

戦後家族法の出発点 (3・完) —近代的・民主主義的家族法の確立—

浜田章作

Shosaku HAMADA : The Starting Point of Post-War Family Law (3・Final)

明治民法の一部改正法として成立した戦後家族法の改正過程においては、戦前来の論議を引き継いで、「家」制度を中心にさまざまな立場からの主張と論戦が交わされた。

その歴史的、理論的検討をとおして、戦前との「連続性」を踏まえつつも、法的にも社会的にも旧制度を廃棄して戦前との「断絶」の上に近代的、民主主義的な家族関係と家族法を確立しようとする川島武宜らの立場こそ、「戦後家族法の出発点」として確認すべき唯一の立場であることが明らかとなる。

キーワード：family law reform, family member's civil rights, modern family

内容目次

1. はじめに

- (1) 家族法の呼称
- (2) 戦前家族法が果たした役割
- (3) 憲法制定と戦後家族法の成立
- (4) 戦後家族法の理念と現実

2. 民法改正経過のあらまし

3. 戦前家族法の構成と内容

- (1) 戦前家族法の構成
- (2) 戦前家族法の内容と特徴
 - 1) 「家」
 - 2) 戸主・戸主権
 - 3) 家督相続

4. 改正をめぐるいくつかの立場 (以上48号)

4-2 革新的立場からの批判の提示

5. 改正要綱・改正草案の作成と審議の成り行き

- (1) 司法省の事前準備
- (2) 幹事案

(3) 起草委員会作成の改正要綱第1次案

(4) その後の展開—民法改正要綱の成立

6. 各論理の対抗—「家」制度論議を中心に

- (1) A型の論理
- (2) B型の論理
- (3) D型の論理
 - 1) 民法改正研究会意見書
 - 2) 日本共産党・野坂参三の意見書
- (4) C型の論理 (以上49号)

7. 民法改正の趣旨と主要な改正点

- (1) 本稿の展開
- (2) 民法改正の提案理由
- (3) 民法改正法の成立
- (4) 立法事業における戦前との連続性

8. 人事法案の立案と立法史上の意義

- (1) 臨時法制審議会の諮問と起草作業の開始
- (2) 民法改正要綱の進歩的性格
- (3) 臨時法制審議会における家族制度論争
- (4) 戦前立法事業の遺産

9. 妥協的立法観と民主主義的立法観

(1) 妥協的立法観

- 1) 中川説
- 2) 我妻説

(2) 民主主義的立法観

- 1) 川島・来栖・磯田説
- 2) 川島説

(3) 立法観の相違と民法理論との関係

10. 近代的家族観と市民的家族法の確立

7. 民法改正の趣旨と主要な改正点

(1) 本稿の展開

「戦後家族法の出発点」の確認を目的とする本稿は、前号および前々号で、まず本稿の課題を掲げ（第1節）、戦後の民法改正の経過を概観し（第2節）、全面改正の対象とされた戦前家族法はいかなるものであったかを整理し（第3節）、次いで、渡辺洋三の見解にほぼ拠りながら、改正をめくり異なる4つの立場の特徴と問題点を提示し（第4節）、改正要綱・草案の起草から成立にいたる経過をたどり（第5節）、最大のテーマである「家」制度論議を中心に、それぞれの型の論理の主張と対抗の様相をみた（第6節）。

(2) 民法改正案の提案理由

戦後家族法、すなわち「民法の一部を改正する法律案」（以下「改正法案」という）は、第4節以降にみた論争の過程を経て、1947（昭和22）年7月23日、新憲法下の第1回国会に提出された。

改正の趣旨および主要な改正点は、「衆議院及び参議院の司法委員会における提案理由の説明¹⁾」に、ほぼ尽くされている。これまでの記述で触れなかった事項も多いので、戦前家族法のどこが、どのように改められたかを確認する意味で、以下にその全文を引用する。一読して、改正への抵抗、反対を和らげようとの配慮からか、改正が社会の現実に即応的

であることが周到に示され、同時に改正案の妥協的性格も見て取れる内容となっている。

民法の一部を改正する法律案について、提案理由を御説明申し上げます。

日本国憲法は、その第13条および第14条で、すべて国民は、個人として尊重せられ、法のもとに平等であつて、性別その他により経済的又は社会的関係において差別されないことを明らかにし、その第24条では、婚姻は両性の合意のみにもとづいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により維持されなければならないこと、及び配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他に事項に関しては、法律は個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならないことを宣言しております。然るに現行民法特にその親族相続編には、この新憲法の基本原則に抵触する幾多の規定がありますのでこれを改正する必要があります。……（中略）

第二に今回の改正により民法から戸主、家族その他家に関する規定を削除しました。現行民法の下では、戸主は、家の統率者として家族に対し、居所指定権、婚姻及び縁組の同意権その他各種の権力を認められていますが、これらは既に述べました日本国憲法の基本原則と両立しないため、新しい憲法の下では、これを認めることはできません。そして、これらの権力を否定すれば最早民法上の家の制度は、法律上はその存在の理由を失うのみならず、これを法の上に残すことは却って戸主の権力を廃止する趣旨を不明瞭にする虞れがあります。よってこの法律では、戸主、家族その他家に関する規定はすべてこれを削除いたしました。

これにより従来民法において戸主が戸主たる資格にもとづいて家族の上に行使していた各種の権利は認められないこととなります。なお、その他家の存在を前提とする各種の制度即

ち継親子、嫡母庶子、入夫婚姻、親族入籍、引取入籍、離籍、分家、廃絶家再興、一家創立、隠居、法定推定家督相続人、婿養子縁組、遺言養子及び家の氏に関する規定等もすべて民法典の上からこれを削除したのであります。

なお、ここに御留意をお願いしたいことは、右の様に民法典の上からは家に関する規定を全部削除したのでありますが、これはわが国において現実に営まれている家庭を中心とする親族共同生活を否定する趣旨ではないことであります。私共は現に親子、夫婦を中心とする家庭生活を営んで居り、この親子、夫婦間の法律関係は従来から家族制度の中心を成しているのでありまして、今回の改正もこの点は日本国憲法の基本原則に従いより完全な合理的な制度に高めるための努力をいたしました。……

(中略)

第三に婚姻については、婚姻は両性の合意のみにもとづいて成立すべきものとする基本原則に従い、先ず成年者が婚姻をするについては父母等の同意を要しないものとし、未成年者の婚姻についてはその保護のため父母の同意を要することとしてありますが、子の場合も父母の一方の同意が得られない場合又は父母の知れない場合等についての従来の制限を緩和してあります。さらに婚姻生活に対する外部の干渉を排除する等のため未成年者は婚姻によって成年に達したものとみなすと同時に婚姻年齢は男女とも従来より引上げて男は満18歳以上女は満16歳以上に改めました。

又婚姻生活の内部に於いて両性の平等を徹底するため婚姻によって夫婦が夫又は妻の何れの氏を称するかは婚姻の際夫婦の定めるところによることとし、妻の無能力の制度はこれを撤廃し、婚姻中は夫婦は同居し互に協力し扶助しなければならないものとし、婚姻より生ずる費用は夫婦間で分担すべきものとし、その他妻の財

産に対する夫の使用収益権、管理権の規定等夫婦の法定財産制に関する従来の複雑且つ不平等な規定を整理して、これを夫婦間に平等なものとすると共に婚姻を継続し難い重大な事由があるときも離婚を請求できることとし、同時に裁判所は法律上の離婚原因がある場合でも一切の事情を斟酌して婚姻の継続を相当と認めるときは離婚の請求を棄却することができることとしたのであります。

