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

Title	明治二十三年民法 (舊民法) における戸主權 (一) : その生成と性格
Sub Title	The rights of a head of a family (koshu-ken) in the Japanese civil code (1890) (1)
Author	手塚, 豊(Tezuka, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1953
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.26, No.10 (1953. 10) ,p.1- 32
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19531015-0001

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

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

明治二十三年民法（舊民法）における戸主權（一）

――その生成と性格――

手塚豊

一　はしがき
二　舊民法典編纂過程における戸主權
　一　第一草案の成立と戸主權
　二　第一草案の修正と再調査案における戸主權……以上本號
　三　再調査案の修正と元老院提出案における戸主權
　四　元老院における審議と修正
三　舊民法における戸主權
　――明治民法と對比して――
四　むすび

一　はしがき

個人の尊嚴と男女兩性の本質的平等を基本原理とする新民法の實施にともなつて、明治民法の親族、相續編の中心をなしてきた「家」の制度には、遂に劃期的變革がもたらされた。個人の自由と平等を基調とする新憲法の精神からみれば、きわめて當然の結果であるといわなければならない。從來、明治民法の規定していた家族制度の基本的特長は、あらゆる身分的

法律關係が「家」を中心として展開される點にあつた。そして、この「家」の制度の二大支柱と考えられたものが、戸主權と家督相續であつたことは、ここに改めていうまでもなかろう。家督相續に關してはしばらく措き、戸主權についてみるに、その歷史的系譜有無の問題、すなわち、それがわが法制史上の傳統に立脚する制度であつたか、あるいはまた明治以降の民法典によるあたらしい所産であつたかの點について、まつたく相反した見解がするどく對立している。戸主權の歷史的由來をみとめる說の中には、わが家族制度の傳統が古來から强力な家長權の統率にもとづく大家族制度であつたことを强調する一派もあり(1)、またすくなくとも戰國時代(2)あるいは德川時代の家長權(3)は强大であつたと說く學者もあるが、いずれにもせよ、明治民法戸主權の淵源をなんらかの歷史的傳統の裡に見出さんとすることには變りがない。明治以降、このような見解は多くの學者によつて主張され、さらにそれは「家長としての戸主があれば、家族統率のための戸主權は當然に存在する」と考える素朴な常識論にも合致して廣く一般に傳播している。「家」の制度を擁護し、强力な戸主權の溫存を計らんとした者はいわゆる「淳風美俗論」の根據を、この歷史的傳統にもとめ、他方、「家」の崩壞を豫測し、戸主權を伴う戸主制度の廢滅を志向した者は、その立論の前提には同樣の見解を採りつつ、それなればこそそのような戸主權の封建性を衝いたのである。明治法典爭議の前後、石山彌平氏が「我國の戸主なるものは、大寶令以來、家長を以て之に充てるものにして、戸主の權力は一家の統治を專らにし、家族の行動を緊制せり。……戸主は家長なるを以て其家の長者之に當り、家族はその子孫に過ぎざれば、勢い、一家の最上權を掌りしなり(4)」といい、また穗積八束博士が「我國ハ祖先敎ノ國ナリ」「家長ハ纘世ニ於キテ祖先ノ靈ヲ代表ス家長權ノ神聖ニシテ犯スベカラザルハ祖先ノ靈ノ神聖ニシテ犯スベカラザルヲ以テナリ(5)」と戸主權の絕對性を强調したのは、前者のもつとも著しい例であり、梅謙次郎博士が「封建ノ遺物ト云ツテモ宜イ所ノ戸主制(6)」と述べ、また岡村司博士が「我ガ現行ノ戸主制度ハ過ギ去リタル前代ノ遺物ニシテ又當世ノ物ニハ非ザルナリ」「乃チ惰性ノ力ニ依リテ僅カニ殘喘ヲ止ムルノミ(7)」との立場から共に戸主權及び戸主制を非難したのは、後者の適例であろう。その後

の學者の間にも、このように戸主權の傳統を承認し、自己の是非論を展開した者は決してすくなくない。

こうした主張に對して全く反對の見解を表明されるのは中田薫博士である。中田博士はすでに早く大正三年に發表された「德川時代の文學に見えたる私法」において「今日の民法は家族居住の指定、婚姻の承認、離婚の言渡等三四の輕微なる權利を掲げてこれを戸主權と名づ」く「前古無類の新制度と云ふべし」[8]と戸主權の系譜を全く否定する立場を採られたが、最近もしばしば自説をくりかえして述べておられる。[9]博士は法制史家として廣い視野にたち、博引傍證その説を展開しておられるが、その要旨は次のごとくである。「わが家族制度の特質は」「權利義務を中心とせずして、倫理道徳を基礎とする親族協同體たることに存する」「王朝時代に於ける戸主は」「祖先に代つて家屬を保護する倫理的責務を」「有するに止まり、家屬に對する何等法律上の命令權を有しないものである」「中世においても家督對家族の關係は法律上の關係でなく」「倫理的關係に過ぎない」次に「德川時代の當主も亦王朝以來の家長、中世の家督と同樣」であり、明治前期においても「戸主權と認むべき戸主固有の權利を探し出すことは出來ない」要するに「わが國の戸主權は現行民法（手塚註、明治民法）によつて完成したもので」「封建制の殘滓ではなく、全く明治後半期の所産である」[10]というのが、その結論である。このような見解は、發表當初は「世の顧みる所とならなかつた」[11]が、最近では法律學者の間にも、その説に注目する人は決して少なくない。[12]また、王朝時代、德川時代の戸主權（家長權、當主權）否定論は、他の法制史家によつても説かれている。[13]

戸主權の系譜をめぐる見解の對立は、戸主權、家長權あるいは當主權と呼ぶものの内容が學者によつてかならずしも一定していないことが、[14]問題を一層複雜化しているようにも思われるが、ともかく今後に殘された日本法制史上の重要課題の一つであろう。しかし、私はここでその問題を全般的に檢討せんとするものではない。とりあえず私がいまひとたび究明したいのは、明治以降における戸主權の立法的始期の問題である。すなわち戸主權の發端は、中田博士の説かれるように、明治民法の裡にはじめて成立したものなりや否やを吟味したいのである。それには㈠明治初年法における戸主權[15]の内容とその淵

源、(二)舊民法の戸主權の性格を考察の對象に選ぶべきであるが、前者については次の機會にゆずり、ここでは中田博士が「明治初期まで變化なく傳承された家長對家族の倫理的恩義關係を、近代法文化した我國最初の立法」であり「權利化ではなくして義務化であつた點に於て、歷史と傳統を重んじた立法者の細心の注意を認めることが出來る(16)」とされている舊民法における戸主權の性格と構造を、その立法史的過程をたどりつつ明治民法戸主權との比較において把握してみたいと思うのである。

(1) 例えば河田嗣郎著「家族制度の將來」(大正四年)一九五頁。
(2) 井上和夫「家族制度と日本法」(下)一〇五頁。
(3) 中島玉吉「戸主權論」家族制度全集・法律篇Ⅳ一二五頁、玉城肇「家族論」一九—二〇頁等。
(4) 石山彌平「親族及相續篇論評(一)」法學新報第九一號一六頁。
(5) 穗積八束「民法出デテ忠孝亡ブ」法學新報第五號・星野通編「民法典論爭資料集」下卷六—七頁。
(6) 梅謙次郎「家族制ノ將來ヲ論ス」法學志林第三三號・法學大家論文集、民法之部七五七頁。
(7) 岡村司「理想的親族」明治法學第五七號(明治三六年)一五頁。これは家族制度反對論として、もつとも古いものの一つである。詳しくは拙稿「家族制度否認論の先驅」(經濟・昭和二十三年十月號)參照。
(8) 中田薰「德川時代の文學に見えたる私法」(大正十四年版)二一三頁。
(9) 中田薰「わが家族制度の沿革」法律新報第七三三號(昭和二十一年)及び「民法改正と家族制度」同誌第七四一號(昭和二十二年)等。
(10)(11) 中田前揭論文・法律新報第七三三號四—一三頁。博士はこの立場から、今回の新民法が戸主權を廢止したことは「寧ろ我が固有の傳統的家族制が時勢の轉換を契機として、その歷史的偶然性を淘汰して本來の姿に立ち戻つた」ものとされる(前揭論文・法律新報第七四一號一頁)。しかし、戸主權及び家督相續を取りのぞいた博士のいわゆる「權利義務なき家」も、結局父系を强調する封建的家父長的家族制度の一類型にすぎないと斷定し、そうした習俗の拂拭が家族制度民主化のために必要であると反駁される青山道夫教授の主張に贊意を表したい(「轉換期の家族制度」七頁以下)。
(12) 例えば村松俊夫「家の構成」家族制度全集・法律篇Ⅳ五四頁。青山道夫「戸主權論」日本家族制度の研究・六七頁以下。宮崎孝治郎

「民法學の對象」一七八頁、一九四頁。山中康雄「市民社會と親族身分法」八九頁等。

(13) 例えば瀧川政次郎「日本法制史」二一三頁、五八九頁。高柳眞三「戸主」東京朝日、昭和十六年七月二十一日號。「德川時代の封建法における親族の構成と意義」中田博士還曆祝賀論文集・八四頁以下。三浦周行「家族制度存すべきか廢すべきか」續法制史の研究・一五二九頁以下等。

(14) かつて高柳教授と玉城肇氏との間に德川時代の家長權をめぐる論爭が行われたことがある。高柳教授が法律上の家長權を否定されるに反し(「玉城肇・家族論」書評、法學第六卷第三號九〇頁)、玉城氏は道德上、習俗上の家長權の强大を說く。しかも、その家長權は戸主權を覆う「家父長權」である點に特色がある(「德川時代の家族制度」法律時報第九卷第六號四〇頁)。最近、石井良助博士が德川時代武家法における當主は「實質的には非常に廣汎な」「家長的同意權を有し」それは「單なる道德的なものと見ることを得ない」といわれているのは注目すべき見解であろう(「日本法制史概說」五七七頁)。但し庶民法においては「家の當主と家族との關係は原則として道德的のものと云ふことができる」とされている(「日本法制史要」二二六頁)。

