九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

明治民法起草委員の「家」と戸主権理解 : 富井と梅の「親族編」の議論から

宇野, 文重
一橋大学日本法国際研究教育センター

https://doi.org/10.15017/8837

出版情報：法政研究. 74 (3), pp.57-125, 2007-12-28. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

明治民法起草委員の「家」と戸主権理解

――富井と梅の「親族編」の議論から――

宇野文重

【目次】

はじめに
第一章　富井と梅の共通認識と「廃戸主」案
　第一節　富井と梅の共通認識
　第二節　廃戸主規定と富井の趣旨説明
第二章　富井と梅の「家」理解
　第一節　富井の「一家」概念の分析
　　一　富井起草の戸主権規定
　　二　「離籍」に対する評価
　第二節　梅の二つの「家」概念
　　一　「主権」としての戸主権と二つの「家」論

二　富井の反論
第三章　富井と梅の「戸主権」理解
第一節　富井の「個人主義的要請」としての廃戸主論
第二節　梅の戸主権像のモデル――「ローマ的家長権」モデル――
第四章　裁判に対する評価と廃戸主論のゆくえ
第一節　「裁判による廃戸主」制度の構想
第二節　富井と梅の裁判に対する評価
第三節　廃戸主制度導入案のゆくえ
おわりに――富井と梅の「家」と戸主権理解――
【補論】廃戸主論争以後の富井の「戸主」理解――扶養・後見をめぐる議論の一端から――
第一節　「赤ノ他人」としての戸主
第二節　戸主権拡充への反対と廃戸主削除意見
むすびにかえて

はじめに

本稿は、明治民法親族編の起草過程において、起草委員であった富井政章と梅謙次郎が、「家」と戸主権をどのように構成しようとしたのかを分析することで、明治民法上の「家」制度の構造の一端を解明しようと試みるものである。[1]本稿の関心は、次の二点である。

第一に、明治民法の「起草過程」という時期における「家」概念を考察するという点である。周知のように、明治三一年に施行された明治民法は、明治二三年に制定された旧民法の施行延期により、これを修正するという形で編纂された。修正の方法は、分担起草・合議方式を採った。[2]つまり、三名の起草委員は原則として意見を一致させた上で、法典調査会の審議に臨んだとされる。しかし、実際の審議においては、起草委員相互が正反対の立場にたち、激しい論戦を繰り広げた場面が存在する。本稿では、親族編の審議において、富井政章と梅謙次郎の見解が対立した論点を取り上げる。[3]親族編の審議で両者の見解が最も鋭く対立した論点は、戸主権をめぐる規定であった。本稿で明らかにされるように、その背後には両者の「家」に対する理解の相違が存在していた。筆者はこれまで、明治前期における司法上、行政上の「家」の概念が、戸籍上の「戸」として一貫して把握されたわけではなく、たとえば行政の内部においても司法省と内務省での法的な「家」の概念は異なっていることなどを指摘してきた。[4]本稿では、明治前期におけるこのような「家」概念の多様性にも留意した上で、法典調査会における議論を素材として、富井・梅両起草委員の「家」概念を検証する。

第二に、富井と梅という二人の民法学者における「家」と戸主権理解を解明することで、両者に対する評価を再検討するという点である。富井と梅とは、いうまでもなくわが国を代表する民法学者であり、[5]その家族法に対する見解を検証することはきわめて重要である。富井に関する先行研究としては、星野英一氏、有地亨氏による研究をはじめとして、

近年では瀬川信久氏、大河純夫氏など民法学分野での優れた業績が発表され[6]、また刑法論に関する研究業績も存在する[7]。しかしながら、梅に関する研究の蓄積に比すれば、必ずしも量的に充実しているとはいえない[8]。富井の家族法論に対する研究となると、さらに僅少である。富井は、家族法に関する著作こそ残さなかったものの、明治民法起草過程のみならず、大正八年臨時法制審議会の設置により開始された民法改正においても、同審議会の委員長を務めており、近代日本の家族法史において重要な役割を果たした存在であるといえる。その意味でも、富井の「家」と戸主権理解の検証は重要な論点であると考える。

さらに、従来の富井の家族法論については、梅との対比という観点から論じられ、かつ梅よりも相対的に消極的な評価を受けているものと理解できる。すなわち、法典調査会での議論の分析において、梅は家族法においても西欧近代財産法的な原理、つまり所有権の絶対性を貫徹させようと試み、自由な取引の保障に尽力した点が高く評価され、また一般的にも梅の自由主義的・個人主義的思考が重視されている[9]。これに対して、富井の議論は、そうした梅の評価と対比させるかたちで、保守的・伝統的な「家」制度を擁護する立場であったと見なされる傾向がある[10]。

そうした中で、有地亨氏は、富井と梅には起草委員として一致した認識があるとした上で、それぞれの見解における差異に注目されている[11]。加えて、有地氏は、起草委員および出席委員の「家」理解や家族像が異なることを、明確に指摘されている。本稿においても、富井と梅とが起草委員として共有している「家族制度」に対する認識と問題点をまずあきらかにした上で、両者が鋭く対立した「家」と戸主権をめぐる議論を、明治民法親族編の構想にかかわる問題として検討する。富井と梅の、それぞれにおける「家」および戸主権概念の内在的な理解を深めることで、両者の相違点を浮き彫りにすることが本稿の目的である。

第一章　富井と梅の共通認識と「廃戸主」案

本章では、富井と梅が共有していた「家族制度」に対する理解を明らかにした上で、富井が提案した「廃戸主制度」の規定とその趣旨説明から、本稿で検討する論点を提示する。

第一節　富井と梅の共通認識

富井と梅との対立点を検討する前に、まず、両委員が「家」制度、当時の表現では「家族制度」（または「家族制」）に対して共通の理解をもっている点を明確にしておきたい。[12]

第一に、明治民法が「家」制度を採用するということである。この点については、富井が法典調査会の場において、「吾々［＝起草委員、引用者注、以下同］ハ……是迄議決セラレタ箇条ニ於テ家族制ヲ認メテ居リマス夫レハ何處マデモ認メテ往カネバナラヌ此點ニ於テハ吾々ハ一致シテ居リマス」[13]［傍点引用者、以下同］と明言している。そもそも、明治民法が「家」制度を採用することは、「民法典論争」の経緯からみても所与のことであったといえるだろう。[14]

第二に、「家」制度を採用するとはいえ、これに何らかの修正を加える必要があると考えていたこと、その前提として、旧来の「家族制」が解体傾向にあるという認識を有していたことである。

周知のように、梅は民法施行直後の論文で、「家族制」（民法の「家」制度）は「イツマデモ維持シテ行クコトハ問題デアロウ」こと、一〇年後か一五年後のうちには、これが「改マルベキ時期」が「早晩来ル」ことを予想しており、「家族制」に否定的であったことが知られている。[15] 梅はその理由を次のように論じている。すなわち、ヨーロッパの制度や文物を輸入し、「一大変動」を受けた社会においては、「在来ノ慣習ニ因ツテ存スル家族制」を「其儘維持シテ行」

くことは「事実ガ許サナイ」。とりわけ都会の日本人の思想は、「三十年前」の「維新前ノ思想」からすでに大きく異なっている。つまり、梅によれば、現在にいたっては、「モー家ハ要ラナイ、戸主ナゾニ権力ヲ振ハレテ堪マルモノカ、家族ト雖モ相當ナ権力ヲ持ッテ居ナケレバナラヌ」という思想を持っている人が多く、「ソレダケ詰リ世ガ進化シテ」いるため、「戸主制ヲイツマデモ株守シテ行ク」ことは「時勢ガ許サナイ」のである。すなわち梅は、従来の「家族制」は、社会の進化によって淘汰されていくものと理解した。注目すべきは、しかしながら梅が、「人為的ニ濫ニ家族制ヲ破壊スルト云フヤウナコトハ不必要デアッテ、寧ロ有害カモ知レヌ」と指摘している点である。社会の進化に伴う「家族制」の漸進的な解体（消滅）、これが梅の支持する立場である。

富井もすでに法典調査会の段階から、「家族制」に対して同様の指摘をしている。次の発言は、穂積八束委員が、起草委員のうち梅と穂積陳重は「家族制ヲ可成名目ニ留メテ置コウ」とする立場であり、富井のみが「ドウデモシテ家族制ノ名目ヲ完フシヤウ」という立場であると評したことに対する「反論」である。

「昔シノ家族制ハ是ハ私ハ断言シマス今日及ビ今日以後ノ社會ニハ到底適シナイ固ヨリ今日法律ヲ以テ家族制度ヲ砕クト云フコトハ宜クアリマスマイ乍併既ニ事實ニ於テ外國ト交際ヲ開キ其他交通ノ便ガ開ケ種々社會ノ状況ガ變ツテ来テヨリ以来ト云フモノハ昔シノ家族制度トハ餘程其趣ヲ變ヘテ来テ居リマス、……（中略）……詰リ家族制度ノ善イ所ヲ存シ其弊ヲ改メ……サウシテ是ト同時ニ各人ノ発達ヲ圖ツテ往クト云フ方ニ向ツテ往クノデアラウト思ヒマス、デ夫レハ何處マデモ是レカラ先キ必要デアル唯ダ無暗ニ家族制度ヲ強クスルト云フ方ニ偏傾シテハ為ラヌト云フコトニ確信シテ居リマス」[16]

このように、富井と梅は、今後の日本社会における「家」は、いわゆる伝統的な「家」制度と同質のものではあり得ないし、あってはならないとする立場を共有していたということができる。[17] こうした認識には、民法上に「家」制度を規

定したとしても、「今日以後ノ社会」における現実の家族共同生活や家族関係とは乖離したものになるだろうという問題意識も含まれているといえる。富井と梅は、その具体的な方策として、まずは「昔シノ家族制」を克服するという目的を持っていた。以下では、その点にとくに注意を払った上で、両者の議論の相違点を検証する。

ところで、「昔シノ家族制」という表現は曖昧ではあるが、要するに幕藩期における家族制度を指しているものと考えられる。そこで本稿では、幕藩期における家族制度ないし家制度を、次のように理解し、以後、伝統的な「家」制度（または伝統的な「家」理解）と表記したい。[18] 幕藩期における「家」とはすなわち、「家業」「家産」「家名」が「三位一体」として継承される一個の経営体である。「家業」とは「家」という団体の業であり、「家産」とはその「家業」を支える経済的基盤、「家名」とは「家」という団体を対外的に表示するための名称である。この団体としての「家」の長が家長であり、武士においては「当主」、庶民においては「亭主」などと呼ばれた。「家」の構成員は家長をはじめ、その血縁家族員および奉公人である。家長の地位は、原則として長子単独相続される。家長は、構成員に対する支配統制権を有し（夫権、父権、主人権など）、対外的には「家」を代表する。

本稿において最も重視したいのは、家長と「家」との次のような関係である。家長は「当主」とよばれたように、当代における「家」のリーダーにすぎず、先祖代々継承されてきた「家」を、その代において預かる管理人、支配人的存在であった。したがって、家長は家族員・奉公人に対する支配権、統制権を有する一方で、その最も重大な責務は、祖先伝来の「家」を損なうことなく子孫に継承させることであった。それゆえに、「家」永続の利益に反する家長は強制的に排除される（押込隠居、主君押込）。家長権や家長の権威は、家長個人の資質に基づくのではなく、「家」の継承者たることにある。すなわち、「家長権はより上位の価値たる『家』の維持繁栄のために行使されるべきであり、その限りにおいて正当性が附与」[19]されているのである。

つまり、伝統的な「家」とは、「個々の家族員の集合体」にとどまらない、抽象的な存在であり、世代を超えて永続

する一つの団体として観念されている。[20] また、家長の権限や権威は家長個人ではなく、「家」そのものの権威に由来し、家長自身も「家」によってその権限を制約・剝奪される。すなわち、幕藩期における家長権とは、絶対的な家長権ではなく、「家」によって規定・羈束されるものである。このような特徴に注目して、本稿では、伝統的な家長権のあり方を「家」的家長権[21]とよぶこととしたい。

富井と梅がともに克服の対象としたのは、こうした伝統的「家」観念に依拠した「家族制度」であり、「家」的家長権であったといえる。両者は、その克服のあり方や近代法的な修正の方法をめぐって、鋭く対立するのである。

法典調査会の議論において、「家産」についての富井の見解が示されている。

「家ト云フモノヲ純然タル法人ニシテ財産ハ家ノ財産デアル戸主ハ只管理者デアルト云フコトニ出来キヌコトハアリマセヌ併シドウモ夫迄ニ家トイウモノヲ強クスルノハドウデゴザイマセウカ今日及ヒ将来ニ於ケル社會ノ状況ニ到底適シ得マイト思ヒマス……法律ノ上ニ於テハ矢張リ戸主ノ財産ト云フモノニナラネバナラヌ」[22]

このように、富井は、民法で「家」を法人化することは、「家」を所有権主体として認めるということを意味すると理解した上で、それほどまでに「家」を強化することはないと主張した。[23] 富井も、梅と同様、個人こそが所有権主体であるとの認識を明確に示している。

富井と梅との対立点は、廃戸主制度の導入をめぐって浮上した。廃戸主制度とは、「家」利益に違背する戸主に対し、「家」利益の代弁者である親族が、戸主個人の意思に反して、その身分と権利を剝奪することである。[24] この制度は、江戸時代の「押込隠居」に由来し、明治前期においては行政上の処分であるとともに、訴訟によっても取り上げられていた。

しかし、旧民法典編纂の際には、廃戸主制度は、戸主という個人の所有権と身分とを強制的に剝奪するものであり、西欧近代の財産法原理と矛盾するとして、採用されなかった。明治民法においても、結果的に廃戸主制度を採用することはなかったが、その導入を提唱した富井については、従来、次のように理解されている。すなわち、富井自身は戸主の私的財産権を肯定し、「家産」を否定する見解を示して、廃戸主制度導入は「家」制度の擁護ではないと主張するものの、客観的にみれば廃戸主は戸主個人の所有権と身分を、「家」の利益のために強制的に剝奪する制度であり、富井の立場は、実質的に「家産」を容認するものとして位置づけられる。[25] この点については、本章第二節以下で詳しく検討を試みるが、「家産」の理解に対する梅との相違点として、富井は、社会的実態としては「家産」として認識されている財産が、法律上は戸主という個人の財産として把握されることから「弊害」が生じる可能性を明確に認識していたという点が挙げられる。富井はさらに、こうした弊害を「矯メル途」を模索する必要性を指摘し、[26] その方策として廃戸主制度導入を主張することになる。

第二節　廃戸主規定と富井の趣旨説明

廃戸主規定は、明治二八年一一月八日の第一三五回法典調査会において、富井より第七六八条として提案されている。[27] 本条は、起草委員間の協議の際に、陳重、梅両委員より賛成を得られず、富井単独での修正提案となった。

「　　修正案　　委員富井政章提出

第七百六十七條ノ次ニ左ノ一條ヲ加フ

第七百六十八条　戸主ハ一家ノ浮沈ニ関スル重大ナル事由アル場合ニ限リ其父母又ハ親族會ノ請求ニ依リ裁判所ニ於テ其廃黜ヲ命ルスコトヲ得但シ其命令ニ對シ即時抗告ヲ為スコトヲ得」[28]

本原案の審議では、いくつかの論点が示されたが、[29] 具体的な問題を議論する前提として、そもそも廃戸主制度を認めるべきか否かをめぐって激しい議論が展開された。そこでまず、提案者である富井の提案理由、導入の趣旨について検討したい。

富井は、「此條ハ廃戸主ノ規定」であり「抑モ戸主ヲ廃スルト云フコトハ詰リ押込隠居ノヤウナモノ」であると位置づける。続けて、「一人ノ戸主ヲシテ或ハ巨額ノ財産ヲ失ナハシムルト云フヤウナコトハ重大ノ事柄」であり、「元来斯ウ云フ一人ノ所有者ヲ丸裸ニスルト云フコトハ好マナイ」として、廃戸主によって戸主という個人の所有権を剝奪することに対しては、否定的な見解を明確に示している。その上で、「本来サウ云フ意見デアルニ拘ハラズ此案ヲ提出シ」た理由を挙げる。第一に、「此マデ議決ニナツタ箇条トノ権衡上ドウモ斯ウ云フ箇条ガナクテハナルマイ」ということである。第二の理由は「とつぴよしモ無いこと」ととられるかもしれないが、「各人ノ発達ヲ圖ルコト」すなわち「個人主義的要請」によるということである。

まず、第一の理由について考察する。本案が提出されるまでに「議決ニナツタ箇条」とは、富井によれば①「従来ノ慣習ニ依テ家ト云フ者ヲ認メ」たこと、②「家ノ財産ト云フモノハ戸主ノ財産デアル」としたこと、他方で③戸主は「家族ヲ養ハネバナラヌ教育セネバナラヌ」とされ、「戸主権ト云フモノモ認メ戸主ハ家族ヲ監督スル権利」を有すると[30]規定されたことを指す。具体的には、第七四七条（戸主の家族に対する扶養教育義務）、第七四九条（戸主の家族に対する居所指定権及び制裁権）を挙げている。富井はさらに続けて次のように言う。

「（戸主が）或ハ放蕩家デアツテ身持ガ非常ニ悪イ財産ヲ無暗ニ使ツテ仕舞ツテ家族ヲ養育シ教育スルコトハ出来ヌト云ウヤウナ場合モアリマセウ或ハ罪ヲ犯シテ長イ期限ノ刑ニ處セラレテ遠方ニ居ルイツ迄モ帰ツテ来ナイサウシテ家族等ハ是レガ為メニ殆ド生活ニ苦シム悲境ニ陥イルカモ知レヌサウ①云フ場合ニモ矢張リ其者ヲ戸主ト戴イテ置カナケレバナラヌト云フコトハ一人ノ所有者ノ権利ヲ重ン

ズルト云フ方カラ言ヘバ至當デアルケレドモサウ云フ風ニ是迄ノ規定ガ出来テ居ラヌ家ト云フ一ツノ団體ヲ認メテ其団體ガ立ツテ往クト云フヤウニ出来テ居ル」[31]

従来の研究においては、この富井の発言から、彼が廃戸主制度導入を提案した理由として次の二つが挙げられている。[32] 第一に、「家督相続人に相続財産を独占的に承継せしめたことに由来する戸主の扶養義務の履行を確保すること」、第二に「強大な戸主権の濫用から家族を救うこと」である。第一の理由についてみれば、たしかに第七四七条により、戸主の家族に対する扶養義務についての明文規定が存在する。しかし、後述するように、戸主の扶養義務よりも親権者（ないし後見人）の義務が優先されることが、起草委員によって明確に述べられている。[33] さらに、扶養義務者の規定においては、戸主の順位は第四位で、比較的下位に位置づけられている。したがって、戸主による単独相続との権衡上、家族に対する扶養義務を担保するため、という理由のみでは、富井の提案理由を説明し尽くせない面があると言える。

