

身 分 行 爲 能 力 論

教 授

外 岡 茂 十 郎

2 6 0 4

目 次

第一 序 説	1
第二 身分行爲の意義	9
I. 身分行爲と身分法上の行爲・身分上の行爲	(9)
II. 從屬的身分行爲——認許同意と監護同意	(11)
第三 身 分 行 爲 能 力	19
I. 意 義	(19)
II. 身分行爲の法定無能力と法定代理	(24)
第四 身分行爲の制限	31
I. 總 説	(31)
II. 第三者の關與權に由來する身分行爲の制限	(33)
III. 統轄者 監護者又は統制者としての缺格に由來する 身分行爲の制限	(46)
(附、夫權の意義——配偶者權との本質的差異)	(50)
IV. 身分的法律秩序維持に由來する身分行爲の制限	(79)
第五 結 語	87

身 分 行 爲 能 力 論

外 岡 茂 十 郎

第 一 序 説

家族が分家を爲すには、年齢に拘はらず戸主の同意を得ることを要し（民七四三條一項本文）、若し其の者が未成年者ならば、尙ほ親權を行ふ父若くは母又は後見人の同意をも得ることを要する（民七四三條一項但書）。家族が婚姻を爲すには、年齢に拘はらず戸主の同意を必要とし（民七五〇條一項）、若し其の者が三十年未滿の男子若くは二十五年未滿の女子ならば、尙ほ其の家^{（一）}に在る父母の同意をも必要とする（民七七二條一項）。また、家族が離婚を爲すには、戸主の同意は不要とされて居るが（民七三九條親族法改正要綱第八ノ四）、若し其の者が二十五年未滿の者ならば、婚姻に因り家籍の變動を生じなかつた者に付ては、其の家^{（二）}に在る父母の同意が必要とされ、また、婚姻に因り他家より入りたる者に付ては、其の實家に在る父母の同意が必要とされて居る（民八〇九條七七二條一項）。これ等の場合に必要とされた戸主なり、父母なり、親權者若くは後見人なりの同意を缺いた身分行爲に對して、與へられる法律効果は必ずしも一樣ではない。均しく戸主の同意が要求

されて居つても、分家の場合は之を缺くことに依つて、分家行爲自體が成立し得ないものとされて居るにも拘はらず(後掲「註一」○参照)、婚姻の場合は之を缺いても、婚姻自體の成立に何等の支障も來さないものとされて居る(民七七六條但書)。また、均しく父母が子の身分行爲に對して與へる同意であつても、婚姻の場合と離婚の場合とでは、其の同意欠缺の効果が著しく異なる。即ち婚姻の場合ならば、婚姻取消の原因となるにも拘はらず(民七八條三條)、離婚の場合は、離婚届不受理の原因にしかない(民八一條一項二項)。吾々は先づこれ等の諸點が如何に理解せらるべきであるかを吟味せねばならない。

殊に、未成年者の親族入籍・引取入籍・分家・他家相續・廢絶家再興に必要とされて居る親權者若くは後見人の同意と(民三七七條二項七三八條七四三條一項但書)、民法第四條に廣く未成年者の法律行爲に必要とされて居る法定代理人の同意との關聯如何の問題が、取上げられねばならない。大正二年二月六日民事第五二號民事局長回答の如くに、「廢家ハ法律行爲ナルニ付キ、未成年者ガ廢家ヲ爲スニハ、民法第四條ノ規定ニ依リ法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」と云ふ風に理解し(同趣旨——中島玉吉博士「民法釋義」一卷一〇九頁以下)、前掲民法第七三七條第二項・同第七三八條・同第七四三條第一項但書の「未成年者ハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」と特に規定したのは、單に疑を避ける爲めの注意的規定であるとしたら、同意を缺く前記の身分行爲を、單に取消し得ると云ふに止まらず(民四條二項)、行爲自體が成立するを得ないと見ること(後掲「註一」○参照)が、既に不合理なことであると謂はねばならない。

或ひは、民法總則の無能力に關する規定は身分行為には適用がないので、大正十三年八月六日大審院決定の如くに、「身分ノ得喪變更ヲ生ズベキ法律行為ハ、無能力者ト雖意思能力ヲ有スルニ於テハ、法律ニ別段ノ規定ナキ限リハ、法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セズ、獨立シテ之ヲ爲スコトヲ得ベシ。是後見人及親權者ハ無能力者ノ身分上ノ關係ニ干涉スベキ權利義務ヲ有セザルニ依リ明ナル所ナリ」と云ふことであれば（民集三卷三九五頁）、民法第七五六條・同第七七四條（同條は協議離婚・養子縁組・協議離縁に準用されて居る一八八―一〇條八四七條八六四條）・同第八二八條の「無能力者ナルトキト雖モ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セズ」と特に規定したのは、逆に、疑を避ける趣旨での注意的規定であると説明せざるを得ないことにならう。孰れにしても、民法中には廢家（民七六條）・推定家督相續人の廢除及び其の取消（民九七五條）・家督相續人の指定及び其の取消（民九七九條）・推定遺産相續人の廢除及び其の取消（民九九八條）の如く、未成年者がこれ等の行為を爲すには、親權者若くは後見人の同意を得ることを要すとも、また、之を要せずとも規定されて居ない場合もあるので、孰れを原則と視、孰れを例外と視るべきかの問題も、看過し得ないところである。

また、親權者若くは後見人の同意と、父母の同意との本質的差異も、明確にされねばならない。蓋し例へば、父又は母が親權を濫用し又は著しき不行跡の爲めに親權を喪失しても、之に因つて當然に父母は、子の婚姻（民七七條）・離婚（民八〇條）・縁組（民八四條）・離縁（民八六條）に對する同意權を喪失しないものとされて居るにも拘はらず、親權を行ふ父若くは母としては、未成年の子の親族入籍（民七三七條）・引取入籍（民七三條）・他

家相續^(民七四三條一項但書)・分家^(民七四三條一項但書)・廢絶家再興^(民七四三條一項但書)に付き、もはや同意權を有しないものとされて居るし、また、禁治產者たることは、家に在る父母としての同意權を享有・行使する上に何等の支障も來さないで、其の意思を表示し得る限りは、子の婚姻・離婚・縁組・離縁に付き單獨有効に同意を爲し得べく、従つて、後見人も禁治產者たる父母に代はつて、同意し得ないものとされて居るにも拘はらず、父母が禁治產者なる限りは、常に「親權ヲ行フコト能ハザル」場合として後見を開始せしめるから（明治三十九年四月二日大審院判決——父又ハ母ガ禁治產者……ナルトキハ、親權ヲ行フコト得ザルモノニシテ、他ニ親權ヲ行フ者ナキトキハ民法第九〇〇條第一號ニ所謂未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキ場合ニ該當シ、後見ノ開始ヲ見ルベキモノトス（民錄一二輯五五六頁））、もはや未成年の子の親族入籍・引取入籍・他家相續・分家・廢絶家再興に付き、自ら同意を爲す問題も、また、後見人に依る同意權代行の問題も、ありよう筈がないとされて居るからである^(民八九五條九三四條二項)。

次に、吾々は同意を與ふべき者の側の所謂能力問題、即ち同意を爲すに付き要求せられる能力の問題をも、茲に検討せねばならない。一般に、身分行爲を爲すには身分的意思能力あるを要し、且つ之を以て足りるとされて居るので、之が爲めに、別に法定代理人の同意を求むる必要もなく、また、法定代理人が本人に代はつて身分行爲を爲し得べきものでもないと謂はれて居る。而も他方に於ては、未成年戸主や未成年親權者は、假令身分的意思能力を有する場合でも、自ら戸主權や親權の行使を爲し得ないことになつて居るので^(民七五一條八九五條九三四條)、未成年者が戸主として家族の分家・婚姻等に付き、自ら同意を爲したり、又は、親權者として未成年の子の分家・親族入籍等に付き、自ら同意

を爲したりすることは、許され得ないと謂はねばならないことになって、前述の身分行為能力理論と相矛盾することになる。而も、大正十三年二月二十五日民事第二二七〇號民事局長回答は、「(未成年の) 繼母ハ其ノ (未成年の繼子の婚姻に) 同意ヲ爲スニ付民法第四條ニ依リ法定代理人ノ同意ヲ得べき儀ト思考致候」と爲して居るが、民法第七五一條・同第八九五條及び同第九三四條の規定からすれば、未成年戸主や未成年親權者には其の戸主權や親權の行使を絶対に禁止する趣旨であると解すべきではなからうか。従つて、未成年戸主や未成年親權者は、假令法定代理人の同意を得ても、自ら戸主權や親權を行ひ得ないものではなからうか。

之と類似の問題は、有夫の女戸主が隱居を爲すに當つて夫の同意を得ねばならない場合に(民七五五條二項)、其の夫が未成年者又は禁治產者である場合にも(民一條)、また、父が胎兒を認知するに當つて母の承諾を得ねばならない場合に(民八三一條一項)、其の母が未成年者又は禁治產者である場合にも、また、父母が成年私生子を認知するに當つて其の承諾を得ねばならない場合に(民八三〇條八三條二項後段)、其の成年私生子が禁治產者である場合にも、均しく生じ得る。中島玉吉博士は第二の場合に付ては、「母が無能力者なる場合と雖も承諾を與ふるには法定代理人の同意を要せざるものとす」と爲し(同博士「民法釋義」四卷五一六頁)、第三の場合に付ては、「承諾は一種の意思表示なり、従て被認知者が禁治產者なる場合には法定代理人の同意を要するものとす」と爲されて居るが(前掲書五、一四頁)、一般的抽象論としては、學説としても、判例としても、未解決の問題であると謂つ

てよからう。また、之と同時に、身分法に於ては、同意を求むる者も、必ずしも財産法上の行爲無能力者に限定されず、同意を與ふる者も、常に財産法上の行爲能力者に限定されるものでないことも、留意さるべき點であらう。蓋し能力者が無能力者に對して同意を求むると云ふ事例が、決して身分法の分野に於ては例外的特殊の場合としてのみ視られ得ないところに、身分行爲に對する同意の本質論に觸れる何物かがなくてはならないからである。斯くして、身分行爲に對する同意が、財産行爲に對する同意と如何なる點に於いて其の本質を異にするものであるかが吟味されなくてはならない。均しく財産行爲に對する同意であつても、無能力者に對すると能力者に對するとは、其の性質を異にすると解すべきであるとしたら、身分行爲に對する同意に付ても、果して斯かる區別が認めらるべきものであらうかが探究されなくてはならない。例へば、未成年の子が不動産又は重要動産の權利得喪を目的とする行爲を爲すに付き要する法定代理人の同意（民四條一項）と、後見人（民九〇八條一號）が被後見人に代はつて上記の行爲を爲すに付き要する親族會の同意（民九二條九條）との間に存する本質的差異を、吾々は未成年の子が分家を爲すに付き要する親權者又は後見人の同意（民七四三條一項但書）と、成年の家族が分家を爲すに付き要する戸主の同意（民七四三條一項本文）との間にも、均しく見出し得るであらうかが對比考察されなくてはならない。

以上は、身分行爲に對する同意の問題を取上げて見たのであるが、身分行爲自體に付ても同じことが問題になり得る。例へば、未成年の子・其の直系卑屬自身は身分的意思能力者でさへあれば、法定代理人

の同意を得ないで自ら單獨有効に、父に對して認知請求の訴を提起し得ると云ふことと(人訴三九條一、項三條一項)、子の未成年の母は假令身分的意思能力者であつても、母自ら子に代はつて子の父に對して認知請求の訴を提起し得ないと云ふこととは(民八九五條九、三四條二項)、如何に之を理解すべきであらうか。また、未成年戸主は身分的意思能力者でさへあれば、隱居(民七五條)、廢家(大正十三年八月六日大審院決定——民集三卷三九五頁)、認知(民八二、八條)、家督相續人の指定(大正十五年六月十七日大審院判決——民集五卷四六九頁)に付き、親權を行ふ父若くは母又は後見人の同意を得ないで單獨に之を爲しても、完全に其の效力を生じて、取消の問題すら生じないにも拘はらず、未成年戸主自ら家族を離籍すれば、假令親權を行ふ父若くは母又は後見人の同意を得て之を爲しても、其の行爲は取消し得べきものたるに止まらずして、當然に無効であると謂はれて居るが(民七五一條八九五、條九三四條一項)、これ等の點は如何に之を説明すべきであらうか。

本稿では、これ等の論點に答ふる爲めに、身分行爲能力の問題を全面的に取上げて、之を整理し且つ検討して見ることにした。これ等の點に關する文獻としては、一般の著書以外に、既に牧野菊之助氏「未成年者の身分上の行爲に就いて」(法曹會雜誌五、九六號一頁)・中川善之助氏「身分行爲に於ける能力と同意」・「身分行爲に於ける意思の欠缺」・「身分行爲の無効」・「身分行爲の取消」(同氏「身分法の總則的」課題)一〇三頁以下)・於保不二雄氏「身分行爲の法定代理」・「授權同意と監督同意」(法學論叢三九卷五三頁)・青山道夫氏「判例に表はれたる身分行爲能力」(法學新報五〇卷一二號・五一卷一・二號)等があり、本稿も之に依つて教示と示唆を受けたところ大なるものがあつたにも拘はらず、

時にこれ等諸學者の所説と見解を異にせざるを得ない場合もないではなかつた。茲に謹んで感謝の意を表する。

第二 身 分 行 爲 の 意 義

I. 身分行爲と身分法上の行爲・身分上の行爲

身分權は身分に附着し、之と共に當然に發生し、また之と共に當然に消滅する。親族法及び相續法に規定されて居る各種の行爲の中で、特に身分の發生・變更・消滅を目的とする法律行爲を、財産權の發生・變更・消滅を目的とする財産行爲に對して、身分行爲と謂ふ。従つて、親族法及び相續法に規定された所謂身分法上の行爲であつても、若くは一定の身分を有する者が其の身分に基いて爲し得る所謂身分上の行爲であつても、身分の發生・變更・消滅を第一次的目的としない限りは、身分行爲ではない。例へば、夫婦財産契約^(民七九三條以下)は身分法上の行爲ではあるが、婚姻後に於ける夫婦間の財産關係を定むることを目的とするから身分行爲ではない。同様に、夫が夫たる身分に基いて妻の財産に對して爲す管理行爲^(民八〇一條、八〇二條)も、身分關係に基く身分上の行爲ではあるが、身分關係の變動を生ぜしむることを目的としないから、身分行爲ではない。尤も、身分行爲なる語は法典上の用語ではなくて、學問上の用語たるに過ぎないので、其の範圍は學者によつて必ずしも一致して居らない。例へば、中川善之助教授は身分行爲を「身分への行爲」^(形成的身分行爲)・「身分よりの行爲」^(支配的身分行爲)・「身分のための行爲」^(附隨的身分行爲)に分類され^{(同教授「身分行爲論」(法學一卷一・二・四號)。同前掲書一〇三頁以下)}、於保不二雄助教授は身分行爲を「純粹身分行爲」・「身分的財産行爲」・「身分的監護行爲」に分類

されて居るので（同助教「身分行為の法定代理」）、身分法上の行為若くは身分上の行為を以て凡べて身分行為なりと爲されるものであらうが〔註一〕、身分行為の特殊性を考察するに付き、必ずしも妥當ではないやうに思はれる。

〔註一〕。例へば、小田廉二判事は「身分行為とは身分法上の法律行為を指稱する」と爲されて居る（「身分行為の種類について」——法律論叢二〇卷三一六頁以下）。其他藥師寺志光博士「日本親族法論」一八頁以下、中島玉吉博士「民法釋義卷之四」二〇頁以下、近藤英吉博士「親族法講義要綱」三頁以下参照。

身分行為には、行為者自身の身分關係に變動を生ぜしむることを直接の目的とするものもあれば（例へば、親族入籍（民七三七條）・分家（民七四三條）（民七五五條以下）・隱居（民七五二條以下）・廢家（民七六二條）・婚姻（民七六五條以下）・離婚（民八〇八條八一三條）・私生子の認知（民八二七條）・嫡出子の否認（民八二二條）・養子縁組（民八三七條以下）・離縁（民八六二條八六六條）の如し）、行為者以外の他人の身分關係に變動を生ぜしむることを直接の目的とするものもある（例へば、引取入籍（民七三八條）・分家者の卑屬携帯入籍（民七四三條二項三項）・離籍（民七四九條三項七五〇條二項）・隱居の取消（民七五八條）・婚姻の取消（民七八〇條七八三條）・養子縁組の取消（民八五四條八）（民八五七條）・相續人たるべき者の廢除（民九七五條九八八條）の如し）。また、身分行為には婚姻・養子縁組・離婚・離縁・分家・隱居・親族入籍の如く、親族關係又は家族關係の變動を直接の目的とするものもあれば、後見人・保佐人・後見監督人・親族會員の指定、選任又は免黜（民九〇一條九〇四條九〇八條八號九〇九條一項九一〇條乃至九一二條九一七條三項九一九條三項九四四條九四六條三項）、推定相續人の廢除又は其の取消（民九七五條乃至九七七條）、家督相續人の指定・其の取消又は選定（民九七九條一條九八八條九八九條九條九八條）、遺言執行者の指定又は解任（民一一〇八條一項）、子の監護者の協定（民八一二條一項八一九條）の如く、直接には親族關係又は家族關係に變動を生ぜしむるものではないが、尠くともこれ等の身分關係に代はるべきもの又は之に準ずべきものとしての身分に變動を生ぜしむることを目的とす

るものもある。孰れも身分行為たるを妨げない。尙ほ復籍拒絶の如く（民七四一條二項、七五〇條二項）、既存の身分關係に直接に變動を生ぜしむるものではないが、而も他日離婚又は離縁の場合に於ける實家の家族たる身分の取得を排斥することを目的とする身分行為もあり得る。

併し、身分關係を前提とし又は基礎とするが純然たる財産關係の變動を目的とする行為（例へば、夫婦財産契約（民七九三條以下）・夫の財産管理（民七九九條八〇一條一項）・親權者の財産管理（民八八四條八八六條）・母の財産管理の辭退（民八九九條）・隱居者又は女戸主の財産留保（民九八八條）の如し）は身分行為ではない。蓋し此種の行為は、假令一定の身分關係を前提とし又は基礎とする行為であつても、それ自體は財産關係の變動を目的とする行為であつて、身分關係それ自體の變動を目的とする行為ではないからである。別言すれば、身分的財産行為ではあるが、財産的身分行為ではない。斯くの如くに、身分關係それ自體の變動と、身分關係を前提とし若くは基礎とするが財産關係それ自體の變動とを區別して觀念することは、身分行為に於ける能力問題を解決する爲めに便宜でもあり、必要でもある。

II 從屬的身分行為——認許同意と監護同意

身分法の領域に於ては、或る種の身分行為は行為者が財産法上の行為無能力者であつても、其の法定代理人・保佐人又は夫の同意を得ることを要しないものとされて居るにも拘はらず（例へば、民七五六條七七四條八八一〇條八二八條八四七條八六四條等）、他の或る種の身分行為は行為者が財産法上の行為能力者であり、又は身分法上の意思能力者であつても、第三者（例へば、戸主（民七三七條一項七五〇條一項）・家に在る父母（民七二二條一項八〇九條八四四條八六三條一項）・女戸主の夫（民七五五條二項）・成年の私生子（民八三〇條八三一條二項後段）・夫婦の一方（民八四一條二項）家督相續人たるべき者（民七五三條但書）の同意・承諾又は承認を得ないでは爲

され得ないものとされて居る。身分行為に對するこれ等の第三者の同意には、身分行為の結果生ずる行為者自身の身分の變動が、第三者の法律關係にも重大な影響を惹き起さしむる關係に在るが故に、第三者に於て之を認許する意味での同意（本稿では之を「認許同意」と呼ぶことにする）と、身分法上の監護關係に基き、被監護者が一定の重要な身分行為を爲すことに對して、若くは第三者が一方的に被監護者の身分に付き重大な變動を生ぜしむる身分行為を爲すことに對して、監護者として之を監護する意味での同意（本稿では之を「監護同意」と呼ぶことにする）との二種があり得る。孰れも能力補充の意味での同意でない點に於て、財産行為に對する補充同意とは區別されねばならぬし（六三頁^{參照}）、また、監護同意は監護者が監護權に基いて有するものであるから、監護關係の存しないところには生じ得ない點に於て、認許同意とも嚴格に區別さるべきである。蓋し認許同意は身分行為に因る行為者の身分の變動が第三者の法律關係にも影響を及ぼすので、行為者は其の第三者の意思を無視しては、身分行為を爲すことが法律上許されざる場合には、第三者と行為者との間に身分法上の監護關係の存すると否とに拘はらず、常に生じ得るからである。

例へば、家族が分家するのに戸主の同意を必要としたのは（民七四三^一條一項）、分家行為が分家者をして分家の戸主たる身分を取得せしむるだけではなく、分家行為に伴ふ家籍の變動が一家の統轄者たる戸主にも重大なる影響を及ぼすが故であるから、之を認許する意味での戸主の同意は「認許同意」に屬するし、未成年の子が分家するのに親權者の同意を必要としたのは（民七四三^{條一項但書}）、分家行為が未成年の子をして親權者の監

護を失はしむる重大な結果を惹き起すが故であるから、之を監護する意味での親権者の同意は「監護同意」に屬する。固より、此の場合分家者に分家能力が缺けて居るので、それを戸主なり、親権者なりをして補充せしめようと云ふのではない。

