Title	明治二十三年民法 (舊民法) における戸主権 (二) : その生成と性格
Sub Title	The right of a head of a family (koshu-ken) in the Japanese civil code (1890) (2)
Author	手塚, 豊 (Tezuka, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1954
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.27, No.6 (1954. 6) ,p.27- 60
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19540615-0027

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 (二)

— 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……本誌第二十六卷第十號

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……以上本號

三 舊民法における戸主權

— 明治民法と對比して —

四 むすび

二 舊民法典編纂過程における戸主權 (つづき)

三 再調査案の修正と元老院提出案における戸主權

明治二十三年の初め、法律取調委員會において、再調査案が成立したことは、前節において述べた通りであるが、これは委員會内部の審議過程における中間的の草案であつて、さらに委員會においてそれに對する討議が續行された。這般の事情

を示す資料として「民法人事編ニ對スル各意見」⁽¹⁾がある。これは前にも述べたごとく再調査案の多くの條文に對して取調委員が述べた見解を集成したものであるが、再調査案から元老院提出案(委員會の最終確定案)に移行する審議の過程を示すものとして、もつとも重要な資料であろう。この文書に名前のあらわれている委員は、尾崎忠治⁽²⁾、清岡公張、松岡康毅、西成度、渡正元、村田保、北島治房、榎村正直、尾崎三良等⁽³⁾であり、南部甕男、箕作麟祥の兩名は、その名がどうしたわけか見當らない⁽⁴⁾。分量的にみると、松岡、村田、榎村三人の意見がもつとも多い。そして多くの場合、松岡の主張は進歩的であり、村田、榎村等の保守的見解とはかなりするどく對立している。委員會の會議は、兩派に分かれてはげしい討議が行われたものと推察される。再調査案第二〇七條「父又ハ母ハ已ムヲ得サル事情アルトキハ成年又ハ自治産ニ至リタル同居ノ子ヲ其住家ヨリ遠サクルコトヲ得」^(第一草案二四)に對し、榎村は父子は同居すべきであるとの立場から「父子ノ間ヲ隔ツル如キ法ヲ立ツルハ不可故削ル」と主張し、松岡は「同居ノ子ヲ其住家ヨリ遠サクルコトヲ得セシムルトキハ舊時ノ勘當同様ニ至ラン或ハ又親タル者自己ノ便利ノ爲メ子ノ身上ニ瑕疵ヲ附シテ之ヲ遠サクル場合ナントセス右ニ付本條ハ削除シタシ」と勘當の復活及び親が濫用する危険を述べているが、同じ削除論でもその理由は全く相反しており、兩者の考え方の相異を如實に物語つて⁽⁵⁾いる。⁽⁶⁾この條文は元老院提出案では削除されている。そして結果的にみると、村田、榎村等が主張した保守的見解が主として採用され、次の元老院提出案に織り込まれたのである。いま、主なる論議をみるに、再調査案の第六九條「夫婦ハ互ニ貞實ヲ守リ居住ヲ同フシ相扶助ス可シ」に對し、村田は「夫ヨリ婦ニ對シテ貞ヲ守ルトハ古來未タ聞カサル所」との理由から「貞實」を「信實」に修正する意見を提出、榎村は「民間或ハ貞夫貞男等ノ字ヲ作ルノ俑トナランコトヲ恐ル」としてそれに同調したが、結局元老院提出案にはその條文全部が削除されてしまつた。裁判離婚原因の項で^(九一條)、榎村は「本邦家ヲ重ンシ親ニ厚シシ西洋人各個獨立ヲ主意トシ親族離隔ヲ喜フ如キ人情ニ異ナリ故ニ婚姻必ス家ヲ齊フルヲ以テ要件トス家ヲ亂リ親族相乖ク如キモノハ離婚ノ原因ト爲サ、ルコトヲ得ス」と、「其家ノ尊屬親ニ對スル暴虐脅迫重大ナ侮辱又ハ其家ノ尊屬親ヨリ加フル暴

「虐待」を追加することを提案、元老院提出案に實現した（一〇三）。また同條の「姦通但シ夫ノ姦通ハ婦ニ對シテ凌虐ヲ加フル場合ニ限ル」から後の方の「姦通」の文字を削る尾崎（二三）、尾崎（忠）の意見も實現した（同條第一）。「夫ニハ姦通ナシ」との理由である。養子縁組の項では再調査案第一五三條「配偶者アル者ハ其配偶者ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ養子ヲ爲スコトヲ得ス但配偶者カ其意思ヲ表スル能ハス又ハ正當ノ理由ナクシテ承諾ヲ拒ムトキハ此限りニ在ラス」に對し、村田は「配偶者一方ノ不承諾ナル養子ヲ強ヒテ爲スニ至テハ一家ノ和睦ヲ破ル基タレハ此ノ如キ場合ハ成ルヘク法律ニ掲ケサルヲ善シトス」との立場から「正當ノ理由ナクシテ承諾ヲ拒ムトキ」の削除を提案、元老院提出案に實現した（一六）。このように「家ヲ重ンシ」「一家ノ和睦」を計る趣旨からなされた多くの修正は成就したが、その反面、松岡の進歩的主張はほとんど敗れている。例えば再調査案第十一條二項「嫡母、繼父又ハ繼母ト其配偶者ノ子トノ關係ハ親子ニ准ス」に對し「親權ヲ行フモノハ天縁ノ父母タラサルヘカラス生母又ハ生父アルニ嫡母又ハ繼父等ヲ法律上ニ認メ置クハ生母生父ノ權利義務ト兩立セス」との理由からそれらの名稱を廢止する提案、戸主に非ざる者にも養子を許すべしとする意見、または第一草案第一七八條「夫若クハ婦ハ其婚姻中認知シタル子ヲ其住家ニ入ル、コトヲ得ス但シ配偶者承諾スルトキハ格別ナリトス」の復活論等は、いずれも元老院提出案に採り入れられていない。とはいえ、村田、榎村等の保守的、後退的修正案の全てが、元老院提出案に實現したわけではない。例えば再調査案第三三條「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」の但書削除論（榎村）、戸主が見後人なるときは親族會を不用とする意見（榎村）、再調査案第一〇五條「裁判所ハ離婚ノ裁判ニ於テ曲者タル一方ヨリ直者タル一方ニ養料ヲ給ス可キヲ命スルコトヲ得」の削除論（村田）、裁判離婚原因（再調査案九）の「姦通但夫ノ姦通ハ婦ニ對シテ凌辱ヲ加フル場合ニ限ル」を「夫ノ姦通ハ有夫姦ノ外之ヲ罰スルコトナケルハ唯姦通トノミ掲クルトキハ其所爲罪ト爲ラサルモノヲ離婚ノ原因トナシ婦ヨリ容易ニ解婚ヲ求ムル」から「姦通但刑ニ問フヘキ場合ニ限ル」に修正せんとする提案（村田）等は、元老院提出案

に入っていない。これらの修正案は、委員会で多數の支持を得られなかつたものと思われる。けれども再調査案に對する法律取調委員會の審議を大體の動向からみれば、再調査案をさらに「本邦固有ノ美風」的に修正し「我人情ニ適スルモノ多キヲ加ヘン」としたものといつてよからう。いわば再調査案に對する「家族制度」的強化の提案が重んぜられ、それが或る程度まで實現されたのである。

このようにして再調査案がさらに修正され、法律取調委員會の最終案たる元老院提出案全四一ニカ條の人事編が完成し、山田委員長より政府に提出されたのは二十三年四月一日であつた。⁽⁷⁾この草案では、戸主權に關する規定はどのように變貌したであらうか。次に、前掲「民法人事編ニ對スル各意見」を手がかりとして再調査案の修正事情を参照しつつ、元老院提出案における戸主制度と戸主權を考察してみよう。まず全體の章別をみるに、第二章に「國民分限」を復活したので(第一章案には存在した)以下の章の番號がずれて、「戸主及ヒ家族」は第十三章となつた。それは全二十七カ條から成つてゐる。次にその條文を掲げるが、再調査案と同じ條文は特別の場合を除き、煩を避けて、省略することにした。それについては本稿(十號二十六卷第十號二三頁以下)を参照されたい。

第三百五十條 (戸主家族の意義) 再調査案第三百四十二條に同じ。

第三百五十一條 (戸主家族の任務) 再調査案第三百四十三條に同じ。

第三百五十二條 (戸主の家族に對する義務) 再調査案第三百四十四條に同じ。

第三百五十三條 (家族の財産所有の權利) 再調査案第三百四十五條に同じ。

〔再調査案第三百四十六條〕 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産ヲ携帯スルコトヲ得

本條は削除された。横村の「前條已ニ財産ノ所有權ヲ有ストアレハ之ヲ捨ルモ携ルモ其權内ニアリ更に掲ルコト不用ナリ」との提案がうけ入れられたようである。

第三百五十四條 家族ハ婚姻又ハ縁組ヲ爲サントスルトキハ年齢ニ拘ラス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

然レトモ戸主カ第四十六條第四十七條又ハ第七十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縁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縁組ノ儀式ヲ行ヒタル届出ヲ爲ス時ニ於テ之ヲ身分取扱官吏ニ差出^(主)タス可シ

註 再調査案第三百四十七條の「身分取扱人」が「身分取扱官吏」と變つただけである。第四十六條（婚姻について戸主が父母として許諾を與える場合）第四十七條（婚姻について戸主が祖父母として許諾を與える場合）第七十條（満十五歳以上の者の縁組承諾について戸主が父母又は祖父母として許諾を與える場合）は、それぞれ再調査案第三十三條第三十四條第五十九條に同じ。

