

松山大学論集
第二十五卷第四号
平成二十五年十月
抜刷發行

松山大学法学部松大G P資料
(二)

今古

村屋

暢壯

好一

研究ノート

松山大学法学部松大G P 資料（二）

今 古

村 屋

暢 壮

好 一

星野通編著（松山大学法学部松大GP推進委員会増補）

『民法典論争資料集』（復刻増補版）の現代的意義に

関する一試論（二・完）

——『準正規定創設の可否』という民法典論争における争点を例として——

古 屋 壮 一

一 はじめに

- 1 復刻増補版刊行の経緯
- 2 復刻増補版の内容
- 3 本稿の目的（以上、二五卷三号）

二 『準正規定創設の可否』をめぐる論争とその影響

- 1 旧民法人事編における準正規定とその立法趣旨
- 2 民法典論争における延期派と断行派の主張
- 3 明治三一年民法における準正規定
- 4 「民法典論争の余波」としての明治三一年民法における非嫡出子相続分不平等規定の創設

三 若干の検討

- 1 現行民法九〇〇条四号但書に関する若干の検討
- 2 復刻増補版の現代的意義に関する一試論（以上、本号）

二 『準正規定創設の可否』をめぐる論争とその影響

1 旧民法人事編における準正規定とその立法趣旨

旧民法の準正規定は、人事編第六章「親子」第三節「庶子及ヒ私生子ノ嫡出子ト為ル權」一〇三条から一〇五条までであり、現行民法七八九条と同様の内容となっている。⁽⁴⁰⁾

人事編一〇三条

「①庶子ハ父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子ト為ル

②私生子ハ父母ノ婚姻ノ後父ノ認知シタルニ因リテ嫡出子ト為ル」

人事編一〇四条

「死亡シタル子ト雖モ前条ノ規定ニ依リ嫡出子ト為ル此場合ニ於テハ其効力ハ子ノ生ミタル子ヲリス」

人事編一〇五条

「父母ノ婚姻ノ時マテニ父子ノ分限確定シタル者ハ婚姻ノ日ヨリ又婚姻ノ後ニ確定シタル者ハ確定ノ日ヨリ嫡出子ノ權利ヲ有ス」

最初の人事編草案が法律取調報告委員の趣旨説明とともに掲載されている『民法草案人事編理由書』（上下巻）（発行所および発行年不明）によれば、やはり第六章「親子ノ分限」第二節「庶親子ノ分限」第四款「庶出子ノ准正」一八六条は、「庶出子ハ其父母ノ婚姻ニ因リ当然正出子ニ准ス但シ親子ノ分限適法ニ確定シタル

コトヲ要ス」としており（上巻第五章から第六章までの七五丁裏⁽⁴²⁾）、人事編一〇三条と同一内容の規定であるといえる。この一八六条の準正規定につき、法律取調報告委員（熊野敏三）は、準正によって婚姻関係にない男女が私通を止め、親族関係を発生させるとともに、子を教育する基礎となる法律婚を促進することになるとし、「法律婚の促進」をその趣旨として挙げる。また、準正によって非嫡出子に嫡出子の身分を取得させることは法律婚を促進するから、非嫡出子の養成教育の充実につながるとし、「非嫡出子の福祉」も挙げている。法律取調報告委員は、非嫡出子は準正により「婚姻関係にある男女の間に生まれた子」といえるようになるという形式的な説明をするだけではないのである。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾ なお、次条の一八七条は、「死去シタル子ト雖モ其父母ノ婚姻ニ因リ正出子ニ准ス此場合ニ於テハ准正ノ効果ハ其子ノ生ミタル正出又ハ庶出子ニ利益ス」と規定し（同七八丁表）、一八八条は、「正出子ニ准セラレタル者ハ婚姻ノ時マテニ其分限ノ確定シタルトキハ婚姻ノ日ヨリ又婚姻後ニ其分限ノ確定シタルトキハ其確定ノ日ヨリ正出子ノ權利ヲ有ス」と定めている。両規定の内容は、人事編一〇四条および一〇五条と同じものとなっている。

右に述べた最初の人事編草案は、法律取調委員会による討議の結果修正を受けて再調査案となった。⁽⁴⁵⁾ 人事編再調査案第五章「親子ノ分限」第二節「私親子ノ分限」第四款「私出子ノ正出子ト為ルノ権」一四一条は、「私出子ハ父母ノ婚姻ニ因リテ当然正出子ト為ル但其親子ノ分限ノ適法ニ確定シタルコトヲ要ス」という規定である。⁽⁴⁶⁾ この人事編再調査案一四一条は、人事編草案一八六条と実質的に同じであるといえる。⁽⁴⁷⁾ したがって、前者の趣旨は、後者の趣旨と異なるところはないと考えられる。また、人事編再調査案一四二条は、「死亡シタル子ト雖モ父母ノ婚姻ニ因リテ正出子ト為ル此場合ニ於テハ其効果ハ子ノ生シタル正出子又ハ私生子ヲ利ス」とし、同一四三条は、「正出子ト為リタル子ハ父母ノ婚姻ノ時マテニ其親子ノ分限ノ確定シタルトキハ婚姻ノ日ヨリ又婚姻ノ後ニ確定シタルトキハ確定ノ日ヨリ正出子ノ權利ヲ有ス」と規定する。⁽⁴⁸⁾ 両規定もまた、人事編草

案一八七条および一八八条と実質的に同じである。この人事編再調査案は、法律取調委員会において討議されたが、その討議において法律取調委員から提出された意見をまとめた「民法人事編ニ対スル意見」によれば、松岡康毅法律取調委員が人事編再調査案一四一条但書につき、同一四三条があることから削除すべきとの意見を提出し、また、村田保法律取調委員は、同一四二条につき、「其効果ハ子ノ生シタル正出子又ハ私生子ヲ利ス」とあるのを「其効果ハ死亡シタル子ノ生シタル正出子又ハ私生子ヲ利ス」（下線は筆者による）というように修正すべきとの意見を述べている。後者は、文理上の明確性に配慮したものであろう。さらに村田保法律取調委員は、婚姻準正については、同一四一条から婚姻時に準正の効果が発生することは明らかであり、同一四三条においてこれを規定する必要はないとし、認知準正については、準正の効果が婚姻時に生じるのか、それとも、認知時に生じるのか同一四一条からは文言上明らかではないため、「認知準正の場合には、準正の効果が発生時が認知時であること」のみを同一四三条において注意的に規定すべきであると主張して、次のような同一四三条の修正案を提出した。

「私出子ハ父母ノ婚姻ノ後ニ親子ノ分限確定シタルトキハ確定ノ日ヨリ正出子ノ権利ヲ有ス」⁽⁴⁹⁾

後に述べるように準正規定創設の可否は、民法典論争における主要な争点の一つであり、延期派は創設に反対したが、延期派の代表的な論客である村田保が準正規定創設に異を唱えていないことは、興味深い。これらの再調査案に対する法律取調委員による修正意見は、人事編再調査案における準正規定を実質的に承認するものである。そして、人事編再調査案は、右に見てきたような修正意見をもとにさらに法律取調委員会の討議に付され、元老院提出案が確定され、さらに元老院での審議を経て旧民法公布案が確定した。⁽⁵⁰⁾旧民法人事編一〇

三条から一〇五条までの準正規定が人事編再調査案一四一条から一四三条までと同一の内容であることからすれば、後者は、元老院提出案においても実質的に維持されたとみることができよう。

旧民法人事編一〇三条から一〇五条までの準正規定については、旧民法の注釈書も、その立法趣旨を説明している。たとえば法律取調委員会報告委員であつた岸本辰雄は、準正規定の趣旨を「父母タル男女ヲシテ一日モ早く正式ノ婚姻ヲ為シテ不正ノ交通ヲ止メシメ他ノ一方ニ於テハ一日モ早く私通ノ結果タル子カ社会ヨリ受クル不幸ヲ救フコトヲ謀ラサル可カラス是独リ其男女ト子トノ為メニ利益タルノミナラス国家ノ為メニ亦甚タ利益アリトス何トナレハ生児ノ養育、教育ヲ完全ニスルノ効果アレハナリ」と説明する。⁽⁵²⁾ここでは、民法草案人事編理由書と同じく、「法律婚の促進」と「子の福祉」が準正規定創設の理由とされている。また、岸本は、「元來嫡出子ト其他ノ子トノ差違ハ其父母タル男女ノ間ニ正當ノ婚姻アリテ生マレタルト否トニ在リ故ニ嫡出子ニ非サル者即チ庶子又ハ私生子ト雖モ其出生後ニ至リ其父母タル男女ノ間ニ正當ノ婚姻アリタルトキハ其出生ト婚姻トノ順序ノ顛倒セルノミナルヲ以テ法律ハ其子ニ与フルニ嫡出子タル身分ヲ以テスルモ不可ナルナシ」とも説明している。⁽⁵³⁾これは、星野博士が「同腹後出子との間の不公平を除去」する趣旨とするものである。つまり、婚姻前の男女との間に生まれた子が非嫡出子のままであり、その男女の婚姻後に、その男女との間に生まれた子が嫡出子となると、両者は同じ男女間の子であるにもかかわらず、婚姻前に出生したという一事をもって非嫡出子に社会的不利益が課されるのは不公平であるから、婚姻関係にある男女との間に生まれた子であるといえることに着目し、婚姻準正および認知準正を認めて、非嫡出子を救済しようとする趣旨である。⁽⁵⁴⁾

