慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	民事判例管見誌 (三)
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.4 (1924. 12) ,p.79- 95
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19241231-0079

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（三）

峯岸治三

五　壻養子の相續權と代襲相續人

大正十三年四月二十五日第一民事部判決（大審・民・判・第三卷第四號一五三頁以下）

關係條文、民、九七〇條一項、民、九七四條。

この事件は第一審が福島地方裁判所若松支部で、第二審が宮城控訴院である。

○事實　CはDと壻養子緣組をなし、其家女Eと婚姻せしめた。大正五年四月二十六日D・E間に被上告人（被控訴人・被告）Bが出生するに至つたが、大正六年二月十三日Dは離緣離婚となつた。そこでCは更に上告人（控訴人・原告）Aと壻養子緣組をなしEと婚姻せしめた。其後C死亡するにおよび、Bが家督相續を爲したが、Aは之に對しDの離緣離婚によりBはCの法定推定家督相續人となる者ではな

いとして、家督相續回復の訴を提起したのである。

原審は之に對し上告人の請求を棄却した。こゝに於てAは上告して大體次の如く主張した。

一、民法第九七四條は同法第九七〇條の爲めに特に規定されたもので、本件の如き場合には適用がない。

二、家女Eの相續人たることは、壻養子の出入によつて異動消長のあるべき譯はない。壻養子は男子であるから、たゞ委任代理するの意に過ぎぬ。

三、斯の如く解する時は、先夫Dの離緣離婚と同時にBに相續權の移る理由はない。若らば、この場合Eが相續權を有することになり、其夫となつたAは民法九七〇條により家督相續をなすべきである——と主張した。

○判旨　之に對し大審院は左の如く判示した。即ち

「壻養子緣組ニ因リ家女ト婚姻ヲ爲シタル壻養子ハ相續順位ニ於テ家女ニ優先スヘキモノナレハ其ノ間ニ直系卑屬アルトキハ其ノ直系卑屬ハ壻養子カ相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テ承組相續人(代襲相續人)ト爲ルモノトス」

大審院は其理由を大體左の如く說明して居る。即ち

一、壻養子と家女と婚姻を爲した時は、此兩者間の相續順位は民法第九七〇條第一項第二號に從ひ、壻養子は家女に優先すべきである。

二、從つて、若し其間に直系卑屬があり、壻養子が家督相續開始前に相續權を失ふたならば、[redacted]法第九七四條の適用がある。

三、然[redacted]は、本件の場合に家女EはCの死亡した當時既に推定家督相續人である以上、之を相續するのは正當である。

依つて上告人Aの主張は理由なしとして棄却したのである。

○管見　私は先づ、代襲相續の性質から考へて行かう。代襲相續の觀念は、我國に於ても既に其存在を認めることが出來るのである。民法の制定に際しても亦、この觀念を取入れて之を一般的に規定した。外國の立法例に於ても大體同じである（佛民・七三九條―七四四條、伊民・七二九條―七三五條）。即ち代襲相續とは相續上先順位に在る者が、法定の原因に因り家督相續開始以前に其地位を失つた場合、其者に直系卑屬有る時は、此者に先順位者と同一の地位を與へることである。從つて、民法の原則たる第九七〇條

に對する例外を爲すもので、畢竟法律の擬制たるに過ぎぬ。

今、左に其要件を述べて見よう。

第一に民法第九七〇條及び第九七二條の規定に依りて家督相續人たる者が、死亡し又は其相續權を失ひたることを要する。民法第九七〇條及び第九七二條に依り家督相續人たる者と云ふのは、1被相續人の家族たる直系卑屬、及び2被相續人の家族となつた直系卑屬の兩者のことである。即ち此等の者につき、死亡又は相續權の喪失と云ふことが生じなければならぬ。死亡は天然の死亡は固より、民法第三十條に依り失踪の宣告を受けた者も亦含まれてゐるのである。相續權の喪失と云ふことは、苟も失權の事實あるを以て足りるのである。如何なる原因により、其失權が由來したかと云ふことは關係しない、從つて、1國籍喪失に因り其家を去つた場合、2廢除に因り法定推定家督相續人たる地位を失つた場合、3欠格者として法定推定家督相續人の地位を失つた場合、4婚姻又は養子緣組に因り他家に入つた場合、5離緣に因て系直卑屬の身分を失つた場合、6本家相續のため其家を去つた場合、7廢絕家再興のため其家を去つた場合等を包含してゐるものと云

