

フオイエルシュタイン『妻の同常家事代理権』（一九三一年）

松田，得二

<https://doi.org/10.15017/14529>

出版情報：法政研究. 2 (2), pp.243-264, 1932-03. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



Dr. C. Feuerstein, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau,

nach der neueren Ehe reformgesetzgebung im Vergleich

zum deutschen BGB. (Rostocker Abhandlungen herausgegeben

von den Mitgliedern der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät der Mecklenburgischen Landesuniversität.) Rostock 1931.

松 田 得 一

は し が き

日常家事代理權に關する著書論文は近來著るしく其の數を増加したが其の比較法的研究に至りては文献は誠に寥々たるものであつた。此の秋にあたり本書の出現は日常家事代理權の比較法的研究に多大の貢獻をもたらすべきを思ひ茲に簡單ながら本書を紹介する次第である。

本書は獨逸民法に相應して日常家事代理權を特殊な親族法上の性質を有する法定代理權なりとする法體系即ち一九〇〇年の獨逸民法、一九〇七年の瑞西民法、一九二〇年の瑞典婚姻法、一九二五年の丁抹婚姻法、一九一八年の諾威婚姻法草案、一九二〇年の芬蘭配偶者法律關係法草案、一九二四年のチェッコ・スロヴァキア民法修正草案等のみを考察の對象として比較研究されておるのであるが右の瑞西法や北歐法が展開せしめた近代原則を獨逸法の日常家事代理權に移植し得るや否やを個別的に獨逸民法と對照して吟味されておる所に其の特色を看取し得るのである。

本書の内容は、序論、第一章比較の爲に引用されたる外國法と其の成立史、第二章歴史的概觀、第三章日常家事代理權の法律上の性質、第四章日常家事代理權の前提要件、第五章日常家事代理權の範圍、第六章日常家事代理權の效力、第七章日常家事代理權の剝奪と制限、第八章妻の日常家事代理權に關する獨逸の改正運動、附録瑞典法、に分たれてゐる(註一)(註二)。

(註一)我國に於ける日常家事代理權に關する文献としては私の知れる限りに於て左の諸論文がある。

- 一、管原博士「日常家事に關する妻の代理權」法叢一二卷三號
- 二、坂本氏「妻の日常家事代理權」志林九卷二號

三、近藤氏「妻の日常家事代理權」今氏夫婦財産法研究二六九頁以下

四、末弘博士「民法雜考」法協四七卷四號八〇頁以下

(註二)獨逸に於ては日常家事代理權に關する文獻は頗る多きものに反し此權利を比較法的に取扱つたものは殆んど稀で從來私の知り得た範圍では左の著書があるのみである。

K. Th. Kipp, Rechtsvergleichende Studien zur Lehre der Schlüsselgewalt in den romanischen Rechten, 1928.

一 歴史的概観

妻の日常家事代理權 (Schlüsselgewalt) は妻が日常家事の範圍内に於て夫を代理し若くは婚姻協同體を代表して法律行為をなし得る權能を意味するものであるが、さて此權能はいつの時代に成立したものであらうか。「自給自足の封鎖的家内經濟より中世の流通經濟若くは物々交換經濟への過渡期に成立し」(二三頁)「漸次永續的な法律制度へ進化した」(二五頁)のであつて「法源上はゲルマン法諸國に關する限り十一世紀に初めて出現したのである」(全上頁)。然しながら此の權能は元來ゲルマン法の現象(三〇頁)であつて、ローマの婚姻に於ては之に相應する法律制度が存在しなかつた(二七頁)こゝを注意しなければならぬ。著者は其の理由としてローマの婚

姻に於ては妻の地位が極端に獨立であり妻は自己の家政を執行し夫の家政には關與しなかつたこと(夫の家政は寧ろ夫の奴隸によりて處理されてゐた)、及び妻は夫の家政に従事する權利も義務もなかつたこと(二七頁)等を擧げておられる。(註)

