

法學新報

第120巻 第3・4号

論 説

- 共有物分割訴訟の非訟性の再検討 (五・完)
 ——共有物分割訴訟における当事者の
 申立ての拘束力を中心に—— 秦 公正 (1)
- 市民社会は恋愛からはじまる？
 賀川豊彦、木下尚江、高群逸枝…………… 広 岡 守 穂 (53)
- オーストラリアにおける予防拘禁制度…………… 藤 本 哲 也 (77)
- 行政手続のディスカヴァリとデュープロセス
 ……………… 佐 藤 宏 (111)
- 第一次近衛内閣期における政界再編成問題と戦争指導
 ——挙国一致体制をめぐる政治的相関関係——
 ……………… 菅 谷 幸 浩 (147)
- 無人機 (unmanned aerial vehicle) の研究 (一)
 ——捜査における有用性と発動の限界の検討を中心に——
 ……………… 鈴 木 一 義 (219)
- 台湾における不完全給付
 ——日本の学説の盲従？——…………… 陳 自 強
 黄 詩 淳 訳 (265)
 新 井 誠 監 訳
- 祭祀公業の変遷
 ——派下資格の取得を中心に——…………… 黄 詩 淳
 新 井 誠 監 修 (285)
- Aged Newtown Problems on Greater Tokyo Outskirts*
 ——Several Strategies against the Compressed
 Cycle of Urban Decline——…………… NAKAZAWA Hideo (1)

研 究

- 空間スケールと「スケールの政治」をめぐる研究が
 政治学にとって持つ意義
 ——政治学の空間論的転回に向けて——…小野寺広幸 (309)

資 料

- 日本外交文書第一八巻「事項二三雑件 一、版図関係雑件」
 及び関係文書を読む…………… 中 西 又 三 (353)

判 例 研 究

- …………… 飯 田 稔 (393)
- …………… 石 田 若 菜 (419)
- …………… 太 田 航 平 (451)
- …………… 阿 部 純 一 (483)
- …………… 秋 山 紘 範 (511)
- …………… 滝 沢 誠 (525)
- …………… 富 川 雅 満 (543)
- …………… 水 落 伸 介 (559)

中央大学法学会

法
学
新
報

第
二
〇
巻
第
三
・
四
号

平
成
二
十
五
年
八
月

ISSN 0009-6296

HOGAKU SHIMPO

THE CHUO LAW REVIEW

Editor-in-Chief Prof. Hogaku N.

Vol. CXX No. 3・4

Aug., 2013

Articles

- Überprüfung der Rechtsnatur der Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft (V)
 für Bindung an die Parteranträge im Aufhebungsprozess…………… Assoc. Prof. HATA Kimimasa (1)
- Law in Civil Society…………… Prof. HIROOKA Moriho (53)
- Preventive Detention in Australia…………… Prof. Emeritus of Chuo Univ.,
 Graduate School of Victimology of Tokiwa Univ.
 FUJIMOTO Tetsuya (77)
- The Pre-Hearing Discovery in the Administrative Process and the Due Process of Law
 ……………… Lect. of Aoyama-Gakuin Univ. SATO Hiroshi (111)
- The Problem of Realignment of Political Circles and National Strategy in the first
 The Begining of Fumimaro Konoe…………… Lect. of Gakushuin Univ, Asia Univ. SUGAYA Yukihiko (147)
- The Unmanned Aerial Vehicle (I)
 ……………… Contract Researcher of the Institute of Comparative
 Law in Japan SUZUKI Kazuyoshi (219)
- Positive Malperformance in Taiwan Civil Law——Acquiesced in Japanese Legal Doctrines?——
 ……………… Prof. College of Law, National Taiwan Univ. CHEN Tzuchiang
 HUANG Siehchuen (265)
 ARAI Makoto
- Development of Common Property for Ancestor Worship in Taiwan
 ——Focusing on Acquisition of Membership——
 ……………… Assist. Prof. College of Law, National Taiwan Univ. HUANG Siehchuen
 ARAI Makoto (285)
- Aged Newtown Problems on Greater Tokyo Outskirts*
 ——Several Strategies against the Compressed Cycle of Urban Decline——
 ……………… Prof. NAKAZAWA Hideo (1)

Note

- The Significance of the Study on Scale and "the Politics of Scale" for Politics
 ——Towards a Spatial Turn of Politics——…………… ONODERA Hiroyuki (309)

Material

- An analysis for the Archive of the Documents on Japanese Foreign Policy, vol. 18,
 Item 23 miscellaneous Matters, 1 Territorial Matters; and another related Documents
 ……………… Prof. Emeritus of Chuo Univ. NAKANISHI Yuzo (353)

Case - Notes

- …………… Prof. of Asia Univ. IIDA Minoru (393)
- …………… ISHIDA Wakana (419)
- …………… OTA Kohel (451)
- …………… ABE Junichi (483)
- …………… AKIYAMA Hironori (511)
- …………… Assoc. Prof. of Senshu Law School TAKIZAWA Makoto (525)
- …………… TOMIKAWA Masamitsu (543)
- …………… MIZUOCHI Shinsuke (559)

Published by

THE CHUO UNIVERSITY LAW ASSOCIATION
 TOKYO

祭祀公業の変遷

—— 派下資格の取得を中心に ——

- 一 はじめに
- 二 これまでの立法規制の試み
 - 1 日本統治時代
 - 2 中華民国時代
- 三 派下権（派下資格）の取得をめぐる判例法の形成および成文法の影響
 - 1 相続取得
 - 2 譲渡取得
 - 3 小 括
- 四 結びにかえて

黄 新
詩 井
淳 誠
監 修

一 はじめに

祭祀公業とは、台湾に伝統的に存在する祖先の祭祀を目的として設定された財産であり、固有の慣習的財産秩序の一つである。業とは不動産に対する権利であり、公業とは同一宗族に享有される不動産およびそれに付属する動産を意味している。⁽¹⁾つまり、祭祀公業は、ある同姓宗族が祖先を祭祀するために設定された独立の財産であるが、実際には祖先祭祀のみが唯一の目的ではない。⁽²⁾また、類似するものは中国では「祭田」、「祀産」と呼ばれるが、台湾では普通「公業」と称される。