この趣旨は、『民法草案人事編理由書』において指摘されていないものである。岸本も指摘する準正規定創設による「子の福祉」については、井上操も、「男女私通シテ兒子ヲ挙クルニ至ルハ畢竟父母其人ノ罪過ニシテ毫モ兒子ノ知ラサル所ナリ然カモ其子ヲシテ終生庶子又ハ私生子タルノ汚名ヲ戴カシムルハ人情ノ忍フ可ラサ

ル所ナリ故ニ父母ノ位置ニシテ夫婦タルコト世上ニ公然シタル以上ハ私生子又ハ庶子ヲ以テ嫡出子ト為スコトヲ得セシムルヲ允当ナリトス」と述べ、「子の福祉」が婚姻準正および認知準正を認める根拠の一つであることを明らかにしている⁽⁵⁶⁾。また、「独り其子ニ利益ナルノミナラス又社会ノ利益ト謂フ可シ何トナレハ父母或ハ其子ノ愛情ニ絆サレ婚姻ヲ為スコトアル可ク從テ社会ニ混雜ヲ与フル私通ハ幾分減少ス可キノ理ナレハリ^(ママ)」と述べ、子の社会的不利益を除去するために父母が私通をやめて婚姻するようになり、法律婚が促進されると述べる⁽⁵⁶⁾。井上の説明から、非嫡出子としての身分を有することについて何ら帰責性のない非嫡出子に社会的不利益を課すべきではないが、他方、社会の風俗を維持するべく、私通を防止して法律婚を促進するという要請があるため、父母が私通をやめて婚姻したことを要件の一つとし、非嫡出子が嫡出子の身分を取得できるようにして非嫡出子を救済する制度こそ、旧民法人事編一〇三条から一〇五条までの準正であることを確認しうる。

手塚太郎も同様に、私通の行為主体ではない非嫡出子が行為主体である他人たる父母の私通によって不利益を課されるのは道理に反するとしつつ、「私通ハ社会ノ風儀ヲ紊乱スル者ナレハ法律ハ可成之ヲ防止センコトヲ欲セリ是ヲ以テ法律ハ私生子ヲ遇スルコト適出子ニ比スレハ劣等ノ地位ヲ与ヘタリ然ルニ其父母ニシテ婚姻ヲ為シ以テ其正当ノ望ヲ充タスニ於テハ尚其子ヲ待ツニ劣等ノ地位ヲ以テスルノ理ナカルベシ況ンヤ父母ハ屢々其子ノ恩愛ニ誘ハレ其不幸ヲ憐ミ婚姻ヲナシテ之ヲ適出^(ママ)ノ子トナサント欲スルモノアルニ於テヤヤ」と述べ、私通を防止して社会の風俗を維持し、法律婚を促進するという要請のために、私通によって生じた子を非嫡出子とせざるをえないが、男女が私通をやめて婚姻したのであればもはやその要請を考慮する必要がないことから、婚姻を一件として準正が認められることを説明している⁽⁵⁸⁾。ここにおいて、旧民法人事編一〇三条から一〇五条までの準正規定は、最初の人事編草案から一貫して、社会の風俗を維持するため、私通をやめさせて「法律婚の促進」を図るべく、私通関係にある男女間の非嫡出子が嫡出子の身分を取得するものとして、もって非

嫡出子の養成教育を充実させ、非嫡出子であることに起因する社会的不利益を除去し、「子の福祉」を向上させる趣旨の規定であったといえる。星野博士は、この趣旨を「男女私通防止と私通関係適法婚姻化による私通の子の救済」と端的に表現している。⁽⁵⁹⁾ もちろん、準正によって非嫡出子が「婚姻関係にある男女との間に生まれた子といえるようになることも当然、準正規定の趣旨に含まれている。

2 民法典論争における延期派と断行派の主張

旧民法人事編一〇三条から一〇五条までの準正規定については、民法典論争において、その創設自体が延期派から批判され、断行派がその批判の不当を論じた。旧民法人事編の準正規定をめぐる延期派と断行派の論争は、星野博士によって簡潔に整理分析されているので、その先行研究をもとに復刻増補版も活用しながら両派の主張を確認したい。

延期派は、明治二五（一八九二）年五月二五日発兌の法学新報一四号掲載の「社説 法典実施延期意見」において、人事編に準正規定が置かれていることを批判した。同意見は、復刻増補版一七一頁上段から一八五頁にわたって収録されている。復刻増補版末尾の「対照表」も参照しつつ、⁽⁶¹⁾ 対照表に示されている原典との不一致箇所については、ゴチックで表示し、それに続いて原典の表記を「」内で（やはりゴチックで）指摘した上で、以下に同意見における準正規定批判部分（復刻増補版一七六頁上段一三行目から同頁上段二二行目）を復刻増補版から抜き出して紹介したい。⁽⁶²⁾ なお、同意見の原典は、漢字と片仮名で表記されており、濁点はないが、一部に句読点が付されている。下記の右批判部分について、濁点は、星野博士が付したものであって、原典においては付されていない（原典において、句点は下記の引用部分と同じ位置にのみ付されているが、読点は全く付されていない）。

「人事篇第百二条ニ依レバ庶子ハ父母ノ婚姻ニ依リテ当然嫡出子タルコトヲ得ベキモノトスレドモ是レ亦個人主義ノ歐洲制度ニシテ家督相続ヲ以テ人事ノ最モ重キモノト為スノ邦国ニ取リテハ甚ダ不当ノ規定ト謂ハザルヲ得ズ。蓋シ此法文タル羅馬法ニ基キ又羅馬法ハコンスタン帝ガ仁慈心ト當時羅馬ノ風俗敗頹ノ結果トシテ私生子ノ夥多ナル弊ヲ救ヒ且父母ヲシテ可成正当ノ婚姻ヲ為サシメントスルノ政策トニ淵源セリ而シテ今ヤ民法ハ直ニ此政策ヲ採テ以テ我國俗ヲ變更セントセリ、豈国情ニ「セリ是豈国情ニ」適シ時弊ニ切ナルモノノ謂フベケンヤ「切ナルモノト謂フヘケンヤ」」

右の延期派の準正規定創設に対する批判は、準正規定により非嫡出子に嫡出子の身分を取得させることは、家督相続制度（旧民法財産取得編二八七条および同二九四条参照）に反するものである。旧民法財産取得編二九五条一項によれば、戸主たる被相続人と親等の最も近い卑属親のうち（同条一項第二）、男子が複数人いる場合は、先に生まれた男子が家督相続人となる（同条一項第三本文）。そして、嫡出子と非嫡出子（庶子または私生子）がいるときは、嫡出子である男子が、非嫡出子である男子を排除して家督相続人となる（同条一項第三但書）。また、戸主たる被相続人と親等の最も近い卑属親のうち、男子がおらず女子のみが複数人いる場合も、先に生まれた女子が、優先的に家督相続人となり（同条一項第四本文）、嫡出子である女子と非嫡出子（庶子または私生子）である女子とでは、嫡出子が非嫡出子を排して家督相続人となる（同条一項第四但書）。同意見は、婚姻準正または認知準正によつて非嫡出子が嫡出子となると（旧民法人事編一〇三条）結果的に、先に生まれた非嫡出子が前に存在していた嫡出子を準正により排除して家督相続人となる（旧民法財産取得編二九五条一項第三および第四）、これは嫡出子が優先的に戸主となるという家督相続制度に反し、「伝統的家制」を無視するものであるとして、旧民法

人事編一〇三条から一〇五条の準正規定創設を批判する。延期派は、非嫡出子が嫡出子に優先するような相続制度は、個人主義を基礎とするヨーロッパのそれであって、「伝統的家制」を重んじる日本のそれと合致しないというのである。

