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

Title	青山道夫著『續近代家族法の研究』
Sub Title	M. Aoyama : A study on the modern family law (continuation)
Author	田中, 實(Tanaka, Minoru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1958
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.31, No.12 (1958. 12) ,p.78- 81
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=AN00224504-19581215-0078

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

青山道夫著
『續近代家族法の研究』

本書は、青山教授の前著『近代家族法の研究』（昭和二七年・有斐閣）につづく論文集で、主として前著以後に書かれた家族法關係の論稿を集錄されたものである。内容は十一編の論稿より成り、これに附錄として翻譯一編が添えられている。

これらの諸論稿は、前著のそれと同じく、かなりの多方面にわたり、教授の專門學者としての豊かな學殖とともに、民主主義的ヒューマニズムの精神をもつて一貫するという思想的なバックボーンをも示し、前著にもましてユニークなものとなつている。ただ、前著に比較すると、家族の本質ないし歷史にかんする理論的考察よりも、實定法の解釋學的考察をもととしたものが多いようである（はしがき一頁）。

つぎに、内容を概觀しよう。

第一論文　「家族秩序における法と道德」（一頁以下）

第二論文　「身分行爲と民法第九十條」（二三頁以下）

この兩論稿は、ともに家族法の一般理論にかんするものであり、前者はとくに第七三〇條の立法經過とその内容の吟味とを通じて、また後者はとくに養子緣組の問題を通じて、家族秩序における法と道德との關係を取扱つている。教授は、對立する諸學說を巧みに紹介し、批判し、注目すべき獨自の見解を示しておられる。

まず第一論文では、第七三〇條の立法過程を概觀され、同條を支持・推進される牧野博士の所說、および同條の法的效果をみとめられる谷口教授・川島教授の所說にたいし、つよい反對を表明される。すなわち、教授は、「本來改正民法の基本精神とは異質的な本條は、むしろ抹殺することの方が無理な解釋よりは家族生活の正しい民主化に役立つと思う」（一八頁）と論ぜられ、「明治以來の天皇制絕對主義下における家族道德を保持しようとすることが、もつとも非難されなければならない」（二二頁）と結論づけられる。民主主義的精神に貫かれた論旨には、ふかい共鳴を感ぜざるをえない。

第二論文では、妾を養子にした場合を有效な緣組とみとめた大阪地裁の判決を中心として、民法第九〇條にいわゆる公序良俗の原則が身分行爲に適用されるか否かを論じておられる。周知のように、民法總則編の各規定は一般に親族相續法上の問題については適用されないとするのが、現在の支配的な學說であるが、とくに第九〇條の適用の可否をめぐつては、基本的な學說の對立がある。中川教授を始めとして多くの學說は、もちろん同條の適用をも否定しようとしているのにたいし、むしろこれを肯定的に解しようとする一部少數の學說が存在する。青山教授は、この少數說の立場をとられ、とくに多數說の代表ともいうべき中川教授の說について、克明な批判を展開しておられる。私自身かねてから疑問に感じていた問題であるが、教授の論旨はきわめて示唆に富むものということができよ

う。第九〇條を身分行爲に適用してよいとする教授の論旨には、たしかに正當なものがあると思う。

ただし、公序良俗なる一般觀念の内容は、財産法的な面と家族法的な面とでは相當に異なるものがあるにちがいない——その意味で、公序良俗の内容をなすものとして一般に考えられてきた從來の既成觀念については愼重な再吟味が必要であろう、と私は考える。なお、財産法においては一般に法律行爲自由の原理があり、公序良俗の觀念はこれを制約すべき機能を有するが、家族法において身分行爲自由の原理のようなものがありうるのかどうか（身分行爲における形式性の問題）。とりわけ、親子法の領域においては、それはきわめて制限的なものでしかありえないであろう。したがつて、家族法における公序良俗觀念の機能についても、綿密な檢討を要する問題があるのではなかろうか。