なお、離婚に伴い離婚したもの的一方から相手方に対し財産を分与すべきものとし、その額について争があるときは、家事審判所でこれを定めることといたしました。

なお、離婚に関連いたしまして協議離婚が当事者特に妻の意思に基づかないで届出られることを防止する為め家事審判所の確認を以て離婚の要件としてはどうかという有力な意見がありましたので、政府としても充分検討の結果、家事審判所を各地方に多数設置し、容易にその確認を受ける様な途が講ぜられるならば格別、財政上家事審判所の開設箇所及び之に配置できる家事審判官の数が著しく制限される現状を前提にして考えるときは莫大な数に上る離婚について悉く右のような確認の手続を経ることは協議離婚の届出を困難にし、延いては健全な婚姻制度を維持する所以ではないと考え本改正案のように定めた次第であります。

第四に親子関係につきましては先ず子の人格を尊重しこれを保護するため庶子の名称を廃止し、未成年者を養子とするには家事審判所の許可を要するものとし、養子の離縁原因についても離婚の場合と同様縁組を継続し難い重大な事由があることを理由とする離縁の訴えを認めると同時に法律上の離縁原因があっても裁判所が一切の事情を斟酌して縁組の継続を相当と認めるときは離縁の請求を棄却することができることにしました。子の氏は父母の氏、嫡出でない子は母の氏を称するものであります。

父又は母と氏を異にする場合には子は家事審判所の許可を得てその父又は母の氏に改める途も開きました。

次に親権は未成年の子に対するものとし、成年の子に対する親権は子の人格を尊重するためこれを認めないことにしました。又両性の本質的平等を徹底する為め、母の親権に対する制限はこれを撤廃し、父母の婚姻中は、親権は父母共同してこれを行うべきものとし父母が離婚した場合には親権者は父母の協議で定めることとし、それのできないときは家事審判所がこれを定めることといたしました。これは両性の本質的平等を要求する基本原則にもとづいたのでありますが父母の一方が勝手に父母の共同名義で或る行為をした場合に第三者を保護する規定も別に設けてあります。なお、親権者が再婚その他の事情で親権を行うのを不相当とする場合の為め親権を辞する途及び一旦辞した親権を回復する途を開きました。

第五は後見人及び親族会に関する改正であります。親族会は従来家の制度の擁護と後見の監督とを重要な使命としていたのであります。制度の運用の実情を見ますと必ずしも十分にその機能を果してはおりませんので家事審判所の創設と同時に後見監督の作用の一部は之を家事審判所に、他はこれを後見監督人に移すこととして親族会はこれを廃止することといたしました。

又後見監督人は従来後見の必置機関となっていたのでありますが実情に副わぬ点がありますので改正案では指定後見監督人である場合の外は必要がある場合に家事審判所がこれを選任することといたしました。

第六に扶養に関しましては、先ず扶養義務を負う者の範囲を親族共同生活の現実に即せしめるため直系血族及び兄弟姉妹の外三親等内の親族に迄拡張すると共に、扶養義務者の順位、扶養の程度、方法等に関する現行法の煩雑な規定

を整理し、家事審判所で適宜にこれを定めることができるようにいたしました。

第七に、相続に関しましては、すでに述べました理由で戸主家族その他家に関する規定を削除した以上、戸主権の承継を本質とする家督相続の規定もまたこれを存置することのできないことは当然であります。これに伴い、改正案においては均分相続制度を採用し、大体は従来の遺産相続制度によりますが、兄弟姉妹をも相続人に加え、配偶者は常に相続人となるものとし、配偶者の相続分については一定の割合を確保するため特別の措置を講じ、これに関連して遺留分の定め方についても若干の変更を加えました。その数字の詳細は法案の当該条文に譲り、ここではこれを省略いたします。

相続については右のような均分相続制をとりますが、これを系譜、祭具、墳墓等の承継に適用することは不当でありますから、この法律案では、これらの物は、祖先の祭祀を主宰する者がこれを承継することといたしました。

第八に、今回の改正に伴い必要な経過規定を設けましたが、その中には、離婚に伴う財産分配の請求に関する規定のように、新憲法の実現させるため実質上新法の効力を或る程度さかのぼらせた結果となるものもあります。

最後に、本改正案では親族、相続編の条文全部を口語体に改めました。本来本改正案のように法律の一部改正の場合は従来法律の文体に従う慣例であります。親族及び相続に関する規定が国民全部の日常生活を規律することに鑑み、その理解を容易にするため、この部分のみを口語化した次第であります。唯、従前の規定の意味を正確に表現するためには充分の検討を加える必要があるに拘らずそのための時間の余裕が少なかった為め、疑わしい場合は原文の表現を踏襲しましたので、その字句は必ずしも満足すべきものとはなりませんでしたが、これらは、将来適当な機会にこれを改めたいと思いま

す。

以上が本法律案の要点であります。何卒慎重審議の上可決せられんことをお願い申し上げます。

(3) 民法改正法の成立

国会審議では、「協議上の離婚は、その届出前に家事審判所の確認を経なければならない」との規定を追加する田中耕太郎らの修正案が参議院を通過したものの、衆議院の反対再議決に会い、結局、第一読会だけで原案通り成立した。審議におけるさまざまな意見は、何ひとつ反映されなかった。ただ、条文の口語化のみは、提案段階で実現していた。

憲法改正論議に始まり、臨時法制調査会・司法法制審議会の小委員会、総会を経て改正法成立にいたる過程でのさまざまな論議と妥協、その裏に秘められた異なる立場ごとの思惑は、それぞれの意味を込めながら、形だけは全会一致の「本法は、可及的速やかに、将来において更に改正する必要があると認める」との付帯決議として成立し、問題の決着を後日に先送りした。

改正をめぐる論議は、主として学者、政治家、実務家官僚の間で、改正要綱・草案や法律案の審議の場を中心に展開され、国民的基盤と広がりを持つことなく終始した。その中では、「研究会」の改正草案批判と、それに対する中川の反批判は例外的な、いわば場外での論戦であった。

(4) 立法事業における戦前との連続性

それにしても、第1条(民法全体の基本原則)及び第1条ノ2(民法解釈の指針)の追加、第14条(妻の無能力)および第120条第2項(妻の法律行為の取消)の削除のほか、第725条から第1044条までの膨大な条文数を擁する私法の基本法の抜本改正という大規模な立法事業が、1946(昭和21)年7月2日の臨時法制調査会設置から1947年12月9日の法案成立までわずか1年4カ月余の短時日で成し遂げられたのは、戦前からの改正準備の検討を抜きにしては

考えられない。そこに戦前家族法との、一面における断絶、非連続性ととともに、連続面をも見ていく必要が生ずるのである。

そのことを指摘するのは、我妻が几帳面に残した関係文書によって人事法案の起草過程とその内容を概観し、将来この資料の全面的な整理・公表するための準備作業としようとした唄孝一・利谷信義である。唄らはいう²⁾。

日本における民法の歴史は、明治3(1880)年以降12年にいたる初期民法草案の時代に始まり、旧民法の本格的な編纂が開始される明治13年から明治23年のその公布の時期につづく。その後、すでに明治21年頃から実質的には始まっていた法典論争期があり、さらに旧民法の施行延期による明治民法の編纂期が明治26年から明治31年までつづく。明治民法の財産法は、明治31年の施行から現在まで、家族法は昭和22年の民法応急措置法による廃止までその効力を有する。しかしその間、親族、相続編の全面的な改正が企てられた。大正8(1919)年に設置された臨時法制審議会による民法改正要綱と、昭和3年に設置された民法改正調査委員会が要綱に基づいて編纂した「人事法案」がそれである。「人事法案」編纂の作業は、……、少なくとも敗戦直前の昭和19年まで続けられている。そして戦後、昭和21年7月から開始された民法改正事業による現行法は、昭和23年から施行されて現在に至っている。

このようにみえてくると、「人事法案」は、明治民法以後の民法の展開と、戦後の民法の制定と展開とを結ぶ結節点をなしており、民法史全体の展望をする上に重要な位置づけをもつことが明らかである。これまでも指摘されてきたように、戦後改革の一環としての民法改正は、戦前との「連続性」と「変革性」ないし「非連続性」との統一において把握されねばならない。とすれば、敗戦直前まで続けられていた「人事法案」の研究は、戦後の民法改正の意義を明ら

