

身分法と財産法の性格

仁 平 先 磨

身分法と財産法の性格

一 はしがき

二 市民法への生成

三 対立と結合

四 結 語

一 はしがき

民法中、財産法は明治民法以来全体的に大きな改正もなく今日迄効力を生じているが、身分法は戦後大改正がなされた。財産法は時代の変遷にも拘らず比較的定着しているのに対して、身分法はその逆の形をとった。しかし、財産法は本来進歩的であり、法が事実の前にあらわれる傾向をもつのに対して、身分法は保守的であり、法が事実の後にあらわれる傾向をもつ事からみれば奇妙であるかも知れない。従って、身分法の改正は身分制度の根本的変革を意図してなされた大事業であったと言える。これによって、民法は市民社会 (*Societas civilis*) の法として完成するに至ったが、身分法の制定過程においてはそれは如何にみられたかについて改めて考えるのも興味がある。そこではじめに、身分法及び財産法の市民法への生成について検討しよう。また、身分法及び財産法が同じ市民法的法秩序として体系化された今日において、両者は如何なる関係にあるかが極めて問題となる。従って、次にこの問題について考究しようと思う。

二 市民法への生成

民法が近代的市民法として位置づけられたのは、市民社会の成立による

事は再説する迄もないが、⁽¹⁾市民社会は個人の解放をなし、資本主義経済発展の基盤を形づくったのである。民法は市民法的原理を大幅に導入して、経済社会の大なる発展に貢献したのである。

近代市民社会の基礎となるものは、民主主義的政治であり、資本主義経済であり、そして市民法的法秩序であると言える。

身分法と財産法とが性格を異にする法である事は、例えば民法典の編別についてもあらわれていると言える。もともと、従来のローマ式たるインスチテューションシステム (Institutionensystem) ではともかくも、ドイツ式たるパンデクテンシステム (Pandektensystem) ではそれが明らかにならざるを得ないのである。即ち、その初編におかれる民法の総則をめぐって、財産法と身分法の中、前者のみの通則たるか或は両者の通則たるかという問題を生ぜしめるからである。⁽²⁾

わが民法は旧民法ではフランス民法に範をとったためにインスチテューションシステムをとり⁽³⁾(従ってその構成は財産編、財産取得編、債権担保編、証拠編、財産取得編、人事編であった)、その修正と称された明治民法では主としてドイツ民法草案に範をとったが、ザクセン民法に基づいてパンデクテンシステムをとって⁽⁴⁾(従ってその構成は総則、物権法、債権法、親族法、相続法である)、今日に承継されているのである。なお、パンデクテンシステムをとる場合において、如何なる序列をなすべきかが大きな問題となり、国によって異なるが、サウイニイ (Savigny)、ヴィンドシャイド (Windscheid)、メンガー (Menger) 等の序列の仕方は我々の知るところである。

民法の近代化への契機は上述の如く市民社会の成立にあるが、財産法と身分法は市民法としてそれぞれ如何に解せられるかが問題となろう。そこ

で先ず、これとの関連においてその沿革を若干みる事にして、そしてわが民法が如何に市民法的民法たる性格を有するに至ったかを考察しよう。

市民社会は資本主義を基軸とするところの社会構成であると言われるが、⁽⁵⁾それは言う迄もなく、西欧では十八世紀におけるイギリスの産業革命 (Industrial Revolution) をはじめ、諸々の社会変革の結果誕生するに至ったと言える。⁽⁶⁾かかる経済、社会の変革化は必然的に家族の形態及び機能に大きな影響を与えずにはおかなかったのである。⁽⁷⁾家族の機能は従来の大家族のそれと異なって著しく縮少し、⁽⁸⁾最早生産的機能は失われ、家族は消費団体として存するに至ったのである。家族の形態は、無限家族から有限家族へと変わり、⁽⁹⁾家族員は資本主義社会における商品生産活動に従事して、自己の生活を自らの責任において行わねばならなくなったのである。メーン (Maine) の言う「身分から契約へ」 (from status to contract) という言葉によって示されるように、人と人との関係は契約即ち権利義務の関係によって結びつけられるに至ったのである。⁽¹⁰⁾かくして、近代市民社会は自由、平等の民主主義的原理を確立せしめ、人の法主体性を一様に承認したのである。このように、市民社会における法秩序は、⁽¹¹⁾個人主義的理念によって規律されたのであって、そこには財産法上の原則として私的所有権、契約の自由 (Vertragfreiheit) 及び過失責任が認められたのである。そして、身分法上においては一夫一婦制及び婚姻の自由の原則が認められたのである。ここに於いて近代家族即ち婚姻家族 (famille conjugale) 或は、小家族 (petite famille) が生じたのである。それはまた核家族 (nuclear family) でもあって、家族は言う迄もなく資本主義経済組織の中に組み込まれるに至ったのである。

