

祭祀財産承継に関する民法規定の変遷とその意義

小野 健太郎^{*1}

Changes in the Civil Code Provisions on Succession to Ritual Property

Kentaro ONO^{*1}

When a person dies, the issue of inheritance arises, but in Japan, the issue of succession of ritual property arises at the same time. The problem of succession of ritual property is the question of who will succeed to the family tree, ritual objects, and tomb of the deceased. In prewar Japan, in principle, only the eldest male son succeeded to the ritual property. In post-war Japan, due to the amendment of the Civil Code, the ritual property is succeeded by the one nominated by the decedent. The purpose of this research is to find out why the Civil Code in prewar Japan stipulated that only the eldest male heir could succeed to the ritual property. In order to find out the reason, this paper meticulously investigated the legislative process of the Civil Code of the Meiji era. In this paper, I paid particular attention to the views of Dr. Nobushige Hozumi and examined his opinions.

1 はじめに

ある人が死亡した場合、その者が有していた財産が誰にどのように承継されるかの解決基準として遺産相続の諸規定が民法の相続編に規定されているが、その諸規定とは別に、祭祀財産承継を対象とする民法897条が存在する¹。本条は、戦前に存在した「系譜、祭具及ヒ墳墓ノ所有権ハ家督相続ノ特権ニ属ス」（民法旧規定987条）という条文を抜本的に改正したかたちで、戦後新たに祭祀財産承継に関する条文として制定されたものである。系譜、祭具、墳墓の所有権の帰属をめぐる争いに関する条文であるが、戦前には家督相続人が当然承継していたものが、戦後は、祭祀主権者が、被相続人の指定、慣習、家庭裁判所の審判によって認定されることとなった。本条は、終戦後も一部の国民の中には長子単独相続制度を含めた

昔からの家族観を美德と解する者もあり、また、氏を同じくする者によって祖先祭祀を承継させたいという因習的な国民感情もあったことから、祭祀財産の所有権の帰属が争いになった際に、民法旧規定987条を削除してしまい、この解決方法を道義と習俗にゆだねることも躊躇されたことから、設けられたものとされている²。しかし、このようにして制定された本条に関しては、廃止削除されたはずの戦前の「家」制度の思想を温存しており、家族生活の民主化を阻害するものであるとして、そもそも民法典から削除すべきであるとの意見も有力であったし、現在も有力である³。

ところで、川島武宜博士は、イデオロギーとしての「家族制度」を論じ、明治民法の制定が契機となり、姓及び祖先祭祀の同一性に象徴される血統集団である「家」と、家父長制が結びついた「家族秩序」を形成するに至ったとする。ここで

*1 日本大学国際関係学部国際総合政策学科 教授 Professor, Department of International Studies, College of International Relations, Nihon University

は、父系血統の尊重、多産の尊重、祖先の尊重、伝統の尊重、など内蔵した「家」の意識（価値体系）と家長の権力とその支配権維持のための「しつけ」、家族内の「身分」の差別と序列、財産承継の独占などが内容とされるところの、「家的家父長制」が明治民法の下で形成されていったとする。そして、国民が、この家族秩序に固有なものの考え方、固有な行動様式に拘束されていき、ついには、このような家族制度が、明治政府の権力を支えるイデオロギーの地盤となったとする。ここにおいて「家族制度イデオロギーは、これを利用して国家権力の道具にまで高めるための観念形態である」⁴と評されることとなるのである。

本条の祭祀財産承継の問題も川島武宣博士が言うところの、家族制度のイデオロギーを内包するテーマである、といえよう。本稿は、祭祀財産承継の問題に関する民法の条文の歴史の変遷・経過をその当時（旧民法、明治民法）の立法者の見解を中心に概観する。祭祀財産承継の条文の形成過程を遡及しつつ立法趣旨を検討することにより、当時の立法担当者がいかなるイデオロギーを保有しつつ、本条の立法作業に臨んだかを明らかにすることにより、民法立法者の「立ち位置」を明確にする作業が、本稿の課題である。具体的には、旧民法財産取得編の法典編纂の際に参照したと思われる全国民事慣例を概観してみる。当時の祭祀の方法、相続システムなどの状況が部分的にはあるが知ることができよう。次に、旧民法財産取得編の検討、そして、法典調査会での明治民法旧規定の起草者を中心とする議論過程を検討する。その際、法典調査会の総会、主査会での議論も参照することにより、その当時の家族制度に関する立法者を含めた、法律家の立場の状況を明確にしていきたい。

2 葬儀埋葬、家督相続、相続権に関する全国の民事慣例について

明治維新後、民法制定（明治31年）までの時期における葬儀埋葬の方法、家督相続、相続権の問題に関する当時の国民の実像に関しては、『全国民事慣例類聚』⁵（明治13年）に記載があり、

ある程度の実態を把握することができる。もっとも、地方ごとの慣習はかなり異なるものがあり、江戸期から明治期への転換期であるため、社会、経済、法システムの移行期とも重なり、それぞれの諸問題の実態を一般化することは困難であるが、それぞれ特色ある地方の民事慣例を個別的に挙げてみたい。

1) 葬儀埋葬の方法

明治10年前後の埋葬方法には、土葬、火葬などがあり、埋葬場所としては寺院境内墓地のほか村落共同墓地もあり、また、個人の遺体・遺骨を単独で埋葬・埋蔵する場合と、一族の祖先を埋葬等している場所を共同使用する場合など、様々な様態があったようである。

『全国民事慣例類聚』によると、次のごとくが一般の通例とされている。

「凡ソ葬埋ノ時間ハ貧富ニ因テ日數錠リナシト云ヘドモ大抵舊曆二十四時或ハ死去ノ翌日送葬シ其送葬ノ途中相続人タル者禮服ニテ死者ノ位牌ヲ捧持スル例ニテ此事ヲ行ヒシ後ハ決ソ他ヨリ相続ノ權ヲ争フ能ハサル者トス故相続人定ラサル家ニテハ發引前相続争ノ紛議ヲ生スルコトアリ」⁶

上記一般の通例のほか、特色ある地方の慣習を挙げてみる。

「葬儀ノ節ハ死者血属ノ内ニテ必ス棺ヲ舁擔スルコトナリ而シテ其血族近キ者後ヲ舁シ之ニ次ク者前ヲ舁ス（父ノ棺椁ノ如キハ次男前ヲ舁シ長男後ニ在ルカ如シ）之ヲ要スルニ其家督ヲ譲リ受ヘキ者棺後ヲ舁スルヲ以テ慣例トナスコトナリ（河内國河内郡）」⁷とあり、これによると家督相続人は、棺桶の後方を担ぐという慣習がある、とするものである。

また、現在の静岡県の安倍郡では、「村方ハ講仲間ト號スル者アリテ互ニ葬埋一切ノ事ヲ営ミ中ニ就テ月番ヲ立テ奉行ト號スル役アリテ万端ノ指令ヲ為シ何人ト云ヘドモ其指令ニ違フ能ハス送葬ニハ近親ノ者柩ヲ擔舁スルコトナリ葬埋ハ丑寅ノ日ヲ忌ム故ニ持日ノ定メナシ然レドモ多クハ翌日葬埋スル例ナリ出棺ノ後三日ノ仏號シ神主山伏ヲ招キ祓除セシム此日仲間ヲ招キ饗スルコト定例ナリ（駿河國安倍郡有渡郡）」⁸、葬儀埋葬は、なん