これに対して断行派は、どのような反論をしたのであろうか。星野博士は、復刻増補版には収録されていない「法治協会々員某執筆の弁妄書（法治協会起稿）」の該当部分を紹介している。⁽⁶³⁾ 星野博士が引用している箇所からみて、それは、明治二五（一八九二）年五月一二日発行の「弁妄」というタイトルの冊子体（本文末尾に「未完」との表記がある）であると考えられる。筆者が参照した冊子体は、東京大学大学院法学政治学研究科附属近代日本法政史料センター原資料部所蔵のマイクロフィルム版である（マイクロフィルム版の原資料は、筑波大学附属図書館が所蔵している）。⁽⁶⁵⁾ 以下、星野博士が引用している「弁妄」における断行派の反論（冊子体一四頁から一五頁まで）を掲載することにした。ただし、星野博士の引用と冊子体「弁妄」（原典）を対照した結果判明した不一致がみとめられる箇所は、ゴチックで表記し、それに続いて「」内で（やはりゴチックで）原典の表記を指摘することにした。原典は、漢字と平仮名で表記されており、句点も濁点もないが、一部に読点が付されている（原典では以下の引用部分に読点はない）。下記の引用部分に付されている濁点と句読点は、星野博士が付したものである。

「彼等の此言（先に紹介した「法典実施延期意見」の該当部分のこと―筆者注）あるは庶子の定解を得ざるに因るのみ、法文の所謂庶子とは従前の如く特に妾腹の子を指すにあらず、即ち正式の婚姻に基「原」つかずして生める子は汎く之を庶子と称するものとす（其定まりたる父あることは勿論なり「父あるは勿論たり」。父の知れざる子を「知れざる子をは」私生子と言ふ「云ふ」人事編九十六条「第九十六条」）。茲に一男子あり、

相当の手續を以て妻を娶りたるも適法に婚姻の儀式を行はずして生める子は庶子たり「生める子は法律上庶子たり」。又私通にて生れたる子「出てたる子」、並びに妾を置いて生める子も庶子たり故に爾後其父母が適法に婚姻をなすにおいては其の庶子たる者を「為すに於ては曩の庶子たる者を」嫡出子となすべきこと実に当然「為すへきこと事実当然」なるにあらずや。唯父母が公然婚姻をなさずして「為さずして」生めるの故を以て、同胎前出の子を「同胞前出の子をは」如何にするも嫡出子となすこと「為すこと」能はずとするは寔に是れ不条理なるのみならず旧慣に違ふものなり「全く旧慣に違ふものなり」。初め妾としたる「初め妾として幸したる」婦を本妻となしたるに拘らず「為したる拘はらず」、後出の子のみ「子をのみ」嫡出と呼び、同胎「同胞」前出の子をば必ず「必らず」庶子と呼びたる实例は余の「余輩の」曾て聞かざる所なり。蓋し彼等は異母の庶子を嫡出と做し、以て眞の嫡出子を凌がしむるは家を重んずる国風に適はずと思推「思意」したるや疑なし「疑ひなし」と雖も、斯の如きは我民法「我か民法」の固より行はざる「許さざる」所なり。家督相続に關して男女長幼嫡庶の分別を正したること財産取得編第二百九十五条に就き見るべし」

斷行派は、準正規定を創設しなければ、婚姻關係にない男女との間に生まれた子はたとえその後父母が婚姻しても嫡出子とはなりえず社会的不利益を負うが、その父母の婚姻後にその父母との間に生まれた子は嫡出子となることから、父母の婚姻前に出生したかその後出生したかで、社会的不利益を負う子とそうでない子が生じてしまい、不公平な状態が発生すると主張している。また、延期派が批判すること（旧民法財産取得編二九五条一項第三および第四）は「伝統的家制」を破壊するという点については、準正により非嫡出子が嫡出子となるのはその子が「婚姻關係にある男女との間に生まれた子」といえるから、つまり、その子は嫡出子であるか

らであり、準正規定創設により「伝統的家制」を害することはないとしている。また、婚姻関係にない男女との間に生まれた子について、父母が婚姻しなくても嫡出子の身分を取得するのであれば、嫡出子が戸主となるという家督相続制度に反し、「伝統的家制」を破ることになりかねないが、旧民法人事編一〇三条は父母の婚姻を準正の一要件としており、婚姻関係にない男女との間に生まれた子を嫡出子とはしないのであるから、旧民法財産取得編二九五条一項第三および第四の但書どおり、その非嫡出子は嫡出子に優先して家督相続人になることはないとする。したがって、断行派は、延期派の批判は的外れであるとするのである。⁽⁶⁶⁾

また、断行派の水町袈裟六からも延期派の批判に対する反論がなされている。復刻増補版二五一頁下段からはじまる「法典実施延期意見書ニ対スル弁駁」における該当部分を紹介したい。⁽⁶⁷⁾なお、原典は、漢字と片仮名で表記されており、一部に句読点と濁点が付されている（これから紹介する該当部分には句読点および濁点はない）。⁽⁶⁸⁾復刻増補版に収録されている水町論文と原典との間に不一致がある箇所については、ゴチックで表記し、「」内に原典の表記を示す。⁽⁶⁹⁾

「延期論者ハ何ソ外国ノ古ニ詳ニシテ我邦ノ今日ニ昧キヤ夫レ庶子カ父母ノ婚姻ニ依リテ嫡出ノ子ト為ルハ今日既定ノ慣例ニ非スヤ之ヲ説明スルニハ必スシモ個人主義ヲ借り羅馬ノ古ニ遡ルヲ須タサルナリ且母既ニ正式ノ結婚ヲ為シタル時ハ「結婚ヲ為シタルトキハ」其結婚前ノ子ヲ嫡出子ト為スモ何ノ背理力之レアラム母既ニ同シク父又タ同シ而テ母ハ正式ノ婚姻ニ依リテ嫡母トナラハ其子何ソ庶子タラサル可カラサル理アラムヤ今此規定ノ条理ニ反セス且我邦今日既ニ定マレル慣習ナルコト右ノ如シ何ソ必スシモ個人主義或ハ羅馬古法ノ政策説ヲ借テ之ヲ説明スルヲ要セン又タ何ソ此ヲ彼ニ附会シテ此ヲ非難スルノ理アラムヤ」⁽⁷⁰⁾

水町も、非嫡出子が父母の婚姻を一要件として嫡出子の身分を取得しうることは日本の慣習によるものであることを強調し、したがって、準正規定を創設することは「伝統的家制」を破壊するものではないと反論している（実質論）。また、非嫡出子であっても、その父母が婚姻すれば、その子は「婚姻関係にある男女の間に生まれた子」となりうるのであるから、準正規定を認めてかまわないと説いている（形式論）。

こうしてみると、「旧民法人事編一〇三条から一〇五条までの準正規定を創設することは、嫡出子よりも先に生まれた非嫡出子が嫡出子に優先して家督相続人となり（旧民法財産取得編二九五条一項第三および第四）、『伝統的家制』を破壊する」という延期派の核心となる主張は、子の父母が婚姻していない場合に妥当するのであって、準正は父母の婚姻を一要件とすることから、準正規定創設に対する批判とはなりえないものと考えられる。しかし、後述するように、「非嫡出子は、嫡出子との間の法律関係について、嫡出子に劣後しなければならぬ」という延期派の主張こそが、法典調査会における旧民法の規定の修正作業（新规定の起草作業）において、準正以外の規定の修正や起草に影響を及ぼすことになるのである。

3 明治三一年民法における準正規定

民法典論争における延期派の勝利を受けて旧民法を修正して新民法を起草した法典調査会によって、旧民法人事編一〇三条から一〇五条までの準正規定は、どのような修正を受けたのであろうか。明治二九（一八九六）年一月二七日に開催された第一五七回法典調査会において、準正規定に関する甲号議案八三六条が審議された。甲号議案八三六条は、次のような規定である。

「①父母ノ知レタル私生子ハ其父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得ス

②前項ノ規定ハ子カ既ニ死亡シタル場合ニ之ヲ準用ス

③婚姻中父母カ認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス⁽⁷⁾」

甲号議案八三六条は、實質的に旧民法人事編一〇三条から一〇五条までと同じであり、現にこの甲号議案八三六条の審議の冒頭富井政章起草委員は、「本条ハ人事編第百三条カラ第百五条迄ヲ合セタノデアリマス」と述べている⁽⁷⁾。また、同条の審議にあたって、村田保や土方寧といった延期派の論客であつた委員からも同条のような準正規定創設に対する反対意見は、提出されなかつた。同条は、形式的な文言上の修正を経て、

