

他家相續法概觀

SURVEY ON THE LAW OF SUCCESSION
TO THE HEADSHIP OF ANOTHER FAMILY

教 授

外 岡 茂 十 郎

PROF. M. TONOOKA

1932

目 次

第一章 緒 論	1—11
I. 自家相續ト他家相續	1
II. 他家相續ノ意義	4
第二章 判例ニ現ハレタ他家相續	12—36
I. 戸主ガ他家ノ家督相續人ニ選定サレタ場合	12
戸主ト他家相續能力——他家相續ノ效力發生時期——他家相續ト民法第一千七百四十四條及同第一千七百四十五條——他家相續人ノ二重選定——他家相續權ノ消滅	
II. 未懷胎兒ガ他家ノ家督相續人ニ選定サレタ場合	18
未懷胎兒ト他家相續能力——胎兒ト他家相續能力——他家相續人タル適格ノ有無ヲ定ムル標準時期——民法第一千七百四十五條ニ依リ他家相續人ニ選定セラルベキ適格者——意思無能力者ト他家相續行爲	
III. 意思無能力者ガ他家ノ家督相續人ニ指定サレタ場合	22
他家相續ト民法第一千七百四十六條——他家相續ト家籍變動ノ時期——意思能力ナキ未成年者ノ他家相續——民法第一千七百四十三條ニ所謂「他家ヲ相續シ」トハ他家相續行爲ヲ爲スコトヲ云フモノナリヤ——民法第一千七百四十三條ノ他家相續行爲ト民法第一千七百四十四條ノ承認行爲トノ關係——他	

家相續行爲ト法定代理——他家相續行爲ト其ノ方式

III. 隠居ニ因ル他家相續ノ場合……………30

指定者ト被指定者トガ家ヲ異ニスルトキ、被指定者ノ爲ス「承認」行爲ト他家相續行爲トノ關係——民法第七百五十三條ノ「承認」ノ意義、相續ノ承認ナルカ又ハ家督相續人タルコトノ承認ナルカ——未成年ノ子ノ「承認」行爲ニ對スル親權者ノ法定代理權、同意權——他家相續行爲ト親權者ノ代理權ノ範圍——「承認」行爲即チ他家相續行爲ノ方式

V. 他家ノ妻タル被相續人ノ親族ヲ差措イテ、他人ガ他家相續人ニ選定サレタ場合……………33

有夫ノ婦ヲ民法第九百八十五條ノ規定ニ從ツテ他家相續人トシテ選定シ得ルカ——他家ニ在ツテ妻タル被相續人ノ親族ト被選定資格——他家ニ在ツテ妻タル被相續人ノ親族ト他人トノ被選定順序——民法第九百八十五條第三項ノ規定ニ違反シテ他家相續人ヲ選定シタ親族會衆議ノ效力——右決議ノ效力ニ關スル判例ノ變遷

第三章 他家相續權……………37—85

I. 總說……………37

II. 他家相續權ノ發生……………46

指定他家相續人——選定他家相續人

III. 他家相續權ノ享有……………53

生存者——胎兒——未懷胎兒——他家ノ戸主、他家ノ家族殊ニ法定ノ推定家督相續人、女戸主ノ夫又ハ有夫ノ婦——外國人、法人、缺格者、被廢除者

III. 他家相續權ノ行使……………60

被指定者又ハ被選定者が自家ノ戸主ナル場合——被指定者又ハ被選定者が自家ノ家族ナル場合——被指定者又ハ被選定者が意思無能力者ナル場合——他家相續行爲ノ方式——他家相續行爲ノ效果

V. 他家相續權ノ消滅……………81

被指定者又ハ被選定者ノ死亡又ハ家督相續能力ノ喪失——拋棄(法定拋棄)

他家相續法概觀

外岡茂十郎

第一章 緒論

I. 自家相續ト他家相續

家督相續ガ開始シタ場合ニ於テ、前戸主ノ後ヲ承ケテ其ノ家ノ戸主ト爲ルベキ者ハ、先ヅ之ヲ前戸主ト家ヲ同ジクスル家族中カラ求ムベキモノトシタノハ（民九七〇條九八二條九八四條九八五條）、家督相續法ニ於ケル家族制度的立法ノ當然ノ結果デアツタ。然シ、民法ハ又他面ニ於テ、家ノ繼續ヲ確保セントスル家族制度的ナ考ヘ方カラシテ、家ガ相續人ナキ爲メ絶家ト爲ラヌコトヲ期センガ爲メニ、前戸主ノ家ニ在ラザル者ト雖モ、尙ホ家督相續人トシテ指定又ハ選定セラレ得ベシト爲シテ居ル（民九七九條九八五條七四三條^I）。從ツテ、現行法上家督相續人ノ指定ハ、被指定者ガ婚姻、養子縁組、親族入籍等ニ依ツテ他家ノ戸主又ハ家族ト爲ルモ、之ガ爲メ當然其ノ效力ヲ失フ限リデモナク（大正四年六月十二日民第七〇四號法務局長回答戶籍學會發行訓令通牒（錄七二二頁及ビ同五年十一月二十五日民第七〇九號法務局長回答霜山精一氏親族相續先例））、又被指定者ハ家督相續人指定ノ取消ヲ俟タズ

ニ其ノ儘他家ニ入り又ハ分家ヲ爲スモ固ヨリ妨ゲナキ所デア
(昭和五年三月十九日法曹會決議
 法曹會雜誌第八卷五號一八八頁)。殊ニ、民法ハ分家ノ戸主又ハ家族ガ
 本家ヲ相續スルコトアルベキヲ豫想シテ、幾多ノ規定ヲ設ケテ
 居ル(民七三一條七四四條I七五三條七六二條II九八五條I)。從
 ツテ、戸籍法第百十五條ノ如キモ、隱居ヲ爲サントスル者ト家
 督相續人タルベキ者トガ家ヲ異ニシ、隨ツテ其ノ本籍ヲ異ニス
 ル場合アルベキコトヲ豫想シテ、隱居ノ届書ニハ必ズヤ隱居ヲ
 爲サントスル者ノ本籍ノ外、家督相續人タルベキ者ノ本籍ヲモ
 記載セシメテ居ル。又同様ニ、家督相續人ニ指定サレタ者ガ相
 續開始前ニ死亡シタ場合ニ關スル戸籍法第百三十六條ノ届出ノ
 如キモ、指定者タル戸主ト被指定者トガ家ヲ異ニスル場合アル
 ベキコトヲ豫想シテ、指定者ノ戸籍ニ於ケル指定ノ記載ヲ抹消
 スルコトヲ得セシムルガ爲メノ規定ニ他ナラナイ。蓋シ指定者
 ト被指定者トガ家ヲ同ジクスル場合ニハ、同條ノ届出ヲ要セズ
 單ニ同法第百十六條以下ノ死亡届ノミニ依ツテ指定ニ關スル戸
 籍ノ記載ヲ抹消シ得ルモ(戸、施行細則一九條II)、其ノ家ヲ異ニ
 スル場合ニハ、死亡届アルモ之ニ基イテ、指定者ノ戸籍ニ於ケ
 ル指定ニ關スル記載ヲ抹消スルコトヲ得ナイカラデア
(大正五
 年十月
 二十一日民第六二六號法務局長回答一長)
 島毅氏司法省戸籍寄留先例全集三八五頁)。

斯クシテ、現行民法上家督相續ニハ自家相續ト他家相續(本
 家相續ヲ含ム)トノ二種ガアリ得ル。即チ自家相續ハ同一ノ家
 籍關係ニ在ル者ノ間ニ於ケル相續デア
 ニ反シ、他家相續ハ家

籍關係ヲ異ニスル者ノ間ニ於ケル相續デアアル。而シテ、兩者ノ間ニ於ケル此ノ家籍關係ノ相違ハ、ヤガテ、自家相續ト他家相續トヲ同一ノ相續原理ヲ以テ律スルコトヲ得ザラシムルモノデアアルニモ拘ハラズ、相續法ハ他家相續ニ關シテ何等特別ノ考慮ヲ拂フコトナク、只僅カニ、親族篇中ニ「家族ハ戶主ノ同意アルトキハ他家ヲ相續スルコトヲ得但未成年者ハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」トノ唯一ノ規定(民七四三條I)ヲ存セシメタノミデアツタ。從ツテ他家相續ニ關シテハ、理論上ニ於テモ、實際上ニ於テモ、現行法上極メテ難解ノ問題ガ生ジ得ルニモ拘ハラズ、少クトモ、私ノ知ル範圍ニ於テハ、著書ニ於テモ論文ニ於テモ、此ノ問題ヲ取扱フニ極メテ粗デアツタ。僅カニ參考ニ供スベキ資料トシテ今日ニ存スルモノハ、島田鐵吉氏ノ研究(明治三十九年明治學報九十九號、昭和二年二月法曹會雜誌)ト中島玉吉氏ノ判例批評(昭和三年三月法學論叢)トヲ舉ゲ得ルニ過ギナイ。本稿ノ目的ハ、此ノ點ニ關スル資料ノ欠缺ヲ補ハンガ爲メニ、判例ヲ主材トシテ、判例ニ現ハレタ若クハ之ト關聯シタ他家相續ニ關スル論點ヲ摘示シテ、之ニ資料トシテノ配列ヲ試ミルニ在ル。從ツテ他家相續ニ關スル判例ヲ蒐集シテ、之ニ批評ヲ加フルガ如キハ固ヨリ本稿ノ目的トスル所デハナイ。唯々裁判所ガ他家相續ノ各種ノ具體的事件ヲ處理スルニ當ツテ、構成セラレタ理論ト、此ノ理論ニ依ツテ導カレタ法律的效果トヲ概觀シタ上デ、民法其他ノ

法律ノ規定ト對比シテ、時ニ私見ヲ挿入シタ部分ガ在ルニ過ギナイ。ソレニモ拘ハラズ、本稿ガ特ニ判例ヲ主材ト爲シタコトハ、之ニ依ツテ、他家相續法ヲ通ジテ、裁判所ガ我國傳統ノ家族制度ニ對スル社會思想ノ推移變遷ヲ、如何ニ理解シテ、之ヲ法規ト如何ニ調和セシメ得タカト云フコトヲ、時代ヲ背景トシテ、窺ヒ得ル便宜ガアツタカラデアル。而シテ裁判所ノ貴イ努力ニ依ツテ得ラレタ此ノ「判例」コソ、ヤガテ次ノ時代ノ法律ノ據ルベキ道ヲ準備シ、暗示スル有力ナ資料デナクテハナラナイ。

II. 他家相續ノ意義

民法第九百八十六條ノ規定スル原則ニ依レバ、家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ當然被相續人ノ有セシ權利義務ヲ承繼シテ、被相續人ノ家ノ戸主ト爲ルモノデアアル。從ツテ、家督相續開始ノ當時相續人ナク其後數ヶ月ヲ經過シテ相續人ガアルニ至ツタ場合デアツテモ、其ノ者ハ相續開始ノ當時ニ遡ツテ當然被相續人ノ家ノ戸主ト爲ルモノデアラウ。而シテ其ノ戸主ト爲ル效果ハ同條ノ原則ニ因ツテ當然ニ生ズルモノデアツテ、相續人ガ何等カノ特別ノ意思表示ヲ爲シタコトニ因ルモノデハナイ。從ツテ、相續開始後家督相續人ノ爲ス單純若クハ限定ノ承認行爲(民一〇一七條以下)ハ、戸主ト爲ルガ爲メニ爲ス相續人ノ行爲デハナクシテ、相續人ノ意思ニ關セズ法律上當然ニ戸主ト爲ツタコトニ對スル救濟ノ爲メノ相續人ノ行爲デアアル。又被相續人ノ爲ス相續人指定ノ行爲(民九七九條以下)ハ、相續開始ノ時ニ

自己ノ權利義務ヲ相續人ニ移轉セシムルガ爲メニ爲ス被相續人ノ行爲デハナクシテ、法律ノ規定スル相續ノ效果ヲ享受スベキ者ヲ定メンガ爲メノ被相續人ノ行爲デアル。

然レドモ、家督相續人ニ指定又ハ選定サレタ者ガ被相續人ノ家ニ在ラザル者デアルトキハ、假令家督相續ガ開始スルモ、其ノ者ガ自家ヲ去ツテ自家ノ戸主若クハ家族タル身分ヲ失ハザル限リハ、被相續人ノ家ニ入ツテ其ノ家ノ戸主ト爲ルコトヲ得ナイ。蓋シ指定又ハ選定ハ、被相續人ノ家ニ在ラザル被指定者又ハ被選定者ヲシテ、其ノ現ニ屬スル家ノ戸主若クハ家族タル身分ヲ喪失セシメテ、其ノ家ヨリ去ラシムルガ如キ效力ヲ有シナイカラ。即チ此ノ場合ニ於テハ、被相續人タルベキ者ト相續人タルベキ者トガ其ノ家籍關係ヲ異ニスル爲メニ、民法第九百八十六條ノ原則ハ、相續ノ開始アルモ、當然ニハ其ノ適用ヲ生ジ得ナイコトニナラウ。茲ニ於テカ、同條ノ原則ノ適用ヲ生ゼシメ、以テ被相續人ノ家ニ在ラザル被指定者又ハ被選定者ヲシテ被相續人ノ家ノ戸主タラシムルガ爲メニハ、特クニ、相續人タルベキ者ガ自家ヲ去ツテ、他家ノ相續人ト爲ル旨ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要スルモノデアル。相續人タルベキ者ノ此ノ行爲即チ他家(被相續人ノ家)ヲ相續スル爲メニ自家ヲ去ルコトヲ目的トスル行爲ハ、之ヲ他家相續行爲ト云フコトガ出來ヨウ。蓋シ民法第七百四十三條第一項ニ於テ、家族ガ他家ヲ相續スル場合ヲ分家行爲及ビ廢絶家ノ再興行爲ト共ニ一律ニ規定シテ「家族

ハ戸主ノ同意アルトキハ他家ヲ相續スルコトヲ得」ト爲シタ點カラスルモ、又其ノ但書ニ於テ、未成年者ナルトキハ「親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」ト爲シタ點カラスルモ、同條ニ他家ヲ相續シタルノハ、家族ガ他家相續行爲ヲ爲ス場合ヲ云フモノデアラウカラ。

斯クシテ、我民法上家督相續ニハ自家相續ト他家相續トノ二ツノ態形ガ存スル。前者ハ相續ノ效果ガ相續ノ開始ト共ニ法律上當然生ズル場合デアリ、後者ハ相續人タルベキ者ノ他家相續行爲ヲ俟ツテ始メテ其ノ效果ガ生ズル場合デアル。

從ツテ例ヘバ、(1)他家ニ在ル者ヲ家督相續人ニ指定シタル後、家督相續開始前ニ、其ノ被指定者ガ婚姻(民七八八條七四五條)、離婚、離縁(民七三九條)、親族入籍(民七三七條)、引取入籍(民七三八條)等ノ事由ニ因リテ被相續人ノ家ニ入り、爾後家督相續開始シ、其ノ者ガ指定ニ因ツテ其ノ家ノ戸主ト爲ルモ、茲ニ云フ他家相續ノ場合デハナイ。蓋シ家督相續ノ開始スル以前既ニ被相續人ノ家ニ入りタル以上ハ、生來ノ家族ガ其ノ家ノ戸主ト爲ル場合デアルト、又生來以外ノ家族ガ其ノ家ノ戸主ト爲ル場合デアルトヲ問ハズ、民法第九百八十六條ノ原則ノ適用上、均シク自家相續ト云フヲ妨ゲヌカラデアル。又同様ニ、(2)女戸主ノ入夫婚姻ニ因ツテ家督相續ガ開始シ、入夫ガ女戸主ニ代ツテ其ノ家ノ戸主ト爲ルモ(民七三六條九六四條九七一條)、茲ニ云フ他家相續ノ場合デハナイ。蓋シ入夫ハ他家ヨリ入りタル場

合デアツテモ、入夫婚姻ノ成立ト同時ニ家督相續開始シ、入夫ハ其ノ時ニ於テ、婚姻ニ因リテ當然其ノ家ニ入リテ戸主ト爲ルモノデアツテ、相續人ト爲ルガ爲メニ、特クニ被相續人ノ家ニ入ルコトヲ目的トスル入夫ノ行爲ヲ必要トスル場合デハナイカラデアアル。遺言養子縁組(民八四八條八六〇條八六一條)ニ因ツテ、養子ガ養家ノ戸主ト爲ル場合モ亦之ト同様ニ他家相續ト云フコトヲ得ナイデアラウ。從ツテ此ノ場合入夫又ハ養子ハ、婚姻又ハ養子縁組ニ關スル戸主ノ同意(民七五〇條I)ヲ得ルコトヲ要スルガ、他家相續ニ關スル戸主ノ同意(民七四三條I)ヲ得ルコトヲ要シナイ。又均シク、家督相續人タルベキ者ヲ他家ニ求ムルニ當ツテモ、遺言ニ依ル養子縁組(民八四八條)ヲ以テシタ場合ト、遺言ニ依ル相續人指定(民九八一條)ヲ以テシタ場合トハ明カニ之ヲ區別セネバナラナイ。蓋シ兩者共ニ其ノ終局ノ目的ヲ同ジクシテ且ツ孰レモ遺言ヲ以テ爲サレタモノデアツテモ、前者ハ自家相續ノ場合デアアルガ、後者ハ他家相續ノ場合デアツテ、全ク其ノ相續原理ヲ異ニスルニ至ルカラデアアル。又同様ニ、(3)相續開始ノ當時若クハ選定行爲ノ當時他家ニ在ル被指定者又ハ被選定者ガ、相續開始後ニ婚姻、離婚、離縁又ハ親族入籍等ノ事由ニ因ツテ被相續人ノ家ニ入り、之ガ爲メニ民法第九百八十六條ノ原則ノ適用ヲ生ジテ、當然ニ相續開始ノ時ニ迴ツテ其ノ家ノ戸主ト爲ルモ、茲ニ云フ他家相續ノ場合デハナイ。蓋シ此ノ場合ニ於テハ、被指定者又ハ被選定者ハ相續開始後ニ

他家ヨリ入リテ被相續人ノ家ノ戸主ト爲ル場合デハアルガ、相續人ト爲ルガ爲メニ、特クニ被相續人ノ家ニ入ルコトヲ目的トスル他家相續行爲ヲ爲シタ結果（即チ他家相續權ヲ行使シタ結果）、其ノ家ノ戸主ト爲ツタ場合デハナイカラデアアル。從ツテ被指定者又ハ被選定者ガ、相續開始後ニ於テ、婚姻ニ因ツテ被相續人ノ家ニ入リテ其ノ家ヲ相續スルニ至ル場合デアツテモ、其ノ者ハ民法第七百五十條第一項ノ婚姻ニ關スル戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルガ、民法第七百四十三條第一項ノ他家相續ニ關スル戸主ノ同意ヲ得ルヲ要シナイコトハ、前述ノ女戸主ノ入夫婚姻ニ因ツテ戸主ト爲ル入夫ノ場合ト同様デアラウ。

之ヲ要スルニ、前戸主ノ後ヲ承ケテ戸主ト爲ルベキ者ガ、(1)ノ場合ハ相續開始前ニ、(2)ノ場合ハ相續開始ノ時ニ、(3)ノ場合ハ相續開始後ニ被相續人ノ家ニ入ル場合デアツテ、孰レモ茲ニ云フ他家相續ノ場合デハナイ。從ツテ、茲ニ他家相續トハ、被相續人ガ他家ニ在ル者ヲ家督相續人ニ指定シ、被指定者ガ民法第七百五十七條ノ規定ニ依ツテ相續開始ト同時ニ（民七五二條乃至七五四條）、又ハ民法第七百四十三條第一項ノ規定ニ依ツテ相續開始後ニ、被相續人ノ家ニ入リテ其ノ家ノ戸主ト爲ル場合及ビ民法第九百八十五條ノ規定ニ依ツテ、他家ニ在ル者ガ家督相續人ニ選定セラレタルガ爲メ、被選定者ガ民法第七百四十三條第一項ノ規定ニ依ツテ被相續人ノ家ニ入リテ其ノ家ノ戸主ト爲ル場合ヲ云フニ他ナラナイ〔註〕。

[註]。他家相續ノ意義ニ關シテハ、學者モ先例モ概ネ自明ナコトトシテ、特クニ之ヲ説明シテ居ラナイ。或ヒハ單ニ「他家ノ戶主ノ家督ヲ相續スルヲ他家相續ト謂フ」ト爲シ(野上久幸氏親族法五七頁)、或ヒハ「他家相續ノ問題ノ起ルノハ被相續人ニ法定推定家督相續人ナク、他家ノ戶主又ハ家族ヲ相續人トシテ指定又ハ選定シタル場合デアアル」ト説イテ居ルニ過ギナイ(中島玉吉氏「親族相續法改正要綱ヲ評ス」法學論叢第二十卷八六七頁)。獨リ島田鐵吉氏ハ「家督相續開始ノ場合ニ於テ被相續人ノ家ニ在ラザル者が、家督相續人ニ指定又ハ選定セラレ、家督相續ニ因リ被相續人ノ家ノ戶主ト爲ルコトヲ廣義ノ他家相續ト謂ヒ、廣義ノ他家相續中、被相續人ノ家ト家督相續人ニ指定又ハ選定セラレタル者ノ屬スル家トガ、本家分家ノ關係アル場合ヲ本家相續ト謂ヒ、然ラザル場合ヲ狹義ノ他家相續ト謂フ」ト定義シ(前掲法曹會雜誌)、而シテ又「被相續人ノ家ニ在ラザル者が爲ス單純若クハ限定ノ承認ハ民法親族編ニ於テハ之ヲ他家相續トイフ」(前掲明治學報)ト説明セラレテ居ル。然シ若シ其ノ趣旨ガ、相續開始當時ニ被相續人ノ家ニ在ラザル者ガ家督相續ニ因ツテ被相續人ノ家ノ戶主ト爲ルスベテノ場合ヲ他家相續デアアルト爲スモデアアルトスレバ、其ノ意義必ズシモ正確デアハナイ様ニ思ハレル。

從ツテ例ヘバ、相續開始當時ハ他家ニ在リタル者デアツテモ、家督相續人ニ選定セラルル當時既ニ被相續人ノ家ニ在ル場合——例ヘバ長男、次男ノミヲ有スル戶主ガ次男ヲ養子トシテ他家ニ入ラシメタ後、長男ガ其ノ直系卑屬ヲ遺サズシテ死亡シタ場合ニ於テ、戶主死亡後次男ガ離縁ニ因ツテ實家ニ復籍シタノデ、親族會ハ右次男ヲ其ノ家督相續人ニ選定シタ場合ノ如シ——ハ茲ニ云フ他家相續デアハナイ。之ト反對ニ、相續開始當時ハ被相續人ノ家ニ在リタル者デアツテモ、家督相續人ニ選定セラルル當時既ニ他家ニ在ル場合——例ヘバ廢除サレタ長男ノミヲ有スル戶主ガ死亡シタ後、長男ハ分家ヲ爲シタガ、親族會ハ右長男