同様に、女戸主の隠居を夫の同意に懸らしめ（民七五五條二項）、家族の婚姻・養子縁組・親族入籍・引取入籍・廢絶家再興・他家相續に戸主の同意を必要とし（民七三七條一項七三八條七、四三條一項七五〇條一項）、また、子の婚姻・離婚・養子縁組・離縁に家に在る父母・婚姻同意権者又は縁組同意権者をして干渉せしむるのも（民七七二條八〇九條、八四四條八六三條）、身分行爲に因る行爲者自身の身分の變動が、同時にこれ等の第三者の利害に身分的にも財産的にも影響するところが大きいので、行爲者の自由意思のみに放置し得ない事情に在るからであり、未成年の子が親族入籍・引取入籍（註二）・他家相續・廢絶家再興に親権を行ふ父若くは母又は後見人の同意を必要としたのは（民七三七條二項七三八條七、四三條一項但書）、これ等の行爲の結果が其の子の監護に重大な影響を惹き起さしむるので、其の子の「監護及ビ教育ヲ爲ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ」者として、之に對して無關心なるを得ない事情に在るからである。斯くして、第三者の引取入籍行爲に依つて、被監護者たる未成年の子が其の第三者の婚家又は養家へ（民七三八條一項）、若くは婚家又は養家から（民七三八條二項）引取られる場合に、第三者の引取入籍行爲に對する、引取られる未成年の子の監護者たる親権者又は後見人の同意（民七三條八條）・分家者が分家の際に、本家に在る自己の直系卑屬を携帯して分家に入らしめる場合に、携帯される直系卑屬が未成年者で分家者以外の者の

親權又は後見に服して居るときに(例へば、祖父が孫を携帯して分家する場合に、孫に親權者たる父ある場合の如し)、分家者の卑屬携帯入籍行為に對する、携帯される未成年の子の監護者たる親權者又は後見人の同意の如きも、同様に「監護同意」に屬する。

尤も、後者の同意に付ては、民法に直接の明文規定があるのではないが、此の場合に民法第七四三條第二項の戸主の同意を得る外、携帯される子の親權者又は後見人の同意をも得ることを要すと解されて居る(民八七九條九二一條參照。穗積博士前掲書一二二頁。藥師寺博士前掲書一八三頁。昭和十二年九月十八日民事甲第一二六一號民事局長回答。大正十年九月十七日民事第二三八號民事局長回答。明治四十四年七月八日法曹會決議)。而して此の同意は「監護同意」であり、携帯さるべき子が滿十五歳以上の場合に於ける民法第七四三條第三項の被携帯者の同意が「認許同意」であつて、親權者なり、後見人なりの行ふべき同意が、決して滿十五歳に達せざる被携帯者自身の同意を代はり行ふと云ふ意味のものでない限りは、分家に携帯される分家者の直系卑屬が滿十五歳以上の未成年者で且つ分家者以外の者の親權又は後見に服して居る場合には、携帯することに付き被携帯者たる直系卑屬自身の同意(認許同意)を得る外、其の親權者又は後見人の同意(監護同意)をも得ることを要すと解すべきが寧ろ當然である。それは未成年の子の分家に際し、其の子に分家の意思あるにも拘はらず、尙ほ其の未成年の子の親權者又は後見人の同意(監護同意)が要求されて居るのと少しも異ならない。されば、携帯される直系卑屬が意思無能力者又は滿十五歳未滿のときは、本人の同意を親權者又は後見人に於て代理するものと理解する通説(例へば、此の點を特に明言して居るものに、藥師寺博士前掲書一八四頁、於保氏「身分行為の法定代理」法學叢書三九卷一號七八頁がある)は、「認許同意」と「監護同意」とを混同した點に於て私の與し得ないも

のがある。

〔註二〕。茲では未成年の子が引取入籍行為を爲す引取人の場合を云ふのであつて、第三者の引取入籍行為に依つて未成年の子が引取らるる被引取人の場合にも、未成年の子の親権者又は後見人の同意を要するのであるが、此の場合の親権者又は後見人の同意は未成年の子自身の行為に對する同意ではなくて、第三者の引取入籍行為に對する同意であるから、未成年の子が被引取人である場合は茲では除外されねばならない。

されば、認許同意の基礎は戸主家族・夫婦・親子等の關係に依つて結び合はされた緊密な協同關係そのものに在るし、監護同意の基礎は身分法上の監護關係そのものに在ると謂ふべきである。従つて、家族的若くは親族的協同生活が稀薄になり又は小規模になると、其の程度に従つて、認許同意權者の範圍も自ら縮少し且つこれが無視の制裁も著しく輕減されるので、同意の價值も次第に低下せざるを得ないであらうし、また、家長權が衰微して家長的統轄が弛んでくると、身分法上の監護關係も亦家族法的監護（家長權的監護）關係から親子法的監護（親權的監護）關係へと遷るので、其の重點も「家」の爲めの「家族」の監護から、「親」の爲めの「子」の監護に、更に「子」の爲めの「子」の監護へと遷らざるを得ないであらう。而してこれ等の推移は一面、認許權乃至監護權としての同意の制限を次第に高めることになるし、また他面、此のことが漸く近代に於ける國家的團體生活の擴大と充實とに助成されて、近親者に代はつて國家をして身分的秩序維持及び無能力者監護の任務を引受けしむべきであるとする立法上の趨勢を益々助長し、遂に身分法的全領域に涉つて近代的意義に於ける國家の監督的關與を益

々強める結果を招來した。それは家族的又は親族的關與から社會的又は國家的關與への趨移であると謂ひ得る。

斯くして、幾多の身分行爲は裁判所の許可・判決其他の協力なくしては之を爲し得ないものとされるに至つたのも、蓋し當然の經路であると云はねばならない。例へば、親族法に於て裁判所の協力を必要とするものに、離婚^(民七四九條三項)・隱居^(民七五三條七五四條一項)・隱居の取消^(民七五八條)・廢家^(民七六二條二項)・婚姻の取消^(民七八〇條以下)・裁判離婚^(民八一三條以下)・嫡出性の確定及び否認^(民八二一條八二二條)・裁判認知^(民八三條五條)・縁組の取消^(民八五三條以下)・裁判離縁^(民八六六條以下)・親權喪失及び其の取消^(民八九六條以下)・後見人の免黜^(民九〇八條八號)等がある。而して親族法改正要綱は更に多數の身分行爲に付き、新たに家事審判所の協力を要求せんとして居る。即ち分家^(同第四條ノ四)・廢絶家再興^(同第五條ノ二)・離婚^(同第八ノ一・三・四)・廢戶主^(同第十條ノ二)・協議離婚の同意^(同第十條ノ五)・子の監護^(同第十五ノ二・第十六ノ三)・未成年養子^(同第二條ノ十二)・協議離縁の同意^(同第二條ノ十五)・親權の喪失^(同第二條ノ十八)・親族會の構成及び決議^(同第三十一ノ一・三・第三十三ノ二・三)等がある〔註三〕。

〔註三〕。中島玉吉博士は「親族相續法改正要綱を評す」殊に「家族生活に對する國權の侵入」に於て、法律は家庭に入らずとの立場から、「不必要にも、——家事審判所なる贅官を新設して事々に家庭生活に干渉せしめんとするが如きは、我輩の斷じて左袒する能はざる所である」と爲し、之を以て「立法の退化である」と評せられて居る（法學論叢二〇卷五四九頁以下）。併し、吾々は政權維持乃至權力擴張等の政治上の理由に基く私人の私的生活に對する國家的干渉と、近代的意義に於ける國家の監督的關與とを混淆してはならない。親族自治は緊密なる家族的又は親族的生活協同關係を基礎とし、之を背景とする。此の關係が稀薄になり小規模になるに連れて、漸次親族間の權限が縮小され、之に代はつて次第に國家の監督的關

與が必要とされるやうになるのは、近代に於ける國家的團體生活自體の進歩に伴ふ極めて自然の推移であり、進展であると謂はねばならない。穂積重遠博士は「判例に現れたる親族會」に於て「親族的共同生活が次第に稀薄になつて行くことは免かれ難い現實である。それも必しも人情道義が地に墜ちた爲めと云ふのでなく、共同生活範圍が廣まり行く人類當然の進化である」と謂ひ、また、「家あるを知つてそれが國家社會の構成分子たることを自覺せぬのである。國家社會の構成要素として家庭生活に重きを置く新しい意味の家族主義に於ては、國家社會の共同生活規範たる法律が家庭に入るのを嫌ふべき理由がない」とも謂はれて居る（判例民法大正十一年度七四二頁以下）。

之を要するに、身分行為に對する同意は、監護同意たると認許同意たるとを問はず、其の同意された身分行為の一構成部分に屬せざるは勿論、行為者の身分行為能力の不足を補充する爲めの同意でもない。之を缺くと事實上行爲を爲し得ないではなくて、單に行爲を爲すことが法律上許されない關係に在るに過ぎない。即ち身分行為に對する同意は、身分行為に對立して身分行為を爲すこと自體に對して監護的關係若くは認許的關係に立つものであるが故に、それ自身は獨立して直接に身分の變動を生ぜしむる行為ではないが、而も尙ほ、身分の變動を生ぜしむる行為の效力に影響を及ぼす行為であるから、之を以て從屬的身分行為と云ふを妨げない。蓋し身分行為に對する同意は身分變動と云ふ效力發生の觀點からすれば、身分行為に關聯し之に從屬するものであつて、身分行為から分離してそれ自身獨立して身分變動の效力を生ずる性質のものではないからである。

之と同様に、親族法及び相續法に規定された身分法的事實に對する認許同意、例へば家族の非嫡出子の入家に對する戸主の同意（民七三五條一項）、

離婚原因たるべき所爲に對する夫婦の一方の同意（民八^一四^{條一項}）、妻の生みたる子の嫡出子たることの夫の承認の如きも（民八^二四^條）、孰れも從屬的身分行爲に屬する（親族法改正要綱に規定された父の庶子入家に對する配偶者の同意（同要綱第三）の如きも、同じく從屬的身分行爲である）。

第三 身分行為能力

I. 意義

身分行為能力を人が何人の同意をも必要とせず、獨斷にて身分行為を確定的有效に爲し得るの適格の意に解するならば、中川教授に依つて指摘されたやうに、人は身分行為に關しては殆んど終生行為無能力者であると謂はねばならない^(同教授前掲書一〇八頁以下)。例へば、養子を迎へやうと思へば、其の人に家を同じくする父母のある限りは、年齢に拘はらず其の父母の同意を受くることを要し^(民八四條)、同意を缺く養子縁組は、同意權者から取消され得るし^(民八五七條一項)、分家しやうと思へば、其の家族は何歳に達しても戸主の同意を受くることを要し^(民七四三條一項)、同意を缺けば、分家行為自身が成立し得ないものとされて居るからである^(明治三十四年十月十一日東京地方裁判所判決——法律新聞五八號一〇頁)。これは身分行為に對する第三者の同意も能力補充の意味であると考へ^(例へば、牧野菊之助博士前掲書七頁の如し)、從つて、身分行為を爲すに際して、第三者の同意に依つて其の能力の補充を受けねばならない者は、行為無能力者であるとする推論から出て來る結論に他ならない。併し、身分行為に對する第三者の同意は、監護同意又は認許同意であつて、補充同意ではないこと上述の如くであるとしたら、斯かる推論も自ら成立し得ない。即ち或る人が第三者の同意を得ないでは、或る種の身分行為を爲し得ないものとされて居つても、この事自體から直ちに其の人を身分行為無能力者だと推論してはならない。從

つて、茲では行爲者自身の精神的未熟又は障礙の爲めに、有効に身分行爲を爲すことを得ない者が身分行爲無能力者であり、他の者が身分行爲能力者であると解せねばならない。

民法總則に規定された行爲能力は、財産行爲を單獨で有効に爲すの能力であつて、民法は隱居<sup>(民七五
六條)</sup>・婚姻<sup>(民七七
四條)</sup>・協議離婚<sup>(民八一
〇條)</sup>・私生子認知<sup>(民八二
六條)</sup>・養子縁組<sup>(民八四
七條)</sup>・協議離縁<sup>(民八六
四條)</sup>に付き、特に民法總則の規定の適用なきことを明かにし、人事訴訟手續法も亦裁判上の身分行爲即ち婚姻の取消・離婚の訴<sup>(人訴
三條)</sup>、縁組の取消・離縁の訴<sup>(人訴
六條)</sup>、嫡出性の確定並びに其の否認の訴・認知並びに其の取消の訴・親權喪失並びに其の取消の訴・相續人廢除並びに其の取消の訴・隱居取消の訴<sup>(人訴三
九條)</sup>に付き、民法總則の無能力に関する規定の適用なきことを明かにして居る。判例及び多くの學説は其他の身分行爲に付ても、同様の趣旨なりと解して居る。

即ち財産法上の行爲無能力者が廢家を爲し<sup>(大正十三年八月六日大審院
決定——民集三卷三九五頁)</sup>、又は相續人の指定を爲すには<sup>(大正十五年六月十七日大審院
判決——民集五卷四六九頁)</sup>、其の法定代理人の同意を得ることを要しないものとされて居ると共に、隱居<sup>(明治四
十二年十一月一日大審院判決——
民錄一五輯八二五頁)</sup>・廢家<sup>(昭和十年四月八日大審院判
決——民集一四卷五一頁)</sup>・分家<sup>(大正七年十月三十
一日東京控訴院判決——法律新聞一
四七六號二四頁)</sup>・相續人の指定<sup>(明治四十二年五月一日東京控訴
院判決——最近判五卷三八頁)</sup>・相續人の廢除<sup>(大正四年十二月二十一日東京控
訴院判決——評論五卷民四六頁)</sup>を爲すには、行爲者自身に意思能力が要求されて居るので、意思能力なき者にはこれ等の行爲が許されないとされて居る。蓋し身分上の事項に付ては本人の意思が尊重されねばならないので、身分行爲は身分的意思能力即ち個々の具體的身分變動に對

する認識能力ある者に悉く許容せらるべく、財産法上の行爲無能力者又は意思無能力者と雖も、身分行爲に付ては身分的意思能力を有する限りは、自ら悉く完全に之を爲し得るものであつて、別に法定代理人の同意を求むる必要もなく、また、法定代理人はこれ等の者に代はつて之を爲すことを得ないとされて居るからである。斯くて、身分行爲能力とは人が身分行爲を有効に爲すことを得るが爲めに、其の行爲者自身に於て具備することを必要とする認識能力である。従つて、身分行爲無能力者の爲した身分行爲は、取消し得べきものたるに止まらず當然無効である。蓋し身分行爲無能力は身分意思無能力であるからである。別言すれば、身分行爲に在りては身分行爲能力は身分意思能力に一致するから、財産行爲に於けるが如くに、行爲能力の觀點よりする取消の問題を生ずる餘地がなく、完全に有効か或ひは當然に無効かの孰れかである。

但し、多くの司法省回答及び法曹會決議は古くより身分行爲は行爲者自身の意思に基くべきものであつて、親権者又は後見人と雖も特別の規定なき限りは、意思無能力者に代はつて身分行爲を爲し得ざるものとして居るが〔註四〕、而も身分行爲能力は意思能力を以ては足らず、未成年者は其の親権者又は後見人の同意を得てのみ有効に身分行爲を爲し得るものと解して居る。例へば、大正二年二月六日民事第五二號民事局長回答が「廢家ハ法律行爲ナルニ付未成年者ガ廢家ヲ爲スニハ民法第四條ノ規定ニ依リ法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スベク廢家許可ノ申請ニ付テモ同一ノ解釋ヲ採ルベキコトニ省議決定相成居候ニ付

キ戸籍事務ハ當省省議ニ依リテ御取扱ヒ相成候様致度此段 及 回 答 候也」と爲し、大正二年六月二十一日法曹會決議が「家督相續人ノ指定ガーノ法律行爲ニシテ單ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルベキ行爲ニアラザルコト勿論ノ次第ナルガ故ニ民法第四條第一項ニ依リ其指定ヲ爲ス者ガ未成年者ナル以上法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ必要トス……未成年者ノ法定代理人ハ代理權ガ財產權ニ關スル行爲ニ限ラルベキコト民法第八八四條第九二三條ニ依リ明瞭ナルモ之ガ爲メニ其同意權モ亦其範圍内ニ止マルベシトノ論結ヲ生ゼザルコト兩者ノ性質上當然ナルノミナラズ前記民法第四條ガ未成年者ガ法律行爲ヲ爲スニハ云々ト規定シ未成年者自ラ法律行爲ヲ爲ス總テノ場合ヲ網羅スルノ趣旨ニ徴シテモ何等疑ヲ挾ムベキ餘地ナカルベシ從テ隱居ノ場合（民七五
六條）私生子認知ノ場合（民八二
八條）ノ如キ特別規定ナキ本問（家督相續
人ノ指定）ノ場合ニ於テハ未成年者ハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルニアラザレバ家督相續人ノ指定ヲ爲シ得ザルモノト解スベシ」と爲し、また、從屬的身分行爲に付ても、大正十三年二月二十五日民事第二二七〇號民事局長 回答が「（未成年の）繼母ハ其ノ（未成年の繼子の婚姻に）同意ヲ爲スニ付民法第四條ニ依リ法定代理人ノ同意ヲ得ベキ儀ト思考致候此段及回答候也」と爲して居るが如きは即ち是である〔註五〕。學說に於ても之と同一の結論に到

達して居るものもあるが（中島玉吉博士「民法釋義」一卷一〇九頁。但し同博士は廢家ニ付ては「廢家ノ場合ニハ必ラス婚姻、縁組、他家相續轉籍等他家ニ入ル法律上ノ原因ヲ要ス、而シテ是等ノ行爲ニ付テハ親權者ノ同意ヲ要スルガ故ニ廢家其ノモノニハ親權者ノ同意ヲ要セズトスルモ弊害ナク寧ロ重複ヲ避クルコトトナルガ故ニ通說（同意不要論）ニ從フ」と述べられて居る（同四卷二二四頁）。穂積重遠博士も「親族法大意」では「廢家をなし得るのは意思能力者に限るのであつて、未成年者が廢家をするにけ分家の場合に準じて法定代理人の同意を要するものと解すべきである」と述べられたが（同書三六頁）、「親族法」では同意不要論を採られて居る（同書一三三頁）。其他谷口知平教授

「日本親族法」三七・一四〇頁參照。）、上述の理由に依り採用出来ない。

〔註四〕。例へば、他家相續・分家又は廢絶家再興に關しては明治三十二年十月二日民刑第一五四七號民刑局長回答（通牒錄一一二七項）があり、廢家に關しては明治四十四年八月二日民事第五四二號民事局長回答（霜山氏類纂五七頁）及び大正五年五月二十日法曹會決議（法曹記事二六卷七號三七頁）があり、親族入籍に關しては明治三十一年十二月十五日民刑第二一五四號民刑局長回答（通牒錄八三〇項）があり、隱居に關しては大正九年一月二十六日民事第一二九號民事局長回答（霜山氏類纂五五頁）及び明治四十年三月十六日法曹會決議（法曹記事一七卷三號一九九頁）があり、家督相續人指定に關しては明治三十九年七月二十七日民刑第五一二號民刑局長回答（通牒錄一五五六項）がある。但し、民法施行の當時は意思能力なき未成年者に付き、法定代理人に依る隱居又は廢家が戸籍上の實際の取扱では認められて居つた様である。即ち明治三十一年十二月二十二日民刑第一六二九號民刑局長回答は「後見人ハ未成年ノ戸主ニ代ハリテ廢家ヲ爲スコトヲ得ルモノトスルヲ相當トス」と云ひ、また、同三十二年一月十三日民刑第二四四六號民刑局長回答も「意思能力ナキ未成年者ハ法定代理人ニ依リテ隱居又ハ廢家ヲ爲スコトヲ得ル儀ト思考ス」と云ふて居る。而して法曹會決議も其の當時は之を支持して居つた。明治三十二年十一月十一日法曹會決議（法曹記事九六號一一頁）・同三十三年四月二十一日法曹會決議（法曹記事一〇二號一一頁）・同三十六年六月二十七日法曹會決議（法曹記事一四三號八頁）參照。

〔註五〕 同趣旨——明治三十七年十二月二日民刑局長回答（通牒錄一五〇七項）・同三十八年五月十八日民刑第四八二號民刑局長回答（通牒錄一五二一項）・同四十四年九月十九日民事第四五〇號民事局長回答（霜山氏類纂四八三頁）・大正七年七月十二日民第一九八四號法務局長回答（霜山氏類纂四九二頁。此の回答は未成年戸主が法定代理人の同意を得ずして爲した相續人の指定を無効なりとして居る）・同八年三月二十八日民第七一〇號法務局長回答（長島氏全集一五〇頁）・同十二年十一月二十六日民事第五三五〇號民事局長回答（霜山氏類纂四八六頁）・同十三年五月十八日法曹會決議（法曹會雜誌二卷八號五六頁）・同年十二月二十二日民事第一二四四八號民事局長回答（通牒錄二八七九項）・同十四年十一月四日法

曹會決議（法曹會雜誌四卷一號一二一頁）・同十五年十一月四日法曹會決議（法曹會雜誌四卷一二號八八頁）・昭和三年五月二十四日法曹會決議（法曹會雜誌六卷七號一二六頁）・同四年五月一日法曹會決議（法曹會雜誌七卷六號一〇九頁）。但し反對の回答及び決議がないと云ふのではない。明治四十五年七月六日法曹會決議（法曹記事二卷一〇號三六頁）・大正三年六月十三日法曹會決議（法曹記事二五卷二號七一頁）・同五年一月十九日民第七九號法務局長回答（霜山氏類纂四八六頁）・同七年十一月二十六日民第一六八五號法務局長回答（通牒錄二六三九項）参照。

II. 身分行為の法定無能力と法定代理

身分的意思能力者は常に身分行為能力者であつて、能力問題に關する限りは、單獨にて自由に身分行為を爲すことを得るし且つ他人に依つて代理されることなく自ら之を爲すことを要すると云ふ原則に對しては、茲に重大なる二個の例外が生じて來る。蓋し身分法に於ける行為者の意思尊重主義は、身分行為に於ける行為能力と意思能力とを一致せしむるに至つたが、また、此の事は必然的に、第一に各個の具體的行為に付き一々行為者の實際上の精神能力に従つて行為能力の有無を定めて、其の行為の效力を決せねばならない不便と不安とを來たすことになるし、第二に身分行為の代理が否定されねばならないので、身分的意思無能力者の身分行為を認め得ざることは、身分關係が個人の意思に基いて變動されることを原則とする現代身分法の分野に於て、斯かる無能力者の身分變動に付き極めて困難な問題に逢着せざるを得ないこととなるからである。