「①庶子ハ之ヲ認知シタル父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得ス

②婚姻中父母カ認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス

③前二項ノ規定ハ子カ既ニ死亡シタル場合ニ之ヲ準用ス」

となり、さらなる形式的修正を受けて、明治三二年民法八三六条となつた。明治三二年民法施行時の同条は、⁽⁷³⁾
以下のような規定である。

「①庶子ハ其父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得ス

②婚姻中父母カ認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス

③前二項ノ規定ハ子カ既ニ死亡シタル場合ニ之ヲ準用ス⁽⁷⁴⁾」

民法典論争において延期派は、準正規定を創設すると、非嫡出子が後で生まれた嫡出子を排除して家督相続人（戸主）となりうることにについて（旧民法財産取得編二九五条一項第三および第四）⁽⁷⁵⁾、「伝統的家制」を破壊するとして、その創設に反対した。しかし、準正が認められる子は嫡出子であり、その子が後で生まれた嫡出子に優先して家督相続人になったとしても、「伝統的家制」を害することにはならない。したがって、法典調査会は、延期派の主張を勘案することなく、旧民法人事編一〇三条から一〇五条までの準正規定の趣旨、つまり、私通を止めさせて「法律婚」を促進し、父母の婚姻前に生まれた子と婚姻後に生まれた子の双方を嫡出子とし、前者に対する社会的不利益を除去し、もって両者間の公平を図ることを妥当として、旧民法と実質的に同様の準正規定を創設したものと考えられる。民法修正案理由書も明治三一年民法八三六条について、「本条ハ既成法典人事編百三条乃至第五百五条ノ精神ヲ採用シタルモノナリ」と述べている。⁽⁷⁶⁾明治三二年民法八三六条は、実質的に現行民法七八九条に引き継がれている。

ただし、非嫡出子が旧民法人事編一〇三条により嫡出子となり、後に生まれた嫡出子を排除して家督相続人になること（旧民法財産取得編二九五条一項第三および第四）については、準正前にすでに出生している嫡出子の家督相続に対する期待を害するとして、旧民法財産取得編二九五条一項第三および第四は、法典調査会において修正された。明治三一年民法九七〇条二項は、旧民法財産取得編二九五条にはない内容を備えている。明治三一年民法九七〇条二項は、「八百三十六条ノ規定ニ依リ又ハ養子縁組ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者ハ家督相続ニ付テハ其嫡出子タル身分ヲ取得シタル時ニ生マレタルモノト看做ス」と規定している。梅謙次郎起草委員は、明治二九（一八九六）年六月一〇日に開催された第一七七回法典調査会で説明に立ち、「庶子が嫡出子トナル場合此場合ニ置キマシテハ其者が嫡出子ニナル前ニ既ニ純然タル嫡出子ガアレバ年齢ハ下デアツテモ其ガ兄サンノヤウニ相続ノ上カラハ看ラレルト云フノガ穩当デアツテ又従来ノ慣習ニモ適ウコトノヤ

ウニ見ヘマス」と述べた。⁽⁷⁸⁾ また、著書『民法要義』の中で、明治三一年民法八三六条一項および九七〇条一項三号ならびに五号により、準正子が嫡出子の身分を取得した時点で出生していた自分より後に生まれた嫡出子を排除して家督相続人となることについて、「當ニ慣習ニ反スルノミナス理論ニ於テモ嫡出子タル身分ハ年少者却テ先ニ之ヲ取得シタルカ故ニ後ニ生シタル事実ニ由リ其既得權ヲ奪ハルヘキ理ナシ」と説明している。⁽⁷⁹⁾ 梅起草委員の説明からすると、明治三一年民法九七〇条二項は、先に生まれた準正子は、後に生まれたが準正の時点では出生していた嫡出子の家督相続に対する期待を害してはならないという趣旨であると考えられる。ただし、注意すべきは、準正子が右の嫡出子に家督相続において劣後するのは「伝統的家制」を破壊するからでは決してなく、あくまでも右の嫡出子の家督相続に対する期待を保護するためであるということである。なお、民法修正案理由書も、明治三一年民法九七〇条二項につき、梅起草委員が述べている趣旨と同様のそれを説いている。⁽⁸⁰⁾

4 「民法典論争の余波」としての明治三一年民法における非嫡出子相続分不平等規定の創設

旧民法人事編一〇三条から一〇五条に対する延期派による「準正規定を創設すると、嫡出子よりも先に生まれた非嫡出子が嫡出子に優先して家督相続人となり（旧民法財産取得編二九五条一項第三および第四）、『伝統的家制』を破壊する」という批判が論理的妥当性を欠き、法典調査会の旧民法規定の修正作業において考慮されなかったことは、前述のとおりであり、旧民法人事編一〇三条から一〇五条は実質的に、明治三一年民法八三六条に引き継がれた。しかし、右の批判から導かれる『伝統的家制』を維持するため、非嫡出子は、嫡出子との法律関係について、嫡出子に劣後する」という考え方は、明治三一年民法における準正規定以外の規定の起草に影響を与えたのである。ところで、明治三一年民法においては、家族（明治三一年民法七三二条、同

七二五条)の死亡による相続たる遺産相続(同九九二条)については、被相続人の子は相続人となる(同九九四条一号)。被相続人の嫡出子も非嫡出子も、同順位の相続人である(同条二号)。しかし、嫡出子と同順位である非嫡出子は、同じ被相続人の子であるにもかかわらず、その法定相続分は、嫡出子の二分の一とされている(同一〇〇四条但書)。一〇〇四条の(明治三二年民法施行時の)条文を次に掲げる。

「同順位ノ相続人数人アルトキハ其各自ノ相続分ハ相均シキモノトス但直系卑属数人アルトキハ庶子及ヒ私生子ノ相続分ハ嫡出子ノ相続分ノ二分ノ一トス」

この規定が明治三一年民法に置かれたのは、どのような理由によるものであろうか。明治二九(一八九六)年九月一六日に開催された第一八七回法典調査会において、明治三一年民法一〇〇四条の前身である甲号議案一〇〇七条が審議された。甲号議案一〇〇七条は、以下のような規定である。

「同親等ノ直系卑属数人アルトキハ其各自ノ相続分ハ相均シキモノトス但庶子及ヒ私生子ノ相続分ハ嫡出子ノ相続分ノ二分ノ一トス」⁽⁸¹⁾

穂積陳重起草委員は、甲号議案一〇〇七条の審議に先行する甲号議案九九四条の審議(明治二九(一八九六)年九月一日開催の第一八六回法典調査会)⁽⁸²⁾において、「本案ニ於キマシテハ唯『親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス』ト言ツテ別ニ嫡出子ノ区別ヲ為シマセヌ是ハ嫡出子モ庶子モ私生子モ同ジ相続権ガアルト云フ意味デハアリマセヌ次ニ提出致シマスル案ニ依テ相続分ハ異ナル併ナガラ苟シクモ子ト云フ者ガ

アリマスレバソレニ幾分カ生活ノ基本トナル為メニ遺産ト云フモノヲ遺ルト云フコトガ正シイノデアリマシテソレ故ニ嫡出子ト庶子又ハ私生子トニ依テ順位ヲ異ニスルト云フ主義ハ採リマセナンダノデアリマス大宝令ノ制度杯ニ依リマシテモ矢張り同順位ノモノデアリマシテ唯相続権ガ違ヒマスル丈ケノコトデアリマスハ既ニ庶子私生子ト云フモノガアル以上ハ順位ハ同等デナケレバナラヌト思ヒマシテ単ニ直系卑属ト書イタ訳デアリマス」と述べた。⁽⁸³⁾ 穂積起草委員の趣旨説明から甲号議案九九四条は、非嫡出子の生活を維持するために、つまり非嫡出子の福祉のために、非嫡出子を嫡出子と同順位である家族の遺産相続人とした規定であると分かる（明治三十一年民法七三二条、同七二五条および同九九二条等も参照）。ここでは、父母の私通は社会の風俗に反して許されないものの、父母の私通によつて出生した非嫡出子には何らその身分に対する帰責性はないから、家族の遺産相続の順位について法的不利益が非嫡出子に課されるべきではないという判断が影響していると考えられる。⁽⁸⁴⁾ 旧民法における遺産相続において、男性の子に劣後する女性の嫡出子と同様（旧民法財産取得編三一四条、同二九五条一項第二）、たとえば、同性の子のみが二人存在し、その二人の子が嫡出子と非嫡出子であるときは、嫡出子が年長の非嫡出子に優先して遺産相続人となることから、年長の非嫡出子には遺産相続権が一切与えられないところ（旧民法財産取得編三一四条、同二九五条一項第三但書および第四但書）、甲号議案九九四条は、その年長の非嫡出子についても遺産相続権を与えるのである。こうしてみると、明治民法の起草者は、旧民法とは異なり、非嫡出子の遺産相続権を保障したといえよう。

