

會學濟經學大國帝都京

叢論經濟

號六第

卷一十三第

行發日一月二十年五和昭

論叢

銀行秘密の維持と所得稅

法學博士

神戸正雄

本居宣長の經濟思想

經濟學博士

本庄榮治郎

利子に於ける勢力の作用

文學博士

高田保馬

日本の家族制度と民法

文學博士

三浦周行

說苑

大量に就いて

經濟學士

蛭川虎三

工業と商業との交渉

經濟學士

磯部喜一

雜錄

所得分配統計の研究方方法

經濟學博士

沙見三郎

京都市に於ける消費組合

經濟學士

谷口吉彦

金と物價との關係に就て

經濟學士

一谷藤一郎

Westergard の一著

法學博士

財部靜治

法令

郵便貯金利子割合ノ件中改正・米穀法第二條ノ規定ヲ樞太ニ施行スルノ件・米穀法第二條ノ規定ニ依リ米及粃ノ輸入稅增加ノ件・昭和三年勅令第二十二號米穀法第二條ノ規定ニ依ル米及粃ノ輸入制限ニ關スル件中改正・無盡業法ヲ樞太ニ施行スルノ件

附錄

新着外國經濟雜誌主要論題

本誌第三十一卷總目錄

(禁轉載)

日本の家族制度と民法（下）

三浦周行

五 新舊民法の比較

新民法が其所有權及び契約の自由を原則とした内容、佛蘭西民法の外、多く獨逸民法草案を參考した事、其他立法の技術に於て遙に舊民法を凌駕してゐる事もどより言ふ迄もない。併しこゝでは新民法の條文中に於て、前の舊民法の非難に對する解釋が如何に取扱はれてゐるかを検討して見る事とする。第一、親族について、新民法には親族法總則第七百二十五條ニ、「左ニ掲タル者ハ之ヲ親族トス」といつて、

- 一 六親等内ノ血族
- 二 配偶者
- 三 三親等内ノ姻族

を列擧し、我國の慣習に依り親族なる文字は必ずしも血統のみを指すものに限らざるが如く、親族と姻族とを區別するも甚だ煩はしとして、親族なる文字を、血族及び姻族に通じて用ゐたるの相違はあるも、それは文字の相違丈であつて、六親等内の血族を親族とするは、舊民法第十九條第二項に、

六親等ノ外ハ親屬ノ關係アルモ民法上ノ効カラ生セス

といへるに一致してゐる。而して扶養の義務については、新民法には親族法第八章扶養の義務第九百五十四條に、

直系血族及ヒ兄弟姉妹ハ互ニ扶養ヲ爲ス義務ヲ負フ

とあるが、それは舊民法人事編第二十六條の

直系ノ親族ハ相互ニ養料ヲ給スル義務ヲ負擔ス

といふと大同少異である。即ち舊民法に使用された金錢を意味すと解さるゝ養料の文字の代りに、新民法には必らずしも金錢を與ふるに限らないところの扶養の文字を使用した丈である。而して民法修正案理由書を見れば、明らかに「本案ニ於テハ既成法典○舊民法を指すノ主義ヲ採用シテ、扶養ノ義務ヲ負擔スルモノ、範圍ヲ狹クセリト雖モ、家族制度ヲ認メタル結果トシテ、戸主ハ其家族ヲ扶養スベキモノ」とした事を指摘してゐる。即ち新民法に於ても、主義としては、舊民法のそれを採用してゐるのである。

第二に庶子の嫡出子となる場合について、新民法親族編第四章親子第二款庶子及び私生子第八百三十六條に於て、

庶子ハ其父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得ス

婚姻中父母カ認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス

と規定してゐるのは、舊民法、人事編第百三條に、

庶子ハ父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子トナル

私生子ハ父母婚姻ノ後父ノ認知シタルニ因リテ嫡出子トナル

と同意である事、民法修正案理由書の同條に、「本條ハ既成法典人事編第百三條乃至第百五條ノ精神ヲ採用シタルモノナリ」と明記されてゐるのでも知れよう。

更に第三の、母の親權を行ふ事については、新民法親族法第五章親權、第一節總則、第八百七十七條第二項に、

父カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ、又ハ親權ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ

とあつて父のなき時、あるも、親權を行ふこと能はざる時に、家にある母の親權を行ふ事は、舊民法人事編第百四十九條と同意である。而して親權を行ふ父又は母が、禁治産者の後見人となる事も亦新民法の親族法第六章後見、第二節後見の機關、第一款後見人第九百二條に規定するところである。

以上の比較對照の結果は、新舊民法の規定の間に大差がない。もとよりこれ以外にも、兩者の相違はないではないが、新舊民法實施の直前に於て、賛否の兩論者が火花を散らした論争の焦點

は、今から冷靜に考へると、少くとも親族、相續に關する規定に於ては、學問上殆ど無意義であつたと斷じて差支がない。

それにはもとより種々の原因はあつたらうが、新民法の修正が、多岐に亙つて、我古法舊慣の調査に専らなる事が出來ず、多くは徳川時代から明治の初年へかけての慣習を見たに過ぎなかつたから、此點に於ては、舊民法より以上に餘り出でる事が出來なかつたものと見るべきであらう。

次に舊民法の實施に賛成したものは、概ね佛法學者であつて、これに反對したものは英法學者、獨法學者であつたのは、學派の猜忌といふ感情問題の大に動いてゐた事を示してゐる。當時反對論者であつた東京日々新聞が、民法修正論に於て、「佛國民法の成典ありて以來、歐洲法學の進歩、英に獨に皆顯著なるものあり、而して本邦固有の法理、方に其發達を促さんとするに於て、已に腐舊に傾ける佛國成典の法理を襲用し、」云々と論じ立て、ゐたのも、それであれば、又佛法學者の一人磯部四郎氏がこれを反駁して、英には印度法の外、成文の民法なく、獨の草案は實に佛型より出で、彼此の間、格段差異なしと反駁してゐるが如きも、亦皆それであつた。(駁東京日々新聞民法修正論)

されば彼等諸學者の間には、佛國法型の民法を成立さす事に對しての英獨法學者の嫉妬なりと看做してを つたものもある。前記英法學者十一人の法典實施延期意見書に對して、佛法學者が、

「彼等の意見書なるものは新法に對する罵詈のみ、誹謗の外、一として根據あるの言語なし、是に至れる原因は謬見なり、否しからされば妄想なり、否されば過慮なり、否されば妬心なり、」といつてゐるが如きは、其露骨な表現である。(法治協會雜誌號外辯妄)

加之明治二十年代には過去の極端なる歐化主義の反動として、國民の間に、國家精神が旺盛となり、國粹保存の聲が高くなつて來た。是時に當つて、民法は羅馬法の翻譯であつて、國體に背反すとか、國情舊慣を顧みすとか、耶蘇教の個人主義に基づいてゐるから、民法出で、忠孝亡ぶとか、あらゆる反國家主義的な反對の聲を浴せられては、國民が其聲に合せて踊つたのも無理ならぬ事であつて、此國民の輿論に對しては、佛法學者も、苦戦を免れなかつた事が、確かに其有力なる敗因をなしてゐたのである。而かもそれは學問上より見て餘り根據のあるものではなく、兩論者共に古法舊慣に暗き點に於ては五十歩百歩であつたから、斯る不得要領の結果となつたものと斷ずるの外はない。

六 家族制度の誤認

それについて私の深く遺憾とするところは、新舊の民法が、我國古來の家族制度として採用してゐる事が、其實一種の誤認であつた事である。更に詳しくいへば、我國の封建時代の末期、戰

國時代から以後、武士といふ限られた社會に行はれた慣習古法に過ぎなかつた事である。同じ家族制度といつても、希臘、羅馬の古代に行はれたものと、東洋諸國の古代に行はれたものとの間には、國民性の反映としての差異點が見られるが、同一國の家族制であつても亦時代の前後に依つては多少の變遷あるを免れない。

