

の如く又斯る無効の相殺は質権者たる上告人の後日の承認に依り有効とするを得ざるものなること又原判決の如し、何となれば右の如く相殺の無効なるに拘はらず、質権者の後日の承認に依り之を有効とするが如きことは法律が相殺に依り生ずる當事

三七九 勸業債券の割増金と質権

「質権の効力は果實の上に及ぶ」とは民法の第何條なりしか規定され居る様記憶せり、就ては勸業債券の割増金に對しても質権の効力は當然に及ぶものと思考する、然るに右果實とは周期的に取得する利子の如きを云ひ、偶然に所得となる割増金には質権の効力及ばずとの説を爲す者あり、何れが正當なるや右に對する判決例有無共詳細に御説明願度

株券に對する配當金の如きを廣き意味に於て果實と云ひ得ざるにあらずと思考す果實と見るを得ざるや
一、法定果實と云ふのは「物の使用の對價」たる金錢や物品を指すのであるから、勸業債券の利札の如きは法定果實であることに疑はないが、然し割増金の性質は射幸取得金であるから利息でない、從て法定果實ではないのである

二、質権の効力は質物の果實に及ぶことは第三〇〇條第二九

者間の権利關係の不確定状態に在ることを避けんとする民法第五百六條第一項但書の精神に反するものなればなり、然らば本訴上告人請求の失當なること明瞭にして、此の理由に依り原判決主文を維持するに足るが故に本論旨は結局其理由なし

七條に明定してあるが、果實でない割増金に其の効力は及ばぬものと言へる、併し「果實に準ずるもの」と見て質権の効力の及ぶものと解することが正しいと思ふ

三、東京地方裁裁所では株式の利益配當は果實ではないが、果實に準ずるものとして質権の効力の及ぶものと解して判決をして居る（大正十五年昭和二年）（大正十四年東京區裁判所判決も同説）（反對東京控訴院）割増金に付ては判例は見當らないが右と同じことに解すべきである

三八〇 賣約權の消滅と代金

大正十五年（オ）第八百三十九號

民法第五百三十四條第一項に所謂滅失は法典の用語上よりするときは、物の物理的滅失の場合のみを指稱するが如しと雖も、双務契約に於て特定物の所有權移轉を目的と爲したる場合に公力に因り其の所有權を奪はれたるが如き、又は抵當權の移轉を目的と爲したる場合に抵當權が公賣に因り消滅したるが如き其の權利の喪失又は消滅が債務者乙の責に歸すべからざる事由に基因し、履行不能を生じたる場合は、乙の責に歸すべからざる事由に依り、物の物理的滅失を來し、爲に權利消滅し履行不能を生じたる場合と、乙の地位に於て、何等選ぶ所なく、危險負擔に之を別異に取扱ふの理由毫も存在せざるが故に、斯の如き物の滅失に基かずして權利の消滅したる場合も亦前記法條の適用あるものと解するを妥當なりとす、而して甲は前段の如き解釋を爲すときは、本件抵當權者乙は抵當物の對價中より辨濟を受け得る場合あるに拘はらず他方に於て相手方甲が抵當權の消滅に付危險を負擔する爲乙は抵當權移轉の義務を免れ、却て

抵當權を賣渡しの約束を爲し其取引履行前公賣にて抵當權消滅でも代金効あり但し配當は償還

之に對する反對給付を請求することを得二重に利得するの不當なる結果を生ずるに至るべき旨を論難すれども、民法第五百三十六條二項は債權者甲の責に歸すべき事由に依りて履行不能を生じたる場合に於てすら、乙が其の債務を免れたるに依り得たる利益（配當）を甲に償還することを要する旨規定するが故に甲乙双方の責に歸すべからざる事由により、履行不能を生じたるときは甲に其の責に歸すべき事由に依り履行不能を生ぜしめたる場合に比し利益なる地位を與ふる理由こそあれ、甲を不利に待遇すべき理由存せざるを以て、此の場合にありては、勿論解釋として乙が債務を免るるに依り得たる利益（配當）を甲に償還すべき義務あるものと解するを正當なりとす、從て右論難は當らず、然らば原審が所論摘録の如く判示し本件抵當權の消滅は民法第五百三十四條第一項に所謂滅失に該當するものと爲し、甲に於て其の危險を負擔すべきものと解したるは相當にして、毫も違法の點なく論旨は何れも其の理由なし

三八一 申立人から失踪取消

申立人も利害關係人として自發的に取消を訴ふことを得べし此場合の相手方は檢事の外なし

法曹會決議(昭和二年三月三十一日)

一、民法第三十二條に依る失踪宣告の取消は當初失踪宣告の申立を爲したる者より自發的に之を請求することを得ざるや
二、前項若し請求し得べしとせば其訴へは何人を相手方として之を爲すべきや

三、失踪宣告取消の判決に付いては之を公告すべき規定存せざるが如きも、前に失踪宣告の公告を爲しある關係上當然必要なりとして之を公告すべきものなりや

以上疑義に涉り候條貴會の御意見承知致し度候

決 一、民法第三十二條に依れば失踪宣告の取消は、本人又は利害關係人より之を請求すべく、利害關係人中には失踪宣告の申立を包含するを以て、失踪宣告の申立人も亦失踪宣告取消の申立を爲すことを得べしと解するを相當とす

二、人事訴訟手續法第八十條に依れば、民法第三十二條に依り失踪宣告の取消は其の判決に對する不服申立の訴を以て之を請求すべきものにして、此不服申立の訴へは通常の場合に於て

は、失踪宣告の申立人を相手方と爲すべきものなれども、本問の場合に於ては申立人自ら原告となるものなれば、相手方となるべきものなし、故に同法第七十八條第二項の規定を準用し、檢事を以て相手方と爲すべきものとす(獨逸民事訴訟法第九百七十四條二項參照) 同趣旨大正四年一月三十日法曹委員會決議(法曹記事第二十五卷第九號二三頁)

三、人事訴訟手續法第七十條には失踪の宣告及び其の宣告の取消には民事訴訟法第七百六十五條乃至第七百七十五條の規定を準用すと規定しありて、民事訴訟法第七百七十三條には裁判所は除權判決の重要な趣旨を官報又は公報に掲載して公告を爲すことを得と規定しあるを以て、失踪宣告取消の判決も亦失踪宣告の判決に於けると同じく、裁判所は其の重要な趣旨を官報又は公報に掲載して公告を爲すべきものとす

三八二 同時履行と場所

履行場所が同一でなくも同時履行を爲し得るもの故之を理由に不履行の責を免るるものに非ず

大正十四年(オ)第七百九十一號

双務契約の各當事者が同時に其の負擔する義務の履行を爲すには、必ずしも其の履行の場所が同一なることを要するものに非ず、何となれば其の履行の場所を異にすと雖も、各當事者は代理人を任設し其の場所に於て履行に必要な行爲を爲さしめ、履行の方法に付交渉を要する事實あらば、豫め之が交渉を遂げ以て履行の準備を爲すに於ては同時に即ち交換的に履行を爲すことを得べければなり、故に原裁判所が本件賣買契約に於て代金支拂の場所と登記所とが上告人所論の如く相異なる事項を認めながら甲第一號證契約書第五條の約款に依り當事者は同時履行の契約を爲したるものと認め「履行の場所異ればとて代理人を任設して之に當らしむるに於ては、必ずしも同時に引換的の履行を爲し得ざるものに非ず、又買主指定の名義人に移轉登記を爲すべきこと登記費用を買主に於て負擔する等の如きは、何れも豫め其の準備を爲し得べきを以て、之あるが故同時履行を爲し得ざるものに非ずと説明したるは不法に非ず」而して本件

三八三 代辨權で相殺は非

受任者が委任者の爲に負擔した債務の辨濟請求
權で委任者への債務と相殺するは非也との事

大正十四年(オ)第六百三號

受任者が委任事務を處理するに必要と認むべき金錢債務を負擔したる場合に於て委任者をして自己に代りて其の辨濟を爲さしむる權利は一定金額の支拂を目的とする權利に外ならざること所論の如しと雖も、該權利は畢竟受任者が委任事務處理の必要上負擔したる債務の免脱を請求するものにして、自己に對して一定金額の支拂を請求する權利に非ざるを以て、其の權利の性質上委任者が受任者に對して有する一定的金錢債權と相殺を爲すに過ぎざるものと解するを相當とす、蓋し相殺は同種の目的を有する債權が互に對立する場合に於て其の給付を交換するの煩勞を避くると共に、對立する債權者の保護の公平を期するものなるを以て、相殺を爲すには双方の債權者が互に自己に對して給付を爲すことを請求し得る權利を有し、相殺に依りて給付を交換したると同一の結果を生じ、互に債權の目的を達することを得るものなることを要するは論を俟たざる所なり、然るに前記受任者の代辨濟を請求する權利は受任者が自己の負擔した

る債務の免脱を請求する權利にして、自己に對して一定金額の支拂を請求する物に非ざるを以て、委任者が受任者に對して有する一定の金錢債權に對して相殺に適用する對立債權たる性質を有する權利と云ふことを得ざるものとす、若し所論の如く右二個の債權が相殺に適用するものとせば、相殺に依りて其の双方の債權は對當額に於て消滅すべしと雖も、受任者が委任事務處理の必要上負擔したる自己の債務は、依然として消滅することなきを以て、其の債務の免脱を請求するに外ならざる受任者の代辨濟を請求する權利は、結局相殺に依りては毫も其の目的を達することを得ざるものなるのみならず、受任者が委任事務處理の必要上負擔したる債務を自己の出捐に依りて辨濟したる場合に於ては、委任者に對して其の失費の償還を請求する權利を取得すべく、その權利は委任者の受任者に對して有する金錢債權と互に相殺に適用するものなること疑ひなきを以て、若し代辨濟を請求する權利を以て委任者の右債權と相殺し得るものとせむか、未だ發生せざる將來の費用償還の請求權を以て相殺に供す

ると同一の結果を惹起し、相殺が双方の債務の對立と其の辨濟期の到來を要件とする趣旨に背悖するに至るべきを以て、此等の點より看るも、前記論斷の正當なることを肯定せざるべから

ざるなり、然らば原判決が論旨適録の如く判示して上告人の相殺抗辯を排斥したるは結局正當にして論示は理由なし

三八四 要素遺脱の意思表示と契約の效力

昭和六年(オ)第三千七百四十九號

抵當不動産の買受人が其の代金支拂の方法として、抵當權者に對する第三者の債務に付き重疊的引受契約を爲すに當りては、特別の事情なき限り右賣買の有効なることは引受人にとりて引受契約の緣由を成すものと認むるを相當とすべきが故に、引受人が特に右賣買の有効なることを前提要件として引受を爲す旨債權者に表示せずして、引受契約を爲す時は、縱令自己の心裡に於て之を前提要件と爲したる場合と雖、其の引受契約は右賣買の無効なるに因りて效力を妨げらるることなく、賣買無効なりし場合に於ても引受契約は有効に成立するものと解するを相當とす、然るに原審は被上告人は賣買の有効なることを前提要件として債務の引受を爲したるものなる處、賣買は無効なりし爲右の引受は法律行爲の要素に錯誤ありて無効なる旨判示し

抵當物買受が有効なるを緣由とする債務引受契約は、其の緣由を前提とする旨債權者に表示せざれば、抵當物買受が無効にても效力あり

たるも、被上告人が賣買の有効なることを債務引受の前提要件とすることを債權者たる上告人に表示して、引受契約を爲したるものなるや、又單に自己の心裡に於て之を前提要件と爲したるに止まるものなりやは原判決及之に引用せる第一審判決を通過して之を知るに由なきが故に、原審が此點の判斷を示さずして前記の如く判示したるは審理不盡理由不備の違法あるものと云ふべく、論旨理由あり、原判決は破毀を免れず

昭和七年八月十七日

大審院第四民事部

三八五 期間の計算と實例

何々日より幾日とありても初日を算入せず何日前に通知すべしとある時は中間に其の幾日存在必要

法曹會決議(大正十四年四月二十二日)

同 一、(一)商法第六十二條の二の決議無効の訴へは決議の日より一ヶ月内に之を提起することを要す、右一ヶ月内とは決議の日より起算したるものなりや、又決議の翌日より起算したるものなりや、又(民一六)占有を始めた日より起算するものなりやは別に之を定めざるなり、之に反し商法第六十三條の二は決議の日よりと特定し、又民法第六十六條消滅時効は権利を行使することを得る時より進行すと夫々明定しあるを以て、民法第三十八條の別段の定めある場合に該當し、民法第四十條と異り決議の日より起算して可なる如く見ゆれども、然らずや御教を示仰ぐ

(二)民法第三十八條によれば、期間の計算法は法令裁判上の命令又は法律行為に別段の定めある場合を除く外、本章の規定に従ふとありて、即ち右商法第六十三條の二決議無効の訴へは決議の日より一ヶ月内とあるを以て決議の日よりと云ふ文詞が即ち民法第三十八條の別段の定めある場合に該當し、即ち決議の日より起算して可なりとも見ゆるが然らずや、御教示を仰ぐ

(三)商法第六十三條の二の決議の日より一ヶ月内云々と、民法第九百五十一條親族會の決議に對しては、一ヶ月内に云々又民法第六十二條の二十年間所有の意思を以て云々の二十年間等とは、其の起算點同じからずと愚考す、如何御教を示仰ぐ

(四)民法第九百五十一條の一ヶ月内民法第六十二條の二十年間は何れも其の起算點が親族會の決議の日より起算するものなるや、又其の翌日よりなるや、決議の内容に不服の理由存するを知りたる日よりなりや、又(民一六)占有を始めた日より起算するものなりやは別に之を定めざるなり、之に反し商法第六十三條の二は決議の日よりと特定し、又民法第六十六條消滅時効は権利を行使することを得る時より進行すと夫々明定しあるを以て、民法第三十八條の別段の定めある場合に該當し、民法第四十條と異り決議の日より起算して可なる如く見ゆれども、然らずや御教を示仰ぐ

二、右一、に述べたる訴へが決議の日より一ヶ月を経過したる後に起されたるものなるときは被告に於て應訴の責任なきことを主張し得るものと信ず、而して若し此の場合に於て被告が本接の口頭辯論前に妨訴の抗辯の提出によりて、原告の訴への却下を求めざりしときと雖も裁判所は職權を以て原告の訴へを却下すべきものなりや御教を示仰ぐ

三、(一)商法第五十六條、總會を招集するには會日より二週間前に各株主に對して其の通知を發することを要す

右會日より二週間前とは例へば本月一日、各株主に通知を發すれば足るものなりや、又會日と通知を發する日の二日を除きて中二週間を存する様通知を發するを要すべきや、又會日より二週間前に各株主に到達する様通知を發することを要すとの説もあり、果して然りや御教示を仰ぐ

(二)通知の方法は郵便書にてするも又使者を以てするも不可なかるべしと思はるゝが、若し何れか一人の株主に通知を發することを怠りても總會招集手續の缺陷として、決議無効の原因となるものとすれば、會社は郵便書にて各株主に漏れなく通知を發したるに拘はらず、株主が故意に通知なかりしと主張する場合普通郵便書にて通知を發したる會社は右株主に其の通知を對抗すること困難なる様思ふが、此場合如何になるべきものなりや

(三)右の如き問題起ることあるが故に總會招集の通知書は少くとも書留郵便にて發せざるべからざるものなりや、御教示を仰ぐ

四、(一)商法第六十三條の二第三項の公告は其の公告方法

を示せる規定なき様思はるゝが、若し會社が定款を以て其の會社がなすべき公告の方法を店頭に掲示して爲すことに定めたるときは店頭公告にても可なりや

(二)若し右公告すべき訴へが會社の解散決議に對する無効の訴へなるときは既に會社清算人は債權者に對し、民法第七十九條の公告を(民施二六、非訟一四四)官報及び新聞紙上にてなしたりとすれば訴への提起及び口頭辯論の期日は曩に官報及び新聞紙上を以て公告したる債權者其他の利害關係者にも、又之を知らしむる爲めの公告なるべしと思考するが故に、假令之れが公告方法の規定なく且又會社定款を以て店頭公告と定めたる否とを問はず、該公告は依然官報及新聞紙上にて爲さざるべからざるものと思考するが如何、御教示を仰ぐ

決 (一)商法第六十三條の二に定めたる一ヶ月の期間は民法第四百十條により決議の日たる初日を算入すべきものに非ず、即ち決議の翌日より起算したる一ヶ月と解すべきなり、商法第六十三條の二に決議の日より一ヶ月内とある字句を捉へて、民法第三十八條に、所謂別段の定めある場合と解するは當らず

二、決議無効の訴へは決議の日より一ヶ月を経過したる後に

於ては絶対に提起するを得ず、従つて假令被告が何等異議を述べずとも裁判所は原告の訴へを却下すべきものとす

三、商法第五十六條第一項に規定せる通知は、現に之を發する日と會日との間に、二週間の存することを要す、二週間前に株主に到達する様通知を發することは、敢て必要ならず、而して此通知をなす方法は何等制限なきが故に、郵便によるも使丁によるも可なり、従つて亦郵便による場合にも普通郵便たる書留郵便たるも孰れにても妨げなし、唯後日の證據として書留郵便の方法が優れるに過ぎず

三六六 請負建築物の所有權

昭和六年(オ)第二千六百五十六號

請負契約に基き請負人が建築材料の主要部分を供して、建物を築造したる時は特約なき限り其の建物の所有權は請負人に在りて引渡に依りて始りて註文者に歸するものなれども、註文者が其の主要部分を供給したるときは特約なき限り其の建物の所有權は當然原始的に註文者に歸屬するものとす、(大正五年(オ)第九六二號同年十二月十三日當院判決參照) 原判決認定する所に

特約なき限り其の主要材料の所有者に歸屬する

四、商法第六十三條の二の第三項の公告は、定款に於て定めたる公告の方法によるべきなり、従つて定款に於て會社が爲すべき公告の方法は會社營業所の店頭に掲示してなすことを定めたるときは其方法によりて可なり、解散の決議に對し決議無効の訴へが提起されるときと雖も商法第六十三條の二の第三項による公告は右説示する所の公告方法によるものとす、清算人が曩に商法第二百三十四條民法七十九條による公告を官報及新聞紙上に於てなしたるが爲め、影響を受くることなし

用ひて本件家屋を建築したものなれば、原裁判所が其の建物は七分通り正一の手に於て竣成し其の當時既に家屋の形體をなしたるものと認め、其の所有權は被告太田晃に在る旨を判示したるは不法に非ず、而して原裁判所は右の事實を原判決に掲げたる各證據を綜合して之を認定したるものにて、斯かる認定

三八七 建築主が建物擔保で請負人に貸金せる場合の所有權の歸屬

昭和五年(オ)第五五一號(五、十、二七、一民)

請負人が自己の材料を以て家屋を建築する場合に於ては、通例引渡に依りて家屋の所有權が始りて註文者に移轉するものなりと雖、註文者が請負人の建築中の建物を實質上の擔保として請負人に金圓を貸付け、之を明確にする爲めに工事費先取權の登記手續を了したる事實關係に在りては、特に格段の反對の事情を徴すべきものなき限、建物の完成と同時に其の所有權は貸金者にして名義上の註文者に當然歸屬するものと解するを相當と

を爲し得られざるに非ざるを以て、之を不法と爲すに足らず、論旨は原審の專權に屬する證據の判斷事實の認定を非難するに過ぎざるを以て採用するに足らず

昭和七年五月九日

大審院第一民事部

すべし、蓋若然らずして請負人の引渡に依りて始めて建物の所有權が註文者に移轉するものとせむか、請負人は之が移轉を爲すの債務を負擔することは勿論なりと雖、現實に其の引渡を爲すか否は事將來に屬し、必しも其の確實を期し難きものなれば註文者が一方に於て既に現實に金圓の貸付を爲し、他方に於て必しも確實を期し難き單純なる債權關係の約諾を以て満足したりと云ふが如きは、實驗則上之を是認すべからず

三八八 可分的請負と解除效力

昭和六年(オ)第七百七十八號

請負が可分的なる以上既に完成せる分に就ては解除不能となる

請負人が仕事を完成せざる間は註文者に於て何時にても損害を

賠償して契約を解除し得べきことは、民法第六百四十一條の規定する所なりと雖、ここに仕事の完成とは必ずしも全部工事完成に限らず、凡そ其の給付が可分にして當事者が其の給付に付き利益を有するときは既に完成したる部分に付ては解除し得べからず、只未完成の部分に付き所謂契約の一部解除を爲し得るに止まるものと解すべきなり、而して本件請負工事は女學校々舎の建築なりと雖、大正十三年十月十九日以前既に校舎の一部竣工し、其の竣工せる建物に付十九日當事者間特約を爲し一部分を註文者たる上告人の所有他の一部分を請負人たる被上告人の所有と定めたるものなることは原判決の確定せる所なれば

右竣工せる建物に關する限り註文者は民法第六百四十一條に基き契約の解除を爲し得べからず、只殘存工事に付き契約の解除を爲し得るものと認むべきなり、然るに原審は此點を顧慮せず註文者たる上告人が爲したる請負契約全部の解除を有効と認め其の前提の下に被上告人の本訴請求を認容せるは、法律を不當に解釋適用せる違法あるものと云はざるべからず、結局本件上告は理由あるを以て民事訴訟法第四百七條第一項に則り主文の如く判決す

昭和七年四月三十日

三八九 請負工事未完成にても債權轉付可也

昭和五年(オ)第千二百二十號

請負人の報酬債權は請負契約の成立と同時に發生するものにして、請負工事の完成に依りて發生するものに非ず、因より報酬の支拂時期に付て當事者間に何等の特約なきときは請負人は工事完成の後に非ざれば報酬を請求することを得ずと雖、是報酬支拂の時期が工事完成の時なりと謂ふに過ぎず、請負工事完成後に非ざれば報酬債權そのものが發生せざるものに非ざるを以

て請負工事完成の故を以て報酬債權が一定の券面額を有する債權に非ずと爲すを得ず、從て請負契約が有効に成立したる後に於ては縱令工事未完成の場合と雖、之が差押及轉付を爲すことを妨げざるものと解するを相當とす

(人格善き請負者の仕事には光澤あり國民法律社)

三九〇 請負人の工事中止と建物の所有權

大正十三年(ワ)第三一六二號

請負人が自己の材料を以て註文者の爲めに建物を建築すべき請負契約を締結したる場合においては、當事者間に別段の合意なき限り竣成したる建物の所有權は請負人に屬し、註文者は請負人よりその建物の引渡を受くるに因り始めてその所有權を取得するものなることは論を俟たずといへども、請負人が建築半にして之を中止し、その價務の履行を爲さざるが爲め註文者において已むなく自らその餘の材料全部を購入して建築を完成せしめたる場合においては、その竣成せる建物の所有權の歸屬に付

ては直ちに右の原則を適用するを得ず、請負人並に註文者の各供給したる材料の價格その材料に工作を加へたるに因りて生じたる價格を比較考慮し、加工の原則に依りて決せざるべからず即ち若し註文者の供したる材料の價格に註文者の加へたる工作に因りて生じたる價格を加へたるものか請負人の供したる材料の價額に請負人の加へたる工作に因りて生じたる價格を加へたるものより超ゆるときは、註文者その所有權を取得し、然らざるときは請負人その所有權を取得するものとす

三九一 法人の役員は自然人のみ

大正十五年(レ)第一四四六號

按ずるに北海道土功組合法第三條には、組合事業の爲め利益を受くる土地の区域内に土地を所有する者を以て組合員と爲すの規定ありて、其の土地所有者の自然人たるを法人たるを問はざる故に、本件長沼村が土地所有者として南長沼土功組合員と

法人は他の法人の組合員又は株主たるを得れど機關たる役員としては自然人のみと解釋當然也

なりしは當然にして、法人は他の法人の構成員たる事を禁ずるの法令又は法理の存するなきを以て之を無効とすべきにあらずと雖も、組合員たる以上は亦組合役員の被選資格を有すと即斷すべきにあらず、近時法人の機能に關する論議發達し、法人は各方面に重要な地歩を占むと雖も、我が法制の體系は本來

自然人を以て法人の役員と爲すの主義を採り来りしを以て、産業組合法の如きは産業組合聯合會の理事及監事は總會に於て所屬組合又は所屬聯合會の理事及監事の中より之を選任す（第八十條）産業組合中央會の理事及監事は會員たる産業組合又は産業組合聯合會の理事監事の中より之を選任す（第八十九條）とあり、重要輸出品工業組合は工業組合聯合會の理事監事は總會に於て所屬の組合及聯合會の理事又は監事の内より之を選任す（第三十三條）、重要物産同業組合法は同業組合聯合會に於ては聯合會を組織する同業組合の組合員中より役員を選挙す（第八條）漁業組合令には聯合會の理事及び監事は總會に於て加入組合の組合員中より之を選任す（第七十一條第二項）とありて、法人を組織する法人の役員たる自然人を以て法人の役員とする旨を明かにし、以て實際の運用に支障なからしめたり、蓋し法人の機關に關し他の法人を以て其の役員に充つるを得べき規定の存せざる場合に於ては、他の法人の役員又は代表者たる自然

人をして法人の機關たらしむるに非ざれば他の法人のみを以て構成員と爲すの法人に在りては終に其の機關を缺くに至るの結果を生ずべく、又法人のみを以て構成員とする法人に限らず、自然人と法人と共に構成員となれる法人にも亦移して、以て同様法律することを得なければなり、而して北海道土功組合法施行令第十二條に依れば、其役員は組合法人を離れたる自然人を以てするものなることを推知し得ると同時に、同令第九條は町村其の他の法人を排斥して組合の事務施行に關與せしめざるの趣旨を有するものにあらざるが故に本件に於て南長沼土功組合の評議員として選舉し、監督官廳に於て之を認可したるは長沼村の代表者たる亡柴垣興一郎を以て之が評議員となしたる趣旨なりと解せざるべからず、従つて興一郎は公務員にして本件瀆職罪を構成すること明かなるを以て之が辭職を排斥すべきものとす

三九二 組合員の除名と特則

組合員の除名は他の全員の一致を要することは民法上の規定なれど之が特則を定むるは自由也

法曹會決議（大正十四年三月十八日）

民法上組合員を除名せんとするときは民法第六百八十條の

規定に依り他の組合全員の一致を要することは勿論なりと雖も右は強行規定にして反對規約を許さざるの法意なりや、積極消極の兩説あり、其解釋何れが正當なるや
 決 民法第六百八十條は強行規定に非ざるを以て、組合の規定を以て別段の定めを爲すことを妨げざるものとす
 抑々組合員の除名は組合員に對する一種の制裁にして、其財産上の權利を害するは勿論、其の名譽を毀損すべき性質の事項な

るを以て、之が濫行を許さざるは言を俟たずと雖も、除名は絕對に各法條に所謂他の社員の一一致を要するときは除名せらるべき者が二人以上ある場合、正當の事由ありながら殆ど常に除名の目的を達するを得ざるべく實際上不便尠からざるべし、故に斯る場合を豫想し組合員間に別段の規約を設くるが如きは毫も之を禁するの理由なし

三九三 遺産管理者と訴權

家督相續人未定の場合其遺産を事實上は管理する者と雖其遺産に關し訴權を有せざるものとす

法曹會決議（昭和三年五月二十五日）

問 單身戸主死亡し、その家督相續人未定の遺産管理をなす者が遺産上より生ずる法律行為に關し、事實上の管理人として訴權を有するや否や

理由 單身戸主が不動産（土地建物）を遺し死亡したる場合において、その者に親族等ある場合は、これ等利害關係者は遺言なく裁判所に親族會招集の申請をなすを以て家督相續人を選定し得べきに依り、相續人に缺位を生ずる事少きも若し之等利害關係人なく、また相續人も容易にきまらざる場合に

おいては、その間の遺産の管理はこれを如何にすべきや、去り乍ら今其世間の實際を觀るに、その單身戸主の隣佐または縁故者において納税並びに取立その他適當の管理行為を繼續し、以て遺産たる土地建物に對する保全手續きをなしつつある現狀なりとす、然り而うして右未定相續人に對する事務の管理は、民法上不在者の管理人にも非ず、また相續人缺位による管理人にも該らざるを以て、この種の法規を適用する能はざること勿論にして、本問の管理行為は未定相續人のためにする必要的事實上の果全行爲に外ならず、假令は茲に土地

家を賃借したるものありとせむ、債務者にして幾年となくこれが賃料の支拂を怠りたる場合においては、事實管理人は未定相續人のため相手方に對し保全行爲としてこれが相當の措置を採らざる可らざる必要を生ずべく、その方法として督促手續きに出づるか、または訴訟行爲をなさざれば管理人として管理行爲の目的を達成すること能はざるべし、而して此場合の管理事務に付き管理人は一定の訴權を有するや、消極説を主張する者は、民法上相續人曠缺の手續きによりて裁判所において選定したる管理人において、前叙請求に關する保全手續きをなすの外なく、即ち法律上訴權なしと論ずるあれど、余はこれを積極的に解し本間管理人にも民法上これが訴權を認めたる在りと思考す、即ち本間の管理行爲は民法

三九四 持分も時効取得の結果消滅す

一、甲乙共有地を甲は明治三十九年不正手段にて甲所有地として保存登記をなし、翌四十年に丙に移轉登記をなし、丙は大正七年に丁に移轉登記を了したり
二、乙の相續人(い)は昭和二年に至り右事實(甲の不正)を發見せり、甲に保存登記、丙丁に移轉登記の各抹消請求出來得

臺灣にも民法の効力行はるる故同じ事なり

るや、(但し丙、丁は善意無過失者なり)
三、時効問題、甲(い)、丙、丁間如何なる結果に歸すべきや
四、刑事問題となるや
答 一、丙は善意無過失に不動産を取得したる上、十年以上經過したる大正七年まで占有を繼續し居る故、立派に時効により

所有權を取得せるものとす
二、されば(い)はこれに基き最早所有(持分)を喪失せるものといはざるべからず、既に大正七年に持分を喪失し居る以上は(い)は丙丁に對抗し得ざるものなり

三九五 數人不可分寄託の契約と返還請求權

問 甲は乙丙丁なる三人より或る物件を有償にて(一ヶ年何程かの手數料を取りて)寄託を受け、甲は乙丙丁三名宛にて預り證一通を作製交付したり、其後乙丙より該預り證を呈示して右物件の返還を請求ありたる場合は、甲は乙丙の外丁にも返還請求の意思表示を爲さしめたる上返還の請求に應ずべく、若し乙丙のみの請求を容れ返還するとき、他丁より苦情出で、時に或は損害賠償等の問題を惹起せずとも限らぬ様思はるゝも、甲には斯る責任なく預り證さへ呈示すれば三名の内なれば誰にても返還の請求に應じ、不都合なきものなるや

二、又右の如き場合に於て或二人の者が一寄託者の委任を受けたりと稱し、各自に委任狀を呈示したる場合は、二人共受任者と認むるの外無かるべきも、果して二人の者に委任せしものなるや、甲即ち受寄者は委任者に就て之を確むるの義務あるも

のなるや

三、寄託が無償の場合は如何、有償の場合と異なれば其理由右依據すべき法條を擧げて御説明願上候
答 一、甲に對して有する乙丙丁の返還請求權は不可分債權なりと鑑定す
二、從て甲は乙丙丁の爲に乙にのみ履行をなし、丙にのみ履行をなし又は乙丙の二人に對して履行をなすことを得るものとす
乙丙丁も各自乙丙丁全體即ち總債權者の爲に履行を有効に請求することを得るものとす(民法四二八)
三、從て本件乙丙二人のみにて寄託物件を甲に請求すること、又之に對して返還を履行する甲の行爲も共に總債權者の爲になさるるものなれば、其の有効なるや論を俟たすと云ふべし

四、以上の法理は寄託契約が有償なると否とにより、何等變更を受くべきものにあらず

五、乙丙が丁の委任状を有する場合に、甲は之に對して返還し得ることも右の法理より輒すく論斷するを得べし、乙丙のみにも有効に請求し履行を求むることを得るものなれば、丁の代理を兼ねたる場合に有効に返還を受くべきは當然なり、其の委任状の有効なる場合は勿論無効の場合に於ても何等支障なき

三九六 賃貸人と質権者の争ひ

問 一、仲介人に依り動産質権設定し引渡し形式にて保管人を附し、其儘物品は存置し金を貸しました。期限に返済しませんでした故質権實行競賣申立を爲しました。競賣期日に至る四五日前に債務者は質物の大部分の品を住居内に置き一部は他に賣却し、一家擧て行先不明です。説人を附してあります故辨償交渉をしましたが、渡しません。競賣期日に隣人二人立會の上執達吏競賣實施しました。該物件は質権設定より以前に於て、賃貸借公正證書に依り他より金を借りて居りました。

六、唯特約を以て乙丙丁の三人が返還の共同意思表示をなすにあらざれば甲は各債権者單獨の請求に應じ、返還するを得ざる旨を定めたるときは委任状は必ず有効なることを要す、但し甲は其の有効なるや否やを特に印鑑に迄立入つて調査する義務なきものとす

公正證書で賃貸の物件を賃借人横領して之に質権を設定したる場合質取主無過失なれば勝訴也

質権者は競賣後に始めて聴き及んだのです

一、賃貸主は質権者を相手に質権無効確認並損害金請求訴訟を提起しました

自分は質権者ですが、訴訟は如何なる結果になりますか、御判斷を願ひます、訴訟上有利の方法ありますか、何れも御示教願ひます

答 一、民法第一九二條に「平穩公然に動産の占有を始めたる者が善意無過失なるときは即時に其の動産の上に行使する権利を取得す」とあります

二、本件質権者は動産の引渡しを受け、保管人たる自己の機關を使用して占有を繼續し、質権を行使し居る者なれば質物ごとひ第三者の物なりとするも、質権者は第三者に對抗して其の質権の有効を主張し得るものであります、但し善意無過失平穩公然の四要件がなければなりません

三、而して右四者が本件に備はれるや否やを検するに、平穩公然の二者は先づ確かに存在して居る、次に善意もよい、之れは立證責任は相手方にある(民法第一八六條)次に過失の有無如何、之れが争の中心となるものと信するのであります、然るに之れも民法第一八八條により、占有者が占有物の上に行使する権利は之を適法に行使するものと推定せられますし、立證は當事者双方に在ると云ふことができると思ふ故、質権者として

三九七 横領の損害と過失

問 身元保證を爲したる以上、雇人の費ひ込み巨額に達し其間雇主に於て不注意怠慢顯著なるものある場合でも、全額を賠償する責任あるものなりや、被害者に過失ある場合、其損害賠償額につき裁判所は斟酌して判決さるゝものなりと聞く、果して

身元引受人から賠償斟酌の要求徳義上は兎も角 法的に之を認めらるゝや否や類似判例研究問題

然らば身元保證の場合にも同様に取扱はるゝや、目下訴訟とならんと致し居る件あるにつき爲念伺ひ候也

答 損害賠償につき被害者に過失ある時、其額を斟酌することを得と云ふは、故意過失により他人の權利利益を侵害したる不

は左の事由により無過失なりと主張せらるるがよいでしょう

【理由】 賣買並に賃貸借が行はれたことは公正證書によりて明かなりとするも、質権者が之を知るの機会を得ざりし爲、其の事實を知らずして質権を取得したるなり、公正證書は公示するものに非ず、されば通常人は之を知るを得ず、之を知るを得ざるは過失にあらず、何となれば通常人の注意のみにては之を知り得ざるが故なり、彼の登記の如く又登録の如き制度に準據してなされたる事實なりとせば、通常の注意を以て容易に其の事實を知得すべしと雖、公正證書にてなされ、而も之を秘して示さざる債務者にこのことありと知り得ざりしは當然にして、質権者に何等過失あることなし云々、蓋し質権者は勝訴の見込十分あるべし

法行爲や又は債務者の債務不履行を爲に、被害者や債権者の過失が其原因の一部となりたる場合、乃ち相手方にも過失ありし爲め斯る不都合を生じたこと云ふ場合に其賠償を全部負擔せしむるは酷なりとの衡平上の觀念より、裁判所に斟酌權を與へたるものとす(民法七二二條四一八條)、故に本件の場合も一應之に該當するものゝ如く思考さるゝも、仔細に其性質を吟味する時は適用なしとするを正當と信ぜらる、相手方の過失云々は其不都合乃ち横領自體につき何等原因を協力せるものに非ず、唯過失怠慢が偶々横領を決心せしめ、又は其額を大ならしめしに過ぎず、乃ち状況上に於て原因を爲せしに過ぎず、横領行爲中には何等相手の過失怠慢加味せざる也、加味とは例へば雇人が他より現金受領し歸宅する際漸うして來れば安心なりとて、其教へた方法に落度ありし爲め、雇人の不注意と相俟つて紛失を來すに至れる場合の如き、自轉車走らして衝突の場合被害者たる幼少兒の監護者怠慢も原因を協力せし場合の如き乃ち不法行爲なり、不履行々爲を來せし其自體に相手方の過失が協力せられたる場合を言ふもので、其間接の原因となれる本件の状況上の過失に付ては法の斟酌與へられざるものと信ぜらるゝ也、但し之と同様の事件(横領か否か不明)數年前朝鮮に起り同地の大審

院乃ち高等法院にて矢張り斟酌すべしとの判例下されたり、然かも聯合判決として慎重審議されたる上の判例故、重大視さる可き權威あるもの也(昭和四年六月四日判決)然れども記者は上記の如く横領の損害に付ては反對也、過失行爲には相手の過失も亦協力する餘地あれど、一方の故意行爲に相手方の過失行爲協力は一寸想定出來ざるものと信ぜらるれば也、常識上多少遺憾の點あれど已むを得ざる結論と考へらる、換言せば身元保證人の義務は雇人横領者の義務を保證したるもの也、若し之が斟酌を正當とせば、横領者自身からも且那が怠慢だつた爲め、手前が費ひ込むに至つたのだから辨償を少し負けて貰ひたいと言ひ得ると云ふことに爲る可し、天下斯る法理を認めて可ならんやと言はざるを得ざるに至る可し、吾人の右判例心服出來ざるは此信條に在り、豈敢て異端を好む者ならんや

(借金は蜜蜂、保證は毒蝶・國民法律社)

三九八 預品に債権者が干渉

他國に預けある荷物に對し同地の債権者が頼んで送荷を爲さしめず手續外の抑留は違法故損害

問 私は一昨大正十二年三月中香川縣に在任の頃、同地の友人某に衣類裝身具書籍其當時約二百圓程の物品を四個に荷造り致し嚴重に封印の上預け置き、其後私は困難に陥り該物品を都合上賣拂ひ度きに付、運賃先拂ひを以て送附を再三再四請求に及び候處、同地に私が借家致し居りし家主某より一ヶ月半の家賃九圓と外に物品賣掛代金と合計十二圓程借りある爲め、前記の荷物發送方を預かり主の友人某に頼み、夫故に友人某も同町村の間柄の事として送附を拒絶し來り、夫が爲めに現今諸物價下落の爲に私は大損害を蒙り候而已ならず、負債時效經過の今日に拘はらず、荷物を請求する事も出來申さず益々困難に陥り居り候、併し時效經過とは申しながら德義上多少の送金致す可きに付荷物を送達方請求候も言を左右して送附を拒み居り候、私は十五圓位の送金をして承談とは存じ候も、彼れ等が餘り不親切且つ無情に付最早時效經過に付無辨償にて預け候物品を送附の請求致し度候が如何に候や、尙左の點御教示願上候

一、物品預かり主は預け人に無斷で預け人の債権者、即ち家

第一章 民法 第十一節 民法雜の部

主に物品引渡す事出來ますか

二、債権者は裁判上の手續をせず物品預かり主より無理に強請し受取る事が出來ますか

三、若し假に預かり主と債権者は其債務の時效經過後に勝手に受渡しをした場合、債務者たる預け人は幾何の損害賠償を請求出來ますか

右御願申上候

答 物品預かり人に對し元の家主は何等抑留又は受取る權なし之を交付すれば預かり人は背任又は横領罪となるべし、無理に持去る時は強盜罪となるべし、此點何等心配なし、預かり人は送付する義務なき故其便宜を圖らぬ以上直接出向きて持歸るの外なし

預かり人が以上の手續に反して處置する時は犯罪となるのみならず、損害賠償の責任當然負擔せざる可からず

今一回警告を發し愈々送付の便宜を計つて呉れぬ以上、直接出向きて持歸る旨通告するが可なるべし、然る時は事面倒となる

故先方も其便宜を計るに至る可き也、尙元家主への負債時效云々などを言はずに請求額だけ拂ふを正義とす、預かり人が躊躇し居るは法律上からでなく人道正義上からの事也、常識上に於

三九九 物權的請求權

昭和三年(オ)八百八十五號

物權的請求權は事實上の状態が所有權その他の物權の本來の内容に適合せざるため、これをその内容に適合しむることを目的とするものにして、物權の效力として發生し物權の移轉あるときはこれに隨伴して移轉するものなれば、物權を有する者に非ざれば物權的請求權を有せざると同時に、其者が物權を他人に讓

ては餘りに不法と云ふ可からず、却て貴殿の方が無理と思はるゝ事ある故成可く公平正義を以て解決を計るを可とすべし
(法律は徳律なり)

四〇〇 對世的權利の意義

問 「對世的なる術語の意義を伺ひ上候

答 對世的、物權的といふは同意義に用ひらるゝことあり「對世的に對する言葉は對人的なり」「物權的に對する言葉は債權的なり」

二、對世的物權的といふは何人にも對抗し得る場合をいひ、對人的債權的とは或特定の人に對してのみ對抗し得る場合をい

渡するときこれと共にその請求權を失ふものとす、故に假令甲が請求原因として主張の所有權が訴當時甲に現存するも、乙に對する假登記抹消請求權、即物權的請求權は不動産を口頭辨論終結前丙に讓渡すると共に丙に移轉すべく判決は口頭辨論終結當時の状態に基きこれを爲すべきものなれば、乙に對する甲の請求は理由なきものと謂はざるべからず

ふ、從つて前者は絕對的にして後者は相對的なりといふことを得

三、權利にして何人にも對抗し得べきときは該權利を對世物權的權利または絕對權といひ、また特定人にのみ對抗し得る權利を對人權債權的權利または相對權といふ

四、對世權は物權、準物權(特許權、實用新案權、商標權、

意匠權)を其主なるものとし對人權は債權を其主なるものとす、なほ債權も一面に法律上對世的の力を有すとの説あるも、それは

權利の外形は皆對世的の力なるや否やの論にして、債權の内容は對人的なるものとす

四〇一 九官鳥は家畜外に非ず

昭和六年(オ)第九百四十五號

上告理由第六點は現在我國に於ける一般社會的觀念上よりして九官鳥は野生のものに非ずとせられ、牛馬犬猫等と同じく人に飼養せられ、愛玩用として其の存在を認められ居るものなることとは疑なき事實なり、而して九官鳥の家畜なることは獨り日本帝國のみならず、外國に於ても亦然り(インサイクロペヂヤ參照)加之民法第九十五條の趣旨は他人の飼養せる動物が逸失したる場合に於て、それを捕獲せる者が動物の種類其他の事情に依り之を野生其他無主物と認むること多きを以て、其の善意者を保護せんとする爲設けたるものなること明白なり、從て本條に所謂家畜外の動物の意義は即野生にして通常の觀念上無主物と認めらるるものを指すものとするを最も適當なる解釋なりとす、然るに九官鳥は現在の我國の一般社會觀念上野生の動物と認むること能はず、如何なる時期に於て又如何なる場所

故に之を捕獲するも即時取得なし
所有者不明は無主物誤信とならず

に於ても將又何人によりても必ずや何人かに飼養せられ居るものなりと認めらるゝを通常とするものなるを以て、即民法第九十五條の家畜外の動物とは之を認むるを得ざるものとす、然るに何等其の解釋基準を示すことなく漫然として九官鳥は民法第九十五條の家畜外の動物なりとせる原判決は、法則の解釋を誤りたる違法あるものとすと云ふに在り

案するに民法第九十五條に所謂家畜外の動物とは人の支配に服せずして生活するを通常の状態とする動物を指稱するものとす、然るに上告人主張の如く九官鳥は我國に於ては人に飼養せられ其の支配に服して生活するを通常の状態と爲すこととは一般に顯著なる事實なれば、同條に所謂家畜外の動物に該當せず、從て其の之に該當する旨を判示したる原判決は所論の如く違法にして破毀を免れず

上告理由第七點は九官鳥が北海道吾我國に於て野生のものに非

ざるものと認めらるゝ以上、必ずや何人かの所有せるものに屬し、從て其の際發見捕獲したる場合は所有者が拋棄したるものに非ざる以上、一應は遺失物法第一條により遺失物拾得として認むべきものなるを以て、本件の如き被上告人側に於て所有者不明なる場合は警察官署に届出づべきものなるに不拘、之を占有領得し居りたるは即刑法第二百五十四條に該當するものと認めざるを得ず、然るにも不拘原審が此點に關し民法第九十五條を適用し之を保護せんとしたるは法則の適用を誤りたるものにして破毀を免れざるものと信ず、と云ふに在り

案するに家畜外の動物は通常の狀態に於て、人の支配に服せずして生活し、從て無主物たるを通例とす、偶々人に飼養せられ其の支配に服するものと雖、一旦逃失して其の支配を脱するに至らば、一般に無主物なりと誤信せらるゝは免れ難き所なり、

於茲民法第九十五條は之を無主物と誤信して捕獲占有したる者が逃失の時より一ヶ月内に飼養主より回復の請求を受けざるに於て、其の所有權を取得すべき旨を規定したるものとす故に同條に所謂善意の占有者たるには捕獲當時無主物と誤信したることを必要とし、飼養主ありと信じたるも其の何人なるかを知らざる者の如きは同條に所謂善意の占有者に非ず、然るに原判決は被上告人が本件九官鳥捕獲當時之を無主物なりと信じたる事實を認定せず、單に飼養主の何人なるやを知らざりし事實を認定し、之を理由として被上告人は同條に所謂善意の占有者に該當せる旨判示したるものにして、此點に於ても所論の如く違法あり、破毀を免れず

昭和七年七月二十六日

四〇二 登記抹消請求權は物上請求權也

從つて取得時効の結果消滅したる物の登記抹消請求權もなき理なり

問 一、大正四年未成年者甲の後見人乙が不正手段にて甲の所有物を丙に賣り渡し、同時に所有權移轉登記をなしたリ

二、乙は右賣渡し代金を横領費消したり

三、甲は大正五年に成年に達し、大正八年に恨みを吞んで死亡せり

四、甲の相続人丁は乙に對し刑事訴追をなしたるも時効經過

してものにならず、丙に對して移轉登記抹消請求の訴を起して勝訴の見込あるや

答 一、丙が普通の代價を支拂ふて買受けたる善意の第三者なりや否やにより區別せらる、前者ならば平穩公然善意にしてかつ無過失なりとせば、十年の時効に罹り所有權を取得せり、後者ならば、乙はこれを自己の物として賣りたるや、甲の物として賣りたるやによりて區別すべきものとす、前者ならば丁は丙

に對して登記抹消請求權ある故、この提訴は「勝」なり、蓋し他人の物を譲渡する權はこれなければなり、後者ならば所有權は有効に丙に讓渡せらるる故、丁にはこれを取消すべき權利なきものとす

二、本件は右の三點の何れに屬するやにより判斷すべく、恐らく第一點に屬するものならん、然らば丁勝訴の見込みなし

四〇三 占有の性質と相續人

昭和六年(オ)第三百二十二號

權原の性質上占有者に所有の意思なきものとする場合には其の占有者が自己に占有を爲さしめたる者に對し、所有の意思あることを表示し又は新權原に因り更に所有の意思を以て占有を始むるに非ざれば、占有は其の性質を變ぜざるものなること民法第百八十五條の規定する所にして、相續に因り占有權を承繼す

先代に自己所有の意思なかりし占有は其相續人も同一性と見做され時効取得なし乃ち非新權原

る者は前主の占有權其のものを承繼する者なれば、前主の占有が所有の意思なきものなる場合に於ては、相續人の占有も亦所有の意思なきものにして、相續を以て右規定に所謂新權原なりと解すべきに非ざるなり

昭和六年八月七日

大審院第二民事部

四〇四 即時取得と民法一九三條一九四條の法意

昭和四年(オ)第六百三十四號

第一章 民法 第十一節 民法雜の部

平穩且公然に動産の占有を始めたる者が善意にして且過失無

きときと雖、その占有物にして盗品又は遺失物なる場合は被害者又は遺失主より二年内にその物の回復請求を受けざるに及んで、茲に始めてその動産の上に行使する権利を取得す可く、夫の一般の場合の如く決して即時にこの権利を取得すべきものに非ず、民法第九十三條はこの趣旨を言顯はしたるものにして同條に「前條の場合において」とあるは「平穩且公然に動産の占有を始めた者が善意にして且つ過失なき」場合においてと讀み做す可く、「その動産の上に行使する権利を取得す」とある文詞に承接する意味に解すべきに非ざるなり、蓋し若し之を爾らずとし、この場合と雖も占有者は一旦は即時に當該の権利を取得するものとせむか、法文に所謂回復とはこの権利を還元するの義と解せざる可からず、而もこの回復請求権を有する者が被害者又は遺失主なることは規定の上に昭々たると共に、凡そ被害者又は遺失主とは單に不任意に占有権を喪失したる者の謂にして、必ずしも本権を有する者に限らざるが故に、茲に本権を有せざる被害者又は遺失主と雖も、民法第九十三條あるに因りてその元來有せざりし本権を回復するを得るといふ、極めて不可解なる結果を見るに至らむなり、豈斯かる理あらむや、然らば盗品又は遺失物の場合には占有者に於て其物の上に行使

する権利を即時に取得するものに非ずと解すると同時に、此場合に於ける回復とは猶引渡といふが如く單に占有権の移轉を意味するに過ぎずと解すべきは、亦何等の疑を容る可からず、而してこの回復は無條件に之を請求するを得るやといふに、必ずしも爾らず、或場合には占有者の拂たる代價を辨償するに非ざれば回復を爲し得ざるべく、即之を占有者の側よりいはゞ右の辨償なき限りその回復の請求に應ぜざることを得べし、民法第九十四條はこのことを規定したるものに外ならず、故に同條は占有者に與ふるに一の抗辯権を以てするに止まり、一の請求権を認むるの法意に非ず、而も斯くすることは實に回復者に便なると、同時に亦占有者にも有利なり、何者回復者は占有者の拂ひたる代價を辨償してまでも物を回復せむとする程爾く、今やその物に執着せざることあるべきと共に、辨償のことなくしてその間二年の歳月を経過するときは、こゝに占有者は完全にその物の上に行使する権利を保有し得て、以てその物を買受けたる當初の目的を達し得べきを以てなり、従つて回復者において代價の辨償を爲すこと無くして、恣に物を持ち去りたる場合において、占有者は占有の回收を請求するを得べきも（民法第二百三條但書參照）代價辨償の如きは固よりその請求を爲し得

