

〔論
説〕

自由な人格と家族法

Freie Person und das Familienrecht

曾田 厚

- 一 問題の所在
 - 二 団体主義的家族観
 - 三 個人主義的家族観
 - 四 綜合主義的家族観
 - 五 結語
- 一 問題の所在

戦前戦後を通じて、日本の家族法学には、一つの大きな流れがあった。それは戦前すでに有力であり、戦後には支配的となった見地であり、家父長制的家族制度（いわゆる「家制度」）に対する批判と、これと結びついた近代的民主的家族制度（特に、夫婦・親子を単位とする小家族）への志向である。このような基本的立場は、戦前にあっては、

家父長制の主たる要素をなす戸主権と父権を事実上弱体化する等の解釈学的努力となって現れ、又他方、家父長制的親族身分関係とは一応区別された「家族共同生活」の実体的意義を強調して、家父長制的理念を相対化する試みとなって現れたが、法そのものの改正となって結実することはなかった（大正一四年に臨時法制審議会が決議した「民法親族編中改正要綱」では、戸主や夫の権能が弱められていた）。

戦後、新憲法の制定を受けて家族法は改正され、旧制度の残滓ともいえる「親族」規定（親族間の互助義務を定めた七三〇条）が残されたものの、基本的には近代家族制度が成法上確立し、家族法学は新しい局面を迎えることとなった。ここにおいて家族法学は、この理念を法文の解釈や判例批評を通じて、より具体化する作業に集中し、また他方、現実の社会における旧制度的残滓にも、攻撃の矛先が向けられたが、この理念、即ち近代家族の理念そのものに対して疑いの目が向けられることはほとんどなかったのである。

唯一右の理念に対し根源的な批判を展開し得たのがマルクス主義法学であり、この立場では、法の改正にかかわらず、家族法が資本制的生産体制を補完する家族の法として、即ち、労働力の再生産の場としての家族を保持するため法のことに変わりはなく、法の改正は社会構造の変化に応じて右の補完の仕様が変容したに過ぎず、家族法の民主化・近代化とは、単なる形式的な「自由と平等」の装いが家族関係に施されたことを意味したに過ぎなかったのである。もっとも、ソビエトロシアの崩壊に伴うマルクス主義思想そのものの弱体化は、日本の法学（家族法学を含む）におけるマルクス主義的立論の基礎を決定的に揺るがせ、今日ではその影響力ははなはだしく弱少なものになったと言える。

しかしながら今日、近代的家族形態とこれに対応した家族法は、マルクス主義理論が攻撃の対象とした資本制的生

産体制そのものによって、大きな動揺をもたらされつつある。というのは、資本制的生産様式は、財産権の自由と労働力の商品化により、あらゆる人間が、即ち個人が、商品所有者として自主独立の存在となることを要求し、人間の本質的結合関係としての共同体を解体し、人類普遍と考えられた家族をも、独立自由な個人の単なる集積体に貶めるからである。言い換えれば、あらゆる人間は「市民社会の子」となり、家族がその固有の統合力を失いつつあるのである。

このような状況の中で、今日家族法学も大きな変化を示しつつある。即ち、夫婦と未成年子から成る統合体としての近代的家族の像そのものに疑問の目を向け、これを成員個々人に分解し、そうして相互の關係に契約や要保護者の保護等の、非特殊家族的な、むしろ市民社会的な原理が持ち込まれようとしているのである。しかしながらこのような試みは重大な問題を孕んでいることも確かである。というのは、家族關係に独立個人の原理を導入することは、そこにあるべき本質的な「絆」、即ち家族の人格的一体性が断ち切れ、この一体性を支える精神的原理としての家族倫理も破壊されるということの意味するのではないか、またこのような動向は、結局、家族そのものの崩壊をもたらす、家族を通じて人間が得る貴重な精神としての「人間の尊厳」をも失わせることに繋がるのではないかという根本的な疑問を生ぜしめざるを得ないからである。本稿はこのような家族と家族法論の状況の認識のもとに、法の根本的価値理念であるところの「自由な人格」が自己を実現する場として家族を捉える見地に立ち、主要な家族観（家族思想ないし家族法理論）を分析しつつ、家族の本来あるべき姿、即ち本質的「絆」としての家族の像を呈示することを旨とするものである。

二 団体主義的家族観

家族構成員が各々自由な人格であることを否定し、或いはこれを制約することによって成り立つ団体主義的家族形態には、大別して二種ある。一つは強大な支配権を有する家父長が全体を統率する形態であり、他は、そのような強権的支配者の欠如のままに、家族員相互が親和し協力することによって成り立つ形態である。前者は、いわばタテの構造の家族であり、後者は、いわばヨコの構造の家族である。

(一) 家父長制的家族 固有の意味における家族と家族法の歴史は、すべての課題を自己のうちで処理した血縁的大集団としての氏族が崩壊し、国家を典型とする政治的権力機構と、生活資料を供給する経済的關係が、血縁的集団としての家族の機能から一定程度分離し、家族が親族的身分關係そのものの原理によって規律されたところに始まった。それは、古代ローマの奴隸制生産体制の下での家父長制家族制度である。

古代ローマでは、家族集団は家父長の絶対的権力により統率された。家父長は家族構成員すべての上に生殺与奪の権を有し、子を殺害し或いは奴隸として売却することも許された。即ち、古代ローマでは、家父長のみが自由な人格を保持し、他は奴隸と同じ地位に押し下げられたのである。しかしこの状態を未開的残虐として斥けることは間違っている。家族構成員の犠牲の上に家父長が自由な人格たり得たからこそ、家父長どうしの關係が自由な人格者どうしの対等な關係たり得、近代民法の源流としての古代ローマの財産法（特に契約法）が形成され得たのである。すべての人間が自由な人格として承認されることは、人間理性の要請であるが、歴史の黎明期においては、この要請は偏った形でしか実現され得なかつたのであり、即ち、大多数の人間が奴隸の地位に貶められるということの見返りにおい

て初めて、一定数の自由な人格が出現し得たのである。しかしながら、このような家族構成員の人格否定の体制においては、家父長と他の構成員との関係は物的支配の関係でしかなく、従って人的関係の法としての家族法は成立しないし、また家父長個人のみが権利主体として屹立しているのであるから、家族の統合原理は個人主義であり、本来の意味での団体主義的關係は成立しない。このような家族關係における個人主義は、政治における個人主義的統治体制としての帝政、即ち絶対的権力を持つ皇帝個人が統治する体制と呼応したものであり、兩者あいまって古代ローマの個人主義的民法の形成と発展を支えたのである。

(二) 封建的家族制度　封建制とは、権力の分立の下で忠誠の精神によって保たれる主従的支配關係であり、またこの關係の相互連関によって構築される社会体制全体である。このような關係は、主たる者と従たる者とは相互に對抗的に保護と奉仕の權利と義務を有するから、制約はあるものの、それは自由な人格どうしの關係であり、またそれは法的關係でもある。封建制下での家族制度、即ち封建的家父長制においては、家父長は全体の統率者として構成員に対し一定の支配権を有するが、構成員はこのもとで自由な人格を失わず、逆に家父長は構成員を保護する重大な責任を負う。即ち、中世封建制下において初めて本来の意味での家族法が成立する。

(三) 近代初期の家族法　近代という時代は、あらゆる人間が自由の主体となることが要請される時代である。従って近代家族法は家族成員に対する家長の権力を否定し、支配的關係は親と未成年子の關係に局限され、夫の妻に対する支配権も否定され、夫婦の地位の平等も達成される。しかしながら近代初期においては、家族法は多くの場合封建遺制的要素を部分的に残存させる。というのは、家族關係は政治体制や経済機構よりも、習俗や倫理の影響を強く受けるからである。このような家父長的要素をも包含した西欧の家族法に倣い、他方、日本の伝來的家族制度をも考慮

して制定されたのが、「民法親族相統編」（明治三十一年公布）である。そこでは家の統率者としての家長（戸主）の支配権が承認されており、家長は家族成員の身分行為に對する同意権を有し、他方、家長の地位は家督相統という形でその財産とともに長子に承継された。従来、このような家父長制的家族制度の由来については、これが江戸時代の武家や大地主の、儒教的支配服従關係としての家族制に範をとったものであり、民衆（農漁民、都市小市民）の世界では一般的であった、互いに睦みあう横の協同關係としての家族とは異質であったとする見地があり（川島武宜『日本社会の家族的構成』五頁以下）、これに對しては民衆の家族においても家族労働の統率者としての家長の権力は強力なものであったし、子女の人身売買もその証左であるとすする反対の見地も示された（江守五夫『日本村落社会の構造』八二頁）。しかしながら、家族労働に従事する家族成員（妻や子）は家族の生産活動において貴重且つ必須の労働力提供者であるから、家長がこれらの上に強大な支配権を持つための条件は欠けており、その権限は、武士や大地主が、基本的に職務や生産活動に寄与しない妻や子息（長男以外は単に恩惠的保護の対象でしかなかった）に對して有した強権とは比すべきもなく弱いものであったと言うべきであろう。古代ローマの家父長の強権は、大農場経営に代表される家の生産活動が、多くの奴隷によって担われていたことと無關係ではない。なお、子女の人身売買は家長権の強大の問題ではなく、近代以前の社会には一般的であった人権意識の希薄、ないし、どの家族、どの人間においてもしばしば見られる愚行・蛮行の例でしかないものというべきであろう。

