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 (三・ 完) : 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.10 (1948. 10) ,p.29- 56
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19481001-0029

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（三・完）

——日本資本主義の發展と身分法——

田中實

第一　序　說
第二　旧法の史的役割
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（六號）
第三　新親族・相續法成立の意義
一　まえがき
二　親族法
三　相續法（とくに農業資産相續特例法案）
四　協議と審判
五　結　語（以上本號）

第三　新親族・相續法成立の意義

一　まえがき

三一　前二稿で、舊法の成立から今次の改正までの推移の概觀を試みた。日本資本主義の發展という背景の前において、舊法のもつていた史的意義をあきらかならしめようと望んだために、予期以上の多くの紙數をついやした。しかも筆者の試みは必ずしも手際よくはゆかなかつたようである。ともあれ、そのような態度を提示しえただけで、今は

滿足せねばならない。以下、更にすすんで、今次の民法改正――とくに新親族・相續法成立――の意義を論ずることとする。

大きく民法改正といえば、第一條の改正から論じねばならないわけであるが、ここではその點にまでふれる必要をみない。ただ、第一條ノ二が新憲法の規定をうけて「本法ハ個人ノ尊嚴ト兩性ノ本質的平等トヲ旨トシテ之ヲ解釋スヘシ」とうたつていることを指摘するにとどめる(1)。

(1) この點については、末川「民法改正の根本理念」(立命館土曜講座「新民法と家事審判法」所收)一八頁以下、同「民法の改正をつらぬく二つの理念」季刊法律學第四號七八頁以下參照。

三二 今次の親族・相續法改正のまず第一の重點は、いうまでもなく、舊法における「家」の制度の廢止であろう。それは、親族法においては「家族關係法」の全面的削除となり、相續法においては「家督相續制」の廢止となつてあらわれた。

そして第二段に、親族法においては、家族關係法の制約を脫却した夫婦關係法および親子關係法のあたらしい出發がみられ、相續法においては、均分相續に關する諸規定、とくに相續分や遺留分に關する規定がめだつてきている。また兩法域を通じて、家事審判所の大きな作用が期待される。これらの變化は、體系的にみれば、觀念的な親族關係の變化と物質的な相續關係の變化とに分けることができよう。

それらの詳細については一々論及する余裕がない。ここでは總論的に「家」の制度の廢止の意義を中心として考えることとする。

三三 すでにみたように(〔一九〕〔二〇〕〔二一〕)わが舊親族・相續法の中核をなしていたものが封建遺制的な「家」の

制度――しかも男子中心の――であつたことを思えば、今次の改正によつてその「家」が廢止され、あらたに「個人の尊嚴」と「兩性の本質的平等」とが指導原理とされるにいたつたことは、たしかに一の革命であるといつてよいであろう(2)。それが現にわが國に進行しつつある民主革命の一面をなすものであることはいうまでもない。

またそれは、從來の民法改正の理念が「淳風美俗の强化卽ちわが國古來の家族制度の再建」と稱されていたことからみれば、「まことにコペルニックス的轉換」(3)ともいえるかもしれない。だが前稿で分析しておいたように(「三〇」)從前の民法改正問題の過程が、形式的には「家族制度再建」という名目をかかげていたにもかかわらず、實質的には、個人の利益の擁護と女子の地位の向上とによつて家族制度の弛緩を承認し、更にその廢止の方向を暗示しつつあつたという點からみれば、今次の民法改正は一の飛躍とみることはゆるされるにしても、むしろ當然の發展を示すものであつて、決して「コペルニックス的轉換」ではないというべきであろう。

(2) 西村信雄「家の廢止と新相續法」(前掲「新民法と家事審判法」所收)七七頁以下參照。

(3) 吉川大二郎「家事審判法概說」(前掲書所收)一二〇頁。

三四 このように今次の民法改正は一の革命的意義をもつものといつてよいのであるが、だがここに注意しなければならないのは、それが必ずしも徹底的でないことである。このことはすでに若干の學者によつても指摘されているが(4)、例えば、系譜祭具および墳墓の所有權に關する八九七條、氏の特殊な性格を示す七五〇條、七五一條、七六七條、七六九條等は「一歩退却」(5)であるとさえ批評されている(6)。

このような不徹底は、もちろん立法の「妥協」にほかならないが(7)、それはあきらかに、現在わが國に進行中の民主革命がそれだけ不徹底であることを示しているのである。

（4）例えば、西村前掲論文、青山「新相續法の基本理念」法律新報七四〇號七頁以下等參照。
（5）西村前掲八〇頁。
（6）その他、養子の自由や遺言の自由の活用によつて「家」の實體溫存が可能であるとか、また協議離婚制が依然たる夫の「追出し離婚」となるであろうとか、いろいろに批判されている。
（7）「妥協」という表現は、民法改正案起草の任にあたられた我妻教授や中川教授のしばしば用いておられるところである。「妥協」は美しい「調和」かもしれない。だが同時に「不徹底」の同義語でもある。

三五　元來今度の民主革命は、われわれ國民の間に内からもりあがつてきたものではなく、敗戰という一の事件によつて、いわば外から與えられたものであり、從つてその出發點においてすでに自主性に乏しいのである。もちろんポツダム宣言のいうように、かつてのわが國民の間にも「復活强化」すべき「民主主義的傾向」は存在していたであろう。しかしそれとても、それに對する「一切ノ障礙」が除去された後においてさえ、必ずしも十分力强いものとはいえないし、更に何より基本的に、日本資本主義そのものが封建的要素との抱合によつてのみ今日までのめざましい發展を可能にされてきた、という歷史的制約の存在することを忘れてはならない。

そしてこのことは、民主主義的傾向に對する單なる障礙とのみみることはできないのであつて、實に日本資本主義そのものが運命的に背負わねばならなかつた一の歷史的必然なのである。

三六　歷史の法則は飛躍をゆるさない。敗戰後の日本は、それ以前の機構を土臺として、その上に民主主義へのあたらしい歩みをはじめねばならない。われわれはそこに民主革命に對する强いブレーキの存在をみいだすのである（8）。もちろん連合國の强力な支持と援助とがある。だがそれにしても、占領目的という一定の管理上の限界があることを知らねばならないであろう。

(8) 一般的にみて、現在の民主革命が必ずしも十分な社會的裏づけをもつているとはいえないであろう。あたえられた法形式は、ともかく一定の高さにまで達しているが、社會の現實的内容がそれにまで至つていないというのが、現狀に對する正當な評價であろう。それは意識の確立のないままに一方では行きすぎとなり、他方では反動となつてあらわれている。