わが国における市民法の生成についてみると、その発生は概して明治以

後であつて、それが十分な成育をとげたのは明治の中期以後であるとみられる。即ち、その「外殻」は訴訟法規にみる事が出来るが、近代民法の「中軸」は明治民法にみる事が出来る。だが、わが民法は言う迄もなく西欧諸国のように市民社会の生成に伴つて必然的に発生したものではなく、それは市民社会が十分に成熟していなかつたために、近代社会の確認としての役割を有せず、専らその形成として機能したのである。⁽¹³⁾ 橋本博士は近代民法は「それ自身近代資本主義社会を構成する一契機たるにはかならず、同時にそれは、近代資本主義の発達を促進し又は普遍化するイデオロギー的滑剤たるものとして、その独立の存立の意義を認められたものである」と解されたのである。⁽¹⁴⁾

かくして、近代民法は「すべての法律関係を市民社会的法秩序としてこれを把握しようとしている」のであるが、わが明治民法は西欧の近代民法の継受法であるにも拘らず、市民法的法秩序として一貫してはいなかつたのである。即ち、民法中、財産法については市民法的法秩序化がなされたが、身分法については「家」制度をとり入れる事によって、それを拒否したのである。それがどのようにして旧民法にとり入れられたかについては、手塚博士がこれを明らかにされているので、それによってその経緯を若干みる事にしよう。旧民法の原案とも言うべき所謂人事編第一草案は「戸主中心の大家族制度的要素は全く見当らず……原則として夫婦・親子中心のいわゆる『婚姻家族』を構想していたものと考えられ……これらは（同草案のほか財産獲得編第二部第一草案（相続法にあたる）を含めておられる筆者註）旧民法、明治民法に比較すれば近代西洋民法の構成にはるかに接近したものである」と言われる。⁽¹⁵⁾ それが明治二十二年二月から開かれた法律取調委員会において根底から覆えされ、ここにおいて「戸主権、長子単

独家族相統を支柱とする家族制度が……はじめて条文化された」と言われるのである。かくして、修正がなされた同草案は「民法草案人事編再調査案」と呼ばれるが、これにみられる条文は、第一草案を「ほとんど原形をとどめないまでに改められたものが多い」と言われる。⁽¹⁶⁾ そして、かかる再調査案は委員会において、「『本邦固有の美風』的修正」がなされ、それが委員会の最終確定案たる元老院提出案とされたと言われる。⁽¹⁷⁾ このようにして旧民法人事編が編纂されたのである。以上の如くわが旧家族制度が旧民法に採用される過程を概観したが、これによって明治民法がそれを取り入れる素地が生まれたと言えよう。その事は明治民法編纂に際して設けられた法典調査会における富井委員の説明からも明らかであると言えよう。同委員は親族編の審議の冒頭において「……既成法典ハ此二点（弊害なき限り従来の制度慣習を存する事と、社会の状況が変わつてもそれに出来るだけ応じ得る希望をもつて編纂する事の二点である）ニ筆者註）カラ見レバ多少修正ヲ如フヘキ点ハアリマセウケレトモ根本的ニ改正ヲ加ヘ、ネバナラ、スト、云フ程ノ点ハナイヤウニ思ヒマス……」（傍点筆者）と述べられているのである。また、民法修正案理由書には、それがはっきりと書かれているのである。それは戸主家族の章の配列に關してではあるが、「本案ニ於テハ人事編中ノ法規排列ノ順序ニ著シキ変更ヲ加ヘタリ既成法典ニ於テハ戸主家族ニ関スル規定ヲ人事編第十三章ニ掲ケテ之ヲ親族の諸關係及ヒ後見ニ関スル規定ノ後ニ置キタリト雖モ我邦現今ノ状態ハ家族制ヲ以テ社会ノ基礎ト為スヲ以テ本編ニ於テハ既成法典ニ於ケル戸主家族ニ関スル規定ノ位置ヲ顛倒シテ之ヲ親族編ノ首部ニ置クコトトセリ」（傍点筆者）として、⁽¹⁸⁾ 家族制度を基本となすべき事を明らかにしているのである。なお、平野教授はかかる特殊な身分法を成立せしめたのは「半封建的家族制度を確保す

