若不得其同意時。創立一家。其實父若認知之時。爲其父之庶子。更得其戶主同意。則入父之家。

第八二三條 前條之否認權。對於子或法定代理人而行之。但夫爲子之法定代理人時。裁判所須選任特別代理人。

第八二四條 夫於子之出生後。承認其爲嫡出時。失其否認權。

本條以下三條。規定否認權之消滅。其消滅原因。(一)期間之經過。(二)夫承認爲嫡出子時。本條先就承認爲嫡出子之場合而規定之。夫既承認爲嫡出子。是已表示不行使否認權之意。能拋棄否認權。故否認權當然因之而消滅。承認之方法。不問明示或默示。然於如何之場合始算爲默示之承認。則專任裁判官之判斷。雖然若單有父屈出子之出生。不得謂爲有默示之承認。但其屈出而自署名爲子之父時。則直是明示之承認者也。又承認要於子之出生後爲之。若懷胎中即承認爲自己之所出。而否認權仍不因之而消滅。蓋懷胎中。妻往往因掩自己之非。隱蔽其懷胎時期者有之。故非子之實際出生後。其果爲自己之所出與否。無由推知。易陷於妻之非行而爲不當承認之弊。若否認權因之消滅。於保護夫之利益未免過薄也。受本條之適用者。不獨八二二條之否認權。即對於婚姻前懷胎而出生於婚姻中之子之否認權亦受本條之適用。又承認基於詐僞及強迫者。依普通法律行爲之例。得取消之。其取消後。不妨於次二條之期間內。行使否認權。但未成年者及禁治產者之承認。雖不得法定代理人之同意。除爲無意思之場合外。其承認有完全効力。

第八二五條 否認之訴。要自夫如子之出生時起。一年內提起之。

本條以下二條。規定因期間經過否認權因之消滅。

否認權行使之期間。雖各國立法例不一。然不適用普通時効而定特別短期之行使期間。則各國皆同。蓋否認者。其性質上於子之出生後。可無庸猶豫而爲之者也。若子之出生後。已繼續多少時間爲親子之狀態。即無不可看做默示之承認。且久置子之身分於不確定。致不能定相續權之所在。亦於公益上所必避者。况久延時間。證據更易湮滅。於將來確定子之身分。尤多困難。法國等民法。於夫在出生地時。規定爲出生後一個月。不在時其歸來後二個月。隱蔽出生時。其知之之後二個月。照此規定。不但過短。且區別煩雜。反不適應於實際。故本法一般定爲一個年。而其起算點。自夫知其出生時起。

第八二六條 夫爲未成年者時。則前條之期間。自達於成年時起算。但夫達成年之後。始知子之出生時者。不在此限。

夫爲禁治產者時。則前條之期間。自其禁治產取消之後。夫知子之出生時起算。否認之行使。其性質上專屬於夫之一身。不許法定代理人代行使之也。然前條之行使期間。與時効異。不受關於時効停止之規定。故夫爲無能力者之場合。有別與期間猶豫之必

要。此本條所以規定回復能力以前知其子之出生時者。自其能力回復時一年內。提起其訴。能力回復以後知之者。自其知之之時一年內。提起其訴也。

第二款 庶子及私生子

私生子者。自無婚姻之父母所生之子之謂也。以嚴正解之。則雖婚姻中出生之子。而其懷胎不原因於婚姻者。亦可謂之爲私生子。然法者。務爲修補人之過失。而仍認之爲嫡出子。已如前款所述。故私出子者。必由婚姻外之懷胎。而又出生於無婚姻關係之男女間者。法國民法分之爲單獨私生子。亂倫之子。姦通之子。其法律上之權利義務大有差等。亂倫之子者。例如於禁止婚姻之親族間。而出生於兄弟姊妹或叔姪等間之子之謂也。姦通之子者。有妻之男通他之女。或有夫之女通他之男。所出生之子之謂也。然是皆止於其父母之過失。於其子無何等罪惡。而使其子於法律上地位受大不利。益是嫁其親之過於子。不但非所以待子。亦非維持社會秩序之道。故本法不認如是之區別。而以被父之認知者爲庶子。未被父之認知者爲私生子。而庶子與私生子者。其相續權有等差。

第八三七條 私生子者於其父又母得認知之。

父認知之私生子爲庶子。

(一) 認知之性質。認知者以法定之方式爲私出子之父或母之任意自白也。(甲) 認知者自白也。故爲單獨行爲。然對於成年之子爲認知。則須其子之承諾。是又爲雙方之合意也。(乙) 認知者以法定方式所爲之自白也。故又爲要式行爲。非備其方式。則不生認知之效力。(丙) 認知者爲私生子之父或母之自白也。由父自白者。因之確定爲父之庶子之身分。由母自白者。因之確定爲母之私生子之身分。

(二) 得爲認知之人者。私生子之父或母也。私生子之母。若私生子出生時。對於戶籍更爲適法之屆出。則其母已明。不生須其母認知之問題。雖然。母有捨其分娩之私生子。而不爲其出生屆出者。於是又生不知其母之爲何人矣。認知者只對其認知之人生。認知之效力。故父母同時爲認知者。則對父母雙方生親子關係。只爲母認知者。則只對母生親子關係。不知其母之子。而只父認知者。則只對父生親子關係。不得以一方之認知。對於他一方使生効力。例如母爲其子之認知。或當爲其子之出生屆出時。已指示其父之名。而屆出之。然對於父仍不生認知之効力。父指示其母之名時亦同。得爲認知之父或母。不問其

爲能力者。與無能力者。至無能力者之認知。就次條規定之。

(三) 當受認知之利益之人。當受認知之利益者。皆私生子也。法國民法。亂倫之子。姦通之子。不得受認知之利益。本法不認如是區別。故對於婚姻中分娩之子。若其夫否認其子爲嫡出。及否認之裁判確定時。其實父不妨認知之。

第八二八條 於私生子之認知。雖父或母爲無能力者時。不須得其法定代理人同意。有私生子認知之權利者。決爲其父或母。性質上應不要法定代理人之同意。蓋雖爲未成年者。而既達生子年齡。則應有相當之思慮。即禁治產者。於其一時心神回復。使爲認知。當亦毫無弊害。且子之身分。尤有從速確定之必要。本條設此規定者。所以防疑也。

第八二九條 私生子之認知。依屆出於戶籍吏而爲之。

認知者依遺言亦得爲之。

第一項 私生子之認知。有以外國之立法例或公正證書亦得爲之者。然本法關於身分之行爲。皆取屆出於戶籍吏之主義。故認知亦如之。其屆出方式見戶籍法。

第二項 認知者得依遺言而爲之。蓋私生子之父或母。有不欲於生前公示其私生子

之事。而望於死後發表之者有之。其遺言之方式及効力等。適用相續編第六章之規定。但有爲遺言之能力者。以滿十五歲以上者爲原則。而關於認知。則雖十五歲以下。亦不妨爲遺言。又遺言者。任以何時得取消其遺言之全部或一部爲原則。而關於認知則不得取消之。

第八三〇條 成年之私生子。非有其承諾。不得認知之。認知者。本來惟一之單獨行爲也。不過以事實上已定之關係。表白之於法律上。故其性質不要何人之承諾。可得任意爲之。是以各國民法。對於成年之子而爲認知。多以不須其子之承諾爲必要。雖然。基於私通之親子。原由不德之所爲。一旦公其關係而確定之。往往與其子以不可白之不名譽。在認知者。固不過以事實而作爲事實表白。然以事實而與子以不名譽。則爲子所務欲隱蔽之者也。且子已達成年。而尙未認知。則亦無保護父母利益之必要。故本法特馳出各國法例外。而設本條之規定也。

第八三一條 父雖得認知在胎內之子。然當此場合。要得母之承諾。父母雖於死亡之子。限於其有直系卑屬時。得認知之。於此場合。其直系卑屬爲成年者時。要得其承諾。

(一) 胎兒之認知。父於其子之出生前。有死亡之恐時。得於其出生前而爲認知。此雖屬於他之場合。然子之身分。本有速爲確定之必要。故欲於出生前爲認知時。法律毫無禁之之必要也。各國民法。以明文許之者雖少。要皆無禁之之精神。本法關於胎兒之利益。無看做與生者無異之概括規定。其對之得爲認知與否。不甚明瞭。此本條第一項之所以設也。認知之效力。自其屆出時發生。將來關於相續之順位。即自其認知之時受爲其父之庶子之利益。但此場合。必要母之承諾。是又爲認知單獨行爲之一特例。蓋子尚在胎內。其果爲其眞子與否。比於子之已出生者更困難。若反母之意思。多不免爲不當之認知。此所以規定母之承諾以救濟之耳。

(二) 死亡之子之認知。死亡之子。有直系卑屬之場合。許爲認知。因以認知而其直系卑屬。對於其爲認知之父或母及其親族。當然取得相續權。反之死亡之子不遺直系卑屬之場合。則不得認知。蓋認知除取得其子相續權之目的外。不能認有何等法律上之目的。且恐爲父母者。於其子之生存中。欲免其爲父或母所生之義務。隱蔽其爲親子事實。一旦親於自己有利益。始俄然表白之。故本條設此特別要件。又其所遺之直系卑屬爲成年者。

時。要得其承諾與前條爲同一之理由。

第八三二條 認知邇及於出生之時而生其效力。但不得害第三者既經取得之權利。

本條規定認知效力發生之時期。茲先說明自認知所生效力之大略。

(一) 認知之效力。 認知之効力者。在認知者與被認知者間。確定親子之關係也。故因認知而認知者之血族與被認知者之間。亦確定其親族關係。例如認知者之父母。爲被認知者之祖父母。認知者之嫡出子及他之庶子私生子。爲被認知者之兄弟姊妹。因而取得自親子關係所生之諸種權利義務。及生不能力(イ)稱屬於爲認知之父或母之家之氏。得入父家時。稱父家之氏。(ロ)從法律之所定。認知者及其親族與被認知者及其直系卑屬間。生相互之相續權。(ハ)從法律之所定。於右同一當事者間。生相互之扶養義務。但爲庶子私生子身分所生之權利義務。與嫡出子有種種之等差。嫡出子當然入其父母之家族團體。庶子私生子。於其父或母不爲戶主時。非戶主承諾。則不得入父或母之家。若入於父或母之家族團體中。即隨而服其父或母之親權。對於父之妻生嫡母關係。不得父或母承諾。對於爲婚姻離婚養子緣組離緣等爲不能力。雖然不得入於其父或母之家之