かくて、終戰後の日本は、まさに革命と反革命——しかも風早氏のいみじくも表現したように「平和的形態における革命と反革命」との交渉の渦中にあるということができよう。

これらの點の分析については、これ以上深入りすることをさける。それは本稿の範圍外でもあるし、また未だその時期でもないであろうから。ここではただ、改正民法の社會的基盤を「革命および反革命」として特色づければ足りるのである。風早「平和的形態における革命と反革命」、豐田四郎「日本政治經濟の動向」、今中次麿「日本政治史新稿」第二分册五一〇頁以下、とくに五一八頁以下等參照。

三七 かくて改正民法は何よりも「妥協」の産物である。とはいえ、それが民法改正の一の——しかも大きな——前進であることにはちがいない。

しかし、民法が改正されたからといつて、それで直ちに社會生活そのものが改まると考えたり、封建遺制的な家族的慣習が是正されると考えたりすることができないのはいうまでもない。

すでにしばしば指摘されているように、われわれの親族ないし家族生活はきわめて保守的な性格をもつものであり、慣習的に固定しやすいものなのである。從つて、民法改正とはいうものの單に法規の面だけを眺めて、それが現實に「生きた法」としてどうなるかという點をかえりみないのは早計であろう。とくに親族法の領域は觀念的なものであるだけに、その變革は容易に現實化しないであろう。實際、戸主中心の「家」の制度の維持してきた權威的な支配・服從の原理は民法改正によつて一應打破されたにしても、一旦慣習として成立し存續してきた家庭生活内の從屬關係は早急には變らないと思われる。

もとより前稿にもみたように、戸主の權力が縮少され絶對主義的思想の弱まりつつあつたのが過去の現實ではあつた。とはいつても、現にわれわれの周圍をふりかえつてみればすぐわかるように、古い因習的なものは依然としてわだかまつているし、また終戰後の政治經濟の混亂や人心の無氣力化に乘じて、しばしば封建的なもののひそかな再建さえ企てられている有樣である。この間の事情は、例えば今次の民法改正をめぐつて行われたいくつかの論爭をくらべてみても容易に推察されるであろう（9）。

（9）ことに牧野、中田兩博士と我妻、中川兩教授との間にくりかえされている憤懣・批難と辨明・反駁とは、最も興味深いと同時にまた最も示唆多きものである。牧野「民法の改正と家族主義」法律新報七四〇號一頁以下、中田「わが家族制度の沿革」法律新報七三三號三頁以下、同「民法改正と家族制度」法律新報七四一號一頁以下、我妻「親族の扶け合い」法律タイムズ一四號三二頁以下、中川「家族主義と改正民法」法律タイムズ一〇號一九頁以下、同「新民法と法制史」法律新報七四六號一頁以下の諸論稿參照。

三八　しかし不徹底といわれようと、妥協と評されようと、あるいは行きすぎと批難されようと、無意味な「悲喜劇」だと冷笑されようと、とにかく民法が改正されたのは事實である。われわれは「家」の失われた新しい民法を讀んで率直に革命を感ずることができるであろう。前稿（一二八）でならべてみた「家」をめぐる多くの判例を考えただけでも、われわれは今次の民法改正を明るい氣持で受取ることができよう。

ただし依然として古い秩序を固執しようとしている人々もないではない。その感情はともあれ、われわれにとつて理解しがたいのは、何故古い秩序を愛惜する必要があるのか、ということである。古いものはただ古いが故に尊いのではない。それは、新しいものがただ新しいが故に尊いのでないのと同樣である。だが、人間性の歷史がその解放の歷史である以上、個人を何等かの形で拘束するような「家」の制度は、それがすでに社會經濟的に基礎を失つた點か

らいつても、また人間性の理念からいつても、ついに打破されねばならないのである。失われゆく古いものに對して愛惜の情をそそぐのは、老いたる者の、またはとくにうらぶれゆく社會階級の特權であるかもしれないが、だからといつて、いたずらに「櫻の園」の感慨にふけることはゆるさるべくもないであろう。そして、われわれは、もつと冷靜に過去の權威的であつた家族倫理について反省し、自主的な人格を基調とする新しい家族倫理に對する信頼をもつべきではあるまいか(10)。

(10) 現在の混亂した社會の秩序が、一面では無反省な自由の濫用にもとづくものであることも、もちろん事實である。だがその責任は、人格の解放を基調とする民主主義が負うべきものではなく、かえつて、今まで適正な自由の使い方を教えず、また自分の行爲に對して責任をもつ自主的な人格の訓練をかえりみなかつた舊思想そのものが負うべきであろう。

二　親　族　法

三九　今次の親族・相續法改正は、體系的にみれば、觀念的な親族法の部分と、物質的な相續法の部分とに二大別することができるが、これについては「親族法の改正は、相續法の改正によつて、物質的基礎を與えられ、相續法の改正はまた、親族法の改正によつて、觀念的な指導原理を授けられる」(11)といつてよいであろう。

以下兩部分について分説する。

(11) 我妻「新親族法の解説」(上)法律時報一九卷一二號三頁。

四〇　まず親族法の領域においては「戸主及家族」の全規定卽ち家族關係法が全面的に削除され、それに對應して「家」の制約を脫却した婚姻法および親子法の新しい出發がみられることは、先にも一言した通りである。

更にこれに伴つて、(1)意思主義の導入とともに親族關係が重要な變更を受け、同時に氏および祭祀主宰權の性格が

微妙な問題を含むこと、(2)親族會という「家」の自律機關が消滅し、親族自治の觀念に變容をもたらしたこと、(3)後見の意義が縮限され、親權の延長たる本質を明瞭にしたこと、(4)扶養關係が弛緩し、かつ範圍を狹められたこと等は注目すべきである。

これらの細かい點の檢討は別の機會にゆずり、ここでは、基本的な問題として次の諸點について論ずることとする。

四一　第一の點は、いうまでもなく戸主權の消滅である。

これは、戸籍法の全面的改正――戸籍の編成が戸主を基本としてなされず、あらたに夫婦およびその未婚の子とで構成される小家族を單位としてなされること――と對應して、舊法における家族の婚姻・離婚・養子等に對する戸主の統制や、家族の居所指定權その他多くの戸主たるの地位にもとづく權限は一切消滅する。それは、まことに民法上の家族構成の根本的變革だといわねばならない。もちろん先にも指摘したように家族生活の保守的性格からみて、單に法規の上で戸主中心の「家」の制度がなくなつたからといつて、それで直ちにわれわれの日常の生活そのものが變るとは考えられないが、しかし少くとも、この「家」という「權力＝拘束の機構の廢止」は親族法原理のイデオロギー的轉換を意味するのであり、いいかえれば「國家がそのような家族秩序を强制しないことを保障するのであり、また絶對制的權威秩序のイデオロギー的基礎の否認を意味する」(12)ということができよう。