我國の戰國時代は、諸大名割據の時代であつて、生存競争の最も激烈であつた爲めに、彼等は何時敵國の侵入を受けんも測り難かつたから、嚴重なる法制を設けて、領民の結束を固くし、これが爲めには、彼等の自由を拘束して、領主の方針に合致せしめなければ已まなかつた。徳川時代は又此前代の延長として、其法制の多くを踏襲し、平和が長く打續いて、著しく其必要を減殺された後迄も、猶ほこれを保存してゐた。殊に武士の如きは、軍人として、又社會の中心として其行動に種々の拘束制限を受けつゝあつた特別の階級に屬するものであるから、これを以て他の多數の一般國民を律すべきでない。新舊民法の立法者が、思をこゝに致すことを忘れて、我國民性が、政策上抑屈されてゐた戰國時代の武士階級に行はれた法律習慣を根據としたのは決して當を得たものと謂ふ事が出来ぬ。世界の交通が開けて、文化の向上發展すべき時に際しては、立法者は強ち悉く此種の舊慣古法に拘泥すべきでなく、一面、他の文明國の立法をも參酌して、將來の推移變遷に應ずべき用意を拂ふと共に、他面には又我國民性が比較的自由的地位に置かれて、

伸長暢達する事の出来た時代の舊慣古法を考察して、我國民性の特性を窮め、これを以て立法に資するの必要があらうと思はれる。況んや國民性は一時抑壓されて、不自然な發育を遂げて、抑壓の手が一たび弛むか、又は撤回されると共に、次第に其本質に立返る事が出来たに於てをや。況んや又斯る不具的な發育は武士の一階級に限られた事であつて、國民中の大多數を占むる武士以外の庶民は干涉の手が武士程に強くなく、或點に於ては全く放任されてゐたが爲めに、古來の習慣古法が、彼等の間に、連續的、傳統的に生きてをつたに於てをや。私は其最も顯著なる實例として家督及び財産相續に關する舊慣古法を擧げることゝしたい。

七 相續の古法舊慣

我國は古來家督相續と財産相續とが並び行はれ、何れも被相續人の意志に依つて決したやうであつて、家督相續人の如きは、必ずしも嫡長子と限らなかつたが、財産相續は一般に分配制が行はれてゐたやうである。中古唐制を採用した後には、家督相續人は嫡長子に定め、財産は特別財産を家督相續人の相續する事とした外は、法律上、分配制を採つてをり、唐に於て原則として相續から除外した相續人の妻迄も分配に預かる事にしてゐる。一般の慣習に於ても、男女を問はず、遺産の分配を受け、其割合は敢て法定分配制に據る事なく、一に被相續人の意志に依つて決せら

れてゐた。鎌倉時代に入つてからは、將軍直轄の武士たる御家人^{ごけにん}の相續法も、亦これと同様であつた。「號^ニ嫡子^一者、父祖取立之家督也、不可^レ依^ニ生得之長男^一」(畑田文書延慶三年二月七日鎌倉將軍御教書)とあるは、家督相續人たる嫡子の選定が必ずしも兄弟の順位に依らざる事を示してゐる。