(15) 明治初年の戸主に關する獨立の論考としては高柳眞三教授の「明治初年法における戸主の地位」(法學第十一卷第七號・第九號)が先驅的且つ唯一の力作であるが、惜しくも戸主權喪失の部面のみが取扱われており、戸主權の實質的內容には及んでいない。しかし、高柳教授は別の機會に「戸主が一家內の最も强い權力的地位であつたとみることに疑問がある。戸主はある場合家族の財產處分の連印者となり、家族の身分上の行爲について願出屆出の責任者となり、また公法上選擧權を與えられたが、それらは一家の代表者として外部から附着した身分であつたに止まる」(「明治家族法史」法學理論編8・三八頁)といわれているし、これと反對に、石井良助博士は「江戸時代の武家法に於けると同じく、當時家族の身分上の願屆は總て戸主よりなすべき定めだつたのであつて、この規定により、戸主は家族の身分上の行爲に就き廣汎な同意權を有したのであつた。……その同意權は相當强かつたのである」(「日本法制史要」二八五頁)といわれている。卑見は將來、本誌に發表する「明治初年法における戸主權」において詳論したい。

(16) 中田前揭論文・法律新報第七三三號七頁。

二　舊民法典編纂過程における戸主權

舊民法戸主權の性格を知るには、まずそれがいかなる過程を經て成立したかを考察しなければならぬ。舊民法典編纂史については、すでに星野通博士の「明治民法編纂史研究」及び小早川欣吾教授の「舊民法編纂過程と舊民法典に對する論爭に

就いて」（「續明治法制史叢考」所收）等の貴重な論考が發表されているので、全般的事項はそれらの研究にゆずり、ここでは主として從來の研究において論及されていない分野に重點をおきつつ人事編のみを中心とする編纂の顚末と、その成立過程にあらわれた諸草案における戸主權の様相と變遷の跡をたどり、以て舊民法戸主權の成立の由來を明らかにしたいと思う。

一　第一草案の成立と戸主權

周知のごとくボアソナードを中心とする舊民法編纂事業の端緒は、明治十三年四月十三日、元老院内民法編纂局の開設である。「編纂ノ本案ヲ起草」する局内第一課（民法編纂局章程第五條）には、ボアソナード以外に箕作麟祥（元老院議官）、黒川誠一郎（司法權大書記官兼太政官權大書記官）、磯部四郎（太政官權少書記官）を配屬されているが、法案の起草を直接に擔當したのはボアソナードであり、他は主として彼の起稿した佛文草案の飜譯に從事したのである。しかし、わが國の慣習を斟酌すべき人事編の部分は、編纂事業開始後、例外として日本人委員に起草を委託した。このことは「法制關係資料」所載「法典ノ編纂及公布」に「十五年民法編纂委員中主任ヲ定メテ人事編ノ起草ニ着手セリ」[1]とあり、また明治十五年十月發行の「法律雜誌」にも「第一編卽チ人事編ハ之ヲ異邦ノ人ニ委ネズ現今我邦人中ニテ之ヲ編纂セラルルト、蓋シ人事法ノ事タルヤ其團體ニ由リテ差等ヲ爲サザル可カラズ、其他風俗習慣ノ點ニ至リテハ殊ニ尤モ注意ヲ爲サザル可カラサルモノナリ、故ニ之ヲ異邦ノ人ニ委ネズ、本邦人中法律慣習ニ詳ナル人ヲ撰シテ之ヲ編纂セシムルハ誠ニ宜シキヲ得タリ」[2]との記事があるから確實な事實とみていい。人事編起草の發端はここにあるものといえよう。大木編纂總裁（喬任、元老院議長）は司法卿時代より民間慣行の調査事業を行わせ[3]、また局内にも第四課を置いて「皇邦從來ノ慣習民法ヲ集」（前掲章程第五條）めるなど、舊慣調査には特別の關心をもっていたこととて、人事編の起草は最初からボアソナードではなく日本人委員に委嘱する企圖を有していたものとも考えられる。けれどもその任に選ばれた人の氏名は不明であり、さらに明治十九年三月の民法編纂局閉鎖までの期間に、どの程度の調査、起草が行われたかも遺憾ながら判明しない。この閉鎖の直前、内閣に呈上された草案は財産編（第五〇一條から第一一〇〇條まで）、財産獲得編の一部（第一一〇一條から第一

五〇二條まで)だけであつたこと、[4]さらに編纂の事業を引きついだ司法省民法編纂委員の目的が「人事編ノ起草ヲ繼續」[5]するにあつたことなどから判斷すれば、民法編纂局時代には人事編が完成するにいたらなかつたと思われるが、その財産編が前記のように第五百一條から始められているのは、すでに當時その前に置くべき人事編五百ヵ條を豫定していたことは確實であろう。[6]後述のごとく人事編第一草案は五百十ヵ條であり、わずか十ヵ條の相違しかないのは、この推測をますます深くするものである。

民法編纂局の事業を引きつぎ、民法編纂をすすめたのは司法省民法編纂委員(十九年四月一日―二十年四月十八日)、外務省法律取調委員會(十九年八月六日―二十年十月二十日)であるが、これらの會議で人事編起草がどのように行われたかも明らかには知りえない。後者は實際にその起草、立案の事業を行つたが、二十年四月以降のわずか半ヵ年程であり[7]、それも他の法典の調査に終始して民法編纂にまでは及ばなかつたとも傳えられるが[8]、約一ヵ年間つづいた前者は、前述のごとく人事編起草を主たる任務とし、また後述のごとく第一草案の起稿者と目される熊野敏三、高野眞遜、光妙寺三郎等が委員として參加していたことゆえ、ここでは人事編の具體的構想がある程度までまとめられたものと推察してよかろう。

明治二十年十月二十一日、外務省の法律取調委員會は司法省に移され、あらたに山田顯義司法大臣を委員長とする法律取調委員會が組織された。ここに民法編纂事業は本格的な最終段階に入つたのであり、舊民法草案全六編は實にこの委員會の努力の結晶である。「法律取調委員會略則」(十一月十四日制定)によれば、民法、商法その他諸法典の編纂を目的とする委員會は「法律取調委員」を以て構成するが、この下に「法律草案ノ下調」をする「法律取調報告委員」が設けられ、それが若干の「組合」に分かれて「草案下調」を分擔し、委員會に出席しては「法案ノ報告說明ヲナスモ」「議決權」はあたえられず、また組合の長は取調委員中から選ばれる機構であつた(第三條第四條第五條)。この委員會內部で、正確にいえば人事編を擔當した組合で「下調」を完了し、外部にも發表された最初の人事編草案は、今日坊間に流布する「民法草案人事編理由書二卷」に所載される

全五百十ヵ條(別に法例三十五ヵ條を含む)の法案であり、後ちに舊民法「第一草案」[9]とも稱せられたものはこれである(以下私もこれを第一草案と略稱する)。

「理由書」は草案第一條乃至第二六五條(第一章「私權ノ享有及ヒ信用」から第六章「親子ノ分限」まで)及び第四〇二條乃至第四三五條(第十三章「住所」第十四章「失踪」)を熊野敏三(檢事、二十年十一月八日任報告委員)、第二六六條乃至第三九一條(第七章「緣組」より第十一章「禁治産」まで)を光妙寺三郎(檢事同前)、第三九二條乃至第四〇一條(第十二章「戸主及ヒ家族」)を黒田綱彦[10](内務省參事官、二十一年二月四日任報告委員)、第四三六條乃至第五一〇條(第十五章「身分證書」)を高野眞遜(司法省參事官、二十年十一月八日任報告委員)がそれぞれ分擔執筆している。それがため星野博士、小早川教授は共に、理由書の執筆者がその部分の條文をそれぞれ分擔「起草」したものと判斷しておられる[11]。しかし、各條文の起稿は分擔して行つたであろうが、完成した第一草案そのものは各委員において單獨に起草した條文を單に集成しただけのものではなくして、報告委員共同討議の成果であることを見のがしてはならない。何故ならば、理由書には、しばしば「會議中ニ修正シ……決定シタリ」(第七章一三枚表)「本條ノ順序ニ付テハ……ト爲スノ發議アリト雖モ先ヅ本條ニ決シタリ」(第三章三四枚表)というがごとき討議の一端を仄示する文言もみられるし、また執筆者によつて條文に對する異見が述べられている個所もあるからである。例えば草案が血屬の七親等を採用するに反し(二十一條)、熊野委員は「六等迄ト定ムルコト至當ナルベシ」といい(第三章二七枚表)、また姻屬の關係が夫婦の一方の死去によつて消滅する草案の規定に對して(二十六條)、同じく熊野委員は存續說を主張している(第三章三〇枚裏)。おそらく會議においては少數意見として條文には入れられなかつた見解を、「理由書」に述べたものであろう。さらに、「理由書」の中には「原案に云々」という文言も數ヵ所にみられる[12](例えば第四章五七枚表、第七章八枚表、三八枚表、五五枚裏)。これは前に述べた報告委員の單獨起草案であると思われるが、これを臺本として共同討議の結果、第一草案が完成したことは確實であろう。そしてこれらの討議が行われたのは、民法編纂を擔當する「組合」であることはいうまでもない。いわば第一草案は「組合」案である。しかし、この組合が人事編のみを分擔したものか、または民法全編を擔當したものかは明らかでない。當時の一文書に「民法編纂組合長西成度[13]」と署名されたものがあるが、これでみると、民法全編を一つの「民法組合」が擔當したようでもある。もしそうならば、この組合の