(12)　川島「日本社會の家族的構成」一五七頁。

四二　第二に指摘すべきは、右の「權力＝拘束の機構の廢止」は、婚姻法および親子法を「家」から解放するばかりでなく、更に自主性を獲得した婚姻法および親子法それ自身の質的變化をもたらすということである。卽ち、婚姻

法および親子法から家族法的制約が脱落したばかりでなく、市民社會における婚姻法および親子法のもつ性格と機能とが明確にされ純化されたことをみのがしてはならないのである。

元來婚姻法の本質は男女の性關係の秩序づけたるところにあり、同時に夫婦たることにもとづく各種の財産關係の規律をも伴うのである。それは市民社會においては一夫一婦制としてあらわれ、本質的に個人意思自律的なものでなければならない。とはいえ、夫婦を中心とする家族が社會の一の單位を構成し、また未成熟子の保護養育という自然的な職分を保持している限り、そこにおける意思の自律も當然に一定の制約をもたざるをえない——一般に親族法が強行法的性格を多分にもつゆえんはここにある——のであるが、少くともそのような社會的制約を除いては、婚姻法の原理は外部强制的なものであつてはならないのである。かくてここにも、近代社會における理性的個人——近代資本主義社會における經濟人・市民法における法律人（〔一六〕參照）——はその全き姿をもつてあらわれるべき基盤をもつのであつて、「家」という「權力—拘束の機構」から解放された新しい婚姻法が、自由・平等な意思の自律——いいかえれば、新憲法二四條にいわゆる「個人の尊嚴と兩性の本質的平等」とを基調として構成されるにいたつたことは、市民社會における婚姻法の正常なあり方を示すものということができよう(13)。

(13) それは第一には當事者の意思の尊重（戸主の同意權の消滅、父母の同意權の縮少七三七條）、第二には夫妻の平等（氏の選擇についての七五〇條、同居扶助の義務についての七五二條、財産關係についての七六〇條、七六二條、離婚原因についての七七〇條等）において具體化されている。これらの規定の詳細については、中川「新憲法と家族制度」八八頁以下、吾妻光俊「婚姻生活に於ける兩性の平等」法律新報七四一號五頁以下、外岡「改正民法における婚姻」法律タイムズ九號二九頁以下等參照。なお婚姻法の史的發展過程について、栗生武夫「婚姻立法における二主義の抗爭」「婚姻法の近代化」參照。

四三 次に親子法についてみれば、その主たる課題が親子關係についての一定の確認・規整と、未成熟子の保護養育

とにあることはいうまでもないことであろう。

近代市民社會における人の概念が、抽象的經濟人に對應する抽象的法律人であることは先にものべた。從つて市民社會における人と人との結合・交渉は、原則的には獨立・對等のものとしてあらわれてくるのである。この場合、その人の具有すると考えられる法律上の能力も一の平均的な尺度をもつてはかられることとなる。即ち市民法における人は、形式的には能力者（成年者）として構想されているのであつて、未成年者は何等かの形でその能力の補充を受けなければ市民社會に登場することはできないのである。かくて、市民社會における親子法の作用は、未成年者（未成熟子）に對する能力の補充および助成――その前提として親子關係の確認・規整が意味をもつ(14)――に重點がおかれるべきものであり、そこにこそ市民法の一部としての親子法の特殊な任務と性格とがみいだされるのである。

それゆえ親子法の內容は、嚴密には未成熟子に對する父母の一定の保護的職分――「親權」というような表現が不適當であることもちろん――に限らるべきであつて(15)、改正法が父母の婚姻同意を未成年者の場合に限り（七三七條）婚姻成年の制度を設け（七五三條）親權の對象を未成年の子に限定した（八一八條一項）のは正しい態度といわねばならない。

(14) 更に親子關係は相續の場合の基準ともなる。私有財產制の下においては、むしろここに重要な意義がある。だから發展史的にみる限り、私有財產制が相續關係を制約し、相續が親子關係、更に一夫一婦の婚姻形態をも制約するとみなければならない。このような倒立した制約關係の中に、家族生活の清算しきれない矛盾がひそんでいるのである。

(15) 中川教授は、最近の親子法の性格を示すために、適切にも「子のための親子法」という表現を用いておられる。「日本親族法」二八九頁、「新憲法と家族制度」七五頁以下、「現代身分法の基礎理論」（「現代民法の基礎理論」所收）二六一頁以下參照。

四四 第三に、親族法の體系の中において、婚姻法が指導的地位に立つていることに注意せねばならない。新憲法二四條自體が、すでに婚姻中心のごとき表現をなしているが、それは、家族的結合の起點が、人間の自然的な生理關係にもとづく夫婦であるということから導くことができる。また、右にみたように親子法の內容が限定的なものである以上、それが市民的親族法の體系の中において——婚姻法に對して——從屬的な地位につくのは當然の理といつてよいのである(16)。

(16) 青山教授は「わが封建的家族制度においては、婚姻の自主性は極端に抑壓せられ……むしろ家を永續する手段的意義にしか考えられなかつた」のであり、そのために親子關係が重要視されるにいたつたということを指摘され、「近代家族はかかる婚姻の手段的存在換言すれば親子關係への從屬をそして又家への從屬を否定する」と論じておられる。「改正民法と親子關係」法律タイムズ一二號一〇頁參照。

四五 かくて、わが親族法も市民法としての性格をおびることとなつた。いいかえれば、今次の改正によつて多くの古めかしい身分的拘束を洗いおとした新親族法は、今や財產法と相ならんで、自由なる市民の自律的意思を基調とする近代市民法の一部面にまで高められたということができよう。そしてここに、現にわが國に進行しつつある民主革命の一部をなすものとして民法改正の意義がみとめられるのである(17)。

もとよりしばしば指摘するように、親族法の觀念的な性格は、それだけで直接に社會的現實としてのわれわれの家族生活を指導するとみることはできないが、ともあれ、「法律は人間の實在卽ちその生活の基礎の上に立ちながらも、人間の精神的產物としては觀念的なものとして、事實的なものを制約する」(18)という法律のイデオロギー的性格からして、今次の親族法改正のもつ意義を過小評價することはゆるされまい。ことに、それが次に考察するような相續法の改正による物質的な裏づけを與えられることによつて、自由と平等とを基調とする新しい家族秩序の形成に役立