されば、第一は法定の身分行為無能力者制度であつて、特定の身分

の變動を目的とする身分行為に付ては、十五年未滿の者は其の者に意思能力あると否とを問はず、法律上常に身分行為無能力者と劃一的に看做されることである（民七四三條二・三項八四三條八）（六二條二項八六七條一〇六一條）〔註六〕。大正十四年十二月一日東京地方裁判所判決は「意思能力ハ智能ノ發達如何ニ依リテ各々差異アルベシト雖モ十五歳未滿ノ未成年者ガ養子縁組ヲ爲スニハ其父母之ニ代リテ承諾ノ意思表示ヲ爲スコトヲ定メタル民法第八四三條ノ規定ハ十五歳未滿ノ未成年者ハ自身ノ意思表示ニ依リテハ養子縁組ヲ爲スコトヲ得ザルモノト解スベキヲ以テ同條ノ法意ニ徴スルトキハ法律ハ十五歳未滿ノ未成年者ハ其智能發達ノ如何ニ拘ラズ一般的ニ身分ノ變動ヲ生ズル法律行為ノ意思決定ヲ爲スニハ未ダ十分ナル能力ナキモノト看做シタルモノト謂ハザルベカラズ。廢家ハ戸主タル身分ヲ喪失シ他家ノ家族トナルガ如キ身分上ノ變動ヲ生ズル法律行為ナルガ故ニ十分ナル意思能力ヲ有スルモノノミ之ヲ爲シ得ベキモノトス。而シテ抗告人ハ……其年齢未ダ十五歳ニ滿タザルヲ以テ其智能ノ發達如何ニ拘ラズ未ダ廢家ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス」と爲し（法律評論（一五卷民法七三））、法定の身分行為無能力者制度を法律の認めざる廢家行為にまで及ぼして居る點は立法上注目さるべき傾向ではあるが（於保不二雄氏「身分行為の法定化」法學論叢三九卷一號七九・八〇頁。野上久幸氏「親族法」一五〇頁）、解釋論としては其の當否は疑はしい（穂積重遠博士前掲書一三一頁。藥師寺志光博士前掲書三）四・二〇七頁。青山道夫氏前掲書別刷一五・二九頁）。

〔註六〕。昭和十一年十一月十八日大審院判決——民法第八四三條第一項ハ養子ト算ルベキ者ガ十五年未滿ナル場合ニ於テハ當人自ラ意思表示ヲ爲シテ養子縁組ヲ爲スコトヲ許サズ但ダ家ニアル父母ガ之ニ代リテ意思表示ヲ爲ストキハ之ニ依リテ養子縁

組成立シ當人ハ養子ト爲ルコトヲ得ル旨ヲ定メタルモノニシテ即チ如上年齡ノ子ガ養子ト爲ルベキ養子縁組ニ付テハ子當人ノ意思如何ヲ問ハズ其ノ子ノ家ニ在ル父母ノ如上意思表示アルコトヲ以テ要件トスル趣旨ナリト解スベク如上年齡ノ子ガ自ら爲ス養子縁組ノ意思表示ニハ家ニ在ル父母ノ同意ヲ必要トストノ趣旨ニアラザルコト疑無シ（法律新聞四〇七九號一五頁）。

大正十一年七月二十九日大審院判決——民法第八四三條ノ規定ハ我國古來ノ慣習ニ基キ幼者ヲ養子トナスコトヲ許容スルガ爲ニ設ケラレタルモノナルヲ以テ其ノ養子トナルベキ者ガ十五年未滿ナルトキハ意思能力アルト否トヲ問ハズ總テ同條ヲ適用スベキモノト解スベキモノトス（民集一卷四四五頁）。

但し、岩田新博士は「父母の縁組締結権は純然たる法定代理権である。その外に意思能力を具へた十五年未滿の未成年者が、一般の規定に従ひ、父母及び法定代理人の同意を得て、縁組をなすことを禁じたものと解すべきではない」と爲し（同氏「親族相續法綱要」四四頁）、十五年未滿の者でも事實上意思能力を有するならば、其の者自身の縁組行爲を認むべしと爲されて居るが正當ではない。此の事は滿十五年以上の子が養子と爲る場合に付ては民法第八四四條に、また十五年未滿の子が養子と爲る場合に付ては民法第八四三條に、夫々規定が存するにも拘はらず、意思能力を有する十五年未滿の子が自ら養子と爲る意思表示を爲すことに關しては、民法に何等の規定がないことに徴しても明かである。穂積重遠博士は「十五年未滿の者が父母の代承諾によらずして自ら養子縁組肩をなしたる場合……も、戸籍吏が肩出を受理したる以上、これを取消す方法なく、養子縁組は結局有效となる」と爲されて居るが（同氏「親族法」五二三頁）、十五年未滿の者は事實上意思能力を有する場合でも、養子縁組に付ては法定の絶對的行爲無能力者であること上述の如くであるから、斯かる者が自ら爲した縁組の意思表示は常に無効でなければならない（民八五一條一號）。

第二は身分行爲の法定代理制度であつて、これ等の身分行爲無能力者の爲めに身分行爲を認むべき必要があり、且つ代理が其の身分行爲の性質上許される場合に限つて、身分行爲と雖も他人に依つて代理さ

れ得ることを法律が認めたことである（民七五一條八三五條八四二條八四三條八四四條八四六條八六二條二項八六七條八九五條九三四條人訴四條）〔註七〕。従つて、身分行為の法定代理は尠くとも身分行為能力の認められない者に付てのみ許さるべきである（大正十一年度「判例民法」二七〇頁（末弘博士）。於保氏「身分行為の法定代理」）。例へば民法第八三五條に依れば、認知を請求し得る者は「子、其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人」とあつて、別に子又は其の直系卑屬が意思無能力者なるときに限り、其の法定代理人がこれ等の者に代はつて認知を請求し得べきことを規定しては居ないが、法定代理人が子又は其の直系卑屬に代はつて認知を請求し得るのは、これ等の者が意思無能力者なる場合に限られ、これ等の者が未成年者であつても既に事實上意思能力を有する以上は、其の法定代理人はこれ等の者に代はつて認知を請求し得ないと解せられねばならない〔註八〕。

固より、上述の諸原則は身分行為無能力者の身分行為が常に他人に依つて代理され得べきことにはならないと共に、民法其他の法律に代理を認めた直接の規定はなくとも、他の規定から推測して若くは身分行為の性質からして、身分行為無能力者の身分行為に付き代理を認むることの妨げとなるものではない。例へば、成年に達した私生子を父母が認知するには子の承諾を要するのであるが（民八三〇條）、承諾を爲すべき成年の私生子が意思無能力者である場合には、其の者の法定代理人たる後見人が之に代はつて此の承諾を爲し得べきか否かに付ては直接の規定はないが、民法第八三五條が既に子の法定代理人たる後見人に認知請求権の代理行使を認めて居る以上は、此の場合の承諾権に付て

も均しく代理行使を認めたものと解されて居るが如きは（穂積重遠博士前掲書四五二頁、野上久幸氏前掲書二九八頁、藥師寺志光博士前掲書六九六頁。異説——柳川勝二氏「親族法要論」二八一頁）即ち是である。同様に、認知に對して反對の事實を主張して其の認知の取消を求むる子が意思無能力者である場合にも（民八三、四條）、直接の規定はないが、子の法定代理人が子に代はつて認知の取消を求め得ると解するのも民法第八三五條から推斷し得るところである。蓋し既に子の法定代理人が、子に代はつて認知を請求する權限ある以上は、子に代はつて認知に對して反對の事實を主張して認知の取消を請求する權限をも有すると解釋することが出来るからである。

或ひは、胎兒認知に對する母の承諾に付ても（民八三一、條一項）、母が意思能力を有せざるときはその法定代理人が代つて承諾を爲し得るものと解すべきこと第八三〇條の場合（即ち成年私生子認知に對する成年私生子の承諾）と異るところはない」として、母の承諾に付き法定代理を認むる見解もあるが（角田幸吉氏「日本親子法論」二、七一・二頁）、正當ではない。蓋し認知は被認知者が成年者でない限りは何人の承諾も必要でない（民八三、〇條）。認知者の父母・戸主・親權者又は後見人の承諾も、被認知者の父又は母・戸主・親權者又は後見人の承諾も要らない（民八二、八條）。民法第七三五條第一項の戸主の同意は、嫡出に非ざる「家族の子」が家族たる父又は母の家に入る爲めの要件であつて、認知そのものの要件ではない。即ち戸主の同意なきも認知そのものは有効である。而も父が胎兒を認知する場合には特に母の承諾を必要としたのは、母の名譽を保護し且つ認知の眞正を期するに在るからである（戸八二條。法典調査會第一五六回議事録）。従つて、母の承諾は性質上母に於てのみ

之を爲すことを得べく、母の法定代理人其他何人も母に代はつて此の承諾を爲し得ないものなることは、認知そのものが性質上父又は母に於てのみ之を爲すことを得べく、第三者の容言を許さないのと本来同質のものでなければならぬからである(民八^{六條}^二)。されば、現行法の解釋論としては、承諾を爲すべき母が意思無能力者なるときは其の承諾を得ることが出来ないから、父は胎兒を認知することを得ないと謂はねばならない。ただ、立法論としては私生子保護の立場から、母に意思能力なきときは其の承諾を得ることを要せずと爲すべきではなかつたかと思はれる。蓋し母に意思能力なき爲めに事實上の父が胎内に在る子を認知することを得ないとすれば、子の出生前に父が死亡するときは、子は法律上父系親を有することが事實上困難になるのであるが(民八三五條人訴二九^{條ノ二、三九條二項})、此の場合父が母の承諾なくして認知を爲し得るものとしても、若し此の父の認知にして眞實に反するものなるときは、子・母其他の利害關係人に於て之が取消を求むる途があり得るからである(民八三^{四條})。

〔註七〕。尚ほ、或る家に在る者が他の家に入ることを目的とする親族入籍行為は、入籍せんとする者自身が意思表示を爲すことを要する所謂「自己入籍行為」ではあるが(民七三七條)、民法第七四三條に第二項・第三項を追加した明治三十五年法律第三十七號附則は、同民法中改正法律施行前に分家を爲した者の本家に在る直系卑屬が意思能力を有せざる場合には、其の者の法定代理人即ち親權を行ふ父若くは母又は後見人が、其の者に代はつて分家に親族入籍行為を爲し得ることを認めて居る。

〔註八〕。大正十四年十二月八日東京控訴院判決——人事訴訟手續法第三條＝所謂無能力者トハ一般ノ行為能力ヲ有セザルモ意思能力ヲ有スル者ヲ意味スト解スルヲ相當ト

スベク而シテ同條ハ同法第三九條ニ依リ子ノ認知ノ訴ニ準用セラルルガ故ニ意思能力アル未成年者ハ法定代理人ノ同意ヲ得ズシテ自ラ子ノ認知ノ訴ニ於ケル訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ベク該訴訟行為ニ付テハ一般ノ能力者ト同一ノ能力ヲ有シ法定代理人ト雖モ之ヲ制限スルコトヲ得ザルモノナリトス。サレバ民法第八三五條ノ規定ガ子ノ法定代理人ニ認知ノ訴訟提起ノ權限ヲ認メタルハ意思能力ヲ有セザルニ因リ自ラ其訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ザル者ノ爲メニ定メラレタルモノニシテ意思能力ヲ有シ自ラ其訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ル所謂無能力者ノ爲メ定メラレタルモノニ非ズト解セザルベカラズ。蓋シ無能力者ト雖モ意思能力アリテ一般ノ能力者ト同一ノ行為能力ヲ有シ法定代理人ト雖モ之ヲ制限シ得ザル事項ニ付テハ法定代理人モ其代理權ヲ有セザルモノト解スルヲ相當トシ又他ノ一面ニ於テ若シ其代理權アルモノトセバ法定代理人ハ右ノ如キ能力アル本人ノ意思ニ反シテモ認知ヲ求メ得ト云フ不穩當ナル結果ヲ生ズレバナリ。故ニ法定代理人ハ意思能力アル未成年者ノ爲メニハ認知ノ訴訟行為ヲ爲スベキ代理權ナキモノト解セザルベカラズ。然ルニ被控訴本人ガ明治三十八年十月五日生ナルコトハ當事者間ニ爭ナク又戸籍謄本ニ依リ明瞭ナルトコロナルヲ以テ右本人ハ大正十三年十月二十四日本訴ノ提起セラレタル當時既ニ滿十九歳ニ達シ居タルモノト云フベク且既ニ茨城縣立龍ヶ崎中學校第三學年ヲ修業シ居タルコトハ當事者ノ爭ナキ旨ノ供述ニ依リ之ヲ認メ得ルガ故ニ被控訴本人ハ本訴提起當時認知ニ付キ既ニ意思能力ヲ有シタルコト明白ナリ。サレバ親權者タル小河原龍太郎ハ被控訴人ヲ代理シテ本件認知ノ訴ヲ提起スル權限ナキコト前段說示ニ依リテ明ナルノミナラズ被控訴人ハ本訴提起後大正十四年十月五日既ニ成年ニ達シタルモノナレバ民法第八三〇條ニ依リ其ノ承諾アルニ非ザレバ之ヲ認知スルコトヲ得ザルモノナリ。然ルニ被控訴人ガ本件認知ニ付親權者タル小河原龍太郎ニ對シ承諾ヲ與ヘタルコトハ之ヲ認ムベキ證據ナキヲ以テ未ダ之ヲ承諾シタル事實ナキモノト認ムルノ外ナキガ故ニ此點ヨリ觀ルモ小河原龍太郎ハ本件認知ノ訴ニ於テ被控訴人ヲ代理スベキ權限ナキコト明白ナルヲ以テ控訴人ノ法律上代理欠缺ノ此辨ヲ理由アリトシ本件訴ハ之ヲ却下スベキモノトス（法律新聞二五三二號九頁）。

異說。中島玉吉博士前掲書五二八頁。角田幸吉氏前掲書二七九頁。尙ほ本稿七一

・二頁掲載大審院判決參照。

第四 身分行為の制限

I. 總 說

身分行為の制限は身分行為能力の存在を前提とする。實質的に身分行為能力あるに拘はらず、一定の身分行為を爲すことを法律上禁じられて居る場合が即ち身分行為の制限であつて、直接には能力理論から出發した制限ではないから、行為能力の問題とは截然區別されなければならない。

例へば「無能力者が隱居ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス」とされて<sup>(民七五
六條)</sup>、無能力者と雖も事實上の意思能力を有するときは、自由に單獨に即ち親權者若くは後見人又は保佐人の同意を受くることを要せずして、隱居を爲し得べきことが明らかにされて居るが、若し女戸主に夫があるに於いては其の隱居には夫の同意を得ねばならないことになつて居るのは<sup>(民七五五
條二項)</sup>、能力問題以外の意味に於いて有夫女戸主の隱居が制限されて居るものと解しなければならない。蓋し有夫女戸主の隱居に付てだけ、特に高き能力を要するが故に、女戸主は其の年齢の如何に拘はらず、夫の同意に依つて隱居能力の補充を受けなければならないと解し得ないからである。寧ろ、女戸主の隱居を夫の同意に懸らしめたのは、妻である女戸主の爲す隱居が、夫にとつて身分的にも財産的にも重大な利害關係があるからであると見ることが出来る。されば、妻の隱居が其の夫の利害に影響するところ

が大であるならば、同様に、夫の隠居も其の妻の利害に影響するところが大であるべきであらうから、舊民法は配偶者ある者が隠居を爲すには、男戸主の場合でも女戸主の場合でも、常に其の配偶者の承諾を要するものとして居つた^(財産取得編三〇六條四號)。従つて、民法第七五五條第二項に規定された「有夫ノ女戸主ガ隠居ヲ爲スニハ其夫ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」と云ふ問題は、身分行爲能力の問題としてではなくして、身分行爲制限の問題として之を取扱はねばならない。

同様に、私生子の母が私生子に代はつて父に對して認知請求の訴を提起する場合には、苟くも母が未成年者なる限りは、假令母に認知請求者としての事實上の能力^(人訴三九條一項三條一項)があつても、自ら之を爲し得ないで、母の法定代理人が更に母に代はつて之を爲すべきことになつて居るのは^(民八三五條八九五條九三四條二項)、未成年者たる母が子の監護者としての適格を缺くが故に、子の爲めに自ら監護行爲を爲すことを法律上禁止されたからであつて、直接には母の認知請求能力の問題に關聯するものではないから、身分行爲能力の問題としてではなくして、身分行爲制限の問題として之を理解せねばならない。之に反して、未成年の私生子が父に對して自ら認知請求の訴を提起する場合には、子に認知請求者としての事實上の能力さへあれば、親權者又は後見人の同意を得ずして自ら單獨にて之を爲し得ることになつて居るのは^(人訴三九條一項三條一項)、身分行爲制限の問題としてではなくして、身分行爲能力の問題として理解され得るからである^(尙ほ此の點に付ては後段「Ⅲ. 統轄者・監護者又は統制者たるの缺格に由來する身分行爲の制限」參照)。

現行法上、身分行爲の自由が制限される場合に三種ある。即ち其の

一は身分行爲を爲すこと自體に對する第三者の關與權に由來する制限であり、其の二は統轄者・監護者又は統制者としての缺格に由來する制限であり、其の三は身分的法律秩序維持に由來する制限である。

II. 第三者の關與權に由來する身分行爲の制限

身分行爲を爲すには、行爲者に身分的意思能力あるを要し且つ之を以つて足ると云ふ基本原則から、身分行爲は其の成立過程に於て、行爲者以外の何人に依つても補充せらるべき如何なる能力も存し得ない、との推論が必然的に生じて來なければならない。されば、或る身分行爲を爲すに付き、行爲者以外の第三者の同意又は承諾を必要としたのは、行爲者に其の身分行爲を爲すの能力が不充分であるから、第三者をして之を補充せしむるが爲めのものではなくて、其の者が其の身分行爲を爲すことに依つて、其の者と親族的又は家族的な身分關係を有する第三者の身分關係にも重大なる影響を及ぼし、第三者に於て之に對して無關心なるを得ないが爲めであるか（認許
同意）、若くは其の者が身分法上の被監護者であるが爲めに、監護權者として之に對して無關心なるを得ないが爲めである（監護
同意）。従つて、個人の身分行爲に第三者が同意權又は承諾權の型態に於て關與し得るが爲めには、行爲者と第三者との間に、行爲者の身分行爲の結果を分擔するやうな家族的な又は親族的な緊密なる協同關係が存在するか、若くは身分法上の監護關係が存在しなくてはならない。即ち第三者の同意權若くは承諾權の存在理由は、行爲者と第三者との間に存在して居る身分法上の特殊の協同關係若くは監護關係そのものであると謂ひ得る。

例へば、子が婚姻を爲すのに「其家＝在ル父母」の同意を必要としたのは^(民七七)_(二條)、子が婚姻を爲すこと自體に對する父母の認許であつて、父母は同意を爲すことに依つて子の婚姻行爲の内容に參與して、其の不充分なる婚姻能力を補充するものではない。別言すれば、子の婚姻に對する父母の同意は、父母をして子の婚姻能力を補充せしむる意味の同意ではなくて、子の爲す無分別な或ひは輕率な婚姻から、父母自身の利益を防衛することに在ると云はねばならない^(異說——中島博士前掲書二八五頁。奥田博士「日本親族法講義錄」一三七頁。和田博士「婚姻法論」一八四頁。柳川氏前掲書一五六頁。谷口氏前掲書二四七頁。野上氏前掲書一四七頁)。されば、子の婚姻に對する父母の同意は認許同意であつて監護同意ではない。父母の同意權は家を同じくする親子關係そのものから直接に流出する效果であつて、監護關係自體から流出する效果ではない。従つて、父又は母が親權を濫用し又は著しき不行跡の爲めに監護權たる親權を喪失しても、之に因つて當然に婚姻同意權を喪失する限りではない。蓋し喪失したものは親子關係そのものではなくして、親子關係に基く一效果としての監護關係であるからである。同様に、親權を行はざる父又は母と雖も其の家に在る以上は、子の婚姻に對して同意權を有し得るのも亦之が爲めである。之に反して、未成年の子の親族入籍・引取入籍・他家相續・分家又は廢絕家再興に付き親權者の有する同意權は^(民七三七條二項七三八)_(條七四三條一項但書)、監護同意であつて認許同意ではない。この種の同意權は親子關係そのものから直接に流出せずして、身分法上の監護關係に基き監護權の作用としてのみ存する。されば、監護權たる親權を喪失すれば、之に因つて當然に同意權をも喪失せざるを得ないと謂は

ねばならない。

之を要するに、身分行爲に對する同意は認許同意たると監護同意たるとを問はず、常に能力補充の爲めの同意でないことは、身分行爲の同意權者が常に法定代理人に限定されることなく^(民四條)、身分行爲に因り變動を生ずべき身分關係に従つて、或ひは戸主であり^(民七三七條一項七三八條七四三條一項七五〇條一項等)、或ひは家に在る父母であり^(民七二條八四四條等)、或ひは夫であり^(民七五條二)、或ひは成年の私生子であり^(民八三〇條八三一條二項後段)、或ひは夫婦の一方であり^(民八四一條二項)、或ひは配偶者又は養親であり^(民七三八條一項)、或ひは胎兒の母であり^(民八三一條一)、或ひは家督相續人たるべき者であり^(民七五三條但書)、或ひは養家戸主であり^(民八六三條三項)、或ひは親族會であり^(民七三七條八四三條二項八四六條二項九二一條但書九七五條二項等)、或ひは親權を行ふ父若くは母又は後見人であり得ること^(民七三七條二項七三八條等)からも、また、此の同意權に服する者が必ずしも財産法上の行爲無能力者に限定されることなく、或る身分行爲には財産法上の行爲無能力者でも第三者の同意を不要として居り^(民七五六條七七四條八一〇條八二八條八四七條八六四條等)、他の或る身分行爲には財産法上の行爲能力者でも第三者の同意を必要として居ることからも^(民七三七條一項七三八條七四三條一項七五〇條一項七二二條一項八〇九條等)、更に其の同意欠缺の効果が後述するが如く一律に斷ぜられて居ないことからしても、容易に之を理解し得ねばならない。従つて、身分行爲に對する同意又は承諾の制度は、財産行爲に於ける能力補充の意味での同意の制度とは本質的に區別されねばならない〔註九〕。現行民法が婚姻・離婚・離縁に付き子が一定の年齢に達すれば父母の同意を要せざるものと爲したことは^(民七二條八〇九條八六三條)、身分行爲に對する同意を能力補充の