場合。則認知者單發生親族關係及自親族關係所生之權利義務而止。而家族關係及自家族關係所生之權利義務不發生。隨而親權之對於婚姻養子緣組之不能力等。不生其効力。至其相互之相續權。則詳於相續編之規定。

(二) 認知効力發生之時期。認知者。非發生親子之身分。蓋親子之關係。於出生之當時已發生。唯其關係無適法之知了。乃由認知而表白之於法律上者也。故認知者其性質上當然溯及出生時而發生其効力。然認知之前。第三者既已取得權利時。則不得以溯及而追其既往。致害其權利享有之確實。此本條但書之所以規定也。

第八三三條 爲認知之父或母。不得取消其認知。

認知者單獨行爲也。既屬單獨之意思。似不妨以自由而取消之。雖然。認知者。父或母自白其爲自己之子者也。於認知者及被認知者之身分。已生重要之効果。故不得許其自由取消之。但因心神喪失而意思全缺時。或因人違而行爲之要素有錯誤時。此則當然依總則編之規定。而爲無效或取消耳。

第八三四條 子及其他之利害關係人。對於認知。得主張反對之事實。

本條規定認知者以外之取消請求權。認知者唯一之單獨行爲也。除八三〇八三一條外。以認知者單獨意思發生完全之効力。故認知者反於真實者時。子及其他之利害關係人。當然不可無請求取消之權利。否則利害關係人。其利益受不當之毀損。將毫無救濟之道耳。利害關係者。不問其爲身分上與爲財產上之利害關係。其爲身分上利害關係之最著者。(一)被認知之子。(二)於認知前已先爲認知之父或母。(三)爲認知者之親族及後見人。(四)被認知者之親族及後見人等。其有財產上之利害關係者。如爲認知者之相續權者及有扶養權利者。

又法律未指示利害關係者之應爲何人。故雖何人證明有利害關係之事。得請求認知之取消。惟須證明其認知反乎真實之事實。若僅因不欲公表其親子之關係。則不得請求之。其證明得一切方法爲證據。訴之於裁判所。

第八三五條 子及其直系卑屬。又此等人之法定代理人。得對於父或母求其認知。本條規定于及其直系卑屬等。對於父或母而求其認知之權利。通常謂之父或母之搜索之權利。母之搜索。各國概認之父之搜索。則或許或不許。

第八三六條 庶子者因其父母之婚姻而取得嫡出子之身分。婚姻中父母所認知之私生子。自其認知之時起。取得嫡出子之身分。

前二項之規定。於子既死亡之場合準用之。

本條規定私生子取得嫡出子身分之場合。

(一) 理由。庶子因其父母之婚姻。私生子因其父母婚姻中之認知。取得爲嫡出子之身分者。夫身分原於出生之當時所定。而可於出生後變更之者。蓋基於法之擬制也。各國法例。除英國以外。殆無不認之耳。日本維新以降。亦依慣習而明確認之。其理由。蓋在不以父母之過失。使結果及於其子。且父母既因婚姻而修補其過失。而法律假以恩典。看倣爲適法之懷胎。亦可謂爲極穩當之處。置對此寬典而非難之者。謂恐有獎勵私通之害。雖然男女自然情欲。本非可以不許修補過失而得抑止之者。既非法律禁制所能抑止。無宵取勉償其過失之策。之尙爲得當乎。

(二) 取得嫡出子身分之要件。分爲左之二種。(一)爲嫡出子之子者。要父母於其婚姻前及其婚姻中認知之。其婚姻前父母共認知之之時。因其認知而爲庶子。再因父母

之婚姻。則當然爲嫡出子。其婚姻前不得父母之雙方或只得一方之認知者。於婚姻中得認知之時。亦因其認知當然爲嫡出子。法意民法。不認因婚姻中父母認知之私生子爲嫡出子。蓋恐生夫婦間之無子者。詐認不屬自己所出之子。如是不要爲養子所娶之條件。而即得嫡出子之弊。然本法廣認養子制度。於養子一切無須爲嚴重方式。自不至生如此詐欺之恐。且父母之不慣法律者。或於婚姻前怠於認知。至婚姻後。竟不得以其子爲嫡出子。殊於保護父母之利益太薄。故本法於婚姻中之認知。亦與婚姻前之認知等。使取得嫡出子之身分。(一)子之父及母。要爲有效之婚姻。備具以上二條件。依法律之規定。不僅不須父母表示爲嫡出子意思之必要。即令表示反對意思。尙當然而爲嫡出子。但對於認知者。因八三四條之規定。子及其他之利害關係人得請求其取消。

(二) 嫡出子身分取得之効力。嫡出子之身分。其認知於婚姻前者。自婚姻之日發生。認知於婚姻中者。自其認知之日發生。其効力不溯既往。

(四) 死亡之子之嫡出子身分之取得。因父母之婚姻或婚姻中之認知。取得嫡出子身分者。不但生存中之子。即死亡之子。亦依認知取得嫡出子之身分。故其死亡子之直系

卑屬自婚姻及認知之日起。作爲嫡出孫。取得相續權其他之權利。

第二節 養子

(一) 養子制度之起原。上古時代。人類固結之基礎。基於血統。血統之最近者爲家族。家族之集合爲國家。國家團體。固亦不外出於同一始祖之團結者也。若其依征服等而來。血統之異者入於同一團結內之場合。則常生治者與服從者之關係。不能爲對等之國民。如是上古團結之基礎。雖基於血統。而因事實上之必要。亦不必盡屬於同一血統者之團結矣。夫重血統之思想者。在不斷絕祖先之祭祀。然不能保血統之不斷絕。於是有使血統之異者入其家族團體中而繼續其祖先祭祀之必要。然以血統之異者入家族團體中。又不免與同一血統之思想相矛盾。乃不得已。以人爲之思想。使血統之異者。依於或方式。而生同一血統之關係焉。是即養子制度之起原也。略言之。則養子制度者。於無自然之血統。以人爲之擬前。看做爲有血統之制度者也。其實即重血統之思想與繼續祖先祭祀之必要所發生之原因與。

(二) 日本養子制度之沿革。日本養子制度。起原最古。史家所謂天祖天照大神。養皇。

弟素羹鳴尊之六男爲子。是爲養子之始。然上古之事。邈不可稽。養子制度之稍具者。始始於律令選定之時。依戶令所定。得爲養子者。以男子之無子孫者爲限。女子不得爲之。其養子要養親四等親以上之血族。而合於服穆者。且要與養親之年齡有十五歲以上之差。合於服穆者。即不錯亂尊卑之謂。例如同列兄弟之孫。不得以之爲養子者。是。又養子不得以之爲賤民。其與嫡子有取得同一之權利義務。但借父祖之蔭而叔位出身時。則限在以兄弟之子爲養子者。若遺產之分配等。全與嫡子同。又遺棄兒之年在三歲以下者。聽人收養。而從其姓。戶令所定。大略如此。蓋認養子制度。基於家之繼承而不絕其祭祀之必要。此其緣故最深。故必須爲同姓親近之子。至收養異姓遺兒。單純出於慈悲之趣旨。及武家之世。大寶律令出而戶令不行。於是養子制度。法所不備。維新以降。養子之風最盛。雖女子亦或養異姓之子爲子與。

(三) 認養子制度之理由。養子制度。以存續其家之必要發其源。漸次發達。至於今日。而近代習俗。爲養子之目的。不獨在於存續其家之必要。或有使與家女爲婚姻而爲養子者。如婿養子是。或有使單得屬於其家之身分待遇爲目的者。例如社會不同階級之男女。

聞欲爲婚姻時。養其女子爲自家之養女。更使嫁之於其婚家。此行之者最盛。或基於單純之愛情。收爲養子。是皆脫養子制度最初本旨之家督相續必要之範圍者也。雖然。其爲日本之慣習久。無一朝禁之之理由。本法故不僅於家督相續人必要之場合許爲養子。即無必要時。而於一定制限之下。亦許爲之。蓋基於保存舊慣之趣意者耳。

存續養子制度之必要。苟認家族制者。則決不能消滅之。然漫無制限。則有或紊人倫。或妨婚姻。或害相續權遺留分等之虞。本法者即定諸種之制限。以豫防其害者也。

(四) 外國之法制。養子之制度。除英美二三國外。各國立法例殆皆認之。然其制度頗與日本異其趣。其實例亦甚稀。今試舉一例以概其大要。如法國法。養子有所謂通常養子與特別養子。特別養子中又分遺言養子。酬恩養子。通常養子之要件。爲養親者要五十歲以上。無嫡出子及卑屬親。而比養子長十五歲以上者。若有配偶者時。當得其配偶者之承諾。且對於養子之幼時。至少須有六年間不間絕之扶助保養。又養子須爲成年者。其有父母時。須得其同意。又無論何人對於夫婦之外。不許以二人以上同時爲養子。酬恩養子者。因戰鬪或水火災被救出於養親者。以酬恩而爲其養子。其要件無通常養子之變。遺言養

子者好意後見人（無償爲未成年者之後見人者）以遺言使被後見人爲養子者是。其要件一須爲後見之後。經過五年。二後見人之死去須在被後見人達於成年以前。三須後見人不遺嫡出之卑屬親。四須被後見人承諾。至於爲養子之效果。爲養子者對於其實家不脫家族關係。又保有實家一切權利義務。而於其養親間與親子之關係生類似之關係者也。又於其固有之氏。加養親之氏。對於養親取得與實子同一之相續權。但養親對於養子無相續權。養子對於養親之血族亦無相續權。蓋養子之關係止於養子與養親之一身而已。於養親之血族不生何等之效果。又養子與養親之間相互生扶養之義務。及生婚姻之能力。以上爲法國民法養子制度之大要。其與日本制度全異其趣可知。