るの限りにあらず、否物をこそ欲すべけん斯かる請求は抑も始

めよりその望むところに非ざらむなり

四〇五 占有権の價格は結局所有權の價格也

昭和四年(オ)第五十八號

所有權に基き土地の不法占有者に對しその明渡を請求する場合において、その訴訟物は侵害せられたる所有權の圓滿の状態を回復することを求むる、所謂物上請求權に外ならずして、この請求權の價格が該訴訟物の價額を算定する標準を爲すべきものとす、然り而してこの請求權は該土地の回收換言すればその占有権の移轉を以て目的とするものなるを以て、當該請求權の實質をなす經濟上の利益は結局この占有権に外ならず、然らば則ちこの占有権の價額は如何にして之を算定すべきやといふに凡そ占有権の取得に付ては法律上の權原を必要とせず、目的物の所持なる事實にその効果を付せらるるものなるが故に、占有權自體の固有の價額なるものは殆ど獨立して之を算定するに由なきと共に、又之を他の方面より考察するとき凡そ所有權を始めその他占有を一内容とする本権を有する者にして、目的物を占有せざる限り本権の内容たる物の使用収益は勿論、處分も亦實際上殆ど之を爲すに由無く、結局一の虛權を擁するに過ぎ

ず、しかも占有者は占有物の上に行使する權利を適法に有するものと推定せらるることは既に民法の明定するところなるを以て、これ等の諸點より考察するとき占有を一内容とする本権に在りては、本権と占有権とは離るべからざる關係を有し、本権は占有権を伴ふて始めてその作用の全きを致すといふも過言に非ず、しかして本権中その最完きものは則ち所有權に外ならざるを以て、凡そ占有権の價額が問題と爲りたるときは常に所有權のそれを標準として之を算定すべきものと解す可きは、蓋當然の結論ならずんばあらず

（法は不能を責めず・法諺）

四〇六 占有回收と換價金

占有回收の訴訟中目的物が換價せられたる時は其變形物に對し回收の申立を變ずること妨げず

大正一三(オ)第一一〇五號大正一四・五・七民一(加藤博士評)
(上告理由) 民法第二百條第一項は占有物を侵奪せられたる者が、占有回收の訴へに依り權利保護の請求權を有することを規定すると共に、占有回收の訴へに於ける權利保護の請求權の範圍は(一)侵奪せられたる物の返還と(二)其の侵奪に原因する損害の賠償とに止むることを規定して居る、然るに換價金の請求は其の中の何れにも當らないから、本訴の目的物となることは出來ない、既に換價金の請求は本權の訴へを以てすれば格別であるが、占有回收の訴へにては之を許すことが出來ない、又民法第一九六條第三號は物權的請求權が債權的請求權に變り得ることを認めたるものでなく、常に債權的請求權となることを認めたるものであるから、換價金を物權的に請求するのは不當である(判旨) 被告人は本訴に於て其の占有に係る石炭約二百五十噸が原告人の爲占有を侵奪せられたるを以て、之が回收を求むと主張し、訴訟施行中右石炭が裁判所の換價命令に依り換價せられたるに依り第二審に於て更に其の換價金の引渡を請求し

たるものにして、原裁判所は其の石炭の換價に依り得たる代金は、該石炭と同一視せらるゝものなれば該石炭の上に有する占有權の効力は當然其の代金の上に及ぶ旨判斷したるものとす、而して占有回收の訴への目的が、訴訟中假處分命令に依り換價せられたる場合に於ては其の換價金は該目的物に代るものなれば、換價金が供託せらるゝも右の訴へに依り之が引渡しを請求することを得るは當院判例の認むる所(明治四十三年(オ)第三六七號同年十二月二十日判決參照)なれば、被告人が占有回收の訴へに依り本件石炭の換價金の引渡を求めたるは相當にして、原裁判所が其の請求を認容したるは不法に非ず(評釋) 予輩、判旨に賛成である、蓋し物の引渡の請求に付き本權の訴へと占有回收の訴へとを區別すべきは勿論であつて、本件が若し本權の訴へとして請求せられたるものなれば、當初の目的物に代へて換價金を請求し得るは勿論である、唯占有回收の訴へとして本訴が提起せられたる故、上告論旨に云ふ如く疑問となつたのである、占有回收の訴へに於ては、訴訟の目的

は占有の回收に在るは勿論なるが、換價金は其の訴訟の目的物に代はるもので、原告は換價金に對し同じく占有回收を主張するものである、必ずしも敢て換價金に對する所有權取得を本訴にて請求するのでは無い、故に訴訟の目的物に對する代用物として換價金の請求を爲すは妨げない、要するに換價金を以て代用物として其の占有回收を同一訴訟に於て請求することは、民法第一九六條第三號の適用として妨げないと思ふ

上告論旨には民法第一九六條第三號は必ず債權的請求權となるものに限り適用あると云はるゝが、物權的請求權に付き又は債權的請求權につき何が其の代用物として民法第一九六條第三號の適用に入るかは各場合毎に民法其の他の實體法に依りて定まる問題である、必ずしも上告論旨に云ふ如く民法第一九六條第三號は債權的請求權の場合に限るとは云へない、故に本訴に於て換價金を代用物として其の占有を請求するのは妨げない

四〇七 共有の分割と相手

共有分割は必ずしも全員を相手とするを要せず 假に然りとするも讓渡の際訴訟の承継を可とす

(博士加藤正治氏意見摘要)(大年一三(オ)第八五一號同年十一月二十日民二・集三卷一二號五一六頁)
(判旨) 一、共有物の分割を爲す場合に於ては、各共有者は其の當事者として孰れも直接利害の關係を有するものなれば、共有者中の或者を除外して分割の手續を遂行することを得ず、從て共有物分割の訴を提起する者は他の共有者の全員を被告とすることを要するものとす、而して判決は口頭辯論に於て提出せられたる訴訟資料に基きて之を爲すべきものなるを以て、右の訴に於て共有者の全員が訴訟の當事者となれりや否やは口頭辯

論終結當時を基礎として之を判斷すべきものにして、我民事訴訟法中には權利拘束の發生後爲されたる權利の讓渡は、訴訟に影響を及ぼさざる旨の規定存せず、又權利拘束發生後權利の讓渡を禁じたる法規存せざるを以て、共有物分割の訴訟の權利拘束發生後共同訴訟人たる共有者の一人が、其の共有權を他人に讓渡したる結果、其の共有權を失ひ又權利の讓受に因りて共有權者と爲りたる者が共同訴訟人として其の訴訟に加はらざる場合に於ては、共有物分割の裁判を爲すことを得ざるが故に、その分割の請求は之を理由なしとして棄却するの外なし

二 共有權の讓渡ありたる場合に於て其の讓受人は讓渡人の權利義務を其の時の狀態に於て繼承するものなりと雖も、共有權を讓渡したる者は爾後共有權者に非ざるが故に、其の者に對しては共有物分割の裁判を爲すことを得ず

(評釋) 予置は判旨に反對である、抑々共有物分割の訴へは形成の訴へであることは大審院判例(大正三年三月十日共有金分割請求の件の判決、大判民錄大正三年度一四七頁)に於ても夙に認めて居り、學說に於ても略ぼ皆之を是認し、予置も亦之に賛成する所である、從つて分割の訴へに於ては原告の有する形成權たる分割請求權が行使せらるゝ譯である、而して分割の訴へに於ては原告のみの形成權が行使せられ、原告の爲めのみ其の所有部分が特定せられ、形成せらるゝに止まるのである、而して他の共有關係を持續するのである

分割の訴への被告としては、判旨に於ては他の共有者全員を相手取ることと必要とすと雖も、法文上に於ては毫も斯の如き根據は無い、民法第二五六條に依れば分割請求は他の共有者を相手取れば足りるのである、何となれば他の共有者の一人又は數人に對する關係に於て、分割請求者の取得部分が設定せらるるときは他の共有者全員に對する關係に於ても亦一様は設定せら

る結果を生ずるからである、元來共有持分の確認に付ては、他の共有者全員を相手方とすることを要せず、自己の共有持分を争ふ者のみ被告と爲し得ることは大審院判例の常に認むる所である(大正十一年二月二十日大審院第二民事部判決集一、第二號五六頁以下)故に分割の訴へに付ても同様に解して差支無いのである

固訴訟事件に於て普通に多數の者を共同被告とする所以のものは、多數の被告に對し裁判の統一を得る爲めと、共同被告に對し既判力を得んが爲めとが目的である、然るに形成訴訟の場合は一原告の形成權の行使は一回に止まるから、裁判の統一を缺く虞れが無く、又形成の効果は單り訴訟當事者のみならず、汎れく第三者にも亦及ぶから、既判力の爲め必ずしも共有者全員を相手方とする必要が無い

又審理の上に於ても形成訴訟の場合は國家が私權の形成に參與するのだから、職權調査主義を行ふべきである、人事訴訟の如き形成訴訟に在りて既に職權調査主義を明文に依りて認めて居る、是は形成訴訟の主要なる場合を規定したもので、他は之に依りて類推せらるるのである、故に分割の訴へに付ても職權調査主義を行ふべきである、從つて被告ならざる他の共有者に就

き裁判所は審訊すべきは當然である、他の共有者も自ら進んで參加するの可なるべく、又自ら分割の訴へを提起し併合審理せしむるも可なりである、故に共有者全體が必ずしも被告で無くとも裁判所は實際上は他の共有者にも聽きて分割を執行することとなるから弊害は生じない、弊害は寧ろ他の共有者全員を被告とする必要ありとする場合に於けるが如く訴訟中に共有者中の或者が其の共有持分を第三者に讓渡する場合に生ずる

以上述ぶるが如くに、予置は分割の訴へに於ては他の共有者全員を相手方とする必要無く、一人又は數人を相手方とするも可なりとする者である、然し予置の見解を取るとするも、尙ほ其の被告となりたる一人又は數人の者が訴訟繫屬中に其の共有持分を第三者に讓渡したならば、如何にするかの問題が生ずる、此

四〇八 一人の共有權確認の訴

昭和三年(オ)第七百八十九條

共有權確認の訴には數人の共有者が共同して共有物を有することの確認を求むる訴と、各共有者が該共有物に付有する自己の持分の確認を求むる訴との二種ありて、前者は共有者全員の權

の問題に付ては一般論として我民訴訟法には獨民法第二六五條第二項の如き明文が無いから、權和拘束の發生後訴訟物の讓渡あるも訴訟に影響無しと云ふ當事者恒定の效力を認めることは出来ない、然らば當面の問題は如何に解決すべきやと言へば、予置は讓渡以外の一般承繼の場合と同じく、直に讓受人を相手方として訴訟を續行せしめ得べきものであると信ずる、而して此の場合に固より中斷原因では無いけれども、受繼に付ては中斷の場合と之を異にすべき理由が無いから、第一八七條の規定を準用し讓り受人を相手方として訴訟を續行せしめ得るものと信ずる、即ち讓り受人を相手方とし訴訟を爲す旨の書面を送達せしめ置き、而て第一六九條に依り、期日の指定を乞ふべきである

利關係の確認を求むるものなれば、共有者全員において之を提起することを要し、各共有者は單獨に之を提起することを得ずと雖、後者は各共有者の有する權利の確認を求むるものなるを以て、各共有者は單獨に第三者又は他の共有者を相手方として

之を提起することを得べきものとす、而して各共有者が自己の持分に付第三者に對し確認の訴を提起し、その訴において共有物における自己の持分を主張するに當りては之が前提として共有物の存在及其範圍を主張することを要するものにして、若しその存在及範圍に付争あるときは之を立證せざるべからず、

四〇九 共同小作人間の相互の權利

問 一、甲は畑及其畑に在る小屋を小作使用せり、然して甲乙外敷人共同にて煙草乾燥場とする爲其小屋に工費二百圓を掛け造作せる處、甲は其乾燥場を一回も使用せず、煙草も耕作せず
二、甲は其小作畑に桑を植ふ養蠶せんとす
三、然る處乙外敷人は又々煙草耕作を開始し、煙草を乾燥せり

四、爲に甲は小作の桑にて養蠶する事不能となる故、乙外敷人に右乾燥場の使用を拒絶せり
一、甲は乙外敷人の使用を拒絶する權利ありや
二、乙等が甲の拒絶を諾せず、煙草乾燥場を使用し桑に損害有りし時は乙等は其損害賠償の責任有りや
三、甲が右乾燥場使用を拒絶したる爲、乙等が使用する事能

面かも斯る主張は共有者全員の共有權の確認を求むるものに非ざるを以て、各共有者において單獨に之を爲すことを得べく裁判所も亦原告の共有持分の存否を確認するの先決問題として共有物の存在及範圍を判断することを得べきものと解するを相當とす

はざる時は其乾燥場の加工造作費二百圓を乙等は甲に對し請求する權利ありや
四、甲が甲地に桑を植ふ、乙等が乙地に煙草を植ふ、其煙草が桑に關係を及ぼす爲に養蠶に害ありし時は乙等は其損害賠償の責任ありや
五、右桑の樹枝樹根が隣接地の煙草を害する場合に、甲に其の損害賠償の責任ありや
六、甲が桑に害ありて隣地に煙草耕作を拒みたる爲、乙が煙草耕作をなし得ざる損害を甲に賠償を求むるを得るや
七、甲の蠶豆より生じたる夜盜蟲が隣畑の乙の煙草を食ひ荒したるときは、甲は乙に損害賠償の義務ありや、又乙は豫防法を甲に請求する權利ありや

答 一、甲乙等共同にて煙草耕作をなし、煙草乾燥場を設け之に共同にて二百圓程の經費を掛けたりとせば、甲は乙等と共同して煙草を耕作し、煙草を乾燥せしめ、親密平和の間に小作を實施すべき筋合のものなりとす

二、然るに甲はこの共同の耕作をなまず、桑を植ふ蠶を飼はんとするは、一面に於て乙等に對して違約したることとなり、他の一面に於て桑を植ふたること、乾燥場を養蠶場を使用せることが乙等に對して不法行爲となるものと解す

三、されば甲が乙等に對して乾燥場を煙草乾燥場に使用することを禁止するは不法にして、甲はかかる禁止權なし、若し養蠶が煙草乾燥場に害あるときは乙等は甲に對して損害を請求する權利あるものとす(民法七〇九條)

四、甲に禁止權なきを以て、乙等は當初豫定の通り右禁止を無視して煙草乾燥場に使用するを得、甲が損害を蒙るは身から出た鎗にして、乙等は損害賠償の義務なきのみならず、乙等に損害ありしときは却て乙等より甲に其の損害金を請求する權利あるものとす

五、甲の右禁止に應じて煙草乾燥をなさざるときは、之が爲に蒙れる損害を請求するを得べく、其の損害中には右乾燥場設

置費用をも包含せしむるを得べく、煙草乾燥を爲し得ることによりて生じたる總ての損害を請求するを得るものとす
六、甲が甲地に桑を植ふことが、乙等の乙地に煙草を植ふことに害あるときは乙等より甲に對し桑の栽培を禁止し且つ之によりて生じたる損害金を請求することを得べし、煙草が桑に害となりたればとて乙等は之を省るの義務なきものとす
七、却て桑の枝葉が乙等の煙草に害を與へたるときは、之によりて生じたる損害を請求するを得べし
八、甲が煙草耕作を禁じたるときは、乙等は甲に對し之によりて生じたる損害金を請求する權利あり、蠶豆より生じたる夜盜蟲が隣の畑の作物をあらしたりとせば、其の責任は蠶豆主にあるを以て、隣人は之によりて生じたる損害金を蠶豆主に請求するを得べく、又將來の豫防法をも請求することを得るものとす、蓋し蠶豆は夜盜蟲の付き易き作物なれば、蠶豆主は隣人に迷惑の掛らざる様前以て注意し、隣地を荒さぬ様設備する義務あるものなるに之を講ぜざる不法あるが故なり

四一〇 造作外の附設物は有益費に非ず

昭和四年(六)第六五九七號

墨建具以外の物は借家法に所謂造作にあらず、又有益費必要費にも屬せず、賃借人が之を附設するに付賃借人の承諾を得たらんに、右附設により賃借人の義務不履行又は家屋所有権の侵害を來さざるに止り、賃借終了と共に之を除去して家屋を原狀に復して返還すべきものと謂はざるべからず、墨建具の附設

に付賃借人の承諾を得たるものならんには、賃借の終了により其買取りを賃借人に求め得るものなれども、此は賃借人の一方の買取請求の通知のみにより其效力を生ずるものと解する事を得ず相手方の承諾を得て其效力を生ずるものと解すること、其結果所有権の移轉並引渡請求及代金支拂請求の公平なる保護に於て、洵に妥當なるものあるにより、賃借人の承諾の意思表示を求むる訴の方法によらざるべからず

四一一 厠坑撤廢請求權の性質

厠坑と境界線との距離が三尺以内なるときは、民法二三七條に照らし如何様の歸結を見るべく候哉

答 一、厠坑が境界線より三尺以内に設けられたるときは、隣地地主は其の厠坑を三尺以上の距離を設けること、從て三尺以内の部分の撤去を請求することを得るものとす

二、本條及次條は「之に異りたる習慣あるときは其の慣習に従ふ旨」の規定存せざるを以て右の請求權を妨ぐる慣習なきものとす

三、右は隣地地主の請求權なれども、隣地の地上權者にと此の權あるものとす(第二六七條)

四、右請求權の行使方法は先づ内容證明にて請求し、相當の期限内に應ぜざるときは出訴する順序となる

五、右の規定は公益規定なれば當事者に處分權なしとの説あるも予は之を否定す、蓋し本條は隣地地主等の特定人を保護する趣旨にして一般不定多數人を保護する法意にあらずと解するを正當とするが故なり、されば右の請求權を拋棄するも可又示

談にて損害を賠償して解決するも可なりと信ず、即第二三四條の但書の如く既に工事竣功の後、止を得ずとして損害の賠償のみをなすことも隣地地主の自由なりと信ず、唯第二三四條と異

四一二 洋服店の留置權

問 一、甲洋服店は一ヶ年半前乙より背廣三ツ揃一着三十圓也にて注文を受け、手付金十圓也を領收せり

二、殘金二十圓也洋服と引替に支拂ふ約束なりしが、乙は洋服を請求し代金は後日支拂ふと云ふも信を置かれぬため、甲は引渡さず、乙は代金を持つて洋服を受取りにも來らず

三、乙は又一ヶ年前甲に「オーバ」一着の修繕を依頼し、修繕料三圓五十錢は「オーバ」と引替に支拂ふ約の處乙は右洋服及「オーバ」の引渡しを求めず、今日に及びたり、甲は仕立料及修繕料等を受領すること出來ず、右洋服及「オーバ」は大切に蟲喰はの様保管しあり、右の如き場合に乙の二品を處分して洋服代及修繕料を領收する方法なきや、洋服は目下下落し二十圓位、「オーバ」八圓位のものなり

四、乙は各洋服店に金拂ひ悪く手付金位にて洋服及「オーバ」を受取り、後金を支拂はの常習の者なり、法律に依り僅かの

る所はこの損害賠償請求をなさずして現物移動請求權を行使し得るの一點なりとす

留置權

費用にて甲の助かる方法なきや、詳細良方法御鑑定被成下度願上候

答 一、仕立料に付ては殘金二十圓に付甲は請求權ある外材料提供者なるが故に、仕立洋服の所有權は甲にあり、從つて甲は乙に無斷にて他に賣却することを得、乙が二十圓を提供したるとき新に仕立つるも適法なり

又甲は右二十圓と同時に履行の抗辯權を有するものとす

二、又甲は右二十圓の代金の殘りの請求權あり、此場合は履行を爲す場所に於て履行を爲す事を得策とす、それには内容證明郵便を以て代金引替郵便に附したる旨を通知し、一方洋服は代金引替郵便に付し、其拒絶又は代金不拂の爲返戻ありしときはこれを證據として右代金の支拂命令を出すか、又は出訴する方法を探られよ

三、「オーバ」の修繕料に付ては甲は留置權あり、唯所有權な

きが故に、甲はこれを他に賣却するを得ず、右洋服と同時に修繕料請求をなすことを得べし
乙は十圓と「古オーバ」を捨てることばせざる故、何とか示談を

申込み来るならん、洋服が賣れたら賣るもよいがやすくして損をするは考物なり

四一三 兩戸は建物の一部也

昭和五年(オ)第八百九十一號(五、十二、八、一民)
疊建具の類は其建物に備付けられたるときと雖、一般に獨立の動産たるの性質を失はざるを通例とするも、兩戸或は建物入口の戸扉其の他建物の内外を遮断する建具類の如きは、一旦建物に備付けらるゝに於ては、建物の一部を構成するに至るものに

して、之を建物より取外し容易なると否とに不拘、獨立の動産たるの性質を有せざるものと云はざるべからず、蓋此等の建具類は取引の目的たる建具の効用に於て其の外部を構成する壁又は羽目と何等の擇ぶところなきを以てなり

四一四 分割の錯誤と所有權

共有地分割上誤測の錯誤あるも廿餘年所有の意思で平穩公然に占有せば矢張り所有權を取得す

法曹會決議(昭和三年二月二日)

問 茲に甲乙二人不動産を甲三、乙七の割合を以て分割をなしたり、しかして甲は善意に分割せる土地に家屋を建設なし、二十四年を経過したり、乙は今日己の土地に家屋建設なさんとして分割地を量れるに、分割當時誤測に依り甲に二畝多く乙に二畝少き事を發見したり、しかして乙は二十四年間二畝歩の各種

の納税なしたり、この場合甲は二畝歩の所有權を取得するや
決 甲は二畝歩を包含する分割地全體を二十四年間所有の意思を以て平穩且公然に占有したるものなれば、民法第六十二條第一項に従ひ時効によりその土地の所有權を取得し、従つて二畝歩に付いても所有權を取得したるものと謂はざるを得ず、乙は該土地に對する納税をなしたりとてこれを占有したるものと

謂ふを得ざるを以て、甲の取得時効による所有權取得を妨ぐる

に由なきものとす

四一五 建物の取引と注意

幽霊の建物登記あり之を官公吏に責むるも詮なき故地番數地形等を公簿に照合調査が肝要なり

問 建物の保存登記申請には市町村長の建物證明書を添付することを要す而して右市町村長の建物證明は建物の所有者が該建物の建築等を市町村長に届出での際、市町村長に於て充分調査の上爲すべきものと思料するものなるが、甲乙及丙等數名が同一敷地内に恰も別個の建物を新築したるが如く、時を異にして市町村長に届出で、各自建物證明書の交付を受け登記所に對し各建物の保存登記を爲したるものあり、従つて登記面は同一敷地内に數個の建物登記しある爲め、善意の第三者は數個相異なる建物存する如く欺かれ、賣買又は金融を爲して不測の損害を蒙ることあり、此の場合に於て右損害を受けたる第三者は市町村長を相手取り損害賠償の請求権ありや否や

されあり、本件は重大過失に非ざる故登記官吏にも責任なかるべし、市町村長に付いては尙更責任を問ふを得ざるべし、市町村長は建築届ある際實地調べざるを實例とす、單に届出あれば其名義人たる事を證する書面を發するか、之を保存登記に使用する事例なる故、役場に於て取調ぶる様爲すべきが正當也、此點極めて不完全不備也、尙登記所も地番を調べ坪數に照合して存否を決すべき也、(之を矢笠しく云ふ登記官吏と然らざるものとあり、)次に抵當權者は貸付の際稅務署に付地番地形坪數を調査し、其眞否を決すれば間違ひなきものとす、之を爲さざるは過信に基く手落なりと云はざる可からず、要するに今後右の如く自ら調べる方針の外なかるべし

答 官公吏の職務上過失による損害を官公吏若くは其當該個人に請求し得べきや否やに付いては、議論あり、法令に特別規定ある場合の外責任なしとする事通説也、市町村長は戸籍上に付登記官吏は登記上に付重大なる過失ありし場合責任ありと規定

四一六 裏口を隣り地主が閉鎖

問 拙者所有地に家作敷件あり、南側公道なるが、裏側北方に隣地々主が家作を建つる爲め九尺餘の私道を設けあるにより、拙者方家作人も裏道として十數年間毎日其處を通行し居れり、然るに今隣地々主は家作建直しするに際し、此永年通行の私道を廢し、其處を南向きの店とする計劃を立て板塀を圍ふに至れり、依て拙者方借家人等は別々に狭き勝手口を拵へざる可らず延て建物の模様替をも實行せざる可らざるに至れり、拙者は別段今日迄通行料を支拂つた譯に非ざれど、十年も永く心良く使はせられて居た道路を、一朝にして閉鎖されても致方なきものなるや、通行の地役權とやら云ふものなきに候哉、時により警察の人事相談に願ひ見んかとも思ひ候へど一應爲念何ふものに候

十年も通行した隣りの九尺道路を板塀にされても徳義上の通行地役關係故法律上の救済困難

答 通行地役權なし、隣地々主との契約により貴殿土地の爲めに通行權を與へられ居るものならば、賃料の有無に拘らず、其權利を取得すれど、本件は單に隣地々主が設けある私道を好意上共に通行することを默認されあるに過ぎず、未だ以て貴殿土地の爲めに地役權設定を承諾しあるものと解するを得ざる可し尤も契約なくも永年通行を繼續し居れば、時效によりて其權利を取得することあれど、其年限も二十年（最初から當然地役權ありと信じて通行し居たる場合は十年）たるを要し、且つ自ら通路を設けたのでなければ、其時效取得を主張するに困難なるべし、本件は要するに契約上も時效上も通行地役權の取得なきもの故、徳義的解決以外交渉の餘地なきものと鑑定せらる

四一七 郵便物は常に宛名人の所有と限らず

昭和五年（レ）第一二五號
郵便に付せられたる書狀が宛名人に到着し、宛名人に於て之を

所持するときと雖常に該書狀は該宛名人の所有に屬するものと謂ふを得ず、蓋し如上郵便物の宛名人が其の所有權を取得する

は發送人よりの讓渡に因るものにして、他に特別なる原因あるに非ず、從て宛名人が其の所有權を取得するは之を取得せんとする意思を有する場合に限るべきは勿論なりと共に、吾人は苟も自己に到達したる郵便物は其の如何なるものたるを問はず總て其の所有權を取得せむとすと云ふが如き意思を有するものに

非ず、又到達したる郵便物を所持する場合と雖或は發送人不明にして、之を返送せむとするも返送すること能はざる爲、一時之を保管する等のこと無きに非ず、從て如上の所持の事實あればとて直に之を以て所有權取得の意思に因るものと爲すを得ざるや多言を俟たざるを以てなり

四一八 土地移轉と果實歸屬

問 田を賣買移轉せば稻毛は田に隨伴して買主に歸屬すべきや（特約なし）

田畑賣買の場合未登記賃借權ある時は稻大豆等の作毛は買主が民法第八九條第一項の收取權利者なりや
民法第八九條第二項は、第六〇五條の登記ある賃借地または買主が賃借行爲を認容したる期分のみ適用ありや
同條同項の目割云々は、地代を定めたる否とに拘らず、稻刈り毛上期たる十一月末日とせば前年十二月一日が起算日たるや
また二毛作の稻と田麥とを米で小作料を定めたるときは、稻植付期を起算日とするや、また畑麥と大豆二毛作の場合如何
答 天然果實は元物より分離して始めて權利の客體たる獨立性

天然果實は元物より分離する時之を收取する權利者に歸屬す何人が收取權利者かは契約等で定る

を有するものである、この獨立して權利の客體となる時期は元物より分離の時期なることを定めたる規定は民法第八九條第一項であつて、この規定は何人が收取權利者であるかを定めたのではない、何人が收取權利者なりやは契約とか他の法令とかにて定まるものである、例へば所有權者は收益權を有す（民法第二〇六條）善意占有者は占有物より生ずる果實を取得す（同第一八九條）使用借主は收益權を有す（第五九三條等）の類は法律規定の一例であつて、この外契約にて如何様にも收取權利を定め得るし、若し契約がないとすると當事者の意思解釋をして定めるのである、貴問第一は特約がないから民法第八九條第一項によつて、收取權利者を定めんとする様に見えるが、これは

惟ふに田地賣買契約に明言はないにしても、當事者が現に繁茂してゐる稻毛を目撃して、その田を賣買したのだから、その稻毛を無視する筈がない、従つて當事者合致の意思あるものと謂はねばならぬ、その意思によつて稻毛が何人に歸屬すべきや、換言すれば收取権は何人なりやを定めることができる譯だ、また當事者が慣習による意思ありと見得る場合はその慣習に従ふべきものである、(民法第九二條)これ等の諸點より研究するときは田地買主に收取権がある、従つて第八九條第一項により稻毛分離の際買主に歸屬するものである

第二回は收取權貸借主にある、なぜならば未登記にても賃借契約は存在するし、收取權利は該契約より生ずるのであつて、假令第三者が田地を買受けたとしても唯夫だけでこの收取権を失ふ筈がないからである、第一八九條には善意の占有者は果實收取権ありと規定し、賃借主は即ちこの善意の占有者に該當するのである

第三回の收取權者は登記の有無に拘らず、賃貸人たる地主である、若し地主が土地を讓渡したるときは買受人爾後の收取権を取得する、また前拂地代あるときはこの前拂は除外して契約するのが普通である、これ等は皆契約にて定まる故、その約旨に

従つて收取權者も決するのである

第四回は一毛作二毛作も當事者の賃借借契約で決する故、地代の日割計算も皆契約次第である、八九條はこの日割計算のみを規定し、第六一四條は地代支拂期如何を規定したのであるから、かれこれ混同せぬ様に解釋せねばならぬ

第十二節 相續の部

四一九 限定承認と相續財産

問 相續人が被相續人の借財あるやも相知れずと考へ、限定承認を爲し、民法第一〇二九條の公告を爲したる場合に、被相續人の債權者が其公告期間内に請求の申出を爲さざりし場合、相續人の其後の執るべき方法

答 相續人は被相續人の財産を無限に保管する責任ありや、又は保存期間に制限ありて其制限期間後は自由に處分しても差支なきものなるや、御教示仰ぎ候

答 限定相續人は公告の際、豫め「債權者が期間内に申出を爲さざる時は其債權は清算より除外せらるべき旨を附記する」事を要するものなるが故に(民一、〇二九條二項及同七九條二項)債權者が申出でざる時は唯清算後の殘餘財産があれば、其殘存する財産の限度に於てのみ辨済の義務があるものにして勿論不足を問はない、又殘餘なければ辨済の要もないのである、然し判明せる債權者は假令期間内に申出でなくとも除外する

期間内に申出でざる債權者には殘餘財産のみで辨済は足り其の財産保管も債權時効に従ひ十年

事は出来ない、要するに知れざる債權者にして而も期間内に申出でなき債權者に限るものにして、之れ以外の債權者には絶対に其額に應じ辨済の義務あるものとす、尤も前者の債權者中、相續財産に付特別擔保權を有する者は勿論此限りでない、即ち其擔保物に對してのみは優先權があるのである(民一、〇三七條後段)

二、相續財産の保管に就き特別の期間の法文はなきも一つの債權なるを以て債權の時効たる十年を適用すべきものにして、従つて其十年間は相續人固有の財産と分離し、何時でも殘餘財産を其後申出の債權者に充當する様、保存の必要がある、債權が時効に罹り辨済の義務が消滅すれば、賣買、贈與又は自己固有の財産と合併する等自由に處分して可なるものである

四二〇 同時の養女と家督權

法曹會決議（昭和三年六月二十三日）

問 茲に甲戸主あり、子女なき爲養子、乙女大正十年一月生れ丙女大正元年九月生れの兩名を同日に養子縁組届出を爲したるに、所轄町村長は乙女の縁組を前號受付番を以て丙女の縁組届は後に次號を以て受理せられたり、然して戸籍の記載は受付順に乙女を前位に丙女を後位に各登載せられたり、後甲戸主死亡したり、此場合家督相續權は何れにありや、左記二説孰れが可なりや

一、民法第九百七十條第一項第五號によりて、同時に嫡出子たる身分を取得したるものなれば、年長者たる丙女に相續權ありとす

二、同時に嫡出子たる身分を取得したるものなれば、雙子出生の場合の如く、假令瞬間なりとも前に縁組届を受理せられ、戸籍に登載せられたる者は、後に縁組届を受理せられ戸籍に登載せられたる者より先順位に相續權を有するものなり、蓋し民法第九百七十條第二項により丙女が嫡出子たる身分を取得した

嫡出子の身分取得は同日にて差等を附し能はざる故年長者ををするの外なし時間に差あれば先口

る時間の早かりし故なり

決 本間の場合に於て乙女及丙女の養子縁組届書が時を同じふして提出せられ、同時に受理せられたるときは此兩名は同時に嫡出子たる身分を取得したるものなれば、假令形式上乙女の縁組届が前號受付番を以て受理の記載あるも、年長者たる丙女に相續權ありとす、然れども右の縁組届書が同日中時を異にして提出せられたるものにして、乙女の縁組届書の提出が前なりし爲前號受付番を以て受理せられたるものとせば、乙女は先に嫡出子たる身分を取得したるものなれば、相續權は乙女に在るものと謂はざるを得ず

四二一 庶子も遺産相續權者

法曹會決議（昭和三年二月二日）

問 庶子（父の認知したる私生子）はその生母の遺産相續權ありや否に付き左記兩説あり、大正十一年三月二十八日の御決議の趣旨に依れば、甲説に左祖すべきものならんも聊か疑義あり何れを可とするや

甲説 私生子の母は分娩の事實により、その私生子と當然法律上の親子關係を生ずるものなることは多數學說の一致する處也、故に私生子は母の認知前と雖も、法律上の親子關係を生ず、その生母の遺産相續權あるや洵に明かなり

乙説 私生子は單に母の分娩たる事實のみにては未だ當然法律上の親子關係を有するに至らざる事は、左記學說判例に依りても自ら明かなり、然らば法律上の親子關係なき庶子は茲に論ずるまでもなくその生母の遺産相續權あるの理なし

乙説と同趣旨學說判例
一、認知以前においては親子關係は一の事實たるに止まり、法律はその關係を認むる事なし、認知によりて始めて法律上その

私生子は生母と法律上親子關係あるものなり従つて其實母の遺産相續權を當然有するものとす

關係を確定し、出生の時にさかのぼりてこれを發生す（奥田義人親族法論二五八頁）

二、母は分娩の事實のみに依りては、その子と親子の關係を生ぜず、母が認知するによりて始めてその關係を生ず（梅博士三、婚姻外において生れたる子は生理的には親子なりと雖も法律上未だ以て親子關係を發生するに至らずかゝる關係はその父または母において認知をなすに依りて、始めてこれを生ずるものなる事は我成法上の制度として疑ひなき處なり（大正十、十二、九、大審院判決）
決 甲説を可とす

四二二 婿も妻と共に遺産権

娘への婿は養親と親子関係あるゆへ母の遺産に付共に権利あり俦への嫁は親子関係なき故無權

(博士種積重遠氏意見摘要)(大正一三(オ)四五七號一四、三・九、民一)

(判旨)「婿養子縁組も亦縁組の日より養親と婿養子との間に血族間に於けると同一の養子關係を生ぜしむるものなれば、特別の規定なき限り婿養子は普通の養子と同一の權利を有するものと謂ふべく、家督相続に付き民法第九七三條の規定あるも遺産相続に付ては斯かる規定なきを以て、婿養子は被相続人たる養親の卑屬親として他の卑屬親たる養子並に實子と共に平等の割合に於て遺産相続権を有するものと謂はざるを得ず、従つて婿養子は配偶者たる家女と共に遺産相続権を有するものとす……故に遺産相続人たるべき婿養子が、遺産相続開始前に死亡其の他の事由に因り相続権を失ひたる場合に於ては、其の直系卑屬は民法第九九五條の規定に依り該婿養子と同順位に於て遺産相続人となるべきものとす」

(評釋)本件の上告論旨はかなり詳細なもので、よく本判決の様な解決から生ずる不都合な結果を指摘して居る

(一)家督相続人たるべき者は其姉妹のための婿養子縁組によつて其相続権を害されないのに(民法九七三條)遺産相続人は其姉妹の爲の婿養子縁組によつて其相続利益を減殺されるのは權衡を失する
二、男子のための嫁には遺産相続権がないのに、女子のための婿養子に遺産相続権があるのは不都合である
三、婿養子を迎えた女子は兄弟姉妹に比して二倍の相続利益を受けることになる
四、婿養子と家女との間に子があつて、遺産相続開始前に其婿養子が死亡し又は離縁になり家女が更に第二の婿養子を迎えた後、遺産相続が開始すると、家女は兄弟姉妹に比して三倍、(自己の分と第一婿養子の分を子が代位するものと第二の婿養子の分)の利益を受けることになる

(五)家女も其婿養子も、遺産相続開始前に死んで其間の子があると其子は其伯父叔母達より二倍の相続分を有することになる

成程此れ等の諸點は如何にも不都合の様に見えるが既に養子制度を認め婿養子も養子の一種であり而して婚姻によつて夫婦の人格が合一して一人格となると云ふ様なことは、現行法の認めぬ所であるから婿養子が自身一人の子としての相続権を有するのは寧ろ當然なことではあるまいか、而して其相続権と云ふのは必ずしも相続利益でないのであつて、判決中に引用された大正六年八月三十日大審院判決も今回の判決と同趣旨に「婿養子縁組も亦養親との間の親子關係を生ずるものなれば、遺産相続關係に於ては婿養子は被相続人たる養親との關係に於て、卑屬親として他の實子たる卑屬親と共に相続権を有するものとす」
と云つて居るが、事件は被相続人の債務五十五圓五十五錢を實子六人婿養子一人(實子の一人と婿養子とが夫婦)で分擔すると云ふ問題なのであつて、即ち必ずしも婿養子夫婦が二人分の利益を得るとばかりは限らず、二人分の負擔をすることもあり

人間が二人分なのだから、二人分の利益又は負擔があるのは己むを得ぬことである、上告論旨も大審院の判旨も共に民法第九七三條の問題にして居るが、同條は單に婿養子の家督相続順位を其妻の順位に應じて定めただけで、婿養子が家督相続をするのはやはり自己の資格に於てするのであり、上告論旨に云ふ様に相続開始前に妻たる家女が死ねば婿養子の相続権がなくなるのではない、而して右民法第九七三條の規定も家督相続について萬全ではないのであつて、普通の解釋によると女子のみある場合の長女に婿養子をした後男子が生れると、其男子が先順位と云ふことになつて居るが、明治四四、九、二五六審民二)これが實際上必ずしも適當公平でなく、先づ養子となつて後家女と結婚し其後實男子が生れた場合と甚だしく不都合になる、要するに現行制度の下に於ては大審院の此判旨の様解する外あるまいと思ふ

四二三 胎兒の相続権は制限

乃ち相続開始した時の胎兒のみが既生子と見做さる、然らざる場合は出生日よりして決せらる

同 胎兒が長男なる場合に於て、家督者たらしめずして嫡出子

たるの出生届方法ありや御教示を乞ふ

即ち左の如き家庭あり

戸主	四十五歳
妻	三十五歳(目下)
母	六十二歳(懷妊中)
長女	十三歳
二女	十歳
三女	七歳

右胎児が長男なる時は成年の後此長男に家督を譲るは、現戸主老年に達し、家業上困難なるを以て、胎児が男子なるを否とを問はず、長女に婚養子を迎へて家督相續者たらしめんとす、故に長男をして家督者たるの権利なき様届出でたし、小生の考へにては母の私生子、即ち戸主の弟として届出するか又は親族若しくは他人の二三男として入籍しては如何と思考せらるゝが如何にや、然して一方他家の二三男として入籍し置く場合は、長女に婚養子を迎へて後戸主の養子として入籍しては如何にや、此の場合は婚養子と後より迎へし養子とが何れに相續権あるや、又一方母の私生子とせば婚養子の相續権は安全確實なる可きも、永久の私生子なるを以て成年の後迄も私生子たるの稱呼を免れずしては、事實に於て立派なる兩親ありながら、

不憫なる可く、且つ父の無能なるを怒りはせぬかと思ひ永久の私生子にはしたくなし

- 一、婚養子を迎へてより養子は出来得るとしても、婚の相續権を侵害する事なきや
- 二、母の私生子(即ち戸主の弟)として入籍し置かば相續権はなきも永久の私生子にはしたくなし
- 三、長男として届出でなば婚養子の心定まらず、將來家庭に波瀾を起す等社會の通弊なり、二三を豫防する方法なきや
- 四、長男とし生後姉に對し家督を指定する事を得るや否や、前後する質問なるも目的は長男をして家督者たらしめずして、嫡出子たる身分に届出たし

答 胎児は相續に付ては既に生れたるものと看做す、民法九六八條の規定は相續開始即ち父が隱居又は死亡の時胎児ある場合にのみ適用さるべきものとす、故に之に家督權利を與へ度くなき希望とすれば、分娩前に他より男養子を爲し置く可とす、而して將來長女又は次女と結婚せしむれば可也婚養子に非ず、婚養子は結婚と同時に無ければならぬ、將來の爲めの婚養子と云ふものなし(昔は認められしも今は不能也)事實上將來の婚養子でも形式上は普通養子となる也、婚養子では將來實男

子生れたる時失權するもの故、本件の場合には是非普通養子とせざる可からず、然る時は將來其養子の家督権は安全たるに至るべし、他人の子又は母の私生子などの窮策毛頭必要なし、尙實

四二四 父子次で死亡と其家督

問 甲戸主乙妻のみの一家に近親の丙男子を養子に貰ひ受け、次で丁嫁を貰ひ未だ其子なき内に丙死亡し間もなく甲も死亡せり、家督相續人には乙丁孰れが爲るものなるや、夫婦養子の場合は異なる云ふものあり、果して然るや

答 然り、夫婦養子の場合は妻も戸主の嫡出子たる身分を取得する也、従つて其夫死亡しても養女たる身分を以て甲家の戸主となる可し、單純の嫁は俗に親子を以て稱すれど法律上は親子の關係なし、従つて甲戸主死亡の場合結局子なきことに歸着する故、甲家の相續人は親族會の決議により先づ甲の妻乙が選定さる可き順序に在り、固より乙遠慮し裁判所の許可を得れば丁嫁を選定し得ること可能なれど、妥協成立せざる限り甲妻の權利となる可し、乃ち死者に子も兄弟姉妹もなき場合其未亡人が家督に選定せらる可きものなれば也、(民九八二條)故に本件の

男子生れて後普通養子出来ぬ故分娩一日前でも可なる故至急其届け出を爲すべき也、尙他人の子又は母の私生子とするなどは、以ての外の心得違ひ也斯る虚偽の届出は文書爲造罪となる。

父の方が遅れて死亡の時其家督は父の妻、反對の時は子の嫁也夫婦養子の時は其妻の權利強大

如き場合でも其兩人の死亡順序が反對の時其嫁が家督に選定さるゝものとす、何となれば甲の死亡により直ちに丙養子戸主たる地位を得、而して死亡したることとなるを以て、其丙の未亡人たる丁妻家督たる順序となれば也、火災の如きにて同時に死亡し其先後分明せざる時は困難なる問題起るなれど、結局は後なること不明のものとして、矢張り甲妻を家督とするの外なかる可しと解せらる、尙夫婦養子の場合は妻も其姑との間に親子關係ある故、姑たる非戸主死亡による遺産相續等の問題起れる時其嫁も夫又は其他の兄弟と共に平等の權利あることとなる可し普通の嫁は斯る仲間入りする權利なきや勿論とす、然らば普通の嫁は子たる身分なしとせば如何なる身分かと反問するならんが、夫を通じて姻族一等親の身分と云ふに過ぎず、一等親と云へば親子間の身分と同一近親、唯血族又は養子の如き準

血族に非ざる姻族と云ふに過ぎず、養子の如く嫡出子たる身分

一 を取得するものに非ざる也

四二五 婿養子間の相續順位

前の婿養子が離婚したる時更に後の婿養子を爲し得べく其場合家督相續権は前の婿養子に存す

法曹會決議(昭和三年四月十二日)

問 戸主甲の長女乙に婿養子丙あり、後乙丙は戸内離婚したるに依り長女乙は更に婿養子丁と縁組婚姻をなせり、右家籍において甲戸主死亡する時は相續人は前婿養子たりし丙なりと信ずるも、これに反して丙は假令その父と養子縁組關係は解消せざるも相續上長女に優先するを得ざるにより、後の婿養子なりとの説あり、聊か疑義あり高示を乞ふ

附 推定相續人男子ある者は男子を養子となすを得ざるも女婿のためにするものは差支なき例なるが、本件の如く婿養子として戸内離婚をなす時は養子關係依然存續するものなれば、結局數人の養子男を生ずるに至るも、法律上の期待に反せざる

四二六 婿養子の代襲者と養子との相續順位

問 戸主

甲

昭和四年離縁

養女乙

昭和二年離縁

婿養子丙

昭和元年生

孫(丙長女丁)

昭和三年縁組
昭和五年生

養子戊
孫(戊長男)己

右の戸籍に於て今家督相續開始したるときは、相續権は孫丁にありや將た養子戊に在りや

答 一、家督相續権は養子戊にあり、其の理由次の如し

二、養女と其の婿養子丙の間に生じたる丁は、養女乙の代襲相續者たる地位にあり、而して養女は先に養子となるも相續順位は養子たる男に後るものとす

三、養女の地位既に養男戊の後順位にある以上、この後順位に於て代襲する丁が戊に先立つべき謂れなければなり、假りに

四二七 遺産相續拋棄後の行爲

問 一、甲戸主長男乙病死し乙の妻丙及び甲共に遺産相續拋棄をなし、區裁判所は受理決定を與へました

二、甲も次で死亡し丁家督を相續してをります、ところが

三、甲生前に乙の遺産トランク一個及び萬年筆を乙の友人戊に片身分けとして與へ、戊は乙の生前五十圓を借用してある故

第一章 民法 第十二節 相續の部

丁が男子にても同一の結果となる
四、若し丙養子にして乙と戸内結婚をなしたるものなりとせば、結果は少しく異なり、丁が男子なるときは戊に先立ち、女子なるときは戊に後るとの説と兩者共に戊に先立つとの説別れ居るなり、蓋し民法第九百七十四條には「其者と同順位に於て相續人となる」とありて直系卑屬たる以上男女の區別をなさざればなり、予は男女の區別をなさざる法意に照し女子と雖も戊に先立つものと解するものなり、問題外なるも次手を以て一言せり(本問に就ては議論の餘地なし、蓋し丙が婿養子なればなり、婿養子は養女と同順位に於てのみ相續人たるに過ぎずしてこの點は單純養子とは大に異なることを注意すべし)

民法第千廿四條第一號は相續拋棄前の行爲に適用すべく第三號は相續拋棄後の不當に適用有也

内金四十五圓を甲に返し内金五圓と利子は戊の希望により甲はこれを免除いたしました、また

四、乙は生前己より金錢借用し己より甲に催促し、甲はこれを信じて戊より返した金で己に返済しました

五、右甲の行爲は遺産相續拋棄後であります

六、乙の生前乙の債権者庚は甲が乙の遺産の一部を遺産相続を放棄してをりながら勝手に片身分けをしたり、五圓と利子を免除したることを難じ、これは民法第千二十四條により單純承認と看做すべきだといきまいてをります

七、右甲が單純承認したることになれば、甲の家督相續人丁は當然甲の地位を承繼して庚の債務を辨濟すべきであります、甲が單純承認をしたと看做されるのでせうか伺ひます

答 一、民法第千二十四條第一號、相續人が相續財産の全部または一部を處分したるときは、單純承認をなしたるものと看做すところある處分云々は相續放棄前の處分を指す

二、第三號の相續人が限定承認または放棄をなしたる後と雖も、相續財産の全部一部を隠匿し私消し故意に財産目録に財産を掲げざる場合にも、單純承認をなしたるものと看做さる云々とあるは、相續放棄後の行爲を規定したるなり

四二八 限定承認又は放棄前の財産處分は單純承認と看做さる

昭和四年(オ)第千二百三十四號
 民法第千二十四條第一號は未だ相續の承認又は放棄を爲さざる相續人が相續財産を處分したる場合のみに關する規定にして、

三、而して本案甲の行爲は、遺産相續放棄後の行爲にかかると雖も、甲が片身分けの行爲些少の債務免除の行爲の如きは、公序良俗に反せず、却て佛の供養に用ゐたる淳風美俗の顯はれと見るべき行爲にして、これを財産隠匿または私に消費するが如き不正の行爲と同日に論ずることを得ざるや論を俟たず、故に本案の行爲は民法第千二十四條第三號に該當せずと解す

四、右第三號は例外規定にて、第三者を保護するために設けられ、徒に放棄を悪用して財産を隠匿し、私消し記載を脱漏するが如き不純の徒が、第三者を害し以て私利を營まんとするを防止する精神に外ならず、本案の如き佛の供養を禁じ、供養の一端たる些少の債務の免除の如きをも禁ずる趣旨にあらざるなり故に右甲の行爲ありとて甲は單純承認をなしたるものと看做さるゝこととなし、從て甲の相續人たる丁は庚に對する債務辨濟の責任なきものといはざるべからず

相續人が一旦有効に限定承認又は放棄を爲したる後に於て、相續財産を處分したる場合に適用せらるべき規定に非ず、蓋し相續人が相續財産を處分するが如きは單純承認を爲すに非ざれば

之を爲し得ざるが故に、未だ承認又は放棄を爲さざる相續人が右の處分を爲したる場合に於ては單純承認を爲したるものと看做すべき理由ありと雖、相續人が一旦限定承認又は放棄を爲したるときは其の承認又は放棄の効果は茲に確定すべく、其の間單純承認を爲したるものと看做すの餘地存せざればなり、但し其の相續人が爾後相續財産を處分したる場合は、其の爲したる承認又は放棄を當然無効とし同じく又單純承認を爲したるもの

四二九 相續人を遺言で指定

博士穂積重遠氏判例批評(大正一四(オ)七四〇號、一四・一、二三
 民一、集四卷一一號五七八頁)

