

# 民法制定過程における家族制度

——第一草案、旧民法、明治民法をめぐって——

秋 山 ひ さ

## (一) はじめに

明治二十三年公布、明治二十六年一月二日実施と定められていた旧民法は、明治十二年来司法省の委嘱により、ポアソナードなどが起草した草案を、主なる基案として成立したものであった。それは終始一貫、自然法学立場より、フランス民法に範をとって編纂された自由主義的近代法典の特性を備えていたといわれている。フランス民法はフランス革命の精神に基いて制定され、その指導原理は個人の人格の尊重のもとに、個人所有権の絶対性、個人の意志の自治、自己責任が柱となっていた。この近代法典に範をとった旧民法は、当然において自由主義的個人主義的精神に貫かれ、人事編の一部を除いて全般にその精神が顕著にあらわれていたといわれている。

それだけにその後の民法施行の断行派と延期派の激しい法典論争の結果、延期派が勝利をおさめ、結局ポアソナード草案といわれる旧民法は一度も陽の目を見ることなく、草案のみで葬り去られたのを惜しみ、もしこれが施行されていたなら、わが国の家族制度は違った道を歩んでいただろうという人も少くない。

民法施行の断行派と延期派の華々しい争いは、主として一方では条約改正の必要上から、他方では国情にあわな

伝統的な家族主義の無視という点で繰りひろげられたが、それはフランス法学派とイギリス法学派の争いでもあった。前者は自然法学説の立場をとっており、法の原則は時と所を超越していずれの国、いずれの時においても、同一の根本原理によって法典を編纂しようと主張し、後者は国民性や時代に重きをおく歴史派学説の立場からこれに反対した。それはあたかも言語が時と所を異にすることによって特異的に成立する如く、法も時と所を異にすることによって自然発生的に成立変遷するのであるから、外国法移植は実効に乏しいというものであった。その主張は一見歴史法学的立場からの法典反対であると思受けられるが、同時に、法学的外衣を装って行われた政治思想的、国家主義的法典排撃論であったといわれている。両派の論争も、明治二十五年六月の議會で延期案が可決され、明治二十九年十二月三十一日まで施行延期と決って幕を閉じた。その間ドイツ民法などを手本に修正された草案の一部が二十九年一月に、残部が三十一年にそれぞれ議會を通過して、新しく明治三十一年に民法は制定実施されることになる。

筆者がここでとりあげるのは、旧民法全体におよぶ両派の立法技術的、法理論的論争ではなく、実施延期派の「民法出でて忠孝亡ぶ」に代表される身分法部面の具体的内容の検討である。延期派をしてかく言わしめた箇所はどこであり、それはいわれるようにほんとうに平等主義であつたかあるいはなかつたか。どの程度までその理念が生かされていたかあるいはいなかつたか。それは明治三十一年施行の民法にどのように改変されたかあるいはされなかつたか。またそれは明治二十年代後半の国家主義抬頭とどう結びついているのかなど、旧民法の命運を身分法（人事編）中心にたどってみることによつて、わが国の家族制度形成上の問題を明らかにすることである。

## (二) 「延期意見」の指摘する「旧民法」非難箇所

ところで旧民法草案の編纂において、司法省の法律取調委員会は小委員会に人事編および獲得編の草案起草を委嘱したが、小委員会は明治二十一年十月少し前頃、草案に理由書を付して取調委員会に提出した。これが人事編の最初の草案である。この人事編および獲得編の起草にボアソナードが関与したかどうかの問題は、人事編の性格上、国情、

風俗、習慣の異なる外国人にまかせず、邦人の手で編纂することがのぞましいとされてきたし、ポアソナード自身も、人事編に対しては草案をつくる任を受けていないとのべているところから、彼は起草に関与しなかったのではないかといわれている。しかし石井良助の指摘にあるように、<sup>(2)</sup>彼はこの両編草案に無関係であったのではなかった。起草は日本人委員であつても討議の上ポアソナードが正稿にする定めになつていたし、理由書には随所にポアソナードの見解とおぼしき叙述がみられるからである。人事編の建前から日本人によつて原案は起草されたが、他の編(財産、財産取得、債権担保、証拠の各篇)と同様に、ポアソナード民法の一環をなすものといつてよい。旧民法のちに「旧民法人事編第一草案ならびに理由書」(以後、文中では第一草案と呼ぶ)と呼ばれるこの草案を経て、二十三年に公布されるのであるが、両者の条文を読みくらべてみて、第一草案の方が形式的には不整備があつても、より一層旧民法の精神が素朴にいきいきとあらわされていることがわかる。しかし法典論争で条文について具体的に争われたのは公布された旧民法草案に対してであつたから、この小文では旧民法の条文に則つて検討する。もし旧民法草案が第一草案とはなほだしい相違があるとき、その箇所を引用し、第一草案ならびに理由書を検討して、旧民法の精神をたずねる。そののち明治三十一年施行の民法(以後、文中において明治民法と呼ぶ)<sup>(3)</sup>への影響をみることにする。