しかし穂積起草委員は、嫡出子と同順位の家族の遺産相続人である非嫡出子は、その法定相続分について嫡出子に劣後するとも述べている。これは、「伝統的家制」を維持するために非嫡出子に課せられる法的制約とみることができる。非嫡出子の福祉を図ることと「伝統的家制」の維持という二つの目的を達成しなければならぬ、家族の遺産相続の場合において、非嫡出子を嫡出子と同順位の相続人とする一方で、その非嫡出子の

法定相続分については、嫡出子に劣後するという制約を非嫡出子に課したものと考えられるのである。法典調査会民法起草委員は、延期派が強く主張した「伝統的家制」の維持を図りつつ、身分に何ら帰責性のない非嫡出子の法的利益に最大限配慮しようとするのであり、その（苦心の）調整結果の一つが、家族の遺産相続の場合における、非嫡出子を嫡出子と同順位の遺産相続人とする規定（明治三一年民法九九四条）、および嫡出子と非嫡出子の法定相続分不平等規定（明治三一年民法一〇〇四条但書）なのではなからうか。このことを穂積起草委員が言う「次ニ提出致シマスル案」である甲号議案一〇〇七条の審議に関する法典調査会民法議事速記録等から確認することにしよう。なお、甲号議案九九四条は法典調査会における審議の結果、修正されることなく議決され、明治三一年民法九九四条にそのまま引き継がれた。⁽⁸⁵⁾

甲号議案一〇〇七条の審議の冒頭、穂積陳重起草委員は、「本案ニ於キマシテハ庶子私生子ト云フモノハ嫡出子ト同順位ニナツテオリマスカラ此間ニ嫡出子ハ庶子ト相均シキ相続分ヲ受クル私生子ハ其間ニ又平等ナル相続分ヲ受クルト云フ區別ヲ為スコトガ出テ参リマス是レハ本案ニ於キマシテハ庶子私生子ノ位置ハ諸外国ノ例ニ比ベテ見マスレバ余程優等ノ位地ヲ占メテ居リマス前ノ順位ノトキニモ一寸述ベテ置キマシタソレダ九デ嫡出子ト同ジ相続分ヲ受クルト云フコトハ法律ガ愈々婚姻ト云フモノヲ認メテ又親族関係ト云フモノハ婚姻ガ一番相当ナル親族関係ノ本トシマシタ以上ハ嫡出子ト云フモノガ其父母ノ跡ヲ財産ノ点ニ付テモ継グト云フノヲ本則ト見ルノガ当リ前デアリマスカラソレ故ニ嫡出子ト庶子トノ分量ヲ違ヘタノデアリマス」と説明している。⁽⁸⁶⁾ 甲号議案九九四条により非嫡出子は、その身分について本人に何ら帰責性がないことから、その福祉を図るべく、嫡出子と同順位の家族（明治三一年民法七三二条、同七二五条参照）の遺産相続人となるどころ、非嫡出子の法定相続分も嫡出子のそれと同じであるならば、民法が定める婚姻制度（明治三一年民法第四編第三章）を民法自らが無意味にするに等しく、私通が助長されて戸主が統率する「伝統的家制」が破壊されること

になるというのである。この穂積起草委員の説明は、「嫡出子や配偶者の福祉」に配慮したものであるともいえる。こうして、法典調査会民法起草委員は、甲号議案九九四条により、身分につき帰責性のない非嫡出子の福祉という法的利益を確保しつつ、同一〇〇七条但書において、民法によって定められている婚姻制度とそれを前提として成立している「伝統的家制」を維持しようとしたということができるのである。梅謙次郎起草委員も著書『民法要義』の中で、非嫡出子本人にその身分取得に対する帰責任はなく、非嫡出子も嫡出子と同順位の遺産相続人とすべきであるが（明治三十一年民法九九四条）、嫡出子と同じ法定遺産相続分を非嫡出子にみとめれば、「婚姻二重キヲ置キタル精神」に反して「伝統的家制」が破壊され、嫡出子や配偶者の福祉を図ることができなくなるとする。そこで、帰責性のない非嫡出子の法的利益と「伝統的家制度」の維持との調整を図らなくてはならず、その調整の結果こそが非嫡出子の法定遺産相続分と嫡出子のそれよりも少なくすること（明治三十一年民法一〇〇四条但書）であるとしている。⁽⁸⁷⁾ 法典調査会民法起草委員が非嫡出子を家族の遺産相続人とすることで（甲号議案九九四条）、その法的利益を図っていたことは、特筆されるべきである。なお、嫡出子と非嫡出子の法定遺産相続分の差である「二分ノ一」（甲号議案一〇〇七条但書）自体は、大宝令等によるものであるが、⁽⁸⁸⁾ ここでは具体的な差の算定根拠ではなく、法律婚を前提とする「伝統的家制」の維持するために、嫡出子と非嫡出子の法定相続分に差を設けることが重要なのである。

民法典論争において勝利した延期派が旧民法人事編一〇三条から一〇五条までの準正規定に対してした「非嫡出子が嫡出子となり家督相続人となりうる結果（旧民法財産取得編二九五条一項第三および第四）、『伝統的家制』が破壊されうる」という批判は、準正により非嫡出子は嫡出子の身分を取得することにより「伝統的家制」は破壊されることもないことから、失当であったところ、その批判から導かれる『伝統的家制』を維持するため、非嫡出子は、嫡出子との法律関係について、嫡出子に劣後しなければならない」という彼らの主張

は、甲号議案一〇〇七条但書という非嫡出子相続分不平等規定の創設へとつながったといえる。甲号議案一〇〇七条は、形式的な文言上の修正を経て、「同順位ノ相続人数人アルトキハ其各自ノ相続分ハ相均シキモノトス但直系卑属数人アルトキハ庶子及ヒ私生子ノ相続分ハ嫡出子ノ相続分ノ二分ノ一トス」となり、これがそのまま明治三一年民法施行時の一〇〇四条となった。明治三二年民法における非嫡出子相続分不平等規定（一〇〇四条）の創設は、準正規定創設を一争点とした民法典論争の余波であつたと考えられる。

(40) なお、父に認知されていない「私生子」と認知されている「庶子」の定義規定（人事編九六条と同九八条）は、次のとおりである。

人事編九六条「父ノ知レサル子ハ私生子トス」

人事編九八条「私生子ハ父之ヲ認知スルニ因リテ庶子ト為ル」

(41) 手塚豊『明治民法史の研究（下）』（手塚豊著作集第八卷）（慶應通信、一九九一年）二二二頁を参照。この理由書に掲載されている草案を以下、「人事編草案」と表記する。

(42) 『民法草案人事編理由書』上巻は、第五章「離婚」から新たに一丁となっており、最後まで通しとなっている。なお、人事編草案二二条は、次のように規定している。

①血属トハ共同ノ始祖ヨリ出テタル者ノ間ニ聯結セル血統ノ関係ヲ云フ

②此関係ハ婚姻ヨリ起ルト否トニ從ヒ正出ノ血属又ハ庶出ノ血属ト為ス

③法律ハ七親等ノ外ニ血属ノ関係ヲ認許セス

二二条二項によれば、婚姻関係にある男女との間に生まれた子は、「正出子」といい、婚姻関係にない男女の私通によって生まれた子は、「庶出子」ということになる（上巻第一章から第四章までの二五丁裏、二六丁表裏および上巻第五章から第六章までの三五丁表を参照）。

(43) 「法律婚の促進」について熊野法律取調報告委員は、『民法草案人事編理由書』上巻第五章から第六章までの七六頁丁表において、「男女ノ私通ハ社会ノ混雜ニシテ婚姻ヲ為シ其過失ヲ改メシムルハ社会ノ利益ナリ而シテ其改心ヲ致スハ恩愛ヲ以テ之ヲ誘フニ如クハナシ父母ニシテ其子ヲ愛セサルハナク其不幸ヲ憐マサルハナシ若シ婚姻ヲ為シ之ヲ正出子ニ准スルヲ得ハ

其醜行ヲ止メ正道ニ復帰スヘシ是レ准正ノ制ヲ設クル所以ニシテ甚タ善良ナルカ如シ」と述べている(同六一丁裏も参照)。続いて、「非嫡出子の福祉」については、準正を認めると男女の私通が増加して風俗が乱れる危険もあるが、私通をする男女は情欲にまかせて性的関係をもつのであるから、準正を禁じて私通は減少せず風俗の維持にはつながらないとし(同七六丁表)、私通の制止という「社会ノ利益ハ最モ貴重スヘシト雖モ尚ホ貴重スヘキモノハ各人ノ權利ヲ保護スルニ在リ人親タル者ハ其子ヲ養成教育スルノ義務アリ子ハ其父母ニ対シ養成教育ヲ受クルノ權利アリ」と述べている(同六二丁表)。さらに、本文において述べた形式的説明とは、「准正ハ父母ノ婚姻ヨリ生スルモノニシテ父母婚姻ヲ為ストキハ其庶出子ハ当然正出子ニ准セラルルモノトス」というもの(同七六丁表)である。