かにする上に、不可欠だということになる。…
… (以下略)

我妻自身も、「過日発表された民法の改正要綱が」
「決して唐突な変革ではなく、民法典論争以来の宿
命的論争の、しかも、その変遷の線に沿った変革に
他ならない」と戦前からの連続性を強調している³⁾。

8. 人事法案の立案と立法史上の意義⁴⁾

(1) 臨時法制審議会の諮問と起草作業の開始

1919 (大正8) 年7月、臨時教育会議の建議にも
とづいて政府に臨時法制審議会が設置され、「現行
民法中我邦古来ノ淳風美俗ニ副ハサルモノアリト認
ム其改正ノ要領如何」との諮問第1号を受けて、
1922 (大正11) 年6月、「家事審判ニ関スル綱領」
にもとづき「道義に本ヅキ温情ヲ以テ家庭ニ関スル
事項ヲ解決スル為特別ノ制度ヲ設クルコト」を答申、
さらに1925 (大正14) 年5月に「民法親族編中改正
ノ要綱」34項目、1927 (昭和2) 年12月28日に「民
法相続編中改正ノ要綱」17項目を議決答申し、政府
は同日、これを公表した。両者を合わせて「民法改
正要綱」と呼ばれる。親族法改正要綱の原案を起草
した穂積重遠によれば、「民法前3編についても『淳
風美俗』に副ふべき改正点が必しも少なくないと思
ふが、臨時法制審議会は諮問の要求が家族制度親族
関係に存するものと解して、審議の範囲を其以上に
拡大しなかった」とのことである⁵⁾。

なお、「家事審判ニ関スル」「特別ノ制度ヲ設クル
コト」は、家庭における事件や親族間の紛争を裁判
によって純法律的に解決することが「我邦古来ノ淳
風美俗ニ副ハサルモノ」として、義理人情を交えた
解決の出来る特別な制度を要求する趣旨であって、
家族法の改正と密接な関係にあり、むしろその先決
問題であると考えられた。これに基づいて政府は法
律家と非法律家とを交えた組織として「家事審判所」
設置の立案 (人事訴訟手続法および非訟事件手続法
の大改正を含む。民法改正問題の範囲には入らな
い。)に着手した。これが戦後、家庭裁判所として

実現するのであるが、このときの答申がその機能や
運営のあり方に反映され、問題が指摘されている。

「改正要綱は文字通り改正立法の要領であって法
文其ものではな」く、「多くの問題を法文起草の際
に譲って居る」⁶⁾ので、条文化のため1928 (昭和3)
年10月司法省に民法改正調査委員会が設置され、委
員24名、幹事13名が選任された。委員・幹事には法
制審議会の主要メンバーが入っていた。委員会はさ
らに小委員会を設けて実際の起草作業を行わせた。
小委員長は富井政章 (民法起草者の1人)、委員に
松本蒸治 (東大教授)、岩田宙造 (弁護士)、穂積重
遠 (東大教授)、池田寅二郎 (司法省民事局長、相
続法改正要綱の原案起案) に、幹事全員が加わった
といわれる。我妻も、はじめ幹事として、1940 (昭
和15) 年頃からは委員として、中川とともに起草作
業に参加した⁷⁾。

起草作業は1929 (昭和4) 年初めから1944 (昭和
19) 年10月、太平洋戦争の激化により他の政府事業
とともに中止されるまで続けられ、親族編について
は1932 (昭和7) 年2月の第1草案に始まり第5草
案まで、相続編については1932年12月の第1草案か
ら第4草案までが作成された。第3草案の段階か
ら、民法第1編ないし第3編 (財産法部分) とは分
離して、「人事法案」の名称が付され、1939 (昭和14)
年7月に「人事法案 (仮称) 親族編」 (第1条から
第221条ノ4まで)、同8月に「人事法案 (仮称) 相
続編」 (第222条から第452条まで) が作成された。
民法はもともと、同名の2箇の法律から成る法典で
あるから、このことは何ら異とするに足りない。

穂積も「何分にも第4編第5編全体に亘る大修正
のこと故、おそらく第725条以下の全部の法条番号
が付け替はることだらふと思ふが、或は第4編以下
を前3編の財産法から切り離し例へば「人事法」と
でも名づける別法典にして第1条から起した方がよ
いと云ふ意見もあり得る」と述べていた⁸⁾。

しかし、敗戦のため、人事法案が陽の目を見るこ
とはなかった。

(2) 改正要綱の進歩的性格

ところで、「教育ノ効果ヲ完カラシメルヘキ一般施設に関スル建議」(1918年)を行った内閣総理大臣の諮問機関・臨時教育審議会が諮問第1号を発したのは、資本主義の発展や大正デモクラシーなどの影響により都市を中心に大家族が解体へと向かい、民法上の「家」制度が単に戸籍上にのみ存在するものとなって形骸化し、「家」制度に立脚した民法と現実の家族とが食い違う事態に直面して危機感を抱いた支配層が、「家」制度を現実の社会にあわせて個人を単位とし家族員相互の関係を権利・義務の法的関係として構成する近代家族的な方向にではなく、「我邦古来の淳風美俗」を維持していっそう半封建的、反動的な方向に再編、強化することを企図するものであった。しかし、答申された民法改正要綱は、審議過程において民法の規定と異なる家族の社会的現実を無視することはできず、その現実と妥協した結果、「家」制度を維持強化する項目が多いのは当然であるが、実質的には合理的・進歩的傾向を相当に取り入れた妥協的な内容となった。そのため「家」制度を緩和する項目も決して少なくない。

例えば、親族法改正要綱においては長子一括の家督相続に対する修正、戸主の居所指定権にもとづく離籍権の削除など戸主権の弱化、私生子の名称の廃止、相対的離婚原因の採用、母の親権行使に対する制限の緩和など近代的家族像を象徴する項目も多い。庶子の入家に対する父の配偶者の同意、分家の容易化と戸主権の充実・制限、婚姻についての父母の同意、習俗的儀式婚主義の採用、妻の地位の改善、相対的離婚原因と離婚後の扶養義務などが盛り込まれていた(相続法改正要綱については、割愛する)。

(3) 臨時法制審議会における家族制度論争

唄らに従って家族法における戦前と戦後との連続面を検討するのに格好の材料を提供してくれるのが、1925(大正14)年1月24日以降の臨時法制審議会速記録が伝える、総会を舞台とする家族制度論争

である。原案の説明にはもっぱら松本が当たり、穂積は補足説明に立っていた。

川島によれば、「審議会における全討論中できわだって論争を白熱させた」2つの問題があった。要綱第三の庶子の入家に対する嫡母の同意、同第十の子の婚姻に対する親の同意をめぐる、政界学界老大家の保守的家族制度論者と要綱の原案起草者・穂積とが激しく切り結んでいる⁹⁾。

1) 改正要綱第三は庶子の入家について、「庶子ノ父ニ配偶者アル場合ニ於テハ、其同意アルニ非ザレバ父ノ家ニ入ルコトヲ得ザルモノトスルコト。」としていた。旧規定では庶子は父の「家」の戸主の同意さえあれば父の「家」に入り、父の妻すなわち嫡母との間に親子関係(嫡母庶子関係)を生じ、両者間に遺産相続および扶養義務を生ずるが、庶子の入家には嫡母の同意は必要でなかった。嫡母庶子関係を承認する点で近代家族の理想からは程遠く、一種の妥協的解決であるが、要綱は家父長権を弱めることを意味し、猛烈な反対論が起こった。それは臨時法制審議会の本来の性格からは当然であった。反対論の論拠は、「家」、したがって家父長の血統を継ぐ庶子を父の「家」に入れるのは当然のことであるのに、血統を異にし他家から入ってきた妻がこれを阻止することができるというのは、血統を重んずる家族制度の伝統を破る、改正によって他家から入ってきた妻の発言権を強くする結果になり、家父長権絶対主義、妻の無権力という家族制度を破壊する、国民の道義の源泉である皇室においては庶子の入家は皇后の同意を要しない、という3点にあった。以下、両論を対比してみよう。

