

近代家族の確立とその揺らぎ

二宮周平

—戦後家族法学の意義と展開—

キーワード…家族の民主化 近代家族 公私二分論 共同生活 個人の尊厳

本稿は、一九四五年から六〇年代までの時期の家族法学を対象に、家族の民主化と近代家族の確立という視点から、その意義と展開を検討するものである。

一 戦後改革期の課題（一九四五年～一九五〇年代）

（一） 家制度の廃止と家族の民主化

日本国憲法の誕生により家制度が廃止され、憲法二四条に基づき、個人の尊重、男女平等の視点で民法親族・相続編は全面改正された。家族法学は家族の民主化へ向けて啓蒙的な役割を果たした。その典拠として、民法改正を担った我妻栄の記述を見てみたい。我妻の思想が端的に表れているものとして、一九四七年二月、憲法普及会での講演「家族制度と婦人」から引用する。¹⁾

我妻は家制度を廃止する理由を次のように述べる。

「現在の民法は親族共同生活を規律するのに、戸主という絶対的な権力者を中心において、そして家族全体がこれに無条件に服従すべきものとしているのです。この戸主を中心とした一団の支配的家族団体、これが親族共同団体だと民法は言っているわけでありませう。かように支配する者とされる者との結合関係というのが民法の家族共同生活団体であるとすれば、それはまさに非民主的だと言わねばならない。民主主義は各人の人格の尊厳を尊重する。各人の本質的平等を立脚点とする。そうした上で、共同生活を理想として進んでゆく。平等な者、人格の尊厳を認めあつた者、の間の結合関係であるということが、民主主義のまさに要求するところであります。そうだとすると、家、あるいは戸主という制度はこれをどうしても廃止しなければならぬ⁽²⁾。」

そして家族の民主化のためには国民の自覚が必要であり、そのためには法制度から家制度の残滓をなくすことが必要であることを説く。

「要するに、今日憲法と民法の改正によつて家族生活を民主化するに当たつて、われわれのなすべき最も重要なことは、従来『家』という硬直的な法律制度と『家族制度』という固定した道徳の下に、いたずらに忍従を強いて来た態度を徹底的に改め、人倫の根元たる個人の尊厳と男女の本質的平等の理想を法律制度の上に宣言し、国民各自の自覚を促すことだと、私は信ずるのであります。そして、家族共同生活を尊重するとか、直系血族は互に協力すべし、というような、旧来の法律制度の臭味を止めるものは、たといそのもつていた美しい反面だけを意味するにしても、これを未練なく棄て去ることが、右の目的を達する捷徑であり、同時にまた、われわれの精神革命についての大決心を国外に示す所以であると考えるのであります⁽³⁾。」

最後に法律の限界と各人の努力が強調される。

「法律は不当なことをするものを抑える力があります。しかしながら両方で実質的に共同してやれ、実質的に平等でやれといつて、能力のない者を引上げる力は、法律には絶対にありませぬ。ところが、民主主義というものは、各人の自覚

とか、各人の教養とか、各人の識見という、各人が充実發展することを基礎としております。要件としております。この要件、この基礎はとうてい法律の力をもつて、育てあげることのできないものであります。法律はただその育とうとするものを、じやまするものがあつたら、それを取りのけるだけの仕事はいたします。民法の改正は要するに、妻が平等の地位をもとうとする、あるいは母親が父親と共同しようとする、あるいは家族の各員が自覚しようとするのを妨げるものを取除いただけの話であります。取除かれた上でほんとうに平等になるためには、婚姻後の吾々の大きな努力を必要とするのであります。⁽⁴⁾

我妻のいう「努力」とは何だろうか。別の文章で彼は次のように指摘している。

「民法の改正は、家族共同生活の民主化の一步を築いたに過ぎない。更に前進して、事実上の民主化を実現するには、前途なお遼遠なものであるのではあるまいか。婦人の自覚、男性の反省、そして社会全体の不断の精進、そのみが、家族生活の民主化の有終の美を収め得るものでなければならぬ。」⁽⁵⁾として、家制度の下での男女のあり様に対するリアルな認識から、女性の自覚と男性の反省という言葉を使い、社会全体の不断の精進と言う。しかし、社会全体の不断の精進は、精神論ではない。

「資本主義の發達は、労働者や小作人の夫婦結合体から、人格向上の時間を剥ぎ、生活の糧さえも奪わんとする。国家が、夫婦をもつて真に自由であり平等である男女の結合協力体となり、国家發展の基礎とするつもりなら、そのために進んで経済的、文化的施策を講じなければならぬ」として、⁽⁶⁾個人の努力を可能にする社会的条件を認識していた。「資本主義と私法の変遷」を終生のテーマとしていた我妻ならではの基本認識であり、単なる啓蒙主義ではないことを強調しておきたい。