而して此時代には、中古^{りゅう}の令に於て、多少の制限を免れなかつた女子の如きも、男子と同じく何等の制限を受けずに分配を受け、特有の財産所有を許されてゐる。此時代には軍役其他の將軍に對する義務は、其所有の土地の高に割當てられたものであつて、女子の如きは、老人少年と共に、戰場には代人を以て召集に應ずる事を許されてゐたから、女子と雖も、御家人^{ごけにん}竝に取扱はれ、幕府が異國征伐計畫を發表した時の如きは、九州の一後家尼^{ごけあま}が、其召集命令に應せしめんが爲めに夜に繼いで其子を從軍させると届出で、中には婦女子自身、京都に出で、大番役に服したものとさへもあつた。斯くて遺産分配の行はれた後には、これを幕府に届出で、將軍の認可狀(安堵狀)を得る手續を執るが、其後に於て、若し更に被相續人が遺言狀(讓狀)に依つて前日の處分を變更するとも、將軍の認可狀を以て被相續人の遺言狀に對抗すべからざる事とし、被相續人の最後の意志表示を以て有効としてゐる。(御成敗式目)もどより此時代とても、一子相續の風が絶對になかつた譯ではない。殊に鎌倉幕府の末路に瀕しては、御家人の窮乏より、遺産を相續すべき子の多き場合には、これを彼等に分配する事に依つて、家資の分散を來たし、將軍に對する軍役其他の義

務を全うし難き恐れありとして、其遺産は舉げて嫡子にのみ相續させる事とした實例が現はれ出した。元亨二年十一月二十六日の散位宗度の讓狀に「依_レ爲_三所領最少分_二、不_レ及_三庶子配分_二之間、一圓不輸所_三讓渡_二」といつて嫡子増一九にのみ相續させ、(朽木文書)又元徳二年三月十八日沙彌長快の讓狀に「雖_レ可_レ相_三分庶子等_二、分限狹少之間、於_レ令_三相分_二者、依_レ不_レ可逢_三上_二之御大事_一、讓_三渡_二通時一人_一者也」といつて、嫡子通時にのみ相續させてゐるが如きは、其一例である。併しそれは寧ろ例外であつて、原則としては、遺産分配制が行はれてゐたのである。而してこれは獨り武士社會ばかりでなく、一般社會に共通の慣習であつた。

然るに此例外たる一子相續が却て原則となつて、分割相續が例外となるに至つたのは、足利時代、殊に所謂戰國時代となつてからの事である。これは第一生存競争が激烈となつた一方に第二軍役等の主人に對する負擔が重くなり、社會の單位たる家の如きも、家族の結束を鞏固にして、其安全永續を圖らねばならなくなつて來たが、それには家督相續人たる總領に家督と共に全財産を相續させ、家族たる庶子は總領の統制の下に、其扶養を受け、協力一致して總領を助けるがよいと思惟さるゝに至つたからで、爾來總領以外の庶子は一家の爲めに一身を犠牲にして盡瘁するか、然らずんば出で、他家を相續するを例とした。同時に一般の財産相續には女子及び他人を排斥して相續から除外するに傾かせた。これは女子が嫁して他家の人となると共に、其相續した財産

も、自然他家に行く恐れがある爲めであつて、縦ひこれに相續させるとしても、女子の一生に限る事とし、死後は實家の總領に行く事とした。同じ理由から又他人の相續を排したのであつて、實子なき場合にも、親族を養子として、これに相續させる事としてゐる。

徳川時代は戦國の延長であつたから、武士の間には、依然として専ら一子相續の制が行はれてをり、原則としては嫡長子が家督相續人となつて全財産を相續し、女子は勿論、他の弟も皆其扶養を受け、一生厄介と呼ばれ、冷飯ひやめしの名に甘んずるか、然らずんば出で、他家の養子となるの外はなかつた。此時代の初期にこそ、戦國の餘風もあつたが、平和の時代が永く打續いて、最早其必要がなくなつた後に於ても、幕府の社會政策は、毫も此慣習を改むる事なく、寧ろ不必要に舊慣を墨守して怪まなかつた。只併しこれは最初から武士階級に限られた事であつて、武士以外の百姓町人、即ち一般庶民の間にあつては、昔乍らに諸子分配の慣習が踏襲されてをつた事を忘れてはならぬ。彼等の階級に對しては、幕府を始め諸大名も武士程直接に干涉をなさず、寧ろ放任してゐたから、古來の慣習が其儘踏襲されてゐたのであつて、財産については、被相續人の遺言相續を原則とし、遺言相續は又分割相續を原則としてゐた。さりとて彼等百姓が餘りに田地を細分すれば、耕作に不便を生じ、收益も少く、彼武士が軍役に服し難くなるが如く、百姓も納税の能力を失ふ恐れがあつたから、名主は高二十石以内、平百姓は高十石、土地一丁以内を所有するものに田畠