つであろうことは期待されえよう。そして、それは同時に新相續法に對しても一の觀念的指導力としての作用をおよぼすであろう。

(17) だが、そこに一定の限界點があることをみのがしてはならない。というのは、この場合目標とされている自由と平等とは單なる形式的なそれであつて、けつして實質的なそれを意味するのではないからである。それは、あたかも財產法における形式的な契約自由・法的人格の平等が何等財產的な平等を保障しえなかつたと全く同樣に、家族ないし親族秩序における實質的な自由・平等を保障するものではないのである。

いうまでもなく、形式的な自由・平等は近代市民社會のイデオロギーそのものであり、一に資本主義的私有財產制にもとづく個人主義原理の發現にほかならない。そしてわれわれの親族ないし家族秩序も基礎的には經濟條件によつて制約されるものである以上、家族秩序の起點である婚姻制度への個人主義原理の反映は、形式的な一夫一婦制としてあらわれ、それは更にやがては兩性の平等というイデオロギーをも可能ならしめる。とはいえ、男女間に先天的に能力の差異が存し、またとくに、新しい生命の生產およびその養育について自然的分業が存するからには、そこには、個人主義原理に伴つて更にあらたな不合理と矛盾とが生みだされざるをえないのである。（この理は、近代社會の婚姻形態が、理念的には一夫一婦制を要請しながら、しかもその背後に廣汎な賣淫・姦通の存在を伴わざるをえなかつたことに、もつともよくあらわれている。）加古祐二郎「婚姻の法理學的考察」（「理論法學の諸問題」所收）三〇五頁以下、とくに三二四頁以下參照。

かくして今次の民法改正の意義は、基本的には、おくれたわが親族ないし家族秩序を近代市民社會秩序の一部面たらしめるという點においてみとめらるべきである。だが同時に、ただそれだけで、われわれの家族生活における一切の不合理が止揚せしめられるものでないことに注意しなければならない。問題はむしろその後に生ずるのである。〔六六〕參照。

(18) 峯村光郎「法律學序說」舊版二九六頁、新版二六七頁。

三　相續法（とくに農業資產相續特例法案）

四六　メンガーによれば「相續法は、無產階級とは全然沒交涉で、有產階級の中でも、比較的少部分の者にしか交涉

のない、貴族的制度の一つである。無産階級、即ち國民の大部分が、相續法に對して間接の利害を有するのは、總ての相續順位が、少數者の手中への富の蓄積に都合よく出來てゐる爲めに、益々無産階級の數を增加せしめ、從つてその生活を困難ならしめると云ふ點に於てのみである」(1)と。

このメンガーの言葉は、すでに相續法の本質が財産法の一部たるところにあることを暗示している(2)。したがつて、相續法がとくに有産階級にとつて大きな意義をもつものであることはあきらかであろう。

だが、人間はすべてその生活をいとなむ上において一定の物質的生活手段を缺くことをえないのであり、從つて相續制度が無産階級にとつても若干の意義をもつことは否定できないのであるが、ことにわが國においては、人口の大半が農業人口をもつて構成されており、そして農民が國民經濟上單なる消費者でなく、大なり小なりに農地・農機具・家畜等を所有する生産者であること、また、舊法において身分および財産の包括單獨相續たる「家督相續制」が確立されて以來、財産の戸主への集中が現實に大きな作用を果してきたこと等からいつて、相續法の改正がわれわれにとつていかに大きな意義をもつかは指摘するまでもないであろう(3)。

(1) 井上譯・メンガー「民法と無産者階級」三一一頁。

(2) わが舊法の「家督相續」についても、戸主という身分の相續はむしろ第二義的なものであり、「家」の財産の相續が中心であつたと考えるべきである。この點については、青山「新相續法の基本理念」法律新報七四〇號八頁參照。

(3) わが國において、相續財産をめぐる親族間の紛爭——いわゆるお家騷動——が、とくに人情質朴と稱される農村において案外に多いことは周知のとおりである。相續財産に對する關心がきわめて強いことを示している。

四七 ところで、相續法の改正は、親族法のそれにくらべればきわめて簡明である。それは、一口にいつて、「家督相續制」の廢止＝配偶者および諸子女による「均分相續制」の原則化であるにすぎない。

しかし、その社會的現實に對する影響は、物質的であるだけに、むしろ重大であると考えられる。それは、消極的には、「家」という「權力＝拘束」機構の必要とする物質的基礎を失わしめ、積極的には、配偶者――實際には多く妻――および長男子以外の諸子――とくに女子――の相續上の地位を高めることによつて、親族法における自由・平等の原理を基礎づけるからである。

四八　かくして「家」の財産の分散が生ずるのであるが、それは、すでにみたような（二五）從來「家」の果してきた多くの役割を不可能ならしめるであろう。その中でとくに注意しなければならないのは次の二點である。

その第一は、資本の分散化的傾向が生ずることである。

もとより均分相續の原則が被相續人の資産の分散をもたらすにしても、多くの場合資本化されている近代的な財産形態にとつて大した問題とはならないが(4)、しかし、とくに資本主義化のおくれている――從つてそれだけ資本的に脆弱な――わが國の農業や小規模の商工業について、大きな影響が生ずるであろうことはみのがしえないことである。資産の分割はそれらの小規模な經營をしばしば維持不可能にするかもしれない。そしてこれは、經濟組織そのものの合理化を促進する契機とならずにはいないであろう。

だが同時に、これに對する反流が、封建的意識の殘存とからみあつて、二つの方面から起つてきていることを指摘しておかねばなるまい。それは、一方では遺言の自由を最大限に活用することによつて、極力特定の一人の手に財産を集中せしめようとする態度としてあらわれ、他方では、とくに農地の細分を防止するという名の下に「農業資産相續特例法」を制定して、少くとも農業資産に關する限り均分相續の原則を排除しようとする態度としてあらわれている。前者は市民法の原理が私有財産の自由處分主義を伴う以上當然の要求としてみとめられねばならないが、現實に

は、その調整として遺留分という限度があり(5)、また遺言の方式の嚴格さに制約されるから、それほど實效はみられまい。更に個人主義原理の家族生活への滲透は、そのような意圖にとつて根本的な障礙となるであろうとおもわれる。問題になるのは後者であるが、この點については後に詳論する(〔五二〕以下)。