○花井卓蔵委員「いやしくも此血統に向って他家から入りたる女が云為する権利を有するのみならず、血統の者を家に入ることを拒むの権利を授けると云ふことはどうして(も)許す可らざることと思ふ」(235頁)、「私は血統を重んずると云ふことを根本といたすのであります、……明かに血統たるべき子があるにも拘はらず、而して父たる者之を家に入れんと欲する情あるに拘はらず、子たる者も入れて貰

ひたいと云ふ情あるに拘はらず、配偶者が之を肯じない、血統なりと雖も配偶者が拒めば、血統として其家に入ることができないと迄に権利を認める、此規定が不当であると申すのである」(229頁)

○林頼三郎委員「此配偶者で頑迷であつて家を思はぬ、血統を思はぬ、或はまったく自己の利益のみを考へる、さうして血統の絶ゆることなどは考へない、さう云ふものもずいぶん世間にある、例へば、夫に立派な庶子があると云ふやうな場合に、其子が家に入らなければ自分が家を相続するやうな関係になる、家を横領してしまふ、本人はさうでなくても其者の親族其他に悪い者がある、さう云ふ企みをするものが随分世間にはある、さう云ふやうな特別な事情がある場合にも、絶対に此配偶者の同意がなければ家へ入れぬと云ふことは、之は血統を重んずる日本の美風に反することではないか」(249頁)

△穂積「花井先生の今の御議論の中で一番強いものは、夫婦の間に子なき者があつて、外に庶子がある、それを夫が入れやうと思ふのに妻がそれを拒む、結局一家を絶やすことになるではないか、……之は現行民法の問題としましては、さう云ふ場合の対応策は認めて居ないのではないのであります。即ち法定の推定家督相続人なきときは戸主がそれを指定することができる、庶子を認知してそれがこちらへ入らなくても、それを家督相続人と指定して置く、其指定なるものは、戸主其人の一存でできるのであります、……子供が1人、女の子がある、それは馬鹿である、夫には利巧な庶子がある、それを入れることができない、……之も至極御尤もと思ひます、之を逆に考へる、女が1人ある、利巧な子だ、男の庶子がある、非常な無頼者である、それを夫が一存で入れることが出来ると云ふ、逆のことも考えられます、之は差引勘定同じだと云ふ外はなからうか、元來之は相続法の方で考ふべき問題と思ひます、……之等のことは出来る限り夫婦の間の協定を得て致すことが、大体に於て家庭を維持するに宜い、争いはどっちにしても生ずるが、其方が結果に於て宜いではないであらうか、斯う考へて居ります

(246-247頁)

○花井「實際上の方から見ましたならば、家庭に風波を起す種を法律が造ると云ふことは免れぬことである、而して或場合に於ては、姻族、即ち其妻と云ふ者の権力を恣にする所の弊を造ると云ふことになるのであります、或場合に於ては、両者の間に子なかりし場合に於て、家を継ぐべき者を家に入ると云ふ道をも、女の為めに遮断をすることになるのであります、さうして女権の拡張と云ふよりは、寧ろ一家の中に女王を造る事柄になる」(227頁)

△穂積「先ほど御話のございました夫唱婦隨、此夫唱婦隨と云ふことはどう解すべきか、之はいろいろの考がございませうが、兎も角も、夫が命令し妻がいよいよながら従ふのでは、之は本当の夫唱婦隨ではない、両方が意思が能く合致してこそ始めて本当の夫唱婦隨である、それも夫が多くの場合に発案し妻が之に賛成するのが我国の所謂夫唱婦隨ではなからうか、斯う云ふやうな問題に付てもさうなる可きでないかと思ふ、所謂夫が条理を尽して発案し、妻も冷静に且人情を以て広く考へて、それに賛成すべきならば賛成する、そこで其家に其子が入つて其家を継ぐ、一家の関係円満になる、今のやうな制度で妻の意思如何は顧みなくて宜いと云ふことに法律が表から認めて、仮令僅かの場合でもそれに依つて夫婦の間に行き違いを生ずると云ふことは、之は家庭の円満平和と云ふ上から面白くないであらう、家に恨める妻なしと云ふが天下太平の基であると云ふやうな意味から、此の案が立てられたと云ふことを重ねて申し上げます」(241頁)

「私の立場は昨日も申述べました通り、必ずしも現行民法典の規定に満足して居るのではないのでありまして、それよりも、もっと一步を進めると云ふか、變へた方が宜からうと云ふ、根本の考を持って居りますが、今度の民法改正の御趣意に鑑みますと、其処迄私自身の説を主張致しませぬ」(297頁)

○花井「私は、皇室は道義の源泉である、我日本の国史国体の上に於きましては、淳風美俗の淵源となさねばならぬと云ふことを思ふのである、畏れ多い

ことではありますが、皇室先づ範を垂れさせられて下之に倣ふと云ふの、美しき俗を造り出さなければならぬと思ふのであります、皇室は我々の宗家である、我々は赤子である、親族関係に於て多くの観念を持ってはならぬ、義は君臣なりと雖も情は父子なりと云ふ観念は、上下共に忠実に迎へなければならぬと思ふのでございます、皇室典範を繙いて見れば、皇庶子大統を継承し給ふの規定はあります、而して皇庶子の系譜に掲げられる場合は、畏れ多いことではございますが、皇后の同意を要すとは書いてない」(226-227頁)

△穂積「……皇室典範を見ても、皇后陛下の御同意なきに拘はらずとは書いてない、御同意は必ずあると云ふことを前提としているのではなからうか、今迄の我国の皇室関係が、皇庶子が後を継いで御出でになるに拘はらず、円満にずっと参つて居るのは其意味合ひではなからうかと思ふのであります。併しながら、不幸にして、臣下に於ては必ずしもさう円満には参りませぬ、同意のある無しと云ふことで、後々まで色々な面倒を惹起することがありますから、そこで此本妻の同意と云ふことを茲に一つ出して、……庶子が其家に入って円満に其家の跡を継いで新たに戸主となるに及んでも、其戸主の母親即ち父の妻と、円満な関係を続けていけるであらうかと云ふ点を考へて出来た案であります」

2) 要綱第十¹⁰⁾は子の婚姻に対する同意につき、

「一 子ガ婚姻ヲ為スニハ、年齢ノ如何ヲ問ハズ、第4ノ3ニ準ズルコト(家ニ在ル父母・祖父母共ニ在ラザルドキハ家ニ在ル祖父母ノ同意ヲ得ベキモノトスルコト、但父母・祖父母ハ正当ノ理由ナクシテ同意ヲ拒ムコトヲ得ザルモノトスルコト。)

二 子ガ前項ニ違反スル婚姻ヲ為シタル場合ニ付テハ、相当ノ制裁ヲ定ムルコト。

三 未成年者ガ第一項ニ違反スル婚姻ヲ為シタルトキハ、父母・祖父母ニ於テ之ヲ取消シ得ベキモノトスルコト。」としていた。

満30歳以上の男子及び満25歳以上の女子の婚姻には父母の同意を要しないとす民法旧規定(772条

1項)は「孝道」に反するとかねてから非難的となっており、この規定を「孝道」と合致するように改正することこそ、そもそも臨時法制審議会設置の最大の動機であった。

○江木千之委員「今施行されて居る所の民法に依ると、女子は二十五歳、男子は三十歳になれば親の承諾を得ずして妻を迎へても宜い、夫を持っても宜い、全く親に反して宜しいと云ふことを法律が規定して居るが、之が果して孝道になるかどうか、斯う云ふ点に至つては、無論此の如きことは道徳上許す可らざることである、併し教科書と法律と矛盾したことを書くやうになるが、どうするか、法律はどうしても改正して貰はねばならぬが、法律に拘はらず、教科書は何処迄も親の命令に従はなければならぬと云ふことを以て、教へて行かなければならぬ、斯う云ふ主義を採らうと云ふことに決定して、今日の教科書も斯様に出来て居るのであります」(285頁)