構成員は、「理由書」を執筆した報告委員だけではなくしてさらに多數の報告委員をふくむことは確實であり、[14] これらの委員が人事編の合議に參加した推測も成りたつ。ところが他の一文書には「民法人事編組合」[15]という名稱もみられる。「民法組合」の中に、人事編起草の小委員會を設けたものかも知れない。いずれにせよ、私はまだこれらの點も明らかにする資料を見出しえない。それがため人事編の合議に參加した全報告委員も確實に知りえないのは甚だ殘念である。次に第一草案の成立時期も明確にはわからないが、それに對する意見を徵するため各裁判所、地方長官に送付された日附が「明治二十一年十月六日」[16]であつたことからして、大體その頃に完成したものと推察できるにすぎない。

このようにして成立した第一草案において、戶主權はいかに規定されていたであろうか。それは、この草案と財產獲得編第二部第一草案（全四六八ヵ條、理由書の執筆者は磯部四郎、井上正一）とが規定する「家族制度」そのものの性格にふかい關連をもつている。これらの草案は特例婚姻（入夫婚姻）（人事編三八條）、婿養子緣組（同前一九八條）、家督相續[17]（財產獲得編一五二條以下）、辭產（隱居）（同前、一八一條以下）等、わが從來の慣習をある程度是認して立法した部分ももちろんあるが、さらに西洋民法とくにフランス民法、イタリヤ民法、ベルギー民法草案等の內容を廣範圍に採用しており、ある場合にはそれら西洋民法の規定をのりこえてより近代的思想を織りこんだ條文もみられる。[18] すなわち、一方においてわが慣習の一部を溫存し、他方においては西洋民法を攝取し、兩者の結合、妥協を計つたことは、そのこと自體においては公布された舊民法及び後ちの明治民法と同じであるが、兩法典が舊慣溫存の度合がつよく半封建的色彩の濃厚なるに反して、前述二つの第一草案は封建的慣習を出來るだけ拂拭し、西洋市民法的要素をつとめて採用する點にウェイトがおかれている。「理由書」にも「我國ノ醜俗ヲ一洗」せんとする主張は各所にみられる。配偶者を親屬中に加えないこと（人事編理由書第三章二五枚裏）、子の婚姻、緣組に對する親の同意、承諾は未成年の子に限定したこと（人事編四七條二〇）、婚姻自治（婚姻成年）の制（三五三條）、離婚原因の男女平等（一三一條）、庶子と私生子を區別せず、すべて庶出子と呼び、夫婦の一方が認知した子を住家に入れるには配偶者の同意を要すること（一七八條）、夫婦の資力に應ずる婚姻費用の分擔（一一〇條）、離

婚後の養料支給義務（一四七條）、親權を親の義務として認識し（前掲理由書第八章三八枚表）、それがため親權の對象を未成年の子に限定し且つ親權喪失に關する詳しい規定を設けたこと（二三八條、二五四條―二六〇條）等は、その注目すべき適例であろう。したがつて戸主中心の大家族制度的要素は全く見當らず、「理由書」に「夫ヲ以テ家長ト定メ云々」（第四章九二枚裏）「夫ハ家長ニシテ云々」（第四章九四枚裏）と述べるごとく原則として夫婦、親子中心のいわゆる「婚姻家族」を構想していたものと考えられる。もちろん、これらの草案はまだ條文の翻譯的臭味も十分にはぬけきらず、その構造、内容にも推敲、檢討の餘地の多いいわば「未完成草案」の域を脱しないが、舊民法、明治民法に比較すれば近代西洋民法の構成にはるかに接近したものであつて、その進歩的性格は高くこれを評價しなければならない。そのような性格は「第十二章戸主及ヒ家族」の規定にもつとも端的に表明されている。次にその全文を掲げてみよう。

第十二章　戸主及ヒ家族

第三百九十二條　獨立シテ一家ヲ成ス者ヲ戸主ト爲シ其家内ニ在ル親族ヲ家族トス

戸主及ヒ家族ノ婦ハ其戸主ノ家族ト爲ス

第三百九十三條　家族ハ婦及ヒ未成年者ヲ除クノ外分家ヲ爲シ又ハ親屬ニ係ル廢絕家ヲ再興スルコトヲ得

第三百九十四條　他家ノ入夫若クハ婦ト爲リタル者婚姻無效若クハ離婚ノ場合ニ於テハ實家ニ復歸シ其家族ト爲ルモノトス

實家已ニ廢絕シ又ハ之ニ復歸スルコトヲ欲セサルトキハ其廢絕家ヲ再興シ若クハ一家ヲ新立スルコトヲ得

第三百九十五條　父母ノ知レサル子ハ其認知ヲ受ケサル間ハ一家ヲ新立シタルモノト爲ス

第三百九十六條　第二百二十九條第一項ニ記載シタル養子ハ一家ヲ新立シタルモノトス

註　第二二九條一項は妻が夫の承諾（二二〇條）を得て自己の養子をなした場合に、その養子はその妻の實家の姓を稱し、夫の家には入らないとする規定である。

第三百九十七條　特例婚姻ノ場合ニ於テハ婚姻ノ繼續中其夫ヲ以テ戸主ト爲ス

第三百九十八條　戸主失踪ノ宣告ヲ受ケタル後其家督ノ占有ヲ得タル者ハ其占有中戸主ト爲ス

第三百九十九條　失踪ノ宣告ヲ受ケタル單身戸主ノ亡夫若クハ最後音信ノ日ヨリ滿三十个年ニ至リ又ハ其齢滿百年ニ至ルマテ家督相續ノ占有者無キトキハ當然絶家トス

第四百條　戸主死去ノ後家督相續ヲ爲ス者無キトキハ當然絶家トス

此場合ニ於テ其家族ハ各一家ヲ新立シタルモノト看做ス戸主廢家シ若クハ國民分限喪失シタル場合ニ於テモ亦同シ

第四百一條　家督相續ニ因リ戸主ト爲リタル者ハ他家ノ入夫ト爲リ又ハ婦ト爲ルコトヲ得ス

この章の立法趣旨を理由書は次のごとく説明する（第十二章一枚表）。

我邦戸主家族ノ習慣ハ千古ノ遺風ニシテ之ヲ保存スヘキハ固ヨリ當然ナリ然ルニ法律上戸主家族ナルモノハ如何ナル人ヲ指スヤ又戸主タルノ資格ハ家督相續ノ外如何ナル場合ニ於テ獲得スルヤ又家名ハ如何ナル場合ニ於テ興亡スルヤヲ示サル可カラス是本章ノ設置アル所以ナリ

この説明の示すように、この章の主なる規定は戸主家族の意義、一家創立の原因、廢絶家とその再興及び家族の權利等であつて、戸主の家族に對する權利すなわち家の構成を統括する權利、家族の生活を監督する權利及びそれに對應する義務は全く規定されていない。第三九二條が家族として配偶者及び直系卑屬以外の親族の存在を豫想し、また第四〇一條が家督相續によつて戸主となつた者の廢家を禁じ、さらに後掲第二〇二條が他人の養子になることも禁じているのは、一見すると兄弟姉妹その他を含む傳統的家族制度を是認し、その繼續を計つているらしくもみられるが、第三九三條によれば「婦及ヒ未成年者ヲ除ク」家族は戸主の制約をうけることなく分家の自由を有するのであつて、このことは傍系親族を含む傳統的家族制度が、夫婦親子中心の小家族制度へ分解してゆく當時の社會情勢を率直に承認し、それを法律的に支援せんとしたもので

あつた。しかもその分家が許される「家族」には推定家督相續人すら含むことは、家の存續をほとんど念頭におかない態度といわねばならない。

なお、第十二章以外で戸主に關係する條文をあげれば、次の七ヵ條がある。

第二百二條　家督相續ヲ爲シ戸主ト爲リタル者ハ他人ノ養子ト爲ルコトヲ得ス

第四百三條　家督相續ヲ爲シ戸主ト爲ル者ハ其前戸主ノ住所ヲ以テ其住所ト爲ス

家族ハ能力者タリト雖モ其戸主ノ住所ヲ以テ其住所ト爲ス

第四百五條　戸主其生計ノ中心ヲ他處ニ定ムルノ意思ヲ以テ其居所ヲ移ストキハ住所ノ變更ヲ生ス

此意思ハ其居住セント欲スル地ノ身分取扱役所ニ爲シタル申述ヲ以テ其證トス

民事上禁治產ヲ受ケタル戸主ノ住所ハ後見人本條ノ規則ニ從ヒ之ヲ變更スルコトヲ得

第四百四十五條　身分取扱役所ニハ身分證書ノ外別ニ戸籍ヲ設備シ身分證書ニ據リ各戸ヲ區別シ戸主家族ヲ編錄シ其續柄ヲ簡明ニ記載ス可シ但其編錄ノ方法ハ特別法ノ定ムル所ニ從フ

第四百八十條　死去アリタルトキハ葬送前ニ其死去ヲ實見シタル戸主若クハ親族又ハ其ノ他ノ者證人一名ヲ同伴シテ其所ノ身分取扱人ニ申述ヲ爲ス可シ但シ主治醫ノ診斷書ヲ差出ス可シ

第四百九十條　家督相續又ハ其他ノ事由ニ因リ戸主ト爲リタル者ハ十日內ニ證人一名ヲ同伴シ其所ノ身分取扱人ニ申述ヲ爲ス可シ但シ辭產相續ノ場合ニ於テハ辭產者モ亦其申述ヲ爲ス可シ

第四百九十一條　戸主證書ニハ左ノ諸件ヲ記載ス可シ

一　戸主

二　戸主無能力者ナルトキハ其代表人

三　前戸主其續柄及ヒ生死
四　父母其生死
五　戸主ト爲リタル事由
六　證人
七　戸主ト爲リタル年、月、日

第四四五條以下は戸籍法の規定(19)であり、前三ヵ條も戸主の實質的權利に關するものではない。報告委員達が、從來の家族制度における戸主權をどのように考えていたかは明らかでない。「理由書」の全編を通じて、戸主權という名稱は全く見當らないのである。しかし、すくなくとも親が家族である場合に、その親權は親に代つて戸主が行使したものと理解していたようである。「理由書」の親權の項に次のような說明が見出される(第八章三五枚裏、三六枚表)。