る官僚原理が編纂方針とな」ったからであると言われる。⁽²²⁾

明治民法の身分法は、以上のように市民法的法秩序化がなされなかったが、これに反して財産法は総則、物権、債権の各編とも「強烈な個人主義思想」(即ち「個人意思自治の原則、個人所有権尊重原則、過失責任の三原則」)をその「一貫する強い指導理念」となしているのであって、財産法はここで市民法的法秩序として体系化されたのである。なお、財産法の法典編纂の経緯についてはここでは省略するが、次に、財産法及び身分法と資本主義経済との関連を一瞥しよう。

資本主義経済の機構は商品の生産、分配及び消費を中心にして成り立っているが、これら一連の動きを経済活動としてみる事が出来る。財産法はかかる経済活動を規律の主要な対象となす法であると言い得る。かかる財産法就中、財産権は、社会を豊かにする社会的機能を有するのであるが、それは出来得る限り多くの人の利益となるために制限が付される必要をみる。⁽²⁴⁾だが、財産法が個人主義的法原理を基本とする事によって自由経済に奉仕する事は、財産法の普遍的、固有な性格であると言えよう。故に、明治民法の財産法が「明治中期以来勃興の機運にあったわが資本主義経済の要求に合致しその発展の上に華々しい貢献をした」⁽²⁵⁾のはむしろ当然の事であると言える。では、身分法は如何なる意味乃至役割をもっていたかが問題となろう。明治期において身分法の果たした役割を田中教授は次のように指摘されている。「身分法の指導原理は、かの法典争議の志向の示すところに従って、一部の官僚、富商富農などのブルジョアジーがかったの武士階級の所産にすぎなかった封建的家族構成を民法のうちに盛りこみ、これを社会的基準として農民一般およびあらたなプロレタリアートにおしつけ、更にそこに含まれている封建的原理を社会的理念にまでひきあげ、以

てかれらを再編成して、日本資本主義発展のための礎石と化さんとすることをめざしたのであつて、「日本資本主義はこのような封建遺制的家族乃至社会構成を極度に充用することによって、以後の発展を可能ならしめた」⁽²⁶⁾と。元来、資本主義経済は市民社会及び市民法を基礎として生成し、発展するものであって、従って身分法の性格は市民法的であり、それが資本主義経済に寄与するものであると考えられる。ところが、右にみたように、明治の身分法はむしろ「家」制度的性格なるが故に、資本主義の発展に「華々しい貢献」をなしたと解されるのであるから、身分法の市民法化如何は資本主義経済の寄与にはむしろ無関係でさえあると言えるようである。身分法は人間自然の保族本能に基づく家族的乃至親族的身分生活関係の規律をなす法であるのであるが、資本主義社会における身分生活乃至保族生活は生産手段の所有者たる資本家及び生産関係に従属的に携わる労働者の拡大再生産としての意味を有するのであつて、身分法はかかる人の生産、再生産のための法関係としての意義を有するのである。この意味で身分法は一般的に資本主義経済に寄与していると言えるのであるが、身分法が家族主義的性格を有しているように、或はまた個人主義的性格を有しているように、身分法の右の機能に影響を与えないとみられるのである。だが、家族の形態は既に述べた如く社会的、経済的条件によって変わらざるを得ないのであって、また逆に家族の形態や機能如何が経済をはじめ社会、文化等の発展に大なる影響を及ぼすものである事も看過されてはならないであらう。⁽²⁸⁾

かくして、民法は資本主義的生産関係を資本主義的に秩序づける基礎法としての地位を占めていると言えるのであつて、それが高度化するに伴って民法以外の法、就中、経済法(Wirtschaftsrecht)がその指針たる作用を

荷背って登場したのである。経済法は直接且つ具体的に国家の経済政策を実現するために各々の事柄に応じて制定される点で極めて重要な意味を有するのである。ともかく、わが民法の規律の対象は「資本主義社会の、具体的な社会関係、法律関係（私法関係）である」と解し得るのである。⁽²⁰⁾この事は財産法と身分法との矛盾的法原理をとる場合においても認め得るのであって、その事は右述の如くわが明治民法が示したところと言えよう。

