

# 家族法研究・到らざりし日記

唄 孝 一

—

「家族法著作選集」四卷（日本評論社一九九二—一九九三）の完了に際して、拙き私の研究を顧みる、というのが本日私に与えられた課題\*である。その際「各巻毎に附された解題とは別に」という注文が主催者からつけられている。けだし、「解題」は、各巻毎にその巻におさめられた研究を総括しようとしたものであるが、それはいわば「私のいくつかの思いの痕跡を……ふくらましたり延ばしたりして、今の私と昔の私とが対話しようとしたもの」だから、当時の私の問題意識や能力の限界と、「今の私」の能力や問題意識の欠如との相乗のため一そう欠陥だらけの未熟なものになっている。のみならず、「どんなに過去に思いつめた問題提起であろうとも、今、呼び水として足場として扱うに値するだけの痕跡となっていない過去の思いは、その

対話の対象となっていない」（第四卷三七四頁）から、当然選集への掲載からももれたのみでなく解題の対象からもはずれることになった。したがって、今日「その解題と別に」という注文を受けたことは、解題執筆の際書き忘れたことを補う好機であり、また、たまたま四つの巻別に別れてバラバラになった問題意識を総合し通覧する好機でもありうる。否、さらにそれを進めて、実は私の研究からは創造的な理論がほとんど生まれなかつたにもかかわらず、今日の時点からの視角で、さもその頃生まれていたかの如く、一つまたは若干の理論仮説を構成する（擬制する）最後の機会であるともいえる。とこんなふうに通つて多少意気込んでみたのだが、実はそんなもくろみには成功しなかつた。

\* 本稿は、第八八回「家族と法」研究会（一九九三年四月一七日）における私の研究報告「仰ぎ見た峯々、たどり得ざりし路々——拙き家族法研究を顧みる——」を基とし、加筆修正したものである。

さて、本稿でも、大学生として民法を学び始めた直後に未弘

嚴太郎先生から聞いたある説明が、意外にも今日まで私の法学に大きく影響しているということから始めざるを得ない。「民法の第一編總則のいちばん初めにある第一章「人」の「人」は人間様そのものではない……。それは未弘流にいうと、「人間という生き物に対して、法律が「人」というジャッポをかぶせたものだ」という説明である」。このことは実は前にやや詳しく書いたことがあり、「家族法を学ぶための第一則」法学セミナー三一六号（一九八一年）そしてそれは選集にも収められている（第三卷第三章）ので、ここではその内容をくわしく述べないが、当時私に与えた重い印象は、今日の話の冒頭でも確認しておきたい。それは、煎じ詰めると、「法概念と事実概念」との二元性、その両次元の關係ということになるのだろうか。これは以下の諸論点に一貫して流れている私の基本的な問題意識である。というより、私がこれまで大なり小なりかかわったテーマで、とくにその問題意識が流れているイツシューを大小あわせていくつか列挙してみたのが、本稿である。この方法にのつとつた上で、私は一方では家族をめぐるさまざまな事実**に強い好奇心を持つとともに**、他方では、それへの法的対応（法的概念・法的論理・法的構成等）に強い関心をかきたてられ続けたのである。

こうして、法概念と事実概念との対応のしかたに焦点をおき、両者の接する水平線にこだわりつつ、その上と下とを行ったり来たりして、上にあつては下を気にし、下においては上を気にするというのが、私の主要な手法の一つであつた。

## 1

それがあつた程度の成果と結びついたのが、「婚姻予約ないし内縁」の研究であり、選集第三巻はこの問題の解明とその方法の説明に終始している。「擬制の概念」「事実の概念」というキーワードは、この趣旨を鮮明にしようとしたものであつた。これまでいわれる内縁が「仮託」されているといわれてきた「婚姻予約有効論」という擬制の概念が、事実の概念のレベルでは、単に内縁のみならず婚約はもとより試婚・非婚をさえカバーしていたことを論証したのがその研究の主要な筋であるが、詳細は略する。

その点で、これはまさに、方法と内容との相互制約關係が読者にも分かつていただけただけの適例であつたと思う。ただこの際、理解願いたいことは、あのとときの私たちの判例研究方法として、当事者にインタビューする等をふくむ「なまの事実への接近」のころろみがとくに話題とされたが、これはその方法の全貌を必ずしも語っていない。その周辺に「書かれた判決理由と真の判決理由」「形式的判決理由と実質的判決理由」、判例法における下級審判決の位置づけ、法的論理や法的概念の相対性、そし