（五）養子緣組之法律上性質 本法所認之養子緣組。得如左之定義曰。養子緣組者。使當事者之一方去其家人於其相手方之家。且於其間使生親子關係。依於合意之法律行爲也。

養子緣組者惟一之法律法爲也。以與自然之血緣有別。養子緣組者依二人以上合意之法律行爲也。其稱爲契約與否。同於婚姻之所述。養子緣組者不但使生親子之關係。且

使其脫離實家之家族團體而入於養親之家者也。

第一款 緣組之要件

養子緣組之要件。分之爲二。(一)實質上之要件。(二)形式上之要件。

(一) 實質上之要件。(甲)緣組當事者之意思表示。(乙)緣組之能力。(丙)或人之同意。

(甲) 緣組當事者之意思表示。緣組之當事者。養子者及爲養子者是也。養子者若有配偶者時。非與其配偶者合意。則不得養子。爲養子者有配偶者時。亦非與配偶者合意。則不得爲養子。故緣組之當事者。或爲二人。或三人。或四人。任何場合。皆以當事者爲有效之意思表示爲原則。但夫婦一方不能爲意思表示時。得以他之一方意思表示代之。養子之年不達十五歲時。得以在於其家之父母意思表示代之。

(乙) 緣組之能力。爲養親及養子者。須各有爲養親及養子之能力。養親之能力如何。即須爲成年者。但不問爲男女及爲戶主與家族。爲養子之能力如何。(1)須非因家督相續而取得戶主權之戶主者。(2)非在法定之推定家督相續人者。以上爲養親與養子

之能力所絕對受制限者也。以外又有相對受制限者。(イ)養親者不得以尊屬又年長者爲養子。(ロ)爲法定之推定家督相續人之男子者。除爲婿養子之外。不得爲養子。(ハ)後見人者。除以遺言之場合外。不得以被後見人爲養子。

(丙) 或人之同意。爲養子緣組者。須於一定之場合。得一定人之同意。(イ)滿十五歲以上之子爲養子者。須得在其家之父母之同意。(ロ)因緣組或婚姻而入他家者。更欲爲養子而入他家時。除妻隨夫入他室外。須得在實家之父母之同意。

(二) 養子緣組方式上之要件。等於婚姻之方式上要件。須自各當事者。及成年之證人二人以上。以自署名之書面或口頭。屈出之於戶籍吏。但欲養子者。得以遺言表示其意思。由其遺言執行者及當爲養子者。又成年之證人二人以上。爲其屈出。若在外國之日本人間欲爲緣組時。得於駐在其國之公使或領事爲其屈出。

第二款 緣組之無効及取消

養子緣組者。由法定之要件欠缺。或爲無効。或得取消者也。其要件之効力別爲三種。

(一) 由其要件欠缺。全使緣組爲無効者。即當事者及其法定代理人之意思與屈出是

也。

(二) 由其要件欠缺而使緣組得取消者(イ)爲養親者不得以尊屬及年長者爲養子。又不得以法定推定家督相續人之男子爲養子。(ロ)養親須爲成年者。其養子不可爲養親之被後見人。又非配偶者之一致。則不得爲緣組。又爲緣組者。於一定之場合。須得或人之同意。及須有各當事者意思之任意之表示。若婿養子緣組之場合。不得爲婚姻之無効。及取消。屬於(イ)者。不許因期間之經過。又追認而完成。其効力。屬於(ロ)者。因期間之經過。又追認而使取消權消滅。

(三) 其要件欠缺時。止於禁戶籍吏之受理。若已受理時。不妨發生完全之効力。本法所認養子緣組。於法律上之性質。頗與婚姻相似。因而本款之規定。殆全與婚姻之無効及取消之規定。同其趣意。故無須再爲說明。唯就上實質所不同之二點略爲注意足矣。

第三款 緣組之効力

日本之養子制度。其效果全與外國之制度異。既如前所述。茲舉本法所認養子緣組効力之要點。(一)養親與養子之間。使發生親子之關係。養親與養子者。法律上全視爲與嫡出

之實親子爲同一之關係也。不獨限於相續權其他親子類似之關係而已。隨而相互之間。生扶養之義務及婚姻之不能力等。且養子因服養親之親權。於爲婚姻養子緣組離婚離緣等。均須得養親之許可。蓋全等於實親子之關係耳。(一)養親之血族與養子之間。使發生血族同一之關係。蓋緣組之效果。不獨及於養親養子之一身。而使養子全爲養家家族團體中之一員者也。故養家之親族。全與實家之親族同。而爲養子法律上之血族者也。緣是養親之父母。爲養子之祖父母。養親之兄弟姊妹。爲養子之伯叔父母。養親之實子。爲養子之兄弟姊妹。其相互之間。依法律之所定。發生扶養之義務。相續權。婚姻之不能力。其他與凡血族同一之權利義務者也。(二)使養子去其實家而入養親之家。(1)因而養子脫其實家之戶主權。服養親之戶主權。(2)養子脫其實家實母之親權。服養父養母之親權。(3)養子失爲其實家之法定推定相續人之權利。從法律所定之順位。取得爲養家法定推定家督相續人之權利。雖然養子者。非因緣組而脫其實家親族關係者也。故對實家之父母。尙有親子之關係。對於實父母之血族。尙有血族之關係。

第四款 離緣

離緣者。解於養子緣組之効力之行爲也。照日本從來之用語例。則離緣二字。於婚姻之解除及養子緣組之解除。皆同用之。但本法關於婚姻謂之離婚。離緣者。僅用爲養子緣組之解除而已。養子離緣者。各國之法例中或許之或不許之。如法意及法系各國。則不認離緣。如德國諸州及德系各國。則依當事者一方之請求。而以爲養子時同一之方式。許解除之。本法認日本從來之慣例。既相互之愛情有變更。若強使繼續親子之關係。殊不適乎人情之實際。故因當事者之協議。而得裁判所之宣告。許爲離緣。

離緣者。當事者之協議一致時。不要何等之法定原因。任何時得爲之。謂之協議上之離緣。當事者間之協議不一致時。限於有一定法定原因之場合。由當事者一方請求於裁判所。依其裁判之確定。得爲離緣。謂之裁判上之離緣。本款於八六二乃至八六五之四條。設關於協議上離緣之規定。以八六六乃至八七三之八條。設關於裁判上離緣之規定。以八七四乃至八七六之三條。設兩種離緣共通之規定。又本款之規定。多與關於離婚之八〇八條乃至八一九條之規定。同其趣意。故不再詳。

第五章 親權

(一) 親權之性質。親權者得如左之定議。

親權者父或母基於其爲父或母之身分依法律之規定對於在其家之子所有之權利及義務之集合也。

(イ) 親權者權利及義務之集合也。上代社會父親於其子有絕對無限之權利不但監督扶育其子且有生殺賣却及爲人質之權如此時代親權者蓋惟一之事實也。近代法制親權之範圍以法律限定之於其範圍外父或母對於其子不有何等之確利義務即非事實上之權利而法律上之權利義務集合者也。

(ロ) 親權者父或母對於在家之子所有之權利義務也。故親權以二個之條件爲必要。一須有爲父或母之身分。一須在同一之家。是夫親子間之親戚關係即令親子異其家亦不因之而消滅者。雖然自其親族關係所生之效果則因同家與異家而大生差異。蓋親權者以屬於同一家族爲要素。若異家之親子間如未成年之子爲分家及再興廢絕家時在其本家之父或母非無監護教育及管理其財產之權。但是等非親權之行使乃作爲後見人所行後見之職務者也。

(二) 親權之目的。親權者根據於親子自然之性質者也。夫親扶育其子而保護之。使至於有完全之能力而止。凡屬高等動物莫不皆然。特在人類能以此性質而完全發揮之耳。若以性法學者之所謂性法言之。則親權必爲一性法無疑。故即令無國法之規定。而親子間亦生出一種自然關係。不過無國法規定。而親權者特爲惟一之事實也。近代文明國之權利思想。對於各私人皆認平等之人格。不許以一人意思侵害他人意思之自由。其所許者限於法定之場合。於是親權者以唯一之事實。變而爲法律上權利義務之性質矣。認親權之主目的。得區別之爲三。一公益之保護。二子之利益之保護。三親之利益之保護。公益之保護者。如無教育不良之徒。則妨國家之自存及發達。如無財產管理之能力者。將財產放擲。則於國家經濟之利益有害。故國家不能不使其父或母。負監護教育及管理財產等之義務。保護子之利益者。子之能力未發達之間。自無着眼其自己利益之思慮。故不能不使其父或母代保護之。保護親之利益者。其子完全發達與否。於親之利益。有重大之影響。因不待言。親權者以親之利益之保護爲目的。故行親權者。親之權利也。親權者又以子之利益之保護爲目的。故行親權者。又親之義務也。

(三) 親權與戶主權。羅馬法之親權者。即家長權也。家長權以外。不別認親權。親爲家族時。對於其子。無何等之權利。本法反之。以親權與戶主權。爲特異之別種權利義務。不問其父母爲戶主與否。皆得行其親權。蓋親權與戶主權。其立法之目的異。戶主權者。以家之管理爲目的。親權者。以人之保護爲目的。前者之效力。其影響及於家之全體利害。後者之效力。專對於各個人之身上財產。故二者雖各歸一人。不來效力上之衝突。及破家內之平和。其偶生同一之效果者。如居所指定之權利等。而法律已設防其衝突之手段矣。

(四) 本章之規定。本章分爲三節。第一節定行親權者及服親權者爲何人。第二節定親權之效力。以明其屬於親權之權利及義務之爲何。第三節規定親權之濫用及其他之事由。不能達認親權立法之目的。因保護公益及子之利益。有命親權喪失之必要之場合。