ヲ其ノ家督相續人ニ選定シタ場合ノ如シ——ハ茲ニ云フ他家相續タルヲ妨ゲナイ。蓋シ前ノ場合ハ相續人ト爲ルガ爲メニハ、特クニ被相續人ノ家ニ入ル相續人ノ行爲ヲ必要トスル場合デハナイガ、後ノ場合ハ相續人ト爲ルガ爲メニハ、特クニ被相續人ノ家ニ入ル相續人タルベキ者ノ行爲ヲ必要トスル場合デアラカラデアル。斯クシテ、他家相續ガ自家相續ト區別セラルベキ特質ハ、(1)被相續人タルベキ者ト相續人タルベキ者トノ間ニ於ケル家籍關係ノ不同ト、之ニ基因スル、(2)相續開始ノ際若クハ其後ニ於ケル相續人タルベキ者ノ他家相續行爲トニ在ルト云フコトガ出來ヨウ。

而シテ親族法ニ云フ本家相續（民七三一條七四四條七五三條七六二條）トハ、此ノ他家相續中、特クニ被相續人ノ家ト被指定者又ハ被選定者ノ屬スル家トガ、本家ト分家トノ關係ニ在ル場合ヲ云フモノデアアル。從ツテ分家ノ法定ノ推定家督相續人ハ、本家ノ戸主カラ其ノ家督相續人ニ指定サレテ其ノ家督相續ガ開始シタ場合若クハ親族會ニ依リ本家ノ家督相續人ニ選定サレタ場合ニハ、他家タル其ノ本家ヲ相續スル爲メニ、自家ヲ去ルコトヲ得ルガ（民七四四條Ⅰ但書）、本家ノ家督相續開始前ニ、分家ノ法定ノ推定家督相續人ハ本家ヲ相續スル目的ヲ以テ爲ス本家ノ戸主トノ養子縁組ニ因ツテハ、自家ヲ去ルコトヲ得ナイ。蓋シ斯クノ如キ養子縁組ハ民法ニ所謂本家相續デハナイカラ。然ルニ大正九年六月十七日民第二〇六四號民事局長回答ガ、民

法第七百四十四條第一項但書ノ適用ニ關シテ、「分家ノ法定ノ推定家督相續人ハ本家相續ノ目的ヲ以テ本家戸主ノ養子ト爲ルコトヲ得」ト爲シタノハ(霜山氏前掲書四〇頁)、他家相續(本家相續)ノ意義ヲ誤解シタコトニ因ツタモノデアラウ。又同様ニ、本家ヲ相續スル目的ヲ以テ爲ス本家ノ女戸主ト分家ノ法定ノ推定家督相續人トノ入夫婚姻ハ、民法ニ所謂本家相續デハナイ。從ツテ分家ノ法定ノ推定家督相續人ハ斯カル婚姻ニ因ツテハ、自家ヲ去ルコトヲ得ナイニモ拘ハラズ、大正元年十二月二十七日民第八四一號民事局長回答ガ、「分家ノ法定ノ推定家督相續人ハ本家相續ノ目的ヲ以テ其ノ女戸主ト入夫婚姻ヲ爲スコトヲ得」ト爲シタノモ(霜山氏前掲書三七頁)、亦同一ノ非難ヲ免ヌカレ得ナイデアラウ(同說。明治三十一年十二月十四日民刑第二二五九號民刑局長回答一通牒錄二一三頁。異說。大正八年六月二十六日民第八四一號民事局長回答一同書八九七頁)。斯クシテ、本家相續ハ他家相續ノ一態様ニ他ナラナイトシタナラバ、他家相續ニ關スル原則ハ本家相續ニ關シテモ均シク適用セラレネバナラナイ。例ヘバ分家ノ法定ノ推定家督相續人ガ本家相續ヲ爲スニハ、自家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要スベク、若シ其ノ者が未成年者ナルトキハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲモ得ルコトヲ要スル(民七四三條I)。而シテ其ノ者ニシテ意思能力ナキニ於テハ、親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ガ代ツテ本家相續ヲ爲シ得ベク、又意思能力アルニ於テハ、本人ニ於テノミ本家相續ヲ爲シ得ベキモノデアルト云フコトニモナラウ(此ノ點ハ第三章(III)ノ(三)參照)。

第二章 判例ニ現ハレタ 他家相續

本章ガ「判例ニ現ハレタ他家相續」ト題シテモ、他家相續ニ關スルアラユル判例ヲ、詳細ニ剩ス所ナク、記述シヨウト云フノデハナイ。唯他家相續ニ關スル若干ノ重要判例ヲ通シテ「他家相續法」ガ、實際上果シテ如何ナルモノデアルカ、又如何ナル點ガ從來論議ノ中心ヲ爲シテ居ツタカト云フ様ナコトヲ、茲ニ概観シテミヨウト云フノデアル。

I. 戸主ガ他家ノ家督相續人ニ選定サレタ場合

- (1)戸主ト他家相續能力——(2)他家相續ノ效力發生時期——
(3)他家相續ト民法第千十七條及ビ同第千二十四條——(4)他家相續人ノ二重選定——(5)他家相續權ノ消滅

登記抹消手續請求事件 大正十年十月一日大審院第三民事部判決。民事判決録第二十七輯第二十五卷一七二〇頁、法律新聞一九一四號一九頁

〔事實〕

本件モ次ニ取扱フ「登記抹消手續請求事件(大正十一年六月二十七日大審院判決民事判例集第一卷第七號三五三頁)」及ビ「不動産登記抹消登記手續請求事件(昭和五年九月十二日大審院判決民事判例集第九卷第十一號九〇六頁)」モ恐ラクハ同一ノ事件ノ引續キデアラウ。ソレデ本件ノ判決録ノ上デハ、明カニスルコトヲ得ナカツタ事實關係ハ、便宜上此等ノ判例集ノ記載ニ依ツテ之ヲ補ツテ置イタ。

一、戸主甲ガ明治四十二年七月二十九日ニ死亡シ、法定又ハ指定ノ家督相續人ガナカッタノデ、其ノ家督相續人選定ノ爲メニ、大正五年四月十六日親族會ガ招集サレタ。其ノ親族會ハ同日民法第九百八十五條第二項ノ規定ニ依ツテ、他家ノ戸主タル乙(大正二年三月六日出生)ヲ甲ノ家督相續人ニ選定シタ。乙ハ法律上ハ被相續人タル甲ノ親族デモ、又被相續家タル甲家ノ分家戸主デモナカッタ。

二、所ガ乙ハ選定決議當時ハ勿論、其後モ引續キ自家ノ戸主タル地位ニ在ツテ、決議ノ日ヨリ三ヶ月ヲ經過スルモ猶ホ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲サナカッタ。

三、ソコデ親族會ハ大正八年十一月二十二日、乙家ノ家族タル丙ヲ甲ノ家督相續人ニ選定スルニ至ツタ。本件ノ訴訟ハ、甲ノ僭稱相續人タル丙ノ父丁ガ、甲ノ相續財産中ノ或ル宅地ヲ第三者戊ニ移轉シタコトニ付テ、丙カラ右ノ第三者戊ニ對シテ其ノ登記ノ抹消ヲ請求スルノニ在ル。從ツテ其ノ論議モ、乙ノ爲メニ爲サレタ家督相續人選定決議(大正五年四月十六日)ト、丙ノ爲メニ爲サレタ家督相續人選定決議(大正八年十一月二十二日)トハ、當然其ノ内容上兩立スルヲ得ナイ親族會ノ決議デアルカラ、其ノ孰レヲ以テ有效ナリト解スベキカト云フ點(家督相續人ノ二重選定ノ問題)ニ集中サレタ。

〔丙ノ主張〕

丙ノ主張スル所ヲ綜合スレバ、

一、乙ノ被選定無資格　一人二家ノ戸主タル身分ヲ兼有スルコトヲ許サナイ我法制ノ下ニ於テハ、既ニ或ル家ノ戸主タル身分ヲ有スル者ハ、他家ノ家督相續人ニ選定セラルルノ適格ヲ有シナイ。民法第九百八十五條第一項ニ於テ分家ノ戸主ヲ以テ家督相續人被選定適格者ノ一ト爲シテ居ルノハ、民法第七百六十二條第二項ノ法意ヨリスルモ、全ク例外的ノ制限規定デアル。従ツテ、選定決議當時分家ニ非ザル他家ノ戸主タル地位ニ在ッタ乙ハ、甲家ノ家督相續人ニ選定サレル資格ガナイ。

二、選定決議ノ失効　若シ假リニ、乙ヲ以テ家督相續人被選定適格者ナリトスレバ、一人二家ノ戸主タル不當ノ結果ヲ避止セシメガ爲メニハ、家督相續人選定ノ効力ニ停止ノ状態ヲ認メザルヲ得ナイ。而モ之ヲ時間的ニ無制限ニ認ムルコトニスルト、民法ガ第一千二十四條ヲ設ケテ速カニ相續關係ヲ確定セントシタ法意ニ反スルコトニナル。従ツテ、同條第二號ノ規定ヲ類推シテ、決議ノ日ヨリ三ヶ月内ニ他家ノ戸主タル身分ヲ脱却シナイ場合ニハ、其ノ者ヲ選定シタ親族會ノ決議ハ、當然其ノ効力ヲ失フモノト解スルガ妥當デアル。而シテ乙ハ選定決議後モ引續キ自家ノ戸主タル地位ニ在ツテ、且ツ三ヶ月ノ法定期間内ニ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲サナカツタカラ、乙ヲ選定シタ決議ハ、右ノ期間ノ經過ト同時ニ其ノ効力ヲ失ツタモノダ。

斯クシテ、乙ニ付イテ爲サレタ家督相續人選定決議ハ、無効デアルカ然ラズンバ失効シテ居ルカラ、其後ニ於テ丙ニ付イテ

爲サレタ選定決議ガ有效デアルト云フノデアル。

但シ本件ノ訴訟ニ於テハ、乙ガ被選定無資格者デアルト云フ論議ハ、乙ガ「他家ノ戸主」デアルト云フ點ニ集中サレテ、乙ガ甲死亡ノ當時出生モセズ又胎兒デモナカツタト云フ點ニハ、全然觸レテ居ラナカツタ。

〔第二審判決〕

之ニ對スル第二審裁判所(宮城控訴院)ハ

一、「民法第九百八十五條第二項ニ依リ他人中ヨリ之ヲ選定シ得ルモノニシテ其所謂他人中ニハ他家ノ戸主タル者ヲモ包含セシメタル法意ナルコト疑ヲ容レス」ト判示シテ、或家ノ戸主タル身分ヲ有スル者デモ、他家ノ家督相續人ニ選定セラルルノ適格ヲ有スルト爲シ又

二、「民法第千二十四條第二號ノ規定ハ相續人ガ直ニ相續ヲ爲シ得可キ適格ヲ有スル場合ニ付キ規定シタルモノニシテ單純承認ヲ爲シタルモノト爲スコトノ法律上不能ナル場合ニハ之ガ適用ナキモノナリ而シテ他家ノ戸主ヲ家督相續人ニ選定シタル場合ニ於テハ被選定者カ戸主ノ地位ヲ脱却シ以テ選定ニ依リ家督相續ヲ爲シ得ベキ適格ヲ具有スルニ至ル迄ハ家督相續ノ效力ノ發生ハ停止セラレ相續人選定ノ效力モ亦停止セラルルモノニシテ此間ニ在テハ法律上單純承認ヲ爲シタルモノト爲スコトノ不能ナルモノナルヲ以テ同條ノ規定ハ此場合ニ適用ナキモノトス」ト判示シ、從ツテ、選定決議ハ三ヶ月ノ期間經過ニ因ツテ

ハ其ノ效力ヲ失フモノデハナク、却ツテ、其ノ選定決議ハ被選定者ガ特クニ選定ニ應ジテ家督相續人ト爲ルコトヲ欲シナイ意思ヲ表示スルカ、又ハ他家ノ家督相續人ト爲ル爲メニ、自家ノ戸主タル地位ヲ脱却シ得ナイコトガ確的ト爲ル迄、即チ選定ノ效力ヲ實現シ能ハザルニ至ル迄ハ、依然其ノ效力ヲ持續スルモノト解スベキデアルト判決シタ。

從ツテ、其後ニ於テ丙ヲ選定シタ親族會決議當時ハ、重ネテ甲ノ家督相續人選定ノ決議ヲ要スル場合デハナイカラ、丙ヲ選定シタ決議ハ法律上當然無効デアルトシテ、丙ヲ敗訴サセタ。

〔大審院判決〕

ソコデ丙ハ上告シタガ、大審院ハ之ニ對シテ次ノ如ク判決シタ。

一、「他家ノ戸主ヲ家督相續人ニ選定スルコトヲ得ザル旨ノ規定ナキノミナラズ民法第九百八十五條第二項ノ規定ハ同項所掲ノ場合ニ於テハ同條第一項ニ掲ケタル者ヲ除キタル其他ノ者ノ中ヨリ家督相續人ヲ選定セシムルノ法意ナリト謂フ可ク第一項ニ分家ノ戸主ヲ舉示シアルニ依リテ之ヲ觀レバ第二項ニ所謂他人中ニハ分家以外ノ戸主ヲモ包含スルモノト解スルヲ得ベシ加之他家ノ戸主ハ其戸主タル地位ヲ脱却シタルトキハ直チニ家督相續人タル身分ヲ取得スルコトヲ得ベキモノトス故ニ他家ノ戸主ハ之ヲ家督相續人ニ選定スルコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス」

二、「一人ニシテ同時ニ兩家ノ戸主トナルヲ得ザルコト言フ俟タザル所ナルヲ以テ親族會ガ他家ノ戸主ヲ家督相續人ニ選定シタル場合ニ於テハ被選定者ガ他家ノ戸主タル地位ヲ脱却スル迄ハ選定ノ效力發生セザルモノト謂ハザルベカラズ」

「(民法第千十七條ノ)三ヶ月ノ期間ハ他家ノ戸主ヲ相續人ニ選定シタル場合ニ於テハ被選定者カ戸主ノ地位ヲ脱却シ選定ノ效力ヲ生ジタル時ヨリ起算スベキモノト解スルヲ相當トス」

「被選定者ガ其家督相續人トナルコトヲ欲セザル意思ヲ表示シ又ハ其家督相續人トナル爲メ戸主ノ地位ヲ脱却スル目的ヲ以テ廢家又ハ隱居ノ申請ヲ爲シタルモ其申請ガ採用セラレザルトキハ親族會ノ選定決議ハ實行不能ニ了リ其效力ヲ失(フモノトス)」

「被選定者ガ自己ヲ相續人ニ選定スルノ決議アルヲ知リタルニ拘ラス遲滯ナク戸主ノ地位ヲ脱却スルノ手續ヲ爲サザルトキハ相續人タルコトヲ欲セザルノ意思ヲ有スルモノト推測スルコトヲ得ベキ場合ナキニアラザルヲ以テ若シ被選定者ガ斯ル意思ヲ有スルコトヲ認メ得ルトキハ親族會ノ選定決議ハ實行不能トナリ其效力ヲ失ヒタルモノト謂ハザルヲ得ザルナリ」

斯クシテ、丙ヲ選定シタ決議ガ有效ナリヤ否ヤノ問題ハ、結局、(1)、乙ガ其ノ選定決議ヲ知リタル後、遲滯ナク戸主ノ地位ヲ脱却スルノ手續ヲ爲サナカツタカ否カ、(2)、若シ、乙ガ遲滯ナク其ノ手續ヲ爲サナカツタシタナラバ、ソレハ乙ニ相續人ト爲ルコトヲ欲シナイ意思アリトノ推測ヲ爲シ得ベキ場合ニナルカ否カニ依ツテ決セラルルコトニナツタ譯デアアル。蓋シ既ニ乙ノ爲メニ爲サレタ親族會ノ選定決議ニシテ、實行不能ニ了リ其ノ效力ヲ失ツテ居ル以上ハ、更ニ親族會ガ他ノ者丙ヲ有效ニ選定スルハ、固ヨリ妨ゲナキ所デアアルカラデアアル。此ノ點ニ關シテ、第二審判決ニハ重要ナル事實ノ判斷ノ遺脱ガアツタトシテ、大審院ハ原判決ヲ破毀シテ事件ヲ控訴院ニ差戻シタ。

II. 未懐胎兒ガ他家ノ家督相續人ニ選定サレタ場合

- (1)未懐胎兒ト他家相續能力——(2)胎兒ト他家相續能力——
 (3)他家相續人タル適格ノ有無ヲ定ムル標準時期——(4)民法
 第九百八十五條ニ依リ他家相續人ニ選定セラルベキ適格者
 ——(5)意思無能力者ト他家相續行爲

登記抹消手續請求事件 大正十一年六月二十七日大審院第一民事部判決。

民事判例集第一卷第七號三五三頁、法律新聞二〇二四號一三頁。

〔事實〕

一、戸主甲ガ明治四十二年七月二十九日ニ死亡シタノデ、大正五年四月十六日他家ノ戸主タル乙ヲ選定シタ親族會ハ、改メテ大正六年一月十五日戸主乙ノ家族タル丁(乙ノ叔父)ヲ、甲ノ家督相續人ニ選定シタ(相續人選定ノ遺直シ)。ソコデ、丁ハ相續ニ因リ甲カラ承繼シタ宅地三百二坪ヲ大正六年一月二十三日ニ、自己ノ債權者戊ニ賣渡シタ。

二、所ガ、丁ハ前述シタ通り適法ノ親族會ニ依ツテ選定サレタモノデハナカツタノデ、大正八年十一月二十二日親族會ハ丁ノ子丙(大正七年九月十四日出生)ヲ甲ノ家督相續人ニ選定シタ。ソコデ、丙ハ父丁ニ對シテ、家督相續回復ノ訴訟ヲ提起シ、勝訴ノ判決ヲ受ケ、大正九年二月二十八日ニハ該判決ガ確定スルニ至ツタ。

三、斯ウナツテ來ルト、戊ハ甲ノ遺産タル前記ノ宅地ヲ、甲

ノ家督相續人デハナカッタ丁カラ買受ケタコトニナルノデア
カラ、其ノ所有權ヲ取得シ得ナイコトニナツテ來タ。茲ニ於テ
カ、丙ハ戊ニ對シテ、該宅地ニ對スル賣買登記ノ抹消登記手續
ヲ請求スルコトニナツタノガ本件ノ訴訟デア。尙ホ丙ハ此ノ
訴訟ニ於テ、戊ガ大正六年一月十七日前記ノ宅地ニ對シテ爲シ
タ假差押登記ノ抹消ヲモ請求シテ居ル。

四、而シテ本件ガ前掲〔I〕ノ「登記抹消手續請求事件」ノ引續
キノ事件デアルトスルト、大正五年四月十六日ニ選定サレタ他
家ノ戸主乙ニハ、相續人ト爲ル意思ノナイコトガ判明シテ來タ
(前掲^I大審院
判決(二)參照)。サウナルト、乙ノ爲メニ爲サレタ親族會ノ選定決
議ガ效力ヲ失ツテ居ル結果、大正八年十一月二十二日ニ原告丙
ノ爲メニ爲サレタ親族會ノ選定決議ガ有效ト爲ツテ來タノデ、
該宅地ヲ買受ケタ戊側ニ形勢不利トナツタ。ソコデ、戊ハ家督
相續人ノ二重選定ノ點カラ丙ハ家督相續人デナイト云フ主張ヲ
捨テテ、甲ノ家督相續開始當時ニ未ダ懐胎サレナカッタ丙ハ家
督相續人ニ選定サレ得ル資格ガアルカ否カト云フ點ニ論議ヲ移
シタ。

〔戊ノ主張〕

一、原告丙ハ大正七年九月十四日ノ生レデ、本件ノ相續開始
當時即チ甲死亡當時ノ明治四十二年七月二十九日ニハ、未ダ出
生シテ居ラナカッタノハ勿論ノコト、胎兒デサヘモナカッタノ
ダカラ、甲ノ家督相續人ニ選定サレル資格ハナイ。從ツテ、丙

ヲ甲ノ家督相續人ニ選定シタ親族會ノ決議ハ、法律上家督相續人ニ選定サレ得ナイ者ヲ選定シタモノデアツテ、法律上當然無効デアル。

二、固ヨリ右親族會ノ決議ニ對シテハ、法定期間内ニ不服ノ訴ヲ提起シタ者ハ別ニ無カツタガ、之ガ爲メニ、無効ノ決議ガ有效トナルモノデハナイト云フノデアル。

〔丙ノ主張〕

一、丙ノ出生ハ相續開始後デアアルガ、相續開始以後ニ出生シタ者ヲ家督相續人ニ選定シテハナラヌト云フ法規ハ存シナイト爲シテ、次ノ様ニ主張シテ居ル——民法第九百八十五條ノ規定ニ從ヘバ親族會ニ於テ家督相續人ヲ選定スルニハ何等ノ制限ナク被相續人ノ親族家族分家ノ戸主又ハ本家若ハ分家ノ家族中ヨリ之ヲ選定スルコトヲ得セシメ若之等ノ者アラザル時ハ廣ク他人ノ中ヨリモ之ヲ選定セシムル規定アリテ其ノ選定當時ハ實在ノ人ヨリ之ヲ選マザルベカラザルコト勿論ナレドモ遡リテ相續開始當時實在シタル人ノ内ヨリ之ヲ選定セザルベカラザルノ法意ヲ窺フベキモノナシ——。斯クシテ選定ニ因ツテ定マル家督相續人ハ、其ノ選定サレタ當時ヲ標準トシテ其ノ適格者ナリヤ否ヤヲ定ムベキモノデ、相續開始當時ヲ標準トシテ定ムベキデハナイト云フノデアル。從ツテ丙ハ相續開始當時ニハ胎兒デサヘモナカツタガ、選定決議當時ニハ既ニ出生シテ居ツタ以上ハ、甲ノ家督相續人トシテ選定サレル資格ガアル。

二、且ツ此ノ選定決議ニ對シテハ、別ニ法定ノ期間内ニ不服ヲ訴フル者ガナク、從ツテ該決議ハ既ニ確定シタ以上ハ、丙ガ甲ノ正當相續人デアルト云フノdeal。

〔大審院判決〕

第一審(山形地方裁判所)デハ被告戊(控訴人)ノ主張ハ容レラレナクッタガ、第二審(宮城控訴院)デハ其ノ主張ヲ認メテ、原告丙(被控訴人)ヲ敗訴サセタ。ソコデ丙カラ上告シタガ、大審院モ次ノ趣旨デ其ノ上告ヲ棄却シタ。但シ第二ノ論點ハ上告審デハ争ハレナクッタ様deal。

「民法第九百六十四條ニ依レバ家督相續ハ同條ニ掲ゲタル事由ノ生ズルト同時ニ開始スベキモノナレバ相續人タルベキ者又ハ相續人ニ選定セラルベキ者ノ適格ハ此ノ時ヲ標準トシテ之ヲ定ムベキモノトス隨テ同法第九百八十五條ニ所謂被相續人ノ親族ハ相續開始ノ當時生存シ又ハ懐胎セラレタル親族ヲ指稱シ其ノ後ニ懐胎セラレテ出生シタル親族ヲ包含セザルモノト解スルヲ正當トスルコトハ當院ノ判例(大正七年(オ)第百七十二號判決大正七年四月十九日言渡)トスル所ニシテ此ノ趣旨ハ獨被相續人ノ親族ガ家督相續人ニ選定セラルル場合ニノミ局限セラルベキモノニ非ズ同條ニ所謂被相續人ノ家族分家ノ戸主又ハ本家若ハ分家ノ家族又ハ他人ガ家督相續人ニ選定セラルル場合ニ在リテモ亦之ヲ擴張シテ同一ノ解釋ヲ爲シ得ルモノト謂ハザルベカラズ」