ばねばならぬ（奥博士相續法論一〇二頁、牧野博士相續法論一二二頁、柳川學士相續法註釋上卷一六一頁等參照）。

第二に死亡又は相續權の喪失は、家督相續開始以前なることを要する。從つて、苟も一度相續が開始した以後に於ては、代襲相續は之を認むるの餘地が無い譯である。民法第九六九條第一號の場合に於て、刑の言渡を受けたる後其判決確定前家督相續が開始した時の如きは、相續權の喪失は家督相續開始以前と見るべきであるから、この場合には代襲相續は行はるゝものと云はねばならぬ（この點に就ては柳川學士前掲二六二頁を參照すべし）。

第三に代襲者は被相續人の親族にして、死亡者又は失權者の直系卑屬なることを要する。この點に關しては從來學說が別れてゐる。即ち、代襲者は被相續人の親族たることを要しない、民法第九七〇條及第九七二條により家督相續人たるべき直系卑屬であれば差支なしとするのが第一の說である。代襲者は被相續人と親族關係を有する者でなければならぬ。從つて、死亡者又は相續權を喪失した者の直系卑屬でありと雖も、被相續人と親族關係を有しない者であるならば、其者は代襲者として相續權を有することは出來ぬとするのが第二の說である。前兩說

のうち第二説は一般學者の主張する所である（奥田博士前掲一〇三頁、牧野博士前掲一二四頁、柳川學士前掲二六五頁）。民法第九七四條が同第九七〇條の例外をなすと云ふのは、第九七〇條に於ける原則たる法定順位を變更したと云ふことにあるのであるから、私も亦第二説に從ふ者である。而して、上述せる直系卑屬は推定家督相續人の死亡又は失權の當時、被相續人の家に存在してゐなければならぬと主張するものあり（法記第二〇卷第二號四三頁決議、三八・九・一九大審判・大正五宮城控訴判・大正六・三・一八千葉地方判・大正八・三・一四長崎控訴判等）、之に反し直系卑屬は相續開始當時、被相續人の家に存在（懷胎を包む）して居ることを以て足ると爲す者がある（奥田博士前掲一〇四頁、柳川學士前掲二六七頁）。私は民法第九七〇條に規定してある資格は、家督相續開始の時を以て決定すべきであり、又第九七四條はこの資格に關する特例を設けたものではないことは前述した通りであるから、此等の點から考へて後説に從ひたいと思ふ。

以上に於て代襲相續につき其概略を述べたが、まだ代襲相續それ自身としては色々問題があり論ずべきこともあらう。併し乍らそれらは餘りに此事案から遠かるから、此處には省略することにしたい。

そこで本件に就て考へて見るに、其主要なる論點となるのは要件の第一にある

と思ふ。即ちDはCと壻養子緣組をなし、Eと婚姻後Bなる一子を擧げて離緣離婚となつたのである、言ひ換へれば離緣離婚と云ふことに因り、Cの法定推定家督相續人たる地位を喪失したことになる譯である。第一の要件の所で述べて置いたやうに、相續權の喪失と云ふことは其原因の如何を問はないのである。苟も客觀的に相續權の喪失と云へる事實の發生があれば、代襲相續は開始せらる可きである。從つて、壻養子が離緣離婚となつた場合と雖も、之に因て其者の相續權は當然喪失せらるべきであるから、矢張相續權喪失の一場合であることは更に疑を容るゝの餘地がないと論斷せざるを得ないのである。たゞ壻養子は養子緣組なる法律行爲と婚姻なる法律行爲とが同時に成立するので、從つて離緣離婚の場合には亦、同一人について離緣と離婚が同時に行はれるのであるが、例へば養子と云ふ方面から觀察すれば、離緣に因り直系卑屬たる身分を失つたことになる。いづれにしても第九七四條に所謂相續權を失ひたる場合になるのである。果して然りとせば、民法第九七四條は明かに斯の如き場合に適用あるものにして、上告論旨に於て斯の如き場合に適用なしとしたのは大なる誤りと云はねばならぬ。又家女