(註)代理の觀念を認めなかつたローマ法に於て妻の日常家事代理權なるものが存在し得なかつたことは當然であるを謂はねばならぬ。

日常家事代理權云ひ得る妻の獨立の行爲權能は法源上は十一世紀に出現したるものなること前述の通りであるが、更に右の權能を認むる法律規定が十三世紀に獨逸都市法や聯邦慣習法(Landrecht)にも出現し瑞西中世の莊園法(Hofrecht)や都市法並びに瑞典の一二九六年の Uplands-gesets にも存在してゐる(三三頁)。然しながら此等の規定は妻が如何なる權利に基いて如何なる範圍の法律行爲をなし得るかを明かにしてゐない、或は一定期間内一定の最高金額まで夫の承諾なしに妻が處分し得ることを定め、或は又一二七〇年のハンプルク法令の如きは處分の自由が許容される財産の個々の種類を列擧するに止め、且つそれは妻の個人的使用に供せられる物體のみに關してゐた(全上頁)のみならず、其の最高金額の自由處分を許容するに付て「家事」といふことを引合に出してゐなかつた(三四—三五頁)。從て「身分層内部並びに又身分層間の經濟的不平等の増大につれて、

又全様に取引増加の結果最古の法の此の個別列擧の規定、そして竟には凡て妻の日常家事代理權のあらゆる具體的限界を定めることの不充分なることが必然に明かにならざるを得なかつた」(三六頁)。だから「立法者は妻の日常家事代理權を制限するに際して益々抽象的にせざるを得なかつた」(全上頁)、其の結果として一七八六年の *Pe-Demold* 條令は「かゝる法律行爲は一般的な即ち其種類範圍による統一的な限界が許容されるにあらずして各家庭に其家計の性質によりて定まる」(四〇頁)旨を述べてゐるのであるが、これが日常家事代理權の現代法律規定の根本原則となつたのである。

二 日常家事代理權の法律上の性質

著者によれば妻の日常家事代理權の法律上の性質を研究するには二個の問題即ち成立原因の問題と日常家事債務の責任の問題とを闡明しなければならないとし其の各別に付き節を分ちて詳論しておられる。

(A) 先づ其の成立原因の問題に關しては諸學者によりて大に論議せられ多數の學者はローマ法上の委任の觀念を以て妻の日常家事代理權を基礎付けんと試みたが、直接代理を認めなかつたローマ法を以ては妻の行爲によりて直接に夫を義務づけることは不可能であつた。「それ故に夫は妻に家政執行を委任したるものと認められ

た。妻が日常家事代理行爲をなすに付て夫の委任に基くものとする此の行爲に對し夫に責任あることが明かなるのであつた。」(四三頁)此の委任説(Mandatsheorie)は獨逸に於て最初に通説となり立法や判例に取入れられた(四四頁)がやがてゲルマニステンによりて打破せられた。ゲルマニステンは「日常家事代理權を、直接に婚姻締結に依據する獨立の權利と見た。そして其權利たるや夫の意思發表とは無關係に法律上當然に妻に歸屬するものであり且つゲルマンの婚姻觀念の基礎をなす團體主義(Genossenschaftsprinzip)より説明せらるべきものであつたのである。」(全上頁)此説は遂に獨逸法學界を風靡し獨逸民法は此見解の上に立つてゐる(四五頁)のみならず瑞西に於ても(四六頁)瑞典に於ても(四七頁)芬蘭草案に於ても(全上頁)チェツコ・スロヴァキア法に於ても(四八頁)認められたのである。されば兩個の日常家事代理權理論の空間的適用範圍を比較すれば「大體に於て法定代理説が委任説を壓倒してゐることを云ひ得る」(五〇―五一頁)。(註)

(註) 我民法の日常家事代理權は如何なる性質を有するやに付ては議論分れ、或は夫は第八〇四條第二項により妻の代理權の全部又は一部を否認するを得べく畢竟妻の代理權の範圍は夫之を定むるを得べきものなるが故に、妻の代理權は夫の推定せらるゝ意思に基くものなりと從て委任代理なりと解する學者(仁井田博士「親族法相續法論」一七六頁、和田氏「婚姻法論」五四四頁、野上氏「親族法」二二五頁)あるも、私は妻の日常家事代理權は法律の規定に依り妻たる者に當然賦與せらるゝものな