本稿で注目したいのは、傍線部①である。富井は、戸主の放蕩浪費や長期の懲役刑が原因となって、「家族」が「生活ニ苦ム悲境ニ陥イ」った場合の救済策、それが廃戸主であると述べている。また、条文中に廃戸主原因として規定した「一家浮沈ニ関スル重大ナル場合」とは、「只銭ヲ使フ只刑ニ處セラレタト云フノデハイカヌソレガ為メニ一家ガ挙ツテ困ルト云フコトヲ必要トシタ」[34]と説明を加えている。すなわち、「一家ノ浮沈ニ関スル重大ナル事由」とは、戸主の浪費や処刑の事実そのものを指すのではなく、そうした戸主の不当な行為に起因して、「一家」の生活が立ち往かない状況に陥った場合を指す、という趣旨である。したがって、本条における「一家」とは、戸主の不当な行為とその生活の立ち往きとが因果関係を有する範囲を指していることになる。

富井の廃戸主理解の独自性は、次の穂積陳重の批判との対比でより鮮明となる。陳重は、「身持放埒」によって廃戸主された場合、その結果として財産が悉く奪われるというのは、「非常ニ澤山ナ財産刑」あるいは「栄誉刑」であり、

まるで刑法の規則になってしまうとして批判する。これに対して富井は、「今穂積君ノ述ベラレタ如キ事ハ私ハ少シモ服スルコトガ出来マセヌ」として、次のように反論する。

「家ヲ認メタ結果トシテ一家ガ立テ往カヌ一家ヲ救フト云フ目的カラ出来テ居ルノデ其証據ト云フモノハ今御両君［梅、穂積陳重を指す］カラ述ベラレタ原因ヲ挙ケテ居リマセヌ其結果ヲ挙ゲテ居リマス一家ガ立テ往カヌト云フヤウナ事ニ為ツテハ困ルト云フ方ヲ重ニ見テドウイウ原因カラ一家ガ立チ往カヌト云フ方ハ殊更挙ゲテ居リマセヌ」[35]

富井は、本條を「一家全体ガ生計ニ苦シムト云フコトヲ救フガ為ニ設ケタ」[36]とし、戸主の行為が「発明」という立派な行為であれ、「投機商業」であれ、あるいは「身持放蕩」であれ、その原因のいかんによらず、結果として「一家全体ガ生計ニ苦シム」という窮地に陥った場合の救済策であると位置づける。つまり、戸主の行為の違法性を問題にしているわけではないため、たとえ違法行為ではない「投機商業」であっても、戸主の行為の結果として「一家」の「生計」が立ち行かない場合には、戸主を廃することが可能な制度を提唱しているのである。[37]

以上の議論から、富井が廃戸主によって救済しようとしている「一家」とは、戸主の行為の結果いかんによって、その「生計」が左右される範囲の家族、すなわち戸主と生計を一にする家族を指すと考えられる。したがって、廃戸主導入を主張する富井の真意を解明するためには、この「一家」という単位が、民法上の「家」と「戸主権」との規定において、それぞれどのように捉えられているかを確定する必要がある。

第二章　富井と梅の「家」理解

本章では、富井が廃戸主制度の提案の前提とした「一家」概念を、富井自身が起草した戸主権規定を素材として析出する。その上で、廃戸主制度に激しく反対し、また実質的に富井の構想の実現を阻止した梅謙次郎の議論を、その「家」概念の分析から検討する。

第一節　富井の「一家」概念の分析

一　富井起草の戸主権規定

明治二八年一〇月二三日第一二八回法典調査会では、第七四七条戸主の家族に対する扶養・教育の義務が議論されている。[38]

「第七百四十七条　戸主ハ其身分及ヒ資力ニ應シテ家族ヲ扶養シ且ツ教育スル義務ヲ負フ但シ家族カ自ラ其費用ヲ支辨スルコトヲ得ルトキハ此限ニ在ラス」[39]

本条について、磯部四郎委員が「此扶養、教育ト云フモノハ只金員上ノ問題許リテハナク所謂丁度父母ガ子供ヲ養成スルト同シコトデ幾分カ精神ノコトモ指揮シテ往カナレハナラナイ」と主張し、本条但書によると、家族が費用を支弁できれば「戸主ハモウ一切何ンテモ構ハヌテモ宜イト云フヤウナコトニ実際ナリハシマイカ」[40]と批判した。

これに対して富井は次のように応えて、磯部の意見を退けている。

「費用ヲ負擔スル外ニ無形上ノ世話ヲスルト云フコトハ是ハ戸主ノ義務トシテ漏レテモ差支ナイコトデアリマスマイカ夫レハ親権ノ方ノ問題トシテ戸主ガ親デデモアレバ夫レハ矢張リ費用丈ケデハ往カヌ併シ戸主トシテハ其點ハ漏レテモ宜シカラウ」[41]

このように富井は、戸主の家族に対する扶養・教育義務とは、親が子に対して負う義務とは別種のものであり、「精神」の側面に対する義務は、本質的に親権の問題であって、戸主の問題ではないと断言している。[42] さらに富井は、戸主の扶養・教育義務よりも、親権者または後見人の扶養・教育義務が先順位となることを指摘している。

続けて審議に付されたのが、第七四九条の戸主の家族に対する居所指定権及び制裁権である。本条も富井の起草にかかる。

「第七百四十九条　家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得ス

家族カ前項ノ規定ニ違反シタルトキハ戸主ハ相当ノ期間ヲ定メテ其指定シタル場所ニ居所ヲ転スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得若シ家族カ其催告ニ應セサルトキハ戸主ハ之ニ対シテ第七百四十七條ノ義務ヲ免カル」[43]

第二項後段の「第七百四十七條ノ義務」とは、上述した戸主の家族に対する扶養・教育の義務であり、この富井原案の段階では、戸主の居所指定に違反し、転居の催告にも応じなかった家族員に対する「制裁」とは、戸主の扶養教育義務免除、換言すれば戸主に対する家族の扶養教育請求権の剝奪にとどまるものであった。

しかし、富井自身の先述の発言にあるように、起草委員は、家族に対する扶養・教育義務は、戸主に優先して親権者・後見人によって担われるべきと考えているであり、その趣旨に鑑みれば、居所指定権も戸主ではなく親権者・後見人が有すべきことになる。磯部はこの点を指摘し、全文削除を提案する。すなわち第七四七条において、戸主は「何モ

権利ヲ持ツテ居ナイ只費用ヲ支辨シテ往ケバ夫レデ宜イ」存在として規定されたのであり、「七百四十九條ノ如キ法文ハ戸主ガ家族ヲ指揮シテ往ク義務ガアルト云フヤウナ時ニ始メテ必要ガアル」、よって家族を監督する権利をもたない戸主は居所指定権を持つことができないはずだ、というのである。[44]

この磯部案に対して、穂積八束は、全文削除には賛成しかねるが、第二項について「制裁トシテ七百四十七條ノ義務ヲ免カレルト云フコトハ私ハ餘リ感服シナイ」と原案に対して反対意見を述べる。その理由は、制裁として不十分であり、戸主の家族に対する監督権としては弱すぎるということにある。他方、長谷川喬委員や土方寧委員は、催告手続は煩雑であるため必要ないとする。さらに元田肇委員からは、制裁として「離籍案」が出されるに至る。[45]

これらの批判や反対論は、すべて富井の意図に反するものであった。富井は、本条の意義について、審議の冒頭から一貫して次のように述べている。まず、「戸主ハ或範囲ニ於テ家族ヲ監督スル権利ヲ持ツテ居リマス夫故ニ其監督権ノ結果トシテ居所ヲ指定スル権利ガナクテハナラナイ」。したがって、その制裁としては「扶養、教育ノ義務ヲ免カレル」とすべきある。ゆえに、元田提案の「離籍」制裁というのは「多ノ場合ニ於テ穏當デナ」い、[46]なぜなら「戸主ノ承諾ナクシテ家出ヲスル者ハ実際ハ多クハ未成年カ或ハヤツト成年ニ達シタ者」だからである。よって、「サウ云フ子孫ノ如キ者」は、「親権ノ効力トシテ離籍スルコトヲ許スベカラザル」者であるため、むしろ「強イテ家ニ引戻スト云フコトヲ制裁ニシタ方ガ宜イ」、つまりは、「年少ノ者ヲ離籍シテ社會ニ出スト云フコトハ策ヲ得タノモノデナイ」のである。[47]

さらに富井は、長谷川が、居所指定違反ののちに「催告」を経て制裁を科すという手続を「煩雑」すぎると批判したことについて、同様の観点から次のように反論する。

「先刻モ申シタ通リ此適用ヲ受ケル者ノ多クハ年ノ行カヌ者デアルト思イマス戸主ノ厄介ニナラヌデヤッテ見ヤウ、どつか飛出シテ往ケモセヌニ稼イデ見ルトカ云フ……者ハ憎ムベキデナイ唯飛出スト云フコトバカリデ［催告もなしに制裁が発動されて］戸主ガ義務

ヲ免カルルト云フコトニナツテハ惨イコトニナルト思フ［催告されることによって］一遍ハ反省サセテ義務ヲ免カルルト云フコトニナルノガ宜カラウト思フ」[48]

こうした反論にもかかわらず、議論が、戸主による制裁を強化して「離籍」にすべきだという展開を見せ始めると、富井は再び同様の主張を繰り返して原案維持を訴えた[49]。

以上の富井発言から、本条の起草するにおいて彼が想定した「戸主家族関係」とは次のようなものであったといえる。すなわち、戸主である「親権者」と「同居」して「扶養」「教育」を受けている「未成年」または「若年」の家族員たる「子」が、親に反発して家出したものの、叱られたり戻ってくるように諭されたりしているうちに、お金に困って帰宅することになる。その場合、親子のことであるから、子が反省していれば、法律上の義務いかんにかかわらず実際には元通りに親子として共に生活することとなる。したがって、反省を促す「催告期間」は必要不可欠である。催告期間を経て、なお居所指定に従わない場合、未成年家族に対して「離籍」を制裁とするのは苛酷にすぎるため、一定の実効力が期待でき、かつ実際上の弊害が少ない第七四七条の戸主としての扶養義務の免除（子からいえば扶養請求権の剝奪）という制裁が最も適切である、という論旨である。

つまり富井は、戸主権の主体を、「親権者」であり、未成年家族と同居・同生計を営む「世帯主」であることを前提としている[50]。〈戸主―家族〉関係を規律するはずの「戸主権」の規定が、富井においては、実質的には〈親権者・世帯主―未成年子〉との関係を規律する規定として構想されているのである。「戸主」の権利である本条において、もっとも有効な「制裁」が、親権者の義務であるはずの扶養・教育義務の免除とされた理由はここにある。富井が想定する「一家」における戸主とは親権者・世帯主であり、家族とは主にその親権に服する未成年子として理解されているものといえる。

また、富井は長谷川の主張する「催告手続廃止論」に強く反対し、次のように述べる。

「私ハ元田君ノ案［成年の家族のみに離籍制裁を科すという案］又ハ其他ノ案ガ通ツテモ自分丈ケハサウ悪イトハ思ハナイガ唯今ノ長谷川君ノ案ダケハドウシテモ賛成スルコトガ出来ヌ其理由ハ……詰リ一言デ言ヘバ戸主ガ此ノ監督権ヲ持ツテ居ルト云フ譯ハ自分ノ家ニ置キ或ハ自分ノ示シタ家ニ置クト云フノハ自分ガ監督シテ成ル可ク悪イ人間ニシナイヤウニスルト云フ考ヘガ餘程基ヲ為シテ居ル」[51]

富井はここで、戸主の役割とは、家族を監督して「悪イ人間」にならないようにすることであると述べているが、これは富井自らが第七四七条において「親権ノ方ノ問題」であると明言したことと一見矛盾する。しかし、本条において前提とされている戸主家族関係とは、実は「親権者」たる戸主とその未成年子という関係に他ならない。つまり、富井は、居住と生計をともに営む親権者とその未成年子を中心とした直系家族こそが、民法によって規定されるべき家族＝「一家」であると考えたのである。

これらの議論から、富井が把握した「一家」とは、居住・生計・扶養の単位である「世帯」として理解できる。ただし、このことは、彼が、夫婦とその間の未成年子という単婚小家族のみを「世帯」として把握したということを意味しない。富井は、民法上の「家」における権利義務関係を規定するにあたって、現実生活における家族の生計単位と家族関係が事実として把握できる単位（それは三世代にわたる直系家族である場合もあり、単婚小家族である場合もありうる）とを、居住・生計・扶養の単位（＝「世帯」）と捉えて、民法上の「家」概念の核となる単位に位置づけたのである。このように、富井は家族関係の実体を重視する観点から、民法上の「家」概念を構成しようと試みたのである。

富井起草の戸主権規定が、上記のような親子関係を中心とした構造に基づくものであることは、例えば土方寧委員に

よっても次のように指摘されている。[52]

「従来ノ慣習ニ於テ日本ニ戸主ト云フ者ガアル、家族制度ガ行ハレテ居ル是ヲ認メヌ譯ニハ往カヌカラ親族編ノ中ニ戸主、家族ト云フモノノ規定モアリマスガ何ウモ起草委員ノ御考ヘヲ伺フト云フト又此案カラ見テモ全體親子ノ関係ト云フヤウナコトニシテ置テ戸主、家族ト云フヤウナ関係ハ認メテ往キタクナイヤウナ精神ノヤウニ見ル何ダカソウ察セラレル」[53]

この発言は、直接的には第七四七条についての梅の発言を受けて、土方が答えたものである。ただし、引用部分にもあるように、土方自身も、梅の意見を聞いた上で「親子ノ関係」を中心とした構想を「起草委員三人ノ御意見」として理解しているのである。

二　「離籍」に対する評価

富井は、成人した家族員の居所指定違反に対する制裁を「離籍」とすることについては、一応賛成している。その理由は、第一に、成人した家族員が戸主の意思に反して別居し、あるいは同居を拒んだとしても、自ら生計を立てることができるため、第七四七条の扶養・教育義務免除（家族からすれば扶養等請求権の剝奪）は制裁にはなり得ないからである。[54]第二に、離籍とはつまり、戸主の戸籍から排除されることにとどまり、相続権を喪失するなどの不利益は蒙るとしても、当該家族員自身を戸主とする新たな戸籍が形成されることになるため、不当に重い不利益とまでは言えないからである。ここでは、富井の「離籍」理解を通して、富井の「家」概念の基底に「世帯」という単位があったことを示したい。

成年家族員に対する離籍制裁の意義についての富井の見解は、第七五〇条に関する議論の中で示されている。第七五

○条原案は、第一項で家族の婚姻・養子縁組に対する戸主の同意権を規定し、第二項で同意に反して身分行為をなした場合、戸主は一年以内に家族を「離籍」することができるという制裁権を規定している。まず、本条に対する他の委員の意見を挙げてみよう。磯部四郎は、戸主の承諾なく身分行為をなした家族は、戸主のほうから離籍権を行使するのではなく、当然に一家を新立すべきだと主張する。その理由は、離籍とは「昔ノ所謂久離」や「勘当」に当たり、離籍をすれば「骨肉相食ムヤウナコトニナツテ交際ノ円滑ヲ缺クヤウナコトニナリハシナイカサウ云フコトハ法律デ余リ奨励セヌガ宜イ」[55]というものである。

長谷川喬の離籍に対する次のような理解は、富井の理解と対照的であるという意味で、検討に値する。議論されているのは、第七四四条の規定（配偶者死亡後に再婚する場合、婚家・実家双方の戸主に同意権を認める）における離籍制裁に対する評価である。

「離籍ト云フコトハ元来私ハ気ニ入ラヌ其結果ドウカト云フト家モ何モナイ事ニ依ルト一人丈ケノ者ガ一戸トナツテ國ノ戸籍内ニ並ブト云フコトハドウモ面白クナイダラウト思フ戸籍丈ケガ無暗ニ殖ヘルコトハ善クナイ……又離籍ト云フコトガ必ズ善イトスレバ……マダ外ノ場合ニモ離籍スベキ事實ト云フモノガ幾ラモアル是モ前回数々例ニ出マシタガ家名ヲ汚ス罪ヲ犯シタトカ社會ニ對シテ名誉ヲ傷ツケルトカ云フコトガアル」[56]

長谷川の離籍制裁批判の要点は二つある。第一に、「離籍」することによって、戸籍だけが「無暗ニ殖ヘ」ることとなる。つまり、系譜性のない「家」が増殖するのは不適切であると主張している。第二に、「離籍」を制度化するのであれば、家名を汚すような犯罪を犯したり、名誉を損なった場合などにも適用すべきであるということである。「家」の系譜性を重んじ、「家名」や名誉を汚したことに対して「罰」を加えるべきだとする長谷川の見解は、「家」とは個人を

超越して永続していくものであるという、伝統的な「家」理解に基づいた論理であるといえる。

他方富井は、「離籍」制裁に対して、こうした見解とは真っ向から対立するような見解を述べている。

「当然離籍スルト云フコトニスルノハドウモ有害無益ト思フ少クモ必要ナイト思フ……一旦ハ［婚姻に］反對シタ反對ハシタケレドモ婚姻ヲシタ以上ハ家ニ置イテモ宜イト云フ考ガアルニ法律ガ無理ニ出テ往ケト云フコトニスル必要ハナカラウト思フ……ソンナ者［戸主の同意を得ないで身分行為をなした家族員］ガ家族トナツテハ家ノ汚レニナルト云フノハ極端デハアリマセヌカ戸主ノ承諾ト云フモソレ程強イモノニセヌデモ宜シイト思フ……ソレカラ妻ト云フ者ハ夫ノ不名誉ノ身分ニ迄従ハナケレバナラヌト云フコトデハナイカ［夫となる者が戸主の同意を得ず婚姻をして離籍された場合、妻も離籍された夫とともに新たな一家に入ることになるのではないか、の意］ト云フコトデアリマシタガ離籍ト云フコトハカナラズシモ不名誉デナイト思フ戸主ノ拒ムガ不正當デアルノカモ知レヌサウ云フ場合ニハ鼻ヲ高クシテ離籍サレル」(57)

富井の戸籍および離籍に対する考え方は、伝統的な「家」観念を重んじる長谷川と対照的である。戸主権についても、富井は戸主の意に添わぬ婚姻をしたことで、その制裁として法律上「当然」に離籍されることに反対する。彼は、戸主権を「ソレ程強イモノニセヌデモ宜シイ」とし、戸主の同意拒否が不当である可能性を指摘して、戸主権を相対化する見解を示している。このように富井は、強大で絶対的な権力を持つ家長としての戸主を想定していないのである。その背景には、例えば一度は婚姻に反対したものの、その後の状況によっては許されることもあるにもかかわらず、法律上「当然」に制裁が発動されると規定するのは、現実社会の人々の生活には合致しないという認識があり、強力な戸主権規定のあり方は、社会実体上の根拠を欠く不適切なものであるとの判断があったのであろう。(58)

それでは、富井にとって「離籍」を制裁として認める理由はどこにあるのか。この点については、第七五一条（家族

の分家に対する戸主の同意権）をめぐる議論から示唆を得られる。本条は、成年の家族員は戸主の同意があれば、いつでも分家できることを定めた規定である。その立法趣旨を富井は次のように述べている。