慣習ニ依レハ一家ノ政ハ全ク戸主ニ屬シ家族ハ假令成年者タルモ獨立ノ身ニ非スシテ戸主ニ服從スヘキモノナレハ其子ニ對シテモ親權ヲ有スヘカラス子ノ敎育ハ家政ノ一端ニシテ戸主ノ任ニ屬シ父母ハ其命ヲ受ケ其子ヲ監護スルニ過キス或ハ親權ハ父母ニ屬シ家政ハ戸主ニ屬スト云フ者アレトモ一家內ニ於テ二箇ノ權兩立スルヲ得サルハ勿論父母ハ其身戸主ニ服從スヘキモノナレハ親權アリトスルモ有名無實ニ過キス草案ハ之ヲ改正シ父母ニ親權ヲ與フルモノナリ(中略)戸主ノ親權ヲ奪ヒ之ヲ父母ニ與フルハ天倫ニ適フハ勿論子ノ利益及ヒ社會ノ利益ニ於テモ實ニ然ラサルヲ得ス

そして、この親權の性質については(第八章三四枚表裏)、

親權ハ父母ノ利益ノ爲メ之ヲ與フルモノニ非スシテ子ノ敎育ノ爲メ之ヲ與フルモノナリ子ノ養育ハ父母ノ義務ニシテ其權利ニ非サレハ其方法トシテ監護懲戒ノ權ヲ與フルト雖モ之ヲ眞ノ權利ト看做スコトヲ得ス一切ノ權利ハ子ニ屬シ父母ハ只義務ヲ有スルニ過キス

と主張している。從來の戸主が家族の親權を代つて行使したとする見解の當否は別として[20]、戸主の家族に對する權利行使を否定し、純粹の親權のみを殘し、且つそれを未成年の子に對する監護、敎育の意味に限定したのは(二三八條)、近代法律思想の志向に合致するものであり、起草委員等の卓見はここに改めて想起しなければならぬ。

上述のように、人事編第一草案は「戸主家族ノ習慣ハ千古ノ遺風ニシテ」「保存スヘキハ固ヨリ當然」と稱して、その第十二章に戸主及び家族の規定をおくも、實質的には近代西洋民法の理想に則つて、戸主中心の傳統的家族制度をほとんど否認したものであり、戸主の名稱と地位は形式的には存置されているが、その地位にはなんらの權利義務を隨伴しないものであつた。要するに舊民法第一草案においては、戸主權はその片鱗をも見出しえないのである[21]。

(1) 秘書類纂「法制關係資料」上卷二八三頁。

(2) 佐田鼇堂「人事編論綱緒言」法律雜誌第二七五號四—五頁。

(3) この事業の成果が有名な「民事慣例類集」(十年五月刊)及び「全國民事慣例類集」(十三年七月刊)である(明治文化全集法律編に覆刻、別に昭和十九年の日本評論社版もある)。なお、小早川敎授は、民法編纂局第四課の蒐集資料を追錄したものが十三年版であるとされるが(「續明治法制叢考」二三九頁)、民法編纂局章程によつて第四課が設置されたのは十三年六月二日であり、十三年版の凡例の日附は十三年四月であるから、同課の集めた材料を利用追加したものとは考えられない。

(4) 村田保述「法律の沿革」(明治三十六年刊)一〇頁。この時に呈上された草案の條數を、「法制關係資料」所載「法典ノ編纂及公布」は「千余條」と述べており(上卷二八三頁)、星野博士の「明治民法編纂史研究」はこれに據つておられる(七九頁)。また今村和郎博士の「解難」(明治二十三年刊)には「一千條」とあるので(七〇頁)、小早川敎授はこれを引用しておられる(前揭書・二五一頁)。上記の村田談はより正確に編別とその條數を示すものである。

(5) 前揭法制關係資料上卷・二八三頁。なお星野前揭書・八三—八四頁、小早川前揭書・二五一頁、二五三頁等參照。

(6) あるいは五百ヵ條の人事編稿本が完成していたかも知れないが、私はまだそのような資料に接しない。

(7) 深谷博治「條約改正・初期議會」七六頁。星野前揭書・八九頁、九一頁。

(8) 今村前揭書・七頁。

(9) 明治民法編纂の法典調査會において、梅謙次郎博士が「舊民法第一草案第何條」と呼ぶのは、この草案の條數を示している（例えば「法典調査會議事速記錄」學振版第四五卷一六二枚表）。しかし、明治民法の理由書である「民法商法修正案理由書」（明治三十一年刊）の各條文の參照法令に「人草」として掲げる條數は、この草案のそれである。してみると、「第一草案」という名稱も一般的ではなく、普通には單に「人事編草案」と呼ばれていたようである。この草案が人事編についての唯一の草案とみられ、且つ元老院に提出されたのもこれであつたような誤解が往々行われたのは、そんなところに一原因があるのではなかろうか。

(10) 星野博士は黒田の官職及び報告委員就任日を不明とされている（前掲書・九七頁）。

(11) 星野前掲書・九九頁。小早川前掲書・二六二頁。

(12) 第一草案の「原案」なるものは、私はまだ見る機會をもたない。あるいは司法省民法編纂委員時代、さらにさかのぼつて民法編纂局時代のものかも知れないが、一應本文のごとく推定し後考を待つことにしたい。この草案が存在するからには、第一草案も嚴密な意味では「第一」ではないのである。

(13) 「民法編纂ニ關スル意見書・二號」學振版一九〇枚以下の文書の表紙。

(14) 民法編纂に參與した報告委員として判明しているのは、人事編の「理由書」の執筆者以外に今村和郎、栗塚省吾、宮城浩藏、本多康直、寺島直、井上正一、磯部四郎等がある。この點については星野前掲書・九九頁及び小早川前掲書・二六三頁等參照。

(15) 「民法編纂ニ關スル諸意見書綴込」學振版六一枚以下の文書の表紙。

(16) 內海兵庫縣知事が、明治二十二年六月十八日附を以て山田司法大臣に提出した意見書（第一草案に對するもの）に「客年十月六日附法第二五號ヲ以テ民法草案人事編及獲得編第二部御回附相成意見御諮問ノ趣敬承云々」とある（「民法編纂ニ關スル雜書」學振版二五九枚表）。

(17) この場合にも、長子單獨相續ではなく、特定の家督相續財產以外のものは、家督相續人以外の相續人間に平分している（財產獲得編一二八條乃至一二五條）。後年、明治法典論爭の際、ボアソナードは「當初財產編に於て多數相續の制を認めたりと雖ども後日單數相續即ち嫡子相續を認め」「遺產分配の均不均に關する條項は悉く之を財產編より削除したり云々」（ボアソナード著森順正譯「新法典駁議辨妄」明治二十五年・一一頁）と述べたが、その「多數相續の制」というのは、この第一草案の規定を指すものである。因に、このような家督相續の基本構成は德川時代の庶民法を引きついだものであつた（この點については原田慶吉「日本民法相續編の史的素描(一)」法學協會雜誌第六〇卷第一號九―一〇頁參照）。

(18) 例えば裁判離婚の項で、「姦通又ハ太甚シキ不行跡」を男女平等に離婚請求の事由にしている（一三條）が、「理由書」で熊野委員はフラ

ンス民法の男女不同等主義(二二九條・二三〇條)を非難している(第五章二枚表裏)、また未成年者の婚姻に對する父母の同意の項(二四七條)で同じく熊野委員はフランス民法の「滿二十五才ニ至ラサル男……ハ其ノ父母ノ許諾ヲ得スシテ婚姻ノ契約ヲ爲ス可ラス」(一四八條)を「親權ノ謬誤」(第四章四六枚裏)として斥けている。

(19) この草案ではいわゆる「戸籍」としては個人別の身分證書を原則とするが、一戸別の戸籍も「本邦ノ如キ家ヲ主トシテ戸主ヲ立テ家族ヲ統括スル組織ニ於テ俄ニ戸籍ヲ廢スルトキハ世治上頗ル不便ヲ感ズルニ至ラン」との趣旨で、暫定的に存置していた(前掲理由書・第十五章三六枚表)。

(20) この見解は、岡村司博士が「民法施行前ニハ唯戸主權アリシノミ。未タ所謂親權ト云フモノアラサリシナリ」「親權ハ戸主權ノ中ニ吸收サレテ未タ獨立ノ存在ヲ有スルニ至ラス。唯僅カニ戸主ノ委任ニヨリテ其ノ權利ノ一部ヲ代理シタルニ過キス」(「親權と戸主權」法學大家論文集民法之部下卷・九六〇頁)といわれたのと、正に對照的である。しかし、戸主が自己の子以外の家族になんらかの權利を行使したことを是認する點においては、いずれも戸主の權利(たとえ戸主權とは呼ばなくとも)の傳統を肯定する見解であろう。

(21) 原田慶吉教授が「我が固有法の傳統にも屈せず、外國法の模倣でもなくて、立法家の創案に成り、而かも其の意義頗る重大なるものに、婚姻離婚、養子緣組の屆出主義と、戸主權とがある。前者は明治初年に屬し、後者は舊民法制定者――熊野委員ではない――の手によつて成る」(「民法親族編の歷史的比較法的研究」(一)國家學會雜誌第六十卷第七號一四頁)といわれたのは、熊野委員らの第一草案には戸主權が存在しなかつたことを指摘されたものとみることができる。因みにこの論考は惜しくも未完であり、戸主權の項にまで及んでいない。青山教授も、第一草案には戸主權が存在しないことを簡單ながら指摘されている(前掲論文・日本家族制度の研究・四八頁)。