るを以て法定代理なりと爲す説（牧野（菊）博士「日本親族法」二四七頁、近藤氏「夫婦財産法の研究」二九三頁、岡村博士「民法親族篇」四六三頁）に左撥する。

（B）次に妻の日常家事代理行為に因りて生じたる債務の責任問題に移らう。著者は夫の單獨責任を認むる獨逸民法第一三五七條の規定に對し二個の理由より非難し且つ（Gierke の非難を引用せられてゐる（五二―五四頁）。而して「獨逸民法の規定は即ち不充分であり且つ實力ある妻が日常家事代理權を行使して債務を負ひ、其の債務の辨濟が支拂無能力の夫より求め得られない場合には第三者に對して其の欲する保護を與へてゐない（五四―五五頁）。」惟ふに家事の處理が婚姻生活の爲にする夫婦共同事務なる以上は妻の家事行為は婚姻協同體の代表行為であるべきだから妻の共同責任從て婚姻協同體代表が要求せられるに至り、瑞西民法北歐改正法並に芬蘭草案は婚姻協同體代表制を採用した（五五頁）。然しながら「近代改正立法が日常家事代理權を行使する配偶者は婚姻協同體の代表者と看做さなければならぬとする點に於て瑞西法や獨逸法律學のゲルマニステンの傾向の要求と一致しても、此の北歐法や芬蘭草案に於ける婚姻協同體は從前の獨逸法やゲルマニステンのそれは異なるものを表示してゐることを注意しなければならぬ」（五九頁）。それは兎も角として婚姻協同體代表には何等かの妻の共同責任が存在しなければならないので「法律政策上配偶者平等原則の徹底的實現は日常家事債務に對して兩配偶

者の連帶責任を生じさせたが、然るに瑞西夫婦財産法及び部分的には獨逸改正案は妻の責任を補充的共同責任に制限した」(六〇頁)のである。而して更に現今に於ては法律政策的理由より妻の共同責任は夫の家事債務に對しても要望せられ、發展は之に對し二つの異なる解決をもたらしたのである、即ち瑞西法に於ける夫の家事債務に對する妻の補充的附從的共同責任ミ、北歐改正立法に於ける夫の家事債務に對する妻の直接的連帶的共同責任を伴ふ双方的日常家事代理權(doppelseitige Schlüsselgewalt)の二つである(六五頁)。此の双方的日常家事代理權は獨逸法に對してもKippやNeubeckerによりて要望されてゐるが、著者は獨逸に於て妻の共同責任が双方的日常家事代理權の形態に於て認められ得るや否やは疑問たらざるを得ないミし、夫權主義(Mundialprinzip)を完全に除去せずしては妻に直接責任を要求し得ないだらう(六六―六七頁)ミされてゐる。

然らば配偶者の双方的日常家事代理權ミ從來の立法例を支配したる妻の一方的日常家事代理權ミは如何なる點に於て差異を生ずるのであるか。

妻の一方的家事代理權を認むる獨、瑞法に於ても、夫は家事の爲に凡ての法律行爲をなし得るも夫は其行爲によりて生じたる債務につき、自ら直接に單獨責任を負ひ、妻の共同責任は(妻が同意せざりし限り)妻の財産に對して夫の有する收益權の範圍内に於てのみ可能である。之に反し瑞典法によれば日常家事代理權は夫も亦之を

有し、妻は凡ての家事債務につき連帶責任を負ふ（六一頁）。此點に兩者の著しき差異が存するのである。（註）

（註）我民法第八〇四條は「日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス」と規定して妻が日常家事に付て爲したる行爲は夫の責任を生ずべき旨を明かにしてあるのである。然らば我民法に於ては妻の補充的責任は絶対に認められないであらうか。