第三論文　「親權者の引渡請求と子の自由意思」（四一頁以下）

いわゆる幼兒引渡訴訟について、判例の變遷を概觀し、その子が自由意思にもとづいて第三者のもとに居住する場合には親權者の第三者にたいする引渡請求はみとめられないとする近時の判例について、重要な疑問を提出しておられる。というのは、その子がごく幼い場合には意思能力に限度があり、その自由意思を基準とすることができなくなるからである。そこで、つぎに教授は、むしろ權利濫用理論の適用を考えるべきだという學説に論及されるのであるが、さらに幼兒にたいする引渡請求ということじたいについても、もつと考慮すべきではないかと指摘される。幼兒も人格者なのだから、單に親權妨害排除の請求のみをみとめるべきだと主張されるわけである。ヒューマニズムの見地からみて、たしかに一つの卓見であろう。ただし、教授の論旨からは、親權妨害排除の請求をみとめるべき場合を「意思能力のない子の場合」に限るかのように讀めるが（五〇頁）、意思能力の有無にかかわらず親權妨害排除をみとめてよいのではあるまいか（訴の相手方の問題）。

第四論文　「民法第七二八條についての一考察」（五一頁以下）

これは、嫁が亡夫の父を殺したという尊屬殺にかんする著名な福岡高裁の判決を動機として、民法第七二八條についての疑問を提出されたものである。すなわち、同條二項は、夫婦の一方が死亡した場合に姻族關係は、生存配偶者が姻族關係を終了させる意思を表示したとき消滅すると定めているが、この意思表示（姻族關係終了屆）をしないで尊屬殺をした事件について判決が苦心の論理を用いざるをえなかつたことを指摘し、意思表示を要件とすることは疑わしく、むしろ配偶者死亡により直ちに姻族關係の終了をみとめるべきだと結論される。まことに適切な批判というべきであろう。たしかに、姻族關係終了の手續などは一般人の餘りよく知らないところであろう。もつとも、この手續をしないで尊屬殺をしたから加害者に世間の同情が集まるので、手續をとつてから殺人をしたような場合なら、かえつて計畫的な殺人として同情をひかない結果となるかもしれない。私としては、同條の改正よりは、專門ちがいではあるが、むしろ刑法第二〇〇條の廢止の方が先ではないか、と思つている。というのは、かりに配偶者が生存中でも同種のケースは生ずるにちがいないからである。配偶者の生存中かどうかが問題なのではなくて、やはり親を特別扱いする觀念が問題の中心なのであろう。

第五論文　「妾契約と賣春」（五九頁以下）

これも刑事判例を對象とするものであるが、いわゆる妾契約と賣春との關係をめぐる最高裁の判決をとりあげておられる。不特定の相手方との場合のみが賣春として反社會性あるものであり、特定の相手方との妾關係には反社會性がないとする判決を、全く不當な區別であると鋭く非難される。

第六論文　「民法典論爭」（六九頁以下）

第七論文　「民法典論爭の一資料」（九三頁以下）

これらの兩論稿は、いずれも民法典論爭をめぐる法史的なものである。前者は、いわゆる民法典論爭の展望から、今次戰後にはげしく行われた民法典論爭の評價をめぐる論爭の經過を手際よく紹介され、また後者は民法典論爭にかんする貴重な資料を二つ――伊東家本『民法異議』（これは、かつて『轉換期の家族制度』に集錄されたものである）と法治協會の『辯妄』――を紹介されたものである。教授は、民法典論爭を單なる政治鬪爭に還元してしまうような近時の政治學者の見解にたいして、かなり批判的であられるが、私もまた同感である。當時の法學者や政治家たちが個人的主觀的にどう考え行動したかということは、けつきよく歷史的資料にすぎないので、その實質をどうみるかという歷史的評價は、おのずから別問題であろう、と私は考える。

第八論文　「ソヴェトにおける事實婚の問題」（一四頁以下）

第九論文　「イギリスにおける離婚法改正の一動向」（一五七頁以下）

この兩論稿は比較法的なもので、とくに前者においては、すぐれて社會學的見地から、革命以來のソヴェトにおける事實婚の承認・否定の變遷が歷史的に分析され、また後者においては、最近のイギリスにおける離婚法改正の問題點とそれをめぐる論議が紹介されている。とりわけ前者における結論ともいうべき、「事實婚を承認するのでなければ、妻や子の利益、福祉が保障されないというような考え方は、ソヴェト社會の發展により漸次不必要となるであろう。一九四四年法の事實婚の廢止は、このような前提にたつているとみられる」（一五頁）という理解は、重要なものであろう。