祭祀公業とは清代における台湾への漢人の移民と共に台湾に定着し、人口の比率から見れば、台湾の祭祀公業の普及率は中国の祭田を遥かに上回っている。一九〇八（明治四一）年台湾総督府の調査によれば、全島公業の数は二二、一九九件で、財産総額は当時の二億円に達した。⁽³⁾一九二一年に至ると、全島総人口は三六〇万人、戸数は約七二万戸と推算されるが、当時経営されていた公業は四万、約四億円と推定される。⁽⁴⁾その後、大正一一（一九二二）年勅令第四〇七号第一五条によって、同令の施行前に設定され、しかも民法が台湾に施行される際（大正二二（一九三三）年一月一日）に現存している祭祀公業に限り、そのまま存続することを認められるが、新しい祭祀公業を設立することは禁じられた。そのため、祭祀公業は減少の一途を辿ってきたが、一九九〇年九月の調査報告によれば、全体数はなお四四、三九〇件の土地が公業である。⁽⁵⁾

しかし、祭祀公業の所有主体が必ずしも明確ではなく、近代法の所有権概念による理解が困難であること、また、派下権（会員権・所有権）の認定や公業の管理人の権限が不明確であったことから、実務上様々な問題を生じ、日本統治時代から行政ないし司法はその評価と位置づけに腐心している。⁽⁶⁾具体的には、近代法体系を採用し一八九五年に台湾を支配しはじめた日本は、一九四五年まで成文法を用いて祭祀公業を規定するのではなく、終始判例に任せていた。その後、中華民国もまたその位置づけに悩まされながら慣習法の領域に押し付け、長い間判例に頼って祭祀公業を取り扱ってきた。しかし、この方法には限界があるとしばしば指摘され、二〇〇八年七月一日ようやく最初の法律、すなわち「祭祀公業条例」⁽⁷⁾（原文通り）⁽⁷⁾が施行された。それは祭祀公業が初めて近代ヨーロッパ法と出会った一八九五年から一三三年も経過した後の出来事である。

このような経緯に鑑みて、祭祀公業は、固有法と西洋の近代法秩序との矛盾・対立ないし融合を観察するための好個の例といえる。また、祭祀公業に対して国家が施した種々の対応（判例や省令、条例ないし立法作業）から、法と社会との関係を分析することもできる。それを明らかにするため、本稿は、まず日本統治時代からの祭祀公業に対する国の立法による規制過程を簡単に紹介し、次に判例により形成された「法」をまとめ、それとの祭祀公業条例の異同を分析する。日治時代から始める理由は、清の時代に台湾は西洋法とは無縁であったため、清時代は本報告の関心すなわち祭祀公業と近代法との齟齬とは直接の関係がないからである。また、祭祀公業の問題が多岐にわたっており、その法的性質を取り上げて詳細に検討する日本語の文献が既に存在するため、本稿は主に派下（所有者）資格に焦点を絞りこれを論じることとする。⁽⁸⁾

二 これまでの立法規制の試み

1 日本統治時代

台湾における植民地法制の変遷は、最初の八ヶ月の軍政期（一八九五年六月二日～一八九六年三月三日）を除けば、律令原則時代（一八九六年四月一日～一九二二年二月三日）と勅令原則時代（一九二二年一月一日以降）に区分することができる。前者、すなわち委任立法制度の時期に、「旧慣温存」の原則に従い、祭祀公業に対して放任策が採られた。⁽⁹⁾ その際に、総督府は台湾固有の慣習の調査のために明治三四（一九〇一）年に臨時台湾旧慣調査会を発足させた。旧慣調査会は、明治四一（一九〇八）年にその調査結果を『台湾私法』第一巻下で刊行させた。それによると、祭祀公業は二二、一九九件であり、そのうち土地が最も多く一五、六二二件を占めている。⁽¹⁰⁾ 旧慣調査会はさらに明治四二（一九〇九）年に第三部を設置し旧慣立法の作業を進め、大正三（一九一四）年に台湾祭祀公業令案の成立をみたが、この法案は施行されることがなかった。

次いで、大正一〇（一九二一）年、従来の特別統治政策が終了し、内地延長主義に切り替わると、民法典と台湾の旧慣との整合性が問題となり、総督府評議会において祭祀公業制度の廃止をめぐって激しい攻防戦が繰り広げられた。⁽¹¹⁾ 結論として、民法施行後での新しい祭祀公業の設立について特別立法で保護するという提案は否決されたが、現存する祭祀公業の廃止については、台湾人の反発を考慮して、とりあえず棚上げにすることにした。その決定は、前述したように、同じ年に、従来存在してきた祭祀公業の存続を認めるものの、新設は認めないという勅令四〇七号に

表現されている。

しかし、このような対応は十分なものではなかった。民法の第一、二、三編および商法が大正二二（一九三三）年一月一日に台湾に施行された後にも、評議会における論争はなお続いていた。内田嘉吉総督は、同年一月に総督府評議会に対し祭祀公業の規律のあり方を諮問した。評議会では特別委員会を作って審議したが、一定の結論に至らなかった。⁽¹²⁾ その後、昭和二（一九二七）年に上山満之進総督の時期に再度諮問され、第六回評議会において答申案が確定された。⁽¹³⁾ このような一連の動向を見ると、祭祀公業の取扱いには総督府部内において一貫して重要な課題となっていたといえよう。ちなみに、裁判所に係属する祭祀公業関係の事件も多く、その数は一九一一（明治四四）年から一九二〇（大正九）年までの一〇年間、一、二九五件とも一、七〇〇件とも言われている。⁽¹⁴⁾

