

植民地期朝鮮における祭祀承継の法的意義 — 『朝鮮高等法院民事判決録』の分析を中心に—

岡崎まゆみ*

(受付 : 2014 年 4 月 30 日, 受理 : 2014 年 7 月 18 日)

A Study of the Legal Significance of the Assumption of Rights Relating to Rituals in Korea during the Colonial Period

Mayumi OKAZAKI*

目 次

1. はじめに
2. 祭祀承継の意義
 - A. 相続対象としての「祭祀」
 - B. 内地における「家督相続」との違い
3. 1920 年代における裁判所の態度
 - A. 祭祀承継と戸主の地位および財産承継の「分離」
 - B. 「分離」の効果
 - C. 「分離」の意義
4. むすびにかえて

キーワード : 植民地期朝鮮・祭祀承継・家督・相続・慣習・『(朝鮮) 高等法院民事判決録』

1. はじめに

植民地期朝鮮における親族・相続に関する事項は、1912 年の朝鮮民事令第 11 条が「朝鮮人ノ親族及相続ニ

関シテハ別段ノ規定アルモノヲ除クノ外第一条ノ法律ニ依ラス慣習ニ依ル」¹と規定したことから、その法源を「慣習」²に求めることとなった。ここにいう「慣習」の認定に大きく関与した朝鮮高等法院の判断に対する歴史

*帯広畜産大学人間科学研究部門

*Department of Human Science, Obihiro University of Agriculture and Veterinary Medicine

連絡先 : 岡崎まゆみ, mokazaki@obihiro.ac.jp

¹なお朝鮮民事令第 1 条では「民事ニ関スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル」と規定され、「依用」される法律として内地の明治民法、商法など 23 の法令が列挙されている(高翔龍『韓国法』(信山社、2007)、24 頁)。

²本論文で慣習という語に付したカギ括弧は、いわゆる社会一般におこなわれている種々の習わしやしきたりとしての慣習と、朝鮮総督府及びそれに関係する機構がとくに認定した慣習とを区別し、後者を表すために用いている。

的・法学的評価は、これまでさまざまな分野で蓄積されてきた³。しかしいずれも、究極的には直接的・間接的に朝鮮総督府の《同化政策》に資するような判決内容であったと結論づけられており⁴、さらにこのような見解の傾向は、祭祀をめぐる「慣習」評価では、より一層顕著に見られる。詳細は本論に譲るが、朝鮮では伝統的に「祭祀」に関する権限が相続の中核的内容と観念され、実際に植民地初期には、朝鮮高等法院でも祭祀の承継が法的な権利承継として認められていた（——註13参照）。ところが内地が本格的に戦時体制に入り、外地である朝鮮にも戦時色が濃厚になり始めたのと時を同じくして、朝鮮の祭祀承継は「道義上ノ地位」の承継と看做されるに至った。従来、この祭祀承継の法的性格を否定するに至る朝鮮高等法院判決の変遷は、朝鮮の伝統社会が維持してきた宗族制を日本的な「家」秩序と襲合せたもつとも代表的な《同化政策》のひとつとして位置づけられてきたのである⁵。

朝鮮高等法院（以下、高等法院）が植民地——外地——という特殊な政治的状況のなかの最上級裁判所であった、という性格を考えると、その判決を内地や朝鮮総督府の統治政策の動向と関連づけて検討することは、判決内容の理解に不可欠であることはいうまでもない。とはいえ、高等法院は内地や朝鮮総督府の意向に無条件に従い、司法としての機能をまったく果たさなかったわけではない。筆者はこれまで、高等法院が家族関係裁判で

認定した「慣習」をめぐる法解釈の在り方に注目し、高等法院が無批判に内地や朝鮮総督府の政策に従属するのではなく、朝鮮在来の慣習とは何か、またその慣習と「近代法」的発想の妥協点を模索しながら「慣習」を認定しようとする志向が看取されることを部分的ながら明らかにしてきた⁶。無論、このことが当局の統治政策からの完全な「司法の独立」を意味するわけではないが、高等法院による司法本来の法解釈という機能に注目することは、外地統治の実態の理解にとって決して無意味ではないはずである。

そこで本論文では、これまで《同化政策》の最たるものとして位置づけられてきた祭祀をめぐる——とくに高等法院判決における——「慣習」の認定に関して、祭祀承継の意義を「近代法」的解釈の視点から検討してみたい。この祭祀承継の法的意義づけの試みは、ひいては朝鮮民事令自体がその成立当初より内包したディレンマをも明らかにしてくれるだろう。

2. 祭祀承継の意義

A. 相続対象としての「祭祀」

伝統的朝鮮の家族制は、古くより中国の影響を受けて男系血統による宗族制を採用していた。したがって、祭祀の承継こそが相続の第一義とされていた⁷。このこと

³ 拙稿「韓国における植民地期朝鮮家族法制に関する近年の研究動向——鄭肯植著「植民地期慣習法の形成と韓国家族法」を中心に——」、『法学研究論集』第33号（2010）参照。

⁴ たとえば、이승일「식민지기 조선의 차양자(次養子) 연구——법적 지위의 변화를 중심으로——」、『역사와 현실』34（1999）や、홍양희「植民地時期 相続 慣習法과 ‘慣習’의 創出」、『法史學研究』34（2006）などがある。

⁵ 鄭肯植・鄭鍾休「韓国における法史学研究現況——韓国法制史を中心に」、『法制史研究』63号（2014）、151頁。

⁶ 拙稿「植民地期朝鮮における“親族集団”の法的地位に関する一考察——『朝鮮高等法院民事判決録』の分析を中心に——」「同（続）」、『法学研究論集』第34・37号（2011・2012）や、「植民地期朝鮮民事法における戸主権の機能——明治民法の「家」制度との比較を中心に——」、『法学研究論集』第39号、（2013）。なお最後の論文は、拙稿「식민지기 조선 민사법의 호주권 기능——메이지 민법의「家」제도와와의 비교분석적 접근——」、『法史學研究』47（2013）の邦訳版である。

は、併合以前から統監府により実施された慣習調査でも明らかにされており、当該調査の成果として刊行された『慣習調査報告書』（以下、『報告書』）でも次のように認識されていた。

