

家族法における近代化

黒 木 三 郎

私に「家族法における近代化」というテーマで話をせよということですが、とくに報告というような用意もしておりませんが、法社会学会の時に西原教授が「現代家族と法」という報告をされまして私が司会をやりましたので、その話をききながら少し感想をもったのでございます。したがって今日の報告の内容がいま中村先生が「家」とは何かということでお話になった

ので、本来ならば明治家族法が成立するに到るまでボワソナー民法やイギリス、ドイツなどの外国法の思想が日本の家族法の中にどれくらい影響したであろうか、あるいは日本固有の家族制度というものが非常に強調されましたのでそういう相反する権利観念がどういふふうにからみあつて入ってきたのかということについて報告するのが本来だと思つてございますが、私は先程申しましたようにとくにそういう準備をしておりますので、今回はお許しいただきまして、家族の最近の動きをめぐつて、近代的家族法というものの行方と申しますか、その崩

壊の方も含めて、その問題について私の感想をお話したいと思うのでございます。

実は西原さんの報告を聞いておりまして、最近の家族の混沌といひますか、家族形態自体の混沌、混乱、或は多様性あるいは家族が家族員個人に対して与えている機能の不明確さ、特に戦後家族法が改正されて家族が家族制度に代るものとしてどういう支柱、ささえが残っているのかというふうな問題或は家族法でございまして、家族内の個人的な関係、夫と妻、親と子、或は兄弟姉妹、同居の親族というものに対して、これを権利義務関係としてとらえる場合の個人個人の主体性とそれを包括する家族との関係、或はその家族をめぐるイデオロギーとしての混沌、何かそういうものを目の前にして西原さん自身が非常に迷つておられるというような感想を持ったのでございます。しかし、これは西原さん一人だけの問題ではなくて、現在の家族法

学者に共通する問題ではなからうかと思うのでございます。それは現在の日本の国家権力が家族に何を期待しているのか、ということと関連するわけであらうと思います。「期待される人間像」などというものも出ているのでございますが、これは一体、家族との関係をどういうふうにとらえたいののだろうかという問題、或は昭和三二年頃を境として家族制度復活論をめぐる論議というものも消えてしまいましたし、今日におきましては家族制度復活などをとねる人は誰もいないわけでございますが、家族制度がいま中村先生のお話にもありましたように、非常に特殊日本的な家制度というものの連続の上にイデオロギーとして存在していたというものであるならば、戦後の機構改正によって家族制度は廃止されたけれども、果してそのイデオロギーというものはどこに行ってしまったのか、あるいは形をかえてどこかのすみずみにあらわれているものであらうかという問題、そういう家族制度に連続したものであるかどうか、或は法改正によって廃止されたから完全に断絶してしまったのか、その後に復活論があったのはただその残映と申しますか残滓が残っていた、それをめぐって復活論や反対論がたたかわされてきただけにすぎないというふうに考えていいのかどうかという問題が残るのではないかという気が致します。いま私は何も結論をもちませんので問題を提起すると申しますが私の

感想をのべるにすぎませんが、次にこういう問題があるわけです。家族は最近では日本でもそうなんですが、社会主義国家も含めて家族の解体現象、これは世界に共通するのではないだろうかという認識もあるわけです。家族の解体現象というふうに考える場合に、家の解体ではなく家族の解体なので、そこではその原型としての家族とは何であらうかという問題がこつてくるわけです。しかし歴史的な条件や社会的な条件を抜きにした典型としての家族を考えること自体がナンセンスだということになるのではないか、ということも考えられるわけです。私は家族の解体現象が世界に共通なのか、ということを示しましたが、これを法律的に見ますと、ソビエトにおける一九六八年の家族基本法において従来離婚が非常に厳格であったのが一定の条件のもとに、協議離婚制度がとり入れられたということや、イギリスにおきましては協議離婚まではいかなかったも破綻主義をとり入れていること、またイタリアで最近離婚法が出来たという報道を私は見ております。そうしますと、ここでもう一度一夫一婦制の原理というものに立ち帰って考えて見るという必要性があるのではないだろうか、という問題もあるわけでございます。