「本条ノ規定ハ規制法典ニハアリマセヌ併シ全ク同シ精神デアラウト信シマス、又今日以後ノ世ノ中ニ於テハ是ハドウモ必要デアラウト思ヒマス家族カ成年デアツテ一本立チデイケルト思ヒ又戸主ニ於テ異存ガナケレハイツ迄モ戸主ノ御世話ニナツテ居ルト云フコトハ決シテ望マナイコトデナイサウ云フ場合ニハ勝手ニ分家ガ出来ルト云フコトニナルノハ極メテ必要ナコトデアラウト思ヒマス」[59]

そもそも、起草委員の総意として、分家は（戸主の同意さえあれば）制限なく行えるように規定する方針であった。[60] 分家のこうした自由化、簡便化について、富井は「今日以後ノ世ノ中」にとって「極メテ必要」であると強調する。すなわち、富井には、もし成年家族員が独立に生計を営み、実際に戸主とは別個に家族生活を送っているのであれば、分家の手続によってその実態を民法上（戸籍上）に反映させるべきであるという認識がある。そうした観点からいえば、富井において、成年家族員に対する「離籍」制裁は、単に、独立生計を営む成年家族員にとっては、戸主に対する扶養請求権の剝奪は制裁としての実行性がないという、消極的な評価に留まらないものがある。すなわち、経済的に独立した家族員が、戸主の意思に反してでも、自らの居所を構え、婚姻をするのであれば、戸主の「家」を離れて、自らを戸主とする「家」を創設すればよいということになる。そのことによって、家族生活の実体が法律上の「家」（戸籍）にも反映される。このように、富井は、実際に家族共同生活が営まれている単位こそを、民法上の「家」として把握すべきだと考えていたといえるのである。[61]

すでに述べたように、富井は、〈戸主―家族〉関係を、〈親権者・世帯主―同居同生計の直系卑属〉関係として捉えており、民法上の「家」概念の核に、居住・生計・扶養の単位たる「世帯」を位置づけている。「分家」と「離籍」に対す

る富井の見解も同様に、居住・生計・扶養の単位である「世帯」と民法上の「家」との合致という観点から論じられているといえる。

結局、戸主の居所指定権については、「離籍」がその制裁として規定された。その最大の要因は、富井原案における戸主権が、強大なものでもなく、絶対性を有するものでもなかったために、戸主権強化を主張する穂積八束等の保守派から攻撃を受けたことにある。富井の主張は、未成年者たる家族については離籍制裁の適用を除外するという但書規定として残されるにとどまった。これにより、戸主の居所指定権規定においては、富井の「世帯」＝「一家」とする把握は、一歩後退した。しかしながら富井は、居所指定権における「世帯」としての「家」という自らの構想が敗れ、戸主権限が拡大してしまったために、かえって廃戸主制度の必要性を痛感した側面もあるのである。このことは、富井が示した廃戸主導入の第二の理由に現れている。

第二節　梅の二つの「家」概念

富井は、廃戸主制度導入の第二の理由を、「個人主義的要請」に基づく戸主権濫用の防止にあると言明している。その真意を検証するために、まずは本案に対する最大の反対論者であった梅謙次郎起草委員の議論を取り上げたい。

一　「主権」としての戸主権と二つの「家」論

従来の研究においては、梅が廃戸主導入案に反対した意図は、所有権の絶対性を堅持し、商品流通の自由を確保すること（第三者の保護）にあったと解されてきた。つまり、梅が戸主を「所有権主体」として把握し、それゆえに戸主権そのものを何人にも侵害されない絶対的な権利として位置づけた点が最も重視されてきた。換言すれば、梅は、廃戸主

制度を個人の所有権を剝奪するものとして、西欧近代財産法原理と矛盾するために退けたと理解されてきた。同時に梅の議論が、廃戸主制度導入に賛成した保守的な「家」制度擁護者たちの意図、すなわち「家産」の真の所有者は「家」であるとし、「家産」に対する戸主の私的所有を否定しようとする議論を退けたという点が高く評価されている。

しかし、本稿において注目したいのは、梅自身がまず、戸主権を「所有権」としてではなく、「身分権」として把握している点である。廃戸主に関する実質的な議論が展開された、第二回目の審議にあたる第一三六回法典調査会の開始早々に、梅は次のように発言した。

「私ガ是［廃戸主］ヲ置クコトニ賛成ヲ表スルコトガ出来ナカツタ理由ハ外デモアリマセン戸主権ト云フモノハ家ノ主権デアル其主権者ガ主権ヲ行フ方法ガ宜シクナイト云フコトデ他ノ者ガ容易ク喙ヲ容レルト云フコトハシ許シ難イコトデアラウ若シ此處ニアルヤウナ丸デ戸主権ヲ奪フト云フ事柄マデモ許スコトガアルノナラバ是ヨリカ些ツト仕易スサウナ制裁ヲ附シテアツテモ宜ササウナモノデアリマス」(62)

梅はこのように、戸主権が「家ノ主権」であるがゆえに、第三者がその主権の行使に容喙することは「許シ難イ」として、廃戸主に反対すると明言している。

また、第一二八回調査会における戸主の家族に対する教育・扶養義務についての議論の中では、戸主について次のように述べている。

「戸主ト云フ者ハ家ノ番人デアル夫故ニ家ニ関スルコトニ付テハ戸主ニ権利モアリ義務モナケレバナラヌト云フコトハ言フ迄モナイ先ズ権利ノ方ハ此案ニ於テモ家カラ人ガ出ル、家ニ人ガ這入ツテ来ルト云フ事柄ニ付テハ戸主ハ十分ノ権ヲ持テ居ル……兎ニ角権利ノ

アルト云フコトハ充分認メテ居ル戸主ヲ置ク以上ハ認メナケレバナラヌト思ヒマスカラ其點ニ付テハ或ハ既成法典ヨリ一層強ク戸主ノ権ヲ認メテ居ル積リデアリマス」[63]

梅が理解する戸主の役割とは、「家」の出入り、すなわち家族員の身分行為を監視する「番人」である。そうした身分権としての戸主権を、梅は「既成法典ヨリ一層強」いものとして理解している。それでは、戸主が「番人」となっている「家」とは、具体的にいかなるものであろうか。第一四八回調査会での発言を挙げよう。

「先ヅ一家ノ大将ハ夫デアル唯ダ一家ト云フ観念ガ此處デハ二タ通リアツテ事實上ノ生活ト名義上ノ家トアリマス名義上ノ家ハ都合ニ因ツテ女戸主ヲ立テルト云フコトガ必要デゴザイマセウカラ許ストシテモ實際上ノ生活ニ付テハ矢張リ夫ハ夫、妻ハ妻デアリマス……矢張リ此處ノ場合ナラバ既成法典ト同様ニ女戸主ノ場合デモ夫ガ管理権ヲ持ツ唯ダ無形ノ家ト云フ関係カラシテ戸主権ハ女戸主ガ行フモ戸主権ト云フモノニハドウ云フ事柄ガアルカト云フト財産ノ管理ト云フコトハアリマセヌ唯ダ実際ノ家族ノ養育、教育ノ費用ヲ出ストカ又家族ガ他ノ家ニ入ルトカ其ノ家ヲ出ルトカ云フトキニ夫レヲ許否スル権トカ即チ無形上ノモノデアツテ従ツテ夫レガ無形ノ家ノ利害ニ関スルコトニ付テ女戸主ガ自ラ決スル其権利ヲ行フ其外ノコトニ付テハ女戸主ト普通ノ妻トニ區別ハ少シモナイト云フノガ既成法典ノ精神ト思ヒマス夫レヲ採リマシタ」[64]

これは、第八一八条「夫ハ妻ノ財産ヲ管理ス」という規定が、女戸主にも適用されるか否かという点が問題となった際の梅の発言である。梅は、旧民法の主義にしたがい「女デモ戸主ニ為レル従ツテ戸主権ヲ行フコトガ出来ル」が、「飽クマデ夫ニ従ハナケレバナラヌト云フ原則」は守るべきであり、慣習にも合致するとして、上記のように論じている。

この発言の趣旨は、戸主であっても「妻」である以上、妻の無能力規定の適用を受けて夫が財産管理権を有するとい

うことであるが、梅は、その理由が民法上の「一家」という概念に拠るものと論じた。すなわち、民法には「事實上ノ生活」と「名義上ノ家」の「二タ通リ」の「家」があり、夫が支配する「事實上ノ生活」に対して、「名義上ノ家」とは「無形ノ家」であり、これを支配するのが戸主である。戸主権とは、家族員による「家」の出入りを監視することなど「無形ノ家ノ利害ニ関スルコト」についての権利である。

つまり、梅は、戸主権の支配する「名義上ノ家」と、夫権・父権の支配する「事實上ノ生活」とを完全に切り離した上で、それぞれ別の原理で編成されるものとの見解を示していると理解できる。こうした梅の「家」把握は、「女戸主」という例外的な場合に限った見解と解すべきではない。すでに有地氏が指摘しておられるように、梅の「二つの『家』」把握は、「むしろ明治民法に規定された『家』の仕組み」[65]そのものであり、明治民法を貫く「家」の構想なのである。

梅はまた、廃戸主反対の理由として「家ノ主権」としての戸主権の絶対性を挙げたことに続けて、「家ヲ重ンズル考ヘカラ戸主権ヲ成ル可ク制限スル」ことも「一ノ考」えであるが、そうした考えは認められないと述べている。ここでは、戸主の持つ所有権と「家」との絶対性が比較されているだけなく、戸主の身分権としての絶対性と「家」の絶対性とが比較されていると解することができる。幕藩期における家長権は、「家」成員に対して権力を有するが、一方で「家」永続のために正当に行使すべきことが常に要求されており、家長権自体が「家」によって羈束されている。「家」成員は、家長その人自身に対する恭順というよりはむしろ、先祖代々永続する「家」に対する権威に服従した。しかし梅のいう戸主は、家族員に対し一定の権力を行使するが、戸主自身は「家」からの羈束をうけることはない。戸主権は「家」の権威を媒介とすることなく、「家長権」としての絶対性を有するものとして位置づけられる。[66]

そもそも、近代市民法そのものが、家父長制を前提とし、とりわけ近代家族法が家父長制家族の法であることは、近年においてはすでに通説的位置を占めている。すなわち、財産所有権主体が「家父長」であることは何ら矛盾することではなく、[67]むしろ近代市民法における家族法の位置づけからみれば、財産法上の「個人」が家族法における家父長（夫

権・父権の主体）であることは自明の前提となる。[68] その意味において、正確には梅の構想のなかで「近代市民家族法」のモデルに該当するのは、彼が示した「二つの『家』」概念のうち、夫権・父権によって支配される「事實上ノ生活」である。[69]

そうした理解を前提とした上で、梅において「名義上ノ家」を支配する「戸主権」の家長権としての性質を解明し、なぜ二つの「家」という構想が必要であったのかについて考察を試みる。その前に、梅の廃戸主反対理由に対する富井の反論を検討したい。

二　富井の反論

上述したように、梅は第一に、戸主権の身分権としての絶対性を主張して、廃戸主に反対した。それにもかかわらず、梅が示した戸主権絶対性の主張は、「財産所有権主体」としての絶対性という側面のみが強調される傾向にあった。その理由は、主に廃戸主制度論争が、制度導入に賛成する保守的論者と、財産法原理を貫徹する梅という対立構図の中で解釈されていたためであろう。たしかに、廃戸主制度導入案に積極的に賛成したのは、私有財産を否定し「家族制度」強化を図ろうとする穂積八束や土方寧、長谷川喬といったいわゆる保守的な「家制度」擁護論者である。八束らの「家制度」擁護論者は、系譜的・個人超越的な存在である「家」の永続性を担保するために、戸主個人の恣意を排除できる装置として廃戸主制度の導入を積極的に支持した。廃戸主制度導入をめぐる梅の議論は多岐にわたるが、[70] 反対論者の筆頭である梅の意見と、賛成論者である保守派との対立は、私有財産を肯定する立場か、これを否定して実質的に「家産制」を残そうとする立場かという点において、最も顕著であった。したがって、この対立点からの検証が最も重要であり、その意味で戸主を所有権主体としてとらえた梅の視点がきわだって重要であることは言うまでもない。

しかし、梅と保守派との対立は「私有財産」と「家産」、「私的所有権」と「家」という対立に終始するものではない。

梅と保守派との間には、「身分権」そのものとしての「戸主権」の位置づけに大きな相違がある。梅は、戸主権を「家」からの掣肘を受けない「家長権」として位置づけ、その意味で伝統的な「家」的家長権からの脱却を計ろうとした。他方、保守派は、あくまで「家」によって規制され、「家」によって正当化される「家」的家長権のみが認められると考えた。

この点は、富井自身によって指摘されている。まず、富井は「先刻カラノ御議論ニ據レバ可成日本ノ家族制ヲ強クセント欲スル者ハ本案ニ賛成」し、「可成家族制ヲ敲キ潰シテ往カウト云フ精神デアレバ本案ニ不賛成」であるとされるが、こうした理解は「私ノ趣意トハ少シ違イマス」[71]と述べる。富井は、有力な廃戸主賛成論者である穂積八束の議論には、「誤解」があると言う。前述したように、八束は、梅と陳重を「家族制反対派」とし、富井を「家族制擁護派」と理解した。これに対して富井は、起草委員間の相互了解として、「家族制」を認めるという大前提については一致していると考えている。[72]その上で、起草委員三者の対立の根拠を次のように論じる。

「兎ニ角家族制ヲ認メマシタ以上ハ私ハ斯ウ云フ規定ガナイト権衡ヲ保ツコトガ出来ヌト思ヒマス、ケレドモ反対ノ方カラ却テ是［＝廃戸主制度］ハ家族制ノ精神ヲ破ルト見ル察スルニ両君［＝梅、穂積起草委員］ノ御考ニ於テモ強チニ個人主義ヲ貫クガ為メニ此規定ガ悪イト云フ御精神デハナカラウト思ヒマス矢張リ家族制ヲ重ンズル方カラ此規定ガナイ方ガ宜カラウト云フコトデアラウト思ヒマス既成法典ガ現ニサウデアラウト思ヒマス……夫レハ家族制ヲぶち壊ハシテ個人主義ニシヤウト云フ精神デハナクシテ矢張リ戸主ト云フ者ハ一家ノ長デアル其一家ノ長ヲ廃黜スルト云フヤウナコトハ家族制度ヲ重ンズル精神カラ寧ロ斯ウ云フ規定ガ置イテナイト思ヒマス」[73]

このように富井は、梅、陳重および旧民法の立場を、「一家ノ長」たる「戸主」の廃黜（はいちゅつ）を許容しがたいという、むしろ

「家族制度」を重視した見解であると断ずる。[74] この発言は、梅が「家ノ主権」たる戸主権に他者が容喙できないとして廃戸主反対の見解を示したことを受けた、富井からの反論にもなっている。しかし梅は、この富井の発言に対して全く反論をしなかった。[75] 梅の主張が、戸主権そのものの絶対不可侵性を守ろうとするものであり、それが観念的な「家」の頂点に位置する権利であることに根拠を置いていることを、富井自身は見抜いていたといえるのである。

第三章　富井と梅の「戸主権」理解

本章では、「戸主権濫用」に対する富井と梅の評価を手がかりに、両者の「戸主権」理解について考察を試みる。梅については、第二節で、彼の「戸主権」理解と二つの「家」という構想との関連について検討を試みたい。

第一節　富井の「個人主義的要請」としての廃戸主論

「家族制度」に関する富井の基本的見解は、「唯ダ無暗ニ家族制度ヲ強クシタイト云フ考デハ」なく、「昔シノ家族制度ハ是ハ私ハ断言シマス今日及ビ今日以後ノ社會ニハ到底適シナイ」ことは明白であるため、「家族制度ノ善イ所ヲ存シ其弊ヲ矯メ」、「是ト同時ニ各人発達ヲ圖ツテ往ク」ことであった。その上で、廃戸主規定を導入した第二の理由について、「とつぴよしも無いことヲ言フト仰セニナルカモ知レマセヌガ各人ノ発達ヲ圖ルコトニ為ルト云フ気付キモアル」と述べ、次のように続ける。

「其譯ハドウカナラバ是迄ノ規定ヲ再ニ御覧ニ為ルコトヲ願ヒタイ……家族ハ戸主ノ承諾カナケレバモウ婚姻モ出来ヌ養子縁組モ出

来ヌ居所ヲ移スコトモ出来ヌ其戸主ガ拒メバソンナ事ハ一ツモ出来ヌ戸主ガ拒ムト云フコトハ或ハ不當ナ拒絶カモ知レヌ」[76]

富井は、家族員の身分行為に対する戸主権（同意権）の行使いかんによっては、家族員個人の婚姻や縁組の意思が阻害される可能性があることを指摘する。つまりここで富井のいう「各人ノ発達」とは、家族員個人の意思の尊重と「権利」の伸張を意味する。

さらに富井は、本野一郎委員の第一三〇回調査会における分家規定についての発言を取り上げ[77]、戸主の家族員に対する身分行為同意権が濫用された場合に、その対抗措置が皆無であることを指摘する。戸主権濫用から家族員を保護する制度を設けることは、「戸主ノ権利ヲ挫クコトデハアリマスケレドモ今日ハ或ハサウ云フ風ニシタ方ガ宜カラウ」というのが富井の見解であった。

「戸主ガ［家族の分家、婚姻、養子縁組への同意を］不当ニ拒ムト云フヤウナ事ヲスレバドウニカ、サウ云フ場合ニハ勝手ニ出来ル、裁判所ノ許可ヲ得テ出来ルトカ云フヤウナコトニデモ為ツテ居レバ……或ハ此規定［＝廃戸主の規定］ガ要ラヌカモ知レヌ或ハ私モ此規定ヲ出サヌデアツタカモ知レマセヌガ是迄ノ規定ト云フモノハ戸主ノ権利ト云フモノハ皆ゆとりガナイ何處カ一ツ抜ケ道ノナイ以上ハ、此點ハ個人主義デアリマス各人ノ発達ト云フモノハ到底圖ルコトハ出来ヌ斯ウ考ヘタノデアリマス」[78]

このように富井は、廃戸主制度提案の理由として、戸主権の濫用によって家族員個人の権利が阻害されることを危惧している。先述したように、富井の「離籍」に対する発言においても、同様に戸主の同意権を相対化する立場を看取できる。

富井の戸主権濫用に対するこのような危惧は、彼の「家」理解にも関連すると考えられる。富井は、すでに第一二八

回調査会の段階で廃戸主制度の構想があることを明らかにしている。[79] したがって、同じく第一二八回で議論された戸主の居所指定権を起草した段階で、すでに彼は、廃戸主制度の構想を抱いていたことになる。富井は、戸主の居所指定権を、実質的には同居同生計の直系血族（主として親権者と未成年子）関係として規定しようとした。こうした富井の想定にしたがえば、戸主権主体とは親権者ないし世帯主となり、戸主権の濫用とは、同居する未成年子や妻などのきわめて緊密な家族関係にある者に対してなされることになる。富井のいう「個人主義」のための廃戸主導入の必要性とは、「世帯」という実体的な家族共同体における戸主権濫用に対する危機感から、家族員個々人のための防御策として導かれたものと理解できる。[80]