でも取り仕切る奉行のもとで執り行われ、そののち、飲み食いをしてからのお見送りという様は、現在に近いものといえる。また、「葬埋ノ時ハ念佛講或ハ六親講等ノ名ヲ以テ一村内大抵六七十戸位組合平生葬式等ノ事ヲ申合置葬式ノ支度併ニ穴掘棺昇等ニ至ル迄一切引受周旋シ若シ貧困者ナレハ右講員各百文或ハ米一升等持寄り葬儀ヲ助クル慣習ナリ（陸前國遠田郡）」⁹などのように、村落内に一定の互助集団が形成されており、その集団が葬儀埋葬を取り仕切るだけでなく、生活貧困者の救済も行っていたところもある。葬式埋葬につき、男女の区別があるところもある。「葬埋ハ死去ノ翌日ヲ通例トス火葬ヲ行フ者ハ葬禮ノ当日ハ男子ノミ送り其翌日灰葬ニハ婦人ノミ送ルヲ例トス（越前國敦賀郡）」¹⁰である。地域によっては、明治維新後、村落共同体が崩れつつあることを指摘する地方もある。「葬式ノ節手傳ト稱シ村内毎戸一人（大抵下男等ナリ）ヲ出シ茶毘（棺ヲ指ス）或ハ装具ノ飾物ヲ携へ及ヒ奔走ノ用ニ供シ兼テ喪ヲ吊セシハ維新前ハ一般火葬スルノ風習ナルヲ以テ葬式ノ當日村内毎戸藁ニ束ツツ軒前へ出シ置手傳ノモノ行々之ヲ集メ火葬場ニ至リ焚料トナス従前ハ必ス毎戸出スベキ例ナリシカ追々減省シ十年前ニ至リテハ藁ヲ出ス者百戸中五六十戸ニ過ギザルコトナレリ（羽後國秋田郡）」¹¹とされ、維新後に村落共同体が変化したということであろうか。

2) 家督相続

家督相続に関しては、「家督相続スルトキ地所持ハ町方へ届出テ水帳（御図帳のこと、筆者注）ニ代替ノ手續ヲ記載ス家持ニ非サル者ハ町方へ届出ルノミナリ（撰津國西成郡）」¹²とされている、さらに詳細な記述のものとしては、「家名相続スレバ役所へ届ケ公儀名ト唱ヘテ其家ノ通稱ニ改メ其印形ハ世々改ムルコトナキ例ナリ或ハ通稱ニ改メサル者アレドモ名寄帳ハ其儘差置クコトナリ（駿河國安倍郡有渡郡）」¹³というものがある。また、「平民ニハ隠居ト云コトナシ父死去シテ子相続スレバ役場へ届出テ役場ニ於テ諸帳面ノ名前ヲ書改ルコトナリ（岩代國會津郡）」¹⁴として、平民に隠居制度の実態がないことを明言する地方

もある（越後國刈羽郡も同様）。他方、「六十歳以上ハ踏繪ノ式ヲナサザルヲ以テ役場ニテ隠居ト見做シ戸主ノ名ヲ書改ムル例ナリ新戸主タル者父生前ハ其家ノ通稱ニ改メザル例ナリ（豊前國下毛郡）」¹⁵などは、60歳をもって、当然隠居とする例もある。また、遺言書に関し、「戸主タル者ハ遺言状ト稱シ存生中豫メ死後ノ相続人ヲ定メ之ヲ書面ニ記シ封印シ該町役人へ出シ置クヲ例トス戸主没スルトキハ親族隣保町役人立會ノ上之ヲ開キ其遺言ニ據リ相続人ヲ定ムルコトナリ但遺言状中跡相続ノ事ヲ記載セザルカ又ハ白紙ナルカ又ハ遺言状差出サザル内死去スルトキハ更ニ親族商議ノ上相続人ヲ定ムルコトナリ（越中國射水郡）」¹⁶とし、相続の際、遺言状作成を通例とする。同様に、「家督相続ハ町會所ニ於テ讓人ト相続人トノ連署ヲ見届ケ然ル後戸籍ニ記載ス就中戸主ハ必ス存生中遺言状ヲ組合へ差出シ置ノ慣例ニ因リ家督相続ノトキハ其遺言状ヲ出シ前主ノ遺言状ト更喚セシム戸主死後ノ相続ハ其存生中出シ置キタル遺言状ヲ肝煎ノ面前ニテ親族及ヒ組合頭立会ニテ披ラキ（方言之ヲ遺言技ヲキト云フ）肝煎之ヲ見届ケ万一不當ナルトキハ町奉行ニ届テ裁決ヲ請ルノ慣例ナリ（加賀國石川郡）」¹⁷として相続の際、遺言状作成を常とする場合に言及している。

3) 相続権者

一般的には、「相続の順序ハ戸主ノ見込次第」であり、「長男ヲ分家シ幼子ニ相続セシムル等」の場合も多いものの「長男ヲ以テ相続人ト定ルコト」が通例であるとする¹⁸。ここでは、このように、末子相続の例が多いことが触れられていることが注目される。また、地方により様々な対応があることがわかる。例えば、「相続ノ權ハ長男ニアリ村方ニテハ耕業ヲ勵マス為メ長男ヨリ順々ニ分家セシムコト多シ皆戸主ノ見込ニ從テ適宜ノ所分ヲナスコトナリ（尾張國愛知郡）」¹⁹という。これなどは、末子相続の範疇といえる。また、「男女ニ限ラズ總テ年長ノ者相続スルノ權アリ（伊豆國田方郡）」²⁰や「男女ニ限ラズ先ニ生レシ者相続スル風習ナリ（常陸國新治郡）」²¹などのように、年長者相続も見られる。「農家ニテハ長女アレバ婿ヲ迎ヘテ相続セシムルヲ例トス力役ノ

便利ニ従フナリ（陸中國膽澤郡）「農家ニテハ男子アル者モ長女アレバ婿養子ヲ迎ヘテ相続セシム力役ノ勞ヲ分ツカ為ナリ（羽前國田川郡）」²²とし、東北の農村での同様の慣行がみられる。

4) 葬儀埋葬の方法は、地方ごとで多様である。しかし、死亡者の家族のみでの葬送ではなく、地域住民・地域社会が共済した形での葬儀の実現を図っていたようである。これは、火葬であれば茶毘に付すまでの行程には多くの人力を必要とするし、土葬であっても出棺、埋葬まで一連の過程で近隣住民の協力が不可欠であることから容易に想像できる。

徳川時代の武士階級においては、受封者はその封禄を処分する権利を認められておらず、遺言をもって封禄を諸子に分割相続せしめることはあり得なかった。これに対して、資料からもわかることであるが、庶民法では、遺言相続が原則とされており、法定相続は例外となっていた。善良なる家父は、その生前に遺産の帰属を確定することを通例とするだけでなく、法律上の職責とされていたようである²³。また、上記に検討した民事慣例類集の資料から示されているように、庶民層の財産相続は、分割相続を通例とし、単独相続ではないことがわかる²⁴。