本條は、結果的には質實的修正が行われなかつたが、戸主權の重要な中心點であるので、委員間にはげしい議論があつたようである。村田は第一項の「年齢ニ拘ラス」とその但し書を削り、また第二項も削つて新たに第二項として「戸主ノ許諾書ハ婚姻又ハ縁組ヲ爲サントスルノ申出ヲ爲ストキ之ヲ身分取扱人ニ差出スヘシ」という文言を入れる説を主張した。その理由は「年齢ニ拘ゾズ」というと「第二十五條（再調査案・男十七歳女十五歳）ノ年齢ニモ拘ハラサルカ如ク見解ヲ下スモノアラン」また「但以下ヲ削リタルハ」「一家ノ長トシテ其家ヲ整理スル者カ其家族ノ隨意ニ去ルヲ知ラサルハ不都合ナラン又家族トシテ養育及ヒ教育ヲ受ル身トシテ其家長ノ許ヲ得スシテ家ヲ去ルモ亦不都合ナラン 因リテ之ヲ削除セリ」さらに「第二項ヲ修正シタルハ推定家督相續人ノ縁組トアレトモ第五百五十五條（再調査案）ニ推定家督相續人ハ他人ノ養子ト爲ルヲ得ストアレハ縁組ヲ爲サントスル場合ナシ」というのである。しかし、この修正意見は多數の賛成を得られなかつたとみえて、實現しなかつた。村田とは全然別の立場から、松岡もまた修正の意見を提出している。「家族ハ婚姻嫁娶ヲ爲シタルトキハ別ニ一家ヲ爲シタルモノトシ戸主ノ許諾アルトキハ其家ニ同居スルコトヲ得ト云フ意義ニ修正シタ

シ」というのである。これに對し横村、北畠は一應賛成したが、さらに進んで松岡が「一家新立ト分家ノ區別ヲ置クハ不用ナリ」と主張するに及んで、横村は「分家ハ宗家ニ相續人ナキトキハ入テ宗家ヲ相續セサルヘカラス又分家ト云ヘハ苗跡モ宗家ト同一ナレバ一家新立トハ同シカラス」と反對した。なお松岡は「成丁ノ男子ハ私權ハ勿論普通ノ國民權ヲモ享有スヘシ私權及ヒ普通ノ國民權ヲ享有シタル者ニシテ婚姻ヲ爲ストキハ焉ンソ一家新立ノモノト認メサルヲ得ンヤ且第三百五十三條(再調査案)ニモ家族タル男子カ戸主ノ許諾ヲ受ケスシテ婚姻ヲ爲シタルトキハ當然一家ヲ新立ストアルニ依リ前述ノ如ク改正スルモ本案ノ精神ヲ害セス又泰西主義ニモ協フヘシ」と強く自説を述べ、尾崎三良の賛成を得たが、横村は、保守、進歩兩派の間にはげしい論議が應酬されたのである。村田の主張は、家を去る家族に對する戸主の同意權の強化を企圖したるものであり、これに反し、松岡の見解は成年家族の一家新立の自由を肯定せんとするものであつて、戸主權のあり方についての根本的對立を示すものであつた。そして結局、兩者の主張のいずれも實現せず、妥協的形態の再調査案そのままの内容が、元老院提出案にひきつがれたのである。

第三百五十五條 (家族の分家、廢絶家再興) 再調査案第三百四十八條に同じ。

第三百五十六條 (廢、絶家になつてゐる本家又は分家を再興せんとする者に對する戸主の同意權) 再調査案第三百五十二條に同じ。

第三百五十七條 (戸主の復籍拒絶權) 再調査案第三百四十九條の「身分取扱人」を「身分取扱官吏」と變更。

第三百五十八條 他家ニ入り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

註 再調査案第三百五十條に同じ。

尾崎三良は、その第一項について「究屈千萬ニシテ人ノ便宜ヲ妨クルモノト云フヘシ」と主張したが、榎村、渡、尾崎忠治等の反対で、そのままとなつたものである。

第三百五十九條 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ス

これは再調査案第三五一條の前後に同じであつて、その後段の「又ハ親族ニ係ル廢家若クハ絶家ヲ再興スルコトヲ得」は、松岡の主張で削除されたのである。榎村はその全文の削除を主張したが、松岡の説に敗れたようである。しかし、松岡はさらに「復歸スルコトヲ欲セスノ文字ヲ除去スレハ實家ニ復歸スルヲ欲セサル者ニ付テハ如何ノ疑岐アリ」と述べ、これは第一章案第三九四條「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……之ニ復歸スルコトヲ欲セサルトキハ其廢絶家ヲ再興シ若クハ一家ヲ新立スルコトヲ得」(手塚點)の後段復活論を唱えたものと思われるが、この方は實現しなかつた。個人の自由を重視した松岡の進歩的主張は、ここでも委員會の保守的風潮に壓倒されたのである。

第三百六十條 (家族たる男子が戸主の許諾なく婚姻した場合の一家新立) 再調査案第三百五十三條に同じ。

第三百六十一條 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其他正當ノ事由アルトキハ區裁判所ノ許可ヲ得テ廢家スルコトヲ得

註 再調査案第三百五十四條 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

再調査案第三五四條後段の修正については、種々の意見が對立したようである。榎村は「家督相續ニ因リ戸主トナリタル者ハ其家ヲ廢スルコトヲ得スシテ但書ニ兩家ノ戸主婚姻スルトキハ之ヲ許スハ何ノコトナルソヤ人ノ家ヲ續テ之ヲ廢ス

ルハ甚ク悪ム可キ輕薄ニ付キ之ヲ禁スルハ至當ナリ然ルニ兩家ノ戸主婚姻スレハ之ヲ許ストキハ忽チ上ニ之ヲ禁シタルノ意ヲ滅却ス何ソ之ヲ許スノ必要アラン」と述べ、兩家戸主婚姻に依る廢家を禁ずることを提案、尾崎忠治の賛成を得た。村田は別に第三五四條に第二項を設け「然レドモ分家ヨリ本家ヲ承繼シ又ハ兩家ノ戸主カ婚姻ヲ爲ストキ其家ニ尊屬親アル者ハ其許諾ヲ受クルコトヲ要ス」という文言を入れることを提案した。その理由は「尊屬親ヲ有スル者カ己レノ隨意ニ一家ヲ廢スルノ行爲ヲ爲スニ至テハ家内ノ大混亂ヲ醸スヘシ何ナレハ尊屬親ハ其家ノ永久繼續ヲ圖ルモ卑屬親タル戸主カ其好ム所ノ女戸主ト婚姻シテ他家ニ入り一家ヲ滅亡スルニ尊屬親ハ之ヲ如何ントモスルコトナク泣々其家ノ滅亡ヲ見ルニ至ラン豈嘆息スヘキコトニ非スヤ」というのである。これに對し松岡は「兩家ノ戸主カ婚姻スレハ其一方ハ廢セラ」るべきであり、それは「家督相續ニ因リテ戸主トナリタル者ハ其家ヲ廢スルコトヲ得ストシタル精神ニ抵觸スルヲ以テ廢戸ヲ許スモノナラハ之ヲ許ストシ廢戸ヲ許ササルモノナレハ兩戸主ノ婚姻ヲ禁スヘ」きであり、「故ニ本條ハ删除スヘシ」と述べた。松岡の見解は、自由な廢戸を希んだものである。尾崎三良も「兩家ノ戸主カ婚姻ヲ爲スニ何ノ差支アラン又自ラ衣食スルトキハ其家ヲ廢スルモ可ナリ」との立場から松岡の見解を支持し、横村の意見に反對した。その後、どのような論議の過程を辿つたのかはわからないが、兩家戸主婚姻による廢家の項は削除され「其他正當ノ事由アルトキハ區裁判所ノ許可ヲ得テ云々」と改められたものである。原則として廢家を禁止するという點では原案が持續しているが、例外的廢家の範圍は兩戸主の婚姻を表面にあらわさず「正當ノ事由」という抽象的文言に變えられたのであつて、横村、尾崎忠治説と松岡、尾崎三良説との妥協の結果といえよう。

第三百六十二條 戸主カ國民分限を喪失シタルトキハ當然廢家シタルモノトシ推定家督相續人ハ一家ヲ新立シ前戸主ノ家族ハ新戸主ノ家ニ入ル

註 再調査案第三百五十五條 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

最初、尾崎三良は「家族別ニ一家ヲ新立スルノ必要ナシ」「譬へハ五名アルトキハ新立ノ家五戸ヲ生ス」「奇異ト云ハサルヘカラス」と主張したが、松岡は全條の削除を提案、榎村、北畠、尾崎忠治は原案を支持した。結局その後の討議で、尾崎三良の説が多數の支持を得たのであろう。

第三百六十三條 戸主カ婚姻其他ノ原因に由リテ適法ニ他家ニ入りテ廢家シタルトキハ其家族モ亦從テ其家ニ入ル

註 再調査案第三百五十六條 戸主カ婚姻其他ノ原因ニ由リテ適法ニ他家ニ入り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

修正の理由は「再調査案ノ如クナレハ末家ノ戸主カ本家ヲ承繼スルニモ新立ノ家ノ戸主カ他家ニ入ルニモ必ス其家ヲ廢スルコトナル可シ斯ノ一定ニ廢家トスルヲ要セサルコトナラスヤ末家モ新家モ相續スベキ人アラハ之ニ相續セシメ其人ナケレハ廢スルモ敢テ不可ナル可シ從來ノ慣習モ亦此ノ如シ」という榎村の主張が、うけ入れられたようである。なるべく廢家を制止せんとする企圖が重んぜられたのであろう。