ただし実際には、居所指定権の富井原案は、審議過程において修正が加えられてしまった。戸主＝世帯主・親権者とし、民法上の「家」概念をできるかぎり「世帯」と合致させようとする富井の構想は、実現しなかった。その一方で、富井の意思に反してはいたが、制裁としての「離籍」権が戸主に附与されたことにより、戸主権は観念的な強大さを備えることとなった。「世帯」としての「家」把握は退けられたものの、観念的な戸主権への対抗策として、廃戸主制度の必要性が導かれたことになったのである。

第二節　梅の戸主権像のモデル――「ローマ的家長権」モデル――

他方、梅は戸主権の制限について、先の本野発言に対して否定的な見解を述べている。第一に、「是迄ノ慣習」と比較する観点からの批判である。つまり、従来の慣習では、戸主が承諾しなければ婚姻も養子縁組も「無効」であったが、明治民法では離籍さえ甘受すれば、家族員は身分行為を「戸主ノ承諾ナシニ出来ル」こととなった。梅はこれを「既ニ餘程ノ進歩」であると評価し、「尚ホ此上ニ戸主ガ無理ヲ言ヘバ裁判所ニ訴ヘルコトモ出来ル」ということは「稍一足

飛ビト云フ感ジモアリマス」[81]として、いわばそのゆきすぎた進歩を批判する。

第二に、家族に対して権力を有する戸主には、この程度の絶対性や強大さを持つ権利を当然付すべきだという批判である。梅は、「兎ニ角戸主ハ家ノ繁昌」を望まなければならず、「家族ニ對シテ相当ノ権力ヲ持ツテ居ナケレバナラヌ」、そうであればこそ「是位ノ権利ヲ與ヘル」ことは「左マデ酷イコトデハナイ」[82]と言う。梅は、一旦、戸主を認めた以上、その権力に相応の権利を付与し、権威ある存在とするべきであるとバランスを重視した戸主権論を展開したということができる。

梅のこうした批判の根底には、戸主権の「不可侵性」を重視する姿勢がある。梅は、明治民法においては、「畢竟離籍サヘ覚悟ヲスレバ戸主権ヲ蔑ロニスルコトモ出来ルト云フコトデアリマスガ是モ能クヽノコトデナケレバ出来マセヌ」[83]と述べている。すなわち、梅は、戸主に対する不服従や戸主権行使に対する異議は、戸主の軽視（「蔑ロニスルコト」）であると捉え、そうした違背行為に対しては、当然に制裁（離籍）が下されるものと理解している。しかも、梅は、余程のことがなければ戸主権には逆らえないものと位置づける。[84]このように、梅において、戸主権は、家族による反抗も、司法権という第三者からの介入も許さない不可侵性を帯びたものとして理解されている。

梅のこうした理解は、富井の理解と大きく異なる。前述したように、富井は、戸主に離籍されることによって、家族員の意思に合致した家族共同体が形成されることとなり、そうした結果を招くことを否定的には評価しておらず、家族は「鼻ヲ高クシテ離籍サレル」ものと述べている。富井においては、戸主の同意権や制裁権は一定程度相対化されており、絶対的な権利としては把握されていないといえるのである。

梅が示した「戸主権」像は、どのような家長権像に由来するものであろうか。本稿冒頭で引用したように、梅は明治民法施行直後に、家族制は早晩消滅するであろうと予言した。[85]この「家族制ノ将来ヲ論ズ」という小論（講演記録）には、彼の家族法制に対する理解の一端が示唆されていると考えられる。

第一に、梅は、「家族制」は日本固有のものではなく、歴史のある段階であらゆる社会が経験する一段階であると理解している。

「家族制ト云フモノハ決シテ我邦ノ固有物デモ何デモナイ、何レノ國ニ於テモ社會ノ或進化ノ度ニ於テハ必ズ家族制ト云フモノガ存シテ居ル、欧羅巴ニ於テモ或時代ニ於テハ我邦ノ家族制ト大同小異ノモノガ皆行ハレテ居ッタノデアル」(86)

したがって、梅によれば、論者の中には「家族制」を日本固有のものとして、これを変更したり廃止すれば、国家存亡の危機を招来するかのように主張する者がいるが、これは外国の歴史に対する無知に基づく誤った見解であるということになる。

第二に、梅は、現在の日本の「家族制」は、近代ヨーロッパもかつて経験したローマ時代の「家族制」とほとんど同質のものであると理解する。

「中ニ就イテモ羅馬ハ家族制ガ最モ盛ンニ行ハレテ居ッテ、其制度ノ規模モ、餘ホド我邦ノ家族制ニ類スル所ガアッタ」(87)

「日本ノ家ハ羅馬ノ家ヨリ大キカッタト云フダケデ、羅馬法ノ精神ハ日本ノ家族制ノ精神ト戻ッテ居ルト云フコトハ少シモナイ」(88)

では、日本とローマの「家族制」とは、具体的にどのように類似しているのか。

「何レノ國デモ幼稚ナル時代ニハ家[傍点原文]ト云フモノガ小国家デアル、……要スルニ家ト云フモノガ一ツノ團體デアッテ丁度今日謂フ國家ト相類シタル所ノ性質ヲ持ッテ居ッタト言ヘル」(89)

このように「家」を一つの団体として「国家」になぞらえることから、梅が「家長」を「主権者」として位置づけたことも理解できるであろう。

梅は、ヨーロッパはこのローマ「家族制」の段階を経て、現在は父権・夫権を中心とする「家ノ新ナル観念」へ到達しており、日本もいずれはその段階にたどりつくと考えている。しかしながら、第三に、梅はその「家ノ新ナル観念」への進化は、漸次的なものではくてはならないと指摘した。なぜなら「家族制度」なるものは何らかの必要があって成立したものであり、強制的に消滅させられるものではないからである。したがって、現時点では、日本の「家族制度」（具体的には戸主権と家督相続）は一応残存させるべきである。梅は、一五年程度のちにはこれが「進化」して「家ノ新ナル観念」にたどりつくことを予想し、それゆえに「家族制度」を当面の間存置させることに問題はないとみる。その上で、「漸次」「進化」して「家ノ新ナル観念」に移行していくのは、決して憂慮すべき事態ではないと述べる。(90)

「斯様ナルコト［＝家族制を人為的に崩壊させ、消滅に至ること］ガ急激ニ行ハルルコトハ害アリト思フカラソレハ不必要デアル、併シ漸次ヲ以テ進化シテ、山ノ芋ガ鰻ニナルヤウニ家族制ガイツシカナクナッテソレニ代ルモノハ欧羅巴ノ今日ノ親権、夫権若クハ夫婦ヲ以テ組立テ居ル家ノ新ナル観念ニ移變ッテ行クト云フコトハ防ゲヤウト思ッテモ防ゲルコトハ出来ヌカラ、ソレガ必要カラサウ云フコトニナッテイケバ、少シモ憂フベキコトデハナイ」(91)

以上の梅の言説から、民法上の「家」および戸主権概念に対する梅の理解は、次のようなものであったと言える。

梅の時代認識としては、現在の日本は、旧時代から近代への過渡期にある。その段階においては、旧時代の「家族制」から近代の「家ノ新ナル観念」への緩やかな「進化」が求められる。それゆえに、民法上の「家」を、二つの「家」概念として構成するべきである。

一つは「名義上ノ家」という「家族制」であり、他方は「事實上ノ生活」という「家ノ新ナル観念」である。それぞれの「家」には、家長が必要となるが、「名義上ノ家」に代表される「家族制」は、本質的にローマ時代の「家族制」と同一であり、かつ近代ヨーロッパの「家ノ新ナル観念」へとつながる「進化」の前段階である。したがって、梅はこの「名義上ノ家」を支配する家長権は、ローマ家族制の家長権と同様のものを設定するべきだと判断したものと考えられる。

ただし、それは、あくまで当時において梅が理解し、さらに理念化したローマ家族制上の家長権モデルである。梅自身が、「ローマ家族制」に対する理解を明確に述べていないため、ここで彼がモデルとした「ローマ的家長権」を正確に定義することは難しいが、「絶対的排他的統一的権力」[92]というように、一般的に理解されていたような強大な家長権として捉えているといえるだろう。梅は、こうした家長権モデルを前提としながら、戸主権が近代法上の所有権主体であることを明確に述べ、近代法的な要素を意識的に加味したと考えられる。また、梅は、身分権としての戸主権の権威と不可侵性を強調する一方で[93]、家族の権利を認め、家族の婚姻・縁組同意権に対しては、戸主の同意に絶対的な効力は与えなかった[94]。

ところで梅は、より一般的に、社会の発展・進化とそれに伴う法のあり方についても論じている[95]。梅は、「制定法」の外に「万古不易」の「理想法（性法）」があると論じた上で、次のように述べている。

「……私抔ノ信ズル所デハ性法ノアルト云フコトハ認メルケレドモソレガ萬古不易デアルト云フコトハ少シ語弊ガアル、大原則ハ萬古不易デアルケレドモ其適用ニ至ッテハ時ト處ニ依ッテ異ナルノデアル……社會ノ開化ノ程度ガ若シ之ヲ数デ量ルコトガ出来ルナラバ、五ツノ度ニ達シテ居ルナラバ其五ツノ度ニ適スル法律デナケレバナラヌ、十ニ達シテ居ルノナラバ十ノ程度ノ法律デナケレバナラヌ[96]……」

梅によれば、「萬古不易」は「唯原則ノミ」であり、具体的にいかなる法律を作るのかは「社会ノ進度」によるべきであって、「社会ノ程度ニ應ジタル法律ガ即チ理想」である。すなわち、「開化ノ程度」が「五ツ」の段階にある社会で、「十ノ程度ノ法律ヲ適用スルコトハ出来ナイ」し、「強ヒテ適用スレバ害ノミ有ッテ益ハナイ」と主張する。[97] こうした梅の見解は、彼が家族制の「漸次」的な「進化」を主張したことにもつながるであろう。[98]

さらに、歴史学派が「法律ニ理想抔ハナイ、唯歴史上ノ必要カラ自然ト生ジテ」[99]きた「歴史ノ産物デアル」[100]と唱えることを批判して、「理想」が存在しなければ、「物ノ改良、進歩ト云フコトハ無イ筈」であると主張する。

「……希臘、日耳曼ノ古イ時代ニ行ハレテ居ッテ今日普通人ガ『野蛮法』ト云フ法律ガ段段改良セラレテ今日ノ文明ノ法律ト為ッタノデス、段段進歩シテ今日ノ域ニ至ッタノデアル……一定ノ理想ガアッテ其理想ノ方ニ近ヅクノガ進歩シタノデアル、成ルベク近寄ルヤウニスルノガ改良デアルト云フコトハ一般ニ認メテ居ルト云ハナケレバナラヌ、故ニ歴史ガ實際人類ノ進化ヲ證明シテ居ルノデアル」[101]

このような梅の社会と法の進化・発展に対する一般的理解は、梅における親族法の構想にも貫かれていると考えられる。梅は、家族をめぐる法制度をローマ的大家族制から「新ナル家ノ観念」へという歴史過程として把握した上で、親族法の「家」を、日本社会の現在の「段階」と、そこから「進化」した理想とする「段階」とに分けて規定したのではないだろうか。すなわち、梅が示した明治民法親族編の「名義上ノ家」と「事実上ノ生活」という二重構造は、「名義上ノ家」から「事実上ノ生活」としての「家」へという、家族制の「進化」を示す構造をであったといえるのである。

梅の戸主権構想は、明治民法に実現されるものの、民法施行直後からほころびをみせはじめる。大審院は民法施行直後の明治三四年以降、戸主権の濫用を認定し、家族の利益保護に努めるのである。しかし、梅はそれさえも予言してい

た。

「此等ノ規定［＝戸主の婚姻同意権及び居所指定権に伴う離籍制裁権の行使］ガ不幸ニシテ頻繁ニ行ハレルト云フト家ト云フモノハ四分五裂シテ仕舞フ、併シ是ハドウモ已ムヲ得ヌトシテ今日認メテアッテ餘リ之ニ對スル反對若クハ攻撃ノ声ヲ聞カナイ、ソレハナゼカト云フト事實已ムヲ得ザレバナリデアラウト思フ……斯ウ云フヤウナ例カラ段段家族制ト云フモノハイツトナク崩レテ行クノデ一時ニ家族制ヲ廃スルト云フヤウナ法律ハ出ナイカモ知レヌガ、トウトウ實ガ無クナッテ名モ之ニ随フト云フコトニナリハセヌカ」[102]

このように梅は、むしろ、漸次的に倒壊していくことを狙って、戸主権規定を構成したかのようにも理解できる。民法上の「家」概念を、「名義上ノ家」と「事實上ノ生活」とに切り分けることで、社会の進化に淘汰されていく「無形ノ権利」としての戸主権を観念的な性質を持つものとして規定することができたといえる。富井もまた、こうした梅の構想を理解していたがゆえに、その現実的な弊害、とくに民法上の戸主権概念と家族関係の実体との乖離という問題を認識し、批判したと考えられるのである。

第四章　裁判に対する評価と廃戸主論のゆくえ

本章においては、裁判に対する富井と梅の評価の違いが、廃戸主論争に及ぼした影響について考察し、本案採決の顛末について論じる。

第一節　「裁判による廃戸主」制度の構想

梅は、廃戸主に反対するに際して、これに代わる法的措置を提案している。まず、戸主の放蕩などによる財産上の損失については、準禁治産の活用によって防止でき、処刑などの戸主の長期不在については、通常の失踪に準じて、不在者の財産管理制度を適用すればよいとする。次に、戸主自身の身分行為については、未成年戸主を含む無能力者と同様、父母や後見人の代理で足り、また家族の身分行為に対する戸主の同意権についても、父母や保佐人の「承諾」[108]を得ればよいと述べる。総じて、梅の反対論は、廃戸主制度の機能は近代法上の制度で代替できるというものである。

これに対して富井は、禁治産宣告等を受け、実質上は戸主でない者や長期間不在の戸主を、数十年にわたって法律上戸主の地位に放置しておくのは不適切であると批判する。また、戸主権のうち身分に関する権利は多いが、これらは代理にはなじまないと指摘する。

結局、梅自身も、その後の議論では自らの代替案にはほとんど触れず、とくに議論にもなっていない。[109]むしろ次の点が、梅による強力な反対論として求心力をもってくる。梅が強調したのは、廃戸主制度の「濫用」の問題である。富井原案においては、廃戸主を請求できる者は「父母」と規定されているが、これでは「実父母、養父母、継父母、嫡父母マデモ皆這入」ってしまうと指摘し、「是ハ大変弊ノアル事柄」であるとして次のように論難する。

「是ハ大変弊ノアル事柄ト思ヒマス世間往々ニシテ此養父母ガ実子ノ出来タガ為メニ俄ニ養子ガ憎ク為ツテ何カ見付ケテ逐ヒ出ソウト思ツテ居ル人間ノコトデアルカタメ多少ノ過失ガアリマス夫レヲ見付ケテ廃シテ仕舞ツテ其實子ニ相續サセルト云フコトハ世ノ中ニ少ナクアリマセン又継母ニ子ガ出来ル、サウスルト既ニ相續ヲ譲ツタ戸主ニ何トカ難癖ヲ付ケテ夫レヲ押隠居ヲシテ仕舞ツテソノ實子ヲ戸主ニ立テヤウトスルコトハ世間ニ往々アル事デアリマスサウ云フ場合ニ父母ノ云フコトデアルカラ裁判所モ多分本統[110]デアラウ

ト思フテ許スサウシテ廃戸主抔ヲシテハ溜ラヌ事デアリマス」[105]

これに対して富井は、請求者には養父母も当然含まれると反論する。たしかに養父母による制度の濫用の可能性は否定できないが、養戸主についても「恰度家督相續ヲスル戸主ニ為ツタ頃カラ勝手放題」に「身持放埒ヲ思フ存分ヤル」という者が「極メテ多イ」、「是迄廃戸主ト云フモノハ多クハサウ云フ場合ニ生ジテ居リマス」と指摘する。よって、養父母からも養子からも弊害は生じるため、本条については「適用ヲ狭クシテ條件ヲ六ヶシクシテ置ケバ不都合ハ無イ」[106]と論じ、実父母のみを請求者にするという梅の案に反対した。

富井は、本案提出の当初から、廃戸主の適用を最小限にし、要件を厳しくすることで濫用を防止できると繰り返し強調している。例えば、富井は本案提出理由を最初に説明した際に、廃戸主は「如何ニモ重大ノ事デアリマスカラ裁判所ガ干渉シタ方ガ宜シカラウ」と述べ、「裁判による廃戸主」制度案を提示した。さらに富井は、起草の際に参照した「従来ノ慣習」として、「伺指令」「判決」「大審院ノ判決」を挙げ、これらの「慣習ハ濫用ヲ避ケルコトヲ務メテオリマスガ重大ノ事由アル場合ニハ［廃戸主を］許スト云フコトニ明ラカニ極ツテ居ル」[107]と断言する。また、たとえ「継父母ガ偏頗ナ考エカラ［不当な廃戸主請求を］ヤツタ所ガ裁判所デヤルノデアルカラ充分ニ事実ヲ調ベテヤレハ決シテ不都合ナ結果ハ生スマイ」[108]と発言している。

富井が、「裁判による廃戸主」の制度化を企図し、かつ裁判によることで濫用防止が可能であると断じたのは、「實例」に基づく判断による。このことは、梅が養父母による請求権を排除しようとしたことに対して反論する中で、明確に述べられる。

「此條ノ適用ハ前ニモ度々述ベマシタ通リ實子ヨリモ多クハ養子ニ付テ適用ガアル又必要モアル濫用モアリ得ルコトデアリマスケレ

ドモ夫レハ裁判所ノ命ニ依リテ極マルコトデアリマスカラ心配ハナカラウ濫用ニ連レテ必要モ亦此場合ニ最モ多イト信ズル是迄生ジタ實例ニ依リ其點ハ明ラカデアル然ウシテ見レバドウシテモ養父母ニ請求権ヲ與ヘネバ不都合デアルト思ヒマス」[108]

このように、富井は、「實例」に照らして、養父母による養戸主の廃戸主請求を裁判所が判断するシステムを構想した。事実、明治前期の典型的な廃戸主紛争とは、養戸主に対する養父母（または養家親族）による強制隠居請求であり、かつ裁判所はこれを抑制する傾向にあった。明治前期の裁判事例研究の成果によれば、廃戸主判決の七割から八割は養戸主に対する養親および養家親族からの廃戸主請求であり、多くが養戸主勝訴（請求棄却）の判決を下している。[110] また、明治二〇年に旧民法に対する『司法官意見書』が提出されたが、富井の発言は、司法官（裁判官、検事）が指摘した当時の廃戸主裁判の実情とも合致している。[111]

他方、これに対して梅は、廃戸主原因の有無を判断するに際して、「裁判官ハ自分ノ利害ニ関セヌコトデアルカラサウ濫用ハ致シマスマイガ其代リ自然不親切ニ適用ヲスルカモ知レヌト云フ様ナ人モ数多ノ裁判官ノ中ニハナイトモ申サヌ」[112]と発言しており、裁判所の関与が濫用防止を担保するという富井の見解には懐疑的な態度を示した。

第二節　富井と梅の裁判に対する評価

廃戸主制度の「濫用」をめぐる富井と梅との対立の前提には、「裁判による廃戸主」という方法に対する評価の相違があり、さらに根本的には、裁判所による判断そのものに対する評価の違いがある。しかし、両者とも、法典調査会においては、裁判所に対する不信・信頼の根拠を示していない。

