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

Title	戒能通孝著「社會生活と家族法」
Sub Title	
Author	田中, 實(Tanaka, Minoru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1949
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.22, No.1 (1949. 1) ,p.44- 47
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19490101-0044

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.

紹介と批評

戒能通孝著

「社會生活と家族法」

田中實

一　改正民法が施行せられてから早くも一年餘を經過した。憲法改正と呼應して、まことに多くの期待をかけられた新民法ではあつたが、現實には果してどれほどの作用をもちえたことだろうか。民主々義的な新憲法の下においてさえ、依然として國家機構がファシズムへの危險をはらんでいるように、自由平等を基調とする新民法の下においても、家族生活は相かわらず舊來の因襲的觀念を脱しえないのではあるまいか。

もちろん、いくら民法が改正されたからといつて、一年位の間に、われわれの家族生活がすつかり變つてしまうなどと考えることは、明瞭にばからしいことである。とはいえ、總じて法と事實とのギャップは今は問わないとして、直接的にいえば、新民法が果してどれだけわれわれの日常の生活に基礎をもち、現實を規律しうるものであるか、更に一般的にいえば、いつたい國家の法規として表現せられた家族的秩序がどれだけ現實の家族生活と關連しうるものであるか、かつ又それはいかにしてその力を擔保せられるものであるかというような問題は、いやしくも民法改正を口にし、それに期待をかけた者の共通の關心事でなければならない。

二　從來法解釋學者は、このような點について全く無關心であつた。法社會學的志向をもつと自稱する一部の學者さえ、この點については必ずしも明確な理論づけをなしえず、いたずらに農漁村の慣行調査を試みて民法の無力を嘆くにすぎなかつたし甚だしきにいたつては、それを根據にして民法の復古的改造を唱える者さえ絶無ではなかつた。

だが、德川時代から明治維新を經て現代に至るまでの民衆の家族生活の實態を、少しでも具體的に考察するほどの者ならば、いわゆる封建的家族制度なるものが、實は封建的思想にもとづいて上からおしつけられた觀念的幻像にすぎないものであること——少くとも封建的家族制度の實質的基礎の失われていること、いいかえれば家族的法規範と家族生活との乖離——を洞察しうるであろう。この意味からいうならば、新民法における自由平等の原理の萌芽は、すでに民衆の家族生活の内部に生じているのであつて、從つて今後の問題は、それをいかにして育成するかにかかつているのである。

まことに德川封建制は、その經濟・文化の歴史的基礎條件の崩壞にともなつて致命的な矛盾をはらまざるをえず、そしてそ

れは、支配服從の原理の裏に、自由平等の原理のための溫床を徐々に準備せずにはおかなかつた。かくて、明治維新史を讀む者は、日本的に再編成された忠孝一本という儒教精神にもとづく國民初等教育が、いかに明治絶對政府の異常な關心事たらねばならなかつたか、かつ、上から强行的に民法の中に固定せしめられた家族制度が、日本資本主義の急速な發展に貢獻しつつその內部にいかに深刻な矛盾と軋轢とを生みつけねばならなかつたかを、初めて理解することができるであろう。

ここにおいて、家族生活に關する法規と、家族生活の實體との分離・識別が、法社會學者にとつて、もつとも基本的な問題的視點として究明されねばならないのである。

三　近時法社會學をとなえる學者は少くないが、しかし正確なところ、そのパイオニアたる功績は、まず末弘博士と、およびその傳統をつぐ戒能・川島兩教授に歸せしめらるべきであろう。川島教授はすでに昨春「日本社會の家族的構成」（雄生書房）を刊行され、わが國の社會構成について鋭い分析を示されたが、今度は戒能教授が「社會生活と家族法」（朝倉書店）を世におくられた。この新著の成果はどうであろうか。私が右に提起した問題と關連して、法社會學に興味をよせる者のひとしく注目するところであろう。

四　本書は、「いかにして家族生活が、本來自由なものであつたにもかかわらず、拘束的な制度を產出するにいたつたか」（序二頁）又、それがいかなる變遷をたどつたか、についてエジプト、バビロニア、ギリシャ、ローマの家族的規範の歷史を、史料的に克明に追究せられたものであつて、その方法論的基礎はエンゲルスの「家族・私有財產および國家の起源」にもとづいている。すなわちエンゲルスによつて與えられた「概觀的なみとり圖」（誤植あり）に對する「註釋的ノート」（序二頁）にほかならないのである。

それは、一面においては、エンゲルスの理論の具體的適用であり、他面においては、エンゲルスの理論の裏づけでもあるが內容はいつもながら精彩な敍述にみち、類書の少いわが國においてはまことに貴重な勞作というべきであろう。

五　內容は、第一篇序說、第二篇アジア的生產樣式と家族法、第三篇奴隸制家族と農奴制家族との三部より成つている。

まず第一篇第一章において、「家族生活は個人的自由の領域に屬するが、家族生活に關する法制は、今までのところその國の政治的制度の一部であつた。……だからして家族生活の實際と家族に關する法律制度とは、必ずしも常に一致しないだけでなく、寧ろ原則として背馳する。」（一頁）かくて「人は家族法制と家族生活の二つのものを、嚴密に區別しなければならない」（一〇頁）ことを指摘され、ついで第二章において、原始母權制に關するバッハオーフェン、モルガン、エンゲルス、ウェスターマーク等諸家の肯定・否定兩學說史を檢討されつつ、「原始的無規律をいかに理解するかが重要な問題ではあるけれども、無規律自體を否定することは困難のように思われる。過去の知られざる時