(4) 川島前掲一七〇頁參照。

(5) 遺留分の法理については、最近の文獻として福島四郎「遺留分制度の法理と判例」(二)民商法雜誌二一卷五—七號三七頁以下が參照に價する。

四九 その第二は、從來社會政策の肩代りとなつてきた「家」の消滅が社會政策の貧弱さを暴露する、從つてその必要性と重要性とが反省されねばならなくなるということである。

かつてのように、長男が家產を包括的にうけつぐ代りに弟妹やその他の家族達の生計を保持又は補助するという家父長制は全く失われる、あるいは失われないまでもその經濟的基礎は根本的に動搖せしめられるであろうから、經濟恐慌の際の失業者の「歸農」のごとき安全瓣は今や期待できないこととなる。また更に、資本主義的社會が必然的に生みだしてゆく老・幼・病・不具者等の要保護ないし敗殘者についての國家(および資本家階級)の公共救濟的責任は、加重せしめられざるをえない。これらの事實は、勞働者階級の自覺がしだいに高まるにつれて、社會政策ないし社會法の充實を要請せずにはおかないであろう。かくて「市民法より社會法へ」の傾向がヨリ明瞭となる。そしてそれが、かつて橋本博士が論證せられたように、現代法の基調であるとするならば、われわれはそれを市民法の、從つて日本資本主義社會の正常の發展として受取るべきであろう。

五〇 このような一連の事情——第一には均分相續による資本の分散、第二には社會政策への資本の消費——は、日

本資本主義の經濟機構を弱體化せしめるおそれはないであろうか。日本資本主義の弱點の一つが資本集積の脆弱さであつたという點からみれば、これはたしかに大きな問題である。資本主義の要求する個人主義原理が資本の弱體化をもたらすことはあきらかな矛盾である。しかし、それだからといつて、その解決を「家督相續制」のごとき手段によつてなそうとするのは正しい道ではない。その解決はむしろ企業經營そのものの合理化によつてこそ果さるべきであろう。

いいかえれば、個人の自主性の向上がついに阻止すべからざるものであるからには、むしろそれを基盤として家族關係と勞働關係の近代化をおしすすめ、その上に、十分の收益性を可能にし擴大再生產をいとなんでゆけるような——少くともチープ・レイバーやソーシャル・ダンピングなどを武器とすることのないような——力强い社會經濟機構を建設することこそ、眞に考究すべき課題なのではあるまいか。われわれは、例えばイギリスの產業が早くから勞働運動になやまされながら、從つて早くから社會政策を伴いながら、しかもかえつてそのゆえに經營そのものの合理性を深め、高度の發展をなしえてきたことを、他山の石として學ぶべきではあるまいかと思うのである。

五一　これを要するに、新相續法成立の意義は、基本的には新親族法と呼應して、從來劣弱な狀態におかれていた戶主（および家督相續人）以外の家族員の經濟的地位を强化することによつて家族生活の民主化に物質的裏づけを與え、更にすすんでは合理主義の昂揚によつて、日本資本主義經濟そのものの合理性を促進せしめる契機となるという點においてみとめらるべきであろう(6)。

(6)　だがこれだけで、すべての問題が解決されたわけではない。というのは、相續は最大の不勞所得だからである。資本主義的經濟組織の下においては、財產の資本化によつてその集積が極度に容易とされ、富の偏在はますますはげしくされてゆく。か

くて、社會主義を全面的に採用すると否とを問わず、相續に對する反流はしだいに強化されつつある。もとより私有財産制を肯定する限り、相續制のみの廢止が無意味であることはいうまでもないが、今日では、その反流は第一には相續人の範圍の限定と、第二には累進的な相續稅との兩面においてあらわれている。

この點について新舊法を比較してみると、均分相續が相續財産を分散せしめることは勿論として、舊家督相續においてみられたごとき相續人の指定選定が行われない結果、相續人の範圍は事實上縮限されており、また新相續稅法が舊法に比してその稅率をいちじるしく高めていることは、一應注意さるべきであろう。

五二 ここでわれわれのとくに考えねばならない問題は、民法改正法案と同時に國會に提出せられた「農業資産相續特例法案」である。この法律案はついに成立するにいたらなかつたが、それが「遺産の分割に因る農業資産の細分化を防止し、農業經營の安定を圖る」(同法案一條)という目的の下に、改正民法の均分相續の原則に對する大きな特例をみとめようとしていることは、わが國民の約半數が農業人口である點からいつても、われわれの看過しえないところである。

五三 この法律案は、現實の問題としてわが國の農業經營がきわめて零細であつて、これに遺産の均分相續の原則が適用されれば、それは一層細分化して農業經營そのものを不可能にするおそれがあるという經濟的考慮を直接の根據としており、また農地調整法および自作農創設特別措置法を二大支柱として現に進行しつつある農地改革の自營强化策ともしばしばむすびつけられている。更に「關東・東北の五縣十ヵ町村四百戸の農家についての世論調査では、いままでの長男相續を希望するものが壓倒的に多い」(7)というような調査報告もあることに注意しなければならない。從つて「農業資産相續特例法案」のもつている根據は、少くとも一見したところ、かなり有力なものがあるといえよう。

かくて、一部の進歩的な民法學者さえ、わが國の農業經營を保護するために、この法律案の制定を必要なものとして觀念しているのである(8)。

(7) 中村治兵衛「民法改正と農家」農政評論二卷一號三二頁。

(8) 例えば、西村教授はいわれる「この法案も亦、家族生活民主化の理想とわが農業經營の現實的要求との妥協にほかならないのである。」前掲「新民法と家事審判法」八一頁。

五四 だが、果してそうであろうか。農業資産に關する所有の分散を防ぐことが、わが農業經營の保護に役立つであろうか。また、いたずらに農業經營にそのような保護を與えることが、今後世界農業經濟との關連において日本農業を維持し發展せしめてゆくゆえんであろうか。疑いなきをえない。以下、横道にそれるきらいはあるが、少しく立ちいつてこの問題を論じてみたい。

五五 いつたい資本主義的社會において、農業がいかなる過程をたどるかについては、すでにカウツキーの明確に論證しているところである。即ち彼によれば、第一に資本主義的工業は自家用の農民的家内工業を壓倒し、第二に農民を商品ないし貨幣經濟にまきこみ、市場に從屬せしめる。ここにいたつて「曾て凶作と火災と劍とがなし得なかつたことを、今や穀物及家畜市場の恐慌が能くする。恐慌は農民にとつて單に一部的の艱難を齎らすのみではない。それは彼から彼の生活の源泉――彼の土地――を疎隔し且つ遂には彼を土地から全然引き離すことが出來る。」(9)