第一節 總則

第八七七條 子服在其家之父之親權。但立於獨立生計之成年者。不在此限。

父不可知時。死亡時。去家時。不能行親權時。由在家之母行之。

(一) 服親權者。未成年之子。及不立於獨立生計之成年之子也。各國立法例。多數限

於未成年者。間有更限於不自治產之宣告之未成年者。至不問其成年與未成年。常當服從親權者。蓋有之而未之見也。本法基於是等立法例及日本之國情。以限於未成年之子。及雖成年而不立於獨立之生計者爲原則。立於獨立之生計者。能以自己之資產或勞務而爲生活之謂。若由自己之資產或勞務。僅能支持生活之一部。而他之一部。尙待父母之扶養者。非立於獨立之生計者也。未成年者及不立於獨立生計之成年者。不問其爲戶主與爲家族。皆常服從親權。故父隱居。未成年之子相續其家督而爲戶主時。仍服於爲家族之親權者。又本法於嫡出子與庶子私生子之間。其當服親權之點。不設區別。各國民法以爲婚姻時使未成年者脫離親權者甚多。蓋西洋各國。因婚姻後夫婦當組織獨立之一家故也。日本慣習。婚姻者於事實上。不必爲組織一家之原因。且法律上亦無因婚姻後即可去其家之規定。故本法馳出此等多數之立法例外。不問其爲婚姻與否。凡未成年之子。及不立於獨立生計之成年之子。皆服在於其家之父或母之親權。但因婚姻而去其家者。如女子嫁入他家時。脫實家之父母之親權者勿論。即於其婚家。亦與配偶者之父母間。不生親子關係。唯服從夫權而止。親權則全然脫離者也。

(二) 行親權者。原則爲在其家之父。父不可知時。死亡時。去家時。不能行親權時。則在其家之母。羅馬法。親權專屬於父之權力。是以親權一出於爲父之利益之精神。近世各國立法例。則以親權爲主。取爲子之利益之主義。因之使爲子之天然保護之父及母。皆有親權。但不許二人同時行之。蓋恐有養教不能出於一途之害。而原則必先使父行之者。以婦在夫權之下故也。父之不能行親權者。或爲事實上之不能。或爲法律上之不能。事實上之不能者。如父不在家時。及心神喪失時。是法律上之不能者。如爲未成年者時。及依八九六條受親權喪失之宣告時。是等場合。皆母行其親權。若父母共爲未成年者時。則由對於其父或母行親權之父母或其後見人代行之。

第八七八條 繼父繼母又嫡母行親權之場合。準用次章之規定。

繼父繼母或嫡母。非有自然之血緣關係者也。故不能望其如實父母有對其子之自然愛情。若附與以與實父母同等之懲戒。監護。教育。財產管理等之絕對的權利。恐於保護子之利益。不無危險。故本條定繼父母或嫡母行親權之場合。準用關於後見之規定。而使服後見監督人之監督。其準用之規定爲何。次章說明之。

第二節 親權之効力

親權者。權利及義務之集合也。本節即規定組織其親權之權利及義務之爲何。

第八七九條 行親權之父或母者。負有爲未成年之子之監護及教育之權利義務。

親權之効力者。得以對於子之身上與其財產爲區別。本條先將對於身上之權利義務。爲概括之明示。而自其概括之權利義務所生之效果之顯著者。更以次條以下數條定之。各國民法。規定親權之効力。多止於懲戒住居之指定。於財產之管理及收益等特定之權利而定其概括之効力者少。本法參酌德國新民法而特設此概括之規定。(一)監護者。以消極防衛子之利益之謂也。教育者。以積極增進子之利益之謂也。然積極增進其利益。即所以消極除其不利益。固不必於其間爲判然之區別。而實相合以組成保護子之身體之權利及義務耳。(二)監護及教育者。行親權之父或母之權利又義務也。其以爲權利乎。故父或母得排他人之監護及教育。而以自己之任意定其子之監護及教育之方法。其以爲義務乎。故父或母不得怠其監護教育而出以絲毫之假借。至其義務之程度如何。則因其身分資力而自異。(三)監護教育者。私法上之義務也。故子因父或母之身分資力。有受其

監護教育之權利。然此權利者。子不能依訴訟強制之手段。以行其強制之權力。唯父或母怠此義務時。子之親族或檢事。得請求親權之喪失而已。蓋與子以相當之教育。又爲親者對於國家之義務。而含有公法上之性質。雖然。本條者。非以親對於國家之義務爲精神者也。親雖應使其子就學於尋常小學校。然此義務。乃由小學校令之規定所發生。不得移作本條之解釋。本條所謂依其身分資力之如何者。蓋非以使就學於尋常小學校。即謂爲盡本條之義務。又即令不使就學尋常小學校。亦非必違本條之義務。且使就學尋常小學校。依本條雖不失爲對於子之義務。要之本條純然爲私法上性質。其受公法上義務之性質與否。則依他之公法之規定者也。(四)因監護教育之義務所生之一切效果。如其子加損害第三者時。任賠償損害之責。又父或母者。固不妨委托其子之監護教育於他人。但其委托者之選擇。全爲父或母之責任。故雖委托之場合。而責任仍未可免也。

第八八〇條 未成年之父。須定其居所於行親權之父或母所指定之場所。但不妨第七四九條之適用。

子不得行親權之父或母許可。而自由定其居所。則或多浮浪之交遊。或感其他之惡化。致

監護教育均不能達其目的。此本條之所以規定也。(一)本條者非必使父或母負指定居所之義務。若認其子自定居所之智慮既足。則放任之固自無妨。居所指定者。或限定特定之住家。如使入學校之寄宿舍及爲商家之徒弟是。或限定特定之土地。如使留學東京。而不限定其住家是。或委託指定之權利於第三者。凡此皆不能馳出其範圍之外。(二)居所之指定者。不問明示與默示。其不爲明示之指定時。多即在於其父或母之住家。(三)頁本條之義務者。限於未成年之子。蓋監護及教育之權利。唯對於未成年之子有之也。(四)本條止定其權利之本則。其強制之方法如何。或依裁判所。或請求警察署。非本法所關。(五)戶主者。有指定家族居所之權利。是九四九條所規定。而本條又以此權利與之行親權之父或母。設行親權者。與戶主不爲同一人時。則二者間難保不生衝突。於是本條但書復規定之。而以戶主權之效力。爲強於親權之效力。凡爲家族之未成年之子。即父或母有所指定。仍當從戶主之命定其居所。蓋行親權者。仍爲家族團體之一員。而當服從戶主權者也。第八八一條。未成年之子。出願而爲兵役。須得行親權之父或母之許可。

明治二十二年。法律第一號。徵兵令第十二條。男子十七歲以上者。許出願而爲徵兵。本法

限於十七歲以上。二十歲未滿者。要豫得行親權之父或母之許可。始得行其志願。蓋服兵役與否。於子之身上有重要之影響。故子非因國之強制。而任意欲服兵役時。有監護教育其身上之責者。當然有許否之權利也。

第八八二條 行親權之父或母。於必要之範圍內。得自懲戒其子。或得裁判所之許可。而入之於懲戒場。

以子入懲戒場之期間。於六個月以下之範圍內。由裁判所定之。但此期間因父或母之請求。得任何時短縮之。

(一) 懲戒權 懲罰之權利。屬於國家公力之專權。本法治國之通則。爲私人者除受國家制限之場合。外有完全身體之自由。而無或被他入制限其自由者。雖然。獨於戶主與家族。夫歸親子之間。而許以一方意思制限他一方意思之自由。即戶主權夫權及親權是也。然在戶主權及夫權。仍不許直接加懲罰於家族或妻之身體。獨在親權。則不但能限制子之意思自由。且有加懲罰於其身體上之權利。此殆各國法例所公認。蓋侵染惡化既甚。有非普通教育方法。所足以矯正之者也。其懲戒或由父母專斷行之。或請求裁判所行之。

(一) 專斷之懲戒權 (甲) 有懲戒權者。行親權之父或母也。但父行親權之場合。母不得懲戒其子。又繼父母嫡母行親權時。亦不妨爲懲戒。外國立法例。間有以再婚之父。對於其子不得行懲戒權。蓋恐其父因繼母而至缺對於子之愛情故也。然本法不採。(乙) 懲戒者限未成年之子乎。抑對於服親權之成年之子亦得爲懲戒乎。關此問題。本法不設制限。似即成年之子。尙得爲懲戒者也。雖然懲戒權者。對於人身體自由之一重大特例。務要爲嚴正之解釋。試觀法律所謂於必要範圍內許爲懲戒者。即監護及教育必要之範圍之意味耳。夫懲戒者。手段也。非目的也。申言之。懲戒權。非惟一獨立之權利。不過因他之權利所生之效果。然則懲戒者。只對於未成年之子得行之。意甚明瞭。蓋爲其主體權利之監護教育權。非只對於未成年之子有之乎。本條不明言之者。蓋不待明言也。(丙) 懲戒之程度。以如何而爲必要之範圍。雖事實上之問題。然任何場合。不許有危其子生命之所爲。(丁) 懲戒方法。本條不設何等明文。蓋護警察令等之規定。

(二) 裁判上之懲戒權 行親權之父或母。不獨自己得行其懲戒。且可於事由重大之場合。請求裁判所入之於懲戒場。(甲) 得行裁判上之懲戒權者。限於有入懲戒場必要

之場合。其懲戒場同於刑法之所謂懲治場。國家因其智能不足。固不能加以刑罰之裁判。而出於矯正之目的所設立者也。至出於慈惠之目的。單爲感化不良之少年。則爲感化院。其因教育上而使子入感化院者。可不待裁判所之許可而爲之。(乙)懲戒場之期間。由裁判所定之。但不許超過六個月。蓋懲治場之事實殆同於刑罰。全剝奪子之自由者。惟過六個月。尙不能達懲戒之目的時。不妨更於六個月之範圍內。申請裁判所許可。引續行之。(丙)裁判所一旦定懲戒場之期間後。行親權之父或母。任何時得請求短縮其期間。蓋子之入懲戒場。專基於父或母之意思。毫無公益上之必要也。(丁)對於懲戒場之裁判。所決定。不但因其裁判之權利被害者之父母及子。得爲抗告。即檢事亦得抗告之。是足見保護子之利益之趣意。