ともあれ、家族の民主化を実現するには国民の自覚が不可欠であり、そのためには新民法の精神を理解してもらわねばならない。家族法学はこの役割を担った。家族の民主化へ向けて、新民法の意義と内容をわかりやすく解説したり、家制度廢止を説明する啓蒙書が続々と刊行された。⁽⁷⁾

家制度との決別、その結果として、夫婦親子を中心とする家族、民主的な家族法が志向され、対等な当事者による話し合いによる解決¹¹協議優先が当然とされる。新民法も協議優先の規定を数多く持ち、権利義務の規範であることが後退していたが、民主的な家族像を示すことが必須の課題であったことから、肯定的に評価された。このことは我妻の記述にも表れている。

「例えば、夫婦関係の冒頭には『婚姻は夫婦の平等の権利を基礎とし、相互の協力によつて維持されなければならない』というような、又親子関係の冒頭には『両親が協力して子を養育し、これを肉体的・精神的に完成させることは、その崇高な権利であるとともに義務である。』というような、いわば教育的な大原則を掲げ、細かな問題はこの大精神を指導原理として常識的に解決してゆくことにする、という態度が必要であろう。……めつたに生じない場合を予想して正確な法律を作るとは、法律家の自己満足になるだけで、実際の効果は案外少ないものである。身分関係などについては、『第三章』で満足する位の度胸がなくては、法律形式の民主化は望みえない。」⁸⁾

啓蒙主義であるがゆえに、家族法学はイデオロギッシュな様相を呈し、家族紛争の解決は、新設された家庭裁判所の調停・審判に委ねられ、権利義務規範としての有効性を追求する本来の解釈学の作業は遅れた。

(二) 現実の家族共同生活の肯定

家族の民主化で念頭に置かれた家族とは何か、民法改正当時の議論を検討したい。

まず家制度の廃止に抵抗する保守派を説得するため、我妻は次のような議論を展開した。

「我々の考えておりますのは、家族制度を維持しようとして、現在の民法の採用している法律的な制度のみを廃止しようと致しているのであります。……我々の意図している所は、家族制度の現行法上に現れたる戸主及び家、家督相続という制度を廃止する、それに依つていわば民主主義的な原理に立脚した家族制度は却つて美しく発展するであろうということと考え得るという意味と御諒承願いたいのであります。」と述べ、⁹⁾法律上は家制度をなくすが、現実の家族制度¹¹共同

生活まで否定するわけではないことを強調する。

続いて氏に関する規定について言及する。

「夫婦は氏を同じうして、共に夫の氏を称するのだ、それから養子に行けば養家の氏を称するのだ、離婚に依つて夫婦別れをすれば氏を異にすることになるのだ、又嫁入つた人が夫に死別して実家に帰るといふことになれば、之は又元の氏に帰るのだといふ、我々の家族共同生活が或る場合に集り、或る場合に分れるといふのを、氏を変更するといふ、そういう觀念で現していこう、そうしてそれを基礎として、親が子供に対して親権を行使する場合には氏を同じうする親といふべき方でいこう、……又扶養といふようなことも、氏を同じうするかしないかといふ所を一つの抛り所として之を考えていこう、かように氏といふものを頭の中に考えまして、その氏を同じうするか、しないかといふことが現実の共同生活が一緒になる、ならぬといふ所を抑える一つの抛り所にしようといふ風に考えている訳であります。」⁽¹⁰⁾

最終的に改正民法では、夫または妻の氏から夫婦の氏を定めることになり（民法七五〇条）、氏の異同は親権や扶養とは無関係になつたが、現実の家族共同生活と氏を関連づける姿勢は変わらず、夫婦同氏と親子同氏を原則とし、子の氏の変更（民法七九一条）も、共同生活と氏が一致する手段として位置づけられた。

これに対して、宮澤俊義は、氏が家と同じ作用を果たすことを見抜き、「家破れて氏あり」と批判した。⁽¹¹⁾ 当時の新進気鋭の民法学者である磯田進、内田力蔵、川島武宜、熊倉武、来栖三郎、杉之原舜一、立石芳枝、野田良之、野村平爾、山之内一郎、渡邊美恵子は、民法改正案研究会を組織し、「氏は家と異ならぬ」「民主化の不徹底」と鋭く批判した。「民主的親族相続法では氏は唯各個人の符号であり、それ以上の内容をもつべきではない。その意味から、氏といふような『家』の觀念のつきまとつた文字を捨てて『姓』と改めることが望ましい」とする。⁽¹²⁾