「若相續開始當時既ニ出生シ又ハ懐胎セラレタル者ニ非ザル以上ハ縱令其ノ後ニ至リ家督相續人ニ選定セラルルトモ其ノ相續開始ノ時ヨリ少クトモ其ノ懐胎迄ノ間前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼スルニ由ナキガ故ニ此ノ間前戸主ノ權利義務ハ其ノ主體ヲ失ヒ一切ノ財産皆歸屬スル所ナキニ至リ錯綜セル問題ヲ惹起スルコトヲ免レズ隨テ民法第九百八十六條ニ

依リ家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼スベキモノト爲シ以テ相續財産ニ關スル紛雜ヲ防止スルコトニ務メタル法律上ノ精神ヲ沒却スル(ニ至ル)」

斯クシテ、大審院ハ民法第九百八十五條ノ規定ニ依ツテ、他家相續人ニ選定サレ得ベキ者ヲ、被相續人ノ親族、分家ノ戸主又ハ本家若クハ分家ノ家族又ハ他人ニシテ其ノ相續開始ノ當時生存シ又ハ懐胎サレタ者ニ限定シ、相續開始以後ニ懐胎サレテ出生シタ者ハ、總テ之ヲ被選定無資格者ト爲シタ。

III. 意思無能力者ガ他家ノ家督相續人ニ指定サレタ場合

- (1)他家相續ト民法第九百八十六條——(2)他家相續ト家籍變動ノ時期——(3)意思能力ナキ未成年者ノ他家相續——(4)民法第七百四十三條ニ所謂「他家ヲ相續シ」トハ他家相續行爲ヲ爲スコトヲ云フモノナリヤ——(5)民法第七百四十三條ノ他家相續行爲ト民法第一千十七條ノ承認行爲トノ關係——(6)他家相續行爲ト法定代理——(7)他家相續行爲ト其ノ方式

親族會招集申請却下決定ニ對スル抗告事件 昭和二年八月六日大審院第三民事部決定。法律新聞二七六九號九頁、同二五四四號九頁、法律評論第十六卷民法一三〇一頁

〔事實〕

一、戸主甲ニハ法定ノ推定家督相續人ガナカツタノデ、大正十三年七月一日ニ遺言ヲ以テ、他家ノ戸主乙ノ長男丙(大正十二年三月三十一日出生)ヲ其ノ家督相續人ニ指定シタ。尤モ、其ノ指定ノ遺言ニハ「家督相續人ハ乙ノ長男丙ヲ指定ス但シ華

族ノ養子トナシタル後家督ヲ相續セシムルコト」トアツタ。蓋シ之ニ依ツテ、丙ヲシテ華族ノ族稱ヲ享ケシメ以テ甲ノ爵位ヲ繼承スル資格ヲ得セシメンガ爲メデアツタラウ（華族令一條 I. 一四條 II. 一九條 III. 二〇條 I）。所ガ丙ハ又一方ニ於テハ、乙ノ法定推定家督相續人デモアツタノデ、乙ハ丙ヲシテ右指定ニ應ズルコトヲ得セシメンガ爲メニ、先ヅ同月四日ニハ其ノ家ヲ廢シテ丙ヲ伴ツテ本家丁ニ入ツテ——乙ハ同年四月十七日ニ丁家ヨリ分家ヲ爲シタ者デアル——丙ノ法定推定家督相續人タル地位ヲ喪失セシメタ。而シテ同月十日ニハ、丙ヲシテ華族某ノ家族戊ノ養子ト爲ラシメタ。

二、戸主甲が大正十三正七月十五日ニ死亡シタノデ、翌十六日ニハ右相續人指定ノ遺言ニ基イテ、遺言執行者カラ戸籍吏ニ對シテ家督相續人指定ノ届出ガ爲サレタ。ソコデ、同月十八日丙ノ養父トシテ其ノ親權者タル地位ニ在ツタ家族戊ハ、戸主某ノ同意ヲ得テ戸籍吏ニ對シテ丙ガ亡甲ノ指定家督相續人トシテ、其ノ家督ヲ相續シタ旨ノ届出ヲ爲シタノデ、丙ハ現在戸籍上甲家ノ戸主トナルニ至ツタ。

三、所ガ、亡甲ノ實弟已カラ丙ハ亡甲ノ家督相續人デハナイト爲シテ、從ツテ、亡甲ニハ法定又ハ指定ノ家督相續人ガナイカラ、其ノ家督相續人選定ノ爲メニスル親族會員ノ選定並ニ招集ノ申請ヲ東京區裁判所ニ爲シタ。然シ裁判所ハ、丙ガ亡甲ノ遺言ニ因ツテ其ノ家督相續人ニ指定サレ、適法ニ亡甲ノ家督ヲ

相續シテ居ル以上ハ、更ニ亡甲ノ爲メニ家督相續人ヲ選定スル必要ナシト考ヘテ、右申請ヲ却下シタ。

〔第二審決定〕

ソコデ已ハ此ノ却下決定ニ對シ東京地方裁判所ニ抗告シタ。其ノ論旨ハ頗ル多方面ニ互ツテ居ルガ、茲ニ他家相續其ノモノニ關スル論點ヲ摘録スレバ

一、被相續人甲ガ死亡シ、其ノ家督相續ガ開始シタ當時、丙ハ甲ノ家ニ在ラズシテ他家ノ家族デアツタカラ、丙ガ亡甲ノ家督ヲ相續スルノハ、民法第七百四十三條第一項ニ所謂家族ガ他家ヲ相續スル場合ニ該當スル。而シテ家族ガ他家ヲ相續スルノハ單純ナル法律事實デハナクシテ、民法上ノ一ノ法律行爲デアルコトハ、同條ニ均シク規定スル分家、廢絶家再興ト其ノ揆ヲ一ニスル。

二、法律行爲トシテノ他家相續ハ、(1)家督相續人ガ其ノ從來ノ家ヲ去リ (2) 被相續人ノ家ニ入り (3) 家督相續人ト爲ルノ三個ノ效果ヲ同時ニ發生セシムルコトヲ目的トスル身分上ノ法律行爲ニ屬スル。而シテ身分上ノ法律行爲ハ特別ノ規定存セザル以上ハ、行爲者本人ニ於テ之ヲ爲スベク代理人ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ザルモノデアルカラ、特別規定ヲ有シナイ他家相續ハ相續セントスル者自ラ之ヲ爲スコトヲ要シ、法定代理人デアツテモ無能力者ヲ代表シテ之ヲ爲スコトヲ得ナイモノデアル。

三、固ヨリ、未成年者デアツテモ意思能力ヲ有スル以上ハ、

自ラ他家相續行爲ヲ爲シ得ベキコトハ、民法第七百四十三條第一項但書ノ文面ニ徴スルモ極メテ明白デアアル。之ヲ要スルニ、事實上意思能力ヲ有セズ他家相續ノ何タルカヲ辨別スル思慮ナキ者ハ、法定代理ノ認メラレヌ以上、絶對ニ他家相續ヲ爲スコトヲ得ナイト言ハネバナラス。從ツテ、亡甲ガ其ノ家督相續人ニ指定シタ丙ハ本件相續開始當時僅ニ一年五ケ月ノ未成年者デアツタカラ、丙ガ他家ノ被相續人甲ノ家督ヲ相續スルコトヲ得ザルハ明カデアアルト云フノデアアル。

然シ、東京地方裁判所ハ次ノ理由デ此ノ抗告ヲ棄却シタ。

一、家督相續ハ法律行爲タル性質ヲ有シナイ。蓋シ民法第九百六十四條所定ノ原因ニ因ツテ家督相續ガ開始スレバ、前戸主ノ家督相續人タル資格ヲ有スル者ハ法律上當然ニ前戸主ノ身分上及ビ財産上ノ地位ヲ承繼スルモノデアツテ、其ノ效力ヲ生ズルガ爲メニ、特クニ相續人ニ於テ相續ナル法律行爲ヲ爲スコトヲ要スルモノデハナイカラデアアル。而シテ此ノ事ハ相續人ガ他家ヲ相續スベキ場合デモ何等異ル所ハナイ。唯此ノ他家相續ノ場合ニ在ツテハ相續人ガ自家ヲ去ルガ爲メノ要件ヲ具備スルコトヲ要スルニ過ギナイ。即チ此ノ要件ガ具備サレレバ、相續人ハ法律上當然被相續人ノ家督ヲ相續スルニ至ルモノデアツテ、其ノ效果ヲ生ズルガ爲メニ、相續人ニ於テ他ニ特別ノ他家相續行爲ヲ爲スコトヲ要シナイコトハ、自家相續ノ場合ト何等異ル所ガナイ。

二、而シテ茲ニ他家相續人が自家ヲ去ルガ爲メノ要件ト云フノハ、(イ)被相續人ノ家ニ入り難キ事由ヲ排除スルコト——例ヘバ他家相續人が現ニ戸主デアルトキハ隱居又ハ廢家ヲ爲シテ戸主權ヲ喪失シ、又妻デアルトキハ婚姻ヲ解消セシメテ妻タル地位ヲ脱シ、又法定ノ推定家督相續人デアルトキハ廢除ヲ受ケテ其ノ地位ヲ去ル様ナコト——及ビ(ロ)他家相續人が其ノ現ニ屬スル家ノ家族デアルトキハ、民法第七百四十三條ノ規定スル所ニ從ツテ戸主其他ノ者ノ同意ヲ得ルコトヲ云フモノデアアル。從ツテ此ノ要件(イ)ノ被相續人ノ家ニ入り難キ事由ヲ排除スルガ爲メニ、特クニ他家相續人自身ノ行爲ヲ必要トスル様ナ場合——例ヘバ他家相續人が隱居、廢家又ハ離婚ヲ爲ス場合——ニ他家相續人ニ意思能力ガナイトキハ、要件(イ)ガ具備サレナイ爲メ他家相續ノ效果ハ生ジ得ナイコトニハナルガ、本件ニ於テハ、被相續人ノ家ニ入り難キ事由ヲ排除スルガ爲メニ、丙ガ特クニ丙自身ノ意思ニ基ク行爲ヲ爲スコトヲ要スル地位ニ在ツタ事實ハ、之ヲ認メ難イカラ、丙ガ單ニ意思無能力者デアルト云フ理由ニ依ツテ同人ニ付キ他家相續ノ效果ヲ生ジ得ナイモノト爲ス抗告人ノ主張ハ採用シ難イト云フノデアアル。

三、猶ホ裁判所ハ此ノ決定ノ論據ヲ強固ニスル爲メニ、(1)我民法上去家ナル效果ハ必ズ本人ノ意思ニ基クモノデアルト云フ抗告人側ノ主張ヲ反駁シテ「去家ナル效果ハ必ラズシモ去家スル者自身ノ意思ニ基キテ發生スルモノニアラザルコト」ヲ民法

第七百三十八條第七百四十五條第七百三十三條ノ規定ヲ引用シテ説キ、民法上「其例ニ乏シカラズ」ト爲シタ。又(2)他家ヲ相續スルコトガ法律行爲デアルト云フ抗告人側ノ主張ヲ反駁シテ「他家相續タルト否トヲ問ハズ相續人ガ意思無能力者ナルトキト雖モ其法定代理人ニ於テ代テ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲シ得ベキコトハ民法第千十九條第八百八十六條第九百二十九條等ノ規定上明白ニシテ而シテ相續承認又ハ拋棄ハ既ニ相續開始シ一應其效果ヲ生ジタルコトヲ前提トシ其後ニ於テ之ヲ爲スベキモノナルニ看ルモ意思無能力者ニ付キ他家相續ノ效果ヲ生ズルニ妨ゲ無ク乃チ前示各法條ハ他家相續ナル效果ハ法律上當然ニ發生スルモノニシテ之ガ法律行爲ニアラザルコトヲ前提トセルモノト云フベシ」ト論ジテ居ル(法律新聞二五四四號九頁)。

〔大審院決定〕

而シテ此ノ東京地方裁判所ノ決定ニ對シ更ニ己カラ再抗告ヲシタノデアツテ、其ノ理由ハ前記抗告理由ヲ補足シテ——家督相續ノ效果ハ家督相續ノ要件ガ具備スルコトニ因ツテ法律上當然ニ發生スルモノデアアル。而シテ此ノ家督相續ノ要件ハ二分子ヨリ構成セラレ、其ノ一ハ家督相續ノ開始デアリ、其ノ二ハ家督相續ニ熟シタ家督相續人ノ存在デアアル。自家相續ノ場合ニハ「第一分子タル相續ノ開始アリタル以後ニ於テ其ノ第二分子タル家督相續ニ熟シタル家督相續人ノ存在ヲ招來セシムル爲ニ家督相續人自身ノ何等ノ行爲ヲモ要スルコトナシ……之ニ反シテ

他家相續ノ場合ニ於テハ相續要件ノ第一分子タル相續ノ開始アリタル以後ニ於テ其ノ第二分子タル家督相續ニ熟シタル家督相續人ノ存在ヲ招來セシムル爲ニ特ニ家督相續人自身ノ行爲ヲ必要トス」ト説ク。從ツテ他家相續行爲トハ、家督相續要件ノ具備即チ家督相續ニ熟シタ家督相續人ノ存在ヲ招來セシムルコトヲ目的トシテ、他家相續人タルベキ者自身ガ民法第七百四十三條第一項ノ規定ニ從ツテ爲ス法律行爲デアルト云フコトニナル。斯クシテ、家督相續其ノモノガ法律行爲デナイト云フ命題カラ、直ニ他家相續モ亦法律行爲デナイト論結シタ原決定ハ、家督相續其ノモノト家督相續要件ノ具備ヲ目的トスル他家相續行爲トヲ混同シテ居ルト反駁シテ、「民法第七百四十三條第一項ニ規定スル所ノ所謂他家相續ハ單純ナル法律事實ニアラズシテ一種ノ法律行爲ナルコト同條規定スル所ノ分家及廢絶家再興ト其ノ揆ヲ一ニス」ト云フ從來ノ立場ヲ、或ヒハ民法第七百四十三條第一項及ビ同項但書ニ於ケル「同意」ノ法理ヨリ、或ヒハ同條第二項及ビ第三項又ハ第七百三十七條トノ權衡論ヨリ、或ヒハ原決定ガ他家相續ノ觀念ト相續ノ承認ノ觀念トヲ混淆シタ點ヲ反駁スルコトニ依ツテ強調シテ、「民法ハ他家相續ニ付テハ法定代理ヲ認メザルヲ以テ意思無能力者ハ絶對ニ他家相續ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス」ト結論シタ。

然シ大審院ハ、他家相續ノ場合ニハ家督相續ニ熟シタ相續人ヲ招來セシムル爲メニ特クニ相續人自身ノ行爲ヲ必要トスルト

云フ抗告論旨ノ根本原則ニ對シテ

「民法第九百八十六條ニ依レバ家督相續人ハ相續ノ開始ニ因リ當然前戸主ノ地位ヲ承繼スルコトトナルモノナレバ相續人ニシテ他家ノ家族ナルトキハ相續開始ノ當然ノ效力トシテ他家ノ歸屬ヨリ脫離シテ戸主トナルベキ家ニ入ルモノト解セザル可カラス何トナレバ一人ニシテ同時ニニケノ家ニ屬スルコトハ法ノ許サザルトコロナレバナリ」

ト爲シテ其ノ主張ヲ排斥シタ。從ツテ又、無能力者ハ他家相續ヲ爲シ得ナイト云フ抗告論旨ニ對シテハ

「法定ノ推定家督相續人ナキトキハ被相續人ハ家督相續人ノ指定ヲ爲スコトヲ得ベク其ノ指定セラルベキ者ニ付テハ別段ノ定ナキガ故ニ民法第九百六十九條ニ該當セザル限り……無能力者乃至胎兒ナルモ不可ナルコトナシ孰レモ法令ノ定ムルトコロニ從ヒ指定ノ届出アラバ茲ニ被指定者ハ被相續人ノ指定家督相續人タル地位ヲ取得スベキナリ」

トノ説明ヲ與ヘテ居ルニ過ギナイ。而シテ民法第七百四十三條第一項ノ戸主ノ同意ハ指定相續人ノ承認行爲ニ對スル同意デアルト解シ「指定相續人ハ自己ノ爲ニ開始セル相續ヲ承認シ又ハ拋棄スルコトヲ得ベク若承認スルニ於テハ戸主トナルガ爲終局的ニ自己ノ屬スル家ヨリ離脱スルノ結果ヲ齎ラスコトトナルガ故ニ其ノ承認ヲ爲スニ當リテハ戸主ノ同意ヲ得ベキモノナルコトハ家族制度ノ本義ニ照シ寧ロ當然ナリ」ト説明シテ居ル。斯クシテ

「同條(民七四三條I)ニ他家ヲ相續シ云々トアルモ开ハ相續承認ノ效果トシテ他家ノ戸主トナルガ故ニ其ノ結果ヨリ見テ立言シタルニ過ギズ承認行爲ヲ別ニシテ他家相續行爲ナルモノヲ豫想シタルモノニ非ズ然リ而

シテ相續ノ承認ハ法定代理人ノ同意ヲ得又ハ法定代理人ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ルハ民法第一千九條 第八百八十六條 第九百二十九條等ノ各規定ニ照シ明ナルトコロ(ナリ)・・・相續ノ承認ガ法定代理人ニ依リテ爲サルル場合ニ在リテハ戸主ノ同意ハ法定代理人ヨリ之ヲ求ムベキハ素ヨリ當然ナリ」

ト論ジテ居ル。從ツテ大審院ハ民法第七百四十三條第一項ノ他家相續ヲ相續ノ承認ト解シタ關係上同項ノ但書ハ之ヲ「主トシテ廢絶家再興ノ場合ヲ豫想シタルモノニ係ル」トノ辯解ヲ爲サザルヲ得ナクナツタ。蓋シ相續人ガ無能力者デアル場合ニ相續ノ承認ニ法定代理人ノ同意ヲ要スルコトハ敢テ同條同項但書ノ規定ヲ俟ツマデモナイコトデアリ(民四條八八六條九二九條)、從ツテ同但書ハ、他家相續即チ相續ノ承認ニ關スル限り、全ク重複不要ノモノト爲ルニ至ツタカラデアル(法律新聞二七六九號九頁)。

III. 隱居ニ因ル他家相續ノ場合

(1)指定者ト被指定者トガ家ヲ異ニスルトキ、被指定者ノ爲ス「承認」行爲ト他家相續行爲トノ關係——(2)民法第七百五十三條ノ「承認」ノ意義、相續ノ承認ナルカ又ハ家督相續人タルコトノ承認ナルカ——(3)未成年ノ子ノ「承認」行爲ニ對スル親權者ノ法定代理權、同意權——(4)他家相續行爲ト親權者ノ代理權ノ範圍——(5)「承認」行爲即チ他家相續行爲ノ方式

隱居許可請求事件 昭和四年三月九日大審院第三民事部決定。民事判例集第

八卷第二號一〇六頁、法律新聞二九六五號五頁

〔事實〕

一、女戸主甲ハ乙男ト事實上ノ婚姻ヲ爲シ、乙家ニ於テ同人ト同居シテ居ツタガ、戸主ナルガ爲メ正式ノ婚姻ヲ爲スコトヲ得ナカツタ。ソコデ、甲女ハ乙男ト正式ノ婚姻ヲ爲シ乙家ニ入籍スル便宜ノ爲メ、大正十四年十二月三日親戚ニ該ル某家ノ戸主ノ四男丙(當時七才)ヲ養子トシテ入籍セシメ、翌年二月二十一日ニハ隱居ヲ爲シ、乙家ニ婚姻ニ因リ入籍スルコトガ出來タ。

二、然シ、甲女ノ隱居ニ因ツテ甲家ノ戸主ト爲ツタ丙男ニシテ見レバ、自分ハ全ク甲乙「兩名ノ婚姻ノ便宜上ノ犠牲」ニ供セラレタモノデアリ、而モ甲家ハ「本來自分ト何等ノ關係ナキモノニシテ且同家ハ財産ヲ有セズ丙ガ甲家ヲ繼ギタルハ只名義ノミニ過ギザレバ丙ガ戸主タルハ同家ノ爲ニ宜シカラザルノミナラズ反之丙ノ實家ハ相當資力ヲ有シ丙ニ高等ノ教養ヲ與フルコトヲ得ベキ地位ニ在ル」ト云フ様ナ事情デアツタノデ、茲ニ甲家ノ親戚一同協議ノ結果、丙側ノ希望ニ應ジテ丙ヲ實家ニ復歸セシメ勉學ノ途ヲ開クコトニナツタ。ソコデ、單身戸主丙男ハ實家ニ歸ル爲メニ、先ヅ隱居ヲ爲スコトニナツタノデ、而シテ民法第七百五十三條ノ規定ニ依リ隱居ヲ爲スニハ、「豫メ家督相續人タルベキ者ヲ定メ其承認ヲ得ルコトヲ要ス」ルノデ、丙男ハ昭和三年二月二十七日他家ノ家族デアアル丁男(大正九年六月二十六日出生)ヲ家督相續人ニ指定シ、其ノ「承認」ノ意思表示

ハ、丁男ノ親權者デアアル戊男ガ當時九歳ノ丁男ニ代ツテ之ヲ爲シテ、湯澤區裁判所ニ丙ノ隱居許可ヲ申請スルニ至ツタ（非訟九〇條II）。

三、所ガ、區裁判所モ第二審タル秋田地方裁判所モ「戸主ガ推定家督相續人ナキ場合ニ於テ民法第七百五十三條ノ原因ニヨリ隱居ヲ爲スコトヲ得ルニハ家督相續人ノ指定ヲ爲シタル上其ノ指定セラレタル者ニ於テ豫メ其ノ家督相續ノ承認ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ限ルモノトス此ノ場合ニ於テ指定セラレタル未成年ノ子ノ親權者ガ其ノ子ヲ代表シテ家督相續ノ承認ヲ爲スモ斯ル行爲ハ子ノ身分上ノ法律行爲ナルヲ以テ特ニ之ヲ許スベキ明文ナキ限り法律上ノ効力ナキモノトス」ト解シテ、親權者戊男ガ其ノ子丁男ニ代ツテ「承認」ノ意思表示ヲ爲シテモ、ソレハ法律上何等効力ノナイモノデアルト爲シタ。從ツテ本件ハ結局、家督相續人ヲ指定シタガ未ダ其ノ承認ノナイ場合ニ該ルカラ、民法第七百五十三條ニ依ル隱居ノ要件ヲ備ヘテ居ラヌト云ツテ、丙ノ隱居許可申請ハ却下サレ、其ノ抗告ハ棄却サレタノデアツタ。

〔大審院決定〕

ソコデ、丙カラ——民法第七百五十三條ノ場合ニ於ケル被指定者ノ相續承認ハ法定代理人ノ代表權ノ範圍ニ屬スル事項デアルカラ、被指定者ガ無能力者デアルトキハ法定代理人ガ之ニ代ツテ承認ヲ爲シ得ベキモノデアル。從ツテ本件抗告人丙ノ指定