第三百六十四條 (分家又は廢絶家再興及び一家新立の戸主の婦及び卑屬親の所屬) 再調査案第三百五十七條に同じ。

第三百六十五條 卑屬親ヲ有スル家族カ婚姻又ハ縁組ニ因リテ他家ニ入ルトキハ卑屬親ハ仍ホ實家ニ屬ス

再調査案第三五八條の「卑屬親ヲ有スル者」を「卑屬親ヲ有スル家族」と改めたものであるが、尾崎三良の提案に「全員賛成」したためである。

第三百六十六條 (卑屬親を有する者が婚姻、縁組の無効又は離婚、離縁のため去家した場合のその卑屬親の所屬) 再調査案第三百五十九條に同じ。

第三百六十七條 (家族の認知した私出子に對する戸主の入籍同意權) 再調査案第三百六十條に同じ。

〔再調査案第三百六十一條〕 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

本條は削除された。「此條不用ニシテ且害アリ私出子已ニ他家へ嫁スル後父母婚姻スルトキハ此私出子ハ正出トナルト雖モ他家ノ婦ニシテ決シテ父母ノ家ニハ屬セサルヘシ再調査ノ如クナレハ之ヲモ父母ノ家ニ屬セシムルカ如シ故ニ削ル」という檜村の主張に對し、松岡は「別ニ明記セサルモ必竟無論ナレハ削除スヘシ」と述べ「各員賛成」したためである。

第三百六十八條 (父母の知れざる子の一家新立) 再調査案第三百六十二條に同じ。

第三百六十九條 (家族の引取入籍に對する戸主の許諾權) 再調査案第三百六十三條に同じ。

第三百七十條 (家族の私出子引取入籍に對する戸主の許諾權) 再調査案第三百六十四條に同じ。

第三百七十一條 前二條ノ規定ニ從ヒテ引取ラレタル者ハ引取ノ日ヨリ其家ノ家族ト爲リ且引取リタル者ノ子タル權利ヲ有ス

第三百六十三條ノ場合ニ於テモ亦本條ノ規定ニ從フ

本條は再調査案にはなく、新規の規定であるが、立法事情は明らかでない。

第三百七十二條 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ニ對シテ親權ヲ行フ者又ハ戸主ノ親族會之ヲ代表ス

註 再調査案第三百六十五條に「戸主ニ對シテ親權ヲ行フ者」という文言を挿入したのである。

檜村は「未成年ノ戸主ニ父母アルトキハ後見人モ親族會モ組織スルヲ要セス父母ナキトキハ後見人」がある故、「戸主ニ對シ親權ヲ行フ者又ハ後見人又ハ戸主ノ親族會之ヲ代表ス」という修正案を提出、村田は「戸主ト雖モ……成年又ハ自治産ニ至ルマテ親權ニ服從セサルヲ得ス」「父母ハ其未成年ノ子ノ總テノ權利行爲ニ付キ之ヲ代表スルモノナレハ親權ヲ行フ者ヲ除イテ親族會カ之ヲ代表スル穩當ナラス」との立場から「戸主ニ親權ヲ行フモノナキトキハ親族會之ヲ代表ス」という修正案を提出、これに、尾崎三良、尾崎忠治、松岡が賛成し、字句を若干變更して確定したものである。檜村の提

案した「後見人」を村田等がなぜ無視したかはわからない。

第三百七十三條 (入夫婚姻の場合の戸主權) 再調査案第三百六十六條に同じ。

第三百七十四條 (戸主失踪の場合の戸主權) 再調査案第三百六十七條に同じ。

第三百七十五條 (戸主の失踪による絶家) 再調査案第三百六十八條に同じ。

第三百七十六條 戸主死去シテ一今年内ニ家督相續入ノ申述ナキトキハ當然絶家シ其家族ハ一家ヲ新立ス

註 再調査案第三百六十九條の末尾に「其家族ハ一家ヲ新立ス」を附加したものである。

〔再調査案第三百七十條——第三百七十五條〕全部削除。

元老院提出案は、別に戸籍法の制定を豫定しているため(第四一)、再調査案に含まれていた手續規定を全て省略したものである。

以上は元老院提出案における「戸主ト家族」の章の全貌である。この章においても村田、横村等の保守的提案がうけ入れられ、修正を加えられた條文も若干はあるが(例えば第三六三條)、大體においては再調査案がそのままの形で引きつがれたものが多し。殊に問題を戸主權に限定して考察するならば、再調査案とは全く同一であるといつていい。すなわち、家族の私出子入籍の許諾權(三六七條)、引取入籍許諾權(三六六條)、配偶者死亡に因り實家に復歸せんとする場合の許諾權(三五五條)、家族の婚姻また養子縁組に關する許諾權並びに之に伴う復籍拒絶權(三五四條)、廢絶家となつてゐる本家、分家を再興せんとする者に對する許諾權(三五五條)、家族を養育し、普通教育を負擔する義務(三五五條)等は、再調査案と何等變つていない。もちろん審議の過程においては、第三五四條の場合のごとく、村田等によつて戸主權強化の修正意見が提出されたが、松岡、尾崎三良等の反撃に會い、成功しなかつたのである。その他、「戸主ト家族」の章以外にあらわれた戸主權についても、家族の禁治産、準禁治産の宣告またはその宣告の取消權(再調査案三一九條三二八條三二九條三三二條)元老院提出案三二七條三三六條三三七條三四〇條)、家族の後見人又は保佐人となる權利

義務(再調査案二二七條三二〇條三二九條)、推定家督相續人が養親となる場合の許諾權(再調査案一五二條)、元老院提出案二二六條三二八條三三七條)、再調査案三四二條)、「廢家をなす權利」(再調査案三五四條)、再調査案三六一條)も、再調査案と全く同一である。

元老院提出案を再調査案と比較するとき、全般的にいうならば前にも述べたように、かなり大幅に保守派の主張が採り入れられている跡がみられるにもかかわらず、戸主權については村田、横村等の意見がかならずしも十分に貫徹されていないのは、法律取調委員會内部の意向が、その點に關してすでに限界に到達していたとみるべきであろう。このような點をふくみ、元老院提出案全體に對しても保守派に取つては、かなり不滿の跡がのこつたであろうことは疑いえない。次の元老院調査委員會において、ふたたび委員として登場した村田、横村等が、こんどは彼等に有利な雰圍氣の裡に、修正の主導權を握つて活躍したのは、法律取調委員會では果しえなかつた主張を實現せんとしたためである。

(1) 「民法ニ關スル諸意見書綴込」(學振版) 八四枚以下。この文書は「民法編纂ニ關スル諸意見並雜書」(三) 一六五枚以下にもある。本稿に引用する各委員の意見は、全て、これらの文書に據る。因みに日本學術振興會が昭和十年以降、約六カ年の歳月を費して、舊司法省所藏の法典編纂關係資料を數十冊のタイプ印刷版にして覆刻したことは、後ちの研究者にはかり知れざる便宜を供與したものであり、眞に賞讃すべき業績といわねばならない。しかるに、原本とされた司法省所藏文書の綴り込みは、かならずしも系統的に同一種類の資料を編纂したものでなく、また同一文書が別冊に重複してつづられている場合もある。この綴込がそのままの形で覆刻されているので、資料の檢索にも不便が多く、また資料重複の箇所は無駄な努力であつたといえよう。さらに覆刻の對象に選ばれた原本の取捨選擇にも、正鵠をえない點があり、それにもれた貴重な文書の中には、今次戦争の疎開さわざで散逸してしまつたものがあるのは、寧ろ惜しまれてならない。けれども、それは隠を得て蜀を望むものであり、あの時代に、あれだけの大事業が行われたというだけで、われわれは満足すべきであらうか。

(2) (9) 委員名は全て姓のみが記されており、名は書かれていない。尾崎姓は二人いるので「元尾崎」と「尾崎」と書かれている。「元」は元老院の意味と思われる。すなわち「元尾崎」は元老院の尾崎三良を意味し、大審院の尾崎忠治はただ「尾崎」と書いたのであろう。

(4) 箕作麟祥(司法次官・二一年一月—二四年六月)は、二十三年三月樞密院で行われた民法(財産編・財産取得編第一部・擔保編・

證據編) 審査會には、政府側から法律取調委員の資格で出席しているから〔舊民法編纂沿革〕學振版・六枚裏)、再調査案審査の折にも取調委員在任中であつた筈である。南部甕男(大審院民事第一局長・二〇年五月―二四年四月)は、あるいは取調委員を退任して、たかも知れないが、確證をえないので後考をまちたい。

(5) 法律取調委員會における松岡の進歩的立場については、星野通博士の三つの論考がある(舊民法典と松岡康毅の身分法論・穂積先生追悼論文集「家族法の諸問題」所載、再び「舊民法典と松岡康毅の身分法論」について・松山商大論集第三卷第二號)「舊民法典と松岡康毅の身分法論」に關する一、二の補正・同誌第三卷第三、四合併號)。星野博士が資料として利用されたものは「松岡康毅先生傳」(昭和九年)所載の「意見書」であるが、これを多少訂正増補したものが「民法編纂ニ關スル意見書」(一號)學振版・一枚以下にもある。前者は後者の草稿であろう。文書に日附はないが、財産取得編第二部の再調査案に對して提出されたものようである。彼がこの意見書で述べたのは隱居廢止論、長子以外への財産分與論、相續拋棄の一般的許可論、非戸主財産の長子相續論等であるが、人事編再調査案に對する意見と同じく、進歩的提案は全て實現せず、彼の他の意見とは矛盾する最後の非戸主財産長子相續論だけが舊民法に實現している。

(6) これらの意見は「相談會」で述べられたものようである。この「相談會」という註記は、前掲「民法人事編ニ對スル各意見」の各所にみられるが、これは取調委員の正式會議ではなく、委員有志が出席した非公式の會合ではなかつたかと思われる。前掲「民法人事編ニ對スル各意見」の末尾に「以上諸條ノ修正削除ハ此草案ノ體面上ニ付キ或ハ重複或ハ抵觸或ハ不完全ナリトスル點ニ修正削除ヲ加ヘタルモノニシテ民法組織上ノ利害得失ハ敢テ之ヲ論セス此他文章上ニ聊カ修正ヲ爲スヘキ所アルモ是等ハ議席ニ就キ陳述セントス」(四號)と村田が書いているが、これは、この文書の内容が正式會議以前のものであることを示すものと推定されるからである。なお、最近慶應義塾大學法學部研究室が入手した村田保の「民法人事編再調査案に對する意見」と題する寫本は、前掲「民法人事編に對する各意見」から村田の分だけをまとめたものであり、「二十三年一月」の日附と「委員長、各委員」という宛名がある。本文の筆跡は、村田自身ではないが、欄外に若干存する鉛筆の書入は村田の自筆と判斷される。村田が各委員にこうした文書を配布したのであるうか。確證がないので疑を残しておく。