この批判を受けて、我妻と同じく改正を担つた中川善之助は、多大の共感を覚える点がないとしないながら、「問題は、現実の立法としてどの程度にまで『民主的家族法』の純度を保つべきか」といふことであるとし、民法改正案研究会の批判は、「親子が同じ氏を称したいと願つたり、結婚や離婚や養子縁組などに関連して、或る氏をもつことを欲した

り、別の氏に変わることを嫌ったりする」⁽¹³⁾、そうした「今日実在する国民的感情を余りにも無視し過ぎる感がある」とする。

他方、戸籍の編製原理に關して、GHQ（連合国軍總司令部）は、個人単位にすることを提案したが、司法省は、「民法改正案によつて、『家』はなくなった。そこで戸籍は一人一人別にして作るのがよからうが、それは非常に手数がかかり、面倒でもある。そこでどの程度で限るかということになるが、今度は婚姻を重視しているから、婚姻を主にし、婚姻をすれば戸籍を別にし、子供ができれば、その戸籍内に記載する。即ち、夫婦と子供を一つのグループにしたままで、『家』の温存などは勿論考えていない⁽¹⁴⁾」として、GHQの了解をとりつけ、一組の夫婦と、氏を同じくする子を単位に戸籍を編製し、戸籍筆頭者の氏を基準に入籍・除籍を繰り返す仕組みを維持した。

これに対して、民法改正案研究会は、戸籍制度が家意識に直結していた過去の現実を直視し、家族の民主化のためには、一人一用紙の「市民名簿」とすべきだと主張した。「憲法がうたつている『個人の尊嚴』とか『両性の平等』とかいう思想は各人が独立の市民であることの自覚をもつべきことをいい現したものにほかならない。従つて法律はこのような自覚をもつことを促進するような規定をなすべきで、自分の個人的身分の変動が常に家族全体の戸籍の変動として現れるというようなやり方では従来の家族的觀念にまだつよく捉われている一般民衆の市民的自覚を促すことは出来ないどころか、かえつてこれを阻害する原因となるであらう。それ故われわれはむしろ徹底した個人単位の身分登録制度の採用を提案する。」⁽¹⁵⁾

中川は、「個人々々について身分登記をする制度の方が、より少なく家族制度的であり、より多く個人主義的だということも出来るだらう。」としながら、「それほどこだわる必要のある問題だとも思っていない。」とする。「夫婦を一枚の用紙に書いておくということには便利な点もある。その夫婦に子供が生れたら、またその同じ用紙の中へ書き加えておくという書き方も悪くはない。……戸籍という字を踏襲したとしても、その内容実体が『戸』の籍ではなく、『家庭』の籍であればそれでいいではないかと思ふ。……新戸籍法案に謂わゆる戸籍は、従来のような戸の籍ではなく、夫婦が作る家庭の籍である。その間に生まれた子供は成長して結婚するまでその父母の家庭の籍の中に書き込まれており、結婚すれば自分の新しい家庭の籍が作られる。」⁽¹⁶⁾とする。

以上のように、我妻も中川も、夫婦と子どもによって作られる家庭を中心に家族を考えていることがわかる。家制度的な家族から、夫婦と子を中心とする家族への転換こそ、家族法学の課題であると認識され、夫婦同氏・親子同氏の原則と戸籍の編製原理が肯定されていく。⁽¹⁷⁾

二 理想とする家族像の確立（一九五〇年代）

（一） 家制度との対峙

一九五〇年代、家族法学はなお家制度と対峙しなければならなかった。それは、サンフランシスコ講和条約の成立、朝鮮戦争の勃発、警察予備隊の発足などの政治状況に合わせ、自由党憲法調査会が日本国憲法改正案要綱案（一九五四年）を公表したことによる。この要綱案は、家族制度の封建的色彩は復活すべきではないとしつつ、子の親に対する孝養の義務を規定し、農地の相続につき家産制度をとりいれるとしており、憲法二四条は日本の弱体化という占領政策の線に副って実行されたものとした。⁽¹⁸⁾これに対して、家族法学者は、「家制度復活論」と捉えて批判を加えた。⁽¹⁹⁾