「……朝鮮ニ於ケル相続ハ戸主相続及財産相続ニ止マラス別ニ祭祀相続ナルモノアリ而モ祭祀相続ハ相続中最モ主要ナル位置ヲ占メ祭祀ヲ相続スル者ハ同時ニ戸主タルモノトナル者ハ必スシモ祭祀承継者タラス一家ノ系統ハ祭祀相続者ニ依リテ連続シ戸主タリシ者ト雖モ女子ハ家系ノ世代ニ加ヘス……」⁸

この慣習調査は梅謙次郎をはじめとする日本人法学者によって主導され、調査項目は内地民法（いわゆる明治民法）を基準に設定された。したがって、朝鮮在来の慣習概念が存在しても、内地に存在しない法概念は必ずしも当該調査で収集されたとは限らず、そもそも調査項目として設定されなかった朝鮮在来の概念が多く存在したであろうことは容易に想像される。それゆえ『報告書』の評価にあたっては、当時の朝鮮社会実態の網羅性・精確性の点で懐疑的になれなければならない⁹。しかし少なくとも、内地民法の生みの親のひとりである梅謙次郎が携わった当該慣習調査において、朝鮮在来の慣習を内地民法というフィルターを通して視るとき、日本人法学者の眼にどのように映ったのか、という点は、この資料から十分に把握できる。

さて、『報告書』では「相続中最モ主要ナル位置ヲ占メ」

る「祭祀相続」のほか「戸主相続及財産相続」と区分された相続形態が認められていた。このような相続区分の方法は、当該慣習調査を担当した法典調査局の後継である、旧慣及制度調査委員会¹⁰の「相続ノ種類」に関する決議（大正12年1月25日）で、次のように指摘されている。

「朝鮮ニ於テ認ムル相続ニハ祖先ノ祭祀者タル地位ヲ承継スルモノト一家ノ戸主タル地位ヲ承継スルモノト被相続人ニ属セシ財産ヲ承継スルモノトノ三種アリ而シテ其ノ名称ニ付テハ従前ヨリ用ヒ来レル奉祀ノ語アリ祖先ノ祭祀者タル地位ヲ承継スル場合ニ之ヲ充用スルコトアリト雖……戸主タル地位ノ相続及財産ノ相続ニ付テハ之ニ当ツベキ名称全ク存在セズ故ニ三種ノ相続ニ付在来ノ用語ヲ以テ其ノ名称ヲ示スコトヲ得ズ……従来ノ調査ニ於テハ其ノ性質ニ依リ祭祀者タル地位ノ承継ヲ祭祀相続、戸主タル地位ノ承継ヲ戸主相続、財産ノ承継ヲ財産相続ト称シ裁判所ニ於テモ此ノ如キ名称ヲ使用セル例有リ……」¹¹

ここでは、伝統的な朝鮮の相続対象をあたかも内地の概念になぞらうかのごとく、「祭祀」「戸主」「財産」と把握することについて一定の留意を示しながらも、実務上ではこうした呼称が用いられていたことが明らかにされている。さらに、これら三種の関係性は、たとえば次のように理解されていた。

⁷前掲・高翔龍『韓国法』、189頁。

⁸朝鮮総督府編『慣習調査報告書』（1912）、344頁。

⁹慣習調査および『報告書』の評価については、鄭肯植『韓国近代法史攷』第2部第2章（博英社、2002）、李英美『韓国司法制度と梅謙次郎』（法政大学出版局、2005）、이승일『조선총독부 법제 정책』第1部第2章（역사피평사、2008）、「日帝の朝鮮慣習調査事業活動と植民地法の認識」（李昇一ほか『日本の朝鮮植民地支配と植民地的近代』（明石書店、2012、9-52頁）に所収）、などの研究がある。

¹⁰統監府・朝鮮総督府における慣習調査機関の変遷については、前掲・拙稿「韓国における植民地期朝鮮家族法制に関する近年の研究動向——鄭肯植著「植民地期慣習法の形成と韓国家族法」を中心に——」、234頁以下を参照。

¹¹「旧慣及制度調査委員会決議」、朝鮮総督府中枢院編『民事慣習回答彙集』（朝鮮総督府、1933、附録として所収）、43頁。

「(祖先の祭祀者たる地位の法律上の意義如何、従つて其の承継が現代に於て尚法律現象としての相続と目すべきものか否かは姑く措き、) 従来之(筆者註——祖先の祭祀者たる地位)を以て相続の基本的のものとして認め、爾余の戸主相続及財産相続は之に従つて行はれ、縦令其が独立して行はるる場合に於ても、畢竟補充的のものに過ぎないと考へられてゐるのである。従つて祭祀相続には通常戸主相続及財産相続が附随し、祭祀相続人即ち奉祀者は先代の一切の地位財産を承継するを本則とし、戸主相続又は財産相続が独立して行はるる場合に於いても、之に関する法則は、祭祀相続に関する本則を基礎として之が運用を完うせしむる趣旨に於て樹立されてゐるものである……」¹²

このように、在朝内地人法律家の眼に映った朝鮮における相続には、祭祀相続と戸主相続および財産相続の三種が観念され、さらにこの三種の関係は通常、「祭祀」が最も重要な相続対象となり、原則この祭祀相続を基礎としてそれに「戸主」の地位と「財産」とが附随して相続されるものと認識されていたのである¹³。

B. 内地における「家督相続」との違い

伝統的朝鮮における祭祀承継を中心とする相続の在り方は、あるいは内地における家督相続を想起させるかもしれない。「家」の永続を目的とした内地民法の家督相続は、観念的な「家」の代表者たる戸主の交替を意味し、その交替においては祖先祭祀財産を含む前戸主のすべての権利・義務が包括的に承継されたが¹⁴、戸主の交替には厳格な血縁関係は要求されなかった。この点で、宗族制に基づく男系血統主義を徹底した伝統的朝鮮の祭祀承継とは本来的に異なる性格の家族制であったことは瞭然であろう。ところが、家督という用語だけに注目すれば、併合直前の朝鮮でも家督の用語はいたる資料に散見される¹⁵。もともとこれは、慣習調査の際に朝鮮における概念理解のため内地人が便宜的に用いたことがきっかけだったと推測されるが、朝鮮において家督という用語を使用することについては一定の懸念もあったようで、

