

民法改正の主要問題

— 家族法の再改正について —

加藤 正 男

一 は し が き

敗戦後の新民法とくに新家族法は、個人の尊厳と男女の本質的平等とを宣言した。すなわち、封建的家父長制的家族制度をささえていた舊民法は、ほとんど全面的に改正せられなければならなかつたわけである。ところが、現行法は、なにぶんにも短期の間に成立したため、不備な個所や、舊法との妥協と思われる不徹底な点をもつていることは、争うことができない。そこで、最近では、家族法の再改正がしきりに論ぜられているという次第である。

しかし、現行民法に不備とか缺陷とかがあるといつても、民主主義を基調とする現行法の精神や方向は、やはり正しいものといわなければならない。その再改正を考えるとすれば、現行法にいまなお残存している舊法との不徹底きわまる妥協点を改め、新法の精神をさらに發展させる方向に向うべきである。民法再改正論のうちには、もちろん、そのような方向に進んでいるものもあるが、そうでないものもある。現在、再改正をとりあげているものとしては、

①自由黨憲法調査會の「日本國憲法改正案要綱案」(ジュリスト昭三〇年一月一日號に公表)、②諸裁判所の民法改正要望點(戶籍六五號に公表)などが公けにせられている。そして、これらの改正案に對しても、すでに、いくらかの研究や批判がなされている(①の要綱案につき中川・時法・昭二九年一月下旬、我妻・法時・昭三〇年一月、川島・ジュリスト前掲號な

ど、②の要望點につき谷口・民商二九卷六號など。本稿も、それらのキビに附して、家族法再改正の主要問題點につき、序説的な意見をのべることにした。

なお、本稿には、わたくしのゼミナールにおける共同研究の成果がとりいれられている。特に、整理その他については、玉國泰成君（同大・法四）の努力に負うところが決して少くない。ただし、本稿の全責任が、わたくしにあることは、もちろんである。われわれの提出した結果は、單なる覺えがきの程度にとどまるものであるが、今後の研究によつて完全なものにしてゆくことを期している次第である。

二 結婚法について

一 内縁について この問題は、古くから立法・判例および學說の上で、「法律婚主義か事實婚主義か」という問題として論争せられてきたところである。そして、内縁を發生させない法的處置について、論者は、ニューヨーク、カリフォルニアの市役所における擧式の示唆により、市町村長・神官・牧師などを擧式権者とする一種の擧式婚主義を提案し、「擧式により婚姻成立するという國民の意識から考へて實行的ではなからるか」とのべている（谷口・前掲中の（一）（b））。しかし、簡單きわまる結婚届さえ出さないのに、役場などで擧式するというような面倒なことがおこなわれるであろうか。また、論者の擧げるような擧式権者であれば、結婚を政治的・宗教的權力の侍女とするような危険性がある。このような擧式婚主義を採用しても、内縁はなくならないであろうし、まして既往の内縁關係は解決せられず、妻子の保護強化も期せられまい。論者のいわゆる「國民の意識」の有無・性格などについても、現實的には問題が残るし、むしろ「國民の意識」に、結婚が儀式によつてではなく、結婚届によつて成立するということ徹底させるのが、何よりもたいせつである。それとともに、男女が、結婚する意思をもち、事實上の結婚生活をしたいれば、公序良俗に違反しないかぎり、結婚關係と認めて少しもさしつかえがないものといわなければならぬ。

二 婚約および結納について

これらの法現象は、きわめて古くから世界中に見られるところであり、ドイツやスイスには、現在その規定が存在している。わが民法にその規定がないのは、結婚届出以前には一切の法的効果を生ぜしめないことに由来するものといえるのだが、検討を要する重要問題である。たゞ、その規定を設けることは、困難であつて、取りあえず判例・學說・立法例などを整理する必要がある。