(7) 「舊民法編纂沿革」學振版・七枚表。渡正元委員の回顧談も、人事編の最終決定案が四一ニカ條であつたことを述べている(大槻文彦「箕作麟祥君傳」一三三頁)。「箕作麟祥君傳」を大いに参照しておられる星野博士が、前にも述べたように五一〇カ條の第一草案が元老院提出案であると斷定されているのは(明治民法編纂史研究・一〇二頁一〇七頁、民法典論爭史・改版九〇頁九八頁)、この談話を見落されたのであろうか。なお、明治民法編纂の法典調査會において、梅謙次郎博士はこの四一ニカ條草案を「第二草案」と呼んでい

る(例えば「法典調査會議事速記録」學振版、第四五卷一六二枚表)。最近、福島正夫氏の編まれた「法典調査會總裁陳重關係文書目錄」によると、その藏書中にもこの草案と思われる四一二カ條のものがあり、その名稱は「民法人事編第二版」(手稿)となつてゐる(四〇頁)。おそらく公式の統一的名稱はなかつたのであろう。本稿で、私が「元老院提出案」と呼ぶのも、便宜的なものにすぎない。

四 元老院における審議と修正

明治二十三年四月一日、法律取調委員會は議了した人事編及び財産取得編第二部を内閣に呈上し、翌月、内閣はこれを元老院の議に附した。元老院における審議狀況を知りうる公の資料は、残念ながらまだ見る機會をもたないが、村田保舊藏の「民法人事編」(元老院提出案)には、その欄外餘白に、審議開始當初の會議内容がかなり克明に書き入れられてゐるので、大體の狀況だけは知ることができ⁽¹⁾る(以下、村田書)。それによると五月二十六日「法例、人事編、財産取得編續ヲ會議ニ付セラレ委員十五名ヲ選定」(村田書入)された。委員は楠本正隆(村田書入は姓のみを記しているが當時の議官名簿から名を検出した。以下同じ)、津田出、津田眞道、細川潤次郎、横村正直、清岡公張、小畑美稻、三浦安、渡邊驥、尾崎三良、岡内重俊、渡正元、村田保、建野郷三、森山茂等の議官である。元老院の議事は、通常いわゆる三讀會の制によつて審議されるのが普通であつて(元老院議會規則)、調査委員會を設けての審議は珍らしいことであつた。⁽²⁾翌二十七日、「一同集會、議事手續ノ大體ヲ決ス、委員長ヲ楠本、副委員長ヲ細川ニ託ス、獨リ津田出席席」(村田書入)として「發言セントスル者ハ委員長ヲ呼び起立シテ論述スベシ、過半数出席スルトキハ議事ヲ開ク、多数に依リ決ス」(村田書入)と議事方法が決められ、つづいて法案の全體について、全委員の意見の開陳が行われたようであるが、かなり議論が沸騰したことは、會議時間が「午前九時より開會、散會は二時」(村田書入)であつたことから推定される。各委員の發言の内容を、「村田書入」は次のごとく記してゐる。

細川 大體論。人事ノコトハ財産ト異ナリ最モ大切ナレハ暫ク見合セ置クヘシ。何トナレハ人事ノコトハ他ノ部ノ如ク試験スル譯ニ行カヌ。

津田 見合ノ事ニ賛成、十數日ノ間ニハ到底能ハサレハ。

尾崎 充分スレハ善シ。若シ不充分ナレハ廢案トスヘシ。

村田 見合ハ不可。何トナレハ財産編ハ胸ニシテ人事編ハ首ナレハ、首ナキ胸□□ノミノ法律ハ決シテ不可。

岡内 反對。成ルヘク速カニ議スヘシ。

三浦 廢案。骨カ外國ナレハ我々ニテハ到底我々ノ力ニテハ日本風ニ爲ス能ハスト決心セシカ、自己ノ一己ノ力ニテハ屆ケサルモ取調委員其他ノ力ヲ假リテ日本風ニ爲サントス。若シ果ササルトキハ或ハ廢案トスルカモ知レヌ。

小畑 廢案說ナレトモ委員ヲ組ミ之ヲ大ニ修正スレハ或ハ可ナラン。

横村 此委員ニテ充分ニ修正ス。若シ修正ノ結果ニ因テ廢案ナルヤ否ヲ決ス。

渡邊 横村ニ同意。一應修正ノ上ニ決ス。

楠本 日本風ニ引直スコトハ不同意。今日外國ノ風ニ漸ク改選スレハ勢ヒ從ハサルヲ得ス。例ヘハ庶子ヲ民法ニ脱セリ。是レ法律ヲ清白ニスヘシ。清潔ニシテ漸次其方向ニ赴カシムヘシ。暫ク猶豫スヘシ。

波 五法ヲ作りタル上ハ人事ノコトノミハ慣習ニ依ルヘント云フコトヲ得ス。我國ノ慣習ノミトスルトキハ不可ナリ。餘儀ナク茲ニ至リタレハ此十五頁ニテ充分決了スヘシ。討論討議センコトヲ希望ス。國ノ改良進歩ニ從ヒ止ムヲ得ス法典ヲ作ラサルヲ得ス。

建野 多言ヲ費サス。第六章第二節私生子ノコトハ朝廷ヨリ改メナクハナラス。是レ到底行ハレス。法律ハ上下一様ニスヘシ。楠本君同様ニ猶豫スヘシ。

尾崎 外國ト同様ニセナクテハナラストノ説ハ不可ナリ。

森山 財産編其他ノ法ヲ發布スレハ已ムヲ得ス議ササルヲ得ス。先ツ能フ丈ケハ試ニ修正スヘシ。

清岡 調査スルコトニ左祖ス。有ルカ無キカ善キカト云へハ有ル方カ善キコトハ恐ラク總テ同意ナラン。

採決の結果は「修正説九名、廢案説五名」(村田書入)で、修正審議が開始されたのである。廢案説に賛成した者を、前掲發言内容から推測すれば、細川、津田、楠本、建野、そして残る一人は三浦か小畑であつたものと思われる。この「村田書入」に表われた各委員の意見には、明瞭を缺く點もあるが、修正説を唱える委員の企圖が「日本風ニ爲ス」修正であり、廢案論者中にも、その點の賛成者がいたのは明らかであつて、舊民法人事編及び財産取得編第二部の性格を考究する際、きわめて注意を要する點である。この委員會の狀況を、當時の時事新報(二三年六月一日)は次のごとく傳えている。

人事編並に財産編の續は目下元老院の會議に附し同院内調査委員の手に於て日々午前九時より午後三時まで逐條調査を爲し人事編は今後凡て一週間程にて一應調査を終り引續き財産取得編の續を取調べ晩くも七月中には上申の手筈なりと云ふ。右調査委員が人事編修正の目的は我國慣例の實際に戻らざるを主とし西洋宗教的の事は一切之を除き無益の手續きを要するなどを省き親子訴訟を爲す可き事を削除し既に全く原案を削りたるもの五十餘條にして其他少しづつの修正は殆ど各條にあり。近頃實に果斷なる修正にして草案とは全く面目を一新したる有様なり。右の次第なるが故に最初原案全廢説を主張せし人々も今は却て新法中に新法を得たる姿を見て是ならば日本の法律として通用するならんと遂々維持者に傾き調査委員はますます勢を得て中にも尾崎村田三浦榎村の四議員は最も得意に盡力致し居る由。尙此勢ひを以て財産取得編の續をも逐條修正爲したらんには民法中特に此二法に限り一種の出色あるを見る可しと民間の法學者は語れり(手塚)

このようにして行われた修正は、七月下旬に至つて一應終了し、ふたたび法律取調委員會に差戻されて條文の整理が行われたようである。七月二十四日の時事新報によると「兩三日前までの調査委員會にて漸く修正済となりたるも何分修正削除の箇條多く皆亂雜となり居るを以て一先づ其報告委員たる磯部四郎熊野敏三の兩氏に託して能く之を補綴せしめたる上に更に同院總會議の議事に附する筈なりといふ」とあり、八月三日の東京日日新聞には「人事編は……目下元老院より法律取

調所^(まき)へ再調査を依頼せし故、此暑中にも拘らず同所に於て頻りに再調査をなし居るよしなるが最初法律取調所^(まき)に於て起草せし條數は元老院に於て半數程に削正せられたるよし」とある。法律取調委員會で整理された草案は、また元老院の委員會に回附され、再議の上議決されたようである。⁽⁶⁾村田書入の最後尾には「八月十八日元老院再調委員會ニテ人事編並財産取得編續ノ調査全ク結了シ翌十九日議長ニ報告ス」と記されている。⁽⁷⁾

それから約一ヵ月後、委員會通過案は元老院會議に提出された。その期日は正確には判明しないが、九月十八日の日本新聞には「本日よりは民法殘部人事編の會議を開く由なるが是もまた議論の種子ならんといふ」とあり、九月二十日の朝野新聞には「久しく元老院に在りし法例、人事編及び財産取得編の續は一昨十八日を以て愈々大體議を通過し直ちに内閣に送附ありたれば云々」とあり、さらに九月二十三日の日本新聞には「兼て大いに異論あるべしと豫想したる民法殘部は意外に異論なく兩三日前に通過し云々」とあるから、本會議の日は九月十八日であり、そこではほとんど議論なく無修正で可決されたものとみて間違ひなからう。委員の一人であつた岡内重俊⁽⁸⁾が、「扱委員が斯く決した以上は最早本會議に於ては格別異議を云ふまい。孰も全會一致を以て之を認可を致さう可決を致さうと云ふ約束上の一つの便宜法……即ち便宜法とは申しながら其當時元老院の議事規則に牴觸せざる便宜の規則を作つて之を可決致した次第でありまして云々」⁽⁹⁾と述べているのはその證據であらう。