第八八三條 未成年之子。非得行親權之父或母之許可。不得營職業。

父或母於第六條第二號之場合。得取消前項之許可。或制限之。

本條規定親權有許可子之營業之權利者。蓋以於子之身上與財產。皆有重大之關係耳。營業者。以得收入之目的及行爲爲常業之謂。取消者。於被取消後。即失其能力之謂。制限

者。如許以一定金額之資本。或許某種而禁某種之謂。

第八八四條 行親權之父。或母管理未成年之子之財產。又關於其財產之法律行代。爲表其子。但以其子之行爲爲目的之債務之場合。要得本人之同意。

一 財產管理權 雖未成年之子。固不少特有財產者。如依遺產相續。遺贈。贈與。或有償行爲。以自己之名所得之一切財產。皆其特有財產也。而未成年者。不有管理之能力。不可無其人代之而爲管理。行親權者。有保護子之身體。及財產之全權者也。故當然以財產管理權與之。夫財產管理權。以包括子之一切財產爲原則。然有二例外。一得免許爲營業之未成年者。關於營業。有完全之能力。即其營業資本。有完全之管理權。是一以無償而與財產於子之第三者表示反對之意。是除此例外。則父母之財產管理權。殆無有限制者。非若後見人之管理權。須受後見監督人及親族會之干涉。亦非若夫之管理妻之財產。權負擔保之義務。但繼父母又嫡母者。則不過與後見人有同一之管理權而已。又財產之管理者。父母之權利而又義務也。故行親權者不得辭管理之責。但於母有例外。

二 法定代理權 行親權之父或母。關於財產之法律行爲。爲子之法定代理人。(一)

代理權之範圍。不但就於財產管理之。且得爲一切之處分。如借貸或諾贈與遺贈。拒絕。及保證他人之債務與營業等。皆對其子生直接効力。(一)關於財產行爲之代理權。以全無制限爲原則。然有一例外。爲以「子之行爲爲目的之債務」之行爲是也。例如爲子結雇傭契約。或結爲受任者之契約。是必要子自行動作之法律行爲。必得其子之同意。蓋足生束縛子之身體自由之結果也。但因教育上而以子之行爲爲目的。不在要其同意之限。

第八八五條 未成年之子。於應管理其配偶者之財產之場合。行親權之父。又母代之管理其財產。

各國立法例。多於未成年之子。以爲婚姻而脫離親權爲原則。本法則雖於爲婚姻後。而在其家之未成年之子。仍須服父或母之親權。既如前述。夫無管理自己財產之能力者。決無得管理他人財產之理由。此本法所以反乎各國立法例耳。其管理權之範圍及程度等。與對於子之財產同。

第八八六條 行親權之母。代未成年之子而爲揭於左之行爲。或同意於子而爲之。須得親族會之同意。

一 爲營業之事。

二 爲借財又保證之事。

三 爲關於不動產及重要動產之權利喪失爲目的之行爲之事。

四 爲關於不動產及重要動產之和解。又仲裁契約之事。

五 拋棄相續之事。

六 拒絕贈與又遺贈之事。

本條者。規定母行親權時之代理權及同意權之制限。蓋女子者。比男子之智慮常爲不充。分失夫之後。或爲他所誘惑。而爲反於子之利益之行爲。其危險甚大。故本法以須親族會之同意救濟之。

第八八七條 行親權之母。若爲違反前條之規定及與同意之行爲時。子及其法定代理人。得取消之。於此場合。準用第十九條之規定。

前項之與定者。不妨第一二一條。乃至第一二六條之適用。

母超越其權限所爲之行爲。若不得取消之。則不能達保護子之利益之目的。本條即認其

取消權。並與定取消之方法効力。及取消權之消滅者也。

第八八八條 關於行親權之父或母與其未成年之子有利益相反之行爲時。父或母。要爲其子選任特別代理人。請求於親族會。

父或母對於數子行親權之場合。關於其一子與他子利益相反之行爲時。於其一方。準用前項之規定。

第一項 行親權之父或母。爲子之法定代理人。既如所述。然父或母與子之間。往往不無利益相反之事。於此場合。尙以父或母爲子之代理人。於代理之性質。殊不得當。本法第一〇八條。於代理之總則。既規定不許於同一之法律行爲。爲其相手方之代理人。又不許爲當事者雙方之代理人。此精神者。雖於親與子。後見人。與被後見人。間之關係。亦可以貫矣。本條於此場合。命其選任子之特別代理人。請求親族會。即出此同一之趣意乎。

第二項 父或母對於數子同時爲法定代理人之場合。其子之間利益相反時。要於其一方之子。選任特別代理人。請求於親族會。與上爲同一理由。

第八八九條 行親權之父或母。要以與自己爲同一之注意行其管理權。

母雖對於得親族會之同意所爲之行爲。亦不得免其責。但母無過失時。不在此限。過常之委任關係。受任者必負爲善良管理人注意之責。即關於後見人亦準用之。然親與子之間。責以善良管理者之注意。殊不適於人情。故本條以與夫管理妻之財產爲同一之規定。只要與自己之財產爲同一之注意足矣。

第八九〇條 子達成年時。行親權之父或母。要無滯遲而爲其管理之計算。但其子之養育。及財產管理費用。看做與其子之財產之收益相殺。

本條定管理計算之義務。父或母管理子之財產。限於其未成年之間。故達成年後要速爲計算。以其現在財產引渡於子。是本條規定之意也。其管理之計算。雖與後見人終了之場合同。而就其義務之範圍。則有多少之差異。後見人者。要於後見終了之後。二個月內爲計算。而行親權者。唯止命其無滯遲而爲之。不設法律上之一定期間。又當引渡被後見人之餘額。當自後見終了之時付利息。而行親權者。不負利息支拂之責。至如親去其家。受親權喪失之宣告。或辭財產管理時。且不負管理計算之義務。蓋此場合之子。直服於後見者也。而後見開始之同時。有調查被後見人財產之義務。故無命管理計算之必要。

管理計算者。在行管理權之間。計算爲子取得之收入。及其支出。以明其現在之財產也。然親與子之間。其關係固非尋常私人間可比。必使一一精密計算其收支。不僅背於人情。且不適於實際。故定爲子之養育及財產管理之費用。看做與其子之財產之收益相殺。申言之。則父或母者。由子之財產中所生之收益。有以之爲自己所得之權利。扶養教育及管理之費用。有以自己財產爲支辨之義務。故管理之計算中。其一方之額。即大於他方之額。不得請求其差額。又即令子之財產全無收益時。父或母亦不得請求其費用。

第八九一條 前條但書之規定。以無償而與財產於其子之第三者。表示反對之意思時。關於其財產。不適用之。

第三者以無償而與財產於子者。多欲以之求子之利益而使用於特定之目的者也。如欲積立其收益。使增長子之後來資本。或欲以其收益。爲子之教育資金。是皆當然從其贈與者之意思。蓄積其收益。以保護子及贈與者之利益。故本條規定第三者。以無償而與財產於其子時。若表示不欲以其收益。爲行親權之父或母所得之意思者。則就其財產之收益。不適用前條相殺之規定。第三者云者。如父行親權之場合。母即爲第三者是也。其反對之

意思。要爲積極之表示。但不必限於與財產之當時。

第八九二條。以無償而與財產於其子之第三者。表示不使行親權之父或母爲管理之意思時。其財產不屬於父或母之管理。

於前項之場合。第三者不指定管理者時。裁判所因子。或其親族。及檢事之請求。選任其管理者。

第三者雖指定管理者時。而其管理者之權限消滅。或有改任必要之場合。而第三者不更指定管理者時。亦同。

第二七條。乃至第二九條之規定。前二項之場合。準用之。

本條與前條基於同一之理由。出於欲保護子及無償而與財產之第三者之利益。益對於八四條之財產管理權爲一例外。

本條第三者指定之管理人。依於委任契約之受任者。適用第三編第二章第十節之規定。其爲裁判所選任者。則準用本條第四項關於不在者之財產管理者之二七條。乃至三九條之規定。

第八九三條 第六五四條及第六五五條之規定。父或母於管理子之財產之場合。及前條之場合。準用之。

本條者關於父或母。及前條管理者之財產管理權終了之場合。準用關於委任終了之規定。而因與夫婦財產制八〇六條所規定有同一之趣意。故不再爲說明。

第八九四條 行親權之父若母。及親族會員與其子之間。就財產管理所生之債權。自其管理權消滅之時起。五年間不行使時。則因時効而消滅。

子未達成年之間。管理權消滅時。則前項之期間。自其子達於成年。又後任法定代理人就職之時起算。

本條規定由財產管理所生債權之特別時効。

(一)本條債權之性質。適用本條之債權者。要由財產之管理所生者也。個如子達成年之後。於管理之計算。有脫漏時。求其更正之訴權。及第三者以無償贈與之財產。違反第三者之意思。而父或母自爲收益時。求其返還等。是也。

(二)特別時効。以不年爲其時効。其定此短期時効之理由。則因管理中之事務。概缺詳

密之記錄。不過多存於行親權者之記憶。故過長則欲得證據極爲困難也。

(三)時効之起算點。因子達成年而管理權消滅者則自其管理消滅時起。其未達成年前如因受親權喪失之宣告而辭管理。及去家而管理權消滅者則自其子達成年時。或後任法定代理人之就職時起算。

第八九五條 行親權之父或母代其未成年之子而行戶主權及親權。

本法馳出多少立法例外。而以未成年之子。即爲婚姻後亦尙服從親權。既如前述。故服親權之未成年之子。雖已自得有子。然自己方服親權。而對於自己之子。及得行親權。自於事理不得其當。但父母代其子行親權時。必其子及其配偶者。皆爲未成年之場合。若夫爲未成年者。而妻已成年。則以妻行其親權。不受本條之適用。未成年之子。在爲戶主之場合。其戶主權亦由行親權之父或母代之。

第二節 親權之喪失

親權之消滅。其原因不外親與子之二方面。其發生於子之身上者。(イ)子之死亡時。(ロ)子之入他家時。(ハ)子達成年後營獨立之生計時。其發生於親之身上者。(イ)親之死亡。