- (44) 星野博士の分析も、同様である(ただし、星野博士が注で指摘している頁は「五五頁以下」というように、本稿が注(43)で示した頁と異なっている)(星野通『民法典論争史―明治家族制度論争史―』(河出書房、一九四九年)二九五頁および同三〇八頁の注(一五)を参照)。

- (45) 手塚・前掲注(41)二二三頁から二二三頁まで、および同二三七頁を参照。

- (46) 法務大臣官房司法法制調査部監修『民法草案人事編再調査(完)』(日本近代立法資料叢書16)(商事法務研究会、一九八九年)(以下、『民法草案人事編再調査(完)』と略す)一二頁。

- (47) なお、人事編再調査案一四一条の主語が「私出子」となっているのは、同八条二項が「血属トハ一始祖ヨリ出テタル者ノ間ニ聯結セル血統ノ関係ヲ謂フ」という同条一項を受けて、「此関係ハ婚姻ヨリ起ルト否トニ從ヒテ正出ノ血属タリ又ハ私出ノ血属タリ」と規定していることによるものである(『民法草案人事編再調査(完)』(前掲注(46)一頁を参照))。

- (48) 『民法草案人事編再調査(完)』(前掲注(46)一三頁)。

- (49) 以上の松岡および村田法律取調委員による修正意見については、法務大臣官房司法法制調査部監修『法律取調委員会民法二関スル諸意見書綴込』(日本近代立法資料叢書16)(商事法務研究会、一九八九年)六〇頁を参照。

- (50) 手塚・前掲注(41)二四三頁から二八一頁等を参照。

- (51) 星野・前掲注(7)『明治民法編纂史研究』九六頁を参照。

- (52) 熊野敏三・岸本辰雄『民法(明治23年)正義人事編卷之壹(上下)』(復刻版)(信山社、一九九六年)の下巻七八頁から七九頁。

- (53) 熊野・岸本・前掲注(52)の下巻八〇頁。

- (54) 星野・前掲注(44)二九五頁から二九六頁を参照。なお、筆者が旧民法における非嫡出子の「法的不利益(法律上の不利

益」に言及していないのは、確かに父に認知されていない私生子（人事編九六条）の場合、父に対する養料給付請求が認められない（人事編一九条一項、同二六条一項）という法的不利益はあるものの、庶子の場合（人事編九八条）は、父に対する養料給付請求が認められるのであり、家督相続においてたとえは、被相続人の子のうち、男子が私生子または庶子一人であり、あとは嫡出子たる女子だけであるとき、その私生子または庶子である男子が嫡出子である女子を排して家督相続人になる等（財産取得編二九五条一項第二、なお井上操『民法（明治23年）詳解取得編之下巻』（信山社、二〇〇二年）九九頁を参照。また、このことは、遺産相続についても同じである（財産取得編三二三条、同三二四条を参照）、必ずしも非嫡出子が嫡出子に比して法的不利益を負うと断じることができないからである。なお、財産取得編二九五条一項第三および第四の但書には、嫡出子が庶子または私生子を排除して家督相続人となる旨規定されている。これについて、法律取調報告委員の磯部四郎は（星野・前掲注（7）『明治民法編纂史研究』九六頁から九七頁を参照）、「何トナレハ婚姻ニ因リテ生マレタル者ト私通ニ因リテ生レタル者トハ同ク是レ子ナリトスルモ其身分ニ於テ自ラ先後ノ順序アレハナリ」と述べる（磯部四郎『民法（明治23年）釈義財産取得編（下）（相続法之部）』（復刻版）（信山社、一九九七年）三四頁。これも、社会の風俗に反する私通を防止して法律婚を促進する趣旨であると考えられる。

（55）井上操『民法（明治23年）詳解人事之部上巻・下巻』（復刻版）（信山社、二〇〇二年）上巻の二四一頁から二四二頁。

（56）井上・前掲注（55）上巻の二四二頁。磯部四郎『民法（明治23年）釈義人事編之部（上）』（復刻版）（信山社、一九九七年）三九三頁から三九四頁も、「庶子及ヒ私生子ヲシテ嫡出子タルコトヲ得セシムルハ父母ノ婚姻ヲ誘導スルノ精神ニ出ツレハナリ」と述べている。

（57）手塚太郎『日本民法（明治23年）人事編釈義 附日本法例（明治23年）釈義』（復刻版）（信山社、二〇〇二年）の人事編釈義の二五四頁から二五五頁を参照。

（58）手塚・前掲注（57）二七一頁から二七二頁。

（59）星野・前掲注（44）二九五頁を参照。

（60）星野・前掲注（44）二七七頁から三〇〇頁を参照。

（61）具体的には、星野・前掲注（2）三二三頁を参照。

（62）星野・前掲注（2）二九八頁上段六行目からはじまる補注（43）を参照。

（63）星野・前掲注（44）二七八頁および二八六頁から二八七頁を参照。

（64）表紙には、「弁妄」というタイトルの前に「備付 一」との書込みがある。また、タイトルに続いて、次のような記述がある。

「新法典ハ新料ナル文明ノ法理ト我国特有ノ慣習トヲ具備セル適良不可換ノ一大法典ナリ
新法典ノ実施ハ今日ニ於ケル国権拡張ノ一大断案ナリ

新法典ノ実施延期論ハ徒ラニ一豆大局ノ利害ニ踰東シ天下ノ大勢ヲ達観セサル一片ノ謔言ナリ」

- (65) この冊子体については、「法治協会雑誌号外」であるとの指摘がなされている（村上二博「旧民商法施行断行論（明治法律学校関係）の新資料四編」法律論叢七五卷五〇六号（二〇〇三年）二一七頁から二一九頁（本冊子体の全文については、同二三九頁から二四八頁に掲載されている）、福島正夫編『穂積陳重博士と明治・大正期の立法事業―穂積陳重立法関係文書の解説・目録および資料―』（民法成立立過程研究会、一九六七年）（同編『穂積陳重立法関係文書の研究』（信山社、一九八九年）所収）五〇頁、および阿部徹「民法成立立史一斑（九）筑波大学附属図書館蔵「穂積文書」採録―」筑波法政二三号（一九九七年）三四九頁を参照。たしかに、本冊子体と同様本文において述べたマイクロフィルムに収録されている、表紙に「法治協会雑誌号外」との表記がある冊子体たる東京府下代言人有志者「法典断行意見」（明治二五（一八九二年六月一日出版）の編輯者（斉藤孝治、塩入太輔、和田守菊次郎の三名）、発行兼印刷人（鈴木敬親）および発行所（明法堂）と、本冊子体のそれらは同一であるが、本冊子体には「法治協会雑誌号外」であることを示す表記はないため、本稿では本冊子体「弁妄」を「法治協会雑誌号外」とはいわないことにしたい。

- (66) 星野博士は、「要するに断行論者は適法婚姻をなさざる間に出生したるの一事をのみ以て、永久にその子を嫡出子となすこと能はざるを不合理なりとなし、異母庶子を嫡出子となして、以て真の嫡出子を凌がしむるは伝統的家制における血統の純潔性を破るとなす延期派攻撃の的はずれなるを明かにして、婚姻後の同胎嫡出子との衡平の意味においても婚姻前同胎出生の子を嫡出子となす必要あることを強調してある」とし（星野・前掲注（44）二八七頁、また、「延期派の真意は前掲法治協会弁妄書も論ずる如く異母の庶子を嫡出子と見做し、真の嫡出子を凌がしむるは血統純潔性を破ると言ふ点にあるらしいが、かくの如き不合理は旧民法ももとより許さなかつた所であり、現に財産取得編第二百九十五条家督相続順位に関する規定がかかる不合理を防止してゐるのである。かくしてこの規定も（旧民法人事編一〇三条―筆者注）延期論者の難する所きわめて理由とばしき事となる」と分析している（同二九五頁）。たしかに、論理的にも断行派の主張が延期派のそれに勝っているといえるであらう。

