

Title	民事判例管見誌 (一)
Sub Title	
Author	峯岸, 治三(Minegishi, Haruzō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1924
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.3, No.1 (1924. 3) ,p.77- 91
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19240320-0077">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19240320-0077</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 民事判例管見誌(一)

峯 岸 治 三

## 一、養子縁組の取消權と時効

大正十二年七月七日民事聯合部判決(大審院判例集第二卷第九號四三八頁以下)

關係條文、民、一二六、民、八三八、民、八五四。

この事件は第一審が長野地方裁判所で、第二審が東京控訴院である。

○事實 被告(上告人、控訴人)A及び其の妻Bが、同じく被告であるCを養子とした。ところがCはBよりも年長者であるがために、Bの實父である原告Dは訴を提起して、其の縁組を取消さうとした。之に對し被告は、縁組の時から起訴の日までは、既に五年以上を經過してゐるから、民法第二百二十六條に依り、取消權は消滅してゐると抗辯した。

そこで原審は養子縁組の取消権は、民法第二百二十六條に依り消滅するものではないとして、被告の抗辯を斥けたのである。

こゝに於て、被告は上告をして次のやうに主張した。

一、元來時效の制度は、時の経過に因つて生ずる事實上の状態を尊重して、この状態に反し一般の原則を適用することが、却つて秩序維持の實際的目的に適合しないと云ふ基礎の上に成立したものである。それ故に、時效の制度は私法上の法律關係のみならず、公法上の法律關係にまで認められてゐる。

二、従つて、時效により得喪せらるべき權利は、財産上の權利であらうが身分上の權利であらうが、或はまた、其の權利が其の權利主體の利益を主眼としてをらうが、又は公益の必要に基いてをらうが、それは關するところではないのである。

三、養子縁組の取消権も、直接法典上消滅時效の規定はないけれども、性質上時效により消滅すべきであることは他の形成權と異るところはない。だから第二百二十六條の適用若くは準用がある譯である。

四、以上のやうな理由で、養子縁組取消権も亦、時效により消滅すべきものであ

るから、原審判決の如く、第二百二十六條は第六十七條の例外であるとし、其適用範圍を狭める必要なく、また他の原因による養子縁組取消權には、夫々取消權行使の期間が定めてあるが、この取消權につき何等規定のないことは、單に前者につき其法律狀態の確定を早からしめやうと云ふに止るので、これがため後者に時效の適用がないと云ふ譯ではない。従つて原判決は法律の誤解により、上告人の抗辯を斥けた不法があるから、宜しく破毀せらるべきだ——と争つたのである。

○判旨　これに對し、大審院は、民法第二百二十六條ハ同法第八百三十八條ノ規定ニ違反シタル養子縁組ノ取消權ニ適用スヘキモノニ非ス」と判示したのである。

大審院は其理由を説明して

一、民法第二百二十條乃至第二百二十六條は、取消の原因が當事者の無能力又は意思表示の瑕疵ある法律行為に關してとあることは、規定の内容と排置の上から認められる。

二、従つて第二百二十六條は、他の事由により取消し得べき法律行為に及ぶべきものではない。

三、法律が第八百五十四條に取消權の行使につき、何等制限を設けなかつたのは、かゝる縁組の存續は、公序と相容れず取消により無効となることを希望したからである。故に原審判決は正當であると云はねばならぬ——として棄却したのである。

○管見　まづ第二百二十六條から考へて見やう。一體取消權を行使することが出来る者、即ち取消權者は誰でも構はぬと云ふ譯ではない。之は法律行爲の無効を主張し得る者と、大いに異なる所である。それ故に法律は、取消權者は誰であるかと云ふことを、それぞれ定めてゐるのである。その一般的の者が第二百二十條に列擧してある。従つて同條は、限定的列擧主義に據つてゐるものと云はねばならぬ。そこで同條には、取消權者は一、無能力者、二、瑕疵ある意思表示を爲した者、三、一及び二の代理人、四、一及び二の承續人、五、夫であると規定してゐる。尤も夫は等しく取消權者ではあるが、前四者と取消權者たる性質を異にしてゐる、即ち夫が取消權を有するのは、夫權の作用に外ならぬのである。故に夫の取消權は、妻の無能力に關する規定を夫權の效力の下に收めると共に、等しくその部分に規定してよいもの