代の社會では、男子も女子も平等だつた。彼らを二つの階級に分裂させ、男性による女性支配を作つたのは、人類による歴史的結果の一つであつた」と論ぜられ、「ではこうした歴史的結果はどこからきたか」（五五頁）と、本書の中心をなすべき問題を提示されるのである。

今や、課題は明瞭である。すなわち、原始的な自由の生活の中に「いかにして家長による家族支配が始まるか、またそれがいかなる契機から崩壊と解放の道を辿つているか」（五七頁）である。

六　このようにして提示された問題に對する究明のために、本書の大部分を占める第二篇・第三篇が費やされている。

まず第二篇においては、エジプト・バビロニアの原始世界におけるいわゆるアジア的生産樣式と家族法の變遷を考察され、家父長主義家族の原則が、アジア的社會の奴隷制社會への轉化の結果として生みだされたものであることを指摘され、更に第三篇において、ギリシャ・ローマの古典世界における奴隷制の崩壞が、奴隷的家族法に對する叛逆としての姦通の聖化を導きだしたことを、そしてそこから奴隷の解放にともなつて新たに自由な家族生活の合理性が承認されるにいたる過程を詳論せられる。

かくて本書の課題は果された。教授は更に次の問題として「農奴制社會の家族法がブルジョア的家族法に移行する過程」（二九二頁）を提示されながらも、最後にエンゲルスによつて引用されたモルガンの文明批判の言葉、「……社會の解體は、富を唯一の終局目標とする歴史コースの終結として、我々の前に迫つている。……それは古代氏族の自由、平等、同朋愛の――更に高い形態における――復活であろう」（二九四頁）という言葉をもつて一應本書の筆をおかれるのである。

七　私はもとより歴史學を專攻とするものではない。それゆえ戒能教授のもとづかれた史料がどれほどオーセンティックなものであるかも知らないし、從つてまた教授のこの勞作に對しても正當な評價をなしうべき資格をもたない者であるが、しかし法社會學に關心をよせる者として若干の感想をのべておきたい。

第一に、戒能教授が家族法と家族生活とを分離・對比せしめる基本的態度は、末弘博士に由來するものであり、更にエールリッヒともつながるものであるが、それは全く正しいと思われる。外的な規制としての家族法制が、たとえ實在の家族生活を全く無視して制定されえないにしても、それが廣い意味での政治の一部をなし、多かれ少かれ爲政者の一定の意圖の下に制定されるものである以上、純粋にプライベイトな、從つてその限り經濟や文化の社會的條件によつて直接にその内容を規制せられる現實の家族生活と一致しないものであることは、けだし當然のことといわねばならない。

第二に、だが同時に、一つの問題が起つてくる。それはこうである。家族法と家族生活との分離が必要であるにしても、そ

れはけつして単純に峻別・對立さるべきものではなく、何らかの形において互いに關連しているものとみるべきではあるまいか。立法には常に傳統・現實との妥協がつきものであるし、又法律がいかに觀念的なものであるにせよ、經濟に對する反作用をもつているかぎり、家族法と家族生活との何らかの關連・相互規定が改めて問題とされねばならないからである。この點において、戒能教授は、家族法と家族生活とを餘りにも鮮やかに對照せしめており、その反面、その相互の關連を餘りにも端的に割りきつておられはしないだろうか。

もとよりこの問題は、教授がすでに十年も前にとりあげられたことである（『法律社會學の課題』三頁以下参照）。しかし、それにもかかわらず、私にとつては依然として一つの疑問なのである（この新著においては、とくにその感が深い）。それも或は私自身の不敏さによるのかも知れない。が、少くとも更に一層深い究明を要すべき問題のように思われる。今はただ率直に疑問をのべておくに止める。

第三に、この意味において、今次の民法改正に際して行われた家族制度をめぐる論議と、今日の現實のわれわれの家族生活の實體との對比をも、改めて反省すべき必要を感ぜざるをえない。多くの不徹底な點はあるにせよ、ともかく一應形式的には自由平等の達成せられた新民法を前にして、私はとくにエンゲルスの左の言葉を想起したい。

「近代の家族における女性に對する男性支配という特性と、兩者の社會的地位を眞に平等ならしめるべき必要および方法もまた、法律上兩性が完全に同權となるに至つて初めて最も明瞭となるであろう。」（内藤吉之助譯七七―七八頁）

かくて新民法がわれわれの家族生活を幸福にするかどうか、その行方を決定すべきものは、まさにわれわれの生活そのものの中に探求されねばならないであろう。自由平等の實現は、けつして一片の法律によつて果されうるものではない。それをなしとげるものは、われわれ自身よりほかにはないのである。

附記　本稿は、新刊書の紹介・批評としては、まことに不適當なものとなつてしまつた。或は本書の眞意と價値とを正しく傳え得ないのではあるまいかとおそれている。この點著者にお詫申しあげるとともに、この注目すべき――少くともこのような反省を私に强いた、この意義深い――勞作の出現を江湖に告げたいと考えるしだいである。

（一九四九・二・一二）