「凡そ東洋の道徳に於ては、孝は百行の本、孝より大なるものはない、之が個人主義の国ならば夫でも宜しいかも知れない、相当の年齢になれば自由結婚で一家をなす、親が同意しやうとしまいと構はない、親を親とも思はず、自分が一の「ファミリー」を拵へればそれで宜い、又其子も其通りである、斯う云ふ個人主義の国と我国とは大いなる差があるのであるから、何処迄も此婚姻に付ては、父母の同意を得なければならぬ」(285頁)

△穂積「私小委員主査委員の末席に列しさせて戴きました以上、原案に対して忠実である可き筈であります、此問題は私此審議会に問題の起りました前から、自分の持論として考へて居ったことでありますから、之は甚だ恐入りますが、小委員、主査委員皆様の御許を得まして、此問題に付て自由の態度を執らして戴きたいと思ふのであります」(291頁)

「私は現行法に満足するのではない、現行法の年齢制限は撤廃して然るべきである。若し必要ならば、極く弱年者を保護する規定であるべきである。親の権威を法律に依つて保証するのでなくして、寧ろ弱年者の無分別に多少のコントロールを与へる、

と云ふ位に止むべきではあるまいか、三十、二十五と云ふは高過ぎると思ひますが、併し今私が其年齢低下と云ふことを此所で提案するも、少し又行過ぎて居るかと思ひますから、それは今提案する考えはございませぬ、……今暫く之は現行法の儘に止めて置きたいと思ふ、現行法でも今そんなに弊害はない、子供の方でも、親の方でも、相当了解があつて、法律がどう斯うと云ふことを考へずに、親も快く子供の言分によつて賛否を決するやうに、今現在なつて居る、極端の例を除いては、非常に親の意に背く子供もなく、子供を無理に圧迫して好まない妻を持たせやうとする親もない、現在あるにしても、段々減つて行く傾向がありますから、茲に事を好んで現行法を改正するにも及ぶまい、先づ之は現行法の儘で御止めになるのが適當と考へます」(293頁)

「法律の規定に依つて道德全部を搔廻す、法律の力に依つて道德全部を強制することは不可能なものである、又場合に依つては、それが道德の価値を減らすことになる、法律に依つて強制されて、したと云ふことでは道德の価値を減らすことになる、之は自から境のある可きことで、父母の同意と云ふやうなことで、道德上是非さうなければならぬことであるが、法律で総ての場合に絶対に、父母の同意がなければ婚姻は成り立たぬと云ふことになつて居る、と云ふことは、かえつて道德の品位を害し、親子の関係を傷けるのではないかと私は予て思つて居ります」(292頁)

(4) 戦前立法事業の遺産

人事法案は、その出発点が、臨時教育会議の決議にもとづき、保守派が「淳風美俗もとに悖る」とする民法の規定を改正してその維持、強化を図ることにあつたにもかかわらず、いざ出来上がつてみれば、實質的には、「家」制度の側面を弱める近代家族法としての特質をも備えた法律案となつていた。民法改正は結局実現しないまま終わったが、改正要綱と人事法案は、その後、定評ある家族法の教科書、体系書の随所に引用されて¹¹⁾、戦前家族法の解釈の指

針となつていた。我妻もその著『親族法』において、戦後の改正の際に参考とされたものであり、新法の解釈にとつても、重要な意味がある」としている¹²⁾。

そして、それに要した多年の歳月と、民法制定後の学説や判例の発展と社会の変化を踏まえ、学界・実務界挙げて努力を傾けた立案作業、財産法から分離した家族法としての斬新な単独法典化、450箇条を超える条文数と、まさに明治の近代法編纂期以来最大規模の画期的な立法事業であり、いずれ次の機会に出番が来るはずであつた。しかし、敗戦による主権原理の根本的変革と新憲法の制定が人事法案の基礎と支柱を覆し、そのままでの再登場が許される余地はなくなつた。

唄らの言うとおりの、戦後の民法改正の意義を正確に理解しようとすれば、戦前との連続面と非連続面・断絶の両面において統一的に捉えなければならぬ。それこそが、立法史上の貴重な財産を正しく承継し、さらに発展することとなるのである。

9. 妥協的立法観と民主主義的立法観

(1) 妥協的立法観

1) 中川説

上述の見地から、中川・我妻のC₂型の論理に、川島に代表されるD型の論理を対置してみると、中川の所説に対しては、「民法の改正はおれ達がしたのだという意識がやや強過ぎられるのではないか」という来栖の批判¹³⁾のほか、川島が「憲法改正に伴う諸法律の立法のために臨時司法制度調査会がつくられ、その中に民法部会ができました。その片隅で、私は憲法改正と民法改正の両方に直接接触れることになりました。……その「調査会」で、「幹事」として、「委員」の下で、言わばその下働きをすることを命ぜられ、その末席にいて、委員の方々の議論を聞いていました」と述懐しており¹⁴⁾、起草委員会で検討する原案の作成にあつては川島・来栖らの幹事が、起草委員の中川らと対等な立場で論議する場はなかつたとみるのが順当であろう。中川の

憤懣は的外れというほかない。

それにしても、中川の真意が奈辺にあったのか、その言うところは必ずしも一貫せず、つかみがない。応急措置法施行について、「かくして臨時応急の民法改正は達せられたが、わずか10数箇条の小法律をもって、明治31年以来、半世紀にわたった民法の根本的改正を果しうるものでは到底なく、一刻も早く、民法の根本的改正の成就せんことが待望せられたのであった。この根本的改正というのが、昭和23年1月1日から施行された『民法の一部を改正する法律』であることというまでもない¹⁵⁾と一方で言いながら、「かくして新民法は、家と戸主と家督相続と親族会を廃止して、すべての国民をことごとく個人として尊重する立場において、新しい家庭生活規範となろうとしたものである。ただここに一言しておかねばならぬことは、今度の民法改正が、古い親族相続法の根本的改革を企図したものではなく、旧法の中から、新憲法に照らして、憲法違反となるような規定、すなわち『個人の尊厳』や『両性の本質的平等』に背くような規定を整理しただけであり、民法を根本的に改良するためには、なお多くの改正を加えなければならないものがあるという点である。改正することや新設することの好ましい規定があっても、それをしなければ憲法に触れるという如きものでない限り、今回の改正からは除外されているのである。いいかえれば、このたびの改正は、旧法の規定を整理して、これを新憲法の中へはめ込んだというだけである。このワクの中で、どうしたならばさらに理想的な民法が出来上がるかという工夫は、むしろ今後の課題として残されていると云ってよいのである」と、わが目を疑いたくなる発言をしている¹⁶⁾。戦後の民法改正事業をこのような一時しのぎの限度に矮小化してよいものか、大いに疑問である。

そう思ってみれば、「われわれ起草委員は決して新法は家族制度を廃するものだとはいわなかった。いば要綱全体がもみくちゃにされる恐れが感じられたからである。われわれは、化石化した民法上の

『家』を廃するだけだと強弁した」という中川の言説¹⁷⁾は、強弁どころか、本音だったことになる。

2) 我妻説

中川と共に起草委員会を主導して反対論者の攻勢に相対した我妻は、[研究会]の批判に対し、中川のように直接的な形での反論こそしていないが、「戦後の民法改正は、憲法の改正に伴って当然改めなければならない最小限度のことをすみやかに改正しようというのでありましたから、審議はおのずからその範囲にとどまったわけでありませう。従って、そういう見地からは触れる必要がない、今度は見送ろうというようなことにきめたのも相当あった」と、法律時報の座談会で中川と同じ趣旨を述べている¹⁸⁾。