他方で、家制度的な現実と意識が残っていた。教員組合の教育研究全国集会で、子どもをとりまく環境のことが問題になった際、場合によっては、「教え子をその親から守らなければならぬ」ほど、家は封建的だという発言があるほどだ⁽²⁰⁾。農業地域では、農業家族の収入は家に帰属し、各構成員の労働はただであり、家により庇護を受けていること、農村では三世代以上の同居三二%、二世代同居五二%、一世代一六%であることから、夫婦と未成年の子という近代家族の形態は「高ねの花」でしかない⁽²¹⁾と評される。渡辺洋三は、こうした事実に対して、「おそらく問題の基本点は次の点にあるであろう。すなわち民法の与えたイデオロギー的影響によって、かなり広汎に『家』思想はイデオロギー的に解体を与えたにもかかわらず現実の親族共同生活の事実そのものはほとんど昔のままで残っているという、思想と生活事実との矛

盾乖離がめだつてきているということである」と指摘した。⁽²²⁾

一九五五年、民法改正に関する諮問に対して、法制審議会民法部会身分法小委員会は仮決定・留保事項を公表したが、⁽²³⁾一致した事項は、親族の範囲（民法七二五条）、親族間の互助（民法七三〇条）の削除であり、ここでもなお残存する家制度的なものの克服が問題認識としてあつたことがわかる。五九年の「仮決定・留保事項（二）」になると、⁽²⁴⁾内縁保護、離婚制度の検討、実親子関係の成立、事実主義の検討、養子制度・親権制度から家庭的な色彩や権力的要素を払拭する、扶養法では公的扶助との関係を深め、義務を軽減するなど、家族の現実を尊重する方向もあるものの、家制度的側面のさらなる払拭が課題として認識されている。

（二）民法における家族の把握

一九五九年、前述の仮決定・留保事項をめぐる議論の中で、唄孝一は、民法改正時において、我妻が氏で共同生活を把握しようとしたことについて質問している。

唄は、家族の「範囲」としては夫婦、親子だとしても、何かそれを私法の規定につかまえる場合に、そういうふうな共同生活というふうな観念をもつてくるのが、果たしていいのか悪いのか、公法、社会法的な規律では、世帯、共同生活という規定が入ってくると思うが、「私法のほうではやはり夫婦とか未成年の子に対するというのも、団体ではなくて個人間の関係、個人間の権利義務関係として考えてゆくことにさせていく、団体ではなくて個人間の関係であるというふうな意味の規定になっていくべきではないか」、「共同生活云々といわれている考え方というのは、ただあの案を通すためのタクティックだというだけではみのがせない、何かそこで対決する問題があるのじゃないか、それが対決し切れていないと、いまの自民党あたりの諸案に対して十分に対決仕切れないのじゃないかという感じがするのです」と述べる。⁽²⁵⁾

これに対して、我妻は、「夫婦と未成熟の子とが一緒に生活しているのを、親族共同生活という、逆にいうと、親族共同生活というのはそれであつて、それ以上のもではないというつもりでそういう言葉を使っている」、「別のほうからみ

ると、親族共同生活という非常に大きな団体であったものが、だんだん割れてきて、最後に夫婦と未成熟の子供だけは割れない最後のものだというふうにもいえるのじゃないか」として、夫婦と未成熟の子を家族の最小の単位と位置づける。

中川は、「今日の現実日本でも西洋的な意味のファミリーが段々一般化してきている。そこで、このファミリーというものを、民法なり憲法なりで守るということを、ほんとうは宣言しなければならぬ」として、夫婦と未成熟の子からなる家族を典型として位置づける。そして、「現代的な家族生活集団あるいは家庭といってもいいかもしれないが、そういうものは千年前とあまり変わらないのじゃないか、その内容はまったく無償労働で、家族制度下の家族生活ともかわりがないのじゃないか、ただ権力という問題がなくなつたことと、それが血統継続で続かないから、一代的なもので解散する、その場合には個人を本位とした関係に分解してくるということが大いに違うんでしようが」と述べ、唄の質問を「共同体等の排撃」と捉え、あまりに理論的で実際をつかめないのではないかと、かりに法律がそうなつてしまつたら、「現実の場においては、全然始末がつかなくなるのじゃないか、個人々々がばらばらになつてしまふのじゃないかという気がするのです」として、無償労働という家族生活の普遍性を説き、家族の共同生活性を肯定する。

中川は「核心家族」という言葉を用い、「核心家族の実態というものを法的にどう把握するか。やはり核心家族というもののもう団体ではなくて、個人の集まりだとみてしまふか、あるいはやはりそれは一体になつてあるものとしてみるべきか。」と整理するが、共同生活、家族の団体性を超歴史的に肯定する視点こそ、家制度的なものの復活につながる危険性がある。唄の批判はここにあつたと思われるが、我妻・中川は、夫婦と未成熟子という家族、今の言葉で言えば、近代家族を基礎的单位として肯定し、唄の主張を「個人がばらばらなる」と捉えるのである。家制度から近代家族へ、家族法学の泰斗である我妻・中川の認識が家族法学の主流となつていく。