さて、旧民法が明治二十三年に公布されたのに先立ち、二十二年に法学士会が「法典編纂に関する意見書」を発表して以来、これが導火線となつて法典論争は火を噴いたのであるが、<sup>(4)</sup>延期派が発表したいくつかの意見や論文のなかで、わが国の慣習や家族制度に合致しない点を、具体的に激越な論調で指摘しているのは、明治二十五年の『法学新報第十四号』に載つた「法典実施延期意見」(以下、「延期意見」と略称する)である。<sup>(5)</sup>江木衷、高橋健三、穂積八束、松野貞一郎、土方寧、伊藤悌治、朝倉外茂鉄、中橋徳五郎、奥田義人、岡村輝彦、山田喜之助の十一名連名によるもので、次の七項目よりなつてゐる。

一、新法典ハ倫常ヲ壞乱ス

二、新法典ハ憲法上ノ命令權ヲ絨縮ス

三、 〃 予算ノ原理ニ違フ

四、 〃 國家思想ヲ欠ク

五、 〃 社會ノ經濟ヲ攪乱ス

六、 〃 税法ノ根源ヲ變動ス

七、 〃 威力ヲ以テ學理ヲ強行ス

これらの論点を要約すると、ひとつは欧州諸国と国情習俗が同じでないのに、範を欧州にとるのは社会内部の組織に不測の変革を生ぜしめ、わが国の良風美俗を乱すという点、今ひとつは法典編纂体裁上の不整不備という形式上の欠陥をついたものである。後者の点はしばらくおくとして、前者の点が今われわれの問題となる。とりわけ第一項目に延期派の主張は集約されているといってよい。その論旨は次のようなものである。わが国においては祖先尊崇にもとづいて忠孝二道が「家」において守られている。家長権が尊嚴なのは顯世において祖先の神靈を代表するからである。しかるに耶蘇教国では、一人の男と一人の女の情愛によつて居を同じくするのであり、君臣の別なく父子の倫もない。このたびの法典では「家」「戸主」は空文にすぎず、民法出でてその実体を亡ぼす。法文中に出てくる「家」は一人としてのそれではなく、権利の主体はあくまでも個人にしている……と、法典の自由主義、民主主義的性格の否定による保守的國權主義の強調であつた。

それでは延期派の激しく排撃する個人主義、人格尊重、平等主義、家族主義を衰退させる条文はどこにあらわれているか。「延期意見」が具体的に指摘した箇所を中心に見てみることにする。

旧民法は親子関係において、母親が父親と同等の権利をもつと主張していることに、「延期意見」はまず第一に攻撃の矢を向けている。たとえば「父死亡シ又ハ親權ヲ行フ能ハサルトキハ母之ヲ行フ」(旧民人一四九条二項)<sup>(6)</sup>と、

父が死亡したとき母が後見人の権利をもつと定めているのは、家長権を柱にして成立している家族制度を根底からゆさぶるものである。後見人の選定は、従来わが国においては、親族会議の上適切なる人物を選ぶのが慣例であった。「全国民事慣例類集」によると、寡婦は幼少の男子が成長するまで戸主をつとめて内外の取引をなし、判然と後見人を設ける習慣はないと記されているのはわずかに二例で（陸中国胆沢郡、丹後国加佐郡）、多くは親族中相応の人が選ばれることになっている。<sup>(7)</sup> 子どもの養育監督、家産の管理、訴訟公用などが後見人の大きな仕事であるが、これらはいずれも女性したがって母親個人に任せらるべき事柄ではなく、親族が処置する権利を第一義的に持っていたのである。旧民法はこの慣習にとらわれず、子どもを養育する権利と義務は、父と母が平等に持つという見解に立っている。

このことは親権ということばを使っても父権とはいっていない点でも明らかである（旧民法九章）。「延期意見」は親権の名称を用いるのは、父権のほかに母権を認めていることになるとして、これに強く反対している。たとえ父が死亡して母が権利を行うことがあっても、これはあくまでも父権の代行であって、母権などというものは家族制度を重んずるわが国の習俗には存在しないという立場である。しかし「家」をはなれて親子関係を認めている旧民法はさらに、その親権は父母に属するのであって戸主に属するものではないのである（一草人二三八条へ理由<sup>(8)</sup>）……第一親権ハ父母ニ属シ戸主ニ属セサルコト、父母祖父母並ヒ存スル場合ニ於テ子ハ其父母戸主ニ非スト雖モ其権ニ服シ、戸主タル祖父ニ服従セサルモノトス……）。従って父亡き後、母が財産を管理するのであり、必要とあらば親族の承諾がなくても母親の意志で処分することもできる（旧民法一五七条一項 本節（註、子ノ財産ノ管理）ノ規定ハ母カ子ノ財産ヲ管理スル場合ニ之ヲ適用ス）。

また家を去った先婦は、従来のわが国の慣例によれば、親族に加えず法律上親子関係はないものとして扱うのが通例であった。しかし旧民法では相互に血統の連結する者は親族であり、直系の親族は扶養の義務を負うのであるから、

父母が別れたとき、二人の間の子はあくまで親族として父または母とつながりを持ち、両者の間には相互の扶養義務があることになる（旧民人一九条、二六条一項）。扶養の義務は未成年の子に対して、離婚した父または母が負うだけでなく、逆に子が成長後は家を去った父または母を扶養する義務があることを示している。このことは必ずや家族の内部に確執をもたらす因になるであろうと「延期意見」は強く反対する。

