慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	民法改正の意義 (二) : 日本資本主義の發展と身分法
Sub Title	
Author	田中, 實(Tanaka, Minoru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1948
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.21, No.6 (1948. 6) ,p.33- 54
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19480601-0033

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

民法改正の意義（二）

——日本資本主義の發展と身分法——

田中實

第一　序　説
第二　舊法の史的役割
一　明治前期における市民法の形成
二　いわゆる法典爭議の志向
三　民法における財産法と身分法（以上五號）
四　身分法の作用と苦惱（本號）
第三　新身分法成立の意義

四、身分法の作用と苦惱

二三　前節においてわれ〳〵は、明治の民法が、その財産法の資本主義的性格にもかかわらず(1)、その身分法においてあきらかな封建遺制的な性格をもつていたこと、即ち我身分法の體系の中において家族關係法が指導的地位に立つていたことを知りえた。

以下においては、明治から大正、昭和にかけて、日本資本主義が急カーブをえがいて發展してゆく一方において、封建遺制的な性格を固着せしめられた我身分法、即ち「家」の制度が、いかなる作用を果し、またそれが、崩れゆく現實の「家」の前に、いかに苦惱し、動搖し、變遷してきたかを考察することとする。

（1）もちろん財産法の中においても、例えば小作に關する規定や、勞働關係に關する規定の不備等は、或意味で封建遺制的ということもできるであろう。しかし、それらは、いまは問題外とする。

二三　我國の資本主義が、その發達のための社會經濟的基礎條件の未成熟のままに――多くの封建的諸關係の殘存の上に――その歩みを始めねばならなかつたこと、そしてそのために、一方、官僚・軍閥の支援の下に資本の本源的蓄積が强行されてゆくとともに、他方、舊武士階級・農民層の沒落によつて大量かつ安價な勞働力がつくりだされたことは、先にも指摘したとおりである。

このことは、一方では、資本の集積が極力助長せられて大工業が急速に獨占形態に進むとともに、他方では、國民大衆、とくに農民の間の階級分化が著しく促進され、勤勞農民の多數がプロレタリア化・または半プロレタリア化したことによつて、その上に地主階級による封建的搾取が持續され、從つて農業における資本主義の進行を緩漫ならしめる結果となつた。また、これと結びついて、小規模の工場工業が廣汎に發生するに至つたのである(2)。

このような日本資本主義の跛行性――發展の不均等――から、「工業の發展はすばらしかつた。しかしながら農業では全く微弱であつた。一方においては資本の集中と生産の集積が著しく進んだ。だが他方では資本の微小と生産の分散が支配していた。資本は高い發展の水準に達した。しかし國民生活の水準は低く、貧しかつた」(3)というような日本市民社會の一般的な矛盾が生じたのであり、そして「こうした發展の不均等があつたから、工業の高い發展に

對していつまでも農業の發展がおくれていたから、そこから流れ出る廉い勞働力を利用しつゞけることができたのであり、農業の發達が低かつたが故に農村はいつも廉い豐富な勞働力を相對的過剩人口として工業のためにたくわえていたのである」(4)。

(2) 大塚金之助・渡邊謙吉「資本蓄積と經濟恐慌」(日本資本主義發達史講座所收)三頁以下參照。

(3) 井汲卓一「日本資本主義論」二七頁。

(4) 同二七—八頁。

二四 かくして、日本資本主義がその發展の一段階に達した明治中期において、民法・商法をはじめとする近代的市民法が形成されると同時に、はやくも「恤救法案」や「救貧稅法案」(いずれも明治三十年)が議會に提出され、また「職工法案」が成案となるというような社會法成立の萌芽がみられたのである。しかるに當時は我國資本主義の展開期であり、社會の關心は何よりもまず資本の集積と生產力の發展とにむけられていたために(5)、このような社會法の萌芽はもろくもつぶされてしまい、かえつて、激化する勞働運動に對處するために「治安警察法」や「行政執行法」(いずれも明治三十三年)のような警察的取締法規が制定されるに至つたのであり(6)、さらに、難航の後辛うじて議會を通過した「工場法」(明治四十四年公布)さえも、その施行は大正五年にまでもちこされたのであつた。

かかる社會法ないし社會政策の不振が、農業生產における地主と小農民、工鑛業生產における資本家と勞働者との間における封建遺制的な主從觀念——ひいては國民大衆の自主性の缺乏——と結びついたものであつたこともいうまでもないが(7)、しかも、資本の集積に苦慮するような弱點多き日本資本主義が、その發展途上において、プロレタリアートの窮狀をかえりみる餘裕のなかつたことも事實であつたであろう(8)。

（5）橋本「社會法と市民法」二九五頁以下參照。
（6）後藤清「勞働組合法の歴史と理論」六九頁以下參照。
（7）これは、一方では、いわゆる「慈惠」と社會政策との概念的混亂をもたらし、他方ではまた明かに社會政策の發達を阻止する原因ともなつていた。風早八十二「日本社會政策史」六頁以下、一一六頁以下、一四三頁以下參照。
（8）資本家がいかにプロレタリアートの窮乏狀態に故意に眼を蔽い、またいかにその「產業的」立場が國防的・富國强兵的立場と結びつけられていたかについて、風早前揭一二三頁以下參照。