私がそう申しますのは決してこれは一夫一婦制原理にもとづいた近代家族法の原則又は原理というものを根底から否定しよ

うというふうな意図で申し上げているわけではないのでして、我が国の場合に明治の後期以後、一夫一婦制ということが問題になって、妾というものは民法の中には出てこないわけですが、けれども、これがある意味では西欧のキリスト教の影響だということもあります、しかし必ずしもそうではない、たとえば、安藤昌益などの考え方の中にはすでに一夫一婦制というものが出てくるわけであります。一夫多妻というのは封建制の支配階級が妾をたくわえることで、蓄妾の余裕のない耕作農民の間ではおのずから一夫一婦が守られていたのだということを安藤昌益は云っております。また特に、農民の間では、町人にくらべても百姓は妾をもつということは考えられないのであります。したがって一夫一婦制の道徳というものが、果してキリスト教的な道徳観というものを日本が継受したということなのかどうか、私は疑問をもっているわけであります。そこで家族の解体現象というものを考えてみた場合に、家族法としての法の限界、法でございまして強制手段として道徳や習俗や慣習とは区別されるわけでございますけれども、そういう国家権力によって保障された法というものが家族に対して介入していく、干渉してくるという場合についての限界性或は無力性というのが一つの問題としてあげられるという気がいたします。結局それは夫婦の間の生活費と申しますか扶養の問題或は親子間の

家族法における近代化

扶養の問題すなわち結局は金銭問題に帰着する、法の機能はそういう気がするのでございます。この問題は特に私は後で申し上げますが近代法としての家族法が、近代市民社会における家族法が、きわめて近代的な特質をもっている。しかし、近代法とは何か、法の近代化とは何か、という問題がございまして、一口で申しますと、私は近代法の特徴は、法と道徳、法と倫理を峻別する、道徳的な規範、倫理的な規範というものを峻別分化させるという、ここに一つの近代法の特徴があるのだと、云えるのではないかと思います。それと同時に、近代家族法は特に家族共同体、日本でいえば「家」でございますが、家族共同体から個人を解放するということが、入ってくるであらうと思います。この点は明治の初めの地券制度におきまして、家産から個人の財産の所有というものを認めるために地券を交付する。或はその後の登記法などにも、その問題はあらわれていると思いますけれども、家産からの個人の所有、個人の土地所有権の確立、自由化という問題が矢張り近代家族法の一つのメルクマールになると考えるわけでございます。そうなりますと、明治家族法を私は近代家族法とは考えないわけでございますが、一面では、家族員に財産所有能力を認めたということ、妻も財産を所有することができる、妻の名義で登記することができる、ただ夫が管理権を持っているだけである。家制度

は家督相続によって承継されるわけですが、遺産相続の場合はきわめて近代的な、男女平等にもとづく均分相続制度を規定しているのでございます。そういう点から考えますと、明治家族法も全面的には封建的な家族制度を規定したとは考えられない。矢張り近代的な性格を持っている。婚姻や離婚につきましても、親の同意や戸主の同意は必要としているけれども、当事者が届出ることが原則になっている。こういう点から、封建的な武士階級の家族法秩序から解放されたということはいえるのではないか。これは近代化の一步だ、ということが云えると思います。しかし、基本的には矢張り封建的な家父長制度でございます。戸主権に統率される家族共同体というものの、或は家督相続によって家産の承継をさせるという問題、或は男尊女卑である、長幼有序である、という点は近代的な家族法の原理とは明らかに相反する点でございます。そういう点から申しますと、戦後占領下においてはありましたけれども、憲法二四条にもとづいて民法改正が行なわれ、日本の家族法はそこでは近代化を完成した、ということが言えると思います。その原理は、個人の尊重と男女の平等ということであろうと思います。