かくして元老院を通過した民法人事編は、次に樞密院の諮詢を経て、⁽⁹⁾翌十月七日法律第九十八號として財産取得編第二部と共に公布されたのである。

以上元老院における人事編の審議過程と、その結末の概要を述べたが、なお、これについては、解明すべき重要な問題が残されている。それは調査委員會通過案即ち元老院通過案と舊民法とが、果して内容的に全く同一であつたか否かの點である。前掲岡内談には「人事編に就ては下付の原案は四百十二條であつて修正委員の修正を加えて遂に假定の法律となりまし

たのが二百九十三條差引百十九條削除致しました⁽¹⁰⁾とあり、委員會通過案そのままが舊民法(二九三^(カ條))となつたという意味にうけとられる。ところが、同じく委員の一人であつた三浦安は、次のような注目すべき談話を残している。⁽¹¹⁾

人事編に至りましては即ち日本の根源に關はり國體に關はりますといふことで僅かの時間ではありましたが、頗る修正を加へまして殆ど半分までを削りました……詳しく修正をするが宜いと云ふたが其事は出来ませぬでした。せめては煩雜にして日本の慣習にないことを致した丈は削つた方が宜しと申す所から十分削つた。其削つたのでは満足はしませぬ。併し如何せん時日がございませぬから削つた儘で出した所が……民法中の重き人事編を復た内閣に於て夫々修正がありまして、詰り元老院の議定は、反古になつたのでございませぬ。つづいて財産編中に家督相續を入れた點と準正の問題を批難し、

この二つを以てして類推しますると云ふと其他にも此の如き類が比々あるのでございませぬ。元老院に於きまして是等の事は大概は除いた積でございませぬが如何せん、檢視に付せられ、ました以上は致し方がございませぬ。皆其儘育つて居る^(點圍塚手)。

また、同じく委員であつた小畑美稻は、より具體的にこの點を指摘している。⁽¹²⁾

先づ民法人事編より申しますれば……元老院の議に付せられましたが元老院に於まして調査委員を設けてからに本員も其一人に選ばれてからに加はりましてございませぬが、どうも本邦に於て少しも入用のないようなことが多々掲げてございませぬ。又實に本邦の國風美風を破ぶりますことが數ヶ條ございませぬ。が其節法律取調局^(法調)に従事して居られた元老院議員も五人が其調査委員に加はへられまして都合十五人の調査委員でありましたが、法律取調局^(法調)に於ては原案維持の人が多數であつたからに折角削除しようと思つたことも削除出来なかつたと云ふことで、元老院に於きましては調査の上無用と存じますることと美風を損しますことは大概削除した積りでありませぬが、公布になる時分に養料と云ふものが加は

つて、それが再び、元老院の檢視會に付せられ、ました。どうも此養料の義務と云ふものは民法第三章第二節第二十七條より第三十五條までに掲げてございますが(元老院提出案の條文を指す——手塚註)、如何にも日本に於ては用をなさぬから是亦日本の美風を破るうと存じまして其れを削つて置きましたが、其れを今度は三節とも二節とも何ともなくして親屬及姻屬と云ふ部に僅かに三條にして加へてございます(舊民法人事編では第二六條—二九—(圍點)條まで四カ條が正しい——手塚註(手塚))。

さらに、舊民法人事編、財産取得編公布直後の十月十一日の朝野新聞は次のように報じている。

人事編及財産取得編。頃日發表したる人事編は、元老院の決議よりも六條、財産取得編の續は十一條何れも増加せり。財産取得編の増加は瑣々たる手續等に止るも人事編の變更は中々の大關係あり。養料の義務を規定したること之れなり。養料の義務は元老院調査委員中、我國に於て之を規定する必要なしとの説多數を占め、終に削除したれども内閣に於て、原案を執行したり。

元老院の廢止。元老院は帝國議會召集の勅語を待ちて今日まで生き延びたれど、最早至急廢止するならんとのことなり。尤も同院には、人事編、財産取得編の續の檢視案ありて、本日以後に於て開會する筈なれば、其の議決までは廢止の沙汰に接せざるべし云々(圍點) (元老院廢止は十月二十日——手塚註)

前掲三浦、小畑兩談話とこの朝野の記事を綜合してみるに、元老院を通過したる人事編と財産取得編第二部に對して政府は満足せず、殊に人事編に對しては重要な點で原案(元老院提出案)を復活、再修正を加えて公布し、その直後に、ふたたび「檢視」の形式で元老院の審議を求めたことは、確實な事實と考えられるのである。(13)前掲岡内重俊談が、委員會通過案を二九三カ條としていることは、彼の記憶ちがいであろう。元老院の法案審議には「議定」と「檢視」とがあり、「檢視」の場合には「可否スルコト」も「修正ノ權」もなく、ただ「議案ノ舊法ニ害シ若クハ牴觸シ及一案中互ニ牴觸シ及ヒ不備不明」の場合にのみ「其理由ヲ具ヘ太政大臣ニ通牒シテ改正ヲ求ムルコト」ができたにすぎないのである。(議案檢視條例一條二條)。また「檢視」

の時期は法律の布告前を原則とするも「急施ヲ要スル事件」は「内閣ヨリ便宜布告シテ後ニ」も行うことができたのである(元老院章(程六條))。したがつて「檢視」の場合は、全く事前、事後の形式的承認を意味するものであつた。内閣が議案を元老院に提出する際、「議定」によるか「檢視」によるかは「内閣ニ於テ之ヲ定」めるのであるから(同前)、元老院の抵抗を排除するため、「檢視」の方法を選んだことは珍らしくない。民法人事編の公布に際し、このような事實が伏在していたとするならば、元老院調査委員會通過案と舊民法との間には、若干の内容的相違があるものと云わねばならない。前掲朝野の記事では「六カ條」のくいちがいがあり、「養料」の條であつたと云う。「養料」の條の復活は、小畑談も肯定しているから間違いないとするも、舊民法のその條数は四カ條(二六條より二九條まで)であり、残る二カ條が何であつたか、前掲三浦談によると「準正」の問題にも變更があつたように思われるが、残念ながら確めえない。

このような事情は、從來の民法編纂史において、全く看過されていた問題であるが、私には、そこに法典爭議の重要な原因の一つが秘められているように思われる。⁽¹⁶⁾しかし、遺憾ながら、現在の私はさらにほり下げる資料をもたないので、これらの點の詳しい追求は將來にゆずりたい。

それでは、元老院提出案は元老院において具體的にどんな修正が加えられたであろうか。全體的に元老院提出案を舊民法と比較してみると全四一ニカ條の中一一九カ條という大量削除が行われ、原案そのままの條文はわずかに一二六カ條、残る一六七カ條は何等かの修正をうけたものか、または新らたに設けられたものである。公布の際「六カ條」が増補されたとするならば、削除された條数はさらにそれだけ増加する。この數字からでも、元老院の修正がいかにげしかつたかが想像されよう。しかし、前に述べたように、元老院委員會通過案と舊民法との間に若干の違いがあり、しかも、その事情が明らかでないで、委員會通過案全體がどのようなものであつたかは正確に知りえない。⁽¹⁷⁾けれども政府による再修正は養料その他の點で、わずか數カ條の原案の復活が企てられたにすぎないのであり、「家族制度」尊重の立場からの修正、削除の部分は、

全く調査委員會において行われたものと考えてよからう。次に、そのような觀點から、委員會による修正と思われる重要點を述べてみよう。

「國民分限」の章では「日本人ノ養子ト爲リタル外國人ハ日本人ノ分限ヲ取得シ離縁ノ後ト雖モ其分限ヲ保有ス」(元老院提出案)が削除された。再調査案以來の養子縁組は「家」の相續人を保持することを主たる目的としていたことからみれば、外國人の養子が排斥されるのはむしろ當然であろう。その結果、舊民法には「外國人ハ日本人ノ養子ト爲ルコトヲ得ス」(二條)という條項があらたに加えられたのである。

「親屬」の章は「親屬ト姻屬」と改名された。これは元老院提出案の「親屬」の概念は、血屬と姻屬を含む總稱であつたが、舊民法の「親屬」は血屬だけを意味したからである。この章では姻屬の規定に、「然レトモ婦ノ夫家ニ於ケル又入夫ノ婦家ニ於ケル尊屬親トノ關係ハ親屬ニ準ス」(舊民法二條二項)という規定を設けた點を注意すべきであろう。元老院提出案では姻族關係だけであつたものを(二六條)、「親屬ニ準」する關係に高めたことは、「家」尊重の思想によるものとみななければならぬ。

「婚姻ノ條件」の節では、子の婚姻に對する父母の同意の場合、「男ハ滿三十年女ハ滿二十年ノ後ハ許諾ヲ得スト雖モ之ヲ諾フヲ以テ足ル」(元老院提出案四六條一項但)を削除し、年齢的差別を撤廢したのが、もつとも大きい修正である。これは前節で述べたように再調査案審議の折、樞村によつて主張されたが、實現しなかつたものである。「本邦固有ノ美風ヲ破ル」という理由からの樞村の修正説が、今度は多數の賛成を得たものと思われる。また嫡母の同意權について「父ノ死亡シ又ハ其意思ヲ表スル能ハサルトキ」(元老院提出案四九條一項)という制限を廢し、實母と全く同一に取扱つたのは、庶子の保護よりも「家」における嫡母の立場を重くみたものといえよう。(一八)