二　第一草案の修正と再調査案における戸主權

人事編第一草案五一〇ヵ條の編纂が、明治二十一年十月頃完了して各方面の意見が徵せられたことは前に述べた通りである。これに對して全國の裁判官及び地方官等から種々の意見書が山田司法大臣に寄せられたが、その中で「第十二章戸主及ヒ家族」の規定に對する具體的意見は、私の知りえた限りではそれほど多くない。その主なるものを揭げてみよう。まず大阪始審裁判所檢事岩重巖(1)は、

戸主ノ制ハ蓋シ我邦ノ特有ニシテ其由來スル所尙シ(2)聖朝中興諸種ノ法律規則ヲ制定スルヤ亦戸主ト家族トヲ公認シタルコト少シトセス……且諸種ノ法律規則ニモ之ヲ公認シテオレリ而シテ又敢テ背理ノ嫌アルニアラサレハ此制ハ勉メテ保存

セサルヘカラス草案ニ於テ特ニ一章（第十二章）ヲ設ケタルモ蓋シ此意ニ外ナラサルヘシ既ニ此制ヲ保存スル以上ハ亦法律上ノ効果ヲ付セサル可カラス然ルニ草案ハ……其法律上ノ効果トシテ僅々一條（第四百一條）ヲ設ケタルノミニシテ他ニ規定シタル所アルヲ見ス不備ノ憾ナシトセス

との立場から、次の五ヵ條の追加を提案している。

第四百二條　一家内ノ財産ハ特ニ其家族ノ所有タルコト確證アルモノノ外ハ總テ戸主ノ所有物ト看做ス

第四百三條　戸主ハ一家取締ノ權ヲ有ス　又法律上一家ニ課シタル義務ヲ負擔ス

第四百四條　一家内ニ於テ戸主ノ職業ト異ナリタル職業ヲ爲サントスル家族ハ戸主ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス

第四百五條　戸主家族ハ互相ニ疾病若クハ災厄ニ罹リタル者ヲ扶助看護シ又其死屍ヲ埋葬スルノ義務ヲ有ス

此義務ヲ怠リタルトキハ本人若クハ名代人親族及ヒ檢事ハ地方裁判所ニ訴フルコトヲ得

第四百六條　絕家廢家ヲ再興シタル者ハ前戸主ノ氏及ヒ族稱ヲ冒シ一家ヲ新立シタル者ハ本家ノ氏ヲ稱スヘシ其族稱ハ特別法ノ定ムル所ニ由ル

この岩重檢事の見解は、第十二章に關する限りもつとも具體的な意見の具申であるが、かならずしも完備したものではない。しかし、戸主の地位強化の立場から戸主に「一家取締ノ權」「家族ノ職業許可權」を認めんとする構想は注目すべきである。そのほか東京府知事高崎五六は「戸主トアルモ其實只名ノミニシテ各人ニ獨立ヲ得セシメ私權ヲ擴張スルモノノ如キハ我國今日ノ家族ト相反シ全ク相容レサルモノト思考仕候」[2]と述べ、兵庫縣知事内海忠勝はかなり長文の意見書の中で[3]「一家ヲ整理スルハ戸主即チ家長ノ責任ニシテ其家屬タルモノハ尊屬卑屬ヲ論セス總テ之ニ從屬セサルヘカラ」ず「法文ニ明條ヲ設ケテ戸主ト家族トノ關係ノ定義ヲ規定アルヲ可トスヘシ」「又戸主ト家族ノ關係ハ一家統治ニ關スル權利ノ規定モ必用ナレトモ財産上ノ關係ヲ規定スルコト最モ必用ナルニ似タリ」「故ニ戸主ノ義務ハ直系ノ尊屬卑屬親及婦ノ外ハ同居ノ家族ヨリ衣食費ヲ受納スルモノトシ其自活ノ力ナキ者ニ對シテハ同居シテ之ヲ衣食セシムルカ又ハ一家ノ都合ニ依リ養料ヲ支給

スルコトニ規定ヲ望ム」といつている。これらの意見書は全體的にみて具體的提案には乏しいが、その大體の傾向は草案の進歩性に對して反撥的あるいは懐疑的なものが多い。[4] このことは次に述べる法律取調委員會の審議にも微妙な影響をあたえたものといえよう。

さて、人事編第一草案を審査する[5]法律取調委員會の會議は、翌二十二年二月から開始された。從來、この委員會の狀況を知りうる資料はほとんど傳えられず、それがため諸學者の民法編纂史においても這般の事情は全く說明されていない。私もまだこの會議に關する速記錄の類を披見する機會をもたないが、[6] 取調委員として參加した村田保の舊藏「民法草案人事編」[7]には、會議の討論を示す書入れが、日附と共に簡單ながら記載されているので(以下、村田書入と略稱する)、その進行狀況のアウトラインだけは知ることができる。それによると二月五日[8]から三月十三日まで約二十六回の會議で逐條審査を一應終り、さらに四月十一日から十六日まで連日「委員長ヲ初メ各委員及報告委員全員ニテ大體會ヲ開キ一章一節一款毎ト二會議ヲ開」(村田書入)いたようである。この二回に分けて行われた審議の終了後、今度は委員會の修正意見を報告委員が部分的の條文態にまとめ、その稿案にもとづく審議を行つたようである。委員會の議決權をもたない報告委員は、委員の修正が自己の意見と著しく違つている場合でも、ただその再考を促す意見書を提出するにとどまり、[9] 結局は委員會の見解にもとづく改正案の作製を餘儀なくされたものであろう。[10] 報告委員は、この種の改正案を「新案」または「別案」と呼んでいる。

第一草案が戸主の權利としては、いかなる種類のものもみとめなかつたことは前節で述べた通りであるが、委員會では「第十二章戸主及ヒ家族」の審議にさきだち「第四章婚姻」、「第五章離婚」の個所で、戸主の同意權が取りあげられたようである。[11] まず婚姻の章について、次のような無題の「別案」が存在する。

第四十七條　滿二十五年ニ至ラサル男子及ヒ滿二十年ニ至ラサル女子ハ父母ノ許諾ヲ受クルニ非レハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス

(第二項第三項ハ原案)

註　第一草案第四十七條　成年ニ至ラサル男女ハ父母ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス
父母其意ヲ異ニスルトキハ父ノ許諾ヲ以テ足レリトス
父母ノ中一方死去シ又ハ其意ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足レリトス

第四十九條　家族ハ年齡ニ拘ハラス戸主ノ許諾ヲ受ク可シ但推定家督相續人ヲ除クノ外家族ガ其家ヲ出ツル意思アル場合ハ此限ニ在ラス

戸主カ父母祖父又ハ祖母ナルトキハ一箇ノ許諾ヲ以テ足ル

註　第一草案第四十九條　父母及ヒ父系ノ祖父母悉ク死去シ又ハ其意ヲ表スルコト能ハサルトキハ親族會ノ許諾ヲ受ク可シ

別案第四十七條は、第一草案の規定をフランス民法の規定（一四八條）まで後退させたものであるが、これと同時に第四九條に戸主の許諾権をあらたに挿入したのである。もつとも、その許諾権は推定家督相續人以外の家族が家を去る場合には、必要としないものである。そのほか「別案」には、戸主の婚姻同意権の方式（別案五七條五九條）と家族の瑕疵ある婚姻に對する戸主無効訴権（別案八六條八七條九二條）を規定する。なお、この別案と同じ頃にできたと思われる「離婚養子緣組ノ方式離緣及養子緣組ノ解除ニ關スル別案」[12]には「離婚ニ因リテ實家ニ復歸セントスル者ハ實家ノ戸主ノ許諾ヲ受クヘシ」（別案一一〇條二項）と、戸主の復籍許諾権をあらためて設けているが、養子緣組に關する戸主の許諾権はまだ現われていない。しかし、これらの「別案」が前述二つの戸主許諾権を創設したことは、戸主になんらかの権利をみとめんとする委員會の意向が、ここにはじめて露呈したものとして注目すべきであろう。ただこれらの修正が、どのような討議を通じて具體化したかは、遺憾ながら「村田書入」も明らかにしていないのである。

さて、「戸主及ヒ家族」の章の別案は、二十一ヵ條のものと（以下、甲案と假稱する）二十二ヵ條のもの（以下、乙案と假稱する）とが存在する。[13]その内容から判斷して甲案、乙案の順に起草されたものと推定されるが、乙案には「本日會議々案戸主及家族ニ關スル別案報