扶養の義務に関する規定は、親族の範囲をいかに定めるかにかかっている。従来のが国における親族の概念は、血縁関係者以外に非血縁者を含む生活の連関を基礎にした同族的結合の關係者をも親族とみる例が多く、その規定はきわめて不分明であった。「全国民事慣例類集」によると、「本来家ノ間柄及ヒ戸主ノ從兄弟以内ノ親ヲ通稱シテ親類ト稱シ互ニ義務ヲ負フ責アル者トスル」のが通例であると記されている。<sup>(9)</sup>これでは親族の範囲は非常にあいまいである。旧民法はこれを次のように整理して、法律上の効力を生ずる親族關係の範囲を定めた。①親屬は六親等以内の「血統ノ相聯結スル者」とし、<sup>(10)</sup>②養子縁組による養子と養父母の關係、継子と継父母との關係は親屬に準ずるものと定め、③「婦ノ夫家ニ於ケル又入夫ノ婦家ニ於ケル尊屬親トノ關係」以外、姻屬は親屬の中にも準親屬の中にも含まれていない（旧民人一九条、二二条、二三条、二四条二項）。さらに特徴的なことは、配偶者が親族の規定の中に見当たらないことである。なぜ配偶者を親族の中にふくめなかつたのか。配偶者は血族關係や姻族關係の結節点に位置する。配偶者なくして血族の拡大も姻族のそれもありえない。それはあたかも自己と同一の位置を占める關係であつて、自己から發展的に拡大した親族に位置付けられる關係とはなりえないと考えられているのであろうか。もしこの観点から配偶者を親族の範囲から省いたのであるなら、法律学的当否はともかくとして、社会学的には非常に興味深い問題を含んでいる。何故なら配偶者は自己に代りうる者であり、家族のコアを形成するものとして、夫婦単位を基礎づけるからである。

配偶者の問題はしばらくおくとして、扶養の問題を右の親族の範囲に照らしてみるなら、たとえ父親と別れて家

を去つた母親であつても、子にとつて血統が連結している限り母親は親族であり、その母親が再婚して他家に入つても、扶養の義務は免がれないことになる。このことは親族間に紛争をもたらしかねないと、旧民法における親族規定の不整備をついた形で、「延期意見」はこの点を激しく論難している。

また、従来のが国の慣習を無視した条文であるとして「延期意見」が指弾しているのに、庶子は父母の婚姻によつて嫡出子となる箇所がある（旧人民一〇三条）。第一草案の理由によると、仏国民法では庶出子の准正に關して、もう一つの条件がついている。すなわち姦通または乱倫より生れた庶出子の准正を禁じているのである。しかし草案は、婚姻前に生れた姦通の子といえども、その父母の婚姻によつて嫡出子となる利益を享けさせるのは別に不当ではないとして、この条件を廢している。また婚姻前に庶出子であることの認知をしていなくても、婚姻後認知すればその子は正出に准することになる。子どもの側からみれば正当な権利の回復であるといえようが、「是レ亦個人主義ノ欧州制度ニシテ家督相続ヲ以テ人事ノ最モ重キモノト為スノ邦國ニ取リテハ甚ダ不当ノ規定ト謂ハザルヲ得ズ」なのであり、私通を奨励し倫理の廢頹をきたす規定であると非難されているのである。

### （三）「第一草案」より後退している「旧民法」

このように旧民法は自由主義・平等主義の立場から、個人を封建的束縛より解放するきわめて進歩的な法典であつたが、身分法の全分野にわたつてその理念が広くいきわたつていたかという点、必ずしもそうとはいへない。少くとも立法者は伝統的なわが国の親子關係を中心とした家族と、西欧社会の夫婦中心の個人主義の調和を試みていたことがうかがえるのであつて、それが不徹底な形で随所に残されているのである。

たとえば、夫を以つて家長と定めて、夫権の原則を立てているのであるが、この条文の理由に「……仏国法ノ如キ男女同權ヲ以テ原則ト為ス法律ニ於テモ夫婦ノ權利ヲ異ニセリ況ンヤ我國ニ於テオヤ男女同權ノ原則ハ從來ノ風俗ニ反対シ夫權ハ婚姻ノ基本トスル所ニシテ此風俗ヲ變更セントスルハ未タ之ヲ今日ニ望ムヘカラス……」と書かれてい

るように、平等主義の理想は抱いていても、社会的慣行を顧慮して段階的是正を試みているのである。

この態度は庶出子を同居させることの規定にもあらわれている。第一草案において「夫若クハ婦ハ其婚姻中認知シタル子ヲ其住家ニ入ルルコトヲ得ス但シ配偶者承諾スルトキハ格別ナリトス」（一草人一七八条）と記されている。

つまり我國の慣習では妻妾同居して嫡出子も妾出子も雑居するという醜態を呈している。この条文の規則はこういった風習をやめさせる意図を以つて定められたのであるが、「……現今ノ事情ニテハ或ハ不都合アルヘキヲ察シ配偶者ノ承諾ヲ得ルトキハ格別ナリト云ヘリ是レ道理上至当ナリト雖モ之ヲ削ラサレハ十分ニ我國ノ醜俗ヲ一洗スルヲ得ヘカラス……」と、慣習と妥協した形で結局においてはその風習を認めている。しかし旧民法にはこれに該当する条文が見当たらない。この条文が削除されているということは、妻妾同居を認めない方向にもっていくべきだという理由書の見解を採り入れて、配偶者の同意の有無にかかわらずこれを認めずとしたのではあるまい。第一草案で配偶者の同意を必要としたのは、現実には妻の立場の擁護であった。この妥協的限界の規定をさえ設けなかつたのは、結果として当時の慣行のままに妻の立場は放置されることになつたといえよう。