時。(ロ)爲禁治產者時。(ハ)因心神喪失等事實上不能行親權者時。(ニ)入於他家時。(ホ)裁判所宣告親權之喪失時。

第八九六條 父或母濫用親權。或顯有不行跡時。裁判所得因子之親族。及儉事之請求。宣告其親權之喪失。

本條定請求親權喪失之權利。(一)請求親權之喪失者。限於行親權之父或母濫用親權。及顯有不行跡時。(イ)親權之濫用者。超過法律所認之範圍。對子行其強制。或於法律所認之範圍內行使之方法不得其當之謂也。(ロ)請求親權之喪失者。不但爲現在親權濫用之場合。即未濫用而將來有濫用之危險顯然者。亦有請求喪失之必要。本條所謂顯有不行跡云云。即看做有此危險者也。但其不行跡。要至如何程度而後謂之顯然。此事實上問題。而依裁判所之認定。例如行親權之寡婦。與他之男私通時。放蕩無賴。不顧家政。即得爲本條之原因耳。(二)得請求親權之喪失者。子之親族及儉事也。(イ)子之親族。無論何人得請求之。例如子服養父。養母親權之場合。其實家之父母及血族得請求之。蓋以請求權與親族者爲子之利益及國之公益。有務廣許之之必要故也。(ロ)儉事亦得請求者。

蓋親權之濫用。有足使其子爲無賴少年之虞。亦爲國之公益上所必要之防禦也。(一)不許子及其代理人自爲請求者。是名分上不許子之訴親故也。(二)親權之喪失。由裁判所宣告之。

第八九七條 行親權之父或母。因管理之失當。危其子之財產時。裁判所因子之親族及儉事之請求。得宣告其管理權之喪失。

父受前項之宣告時。其管理權由在家之母行之。親權之濫用。不亘於其全部。而單對於財產誤行使之方法時。無使喪失親權全部之必要。唯使失其財產管理權足矣。是本條之所以規定也。其請求之原因。與七七六條二項之場合。同其請求權者。則與前條同。又行親權之父或母。代其子管理其配偶者財產之場合。如危其財產時。亦依本條得請求其管理權之喪失。

父被宣告親權之喪失時。依八七七條二項。由母行其親權。故父失財產管理權時。而以母行其管理權。此同一之理由也。

第八九八條 前二項規定之原因既止時。裁判所因本人。或其親族之請求。得取消失權。

之宣告。

使喪失親權之全部。或財產管理權者。原出於不得已也。故其原因。既止。當然使之回復。其權利。但取消要在其子服於親權之原因尚存在間。若既達成年。則不得請求之。若夫取消後。則後見者終了。其子再服於親權之下。

第八九九條 行親權之母。得辭財產之管理。

本條乃爲親權不許拋棄原則之一例外。蓋以婦女之自然性格。及日本實際上狀態。而有其必要。故也。或豫辭之。或於親權行使中辭之。皆宜直行。開始後見。但母拋棄管理之權。必拋棄其權限之全部。不許只放棄一部。而留保他之一部。又母只許財產管理權利之拋棄。而不許拋棄其他之親權。蓋保護子之身體。以親最適當。若亦任他人之保護。此大反於子之利益。至財產以外之管理。最適日本國情。決非反乎母之性格也。

第六章 後見

一 後見法之沿革。歐洲後見制度。發端於羅馬。而其制度。初代舊後代顯異其性質。初代之後見者。係代脫離家長權而自爲家長地位之幼年者。行其家長權者也。蓋當時家長

死。凡在其家長權下之爲子者。各獨立自爲家長。而立於行家長權之地位。然其子若爲幼年。自不能行其家長權。於是有所謂後見者發生。其服於後見者。未滿十四歲以下之男子。及凡有年齡之女子也。男子達十五歲時。則自行其家長權。女子者。則任達如何年齡。永無自行家長權之能力。即永久不能脫其後見。此羅馬最初後見之性質如此。其後雖十五歲以上之男子。而於二十五歲夫滿間失家長時。許依本人之願而置財產管理者。如是二十五歲未滿之男子。遂以服於財產管理爲原則。更經多數學者認定。而以財產管理最足保護幼年者之利益。乃備近世法理上後見之性質。是可謂因財產管理發其端。推而爲歐洲各國後見制度之淵源。更推而爲日本民法上後見制度之淵源。今舉其大要。則後見人者。首以家長遺言定之。謂之遺言後見人。不有遺言而準血族關係之最近者。謂之法定後見人。既無遺言。復無法定。而由裁判所選定者。謂之官定後見人。爲後見人者。初代視爲權利。今則作爲義務。不許任意辭之。其職務別之爲二。一曰財產之管理。一曰能力之補充。於財產管理。要與對自己之財產爲同一之注意。於能力補充。則對於七歲未滿者。代之而爲其行爲。對於七歲以上十四歲未滿者。當與其行爲爲同意。又外國人及二十五歲未滿者。不

許爲後見人。

二 日本舊慣之後見。親族法上之諸關係中。其舊慣固多不備。而後見法尤甚。大寶令貞永式目。建武式目。德川氏之御定書。其他古代法典。關於後見。均毫無所規定。是等時代。對於無父母保護之幼者等。殆事實上以類似於後見之制度行之。或不容疑。蓋其慣例。尙留見於文書者不少。然是僅爲唯一之事實存在。而非法律上所全然公認者。明治六年一月。布告華士族相續法。始對於幼少而爲家督相續者。有須選後見人之規定。同七年太政官指令。雖平民。而於幼少之相續者。亦命附以後見人。然是時所謂後見者。與本法及近代歐洲各國法律所認之後見。仍大異其性質。有後見人者。限於幼少及瘋癲日痴之戶主。似事以代被後見人行使戶主權爲主眼。故雖幼年等。而非戶主者。不公認其有後見人。且即屬幼年而爲戶主。法律上亦未規定必須設置後見人之義務。至若關於後見人之選定。及後見人權利義務等。悉無何等規定。一任當事者之自由。畧言之。日本舊慣法律上所認之後見。僅對於官廳之願屆。或訴訟行爲等。使爲幼年戶主代理之必要而已。其於被後見人之私關係。殆全放任之。洵至結果所生。弊害幾莫可測。本法深察其弊之所在。故就他之

親族諸關係。概重日本舊慣。少所變更。而關於後見法者。則全棄日本舊慣。參酌歐洲各國法例。特於權利義務之範圍等。設嚴密之規定焉。

三 後見之性質。本法所認之後見。得爲如左之定義。

後見者。保護監督脫親權之未成年者及禁治產者之身體及財產之職務也。

(1) 後見者。一職務也。爲公職務。或爲私職務。各國立法之主義。必不能一然。爲公。爲私。不可不依其所爲之職務。究係國家之事務。與否。而決其爲國家之事務。與否。又以其事務之執行。爲對於國家之義務。與否。爲標準。若後見之事務。爲國家事務。則其事務之舉。與不舉。關係國家自身直接之利益。國家不但監督其執行。無犯法規及害公益而止。且必積極監督其事務之舉。否。使不舉。焉。竟可行其國家強制執行之手段。若其事務之行否。一任當事者之自由。則國家唯監督其事務執行之無反法規及害公益而止。其不看做爲國家事務之意思。可以推測矣。今觀本法之所規定。其於後見事務之舉否。純爲後見監督人及親族會之權利。國家不自監督之。即有曠任務。亦無直接干涉而強制其執行。而必待親族會等之請求。是國家不以後見事務。視爲國家事務。不以行其事務。爲對於國家之公義務。

之明證也。然則日本民法之後見者。純然私法上之職務。其機關爲私機關。而非國家機關。其行後見之事務。爲對於被後見之權利義務。而非對於國家之權利義務矣。

(一) 後見者。保護監督而能力者之身體財產之職務也。其職務大別之爲三。(一) 身體之保護監督。(二) 財產之保護。(三) 行爲能力之被充是也。法律以親權後見及保佐之三種制度以達其保護之目的。後見者即其制度之一耳。

(一) 後見人者。保護監督未成年者及禁治產者之職務也。法律上之無能力者。或由於性而生。或由年齡及心神之失其健康而生。由於性者。如妻是。由於年齡者。如未成年者是。由於失心神之健康者。如禁治產及準禁治產是。而準禁治產與妻之無能力。非因智慮之不完全。不必別爲保護制度之必要。故對於準禁治產。僅設保佐人保護之。而對於未成年及禁治產者。則必設親權及後見。以重其保護之方法。

(二) 後見者。保護監督脫親權之未成年者及禁治產者之職務也。父或母者。以其自然之性情。最適於保護之任。是以法律對於有父母之子。先使服其父或母之親權。不別設保護之制度。惟脫親權而尙未脫無能力之狀態者。始生後見之必要。故學者以後見爲親權之

延長其謂此乎。

四 保佐。心神耗弱者。聾者。啞者。盲者。浪費者。是爲準禁治產。得附之以保佐人。(一一條)保佐者。起原於羅馬法。對於不堪治產者。就其重大行爲。補充其能力。其行爲與後見異。非有積極保護其身體財產之職務。故保佐全與親族關係異其性質。似不當規定於親族法中。雖然各國法例。以其對於智能不足者保護之方法之點。多與禁治產之與後見同。故便宜上而於後見法中併定之。本法倣多數立法例。關其選任等。亦規定之於本章。其於理論上之不正當。蓋不容疑。

第一節 後見之開始

第九〇〇條 後見者於左之場合而開始。

- 一 對於未成年者無行親權者時。又行親權者不有管理權時。
- 二 禁治產之宣告時。

(甲) 未成年者若有父或母時。其父或母先擔任保護其身上及財產之職務。是即所謂親權也。無行親權者及行親權者而無管理權時。始生後見之必要。(イ) 無行親權者時。如

父母共死亡。或父母之一方死亡。而他之一方又以事故不能行親權時。或父母共生存。而因受禁治產之宣告及依八九六條受親權喪失之宣告時。均因之而開始後見。(一)行親權者而管理權時。如行親權之母。依八九九條而辭財產之管理。及行親權之父或母。依八九七條宣告管理權之喪失時。則就其財產管理之一部。付之後見人。但此場合之後見人。惟有關於財產之權限。(乙)受禁治產之宣告時。關於禁治產之後見。已爲總則編第八條所規定。本法但定其後見開始之時期。又禁治產之宣告。雖未成年者不妨受之。未成年者受禁治產之宣告時。即令有行親權者之場合。亦爲後見之開始。但所謂後見開始者。唯止於名義上而已。蓋行親權之父或母同時爲行後見人之職務者也。