二五　要するに、脆弱な產業資本は極力資本の集積を强行することによつてその發展を可能にされ、そして社會政策の缺如は必然的に勞働力の磨滅をもたらしながらも、なお現實には資本主義的收奪によるプロレタリアートのたえざる擴大再生產によつて補われてきたのであるが(9)、そこに「家」の制度が重要な作用をなしていたことも見逃しえないであろう。

まず第一に、財產を戶主一人に集中し、かつそれを特定の一人に包括的に相續せしめることを可能にする「家」の制度が、いかに資本の集積に役立つたかをみるべきである。卽ち、「家族特有財產を分在せしめる餘裕もなくて、むしろ、家族特有財產たるべき資本および所得をも戶主財產に統轄せしめ」しかも、「財產相續をも均分分割せしめる餘裕がなくて、できるだけ、資本の集積と分散防止のために集一的に家督相續による新戶主への承繼移轉を充用せしめることを必要とし、これらを結束して、脆弱な產業資本の發達轉化に役立たしめた」(10)のである(11)。

第二に、資本主義的生產樣式への發展を阻止せられた我國の農業經營が――しかも農地を收奪せられるために零細化することによつて――集約的な、手力による「家族勞働の合集」に賴らざるをえないのは當然であるが――その上に封建的な家族主義原理の存立が可能にせられることはいうまでもない――かれらは潛在的過剩勞働人口として、常

に産業豫備軍のもつとも有力な供給源となつたのであつた(12)(13)。そして終極的にみて、これらの事實は、戸主の經濟的地位を確立する反面において、家族員のそれを全く弱體化し、かれらをして一應生産手段をはなれて單なる勞働力の賣手となるかまたは生産手段に固執して「家」の隷從者となるか、いずれかの道をえらばせるに至るのである。しかし、いずれにせよ、「家」から完全に解放されることはありえない。

第三に、「家」によつて結びつけられた勞働者の賃銀はしば〳〵家計補助の形態をとる——典型的な例をもつて示せば、貧農家族の子女による紡績および製糸女工勞働の如き——ことによつて過當に低く評價され、そしてその特殊形態の故に報酬の低さにたえて資本のために奉仕したのであり、第四に、「家」の經濟を維持すべき必要勞働力のすて賣りによつて、かえつて「家」の全體的經濟の破綻が早められる——例えば、健康を失つた子女の「家」への復歸をみよ。いわばそれは一人の榮養不良のかわりに一家族全體の榮養不良となる——さらにまた、失業あるいは老朽した勞働者はその「家」へ寄生して生活をつづけてゆく(14)。かようにして「家」を核心として家族員がたがいにもたれあうことによつてその乏しい生活が維持され、かつ結局はたがいに寄生しあうこと、そのことによつて、家族全員のプロレタリア化が徐々にひきおこされたのであつた。

いゝかえれば、こゝにわれ〳〵は「家」の制度が資本主義發展のための重要な作用を果したとともに、さらにある意味において、社會法ないし社會政策の肩代りとしての役割をも演じていることをみることができるのである。が、實はそこにこそ、民法（身分法）の中に「家」の制度を固着せしめた、かつての延期論の志向の結果があきらかに見出されるのであり、かつまた、我國資本主義の發展が一頂點——本格的獨占への轉換——に近ずき、その强行的發展に伴う階級分化が決定的に促進されるに至つた大正中期より、いわゆる「淳風美俗」の名の下に、家族制度の再建が

試みられるに至つたゆえんをも見出すことができるであろう(15)。

(9) 我國民一般、ことにプロレタリアートの死亡率がきわめて高いことは周知の通りである。これに對しては、出生率の高ささえそれを償うことはできなかつた。無産大衆の增加は、中産階級からの沒落によつてのみ可能である。玉城「日本家族制度批判」三一八頁以下の統計參照。

(10) 平野「日本資本主義の機構と法律」八六―七頁。
平野氏は、前稿において筆者の引用した民法および法制史に關する諸論文を集めて、最近右の一書を編まれた。以下同書によつて引用する。

(11) 家産相續の効果はもつともよくこの點にあらわれている。なお、土地資本については、すでにエックスタインの指摘しているところである。(中川「エックスタインの日本親族法論」國家學會雜誌四〇卷五號一頁以下參照）また青山「日本家族制度の研究」一八二―三頁參照。

(12) 平野前揭八七頁參照。

(13) この場合にも、家産相續は農民をその土地に緊着せしめる作用をなすが、それはむしろ第二次的な作用というべきであろう。なお、戸籍上の分家手續が容易に行われないことについて、川島武宜「日本社會の家族的構成」六一頁參照。

(14) 井汲前揭二五―七頁參照。

(15) 大正六年臨時教育會議が設置され、淳風美俗維持の一內容として家族制度の尊重があげられた。それは、一面では、民法制定にあたつて全面的に志を通すことをえなかつた、かつての延期論の不滿が尾をひいていたと考えることもできるであろう。我妻「家族制度法律論の變遷」(上）法律時報一八卷一〇號四頁、(中）同一一號一九頁參照。この點については後に再び言及する。(我妻教授は最近右の論文をも含めて「家の制度」という一書を公にされた。同書一六八頁、二〇四頁參照。以下引用は同書による。）

二六　くりかえしていうが、我國のような後進かつ弱體の資本主義が、先進歐米の資本主義に伍して世界市場に角逐するためには、第一に資本を最大限に集中、利用することと、第二に勞働力をできうるかぎり低廉ならしめることを