3 旧民法（財産取得編294条）の下での祭祀財産の承継（家督相続の特権）

1) 旧民法（財産取得編294条）よりも前に民法草案獲得編が起草されていた²⁵。

第一千五百二十五条 法律上ノ相續ヲ家督相続及ヒ普通相続ノ二種ニ區別ス

第一千五百三十条 系譜爵族稱世襲財産祭先具墳墓地屋號商標本宅其他相傳ノ重器ハ其家所属ノ特権ヲ組成ス

第一千五百三十二条 戸主家督相続ノ所属部分ヲ規定セサルトキハ法律上之ヲ規定スルコト左ノ如シ普通相続人一人アルトキハ三分ノ二又二名アルトキハ二分ノ一又三名以上アルトキハ三分ノ一トス

この民法草案獲得編に関する立法理由に関する資料が今回入手出来ていないため十分な検討ができていないが、祭祀財産承継に関する1530条の列記されている項目は、これから検討する旧民法財産取得編294条よりもかなり広い。族称、本宅及びその宅地、相伝の重器などを含んでいる。次に見る旧民法でこれらが削除された理由は明確でない。今後の課題としたい。

2) 旧民法（1889年、明治22年）の規定では、相続には、家督相続と遺産相続があり（財産取得編286条）、祭祀財産の承継に関し、次のように規定されていた。

財産取得編 第294条

家督相続人ハ姓氏、系統、貴號及ヒ一切ノ財産ヲ相続シテ戸主トナル

系譜、世襲財産、祭具、墓地、商號及ヒ商標ハ家督相続ノ特権ヲ組成ス

ア) 家督相続とは、戸主の死亡または隠居により生ずる相続（財産取得編287条）であり、家督相続に際し、家督相続人は、被相続人の姓氏、家系、華士族の称号を継承し、その有した一切の財産を相続し、新たに戸主となるものとされた。その際、「前主ノ負擔セシ債務又ハ其為シタル遺贈ヲ弁済スルノ義務ヲ負擔ス」²⁶と解される（包括承継）ことは解釈上確定していた。もっとも、被相続人の「一身ニ附着スルモノタルニ過キザル爵位ノ如キ」²⁷ものはここには含まれないと解されていた。また、2項で系譜、世襲財産、祭具、墓地、商號、商標などが列記され、家督相続の「特権」と規定された。系譜＝家系図は、一家存立の由来を明らかにするものとして、祭具、墓地は、祖先以来の死亡者に対する祭祀を断絶せしめない必要から、世襲財産、称号及び商標は、その家の維持生活の基盤となるものとして、代々家督相続人において相続すべき特権に属するもので、他に譲渡や遺贈することができないものと解されたからである²⁸。

イ) 旧民法の家族関係法の立法草案担当者である井上正一博士は、本条2項の意義に関し、「特

ニ第二項ニ系譜、世襲財産其他ノモノヲ列記シタル所以ハ被相続人が遺贈ヲナスコトヲ得ル財産ト法定相続人ニ貯存スベキ財産トノ部分ヲ定ムルニハ爰ニ列記スル所ノモノ即チ家督相続ノ特権ヲ組成スルモノヲ控除スベキモノタリ（第三百八十三条）然ルニ其家督相続ノ特権ヲ組織スルモノハ如何ナルモノナルヤハ即チ本條第二項ニ列記シテ始メテ之ヲ知ルコトヲ得ルニ因ル而ソ爰ニ列記スルモノハ總テノ家督相続人ノ承継スルニ非シテ獨リ法定家督相続人ノ承継スベキモノタルコトヲ知ルベシ（第三百八十三条、第三百八十四条）」²⁹と述べている。このままでは難解なので、引用されている条文を明記してみよう。

財産取得編 第383条

遺贈ヲ為スコトヲ得ル財産ト相続人ニ貯存ス可キ財産トノ部分ヲ定ムルニハ家督相続ノ特権ヲ組成スルモノヲ控除ス

財産取得編 第384条

法定家督相続人アルトキハ被相続人ハ相続財産ノ半額マデニ非サレバ他人ノ為メ遺贈ヲナスコトヲ得ス

家族ノ遺産ヲ相続スル卑屬親アルトキモ亦同シ

財産取得編 第387条

減殺ス可キ分量ハ相続ノ時ニ現存スル總テノ財産ノ評価額ヨリ被相続人ノ債務額ヲ控除シタル余剩額ニ付キ之ヲ算定スル

これらの条文は、被相続人が相続人を害してその財産の全部を遺贈することができないことを示すため、被相続人が遺贈することができる財産の部分を決め、もしその額を超過して遺贈をしたときはその超過する部分を減殺すべき旨定めた規定である。いわゆる遺留分減殺請求の規定である。

財産取得編383条は、被相続人が相続権を有する卑属の者が存在するにもかかわらず、すべての財産を他人のために遺贈することを認めることは、遺言自由の原則を濫用するものであり、相続の放棄ができない法定家督相続人にあつては相続人の名称があるだけの存在となってしまう³⁰。そこで「若シ貯存相続人が法定家督相続人ナルトキ

ハ即チ第二百九十四條ニ掲ケタル家督相続ノ特権ヲ組成スルモノヲ控除セザルベカラス何トナレバ此財産ハ家督相続人タル者ノ世襲財産ノ如キモノナレバナリ」³¹とした、系譜、世襲財産、祭具、墓地、商號、商標などの財産は、被相続人が自由に遺贈をすることができる財産の対象から当然除外されるべきものであり、まさに、法定家督相続人の承継する財産＝家督相続の特権とされるわけである。なお、井上正一博士は、財産取得編384条に関し、立法論として法定家督相続人に限らず、指定家督相続人や任意家督相続人にも減殺請求の主張を拡張することが「一家ト稱スルモノ随テ戸主ト稱スルモノニ重キヲ置キタル」³²我が民法に適するし、一家の維持に必要な財産を貯存せしめようとした本条の趣旨にかなうとする。

この様にして、「相続人アル場合ニ於テ被相続人が他人即チ相続人ト家ヲ同フスル者又ハ外人即チ相続人ト家ヲ同フセザル者ノ為メ遺贈ヲ為スコトヲ得ル財産ノ部分ハ第三百八十七條ニ於テ尚ホ詳述スベキカ如ク相続財産ノ半額ナリ而シテ他ノ半額ハ則チ貯存財産ニシテ他人ノ為ニ遺贈ヲ為スコトヲ得サルモノナリ」³³とし、その超過部分につき減殺請求を認めることとしたわけである。

ウ) 立法当時、減殺請求を生ぜしめるような被相続人による遺贈行為が、現実にとどの程度発生していたのかは明らかではないものの、江戸期において町人においては分割相続が行われており、財産の分割は遺言によることを原則としていた、との指摘を考慮するならば、本条関係の諸規定は遺言相続を基本としていた旧町人層に主たる需要があったかもしれない³⁴が、士族層に遺言相続の慣行がなかったと解されることから、士族層には家督相続の特権としての本条の存在意義は重要なものとして意識されなかったかもしれない。

4 法典調査会での民法旧規定987条の審議

法典調査会（第175回）で、旧民法財産取得編248条をベースとして、明治民法としていかなる祭祀財産の承継に関する条文を策定するか議論が展開する。祭祀財産の内容に関する議論の深化がみられる。ここでは、法典調査会（175回）の