2 中華民国時代

(1) 初期の対応

中華民国政府は台湾を支配してから、祭祀公業に関する法令を全く整備せずに最初の二〇年間を過ごした。当然ながら祭祀公業に関して全く放置したわけではないが、当時の主な業務は、派下証明の発行に限られている。日治時代に祭祀公業の土地の登記については、「祭祀公業〇〇〇〇」または「管理者〇〇〇〇」という形式での所有権の登記が認められた。しかし、時が経過すれば、派下の数が増え、外地に移住する人数も少なからずあるので、派下の人数と所在は明確ではないことが多い。そうすると、祭祀公業の派下員大会の召集と議決は困難となり、公業財産の処分に支障が生じる。その問題を解決するため、政府は、管理人または派下に選ばれた代表者により、派下系図、戸籍謄本、

祭祀公業の派下全員名簿および祭祀公業の財産目録等の書類を所轄機関に提出させ、審査と公告手続を経て、異議がなければ、祭祀公業の派下全員の証明が発行される、という作業手続を確立した。⁽¹⁵⁾

(2) 命令による対応

①内政部の一九六八年「祭祀公業管理辦法」草案

祭祀公業について国が従来もつとも関心を持っていたのは、土地すなわち公業財産の所属および処分の問題であり、その他の事項例えば派下権の男女差別、派下員大会の召集と議決方法、管理人の選挙方法、管理人の権限等の争いは国の視野にはなかった。そのため、根本的・全般的な解決すなわち法律による規制が長い間実現せず、むしろ命令により土地問題をとりあえず処理しようとしていた。命令として最初の試みは一九六八年に内政部による「祭祀公業管理辦法」草案であり、合計二四カ条のうち、一四カ条が登記と公告に関連するものであるが、最終的には施行されなかった。

②内政部の一九八一年「祭祀公業土地清理要点」(要綱)

その後、一九八一年に内政部は「祭祀公業土地清理要点」(性質的には命令ではなく、要綱に類似するもの)を制定し、その所轄機関が祭祀公業の派下員認定、管理人選挙および土地整理を指導する際の方針としたが、その主要的な目標は、やはり土地の整理と利用を促すことである。⁽¹⁶⁾ すなわち、この要点が実施される前に、祭祀公業の派下証明の発行を申請するためには、派下全員の同意を得た代表者のみが行えると所轄機関は解していたが、⁽¹⁷⁾ 要点は、その全員同意の要件を多数決に改め、それゆえ派下証明の発行およびその後の土地処分に資すると評された。

③台湾省の一九九八年「台湾省祭祀公業清理辦法」

次に一九九八年に台湾省は「台湾省祭祀公業清理辦法」(日本の条例に該当するもの)を頒布した。この「辦法」の内政部の一九八一年「要点」とのもつとも大きな相違は、迅速な土地整理を図るため、公告および異議申立の期間を短縮することである。すなわち、一九八一年の「要点」では公告は三〇日間、異議申立は二ヶ月間であるのに対して、一九九八年「辦法」は公告と異議申立期間を合わせて一ヶ月間とした。それはともかく、一九九八年「辦法」の施行後、台湾省は祭祀公業の処理にあたり、自らの「辦法」を優先的に適用し、それに定めがなければ、内政部の要点を適用することとした。しかし、(台湾省と地位を相当する地方自治体である)台北市と高雄市はこのような条例を有しないため、依然として内政部の要点に従う。このような自治体による異なる取扱いは、二〇〇六年十二月二日に台湾省の「辦法」が廃止されるまで続いており、研究者に不当であると指摘されていた。⁽¹⁹⁾

(3) 立法の試み

①一九九八年「地籍清理条例」草案

以上のように、内政部の「要点」が行政の執行の指針を定めた内部規程に過ぎず、命令にすらなっていないこと、台湾省の「辦法」が条例であるものの、適用範囲が台湾省に限られることから、祭祀公業の問題に対処するには限界があると認識されていた。それに鑑み、内政部は一九九八年によく法律を制定しようとする本気で乗り出した。そのため措置は「地籍清理条例」草案と名付けられ、名称通り、祭祀公業のみならず、日治時代からの会社、組合、神明会その他の不明の主体で不動産の登記が行われていたという問題を解決しようとするものであった。つまりこの草

案は依然として土地登記の観点のみから祭祀公業を扱っている。当時その草案は行政院の議決を経て、立法院にも送付されたが、一九九九年に九二一大地震をきっかけとして土地利用の政策が見直され、そのうち、内政部の一九八一年「要点」と一九九八年のこの草案は、依然として祭祀公業に法人格を認めないことが、その場しのぎの対策に過ぎないと批判されたため、再検討を余儀なくされた⁽²⁰⁾。立法院は、この「地籍管理条例」を審議する際に、祭祀公業については、土地の問題に囚われず別途に独立した法律を制定した方が適切であり、また、両者には共通する問題があるから併せて審議したいという見解を示し、「地籍管理条例」の検討をしばらく放置した⁽²¹⁾。

②二〇〇五年「祭祀公業条例」草案

それを受けて、行政院はようやく土地の問題を離れ祭祀公業を直視する必要に迫られることとなった。内政部が二〇〇一年三月に提出した「祭祀公業および神明会管理条例」草案は、立法理由において、祭祀公業および神明会が我が国の独特の慣習であるから、単に土地整理の視点から規律するだけでは足りず、その時代的な意義に相応しい完備された法制度が必要であると明言した。この時に祭祀公業に法人的地位を与えることが本格的に検討された。同年六月に「祭祀公業管理条例」草案が内政部によって提出されたが、行政院内の議論を通じ、二〇〇五年に「祭祀公業条例」草案と改名された。結果的に「地籍管理条例」と「祭祀公業条例」はそれぞれ二〇〇七年三月二日と同年二月二日に公布され、共に二〇〇八年七月一日に施行されることとなった。これは中華民國が台湾を支配してから六三年もかかって成し遂げた大きな事業であり、しかも、このことは祭祀公業の位置付けの困難さをも如実に示している。