と云ふべきであらう。従つて第二百二十六條第二項は、取消權者と云ふ方面から考へて、附隨的規定と見るも差支あるまい。であるから同條第一項には、「…限り取消權を有すと規定してゐる。換言すれば、取消權を有してゐる者は同條第一項に擧げた者だけであつて、他の者は取消權を有する譯にはゆかぬと明言してゐるのである。故に保佐人は本條の恩恵に浴することが出來ないから、せつかく準禁治產の制度を認めても、其の效用を十分に發揮することが出來ぬ譯で、片手落だと非難されることにもなるのである。一般的取消權者は今述べて來た如くであるが、其の一般的取消權者により取消し得べき法律行爲の原因は、民法四條、九條、十二條、十四條及び九十六條である。即ち當事者の無能力及び意思表示の瑕疵——詐欺又は強迫——の場合で、第二百二十條以下の規定はこの場合に適用せらるゝことになるのである。而して一般的取消原因以外の取消原因に付いては、また一般的取消權者以外の取消權者に付いては、夫々特別的規定が存してゐる

(七七九條以下、八五三條以下、八三條、八五三條、八五七條等)

然し乍ら、取消權者をして永年取消權を有せしめることは、法律行爲の效力不確

定の状態を永續せしめることとなるから、取消權の消滅を規定した。その一つは追認(百二十二條以下)。で他の一つは時効即ち第百二十六條なのである。若しこの場合に、一般消滅時効の規定を適用するならば不確定状態が餘り永續し過ぎるから、民法は特に短期時効を特設したのである。故に第百二十六條の適用を受くべき取消權は、前に述べた一般的取消權者の有する取消權に外ならぬ次第である。従つて特別の取消權者、例へば本件に於けるDの如き者の有する取消權は、該條により消滅する筈がないこととなる。判決理由に、第百二十條乃至第百二十六條は、取消の原因が當事者の無能力又は意思表示の瑕疵ある法律行為に關してであることは、規定の内容と、排置から認められると云つてゐるのはこの邊を意味したものであらうか。斯の如く考へれば、上告して被告が養子縁組の取消權は第百二十六條の適用若くは準用ありと主張したのは、明かに誤つてゐると云はねばなるまい。

次に養子縁組の要件に付いて考へて見やう。抑も養子縁組によつて、收養者と被收養者との間に親子關係が創設されるのである。今養子縁組の要件のなかで、本件に關係してゐる養子を爲す者の要件に付いて見る時は、(一)成年に達したるこ

と、(二)尊屬又は年長者たらざること、(三)男子を養子とするには法定の推定家督相續人である男子が無いこと、(四)後見人でないこと、(五)夫婦各別に養子は出来ぬこと。  
(八三七條乃至八四一條)等である。而して問題となつたのは(二)の場合である。養子縁組は前にも一言した通り、自然の親子關係に倣つて人爲の親子關係を生ぜしめるものである以上、年長者たる子の存在すべからざるは當然のことである。(なほ、獨民、一七四四條、佛二卷第三、四合併條、二五三頁拙稿參照)であるから、若し養子縁組に於て養子たるべき者が養親より年長者なりとせば、勿論これを取消すことが出来るが、斯の如き状態は全く存在するを許すべからざるものであつて、人倫に悖戾する所甚しきの至りであると云はねばならぬ。故にかゝる養子縁組は存在するの餘地の無きこと何時と雖も變りの有るべきものではないのである。して見れば、かゝる縁組の取消權もまた常に存在してゐなければならぬのである。

時効は社會生活に立脚した制度である。永續して來た一つの事實が、法律上から考へて見る時は正當とされなくとも、直に之を以て今迄續いて來た關係を一變する時は、却つて社會の秩序を亂すことゝなるから、そこで時効と云ふ制度が必要

になるのである。故に現在の事實を變ずることが却つて社會共同生活の爲めにならぬ、と云ふのでなければならぬ。依つて私は上告理由に於て、被告が時效に付いて述べた所には賛成してゐるが、時效により得喪せらるべき權利は、財産權たると身分權たるを問はぬ、と主張してゐるところには賛じ兼ねるのである。時效により得喪されべき權利は、原則として財産權なのである。身分權は時には時效により消滅することがあるが(七五九條三項、九六六條等)、時效により取得されることはない。上述したやうに、時效は社會共同生活と云ふ立場から、秩序を亂す虞あるので認められたものだから、縱令永續した事實があるにせよ、その存續が却つて社會秩序を亂すものならば、かくの如き事實にまで時效を認める必要は無いのである。故に年長の子の存在は、いくら永續したとしても、これがため却つて社會の秩序が亂れ人倫の本義に背馳することゝなる。然らば、これに對する取消權は時效により消滅することがないと云はねばならぬ。また時效と所謂除斥期間とは、之を區別する必要がある。民法は親族法上の行爲の取消には、多く除斥期間に依つてゐる。(一)例