右のような封建的要素を残した家族制度は、法の改正と社会の変動によって、ほぼ完全に過去の遺制となっており、今日では単にその歴史的意義づけが問題となるに過ぎない。しかしながら、武家的家族制度に對抗するものとして呈示された「互いに睦みあう横の協同關係」という理念は、家族における自由な人格の定立というテーマにとって、

別の意味で大きな問題を投げかける契機となる。というのは、このような協同関係にあっては、成員は独立な個人としての自分を意識することはなく、「盲目的」に慣習や習俗に従い、人格の相互尊重という原理を知らないからである（川島・前掲一頁以下）。旧法下において家族法の家父長制的側面に対抗するものとして呈示された「共同社会」という理念には、右のような「睦みあう協同関係」という要素が含まれているのである。

なお、戦前の家族制度が封建遺制であったことを否定し、これがすでに近代家族の日本型バージョンであったとして、戦前家族と戦後家族の連続性を強調する見地がある（上野千鶴子『近代家族の成立と終焉』六九頁）。この見地によれば、戦後においても家父長制は父の支配として又夫の支配として事実上存続しており、一方、戦前すでに、大正期において、核家族が全世帯の過半数に達していたとされる。しかしながら、戦前家族において、家長たる戸主が戸主権と家督相続制によって家全体に対し大きな人的物的支配権を有していたことは明白な法的事実であり、この制度を廃止した戦後家族との本質的連続性を承認することは困難であろう。法規上の権限の意義を過小評価し、社会的事実の様相に視線を絞って制度を評価することは、社会的現実に対する法規範の本質的作用を軽んずる、歪んだ社会学的方法とすべきであろう。

（四）共同社会説　日本社会に伝来的な、むしろ一般的であったであろうと思われる、親和的で相互協力的な家族形態——既述の「民衆の睦みあう協同関係」もその一例——を前提とし、一方理論構成の上ではテンニースのゲームンシャフト論（共同社会論）の影響を多大に受けて打ち立てられたのが、中川善之助教授の家族共同社会説（以下「中川理論」と呼ぶ）である。この見地では家族法の特性が次のように説明される。財産法上の関係は、意欲され形成されたものであることを原則とし、打算・熟慮があり意思決定があって作られる関係であるが、身分関係は超打算

的であり、形成的ではなく自生的であり、また情動的・習俗的である。即ち、結合の他に結合の目的があるのではなく、結合自体のために結合がなされるのであり、損得の故ではない。即ち、身分関係の特質はゲマインシャフト（共同社会）的なものであり、全人格的・自己目的な関係であり、人間性情の本質的結合（本質社会結合）である。他方財産関係は、便宜的・目的的な関係であり、即ちゲゼルシャフト（目的社会）的であり、各人は人格の単なる一面において結びあっているに過ぎない。以上のような特性の違いに応じて、財産法は、熟慮し計算する自由独立人の法であり、その関係を真に選択された関係として規律するが、身分法は習俗と性情に従って集結する不自由集団人の法であり、その関係を感情に規定された意思の関係として、或は宿命的決定的な関係として規律する。従ってこの関係における意思は、本質社会的意思、即ち感情に内含された意思であって、この意思による行為は、財産法上の法律行為とは異質の「身分行為」として観念されるべきである。更に、身分法は統体法的特質を持っており、それは自由独立人の行動規律ではなく、統体を構成する肢体的非独立人の統制規律である。この統体法では、個人の自由は第二で、統体の安定が第一の目標となる（中川『新訂親族法』（以下『親族』と略記する）六頁以下）。

右の中川理論は、戦前戦後を通じて有力な、且つ種々の家族法上の問題につき大きな影響を及ぼし続けた理論であったが、しかし根本的な疑問を抱かざるを得ない。第一に、中川理論の根底にはテンニースの共同社会論が置かれているのであるが（『親族』七頁、中川『身分法の基礎理論』（以下『基礎』と略記する）三一頁）、この共同社会概念は極めて広範な概念であり、家族以外に、村落共同体、都市共同体、同業者団体、宗教団体、そして民族も、さらに、営利活動をも行う協同組合まで含むものとされ、他方、これらの共同社会を支える内面的・精神的要素としては、好意、信頼、誠実、良心等の、結合的心術、社会的共感が挙げられており（テンニース（杉之原寿一訳）『ゲマインシャ

フトとゲゼルシャフト』上巻三四頁以下、下巻一三五頁)、いずれにおいても家族という範疇を完全に超越した概念ではない。このような共同社会概念を、何らの限定的作業をも施さず、無媒介的に家族の特性を把握するための基礎概念として措定すること自体、極めて不適切な理論構成であろう。テンニースは確かに家族はゲメインシャフトの根源的形態であるとしているが(前掲上巻四一頁)、精神のゲメインシャフトである信仰仲間や職人仲間を、真に人間の最高の種類のゲメインシャフトであるとしているのである(前掲上巻五〇頁)。

また、中川理論によれば、身分関係における意思は本質社会的意思であるとされ、財産関係における意思としての目的社会的意思と対比されて、家族法の中心概念として措定されているのであるが、しかしながら当概念は甚だしく不明瞭な概念であると思われる。当概念はテンニースの共同社会論における意思の二分法、即ち本質意思と選択意思(目的意思)の区分に倣ったものであるが(『基礎』一三一頁、一六一頁、三二九頁)、テンニースの共同社会概念が既述のように家族を超えた概念であったことに対応して、この本質意思の妥当領域も家族を超えて広がる。ところが中川理論は、本質意思による最も顕著なる結合は家族であるとするのみで(『基礎』三三〇頁)、「顕著」な結合と「顕著」でない結合との本質的差異には触れられていない。これは中川理論が血統的家制度に対するアンチテーゼとして主張されたことからの帰結であり、血統的要素から目をそむけたことにより、共同生活という非特殊家族的事実が浮かび上がったのである。テンニース自身も「家族の本質を構成しているものは血縁である」(前掲下巻二二八頁)としながらも、家族ゲメインシャフトの精神的特性を、好意、慣れ、喜びの記憶等と説明するのみで(前掲上巻四二頁)、他のゲメインシャフトの特性との本質的相違は指摘されていない。

次に、本質社会的意思の内容自体につき、中川理論は、感情に内含され感情によって活動する意思と捉えて、目的

社会的意識が感情を統制し熟慮のうえ決定する意識であることと対比する。この点、テンニースの共同社会論では次のように説明されている（前掲上巻一六四頁以下）。即ち、人間の精神活動は、意識が思惟を含む場合と、思惟が意識を含む場合とに二分され、前者においては種々の感情や衝動や欲望が全体の中で実在的・自然的に統一されているが、後者においてはこれが観念的・人為的にしか統一されていない。前者は本質意識と呼ばれ、そこには生の統一性の原理があるが、後者は選択意識と呼ばれ、それは思惟そのものの産物であるから、その実在性は思惟の主体との連関においてのみ認められる。即ち、本質意識とは本能、衝動、感情等によって動かされる有機的生命活動そのものである。しかしながら、テンニースの言うところの本質意識は——従って中川理論のいう本質社会的意識も——、全く以て法的意識には該当せず、むしろその反対物でしかないことを確認するべきである。法的意識とは自ら状況を判断し決定し、その結果につき自ら責任を負うところの意思である。その場合の判断と決定は当然対象の選別と受容という選択作用を内容とする。それ故本質意識と対比される選択意思こそ、そうしてそのみが法的意識に該当するのである。テンニースは、人間は有機的生命体であり、その内に情動、欲求、体験、思惟等すべてを包みこむ全一体であると把握するので、その一部である思惟のみが能動的に作用する選択意思は分裂的意識にすぎず、情動等を含む全人格的作用そのものを本質意思と位置づけるのであるが、法は、人間が本能、欲求、衝動、性向、体験等の集積体としてこれらの諸要因に規定される存在であることを認めながらも、人の精神の一面としての理性（悟性）の作用に価値を置き、理性の判断したところに従って法的効果を与え、又法的責任を問うのである。言い換えれば、人間の行動は有機的生命体としての必然的行程の中に置かれているが、法はその行程の一局面において理性が作用し判断を下すという点に焦点に当て、判断の結果を当人に帰せしめるのである。この局面こそ人格の原理であり、これを否定すれ

ば人間は単なる動物に墮するしかないのである。中川理論は、婚姻結合はその核心において選択ではなく必然であるとし（『基礎』八一頁）、恋愛の情による非計算的な婚姻こそ純粋本質社会的婚姻だとするが（『親族』一一頁）、愛情に溺れ「恋は盲目」状態に陥ろうとも、或は陥ればこそ、婚姻が「意欲」されているのであり、それは選択意思そのものなのである。テンニース自身も、自然法を論ずる中で、人格とは選択意思の主体を言い、決定する能力を有する者であるとし、また、人格という概念は思惟的に意欲する個人以外のなにもでもないと言っているのである（前掲下巻八九頁以下）。