三 未成年者の結婚に對する父母の同意について

舊法では子の在家父母の同意が必要であつたのと違い、現行法においては、その子を未成年者としている。ただ、現行規定には單に「父母の同意」となつていただけであつて、その父母が養親なのか、實親なのか、あるいは双方なのか、誰か一人なのか、明文がない。そこで、學說上でも双方の同意を要するといふもの（和田・婚姻一九五頁以下）、養親の同意で足りるといふもの（例、谷口「戶籍事務協議會決議の摘録と評釋」民商二三卷二號、青山「婚姻同意」家全集法）、誰か一人の同意で足りるといふもの（我妻・改正解説五四頁）、とが分れている。思うに、一方では同意権を親權の一部と見る立場から、他方では子の思慮の補助と見る立場からいつて、同意権者を親權者（養親）に改めるほうが望ましい。あるいは、養父母が生存している場合にはその同意を問題とし、その死亡後には實父母の同意を問題とするといつたふうにしてもよい。

四 夫婦間の契約取消權について

このような規定は、廢止しなければならぬ。この規定は、舊法のそれとほとんど同じである。妻を無能力者とした舊法のもとでは、夫婦間の契約についても、無能力を理由とする取消權を認めることは、まったく無意味ではなかつたろうが、夫婦の完全に平等な能力を肯定しなければならぬ現在、この制度には存在理由が全然ない。權力者である夫が、勝手に契約をひるがえすのに役だつことが多いであらう。

五 協議離婚について

形式的には離婚届だけで成立する協議離婚においては、權力者である夫が、協議の名にかくれて、一方的に妻を追いだしたり、偽造協議離婚をしたりする弊害をとまらう危険性がある。そこで、これを防ぐために「刑事制裁を嚴格に課するのも一方法である」といふような強硬論もでている（谷口・前掲中の(1)(c)。し

かし、協議離婚は、やはり夫婦双方の協議と届出によつて成りたつべきものであるから、刑事制裁の方法は、好ましくない。離婚届の前に、公正な第三者であるべき家庭裁判所の確認を受けることにするほうが、望ましい。

六 離婚後の復氏について

復氏を強要する現行法は、家族制度的な考え方にとらわれているものといふことができる。イギリスでは、離婚後も姓をそのままにしておくのが普通とせられ、舊姓にもどることも可能とされている。わが現行法のままでも、離婚した者の氏變更の申請を許せばよいのであるが、結婚中に得た社會的利益の維持（佛民二九九條を見よ）、特に女性の地位や生活の保護という立場からいつて、復氏するかどうかを、離婚者の自由にするほうが適切である。

三 親子法について

一 嫡出の推定について

夫が海外抑留・生殖不能などで、その子があきらかに夫の子でないこと認められるときには、嫡出子推定を受け得ないものとすべきである（獨民一五九一條を見よ）。右のような諸ケースにおいては、その子は夫の子であるはずがないにもかかわらず、民法上では夫の子と推定せられることになり、永久に眞實の父との關係を認めてもらう途がない。この矛盾は、現實には擴張解釋による運用で解決せられ、その子に父子關係不存在の訴を許すことがあるようだが、この際、夫の子でないことがはつきりしているものは、嫡出推定を受けぬこととするほうがよい。それとともに、妻が長期別居の夫以外の男との間に子を生んだ場合には、速やかにその届出によつて、他人の子としての虚偽出生届を防ぐため、家庭裁判所の許可を受けることにすべきである。

二 嫡出否認の訴について

眞實子でなくても、夫から否認の訴がないかぎり、嫡出親子關係を不變不動のものとする現行法は、否認の訴を父だけに認めるといふ意味で、家父長制家族制度を温存する働きをしているとみることが出来る。そのため、子供の幸福が犠牲にされる。母や眞實の父が認知したくても、できないことになる。そこで、

「獨逸の様に檢察官に公益の考慮による否認訴權を認めるのがよくはないか」というような改正案もあるが（谷口・前掲中の(二)(a)）、現代政治權力の番犬である檢察官が私的家族關係に干渉するのは好ましいことではない。とにかく、現行法は妥當ではなく、眞實の父母および子にも否認の訴を認めるほうがよい。いづれにしても、親子法の基本問題である。