- (脚) (1) 「近代民法典は市民社会法なのである」(山中康雄「市民社会と民法」八頁)。
 (2) これについては中川善之助「身分法の総則的課題」一六二頁以下、広浜嘉雄「日本の私法制度論考」一頁以下等多くのものがある。
 (3) 星野通「明治民法編纂史研究」一〇八頁。
 (4) 星野、同書、一九八頁。
 (5) 大塚久雄「近代資本主義の系譜」二二三頁。
 (6) 大塚、同書、二二三頁は資本主義乃至市民社会は「略略十六世紀の裡二進展の本格的態勢を整へ、十九世紀に至って完成した姿容を示すに至るのである」とされる。
 (7) 玉井茂「結婚と家族の思想史」八七頁以下、遅塚忠躬「フランス革命と家族」(家族問題と家族法工家族所収)一〇六頁以下、山本笑子「イギリス産業革命と家族」(同)一三〇頁以下、城下利雄「アメリカ資本主義の発達と家族」(同)一四七頁以下、鈴木禄弥「近代ドイツにおける家族法」(同)一六七頁以下参照。
 (8) マードックは、性的、経済的、生殖的、教育的四つの機能を核家族における固有の機能とする(G. P. Murdock, Social Structure, pp. 3, 10)
 (9) 中川「家族形態と相続形態」(家族法研究の諸問題所収)二七八頁。
 (10) H. S. Maine, Ancient Law, 1919, pp. 149—151
 (11) 渡辺洋三「現代の法と法学の課題」(「法学セミナー」第六〇号)四頁は「市民法体系というものは、抽象的形式的観念の体系であつて、それ自体が具体的社会関係の表象であるわけではなく、近代市民法は「前市民法的秩序と対比されるかぎりにおいて、一つの実体的秩序でありえたのであり、それとの対比を失った瞬間から、単なることばのうえだけの形式的秩序に転化する以外には

なかったのである」と言っている。

- (12) 橋本文雄「社会法と市民法」二四四頁。
 (13) 高島平蔵「近代民法のふたつの型について」(早稲田大学創立八十周年記念講演集「法学の潮流」所収)二二二頁。
 (14) 橋本、前掲書、五九頁。
 (15) 谷田且三郎「親権史より見た「家」の廃止」(研究と資料第二五号)六頁。
 (16) 手塚豊「明治二十三年民法(旧民法)における戸主権」(「法学研究」第二六巻第一〇号)一〇頁。
 (17) 手塚、同論文、二二頁。
 (18) 手塚、同論文、二二頁。
 (19) 手塚「明治二十三年民法(旧民法)における戸主権」(「法学研究」第二七巻第八号)二八頁以下、殊に三〇頁。
 (20) 法典調査会議事速記録(蔵松堂版)二二四回二頁
 (21) 民法修正案理由書(東京博文館蔵版)二頁。
 (22) 平野義太郎「「家」を中心とする身分法の成立史」(法律時報第六巻第五号)五頁。
 (23) 星野、前掲書、二〇〇頁。
 (24) Michel de Juglart, Cours de droit civil, t. 1 2^e vol, 1967, n° 355
 なお、ワイマール憲法(Weinarter Verfassung)第一五一條以下の経済生活に関する規定もかかる観念によると言える。
 (25) 星野、前掲書、二〇四頁。
 (26) 田中実「民法改正の意義」(「法学研究」第二二巻第五号)六一頁。だが、平野、前掲論文、五頁は資本制が「封建的大家族主義をうち敗すけれども、資本制が半封建的諸関係を全面的に充用する矛盾」を有していたと言っているのである。
 (27) 宮川澄「民法上巻(財産法)」一四頁。
 (28) 西原道雄「現代の家族と法」(現代法と市民所収)一一九頁。
 (29) 宮川、前掲書、一二頁—一三頁。

三 対立と結合

わが身分法が財産法と同じ市民法的原理を有するに至ったのは、戦後の

民法改正によってである。⁽¹⁾ ここにおいて、わが民法は二つの矛盾する原理を払拭し、「近代社会の民法としての性格をはじめて一貫してもつことになった」訳である。⁽²⁾ わが身分法をかように変えさせたのは、言う迄もなく憲法第二四条であって、本条が「民法の身分法に対して直接にこれを改正する指導原理を規定した」⁽³⁾ ののである。それは家制度を否定したが、しかし「男女の自由な結合を基礎とする家庭共同体は、個人主義に立脚するものであり、少しも本条の趣旨に反するものではない。民主主義的社会生活はむしろそうした民主主義的な家庭共同体によってはじめて実現されるともいえるのであり、憲法もむしろそれを否認しているわけではない」⁽⁴⁾ 事は言う迄もなく、新しい身分法においても、所謂「新家族制度」⁽⁵⁾ が認められるのである。