中川教授は家族法の原理を捉えようとした際に、ギールケの、全体への個人の統合を原理とする社会法（団体法）の理論にも魅せられつつも、そこには財産法と家族法の区別が欠けていること（Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts, § 99, ギールケ（石尾賢二訳）『ドイツ私法概論』二五二頁、ギールケは家族法を団体法と捉え、財産法上の団体の法と共通の範疇に入れる）に不満を抱き（『基礎』四〇頁）、テンニースの共同社会論の中に、財産関係と家族関係を異質なものとして捉える観点があると考え、これを自らの家族法論の根拠に据えたのであるが、これによって、かえって、法的関係・法的行為と、事実的關係・事実的行為とが区別されるべきであるという法の基本的視点を失ってしまったのである。ギールケの団体法論では、団体の構成員は団体意思に服するが、しかしその中で意思の主体で有ることをやめず、従って、構成員相互並びに構成員と団体との関係は権利関係で有り続けるが、（ギールケ（曾田訳）「人間団体の本質」成蹊法学二四号二二九頁）、テンニースの家族論では家族員は家族の中で法的性格を失うのである（テンニース・前掲下巻九八頁）。

このようにテンニースの共同社会論・本質意思論を導入した中川理論は、全体として、家族が成員の意思によって

扱われるという主体性の原理を見失い、また、家族関係が国家の理性的意思決定としての法によって規律されるべきであるという、法的・規範的原理が軽視され（もつとも中川教授自身の思想傾向がこのようなものであったからこそ、右の論が導入されたのであろうが）、単なる事実関係、自然に成立する関係、人の性情、風俗、習慣等の社会的要素がそのまま媒介的に法的次元に移入されて過度に重視されるという結果を招くこととなった。中川教授によれば、社会生活に対する法の指導力は身分法において極めて微弱であり（『親族』二二五頁）、即ち、身分法関係は「超成法的」であり（『基礎』一五八頁）、身分法関係は常に習俗や伝統によって基本的規定を受けるゆえ、法律の地位は従属的であり、法律が生活を形成するとは決められないと説かれるのである（『基礎』一八五頁）。このような中川理論の事実主義・習俗主義は、次のような具体的・実用法学的教説となって表れる。婚姻は自然的・事実に成立するものであり（『親族』二二四頁）、婚姻意思は習俗上の一定の型に従って婚姻をなす意思であり（『親族』一六一頁）、いわゆる「写真結婚」では、たとえ合意と届出があっても、同棲前は婚姻は未完成である（『親族』一八七頁）。離婚は、すでに破綻・崩壊した関係を確認宣言する行為であり（『親族』三四頁）、事実上の関係を継続したままの離婚の届け出は無効である（中川「離婚意思とは何か」同『家族法研究の諸問題』一〇一頁以下）。内縁は実質的には婚姻であるから、法的にも婚姻として扱うべきであり（『親族』三三〇頁）、一方、事実上の離婚があれば離婚の法的効果が発生し、夫婦間の同居・協力・扶助の義務もなくなる（『親族』二八〇頁）。養子縁組は、實際上親子関係が既に自生しており縁組は単に形式にすぎぬ場合もあり、そうでない場合も、「存在すると擬制された親子関係を宣言する行為」にほかならない（『親族』二二二頁以下）。更に、夫婦・親子の生活保持義務の根拠は「一体的の生活共同」であり、別居の場合には生活扶助義務しか認められない（『親族』五九九頁）。

右のような主張は、特に内縁理論を中心に、大きな影響力を持ち続けてきたのであるが、近来、諸々の立場から鋭い批判を受けつつある。たとえば、事実上の婚姻（内縁）はそれ自体事実的関係であるにすぎず、当事者の婚姻意思が明確でないのに何故に婚姻の法的効果が与えられねばならないのかという至極まっとうな疑問が提示されている（大村敦志『家族法』一二九頁参照）。また、夫婦親子の生活保持義務につき、明文に欠けている同居の要件が付され、夫と別居状態となった妻子が法の保護の外に置かれることの不当性が指摘され、中川理論のこのような習俗主義・事実主義は家族法の規定の無力化に繋がりがかねず、しかし法規範は習俗によって代替できない重要な規範であると主張されている（水野紀子「中川理論——身分法学の体系と身分行為理論——に関する一考察」山昌・五十嵐・藪古希記念『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』二九〇頁以下）。

最後に、中川教授が、家族法が統体法であることを強調していることも、不可解である。そもそも中川理論において統体法は極度に広い概念であり、物権法も、不法行為法・不当利得法も、会社法も、そうして公法である憲法、刑法も、即ち、契約自由の原則の支配する領域以外はすべて統体法に属するのであるから（『基礎』一三五頁）、家族法が統体法に該当するという論は、ほとんど無意義であろう。また、家族法が統体法として統体の安定を第一目標とし、個人の自由は二次的目標でしかないとしても（前掲二五頁）、不当である。物権の内容が法定されているゆえ物件取引の自由は安定性を得、不法行為法・不当利得法は自由な活動の反面としての責任を規定する法であり、会社の組織が確固なものであるから営業の自由も促進され、刑法の罪刑法定主義の下で人身の自由が保障され、憲法の基本的人権の保障や参政権の承認により、国民の種々の行動の自由が肯定される。統体法が構成員の自由な行動を抑制する法であるとする中川理論は、中川教授自身の或種全体主義的な団体観、即ち個人の結合体としての団体は、そ

もそも成員個人を抑圧する機構であるという団体観が、統体という概念に凝縮したものと理解するべきであろう。

右のように、中川理論は、種々の歪み・矛盾を含んだ家族法論であり、家長制が否定された現代の家族法の下でも、なおさら受け入れることのできない理論である。当理論は、言わば、広く社会を見て家族の固有性を見逃し、共同性を重視して個人の主体性を軽んじ、事実の重みに引きずられて法の規範性をないがしろにするという、三重の誤りを犯す謬論である。しかしながら当理論は、家族法の本質を覆い隠す分厚い煙幕の向こうに、正しい光を点滅させているようにも見える。それは、中川教授の各所の説明に見られる、家族の人格的一体性や家族愛への言及である（『親族』一四頁、三九頁、一一四頁、二二七頁、『基礎』四七頁、一二八頁、一三九頁）。この点については後に触れる。

中川理論の右のような誤謬の要因は、第一に、テンニースの理論への傾倒に示されているところの、社会学的方法の導入である（山島正男教授は、「中川理論はあくまで社会学的方法であり」、「非常に習俗主義、事実主義的な考え方を強く打ち出された」とし、又、唱孝一教授は、形式社会学の方法の導入は弊害を伴うと説く。「座談会・中川先生の学問をめぐる」法学セミナー一九七六年四月臨時増刊号八四頁以下）。社会学は社会的事実を事実として究明し、比較・分析し、類型化することを任務とするから、法学におけるような、事実と当為との峻別は為されず、法的関係は或種の事実的關係に置き換えられる。そうしてこの置き換えの中で、家族特有の身分的規範関係も相対化され、これが共同生活という社会的事実に還元され、他の共同体との本質的区別が見失われるのである。しかしながら、法的見地においては、事実が法の支配を受ける。即ち、家族共同生活は家族法的関係の帰結として、或は、この関係における法的義務（同居、保護、扶養等）の履行として把握される。このようなものとしての法的意義における家族は、

近親者やそれ以外の者が事実上生活や会計を共にする世帯とは本質を異にするところの、婚姻や一定の血縁関係の下で法的に結合が義務づけられている者の集団なのである（伊藤昌司『相続法の基礎的諸問題』八八頁は、血縁関係としての家族と世帯との相違を強調する。但し、所謂「親類」の関係が重視されている点は、賛同できない）。

中川理論の誤謬の背景には、日本社会特有の精神風土ないし精神的資質がある。即ち、欧米の思想の伝統においては、法の規範性・当為性と社会生活の現実とは区別・対置され、法的作用はこのような当為と存在との緊張関係の中に置かれるが、日本ではこのような二元主義の思想的伝統は欠け、両者の間には妥協が予定され、法が現実を容易に受け入れるのである（川島武宜『日本人の法意識』二六〇頁以下）。また、日本では社会関係を自らの意思で作りに出すという「作為」の思想が弱いともされる（星野英一「現代における契約」同『民法論集』第三卷五九頁）。このような、事実を素直に受け入れ、これに順応し、他方、自らの意思で能動的に状況を作出することに消極的な、即ち、主体性の自由を欠く精神風土が、中川理論の背景にある。しかしながら、法の理念は自由であるから、家族法の本質は自由の見地から、即ち、家族員個々の自由で主体的な行為によって形成され、また生活の中でこれが現実化される共同関係として捉えられるべきなのである。