三 体系論と解釈論の展開（一九五〇年～六〇年代）

（一） 家族法の体系論の展開

一九五〇年代、家族法学は家族の民主化、近代化へ向けて、理論的な検討を開始した。一九四〇年代までに、中川善之助は、経済生活（ゲセルシャフト）と保族生活（ゲマインシャフト）の比較から、身分関係と身分法の特質を提示し、身分法独自の理論化を試みた。それは、家制度の下で現実には多数を占めつつあった夫婦と未成年を中心とする近代的小家族の生活を確保するという実践的意図に基づくものでもあり、家族の現実を重視し、子ども・高齢者・弱者の生活保障のために、家族の共同性を保障しようとする理論だったが、⁽²⁹⁾後に、家族の共同性を媒介に個人の権利を擁護するという積極的な要素を見逃すべきでないとして評価された。⁽³⁰⁾

これに対して、川島武宜は、家族法について、独立・自由な法的主体者である個人の意思に基づく市民的契約としての婚姻が成立し、ついで未成年の子と親の監護教育関係が成立する、私的所有に基礎を置く共同生活体としての婚姻と、私的所有に基づくところの未成年の子に対する親の扶養・保護・監督の個人法的関係によって成り立つのであって、市民法秩序の不可分の一部をなすものと捉える。家族法も権利義務関係として規律されるが、家族秩序は愛情に基礎づけられた内面的自発性が基本となるので、家族に対して法の機能する余地は極めて小さくなるとする。具体的には、家族関係の成立・変更・消滅と家族関係解体の場合の財産関係の調整以外は、当事者の自発的形成に委ねられる⁽³¹⁾。法が家族に介入することを最小限にすることによって、家族を権力関係から守るという実践的な意図があるが、一方で、公的な世界と私的な世界の分離という近代法的原理の貫徹を見ることができるとする。

他方、沼正也は、家族法を私的保護法として位置づける。市民法は、独立・平等・自由な存在である人と人の関係を規律する財産法と、こうした属性を欠く人を独立・平等・自由な存在たらしめる装置である家族法から構成されるという体

系論に立つ。私的保護の内容は、行為的監護（法律行為の代理など）、事實的監護（身の回りの世話）、経済的監護（扶養）であり、人の相互扶助本能に基づき家族に分配されるとし、私的保護を担う家族関係の発生・変更・消滅にかかわる関係法と、私的保護の内容にかかわる保護法に分類する。³²⁾人は私的保護を合意によって排除できない反面、私的保護さえ確保できれば、自由な意思に基づく家族関係形成の自由があることを認めるものであり、沼理論にも、権力の介入の限界を画す実践的意図を読み取ることができる。

家族法の体系論は、家族法学のイデオロギー性、啓蒙性を乗り越えた研究の深まりを示すものであるが、その底流には、民主的な家族の確立への志向がある。家に代わる家族秩序の近代化への配慮は、公権力の家族への介入を最小限にとどめることにつながり、家の復活を原理的に否定しようとしたともいえよう。

しかし、そこで家族の基本とされたのは、婚姻家族だった。有地亭は、現代家族の特質が人的要素の優越（家産という物質的基礎を欠くこと）にあることを指摘し、家族法の中心は、財産法関係を取り去って残る人倫秩序であり、この人倫秩序を中心とする家族法の基本原理は、個人の尊厳と両性の本質的平等に従い、個々の家族構成員の独立・平等・自由な人格者であることを承認した上で、夫婦の自由な合意による婚姻関係と、親の未成熟子に対する義務を中心とする親子関係からなる近代家族秩序を法制度化し、家族の安定と保護を図ろうとするところに求められた。³³⁾ここにおいて、明示的に近代家族がモデルとして提示されるに至った。

（二） 家族法解釈学がめざしたもの

一九五〇年代、判例は有責配偶者である夫からの離婚請求を否定したり（最判昭二七年二月一九日民集六卷二号一一〇頁等）、回復の余地のない強度の精神病にかかった妻への離婚請求を否定する（最判昭三三年七月二五日民集一二卷二二号一八二三頁）など、婚姻尊重の立場を明確にし、婚姻が破綻していても、弱者である配偶者の保護のために離婚を認めない姿勢を示したが、学説は、前者に対して賛否両論があり、³⁴⁾後者については、むしろ判例に反対の立場が多かった。³⁵⁾それは、