て当時の究極の課題であつた「先例価値的裁判規範」先例機能  
的裁判規範」等々関連する方法上の諸課題があり、それらの総  
合の中の「なまの事実・認定事実」という問題であつたとい  
うことである。したがつてまたこの研究が、当時ゼミ学生であつ  
た佐藤良雄・下谷麗子（故人）、及び後に参加した関弥一郎・石  
川稔の四君等との共同研究の成果であつたということとは、その  
こと自身が方法的に不可欠であつたのであり、その意味でこの  
事実を単なる謝辞を超えて特筆せざるを得ないのである。

## 2

次に「家」制度研究につき述べる。先に述べたように「呼び  
水として足場として扱うに値するだけの痕跡となつていない過  
去の思いは、その対話（各巻毎の解題）の対象とならず、この  
四巻の中で固有の場を与えられることはかなわなかつた」（第四  
巻解題三七四頁）ことが、四巻の選集からいくつかの脱落項目  
をつくつたが、「家」制度研究会（昭和二十七年頃から始まつた）  
は、その著しい例であつたのである。（そのため、同研究会を共  
同して創設し、厳しい姿勢と豊富な知識とで強い指導力を示さ  
れた福島正夫博士への感謝の辞を、選集の中に言及する機を逸  
したのは、まことに申し訳ないことであつた。）

その事情の詮索は今は置くとして、この研究においては、「家」  
が事実概念と区別されそれと対立する「法概念」の典型であつ  
たことが重要である。それは、「婚姻予約」のように判例により

生まれた軟性のものでなく、明治民法第四編第五編の中にかつ  
ちり組み込まれた固い法概念であつた。したがつて、同会の研  
究は、第一次目標として、まさに民法上の制度としての「家」  
そのものの研究をかかげたのである。したがつてそれは、家族  
制度研究でもなく、家父長制研究でもなく、家産制の研究でも  
なく、したがつてまた、そこでの中心は、「家」という同じ言葉  
を用いてはいても、有賀喜多野論争が主眼の一としていたも  
のとは異なつたのである。それは、事実の次元における半封建  
的家族制度を背景にしながら、法律上の制度としては、個人間  
の権利義務を軸とする近代民法の中に見事にはめこまれていた  
し（実質、その矛盾の糊塗や克服は平坦な道でなかつたろう  
が）、それどころか、「家」からの出入りを意味する親族入籍・  
引取入籍等は、パンデクテン法学が精練した民法の基本概念で  
ある「法律行為」として構成されていた。しかもそれを前提と  
した上で戸主の承認と結びつけている（戸主⇨家族の権利義務）  
あたり精巧な技術はまことに大きい興味をひく。

私を途方もなく驚かせたこの巧妙な法技術は、これまでその  
ようなものとしては十分に研究対象として注意されていなかつ  
た。その法技術の生成史を究明することは、日本の家族制度の  
法学的解明を著しく推進するにちがいない。その源流としては  
江戸時代の宗門帳との関係もあるが、そこへ跳ぶ前に遡るべき  
経路として明治初期の戸籍の政策とか地方法令などいろいろあ  
ることは福島先生に教わつた。当時私は「家族生活に対する戸

籍の組織法的意味」などというテーマをきっかけ「身分法における組織法と行為法」という文脈の中で明らかにすべし、とも言ったことがある。これは、田中耕太郎博士の「組織法としての商法と行為法としての商法」(法協四三巻七号、一九二五年)からの示唆によるという側面もある。しかしこの私のねらいには、つとにその線を行く先行業績があること(「家」制度についての理解は別として)に気がついたのである。すなわち「全体としての扶養法秩序」となえ、「親族関係身分法と私的保護法」との二元性において家族法をとらえ、そしてその本質を財産法の補充と位置づける沼正也博士の業績はそのようなものとしてもきわめて注目すべきものであった(沼法学についてはもつと述べねばならぬが、今日は準備不足のため他稿を期する)。