我妻のさらに具体的な見解が、「『いかなる点が、何故に、いかに改正されたか』を詳説すること」を目的に、「改正案が国会で審議されていた当時、法律時報に連載した旧稿に加筆した」啓蒙書¹⁹⁾で、より理論的な装いの下に、以下のとおり結局は中川と同旨の所説が繰り返されている。

親族法の改正は、結局において、家庭生活におけるわれわれの心の改革を伴わなければ、決してその実の挙がらないものであることを肝に銘じ、改正法の趣旨の徹底普及に努めるとともに、教育によって、これに順応した『精神の改正』を実施することを怠らないようにしなければならないものである。

かように、家庭生活における規範の改正では、決してその目的を達し得るものでなく、『精神の改正』を伴わなければならないものだ、ということに関連して、注意すべき重要なことがある。それは、親族法の改正は、単にそれだけで人々の心の改革を導くことができないだけでなく、その改正があまりに急激に理想を追うときは、却って、人々の反ばつを受け、脱法的手段によって因習を維持しようとする態度に出させるものだということである。例えば、『家』という法律制度が、個人の尊厳と男女の本質的

平等に反するから、これを廃止したとして、『家の名(氏)を残したい』とか、『先祖の祭は家の名(氏)を承継する者にやらせたい』というような国民感情は、容易になくなるまい。そこで、家の名を残すあらゆる方法を杜絶し、先祖の祭をするものと先祖の氏を称する者とを一致させることのできなくなるような法律を作ったとすると、右の因習的な国民感情は、これによって窒息するのではなく、かえって、何等かの脱法的手段を見出したり、あるいは、因習的な威力を利用してその目的を達することに努めるものである。だから、かような場合には、法律の改正としては、右の因習的な国民感情もある程度まで—もちろん、改正の大理想を無意味にするおそれのない程度で—考慮にいれ、これを実現しようとするべきでないこと、という途を残すことが、賢明だということになる。右の例について、もっと具体的にいえば、婚姻の際に、夫婦がともに妻の氏を称することもできるような規定(793条、旧838条)がそのまま維持されたこと、更に、離婚や離縁の場合に旧氏に復する夫や養子の所有していた祭具や墳墓について、然るべき措置を講ずべきことを命じた新规定(769条、817条等)などは、いずれも、右の目的に順応するものである。理想を追う純理論の立場から見れば、これ等の規定は、甚だ不徹底な、封建思想の温存を目的とするものだとも考えられよう。しかし、かような方法を杜絶したらどうなるであろうか。女の子しかいない親は、あきらめて娘をみな夫の氏にし、自分の氏の消滅することも憂慮しないようになり、人々は祭具や墳墓はどんな氏を称する子の手によって所有されようと気にしないようになるであろうか。決してそうではあるまい。親はその威力を利用して娘に養子をしいたり、人々は祭具等の帰属を憂慮して離婚や離縁を躊躇したりするような態度になるおそれが、多分に生ずるに相違ない。それなら、右のよう

な方法を残しておくことが、かえって娘の婚姻の自由や人々の離婚・離縁の自由という、もっとも大きな理想を円滑に実現させることになるであろう。『立法は妥協だ』という言葉は、常に真理である。しかも、それは決して、旧理想や旧制度にも相当の敬意を表すべきだという単なる安易な意味からではない。改革への正道を、除々にではあるが、しっかりと進むために、必要なものとして、私は考えるのである。

もちろん、この度の改正の妥協が、適当な程度かどうかの批判は、あり得る。それは別問題である。しかし、妥協的な態度自体を攻撃し、しかもそれをもって、封建的制度を温存しようとする意図の下に行われたものであるかのような非難をするのは、立法の何たるかを理解しない者だと、私はいいたいのである。かような立場から、私は新法の妥協的な態度を是認するものだ。(以下略)

しかし、改正の枠をこのような範囲に限局する旨の公式な確認がなされた記録はない。起草委員3名のうち2名の姿勢が—いずれも、人事法案の起草に加わっていた—そうであったとすれば、改正の範囲は自ずから、当座の間に合わせ程度にとどまらざるを得ない。

立法過程は、相対立する利害を国政の場で調整する政治的過程であり、対立する一方が圧倒的に有利な力関係に立たない限り、自己を貫徹することはあり得ない。問題は、「立法は妥協である」としても、「重要なのは何との妥協か」という点である。²⁰⁾我妻の妥協の相手は明らかに戦前家族法下の因習的な国民感情であり、しかもそれを、現実にはありそうもない例え話に仮託してまで正当化しようとしているのは、いっそう問題である。

我妻・中川のこのような態度は、中川の師・穂積らが戦前家族法の制約を潜り抜けて築いた人事法案の成果を戦後の新しい情勢の下に創造的に適応、発展させようとする意欲と、批判を超越する後ろ盾を失っていた保守的家族制度論者と対決する勇氣に欠

け、主観的にはどうあれ、客観的には家族法のそれ以上の改革を押し止める役割を果たしたものといわなければならない。

(2) 民主主義的立法観

1) 川島・来栖・磯田の民主的家族像と家族法

我妻・中川の現状肯定・妥協論に対しては、川島・来栖・磯田の3名が、「民法改正案研究会に属してその十数回の共同研究に参加し、多大の啓発、教示を受け」「新憲法・新民法が予想しているような、家族生活の新しいあり方を明らかにすることに努力し」「民主主義的な家族関係の諸原理を解明して、それとのつながりにおいて法律の規定を説明する」²¹⁾以下の見解を対置する以上の必要を認めない。ここに名をつらねる磯田は、1947年5月14日、「現在政府において準備中の民法改正案は……な少なからぬ点において不十分である。」と決議して修正希望を提示した「家族法民主化期成同盟」のメンバー（政治経済研究所員、のち東大教授）である。3名はいう²²⁾。

旧家族法の規定は、このような新憲法の諸規定に違反することは明瞭である。個人が戸主権や親権や夫権という権力に服従すると云うことは、個人の平等の原則に違反する。妻と夫との服従関係や、相続における長男の独占権も同様である。結婚について親の同意を要すると云うことは、個人の自由の原則に違反する。要するに、旧家族法が規定する「家族制度」は、新憲法の民主主義に反するのである。そこで旧家族法に代わる新家族法が規定されるにいたった。

戸主の権力は、個人の自由と平等という新憲法の原則に反するから、新家族法では否定される。したがって、その基礎をなしている「家」も法律の中から姿を消した。親の権力は、ただ子供が未成年の間に、その子供を独立の人格者に育て上げるための親の責任と、その責任を遂行するための権力とであるにすぎないものとなった。夫と妻とは完全に平等となり、妻は自

分の財産に対して完全に自由な支配を持ち得ることになった。相続も「家」観念から解放され、子供たちは平等の資格で相続に参加することになった（分割相続）……（中略）

このように、新家族法は旧来の家族生活を支えていた重要な柱である三つの権力（戸主権・親権・夫権）とその基礎である「家」をことごとくたおしてしまった。では、今後の家族生活は何によって支えられるのであろうか。家族制度というよりどこを失った家族生活、一家の中の中心であり支配者であるところの戸主を持たなくなった家族生活は、何の統一もないばらばらな人間のより集りになってしまうのであろうか。決してそうではないのである。

新家族法は新しい家族生活の原理・秩序・道徳を予想し前提している。それは、自由な独立な個人が自分の生活に対して全責任を負い、平等な独立者としてお互の人的価値を尊重しつつ協力してゆく、という民主主義的な道徳である。したがって、自由な独立な個人が家族生活の出発点でなければならない。すなわち、家族生活は、まず「家」から出発し「家」のもとに個人をおくというのではなく、自由な独立な個人から出発し個人の意思に基づいて種々の家族関係がつけられてくるのでなければならない。……（中略）