シタ相續被指定者丁ノ親權者父戊ガ丁ニ代ツテ其ノ相續ノ承認ヲシタノハ相當デアツテ違法デハナイ——ト云フ理由デ再抗告ヲシタ所、大審院ハ其ノ再抗告ヲ容レ、次ノ趣旨デ原決定ヲ廢棄シタ。

「家督相續ノ承認拋棄ハ其ノ效力必シモ財産權ノ處分ニ限ラレザルガ故ニ親權者ガ民法第八百八十四條ニ依リ未成年ノ子ニ代ハリ此ノ如キ行爲ヲ代表シ得ベキヤ否ヤ疑問ナキニ非ズト雖同法第八百八十六條第五號ニ依レバ親權ヲ行フ母ハ未成年ノ子ニ代ハリテ相續ノ拋棄ヲ爲スガ爲ニハ親族會ノ同意ヲ必要トスルコトヲ規定シ相續ノ拋棄承認ノ如キハ本來親權ヲ行フ父又ハ母ガ未成年ノ子ニ代ハリテ爲シ得ベキ行爲タルヲ前提トセルコト明ニシテ且同法第千九條ハ相續ノ限定承認又ハ拋棄ヲ爲シ得可キ期間ノ起算點ヲ定ムルニ付法定代理人ガ無能力者ノ爲ニ相續ノ開始アリタルコトヲ知りタル時ヲ標準トシ若シ親權ヲ行フ父又ハ母ニシテ相續承認ニ關スル行爲ヲ代表シ得ザルモノトスルトキハ無能力ノ相續人ハ遂ニ相續ノ限定承認又ハ拋棄ヲ爲スノ機會ヲ與ヘラレザルコトアリテ無能力者ノ保護ニ付權衡ヲ失スルノ結果ヲ招致スルニ依リテ之ヲ見レバ親權者ハ其ノ父ナルト母ナルトヲ問ハズ自由ニ未成年ノ子ノ爲ニ相續ノ承認ヲ代行シ得ルモノト解スベキヲ相當トス……原審決定ガ本件隱居ヲ許スベカラズト認メタル所以ハ全ク此ノ點ニ關スル法則ノ解釋ヲ誤リタルニ在ルコト明瞭ナルヲ以テ本件抗告ハ其ノ理由アリ」

斯クシテ、大審院ハ從來ノ學說ト共ニ民法第七百五十三條ノ所謂「承認」ヲ「相續ノ承認」ト解シタガ、此ノ點ニ付テハ大キナ疑問ノ存スルコトハ後述スル通りデアル。

V. 他家ノ妻タル被相續人ノ親戚ヲ差措イテ、他人ガ他家相續人ニ選定サレタ場合

(1)有夫ノ婦ヲ民法第九百八十五條ノ規定ニ從ツテ他家相續人トシテ選定シ得ルカ——(2)他家ニ在ツテ妻タル被相續人ノ親族ト被選定資格——(3)他家ニ在ツテ妻タル被相續人ノ親族ト他人トノ被選定順序——(4)民法第九百八十五條第三項ノ規定ニ違反シテ他家相續人ヲ選定シタ親族會決議ノ效力——(5)右決議ノ效力ニ關スル判例ノ變遷

親族會決議無效宣言請求事件 明治四十一年二月二十七日長崎地方裁判所判決。法律新聞四八六號二〇頁。(判決年月日不明)長崎控訴院判決。法律新聞五一六號一五頁

〔事實〕

一、本件ニ於ケル被相續人戸主甲女ガ死亡シ、家督相續ガ開始シタ。ケレドモ、甲女ニハ法定又ハ指定ノ家督相續人ガナカッタノデ、家督相續人選定ノ爲メ親族會ガ招集セラレタ。右親族會ハ被相續人甲ノ養姉乙養妹丙ノ兩名ヲ家督相續人ニ選定セザル旨ノ被選定順序變更ニ關スル裁判所ノ許可ヲ受ケテ、明治四十年十二月十六日被相續人ト何等身分上ノ關係ノナイ丁女ヲ亡甲ノ家督相續人ニ選定シタ(民九八五條)。

二、所ガ、被相續人甲ニハ乙、丙ノ他ニ養姉戊ト云フ者ガアツテ、其ノ選定決議ノ當時ハ、他家ノ戸主ノ所へ嫁シテ居ツタ。親族會ハ、此ノ戊ヲ家督相續人ニ選定セザルコトニ關シテハ何等裁判所ノ許可ヲ受ケルコトナクシテ、他人デアアル丁女ヲ選定シタノデアツタ。ソレデ、右選定決議ハ民法第九百八十五條ニ

違背スルカラ實質上無効デアルト云ツテ、戊ハ明治四十一年一月八日親族會員ヲ相手取ツテ、本件「親族會決議無効宣言」ノ請求ヲ爲スニ至ツタ。

三、第一審（長崎地方裁判所）デハ原告戊ノ主張ガ容レラレテ、「本訴親族會決議ハ……民法第九百八十五條ニ違反スル點ニ於テ無効ナルヲ以テ其ノ決議ノ日ヨリ一ヶ月内ニ訴求スル原告ノ右決議無効宣言ノ請求ハ之レヲ是認セザルベカラズ」ト判決シタ。蓋シ民法第九百八十二條又ハ同第九百八十五條ニ規定スル被選定ノ順序ヲ裁判所ノ許可ヲ受ケズニ變更シテ家督相續人ヲ選定シタ親族會ノ決議ハ、判例上、民法第九百五十一條ノ不服ノ訴ニ依ツテ取消シ得ベキモノデアツテ、當然ニ無効デハナイトサレテ居ツタカラデアル（但シ此ノ見解ハ、民法第九百八十二條ニ關シテハ大正十一年十一月十一日ニ、又同第九百八十五條ニ關シテハ大正十四年二月十日ニ、斯ル決議ハ當然ニ無効デアツテ、取消ニ依ツテ始メテ無効ト爲ルモノデハナイト云フ様ニ改メラレタ——民事判例集第一卷第十一號六四〇頁、同第四卷第一號四四頁參照）。斯クテ、戊ハ此ノ判決ノ言渡アツタ後、控訴ノ提起セラルル前ニ、夫ト協議上ノ離婚ヲ爲シテ、婚家カラ實家タル甲家ニ復籍シタノデアツタ。

〔第二審判決〕

ソコデ、此ノ判決ニ對シテハ親族會員側カラ控訴ヲシタノデアツテ、其ノ理由ハ「被相續人ノ家ヲ去テ他人ノ妻トナレル者ヲ家督相續人ニ選定スルトキハ勢ヒ夫婦ノ關係ヲ離脱スルニ至リ社會ノ秩序ヲ亂スノ結果ヲ生ズ可シ」ト爲シテ、妻ハ民法第九百八十五條ノ規定ニ依ツテ他家ノ家督相續人ニ選定セラルル

資格ガナイカラ、假令被相續人ノ親族デアツテモ、之ヲ同條第一項列擧ノ被選定者ノ中カラ除外スベキモノダト云フノデアルガ、長崎控訴院ハ次ノ趣旨デ控訴ヲ棄却シタ。

「民法第九百八十五條ノ親族ナル文詞ニ付テハ何等ノ制限ナキヲ以テ苟モ被相續人ノ親族ナル以上ハ他家ニ嫁シ被相續人ノ家ニ在ラザル者ト雖モ同條ノ親族中ニ包含スルヤ疑ヲ容レズ……蓋シ被相續人ノ親族ニシテ婚姻ニ因リ他家ニ入り妻ト爲リタル者ハ離婚ヲ爲スニ非レバ他家ニ入ルヲ得ザルモ婚姻中ノ妻ヲ他家ノ家督相續人ニ選定スルヲ禁ジタル明文存セザルノミナラズ分家ノ戸主ハ廢家若クハ隱居ヲ爲シ本家若クハ分家ノ家族ハ戸主ノ同意ヲ得ルニ非ザレバ他家ニ入ルヲ得ザルニ拘ラズ民法第九百八十五條ニ於テ是等ノ者ヲ以テ選定相續人タルヲ得ルモノト規定シタルニ由リテ觀レバ婚姻中ノ妻ガ離婚ヲ爲シ他家ニ入ルヲ得ルヤ否ヤ未定ナルノ事由ハ以テ其妻ヲ相續不適當者ト爲スニ足ラザルコトヲ推知スルコトヲ得」

「家督相續人ニ選定セラレタル妻ハ其相續ヲ承認スルノ義務ナク相續權ノ拋棄ヲ爲スヲ得ルヲ以テ妻ヲ他家ノ家督相續人ニ選定スルモ之ガ爲メ離婚ヲ獎勵スルノ弊ナク又夫ガ妻ノ他家ヲ相續スル必要ヲ認メ法律ノ認ムル協議上ノ離婚ヲ爲スモ社會ノ秩序ヲ紊亂スルノ結果ヲ生ゼズ」

斯クシテ、同裁判所ハ他家ノ妻ト雖モ民法第九百八十五條ニ依ル被選定者タルヲ妨ゲヌカラ、親族會ガ同條ニ依ツテ家督相續人ヲ選定スル場合ニ、被相續人ノ親族デ他家ニ嫁シテ居ル者ガアレバ、親族會ハ此ノ者ヲ家督相續人ニ選定シナイ旨ノ裁判所ノ許可ヲ受ケズニ他人ヲ家督相續人ニ選定スルコトヲ得ヌト爲シタ。

第三章 他家相續權

本章ニ於テハ、他家相續ニ關スル主要ナル論點ヲ——他家相續權ヲ中心トシテ——順次ニ考察シテユクコトニ依ツテ、他家相續法ヲ概觀シテ見ヤウト思フ。

I. 總 說

他家相續ニ關スル第一ノ論點ハ、既ニ前章ニ於テ明カナルガ如ク、家督相續開始ト同時ニ、民法第九百八十六條ノ原則——家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ス——ガ他家ニ在ル被指定者又ハ被選定者ニ對シテモ、猶ホ自家相續ノ場合ニ於ケルト同様ニ、當然ニ適用セラルベキカト云フ點ニ在ル。元來、家督相續人ガ相續開始ノ時ヨリ被相續人ノ有セシ權利義務ヲ承繼シテ、被相續人ノ家ノ戸主ト爲ルノハ、家督相續人ガ特別ノ意思表示ヲ爲シタコトニ因ルモノデハナクシテ、民法第九百八十六條ニ基ク當然ノ結果デアル。從ツテ、相續人タルベキ者ガ相續ヲ爲スニハ、唯相續開始ノ原因タルベキ事由ガ發生スレバ足り、敢テ相續人タルベキ者ガ特ニ相續人ト爲ル旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ必要トスルモノデハナイ。

斯クテ、相續人タルベキ者ハ、相續ノ開始ニ因ツテ、相續人ト爲リ得ル權利即チ形成權タル相續權ヲ取得シ、之ヲ行使スルコトニ因ツテ、始メテ被相續人ノ權利義務ヲ承繼シテ其ノ相續人ト爲ルモノデアルト云フ様ナ説明ハ、今日我學界ノ承認シ得

ザル所デアル。從ツテ又、指定又ハ選定ガ家督相續人ト爲ルベキ者ヲ定ムルコトヲ目的トスル指定權者又ハ選定權者ノ一方行爲デアツテ、被指定者又ハ被選定者ノ承諾ヲ俟ツテ始メテ其ノ效力ヲ生ズル性質ノモノデナイ以上ハ、戸主ニ適法ノ指定家督相續人アルトキ家督相續ガ開始スレバ、其ノ被指定者ハ特ニ相續ナル行爲ヲ爲スコトナク、法律上當然ニ前戸主ノ地位ヲ承繼スベク、又戸主ニ法定又ハ指定ノ家督相續人ナクシテ家督相續ガ開始スレバ、被選定者ハ其ノ適法ニ選定セラルルト同時ニ、特ニ相續ナル行爲ヲ爲スコトナク、法律上當然ニ前戸主ノ地位ヲ承繼スルコトニナラウ。而シテ此ノ相續法理ヲ直チニ他家相續ノ場合ニ適用シテ、相續開始原因ノ發生ト共ニ、他家ノ家族タル被指定者ハ當然其ノ他家ノ歸屬ヨリ脱離シテ戸主ト爲ルベキ家(指定者ノ家)ニ入ルモノト解セザルベカラズト斷言シタノガ、前章(III)ノ「親族會召集申請却下決定ニ對スル抗告事件」ニ於ケル大審院ノ見解デアツタ〔註〕。

〔註〕。此ノ點ヲ特クニ正面カラ斷言シテ居ルモノトシテハ、私ノ知ル範圍ニ於テハ、奥田義人博士ノ説明ヲ擧ゲ得ルノミデアル——被指定者ガ被相續人ノ家族タラザリシトキト雖モ相續開始セルトキハ入夫婚姻又ハ養子縁組ノ方式ヲ要セズ(此點ニ付テハ多少疑問ナキニアラズト雖モ吾輩ハ方式ヲ要セザルモノト解釋ス)直チニ其家ノ戸主ト爲リ被相續人ニ家族アルトキハ新戸主ノ家族ト爲ルナリ(七三二)——相續法論一〇〇、一〇一頁。

然シ、此ノ大審院ノ見解ヲ以テスルト、被指定者ノ意思ノ如何ヲ問ハズ、又其ノ屬スル家ノ戸主ノ意思如何ニモ拘ハラズ、

(他家ニ在ル者ヲ家督相續人ニ指定スルニハ其ノ他家ノ戸主ノ同意ヲ要セズ——明治三十一年十月二十七日民刑第一五九四號民刑局長回答——通牒錄一七四頁)、全ク指定者ノ一方的ナ意思ヲ以テ他家ノ家族ヲ自家ニ引入レ得ルコトト爲リ——固ヨリ被指定者ハ相續ノ拋棄ヲ爲スコトモ出來ルシ、戸主ハ家族ガ終局的ニ戸主ノ家カラ離脱サレルコトニ付テ同意權ヲ以テ居ルト大審院ハ辯明シテハ居ルガ——斯カルコトハ、家族制度ノ本義カラ觀テ親族法ノ規定ト調和シ難イ點ガ少クナイ。例ヘバ被指定者ガ他家ノ戸主ナルニ於テハ廢家若クハ隱居ノ法則(民七五二條以下同七六二條)ニ反スベク、又他家ノ法定推定家督相續人ナルニ於テハ廢除ノ法則(民七四四條九七五條)ニ反スベク、又他家ノ家族タル有夫ノ婦ナルニ於テハ婚姻ノ法則(民七四五條七八八條)ニ反スルコトニナラウ。殊ニ此ノ判例ノ理論ニ從ヘバ、被指定者ハ指定者ノ一方的ナ指定行爲ト相續開始ノ事實ノミニ因ツテ、當然ニ他家ノ相續人ト爲ルモノデアルカラ、選擇期間(民一〇一七條I)ノ徒過ハ、被指定者ノ意思ニ關セズ、被指定者ニ對シテ直チニ單純承認ノ結果ヲ負擔セシムルニ至ルト云フ不合理ナ結果ヲ生ズルデアラウ(民一〇二四條)。サレバ、大審院ハ從來選定ニ依ル他家相續ノ場合ニ關シテハ、前章(I)ノ「登記抹消手續請求事件」ニ於ケルガ如ク、「親族會ガ他家ノ戸主ヲ家督相續人ニ選定シタル場合ニ於テハ被選定者ガ他家ノ戸主タル地位ヲ脱却スル迄ハ選定ノ效力發生セザルモノト謂ハザルベカラズ」ト説明シテ居ツタノデアツタ(同趣旨。大正四年五月二十日大審院判決 法律評論第四卷民法四九二頁以下參照。 大正三

年八月二十日東京控訴院判決法律評論第三卷民法
五一二頁以下參照。〔註〕。從ツテ又
民法第千二十四條第二號ノ所謂法定單純承認ニ關スル規定モ、
被選定者ガ他家ノ戸主タル地位ヲ脫却シ、其ノ選定ガ效力ヲ生
ジタトキニ於テ、始メテ其ノ適用ヲ生ズベキモノデアルト解シ
テ居ツタノデアツタ（前掲大正十年十月一日大審院判決 前章一六
頁參照。
同第二審宮城控訴院判決前章一五
頁參照。

〔註〕。大正四年五月二十日大審院判決——他家ノ戸主ヲ家督相續人ニ選定スル
コトヲ得ザル旨ノ規定存セザルノミナラズ分家ノ戸主ヲ本家ノ家督相續人ニ
選定スルコトヲ得ルハ民法第九八五條ノ法文上明白ナル所ナリ而シテ分家ノ
戸主ト分家ニ非ザル家ノ戸主トハ一家ノ戸主タル點ニ於テ毫モ異ナル所ナク
又分家ト雖モ本家ヨリ觀レバ他家ニ外ナラザルヲ以テ民法ハ分家タルト否ト
ニ論ナク他家ノ戸主ヲ家督相續人ニ選定スルヲ得セシムル法意ナルコト自
明ナリト云フベシ尤モ一人ニシテ二家ノ戸主タル身分ヲ併有スルコトヲ得ザ
ルガ故ニ他家ノ戸主ガ家督相續人ニ選定セラレタル場合ハ先ヅ他家ノ戸主タ
ル地位ヲ脫却シ然ル後家督相續ヲ爲サザルベカラザレバ選定ト同時ニ家督相
續ノ效力ヲ發生スルモノニ非ザルコト勿論ナリ。

同第二審、大正三年八月二十日東京控訴院判決——他家ノ戸主ヲ更ニ家督
相續人ニ選定スルコトハ我民法ノ禁セザル所ナリ元ヨリ一人ニシテ二個ノ戸
主權ヲ併有スルコトヲ得ザルコトハ疑ナキ所ナルヲ以テ若シ他家ノ戸主ガ更
ニ或ル人ノ家督相續人ニ選定セラレタル場合ニハ該選定ハ被選定者ガ前戸主
權ヲ喪失スルニ至ル迄其效力ノ發生ヲ停止セラルルニ過ギズ故ニ被選定者ガ
後日他家ノ戸主權ヲ喪失スルトキハ其瞬間ヨリ有效ニ家督相續人タル地位ヲ
獲得スルモノナリ。

斯クノ如キ次第デアルカラ、選定ニ依ル他家相續ノ場合ニハ、
被選定者ガ自家ノ戸主タル地位又ハ家族タル地位ヲ脫却スル迄
ハ選定ノ效力ハ發生セズ、從ツテ家督相續ノ效力モ其ノ發生ヲ
停止セラルベキモノデアルト云フコトハ、判例上確立サレタ原

理デアツタシ、又學界ニ於テモ有力ナ支持ヲ得テ居ツタ様デア
ル（穂積重遠博士判例民法大正十年度四五四頁。同博士相續法
大意一〇九頁）。ソレガ一度ビ、遺言ニ依ル指定他家相續ノ場合
ニナルト、何故大審院ハ、被指定者ガ自家ノ戸主タル地位又ハ
家族タル地位ヲ脱却シテ、指定ニ應ジテ他家相續ヲ爲シ得ベキ
適格ヲ具有スルニ至ルマデ、家督相續ノ效力ハ其ノ發生ヲ停止
セラルベキモノデアルト云フ從來ノ理論ニ從ヒ得ナカツタデア
ラウカ（本案ニ於テハ、被指定者ガ他家ノ家族ノ場合デアツ）。現ニ此ノ事
件ニ於ケル第二審裁判所ハ、他家ニ在ル被指定者ガ指定者ノ家
督ヲ相續スベキ效果ハ、被指定者ガ其ノ現ニ屬スル家ヲ去ルガ
爲メ民法所定ノ要件ヲ具備スルト共ニ生ズベシト説イテ居ルデ
ハナイカ（前章二五頁以下參照）〔註〕。

〔註〕。同趣旨。大正十一年十二月十二日法曹會決議——被指定者又ハ被選定者
ハ指定又ハ選定ニ因リテ當然被相續人ノ家ニ入ルモノニ非ズ是ガ爲メニ是
等ノ者ガ民法親族編ノ規定ニ依ル去家ノ條件ヲ充實スルヲ要ス從ツテ被指定
者又ハ被選定者ガ此條件ヲ充タスコトヲ得ザルニ於テハ指定又ハ選定ハ其ノ
效力ヲ失フモノトス（法曹會雜誌第一卷一號二一一頁）。同趣旨。大正五年十
一月二十五日民第七〇九號法務局長回答（霜山氏前掲書四九〇頁）。

斯クシテ、他家相續ノ場合ニ相續ノ效力ノ發生停止ヲ認ムル
トシテモ、此ノ停止セラレタ家督相續ノ效力ハ、被指定者ニ他
家相續ヲ爲シ得ベキ適格ガ具有サレルコトニ依ツテ——被指定
者ニ於テ何等特別ノ他家相續ナル行爲ヲ爲スコトヲ要セズシテ
——當然ニ發生スベキモノナルカ否カ。此ノ點ハ從來學界ニ於

テ必ズシモ明カニサレテハ居ラナカツタ様デアルシ、又之ヲ説明シタ先例モ遂ヒニ見當ラナカツタ。然シ此ノ點ニ關シ、同事件ニ於ケル第二審裁判所ハ極メテ明瞭ニ之ヲ肯定シ、其ノ理由ハ之ヲ、相續ノ開始ト共ニ相續人タルベキ者ガ相續ノ效果ヲ享受スルノハ、相續開始ニ因リ當然惹起サレル事實デアツテ、相續人タルベキ者ノ意思ニ因ツタモノデハナイト云フ相續理論ニ求メタノデアツタ〔註〕。

〔註〕。前掲ノ各判例ハ、此ノ點ヲ正面カラ論ジテハ居ラナイガ、其ノ文言ニ徴スレバ、之ヲ肯定スルコトガ、孰レモ自明ナ原則デアルカノ様ニ考ヘテ居ラシイ。從ツテ此ノ點ヲ明瞭ニ論ジタト云フコトダケデモ、此ノ第二審決定ハ注目セラルベキ新判例タルヲ失ハナイ。

然シ此ノ相續理論カラシテ、直チニ被指定者ノ相續行爲ヲ要セズシテ、當然ニ他家ノ家督相續人ト爲ルト云フコトガ果シテ推論サレ得ルデアラウカ。蓋シ相續ノ效果ガ法律ノ規定ニ基イテ發生スルカラ、相續ソレ自體ハ法律行爲タル性質ヲ有シナイト云フコトハ、必ズシモ法律ノ規定スル相續ノ效果ヲ享受センガ爲メニ、被相續人ノ家ニ入ル相續人タルベキ者ノ行爲ヲ排斥スルモノデハナイカラデアアル。ソレハ宛モ、相續人ノ指定ハ相續人タルベキ者ヲ定ムルコトヲ目的トスル被相續人ノ法律行爲デアアルガ、相續ガ開始スレバ、被指定者ガ相續ノ效果ヲ享受スルニ至ルノハ、法律ノ規定ニ因ルモノデアツテ、被相續人ノ指定行爲ソレ自體ニ因ルモノデハナイト云フ説明ガ成立ツト同様デナケレバナラナイ。又同様ニ、相續人ノ選定ハ相續人タル