ところで、このように、少なくとも私個人は狭義の「家」に焦点をおくことに強くこだわりながら、研究会自体はそれに限局されなかった。すなわち、事実の世界の中の家族制度や家族主義的社会的社会学的・歴史的研究、とくに村落共同体との関係が精力的に進められたのである。そのことは、磯野誠一(モングル法、日本法史)、仁井田陞(東洋法制史)、旗田巍(朝鮮史)、大石慎三郎(日本史)、小川政亮(社会保障法)、石田雄(日本政治思想史)、山主政幸(民法)等々、研究会の有力熱心なメンバーの顔ぶれを見るだけでも明らかであろう。そしてこの「ひるがり」の中でなお研究の中核を「家」におくことを主張し続けた私ではあったが、私自身の固有の研究としては、「氏の変更」

など一連の氏研究(選集第二巻・第一巻)を通じて「家」に間接的に接近したにとどまった。そして研究会は、必ずしもその名に即する道を忠実に歩むことなく、「中核」よりはむしろ「ひるがり」の方へ進む。そしてその方向は弱まることなく、第二期の「家族・法と政策」全七巻(東大出版会)として結実していった。私は、その発展についてゆくよりはむしろ「中核」へのこだわりにとどまっていた。といっても、その間本来の「家」の研究については、利谷信義「家制度の構造と機能——「家」をめぐる財産関係の考察——」(社会科学研究一三巻二二三、四号一九六一年)というすばらしい論文が生まれているし、また福島正夫編「家制度の研究」(資料編、東大出版会)と総称すべき資料集などとして長い期間にわたる資料蓄積がようやく年を経て公刊されている。

### 3

次にごくポピュラーではあるが、親子関係成立における血縁と意思と養育と届出という問題も、法と事実の二元性という流れの中で最も早くから意欲したテーマであった。ここでは、認知訴訟における立証の問題、とくに不貞の抗弁(選集三巻一〇章一二章)、そして家事審判法二三条事件の中に認知が位置づけられていることの意味の追求(選集一卷一〇章)という周辺の課題しか遂げられなかった。また鈴木祿弥教授との共著「人事法I」(有斐閣一九八〇年)において、親子を自然的親子関

係、法律上の親子関係、親権者関係の三元的構成としてとらえようとしたことは、従来の通念であった二元性にプラスして、「法が付与した構成的概念」としての親権者概念を三次元として加え、「自然」対「法的構成」をより自覚的にとらえようとしたものであるが、いささか無理があつただろうか。

たまたま、戸籍セミナー（ジュリスト九七号以来連載）において戸籍訂正と親子関係存否確認訴訟との関係につき多くの先例（出生・認知等に関する）の細かい論議をエンジョイしたが、そこに溺れてしまい主題を理論化するにはいたらなかつた（この点で近時の水野紀子教授の研究が大いに目を惹く。たとえば「親子関係存否確認訴訟の生成と戸籍訂正」（一一二）名古屋大学法政論集一三四・一三六（一九九〇—一九九一）及びそれに続く諸論文は、明治法制史から独、仏等への比較法的展望をふくみ、家制度と戸籍政策、親子法と人事訴訟に及ぶ。私としては未だ消化しきれないが、本稿で前後に列挙したいくつかの課題は、すでにこれにより克服され説明されているかもしれない）。なお同じ問題が近年は「生殖革命」すなわち「医療に助けられた生命の再生産」という新しい状況に直面して、医事法サイドからこの問題の新しい検討を迫られることになつた（比較法研究五三号一九九一）のは、皮肉なまでに興味深い現象である。

#### 4

身分行為における実質意思・形成意思・法的意思という問題も、また法概念と事実概念問題を考える上の好個の材料であつた。仮装離婚や偽装縁組の判決を材料として、学生とのゼミ合宿で繰り返し繰り返しこのテーマを取り上げたのも、それが、家族法が「法」であることの意味を考究する上での絶好の材料と思つたからである。ただそれを論文としてまとめるにいたらなかつた。これは3で述べたことも関連して、家族法における「身分」とは何かを、法と事実の二元性とその関連の中でとらえるという重要課題につらなるのである。かくしていわゆる「身分法の総則的課題」につき中川善之助先生の驥尾に付して再構成することは、私にとり永遠に達せられない高嶺の花となつてしまつたのである。