同意と混同したことに因るもので、親族法改正要綱が婚姻・離婚・離縁に付き、子の年齢の如何に拘はらず父母の同意を要するものと爲したことは、此の點に關する限りに於ては正しき提案と謂ふことが出来る（同要綱第十一の一、第^{十五の一、第二十五}）。されば、舊民法も子は其の年齢の如何に拘はらず婚姻に付き父母の「許諾」を得ることを要し、「許諾」を與ふべき父母なきときは、「其家ノ祖父母ノ許諾」を得ることを要するものとして居つた（人事編三八條一^{項三九條一項}）。

〔註九〕。此の點に付ては岡松參太郎博士「意思能力論」（法學協會雜誌三四卷二九五頁以下）、中川善之助教授前掲書一〇八頁以下、於保不二雄助教授「身分行爲の法定代理」（法學論叢三九卷五五頁以下）及び同「授權同意と監督同意」（法學論叢四〇卷二八一頁以下）が参照さるべきである。

無能力者保護の問題と必然的關聯を有しない身分行爲に對する認許同意が、親族的又は家族的な身分關係に基いて身分行爲を爲すこと自體に對する行爲者への認許の意味であるとしたら、何人が何人に對して如何なる身分行爲に付き、如何なる程度に干涉を爲し得るか、之を身分行爲を爲す者の側から云へば、第三者の干涉を如何なる範圍に於て、また、如何なる程度に於て容認せざるを得ないかは、其の身分行爲に因つて變動を生ずべき身分關係の性質、從つてまた同意權者の種類と其の同意自體に對する社會的評價とに従つて決定せらるべき問題であるが故に、假令同一の身分行爲に關するものであつても、時と所とに依つて必ずしも同一ではあり得ない。

例へば、家長權の強大なる家族制社會に在つては、戸主の家族に對

する干涉は家族の凡ての身分行為に及び、其の實質に於ても家族に對する絶對的な支配權であつて、「同意」とか「許可」とかと云ふよりは寧ろ「命令」と云ふやうな意味に近いものであつたであらうが、家族制度が崩壊して家長的統轄が弛んで來ると、其の衰頹せる程度に従つて戸主の干涉し得る身分行為の範圍も益々制限せられて、從來の支配權的な觀念も次第に純然たる同意權に變じ、従つてまた、身分行為に對する同意は直接には身分關係に變動を生ぜしむる行為それ自體ではないので、之を無視しても一定の制裁を受けることはあつても、身分行為自體の效力を覆されることはないと云ふ方向に推移して來たものであらうことは之を推測するに難くない。即ち戸主は家族を支配し、家族の爲めに自ら獨斷で身分行為を爲し得た時代から、戸主と雖も家族の同意あるに非ざれば、家族の爲めに一定の身分行為を爲し得ざる時代に推移し(民八八四條但書
九二三條二項)、更に轉じて、家族は最早自己の身分に變動を生ずべき身分行為の物體ではなくして當事者であると觀念されるやうになつたものではあるが、而も其の當初に於ては家族の身分行為は戸主の強大なる同意權に依つて常に制約を受けたものであつたが、家族の人格が次第に認められるやうになるに伴れて、同意權無視の效果も次第に輕減されて來た。即ち同意は身分行為に對する關係に於て最早其の成立要件でも效力要件でもなくて、身分行為外の別個の附隨的效果を發生せしむるに過ぎないものに變じ又は變じつつあると謂ひ得る。現行民法の上では三十歳未滿の男子・二十五歳未滿の女子は父母の同意なき限りは法律上婚姻を爲すことを得ず(民七七二條七七五
條一項七七六條)、若

し戸籍吏が誤つて父母の同意なき婚姻の届出を受理しても、之に對する制裁は常に婚姻そのものの取消であるが^(民七_三八)、改正要綱は婚姻當事者が未成年なる場合には婚姻の取消を認めるが、成年なる場合には子に對して「相當の制裁」を加へ得るに過ぎないことにしたので、父母の同意權は成年の子に關する限りは、婚姻の成立自體を妨げ得ないことになつたのも^(同條_{十一})、此の推移を窺はせる一事例と謂ふても差支へない。

されば、或る者の同意を得ることを要する身分行為が、其の同意を得ずして爲された場合に付き、現行民法の上から之を概観すれば、此の同意權無視に對して四つの異なる取扱が爲されて居る。即ち

(一) 成立要件としての同意

戸主の同意なき親族入籍^(民七_三七_{條一項})・引取入籍^(民七_三_{八條})・分家^(民七_四_{三條})・他家相續^(民七_四_{三條})・廢絶家再興^(民七_四_{三條})、又は、親權者若くは後見人の同意なき未成年家族の親族入籍^(民七_三七_{條二項})・引取入籍^(民七_三_{八條})・分家^(民七_四_{三條一項但書})・他家相續^(民七_四_{三條一項但書})・廢絶家再興^(民七_四_{三條一項但書})の届出は、戸籍吏に於て之を受理すべきでないこと勿論であるが、若し誤つて一旦受理された場合に、同意を缺いた前記の親族入籍・引取入籍・分家・他家相續・廢絶家再興等の身分行為自體の效力に付ては、民法に直接の規定はないが、之を當然無効なりと解することが現在の通説であり、また判例である^[註一〇]。されば、この種の同意は成立要件としての同意である。成立要件としての同意が詐欺又は強迫に因つて得られたものである場合に付ても、民法に規定はないが、其の瑕疵ある同意が取消さ

れば^(民九六條七八三條後段八五七條一項後段)、茲に同意權者の同意を缺くことになつて、前記の身分行為自體に付ても無効の問題が生ずる。

尤も、戸籍上の取扱は、親權者の同意なき未成年者の分家屬が受理された場合には、「親權者ヲシテ届書ニ同意ノ旨ヲ追記セシメ又ハ其ノ同意證書ヲ追徴シタル上」分家の戸籍を編製し得べく^(大正七年五月十一日民第六一三號法務局長回答、同年九月十六日民第一五九七號法務局長回答)、若し分家者が成年に達した後は、「本人ガ追認シタルトキハ有效ノモノトシテ取扱フヲ相當トスベキヲ以テ分家者本人ノ追認書ヲ徴シタル上其ノ書面及前ニ爲シタル分家屬ニ基キ本家戸籍ノ除籍ノ手續ヲ完了スベキ」ものとして居る^(大正八年二月二十七日民第三八五號法務局長回答)。同様に、大正四年七月八日法務局長^(民第一〇三三號)も、「分家ノ家族ト爲ルベキモノノ内十五年以上ノ直系卑屬」があつて、「其者ノ同意ナキ場合ニ於テハ戸籍法第六五條ニ依リ追完セシムベキモノ」ではあるが、若し「市町村長ニ於テ直系卑屬ノ同意ヲ……得ルコト能ハザルトキハ監督區裁判所ノ許可ヲ得テ届書中同意ナキ直系卑屬ヲ除キ戸籍ノ記載ヲ爲スコトヲ得」べしと回答して居る。されば、藥師寺博士は成年私生子の承諾を缺く認知及び母の承諾を缺く胎兒認知も、當然無効ではなく承諾に因りて有効となり、承諾の拒絶に因りて無効に確定すると云ふ傾向に於て、現在是一種の浮動の状態に在ると解せられて居る^(同博士前掲書六九七・九頁。同趣旨——谷口氏前掲書一三二頁。昭和七年六月四日民事第二五〇號民事局長回答。昭和三年十月十八日法曹會決議)。

〔註一〇〕。奥川義人博士「親族法論」六〇頁。同「日本親族法講義錄」六四二・六六六頁。

藥師寺博士前掲書一八〇・二〇一頁。野上氏前掲書五六頁。谷口氏前掲書一六七頁。古山茂夫氏親族法註解二三四頁。森本富士雄氏「日本親族法」三六〇頁。

明治三十四年十月十一日東京地方裁判所判決——凡ソ家族ガ分家ヲ爲スニハ戸主ノ同意ヲ得ルヲ必要トシ若シ同意ナキトキハ分家ノ效力ヲ生ゼザルモノトス然リ而シテ原告ノ主張スル所ニ依レバ原告ハ嘗テ被告ガ分家ヲ爲スコトニ同意シタルコトナキモノナリ。果シテ然ラバ假令被告ニ於テ分家ノ届出ヲ爲シタレバトテ其届出ハ私法上何等ノ效果ヲ生ズベキモノニ非ザレバ之ヲ取消シ得ベキ限リニ在ラズ（法律新聞五八號一〇頁）。

明治三十八年六月五日大審院判決——身分登記簿ハ日本人ノ身分ヲ登記スルモノナルガ故ニ其謄本ハ日本人ノ身分ヲ證スル具タルコトハ上告人所論ノ如シト雖モ是レ戸籍吏ガ身分ニ關スル適法ナル届出ヲ受ケ之ニ因リテ身分登記ノ爲サレタルトキニ限ル。而シテ身分登記ハ爲サレタリトモ其登記ガ届出ヲスニ付テノ要件ヲ缺キタルモノニ基キタルガ如キ違法アルトキ即チ戸主ノ親族ニシテ甲家ヨリ乙家ニ轉籍セントスル場合ニ於テ兩家戸主ノ同意アルコトヲ要スルニ之ヲ缺クガ如キ違法アルトキハ其轉籍ハ後日之ニ關スル登記取消ノ手續ヲ爲シタルト否トニ拘ハラズ兩家ノ戸主ニ對シ有效ナルモノニアラズ。若シ此ノ如キ場合ニ戸主ノ同意ナキニ拘ハラズ乙家ニ對スル入籍ニシテ有效ナリトスルトキハ乙家ノ戸主ハ自己ノ意思ニ拘ハラズシテノ家族ヲ増シ之ニ對スル扶養ノ義務ヲモ負擔スルガ如キ極メテ奇怪ナル結果ヲ生ズルニ至リ此ノ如キハ法理上許サルル可キ事ニ非ズ。而シテ戸主ノ親族ニシテ他家ニ在ル者ガ民法第七三七條ニ依リ其家ニ入ルニハ入籍ス可キ家ノ戸主ノ同意ヲ要シ其戸主ニシテ被後見人ナルトキハ同第九三四條ニ依リ被後見人之ニ代ハリテ同意ヲ爲ス可キモノナルニ原院ニ確定シタル事實ニ據レバ本件ハ被上告人ノ父タル訴外人田邊松之助ナル者ガ明治三十一年十月七日自己ノ家ヲ廢シテ被上告人ノ家ニ入ルニ當リ被上告人ハ未成年者ナリシヲ以テ其後見人タル會田徳次郎ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス。然ルニ其同意ヲ得ザリシモノナレバ其入籍ハ戸籍簿ニ登記セラレタルニ拘ハラズ以上説示シタル理由ニ依リ法律上無効タリ（民錄——輯八六五頁）。

大正二年四月五日岡崎區裁判所決定——他人ノ相續權ヲ侵害シテ戸主トナリタル者ガ其戸主名義中家族ノ分家ニ同意シタリトスルモ其同意ハ無効ナリ。隨テ其分家ハ民法第七四三條ニ違反シ無効タルヲ免レザレバ其身分登記ハ抹消スベキモノトス（法律新聞八七四號二一頁）。

昭和七年七月十五日東京地方裁判所判決——戸主ノ同意ナキ入籍ハ民法第七三七條第一項ノ規定ニ反スル無効ノモノナリトス（法律評論二卷民訴五四八頁）。

異説——中川氏前掲書二三八頁以下。長沼氏「親族法論」三七・八頁。

昭和十年三月十三日大審院判決——家族ガ法律ノ要求スル戸主ノ同意ヲ得テ且身分上ノ行為ヲ爲シタル場合ニ於テハ後日縱令其戸主ガ自己ヲ家督相續人トシテ選定シタル親族會決議取消ノ爲メ他ノ者ヨリ相續ヲ回復セラレ戸主タル地位ヲ喪失スルニ至リタリトスルモ之ガ爲メ家族ノ取得シタル身分上ノ效果ニ何等直接影響ヲ及ボサザルモノト解スルヲ妥當トス（中川氏判例總評二卷六三頁以下）。

（二） 有效要件としての同意

家に在る父母の同意なき婚姻（^{民七七二條}）若くは縁組（^{民八四四條}）・夫の同意なき有夫女戸主の隠居（^{民七五五條二項}）又は配偶者ある者が其の配偶者の子を養子とするとときに配偶者の同意なき縁組（^{民八四一條二項}）の届出は、戸籍吏に於て之を受理すべきでないこと勿論であるが（^{民七七六條八四九條}）、若し誤つて一旦受理された場合に、同意を缺いたこれ等の婚姻・縁組・隠居自體の效力に付ては、民法は家に在る父母・夫又は配偶者に前記の身分行為に付き取消權を附與しては居るが（^{民七五八條二項七八三條八五六條八五七條}）、婚姻・縁組・隠居自體は一應有効に成立するものとして居る（^{民七七八條七九條八五一條八五二條}）。されば、この種の同意は有效要件としての同意である。有效要件としての同意が詐欺又は強迫に因つて得られたものである場合には、父母の婚姻同意及び縁組同意に付ては民法に明文があつて、父母は其の同意を取消さずして直接に婚姻又は縁組そのものを取消し得ることとした（^{民七八三條後段八五七條一項後段}）。必要とされる夫又は配偶者の同意が、詐欺又は強迫に因つて與へられた場合に付ては民法に規定はないが、同様に、夫又

は配偶者は與へた同意を取消することなくして、直接に隠居又は縁組の取消を裁判所に請求し得るものと解すべきであらう。

成年私生子を認知するのに其の承諾を缺いた認知届が受理された場合(民八三〇條)・胎兒を認知するのに母の承諾を缺いた認知届が受理された場合(民八三一條一項)及び死亡した私生子を認知するのに死亡私生子の成年直系卑屬の承諾を缺いた認知届が受理された場合(民八三一條二項)に付ては、民法に何等の規定はないが、夫の同意を缺いた有夫女戸主の隠居・父母の同意を缺いた子の婚姻又は縁組・配偶者の同意を缺いた配偶者の子を養子とする縁組も同意權者に取消權を認めるだけで、隠居・婚姻・縁組としては一應有効に成立するものとした民法第七五八條第二項第七八三條第八五六條第八五七條の規定の趣旨に鑑み、承諾を與へる權利を有した者に取消權を認めて、承諾を缺く認知は之を取消し得べきものと解すべきであらうが(穂積博士前掲書四五八・九頁。野上氏前掲書二九八・九頁三〇四頁。永田氏「内縁と私生子」一九三頁。松岡博士「特別民事訴訟論」三一八頁。大森氏「人事訴訟手續法」(現代法學全集三二卷)一二六頁。山田博士「特別訴訟手續第二部」(新法學全集二三卷)一二四頁)、無効説も有力であるし(奥田博士「親族法論」二六八頁。仁井田博士「親族法相續法論」二三一頁。中島博士前掲書五二一・二頁。島田氏「戸籍法正解」一七四頁。柳川氏前掲書二八六頁。兼子氏「親子關係の確認」(家族制度全集第二部三卷)二二四頁。和田博士「親子法論」一五七・八頁。角田氏前掲書三〇七・八頁)、また反對に、必要とされた承諾は認知届受理の要件たるに過ぎず、之を缺けば戸籍吏に於て認知届を受理すべき限りではないが、一旦受理された以上は承諾を缺くに拘はらず、認知は完全有效であると爲す解釋論もあり得る〔註一〕。

〔註一〕。中川氏前掲書二三八頁以下。我妻氏「親族法相續法講義案」一〇〇頁。長沼宏有氏も一般的抽象論ではあるが、「親族法理論上同意の欠缺に對し斯くの如き重大

なる效果（筆者註——無効・取消の效果）を付すべきでない以上、解釋學上に於いては、離婚・離縁に關して、親の同意なくも届出の受理に依つて有效となり（八——條八六五條）、戸主の同意なくも婚姻を有效となす（七七六條但書）成文的規定の上に親族法の原則的解釋の基礎を求むべきである。果して然らば、規定なき諸多の同意欠缺に關しても取消し得べき效果を付與すべからざるものと解さねばならぬ」と述べられて居る（同氏「親族法論」三七・八頁）。尙ほ前掲（四一頁）昭和十年三月十三日大審院判決參照。

（三） 受理要件としての同意

婚姻同意權者・縁組同意權者の同意なき協議離婚^{（民八〇九條）}・協議離縁^{（民八六三條）}又は養家戸主の同意なき養子の單意離縁^{（民八六二條三項）}の届出は、戸籍吏に於て之を受理すべきでないこと勿論であるが^{（民八一一條一項、八六五條一項）}、若し誤つて一旦受理された場合に、同意を缺いたこれ等の離婚・離縁自體の效力に付ては、同意欠缺は協議離婚・協議離縁・單意離縁の效力に全く影響なしとして之を完全有效なるものとして居る^{（民八一一條二項、八六五條二項）}。されば、この種の同意は受理要件としての同意である。受理要件としての同意が詐欺又は強迫に因つて得られたものである場合に付ては、民法に規定はないが、同意が全然缺けた場合ですら、離婚又は離縁は其の届出の受理に因つて完全有効に成立し、之が爲めに離婚又は離縁に付き無効又は取消の問題を残さないとされて居る以上は、假令與へられた同意が詐欺又は強迫に因つたものであつても、之を理由として同意は之を取消すことを得ても、離婚又は離縁そのものは之を取消すことを得ないと謂はねばならない。

繼父母又は嫡母が十五年未滿の繼子又は庶子に代はつて、養子と爲

るべき意思表示又は離縁の意思表示を爲すには、親族會の同意を得なければならないので(民八四三條二項、八六二條二項)、この同意を缺いた縁組届又は離縁届は、戸籍吏に於て之を受理すべきものではないが(民八四九條一項、八六五條一項)、同意を缺いた届出も戸籍吏に依つて一旦受理された限りは、民法上之を無効とすべき規定もなく(民八五一條)、また取消さるべき場合にも該当しないので(民八五二條以下)、假令親族會の同意はなくとも、縁組又は離縁は「之が爲メニ其效力ヲ妨ゲラルルコトナシ」とされて居る(民八六五條二項)(註一二)。されば、繼父母又は嫡母が十五年未滿の繼子又は庶子に代はつて、縁組又は離縁の意思表示を爲す場合に必要とされて居る親族會の同意も、受理要件としての同意に屬すると謂ふべきである。但し、藥師寺博士は「自己の利益を自ら完全に判斷し得る獨立適齡者が、父母、後見人、親族會等の同意なくして爲したる縁組すら之を取消し得るものなる以上(八五七條、八四六條)、子の利益を細心に考量せざる虞ある繼父母又は嫡母が親族會の同意を得ずして代諾縁組を爲したるときは、八五七條を類推して親族會は之を取消し得るものと解すべきであるまいか」と爲されて居るが(阿博士前掲書、八三三・四頁)、右に述べられた同意は孰れも認許同意であつて、能力補充の意味での同意ではない。従つて、同意欠缺の行爲に如何なる法律効果が與へらるべきかは、同意すべき事項の性質と行爲者に對する同意權者の容喙を是認する社會的評價とに従つて、或ひは之を嚴にして行爲の成立自體を脅かすものと爲し、或ひは之を緩にして行爲の效力に何等動搖するところなしとしても、理論上は固より別に妨げないのであつて、同意の欠缺が常に行爲取消の問題と爲ると一

律に斷じ得ないところに、認許權の作用としての同意理論が存する。認許同意欠缺の効果は、認許權無視の制裁として始めて之を理解し得られる。滿十五年以上の子が養子と爲る場合に要求されて居る父母又は後見人及び親族會の同意(民八四四條八、四六條一項)と、繼父母又は嫡母が十五年未滿の繼子又は庶子に代はつて縁組の承諾を爲す場合に要求されて居る親族會の同意(民八四三條二項)とは、夫々異つた意味を有するものであることを吾々は看過してはならない。

或ひは、島田鐵吉氏は「繼父母、嫡母又は後見人の代表權は親族會の同意ありて茲に始めて完備す。故に繼父母嫡母が親族會の同意なくして爲したる縁組は代表權欠缺の理由に因り無効なり」と爲されて居るが(同氏「親族法講義」三一四頁)、繼父母又は嫡母の縁組代諾權は、繼父母又は嫡母たる地位自體に基いて認められたものであつて、親族會に依つて始めて與へられた代諾權ではない。別言すれば、親族會の同意は縁組代諾權の發生要件ではなくて、單に之が行使上の要件たるに過ぎない。従つて、假令親族會の同意なきも、繼父母又は嫡母に於て縁組の承諾を爲した以上は、其の承諾の意思は存在するものであるから、之を以て民法第八五一條第一號の「縁組ヲ爲ス意思ナキトキ」と云ふを得ないので、無効説は此の點に於て誤なりと謂はねばならない。

〔註一二〕。大正十四年七月七日大審院判決——嫡母が十五年未滿ノ庶子ノ縁組ノ承諾ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルコトハ民法第八四三條第二項ノ規定スル所ナルヲ以テ右法條ニ違反シタル縁組ノ届出ハ市町村長ニ於テ固ヨリ之ヲ受理スルコトヲ得ザルモノナルコトハ民法第八四九條ノ明定スル所ナリト雖モ斯ル届出ニシテ一旦受理セラレタル以上ハ其ノ養子縁組ハ有效ニ成立シタルモノニシテ其

ノ縁組ヲ以テ當然ニ無効ナリト謂フヲ得ザルモノトス（法律新聞二四三九號一六頁）。

同趣旨——大正十二年七月十日民事第二三〇〇號民事局長回答。明治三十六年九月二十六日及び大正五年六月二十四日法書會決議。

（四） 注意要件としての同意

戸主の同意なき婚姻・縁組^{（民七五〇條一項）}又は實家戸主の同意なき戸外婚姻・戸外縁組^{（民七四一條一項）}の届出が、戸籍吏の注意に拘はらず、受理された場合には^{（民七七六條但書）}、戸主又は實家戸主の同意を得ずして婚姻又は縁組を爲した家族又は前家族^{（婚姻又は縁組に因りて其の家を去りたる者）}は、一定の制裁を受けることはあつても^{（民七四一條二項）}、婚姻・縁組そのものは完全有効に成立し、同意欠缺は婚姻・縁組の無効原因でもなければ、また取消原因でもなく、更に婚姻届又は縁組届の不受理原因とさへなるものではない^{（民七七六條但書七七八條七九九條）}。されば、この種の同意は注意要件としての同意である。注意要件としての同意が詐欺又は強迫に因つて與へてられたものである場合には、戸主又は實家戸主に於て之を取消し得るとしても、取消し得るのは其の瑕疵ある同意そのものであつて、婚姻又は縁組そのものではない。