第一草案とくらべて公布された旧民法の方が後退している箇所をそのほか二、三挙げてみると、離婚原因の平等性についての規定である。第一草案では、離婚を請求できる理由をいくつか列記しているなかで、姦通または堪しき不行跡は夫婦両方に適用できる離婚理由であるとしている（一草人一三一一条）。その理由書には、この規則は我國の慣習に反するけれども、婚姻は双務契約であつて、夫婦は互いに信実を守ると約束しているのである。妻の姦通は夫の姦通よりその結果は重大だという人がいるかもしれないが、離婚は刑罰ではなく違約にもとづいてなされるものであつて、婚姻義務の違背という点では夫と妻とで軽重があるわけではないと、明確に男女の平等をうたつていゝ。ところが旧民法では、妻が姦通したときはその事実のみで夫は離婚の訴を提起することができるが、夫の場合は姦通罪によつて刑に処せられてはじめて、妻側からの離婚が請求できると（旧民法八一一条）、夫側に有利な規定になつていゝ。

のであり、三十一年の明治民法にもそれが踏襲されているのは知られているとおりである。

また、第一草案の方がより平等主義を示しているものとして次のものがある。離婚後において、扶養料を払わなければならぬ義務は従来の方が国の慣わしにはなかった。このことは夫側からの追出し離婚を容易ならしめていた原因のひとつであるといえよう。それを第一草案は弱い妻の立場が不利にならないように、公平の原則にもとづいて、裁判所へ離婚ノ判決ヲ以テ曲者タル一方ヨリ他ノ一方ニ養料ヲ給スヘキコトヲ命スルヲ得……」（一草人一四七条）と扶養の義務を明記したのは、古い慣習を護持しようとする人達にとっては大いに困惑するものであった。しかし旧民法では、わずかに仮処分の規定として、訴訟中養料を請求できると定めているにすぎない（旧民八四一条一項）。

その他にも第一草案においては、子の婚姻、養子縁組に対する親の同意承諾は、子どもが未成年のばあいに限定しているのに（一草人四七条、二〇四条）、旧民法では婚姻に関して年令に制限なく子どもは父母の許諾を必要とすることが定められており（旧民人三八条）、親の権力が強化されている。

第一草案と旧民法とのもっとも重要かつ大きな差異は戸主権に関してであるが、これについては後述するとして、両者とも平等主義の理念を掲げながらそれを生かし切っていないところは「妻の無能力」をうたっているところにあらわれている（一草人一〇四条以下、旧民人六八条）。しかも同じく妻であっても、あるばあいには夫の許可を必要とし、あるばあいには全くそれを必要としないというように、論理上明確さを欠いている。もっともボアソナード自身は「性法講義」のなかで次のような見解を示して、「妻の無能力」は是認さるべきでないとはっきりのべている。すなわち、フランス法において成人に達した女性が未婚既婚を問わず契約あるいは訴訟をする能力のないものとみなされているのは間違いないである。インド・ギリシア・ローマなど女性は常に他人の権威の下におかれていた。父、夫、子の権威に従属してきたのであるが、女性は決して男性の低位に位置づけられる者ではない。ローマ人も終には家政と財産の処置については、たとえ女性が婚姻したものでもこれを認めている。フランス法では女性が男性より劣位に

おかれているのは政権、公権においてだけで、私権においては成人に達した未婚の女性あるいは寡婦は男性と同等の権利をもっている。しかるに婚姻中の女性は夫に従属した地位しか得られず無能力者の扱いになっている。これはまことに論理的にいつて不合理であると同時に非難さるべき規定である。欧州の諸国やアメリカの法律においては、妻を全く夫に従属せしめているといえども、その財産については大きな自由を得させている。フランス法も改正してこの方向にもつていくべきだ<sup>(11)</sup>。

この意見にみられるように、ポアソナード自身は旧民法草案の手本としたフランス民法それ自体に「妻の無能力」が規定されていることに強い不満をもっていたことがわかる。しかし彼はこの規定を完全に排除することができず、フランス民法よりは多少緩和したかたちで草案に盛りこまざるをえなかったのは、平等主義、個人主義の建前からいつて一歩も二歩も後退しているといえるであろう。

以上のように旧民法は近代的な新しい理念と、伝統的な慣習とが入り混つて編纂されているのであり、梅謙次郎が『法典実施意見』<sup>(12)</sup>の中でいみじくも述べているように、「……人事編ニハ戸主アリ家族アリ隠居アリ養子アリ庶子アリ毫モ従来ノ習慣上ニ存スルモノヲ廢セス唯其規定ニ至リ幾分ノ時勢ニ伴ヒテ更改セシモノナキニ非ズト雖モ力メテ激変ヲ避ケント欲シタル立法者ノ苦心ハ章々節々ニ現ハレタリ……」であつて、決して延期派の攻撃するような極端な内容ではなかつたといえる。

#### (四) 「旧民法」と「明治民法」の比較

ともあれ延期派が結局勝利をおさめて、旧民法は永遠に陽の目を見ることなくその生命を終えた。ほんとうにその生命は終わったのか。一見終えたかにもえだが、決してそうではなかつた。あれほどの大論争を生んだ草案は明治三十一年施行の民法にはほほそのまま生きていたのである。家族制度に反するという理由でその施行を阻止されたのだが、それに代つて新草案も、それほど大きな修正を加えられていないといつてよい。<sup>(13)</sup>