#### 5

そして、この問題意識の一環として、ラインシュタイン・セミナー（離婚の比較法研究）において、教授が、離婚と事実上の破綻とを峻別し、離婚については、to get divorceという表現を用いられていたことが、強く私の印象に残っている。

かくして、離婚訴訟においては離婚請求権対離婚拒否権という形で、権利と権利とがぶつかることがおこりうる。有責配偶者の離婚請求をめぐる悲喜劇は、法的世界と事実の次元との相剋からくるもので、まさに近代法における法の使命と矛盾とが

あられもなくその姿をあらわしたものと理解する。愛と人権との相剋ともいえよう。この問題につき完全な破綻主義の立場をとる通説に私が五分五分以上の賛意を示し得ないのは、まさにこれらの説のこの点への理論的対処が必ずしも十分でないことに不満を感じるからである。

### 三

#### 1

次に家庭裁判所への関心につき述べる。これは戦後の状況の中で家族法学者としては自然の関心でとくにここで説明は要しないが、家裁は法概念と事実概念との関係という問題にとつて新鮮な問題を提起したように思われた。通常裁判所による裁判が、原則として制定法・判例法を法源とする法的解決（法の適用と解釈）であるのは必ずしも同じでなく、家庭裁判所における事件の処理は、審判や調停という形で、制定法・判例法に対して独特の距離を置くことになる。そしてその独特のスタンス（家庭裁判所家族法と称したことがある。「家庭裁判所と法」法社会学一二号、一九六一）による解決を通じて、法概念と事実概念との接線をなす水平線の上下が特異なしかたで連結される。科学的観察とその知識の応用が、伝統的司法的処理にプラスされるからである。調停が規範による解決かどうか、そして調停規範というものが独自にあるかどうか、という問題がこ

に浮かび上がる。これが調停における「人間関係調整と法的解決との二元性」（磯野誠一＝磯野富士子、潮見俊隆）という問題といかにかからむかが一つの問題である。これをもう少し具体的にいおう。水平線下でのたうちまわる人間関係が、家事調停という一つの社会的装置の中で時に角つきあわせ時に折衝する人間関係との交錯を経て、どのようにこねまわされ、どのように練り上げられ、どのような落とし所に到達するかということ自体、大そう興味ある問題であるが、それだけにそのことが、国家法秩序が予定する権利義務体系を軸とする「正義」の支配すべき人間関係とどのように平仄をあわせるのか、それとも合わせなくてよいのか、は私にとり大いなる問題である。そしてこれは、家事調停・家事審判を主たる舞台とする家裁独特の紛争解決の中に、伝統的な司法的解決と異なる存在理由と可能性をどれだけどのように期待もし信じもするかという問題である。それ故に、最近司法当局（家裁をもふくむ）から有力に主張される人事訴訟一般ないし少なくとも離婚訴訟の家裁移管の提唱が、それが家庭事件の統一的处理という世界的傾向に即するという旗印のもとではあっても、先述の可能性——それは夢多くもまた危なくもあるが——にどう影響するか十分に配慮した上のものであつてほしい。

いずれにしても、この調停——その本質をどこにみるにしろ——の正当性を司法の世界に位置づけて担保するものは、両当事者の自由な合意による解決ということであろう。この「自由」

を、単なる掛け声や擬制でなく、ただ実体化させ得るかが、

調停の成否をになうのである。すなわち、つぎの三つの自由が確保されねばならない、というのが私の主張である。

(1) 強者側の自由のみがあり、弱者側はやむなくしぶしぶ忍受した、という結果になるべきでないこと、つまり、弱者の自由を保障すること。(2) 当事者が、関係法規やそれにもとづく要件・効果につき十全の知識を与えられ、自らの法的権利につき正確な情報と知識を得た上での判断であること。(3) 当事者が、相手方とのトラブルのためおちいっている心理的葛藤や精神的惑乱から開放され、アイデンティティを復活し、自律的判断のできる状況におかれるべきこと。