從來の通説は妻の日常家事に關する行爲を「夫の事務」を處理するものと解し妻が女戸主として婚姻費用を負擔する場合に於ても妻の日常家事行爲の責任は夫に歸屬すべきものとさし、又夫が無資力にして妻が事實上夫を扶養しつゝある場合にも妻自らは其の日常家事行爲に付て何等の責任を負はざるものとさしてゐるが、近藤英吉氏は之に反して「夫の單獨責任は……單に民法八〇四條の適用せられる範圍に於てのみ認め得るのであつて……女戸主若くは夫及び子女を扶養すべき妻が家事を管理する場合には日常家事は既に夫の事務にはあらずして法律上妻自身の事務として取扱はるべきであるから民法八〇四條は初から適用せらるゝ限りでなく此場合には妻は常に自己の責任を以て取引をなすに外ならぬのである（同氏「夫婦財産法の研究」三三四頁）」とさし、從來の通説に一步を進め我民法の解釋論としても妻の補充責任を認め得ることを明言せられ、更に末弘博士は婚姻を中心とする家團の獨立存在を認むる立場より從前の通説の誤りを指摘し「……夫又は女戸主が法律上家團費用の負擔者たる場合に於ても彼等が事實上無資力であつて、妻又は夫が反つて資力を有する場合に後者をして補充的責任を負擔せしむべからずとする何等理論上必然の要請は存在しない、何故なれば家團の爲にする行爲は妻によりて爲されたること夫によりて爲されたることを問はず、すべて家團の責任を生ぜしむるものであり、從て結局家團費用負擔者の責任を生ずるにすぎない、」（全博士「民法雜考」法協四七卷四號八七頁）として配偶者の補充責任を認むるを正當なりとせざるゝが如く現時の

通説が我民法に於ても妻の補充責任を認めんとする傾向にあるを注目すべきであらう。

三 日常家事代理權の前提要件

(A) 「日常家事代理權の最も必要にして最も重要な要件として先づ第一に婚姻の存立を擧げなければならぬ」(七〇頁)。このことは法律が日常家事代理權を一般に婚姻の身分的效果として規定してゐるところより理解され得るのである。従て「婚姻締結前に爲されたる日常家事代理權の範圍内の法律行爲は、凡て日常家事代理權には屬しないのであつて、行爲者が他の配偶者の代理人として行動したるにあらざるか、若は事後債務引受のなされざる限りは、行爲者自身が義務を負ふ」(七二―七三頁)のである。然らば日常家事代理權は婚姻存立に伴ふ妻の權利であるならば、此權利は婚姻外の共同生活關係には絶対に擴大し得ないであらうか。著者は云ふ「云ふ迄もなく日常家事代理權が推定的委任に基く限りに於ては理論上それを婚姻外の共同生活關係にも擴大し得るも、之に反し日常家事代理權が妻の法定代理權なる場合には不可能である、何となれば此の權利は通常婚姻の身分的效果として出現したものだからである。」(七〇―七一頁)それ故に日常家事代理權を妻の法定代理權へりこする「獨逸法及び瑞西法に於て親族若くは其他の家事執行者に日常家事代理權を類推して認め得られないことは

一般的に一致してゐる」(七二頁)。(註一)(註二)

(註一) 英法、佛法、墮法に於ては内縁の妻に日常家事代理權を認めざる傾向あり(七一頁)。

(註二) 我民法に於て妻の日常家事代理權を婚姻外の共同生活關係に類推適用し得るやに付き、末弘博士は家團及び其行爲の存在を是認する立場より此權利を内縁の夫婦を中心とする家團及び妻の死後父子のみによりて構成せらるゝ家團に於て長女が亡母に代りて家事を擔當する場合にも類推適用し得せらる(同博士、前掲論文九二一九三頁參照)。蓋し實際上妥當且つ合理的であらう。

(B) 日常家事代理權が婚姻に伴ふ權利であることは前述したのであるが、然らば婚姻に瑕疵ある場合にも此權利は存立するであらうか。「婚姻の瑕疵は無効若は取消し得べき場合に存在する」(七三頁)のであるが婚姻が取消され若くは無効を宣言されたときは「獨逸法によれば無効を宣言された婚姻も取消されたる婚姻も當初より無効なりと看做される結果妻も其の日常家事代理權を事實上當初より有しなかつたことになるであらう」(七五頁)。然るに瑞西法瑞典法によれば「取消若くは無効の宣言は將來に向てのみ效力あるが故に其の宣言あるまでは婚姻の法律効果は存續する。従て此時までに爲されたる日常家事代理行爲は獨逸法とは反對にそれ自體として完全に有効である」(七五頁)。かゝるが故に瑞西法瑞典法に於ては婚姻無効の宣言あるまで、若くは婚姻取消