ところで、民法典論争の焦点は家族制度の維持をめぐる論戦であつてみれば、家族制度なる觀念をまず規定しておかなければならない。この制度を支える最も重要な要素として法律上からいえば「家」、「戸主権」、「家督相続」を挙げることができようかと思ふ。家族制度における「家」の觀念は、われわれの考ふる現実の共同生活の実体としての家族とは異つたものである。「家」は祖先から子孫へ連綿と続く抽象的家族生活の共同体であつて、現実の家族を一環として、そのいくつもが連つた鎖のような觀念的集団である。家族制度は累代にわたる親子關係を中心とした広汎な親族共同生活の集団を「家」という形式的な枠のなかで規律し、その道德的な中心点として家長を存在せしめ、家族の統制をはかるものとしてそれを「戸主権」として確立し、この集団の永遠の繼續として祖先の祭祀を主宰する家長の地位の繼承を「家督相続」として、全財産とともに長男子一人に委ねることを骨子とする制度である。そこで「家」を支える「戸主権」と「家督相続」がどのように扱われているかがここで問題となる。

まず戸主権についてであるが、戸主権によつて統括されている家共同体を家族とみる点については旧民法も明治民法も変りない。家の構成に関して旧民法は「戸主トハ一家ノ長ヲ謂ヒ家族トハ戸主ノ配偶者及ヒ其家ニ在ル親族、姻族ヲ謂フ」（旧民法二四三条一項）と規定しているのに対して、明治民法は「戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者ハ之ヲ家族トス」（旧民法七三二条一項）と定めている。親族の意味を血族と解しているか、血族と姻族を両方含めて用いているかの相違はあつても、戸主は家族を統括し、家の代表者として特殊の地位を占めていることには變りない。もつともこれらの兩規定を注意深く読めば、内容上大いに差異があるという説もある。それは旧民法が一家の長たる戸主とその配偶者とを家族構成上の中心として第一に挙げ、その他に同じ家にある親族および姻族を家族のうち包含しているのに対して、明治民法にあつては戸主の配偶者は他の親族並みに扱われており、配偶者を家族構成上の中心成員と考えていないという解釈である。<sup>(14)</sup> 配偶者を明記しているかないかは、配偶者を親族の中に含めるか含めないか、前述の親族の規定の問題にさかのぼつて考えられるべきであらうが、ここでは筆者はその問題よりも

むしろ戸主の位置付けを、両者とも實質的に相違なく規定している点に注目したのである。

しかも家族の統括者としての戸主になれるのは常に男子が優先することにおいて、旧民法、明治民法ともども変りはない。庶出子である男子が嫡出の女子に優先することも両法とも同じであるが（旧民財取二九五条）（旧法九七〇条）、ただ、女戸主が入夫を迎えて婚姻をなしたとき、旧民法では女戸主はそのまま戸主の地位を保ち、入夫は「戸主ヲ代表シテ其權ヲ行フ」（旧民人二五八条）とされていたのに、明治民法では原則として入夫が戸主になると定められ（旧法七三六条）、男子本位が強化されている。

次に戸主の家族に対する権利義務を定めている内容を見てみると、家族の扶養に関して旧民法は、家族の養育と普通教育の費用を戸主が負担すると規定しているのに対して（旧民人二四四条）、明治民法は単に扶養の義務を負うとだけ記されている（旧法七四七条）。つまり前者においては、家族の教育に戸主の決定権が及ぶことを費用負担の点から間接的に是認しているのに、後者においては、教育は親権者ないし後見人に委ねるといふ戸主権と親権の分離を認め、扶養の義務を負うだけにとどめている。このことは明治民法の方が旧民法よりも戸主権の内容を多少弱めていると考えられるかもしれない。しかし一方、戸主が家族に対して居所を指定する権利は、旧民法においては家族が戸主の許諾を得ずに他所に在るときは、戸主は養育および普通教育の費用の負担を免れるとして（旧民人二四四条）、間接的な居所指定権にとどまっているにすぎないのに、明治民法は「家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得ス」（旧法七四九条一項）と戸主権の強化がはかられていることは見落せない。

戸主権と親権の分離は、前にも述べたとおり、家族員の監護教育に対しては親権者がその責任を負うことになったが、母親が父親に次いで第二位の親権者となることが旧民法の規定どおり明治民法に継承されたのは、この問題が法典論争での中心点の一つであつただけに興味深い。

また、家族の婚姻または養子縁組に対して戸主の同意を必要とする規定は、両法ともにみられる（旧民人二四六条）

(旧法七五〇条)。ただこれに違反したばあい、それが法定相続人といえども離婚できるとした点において、明治民法は戸主権を重くみたといえる。しかし旧民法においてすでに、家族の婚姻に戸主の同意承諾を必要とすることが明確に規定されている点は、婚姻が個人の意志よりも家の意向にもとづいてなされることを法的に規定したものとしてみなければならぬ。