要するに、新しい家族法においては、夫婦と未成年の子がつくる共同生活体を中心であって、それをわれわれは新しい意味での「家族」とよぶべきことになろう。ヨーロッパやアメリカで「家族」family, famille, Familieとよばれるものは、このようなものである。新しい家族関係の性質がこのようなものである以上、それを維持するのは、もはや権威とか権力とかではなくて、独立な人間個人の相互の尊重であり、したがってまた、自分の自発的意思に基づく民主主義的な道徳である。

と同時にまた、家族関係において争いが起っ

たならば、そこには、それを解決すべきいかなる個人的な権威も権力もないのであって、道徳がそれを解決しえないかぎり、それを解決するのは当事者の自由な独立な意思と人格との基礎の上に立つ法律でなければならない。かようにして、法律は家族生活にとってまったく新しい意味を持つようになる。これまでの家族生活にとっては法律は権威や権力の基礎づけであるだけで、争いが起った場合には、これを法律で解決することはむしろできるだけ避けなければならないものであった。しかし、いまや新しい家族生活においては、不幸にして争いが生じた以上は、むしろ、法律によってこれを解決する以外に途はないのであり、また法律によって解決することが、最も望ましいこととなるのである。

明治以来、政府は、民衆に家族法を理解させることに少しも努力を払わなかった。政府の努力は、もっぱら封建的な家族制度を、「修身」として教えこむことにそそがれたけれども、民衆の法律教育に対してはまったく無関心であったのである。しかし、いまや、われわれの家族生活の最後のよりどころが道徳と法律とである以上、われわれは一方において、新しい家族道徳を確立しおのおのがこれを身につけるとともに、新しい家族法を理解する必要にせまられているのである。しかも、古い家族生活の道徳があまりにも力強くわれわれの日々の生活を支配している現在においては新しい家族法を理解することは、日本における民主主義をわれわれの日常生活において実現するために、まず第一に必要な事柄となっているのである。

2) 川島説

平易な解説書が説くこの趣旨を理論化したのが、以下にみる川島の所説である²¹⁾。

資本本制社会においては、生産手段を所有しない者もまた労働力の売手として商品交換の当事者となることが、生産の組織によって必然化

されており、だから、生産手段を所有しない者もまた法的人格として承認される。その結果、資本制社会においてはすべての人間Menschが法的人格Personとして承認される。近代の市民社会においては、このようなすべての人間の普遍的な属性としての法的人格に、道徳の世界における主体的人格が対応し、また、政治の世界における基本的人権および民主主義の観念が対応する。

すべての人間がこのような独立かつ平等な法的人格者であるところの近代市民社会においては、すべての団体関係はもはや協同体関係でなくなり、家族法および団体法を個人法的関係たらしめる。すなわち、—

(イ) 近代家族は、主体性をもつ個人の結合であり、それはもはや家長・親・夫の「権力」によって結合される「協同体」ではない。したがって、近代家族の出発点は自由な主体的個人であり、このような主体的個人の結合としての夫婦がつぎにあらわれ、独立個人への過渡的状态にあるものとしての未成年の子と親との関係がこれから発展する。これが近代家族の論理的構造である。

家族を構成するのは自由独立な(いわゆる「主体的」な)道徳的人格であるから、彼らの道徳的關係は主体性の自由の世界(道徳の世界)の問題として、原則として「権利義務」の外的強制の世界(法の世界)のかなたにおかれ、ただ家族における財産関係および特に重大な道徳侵害の場合にだけ法律上の関係として規律される。家族法—特に、1949年の改正法—がこのような性格をもつことは、多くの人々の非難のもととなっており、民法の家族法の規定の「唯物主義」・「個人主義」が非難されているが、このような性格は、家族関係の倫理的意義を無視または軽視するものではなくて、むしろその倫理的意義を高く評価するからこそ、これを自発的內面的な個人の自由意思の問題とするのであ

る。家族生活における道徳を政治権力によって強制することは、権力関係が家父長的性格をもつところの古代アジア社会の原理、もしくはその遺制である。(以下略)

(3) 立法観の相違と民法理論との関係

我妻・中川と川島らの対立は、彼らの家族法と財産法の関係、したがってまた家族法の特質に関する理論上の相違に起因するものとみられている。

渡辺は、家族法と財産法の関係をめぐる理解についての理論史的系譜を、伝統的理論(穂積, 中川), 家団論的立場(末広厳太郎, 戒能通孝, 来栖), 近代的市民的家族法の理論(川島, 磯野誠一, 青山道夫), 家族法の中核を私的保護法に求める立場(沼正也), 民主主義法学の家族法理論(利谷, 明言していないが, 渡辺もこの立場—筆者注)に5分する²⁴⁾。

このうち、本稿の関心から、中川と川島にそれぞれ代表される第1の立場と第3の立場を検討する。なお、穂積は、戦後の改正に直接関与はしていないが、衆議院司法委員会で公述人として、「今度の民法改正、家の廃止、家督相続の廃止の点は、新憲法に順応するためのやむを得ずというだけでなしに、本当に新日本の新家庭をつくるこれ(筆者注—「と」の誤りか)が根本になる」と、我妻、中川とは異なる見解を述べていることが注目される²⁵⁾。

さて、第1の立場は、財産法をゲゼルシャフト的原理にもとづく契約的・打算的な「個体法」、家族法をゲマインシャフト的原理に基づく非契約的・超打算的な「統体法」(共同体の法、中川独特の用語)であるとして分離し、両者の差異に重点を置く。その結果、民法学者に家族法学者と財産法学者という奇妙な区別が生じた。民法自体が別な法原理によって構成されていた旧法時代の理論であった、と渡辺はいう。

これに対し第3の立場は、家族法と財産法との本質的同一性に重点を置く。戦後、家族制度が廃止されて家族法と財産法の原理の対立が消滅し、家族法

が近代的市民家族を対象とする法として構成され、民法を商品交換社会たる近代市民社会の法原理によって統一的に説明することが可能となった。このような新しい状況の下で、川島説は、家族法の原理を財産法の原理の上へのせ、自由・平等・独立の法主体者たる家族員個人の権利義務関係として構築し、家族法を共同体の法から解放して、個人主義の原理によって再構成し、わが国に初めて、近代家族法の原理を、きわめて明確な形で体系化した。それは家族制度的法理を批判するのにきわめて有効な理論として、広く受け入れられ学界に大きな影響を与えた、とする。

しかし、筆者には、我妻・中川の妥協的・現状追隨的立場は、渡辺の分析にもかかわらず、理論そのものの問題というよりは、より多く、自らがその下で学問の骨格を形成した大日本帝国憲法・教育勅語・明治民法の「家」制度に緊縛され、戦前から戦後への政治・社会の根本的な変革にもかかわらず、そこからの精神的・思想的「断絶」をかちとれていないことに由来するものと思われてならない。

10. 近代的家族観と市民的家族法の立場

わが国家族法学の開拓者・中川は、昭和初期にすでに家族法(中川の用語では身分法)理論の骨子を完成させていた。その基本は、家族関係を1箇の「統体」として捉える独自の「統体法」理論であって、家族構成員相互の法律(権利・義務)関係として捉える「個体法」の発想はないため、近代的な家族法理論とはいえず、旧来の家族制度イデオロギーに親和的な特質をもっていた。その理論的境界を、戦後の新たな状況に則して創造的に再構築することは、もはや中川には不可能だったのであろうか²⁶⁾。

一方の我妻は、その終生の学問的営為の目標を「資本主義の発達と私法」に関する研究におき、民法全体をつらぬく一貫した解釈理論の形成をめざした。しかし、体系書『民法講義』は『債権各論 下巻一』(民法講義V₄)を最後に、未完のまま終わっ