ば八五三條八五、五條、八五九條。故に第八百五十四條に除斥期間がないと云ふことは、之を以て時效に

よらしめると解すべきではない。要するに第八百三十八條に違反した養子縁組を取消すべき第八百五十四條は、第二百二十六條の適用若くは準用はない。換言すれば、養子縁組の取消権は、期間の経過又は追認により消滅することはないから、當事者の一方又は双方が死亡した後と雖も、取消を請求することが出来る譯である。

(奥田博士、親族法論、三〇七頁  
牧野博士、日本親族法論、三三九頁)。最も嘗て大審院は、第二百二十六條は養子縁組取消権にも適用ありとの見解を採つたことがある(明治三十二年十月三日判決)。これは上述する所により、明かに失當である。故に同院も之を認めて、判決理由中に其旨の記載があるのである。

## 二、代襲相続と相続権回復の請求

大正十二年七月十四日第三民事部判決(大審、第二卷第十號  
五一〇頁以下)

關係條文、民、九七四、民、七四四、一。

この事件は第一審が福岡地方裁判所で、第二審が長崎控訴院である。

○事實 訴外A(死亡)は其の妻Bとの間に實子がなかつた。そこで大正四年七月二十三日Cを養子とした。Cは其の妻Dとの間に、同七年四月二十八日に、被上告人(被控訴人原告)であるE(女子)を挙げたのである。然るにCは、同八年七月二十

九日に養父母A、Bと協議上の離縁をして、實家に復籍した。其の時Eも亦當然實家に入るべきものと考へて、離縁届書に其の旨を記し、所轄村役場に提出したから、EはCの實家に入籍したことゝなつてゐた。其後A、Bは、上告人控訴人被告であるFを其妻と共に養子とした。ところがAは大正十年七月二十五日に死亡したので、Fが相續をしたのである。

こゝに於て、Eは父Cが離縁により實家に復籍したゝめCは相續権を喪失したので、だから、それと同時に自分がAの法定推定家督相續人となるべきものである。また法定推定家督相續人は本件の如き事由で他家に入るべきものでないから、Cの實家に入籍したと云ふ戸籍の記載は無効である。——と主張した。これに對しFは、CはA、Bの眞の養子となつたものではない。戸籍簿上に是の如き記載あるは假装にすぎない。従つて相續権がない譯であるから、Eに於ても相續権は勿論あり得ない。假りに一步を譲つてCが眞にA、Bの養子であつたにしても、Cが其實家に復籍した時、Eも共に其家に入つてをる者であるから、矢張相續権を有すべきでない。依つてAの家督相續人はFでなければならぬ——と争つた。

原審はEの主張を尤もとし、Fを敗訴とした。そこでFは上告して

一、Cが實家に復籍するにあたり、其妻DがCに従つて其の實家に入るは、民法七四五條の適用があるから當然のことであるが、EはCが相続権を喪失すると同時に、Cと同順位で當然Aの法定推定家督相続人となるべきもので、民法第七四四條第一項の本文により、Cに従つて其の實家に入ることは出来ぬ。従つて、離縁届出書中にEがCに従つて其の實家に入る旨の記載は、法律上無効である。故に之に基いて戸籍吏の爲したる入除籍も亦無効となる。だからEは依然としてAの法定推定家督相続人であり、其の後に養子縁組によりAの家に入籍する者ありとも、Eの相続権に於ては何等變るところはない——と原判決は云ふのである。然し乍ら、法定の推定家督相続人は他家に入り又は一家を創立することの出来ぬと云ふのは、單に原則たるに過ぎぬ。民法は之に對し、幾多の例外を認めてゐる。戸主が隠居をしまひで、婚姻により他家に入らうと欲する場合に、戸籍吏が其の届出書を受理した時は、其の婚姻の日に於て隠居したものと看做し該入籍を有効としてゐる。故に法定の推定家督相続人と雖も、婚姻により他家に入つた時は、家督相続