次に、日本の家族法の特質としていつもあげられますのに内縁問題があるのでございます。この内縁問題はいったい特殊日

本家族法の問題としていつもとり上げられる、或は外国から日本に留学している人も日本の家族問題をとりあげ、日本の家族法を研究する時にはいつも内縁問題にとりつかれる、或いは、日本の学生の卒論でも婚姻法を勉強する場合には内縁の問題に最も興味を感じるといふことがあるわけです。内縁の問題というのは一体、なぜ特殊日本的であるのかということ、これは矢張り私は戦後の民法が婚姻の成立について届出主義をとっているからであろうと思うわけでございます。かつて法律主義が事実婚主義かという論争が戦前にもございましたし、戦後にも川島先生と杉之原先生との間でもございます。川島先生などは戦後民法が改正されて、家的な制約が全くなつたんだから、当事者が届出をしようと思えばいつでも届出られるのだから、法律婚でいいのだということをおっしゃいます。杉之原先生はこれに反対されました、法律を変えただけで人間の意識はそう容易にかわるものではないのだ、だからまだ家的なイデオロギーが日本の社会に残っている以上は法律婚主義でいいということはいえないという実質的な面をとりあげて事実婚主義を主張されるという論争がございました。私もこういう論争に刺激されました、この問題を考えたことがあるのでございますが、今詳しくこの問題にふれる時間はございませんが、私の問題意識は、日本の届出という形式の中に、憲法は当事者の意思

の合致、合意のみによつて婚姻は成立するということを二四条でうたつてゐるけれども、届出という形式の中に真に当事者の自発的な意思の確認という手續がされていないという気がいたします。私は前に、これをとり上げて問題にしたことがあるのでございます。この問題に関しまして、私は少し私自身の考えを述べているのでございますが、今日は申しませんけれども、西村信雄先生などもこの問題に対して非常に深くとりくんでおられまして、日本の届出主義というものは、法律婚主義ではないんだ、西欧の強制民事婚主義とは違うんだ、即ち届出主義は家的な意識を残した古い皮袋である、要するに新しい酒を古い皮袋にもつたんだ、ということ云われてゐるのでございます。私はそれを非常に興味深く、そして西村先生の考え方に同意をしてゐるわけでございます。内縁の問題については民法の婚姻の成立主義自体に問題があるわけでございますが、この問題に関しましては、意識的に今日の法体系の中では届出をしないという場合も起つてくる、たとえば自由労働者などは一世帯に一人しか職安に行つて職にありつけないということになりますと、結婚をしておりますと夫婦共稼ぎができるという問題も起つてくるわけでございます。それから、内縁の子、すなわち非嫡出子の地位というもの、これも私生子とか庶子という名称はなくなつたわけでございますが、今日、非嫡出子と嫡出子の

法律上の地位を比較してみましても、法定相続分が違ふというだけのことでございまして、他の法律効果に相異はない。それが、さらに社会主義国家におきましては、非嫡出子という言葉自体も東ドイツの婚姻法では使っておりません。「子供の父親と母親が結婚をしていない場合」という表現を使つていて、決して婚外子というような言葉は東ドイツでは使っていない。非嫡出子の保護や地位が向上してまいりますと、一体何のために婚姻の届出をするのか、婚姻の届出をして一体どこに法的な利益があるのか、という問題も一つの問題として起つてくる次第でございまして。こう考えますと、婚姻や家族に対して国家の干渉介入、広く申しますと家族を法体系の中にとり入れる、家族法の形成ということ自体が一つの問題になつてくる。できるだけ家族というものはもちろん夫婦や親子の間の愛情關係に委ねらるべきものでありますから、国家が干渉しないというに越したことはないと思いますが、さらにこういう考え方自体問題であらうと思ひますが、そういう問題もあるのでございます。山中教授などは特にそういうことを強調されて家族の中には国家は出来るだけ介入すべきではない、ということ強調されてゐます。

そこで原則的な問題といたしましては、婚姻の一夫一婦制度でございまして、これも決して近代法が実質的な一夫一婦制度

の保障をしていないという問題があるわけでございます。何故婚姻法は形式においては一夫一婦制をとりながらその保障をしないのかという問題、これにつきまして私は近代国家の道徳観或は支配的なイデオロギーが実は真に一夫一婦制をのぞんでいない、たんに形式的な一夫一婦制を制度化しているにすぎないという、形骸化といいますか或は欺瞞的な態度というもののあらわれではないだろうかという気がするわけでございます。すなわち届出をしていない夫婦関係、実質的な夫婦関係というのは、日本の場合には届出をしない場合には内縁の問題として何か紛争が起った場合に始めて部分的に夫婦の効力を適用する、紛争が起らなければ法律上はあかの他人であるということになる。それでは明治三一年民法自体が一夫一婦制を否定したということのイデオロギー的な根拠はどこにあるのかという問題が一つ残るのであります。これは家産の承継と申しますか、嫡出子に相続権を与えるという問題であろうかと思いますが、キリスト教的思想の支えというものがどの程度影響を与えているのかいないのかという問題があらうと思います。したがって私は一夫一婦が真に個人の尊厳と男女平等を原則として立てるべきであるということであるならば、届出制を打破しなければならぬ。即ち意識確認方式をとり入れるべきであると思うわけでありす。これは婚姻届のみならず離婚の場合につい