「我法制ニ於ケル家督相続及遺産相続ノ區別ハ朝鮮ニ於ケル相続ヲ説明スルニ付キ適切ナル分類ニ非スト雖モ姑ク此區別ニ從ヒ祭祀相続及戸主相続ヲ併セテ家督相続ノ下ニ説述シ財産相続ハ祭祀相続及戸主相続ト同時ニ行ハルル場合ト否トヲ問ハス総テ遺産相続ノ下ニ説述スヘシ……」¹⁶

¹² 野村調太郎「朝鮮に於ける現行慣習上の相続の種類及相続人」、『司法協会雑誌』12巻10号(1933)、2頁。

¹³ なお、実際に「祭祀」が権利として認められたことがわかる高等法院の判決例として、大正2年民上第258号、同年10月21日判決「宗孫権確認請求ニ関スル件」がある。本判決では「一門ノ宗孫トシテ本来ノ相続ヲ為ス場合ハ皆ニ戸主権財産権ノ相続ノミナラス門祖ノ祭祀権ヲモ相続スヘキコトハ朝鮮ニ於ケル慣例タリ……」(傍点は原文ママ)として「祭祀権」を認めている。なお同旨の判決として、大正6年民上第213号、同年12月11日判決「宗孫権確認請求ノ件」がある。

¹⁴ 山中永之佑編『新・日本近代法論』(法律文化社、2002)、259-260頁。

¹⁵ 『報告書』以外での「家督」の語の初出について、前掲・『民事慣習回答彙集』に見られる行政通達類では「明治44年1月25日京城地方裁判所民事第三部裁判長照会、同年2月7日調発第104号取調局長官回答」に、高等法院判決では明治45年民上第242号、同年1月25日判決「家督相続回復並相続財産引渡請求ニ関スル件」にそれぞれ見られる。なお、《旧韓末民事判決データベース》(韓国・法院図書館ホームページ <http://library.scourt.go.kr/main.jsp>)のうち、朝鮮人間訴訟においては管見の限り見あたらなかった。

¹⁶ 前掲・『報告書』、344頁。

と注意が向けられていた。また併合後も、先の旧慣及制度調査委員会の決議では、「又民法ニ用ヒタル家督相続及遺産相続ノ語ハ……其ノ内容ニ於テ朝鮮ニ行ハルル相続ト多少異ル所アルヲ以テ民法ノ用語ヲ直チニ之ニ当テルコトヲ得ズ……」¹⁷と示されていたし、さらに高等法院以下、植民地期朝鮮の各地の各級裁判所で長く判事を務めながら、多くの朝鮮家族法関連の著作を残した野村調太郎も「……民法の用語を移して以て、直に家督相続又は遺産相続と称するときは、観念の混淆を誘致する虞があるのである」¹⁸と指摘したように、朝鮮総督府内部では家督という用語をめぐる内地と朝鮮の相異に対して意識的に注意を向けており、また法律家も、両者の観念の混同を危惧していた。

以上のように、内地において家督相続の理念として祭祀承継を重んじた点は、一見すると朝鮮の祭祀承継の理念と相通ずるようにも見えるが、実際に両者の背景にある家族制は根本から異なるものであったし、朝鮮総督府、また在朝内地人法律家もそれを認識していた。しかし、両者の混同に注意を向ける指摘がなされながらも、結局その区別が厳密に統一される機会はなかった。植民地期を通じて、朝鮮の裁判において家督の語はその意味を曖昧なままに——しかし確実に根本的な齟齬を孕みながら——絶えず用いられていたことに留意しなければならない¹⁹。

3. 1920年代における裁判所の態度

A. 祭祀承継と戸主の地位および財産承継の「分離」

前述のとおり、伝統的朝鮮の家族制における相続は祭祀承継が第一義であり、戸主の地位およびその財産と観念されたものは祭祀承継に附随して承継されることを原則とした。ただし、祭祀承継と戸主の地位および財産の承継が必ずしも同時に、かつ同一人に帰属するとは限らず、「時には変態として、祭祀相続と分離して、戸主相続のみが婦女の間に行はれること」²⁰もあった。慣習調査以来の区分に起因したこの「分離」承継の発想は、やがて植民地期朝鮮における祭祀承継の法的位置づけに大きく影響を及ぼすこととなる。そこで本論文では、そうした祭祀承継と戸主の地位および財産の承継が分離する法的意義を明らかにするため、関連する裁判が頻発した1920年代の高等法院判決を射程として以下検討する。

そもそもいかなる場合に祭祀承継と戸主の地位および財産承継の分離が生じたのか。朝鮮高等法院(以下、朝高)大正11年(1922)12月1日判決は、戸主が相続人たるべき男子不在のまま死亡し、その家に亡戸主の祖母・母・妻が残る場合、亡戸主に属した権利の相続順位について、

「戸主死亡シ其家督ヲ相続スヘキ男子ナキ場合ニ於テ其家ニ祖母、母、妻共ニ存スルトキハ男子ノ相続人ナルニ至ル迄祖母、母、妻ノ順序ニテ戸主権、財産権ヲ相続スヘキコトハ朝鮮ニ於ケル慣習ナルヲ以テ……」

²¹ (傍点は原文ママ)

として、「戸主権、財産権」が祖母・母・妻の順位で相続されることを判示した²²。ここから、相続人としていわゆる「女戸主」が認められたことが明らか²³だが、さ

¹⁷ 前掲・「旧慣及制度調査委員会決議」、43頁。

¹⁸ 前掲・野村調太郎「朝鮮に於ける現行慣習上の相続の種類及相続人」、5頁。

¹⁹ 「家督」の語のように、内地と朝鮮で同様の語を用いながらその概念を異にする例に、「戸主」がある。「戸主」が内地と朝鮮において各々いかなる存在として、どのような機能を果たしたかについては、前掲・拙稿「植民地期朝鮮民事法における戸主権の機能——明治民法の「家」制度との比較を中心に——」を参照されたい。