ベキ者ヲ定ムルコトヲ目的トスル選定權者ノ法律行爲デハアルガ、被選定者ガ相續ノ效果ヲ享受スルニ至ルノハ、法律ノ規定ニ因ルモノデアツテ、選定權者ノ選定行爲ソレ自體ニ因ルモノデハナイト云フ説明ガ成立ツト同様デナケレバナラナイ。

而シテ自家相續ノ場合ニ相續ノ效果ヲ享受スベキ相續人タルベキ者ノ行爲ガ存シナイカラ、他家相續ノ場合モ斯ル意義ニ於ケル相續人タルベキ者ノ行爲ハ存シナイト云フ判例ノ説明ハ、論理一貫シテ正當ノヤウニ見エルケレドモ、ソレハ自家相續ト他家相續トノ間ニ存スル特殊事情ヲ無視スル論者ニトツテノミ是認セラルベキ説明デナケレバナラナイ。蓋シ自家ヲ相續スル自家相續人ト他家ヲ相續スル他家相續人トデハ、一家ノ繼續乃至維持ノ責任ノ上ニ於テ、著シイ差等ガアリ、法律ハ此ノ差等ニ應ジテ其ノ相續人ト爲ル手續ニ付テモ、ソコニ正當ナ差別ヲ設ケタノデアツタカラ。而シテ此ノ差別コソ、自家相續ノ場合ニハ相續人タルベキ者ノ相續人ト爲ル行爲ヲ要シナイガ、他家相續ノ場合ニハ相續人タルベキ者ノ相續人ト爲ル行爲ヲ要スルト云フ説明ヲ成立タセルモノデハナカラウカ。從ツテ我民法ニ於テハ、家督相續人タルベキ者ハ之ヲ、一家繼續維持ノ責任ノ上カラ觀テ、相續ノ開始ト共ニ、當然ニ相續人ト爲ルモノト然ラザルモノトニ分ケルコトガ出來ル。更ラニ前者ハ之ヲ相續ノ拋棄ヲ爲シ得ルモノト然ラザルモノトニ分ケルコトガ出來ヨウ(民一〇二〇條)。而シテ當然ニ相續人ト爲ラナイモノト當然ニ

相續人ニハ爲ルガ相續ノ拋棄ヲ爲シ得ルモノトデハ、選擇期間(民一〇一七條)ノ懈怠ニ對スル效果(民一〇二四條)等ニ於テ、著シイ差異ガ存スルコトニ爲ルノモ固ヨリ當然ノコトデアル。

更ラニ進ンデ、被指定者ガ廢家、隱居、廢除等ニ因ツテ他家ニ入り難キ事由ヲ除去シ且ツ民法第七百四十三條ニ規定スル戸主其他ノ者ノ同意ガアレバ、被指定者ハ當然自家ヲ去家セシメラレテ指定者ノ家ニ入家セシメラレルモノデアルト云フ判例ノ理論ニ對シテハ、此等ノ廢家、隱居、廢除又ハ同意ハ、スベテ被指定者ガ去家スルコトニ關スル條件タルニ過ギナイモノデアツテ、從ツテ此等ノ條件ガ具備サレテモ、ソレハ決シテ被指定者ガ、其ノ意思ニ拘ハラズ、指定者ノ家ニ歸屬セシメラルルノ根據ニハナラナイト云フコトヲ指摘シテ置ケバ充分デアラウ。

之ヲ要スルニ、指定又ハ選定ハ他家ニ在ル被指定者又ハ被選定者ヲシテ、其ノ現ニ屬スル家ノ戸主タル身分又ハ家族タル身分ヲ喪失セシメテ其ノ家ヨリ去ラシムルガ如キ效力ヲ有シナイカラシテ、相續開始原因ノ發生ト共ニ當然生ズベキ相續ノ效果(民九六八條)ハ、被指定者又ハ被選定者ガ他家ニ在ルコトニ因ツテ、其ノ發生ヲ停止セラルルモノデアル。斯クノ如ク、被指定者又ハ被選定者ガ相續開始スルモ被相續人ノ家ノ戸主ト爲ルヲ得ナイノハ、判例ノ説イテ居ル様ニ、指定行爲又ハ選定行爲ノ效力ガ發生シテ居ラナイガ爲メデハナクシテ、被相續人ト

被指定者又ハ被選定者トガ其ノ屬スル家ヲ異ニスルガ爲メデア
ル。蓋シ指定行爲ノ效力發生時期ハ、指定ガ生前行爲ヲ以テ爲
サレタルト遺言ヲ以テ爲サレタルトヲ問ハズ、スベテ適法ノ指
定届出ノアツタ時デアルシ(民九八〇條九八一條)、又選定行爲
ノ效力發生時期ニ關シテハ特別ノ規定ガナイカラ、選定權者ガ
選定ノ意思ヲ表示シタ時デナケレバナラヌカラ。從ツテ、被指
定者又ハ被選定者ガ被相續人ノ家ニ在ラザル限リハ、相續開始
後デアツテモ、其ノ者ハ被相續人ノ家ノ家督ヲ相續スルコトヲ
得ズシテ、單ニ被相續人ノ家ノ家督ヲ相續スル爲メニ被相續人
ノ家ニ入ルコトヲ得ル權利ヲ有スルニ過ギナイ。而シテ被指定
者又ハ被選定者ガ法律ノ規定スル相續ノ效果ヲ享受センガ爲メ
ニ、被相續人ノ家ニ入ルコトヲ得ル此ノ權利即チ他家ノ相續人
ト爲リ得ル權利ヲ他家相續權ト呼ビ(民七四三條)、此ノ他家相
續權ヲ行使スル行爲ヲ他家相續行爲ト呼ンデ置カウ。

被指定者又ハ被選定者ガ他家相續行爲ヲ爲セバ、其ノ時ニ於
テ自家ヲ去ルモ、相續ノ效果ハ、相續一般ノ理論ニ從ツテ、相
續開始ノ時ニ遡ツテ生ズルコトニナラウ(民九八六條一〇三九
條)。從ツテ他家相續行爲ノ結果、被指定者又ハ被選定者ハ相續
開始ノ時ニ遡ツテ始メカラ被相續人ノ家ノ戸主タリシコトト爲
ルモ、而モ之ガ爲メニ、相續開始ノ時ニ遡ツテ自家ヲ去リタリ
シコトニハ爲ラナイカラ、此ノ場合ニ於テハ、相續開始ノ時カ
ラ其ノ他家相續行爲ヲ爲シタ時マデノ間ハ、其ノ者ハ同時ニ二

家ニ屬シタリシコトニハ爲ルデアラウガ、固ヨリ此ノ事ハ一人一家ヲ原則トスル我民法ニ於ケル一特例ニ外ナラナイ。

斯クノ如キ次第デアルカラ、民法第九百八十六條ノ原則ハ、自家相續ノ場合ニハ相續開始原因ノ發生ト共ニ當然適用セラルルモ、他家相續ノ場合ニハ相續ノ開始ハ他家相續人タルベキ者ノ爲メニ他家相續權ヲ發生セシムルニ止マリ、民法第九百八十六條ノ原則ガ適用セラルルガ爲メニハ、相續人タルベキ者ノ他家相續行爲ヲ俟タネハナラナイト云フ結論ニ達スルデアラウ。

II. 他家相續權ノ發生

前述シタルガ如ク、他家相續ハ被相續人ガ他家ニ在ル者ヲ家督相續人ニ指定シ、被指定者ガ民法第七百五十七條ノ規定ニ依ツテ相續開始ト同時ニ(民七五二條乃至七五四條)、又ハ民法第七百四十三條第一項ノ規定ニ依ツテ相續開始後ニ、被相續人ノ家ニ入りテ其ノ家ノ戸主ト爲ル場合及ビ民法第九百八十五條ノ規定ニ依ツテ、他家ニ在ル者ガ家督相續人ニ選定セラレタルガ爲メ、被選定者ガ民法第七百四十三條第一項ノ規定ニ依ツテ被相續人ノ家ニ入りテ其ノ家ノ戸主ト爲ル場合ニ生ズル。從ツテ、他家相續人ト爲ル原因カラシテ、他家相續人ハ之ヲ指定他家相續人ト選定他家相續人トニ分ケテ考察スルヲ便宜トスル。

(一)、指定他家相續人

家督相續人ノ指定ハ死亡又ハ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニノミ存シ得ル(民九七九條III)。從ツテ死亡又ハ隱居以外ノ原因ニ

因ル家督相續ノ場合ニハ指定他家相續人ナルモノハ存シ得ナイ。

(1)、死亡ニ因ル家督相續ト指定他家相續人

他家相續人ノ指定ハ生前行爲又ハ遺言ヲ以テ之ヲ爲スコトガ出來ル。其ノ生前行爲ヲ以テスル場合ニハ戶籍吏ニ對スル届出ノ方式ニ依ツテ指定ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要シ、其ノ届出ガアレバ指定ハ届出受理ノ時ニ於テ其ノ效力ヲ生ズル(民九八〇條戶一三三條)。又遺言ヲ以テ指定ノ意思ヲ表示シタ場合ニハ其ノ遺言ガ效力ヲ生ジタ後(民一〇八七條)遲滞ナク遺言執行者カラ之ヲ戶籍吏ニ届出ヅルコトヲ要シ、其ノ届出ガアレバ指定ハ被相續人ノ死亡ノ時ニ遡ツテ其ノ效力ヲ生ズル(民九八〇條九八一條戶一三三條一三五條)。固ヨリ遺言ニ依ツテ指定ガ爲サレタ場合ハ勿論、戶籍吏ニ對スル届出ニ依ツテ指定ガ爲サレタ場合デモ、指定者ノ死亡ニ因ツテ家督相續ガ開始セラルルニ非ザレバ、未ダ被指定者ノ爲メニ他家相續權ハ發生スル限リデハナイ。蓋シ指定者ハ家督相續開始前ニハ何時ニテモ其ノ指定ヲ取消スコトヲ得ルカラ、被指定者ノ地位ハ未確定デアルシ(民九七九條II一一二四條)、又家督相續開始前ニハ未ダ被指定者ノ承繼シ得ベキ家督モ存在シナイカラ(民九八六條)、期待權タル他家相續權ハ勿論、形成權タル他家相續權モ存シ得ル餘地ガナイカラデアル。從ツテ家督相續人ニ指定サレタ者ガ家督相續ノ開始前ニ死亡シタ場合

ニハ其ノ者ニ直系卑屬ガアルト否トニ關セズ、常ニ戶籍法第百三十六條ノ規定ニ從ツテ、相續人指定ニ關スル戶籍ノ記載ハ抹消セラルベキデアル（民九七四條九九五條一〇九六條一〇九七條ト對照。大正三年十一月十七日民第一五九九號法務局長回答——通牒錄六一四頁參照）。又同様ニ、一家組織ノ安定ノ上カラ觀テ、他家ニ在ル者ガ家督相續人ニ指定サレタ場合ニ、家督相續開始前ニ婚姻、親族入籍、引取入籍等ノ特別ノ事由ニ因ツテ被相續人ノ家ニ入ルコトハ出來テモ、指定サレタコトヲ原因トシテハ被相續人ノ家ニ入ルコトハ出來ナイト云ハネバナラナイ。民法第七百四十三條第一項ニ「家族ハ戶主ノ同意アルトキハ他家ヲ相續スルコトヲ得」トアルノハ、相續開始後ニ被指定者ガ被相續人ノ家ノ家督相續人ト爲リ得ル權利即チ形成權タル他家相續權ノ行使ニ關スル規定ニ外ナラナイ。

之ヲ要スルニ、他家相續人ノ指定ガ適法ニ届出又ハ遺言ニ依ツテ爲サレテモ、ソレハ指定行爲ソレ自體ノ成立又ハ效力ノミニ關スルモノデアツテ、之ヲ以テ直チニ、被指定者ノ爲メニ期待權タル若クハ形成權タル他家相續權ガ發生シタト爲スベキデハナイ。斯クシテ、形成權タル他家相續權ハ適法ノ指定行爲ト相續ノ開始トヲ俟ツテ、始メテ被指定者ノ爲メニ發生スルモノデアル。

(2)、隱居ニ因ル家督相續ト指定他家相續人

隱居ニ因ル家督相續ノ場合ハ、其ノ隱居ガ民法第七百五十

二條ニ依ル普通隱居ノ場合タルト同法第七百五十三條及ビ第七百五十四條第一項ニ依ル特別隱居ノ場合タルトヲ問ハズ、指定他家相續ガ行ハレ得ル。蓋シ此等ノ隱居ノ場合ニ於テ、隱居者ノ家督相續人タルベキ者ハ必ズシモ隱居者ト其ノ家ヲ同ジクスル者タルコトヲ要セヌカラ（民七五二條乃至七五四條I九七九條戶一一五條一三六條）。然シ民法第七百五十四條第二項ニ依ル所謂法定隱居ノ場合ニハ指定他家相續人ナルモノガ存シ得ナイノハ勿論ノコトデアラウ。而シテ此ノ場合ニ於ケル指定他家相續人ハ遺言ニ依ルモノヲ包含シナイ。蓋シ隱居ニ因リ家督相續ガ開始スルモ遺言ニ依ル指定ノ效力ハ之ヲ認ムルコトヲ得ナイカラデアル。

此ノ隱居ニ因ル他家相續ノ場合モ、他家相續權ハ「豫メ家督相續人タルベキ者ヲ定メ」タコトニ依ツテ發生スルモノデハナクシテ、被指定者ガ「其ノ承認」ヲ與ヘルコトニ依ツテ發生スル。蓋シ被指定者ノ「承認」行爲ハ民法第七百五十七條ノ規定ニ從ヒ隱居ノ届出ニ依ツテ之ヲ表示スルコトヲ要スル要式行爲デアルカラ（本稿七三頁參照）、此ノ場合ト雖モ隱居即チ家督相續開始以前ニハ被指定者ノ爲メニ他家相續權ヲ發生セシムルモノデハナイ。從ツテ隱居ノ届出前ニハ被指定者ノ「承認」行爲ナルモノアリ得ベキ限りデハナイニモ拘ハラズ、非訟事件手續法第九十條第二項ガ隱居許可ノ申請ニハ「家督相續人タルベキコトヲ承認シタル者ヲ表示シ且其者ヲシテ署名、捺印

セシムベシ」ト爲シタノハ、民法ノ規定ト全ク相反スルモノデアルト云ハネバナラス。蓋シ隱居ノ届出前ニハ「家督相續人タルベキコトヲ承認シタル者」ハ存シ得ナイカラデアル。

(二)、選定他家相續人

他家相續人ノ選定ハ、他家相續人指定ノ場合ト異ツテ、家督相續開始ノ原因タルベキ事實ノ如何ニ關セズ廣ク行ハレ得ル。固ヨリ女戸主ガ入夫婚姻ヲ爲シタコトニ因ツテ家督相續ガ開始スル場合及ビ戸主ガ隱居ヲ爲シタコトニ因ツテ家督相續ガ開始スル場合(民七五四條IIノ法定隱居ノ場合ヲ除ク)ニハ、家督相續人ヲ選定スルノ餘地ガナイカラ(民七三六條九七一條七五二條乃至七五四條七五七條)、選定ニ因ル他家相續人モ亦アリ得ナイガ、例ヘバ一家悉ク揃ツテ外國ニ歸化シタ様ナ場合デモ、現行法上親族會ハ猶ホ民法第九百八十五條ノ規定ニ從ツテ家督相續人ヲ選定シ得ル(民九六四條1號)。又其ノ選定ノ期間、遲延、懈怠ト云フ様ナ點ニ關シテモ現行法上何等特別ノ規定ガナイ。從ツテ現行法上選定ニ依ル他家相續ノ行ハレ得ル範圍ハ、横ノ關係ニ於テモ縦ノ關係ニ於テモ、極メテ廣イ。而シテ此ノ事ハ元來、出來得ル限リ家ヲ繼續サセヤウトスル民法ノ趣旨ニ從ツタモノデハアラウガ、時ニ家族制度上無意味ナ他家相續ガ行ハレ、從ツテ弊害モ之ニ伴ツテ生ジ得ルト云フ譯デアツタノデ、民法改正要綱ハ他家相續ノ行ハレ得ル場合ト他家相續ヲ爲シ得ル人トノ二方面カラ之ニ制限ヲ加フルニ至ツタ。

相續法改正要綱第五 國籍喪失ニ因ル家督相續

- 一、國籍喪失ニ因ル家督相續ハ、法定ノ推定家督相續人アルトキ、又ハ之ナキ場合ニ於テ戸主ガ豫メ指定シタル家督相續人アルトキニ限り、開始スルモノトスルコト。
- 二、戸主ガ國籍ヲ喪失シタル場合ニ於テ、法定ノ推定家督相續人及ビ指定ノ家督相續人ナキトキハ、絶家シタルモノトスルコト。

同第十二 家督相續人ノ選定

- 二、單身戸主ノ死亡ニ因ル家督相續ニ於テ指定ノ相續人ナク又ハ指定ノ相續人が相續ヲ拋棄シタルトキハ、原則トシテ被相續人ノ親族ニ限り之ヲ相續人ニ選定スルコトヲ得ベキモノトスルコト。

同第十三 相續人確定ノ手續及ビ相續人曠缺ノ場合ニ於ケル相續財産ノ處理

- 一、法定ノ推定家督相續人若クハ指定ノ家督相續人ナク又ハ指定ノ家督相續人が相續ヲ拋棄シタル場合ニ於テハ、相續財産ノ管理人ヲ選任スベキモノトシ、其管理人ニ家督相續人ノ選定ヲ目的トスル親族會招集請求ノ權利ヲ認め、其他相續人ノ確定ヲ迅速ナラシムル爲メ相當ノ規定ヲ設クルコト。

同第十四 絶家ノ時期

法定ノ推定家督相續人若クハ指定ノ家督相續人ナク、又ハ指定家督相續人が相續ヲ拋棄シ、且相續財産管理人ノ選任ナキ場合ニ於テ、家督相續開始ノ時ヨリ一定ノ期間内ニ家督相續人確定セザルトキハ、其期間滿了ノ時ニ於テ絶家シタルモノトスルコト。

選定ニ依ル他家相續人ハ選定行爲ト同時ニ他家相續權ヲ取得スル。而シテ選定ハ常ニ家督相續開始後ニノミ行ハレ得ルカラシテ、此ノ場合モ亦相續開始前ニハ何人ノ爲メニモ他家相續權ナルモノハ存シ得ナイ。

斯クシテ、現行法上戸主ノ死亡ニ因ツテ家督相續ガ開始シタル場合ニハ、指定他家相續人（生前行爲ニ依ルモノナルト遺言ニ依ルモノナルトヲ問ハナイ）モ選定他

家相續人モ存シ得ルガ、戸主ノ隱居(法定隱居
ヲ除ク)ニ因ツテ家督相續ガ開始シタ場合ニハ、生前行爲ニ依ル指定他家相續人ノミガ存シ得ル。女戸主ノ入夫婚姻ニ因ツテ家督相續ガ開始シタ場合ニハ、他家相續人ナルモノハ全ク存スル餘地ガナイガ、其ノ以外ノ事由即チ戸主ノ國籍喪失、婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因ル戸主ノ去家、入夫ノ離婚ニ因ツテ家督相續ガ開始シタ場合ニハ、選定ニ依ル他家相續ノミガ時ニ行ハレ得ルコトニナラウ〔註〕。

〔註〕。廢絶家再興ト他家相續

家族ハ戸主ノ同意ヲ得テ廢絶シタ本家、分家、同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトガ出來ルシ(民七四三條 I)、戸主ハ適法ニ自家ヲ廢スルコトヲ得ルニ於テハ自家ヲ廢シテ廢絶シタ本家、分家、同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトガ出來ル(民七六二條七四三條)。又婚姻又ハ養子縁組ニ因ツテ他家ニ入リタル者ガ婚姻若クハ養子縁組ノ取消又ハ離婚若クハ離縁ノ場合ニ於テ實家ノ廢絶ニ因リ復籍ヲ爲スコトヲ得ナイトキハ一家ヲ創立スルコトヲ原則トスルモ、其ノ者ハ一家ヲ創立セズシテ廢絶シタ實家ヲ再興スルコトガ出來ル(民七四〇條但書)。此等ノ廢絶家再興ハ外形ニ於テ選定ニ依ル他家相續ノ場合(民九八五條)ニ類似シテハ居ルガ、其ノ本質ニ於テ家督相續デハナイ。從ツテ再興者ヲ他家相續ニ關スル法則ニ依ツテ律スルコトヲ得ナイノハ勿論ノコトデアラウ(大正二年七月七日大審院判決民事判決録第十九輯六一四頁參照)。

昭和六年十一月四日法曹會決議——明治十七年第二十號布告ニ依レバ單身戸主死亡又ハ除籍ノ日ヨリ滿六ヶ月以内ニ跡相續人ヲ定メ届出ヲ爲サザルニ於テハ其家ハ絶家ト爲ルベキモノナレバ民法施行前單身戸主死亡シ其儘今日ニ至リタルモノハ未ダ絶家ノ記載ナキモ其家ハ民法施行前既ニ絶家ト爲リタルモノト云フベキヲ以テ相續人未定ノ戸籍トシテ今日其ノ家督相續人選定ノ手續ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス。同趣旨——大正八年十月十日大審院判決、民事判決録第二十五輯一八〇一頁。

III. 他家相續權ノ享有

他家相續人タリ得ベキ者ノ資格ニ關スル問題ハ、便宜上、(1)他家相續權ヲ享有シ得ベキ者ニ關スル要件ト、(2)他家相續權ヲ行使シ得ベキ者ニ關スル要件トニ分ケテ考察スル。本項ニ於テハ先ヅ、(1)ノ問題ヲ取扱ヒ、(2)ノ問題ハ之ヲ次項「他家相續權ノ行使」ニ於テ取扱フコトニスル。

(一)、生存者

他家相續權ヲ享有シ得ベキ者ハ、他家相續權發生ノ當時、生存シテ居ル者デナクテハナラナイ(民一條)。即チ指定他家相續ノ場合ニ於テハ相續開始當時ニ生存シテ居ル者ナルコトヲ要シ、選定他家相續ノ場合ニ於テハ選定行爲當時ニ生存シテ居ル者ナルコトヲ要スル。從ツテ相續開始當時未ダ出生シテ居ラヌ者又ハ既ニ死亡シタ者ハ指定他家相續人タル資格ガナク、又選定當時未ダ出生シテ居ラヌ者又ハ既ニ死亡シタ者ハ選定他家相續人タル資格ガナイ。固ヨリ他家相續人タルベキ者ガ他家相續行爲ヲ爲セバ、相續ノ效果ハ、相續法一般ノ原則ニ從ツテ、相續開始ノ時ニ遡ツテ生ジ、他家相續人ハ相續開始ノ時ヨリ被相續人ノ家ノ戸主タリシコトト爲ルモノデアルカラ(民九八六條)、選定他家相續人タリ得ルガ爲メニハ、選定當時ノミナラズ相續開始當時ニモ生存シテ居ル者デナクテハナラナイト云フコトニハナラウ。從ツテ前章(II)ノ「登記抹消手續請求事件」ニ於ケルガ如クニ、大正七年ニ出生シタ者ハ明治四十二年ニ開始シタ家