(判旨) 家督相續人の指定は之を戸籍吏に届出づるにあらざれば其の效力を生ぜざるは言を俟たざる所なりと雖も、被相續人が遺言を以て家督相續人を指定して死亡し、其の遺言が效力を生じたるも之が執行者の選任等に關し相當なる日子を要する爲未だ遺言執行者より戸籍吏に之が届出を爲さざる間に於て、被相續人の親族等が輒く法定又は指定の家督相續人なきことを理由として家督相續人選定の爲にする親族會員の選定、及招集を

之を届けぬ前に急いで親族會選定の相續人を届けた件當然無効又は決議取消で回復可能が正當

と看做すべき法意なりとせんか、特に其の旨の明文を要すべき道理なるに拘らず、同條第一號には同條第三號と異なり斯る趣旨の存することを窺ふに足る何等の定あることなし、故に相續人が一旦限定承認又は放棄を爲したる後相續財産を處分したるときは、之に付別に其の責に任すべきは格別、之が爲に爲したる限定承認又は放棄を無効と爲すことを得ざるものとす、

裁判所に申請し、親族會に於て家督相續人選定の決議をなすが如きは被相續人の意思を無視するものなるを以て、親族會員又は民法第千九四四條に掲げたる者は同第九五一條の規定により、斯る決議の無効を訴求することを得るものと謂はざるべからず(評釋) 本件に於ける破毀差戻しの判決は至極適當である、前掲の判決理由に聊か其意を得ない、兎も角も家督相續人指定の遺言があるのだから、たとい届出のない間は指定の效力は發生せぬにしても、民法第千九八二條に所謂「指定の家督相續人なき場合」とは云はれまい或は又選定が行はれた際には「指定の

家督相續人なき場合」だつたにしても其後届出があり、其效力が遡及して結局指定の家督相續人があるのに選定が行はれたと云ふことになる、そこで右様の選定をした親族會議決議は當然無効か、又は民法九五一條の訴へによつて取消さるべきものかと云ふ問題が生ずる、所が此問題は既に判例によつて立派に解決されて居るのであつて、大正十一年十一月一日大審院民事聯合部判決（集一卷六四〇頁、判例民法十一年度九七事件四一二頁）は強行法規違反の選定決議を當然無効とし、大正十二年十二月十日大審院第二民事部判決（集二卷六六〇頁、判例民法十二年度一二〇事件四九一頁）は更に直接に「指定家督相續人あるに

拘はらず、更に家督相續人を選定したる親族會議の決議は當然無効なり」とすと云つて居る、然るに本判決は第九五一條の規定により、斯る決議の無効を訴求することを得と云ふ曖昧な言葉を用ひて、折角の判例を逆戻りさせた氣味であるが、もし第九五一條の訴へを以てするにあらざれば右の親族會議決議を攻撃し得ないものとするならば、決議後一ヶ月の経過と共に指定の遺言が終に無視せられたると云ふ不都合を生ぜざるを得ないのであつて、到底是認し得ない、本判決については中川善之助氏が日本法政新誌（第二三卷二九三頁）で大體同趣旨の評論をして居る

四三〇 相續拋棄の期間開始期

昭和七年（ク）第一〇一號
民法第七十七條は所謂相續人が自己の爲に相續の開始ありたることを知るとは、相續人が被相續人の死亡等相續開始の原因たる事實の發生したることを知るのみならず、更に之が爲に自己が相續人と爲りたることを知ることを意味し、法律の不知又は事實の誤認の爲自己が相續人となりたることを覺知せざりしと

死亡の事實を知り居つても法律の不知又は事實誤認により開始無覺知の時は矢張期間進行せず

きは、同條所定の期間は未だ其進行を始めずと解す可きものなるを以て（大正十五年（ク）第七二一號事件に對する同年八月三日附當院決定參照）原告人の主張に係る原告人は被相續人が全く積極消極の資産を有せざるが故に遺産相續は開始せざるものと信じ居りたるものにして、原告人は法律の不知又は事實の誤認に因り相續の開始を知らざりしものなりとの事實は、本件の

歸趨を決定す可き重要な事項なりと謂はざる可らず、然るに今原決定を見るに原審は此の事實の有無を判定するに當り、先づ前段に於て本件原告人は戸主たりし被相續人の長男なりしも肺病の爲數年前分家別居し、被相續人も次で隠居して家督を次男に譲りたること、尙原告人は病狀重く被相續人の死亡頃迄は實家並被相續人の資産を深く念慮し得ざる状態に在りたる事實あることを認めたるも、此の事實に依りては未だ「原告人が其の實家と全然没交渉に在り、其財産状態に全く無關心となり得たるものと觀じ得ざるもの」と爲し、更に後段に於て原告人は被相續人の死亡より一ヶ年後より（本件の届出に先づ一年三ヶ月頃）其の病勢減退せること及被相續人の屬したる本家の社會的地位の低からざることを認定し、之等を參酌し結局原告人が自己の爲に相續の開始ありたることを知らざりしものと認め難き所以を認定したり、然れども病軀を抱へて本家を去り、數年の永きに亘りて病床に苦しむ者が、其の分家後に於て隠居を爲したる本家の前戸主に資産ありしや將又負債ありやと云ふが如き事實は、其他特別の事情なき限り之を知らざるが普通一般の事例なりと認めらるるを以て、原告人にして果して右前段認定の如き事情の下に在りたるものとせば、原告人は寧ろ被相續

人の遺産の有無を知るに困難なりし事情に在りたるものと認めらる可く、而も後段認定の如き事實は一も其の推定を妨ぐべき理由となるものなきを以て、原告人は本件相續の開始を知りたるものと認めたる原審の判断は其の認定必しも其當を得たるものと云ふ可らず、然らば原決定は結局原告人に於て被相續人が資産又は負債を有せざりしものと信じたりとの事實の有無を認定するに付、瑕疵あるを免れざるものにして、而も若此事實にして原告人主張の如く認定せられ、之に加ふるに原告人が此の如き場合には、法律上遺産相續は開始せざるものと信じたる事實ありと決せらるるに於ては、原審の判定は或は全然其反對の歸結を見るなきを保せざるものとす、仍て原決定には審理不盡の違法あり、之を取消すべきものと認め主文の如く決定したり

昭和七年三月三日

大審院第一民事部

四三一 代襲相續を廣く適用

被代襲者が失權當時存在するを要せず相續開始の時に存在すれば足るとの代襲相續權範圍擴張

法曹會決議(大正十五年六月二十一日)

問 一、戸主甲に長男乙、二男丙、孫丁(長男の長男)あり、孫丁は他家の養子となり長男乙は其後推定相續人たることを廢除され分家し、然る後孫丁は離縁に因り實家に復籍せり、此の場合孫丁に承祖相續權ありや

右に關し左の兩説あり、孰れが正當なりや、理由を附して御解答を仰ぐ、消極説 推定相續人たる身分は民法第八百七十五條に謂ふ所の權利なれば、推定相續人たる長男乙が家督相續開始前廢嫡に因りて相續權を喪失せば、二男丙に於て推定相續人たる身分を取得するが故に、爾後孫丁が離縁復籍したりとて二男丙が既に取得したる身分は、同條但書の規定に依り害せらるる謂はれなければ、孫丁は承祖相續權なし、假りに一步を譲り推定相續人たる身分は民法第八百七十五條に謂ふ所の權利にあらずとするも同法第九百七十四條の規定に依り、承祖相續人となる直系卑屬は推定相續人が、相續開始前に死亡し、又は其相續權を失ひたる當時其家に在るを要するを以て、失權當時他家に

在りたる孫丁は承祖相續權なし、若し積極説を可とせんか、孫丁は離縁復籍に依り推定相續人となり、父たる長男乙に於て自己の推定相續人と爲さんとするも、容易の業にあらず、社會一般の實情に適せざる結果を生ぜん

積極説 推定相續人たる身分が一種の權利なることは勿論なるも、此の權利は民法第八百七十五條に所謂權利にあらず、且つ推定相續人たる地位は確定不動のものにあらず、推定相續人は後に自己に優越して相續を爲し得べき者の現出するに依りて、其の順位を奪はるゝものなれば、本間の場合二男丙は長男乙の相續權喪失によりて一應推定相續人たる身分を取得するも、孫丁が離縁復籍に依りて實家に於て有せし身分を回復する結果、其の地位を奪はれ推定相續人たるを得ず、消極論者は民法第九百七十四條の規定に依り承祖相續人となる直系卑屬は、推定相續人が死亡し、又は其の相續權喪失當時其の家に在るを要するが故に、孫丁は承祖相續權なしと主張するも、同條の規定に依り承祖相續人となる直系卑屬は家督相續の開始當時其の家に在

れば足るが故に、孫丁に承祖相續權あり、若し二男丙に相續權ありとせんか、我國家督相續制度の精神たる長子相續の精神に反し且つ承祖相續を認めたる立法の趣旨に反すべし

二、大正八年三月二十八日大審院民事聯合部が、同院大正六年(オ)第八六五號事件に付言渡したる判決の判旨第二點(民事判決録第二十五輯五三二頁所載)に所謂直系卑屬現出したるときとは胎兒出生の場合のみを指示し、前項離縁復籍に依る身分回復の場合等は之を包含せざる趣旨なりや

決 一、積極説を可とす

四三二 代襲相續は失權時を標準

昭和六年(オ)第九百九十三號

「民法第九百七十四條に所謂承祖相續は直系卑屬なる家督相續人が、其の相續權を喪失したる場合に適用すべきものにして、家督相續人が相續權を失ひたる當時直系卑屬あることなく、其の後に至り直系卑屬出現するも其の直系卑屬は既に推定家督相續人の直系卑屬にあらずるを以て承祖相續を爲す權利なきものとす」と判示し推定家督相續人の廢除後に出生したる上告人と

民法第八百七十五條但書に所謂、第三者が既に取得したる權利とは二男丙の相續權の如きものを謂ふにあらず、若し此種の權利を包含するものとせば同條の規定は殆ど其利益なきに至るべし、又孫丁は同條の規定に依りて其實家に於て有せし身分を回復するものなるを以て、乙の廢除の際其家に在らざるも、代襲相續權を有し得るものとす

二、大正八年三月二十八日大審院判決は問合せの如き事案に關するものに非ず

相續開始の時孫ありても長男の廢嫡又は死亡當時不存在は無權

雖、猶承祖相續權ありとの上告人の主張を排斥したり、然れ共承祖相續權の有無は他の相續資格の確定に於けると同じく家督相續開始の時を標準として之を決定すべきものにして、承祖相續人は必ずしも推定家督相續人失權の當時存在するを要するにあらず、廢嫡後に生れたる者と雖、相續開始の時に存在し他の條件を具備する限り民法第九百七十四條に所謂承祖相續人たるに妨げなく、其の者の出生が推定家督相續人の失權前なると後

なるとは法文之を問ふところに非ざるなり、民法第九百七十四條は斯く解するに依て血統を連絡し家制を鞏固にするの效用ありと云ふに在り

然れども法定推定家督相續人が廢除せられたる場合に於て、其の直系卑屬として民法第九百七十四條に依り、承祖相續を爲すことを得るは、右相續人が廢除せらるるの當時、既に其の直系卑屬として在世せし者に限り、廢除の後甫めて出生したる者の

四三三 婿養子後に實子生る

問 甲は養父、乙は甲の長女と結婚同時に甲の婿養子、丙は甲の實子にて乙は昭和三年六月一日甲と婿養子縁組をなし、同月十日丙生れ候

二、甲は乙の入籍の際乙の實家を訪れ乙の兄弟に向ひ「家督は乙に譲ります」と言明して歸り候

三、乙に家督をつぐ権があり候哉

四、相續人廢除事項を伺ひます

答 一、實に御氣の毒ですが乙には家督相續権がありません、養父も貴下に相續させようとした形跡は十分に見えますが、素人の細工で失敗したものと見えます

如きは之を爲し得可きものに非ざること大年六年(オ)第八五號に付大正八年三月二十八日當院の與へたる判例より、容易に推知し得る所にして、該判例は之を變更す可き理由を發見せざるが故に、此れと同旨に出でたる該判決は至當にして、論旨は理由なし

昭和七年三月五日

大審院第三民事部

二、一度養子に入れてそれから戸内婚姻をすればよいものいきなり養子縁組をやつたからだめにしてしまつたのです、本社に前以て相談してやれば、こんなへまにはならなかつたと残念に思ひます

三、今となつては如何としかたがないが、乙の取るべき道は早く分家することです、そして半額までは貴下が貰ふことができますから、養父に相談して財産の半額だけ分ちておもらひなさい、但しこれは法律上の権利ではない、養父がカブりを口々に振ればそれまでです

四、依つて乙のナコウドの方や親族の然るべき方々に御願し

て養父を説得してもらうより外良策はないでしょう

五、養父も、もと／＼乙に相續させる考へであつたこと故、家督相續をすることができない乙に同情して法律が許す範圍即ち全財産の半額だけは乙に與へて分家させても差支ないはず

六、なぜならば若し乙が相續するとせば、半額は權利として法律上當然乙のものとなるのでありますから、その半額だけを乙に與へても何の差つかひもないはずであります

況んや乙を相續人とするつもりで婿養子とした位ですから、養父に否やはないはずで、偶々素人のために相續人とするを失敗してあるが、これを奇貨として乙を冷遇するといふは養父として情義に反するものといはねばなりません

七、丙を廢嫡することは出来ません、その事由がないからです、假にその事由があるにしても養父がウソと承知せれば出来

ない養當です

八、念のため廢嫡事由を擧げて見ませう、

(1) 父を虐待、侮辱すること

(2) 家政を執る能はざる程度の心身缺陷

(3) 家名を汚す犯罪

(4) 浪費

(5) その他正當の事由あるとき

(民法九七五條)

八、右の内正當の事由とは本人(丙)または同家に對して利益を生ずる場合でなければなりません、されば前記事由の何れも適用なき次第です

十、併し穂積博士は家督相續のための婿養子は實子に先立つの御と主張です御参考まで

四三四 妻の遺産を夫へ

第一順位者たる子より相續拋棄の申述を爲さざる可らず父親は此手續に付利害相反故代表不能

問 小生妻去る大正十三年九月十七日死亡、遺産地租五十圓程あり、その遺子五人あり、皆未成年なり、五子皆相續を拋棄せ

ばその遺産は國庫に入るといふ有力なる法律通の人の説あり、然らずして遺産相續者の次位なる配偶者小生が相續人となり、

妻の財産を直に小生名義に登録し得るや否や、登記所にて却下せらるゝ憂ひなきや否や

答 遺産相續の目的物は第一順子孫、第二順配偶者、第三順直系尊属の三者が孰れも無き場合、又は拋棄したる場合、第四順戸主の權利となる故、此戸主に於て最後に拋棄を爲さざる限り國庫のものとなる事なし、本件五人の子が孰れも拋棄を爲せば第二順たる夫の相續權と爲るべし、即ち死亡より三ヶ月内に區裁判所に拋棄の申述手續を爲せば夫の權利となるべし、但此拋棄

四三五 姉の遺産は姉婿へ

姉の死亡後に養子入籍したるもの故死亡者の遺産は夫たる養父のもの也離縁の際分與は情義上

問 小生今年二十一歳、實姉分家を爲し子供無き故小生十八年前養子となり同居し、大正五年十二月三十日養家なる姉の所に入籍したり、然るに姉大正五年一月一日死亡したり、姉に不動産田八反歩有り、然るに小生養父と意見合はず養家を家出せり(養父は姉の婿)此場合小生の入籍前に死亡したる姉の遺産は小生の所有と爲らざるや(養家より離縁と爲りたる時)、若し爲るとせば其方法手續右御教示願上候

然其の遺産全部は養子たる貴殿のものとなれど、貴殿の入籍は姉の死亡後なる故、姉の遺産は結局子なきものとし第二順位たる夫、乃ち養父のものとなるものとす、故に貴殿が今後無事養家に在籍する時は、養父の相續人として右の財産をも合せて承繼することとなるべし、養家より離縁になる時は右權利全然なし、離縁の際の毒故亡姉の財産を少しでも分けて遣ると云ふ事は、養父たる姉夫の徳義上、情義上の問題たるのみ、法律上は離縁に際し要求の權なし、其代り又法律上の重大原因な

き限り強制的に離縁を迫らるゝものにあらざる故、此儘依然として養父子の關係を結び置くを可とす、今後養父が後妻を娶り其れに實男子生れても既に實男子と同一の權利を取得せる貴殿

の相續權を奪ふ事を得ざるもの故、此點は安心し居りて可也、唯家庭上圓滿を缺く場合は相當條件にて引上げるを妥當とすることあるのみ

四三六 妹の婿と結婚と家督

姉妹の爲めにする養子縁組により害せらるゝことなしと云ふ制限は自ら撤去せられ其婿家督なり

法曹會決議(大正十五年十月七日)
問 法定の推定家督相續人たる長女が其妹の爲めに爲したる婿養子と妹死亡後戸内に於て婚姻を爲したるときは、該婿養子に相續權は移らず長女が家督相續人なりと信するも、若し相續權該養子に移るものとせば其理由及準據すべき法令の條項を示され度し

決 法定の推定家督相續人たる長女は、其妹の爲めに爲された

る婿養子縁組によりては其相續權を奪せらるゝことなきも(民法第九七三條)妹死亡後該婿養子と婚姻を爲したるものなれば自己が婿養子を爲したる場合と結果に於て同一に歸したるを以て、民法第九七三條に所謂其姉妹の爲めにする養子縁組なる條件は該婚姻により自ら消滅したるものと解すべく、従つて同法條の適用なく婿養子は民法第七二七條及第九七〇條第二號の規定により、家督相續人なりと解せざるべからず

四三七 遺産相續開始前の遺留分拋棄

問 遺産相續の場合に遺産相續の資格ある一人が、その自己の遺留分即ち自己に與へらるゝ財産を望まずと、その遺留分の權利を拋棄することは出来申すべく候哉、何かの方法により遺産相續開始前及び開始後において拋棄即ち辭退をなしおく方法は

出来不申候哉
答 一、遺留分は時效の利益の如き特別規定なきを以て(民法第一四六條)若し自己に遺留分權利を取得せば」といふ條件の下に拋棄することは可能である、相續開始せば之を拋棄し得る

こと勿論である、古き判例はこの抛棄を無効としたるも、新判例の傾向は之を有効として居る、本社は従來家督相続と遺産相続とに分ち前者は無効を可とし後者は有効を是とする主義を採れるも、滅殺請求は兩者とも短时效一年なるの點より見、また

四三八 認知の前後は無關係

庶子間に於ては認知入籍の前後により相続順位を區別すべきに非ず一般の原則長幼男女で決定

法曹會決議(大正十四年九月二十八日)

大正三年生の甲庶子男を有する戸主が、大正二年生の乙庶子男を大正十四年三月認知せしめたる家籍に於て、家督相続開始したる場合相続権は甲乙孰れに在りや

一、甲にあり

理由、認知は出生に溯るも(民八三二)家督相続に付ては特別の制限(民九七〇條第二項)ありて認知を以て出生と視るべき結果乙は甲に優先するを得ざるなり

二、乙にあり

理由、甲は乙に先だち入家し居るも本間に於ては事實上戸主の二男たるに相違なし、假令丙の認知入籍後れたるも、乙も認知入家したる以上甲と共に庶子たる身分を取得したるものなる

具體的事案の如何によることなるも詐欺脅迫の場合には取消し得るものとされて居る故、大審院判例新傾向に鑑み茲に、兩者を區別せず共に抛棄を有効となすの主義に改めた次第である。

が故に、民法第九七〇條第一項第五號の適用を受け、乙が家督相続人たらざるべからず、蓋し乙を相続人とするこそ實情に適すればなり

決 相続権は乙に在り

理由、父の認知に因り庶子となりたる者に付ては、民法第九百七十條第二項の規定を適用することを得ざるを以て、庶子相互間の相続順位は同條第一項第五號の規定に依りて之を定めざるべからざるものとす、本問の場合に於ては甲乙孰れも庶子にして、乙は年長者なれば乙を以て家督相続人と爲さざるべからず、認知入家の前後は相続順位に關係なし

四三九 父臨終に繼母の細工

目星しき財産は悉く繼母其他へ書替ひ登記しあるを發見せり跡取り未成年者から繼母を訴へ方

一、甲病危篤となり四五日内にして即ち大正十二年五月十日病死せり、然るに病死の前日五月九日危篤中なる甲より養母(甲の後妻)乙へ贈與し、又は贈與を受けたるものを他に賣買し或は甲より直接に他へ賣買等全部の不動産登記を爲したることを今回發見せり

二、甲の家督相続人丙は本年十七歳の未成年者なり、家督相続人丙より右贈與及賣買無効登記抹消の請求権ありや、又は何等かの訴名を以て請求の権利あらば法文を示されんことを乞ふ

三、甲の家籍には丙家督相続人たる戸主と祖母と養母(甲の妻)とあるのみなり、本件養母に對する訴訟なるを以て後見人選定の爲め親族會招集申請を爲さざるべからざるや

右御説明を仰ぎ候間法條を示され理由御明示を賜はらんことを希ふ(二、五、五、宮城縣)

らるる時は文書偽造として處罰さるゝは別問題(時に勘辨さるゝ事あるべし)として、無効の登記として丙相続人より抹消回復を手續する事を得べし、若し眞に處分を承認したるものとするも、其處分の財産の額が甲の總財産の半額を越ゆる時は、其半額になる程度迄贈與の滅殺を請求し返却せしむる事を得べし(民一一三〇條以下)

丙は甲先妻の子とせば乙は繼母に該當す、養母に非ず、繼母は後見人と同一資格也、依つて丙の代理人としては親族會招集を親族より裁判所に申請し、後見監督人選任の上其者丙の代理として乙其他を相手取り、回復の訴訟を提起すべき也(民九一五條、八七八條)乙が養母なりとせば即ち後妻の所へ丙が養子に來れるものなる時は乙は普通の親權者故養母と同様也、然る時は民八八八條母子利益相反の規定に準じ、矢張り親族會に於て丙の爲に特別代理人を選定して乙其他を相手取り訴訟すべきものとす

四四〇 他人を相續人とする正當の理由

聞 家督相續人選定の親族會において民法第九八二條の第五號のみの家督相續人候補者ある場合において、右第五號の者家督相續人たることを欲せず、また同法第九八四條の家督相續人たる者なく同法第九八五條の被相續人の親族家族分家の戸主または本家若くは分家の家族中に、家督相續人たる者あるも、右の者において家督相續人たる事を欲せざる時、親族會は正當の事由ある場合云々と記載せり、右の場合の正當なる場合とは如何なる場合なるや、例へば被相續人に多額の負債ある場合相續人たる事を欲せざるが如き場合も含むや、その他個々の場合の正當なる事由を一々列擧し、御教示に預かり度候

答 一、抽象的正當の事由に二つはないが具體的に見るときは何が正當の事由なるやは時世により事案により異なることありて必ずしも一律に斷することはできない

二、昭和二年の大審院判例によれば「所謂正當の事由とは本條の資格者をして家督相續をなさしむるよりも寧ろ他人をして之を爲さしむるを以て最も適當なりとする場合である」といふて居る

三、被相續人に多額の負債ありといふだけならば、理由とならざるものと思料す、何ぞかといふに負債は限定承認をすれば相續人は之が責を免るゝものであるし、又こゝに正當の理由たるには家督を相續して、その家の繁榮を生ぜしむるに適當なる人物が右親族よりも他人に付て存する場合を言ふべく、負債如何は直接の理由とはならぬからである、唯これが爲に親族中には相續を欲せざるもののみあつてこの上げ他人をといふ場合に始めて正當の理由となるものと信す

四四一 相續人選定の遅延

選定権ある父母が選定を遅延し居る時は親族會を申請して父母に代りて相續人選定するが適法

昭和二年(ク)第四十九號

按ずるに民法第九百八十二條には法定又は指定の家督相續人な

き場合に其の家に被相續人の父あるときは父、父なきときは母に於て家督相續人を選定すべく、若し其の意思を表示すること能はざるときは、親族會に於て家督相續人を選定すべき旨を規定したるも父又は母が其の意思を表示すること能はざるに非ざるも之を選定することを怠りたるときは如何なる時期に於て親族會が其の選定を爲すべきやに付ては、何等の規定なきを以て父又は母が相當の期間内に選定を爲さざるときは親族會に於て

之が選定を爲し得べきものと解するを相當とす、而して如何なる期間を以て相當なりとすべきやは諸般の事情を考慮して決定すべきものなりと雖も、家督相續開始後速かに之を爲さざるべからざるものなれば、家督相續開始後一年に垂んとするに及びて尙父母が家督相續人を選定せざるときは、特別な事情なき限り選定に付相續の期間を経過したるものと解するを相當とす

四四二 相續人なき場合債權者對策

聞 一、こゝに數人の家族を有するも法定指定及推定の各家督相續人なき債務者たる戸主死亡せり、同人は多額の債務を負擔せるにより親族會を招集して相續人を選定する手續きをなすものなく、かつ相續人希望者もなし、かゝる場合債務者は相續財産管理人の選任を得て管理人を相手となし訴求または執行せんとす

然る處法會決議によれば相續人曠缺とは、家督相續人を定むるに付その手續きを盡くすも、家督相續人となるべき者なき場合をいふものとす(決議法記一〇四號一ページ)、よつて右趣旨に基き債權者において利害關係人として、亡債務者跡家督相

續人選定のための親族會招集申請をなさんとすも、該申請に基き親族會招集決定あるも如上の次第に付親族會はその任務を履行せず、在再月日を空過するや明瞭なりとす、かゝる場合債權者は親族會一同を相手取り訴へて以て家督相續人を選定すべき旨を求むることを得るや、得るとせば債權者勝訴の上判決確定せるもなほ親族會にその任務を盡くさざるときは如何にすべきや

また右の場合親族會において任務を盡くさるときは、債權者は訴求するを得ずして、招集期日に會員參集せざるときは債權者は各自會員に對し内容證明郵便にて相當の期間を定めて家督相

續人を選定すべき旨を催告し會員等においてなほ任務を盡くさざるときは（任務を盡くさざるときは戸籍謄抄本に相續人届出なき旨を以て證明す）即ち法曹會決議の如く手續きを盡すも家督相續人なき場合に該當し、相續人曠缺と看做し相續財産管理人選任の手續きをなすことを得るものなりや、次に財産管理人は何時にても辭任するを得るや、または正當なる事由あるにあらざれば辭任不能なりや

一、なほ債権者の債権は消滅時効進行により消滅に瀕せり、然れ共民法第六十條により相續人の確定管理人の選任せられしより六ヶ月内は時効完成せざるものなりや

一、次に債権者の債権は利息の支拂ひを怠りたるときは六ヶ月毎に元本に組入れ、複利を附すべき約なり、斯かる場合訴狀請求の趣旨欄に左の通り記載せば可なりや

請求の趣旨

一、被告に對し金千圓也及之に對する昭和二年一月十日より辨済に至るまで年一割を六ヶ月毎に元本に組入れたる複利計算による金額を支拂ふべし

一、親族會をして決議を強制するを得ずこれその性質の然らしむる所なり（民法第四一四條第一項但書）親族會の行動は債

務の履行にあらざるも、その性質が強制し得ざるものなることは明かなり

二、決議をなすこと能はざるときは規定ありて會員よりこれに代るべき裁判をなすことを裁判所に請求なし得べきも、他人よりの請求はこれを認めず、依つて本件は他の方法を講ずるの要あり（民法第九五二條）

三、即ち親族會増員申請をなしその理由として右の「不決議」を詳述し、自派の人物を添加して目的を達せらるべし

四、なほこれにても目的を達する能はざるときは、前記増加の自派會員より前述の裁判を裁判所に請求せしむるを可とす

五、相續人曠缺とは必ずしも右の手續きを經るを要せず、法曹會決議の手續きなるものは右の手續きのみを指すにあらず、蓋し絶家となれば右の手續きを要せずして生ずる場合多々あり而して相續の曠缺に次ぐものは絶家なればなり

六、質問の「任務を果さず」との事實を立證して管理人の選任に進むも一方法なり、而して管理人は民法一〇五一條以下及第二十五條以下により管理人は辭任解任等自由なるものとす、必ずしも正當事由といふ際立ちたる理由を要せざるものと解す蓋し特別の明文なければなり

七、相續財産には民法第一六〇條の特別規定あるを以て、本件管理人または相續人確定あるまで並びにその後六ヶ月間は時効不完の恩典あり

四四三 家督でも過誤婚姻で失權

昭和六年（オ）第五百二十七號

上告論旨は民法第七百四十四條に依れば法定の推定家督相續人は本家相續の必要あるときに非ざる限り、他家に入ること能はざるものなれば、戸籍吏の錯誤に出でたる入籍手續の爲めに家督相續人たる地位を喪失すべき謂はれあるべきにあらず、蓋し法定の推定家督相續人たる地位は戸主制度嚴守の我邦に於ては最も嚴正に確保せざるべからざること、民法の他の規定に徴するも明白にして、單に戸籍吏の違法過誤の爲めに剝奪せらるべきものにあらず（民法第七百七十六條に依るも第七百四十四條第一項に違反する届出なるときは當然之を受理するを得ざるものにして、只之を受理し得る場合は第七百七十六條但書の場合に限られたり、然るに一方に於て届出を受理し得ざる旨規定しながら他面之を受理したるときは有效なりとするは矛盾も甚

家督女の他家へ結婚は受付られぬ筈なれど過失で受付た以上失格

八、次に特約複利付貸金請求訴訟事件の請求の趣旨は質問の通りにて可なり

しく、民法の精神を没却する解釋と謂はざるべからず、原判決が前段に於てはヨテは與吉の法定推定家督相續人たる地位に在るものなること及び其の婚姻届は之を受理すべきものにあらずることを認めながら、後段に於て戸籍吏の違法過誤の受理を有效と爲し以てヨテは與吉の家督相續人たる地位をも失ひたるものなる旨判示したるは不法の甚だしきものにして、破毀せらるべき判決なりとすと云ふに在り

然れども民法第七百七十八條第二號には「當事者が婚姻の届出を爲さざるとき」とあるに過ぎざるを以て苟くも婚姻の届出にして受理せられたる以上、該婚姻が縱令強行規定に違反するるときと雖同様に該當するものと爲し難く、而して同條に依れば婚姻は同條各號列記の事由ある場合に限り無効たるべきものなれば、法定の推定家督相續人たる女が家を異にする男と婚姻を爲

し夫の家に入籍する場合に於ても其の届出にして受理せられたる以上、該婚姻が無効にして法定の推定家督相続人たる地位を喪失せざりしものと謂ひ難きこと勿論なるを以て、原判決には

所論の如き違法あることなく論旨理由なし
昭和六年七月三十一日
大審院第二民事部

四四四 先代の借金と養子の責任

問 一、女戸主が養子を貰ひ、而して後女戸主が隠居しその養子が戸主となりて既に三年を経過せり、

然るに前女戸主たりし隠居の母が、その戸主たりし當時他に債務がありたるに、その母が無資産なりし爲放任しありたる財産を有する者が養子となり相続して戸主となりたるに、その債権者が養子たる現戸主の所有不動産を突如差押を爲したり

時に仲裁者ありて總債務額七千二百圓を五千二百圓に負けさせて支拂ふ事に示談整ひ、その内一千五百圓は既に支拂たり、然るに今日において養子たる現戸主は、その所有する不動産全部自分が他より買取たるものにて、相続に依りて譲り受けたるものにあらざれば、離別の訴へを起して支拂の義務を免がるゝ事は出来ざるや、なほ示談契約書に現戸主が署名捺印し居ると否との場合の關係如何

答 一、養子は前戸主の債務をも相続するものなれば、その相続の限定承認を爲さざる限り該相続債務を辨済する責任あるは言ふを俟たず、従つて自己の固有財産を以て、右債務の辨済をなすべきは當然なるを以て債権者がその固有財産を差押へたるは正當なり

二、しかして養子が離縁の訴へを起すは、戸主とならざる以前なることを要するは、民法が「養子は戸主となりたる後は離縁をなすことを得ず」と規定せるによりて明かなり(第八七四條)本件は養子が戸主となりたる後なるを以て離別の訴へを起すに由なし、たゞ隠居をなしてしかる後に離別することを得るのみ、しかるに隠居をなすには相當の條件を要し、かつ能力者たる相続人を定め、その相続人の單純承認を得ることを要する故本件隠居は困難なり

三、假に隠居をなして離別するも財産を留保するを得ざれば離別が何の役にも立たざるべし

以上これを前戸主たる養子に負擔せしむるは條理に反すればなり、またかくするも債権者を害せざるのみならず、若しこれを離別後も負擔すべきものなりとせば、債権者を不當に保護する結果となり養子に酷なればなり、故に民法もこの離別後の負擔を規定せず、第七六一條において戸主權の喪失通知義務發生に止め、在來の債務の負擔に言及せざるなり

四、七千二百圓を五千二百圓に示談を爲したるは何人と何人との契約なるや、若し隠居者と現戸主とが當事者の一方なりとせばその示談の效力上兩人之を負擔するものなれども、離別後にその責任は之なしと解す、即ち養子は承継せる債務はその家の爲に存する債務にして、離別後にも之を負擔すべき理由なきものと解するを正當とす、けだし單純承認をなしたる相続人あり

四四五 相続を邪魔に復籍

夫死亡し妻相続人たらんとする時夫の妹突然離婚復籍し來りても死亡當時の家族でない故駄目

資格者也(大正五年七月三日大審院判例)

二、裁判所の許可を得れば丙を家督に選定する事も出来る、但乙に相當條件を附して承諾せしめざれば裁判所は容易に其順位變更を許可せざるべし

三、親族會が許可を得ずして違法に決議しても當然無効にあらず(無効論者もあり)、決議取消の判決ある迄は有效なりと解釋されあり(同上判決及大正十年十一月二十六日大審院判決)決議取消の訴へは民九五一條に依り一ヶ月の期間内ならざるべからず

問 一、戸主甲に妻乙あり本年三月十二日甲死亡せり、然るに甲の妹丙なるもの數年前より他家に嫁組し居れり此度甲家の跡を取らんが爲本年六月二十九日附にて離婚により甲の戸籍に復歸せり、此度相続人の選定親族會を申請せんとす、先順位は妻乙なるや、妹丙なるや

(戸主甲死亡の時乙妻より外に戸籍内には一人もなし)

二、親族會が丙に味方する方多數なりし時には如何

三、親族會が故意に順位を誤りし決議をなしたる時は如何

答 一、選定さるべき先順位者は未亡人乙也、亡夫の妹は相続開始後に復籍したるもの故當時の家族に非ず、民九八二條の無

四四六 後見人の相續登記と同意

法曹會決議

問 後見人が被後見人に代はりて相續申請を爲さんとする場合
民法第千二十四條の單純承認を爲したりと看做さるる期間の前
後を問はず、從て民法第十二條第一項第三號の不動産の權利の
取得、第六號の相續の承認拋棄に關する民法第九百二十九條の
親族會の同意を要せざるや

答 法定の推定家督相續人が相續を爲したる場合には、其の後
見人により被相續人の財産に關し相續登記を爲すに付、親族會
の同意を要せず、蓋し此の種の相續人は元來相續の拋棄を爲す
ことを得ざるものにして、相續を承認したる以上其の承認が限
定承認たるを單純たるを問はず、相續財産に付當然取得登記
を爲し得べく、從つて此の點に付ては民法第九百二十九條同第
十二條第一項第六號の規定に依る親族會の同意を要せず、尙相
續に依る財産取得に付民法第十二條第一項第三號の同意を要せ
ざるは論を俟たず

法定の推定家督相續人以外の者は民法第千十七條の期間内に於

法定の推定家督人なる時は拋棄の
餘地存せざる故親族會の同意なく
も財産相續の登記を爲し得べき也

ては、相續の承認又は拋棄を爲し得べく、而して後見人が代り
て相續の承認又は拋棄を爲すには、民法第九百二十九條同第十
二條第一項第六號の規定に依り親族會の同意を得ることを要す
るを以て、右期間内に相續財産に付取得登記を爲すには右親族
會の同意を得ることを必要とす只右取得登記に付ては不動産登
記法第四十一條に依り、原則として登記申請書に戸籍謄本の添
附を要すべく、而して家督相續の届出には右の場合親族會の同
意を必要とするを以て、登記申請書に戸籍謄本が添附せらるる
場合には重ねて親族會の同意書の添附を必要とせざるものとす
尙民法第千十七條の期間内に、後見人が限定承認又は拋棄を爲
さざるときは假令親族會の同意を経ざる場合に於ても第千二十
四條第二號に依り、單純承認を爲したるものと看做すべきや否
やは立法上甚しく疑義の存する處なるも、現行法の解釋として
は積極に解するの外なかるべく、從て民法千十七條の期間經過
後に於ける相續登記に付ては親族會の同意を要せざるものと解
するの外なし

遺産相續の場合に付ては大體前述法定の推定家督相續人以外の
者が相續を爲したる場合の説明を参照することに依て明なるべ

きを以て、其の説明を省略す

四四七 入夫戸主と妻の相續

昭和二年(オ)第一三九五號

本件假處分申請の要旨は控訴人は被控訴人と入夫婚姻をなし、
被控訴人が戸主となりたるころ、被控訴人は控訴人に對し重
大なる侮辱及び同居に堪へざる虐待を加へたるを以て、右事實
を原因として離婚の訴を提起したるが、右訴訟に付控訴人勝訴
の判決確定せば家督相續開始し、被控訴人は戸主權その他一切
の權利を失ひ、從つて控訴人家の財産は總て控訴人の有に歸す
べきものなるに、被控訴人は控訴人家の全財産を速かに處分せ
んとす、このまゝ放任せば著しき損害を生ずべきを以て、係争
物に關する假處分として本件申請をなすものなりといふに在り
然れども入夫婚姻をなし、入夫が戸主となりたる場合に夫婦間
に相續人たる子なきときといへども、妻は夫の法定の推定家督
相續人にあらざるを以て離婚をなし家督相續開始するとき、妻
は當然に夫の有したる一切の權利義務を相續すべきものにあら

入夫戸主となり其後相續開始するも妻は推定家
督に非ず第一順の相續選定資格者たるに過ぎぬ

すして、その家に在る父または母若し父母共になきときな親族
會より第一順位に家督相續人に選定せらるる資格を有するに過
ぎず、然らば控訴人の主張する如き離婚訴訟繫屬中に在りては
控訴人は被控訴人がその所有財産に付なす處分を妨ぐべき何等
の權利を有することなきを以て、離婚訴訟を本案とする本件に
おいては被控訴人所有の財産は係争物なりといふことを得ざる
が故に、係争物に關する假處分として本件假處分を求むる申請
は失當なること言を俟たず

四四八 合意でも廢嫡は判決

次男であれば許可容易なる可し財産分與其他は相談づくで可也不良の廢嫡でない證明は判決書

問 甲 五十四歳 戸主 父

乙 三十一歳 長男

丙 二十八歳 二男

一、甲の戸主は相當の不動産及動産物ありて二人の男子あり長男は冒險的事業を營み度き方針の基に獨立の生計を立て利害得失を自由ならしめ度、固より廢嫡を望む次第なり、甲は之れに對し動産及不動産を分與し、諸事承諾の上同意せり其可否及手續等御示しを乞ふ

二、甲は乙に分與したる残り財産を丙に與へ、丙は甲を扶養する事に乙丙同意せり其の否か可か御伺ひたし

三、分與したる不動産に對し銀行より擔保として年賦償還の借入金あり、其返済の義務を御伺ひたし

四、甲の今日以前信用上の貸借等あり、其權利及義務等御伺ひたし

五、其他廢除するに當り乙の名譽を失せざる事に取極める方

法なきや、御示しを乞ひたし

答 一、廢嫡差支なし、先づ甲父より廢嫡訴訟に付同意を得る爲め區裁判所に親族會員選定の申請を爲し、其親族會の同意書を添付して乙長男を被告として家督相續廢除の訴訟を地方裁判所に提出し、此判決を以て廢嫡届を爲すべきものとす

二、財産分與の點質問の通り可也

三、分與財産相當の借金は相談づくで執れにて支拂ふと約するも差支なし、債權者としては元の借入並に其物件に付て追窮するのみ、分與されても別に差支なし

四、甲の其他の借財等の權利義務は、一切相續人が將來承繼するものとす

五、廢嫡により不名譽等の事なし、明かにするには判決書を見せるより外手段なし

四四九 庶子男は嫡女より先

庶子でも男なる時は正妻の女の子よりは優先して家督權あるものとす庶子入籍に妻の同意不要

問 一、甲乙夫妻に一女あり、甲男は一女丙出産する以前より女と私通の結果男を生み、認知致し候次第、此時相續問題生ぜば丙女にありや男に之有るものに候や、民法八百三十二條の但書により第三者が既に取得したる權利を害する事を得ずと之有候に付男が庶子と相成、丙より先に生れ居り候とも丙女の既得權を害する事を得ずと考へ候が右は如何なるものに候や
二、甲は戸主に候へ共男を認知し其家に同居せしめんとするには、乙妻の承認を必要とするものに候や、乙妻は此問題に不服にて離婚して貰ひ度として訴訟中に候
三、斯く乙妻の不承諾なる上は同居する事能はざるものに候や、右法律上の點御示教給り度願上候

答 (一)丙女は嫡出子でも庶子男に勝てぬ、丙女が相續して戸主となれる時は既得權と云ふを得れど未だ其域に達せぬものは希望權に過ぎず、後に生じたる事項の爲め影響を受くる事已むを得ざる也

(二)庶子として認知するに妻の同意を要せざる也、但し妻が之を不快とし且重大なる侮辱なりとして離婚を請求し且つ慰養料等を請求するは別問題なり、之等の事は家庭の状況如何により成立する事あり、又成立せざる事あり、我國今日の狀態に於ては大多數は成立せざるものと斷定せらるべし

(三)乙妻不服でも庶子の同居固より差支なきものとす、唯家庭の風波が問題たるのみのものとす

四五〇 親權者と家督相抛の承認權棄權

昭和四年(ク)第七十六號
家督相續の承認拋棄はその效力必しも財産權の處分に限られざるが故に、親權者が民法第八百八十四條に依り未成年の子に代

はり、此の如き行爲を代表し得べきや否疑問なきに非ずと雖、同法第八百八十六條第五號に依れば、親權を行ふ母は未成年の子に代はりて相續の拋棄を爲すが爲には、親族會の同意を必要

とすることを規定し、相続の放棄承認の如きは本来親権を行ふ父又は母が未成年の子に代りて爲し得べき行爲たるを前提とせること明にして、且又民法第九十九條は相続の限定承認又は放棄を爲し得べき期間の起算點を定むるに付、法定代理人が無能力者の爲に相続の開始ありたることを知りたる時を標準とし若し親権を行ふ父又は母にして相続の承認に關する行爲を代表

四五二 子なき分家女戸主の遺産承継對策

問 甲乙の夫婦間に實子なく甲戸主は其弟丙に乙の實妹丁を妻らしめ、自己の家督相続人に指定し、十年前死亡せり、然るに昭和三年中乙(未亡人)は丙(現戸主)の合意届出に依り丙と同一番地内に分家届出を爲し、爾來安穩に生活を営み居れり、而して乙は亡夫の遺贈金を蓄積し、その分家前後において田畝二町歩を買入れたり(乙名義にて)乙は性來快調にして、強健人生の死に對する觀念薄し、若し乙が遺言無く急死せりと假定せばその遺産承継者は何人なるや
但し乙の實妹丁には丙丁夫婦間の實子あり、他に父母兄弟の存在するものなし、右遺産の承継人は如何なる遺産手続きを要するや、又その手続きには法律上期限の制限ありや

し得ざるものとするときは、無能力者の相続人は遂に相続の限定承認又は離婚を爲すの機會を與へられざることありて無能力者の保護に付權衡を失するの結果を招來するに依りて、之を見れば、親権者は其の父なる母なるを問はず、自由に未成年の子の爲に相続の承認を代行し得るものと解するを相當とす

右遺産を簡單に神社その他の慈善事業に寄附する便法なきや

答 一、分家戸主の財産は戸主が死亡せば家督相続人があれば右家督相続人がこれを承継すべき筋合のものである、本件乙が死亡しても丙丁には乙の遺産を相続すべき権利はない、なぜなら丙丁は乙の家督相続人でないし、又遺産相続といふものは家族が死亡したときに開始される相続であるが、本件乙は分家の戸主であつて最早甲家の家族ではないからである、乙は丙丁の子の内一人を養子としてこれに家督相続させては如何、さすれば乙の遺産は右養子が當然承継することとなる
二、右家督相続に乙が死亡、隠居、入夫婚姻、國籍喪失等によりて開始されるものである

三、右乙の死亡後、家督相続人なきに至るときは絶家となり不動産は國庫の有に歸し、動産は先占により先占者に歸屬することとなる(民法第二三九條)
六、神社その他の慈善事業に寄附する行爲は、死後處分により寄附するのである、

四五二 戸主死亡後單身家族死亡

問 同封戸籍謄本生存本人の夫は大正八年死亡し、爾來今日迄戸籍上單身ですが財産として不動産がありません

一、同人の夫大正八年に死亡後は親族會にて同人を家督相続人に選定(民法九八二條第四號)して之を戸主とすべきであります何が分老年の事でもあり、且同人死亡後は絶家とする考へでありますから未選定のまゝにしてあります

疑問 第一いま本人が死亡しましたならば
一、家督相続が開始しますか
一、遺産相続が開始しますか(イ)戸主でないから家督相続とは思へませんが、といつて戸主死亡後とて遺産相続といふのは少し躊躇する點もあります(ロ)併し死亡した以上は家督相続か遺産相続か(よしんば曠缺の状態にして)何れかに解して

七、即ち民法第五五四條により、贈與者の死亡によりて效力を生ずる贈與をするのである、その方式は遺贈に關する規定即ち千六十條以下の規定により遺言の形式に準じて神社等に對する寄附書を作成すべきである

しまはればならぬものと存じます

(ハ)私は戸主ではないといふ點から、消極的ではありませんが遺産相続と見るべきかと存じます、従つて前記の不動産は子供の共有になるべきだと存じます

(ニ)若し戸主にはなつてゐないが選定さるべき順位の人であつたんだから、消極的にせよ戸主と同様に見做すべきである則家督相続であると解すべきものならば、此場合家督相続人曠缺になります

(ホ)右財産處分の手續に關聯して家督か遺産かといふ事が必要になりますから御高示を願ひます

答 一、本件は相続人曠缺の状態に在りて未だ絶家となりたるものにあらず、従て相続人あるに至れば大正十一年に溯及して

戸主あることとなるものとす
二、されば未亡人は未だ家族たる地位を脱したるものにあらずと鑑定す

三、蓋し民法第七六四條に戸主を失ひたる家に家督相続人なきときは絶家したるものとす、其の家族は各一家を創立する趣旨は本條の如く未だ相続人の有無を決定せざる場合適用なきものと云ふべく、少くとも一〇五八、一〇五九條の手續を履行したる後に於て相続人なきものと解すべきものとす

四、民法實施前は相續開始後六ヶ月間家督相續届なきことを以て、絶家となしたるも民法施行法第九條第二〇號を以てこの制度廢せられ、而も之に代るべき規定を設けざるは之を設けざることが却て圓融無碍なる解釋により、具體的妥當性ある事案

四五三 金持の跡取へ貸金と死亡

問 某豪農の跡取り長男に貸金あり、去月父に先だち突然死亡せり、妻及子女二人あり、今取れなくも將來其跡取りの孫より回収することを得るや、此際何等か手續の必要あるや伺ひたし

解決をなし得るに適すべしとなしたるものならん、其の當否は大に疑問なり、親族法改正に當り一の研究問題たるを失はず、予は適當なる明文規定を設けて、依據すべき標準を示すことを望む者なり

五、本件未亡人は尙家族なるものと解すべく、從て其の死亡は遺産相續を開始することとなる

即ち大正九年戸主死亡後は、「戸主あるや否や不明なる家」なるもの存續することとなる、其の間は家族の家族たる地位を保有するものと云はざるべからず

因に本件に付實際家に就て調べたるに實例は相當に之ありのことなり

長男の子女が遺産相續の拋棄手續をせば取れなくなる故拋棄期間經過後に請求が宜しい

答 其長男に之と云ふ財産もなくして死亡したるものなる時は此際寧ろ請求せずして打捨て置く方可なるべし、何となれば其借財が莫大だ一家の者等騒ぎ出し死んだ長男の借財を負はざる様遺産相續人たる子女二人より限定承認なる手續をするか、

又は其遺産相續の拋棄をすること必定也、然る時は債権者は將來其子女の財産に對し、請求出來ざることとなれば也、而して右限定承認又は拋棄の手續は死亡の時より三ヶ月内なるを以て今此請求を爲さざれば多分斯る手續を爲さず打ち過るものと思はる、然る時は結局單純承認を爲したることとなるを以て(民一〇二四條)死者の義務を全部承継することとなるものとす

四五四 遺妻を重んぜる判例

昭和二年(ク)第八百七十四號

(理由) 抗告理由は民法第九百八十三條は正當の事由ある場合に於て第九百八十二條の順序を變更して、家督相続人を選定するの許可を得ることを得べき旨を規定す、茲に正當の事由と云ふは同第九百八十二條の規定を厳正に勵行するに於ては立法の精神に戻り、時代人情風俗に背くの結果を惹起するが如き場合之が救済を計るにあり、左れば(一)戸籍上家族なるも實際上は生活の本據を戸主と同じくせず、妻子を伴ひ特有財産の分與を受け事實上の分家を爲せる者の如きは家族たるの實質を失へるものなれば、法文上「家族」なる文字に拘泥すれば相續順序に

現民法では死者の遺妻より兄弟姉妹を先順の家督者とすれど疏遠なりし弟妹より功多き遺妻を先順に變更の申請は許可支障なしと判決

但し茲に留意すべきは死者の負債は子女二人の承繼故其責任は共同負擔也、乃ち債務を半分宛責任負ふに止まること是也、子女三人の時三分一宛也、斯くて三ヶ月後に至り請求せば多分其孫等が將來責任免れざること確定せるもの故、祖父に於て直ちに解決するに至らんと思はるゝ也