²⁰ 前掲・野村調太郎「朝鮮に於ける現行慣習上の相続の種類及相続人」、5頁。

²¹ 大正11年民上第287号、同年12月1日判決「初代金引渡請求ノ件」。

らにその相続対象について「戸主権、財産権」の承継が認められたものの、当該女戸主の相続対象には祭祀が含まれていなかったことが注目される。

この朝高大正 11 年 12 月 1 日判決のように、亡戸主の相続人が女性の場合、相続対象に含まれない「祭祀承継」の処遇については、朝高大正 14 年 5 月 5 日判決によって窺える。本事案は戸主が相続人たるべき男子が不在のまま死亡したため、「祭祀相続断絶ニ至ルヘキ憂」から門会²⁴が死後養子を選定した際、当該死後養子縁組をめぐる亡戸主の遺妻の意思やその反映基準について争ったものである²⁵が、これに対する高等法院の判決のなかで、

「亡戸主ノ妻カ養子ヲ選定セサル間ニ於ケル祖先ノ祭祀ハ撰祀ト称シ女戸主カ権リニ之ヲ行ヒ又ハ近親タル

男子其ノ祭祀ヲ撰行スヘキモノナルニ依リ養子選定遅延ノ為ニ祭祀ヲ中絶スル虞モ亦之ナキモノトス仍テ本事案ヲ閱スルニ……被告ハ戸主権並遺産ヲ相続シタルモ祭祀相続ノ為死後養子ヲ選定スル必要アリ……」

²⁶ (傍点は原文ママ)

と判示した点はとくに注目される。すなわち、亡戸主の相続開始時に相続すべき男子が不在の場合、祭祀については女戸主(本件の場合は遺妻)あるいは「近親タル男子」が「撰祀」するものとされ²⁷、本件の場合、亡戸主を相続した遺妻は「戸主権並遺産ヲ相続」しながら、なお「祭祀相続ノ為」に死後養子を選定することが求められていた。このことは翻せば、遺妻が「戸主権並遺産ヲ」相続している間は、本来相続の第一義とされる祭祀承継人た

²² なお、母や妻、子女による財産相続は裁判上でも一般的に認められていたようである。高等法院の裁判例としては、たとえば母については、大正 5 年民上第 277 号、大正 6 年 1 月 16 日判決「穀物返還請求ニ関スル件」(同一原告・被告による大正 5 年民上第 278 号、大正 6 年 1 月 16 日判決「不動産管理権確認請求ニ関スル件」においても言及されている)などがあり、妻については、大正 2 年民上第 201 号、同年 9 月 26 日判決「遺産引渡請求ニ関スル件」、上記 2 件の大正 6 年 1 月 16 日判決、大正 15 年民上第 300 号、同年 10 月 26 日民事部判決「土地所有権保存登記抹消請求事件」などがある。また子女については、明治 45 年民上第 39 号、同年 4 月 26 日判決「土地売買無効確認及土地所有権移転証明抹消手続履行請求ニ関スル件」および上記 2 件の大正 6 年 1 月 16 日判決がある。ただし後者の大正 6 年 1 月 16 日判決(2 件とも)中、「女子ハ家督相続人タルコトヲ得サルモ遺産相続人タルコトヲ得ヘク」(傍点は原文ママ)として子女の家督相続権を否定した点は注目される。

²³ 「女戸主」についても、裁判上一般的に認められていたようである。高等法院の裁判例としては、たとえば、妻の戸主権取得につき大正 2 年民上第 20 号、同年 5 月 6 日判決「遺産相続確認請求ニ関スル件」や、次養子の妻による戸主相続につき大正 7 年民上第 266 号、同年 10 月 8 日判決「身分関係確認及戸主変更申告取消手続履行請求ノ件」、一家創立による女性の戸主権取得につき大正 11 年民抗第 5 号、同年 9 月 22 日判決「土地所有権保存登記申請却下ノ件」などが挙げられる。

²⁴ 宗族制に基づく親族集団のこと。植民地期朝鮮における親族集団の機能と法的位置づけについては、前掲・拙稿「植民地期朝鮮における“親族集団”の法的地位に関する一考察——『朝鮮高等法院民事判決録』の分析を中心に——」「同(続)」を参照されたい。

²⁵ 朝鮮における養子制度は祭祀承継のための制度であり、したがって養父の死後でも養子をなすことが可能だった。また生前養子と死後養子とでは養子選定の当事者が異なるだけで、その本質に差異はなく、縁組の要件や効果などは生前養子の原則に若干の修正を加えるのみで、そのまま死後養子にも適用された。(有泉亨「朝鮮の養子制度」、『社会科学研究』1 卷 1 号、1947、296 頁)。

²⁶ 大正 14 年民上第 69 号、同年 5 月 5 日民事部判決「養子縁組確認及民籍申告手続履行請求事件」。

る地位は不在のものとして扱われていた、ということの意味する。

このような祭祀承継と戸主の地位および財産の分離承継は、女戸主が相続した場合に限らなかった。朝高大正9年（1920）1月27日判決は、戸主が相続人たるべき男子なく死亡し、その後亡戸主の「四寸ノ兄弟」行にある男子が養子、つまり「次養子」となったが、その者も嫡男子なく死亡、もとの亡戸主の庶祖母と次養子の妻が戸主の地位の承継およびそれに伴う不動産の権利帰属をめぐる争った事案である。ここでは次養子による相続対象が重要な争点となった。

そもそも次養子とは、「既婚ノ長男又ハ養子死亡シ其ノ者ニ男子ナク且他ニ自己ノ男子ナキ場合ニ於テ其ノ長男又ハ養子ニ養子ヲ為サズト同列ニ当ル者ヲ自己ノ養子ト為シ其ノ養子ニ男子出生スルヲ待チテ亡長男又ハ亡養子ノ養子ト為スコト」²⁸をいう。伝統的朝鮮では元来、「立後即ち現時の所謂養子縁組は、養父と為る者と養子と為る者との間に、昭・穆相当の関係あることを必要とし、血統上子の列に在る男子、即ち姪・従姪・再従姪等に非ざれば、養子と為すことを得な」²⁹かった。ところが、養子とするのに適当な男子が親族中にいなければ祭祀承継が途絶えてしまうので、「昭・穆違序の難を免れんとして考案された変態縁組」³⁰として、便宜的に「次養子」