右のポイントへの配慮から、現行調停手続きの内・外両面における工夫と反省の必要が提唱されているが、その反省の最肝要なものとして、調停に対する関与者、すなわち、家事審判官・調停委員・家庭裁判所調査官の各々の役割と相互関係の検討という問題も逸し得ない。「裁判官不在の家事調停」に対する高野耕一判事の心に残る警鐘（ケース研究七二号一九六二）以来、多くの実務家・学者の真摯な提言を一つずつ学習し検討すべき宿題を十分に果していないことが悔われる。ともあれ、私の家裁への興味も、法概念と事実概念との二元性とその水平線に対する独特の取組にも関するのである。

## 2

今一つ家庭裁判所にかかわる近時の現象として注目すべきは、遺産分割の比重の増大である。人の死亡による財産の処理としては、権利義務一般が包括・即時・当然に相続人に移転するというやり方と、遺産管理人による財産の管理清算を通ずというやり方との二つがあるといわれた。日本法は原則的には前者に立脚している。しかし戦後の実情としては、協議・調停・審判にわたる遺産分割の活用により、前者の建前が空洞化し、伝統的な二つのどちらでもない新型が創造されつつある。遺産分割の協議・調停・審判が相補って短くない分割過程を形成していることがそれである。

そもそも家裁は少なくとも四つの異なる種類の事件（①男女関係の紛争の解決②老幼者・病者の保護③家族間の財産紛争の解決、とくに遺産の管理・分割④公証事務）から成る、といったことがあるが、その中で遺産分割の比重の著しい増大はいかなる意味を持つか。このことを今日の主題の絡みの中でどう考えるかが、私にはまったく目算が立っていない。にもかかわらず問題として提起だけはしておきたい。これらはかつて我妻先生の相続法コンメンタールをアップ・トウ・デイトにするために、判例——といっても大部分が家裁の審判例だが——を挿入する仕事をしたときに目を見張ったことだった（我妻Ⅱ唄「判例コンメンタール・相続法」日本評論社、一九六六）。そして鈴木祿弥教授と「人事法Ⅱ」（有斐閣、一九七五年）を書いたとき

には、これまでの相続分への理解を超えて、過程としての遺産分割におけるその流動的変容を直視して「遺産分割分」などという概念を提唱したのだが、この提唱のフォロワーを怠つたまま今日にいたっている。

### 3

解題から逸したもので、家裁にかかわるものとして「家事資料研究会」がある。家族法研究の中で創造的理論を建てえなかつた私は、その恥ずかしい思いの中で、負け惜しみ代わりに、学者の任務の一として、教育・研究とやらんで「倉庫業」があるなどと冗談をいうことがある。湯沢教授はこれをクズ拾い学派の開祖の一人と評価してくれている（選集二巻付録月報）。たしかに資料蒐集と保存には多少心をつくしているつもりだが、その中でも忘れえないものとして「家事資料研究会」がある。これは昭和二三年二四年というあの特別の時代の審判・調停の記録が廃棄されることを惜しんで、特別保存資料保存規程九条を当局に要請した（昭和三四年）のが事の始まりである。そして当局から、責任ある中央集権的組織をつくれという示唆を受け、我妻先生を会長として、各地方に支部を置き、全国から自発的に会員を募つたのである。一五〇人近い大きい会となつたが、研究の果としては「転換期における家事資料の研究」という自家出版書を出したのが精一杯の成果であつた。その間の遠心・近心両面にわたる悪戦苦闘は、その書物のはしがき（我妻

あとがき（頃）などに多少述べられている。この報告書は、その意義を最近、再評価して下さる向きがあり、復刻された（湯沢雅彦監修・家族婚姻研究文献選集・戦後編二二巻、クレス出版社、一九九二）。これは裁判所の資料に対し学界から当局への保存に注文をつけそれに基づいて学界と裁判所が協力して成果をあげた最初の——小さいけれども——例であつた。（詳細は、ジュリスト一〇七八号に執筆の予定）

### 四

以上、法概念と事実概念との関係を基軸としていくつかの問題を涉猟してきた（それに関係ないものも少しふくまれていた）。最後に戦後における民法改正をかえりみる。これは以上の主題とは必ずしも重ならないが、家族法の今後の課題を考える上で、銘記すべき重大な問題の芽をはらんでいると思われるからである。その意味で五〇年前のこの問題が、決して単なる過去の問題でなく、今日、否、明日の問題でもあると私には思われるからである。したがって叙述でも五〇年前、四〇年前、そして現代と順不同に浮遊する。