督相續ニ對シテ、大正八年ニ其ノ家ノ家督相續人トシテ選定サレル資格ハナイト云フコトニナラウ(前章二一頁以下參照)。然シ民法第九百八十五條ノ規定ガ、元來他人マデモ連レテ來テ家督ヲ嗣ガセテ、家ノ繼續ヲ圖リ度イト云フコトヲ其ノ立法趣旨トシテ居ルモノデアルトシタナラバ——斯クノ如キコトハ今日我國社會ノ實情カラ觀テ甚ダ無意味デモアルシ又之ニ關聯シテ多種多様ノ御家騷動ガ誘起サレル所カラ立法論トシテハ幾多ノ論議モアラウガ(本章五〇頁以下參照)——相續開始當時生存シテ居ナカツタト云フコトダケデ、適當ナ近親親族ヲ被選定無資格者トシテ了フコトハ、却ツテ同條ニ依ル家督相續人選定制度ノ趣旨ニ反スルトモ云ヘヤウ。ソコデ、他家相續人トシテ選定サレタ上告人側デハ「其ノ選定當時ハ實在ノ人ヨリ之ヲ選マザルベカラザルコト勿論ナレドモ遡リテ相續開始當時實在シタル人ノ内ヨリ之ヲ選定セザルベカラザルノ法意ヲ窺フベキモノナシ」ト主張シタノデアツタガ、遂ヒニ大審院ノ容レル所デナカツタコトハ前述シタ通りデアアル。

(二)、胎兒

民法第九百八十五條ノ規定ニ依ツテ、他家相續人ニ選定サレ得ベキ者ハ相續開始ノ當時及ビ選定ノ當時生存者デナクテハナラスト云フ原則ニ對スル唯一ノ例外トシテ、胎兒ノ利益保護ニ關スル民法第九百六十八條ノ規定——胎兒ハ家督相續ニ付テハ既ニ生マレタルモノト看做ス、前項ノ規定ハ胎兒ガ死體ニテ生

マレタルトキハ之ヲ適用セズ——ガアル。或ヒハ、此ノ例外規定ヲ以テ、法定相續人タルコトニ關シテノミ其ノ適用アリト爲ス者モアルガ(例ハ明治三十七年十二月十日大正九年七月三日及ビ昭和二年二月二十四日法曹會決議參照)〔註〕、同條立法ノ趣旨ヨリスルモ、又同條ヲ受遺者ニ準用スル民法第一千六十五條ノ規定ヨリスルモ、此ノ例外規定ハ選定相續人タルコトニ關シテモ、均シク其ノ適用アリト解スルノガ正當デアラウ(大正五年十一月十一日法務局長回答大正八年一月二十五日昭和五年五月七日及ビ同六年七月十五日法曹會決議大正七年四月十九日及ビ前掲大正十一年六月二十七日大審院判決)〔註〕。從ツテ、同條ノ適用ヲ受クベキ者ハ家督相續開始ノ當時胎兒タルモノニ限ラレルト云フ今日ノ見解カラ云ヘバ(大正六年五月十八日大審院判決、同十年三月七日)〔註〕、相續開始ノ當時ニ於テ胎兒ナル以上ハ、選定ノ當時仍ホ胎兒ナルト既ニ出生シテ居ル者ナルトヲ問ハズ、孰レモ其ノ家督相續人ニ選定セラルルコトヲ得ルケレドモ、相續開始後ニ懷胎セラレタ胎兒ナル以上ハ、選定ノ當時仍ホ胎兒ナルト既ニ出生シテ居ル者ナルトヲ問ハズ、孰レモ其ノ家督相續人ニ選定セラルルコトヲ得ナイト云フコトニナラウ。

〔註〕。○明治三十七年十二月十日法曹會決議——民法第九百六十八條ノ胎兒トハ法定ノ推定家督相續人タルベキ場合ニ限レルモノト解セザルベカラズ(法曹記事一五八號二〇頁)。

○大正五年十一月十一日民第一五二三號法務局長回答——胎兒ヲ相續人ニ指定又ハ選定スルコトヲ得(霜山氏前掲書四八八頁)。

○大正六年五月十八日大審院判決——民法第九百六十八條ハ家督相續開始ノ當時胎兒タルベキ者ニ限り適用ヲ受クベキモノニシテ開始ノ當時既ニ出生シ居リタル者ニ對シテハ同條ノ適用ナキモノトス(民事判決

録第二十三輯八三一頁)。

- 大正七年四月十九日大審院判決——民法第九百八十五條ニ所謂被相續人ノ親族ハ相續開始當時生存シ又懷胎セラレタル親族ヲ指稱シ其後ニ懷胎セラレテ出生シタル親族ヲ包含セザルモノトス (民事判決録第二十四輯七三五頁)。
- 大正八年一月二十五日法曹會決議——被相續人ノ親族又ハ家族ハ被相續人死亡ノ當時現存セザルモ懷胎セラレ居リタル者ナルニ於テハ民法第九百八十五條第一項ノ選定家督相續人タル資格ヲ有スルモノトス (法曹記事第二十九卷四號一五頁)。
- 大正九年七月三日法曹會決議——胎兒ハ之ヲ家督相續人ニ指定シ又ハ選定スルコトヲ得ズ (法曹記事第三十卷九號五八頁)。
- 大正十年三月七日大審院決定——民事判決録第二十七輯四九九頁。
- 大正十一年六月二十七日大審院判決——民事判例集第一卷七號三五三頁。前章二一頁。
- 昭和二年二月二十四日法曹會決議——民法第九百六十八條ハ家督相續開始當時ニ於ケル胎兒ノ人格ヲ認メタル例外規定ニシテ家督相續開始以後ニ懷胎シタル胎兒ニ適用スルコトヲ得ズ又法定相續ノ場合ニ付設ケラレタル規定ナレバ選定相續ノ場合ニ適用スルコトヲ得ザルモノトス故ニ民法第九百八十二條ノ場合ニ於テハ第九百六十八條ノ適用ナキモノトス (法曹會雜誌第五卷五號一四四頁)。
- 昭和五年五月七日法曹會決議——胎兒ハ之ヲ家督相續人ニ指定又ハ選定スルコトヲ得 (法曹會雜誌第八卷七號一五四頁)。
- 昭和六年七月十五日法曹會決議——胎兒ハ之ヲ家督相續人ニ指定又ハ選定スルコトヲ得此ノ場合届出ハ戶籍法第二百二十七條ヲ類推シ第百三十三條ニ依リテ之ヲ爲スベク戶籍簿ノ記載ハ戶籍記載例八十六ニ適宜變更ヲ加ヘタルモノニ依ルベシ (法曹會雜誌第九卷九號八五頁)。

次ニ、胎兒ハ之ヲ他家相續人トシテ指定シ得ルカ否カノ問題ガアル。大正九年七月三日ノ法曹會決議ハ之ヲ消極ニ解シタガ、

昭和六年七月十五日ノ法曹會決議及ビ大正五年十一月十一日ノ法務局長回答ハ之ヲ積極ニ解シタ(前掲「註」參照)。思フニ、生前行爲ニ依ル指定ニ付テハ消極說ヲ以テ正當トスベク、遺言ニ依ル指定ニ付テハ積極說ヲ以テ正當ト信ズル。蓋シ生前行爲ニ依ル指定ハ其ノ届出受理ノ時即チ相續開始前ニ効力ヲ生ズベキモ(民九八〇條)、胎兒ハ相續開始前ニ於テハ生マレタルモノト看做サルルコトガナイカラデアアル。之ニ反シテ、遺言ニ依ル指定ハ遺言ガ効力ヲ生ジタ後ニ遺言執行者ヨリ指定ノ届出ヲ爲スベク(民九八一條)、從ツテ右届出ノ受理ニ因ツテ指定ガ効力ヲ生ズルノハ常ニ相續開始後デアアルカラデアアル(民九八〇條)。斯クシテ、胎兒ハ届出ニ依ツテハ之ヲ家督相續人ニ指定スルコトヲ得ナイガ、遺言ニ依ツテハ之ヲ家督相續人ニ指定スルコトヲ得ルト云フコトニナラウ。即チ遺言ニ依ツテ他家相續人ニ指定サレタ胎兒ハ、相續開始ノ當時ニモ仍ホ胎兒デアアル場合タルト又ハ相續開始ノ當時ニハ既ニ出生シテ居ル場合タルトヲ問ハズ、指定他家相續人タリ得ル。但シ遺言執行者ガ指定ノ届出(民九八一條戸一三三條一三五條)ヲ爲ス當時ニモ未ダ胎兒ガ出生シテ居ラス場合ニハ、右届書ニハ「指定セラレタル者ノ氏名及ビ本籍」ヲ記載スルコトヲ得ナイカラ、指定セラレタル者ガ胎兒ナル旨及ビ母ノ氏名、本籍ヲ記載スレバ足リルト解ス(前掲昭和六年七月十五日法曹會決議參照)。

(三)、未懷胎兒

相續開始ノ當時ニ於ケル未懷胎兒ガ指定他家相續人ニモ、又選定他家相續人ニモ爲リ得ナイコトニ付テハ前述シタ通りデアアル。從ツテ未懷胎兒ニ關スル問題ハ、指定行爲ノ當時ニハ未懷胎兒デアツタガ、相續開始ノ當時ニハ豫期サレタ胎兒ガ存スルト云フ様ナ場合若クハ右ノ胎兒ガ既ニ出生シテ居ルト云フ様ナ場合ニノミ生ジ得ル。例ヘバ婚姻ニ因ツテ他家ニ入りタル自己ノ姉妹ノ將來ノ懷胎ヲ豫期シテ、未懷胎兒ヲ家督相續人ニ指定シテ置イタ所ガ、相續開始ノ當時ニ其ノ豫期サレタ胎兒ガ存スル場合ニハ、右胎兒ハ後ニ出生スルニ於テハ、相續開始當時ニ遡ツテ指定他家相續人タリ得ルヤ否ヤノ問題ガアラウ。此ノ場合ト雖モ、本項(二)ニ述ベタ理論カラシテ、届出ニ依ツテハ未懷胎兒ヲ相續人ニ指定スルコトヲ得ナイガ、遺言ニ依ル指定ハ固ヨリ妨ゲナキ所デアラウ。

**(四)、他家ノ戸主、他家ノ家族殊ニ法定ノ推定家督相續人、
女戸主ノ夫又ハ有夫ノ婦**

現ニ他家ノ戸主デアアル者又ハ他家ノ法定ノ推定家督相續人デアアル者若クハ他家ノ家族タル女戸主ノ夫又ハ有夫ノ婦デアアル者ヲ家督相續人ニ指定シ、又ハ選定スルコトヲ得ルカ。從來議論ノ岐レタ所デアアル。大正元年十二月二十七日民事局長回答ハ之ヲ否定シ、大正八年五月二十八日民事局長回答及ビ大正十一年十二月十二日法曹會決議ハ之ヲ肯定シテ居ル〔註〕。然シ本項(一)ニ述ベタ所カラシテ、此等ノ者ト雖モ他家相續權ハ之ヲ享

有シ得ルガ、親族編ノ規定カラシテ此等ノ身分ヲ有スル者ガ他家相續權ヲ行使スルコトニ關シテハ、特別ノ要件ニ從ハネバナラヌト云フダケノコトデアラウ(次項「他家相續權ノ行使」參照)。

從ツテ、前章(I)ノ「登記抹消手續請求事件」ニ於テ戸主ニ他家相續能力ヲ認メタコトモ(前章一六頁參照)、又同(V)ノ「親族會決議無效宣言請求事件」ニ於テ他家ニ在ツテ妻タル被相續人ノ親族ニモ民法第九百八十五條第一項ノ規定ニ依ル被選定資格ヲ認メタコトモ(前章三六頁參照)、共ニ是認セラルベキ判例デアラウ(同趣旨。大正三年

八月二十日東京控訴院判決、大正四年五月二十日大審院判決——本章(I)四〇頁以下。前章(I)ニ於ケル第二審判決——前章一五頁。前章(V)ニ於ケル第一審判決——法律新聞四八六號二頁。明治三十九年四月十三日札幌地方裁判所判決——法律新聞三七六號九頁。明治四十一年五月十三日長崎控訴院判決——最近判例集三卷九頁)。

〔註〕。○大正元年十二月二十七日民第五七七號民事局長回答——現ニ戸主(民法第九百八十五條第一項ノ場合ヲ除ク)法定ノ推定家督相續人(民法第七百四十四條第一項但書ノ場合ヲ除ク)又ハ有夫ノ婦タル者ハ之ヲ家督相續人ニ選定又ハ指定スルコトヲ得ザル儀ト思考致候此段及回答候也(霜山氏前掲書四八六頁)。

○大正八年五月二十八日民第一二二六號民事局長回答——他家ノ戸主、法定ノ推定家督相續人又ハ有夫ノ婦ト雖之ヲ家督相續人ニ選定又ハ指定シ得ルコトニ省議變更相成候條右ニテ御了知相成度此段及回答候也(霜山氏前掲書四八八頁)。

○大正十一年十二月十二日法曹會決議——他家ノ戸主、法定ノ推定家督相續人、有夫ノ婦ト雖家督相續人トシテ之ヲ指定又ハ選定スルコトヲ妨グルモノニアラズ(法曹會雜誌第一卷一號二一頁)。

(五)、外國人、法人、缺格者、被廢除者

外國人又ハ法人ハ家督相續能力ヲ缺クカラシテ、何レノ家ノ家督相續人ニモ指定又ハ選定セラルルコトヲ得ナイノハ勿論デアラウ(民九六四條戸九條)。

家督相續人タルコトノ缺格ニ關スル民法第九百六十九條ノ規定ガ、法定、指定又ハ選定ノ家督相續人タルコトニ關シ、均シク適用アルベキモノナルコトハ、今日學說判例共ニ殆ンド異論ガナイ(異說。中川善之助氏相續法五六頁以下、七一頁以下、一一一頁以下)。從ツテ缺格者ハ當該被相續人ニ對シテハ、指定又ハ選定ニ因ツテ、其ノ家督相續人タルヲ得ナイ。

廢除サレタノデ現ニ他家ニ在ル被廢除者ヲ、廢除ノ請求ヲシタ被相續人ハ、其ノ廢除ノ取消ヲ爲スコトナクシテ、家督相續人ニ指定スルコトヲ得ルカ。又親族會ハ之ヲ家督相續人ニ選定シ得ベキモノナルカ。廢除ハ推定家督相續人ノ推定相續順位ヲ奪フノミデ、全然其ノ相續資格ヲ奪フモノデハナイト云フ通説カラ云ヘバ(明治三十三年二月十三日民刑第一號民刑局長回答、通牒錄三六九頁。大正六年六月二十二日民第一一八〇號法務局長回答、霜山氏前掲書四八八頁。明治三十七年七月九日、大正十三年三月五日及ビ大正十四年二月十八日法曹會決議、法曹會雜誌第二卷五號一一〇頁、同第三卷四號八八頁。大正五年六月七日東京地方裁判所判決、法律新聞一一五三號二六頁。)、積極說ガ穢積重遠博士判例批評——法學協會雜誌第三十九卷一三九二頁)、成立ツデアラウガ、又異說ガナイデモナイ(中川氏「被廢除者ノ指定選定ニ就テ」——日本法制新誌第十八卷八號九一五頁、大坂控訴院大正三年(ネ)第三四九號事件判決——法律新聞第一〇一〇號二三頁)。

III. 他家相續權ノ行使

他家相續ノ場合ニ於テハ、相續ノ開始アルモ、被指定者又ハ被選定者ハ未ダ被相續人ノ家ノ家督ヲ相續スルコトヲ得ズシ

テ、單ニ法律ノ規定スル相續ノ效果ヲ享受センガ爲メニ被相續人ノ家ニ入ルコトヲ得ル權利(他家相續權)ヲ有スルニ止マルベキコトハ、前述シタルガ如クデアル。然ラバ、他家ニ在ル被指定者又ハ被選定者ハ、如何ニシテ此ノ權利ヲ行使シテ(他家相續行爲)、以テ其ノ他家ノ家督ヲ相續スルニ至ルベキカ。次ニ場合ヲ別ケテ之ヲ説明スル。

(一)、被指定者又ハ被選定者ガ自家ノ戸主ナル場合

戸主ガ他家相續ヲ爲スニハ、適法ニ隱居ヲ爲シ又ハ民法第七百六十二條ノ規定スル所ニ從ツテ自家ヲ廢スルコトヲ要ス。民法ハ戸主ガ隱居又ハ廢家ヲ爲サズシテ他家相續ヲ爲スモ、他家相續行爲ノ時ニ於テ隱居ヲ爲シ又ハ廢家ヲ爲シタルモノト看做スコトハナイ(民七五四條^{II}參照)。從ツテ如何ナル場合ト雖モ、戸主ハ隱居又ハ廢家ヲ爲スニ非ザレバ他家相續ヲ爲スコトヲ得ナイト云フコトニナラウ。固ヨリ隱居又ハ廢家ト他家相續行爲トハ別個ノ法律行爲デハアルガ、而モ隱居又ハ廢家ヲ爲スニ非ザレバ戸主ハ他家相續ヲ爲スコトヲ得ナイモノデアルコト、前述シタル如クデアルカラ、隱居又ハ廢家ヲ爲シテ他家相續ヲ爲シテモ、後日其ノ隱居又ハ廢家が無効ナリシトキ若クハ取消サレタトキニハ(隱居又ハ廢家が取消サレレバ初メヨリ隱居又ハ廢家セザリシモノト爲ル——民一〇二條)、他家相續行爲モ亦其ノ效力ヲ變ジテ初メヨリ無効ナリシコトト爲ラザルヲ得ナイ〔註〕。

〔註〕。大正十二年六月六日大審院判決——家督相續ニ因リ戸主ト爲リタル者ハ

原則トシテ其ノ家ヲ廢スルコトヲ得ズ。唯本家ノ相續又ハ再興其ノ他正當ノ事由アルトキニ限り裁判所ノ許可ヲ得テ廢家ヲナシ得ベキコトハ民法第七百六十二條第二項ノ規定スル所ニシテ畢竟同條ハ我邦古來ノ習俗タル祖先ノ祭祀ヲ絶タザラシメントノ趣旨ニ外ナラズ。從ツテ本家ノ相續又ハ再興其ノ他正當ノ事由アル場合ニ爲ス廢家ハ裁判所ノ許可ヲ得タルトキ始メテ其ノ效力ヲ發生スルモノト云ハザルベカラズ……假令戸籍ニ本家相續ノ爲メニ分家ヲ廢シ本家ニ入リタル旨ノ記載アリトスルモ廢家ヲ爲スニ當リ叙上民法所定ノ裁判所ノ許可ヲ受ケザリシ以上ハ法律上其效力ナク從ツテ之ト不可分ノ關係ヲ有スル本家入籍ノコトモ亦其ノ效力ナキモノト爲スベキハ當然ナリ（民事判例集第二卷八號三七二頁）。

戸主ガ他家相續ヲ爲スタメ隱居ヲ爲シタ場合ニ於テハ、其ノ者ハ次ノ(二)ニ述ブル所ニ從ツテ、新戸主ノ同意ヲ得ルニ非ザレバ他家相續ヲ爲スコトヲ得ナイ(民七四三條)。蓋シ隱居者ハ隱居後ニ於テハ自家ノ家族ト爲ルカラデアアル。又戸主ガ他家相續ヲ爲ス爲メ廢家ヲ爲シタ場合ニ於テハ、其ノ者ハ廢家ヲ爲スト同時ニ他家相續ヲ爲サネバナラナイ〔註〕。蓋シ我民法ハ一瞬間タリトモ家ナキ者ノ存在ヲ許サナイカラデアアル。而シテ他家相續行爲ハ、後述スルガ如ク、一定ノ相手方ナキ不要式ノ行爲デアアルカラ、廢家ノ届出ヲ爲セバ、他家相續ニ關スル別段ノ意思表示ヲ爲サズトモ、其ノ廢家ノ届出ヲ爲シタコトニ依ツテ、他家相續ノ意思ヲ表示シタモノト認メ得ベキ場合ガ多カラウ。蓋シ廢家ノ届出ニハ必ラズ廢家者ガ入ルベキ家ノ戸主ノ氏名即チ此ノ場合ニ於テハ被相續人ノ氏名及ビ本籍ヲ記載スルコトヲ要スルカラ(戸一四三條)。但シ此ノ場合ト雖モ其ノ届出ハ廢家

ノ届出デアツテ、廢家及ビ他家相續ノ届出デハナイ。從ツテ此ノ場合ニ於ケル廢家ノ届出ヲ以テ、或ヒハ他家相續行爲ノ方式デアルト解シタリ、或ヒハ他家相續行爲ノ届出ヲモ兼ネタモノデアルト解シタリスルノハ、勿論不當デアルト云ハネバナラナイ（異説。鬼武義彦氏「指定家督相續人ノ籍」法曹公論第三十二卷四號九五頁）。

〔註〕。名古屋市中區戸籍吏稟伺（明治四十五年六月二十八日戸發第八八九號）

四 甲市本籍人（分家戸主）ガ乙村ニ本籍ヲ有スル被相續人ノ家督相續人ニ選定（又ハ指定）セラレ廢家ノ上相續届出ヲ爲スニ當リ其相續人ハ本籍地タル甲市ニ居住シ乙村ニ所在アラザルヲ以テ廢家届ハ甲市戸籍吏ニ爲サザルヲ得ズ相續ニ付テハ乙村戸籍吏ニ届出ヲ要シ廢家ト相續ト同時ニ届出ヅルコト能ハズ此場合廢家届ノミ甲市戸籍吏ニ於テ受理スルモ差支ヘナキヤ右ニ付テハ廢家ト相續トハ必ズ同時ニ届出ヲ要スベキニ付廢家者ガ乙村ニ所在セザルモ廢家ノ届出ハ乙村戸籍吏ニ爲スヲ要シ隨テ廢家届ニハ届出人ノ所在地ノ記載ヲ要セズトノ説アリ何レニ取扱フヲ相當トスルヤ。

五 廢家ト入籍トハ同時ニ届出ヲ相當トスルモ届出人所在地ノ關係上貳個ノ届出ヲ同時ニ同一ノ戸籍吏ニ爲スコトヲ能ハザル爲メ届出地ヲ異ニスル場合ニ在ツテモ廢家ノ届出ガ入籍届ヨリ後レザルトキハ貳個ノ届出ハ有效ト解スベキヤ。