が活用されたのである。

さて、このような次養子が亡戸主を相続する法的性格について高等法院は先の事案で次のような見解を示している。すなわち、

「次養子ハ普通ノ養子ト異ナリ戸主権財産権ニ付テハ一時承継スルモ祭祀ニ付テハ之ヲ撰行スルニ過キサルモノナレハ兄弟行ニ在ルコトヲ妨ケサルハ勿論次養子カ男子ナクシテ死亡シタルトキト雖其家ニ次養子ノ妻ノミ在リテ他ニ尊属親在ラサル場合ニハ更ニ養子ヲ為スニ至ル迄次養子ノ妻ニ於テ戸主トナリ財産ヲ承継スルコトハ朝鮮ニ於ケル慣習ナルニ依リ……」³¹（傍点
は原文ママ）

と。さきに引用した野村調太郎が、「祭祀相続と分離して戸主相続のみが」行われたのは「婦女の間」と指摘していたが、女戸主のみならず次養子の場合でも祭祀と戸主の地位および財産は分離して承継されると観念され、祭祀についてはあくまで「撰行」するだけで承継は認められなかったのである。

以上のように、高等法院では、伝統的朝鮮が採用した宗族制の男系血統主義による祭祀承継と厳格な昭穆の序の徹底に由来して、相続の適格者が見つからない場合、

²⁷ 撰祀については、「祭祀者たる宗子が幼弱・疾病・不在等により、事実上祭儀を主宰し難き場合、及嫡・庶子孫なくして未だ立後を為さざる場合に於ては、一時近親男が祭祀を撰行するを例とする。之を撰主又は撰祀と称する。其の前の場合は宗子の名に於て祭祀を代行するのであるが、後の場合は宗子未定の間に於ける権りの祭祀である。……既婚男が子なくして死し、未だ立後を為さざる間、已むを得ずして婦女が権りに祭祀を行ふことがある。斯かる場合にも之を撰祀と称することがある。従前婦人主祀は礼にあらずとし、撰祀に当るべき親族男なきときに限り、已むを得ざる処置として認められたのであつた。」と説明される（中枢院調査課編『朝鮮祭祀相続法論序説』1939、570頁）。

²⁸ 前掲・「旧慣及制度調査委員会決議」（大正10年10月13日決議）、22頁。

²⁹ 前掲・『朝鮮祭祀相続法論序説』、607-608頁。

³⁰ 前掲・『朝鮮祭祀相続法論序説』、613頁。

³¹ 大正8年民上第自257至260号、大正9年1月27日判決「遺産相続権確認並土地所有権保存登記及移転登記抹消手続履行ノ件」。

やむなく（一時的に）女戸主や次養子が相続することを認めていた。ただしその際に相続対象とされたのは、三種の相続対象のうち戸主の地位と財産であり、祭祀の承継とは分離して相続された。

このように、本来ならば祭祀に附随して承継されるべき戸主の地位と財産が、祭祀から分離されて、かつ祭祀を抜きにして断続的に承継されるという、一見すると本末転倒なディレンマには——たとえ一時的な承継であったとしても——、「近代法」的な法解釈の観点から果たしてどのような意義があったのだろうか。

B. 「分離」の効果

前節でみたとおり、祭祀承継と戸主の地位およびその財産の承継が分離されるのは、女戸主あるいは次養子が亡戸主を相続する場合であった。こうした分離承継が法的にどのような意義を有したかを理解するには、直接に祭祀承継に注目するよりも、戸主の地位と財産が祭祀に附随せず、断続的に承継されることが求められた背景が重要な鍵となる。

朝高大正9年（1920）12月18日判決は、戸主が相続すべき男子不在のまま死亡し、遺妻が亡戸主の不動産を承継して所有権移転登記を経、その2年後に亡戸主のための死後養子を選定して家督相続がなされた事案で、この場合当該死後養子による家督相続の効果が、遺妻が既に登記していた不動産の権原にどのように影響を及ぼすかが争点となった。この点高等法院は、

「朝鮮ニ於テハ戸主カ男子孫ナクシテ死亡シタルトキハ其妻カ戸主権並ニ亡戸主ノ遺産ヲ相続スルモノニシテ其相続後死後養子カ選定セラレタル場合ニハ該養子ハ亡戸主死亡ノ日ヨリ遡リテ戸主権並ニ亡戸主ノ遺産ヲ相続スルニ非スシテ其選定セラレタル日ニ亡戸主ノ妻

ヨリ之カ相続ヲ為スモノナリ從テ若シ右養子カ之カ選定ヲ受ケタルニ拘ハラズ遺産相続ニ因ル不動産所有権ノ取得ヲ登記セス而カモ他面ニ於テ其先代タル亡戸主ノ妻カ亡戸主ノ遺産タル不動産ヲ他ニ売却シタルトキハ其不動産ノ買受人ハ朝鮮民事令第十三条ニ所謂第三者ニ該当スル者ナルヲ以テ遺産相続ニ因リ該不動産ノ所有権ヲ取得シタル右養子モ之ヲ以テ第三者タル右買受人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス……」³²（傍点は原文ママ）

として、遺妻が「亡戸主ノ遺産」を承継し、当該不動産につき登記を経た後に死後養子を選定した場合、その養子に帰属すべき家督相続に伴う亡戸主の財産は、「選定セラレタル日ニ亡戸主ノ妻ヨリ」相続されるため、たとえ養子が家督相続しても、当該不動産にかかる所有権移転登記を経なければ、家督相続後に遺妻が当該不動産を第三者に譲渡しても対抗できないことを明らかにした。本来、死後養子縁組は祭祀承継を中核的内容として、亡戸主の有した権限の包括承継を目的としてなされるものであり、この場合、亡戸主の妻による戸主の地位および財産の承継は、いわゆる仲継相続の性格を有していたといえる³³。したがって、ひとたび死後養子を選定されれば、遺妻が承継した戸主の地位および財産も当然に当該死後養子に移譲されることになるが、本事案でとくに注目されるのは、この移譲において、死後養子による家督相続の効果よりも、遺妻の不動産登記の効果が優先された点である。このような家督相続に対する遺妻の登記の優越は、ひとたび戸主の地位と財産を承継した者については、後日たとえ死後養子による家督相続がなされたとしても、その地位が容易に覆されることがないことを意味する³⁴。祭祀と戸主の地位および財産の分離承継は、戸主の地位および財産承継の法的性格をより鮮明に描き出すのみならず、それらの承継人たる遺妻の法的地位の