告委員ヨリ呈出相成候付及御送付候也　明治二十二年六月　庶務擔任報告委員」とあるから、その成立時期もおのずから明瞭である。

次にこれらの「別案」中、戸主と直接關係ある主な條文を揭げてみよう。

甲案

第一條　獨立シテ一家ヲ成ス者ヲ戸主ト謂ヒ其婦及ヒ家内ニ在ル親族ヲ家族ト謂フ

第二條　戸主ハ家族ニ對シ養育ヲ爲シ及ヒ普通ノ教育ヲ爲スノ義務ヲ負擔ス但戸主ノ承諾ヲ受ケスシテ他所ニ在ル家族ニ對シテハ此例ニ非ス

第三條　家族ノ身分ニ繫ル事件ニ付キ戸主ノ許諾ヲ要スル場合ニ於テ戸主カ未成年ナルカ又ハ其意ヲ表スル能ハサルトキハ戸主ノ親族會ハ之ヲ代表ス

第四條　戸主ハ未成年ニシテ父母アラサル家族ノ爲メ當然後見人ト爲ル但戸主カ未成年又ハ禁治産者タルトキハ此例ニ非ス

第五條　家族ハ婦、推定家督相續人及ヒ未成年者ヲ除ク外分家シ又ハ親屬ニ係ル廢絶家ヲ再興スルコトヲ得

第六條　他家ヨリ入リテ養子、夫、又ハ婦ト爲リタル者婚姻若クハ緣組ノ無效又ハ離婚離緣ノ場合ニ於テハ實家ニ復歸ス但實家戸主ノ許諾ヲ得サルトキハ一家ヲ新立ス

第七條　他家ヨリ入リテ夫又ハ婦ト爲リタル者ハ其配偶者カ死亡シタルトキハ實家ニ復歸スルコトヲ得

乙案

第一條　獨立シテ一家ヲ成ス者ヲ戸主ト爲ス戸主ノ配偶者及其家ニ在ル親族ヲ家族ト爲ス家族ハ戸主ノ氏ヲ稱ス

第二條　戸主ハ其資格ニ於テ家族ニ對シ養育ヲ爲シ及ヒ普通教育ヲ與フルノ義務ヲ負擔ス但戸主ノ承諾ヲ受ケスシテ他所ニ在ル家族ニ對シテハ此例ニ非ス

第三條　戸主カ家族ニ許諾ヲ與フ可キ場合ニ於テ未成年者ナルトキ又ハ其意ヲ表スル能ハサルトキハ戸主ノ親族會之ヲ代表ス

第四條　戸主ハ未成年ニシテ父、母及ヒ祖父アラサル未成年ノ家族ノ爲メ後見人ト爲ル

第五條　家族ハ推定家督相續人及ヒ未成年ヲ除クノ外分家シ又ハ親族ニ係ル廢家若クハ絶家ヲ再興スルコトヲ得

第六條　他家ニ入リテ夫、婦又ハ養子ト爲リタル者ハ婚姻ノ無效又ハ緣組ノ無效若クハ解除ノ場合ニ於テハ實家ニ復歸ス又離婚又ハ離緣（マヽ、緣組カ）ノ場合ニ於テハ實家戸主ノ許諾ヲ受ケテ實家ニ復歸スルコトヲ得

第七條　他家ニ入リテ夫、又ハ婦ト爲リタル者ハ其配偶者ノ死亡シタルトキハ實家ノ戸主ノ許諾ヲ受ケテ實家ニ復歸スルコトヲ得

第八條　（略）
第九條　家族ハ戸主ノ許諾ヲ得スシテ普通婚姻ヲ爲シタルトキハ分家シタル者ト看做ス
第十條　父母ノ知レサル子及家族カ戸主ノ許諾ヲ得スシテ認知シタル私出子ハ一家ヲ新立シタル者ト看做ス
第十一條―第十四條　（略）
第十五條　他家ヨリ入リ養子、夫若クハ婦ト爲リタル者又ハ婚姻若クハ縁組ノ無效又ハ離婚若クハ離縁ニ因リテ實家ニ復歸シタル者ハ原家ニ在リ卑屬親ヲ自家ニ引取ルコトヲ得但双方ノ戸主ノ許諾ヲ得ルコトヲ要ス
然レトモ此卑屬親カ他家ノ推定家督相續人タルトキハ之ヲ自家ニ引取ルコトヲ得ス
第十六條―第二十一條　（略）

第八條　（略）
第九條　戸主ノ許諾ヲ受ケスシテ普通婚姻ヲ爲セシ家族タル男子ハ一家ヲ新立シタル者トス
第十條　家族カ戸主ノ許諾ヲ受ケスシテ認知シタル私出子及ヒ父母ノ知レサル子ハ一家ヲ新立シタル者トス
第十一條―第十五條　（略）
第十六條　他家ニ入リテ夫、婦又ハ養子ト爲リタル者ハ兩家ノ戸主ノ許諾ヲ受ケテ實家ニ在ル卑屬親ヲ其家ニ引取ルコトヲ得
婚姻若クハ縁組ノ無效又ハ離婚若クハ離縁ニ因リテ婚家又ハ縁家ヲ去リタル者ハ養親及ヒ配偶者タリシ者ト協議ノ上兩家ノ戸主ノ許諾ヲ受ケテ其家ニ在ル卑屬親ヲ自家ニ引取ルコトヲ得
前二項ノ場合ニ於テハ地方裁判所ノ認可ヲ受クルコトヲ要ス
然レトモ卑屬親カ他家ノ推定家督相續人タルトキ又引取人カ惡意ニ因リテ婚姻ノ無效ヲ惹起セル一方タリシトキハ本條ノ規定ヲ適用セス
第十七條―第二十二條　（略）

この兩「別案」にあらわれた戸主は、第一草案における戸主と全くその性格を異にする。前節で述べたように、第一草案の戸主は單なる形式的存在にすぎないが、「別案」のそれは種々の戸主權を有する「家」の「主」である。「別案」の乙案

の成稿時期が明治二十二年の六月であることは前に述べたが、同じ月に成稿した「相續ニ關スル別案第一」[14]は、第一草案における家督相續の一部分割相續制を改め、長子は「姓氏、系統、貴號及ヒ一切ノ財産ヲ相續ス」（別案一五三條）る單獨相續制を採つている。人事編及び財産獲得編第二部(相續)第一草案にあらわれた進歩的構想は法律取調委員側の反對によつて根底からくつがえされ、戸主權、長子單獨家督相續を支柱とする家族制度がここにはじめて條文化されたものといわねばならない。

このような「別案」は、人事編についてもほとんど各章にわたつて作成されたようであるが、これらはさらに法律取調委員會の會議で討議、修正され、その結果を整理、法典化したものが「民法草案人事編再調査案」全四百七十二ヵ條である。この成稿時期も明らかでないが、再調査案に對する各取調委員の意見を集成した「民法人事編に對する各意見」[15]と題する文書の日附が「明治二十三年一月」であるから、二十二年の暮から翌年一月にかけての頃に完成したものとみていい。各種「別案」にみられる「家」の制度を擁護、復活する思想は、再調査案に結實している。さきに第一草案の進歩的性格として指摘した條文の中には、ほとんど原形をとどめないまでに改められたものが多い。すなわち、子の婚姻、緣組に對する父母の同意は、成年の子にも及んだこと（再調査案、三三條、一五九條）、養子をなしうる者を戸主と戸主の許諾した推定相續人に限定したこと（一二五條）、離婚原因の男女不平等（九一條）、婿養子緣組という名稱を使用したこと（一四八條）等は、その適例である。殊に第十二章「戸主及ヒ家族」の項は、第三九七條を除いて全條文が修正增補され、あらたに前揭「別案」の構想をほとんど採り入れて、戸主の權利、家族の入籍、去家及び一家新立に關する詳しい規定が設けられた。それは全三十四ヵ條から成つており、分量的にみても第一草案の實に三倍以上である。再調査案全體についていえば第一草案より約四十ヵ條程減少しているにも拘らず第十二章だけが他に比類なく膨脹しているところにも、法律取調委員がいかに「家」及び「戸主制度」を重視したかが窺われるであろう。

再調査案の第十二章の全文は、次のようなものである。

第三百四十二條　戸主トハ一家ノ長ヲ謂ヒ家族トハ戸主ノ配偶者及ヒ其家ニ在ル親族ヲ謂フ

戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ稱ス

第三百四十三條　戸主ハ其家ヲ整理シ家族ハ戸主ヲ補助ス

第三百四十四條　戸主ハ家族ニ對シテ養育及ヒ普通敎育ノ費用ヲ負擔ス但家族自ラ其費用ヲ辨スルコトヲ得ルトキ又ハ戸主ノ許諾ヲ受ケスシテ他所ニ在ルトキハ此限ニ在ラス

第三百四十五條　家族ハ特別ニ職業ヲ營ムニ因リテ取得シタル利益及ヒ其齎帶シ又ハ遺產相續、贈與若クハ遺贈ニ因リテ取得シタル財產ノ所有權ヲ有ス

然レトモ家族カ其家ノ爲メ消費シタル財產ニ付テハ戸主ニ對シテ償還ヲ求ムルコトヲ得ス

第三百四十六條　家族ハ婚姻其他ノ原因ニ由リテ其家ヲ去ルトキハ所有財產ヲ携帶スルコトヲ得

第三百四十七條　家族ハ年齡ニ拘ハラス婚姻又ハ緣組ヲ爲サントスルトキハ戸主ノ許諾ヲ受ク可シ但推定家督相續人ニ非サル家族カ其家ヲ去ル場合ニ於テハ此許諾ヲ必要トセス

然レトモ戸主カ第三十三條、第三十四條又ハ第百五十九條ノ規定ニ因リテ許諾ヲ與フ可キ者タルトキハ本條ノ許諾ヲ要セス

戸主ノ許諾書ハ推定家督相續人ニ付テハ婚姻又ハ緣組ヲ爲サントスルノ申出ヲ爲ス時其他ノ家族ニ付テハ婚姻又ハ緣組ノ儀式ヲ行ヒタル届出ヲ爲ス時ニ於テ之ヲ身分取扱人ニ差出ス可シ

註　第三十三條　子ハ父母ノ許諾ヲ受クルニ非サレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス但男ハ滿三十年女ハ滿二十五年ノ後ハ許諾ヲ得スト雖モ之ヲ請フヲ以テ足ル

父母其意見ヲ異ニスルトキハ父ノ許諾ヲ以テ足ル

明治二十三年民法（舊民法）における戸主權

父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足ル
繼父又ハ繼母アル場合ニ於テ其配偶者タル母又ハ父ノ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ繼父又ハ繼母ノ許諾ヲ受ク可シ其許諾ニ付テハ第八章第三節ノ規定ヲ適用ス

第三十四條　父母共ニ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ子ハ其家ノ祖父母ノ許諾ヲ受ク可シ
祖父母其意見ヲ異ニスルトキハ祖父ノ許諾ヲ以テ足ル
祖父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足ル

第百五十九條　滿十五年ニ至リタル者ハ父母ノ許諾ヲ受ケテ緣組ヲ承諾スルコトヲ得
父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足ル
父母共ニ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ其家ノ祖父母ノ許諾ヲ受ク可シ若シ祖父母ノ一方カ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ他ノ一方ノ許諾ヲ以テ足ル