Ⅲ. 統轄者・監護者又は統制者としての缺格に由來する身分行爲の制限

戸主が家族に對して有する戸主權・親權者が子に對して有する親權又は夫が妻に對して有する夫權〔註一四〕は、夫々一家の統轄・子の監護教育又は婚姻關係の統制の爲めに認められたものであるから、自ら

他人に依つて監護されて居る未成年者及び禁治産者（準禁治産者の適格に付ては異論あるが故に後に譲る）は、自身ではこれ等の権利を行使し得ないものとされて居る（民七五二條七九一條八八五條八九五條九二一條九三四條）。従つて、未成年者及び禁治産者は戸主権・親權（但し禁治産者は親權享有の適格をさへ有せざるものであるか）又は夫權の行使として爲される身分行為に付ては、自ら之を爲し得ないこと勿論であるが、これは未成年者及び禁治産者が他人を統轄し、監護し又は統制し得るに足る適格を缺くが故に、戸主権の行使・親權の行使又は夫權の行使を禁止せられた結果であつて、必ずしも身分的意思能力を缺くが爲めではない。勿論、統轄者・監護者又は統制者たるの適格が、身分的意思能力と全く没交渉に検討されるものであると云ふのではないが——寧ろ身分的意思能力の認められない者に付き、統轄者・監護者又は統制者としての適格をも認め得ない點に於て兩者は密接な關係を有するが——而も身分的意思能力を有する者が、常にこれ等の適格を有する者であると斷定し得ないところに、また兩者を明確に區別すべき根據がある。

例へば、未成年戸主又は禁治産戸主と雖も身分的意思能力を有する限りは、獨斷で隱居（民七五二條六條）・廢家（大正十三年八月六日大審院決定・民集三卷三九五頁）・私生子の認知（民八二二條八條）・相續人の指定（大正十五年六月十七日大審院判決・民集五卷四六八頁）を爲し得るものとされて居つても、自ら戸主権を行使して家族を離籍し（民七四九條三項七五〇條二項）、又は親族入籍（民七三七條一項）・引取入籍（民七三三條八條）・分家（民七四三條一項）等に付き同意し得ないものとされて居る（民七五一條八九五條九三三四條一項）。蓋しこれは未成年者又は禁治産者が戸主として家族を統轄して、家族の上に身分的支配を爲すこと

自體が許されざるところであるからである。されば、他人を統轄し、監護し又は統制し得るが爲めの適格問題に由來する身分行爲制限の問題と、單に身分行爲を一應理解し得る身分行爲能力の問題とは、現行法上別個の立場に於て考察されねばならない。

即ち未成年戸主又は禁治産戸主の戸主權は、親權者・後見人又は親族會が未成年戸主又は禁治産戸主に代はつて之を行ふべきであり（民七五條八九五條九三四條一項）、未成年親權者の親權は、其の未成年親權者に對して親權を行ふ者又は之に代はるべき後見人が未成年親權者に代はつて之を行ふべきである（民八九五條九三四條二項）〔註一三〕。但し禁治産者は親權者たり得ないと學說・判例上解されて居るので（民八七七條二項八九五條九〇〇條一號九三四條二項參照。異說——梅謙次郎博士「禁治産者及び準禁治産者は親權を行ふことを得ざるに非ず」(最近判例批評續編——五頁。長沼宏有氏前掲書二二〇頁)）、禁治産者の後見人は禁治産者に代はつて親權を行ふと云ふ問題を生ずる餘地がない。従つて、父が禁治産者である場合には、子の監護及び教育は父の後見人（民九〇二條一項三項九〇三條九〇四條）が父に代はつて之を爲すべきではなく、母が親權者として自ら之を爲すべきであり（民八七七條二項八九五條九〇〇條一號九三四條二項參照。異說——梅謙次郎博士「禁治産者及び準禁治産者は親權を行ふことを得ざるに非ず」(最近判例批評續編——五頁。長沼宏有氏前掲書二二〇頁)）、父死亡し母が禁治産者である場合には、子の監護及び教育は母の後見人（民九〇二條一項二項九〇三條九〇四條）が母に代はつて之を爲すべきではなく、子自身の後見人（民九〇一條九〇三條九〇四條）が之を爲すべきである（民九二一條）。

また、未成年者・禁治産者又は準禁治産者たる夫は、自ら夫權（註一四）を行使することが許されないので、法律は其の救済策として特別の規定を設けて居る。尤も、夫の許可を得ずして爲された民法第一四條列挙の妻の行爲に付て有する夫の取消權（民一二〇條二項）及び其の與へた

る許可を取消し又は之を制限する權利（民一六條本文）が、夫の婚姻協同態に於ける統制者としての地位に伴ふものであつて、夫權に屬するにも拘はらず、未成年の夫にこれが單獨行使を認めたことは（民一八條、二〇條）、此の點に關する一つの大きな除外例である。併し、これ等の權利が夫權に其の基調を置く限り、第一に、昭和九年十二月二十二日大審院民事聯合部判決の謂つて居るが如く、「夫ノ許可ヲ得ズシテ爲シタル行爲ニ對スル取消權ハ、婚姻關係ノ繼續スル間ノミ存在シ、婚姻解消ト共ニ之ヲ失フ」ものでなければならず（民集一三卷、二二四二頁）、第二に、夫のみが許可なき妻の行爲の取消權を有し、妻自身は之を有し得ないものでなければならず（尤も、鳩山秀夫博士は「民法が妻にも取消權を與へたのは夫婦間に問題とならぬ間に妻をして取消を爲すことを得しめ一家の平和を維持せんとしたに外ならぬ」と説かれて居るが（判例民事法大正十三年度二八六頁）、首肯し難い。中川氏「親族相續判例總評」二卷九三頁參照）、第三に、夫權を行使して妻の行爲を取消し得る者は、婚姻協同態に於ける統制者として統制權行使上の適格を有する者でなければならない。妻の無能力が婚姻の効果として生ずるものであつて、妻に未成年者・禁治產者又は準禁治產者の如くに、法律に依つて保護さるべき無能力者としての自然的事實が存するが爲めではないと説かれて居る現行法の下に於ては、第二の論點が特に問題となつて來るにも拘はらず、また、未成年者は其の婚姻に因つて親權又は後見から解放されることなしとされて居る現行法の下に於ては、第三の論點が特に問題となつて來るにも拘はらず、これ等の點に關する民法の態度には、理論に於て一貫しない憾みを多く殘して居る。尙ほ、民法第一八條に依れば、未成年の夫と雖も法定代理人の同意を得て妻の行爲を許可し得るので、其の範圍内に於ては

自ら夫權を行使することを許されては居るが、これは寧ろ夫の許可を必要とする行爲には、幾多の財産法的な内容が含まれて居るし、また、妻の財産の管理を爲すべき夫が未成年者なるときは、夫の親權者又は後見人が夫に代はつて妻の財産をも管理すべきものとされて居る事情（民八八四條八八五條
九二一條九二三條）を顧慮しての便宜的例外であると理解さるべきである。同じことは、未成年の夫が法定代理人の同意を得て妻の行爲を自ら追認し得ること自體（民一二二條
一二四條）に付ても謂ひ得る。蓋し未成年の夫が自ら夫權を行使し得ないのは、婚姻協同態の統制者として、夫權を行使して妻の上に一定の支配を爲すこと自體が許されざるからであつて、必ずしも行爲能力を缺くが爲めではない。従つて法定代理人に依る能力補充の意味での同意が、夫權行使上の缺格を補完し得ないのも自明の理であらう。此の事は未成年戸主又は未成年親權者が其の法定代理人の同意を得ても、自ら戸主權又は親權を行ひ得ないものとされて居ることが、偏へに戸主權又は親權行使上の缺格問題であることに淵源するものであるから、法定代理人の同意に依つて、此の缺格が左右さるべき性質のものでないのと、全く同様でなければならないからである（異説——中島博士前
掲書七〇一・二頁）。

〔註一三〕。但し穂積重遠博士は此の點に關して「この親權の様な權利の代理行使が果して適當か否か、頗る疑はしい。未成年者と云つた所で、既に子がある程の年齢なのだから、自身親權を行はせてもよきさうに思はれる」と述べられて居ることは（同博士「親族法」五五六頁）、立法上の課題として注目に値する。

〔註一四〕。夫權の意義——配偶者權との本質的差異。

「夫權」と云ふ言葉は從來比較的亂雜に用ひられて居る。これは民法に「戸主權」

「親權」と云ふ用語はあつても、「夫權」と云ふ用語のないことに原因するものであらう。而も「夫權」なる言葉は既に各方面に於て相當汎く使用されて居るのであるが、單に「婚姻の效果として夫が妻に對して有する身上及び財産上の權利」とか（穂積重遠博士「夫權」法律大辭書二八三四頁）、或ひは「夫の妻に對して有する權利義務の總稱」とか（末川博博士「新法學辭典」七九八頁）、或ひは「夫が配偶者として妻に對して持つ權利」とか（我妻・横田・宮澤氏「法律學小辭典」九四六頁）、或ひは「夫たる身分の發生に伴ひ夫に生ずる權利義務の總稱」とか（沼義雄氏「綜合日本民法論」二卷三三三頁）、或ひは「婚姻の效果として、夫は妻の身上に對し又財産に對し幾多の權限を有して居り、かかる地位を夫權と呼ぶ」とかと謂はれて（青山道夫氏「判例に表はれたる身分行為能力」法學新報五〇卷一二號以下同別刷五六頁）、一般に「夫權」と云ふ名稱で呼ばれて居るものの概念構成は必ずしも明らかではない。私の理解するところに依れば、夫權が家族的生活協同體に於ける統轄的支配權としての戸主權又は親子的生活協同體に於ける監護的支配權としての親權に對立して用ひられた場合には、夫權の本質的・不可缺的な部分は、婚姻關係に依つて構成された生活協同體に於ける統制權たる點になければならない。勿論、婚姻協同體そのものは夫婦各自が相互的に有する配偶者としての地位即ち配偶者權に依つて維持されなければならない半面があると同時に、夫の統制者としての地位即ち夫權に依つて統制されなければならない他の半面もある。別言すれば、婚姻協同體そのものに統制と秩序とをあらしめるが爲めの夫權であり、配偶者權であり、また逆に、婚姻協同體は夫權と配偶者權とに依つて完成されて行くと見てもよい。

されば、夫が婚姻協同體を統制して行く爲めに、妻に對して有する權利及び義務、例へば居所選定權（民七八九條）・妻の行為許可權（民一四條一六條本文）と之に伴ふ取消權（民一二〇條二項）及び追認權（民一二二條一二四條三項）・後見的保護義務（民七九一條）・妻の財産に對する管理權（民八〇一條）・婚姻生活費用の負擔義務〔（民七九八條）されば、妻が日常の家事に關し行為すれば、其の行為に因つて生じた責任は、すべて夫に歸屬せしめられて居る（民八〇四條一項）〕と妻の財産に對する使用收益權（民七九九條）等を總稱して私は茲に「夫權」と呼ぶことにする——尤も、妻が戸主である場合には、戸主に財産が集中される我國

家庭生活の實情に鑑みて、婚姻生活費用の負擔義務と妻の財産の使用収益權とは夫權から除かれて居るが——。従つて、夫が統制者としてではなく、單に配偶者として妻に對して有する權利及び義務、例へば扶養（民七九〇條九五五條一項九五七條一項）・貞操（民八一三條刑一八三條）・同居（民七八九條）・夫婦間の契約の取消（民七九二條）・後見及び保佐（民九〇二條九〇九條）・相續（民九八二條九九六條）等に關する權利義務の如きは配偶者權ではあるが、夫權には屬しない。これ等の權利義務は夫が配偶者として有するものであるから、常に相互的であつて、妻も亦配偶者として夫に對して有し得る權利義務でもある。統制權たる夫權は配偶者權と異り、相互的・平等的でなく、統制者と被統制者との關係に於てのみ生ずる。斯くして、婚姻協同態に於ける統制者たる地位が、夫たる地位と一體不可分の結び付いたところに、夫權の起源があると謂ふべきである。されば、今日婚姻協同態に於ける統制者としての夫の地位を特に「夫權」と呼んでも、妻たる地位には統制權としての「妻權」なるものは存し得ない。従つて、「夫權」に對して「妻權」なる特別の名稱もあり得ない。此の事は戸主たる地位が「戸主權」と呼ばれても、家族たる地位が「家族權」と呼ばれず、また、「親權」と云ふ名稱はあつても、「子權」と云ふ名稱の存し得ないの同一である。但し「夫權」を以て父權家族社會に於ける「父權」の問題と混同してはならない。蓋し「父權」の問題は家族的生活協同態に於ける支配者たる地位に關する問題であるからである。吾々は家長たる妻が夫權に服しながらも、家族に對しては一種の支配的地位を有した事實を看過してはならない。

されば、「戸主」を中心とした大家族制の時代には、妻は夫の統制に服すると云ふよりは、寧ろ家族の一員として戸主の支配に服し、従つて、統制權としての夫權は殆んど戸主權に吸収されて、極めて微弱な存在であつたであらうが、戸主權の衰微に依り「夫婦」を中心とする小家族制の時代に移つて來ると、夫權は夫權として保障された固有な地位と独自の強大な統制力とを有する様になつたのであるが、而も近世に於ける「男女の平等」・「女權の擴張」・「妻の解放」と云ふ様な思想は、やがて統制者としての夫の地位を再び薄弱ならしむるに至つたのも、蓋し當然の推移と謂はねばならない。

之を要するに、婚姻協同態に於ける統制者としての地位と配偶者としての地位と

は、嚴格に區別して觀察せらるべきであるから、「夫權」とは婚姻協同體に於ける統制者としての夫の地位であると定義するのが最も正當であると考へる。一般には「夫たる地位」を漫然指稱し、此の兩者を區別しない様ではあるが、斯くては「妻たる地位」を「妻權」、「家族たる地位」を「家族權」、「子たる地位」を「子權」と呼ばねばならないことになつて、「夫權」・「戸主權」・「親權」と云ふ名稱も、誠に無意味な概念であると謂はねばならない。民法上戸主たる身分に附隨する權利ではあるが、隱居又は廢家を爲す權利（民七五二條乃至七五四條七六二條）、家督相續人の指定・廢除又は其の取消を爲す權利（民九七五條乃至九七七條九七九條）の如く、「戸主權に非ざる戸主の權利」もあれば、親なるが故に子に對して有する權利ではあるが、子の婚姻・離婚・縁組・離縁に同意する權利（民七七二條八〇九條八四四條八四五條八六二條）、子の縁組・離縁を代諾する權利（民八四三條八六二條二項八六七條）、相續・扶養に關する權利（民九五四條九五五條九五七條九七〇條九八二條九八四條九九四條九九六條）の如く、「親權に非ざる親の權利」もあり得るから、「夫權に非ざる配偶者としての夫の權利」があつても、固より差支へないし、また法學的意義に於ては、それが好ましいことでもある。

即ち夫は妻の財産を管理するけれども（^{民八〇條}）、夫が未成年者なるときは、夫の親權者又は後見人が夫に代はつて妻の財産を管理すべく（^{民八八五條}_{九二一條}）、夫は夫婦共同の居所を選定するけれども（^{民七八條}_{九條}）、夫が未成年者なるときは、夫は親權者又は後見人の指定した場所に其の居所を定めねばならぬし（^{民八八〇條}_{九二一條}）、妻も亦此の居所指定に従ふこととなるし（^{妻の追從義務}_{民七八九條}）〔註一五〕、また、夫は妻の民法第一四條列擧の行為に付き干涉するけれども、夫が未成年者なるときは、夫の法定代理人より同意を得た上でなければ之を爲し得ないとされて居る（^{民一八條}_{二二條}）。

されば、於保不二雄氏は夫が未成年者である場合には、夫自身の親權者又は後見人が、未成年の夫に代はつて、夫權を行ふべきものとさ

れて居るが(同氏「身分行為の法定代理」法學論叢三九卷一號八三・四頁)、夫權は其の性質上夫の親權者又は後見人に依つて代行され得ないことが原則であつて、其の財産管理に關するものが、性質上例外的に代行を許されたものと見るべきである(民八九五條九三四條對照)。蓋し成年の夫は未成年の妻の上に最先順位に於て、即ち未成年の妻に親權者があつても(明治三十六年二月二十日大審院判決・民錄九輯二〇九頁。同趣旨・昭和二年十月六日法曹會決議)、また、後見人があつても(明治三十三年三月十日民刑第二六七號民刑局長回答)、當然にこれ等の者に優先して、「後見人ノ職務ヲ行フ」けれども(民七九一條)、夫が未成年者なるときは、未成年の夫自身の親權者又は後見人は、決して未成年の夫に代はつて、未成年の妻の身上監護に關して「後見人ノ職務ヲ行フ」ことなく(異說——昭和六年九月十七日司法協會決議。中川氏「日本親族法」二、三一頁、同氏「婚姻法概説」三六頁——家族制度全集第二部第一卷)、これが保護監督の任に當り得るものは、妻自身の親權者又は後見人であるからである。

即ち未成年の妻が戸主なるときは、妻に親權者の存すると否とを問はず、成年の夫に於て妻の財産を管理し(民八〇一條一項)、「後見人ノ職務ヲ行フ」成年の夫に於て、妻に代はつて戸主權を行ふべきではあるが(民七九二條九三四條一項)〔註一六〕、夫も亦未成年者なるときは、夫の親權者又は後見人が夫に代はつて妻の財産を管理するけれども(民八八五條九二一條)、夫に代はつて妻の戸主權を行ふべきではなくて、妻自身の親權者又は後見人が妻に代はつて戸主權を行ふべきである(民八九五條九三四條一項)。殊に、未成年の夫の親權者又は後見人が夫婦の居所を指定することに爲るのは、夫の有する居所選定權(民七八九條)を親權者又は後見人が未成年の夫に代はつて行使し得るが爲めではなくして、親權者又は後見人が未成年の夫に對し

て居所指定権(民八八〇條
九二一條)を有するからであつて、此の事は未成年の子に配偶者のあると否とに依つて差異がないからであり、而して妻は夫に従ひ夫と同居する義務のあることも、夫が成年なると未成年なるとに依つて差異がないからである。

之を要するに、夫權の行使は夫たる身分を有する本人自ら之を爲すべきものであつて、これが代理行使は法律が特に明文を以て之を許した場合(妻の財産管理——民八八五條九二一條)に限定されねばならない。従つて、夫が未成年者である場合には、代行制度の認められなかつた居所選定 後見的保護等に付ては、夫權が夫たる身分を有する本人自ら之を行使してこそ、始めて能く其の目的を達し得べき性質のものであり、且つ未成年者は夫權行使の適格を缺くものとされては居るが(例外——妻の行為許可權(民一四條一八條)・追認權(民一二二條一二四條三項)・妻の行為取消權(民一二〇條二項)・許可の取消制限權(民一六條本文))、男子の婚姻適齡は滿十七年であるので、未成年の夫が成年者と爲るにも長くとも三年を越ゆることがないから、夫が成年に達するまでの間は、何人にも之を代理行使せしめないで、夫權の行使をそれまで停止せしむる趣旨であること明瞭と謂はねばならない。即ち民法が未成年の子の戸主權及び親權に付き代行制度を設けて、親權者又は後見人をして未成年の子に代はつて戸主權及び親權を行はしむるにも拘はらず(民八九五條
九三四條)、夫權に付き一般的に代行制度を設けなかつたことは、斯かる特殊事情が顧慮されたが爲めであつて、決して立法上の遺漏ではないと見るべきである。

立法論としては、財産管理に關するものであつても、夫婦間の事に對して親權者又は後見人をして干涉させることが、果して適當なりや

否やは頗る疑はしい。寧ろ、財産管理と云つても、普通の財産管理とは趣を異にするものがあるし、未成年者と云つても、既に満十七年に達して婚姻を爲す程度に智能の發達したものであるから^(民七六五條七七八條一號)、未成年の夫自身をして妻の財産を管理させることも考へ得られないことではない。此の點に付ては、佛法系諸國の民法に於ける婚姻に因る自治産の制度^{(未成年者をして其の婚姻に因りて法律上當然に親權又は後見から脱せしめる制度(斯くして、解放未成年者は處分行爲を單獨に爲すことは出来ないが、管理行爲は之を單獨に爲すことが出来るとする半能力(demi-capacité)主義)——佛民四七六條四八一條四八二條・伊民三八八條・西民三一四條・葡民三〇四條舊民法人事編二一三條二一六條)}若くはスキス民法に於ける婚姻に因る成年の制度^{(「婚姻は成年となす」制度(完全能力主義)——瑞民一四條二項九六條。尙ほ、中華民國に於ても「未成年人已結婚者、有行爲能力(未成年者にして既に結婚したるものは行爲能力を有す)」と規定されて居る——同民一三條三項一二條九八〇條)}が參照さるべきである。殊に、成年の妻は夫以外の者をして自己の財産を管理させねばならない理由もないから、尠くとも夫が未成年者で妻が成年者であるときは、妻の財産は妻をして自ら之を管理せしむべきではあるまいかと思はれる^(民八〇一條二項)。而して妻も亦未成年者で自ら財産を管理すること能はざるときは、妻自身の親權者又は後見人をして妻の財産を管理せしむべきであつて^(民八八四條九二二三條)、夫自身の親權者又は後見人をして之に當らしむべきでないことになるのも、前述の立法論から導き出される當然の結論であると謂へよう。

[註一五]。未成年の夫は假令身分的意思能力者であつても、婚姻協同意に於ける統制者としての適格を欠くが故に、自ら夫權を行使して夫婦共同の居所を決定するを得ない。此の場合妻も亦未成年者であつて、未成年の妻の爲めに別に親權者又は後見人があつても(民七九一條參照)、夫の親權者又は後見人の居所指定權の爲めに、妻の親權者又は後見人は、妻に對する居所指定權(民八八〇條九二一條)を行使することを妨げらるものと謂ふべきである。