Eの相續權は、壻養子の出入に依り果して變動を受けぬものであらうか。家女EがDなる壻養子と婚姻し、爲めに壻養子Dが法定推定家督相續人と爲つたのは、Dの爲めにEの相續權が一時潛在狀態と爲つたと云ふことが出來ようか。Dが婚姻に依りCの推定家督相續人と爲つたのは、民法第九七〇條第一項第二號に依るものであり、之に因てEは其相續權を喪失したのである。故にDの離緣離婚に因り若しなるとD・E間に直系卑屬が無いとしたら、Eが再びCの推定家督相續人となるも、之は決して先きにEの有してゐた相續權が潛在してゐたるが爲めに、再發發見して來たものであると云ふことは出來ぬのである。從つて、家女Eの相續權は、壻養子の出入により異動消長のあるべき譯がないと云ふことも亦、大なる誤謬と云はざるを得ぬ。況んや壻養子は男子であるから、たゞ委任代理するの意に過ぎぬと爲すが如きは到底首肯し難い所である。果してさうとするならば、D・E間にBなる直系卑屬が存在してゐる本件の如き場合にありては、Dの離緣離婚は、從てBの承祖權の發生の原因たるべく、後日Aなる者が壻養子緣組によりEと婚姻を爲したにせよ、之に依てBの推定家督相續人たる地位は少しも動搖あるべき

でない。又若し、一旦Dが離縁離婚となり再び壻養子縁組によりEと婚姻した場合に於ても、Eの推定家督相續人としての地位は、前の場合と同樣に決して變更あるべきものでない(註一)。

(註一) 法曹記事一〇一號三九頁には「養子カ家女ト婚姻シテ一子ヲ擧ケ後離縁並離婚ヲ爲シ後再ヒ壻養子トシテ入ルモ其子ノ相續ヲ害スルコトナシ」とあり同趣旨なり。

以上論じて來た所から本件を案ずれば、上告論旨を理由なしとして棄却した本判決は正當と云ふべきである(同說法記八九號三二頁・同一〇六號一頁・同一一四號一頁・同二〇卷二號四六一頁法新・五五八號一三頁・大阪地方判・大正五・一一・一八・大阪控訴判・反對三一・二・二二・大審判等)。

六　民法第九四八條に所謂後見人の意義

大正十三年七月十四日第二民事部判決(大審・民・判・第三卷第八號三〇七頁以下)。

關係條文、民、九四八條

この事件は第一審が青森地方裁判所八戸支部で、第二審が宮城控訴院である。

〇事實　上告人(控訴人・原告)Aは亡Bの實父の兄の養嗣子であり、且Bの後見人であつた。Bは大正九年十二月十一日直系卑屬なくして死亡したので、相續人選

定上親族會を開くため、被上告人(被控訴人・被告)C(三名)等は親族會員となり、大正十年九月五日親族會を開き、Bの姉Dを之が家督相續人に選定した。ところが、AはDが家督相續人たるは不適當なる者であるから、親族會に出席して其意見を述べようとした。然るに、親族會は所定の場所で開かれなかつたやうで、Aは意見を述ぶる機會を與へられなかつた――と主張した。之に對し被上告人Cの方では、AはBの死亡により最早後見人ではない、又AはBの親族でないから親族會の決議に不服を訴へる權能はないし、親族會に出席して意見を述べる資格はない。又事實上親族會は適法の場所で開かれ、Aは之に出席したから意見を述べる機會を有してゐる。であるから、どちらにしても本訴請求は失當だ――と答辯した。