必要とする。これは必然的に勞働者、および產業豫備軍の供給源としての農民に對する極度の誅求となつてあらわれざるをえない。

かくて、發展してゆく日本資本主義のかげには、プロレタリアートの際限なき窮乏、沒落が現出されたのであり、しかもそのゆえに、生活戰線よりたえず脫落、消耗してゆく勞働力の補充が容易に可能となつたのである。そして、激化してゆく社會惡——貧困、無知、病氣、犯罪、暴動等々——を防止するために、多額の資本をくう社會政策の代りにかえつて强壓的な警察的取締法規がおこなわれ、またしば〳〵「家」が社會政策の不足を補う作用を果すべきものとして强調、維持されてきたのであつた。われ〳〵は、こゝに、プロレタリアートの狀態が惡化し、現實の「家」が刻々に崩壞してゆくにもかかわらず(16)、社會政策が拒否され(17)、いなかえつて、アナクロニスティックな「家」の再建がとなえられ、家族制度理念の昂揚が叫ばれねばならなかつた理由をみいだすのである(18)。

(16) 「家」の崩壞は、とくに勤勞階級において著しい現象としてあらわれるが、例えば一家族世帶の構成の變化と少數化——夫婦およびその子女とよりなる場合の增大、はなはだしきは家族分散、ルンペン化に至る——居住の移轉の激化(とくに寄留・出稼・移住の多いこと)などに端的にみられる。このことは、さらに世帶內の生計が世帶主の收入のみでは不足し、世帶員の補助收入に依存する程度が高くなることとあいまつて、「家」の制度の實質的基礎を失わしめるのである。これらの點については、長沼宏有「家族制度と家族生活」(法律時報六卷五號)一六—七頁、末川博他三氏「うつりゆく家」二四頁以下、玉城「家族論」七九頁以下、末川「家とその經濟的機能」(法律タイムズ一卷八號)三四—六頁、古島敏雄「家族形態と農業の發達」一四五頁以下等參照。

(17) 例えば、明治四十一年五月內務省地甲三三號は、ほとんど唯一の社會法であつた恤救規則(明治七年)に大きな制限を加え、その實効をうばつた如きは、その著しい一例である。橫本前揭二九六頁參照。

(18) 例えば、東北の農村から子女があるいは女工にあるいは娼妓に賣られてゆく。そこに、いかに「家」のためにという口實がつけられ、または「親孝行」というような理念が誇大に主張されたことであろうか——戶主權(親權、夫權)は

しば〳〵家族員（子女、妻）を賣却しうる權力でさえあつた。また、都市の工場のはげしい勞働に健康を失いあるいは老朽した人たちが故郷の親類をたよりに歸つてゆく。そこに、いかに「親族自治」というような道義が强調されたことであろうか――親族相互扶助はしば〳〵親族共同沒落をさえ結果した。さらに婚姻も勞働力の補充の意味をもつ。そして男性中心の「家」の制度によつていかに女性が束縛され、又「夫唱婦隨」というような道德によつて壓迫されたことであろうか――女性は男性の所有物であり、しば〳〵勞働力の補充および再生產の道具にすぎなかつた。女子に對する中等程度以上の敎育がきわめて不振であつたことは、もつともよくこれを證明するものである。

このようなことは、一々のべるまでもなくもはや常識であろう。そしてわれ〳〵はこれらの事實に面をそむけることはゆるされないのである。もとより親族の共助、また秩序ある家族生活は家族制度の美しい一面である。しかし、それだからといつて、家族制度を愛惜するのあまり、その美點と缺陷とを見誤つてはならない。當面の問題は、現實の日本資本主義社會において家族制度がいかなる役割を果したかである。而して、家族生活をいかに安定せしめ、いかに維持してゆくべきか、その方策こそわれわれのまじめにかつ冷靜に考究しなければならない問題なのである。

二七　以上を要約するに、基本的矛盾を內含する日本資本主義の急速の發展、そのために典型的な市民法が準備されると同時に、はやくも社會法が芽を出しはじめたこと、しかもその芽が容易に成長しなかつたこと、これらの事實の間にあつて我身分法は、その封建遺制的な性格、構造によつてユニークな作用をいとなんできたのであつた。いわば、「家」の制度は日本資本主義發展のための一つのすて石としておかれていたということも、必ずしも不當ではないであろう。

しかしながら、現實の「家」はついに崩壞してゆくことをやめない。ばかりか、資本主義の發展が高度化すればする程、ます〳〵それは早められ、民法上の「家」と現實の「家」とのギャップは深刻化してゆく。

かくて、家族制度をめぐつて世論・學說が紛糾をかさねている間に、現實社會と密着する判例理論は躊躇しながら

もしだいに「家」の制度を緩和する方向をたどり、これについて學說・立法も曲折、動搖を示しつゝようやくその歩調をそろえてきた。

以下、崩壞してゆく現實の「家」を前にして判例・學說・立法がいかに變遷してきたかについて、それ〴〵簡單な分說を試みることとする。

二八 まず判例は、裁判による法定立作用をなす裁判所が、法を具體的事實へ適用するにあたつて、いかに封建遺制的な親族相續法の規定を修正しあるいは排除して、形式的「家」と實質的「家族生活」とを調和せしめねばならなかつたかをもつともよく示している。（判例については、長沼前揭一八—九頁、杉之原舜一「判例親族法の研究」三頁以下、青山「判例身分法研究」七頁以下の諸論著から多くの示唆をうけた。）