〔註一六〕。詳言すれば、夫が妻の戸主權を代行するのは、夫が「後見人ノ職務ヲ行フ」ものとして之を爲すのであるが(民七九一條九三四條一項)、夫が妻の財産を管理するのは、夫が「後見人ノ職務ヲ行フ」ものとして之を爲すのではなくて(民七九一條九二三條)、「夫」として之を爲すのである(民八〇一條一項)。蓋し然らざれば、妻の財産に對する夫の管理權が妻の成年なる場合と未成年なる場合とで、夫の財産管理權の制限に——民法第八〇二條は「妻ノ承諾」で足りるが、同第九二九條は「親族會ノ同意」を要求して居る——また、其の注意義務の程度に——民法第八〇五條は「自己ノ爲メニスト同一ノ注意」で足りるが、同第九三六條に依り後見に準用された同第六四四條は「善良ナル管理者ノ注意」を要求して居る——差異を來すと云ふ不合理を生ずるからである。要するに、夫の妻の財産に對する後見的管理權は(民七九一條九二三條)、妻の財産管理に付き特別の夫婦財産契約の條項なき限りは、法定財産制に依つて夫が原則として妻の財産に對して管理權を有するので、殆んど其の適用を見ないと云ふべきである。但し先例は或ひは、「未成年ノ妻ガ借財ヲ爲シ抵當權ヲ設定スル場合ニ於テ成年ノ夫ガ同意ヲ與フルニハ民法第九二九條ノ規定ニ從ヒ親族會ノ同意ヲ要スルモノトス」(明治三十九年十二月二十六日長崎控訴院判決、法律新聞四〇五號八頁)と謂ひ、或ひは、「成年ノ夫ガ未成年ノ妻ノ不動産ヲ讓渡スルニハ民法第九二九條ニ準ジ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」(大正十一年一月二十一日法曹會決議)と謂ふも、上述の理由に依つて採用し難い。

夫が禁治產者なる場合には、未成年者なる場合と異なり、禁治產者たる夫に代はつて夫の後見人が妻の財産を管理すべしとする規定がない(民八八五條^{九二一條})。斯かる代行規定の欠缺と自己の財産を自ら管理することを得ざる者をして他人の財産を管理せしめることの不合理とを考察すれば、禁治產者たる夫は未成年者たる夫と異なり、妻の財産を管理する權利自體をさへ有せざるものと謂ふべきである。従つて、妻の財産は妻自ら之を管理すべく(民八〇一條^{條二項})、妻自ら管理し難き事由があれ

ば、妻自身の親権者又は後見人に於て妻の財産を管理することにならう（民八八四條
九二三條）。また、妻は民法第一四條列挙の行爲を爲すに當つても、禁治産者たる夫の許可を受ける必要もない（民一
七條）。禁治産者たる夫が未成年の妻に對して「後見人ノ職務」を行ひ得ざることも亦自明の理であらう（民七九一條九
〇八條二號）。而してこれ等のことは準禁治産者たる夫に付いても均しく言ひ得ることである。例へば、成年の妻が準禁治産の宣告を受ければ、夫は何人よりも先順位に妻の保佐人と爲るのであるが（民九
〇二條二項九〇
九條一項）、而も此の地位に就き得る夫は自ら準禁治産者であつてはならないにも拘はらず（民九〇八條二號
九〇九條一項）、未成年の妻に對して「後見人ノ職務ヲ行フ」夫は、準禁治産者であつても妨げなしと云ふが如き不合理は、到底認容し得ざるところであるからである。

之を要するに、未成年者たり、禁治産者たり、又は準禁治産者たることは、夫たることの何等妨げとはならないが（民七七
四條）、夫權行使の適格を缺くものと謂ふべきであり、従つて、夫權行使としての身分行爲は假令身分的意思能力が有つても、之を爲すことは許されないと謂はねばならない。尤も、現行民法は有夫女戸主の隠居を夫の同意に懸らしめて居るが（民七五五
條二項）、此の場合に於ける夫の同意は、妻に對する夫權的統制の爲めの同意ではない。妻の隠居が夫自身の利害に影響するところが大きいので、夫に於て之を認許する意味での同意である。舊民法は夫の隠居も妻自身の利害に影響するところが大きいので、夫の隠居にも妻の承諾を要求して居つたのであるが（財産取得編三
〇六條四號）、此の事は此の場合の同意が夫權的統制の爲めの同意でないことを示すものであ

る。されば、有夫女戸主の隠居に對する夫の同意は、妻の隠居を認許する夫自身の意思が専ら尊重さるべきであるから、苟くも夫が身分的意思能力者でさへあれば、未成年者・禁治産者又は準禁治産者であっても、親權者・後見人又は保佐人の同意を得ずして、自ら單獨有効に之を爲すことが許されねばならぬし、また、夫が身分的意思無能力者である場合には、何人も夫に代はつて之を爲すことは許されないと謂はねばならない。

準禁治産者は後見人・保佐人・後見監督人及び親族會員たるの適格を缺き（民九〇八條二號九〇九條一、項九一六條九四六條三項）、また、夫權行使も制限されて居ること上述の如くであるから、準禁治産者の戸主權行使の適格及び親權享有・行使の適格に付ては、異論のあるを免かれない。

即ち準禁治産戸主は戸主權を享有行使するに付き完全能力者と見る通説〔註一七〕に對して、準禁治産者は戸主權を享有することを許されるが、之を自ら行使することを許されないとして、或ひは親權者若くは親族會が之を代行すべしとし（中川氏前掲書一三八頁）、或ひは保佐人が之を代行すべしとし（谷口氏前掲書二〇四頁）、或ひは親族會が之を代行すべしとする（於保氏「身分行為の法定代理」法學論叢三九卷一號八五頁）。また、準禁治産者は親權者たり得ざるものと爲す見解もあれば（中川氏前掲書一四〇頁、同「日本親族法」三五頁、我妻氏前掲書一二三頁、於保氏前掲書八六頁、谷口氏前掲書四一二頁、大審院は明治三十九年四月二日判決以來（民錄一二輯五五六頁）昭和八年四月六日に此）、準禁治産者と雖も親權者となること即ち親權を享有することは許されるが、之を行使するには保佐人の保佐を要し、民法第一二條列擧の行為を爲すには保佐人の同意を要するものと爲す見解もあれば（穂積氏「準禁治産者と親權」法學協會雜誌三〇卷四號六七頁）、更

らに、準禁治産者たることは親權を享有し且つ之を行使するのに何等の制限もなく、何人の同意なくして自由に子の財産を管理し得るものと爲す見解もある（梅氏「禁治産者及び準禁治産者は親權を行ふことを得ざるに非ず」最近判例批評續編——五頁、中島氏「準禁治産者と親權行使の能否」法學論叢二卷二號一三八頁、同前掲書六四六頁、明治四十四年六月二十二日東京控訴院判決・法律新聞七三六號二一頁）。私は準禁治産者は戸主權を行ふに何等の支障もないが、親權を行ふには保佐人の保佐を要すと解する。

〔註一七〕。特に此の點を論及して、柳川氏は「準禁治産者ノ法律行爲ニ付キ保佐人ノ同意ヲ要スル場合ハ民法第十二條ニ之ヲ掲グ故ニ此以外ノ行爲ニ屬スル戸主權ノ行使ハ獨立シテ之ヲ爲スコトヲ得」と云ひ（前掲書一〇三頁）、藥師寺氏は「民法が準禁治産者のために、戸主權代行の規定を設けないことから推論するときは、準禁治産者は、自ら戸主權を行使するに足る能力を具備すると考へ、代行者を設くるの必要なしとして之を規定しなかつたものと思はれる」と云ふて居る（前掲書二八二頁）。

思ふに、準禁治産者は戸主權行使の完全能力者であるにも拘はらず、親權者として民法第一二條列舉の行爲を爲すには、保佐人の同意を得ねばならないとするのは、戸主權の内容が主として身分上の行爲のみに關するのに反して、親權の内容が幾多の財産上の行爲に關するので、親權行使者たるの適格として、先づ財産法上の能力が要求せらるるからである。而も、準禁治産者たることを以て親權行使上の缺格者としなないのは、親權の内容には親たり子たるの事實そのものに基礎を置く幾多の監護的行爲が含まれて居るからである。準禁治産者たる父又は母が親權者たり得ても、これが行使に付ては保佐人の保佐を受けねばならないことは、實に親權行使行爲自體が身分性と財産性ととの二重の

性格を有することに基因するものである。されば、親權行使行爲の身分性を強調するものは、準禁治産者の親權行使者としての適格を肯定し、身分性よりも財産性に優位を認むるものは、之を否定するのであるが〔註一八〕、寧ろ、親權行使行爲には身分性と財産性との對等の兩面あることを認めて、準禁治産者たる父又は母が親權者として爲す行爲が、身分行爲である場合には身分的意思能力理論に依つて之を解決し、また、財産行爲である場合には財産法上の行爲能力理論（特に民一二條）に依つて之を解決すべきではあるまいかと思はれる。斯くして、「代理人ハ能力者タルコトヲ要セズ」とする原則（民一〇條）は、身分法上の法定代理には明文の例外規定がある場合は勿論（民八九五條九〇八、條九三四條二項）、明文の特別規定はなくとも、少なくも此の場合の法定代理には其の適用が排除されると云ふべきである。尙ほ、此の點に付ては前掲の穂積重遠博士「準禁治産者と親權」が參照せらるべきであり、先例としては、準禁治産者が民法第一二條列挙の行爲を親權者として爲す場合にも保佐人の同意を得べきものとする明治三十六年二月二十八日民刑第一五三號民刑局長回答を擧げ得る（但し此の先例は大正四年二月十日民第九、五號法務局長回答に依つて變更された）。

〔註一八〕。例へば、梅謙次郎博士が「親權ニ服スル未成年者ガ財産ヲ有スルコトハ例外デアルト謂ツテヨイ位デ、親權ノ重ナル效力ハ身上ニ付テ存スルノデアル……準禁治産者ハ……身分上ノ行爲ニ付テハ殆ド何等ノ制限ヲ受ケナイ位デアル、若シ浪費者ノ如キガ「著シク不行跡ナル」者デアル場合ニハ、其親權ノ喪失ヲ宣告スルコトガ出来ルノデアル（民八九六）、若シ「管理ノ失當ニ因リテ其子ノ財産ヲ危クシタルトキハ」其管理權ノ喪失ヲ宣告スルコトガ出来ルノデアル、故ニ（準禁治産者が親權を行ふも）實際差支ハナカラウト思フ」と説かれ（前掲書一二二・

三頁)、中島玉吉博士が「子の立場よりすれば、後見人の手で養育せらるるよりは、よし放蕩者であるとしても實親の膝下にあるを喜ぶことであらう。だから親が放蕩者で財産を危ふする危険があるからと云つて直ちに親權を喪失せしむるが如きは輕舉であると云はねばならぬ」と説かれたのは(前掲書一四二頁)前者であり、中川善之助教授が「親權行使行爲は幾多の財産法的活動を含んで居り、自己のためにきへ財産法的行爲能力を制限せられ居る如き者をして幼弱者保護のための財産管理を爲さしむる如きは、理路甚だ倒錯せるものと言はざるを得ない。故に準禁治産者は親權者たるを得ざるものとすべきである」と説かれ(前掲書一四〇頁)、谷口知平教授が「親權は子の保護を目的として認められるものであつて子の財産行爲等の代表權をも含むものであるから、この保護能力を有せず、又自分自身の財産管理さへも完全に獨立して爲し得ない禁治産者や準禁治産者にかかる代表權を有するものと爲し得ない」と説かれたのは(前掲書四一二頁)後者であるが、孰れも上述の理由に依り採用し得ない。

尤も、近くは角田幸吉氏・藥師寺志光博士の如く、親權行使行爲を身分性と財産性との兩面に分離して、親權者が準禁治産の宣告を受けた場合には、準禁治産者は親權者として親權中子の財産管理に關する權利を喪失するが、子に對する監護教育に關する權利は之を喪失しないと爲す見解もあり得る(角田氏「準禁治産者の親權」法學志林三七卷二號四八頁、同氏前掲書四六一頁、藥師寺氏前掲書九七五頁)。財産管理能力なき故を以て直ちに父又は母から親權の全部を奪ふことなく、而も財産管理能力なき父又は母をして、子の財産保全の爲めに其の財産管理を爲さしめない點に於て誠に注目すべき見解ではあるが、民法第八七七條第二項に「親權ヲ行フコト能ハザルトキ」とあるのは、親權の全部を行ひ得ざることを云ふものであることは、同第九〇〇條第一號に「未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキトキ又ハ親權ヲ行フ者ガ管理權ヲ有セザルトキ」とあることから見ても明瞭であるか

ら、解釋論としては俄かに採用出来ない様に思はれる。

藥師寺博士は、準禁治産者は親権者として子の財産管理権を單獨に行使し得ないだけでなく、管理権自體をさへ有せざるものとして「民法は婦女の理財能力不足を見越して親権者たる母は財産管理を辭することを得るものとし^(八八、九條)、又母の管理権行使は親族會の監督に服するものとする^(八八、六條)に拘らず、母よりも一層理財能力欠缺せりと認むべき準禁治産者に對し管理辭任の可能又は親族會に依る監督を規定しなかつたのは、準禁治産者には管理権なきが故に之を規定するの要なしと考へたからである」とされて居るが^(同博士前掲書、九七六・七頁)、法律が母の財産管理辭任を認めたのも、また、母の管理権行使が親族會の特殊の監督に服するのも、女子の財産管理能力の不十分に基くものと云ふよりは、寧ろ、女が一家の重要財産殊に母が婚家の財産を獨斷で管理處分すること自體に對する制限と見るべきであり、母が親権者として子の財産を管理處分するに當つて要求されて居る親族會の同意^(民八八、六條)も、母の不十分なる財産管理能力を補充することを目的とする補充同意と見るよりも、寧ろ、母が子の財産殊に一家の重要財産を管理處分すること自體に對して、許可を與へることを目的とする認許同意と見るべきである。蓋し民法上女子なるが故の無能力なるものは存在しないので、男子も女子も均しく滿二十年に達することに依つて、最早能力補充を受ける必要のない完全能力者になつて居る筈であるからである^(民三、條)〔註一九〕。此の意味に於て財産行為に對する同意は、常に能力補充同意であると爲したり、又は逆に、同意なき行為が取消の効果を招來

する場合は、常に能力補充同意であると爲すことは正當ではない様に思はれる（異説——岡松参太郎博士「意思能力論」法學協會雜誌三四卷二九五頁以下。此の點に付ては保氏「授權同意と監督同意」法學論叢四〇卷二八一頁以下・中川氏前掲書——頁参照）。

また、角田幸吉氏は準禁治産者が親権者である場合には、親権は保佐人の保佐に依つて行使さるべきものとする見解に對して、「親権を行ふ母が第八八六條所定の行爲を爲すには親族會の同意を要することになつてゐる。しかして若し、母が準禁治産者なるときは、この外に保佐人の同意をも要することになり、彼我見解を異にするときは、如何にすべきか、民法は規定するところはない。又、親権を行ふ母が第八八六條所定の行爲を爲すには親族會の同意を要するが、準禁治産者たる夫の保佐人として同意を爲すには何等の制限をも受けることはない」と云ふ不條理がある」とされて居る（同氏「準禁治産者の親権」法學志林三七卷一八二頁）。併し、親権者としての母の行爲に對する民法第八八六條の親族會の同意は認許同意であり、準禁治産者としての母の行爲に對する民法第一二條の保佐人の同意は補充同意であつて、兩者は各自夫々獨自の目的を有するので、これを混同してはならない。詳言すれば、均しく同意と云ふが、親族會の同意（^{民八八六條}）は母が準禁治産者なる場合であると否とに拘はらず、親権者として子の爲めに民法第八八六條列舉の行爲を爲すことを親族會に於て許可するものであつて、之を缺けば母は子の爲めに行爲を爲す能はざるものであるが、保佐人の同意（^{民一二條}）は母が準禁治産者なる場合に、其の不完全なる財産管理能力を補充することを目的とするものであつて、所謂行爲の内容への参加である。従つて、親族會

の同意は財産管理の完全能力者に對しても要求され得るが^(現に準禁治產者に非ざる後)見人又は親權者たる繼父・繼母・嫡母に付いては常に親族會の同意が要求されて居る——民八七八條九二九條)、保佐人の同意は財産管理に付き能力の補充を受けなければならない不完全能力者に對してのみ必要とされねばならない。能力補充を受ける必要のない完全能力者にとつて能力補充の意味での同意は不要であるからである。而して親族會に依つて母が子の爲めに行爲を爲すことを許可された場合に、保佐人が自己獨自の立場に於て母の行爲に同意權を自由に行使し得べきことは、戸主の同意した家族の婚姻に付き^(民七五〇條)、父母が自己獨自の立場に於て同意權を自由に行使し得べきこと^(民七七三條)と、少しも異なるところがない。従つて、「彼我^(親族會と保佐人と) 見解を異にするときは如何にすべきか」と云ふ問題は、論理的に在り得べからざることでなければならぬのみならず、民法上に於ても、例へば夫妻双方共に未成年なる場合に、妻が民法第一四條列舉の行爲を爲すには夫の許可^(認許同意 民一四條)と——殊に、此の場合は夫も亦未成年者であるから、夫自身の法定代理人より同意^(補充同意)を得た上で妻の行爲を許可しなければならないのであるが^(民一八四條)——妻自身の法定代理人の同意^(補充同意 民一四條)とを得なければならないのであつて、決して此の場合のみに生ずる特殊的事例ではない。況んや親權者としては母が親族會の制肘を受けるが、保佐人としては妻が之を受けないとするとは、理論上も實際上也も毫も不條理ではない。

〔註一九〕。されば、親族法改正要綱が「母ノ親權行使ニ關シ親族會ノ同意ヲ要スル事項ヲ

整理減縮スルコト」としたのは（同第二七項）、能力者とするに足るだけの實質が

女子としての母に備はつて來たが爲めであるとするよりは、寧ろ、「戸主」を中心とする従来の大家族制が「夫婦」を中心とする小家族制に變移した爲めに、最早母を女としての社會的劣位に置くこと殊に他家から嫁いで來た者として特殊の取扱に服せしめることを、許さざるに至つたからであるとするべきである。それは母を財産管理の無能力者と見る女子無能力思想の修正ではなくして、母を生來外の入籍家族と見る家族思想の修正であると謂へる。

妻たることは他人を統轄し又は監護して行くに付て、現行法上何等の支障もないものと考へられるので、妻にして身分的意思能力を有する限りは、戸主權行使としての身分行爲も、親權行使としての身分行爲も、夫の許可なくして單獨にて完全有効に之を爲し得る。例へば、戸主である妻が戸主權を行使して家族を離籍したり（民七四九條三項
七五〇條二項）又は家族の分家・他家相續・婚姻・養子縁組等に付き、戸主として同意するには（民七四三條一項
七五〇條一項）、夫の許可を必要としない（民一
四條）。同様に、親權者である妻が親權を行使して子に代はつて子の父に認知を求むるにも（民八三
五條）又は未成年の子の分家・他家相續・親族入籍・引取入籍等に付き、親權者として同意するにも（民七三七條二項七三八
條七四三條一項但書）、夫の許可を必要としない（民一
四條）。尤も、有夫の女戸主が隠居を爲すには夫の許可を受くべきであり（民七五五
條二項）、また、母が親權を行ふ場合には親族會の特殊の監督を受くべきではあるが（民八八
六條）、これ等の制限は女戸主としての戸主權行使上の制限でもなく、また、妻としての親權行使上の制限でもない。蓋し前者は所謂「戸主權に非ざる戸主の權利」行使に關する制限であるし、後者は妻としてと云ふよりも、寧ろ廣く母としての親權行使に關する制限であるからである。

以上検討したところを明確ならしむる爲めに、其の要旨を次の如き一覽表に總括して置くことにする。

戸主權・親權・夫權の享有又は行使上の缺格者					
		未成年者	禁治產者	準禁治產者	妻
戸主權	享有適格	有	有	有	有
	行使適格	無 代行者—親權者(895)・後見人(934 I)・親族會(751)〔一〕	無 代行者—後見人(934 I)・親族會(751)	有 但し準禁治產者は戸主權行使上の缺格者と解すれば代行者は親族會(751)	有
親 權	享有適格	有	無	有	有
	行使適格	無 代行者—親權者(895)・後見人(934 II)	/	有 但し準禁治產者の親權行使は保佐人の保佐に依つて制限を受く(12)	有 但し母としての行使上の制限を受く(886)
夫 權	享有適格	有	有	有	/
	行使適格	無 例外—許可權(18) 追認權(122) 取消權(120 II)〔二〕	無	無	/

〔一〕。但し戸主が未成年の妻なるとき、戸主權代行者は成年の夫(791・934 I)、夫も亦未成年なるときは妻の親權者(895)・後見人(934 I)・親族會(751)が代行する。

〔二〕。財産管理權(801)の代行者—親權者(885)・後見人(921)。

從つて例へば、未成年者たる親權者は子の親族入籍^(民七三七條二項)・引取入籍^(民七三八條)・分家^(民七四三條一項但書)・廢絶家再興^(民七四三條一項但書)又は他家相續^(民七四三條一項但書)に對して、親權の行使として自ら同意を爲すことは出来ないが、未成年者たる「家に在る父母」は子の婚姻^(民七七二條一項)・離婚^(民八〇九條)・縁組^(民八四四條)又は離縁^(民八六三條一項)に對して、身分的意思能力ある限りは、