（五）家団論 明治初期に、近代的法体系の導入と私有財産制の確立が課題となったとき、財産法上の個人主義的原理と旧来の封建的家族制度は、独特の家制度の中に統合された。即ち、家長としての戸主が個人財産として家産を所有する一方で、戸主の統率権（身分行為の同意権、居所指定権等）と家督相続という長子単独相続制度により、私有財産制と家父長制が組み合わされた。しかしこの制度は、戸主が自らの私有財産として家産を処分することを可能にするものであり、即ち、戸主の恣意により家の財政的基礎が覆されるという危険を内包するものであって、実際こ

のような例が頻発した。これに対し、家の財産を戸主の意思から分離して、これを法人格を持つ家の支配の下に置くべきとする主張がなされた（例えば、穂積八束「家の法理的観念」同『穂積博士論文集』四三〇頁以下）。これが「家産論」、即ち家制度的家団論である。しかしながら、身分の保障のある華族と異なり（華族世襲財産法は戸主の世襲財産の処分権を認めなかった）、農民、商工業者等の平民にとっては、家産は生計を維持するための唯一と言っている物質的基礎であるから、これを担保に入れ或は譲渡すべき事態は当然あり得べきことであり、家産の散逸の危機は、私有財産制のもたらす必然的帰結でしかなかったのである（中川教授は家産論を批判し、家の分解傾向は経済的事情に根本原因があり、雖は卵殻を強くしても、これを破って外へ出ると説く『基礎』一八五頁）。

一方、右のような家制度的家団論と異なり、庶民の現実の家庭生活を直視する見地から、家族の財産関係が家族員個々人に分立している法的状況を非難し、これは家族一体の関係として扱われるべきことが主張された。これが末弘厳太郎博士の家団論であり、次のように説かれる。現在我々の社会には、法律上の家とは無関係に、夫婦・親子等親近相集まって家団を構成しそこに相寄り相助けて家団生活を営むという事実がある。又、この家団は取引関係の単位として社会と各種の関係を形成する。しかし民法は家の制度を認めているにも係らず、すべての法律関係を、夫婦・親子等の個人的関係に還元して規律するに過ぎず、そこに、一種の共同社会的団体生活が成立している現実を無視している。しかし家団が一個の社会単位として社会に存在し行動し、他の団体や個人と各種の関係を形成しつつある事実は何人も否定できない。家族の法律関係はこの家団を眼中に置くことにより適当に処理できるのに、これを個人的に捉えるから、現実に即した妥当な解決が不可能となる。末弘博士はこのような認識のもとに裁判例を批判する。即ち、農家の長男が父親の所有する馬を使用して農耕に従事中、これを逸走させて他人を負傷させた事件（大審院大

正四年五月一日判決）につき、判決が動物占有者の責任に関する民法七一八条の規定を適用して占有者である父親の責任を認めたことに対し、実質的にはこの事件は農企業団体としての家団の不法行為であり、家団の代表者である父親が賠償の責めを負うとし（末弘「家団の不法行為」同『民法雜記帳（下）』一六九頁以下）、又、老母が電車を降りる際に車掌の過失により負傷し、その治療費を支払った子（戸主）が直接加害者に賠償を請求した事件につき、大審院（判例民事法昭和一二年度二二頁）が、母の負傷と子の治療費支出との間には因果関係があることを理由に請求を認めたことに対し、この事件の被害者は母の属する家団自身であり、子は家団を代表して請求し得ると考えるべきであるとする（末弘「被害者としての家団」前掲一七六頁以下）。更に、家団員が家団のためにする行為は家団そのものの行為であり、家団自身の責任を生ぜしめるが、この責任を担保する家団財産については、形式的名義によらず、夫や妻の名義となっている財産も信託的なものとして家団財産に組み入れられ、加えて、家団費用負担者の出資義務（実質的には扶養義務）に応じて家団員（主として戸主）が補填の責めを負うとされる（末弘「私法関係の当事者としての家団」同『民法雜考』五六頁以下、七九頁）。

右のような末弘・家団論は、基本的には中川理論に見られるような家族の共同社会的把握を基底に据えながら、家族の一要素としての共同性を極度に強調し、これを家族の財産法的側面での単一的人格性（実質的法主体性）にまで高めた理論として捉えることができる。このような過度の家族財産統一論は、旧来の家の財産の家長による一括的支配という伝統的觀念の影響を受けたものとして理解できるが、一方、ある種の近代法的思想、即ち、市民の現実的生活に即した法（家族法）が承認されてしかるべきであるとする市民法的思想が窺い得るとする見地もある（利谷信義「家団論に関する覚書——成立の契機と性格」東大社会科学研究所「社会科学研究」八卷三号一〇八頁は、末弘・家

団論の市民法的性格を認める)。しかしながら末弘・家団論はその論理構成においても、実際の帰結においても、極めて不適正な理論として排斥されるべきものと思われる。

第一に、家団という概念はそれ自体矛盾した概念である。僕等は本来的構成員とされ(末弘「私法関係の当事者としての家団」前掲四七頁)、さらに、親族関係に立たない同居人も含まれる(前掲五一頁、「被害者としての家団」一八〇頁)。これらの者がさも当然のように家団に含ましめられるのは、家団が現実的生活共同体として捉えられ、戸籍によって画された法的拘束によって結びつけられた思想的結合体としての「家」と対比されるからである(末弘「家」と「家」と世帯」同『民法雑記帳(下)』二〇七頁)。しかしながら、家団の現実の法規制において、家制度上の規定、即ち、婚姻費用負担規定(旧七九八条)、日常家事についての妻の代理権(旧八〇四条)、扶養義務規定(旧七九〇条、旧七九八条二項、旧九五九条)等が、家団関係の基本的規則を形成するものとされ、又、法的「家」制度の中心的支柱である戸主が、通常家団を代表し家団の権利を行使し家団の責任を主として負担するとされている(利谷・前掲一〇八頁は、末弘家団論には「戸主は家族の行動にはいかなる場合でも責任を負わなければならないという「家」的な連帯責任の意識との類似すらみられる」とする)。即ち、家団とは「結合の性質を全く異別にする」(前掲二〇八頁)とされた「家」の法がそのまま直接に家団の基本関係に導入されているのである。この導入は二重の矛盾を含んでいる。それは、現実の生活共同体とされた家団が、その現実自体から法を引きだし得ず、本来的な法的制度としての「家」の法が移入されるという矛盾であり、又、生活共同自体を結合原理とする家団に、それとは本質と範囲を異にする血統的集団である「家」の法が移入されるという矛盾である。そもそも末弘博士によれば、家団の構成原理は、中川・共同社会論におけると同様、本質意思的結合であるとされるが(末弘「私法関係の当事者としての家団」前掲

八〇頁)、当原理は、既述のように、法的結合原理ではなく、又、何ら家族特有の結合原理でもなく、家族以外の共同体にも広く適用される原理であり、末弘博士自身も、家団が、ゲマインシャフト的原理の支配する団体、即ち「人団」に該当し、入会団体と同一の原理の下にあることを強調しているのである(末弘「三つの団体型」同『民法雑誌』(下)八九頁)。

右のような家団概念の矛盾、即ち、法的関係と事実的關係の矛盾、並びに家族的関係と非家族的關係の矛盾は、借家人の死亡後にこれと同居していた内縁の妻(ないし夫)が居住を続け得るかという、裁判上しばしば争われる問題に、そのまま含まれる。というのは、この問題は、法的婚姻と事実上の婚姻との矛盾、並びに、家族員と単なる同居人との矛盾を含んでいるからである。そうして、このような家団概念の適用によって、内縁の妻(ないし夫)の居住権を認める教説も現れた(古山宏「家屋賃借権の相続について」判例タイムズ一号一八頁、星野英一『借地借家法』五九二頁以下は「家庭共同体」という表現を用いる)。しかしながら、矛盾する事態に矛盾する概念を適用しても、正当な結論が得られるわけではない。内縁が法律上の婚姻とは認められないことは、相続法上の基本的前提であり、右の事例において、借家権を相続した者に対し、内縁の妻(ないし夫)が、自らの借家権または居住権を主張し得ないことは明白である。星野教授は、そもそも借家権は家団に帰属しているから、被相続人の死亡によっても借家権の帰属に変更はなく、単にその代表者が交代するにすぎないと説く(同・前掲五九二頁、おそらくこのように借家関係を「家族」関係から切り離すべく、「家庭共同体」という表現が用いられたのであろう。なお同「家族法は個人關係の法律か、団体の法律か」家族〈社会と法〉一四号一頁以下も、家族と家庭の区別の意義に触れる)。しかしながら当説は、共同体(団体)が全体として保有する権利と、その構成員が個別に「持分」として保有する権利とを混同し