該當するも法の精神に考ふれば事實上永年戸主と同様し、特有財産を有せず戸主と辛苦を共にする家族よりも其の順序を後にするを正當とせざるべからず、然り而して本件記録に依り、明かなるが如く、被相續人田邊鳥三郎の妻ひさよは十六歳にして鳥三郎に嫁し、鳥三郎が多年病弱なりしに依り、其の看護に勤むると共に家業に精勵し、所謂男勝りの婦人と稱へられつゝ三十七歳に達する迄二十餘年同棲し、又姑に仕へて其の生涯を完ふせしめ、且家産を増殖したるものにして、田邊家の内外に其の功績顯著なるものなり、彌つて鳥三郎の弟なる與太郎貞藏及眞喜を見るに、與太郎は金一萬數千圓に相當せる不動産を戸主

鳥三郎より讓與を受けて、妻子家僕を率ひて事實上の分家をなし、貞藏は鳥三郎の給與に依りて師範教育を受け、妻子と共に他村に在りて小學校長の職にあり、又眞喜は同様農學教育を受け、妻子と共に他縣に農林技手として在職し孰れも事實上の分家を爲せるものにして、田邊家の相續人としては自他共に不利にして、寧ろ遺妻ひさよの相續人たるに若かざるなり、以上の事實は本件記録上洵に明瞭なる所なりとす

(二)現在の人情風俗に照すに法律の正條は夫の半身たる遺妻を過せること頗る酷薄なることを思はしむ、民法第九百八十二條に家女たる妻と入嫁の妻との間に輕重の別を立つるが如き、夫の兄弟姉妹よりも妻を蔑視するが如きは漸く世人をして法規の不權衡を感ぜしむるに至れり、之時代人情の推移の然らしむる所なり、尤も妻なりとも婚嫁日淺くして、相續人たるに適せざる場合あるべく、或は家を濟すの才幹思慮なき場合もあるべく、一概に之を論ずる能はざるべしと雖も、本件遺妻ひさよの如く二十餘年間同棲して家を興し其品性何等批難なき婦人に在りては、之を事實上の分家の地位に在る奥太郎兄弟に優るものとなさざるべからず、之田邊家の親族會員たる抗告人等に於て兄弟を措き遺妻ひさよを選定せんことの許可を申請せし所以な

りとする
依つて按ずるに、原審の確定したる事實に依れば被相續人田邊鳥三郎の妻ひさよは、十六歳にして鳥三郎と結婚し、爾來二十餘年の間能く貞節を全ふし、鳥三郎が明治四十年頃より多病の身と爲るや、同人に代り家政を處理し田邊家の爲に盡したる功績少からざりしものとす、然らば斯かる事情の下には特別の事由存せざる限り、被相續人の配偶者たるひさよをして被相續人の兄弟に先んじ、相續を爲さしむる爲順序變更を爲すに付、正當の事由ありと爲すべく、從つて之を以て未だ其の正當の事由と爲すに足らざるものと爲すには特に其の理由を明かにすることを要す、然るに原審は之を正當の事由と爲すに足らざる特別事情の存在を明にすることなく、右事項は順位を變更する正當の事由たらざる旨を判示して、抗告人の申請を却下したるは審理不盡理由不備の不法あるものにして、本件抗告は其の理由ありとす

(家督相續は血統・遺産相續は愛情・國民法律社)

四五五 庶子と入籍の前後

庶子は入籍の前後によりて相續權に關係なし後から入籍した者でも年長なる時は其者家督なり

問 私ば私生子でありますが、此處認知して貰ひ庶子となりた
いと思ひます、然るに誠の父は私の入籍を喜びません、止むな
く法律に依つて認知して貰ふ外致し方がありません、處が私の
籍は生母の父母の子となり、戸籍上生母と姉弟になつて居りま
す、夫れでも裁判すれば立派に入籍が出来ませうか

前述べの通りとして假りに私の意思通りになりましたとして、父の
方には嫡出子がありませんが外に庶子があります、是迄に入籍
して居りますが皆私より年が下であります、故に私が入籍すれ
ば相續が出来ますことと思ひます、私の行爲(父の意に反し裁
判して入籍するとして)を憎んで相續人廢除を申請したなれば
許可になるでございませうか

答 本件の場合は先づ以て貴殿が祖父母の子として實母とは姉
妹として入籍しある戸籍の訂正よりするを順序とすべし、此戸
籍訂正は其事實を立證して、籍のある所を管轄する區裁判所の
許可を得て訂正すべきもの也、其手續を爲し實母の私生子と爲
りたる後、實父に對し裁判上の認知を爲さしむるを可とす、貴

殿が父に對し認知請求の訴へに於て勝訴したる時は、父が欲す
ると否とに拘はらず、貴殿は父の庶子と爲る可く、若父が戸主
なる時は當然入籍し得べし、(當然と云ふも認知は裁判の正本
を添へ戸籍役場に届出を要するや勿論也)然る時は先に父の庶
子として入籍したる男女子女あるも貴殿より年少故、貴殿は父の
法定の推定家督相續人となるべし、若し父が戸主に非ずして家
族なる時は、裁判に勝つても入籍は出来ざるべし、何となれば
家族の庶子の入籍には其家の戸主の同意を要すればなり(民法
第七三五條參照)父を相手に訴訟したからとて廢嫡理由とはな
らぬ、不都合の事に非ず、當然の權利實行なれば也

(戸主は家長、父は族長・國民法律社)

四五六 相續回復と時効件

相續人未定中は時効期間より全然除斥されるに非ず唯確定より六ヶ月だけ猶豫さるゝに過ぎず

問 甲の祖母乙が長女丙を連れ分家したる後分家戸主たりし處

明治三十一年九月隱居し丙長女を戸主となしたり、其の後祖母乙は所有の不動産を或る事情ありて明治三十五年八月甲に全部譲渡せり、丙は大正九年九月病死したる處相續人未定なりしが祖母乙が生存中養女に貰ひ受け置きたる丁なるものあり、他に妹付き居りしも戸籍上未だ送籍の手續を爲し置かざりし爲め、裁判所の親族會に代る決定にて大正十五年六月丙の相續人に選定せられたるより、丙は甲に對し乙より譲り受けたる不動産に對し所有権を主張し相續回復を求めたり、就ては民法第九百六十六條の云々相續開始の時より二十年を経過したるとき亦同じとあり、其の時効の起算に付、甲が譲り受けたる明治三十五年八月よりすれば大正十一年七月にて滿二十年になるも、丙は大正九年九月病死したるより大正十一年七月は相續人未定中に屬するを以て、其の間は時効に算入せず、丁が相續したる大正十五年六月より時効を起算すべきものなるか、相續人未定中も時効は進行すべきものなるか、右疑問に付何卒至急御回答相

願度御依頼申上候

答 相續回復の時効期間たる最長二十年に達せざる内、相續人未定状態になれる時は相續人選定等に依り相續人確定出現するに至る迄、時効を未完成状態に置き其出現より六ヶ月内に手續すれば時効消滅とならざる事となるものとす（相續人よりの權利たると相續人に對する權利の時効たるとを問はず）（民一六〇條）、而して本件を假りに相續回復の問題とするも丙は自己の相續すべき財産を甲に譲渡せられたる事を知り居るものとせば、五年内に回復訴訟を起さざる可からざるものとす、丙が之を起さず、時効失權したるものを今日其相續人丁より起す權利なし

以上は質問の相續回復と時効期間に付説述せるものなるが、元來本件は相續回復の問題に非ず、乙の家督及遺産を丙及丁等が順次相續すべきものを甲が相續したりと云ふに非ず、相續は丙丁正當に爲したれど即ち實體上丙の權利に歸せし乙の財産を（留保手續なき限り隱居と同時に丙に移轉す）偶乙の名義にな

り居りしを幸ひとし、乙が之を横領處分したる筋合のものとする故に之を讓受取得したる者は善意惡意を問はず、丙の登記欠缺を主張して丙の權利は乙なる當事者外の第三者に對しては效力なきものとする事を得るものとす、唯甲が乙を教唆し其他横領の共謀行爲者なる時は、丙は甲に對しても損害賠償の請求権を有するものとす、此賠償權の時効は不法行爲の損害覺知の時より三年間、全然覺知せざりし時は二十年間とす、故に丙全然之

を知らず丁の代に至り始めて發覺したるものとせば、前段の時効期間の説述と同一關係となるものとす假りに然る事實として丁の相續確定より六ヶ月以上經過の今日、最早如何共争ふの餘地なきものとす、質問者の考ふる如く相續人未定中は時効期間より除外さるゝものとせば今日尙時効未完成なれど、法文は除外の停止效を認めたるに非ずして單に六ヶ月なる延長的の停止效を認めあるに過ぎざるものなれば也

四五七 法律不知でもの例外

死亡により相續開始の事實を知れるのみならず自己が其相續人なる事を知れる時より期間進行

（博士穂積重遠氏判例評釋）（大正一五（ク）七二一號、一五・八・三、民二、集五卷一〇號六七九頁）

（事實）鈴置太郎なる家族が死亡して直系卑屬も配偶者もないので直系尊屬たる鈴置コト（多分母であらう）が遺産相續人の順位に當つて居る（民法九九六條）しかしコトはそう云う法律の規定を知らず、又太郎の死亡によつて何等財産上の利益を受けなかつたらしく、殊にその主張する所によれば、太郎は大正十一年五月十二日に淺羽しげ子と婚姻の式を挙げ爾來コトは別に一戸を構えて生活して居たので、コトは入籍手續も済んで居

たことと思ひ、隨つて太郎が死んだこととはもとより承知して居るが自分が遺産相續人であるとは思はなかつた、然るに恐らく太郎に對する債權者が出て来てコトに辨濟を請求したのであらう、コトは右の相續を拋棄しようと思つて、小田原區裁判所に遺産相續拋棄の申述（民法一〇三八條）をした處同裁判所は民法第一〇一七條第一項に所謂「自己の爲めに相續の開始ありたる事實を知りたる時より三ヶ月」の期間を経過して居ると云ふので、右の申述を却下した、そこでコトは横濱地方裁判所に抗告し最近まで相續開始を知らなかつたのであつて、それに氣

が附いてからまた三ヶ月を経過してないと争つた處、裁判所は「民法第一〇一七條に所謂自己の爲に相続の開始ありたることを知るは、自己をして相続人たらしめたる原因たる事實の發生を知りたるを以て足れりとし、更に相続人が該事實の法律上の效果として自己が相続人となりたることの具體自覺を爲したることを必要とするものに非ずと解すべく、従つて右三ヶ月の期間は自己をして相続人たらしめたる原因事實を知りたる時より起算すべきものとす」

との判旨で其抗告を棄却した、然るに大審院は再抗告を容れ左の判旨で廢棄の決定をしたのである

(判旨) 民法第一〇一七條に所謂相続人が自己の爲に相続の開始ありたることを知りたる時とは、相続人が相続開始の原因たる事實の發生を知りたる時の謂に非ずして、其の原因事實の發生を知り、且之が爲に自己が相続人となりたることを覺知した

四五八 兄の難船と妻の淫奔

岡 甲 戸主、七十五歳

乙 戸主の三男相続人(兄二人あれども若死す) 三十九歳

一日も早く兄を死亡者に確定せしめ弟が家督となる様取り計らひ兄嫁を相當處置するが可なり

丙 四男 三十二歳

右の如き數萬圓の財産ある一家あり、乙には妻あれども子なく

る時を指稱するものなることは、同條が三ヶ月の期間を設け相続人をして相続の承認又は拋棄を爲すに付、調査考慮の猶豫を與へたる立法の趣旨に照して疑ひなき所なり(評釋) 成程親が死んだと云ふ事を知つた以上は、自分が相続したと云ふ事を知つた筈と一應推定してよからうが、もし親の死亡は知つて居るが其爲めに相続が開始されたとは少しも氣がつかなかつたと云ふことが、合理的に説明されたならば「自己の爲に相続の開始ありたる事」を知らなかつたものとは云へまいか、さう解した方が同條の精神に適ひ文字にも却つて當るかも知れない、自分が相続人たるべき順位に當りながらそれを氣附かなかつたのは「法の不知」だから言ひ譯にならぬと云ふ反對もあらうが私は少くも私法では法律の不知は關せずの原則を固守したくない、「法の不知」が辯護となり得ることあり得る旨を明かにした點は、頗る重要な判例と云ふべきである

依つて他より養子もせず、弟丙をして其のまゝ我が子の如く相続せしむる事となり一家圓滿に暮せり、然るに昨年六月海上に出漁中轉覆(暴風の爲め)し同乗者五名中四名は幸運にも他の船に救助せられ、乙のみは遂に不明となり船も漁具も皆破損流失し、死亡と確定しても差しつかへない状態にあり、然るに遂に死體を發見し得ず其の儘になれり

乙の妻は淫奔にして、眞に世評悪く、然も近日中に町の(當地の品行悪き某に内縁たらんとす、若し甲死亡せば事實死んで無いと云へども、乙に相続され従つて乙の妻に大なる権利が發生し内縁夫の乗する所となりて危険を甲家に及ぼす恐れあり依つて今

(一)乙を死亡者と確定せしめて除籍せしむる方法

(二)乙の妻を離籍せしむる方法

(三)乙を其のまゝさしおいて、直に丙を戸主たらしめ、財産をも相続せしむる方法

(四)甲家をして絶対に安全ならしむる方法に付き御教示下され度願上候

嘗 乙夫妻間には子なき故、乙死亡の時は甲家の相続人は乙嫁が爲るものに非ず、乙の兄弟たる四男丙が相続人となるものと

す、何等乙妻の爲めに害せらるる事なし、乙妻が乙の生死不明期間中他人と内縁を結び、子を擧げたりとするも而して一應は乙夫婦間の子として届けられても、乙死亡と確定したる時より一年内に丙其他の親族より右生子の否認訴訟を提起し、同時に相続権を丙に回復する事を得るものとす(民八二五、人訴二九條)、乙は沈没船に乗り居りて生死不明となりしもの故、三年の期間經過を以て失踪扱ひの死亡者と爲す事を得べし(民三〇條)、此手續さへすれば丙は當然相続人となるべし、何等甲及乙等に於て心配の事なし、寧ろ乙妻の將來が氣の毒となる位なり、毫も得る處なき事となれば也、斯くなりし時は幾分の金を與へて他へ再婚せしむるか又は實家に復籍するを至當とすべし

(妻の入籍は儀式と同日・國民法律社)

四五九 跡取に呉れた後實子

妻の實家の老爺に跡取りの爲め男子を呉れたるに老爺が他家の娘へ男の子を拵えたので善後策

問 私には二人の男の兒がありまして弟の方を他に養子（本年七歳）に呉れました、養子先は妻の生家であります處、一人の男の兒が死亡しまして相續人がありませんから、相續させる意味に於て呉れた譯であります、處が養家の親爺が他の娘と通じまして男の兒が昨年生れました、夫れは私生兒として女の方で届けたと云ふ事です、然る譯ですが若し親爺が亡くなつた際は財産があれば其私生兒に配當する義務あり、配當を受ける権利がありますか、養子に遣りました兒は只今學校の都合で私の處へ寄留してあります、其兒に私が財産を分けて呉れたいのですが、若し養家の親爺が他に借金でもありて請求された時は、養子の名義にある財産は如何になる事でしょうか、仕拂ふ義務がありますか、御尋ね致します

答 養父と他の女との間に出来た私生兒が、後日養父の認知により庶子と爲り、且つ入籍される場合でも家督相續權は養子に在り、合意上の離縁なき限り家督權を失はるゝ事なし、將來若し養父が養子に財産をやらぬ目的にて庶子に全部呉れた場合

は、死亡の曉に於て半減して返還せしむる權利あるべし、半分迄は贈與自由也、一文も庶子に呉れなくも差支なきものとす、家督相續の場合には新戸主一人の權利となるものなれば也、實父より養子に財産贈與しても養父の債權者より押へらるゝ事なし但養子が未成年故養父に於て親權者として之を處分し得る權利あるを以て危険なり、贈與の際別の管理人を指定したる時は、親權者處分權なし（民八九二條）養父が財産より借金多くして死亡したる時は、養子たる家督に於て三ヶ月内に相續の限定承認の手續をすれば贈與されたる分を失ふことなし

（親族關係は公正に・國民法律社）

四六〇 家督たる孫を養子自由

法曹會決議（昭和七年三月十六日）

問 一、戸主は婿養子死亡後其の承祖相續人にして現に戸主の法定家督相續人たる男子を自己の養子と爲し得るや

戸主は婿養子の承祖相續人たる男子ある場合、男子を養子と爲す能はざること大審院判例（昭和三年（オ）第九六二號、大審院判例集第七卷一〇四五頁）に示すところなり、即ち事案は他の男子と爲す場合にして承祖相續人を害するを以てなり、之に反し本問の如く承祖相續人たる男子を養子と爲す、何等相續人を害せざるが故に可能なりと信す

二、前問然りとせば戸主と内縁の妻（後妻にして承祖相續人

胎兒が出生兒と見做され保護さるゝは極めて狭き範圍に限る也

たる男子の母は戸主の先妻の子なり」との間に胎兒ある場合にも差支なきや、内縁の妻の子が男子にして、其の後出生後認知に依り庶子となるに於ては、承祖相續人たる男子の先順位の相續人となるが故之を防止せんとして承祖相續人を養子と爲さんとするが如し

決 戸主は自己の孫を養子と爲すことを得べく、其の孫が戸主の法定家督相續人たるを否とを問ふことなし、而して民法第九百六十八條の擬制は本問の如き場合に擴張せらるべきものに非ざるを以て胎兒あるときと雖本問の養子を爲すことを得るものとす

四六一 長男から繼母へ減殺權

問 一、甲者の長男乙者（實子前妻の長男）あり、然るに甲者病氣危篤の場合所有の不動産（宅地建物田畑共）全部を密に丙者（後妻）へ無償贈與の登記を爲したることを甲者（父）死亡後に

父臨終に際し財産の全部を後妻に贈與登記は半分減殺し得べし但善意の買受人に對しては不能

至りて始めて發見せり、元來は長男乙者に於て之れが相續を爲すべきものなりと考ふ、依つて所有權回収は如何にして然る可きや

二、乙者(長男)は甲者父死亡に付家督相続の届出を爲したるを以て戸籍上家督戸主となりたり

三、丙者(後妻)より右取得したる物件を他へ所有権移轉を爲したるときは所有権回収すべき権利なきや

四、全部の不動産回収又は幾分の回収を爲すべきものとせば如何なる訴名にて訴狀申立等洩れなく御明示あらんことを請ふ右至急御明調あらんことを希ふ

答 乙者は甲者の總財産(乃ち贈與したる分を加へたるもの)の半額は強制的に相続する権利あるもの故(民一一三〇條)其半額に達する程度迄は受贈者に對し、甲者贈與を滅殺し返還せしむる事を得るものとす、費消して返還不能となるときは、其

四六二 内縁妻の預金で争ひ

未届妻でも民法前からの分は正式の夫婦效あり
従つて其遺産も夫方の権利だと梵妻の預金争ひ

問 甲女あり(當年四十九歳)乙男(僧侶)の内縁の妻としてありたるに、兩人の間に實子なく、乙男は昨年十二月死亡し、其後甲女も本年九月急死せり、然るに甲女名義にて某銀行に多額の預金をなしたり、依つて亡乙男住寺の檀徒惣代及後繼者となるべき徒弟は、預金證書を所持し某銀行に至り其預金を寺の

後繼者名義に書換へられ度しと要求せり、某銀行にては甲女の戸籍謄本の提出を求め之れを一覽するに甲女は其生家丙家の家族になり居りたるにより、遺産相続の順位に従り丙家の戸主(甲女の實弟)に拂渡さんと答へたり、然るに前記檀徒惣代及後繼者は丙家の戸主と妥協の意にて、之れを分配せんと計りたる

も妥協成立せず、丙家は遺産相続者として全額受取らんとせり依つて右檀徒は某辯護士に到り其鑑定を求めたるに、甲女の内縁關係が民法施行前に生ぜしものならば、亡乙男の家族として認めらるゝに付亡乙男の生家丁家の戸主に渡すべきものなりと云へり

右何れが正當遺産相続者なりや御教示下され度候

答 民法施行前より事實上夫婦となり居るものなる時は、民法による婚姻届なくも當時の法令(明治十年司法省一の第四六號並に慣習法により法律上夫婦たるの效力あるものなるにより、此事裁判によりて確定する時は甲は乙の妻として乙家の戸主丙の家族たる事に歸着するを以て、其遺産の預金は丙戸主に於て相続する事となるべし、(民法前よりの未届夫婦の法律上效力ある判例は數多あり、明治四五、三、七日大審院判例、其他大正十一、十二、十一日法曹會決議民法施行法六十八條參照) 民法六

四六三 伴の遺産が嫁の全權

死んだ伴に子なき爲め其財産の全部が生家に歸れる嫁のものとなり今更に驚いても致方なき也

問 相続人の地位にありし甲、大正八年頃乙妻を迎へたるも一ヶ年足らずして甲死亡せり、年下なれども甲に弟ある爲め、妻

生家の両親は該弟と夫婦になし呉れと希望せるも、甲の両親は之れをさげ嫁を離縁し、今日に至る、甲の親は此の頃に至り不

動産を他に移轉せんとて移轉登記の申請を裁判所に申請せるに
不動産は嫁なる甲妻の所有となり、生家名義になり居れりと却
下さる、甲の妻は離縁後生家に歸り、之れも死亡したり甲に兩
親及び弟あるも、甲の不動産全部は離婚となり生家に歸りても
其妻の所有に歸し乙家の所有となるものなりや、法律上乙所有
なりとせば之の不動産を取戻す方法なきや御教示を乞ふ
答 甲は戸主とならず、乃ち家族たる身分中に死亡せるもの故
其死亡により遺産相続開始す、然る時は其相続人の順序は子
なき時妻なき時は兩親の権利となる、本件は子なかりしもの
故、當然其妻の権利となる、其妻が後日再婚により他家に入る

四六四 判決の執行は無過失

大正十四年(オ)第一〇一二號

限定承認は相続人をして單に一定の期間若くは一定の範圍に於
て相続債權者の爲す履行の請求を拒否することを得せしむるに
止まり、敢て相続財産に對する相続債權者の訴求若くは差押へ
を全然禁ずるの效力を有するものにあらざることは、民法第千
三十條以下の規定に徴し疑ひなきところなれば、被上告人が假

と又親族入籍により實家に復すると否とを問はず、其妻個人に
附隨して行くものとす、故に名義書替は未だなしと雖も甲の死
亡により直に妻のものとなり、其後妻死亡せるものとせば其妻
の兩親のものとなり、兩親なしとせば妻の屬せし戸主の権利と
なるものとす、甲が戸主で死亡したる時は其家督として子な
き場合が弟なれど、單純なる遺産相続に於ては子なき時未亡人
に移るものとす、之れ家督相続の血統主義とは大に趣きを異に
する處とす、遺産相続は死者の愛情を標的として定められたる
ものなれば也、本件は何とか妥協の外なし

尙限定相続は一定期間辨濟を拒む權を與へある
のみ債權者の強制執行迄禁止するものに非ず

令上告人の爲したる限定承認の事實を知りながら差押へを爲し
轉付命令を受けたりとするも、之を以て不法行為を構成するも
のと斷するを得ざるは論を俟たず

(戸籍を偽るは犯罪也・國民法律社)

四六五 金を貯めて歸國死亡

問 甲は三年前布哇より相當の金を貯めて歸國し、一旦丙家に
歸り次で丁家に同居しやがて乙家の寡婦と夫婦約束をなし、同
居して居ました、處が先月中に突然甲は死亡いたしました、同
生前甲は乙に對し不動産の一部を乙女名義に書換やうと申しま
した、そして甲は死亡少し前に乙家に入夫として入籍しました
元來甲は丙家の家族で歸國當時は家に姪を養女として居ります
又甲には弟も居ります
右甲の遺産は乙女のものと思ひますが、如何でしやうか
乙女には自分の長男で成年に達して居る乙家の戸主も居ること
です
乙女が遺産相続出來ぬときは甲乙同居中の借財は誰の負擔です
か
又甲が丁家に同居中器物を澤山残し置きたる分は如何相成るも
のでしやうか
答 甲は丙家の戸主であるか家族であるか不明であるが、若し
家族であるならば乙家には乙女の長男が既に戸主となつてゐる

戸主の母は婚姻すると其の夫の家に入るべきも
ので母の家に夫が入る筈がない故相続もできぬ

といふ位故乙女は女戸主でないものと思ふ、然らば入夫のでき
やうはずがない

乙女は戸主の母であり、家族である甲と婚姻したならば、甲の
家即ち丙家に入るべきもので甲が乙女の家に入籍することは出
來ぬものである、入夫として入籍したといふは何かの間違ひで
あらう

婚姻したといふのも唯事實上同棲しただけの事で、法律上夫婦
でないと思ふ、従つて乙と甲とは法律上他人であつて遺産相続
問題は起らぬことになる、假に乙女は丙家に甲の妻として入籍
したとしても養女が居るから遺産の全部は養女たる姪に歸屬す
るのである

唯不動産の一部を乙に贈與して居るならば、遺留分を害せざる
範圍においてその贈與ありしことを立證して乙女の名義に書換
が出来る

丁家に残した品も甲の養女が相続すべきものであるし、甲と乙
と同居中甲の負債となつて居た分も養女が負擔すべきものであ

つて乙女には關係がない

四六六 身分上で示談は無効

問 一、甲女は乙男へ婚姻を爲し入籍をなした後妊娠したりしが合意上離婚後に至り分娩したる丁男を乙の父丙の出生兒として就籍したり、丙は死亡せり

二、離婚せる甲女の願により甲女の養子に呉れ度し、就籍後乙男は他より迎妻し一男戊を擧げ長男として就籍せり

三、然るに丁男は乙男の長男に出生したるものなるを以て、家督相続権を主張し來りたる爲め示談の上丁男本人の望みにより土地又は金銭幾千を與へ、乙男家の相続権者たりしことを認めず、又は拋棄す等の確證を以てせば將來の爲め其效力あるや

事實長男たる者に示談上然らずとして財産上の條件を以て今後異議なきを承諾さしても効なし

否や

四、本件に付ては時効何ヶ年なりしや

右請訓に及び候間適條を示されて御明訓を煩はし申度候

答 身分上の事に付示談しても強制力なし、乃ち丁男は何時でも乙男の嫡出子たる事を主張し相続権者となる事を得るものとす、相続権回復の時効は戊男家督相続して戸主となりたる後、滿五年内に訴へざれば時効により失権となるべし、但し乙男の長男たりと云ふ戸籍の眞實記載請求權は時効によりて消滅と云ふ事なし、時効は唯右の相続権回復の點に付てのみ也

四六七 婿養子の離婚と相続権

法曹會決議（昭和七年二月十七日）

問 戸主甲が長女乙に婿養子丙を迎へたる處、後に乙丙離婚を爲したる場合に於ける相続権に關し、法曹會は相続権は丙に在

婿養子は戸内離婚し養子として存在しても相続権は元同様故に家に男子の出生の時其方優先也

りと決議せられたり（法曹會雜誌第七卷第四號一〇五頁同第六卷第五號一二四頁）右は乙丙離婚後甲に丁男出生するも尙丙の相続権に影響なしとの趣旨なりや、又は長女乙との關係に於て

然るのみにして婿養子は離婚したる後に於ても、尙民法第九百七十三條の適用はありとの趣旨なりや

答 婿養子が戸内離婚を爲したる場合は、其の配偶者たりし家女に先ち相続権を有すべきも、民法第九百七十三條の適用に付

四六八 婿養子でも優越権あり

問 小生に男一人女二人の子あり、家督男は未だ幼少なりしを以て長女に婿を貰ひ數年前より家業を補助せしめつゝあり、然るに今回家督たる一人の長男は突然病死したるにより、妻は其の甥に當る實家の二男を當方の二女に婿養子として入籍せしめ家督を相続せしめたまき希望也、家庭圓滿を圖る上に於て何とか斯くする方法なきものなるや

答 婿養子として新たに入籍せしめても、姉の婿の方が先順位に家督を相続する権利ある故、其目的を達するを得ず、之迄は婿養子の如きは娘に身代る家督権者にして所謂民法八三九條の法定の推定家督相続人たる男子に該當せずとして、更に普通養子を爲し後に二女と戸内結婚せしむれば姉婿に優先して相続権あるものと一般に解釋せられ居りしが、近年の大審院判例

第一章 民法 第十二節 相続の部

ては婿養子と家女との婚姻が解消せられたると否とに依り、區別を爲すべき何等の理由なきが故に、本問の場合に於ては同條適用により、婿養子たりし丙は相続順位に付實子丁に優先することを得ざるものとす

娘に代る相続者なれど男子の普通養子不能、但庶子男出生でも失格

では右の婿養子も同條の家督たる男子に該當する故、更に普通養子を迎ふること不能なりと決せられたり、實男子生るゝか又は妾腹にても男子生れて庶子届すれば姉より優先する故、結局婿にも優先する権利あること、乃ち自然的の事實にては失権已むなきも人爲的に失格さるべきものでないから云々と云ふ説明さへ加へられあり、吾人は之を失當の判例と信ぜらるゝも致方なし、故に茲迄目的を達したとすれば姉及其婿等に相當の分家財産を與ふることの條件にて諒解を得、一時婿養子離縁を爲し婿を一旦實家に復籍せしめ然る後二女の婿たる可き妻の甥なる者も普通養子として入籍せしむるが良、二女の婿として入籍しては不可也、姉の相続権に影響なき故目的達せられざれば也、（民法九七三條）然して後二女と戸内婚姻せしめ、又一方先

に離縁せる姉婿を再び婿養子として入籍せしめ然る後分家でも
まするが可也、然る時は完全に所期の目的を達せらるべき也

第十三節 婚姻及養子の部

四六九 家出せる妻に離婚話

妻は夫と同居の義務があるに無断で家出すれば
夫は内容証明で歸來を促し歸らぬ時離婚出来る

甲	戸主
乙	後妻
丙	養子
丁	媒介者

甲は震災後乙を迎え同棲したり、然るに乙は氣儘者、情け者に
て甲丙と常に争論し其都度丁の處に逃げながら今日に及びたり
然るに昨年末遂に喧嘩別れして、病弱にも不拘其儘東京に逃げ
歸れり、甲は再三歸宅する様促すも依然歸らない爲め、甲は遂
に丁に話し別れ金を出す事にして乙の承諾の上半金を渡したり
甲は其後殘金を渡すべく離婚狀と荷物を持つて上京し、最後の
話を纏むべく乙の借問せる家に行きたるに、今に及んでは乙は
離婚を肯んぜず、甲は荷物を丁に託したり、斯る場合乙が協議
上の離婚を承知せざるに付訴訟して離婚せんとせりも、果して
出来るものなりや、多額の費用を要す故甲はなるべく協議上

第一章 民法 第十三節 婚姻及養子の部

の離婚せんとす、良法なきや

答 入籍してなければ問題はすこぶる簡單なるも、本問は入籍
しある様察せらるゝを以て、穩便に協議上の離婚をする方得策
である、乙も丁に勧められて一旦は離婚するといひ、別れ金も
半分受取り東京で借問までして暮して居る位故、残り半金を渡
せば承諾するであらう、渡すと同時に離婚届に捺印せしむる様
運ぶべし誰か後押する者があつて如何にしても協議上の離婚を
肯んじない場合は致し方なく、甲の家に歸來する様内容証明郵便
で催促し、相當の期間を置きその期日までに歸來しない場合は
乙の自由になしたる借金に甲の不許可の借金故、支辨出來ぬ意
味を添書して送附し置くべし、而も尙その猶豫期日までに歸來
しない場合は法律上離婚裁判出来る、別に自分でやれば多額の
費用は要しない(民七八九、八一三ノ六號)

四七〇 叔父姪の結婚問題

叔父、姪は三親等故法律上の婚姻は出来ぬ若し過つて届出を受理せば取消され得る然し遡及はせぬ

問 叔父(甲男)、姪(乙女)の血族者間に婚姻をなさしめんとす
けれ共三親等内の血族は法律上禁止せる處故、乙は甲の妻とし
ては入籍出来ぬ、されど世間には事實上此兩者が夫婦となり、
子供までなし居る者往々あり、如何なる手続きに依つて甲乙を
夫婦にし得るや

答 甲乙事實上同棲した場合、その兩者に生れた兒は如何なる方法
で甲の嫡子として甲家に入籍する事を得るや、
或人は乙女を實家より一旦他家へ養女として入籍せしめ、然る
後甲へ嫁し入籍の手續きを採れば、乙は正式に甲の妻となり結
婚出来る事あり、果して如何にや御教導仰ぎ度候

問 叔父と姪との結婚は法律上これを許さぬ、右兩者が假令慣
例に依る儀式を挙げ同棲して子を設くるも、それは唯事實上の
結婚生活をなし居るに過ぎぬので所謂法律上の婚姻といふもの
でないから、その間に生れた兒は嫡出子とはならぬ、夫である
叔父がこれを認知すれば庶子となるだけである

答 乙が生家から他家に養女に行き、その後叔父の處に嫁するとなす

乙が生家から他家に養女に行き、その後叔父の處に嫁するとなす

るも叔父姪の關係は依然として其儘残り、従つてこの兩者の結
婚は相變らず許されぬものである、故にこれ等の姑息の手段を
弄して一時市町村長を誤魔化し、結婚届出を出し得たとするも
これは法律上違反の婚姻故當事者戸主、親族または檢事等より
何時でもその取消を裁判所に請求し得る運命にある、不安な
結婚生活となる、これは無効にあらず、取消し後は將來に向つ
て無効となる、取消しの效力は既往に及ばぬもの故、一旦嫡出
子として届出た子はその後婚姻が取消されても嫡出子の資格は
失はぬのである(民七七八七條)要するに叔父姪間の婚姻は市町村
長が受理せざる以上は決して成立するものでない、然しこの結
婚は取消されるもその間に生れた嫡出子が一旦その届出を受理
せられたる以上、遡及せざるを以てその兒だけは生涯嫡子と
する身分を取得する事になるのである。

(法律は人倫を犯さず、國民法律社)

四七一 夫婦の破綻と夫の管理權

昭和五年(オ)第三千九十二號

上告人は被上告人と大正十四年十一月、二月頃婚姻を爲し昭和三年七月二十七日迄同棲し居りたるも、同日家出を爲し爾來被上告人と別居し被上告人に對し離婚の訴を提起し第一審に於て上告人勝訴の判決を受け、被上告人より控訴の申立を爲し現に係争中なることは原審の確定する所にして、本件物件が上告人の日常生活に缺く可らざる衣類其他の調度品に屬することは、原判決に徴して明白なり、而して民法が夫をして妻の財産を管理せしむる所以のものは、共同生活の平和を維持すると共に妻の財産の保護を目的とするものなること疑を容れざる所なるを以

夫が妻の財産管理權を有するは其平和目的也故に破綻で離婚訴訟中の如きは妻に引渡義務あり

て、夫婦生活破綻を生じたる事情の下に於て妻が其の日常生活に缺くべからざる衣類其他の調度品の引渡を請求するに對し夫が之を拒絶すべき特別の事由を主張することなく、單に夫の管理權を主張し之が引渡を拒絶するが如きは明に妻を苦しむる目的を以てのみ其權利を行使するものにして、權利の濫用に外ならず、果して然らば被上告人に於て本件物件の引渡を拒絶すべき特別の事由あることを主張せざる本件に於て、原判決が單に夫に管理權ありとの理由を以て、直に上告人の請求を排斥したるは失當なり、(昭和六、七、二四六民二)

四二七 結婚年齢に父母同意

男三十歳以上女滿二十五歳以上の結婚に父母が同意したからとて蛇足ではあるが無効ではない

問 滿三十歳の男及滿二十五歳の女が婚姻縁組及離婚縁組の届書に父母の同意を表示したるものは、無効として不受理すべきものなりや

答 男三十歳以上、女滿二十五歳以上の者に父母が同意したからとて蛇足ではあるが決して無効ではない、寧ろ法律は父母の同意を要するのが原則である、唯男の三十歳以上、女の二十五

歳以上にもなれば父母より却て智能も發達し常識も備はり、社會の經驗にも富んで居るといふので、それでもなほ父母の同意を要するとは餘りに年若い男女を束縛するの甚だしいものとして法律は不同意でも差支ないものとしたまでであらば、ある方が良い位である(民七七二條)

離婚は滿二十五歳以下が同意を要するのである(民八〇九條)縁組の方は父母の同意が無効どころか、年齢に制限なく必ずその家にある父母の同意を要するのである(民八四四條)この點誤

四七三 處女性喪失者も慰藉料請求権あり

婚姻前處女性を失ひ居れるや否やは慰藉料の數額を算定するに付斟酌を加ふべきは勿論なるも、處女性を失ひたる婦女は全然慰藉料請求の權利なしとの主張は失當たるを免れず、結納の交

四七四 夫妻が双方から養子

問 小生當年五十七歳、子供無きの故を以て去る大正七年三月二十八日小生の弟明治十九年生れを妻に無斷にて(但し役場へは妻も合意の如く偽印を用ひ)養子の届出を爲したり、然る

一方は妻に無斷で届けたもの故無効となれど其では面白からざる故一方に財産を與へ分家の策

後大正十二年二月他より大正六年二月生れの女子を夫婦合意の上養女として入籍したりしに、最近に至り先に弟を養子として入籍し有る事を妻知り不服を稱へ一家の治は悪く、爲に弟に對

解なき様願ひたい

離婚に付いては滿二十五歳以上の者には同意はあながち要しないのである、然らば縁組と離婚とは何故かくの如く一方は絶対に同意を要し、他は一定の年齢以上は不要としたかといへば、縁組は養子の一身上のみならず家系にも影響するもの故、年齢に關せず父母の同意を必要としたのであつて、離婚の方は一旦縁組で調査同意したる事故、離婚と同様一身上のみの事であるからである(民八六三條)

付は婚姻の成立を豫想して授受する一種の贈與に外ならざるを以て、婚姻豫約不履行に因る精神上の苦痛に對する慰藉料の額を定むるに付之を斟酌することゝ要せざるものとす(東地判決)

し養子離縁を迫り候も之又聞き入れず、甚だ閉口仕り居り候が弟が承諾なきも何とか離縁の方法は之無き者に候哉、御示教に預かり度萬一無き者とすれば少し許りの財産ですが妻が後に入籍せし養女に與へ度思ひ候が賣買か又は贈與として登記致し候へば小生死後弟なる養子に取らるゝ様のこととは無き者に候哉、若し有りませば如何様の事に致せば宜敷き者に候哉、御明示に預かり度此段御願ひに及び候也

養子たる弟は従前より妻を娶り別居し、獨立の生計を營み居り小生の父より相當の財産を貰ひ受け、不自由なく暮し居るに小生目下病氣なるも少しも顧みず、甚だ不徳義故是非共離縁するか又離縁出来ざれば財産を妻か又は後に入籍せし養女になり與へ、別に一戸を設け養子たる弟に手の附かざる様致し度思ひ居り候に付き何分好方法御教示に預かり度重ねて御願ひ申入候 答 養子離縁は養子の承諾なき限り裁判上の判決でなければ出来ぬ、裁判の理由には妻父母を虐待したりとか、惡意を以て遣

四七五 協議の離婚と財産分割

問 夫妻共離婚を希望し妻は夫の家を去るを希望す

第一章 民法 第十三節 婚姻及養子の部

妻に財産分割請求権なし之等は離婚承諾の際條件に極む可き也一方不都合の時相當慰藉料當然

年齢孰れも三十歳以上

右兩者離婚協議せんとするに付き左記御尋ね申上候

一、子の監護を爲すべき者を定むるに當り、父母兩者共是を希望するときは法律は父母何れに屬せしむべきか(民法第八一
二條は「監護を爲すべき者を定めざるとき」の規定にて質問せんとする所は「定めんとする場合」の適法條項を知りたし)
二、婚姻中夫の働きに因り得たる財産を、妻に之れが分割を請求することを得べきや

答 一、子の監護を爲すべきものを特に協定せざる時は、當然に其子と籍を同じふする父若くは母に於て爲す可き也、乃ち子は、其籍を同じふする父又は母の親權に服するものなれば也、故に民法八一二條にも夫が離婚により其家を去る時、例へば入夫の離婚とか婿の離婚とか云ふ様な場合、其子等を特に父方に

入籍して連れ行く場合の外は乃ち母の籍に在る可きもの故、子の監護は母に屬すと規定せる所以也、父母兩者希望して折合はざるは之れ争ひある場合、乃ち協定出来ざる場合、換言せば協定なき場合に該當するもの故、右規定により父に於て爲す權義を有するもの也

二、婚姻中夫の働きに因り得たる財産を、妻に於て分割請求と云ふ權利なし、之等のことは離婚を承諾する際條件として篤と協議すべきものにて、互の情義によりて決せらる可き案件也一方に不都合あり、離婚を求むる場合は不法者に對し相當の慰籍料として財産の三分一とか五分一とか夫妻の年限長短により其支出を要求するを得れど、協議離婚に就ては互の豫じめの話の外は何の支出をも請求出来ざるものとす

四七六 私通と罰金の契約

夫が私通の時妻に罰金交付契約は婚姻永續を圖る目的にて何等公序良俗に違反なき故有效とす

法曹會決議(大正十五年四月十二日)

問 將來夫が私通を爲したる爲め妻離婚を爲す際、夫より金錢を交付すべき契約は民法第二百二十七條の停止條件附法律行為なるや、同第九十條の公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為なるや

決 本件契約は其效力の發生を不確定なる事實の發生に繋がらしむるものなれば、疑ひもなく停止條件附法律行為なり、而も斯かる契約は私通を爲さざることと期し婚姻の永續を圖る目的とする法律行為なるや

に出でたるものなるを以て、公序良俗に反する事項を目的とするものにあらざるを以て素より有效のものなり、尤も右契約が苟くも私通の事實あらば夫は協議上の離婚を爲すべき義務を負擔する趣旨の約定をも包含するものなりとせば、該約定は協議

上の離婚を強制することとなり、公序良俗に反し無効のものなり、従つて之に附隨する金錢交付の約定は無効なりと謂はざるべからず

四七七 内縁は何處迄權利ある乎

問 内縁の夫養服不慮の災難に依り死亡せり、夫婦間に一子あり、本年六歳也、共稼ぎ十餘年にして家屋其他營業財産等約六七千圓あり、而して子も庶子となり居る故一日も早く入籍手續せんとしたることありしも、妻たる自分が單身戸主にて其跡相續人を極めざれば脱籍も出来ざる處より、ツイ其儘になり居る内に夫に死なれたる譯也、然る處死亡するや否や十年も出入せざる處の夫の兄弟や、叔父等が一家を自由にし、相續人たる一子の爲めに親族會員を設け後見人を定め、實母にして且十餘年連れ添へる自分を親族會員にもせず後見人にもせず、先方にて一切自由にして自分を邪魔物扱ひにし、徐々に追ひ出さん魂膽の如く見受けらる、自分は未だ其家を去らず、子を看守り居れるが何とか自分にも權利や言ひ分ありそふに思はるゝが、内縁

共稼ぎ十年家督の一子の後見人にも親族會員にもせざるは親族等私慾の魂膽也飽迄頑張りて可

と云ふ者は斯くも見シメのものに候哉、餘りに残念に付きお伺ひ候也

答 御尤ものことと察せらる、内縁とは云ひ其未成年戸主に對しては實母たるもの故、當然後見人に選定されて然るべきものと信ぜらる、其を爲さざるは亡夫の親族會が其財産を私慾せんが爲めに貴女を除外したるものと思はる、貴女は親族の一員として其親族會の決議を不當として取消を訴ふることも出来るものとす、但し此期間は一ヶ月故其後は出訴權なし、尙内縁共稼ぎの財産は特に不動産の如き名義存するものは致方なきも、其他の有體動産の如きは自分のものなりと主張して、實力を以て他の支配を排斥しても可なるものとす、又實際の親子間のこと故其財産を貴女が私したとて何等制裁なし、後見人等が私消す

る時は却て貴女より告發して貰ふること出来る、要するに共稼ぎの共有財産として又一面我子の財産として、或程度迄自由にすること實際上の問題として支障なしと信ぜらる、若し本件の未成年戸主が貴女の子に非ずして、貴女が法律上何等其家に關係なき場合でも、十年の長き間内縁の妻たりしと云ふ重大なる緣故により親族會員として選定さるゝ資格もあるべく、又時に

四七八 夫婦養子縁組の取消

(博士穂積重遠氏判例評釋)(大正十五年(オ)四四六號、一五・一〇、五、民二、第五卷、一一號七一四頁、民法第八四一條、八四四條八五七條)

(事實) 大川直衛「同かつゑ」の夫婦が縁なるものを養子にしたが其養子縁組には直衛の母「なか」(當時大川、現在木村姓)の同意が無かつたと云ふので「なか」から直衛「かつゑ」兩名(縁は既に死去)を相手取つて取消の訴へを起し、(民法八四四條、八五七條)第二審裁判所(宮城控訴院)はそれを容れて取消判決をした、そこで直衛「かつゑ」側から上告して「なか」と「かつゑ」とは親子ではないのだから「かつゑ」が直衛の妻なるにせよ、かつゑ

よりては親族會の決議に對し利害關係人として不服を訴ふることも出来るものと解せらる、或は内縁の妻の如きは法律上の利害關係人に非ずとして、排斥せる古き判例あるも、斯る解釋は時代遅れの不適切のものとして、今日にては不通のものと思はるゝ也、内縁の妻必ずしも見シメに非ず、大縁故者大利害關係人として重要視さるべきものと信ぜらるゝ也

配偶者と共にされた養子縁組は取消離縁無効共何れも其双方を相手として訴を起さねばならぬ

の養子縁組に付、なかの同意を要するの理なし、然るに原判決が「かつゑ」と縁との縁組迄取消したのは誤つて居る、と争つた然し大審院は左の判旨で其上告を斥けた

(判旨)「配偶者ある者が其配偶者と共に爲した養子縁組によりて生じたる當事者間の養子關係は、配偶者の一方みに付消長する事を得せしめざるものなることは、民法第八四一條……の規定の精神に照らして疑ひなき所……なり

従つて配偶者在る者が其配偶者と共に養子縁組を爲したる場合に於て、其一方に付取消の原因存する時は其一方の養子縁組のみを取消す事を得ざるものにして、其双方に付養子縁組の取

消しを爲さざる可からざるものとす、

(評釋) 判旨は正當で一言の加ふ可きものを見ぬ、判決理由中に引用された明治三十五年十二月二十日大審院第一民事部判決(民録八輯一一卷一一四頁)及明治三十六年一月二十日大審院第一民事部判決(民録九輯二八頁)も、前者は離縁事件であり後者は縁組無効の訴であるが、趣旨に於ては同一である、即ち配偶者と共にされた養子縁組に就ては、離婚の訴に於ても、無効の訴に於ても取消しの訴に於ても問題に直接關係なき配偶者を

四七九 姦通希望を口外と離婚

問 妻の行爲左記の如き場合に離婚の理由となるや、各項に就て理由の成否を詳細御回答被下度候

一、金錢の觀念なく、浪費し家計經濟を考慮せず、必要に迫らざるものと雖物品を(値の高下の判別なく)購ふことを好み所持金なきときは掛買を爲し、又時には秘かに家具、衣類等を賣却し又他人より借金して己が購買慾を充たす行爲あり

二、夫に對する情無く、子供等の身の廻り及教育等に就ても無關心にして、朝夕の炊事も満足に出來ず、到底今後一家の主

も共同訴訟當事者として 關係を合一的に判決すべしと云ふ判例が之で揃つた譯である、但し此三判例共養親側が夫婦である場合に關するのであつて、養子側が夫婦である所謂「夫婦養子」の場合には此等の判例では未だ決定されて居らず、又自ら別論があり得る、其故本件の判決要旨に「夫婦養子」云々とあるのは誤りであり、又判決理由中夫婦養子に關する民法第八七六條を引用して議論した部分には不必要であり無意義である

重大なる侮辱に該當する程度の言明なる時は離婚理由たるべし變質や浪費等では理由とならぬ

婦として生活すべき能力なし、子供等も亦此母に親します

三、豫て姦通を望むことを言外に洩らしたることあり 若し姦通せることありしとすれば如何

備考 結婚後十數年經過し數年前より性質行動を變化して來れるものにして、専門醫は一種の狂人と診斷し快復は覺束なしと言へり

狂人と雖も亂暴するにあらず、人を恐るにあらず、(記憶力ある常人と何等變化なき如きも其行動に前述の如きものあり

前述の行爲が「病人として見るときと常人として見るときの場合」とを法文條項挿入御回答被下度候

一、離婚の理由は民法八一三條に規定してある、一、浪費は理由とならない夫に對する情無きも理由とならない、夫を遺棄したことになる程度でなければ理由立たない、又一家の主婦としての能力がないとて何等離婚の理由とはならない、子供に疏せらるる位のことでは問題とはならない

二、姦通を望むことを言外にすると云ふは理由ある如く思はるるも、其の程度が判然しないから一概に斷ぜられないが、重

四八〇 養子の縁組前の子と縁組後の子

昭和六年(オ)第二九三九號

養子は其の縁組の日に於て養親の嫡出子として生れたると同一の效力を生ずることは、之を民法第七百二十七條の趣旨に稽へ殊に同法第九百七十條第二項の明文に照し、多言を俟たざるが故に養子の直系卑屬にして其の以後に生れたるものは當然養親とも直系血族の關係を生ずるに反し、縱令養子の直系卑屬と雖其の以前に生れたる者は養親と何等血族關係に立つこと無きは

前者は養親の直系卑屬でないから承祖相續人にはなれないが後者はなれる

是亦當然自明の理と云はざるを得ず、今原審の確定する事實に従へば、被上告人は其の父政吉が上告人と養子縁組を爲したる大正十年十月十三日の以前たる大正三年十月二十五日の出生に係るを以て、其の父政吉の縁組に因る廢家と共に之に伴はれて上告人家に入籍したればとて、上告人と何等血族關係に立つこと無く、從ひて是亦原審確定する如く其の後右政吉は協議離縁に因り上告人家を去りたればとて民法九百七十四條の其間に適

大なる侮辱に該當するや否やが問題であるから、其の具體的事實の如何により離婚理由となる

三、若し姦通したる事實ありしとすれば、當然離婚の理由となれど第八一四條に在る如く、夫が之を宥恕したるときは離婚の訴權を失ふし又事實知得の時より一ヶ年後事實ありたる時より十年後には離婚の訴は起せないものである