原審はAはBの死亡により、最早後見人たる資格を失つた者だから、Aに對し意見を述べさせる必要はないと云ふのを主なる理由として、Aの請求を排斥したのである。

そこで、Aは上告して大體次の如く述べた。即ち

一、民法第九四一條に基き、同第六五四條同第六五五條の現定の準用あり、或場

合にはAも後見人と同一の職務を執行し得る。

二、民法第九四八條の「後見人」中には、後見人たりしものも包含すべきである――と主張した。

こゝに於て、大審院は左の如く判示した。

「家督相續人選定ノ爲ニスル親族會ニ付テハ亡戸主ノ後見人ハ民法第九百四十八條第一項ノ後見人中ニ包含スルモノトス」

大審院は上告論旨を「洵ニ所論ノ如シ」として、之を認めてゐる從つて判決理由も亦大體之と同樣であるから省略することゝする。併し乍ら、原判決の確定した事實により、Aが親族會に出席し意見を述べる機會があつたのに、Aは別に異議を述べなかつたから、上告人の本訴請求を理由なしとして却下した原判決は相當である。原判決がBの死亡によりAは最早後見人でないから、親族會に出席する資格がないとした失當は原判決を破毀するに足らない。從つて、結局本論旨も理由なしとして、棄却したのである。

○管見　大審院は上告人の主張には贊成してゐる。上告論旨は洵に尤もだと

言ひつゝ、本論旨は結局理由なしとして棄却した。だから、棄却した理由は全く別の理由、即ち、原判決ノ失當ハ以テ原判決ヲ破毀スルニ足ラザル」と言ふ所にある。併しこの全く別異の理由は、Aが親族會に出席し、しかも異議を述べなかつたかどうかの問題であるから、原判決の確定した事實が果して誤なきかの問題となり、吾々は直接之を知ることが出來ぬのである。從つて、私が此處に考へようとするのは、判官が上告人の主張を認め原判決を失當とした所まゝある。

民法第九四八條第一項に依る時は、本人、戸主、家に在る父母、配偶者、本家並に分家の戸主、後見人後見監督人及び保佐人は親族會に出席して其意見を述べることが出來る、しかし勿論表決の數に加はることは出來ぬ。それは、彼等の意見を親族會の參考の資に供するだけである。彼等が斯の如く親族會に出席して、其意見を述べることを許されてゐるのは、親族會の議事に利害關係を有してゐるからである。然らば彼等はこの意義に於て、また利害關係人と云ひ得るであらう。さらば、利害關係人としての彼等の陳述は、單に親族會の參考、言ひ換へれば彼等が有益なる意見を述べたにも拘らず、親族會は之に對し一瞥をも與へず自分達の欲するまゝに

表決するも、彼等は唯兩手を拱いて之を傍觀するより外に途はないか。かくては利害關係人としての、彼等の參考意見は餘りに薄弱たるものになつてしまうものではあるまいか。

參考意見を述べることを許されてゐる彼等に通知を爲さずに、親族會が決議をしたらどうか（民、九四八條二項參照）。言ひ換へれば、彼等に意見陳述の機會を與ふることなくして、決議をしたらどうか。「民法第九四八條は本家戶主其の他の人に親族會に於て意見を陳述する權利を附與し尙權利行使の機會を得せしめんが爲め招集者に彼等の入々に對し招集の通知を爲すべき旨を命じ置きたるもの」（法新・五〇四號一〇頁・大阪地方判）であるから、其「通知を缺きたるときは之を原因として同法第九五一條に因り不服の訴を提起することを得る」（三三・五・三大審判）ものである（なほ三六・五・二八・大審判・大正二・五・一七・大審判・大正二・九・二六東京控訴判・法協四十卷八號四二頁以下中川善之助氏の評釋參照すべし）。然らば意見陳述權利者の出席に就ては（若し通知なきがため出席不能の時は）、第九五一條に依り兎に角或程度まで之を保障してゐることゝなる。さらば、出席もて意見を述べること、しかもそのことが權利である以上、親族會が全く意見を顧みず決議し、其決議が意見を顧みなかつたゝめ客觀的に甚だ不當のもので

ある時に、意見陳述者は其意見が唯參考のためだと云ふ理由で、若し彼等の意見を少しも顧みず不當な決議をなした時、之に對し如何なる手段も下し難いとしたら、それは權利として認められるには餘り薄弱ではあるまいか。故にこの場合にも、前同樣第九四八條第二項は第九五一條と結び附くことになるのではあるまいか。然るに、第九五一條に依れば、第九四四條に揭げられたる者から不服の訴を提起することになつてゐる。從つて、第九五一條は第九四四條と直接連結してゐる譯である。ところが、第九四四條に揭げられてゐる者の中には第九四八條第一項に揭げられてゐる者が大概含まれてゐる。從つて、第九四八條が第九五一條と結び付くのは、第九四四條の媒介に依るものと云はざるを得ない。