梅が、当時の裁判に対して不信を抱いていたことは事実である。[113] 梅は、旧民法の施行を主張する根拠として、当時の

裁判の質の低さを挙げ、制定法の必要を説いている。[14] すなわち、「今日ノ我邦ノ裁判上ノ有様」は、「明治八年裁判事務心得第三條」に規定されているように、民事訴訟において成文法が存在しない場合には慣習により、慣習がない場合には條理によって裁判するものとなっている。しかしながら、成文法はきわめて少なく、慣習は調査が困難であるため、「裁判官ハ自己ノ都合ノ宜シキ様実際ノ慣習ノアル事ニテモ慣習ノ見ルベキモノナシ」として、「直チニ條理ニ従ヒテ之ヲ裁判」しようとする。では、「條理ナルモノハ果シテ如何ナルモノカ」といえば、「佛法學者ハ條理ハ自然法」であるといい、「英法ヲ學ビタル者ハ英法學者ノ多ク同意スルモノヲ取リ獨逸法を學ビタル者ハ亦獨法學者ノ説ヲ用ヒテ條理ト為ス」などと批判した。[15]

明治民法施行直後の明治三五年にも、梅は「所感」と題した短い講演の中で、当時の「法律」全般に対する不信は、法律そのものの欠陥だけでなく、実務家における法の運用にあることを指摘している。[16] 梅によれば、「ドウモ近頃ノ裁判ノ傾向ヲ見ルト云フト兎ニ角普通ノ思想ニハ了解シ悪イ」、また「普通ノ眼カラ観ルト奇妙ニ見ヘル裁判ガ多イ」。なぜなら、裁判官は「法律ハ活キタ社會ヲ支配スベキモノ」であることを「終始考ヘ」るべきであるにもかかわらず、「法律ヲ殺シテ裁判ヲシ、自分［＝裁判官］ガ死人同様ナ機械的ノ裁判ヲシテハナラヌ」という「考ヘ」がないからであった。

他方、富井は、民法編纂の必要性について論じるなかで、今日においては「親族制度変遷」の段階にあるため、親族編は微細に規定するのではなく、「法官ノ根拠トナスニ足ル大綱ヲ規定スルニ止」めるべきであるとする。さらに、現在の時代は「親族制度編制ノ時代」であり、「万国ト交際ヲ開キ日々進歩スル此時勢ニ於テ旧来ノ家族制度ヲ全然保存スルコト」はできない。「其証拠」として、富井は、「維新以後今日ニ至ルマデ大審院其他ノ判決例ヲ見ルニ成文ノ法規ナカリシモ人事ニ干スル多クノ事柄ハ西洋ノ法理ニヨリテ完了セラレ」[17]ていると述べている。

この点について、梅は、おなじく親族・相続法について、「西洋流ヲ全ク排斥スルハ却ツテ日本今日ノ社會ニ的」さ

ないため、「事々物々日ニ欧米風ニ傾キツヽアルヲ以テ唯親族相續ノ一事ノミ我邦古来ノ慣習ヲ株守スル事」[118]はできないと、富井と同様の認識を示している。しかし、富井が明治前期の裁判所において、人事訴訟は「西洋ノ法理」で解決されていたと把握していたのとは対照的に、梅は上述したように、明治前期の裁判をほとんど評価していない。こうした明治前期の裁判に対する両者の立場が、法典調査会にもあらわれているのである。すなわち、富井の明治前期の裁判に対する理解と信頼が、「裁判による廃戸主」制度構想の一端を支えており、他方、梅の裁判に対する不信は、単に廃戸主制度にのみ向けられたものではないという可能性があるということである。

第三節　廃戸主制度導入案のゆくえ

さて、第一三六回調査会の中盤、富井原案の可否を採決し、富井案に「大体賛成」が多数を占めて可決された。これを受けて多くの修正案が続出し、梅も「請求者」を重視した案を提出する。[119]梅修正案のもっとも重要な点は、廃戸主請求権者を「其家ニ在ル実父母」に限定した点である。本修正案は、実は、穂積陳重の提案[120]と梅自身の提案とを整理したものであるが、梅の主眼は請求者から養親と継親を排除することにあった。

梅の修正案に対し、富井は「実」の字を削除するよう、再提案する。そもそも富井案の最大の目的は、「養戸主」に対する廃戸主請求の導入である。富井にとって、梅修正案は、「裁判所によって、養戸主に対する廃戸主請求を判断する」という実例に基づいて練り上げた富井の構想を骨抜きにするものであり、どうしても受け入れがたいものであった。

議論は紛糾し、賛否両陣営から修正案が次々に提出される。その中で梅は、穂積八束の発言にあった、廃戸主請求を「父母ノ発議ニ基キ親族会多数ノ決議」とする、という提案を取り上げ、これを八束案として採決を促す。結局、ここで梅が示した案の正確な文言は、「裁判所ハ其家ニ在ル実父母ノ発議ニ基キ親族会ノ請求ニ依リ戸主ノ隠居ヲ命スルコ

トヲ得」というものであった。

これに対して富井は、本案の「実」の字を取れば賛成であると述べたため、梅は「実父母」とした場合と「父母」とした場合の二度、採決すればよいと提案した。そこでまず「実父母」とした案から決を採ることとなり、これがそのまま起立者多数で可決してしまった。「父母」案は採決されずにそのまま終了してしまったのである。

これを受けて、翌第一三八回調査会では、長谷川喬委員から前回の採決についての異議が唱えられた。長谷川は、可決案では、「養父母」に重きを置くというそもそもの趣旨とは異なることとなり、また採決の際にも、混乱のあまり発案者の八束でさえいかなる案の決議を取られているか不分明であったこと、「実父母」「父母」の二案を採決するはずだったにもかかわらず守られなかったことなどを主張する。富井も再議を支持するが認められず、「其家ニ在ル養実父母」とする案を新たに提出する。しかし、これは梅に「假令是迄出ナカツタ案デモ意味ヲ覆ス案ハイカヌカラソレヲ此前ニ出サナカツタノガ悪イ」[121]として退けられしまった。このようにして決定した梅・八束修正規定に対し、富井はこれを支持しないことを示唆し、[122]最終的には民法整理会において削除が決定されたため、明治民法に廃戸主制度は規定されなかったのである。

おわりに――富井と梅の「家」と戸主権理解――

富井と梅は、明治民法の既定路線として、「家」制度の枠組を採用することを肯定しつつも、伝統的な「家」制度は、「今日以後ノ社会」においては適合しないと理解していた。これは、民法上に「家」制度を規定したとしても、いずれ現実の家族生活や家族関係とは合致しないものとなり、法律上の「家」と現実とが大きく乖離するであろうという問題意識を有していたということでもある。富井も梅も、民法上の「家」を規定するにあたって、過渡期にある日本社会の

家族の実体および「今日以後ノ社会」における家族像との間に、可能な限り齟齬が生じないように規定することを企図した。それは、具体的には、「昔シノ家族制」（伝統的な「家」制度）を克服して、近代家族法として構成しうる「家」と戸主権とを構想することを意味した。その方法において、両者は対立したのである。

富井は、現実社会において「家産」として認識される財産が、戸主個人の私有財産として排他的に所有されることによって生じる「弊」を「矯メル」方法として、廃戸主制度の導入を提唱した。従来の理解によれば、所有権主体である戸主の権利と身分を、伝統的な「家」の利益を代表する親族集団が、強制的に剝奪するというこの制度は、伝統的な「家」が家長権たる戸主権を羈束し、「家」による家産所有を認めるものとして、「家」制度を補強する制度として位置づけられる。しかし、富井が、戸主権剝奪を正当化できる「家」として捉えたのは、伝統的な「家」概念ではなく、居住・生計・扶養の単位たる「世帯」であった。富井において、廃戸主制度における「家」は「世帯」に読み替えられており、「家」概念そのものが変質しているのである。その意味で、富井の戸主権概念は、伝統的な「家」的家長権から脱却しているのである。

富井は、民法上の「家」概念の中核として「世帯」を位置づけ、〈戸主―家族〉関係を、実質的に〈親権者・世帯主―同居同生計の直系卑属〉関係として規定することで、民法上の「家」概念を、可能なかぎり現実の家族共同生活および家族関係に一致させようと試みた。そのことは、例えば、家族生活の実体にあわせた分家手続を促進するという見解などにも象徴的に現れている。富井は、民法に規定される「家」が、現実から遊離して形骸化することを避けようとしたともいえるだろう。こうした富井の立場は、大正期における臨時法制審議会における民法改正の議論とも関連するものと考えられる。[123]

他方、梅は、廃戸主制度に対して、戸主という個人の所有権を阻害し、戸主の私有財産を侵害するものとしてこれを攻撃するとともに、「家」の主権者である戸主の権利に第三者が介入することに激しく反対した。梅は、「家」が戸主権

を羈束することを許さず、戸主権の身分権としての絶対性を強調し、司法権による介入さえも否定し、その不可侵性を保とうとした。したがって、梅の戸主権概念は、戸主権という家長権に対して制限を加える存在がないという意味で、幕藩期の「家」的家長権を克服したものということができる。

このように、梅が、戸主権を絶対的な身分権として規定することができたのは、民法上の「家」概念を、「名義上ノ家」と「事實上ノ生活」とに切り分けて捉えたからである。それゆえに梅は、「無形ノ家」に対する「無形ノ権利」として、戸主権を観念的・絶対的な権利として規定し、これが淘汰されることで「事實上ノ生活」という「新ナル家ノ観念」へと「進化」するという構図を描くことができたのである。梅が、戸主権と親権との競合場面において、原則として親権の優越を主張するのは、こうした「家」の二重構造を前提に、「新ナル家ノ観念」に価値をおいていたためであるといえるだろう。

このように、富井と梅は、明治民法親族編における基本的な方針を共有しつつも、両者の「家」の構成と「戸主権」概念に対する理解は、非常に異なるものであった。民法の審議過程においては、起草委員のみでなく、それぞれの委員の「家」理解が錯綜し、激しい議論が闘わされる中で、明治民法として結実したのは、梅の議論であった。

梅は、家族関係を論理一貫した権利義務関係として規定することを目指しており、親族法全体における戸主の権利義務のバランスや戸主権と父権・夫権の区別などという点に対してとくに配慮していた。梅は、家族生活や家族関係における実体と民法上の規定との調整という富井の視点とは異なり、個々の権利義務関係をいかに整えるかという点にまず焦点を当てた。したがって、梅の議論は論理的に整序されており、賛否が分かれることはあっても、議論自体に対する誤解は生まれにくかったといえる。

富井の「家」理解は、彼の廃戸主構想に対する他の委員の反応にも見て取れるように、多くの委員に理解されないばかりか、誤解すら与えた。[124] このことが、富井の「家」構想の実現が阻まれる一つの要因でもあったといえるだろう。富

井の議論が理解困難なものとして受け取られた背景として、富井の議論における明治前期の「家族法」による影響があったのではないだろうか。すなわち、富井の「家」構想が、明治前期の人事訴訟に対する司法の判断や行政における「家」理解を土台としていたため、近代法的な要素が「昔シノ家族制」や「慣習」という外皮をもって論じられた可能性がある。富井の「家」論は、明治民法施行以前における多様な「家」概念の一端が、起草過程において浮上したものと位置づけられるのである。

（1）明治民法上の「家」制度を分析するには、「親族編」とともに「相続編」についての検討が当然必要だが、本稿は「親族編」のみを対象とする。「相続編」に対する検討は、他日を期したい。

（2）法典編纂の方針を立案した穂積陳重は、当初「単独起草」案を伊藤に示していたという。つまり、総則、物権など各編ごとに担当者を決め、各自単独で起草したものをそのまま修正案として法典調査会にかけるという方式である。一方梅は、一人の委員が民法典全体を起草し、残り二人が原案に審議を加えるという方法を支持していたといわれる。富井が提案したのは「共担起草」である。すなわち、担当部分ごとに各自が単独で起草したものを、三人で協議して原案として完成させるという方式である。その理由として、立案起草に慎重を期すこと、法典の主義、体裁、用語等の一貫性を保つことなどを挙げていた。最終的に富井の案がいれられ、「法典調査規定」（明治二六年四月二七日）第一条に「法典ノ修正ハ単独起草合議提案ノ方法ニ依ル」と規定された。穂積陳重『法窓夜話』（岩波書店、一九八〇年）三四九～三五〇頁、仁井田益太郎・穂積重遠・平野義太郎「仁井田博士に民法編纂事情を聴く座談會」『法律時報』一〇―七（一九三八年）一七～一八頁、星野通『明治民法編纂史研究』（ダイヤモンド社、一九四三年）参照。

（3）法典起草の段階で、富井と梅が対立した議論を取り上げた研究として、星野英一「編纂過程から見た民法拾遺――民法九二条・法令二条論、民法九七条・五二六条・五二一条論」『民法論集　第一巻』所収（有斐閣、一九七〇年）、大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、一九九五年、民法九〇条をめぐる議論）、利谷信義「明治民法における『家』と相続」『社会科学研究』二三―一（一九七一年、廃戸主制度の賛否をめぐる議論、以下「『家』と相続」と略記）などがある。廃戸主制度については、本稿でも取り上げるが、先行研究として近藤佳代子「明治民法施行前の廃戸主制度と『家』制度」『阪大法学』一一三号（一九八三年、以下「廃戸主制度と『家』制度」と略記）、同「民法改正要綱における廃戸主制度の導入とその意味」山中永之佑ほか編『日本近

代国家の法構造』所収（木鐸社、一九八三年）、拙稿「廃戸主判決に見る『家』の近代化と戸主権保護――熊本・福岡地裁廃戸主判決の分析から――」『九大法学』七九号（二〇〇〇年）。

(4) 拙稿「廃戸主制度における『家』と戸主権――東京地裁廃戸主判決と内務省先例からの考察――」『法制史研究』五二号（二〇〇三年）。

(5) ただし、富井も梅も、民法以外の分野における業績も数多い。富井については、明治二〇年代までは刑法分野での業績も多く、その後の刑法改正過程においても一定の役割を果たしている。梅については周知のように商法典の起草委員でもある。

(6) 星野英一「日本民法学の出発点――民法典の起草者たち――」『民法論集　第五巻』所収（有斐閣、一九八六年）、有地亨「明治民法起草の方針などに関する若干の資料とその検討」『法政研究』三七―一・二（一九七一年、以下「若干の資料とその検討」と略記）、同『近代日本の家族観　明治篇』（弘文堂、一九七七年）、同「明治民法と『家』の再編成」青山道夫ほか編『講座家族8　家族観の系譜』所収（弘文堂、一九七四年）、瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」『北大法学論集』四一―五・六（一九九一年）、大河純夫「富井政章と法典編纂論」『立命館法学』二三一・二三二号（一九九三年）、五十川直行「富井民法学の現在――富井政章博士の『債権法講義』に寄せて――」富井博士述『復刻叢書法律学38　債権総論（完）』の「栞」（信山社、一九九四年）、内池慶四郎「現行時効法の成立とボアソナード理論」手塚豊教授退職記念論文集『明治法制史政治史の諸問題』所収（慶應通信、一九七七年）など。また、一九九五年四月から一九九六年三月にかけて『法学教室』に連載された「日本民法学者のプロフィール」の最終回は富井である。大村敦志「富井政章――学理的民法学の定礎者――」『法学教室』一八六号（一九九六年）。

(7) 青木人志「ガローの不能犯論と富井政章の不能犯論」『法律時報』六一―二（一九八九年）、小林好信「富井政章の刑法理論」『法律時報』五〇―六（一九七八年）、佐伯千仞・小林好信「刑法学史（学史）」川島武宜ほか編『日本近代法発達史11』所収（勁草書房、一九六七年）。

(8) 当然のことながら、起草者であり先駆的な民法学者であった富井の議論については、財産法規定の沿革を語る上で重視されており、初期学説の一つとして言及されることは多い。ここでは、富井の議論そのものを研究素材としている業績について、梅に対する関心の強さと比較すれば、富井に関する研究は必ずしも進んでいないという点を指摘したい。大河・前掲注(6)「富井政章と法典編纂論」一二二八頁および一二二九頁の注(1)参照。

(9) たとえば、中村哲也「民法第二編親族案」『法律時報』七〇―七（一九九八年）など。

(10) 利谷・前掲注(3)「『家』と相続」九三頁。

(11) 有地・前掲注(6)所載の各論文・著書参照。

(12) より一般的な問題として、起草委員三名の立場の共通性に着目すべきとする、七戸克彦氏の見解を挙げる。七戸氏は「穂積・富井・梅の三人は、ともすればその相違点のみが強調され、いわば対立する二極ないし三極の図式として定型化される傾向にあった」が、「ほぼ同年代の三人の同僚たちの法理論は、従来理解されているよりは、遙かに近接したもののように見える」と指摘されている（七戸克彦「外国法学説の影響」二〇頁、『法律時報』七〇―七、一九九八年）。また、福島正夫氏は、「明治民法中の家族法部分」の「根本構想」は、「（穂積）陳重の発意によるものであって、他の二起草委員の同意をえたもの、もとは陳重の日本家族制度に対する認識とそれに基づく家族法論の基本見解が表明されたもの」とされ、明治民法の三起草委員は「陳重のリーダーシップのもと草案起草の根本方針において完全な意志統一をもったものと考えられる」と述べられている（福島正夫「兄弟穂積博士と家族制度」三四七頁以下、『福島正夫著作集　第二巻　家族』所収、勁草書房、一九九六年）。本稿では穂積陳重について触れないが、起草委員相互で「家族制度」に対する基本的な認識は共有されていたものと考えている。

(13) 第一三六回法典調査会『法典調査会議事速記録』第四五巻、九四丁（日本学術振興会版、以下『速記録』と略記）。穂積八束は、起草委員のうち富井のみが「家族制ノ名目ヲ完フシヤウ」とする立場にあると述べるが、富井は「家族制」の評価につき起草委員間で議論したことはないとした上で、「議シテ見タ所デ或ハ穂積君［＝八束］ノ言ハレル程違ヒハスマイ」と述べ、本文のような認識を示している。なお、梅、陳重両委員から、この富井発言を否定するような発言は見られない。

(14) 利谷氏は、「法典論争の再現をさける」ために、「親族間の関係を個人制ではなく家族制によって規定するという方針」が採られたことを指摘されている（利谷・前掲注(3)「『家』と相続」四八～四九頁）。ただし、法典調査会の「主査委員会」や「総会」の場で、戸主制度の廃止が議論されたという事実もある。総会では、末延道成や渋沢栄一が、戸主制度は詐欺や徴兵忌避の原因となるとしてその廃止を提案し、また磯部四郎も親権との抵触を問題として戸主廃止に賛成している。これに対して、穂積陳重は、現実に戸主という存在がある以上、これを民法上規定しないわけにはいかないという理由で、戸主制度の存置を主張した（第三回法典調査会総会、日本学術振興会『法典調査会民法総会議事速記録』第一巻、一二五～一二九丁表面。有地・前掲注(6)『近代日本の家族観　明治篇』一〇八頁以下も参照）。また、梅も同様に、たとえば隠居制などについて否定的な見解を示した上で「之ヲ法典カラ削ッテ法律上之ヲ認メヌト云フコトニナルト今日ノ実際ニ反スルカラ行ハレナイト云フコトニナルデアラウ」が、「残念ナガラ」隠居制は現実に「存スル」以上、法典から除外するわけにはいかない、と述べている（利谷・前掲注(3)「『家』と相続」五三頁参照）。