### 1

戦後の民法改正をめぐって三つの立場があつたことはよく知られている。民法改正による「家」の廃止についての、A 反

動的反対論(当時の国会議員の主流、学界では牧野英一)、B 伝来的改正論(民法起草責任者、とくに我妻・中川)、C 革命的改正論(川島・青山・西村・来栖・立石等)がそれであった。自然崩壊を免れなかつたAは今日からとくに顧みる意味に乏しい。それに比してBとCとの関係という問題は、なお、今日的意義を持つていると私には思われる。両者は結果的には、相互に相助け相補う役割を果して民法改正の実現に貢献したが、しかしその間改正過程のある段階では激しく対立したこともあつた。改正実現後、一時逆コースの風潮ができてAが息を吹き替えしそうになつたときには、BC両者はむしろ連合戦線を組んで家族制度復活の阻止にあたり、改正が定着するとともに、両者の間の理論的対立が表面化することははやなかつた。両者のちがいはむしろおおわれていき対決すべき問題点がいまいにされてしまった。しかし、そのことは問題が正しく解決されたことを意味しない。

両者のちがいは、民法改正の方法論やその歴史的位置づけについての自己評価等をもふくむが、それらはここでは置いて集第一巻解題四〇七頁にB説の特色を五つの命題として説明している)、その中で「家族共同生活を法的存在たらしめる」ことについての積極(B)・消極(C)の対立だけは指摘しておかねばならない。これは昭和二二年、「家を廃止する」という改正要綱幹事案第一が改められて「親族共同生活を現実にもして規律する」という扮装をこらされたものとなつた時以来の因縁ある

表現であつた。それは当時の状況の中でBがAの攻撃をかわして改正を貫くためのタクティクとしての表現であつたろう。しかも、そのみにとどまらないBの本音も感じないわけにゆかないのである。

しかし、近代私法の性質・構造にてらして、B説は理論的に背理でなければ無理である。けだしそれは個人対個人の権利義務関係をを通じてしか具現できず、——少し議論を単純化していえば——共同生活をそのまま法上に反映することは困難だからである(もとより法人という技術を用いて、家族共同生活を法人化するという技術的可能性はあるが、それは、もはや「家族共同生活を現実にもして規律すること」とは遠い存在になるであらう)。

かくして、この点で私はC説こそ理論的に正しく当時から時代の方向を示していたものと思う。にもかかわらず、私は、C説そのものに、或いは、その社会的応用の方法において、いささか心充たないものを感じざるを得なくなつていたことも事実である。それは、Cの理論には、切り捨てられてかえりみられない人たちをとまなうことである。「古畳・すきま風・残り雪」(第一巻第四章)の中に放置されるものを積み残してゆく恐れである。それと対照的にBの立場とくに我妻教授の場合、先生の「一所懸命の生涯」と不可分のその家族観には、その切り捨てを甘受できない思いが秘められていたのではなかるうか。その限りで私がB説への共感を零にできないのは、その思いを理解す

るからである。「なお、私が、かつて親族間の面倒見の援助についてむしろその義務化には反対しながら「権利としての面倒見」を構成し、このような内容の「家族権」を想定し、これを社会的・公的に保障すべきでないかと問題提起した（鈴木Ⅱ唄、親族法講義案、P二二六―七有斐閣一九七七）ことがあるが、それは心情の根底において「古だたみ・すきま風・残り雪」に苦しむ人々への思いと共通のものがある。なお、同書はのちに「人事法Ⅰ」（一九八〇）として発展的に解消するが、その際の提唱は小活字で注記するにとどめた。二三九頁）

さて、BとCとの間でゆれるアンビバレンツな私の思いを告白して、我妻先生と率直に語ってみたいという思いは先生の生前に果たされなかった。その悔いを嘆きつつ敢えて法律時報五〇周年の回顧にしたためたのが、先生への架空の手紙であった。（法律時報五〇巻一三三―三三九、のちに選集第一巻第三章。）ともあれ、B説とC説との対決が、今日の時点でもなお克服されていないことに私がこだわるのは以上のような意味においてである。