人たる地位を失つたものと云ふべきである。而して養子縁組の場合と婚姻の場合とを區別する理由はない。本件に於ける如く、EがCに従つて其實家に入つたのを、CはEが當然自分に従つて其實家に入るべきものと考へたに過ぎぬと觀察すべきでない。C夫妻は、Eを獨りAの家に残し置くに忍びず、自己と共に其自家に收養し監護教育をしやうと欲したのである。これ全く親子の情愛の然らしむるところである。かくの如く考へれば、若し單なる入籍が法律上許されぬとしたならば、CはEを其養子として實家に入籍せしめやうとしたものと考へるのが至當である。従つてEは法定の推定家督相續人たる地位を失ふことがあり得べきである。と云はねばならぬ。

二、原判決はまた、EはCの離縁により當然にCに従ひ其實家に入るべき法律上の根據がないから、Cが實家に復籍したる上、其直系卑屬たるEを實家の家族となさんため届出をなし、戸籍吏に於ても亦其趣旨の下に、EをCと共に入除籍の手續をしたものと解するのが妥當であるから、觀念上Cが離縁して復籍した瞬間にEはAの法定推定家督相續人となりたるものと云ふことが出來ると判示してゐる。

るが、Eは當然Cの實家に入るべき法律上の根據がないと云ふだけで、右のやうな結果にもならなければ、また認定することも出来ない。届出の効果如何は當事者の意思を探究して定めなければならぬ。従つて原判決の如く解するには、如何なる證據により之を認めたら其理由を明にせねばならぬ——大體斯の如く主張したのである。

### ○判旨 大審院は之に對し

「甲者ノ法定推定家督相續人タリシ養子乙者カ離縁ニ因リ實家ニ復籍スル際其ノ子丙者モ亦當然自己ノ家ニ入ルヘキモノト思惟シ離縁届出ニ其ノ旨ヲ記載シ所轄村役場ニ提出シタル爲戸籍簿上丙者ハ乙者ノ實家ニ入りタルモノトシテ記載セラレタルトキト雖モ甲者ノ家督相續開始シタルトキハ丙者ハ之カ相續人トナルモノトス」

と判旨して棄却したのである。而して其の理由とするところは、大體に於て原判決の主旨に同じであるから、こゝには更めて述べない。

○管見 私は本判決の主旨に従ふものである。元來法定推定家督相續人は他

家に入ることとは出来ぬのであるが、民法は二つの例外を認めてゐる。一つは本家相續の場合で、他の一つは戸主の同意なくして、婚姻又は養子縁組をなした場合である。本件に於て注意すべきは、CはEが當然自己の實家に入るべきものとして、届出書に記載した點にある。養子Fが相續権を有するか、又はJの直系卑屬たるEが相續権を有するかは、畢竟この點で別れるのである。養子が離縁により、實家に復籍した場合に、其直系卑屬は當然之に従つて、實家に入るべきものではない。民法には養子の直系卑屬が養子の離縁に因りて之と共に養家を去つた時云々の規定がある（七三〇・三）が、これは養子の直系卑屬が民法七三七條又は七三八條により、入籍した時のやうな場合なのである。けれども其の直系卑屬にして、養家の法定推定家督相續人たる時は、民法七四四條一項本文の規定があるから、父たる養子の實家に入ることは出来ぬと云はねばならぬ。前述したやうに、養子の直系卑屬が養家を去るには所謂親族入籍の規定によらねばならぬし、また其者にして法定の推定家督相續人であるならば、廢除しなければ他家に入ることとは出来ぬと解すべきである（同主旨。法曹記事第二十卷。第四號・三八頁―三九頁）。

然し乍ら、法定推定家督相續人が、かゝる民法の規定に違反して、婚姻又は縁組をなし他家に入り、しかも戸籍吏に於いて其の届出を受理した以上は、其の婚姻又は縁組は有効に成立したもので、後に至つて之を取消すことを得ぬものと見るべきであらう。本件に於いて、Cが養家を去ると共にEも亦之に従ふべきものと考へ、届出書に記載したとしても、それが上告人の主張するやうに親子の情愛からEを監護教育する意思であるにしても、直ちに之を以て養子縁組の届出——私も實子を養子と爲し得ると考へてゐるが——なりと觀察するのは餘りに早計と云はねばならぬ。従つて斯の如き場合にありては、縦令戸籍簿上EはAの家を去りCの實家に入つた旨の記載があつても、之は無効と見るのが正當と思ふ。故にEは依然としてAの家にある者と云はねばならぬ。然らばCが養家を去り其相續権を喪失すると同時に、Eは民法九七四條により其の固有の權利に基き、Cが有すべき順位と同一の順位に於て、被相續人を相續するものである。従つてAを相續すべきはFに非ずしてEなりと云ふことになるのである。