（一） 戶主の居所指定權の制限

舊法七四九條は、戶主に家族の生活を監督する權利として居所指定權をあたえ、その居所指定に從わざる家族に對する制裁として扶養義務の免脫と離籍權とを認めていた。もともとこれは「家」の維持統制のために認められたものであり、從つてその本來の性質上「一家整理上ノ必要ヨリ家族ヲシテ其居所ノ指定ニ從ハシムルヲ期スルニ在」（大判明治三三・三・一三、民錄三卷六五頁）るものであつて、「家」のためにはその行使は絕對無制限に許容さるべきはずであつた。しかるにこの居所指定權ならびに離籍權は、民法施行後數年ならずしてはやくも大きな制限を加えられるに至つたことは周知のことである。卽ち、明治三四年六月二〇日の大判（民錄六卷四七頁）は「家族ハ戶主ト同居スルヲ通例ナリトスルモ其家政上又ハ家族ノ營業若クハ生計上等ノ關係ニ於テ不利ナル場合ナキニ非」ざることを認め、かつ「戶主ハ何等ノ理由ヲモ竢タズ隨意ニ居所ニ關スル命令ヲ下シ家族ヲシテ其居ニ安ゼザラシメ、其命ニ從

ハザルコトヲ口實トシ離籍ヲ爲スガ如キ」は許しがたいところであると主張して、率直に戸主權は「絶對無限ニ行使スベキ權利」でないとしたのであつた。この判例は、もちろん「立法趣旨ニ適合スル範圍内ニ在リ」というような論理的抽象的ないいまわしを用いてはいるが、實質的にみれば、それは、「家」が現實に有している社會的な機能とその基礎とがしだいに變化しつゝあることを承認したものであり、實は「家」よりもむしろ「家」と對立するに至つた家族個人の福祉を保護せんとするものであることはあきらかであろう(19)。

かくして判例は戸主權に對してはやくも權利濫用の理論を適用し、かつその態度を確立するにおよんで、意識的たると否とを問わず、結果的には「家」そのものの崩壞を容認し、さらにそれを促進せしめることとさえなつたのである。その後かゝる理論をうけつぐ判例は數多く堆積して(20)、大正十四年「民法親族編中改正ノ要綱」第八ノ二における「民法第七百四十九條第三項ヲ削除スルコト」の一項となり、ついに昭和十六年法律第二一號を以て舊法七四九條三項の改正をなさしめるに至つたのであつた。

(19) 判例のいわゆる「一家ノ整理上必要ナル範圍」が實質的に何を表明するものであり、また居所指定權行使の限界線が現實にいかなるところにひかれているかについて、杉之原前掲七頁以下、青山前掲一〇頁以下參照。

(20) 例えば、明治三四・一一・二一大判（民錄一〇卷八〇頁）、大正六・八・一七大判（民錄一二二三頁）、昭和五・一〇・二八大判（法律新聞三二〇三號一六頁）、昭和一二・四・八大判（民集四一八頁）等。

（二）戸主の同意

舊法においては、戸主は家族の入籍又は去家に對する同意權（七三五條一項、七三七條一項、七三八條一項、二項、七四三條一項、二項）および家族の婚姻または養子緣組に對する同意權（七五〇條一項）をあたえられていた。

これらの同意權も、その本來の性質については前項の戸主の居所指定權と同樣であるが、居所指定權についていち

はやく権利濫用の法理が適用されたのに反し、同意権について制限が加えられるに至つたのはようやく最近になつてからのことである。それは、あるいは、戸主は家族に対する扶養義務を負擔しているから、家族の範圍の變動について戸主は大きな利害關係をもつためであるといつてもよいであろう(21)。

しかし現實には、比較的はやく「戸主が家族ノ結婚式擧行ニ同意シタル事實」によつて戸主の同意が擬制される(大正一二・一二・二七大判、民集六九六頁)(22)というような側面からの制限が加えられており、また近時戸主の同意權も「一家ノ統制ト安寧幸福トヲ所期スルモノニ外ナラザレバ」「一家ノ統制上何等妨グトコロナキ以上」その絶對性は否定さるべきだとされ(昭和一〇・一〇・一一東地判、新聞三九二四號九頁)、さらに「戸主ノ同意ハ」「戸主權ノ濫用ニ渉ラザル限リ戸主ノ自由任意ニ決定スベク……」(昭和一二・一二・一大判、民集一六九一頁)というように暗々裡に同意權に對する制限を肯定するに至つたことからみれば、同意權に關する判例の動向もまた居所指定權の場合と方向を同じくするものであつたとみることができよう(23)。

(21) 杉之原前掲三六—七頁參照。

(22) 婚姻に對する父母の同意についても同樣の法理を適用した判例がみられる。即ち、大正五・三・二四大判(民錄三七〇頁)は同意が不要式なることを明言して、結婚式の際の「祝意ヲ表スル爲メ糯米小切等ヲ贈リタル事實」をもつて婚姻同意を擬制し、また大正六・四・七大刑判(刑錄二八二頁)は、戸籍吏は婚姻同意なき婚姻屆を故意に受理しても罪責をとわれることなしとして、右の法理を間接に基礎ずけ、さらに大正一二・七・二三大判(民集五一八頁)は未成年者の單獨になした分家屆を有効と認めた。