市民法秩序の中において組み入れられた身分法と、既に市民法的法秩序化されている財産法とが、その原理及び性格を異にしているのは、両者がそれぞれテンニース(Tonies)の言う、ゲマインシャフト(Gemeinschaft)及びゲゼルシャフト(Gesellschaft)⁽⁶⁾ に関する法としてあらわれるという考えによって承認され得る。この両者の性質をみると、今泉博士はゲマインシャフトが「愛情、血統等による自然的な結合により、多数の主体が実質的に価値追求を一致せしめている」のに対し、ゲゼルシャフトは「単に利益を目的とした個人の規範的一致であって、実質的な一致ではない」⁽⁷⁾ と言われる。かかる両者の差異は、身分法と財産法の結合原理の対立としてあらわれる。即ち、中川博士は身分法を本質的社会結合の法(本質的統体法)とし、財産法を目的社会結合の法(目的的個体或は統体法)となしたのである。⁽⁸⁾ また、林博士は身分法と財産法とを類型化するについて、これを人と人との民事的生活関係が自然的な関係を土台とするか否かによっ

て判断されるのである。⁽⁹⁾ この事は身分生活関係、即ち、保族生活が自然的、自生的たる特質を有する事からして理解し得る。

両者のかかる差異が財産法と身分法とを異なったものとすると考えられるのであるが、しかし、財産法と身分法は、この事によって単に対立的な関係にあるにとどまるのではない事は、今日では異論のないところと言える。⁽¹⁰⁾ 中川博士は身分法の適用される保族生活と財産法の適用される経済生活とについて、「経済生活を離れて保族生活はありえないが、同時にまた保族生活を離れて経済生活だけが成立つということもない」⁽¹¹⁾ と述べられる。また、末川博士は「身分制度と財産制度とは、結びつき交互に入りまじって人の生活を規制している」⁽¹²⁾ と解される。いずれも保族生活と経済生活とが離れ得ない関係にある事を指摘されるのである。来栖教授は保族生活と経済生活とは対立と結合の関係にあると言われる。即ち、教授の言を要約すると、その対立は家庭外における人と人との打算による取引関係と家庭内における家族員間の非打算的共同生活関係との違いにおいてあらわれると解されるようである。⁽¹³⁾ だが、教授は更に、その結合は経済生活における個人主義が保族生活における連帯感を予定しており、この連帯感なくしては経済生活を維持し得ないので、ここにおいてそれがあらわれると解される。⁽¹⁴⁾ 故に、保族生活と経済生活とは「単なる対立」ではなく、それは「一の統一ある結合」として把握されるのである。⁽¹⁵⁾

保族生活はその中に経済的要素を受け入れる事(夫婦及び親子間には財産関係が存在する)を必要とするが、それは経済生活にみられるような目的的结合としてあるのではないから、この事によって保族生活がその本質を失う事は到底考え得ないものと言わねばならない。また、保族生活は資本主義社会においては既述のように、生産に必要な人間の再生産のために

行われるものとみられるのであるが（この点において先の来栖教授の結合の理論が生ずる）、しかし、保族生活と経済生活とはその場合は家庭と社会という異なった生活領域を有するのが通常であるから、両者の結合関係は直ちに前者の本来の特質を失わしめるものではないと考えられる。従って、身分法をして本質社会結合の法となす事は、現在でも勿論承認されるのである。ただ、保族生活と経済生活とを現実に分離せしめ、そして前者の堡壘となつている家庭がその安定性 (stability) を失うに至ると、身分生活はその本質を失うに至ると言える。故に、夫婦・親と未成熟子からなる近代家族、即ち、資本主義的核家族は、家庭の安定性が阻害されない限り、本質的結合乃至統体をなしていると解し得るのである。そして、かかる結合乃至統体は夫婦・親子の身分関係が完全な個人的制度に純化しない限り、常にその存在を認めざるを得ないのであって、家庭は夫・妻・親・子のかかる個人化を妨げる最強の要塞である事を看過し得ないであろう。次に、夫婦・親子の身分関係と財産法関係の特質についてみよう。

夫婦は性に基づく男女の全人格的な結合であり、親子は血に基づく自生的な結合であるが、いずれも人間の本能による自然的な結合関係である。だが、それは単に自然的なものではなくして、社会的関係であり、人倫的関係であり、そして更に法的関係としてみられるのである。かくして、家族は自然的、道徳的及び法律的な三要素と結合すると解されるのである。⁽¹⁷⁾ 夫婦・親子の関係が習俗と伝統によって営まれ、人倫 (ethic) によって強く支配されるので、家族乃至親族共同生活の規範は法よりもむしろ「道徳や習俗にこそ実生活における現実的な支配力を見出す」⁽¹⁸⁾のである。これに対して、財産法は「そもそもその生誕の瞬間より法以外にその維推経営のための秩序づけの原理をもたない」⁽¹⁹⁾のである。そして、財産法では行為は熟慮