の宣言あるまでは妻の日常家事代理權は存立するのである。(註)

(註) 我民法の無効婚姻は無効判決を俟たずして當然に無効であるから妻の日常家事代理權は當初より存在する筈がないが、之に反して取消し得べき婚姻は取消によりて始めて消滅する(民七八七)が故に其の取消ある迄は此權利は存立する。

(C) 日常家事代理權は「日常家事の範圍内」(獨逸民法二三五七)に於ける事務處理の爲め妻に與へられたものである。從て Esser が瑞西法に對して述べてゐるやうに、此の權利は婚姻の協同體より生ずるものにあらずして家のそれより生ずるものである。それ故に獨逸法瑞西法に於ては協同體的家政 (gemeinschaftlicher Haushalt) が日常家事代理權の絶對的前提要件である(七七頁)。此の要件は瑞典法に於ても認められるだらうか。瑞典法理由書が「第一二條第四項に於て若し配偶者が不和の爲別居生活をするときは日常家事代理權は消滅する旨を明示的に掲げてゐることに留意せば、瑞典法によれば協同體的家政は日常家事代理權の前提要件ではないことを認むるを正當と思はれる」(七八頁)。

而して其協同體的家政は獨立なることを要するや否やに付て著者は消極說を採り尙永續的確定的住所の存在は日常家事代理權の前提要件ではないとし、且つ夫の比較的長期に亘る不在も此權利の存立には問題にならないとされてゐる(七九頁)。

(D) 妻が日常家事代理權を取得するには成年者たることを必要とするであらうか。「必要とせざることは既に獨逸法に於ても又瑞西法及び瑞典法に於ても立法者が未成年の女子にも婚姻締結を許容せる事實より歸納されるのであり、更に獨逸法に於ては民法第一六五條に因り一般的に代理人に依り若くは代理人に對して爲されたる意思表示の法律效果は代理人が行爲能力を制限せられてゐることに依りて影響を受くることがない」(八〇頁)からである。然しながら「何處の法に於ても妻が全然行爲無能力(云ふまでもなく獨逸法の意に於いてある抄譯者)ではないことは勿論である……が……反對に夫の行爲無能力は妻の日常家事代理權を廢棄するものではない」(全上頁)。(註)

(註) 右の問題に付き我民法に於ても獨逸法の通説を全様に解釋し得るであらう(近藤氏前掲書二九八頁參照)。

四 日常家事代理權の範圍

日常家事なる概念は妻の日常家事代理權の前提要件たるを全時に又其の限界をなすものであり而して此の限界を知ることは日常家事代理權に於て行動する妻と取引する第三者にきりて極めて重要なことである。然らば何が其の限界となるであらうか「一般に家政の事實上の様式のみが限界と認められ得る。」(八八頁)(註) 従て「第三者が右の客觀的に認識し得る徵表によりて配偶者殊に夫の状態に付て得る觀念が第三者にきりて妻の權限の範圍

の標準となるであらう。」(全上頁) 然しながら外部に現はれたる配偶者の生活様式を以て日常家事代理權の範圍判斷の基礎とするときは配偶者が事實上若は法律上別居してゐる場合に第三者は不測の損害を蒙ることがあり得る。従て第三者を保護する必要あるに拘らず、「此の場合に對して獨逸法は外國法に全づく法規によりても裁判によりてもかゝる保護を與へてゐない。それ故に第三者は此の危險より脱却し得ないやうに思はれる」(八九頁)。