「婚姻ノ效力」の節では、妻が所定の法律行爲を行う場合(元老院提出案八四條、舊民法六八條共に同一條文)、夫が未成年の時には許可が不要であ

つたのを(元老院提出)、必要に改め(七〇條)、また「夫カ理由ナクシテ許可ヲ與フルコトヲ拒ムトキ又ハ夫ノ不在ニ因リテ許可ヲ請ヒ難キトキハ婦ハ住所ノ地ノ區裁判所ノ許可ヲ請求スルコトヲ得」(元老院提出)とあつた條項及び「夫婦ノ利害相反スル行爲ヲ爲サントスルトキハ婦ハ裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス……裁判所ハ婦ノ請求ニ因リテ其行爲ノ認諾ヲ與フルコトヲ得」(元老院提出案九)の條項を共に削除した。これは夫の權利を伸長したものであり、熊野敏三も「民法正義」において、その修正が「夫權ヲ強固ニスル目的」⁽¹⁹⁾であつたことを強調している。

裁判離婚の一原因について、再調査案の「姦通但夫ノ姦通ハ婦ニ對シテ凌辱ヲ加フル場合ニ限ル」^(九一條)が元老院提出案では「姦通但夫ハ婦ニ對シテ凌辱ヲ加フル場合ニ限ル」^(一〇三條)に改められたのは、尾崎三良、尾崎忠治の「夫ニハ姦通ナシ」という提案にもとづくものであり、その際、村田は「姦通但刑ニ向フヘキ場合ニ限ル」との意見を表明したことは前節で述べた通りであるが、舊民法ではさらに夫の有利の方向に修正され「姦通但夫ノ姦通ハ刑ニ處セラレタル場合ニ限ル」^(八一條)と定められた。再調査案から元老院提出案への修正は「夫ノ姦通」という字句を忌避した以外に、實質的な改正はないが、村田提案から舊民法への變化は、妻の不義がかなり擴大された點をみのがしえない。すなわち、村田提案では夫婦共に姦通罪で處罰された場合だけに反し、⁽²⁰⁾舊民法では妻については姦通罪成立の有無を問わず全ての「姦通」が原因になるが、夫には「刑ニ處セラレタトキ」と限定しているからである。村田の意見も「婦ヨリ容易ニ解婚ヲ求ムル」のを防ぐ趣旨であるから、妻についての原因擴大については、おそらく異論がなかつたであらう。このように離婚原因について妻の立場が、その不利な方向に逐次強化された過程こそは、再調査案から元老院提出案を経て舊民法に至る立法精神の變遷が、如實に反映した典型的事例の一つといえよう。また裁判離婚の「曲者」が「直者」に養料を支給する條項についても(再調査案)削除意見が村田から提出され、元老院提出案には實現しなかつたが(元老院提出案一一六條)、舊民法では全く削除されてゐる。「夫婦ノ關係一タヒ解クルトキハ……一箇ノ他人タルヘシ養料ハ法律上ノ義務ニシテ親族間ノ爲メニ設ケタルモ

ノニシテ他人ノ爲メニ設ケタルモノニ非サレハナリ」という單純な村田の意見がうけ入れられたのであろう。前記條文が多
くの離婚の場合、女性に對して有利に作用する効果のごときは、全く顧慮されなかつたのである。

「親子」の章では、元老院提出案の「正出子」「私出子」の區別を（一七條―一二八條）、「嫡出子」「庶子」「私生子」
（舊民法九五條―九九條）に改めたのは著しい修正である。それらの名稱そのものが、從來の慣習をそのまま認めたものであることはい
うまでもない。「父子ノ分限ノ搜索ハ之ヲ禁ズ」（元老院提出案）や「子ハ終身父母ニ孝養ヲ盡シ其他尊屬親ニ對シテモ尊敬

ヲ致スヘシ」（同前―五五條）というがごとき、有名なフランス民法に流れをくむ條文が、全て削除されたのは、わが慣習上自明の
理と判断したためであらう。

「養子縁組」の章では、再調査案（一五條）、元老院提出案（一六條）共に、いわゆる「姉妹のためにする養子縁組」（婿養子）をみと
めていたが、舊民法は「家督相續ヲ爲ス可キ男子アル者ハ養子ヲナスコトヲ得ス」（七條）とのみ規定し、例外として婿養子
もみとめない態度に改められている。養親たるべき資格を「戸主」と戸主の「許諾ヲ得タル」「推定家督相續人」のみに限
定し、原則として家存續のためにのみ養子制度をみとめる立場は、再調査案以來變らないところであるが、ただ例外として
婿養子のみは、推定家督相續人たる男子があつても、これをみとめていたのである。舊民法は「家」のための養子制度の趣
旨をさらに徹底し、推定家督相續人たる男子があれば、その姉妹に婿養子をすることは全く不必要と考えたものであろう。

このような改正意見は、再調査案に對して、横村から主張されていたものであり、それが舊民法に實現されたのである。

「親權」の章では、實父母についての親權喪失に關する規定（元老院提出案二一七條）が、全部削除された點をみのがしては
ならない。「民法修正案理由書」は「既成法典（舊民法を指す）（手塚註） 民法人事編ノ草案ニハ本節（親權ノ喪失の）ニ該當スル規定ア
リシモ確定ノ法文ニ削除セラレタリ。削除ノ理由ハ惟フニ我國ノ慣習トシテ親カ子ニ對シテ親權ヲ行フニ外ヨリ干渉スルハ
不都合ナリト云フニアラン」と推測しているが、元老院調査委員會の意向を正しく指摘したものと考えられる。第一草案の

「理由書」が「親權ハ父母ノ利益ノ爲メ之ヲ與フルモノニ非ラス」「一切ノ權利ハ子ニ屬シ父母ハ只義務ヲ有スルニ過キス」⁽²²⁾と述べた「親權の義務性」は、完全に否定され、殊に子の財産に關しては「父ハ未成年ナル子ノ總テノ行爲ニ付テ之ヲ代表シ自己ノ財産ニ於ケル如ク其財産ヲ管理ス」^(五三條) (舊民法一)とのみ規定し「子ノ財産ハ恰モ父ノ所有物ナルカ如」⁽²³⁾き狀況を呈するに至つたのである。しかも、親權の濫用、失當なる財産管理を制約する規定は皆無である。この章の規定も、また草案からいちじるしく後退した適例であろう。

以上、元老院提出案より舊民法への推移について、本稿の目的である戸主權とは直接には關係ない事項に互つても、やや詳しく述べたのは、この變化の事情を究明することこそ、舊民法の性格を正しく把握し、その戸主制度と戸主權についても、眞の立法精神を探究する不可缺の前提であると考へたからである。

すでに再調査案において、その基本構造が確立された戸主制度と戸主權は、元老院提出案ではほとんどそのまま傳承されていたが、元老院委員會において大量の修正が行われた際、戸主權について先きの元老院提出案の場合にはどうしても實現できなかつた村田、楨村等の二、三の修正意見が、ほとんど全て貫徹されたのである。「家族制度」的修正をつよく押しすすめた委員會の空氣からみて、これらの修正は、尾崎三良を中心とする少數の進歩派の抵抗を壓倒し、おそらく圓滑に實行されたことであろう。しかし、これを他の部分例えば親子關係のごとくに比較するならば、修正の分量が割合にすくなかつたことは否定できない。これは戸主制度に關する限り、村田、楨村等の保守派の見解がすでにそこにいたる過程において、他の部分より多く達成されていたものとみるべきであろう。

次に元老院提出案の修正に伴う戸主制度と戸主權の變化を考察してみよう。舊民法そのものに表われた戸主權の性格については、次の章において明治民法と比較しつつ詳細に述べる積りでいるので、ここでは、元老院提出案に加えられた修正點を中心として概説することにしたい。

まず「戸主及と家族」の章は、元老院提出案の二七カ條が一九カ條に壓縮された。削除されたところは、「慣習にないこと」⁽²⁴⁾（三浦安）「美風を損しますること」⁽²⁵⁾（小畑美稻）と認定された個所であり、その點は從來の慣習に一任するという態度が採られたのである。しかし、それがため、法律的取扱が不明瞭になつた事項が生じたことは否定できない。次に條文を掲げるが、元老院提出案と變化のないものは煩をさけるため、原則として省略することにした。

第二百四十三條（戸主家族の意義）元老院提出案第三百五十條に同じ。

〔元老院提出案第三百五十一條〕 戸主ハ其家ヲ整理シ家族ハ戸主ヲ補助ス

本條は削除された。無用の條文と考えたのであろう。

第二百四十四條（戸主の家族に對する義務）元老院提出案第三百五十二條に同じ。

第二百四十五條（家族の財産所有の權利）元老院提出案第三百五十三條に同じ。

第二百四十六條 家族ハ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲サントスルトキハ年齢ニ拘ラス戸主ノ許諾ヲ受クヘシ

註 元老院提出案第三百五十四條 家族ハ婚姻又ハ縁組ヲ爲サントスルトキハ年齢ニ拘ラス戸主ノ許諾ヲ受ク可シ但推定家督相続人ニ

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

然レトモ戸主カ第四十六條、第四十七條又ハ第百七十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続人ニ付テハ婚姻又ハ縁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縁組ノ儀式ヲ行ヒタル届出ヲ爲ス時ニ於テ之ヲ身分取扱官吏ニ差出^(ママ)タス可シ

本條については、すでに述べたように再調査案の場合に、村田によつて修正説が提出され論議されたが、ここで始めて村田の意見が實質的に實現したのである。「年齢ニ拘ラス」の言葉は、村田は婚姻年齢に關係するという意味で削除説であつたが、そのまま残つた。これは、むしろ村田の杞憂であり、語義をつよめる意味に解せられるので削られなかつたのである。第一項但書の「推定家督相続人云々」を削つたのは、戸主が「一家ノ長トシテ……其家族ノ隨意ニ去ルヲ知ラ