ても同じことが云えるのではないだろうかと思うのであります。私はこの家族と国家との関係、家族のなかに一体国家権力や法はどの程度介入すべきであるかということについて問題を提起いたしました。私は、国家は家族について放任していいという考えをもっているわけではないのであります。それならばその基準は一体何なのか、どういう基準で国家権力や国家法は家族の内部に入りこんで行くべきか、その基準は一体何なのかということが問題であります。しかし近代的な家族法の原理は今日個人の尊厳と男女の平等の保障でございますが、結局は経済的な協力扶助を含めた扶養義務の強化であらうと思ひます。即ち夫と妻或いは子供の間でも男の子供と女の子供、早く生れた子供とおそく生れた子供が全く平等にとりあつかわれていることを原則にしながら、相互の間に扶養義務、生活を保障するということに私は国家法の役割があらうと思ひます。最近ではわが国では核家族であるとかマイホーム主義であるとかいうことが云われておりますが、これはある意味では家族制度の実質的な崩壊を促進したということが云えるであらうと思ひます。したがって今日では核家族になったから、マイホーム主義になったから、家族制度を復活させなければならないなどとは云わぬ、むしろ逆にそれは企業資本の望むところであつたのではないだろうか、と思うのであります。それは福島先生のお

言葉を拝借すると、現在では天皇制護持と家族制度復活の題目はナンセンスで、保守党の票田の問題としても、農村に対して支持層を維持するためには、現金以外にはない。しかし結局は農村関係の近代化法は、いろんな近代化法をつくってその中に現金を与えるような制度をつくる。補助金という名目で金を出すという制度をつくっていく。これは中小企業においても同様であるということが福島先生の書かれたものの中にでております。今日は私は単に感想でございますので、失礼でございますが同感したわけでございます。

それから近代化と合理化政策のなかで、近代化ということが二つの意味で使われる。最近の一連の近代化法ですね、今私が具体的な法律の名前をあげる時間的な余裕がありませんので省させていただきますが、一連の基本法体制、或は近代化を促進するような法体系の中でいわれている近代化という言葉の意味は、経営の合理化であり技術革新であり、それからむしろ富農化を促進する意味での労働力の補給ということが、近代化の効果として期待されているのではないかとということが云えると思います。そして私は現在の国独資段階における日本資本主義経済の将来進むべき道、すなわち日本が資本主義体制のままで進んでいく道としてはこれ以外にはないのではないかという認識を国家がしているのではないか。しかし、このことは決して近

代化という意味が民主化を意味しているのではない。私は戦後の民法改正、家族法改正はたしかに日本における家族法の近代化であったと思いますが、それは同時に民主化であった。すなわち、戦後民法改正は家族法の近代化であると同時に民主化を形式的には完成した。形式的にはということを私は云わしていただきますが、家族法の領分を見る限りは非常に近代的な家族法である、と同時に民主的な家族法である、これ以上の近代化はされないという程度に完全な近代家族法の形式をとっているということが云えるのではないかと思います。しかし、それは実質的にはどうかと申しますと真に独立した経済力に支えられた自由意思による婚姻や離婚の条件は必ずしも社会的には確立されていないし、法律は保障していないと思うわけでございます。これはもう戦後二十年たったけれども、矢張り男女の平等ということは一向にテンポが上らない、社会的にはまだその具体的な保障がないと考えるわけでございます。

時間がございますけれども最後に私が最近考えておりますこと、最近関心をもつて居りますことを一言申します。家族法というものは最もイデオロギッシュな性格をもっているということです。そこで、家族関係を規律する社会規範は、もちろん国家法の役割もあるわけでございますが、しかし慣習や習俗や道徳というものが直接的に家族関係を規律する面が非常に強い