の分配相續を禁じ、これに違背した遺言を無効とするに至つた。これが百姓の財産(主として不動産)分配に關する唯一の干涉といふべきものであつた。當時百姓が家資分散の本となるをも忘れて、多くもあらぬ田畠を澤山の子に分割するの愚を笑つて、「タワケ」といつたのが、「タワケ」なる語の語原であるといはれた程、百姓の田畠分配は極度に迄行はれてゐたのである。當時幕府の諭達にも彼等が餘りに田畠を分配する結果を戒めて、水呑百姓の水も呑めない結果となるを戒めたものがある。町人とても亦同様であつて、相續人の間に、均分制若しくは差別制の相違こそあれ、分割制の下に財産の分配の行はれてゐたのは事實である。

然るに明治時代の民法は、新舊共に嫡長子を家督相續人とし、これに全財産を相續せしむる事と規定し、只財産相續のみについては均分制に採用したに止まる。

然らば我國の法制史では、古來の財産の自由處分制から制限處分制に移つたものと看做すべきであらうか。歐羅巴に於ても、封建時代には財産不分割制が行はれ、財産全部を擧げて長子に相續せしむる事を、法律上強制した事はあるが、我國に於ては鎌倉時代から足利時代にかけて、分割相續が行はれてゐたのであつて。一子相續は只戰國時代の特別なる事情必要から、武士社會の相續制度として發達したに止まり、徳川時代は此前代の連續として、特別事情の失はれたにも拘らず、これを踏襲したに過ぎず、斯る特殊の相續制は決して封建時代の全部ではなかつた。而か

も全國民から見れば、少數の武士階級丈であつて、大多數の百姓町人等の庶民階級の間には、古來の分割相續が中斷せらるゝ事なく行はれてゐたのである。由來武士の如きは、一種の特權階級であつて、其行爲については種々の拘束を受くる事を餘儀なくされてゐた。従つて家督財産の相續についても、今日の華族の如く制限を設けられたものであつたから、其相續法はもとより一種の特別法であつて普通法と看做すべきではない。

明治の新舊民法は、此特權階級に對する特別法を誤つて普通法と認め、一子相續制を採用して怪しまなかつた。これ亦我法制史上、相續法の一變態に過ぎない。

古來此變態を除いては、我法制史は財産の分割制度を以て一貫してゐる。分割相續の可否如何は別問題とするも、我國の經濟界に於て、古來餘りに富んだものも出でなければ、餘りに貧しきものもなく、貧富の懸隔が諸外國程甚だしくなかつた一原因は、確かに分割相續の一般に行はれゐた事にあつたらうと確信する。それが又總領を中心としての家族間の相互扶助を助けて、家族制度の維持に寄與した事も認めなければならぬ。