サルハ不都合ナラン」という村田の強い主張にもとづくことは疑いない。また第二項を削つたのは、特に別記の必要がないと考えられたためであろうし、第三項を削つたのは、婚姻の申出をなす時、提出すべき書類に「婚姻ニ必要ナル許諾書」(舊民法)とあるので、重複を避けたものであろう。推定家督相續人以外の家族についても、婚姻「届出」の時ではなく、「申出」の時に「許諾書」を提出するように變更し、推定家督相續人と一般の家族を同一に取扱つたのは、戸主の許諾權の意味を一段とつよめたものと考えられる。

〔元老院提出案第三百五十五條〕 家族ハ推定家督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絶家ヲ再興スルコトヲ得

本條は削除された。「村田書入」には「七月八日取得編四百廿六條(財産取得編第二部の元老院提出案——手塚註)贈與ノ處ニ於テ贈與ハ即チ分家ト同シトノ論起リ本條ヲ參看スルニ本條既ニ削リタレハ第二讀會(調査委員會の再調査會の意味である——手塚註)ニテ再興シ分家ノ一條ヲ別ツニ設クヘシノ説ニ決ス」とあるが、どうしたわけか「分家ノ一條」は舊民法には入つていない。

〔元老院提出案第三百五十六條〕 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

本條は削除された。このような場合の戸主權を何故削つたのか。わが慣習上、あまりにも當然と考えたためであろうか。第二百四十七條 他家ニ入りテ夫、婦又ハ養子ト爲リタル者ハ婚姻ノ無効、養子縁組ノ無効、離婚又ハ離縁ノ場合ニ於テハ實家ニ復歸ス

然レトモ此者カ婚姻又ハ養子縁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内ニ身分取扱吏ニ申立テ復歸ヲ拒ムコトヲ得

註 元老院提出案第三百五十七條 他家ニ入りテ夫、婦又ハ養子ト爲リタル者ハ婚姻ノ無効、縁組ノ無効若クハ解除、離婚又ハ離縁ノ場

合ニ於テハ實家ニ復歸ス

然レトモ此者カ婚姻又ハ縁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内ニ身分取扱官吏ニ申立テ復歸ヲ拒ムコトヲ得

本條については、實質的修正なし。

第二百四十八條 (配偶者死亡により實家に復歸せんとする場合の戸主の許諾權) 元老院提出案三百五十八條に同じ。

第二百四十九條 (實家に復歸できない者の一家新立) 元老院提出案三百五十九條に同じ。

第二百五十條 推定家督相続人ニ非サル家族タル男子カ戸主ノ許諾ヲ受ケスシテ婚姻ヲ爲シタルトキハ一家ヲ新立ス

註 元老院提出案第三百六十條の「普通婚姻」を「婚姻」に改め「當然一家ヲ新立ス」の「當然」を削つたものである。

第二百五十一條 (家督相続に困りて戸主となりたる者の廢家) 元老院提出案第三百六十一條に同じ。

法律取調委員會における本條成立の經過は前節で述べた如く、保守、進歩兩派の妥協の所産であるが、委員會で再修正されなかつた理由は、「正當ノ事由」という範圍に、戸主同志の婚姻というが如き事實は入らずと決めていたものであろうか。

第二百五十二條 (國民分限を喪失した戸主の廢家) 元老院提出案第三百六十二條に同じ。

第二百五十三條 戸主カ婚姻其他ノ原因ニ由リテ適法ニ廢家シ他家ニ入りタルトキハ其家族モ亦從テ其家ニ入ル

註 元老院提出案第三百六十三條の「他家ニ入りテ廢家シタルトキハ」を「廢家シ他家ニ入りタルトキハ」と修正したものである。

〔元老院提出案第三百六十四條〕 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

〔元老院提出案第三百六十五條〕 卑屬親ヲ有スル家族カ婚姻又ハ縁組ニ因リテ他家ニ入ルトキハ卑屬親ハ仍ホ實家ニ屬ス

この兩條は削除された。

第二百五十四條 卑屬親ヲ有スル者カ婚姻若クハ養子縁組ノ無効又ハ離婚若クハ離縁ニ因リテ婚家又ハ縁家ヲ去ルトキハ卑屬親ハ仍ホ其家ニ屬ス

註 元老院提出案第三百六十六條の「縁組」を「養子縁組」と正確な字句に變更したのである。

第二百五十五條 父母ノ知レサル子ハ一家ヲ新立ス

註 元老院提出案第三百六十八條の「當然一家ヲ新立ス」から「當然」の字を削つたのである。

〔元老院提出案第三百六十七條〕 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事ヲ要ス

若シ父及ヒ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

本條は削除された。法律取調委員會において再調査案の「認知」の條文を審議したる時、松岡康毅より第一草案第一七八條「夫若クハ婦ハ其婚姻中認知シタル子ヲ其住家ニ入ルルコトヲ得ス但シ配偶者承諾スルトキハ格別ナリトス」の復活論を主張され、それが實現しなかつたことは、前節でも述べたが、認知は父親の場合が多いので「配偶者」すなわち妻の「許諾ヲ受ケテ認知スル」ということが、前掲第一草案の條文に反對する立場からは、了解されなかつたのであろう。また、その際「戸主ノ同意」についても論議されたと思われるが、當時の慣習では、家族の私生子は戸主の同意を要せずして母の家に入り、庶子は當然父の家に入ったようであるから、戸主の同意も削除したものであろう。

第二百五十六條 他家ニ入りテ夫、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

婚姻若クハ養子縁組ノ無効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

註 本條は元老院提出案第三百六十九條の第三項「卑屬親カ其家ノ推定家督相続人タルトキ又ハ引取人カ惡意ニ因リテ婚姻若クハ縁組ノ無効ヲ惹起セシ一方タリシトキハ本條ノ規定ヲ適要セス」を^(まじ)削除し、第二項の「縁組」を「養子縁組」に修正したものである。

〔元老院提出案第三百七十條〕 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

前二項ニ掲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

〔元老院提出案第三百七十一條〕 前二條ノ規定ニ從ヒテ引取ラレタル者ハ引取ノ日ヨリ其家ノ家族ト爲リ且引取リタル者

ノ子タル權利ヲ有ス

第三百六十三條ノ場合ニ於テモ亦本條ノ規定ニ從フ

兩條は削除された。前に第三六七條を削つたので、この二カ條も不要と考えたのであろう。

第二百五十七條 戸主カ家族ニ對シテ婚姻其他ノ事件ニ付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

ハサルトキハ戸主ニ對シテ親權ヲ行フ者又ハ後見人ノ代表ス

註 元老院提出案第三百七十二條の「戸主ノ親族會」を「後見人」に修正したのである。

第二百五十八條 入夫婚姻ノ場合ニ於テハ婚姻中入夫ハ戸主ヲ代表シテ其權ヲ行フ

註 元老院提出案第三百七十三條の「婚姻ノ繼續中」を「婚姻中」と修正したのである。

第二百五十九條 戸主失踪ノ宣言アリタル後其家督相続ノ占有ヲ得タル者ハ其占有中戸主ノ權ヲ行フ

明治二十三年民法(舊民法)における戸主權

註 元老院提出案第三百七十四條の末尾「戸主ト爲ル」を「戸主ノ權ヲ行フ」と修正したのである。

第二百六十條 單身戸主失踪ノ宣言アリテ其亡失若クハ最後普信ノ日ヨリ三十個年ニ至ルモ家督相續ノ占有者ナキトキハ絶家ス

註 元老院提出案第三百七十五條の後半「滿三十個年ニ至リ又ハ其齡滿百年ニ至ルモ家督相續ノ占有者ナキトキハ當然絶家ス」を「三十個年ニ至ルモ家督相續ノ占有者ナキトキハ絶家ス」と修正したものである。

第二百六十一條 戸主死亡シテ家督相續人ナキトキハ絶家シ其家族ハ一家ヲ新立ス

註 元老院提出案第三百七十六條の「當然絶家シ」の「當然」を削つたものである。

以上が「戸主及ヒ家族」の章の變化であるが、家族の婚姻、養子縁組に對する戸主の同意權が、特に強化されたことがめだつ。法律取調委員會以來の村田の提案が、ここにはじめて實現したことは前述の通りである。その他の點では別に追加された規定もなく、むしろ若干の戸主權は削除されている。すなわち家族の私生子(私生子)の入籍許諾權(元老院提出案三)、廢家、絶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(元老院提出案三五六條)のごときがそれである。しかし、それは前にも述べたように、慣習に一任せんがためであつて、決して戸主そのものの弱化を企圖したものではないことを注意すべきである。

「戸主及ヒ家族」の章以外に表われた戸主權については、戸主の親族會に對する權利が、いちじるしく強化された。元老院提出案における親族會は「未成年者ノ最近親族五人ヲ以テ」組成され、當然に會員となるべき人は「未成年者の尊屬親、兄弟、伯叔父」だけで、戸主はその戸主たる資格においては、入つていない(二四四條)。しかるに、舊民法では「本家及ヒ分家ノ戸主」は當然に「親族會ニ列スル」ことに修正された(一七條)。また「戸主成年ナルトキハ家族ノ爲メ親族會ヲ設クルコトヲ要セス」(三條)という規定をあらたに設けたので、成年戸主は、戸主たる資格において「家族ノ爲メ親族會」がもつ

権限を併せ有することになったのである(例えば舊民法二二七條の場合)。この點は戸主の家族に對する權利を、實質的に強化したものといはねばならない。戸主が未成年者の場合にのみ、親族會が設けられることは、元老院提出案の「一般未成年者のための親族會」から「未成年戸主のための親族會」へ變貌したことを意味し、實際上、親族會がおかれる場合は局限されることになる。親族會に關する元老院提出案の條數一九カ條が、舊民法ではわずか七カ條に壓縮されたのは、それがためであらう。なお、このような大きな影響をもつ第一七三條のごとく規定を設けることは、すでに法律取調委員會で榎村から提唱されたところであり、それがここに實現したものである。⁽²⁸⁾