單獨にて完全有効に同意を爲すことが出来る(繼親子關係に於ては斯る場合も想像され得る)。蓋し前者は親權者の未成年の子に對する監護權の一作用であり、從つて其の監護權を行使し得る者は、自ら他人に依つて監護されることなく且つ他人を監護し得るに足る丈の適格を備へて居らねばならない事情の存する、身分行爲制限の問題であるに反し、後者は子が「家に在る父母」の身分關係に、一定の影響を及ぼすべき行爲を爲すこと自體に對する「家に在る父母」の認許であり、從つて専ら之を認許する人自身の意思が尊重されねばならない事情の存する、身分行爲能力の問題であるからである(異說——中川教授前掲書一四三頁以下、於保助教授「身分行爲の法定代理」論叢三九卷一號八六頁)。されば、民法が父母の缺けた場合に子の婚姻・離婚・縁組又は離縁に付き、親族會・後見人の同意を必要としたのも(民七二七條三項七七三條八〇九條八四四條八四六條一項八六三條二項)、親族會・後見人に父母の行ふべき同意を代行せしめたと云ふよりも、寧ろ身分法上の要求に基いて父母が缺けた場合には、親族會・後見人をして其の固有の資格に於て個人の身分行爲に干渉せしめたものと理解されねばならない(異說——中川教授前掲書一二四頁)。同じことは、親族法改正要綱の「父母共ニ在ラザルトキハ家ニ在ル祖父母ノ同意ヲ得ベキモノトスルコト」(第四の三・第十一の一・第十五の一・第二十三・第二十五)に付ても謂ひ得る。

父又は母に對して、認知を求むる私生子自身又は其の直系卑屬自身は未成年者なる場合でも、苟くも身分的意思能力者でさへあれば、法定代理人の同意を得ずして自ら單獨にて認知請求の訴を提起し得るものとされて居るにも拘はらず(人訴三九條一項三條一項、前掲(二九頁)大正十四年十二月八日東京控訴院判決——法律新聞二五三二號九頁)、私生子の母が未成年者なる場合には、假令身分的意思能力があ

つても、母自ら私生子に代はつて私生子の父に對して認知を求むることを得ないで〔註二〇〕、母の法定代理人が更に母に代はつて認知を求むべきものとされて居るのは〔註二一〕、未成年者たる母に認知請求能力自體の缺けて居るが爲めではなくて、子に代はつて認知を求むることが、親權行使行爲に屬すること自體から生ずる當然の歸結であると理解されねばならない^(民八三五條八九五條九三四條二項)。別言すれば、未成年者たる私生子又は其の直系卑屬が自ら單獨有効に認知を求め得るのは、認知を求むることに付いて最も重大なる利害關係を直接有する私生子又は其の直系卑屬本人の意思を尊重すべしとする身分法に於ける意思主義的要請に基く、身分行爲能力の問題であるからであり、未成年者たる母が私生子に代はつて私生子の父に對して自ら認知を求め得ないのは、未成年者たる母に子の監護者としての適格、親權行使者としての適格を認め得ないことに基く、身分行爲制限の問題であるからである。

〔註二〇〕。昭和七年四月十六日大阪控訴院判決——被控訴人ノ本訴請求ハ、被控訴人ノ母甲ハ昭和五年四月二十一日（舊曆三月二十三日）高知縣幡多郡中村町大字大平寺ニテ講會開催セラレタル際、同夜同寺内ニ於テ控訴人ト情交關係ヲ結ビ、其後一週間内ニ二回控訴人ト情交ヲ重ネタル結果被控訴人ヲ懷胎シ同年十一月二十六日分娩シタルヲ以テ控訴人ニ對シ認知ヲ求ムト謂フニ在リテ、本訴ハ被控訴人ノ母甲ガ被控訴人ノ法定代理人トシテ提起シタルコトハ本件訴狀ノ記載ニ依リ明カナレドモ、成立ニ爭ナキ甲第一號證（戸籍謄本）ニ依レバ、被控訴人ノ母甲ハ乙ノ二女トシテ大正三年六月十日出生シタルコトヲ認メ得ベキヲ以テ、尙未ダ其父乙ノ親權ニ服セル者ナリ。而シテ民法第八九五條ニ依レバ親權ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ニ代リテ親權ヲ行フベキモノナルヲ以テ右乙ハ未成年者タル甲ニ代リ被控訴人ニ對スル親權ヲ行フベク、甲ハ被控訴人ニ對シテ親權ヲ行フコト能ハザ

ルヲ以テ、私生子認知ヲ求ムル本訴モ亦親權者ニ代リ親權ヲ行フ被控訴人ノ祖父
乙ヨリ提起セザルベカラザルニ拘ラズ、未成年者タル甲ガ被控訴人ノ親權者トシ
テ法定代理人タル資格ニ於テ爲シタルハ不適法タルヲ免レザルヲ以テ本訴ヲ却下
スベク、此點ヲ看過シタル原判決ハ取消ヲ免レズ（法律新聞三四一二號一六頁）。
年月日不詳東京控訴院判決——親權者ガ未成年者ナルトキハ自ラ親權ヲ行フコト
能ハザルガ故ニ、其者ガ未成年者ノ親權者トシテ訴ヲ提起シタルトキハ、其ノ訴
ハ法律上代理ノ欠缺アル不適法ノ訴ナリトス（法律新聞四〇八號（明治四〇年二
月二〇日）一二頁）。

【註二一】。大審院は、明治三十八年四月一日「民法第八三五條ノ場合ニ於テハ法定代理人
ハ無能力者タル子又ハ其直系卑屬ヲ代表シテ認知ヲ請求スルモノニシテ、父又ハ
母ガ子ヲ代表スルハ親權ノ效力ニ他ナラズ、故ニ私生子ノ母タル未成年者ノ親權
者ガ其未成年者ニ代リテ親權ヲ行ヒ私生子認知請求ノ訴ヲ提起スルハ不法ニ非
ズ」と判決して以來（民錄一一輯四二九頁）、私生子の母が未成年者なるときは、
母の法定代理人が更に未成年の母に代つて、私生子の父に對して認知請求の訴を
提起すべきものと解して居る。同趣旨——大正四年九月十八日判決（民錄二一輯
一四七七頁）・同八年十二月八日判決（民錄二五輯二二一三頁）・同十一年四月六
日判決（民集一卷一七八頁）。尙ほ後掲（七一頁）明治三十七年九月二十四日大審
院判決（民錄一〇輯一一五四頁）参照。

學說も一般に之を支持して居る。中島玉吉博士前掲書五二八頁・中川善之助教授
「日本親族法」三〇七頁・藥師寺志光博士前掲書七三四頁・角田幸吉氏前掲書二七
八頁・穗積重遠博士前掲書四六三頁・野上久幸氏前掲書三一二頁・谷口知平教授
前掲書三五一頁。

異説。大正二年十二月二十六日東京地方裁判所判決——子ガ父又ハ母ニ對シテ認
知ヲ求ムルノ權利ハ、父又ハ母ガ子ヲ認知スル權利ト等シクノ身分上ノ權利ニ
シテ其ノ之レヲ行使スルト否トハ原則トシテ本人直接ノ意思ノ決定ニ基クコトヲ
要ス。從テ子ガ裁判上ニ於テ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ訴求スルニ當リテモ、其ノ之
レヲ爲スト否トハ亦原則トシテ本人ノ直接ノ意思ニ俟タザルベカラズ。是レ他ノ
身分上ノ法律行爲ニ關スル民法並ニ人事訴訟法ノ規定ニ對照シテ攷フルモ明白ニ
シテ疑ヲ容レザルトコロナリ。但ダ子ノ父又ハ母ニ對スル認知ノ請求ニ關シテ

ハ、民法第八三五條ノ規定ニ依リ子ノ法定代理人ハ子ニ代リテ之レヲ認知ヲ求ムルコトヲ得ベシト雖モ、是レ唯ダ子ノ直接ノ法定代理人ノミニ關スル特別ノ規定ナルガ故ニ、法定代理人ノ親權者ノ如キハ假令法定代理人ノ代理人タル關係ニ於テスル場合ト雖モ、素ヨリ認知ノ請求ヲ爲スコトヲ得ベカラズ。蓋シ右ニ述ベタルガ如ク、子ガ其ノ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルヤ否ヤハ、本來子ノ直接ノ意ニ依リテノミ決スベキモノニシテ、子ノ直接ノ法定代理人ト雖モ尙ホ且ツ明文アルニアラズンバ、當然之レニ代リテ其ノ請求權ヲ行フコトヲ得ベキニアラザレバナリ（法律新聞九二九號二三頁）。石坂晋四郎博士「判例批評」（京法九卷二五三一頁以下）。牧野菊之助博士「親族法論」三〇三頁。和田于一博士「親子法論」一七八頁。

明治三十七年(オ)第二六三號私生兒認知請求事件に於て、上告論旨が「人事訴訟手續法第三九條第三條ノ規定ニ依ルトキハ、認知ノ訴ハ未成年者ト雖モ、法定代理人ノ同意ヲ經ズ自ラ訴訟行為ヲ爲スノ能力ヲ有スルモノナルガ故ニ、私生子ノ母タル甲（未成年者）ニ於テハ法定代理人トシテ自ラ訴訟行為ヲ爲スベキニ其（甲）ノ親權者タル乙ガ甲ノ法定代理人トシテ本訴ヲ提起シタルハ人事訴訟手續法ニ違背スルモノナリ」と爲したのも、また、大審院が之に對して、同年九月二十四日「前記訴訟手續法ノ規定タルヤ無能力者（未成年者たる私生子ノ母）ガ認知請求ノ訴訟行為ヲ爲スニ付キテハ必シモ其法定代理人（母ノ親權者）ノ同意ヲ得ルコトヲ必要トセザル旨ヲ規定シタルニ過ギズシテ、敢テ法定代理人（母ノ親權者）ガ無能力者（私生子ノ母）ヲ代表シテ訴訟行為ヲ爲スノ權利ナキコトヲ規定シタルモノニ非ズ」と判決したのも（民錄一〇輯一五四頁）、共に身分行為能力の問題と身分行為制限の問題とを混同したものと謂はざるを得ない。而も昭和十二年六月二十九日大審院は、此の見解を「當院ノ夙ニ判例トス

ル所」として尙ほ維持しようとして居る（前掲〔註二一〕參照。法律（新聞四一五七號一六頁）。

思ふに、人事訴訟手續法第三九條第一項に依り認知の訴に準用せられた同第三條第一項の規定する所は、身分行爲能力の問題であつて、身分行爲制限の問題ではない。即ち意思能力ある未成年者は法定代理人の同意を得ずして、自ら認知請求の訴を提起し得ると云ふことを規定したものであつて、子の監護者として子に代はつて子の父に對して認知を求むる場合に、未成年者たることが子の監護者たるに何等の障礙とならず、而も其の監護權行使として、子の父に對して認知を求むるにも「其法定代理人……ノ同意ヲ得ルコトヲ要セズ」と爲した規定ではない。蓋し未成年者たることは親權を未成年者自ら行使することの何等妨げとならないと解するが如きことは、親權の監護權たる本質に反し、民法が「親權ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ニ代ハリテ……親權ヲ行」ひ、また「後見人ハ未成年者ニ代ハリテ親權ヲ行フ」べきものとした趣旨（民八九五條九三四條二項）に反すること極めて明瞭であるからである。未成年の子・其の直系卑屬自身は身分的意思能力者でさへあれば、自ら單獨有効に父に認知請求の訴を提起し得ると云ふことは、純然たる認知請求者としての能力の問題であるに反し、子の未成年の母は身分的意思能力者であつても、自ら子に代はつて子の父に認知請求の訴を提起し得ないと云ふことは、能力問題とは全く別個の立場に於て別個の原理に従ふべき、子の監護者として子の爲めに監護行爲を爲すことと自體に對する制限の問題である。從來、身分行爲制限の問題を身分行爲能力の問題から除外することの、可能と必要とが閑却されて居つ

たところに、幾多の思想的な混亂と矛盾とが生み出されて居たことを吾々は看過してはならない。

例へば、青山道夫氏が「判例に表はれたる身分行為能力」(法學新報五〇卷一二號以下)に於て「認知の訴は意思能力ある未成年者には認められるのであるから(大正十四年十二月八日東京控訴院判決——拙稿二九頁)、右の判例(明治四十一年十一月一日大阪控訴院判決——未成年者ノ親權者ハ未成年者ノ父又ハ母ニ對シ其私生子認知ヲ要求スルコトヲ得ベシト雖、若シ其親權者モ亦未成年者ナルトキハ其親權者タル未成年者ヲ代表スル法定代理人ニ於テ私生子認知ノ訴ヲ提起スベク、未成年者タル親權者ノ出訴ハ適法ニアラズ——最近判四卷六二頁)の如く「未成年者タル親權者ノ出訴ハ適法ニアラズ」と簡単に言ひ切ることは出来ないのである」と爲して(同別刷、四九頁)、

「法定代理人の認知請求權は、意思能力ある限り自ら行使し得ることを寧ろ正當とすべきではないかとさへ私は思ふのである」と謂つて居られるのも(同別刷、三二頁)、身分行為制限の問題(即ち子の監護者ととしての缺格の問題)を、身分行為能力の問題(即ち認知請求者ととしての能力の問題)として取扱つたところに、重大な誤謬があるやうに思はれる。蓋し問題は、未成年の母に付き認知請求能力の有無(身分行為能力の問題)に在るのではなくて、子の親權者として子の爲めに監護行為を爲すことに付いての適格の有無(身分行為制限の問題)に在るからである。

それは未成年戸主と雖も、身分的意思能力を有する限りは獨斷で隱居を爲し得るにも拘はらず(同氏前掲論文六・一二・一三頁參照)、自ら戸主權を行使して家族を離籍することが許されないのと少しも異なるところはない(同氏前掲論文四三・四四頁參照)。前者は隱居者として隱居を爲すことに付いての能力の有無の問題であり、後者は戸主として家族の上に身分的支配を爲すことに付いての適格の有無の問題であるからである。未成年の母が實質的には認知請求能力あるにも拘はらず、子の監護者としての適格を缺くが故

に、子の爲めに監護行爲を爲すことを禁じられて居るところに、身分行爲制限の問題がある。認知請求者としての能力の問題と、子の監護者としての缺格の問題とは、嚴格に區別して考察さるべき問題である。

同様に、認知に對する成年私生子の承諾は(民八三〇條)、成年私生子が禁治產者なる場合でも、本心に復して身分的意思能力を有する限りは、自ら單獨にて承諾の意思を表示することが出来るのも(異説——中島玉吉博士前掲書五一四頁)、認知に對する子の承諾が、認知に因る子の身分關係の變動に對する子自身の認許であることから生ずる、身分行爲能力の問題としての當然の歸結である。此の場合に、民法が年齢を高めて成年の私生子に付てのみ其の承諾を要するものと爲したのは、承諾に付てだけ特に高き財産法上の行爲能力が必要とされたが爲めではなく、寧ろ、認知に對する私生子の利益保護の要求から來たものたるに過ぎない。従つて、成年の私生子にして身分的意思能力を有せざるときは、身分行爲法に於る例外的場合の一として、其の親權者又は後見人が代はつて此の承諾を爲し得るものと解すべきではあるが(民八三五條參照。尙ほ前述の「身分行爲の法定代理」參照)、成年を以て其の標準と爲したこと自體に付ては疑を有する。寧ろ、身分行爲に於ける能力理論に従つて、滿十五年以上の子若くは身分的意思能力を有する子に付ても、均しく其の意思が尊重せらるべきではあるまいかと思はれる(民七四三條三項)。

之に反して、離婚當事者たる父母が離婚に際し、離婚後に於ける子の監護者を定むる協議は(民八一三條、八一四條)、父母の一方が子に對して自ら親權を行使して居らない場合は、假令父母双方が身分的意思能力者であ

つて離婚に付いての行為能力者であつても、之を爲すことは許されない。蓋し子の監護に關する協議は、離婚當事者たる父母の一方が親權者として子に對して、監護權を有し且つ之を自ら行使して居るものなることを前提とするからである。谷口知平教授は、原則として主たる身分行為を爲し得る能力を有する者は、主たる身分行為に附隨的に爲される行為も有効に爲し得、主たる行為が一定の者の同意を要する場合には、その者の同意を要するものと解すべきであるから、子の監護者協議能力は、離婚の能力及び同意に關する規定に依り律せらるべきであるとされ^(同氏前掲書三八・四〇頁)、中川善之助教授は、離婚を爲し得る能力のある者は離婚に附隨する子の監護協議をも自由に獨立に爲し得ねばならない、離婚自體に付いて父母等の同意を必要とする者と雖も、其の子の監護協議に付いては何人の同意をも必要としないとされて居る^(同氏前掲書一五五・一五九頁。「日本親族法」二九頁)。

併し、これ等の説明は孰れも純粹に協議能力のみを吟味した身分行為能力の問題に關するものであつて、身分行為制限の問題としては、之とは別に、子の監護協議が親權に屬する監護權の代行を目的とするものである限り^(民八七・九條)、協議の當時子に對して親權を有し且つ現に之を行使して居る者でなくては、之を爲し得ない點が顧られねばならない。蓋し子に對して親權を有し且つ自ら之を行使し得る者は、單に協議能力者又は離婚能力者たるを以ては足りないからである。例へば、親權喪失の宣告を受けた者^(民八九・六條)若くは親權行使禁止の假處分を受けた者^(民訴七五八・七六〇條)であつても、純粹に身分行為能力の點からのみ考へ

れば、協議能力者又は離婚能力者たるを妨げないのであるが、而も離婚當事者として子の監護を協議することは許されないと謂はねばならない。

されば、大正元年十二月十九日大審院は、妻乙が夫甲と協議離婚を爲すに當り、協議して甲乙間の子丙の十五歳に達するまで、妻乙に於て丙の監護を爲すことになつて居つたにも拘らず、父甲の代諾に依り丙は丁の養子と爲つたので、養親丁から監護權者たる母乙に對して丙の引渡を請求した事案に付き、「協議上ノ離婚者ガ其協議ヲ以テ子ノ監護者ヲ定メタル場合ニ於テハ、親權ノ一部タル監護權ハ其義務ト共ニ監護者ニ歸屬シ、其監護權ノ對世權ナルコト上告人（乙）ノ所見ノ如シトスルモ、子ノ監護者ヲ定ムルハ親權者ガ監護ヲ爲スハ子ノ爲メニ不利ナルニ依リ、他ノ適當ナル者ヲシテ其任ニ當ラシメ以テ子ノ利益ヲ保護セントスルニ出デタルモノニシテ、親權者ヲシテ監護ヲ爲サシメザルニ在レバ、離婚者中ノ親權者ガ親權者タルノ資格ヲ喪失シタルトキハ、縱令監護者ヲ定メザリシトスルモ監護ヲ爲スコト法律上不能トナリ、最早監護ヲ爲スノ處ナク監護者ヲシテ監護ヲ爲サシムルノ必要存セザルヲ以テ、監護者ノ監護權モ亦當然消滅ニ歸スベキモノトス。然レバ上告人（乙）ハ離婚シタル其夫甲トノ協議上其子丙ノ監護者ト爲リタルモ、丙ガ被上告人（丁）ノ養子ト爲リ丁ガ其親權者ト爲レルト同時ニ甲ハ丙ニ對スル親權者タルノ資格ヲ喪失シ、從テ上告人（乙）ハ丙ニ對スル監護權ヲ喪失シタルヲ以テ、被上告人（丁）ニ對シテ丙ノ引渡ヲ担ムコトヲ得ザルモノトス」（民錄一八輯一〇九〇頁）として、離婚當事者

の協議に依り子の監護者と爲つた者の監護權は、離婚當事者たる父母が親權者たる資格を喪失することに因つても當然に消滅すべしと爲して居る〔註二二〕。同様に、未成年親權者の親權が其の未成年親權者の親權者又は之に代るべき後見人に依つて代行されて居る場合にも（民八五條九三四條二項）、斯かる未成年の父母は假令實質的には協議能力者であつても、離婚當事者として自ら子の監護を協議することを得ない。協議の能力ある身分的意思能力者に對して、協議を爲すことの自由を制限し若くは之を禁止するところに、身分行為制限の問題があり得る。而も、親權代行者たる未成年親權者の親權者又は後見人は離婚の當事者ではないので、此の場合には何人も子の監護に關する協議を爲し得ないと謂はねばならない。

〔註二二〕。同說——島田鐵吉氏「親族法明治大學講義錄」二五七頁。和田子一博士「婚姻法論」六八四頁。藥師寺志光博士前掲書五七六頁。

異說——青山道夫氏は子の保護の立場から、監護者の監護權はそれ自體最早親權とは獨立な存在を有するものであると爲し、從つて親權者の變更は監護者の監護權に變更を來さないと爲して居られる（同氏「離婚と子の監護」家族制度全集法律編「離婚」二五九頁）。

今まで述べて來たところは、後見人・後見監督人又は親族會員として、他人に對して監護的支配を爲すことに付ても、均しく謂ひ得ることである。蓋し後見人・後見監督人として被後見人に對して監護的支配を爲すべき者（民九一五條九二一條）又は親族會員として親族會の決議に加はることに依つて、他人に對して監護的支配を爲すべき者が（民七五七二條三項七七三條八〇九條八四三條二項八四六條八六三條二項八七八條八八八條九〇四條九一七條三項九一九條三項九七五條二項九八二條九八五條）、身自ら他

人の監護を受けて居るが如き未成年者・禁治産者又は準禁治産者であつてはならないからである(民九〇八條九一六條九四六條三項)。従つて例へば、未成年者と雖も身分的意思能力を有する限りは、繼親としては獨斷で繼子の婚姻に付き、同意は之を爲し得るにも拘はらず(民七七二條一項二項)〔註二三〕、後見人としては、親權を行ふべき父母を缺く未成年の子の分家に付き、同意は之を爲し得ないものと謂はねばならない(民七四三條一項但書)。蓋し前者は繼子が繼親の身分關係にも一定の影響を及ぼすべき婚姻を爲すこと自體に對する、繼親の認許の問題であるから、之を認許する人自身の意思が専ら尊重されねばならないので、同意能力は身分的意思能力を以て足りるとする、身分行爲能力の問題であるに反し、後者は親權を行ふべき父母を缺く未成年の子の分家に對する、後見的監護の問題であるから、これが監護を爲し得る者は、自ら他人に依つて監護されることなく且つ他人を監護し得るに足る丈けの能力を備へて居らねばならないので、被後見人の上に監護的支配を爲すこと自體に付ての缺格に由來する、身分行爲制限の問題であるからである。

〔註二三〕。但し大正十三年二月二十五日民事第二二七〇號民事局長回答は未成年繼母は民法第四條に依り法定代理人の同意を得て未成年繼子の婚姻に同意を爲し得るものとして居る。