三 認知について 認知制度は、歴史的にいえば、主觀主義から客觀主義へと發展して來たものといえるのであるが、わが現行認知法は、舊法の規定をほとんどそのまま受けついで、やはり主觀主義的な考えかたをその基調としているものといつてよい。また、家父長制的家族制度のもとでは、父系父子關係だけが尊重せられ、父子關係も父長の意思によつて決定されて來た。しかし、その後、私生子ないしは非嫡出子の人格や生活をも保護すべきであるという思想が高まり、女性の地位の向上とからんで、私生子にも眞實の父子關係を主張することが認められるようになった（例、佛民）。そして、現在では、私生子についても、嫡出子と同様の權利を認める立法例もある（ソ民二五條、中國結婚法一五條）。特に、中國結婚法一五條では、私生子に對し「何人といえども危害を加え、もしくはこれを蔑視することはできない」ことが規定せられている。わが國の認知制度も、子供の幸福をその目的とし、嫡出・非嫡出の差別を廢止する方向に向つていかなければならない。わが明治初年の慣行では、「私生の産兒は夫方にて養育し入籍は多く夫の弟妹の振合になすことなり」というようなことになつてゐるが（全國民事慣例類集）、一般的にいえば、わが國においても、非嫡出子は冷遇されてゐるといつてよい。そこで、最近では、死後認知の出訴期間の延長というようなことが考えられている。これは、非嫡出子保護のためには望ましいに違いないが、その期間が餘り長いのも、證據の薄弱化により、かえつて目的を全うし得ないことになる。ともかく、認知制度そのものを再検討することは、今後の一課題となるであらう。なお、死後認知請求の被告を、死者の既存相續人とすることが、當事者自治という觀點からいつて望ましい。また、認知制度に客觀主義的な考えかたを要求し、あわせて私生子の保護をはかる立場から

いつて、檢察官を被告とすることも考えられるが、わが國における檢察官干渉の現状からすれば、その可否は問題である。ちなみに、相続分については、嫡出・非嫡出を問わずに平等にすべきものと考えられる。

四 養子について わが國舊來の養子制度は、一般的にいえば、「家のため」ないしは「親のため」の養子として發展してきたものといつてよい。現行法制は、一おう近代的な「子のため」の養子制度に近づき、婿養子・遺言養子の制度を廢止し、未成年者の養子には家庭裁判所の許可を要することにした。しかし今なお、成年養子・夫婦養子・死亡養親との離縁の規定などのように、「家のため」の養子といえるものが残されている。これらの規定は、養子の幸福という立場（佛民三四三條・英養子法三條・ソ一九二六年法五七條などを見よ）から削除するほうがよい。そして、養親と養子との間には、親子らしい年令差が必要であるし（獨民一七九四條、佛民三四四條、英養子法二條などを見よ）、養子は未成年者に限るといふ規定も必要とならう（例、英養子法を見よ）。

五 親權喪失の原因について 親權は、子の利益や親の義務をともなうことを、その本質としている（特にソ民四六條・五一條などを見よ）。したがつて、親權者が、監護・財産管理などの義務を怠つた場合には、親權喪失の原因となる。しかし、わが國のような家父長制的社會では、離婚した母が子を婚家に置いたような場合、親權を行使する意思を充分にもちながら、その不行使を餘儀なくされているようなときまで、親權喪失を認めることは、餘りにも苛酷にすぎることになる。眞に親權濫用とかいちじるしい不行跡とかが考えられる場合にだけ、親權の喪失を認めなければならぬ。

六 離婚後の親權回復について 離婚後、親權者である父または母が死亡した場合、現行法では、直ちに後見に入り、生存している父または母が當然に親權を回復することにはなつていない。右のような場合、親子間の愛情や子の保護という觀點からよい結果になると考えられるようなときには、他の父または母が許可を得て親權を回復するように改めるのが、望ましい。

七 繼親子について

近代家族法のうちで、繼親子間に親子關係を法定したのは、わが舊民法だけであつた。

現行法が、この關係を徹廢したのは、家父長制的家族制度の廢止の當然な結論というほかはない。ところが、最近、繼親子を再び法上親子とせよという改正論があるが、これはあきらかに反動的改悪論である。相續の場合の不都合を防ぐというのなら、そのためには、養子縁組・遺言などの手段がある。また、扶養や親權關係については、繼親に扶養義務を負わせるとか、繼親を後見人にするとかの方法が考えられる。ソヴェト法では、「實親が死亡し、また生存しても扶養能力のない場合には、繼父母に子を扶養すべき義務を課することができる。また労働能力や資産のない繼父母も、繼子を一〇年以上扶養した場合には、成年に達した繼子から扶養をうける」ことが規定せられている。現在のわが國において、繼親子を法定することは、家族制度復活に役だつだけといわなければならぬ。