第一〇論文　「性倫理と法」（一七九頁以下）

この論稿は、とくに社會的・歷史的觀點から、性をめぐる倫理と法との相關を考察したもので、多彩な論述のうちに、教授の豐かな學殖と高い知性とが如實に示され、さすがに青山教授ならではの感がふかい。教授は、男女平等の原理の上にたつ一夫一婦制こそ人類の今後の結婚形態であり、これを支持するのが法の責任であり、これを發展させるところに法の任務がある、と結論される。

第一一論文　「家族制度復活の問題」（一九九頁以下）

今次大戰後の民法改正によつていわゆる家族制度が廢止されて以來、この家族制度復活の問題は、わが國の保守對革新の勢力鬪爭とからみあつて、たえず社會的關心の的となつてきているが、この論稿は、保守勢力の主張とその根據とを徹底的に批判したものである。鋭い論調のうちにあふれるばかりの民主主義的精神は、讀む者の胸をふかく打たずにはいないであろう。

附錄　「制度理論について」（二三五頁以下）

さいごに、これは、Jennings の論文 "The Institutional Theory" の飜譯である。原著はけつして新しいものではないが、フランスの Hauriou や Renard の制度理論を契機として、いわ

ゆる制度理論の意義を考察したものである。

以上、一通り本書の内容を紹介したが、このような短い紙面をもつてしては、かえつて學殖ゆたかな本書の眞價を誤りつたえることになりはしなかつたか、とおそれている。青山教授の御寛恕を願うとともに、このヒューマニズムの格調高い好著を江湖におすすめして、紹介の筆をおきたいと思う。（有斐閣發行、A5版二五五頁、價四〇〇圓）

（田中　實）

Hans-Heinrich Jescheck: Das Menschenbild unserer Zeit und Strafrechtsreform.

(1957) J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, S. 40

ハンス＝ハインリッヒ・イェシェック著『現代の人間像と形法改正』

I

著者イェシェックについては、齋藤金作教授が、刑法雜誌（五の四、六一頁以下）にその「比較刑法の發展、課題及び方法」を書評された際、ふれておられたように、現にフライブルク大學に刑法および刑事訴訟法の講座を持ち、併せて比較刑法研究所長をも兼ねておられる比較的若い世代に屬する有能な刑法學者である。

一九四九年にチュービンゲン大學の私講師となり、一九五二年にボン大學に再び教授資格請求論文を提出して、そこの私講師を經て現職に就かれたのは一九五四年であると記憶している。

同教授は、ドイツ刑法學會有數のフランス語に造詣の深い學者であつて、フランス語で發表された論文も多い。

フライブルクでお會いした時の感じは、背の高い、何となく鋭い感じの人であつたが、これは左ほほに殘つている若き日の決鬪の刀傷が、右の印象を強めたのかも知れない。こうした教授が、刑法改正委員會の委員として、さきに決鬪に關する諸問に答えて報告をされた事實は、偶然以上のものを考えさせる（J. Z. 1957. Heft. 4, S. 108 ff.）。

ともあれ、國際的視野の廣い同教授が、現に行われ、今年の十月に終るといわれている刑法改正の事業に、委員として關與され、その學識と體驗から流れ出たエッセンスともいえる玉稿が、ここに紹介しようとする小册子である。本書は一九五六年一二月一二日に、フライブルク大學創立記念日に行われた講演をもととして、それに筆を加えたものである。非常に簡潔に書かれてはいるが、行間にあふれるばかりの示唆の多い論述は、それを更に展開せしめるに價する契機を包含している。

素描を行うことによつて、同教授の擧言する方向を一應確認しておきたいと思う次第である。表題でもわかる通り、同教授の指示するものは、現代という大衆的な、機械文明の社會に、一成員として