第三百四十八條　家族ハ推定家族相續人及ヒ自治産ニ至ラサル未成年者ヲ除クノ外分家ヲ爲シ又ハ親族ニ係ル廢家若クハ絕家ヲ再興スルコトヲ得

第三百四十九條　他家ニ入リテ夫、婦又ハ養子ト爲リタル者ハ婚姻ノ無効、緣組ノ無効若クハ解除離婚又ハ離緣ノ場合ニ於テハ實家ニ復歸ス
然レトモ此者カ婚姻又ハ緣組ニ付キ實家戸主ノ許諾ヲ受ケサリシトキハ戸主ハ復歸ノ事由ヲ知リタル日ヨリ一个月內ニ身分取扱人ニ申立テ復歸ヲ拒ムコトヲ得

第三百五十條　他家ニ入リテ夫又ハ婦ト爲リタル者ハ其配偶者ノ死亡シタルトキト雖モ婚家ヨリ更ニ他ノ家ニ入ルコトヲ得ス
然レトモ婚家及ヒ實家ノ戸主ノ許諾ヲ受ケテ實家ニ復歸スルコトヲ得

第三百五十一條　實家ニ復歸ス可キ者又ハ復歸セントスル者カ復歸スル能ハサルトキハ一家ヲ新立シ又ハ親族ニ係ル廢家若

クハ絶家ヲ再興スルコトヲ得

第三百五十二條　廢家又ハ絶家ヲ再興セントスル者ハ其再興セントスル家ノ最近ノ親族ノ許諾ヲ受ク可シ但其家ノ本家又ハ分家アルトキハ其戸主ノ許諾ヲモ受ク可シ

第三百五十三條　推定家督相續人ニ非サル家族タル男子カ戸主ノ許諾ヲ受ケスシテ普通婚姻ヲ爲シタルトキハ當然一家ヲ新立ス

第三百五十四條　家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ハ其家ヲ廢スルコトヲ得ス但分家ヨリ本家ヲ承繼シ又ハ兩家ノ戸主カ婚姻ヲ爲ス場合ニ於テハ此限ニ在ラス

第三百五十五條　戸主カ國民分限ヲ喪失シタルトキハ當然廢家シタルモノトシ其家族ハ一家ヲ新立ス

第三百五十六條　戸主カ婚姻其他ノ原因ニ由リテ適法ニ他家ニ入リタルトキハ當然廢家シタルモノトシ其家族モ亦從テ其家ニ入ル

第三百五十七條　分家ヲ爲シ廢家若クハ絶家ヲ再興シ又ハ一家ヲ新立シタル者ノ婦及ヒ卑屬親ハ當然其者ノ家ニ入ル

第三百五十八條　卑屬親ヲ有スル者カ婚姻又ハ緣組ニ因リテ他家ニ入ルトキハ卑屬親ハ仍ホ實家ニ屬ス

第三百五十九條　卑屬親ヲ有スル者カ婚姻若クハ緣組ノ無効又ハ離婚若クハ離緣ニ因リテ婚家又ハ緣家ヲ去ルトキハ卑屬親ハ仍ホ其家ニ屬ス

第三百六十條　父又ハ母ニ對シテ親子ノ分限確定シタル私出子ハ其父又ハ母ノ家ニ屬シ父母ニ對シテ同時ニ親子ノ分限確定シタル私出子ハ父ノ家ニ屬ス但シ父又ハ母カ配偶者ヲ有シ又ハ家族タルトキハ其配偶者又ハ戸主ノ許諾ヲ受ケテ認知シタルコトヲ要ス

若シ父又ハ母カ其配偶者又ハ戸主ノ許諾ヲ受ケスシテ認知シタルトキハ其私出子ハ當然一家ヲ新立ス

正出子否認ノ訴ノ判決確定シタルトキハ否認セラレタル子モ亦前項ニ同シ

第三百六十一條　父母ノ婚姻ニ因リテ正出ト爲リタル私出子ハ當然其父母ノ家ニ屬ス

第三百六十二條　父母ノ知レサル子ハ當然一家ヲ新立ス

第三百六十三條　他家ニ入リテ夫、婦又ハ養子ト爲リタル者ハ配偶者又ハ養子ヲ爲シタル者ト協議ノ上兩家ノ戸主ノ許諾ヲ受ケテ實家ニ在ル卑屬親ヲ自家ニ引取ルコトヲ得

婚姻若クハ緣組ノ無効又ハ離婚若クハ離緣ニ因リテ婚家又ハ緣家ヲ去リタル者ハ配偶者又ハ養子ヲ爲セシ者ト協議ノ上兩家ノ戸主ノ許諾ヲ受ケテ其家ニ在ル卑屬親ヲ自家ニ引取ルコトヲ得

卑屬親カ其家ノ推定家督相續人タルトキ又ハ引取人カ惡意ニ因リテ婚姻若クハ緣組ノ無効ヲ惹起セシ一方タリシトキハ本條ノ規定ヲ適用セス

第三百六十四條　私出子ノ父母ハ協議ニ因リテ一方ノ家ニ屬スル私出子ヲ他ノ一方ノ家ニ引取ルコトヲ得

私出子ノ父又ハ母ハ一家ヲ新立シタル私出子ヲ自家ニ引取ルコトヲ得

前二項ニ揭ケタル場合ニ於テ父母カ配偶者ヲ有シ又ハ家族タルトキハ各其配偶者又ハ戸主ノ許諾ヲ受ク可シ

第三百六十五條　戸主カ家族ニ對シテ婚姻其他ノ事件ニ付キ許諾ヲ與フ可キ場合ニ於テ未成年ナルトキ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキハ戸主ノ親族會之ヲ代表ス

第三百六十六條　入夫婚姻ノ場合ニ於テハ婚姻ノ繼續中入夫ハ戸主ヲ代表シテ其權ヲ行フ

第三百六十七條　戸主ノ失踪ノ宣言アリタル後其家督相續ノ占有ヲ得タル者ハ其占有中戸主ト爲ル

第三百六十八條　單身戸主失踪ノ宣言アリタル後其亡失若クハ最後音信ノ日ヨリ滿三十个年ニ至リ又ハ其齡滿百年ニ至ルマテ家督相續ノ占有者ナキトキハ當然絕家ス

第三百六十九條　戸主死亡シテ一个年内ニ家督相續人ノ申述ナキトキハ當然絶家ス

第三百七十條　家督相續ニ因リ又ハ分家ヲ爲シ廢家、絶家ヲ再興シ若クハ一家ヲ新立シタルニ因リテ戸主ト爲リタルトキハ戸主又ハ其後見人ヨリ十日内ニ左ノ諸件ヲ戸主ノ住所ノ身分取扱人ニ届出ツ可シ但讓渡相續ノ場合ニ於テハ讓渡者モ共ニ届出ツ可シ

第一　戸主ノ氏名、職業、住所

第二　戸主無能力者ナルトキハ後見人ノ氏名、職業、住所又ハ居所

第三　家族ノ名、出生ノ年月日及ヒ父母又ハ養實父母ノ氏名、住所但家督相續ノ場合ヲ除ク

第四　前戸主ノ名及ヒ續柄

第五　戸主ト爲リタル原因、年月日

廢家、絶家ノ再興ニ付テハ第三百五十二條ニ揭ケタル者ノ許諾書ヲ差出ス可シ

第三百七十一條　家族カ第三百五十條第二項ノ規定ニ從ヒテ實家ニ復歸スルトキ又ハ他家ノ家族ヲ自家ニ引取ルトキハ戸主又ハ其後見人ヨリ左ノ諸件ヲ戸主ノ住所ノ身分取扱人ニ届出ツ可シ

第一　家族ノ氏名及ヒ出生ノ年月日

第二　家族ノ父母又ハ養實父母ノ氏名、住所

第三　前戸主ノ氏名、住所及ヒ續柄

第四　戸主ノ氏名、職業、住所及ヒ續柄

第五　戸主無能力者ナルトキハ後見人ノ氏名、職業、住所又ハ居所

第六　復歸又ハ引取ノ原因、年月日

復歸又ハ引取ニ付キ許諾ヲ與フ可キ者アルトキハ其者ノ許諾書ヲ差出ス可シ

第三百七十二條　法定ノ推定家督相續人ヲ廢除シタルトキハ戸主ハ十日内ニ其住所ノ身分取扱人ニ廢除ノ届出ヲ爲ス可シ

第三百七十三條　身分取扱人ハ各家ヲ區別シテ戸籍ヲ編製シ戸主、家族ニ關スル事件ノ登記ヲ爲ス可シ其編製及ヒ登記ノ方法ハ特別法ヲ以テ之ヲ定ム

第三百七十四條　一家ノ存立、新立又ハ廢絶、戸主又ハ家族タルノ分限、戸主ト家族トノ關係及ヒ住所ハ戸籍ヲ以テ之ヲ證ス

第三百七十五條　第三百七十條及ヒ第三百七十二條ニ定メタル届出期間内ニ届出ヲ爲ササル者ハ五圓以下ノ過料ニ處ス

この再調査案にあらわれた戸主に關する主な規定は、次の元老院提出案及び舊民法公布案にそのまま引きつがれたのであつて、舊民法戸主制度の起點はここにあるといつてよい。

第十二章及びその他の章における戸主權は次のように整理、分類せられる。

(一) 家族の私出子（私出子、庶子）の入籍許諾權（三六〇條）。

(二) 引取入籍許諾權（三六三條）。

(三) 配偶者死亡に因り實家に復歸せんとする場合の許諾權（三五〇條）。

これら三つの入籍に對する戸主の許諾は、絶對的條件であつて戸主の許諾がなければ入籍は成立しない。なお、入籍が法律上當然に生ずる場合があり、この場合には戸主の許諾の問題は生じない（三四九條一項、三五六條、三六一條、三五七條）。