婚姻尊重論に反対なのではなく、道徳を強制する結果になることへの批判だった。前述の家族法理論からすれば、家族の自律の尊重と法の不介入は表裏の関係にあるのだから、当事者の内面に介入することはできるだけ避けなければならない。社会的弱者である配偶者を保護しようとする両判決に対して、学説が全面的に支持しなかったことに、家族法の近代化志向を読み取ることができる。

一方、一九五〇年代は、高度経済成長が始まり、性別役割分業が浸透した時代だった。石垣綾子「主婦という第二職業論」（婦人公論一九五五年二月号）がきっかけで、いわゆる「主婦論争」が起る。この論争の中で、磯野富士子は、労働市場に参加できない妻が無償労働のまま家事労働に従事させられる状態、従事せざるをえない状態を指摘し、妻の労働の価値の評価と、家庭内の妻の財産上の地位に言及した³⁶。学説はこの主張に対応するかのようになり、妻の家事労働を法的に評価し、実質的な夫婦の平等を実現しようとする。すなわち、婚姻中に自己の名で得た財産はその者の特有財産とする夫婦別産制（民法七六二条）の下では、妻の家庭内の労働は無償労働として夫婦財産に反映しないことに対して、実質的な共有制ないしドイツの剰余共同制に近づける解釈を展開し、離婚の際の財産分与において、婚姻中に協力して築き上げた財産の清算として、妻に対象財産の二分の一を確保することを可能にした。

また内縁関係についても、学説は積極的な法的保護を図る。関係継続中の婚姻費用分担（民法七六〇条）、関係解消の際の財産分与（民法七六八条）、関係の死亡解消の場合の借家権や遺族年金の確保、関係を一方的に解消された場合の損害賠償など、夫婦共同生活の実体に関する法的効果を認める³⁸。法の建前よりも事実を重視する考え方であり、現実の家族共同生活を保護する必要性が強く認識されていた。

家族関係の成立・解消については、自律を尊重し、法の介入を避けるが、内縁や離婚などの財産的效果については、共同生活の実質を尊重し、とりわけ性別役割分業が支配的な実情の下で、家事労働を法的に評価して実質的な男女平等の実現につなげ、関係解消時の保護を拡充するのである。我妻・中川が主張した家族の民主化を解釈のレベルで展開したものと位置づけることができる。

四 家族法学の意義と限界

以上のように、家族法学は、家族の民主化を実現するために、①家制度の克服と②近代家族の確立という二つの課題を担っていた。①については、家意識・家制度的な残滓という現実と、保守勢力の絶えざる反動に対峙せざるをえなかったために、イデオロギー的、啓蒙的色彩を強く帯びることとなった。②については、夫婦と子という家族を基礎とする考え方として民法改正当時から存在し、氏と戸籍に関する法制度がこの考え方を支え、高度経済成長の下、社会に定着する中で、家族法理論として精緻化され、具体的な法解釈においても、内面への不介入と、妻の財産的保護を拡充することによって、実質的な夫婦の平等を図る形で展開された。家族の民主化に一定の役割を果たしたと評価できる。

しかし、限界もあった。近代家族論は公私二分論である。夫婦と子を中心とするモデルとしての近代家族は、家族の営みを自治・話し合いに委ね、公権力不介入を原則とする。家族法が権利義務規範として機能する余地は少ない。我妻のいう「法三章」である。しかし、法は紛争に際して機能しなければ、法としての意味をなさない。権利の実現を図る仕組みの検討が十分なされなかったことに、この時期までの家族法学の弱点がある。

また家族は共同性を通じて個人の権利を擁護するという認識と結びつきやすい。二宮孝富は、有地亨の家族法理論を総括する中で、「国独資段階に至り、国家の家族への介入が増大してくるにつれて、家族は個人と国家との中間にあつて、個人を保護する機能をもつことを重視する」と指摘する³⁹。しかし、家族が共同性を通じて、あるいは中間にあつて保護してきたのは、誰のどのような利益なのだろうか。そもそもそのようなことが可能なのだろうか。ここへの問いがなければ、夫対妻、親対子という家族内の権力構造、家族員に対する役割の押しつけなどの抑圧構造に目が届かず、DVや児童虐待を「暴力」として認識することを不可能にするであろう。

さらに夫婦と子という家族モデルがあることは、そうでない形態の家族を差別化することにつながる。家族関係の多様

性の承認の遅れは、家族の近代化志向に内在するものだった。

家族法学は家族の民主化という課題を担い、近代家族を確立しようとしたが、常に家意識・家制度的な発想からの揺り戻しを受けた。それは、時々々の事象、例えば、日本型福祉社会あるいは家庭基盤充実政策の提唱や、今日でさえ民法改正案要綱（選択的夫婦別氏制度の導入や婚外子の相続差別廃止など）への反発などとして、適宜、顕在化する。唄が指摘した民法における家族の個人主義化が不徹底であり、社会における男女平等の未確立が、揺り戻しを可能にしているのではないだろうか。さらには、一九七〇年代後半から八〇年代にかけて、女性差別撤廃条約やフェミニズムの洗礼を受けて、性別役割分業の克服と家族の多様性の視点から、近代家族は揺らいでいる。