ている。星野教授は、借家権の法的構成につき、これを入会権類似の権利とするが、全体権としての村の入会権は代表者又は構成員の死亡によっても相続の問題は起きないが、個別的入会権（構成員個々の持分）は、当然承継される（厳密な意味での「持分」が入会権につき存立するかについては争いがあるが、構成員の死亡の場合に、その構成員の入会権者としての地位が、その家の主人に（多くの場合相続人に）承継されることは一般的慣行である）。なお、星野教授は、共有（合有）という構成の可能性にも触れるが、この構成においても、持分的権利の相続人への承継の問題は残る。従って「家庭共同体」が借家権の主体であると構成しても、その成員は個別借家権を有しており、この権利は当然相続人に承継され、内縁関係にある同居人がこれを否定することはできないのである。そうして賃料負担者が大きな割合の借家権持分を有していると認められるべきであろうから、内縁の妻は多くの場合、居住の継続につき極めて劣弱な立場に追い込まれることになるう。

末弘・家団論の、右のような、家族と非家族との混同、並びに、法的関係と事実的關係の曖昧な融合という誤謬は、既述の中川理論とこれを共有するものであるが、しかし、中川理論における家族關係の共同性の偏重という観点は、末弘・家団論においては、この共同性を単一性にまで高めるといふ極端な理論となっている。即ち、家団は、家族構成員の個人財産とは区別され家団規律によって管理される「家団財産」を保有する。そうして、家団員の行為（法律行為並びに不法行為）は、家団のためにする行為と、家団員自身のためにする行為とに区別され、前者の場合にのみ家団の責任が生じ、後者の場合には家団員個人の責任しか生じない。しかしながら、このような、財産と行為の区別の観点には、根本的な疑問が持たれる。既述の、老母の電車事故の事例につき、末弘博士は当然のごとく家団が被害者であるとするが、しかし博士の区別の基準からすれば、老母が自らの個人的要件で出かけた場合には、又、子の個

人的要件の依頼を受けて出かけた場合にも、家団が被害者となるは言えないであろう。更に、既述の、馬の逸走事例につき、息子が馬を単に散歩のために使役していた場合であつたら、家団の責任は生じないであろう。一方、息子が父のため車を購入し妻が義母のため高級家具を購入しても、家団は売買代金につき責めを負わないことになる。またこのような個人用途のために購入した物品は、個人財産に帰属することになるから、個人財産と區別される家団財産は、共用の家具ぐらいいしかなくなるのではないか（主に児童が使用するが、時折他の者も読書に使う机は、所有権の帰属につき家族会議で決定しておかなければならないのであろうか）。しかしながら、包丁・コップ・ノート・鉛筆等の一品に渡るまで、その権利の所在を把握し、使用処分の基準を明示しておかなければならない家団主（戸主）の負担はさぞかし重いものとなるであろう。又、責任関係においても、家団の責任は家団財産が引き当てになるとされながらも、それは家団員の家団費用出資義務によって補填さるべきものとされ、そうしてこの義務には親族間の扶養義務も含まれるとされるから（末弘「家団の不法行為」同『民法雑記帳（下）』一七三頁）、家団財産と個人財産の區別は事実上無きに等しいものとなっているのである（利谷・前掲一〇八頁は、末弘家団論に、家族構成員の連帯責任の強化の要素を見出している）。

右のように、家団財産と個人財産の區別、ないし家団のためにする行為と自らのためにする行為の區別は、事実上不可能であるが、しかしこの區別はそもそも理念上不当であり、家族の本質に悖る區別でしかないのである。家庭において構成員は、私的個人として自らの生活を全面的に、即ち特定の目的に限定してではなく、展開するのであり、そこにおいて家族員どうしの関係は全人格的な結びつきとしての意義を持つ。この結びつきの中で、家族員どうしは、他の者を慮り、手助けをし、自分の持ち物を他の者に提供しあい、責任を連帯しあい、そうしてこのことを通じて、

結びつきを確認し、或はこれを強める。この結びつきが家族の絆であり、家族的精神としての愛であり、即ち家族愛である。この結びつきの関係は、一個の人格が他の人格と直面する関係であり、この直接の関係にとって、家や家団という外在物は一個の妨害物ではない。全人格的關係においては人格どうしは直接結びつくのであるから、そこに媒介物が必要ではないのである。家族全体は、このような成員個々間の相互的結合の集積体であり、この相互的結合関係を越えたところに「家族それ自体」が存立するわけではない。末弘博士は、ゲマインシャフト的団体としての家団は、本質意思に基づく結合であるから、家団における「我」は「普遍我」であり（末弘「三つの団体型」前掲八八頁）、この普遍我としての家団の内に、夫婦・親子・僕卑等が自身の個我を没入せしめると説くが（末弘「私法關係の当事者としての家団」前掲四七頁）、家族關係における個我の没入は、夫婦親子相互間の愛として、又第二次的には、それ以外の關係における愛として、現れるのであり、このような個々の家族關係を越えたところの家や家団という抽象物に対する個我の没入、即ち愛は、存在し得ないのである。もっとも、封建的家制度においては、家が、ある種の世代を超えた精神的実体としてあり、これに対する個我の没入は有りえたが——即ち「忠」の精神——、このことによって、家の成員どうしの、即ち夫婦・親子の間の人間的な愛は傷つけられたのである。家団論は家団という統合的単一体を構成し、これを家族關係の中に介在せしめようとする試みであり、旧来の「家」制度と同様、家族疎外の理論ではないのである。「近代的」家団論者は、「家団」を「古い革袋」として非難する見地（篠塚昭次『借地借家法の基本問題』七三頁）に対し、家父長制家族と家団は全く異なると反論するが（星野英一『借地借家法』五九三頁）、家族は既に個々の成員どうしが強い絆（愛）で結ばれているから、余計な袋はそれが古かろうと新しかろうと、妨害になりこそすれ必要なものではないのである。フランスでは、夫婦の共通財産制下での妻の権利を守るとい実

實際の必要もあり、家団論が盛んであったが（高橋朋子「カルボニエの家団論——とくに夫婦別産制の家団的構成について——」都立大学法学会雑誌二八巻二号一一一頁以下）、夫婦が家団法人の機関として、両性の適性に応じて行動するというような理論（前掲一六一頁）が、いかに夫婦の関係を外面化させるか、水臭い関係にしてしまうかは、誰でもすぐに知できるところであろう。即ち、フランスの家団論は、愛情による直接的結合体としての家族の実体に不適合な理論として、当然の如くに力を失ったのである。

中川・共同社会説や末弘・家団論に共通に見られる基本的特質は——この特質は他の有力学説にも往々見受けられる特質であるが——、家族関係における構成員個々人の主体的・能動的役割が軽視されていること、即ち、主体性の自由の欠如である（例えば、我妻栄『親族法』一一七頁は、夫の死亡後の妻の姻族関係の終了の問題につき、家族共同生活維持の観点から消極的見地を示す）。しかしながら、近代法理論としての家族法論は、社会的事実としての習俗や慣行ではなく、また、個人を抑圧する団体的統制関係でもなく、自由な人格から出発しなければならない（カント「法論の形而上学的基础論」（後掲）§ 22は、家族を自由な家族員の相互性の関係と捉えている）。そうして、自由な人格が社会関係を形成する直接的手段は、契約にはかならないのである。

三 個人主義的家族観

およそ社会の形成を、自由独立な個人から出発して捉える見地は、国家の存立をこの見地から説明するいわゆる社会契約説をその代表的な教説とするが（ロックやルソー等）、現実の国家が契約によって成立したものではないことは明白であるから、この教説は理念的意義（例えば国民主権の根拠づけ）しか有し得ないが、家族の把握においては、

社会の近代化に伴い婚姻に対する種々の因習的・宗教的制約が解除され、両当事者の合意という要素のみが重要視された結果、家族、特に婚姻を契約関係として捉える見地は、現実的基盤を持つことになる。もっとも、財産法上の団体（典型は会社）は経済的合理主義によって規律されるが、家族は、情緒的、血縁的要素を本質的に含むので、その契約的理解にも当然制約が伴う。日本の家族法学において、明瞭な形で家族を自由独立な個人の結合として説明したのは、川島教授を代表とする。

（一）川島説　川島教授は、婚姻と家族を説明して次のように説く。近代家族法の論理の出発点は、独立自由な主体者たる個人である。このような基礎の上に、独立自由な個人の合意としての、即ち、契約としての婚姻が現れる。次に、独立個人への過渡的状态にある者としての未成年の子と親との関係が、これから発展する。このように主体的個人によって構成される未成年の子と親夫婦の集団が、近代的な意味においての家族である。このような家族は、しばしば、本質意思によって成立するゲマインシャフトであり、それゆえ家族法は特殊性を有すると強調されるが、このゲマインシャフトの側面は主として道徳の問題として近代家族法の外に置かれ、その重点は、家族関係における財産法的権利義務に置かれている（川島武宣・中川編『注釈親族法（上）』九三頁以下、同『民法（三）』二四頁、三一頁、四一頁、同『民法総則』四頁以下）

このような、独立自由な個人を出発点とする家族法把握は、その財産法的側面を重視する観点を中心に多くの賛同者を見出している。例えば、家族秩序は本来倫理的秩序であり、法規範はそこに例外的に成立し得るに過ぎなく、家族法の大部分は家族財産法であるとされ（山中康雄『市民社会と親族身分法』二八二頁以下）、更に、川島家族法説は、近代家族法の原理をきわめて明確な形で体系化したものであり、「財産法と家族法の異質性を強調する伝統的の二