民事局長回答（大正元年八月二十三日民第二五一號）

第四項 前段貴見ノ通

第五項 貴見ノ通（霜山氏前掲書五九頁）

但シ此ノ回答ガ他家相續行爲ヲ以テ戸籍法第百二十五條ノ届出ニ依ルベキ要式行爲ナリト解シタノハ不合理ノ様ニ思ハレル（後段「他家相續行爲ノ方式」参照）。

尙ホ此ノ點ニ關シテハ、大正八年三月十四日大審院判決（民事判決録第二十五輯四三三頁）、大正五年九月十一日民第四八五號法務局長回答（霜山氏六五頁）参照。

意思能力アル未成年戸主ガ他家相續ヲ爲スニハ、親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルカ。此ノ點ニ關シテハ何等特別ノ規定ガ存シナイコト及ビ民法第四條ハ身分上ノ行爲ニハ適用ガナイト云フ通説ニ從ヘバ、而シテ他家相續ヲ爲ス爲メニスル隱居又ハ廢家ニ關シテハ、既ニ同意不必要論ガ是認サレテ居ルガ故ニ〔註〕、此ノ場合ニ付テモ同意不必要論ガ學界ニ成立チサウニ見ユル。尤モ他家相續行爲論ソノモノガ未ダ曾テ殆ンド問題トシテ取上ゲラレタコトスラナイ今日、此ノ點ニ關スル學者ノ見解モ固ヨリ明白デアラウ筈ハナイガ。然シ此ノ場合ニ關シテハ、未成年ノ家族ガ他家相續ヲ爲ス場合ニ關スル民法第七百四十三條第一項但書ノ規定——家族ハ戸主ノ同意アルトキハ他家ヲ相續スルコトヲ得但未成年者ハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス——ガ類推適用セラルベキデハアルマイカト思フ。蓋シ未成年者ガ他家相續ヲ爲スコトニ關シテ、親權者又ハ後見人ヲシテ之ヲ監督セシムルノ必要ハ、他家相續ヲ爲ス者ガ家族デアルト戸主デアルトニ依ツテ、何等差異アルベキデハナイカラデアアル。而シテ此ノ親權者又ハ後見人ノ同意ナクシテ爲サレタ他家相續行爲ハ單ニ取消シ得ベキモノデハナクシテ、當然ニ無効デナケレバナラナイ。蓋シ民法第七百四十三條第一項ニ規定スル同意ハ所謂監督同意デアツテ、民法第四條ノ同意トハ其ノ性質ヲ異ニスルカラデアアル。

但シ、未成年者タル戸主ノ場合ト異リ、禁治産者タル戸主ガ其ノ心神ノ回復セル際他家相續ヲ爲スニハ、其ノ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要シナイ。蓋シ禁治産者タル家族ガ、其ノ後見人ノ同意ヲ得ルコトナクシテ、他家相續ヲ爲シ得ルカラデアル(民七四三條I)。之ト同様ニ、準禁治産者タル戸主ガ他家相續ヲ爲スニモ亦其ノ保佐人ノ同意ヲ要シナイ。

〔註〕。隱居ニ關シテハ明文モアルシ(民七五六條)、昭和二年十一月二十六日大審院判決ハ準禁治産者ガ隱居ヲ爲スニモ保佐人ノ同意ヲ要セヌト爲シタ(民事判例集第六卷十一號六一七頁)。廢家ニ關シテハ反對ノ見解モアルガ(大正十三年十二月二十二日民第一二四四八號民事局長回答——通牒錄一〇〇六頁。昭和三年五月二十四日法曹會決議——法曹會雜誌第六卷七號一二六頁)、今日テハ同意ニ必要論ガ通説ニナツテ居ル(大正十三年八月六日大審院判決——民事判例集第三卷九號三九五頁。大正三年六月十三日法曹會決議——法曹記事第二十五卷二號七一頁。穗積重遠博士現代法學全集第二十卷二五七頁。柳川勝二氏親族法要論一三五頁)。

(二)、被指定者又ハ被選定者ガ自家ノ家族ナル場合

家族ガ他家相續ヲ爲スニハ、自家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ、若シ其ノ者が未成年者ナルトキハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲモ得ルコトヲ要スル(民七四三條I)。但シ禁治産者又ハ準禁治産者ガ他家相續ヲ爲スニハ、後見人又ハ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要シナイ。而シテ此ノ場合ニ於ケル戸主又ハ親權者若クハ後見人ノ同意ハ所謂監督同意デアルカラ、之ヲ缺クトキハ他家相續行爲ノ無效ヲ來スベキコトハ前述シタ通りデアル。

但シ指定若クハ選定セラレタ者ガ家族デアツテモ、其ノ者ガ有夫ノ婦又ハ女戸主若クハ法定推定家督相續人ノ夫デアルトキハ、婚姻ヲ解消セシメテ妻又ハ夫タル地位ヲ脱シタ後デナケレバ、他家相續ヲ爲スコトヲ得ナイ〔註〕。蓋シ夫婦ハ其ノ家ヲ異ニスルコトヲ得ナイカラデアル(民七四五條七八八條)。又家族ガ自家ノ法定推定家督相續人デアルトキハ、廢除ヲ受ケテ其ノ地位ヲ去ツタ後デナケレバ、他家相續ヲ爲スコトヲ得ナイ(民七四四條I)。但シ分家ノ法定ノ推定家督相續人ガ本家ノ戸主カラ其ノ家督相續人ニ指定サレテ其ノ家督相續ガ開始シタ場合若クハ親族會ニ依リ本家ノ家督相續人ニ選定サレタ場合ニハ、廢除ヲ受ケテ其ノ地位ヲ退ク手續ヲセズトモ、他家タル其ノ本家ヲ相續シ得ルノハ勿論デアル(同條I但書)。

〔註〕。大正十一年五月十六日民第二四六一號民事局長回答——有夫ノ婦ガ他家ノ相續人ニ指定セラレタル場合妻ハ夫ガ他家ニ入ルコトヲ得ベキ場合ニ限り相續ヲ爲スコトヲ得(霜山氏前掲書四八九頁)。

(三)、被指定者又ハ被選定者ガ意思無能力者ナル場合

意思能力ナキ者ガ他家ノ家督相續人ニ指定又ハ選定サレタ場合ニハ、他家相續行爲ハ其ノ親權者又ハ後見人ニ於テ意思無能力者ニ代ツテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナルカ。此ノ問題ハ、實際問題トシテハ、被指定者又ハ被選定者ガ自家ノ家族ナル場合ニノミ生ズル。蓋シ被指定者又ハ被選定者ガ戸主ニシテ意思無能力者ナルニ於テハ、他家相續ヲ爲ス爲メノ隱居又ハ廢家スラ

之ヲ爲スコトヲ得ナイカラ他家相續ノ問題モ亦生ズル余地ガナイコトニナラウ(本章本項(一)参照)。

元來身分上ノ行爲ハ、其ノ性質上、本人自ラ之ヲ爲スヲ以テ原則トスベキモノデアツテ、親權者又ハ後見人ニ於テ無能力者ニ代ツテ之ヲ爲シ得ベキ場合ハ、法律ニ特別ノ規定アル場合ニ限ラレルト云フ普通ノ見解ニ從ツテ、特別ノ規定ナキ他家相續行爲ハ、他家相續人タルベキ者自ラ之ヲ爲スコトヲ要シ、親權者又ハ後見人ト雖モ無能力者ニ代ツテ之ヲ爲スコトヲ得ナイト云フ主張ハ、前章(III)ノ事件ニ於ケル原告人側ノ見解デアツタ(同趣旨。明治三十二年三月十三日民刑局長回答及ビ同年十月二日民刑局長回答。前章(III)ノ事件ニ於ケル第一審及ビ第二審決定参照)[註]。

[註]。○明治三十二年三月十三日民刑第二四一九號民刑局長回答——意思能力ナキ未成年ノ家族ハ他家ヲ相續シ、分家ヲ爲シ又ハ廢絶シタル本家、分家、同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトヲ得ザル儀ト思考ス此段本官ヨリ及回答候也(通牒錄二七八頁)。

○明治三十二年十月二日民刑第一五四七號民刑局長回答——民法第七百四十三條但書ハ他家相續、分家又ハ廢絶家再興ヲ爲サントスル家族ガ未成年ナル場合ニ適用スベキ規定ナリ(戸主ガ未成年ナル場合ニ於テ家族ガ分家等ヲ爲ストキハ民法第八百九十五條第九百三十四條第一項ニ依リ親權者又ハ後見人ノ同意ヲ受クベシ)然ルニ戸主及ビ親權者又ハ後見人ハ家族ノ他家相續、分家又ハ廢絶家再興ニ付キ未成年者ヲ代表スベキ規定ナク單ニ未成年者ノ行爲ニ同意ヲ與フルニ止マルコト右民法第七百四十三條ノ規定セル所ナルガ故ニ意思能力ヲ有セザル未成年者ハ到底他家相續、分家又ハ廢絶家再興ヲ爲スベカラザル儀ト思考ス此段及回答候也(通牒錄三三七頁)。

然シ此ノ原告人側ノ主張ハ、第二審ニ於テモ又大審院ニ於テ

モ、結局容レラレナカツタガ、ソレハ決シテ抗告人側ノ主張ヲ正面カラ排斥シタモノデハナカツタ。蓋シ抗告論旨ニ對立シテ、他家相續行爲ソノモノニ付テ親權者又ハ後見人ニ法定代理ヲ認ムベキデアルト云フ見解ガ成立ツタガ爲メデハナクシテ、或ヒハ他家相續行爲ソノモノノ存在ガ否定サレタガ爲メニ（第二審決定）、或ヒハ他家相續行爲ガ相續ノ承認行爲ニ他ナラナイト解サレ、從ツテ審議ノ中心ガ承認行爲ノ法定代理ノ問題即チ民法第八百八十六條同第九百二十九條同第一千九條ノ問題ニ移ツタガ爲メデアツタカラデアル（大審院決定）。大審院ハ前章（III）ノ「隱居許可請求事件」ニ於テモ、丁度之ト同様ナ考ヘ方ヲシテ、他家相續行爲タル「承認」即チ他家相續人タルコトノ承認ヲ相續ノ承認ト解シテ、親權者ニ其ノ法定代理ヲ認メルニ至ツタ（前章三頁以下）。而モ大審院ノ此ノ見解ハ學界ニ於テ有力ナ支持ヲ得テ居ルカラ（穗積重遠博士——判例民事法（昭和四年度）四八頁。中島玉吉博士民事判例批評——法學論叢第二十一卷九二六頁。末川博士民事判例批評——同第二十二卷四一九頁）、或ヒハ此ノ考ヘ方ガ今日ニ於ケル通説デアルカモ知レナイ〔註〕。

〔註〕。大正四年七月七日民第六三八號 法務局長 回答——意思能力ナキ未成年者ガ選定又ハ指定ニ因リ他家ヲ相續スル届出ハ其ノ親權者ヨリ届出ヲ爲スコトヲ得（長島氏前掲書三六九頁）。同趣旨。大正十四年十一月四日法曹會決議（法曹會雜誌第四卷一號一一九頁）。

思フニ、他家相續行爲ソノモノノ存在ヲ否定スベキデナイコトハ前述ノ如クデアルシ（本章（I）總說參照）、又他家相續行爲ト相續ノ承認行爲トハ全然別個ノ觀念ニ屬シ從ツテ兩者ハ之ヲ明カニ區別

セネバナラヌコトモ後述ノ如クデアルトシタナラバ(本章(III)ノ(四)「他家相續行爲ノ方式」參照)、之ヲ前提トシテ導キ出サレタ結論ガ、是認セラルベキ限リデナイコトハ理論上當然ノ歸結デアラウ。然シナガラ又、抗告論旨ノ如クニ、他家相續ニ關シテハ特別ノ規定ガナイカラト云ツテ、直チニ親權者又ハ後見人ニ法定代理ヲ認ムベキデナイト説クノモ亦決シテ正當デハナイ。蓋シ身分上ノ行爲ニ付テハ特別ノ規定ガナイ以上ハ、親權者又ハ後見人ニ法定代理權ナシト云フ通説ハ、直接ノ規定ハナクトモ、他ノ規定カラシテ親權者又ハ後見人ニ法定代理權ヲ認メタガ民法全體ノ趣旨ニ合スルト云フ様ナ場合デモ、尙ホ法定代理權ノアルコトヲ推側シテハナラナイト云フ主張デハナカツタカラデアル。斯クシテ、他家相續行爲ノ法定代理ヲ推側シ得ルモノトシテ、現行法上、相續ノ拋棄ニ關スル法定代理(民八八六條 5、九二九條一二條 I、6、一〇一九條)ト、遺言ニ依ル幼年養子縁組(民八四三條八四八條戸九〇條)トヲ舉ゲ得ル。

勿論、他家相續權ヲ行使スルコトガ所謂相續ノ承認デアリ、他家相續權ヲ拋棄スルコトガ所謂相續ノ拋棄デアルト云フノデハナイガ、現行法上、無能力者ノ爲メニ既ニ發生シタ相續ノ效果ヲ否認シ又ハ確認スルコトガ其ノ親權者又ハ後見人ニ許サレテ居ルナラバ、相續ノ效果ヲ享受センガ爲メニ被相續人ノ家ニ入リテ相續人ト爲ルコトニ付テモ、法定代理ガ許サレテモ、差支ヘナイ様ニ思ハレル。又被相續人ガ遺言ニ依ツテ他家ニ在ル

十五年未滿ノ者ヲ養子トシテ指名シタ場合ニ於テ父母ニ代承諾ガ許サレテ居ルナラバ、ソレト略ボ同一ノ結果ヲ齎ラス他家相續行爲ノ法定代理モ之ヲ認ムベキデハナカラウカ。蓋シ家督相續人タルベキ者ヲ他家ニ求ムルニ當ツテ、其ノ家督相續人タルベキ者ガ十五年未滿ノ場合デアルト、遺言ニ依ル養子縁組デハ父母ニ代承諾ガ認メラレテ居ル爲メ、其ノ目的ヲ達スルコトガ出来テモ、家督相續人ノ指定又ハ選定デハ他家相續行爲ノ法定代理ガ認メラレナイトスレバ、其ノ目的ヲ達スルコトガ出来ナイト云フコトニナツテ、頗ル權衡ヲ失スルコトニナルカラ。而モ、養子縁組ト相續人ノ指定又ハ選定トデハ、被相續人ト相續人トノ間ニ親子關係ヲ生ゼシムルカ否カノ差異ハアツテモ、之ガ爲メニ、死後ニ於テ初メテ親子關係ヲ生ズル遺言養子縁組ニ限り父母ノ代承諾ヲ許サネバナラナイト云フ特別ノ理由ハ生ジテ來ナイカラデアアル。

斯クシテ、通説タル大審院ノ見解ニモ、抗告論旨ニモ、又第二審決定ノ見解ニモ反シテ、被指定者又ハ被選定者ガ意思能力ナキニ於テハ、親權者又ハ後見人ガ代ツテ他家相續行爲ヲ爲スベク、又意思能力アルニ於テハ、本人ニ於テノミ他家相續行爲ヲ爲スベキモノデアルト解ズルノガ、現行法上至當ナノデアアルマイカト思フ。勿論、立法論トシテハ、民法改正要綱ガ養子タルベキ者ノ利益ヲ無視シテ縁組ノ行ハレルコトヲ阻止スル爲メ幼年養子制度ニ制限ヲ加ヘタト同様ナ制限ヲ、此ノ場合ニ於

テモ必要トスルモノデアラウガ〔註〕。

〔註〕。○親族法改正要綱第二十一 縁組ノ許可

未成年者ヲ養子ト爲スニハ、家事審判所ノ許可ヲ受クベキモノトスルコト。

○意思能力ナキ未成年者ト雖モ其ノ法定代理人ニ依ツテ他家相續ヲ爲スコトヲ得ト云フ先例トシテハ、明治三十二年十月十三日民刑第一七六五號民刑局長回答(通牒録三四八頁)、明治三十三年二月一日民刑第一三三號民刑局長通牒(同書三六九頁)及ビ大正七年十二月七日法曹會決議(法曹記事第二十九卷第八號二四頁)ヲ舉ゲルコトガ出來ル——勿論之ニ對シテハ反對ノ先例モアツタガ(本章六七頁)。而シテ其ノ論旨ニ至ツテハ單ニ相續ノ承認ニ關スル法定代理ノ規定ヲ引用スルダケテ必ズシモ明瞭デハナイ。

(四)、他家相續行爲ノ方式

他家相續行爲ハ他家相續人タルベキ者ガ形成權タル他家相續權ヲ行使シテ、法律ノ規定スル相續ノ效果ヲ享受センガ爲メニ、被相續人ノ家ニ入ルコトヲ目的トスル單獨行爲デアルコトハ前述シタ通りデアル。然ラバ、此ノ他家相續行爲ハ何人ニ對シテ、又如何ナル方式ニ從ツテ爲サルベキモノデアラウカ。此ノ點ニ關シテハ、先例(後段(五)「他家相續行爲ノ效果」參照)カラ推論シテ大體三ツノ學說ガ豫想サレ得ル。

第一說ハ、民法及ビ戶籍法ニ何等特別ノ方式ヲ規定シテ居ラナイコトカラシテ、他家相續行爲ヲ以テ一定ノ相手方ナキ且ツ不要式行爲デアルト爲スモノデアアル(前章(III)ニ於ケル抗告論旨參照)〔註〕。從ツテ此ノ說ニ依レバ、他家相續ノ意思ガ何等カノ方法デ外部ニ表

示サレレバ直チニ其ノ效力ヲ生ズルモノデアツテ、其ノ表示ノ明示的タルト默示的タルトヲ問ハナイト云フコトニナラウ。第二説ハ、民法及ビ戸籍法ガ家籍ノ變動ヲ生ズベキ行爲ハ、概ネ之ヲ戸籍吏ニ對スル届出ニ依ルベキ要式行爲ト爲シテ居ルコトカラシテ、他家相續行爲モ亦戸籍法第二百二十五條ノ届出（相續届出）ニ依ルベキ要式行爲デアルト爲スモノデアル。從ツテ此ノ説ニ依レバ、同條ノ相續届出ヲ以テ他家相續人タルベキ者ガ他家ノ家督ヲ相續スル旨ノ意思表示デアルト爲ス。第三説ハ、他家相續行爲ヲ以テ相續ノ承認行爲ナリト解シ、從ツテ其ノ方式ハ其ノ爲スベキ單純承認又ハ限定承認ニ關スル法則ニ依ツテ定マルベキモノデアルト爲ス。

〔註〕。 同事件ニ於ケル第二審決定ハ、他家相續行爲不存在ノ理由ノ一チ、民法其他ノ法令ニ其ノ方式ニ關スル規定ノナイコトニ求メテ「身分上ノ重要ナル法律行爲ハ法律ハ概ネ之ヲ要式行爲ト爲シ戸籍法非訟事件手續法等ニ於テ其ノ嚴格ナル方式ヲ規定セルニ拘ラズ家督相續ニ付キテハ戸籍法第二百二十五條以下ニ於テ單ニ事實トシテノ家督相續ニ付キテノミ届出ノ方式ヲ規定シ法律行爲トシテノ家督相續ニ付キテ何等規定スルコト無キニ徴スルモ法律ガ常ニ家督相續ヲ以テ法律行爲ニアラザルモノト爲シタル趣旨ハ明白ニシテ云々」ト説イテ居ル（法律新聞第二五四號一一頁）。

思フニ、第二説ハ既成ノ事實トシテノ家督相續届出ト意思表示ノ方式トシテノ他家相續行爲届出トヲ混同シテ居ルシ、第三説ハ相續人ガ既ニ被相續人ノ權利義務ノ包括的承繼ヲ爲シタルコトヲ前提トスル意思表示（即チ相續人ト爲ツタ者ノ爲ス意思表示）ト相續人タルベキ者ガ被相續人ノ權利義務ノ包括的承繼

ヲ招來セシムル爲メノ意思表示（即チ相續人ト爲ル者ノ爲ス意思表示）トヲ混同シテ居ル（民一〇一七條以下）。從ツテ、實際問題取扱ノ上ニ於ケル便宜ノ問題ハ暫ラク之ヲ措キ、理論ノ問題トシテハ第一說ノ正當ナルコト疑ヒハナイ。但シ家ヲ異ニスル者ヲ家督相續人ニ定メ、其ノ者ノ單純承認（民七五二條ノ場合）又ハ承認（民七五三條及ビ七五四條Iノ場合）ヲ得ルコトニ依ツテ、戸主ガ隱居ヲ爲ス場合ニ於テハ、民法第七百五十七條ニ規定スル家督相續人ノ爲ス届出ハ、他家相續行爲ノ方式ヲ規定シタモノデアラカラ、此ノ場合ニ限リ他家相續ノ意思ハ、隱居ノ届出ニ依ツテ之ヲ戸籍吏ニ對シ表示スルコトヲ要スト解スル。蓋シ民法第七百五十七條ガ「隱居ハ隱居者及ビ其家督相續人ヨリ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト規定シタノハ、隱居ガ家督相續ヲ開始セシムルニ至ル行爲デアルニ鑑ミ、家ノ存續ノ爲メニ、隱居ガ效力ヲ生ズルト同時ニ其ノ被指定者ヲシテ確定的ニ隱居者ノ家ノ戸主タラシメントシテ、他家ノ相續人タルコトノ「承認」即チ他家ヲ相續スル意思ハ、必ズヤ隱居ノ届出ニ依ツテ之ヲ表示スルコトヲ要スト爲シ、若シ之ニ反スルトキハ隱居モ其ノ效力ヲ生ジ得ヌトノ趣旨ニ解釋スベキモノデアラカラデアル（本章四九頁參照）。斯クテ、同條ハ隱居者及ビ其ノ家督相續人ノ双方ヲ以テ隱居ノ届出人タラシムルノ趣旨デハナクシテ、隱居ノ届出人ハ隱居者ノミデアツテ、家督相續人ハ自己ノ「承認」行爲即チ他家相續行爲ノ届出人デアルト解スベキモノデアラウ。從ツテ、同條ヨリシ

テ隱居單獨行爲說ヲ否定シテ、隱居ヲ以テ隱居者ト其ノ家督相續人トノ合同行爲又ハ契約デアルト爲ス所謂合同行爲說又ハ契約說ガ成立ツト云フ説明ハ（藥師寺志光氏「隱居ノ性質」法學志林第三十四卷二號七七頁）、到底承認シ難イ。

之ヲ要スルニ、隱居ニ因ル他家相續ノ場合ニ於テハ、他家相續人タルベキ者ノ爲ス他家相續ノ意思表示ハ、隱居者ノ隱居ノ意思表示ト共ニ、一個ノ届出ヲ以テ戶籍吏ニ對シテ之ヲ表示スルコトヲ要スルガ、隱居以外ノ事由ニ因ル他家相續ノ場合ニ於テハ、他家相續人タルベキ者ノ爲ス他家相續ノ意思表示ハ相手方ナキ不要式ノモノデアルト云フコトニナラウ。立法論トシテハ、隱居ノ場合ト同ジク、戶籍吏ニ對スル届出ニ依ルベキ要式行爲ト爲スベキデアル。

(五)、他家相續行爲ノ效果

他家相續ノ場合ニ於テハ、家督相續人ノ指定ガ、戶籍吏ニ對スル届出ニ依ツテ爲サレタ場合デアルト、又遺言ニ依ツテ爲サレタ場合デアルトヲ問ハズ、家督相續ニシテ開始セラルルニ非ザレバ、未ダ被指定者ノ爲メニ他家相續權ハ發生シナイコト及ビ家督相續ノ開始アルモ、被指定者ハ未ダ他家相續ヲ爲スニ至ラズシテ、單ニ他家相續ヲ爲ス爲メニ被相續人ノ家ニ入ルコトヲ得ル他家相續權ヲ有スルニ止マルベキコトハ前述シタ通りデアル。又民法第九百八十五條第一項ハ單ニ被選定者ノ資格ヲ規定シタルニ止マルガ故ニ、假令、此ノ被選定資格ヲ有スル者ガ