今日、近代家族の役割は終焉を迎えている。家族の民主化は、我妻が主張したように、個人の尊厳と両性の本質的平等という憲法的価値を実現することであり、そのためには、家族法の個人主義的再編が不可欠なのではないだろうか。⁽⁴⁰⁾

注

- (1) 我妻栄「家の制度——その倫理と法理」(酣燈社、一九四八)五七頁以下所収。
- (2) 我妻・前注(1)八一頁。
- (3) 我妻・前注(1)一〇九頁。
- (4) 我妻・前注(1)一一四頁。
- (5) 我妻栄「道徳的な家族制度と法律的な家族制度」我妻・前注(1)五五頁(初出は『実業之日本』一九四六年一月号)。
- (6) 我妻栄「新憲法の焦点——民法」我妻・前注(1)三四頁(初出は『毎日新聞』一九四六年四月二四日)。
- (7) 例えば、一九四六〜五〇年にかけて、立法担当者からは、司法省民法調査室『新民法早わかり——新民法読本』(一九四七)、奥野健一『改正新民法読本』(一九四七)、小沢文雄『新民法読本』(一九四八)、中川善之助『新家族——新しい民法の話』(一九四八)、同『新民法の指標と立案経過の点描』(一九四九)、我妻・前注(1)、我妻栄『改正親族法・相

統法解説』(一九四九)、同『改正民法余話——新しい家の倫理』(一九五〇)などが、民法学者・実務家からは、青山道夫『新しい民法』(一九四八)、於保不二雄『改正民法と女性の地位』(一九四七)、同『家族制度論』(一九四六)、片山義雄『わかり易い新民法』(一九四九)、川島武宜・来栖三郎・磯田進『家族法講話——新しい家族生活と家族法』(一九五〇)、末川博『民法改正と国民生活』(一九四八)、末川博ほか『うつりゆく家——民法の改正と家族制度』(一九四七)、田辺繁子『女性のための新民法』(一九四八)、玉城肇『これからの家族生活』(一九四九)、永田菊四郎『改正民法講話』(一九四八)、穂積重遠『わたくしたちの親族法・相続法』(一九五〇)、松坂佐一『新しい民法——身分法』(一九四八)、吉永嘉吉『誰にもわかる改正民法の話』(一九四八)などが刊行された。短期間にこれだけの著書が刊行されたことは、新民法に対する国民の関心の高さを示すものでもある。他方、川島武宜『日本社会の家族的構成』(日本評論社、一九四八)、玉城肇『日本家族制度の批判——半封建的家族制度の本質』(一九四八)など、日本社会の分析と家制度を関連させて近代化を志向したり、資本主義法体制を批判する著書も刊行された。

- (8) 我妻栄「新憲法と民法改正の方向」我妻・前注(1) 四一頁(初出は『東京新聞』一九四六年六月二二日)。
 (9) 我妻栄編『戦後における民法改正の経過』(日本評論社、一九五六) 二五〇～一頁。
 (10) 我妻・前注(9) 二五一頁。
 (11) 宮澤俊義「家破れて氏あり」法律タイムズ一巻六〇七号(一九四七) 二五頁。
 (12) 民法改正案研究会「民法改正案に対する意見書」法律時報一九卷八号(一九四七) 五頁。
 (13) 中川善之助『民法改正案意見書』異見」法律タイムズ一巻六〇七号(一九四七) 一三頁。
 (14) 一九四七年八月二〇日の会談より(『現行戸籍法立法関係資料Ⅲ』戸籍四五八号(一九八二) 四六頁)。
 (15) 民法改正案研究会・前注(12) 六頁。
 (16) 中川・前注(13) 一四頁。
 (17) ただし、中川は夫婦別氏論を提案していた。夫婦が同じ氏になるという要求は、家族制度的なものに根ざしており、將來、女性の地位が高くなり、個人の自主独立が確乎としてくれば、当然問題とされるに違いない点だと思つとする(中川・前注(13) 一三頁)。