(23) 以上の二項目においてみた戸主權の制限についての判例の動向は、「家」の制度がいかに有名無實化しているかをもつともよく證明するものである。さらにこれと同時に、親權および夫權についての判例をもうかがうことは、舊法における父系父權的な封建的家族原理がいかに現實の家族生活にとつての桎梏となつていたか、そしてそれが判例によつて

いかに緩和されつつあつたかを知るに役立つであろう。しかしいまはその點にまで言及する餘裕をもたない。青山前掲四二頁以下參照。

（三）財産歸屬の推定

舊法七四八條は家庭内の財産は原則として戸主の財産と推定していた。この規定は、家督相續とあいまつて戸主の經濟的地位を確保するものである。しかるに資本主義の發達に伴う社會生活の變動とともに、家族員の對外的經濟活動の機會が多くなり、その特有財産はしば〳〵增加する。とくに家族員が別居し別の世帶を形成するに至る場合はもちろん、戸主が年老いてなお隱居せず、かえつて家族たる子女によつて扶養せられる場合も珍らしくない。かくて舊法七四八條の規定はほとんどその意義を失うのである。

家族員が戸主と別居している場合に、その住居にある財産を戸主の財産とみずにその家族員のものと推定する態度は、判例の古くより確立しているところである(24)。

これに反し、同一世帶内において、戸主以外の者が事實上世帶主たる地位を占めていた場合について、大正四・六・二大判（民錄八七〇頁）は、形式的に舊法七四八條二項の推定は「之ヲ一家中戸主タルノ事實上ノ權力ヲ有スル者ト其他ノ者トノ間ニ於ケル財産ノ所屬ニ付キ準用スルコトヲ得ベカラズ」然らざれば「戸籍上ノ戸主ナルモ戸主タルノ事實上の權力ヲ有セザル者ハ右ノ推定ヲ受クルコトヲ得ズ」從つて明規にそむくこととなるとなしていたが、後いくばくもなくこれを改めて「戸主ニ家計ヲ樹立スルノ資産ナクシテ、一定ノ職業ヲ營ミ居ル家族ノ庇護ノ下ニ立ツ場合ニハ、其家ニ在ル財産ハ一應家族ノ財産ナリト認むべきだとするに至つた（大正六・一一・二八大判、民錄二〇一三頁）。

この理論は、あきらかに、家庭内の財産歸屬の推定基準を形式的な戸主對家族の關係でなく、現實の世帶の狀態に求めたものであり、家族生活の實態をうけいれたものというべきである。

(24) 明治四一・四・四大判（民錄三八〇頁）、大正一一・一二・一一大判（新聞二〇七九號二〇頁）

(四) 廢　家

舊法七六二條二項は、家督相續によつて戸主となつた者から原則として廢家の自由をうばい、例外として、本家の相續又は再興、その他正當の事由ある場合のみを認めていた。

かような廢家の制限は、もとより「家」を絶對視する思想にもとずき、「家」の永遠の繼續をはかることを目的とするものである。もちろん現在もなお國民大衆のかなり多くのものにとつて（とくに農漁村において）、「家」は觀念的には一應問題とされているであろう。しかし、それが徐々に變化しつつあることも周知のとおりである。從つてもし「家」の存續が固執されるならば、それはついに桎梏以外の何物でもありえない。かくて判例はしだいに廢家の制限を緩和する方向をたどるのである。

大正一〇・一二・一七東地決（法律評論、民一一八一頁）――新立わずか二代目の貧困なる戸主が「一身上其發展幸福ノ爲メニ」他家に「入夫婚姻ヲ爲サシムル爲メ」廢家することはやむをえざることであり、正當なる廢家事由となる。

大正一三・二・一八東地決（新聞二二二四號五頁）――何等の資産なき女戸主が他に嫁入りするのは、その「永遠ノ幸福」であり、かつ廢家しても「他ニ利害ヲ及ボスベキ憂」がない場合には正當の廢家事由となる。

これらの判例がいずれも單なる「家」の繼續よりも個人的な幸福を問題としている點は注目せらるべきである。

（五）法定隱居の擴張

舊法七五四條二項は、戶主の婚姻について法定隱居の成立を認めていた。これはすでに婚姻尊重の思想を示すものとして注目に價するが、判例はこれを養子緣組にまで類推擴大した。

大正五・一・二〇大判（民錄四九頁）は、まず「緣組ノ無效ナルハ第八五一條各號ニ列擧シタル場合ニ限ル」となし、つぎに「民法上婚姻ト緣組トハ……孰レモ重要ナル身分上ノ關係ヲ生ズル行爲ニシテ二者ノ間輕重ノ差別アルモノニアラズ」と論じて、七五四條二項の規定を緣組の場合に準用することを「民法ノ法意ニ適シタルモノト認」めたのであつた。昭和六・一二・一八大判（新聞三三六六號一一頁）もこれをうけつぐものである(25)。

(25) 但し、幼年戶主の父の代諾による緣組の場合は「同日ニ論ズベカラズ」（昭和一一・一〇・三〇大判、民集一九二六頁）とされる。幼年戶主の保護としてもとより當然であろう。