検討に入る前に、同じく法典調査会の主査會と總會での議論も検討対象としたい。祭祀財産承継の問題からは少し対象範囲が拡大し「隠居制度」と「戸主制度」に関する議論であるが、立法担当者である穂積陳重博士の家督相続・家制度に関する立場をよく知りうる資料として参考となることから参照対象とした³⁵。

1) 法典調査会民法主査會（第5回議事速記録）

まず、法典調査会民法主査會での議論を見ていく。ここでは、「隠居ニ關スル規程ハ之ヲ親族編ニ掲グルコト」の如何が問題とされた。立法提案者である穂積陳重博士が提案理由を説明した。旧民法において隠居の規定は、財産取得編の一部として規定されていたが、新法ではこれを新たに規定する親族編に掲げるものとする。理由は「此ノ隠居ハ重モニ家督相続ノ原因デアッテ財産相続ト云フ方ノ感覺ハ段々近頃ニナル程薄クナッテ」いることや、旧民法上の隠居の家督相続の特別規則は財産相続の規定というよりも隠居それ自身の規則に属していると解されていることから「隠居ト云フモノハ財産相続ノ原因トナッテ法典ニ現ハレテ居ルヨリハ寧ロ身分相続ノ原因トナッテ既成法典ニモ現ハレテ居リマスカラ戸主ノ資格ノ變ル所ヘ置ク方ガ相當ト思ヒマ故ニ之ヲ親族編ニ掲グルガ宜イト思ヒマス」³⁶と説明した。すると、議長の西園寺公望から、隠居制度の必要性を尋ねられたため、穂積博士は引き続き「戸主ト云フモノノ私法上ノ關係ハ近頃ハ餘程薄クナッテ来マシタカラ固ヨリ昔ノ如ク隠居ト云フモノハ是非共置カネバナラヌト云フ程ノ必要ハ殆ド無イ様ニナッテハ居リマス乍併從來極メテ必要ナモノデアッテ夫レガ數百年間續イテ居リマスカラ今日ニ至ツテ既ニ其必要ノ理由ノ大部分ハ消滅シマシテモ未ダ一般ニ行ハレテ居リマス故ニ今ニ於テ此ノ隠居ノ規則ヲ民法中カラ省イテ仕舞ウト云フコトハ或ハ尚ホ早カラウト思ヒマス」³⁷と説明した。過去においては意義を有した制度であったが現在においてはその役割は縮小したものの民法から削除するまでとは解されないというものである。これに対して、西園寺議長から隠居制度、戸主制度の廃止の提案がなされた。すなわち、「隠居ト云フモノハ

民法カラ削除スルト云フ動議ヲ提出致シマス元來隠居バカリデハナイ戸主ト云フモノモ不用ナモノデ實ニ是等ハ封建時代ノ餘習デアル今日我國ニ於テ封建ノ制度ガ既ニ破レテ仕舞ツタ以上ハ是等モ亦タ自ラ封建ト共ニ消滅スベキモノデアラウト思イマス」³⁸との提案であった。西園寺公望議長から、戸主制度、隠居制度は封建遺制なので廃止すべきと提案されるとは予期していなかったかもしれない。高木豊三委員は削除に賛成したが、末松謙澄委員は、実際に行われていることから民法典に記載すべきとする。起草者である梅謙次郎博士は、「唯今戸主廢止兼隠居廢止ノ御説ガ出マシタガ私ハ極ク賛成シタイノデアリマス其御趣意ニハ至テ同感デアリマスケレドモ奈何セン今日ニ當ツテハ未ダ澤山行ハレテ居ルノデアリマス・・・残念ナガラ之ヲ存スルト云ウコトニ賛成シテ居ルノデ西園寺さんニ賛成シナイノハ其説ヲ悪イト思ッテ賛成セヌノデハナイト云ウコトヲ申シテ置キマス」³⁹と述べ、西園寺議長の提案に賛意を示しつつも削除できないという立場であり、いささか歯切れが悪い。熊野敏三委員も「隠居ト云モノハ元來弊ノアルモノデアリシクナイト云フコトハ明カデアルカラ」⁴⁰削除に賛成した。西園寺議長は言い足りなかったのか、これまでのすべての議案についてはさすが法律家の「御起草デアルト感心致シテ喜ンデ御同意致シテ居リマシタガ」、戸主制度、隠居制度には納得がいかないとされた。それを認めることは、「尤モ其處ガ日本ノ神国タル所デアルカモ知レマセヌガ私ハドウモ恥カシイコトデ如何ニモ残念デアルト思ヒマス」⁴¹とまで発言している。戸主、隠居制度が封建制度の遺物でそれに関する規定を置くことは「恥ずかし」と感じている。また、「神国日本」を揶揄したニュアンスで発言されているところが注目されよう。その後、高木委員からの削除賛成意見、村田保委員から法律取調委員の際にも議論され、結局、隠居制度が現実に利用されていることから制度が存続している、との説明などが展開した。西園寺議長から削除賛成者に対する議決の提案がなされたが、賛成者少数で否決⁴²された。

ここでは、当時の立法作業に関わった委員の中には、隠居制度、戸主制度に否定的なものが存在

したこと、立法担当者の一人である梅謙次郎博士もそうであるし、西園寺公望公もその立場であったことが注目される。

2) 法典調査會民法總會

(第三回 明治二十六年七月四日)⁴³

次に、法典調査會民法總會（第3回）での議論を検討していく。総会とはメンバーが異なる。ここでは、伊藤博文が議長で、民法第4編親族編の全体に関する問題点を議題とした。開始早々、末延道成委員が第4編第2章「戸主及び家族」という表題の「戸主及び」の部分の削除を提案した。末延委員は、「戸主ト云ウモノハ少シモ効能ノ無イモノデアル・・・誠ニ少シモ効ノナクシテ是程害ノ有ルモノハナシ故ニ此戸主ヲ廢シテ仕舞ヒタイト思ヒマス」⁴⁴との提案をしたところ、渋沢栄一委員も、「末延君ニ賛成シマス全體戸主ノ制度ハ餘程古イ制度デアルカラ之ヲ廢スルニ就イテハ随分強イ反対モアリマセウケレドモ日本ノ将来ノ爲メニハ無イ方が宜シイト思ヒマスカラ末延君ガ勇氣ヲ出シテノ御發言デアルカラ私モ之ヲ賛成シテ置キマス」⁴⁵とこれに賛同した。日本の資本主義の育ての親とされる渋沢栄一が、戸主制度は古い制度であり日本の将来のためにはないほうがいいとして、戸主廃止論に賛意を表明しているのである。磯部四郎委員も戸主廃止に賛成し、戸主の必要性を立法担当者に質問した。それに対し、民法起草者である穂積陳重博士（渋沢栄一の娘婿）が戸主必要論の立場から答弁している。穂積博士の家族制度に対する法律進化論的な認識論が含まれており、長文になるが引用したい。「一體私共ノ考ハ今日迄社會ニ成立ツテ居ル事ヲ法律ヲ以テ一撃ノ下ニ破リ日本ノ家族生活ヲ破ツテ仕舞フコトガ出来ルヤ否ヤト云フノガ疑問デアル戸主ト云フ名ヲ民法ニ廢スレバ家族生活ガ廢サレルノカ何ウカ即チ戸主ト云フモノヲ廢スレバ日本ノ人が財産ヲ持テ生活ヲ立テル上ニ於テ一人一人生活ヲ立テテ行く様ニナルヤ否ヤ一個人ガ或ル共同場ニ寄ツテ居ル様ナ工合ニナレルヤ否ヤト云フ問題ガアリマス夫レデ我々ノ考フル所ニ依レバ公法上ノ制度ノ改革ト云フ様ナモノナラバまだしも（ママ筆者注）ノコトテ随分強ヒ變動ガ出来マセウ併シ是