このようにして資本が農業を支配するや、しだいに農業家族が分解し、農民がプロレタリアートに沒落してゆくことが指摘されているのであるが、この過程は、日本資本主義の一環としてのわが農業にもよく適用されうるであろう。

かくて、資本主義的社會における農業問題は、必然的に大きな社會問題としてその解決をせまられるのであつて、

わが國においても、大正年代以降多數の農業對策立法が企てられてきたのは、あきらかにそれを示すものである(10)。

(9) 向坂逸郎譯・カウツキー「農業問題」(岩波文庫版)上卷三五頁。

(10) 例えば、米價調節令(大正四年、勅二號)、暴利取締令(大正六年、農令二〇號)、米穀法(大正一〇年、法三六號)、米穀法中改正(大正一四年、法三六號)、糸價安定融資補償法(昭和四年、法一四號)、農村負債整理組合法(昭和八年、法一八號)、米穀統制法(同年法二四號)、農地調整法(昭和一三年、法六七號)、農業保險法(同年法六八號)、臨時農村負債整理法(同年法六九號)等々。

なお、戒能通孝「統制經濟諸立法の一斷面」法律時報六卷六號五頁以下參照。

五六 更にカウツキーは、資本の壓力の下に農業はしだいに近代化されて資本主義的性格をもつようになり、大經營が小經營に對して優越を示すにいたること、しかもその過程において農業一般がいかに窮迫してゆくかということを詳細に論じているが(11)、この過程は少くとも日本農業には十分に妥當しないようにみえる。わが農業は近代化にいちじるしくおくれたばかりでなく、大經營は出現せず小經營はなお廣汎に存在していて、資本主義的性格は容易にあらわれてこなかつた(12)。かつそれらの過小經營農業は舊來の生產樣式を固守し、資本の侵入に對して驚くべき强じんな抵抗をさえ示していた。それは何故であろうか。

(11) カウツキー前揭上卷六[illegible]頁以下、一〇三頁以下、一六三頁以下參照。

(12) 農業それ自身が、緩漫ながらも資本主義化の道をたどつていることはもちろんである、それは例えばかなり高度の貨幣經濟化にあらわれている。農林省農家經濟調査報告(昭和一四—一五年)によれば、農業經營費について、自作農八七・九五%自小作農五九・八九%小作農四五・四八%の貨幣化率がみられ、更に現物小作料を控除すれば、自作・自小作・小作農を通じて九〇%以上の貨幣化率がみられる。また、自給的だといわれる家計費についてさえ、平均五三—五四%の貨幣經濟化が示されている。

五七 それは、いうまでもなく、明治維新以來わが農業に根强く殘存した封建遺制的な生產關係、卽ちいわゆる寄生

地主的な土地所有關係によるとみられようが(13)、同時に、その過小經營における經營と家計との未分離狀態が、實は經營上の負擔を家計に轉嫁し、しばしば家計の縮少において乏しい經營を維持することを可能ならしめてきたということ(14)、そしてそれが逆に寄生地主的な土地所有關係自身を溫存するために役立つてきたということをみのがしてはならない。

即ちここに、封建的な生產關係が完全に淸算せられない限り、わが國の農業問題が單なる農業恐慌對策たるにとどまりえず、更に零細農の保護――ひいては自營强化――をも主たる目的としなければならなくなつた契機がある(15)。またここに、昭和十三年の農地調整法が「農村ノ經濟更生及農村平和ノ保持ヲ期スル」（一條）という名目をかかげ、自作農創設・維持を基調として出發しなければならなかつたゆえんがみいだされるのである(16)。

(13) 寄生地主的な土地所有關係は、高率な現物小作料としてあらわれる。それがいかにして成立を可能にせられたか、またその基本的性格が何を意味するかについて、いわゆる講座派と勞農派との間に烈しい論爭が行われてきたことは周知のとおりである。ここではそれらの點にまで論及することはさける。

(14) 家族勞働に依存するわが農業經營においては、それは生活水準の切下げ、勞働の强化によつて果される。潛在的過剩人口――農地と人口との不調和――という社會的條件の下においては、勞働力はきわめて低く評價されるから、それは當然のこととされるのである。この場合、勞働力が「商品」にまで轉化されえず、從つて農業がついに資本家的な合理主義を基調とする「企業」としての性格をもちえないことに注意すべきである。

これらの事情が、農村における封建遺制的な家族制度の存立を可能にし、從つてまた觀念的には、農民の經濟的合理主義の精神の成長を阻害してきたことはいうまでもない。近藤康男「日本農業經濟論」五九頁以下參照。

(15) また軍隊とくに步兵の源泉として農民の保護が强調されたことも事實である。戒能前揭六頁參照。そして同時に、なげやりな兵隊調子、都市的惡習慣の移入、病氣の傳播等によつて、ミリタリズムがいかに農村を疲弊せしめるかをも忘れてはならない。カウツキー前揭下卷三〇二頁參照。

(16) その萌芽は、すでに大正十五年農令一〇〇號「自作農創設維持補助規則」にみられる。

五八 かくて、いわゆる自作農主義が、本來いかなる社會經濟的背景をもち、またいかなる基本的性格をもつものであつたかは明瞭であろう。

それは、一に、寄生地主によつて資本の集積を阻害され、資本主義化にいちじるしくおくれていた日本農業の苦惱の集中的表現にほかならない。それは、一面では沒落してゆく農民の支柱として或程度役立つたかもしれない。が、他面において、それが封建的要素の強くまつわりついていた日本資本主義社會の產物——ことに地主勢力を多分に背景として構成されていた當時の帝國議會を母胎とするもの——である限り、封建的——地主的——勢力との妥協という致命的制約をまぬかれえず、從つて基本的には、農業經營そのものの改革を意味する進步性ではなく、むしろ舊秩序の溫存と地主の優位とを予定する守舊的な性格をもたざるをえなかつたのである(17)。

(17) 昭和十三年、農地調整法案の成立過程において、その政府提出原案一條に、衆議院が「互讓相互ノ精神ニ則リ」というあいまいな表現を冠し、更に貴族院が「農地ノ所有者」という意味深長な一句をつけ加えたという事實は、これをあきらかに示している。我妻榮・加藤一郎「農地法の解說」二三七—八頁參照。

五九 さて、終戰後のわが農業對策が、依然として自作農主義——自營强化——を基調としていることは周知のとおりである。とはいえ、すでに二回にわたる農地改革を經た今日のそれには、あらたに大きな進步性が附加されていることは特筆さるべきである。それは、かつてみられなかつたような(1)地主勢力の大幅の削減、(2)小作料の金納化、(3)農地委員會制度の根本的改革等が强力に推進されつつあることに示されている(18)。