元論に論理的に結着をつけた」ともされる（渡辺洋三「現代家族法研究序説」山中康雄教授還暦記念『近代法と現代法』二八六頁）。しかしながら、夫婦親子等の家族的身分関係は、それが財産法的效果をもたらすとしても、それ自体が重大な人法的效果を包含しているのであり（星野英一『家族法』六三頁は、家族法の人格法的效果を明示する）、即ち、誰を夫とし誰を妻とするか、誰が父であり母であるか、又、誰が我が子であるかは、人の生の重大問題であり、これらの関係の存否や効果はしばしば裁判でも争われるところの、まさに「法」の重大問題なのである。家族の法的関係は、単に金や物を巡っての関係ではなく、本質的に人と人との高度の精神的関係であり、このようなものとして家族法の基本原理は捉えられるべきである。中川共同社会説や末弘家団論は、「生活」に視点を移して家族関係を歪めたが、家族法財産法説は財産を重視して家族関係を物象化する試みにほかならない（広中俊雄「いわゆる「家族法と財産法との関係」について」法律時報五〇巻九号は一一九頁は、家族法の核心部分を家族財産法に見出す見解は、精神的なものを物質的關係に引き寄せて捉える「人間疎外」の議論であるとする）。即ち、家族法の本体は、家族的身分関係（根幹は、夫婦と親子の関係）そのものの中に見出されるべきである。

川島説は、独立個人から出発して家族を捉える見地から、婚姻を契約の範疇に入れる。しかしながら、このような把握は、根本的な欠陥を感している。というのは、契約的把握では、一夫一婦制が根拠づけられ得ないからである。契約は一般的に当事者の一方または双方が多数であることを妨げるものではなく、現実にもこのような形態は民族、宗教等により過去に存在し、現代でもそうである。また、婚姻は期限や条件が付けられ得るものではなく、その内容も一定の型に定められている。右のような制限を慣行や習俗によって根拠づけることはできない。というのは、この見地は、自由独立な個人の主体的意思によって婚姻が形成されると説くからである。テンニースのゲマインシャフト論

に則り、本質意思に基づく婚姻は契約ではないという批判（松坂佐一「婚姻の性質」穂積先生追悼論文集『家族法の諸問題』二〇〇頁）に対し、川島教授は、自由な意思の合致によって権利義務を発生させるという点に焦点を当てて婚姻が契約であるとしているのであり、テンニース自身も、婚姻を基礎づける本質意思は、夫婦相互の約束の中に表現され、それゆえ、婚姻は契約によって設定された関係と言い得ると説いていると、反論する（川島「近代的婚姻のイデオロギー」同『イデオロギーとしての家族制度』二五三頁）。しかしながらテンニースの本質意思は、既述のように、愛情、衝動、欲望等と共に、思惟（悟性の選択意思）を本来含む意思であるから、関係の出発点においてこの思惟（選択意思）が作動しても、即ちそこに契約的要素があったとしても、関係の全体が本質意思的結合（非契約的関係）であることを妨げるものではないのである。ところが川島教授は、「婚姻は自由な意思の合致によって当事者双方に対し拘束的な権利義務関係を発生させるという点で、財産上の契約と異なるところがない」とし、このような把握の下に、メインの「身分から契約へ」という言葉は婚姻にも当てはまると結論づけており（川島・中川編『注釈親族法（上）』九一頁以下）、婚姻は成立面だけでなく、内容の面でも、即ち、全体として契約であると把握されているのである。

共同社会的思想の流れとは別に、婚姻には契約自由の原則が当てはまらないので、これは「制度」として捉えらるべきであり、契約の内に包摂されないと説く見地があり、今日でも有力である。この見地は、婚姻が合意によって成立することは当然認めるが、その内容は合意の効果としては捉えられないとするのである（阿南成一「婚姻」尾高他編『法哲学講座第八巻』一五五頁は、婚姻を制度的契約とし、婚姻契約自体を、協力組織としての婚姻制度のための手段の地位に押し下げる）。問題は婚姻の法的内容そのもの、即ち婚姻に基づく権利関係が、当事者（夫と妻）の

合意の内に包摂され得るか、それがこの合意の延長線上に捉えられるかの点にあり、婚姻の出発点が合意であることを指摘しただけでは、何ら婚姻の法的本質を説明したことにはならないのである。

川島家族法学説の欠陥の第二は、親子関係の把握が不可能であるという点にある。川島教授は、親子関係を、「独立個人への過渡的状态にある者としての未成年の子と親」の関係（川島『民法総則』四頁）としたうえで、「親と子は対等の独立人格者として対立する」（同『民法（三）』八八頁）と説明するが、この説明は、親子関係を成人一般と未成年者一般の関係——これは無数に成立する——に置き換える説明でしかなく、特殊身分的な法的親子関係の説明と成り得ていない。法的親子関係においては、親は子に対し養育に関する重大な権限と責任を持ち、子は親の親権に服す。この関係は、権利義務の内容に関する限り、親と子の双方にとって対等ではなく、対等であるのは両者が抽象的人格として、即ち親子関係から切り離されて捉えられる限りにおいてである。しかもこのような権利関係の発生につき、実親子関係においては当事者即ち親と子の合意が存するわけではない。親子間の契約を擬制する見地もあるが（石部雅亮「サヴィニーの家族法論」甲斐道太郎他編『市民法学の形成と展開（下）』一八〇頁は、ヴォルフの説として紹介する。また、木村亀二「多数決原理の省察」思想七二号一頁は、親子関係の「暗黙の合意」を認めるプーフェンドルフの説を紹介する）、乳幼児は意思能力を全く欠くから、このような擬制や認定は根拠がない。また親も子も、この関係を自らの意思に基づくものではないことを理由に、解除することもできない。

右のように、独立自由な個人から出発する見地では、婚姻においてはその内容を説明し得ず、親子関係においてはその成立すら説明できず、家族法論としては瓦解せざるを得ないのである。しかしながら、川島教授はカントの家族法理論を紹介しこれに同調しており（川島「近代的婚姻のイデオロギー——カントの婚姻法理論——」同『イデオロ

ギーとしての家族制度』二三四頁以下は、「カントの婚姻理論は、近代的な一夫一婦制婚姻の究極の思想的基礎を、明快に疑いの余地なく説き明かした」とする。但しカントの親子論には触れられていない）、個人主義的家族法論は、その哲学的根拠づけの可能性についても分析される必要がある。

(一) カントの家族法論　カントは人間個人を自由な意思の主体として、即ち、自由な人格として捉えることをその理論の根底に据えるのであるが、婚姻制の理解においてもこのような見地に立ち、次のように説く。性的共同態は、一個の人間が他の人間との間で為す生殖器官及び性的機能の相互的使用であり、彼らは互いに他を物として占有し人格として使用する。しかし人間が他の人間の性欲の満足の対象として自分を使用させることは、自分を物として処分することであり、これは人間性の法則に反する。ここから売淫や野合の背徳性が帰結される。それ故、自由な人格の原理の下で可能な結合は一夫一婦制婚姻のみである。というのは、性は人格と分離できないから、人格は自分の性を相手に与えることにより自分の人格そのものを相手に与えることになるが、相手もその性を自分に与えることにより相手自身の人格を自分に与えるから、結局一旦相手に与えた自分の人格を、自分の下に取り戻すことになる。しかし、このような婚姻関係において、もし夫が妻を二人持つならば、妻はその人格を全部夫に与えるが、夫の人格は妻に二分されて与えられるから、妻は自分の人格を半分しか回復することができないのである（以上、Kant, *Metaphysik der Sitten*, §24.S.81ff; §25.S.82. カント（吉沢伝三郎・尾田幸雄訳）「人倫の形而上学」一二二頁以下、二四二頁）。

右のようなカントの婚姻論に対し、川島教授は、表現が突飛で露骨であるが、自由で排他的・独占的な近代的所有制に対応した、自由な人格の婚姻理論であるとし、これに賛同している（川島・前掲二四八頁）。しかしながら、右の婚姻論が自由な人格の理論に成り得ておらず、それ自体矛盾の論理に陥っていることは、明白である。というのは、