（六）法定推定家督相續人の去家禁止の緩和

舊法七四四條一項は、原則として法定推定家督相續人は去家しえないものとしていた。去家によつて相續人たる地位が失われるのを防ぐためであり、わずかに二つの例外が認められていたにすぎない（同條一項但書、二項）。しかしかくては法定推定家督相續人の婚姻緣組等の自由は著しく制限される判例は例外を擴張する態度を示す(26)(27)。

昭和六・七・三一大判（民集六二三頁）は、七七八條によれば「婚姻ハ同條各號列記ノ場合ニ限リ無效タルベキモノナレバ法定ノ推定家督相續人」の場合であつても「其ノ屆出ニシテ受理セラレタル以上」その婚姻は有效と認められるとなし、また大正九・二・一〇大判（民錄一六三頁）は、この理論を法定推定家督相續人たる私生子が認知により庶子として父の家に入る場合に適用し、さらに昭和三・九・七大判（民集七三一頁）は養子緣組の場合についても

適用している。

(26) 青山「判例身分法研究」一七七頁以下參照。

(27) とくに法定推定家督相續人が女子である場合、しば〳〵男子の養子緣組および離緣という手段を利用することによつて、右の去家禁止は現實には全く無意味ならしめられていたことは周知のことである。これについては、中川「女の一生」五三頁以下に興味ある叙述がある。

(七) 廢除事由の擴張

舊法九七五條は、法定の推定家督相續人について一定の事由があるときには、被相續人はその廢除を裁判所に請求しうることを規定していた。その趣旨は、相續の原則を安定せしめんとするところにあるのであつて、その廢除事由として列擧されているものが、いずれも「家」の立場を中心として考えられているものであつたことはいうまでもない。しかるに判例は、同條二項にいわゆる「正當ノ事由アルトキハ」を根據として、さらに相續人個人の立場をも考慮する方向をたどり、廢除事由を擴張しつつきた。

例えば、いわゆる「跡取り娘」を他家へ嫁いらせる場合の事案に關する判例は、その適例である。その趣旨は、古くすでに、明治三九・六・四東控判（新聞三六一號一五頁）によりあきらかにされているが、この理論は「他ニ相續順位アリテ家督相續ニ支障ヲ生ズル虞ナキトキ」（大正一四・九・一〇東地判、法律新報五四號、その他昭和二・三・三〇東地判、新聞二六七七號等）はもとより、さらに、「家督相續人曠缺スルニ到ルベシト雖ドモ」本人の幸福をはかるべきだというほどにまで發展している（大正一〇・九・一六東地判、新聞一九〇九號一七頁）(28)。

(28) これは前出註(27)の事例とともに、實際上「跡取り娘」の嫁いりを容易ならしめるのに大いに役立つていた。その他、あるいは養子にやるためといい、あるいは學問研究のためといい、いずれも本人の個人的立場を問題とする

ものである。穂積重遠「相續法」第一分册一五二頁以下參照。

二九 以上主として「家」の問題に關連する判例の動向を考察してきたが、とにかく「家」の制度の弛緩という結論を導くうえに大體十分であろうから、一まずこれで判例の回顧をおわる。以下は學說、立法の概觀を試みることとするが、いかんながら筆者は、いま、それらについて詳細な涉獵をなす餘裕をもたない。また、とくに學說については、すでに我妻教授の綿密な論文（「家族制度法律論の變遷」上・中・下、時報一八卷一〇―一二號。「家の制度」に所收）が存在する以上は、あらためてそろうな觀察を加えて屋上屋を架するにも及ぶまいと思われる。

筆者としては、ただ、つぎの諸點を指摘しておけば足りる。

第一に、家族制度維持論者たると、または廢止論者たるとを問わず、明治末年より「家產制」の論評ないし主張がさかんになつてきていることである。即ち民法施行直後の穗積八束、奧田義人、梅謙次郎らの說がきわめて觀念的であるのに反じて、その後、維持論者としての石坂音四郎、穗積重遠、河田嗣郎ら、廢止論者としての岡村司ら、いずれもニュアンスの差こそあれ「家產制」の必要を主張している。これは、あきらかに、日露戰爭前後より著しく促進されるに至つた國民――とくに農民――の階級分化、および農業危機の表面化とつらなるものである(29)。いわゆる「家產制」論が、主として中小農業家族を目標としていることはいうまでもないことであろう。

(29) 平野「機構」二三二頁參照。

第二に、維持論者にして、かつての穗積八束のごとき「大家族」の讃美論が影をひそめて、「小家族」制の主張が通說的地位をしめてきたことである。好むと好まざるとにかかわらず、「家族」の崩解を容認せざるをえなくなつた事情をもつとも端的に物語つている。

第三に、大正中期において、家族制度論がいわゆる淳風美俗と結合せしめられ、その再建が叫ばれるに至つたことである。第一次大戰を境として我國の資本主義が完全な成熟をとげ、その内包する諸矛盾がめだつにおよんで、ようやく社會不安の激化しつつあつたことを思えば、いわゆる淳風美俗論が社會矯風的な意圖をもち、當時の社會救濟事業の活潑化と表裏をなすものであることはあきらかである。失業對策はこゝにはじめてとりあげられ(30)、「我國古來家族制度の恩賞」(大正六年、臨時教育會議における建議第二)(31)がふたたび問題とされたわけである。