なお、最近、「子の親に對する孝養の義務を規定すること」（例、前掲・憲法改正案要綱案）というような改正案が公けにされている。この案を採用することも、家族制度の復活を來すだけのことであつて、單に必要なばかりでなく、かえつて有害である（川島・前掲、同「孝について」日本社會の家族的構成などを見よ）。

四 相續法について

一 農家相續について 「均分相續制度は日本の農家を零細化する」という理由で、「農家相續につき特別規定を設けよ」（例、少からざる裁判所）とか、「農家に家産制度を設けよ」（前掲・憲法改正案要綱案、憲法研究會（代表者・神川彦松）・日本國自主憲法試案など）とかいうような改正案がでてゐる。このような案については、すでに本格的な批判・研究が少數ながら公けにされはじめており（川島・前掲中の三、渡邊・唄「農村の相續形態」法時・昭二九年九月・昭三〇年二月など）、わたくしも不十分ながら書いたことがあるので（拙稿「農村と相續」同法二五號）、ここには詳論しない。右のような改正案を採用すれば、封建的家父長制的單獨相續ないしは家督相續制度を復活し、日本農村を破壊するのに役

立つだけのことである。

二 祭祀の承継について 現行法は、相続を財産相続だけに限定したが、それにもかかわらず、系譜その他の承継・祭祀主宰者の協議などを規定している。これは、一種の祭祀相続や家督相続を認めたと妥協立法にほかならない。この點は諸家によつて批判せられてきたところである。それだけでなく、現行法は、いわば指定家督相続人をして第一順位にしたという意味では、舊法を改悪したものとさえいわなければならぬ。ところが、最近では、「祖先祭祀承継者の相続分を他の相続人の相続分より大にすること」、「あるいは「相続財産でその「祖先祭祀の」存続を経済的に裏付けること」というような改正案がでてゐる。しかし、特に財産をつけてもらわなければ祖先祭祀もできないような者に、これを強要することはナンセンスである。また、國民感情とか傳統とかいつたふうな道徳上の問題を法定するのは、單に不必要であるばかりでなく、かえつて有害であるといふほかはない。

三 配偶者の代襲相続権について 現行法は舊法と同じように、代襲相続を認めている。しかし、舊法における代襲相続は、いわゆる「嫡孫承祖」という長子相続の原則から、定められたものであつた。現行法の代襲相続が、そのような意味をもたないことは、いふまでもない。のみならず、それは、血族・傍系の區別を問わないものと解せられる。ところが、現行法は、配偶者の代襲相続を特に規定はしなかつた。したがつて、子がなくて夫に先死された妻は、亡夫の兄弟姉妹の扶養を受けることができるとしても、きわめて悲惨な地位に置かれる場合が多い。また、再婚した妻の連れ子は、自分の母を代襲することができないし、子が死亡して直系卑屬がなく父母がそれ以前に死亡したような場合でも、後妻は、その夫を代襲することができない。こうした問題については、未亡人の再婚を心よく思わないような立場や、姻族間の相続關係を認めないような立場から、配偶者の代襲相続権を否認する意見もあるが（青山・概論八〇(三)(3)を見よ）、遺産の公平な分配という観点からいへば、配偶者の代襲相続権を認めるほうが望ましい。ソヴェト憲法では、労働能力や資産がなく、かつ被相続人からその死亡前一年以上扶養を受けた者は、法定相

續人となりうるものが規定せられている(同一〇條三項)。

四 遺留分および遺言について わが國では、近代大陸諸國の多くにおけると同じように、遺留分および制限的遺言制度を認め、イギリスにおけるような徹底した自由遺言制度をとつてはいない。ところが、最近では、遺留分制度の徹廢、遺留分の減額、減殺請求制度の徹廢、配偶者相続分の増加などのような改正意見がでてきている。これらは進歩・反動の兩思想からでていのように思われる。すなわち、被相続人の自由な遺言を認めるという點では、きわめて近代であるが、自由遺言の美名にかくれて實は家産相續ないしは家督相續を可能にさせるという點では、反動的に利用せられる危険性がある。遺言および遺留分の本質につながる問題である。