三 派下権（派下資格）の取得をめぐる判例法の形成および成文法の影響

上述した通り、日本も中華民國も長い間、祭祀公業については法令を定めなのまま放置してきた。行政実務にそれで大きな支障がなかったのは、祭祀公業の規律が必要な局面が土地登記に限られ、祭祀公業が法人ではないからその存在自体何ら登記手続が必要でなく、また、派下資格の認定、会議の招集・議決、管理人の選挙と権限等が私法自治の原則にゆだねられており、行政とは無関係だったからであろう。一方、裁判所は法令がないことを理由として祭祀公業に関する紛争を拒否するわけにはいかない。そのため、前述した問題、すなわち派下資格の認定、会議の招集・議決、管理人の選挙と権限等は、裁判例を通じて解決されてきた。大陸法系である台湾では異例ともいえるが、判例法は祭祀公業の分野において非常に活発的に展開してきた。

判例の基本的な判断枠組みは以下の通りである。まず、祭祀公業の規約（定款）に定めがあれば、それに従い判断するが、これはむしろ稀である。定款に定めがなければ、（法令もないから）次は慣習または条理に沿って解釈する。いうまでもなく、慣習（習慣または旧慣ともいえる）は直ちに実際の社会上の慣習と同じではなく、その内容が、具体的な事象を近代法の概念で説明・解釈されたものであり、実はその実体は裁判所による法の発見と継続形成である。いずれにせよ、以下で本報告の言及する判例は、すべてこのような定款の定めがない場合に下されたものである。

派下とは、（祭祀公業を法人として理解する場合は）民法上の社團法人の社員、または（祭祀公業を含有の財産と解する場合は）財産の所有者である。派下権とは派下の権利と義務の総称であり、基本的には派下の身分（派下資格）とは分離

できないものである。この意味では派下権は身分権の特徴を有するが、後に詳しく検討する通り、譲渡の可能性があるため、財産権的な側面もあり、性質付けが困難なものである。

派下権の取得原因は、原始的取得と承継的取得に大別される⁽²³⁾。前者は、祭祀公業の設立行為により設立者全員が当該公業の派下権（資格）を得ることである。後者はさらに相続取得と譲渡取得とに分けることができ、以下ではこの分類に従って具体的に検討する。

1 相続取得

(1) 日本統治時代

相続取得とは、設立者の死亡によりその派下権が相続人に相続されることであり、もつとも多い取得原因である。日本統治時代の判例（大正二年八月八日高等法院覆審部控民一九号判決判集二二四頁）は、内地人または本島籍を有しない外国人（支那人）は派下となることができないとした。派下権を相続する者は男女を問わないとされたが、「公業派下の資格を以って派下権を承継する女子が、他家に嫁ぐ場合には、その権利は後継者に移転しなければならぬ」という判例（明治四二（一九〇九）年控民第一〇四号判決）がある。以上の見解を合わせて理解すると、男性の相続人は当然派下権を相続できるのに対して、女性の相続人は、未婚あるいは婚姻をしなければ、結婚と共に派下権を失ってしまう。もつとも、この場合に、派下権がどの「後継者」に帰属するかは判例の内容からは必ずしも明らかではない。

(2) 戦後に確立された女子による派下権の相続の例外

他方で、中華民國の裁判所は、女子の相続取得について、日治時代の判例より更に明確で厳しい基準を設定した⁽²⁴⁾判例理論を築き上げた重要な二つの見解は、一九三一年院字六四七号解釈と一九八一年一〇月二七日最高法院第二二次民事庭決議⁽²⁶⁾である。一九三一年院字六四七号解釈は、祭祀公業の財産が男系子孫により管理・分割・収益されることが慣習に該当し、従来、女子にはこのような権利がないから、特約がなければ、男子と同列には論じられないと述べた。さらに、一九八一年一〇月二七日最高法院第二二次民事庭決議は、「祭祀公業の相続は慣習によるべきであり、派下権のある男系子孫、本家（筆者注：女性の父の）祖先を祭る女性および母の氏を称する子孫に限られ、一般の女性または母の氏を称しない子孫には認められない。それゆえ、民法における法定相続の規定は、祭祀公業の相続には適用されない」と決定した。

この二つの見解を総合してみると、女性は原則的に派下権を相続できないものの、例外の場合、すなわち、当該祭祀公業に特約があればそれに従うが、特約がなければ、女性が本家の祖先を祭祀する場合、または女性の子孫が女性の氏を称する場合のみ派下権を取得することが可能である。とはいえ、「本家祖先を祭る女性」と「母の氏を称する子孫」の概念は不確定であり、後の裁判例はこれを具体化している。

まず、女子がいずれ他家に嫁ぐため、本来は本家の祖先を祭ることがありえないが、当該家族に男子が存在せず、しかも当該女子が本家に留まる例えば未婚あるいは婚姻である限り、本家の祖先を祭ることができ、したがって派下権を取得できると解されている。言い換えれば、女子が本家の祖先を祭る前提要件としては、当該家族に男子が存在しないことである。さらに、女性が本家の祖先を祭るか否かについては、一般的には形式な基準、すなわち戸籍上未婚⁽²⁷⁾または婚姻⁽²⁸⁾に該当するかにより判断される。実際に祖先を祭る事実があるかを審査する裁判例は少ない⁽²⁹⁾。な

せ男子がいなければ、未婚と婚取婚の女子は派下権を相続できるのか。それはこのような女子が例外的に本家（その父の家族）の構成員としての身分が留保されたからである。⁽³⁰⁾ そのため、例えば、他人と結婚した女子がその後離婚し、父の住居に帰った場合⁽³¹⁾、または一旦結婚した女子が、同じ相手とともに婚取婚に変更した場合⁽³²⁾に、当該女子は一体派下権を相続する要件を満たすかという難問も生じる。

次に、「母の氏を称する子孫」は婚取婚の下で生まれた子に制限されず、非嫡出子⁽³³⁾、養子⁽³⁴⁾、一般の婚姻で生まれ最初が父の氏に従ったものの途中で母の氏に変更した者でも構わず、実際に母と同様の氏を称していればよいとされた。⁽³⁵⁾ なぜなら、母の婚姻状態を問わず、母の（父の）氏を受け継いだ事実こそは、母の（父の）家族の一員となったことを意味するため、派下権を相続できるからである。