右の論理において、一方の人間が人格を回復した状態は、他方の人間が自分自身の人格を喪失した状態以外の何物でもないからである。相手の人格喪失状態を人格回復状態に戻すためには、自分が性と人格を相手に与えなければならず、これによって再び自らは人格喪失状態に陥る。これは無限の論理的循環であり、この循環において一方は人格の回復と喪失を繰り返す、他方もまた、人格の喪失と回復を繰り返す。しかしながら、有と無の無限の交替は有を意味するものではなく、また、二者が交互に有するという状態は、二者が共に有しているという状態ではない。右のようなカントの「人格回復論」につき、そもそも一旦喪失した人格の回復は不可能であるとする見地がある（三島淑臣「カント私法論についての再論（二）」九大法政五〇巻一号六三頁）。この見地によれば、一旦生じた人格の物件化は、他方の人格の物件化によって消去されることはなく、むしろそこには二重の物件化が生ずるだけであり、カントにより前もって締結さるべきとされる婚姻契約により、「人格の全面的相互投与」の姿をとった婚姻共同態が成立し、この共同態の下では、初めから人格の物件化は生じないのであると説かれる。しかしながらカントは、婚姻契約は夫婦の性的交渉によって履行されるとしており（Kant, *Metaphysik der Sitten*, §27、カント・前掲二七節）、そうして契約はその履行と切り離してその本質的意義を捉えることは出来ないものであるから、婚姻契約を前提としても、性的交渉による夫婦双方の人格の否定（ないし否定と肯定の交替）の問題から逃れられるわけでもなく、また、婚姻契約自体が、夫婦の人格の相互的放棄として捉えられているのであるから（Kant, a.a.O.S.191、カント・前掲訳書二四二頁）、いずれにしてもカントの婚姻論は、夫婦の人格の肯定・否定の悪無限的循環の理論でしかないのである。

このように、カントの婚姻論が根本的矛盾に陥り、その自由な人格の原理でもって婚姻を根拠づけ得なかったのは、カント哲学そのものの限界性の故である、カント的な悟性の論理、即ち物事をあれかこれかで峻別する論理では、

「割り切れないもの」は説明できないのである。婚姻はこの「割り切れないもの」即ち「愛」によって成り立つ。川島教授は、カントの婚姻論において「愛情の要素が捨象されている」とし、これは論理的純粹性の帰結であると評価するが（川島・前掲二四五頁）、右記のような法論としてのカントの性的交渉論を容認しながら、また、少なくとも社会的には婚姻が「個人的性愛の上に成り立つ」としながら（川島『民法（三）』二四頁）、なおも法的婚姻の概念から性愛の要素を排除しようとするのは、理解し難い論述である。

一方、親子関係につき、カントはその自由な人格の論理の下に、次のように説明する。両親は、子を生んだことにより、子を養育する義務を負う。即ち、子は一個の人格として、自分が自立できるようになるまで、両親に養育されるべき根源的・生得的権利を有する。この権利は、人間性の法則により直接生じる。また、両親は右の義務から、子を教化する権利を持つ。放任の責任を問われないためである。

このようなカントの説明は、全く以て説得力がない。まず第一に、出生の事実によって何故親の責任が生ずるかに ついて、論証されていない。カントは、子を生んだという事実を指摘するが、このように捉えられた出産は単なる生物学的事実であり、親と子の関係は、生物学的因果関係の中に置かれているに過ぎないから、このことから発生する責任は、せいぜい製造物責任的な責任、即ち子が他に危害を加えないよう配慮する責任でしかない。しかしながら親の責任は、子を一個の人格として配慮する責任である。カントはその同意なしに子をこの世に出現させたことの責任を強調するが、出生前は子は人格として存立していないから、その同意は問題にならない。また、カントの言うように、子は出生後一個の人格として、人間性の法則に基づき、養育を受けるべき権利を有することは確かであるが、一個の人格という抽象的立場は、特定の人間、即ち親との関係を基礎づけ得るものではなく、また、人間性の法則は理

性の主体としての、即ち自由な意思の主体としての人間の法則を言うものであり、生物学的な親子の連関にそのまま適用できる法則ではない。このように、親子の生物学的連関を法的な責任関係に高めるための有効な論理を、カントは提供し得ていない。即ち、自由独立な意思の主体として人間が捉えられる限り、自由な意思の合致以外に、人と人との特殊固有の関係を基礎づける根拠は見出し得ず、そうしてまさに親子関係はこのような関係に当たるのである。カントは、家族関係上の権利を、対物的な対人権（即ち、物のように人を支配する権利）として捉えたが（Kant, a. O. §22）、婚姻関係においては既述のようにこの概念の人的要素と物的要素とが対抗しあい、それ自身矛盾の論理に陥ってしまったが、親子関係においては、親は子を物として先占取得し得ず、また人格として関係設定の合意を為し得ず、両要素とも不成立のまま、文字通り空論に墮してしまっているのである。

右のように、自由独立な個人を出発点とする家族法論は、論理的に成立し得ないのである。家族という関係は、そもそも人がその自由独立性を貫かない、或は貫き得ないことを本質的原理とする場なのである。ここに、家族の出発点を個人に見出しながら、独立の個人ではなく、不完全な個人を家族の出発点とする見地が生ずる。

（二）サヴィニーの家族法論

一九世紀前半にドイツ普通法学（民法学）の基礎を確立させたサヴィニーは、その財産法学においてはカントの法理論を導入し、自由な個人の意思支配の関係として財産法関係を捉えたが、家族法の領域では、これと相反する見地を示し、次のように説く。人は財産関係においては、独立自由な完全体として存立しているが、家族関係においては、全人類の有機的全体の一分肢として、即ち、大きな自然的連関の中で補完を必要とする不完全な人間として存立する。このような不完全性とその補完は、二つの方向において現れる。第一が性の区分であり、両性はそれぞれ人間の本性

を不完全に保持しているに過ぎなく、婚姻によってこれが補充される。第二が、人間の生命の時間的有限性であり、これは生殖によって補充される。ここにおいては種と個人の継続が媒介され、また、出生時の無能力は養育によって補充される。このような家族関係は、基本的に自然的・倫理的関係であり、その一部しか法の領域に属しない (Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd.1.S.340ff.)。

右のようなサヴィニーの家族関係の把握は、正鵠を射ていないよう思われる。性の区分が不完全性と捉えられているが、有性生殖は無性生殖より高等な段階の生殖であり、類は雌雄の対立の中で、より大きな発展の動力を得る。また、個体の死は、個に潜在する類の顕在化であり、それ自身個の本質である類の更新である。サヴィニーの不完全性論は、人間個人と人類全体のこのような有機的関連を見ながらも、この連関の積極的意義を見逃し、類的なものを個人にとっての単なる制約と理解するところの、外面的形式主義の家族論でしかないのである。

サヴィニーが、カントの自由意思論に強く影響されてその財産法理論を構築したにもかかわらず、家族法理論においてはその立論を踏襲しなかったのは、カントの婚姻論の露骨な表現への反発もあったであろうが (サヴィニーは、カントの婚姻論は婚姻の本質を見誤り、その品位を貶めるものであると非難する (Savigny, a.a.O.S.348)、基本的には、十九世紀になって広まった有機的社会観の影響による) ところが大きいと考えられる。サヴィニー自身、既に一八一四年の著作「立法および法学に対する現代の使命」Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) において、法は民族の共同の確信によって自然的に成立すると説示しており、又、一八四〇年の体系書においては、この基本的認識が受け継がれた上で、ヘーゲルに倣い「民族精神」の表現まで使用されているのである。この民族精神は、民族の自然的・倫理的要素をその基本的部分として包含するから、家族関係におけるこの要素も当

然重視されるのである（サヴィニーは、婚姻その他の家族制度の内容は、民族の倫理的発展段階や人生観、更に民族の生活感覚によって規定されるとしている。Savigny, a. a. O. S. 347 サヴィニー・前掲三〇八頁）。

右のような、家族関係を財産関係との対比において、人間個人の不完全性を補完する関係と捉える見地は、後に種々の立場に、様々な変容を伴いつつ受け継がれたが、総じて、サヴィニー自身が強調した、個と類との関係における個の不完全性の立論から離れ、個人が個人として生存する中での実質的不完全性に視点が移された。例えば、両関係を孤立と結合の対比で捉える見地では、人は経済生活では他人との冷やかな対立の中で、孤立しているが、保族生活（家庭生活）の中では、密接な結合関係の中で精神的・肉体的欠陥は家族より補完を受けるとされる（来栖三郎「民法における財産法と身分法」(一)(二) 法協六〇巻一一号九頁、六一巻二二号四三頁)。一方、ドニストリヤンスキーは、サヴィニーの教説の影響を受けながらも、サヴィニーが、独立個人の原理を法の基本に据えたことを批判し、そもそも家族こそ法の基礎であり、家族の内では人は保護されていくものであるとし、家族法は保護法であると断定する（沼正也「親族法の体系」同「親族法の総論的構造」二二頁以下参照）。この見地は、補完関係を家族法の基本的関係とするとともに、これを、家族関係を越えた広い法領域のなかに位置づけようとした点に特色を有する。このようなサヴィニーに発するところの、「不完全性の補完」の場として家族を捉える見地を受け継ぎ、直接的にはドニストリヤンスキーの保護法論の影響の下に構成されたのが、沼教授の私的保護法の理論である。

(四) 私的保護法説 沼教授は次のように説く。家族法は、家族的身分関係に立つものの間に分配される「保護」を中核とする法である。「保護」とは、人が市民取引社会において独立人となるため、更には、独立人たることを回復し維持するために欠けているものを、財産法上の契約ないし対価関係に立つことなくして補充することを指し、そ