³² 大正9年民上第298号、同年12月18日判決「土地所有権確認及所有権移転登記抹消手続履行請求ノ件」。

³³ 野村調太郎「朝鮮に於ける現行の養子制度（10）」、『司法協会雑誌』7巻2号（1928）、15頁、崔丙柱「民事令第十一条の慣習と宗孫権及遺妻の相続権（2・完）」、『司法協会雑誌』17巻3号（1938）、313頁。

強化をも齎すこととなった³⁵。

一方、朝高大正14年(1925)6月16日判決は、直接的には妾による家督もしくは遺産相続の適格を争った事案であるが、ここではひとたび戸主の地位と財産を承継した女戸主と、その後を選定された死後養子による家督相続をめぐる、祭祀承継と戸主の地位および財産承継の位置づけを次のように明らかにしている。すなわち、

「朝鮮ノ慣習ニ依ル死後養子ハ祭祀相続ノ関係ニ於テ養父ノ直接ノ相続人トシテ其ノ世代ヲ算スルヘキモノニシテ養父死亡後死後養子ノ選定ヲ見ルマテノ間其ノ寡婦又ハ未婚ノ男子ニ於テ一旦戸主権及財産権ヲ承継シタル場合ニ於テモ尚然リト為スヘキモノナルモ戸主相続及遺産相続ノ関係ニ於テハ死後養子ハ其ノ養子ト為ルト同時ニ当然一旦戸主トナリタル寡婦又ハ未婚ノ男子ヲ通シテ戸主権及財産権ヲ包括的ニ承継スルモノト認ムヘキモノトス……」³⁶ (傍点は原文ママ)

と。死後養子は亡戸主の権限につき、戸主の地位および財産については亡戸主からそれらを(いったん)承継した「寡婦」あるいは「未婚ノ男子」より承継し、祭祀に

ついては亡戸主から直接に承継するという、二重の承継を受けるものとされた。つまり、(女戸主が戸主の地位と財産を承継している間)祭祀の権限は觀念上帰属主体のない状態にあり、死後養子を選定されると同時に、帰属の空白期間を置いて亡戸主(養父に該当)から直接に承継されることになる。一方、戸主の地位と財産は家督相続により終局的には死後養子に承継されるとはいえ、女戸主を経由して相続されるため、祭祀のように帰属の空白が生じる余地はない。

祭祀承継と戸主の地位および財産の承継についてのこうした帰属の空白をめぐる相異は、女戸主のみならず次養子をめぐっても問題となり得た。朝高大正9年(1920)3月12日判決は、戸主が相続すべき男子が不在のまま死亡したため親族中で次養子を選定されたものの、その次養子に男子が出生した後、別の親族が亡戸主に対する死後養子縁組の存在を主張して、当該家督を争った事案であるが、判決では次養子の出生男子と亡戸主家(養家)との関係性について、

「次養子トナリタル者カ男子ヲ出生シタルトキ其男子ハ出生ト同時ニ当然養家ノ家督相続人トナルモノニシ

³⁴ なお戸主の地位の移転に関連して、大正9年12月18日判決より以前に、「戸主ノ死亡後其養子ト為リタル者ハ其養子縁組ト同時ニ当然戸主ト為ルコトモ亦朝鮮ニ於ケル慣習ナリ」(傍点は原文ママ)と判示された例があった(大正6年民上第141号、同年7月6日判決「養子縁組確認及民籍抹消申告請求ノ件」)。ただし本判決では、死後養子縁組の効果として養子は「当然戸主ト為ルコト」が確認されたものの、前戸主を一時承継した者と死後養子との地位・権限の承継関係までは判然としなかった。そのため大正9年12月18日判決は、前戸主の一時承継人と死後養子との関係性を明らかにした点で意義がある。

³⁵ 「承継人の法的地位の安定」という点に言及した判決として、昭和2年民上第333号、同年10月7日民事部判決「土地建物登記抹消請求事件」がある。本判決は「家族タル夫ヲ相続シタル遺妻ハ其ノ相続財産ニ付終局的ニ其ノ権利ヲ取得スルモノトス從テ其ノ夫カ戸主ノ長男ニシテ祖先祭祀ノ為後日養子ヲ為シ家系ヲ承継セシムヘキモノナルトキニ於テモ亡長男ノ養子ト為ル者ハ戸主死亡ノ場合ニ所謂承祖相続ニ因リ直接前戸主タル祖父ノ地位ヲ承継シテ戸主ト為リ之ニ属シタル財産ヲ承継スヘキモノ既ニ遺産相続ニ因リ亡長男ノ遺妻ニ於テ承継シタル亡長男ノ遺産ヲ承継スルコトナキモノト謂ハサルヘカラス」(傍点は原文ママ)として、戸主ではない男性(「戸主ノ長男」)の遺妻による遺産相続についても、他の身分関係の変動(ここでは死亡した「戸主ノ長男」の養子(死後養子)による承祖相続)によって影響を受けないことを明らかにしている。

³⁶ 大正14年民上第106号、同年6月16日民事部判決「土地所有権確認及所有権移転登記抹消手続履行請求事件」。

テ養子ニ選定セラレテ始メテ其家督相続人トナルモノ
ニアラサルコトハ朝鮮ニ於ケル慣習ナリトス……」³⁷

(傍点は原文ママ)

として、次養子の出生男子はとくに養家との縁組等を必要とせず、「当然」養家の家督相続人たる地位を取得することを明らかにしている。次養子制度の趣旨に鑑みれば、ここでいう出生男子による「家督相続」の目的は祭祀承継にあるが、それでは祭祀に附随するはずの戸主の地位と財産はどのように扱われたのだろうか。仮にも、(実父たる)次養子がいったん承継した戸主の地位と財産が、出生男子の家督相続の効果として「当然」に出生男子に移転すれば、次養子の戸主の地位と財産に対する法的地位はきわめて不安定なものとなる。

この点、朝高昭和3年(1928)4月13日判決がとくに注目される。本判決は前の大正9年3月12日判決と同一事件の別訴であるが、次養子縁組の法的効果、および次養子とその出生男子との関係、さらに出生男子と養家との関係について深く言及している事案である。興味深い指摘を含む判決であるので、やや長い以下引用する。