もつとも、上述した二つの例外とも、死亡した派下員（父）には男性の相続人が存在しない場合に始めて成り立つ。男性相続人が存在するときには、女性相続人とその子孫は如何なる場合でも祭祀公業の派下権を取得しえないと実務では解されてきた。⁽³⁶⁾ つまり、女性相続人は、男系子孫がないという特殊な場合に限り、さらに一定の条件（祖先を祭ること）を満たして初めて派下権を取得でき、すなわち、補充的・予備的な地位しか有しないことになる。

当然ながら、祭祀公業の派下権相続に民法の均分相続ルールを適用せず、女性を差別的に取り扱っている上述した判例の態度に対して、男女平等を保障する憲法第七条に反すると批判する声は絶えない。⁽³⁷⁾

(3) 二〇〇八年成文法による男女平等の原則の導入

二〇〇八年祭祀公業条例四条一項は、「この条例の施行前に既に存在している祭祀公業について、その派下員の資格は定款によって決められる。定款がないまたは定款に定めのない場合には、派下員はその設立者とその（養子を含む）男系子孫」、二項は「派下員に男系子孫がない場合に、その未婚の女子は派下員となりうる。当該女子が婿を取り、あるいは婿を取らないで男子を出産した男子を養子にし自らの氏を称する場合は、当該男子もまた派下員となりうる」と定めている。このように、条例の四条一項と二項は従来判例で形成された法を条文化したに過ぎず、このことも立法理由に記載された。⁽³⁸⁾

他方で、同条三項は「派下の女子、養女、入婿等が下記のいずれに該当する場合には派下員となりうる。(一) 三分の二以上の派下員による書面の同意を得ること。(二) 派下員大会で過半数の派下員が出席し、出席者の三分の二以上の同意を得ること」と規定しており、つまり、性別や氏を問わず、一定の親しい卑属が派下の多数決を得れば派下権を取得することができるようになった。これは以前の判例に見られない新しい規範である。

もつとも重要な変革は同条例五条であり、すなわち、「この条例の施行後に祭祀公業および祭祀公業法人の派下員に相続が開始した場合に、その派下権を相続する者は、共同で祭祀義務を負担する者に限られる」と定めたものである。これは一見四条とは矛盾するように見えるが、台湾高等法院台中分院九九（二〇一〇）年度重上字第九四号判決は、立法趣旨と文言解釈により、五条が条例の施行後に生じた派下員の相続に適用されるのに対して、四条が条例の施行前に派下員の相続が開始した場合にのみ適用され、したがって相衝突するものではないと考えている。⁽³⁹⁾ そうすると、従来男系子孫が存在すれば、女子は派下権を取得し得なかったが、二〇〇八年七月一日以降は実際に祭祀義務を負担する「ことについて、同判決は、「祭祀の活動に参加することまたは「祭祀の経費を負担する」こ

とであると解し、以前の一九八一年民事庭決議に述べられた「本家祖先を祭る」こととは異なる。したがって、自らの家の仏壇で読経し祖先を祭ることは「祭祀活動の参加」に当該せず、祭祀公業の祠堂で何らかの行為を行わなければならぬが、台湾高等法院九九(二〇一〇)年度上字第一三四九号判決は、重要な祭祀イベントに参加しなくても、当事者の都合のよい時間に独自の祭祀行為があればよく、しかも当事者が忙しいときに祭祀を他人(例えば母親)に委託してもよいという比較的緩やかな基準で判断している。次に、「祭祀経費の負担」も厳しく解しているのではなく、仮に祭祀公業が裕福で公業財産で費用を負担する定款があれば、当事者が経費を負担していないこと理由として派下権の相続を否定することができない(台湾高等法院台中分院一〇〇(二〇一一)年度上字第二五四号判決)。

2 譲渡取得

派下権を同一公業の他の派下に譲渡すること(いわゆる「帰就」)は、日治時代から肯定されてきた(大正九(一九二〇)年二月一日高等法院覆審部判決集二三一頁。戦後は、最高法院七三(一九八四)年度台上字第一六八五号、同院八七(一九九八)年度台上字第四一〇号、同院八九(二〇〇〇)年度台抗字第四五三三号、同院九七(二〇〇八)年度台抗字第六四〇号判決)。

問題は、派下権を派下資格のない者に譲渡できるかにある。日治時代の判例(大正九(一九二〇)年六月二五日高等法院覆審部判決集二三二頁)は、それが公業の目的性質に反するとして許されないとした。中華民國の裁判所も大体同様の立場であったが、⁽⁴⁰⁾最高法院九二(二〇〇三)年度台上字第二四八五号判決は、「派下が生存中、その派下権を先に将来派下権を相続しうる子孫に譲渡し、自らの派下権を失わせることは、祖先の祭祀および派下間譲渡可能の慣習に反してはいないから、許されない理由がない」として、現時点に派下ではない者でも将来相続する資格がある者への

譲渡を認めた。⁽⁴¹⁾この判決の事案は、嫡出子と養子を有する派下員である父が、生前に嫡出子へ派下権を譲渡し、しかも他の派下員の同意を得たものである。裁判所は、譲渡の時点に父が権利を喪失したから、死亡時に譲渡を受けていない養子は派下権を相続する余地はないと結論づけた。

この判例は、派下権の譲渡相手を、従来の派下員同士のみから将来の派下員へと広げたといえよう。なお、留意すべきことは、本件の事実背景として当該譲渡が他の派下員に同意・了承されたものである。このことは判例の射程に制限をかけていると解すべきであると考えられる。つまり、派下員が自己の派下権を将来の派下員に譲ろうとする場合には、「帰就」と異なり、他の派下員の同意を得なければならないのであろう。これは派下権と性質が近い相続権に照らしてみれば、それほどおかしな解釈でもない。台湾における相続財産が共同相続人らの合有に属すると解されておき、各相続人の持分すなわち相続分が、どのような条件(他の共同相続人の同意の要否)の下で、どのような相手(相続人同士または第三者)に譲渡できるかについては、従来は学説の争いの的であった。⁽⁴¹⁾いずれにせよ、他の共同相続人の同意は重要な要件となっている。なぜなら、相続分の譲渡は、持分の変動ないし家族でない第三者を遺産合有の關係に關与させることをもたらし、他の共同相続人に影響を及ぼすからであろう。派下権を将来の派下員へ譲渡することもまた同様な事態を起すため、他の派下員の同意を求める判例の見解は支持しえよう。