と打算によって意思的、選択的になされ、それは合理性を特色とする。従って、財産法上の法主体者とその行為者とは能力を契機として嚴格に區別せられ、身分法上において身分行為をなす際に認められる意思能力をもってしては、財産法上完全に有効な行為をなす事は出来ないものであって、ここでは原則として能力の補充が必要とされるのである。経済的な利害或は合理性の判断は他者をもって効果的になし得るのであるから、行為能力を有しない者の財産法上の行為については、他者に依存する制度を承認し得るのである。それはその者の財産的利益を図る上においてむしろ必要な事である。ここに無能力者の保護者（親権者・後見人・保佐人の三種がある）が登場する意味が存するのである。そして、その保護者の代理権、同意権更には取消権、追認権によって、法主体者としての無能力者の財産的行為を完全ならしめ得るのである。⁽²⁰⁾ また、財産法上の行為は概して表示主義をとり（しかし、わが民法総則は意思主義に偏しているという批判もある）、取引の安全と第三者の保護を志向している。ここでは行為は主として契約関係としてあらわれ、財産の交換、分配が行なわれるが、それによって自己保存の本能を満たすのである。かようにして、財産法は対等独立な行為者の契約の自由及びそれに伴う私的所有権の保護として機能するのである。身分法では感情及び愛情的要素が強く、それは非合理性を特色とする。身分乃至身分関係の発生は親子間において所与的、運命的に生じ、身分行為は婚姻、養子縁組及びその解消たる離婚、離縁において本質的な意義を有するにとどまる。そして、如何なる身分を発生或は解消せしめるかという事以外はすべてその形式、効果等は強行法的に定められており、この点において身分法上の行為は極めて定型的、制度的であると言えよう。即ち、「親族法の範囲においては、權利義務が人の意思よりも直接に身

分を原因として発生消滅する」⁽²¹⁾のである。身分行為は前述の如く財産法上の行為と異なって行為能力を要せず、意思能力を以て足るのであるが、それは身分行為をなす真意、即ち、内心的効果意思とみられるのであって、⁽²²⁾故に、財産法上のように表示主義は認められない。即ち、それは行為者自身の自由な意思を尊重する事によって意思主義をとり（婚姻の同意は問題とされる）、⁽²³⁾對第三者の信頼の保護は本質的なものではない。しかし、これは戸籍上の問題として十分考慮されるべきであり、身分行為において戸籍の記載を信頼した第三者の保護を考える必要もでてくるであろう。身分法における第三者の保護は第七六一条や第八二五条においてみられるにとどまるが、これは戸籍の記載を信頼した第三者の保護というよりも、取引行為をなした相手方の保護であると言えるので、戸籍上の記載を信頼した者の保護制度については立法論として問題がある。

近代から現代にかけて、財産法は個人法または市民法から社会法へ、そして身分法は団体法から個人法へと移り変わってきたと言われるが、身分法においても新たな意味における社会法への趣移が認められると解される。⁽²⁴⁾例えば、財産法においては土地所有権の範囲が明言され（第二〇七条）、民法の雇傭契約は労働法上の問題とされてその意味を失い（労働基準法第八条参照）、土地、建物の賃貸借は借地法、借家法によって制限される等の例にあらわれている。特に、民法第一条第一項、第二項、第三項の規定は個人主義的権利絶対思想に対する大きな修正の意味を有するのである（本条が身分法に対しても適用される事について異論はないであろう）。また、身分法においては親権の制限及び剝奪が認められ、親権者の収益権を否定せんとする解釈があらわれ、⁽²⁵⁾未成年者の養子縁組については家庭裁判所の許可を要する（民法第七九八条）等の例にあらわれている。このほか、親族扶

養から社会的、国家的な公的扶養への移行（例えその補充ではあっても（生活保護法第四条））が認められる事等もそうであると言えよう。⁽²⁷⁾

註(1) 田中「民法改正の意義（三・完）」（法学研究第二一巻第一〇号）三九頁、青山道夫「近代社会と日本家族制度」（季刊法律学第三号）四頁。

(2) 青山、同論文、四頁。

(3) 青山、同論文、三頁。なお、憲法第二四条のほかに、同第二三条、第一四條も関連している事は言う迄もない。

(4) 宮沢俊義「日本国憲法」（法律学体系コンメンタール篇Ⅰ）二六四頁。

(5) 永田菊四郎「新民法要義（第四卷親族法）」五七頁―五九頁参照。

(6) F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1936, S. 3ff.