(18) ただし、地主的勢力は未だ强く立法府を制約しているようである。第一次農地改革が全く不徹底におわつたのは、一にこれにもとづく。第二次改革も、マ司令部の覺書によつて辛うじて成立しえた(我妻・加藤前揭二三八頁參照)。その第二次改革

さえ、必ずしも徹底的だとはいわれていない。だが、このような事情は、今次の民主革命が「平和的形態」においてすすめられるものである以上、やむをえないと考えるべきであろう。なお、農地改革の經過および内容については、我妻・加藤前掲四頁以下、豐田前掲四四頁以下、近藤「土地問題の展開」一五頁以下等參照。

六〇　この依然たる自作農主義については、實にさまざまな贊否論が行われている。ことに一部の學者は、これを評して現狀維持を予定する反動思想であるとして、極端な反情をさえ示している(19)。

すでにみたように、自作農主義は、その生い立ちからみれば多分に守舊的であつた。しかし、地主的勢力が——更に政治經濟の各面における封建的諸勢力が——きわめて強力であつた過去において、自作農主義のもつていた意義と、終戰後地主的勢力が急激に失われつつある今日において——同時に、ともかくも民主主義的傾向の復活しつつある現在の國内體制の中で——それのもつている意義とは、これをそのまま同一に論ずることはゆるさるべきではない。

從つて、正しくは、日本農業の育つてきた保守的な地主中心の秩序と様式とを打破するためには、それは一應必要でもあり、また民主革命の一環として農民の解放をとりあげる時、それは當然でもあると考えるべきであろう。とはいえ、先にも指摘したように、自作農創設という手段が、本質的には、直接に農業經營そのものの改革をもたらしうるものではなく、單に耕作權の絶對的安定のみを意味するにすぎないということをも、同時にみとめねばならないであろう。

だから、自作農主義を中核とする農地改革は、農業近代化——農業革命——への一の前提としてのみ承認される。われわれにとつて期待さるべきことは、その上に、保守的な地主に代り自由な農民を中心とする新しい自主的な農村秩序——ないし農民意識——がつくられることである。そしてこの自主的な農民を擔い手としてのみ、農業改革その

ものの――例えば共同化への――推進が期待されうるであろう(20)。

(19) 例えば戒能「零細自作農主義と農地調整法」法律新報七二七號等。

(20) 我妻・加藤前掲二三頁參照。

六一 かくて自作農主義の評價は、ヨリ多くもなく、かつヨリ少くもなくなさるべきである。それは自營强化とはいうものの、本質的には零細農業そのものの解決策ではなく、單に封建遺制的な小作關係の止揚を直接效果としてもつにすぎない。そしてそれを通じて、農民の自主性の高められることが問題なのである。

もとより耕作權の安定確保のためならば、小作地の强制讓渡にもとづく自作農創設のごとき强行的手段によらず、小作權の强化によつても果されうる。純經濟的な考慮からすれば、この方がむしろ正道であろう。だが、一部の農民運動の盛んな地方を除けば、地主的勢力の絶滅を期さねばならぬ程小作農民の社會的地位および意識の低いのが、わが國の現狀なのではあるまいか。この點よりすれば、われわれは、いたずらに眞向から自作農主義に反對すべきではなく、むしろ一應それを肯定し、そしてそれをこえて更に改革をおしすすめるという態度をとるべきであろう。

ともあれ、現實には、農地の買收・賣渡は急速に進行しつつある。これによつて農民の自主性がいかに獲得され、保守的な農村秩序がいかに變容されてゆくか、それをわれわれは冷靜に觀察すべきである。

六二 ここまで考察をすすめてくれば、自作農主義と「農業資産相續特例法案」とが本質的にむすびつくものでないことは、もはやあきらかであろう。というのは、自作農主義が――ともかくも新憲法や新民法と呼應して――農民の解放・その自主性昂揚をめざしているのに、相續特例法案は農業經營の保護に名をかりて、特定の一人以外の相續人の權利を制限しようとする。それは過去の家督相續制の實體溫存であり、農業家族における封建遺制の合法化にほか

ならないからである。

また單に農業資産の所有の分散を防ぐというような消極的な作用は、未だ零細性の解決されていない從來の支配的な過小經營をそのまま固定化し、今まで多くの不合理をふくみながら辛うじて維持されてきた生産樣式をそのまま延長することを意味する。いいかえれば、それは農業革命――農業における不合理性と矛盾の止揚としての――に對する一のブレーキとなるにすぎない。

われわれは、むしろ農業資産についても相續人の權利を平等にみとめ、個人の解放の徹底化をこそはかるべきである。そしてその上に、農民の自主性の――ひいては農業そのものの合理化への――發展を期待すべきではあるまいか。それは、現に進行しつつある民主革命のコロラリーともいうべきであろう(21)(22)。

(21) 近藤「土地問題の展開」一七九頁、川島「日本社會の家族的構成」一七〇頁以下、杉田楊太郎「農業資産相續特例法案と農業政策の分岐點」法律時報二〇卷二號三〇頁以下、座談會「相續法の改正と家族生活」同誌一九卷一〇號二五―六頁、「民法改正案に對する意見書」同誌一九卷八號七―八頁、青山「新相續法の基本理念」法律新報七四〇號一〇頁參照。なお、大塚久雄「近代化の歷史的起點」八〇頁以下、とくに八四頁以下參照。

(22) 農業經營の共同化は、多くの農政學者のほとんど一致して說くところである。だが、それが眞に民主的な性格をもちうるためには、個々の農民の自主性を基礎としなければならない。そこに民主革命の意義がみとめられるのである。

四　協議と審判

六三　最後に、新親族・相續法における一の重要な特色をなすものに、協議制度と家事審判制度の廣汎な出現があることを指摘しなければならない。

これは、技術的にみれば、當事者の意思の尊重と家事審判所の後見的作用の利用とであるが、その意義は、從來戶

主と親族會制度とを中核として遂行されてきた「家」の自律作用の變容であるという點に求めらるべきであろう。いいかえれば、それは、舊法における自律的な「家」――および親族會――による親族ないし家族秩序の規律が、新法においては第一次的には當事者の自主的意思に、第二次的には家事審判所の後見的作用に委ねられていることを示している。しかも、この場合注意しなければならないのは、個別的にみれば當該事情に應じた具體的妥當性が目標とされており、その反面民法中に表現される親族ないし家族秩序自身がしばしば白紙條項に轉化せしめられていることである(1)。