四、精神病者に變質したりとて之が爲に離婚の原因とならない再勿論である、右の行が狂人の行爲でないとしての如き法の定めであるから、離婚は大體不可能であると右鑑定さる

用せらる可き餘地無きは言を俟たず、何者同條に直系卑屬とあるは被相續人に對しても亦爾る地位に在る者を指す意味なること

とは之を所謂嫡孫承祖の精神に鑑み殆んど疑有る可からざればなり

四八一 知らぬ間に離婚確定

妻に對する離婚訴狀の送達も判決書も計劃の下に知らしめず確定せしめたのを原狀回復で救済

(博士穂積重遠氏判批摘要)(大正一二(オ)一〇二〇號、一三・七民一)

(事實) 榊原兼三郎が妻タミに對して重大なる侮辱を受けたと云ふ理由で、東京地方裁判所に離婚請求の訴へを起した、所が被告タミは口頭辯論期日に出頭しなかつたので、裁判所は人事訴訟手續法第一一條により證言を採用し、大正九年二月九日兼三郎とタミを離婚をする旨の判決を言ひ渡し、其判決の正本は同年二月二十九日にタミ方に送達された、併しタミから法定期間内に控訴しなかつたので、判決は其儘確定してしまつた、所が意外にも當のタミは其訴訟について全然知らなかつたのである、即ち兼三郎はタミを自宅の工場二階に別居同様に住まわして置き、タミに對して離婚訴訟を起したのであつて、訴狀及び期日呼出狀の送達も又判決正本の送達も使用人秋葉とよに受領させて、タミに渡させなかつたので、タミは自分に對して離婚

の訴へが起されたことも離婚の判決があつたことも全く知らなかつたのである、其後偶々用筆筒の中から一件書類を發見して大に驚き、原狀回復の訴へを起した處、東京控訴院は民事訴訟法第一七四條第一項を適用して、原狀回復の申立を許可し、本案については、兼三郎の主張する如き重大な侮辱をタミが加へた事實を認め得ないといふので、第一審判決を廢棄し兼三郎の請求を棄却した、そこで兼三郎から上告したのであつて、其理由の要點は左の通りである

「民事訴訟法第一七四條第一項に、所謂避くべからざる事變とは、變亂を意味し不時の出來事を意味するものにして、暴動戰爭若くは交通破壊等の如く天災に匹敵し得べき事變ならざるべからず個人の不法行爲若くは之に類する行動は決して該條の所謂事變に該當するものにあらず、抑々法律が該條を設けて原狀回復を許す所以のものは、天災の如き天變地異若くは動亂暴動

の如き場合に於て事實訴訟行爲を進行する能はざるを豫想し、不變期間に對し特別の救済を爲さんとするものにして、斷じて使用人が期日呼出狀を主人に見せざる如き場合を事變と目したるにあらざると云はざるべからず

(判旨) 併し大審院は其上告を容れず、原審確定の事實を略記した後一轉して「果して然らば斯の如き場合は民事訴訟法第一七四條第一項に所謂避くべからざる事變に該當するものと認むるを妥當とす」と結論した

(評釋) 此事件の解決としては正に斯うなくてはならぬ、協議離婚の手續が妻の知らぬ間に行はれた實例については、私が嘗て指摘したことがあるが、「離婚制度の研究」(五五一頁)離婚の判決が被告たる妻の知らぬ間に宣告され確定しようとは、思ひも掛けぬことであつた、そこで此裁判が「遣り直し」されればならぬことは云ふまでもないが、其「遣り直し」の根據を民事訴訟法第一七四條第一項に求めたのが問題なのであつて、同條の「天災其他避くべからざる事變」と云ふ中に此場合を入れるのは無理だ、と云ふ上告論旨には大に理由がある、それを破らうとならば何とか一理窟附ければならぬ所であるのに、たゞ事實を書いて直ぐ「果して然らば」では何が「果して然らば」な

のか譯がわからない、これでは一向「判決理由」になつて居ない、借りに大審院に代つて何とか理窟を附けて見たい、成程上告論旨に云ふ通り「代理人たる辯護士が判決正本の送達を受けながら本人に告げざりし場合」「會社の社員が送達を受け之を會社に交付せざる場合」「同居の雇人が送達を受けながら之を主人に交付せざる場合」等を民事訴訟法第一七四條に所謂「事變」と解すべきではあるまい、現に大正五年一月二十五日の大審院判決(民一、録二二輯一五三頁)に斯う云つて居る

「上告人の訴訟代理人たりし辯護士の事務員が、控訴判決の送達を受けながら、其判決の送達なることに氣付かざりしは、其不注意の致す所なれば、其結果上告人が其送達ありたるを知らず、爲めに法定期間内に上告を提起するを得ざりしは避く可からざる事變の爲に上告期間を遵守することを得ざりしものと謂ふ可からず、何となれば訴訟代理人は當事者に代り辯護士の事務員は辯護士に代り送達を受くるの權限を有するが故に、訴訟代理人たる辯護士の事務員の不注意は當事者の責に歸すべきものにして自己の責に歸すべき送達の不知は之を避く可からざる事變なりと謂ふ可からざればなり」

所が本件の内容は十分此等の場合とは違ふのである、即ち訴訟

書類が被告に送達されることを原告が故意に、然も惡辣な豫定計劃の下に不能ならしめたのであつて、且又被告と同居の雇人に送達されて居るけども、其者は同時に原告の同居の雇人であつて寧ろ其勢力下に在る者であるから、書類が其者に送達されなかつた以上、被告に送達されなかつたと云つてもよい位である、少くとも前判例に於ける如き被告側の「不注意」による

四八二 若年未熟の妻の破鏡の責任の大半は姑又は夫にあり

昭和五年(ア)第一三七一號

惟ふに現今婦女子が結婚後其夫の兩親と同棲したる場合に於て殊に其母親が平常家事に付自己の長年月の習癖に照し、若年未熟の婦女に對し、稍もすれば冷眼的監視的態度を以て些末の事にも干渉し、若は叱責或は急激に自己の家風に同化せしめんとする餘り、不親切にも徒に罵倒冷笑するが如き言動に出で、加ふるに濃厚にして其兩親に従順なる夫が其間の事情を理解する

「自己の責に歸すべき送達の不知」でないのであつて、被告としては誠に避け難い事情だつたのである、「事變」と云ふ言葉にはシツクリ嵌まらないが「事變の爲に不變期間を遵守することを得ざる」場合と同等の價値がある、それ故此場合に民事訴訟法第一七四條第一項を適用した所で上告理由の云ふ様に必ずしも曲解とも云へまいし、又「殆ど際限なきに至る」心配はない

こと無く、徒らに之に雷同するが如き言動に出でたる爲め、修養足らざる若年の婦女が之に對し遂に不貞腐的、若くは反感的の言動に出で互ひに反目離反し遂に破鏡の運命に遭遇することあるべき事例は、一般家庭に必ずしも少しとせざるところなり而して斯る場合に其婦女の不貞腐的若くは反感的の言動のみを捉へて其破鏡の責任を之に轉嫁するは、固より酷に失するのみならず寧ろ其大半は其母親若くは夫に有りと謂ふべし

四八三 低能の妻の離婚

低能の妻でも婚姻と云ふものは偕老同穴を誓ふもの故離婚をするのは違約である

問 甲あり、乙女を娶るに仕事は何一つとして出來ず、且低能

者なるため貧棒人なる甲の妻としての家庭に適せず、故を以て

離婚となる、婚姻の式を挙ぐる前納金として五六十圓を乙家に送るこれは贈與金と思考せし故、離婚の際は返戻方を別に請求せず、然るに乙女は生家に歸りてより妊娠五ヶ月なりといふ、満四ヶ月に達せざれば醫師は妊娠の證明を出さず、依つて満四ヶ月の後に至りて妊娠と定まらば話の相手にも成らずに斷り置けり、乙家にては妊娠の身重にて何事も出来ざる故その損害とか慰藉料とか要領を得ざる請求をなす模様なり

一、離婚となるまでの乙女は甲家に六ヶ月程居りたるも、何一つとして仕事も出来ざる故、慰藉料とかの請求する理由も價値も無きものと思考す、如何

一、若し出生したる上げその生兒は甲の引取るべきものなりや、生兒は母體に何日間位附けて置くが法なりや、この間の費用は甲において負擔すべきものなりや否や

一、甲は極めて貧乏者にて總ての費用支出するの道なし、甲は乙方に對しどういふ方法を以て相手に成るが適當なるものなりや御教へ下され度く願ひ上げます

一、旅行先にて道連れとなり、旅館に同宿し婦人は色仕掛を以て宿泊料を出させたり、その後該婦人に内縁の夫を有し、貞操蹂躪なりと迫る、内縁の夫婦としてもかくの如き事をいふ責

格有りや、三四足らずの僅少の宿泊料にても淫賣と成るものなりや

答 一、乙女を娶れる甲は乙と偕老同穴、終生を共にする契約をなしたる者なり、其契約に違反して乙女を離婚するはこれ契約違反となる、そこで乙女は甲を相手取り違約により損害の賠償と慰藉料とを請求する権利あるものなり、生兒は母に何日附けよとの法文はなし、父において費用の半額を負擔すべし、甲が赤貧なりとて右の責任を免るゝことを得ず、事實支拂不能なれば資力のつき次第辨濟すべきものとす、之が甲の道なり

二、旅行先にて道連れとなりたる女に色仕掛けにて宿料を出させらるゝことは、身から出た錆といふべく致し方ならん、唯内縁の夫なる者が貞操蹂躪なりと迫る権利はさらさらこれなし、安心あれ、三圓にても一圓にても淫賣に相違なし、唯買淫者も共犯となる虞れあり、告發は考物なり

四八四 夫は妻の代理人

妻が特有財産を有する以上は夫妻間に別斷の約定なき限り夫に或範圍の代理權あるものとす

昭和六年(オ)第二一四五號

妻が財産を有するときは、夫は夫婦財産契約を以て別段の定を爲さざる限り民法第八百一條に依り妻の財産を管理すべき權利を有するものにして、此の權利に基き管理行爲を爲す場合に第三者に對する關係に於ては夫は妻の爲代理人として其の行爲を爲し得るものと解するを相當とす、故に妻が財産を有する以上夫は必ず或範圍に於て妻の代理人たる權限を有するものと云はざるべからず、本件に於て妻たる被上告人が係争不動産を有したる事實は、原判決の確定せる所なれば夫たる難波常治は全然被上告人たる權限なき者には非ず、同人が被上告人の爲借財を爲し被上告人の所有の右不動産を擔保に供するに於て、民法第八

四八五 浮氣娘を離籍の手續

三週間か一ヶ月の相當期間を定めて居所を指定して之に轉ずる事を命じ之に服せざる場合離籍

問 浮氣娘が幾多の紆餘曲折を経て某家より離婚し或男と遠方に匿落をした、この娘本年二十六歳である之を離籍する手續を

第一章 民法 第十三節 婚姻及養子の部

伺ひます

答 娘が戸主であると離籍することはできない、また家族であ

つても、その父が戸主でなければ離婚はできないのである、兄でも父でも苟くもその娘の戸主であるならば、離婚することが出来る、その離婚をするには先づ居所を指定すること、その指定した居所に轉住せよとの催告をすることを必要とする、そして右の催告をするには相當の期間を置かねばならぬ、その期間は三週間乃至一月もおけば宜しい、一週間位にては不足であつて相當の期間とはいへぬ、何故ならばその娘が戸主の命に従ふことが正當である今日までの自分の行爲は、正しくなかつたといふ悔悟の念慮を起し、この悔悟に基きてその指定に従ふもの

四八六 婚姻解消と取消權

婚姻解消後は妻の法律行爲に付取消權を認めぬとするを立法の精神也と信ず判例には全然不服

(博士鳩山秀夫氏判批摘要) (大正一三年(オ)六七號大正一三・七・一五民一)
(事實) 原告(控訴人、上告人)田中義忠外二名の母田中ばぎは有夫の婦で屋號を高島屋と稱し、有價證券現物賣買を營業として居つたが大正七年十二月下旬廢業して、被告田中義郎が引續き同一營業を爲し大正八年一月中旬本件の問題となつて居る電話使用權を田中ばぎより田中義郎に移轉した、大正九年五月三

日田中ばぎは右の電話使用權移轉行爲が夫の許可を受けざりしものなりとして訴狀に於て之を取消し名義變更を請求した、本件の原告はばぎの遺產相續人である、ばぎの夫は右の訴訟提起前大正九年二月七日に死亡して居る、被告は種々の抗辯を爲して居る、(一)電話使用權は動産でないからその移轉行爲に付夫の許可を要せぬ、(二)ばぎは株式現物賣買といふ營業に付夫の許可を得て居つたものであるから、係争電話使用權の移

であるから單に旅行先より呼戻すとは異り、相當考慮の時日を與ふべきものであるからである、所が右の娘が行衛不明であつたとしたらどうか、催告をしようにも手紙の出し所が分からぬ故従つて離婚も出来ないことになる、さて催告が出来て相當の期間も経過したが、娘が悔悟して歸來する様子もないならば止むを得ぬから市町村長に對して離婚届出手續きをするのである次に若し右の娘が駈落した男と婚姻したとして、その後離婚された場合に復籍を拒絶する手續きも市町村長に對して届出づるものである、これは婚姻の日より一年内にすべきである

轉行爲の如きはその營業に屬する行爲であつて、夫の許可を要せぬ、(3)假に夫の許可を要するものとしてもその許可があつた、(4)假に許可なかりしとするも、夫の死亡と同時に婚姻が解消したから取消權を喪失したものである、原院(名古屋控訴院)は電話使用權の移轉は動産所有權の移轉ではないが、重要な財産權の移轉であるから夫の許可を要するものと認めたが妻の取消權は婚姻生活の圓滿を期する爲め、夫婦の反對的效果として認められたものであり、妻たる身分に專屬する權利なりとして原告を負かした、それに對して原告が上告したのである

(判旨) 妻に取消權を與へたのは主として夫婦間の平和を維持することを目的とするものであるが、取消權の消滅原因として民法の認めたるものは時効と追認以外には無い、又第二百二十四條第一項に於ては、追認は取消の原因たる情況の止みたる後之を爲すことを要するものとし、第二百二十六條に於ては取消權の短期時効が追認を爲すことを得る時より進行する旨を規定し、何れも取消權の存在を前提とせること明白であつて、且所謂取消の原因たる情況の止みたる後とは、妻の行爲に付いては婚姻の解消したる後を指したること明かであるから、妻の取消權は婚姻取消に依り當然消滅せざるものと解釋せねばならぬ

(評釋) 妻が夫の許可を得ずして爲したる行爲に付いては夫及び妻共に取消權を有するから、その兩者に付いて婚姻解消が取消權の消滅原因となるや否やの問題を生ずる、而して大審院は大正二年十月二十五日の判決に於て、夫の取消權に付いて二つの場合を區別し、妻の行爲に依つて夫の財産上の利益を害せらるゝ場合には婚姻解消後も夫の取消權は存続するが、夫の財産上の利益を害せられざる場合には夫の取消權は婚姻解消に依つて消滅する、そして財産上の利益を害されたといふことは夫に於て主張し立證するを要するものなりとして、此主張なき場合に於て爲されたる夫の取消は無効なりとした、即ち此判決に於ては妻が民法第十四條に掲げたる行爲を爲すに就き、夫の許可を受くることを要すとしたのは夫婦間の平和維持を主たる目的とするものと認め、従つて夫の取消權は婚姻解消に依つて消滅するを原則とするものと認めたのである、今回の判決は妻の取消權に關するもので、夫の取消權に關するものではないから直接に前の判決と關係は無いが、妻の取消權の消滅せざる理由として第二百二十六條を掲げ第二百二十六條に認めたる消滅原因は追認と時効とに限るから、それ以外に婚姻解消といふ消滅原因を認めぬといふのであるから、その理由は夫の取消權に就ても

同一で無ければならず随つて理由に於て今回の判決は大正二年の判決と一致せざるものと言はればならぬ、大審院は今回の判決が理由に於て前年の判決と矛盾することを考慮したのであらうか、今回の判決は第百二十六條が婚姻解消を取消権の消滅原因として規定して居らぬといふ點がその第一である、併し民法が明文を以て規定して居る消滅原因のみが消滅原因だと解する理由は無い、権利の性質、権利を認めたる法律の目的に基いて當然認むべき消滅原因は假令明文の規定なきも消滅原因と認むべきである、大審院が夫の取消権に付いて婚姻解消を消滅原因と認めたる理由は更に遙かに右力なる理由を以て妻の取消権に應用すべきではないか、何となれば妻の死亡後夫が妻の生前に於て爲したる行爲を取消すのは尙夫権の尊重と見られぬこともないが、夫の死亡後妻がその行爲を取消すのは夫権の維持尊重とは全然關係が無いからである、第二に大審院は第百二十四條と第百二十六條との關係論に於て上告理由に引込まれた模様である、即ち婚姻解消後も妻の取消権が存続するものと見ないと妻が追認が出来るといふ場合なく、随つて妻の取消権が短期時効に罹るといふ場合を生じない結果となるといふ論である、併し余は妻が單獨に追認するといふ場合を生じないでも、何等の

不都合なく、又妻の取消権に就て短期時効の適用がなくとも、何等の不都合がないと信ずる、法文上は第百二十四條第百二十六條共に支障を見ない、第百二十四條は取消の原因たる情況の止むまでは追認が出来ないといふだけの規定であるから、妻に就て言へば妻たる間は單獨に追認は出来ぬといふことを規定したのみで妻たらざるに至れば追認が出来るといふことを規定したものでない、又第百二十六條の短期時効は妻の取消権に付いては性質上適用なきものと解して何等の支障を見ない、事實上から言ふならば妻が夫の許可を受くべき行爲に付いて夫の許可を受けなかつたときは、元來夫だけが取消権を所有して然るべきであつて、民法が妻にも取消権を與へたのは夫妻間に問題とならぬ間に妻をして取消を爲すことを得せしめ一家の平和を維持せんとしたるに外ならぬ、妻の財産上の利益などを考慮したもので固より無い、かゝる目的から認められたる妻の取消権が婚姻解消後も存続するものと解するが如きは、全く法律の目的を顧慮せざる解釋と評せざるを得ぬ

因に言ふ、余は此解釋に於て夫の取消権に關する大正二年の判決に對して多少賛成の如き口吻を洩らしたが、それは婚姻解消に依つて取消権の消滅することを認めたといふ點までであつて

それに対して例外を認むること、即ち夫の財産上の利益を害したる場合に付いて例外を認むることには反對である(拙著日本

民法總論五〇三頁)

四八七 婚約者死亡と慰藉料

婚約者の一方が死亡せば其婚約は履行不能であるから慰藉料の請求權を發生せず請求は無効也

問 一、甲戸主の弟乙は丙と夫婦契約をなして後妊娠臨月に至り、丙女は心臓痙攣にて死亡した、甲は該弟乙と丙女との婚約には不同意であつたが、乙はどこまでも右夫婦契約を履行する決心で居た、そこで乙は丙の葬式にも参列したが無一文な貧書生故香典を出すことが出来なかつた、處が丙女の父親は辯護士に依頼して損害及慰藉料の請求をして來た、乙は之を支拂ふ義務ありや

答 二、右甲は乙の戸主にて又乙の兄と云ふことに、戸籍面はなつて居るが事實は實父である、之は届出の際誤つたものであるが今日に至るも其儘となつて居る、而して丙女の父は甲に對しても右損害及慰藉料の交渉をして居る、甲は右の賠償をせねばならぬものなりや

答 一、丙女の親は乙に對し損害及慰藉料の請求をなす権利はない、それは丙女は臨月頃心臓痙攣で死亡したため乙と婚姻

第一章 民法 第十三節 婚姻及養子の部

かすることができないことになつた譯である、されば乙は丙女の病死の際までに婚約不履行の事實なく、従つて婚約不履行の原因とする慰藉料請求權は發生しない、既に權利が生じないのだから丙女の親父がこの請求の訴へを起したとて請求原因なしとの理由で却下されるは當然である

二、右の如く既に乙に對してさへ訴へる事ができない事故、乙の戸主であり父である甲に對してはなほ更訴訟する權利のない事勿論である、併し問題は別であるが、甲はその實子を誤つて弟として届出でそのまゝとなし居るはよくない、早く正當の手續きをして訂正すべきことを御勧めする、但し弟が實子になつたとて右慰藉料請求權が成立つものでないことは勿論である

終りに法律論としては右の通りであるが、併し丙女が病死したのに乙は假令無一文にもせよ香料を出さぬといふは徳義上よく

ないしまた甲は婚姻に不同意にもせよ、香料位は親として戸主として乙のために出金するのが情義上穩當のことであるから、

右様御勧めする、

四八八 入夫の離婚と戸主権

入夫が離婚しても去家とならず依然同籍する場合と雖も家督相續が開始せらるべきもの也

法曹會決議(大正十四年三月十八日)

として一家を主宰せしむることを目的とするものなればなり、

問 戸主たる入夫は離婚に依り當然去家すべきものにして、其

如何

の離婚は亦家督相續の原因をなす、然る處入夫が妻の父母と養子縁組をなし離婚するときは入夫は依然戸主たるの地位を失はざるべし、何となれば入夫の離婚が相續の原因たる規定は斯の如き場合を想像せられたるものに非ず、且つ養子は慣行上戸主

決 入夫は離婚に依りて當然戸主たるの地位を失ふものとす、妻の父母の養子たる否とを問はざるなり、入夫は離婚を爲すも離婚を爲さざる限り養父の家に止まるべきは勿論なりとす

四八九 戸主たる妻の離婚

離婚差支なし但し之が爲め其家を去るものに非ず斯る相續開始を認めざれば也戸内離婚也

法曹會決議(大正十四年五月二十七日)

(甲) 離婚を爲すことを得べし、離婚を爲したるときは妻は其

問 戸主たる夫が民法七百五十三條に依りて隠居を爲し他家より入りたる妻を相續人と爲し妻は戸主と爲りたる後離婚を爲すことを得べきや否やに付、左の三説あり、何れが可なるや、理由を詳記し解答を求む

の家を去ると同時に其の戸主たる身分を喪ひ、家督相續開始すべし
(乙) 戸主たる妻は隠居を爲したる後にあらざれば離婚を爲すことを得ず

(丙) 離婚を爲すことを得ず、離婚をなすも戸内離婚にして妻は其の家に留まるべし

のと謂はざるべからず

決 離婚に付ては民法第八百七十四條の如き規定なきを以て、妻が戸主たる場合に於ても夫は之と離婚を爲すことを得べきも

入夫と異なり婚姻に因りて戸主となりたるものに非ざるを以て妻は離婚に因り戸主の地位を失ふことなし

四九〇 入籍養子の離縁問題

事實は離縁となり實家に歸宅し居るも籍残り居る以上相續人であり従つて遺留分権も適用さる

問 甲 夫婦

乙 第一養子

丙 第二養子

甲は乙の不身持に愛想をつかし、遂に昭和二年五月協議上離縁をなし乙は實家に歸り居るも、籍は其儘甲家に在り、然るに甲は其後第二養子たる丙を貰ひたる爲め、乙の離縁届を爲べく書類に捺印を求めたるに、乙及乙の實父は以前離縁を承諾し置きながら今に及んで離縁届に捺印を拒みたり、依つて甲は甲の財産

の申請を爲し、甲妻を指定相續人として圓滿離縁する事に解決したる處書類に不備の點ありて捺印を更に乙及乙の實父に求めたるに、突然法律上の相續人なるを奇貨として丙の受贈せる財産より其半額を請求する権利ありとて返還請求を爲し來れり、丙は果して半分の不動産を返還すべく抹消登記を受ける義務ありや、丙は村長の仲裁に基き隠居許可申請並に相續人指定書に捺印せしむべき権利ありや

全部を昭和二年八月丙に贈與し登記を完了したり、其後甲は病氣にて昭和二年十二月死亡したり、依つて乙は法律上甲家に相續人となり居り、甲家では困却するを以て遂に村長の仲裁にて甲家より離縁料として八百圓を乙に提供し、裁判所に隠居許可

答 いくら別居し居り、喧嘩別れして全然他人同様暮し居ると雖も甲戸主の籍内に元の養子乙の籍がある以上丙の死亡後は法定の家督相續人なるが故に乙は戸主となるものである、従つて民法一一三〇條に依り遺留分権として甲が生前丙に全部贈與した財産中からその二分の一返還請求権がある譯である、勿論丙

からは隠居許可申請や離縁手續の請求は出来ぬ、乙は既に只今では戸主なるが故に隠居その他に依る以外離縁は出来ぬ(民八七四)

本問では村の有力者たる村長が仲人になり、八百圓を手切れ金として甲家と縁を断つ事になつたものであるから(八百圓の領收證面にも依るが)乙も内心では實際自分は甲家の者ではないとは自覺して居る位であるから、甲家に戻る眞意はなく、今少し金が欲しいに違ひない、法律上相續人なるを奇貨として脅迫がましく請求して居るのであらう併し家督相續と財産相續は違

ふ、八百圓の領收により財産相續の意思もなくまた丙家に復歸する氣もないが、たゞ甲が死んで自然法律上戸主になつて居るに過ぎないのであるから、村長を證人にして財産分與請求權の示談成立を主張して財産を行らぬ事に出来なくもない、相續人であるから家督相續は止むを得ないが無一文の相續人といふ事になる、無一文では乙も仕方があるまいから書類に捺印する事にならう、要するに村長を證人に今少し金をやつて同時に隠居肩に捺印せしむるが一番穩當の所置ならん

四九一 入夫と婿で離婚は別

女戸主へ入夫した者が離婚すれば男は實家へ戸主の娘へ婿となり現在戸主の時は離婚しても同籍

問 甲者乙家の娘へ入夫戸主となりたり、然るに其妻(乙家娘)は不行跡の行爲あるにより離別せんとす、良方法なきや

答 女戸主と入夫婚姻を爲し、夫が戸主となりたるものとせば離婚の時夫は其家を去る事となるべし、即ち實家に復籍するものとす、始め娘(非戸主)の處へ婿に入り後戸主死亡又は隠居に依り其婿が戸主となりたるものとせば、妻と離婚しても夫は其家を去らず、妻は家附きの者故同一戸籍内に存する事となるを

以て後妻を迎へ又は後の婿を迎ふるにしても、甚だ一家内面白からざる結果を生すべき也、尙單純に不行跡だけでは裁判上の離婚原因不充分也、姦通其他に依りて處罰せられたるか甚だしき侮辱又は虐待を與へたと云ふ理由を必要とするものとす

四九二 養子の復籍と妻隨伴

法曹會決議(大正十五年七月六日)

問 一、離縁となりたる養子の復籍するに際し、之れに隨ひて入家する養子も妻に關し入家戸主の意に反するも入家し得べきや

註 婚姻又は養子縁組に依り入籍するには戸主の同意を要するに他家の養子となりたるものが、婚姻を爲すに全然關係せざりし實家戸主か、養子離縁に依りて當然養子に隨ひて入家する家族たる妻を同意なくして入家し得とは聊か奇異の感あり、戸主權之れに及ばざるや

二、私生子認知に依り他の者の父母との續柄に變更を生じたる場合、二男女となるべき者死亡又は除籍せられたる場合にも續柄を訂正すべきものなるや、

前項二男女又は三四男女となるべき者他家に在るときは、父母との續柄を訂正し、又は訂正の通知を爲すべきものなるや、將た又復籍ありたる際に訂正すべきものなるや

決 一、妻の入家に付ては入家戸主の同意を要せず、蓋し養子に付復籍を拒絶すべき事由の存せざる場合には妻は第七百四十五條の規定に依り當然夫と共に夫の實家に入るべきものとす、
二、死亡したる者及除籍せられたる者に付何れも續柄を訂正することを要す、而して認知届書には戸籍法第四十七條第二項に依る記載を爲さしむべく、身分に變更を生ずる者他市町村在籍者なるときは戸籍法第五十六條に依り相當の届書を提出せしめ之を當該市町村に送付すべきものとす

四九三 養子の一家創立方法

養子某が養家と實家と其の姓をも別なものにして一家を創立するには離縁復籍して後にすべし

問 甲は乙を養子とし丙を養女として戸内結婚せしめ乙丙間に長女生る、今度甲は乙を離籍し乙は甲家及實家と關係なく又苗

字も別に名乗ることの出来る一家創立方法なきや

答 乙は甲家と協議離縁し丙と長女とを従ひて實家に復籍し、

然る後實家の戸主と話合にて戸主の指定居所に居らざる故を以て一應催告の上離婚権を行使して貰ふときは一家を創立し、丙及び長女の入籍並びに親族入籍を済ませ、その上にて當初の目的たる一家創立をなし得るのである、甲は乙を離婚することは以上の如く可能であるが、若し離婚でなく離婚であるとして夫はで

きの相談である、なぜならば夫は法定推定の家督相続人であるから、離婚することには許されないのである、そこで右の如く一家創立するには一旦離婚してから居所指定権不従の故を以て離婚の上になければならぬ

四九四 實長男を婿養子

分家の戸主が本家に遺しある實長男を分家養女への婿養子として迎へても分家生の弟に勝てぬ

法曹會決議(大正十四年九月二十八日)

問 甲家に弟乙弟妻丙甥丁(乙の長男)あり、乙丙は甲家に丁を遣し分家し、乙家に於て養女戊を貰ひ受け乙丙間に長男巳出生後本家に在る長男丁を婿養子として入籍せしむることを得るや前項入籍差支なしとせば、分家乙家の家督相続人は婿養子又は長男孰れなるや

決 丁は甲家の推定家督相続人に非ざるを以て、乙の養女の婿養子として乙の家に入籍せしむることを得べし、然れども乙家の家督相続人は分家の長男巳なり、何となれば婿養子は其の妻たる養女と同一順位に於て相続権を有するものにして、巳は養女に對し優先の相続順位を有するものなればなり

四九五 親權者たる母の婚姻と同意

法曹會決議(大正十五年四月十二日)

問 年齢二十五歳以上單身女戸主ありて他家へ嫁せんとするに當りて、未成年の養子を爲し已に裁判所の許可を得て隠居し、

民法第七百五十條第二項に依りて戸主の同意を得る能はずと附記し、婚姻届を提出したる事實あり
本件は必ずしも同法第七百五十一條の羈絆を受くるものにあら

ずと思考せり

右貴會の高見を仰ぐ

決 養母たる女戸主の隠居により養母は戸主權を失ひて、家族と爲り養子は戸主と爲りたるものなれば、民法第七百五十條第一項により養母が婚姻を爲すに付いては戸主たる養子の同意を要する筋合なり、然るに戸主たる養子は未成年者にして、民法第八百七十七條第二項により家族たる養母の親權に服する結果、養母は同法第八百九十五條により戸主たる養子に代り戸主權を代行すべきものなりと雖も自己の婚姻に付養子に代りて自ら同意を爲すが如きことは、親權を行ふ母と未成年の子と利益相反する行爲なるを以て、自ら斯かる同意を爲すの權なく、之が爲

四九六 私生男の相續は除外

法曹會決議(大正十五年五月十七日)

問 一、私生子男あるものは男養子を爲すを得「代襲相続人の私生子男あるものは男養子を爲すを得ず」と云ふ實例あり、均しく私生子と雖も法定の家督相続人たる男子なれば、男子の養子を爲すを得ずと信ず、實例の當否御示教を請ふ

二、嫡出子と雖も養子と爲すに付法益あるものは之を爲すを

第一章 民法 第十三節 婚姻及養子の部

めには必ずや同法第八百八十八條により特別代理人の選任を親族會に求むべく、而して特別代理人の同意あらば右第七百五十條第一項の要件を具備するものと謂ふべく、特別代理人の同意なくして爲されたる婚姻は同法條に違反したる婚姻なりと謂ふべきなり、而して本件婚姻の場合に戸主自ら同意を爲すこと能はざる場合なるも、民法第七百五十一條本文により、親族會が戸主權を代行すべき場合に該當せず、蓋し同法條により親族會が戸主權を代行すべき場合は戸主が事實上戸主權を行使し得ざるとき、若くは相続人不明のときに限らるるものなればなり

得とは現行法上認容すべき解釋なりや御示教を請ふ

決 一、私生子男ある者、及代襲相続人たる私生子男ある者共に男養子を爲すことを得、蓋し私生子男若くは代襲相続人たる私生子男は共に嫡出若くは庶出の女子に劣るべき相続権を有するものなるを以てなり

二、他家に在る嫡出子を養子と爲す如きは現行法の解釋とし

て差支なき所とす

四九七 十五年未滿の庶子縁組

法曹會決議(昭和二年十一月二十四日)

問 十五年未滿の庶子か他家へ養子縁組をなさんとする場合においてその家に庶子の母ある時は父と共に代諾をなすべきや、右に付左の兩説あり、何れを可とするや

甲説 民法八百三十四條に依れば養子となるべき者が十五年未滿なる時は、其家に在る父母代りて縁組の承諾を爲す事を得とあり、依て假令庶子の母と雖も同籍の場合父と共に代諾

十五年未滿の庶子が養子縁組をする場合嫡母なくば其家に在る實父母と共に承諾すべきである

すべきものとす

乙説 父母共に代諾を爲すべき場合は戸籍記載例二十二を斟酌するも夫婦を意味するものと解すべく、依て父ある場合は假令同籍と雖も庶子の母は代諾権なきものとす

決 その家に嫡母ある時は、父及び嫡母において承諾をなすべきものなるも嫡母なき場合においては、甲説の如く解するを正當とす、戸籍記載例二十二は普通の事例を示したるに過ぎず

四九八 朝鮮男の婚姻と同意

司法省回答(大正十五年一月七日)

問 朝鮮人の男と内地人の女と婚姻に依り朝鮮人の家籍に入るに何れも滿二十五年未滿なる場合朝鮮人の戸主及父母の同意を要せざる義に候哉

右差掛りたる義之有至急何分の御指示相成度

朝鮮人たる男が婚姻を爲すには年齢の如何に拘らず其家に在る父母及戸主の同意を要するなり

答 一月七日戸第一九號稟伺の件朝鮮人男が婚姻を爲すには、年齢に關せず、其家に在る父母及戸主の同意を要する儀に之有候此段及回答候也

四九九 違法の縁組でも有效

大正十四年(オ)第三百七十五號

法定の推定家督相續人は他家に入ることを得ざるものなることは、民法第七百四十四條第一項の規定する所なるを以て、法定の推定家督相續人は養子縁組に因りて他家に入ることを得ざるや論を俟たず、又嫡母が十五年未滿の庶子の縁組の承諾を爲すには親族會の同意を得ることを要することは民法第八百四十三條第二項の規定する所なるを以て、右各法條に違反したる縁組の届出は市町村長に於て固より之を受理することを得ざるものなることは、民法第八百七十九條の明定する所なりと雖も、斯

法定の推定家督人は他家に入るを許さざるも誤つて戸籍吏が養子縁組を受理した以上有效なり

る届出にして一旦受理せられたる以上は、其の養子縁組は有效に成立したるものにして、其の縁組を以て當然に無効なりと謂ふを得ざるなり、蓋し民法第八百五十一條には縁組は左の場合に限り無効とすと規定するを以て、縁組の無効なるには同條各號に列挙したる場合に限り、其の場合に在りては縁組は常に其の效力を生ずるものと解すべきを以てなり、然らば所論の養子縁組が叙上法條に違反したる理由を以て、當然無効なりとする論旨は孰れも理由なし

五〇〇 芝居を仕損ねて離婚

問 私は或る役所に勤務して居ります、吳市に於て同居せる私の妻が私には秘密にして廣島市に往復し、或は役所で三日に一夜晩宿止して宅に歸らないため、斯る日には廣島市に宿泊して翌日になつてこつそり吳市に歸つて來る事を友人の注意により

妻の實家から詫びて來るに違ひないとのみ思ひ實家に返したるに偶ま良い口がありて直ぐ再嫁

發見したのです

處が取調べて見れば廣島市では知人の宅に宿泊して居るのでした、然しながら主人に秘密にして廣島市を行く事、並に宿泊する事は人の妻として其の貞操を疑はざるを得ないのです

私は妻を叱責して其の生家に引取らしめ、数日の後に結婚周旋人を介して離婚を云ひ渡し且つ妻には離婚状を送りました、妻も妻の父母と共に離婚を快諾して、以て私が送付した離婚届書に調印してくれました、然し私は離婚届に調印する様周旋人を介して妻の實家に送りました、けれど離婚杯とは重大な問題で妻も妻の父母も今一ト度改心させ妻も懺悔して心を入れ換へて辛棒するからと、屹度私に對して詫言を入れて謝罪するものと思つて居つたのに、豈計らんや、豫期に反して離婚を快諾し早速其の場で調印して呉れたのです

私は妻が改心すればと思つたのに全く私の豫期に反して、斯くの如く轉倒しました、而して調印した日から五日目に廣島市に連續せる宇品町に結婚してしまつたのです、茲に於て、私は屹度「無斷で廣島市に往復した妻の事であるから情夫に違ひないと思ひまして段々聞いて見ましたが、其れは妻の親族に宇品へ嫁に行つて居つたのが一名の女兒を残して死亡したため、私が妻を離縁したのを何よりの仕合せだとして、私の妻を早速に周旋して結婚せしめたと云ふのでありました、茲に於て眞實情夫であつたか否かは判明しません、けれど妻の方では離婚届に調印した以上は勿論離縁せられた事と思ひ、又

役所へ離婚届を提出して呉れたものと信じて、他へ結婚したのだと云ふのです、私は調印はして貰つても役所へ戸籍上の離婚届を差出す氣は無いので、又調印して五日目に已に結婚すると思はず、猶調印して郵便で書類を私の宅迄送つて来るのに二日間費やし、私が役所に届書を郵送するのに之亦二日間費やすので、五日間の日數では戸籍吏の手に届き兼ねるのです

妻は「離縁状を突き付けられたから復縁する氣はなかつたから親の命するまゝ、氣分は進まぬけれど宇品へ結婚した」と云ふて居ります、然しながら私は妻の實家に行きまして何故急いで結婚させたか、荷物は私の宅にあるのに縁付かせるとはきつと姦夫に違ひないだらう、私の妻であるのに不法な事をするなど叱り飛ばしてやりましたら早速電報で宇品から妻を呼寄せましたから、現今は妻は妻の生家に居住して居ります

私は日を換へて再び妻の生家に行きましたら、妻は電報で呼び戻されたのだとして、妻の生家に居住して居りますから一夜妻の家に宿泊して以て吳市に歸着しました

右に依り私は妻を二重結婚或は姦通の告訴を致したいと思ひますが、如何に取扱ふたが宜しいか御研究を御願ひ致します、妻は意思薄弱で逆も妻たる資格がないと考へ、私は將來の望み

は絶無となりました

妻の両親は私に對して「此れ見よ」と計りに結婚を急いだのであつたが、今となつては急ぐのでなかつたよと云ふて居ります

妻を宇品へ結婚周旋した人に對して、私は取るべき手段はないでせうか

五〇一 婿養子の破約と婚約責任

昭和六年(オ)第三千二百三十五號

上告論旨本件は上告人慶子が被上告人義重に對して昭和三年十月婚姻式を行ひ、爾來同棲し圓滿なる生活を営み居りたる處昭和四年九月長男孝哉出生するや被上告人義重は實家に歸り復歸方を懇請し且入籍手續を求むるも之に應ぜず、婚姻を破約したる爲慶子は日夜焦慮し、其精神上苦痛甚大なるを以て、之を

第一章 民法 第十三節 婚姻及養子の部

付けたる事も徳義上の問題のみ、法律上は責任なし、重婚罪成立せず現行法の下に於ては戸籍吏が過つて二重結婚を受理せざる限り成立の餘地なし、何となれば法律上の結婚が二個併立せざれば犯罪とならざるものなれば也、本件は多分縁家先に死亡して困り居る者あり、其に貴殿の方の關係面白からざるより殊更離縁せらるゝ様態度を仕向け、果して離婚話となるや否や大急ぎにて再嫁せしめたるものと思はる、質問の如き意思弱き妻とせば此際諦めて届済とするを可とすべし、秘密不都合の事情あらば責て以て財産上の賠償でも得て慰藉の外なかるべし

養子縁組に就て破約原因あれば 婚約破棄しても責任生ぜざる也

慰藉する爲慰藉料の請求を爲したるものなり、故に若し萬一上告人安次郎に於て判示理由の如き所爲ありとするも、右は安次郎對義重間の出来事にして慶子の關知する所にあらず、安次郎義重間に不和なることありとするも之が爲に上告人慶子との婚姻を破毀すべき理由となるものにあらず、元來婿養子縁組と云ふものは右は婚姻と養子縁組との二個の法律行爲の併存する場

合に對する名稱に過ぎずして、一個の法律行為にあらざり、觀念上二個の法律行為存す、故に双方共有致に成立するに非ざれば、婿養子縁組に非ず、從て養子縁組が效力を生ぜざる事由存するときは單純なる婚姻となるものなり、果して然らば本件に於ては上告人安次郎と被上告人義重間に於ける不和の爲養子縁組の豫約を拒否すべき理由ありとするも、上告人慶子との婚姻を拒否すべき何等の事由あることなし、然るに不拘之を拒否したる義重に對し何等の責任を負はしむることなく、賠償を求め得ずと爲したるは法律の解釋を誤りたるか若くは理由不備の違法あり

五〇二 數人の養子を同時に

昭和三年九月十七日民事第九四四號民事局長回答

戸主甲の弟乙は丙男(十歳)丁男(十一歳)を同時に養子となすことを得るや、若し得るとせば乙が後日分家をなしたる場合において乙の法定推定家督相續人は丙丁何れなりやに付左記甲乙兩説あり、至急御意見承知致し度く候

甲説 家族の養子縁組に付いては民法第八百三十九條の如き制限規定なきを以て、養子となるべき者の員數に制限なくまた同時縁組を禁じたる明文の徴すべきものなきを以て、二人

るを以て破棄せらるべきものと信ずと云ふに在り
然れども婿養子縁組は婚姻と養子縁組とを併合したる行為にして右二者は互に條件を爲し其の何れか一方にして成立せざるときは他方も亦之を爲すの意思なきものと看做すべきこと民法第七百八十六條第八百三十三條第十號第八百五十八條第八百六十六條第九號等の規定に徴し明なる所なり、從つて婿養子縁組の豫約に於て養子縁組の豫約の履行を不能ならしむる事情を生じたるときは婚姻の豫約も亦同時に之を履行すること能はざるに至るものと解すべまものとす

同時に

以上を同時に養子となすことを得べく、乙分家後の乙の法定推定家督相續人は年長者たる丁とす

乙説 民法第九百七十條第二項の規定により養子縁組によりて、嫡出子たる身分を取得したる者は家督相續に付いては嫡出子たる身分を取得したる時、即ち養子縁組の效力の生じよる時に生れたるものと看做さるるものなるが故に甲説の如く若し同時に二人以上を養子となすことを得とせば乙が後日分家をなしたる分家戸主となりたる場合においては丙丁共に法

定の推定家督相續人たる身分を取得するが如き不都合なる結果を生ず、法定の推定家督相續人は一人に限り二人以上あり得べからざるものなるが故に、かゝる不都合の結果發生を豫知し得らるゝ場合にはその縁組届は受理すべきものにあらず

五〇三 離縁後養家を名乗りたい

問 甲は大正二年十二月二十日付にて丙の長男乙を入籍したり但し右乙の母は甲の妹なり

一、乙を甲の籍に入るゝ時は乙の父丙は分家せざる以前にて乙の父丙は戸主にあらざりし時なり

一、甲においては右乙を除籍せんと欲すれども、乙及び乙父丙が復籍を承知せず、しかしこれを假りに除籍するとせば除籍後といへども右乙において甲の姓を名乗らんことを欲せり
乙を假りに丙へ復籍するとせば、乙は丙の長男に付甲の姓を附すること不可能かと存じ候、依つて要は甲の籍より乙を除籍するが目的にて、乙の甲姓を附するは從屬的希望條件に付
第一甲の籍より乙を除籍する方法、第二乙に甲の姓を附せられ得る方法

女子を養子となす場合においてもまた然り
答 前段は貴見の通り(先例變更) 後段は實際問題あるに於いては事實を具し更に問合せ相成度此段及回答候也

養子離縁後養家の苗字を名乗ることは困難であるが不可能ではない、妙案があります

右二條件を具備すること出来ざれば第一の條件を完成する方法御指示下され度く

答 乙さんは甲さんの養子で、法律上家督相續人であることが御送りになつた戸籍謄本で明瞭致しました、法律を案するに養子は養父母と離縁をすれば實家に復籍致します(民法第八七五條)ですから甲家から乙さんの籍を抜かうといふなら離縁するより外ありません、離縁には協議上の離縁と裁判上の離縁とがあります(乙さんが離縁を承諾すればそれでよし(協議上の離縁ができる)さもなければ裁判所に甲さんが離縁の訴へを起さなければならぬ、そして勝訴になれば離縁になります、それは左の一條件にあてはまる事由がなければ勝訴にはならないものです

(1) 他の一方より虐待または重大な侮辱を受けたること
 (2) 他の一方より悪意を以て遺棄せられたること (乙さんが甲さんの處より一里餘も離れた處に居て甲さんを遺棄して構はないといふのにあたる様です)
 (3) 養子が家名を汚したること家産を傾くべき重大な過失ありたること
 (4) 外に六つ程事由がありますが乙さんには適用がない様ですから省きます
 二、裁判でなく協議上で穩かに離縁したらどうです、乙さんに納得の行く様にさせたら屹度甘く行くことと思ひます
 三、それには甲家を名乗らせることに盡力したら宜からうと思ひます、所が離縁をすれば實家に復籍しますから實家たる丁家の家族となることになります
 (父の家は分家で實家ではないから父の家にははいらない)

五〇四 胃痙攣の持病と婚姻豫約破毀

問 婚姻豫約して同様して二年三ヶ月となれり女は胃痙攣の持病あり、昨年は一月より五月まで大よそ四ヶ月、本年は二月三月の二ヶ月發病して甚だ身體弱し、婚姻の前男はこの事實を知

四、さてそれから甲家を名乗りたいならば一の秘策があります、私の實行した事ですから一つ御指南致しませう、それは
 五、先づ丁家から分家をし、後で分家を廢します、そして再び甲家に養子縁組させて貰ひます、その上でまた協議離縁をします、そうすると實家に復籍するのですが實家は前に廢して養子に這入つた分家ですから、復籍すべき實家がないことになるそこで一家創立することが出来ます (民法第七三九、七四〇條その時はその創立した家名即ち苗字は徳川でも豊臣でも甲家でも乙家でも、何でも自由に名乗ることが出来ます、それを條件即ちそういうことを許すこと、協力することを條件として乙さんに離縁を承諾させれば一舉兩得であります、即ち甲さんにとつては離縁ができ乙さんにとつては依然として甲家で通せることになります (尤もその手續き中は一寸の間丁を名乗ることになります、ホンの一寸の間ですから辛抱することです)

らすより婚姻豫約を解除せんとするも、女が背ざるときは男は慰籍料を請求せらるゝおそれありや、女は昨年大よそ百日今年また六十日病辱にありて、男は百數十圓の醫療費を支出せ

答 一、婚姻豫約中當事者一方に胃痙攣の持病ありたりとて、これを以て婚姻豫約を破毀する權なきものとす
 二、従つて若し強ひてこれがため違約して婚姻をなさざるに於いては違約者は違約による損害賠償として慰籍料を支拂ふ義務あり
 三、その金高は當事者双方の人物評價並びその財産評價をな

五〇五 養子が戸主となる脅威

問 一、甲は明治三十六年生れの男、乙は大正十五年養子として入籍せり
 二、然るに本年養父なる甲が死亡したるに其家の實子たる娘及母(甲の妻)に一言の相談も無く突然戸主の届出を爲し、而して戸主の權利として財産を勝手氣儘に爲さんとす
 三、本家庭は一流の出版業者にして、甲の實弟が殆ど共同經營の如き形にて營業し來れるものにて、甲の死後は一層其實弟にあらざれば取引總て不明なる爲一切の業務を擔當營業を繼續しつゝあり
 四、然るに乙は營業の事は素より知らず、而も他市なる自分

し、これを標準として定むるものとす
 四、その普通額は五百圓以上千圓位のものなり、從來の醫療の如き斟酌することなしと信ず
 五、胃痙攣の如きは之を治癒することを得る現代に於て、たゞこれのみにて婚姻を忌避するは不徳にして且餘りに婚姻を輕視する嫌ひあり、再考を希望す

の實兄の家に居住し、其實兄を代理人として時々營業所兼住宅に出張せしめ財産を勝手に處分し、且つ養母に對しても不遜の限りを盡し、實に心外に堪へず右に對し母娘實弟等に於て探るべき方法は無きや、特別詳細御鑑定願上ます
 備考 實弟は別家の戸主たり、實子たる娘は大正四年生れなり
 答 一、養子を入れたる以上先代が死去すれば養子が當然戸主となるは自明の理なり
 二、其の戸主が先代の權利義務を無條件に承繼したる以上は其の承繼財産は當然自己の財産なれば、其の自由にするは是又當然なり

- 三、母に不遜の行爲ありとて法律上の問題とならず
- 四、娘の母は唯其の新戸主の家族たる「権利即ち扶養を受くる権利」と「義務即ち主権に服するの拘束」を有するの以外に取立てて觀察すべき何物もなきなり
- 五、弟は他家の者なれば之は右娘とは大に趣きを異にし、家族たるの権利もなき代り何等義務もなき筋合のものなり
- 六、然れども其の營業上に關して、先代と締結せる契約によりて生じたる權利義務は之を相續人たる新戸主に對しても同様存續するものと言はざるべからず
- 七、而して質問はこの點に付て先代と共同經營なりと見るを得るものなりと解せらる

五〇六戸主が養子に行く法

- 問 六十歳未満にして裁判所の手續を了して、戸主の除籍地に復歸の方法有之候哉、六々敷問題に有之候哉普通の方法にて出來得ざるものなるや
- 答 一、女戸主ならば何歳にても隠居ができます、六十歳まで待つ必要がない、隠居の上養子に行けばよい
- 二、唯隠居の條件として能力者たる相續人の單純なる相續の