(30) 風早前掲二八一頁以下、三四四頁以下參照。

(31) 我妻前掲二三三頁參照。

第四に、右の家族制度尊重論が、そのかけ聲にもかかわらず難航をつづけ、結果的にみれば、必ずしも十分には實をむすばなかつたことである。現實の社會ないし家族構成を前にして、空虛な淳風美俗的家族制度論が全く無力であり、ほとんどなすすべを見出しえなかつたのは當然のことであろう。

第五に、このような空しい家族制度尊重論が、その後しば〳〵くりかえされたこと、そしてそれがついに單なるかけ聲におわつたことは、あらためて說くまでもない。比較的あたらしくは、昭和十五年末の戸主選擧制問題にまで尾をひいたのであつた。

しかし、迂餘曲折はあれ、けつきよく形式的な家族制度論は、現實的な世帶制度論へと轉向しつつあつたということができよう(32)(33)。

かかる世帶論の有力化は、大正末期以降、我資本主義社會の諸矛盾が徹底的に激化し(34)、それをすくうために社會立法の必要が焦眉の急をつげつつあつたこと、ひいては内容を失つた家族制度論が停滯・無力化しつつあつたこと

をあきらかに示すものである。

（32）例えば、中川「隨想家」一八三頁以下參照。えんきよくな筆致ながら、「家」の形式的な維持繼續よりもその經濟的安定を中心問題とすべきことを力づよく論じておられる。

（33）これと同時に他方では「私法關係の當事者としての家團」の提唱がある（末弘嚴太郎「民法雜考」三七頁以下、同「民法雜記帳」二一〇頁以下參照）。家團を實在の社會構成者の一つとみようとするものであるが、「家」を現實的に把握しようとするものである點において、右の世帶論と同一線上にあるといつてよいであろう。

（34）それがいわゆる資本家的合理化によつてもたらされる生產の增大と、失業者群の增加による需要の減少と、さらに獨占價格の形成による市場價格の維持と――要するに生產と市場との矛盾にもとずくものであり、しかもそれが世界的な連關をもつものであること、もちろんである。野呂「發達史」（鐵塔書院版）緒言二頁、岩波版全集第一卷三三〇頁參照。

ただしこの深刻化した矛盾は、昭和年代に入つてから、滿洲事變を契機とする經濟界の景氣恢復に伴つて一旦緩和される傾向を示す。そこに、家族制度論再興のための餘地がつくられるのであるが、それは、さらにその後、戰時の思想政策および國家主義思想の興隆とむすびついて有力化すべき機會を見出す。その一つのあらわれが、昭和十五年末の戶主選擧制問題であることは、すでにのべたとおりである。（中川前揭はこの問題に關する論稿である。）

三〇　最後に、立法――民法改正問題の經過を一べつすることとする。

親族相續法の改正事業は、大正末期、即ち民法施行後二十數年にして早くもその歩みをたどりはじめたのであるが、その後の經過は、我國資本主義發展の跛行性を反映して、はなはだしい紛糾を經驗しなければならなかつた。即ち先にも指摘したように（二五）參照）、大正中期は、日本資本主義の發展が本格的獨占への轉機に達し、我市民社會の階級分化が決定的に促進されるに至つた時代であつたために、身分法改正事業は、まずその第一歩を、家族制度再建の方向へとふみだしたのであり、かつそのゆえに、その改正事業は、その後難航に難航をつづけねばならなかつ

たのである。

大正六年の臨時教育會議の建議にもとずいて、大正八年臨時法制審議會が設置され、それに對して「現行民法中我國古來ノ淳風美俗ニ副ハザルモノアリト認ム、其改正ノ要領如何」という諮問が發せられた。改正事業はここにはじまる。

もと〳〵臨時教育會議が、その本質において、社會矯風的な意圖をもつていたことからみれば、臨時法制審議會の本來のねらいが、古來の淳風美俗の名の下に、家族制度の再建を試み、個人の自主的な自覺を阻止しようとするところにあつたのは當然であらう(35)。また、いうまでもなく、家族制度再建は、さらに物質的には、社會政策の缺乏をその上に轉嫁せしめんとするねらいをもつている。

(35) 國民大衆の自主性の向上を阻止すること、これこそ日本社會政策史を貫く、もつとも基本的な特徴の一つである。我國の社會政策の立法化が、一方では勞働運動取締の强化と、他方では最少限度の慈惠的勞働保護（但し農業勞働を除外する）との二本建てになつていることは、あきらかにそれを示すものである。風早前掲四五四頁以下參照。

しかし、國民大衆の極度の窮乏という社會的現實、ことに第一次大戰後における獨占資本の暴威によるその激化を前にしては、かゝる家族制度の物質的ねらいは、ついに空しい夢となりおわる。かくて、家族制度論は必然的に無力化せざるをえないのであつて(36)、臨時法制審議會の當初の意圖にもかゝわらず、迂餘曲折の後(37)、成立するに至つたいわゆる民法改正要綱が、必ずしもその本來の意圖を貫きえず、かえつてしば〳〵進步的な考慮をもうけいれて、結局は、いわば新舊兩思想の混合のごとき觀を呈するに至つたゆえんはここにあるといえよう。