「按スルニ朝鮮人間ニ於ケル養子縁組ハ男系血族男中
姪行ニ在ル者ヲ養子ト為スヲ本則トシ変則トシテ姪行
ニ適当ノ者ナキトキハ兄弟行ニ在ル者ヲ入養シテ男子
ノ出生ヲ待ツコトヲ得ルモノトシ其ノ養子ヲ特ニ次養
子ト称シ普通養子トノ間ニ著シキ差別ヲ設ケタリシモ
近代ニ至リ漸次之ヲ普通養子ト同視スルノ状勢ヲ馴致
シ已ニ戸籍ニ関スル法令ニ於テハ全ク之ヲ普通養子ト
シテ取扱フヘキモノトシ実体法上ニ於テモ次養子ハ養
家ノ戸主ト為リ家産ヲ承継スヘキモノト認めラレ其ノ
縁組ニ因ル親族法上及相続法上ノ効果ハ普通養子ノ縁
組ニ於ケルモノト差異ナキニ至リタリ然レトモ養家ノ
祭祀ニ関シテハ次養子ハ祭祀者ト為ルコトナク祭祀承
継ノ系列ヨリ全ク除外セラレ現今ニ於テモ唯権ニ祭祀
ヲ撰行スヘキモノト認めラルルニ過キス故ニ戸主ノ為

ニスル次養子ハ縁組ニ因リ養親(戸主ノ父)ノ嫡出子
タル身分ヲ取得シ戸主死亡スルトキハ之ヲ相続シテ戸
主ト為リ財産ヲ承継スルハ普通養子ノ場合ニ於ケルト
同シク終局的ノモノニシテ爾後次養子ニ男子出生スル
モノニ因リテ戸主相続及財産相続ノ開始スルコトナク
次養子ハ依然其家ニ止マリテ其地位ヲ保有スヘキモノ
ナルモ祭祀者タル地位ノ承継即チ所謂祭祀相続ノ関係
ニ於テハ大ニ異ルモノアリ即チ次養子ハ戸主ト為ルモ
前戸主ノ祭祀者タル地位ヲ承継スル資格ヲ有セサルモ
ナルカ故ニ前戸主ノ死亡ニ因リテ開始シタル祭祀相
続ハ一時相続人曠缺ノ状態ニ置キ次養子ニ男子ノ出生
スルヲ待チ其ノ男子ヲ亡戸主男ノ奉祀者ト為シ此ノ者
ヲシテ祭祀相続ヲ為サシムルナリ此ノ場合ニ於ケル祭
祀相続ニハ戸主相続及財産相続ヲ伴フコトナキモ是レ
其実父タル次養子カ前叙ノ如ク男子ノ出生ニ因リテ戸
主ノ地位ヲ喪フコトナキモノト認めラルルニ至リタル
結果タルニ他ナラサレハ次養子ノ死亡シ又ハ家ヲ去ル
トキハ其子ハ之ヲモ相続シ茲ニ至リテ祭祀者タル地位
並戸主ノ地位及家産ハ全ク同一人ニ帰シ普通養子ヲ為
シタルト同一ノ状態ニ復帰スルニ至ルナリ夫レ斯ノ如
ク次養子ハ祭祀承継ノ関係ニ於テハ今尚従前ノ如ク男
子出生ヲ待チテ奉祀者ヲ得ムトスルモノニ過キスシテ
次養子其ノ者ハ養家ニ於ケル祭祀承継ノ系列ニ加ハル
モノニ非ス是故ニ次養子カ男子ナクシテ死亡シタルト
キハ祭祀承継ニ関シテハ当初ヨリ次養子ヲ為サザリシ
場合ニ於ケルト同様ニ看做シ相続人曠缺ノ状態ニ在ル
祭祀相続ノ為ニ次養子ノ前戸主男(又ハ前戸主ノ既婚
長男)ニ養子ヲ為スヘク次養子タル亡男ノ為ニ養子ヲ
為スヘキモノニ非ス而シテ朝鮮ノ慣習ハ祭祀承継ヲ除
キテ唯戸主相続又ハ財産相続ノ為ニスル養子ヲ認めサ
ルカ故ニ亡次養子男ニ属シタル戸主権及財産権ハ其ノ
家ニ在ル直系尊属女又ハ遺妻ニ於テ一時之ヲ相続シ其
ノ家ノ祭祀相続人タルヘキ養子ヲ為ストキハ養子ハ戸
主権及財産権ヲモ相続スルモノニシテ此ノ点ニ於テハ
次養子ノ実男子カ其ノ家ノ祭祀者ト為リ実父ノ死亡ニ

³⁷大正8年民上第285号、大正9年3月12日判決「家督相続権確認及民籍抹消手續履行請求ノ件」。

因り其ノ戸主権及財産権ヲ相続スルト同一ナル結果ヲ生スルモノトス……」³⁸（傍点は原文ママ）

本事案では、次養子による戸主の地位と財産の承継は「普通養子」の効果と同視されることを明らかにした上で³⁹、前判決（大正9年3月12日判決）で次養子に男子が出生するとその子は「当然」に養家の家督相続人になるとされた判旨をより具体化し、次養子に男子が出生した場合、出生男子は祭祀を亡戸主より直接に承継する一方、「戸主相続及財産相続ノ開始スルコトナク次養子ハ其家ニ止マリテ其地位ヲ保有スヘキ」ものとされた。したがって、次養子が戸主の地位および財産を承継している間、祭祀の権限は帰属主体のない状態となり、次養子に男子が出生すれば、帰属の空白期間を置いて出生男子に亡戸主（養父に該当）から直接承継されることになる。一方、戸主の地位および財産に関しては、次養子に対して出生男子の祭祀承継による効果が及ばないことが確認され、次養子の戸主の地位およびその財産に対する法的地位は明確に確保されたのである。

以上のように、女戸主も次養子も祭祀承継はなされ得なかった一方で、祭祀を相続対象から分離することで彼らの戸主の地位および財産の帰属主体としての法的地位はむしろ強化されたのである。