(15) 梅謙次郎「家族制ノ将来ヲ論ス」『法学志林』三三号（一九〇二年）二七～二八頁。

(16) 第一三六回法典調査会『速記録』第四五巻、九四～九五丁。

(17) 以上のような「家族制」に対する見解は、福島氏が指摘されるように、そもそも穂積陳重のリーダシップによるものだとも考えられる。陳重と梅との「家族制度」に対する理解の共通性については、福島正夫「民法起草者の予見と明治百年の法律(1)」七〇〜七一頁、『法律時報』三八―一一（一九六六年）参照。

(18) 伝統的な「家」および「家」観念の理解については、おもに以下の文献に依った。鎌田浩『幕藩体制における武士家族法』（成文堂、一九七〇年）、同「家父長制の理論」比較家族史学会・監修、永原慶二・住谷一彦・鎌田浩編『シリーズ比較家族1　家と家父長制』所収（早稲田大学出版部、一九九二年）、同「法史学界における家父長制論争」『比較家族史研究』2号（弘文堂、一九八七年）、大竹秀男『「家」と女性の歴史』（弘文堂、一九七七年）、水林彪『封建制の再編と日本的社会の確立』（山川出版社、一九八七年）、山中至「〈シンポジウム〉日本近世・近代国家の法構造と家長権　第一報告（近世の部その一）」『法制史研究』四二号（一九九二年、以下「日本近世・近代国家の法構造と家長権（近世の部その一）」と略記）、中野卓『商家同族団の研究（第二版）』（とくに第三章、未来社、一九七八年）。

(19) 鎌田・前掲注(18)『幕藩体制における武士家族法』三〇頁。

(20) 「家」という概念ないし「家」観念を理解するのには、「祖先祭祀」も重要であるが、本稿では触れない。

(21) 山中至氏は、近世日本の「家長権」概念をめぐる一九六〇年代〜一九七〇年代の学説史（「家父長制論争」）を整理した上で、「近世日本の家長権は『家』に規制されているのであり、『家』的家長権とでもいうべきものであった」と述べられている（山中・前掲注(18)「日本近世・近代国家の法構造と家長権（近世の部その一）」一五八頁参照）。この「家」的家長権という表現は、大竹秀男氏の「『家』的家長制」という表現に由来する（大竹・前掲注(18)『「家」と女性の歴史』二二一頁）。本稿における「家」的家長権という表現も、基本的には山中・大竹両氏に依拠している。なお家父長制論争については、鎌田・前掲注(18)「法史学界における家父長制論争」参照。

(22) 第一二八回法典調査会『速記録』第四三巻、七五丁。

(23) 同様の指摘は、川口由彦「日本法制史からのコメント」三成美保編『ジェンダーの比較法史学』所収（大阪大学出版会、二〇〇六年）三三四〜三三五頁、小野義美「近代日本における私的扶養の法構造（三）」『宮崎教育大学紀要社会科学』四九号（一九八一年）四九頁等。

(24) 高柳真三『明治前期家族法の新装』（有斐閣、一九八七年）三二四頁、近藤佳代子「廃戸主」比較家族史学会編『事典家族』（弘文堂、一九九六年）六八〇頁等。

(25) 利谷・前掲注(3)「『家』と相続」九三頁。ただし利谷論文においても、富井が戸主の所有権を私的所有権として捉えているも

のと理解されている。

(26) 第一二八回法典調査会『速記録』第四三巻、七五丁。

(27) 本条は、隠居に関する規定の一部であり、第七六七条（隠居ハ隠居者ノ一身ニ専属スル権利義務ニ其効力ヲ及ホサス）の次に加える第七六八条として、富井が提案した。また、富井が廃戸主制度の構想を会議場で明らかにしたのは、それ以前の第一二八回調査会である（後述）。

(28) 第一三五回調査会『速記録』第四五巻、四四丁裏面～四五丁表面。

(29) 具体的な論点としては、①「一家ノ浮沈ニ関スル重大ナル事由」という廃戸主原因の是非②廃戸主請求者を「父母又ハ親族會」としたことの妥当性③「裁判所」による判断を制度化するという手続的側面④廃戸主後の戸主財産留保についての問題等である。②および③については後述。

(30) 第一三五回調査会『速記録』第四五巻、四五丁。

(31) 第一三五回調査会『速記録』第四五巻、四五丁。

(32) 利谷・前掲注(3)「『家』と相続」九三頁。

(33) 本条が旧民法の規定を継承したものであることについては、後掲・注(42)。

(34) 第一三五回調査会『速記録』第四五巻、四五丁裏面～四六丁表面。

(35) 第一三六回調査会『速記録』第四五巻、六二丁裏面～六四丁表面。

(36) 第一三六回調査会『速記録』第四五巻、六四丁表面。

(37) こうした富井の廃戸主制度理解から想起されるのは、明治民法施行前の行政による廃戸主処分である。先行研究では、戸主の浪費や放蕩を原因とする「一家ノ浮沈」にかかわる場合を原因とする事例が、主に検証されている。『明治前期家族法資料』（第一巻第二冊、第二巻第二冊上下、第三巻第二冊、早稲田大学出版会、一九六八～一九七一年）に収集された廃戸主先例約一六〇例のうち、「一家浮沈」を理由とする事例は五六例におよぶが、他方で「失踪」を理由とする事例が五四例、「処刑」を理由とするものも二七例に及んでいる。筆者は、「失踪」および「処刑」を理由とした廃戸主先例を分析した結果、次のような結論を得た（拙稿・前掲注(4)「廃戸主制度における『家』と戸主権」参照）。

　戸主の処刑を理由とした廃戸主請求が認許される要件は、以下の三点である。第一に、単に処刑された事実のみでは廃戸主の請求は認められず、必ず一定期間以上の身体拘束刑を受けること。つまり、刑罰をうけた「不名誉」な戸主であるゆえに、廃戸主という制裁を受けるわけではない。第二に、廃戸主請願者は戸主本人または父母を原則とすること、第三に「一家生計難相立モノニ

限」ることである。失踪逃亡の場合も同様に、理由の違法性を問わず（離婚などでは犯罪的逃亡か否かで要件が異なる）、①一定期間の経過、②父母による請願、③「生計難相立」ことが要件とされる。ただし、尊属親たる父母だけでなく「赤貧疾病等ノ事故アリテ目下糊口ニ差迫」る場合には妻子からの請願も認めた。さらに、所有権の移転の問題についても、行政庁（とくに内務省）はきわめて慎重であった。

富井が、本條を起草する段階で、明治前期の行政先例をどの程度参照したのかについては、資料として確認することはできない。しかし、後述するように、明治前期の廃戸主制度（ないし明治前期の司法や行政）に対する富井の理解を検討することは、彼の廃戸主制度構想および「家」理解を検証するにも重要な論点であるといえる。

(38) ただし、明治民法においては戸主に「教育の義務」は課されず、第七四七条「戸主ハ其家族ニ対シテ扶養ノ義務ヲ負フ」とのみ規定された。

(39) 第一二八回調査会『速記録』第四三巻、六七丁裏面。

(40) 第一二八回調査会『速記録』第四三巻、六九丁裏面。

(41) 第一二八回調査会『速記録』第四三巻、六九丁表面。

(42) そもそも本条は、旧民法の規定を継承したものであるが、その背景には明治二四年文部省令による学童期の教育費用負担義務者の規定に対する考慮が働いている。第九七五条についての富井発言を参照（第一六五回調査会『速記録』第五四巻、四三丁以下）。教育費用負担義務については、小野義美「明治前期における親権制度(一)――我国における近代親権法の形成と展開(一)――」『宮崎大学教育学紀要　社会科学』五四号（一九八三年）、広井多鶴子「親権の登場――明治前期の親の位地――」『実践女子大学人間社会学部紀要』二号（二〇〇六年）参照。

(43) 第一二八回調査会『速記録』第四三巻、一一七丁。

(44) 第一二八回調査会『速記録』第四三巻、一一九丁～一二〇丁表面。

(45) 第一二八回調査会『速記録』第四三巻、一二六丁表面。

(46) 第一二八回調査会『速記録』第四三巻、一一七丁裏面～一一八丁。ただしこの発言は、元田の提案に対するものではなく、旧民法における離籍制裁権に対する批判として、原案の立法趣旨とともに述べられたものである。

(47) 第一二八回調査会『速記録』第四三巻、一一八丁。

(48) 第一二八回調査会『速記録』第四三巻、一二六丁裏面～一二七丁表面。

(49) 「先刻モ申シタ通リ未成年者ガ多イノデアルカラ籍丈ケハ放サズニ置テ後悔シテ皈ツテ来タトキハ其様子ヲ見テ之ナラバ元ノ

通リニシテヤルト云フコトニナルヤウニシテ置イタ方ガ宜カラウ實際ハ籍マデ放シテ仕舞ツテ夫レデモ事實上家ニ入レテ養ツテ往クコトガ出来ヌコトハアリマセヌケレドモ夫レマデニセズ籍丈ケ置イテヤレバ多クハ年少者デアルカラ元トニ歸ツテ来タトキハ法律上デハ「扶養・教育の」義務ハナクナツタノデアルケレドモ矢張リ元ノ通リシテヤル方ガ仕易カラウト思ツタノデアリマス」（第一二八回調査会『速記録』第四三巻、一二三丁表面）。ただし、成年の家族員に対する「離籍」制裁については許容するという立場をとる（後述）。

(50) 未成年ないし若年家族員の「家出」を想定している以上、戸主と「同居」していることが前提であろう。

(51) 第一二九回調査会『速記録』第四三巻、一六六丁表面。

(52) 井ヶ田良治「明治民法と女性の権利」女性史総合研究会編『日本女性史　第4巻　近代』所収（東京大学出版会、一九八二年）参照。

(53) 第一二八回調査会『速記録』第四三巻、八九丁裏面～九〇丁。

(54) 特に「教育」の義務については、学齢期の子に対する教育義務を想定していたと考えられ、成年家族員にとっては「制裁」としてほとんど意味をもたない。

(55) 第一二九回調査会『速記録』第四三巻、一七六丁。

(56) 第一二九回調査会『速記録』第四三巻、一六七丁裏面～一七〇丁表面。また長谷川は、第七五〇条（婚姻・養子縁組に対する同意権）の議論の際にも、同じ趣旨の発言を繰り返し、「離籍抔ト云フ珍シキモノヲ拵ヘナイ方ガ宜シイ」と言っている。第一二九回調査会『速記録』第四三巻、一八〇丁表面参照。

(57) 第一二九回調査会『速記録』第四三巻、一七五丁～一七六丁表面。

(58) 富井において、同様の発想は、他の部分での発言にも見いだすことができる。既に述べたところでは、居所指定権に対する扶養教育義務免除の制裁規定において、法律上、居所指定違反の家族に対する扶養教育義務が無くなったとしても、現実には家出から戻ってきた子を放逐することはない、それゆえに未成年者に対する制裁として適切であると述べている。本稿【補論】の離婚後の扶養規定、戸主後見人選任の規定等についても参照。

(59) 第一二九回調査会『速記録』第四三巻、一八一丁裏面。

(60) 法定推定家督相続人の分家について、富井は起草委員の一致した見解として、「我々ノ考ヘデハ推定家督相続人ト雖モ成年ニシテ尚ホ其上ニ自分ト戸主トノ承諾ガアレバ分家スルコトガ出来テモ宜カラウト云フ考ヘデアツタ」と明言している（第一二九回法典調査会『速記録』第四三巻、一八二丁表面）。しかし、他の委員の反対によって、推定家督相続人の分家は禁止された（明治

民法第七七四条①「法定ノ推定相続人は他家ニ入リ又ハ一家ヲ創設スルコトヲ得ス但本家相続ノ必要アルトキハ此限ニ在ラス」)。成年家族員自身が望み（または同意し）、かつ戸主の承諾があれば、制限なく自由に分家できるとする方針は、大正一五年・昭和二年公表の『民法改正ノ要綱』における「分家」促進のための改正案の内容とほぼ同じである。

(61)　ただし、実際には、起草委員が想定したように法律上の分家（分籍手続）は行われず、民法上の「家」と共同生活単位の乖離が問題となったことは、その後の民法学者や法社会学者による指摘、および大正八年設置の臨時法制審議会における民法改正審議の過程と『民法改正ノ要綱』の規定からも明らかである。同審議会の幹事会において作成された「諮問第一号ニ関スル調査要目（其一）」は、五つの基本問題に対して回答を示している。そのうち「一、家ノ観念ヲ法律ニ明白ニスル必要ナキヤ殊ニ家ト所帯トノ関係ヲ調整スル方法ナキヤ」、「二、独立ノ生計ヲ立ツル者ハ一家ヲ成サシムヘキヤ」という二点が分家に関する問題である（堀内節『続家事審判制度の研究』二四頁、中央大学出版部、一九七六年）。

上述の「調査要目（其一）」では、結局、「第二　家ノ観念ヲ定ムルニ付或程度ニ於テ協同生活即チ所謂世帯ノ関係ヲ考慮シ（瑞西民法三三一條第一項参照）獨立ノ生計ヲ立ツル者ハ本則トシテ別ニ家ヲ立ツルコトヲ得シムルヲ可トセスヤ」（堀内節『家事審判制度の研究』五六二頁、中央大学出版部、一九七六年）とされ、『民法改正ノ要綱』に「分家の容易化」として規定された。

(62)　第一三六回調査会『速記録』第四五巻、五一丁裏面～五二丁表面。

(63)　第一二八回調査会『速記録』第四三巻、七九丁裏面～八〇丁。この発言にもあらわれているように、梅は戸主権というものを規定する以上、「権利」と「義務」をバランスよく規定することにつとめていたといえる。

(64)　第一四八回調査会『速記録』第四九巻、二五丁裏面～二六丁。

(65)　有地・前掲注(6)『近代日本の家族観　明治篇』一一五頁。また、親族法に限らず、「民商法編さんという最重要の国家的法的作業に動員された起草委員たる法学者の見解は、ほぼ梅博士によって代表させることができる」との評価もある（福島・前掲注(17)「民法起草者の予見と明治百年の法律(1)」七一頁）。

(66)　もちろん、戸主という存在、地位そのものは、戸籍を媒介として民法上の「家」に保障されているものである。その意味で、戸主という地位およびその権利義務は当然に「家」を前提とするものであり、本稿もこれを否定するものではない。ここでは、その「戸主権」という「家長権」の性質について、「幕藩期における『家』的家長権という概念との比較」という視点から論じている。すなわち梅のいうように、「家を重んじるために戸主権を制限する」のが伝統的な「家族制」であるという理解からみれば、梅の戸主権概念は、すでにそうした「家」の権威と「家」による拘束を脱しているものと考えられる、という趣旨である。

(67)　井ヶ田・前掲注(52)「明治民法と女性の権利」六四～六六頁、稲本洋之助「フランス近代の家族と法」家族史研究編集委員会

『家族史研究5』所収（大月書店、一九八二年）、白石玲子「日本近代家族法と女性」石川栄吉・峰岸純夫・三木妙子編『シリーズ家族史四家と女性・役割』所収（三省堂、一九八九年）等参照。

(68) 村上一博「近代日本の家族法制とジェンダー――親権概念の形成――」三成美保編『ジェンダーの比較法史学』所収（大阪大学出版会、二〇〇六年）一三四頁等。

(69) すでに同様の指摘は、川口・前掲注(23)「日本法制史からのコメント」等。

(70) 本稿第四章第一節参照。

(71) 第一三六回調査会『速記録』第四五巻、九二丁裏面。

(72) 本稿第一章第一節参照。

(73) 第一三七回調査会『速記録』第四五巻、九三丁。

(74) 従来の研究において、この点を指摘したものは、管見のかぎり、中川善之助氏によるもののみにとどまる。中川氏は、大正・昭和初期『民法改正ノ要綱』について論じた論文で、廃戸主制度規定の復活を高く評価した上で、梅の見解を次のように理解している。

「現行民法［＝明治民法］では、如何なる戸主に對しても、その者が隠居の意思を抱かない限り、これを隠居せしめることが出来ないとされている。親権には親権喪失の宣告といふものがあるけれども、戸主権にはこのことがない。そのための悲劇は實際に決して少なくないのである。故に廃戸主といふが如き制度は、實際に民法を扱つた者の間では、既に古くから問題とされてゐたわけであるが、今や漸く成法となつて登場を見んばかりになつたのは慶賀すべきことといわねばならない。

人によつては――法典調査会に於ける梅委員の見解などもそうであつたが――戸主が外部からその権能を剝奪されうるようでは却つて家族制度を弱めることになるといふような論を立てる人もあるが、善き制度として飽くまで保持されなければならぬ制度なら、一層その内面的缺壊を豫防する途を開いておかなくてはならないわけである。」（中川善之助「民法に於ける『家』」二四頁、『法律時報』三〇―二、一九四一年）。なお我妻栄「家族制度法律論の変遷」一八八頁、『家の制度――その倫理と法理』所収（酣燈社、一九四八年所収、初出は一九四六年）参照。

(75) 穂積陳重は、直接的ではないが富井発言を肯定するような発言をしている。陳重も梅同様、廃戸主制度導入には反対の立場をとるが、その理由は梅ほどに明確なものとはいえない。陳重の見解は、廃戸主請求権者をめぐる議論にあらわれるが、次の二点から、富井の言うように、「個人主義的」見解というよりも、「家族制」重視、とくに「親族協議」に重きを置く立場として位置づけることができるだろう。第一に、実父母を廃戸主請求権者とすれば「愛ニ溺レテ放蕩スル之［＝実子たる戸主］ヲ廃戸主ニスルノハ

嫌ヤト云フヤウナコトガアラウト思ヒマス父母ノ愛ノ為メニ家ト云フモノヲ重ンズルト云フ理由ガ通ラナイヤウニ為ル」として、請求権者を「其家ニ在ル実父母又ハ親族会」とし、親族会を独立した請求権者とする修正案を出していることである。第二に、養父母を請求権者とすれば、「本統ノ父母デアルナラバ忍ンデ居レル位ノコトデモ［養父母は］事々敷ク夫レヲ言ヒ立テヽ一旦家ノ長、家ノ戸主トナツテ居リマス者ヲ僅カナコトヨリシテ廃戸主等ヲ言ヒ出スト云フヤウナコトモ大変アルノデアリマス」として、養父母継父母については「親族相談ノ上」での請求とすべきとしたことである。