- (67) 表題については、星野・前掲注（2）三〇六頁の対照表を参照。

- (68) 水町論文の原典については、星野・前掲注（2）三〇一頁からはじまる補注（61）を参照。

- (69) 具体的には、星野・前掲注（2）三〇五頁を参照。

- (70) 星野・前掲注(2)二五五頁下段三行目から一二行目。
- (71) 法務大臣官房司法法制調査部監修『民法第一議案』(日本近代立法資料叢書13)(商事法務研究会、一九八八年)(以下、『民法第一議案』とする)三〇五頁。なお前掲注(39)の「第二回法典調査委員総会委員総会」とあるのは、「第二回法典調査委員総会」の誤植である。お詫びして、訂正させていただきたい。
- (72) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録六』(日本近代立法資料叢書6)(商事法務研究会、一九八四年)(以下、『法典調査会民法議事速記録六』とする)五九三頁。
- (73) 『法典調査会民法議事速記録六』(前掲注(72))六二二頁から六二六頁を参照。
- (74) なお、明治三一年民法八二七条は、次のように規定する。
- 〔①私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得
②父カ認知シタル私生子ハ之ヲ庶子トス〕
- (75) これは、明治三一年民法においても同じである(同九七〇条一項三号および五号を参照)。
- (76) 梅起草委員も明治三一年民法八三六条の趣旨について、「同シク甲乙間ノ子ニシテ婚姻前ニ生マレタル者ハ之ヲ私生子トシ婚姻後ニ生マレタル者ハ之ヲ嫡出子トシ先キニ生マレタル者ノ權利却テ後ニ生マレタル者ノ權利ニ及ハサルカ如キハ不倫タルノ感ナキニ非ス故ニ父母共ニ認メタル子ハ其父母ノ婚姻ニ因リテ当然嫡出子タル身分ヲ取得スルモノトシ且婚姻前ニ父母共又ハ其一人カ之ヲ認知セサリシトキト雖モ猶ホ後日之ヲ認知スルトキハ其時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノトセリ」と述べている(梅謙次郎『民法要義卷之四親族編』(明治45年版(第三二版)復刻版)(有斐閣、一九八四年)二七〇頁)。
- (77) 『民法修正案理由書』(第四編親族 第五編相続)(復刻版)(信山社、一九九三年)(以下、『民法修正案理由書』とする)一〇九頁(凡例の一頁も参照)。なお、梅謙次郎起草委員は、「政府カ民法修正案参考書トシテ議會ニ提出シタルモノハ主トシテ起草委員補助ラシテ立案セシメタルモノニシテ倉卒ノ際余カ檢閲ヲ經サリシモノ多シ中ニ往杜撰タルヲ免レサルモノアリ」と指摘しているが(梅・前掲注(76)の凡例の一頁)、本文で述べた富井起草委員の発言、および旧民法人事編一〇三条から一〇五条までの準正規定創設自体に対して法典調査会での審議において反対する委員はいなかったことから、この修正案理由書の説明は、起草委員のそれと同じものとしてよい。
- (78) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録七』(日本近代立法資料叢書7)(商事法務研究会、一九八四年)(以下、『法典調査会民法議事速記録七』とする)三〇〇頁。
- (79) 梅謙次郎『民法要義卷之五相続編』(大正2年版(第二二版)復刻版)(有斐閣、一九八四年)三三三頁。

- (80) 『民法修正案理由書』(前掲注(77))二三四頁から二三五頁を参照。
- (81) 『民法第一議案』(前掲注(71))三五〇頁。
- (82) 甲号議案九九四条は、次のような条文(明治三十一年民法九九四条とまったく同一の条文)である(『民法第一議案』(前掲注(71))三四七頁)。
- 「被相続人ノ直系卑属ハ左ノ規定ニ從ヒ遺産相続人ト為ル
一 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス
二 親等ノ同シキ者ハ同順位ニ於テ遺産相続人ト為ル」
- (83) 『法典調査会民法議事速記録七』(前掲注(78))五三七頁。
- (84) 梅・前掲注(76)二五三頁から二五四頁を参照。
- (85) 『法典調査会民法議事速記録七』(前掲注(78))五三八頁を参照。
- (86) 『法典調査会民法議事速記録七』(前掲注(78))五五八頁から五五九頁。
- (87) 梅・前掲注(76)二五四頁を参照。民法修正案理由書も明治三十二年民法一〇〇四条但書の趣旨について、「庶子及ヒ私生子ノ相続分モ亦嫡出子ノ相続分ト同一ト為スニ於テハ正当ノ婚姻ニ因リテ生マレタルニ非サル者ノ利益ヲ保護スルコト重キニ失スルミ」ナラス庶子及ヒ私生子カ利益ヲ受クル点ニ於テ嫡出子ニ及ハサルコトハ古來慣例上普通ノ状態タルニ因リ本条ハ特ニ但書ノ規定ヲ設ケ嫡出子ノ外庶子又ハ私生子アル場合ニ於テハ庶子及ヒ私生子ノ相続分ハ嫡出子ノ相続分ノ二分ノ一ニ止マルモノト為セリ」と説明している(『民法修正案理由書』(前掲注(77))二六九頁から二七〇頁)。この理由書の説明も、同条但書が非嫡出子の法的利益の保護(明治三十一年民法九九四条)と「伝統的家制」維持との調整を図ったもの(同一〇〇四条但書)であることを示している。
- (88) 『法典調査会民法議事速記録七』(前掲注(78))五五九頁。
- (89) 『法典調査会民法議事速記録七』(前掲注(78))五九〇頁。

三 若干の検討

1 現行民法九〇〇条四号但書に関する若干の検討

旧民法人事編一〇三条から一〇五条までの準正規定は、社会の風俗を維持するべく、男女の私通を防止して法律婚を促すため、その男女の婚姻を一要件として非嫡出子に嫡出子たる身分を取得させるものであった。このことは同時に、非嫡出子の養成教育を充実させるとともに、非嫡出子という身分に起因する非嫡出子への社会的不利益を除去することにもなるのであって、右の準正規定は、「子の福祉」を図るという目的も当然包含している。そして、右の準正規定によって「子の福祉」が図られるからこそ、男女の婚姻前に生まれた非嫡出子はその身分による社会的な不利益を負うのに対して、婚姻後に生まれた嫡出子はそれを負わないという不公平が、解消されるのである。しかし、旧民法人事編が明治二三（一八九〇）年一〇月七日に公布されたことを受け、延期派から「準正規定を創設すると年長の非嫡出子が嫡出子に優先して家督相続人（戸主）となり（旧民法財産取得編二九四条および二九五条一項第三ならびに第四）、『伝統的家制』が破壊される」という批判が旧民法人事編の準正規定に対してなされた。準正規定により非嫡出子は父母の婚姻を一要件として嫡出子となるのであるから、延期派の批判は失当であり、民法典論争における延期派の勝利後、旧民法の修正のために設置された法典調査会にあっても、旧民法人事編一〇三条から一〇五条の準正規定は、実質的に維持されて明治三一年民法八三六条へと引き継がれた。

とはいえ、右の延期派の批判から派生するところの「『伝統的家制』維持のため非嫡出子は、嫡出子との法律関係において嫡出子に劣後する」という彼らの主張は、明治三一年民法の家族の遺産相続（明治三一年民法

七三二条、同七二五条および同九九二条)に影響を与えることになる。家族の子は嫡出子も非嫡出子も同順位の遺産相続人になるところ(同民法九九四条)、非嫡出子の法定相続分は、嫡出子の二分の一とされたのである(同一〇〇四条但書)。法典調査会民法起草委員は、非嫡出子はその身分の取得につき何ら帰責性はなく、非嫡出子の生活は保護されなければならないという「非嫡出子の福祉」の観点から、非嫡出子を嫡出子と同順位の遺産相続人としつつ(同九九四条)、他方で、嫡出子と等しい法定相続分を非嫡出子に認めると婚姻制度が無意味なものとなり、私通が増加して、「伝統的家制」が崩壊することを防止するため(「嫡出子と配偶者の福祉」を維持するため)、やむをえず嫡出子と非嫡出子の法定相続分を不平等なものとしたのである。また起草委員は、明治三二年民法が旧民法と同様に施行延期になって廃止されることを防ぐため、延期派の主張に配慮して、「非嫡出子の福祉」と「伝統的家制の維持」の二つの要請について調整する規定として明治三一年民法一〇〇四条但書を創設したともいえる。同条但書は、「伝統的家制」維持という制約の中で最大限「非嫡出子の福祉」を図ろうとした規定であり、非嫡出子の差別的取扱いを定めたものではなく、この点、強調しておきたい。

現行民法において、被相続人が遺言により共同相続人の相続分を全く指定しておらず(同九〇二条一項参照)、共同相続人間の遺産分割協議(現行民法九〇七条一項)が調わないため、家庭裁判所が遺産分割をする場合(同九〇七条二項)等に基準となる同九〇〇条について、同条四号但書は、明治三一年民法一〇〇四条但書と同様に、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一と定める。この現行民法九〇〇条四号但書のうち、「嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分の二分の一」とする部分(本稿でいう「九〇〇条四号但書」)に対しては、憲法一四条一項に違反して無効であるとの主張も強くなされ、平成八(一九九六)年二月二六日に法制審議会が法務大臣に対して答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」の「第十 相続の効力」においても、「嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分と同等とするものとする。」とされている。最大決