レトテ全ク人民ノ考エ無イ事ヲ法律一遍テ變更スルコトハ六ヶ敷イコトデアル立派ナ商法ガ出来レバ商業ガ盛ンナリ航海法ガ出来レバ航海ノ業ガ盛ンナルト云フ様ニ法律ノ力ガ強イモノナレバ我々ハ幸デアリマスガ悲イ哉サウハ行キマセヌ唯ダ進歩ヲ妨ゲナイ或ハ進歩ノ妨ヲスルモノヲ妨ゲルト云フ事ハ出来マセウ保障的獎勵的ノ事ハ出来マセウ併四萬ノ人民ノ生活ヲ一遍ノ民法テ變ヘラレヤウトハ思ヒマセヌ而シテ唯今ノ日本ノ戸主ノ位置ハ公法上ノミナラズ人民私ノ生活ニ於テモ戸主ガ中心トナツテ居ルノデアリマス併世ノ中ノ進歩ヲ害スル様ナ法律ハ作ラナイ積リテ御座イマス或ル部分ニハ段々家族ノ中ニ獨立生活ヲ營ム者ガ出来テ來ル而シテ家ガ分割シテ別戸スル夫レガ段々進歩シテ來レバ段々ト一人一人獨立シテ生活スル様ナ進ミニナツテ來ルカ知レマセヌ併分家ヲ禁ズルト云フ様ナ事ガ無ケレバ唯今ノ實際ニ合フ様ナ規定ヲシテ置テモ社會ノ進歩ハ少シモ妨ゲナイデアリマス個人生活ニナツテ行くヤ否ヤ其處等ノ事ニ就テ此處ニ心配セズトモ其家族ノ能力ノ進ミ位置ノ進ムニ從テ漸々進歩スルコトハ此慮ニ防グノデアリカラ差支ナイト思ヒマス夫レデ現今ハ戸主ガ財産ノ中心トナツテ居ルカラ我々ノ大體ノ考ハ矢張り今ノ有様ニ於テ戸主及び家族トイフコトヲ本ニ置テ而シテ進歩ヲ妨ゲナイ様ニ其必要ニ依テ分家スルトカ或ハ家族ノ位置ニ在ル者ガ獨立スルトカ云フ様ナ事ニハ少シモ妨ゲナイ様ナ規定ニシテ置クノガ實際ニ當ルデアラウト思ヒマス如何ニ此五六字ヲ除イタカラトテ日本ノ家族生活ガ二年ヤ三年ニ忽然壞レテ仕舞フ様ナコトハナイト思ヒマスカラ省イテモ省カレヌモノデアル然ラバ之ヲ規定シテ其弊ヲ除ク様ニシテ而テ今日ヨリ尚ホ進ンデ往ケル道ガアレバ其門戸ヲ開イテ置ク様ニシタ方が宜カラウト思ヒマス」⁴⁶と説明している。

穂積博士は、①戸主制度を廃止すれば、日本人が財産を保有し「一人一人生活を立てて行く様に」なりうるか、ということに関し疑念を有していたようである。英国留学し、英国の法曹法院での教育を終了した穂積博士にとって⁴⁷、西欧流の市民社会を形成するには当時の日本人ではいまだ熟度不足であると認識していたのではなからう

か。また、穂積博士は、②人民の考えにないことを法律一遍で変革することは難しく、法の役割を社会の進歩を妨げない、進歩の妨げをするものを妨げる、という保障的・奨励的役割を持つにすぎないものと説明されている。そして、③当時は、公法上のみならず私的生活においても「戸主が中心」となって社会生活が営まれていると解したが⁴⁸、「世の中の進歩を害する様な法律は作らないつもりで御座います。」とも明言し、家中に独立生活を営むものが出てきて、家が分割され「それが段々進歩してくれば一人一人独立して生活する」時代が到来するかもしれない、と予想していた。④立法担当者としては、当時の現状に鑑み、「戸主及び家族」と題した民法第4編第2章を規定するものの、個人個人の進歩を妨げないように、分家の規定など家からの独立を妨げないような諸規定を整備しておくことが肝要であると答弁されている。

ここでの穂積博士は、戸主制度推進派というより、現状維持派といえよう。そして、戸主制度が将来日本においても解体し、一人一人が社会生活を形成するような進歩を否定しないとする立場である、と解することもできるのではないであろうか。

その後、委員間での質問が展開されたが、穂積八束委員が、「先刻来承ツテ見ルト親族編ノ如キハ成ベク舊来ノ習慣ニ依テ規定シテ置テ社會ガ其レヲ棄テタ後ニ於テ法律ハ後カラ追テ往クト云フ守舊的ノ極ク穩カナ精神ノ様ニ思ヒマス私モ成ルベク左様アリタイト思ヒマスガ・・・」と述べ、立法者の立場に賛意を表明するとともに、第5章親権との表題を「父権」と変更すべきではないか、との質疑を提出した⁴⁹。これに対し、穂積陳重博士は、しかしながら「父権トシテ父ノ權丈ケニシテ置ケバ父ノ無イ時ニハ全ク其子ハ自然ニ親ノ權力ノ下ニ在ル保護ノ下ニ在ルト云フコトハ無クナルノデアリマスカラ之ハ成ルベク雙方ニ通ズル親ト云フ字デ置テ貫ヒタイノデアリマス・・・」⁵⁰と答弁し、親権のままで良いとの答弁をしている。最後に、伊藤博文議長から「末延君ノ戸主及ト云フ四字ヲ削ルト云フ説ニ同意ノ諸君ノ起立ヲ請ヒマス」⁵¹とされるも、起立者「少数」で戸主削除

案は、否決された。

3) 第175回法典調査會議事速記録⁵²

最後に、法典調査会175回の議論を検討していく。旧民法財産取得編294条は、最終的には民法旧規定987条となるのであるが、議論当時は、第973条として提案され、家督相続の効力と祭祀財産承継の問題とが一つの条文として提案された。

第九百七十三条

家督相続人ハ相続開始ノ時ヨリ前戸主ノ有セシ一切ノ権利義務ヲ承継ス但前戸主ノ一身ニ専属セシモノハ此限ニアラズ
系譜、祭具及び墳墓ノ所有權ヲ承継スルハ家督相続ノ特權ニ属ス