- 八、果して然りとせば其の財産は兩者共有にあらずや、而して何等の特約なくば平等の割合の權利義務あるものと見るべし
- 九、而して其の營業財産即物的營業（客觀的營業）は如何なる種類數額に上るや、價格は如何等に關して詳細に調査をなしこの共有權の行使又は財産の分割等の主張の基礎の調査を遂げ以て弟の持分を保護することを必要とす、この外に法上の手段なきものと思はる
- 十、母及娘も各々特有財産を明瞭に調査し、新戸主との財産區別を定め置くことも大に必要なり（本社は目下某々會員に付きこの方法を奨めつつあるを以て、其の經驗に徴し大至急に着手せらるることを勧告す）

承認がなければならぬのです

- 三、男戸主が六十前に隠居するには一寸面倒である、裁判所の許可が入る、其許可を受けるには正當の理由が必要である
- 四、唯よいことが一つある、それは隠居せずに婿養子に行くとき婚姻するときに市町村長がその届出を受理したるときである、そのときは隠居したものと見なされる、が、併し之は市町

村長が許すや否やが問題である

- 五、養子縁組は法文にはないが婚姻と同じに見て類推してよいと云ふ説がある、これも探せば市町村長の頭にあるものです

五〇七兩戸主結婚の二法

- 問 一、甲 戸主
- 一、乙 甲の庶子女
- 一、丙 他家の戸主
- 一、甲の孫丁（乙の私生子女）
- 同戊（同）
- 同己（同）
- 丁戊己は戸籍簿上乙の私生子女の處其實父は丙なり
- 一、以上の事實に付三名の子女を私生子と爲し置くは子女將來の不爲に付乙丙の婚姻に因り嫡出子と爲さんとす
- 一、然るに三名の子女は從來通り甲の籍に置かんことを希望するものなり
- 一、以上の件に付ての拙者考案は

第一父たる丙が私生子を認知し、一應子女を丙の籍に入るものと

- 六、民法七五四條に「戸主が婚姻により」とある戸主は、女子に限ると誤解する向が多いが男子にも適用あるものです

第二父母の婚姻に因り子女をして嫡出子の身分を取得せしむること

- 第三然る後三人の子女を甲の籍に再び入籍せしむる事
- 此入籍手續は養子縁組の形式に依り甲の籍に入籍せしむべきものなるや、又は民法第七百三十七條に依り入籍せしめ得るや御回答願上候
- 一、乙は甲の推定相續人の様なるが婚姻爲し差支へなきや、若し此儘婚姻出來ぬとせば如何なる方法を爲せば婚姻を爲し得るや、御回答願上候
- 一、拙者の考案以外に簡易に希望を達する方法あれば御教示願上候

答 一、第一法、男子を養子に入れること、此男子は他日丁戊己の何れかの夫とする積りにて、甲の家に入れること、さすれば乙は相續人たる順位を失ふ故丙が之を嫁に貰ふ（正式結婚）

ことを得べし、其の他は貴見の通り

二、第二法、丙が先づ三人を認知し然る後乙に對し相續人廢除の訴を起し廢除の上家督相續人たる地位を喪失せしめ然る後

五〇八 夫婦共稼ぎの財産

問 一、甲は乙の先代國平の妻として大正九年五月以降同棲し約十ヶ年間家政家業の衝に當り、所謂夫婦共稼ぎを爲し來り現有財産約五千圓也の内三千圓也はこの共稼ぎの結果得たものとす、然るに先代國平不慮の災に罹り、本年三月死亡し夫婦間子女なき爲め乙が亡國平の家督を相續すべく選定せられしものなり

二、甲は乙の家族として働くことを好まず、寧ろ乙家より甲の實家へ復籍し將來は他人と結婚せんと希望ありて、乙家へ交渉したるに離籍することに双方話丈けは進みたり

三、甲は乙家より實家に歸る以上は、例令甲よりの希望により離籍すと雖も十ヶ年間の共稼ぎと將來の扶養を免るゝ以上は乙家より財産相當分配をして貰ひたき旨甲より交渉したり

四、乙は甲に對し二百五十圓也に相當する財産を贈與して、實家へ復籍せんと仲裁人をして甲家へ返事せり、甲は二百五十

乙丙結婚すること
三、丁戊己をもとの甲の籍に入れるには三人を養子とするを可とす、親族入籍は不可なり

圓位にては不服なりとて全財産の二割位を貰ひ度希望なり

五、右の如く甲は乙に離籍を要求し且つ財産贈與の請求の権利ありや、否や

六、甲は乙家に夫なき以上食はせらるゝ丈けにて働くことは將來何の樂みもなきもの故、離籍を要求するものならん

七、甲に於て離籍を要求して財産分配請求の権利なきものとせば前記二百五十圓也の仲裁人よりの贈與回答に依り乙に請求の権利ありや

八、甲に於て取る可き有利の方法と右請求訴訟勝訴の見込ありや、詳細御鑑定願上候

答、一、甲は乙の先代の死亡により婚姻解消したわけであり、併し家籍は依然として乙家にあります、乙が家督を相續したとしても同じこととす

二、甲が其の實家に歸るには乙の同意が入ります、甲には乙

の同意を請求する権利はありませんから、乙がいやだと云へば甲は實家に歸ること即ち復籍することはできません

三、甲は乙に對し財産を贈與せよと云ふ権利はありません、併し夫婦共稼ぎでためた金ならば其の夫の遺産は夫婦の共有であると見るか、女の働らいた丈の勞務に對する價値だけでは不當利得となつて居ると見るべき筋合であるから夫婦共稼ぎでためた金は夫婦の一方より他の一方に對し請求権あるものと見るのが正當である、從て乙が家督を相續すれば甲は乙に對しても持分分割請求か不當利得請求ができるものであります、されば甲は相當額を乙に請求する権利はありますが、この権利は前に云ふた通り贈與を請求する権利ではない

四、二五〇圓贈與すると仲裁人が云ふたと云ふがそれは仲裁

五〇九 繼父子間で更に養子縁組

昭昭六年(ク)第千四百八十二號

繼父子間には實親子間に於けると同一の親族關係を生ずるを以て、繼子は繼父に對し嫡出子に等しき身分を取得す、從て更に其の間に養子縁組を爲すの實益なければ、繼父子間に於ては養

第一章 民法 第十三節 婚姻及養子の部

人だけの考なら何の権利もないが、乙の考を仲裁人をして甲に言はしめたのなら甲に権利があることになる、但し文書によらざる贈與は乙に於て勝手に取消し得る取消されては権利があつてもたちまちなくなるわけであり

五、甲のとるべき對策は圓滿に解決することである、併し二五〇圓と云ふは誰れが考へても少い様ならば、乙によく話して千圓も貰ふことであるが、乙が頑迷で分らなければ訴でゆくこととす、事情が甲に千圓請求が正當とするならば甲の勝利になること疑ひありません、若しいかぬ様であつたら中途から裁判所に職權で和解の勸告をしてもらつて、一切を裁判所にまかせることが有利とす

繼父子間に嫡出子と同様の親子關係ありとしても尙實親子間より弱き點あり故に養子縁組必要
子縁組を爲すことを得ざるものと解すべきに似たりと雖、繼父が親權を行ふが如き場合には後見の規定の準用せらるゝ結果、繼父が繼子に代りて民法第九百二十九條に掲げたる行爲を爲すに付、親族會の同意を得ざるべからざる不便あり、若し養子縁

組を爲すを得ば斯る制限を免れる實益あり、而して法律上繼父に對し繼子を養子と爲すべからざる旨の別段の規定なきを以て、繼父と雖養子縁組を爲すことが法律上利益ある場合には之

を爲すを妨げずと解するを適當とす

昭和六年十二月二十三日

大審院第三民事部

五一〇 繼親子も養子縁組可

養子とすること種々の便宜ある
場合既に親子關係ある者でも可

司法省回答(昭和七年二月六日)

問 繼親子間の戸内養子縁組届を受理するも其縁組は無効なる故之に關する戸籍の記載は相當手續に依り訂正すべきものなる事は、昭和三年十二月八日民事第一〇八〇九號御回答に依り了承致居候處、右は繼親子間に於ては民法第七百二十八條を以て親子間に於けると同一の親族關係を生ずと規定せられあるに由り、重ねて親子關係を生ぜしむる必要なしとの理由に基くものなるべしと思考致候、然るに他家に在る自己の嫡出子を養子と爲し(大正三年四月二十日民第一五七八號法務局長回答)又は他家に在る自己の養子を更に養子と爲し(昭和元年十二月二十七日民第九九〇號民事局長回答)若くは戸内に於て嫡母が庶子を養子と爲す事(大正五年三月廿日民事第三八六號法務局長回答)を認められたるは之等の親族關係あるもの間に於

ても法律上の利益ある場合は更に養親子關係を生ぜしむるを妨げずとの御趣旨に因るものなるべしと思考致候、繼親子間の養子縁組は親族關係を其親子以外に及ぼし相續權に付き優位を得せしめ親權行使に付き、後見の規定に従ふの繁雜を省き得る等法律上の利益あるのみならず、家庭の不和を聯想せしむる繼親子なる名稱に更むることによりて親子間の情愛を深め家庭の和熟を進め、社會風教上に裨益すること尠ならずと被認候條前記先例の御趣旨を擴充し繼親子間の戸内養子縁組を認容せらるる様御再議を仰度候

二、前項若し消極に御決定相成候とも市町村町が既に届出を受理したる上は其の縁組は民法第八百五十一條に該當せず又戸内に於て婿養子を更に單純養子と爲す届出受理したる場合有效なりとの先例(大正十一年十一月二十九日民事第四一八六號民

事局長回答)も有之候に付有效と認むる方相當に無之候哉

答 第一項 繼親子間の戸内養子縁組届出は之を受理すること

を得(先例變更)

第二項 前項に依り了知せられたし

五一 孫女への婿と祖父の心配

問 私に本年十九歳の女子であります、戸主は七十歳の祖父で祖父の長男乃ち私の父及び母は私が生れて間もなく死亡したもので、現在は三人きりの家族です、私は戸主の同意を得て昨年夫を迎へましたが、入夫婚姻届を役場に提出したら私が未だ女戸主になり居らざる故右届出は出来ぬとて受付られませんでした、夫の籍を入れるには婿養子か又は普通の養子として入籍せしめたる後結婚届の外なしのことですが、父母なき私には婿養子なるもの出来ず、さりとて祖父は普通養子を肯んぜず、困つて居ります、而して目下妊娠中故可成私生子や庶子にしたくないのですが何かよき工夫なきものに候哉伺ひ升

答 入夫婚姻並に婿養子届の出来ぬことは役場の言ふ通りです祖父が婚姻届を承知し乍ら、養子届を肯んぜざるは思ふに祖父の死後全財産が其養子に歸し、貴女に行かざるを心配してのことと察せらる、果して然りとすれば區裁判所の許可を得て隠居

養子届が財産歸屬の件で嫌なら
孫娘を戸主にし然る後財産留保
して入夫婚姻手續すれば可なり

し貴女に戸主を譲り、然る後貴女が財産の大部分を留保して公證役場で今回何某と入夫婚姻し、戸主権を某に譲るけれどこれ〳〵の財産は家督相續財産として移轉せしめず、自分の權利に留保し置くと云ふ意思表示を書面にて作成し置くものとす、入夫婚姻届を提出すれば戸主権は更に夫に移轉しても財産の三分の二(普通の子の相續の場合二分の一、民一一三〇條)迄は自己の權利として維持することが出来るから其手續を探るが良いでせう、尙祖父の隠居に就て裁判所の許可を要すと云ふは祖父の年齢が満六十歳以上で申分なきも、其家督相續人たる可き貴女が未だ成年に達し居らざるにより裁判への手数が必要と云ふ譯です(民七五三條)

五二二 養子縁組と繼父母の代諾

問 甲は満十五歳に達せざる少女也、實母は既に没し現在實父と繼母とあり、右の者を他家へ養女に遣るには實父と繼母の承諾のみにて出来ざるや、民法八四三條に繼父と嫡母（庶子のまゝ母乃ち夫と他女との間に出来た子を夫の家に入れた時其本妻を其子から見ても嫡母と云ふ）が十五歳未満者に代りて養子縁組に調印するには其子の親族會の決議を要する旨規定あれど、本件の如く一方に實父ある以上右親族會の同意不要の如く思はるゝが、果して絶対に必要のものなりや否や

答 實父一人のみ存在の場合固より親族會の同意必要なしと聞く、然らば本件の場合亦必要なべしと信ぜらるゝが如何のものに候哉

答 親族會の同意必要也、貴問の如く實父又は實母一人のみ存在の場合固より親族會の同意必要なし、然れども他に繼父と繼母とか又嫡母とか乃ち其子に血縁の無い者がある時は、或は其實父なり又は實母なりが、一方の繼母なり又は繼父なりの愛に溺れてか或は威壓されて少女を養子に遣ることに魂膽があぐ

一方に實父母ありても親族會の同意必要也溺愛威壓を慮れば也

のとす

五二三 復縁しても地位回復せず

昭和五年（オ）第二千二百九十四號
民法第七百三十條第一項に依れば養親子間の親族關係は離縁に因りて全然消滅に歸するが故に、離縁後養子が従前の養親と再び縁組を爲すも特別な規定なき限り、後の縁組に因り離縁前養家に於て有せし身分を回復するものと解することを得ず、民法は右再度の縁組に因り養子が従前養家に於て有せし身分を回復すべき旨を定めざるが故に、右養子は同法第八百六十條に依

養嗣子が離縁した以上其子家督也更に復縁しても子の權利不動

り後の縁組の日より新に養親の嫡出子たる身分を取得するに過ぎざるものと解せざるべからず、然らば右養子は家督相続に付ても後の縁組に因り養親に失ひたる相続權を回復するものに非ずして、新に之を取得するものと解すべく、従て同法第九百七十七條第二項に依り其の相続に付ては再び嫡出子たる身分を取得したる時に新に生れたるものと看做すの外なきものとす従つて其の子の代襲相続權は再縁組により害せられざる也

結婚届出済のものは離婚困難也未届のものは違約しても無制裁

程かならざるに立到りし爲め妻は泣く／＼實家に逃げ去りて歸らざること約半歳なり、斷然手を切るには如何にせば可なるや幾ら位の慰藉料を取らるゝものなりや、御説明を乞ふ

答 手を切ると云ふこと乃ち俗に離縁は別段手續必要なし、此儘引取らず結婚届を出さずに終へば其にて足る也、既に結婚届

五一四 肺病を理由に離婚問題

問 妻を娶りて數年、未だ子なし、されば入籍も其儘に手續し居らず、然る處近來妻に肺疾あること分明するに至れり、依りて種々血統を更に調査せしめたる處、十餘年前死去せる實母は肺結核にて歿せるものなりと云ふ、此事聞知して以來小生方父母は勿論、親戚一統まで一日も早く離縁すべしと主張し、形勢

を出したるものなる時は肺患事由の如き頗る重大なる、妻に非行ありしと云ふ如きものに非ざるを以て、容易に離婚などを宣告さるべきものに非ず、本件は斯る離婚問題に非ずして法律上で言はゞ結婚の不履行乃ち事實結婚したけれど法律上の結婚に迄至らず、結局其を一方が不履行することになるもの故、婚約不履行と云ふ責任問題起るのみ也、然れども本件の如く他方が恐ろしき病疾に侵されあること分明せるに於て、一方が婚約不履行とすること現時の社會道徳觀念に於て蓋し己むを得ず、乃ち相當理由あるべきことに該當するものと解せらる、然

五一五 寫眞結婚者の犯罪

問 一、私の弟甲廿八歳は六年前に南洋マニラ京へ参り目下雜貨商を營み居り、妻を娶り度本縣洋外協會へ御願ひして本縣の士族某の姉乙を貰ひ本年十月二十四日相方協議の上寫眞結婚で入籍致せし處、十月三十日、丙なる者昭和二年「アラシ」に移民し昨年妻を亡ひ、後妻を娶りに歸り乙家に三日泊り込み遂に乙をだまして自分のものにし、當方へは破約を申し込み目下こたく中であり升

二、本人乙が丙に行きたければ致し方なし、然れ共當方にて

る時は理由なくして不履行とする場合に非ざるを以て、損害賠償とか慰籍料の支拂ひとか云ふことを判決されずに相済むものと信ぜらる、徳義上人情上敢て褒められざることなれど、社會常識上此種の不履行は、不問に附されて然るべきものと考へらる也、或は質問外なれど親戚父兄等の衆議を排し當事者本人等が人情上又相愛の關係上一旦定まれる運命を將來に持續せんとすること又決して非難さるべきことに非ず、否な人道に斯くする方至當なるやも知れず、此點大に考慮に値ひするものあるべしと信ぜらるゝ也

も最早入籍し親類への披露の日取りも定め、五里程の處を五六回も通ひ(先方乙の實母も参り)相當の經費(五十圓位)もかゝり且つ世間の物笑ひとなり實に殘念であり升

三、當方は金よりも娘を貰ひたきに付、人を介して再三再考を促せるも更に效なく世間に對して實に恥じ入る次第です、右何分御教示たまはり度御依頼申上候也

四、破約して離婚致さば何程位の損害請求が至當のものなるや

答 寫眞結婚でも當事者間に婚姻をなす意思があつて、適法に婚姻届出の方式を履み入籍した以上乙は明かに甲の妻でありませ(民法第七七八條)

二、然らば夫は妻に對して同居を求むる権利もあるし又姦通の事實即ち丙にだまされてものにされた事實があれば、甲は被害者であるから乙丙を告訴することもできる、但し協議離婚又は離婚訴訟を起して後にすることになる(刑訴第二六四條)

五一六 重婚豫約の效力

昭和二年(レ)第六六五號

法律上正當の妻ある男が重ねて他の女と婚姻を爲すことを約するは刑法第八十四條を以て重婚罪として處刑を規定し、民法が第七百六十六條を以て明かに禁止せる、重婚を爲すことを目的とするものにして、斯る合意は竟舉一夫一婦の主義を採用せる我法制に悖るものなるのみならず、我國古來の一夫一婦を理想とする美風を破壊するものと謂ふべきを以て如斯意思表示は公の秩序善良の風俗に反する行爲として民法第九十條に依り當然無効なるものと解するを相當とす

婚姻の豫約を無効と解するは該豫約に依りて達せんとする目的

三、右告訴が裁判に廻り(豫審には出せない)第一審の辯論終結迄に名譽並に財産を害せられたる損害を私訴により請求することができ(刑訴第五六七、五六八條)

其の損害は實際の損害額と慰籍料千圓位が相當の處であらう、但し相手方が無資力でてもあれば二、三百圓位しか請求できないかもしれない、そして相手方は乙丙兩名である 以上

が重婚として我法制並に我國古來の淳風美俗に反するが故なるを以て、當事者の一方が他の一方に配偶者あることを知らずして、婚姻の豫約を爲したりとするも、その豫約の究竟の目的が依然重婚たるに歸する以上斯の如き事由は該豫約の前記違法性を阻却するに足らざるものと謂ふべく、従つて當事者の一方が他の一方に配偶者あることに付善意なりし場合と雖該當事者間の婚姻豫約の合意は到底無効たるを免れざるものと謂ふべし

五一七 養子の戸主となりたる者の實家へ入籍對策

問 小生の次男を養子に遣はし養父は最早死亡なし戸主となりたり、今右次男を小生の籍へ入籍する方法なきや

答 一、養子が養親死亡し相續して戸主となりたる以上は離縁することを得ず、但し隠居をなしたる後はこの限にあらず、民法第八七四條而して隠居の道ありやといふに、男六十年以上にて相續人に完全の能力者を指定することを要す、本件は未丁年なればこれだけではだめなり、よつて貴下は本人の妻となるべき女を養子となし、本人はこれに婿養子とする届出をなすと

五一八 長孫は他へ入籍自由

問 戸主 甲

長男 乙

孫 丙

長男乙の庶子

大正十年五月十日生

一、右三人の一家あり、都合上丙を他家の養子になさんとす法律上出来得らるや

一、某説には孫丙は法定の推定家督相續人なるを以て、絶對

きは戸主はその婿養子の日において隠居をなしたるものと看做さるるものとす

貴下の町役場にて町長がこれを受理さへすればそれにて養家は絶家となり、本人は貴家に入ることを得るなり、他の方法は完全の能力者を相續人に指定し、次に裁判所の許可を受けて隠居し、右の婿養子をなすの一方あるのみ、即ち町長の同意を求め次にまた本人の妻たるものを養子とし、次に婿養子届出をなすこと一番手軽なり尙裁判所に申請して廢家許可を受るも可也

推定家督相續人の長子は法律上未だ法定の推定家督相續人に非ず他へ入籍自由也長男死亡して孫相續人たる身分取得後は不能

に他家に養子せしめることを得ずとなすものあり果して然るや否や

本説の如く若し正式に養子せしむることを得ざるものとすれば變則的にて他に養子せしむる方法なきや、御教示を乞ふ

一、今假りに孫丙を他家に養子せしむることは違法なるにかゝらば、戸籍更あやまりて該届を受理せりとす、この場合こ

の庶子男の産みの母之を違法なりとして取消を請求し得らるや否や

答 孫丙は法定の推定家督相續人に非ず法定の推定家督相續人たる乙が將來戸主となりし曉に、法定の推定家督相續人たる資格を有するものに過ぎず、即ち民法に所謂法定推定家督相續人

五一九 今時暇狀など無効也

其許不熟に付暇狀差出候云々の如き昔の三下り半は今時何等の效き目なし却て妻に反訴の權有

問 甲女乙男に大正十二年十二月四日嫁入結婚したり、十三年十一月病にて婚家にて治療し四十日にして全快し、家業に従事しその後間もなく乙男陸軍入營と同時に又病氣にかゝり大學病院に入院治療したるも今尙全快せず、自宅に於て治療し居れり乙男は在營中にも親しき通信あり、除隊後甲女家に來り甲女とは親しく病氣等に付ても種々話し、又たとひ如何なる事あるとも離縁致さずと話合たるに、昭和二年一月十三日附を以て其の許不熟に付暇狀差出候間今後何方へ縁組相成候とも拙者に於て少しも異義故障申間敷く候、依つて後日の爲め暇狀一札件の如し、と申越せり、夫即ち乙男氏名妻即ち甲女宛尙乙男父の添書には多額の費用を損したるも未だ病氣全快の見込なきを以

に非ず、他家へ養子に行く事又は親族入籍する事自由自在也、長男たる乙が死亡せる後は、乙を代襲して家督相續人たる地位を取得するも然らざる限り、他に入籍する事に付何等制限を受くる事なし、尙ほ他に養子にやる事に付他籍に在る實母何等干渉權なし

て夫即ち乙男も斷念致し、暇狀を差出したるものなれば手紙着次第品物受取方に御出向き相成たしと申し來れるにより、甲女家にては慰藉料請求成立すべきや、又病氣治療金として請求出來得るや御回答を乞ふ、但し乙男家より小使として百圓貰ひ受甲女家にて三千圓使用せり

答 不熟に付き暇狀云々の如き何等效力なし、又病體なればとて之を以て離別の理由とするに足らず、既に入籍済のものとするれば離婚の義務なし、虐待するときは之を理由として反對に妻より離婚並びに慰藉料請求出來る、未だ入籍なきものとすれば婚約不履行として慰藉料請求すべき也、治療代金等は立替金として償還を請求し得るものとす強硬の態度を執りて可なりとす

五二〇 三年間名のみの嫁

内氣の娘として三年の間黙して辛棒せしも終に男を不具者と見做し實家に歸る此損害慰藉料問題

問 近親者の娘未成年なれども相當の媒介者ありて嫁きたり然るに足掛三年に至るも男より未だ嘗て何等男子としての本能的の要求なし、故に娘は交接不具者と見做して突然歸家せり、内氣の爲め姉妹の熱心なる間に對し漸く男の不具者たる爲ならずやと疑ふ故に歸宅せりと云ふ、男は自分の陰莖萎縮を耻てか罪を娘に塗り、娘は身體虛弱にして到底勞働なし難して離縁狀に類似の書狀を送り來れり、斯る場合萬一離縁せんか三年間忠實に盡せしも無駄骨となり猶婦人としての盛りを無意味に終らしめたるに付憐愍に堪へず男を相手取り慰藉料及び三年間の勞力に對する金千圓を要求せんとす勝算ありや此段至急御鑑定を

五二一 戸主の未定と結婚

婚姻には戸主の同意絶對的必要條件に非ざる故戸主未定中でも結婚届出は受理さるゝものとす

問 一、甲戸主に乙長男あり戸主の同意を得ずして民法第七百七十六條の手續きに因り某女との婚姻届を役場に届出でたるを

以て、戸主は民法第七百五十條に因り之を離籍したる所、乙は一家創立届を提出せざるが爲め依然甲の戸籍内にあるを以て甲

は相續人を決定すること能はず甚だ迷惑致し居り候に付、乙の一家創立届を俟たずして之を除籍する方法なきや
二 乙女あり甲戸主某と婚姻に因り入籍したるが、甲戸主は昨年申死亡したるに子供等一人もなく、唯亡甲戸主の弟と寡婦たる乙女のみ、而して家もなく又財産もなきものなる故何れも家督相續の上戸主と爲るを欲せず、未亡人たる乙女は既に丙男と婚約して内縁の妻となり居れり、然るに未だ戸主も定まらざるものなれば乙女は戸主の同意を得ること能はざるが、其の儘丙男と婚姻するも差支なきか、但し親族會招集の上相續人を選定し戸主と爲したる上同意を得ざれば婚姻不可能に有之候哉何分の御教示相仰ぎ度候

五二二 離縁と實家の後妻

幼者が養子離縁復籍の場合に於て實父に後妻ある時は其者の承諾をも要すべし且親族會必要也

法曹會決議(大正十四年三月十八日)
問 十五年未滿の養子が離縁復籍をなすに當り其養子離縁後實家に於て實父と婚姻入籍せし後妻ある場合の協議者に關し左記三説中何れが正當なるや

(甲) 縁組後實父と婚姻せし後妻は養子の繼母となるを以て民法

第一章 民法 第十三節 婚姻及養子の部

第八百六十二條第二項に依り實父並に其繼母に於て離縁の協議を爲すべきものなり
(乙) 縁組後實父と婚姻せし後妻は養子の離縁復籍後に於て繼母子の關係を生ずるも復籍前に於ては其關係生ぜざるを以て繼母と云ふを得ず、故に實父のみの協議にて復籍することを得べし

(丙)甲説の如く實父並に繼母となるべきものに於て離縁の協議を爲すべきものと解し、尙此場合民法第八百四十三條第二項に依り親族會の同意をも得ることを要すべきものと解せり
右御決議相仰度候

決 十五年未滿の養子が養子縁組を爲したる後實家に於て實父と婚姻入籍を爲したる後妻あるときは、其後妻は右の養子縁組なかりせば其養子と繼母子の關係を生ずべかりしものにして又

五二三 娘が好かぬと破談

問 小生娘を甲の紹介にて乙家へ結婚の約束成立し乙より本年一月中旬結納金並に形式の目録を收受致し候處、當方に急病人發生したる爲め小生方よりは未だ結納目録及結納金を乙に對して未送し御座候然るに約束成立當時俗に申す見合と申す事を爲さず成立したるに、最近に至り或機會に乙本人と當方娘と會合致したる處、突如娘より婚約不承知を申出され甚だ困却致し居り候、實は最初より見合等を致し置きなばかゝる不結果は之無きものと殆ど閉口致し候、娘の申出は單に餘り好かぬ男故恚しても嫁入を承知致さずとのこと、依つて先方へ仲人を立て破約を申入候處、乙方は是非貰い受け度しと申し候も右様の始末に

見合をせずして結納貰ひ受けたる後娘が偶然本人を見て不服を申出た件別に損害など心配なし

て到底娘の承知は覺束無く候間斷然破約致す考へに候へ共、右の結果乙より破約に基く損害等の訴へを起す様な事が出来得るものなりや、若し出来得たる場合の當方の對策御教示願度候
答 結婚の式を舉げたる後に破約申込めば多少の損害又は慰藉料を請求さるゝ事あるも本件の如く單に仲介者に承諾の返事を爲し結納品を受け取りたるに過ぎざる場合の如きは破談の口實が如何なる理由によるかを問はず損害又は慰藉料等の如きを支拂ふ義務なきを普通とす、唯結納品を返還すれば足るべし、別に心配に及ばざる也

第十四節 認知・隠居の部

五二四 私生子の直系卑屬が私生子の父に認知を求むるは私生子の死後に限る

昭和四年(タ)第四九二號
凡そ私生子の直系卑屬が自己の權利として私生子の父に對し其認知を求め得ることは民法第八百三十五條により明かなりと雖

も右は私生子の死亡後に限り之を許すの法意にして其生前に在りては其直系卑屬たるものに於て自ら之を求むるを得ざるものと解するを相當とす(東地・判決)

五二五 私生子認知請求權は專屬權

昭和四年(タ)第四六五號
凡そ私生子認知請求權は子又は其直系卑屬の一身に專屬するものにして其の法定代理人は其の子を代表して爲すに非ざれば該

權利を行使し得ざるものなり
私生子の父に對する扶養料の請求は父に於て認知し其の子が確定するに非ざれば實體法上之が請求權なきものとす(東地判決)

五二六 父亡き後認知の訴不能

問 小生の母は二十一年前甲家に嫁したりしも一家の折合悪しき爲め不縁となり實家に歸れる後小生を分娩したるもの由、されど婚姻の届出もなく又小生分娩後も先方の都合により庶子

尙認知は出生に遡りて效力あるも第三者の取得權は已むを得ず
として入籍も爲さしめず今日迄私生子として届けあり、唯小生の成年迄月々多少の養育費及教育費を仕送り貰ひある由也、而して母は二年前死亡し、又其甲なる實父は昨年死亡し今は其娘

への婿が家督戸主となり居れり、小生が若し甲父の認知を受け
て庶子となれば當然今は甲家の戸主たる地位に在るものとす、
母なき今日なれど其立證は父よりの書面其他の證人にて容易た
るものなり、如何なる順序にて手續すれば可なるや御説示を乞
ふ

答 認知請求が可能となり、甲家の庶子なること確定すれば庶
子でも男子は嫡出子の女より優先権あること勿論なれば、當然
甲家の家督相續人たりしこと疑ひなき處なれど、認知確定前既
に相續開始し其娘の婿が戸主となりし以上、假令認知の効力は
出生に遡りて効力を生ずるを原則とするも、第三者が既に取得
したる権利を害するを得ざることを民法八三二條の規定する處な
るべし

五二七 死亡私生子認知に關する件

法曹會決議（昭和三年十月十八日）

問 死亡したる私生子に成年の直系卑屬數人ありてその内若干
人の卑屬のみ認知を承諾しその他の者がこれを承諾せざる場合
においてはその承諾をなさざりし卑屬には認知の効力は及ばざ
るものと解せらるるが若し爾後その承諾をなさざりしものがこ
れが承諾の意思表示をなしたりとするも法律上何等の効力を生
ずるや、またはその承諾の時より認知の効力を發生するもの
なりや

れば、假に今後甲家の庶子となりても其家督権は如何ともする
を得ざるべし、尙又私生子認知は父の意思表示を求むると同一
の訴にして、婚姻や養子縁組の無効確證を訴ふるものとは其性
質自ら異なり、婚姻や養子縁組の無効宣言を求むる訴へなれば
若し相手方死亡の時は檢事を以て相手方とする旨人事訴訟法二
條二十六條等に規定する處なれど、私生子訴の如きは性質異な
る故斯の如き規定を適用又は準用することの定めなし、乃ち法
律は父死亡後其に對し認知の訴を起すを得ざることになり居
れり、又生存中起しても確定前死亡すれば其訴は自然消滅とな
るものと解せらるるものとす、（大正十年六月十一日大民判決
其他）遺憾乍ら出訴見込なしと回答の外なき也

答 子の死亡したる場合においてその卑の直系屬あるときに限り
認知を許したる所以のものは直系卑屬との間に親族關係を生ぜ
しむる實益あるがためにして、またこの場合においてその直系
卑屬が成年者なるときはその承諾を得ることを要するものなれ
ば、假に今後甲家の庶子となりても其家督権は如何ともする
を得ざるべし、尙又私生子認知は父の意思表示を求むると同一
の訴にして、婚姻や養子縁組の無効確證を訴ふるものとは其性
質自ら異なり、婚姻や養子縁組の無効宣言を求むる訴へなれば
若し相手方死亡の時は檢事を以て相手方とする旨人事訴訟法二
條二十六條等に規定する處なれど、私生子訴の如きは性質異な
る故斯の如き規定を適用又は準用することの定めなし、乃ち法
律は父死亡後其に對し認知の訴を起すを得ざることになり居
れり、又生存中起しても確定前死亡すれば其訴は自然消滅とな
るものと解せらるるものとす、（大正十年六月十一日大民判決
其他）遺憾乍ら出訴見込なしと回答の外なき也

は數人の成年に達したる直系卑屬中承諾をなしたる者と然らざ
る者との場合に於てはその承諾をなしたる者に對してのみ認
知の効力を生ずるものと解すべく、また後日承諾をなしたると
きより認知の効力を生ずるものと解するを相當とす

五二八 認知請求權拋棄は無効

昭和六年（オ）第八百四十二號（私生子認知請求事件）（原審東京
控訴院上告棄却）

身分上の権利は拋棄を許さざるを原則とす、私生子が其の父母
に對して有する認知請求權は法律が私生子たる身分上の地位を
有する者に對し與へたる權利にして、私生子をして其の父母に
對し法律上の親子關係を確定することを得せしめ以て其の利益
の保護を期したるものに外ならず、從て私生子たる身分を有す
る者は常に認知請求權を有することを必要とし他の身分上の權
利と均く其の權利を拋棄することを許さざるものと解するを相
當とす、蓋し私生子がその認知請求權を拋棄し得るものと解せ
んか多く不遇窮迫の地位に在る私生子が僅少の金錢の爲に容易
に其の認知請求權を拋棄せしめらるるに至るべきは之を推知す
るに難からざるを以て、私生子を保護せんとして認知請求權を
認めたる法律の精神は殆んど其の目的を達すること能はざるに

私生子認知請求權は身分上の權利 故之を拋棄する契約の如きは不許

至るべければなり、或は民法第八百三十條には成年の私生子は
其の承諾あるに非ざれば之を認知することを得ずと規定するを
以て、成年の私生子は其の認知に對して不承諾の意思を表明し
得べく之を反而より見れば認知請求權の拋棄を以て有效なりと
する論ありと雖同條の立法趣旨は成年に達したる私生子の利益
を保護するが爲に設けられたるものなること明なるを以て援て
以て認知請求權の拋棄を有效なりとする論據と爲すを得ざるも
のとす、果して然らば原判決が私生子の認知請求權の拋棄を認
めざりしは相當にし、論旨は其の理由なきものとす

昭和六年十一月十三日

大審院第二民事部

五二九 庶子届怠慢の過料は母へ

問 甲男乙女と關係し丙男子を生む、甲乙間兎角の争ひあり半歳餘も出生届を爲さず今回漸やく示談解決し甲方に於て庶子の出生届出を爲すこととなり、戸籍届出怠慢の過料は甲に科せらるゝことなるや、將た乙女の方なるや伺ひたし

答 乙女の方なり、乙女は分娩によりて十四日以内に私生子出生届を爲すか又は、甲男に交渉し庶子出生届を爲し貰ふか、二途其一に出でざる可らざるものとす、甲男が分娩當時より自己の子たることを認めあるに拘らず、何等かの口實に庶子届を爲さずにあるものなる時は、届出怠慢の制裁は甲に存すれど、然

認知するまでは男に責任なき故
私庶子届の怠慢は結局母に歸す

らずして甲の子たるや否やに問題を生じ争ひありしものなる時は、一應乙は私生子届をして然る後後解決に當らざる可らざるものとす、然るを未解決の儘無届十四日も経過するは乙側の怠慢となるものとす、甲の責任は認知してから其義務發生するものとす認知せざればとて即庶子届せざればとて戸籍役場は其怠慢を責むるに由なきものなれば也、乃ち争ひありて今日庶子出生届を爲さざりしものなりと云ふ始末書を添書すれば、過料は當然に乙女に申渡さるゝものとす、全國の實例も斯くなり居ることと信ぜらる

五三〇 父のみを相手取る嫡出子確認の訴の效力

昭和四年(オ)第五百九十七號

嫡出子確認の訴は自己の父母の婚姻中に懐胎せる子なることの確認を求むる訴なるを以て法律關係はその判決において父と子との間嫡出子の關係あるも母と子との間に同一の關係のなしと

いふが如き別異の法律關係存在することを許さざるのみならず實母が縦令裁判外において子の主張事實を認めて争はざるものとすも之に基きて直に戸籍簿の訂正を求むるに由なく必ずや實母においても父と同様子が自己の嫡出子たる事の判決を受く

ることを要する次第なれば子が父のみを相手取りたる私生子認

知請求は失當なり

五三一 狂氣の母より知認の訴

問 甲、夫

乙、妻(氣狂)

甲は乙をめとり同棲三年一子を作りし時妻氣狂となりしかば實家へもどせり、然して甲は他より新妻を迎へまた子供を作る、乙は自分の生みし子供を見たさに甲の處へ行きし處後妻が實家へ戻りその後とて甲はその氣狂に乗じて性的關係す(後妻不在が一週間なりし由にてその間關係せる由)乙實家へ戻りし時より變になり一、二ヶ月後より身體に異常を生じしかばその姉が如何せしかと尋ねしとき乙は甲と關係せし事を口ばしり候、よりにて甲の知人が甲に問ひ候とき甲は自分は關係した然し事實生まれた子供が月と合て居れば認めると申しそのまゝとなり居りたり丁度十月目で子供を生む、甲に引取方を請求するも甲は應ぜず、乙は氣狂なりこの場合乙の姉は私生子認知の訴訟を起さんとす、この場合「氣狂でも先夫の私生子の認知訴訟出來得るやまた相當金員の請求出來得るや」その手段方法など詳しく御教へ願上候

答 一、私生子の認知は私生子より父に對して起すべく、その法定代理人よりも出訴し得るものとす、しかして法定代理人は狂人なりとせば禁治産の宣告を受け、その法定代理人より出訴するの途あり

また乙は甲の籍に居るものなりや、乙が實家に戻りとは甲乙協議離婚せるものなりやこの點不判明なり、若し乙は甲家に籍なしとせば最初より正式の結婚をなさざるものならん然らば先夫にあらず

三、また正式結婚せるも一時實家に戻り居るのみにて籍に異動なくば離婚せざるものとなる、若し然りとせば後に生れし子供は私生子にあらず甲の嫡子なり、私生子認知の問題を生ぜず

四、甲乙元々結婚せぬものらしく思はる、然らば前述の通り乙を禁治産者となし然る後その法定代理人を設けて右私生子の親權を行使したは私生子認知の法定代理權を行使して出訴せらるべし

五三二 私生子認知に反主張

(法學博士 穂積重遠氏評釋)

(事實) 應卯藏が木下「すみ」の私生子實夫を認知したので、實夫は卯藏の庶子としてその戸籍に入つて居る、所が實夫は「すみ」と茶谷龜藏との間の子で卯藏の子ではないのを虚偽の認知をしたといふので卯藏の妹應「ひで」から「實夫は應卯藏の庶子男にあらざることの確認を求む」の訴へを起した卯藏の死後だから實夫のみを相手方としたのである、第二審裁判所(廣島控訴院)はその主張を認めて認知無効の判決をしたそこで實夫から上告したのであるが、その理由の主要點は

「民法第八三四條に所謂利害關係人とは認知に付直接の利害關係を有する者の義にして間接に利害關係を有する者までも含む廣汎の意義を有するものにあらず、然るに原判決がひでが亡應卯藏の親族(ひでは卯藏の妹なるも同人と家を同じふせざりしものなり)なるの一事を以て直に、重大なる利害關係を有するものなりとし、本訴確認の請求をなす権利ありと判断せられたるは、法律に違背したる不法の裁判なり」といふのであつた

民法八三四條の利害關係人は認知者の親族總べての意に非ず時と場合に依り限定さるべきもの

しかし大審院はその論旨を是認せず、上告を棄却した

(判旨) 「民法第八三四條に所謂利害關係人中には本件の如き認知者の親族をも包含するものと解するに相當とす、蓋し此の如き親族は私生子の認知に依りその子との間に親族關係を生ずるに至るものなるを以て認知の有効なると無効なるとにより身分上重大なる利害を生ずるものなればなり」

(評釋) この判決は正當である上告人は三個の大審院判例を引用して居るが、判決理由にもいふ通りいづれも本件に適切でない、即ちその一は結局利害關係なきものは無効の主張をなし得ずといふのだから問題にならず他の二は法律關係の當事者でなくして無効確認の訴へを起し得ないといふのだが、それは何等の規定がない時の話で民法第八三四條の様な規定があれば、當事者以外の者でも無効確認の訴を起し得ることいふまでもない、問題は結局私生子認知無効の訴といふ制度の目的上それを提起し得る利害關係人の範圍を如何に解すべきかといふにあつて、本件の解釋として大審院のいふ所は至極適當であり、上

管理由のいふ様な直接間接の區別がなされべきでない、尤も本件は認知者の妹といふ位の親族が民法第八三四條の利害關係人だとの判例であつて、必ずしも認知者の親族がすべて然りといふのではない、判決理由にも前掲の通り「本件の如き親族」「此の如き親族」といつて居る、それ故判例集の「判決要旨」が

五三三 庶子届は取消出來ぬ

問 私の二男に妻を迎へ夫婦間の親しみ細かならず爲めに婚姻届も等閑にして居る内に所謂三百日内に男子を出生し、間もなく何にかに事寄せて妻は里方へ戻りしも、子供の入籍をなせば子供に引かされて歸るものと總てを曲げて出生子を庶子として届け出を爲したりされど妻は一度歸りたるも又直に出て行き一向に歸らうとせず意外にも先方から離縁談を持込んでこられ子供は漸くに里に出し生命を取止めた程にして言ひ甲斐なき不始末になり甚だ遺憾に堪へず此の子供を離籍せしめ先方へ返し費

「民法第八三四條の親族中には認知者の親族をも包含するものとす」となつて居るのは判例引用者を誤る虞がある「判決要旨」なるものは便利ではあるが危険であるから判例集編輯者の特別の注意を望む

一旦認知して届出を爲したる以上其が假りに誤りでも取消しは許されず母や子からの異議は別

問 用の賠償を請求する途は無きものに候哉説示を仰ぎ度候
答 一旦認知して庶子出生の届け出をしたる以上、之を取消す事を得ざる也、錯誤によりて爲したる場合でも認知の取消は許されざる也(民八三三條) 況んや事實上我子たる事明かなるに於ておや、子又は母は認知が誤りなる事を主張する場合は取消さしむる事出來る也(民八四四條) 唯本件は相當なる理由なくして婚約を破れる場合とせば多少の損害金を請求し得る事となるのみとす

五三四 認知と身分の取得期

法曹會決議(昭和二年一月二十七日)

第一章 民法 第十四節 認知、隠居の部

嫡出子の身分は認知の時よりなれど庶子の身分は出生時に遡りて效力を生ずることとなるもの

問 甲家戸主甲あり甲は乙家の乙女と大正十五年二月五日婚姻

せり、而して乙には其質家に私生子男丙（乙の私生子として出生届出に因り乙家に在籍せる大正十二年二月一日生れのもの）あり、甲は大正十五年三月五日妻乙の私生子丙を認知し甲の家に入らしめたり、此場合丙は甲の認知に依り其時より嫡出子たる身分を取得す

五三五 酌婦より私生子認知

女給や仲居でも他に男がなく其相手のみといふ立證をすれば私生子認知請求の訴訟を起す事が出来る

問 料理屋の仲居や女給とか云ふものが孕んだ場合に斯かる醜業的職業の婦人は相手の男に對して私生子認知の訴へを起してはものにならぬと云ふ者があるが如何に候也
答 立證は困難であるが理論としては苟くも婦女たる者が妊娠した場合に其關係ある男子に對して私生子認知を求めめるのは何等差支がないのである、之は藝妓娼妓と雖も何等異るところはないのである、唯醜業婦は多数の異性に接する故立證が困難不能と謂ふべきのみ、女給仲居の如きが他に男なく、其相手のみと云ふ證據を擧げて訴訟を起して呉れば認知訴訟となるのである

五三六 戸主父の認知と入籍

法曹會決議（大正十五年四月十二日）

問 他家にある私生子男（法定の推定家督相續人に非ず）を戸主なる父より在籍の儘認知届出ありたる場合に受理し差支なしと思料するも左の兩説あり何れを可とする哉
甲説、他家にある私生子を戸主たる父が在籍の儘認知したる場合と雖も民法第七百三十三條に依り被認知者は當然父の家に入るべきものにして、父は留籍の儘絕對に認知するを得ず、随つて本件の如き場合は何等入籍を拒まるる理由なければ認知されたる子は當然父の家に入るべきものなり

乙説、認知されたる子は民法第七百三十三條に依り父家に入るべきも同法第七百三十五條前段の制限あり随つて戸主の同意なかるべからず、本件の如き場合に於て譬へ認知者家族に非ずして戸主なりと雖も、入籍を拒絶して認知すべきことを本屆書に記載せし時は入籍を拒むことを得べく、随つて在籍の儘の認知何等差支なきものとす

本職の意見としては乙説を至當なりと解す、認知者戸主なるが故に子は當然父の家に入るべきものと解し難く、父たる戸主が入籍せしめんとするも家庭の事情許し難き事あり、將亦母に於て父の家に入らしむるを喜ばず、然して子の身分の利害關係重大なるを思ひ共に條件として本件の如き場合往々あり、果して甲説の如く戸主認知するときは父の家に入るを絶対條件とするときは子の將來を顧慮し母の家に在籍の儘認知すること不可能となり、將來父なき私生子の誹りを免る能はざる不幸の者多き現象を來すことあるべし

若し本件の如き場合甲説を可とする時は認知者戸主なるときは當然認知と共に入籍の意思伴ふべきものなる哉、將亦認知せんとする意思と入籍に對する意思表示とは別個のものとして考へて然る可き哉
然して非戸主戸主の場合に限らず本件の如き場合は共に民法第一章 民法 第十四節 認知、隱居の部

る身分を取得するは民法第八百三十六條第二項の規定上明瞭なるも、認知前丙は甲の庶子たる身分關係發生するや否や
決 丙は民法第八百三十二條に依り出生の時に遡りて庶子たる身分を取得す

等差支がないのである、之は藝妓娼妓と雖も何等異るところはないのである、唯醜業婦は多数の異性に接する故立證が困難不能と謂ふべきのみ、女給仲居の如きが他に男なく、其相手のみと云ふ證據を擧げて訴訟を起して呉れば認知訴訟となるのである

合と雖も民法第七百三十三條に依り被認知者は當然父の家に入るべきものにして、父は留籍の儘絕對に認知するを得ず、随つて本件の如き場合は何等入籍を拒まるる理由なければ認知されたる子は當然父の家に入るべきものなり
乙説、認知されたる子は民法第七百三十三條に依り父家に入るべきも同法第七百三十五條前段の制限あり随つて戸主の同意なかるべからず、本件の如き場合に於て譬へ認知者家族に非ずして戸主なりと雖も、入籍を拒絶して認知すべきことを本屆書に記載せし時は入籍を拒むことを得べく、随つて在籍の儘の認知何等差支なきものとす

七百三十五條の制限あるものと解す如何、右問題に關し貴會の御高教を相煩はし度此段照會及び候也

決 甲説を可とす、民法第七百三十三條一項によれば子は嫡出子たるも庶子たるを問はず出生により當然父の家に入るを原則とす、然れども家族の庶子は婚姻外に於て出生したるものにして戸主の毫も關知せざるところなれば民法は其の第七百三十五條第一項に於て例外を設け戸主の同意あるにあらざれば父の家に入ることを得ざるものと爲したり、従つて戸主の庶子に付いては右第七百三十五條第一項の適用なく右第七百三十三條第一項の本則により當然父の家に入るべく別に入籍の意思表示を要せず、又右第七百三十二條の規定は公益規定なるを以て戸主は認知を爲しながら其入籍を拒み得ざるものとす、而して母及戸主たる父が共に其子をして母の家籍にあらしむること欲する場合に於ては認知後養子縁組其他の方法により更に母の家籍に入らしむることを得べし

五三七 認知でも母對は私生子

法曹會決議(大正十四年四月二十二日)

問 女戸主あり、私生子男女二人を有す、其の女は父より認知届を爲しなり(父方の戸主入家同意をなさず)何れも母の家にある場合、女戸主の法定推定家督相續人は男女何れにありや
(備考)本件は大正十一年本村長より貴會の御決議を仰ぎ法曹記事三十二卷七號に決議文あるも決議文によるときは其の女は父より認知届をなさんとするも戸主の同意なきにより之を爲すを得ざるため母の家にあるときは女戸主の推定相續人は男なりと

母籍に私生男女二人あり女兒は認知せられたるも母對は私生故母の家督相續人は私生男兒なり

の事なり、然れども父より認知届を爲し居れば是に對し父の戸主が入家同意を爲さざる場合は母の家に止まるべきものなり、此の場合も大正元年九月十日民事第二五〇號民事局長回答の通母よりは私生子と稱すべきものなる故に男に相續權ありと思考するも大森區裁判所は女に相續權ありと云へり

決 認知せられたる子でも母より見れば依然私生子なるを以て本問の場合女戸主の法定推定家督相續人は男子なりとす

五三八 三百二十日の胎兒

二百日より三百日間の規定は普通の標準也三百二十日も學問上不能に非ず故に特證なくも認定可

大正十五年(オ)第四百四號

上告論旨第一點は原判決は理由に於て「控訴人法律上代理人橋野かれ子の供述によれば同人は大正八年五月三十一日(舊曆五月三日)頃月經を見たるのみにて爾後右分娩時迄月經を見ざりしこと明白なり、而して最終月經の第一日より分娩時迄三百

二十有餘日を存することは醫學上敢て不能のことにあらざるを以て、前記事實より推考するときは右かれこが右月經時の前後に於て他人と情交を爲したることを疑ふに足るべき事實の顯はれざる限り、控訴人は事實上被控訴人の子なりと認定するを相當とす、加之甲第二號證に依れば控訴人は母の胎内に於て其發