右にみてきたように、戸主権に関する規定は旧民法も明治民法も基本的な点においてそれほど大きな差異はみられないのであり、旧民法と明治民法の相違よりもむしろ第一草案と旧民法や明治民法の違いの方がはるかに著しいのである。たしかに第一草案にも「戸主及ヒ家族」の章は設けられている。しかしその条数はわずかに十条で(一草人三九二条―四〇一条)、十九ヶ条もで規定している旧民法の約半分である。もちろん数量が少いだけではない。ここで示されている戸主は家族を統率する権力もそれに対応する義務もなんら有することなく、単なる一家の代表者として規定されているにすぎない。戸主という名称と地位はあっても、戸主になりうる人の規定およびそれに附随することがらが定められているだけで、その地位にはなんら特別の権利義務があるわけがなく、戸主中心の「家」制度的要素は全く見当らない。たとえば子の婚姻や養子縁組に対する承諾は、第一草案では未成年者に限って親に認められているのに、旧民法では年令に制限なく親と戸主の両方の承諾を必要とするなど、戸主の権利が明確にうち出されている。その他前述の旧民法によるいくつかの戸主権の規定は、第一草案のどこにもその前身とみられる個所を見出すことはできない。戸主権は第一草案には存在しないといつてよい。

第一草案が近代家族の理想を貫き、進歩的性格を強く示していたことは、先にみた姦通による離婚の男女平等、離婚後の養料義務、未成年者であっても婚姻により自治の権を獲得、庶子と私生子の無區別等々の点からも指摘できる。第一草案は「叩き台」として構成、内容ともに不整備な未完の草案であったとしても、公布された旧民法よりはるかに近代的な理想に則った民法であったといえる。それが法律取調委員会で修正されて旧民法となった経緯をこそ、わ

れわれは問題としなければならぬであらう。<sup>(16)</sup>

#### (五) 戸主権成立時期の問題

ところで、戸主権がどのように第一草案に存在しなかったことは、その時期に実態としての戸主権がなかったことを意味しているだろうか。

戸主権または家長権がいつ頃から家族統率という立場にもとづいて、強力な権力を持つに至ったかについての見解は、学者によってさまざまにわかれている。それらを大きく区分してみると、すくなくとも徳川時代にすでに強大な家長権があったと認めている①「明治以前」派の人達、<sup>(17)</sup>戸籍法の制定を以って戸主権の成立とみる②「明治前半期」派の人達、<sup>(18)</sup>明治民法制定施行以降戸主権は確立したとみる③「明治後半期」派の三つのグループがある。従来より明治以前とする立場は素朴な常識論として一般に理解されていただけでなく、幕藩体制それ自体が封建的、家長的家族制度を一支柱として成立しており、武士家族のみならず庶民家族もその歴史的制約の枠の中にあつたと論証を挙げ、かつてはそれを淳風美俗として肯定的に温存しようとした人と、家長権の封建性を認識してその廃滅をはかろうとした否定的立場の人と二種みられるのであるが、そのいずれもが徳川時代に家長権が存在したことを認めている点においてかわらない。

これに対して明治後半期に成立したとみる立場は、徳川時代の家長権は単なる家の代表者ともいうべきもので、法律上なら命令権をもっていないかつたし、戸主の家族に対する関係は祖先に代つて家族を保護する倫理的責務を負つた関係にすぎないのであつて、そこには戸主特有の権利を見出すことはできない。戸主権は明治民法によってはじめて確立されたのであり、明治後半期の所産であると考えている。この立場においては戸主権の家族の統括、支配権が法律的に位置づけられた点を重視しているのであるが、この点からいえば、明治民法をまたずとも戸籍法の制定の時点で家長権は戸主権として整備強化されて成立したというのが明治前半期説である。

明治政府は廃藩置県（明治四年七月）に先立ち、同年四月に戸籍法を制定して壬申戸籍（明治五年）を施行した。明治政府による戸籍制定のねらいは、戸籍によって末端機構としての「家」を把握し、全国の人口を明らかにすると同時に、戸主―戸長―郡―府県―政府の系列の下に中央集権化をはかることであつた。戸籍作成にあつて、旧来の村役人に委嘱せず新たに戸長という政府直轄の機関を設けたことは、全国的に直接に支配対象たる国民を把握しようという新政府の強い意図がくみとれる。戸籍の書式には「同戸列次の順」として(1)戸主の筆頭、(2)尊属、(3)戸支配偶者、(4)卑属、(5)同配偶者、(6)兄弟姉妹、(7)その他傍系親となつてゐるが、この書式には重要な意味が含まれてゐる。従来の宗門人別帳の記載順序では戸主、戸主の配偶者、卑属、尊属、傍系親であるから、壬申戸籍では尊属の位置は大きな変化がある。そして戸籍法に定められた筆頭である戸主は、単なる家の代表者ではない。他の家族員とは質的に異つた地位を占めていて、家族を統轄する権利を有してゐる。これは家族員の出生、死去、出入の異動について、戸主は届出の権利と義務を持つことにあらわれている。このことは家族員の婚姻や養子縁組、離婚、離縁などの身分上の行為は、戸主が届出ない限り法的効力を生じないことを意味するのであり、戸主が「家」を支配する位置にあることを明確に示してゐる。以上が明治前半期派の主なる見解である。<sup>(20)</sup>