(註) 此點に於ては獨逸法瑞典法は同一の規程を採つてゐるのみならずラテン系法も同一の觀點を採つてゐるのである。

「日常家事代理權の範圍は更に妻が代理權能行使の際用ゆる手段によりて定まる。『妻の權利は債權的法律行為にも處分行爲にも及ぶ』(Planck, zu § 1357 BGB.) (九一頁)。然らば妻は家事の用に供する目的を以て借財をなし得るのであるか。此點に付ては學者間に議論あるも著者は云ふ「何が故に此種の行爲が除外されねばならないか其の理由を認めることが出来ない、況んや妻は此の手段を行使する機會を容易には持たないし、そして又夫の責任の危險が信用買の場合よりも大きくならないに於ておや」(九一頁)云々。『このことは Dernburg が云へるやうに獨逸民法に於ては借財が家事の目的の爲になされたか否か、及び當該の事情から見て家事の範圍に屬するものか認め得られるや否やによりて定まる。瑞西法に於ても全一の判定をなし得るが、之に反し北歐法に於ては借財を

なすことは日常家事代理行為に屬するものとされてゐない。瑞典法理由書は其のこゝを明示的に除外してゐるのである」(九二頁)(註)。

(註) 我民法上妻の借財は日常家事の範圍に屬するであらうか。

此問題に付て近藤氏が「我民法八〇四條も亦日常家事なる一般的概念を指示するに止め此目的の爲になさるゝ限りは其手段の如何に付て何等の制限をも設けないから……當該の借財が日常の家事に役立てる目的に於てのみなされ、場合の事情から見て其の借財の方法が妻の家政の範圍に屬するものとて是認せられ得る限り此問題を否定し去るべき何等の根據をも存しない」。(今氏前掲書二二二—二三四頁)と述べてゐられるが如く氏の所謂目的の範圍内の妻の借財なる限りは日常家事に屬するものと解釋すべきであらう。

然らば賃貸借契約は如何なる範圍に於て日常家事代理行為に屬するであらうか。「獨逸法、瑞西法によれば住居の賃貸借は許されないが、ミシン、ピアノの如き個々の物體の賃貸借は日常家事代理權に屬するであらう。北歐法は一般的に賃貸借契約を除外してゐる」(九三頁)。

奴婢の雇入れは日常家事代理權に屬するか。此問題に付ては學者間に議論あるも「雇傭契約の締結に全く原則としてそれ以後に生ずる凡ての契約の變更並に解約も妻の代理權に屬する。妻は夫の同意を得ずして奴婢の賃銀を増額し或は解雇することを得る。之に反し北歐法のみは雇傭契約を日常家事代理行為より除外してゐる

る」(九三頁)。

次に著者は日常家事に屬する行爲として數個の例を(九四頁)掲げておられるが、惟ふに如何なる法律行爲が日常家事に屬するかは個々の場合に付き具體的に決定せらるべきであつて抽象的に其の種類を列舉することは困難であらう。而して著者は「妻が如何なる程度まで日常家事代理權の範圍を越へずして此の範疇の行爲(九四頁前半に掲げある行爲)を締結し得るやの問題に對しては社會的地位が決定的であり、此問題の答解は屢々個々の場合に基いてのみなし得る」(全上頁)とされてゐる。

五 日常家事代理權の效力

(A) 日常家事代理權に於て行動する妻は如何なる事務を處理するのであらうか、夫のそれか若くは家團のそれであるか。「獨逸民法及び従前の瑞西聯邦各州法によれば、妻が其の家政執行義務に基いて行動するときは(獨逸第一三五六條第一項並に瑞民第三編第一六一條參照)妻は日常家事代理權に於て夫の事務を處理するものである」(九五—九六頁)。然るに「妻の共同責任を發生せしむる瑞西民法や北歐法は、獨逸民法の此構成と異なりて日常家事代理權の行使を他人の事務の處理とは見ずして婚姻協同體の爲の行動と觀察してゐる」(九六頁)。

然らば果して兩者何れが妥當であらうか。「Kohler」の云へる如く妻が家の爲に日常家事代理權を行使するにせば妻は瑞西法や瑞典法に於けるが如く即ち協同體の事務を處理し獨逸民法に於けるが如く夫の事務を處理するものでないとするこゝが當然の解決で」あらう（九八頁）。