五 あ と が き

以上、われわれは、家族法再改正の諸問題について、その民主的徹底化という觀點から、きわめて簡単な意見をのべてきた。問題點は、このほかにもある。たとえば、最近、「夫婦親子を中心とする血族的共同體を保護尊重」することというような改正案(前掲・憲法改正案要綱案)、あるいは、「GHQのイデオロギーでは、……家族制度の破壊、更には家の破壊までを招來せしめた」として、「家族の概念を明確にすること」と主張するような改正案(前掲・自主憲法試案)がだされている。これらの案は、かくされた形の家族制度復活論にほかならない(川島・前掲ジュリストを見よ)。この點に關聯して、親族間の助け合い義務の規定は削除すべきである。なぜなら、親族間の法的義務としては、夫婦間の扶養、親子・親族間の一般的扶養などの規定があつて、それ以外に、このような膨漠とした内容の規定は、ナンセンスだからである。また、扶養の範圍も、現行法以上に擴大してはならない。わが扶養法は、比較法的にいつても、類のないほど廣い範圍の義務を認めており、現在以上に擴張しても、親族が貧困者ばかりであれば何もならないからである。もつと大事なことは、親族間の扶養よりも、社會保障費の増加である。さらに、たとえば、「土地が狭いから

均分相續ができない」といふのならば、軍事基地反対・山林解放などによつて、土地を廣くしていかなければならぬことは、いふまでもなく。

現在、家族制度復活に民法改悪を正面きつて絶叫するものは少い。しかし、一部の人のいうように、親に對する子の孝養義務を法定したり、農家相續に家産制度をとりいれたりすれば、封建的・家父長制的家族制度が復活するとだけは、火を見るよりもあきらかである。そうなれば、家族は家長に、妻は夫に、子は親に盲従しなければならない、ひいては國民は水爆ファッシズムの侍女となりさがらねばならぬ。民法改正は必要である。だが、その改悪は、徹底的に防止しなければならない。

附表 家族法の再改正に關する動き

昭和二六年九月一〇日 吉田首相は平和條約後の國家意識の出發點として、「家」を重視すべき旨をのべた。

二九年三月二六日 自由黨憲法調査會岸信介會長は、在日中の米國法律學者のゼミナールで、憲法二四條の改正、家族制度復活の意向を強くのべた。

同日 婦人人權擁護同盟は委員會をつくり、家族制度復活反對運動をおこすことを期した。

三月三〇日 緒方副總理は、參院豫算委員會で、民法改正につき「女のことは分らない。法制審議會にかけて研究する」と答辯。

四月二四日 青年法律家協會に民法改悪に對處するための委員會を設置。

六月二七日 小原法相は、「家」および長子相續制の廢止が、日本の生活慣習に合わない點を指摘。

七月六日 法制審議會總會開催、政府は民法改正諮問。最大の焦點は共同相續制。

九月八日 同審議會民法小委員會、民法改正につき具體的検討に入る。親族の範圍（民七二五條）、縁組による親族關係の發生（七二七條）、姻族關係の消滅（七二八條）、縁組による親族關係の消滅（七二九條）の各規定が問題とされ、現行法の①六親等内の血族、②配偶者、③三親等内の姻族という規定は廣範圍にすぎるといふ意見が強かつた。

九月二二日 同委員會は、①親族の範圍の規定の削除、②親族間の互助規定（七三〇條）の削除を假決定。民法改正の問題點として現行法徹底の方向を示す。

一〇月一六日 自由黨憲法調査會第四分科會、改正試案發表。①血族的共同體の保護尊重、②子の親に對する孝養の義務を規定③農地の相續につき家産制度をとりいれる。

一一月二一日 日本民主黨は「新生活運動」の一環として家の復活を暗示。

一一月二二日 九月以來家族法の逐條検討を進めてきた法制審議會は、結論として家族制度復活反對の方針を示す。右の動きは主として朝日新聞から引用したものである。