そうすると、派下員は、派下資格に基づく身分關係(養子縁組により形成された父子關係)を解消しなくても、譲渡の方法により将来の派下人数を制限することができるようになった。これは一種の身分と派下権とのズレとも評する。

日治時代の判例は、他家に嫁ぐ女性による相続取得を否定したが、派下に男系子孫がある場合でも、娘が未婚あるいは婚入りをすれば、なお男系子孫とともに派下権を相続できる余地を認めていた。中華民国時代の判例は、女性の相続可能性について明確に補充的な地位しか与えていない。男性相続人が存在すれば女性は当然派下権を相続できない。たとえ男性相続人を欠いたとしても、すべての娘が相続できるわけではなく、それは本家祖先を祭る者、すなわち未婚か婿取婚をした者でなければならぬ。さらに、その娘が確かに派下権を相続して派下になったとしても、その死亡時に自らの氏を継ぐ子孫がなければ、派下権は死亡とともに消滅する。

なぜ判例はこのような極めて複雑な相続取得の基準を設けていたのか。それは祭祀公業の本来の目的、すなわち祖先（享祀者）を祭ることに関わっており、「祭祀に適する者」にのみ派下権を取得させるのが相当と思われるからである。祭祀の承継は、伝統的な漢人社会では諸子（息子）の義務であり、それもまた中国における「相続」の一つの側面を構成している。⁽⁴²⁾血縁関係のない他人はいうまでもなく、外に嫁ぐ娘も祭祀義務を負わない、ないしは、負うはずがないと考えられてきたため、派下権が派下ではない他人に譲渡されること、または娘に取得されることは許されない。ただ、娘が婿を取り、自らの氏を子に引き継がせる場合には、その子も当該娘の祖先を祭る義務を負うと同時に派下権を相続できる。ただ、「子」は依然として原則的に男性に限られている。女性の子が含まれない理由は、いづれ他人と結婚して他の家に行ってしまうからであろう。当然ながら男性の子がいけない場合に、上述した補充的な女性相続のルールがいま一度適用される。祭祀公業の相続法則から、氏・祭祀義務・公業の派下権の三者の不可分性を垣間見ることができるとも、また、以上の三者は、究極的には、漢人の「家族」とは何かという問題に繋がっており、身分のアイデンティティを意味している。

現代社会における家族概念の流動化は、祭祀公業の派下権の取得に関する判例の見解と二〇〇八年祭祀公業条例に如実に反映されている。すなわち、判例は派下権の譲渡の相手について、最初は派下員に限っていたが、二〇〇三年に現在派下でないものの将来派下権を相続しうる者への譲渡を認めはじめた。また、祭祀公業条例は、派下員の多数決により、一定の親族関係があるものの従来派下資格を否定されてきた娘、養女、入婚が派下権を取得しうるというルールを新設した。これはまさに「家族」全員の合意で、祭祀義務者ないし「家族」の範囲を拡大することである。次に、祭祀公業条例五条によると、民法上の法定相続人は、実際に祭祀の事務を負担していれば、祭祀公業の派下権を相続取得できる。この規定によってもっとも利益を受ける者は娘と養女であり、仮に派下全員の同意がなくても、実際に祖先を祭っていれば派下権を相続できることになる。

四 結びにかえて

祭祀公業は近代ヨーロッパ法の概念では理解しがたいものである。それゆえ、台湾社会にとっては、近代ヨーロッパ法を継受したとしても、祭祀公業に適切な法的枠組みを提供し、法律で規制することは困難である。国の行政はそれを厄介な存在と考え、（例えば派下権の相続資格における男女不平等の問題に）できる限り触れないで私法自治に任せてきた。他方で、公業の財産が土地であり、相当な価値を有するにもかかわらず、公業であるがゆえにその登記・使用・

処分等が比較的難しいことに鑑み、行政はようやく動き始めた。つまり、行政の関心を惹いたのは祭祀公業の財産的価値である。そのため、長い間、祭祀公業の問題は土地利用・整理の問題としか認識されてこなかった。この狭い位置付けから解放されたのはようやく二〇〇一年以降のことである。

もともと祭祀公業に関する事項について、判例は安易に実定法の（類推）適用を認めず、「慣習」を裁判規範として採用してきたため、祭祀公業の姿は台湾の人々の固有の家族イメージに近かった。ただ、判例が認定した「慣習」は本当に実在する慣習なのかという疑問を時に感じずにはいられない。例えば、一九八一年一月二七日最高法院第二二次民事庭決議の掲げた女性による派下権相続の例外ルール（本家祖先を祭る女子または母の氏を称する子孫）⁽⁴³⁾は、果たして社会の慣行なのか、最高法院の発明や創造なのかが指摘されている。結局、裁判の根拠として引用されている「慣習」は、慣習自体ではなく、裁判所により選り出されて解釈された「慣習」であることを忘れてはならない。それはさておき、台湾の祭祀公業は、伝統の尊重と好む判例法の下で、長い間民法の男女均分相続のルールを免れてきたといえる。

司法で伝統を温存してきた祭祀公業の男子優先の相続は、二〇〇八年立法すなわち祭祀公業条例の施行によって変化を迫られた。まず、派下権を取得しうる者の範囲は広がりつつある。しかも、それは血縁や身分関係で一律に決まるのではなく、一定の意思決定（例えば生前譲渡と派下員の多数決による取得）が許されるようになった。特に同条例五条の規定は、共同で祭祀義務を負担する者について派下権の相続を認めており、その他の性別や氏等の要件を設けていない。さらに、現在台湾の民法一〇五九条は、子の氏を選択および変更をかなり寛容に認めていることから、異姓の子が祭祀を行い派下権を相続するというような極端な状況が将来現れないとは限らない。それに加えて、祭祀公業