以上述べた(Ⅲ)の身分行爲の制限に違反して爲された身分行爲は、法律上行爲を爲し得ざる者の爲した行爲であると云ふ意味から、何等の效力も生じ得ない無効の行爲であることが一般の見解である。例へば、未成年親權者が自ら親權を行使して未成年の子の分家に

同意しても、又は、未成年戸主が自ら戸主権を行使して家族を離籍しても、其の同意行為又は離籍行為は取消し得べきものたるに止まらずして、當然無効なることは解釋上殆んど異論がないと云ふてよい（民八九五條
九三四條）。併し、他の（Ⅱ）・（Ⅳ）の場合に於けると同じく、茲でも、此の種の行為を常に絶對無効と見ることに因る身分的法律秩序崩壊の問題、殊に第三者保護の問題が、解釋論としても、立法論としても検討され、工夫されなくてはならない。

Ⅳ. 身分的法律秩序維持に由來する身分行為の制限

身分的法律秩序維持に由來する身分行為の制限は、一定の要件を具備せざる者に身分的制度を解放して、自由に行爲に因る身分の變動を許すこと、若くは行為に因る身分の變動を行為の時期・期間又は其の種類・内容・方式に於て無制限に認めることが、身分的法律秩序を混亂する虞れがあることから、必然的に生じて來る身分行為の制限である。別言すれば、個人の意思に基く身分關係の變動に對する、制度的秩序維持の爲めの人的・時間的・内容的又は方式的制限であつて、行為者の能力問題から招來された制限ではない。

例へば、養親と爲るには成年に達したる者なることを要するのも（民八三條）、女戸主を除き滿六十年に達しない者には原則として隱居が許されないのも（民七五二條七五三條
七五五條一項）、また、男は滿十七年、女は滿十五年に至らざれば婚姻を爲すことを得ないとするのも（民七六條
五條）、必ずしも法定の年齢以下の者に、この種の身分變動に對する認識能力が缺けて居るからではなくて（民七五六條七七條
四條八四七條）、寧ろ、法定の年齢以下の者に、身分行

爲に因る當該身分關係の變動を認むることが、養子制度・隱居制度又は婚姻制度の根本的秩序を崩壊せしむることと爲るからである。尤も、長沼宏有氏は婚姻適齡を以て婚姻意思能力の一般的準據と解せられて居るが^(同氏前掲書三七頁)、婚姻適齡の問題は、婚姻を爲す者としての年齢上の適格問題であつて、少なくとも直接には、事實上の婚姻意思能力有無の判定に關聯しては居らない。従つて、婚姻適齡の問題は身分行爲能力の問題としてではなく、身分行爲制限の問題として考察されねばならない。されば、婚姻不適齡者の婚姻が取消し得べきものとされて居るのは^(民七六五條七八〇條)、婚姻不適齡者の婚姻意思能力が不充分であるからではなく、この種の婚姻の存在が公の婚姻秩序を破壊に導くからである。若し婚姻不適齡者を以て婚姻意思無能力者であると解すれば、この種の婚姻と雖も不適齡者が適齡に達することに因つて、當然に婚姻取消權が消滅して確定的有效となると云ふこと^(民七八一條)自體が、誠に不合理なことであると謂はねばならない。これが合理的な解釋は能力問題とは別個の、違法な婚姻狀態そのものの消滅に在ると見ることでなければならぬ。

六十年に滿たざる男戸主が隱居を爲す場合^(民七五三條七五四條一項)・家督相續に因りて戸主と爲りたる者が廢家を爲す場合^(民七六二條二項)・家督相續人選定權者たる被相續人の父若くは母又は親族會が法定の選定順位を變更する場合^(民九八三條九八五條三項)には、孰れも裁判所の許可を要するのであるが、これも直接には、行爲者の能力問題から招來されたものではないし、同様に、法定の推定家督相續人たる男子を有する戸主は男子を養子に

迎へ得ないのも(民八三九條)、或ひは、家族は假令戸主の同意を得ても勝手に無縁故の廢家又は絶家を再興し得ないのも(民七四三條一項)、或ひは、戸主及び法定の推定家督相續人は他家に入るべき婚姻又は養子縁組を爲し得ないのも(民七四四條七五四條七六二條七八八條八六一條)、或ひは、戸主又は家族の妻及び女戸主又は法定の推定家督相續人の夫は親族入籍・分家・廢絶家再興又は他家相續の如き行為を爲し得ないのも(民七四五條七八八條)、均しく能力理論とは無關係な、身分行為制限の問題であること多言を要しない。

以上述べた(Ⅳ)の身分行為の制限は、明瞭に公序良俗に關する強行規定ではあるが、従つて之に違反して爲された身分行為は違法には相違ないが、常に必ずしも當然に無効とはされて居ない。蓋し身分行為の制限を無視して、身分行為が爲されたことに因つて生じた身分的秩序破綻の禍害と、制限を無視した身分行為ではあるが、社會的には一應存在して居るものと認められ得る身分行為を、遡及的に且つ絶對的に、無効と爲すことに因つて蒙るべき身分上及び財産上に於ける法律關係混亂の禍害との輕重を、充分に比較考慮して、決定せらるべき問題であるからである。即ち當該身分行為の制限に對する國家的法律的要請の強弱と、當該身分行為を當然無効とすることから生み出される身分關係の不安定に對する可及的阻止に對する立法政策上の要請の強弱とに従つて、或ひは其の制限違反あるにも拘はらず、身分行為を完全有効に成立するものと爲し、或ひは之に因りて身分行為を單に取消し得べきものと爲し、或ひは之に因りて身分行為を全然無効なものと爲して居る。これ等のことは民法自體に明瞭に規定されて居る場合

もあるが、また民法に何等の規定もないので、親族法上及び相続法上の諸原則から総合的に解釋されねばならぬ場合もある。

例へば、法定の推定家督相続人が廢除の手續を経ることなく分家の届出を爲し、これが戸籍吏に依つて受理され、戸籍簿に記載されても（昭和十三年三月二十八日大審院判決——民集一七卷五一六頁。同趣旨——大正七年七月十二日民第一九八四號法務局長回答。穂積博士前掲書二一六頁。野上氏前掲書六一頁。藥師寺博士前掲書一八〇頁。異說——中川氏「民法Ⅲ」（岩波全書）三七頁。谷口氏前掲書一五一頁。來栖三郎氏「判例民事法」（昭和十三年度）——一九頁。福島四郎氏「最新判例批評」（民商法雜誌八卷三號）八七頁）、家督相続に因りて戸主と爲りたる者が、裁判所の許可を得ずして廢家の届出を爲し、これが戸籍吏に依つて受理され、戸籍簿に記載されても（大正十二年六月六日大審院判決——民集二卷三七六頁。同趣旨——大正七年十月二十日民第一九八四號法務局長回答）、また、家督相続人を選定する權利を有する者が裁判所の許可を得ずして、法定の選定順位を變更して家督相続人を選定しても（民法九八三條に關するもの——大正十一年十一月十一日大審院民事聯合部判決（民集一卷六四〇頁）。民法九八五條に關するもの——大正十四年二月十日大審院判決（民集四卷四四頁））、其の分家行爲・廢家行爲又は選定行爲の無効なることは、判例上略々確定して居ると謂ふてよい。未成年者を養親と爲し又は尊屬若くは年長者を養子と爲した縁組（民八三七條八三八條・八五三條八五四條）・女戸主を除き滿六十年に達せざる者の爲した普通隠居（民七五二條七・七八條一項）・裁判所の許可なき特別隠居（民七五三條七五四條一項七五八條一項）〔註二四〕・婚姻適齡に達せざる者の爲した婚姻（民七六五條七八・〇條七八一條）・法定の推定家督相続人たる男子ある戸主が男子を養子と爲した縁組（民八三九條八五四條）等が孰れも當然無効とされず、單に取消し得べきものなることは民法自ら之を規定して居る。

〔註二四〕。大正十四年十二月八日大審院判決——隠居ヲ爲スニ付裁判所ノ許可ヲ要スル場

合ニ於テ其ノ許可ヲ得ズシテ爲シタル隠居ハ無効ニ非ズシテ單ニ民法第七五八條

ノ規定ニ從ヒ取消シ得ベキモノナルコトハ同條ノ解釋上疑ヲ容レザル所ナリ。蓋
右ノ如キ場合ニ至リテハ純然タル理論ヨリ之ヲ見レバ無効トスベキガ如シト雖隱
居ノ如ク身分上財産上ニ重大ナル關係ヲ及ボスモノニアリテハ後日ニ至リテ之ヲ
無効ナリトスルトキハ其ノ影響スル所甚大ナル實際ノ事情ニ鑑ミ短期ノ除斥期間
ヲ定メ其ノ期間内ニ限り裁判上之ヲ取消シ得ベキモノト爲シタルナリ。而シテ裁
判所ノ許可ヲ得テ隱居ヲ爲シタル場合ニ於テ該裁判所ノ許可ヲ取消サレタルトキ
ハ裁判所ノ許可ナカリシト同一ニ歸着スルヲ以テ右隱居ハ始メヨリ裁判所ノ許可
ヲ得ズシテ爲シタル隱居ト均シク單ニ民法第七五八條ノ規定ニ從ヒ取消シ得ベキ
モノニシテ右隱居ノ取消ガ判決ニヨリ確定セザル限り隱居ハ依然トシテ有效ナル
モノト解スルヲ相當トス（民集四卷七〇四頁）。

異説——美濃部達吉博士「行政法判例評論」（法學協會雜誌四四卷七二四頁）。

戸主又は法定の推定家督相續人が、廢家若くは隱居を爲さずに又は
廢除を受けずに、婚姻又は縁組に因りて他家に入るべき届出を爲した
ときは、戸籍吏はこれ等の届出を受理すべきものではないが（民七七八
條八四九）、一旦受理されて形式上行爲が成立した上は、寧ろ婚姻又は縁組を
完全有効に成立したものとて、もはやこれが取消又は無効の問題を
残さないものと解することが、今日の通説であり、判例である。蓋し
家族制度維持の法律的要請を無視した状態を除去する爲めに、既に成
立した婚姻又は縁組の效力を覆して、曾て婚姻又は縁組なかりしもの
（無効）と爲し、或ひは、將來に向つてのみ其の存續を承認し得ざるもの
（不遑及的取消、民七
八七條一項八五九條）と爲して見ても、孰れにしても其のことは、身分上
及び財産上に於ける既成の秩序を不當に混亂せしめる結果を招來する
ので、其の禍害の方が家族法的要件の無視に因つて生じた禍害より、
却つて遙かに大であると考へたからである。別言すれば、斯かる婚姻

又は縁組を以て無効又は取消し得べきものとししないのは、之を適法の行為として承認し得るが爲めではなく、唯だ斯かる行為に基いて發生した身分と、此の身分に附隨して爲された一切の身分行為及び財産行為とを、悉く否定し去ることの事實上及び法律上の困難と之に伴ふ禍害とが、「家」の維持・強化に對する法律的要請を後退せしめたが爲めであると理解さるべきである。殊に、「家」の維持の爲めの社會的要求は、民法上の「家」が現實の家族的共同生活と分離して、全く觀念的な形式的な存在に惰しつつある今日に於ては、極めて微弱なものと爲つた事實も顧慮されての解釋論であることを、吾々は此際看過してはならない。

即ち戸主が隱居を爲さずして他家に入るべき婚姻届を爲し、これが受理された場合に付ては、既に民法自ら之を規定して、この種の婚姻と雖も完全有効に成立するものとして居る（民七五四條二項）。判例は此の規定を戸主が隱居を爲さずして他家に入るべき縁組届を爲し、これが受理された場合にも類推適用して、戸主は縁組の日に於て隱居を爲したるものと看做すべきであると解して居る（大正五年一月二十日大審院判決——民錄三三六六號一四頁。昭和六年十二月十八日大審院判決——法律新開三三六六號一四頁）。戸籍上の取扱も（大正元年九月三日民事第（三四〇號民事局長回答））、通説も（奥田博士「日本親族法講義錄」七二五頁。牧野博士前掲書一三四頁。柳川氏前掲書一二一頁。野上氏前掲書八七頁。中島博士前掲書六一二頁。角田氏前掲書三三九頁。谷口氏前掲書三八三頁。近藤博士前掲書四一・一六二頁。森本氏前掲書四三四頁。木村健助氏「最新判例批評」（民商法雜誌五卷五號）一二一頁）、判例の此の見解を支持して居るが、無効説もないではない（穂積陳重博士「隱居論」二六九頁。岡村司博士「判例批評」（京都法學會雜誌七卷）九一七頁。穂積重遠博士前掲書一九〇・五二一頁。明治四十五年三月十六日法曹會決議）。併し、私は均しく縁組有効説を採るものではあるが、判例の見解に對しても、また無効説に對しても、

解釋上甚だ疑なきを得ない（詳細は拙著「親族法概論」二一四頁以下參照。
尙ほ藥師寺博士前掲書三二〇頁以下參照）。

尙ほ、學說も判例も、法定の推定家督相續人が廢除の手續を経ることなく、他家に入るべき婚姻又は縁組の届出を爲し、戸籍吏に依つてこれが受理された場合にも、戸主の婚姻の場合に於ける法定隱居に關する民法第七五四條第二項の規定の趣旨を類推して、この種の婚姻又は縁組と雖も、完全有効に成立するものと見て居る〔註二五〕。私は法定の推定家督相續人が縁組に因つて他家に入るべき届出を爲し、戸籍吏に依つてこれが受理された場合に付ても、他家に入るべき婚姻の届出が受理された場合と同じく（拙著前掲書
二一三頁）、縁組有効説を採るものではあるが、これが爲めに、法定の推定家督相續人たる養子が、自家を去つて養親の家に入る結果（^{民八六}_{一條}）、自家に於ける法定の推定家督相續人たる地位を失ふものと見る通説には服し得ない。蓋し夫婦の場合と異なり、養親子は常に必ずしも同一の家に在ることを要するものではないから（^{民七三三條七三五條七四三條}_{二項三項七四五條七八八條等}）、夫婦をして同一の家に在らしめるが爲めの民法第七五四條第二項の規定を、養親子の場合に類推適用して、養子は縁組の日に於て自家に於ける法定の推定家督相續人たる地位を廢除されたものと見るべき限りではないからである〔註二六〕。即ちこの種の縁組と雖も、届出の受理に因つて完全有効に成立するが（^{民八五一條八五二條}）、斯かる縁組に因つては、養子が養親の家に入る效力（^{民八六}_{一條}）は、養子が自家の法定の推定家督相續人たることに依つて生ずることなく（^{民七四}_{四條}）、單に養親の嫡出子たる身分を取得せしむる效力（^{民八六}_{〇條}）を生ぜしめるに過ぎざるもの、即ち養親子其の家を異にする結果を惹起せ

しむるものと解すべきではなからうか(拙著前掲書)
二一六頁。

〔註二五〕。婚姻に關するもの——昭和六年七月三十一日大審院判決(民集一〇卷六二三頁)

大正十一年五月三十日法曹會決議。奥田博士「親族法論」六一頁。中島博士前掲書三〇五頁。谷口氏前掲書一五〇頁。野上氏前掲書六一頁。近藤博士前掲書一四・八五頁。藥師寺博士前掲書三九〇頁。中川氏前掲書二〇一・二一八頁。

縁組に關するもの——昭和三年九月七日大審院判決(民集七卷七三一頁)。明治三十四年五月一日民刑第三六號民刑局長回答。奥田博士前掲書六一頁。中島博士前掲書六一頁。谷口氏前掲書一五〇頁。野上氏前掲書六一頁。近藤博士前掲書一四・一六二頁。藥師寺博士前掲書八〇一頁。中川氏前掲書一六一・三三〇頁。

無效說——穂積博士前掲書二一八頁。仁井田博士前掲書一三一頁。

取消說——大正四年四月二十三日民第三九二號法務局長回答「民法第七四四條ノ規定ニ違反シタル婚姻又ハ養子縁組ハ有效ナリ。唯ダ後日之ヲ取消スコトヲ得ルノミ」(霜山氏「先例類纂」一五六頁)。

〔註二六〕。異説——大正八年十一月十九日札幌地方裁判所小樽支部判決——戸主ガ隱居ヲ爲サズシテ養子縁組ニ因リ他家ニ入ラント欲スル場合ニ於テ戸籍吏ガ其届出ヲ受理シタルトキハ、戸主ハ縁組ノ日ニ於テ隱居ヲ爲シタルモノト看做スベキモノナルコト民法第七五四條第二項ノ法意ニ徴シ疑ナキヲ以テ、之ニ依レバ未ダ戸主權ヲ取得セザル相續人ノ場合ニ在リテハ縁組ノ日ニ其地位ヲ廢除セラレタルノ效力ヲ生ズベキモノナリ。果シテ然ラバ藤吉ハ右縁組ノ日ニ於テ養親亦藏ノ家ニ入り茲ニ原告ノ家族關係ヲ離脱シタルモノナルニ付キ、此時ヲ以テ原告ノ法定ノ推定家督相續人タル地位ヲ喪ヒ次順位者タル被告ニ於テ該地位ヲ取得スルニ至タルモノトス(法律新聞一六四四號一三頁)。

第五 結 語

今まで述べて来たところを茲に要約して見ると、第一は、身分行爲を身分法上の行爲又は身分上の行爲から區別することであつた。斯くして、均しく財産權の得喪變更を目的とする行爲でありながら、それが單に身分法に規定されたと云ふことで、若くは身分法上の地位に關聯せしめられたと云ふことで、之を特に財産行爲から區別して、身分行爲として取扱ふ不合理を排除した。即ち身分行爲能力理論は嚴格に身分行爲に制限せらるべきであつて、身分法上の行爲又は身分上の行爲であつても、財産權の得喪變更を目的とする行爲である限りは、別に財産法上の能力規定の制約に服さねばならないと爲した。尤も、此のことからして、直ちに財産行爲が身分法上の地位に依つて、制約を受くことのあるべきことまでも否定する結果にはならない。例へば、母は民法總則の能力規定に従つて、單獨自由に自己の不動産又は重要動産の權利喪失を目的とする行爲を爲し得ても、親權者として子の爲めに之を爲すには、親族會の特殊の監督を受けるのであるが^(民八八、六條)、此のことから、直ちに母の親權者としての上記の行爲が身分行爲であることにはならないし、また、母の親權者としての上記の行爲を、財産行爲として民法總則の能力規定に従ふべきものと爲すことからして、直ちに親權者として親族會の特殊の監督に服することが不合理であることにはならない^(本稿六三頁以下參照)。財産行爲が財産行爲として財産法

一般の能力理論に服しながら、而も身分法上の制約を受くることはあつても、理論上少しも差支へないことであるし、また、それが必要なことでもある。

第二は、身分行爲制限の問題を身分行爲能力の問題から區別することであつた。斯くして、身分行爲の自由が制限される場合に、第三者の關與權に由來する場合と、統轄者・監護者・統制者としての缺格に由來する場合と、制度的秩序維持に由來する場合との三種があつたが、孰れも能力問題とは全く別個の基礎の上に立つものであることを明らかにした。即ち身分行爲の制限は、行爲者に身分行爲能力あるにも拘はず、能力以外の意味に於て要求されて居る要件の具備されない爲めに、或る種の身分行爲を爲すことが、法律上禁じられて居る場合に生ずるものであるから、身分行爲能力の問題とは嚴格に區別されねばならない。従つて、身分行爲の制限を無視して爲された身分行爲に對して、如何なる法律効果が與へらるべきかの問題も、行爲者の能力欠缺の問題としてではなく、制限を無視したことに因つて生じた身分的秩序破綻の禍害と、制限無視の身分行爲の成立又は其の存續を承認し得ざるものと爲すことに因つて生ずべき、法律關係不安定の禍害とを比較考慮して、其の比重に従つて取扱はるべき立法政策上の問題である。其の比重は制限に服すべき事項の性質に依り、其の輕重に差異を生じて來るし、また、同一事項ではあつても、時代的又は場所的に差異のあることも考へられるので、制限無視の効果は、常に劃一的に決定せらるべき性質のものでないことを考察した。

第三は、身分行為に對して要求されて居る同意を、能力補充の意味に於て要求されて居る同意から區別することであつた。斯くして、身分行為に對する同意は、財産法上の無能力者に對すると能力者に對するに依つて、其の本質を異にするものではないが、同意權存在の理由からして、之を認許同意と監護同意とに區別して觀念すべきことを提唱した。孰れも同意能力は、身分行為能力理論に従つて、身分的意思能力を以て足りるが、監護同意權者は、別に監護權行使者としての缺格に由來する身分行為の制限に常に服すべきものなることを指摘した。同様に、認許同意權者も、認許同意が一家の統轄の爲めに認められたものである場合には、統轄權行使者としての缺格に由來する身分行為の制限に服することにはなるが、認許同意が専ら認許同意權者の意思尊重の爲めに認められたものである場合には、斯かる特別の制限に服することのない代はりに、同意能力を缺く者の爲めに、同意權代行の制度が性質上許され得ないことを明確にした。要するに、家族の婚姻・縁組・分家等に付き、未成年戸主に同意權を行はしめないのは、同意能力が不充分の爲めに同意を爲し得ないからではなく、さうした者に戸主權行使上の適格を認め得ない爲めに、同意權の行使が法律上禁止されたからであると理解されねばならない。また、子の婚姻・離婚・縁組・離縁に關する父母としての同意能力も、子の親族入籍・引取入籍・他家相續・分家・廢絶家再興に關する親權者としての同意能力も、身分行為能力の問題としてだけ見れば、孰れも身分的意思能力を以て足りることは、他の場合に於けると同じく、原則通りである。

唯だ、後者に付き特に高い能力が要求せられて、原則を破る例外の場合であるかの様に見えるのは、後者は親權行使者としての適格制限に服するが爲めであつて、純粹に能力だけを問題とする限りは、決して原則を破る例外の場合でないことを明らかにした。

斯くの如くにして、吾々は茲に、身分行爲能力理論に於ける「身分行爲を爲すには、身分的意思能力あるを要し、且つ之を以て足りる」と云ふ、基本原則が有つ意味と、これが適用せらるべき限界とを明確にし得るものと考へる。

——(終)——