そこで私は第九四八條第一項に就て考へて見よう。即ち本項に列擧した以外の者は、親族會に出席して意見を述べることが出來ぬか。言ひ換へれば、之は限定的列擧主義に依つたのであるかどうか。私はこの場合矢張消極的に解したい。だから、同項に列擧した以外の者は、出席して意見を述べることを得ないと解したい（この點に就ては法協前揭四八頁●五〇頁中川學士所論參照●中川學士は：：列擧以外の者は陪席を禁じた方が少くも面倒が起らないだらうと思はれると云つてをられる）。かくの如く本條第一項は、

列擧以外の者ではいけないと解することにより、一定の限界を有してゐる。ところが本件は其一定の限界内に一つの伸縮性を與へたのである、即ち後見人と云ふのは後見人たりし者、換言すれば現實に後見人たる者でなくとも差支なしとしたのである。こゝに於て、後見人の範圍が擴大せられた譯である。本件にありては、被後見人の死亡により後見が終了した場合であるが、例へば正當なる事由ありて其職務を辭した場合には（民九〇七條參照）、新舊兩後見人が親族會に出席して意見を述べる權利を有するのであるか、從つてまた、後見人だけに通知あり後見人たりし者に通知を爲さずして親族會が開かれた場合には、第九四八條の後見人と云ふ意味から、第九五一條により訴を提起し得るか。本件に於ては、後見人につき後見人たりし者をも包含せしめたのであるが、同條に列擧した他の者についても、同樣にこの解釋を進めて差支ないか、例へば後見監督人たりし者、本家並に分家の戸主たりし者、或はまた配偶者たりし者と解すべきであらうか。斯の如く其意味が擴大せらるゝ結果、之と關聯せる第九四四條の列擧者の意義も亦、擴大してゆくのではあるまいか。第九四四條には特に利害關係人を擧げてゐる、從つて限定的に列擧して

ゐるやうなものゝ、事實上其範圍が割合に擴大されてゐると云はねばならぬ。勿論利害關係人とは如何なる者であるか具體的場合に就て決すべきではあるが、判例に於ても其概略的輪郭を示す程多く現れてゐない。併し後見人たりし者等は或は所謂利害關係人のうちに入れることは出來まいか。若しそのなかに含めることが出來るとするなら、不當なる親族會の決議に對して第九五一條により訴を提起することが出來るのは、後見人と云ふ意味のうちに包含せられてゐないで、利害關係人と云ふ方から訴を起すだけの差となるのである。若し第九四八條の所謂後見人中には、後見人たりし者は包含してゐないと解すると、親族會に於て意見陳述の權利が無くなる、從つて本件の如き場合には不都合を生ずるかも知れぬ、しかし前述する所により之がため全然第九五一條による不服の申立が出來なくなると云ふ譯でもない。けれどもさうかと云つて、各場合につき本條の後見人の意義を色々に解することは許すべからざる所である。從つて、本件に於て後見人の意義を擴大するなら、第九四八條を適用すべき他の事件に就ても考へなければならぬし、第九五一條との關係、或はまた第九四四條との關係に就き如何に取扱ふべ

きかを考へねばならぬ。かくの如くば其結果は意外にも複雑となり、事實上面倒な結果を惹起する虞はあるまいか。第九四八條は列擧者以外の者には、出席して意見を陳述する權利がないと解することにより具體的に妥當であるなら、列擧者そのものに就ても、成るべく其範圍を擴大しない方が――或場合には都合のよいことがあるにせよ――全體としては、少くとも面倒なことを惹起する虞がないのではあるまいか。要するに後見人の意義を擴大するのは、どの範圍まで之を認め得るか。若し認め得るとしても、果して其結果が、總てに妥當的であり、合理的であり得ようか。此等の點に就いて、疑ひと問題とがなほ殘されてゐるやうに思はれてならぬ。