と思うのであります。私は、近代法の性格はさきほど申しましたように、法と道徳、法と倫理との峻別分化ということを目的としている。一つの例を申し上げますと、戦後民法改正の時に家制度を廃止したと同時に、この家制度と引きかえに第七三〇条が入ってくるわけです。第七三〇条を非常に強張されましたのは法律学者では最近おなくなりになりました牧野英一先生でございすけれども、日本の現在の家族法の中で私は道徳的な意味があるとすれば第七三〇条以外にはないと思うのでございす。そして皆さん御承知のように第七三〇条に對しましては我妻先生、川島先生、中川先生、青山先生など家族法学者はこぞって無用論を唱え、反って有害無益であるとする説もあり、改正当時から反對されたのでございす。したがって私はこの第七三〇条の規定が非常に近代的な家族法の原理と矛盾する性格をもっているということは否定しないわけでありす。勿論これは有害無益であつて、私は取除かるべきであると思ひますし、法制審議会の改正要綱では削除が仮決定されております。しかし、一般的に法と道徳というものを考へてみた場合に、家族道徳というものは法の立場からも非常に重要ではないかと思うのであります。最近一連の社会主義國家における家族法の改正がございましたけれども、この改正の中を貫いておりますのは矢張り法と道徳の一致ということであるし、道徳条項

が法の中へ非常に入り込んでゐるということが一つの大きな特色ではないかと思ひのであります。いちいち条文はあげませんけれども、ソビエトの新しい家族基本法の第一条においてもモラルという言葉が入つておりますし、そのほかの社会主義國家の家族法の中にも愛とか尊敬とか信頼關係とか誠実とかいふような非常な情緒的な言葉が入つてまいります。そして、むしろここでそれとは逆に利己的な或は物質的な打算を排するということが強調され、婚姻も打算を排した婚姻でなければいけない、利己的な婚姻や家族關係ではないけないということが法律の文章の中に強張されております。これは私は非常に特筆すべきことではないかと思ひのであります。で日本の場合は明治民法の中においてさえ、家族的な道徳観というものは言葉の中ではあらわれてきてゐない。ただ天皇制國家でございすので、いわゆる詔勅とか勅語の中にはあつたのであります。我々が学校生活を通じて少くとも月に一回ぐらい聞かされたのは、この教育勅語でございすますが、その中にも家族道徳は強張されてゐる。そういう形で従来の日本の家族道徳というものは、イデオロギーとして國民のなかに入つて來たのではないか、という気がいたします。そこで私は最近、家永三郎先生の日本道徳思想史というものを讀んでおりますと、大変面白い本でございまして、くわしく御紹介する時間がございせんけれども、貴族の

道德、武士の道德、武士は初めの方の武士社会、後の江戸時代の武士社会、また町人の家族道德思想、農民の家族道德、それから明治になりましてからは市民の家族道德思想というものが非常に文献を豊富にあげながら論じられております。私は、これを非常に興味深く読んだのでございますが、もちろん先程中村先生の御報告になりました日本の家というものが封建的な武士家族道德を基礎にして又それを取り入れているということは申すまでもありませんけれども、封建社会にも町人の道德は決して家制度ではない、むしろ義理人情を非常に尊重しておりますしそしてその武士階級の封建道德に対しては非常に非難をしております。本居宣長なども人の情の感ずること恋にまさるものはなし、などといっております。そして家永先生がとくに強張されておりますのは、私は原文を読んでおりませんので大変申しわけございませんが増穂残口という神家道だそうでございますが、儒教家ではなく神道家なんだそうですが、この人の考え方をしばしば引用されておまして、この残口が夫婦の結合を恋愛結婚を正しいとする道理を述べている、「仲人嬢が偽八百」といって媒妁結婚を排斥している。恋愛の情より出た結婚こそ「神人合体の夫婦」であるといつてこれを奨励しております。それからこの増穂残口という人でございますが、「凡人の道のおこりは夫婦よりぞはじまる。男女有りてしかして夫婦あ