## 2

ところでこの点で注意すべきことは、戦後改正において「家の具現としての戸籍法の解体に当たって、個人単位でなく「夫婦とそれと氏を同じくする子」を編製単位としたことである。戸籍を徹底した個人単位にすべきことを唱えるC説を目して、

B説は、「戸籍を細分することがあたかもわが国の社会の民主化となんらかの実質的なつながりをもつもののように説く」「歴史を解しない観念論」だとして反批判したのである。この点におけるB・Cの対立は重要であり、ここではむしろ、A・Bの親近性が顕在化する。

このBの考え方を理論づけたすぐれた論文の中に平賀健太「戸籍制度について」（身分法と戸籍）帝国判例法規出版社一九五三）もある。これにあらわれる考え方はその後も、当局に脈々と伝わるもので、すなわち「戸籍の索引的機能と系譜的構造」の合理性と便宜性を自賛し、それと現実の家族制度や人々の家意識とは無関係であるとする。この思想は、まさに今日、夫婦別姓の是非、その実現のしかた等の論議にも十分にその尾を引いている。いち早くすぐれた夫婦別姓立法を提唱された大森政輔氏（当時法制局第一部長）がジャパンアズナンバードンとして、現行戸籍を礼讃し、その編製原理をできるだけ保持すべきことを説く（夫婦別姓選択制について（4）戸籍四〇六号（三三頁））はその著しい例である。これら意見には聞くべき点も多いが、同時に、わか戸籍の便宜性や一種の合理性を過大視するあまり、「この制度が、国民の生活に密接に関係するところから国民の意識につよく影響し、その意識の深層にまで定着した」もの——これを「戸籍の思想」（利谷信義、思想の科学一一〇号一九七二）と呼ぼう——を歴史的に追求し、その今日における残存を点検することの重要性を軽視してはなるまい。

これらの点を考えていく上で時代は後先するが、戦後一〇年を経て一九五三年に行われた「戸籍の改製」事業は一つの社会的実績として興味深いものであった。そこには「家族法のあり方と戸籍」との関係をめぐるいくつかの考え方の交錯が映し出されようとしたからである。それについてはもはや紙数もつきたので、第一巻第九章を参照されたい。

なおまた最近になり、選択的夫婦別姓を容認するものの、なんとなく同氏原則に固執し、「子の氏を統一せねばならぬ」という大義名分のもとに、婚姻の際に夫の氏か妻の氏かの一つを選ばせて、それをもって家族単位の戸籍の筆頭者を決めるということと潜在的にリンクさせるという考え方もあるやにきく。もしこのような発想に流されるならば、これこそ往年のB説の残像であり、しかもB説がひそめていた一つの魂、つまり消えた筈のA説とシエアする考え方が見え隠れするとのそしりさえ受けるであろう。

## 五

ともあれ、BとCとの間のこの課題が未解決な中で、まさに一九六〇年の頃その矛盾を実証するごとくに、私自身の家族的出来事としてその矛盾が私を襲ったのである。それはもはや三五年昔のことになったが、私は自らの家族法の破産を感じ、医学事法学への道を歩まざるを得なくなったのである（その経過は

後に「死ひとつ」信山社、一九八七年で明らかにした）。この点の説明は第一巻解題にゆずりたい。以来既に三〇年、ようやく再び家族法に思いを返すこともまれではなくなった今日、私は生命の再生産の観点から、「家族と医療」ないし「家族法と医事法」とをつなぐ問題の析出と体系の思考とに新しい目標を追求し、積み残した前述の諸課題を新しい照明の中で再考したいと考えている（唄、家族と医療・序説―個の再生産と種の再生産―唄||石川編「家族と医療」弘文堂一九九五、参照）。

※ ※ ※

―終わりに臨み、川島武宜先生をはじめこれまで私を教導し協力し支えて下さった多くの師友に心から感謝を申し上げます。文中氏名を援用させていただいた方はもとより、それ以外に然るべき文脈なきままに氏名を援用し得なかつた方も多い。機関車として動かない客車の私を引っ張ってくれた人、二人三脚のパートナーとして一しよに走ってくれた人、こぼれたつらい雑事を担い、重い荷物に手を貸してくれた人たちの顔を次々に思い出す。数々の課題を、精粗不統一に気ままな書き方をしたことをおわびして本稿を閉ずる。

（北里大学客員教授・家族法）