(四) 家族の婚姻または養子緣組に關する許諾權並に之に伴う復籍拒絶權（三四七條）。

家族が婚姻または養子緣組をするには、戸主の許諾が必要である。しかし「推定家督相續人」以外の家族が「家ヲ去ル場合」には絶對的必要條件ではない。なお、養子緣組においては前にも述べたように「戸主」または「戸主ノ許諾ヲ得タ

ル推定家督相續人」以外には、養親となれないし（一五條）、また推定家督相續人は他家の養子にはなれないから（一五條）、第三四七條の「養子緣組」には、推定家督相續人以外の家族が養親となる場合及び推定家督相續人が他家の養子となる場合は含まれていないと解すべきであろう。第三四七條に違反した家族に對しては、戶主に次のような制裁方法があたえられている。すなわち、推定家督相續人が戶主の許諾なくして婚姻し、または養親となつた場合には、戶主に無効訴權があり（三四七條二項、四〇條、四三條、五八條、一七一條）、推定家督相續人以外の家族が戶主の許諾なくして婚姻し（男は入夫婚姻、女は普通婚姻）、または養子となつて他家に入つた場合には、その者が婚姻の無効、解除、離婚、離緣によつて實家に復歸せんとするのを、戶主は拒絕することができる（三四九條二項）。推定家督相續人以外の男の家族が、戶主の許諾なくして普通婚姻をした場合には、自動的に一家を新立するので（三五條）、戶主には離籍權の必要はない。

(五) 廢家、絕家となつている本家、分家を再興せんとする者に對する許諾權（三五條）。

(六) 家族の禁治產、準禁治產の宣告またはその宣告取消の請求權（三一九條、三二八條、三二九條、三三二條）。

(七) 家族の後見人又は保佐人となる權利義務（二二七條、三二九條）。

(八) 家族を養育し、普通教育の費用を負擔する義務（三四條）。

この義務は家族に自辨する能力があるかまたは戶主の許諾なくして「他所ニ在ルトキ」は免除される。なお、第二章第二節には直系血族間の「養料の義務」を規定するが、そこには戶主に關する規定が存在しない。したがつて第三四四條の戶主の養育義務と、一般の養料義務との關係はきわめて不明瞭である。

以上のほか、いわゆる「戶主權ではない戶主權」としては「氏ヲ稱スル權利」（三四條）及び「廢家ヲナス權利」（三五條）もある。再調査案にあらわれた戶主權の特長ともいうべきものは、その許諾權が家を去る家族に對してはほとんど認められない點であろう。推定家督相續人以外の家族が家を去るからには、その養子緣組、婚姻について、戶主は干渉なしえないのである。

また分家のごときも「推定家督相續人及ヒ自治産ニ至ラサル(婚姻成年)未成年者」以外には自由にみとめられている(16)(三四(八條))。いわば「去る者は追わず」の考え方であり、前に述べた第三四四條末尾の規定も、こうした觀點のあらわれと見るべきであろう。そして、このような構想は舊民法公布案まで一貫して流れているように思われる。けれども、家に在る家族または家族として家に入らんとするものに對しては、戸主は前に述べたように種々の許諾權をもち且つ扶養の義務を負うのであり、第一草案の單に「獨立シテ一家ヲ成ス」(三九(二條))だけの戸主が再調査案では「一家ノ長」(17)(三四(二條))にまで變貌した事實は否定できないであろう。

(1)「民法編纂ニ關スル裁判所及司法官意見書」(上)學振版二四二枚表裏、二四三枚表。

(2) 同前書・(下)一六六枚表。

(3)「民法編纂ニ關スル雜書」學振版二六三枚表裏。この意見書には「明治二十二年六月十八日」の日附がある。

(4) 若干の意見書の中には、草案よりさらに前進すべきことを述べたものもある。例えば「ルードルフ氏民法人事編意見書」には「此第十二章ハ一トシテ法則タルモノヲモ掲載スルコトナシ蓋シ一家ニ屬スルモノ、權利關係、戸主ノ權利、家族ノ權利等ニ關シテ第十二章ニ論シタル所ハ毫モアラサルナリ」といいながらも、なお「實際上ノ點ヨリ見レハ此制度ハ本草案ノ血屬ノ分度、親權ノ下ニ在ル家族、兩親ナキ未成年者ニ干渉スル後見ノ制ト最早適セサルカ如シ將タ一家ナル意義ヲ戸主及ヒ家族ノ一定ノ權利及ヒ義務ヲ包含スル法律上ノ定義トシテ(封建制ノ消滅シタル後)實行セシムルコトハ疑團アルカ如シ」と述べている(「民法編纂ニ關スル諸意見並雜書」(三)學振版一一九枚表)。ルドルフというのは司法省御雇外人オットー・ルドルフ(Otto Rudorff)であろう。また大審院民事第一局第二局が、二十二年六月八日、尾崎大審院長に提出した意見書には、第三九三條に對しさらに一歩をすすめて「丁年以上ノ男ハ當然別ニ一戸ヲ新立スヘキモノト殊ニ加エタシ」ともいっている(「民法編纂ニ關スル雜書」學振版二三一枚裏)。

(5) 星野博士は、この草案が元老院に提出されたように誤解されている(前掲書・一〇二頁一〇七頁、「民法典調爭史」改版九〇頁九八頁)。

(6) 終戰前の司法研究室には(現在の法務圖書館)、この會議の議事錄と思われる「民法人事編大體論議事錄記」が存在していた(「和漢圖書目錄」昭和十一年・司法省調査課・一四六三頁)。

(7) 一般に流布している第一草案は、理由書の附いた上下二册本であるが、この村田舊藏書は法例、人事編の條文だけの和紙活字本一册

（一〇一枚）である。會議の草本として關係者に配布されたものであろうか。

(8) 正確にいえば二月五日に開始されたのは法例第一條からの審査であり、人事編に進んだのは二月八日からである。また、三月十三日人事編審議の一應終つてからは、財産獲得編第二部（相續）の審議が行われた。なお、委員會に確實に參加した取調委員は、元老院より清岡公張、渡正元、村田保、槇村正直、尾崎三良、裁判所より松岡康毅、北畠治房、西成度、尾崎忠治等がある。

(9) この種の意見書に「民法人事編婚姻式ニ關スル意見書」（「民法ニ關スル諸意見書綴込」學振版六一枚以下）、「緣組及ヒ親權ノ章ニ關スル意見」（同前書・六四枚以下）「可決相續法草案ニ對スル意見」（同前書・六九枚以下）等がある。前揭「可決相續法草案ニ對スル意見」で磯部四郎は「小官等ノ以下ニ申述スル所ハ先ニ原案ヲ排斥セラレ後ニ新案ヲ可決セラレタルカ爲メ聊カ不滿ヲ感スルノ卑屈心ニ出ツルニアラス（中略）原案モ委員長ノ命令ヲ奉シテ小官等ノ起草セシ所ニシテ新案モ亦委員ノ信任ヲ辱フシテ小官等ノ起草セシ所（中略）然ルニ小官等ノ尙本局ニ望ムニ再考ヲ煩サンコトヲ以テスルハ全ク虛心平氣只新法ノ頒布ハ國家ノ大事ナレハ其起案上入念ニ入念ヲ要スヘキモノト思考スルノ情切ナルニ出ツ云々」と述べている。

(10) 磯部四郎は「此ノ時ノヤリ方ハ餘程面白ウコサイマシタ……取調委員（ママ）中法律ヲ心得テ居ル者ニハ委員會ニ於ケル議決權ヲ與ヘス其心得ナキ委員ニハ議決權ヲ有セシメタ點テアリマス……當時仕事師ヲ以テ目セラレタ若干ノ書記官連ハ報告委員ノ名稱ノ下ニ於テ唯委員會ニ諸案ヲ提出シ之ヲ說明スルニ止マリ一言半句取捨ノ議論ヲ戰ハス權能ヲ有セサリシモノトス、取調委員ハ議決權ヲ有シテ報告委員ハ之ヲ有セサルノミナラス委員會ノ決議シタ事項ハ一々之ヲ法按ニ登セテ法按ヲ更ラニ仕直シテ行カナケレハナラヌトイフヤウナ風テアリマシタ」といつている（「民法編纂ノ由來ニ關スル記憶談」法學協會雜誌第三一卷八號一六一頁）。

(11)(12) 「民法編纂ニ關スル雜書」學振版・一七四枚以下。「離婚養子緣組ノ方式離緣及養子緣組ノ解除ニ關スル別案」という表題で、本文に述べた無題「別案」も綴り込まれているから、兩者の起稿は同じ頃と考えられる。

(13) 「民法編纂ニ關スル雜書」學振版一五〇枚以下。三一六枚以下。

(14) 同前書・三一〇枚以下。

(15) 「民法ニ關スル諸意見書綴込」學振版一三九枚。

(16) 「相談會決議」と題する文書に「戶主ハ弟妹ヲ養成敎育シ又婚家ノ支度ヲ給與スルノ義務アリ」「弟妹ハ成年ノ後ニ在テハ何分ノ財產ヲ受ケ分家スルノ權利アリ」「戶主ハ成年後ノ弟妹ニ何分ノ財產ヲ分與シテ分家セシムルノ權利アリ」とある（「民法編纂ニ關スル雜書」學振版八二枚表）。相談會というのは次節に述べるように、取調委員會における非公式の會合ではないかと思われるが、當時の取調委員達が「分家」をいかに考えたかを示す重要な資料であろう。

(17)「民法草案人事編比照」(第一草案の各條にわが舊法令を添書した調査書)の「三百九十二條」の項には、わが戸令の「凡戸主、皆以家長爲之」が引用されている(「民法編纂ニ關スル意見書」壹號・學振版二五一枚表)。これから判斷すると、再調査案の「一家ノ長」の名稱は、戸令からヒントを得たものであろうか。

(未完)