さてこれら三つの見解のうち、明治前半期説と明治後半期説は法律上公的に戸主権が規定され確立した時点の問題としてゐるも、戸籍法と民法とでは国民への影響力に差があるし、戸主権の内容についても、その規定の仕方が間接的か直接的かの違いだけでなく、道徳的なものか支配的なものか、義務的なものか権利的なものか見きわめる必要がある。民法においては具体的に多岐にわたつてその特権が明示強化されている点において名実ともに戸主権が法律的に確立したのは明治後半期と考えられる。ただ明治後半期といつても先にみたように、明治民法と旧民法にさほどの相違はないのであるから、旧民法公布の時点を考慮に入れなければならぬ。

しかしそうかといつて、それ以前に戸主権または家長権が社会的に存在しなかつたということにはならない。第一

草案に戸主権が存在しないのは、封建的慣習をできるだけ払拭しようとする理想の顕れであつて、その社会的存在を否定的に認めているのである。一年後に公布された旧民法に戸主権が規定されているのは、突然に政府の意向のみで作られたのではなくて、社会的実体としての裏付けがあればこそ法制化を試みたのであり、またそれを可能ならしめたと考えるべきである。したがつて社会的生成と法律的確立とを区別しなければならぬ。

ならば社会的生成の時期をいつに求めるか。明治前半期が、徳川時代か、それとも戦国時代か、あるいは王朝時代にまでさかのぼつて考えられるか。この問題はこの小文の主題を超えて大きく發展する。ここでは第一草案作成時にはすでに社会的に戸主権は存在していたが故に、進歩派の人は「封建ノ遺物ト云ツテモ宜イ所ノ戸主制」を法に盛り込まなかつたのであり、それが法律取調委員会で検討修正されて旧民法として公布されたときには、戸主権として法的に登場し、明治民法はそれを受けつぎ整備強化したということを確認するにとどめる。

## (六) 家督相続について

家族制度のもう一本の柱である家督相続について、再び旧民法と明治民法の比較をつづけよう。

家督相続が両法ともに男子優先であることは前にみたとおりであるが、全財産を一人で相続することも、旧民法、明治民法ともに変りない。遺産相続における均分相続も同様であるが、遺産相続人としての資格をもつ直系卑属の範囲を、旧民法は家に在る者に限っているのに対して(旧民法財取三二三条)、明治民法では「家」の關係は全く顧みずに、直系卑属の親等關係だけで規定している点は(旧民法九九四条)、むしろ明治民法の方が個人主義的立場に立つといつてよい。

しかし家督相続に關しての重要な修正は法定推定家督相続人の去家禁止の規定である。家督相続によつて戸主となつたものは原則としてその家を廃することができないが、本家相続または再興のばあいは絶家しても差支えないと規定しているのは旧民法においても(旧民法二五一条)、明治民法においても(旧民法七六二条二項)同じである。(こ

こでも旧民法がすでに本家中心の「家」の觀念を示していることに留意)。ただ法定推定家督相続人に関して、旧民法では戸主の承諾があるときには自由に婚姻、縁組、分家することが可能であった。「家」の維持存続が家族制度の根幹であつてみれば、廢家の間接的原因ともなりかねないこの考え方は、明治民法には受け容れられず家督相続のために個人的自由の制限が加えられて、「法定ノ推定家督相続人ハ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立スルコトヲ得ス」(旧法七四四条)の規定が設けられたのは、旧民法よりも家族制度の強化がはかられたとみてよい。

## (七) 結 語

以上概観してきたとおり、明治民法は親権の規定がより明確に整備されたこと、戸主権の実質的な内容がやや強大化されたこと、法定推定家督相続人の去家の禁止規定が設けられたことなど、家族制度の観点からみればその強化につながる諸規定がところどころにみられるにしても、多くの点については旧民法の条文がそのまま踏襲されているといつてよい。延期論者が激しく非難した親権の名の下に父亡きあと母がこれを行うことも、庶子が父母の婚姻によつて嫡出子となることも、扶養の義務の規定も、さほで変りなく継承されている。逆に、明治民法のうちもつとも不平等であり、個人の人格を無視している点として挙げられる婚姻に対する戸主の承諾、妻の無能力、離婚原因の不平等、相続における嫡女子より庶男子の優先など、旧民法においてすでに規定されているのを見れば、両者がそれほど異質な法律であるとはいいがたい。旧民法人事編は言われているほど近代的個人主義・平等主義が徹底したものとはい難く、第一草案にこそ近代西洋民法の息吹を感じることができるとは。しかし延期派は公布された旧民法に対して攻撃の矢を向けているのである。やはり旧民法はわが国の伝統的慣習を多く残して近代的理念の徹底を欠いていたとしても、全般にわたつてみるならば個人主義的法思想が根底に流れているからである。明治民法は旧民法の法典全体の錯雜不統一、重複抵觸など立法技術的欠陥が整序され改編されたものであるが、個人主義的法思想はたいして改められることなく受け継がれているのである。このことに対する不満はその後も延期論者などによつて機会あるごとに

しばしば洩らされていたのをみてもわかる。<sup>(2)</sup>

要するに旧民法も明治民法もそれほど大きな差異はない。それにもかかわらず議会でさほどの論議を呼ぶこともなく簡単に通過して、ここに民法は成立した。条約改正の要望、国内情勢の変化などによって法律制定が急がれたのである。

公布されただけで一度も施行されなかった旧民法が、「民法出でて忠孝亡ぶ」というセンセーショナルな、覚え易くて口調のよい警句で一般に喧伝されたが故に、家族制度を根本から否定するものと受けとられたり、他方三十一年の民法が個人主義的思想を全く含まず「家」のみを念頭において修正されたと考えるのは、あまりに一面的な見方であるといわねばなるまい。