C. 「分離」の意義

これまでみたように、宗族制の観点から男系血統主義の祭祀承継を徹底すれば、相続人たるべき男子が不在の

まま戸主が死亡した場合には祭祀承継人不在の事態に陥り、祭祀が断絶する危惧があった。そこで伝統的朝鮮では、祭祀承継と戸主の地位および財産の承継とを分離し、後二者だけを一時的に女戸主や次養子に相続させる方法を便宜的に採用した——またそれが高等法院によっても「慣習」として認定された——。他方、「近代法」的観点からも、祭祀承継を基本とする相続を徹底することにより、法解釈上の不都合が生じる可能性があった。すなわち、祭祀承継を基本とする包括的相続を徹底すれば、祭祀承継の適格者が不在である場合には、それに附随して承継されるはずの亡戸主の戸主の地位および財産の帰属も同時に空白になってしまう。ところが、「殊に近代の法律観念に於ては、財産権の無主状態を認容せず」⁴⁰、戸主の地位および財産についてはその帰属の空白を認めるわけにはいかなかった。したがって、そうした帰属空白の事態を回避しようとする法的要請が働いたであろうことは容易に想像される。

民法学における「相続」の意義を考えると、「相続の要件の面では、親族法と不可分の関係にあり、相続の効果の面では、財産権の移転が問題となる」⁴¹ため、相続は家族法と財産法の交錯領域に存在する概念と理解するのがよりの確であろう⁴²。朝鮮における祭祀承継と戸主の地位および財産の承継における帰属空白をめぐる相異は、そうした「相続」の効果に特徴的な財産法的性格に起因するところが大きかったものと考えられる。くわえて、「近代法」的思考によるもうひとつの要請として、たとえ現実的には一時的な意味であったとしても、女戸主や次養子がひとたび亡戸主の戸主の地位や財産を承継すれば、後に現れた祭祀承継適格者による祭祀承継の事

³⁸ 昭和3年民上第8号、同年4月13日民事部判決「養子無効確認請求事件」。

³⁹ とくに朝鮮高等法院判事らによって組織された判例調査会（大正12年に発足、ただし非公式機関）では、次養子が戸主および財産相続その他の親族法上の事項に関して普通養子と同視する旨の決議（昭和2年9月21日）がなされた（『朝鮮司法協会雑誌』6巻10号（1927）、43頁）。

⁴⁰ 野村調太郎「朝鮮慣習法上の家と其の相続制」、『司法協会雑誌』19巻1号（1940）、8-9頁。

⁴¹ 鈴木禄弥『相続法講義』（創文社、1996）、340頁。

⁴² 大村敦志『家族法 第3版』（有斐閣、2010）、14頁。

実によってその地位が容易に覆されないようにする必要
がある。つまり、近代財産法原理——取引の安全——の
家族制に対する優越への要請である。したがって、祭祀
承継と戸主の地位および財産承継の分離によって期待さ
れる効果が、帰属空白の防止、そして後者の前者に対す
る優越性という、いずれも「近代法」の要請に帰結する
ことは、「相続の効果の面」において至極当然のことで
あったと考えられる。

以上に基づいて、朝高昭和8年(1933)3月3日判決
の検討を試みよう。これは「宗孫」の法的地位および祭
祀承継の法的意義を争った事案であり、高等法院は判決
のなかで次のように言及している。すなわち、

「現今ニ於テハ戸主権及財産権ヲ外ニシテ法律上他ニ
所謂宗孫ナルカタメニ享受シ得ヘキ特殊ノ権利利益ノ
認めラルルコトナク而モ前戸主ノ地位ヲ承継シ之ニ属
シタル財産ヲ取得スルコトニ付テハ別個独立ナル觀念
ニヨリ戸主相続及財産相続ノ制度確立セルカ故ニ之ヲ
除外セル祭祀相続ノ觀念ハ畢竟先代ヲ奉祀シ且祖先ノ
祭祀ヲ奉行スヘキ道義上ノ地位ヲ承継スルコトニ外ナ
ラズト謂フヘシ……」⁴³ (傍点は原文ママ)

と。この判決は本論文の冒頭にも掲げたように、祭祀の
承継を法的に認めず、「道義上ノ地位」の承継であると
判示したものである。本論文で検討してきた分離の意義
に照らして本判決の意義を再考すれば、これは単に植民
地期朝鮮における家族制度に対する《同化政策》の一翼
としての意味に限って解すべきではない。すなわち、法
的には祭祀を相続対象から除外することで、祭祀の承継
に附随するがゆえに戸主の地位と財産の帰属が空白とな
ることへの懸念を法的に払拭し、他方においては、戸主
の地位と財産の帰属主体を明確にすることで、その権限
の保有者に対する法的保護をより厚くすることを可能せ
しめたのである。

4. むすびにかえて

慣習調査以来、統監府・朝鮮総督府あるいは高等法院
は、伝統的朝鮮における相続の第一義は祭祀の承継にあ
り、戸主の地位および財産の承継はそれに附随するもの
と繰り返し確認してきた。しかし、相続人たるべき男子
が不在の状態で亡戸主の相続が開始され、便宜上女戸主
や次養子によって相続される場合には、宗族制の理念を
貫徹するため、祭祀と戸主の地位および財産を「分離」
して承継することを「慣習」として認定した。前・後二
者を分離して承継するこうした発想は、単に伝統的朝鮮
における宗族制の貫徹からの要請のみならず、「近代法」
的観点からも、権利の帰属主体の空白を防ぎ、また家族
制に対して財産法を優越させようとする——相続の財産
法的側面からの——法的要請をも満たしうる、ひとつの
技術的な法解釈であったと解される。

朝鮮民事令は親族・相続の事項に関しては第11条で
朝鮮の「慣習」を法源としたが、それ以外——つまりほと
んどの財産法の分野——に関しては、内地民法を依用し
た。それゆえ、朝鮮における民事法の体系は、一方では
朝鮮在来の「慣習」が求められ、他方では「近代法」的
思考が求められるという、生来的なディレンマを内包す
る規範体系だった。こうしたディレンマを実質的統治の
最高府であった朝鮮総督府がどのように認識し、対応し
ようとしたのか、その詳細を追うことは本稿ではかなわ
なかったが、少なくとも高等法院における『民事判決録』
の検討を通して植民地期朝鮮における司法の立場を考え
るに、家族制と財産法——朝鮮においては在来の「慣習」
と依用すべき内地民法——のディレンマの顕著な表出と、
それに対する妥協の試みの一例が、相続対象から「祭祀」
を分離しそれを「道義上ノ責任」と位置づけた朝高昭和
8年3月3日判決を到達点とする、一連の諸判決の変遷
に看取できるように思われる。

⁴³ 昭和7年民上第626号、昭和8年3月3日民事部判決「宗孫権確認請求事件」。