第一節 後見之機關

後見者。保護未成年及禁治產者之身上及財產之職務也。行此職務者。自然人及自然人之集合也。行後見職務之自然人及自然人之集合。稱爲後見之機關。後見之機關。有事務執行機關與事務監督機關之區別。前者爲後見人。後者爲後見監督人及親族會。

(甲)後見人。後見人者。後見之最要機關。直接任執行後見事務之責者也。以一自然人組織之。而爲獨任制。其職務可分三種。(一)對於無行親權者之未成年者。而監護及教育之。(二)對於有行親權者之未成年者。而管理其財產。(三)對於禁治產者。資療養看護之義務。并管理其財產。又自其就職之手續區別之。亦可分爲三種。(一)行親權者。以遺言指定者。謂之指定後見人。(二)依法律之規定。當然爲後見人者。謂之法。定後見人。(三)親族會選任之者。謂之選定後見人。

(乙)後見監督人。後見監督人者。監督後見人之機關也。如缺後見人之場合。求後任者之就任。有急迫事情之場合。爲必要之處分。及後見人與被後見人利益相反之場合。爲被後見人之代表。是亦爲獨任制機關。雖法律上未限定必爲一人。然即以數人組織之場合。亦各有獨立之權限。後見監督之就任。其以行親權者之遺言指定者。謂之指定後見監督人。由親族會選任者。謂之選定後見監督人。

(丙)親族會。親族會者。以合議體所組成之議決機關也。舉其職務權限之重者言之。(一)無後見人及後見監督人之場合。有選任之權。(二)於一定之場合。得免黜後見人。(三)承

認後見人及後見監督之辭任。并請求其免黜於裁判所。(ニ)後見人爲被後見之重大行爲。當得其同意。(ホ)定後見人報酬之與否。(ヘ)於後見人就職之初。豫定後見事務執行所須費用之年額。(ト)於後見人就職之初。使負寄託被後見人受取金錢之義務。(チ)受後見人財產狀況之報告。(リ)於財產調查及後見之計算有必要時。伸長法定之期間。(△)認可後見之計算。

第三節 後見之事務

本節規定後見人負擔之職務。及行其職務時所有權利義務之範圍。

一 後見事務之種別。後見事務。通常分之爲三。一對於被後見人。身體上之事務。一對於被後見人財產之事務。一於法律行爲爲之代理。及其行爲爲同意之事務。

(一)對於被後見人。身體上之事務。是依被後見人之爲未成年者與禁治產者而異。對於前者以監護教育爲其事務之主眼。有指定居所。懲戒。兵役出願之許否。營業之許可。及制限一切之權利義務。對於後者。以療養看護爲其事務之主眼。有使入瘋癲病院。及於自宅監置等之權利義務。但行親權者不有管理權之場合。則全不有對於其身上之權限。

(一)對於被後見人財產之事務。就於財產管理。得使用有給之財產管理人及復代理人。其爲被後見人受取之金錢。至於一定之額。負寄託之義務。又不得超一定之額而支出其費用。每年至少須一回報告財產之狀況。任務終了時。要不遲滯爲管理之計算。

(二)後見人關於財產之法律行爲。代理被後見人。又被後見人爲未成年者時。當與其行爲爲同意。並代被後見人行其戶主權。親權。及管理配偶者之財產。

後見人行其任務。要爲善良管理人之注意。怠於注意。致被後見人受損害時。任損害賠償之責。

二 後見之事務與親權。後見者即所謂親權之延長者也。故謂後見爲對於脫親權之未成年者保護之意。自屬正當。然若以後見之事務。與組織親權之權利義務同其實體之意。則大誤矣。茲舉其差異之點。(イ)後見人任善良管理人注意之責。而行親權者。則僅任與對於自己爲同一注意之責。(ロ)後見人者。服後見監督人之監督。而行親權者。不服。(ハ)後見人者。有財產調查及財產目錄調製之義務。而行親權者。無之。(ニ)後見人者。有豫定出金年額之義務。而行親權者。無之。(ホ)後見人者。有寄託達於一定額之金錢之義務。

務而行親權者無之。(一)後見人者有財產狀況報告親族之義務而行親權者無之。(二)後見人關於被後見人之利害如有重大影響之行爲時要得親族會之同意而要親權者常以專斷爲之。(母行親權之場合爲例外)(三)後見人者於後見終了之時常有爲管理計算之義務而行親權者於其子之達於成年時外無此義務。(四)後見人者無收益被後見人財產之權利因不負自支辨其費用之義務又依於此場合得受報酬而行親權者有收益子之財產之權利因之有支辨費用之義務又不得受報酬。

第四節 後見之終了

後見人之資格於生後見終了之事由而同時消滅者也。雖然後見人者非由此而一切之義務全被解除。蓋雖後見終了後而義務仍有二焉。一爲管理計算之義務。此屬後見人義務之最要者。蓋所以期後見管理之確實。且管理計算之義務又伴之而生返還屬於其管理財產之義務也。一爲後見終了後對於被後見人及其法定代理人。至於得自管理事務時止。如有急迫事情之場合。有繼續後見之事務之義務也。其他基於後見之任務執行中所生之債權債務關係於後見終了後。尙存續其効力。尤不待言。至於後見終了之原因。

有雖無明文而自明者。有依第二節之規定而已明者。故本節不規定之。

第七章 親族會

親族會者。以親族及其他與之有緣故者。組織之。議決機關。而議決其人。其家之利害。有重大關係之事件者也。日本從來舊慣。亦常親族相集。決其關於家中重要事件。但是止於唯一之事實。非法律上制度。而認爲親族會之組織者。徵之羅馬法之初。即有所謂親族會之組織。今歐洲各國法例。亦多認之。夫一家利害。原有戶主者。以絕對之權利專斷之。一身之利害。又自有完全之能力者。專斷之。其爲未成年者。有行親權之父之權利專斷之。故在完全能力者。於自行戶主權之場合。本無爲其家開親族會之必要。又其人自有完全能力。或服父之親權之場合。亦無爲其人開親族會之必要。然若反於此而爲戶主者。或無完全能力。不能自行其戶主權。或無能力而不能服於父之親權時。則其家及其人之利益。缺專斷者。於斯時也。若任他之一人以操其專斷。是於其家其人之利益。其危險尙可言乎。於是不能不設最公平且最適切之機關。以決定其家其人之利害。而有重大影響之事件。而此機關者。其用獨任制乎。固於應時處事。能收敏捷之利。然其判斷動輒流於偏頗。不能期其

慎重公平。故本法不取之。而取合議體之機關。親族會者。即爲此目的。所設之合議體之機關也。

設親族會之目的。既如上述。其權限之重者。得大別之爲二。(一)爲家而設者。於此場合。負執行其家戶主權之任務。(二)爲不服父之親權之無能力者而設者。於此場合。可更別之爲數種。(イ)未成年者服母之親權。而其母代未成年者爲一定之行爲及與同意時。負補充其母之意思之任務。(ロ)未成年之子。服繼父母或嫡母之親權。及未成年者禁治產者服後見時。親族會尤負最重要之任務。其任務詳於前章之蓋明。(ハ)準禁治產者。有保佐時。負選任保佐人及保佐人與禁治產者之利益相反。選任臨時保佐人之任務。

親族會者。以形容言之。則爲缺少完全戶主及完全親權行使之場合之一家族裁判所也。故權限頗重大。若於其組織決議等任意放擲之。則生出職權濫用之弊。其危險必不堪言。是以各國民法。就其招集組織決議等。概認官爲之干涉。且多以裁判官爲親族會會長。如會員之意見分正半數之場合。有裁判之之權限。本法則以裁判所干涉親族之內事。認爲不適國情。因之不認裁判官參與親族會之決議。然就其招集組織。亦認裁判所之干涉。

親族會爲後見之機關。固屬重要任務之一。然不足以概其凡也。故本法反舊民法及各國立法例。不規定於後見章中。而別設本章。定其關於組織。招集。決議方法。不當之議決之救濟方法等。至其權限。散見於本論及相續編各章。本章不別設概括之規定。

第九四四條 依本法其他之法令規定。於當開親族會之場合。要由會議事件之本人。戶主。親族。後見人。後見監督人。保佐人。檢事。及利害關係人之請求。裁判所招集之。

本法定親族會之招集。(一)親族會者。非常時成立之機關也。雖依九四九條之規定。似親族會有繼續之性質。然是不過繼續爲親族會員之資格。及省略裁判所招集之手續。而非使繼續親族會其物之成立之意。則可謂每有事件必由一一招集之者無異。不待招集而會員任意集會者。是直非親族會耳。招集云者。對於親族會員命其集會之處分也。(二)依本法之規定。親族會會議事件之重者。爲左之四種。(甲)對於無能力者。選任後見人。後見監督人及免黜之。又選任特別代理人。而監督其後見人。及行親權之母。與繼父母。嫡母。並補充其意思。(乙)對於不能行戶主權之戶主。代其執行戶主權。(丙)對於行親權之繼父母。嫡母。代其同意於其子之婚姻。離婚。離緣。及補充其同意於其子之緣組之意思。(丁)

對於無法定及指定之家督相續人之場合。選定家督相續人。及被相續人欲廢除法律推定之家督相續人時。與之同意。(三)招集之手續。依會議事件之本人。戶主。親族。後見人。後見監督人。保佐人。檢事。及利害關係人之請求。由裁判所招集之。本法雖務避裁判所干涉親族間之內事。然如親族會者。於家族之利害。有議決其重大關係之權限。若以會員之選定。一任會議事件之本人及利害關係人時。則彼等之選定。必只爲自己之利益相合者是。務而望其以家族利益爲公平之議決。不可得矣。是將於設親族會之立法目的。毫不得達。故不得已。由裁判所選定之。因是其招集亦由裁判所行之也。但招集限於有請求時。不受請求。裁判所自己之職權招集者。本法所不認。