このほかのところでは、特に戸主權の強化というべき修正は見當らない。すなわち推定家督相續人が養親となる場合の許諾權(元老院提出案一六三)、家族の禁治産、準禁治産の宣告またはその宣告取消の請求權(元老院提出案三二七條三三六條三三七條三二二條、舊民法一〇九條)、家族の禁治産、準禁治産の宣告またはその宣告取消の請求權(四〇條、舊民法二二三條二三一條二二三條二二五條)、家族の後見人又は保佐人となる權利義務(元老院提出案二二六條二二八條三三三條)及び「戸主權ではない戸主權」といわれる「氏を稱する權利」(元老院提出案三五〇)、「廢家をなす權利」(元老院提出案三六一條、舊民法二五一條)等、いずれも元老院提出案そのままが、舊民法にひきつがれている。

かくして、再調査案以來、村田、榎村等の企圖した戸主制度と戸主權の強化は、舊民法の公布により一應その終止符がうたれたのである。私の利用した資料の範圍内においては、法律取調委員會において彼等が提案した問題で、舊民法のうちに實現しなかつたものは、字句のわずかな修正を除き、ほとんどなかつたといつていい。元老院提出案では採用されなかつた意見も、結局、舊民法では實を結んだのである。元老院調査委員會で、彼等及び彼等の同調者がさらにあたらしい戸主權強化案を提出し、それが否決されたような形跡も存在しない。否、若しそうした提案があつたならば、委員會の状況から推測して、舊民法の裡にかならず實現しえた筈であるが、そのような箇所は見出しえない。それは「僅かな時間で」「詳しく修正するが宜いと云ふたが其の事は出來ませぬでした」⁽²⁹⁾(三浦安の言葉)ためかも知れない。しかし、元老院提出案に對し、削るべき

は削り、修正すべきものは修正しえた彼等に取つて、舊民法の戸主制度と戸主權は、一應満足すべき状態であつたものといふべきであらう。

(1) 従来、舊民法編纂史關係の著書、論文において、元老院における審議の過程を述べたものは見當らない。この點は舊民法編纂史の首點といえるであらう。

(2) これらの委員中、審議の中途で榎村は行政裁判所長に(六月三十日)、尾崎は内閣法制部長に(七月七日)、森山は富山縣知事に(七月二十五日)それぞれ轉出した。その後任として補充されたのは壬生基彦、谷森眞男の二人と、殘る一人は長松幹が長與專齋のいずれか一人であつたものと推定される。その理由は親子の章にある「村田書入」の一節に「小、細、津、谷、壬、長、岡」の略語があり、議官の頭字と判斷されるが、この中「谷」「壬」「長」は當初の委員中に該當者がなく、轉任者の補充として加えられた委員名と思われるのであり、當時の議官中から該當者を拾うと「谷」は谷森、「壬」は壬生のみであるが、「長」は長松と長與と二人の議官が在任していたからである。因みに元老院議官の氏名、移動の年月等は、全て「顯要職務補任錄」に據つた。

(3) その前年、財産編、財産取得編第一部、債權擔保編、證據編等の審査を、元老院が行つた際にも「審査委員會」を設け、原案を若干修正したようである(小畑美稻談・第一議會貴族院における「民法商法延期ニ關スル建議案」審議の折の發言・「大日本帝國議會誌」第一卷二六二頁)。

(4) 本文で述べたごとく、楠本正隆は最初の委員會では廢案説を主張しているが、後に法典爭議の折には斷行論者の一人となつてゐる。「法典斷行ノ意見」法治協會雜誌第二號三五頁以下参照)。おそらく彼のごときが時事新報の指摘する「逐々の維持者」の一人であらう。

(5) 村田書入の一部に「八月十五日内閣委員請求ニ因り削ル」「熊」「内閣委員ヨリ誤正」(手塚)という文字がみられる。これは元老院の委員會に内閣よりも委員が出席していたことを示している。「熊」は熊野敏三とみてよからう。しかし、磯部、熊野兩名の整理案を審査した委員會だけに熊野(磯部については不明)が出たものか、あるいは五月以降の全ての委員會に内閣委員も出席したものでどうかは判明しない。元老院の法案審議には、政府委員が番外として出席し、提案理由を述べるのを通例とすることからみれば、全ての委員會に政府委員が(熊野か磯部?)出席したとしても不自然ではない。

(6) 村田書入には「八月十三日」「八月十五日」「八月十八日」の日附が散見される。再調査委員會はこの頃行われたのであらう。

(7) 従来、星野通博士はその多くの著書において、元老院の審議は、「各編毎に」「一括審議」であり、それが後の法典爭議の有力な原因であつたことをしばしば強調されている。しかし、法典爭議において特に問題とされた人事編及び財産取得編第二部については、前

に述べたように約三カ月の期間を費し調査委員による逐條審議が行われ、大量削除と修正が加えられたのであつて、本會議の「一括審議」は、そのしめくりにすぎない。この委員會の審議について全く述べるところなく、元老院審議を「一括審議」と斷定された星野博士の見解は、考證、説明の不足というべきであらう(明治民法編纂史研究・一〇二頁・民法典論争史・昭和二十四年版・八九頁―九〇頁等)。星野博士も「人事編は提出草案五百五十條の内二百餘條を大量削除して、内二百九十三條が通過し云々」といわれており(前掲論争史・九〇頁)、この提出草案五百十條が第一草案である誤りは別として、ともかく「大量削除」の事實はみとめておられる。その際「一萬千里の一括的審議方法」で、どのようにしてこうした「大量削除」が行われたのか。何故疑問を持たれなかつたのであらう。私は了解に苦しむ。

(8) 「大日本帝國議會誌」第一卷一六一四頁(第三議會貴族院における「民法商法施行延期案」審議の折の發言)。

(9) この期日も不明であるが、九月二十九日の朝野新聞には「民法殘部は、過般、既に樞密院に廻付しあれども同院にては未だ一回も議事を開かず且今後とても何時議事にするか明らかならざれど云々」とあり、その後十月七日公布までの期間に、民法審議の樞密院會議を報ずる新聞記事を見出しえないが、十月三日の日本新聞に「山田司法大臣は昨日正午頃樞密院へ出頭、午後四時退出せり」の記事があるから、あるいはその日に會議が行われたのかも知れない。また、これより先九月十一日の朝野新聞には「當局者はさきに民法の殘部を元老院に送付すると同時に樞密院にも送附せしに付大木議長らは現にその修正に着手せし後、元老院に於て充分なる調査を遂ぐると聞き既に着手したる修正を見合はせたる趣なるが云々」とある。樞密院の會議では修正なく可決されたものであらうか。但し樞密院に上呈した草案は後ちに本文で述べる政府の再修正を施した草案(舊民法公布案)であつたにちがいない。

(10) 前註(8)に同じ。

(11) 前掲大日本帝國議會誌・一六一六頁(同前)。

(12) 前掲書・二六二頁(第一議會貴族院における「民法商法延期ニ關スル建議案」審議の折の發言)。

(13) この檢視會の行われた月日は、十月十一日から十五日までおそくとも十七日までの間であつたものと推定される。何となれば本文に引用した十月十一日の朝野新聞には「本日以後に於て開會」とあり、同月十四日の同新聞には「目下元老院に滯ふる檢視案は、明十五日にて悉皆議了すべきに依り、其後は一の議案なきに至るべし」とあり、また同月十七日の同新聞には「檢視案も亦既に議了せるの今日に至り尙廢院の令に接せざるは何故か云々」とあるからである。元老院の廢止は十月二十日であつたが、この廢止に先立ち、政府は多數の法案を一舉に、元老院の檢視に附し、人事編もその一つであつた。

(14) 六カ條追加が事實とすれば、元老院委員會通過の人事編の條數は、二八七カ條であつたことになる。

- (15) 「養料」の問題と共に「準正」の問題も、法典争議の重要課題であつたことから考えると、その點も公布の際の追加であつたことは十分考えられる。なお、舊民法の養料に關する條文(二六條—二九條)は、元老院提出案における第三章第二節「養料ノ義務」(二七條—三五條)の中の一部(二七條—三〇條)に該當し、全然同じではないが、同趣旨である。
- (16) 元老院の修正削除を無視した政府の強行政策が、保守派の議官を刺激し、後ちの法典争議の際、村田、三浦等をして延期派の急先鋒にかりたてた一つの原因と考えられないだろうか。
- (17) 委員會通過案の正確な條文數を知りえないので、本文に掲げる修正後の條文數は全て舊民法のそれによつた。
- (18) 明治民法七七三條は、嫡母と繼父母とを同一に取扱ひ、實母の場合とは區別している。明治民法より舊民法の方が嫡母を重く考えていたのである。
- (19) 「民法正義」人事編卷一・三〇九頁。
- (20) 舊刑法第三五三條には「有夫ノ婦姦通シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス其相姦スル者亦同シ云々」とあるから、男子が處罰されるのは相姦者になつた場合だけである。
- (21) 「民法中修正案理由書」(博文館・明治三十一年)・一五五頁。
- (22) 「民法草案人事編理由書」下卷・八章三四枚表裏。
- (23) 前掲修正案理由書・一四九頁。
- (24) 前註(11)に同じ。
- (25) 前註(12)に同じ。
- (26) 外岡茂十郎「我國に於ける私生子法の誕生と私生子の範圍」三〇頁・早稻田法學第二〇卷。
- (27) 「人事慣例全集」(明治四十四年刊)五〇一頁五〇二頁。
- (28) 榎村の主張は、そのままでは元老院提出案に實現せず、その代りに、未成年の家族について祖父又は戸主が後見人となる場合に(元老院案三六條)、「親族二人以上ノ申立ニ因リ區裁判所ハ親族會ヲ組成セサルコトヲ得」(同前二)という妥協的規定が成立したのである。
- (29) 前註(24)及び(11)に同じ。

後記

資料關係の便を賜つた東大明治新聞雜誌文庫の西田長壽氏の御好意を謝す。また資料筆寫の助力を得た慶大大學院學生向井健君の勞を多とする。

(未完)