の派下員数の増加は、その構成員間にあった濃密な人的関係を減らし、（本稿で取り上げられなかったが）祭祀公業の法人化もさらに派下権の性質を株主権により近づかせている。

総じていえば、従前、氏が宗族の身分の象徴であり、祭祀公業の派下資格もこれによって確定されたが、現在、少子化が進んで、子の氏が自由化され、婚姻も一般婚と婿入婚の区別をなくしたため、氏と婚姻は宗族の標識すなわち宗族の構成員を決定する機能が失われつつある。次に、祭祀公業の派下権の譲渡からわかるように当事者の意思による宗族の形成が徐々に認められている。当然ながら、たとえ構成員が一義に決まらず、当事者の意思決定がある程度尊重される現在でもなお、血縁関係のない者が祭祀公業の派下員つまり一族の構成員にはなりえず、祭祀公業は依然として血縁団体の性質を有している。しかし、その内実は、緩やかな文言を持つ祭祀公業条例および家族形態の多様化を意識しはじめた判例の下で、これからも変化する可能性を十分含んでいる。

- (1) 臨時台湾旧慣調査会「台湾私法 第一巻下」（臨時台湾旧慣調査会、一九一〇年）三九五頁。
- (2) 石田浩「台湾漢人村落の社会経済構造」（関西大学出版部、一九〇六年）八三四頁は、公業財産は同族結合を強化するため、たとえば子女の結婚費・奨学金、貧困者や寡婦への援助費等の同族の扶助にも使われる、と指摘している。
- (3) 臨時台湾旧慣調査会・前掲注(1)四〇〇頁。
- (4) 台湾総督府評議會「台湾総督府評議會會議録 第二回」（台湾総督府評議會、一九二二年）七六頁。
- (5) 顏慶徳・雷生春「台湾土地登記制度之由來與光復初期土地登記之回顧」（内政部、一九九二年）二八〇―二八二頁。
- (6) 後藤武秀「台湾の祭祀公業に関する二つの資料」東洋法学四二巻一号（一九九八年）七九頁、同「臨時台湾旧慣調査会における「台湾祭祀公業令」の起草」アジア・アフリカ文化研究所研究年報三三三号（一九九九年）三七頁。
- (7) 台湾における「条例」は法律であり、地方公共団体が制定するものではない。中華民國の中央法規標準法二条によれば、

法律は法、律、条令または通則と名づけることができる。したがって、祭祀公業条例は立法院によって議決された法律である。

(8) 後藤武秀「台湾における祭祀公業——概念規定の動向」地域文化研究二号(一九九七年)七七一八六頁は、祭祀公業が「人的結合体」か「物的結合体」であるかをめぐる日本統治時代から中華民國時代までの見解をまとめて分析している。同「台湾における祭祀公業——法的性質に関する諸説」地域文化研究三号(一九九八年)一六一二八頁は、近代法の論理によって祭祀公業を説明された主張を整理している。その後、劉夏如「台湾祭祀公業研究をめぐる『伝統中国』と『近代法継受』の相克」日本台湾学会報二号(二〇〇〇年)五八—八二頁は、後藤の研究を基礎として、祭祀公業の法的性質を、韓国の「宗中財産」と香港の「堂」組織とを比較している。

(9) 臨時台湾旧慣調査会・前掲注(1)四〇〇頁。

(10) 臨時台湾旧慣調査会・前掲注(1)三九八—四〇〇頁。

(11) 改廃論争の詳細は、吳豪人「植民地台湾における祭祀公業制度の改廃問題」日本台湾学会報一号(一九九九年)五七—六〇頁。

(12) 台湾総督府評議会「台湾総督府評議会會議録 第四回」(台湾総督府評議会、一九二三年)を参照。

(13) 後藤・前掲注(6)「臨時台湾旧慣調査会における『台湾祭祀公業令』の起草」四九頁。

(14) 坂義彦「祭祀公業の基本問題」台北帝國大学文政学部政学科研究年報第三輯(一九三六年)六五—二頁以下。坂は一、二、五五件と集計したが、井出季和太「台湾の公業と南支那の集団地主制度」台法月報三四卷九号(一九四〇年)一二頁は、一、七〇〇件程度とする。

(15) 黄慶生「祭祀公業法制化規範与省思(一)」現代地政二九五期(二〇〇六年)一〇頁。

(16) 黄慶生「祭祀公業神明会法令解釈彙編及実務」(豪峰出版、一九八二年)一一—三頁。

(17) 全員同意が求められる可能な理由としては、台湾民法八二八条が合有財産の処分に全員の同意を要すると規定しているからであると推測したのは、黄・前掲注(15)一一頁。しかし、行政機関による全員同意の要求は必ずしも合理的ではない。派下証明の発行はあくまで行政の手続であり、私権を確定する効力を持たないと裁判所に解され、しかも、このことは合有財産である土地の処分に何ら関係がないからである。

(18) さらに、所轄機関は異議書を祭祀公業の代表者に送付し、二ヶ月以内の期間を定めて回答させる。異議申立人はなお不服である場合には回答を受け取ってから二ヶ月以内裁判所に派下権確認の訴えを提起しなければならない。そうすれば、異議がある場合に、異議申立人の訴えの提起または不提起が確定されるまで六ヶ月以上かかる。

(19) 黄・前掲注(15)一二頁。

(20) 黄慶生「祭祀公業法制化規範与省思(二)」現代地政二九六期(二〇〇六年)三一—四頁。

(21) 立法院公報九六卷一四期(二〇〇七年)一一八頁、趙長清委員の発言は一九九八年の状況に言及している。

(22) 王泰升「台湾法律史概論」三版(元照、二〇〇九年)二八〇—二八一頁。

(23) このような近代法的な概念を以って、祭祀公業の会員資格の得喪を説明した最初の者は、おそらく姉齒松平であろう。同「祭祀公業及台湾ニ於ケル特殊法律ノ研究」(一九三四年自費出版、一九九四年南天書局復刻)六七—七五頁。それ以前の文献、例えば一九一〇年の「台湾私法」は、派下については、同宗族の男子すなわち房が派下になるという記載しか存在しない。臨時台湾旧慣調査会・前掲注(1)四一—三頁。また、戦後に祭祀公業に関する研究は多くないが、裁判例によく引用されている法務部編「台湾民事習慣調査報告」(法務部、一九六三年初版)は基本的には姉齒の体系を引き継いでいる。したがって、姉齒は台湾の祭祀公業の研究を開拓した者といえよう。