ア) 本条の立法理由について、起草委員の穂積陳重博士の見解を要約してみる。①既成法典（旧民法財産取得編294条1項）には、家督相続人の権利義務承継時期を明示していなかったところ、「相続開始ノ時ヨリ承継ス」と明確にしたこと。②既成法典（旧民法財産取得編294条1項）には、「姓氏、系統、貴號及び一切ノ財産ヲ相続シテ戸主ト為ル」と記されているが、この「戸主ト為ル」ということは、「家督相続人」ということで明らかになることからこれを削除した。「姓氏」に関しても、「戸主及ヒ其家族ハ其家ノ氏ヲ稱ス」（七百五十四条）と規定することから重ねて規定しないこととした。くわえて、系統、貴號、爵、族称などを規定から追加・削除するかを検討したことを述べた後、「戸主ガ其家ヲ継グト云フコトハ公法ニ属シマスコトデアリマスカラ之ヲ民法ノ中ニ定ルト云フコトニ致シマセヌノデアリマス」⁵³と発言していることに注目したい。前章での民法主査會での西園寺公望議長からの戸主制度廃止の提案とその議論をした際には必ずしも明確ではなかったところで、戸主制度そのものを選択するか否かは公法的な制度（国家的制度）選択の問題として位置づけていることを明言した。③第2項で、既成法典（旧民法財産取得編294条2項）に特権として列挙されていた「世襲財産」に関して、「之ハ別ニ華族世襲財産法ナルモノガ

アリマスカラ其方ニ譲ツテ此処ニハ夫レハ挙ケマセヌ」⁵⁴として、削除した。④既成法典（旧民法財産取得編294条2項）には「墓地」と規定されていたが、墓地は戸主がその所有権を有している場合、地上権を有している場合、借地権のようなものを有している場合等あることから、「墓地の所有権」ではなく、家督相続人は、「墳墓」の所有権を承継する⁵⁵ものとした。なお、「遺骨遺骸ノヤウナ物ニ所有権ガアルヤ否ヤ之ハ此処デハ論シナイ方ガ宜シイカモ知レマセヌ」⁵⁶として議論はしていないが実際には問題となりうることを認識していたことがわかる。⑤第2項で、既成法典（旧民法財産取得編294条2項）に特権とされていた「商号及ヒ商標」も削除した。これらのものは、「特ニ家ニ屬スルト云フコトハ既ニ古イ考デアリマシテ且其家ト云フモノニハ近頃ハ関係シタコトデナイ」⁵⁷と考えてからである。「家ノ稼業ハ次男ニ任セヤウト思フ或ハ商標ハ他人ニヤルトシテモ少シモ家督相続ト云ウモノニハ差支ヘマセヌ」⁵⁸と解するからとする。

イ) さて、質疑が始まると、土方寧委員から、日本の家族は「顔シタクナイ」「為ラウコトナラハ打顔シタクナイノミナラズ幾分カ之ヲ法律デ存シ置キタイ夫レガ日本ノ國体デアルト云フ考エデアリマス」⁵⁹という発言があり、家族制度維持のために遺留分制度に加えて、「世襲財産ト云フコトガ余リ大業ニ聞エルト云フコトデアレバ「家産」トカシテ現在ノ戸主ガ家ノ財産トシテ勝手ニ処分スルコトハ出来ヌ」⁶⁰というような制度にすることを提案する。「家督相続ノ実ニ伴フヤウニシタイガ為メニ或ル財産丈ケハ家ヲ重ンスル為メニ其家ニ付テ往ク現在ノ戸主ハ動カスコトハ出キヌト云ウヨウニシタイ為メニ「家産」ト云ウコトヲ入レテ置キタイト云ウ考デアリマス」⁶¹とされる。この提案は議論にならなかったが⁶²、民法学者である土方寧博士が戸主制度、家督制度の積極的な擁護論者であったことがわかる。また、穂積陳重博士は、系譜、祭具、墳墓等は、家督相続人でなければ承継することができない、他の次男等に分属できないと、説明されている⁶³。その後、「一身専属権」の解釈の議論が展開されていく中で、既成法典（財産取得編）立案にかかわった

とされる井上正一博士が、本条2項の意義について、「之ハ遺言スルコトハ出来ヌトカ何ントカ云フコトデ家督相続人ニ遺シテヤラナケレバナラス他人ニヤルコトハ出来ヌト云フダケノコトデ規定シタノデアリマスマイカ」、つまり、遺留分減殺請求の基礎となる部分を示したものにすぎずそれ以上の意味は民法的には存在しない、との意見を示した。それゆえ引き続き「此「家督相続ノ特権ニ屬ス」ト言フテモ要スルニソレ丈ケノコト」⁶⁴ではないか、という見解を述べられた。これに対して穂積陳重博士は、「御尤モノ御話シデアリマス」⁶⁵としつつも、「家督相続ノ本旨ト云フモノハ夫レハ此第二項ガアルカラシテ大變ニ明カニ為リハ致シマスマイカドウシテモ之ハ家督相続人ガ承継スベキモノデアリマスカラ夫故ニ他人ニ譲渡スヘキモノデナイト云フコトヲ表テカラ書イタ」⁶⁶と説明されている。穂積陳重博士は、家督相続の本旨を祭祀承継と解されており、それを本条で明示した、とされるわけである。

ウ) 奥田義人委員からは、この家督相続の「本体ヲ顕ハス」とされる本条の二項の削除論が提案されている。すなわち「自分ハ殊更ニ斯ウ云フ事ヲ顕ハスノ必要」⁶⁷はなく、祖先祭祀等も子がこれらを承継するものではあるが、ことごとく戸主のみがそれを承継すると規定する必要はない、と解しての削除論である。尾崎三良委員も第二項削除論を提案するが、その趣旨は奥田委員とは異なり、「此第二項ハ飾リ物ト云フ論モアリマシタガ是ガアル為メニ家督相続ガ軽々シク見エル家督相続ト云フモノハ裏面ニ於テ重キヲ置カシメテ置ク方ガ宜シイ」⁶⁸から削除を提案した。

穂積陳重博士は、これら削除論に対し、本条2項存続の必要性を説明する。すなわち、「家督相続ト云フ血筋ヲ重ンズルト云フコトヲ考ヘテ見テモ又家督相続ト云フモノハ祖先ノ祭リヲ絶ヤサス祭リヲ重ンズル祭リヲ繼承スルト云フコトが大變ナーツノ重モナ部分ニ為ツテ居ツテ財産相続ト云フモノハ却テ夫レノ付属物トナツテ居ツタノデアアルマイカー一躰何処ノ相続法デモ昔シハサウ為テ居ツタト思ヒマスガ財産相続デナイ祭リノ相続ト云フ所カラ始ツタノデアラウト思ヒマスガ」⁶⁹、これに対し、家督相続が「昔ノ風デ往カナイ」⁷⁰

として廃止の意見もあるが、系譜、祭具、墳墓等を家督相続が承継することは、「是カーツノ社会上経済上ニ関係ガアルナラバ変ヘナケレバナラヌガサウ云フコトニハ一向差支ナイ而シテ風儀上社会上善イ事デアル」⁷¹とされる。家督相続人が祖先祭祀を承継することは、社会経済上に悪い影響を及ぼすような問題とはとらえずに風儀上「善イ事」ととらえている。そして、「我邦ニ於テ是ガ大キナ害ガアルト云フコトナラハ又能ク考ヘテ見ナケレバナラヌガ害無クシテ益ハアラウト思ヒマス」と説明している。

エ) この法典調査会(175回)での議論から起草者が戸主制度、家督制度、祭祀財産承継をどのように考えていたかは、その全体像を明確にすることはできない。ただ、穂積陳重博士は、家督相続というものを祖先の祭祀を絶やさないこと、祭祀を重んじ祭祀を承継することである、と解しているし、そのことは社会経済上問題となることではなく、徳義上善いことであると確信していた。穂積陳重博士は自分たち起草委員が「家」というものに関して、土方寧博士などと比べ、中立的な立場であると考えていたようである⁷²。