（B）委任の規定は如何なる範圍まで日常家事代理權に適用せらるゝであらうか、又は全然其の適用が除外せられるであらうか。

獨逸に於ては此問題に付て學說上非常な爭があるが、「其の成立原因により直接に法律行爲に基く委任に、法規に基く日常家事代理權との異なる性質を論じて委任の類推適用を否認することは出来ないし、又否認する必要もない。日常家事代理權も亦間接に婚姻締結に云ふ法律行爲に其根源を發せることは兎も角にしても……法律規定の類推適用は相應する法律關係の發生原因の同様なることによりて定まるものではなくて、解決せらるべき問題が其要點に於て類推適用される問題と同様であることによりて定まるのである」（二〇〇—二〇二頁）。然らば委任に日常家事代理權に於て事務處理者その他方の間に於ける法的關係の要點に於ての同様なることが事實上存在するかに付き、著者は獨逸法瑞西法北歐法に付て詳細に検討し「委任の場合には専ら意欲せられたる契約目的が眼目であるに反し、日常家事代理權は單に婚姻の一の效果、而も婚姻締結に際して重要なものとは考

へられなかつた效果ミ、認めらるべきである。」(二〇三頁)従つて「爭ある問題も、其の判定に付て獨逸法の見解上唯一の支持し得べき立場をみるべきは常に其決定に困難を感じないであらう。即ち日常家事代理權は其本質上委任ミは根本的に異なる法律關係を表現するものであり、且つ事實上共通の基礎が存在する限りの範圍に於てのみ類推を推し及ぼし得べしするところの立場である」(二〇七頁)。(註)

(註) 我民法に於ては妻の日常家事代理權は夫の委任に基くものにあらずして法律の規定によりて當然に存在する法定代理權なりと解すべきであるから委任に關する規定の當然に適用されないのは明であるが、夫婦間に委任類似の法律關係が存在する以上は夫婦本來の法律關係と適合しない規定を除外しては凡て委任に關する規定は夫婦間の法律關係に類推適用せらるべきものと解釋すべきであらう。(近藤氏前掲書三三八頁參照)

六 日常家事代理權の剝奪と制限

妻の日常家事代理權の前提要件に付ては前述したが其の前提要件たる事實の消滅即ち婚姻の解消によりて妻の此權利は消滅すること勿論であるが、婚姻存続中ミ雖も他の配偶者の剝奪によりて消滅し又は制限によりて其の範圍を縮少し得るのである。惟ふに夫に對して妻の日常家事代理權の全部又は一部を剝奪し得る權利を認むるこ

こは殆んど立法例の一致する所であるが、佛法に於けるが如く妻の日常家事代理權は夫の明示又は默示の委任によりて成立するものとすれば夫は任意に妻の此權利を剝奪し得るであらうが、之に反し「日常家事代理權が法律上當然に妻に歸屬するものとするならば此權利は法律に規定された方法によりてのみ剝奪され得るものである。」（一二二頁）從て獨逸民法第一三五七條第二項に於て夫は何時でも何等の理由を要せずして剝奪權を行使し得る（一二四頁）とせらるは、妻の日常家事代理權の本來の性質に矛盾するこの非難を免れない。瑞西法も獨逸法と殆んど同一であるが（一二五頁）、之に反し瑞典法は「日常家事代理權の法律上の性質より論理的歸結を抽出して配偶者の双方的代理權廢除に關する決定を官廳に委してゐる（瑞典法第五章第一三條參照）。」（一二三頁）斯くて日常家事代理權は其發生に於けると同様に其存續に付ても他の配偶者の自由意思に依りて左右せられないこと云ふ其本來の性質を貫徹するに至つたのである。

（A）然らば剝奪若し制限は一定の要件に繋らしむべきであるか、若くは他の配偶者の任意の裁量に委すを可とするか。著者は此點に付き獨逸民法、瑞西民法、チェッコ・スロヴァキヤ草案、瑞典法、芬蘭草案等に付て其の要件を詳述し（一二四—一二九頁）結局「法律の發展は——夫の爲に要件を必要とせざる剝奪權を規定せるハンガリー草案を除き——獨逸法の任意的剝奪權能に反して他方配偶者による日常家事代理權の廢除を一定の要件に