り」と。其後神も仏も聖人も出給う事ぞ。しからば夫婦ぞ世の根源としれたるか。」といつて、親子関係より夫婦関係が人倫の基本にあるのだといつて強張している。これは、福沢諭吉よりも先駆をなしたのだということを家永先生が書いておられるのであります。そしてそういう考え方は、儒教家の間にもある程度理論的な支持者が出てくるとも指摘されているのであります。農民の道德につきましては、これは安藤昌益が非常に一夫一婦制の原理を説いておるのであります。明治になりまして、一方では家制度の形成ということがありますけれども、逆に又一方では思想的には福沢諭吉や植木枝盛や大西祝などが非常に今の中村先生の報告とは逆に夫婦や或は子が親に孝養をつくすというのではなくて、逆に、親の方が子を養うのが先なんだということ云々しております。これらは封建的な家族道德における価値の体系を転倒せしめるコペルニクスの見解であったということを家永先生はいっておられます。明治になってから男女平等とか一夫一婦制というものが強張されはじめますが、資本主義が熾熟してまいりますと、家制度が一方では法制化されておりますし、家族制度イデオロギーが強張されますし、そういう日本の天皇制資本主義下における一夫一婦制というものが実は決して真の自由意思による愛情を基とした一夫一婦ではないのだ、といつて、制度としての夫婦がむしろ自由な人間感情の

手かせ足かせになるのだという事に気がついて、むしろ結婚とか家族とかいうものに対する疑問をのべている考え方が出てくるわけでございます。石川啄木などの日記の中に妻に読ませたくないという文字で書いてある中つまりこれは夫婦関係というまちがった制度があるために起るのだ。夫婦、何と馬鹿な制度だろう、と云うようなことを日記の中に書いております。或は永井荷風は「いか程女に愛されても女を愛しても、私は家庭の幸福、子孫の繁栄等に思を及ぼす事はどうしても出来なかった。私の身には、結婚とは何であらう、家庭とは何であらう、子孫とは何であらうか、殆ど光明ある解釈を施す事が出来なかった」ということを言っております。或は芥川竜之介も「親子夫婦兄弟などと云うのは、悉く互に苦しみ合ふことを唯一の楽しみにして暮らしているのです」というようなことを書いています。これ等はそういうゆがめられた一夫一婦、真の愛情にもとづかない一夫一婦制度の破壊ということを意味しているのではないかと思うのであります。田岡嶺雲は「結婚なる者は何ぞ、人為の制のみ、虚偽の形式のみ。人為の制を以つて恋愛の自由を束縛する者也、結婚は夫婦の名の下にする異性の私有なり、愛情の壟断なり。生殖は恋愛を必とす、恋愛は両性の抱合を促す自然の牽引也。然れども恋愛は結婚を必とせず。云々」というようなことを云っております、こういう結婚制度自体に対

する疑問或は否定という考え方が明治期には出てくるのであります。

最後に、私は近代的な家族法は先程申しましたように、その家族を規定する法の中から倫理な規範や義理人情というような感情、情緒というようなものをとりのけてしまふということ、これが近代家族法の特色であらうと思います。そして個人々々をばらばらにした権利義務関係としてとらえようとするものであらうと思います。その意味では権利義務関係でとらえたということは明治民法での例外ではないわけでありまして、身分階層を家族の中に持込みましたので、戸主権というものも権利義務関係としてとらえるわけですが、そういう男尊女卑や長幼有序という前近代的な偽装的なモラルを合理化しながら権利義務関係として規制するのが近代国家の命じたところではないか。したがって我が国における家族法の真の近代化は戦後の改正によつて始めて形式的に達成されたというふうに思うわけであります。しかしそれは逆にモラルの喪失、近代的な一夫一婦制の形式化というものに限界があることを示したのではないかと思うのであります。以上、私は主として民法にあらわれた家族法のことについて申し上げましたが、本来ならば民法だけでなく、もっと今日の現代的な家族法は農業基本法や社会保障法や住宅法や労働法や少年法さらに税法なども含めた公法の中でも家族

を一体どういう風に国家法がとらえているかということをも含めて考えてみなければならぬし、また判例や特別法にあらわれた内縁法なども含めて現代の家族法体系を貫く原理は一体何であらうか、ということを考えて見なければならぬと思うのでございます。家族を安定させる原理は、単に近代的な家族法ではなく、近代的が実は民主的であるという事と矛盾しない近代的で且つ民主的な家族関係法でなければならぬ。しかも法と道徳の分化峻別は決して矛盾対立ではなく同一の方向を向いておらねばならぬし、また将来は統一さるべき問題である。これが家族を安定させるための真の原理ではないかと思うのでございます。たいへん括まりのない話を感じたにしましてまいりましたことをお許し下さい。