- (18) 川島武宜「家族制度の復活」ジュリスト七三号(一九五五)四一頁。
- (19) 例えば、唄孝一「家族制度復活は危険」(中央大学新聞一九五四年五月二五日)、川島・前注(18)四一頁、磯野誠一「家族制度を復活してはならない」(婦人人権擁護同盟、一九五五)、磯野誠一・磯野富士子「家族制度——淳風美俗を中心として」(岩波新書、一九五八)、中川善之助「民法再改正論について」『家族問題と家族法Ⅰ』(酒井書店、一九五七)四五五頁、我妻栄「家族制度復活論への対策」ジュリスト一六九号(一九五九)二頁などである。
- (20) 宗像誠也「家と教育」『講座 家族問題と家族法』パンフレット(酒井書店、一九五七)より。
- (21) 渡辺洋三「戦後の家族制度論争(二)」法学セミナー一七号(一九五七)六七頁。
- (22) 渡辺・前注(21)六七頁。当時、盛んに行われた、法社会学による日本の家族の分析は、家族の実態研究であり、農村の家族・相続慣行の調査、内縁の実態調査などがその中心であり、家制度の残滓が分析され、渡辺のいうところの、法と現実の乖離が実証され、家族の近代化への課題が析出されていった。
- (23) 青山道夫・我妻栄ほか「研究会 民法改正に関する問題点(上)(下)」ジュリスト九七号(一九五六)一四頁以下、九八号一五頁以下。
- (24) 我妻栄・中川善之助ほか「座談会 親族法の改正(一)〜(三)」法律時報三一巻一〇号(一九五九)一八頁以下、一一号六五頁以下、一二号一二二頁以下。
- (25) 我妻・中川ほか・前注(24)一三五〜六頁(唄孝一発言)。
- (26) 我妻・中川ほか・前注(24)一三五〜六頁(我妻栄発言)。
- (27) 我妻・中川ほか・前注(24)一三四、一三六頁(中川善之助発言)。
- (28) 我妻・中川ほか・前注(24)一三七頁(中川善之助発言)。
- (29) 中川善之助『身分法の基礎理論』(河出書房、一九三九)、同『身分法の総則的課題』(岩波書店、一九四二)、同『親族法』(青林書院、一九五九)など。
- (30) 利谷信義「家団論に関する覚書」社会科学研究一一号(一九六〇)三頁。
- (31) 川島武宜『民法(三)』(有斐閣、一九五一)、同『イデオロギーとしての家族制度』(岩波書店、一九五七)など。なお

中川、川島を始めとする家族法理論の分析として、二宮孝富「家族法理論史の総括と今後の課題」家族史研究第四集（大月書店、一九八二）一六〇頁以下がある。中川、川島の整理については、この論文に依るところが大きい。

(32) 沼正也『親族法の総論的構造』（三和書房、一九五八）、同『財産法の原理と家族法の原理』（三和書房、一九六〇）など。なお沼理論の紹介と位置づけについて、二宮周平「家族の個人主義化と法理論」法律時報七四卷九号（二〇〇二）三〇一頁参照。

(33) 有地亨『家族制度研究序説』（法律文化社、一九六六）、同「家族法秩序における論理構成」法政研究三三卷三一六号（一九六七）など。この分析は、二宮・前注（31）一七三頁による。

(34) 高橋忠治郎「目的主義と有責主義」家族法大系Ⅲ（一九五九）一三三頁以下の整理参照。

(35) 久貴忠彦「離婚原因としての精神病」別冊ジュリスト『家族法判例百選（新版）』（有斐閣、一九七三）七〇頁の整理参照。

(36) 磯野富士子「婦人解放論の混迷」朝日ジャーナル一九六〇年四月一〇日号所収。

(37) 不当利得構成（沼正也）「内助の功」の法的把握」法学セミナー六八号（一九六一）六六頁、民法七六二条二項の類推適用（加藤永一）「夫婦の財産関係について（一）（二）」民商法雑誌四六卷一号（一九六二）三頁、三号四八四頁、我妻栄『親族法』（有斐閣、一九六二）一〇二頁、婚姻費用分担義務と関連させる（深谷松男）「夫婦の協力と夫婦財産関係」金沢法学一二卷一―二合併号（一九六六）一九〇頁、財産分与規定と関連させる（有地亨）「夫婦財産制に関する一考察」法政研究三二卷二―六合併号（一九六六）六六九頁、組合法理の類推（人見康子）「現代夫婦財産法の展開」（鳳舎、一九七〇）一六七頁）などである。

(38) 太田武男『内縁の研究』（有斐閣、一九六五）、我妻・前注（37）一九四頁など。

(39) 二宮・前注（31）一七二頁。

(40) 選択的夫婦別氏制度の導入、婚外子差別の撤廃などは、その端緒となるものである。だからこそ、保守派からの強い抵抗に遭うのである。