繋らしむる傾向を示してゐる」(一一九頁)。されば右の問題の解決は自ら明瞭なるであらう。(註)

(註) 剝奪權に關する規定は獨逸法及び瑞西法に於ては日常家事代理權の制限に準用せらる、北歐法には只全部剝奪あるのみである(一一四頁)

(B) 次に著者は「剝奪權の濫用に對して完全なる保障を與へることは剝奪の法定前提要件の規制に存せずして其の方式にあり」(一二〇頁)と喝破して諸國法の剝奪の方式を比較論述し、且つ「無方式の剝奪が許される法に於ては誰に對して剝奪を表示しなければならぬか、殊に剝奪は妻が家政の爲に契約關係に入る相手方たる第三者に對して直接に單なる通知をなすを以て足るか否かに付ては疑問である」(一二二頁)とし、此點に關し第三者に對する意思表示を以て足ることをKippの見解は獨逸民法にのみ適合することを指摘して彼の見解を批評しておられる(一二三頁)。

(C) 剝奪によりて如何なる效果が生ずるであらうか。「獨逸法及び瑞西法によれば、剝奪の效果として代理權は廢除せられるが内部的な事務執行權は尙存續する。……何となれば妻は獨逸民法第一三五六條及び瑞西民法第一六一條に因り尙家政管理の義務があるからである」(一二三—一二四頁)。然らば剝奪は代理權に如何なる效果を及ぼすのであるか。「妻若くは日常家事代理權に於て行動する夫と、剝奪を知つてゐるか又は剝奪の正規

の公示によりて其の善意を除外せられたる第三者と締結する凡ての行爲は、爾後此の兩當事者間にのみ效力を生ずる。然し第三者が善意なるときは剝奪は内部に效力あるに止まり、且つ單に配偶者間に賠償義務が発生するにすぎない」(二四頁)。

(D) 然しながら「日常家事代理權の剝奪は決して終局的ではない。剝奪は裁判所の協力を得て一の手續によりて再び取消され得る。」(二四頁) 妻の日常家事代理權が法律上當然に存立すべきものであり、而して一方に於て夫の利益擁護の立場から其一方的剝奪權を夫に許與する以上は妻にも亦夫の不當剝奪を排斥する權利を認むるは當然であるから、從て獨逸民法(第一三五條第二項)及び瑞西民法(第一六五條)並びに瑞典法(第五章第一三條第二項)は剝奪を取消し得る旨を規定した(二四—二五頁)のであらう。然しながら茲に注意すべきは剝奪「決定の裁判上の取消は瑞典法に於ては兩配偶者が取消の合意をなしたるときは雖も必要であるが之に反し獨逸法及び瑞西法に於ては此場合に於ける取消は無方式に爲され得る」(二五頁)ことである。而して著者は「剝奪が當初よりなし得ざりし理由を以て取消されたるときは取消に遡及效を與ふべきものであらう」(二五頁)と云はれてゐる。(註)

(註) 我民法に於ては妻は夫の不當否認を取消し得るや否やに付て何等の規定なきを以て疑あるも、我民法に於ても獨、瑞民法

に於けるを全しく妻は其取消を裁判所に請求し得るものと解すべきであろう。(近藤氏前掲書三四八頁參照)

七

第八章に於て著者は獨逸に於ける婚姻法改正運動、特に日常家事代理權に關する多數學者の改正意見を紹介せられ、(一二九頁—一三三頁)結局、獨逸の日常家事代理權は瑞西法や北歐法が展開せしめた近代原則に適合する可能性ある旨を述べ(二三三頁)更に附録として瑞典婚姻法の理由書を摘録して稿を閉ぢられてゐる。

×

×

以上を以て私は本書の大體に付て其の紹介をなし得たと思ふ。本書中個々の論述に付て多少の不滿を抱持する點絶無きは云ひ得ないが、要するに殆んゞ前人未踏にも云ふべき日常家事代理權の比較法的研究の境地に對して、本書の貢獻する所頗る大なるべきを一言して筆を擱くことにする。

(本稿校正中に同一書に對する近藤氏の紹介文が法學論叢第二七卷第三號に掲載されたことを附記しておく。)