平成七年七月五日民集四九卷七号一七八九頁の多数意見は、現行民法九〇〇条四号但書の立法趣旨について、「法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の二分の一の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される。これを言い換えれば、民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものである」と述べ、同条四号但書は「合理的理由のない差別とはいえず、憲法一四一条一項に反するものとはいえない」とした。この平成七年の大法廷決定は、最判平成二年一月二七日家月五二卷七号七八頁、最判平成二年一月二七日判時一七〇七号一二二頁、最判決平成一五年三月二八日家月五五卷九号五一頁、最判平成一五年三月三一日家月五五卷九号五三頁、最判平成一六年一〇月一四日判時一八八四号四〇頁および最決平成二一年九月三〇日家月六一卷一二号五五頁の多数意見に引き継がれてきた。⁽⁹¹⁾

明治三二年民法一〇〇条四号但書は、非嫡出子の生活の保護という要請と、法律婚を尊重し、「伝統的家制」を維持するという要請（嫡出子や配偶者の福祉を図るという要請も包含する）を調整した規定であり、「伝統的家制」の維持という制約の中で、その身分取得につき何ら帰責性のない「非嫡出子の福祉」を図ろうとした趣旨であった。確かに、現行民法においては戸主が統率する家制度は存在せず、そうすると、「非嫡出子の福祉」を図るという要請のみ、法的に考慮されればよく、嫡出子と非嫡出子の法定相続分を不平等なものとしている現行民法九〇〇条四号但書は、非嫡出子を不当に差別する規定であるかのようにである。しかし、非嫡出子と嫡出子の法定相続分を同一にすれば、婚姻制度を定めている法自らが「法律婚は法的に無意味である」と宣言することになり、それによって、家庭の平穏は害され、「嫡出子や配偶者の福祉」が害されることになる。身分

取得につき何ら帰責性のない「非嫡出子の福祉」を図るべきことはもちろんであるが、同時に「嫡出子や配偶者の福祉」も考慮しなければならないのである。この観点からみれば、同条四号但書は、「嫡出子や配偶者の福祉」という制約はあるものの、最大限「非嫡出子の福祉」を図ったものといえるのであって、決して非嫡出子を差別する規定ではないと解される。⁽⁹²⁾ 明治三一年民法一〇〇四条但書の趣旨に含まれている、「非嫡出子の福祉」および「嫡出子と配偶者の福祉」を両立させるという考え方は、現行民法九〇〇条四号但書に継承されていると見ることができ、そのように解することに何ら問題はない。

近時、最大決平成二五年九月四日（判例集未登載）は、家族形態の多様化、婚姻や家族に対する国民意識の変化、諸外国の趨勢および嫡出子と非嫡出子の区別に関する法制の変化等を総合的に考察した結果、その身分取得について何ら帰責性のない非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一とする同条四号但書における嫡出子と非嫡出子の区別は合理的理由のない非嫡出子に対する差別的取扱いであると断じ、同条四号但書は憲法一四一条一項に違反し無効であるとして、これまでの最高裁判所の判例を変更した。今後、この大法廷決定を精査する必要があることは、もちろんである。しかし、「嫡出子や配偶者の福祉」を図るという要請に基づく制約はあるものの、「非嫡出子の福祉」を最大限図った同条四号但書は、なぜ非嫡出子への差別的取扱いを定めた規定なのだろうか。「非嫡出子の福祉」と「嫡出子や配偶者の福祉」との利益調整の規定である同条四号但書を無効にした結果、「嫡出子や配偶者の福祉」は、どのようにして保障されるのであろうか。単に無効として済むことがらではないように思われる。

2 復刻増補版の現代的意義に関する一試論

旧民法は、準正規定（人事編一〇三条から一〇五条）を創設した。民法典論争において延期派は、「年長の

非嫡出子が嫡出子を排除して家督相続人となることを認めるものであり（旧民法財産取得編二九五条一項第三および第四）、『伝統的家制』が破壊される」と批判した。この妥当性を欠く批判は、準正規定創設には当然影響せず、旧民法人事編の準正規定は、形式的な修正を経て明治三一年民法八三六条となり、同条は、現行民法七八九条に実質的に引き継がれた。しかし、この的外れた批判から派生するところの『伝統的家制』維持のため、非嫡出子は、嫡出子との法律関係において嫡出子に劣後する」という延期派の主張は、明治三二年民法の家族の遺産相続（明治三一年民法七三条、同七二五条、同九九二条）における法定相続分を定めた規定（同一〇〇四条）において、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一と定めることにつながった（同九九四条および一〇〇四条但書）。すなわち、自らの身分につき法的帰責性がない非嫡出子の生活は、同順位の相続人である嫡出子と同様に保護されるべきであるが、嫡出子と非嫡出子の法定相続分が同一であれば、民法が定める婚姻制度は無意味なものとなり、「嫡出子と配偶者の福祉」が害され、その結果「伝統的家制」が崩壊するため、明治三一年民法一〇〇四条但書が設けられ、非嫡出子は、嫡出子との法律関係（相続権関係）において嫡出子に劣後することとされた。明治三二年民法一〇〇四条但書の創設にあつては、延期派の主張が影響し、「非嫡出子の福祉」と「伝統的家制」との調整が図られたのである。

「伝統的家制」を有していない現行民法の九〇〇条四号但書は、やはり非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一としているが、「非嫡出子の福祉」と「嫡出子および配偶者の福祉」の調整を図ったものであると解することができ、この趣旨は、明治三一年民法一〇〇四条但書のそれに含まれている。現行民法九〇〇条四号但書は、非嫡出子を差別して不利益に扱う規定ではなく、最大限「非嫡出の福祉」を確保しようとした規定であると考えることができる。こうした理解は、①旧民法の規定とその趣旨、②それに対する民法典論争における延期派の批判と断行派の反論、および③旧民法施行延期を受けて旧民法の修正作業を検証することにより

得られるのであり、①から③までを丁寧に精査することは、現行民法の規定の解釈や立法論に示唆を与えうる。四四年版の精度をさらに高め、四四年版と同じく民法典論争の主要な論文や意見書等の原典にあたる労力を省いてくれる、星野通編著（松山大学法学部松大G P推進委員会増補）『民法典論争資料集』（復刻増補版）は、②を正確に把握する上で必須の文献であるといえることができる。復刻増補版は、現行民法の解釈学やそのあり方を考究する上で大きな意義を有しているといえるのである。民法（債権法）改正が進行しているまさに今こそ、復刻増補版を通して民法典論争の争点と延期派断行派の主張を静かに分析することが求められている。

（90） 川井健「判批」私法判例リマックス一三号（一九九六年）八三頁を参照。

（91） 本文に掲げた、現行民法九〇〇条四号但書に関する最高裁判所の決定や判決の詳細な検討は、紙幅の関係もあり、別の機会に行うことにしたい。

（92） この点に関して水野紀子教授は、「子どもの権利についていえば、婚姻関係を結んだ夫婦の間に生まれた子については、たとえば親子関係の成立において婚姻関係の存在を考慮した設計になるのは、その子の安定的な成長を確保するために必要であるから、それ以外の男女関係から生まれた子とその点で相違が生じるのは、平等原則に反することではない。婚姻家族の権利義務を守るために練り上げられた民法の利益調整と法益保護の体系に対して、平等原則を機械的に、しかも婚姻関係にある者といふ者とを区別しないで適用することは、家族から家族法の保護を奪い、個人をばらばらの弱者にして、家族法を解体させる。」と述べておられる（水野紀子「子どもの平等権——非嫡出子問題を中心に——」家族〈社会と法〉一〇号（一九九四年）一六二頁）。

【付記】 本稿は、松山大学法学部松大G P「松山大学の三恩人とその周縁の再考証——校訓三実主義」の再検証をめざし「——」（二〇一一年度から二〇一三年度まで）の事業成果の一部である。

加藤拓川翁に関する調査資料(2)

今 村 暢 好

【資料3】 加藤拓川翁（正岡家）と親交のあった人物（新島家等）との相関図

加藤拓川翁と親交のあった人物については、【資料1】（前号掲載）において、原敬、秋山好古、西園寺公望等との関係を紹介したが、そこで取り上げられなかった人物と拓川翁との関係を示したものが次の相関図である。（拓川翁の令孫である正岡明氏が手書きで作成した相関図（二〇一三年二月作成）を提供下さり、次の図は、それを元に作成し一部形式変更等を施したものである。）