5 むすびに変えて

この様に、現行民法897条は、旧民法財産取得編(明治22年)から、明治民法旧規定(明治31年、1898年)を経て、日本国憲法制定を機に新たに制定された。旧来の家督相続制度が廃止され、系譜、祭具、墳墓という祭祀財産は、相続財産とならずに、祭祀主宰者が承継することになるが、その祭祀主宰者は、①被相続人の指定、②慣習、③家庭裁判所の審判により選定されることが規定されるに至った。本条の規定の意義に関し、筆者の恩師の一人である石川教授は、「一見素人目には定かでない条項でだが、これを一箇所に集めれば元の太い濃い線になるという具合で、現行民法上の祭祀条項は、祭祀財産の承継を家督相続の特権とした旧987条のゴーストといえるのではないか」⁷³として、本条の存在を強く批判された。もっとも、その後、本条の実務上の運用は、家庭裁判所を中心として「祖先の祭祀は今日もは

や義務ではなく、死者に対する慕情、愛情、感謝の気持ちといった心情により行われるものであるから、被相続人と密接な生活関係、親和関係にあって、被相続人に対し上記のような心情を最も強く持ち、他方、被相続人から見れば、同人が生存していたのであれば、おそらく指定したであろう者をその承継者と定めるのが相当である」⁷⁴という方向で判断されており、長男、長女、次男、配偶者、内縁関係の女性など、それぞれの関係当事者のもとで系譜、祭具、墳墓の承継にもっとも適したものを選定するようになっている。

本条は、ときに家督相続=旧家制度の残滓の条文と評されることもあるが、本稿での制定過程の簡単な検討からすると、明治期の立法段階(明治26~30年)の時期での起草者の見解(梅謙次郎博士は、戸主制度廃止論者である。穂積陳重博士は、家督相続人をして祭祀承継を尊重せしめることを当然のことと解していた。かかる考えすら当時すでに「古い」ものとなっていたかもしれないことを博士自身気付いていなかったのかもしれない。)は、当時の日本社会の実態に即して立法作業をこなしていたと評価することができるのではないだろうか(前章などでの田中薫博士等の指摘を思い出すならば、起草者には当時の民事慣例という立法事実についての誤認が存在したか、意識的にこれを無視したかなどの問題が潜在していること等は今後の検討対象となるであろう)。本稿で検討したごとくの旧民法を廃止し、明治民法を制定する事態は、日本版の法典論争の主要テーマとして、すでに注目されており、その経過・過程に関して、我妻栄博士が総括しておられる。すなわち、「延期論者が非難した親権、準正、扶養等の個々の制度は、何れもそのままに踏襲された。更に根本の問題としては、家をもって唯一の親族共同生活團體とすることは固より、最も密接な親族的結合體とすることも、決して明瞭な効果を収めてはいない。僅かに親族的紐帯に対して制約を加えるに過ぎない、「家」維持ということも、観念的な主張の範囲を出でず、家の経済的基盤の確立は固より、現実の親族共同生活團體との結合さえ、実現されていない。親族的倫理の維持を「家族制度」に委して民法の詳細な形式的規定

を廢すべしとの説は全く顧みられていない。『民法出でて忠孝滅ぶ』非難された舊民法の修正としては、率直に言って、意外の感を抱かしめる。尤も一派の委員は、自分の抱懐する「家族制度」的規定を提案しても到底受諾されない雰圍氣を察知して、不満を抱きつつ原案の技術的検討に従事した場合が多かったようである。然し他の一派の委員は、同じく委員会の空気を推測して妥協的態度に出たのであった。「立法は妥協なり」の原理を如実に示すものである。⁷⁵であると総括しておられる。「家」をもって社会構成の基礎とし、家父権的な家長のもとで親族的倫理が実現され、このような「家族制度」を「国体」の基礎とすることなどを明治民法に結合させそのイデオロギーを民法法典編纂の中に柱として注入することには成功していないと解しておられるのである。筆者も本稿での考察を通じて、このことを確認した。明治民法制定当時の親族相続法は、「家族制度」と「国体」との関係に関し、意図的に家族制度をして「国体の根幹の制度」と把握しそのようなものとして立法作業が進められたものではなかった、と解する⁷⁶。

祭祀財産承継に関する明治期の立法担当者の思想的変遷を中心に、その背後にある「家族制度」と「国体」の関係性について、その距離感をどのように保ちながら立法作業したかを解明しようと試みた。さらに、戸籍法との関係⁷⁷、墓制の研究⁷⁸、穂積陳重博士の諸研究⁷⁹の再評価などを通じて、再び論じてみたい。今後の課題としたい。

註

- 1 民法897条①系譜、祭具及び墳墓の所有権は、前条の規定にかかわらず、慣習に従って祖先の祭祀を主催すべき者が承継する。ただし、被相続人の指定に従って祖先の祭祀を主宰すべきものがあるときは、その者が承継する。②前項本文の場合において慣習が明らかでないときは、同項の権利を承継する者は、家庭裁判所が定める。
- 2 我妻栄「新親族法の解説（上）」法律時報第19巻8号 1947年6～7頁。「本条は、家制度廃止という第一目標を達成するために、保守派と当時の国民感情とに妥協して設置され、やがては姿を消すものと期待された、いわゆる政策立法である」との認識が、通説である。（谷口知平・久貴忠彦編『新版注釈民法（27）』（補訂版）有斐閣 平成25年80頁（小脇一海・二宮周平）。なお、戦後の本条制定の経過につき、二宮周平「葬送の多様化と民法897条の現代的意義～沿革と立法の在り方を問う」戸籍時報689号（2013年）2～5頁。
- 3 谷口知平・久貴忠彦編『新版注釈民法（27）』（補訂版）有斐閣 平成25年80頁（小脇一海・二宮周平）81頁。池田恒男「葬送・死者祭祀及び祭祀財産の承継と相続法体系—祭祀主催権・祭祀財産承継権・屍体所有権と相続権との交錯と反発—」『宗教法と民事法の交錯』晃洋書房 2008年 153頁以下。小林三衛「相続法制の沿革と相続の実態」『家族政策と法 6 近代日本の家族政策と法』東京大学出版会 1984年 89頁以下。
- 4 川島武宜『川島武宜著作集 第10巻』「イデオロギーとしての「家族制度」」205頁 岩波書店 1983年。
- 5 『全国民事慣例類集』司法省蔵版 青史社 1976年（明治13年版の復刻）
- 6 『全国民事慣例類集』154頁。
- 7 『全国民事慣例類集』155頁。
- 8 『全国民事慣例類集』158頁。
- 9 『全国民事慣例類集』160頁。
- 10 『全国民事慣例類集』163頁。