(7) 今泉孝太郎「家族共同体的概念構成」（小池隆一博士還歴記念論文集「比較法と私法の諸問題」所収）二二三頁、同「家族共同体的の再吟味」（綜合法学第二巻第五号）二五八頁。

(8) 中川「身分法及び身分法関係の純粹形相（一）」（法学協会雑誌第四七巻第二号）一四頁以下、同「身分法及び身分法関係の純粹形相（二）」（法学協会雑誌第四七巻第三号）三〇頁以下、同「身分法及び身分法関係の純粹形相（三）」（法学協会雑誌第四七巻第四号）四一頁以下、同「身分法及び身分法関係の純粹形相（四）」（法学協会雑誌第四七巻第五号）一四二頁以下、同「身分法への序論（一）」（法学協会雑誌第四六巻第五号）一頁以下、特に二九頁以下、同「身分法への序論（二・完）」（法学協会雑誌第四六巻第六号）七五頁以下。

(9) 林信雄「民法学原理」二九頁―三〇頁。

(10) 青山編集「注釈民法(1)（親族(1)（沼））」四九頁以下参照。

(11) 中川「身分法の特異性」（法学教室第二号）三三頁。

(12) 末川博「親族的身分の変質（一）」（季刊法律学第六号）一二七頁。

(13) 来栖三郎「民法における財産法と身分法（一）」（法学協会雑誌第六〇巻第二一號）一七七九頁。

(14) 来栖、同論文、一七七九頁。

(15) 来栖、同論文、一七七九頁。

(16) 谷田貝「身分法における普遍性と特殊性」（同志社法学第二五号）二頁、於保不二雄「親子」（近代家族法の基礎理論）八頁以下。

(17) 宮崎孝治郎「ナポレオンとフランス民法」五〇頁、同「民法学の対象」二四五頁。

(18) 谷田貝、前掲論文(研資)、一三二頁。

(19) 山中「市民社会と親族身分法」一六七頁。

(20) 山中、同書、二〇五頁は「親が子の財産を管理し、他と契約をなして、子の財産を増減をもたらさうるのは、それが親じしんの子にたいする支配としての法律行為なるが故である」と述べている。

(21) 平野「親族相続法の社会学・中川善之助氏著『身分法学』を読む」(法律時報第二巻第八号)六七頁。

(22) 通説、判例(最判、昭和二十三年十二月二十三日、最高裁判集第二巻第一四号四九三頁)である。だが、末川「身分行為における意思」(法と経済第一〇六号一第一〇七号)八頁は届出意思とする。

(23) 加藤一郎「身分行為と届出」(穂積先生追悼論文集「家族法の諸問題」所収)五四〇頁。

(24) 橋本、前掲書、一三九頁。

(25) 末川「親権の制限及び剝奪」(家族制度全集法律篇Ⅲ親子所収)一七九頁以下参照。

(26) 中川編「註釈親族法(下)」(業師寺)八八頁、業師寺志光「日本親族法論(下巻)」一〇四七頁。

(27) 橋本、前掲書、二四〇頁。

四 結 語

身分法及び財産法は民法の構成上最も主要なものであるが、前者は種族(保族)保存本能に基づく身分生活を規律し、後者は自己保存本能に基づく取引関係を規律すると言える。いずれも市民社会の法規範として秩序化されている。しかし、近代市民社会の成立以前においては、一般に法律関係は身分(Stand)によって支配されていたのであるから、人が右述の如き本能によって自由に法律行為を行ない得なかった事は言う迄もない。近代的個人主義に基づく法律思想は人の意思の自由の尊重を第一義とし、民

法典の編纂においてもそれを宣明した。身分法は家族の近代化を志向し、財産法は取引の安全を志向したのである。だが、身分法は内心の意思を重視し、財産法は外部への表示を重視せざるを得ず、ここに両法はその性格を同一にしない理由を生起せしめたのである。

しかるに、わが民法においては身分法と財産法とが同時に市民法秩序化されたのではなかった。このように、わが民法(殊に身分法)の性格が西欧の国々と異なっていた理由は、わが国の封建的家族制度維持のために他ならなかった。だが、かかる身分制度がわが資本主義経済の発展にとって果たした役割は大きかった。