唯ダ一人シカナイ場合デアツテモ、選定行爲前ニ於テハ此ノ者ノ爲メニ他家相續權ハ存シナイコト及ビ選定行爲ハ家督相續開始後ニノミ行ハレ得ルモノデアツテ、選定行爲ガアレバ、茲ニ始メテ被選定者ニ、他家相續ヲ爲ス爲メニ被相續人ノ家ニ入ルコトヲ得ル他家相續權ヲ發生セシムルモ、選定行爲ガアツタダケデハ、未ダ他家相續ヲ爲スニ至ツテ居ラナイコトモ亦前述シタ通りデアル。

從ツテ、被指定者又ハ被選定者ガ他家相續權ヲ行使セズシテ其ノ他家ニ入ラザル間ハ、未ダ其ノ他家ノ家督相續人ニハ爲ラナイカラ、家督相續人ニ爲ツタコトヲ前提トスル總テノ規定ハ、此ノ場合ニ其ノ適用ヲ生ジ得ナイコト固ヨリ疑問ノ餘地ハナイ。例ヘバ相續人デナイ者ガ自ラ相續人デアルト僭稱シテ相續財産ヲ占有シテ居ル場合デモ、未ダ他家相續權ヲ行使シナイ被指定者又ハ被選定者ハ、此ノ僭稱相續人ニ對シテ、民法第九百六十六條ノ家督相續回復請求權ニ依ツテ相續ノ回復ヲ求メ得ベキ限リデハナカラウ。同様ニ、戶籍法第二百五條以下ニ規定スル家督相續届出ノ問題モ、民法第千十七條以下ニ規定スル相續ノ承認及ビ拋棄ニ關スル選擇權行使ノ問題、殊ニ法定單純承認ニ關スル民法第千二十四條ノ適用モ生ジテ來ナイ爲メニ、民法第千十七條第一項ノ選擇期間ヲ懈怠スルモ「單純承認ヲ爲シタモノト看做」サルルコトハナイ。又相續財産ガ、未確定的ニモ、相續人ニ承繼サレタコトヲ前提トスル民法第千二十一條第

一項ノ規定モ其ノ適用ヲ生ズルコトガナイカラ、未ダ他家相續行爲ヲ爲サナイ被指定者又ハ被選定者ニ對シテハ、相續財産管理ノ問題スラ生ジテ來ナイト云ハネバナラナイ。然ラバ、家督相續開始後他家相續行爲前ニ於テハ、戸主權ハ何人ニ依ツテ行使セラレ、又相續財産ハ何人ニ依ツテ管理セラルベキデアラウカ。思フニ、此ノ場合ニ於テハ、相續ノ開始アルモ、何人モ被相續人ノ權利義務ヲ、未確定的ニモ、承繼セザルガ故ニ、戸主權ハ主體ナクシテ一時存在シ、親族會ニ於テ民法第七百五十一條ノ規定ニ依ツテ、主體ナクシテ存在スル此ノ戸主權ヲ行使スベキモノト解ス。而シテ相續財産ニ至ツテハ、民法第千五十一條以下ノ規定ガ其ノ適用ヲ生ジ、相續財産管理人（民一〇五二條）ヲシテ之ヲ管理セシムルト解ス（民一〇五三條一〇五四條）。固ヨリ、他家相續行爲ノ結果、相續開始ノ時ニ遡ツテ家督相續人ガ確定スルモ、或ヒハ家督相續人タルベキ者ニ變更ガ生ジテモ、親族會及ビ相續財産管理人ノ既ニ爲シタ戸主權行使及ビ管理行爲ハ、之ガ爲メニ其ノ効力ヲ變ズベキ限リデハナカラウ（民七五一條一〇五五條但書）。

被指定者又ハ被選定者ガ他家相續ヲ爲ス爲メニ、以上述ベタ所ニ從ツテ他家相續行爲ヲ爲スト、他家相續ノ效果ハ、相續法一般ノ原則ニ從ツテ、相續開始ノ時ニ遡ツテ生ジ、被指定者又ハ被選定者ハ相續開始ノ時ヨリ其ノ他家ノ戸主タリシコトト爲ル。而モ自家ヲ去ルノハ、他家相續行爲ノ時デアツテ、相續開

始ノ時ニ遡ツテ自家ヲ去リタリシコトトハ爲ラナイ（之が爲メニ、其ノ者が他家ノ家籍ヲ同時ニ有シタリシコトト爲ルコトハ、前述シタ通りテアル）。從ツテ被指定者又ハ被選定者ガ未成年者ナルニ於テハ、此ノ時ニ於テ後見開始スルニ至ルト云ハネバナラナイ。然ルニ先例ガ、或ヒハ相續承認ノ日ヲ以テ後見開始ノ日ト解シタリ（大正十二年五月五日民第一三一〇號民事局長回答——霜山氏前掲書二九三頁。昭和三年一月二十六日及ビ昭和四年一月二十七日法曹會決議——法曹會雜誌第六卷三號一〇八頁。同第七卷四號一一〇頁）、或ヒハ相續届出ノ日ヲ以テ後見開始ノ日ト解シタリスルノハ（昭和六年六月二十七日大審院判決——民事判例集第十卷八號四八六頁大正九年二月七日民第二八四號民事局長回答——霜山氏前掲書四九三頁大正十年十月二十九日及ビ昭和五年七月九日法曹會決議——法曹記事第三十一卷十二號四八頁。法曹會雜誌第八卷十號一五二頁）、他家相續行爲ヲ以テ相續ノ承認行爲デアルト解シタリ、若クハ相續ノ届出ヲ以テ他家相續行爲ノ方式デアルト解シタ結果デアツテ、斯クノ如キハ實際ノ取扱上ニ於ケル便宜ニノミ拘泥シタ解釋デアルト云フノ外ハナイ（前段七二頁以下參照）。

又同様ニ、他家相續ヲ爲シタ被指定者又ハ被選定者ノ妻ハ、他家相續行爲ノ時ヨリ當然夫ト共ニ其ノ他家ニ入ルベク（民七四五條）、若シ其ノ者が自家ヲ廢シテ他家ヲ相續シタ場合デアレバ、其ノ者ノ家族ハ、民法第七百六十三條ノ規定ニ依ツテ、他家相續行爲ノ時ヨリ其ノ他家ニ入ルベク、相續開始ノ時ニ遡ツテ其ノ他家ノ家族タリシコトトハ爲ラナイ（昭和四年六月二十六日法曹會決議——法曹會雜誌第七卷八號一七一頁參照）。而モ、其ノ他家ニ舊戶主又ハ其ノ家族ガアレバ、此等ノ者ハ他家相續行爲ノ結果、當然相續開始ノ時ニ遡ツテ新戶主ノ家族タリシコトト爲ル（民七三二條II）〔註〕。固ヨリ、分家ノ場合ト異リ、他家相續ヲ爲サントスル家族ハ他家相續ト同

時ニ家ニ在ル自己ノ直系卑屬ヲ相續セントスル他家ニ携帶シテ其ノ家ノ家族ト爲スコト(同時入籍)ヲ得ナイ(民七四三條 II、III 參照)。從ツテ、此等ノ直系卑屬ハ他家相續行爲後ニ、親族入籍ノ手續(民七三七條)ニ依ツテ其ノ他家ニ入り得ルニ過ギナイカラ、意思能力ノナイ直系卑屬ハ其ノ他家ニ入籍スルヲ得ナイコトニモナラウシ(大正九年三月四日民第六七七號民事局長回答—霜山氏前掲書一〇六頁)、又意思能力ガアツテ入籍シ得タ所デ、家督相續順位ニ於テハ、他家相續行爲後ニ其ノ他家ニ於テ生レタ直系卑屬ニ優先サレルコトニモナリ(民九七二條)、頗ル不都合ノ結果ガ生ズル(相續法改正要綱第十參照)。茲ニ於テカ、或ヒハ「指定又ハ選定ニ依リ他家ノ家督相續人ト爲リタル者ハ第七百三十八條ノ精神ニ則リ意思能力ナキ自己ノ直系卑屬ヲ實家ヨリ引取入籍スルコトヲ得」トノ見解モアラウシ(昭和三年六月七日法曹會決議—法曹會雜誌第六卷七號一三〇頁)、更ニ進ンデ、民法第七百四十三條第二項第三項ノ規定ハ家族ガ分家ヲ爲ス場合ノミナラズ、他家ヲ相續スル場合ニモ亦準用セラルベシトノ見解モアリ得ルデアラウガ(奥田義人氏大正五年度中央大學講義錄日本親族法六四七頁參照)、固ヨリ一般ニ是認セラレテハ居ラナイ(大正十二年三月六日法曹會決議—法曹會雜誌第一卷三號—一九頁。昭和三年十一月二十日新田區戶籍決議—同第七卷六號—二六頁)。

〔註〕。異説。昭和三年一月二十六日法曹會決議—親族會ノ選定ニ因リテ戶主ト爲リタル者ガ其ノ家族タル未成年者ニ對シ民法第九百三條ニ依ル後見就職ノ日ハ相續届出ノ日ニ非ズシテ相續承認ノ日ナリ(法曹會雜誌第六卷三號一〇八頁)。

斯クノ如クニ、被指定者又ハ被選定者ハ他家相續行爲ヲ爲ス

コトニ依ツテ、始メテ他家ノ相續人ト爲ルモノデアラカラ、他家相續行爲ヲ爲シタ被指定者又ハ被選定者ハ、此ノ時ヨリ其ノ固有財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ相續財産ヲ管理スベク(民一〇二一條I)、若シ其ノ全部又ハ一部ヲ處分スルニ於テハ、單純承認ヲ爲シタルト同一ノ法律上ノ效果ガ生ズルコトニナラウ(民一〇二四條1號)。又其ノ者ハ他家相續行爲ノ時ヨリ三ヶ月内ニ單純承認又ハ限定承認ヲ爲スコトヲ要スル(民一〇一七條)[註]。蓋シ他家相續權ノ行使ハ、當然其ノ者ヲシテ其ノ他家ノ戸主タル地位及ビ其ノ地位ニ附隨スル身分上ノ權利義務ヲ確定的ニ承繼セシムルニ至ルガ故ニ、法定ノ推定家督相續人、入夫ガ戸主ト爲ル場合(民七三六條)ノ家督相續人(入夫)ト同ジク、其ノ他家ノ相續ニ付キテハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ナイガ、之ガ爲メニ前戸主ノ財産上ノ權利義務マデ無限ニ承繼セシムルニ至ルモノデハナイカラデアアル(民一〇二〇條)。但シ民法第七百五十二條ノ單純承認ヲ爲シテ他家相續權ヲ行使シタ者ハ固ヨリ此ノ限リデハナカラウ。而シテ若シ此ノ選擇期間内ニ限定承認ヲ爲サザルニ於テハ、單純承認ヲ爲シタルト同一ノ法律上ノ效果ガ生ズルコトニナラウ(民一〇二四條2號)。

[註]。通説ハ、自家相續ノ場合タルト他家相續ノ場合タルトヲ區別セズニ、選擇期間ノ起算點ヲ、指定ノ場合ニハ相續開始後指定ノアツタコトヲ知ツタ時ト爲シ、選定ノ場合ニハ選定ノ通告ガアツタ時ト解シテ居ル様デアアルガ、其ノ不合理ナルコトハ前述シタ理論ニ依ツテ明カデアアラウ。

同様ニ、被指定者又ハ被選定者ガ他家相續行爲ヲ爲シタルモ、

選擇期間經過前ニ未ダ單純承認又ハ限定承認ヲ爲サズニ死亡シタ場合ニハ、民法第千十八條ハ其ノ適用ヲ生ジ、其ノ者ノ相續人ハ、其ノ者ガ他家相續ニ付キ有シタリシ單純認承又ハ限定承認ヲ爲ス權利ヲ後相續ニ基イテ新タニ取得シ(後相續ノ效力トシテ其ノ者ノ相續人ニ於テ承繼シタモノデハナイ一柳川氏註釋下二四頁)、之ヲ自己ノ爲メニ行使シ得ルニ至ル。固ヨリ其ノ者ガ爲シタ他家相續(前相續)ニ付キ拋棄ヲ爲シ得ル限リデハナカラウ。而シテ、大正九年二月七日民第二百八十四號民事局長回答ガ、指定者死亡後被指定者モ亦家督相續ノ届出ヲ爲サズニ死亡シタ場合ニハ、被指定者ハ戸主ト爲ラヌト解シタノハ(霜山氏前掲書四九三頁)、相續ノ届出ヲ以テ他家相續行爲デアルト解シタ結果デアラウシ、又大正七年六月十日民第千三百二十九號法務局長回答ガ、單身戸主死亡シ選定相續人ガ法定期間内ニ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲サズニ死亡シタ場合ニハ、其ノ直系卑屬ハ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲シ得ベキモノデナイト解シタノハ(霜山氏前掲書五二〇頁)、相續ノ承認行爲ヲ以テ他家相續行爲デアルト解シタ結果デアツテ、孰レモ、前述シタ理論カラ推シテ、不合理ナ斷定デアルト云ハネバナラナイ。

尙ホ、現行法ハ他家相續人ニモ、指定又ハ選定ニ因ル自家相續人ト同ジク、遺留分トシテ被相續人ノ財産ノ三分ノ一ヲ與ヘテ居ル(民一一三〇條II)。蓋シ既ニ前戸主ニ代ツテ家督相續人ト爲ツタ以上ハ、其ノ者ガ家名ヲ維持シ一家ノ祭祀ヲ繼續シテ行クノニ一定ノ資産ヲ要スル事情ハ、相續人ガ自家相續人デア

ルト他家相續人デアルトニ依ツテ、何等差異ガナイカラデアラウ(舊民財取三八四條ト對照)。從ツテ遺留分ニ關スル民法第千三百三十條以下ノ規定ハ、他家相續ノ場合ニモ、均シク其ノ適用アリト云フコトニナラウ。

V. 他家相續權ノ消滅

他家相續權ハ被指定者又ハ被選定者ガ他家ノ家督ヲ相續スル爲メニ、他家タル被相續人ノ家ニ入ルコトヲ得ル權利デアッタ。從ツテ他家相續權ハ、被指定者又ハ被選定者ガ此ノ權利ヲ行使シテ其ノ他家ノ家督ヲ相續スルニ至レバ、其ノ目的ヲ達成スルガ故ニ、之ト同時ニ當然消滅スベキモノデアラウ。又同様ニ、他家ニ在ル被指定者又ハ被選定者ガ、相續開始後若クハ選定行爲後ニ、婚姻、離婚、離縁、親族入籍等ノ事由ニ因ツテ被相續人ノ家ニ入ルニ至レバ、其ノ者ハ他家相續行爲ヲ爲スコトナクシテ、當然ニ被相續人ノ家ノ家督ヲ相續スベキガ故ニ、此ノ場合ニ於テモ他家相續權ノ消滅ヲ來スコトハ固ヨリ當然デアラウ。本項ニ於テ特クニ「他家相續權ノ消滅」ト題シテ取扱ハントスルモノハ、他家相續權ガ此等ノ目的達成ノ原因ニ因ラズシテ消滅スル場合デアアル。

(一)、被指定者又ハ被選定者ノ死亡又ハ家督相續能力ノ喪失

被指定者又ハ被選定者ノ死亡ガ其ノ者ノ有スル他家相續權ヲ消滅セシムルニ至ルベキハ明カデアアル。蓋シ他家相續權ハ、其ノ性質上、被指定者又ハ被選定者其ノ人ニ專屬シ、其ノ者ノ相

續人ニ於テ之ヲ承繼スルコトヲ得ナイカラデアル（民九八六條一〇〇一條一〇九六條一〇九七條）。而シテ相續開始前ニ被指定者ガ死亡シテモ（戸一三六條）、若クハ他家相續行爲後選擇期間經過前ニ被指定者又ハ被選定者ガ單純承認又ハ限定承認ヲ爲サズニ死亡シテモ（民一〇一八條。但シ選擇期間ヲ經過シテ仍ホ選擇セザリシ場合ニ付テハ民法第千二十四條第二號參照）、孰レモ他家相續權消滅ノ問題ヲ生ジ得ナイ。蓋シ此等ノ場合ハ未ダ他家相續權ノ發生セザル場合デアルカ、若クハ目的ノ達成ニ依ツテ既ニ他家相續權ノ消滅シタ場合デアルカラデアル。

家督相續開始後他家相續行爲前ニ、被指定者又ハ被選定者ガ家督相續能力ヲ喪失スルニ至ツタ場合、例ヘバ被指定者又ハ被選定者ガ日本ノ國籍ヲ喪失シタトキ、若クハ民法第九百六十九條ノ缺格事由ガ生ジタトキニ、其ノ者ノ有スル他家相續權ノ消滅スベキハ之亦當然ノコトデアラウ（本章IIIノ（五）參照）。

（二）、拋棄——法定拋棄

他家ノ家督相續人ニ指定又ハ選定サレタ者ハ他家相續ヲ爲スコト即チ他家相續權ヲ行使スルコトヲ法律上強要セラルル限リデハナイ。從ツテ他家相續人タルベキ者ニ於テ、自ラ進ンデ自己ノ爲メニ發生シタ他家相續權ヲ、拋棄シ得ベキハ勿論デアラウ。然シ現行法ノ上ニ於テハ、將來發生スルコトアルベキ他家相續權ヲ、相續開始前ニ豫メ拋棄スルコトハ、手續上不可能デアルト解サレテ居ツタノデ、民法改正要綱ハ被指定者ヲシテ相續

開始前ニ指定ヲ拒絕スルコトヲ得セシメルコトニ改メタ（相續法改正要綱第十一ノ二）。之ヲ要スルニ、他家相續權ノ拋棄ハ相續シ得ベキ他家ノ家督ヲ相續シナイト云フ行爲デアリ、相續ノ拋棄ハ相續シタ他家ノ家督ヲ相續セザリシコトニスル行爲デアル。サレバ、他家相續權ノ拋棄ハ、相續人ガ自己ノ爲メニ既ニ發生シタ相續ノ效果ヲ否認スルモノデハナイト云フ點ニ於テ、相續ノ拋棄ト嚴格ニ區別セラレネバナラナイ。從ツテ例ヘバ他家相續權ノ拋棄ハ、相續ノ拋棄ノ場合ト異ナリ（民四條一二條八八四條 八八六條 九二九條）、寧ロ他家相續權ノ行使ノ場合ト同シク、被指定者又ハ被選定者ガ意思能力ナキニ於テハ、親權者又ハ後見人ガ代ツテ他家相續權ノ拋棄ヲ爲シ得ルガ、意思能力アルニ於テハ、本人ニ於テノミ他家相續權ノ拋棄ヲ爲シ得ベキモノデアルト解スル。固ヨリ他家相續權行使ノ場合ト異ナリ、意思能力アルニ於テハ戸主、親權者又ハ後見人ノ同意ナクシテ、單獨デ有效ニ他家相續權ノ拋棄ヲ爲シ得ルコトニナラウ（民七四三條I對照）。蓋シ他家相續權ノ拋棄ハ之ニ因ツテ、既存ノ身分關係ニ何等積極的ニ變動ヲ發生サセルモノデハナイカラデアル。

他家相續權ノ拋棄ニ關スル方式、期間等ニ關シテモ、民法ニ何等特別ノ規定ガナイ。從ツテ拋棄ノ意思ハ特別ノ方式ニ依ツテ之ヲ表示スルコトヲ要セズ、又特定ノ相手方ニ對シテ之ヲ表示スルコトヲモ要シナイ。何等カノ方法デ其ノ意思ガ外部ニ表示サレルコトニ依ツテ直チニ效力ヲ生ズルモノト解スル外ナカラ

ウ。固ヨリ其ノ表示ハ明示タルト默示タルトヲ問ハナイ。又他家相續權ノ行使又ハ拋棄ハ、何時迄ニ之ヲ爲サネバナラヌト云フ別段ノ制限ガナイ所カラシテ(相續法改正要綱第十一ノ
二第十三ノ一第十四參照)、他家ノ家督相續人ニ指定又ハ選定サレタ者ガ他家相續權ヲ行使スルデモナク、又サリトテ他家相續權ヲ拋棄スルデモナイト云フ様ナ場合ニ、之ヲ如何ニ取扱フベキカノ問題ガ生ジ得ル。此ノ點ニ關シ、前章(I)ノ「登記抹消手續請求事件」ニ於テ、上告人ハ相續關係ヲ速カニ確定セントシタ民法第千二十四條第二號ノ規定ヲ類推シテ、選定決議ノ日ヨリ三ヶ月内ニ他家ノ戸主タル身分ヲ脱却シナイ場合ニハ、其ノ者ヲ選定シタ親族會ノ決議ハ、當然其ノ效力ヲ失フモノト解スルガ妥當デアルト爲シタノニ對シテ、大審院ハ被選定者ガ選定決議ヲ知リタル後遲滯ナク戸主ノ地位ヲ脱却スル手續ヲ爲サナイコトガ、相續人タルコトヲ欲シナイ意思ヲ有スルモノト推測シ得ベキ場合デナケレバ、未ダ以テ選定決議ハ實行不能ト爲ツテ其ノ效力ヲ失ヒタルモノトハ云ヒ得ナイト解シタ。

思フニ、民法第千二十四條第二號ノ規定ハ相續開始後ノ法律關係ヲシテ永ク不確定ノ状態ニ置カナイ爲メニ設ケラレタ規定デアツテ、必ズシモ暗黙ノ單純承認ノ意思ヲ推測シタ規定デハナイト解サレテ居ル以上ハ(法定單純承認)、大審院ノ様ニ現行法ノ缺陷ニ拘泥シテ、無理ニ暗黙ノ他家相續權拋棄ノ意思ヲ推測スルト云フ立場ヨリハ、家督相續人ハ永ク之ヲ不確定ニシテ

置ケナイト云フ立場カラシテ、相當期間ノ經過ニ對シテ、其ノ者ノ意思ノ如何ニ拘ハラズ、拋棄ヲ爲シタルト同一ノ法律上ノ效果ヲ生ゼシムル所謂法定拋棄ガ認メラレテモ差支ヘナイ様ニ思ハレル。而シテ此ノ趣旨ハ、民法改正要綱ガ「包括受遺者ガ其遺贈アリタルコトヲ知リタル時ヨリ一定ノ期間内ニ承認ヲ爲サザルトキハ拋棄ヲ爲シタルモノト看做ス」ベキモノト爲シテ（相續法改正要綱第（十五）（二）參照）、承認及ビ拋棄ニ關スル民法ノ原則（民一〇九二條一〇一七條以下一〇二四條²號）ヲ轉倒セシムルコトニ依ツテ、既ニ採用セラレ様トシテ居ルコトヲ看過シテハナラナイ。固ヨリ、此ノ相當期間ハ諸般ノ事情ヲ考慮シテ決定サルベキモノデアツテ、必ズシモ上告論旨ノ如クニ三ヶ月ニ限定サレルモノデハナカラウ。殊ニ他家相續權行使後ニ於テモ、他家相續人ハ、被相續人ノ財産上ノ權利義務ノ承繼ニ付テハ、相續財産ノ狀況如何ヲ熟考シタ上デ、尙ホ單純承認又ハ限定承認ノ一ヲ選擇シ得ルモノデアルカラ。

斯クシテ、他家相續權ノ拋棄ハ、當事者ノ行爲ニ因ル明示的又ハ默示的拋棄ノ外ニ、當事者ノ行爲ニ因ラナイ所謂法定拋棄ヲ認メ得ルコトニナル。