- 11 『全国民事慣例類集』162頁。なお、高橋繁行『土葬の村』講談社現代新書（2021年）、土葬の風習をまとめている。
- 12 『全国民事慣例類集』391頁。
- 13 『全国民事慣例類集』391頁。
- 14 『全国民事慣例類集』395頁。
- 15 『全国民事慣例類集』404頁。
- 16 『全国民事慣例類集』400頁。
- 17 『全国民事慣例類集』398頁。
- 18 『全国民事慣例類集』406頁。
- 19 『全国民事慣例類集』406頁。
- 20 『全国民事慣例類集』407頁。
- 21 『全国民事慣例類集』407頁。
- 22 『全国民事慣例類集』408頁。
- 23 田中薫『徳川時代の文学に見えたる私法』創文社 昭和31年（大正14年の復刻）151頁。
- 24 田中薫『徳川時代の文学に見えたる私法』創文社 昭和31年（大正14年の復刻）160頁。江戸期の家族・出産について、沢山美果子『性からよむ江戸時代—生活の現場から—』岩波新書（新赤版）（2020年）。
- 25 「民法編纂ニ関スル意見書」105頁、107頁 『日本近代立法資料叢書12』商事法務研究会 昭和63年、川島武宣＝利谷信義「民法（上）」『講座 日本近代法発達史 5』勁草書房 1958年 1頁以下。
- 26 井上正一『民法正義財産取得編卷之参』明治23年（日本立法資料全集別巻59信山社出版平成7年）37頁。
- 27 井上操『民法詳解 取得編之部下巻』明治25年（日本立法資料全集別巻231号信山社出版平成14年）92頁。
- 28 井上操 前掲書92頁。
- 29 井上正一 前掲書38頁。
- 30 井上正一 前掲書297頁。
- 31 井上正一 前掲書298頁。
- 32 井上正一 前掲書299頁。
- 33 井上正一 前掲書301頁。
- 34 高柳信三『明治前期家族法の新装』昭和62年 有斐閣（オンデマンド版2013年）（明治前期家族法概観、初出原題、「明治家族法史」法律学体系・法学理論編83、昭和26年、日本評論社）そこでは、「中世の封建制度の要求として現われ制度化するにいたった長子単独相続制は、江戸時代においても武士相続法の根本原則となっていた。しかし町人の間では分家が自由に行われたように、相続財産が被相続人の子孫の間に分割される例がみられた。このような町人間の分割相続制は、被相続人の財産に対する自由処分主義に由来するものであるが、その結果として財産の分割はまた遺言によることを原則とした。遺言状をつくらずに死亡することは例外に属し、政府もまた遺言状を生前に作成しておき、死後に紛争の生じないように注意を与えていた。武士の家禄相続に遺言の余地がなかったことは、相続が許可によるものであったことの当然の結果であったが、しかし家禄以外の動産や金銭については遺言による分割相続の余地がのこされていた。」409頁、と記されている。
- 35 すでに内田貴教授により触れられている。『法学の誕生—近代日本にとって「法」とは何であったのか』筑摩書房 2018年 178～181頁。
- 36 法典調査會民法主査會議事速記録『日本近代立法資料集叢書13』商事法務研究会 昭和63年 98頁。
- 37 法典調査會民法主査會議事速記録 前掲書 98頁。
- 38 法典調査會民法主査會議事速記録 前掲書 99頁。
- 39 法典調査會民法主査會議事速記録 前掲書 100頁。
- 40 法典調査會民法主査會議事速記録 前掲書 100頁。
- 41 法典調査會民法主査會議事速記録 前掲書 100頁。
- 42 法典調査會民法主査會議事速記録 前掲書 103頁。
- 43 法典調査會民法總會議事速記録『日本近代立法資料叢書12』商事法務研究会 昭和63年 68頁。
- 44 法典調査會民法總會議事速記録 前掲書 68頁。

- 45 法典調査会民法總會議事速記録 前掲書 68 頁。
- 46 法典調査会民法總會議事速記録 前掲書 69 頁。
- 47 穂積重行『明治一法学者の出発 穂積陳重をめぐって』岩波書店 昭和63年
- 48 もっとも、法制史の田中薫博士は、このような戸主制度と長子男子単独相続、祭祀承継制度を基本制度とした明治民法の立法は、「須く千五百有餘年の久しきに互つて、普通法の原則たりし分割主義を以て、財産相続の根本原則となすべかりしなり、而も所謂家督相続なるものを創定して、封建時代に於ける家祿家封の相続原則を、家祿家封の停廢されたる今日に適用せんとす、歴史を無視したるの立法と云ふべし」と厳しく批判されていた。田中薫『徳川時代の文学に見えたる私法』創文社 昭和31年改組版（初版大正14年）148頁。また、同様に「民法制定者は、家督相続についての的確な歴史的判断を缺いていたごとく、遺産相続についても歴史認識を缺き、法典調査会における遺産相続に関する説明において、・・・これまた全く歴史を無視した独断で」との指摘がある。（原田慶吉『日本民法典の史的素描』創文社 1954年 172頁）
- 49 法典調査会民法總會議事速記録 前掲書 71 頁。
- 50 法典調査会民法總會議事速記録 前掲書 71 頁。
- 51 法典調査会民法總會議事速記録 前掲書 71 頁。
- 52 第175回法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明。
- 53 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 64頁。
- 54 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 65頁。
- 55 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 66頁。
- 56 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 66頁。
- 57 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 66頁。
- 58 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 67頁。
- 59 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 68頁。
- 60 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 70頁。
- 61 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 70頁。
- 62 民法草案獲得編第1530条には、「本宅其宅地」も家督相続人の特権に含めていた。
- 63 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 71頁。
- 64 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 75頁。
- 65 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 76頁。
- 66 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 77頁。
- 67 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 90頁。
- 68 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 98頁。
- 69 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 94頁。
- 70 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 94頁。
- 71 法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 95頁。
- 72 普段はいつも「家ヲ重ンシナイ」と土方君から言われているぐらいの我々（起草者）が、本条2項の規定を提案しているのだから、「よくよくなことで」ある、と発言している（法典調査会民法議事速記録 巖松堂書店 出版年不明 95頁）。
- 73 石川利夫「民法上の祭祀財産承継条項批判」『法と現代私法』（染野義信古希記念論文）勁草書房 1989 121頁。
- 74 東京高等裁判所決定 平成18年4月19日、判例タイムス1239号289頁。
- 75 我妻栄「家族制度法律論の変遷」『家の制度—その倫理と法理』酣燈社 昭和23年 203

頁。

- 76 この段階では、家制度を天皇制と結び付け、キリスト教の機能的な等価物とする、との明確な意図はないのではないか。三谷太一郎対談集『近代と現代の間』東京大学出版会 2018 49頁～50頁。伊藤博文が帝国憲法起草の際、キリスト教に相当するものが、日本も国憲建設の際必要であると発言し、「機軸とすべきは、独り皇室あるのみ」とした。「端的に言えば、日本には国憲体制の基礎となるべき「神」が存在しないため、「神」に相当するものとして、天皇をたてるべきだ」という論理で、したがって天皇は神格化せざるをえない。それが明治以後、日本独自の天皇制というものを成り立たせる観念的な動機になったと思います。天皇制というのは結局キリスト教の機能的な等価物だということになる」と三谷教授は指摘される。的確な分析であると解されるが、本稿に関する民法規定の変遷の観点からするとそこまでの明確な意図は立法当時において浸透していない。
- 77 山主政幸『日本社会と家族法—戸籍法をとして—』日本評論新社 昭和33年
- 78 『墓地の法律と実務』茨城県弁護士会編 ぎょうせい 平成9年
- 79 穂積陳重『隠居論』有斐閣 大正4年、『祖先祭祀と日本法律』、『五人組制度』、『法律進化論』など。