(76)　第一三六回調査会『速記録』第四五巻、九四～九五丁表面。

(77)　本野は、原案第七五一条で家族の分家に対して戸主の承諾が要件とされたことについて、次のような提案をしている。「若シ……不當ニ戸主ガ承諾ヲ與フルコトヲ拒ミマシタ場合ニハ自由ニ或ル方法ヲ設ケ不當ノ場合ハ分家ヲ許ストスル方ガ至當」であり、「不當デアルト云フコトヲ裁判所デ認メサセ」「或ハ行政處分ニ訴ヘサセルカ」すべきであり、自身の意見としては「裁判所デ宜ロシイ」として、「兎ニ角戸主ト云フ者ガ不當ニ極ク無理ヲ言ツテ其承諾ヲ與ヘルコトヲ拒ンダトキニ之ヲ矯正スル方法ハ是非共設ケテ置カナケレバナラヌ」と主張した（第一三〇回調査会『速記録』第四三巻、一九八～一九九丁表面参照）。富井は、この本野案について、賛成したかったが、分家規定にこうした規定を設けるならば、既に決した婚姻・養子縁組同意権にも同様の規定が必要となるため、「権衡ヲ考ヘテ躊躇シテ」賛成できなかったと述べている（第一三六回調査会『速記録』第四五巻、九五丁）。

(78)　第一三六回調査会『速記録』第四五巻、九五丁。

(79)　富井は、家産を否定するとした上で、次のように述べている。

「実際ハ恰モ家ノ財産ノ如ク戸主カ斯ウ云フ風ニ家族ノ為ニ支辨シテ往カナレバナラヌモノデアリマスケレドモ法律ノ上ニ於テハ矢張リ戸主ノ財産ト云フモノニナラネバナラヌト思フ……戸主ガ勝手気儘ニ濫費シテこんな扶養教育ノ義務ヲ盡スコトガ出来ヌト云フヤウナコトニナルカモ知レヌト云フ御心配ハ尤モデアル夫レヲ矯メル途ハ色々アリマセウケレドモ丁度今御手元ニ廻ツテ居リマス私ノ修正意見トシテ出タシタ廃戸主ノ規定等ハサウ云フ場合ニ適用スル積リデアッタ…」（第一二八回調査会『速記録』第四三巻、七五～七六表面）。富井の発言から、すでにこの時点で、出席者には「蒟蒻版」で条文が配布されていたと考えられる。

(80)　富井が『損害賠償法原理』（明治二四年）において、わが国で日本人としては最初に「権利濫用」理論を取り上げ、相隣地における所有権の濫用を素材に「権利の絶対性を否定し、いちおう客観的な立場から権利行使の限界を認めている」（青山道夫「わが国における権利濫用理論の発展」一三頁、『末川先生古希記念　権利の濫用（上）』所収、有斐閣、一九三七年）ことは、示唆的である。事実、富井が指摘したように、戸主権の不当な行使（作為不作為ともに）に対する対抗策が民法上皆無であったために、民法施行直後から戸主権濫用判決が数多く出されることになる。ただし、青山氏も指摘されるように、民法施行前後においては富

井自身も含めて権利濫用理論が活発に議論されることもなく、富井の見解が直接的に戸主権濫用判決に結びついたとは考えがたい。戸主権濫用判例法理および大正・昭和初期『民法改正ノ要綱』における廃戸主制度復活と富井の「家」論との関係については、今後の検討課題としたい。

(81) 第一三〇回調査会『速記録』第四三巻、二二三丁表面。

(82) 第一三〇回調査会『速記録』第四三巻、二二三丁裏面。

(83) 第一三〇回調査会『速記録』第四三巻、二二三丁裏面。

(84) こうした理解については、『民法要義』における記述でも、変化が見られない。梅謙次郎『民法要義　巻之四（第23版）』（有斐閣書房、一九一三年、初版一八九九年。以下『民法要義』と略記）。

(85) 『民法要義』「第二章戸主及ヒ家族」においても、「戸主制」は「社會ノ進歩ト同時ニ漸次消滅スヘキ事項ナルコト殆ト疑ヲ容レス…」（一三頁）と述べている。

(86) 梅・前掲注(15)「家族制ノ将来ヲ論ス」一〇頁。

(87) 梅・前掲注(15)「家族制ノ将来ヲ論ス」一〇～一一頁。

(88) 梅・前掲注(15)「家族制ノ将来ヲ論ス」一四頁。なお、「日本ノ家ハ羅馬ノ家ヨリ大キカッタ」というのは、ローマ法上の家長権主体が父・祖父・曾祖父の直系尊属に限られるのに対し、日本においては、兄・伯父なども含まれる点を指している。

(89) 梅・前掲注(15)「家族制ノ将来ヲ論ス」一一頁。

(90) こうした梅の見解の背後には、民法典を施行したのちに、定期的に改正を行うことで一定の修正が可能であるとの認識があったと考えられる。岩田新によれば、明治三九年一一月二日の講義において、梅は、民法改正のための「常設の委員を置きて、之をして法典の改良を図らしむるを、可と信ず」と述べ、スペインの制度を参考とした具体的な案を示したという。岩田新『日本民法史――民法を通じてみた明治大正思想史』（同文社、一九三〇年）三八～三九頁。

(91) 梅・前掲注(15)「家族制ノ将来ヲ論ス」三三～三四頁。

(92) 佐藤篤志「家父長制の歴史的展開　1ヨーロッパ(2)ローマ」比較家族史学会編『事典家族』（弘文堂、一九九六年）二三六～二三七頁、青山道夫「家長の法的地位」『講座家族2家族の構造と機能』（弘文堂、一九七四年）一五七～一六二頁。また原田俊彦「共和制期ローマと家父長制の概念――とりわけ法的権力によるローマ家父長制の理解について」永原慶二ほか編『シリーズ比較家族1家と家父長制』（早稲田大学出版部、一九九二年）も参照。

(93) 梅は、戸主権への司法権介入は許さないが、他方で親権については裁判上の剝奪制度を積極的に導入することを主張している。

こうした相違は、梅が戸主権と親権に対して本質的な差異があると理解していることにあるのではないだろうか。すなわち、君主の主権とのアナロジーで説明される戸主権と、近代家族法のあるべき新しい「家」を統率する夫権・父権との違いを、梅は明確に認識していたのではないかということである。つまり、近代法的な家長権としての夫権・父権に対しては、最終的にはその行使の正当性を国家が担保する余地、換言すればその行使に国家が介入する余地がある。これに対して、梅が構想した明治民法の戸主権は、あくまで、国家と相対立して存在する家の「主権者」たる家長権がモデルであるため、主権者が主権を行使する際に、第三者が介入することは不可能であるとされる。このような、身分権としての戸主権の性格を貫徹するためには、司法権という国家権力による介入は、論理一貫性を欠くものとして、梅としては許容しがたかがったのではなかろうか。

(94)　明治民法第七五〇条は「家族カ婚姻又ハ養子縁組ヲ為スニハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」と規定したが、第七七六条および第八四九条において、戸籍吏が戸主の同意がないことを注意しても、婚姻・縁組の「当事者カ其届出ヲ欲スル」場合は届出は受理され、いずれも有効に成立した。また、戸主の同意を欠くことは取消原因ともされていなかった。白石玲子「〈シンポジウム〉日本近世・近代国家の法構造と家長権　第三報告（近代の部その2）」『法制史研究』四二号（一九九三年）も参照。

(95)　梅謙次郎『民法総則（自第一章至第三章）・復刻版』（信山社、一九九〇年、以下『民法総則』と略記）。明治三七年頃の講義録と考えられる。金山直樹「装置としての法典と法学」『法律時報』七〇―七（一九九八年）参照。

(96)　梅・前掲注(95)『民法総則』六～七頁。

(97)　梅・前掲注(95)『民法総則』七頁。また梅は、社会の進化と法概念の進化を呼応するものと捉えている。例えば「土地所有権ノ進化」について、「幼稚ナ時代」には「一國ノ共有」であるが、「ソレカラ一種族ノ共有、一家族ノ共有、ソレカラ終ニ箇人ノ専有即チ純然タル所有権」に「進化」すると述べている（梅・前掲注(95)『民法総則』一二頁）。

(98)　あるいは、現に日本には隠居制が存するということ理由に、その廃止論に反対した梅の立場にも共通するのではないだろうか。前掲注(14)参照

(99)　梅・前掲注(95)『民法総則』一七頁。

(100)　梅・前掲注(95)『民法総則』九頁。

(101)　梅・前掲注(95)『民法総則』一七～一八頁。

(102)　梅・前掲注(15)「家族制ノ将来ヲ論ス」三三頁。

(103)　「同意」か「代理」の意か、正確には不明である。

(104)　重岡薫五郎委員が梅の見解に賛同し、準禁治産で足ると発言したのが見いだせるくらいである。

(105) 第一三六回調査会『速記録』第四五巻、六〇丁。
(106) 第一三六回調査会『速記録』第四五巻、六五丁裏面。
(107) 第一三五回調査会『速記録』第四五巻、四六丁。
(108) 第一三六回調査会『速記録』第四五巻、一一八丁表面。
(109) 第一三七回調査会『速記録』第四五巻、一二五丁裏面～一二六丁表面
(110) 東京地裁所管の明治初年から二三年までの廃戸主・養戸主離縁請求訴訟四八例中、棄却が三一例で六四％を占める。また、大阪地裁では六六％、同高裁五七％、熊本地裁六六％が棄却されており、いずれの裁判所も廃戸主に抑制的であったといえる（いずれも明治初年から明治三一年までの判決）。詳細は、大阪地裁・高裁判決については、近藤・前掲注(3)「廃戸主制度と『家』制度」、東京地裁については、拙稿・前掲注(4)「廃戸主制度における『家』と戸主権」、熊本・福岡地裁分については拙稿・前掲注(3)「廃戸主判決に見る『家』の近代化と戸主権保護」参照。
(111) たとえば、山形始審裁判所上席検事・田中玄文は、養戸主が「不孝放蕩」をなすのは「養父亡シ養母獨リ存シ若シクハ養父母存スルモ一旦家督相続ヲ為シ戸主権ヲ掌握シ財産ヲ自由ニスル場合ニ多ク存スル」と指摘している（日本学術振興会「人事編ニ関スル意見」『民法編纂ニ関スル裁判所及司法官意見書（中）』五三丁表面）。また、浦本寛雄氏は、富井が「精神病離婚」を支持した議論について、明治前期の行政先例との類似性を指摘して、「ここには、明治前期の離婚法展開における多様な契機の中の積極的契機が明らかに反映されている」と論じておられることは示唆的である（浦本寛雄『離婚法の変動と思想』三〇～三一頁、法律文化社、一九九九年）参照。
(112) 第一三六回調査会『速記録』第四五巻、一一六丁裏面。
(113) 瀬川信久氏も、梅が制定法の欠缺を補う「自然法」として「明治前期の条理」のごときものを想定したと考えられるが、実際の明治前期の条理裁判に対してはあまり評価していなかったと指摘されている。瀬川・前掲注(6)「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」三九七～三九八頁。
(114) 梅謙次郎「法典ニ関スル話」『国家学会雑誌』一二―一三四（一八九八年）。
(115) 梅・前掲注(114)「法典ニ関スル話」三三六～三三七頁。さらに、多数の裁判官がその外国法を正しく理解していないとも指摘して、「斯カル有様ナレバ未タ嘗テ我邦ニ於ケル裁判上ノ一定ノ標準ナルモノアラス」として、法典制定の必要性を説いた。
(116) 梅謙次郎「所感」『法学志林』第三四号（一九〇二年）二二頁以下。片山哲也「『最近判例批評』を読む」『法律時報』七〇―七（一九九八年）も参照。

(117) 有地・前掲注(6)「若干の資料とその検討」一一二～一一三頁。また、福島正夫氏はこの富井の叙述について、「富井がとくに旧来の家族制度のそのままの保存が不可能な理由を、西洋法理にしたがった家族関係の判例に求めているのはおもしろい」(福島・前掲注(12)「兄弟穂積博士と家族制度」三四九頁)と述べられている。また、富井の裁判官に対する「信頼」と条理に対する評価については、大河・前掲注(6)「富井政章と法典編纂論」三三七～三三九頁参照。

(118) 梅・前掲注(114)「法典ニ関スル話」三四一頁。

(119) 梅修正案は「一　一家ノ為重大ナル事由アルトキハ裁判所ハ其家ニ在ル実父母ノ請求ニ因リ戸主ノ隠居ヲ命スルコトヲ得／一　父母ノ一方カ知レサルトキ、死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ請求ノミヲ以テ足ル／一　父母共ニ知レサルトキ、死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコトヲ能ハサルトキハ親族会ノ請求アルコトヲ要ス」というものであった。

(120) 陳重が請求権者を「其家ニ在ル」と限定した意図は、実母であっても既に他家に再嫁していた場合に、他家の戸主である実子に対し、廃戸主請求はできないものとすることにあった。

(121) 第一三八回調査会『速記録』第四六巻、二五丁表面。

(122) 本稿【補論】第二節参照。

(123) 大正期の臨時法制審議会においては、民法上の「家」すなわち戸籍上の記載と現実の家族共同生活が乖離していることが問題とされた。このことについて、同審議会の民法改正主査委員長であった富井は、民法上の「家」の規模を「少シ小サクシテ其代リニ固クスル」ように規定すべきだと述べている(大正一四年一月二六日第一九回臨時法制審議会総会での発言、『臨時法制審議会総会議事速記録』六三～六四頁)。磯部四郎委員が、「家族制度」について富井委員長がどう考えているのかを問うたことに対する回答である。臨時法制審議会による民法改正作業については、今度の重要な検討課題としたい。

(124) 本稿【補論】第二節参照。

【補論】廃戸主論争以後の富井の「戸主」理解
――扶養・後見をめぐる議論の一端から――

廃戸主論争において、実質的に自らの廃戸主構想の実現を阻まれた富井が、その後の法典調査会の展開の中で、「戸主」をどのように位置づけたのであろうか。ここでは、補論として、扶養規定および後見人規定をめぐる議論の一部を取り上げ、富井の「戸主」理解を、別の側面から明らかにしてみたい。

第一節　「赤ノ他人」としての戸主

本節では、戸主の権利に対応する「義務」の側面として、扶養義務に関する富井の見解を取り上げる。ただし、ここでは、富井の議論が特徴的に現れている第九五七条および関連する第九五二条のみを取り上げ、扶養義務全般に関する検討は今後の課題としたい。

第九五七条は、離婚または養子離縁後の扶養義務を定めた規定である。本条の原規定は次のとおりである。

「第九百五十七條
第八百十八條及ヒ第八百七十九條ノ規定ニ依リ扶養ノ義務ヲ負ヒ又ハ扶養ヲ受クル権利ヲ有スル者ハ若シ離婚又ハ離縁ナカリシトセハ其義務及ヒ其権利ヲ有スヘキ順序ニ従フ」[1]

第八一八条、第八一九条とはそれぞれ、離婚、離縁につき無責の当事者に対して、有責当事者が負う離婚・離縁後の扶

養義務を定めた条文である。第九五七条は、その扶養義務をより詳細に規定したものである。例えば、夫の虐待によって離婚せざるを得なくなった妻に対し、有責配偶者である夫は離婚後一定期間、婚姻中と同順位での扶養義務を負う。つまり夫は配偶者として、妻の直系血族等に優先して第一位の扶養義務者となり、妻は夫の直系卑属、直系尊属に次いで第三位の扶養権利者となる。

本条について富井は、この義務を「通常ノ債権ト同ジ性質ヲ有スル」と解釈すれば「権利ノ方モ第一順ニ置クノガ至當」であるものの、「實際ハソレ程強イモノトモ見悪イ感ジガスル」、しかし「餘リニ低イモノニスルコトモ出来ヌ」という。さらに、穂積陳重からは、離婚した妻の扶養についての順位は「一番仕舞ヒ」にするべきだとの修正案が出されていることについて、富井は次のように反論する。

「穂積君カラ義務ノ方モ権利ノ方モ一番仕舞ヒニ持ツテ往クト云フ修正案ガ出テ居リマスケレドモ夫レニハドウシテモ同意致シ兼ネマスル……一番仕舞ヒニ置イテモ外ニ救フ途ガアレバ宜イノデアルガ實際困ルコトハ肉縁ノ子トカ親トカ云フモノデアレバ宜シイケレドモ戸主トカ――戸主ト云フハ往々ニシテ赤ノ他人デアル離婚ニナツテ家ニ帰レバアノ人ニ養ハレナケレバナラヌアノ人ノ脛ヲ嚙ツテ居ナケレバナラヌト云フノデ毎日責メラレテ居ツテモ辛抱シテ離婚ノ訴ヲ起サナイト云フコトニナツテハアノ規定ヲ置イタ精神ヲ貫カナイ……兄弟姉妹ト云フモノハ随分近イ間柄デアリマスケレドモ……離婚ニナツテ家ニ帰ヘレバ兄ノ厄介弟ノ厄介ニナラナケレバナラヌ夫レハ場合ニ依ツテハ随分迷惑ナ話デアル」(2)

陳重の主張に対して、富井自身が問題としているのは、無責の配偶者および縁組当事者に対する現実的な救済だということを強調する。富井にとって現実的な救済とは、「肉縁ノ子トカ親」による扶養が確保されることである。したがって、「往々ニシテ赤ノ他人」である「戸主」や兄弟姉妹の「厄介」になることは、結局当事者を救済しえないのだと理

解される。

この問題については、梅も議論に加わっている。梅は、本条は本質的には損害賠償に他ならないが、身分上のことについて正面から金銭賠償を規定することは穏当でないこと、金銭賠償が確保できるかは不確実であり、支払いが困難で現実的ではなく「扶養料」として補償するほうが実効力があることなどを挙げる。その規定が「偶々富井君ガ言ハレルヤウナ結果ヲ起コス」、つまり本条の規定によって離婚や離縁ができずに苛酷な扱いに堪えている場合、これを救済するという効果が結果的に生じるが、「ソレハ附随ノ理由」にすぎないとの認識を示す。[3]

しかし、富井は繰り返して言う。

「私ノ重ナ理由ハ斯ウ云フ原案ノ如キモノガナケレバ八百十八條八百七十九條ヲ置イタ精神ガ貫カナイト云フコトニ帰スルモノデアル、全ク養フ者ガナイトキト云フコトデアリマスガ私ハソレマデニ解シテハオラナイ、戸主トカ兄弟姉妹トカ云フ者ガ先キト法律ニ書イテアツテモ實際戸主ノ如キハ或ハ赤ノ他人デアルサウ云フ戸主ニ養ハレル位ナラ毎日打タレテ居ツテモ離婚ヲ請求シナイト云フヤウナコトニナツテハ困ルト云フノガ趣旨デアリマスカラ其趣旨ヲ貫キタイ」

「此権利ヲ損害賠償ノ條件ト見ルト云フノデハナイ、少シ梅君ト違ウ、私ハ通常ノ貸金等ト云フヤウナモノトハ性質ガ違ウト思ヒマス、若シサウ云フ性質ノモノデアルナラバ此権利ノ方ヲ第一ニ置カナケレバナラヌ、過失アル者ノ配偶者ノ権利ガ直系尊属ヤ直系卑属ノ跡ニ来ルト云フコトデハ理屈ヲ貫カナイ、第一順ニ是レ［＝無責の配偶者］ガ来ナケレバナラヌト思フ」[4]

富井によれば、本条の立法趣旨はあくまでも第八一八条、八一九条の立法趣旨の貫徹にある。被扶養者の立場にある無責配偶者や無責の縁組当事者にとって、離婚、離縁はそのまま生活の保障を失うことを意味する。まして扶養義務者に有責的行為があるにもかかわらず、被扶養者が生活のために苛酷な処遇を甘受せざるを得ない状況を放置することは、