例えば、一方では親族の範圍を擴大し（親一）戸主の地位を補强（親六）しながらも、しかも他方では、分家を容

易にし（親四）戸主權の制限を試み（親八）廢戸主の制度を認めて（親一〇）いるがごときである。

その他、婚姻の同意（親一一）に關しても、親族會制度の活用（親三一、三二、三三）についても、さらに養子の種別（親二一）や長子單獨相續制度の緩和（相一、二、三）についても、いたるところに保守・進歩兩思想の混合がみいだされる。またしば〳〵進歩的英斷と稱される事實婚主義の採用（親一二）にしても、實は、家族制度の埒内において婚姻の自由――その屆出の可能性――が阻害されているのをすくわんとする窮餘の一策にすぎないのである(38)。

要するに、要綱を通觀してみれば、進歩的要素がむしろ多いほどであり、ことに女性の地位の向上（親三、一四、二七、相四、九）(39)、離婚原因の整理（親一六）離婚後の扶養義務（親一七）親權の制限（親一一、二八）家事審判所制度の創設等その著しい諸點である。

このように民法改正要綱は、臨時法審議會本來の保守的性格にもかゝわらず、結果的には或程度まで進歩的な樣相をおびることとなり、從つて內容的にはきわめて雜然たるものとなつたのである。

(36) 同時にそれは、社會主義の陣營からの致命的な論難をこうむるに至る。その代表的なものは中島玉吉。

(37) 同會の審議においていかなる論戰が行われたかについては、我妻前掲二五一頁以下に要領よく摘記されている。我妻教授は、同會が、淳風美俗を唱えながらも、正面においては復古的な意味を固執するものではないことを指摘しておられる（同前掲二五二頁參照）。

しかし、封建的な家族主義の主張の强いことも看過すべきではあるまい。なお筆者はついでに、同じ頃同會の決議した「刑法改正ノ綱領」には家族制度再興論の物質的ねらいがはつきりあらわれていることを指摘しておこう。とくにその第一項および第三四項をみよ。それは、昭和十五年の「改正刑法假案」三六四條以下において遺棄罪の加重として實現されている。

(38) それゆえ、事實婚主義の採用のごときは、もちろん進歩的英斷などではない。從つてまた、民法上「家」の制度の打破された今度の新親族法において、法律婚主義の維持されたことは當然の事理であるといわねばならない。

(39) 女戸主の地位の保護は、すでに大正一〇年戸籍法一〇〇條の改正によつて實現された。なお、大正一四・六・二四大判（新聞二四三二號九頁）參照。

かくて問題は、かゝる錯亂した內容をもつ民法改正要綱が、いつたい統一的な法典の中によく整理されうるか、である。果して、昭和四年「民法改正調査委員會」の設置によつて要綱の法文化が開始されてより十數年、改正事業は遲々として進まなかつたのである。一方では、帝國主義の段階にまで突入した我國資本主義社會における家族制度の著しい弛緩、その必然としての對外的戰爭と、國內における家族的紛爭の深刻化は、準戰時および戰時の社會問題として表面化し、かつ他方では、國家主義思想の興隆とともに家族主義原理の昂揚が唱えられつつあつた。この間にあつて、民法改正事業の歩んだ道は、まことに多難の道であつた。

しかも支那事變の突發は、戰歿者——從つていわゆる軍國の妻や可憐な遺兒たち——の急速度の增加をもたらし、かれらの戸籍——ひいては遺族扶助料や金鵄勳章年金など——をめぐる問題に關して、何らかの救濟ないし防止の措置を焦眉の急務たらしめた。こゝに、多くの戰時立法とならんで、昭和十四年の人事調停法をはじめとして、一連の身分・戸籍に關する法律が制定されねばならなかつた理由がみいだされるのである。

即ち、人事調停法は「家族親族間ノ紛爭」を「道義ニ本ヅキ溫情ヲ以テ」解決することを本旨とし、昭和十五年の「委託又ハ郵便ニ依ル戸籍屆出ニ關スル法律」は民法上の身分變動に關する屆出主義の缺陷を補正し、昭和十六年「民法中改正法律」は民法七四九條三項の戸主の離籍權濫用を防止し(40)、昭和十七年「民法中改正法律」は民法・戸籍法および法例の法文中の「私生子」という名稱を抹殺し、また死者に對する認知請求權(41)および代襲相續における

胎兒の相續權を認めたのであつた。

これらの立法は、もとより一面においては戰時の臨時的立法としての性格をもつものでもあろう。しかし本質的には、それらは、たしかに民法改正事業の若干の前進であるということができる(42)。即ち、例えば人事調停制度は現今の家事審判制度の前驅とみるべきであるし、その他屆出主義の補正にしても、また二つの民法中改正法律にしても、いずれも家族制度の不合理を是正し、「家」の制度の弛緩を容認したものである。そしてその反面においては、その廢止への方向をはつきりと暗示していたのである。

これを要するに、「家」の制度を中核とする民法改正事業の經過も、日本資本主義社會の機構的特質の故にその第一歩を家族制度再建の方向へとふみだしながら、しかも歷史の流れの前に、しだいにその方向を轉ぜざるをえなかつたのだということができよう。

(40) 絕對主義的な軍部當局自身すらも、この必要を認めねばならなかつたのは皮肉である。

(41) 昭和七・一〇・六大判（民集二〇二三頁）が試みたごとき、內緣の夫婦間に生れ未だ認知を受けざる子に、事故死した父についての損害賠償請求權を認めんとしたような解釋上の苦しい技巧をもすくうことができる。

(42) 外岡茂十郎「民法中改正法律」（「新立法の動向」第二輯所收）五三頁以下參照。

（未　完）