#### 註

- (1) ホアソナード氏起稿民法財産篇講義第一卷一一頁
- (2) 石井良助編『明治文化資料叢書 第三卷法律篇上』解題七頁、風間書房 昭和三十四年
- (3) 明治三十一年施行の民法は身分法關係が戦後大改正されたが、現民法として機能しているのが、一般には民法旧規定もしくは旧法と呼ばれているようである。しかしここでは旧民法と呼称がまぎらわしいので明治民法と称する。
- (4) この間の事情については、星野通『明治民法編纂史研究』一九頁以下に詳しい。ダイヤモンド社、昭和十八年。
- (5) 「法典実施延期意見」は星野通、同上書四六六頁以下。
- (6) 「旧民法」は旧民法人事編の略、以下同じ。
- (7) 「全国民事慣例類集」(吉野作造編『明治文化全集第八卷、法律篇』二七八―九頁) 日本評論社 昭和四年。
- (8) 「一草人」は旧民法第一草案人事編の略、以下同じ。
- (9) 「全国民事慣例類集」、前掲書二五九頁。

- (10) 親屬と親族の使いわけについて、第一草案理由書は、親屬とは「血統及ヒ姻戚ノ關係」を総稱して用い、これを区別するとき血屬、姻屬の語を用いるのであり、その続き柄を指す。これに對して親族、血族、姻族というときは、「此ノ続キ柄ヲ有スル人」を指すと、親屬と親族の区別を「關係」と「人」のちがいにとつてゐる。したがって親屬の中に血屬と姻屬を含めてゐるのに、旧民法では親屬を血族と同義に用いてゐるように思われる。
- (11) ポアソナード講義 井上操筆記「性法講義抄、附相続制改革ニ関スル意見書」明治十年 司法省(吉野作造編)『明治文化全集第八卷 法律篇』日本評論社 昭和四年)
- (12) 梅謙次郎「法典実施意見」は星野通、前掲書五二四頁以下。
- (13) 我妻栄『民法総則』一四頁、岩波書店 昭和二十六年、同「家族制度法律論の変遷上、中、下」(『法律時報』十、十一、十二月号、日本評論社、昭和二十一年)
- (14) 玉城肇『新版日本家族制度論』一一一頁、法律文化社、一九七一年。
- (15) 第一草案に戸主權の存在しない点については手塚豊「明治二十三年民法(旧民法)における戸主權(-)」(『法学研究』第二十六卷第十号、慶応大学、昭和二十八年十月)
- (16) 戸主權を中心とした第一草案修正の経過については、手塚豊、同上書に詳しく紹介されている。
- (17) たとえば、玉城肇『家族論』五一二〇頁、三笠書房、昭和十一年、山中永之佑「明治維新の変革と家族」(青山道夫他編『講座家族』二二三頁、弘文堂、昭和四十八年)
- (18) たとえば、福島正夫「明治前半期における「家」制度の形成」(日本法社会学会編『家族制度の研究(上)』一二三頁以下、有斐閣、昭和三十一年)、利谷信義「明治前期の身分法と徴兵制度」(福島正夫編『戸籍制度と「家」制度』三三九頁以下、東大出版会、一九五九年)
- (19) たとえば、中田薫「わが家族制度の沿革」(『法律新報』第七三三三号、四一十三頁、昭和二十一年)
- (20) 福島正夫 前掲書 一一八—一三八頁。
- (21) 梅謙次郎「家族制ノ将来ヲ論ス」(『法志林第三三三三号、法学大家論文集民法之部』七五七頁。
- (22) たとえば、穂積八束は「「家」の法理的觀念」(明治三十一年)の中で、次のように切齒扼腕している。「欧州法ノ範型ニ鑄造セラレタル新法典ハ将ニ其成一ヲ告グントス。今ニシテ日本固有法ヲ説クハ死兒ノ齡ヲ數フルニ似タリ……」(『法学新報』八号、穂積八束博士論文集』四三〇頁。

Hisa Akiyama

A Dispute about Family Patterns in Process of Enactment  
of the Civil Code

Résumé

Early legislation moved in two directions in our country. One was to extend "samurai" family patterns to the whole society, which meant an intensification of the hierarchy and a strengthening of family controls over the individual. On the other hand, at least a few radical steps were taken to utilize the great potentialities of a system that might permit achievement to all who had talent—i. e., to make the stratification system more flexible.

The Civil Code in 1898, modeled after the German code as being more suitable than other Western codes to Japanese situation, gave greater power to the head of the "ie", and imposed the rule of primogeniture on all families where it was possible. A member of the "ie" would not choose his residence without the permission of its chief, just as he could not marry without that permission.

Generally, it is said that an earlier draft (Boissonade Code) proclaimed in 1890, more liberal and on the French model, was rejected as the older customs of family patterns in Japan were ignored.

However, when we compared the Code in 1898 with the earlier draft in 1890, there were only a few different rules, and both the Code and the draft intensified the older family patterns by placing greater emphasis on the male side. There were the greater differences between Boissonade Code in 1890 and the primary draft in 1886, rather than between the Civil Code in 1898 and Boissonade Code 1890. The primary draft was more liberal and individualistic, although it was not consistent and incomplete.