八 民法改正要綱批判

民法の制定以來、親族法及び相續法の規定に通じて疑義を生ずることが多く、伺指令、訓令等の

續出せることも殆ど民法制定以前と異なることがなかつたのであつて、中には裁判所の判決に依つて解釋の決定されたものもないではなかつた。

是に於て、大正八年、政府は臨時法制審議會を設け、社會的變化に適應すべき立法の設定に當らせたが、其内政府は同會に向つて、民法の規定中に我國古來の淳風美俗に副はないものがあると思はれるが、如何に改正すべきやとの諮問を發し、同會はこれに對して答申をなしたものが民法親族編中改正要綱及び民法相續法中改正要綱である。就中民法相續編中改正要綱には、第一戸主の死亡に依る家督相續に於て、家督相續人が被相續人の直系尊屬、配偶者、及び直系卑屬に對し、相續財産中、家を維持するに必要な部分を控除した剩餘の一部分を分配する事を要する事とし、而かも被相續人が、生前行爲又は遺言を以て財産の分配をなした時は、これを認むる事としたのは、原則として分割相續を認めたものであつて、現行民法の規定とは、全然其主義を異にし、一大變法たる事言ふ迄もない。これを肯定するものは、長子相續が原始的な本能に基づく人情の發露ではあるとはいへ、理論上不公平であつて、それが階級意識に依つて裏附けらるゝに於ては長子對諸子間の利益鬭争となるの恐れがあるから、次子以下にも必ず分割を與へねばならぬとし、又一子相續が我國固有の家族制度なりと妄信してゐるものはこれを見て一大驚異となし、若し此要綱に依つて民法の改正が行はるゝに於ては、個人主義の擡頭となつて、折角現民法に依つて維

持された家族制度が崩壊するかの如くに看做す。併し兩者は共に相續に關する法制の發達を無視し誤解したものであり、別して後者は根本から誤つた觀測である。加之均しく家族制度といふも、我國のそれは、羅馬の昔の如く、親が子に對して生殺與奪の權を與へられたるが如き極端なものでなく、殊に唐制を採用して制定された令に於ては、子が祖父母父母の同意を経ずして、戸籍上獨立し、又獨立の財産を所有する事を許されず、又家長の生存中、其財産を處分する事を許されざるが如き制限はあり乍ら、祖父母父母の同意があれば、家族の特有の財産を認められてゐた程であり、又丁年未滿の男子及び寡婦に向つても、一家を創立するの道を開いてゐる程であつて、法律上相當家族の人格を認めてゐる。武家時代に至つては、總領の特殊地位は認められないではなかつたけれども、同時に庶子たる家族個人の人格をも認められて、公法上には、家長と同じく公職に就き、功勞あれば恩給に預り、私法上には、其特有財産を認められ、財産處分をもなし得たのであつて、個人的にも相當發展してゐた。それにも拘らず、戰國時代には、特殊の事情に依つて、前に説いたやうな種々の制限を受くる事となつたのである。

これを法制史上から觀ても、家族制度は古來、不變のものではなく、時代に順應して、多少の變化を來たし、殊に個人主義をも加味された。家督相續人の相續分の比多きは當然であるが、全産相續の如きは既に古來の傳統的制度でもないばかりでなく、それが爲め親子間の情愛を矯め、條

理に乖り、兄弟間にも公平を失するものである以上、躊躇なくこれを改正して然るべきである。

これと同じく、現行民法の規定は、著しく男尊女卑に傾いてゐる。即ち民法では明らかに妻を未成年者及び禁治産者同様無能力者と看做して、夫の許可を受けなければ重要な法律行為をなす事が許されず、又女戸主が入夫婚姻をなす場合、特に反対意志が表示されざる限り、當然家督相續が開始され、入夫が戸主となると共に、女戸主の全財産が入夫に移轉するが如き不都合を生ずる。是等も亦戰國時代以來、殊に武士階級に於て女子の人格を認めなくなつた後の習慣法律に捉はれ、これを以て古來普通法と誤認した結果に外ならぬ。相續編中改正要綱が、女戸主の入夫婚姻をなす場合に於ては、反対の意志なき限り、家督相續を開始せざるものとして、女戸主の地位を保障したるが如きは、亦現行民法の規定と正反對であるが、時勢の進運に順應した改正である。而かも法の精神に於ては、變法といはんよりは寧ろ復舊と看做すべきであらう。

凡そ國民生活と密接の關係を有する法律にあつては、法制史上、古法舊慣を斟酌すると共に、時代の進運に順應して、適當の改變を行ふべきである。これを我家族制度と民法との關係について見ても、盲目的なる外國法の模倣、古法舊慣の無視、乃至學派の反目、政策の利用等が、何れも共に不成功に終はつてゐる事を立證した。將來決して斯る失敗を繰返す事なく、慎重に周到に調査を續け、修正を施して以て國民生活の充實と其發展とに資すべきであらう。