育普通の胎兒よりも可良なりしこと明かにして此の事實は益々以て右認定を確むるに足る可し云々」と判示し即ち胎兒が三百二十有餘日母體に在ることは醫學上敢て不能のことにあらざるを主たる理由として上告人を敗訴せしめたり、然りと雖も醫學上普通の場合に於ては胎兒は二百八十日間、母體に在るに依りて生るるものと看做され又常人間に於ても二百八十日間を普通と認識されつゝあるなり、民法第八百二十條が子の推定を定むるに當りて「婚姻成立の日」より二百日後又は婚姻の解消若は取消の日より三百日内に生れたる子は婚姻中に懐胎したるものと推定す」と規定するも亦此の普通の場合を標準とし其れに相當の猶豫日を置きて定めたるものなり夫れ法律上普通の社會事象を判斷するに當りては普通の智識を標準とし判決に於ても又公知の事實として特にそれが判斷の根據を證據又は鑑定の上に置くの要なしと雖も、普通の場合以外の特別場合の判斷を爲すには特にそれが判斷の根據を示さざる可からず、例へば本件に於て胎兒が二百八十日間母體にありたるの事實は世間普通に公知の事實なるを以て判決上別に根據を示すことなく其の判斷を爲すも妨げなしと雖も、三百二十有餘日間母體に在ることも醫學上敢て不能のことに非ずとの判斷を爲すには裁判所が醫學上

斯かる特別場合の存在することを認め得べき根據(證據又は鑑定の結果)を示さざるべからず、然らざるに於ては之裁判所が徒らに其の憶測を以て獨斷的の認定を爲したる諱りを免るゝ能はず本件に於て原審が單に「最終月經の第一日より分娩時迄三百二十有餘日を存する事は醫學上敢て不能のことに非ず云々」とのみ云ふに止め斯る醫學上の意見を裁判所は何によりて認むるに至りしかの證據を示さざるは世間公知の事實にもあらざる特別事實を無證據に獨斷的に判斷せしこと、爲りて判決理由の不備と爲り結局裁判に理由を附せざることに歸着するなりと云ふにあり、然れども凡そ學問上不能に非ざる事實を裁判所が然く認定するには其の事實が普通の場合たるも特別の場合たるもを問はず敢て證據を示すことを要するものに非ず而して母の最終月經の第一日より分娩時迄三百二十有餘日を存することは醫學上敢て不能のことに非ざることは顯著なる事實なるが故に原院が此の事實を認むるに證據を示さざりしは理由の不備に非ず

(惡法は法に非ず・國民法律社)

五三九 高齢でも隠居強制出来ぬ

問 老父八十五歳にして長男たる拙者（六十二歳）には数人の孫乃ち老父たる現戸主としては大きな彦まである自分なるに拘らず、父は未だに隠居せずして一家を支配し居れり、小生の弟等は數十年前何れも分家して財産を貰ひ今は町でも大ハバキとなり居るに、長男たる許りに小生は未だに自分名義の財産とてなく、總て老父の監督の下に在り、何かにつけて不都合のと感ずる場合多し、隠居さして小生戸主となる手續之れなきものなるや、隠居は九十になつても百になつても當人承諾せぬ時已むを得ぬものなるや、小生勝手に手續して老父の印を押して届けたら下りなるか伺ひ候也

答 幾ら親子の間でも父の印を無断押捺して隠居届すれば文書偽造罪として罰せらるゝのみならず隠居は無効のものとして抹消さるべし、親子間窃盜、詐欺權領の如き財産取得罪は無罪と

五四〇 隠居者が其の財産の贈與法

問 隠居者甲が内縁の妻乙に先ちて死亡したる時は隠居者の所有

八十餘で隠居せず六十餘にして親が、親子間詐欺や横領は無罪なれど冒判は容赦相成らず
さるゝけれど文書偽造の如き、犯罪は斷じて赦さるるものに非ず六十以上で尙非戸主で親が、よりは多少不便の場合もあらんされど、八十餘りになりても尙元氣で一家の爲め我子や孫等の爲めに勞苦せらるゝ身上は此上もなき幸福と思はざる可らず、世上エライ方々には七十、八十、九十、杯で壯者も及ばぬ程の活動家あり、人生五十、アト樂隠居杯云ふ事は昔の言、近頃では四五十は腕白盛り、男盛りは七八十など云ふ諺さへある位、マ！老父の意氣ある限り活動し貰ふ事に我慢さるゝが良い、隠居などさすれば却て氣が緩み死を早めること多きものとす、若し萬一双方とも是非戸主たる地位を欲すとのことなら、老父に隠居を求め貴殿戸主となりし後、老父を分籍すれば二人の戸主となるべし、隠居は強制權なし右以外方法なし

物は親族の者の支配に歸しあとに残りたる内縁の妻乙は一物も

得ざる故隠居者甲の所有物中よりその死亡後に世話料として乙に與ふる定めを隠居者の生存の中にあらかじめ定め置かんとす何か供託のやうな事をいたし置き甲の死亡後乙が直ちに自己の所得となし得る様な遺言によらざる簡單なる方法は之無く候や何とぞ御教示願ひ上候

答 隠居者がその財産を某婦人に贈與せんとするに四法あり、第一法は生前において處分すること即ち目的物の所有權をその婦人に贈與により移轉し置くこと、而して占有使用の權は生前隠居者に留保すること、第二法はその目的物をば隠居者の生前において隠居者が死亡せばその婦人に贈與すべしといふ死後處

五四一 女戸主が隠居したい

問 女戸主 甲 七十五歳
養子(男) 乙 十七歳

右女戸主(甲)に於て老年なるを以て爾後家政を執ること能はずして隠居仕度然るに民法第七五二條には完全の能力を有する家督相續人が相續の單純承認をなすことあり(乙)は未成年者なるが隠居出来得るものに候や然し未成年者なるが故に完全の能力者と云ふことを得ず單純承認するの資格なしとせば女戸主の

分をなすこと(民法第五五四條)之は遺言による贈與即ち遺贈とは異なる
第三法は供託の方法である即ち隠居者はその婦人に提供するも婦人は受領を拒むといふ形式にして隠居者から辨濟供託をなすこと(民法第四九四條、供託法第五乃至七條)
第四法は、隠居者が誰か腹心の者に目的物を寄託しその者よりその婦人に對して右の寄託物を給付することの契約をなさしめその婦人よりは隠居者が死亡したるとき之を受取るべき旨の意思表示をなさしむることとなり(民法第五三七條乃至第五三九條)
隠居をなすに良策なきや御教示を御願致候
民法第七五五條に依れば女戸主は年齢に拘らず隠居をなすことを得と有り故に養子(乙)を離縁し以て他家の(乙)を家督相續人に指定届を爲し隠居届を村役場にせば隠居が出来得るにあらずや判例等あらば判例を示し御教示を御願致候
答 一、女戸主は年齢に拘らず隠居をなすことができます(民法第七五五條)併し家督相續人が完全な能力者でないといふ其の儘

では駄目であります裁判所の許可を要します
 二、本件は相続人たる養子が未成年者であるから民法第七五二條第二號の完全なる能力者ではないのでたとひ單純承認をしたとてだめでありますから裁判所に許可をして貰はねば隱居は出來ません

三、裁判所手續のしかたは、國民法律昭和六年四月號第十五頁「女戸主を嫁に貰ふ法」の題下に書式を示してありますから御覽になつて下さい貴地に代書人が居なければ本社で書いて上げま

五四二 違式の隱居でも有效

(博士 穂積重遠氏判例批評)

民七五三條、七五八條、戶籍法一六五條(大正一四(オ)四五二號一四、一二、八民二、集四卷十二號六九九頁)

(判旨) 裁判所の許可を得て隱居を爲したる場合に於て、該裁判所の許可が取消されるときは、裁判所の許可なかりしと同様に歸着するを以て、右隱居は始めより裁判所の許可を得ずして爲したる隱居と均しく、單に民法第七五八條の規定に従ひ取消し得べきものにして、右隱居の取消が判決により確定せざる

すから女戸主の戶籍謄本を送つて下さい

四、さもなくば貴見の通り、現養子を離縁して完全の能力ある養子を別に貰つて其の單純承認を受けて(裁判所の許可は不用です)隱居届を出せばよろしい

五、又現養子の満二十歳になるのを待つて其の單純承認を得て隱居するも一法であります併し之は三年以上待たねばなりませんから其邊をよくよく御考慮になることです 以上

許可を得て隱居届した後許可が取消されても隱居取消の判決確定なき限り該隱居は有效たる也

限り、隱居は依然として有効なるものと解するを相當とす、而して右隱居にして、有効なる以上は、右隱居届出に依りて爲したる戶籍の記載は適法にして之が戶籍の訂正は許すべからざるものとす、何となれば、届出に依り効力を生ずべき行爲に付戶籍の記載を爲したる後其の行爲の無効なることを發見したるときは戶籍の訂正を申請し得べきこと、戶籍法第一六五條に依り明かなるを以て、右規定に依り戶籍の訂正を申請し得べき場合は其の行爲の無効なる場合に於て其の行爲にして有効なるに於

ては戶籍の訂正を許すべからざること、論を俟たざる所なればなり、然らば本件に於て上告人先代の爲したる隱居は確定判決に依りて取消されたる後に非ざれば之が戶籍の訂正を申請することを得ざる筋合にして、従つて本件隱居の許可取消の裁判に基き上告人より戶籍訂正の申請を爲したる結果、所轄町長に於て之を受理し戶籍の訂正を爲したる事實ありとするも、之によりて既に適法に爲されたる隱居の效力を滅却せしむるに由なきを以て、此點に於ても原判決は正當なり

(評釋) 此判旨は正當である、問題の隱居は裁判所の許可と云ふ要件を缺くことになつたのであるから、判決理由中に云ふ様に「純然たる理論より之を見れば無効とすべきが如しと雖も、隱居の如く身分財産上に重大なる關係を及ぼすものにおいて後日に至り之を無効なりとするときは其の影響する所甚大なる實際の事情に鑑み短期の除斥期間を定め其期間内に限り裁判上之を取消し得べきものと爲した」のであつて、隱居届出の日か

ら三ヶ月内に取消しの請求がなかつたため要件を缺く隱居も有效と確定してしまつたのだから戶籍法第一六五條による戶籍訂正が行はるべきでなく、もし誤つて戶籍が書直されても、それによつて當事者の身分關係は復舊しないのである、而して又ただ解釋上だけでなく、第三者の保護の立法趣旨からも、そう取扱うのが適當だと云ふことが、本件の事實には見える様である、ただ上告理由が大正六年三月二九日の大審院判決(民録五〇八七)を引用したのに對し、判決理由は「援用の當院判例は本件の場合に適切ならず」と云つて居るが、果してどうであらうか、此事件は民法第七五二條第二號の要件を缺く隱居を第七五八條による取消しを待たずして無効と取扱ひ、戶籍の訂正を是認したのであるから、今回の判決とは正反對であり、上告論旨が先例として引用するには頗る有力であるが、しかし私は此先例を據したものとて今回の判旨に賛成するのであつて、従つて本件は民事聯合部にかへべきではなかつたらうかと思ふ

五四三 隱居届と連署の代表

隱居届に署名する相続人の行爲は同意行爲に非ず故に利害相反行爲として特別代理の選定不要

大正十五年(オ)第千四百四十一號

民法第七百五十七條に於て隱居届者及其の家督相続人より之を

爲すことを要すと規定したる所以は既に民法第七百五十二條第七百五十三條に定めたる要件を具備すと雖も隠居は人の身分上及財産上に付重大なる効果を生ずるものなるを以て隠居者の意思の確實を保證せんとするに出でたるものと解すべきものとす、而して民法第七百五十九條に於て相続人が無能力なるときは相続の承認若くは拋棄を爲すべき期間を法定代理人が無能力者の爲に相続の開始ありたることを知りたるときより起算すべきことを定めたる趣旨を同法第七百五十二條第七百五十三條の規定に對照して之を觀れば、第七百五十七條の規定に依りて爲すべき家督相続人の届出は其の法定代理人が家督相続人の爲にすることを表示して之を爲すも無効に非ざるものと解するを相當とす、然り而して民法第八百八十八條に依れば親權を行ふ父又は母と其の未成年の子と利益相反する行爲に就ては特別代理人を選任して其の子を代表せしむべきものなれども、同

五四四 家族より隠居無効訴

大正十五年(オ)第二百八十四號
 隠居無効の訴へは隠居及家督相続人に非ざる者と雖も利害關係

家族も身分上間接にせよ利害關係を有するを以て隠居無効權並に假處分請求權あり

を有するものは之を提起し得べきことは人事訴訟手續法第三十六條第三項に依り推知し得べし、而して隠居無効の訴へが勝訴

に歸したるときは隠居に因る戸主權の喪失を來さざるは勿論家督相續開始せずして留保財産は依然從前の戸主の所有に屬すること論を俟たざるを以て、戸主の親族にして家族たる者は音に身分關係のみならず假令間接なりとも財産關係に於て隠居の無効に付法律上書關係を有するものと謂ふ可し従つて無効の隠居に因り戸主所有の不動産が其の家督相続人と稱する者の所有名義に登録せられ該名義者に於て不法に其の不動産を處分し又は處分する虞れある以上は、戸主の親族たる家族に於て如上の利害關係に基き隠居無効の訴へを提起すると共に財産保全の爲假處分に依り裁判上の救済を求め得ざる可からず、本件に於て原院の採用せる乙第三號證に依れば上告人は片山家の家女にし

五四五 隠居と胎兒の相續權

大正十四年(オ)第二百六十九號

戸主が隠居を爲すには隠居者及其の家督相続人より之を戸籍吏たる市町村長に届出づるに因りて其の效力を生ずることは民法第七百五十七條に規定する所なるを以て、若し隠居届出に表示せる家督相続人が正當なる家督相続人に非ざるときは該隠居は

胎兒は相續に就ては出生兒と見做さるる故懷妊中相續人を指定して隠居は無効但し相續回復に非ず

當然無効なるべきこと當院の判例とする所なり(大正七年(オ)第五百四十五號同年十月二十一日當院判決參照)、本件に於て原審の確定して事實に依れば本件隠居届出當時隱居者居千鶴子に上告人を懷胎し居りたるに、被上告人を家督相続人に指定し被上告人に於て相續の單純承認を爲し千鶴子及被上告人より隠

居届出を爲したる後上告人出生したるものとす、然らば上告人は民法第九百六十八條に依り右隠居に基く家督相續開始當時出生したるものと看做さるゝ結果として千鶴子の隠居相出の當時即ち家督相續開始の當時の家督相續人は上告人にして被上告人に非ざりしものと謂はざるべからず、従つて本件の隠居届出に表示せる家督相續人は正當なる家督相續人に非ざりしことに歸着し其の届出は當然無効たるを免れず、故に家督相續は未だ開始せられざるものと謂はざるを得ず、而して家督相續の回復請求に付いては家督相續の開始したることを要するは勿論にして、右の如く相續開始すべきものに非ざる以上上告人の本件請求の失當なること明確なるを以て、原審が上告人の請求を排斥したるは結局正當にして論旨は總て其の理由なきものとす

(隠居と入夫忘るな留保・國民法律社)

第十五節 戸籍の部

五四六 相續人から戸籍訂正

司法省回答(大正十五年十月十二日)

問 前戸主が戸籍訂正の許可を得之が訂正申請に先立ち死亡し新戸主家督相續届後戸籍を訂正せむとするに方り之れが手續に付き左の三説あり何れが可なるや

甲、現戸主よりの戸籍訂正許可の謄本を添附して除籍訂正申請を爲さしめ之に基き村長より裁判所の許可を得て戸籍簿訂正の手續をなす

乙、現戸主より前の戸籍訂正許可の謄本を添附せしめて除籍及

前戸主が戸籍訂正の許可を受けある時は現戸主に於て直ちに之を添付して訂正の申請可能とす

戸籍訂正申請書を提出せしむ

丙、現戸主より新に除籍並に戸籍訂正許可申請の手續をなさむ

答 本年十月十二日附戸第二二二號稟伺の件現戸主よりの前の戸籍訂正の決定謄本を添へ申請ありたるときは受理したる上之に基き直に戸籍及除籍の訂正を爲すことを得る儀と思考致し候此段及回答候也

五四七 双兒の先後を訂正届

法曹會決議(昭和二年五月二十六日)

問 双生兒出生届の際誤りて長男を二男として届出でたるもの

長男次男を誤つて届けた場合でも之が訂正は相續權に影響を及ぼす事柄故判決でなければ不能

あり今之が長男を二男と二男を長男と訂正せんとす

右は戸籍法第六十四條に依るべきや將訂正の結果相續順位等

に重大なる影響を及ぼすものなれば確定判決に依らざるべからざるや

右貴會の決議を乞ふ

決 戸籍法第六十四條による戸籍訂正の申請は其訂正すべき

五四八 改名の許可済と未届

法曹會決議(大正十五年五月十七日)

問 改名に關し郡長の許可を得たるものが意思變更し舊名の儘維持せんとて戸籍法第五十三條の届出を爲さざるにより、同法第六十四條第一、二項に依り催告を爲したるものに應ぜざる場合、市町村長は同條第三項の規定に依り職權を以て戸籍の記載を爲し然る可きや

許可ありたる時は必ず届出を要するものとす中止は許されず市町村長は職權でも變更し得べし

右貴會の決議相仰ぎ候也

決 貴見の通り取扱ふべきものとす

蓋し戸籍法第五十三條には氏名變更の届出は許可の日より十自内之を爲すことを要すと在りて、同條の趣旨が氏名變更の届出を以て既生の事實に關するものとなしたるや明かなりとす従つて戸籍法の解釋上前示の如く取扱ふべきものとす

五四九 戸籍届は實印外でも可

法曹會決議(大正十五年五月十七日)

問 戸籍法第四十七條に届書はに届出人之に署名捺印することを要すとあり、訓令通牒第一六三一六届書の捺印は實印を押捺

成る可く實印を押捺せしむるを可とすれど規定上は三文判でも認印でも拒絶するを得ざるなり

あるも、若し形抜印(三文判)のみ押捺したるものは受理せざるも可なる乎

決 「三文判」を押捺したる届書と雖も之が受理を拒むことを得

ず、同合面の民刑局長回答は戸籍法に依る届出には成る可く實

印を押捺せしむべしとの主旨なり

五五〇 判決で戸籍の訂正

法曹會決議(大正十四年四月廿二日)

問 戸籍法第六十四條の規定による戸籍訂正の申請は其訂正すべき事項が輕微にして親族法若くは相續法上何等の影響を及ぼすべき虞れなき場合に限り認許せらるゝものとすとの大正五年四月十九日大審院第三民事部決定の判例の次第も之有候處、今甲戸主の子(二男)を乙戸主の子として乙より出生届を爲し其子(本年二十四歳)乙の法定の推定家督相續人なる場合(乙に實

一方の跡取りの如き重要な影響ある者は届出錯誤なりとして單なる戸籍訂正許可申請では不可能

子一人もなし)戸籍法第六十四條の規定によりて戸籍の訂正を爲すことを得ざるや

御高示を乞ふ

決 本問の場合にあつては錯誤は戸籍面上明かならざるのみならず其戸籍の訂正は親子關係及相續權に重大の影響を及ぼすを以て訂正の申請は戸籍法第六十七條の確定判決に基き爲さるべきものとす

五五一 改名でなく戸籍訂正

法曹會決議(昭和二年二月二十四日)

問 一、出生子の名を芳男と命名し其出生届出を他人に依頼せしに依頼を受けたる者義雄と届書に記載せしより字體に錯誤を生じたるときは戸籍訂正の手續に依り字體を改むることを得べきや(平素芳男を通用す)

芳男を義雄と誤つて届けた場合の如きは改名の許可を仰ぐべきに非ずして戸籍訂正により變更

二、出生子の名を忠男と命名し從來タダナと呼び居たる處其出生届を他人に依頼せし爲め何等關係なき太郎と届書に記載せしより戸籍面も亦太郎とあり此場合通稱のタダナと合致せしむる忠男とするには戸籍訂正の手續に依ることを得るや

右類似の例少からず行政官廳の許可に依るものなるや戸籍訂正

の手續にて可なりや御示教を仰ぐ
決 案件の如き事實なりとせば戸籍訂正の手續によるべきもの

五五二 庶子と嫡子で届異る

婚姻後二百日内の出生兒に付父母が戸籍法八三
條後段の届した時は戸主の同意なく父家に入る

法曹會決議

問 婚姻後二百日以内の出生子を家族たる父母より戸籍法第八
十三條後段の規定に依り嫡出子として届出づる場合の父家に付
戸主の同意を要するや否やに關し曩に法曹記事第廿八卷第十二
號横手區裁判所根本新三氏の質疑に對して戸主の同意を要せざ
る旨決議せられたるで法曹記事第三十二卷六號三十ペーザ愛媛縣
西持和郡眞元村役場楠輔氏の質疑に對しては反之戸主の同意を
要する旨を示され更に法曹會雜誌第三卷四號八七ペーザ東京府
硫黃島青木千藏氏の質疑に對しては民法七百三十五條第一項に
は家族が庶子又は私生子をその家に入るに依り戸主の同意を得
る事を要する旨規定せるも嫡出子の入家に付てはその規定なき
を以て戸籍法第八十三條後段の規定に依る嫡出子出生の届出を
なすときは戸主の同意を要せざる旨を決議せられこの決議はそ
の變更せられたることなきも余は左の理由に依りこの場合にお

とす

いてもなほ戸主の同意を要するものとの見解を講ひしかれるな
以てなほ一應貴會の御教示を乞ふ次第なり

惟ふに民法第七百三十五條第一項に所謂庶子または私生子と
は同法第八百二十條第一二項の法律上の推定を受くべき嫡出子
を除外するのみにして戸籍法第八十三條後段及び民法第八百三
十六條第二項の規定により嫡出子たる身分を取得したるもの、
如きはこれを除外したるものにあらず蓋し婚姻後二百日以内に
出生したる子は元來私生子にして只父母が婚姻中嫡出子生産の
届出をなすによりて認知の效力を生じ嫡出子たる身分を取得す
るものなるもしかもその嫡出子たる身分の取得はその出生届出
の時に在りてその效力は出生の時にさかのぼらず故にその届出
前の身分は民法第八百二十七條及び第八百三十二條の規定に依
り庶子たるに過ぎずしかして子の入るべき家を定むるに當りて
その出生當時の身分即ち庶子たる關係においてこれを決せざる

べからず故に本件の場合においては子は家族たる父の庶子たる
關係において父の戸主の家に入るべき筋合なるを以て民法第七
百三十五條の規定に依りその同意を要するものと解せらる
決 本件の場合においては民法第八百三十六條第二項戸籍法第

八十三條により嫡出子出生の届出をなし嫡出子として入籍する
ものなれば同法第七百三十五條はその適用なきものと解すべき
ものとす

五五三 他家相續人の直卑入籍

選定で他家相續人と爲つた者も意思能力なき
自己の直系卑屬を實家より入籍する事を得

法曹會決議(昭和三年六月七日)

問 選定に依り他家の家督相續人となりたるものか意思能力な
き自己の直系卑屬を實家より引取入籍せしめんとす差支なきや
從來の取扱ひ例よりすれば民法第七百三十七條の場合に入籍者
の意思能力あるを要し同法第七百三十八條の場合に入籍者
も婚姻または養子縁組の場合のみに局限せらるるを以て全然
入籍の途なきが如きも既に父母が他家に入りたる以上はその原

因如何に拘らずその子もまたこれに入籍せしめ得ることなき
れば不便宜からざるのみならず、これを制限する必要ありと
も解せられざるに依り本問の如き場合においても右婚姻等の場
合に準じ入籍せしむるも差支なかるべしと信す
決 選定に依り他家の家督相續人となりたる者は第七百三十八
條の精神に則り意思能力なき自己の直系卑屬を實家より引取り
入籍する事を得

五五四 無能力無籍者の就籍

就籍の本義に則り無籍者が無能力者なる場合は
其法定代理人若くは縁故者より之を爲し得る也

法曹會決議(昭和三年二月二日)

問 無籍者と雖も意思能力なき者は就籍の道なきや否やに付左

の兩説あり何れを可とするや

甲説 本人以外の者は就籍許可の申請をなす能はざるを以て、

本問の場合には如何なる手續きによるも就籍の途なし
乙説 就籍許可の申請は本人よりするを本則とするも本問の如
き場合においては、その法定代理人または親族に相當する者若
しくは利害關係人等より申請する事を得ざる可らず、若し甲説
に従ふとせば生理的意思無能力者の如きは終生無籍者たるの外

五五五 内鮮間の入除籍

婚姻認知等の入除籍は可なれど單なる分家轉籍
等は許されざる也尙鮮人の内地養子は可反對否

法曹會決議(大正十四年九月二十八日)

問 共通法第三條施行の結果

(イ) 内地人と朝鮮人との間に於て婚姻、養子縁組、認知等
に因り相互に入除籍を爲すことを得る哉

(ロ) 分家、轉籍、就籍、一家創立廢絶家再興等に依り内、
鮮相互間に入籍を轉じ又は家籍を定むることを得る哉
以上何れも法令の根據を示して明確なる御回示を乞ふ

決 (イ) 婚姻及認知に付いては見解の通り、養子縁組に付いて
は朝鮮人は日本人の養子と爲ることを得るも日本人は朝鮮人の
養子と爲ることを得ざる舊慣存するを以て、朝鮮人が日本人の
養子と爲る場合に限り見解の通り但右の問題は一概に決定する

なき不都合あり

決 本籍を有せざる者なる場合に於ては、就籍の本義に鑑みそ
の法定の代理人若しくは縁故者より就籍手續をなし得べくその
他の者よりはこれをなし得ざるものと解するを相當す

ことを得ず具體的事案に付いて問合せあるに非ざれば明確な
る回答を爲すことを得ず

(朝鮮戸籍令には内鮮人間の婚姻に付いてのみ入除籍の手續を
定むれども認知、養子縁組等にも類推せらるべき主旨なりと
す)

(ロ) 消極に解すべきものとす

(共通法第三條は入除籍の手續に依る内鮮人間の家籍の異動を
規定したるものとす、而して其他の場合に付いては内地及内地
に非ざる地域に付き吾法制の採れる主義に鑑み内鮮人間の家籍
の混同は之を許容せざるものと解せざる可からず
(参照)

朝鮮總督府發行慣習調査報告書

第三百三十七 養子縁組の要件如何(同上三一九頁)

養子と爲すことを得る者は養親となる者と同列に在る男系の血
族たる男子の子にして且男子なることを要す例へば同父兄弟の
子(男)其他男系の血統たる従兄弟、再従兄弟、三従兄弟、四従

五五六 廢家届に必ず入籍届

他へ入籍届の手續完了せぬ内は廢家届の效力を
生ぜぬものとして取扱はねば不都合を生ずる也

法曹會決議(大正十四年二月十八日)

問 廢家届は後日入籍届ありて始めて其の效力發生すべきもの
を思考す、若し他家に入るを得ずして入籍の手續を爲さざると
きは其の廢家は自然消滅すべきや、然りとせば消滅期間及戸籍
登記記載如何にすべきや

一、其の效力は全然無効なり故に自然消滅すべきは勿論にし
て期間もなく戸籍訂正申請を俟つて戸籍の記載事項を抹消すべ
く申請なき場合は市長村長職權抹消すべきものなり

二、入籍届に依り始めて其の效力を發生すべきは勿論なる
も、民事局長の回答の趣旨に依れば所謂廢家の行爲 (一)廢家
届(二) 入籍届との二種の行爲に別たれ、廢家届に依り(一)の

兄弟の子(男)の如し是れ一は男系の血統を以て親族の基礎とし
其斷絶を防ぐ趣旨に出でたるものにして同列に在る者の子なる
ことを必要とするは父子の序を紊さざるがためなり(同上三二
一頁)

效力を完了すべきものにして(二)の入籍届なき爲め其の全效力
を無効となすは不可なり、従つて戸籍訂正を俟つて登記記載を
抹消すべきにあらず、職權抹消の如きは適用上甚だ妥當ならざ
る事なり、然して其の效力期間に廢家届主が死亡又は隱居等に
依り戸主權を喪失したる時に於て消滅すべきものなり、之れ廢
家届主が戸主權の拋棄は其の戸主自身の行爲なればなり、依て其
の失効したる場合即ち戸主權を喪失したる時に於て其の原因た
る死亡隱居等の届出に基き市町村長は職權を以て登記事項を抹
消すべきものなり

決 廢家を爲したる者は必ず他家に入らるべく他家に入ること
を得ざる者は廢家を爲すことを得ざるを以て廢家届を爲すときは

必ず入籍届を爲すことを要す、尤も此の二個の届出は必ずしも同時に之を爲すことを要せざれども廢家届は入籍届ありたる時に於て始めて效力を生ずるものとす、故に廢家届あるも未だ入籍届あらざる間は之を受理することを得ず、誤つて之を受理し

五五七 永年不在者の妻の出生兒

法曹會決議(昭和七年五月四日)

問 十数年前より所在不明なる甲男の妻が他の男乙との間に内縁を結び子女を出生し其の出産届に關し甲乙二説あり何れを可とするや

甲説 乙より自己の子として出生届を爲し乙の戸籍に入籍するに何等差支なきのみならず寧當然にして事實自己の子なるに拘らず所在不明の甲の子として届出を爲すが如きは刑法の虚偽の申告を爲し公務員をして公簿に虚偽の記載を爲さしむるに該當するものとす

乙説 假令出生子が甲の子に非ずと雖苟も婚姻中の子なる以上甲の子として届出を爲すべきものなり甲は後日嫡出子否認の訴を提起し得るを以て一旦は甲の嫡出子として母より出生の届出

戸籍の記載を爲したるときは市町村長は戸籍法第三十九条に依り其の旨を本人に通知し戸籍訂正の申請を待つて其の記載を抹消すべく、申請なきときは職権を以て戸籍の記載を抹消すべきものとす

其内縁男の庶子として届くべきに非ず一應嫡出子届で後否認訴提起の事

を爲すべきものなり

決 本問の場合に於ては子は民法第八百二十條に依り夫の子と推定せられ夫のみ之が否認を爲し得るものなれば乙説を可とす(民法第八百二十二條第八百二十三條人事訴訟手續法第二十八條第二十九條參照)

(倫理を離れて法律なし・國民法律社)

五五八 未亡人の脱籍二様

離婚は當然實家に復籍すれど夫死亡後離婚と云ふことなし單に實家復籍は双方戸主の同意必要再婚又は養女脱籍は戸主に無斷可

問 親権者たる未亡人(財産管理權を辭退し後見人を選任し在り)實家に復籍し度き場合何等かの手續を要しますか

1 貴社發行法律實地問題解答集(第六戸籍之部一六〇頁司法省回答)に於ては利益相反の行爲として特別代理人の選任を必要とせられます

2 雜誌國民法律第十六卷三月號十九頁解答末尾に於て「……勝手に他に再嫁すること自由也親族會等の承諾なくも他へ入籍出来る也」とあつて實家復籍の場合必ずしも特別代理人の必要はなきように解されます

(い) 就ては頭書質問の事例に於ては親族會の招集に依り特別代理人の選任を求むることを必要としよすか

(ろ) 或は必要なく未亡人單獨にて離籍の手續ができますか
(は) 財産管理の責任のみを有する現在の後見人の同意は無意義だとおもひますが如何ですか

答 特別代理人を必要とす
對照されたる雜誌記事の場合其母親が勝手に他へ婚嫁してA

籍する事出来ること云ふ事を記述したるもの也、乃ち單純の入籍

(親族入籍、母親が實家に入籍は親族入籍也、離婚の場合復籍也、故に實家戸主の調印必要なし、當然復籍すべし、親族入籍は双方戸主の調印絶對的に必要なり、一方で不同意では出来ぬ)は戸主の同意絶對要件なれど、婚姻又は養子縁組の如きは他の條件さへ具備すれば戸主の同意がなくも出来る也乃ち此の如きは重大行爲故戸主の同意如何に依り不成立を來さす事は酷なれば也、其代り戸主に無斷で婚嫁脱籍すれば離婚の場合戸主は復籍を拒む事を得るものとす(民七五〇條、一項二項七七六條但書參照)

(法は天下の大綱、一日も弛ふすべからず・徂徠)

五五九 孫を證明して相續届

戸籍上嫡孫たること不明なれど事實を證明して
抗告裁判で相續人届を受理差支なしと命せらる

司法省回答(大正十四年九月二十六日)

問 當管内中之餘町に左の如き戸籍あり、戸主福田元吉大正十四年五月二日死亡したるにより其の孫豊三郎より過般家督相續届出ありたるも孫豊三郎は父次郎母タミの婚姻前即ち明治三十年五月三十一日前出生したるものにして戸籍面上嫡出子と認むるを得ず假に市次郎及びタミが豊三郎出生前より事實上婚姻を存續し居り其間に出生したるものなりとするも市町村長に於ては果して然るや否や戸籍面上不明にして且現行法上斯の如き場合に市町村長に於て事實上の調査の途之無きを以て先づ裁判上之を確定せしむべく右豊三郎を戸籍面上より見るときは相續人にあらずとし右豊三郎よりの家督相續届不受理の處分を爲したる事件あり然るところ右豊三郎より該處分に對し管轄區裁判所に抗告を爲し該抗告裁判所に於て證人等訊問の結果右豊三郎は結局事實上市次郎及びタミの婚姻中出生したるものにして嫡出子なれば適法の相續人なりとの理由の下に右家督相續届を受理すべき旨命ぜられたり

右の如き場合前戸主の事項欄及び新戸籍中の戸主の事項欄に爲すべき戸籍記載は左の如き振合にて然るべきや

一、年月日何某家督相續届出年月日附何區裁判所の抗告裁判により年月日本戸籍を抹消す

一、年月日前戸主某死亡により家督相續年月日届出年月日附何區裁判所の抗告裁判により年月日受附

決 第一項戸籍は左の例に依り記載すべし

一、大正何年何月何日前戸主某死亡に因り家督相續年月日届出右不受理に對する抗告に付き大正何年何月何日附區裁判所の裁判に基き同月何日受付

一、大正何年何月何日何某の家督相續届出右不受理に對する抗告に付き大正何年何月何日附何區裁判所の裁判に基き同月何日受付を爲したるに因り本戸籍を抹消す

五六〇 戸主不明でも結婚届

婚姻に戸主の連印は絶対要件に非ざる故戸主未
定不明中と雖も強て提出する婚姻届は受理さる

法曹會決議

問 第一、父母共に死亡し若くは家を去り且つ後見人もなき未成年戸主の家族にして男三十歳、女二十五歳以上の者が婚姻に依り他家に入らんと欲する場合は、未成年戸主に代るべき親族會の同意を得るか或は未成年戸主の後見人を選任の上是れが同意を得て婚姻の届出を爲すべきものと認むるも是等の手續を履行せず戸主の同意を缺き強て届出の場合其儘受理し差支なしと唱ふる者あり、其の論據は民法第七百四十一條第二項及同法第七百五十條第二項の制裁を甘受する覺悟を以て届出を爲すものなるに付き民法第七百七十六條但書に依り受理するを相當なりとするに在り、然れども民法第七百七十六條但書の規定は成年以上の戸主なる場合と見るが穩當なるべく未成年戸主に對しては其の親權者若くは後見人又は親族會の同意を経るを原則とし是等の戸主權行使機關が同意を與へざる場合に於て法定の制裁を覺悟し其の婚姻を爲さんと欲するに於て始めて民法第七百七十六條但書の規定を適用し之れを受理すべきものと思ふ

從つて本問未成年戸主にして家族の婚姻に可否を決するの能力なきを前提とし前記の順序を履まざる届出は之を受理せざるを適當と認むるも反對説(其儘受理差支なしとの説)ある爲め民法の本旨に付き疑義を生ず

第二、弟夫妻及養子を有する戸主あり、弟夫妻が養子男を爲したる後弟死亡す、而して其の遺妻は養子と婚姻す、此の場合の養子男は戸主と新に親族關係を生ぜざるや、若し生ずとせば戸主との續柄は如何に記載すべきや、又此の場合甥と記載ある額書は孫と訂正すべきものなるや、又は民法第七百二十七條の規定上祖父孫の關係を生ぜざるに付き孫と訂正するの要なきや
決 第一、民法第七百七十六條但書の規定は家族の婚姻に關する戸主の同意權は一家統率の必要に出づるものにして其同意なき場合に於ては戸主は復籍拒絶權離籍權を有するものなれば其同意なきの故を以て婚姻の不成立を來さしめざるを相當なりとし家族に於て右不同意の制裁を甘受せんとする場合には、其同意なきも婚姻を成立せしめんとする趣旨に外ならざるを以て右

但書の規定は家族が婚姻を爲すに付戸主若くは戸主権代行者に其の同意を求めざりし場合なると之を求めて同意を得ざりし場合なると、戸主が事實上若くは法律上戸主権を行使し得ず而も其代行者あらざる場合なるとを問はず、苟くも戸主の同意を得ざりし總ての場合を包含するものと解するを相當とす、従つて本問の如き場合に於ても一應注意を爲し尙當事者が婚姻の届出を爲さんと欲するときは之を受理すべきものとす

第二、繼父母と繼子との間に於ては親子間に於けると同一の

五六一 必要的離婚の届方

夫婦とも養子で妻が離縁で養家を去る時夫が爲さざる可らざる離縁又は離婚届は夫の單獨届也

決 提案者意見の通り

問 民法第八百七十六條の場合に於て夫が其選擇に従ひ離縁又は離婚を爲すには當事者双方より届出を爲すべきものなりや將た夫一人より其届出を爲すべきものなりや

決 夫一人より届出を爲すべきものとす
問 前項の場合に於て夫が離縁又は離婚の選擇を爲さず又他の一方が裁判上離縁又は離婚の請求を爲さざるときは妻は夫と家を異にする能はざるを以て其戸籍に離縁事項の記載を爲す外除籍の手續を爲すべきものにあらざるや

(親族法は婚姻の所産也・國民法律社)

五六二 相續人を他家に入籍

家督相續人は絶対に他家に入籍出来ないが廢除するか、戸主の不同意結婚で離籍すれば出来る

問 甲家の長男一郎が他家の娘と私通の結果甲家を相續する事不能の事情あるに就き、右一郎を他家に入籍せしめたいが果して出来るや、出来ればその方法等、又甲家には右一郎の姉に婿もあり一郎の實父も健在である

答 法定の家督相續人たる一郎が他家の娘と私通して相續が出来ないといふ意味が不明であるが、察するにその娘も一人娘で他家の相續人であるからかも知れない、果して然りとせば女の方は男より相續権を抜く事が容易であるから一郎の方へ入嫁する様運んで如何、民法第七四四條に依り法定の推定相續人は他家に入る事は出来ないとしてある
強いて他家に入らんとせば民法九七五條の廢除の理由を考へ出

して廢除するか、左もなくは往時能くやつた戸主の同意を得ずして結婚した場合に離籍し得るのである

離籍されるれば廢除と同じ效果ある故他家に入る事が出来る、然しこれは始めから故意にやれば公文書に(役場の戸籍簿の事)不實の事を記せしめる事になり刑法上の罪になるやも知れぬ然しこれを旨くやれば裁判なしに離籍が出来るものである(民七五〇條二項、民七四四條二項)至つて簡單である、居所指定不從は相續人に及ばざるも(家族のみ)結婚不同意の場合に相續人でも離籍されるのである一郎の姉や姉婿、及び父があつてもそのために別に他家に入るの難易は左程違はないものである

五六三 父と戸主との同意

双方同一なる時は總ての同意書に一方だけ記載あれば他方には同意の旨記載に及ばざるなり

司法省回答(大正十五年十一月十七日)
問 一、十五年未滿の養子縁組に付き父母代りて承諾をなした

る場合に於て父が戸主なるときは其の同意の表示を省略差支なしとの省議變更を求めては如何

(理由) 本問は十五年未滿の子に對し其父母代諾するものにして、既に父として代諾し同時に戸主として同意を表示するの要なく尙婚姻届出の場合の如きは父母として婚姻に同意し戸主として反對の意思を表示することを得ざるは明治三十四年六月十六日名古屋區裁判所監督判事同同年八月一日民刑局長回答第六八七號により明かなる處なれば、既に戸主として同意せるものと見做すを妥當なりとすべく然らば其同意なる旨を明記せしむ

るの要なかるべしと思考するを以て變更を求めんと欲し提出したる所以なり
(答) 本年十一月十七日記戸第九四號稟請の件十五年未滿の子の養子縁組に付代諾を爲したる父又は母が戸主なるときは特に届書に戸主としての同意を記載せざるも差支之無き儀と思考致し候此段回答に及候也

五六四 渡船の轉覆と死亡届

司法省回答(大正十三年十二月十日)

問 沿海遼雜其他河川に於て衆人の目前にて舟楫轉覆等に因り死亡したること確證あるものは死體發見せずと雖水難救護法に依り其取扱市町村長の報告に基き戸籍抹消の件に關し、大正四年六月十二日北海道荻伏村長問合同年七月十二日民第一〇二二號法務局長回答に依り取扱來り候處、水難救護法に依らざる假令大河渡舟中に於て其舟轉覆死體發見せざる場合の如き事實相違なきを認むべき時は前項に準じ取扱然る可きや
答 客年十二年十日附天戸第二三四號稟伺の件例示の場合に於

水難救護法の市町村長報告に準じて死亡届を受
理すべきに非ず證明書等を添付せしめて受理可

ては水難救護法に準じて取扱を爲すことを得ざるも、死亡の事實を確認し得るときは之を證するに足るべき書面を添附し死亡の届出を爲さしむべき儀と思考致し候
此段回答に及び候也

五六五 入夫と母の私生子

法曹會決議(大正十四年四月二十二日)

問 私生子(父に認知せられたるもの)を有する女戸主が入夫婚姻を爲したる場合、入夫と妻の私生子との間には繼父子關係を生ぜざるを以て、入夫は右私生子に對し親權を行ふことを得ずと信ずれども反對説も之有候に付一應貴會の決議を仰ぎ候也
決 見解の通り

入夫は女戸主の私生子に對し親
權を行ふことを得るや否の件

第十六節 其の他の親族相續の部

五六六 母親が親族會の同意なき株式讓渡の效力

取消權の時効が目前に迫れる危ふさ

- 一、未成年者と未成年者の母親とが連署して亡父親名義の株式をその相續人たる未成年者名義に書替方を會社に請求し會社はその未成年者名義に書替の手續きをなしたり
 - 二、しかして一年後また未成年者と母親が連署して他に賣却したり
 - 三、然るに四五年を経過せる今日において親族共が民法第八八六條及び第八八七條に基き無償で取戻し得るものと解釋する處より惡心を起し取消しを主張する次第なり
- 追つて甚だ勝手ながら至急御鑑定伏て願ひ上候
- 一、親權を行ふ母が未成年の子に代りて重要な動産たる株式を賣却する行爲は民法第八八六條第三號に該當し親權者は親族會の同意を得ることを要す
 - 二、これを得ざる賣却は民法第八八七條により子または法定代理人においてこれを取消すことを得

- 三、右は賣却行爲の時より五年間經過すれば時効により取消權消滅す
- 四、こゝに注意すべきは未成年者の名義に書替する行爲は親族會の同意を要せざる點なり第八八六號第五號に相續の拋棄を規定したるのみにて承認を除外したる法意より見て、また第三條が「權利喪失を規定し取得を規定せざる點より見て、また本件が株式の取得は既に相續によりて實現し、唯名義書替のみなるに見て親族會の同意を要せざるや疑ひなし
- 五、行爲時より四、五年を経過せる本件は果して時効にかゝり居るや否やを取調べらるべし
- 六、取消し得るとしても本人か母が權利者にして親族にはこれなきを注意すべし又取消しはこれをなさざるべからざるものにあらず取消し得るにすぎず
- 七、取消したりとするも、代金は未成年者に對して返還請求

權あるものなればまた注意せざるべからず、唯未成年者が右代金を消費し蕩盡したりとせば返還すべき現存利益なきの故を以

て未成年者に義務責任なきこととなるのみ

五六七 後見人の債權讓渡通知には親族會の同意を要せず

- 一、先代の貸付たりし貸金の債權を未成年者の相續人の名において後見人の署名調印にて債權の讓渡を受け居りたる處其債權讓渡通知を發行する以前に未成年者死亡したり右の場合
 - 二、未成年者の有する債權の讓渡をなすに付ては後見人の調印のみにて可なるやまた親族會の同意を得べきものなりや
 - 三、債權讓渡證が未成年者の生前なれば、その讓渡通知は生前讓渡の旨を明かにし死後に通知をなすものなりや
- 若双方不可なりとせば如何にせば完全に出來得るや、及その便法
- 一、未成年者の法定代理人が母なる親權者なるときはその債權が重要な動産に匹敵する程度のものならば親族會の同意を要すると解するも然らざる以上は通常有効に母親の獨斷にて代理行爲をなすことを得
 - 二、後見人は右母たる親權者と異り獨立して重要な動産の處分權あるものなるを以て親族會の同意を要せず(八八六、八

- 八七、九二一條九二三條)即ち後見人のみの調印にて有効に法律行爲をなすことを得るなり
- 三、債權讓渡なるものは通知によりて效力を發生するものにあらず、通知はたゞ對抗要件たるに止る、しかして對抗要件とはその債權を舊主に返還したる場合新主に文句を言はせぬために債務者を保護したることと取引せる第三者やその承繼人等を保護するにあるを以て死亡相續の場合には通知はほとんど不用のものとなる、しかし明文を以て不通知を許さざるを以て形式上は債權讓渡通知をなすを要するといふ位のものなり
- 四、しかして相續人は先代の地位を承繼するものなれば先代そのものと同一に見て可なり、されば讓渡通知を相續人よりなすも違法にあらざるや論を待たず
- 五、要するに本件は後見人のみの署名調印だけで債權讓渡通知を有効にすることを得るものとすその他確定日付の要否は事案如何による

五六八 一、親族は親族會員となる資格はあるが主張する権利はない

二、五十里以上離れたる後見人

三、請求權に關する異議の訴を提起すべき裁判所

一、私は本家の近親者でありますが本家の幼少の相続人の件に關し親族會の事も後見の事もその他何一つ私へ相談を致しませんつまり排斥します皆に法律上参加する方法。同その親族會員、後見人を廢せしむる方法、同後見人は當處より五十里も遠隔の土地に居住しながら、當地に居住する様に形式を肩書に記載し後見の届を裁判所に出して許しを得て居りますが違法ではないかとのことであります。

二、執行を受けた後辨濟をしましたのに如何にしても差押へを解除しません、これに對し異議の訴へを起すのは第一審裁判所ですか執行をした執達吏の裁判所ですか承はりたいといふのです

答 一、親族會員たる希望はあるがこの希望は権利ではない、従つて近親だからと必ず裁判所が親族會員に選定するとは限らない、親族會員は裁判所の選定權により選定せらるるものな

れば貴下が選定を欲する旨を裁判所に自己指定をなし陳情せられよ、正當の理由あるときは裁判所は貴下を選定してくるゝものである

二、後見人たることを得ざる者は民法第九百八條に列記しありて、その列記中、五十里も遠隔の地に在る者は（後見無資格者として）掲記なし、故に遠隔の地にありたればとて後見人たるに支障なきものである、唯事實後見事務を見ることが能はず任務怠慢のときは親族會は「臨時管理人」を選任し後見人の責任を以て被後見人の財産を管理せしむることを得るに過ぎない（民法第九三二條）また近所に居るフリをしても違法ではない

三、差押へを受けてから債務を辨濟すれば債權者は差押へを解除してくれるのが當然であります然るにこれを解除してくれない以上はこれに對し債務者は民訴第五四五條により「第一審の受訴裁判所」に異議の訴へを以て主張すべきであります、債

權者はこの訴へにより形式上は差押へを許可するとも實質上は許すべからざることを主張するものであつて、この訴へを認容する判決を得たるときはこれに基き債務者は該強制執行の取消

しを惹起することを得るものであります（民訴第五五〇條第五一條）

五六九 親族會の決議に對する不服の訴と期間起算點

昭和四年（オ）第三百五十一號

民法第九百五十一條において親族會の決議に對する不服の訴に付一ヶ月の期間を定めたる所以のものは畢竟その決議の效力を以て永く不確定の状態に置くことを避けんが爲に外ならず従て右の一ヶ月の期間は親族會員よりすると將又同法第九百四十

四條に掲げたる者より不服を訴ふるとを問はず常に必ず決議ありたる日の翌日より起算するものと解すべきものと蓋若然らずして叙上の者が決議ありたることを知りたる日より起算するものとせんかその決議は永く確定せざることとなり前示立法の精神に反するに至ればなり

五七〇 原因を誤つた親族會

法曹會決議（大正十五年七月六日）

問 法定後見人たる戸主が被後見人に代り自己の隠居に依る相続承認は利益相反するを以て、後見監督人が被後見人を代表し其の承認に對しては未成年者の親族會の同意を要するを以て、後見監督人の選定の爲とすべきを特別代理人選定の爲と申請事實を誤りたる申請に對し、裁判所の選任招集されたる親族會の

未成年者の爲めの親族會は永續的一般的のもの故
最初の申請原因を誤つても其親族會は有效也

會員が後日後見監督人を選任し更に戸主隠居後後見人を選任したる場合右の選任は其效なきや無能力者の爲めにする親族會は無能力者保護上必要なるものなれば普通の場合に於ける親族會の招集原因事實を誤りたると異り其の決議を経べき場合極めて多く、必要の都度裁判所を煩はして會員を選定せしむるは殆んど煩に堪へざるを以て民法第九百四十九條の設けあり、一定の

事項を議了するも、尙ほ其の親族會は無能力の止む迄繼續するものなれば、最初一回の裁判所の選任召集申請原因事實の表示に誤りありたりとするも一旦裁判所が之を是認し選任召集の決定を爲したる上は法律上の原因事由に錯誤ありとするも無能力者の爲めにする親族會は繼續すべきものと爲す、何となれば現に其の存在を保つ以上は必ずしも裁判所の決定に表示せる決議事項に制限せらるることなく他の事項に付きて之れが決議を

五七一 唯一の五等親血族と遺言無効確認請求訴訟の利益

昭和四年(オ)第六百十八號

甲は遺言者乙と五等親且唯一の血族とし若し、乙の相続人にして曠闕せる以上其の選定の爲にする親族會召集申請の権能あるものなるを以て此親族會に於て果して甲が當該相続人に選定せらるるや否や其未必なるは固より言を俟たずと雖而かも故人と五等親且唯一の血族として故人の爲に其相続人選定の方法を講ずることは縱令之を以て嚴格なる法律上の意義に於ける權利若くは義務なりと云ふを得ずとするも、又甲にとつて決して一片義侠若くは好事の舉を以て目すべき程爾く風馬牛相聞せざるの問題に非ず而かも此選定は問題たる遺言の無効なる場合にし