た。

我妻は、(身分法の)研究成果を概観して、「研究の成果に関連・統一ができていないこと」と「理論的な構成が弱いこと」に「物足りなさが感じられる」と嘆いた上で、「身分的法律関係について理論的説明を与えることは、財産的法律関係におけるとは違った意味をもつものようである」²⁷⁾というのみで、それ以上踏み込んだ理論は展開していない。したがって、戦前来の相当数の業績も残されてはいるが、我妻家族法学の理論構造は明らかではなく、渡辺の整理の対象ともされていない。

しかし、両名とも、法(外部的強制)と道徳(内心の絶対的自由)を峻別し、法への道徳の混入を拒絶する近代法の基本原理想に目をふさぎ、改正法の下でも習俗上の「家」道徳の残存を容認する。さらに問題なのは、この法と道徳との2元的構成に立ち、改正法に相反する習俗、道徳を尊重すべきことを説いていることである。それが現実に果たす機能は、新法の下でもなお、「家」制度に絡め取られた広範な国民の半封建的・前近代的な意識を温存し、家族法の改革をせいぜい「民法応急措置法」の限度にとどめ、結局、支配層の利益に奉仕するものとなっている。戦後の変革を、唄らのいう戦前との「非連続」において受け止める余地は、2人にはない。

このようにみれば、渡辺が分類した改正をめぐる5つの立場(第4節)のうち、C型の中でさらに2分した論理はその深層において通底し、これをC₁とC₂にあえて区分することは無意味となる。渡辺の整理にもかかわらず、本稿が中川・我妻もC型の論理に吸収してよいとするゆえんである。

以上、3号にわたり、つとめて文献・資料自体に語らせる方法を用い、長い引用を敢えてして、「戦後家族法の出発点」を探ってきた。

これらすべての叙述を総合すれば、川島らが展開したD型の論理こそ、新たに成立した戦後家族法の内容、性質および歴史的意義にもっとも適合的な立場であり、現実の立法過程においてはじゅうぶんに容れられなかったとはいえ、「戦後改革の一環とし

ての民法改正」を「戦前との『連続性』と『変革性』ないし『非連続性』との統一において把握」する、唯一の近代的、民主主義的家族法理論なのである。

われわれが「戦後家族法の出発点」として確認すべきは、この立場を措いてほかにない²⁸⁾。

注

- 1) 『家庭裁判資料』第4号(最高裁判所事務総局, 1953年7月)107頁以下。家事審判所は民法の改正および家事審判法の制定により、裁判所法上は地方裁判所の支部として設けられたが、その後、少年法の改正により従来行政機関であった少年審判所を裁判所へ切り替えることとなった際、両者を合わせて1949年以降独立の家庭裁判所となった。
- 2) 唄孝一・利谷信義『『人事法案』の起草過程とその概要』, 我妻榮先生追悼論文集『私法学の新たな展開』(有斐閣, 1975年)所収, 471頁以下。
- 3) 我妻榮「家族制度法律論の変遷」『家の制度—その倫理と法理』(醜燈社, 1948年)所収, 287頁。
- 4) 臨時教育会議の淳風美俗論, 民法改正については川島武宜『イデオロギーとしての家族制度』(岩波書店, 1957年)のち『川島武宜著作集第10巻』(岩波書店, 1983年)所収, 200頁以下, 磯野誠一「民法改正」『講座日本近代法発達史2』(勁草書房, 1958年)261頁以下, のち同『家事調停制度の研究』(神奈川大学法学研究所, 1985年)所収, 203頁以下, 磯野誠一・磯野富士子『家族制度』(岩波書店, 1958年), ほか多数。
- 5) 穂積重遠「民法改正要綱解説(一)」穂積重遠・中川善之助編『家族制度全集 法律篇I』(河出書房, 1937年)328-329頁。
- 6) 穂積注5)前掲329頁。
- 7) 堀内節『続家事審判制度の研究』(中央大学出版会, 1976年)306頁以下。唄・利谷前掲475頁以下, 480頁。
- 8) 穂積注5)前掲329頁。
- 9) 川島武宜「臨時法制審議会における家族制度論

- 争の一断面—穂積重遠博士を中心として—」注4)
 前掲192頁以下、『著作集第11巻』(岩波書店, 1986年)所収, 264頁以下。カッコ内の速記録の頁は、すべて同書からの再引用である。発言者名の前の○△は、便宜上筆者が付けた。
- 10) 川島武宜注4) 前掲が「要綱第十」とするのは「第十一」が正しい。穂積の注5) 前掲「要綱解説(一)」332頁をはじめ、次注の各書の巻末索引も「第十一」としている。堀内注7) 前掲320頁には小委員会会議案(八)の次に(八ノ二)があったとの記載がある。後にこれを整序して(八ノ二)を(九)とした結果、「第十」が「第十一」となったものであろう。
- 11) 穂積重遠『親族法』(岩波書店, 1933年), 谷口知平『日本親族法』(弘文堂, 1935年), 中川善之助『日本親族法』(日本評論社, 1942年)など。
- 12) 我妻栄『親族法』(有斐閣, 1961年) 7頁。
- 13) 来栖三郎「学界展望—民法」私法1号(1949年)
- 14) 川島武宜『ある法学者の軌跡』(有斐閣, 1978年) 211頁。
- 15) 中川善之助『新民法の指標と立案経過の点描』(朝日新聞社, 1949年) 5頁。
- 16) 注15) 前掲 9-10頁。
- 17) 中川善之助『北向きの部屋』法学セミナー臨時増刊『中川善之助人と学問』(日本評論社, 1976年) 所収, 249-250頁。
- 18) 「親族法の改正—「法制審議会民法身分法小委員会における仮決定・留保事項(その二)」に関連して—」法律時報31巻9号(1954年)。
- 19) 我妻栄『改正親族・相続法解説』(日本評論社, 1949年) 3頁以下。
- 20) 西村信雄『戦後日本家族法の民主化 上巻』(法律文化社, 1978年) 4頁。
- 21) 川島武宜・来栖三郎・磯田進『法律学体系法律講話篇 家族法講話』(日本評論社, 1950年)はしがき, 2頁。
- 22) 注21) 前掲, 16頁, 19頁, 20頁以下。
- 23) 川島武宜『民法講義 第一巻 序説』(岩波書店, 1951年) 6頁以下。
- 24) 渡辺洋三「現代家族法研究序説—家族法と財産法の関係を中心に—」『山中康雄還暦記念 近代法と現代法』(法律文化社, 1973年) 276頁以下。のち、渡辺『法社会学研究5 家族と法』(東京大学出版会, 1973年) 所収, 1頁以下。
- 25) 注1) 前掲, 381頁。
- 26) 中川善之助「身分法の統体的性質について」『身分法の基礎理論』(河出書房, 1939年) 所収, 『身分法の総則的課題』(岩波書店, 1941年) 3頁以下, 『日本親族法』(日本評論社, 1942年) 13頁以下, 42頁以下, 『親族法(上)』(青林書院, 1958年) 14頁以下, 115頁以下。磯野誠一・利谷信義「中川家族法学の特質と問題点(対談)」注17) 前掲法学セミナー臨時増刊, 25頁以下。
- 27) 我妻栄 注12) 前掲はしがき, 2頁。
- 28) このように記述しても、問題はなお残る。渡辺が、「川島理論の背景には、商品交換社会としての近代市民社会論と、その家族における投影である近代市民家族論についての川島・近代市民法学的イメージがあった。しかし、それは、資本主義社会を、高度に抽象化した商品交換社会としてとらえた上で構築された理論であり、基礎的であればあるほど、歴史具体性をもうえない。それゆえ、川島理論は、近代市民家族法の理論ではありえても、それを具体的歴史社会におけるあらわれとしての資本主義家族法の分析に適用するためには、媒介項が必要である。その媒介項が明確でないため、川島説に対する批判も生じることになる」(注23) 前掲, 13頁)と指摘する問題点があるからである。学界でも消化不良のこの問題については、他日を期することとしたい。