(24) 姉齒・前掲注(23)六九頁。

(25) (2)と(3)で取り上げた「女子」または「女性」の相続人とは、派下員の娘を指す。派下員の妻がその派下権を相続できるのかについては本稿は深く議論しないが、最高法院七八(一九八九)年度台抗字第三八四号判決は、派下員に男子の相続人が存在しない限り、その再婚していない妻と未婚の娘が派下権を相続できると述べた。

(26) 本稿に引用された中華民國時代の裁判例と解釈は、すべて司法院法学資料検索系統 <http://jrs.judicial.gov.tw/Index.htm> に掲載されている。

(27) 例えば、台北地院八六(一九九七)年度訴字第四一二九号判決。

(28) 例えば、彰化地院八六(一九九七)年度訴字第一〇四号判決、高雄地院九一(二〇〇二)年度易字第一六三三号判決。

(29) 最高法院九二(二〇〇三)年度台上字第一二八〇号判決はこの少数説に立っている。

(30) 陳昭如「有拜有保佑?——從最高法院九十二年度台上字第一二八〇号判決論女性的祭祀公業派下資格」月旦法学一一五期(二〇〇四年)一一五七頁。

- (31) 最高法院九二(二〇〇三)年度台上字第一二八〇号判決の事案である。一番と二番は派下権の相続を認めたが、最高法院は当該女子が実際に祭祀活動を行っているかによって判断すべきであると判示した。なお、離婚ではなく、死別の場合について、台湾高等法院九〇(二〇〇一)年度重上字第三三六号判決によれば、妻は「既婚」の身分が変わらず、死別により本家に戻り自らの父の祖先を祭ることがないため、自らの父の派下権を相続することができないとされた。
- (32) これについては最高法院九二(二〇〇三)年度台上字第一二八〇号判決は、派下権の相続を肯定している。但し、民法における一般の婚姻と婿取婚との区別は一九九八年に廃止されたから、それ以降は一般の婚姻を婿取婚に変更するべきがなくなった。
- (33) 最高法院九五(二〇〇六)年度台上字第二一一八号判決。
- (34) 最高法院七二(一九八三)年度台上字第一一一一号判決。
- (35) さらに詳しい分類と整理は、陳・前掲注(30)二五八―二五九頁。
- (36) 楊智守「以前最高法院実務見解探討祭祀公業適用相關習慣及所生問題」全国律師九卷二期(二〇〇五年)六二頁。
- (37) 郭松濤「台湾婦女遺產繼承權及祭祀公業派下權探討」司法周刊一〇八二期(二〇〇二年)二、三版、郭淇湧「談台湾婦女之繼承權」司法周刊一一二三期(二〇〇三年)3版、陳・前掲注(30)二六〇頁。これに対して、吳煜宗「姓氏与祭祀公業派下資格——台湾高等法院九十七年台上易字第三九号民事判決」月旦裁判時報三期(二〇〇一年)四四―四五頁は、判例が「本家祖先を祭ることおよび氏で判断しているから、氏が要件であり、性別に起因する差別ではない」と主張している。
- (38) 楊智守「探究『祭祀公業条例』対目前実務見解之影響」全国律師二卷二期(二〇〇八年)八四―八七頁。
- (39) 後の台湾高等法院九九(二〇一〇)年度上字第一三九九号判決、台湾高等法院台中分院一〇〇(二〇一一)年度上字第一二五四号判決は同様な判断を下している。
- (40) 最高法院七八(一九八九)年台上字第一八八九号判決、同院九一(二〇〇二)年度台上字第一九八九号判決、同院九九(二〇一〇)年度台上字一九四三号判決。
- (41) 相続分は抽象的な持分であるため、如何なる条件でも譲渡できないとする完全否定説(劉鍾英「民法繼承承継義」(會文堂新記書局、一九三六年)四八頁、林秀雄「繼承法講義」[五版])(自費出版、二〇一二年)一〇一頁)もあるが、多くの学説は一定の要件の下で相続分の譲渡を認めている。陳棋炎・黃宗樂・郭振恭「民法繼承新論」(三民、二〇一一年)一二七頁は、他の共同相続人の同意を得た限り、他の共同相続人へ相続分を譲渡できると考えている。これに対して、戴瑛輝・戴東雄・戴瑛如「繼承法」(自費出版、二〇一〇年)一一九頁はもっと広く、他の共同相続人の同意を得たなら、相続人でない第三者にも相続分を譲渡できると主張している。次に、史尚寬「繼承法論」(自費出版、一九六六年)一七七―一七八頁は「一歩進んで、相続分を共同相続人へ譲渡する場合には特に同意を得る必要がないが、第三者へ譲渡する場合に限って他の共同相続人の同意を得る必要がある」と承認している。
- (42) 中国古代の相続は、三つの側面があるといわれている。滋賀秀三「中国家族法の原理」(創文社、一九六七年)一一七頁と一一九頁は、「第一は人を継ぐということ(継嗣)、第二は祭祀を承けるということ(承祀)、第三は財産を承けるということ(承業)であり、「人・祭祀・財産が渾然一体として意識されている」と指摘している。
- (43) 陳・前掲注(30)二五六頁。

〔監修者あとがき〕本稿は、黃詩淳助理教授が二〇一二年七月五日に本校にて行った講演原稿を加筆したものである。当日の講演も原稿の執筆も黃助理教授が自ら日本語にて行った。本稿は、台湾法に固有の「祭祀公業」の沿革を丹念に探る労作であり、気鋭の家族法研究者である筆者ならではの優れた分析が随所に展開されている。今後の日本法の議論にとっても有益である。このような貴重な論稿を本誌に寄稿して頂いた黃助理教授に深謝したい。

(国立台湾大学法律学院助理教授)

(本学教授)