正常な婚姻関係、親子関係を維持するという目的からかけ離れたものになるだろう。当時、日本の離婚率の高さが問題とされ、明治民法の起草にあたっても、離婚を抑制することが目指されている。[5] 養子離縁についても、とくに財産関係の不変を保障する必要性から、これを抑制する発想は第一草案の時点から継続しているといってよい。[6] しかし富井は、離婚や離縁を促進しかねない本条の規定をおくことを主張した。その理由は、富井にとって、健全な婚姻関係や家族関係を構築するという観点から条文を規定することが重要であり、さらに彼は、そうした規定が、個々人にとって現実的な保護に結びつくものであることを必要としたからであろう。

その上で、富井は、具体的な扶養義務者を定めるにあたって、「戸主」および「兄弟姉妹」は、すでに「肉縁」の範疇外にあり、現実的な生活保障を求め得る家族関係の埒外にあるものと位置づけた。この点は、第九五二条の兄弟姉妹間の扶養義務規定についての富井の説明とも関連している。富井起草の第九五二条は、兄弟姉妹間の扶養義務の要件を、「自己ノ過失ニ因ラスシテ生活スルコト能ハサル者ニ限」ることと規定している。[7] その理由として、富井は、「段々生活ノ度ガ高クナリ困難ニナルニ従テ遠イ所」までは手が届かないために、「一般ノ通勢」として「扶養ノ義務ヲ狭クスル」傾向に向かっていることを挙げている。つまり、「自分ノ親モアリ子モアル孫モアル自分ノ生存スルコトモ考ヘナケレバナラヌ配偶者ノコトモ考ヘナケレバナラヌ」のであるから、「兄弟姉妹」は「随分近イ血族」ではあるが「法律上ノ義務トシテハサウ廣イ所マデ手ヲ延バスニハ及バヌ」ことにするのが、「今日以後ノ社会ニハ最モ適スル」[8] と理解している。

加えて富井は、兄弟姉妹間での扶養義務を認めないことは、「決シテ自己一己ノ私欲」ではなく、「自己ノ家ノ為」や「自己ガ学問ヲスル為メ」さらには「国家ノ為」に財産を使う必要性からであり、「決シテ卑シムベキ目的ノ為メニ扶養」を認めないわけではないことを付言する。要するに、富井が扶養の及ぶ範囲とする「自分ノ家」の範疇には、親・子・配偶者が含まれ、兄弟姉妹という傍系親は含まれない。第九五七条における扶養義務順位の富井の理解は、こうし

た扶養の理解を土台としている。[9] 富井は、扶養という現実的な生活実態と不可分な領域において、「戸主」という民法上の地位を後景に退けようとしたのである。

第二節　戸主権拡大への反対と廃戸主削除意見

本節では、第一六七回法典調査会（明治二九年四月二七日）において、梅が提出した原案に対して、富井が「削除修正案」を提出して議論となった、未成年後見人の問題を取り上げる。富井は、この議論において、梅原案は「戸主権」を拡大するものであり、「家族制度」を強化する規定であるとして、激しく批判した。この議論を素材に、富井において、「家族制度」強化を否定するという立場が一貫して保たれていたことを論証したい。

第九〇七条原案は次のとおりである。

「第九百七條　前條ノ規定ニ依リテ後見人タル者アラサルトキハ戸主ハ未成年ナル家族ノ後見人トナル」[10]

「前條ノ規定」とあるのは、父母は未成年子の後見人を指定することができるという、第九〇六条の規定である。[11] したがって、本条は、父母による後見人指定がなされなかった場合に、戸主が後見人となるという規定である。旧民法第一六六条では、父母が後見人を指定しなかった場合、未成年戸主については「其ノ家ノ祖父後見人ト為ル」とされ、「但未成年ノ家族ニ付テハ成年ノ戸主見人ト為ル」と規定されていた。梅は、旧民法条文について、未成年子について「先ズ戸主ガ後見人ト為ルベキ」だが、未成年自身が戸主である場合には祖父が後見人となることとなり、これは「今日ノ慣習ニモアルコト」だと解している。梅は、本条については、諸外国法を検討した上で、「祖父ト云フ者ハ或ハ既ニ老

衰」していたり、頑固で若者の教育には不適切であったりするため、未成年者一般の後見人として、[12]法律上当然に「戸主」が後見人となるべきものと規定したと説明する。

これに対して、富井は本条について、「原案ノ通リデハ余程危険」であると批判して、原案削除の上、親族会による後見人選任という修正案を提出する。[13]富井によれば、本条は、一見、親権者の遺言による後見人の指定がない場合の例外的な規定であるかのようだが、実質的にはそうでない。つまり、父母があらかじめ生前に子のために後見人を指定することは、現実には稀であるため、本条は「親権ヲ行フノ父又ハ母ナキトキ」の未成年者の後見人を定める規定に他ならない。そのように、実質的に親権を行使するような後見人に、「戸主」が法律上当然になるとしては、「余程危険」であると言う。

富井はその理由を次のように説明する。[14]第一に、後見制度の趣旨は「未成年ノ身体ヲ監護シ教育ヲ掌リ且ツ其財産ヲ管理」することにあるため、後見人は「尊属親ノ如キ血統ノ最モ近イ者」すなわち「天然ノ情愛カラ未成年者ノ利益ヲ図ルニ最モ適切ナ者」[15]が任じられるべきである。後見人の職務とは、被後見人の「銘々ノ気質等ヲ見テ其将来ノ為メニ教育ノ方法ヲ定メル」ことであるため、「天然ノ真情カラ銘々ノ利益ヲ見ルニ適当ナ者」[16]に担われるべきである。他方、「戸主」とは、「幼者ニ血縁ノ遠イ者」、「如何ナル者カ分カラヌ」[17]者である。つまり、「戸主」というのは、必ずしも未成年子の近親者・血縁者には限られない。換言すれば、法律上（戸籍上）の関係が存在するにすぎない可能性があるという指摘である。さらに、富井によれば、「戸主ト云フ者ハ一家ノ取締ヲ為ス者」であるから、「銘々ノ後見」をなすには適当でない。よって富井は、「斯カル危ナイ方針ニ依ラスシテ天然ノ情愛カラ親察シテ幼者ノ利益ヲ保護スルニ最モ適当ナ者ガ其後見人ニ為ルガ宜シイ」[18]と主張した。

ついで、梅が、本条について慣習を根拠としたと説明したことに対しても、否定的な発言をし、[19]明治二八年の大審院判決を一応の例としてあげながら、[20]「ドチラカト言ヘバ戸主ガ法律ノ力ニ依ツテ後見人ト為ルト云フ習慣即チ家族制度、

ナルモノヲバコンナ事ニマデ適用シテ居ルト云フ慣習ハ寧ロ無イ方ガ想像出来ル」と述べる。要するに、富井は「家族制度ナルモノ」の適用の拡大、具体的には戸主権の拡大に対して反対しているのである。

「詰リ私ノ考デハ戸主権ト云フモノト後見権ト云フモノトハ別ノモノトシタイ……戸主権ノ内ニ後見ノ権利ガ籠ルト云フコトハ今日ノ社会ニサウ云フ風ニ法律ガ極メナイ方ガ宜シイト思ヒマス」[21]

穂積陳重は、富井のこうした「戸主権拡大反対」論にいち早く反応して、疑義を呈する。すなわち、富井はみずから「廃戸主」の規定を提案し、陳重はこれを「非常ナ権利剝奪」になることを理由に反対した。それに対し富井は、戸主には「種々ノ責任ガアル」ため、「他人ノ権利ヲ保護スル為メニ又家族ノ利益ヲ保護スル為ニ已ムヲ得ヌ」と主張し、廃戸主規定を成立させた。つまり、「廃戸主等ノ規定ノ必要ノアルト云フコトハ畢竟斯ウ云フヤウナ種々ノ役目ガアルカラ種々ノ権利ヲ剝奪スルト云フヤウナ事ニ為ツテ」いたはずである。しかし、富井の「今日ノ御議論」は、戸主の権利内容を薄くすることにつながる議論である。陳重は、富井の一連の議論をこのように理解して、「廃戸主ノトキノ御論トハ力利イテ居ル所ガ余程違ウ」のではないかと指摘する。さらに陳重は、富井の削除案が可決された場合に、富井自身は廃戸主規定をどうすべきだと考えているのかと問うた。

これに対して富井は、大いに説明が必要であるとして、次のように述べる。

「廃戸主ノ規定ヲ修正案トシテ提出シマシタ理由ハ其時ニモ申シマシタガ或ハ御賛成下サッタ諸君ノ中ノ或部分ノ御方トハ目的ガ違ツテ居タカモ知レヌ私ハ家族制度ヲ可成強イモノトシテ維持シヤウト云フ考カラ其規定ヲ置カウト云フノデハアリマセヌ其時ニ断言シマシタ今日法律ヲ以テ家族制度ヲ壊スト云フ考ハ毛頭アリマセヌ、ケレドモ斯ウ云フ事ヲ斟酌シナケレバナラヌト終始思フテ居リマス

今日以後ノ社会ニ於テハ情愛ノ方ニ重キヲ置テ［行くべきである］、夫レガ為メニ家族制度ハ昔シノ今ト違ッタ社会ニ甚ダ必要ガアッタケレドモ今日ハ其必要ハナイ（以下略）[22]……」

このように富井は、廃戸主に賛成した保守的な「家」制度擁護論者とは、明らかに異なる「目的」から廃戸主提案を行ったことを強調した。廃戸主提案の当初から、富井には「家族制度」の強化＝「戸主権拡大」という意図は全くなかった。むしろ、富井自身としては「今日以後ノ社会ニ於テハ情愛ノ方ニ重キヲ置」くべきという認識のもとに議論を展開したのである。富井は、本条の削除・修正案も同様の意図から提案したのであるが、廃戸主制度提案と同じく、そのことは多くの出席委員にも、起草委員である陳重にも理解されなった。

加えて、富井は、本案に対する削除・修正案が可決されれば、廃戸主規定は削除されてもよい、という考えを示唆する。

「乍併其戸主ノ権利ニ関スル規定ガサウ多クナイトカ或ハ本條ノヤウナ規定ガ取レタナラナバあの条［＝廃戸主規定］ハ削ツテモ宜シイカモ知レマセヌ到底強テ異論ハ無イ到底今ノ儘デハ私カラ整理ノ際デモ削除説ヲ提出シヤウト思ツテ居ル、ト云フノハ私ノ眼目トシタ要素ガ欠ケテ居リマス諸君ノ御多数ガ賛成下サツテサウシテ後カラ復タ説ガ出テ肝腎ノ最モ弊害ノ多キ又実例ヲ見テモ非常ナ弊害ヲ生ズル場合ガ抜ケテ居リマスサウ云フモノデアレバ寧ロ無イ方ガ宜シイト思ヒマス」[23]

すでに廃戸主規定の決議から三〇回も経たのちに、少々執拗なくらいに自説を展開することからみても、富井にとっての廃戸主制度の意義は重要であったことがうかがえる。[24] なお、本条に対する富井の削除・修正案については、結局、この「廃戸主削除発言」の影響から反対論が出て否決され、[25] 梅原案がそのまま可決された。[26]

むすびにかえて

明治民法親族編における戸主権の性格を把握するには、扶養義務規定についてもより広範囲に及ぶ考察が必要であり、また親権との関係も重要である。ここでは、廃戸主論争以後の富井の「戸主」概念の一端を示したにすぎない。また、本論においても示したように、富井の「家」論および「戸主権」概念は、明治前期の家族をめぐる法（司法、行政、立法）のあり方とも連関させる視点が必要であると考える。ここで取り上げた論点についても、より広い視野からの考察が必要であるが、今後の課題としたい。

（1）第一六五回調査会『法典調査会議事速記録』第五四巻、二三丁裏面（日本学術振興会版、以下『速記録』と略記）。なお、第八一八、八一九条は最終的には削除され、明治民法に規定されなかった。その後、昭和二年公表『民法改正要綱』「第十七」として「離婚ニ因ル扶養義務離婚ノ場合ニ於テ配偶者ノ一方ガ将来生計ニ窮スルモノト認ムベキトキハ、相手方ハ原則トシテ扶養ヲ為スコトヲ要スルモノトシ、扶養ノ方法及ヒ金額ニ関シ當事者ノ協議調ハサルトキハ、家事審判所ノ決スル処ニ依ルモノトスルコト。」と規定された。

（2）第一六五回調査会『速記録』第五四巻、二四～二五丁表面。

（3）第一六五回調査会『速記録』第五四巻、二四～二五丁。

（4）第一六五回調査会『速記録』第五四巻、二四～二五丁。

（5）離婚法に関する起草委員の見解については、浦本寛雄『離婚法の変動と思想』（法律文化社、一九九九年）に詳しい。浦本氏の分析によれば、破綻主義離婚（自由離婚）を主張した穂積陳重に対して、梅は離婚が増えることの弊害を危惧して、これに激しく反対したとされる（同書四九頁）。

（6）『民法草案人事編理由書上巻』明治文化資料叢書刊行会編『明治文化資料叢書　第三巻　法律編　上』所収（風間書房、一九五九年）一六三～一六四頁。旧民法第一草案が養子離縁を禁ずる理由の一つとして、離縁された養子が実家に戻った場合に、養子自身のみならず、実家の相続人の既得権にも影響が及ぶことを挙げている。

(7) 富井は、第九五一条直系血族間においては、「自己ノ過失」によらないという要件は、一応親子という最近親者間の関係であることを考慮して付さなかったが、最低限度として自ら生計を営むことができない場合という制限を課すべきであると述べている。

(8) 第一六五回調査会『速記録』第五四巻、一〇丁表面。

(9) 扶養義務は戸主権の理解にとって重要な論点であるが、旧民法規定との関連も含めて、より詳細な検討を必要とする。今後の課題としたい。扶養義務の議論のなかで、富井と梅の見解が対立している規定として、第九五三条の扶養義務者の順位規定が挙げられる。富井原案では、「第一位配偶者、第二位直系卑属、第三位直系尊属、第四位戸主、第五位第九五一条第二項に掲げたる者、第六位兄弟姉妹」と規定されている。第五位の「第九五一条第二項に掲げたる者」とは「夫婦の一方と他の一方の直系尊属にして其家に在る者」を指す。つまり、嫁や婿の舅姑に対する扶養義務のことである。富井の個人的見解としては、「戸主ハ一番仕舞デモ宜カラウ」とし、その理由として「大抵此外ノ五ツノ場合」に入らない戸主であれば「餘程遠イ者デアル」からと言う（原案に決した理由については、富井は「是迄議決ニナツタ所ノ均衡」によると説明する）。議長である箕作麟祥は、この富井私案を支持した。これに対して梅は、「是ハ感覚デハアリマスガ」とした上で、戸主より嫁・婿の扶養義務を優先することに反対している。その理由は判然としないが「自分ノ亡クナツタ息子ノ女房ニ養ナツテ貰フソレナラハ私共ノ考ヘニスルト戸主ニ養ツテ貰ツタ方ガ宜イ」、「戸主ハドウ云フ関係ノ者デモ戸主ニ養ツテ貰ウ」ことが「感覚上カラ宜シイ」と述べている（第一六五回調査会『速記録』第五四巻、一六丁表面～一九丁表面）。

(10) 第一六七回調査会『速記録』第五四巻、一二五丁表面。

(11) 第九〇六条①「未成年者ニ對シテ最後ニ親権ヲ行フ者ハ遺言ヲ以テ後見人ヲ指定スルコトヲ得但財産ノ管理ヲ辞シタル母ハ此限ニ在ラス」②「親権ヲ行フ父ノ生前ニ於テ母カ財産ノ管理ヲ辞シタルトキハ父ハ前条ノ規定ニ依リ後見人ノ指定ヲ為スコトヲ得」。本条は、明治民法では第九〇一条として規定されたが、第一項但書部分は「財産ノ管理権ヲ有セサル者ハ此限ニ在ラス」と変わっている。

(12) 明治前期においては、戸主たる未成年者のみに後見人が付されていた。旧民法は、戸主たる未成年子と非戸主の未成年子に分けて規定した。したがって明治民法においてはじめて、未成年者一般に対する後見制度が生まれたことになる。なお、親権者のない未成年者自身が戸主である場合は、親族会の選任による（明治民法第九〇四条参照）。

(13) 第一六七回調査会『速記録』第五四巻、一二六丁表面。

(14) 富井の後見制度に対する理解および本条に関する議論については、別稿にて検討する予定である。

(15) 第一六七回調査会『速記録』第五四巻、一二六丁裏面。

(16) 第一六七回調査会『速記録』第五四巻、一二六丁裏面～一二七表面。

(17) 第一六七回調査会『速記録』第五四巻、一二九丁表面。

(18) 第一六七回調査会『速記録』第五四巻、一二七丁表面。なお、結論として、本条のような場合には「親族会」による後見人が適当であるとし、親族会が不当な決議をなすおそれがあるため、「親族会ノ決議ニ対シテハ裁判所ニ上訴スルコトヲ許ス」という規定を設けるべきであるとする。さらに「親族会」そのものの規定についても、慎重になるべきものと発言している（第一六七回調査会『速記録』第五四巻、一四一丁裏面）。

(19) 「原案ノ方カ果シテ今日ノ堅イ慣習デアレバ致シ方モアリマセヌガ今日ノ慣習ハ云フ風ニ決シテ確定シテ居ルトハ思イマセヌ」と述べている（第一六七回調査会『速記録』第五四巻、一二八丁裏面）。

(20) 大審院明治二八年九月三〇日判決。戸主たる祖父と、実父のいずれが、未成年者の後見人となるかという紛争につき、「祖父タル所ノ戸主ハ後見人ト為ラナイサウ云フ慣習ハ断ジテナイト云フヤウニ書イテアリマス」と述べている。ただし、富井自身も、本件は実父がある場合の事例であるから、父なき場合の後見人の問題についての「引合」には出せないと断っている（第一六七回調査会『速記録』第五四巻、一二八丁裏面）。

(21) 第一六七回調査会『速記録』第五四巻、一三二丁表面。

(22) 第一六七回調査会『速記録』第五四巻、一三二丁裏面～一三三丁表面。また、「戸主ガ身持ガ悪クテ夫レガ為ニ家族一同ガ困ルトイウヤウナ有様ニ陥ツタトキニ誠ニ困ツタモノデアリマス…」（同一三三丁裏面）以下の発言も参照。

(23) 第一六七回調査会『速記録』第五四巻、一三三丁裏面～一三四丁表面。

(24) ただし、本案の問題は廃戸主とは直接関係はないとする。なぜなら、後見人罷免の規定があれば、後見人たる戸主が不当な行為を行った場合、廃戸主ではなく後見人として罷免すれば足るからである。

(25) 当初、富井の削除・修正案に賛成していた穂積八束が、本発言（富井の廃戸主削除意見）を受けて反対に回ったことが大きいと考えられる。

(26) この議論の間、梅はほとんど発言をしておらず、実質的に議論に加わっていないといえる。

［附記］　本稿は平成十六年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費）による研究成果の一部である。