(1) 高梨公之「改正民法における協議と審判」日本法學一四卷四號三三頁以下參照。

六四 すでにしばしばのべてきたように、新親族・相續法の理念が、自主的な人格を基調とする自由と平等とによつて導かれねばならないとするならば、親族ないし家族秩序そのものの規整についても、あらたに可能な限りの自由と平等とが導入されねばならないこととなる。當事者の意思の尊重、卽ち親族ないし家族秩序の具體的規整が多くの場合當事者の單獨の意思又は協議にかからしめられているのは、そのあらわれなのである。

六五 元來資本制社會における家族は、經濟上は單なる消費單位にすぎない。その有機的構成員としての家族員が、「家」よりはなれて他の各種の生產過程に入りこんでしまうことによつて、近代家族はしだいにその有機的統一性を失い、家族員の單なる關係的團體という觀念的存在に轉化されざるをえない。更に「家」以外の社會的施設の發達とともに、「家」の內容喪失は早められ、個人主義原理の家族への浸透はますます廣くかつ深くなつてゆく(2)。

ここにおいて、ラートブルフのいうように「新しい時代の流れは、親族法においては、財產法におけるごとく新しい拘束をもたらさないで、かえつて、與えられた拘束の解消に向つている」(3)のである。

かくて新法における個人意思の尊重は、法理的にみれば、舊法における「家」の制約を脱却して自主性を與えられ、同時にそれ自身の質的變化をもとげた、新しい婚姻法や親子法における合理的個人主義原理の一般的發現にほかならないのである(4)。

從つて基本的には、家事審判所の作用のごときは單なる補充的なものとして把握されるのであつて、改正民法における家事審判が、當事者の意思の尊重に對して第二義的地位におかれ、その關與範圍の廣さにもかかわらず、多分に消極的な性格を與えられているのは一にこの理にもとづくのである。

(2) 加古前掲三一七—八頁參照。

(3) Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1929, S. 83

(4) このように親族ないし家族秩序が自治的なものに高められた結果、その秩序についての究極的責任は、當然に當事者自身に歸せしめられねばならない。それは、近代社會の法制度としては、いうまでもなく屈出の重視として表現される。例えば婚姻成立について事實婚主義のとるべからざるものであることは、その一である。

六六　だが、問題はそこにある。それは、形式的な自由と平等とが實質的な拘束と不平等とをもたらすのではないか、ということである。十分な基礎をもたない自由・平等を無反省に秩序の中へ導入することは、結局、實力による秩序の歪曲を意味するであろう。ことにわが國の民主革命の現狀では、一般的にいつて、個人の合理的意識が未だ與えられた改革の高さにまで達していないというのが實際だからである。

ここにおいて、家事審判制度の後見的機能はとくに高く評價さるべきではあるまいか。即ち、家事審判所の作用を單なる補充的・消極的なものとしてではなく、むしろ積極的な介入作用——當事者の意思にゆずられ、從つてそれだけ白紙的な親族ないし家族秩序に、具體的にいかなる內容がもられるかについて干涉するもの——としてみるべきで

はあるまいか、と思われるのである。

かくてみれば、あたかも財産法において、信義誠實の原則や權利の公共性又は權利濫用の法理が契約自由や權利絶對に對する修正となつたように、親族・相續法における家事審判制度は、當事者の自由な單獨意思または協議に對する修正とみることができる。それはまさに、市民的親族・相續法に導入された一の社會法的要素ともいうべきであろう(5)。

(5) この意味において、當事者の自治的な親族ないし家族秩序に對して家事審判所の介入する面は、なるべく擴大する必要があると思われる。そうでなければ、實質的な自由と平等とは、ついに確保しがたいからである。從つて、例えば協議離婚に對する家事審判所の介入はみとめらるべきであろう。

五　結　語

六七　われわれは、今次の民法改正の意義を、とくに「家」の制度の廢止を中心として考察してきた。そこでわれわれの知りえたことは、一面では「家」という「權力＝拘束」の機構の廢止、他面では個人の自律的意思の昂揚が看取されるということであつた。

かくてここにも、ひゆをもつて示せば、ヘンリー・メインのいわゆる「身分より契約へ」の公式が――詳しくいえば「歴史の出發點ともいうべき、人のあらゆる關係が家族關係中におりこまれているような狀態から出發して、われわれは、それらの關係がすべて各個人の自由な合意によつてのみ生ずるような社會秩序へ向つて、着々と歩んできたようである」(1)という一般化が――あらわれてくるであろう。

(1) Maine, Ancient Law, Pollocks edition, 1920, p. 173

六八　もとより、一般に現代の民法についていえば、このメインの公式はすでに過去のものであるといわれえよう。現代の社會生活の――現代の民法理論の發展は、今やむしろ意思の自律をしだいに遠ざかりつつあるかのようである(2)。しかし、それだからといつて、一般的に今次の民法改正を――ひいては、その基礎となつた新憲法を――前世紀的否更に十八世紀的のものだと冷評するのは正しい態度とは思われない。

われわれは、かえつてそのような後進的な事態の中に、われわれの社會ないし家族秩序が、今更十八世紀的な改革を必要とするほどおくれているのだという事實を、率直にみとめるべきである。

われわれは何よりもまず、今日までのめざましい日本資本主義の發展が、おくれた社會ないし家族關係の上においてのみ可能にされてきたという事實を知らねばならない。このような日本資本主義の特異性のゆえに、われわれに與えられた民主革命という課題は困難であるにちがいない。だがそれは達成されねばならないのである。われわれは、まず、封建遺制的な家族制度を清算し、おくれた社會關係を合理主義化することからはじめねばならない。民法の改正は、そのための一の契機を提供するのである。

(2)　この傾向が、現代法における、いわゆる「市民法より社會法へ」として把握さるべきものであり、改正民法の家事審判の機能がそれを示すものとして理解されうることは、すでにのべたとおりである。

六九　これを要するに、今次の民法改正の根本的意義は、從來民法の、いわゆる財產法と身分法との間に存してきた原理的な矛盾を止揚して、民法を統一的市民法たらしめ、以て現に進行しつつある民主革命を撤底化せしめる一の滑劑としての作用を果さしめるところにあるということができよう。（一九四八・九・二六）

附記　本稿は、民法改正の意義を包括的にとり扱つたとはいえ、筆者の恣意から繁簡精粗必ずしも一樣でないし、また未熟な私見を大膽に試みた點も多い。それらの諸點については、他日の補正と發展とを期したいと思う。