第九四五條 親族會員限在三人以上。由裁判所於其親族及與本人或其家有緣故者之中選定之。

得指定後見人者。得以遺言選定親族會員。

本條者規定親族會之組織。

(一)組織親族會之員數。各國民法。其員數有一定者。有不一定者。其一定者。或爲五人。

或爲七人。然欲得五人七人於親族中。頗形困難。如其得之。固不妨以五人七人組織。但即至難得時。亦必以三人組織爲必要。故本法以三人爲會員數之最少限。而其最高限則不制定之。使裁判所應於事情。隨時決定。至其至少亦須三人者。蓋會員以奇數爲最要。否則意見別於正半數之場合。則無決議之方法也。

(一)會員之選定。得選定會員者。(イ)裁判所。(ロ)得指定後見人者。但指定後見人者。而選定親族會員。限於以遺言之場合。屬於(イ)者。照日本現情。裁判所察各親族間之內情。決定何人適當於親族會員之事。尙屬困難。雖然。裁判所欲決定之。不難徵之於檢事。或司法警察官之報告。以期選定之最公平。屬於(ロ)者。即對於未成年之最後行親權者。及行親權之父之生前。而母豫辭財產管理時。許其選定親族會會員是也。

選定之效力。僅繼續一回之親族會。故爲一定事件所招集之親族會。其事件決議時。親族會當然解散。會員資格。亦自解除。其後更生招集親族會之必要時。仍須重新選定。但在因無能力者所開之親族會。則於其無能力之中。繼續會員之資格。故依本條第二項以遺言被選定者。以受遺言者達於成年時止。繼續其選定之効力。

(二)可爲會員者。裁判所選定之親族會員。要爲本人之親族。其他與本人或其家有緣故者。夫以親族會之名義而論。自以本人之親族組織之爲本則。然限於親族。往往不能足其定額。故規定於有緣故者之中。亦得選定之。緣故者。不必要爲法律上之緣故。即有事實上之緣故者。如親密之朋友。及其最早已無何等親族關係之家族間。本條亦包含之。其緣故之有無。一任裁判所之認定。而選定有緣故者時。亦不必限在親族不滿意之場合。至於由遺言選定者。本條更不限定其資格。一任遺言者之意思。故其選定。即令爲無何等之緣故者。裁判所不得判決其選定爲無効。各國民法。多於會員之中。參加裁判官。而裁判官且可行會長之職務。然本法。不但不認裁判官之爲會長。且不認會員中。別有法律上之會長。是又本法。選裁判官。干涉親族內事之主意與。

第九四六條 居住遠隔之地及其他有正當之事由者。得辭親族會員。

後見人。後見監督人。及保佐人。不得爲親族會員。

第九〇八條之規定。於親族會員準用之。

本條規定親族會員義務之免除及其不能力。

(一)得辭親族會員之場合。親族會員及後見人後見監督人之義務。皆有法律上強制之性質。一經選定。不得任意免其負擔。然有正當事由者。又當然可許其辭任也。其辭任之方法。受選定者。以辭任之旨。申請裁判所。經其認許而解免之。但何者爲正當事由。僅居住遠隔者。本條明認之。其餘悉任裁判所之認定。如現役軍人及從事公務者。於後見人得辭之。於親族會員則仍不得辭之。蓋親族會員與後見人異。其任務不必繁多故也。

(二)不得爲親族會員者有二種。一對於所會議之事。當與自己之利害有直接關係者。一因其智能身分地位德義等。不適親族會員之任務者。前者。即後見人。後見監督人。保佐人。是。蓋親族會原爲後見之監督機關。其不得以被監督者爲會員。自不待論。後者。即本條之所謂不能力者是。

第九四七條 親族會之議事。以會員之過半數決之。
會員者關於自己利害之議事。不得加於表決之數。

本條定親族會之決議方法。親族會之決議。以會員之過半數決之。又非會員過半數以上出席不得開會。

後見人。後見監督人。保佐人。固不得爲親族會會員。則非後見人。後見監督人等者。似不妨爲會員矣。雖然。苦與自己尙有利害關係時。仍不許加入表決之數。蓋人情弱點。輒於自己利害關係之處。不能出之以正大公平也。

第九四八條 本人。戶主。在家之父母。配偶者。本家并分家之戶主。後見人。後見監督人。保佐人。得於親族會述其意見。

親族會招集時。須通知前項所揭之人。

第九四九條 爲無能力者所設之親族會。至其無能力終止時止。有繼續之性質。除最初招集之場合外。由本人及其法定代理人。後見監督人。保佐人。會員招集之。

親族會者。照例於一次之任務終了時。即當解散。其會員亦隨之消滅者也。但爲無能力者（未成年者。禁治產者。準禁治產者）所設之親族會。時有開會之必要。必一一改選。殊不勝煩。且亦無改選之必要。故在此場合。必使最初被選定之會員。至無能力者達於成年或能力回復時止。繼續其資格。而無須一一改選。即亦無須一一請求裁判所招集。除最初招集之場合外。每有必要。由本人。法定代理人。行親權之母。後見人。後見監督人。保佐人。親族

會員招集之可也。

第九五〇條 親族會缺員時。會員者要請求補缺員之選定於裁判所。

本條規定親族會員之補缺方法。(一)理由。除爲無能力者所設之親族會外。皆於事件終了時。隨即解散。故其會之繼續中。發生缺員之場合最少。反之在爲無能力者所設之親族會。則有繼續之性質。而發生缺員之日常多。如此場合。必無一一解散其會而重新選定之理。故使會員請求補缺員之選定於裁判所以救濟之。(二)發生缺員之場合。或因死亡。或以正當事由辭職。或爲無能力者之後見人後見監督人保佐人。或受禁治產宣告。凡此皆發生缺員之場合也。斯時當中止其會議。以待裁判所之選定。否則其會議無效。不知發生缺員而繼續會議者亦同。

第九五一條 對於親族會之決議。一個月內。其會員及揭於第九四四條者。得訴其不服於裁判所。

本條規定對於親族會議決救濟之方法。各國立法例。親族會以裁判官爲會長。其有不服者。尙許提起訴訟。況本法除會員選定及招集外。關於議事。一任會員之決定。若不許不

服者提起訴訟。其危險之大。豈待言哉。故本條對於本人。戶主。親族。後見人。後見監督人。保佐人。僉事。利害關係人。會員等。與以申立不服之權。其申立期間。限自決議之日起。一個月以內。

第九五二條 親族會不能決議時。會員可請求裁判所決之。

本條係因會員不達半數。或因有利害關係者不能加入表決。因之表決不能達半數。或因意見紛岐不能達半數。而又非決議不可之時。許會員請求裁判所以決之。其只限於會員者。蓋若許本人及後見人等有請求之權。恐此等人見親族會之形勢不利於自己。乃借種種口實不許親族會決議。而以請求裁判所要挾之。其弊害將不可勝言矣。

第九五三條 第六四四條之規定。親族會員準用之。

第八章 扶養之義務

扶養之義務云者。對於不能以自己之資產勞務爲生活者。及不能以自己之資產受教育者。給其生活資料。或引取而養育之。而於必要時。使之受教育之義務也。

日本舊慣除刑法上有制裁之場合外。其於親族間的互扶養。本無所謂法律上之義務。蓋

社會組織。單簡時代。純然出於德義。制裁而適合其社會狀況者也。世態日遷。人心狠薄。延至今日。德義觀念。已不能概之於一般之人。常見有近親困難。至於不能自活。而屏斥不顧者。有之如此。而不加以法律制裁。亦豈有國家者。所以保持社會公益之道乎。夫謀國民之安寧幸福者。此國家及公共團體之主目的也。故不能自活之貧民。常由國家及團體扶養之。然此乃國家究竟之手段。而非可概之於有扶養之人。而竟不爲扶養。而國家或團體亦當代爲之扶養也。

故夫扶養義務。各國民法概認之。但皆規定之於婚姻章中。不別設獨立之章節。豈知扶養之義務者。共通於各種之親族者也。其關於順位程度方法等。多有詳設規定之必要。故本法馳出多數立法例外。而特置本章。

第九五四條 直系血族及兄弟姊妹。互負扶養之義務。

夫婦之一方。與他一方直系尊屬之在其家者之間亦同。

第九五五條 負扶養之義務者有數人之場合。其義務履行之順序如左。

第一 配偶者

第二 直系卑屬

第三 直系尊屬

第四 戶主

第五 揭於前條第二項者

第六 兄弟姊妹

於直系卑屬及直系尊屬之間。則先其最近者。揭於前條第二項之直系尊屬間亦同。

第九五六條 同順位之扶養義務者有數人時。則各應其資力而分擔其義務。但於在家者與不在家者之間。則要在家者先爲扶養。

第九五七條 受扶養者有數人之場合。而扶養義務者之資力不足扶養其全員時。則扶養義務者。要從左之順序而爲扶養。

第一 直系尊屬

第二 直系卑屬

第三 配偶者

第四 揭於九五四條第二項者

第五 兄弟姊妹

第六 非揭於前五號之家族

第九五五條第二項之規定於前項之場合準用之。

第九五八條 同順位之扶養權利者有數人時得各應其需要而受扶養。

第九五六條但書之規定於前項之場合準用之。

第九五九條 扶養之義務僅對於受扶養者不能以自己之資產或勞力爲生活時而存在也。其不能以自己之資產受教育時亦同。

在兄弟姊妹間則扶養之義務僅對於受之者非因過失而生扶養之必要時而存在也。但扶養義務者爲戶主時不在此限。

第九六〇條 扶養之程度依扶養權利者之需要與扶養義務者之身分及資力而定。

第九六一條 扶養義務者從其選擇要引取扶養權利者而養之或不引取之而給付生活之資料。但有正當之事由時裁判所得因扶養權利者之請求定扶養之方法。

第九六二條 扶養之程度及方法。於因判決而定之場合。而爲其判決之根據之事情發生變更時。當事者得請求其判決之變更或取消。

第九六三條 受扶養之權利者。不得處分其權利。