て始めて之を行ふの機會と必要とあるが故に甲は直に親族會の召集を申請し而して其理由として當該遺言の無効なることを主張するも亦強ちに其の目的を達するを得ざるに非ざると共に其の容易に目的を達するを得るや否やは必ずしも之を保すべからざるものあり仍ち此の場合甲が故人乙の相続人は法律上不存在なることの確認判決を求むることは甲として決して其利益なしと爲すべからず

五七二 遺言書作成と拇印

大正十五年(オ)第七百七號

按ずるに民法が其第七十六條を以て遺言の特別方式を規定したる所以のものは、疾病其の他の事由に依り死亡の危急に迫り普通方式に依り遺言を爲す事能はざる場合に於ても、尙本人の意思を尊重し有效なる遺言を爲すことを得せしめんが爲なり、而して其の定むる方式は遺言を口授せられたる者に於て遺言の趣旨の變更増減するが如き弊を豫防せんが爲に外ならず即ち遺言の趣旨を矯め又は之を變更増減するが如き虞れなき以上は出來得る限り最後に至る迄有效なる遺言を爲す事を得せしめんとする立法の趣旨たること明瞭なりと云はざるべからず、然り而して拇印は我國に於て從來より捺印の代用として使用せられ來りたる所にして捺印の如く對比鑑別の手續簡易にあらずと雖も、其の指紋に依り拇印者の異同眞偽を明瞭に鑑別することを得るのみならず他人の拇印を使用して文書を偽造し又は變造することは印章のそれに比し極めて困難なるが故に其の確實なる點に於ては捺印に勝るも劣る所なく、刑事訴訟法第七十四

病人の遺言を口授せられ立會人等遺言書作成の場合署名捺印に印形なき時拇印にて可なる也

條が捺印の代用として拇印を認めたる所以も亦此に存するものなり、特別方式に依る遺言を爲すに當り三名以上の立會人が遺言書に署名捺印することを要すと爲したるは遺言を確實ならしめんが爲なれば、右證人等が捺印すること能はざりし爲拇印を以てこれに代へたる場合の如きは確實なることを期待したる立法の趣旨に毫も違反する所なし、加之遺言の實際に付之を視るに我國に於ては豫め遺言を爲し置く風習は未だ普く行はれず、概れ死亡に瀕して遺言を爲す者多く其の臨終に際し親昵せる者に遺言を口授するを常とし、其の親昵する者は専ら看護等に餘念なく遺言書作成に必要な印類を用意し携帯することを得て望むべき所にあらず、然れば其の臨終に際し其の親昵者に遺言を口授するも印類を携帯せざるが爲遺言書に捺印する事能はざる場合多きは其の免れざる所にして、而も病院の他住宅以外の場所に於て死亡するが如き場合に特に其の然るを見る、若拇印を以て捺印に代ふる事を得と爲すときは容易に其の目的を達し得るに反し此の場合に捺印を絶對的に必要なりと解するときは

有效なる遺言を爲すこと能はざるに至り立法者が特別簡易の方式を定めて臨終に際しても尙遺言を爲すことを得せしめんとする趣旨の大半は實際上之を没却するの結果を生ず、斯の如きは

五七三 遺留分権の事前拋棄

問 遺産相續開始の場合、その相續人は自己の遺留分を拋棄する事を得るとの由遺産相續の開始の前即ち從來遺留分の権利を有する相續人が「隠居者の死亡後においてもその隠居者の所有物に付き遺留分の拋棄は勿論たとへ贈與と名付けられたるその他の物にても受け取らぬ」との意思表示をその隠居者の生存中に豫め永久有效に爲し置く方法は何かこれなきものに御座候

立法の期待したる所なりと爲すを得ず、以上の理由に依り民法第七十六條に定むる立會證人の署名捺印は其の署名捺印を以て代用することを得せしむる法意なりと解する妥當なりとす、

裁またかかる意思表示は誰に對してなすべき哉以上御教示下され度く候

答 遺留分または遺贈を隠居者たる被相續人の生存中に豫め有效に拋棄する方法はこれありその意思表示の相手方は隠居者なり。

五七四 條件附の遺言狀

拙者死亡の際迄に倅が改心し居りしこと親族に於て認めたる時は遺言を斯くくに変更は有效也

問 甲 戸主父

乙 長男

右乙は浪費者にして何時も家に居らず家業を嫌ひ居るを以て親族と相談して嫁を貰ひ受けたる處其後も數回飛出し最近に至り亦々金を盗み出して今度は妻を連れて飛出したり、親族も憂

想を盡かし廢嫡訴訟を提起せよと甲に勸めたるも、父としては嫁に氣の毒と思ひ念の爲財産の處分に付き公證人に遺言書の作成を依頼せんとす

一、父甲死亡の場合其財産を甲の妻と乙と乙の弟の三人に配分する希望に候

二、甲突然死亡するも其後に於て(乙)が改心したる時は遺言

書を取り消し亦は變更して(乙)の利益となる様にする事

三、其改心を認むる者を親族中より、二三名選定して遺言書に記入しなく事

右様作成差支なきものなるや、其他御氣付あらば御指示願度候

答 遺言にて家督者以外に財産を贈與すること自由なれど其程度は二分の一を超ゆべからず、超へた部分は後日家督者より受贈者に對し減殺を請求し得る事となるものとす、故に成可く合式の範圍内に於て遺言するを可とす可し

遺言書

甲死亡の場合其總財産を左の如く贈與す

二分の一は家督者乙の相續分とす何分の一を甲の妻何某に贈與す何分の一を乙の弟何某に贈與す甲突然死亡するも其れ迄に乙が改心し眞面目の人物となり居れる事を近親中の誰々に於て之を認むる時は、右の内何某に對する贈與を取り消し又は何分の一に変更するものとす

本件の遺言執行者として何某を指定す

右の如き趣旨にて遺言せば可なり

大體を關係者より聴取し筆記し置き本人の口授に便しても有效

遺言は民法第六十九條第二第三號所定の要件を具備するものに外ならず、蓋し此くの如きは公證人が遺言者の口述を聴取して之を筆記するに比し、唯筆記が遺言者の口授と前後するの差異あるに止り、毫も民法が遺言者の眞意を確保し其の正確を期する爲遺言の方式を設けたる趣旨に背馳するところ無く、民法第六十九條第三號に公證人が遺言者の口述を筆記し云々とあ

五七五 遺言の口授を豫じめ筆記

昭和六年(オ)第七百七號

公證人が遺言者の囑託に因り遺言公正證書を作成するに方り之が準備として先づ他人より遺言の趣旨を聴取し之を筆記したる書面を作成し置き、次で遺言者より遺言の口授を受け其の趣旨が曩の筆記と同一に歸するときは右の書面を其儘の遺言者及證人に讀聞かせ依て以て公正證書を作成したる場合に於ては、該

るは斯る場合をも包含するものと解するを至當と爲すを以てなへり、

五七六 未成年者が親権者に債權讓渡は有效也但し取消し得

昭和五年(オ)第一一九一號(六、三、九、一民)

未成年者より直接に其の親権者に對し債權を讓渡するが如きは未成年者との親権者との利害相反する行爲に外ならずと雖民法第八十八條の規定は斯る未成年者との親権者との間の直接の行爲を絕對に禁止するものと云ふことを得ず、蓋同條の字句上之を禁止するの趣旨を看取すべからざるのみならず、斯る行爲を當然無効のものとする必要なく却て其の效力を是認する實益ある場合なしとせざるを以てなり、而して叙上の行爲は一面に於て當然無効のものに非ざること前示の如しと雖他面

に於て未成年者の利益の保護せらるべきは因より言を俟たざるところなるが故に未成年者に於て之をすこ取消しを得るものと解する相當とすべし

五七七 娘の淫逸と親權行使

問 當年十八の娘を料理店營業及び旅人宿營業某に御飯炊き奉公の約束にて前借金六十圓を借り一月給料金五圓の割合にて滿一ヶ年にて前借皆済出来ることにて雇傭契約をなし差遣したる處本人の希望より出でしか或はまた朋輩の勸誘か主人の誘惑か

現在にては客席に侍し酌婦をなすのみか甚だしきは娼妓同様の醜業行爲をなすの由聞知せしより親権者たる母は主人にも注意を促し本人にも再三再四嚴戒を與へたるも改むるの意思もなく誠に教育上及び身分上にも關するものなるより前借金の支拂を

なすと同時に本人の解雇方を要求せしに主人は申すまでもなく本人としても應ずる様子もなく困却致し候爲め親權執行を相頼出で本人を自宅に連れ戻し度くと思考するも未だ親權執行をなしたる實例を見ず候により如何なる方法手續によりなせば容易にして本人連れ戻しの方法出來得るものなりや詳細なる御説明に預かり度候

答 一、未成年の子は親権者の親權に服するもの故親権者は親權を行使して其子女の放蕩淫逸を戒むるを可とす若しこれに従はざるときは親権者は警察署の協力を以てこれを連れ戻すことを得るものとす
二、本件は先づ警察署に説諭願ひを出して右の親權の行使を確實ならしむるを妥當と認む

五七八 養親と實親の親權力

昭和二年(オ)第八百八十一號

血縁上の親子なるも法律上親子として遇せられざるものあり、父若しくは母の認知せざる私生子の場合即ちこれなり血縁上の親子ならざるも法律上親子として遇せらるるものあり養親子の

養親と實親が共に子と同一の家に在る場合でも其親權は獨り養親のみが之を有するものである

場合即ちこれなり這は畢竟法律の擬制に外ならずそれ已に擬制を以てこれを實親子と同一視する以上その反面において從來の實親子の關係は全く斷絶せられ法律上は親子としてこれを遇せずとするもまた養子の制度そのものゝ本義とは毫も抵觸する所

なきのみならずこの制度の精神を貫徹せんとするときは宜く正にしかくあらざるべからずといふもまた過言にはあらずしかも血縁上の親子たる事實はつひにこれを濫ふべくもあらず法律上においてもまた從來親子として遇し來りし者なるを以てこれをして一旦裁然路傍の人たらしむるは倫常を持し慈親を全ふる所以にあらざるに顯み法律上においてもまたなほ親子たるの關係を失はしめざるに過ぎずそれとひとりにこれを以て若し双方の親子關係に差等を設け得るものとすれば養親子の關係は主にして實親子の關係は従たり彼此兩立して相悖らざる事項「例へ

五七九 實母より繼母の方に親權

（昭和六年八月六日民事第七〇〇號民事局長回答）

聞 左記の件に付疑義有之候條貴官の御意見承知致度

一、夫甲、妻乙（家女）間に子丙を擧げたる上、甲乙戸内離婚し甲は更に戸内の丁女（家女）又は他家の戊女と婚姻したる後、甲死亡したる場合、丙の親權を行ふ者は實母なりや將た繼母なりや、

二、前項乙女が甲と婚姻前他家より親族入籍の上甲と戸内婚

ば扶養義務に付いては格別その性質の二者併せ行はるゝに由無き場合に在りては専ら養親子の關係を以て唯一の基準とせざるべからざるは抑々養子制度を認めたる本義に鑑みてこれを了するに難からざるのみならずその養親の父たると母たるに於いて選ぶところなきこともまたほとんど言を俟たざる處なりこの故に養親も實親も共に子と同一の家に在る場合といへども親權は獨り養親のみ之を有す蓋し親權は權力にしてしかして權力の二途に出づべからざるは寧ろ自明の理なればなり

父死亡し實母と繼母同一戸籍に在りても繼母親權乃ち父を主眼

姻したる者なりし場合は如何

三、夫甲妻乙、丙女（家女）庶子丁（父母甲丙）あり甲死亡したる場合丁の親權を行ふ者は實母なりや將た嫡母なりや

四、前項丙が丁を懐胎する前、親族入籍に因りて他家より入りたる者なりし場合は如何

答 本年六月三十日附第一七四八號問合の件左記の通思考致候
第一項 後段貴見の通

第二項 繼母に於て親權を行ふべきものとす
第三項 後段貴見の通

五八〇 母が子の不動産賣却

問 未成年者（年齢十九歳）の女戸主に實母親權者あり女戸主の所有する不動産を他に賣渡すには親族會の同意を要するや、しかして非戸主が未成年者なるときはその所有する不動産を賣渡すには同じく親族會の同意を要するや
男女とも満二十歳を以て能力者といふや
答 一、男女とも二十歳未滿を未成年満二十歳を以て成年とす

五八一 子に贈與は特別代理不要

昭和六年（オ）第九百二十五號
案するに原判決の判示は明確を缺くの據ありと雖之を要するに明治四十一年一月十一日被上告人先代が、上告人に對し本件第一の土地を贈與したるが其の當時上告人は年齢四月に滿たざる幼者なりしに拘らず其の親權者たりし被上告人先代は民法第八百八十八條第一項に依り特別代理人選任の手續を爲さず自ら被

第一章 民法 第十六節 其の他の親族相續の部

第四項 嫡母に於て親權を行ふべきものとす
右及回答候

但し養子能力は満十五歳結婚能力は男は満十七歳女は満十五歳意思能力は年齢に制限なく又男女の區別なし、
二、戸主と非戸主との別なくまた男女の別なく未成年者たる子の不動産を他に賣却するには母は常に親族會の同意を得ることを要す（民法第八八六條）

父子利益相反で子の爲め特別代理必要は子に不利益の場合のみなり

上告人を代表して右契約を爲したるは違法にして該契約は無効なる旨を判示したるものと解すべきものとす、然れども民法の右條項は未成年者の利益の保護を目的とする規定なるが故に同條項に所謂利益相反する行爲とは、親權者の爲に利益なる行爲を指稱し、未成年者が親權者より單純に贈與を受くるが如き未成年者に何等の不利益なき行爲を包含せざるものと解するを相

當とすべく從て被上告人先代は上告人との間の右贈與契約を爲すに付同條項に依る特別代理人選任の手續を必要とするものに非ず、而して此の場合には親権者は未成年者を代表して自己と

贈與契約を爲すの權限を有するものと解すべきを以て前記の原判決認定事實に依るも直に本件第一の土地の贈與契約を無効と爲すを得ず 昭和六年十一月二十四日 大審院第五民事部

五八二 民法第八八七條の子の取消權は相續するを得

民法第八八八條第一項に於て親權を行ふ母が同法第八八八條の規定に違反して爲したる行爲は子又は其の法定代理人に於て之を取消すことを得る旨を規定したる所以は子の財産保護の爲親權者たる母の財産管理權を制限せむとするの趣旨に外ならざるが故に此の取消權は竟舉財産權に關する權利にして相續の目的と爲るものと解するを相當とすべく從て子の死亡其の他の事由に因り相續開始したるときは子の相續人は被相續人の

有したる他の權利義務と共に右取消權も亦之を承繼取得するものと解せざるべからず尤も民法第八八七條第一項は一般の取消權に關する同法第二百十條第一項と異り子の承繼人が取消權を有する旨を明言せざるも同條が特に子の相續人に對して該取消權を承繼せしめざる法意なることを窺知し得べき事由を發見せざるが故に同條の取消權に付ても亦前叙の如く相續に因る承繼を認むべきものとす

五八三 獨身戸主の死亡と財産の歸屬

問 一、甲なる獨身戸主死亡せり（年齢六十歳二年前小供一人貰ひしも入籍なく且つ養育不能のため一二月にして其の子供を戻し何等少しも關係なし、又甲は親、子、兄弟姉妹なし、親

類もなし、無理に親類と言へば八親等のもの一人あるも民法上親類にあらず且つ交際もなしならざるなり）而して甲の所有物として

- 一、家屋一棟（時價五十圓位）
- 一、宅地二歩（同三圓位）
- 一、郵便貯金二圓
- 一、銀行預金二圓
- 一、地方鐵道株二株時價五圓位ならんも賣るとせば買手なきかも知れず

- 一、所持現金二圓
- 一、右所有物は甲の死亡により家屋、宅地は國庫の所有に歸し銀行預金、鐵道株は各其の會社の有に歸するものなるや（民法二三九條により）
- 二、郵便貯金は誰の有に歸するや

但し郵便貯金は國庫の有に歸する様に思はるるも民法二三九條によると不動産のみが國庫の有に歸するとの明文故動産たる郵便貯金は誰の有となるや

四、無主物或は無主事件に對し訴訟或は裁判上の決定をなさんとするには右の場合政府、會社、個人は國家の代表として檢事を相手取りて訴訟或は裁判上の決定を請ふものなるや

答 一、甲死亡により相續開始し其財産は相續人あること分明ならざる、本件の場合に民法第五十一條の規定により法人と看做さる、而して檢事等の請求により管理人を選任せらるることとなる

二、相續人あることが公告後二ヶ月内に分明せざるときは所定の手續をなし更に二ヶ月の期間満了するも仍ほ相續人あること分明ならざるときは一ヶ年間相續人申出催告の公告をなし其の期間内に相續人たる權利主張者なきときは相續財産は國庫に歸屬するものとす（民法第五十九條）管理人は國庫に對して管理の計算をなすものとす

三、從て本件家屋、宅地、郵便及銀行預金、地方鐵道株券現金等皆國庫に歸することとなる

民法第二三九條は相續以外の場合の規定なり

四、相續人曠缺の場合に於て國庫に歸屬したる財産は管理人より遲滞なく被相續人の住所を管轄する地方行政官廳に引渡すべきものとす（外國にては領事館）

五八四 未亡人の性生活寛恕可也

問 未亡人が幼少の子女を抱え家業を繼續中、附近の勤人と懇意になり、今は一室を賃貸し同居生活を営むに至れり、家業に就ては別段支障なきが如くなるも、親族會員中矢笠し屋あり、親権喪失とか除籍とかを訴へんとし居るやに聞く、拙者は其未亡人の弟なるが、除籍でもされては大變故、今の内に改悛せしめ手を切らせんかとも考へ居る次第也斯る事實ありし以上今後改めても裁判で負けるものなるや伺ひたし

答 除籍と云ふこととはなし、著しき不行跡者として民法八九六條により其母の親権を失はしむることを訴ふるものならん、然る時は戸主たる子を代表して營業する權利乃ち家産管理の權をも剝奪することとなりんも訴訟中改悛し謹慎者となるに於ては、一旦不行跡ありとしても、親権を剝奪することとなるべしと思はる、殊に同條の著しき不行跡として其制裁を設けたる趣旨は、男狂ひでもして、家を外に子女の監護や營業を顧みざる場合を豫想したるものにして、單に寡婦が男と懇意になりし

家を外にと云ふ程度に非ざる限り著しき不行跡として親権喪失は酷如此の常識觀にて決すべし

からとて、之を以て直ちに著しき不行跡と目すべきに非ず、野合は或は善良の風俗に適する行爲として承認するを得ざらんもさればとて直ちに以て著しき不品行と評すること、今日の時代常識上如何があらんかと記者は信ぜらる、遠き昔の日本の風習にては極めて悪事の如く指彈されしも、今日から見れば甚だ酷なるものと解せらる、記者は質問の如き事實のみにては未だ以て親権を剝奪する程度の民法に所謂著しき不行跡に該當せざるものと信ぜらる、況んや訴訟中ても乃ち判決前に此事實を消滅せしむるに於ては全然敗訴するが如きことなるべしと思はる也、戀愛は尊重すべきなりとて國法を犯し他人の權利を侵害することも意とするに足らずなど云ふ一部の論には賛すること出來ざるも、未亡人の愛慾生活を飽迄禁斷せんとする如き舊道德論には最早組するを得ざるなり、賞むべきとは言はれざるも強ち排斥すべきことに非ざる可しと思はる、或は曰く然らば正式に再婚可ならずやと、然り、然れども時と場合によりソウも參

ざるら事情の存することもあり然る場合の野合亦人間の生存上

五八五 扶養義務の順位と遺棄罪

問 甲は亡前々戸主乙は其妻丙は亡前戸主(甲乙間の長男)丁は其の婦戊は現戸主(九歳)丙丁間の長男)は戊の妹

- 一、丙は廿餘年前渡米出稼せり
- 二、丙は寫眞結婚により妻丁を迎へ渡米せしめたり、
- 三、甲は乙に財産(不動産)の半を遺言與贈し翌日死亡せり、遺言執行者は夫々檢認を得て乙に遺贈の登記を了したり
- 四、在米中丙は急死したる數年前の秋、丁己二兒を伴ひ歸國したり、
- 五、丁は乙を虐待又虐待を逞ふせり丁の生活の費澤よりして隣人は餘程の儲蓄あるものと思ひしに之を裏切り一年にして財布の底を拂ふに至れり、
- 六、乙は七十九歳の高齡なるも嬰孺として尙老先長き見込なり、今假りに丁が戊己二子を乙に頼まんと遣り出したとせよ、乙は戊己二子を預らぬと頑張る内丁は逃げてどろんをきめ、乙も後手を喰つたと之又逃げて隠れたりとせよ。

第一問 前末項の場合乙丁共に刑法二一七、二一八の遺棄罪に

第一章 民法 第十六節 其の他の親族相續の部

寛恕して可ならずや。

遺棄罪は順位の後を問はず

當るや或は何れか一方のみの罪責ありや

- 第二問 民法第九百六十條の法意は本件乙が後日自己の飢ゆるを豫知し得ざるも右二子を養ふ義務ありや
- 第三問 乙は戊の家族なるが戊己と無關係に乙自身の財産を終生賣喰にする約束として乙の終生日々の食料衣服を仕送り藥餌葬式迄を引受けしめ其對價として乙名義の不動産を賣渡すことは有效なりや遺留分權の侵害とならずや。

答 一、丁が乙に戊己二子を押しつけ逃亡したりとて遺棄罪は成立せず、乙が打捨てて構はぬときは却て遺棄罪となるべし、蓋しこの場合遺棄罪は扶養義務の順位の後を問はざるが故なり。

二、但し乙に戊己を扶養する能力なく戊己は當然乙と共に餓死する虞あることを丁が知悉し居るが如き場合には丁にも罪責ありとす。

三、乙は戊己に對し扶養義務の順位に於て丁に後る、故に丁に扶養責力あれば格別之なきときは當然自己の扶養順位者とし

て戊己を扶養すべき義務あり併し其扶養程度は資力に應ずるものなれば現に資力ある以上は「後日資力を失ふの虞あるとき」と雖も扶養義務ありとす、丁が戊己を養ふ資力あれば乙の扶養義務は未だ活動せず、併し丁に力なきか不足するときは其の必要

の程度に於て活動するものとす。

四、第三間の特約は有效なり其の特約は一種の無名契約にして贈與にあらず、従つて遺留分の問題は生ぜずと信ず、

五八六 數人扶養の資力なき債務者

法曹會決議昭和七年七月十一日

問 弟姉妹を措き扶養権利者たる直系尊屬のみを扶養すべきものとす而して其の直系尊屬に對し他に扶養義務者數人ありとするも自己が民法第九百五十五條に依り其扶養義務を履行すべき先順位にある以上其の義務を免る能はざるべき扶養の資力を有する次順位以下の義務者數人ある直系尊屬と他に扶養義務者なき兄弟姉妹とある場合(一人にて雙方を扶養するに足るべき)資

先順位者なるときは先順位者たる権利者をのみ扶養すべく、次順位義務者に任せ自己は他の次順位権利者を扶養するを得ず

力なきときに於ても尙ほ直系尊屬を先づ扶養すべきものなりや
決 本問扶養義務者の資力が數人の扶養権利者を扶養するに足らざる場合は民法第九百五十七條に依り扶養権利者たる兄弟姉妹に對し他に扶養義務を負ふ者なき場合なるを否とを問はず直系尊屬の扶養に代へ兄弟姉妹を扶養するが如きことを許さざるは當然のことなりとす

五八七 廢嫡訴訟と同意

廢嫡訴訟は原因により親族會の同意必要なれど之は必ずしも訴提起の要件に非ず後に補充可也

(博士穂積重遠氏判批摘要)

(大正一四(オ)二五〇號、一四、五、九、民三集四卷一二號五九

六頁)

〔事實〕 高橋吉五郎が其長男にして法定の推定家督相續人たる

金治郎に對し相續人廢除の訴へを起したが、其請求原因は「重大なる侮辱を加へたること」民法九七五條一項一號)及び「此他正當の事由(同條二項)であつた。所て右の後の理由による廢除には親族會の同意を要するのだが、本件では其同意が訴訟提起の際得られて居らず『提起の際得られて居らず提起後一ケ年を経過したる後始めて得たるもの故訴は不法なり』と、被告側は抗辯した、しかし原審(宮城控訴院)は『民法第九七五條第二項に被相續人が親族會の同意を得て廢除を請求することを得とあるは、訴訟成立條件を定めたるものに非じて、權利保護の條件を規定したるものなり』と解し『本案の判決ある迄に同意を得れば足れり』と判決した。大審院も同論で、左の判旨で上告を棄却した。

意を得べきことを命ぜるは、其の場合概括的にして廣汎なるを以て漫りに廢除の請求を爲すこと無からしめむが爲めに於て此場合に於ける親族會の同意は訴訟提起の要件に非ずして、廢除權發生の要件に外ならずと解すべく從て此要件は判決に接する口頭辯論の終り迄に具備すれば足れりと云はざるべからず』
評釋判決が正當であること、特に評釋をも待たぬと思ふ、本件訴訟の事情は少しも分らぬので全くの推測だが、訴訟提起後一ケ年經過した後初めて民法第九七五條第二項の要求する親族會の同意を得て居る所から見ると、當初は「重大なる侮辱」と云ふ理由のみで遣つて見たが勝算が立たないで、中途から「正當の事由」を提出したのであるまいか(人訴三九の二、八、三三)もしそうとすれば訴提起よりも親族會の同意の方が後になつたのは寧ろ當然なこととそれが認められなくては不便で困る。

五八八 後見と共有物賣却

被後見人との共有物賣却につき利害相反故後見人に代表權なしとの此解釋は失當と信せらるる也

法曹會決議

問 未成年者甲其後見人乙及親族會員丙三名共有の土地を他人

に賣却する場合に於て其賣買契約を爲すは被後見人たる未成年者甲と後見人乙との利益相反する行爲に該當し後見人乙は被後

第一章 民法 第十六節 其の他の親族相續の部

見人甲を代表する権限なきや

右の場合親族會員丙は未成年者の共有地持分賣却の親族會の決議に加はることを得るや否や

甲説 本件賣買行為は後見人と被後見人との利益相反する場合に該當するを以て後見人は被後人たる未成年者を代表する権限なく後見監督人のみ被後見人を代表する権限あるものとす

乙説 本件甲乙丙共有の土地を他人に賣却するは各共有者が其持分を單獨にて隨時他人に賣却する場合と均しく他の共有者に利害を及ぼさざるものとす、即ち後見人が自己の持分のみを他人に賣却するも被後見人たる未成年者に不利益を與ふることなきが如く、後見人が其持分を賣却すると同時に被後見人を代表して被後見人の持分を賣却（法定の手續）を経てしたりとて被後見人との關係は爲めに何等の影響を及ぼさざるを以て利益相

反する行為なりと云ふを得ず、されば後見人は被後見人を代表して本件の賣買行為を爲すことを得と謂はざるべからず
次に未成年者甲對親族會員丙の關係に於ても前記未成年者甲と後見人乙との關係と何等異なることなく利害の關係を生ぜざるに付き未成年者の持分たる土地を賣却する親族會の議事に付き表決の數に加はることを得べし
決 甲乙丙共有の土地を賣却することは後見人乙に取りては利益なるも被後見人甲に取りて不利益なることなしとせざるが故に後見人と被後見人との利益相反するものと解するを適當とす従つて此賣買に付いては後見人には代表權なく後見監督人をして被後見人たる未成年者を代表せしむべきものとす而して親族會員丙も利害關係あるものとして親族會の議事の表決に加はることを得ず

五八九 非戸主の長男に請求

問 甲乙丙三名を連帶者として金を貸したり、其内唯一の資産家たる甲（非戸主にして長男）死亡せり、此死亡者甲の長男も未だ相續せず、此場合に貸金の返済を死亡者甲の長男に請求する

非戸主たる連帶債務者が死亡し其長男も未だ代襲戸主とならずとも辨濟の請求をして宜い

として、戸主とならざるも可能なりや又其時効中斷の方法如何
問 甲死亡し其長男未だ戸主とならざるも遺産相續人たるものなり、即ち長男のみなれば一人、數人の子あれば其數人が遺産

相續人なる故債權者は長男又は長男其他の子供に對して何時にても返済請求を爲し得るなり、敢て長男が代襲相續に依り戸主と爲る時を待つるの要なし、又時効の中斷をせんと欲せば民法第

一四七條以下に規定せる、請求、差押へ假差押へ又は假處分承認の手續を採れば良いが、最も良いのば承認書を債務者から取つて置く事である。

五九〇 後に同家でも繼親

後配が同家中なると將た同家が後なるとを問はず
繼親子の關係を生ずるものとす乃ち範圍廣し

大正十四年（オ）第一三九號
民法第七百三十六條は女戸主が入夫婚姻を爲したるときは入夫は其の家の戸主と爲る但當事者が婚姻の當時反對の意思を表示したるときは此の限りに在らずと規定したり其の反對意思表示は法文の示すが如く婚姻の當時に爲すべきものにして婚姻の成立する届出の際に爲すべきものなり、而して入夫婚姻の場合に入夫が戸主と爲ること原則なるに拘はらず戸籍法第百條に於て入夫が戸主と爲るときは其の旨を記載することを要件と爲したるより見れば、此の記載なきときは入夫を戸主と爲さざるの

意思を表示したるものと看做す趣旨なりと解すべきなり次に子が父又は母の後配偶者と家と同じふるときは其の間に繼父子又は繼母子の關係を生ず、父又は母が子の家より分家して婚姻を爲したる後分家を廢し後配偶者と共に更に子の家に入りたる場合に於ても子の後配偶者との間に繼父子又は繼母子の關係を生ずることは分家せずして婚姻を爲したる場合と異なることなく、此の場合に限り繼父子又は繼母子の關係を生ぜざるものと爲すを正當とすべき何等の理由を存せざるものとす

五九一 親權母の私生子入籍

法曹會決議（大正十五年四月十二日）
問 未成年戸主の親權を行ふ母私生子を擧げ其届出を爲さんと

する場合自己の行為に付き戸主に代りて私生子の入家に同意を與ふるが如きは利益相反する行為に該當し民法第八百八十八條

に依り特別代理人の同意を得ることを要するや否右貴會の決議相仰ぎ候也

決 民法第八百八十八條に所謂利益とは單に財産上の利益のみ

五九二 戸主は夫へ財産は長男へ

問 甲女戸主十數年前乙男と入夫婚姻す、但し戸主權を夫に譲らず依然甲女戸主たり、而して三男四女を有す甲は今財産を丙男に譲り戸主權だけを乙夫に移したし、乃ち將來の相続税二重になるを避けんが爲め也、如何にすればよきや

答 一旦戸主權を女に留保して結婚した以上、後になりて夫に戸主權を簡單に移す譯に行かぬ、家督たるべき子女なき時は隠居して夫に家督戸主權を護ること出来れど、本件の如く家督たるべき子女ある子を差置いて夫を家督とすること出来ぬ、若し

五九三 妻が浪費で賣却を問題

問 一、妻の實家が離婚に不同意のため復籍を拒みたるときは如何にすれば可なるか

は無償にて取戻し得るものなりや

答 一、妻の實家が離婚に不同意なればとて復籍拒絶權なし、拒絶は最初婚姻の時戸主の同意を得ずして爲した場合に限る、而かも一年内に其手續を爲し置かざる可らず(民七五〇條)右以外離婚に不同意だからとて拒絶權なく、戸主の知らざる間に當然實家に復籍さるものとす、復籍不能の場合は一家創立と云ふて單獨に戸籍を作成せられ戸主となるものとす、而して其地番は本人の好む所を届出づれば可なるものとす

二、不動産とか又は重要な動産の處分は夫の許可を要すれど自己の衣服や裝身具家具の如き處分は其許可不要也、夫に取消權なし、取消し出来る場合は妻も出来る也(民一四條一二〇條)假に取消し出来る場合でも無償でと云ふ不條理のことなし、一方に其受領した金額を不當乃ち無原因利得として返還する義務あるものとす

三、夫の物を處分せるは取消問題の外他人の物(自己外を他人と云ふ)乃ち無權利物處分で横領とか盜罪に該當するものなれど夫婦間のこと故罰せられず(文書偽造の如きは免罪とならず)然れども民法上に於ては無効のものとして取戻し得るを法理と

ならず身分上の利益をも包含するものなれば本件の如き場合は同條第一項に該當し特別代理人の同意を得ることを要するものとす

將來の二重相続税を免れんが爲め
女戸主の魂膽、離婚して財産を長男に與へた後再入夫婚姻の外なし

ドウしても夫を戸主に而して財産を長男のものにしたしとのことなれば、茲で一旦乙夫と離婚の届を爲し、而して財産の大部分を長男に賣買又は贈與で手續を済したる後、更に乙男と入夫婚姻を爲し、其時は甲女に戸主權を留保せず、普通の通り男を戸主とする入夫婚姻届を爲せば、茲に變態の家督相続開始し子に先だちて入夫戸主となる可し、然し其時は男女殆ど無財産故其方の課税はなきこととなるべし

自己の持物並夫の所有品を無斷賣却したるを無償返還とは困難

二、妻が浪費のため夫の承諾を得ずして自己の衣服、裝身具及家具を賣却又は贈與せし場合に夫は妻の財産管理上之を買上又

すれど、又一面買入の方を觀察して全く善意無過失にて取引したるものとせば、之等の人の迷惑をも顧慮せざる可らず、故に法律は全く無過失に取引したるものある時は其返還を求め得ざる事に規定しあり、(民一九二條)唯盜品や遺失品に就て多少の例外規定あるのみ、本件は盜品とも觀察せられざるに非ざるも又横領とも見らる可し、即ち自己の保管占有中の物を處分したものと見らる可し殊に妻が夫の物をセシめた場合に於て全然他人が爲した場合とは大に事情を異にす無償返還など覺束なきものと斷するを可とす可き也、之は夫が妻を責む可きのみ問題にて世間様に迷惑を及ぼす可き條件までには運ぶを得ざるものに屬すと承知さる可き也

五九四 未成年者と身分行為

大正十五年(オ)第四百二十二號

民法第四條には未成年者が法律行為を爲すには其の法定代理人の同意を得ることを要すと規定し、法律行為の種類に付何等の區別を設けざるを以て財産に關すると將又身分に關するを問はず、苟くも未成年者が有効に法律行為を爲さんとするには親權者たる父又は母若くは後見人等の如き法定代理人の同意を得ることを要するが如しと雖も、同法第八百八十四條第九百二十三條第一項第八百七十八條等の規定によれば此等の法定代理人は原則として未成年者の財産を管理し又は其の財産に關する法律行為に付未成年者を代表するものにして其の身分上の行為に及ばざるにより、法定代理人の同意權も亦法律に特別の規定なき限り原則として成年者の財産に關する法律行為に止まり其の身分上の行為に及ばざるものと解するを相當とす、蓋し親權者

身分行為に付ては未成年者單獨能力あり轉籍及相續人指定の如きは戸主權行使に非ず代表權外

たる父又は母若くは後見人が未成年者の法律行為に付同意權を有するは此等の者が法定代理權を有する結果に外ならざればなり、而して未成年者たる戸主が轉籍せんと欲し之が届出を爲し又は家督相續人指定の届出を爲す行為に付ては民法其の他の法律中法定代理人の同意を得ることを要する旨の規定あることなく、而も此等の行為は財産に關するものにあらずして寧ろ身分に係はるものなるにより意思能力を有する未成年者は其の法定代理人の同意を得ることを要せずして自ら有效に爲すことを得べく、特に轉籍に付ては未成年の戸主は意思能力を有する限り法定代理人の同意を得ることを要せず獨立して廢家を爲すことを得べき旨の本院判例(大正十二年(ク)第四〇五號同年八月六日第三民事部決定)の趣旨に徴するも其の然るを知るに足れり

五九五 幼者の住所と親權者

大正十五年(ク)第七百六十六號

幼者の居所を住所と看做し手續すべきにあらず親權者の住所を以て幼者の住所と看做すべき也

或人の一般の生活關係に於て其の中心を成す場所を其の人の住

所と云ふ、而して斯る場所は其の處を以て右の如き中心と爲さんとするの意思を有し且此の意思を實現したる事實の存する場合に於て即ち之あるものとす、但し此場合の意思なるものは夫の嚴格なる意味に於ける意思表示と云ふ場合のそれとは異なる、何者其處を以て生活の中心と爲さんと欲するの意思は、固より之を必要とするも、更に一步を進め斯かる効果を享けんと欲するの意思までは之を必要とせざればなり、唯夫れ爾り住所を定立するの行為は固より法律行為に非ずと雖も其の或事を欲するの意思を必要とするの點に於て彼此相通するものあるに於て完

全なる意思能力を有する者にあらずる限り自ら完全に住所を定立するを得ざること、及斯かる者に付ては其の法定代理人の意思の介入を必要とすること夫の法律行為の場合と何等違ふところなし、殊に親權の下に在る未成年の子は親權者の指定したる場所に其の住所を定むるを要す蓋し之にあざれば親權者の有する監護教育の權利と義務とは其の實を擧ぐるに由なければなり、居所已に爾りとせば特別の事情の存するなき限り未成年の子の住所は又當然に其の親權者の住所に在りと解すべきは殆ど多言を俟たざるところなり

五九六 母の戸内婚姻で繼父

法曹會決議(大正十四年九月二十八日)

問 未成年戸主甲の母乙と其の家族丙(甲の叔父)と戸内婚姻をなしたる場合、丙の續柄は叔父と其の儘(記載しある通り)にて家族との續柄欄に「母乙夫」と記載し置くべきや此の場合參照の通り親權者は母乙行のふべきものなりや
同上の場合叔父(母の夫)は未成年戸主の繼父となり親權を行ふ事を得べきや(訓令決議等あらば之より御回答相煩はし度)

母が夫死亡後同一戸籍内の者と結婚すれば其が繼父となる故母の親權は同時に消滅するもの也

(未成年戸主の親權者たる母が其の家族と婚姻をなしたる場合に於ても尙親權を行ふことを得るものとす、三十七年十一月法曹會決)

決 甲の母乙が甲の叔父丙と戸内結婚を爲したるときは丙甲間に繼父子の關係を生ず(明治四十二年十二月十三日大審院判決 大正六年六月十三日大審院決定は同趣旨なれども明治三十七年十一月五日法曹會委員會議は反對なり)故に戸籍中丙の續柄に

叔父とあるは之を繼父と訂正すべきものとす（大正五年三月十五日民第三八七號法務局長回答は同趣旨なり）而して同一の家に繼父と實母あるときは繼父に於て親權を行ふべきものとす、何となれば民法第八百七十七條第二項には「父が知れざるとき死亡したるとき、家を去りたるとき、又は親權を行ふことが能はざるとき家に在る母之を行ふ」とありて父とは實父及繼父を

指すものなれば繼父に此等の事由あるにあらざれば實母に於て親權を行ふことを得ざればなり、大正九年五月二十七日民第一七三六號民事局長回答は同趣旨なり、質議者の引用する明治三十七年十一月五日法曹會委員會決議は母と婚姻したる家族が未成年者の繼父に非ざること前提として母を親權者なりと論ぜらるものなれば本件に適切ならず

五九七 遺兒を持餘す兩家

父方及母方の祖父母等順位に於て扶養責任あり但し同一籍に在る者は其が先、最後は戸主也

問 某家五女某家に結婚男二人女一人の子供あり、昨十五年夫病死致し妻子四人生活に差支ひ亡夫姉夫及妻の實家より月々生活費の補助致し居り候處、何分にも母子四人にては生活費も不足勝に相成、去月上旬九歳女七歳男二人を亡夫の實家に送り四歳男一人引連れ他出致し今に居所不明に御座候、然るに夫の實家より子供二人は妻の實家にて養育の義務ありと二人引連れ來り、置去り申候、右妻の實家は目下夫病死未亡人と子供六人外老母の八人にて其上子供二人の養育は不可能に御座候
右二人の子供は未亡人の實家にて養育の義務ありや又は亡父の實家にて養育すべきものなるや御伺ひ申上げ候

右御手数乍ら御教示願上候右夫婦は實家附近の借家に別居致し居り候ものに御座候
答 幼女二人に對する第一の扶養義務者は其母なれど、之が無資力且つ行先不明とすれば亡父の父母（祖父母）及母の父母（祖父母）が同一順位にて各資力に應じて共同負擔すべきものとす但し戸籍のある方即ち亡父母に於て先に扶養すべき責任あり、右兩方の祖父母なく又ありても全然扶養資力なき時は、幼女の籍ある戸主に於て扶養すべき事となるものとす（民九五五條）

五九八 單身戸主の葬式費用立換

法曹會決議（昭和七年三月十六日）

問 一、單身戸主が死亡の際親族に非ざる者が葬式の費用を支出したるときは民法第九百四十四條により利害關係人として家督相續人選定の爲親族會の申請を爲し得るや
二、前項然りとせば被相續人の財産より自己の支出したる葬式費用の辨濟を求むることを得るや

利害關係人として其相續財産の管理人選任を申請し得べきなり

決 本問の場合葬式費用は相續財産中より支拂ふべきものなるを以て他に之を支出したる者あるときは其の者は相續財産管理人に對し事務管理費用として之が償還を請求し得べし此の場合若し相續財産管理人なきときは民法第五十二條に依り裁判所に對し之が選任を請求すれば足り家督相續人選定の爲親族會の招集を請求する要なかるべし

五九九 戸主の準禁治産者

問 一、準禁治産者が（一）元本を領收する事（二）借財又は保證を爲す事（三）不動産又は重要な動産を賣却する事等は保佐人の同意を要し若し保佐人の同意なくしてなしたる上記の行爲は之を取消することを得る旨民法第十二條に規定されてありますが或る法律家の話には若し其準禁治産者が一家の主權者たる戸主であつて自己の所有財産を處分する場合は如何とも爲し難く此場合不動産の安全を計るには登記止めの手續をなし置くより外に道はなく準禁治産の宣告のみにては財産の保全上何等の效力

なしと云つて居りますか如何の者でありませうか適確なる御教示を願ひます

二、戸主に對する準禁治産宣告の無効なる規定の條項御示教被下度
答 一、戸主が準禁治産者なるときは其の行爲は取消すことを得ずとの規定なきを以て準禁治産者が戸主となりたる後の行爲も民法第十二條所定の行爲を保佐人の同意なしになしたるときは之を取消すことを得るものとす

二、又戸主が第十一條の要件を具備するときは之を準禁治産者として保佐人を之に附することを得るものとす

三、保佐人は何人になるか民法第九〇九條には九〇二條乃至九〇八條の規定を保佐人に準用するが故に九〇二條以下により研究するとき戸主の保佐人は第一次に其の親権を有する父又は母第二次に配偶者第三次に親族會選任者とす

四、或法律家が準禁治産者が戸主なるときは財産の處分は自由なり(有数なり)と云ふとか、甚だ解し難き説たり、準禁治産者の宣告の制度の目的を理解せざるより起る説なるべし

五、一般に無能力者の行爲を取消し得べしとなしたるは其の無能力者を保護せんとするにあるなり、故に無能力者が戸主とな

りたればとてこの保護を奪ふべき理由何れにありや、又法律上の根據何れにありや

六、若しこの説の如しとせば未成年者、禁治産者、妻も亦戸主となるときは同じく其の行爲は取消し得ざることとなるの理なり、探るに足らざるの説なりと云ふべし

七、戸主に對する準禁治産者宣告は無効なりとの法律あることなし苟も民法第十一條の要件に具備せば本人配偶者四親等内の親族戸主後見人保佐人檢事はこの宣告を求むることを得べく本人が戸主たるや否やに何等の關係なし(第七條十條、十一條十二條、十三條人訴第六七、六八、八二、四三、四七、三條第二項乃至第四項參照)以上

六〇〇 數年間女房を貸與

今更其妻を突然廢止されたからとて慰藉料云々の問題起らず月幾何の契約ありとも裁判不取上

問、一、甲なる夫と乙妻との間に三人の子供あり、然るに丙なるものが本夫甲の妻乙なるものを丙家に同居せしめ同棲し居ること數少年なり、其間に二兒を分娩し一兒を夫の甲の戸籍に甲の子として就籍し後の一兒は未就籍中なり

二、然るに丙は妻同様同棲し來りたる乙女を強ひて離別せしめ

たり

三、以上の次第なるを以て乙女より丙に對し數年間身體の自由拘束等を爲したるが爲め慰藉料の如きものを訴求するの權利ありや

四、果して其權利ありとせば何程の額が相當なりや

五、其訴名及訴訟提起に付夫甲の許可書要否等御明示を乞ふ

右請訓に及び候條何分の御明訓賜はらんことを希ふ

答 質問件は夫婦相談づくの上妻を丙方に妾奉公をさてたるものと認めらる、果して然りとせば之れ善良の風俗に反する契約也、月幾何の定めありとしても之を裁判上に請求する事不能也即ち斯かる事件は法律之を保護せず從つて裁判上取上ぐる譯に

六〇一 繼親は在籍者との關係

法曹會決議(昭利二年四月二十八日)

問 後夫又は後妻を迎ふる前既に養子として他家に入り又は婚姻に因り他家に入りたる子は後夫又は後妻に對して繼親子の關係を生ずるや右積極説早大正十三年法科講義録牧野博士親族

後妻を迎ふる際夫の籍に在らざる子女等は後妻との間に繼母子の關係生ぜざる也復籍の時別

法一九頁消極説法務局長回答大正六年六月民第一一八〇號の兩説あり何れが可か

決 本問の場合に繼親子關係を生せず

六〇二 遺留分の被害と幼者

問 (一)私は或家の長男に生れしが今より十五年前に姉に婚を迎へ父は五六年前に私が幼弱にして家政をとるに見込なき故を以て全財産の八分を婚に贈與し名義のみ分家にす、父と母と私

被害者たる幼者に母親権者ある以上自分は知らざりしと云ふ抗辯立たぬ矢張り時効は完了済也

を扶養し居りしが、三年前父が死亡してより私は未成年ながらも本家戸主となり居り今年漸く丁年に達し、初めて遺留分を侵害せられしことを知り、依つて滅殺を請求せんとす、右實行の

上勝訴と相成るものに候や

- (二) 減殺請求前に家政困難の故を以て前記算が贈與財産を賣却しても、矢張第三者に對し減殺請求出來得るものに候や
 - (三) 減殺の請求期間は未成年者にて一年間に候や
 - (四) 遺留分に對して私異議之無しなど、證書を兄に與へれば自然遺留分に對しては權利は消滅するものに候や
- 答 (一) 減殺請求權は父の死亡並に姉婿への贈與を知りし時より乃ち本件に於ては父死亡の時より一年内に訴へざる可からざるものとす(民一一四五條)未成年者故知らざりしと云ふ事出來ぬ、法定代理人たる母あるを以て也、母もなくして乃ち法定代

六〇三 父子の連借と親族會

問 父と其子(未成年者)連帯にて土地を抵當とし登記を経金圖貸付の件に付質疑候處其解答に

父と共に連借したるもの故父の同意あるものなること明かなり云々、況んや父之と共に連借に於てをや全然問題とならずとの事也、然るに圖らずも大正七年四月發行國民法律を見たるに「親權者が子と連帯」と題する記事見當り、かゝる親子利益相反

未成年の子と父共同の借財行為は利益相反に非ざる故親族會及特別代理不要也古き判例は反對

する行為は民法第八八條に依り子の爲めに特別代理人を選任せざる可らずと判例學說を示して詳説之有過日の御解説と矛盾する様考へられ候に付重ねて御教示を得たく候(十五、二、十府下)

答 大正四年七月二十八日の大審院判例は貴見の如く、又大正七年四月發行の國民法律掲載の如く、父子連帯債務行為は民八

八八條の利益相反行為なりとあるも、其後の解釋は之と反對の傾向を示せり、大正八年四月十九日の法曹會決議並に牧野博士等所見然り立法の精神より鑑みて斯る事を民八八條の利益相反として特別代理人選任必要なしと解せらる、父子共同の利害にして父子衝突すべき利害に非ず、恰も父子合同して合名合資の社員となる如きと類似也、之を民八八條に無關係とする

六〇四 妹の債務は兄は免責

問 戸主の妹家出して妻子ある愛人と共同生活をして居りますが、生活不如意の爲め妹名義で借財したる場合其兄たる戸主責任を負担しなければなりませぬか、此迷惑を除く方法を御教示下さい

答 子供の借金と雖も親において支拂の義務なく、また親の負債も相続しない子供は辨済を要しない、また夫が不許可である妻の債務を夫が、夫の負債を妻が支拂ふの責任はないのである況や單に妹とか家族の負債を兄なり戸主が辨済する義務は毫もないのである、かく法律上は支拂の義務がないが、唯人情徳義上、これ等夫婦血縁者間の負債は支拂して居るのである、また

理人たる後見人等もなき場合は之等の者が設けらるゝ迄又は丁年になりてから六ヶ月迄は時効延期さるゝものとす(民一五八條)

- (二) 減殺權ある場合に之を他に賣却したる時は其價格を賠償せしむ可き也、買受たる第三者が惡意乃ち遺留分侵害を知れるものなる時之に對しても返還請求權あり(民一一四三條)
- (三) 遺留分に對し豫め異議なき云々の證書を入れても無効也、減殺權發生後示談で拋棄契約は有効也、乃ち將來の事を豫め契約は切角の立法を無視する故無効となれど現實の拋棄は差支なしとの事也、恰も流質契約が無効と同様の形也

こと正當なるべし

右の如き次第故今回の解答に於ても舊説を改めて爲したるもの也、但し其後の大審院判例はなし、若し今後斯の如き問題起らば大審院果して前判例を翻すや否や不明なるも、多分後説の如く斷定さるべしと信ぜらるゝ也

妹の債務は兄に於て支拂の責任なく家族の負債も戸主に於て辨済の義務なし但徳義人情上は別

世間體や社交の關係上戸主等において習慣的に支拂ふに過ぎないので法律上は何等の責任ない、故にこの點は安心して何等の方法を講ずるの要がない、唯血縁の者が道徳上許さざる不義の行為を注意すれば可ならん、若しこれが浪費のための負債とせば浪費者として妹に準禁治産の宣告手續きを探つてもよい

(親類でも財産は他人・國民法律社)