旧制度は新憲法の制定に伴って崩壊し、ここに身分法と財産法とが同じ市民法として統一化されるに至ったが、両者は単に対立的関係にあるのではなく、統一ある結合関係にあると考えられる。一定の身分関係にある者との間の財産関係は重要な内容については規定されているが、例えば契約等についてはすべて詳細な規定を設けている訳ではない。この場合には、財産法の原理がそのまま適用されるか否かが問題となるが、それを容易にとり入れる事にはなお抵抗が生じる。

資本主義経済社会の法的支柱とも言うべきわが民法は、財産法に限らず、身分法についてもその発展に寄与しているのであるが、社会主義的見地から、財産制度のみならず身分制度についても非難がある。例えば、エングルス(Engels)は資本主義社会における婚姻には完全なる自由は存しないとして次の如く言う。「結婚の完全な自由は、資本主義的生産とそれによって作り出された財産関係との廃絶が、今日尚ほ配偶者の選択に対して強力な影響を及ぼしているところの副次的な経済的顧慮をすべて除去した時に、初めて一般に実現され得るのである」と。⁽¹⁾しかし、婚姻に対する財

産的影響は絶対的ではなく、当事者の意思によってそれを排除し得るのであるから、かように解する事は疑問である。また、親子関係殊に非嫡出子 (uneheiche kind, enfant naturel, illegitimate child) については、ソビエトでは父子関係を認めず、父の子に対する保護を国が全面的に行なうに至った⁽²⁾。だが、子に対する保護は親が第一次的に行なうべきで、国はその補充としての役割を持つべきであるから、国がかように親を排してその保護を行なう事は問題であると考える。それは他面ではフランス民法(第三四〇条)が定めていた父搜索素 (la recherche de la paternité) の禁止と同様な意味を持つ事にもなる⁽³⁾。もっとも、非嫡出子の父子関係の法的効果を全面的に認めないドイツ民法(第一五八九条第二項は親族関係を認めないので、その効果は単に扶養義務に限られる(第一五〇八条))についても大いに問題となる。身分法は家族乃至親族の自治を最大限に尊重すべきであると考える。

現行民法制度は身分法にせよ或は財産法にせよ勿論完璧なものではないが、しかし、それを根底から改変すべき事には賛成し得ない。なお、身分法については近時改正問題が起こり、細部にわたって検討されてきたが、⁽⁴⁾ 財産法についてはその大きな動きがなかった事は、財産法が今なお比較的に完備した制度たる事のあらわれと言えるであらう。⁽⁵⁾ しかし、「法が現実の社会の指針となるため、そしてまた経済が正常に発展するためにも、現代資本主義を法と経済との両面から再検討することは不可欠な事柄である⁽⁶⁾」と言わねばならないであらう。そして、財産法の今後の課題は財産権の行使に対するかなりの社会的制約をなすべき問題であると考えられるのである。⁽⁷⁾ かかる制約と経済活動の自由の保障とは、むしろ相反する事になるので、この両者の調和が何よりも必要となるのである。

註(1) エングルス(西雅雄訳)「家族・私有財産及び国家の起源」(岩波文庫)一〇七頁。F. Engels, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats, 1922, S. 71

(2) 一九四四年の「母と子・婚姻と離婚に関する法律」第二〇条は「父子関係確認訴訟、および、登録婚姻関係にない者から出生した子の扶養のための扶養料徴収訴訟を、裁判所に提起する母の現存する権利は廃止する」と定める(宮崎昇訳「ソビエト家族法典」一〇七頁による)

(3) だが、青山教授はソビエトとフランスの制度とはその立法趣旨に雲泥の差があり、前者が父に代わる国家の保護であるのに対して、後者は私生子の虐待であると云われる事(青山「改正民法と私生子問題」(近代家族法の研究所収)一六三頁)には注目する必要がある。

(4) 改正要綱とその解説等については、外岡||高野||佐々木「家族法再改正解説」(早大比較法研究所紀要第二六号)参照。

(5) 勿論、財産法についても部分的改正が全く存しない訳ではなかった。中でも近時根底に関する新たな規定が設けられた事は(第三九八条ノ二乃至第三九八条ノ三)、比較的目立った動きであると言える。もっとも、民法典の他に種々の財産の特別法が多く制定されてきている事によって、財産法は実質的には改正されていると考えるのが正しいのかも知れない。

(6) 馬川千里「現代資本主義の法の再検討法」(法学セミナー第六〇号(前出))五八頁。

(7) 中村宗雄「資本主義の民法法とその修正」(綜合法学第三六号)八頁参照。