うしてこの保護は、事後的監護（事実上の養育や疾病時の看護等）、（行為的監護（法律行為の同意や代理）、経済的給付（扶養一般）の三種を含む。このような保護は、人と人との間に、結びつきの緊密性に応じて分配される。婚姻生活共同体、親子生活共同体を構成する者は、結びつきの濃度が高いから、保護義務は広範囲に亘り、且つ質的にも高度のものとなる。この関係に続いて、狭義の親族関係、単なる生理的血縁関係、知己の関係、そうして地縁的關係にも高も、私的保護義務が分配される。以上は要保護者の保護という点において等質的であり、職縁・純地縁関係以外の関係に分配される保護が、「私的保護法」として一体的に構成される。これは要保護性の補充の場であり、要保護性から遮断された完全個人どうしの私的関係を規整する場としての財産法と対立する。要保護者は欠けたものの補充を受け、取引社会に登場する。また、親族的身分結合は人と人との関係のうち最も中心的なものであるから、家族法は私的保護法と親族的身分関係との複合の法である。

右のような私的保護法説は、学界に大きなインパクトを与え、今日でも多くの賛同者を得ている（内田貴『民法IV（補訂版）親族・相続』九頁は、親族法の多くの部分は私的保護法と呼ぶことができるとする。その他、保護関係的要素を重視する見地は多い）。しかしながら、家族法的関係の本質を保護に求める見地については、その立論の根本的なところに疑問を抱かざるを得ない。というのは、家族関係はそもそも保護関係ではなく、また、そうあるべきでもないからである。

第一に、婚姻関係は保護関係ではなく、この関係における基本的義務としての同居・協力・扶助の義務は、保護関係を表すものではない。そもそも婚姻は、自由独立な夫と妻との合意によって成立し、そうして、これを出発点として両者が相互の協力・扶助により、単なる個人としては到達できないところの、高次の精神的・人格的境地へと自ら

を前進させ上昇させる制度なのであり、独立人としての欠失を補填することが婚姻の目的ではない。沼教授は、保護関係における扶養義務について、「自力により生活を立て得ない者に対する経済的給付」の義務と捉えるが（沼正也「公的扶助と私的扶養の限界」同『親族法の総論的構造』一三二頁）、この義務はいわゆる生活扶助義務に当たり、自分と同等の生活を保障するいわゆる生活保持義務には当たらない。従って、この基準によれば、高収入のある夫が、自分だけは豪華な生活を送り、妻には最低限度の生活を可能にするだけの、貧しい衣・食・住のみ与えても、夫の扶養義務は果たされていることになる。また、沼教授は、夫婦共に十分な収入のある場合を保護関係と見なし得るにつき、夫婦一方の不時の疾病等に備えての「潜在的保護関係」が存すると説くが（沼「親族法の対象」同・前掲七四頁）、夫婦共に健康で十分な経済力を保持したまま人生を終えた場合には、夫婦にとって婚姻は、少なくとも法的には、実体を現さないまま終了した無駄な関係であったことになるのである（あたかも損害保険に入り、損害のないまま保険が終了した場合のように、結婚は掛け捨てであったことになるのである）。また、夫婦の同居義務も、保護義務に当たらないことは明白である。理由なく夫が別居し、妻には十分な生活費を支給し続けている場合には、妻が「独立人」たる状況はいささかも傷つけられないが、しかしこれは当然離婚原因となる義務違反である。そもそも夫婦が独立自由な存在で有り続ける為には、同居は相互干渉を呼び起こしかねない有害な要素であるから、むしろ夫婦間の義務から排除されるべき項目となるのではなからうか。更に、不貞は離婚原因とされているから（民法七七〇条一項一号）、一般に夫婦間には貞操義務があると解釈されているが、しかし貞操は保護の範疇には入らない。不貞によって配偶者の感情を傷つけることは確かであるが、これは配偶者が「独立人」たることを損なう行為ではない。また、夫婦が相応の理由なく性的交渉を拒み続けければ離婚原因となり、その限りで夫婦間には性的交渉の義務が

あると解釈できるが、当然ながら性的交渉は保護関係には当たらない。欲求充足はむしろ市民社会の中で「独立人」が果たそうとする行態である。

右のように夫婦関係を保護関係と捉えることは、何かしら殺伐たる印象を与える。それはこの見地が、婚姻関係を、相手に「外」から「給付」を為す関係として、即ち物的・外面的関係として捉え、その内面的・精神的な結びつきの要素を度外視しているからである。この結びつきの本体は、いうまでもなく愛であり、夫婦愛である。法の定める同居・協力・扶助・貞操の義務は、夫婦間の根源的感情、即ち愛の発露として、またその中で果たされるべき義務にほかならない。愛情は内面的感情に過ぎず、道徳の次元では問題に成り得ても、法の次元では問題に成り得ないとしれば説かれるが（例えば、山中康雄・前掲二八二頁以下、川島・前掲「近代的婚姻のイデオロギー」二四五頁以下）、しかし、心の内なる愛情そのものは道徳の領域に属するとしても、愛情の発露としての外的な行態（行為及び態度）は、法の次元に位置する要素であり、家族法はまさにこの愛的行態を要求するのである。それゆえ法に規定する夫婦間の義務は、愛的行態を為すべき法的義務にほかならず、従ってその違反が、愛を破壊する行態として、離婚の事由になるのである。

次に、親子関係も——勿論保護的要素を含むが——、本質的には保護関係ではない。子を養育する親の義務は、「独立人となるために欠けているものを補充する」という関係においては、当然いわゆる生活扶助義務、即ち最低限度の生活を保障する義務がこれに該当するはずであり、沼教授が親の扶養義務を生活保持の義務とするのは（沼・前掲七九頁）、全く以て矛盾である。子には成長するに必要なだけの粗末な食事を与え、親自らは豪華な食事を満喫しても、又、子には寒さをしのぐだけの汚れた古着を与え、自らは絹の衣服を纏っても、独立人となるための保護が不

足しているとは言えない（そうでなければ、貧困者は子の保護を怠っていることになる）。しかし逆に、母が夜なべをして編んでくれた粗末な手袋は、子にとって、外を遊び歩いている金満な母が使用人を通じて買ひ与えた高級革手袋よりも、千倍の価値ある有りがたい贈り物であろう。子の養育は、生活に必要な物資が与えられることそれ自体だけに意義があるのでなく、このことを通じて親が子に愛を示し、子が愛を受容して精神的に成長することに、その本質的意義を有しているのである。即ち、親の愛は、他己たる子を自己のように、或は自己に対する以上に、はぐくみ慈しむ感情であり、この愛を受けて、子は、人がエゴたる自分を超えて他人を自分自身のように大切に思う心の尊さを体感し、このことを通じて子は、個としての人間（独立人）が置かれているよりも、いっそう高い段階にあるところの、精神的・人格的境地の本質的意義を知るのである。即ち、子の養育は、単に子を独立人たらしめることを目的とするのではなく、独立人たることを超えたところに存立するものの高い価値を知らしめ、子を個我以上の大きな人格に育てることをも目的とするのである。このようにしてこの関係は、人格統合の関係として、また、成員の恣意や我意を打ち砕く信頼の關係として、倫理的共同体を形成する。この下で子は親によって、単なる自分本位の存在から自分の意思を犠牲にしても共同体の規律に従う倫理的な人格に高めるべく訓育され、その手段として懲戒（愛の鞭）を受けることも有り得る。

「子は母乳とともに家族の一体感を吸い込む」が（ヘーゲル「法哲学講義」（長谷川宏訳）三三三頁）、同時に子は父の拳骨の痛みの中に家族共同体の掟を知り、そうして、そのようにして「愛のある家族に育つ子どもは、共同体精神の薫りをかいで生きてゆく」（前掲・三五四頁）のである。即ち、「家族は共同化と個体化と二つの仕事を同時に果たしている」（加藤尚武「ヘーゲルの法哲学」二二三頁）。沼・私的保護法説は、共同化の役割を忘れていたのである。

当説は、人は家族法上の補完を受けて財産法の舞台へ送り出されてゆくとするが（沼「公的扶助と私的扶養の限界」同『親族法の総論的構造』一九二頁）、このような見地は家族を市民社会との関係でのみ捉え、国家ないし公共的団体との関連を見失うという偏狭な立場に陥っているのである。即ち、子は家族の中で共同体の精神を育まれることによって、国家その他の公共的団体の有能な成員、即ち公共的人格と成るための精神的資質を植え付けられるのである。

沼・私的保護法説に対する第二の疑問は、保護義務の根拠が不明であることにある。当説は、保護は人と人との結びつきの緊密性に依りて分配され、そうして婚姻共同生活関係、親子共同生活関係は、結びつきの緊密性が強度であるから、それに依りて強度の保護義務が課せられると説くが、単なる事実としての結びつきが、何故に法的保護義務の根拠に成り得るのかについて全く説明されていない（二宮孝富・青山他編『新版注釈民法（二）』二七三頁は、当説の示す保護の根拠（本能・事実）は疑問であるとす）。また、もし事実としての結合関係が保護義務の根拠であるならば、最初から、或は途中で生活共同が欠けた場合には、例えば、夫婦の別居や、子が片親ないし他人の下で養育されている場合には、夫や妻は相手方に対し、また子に対し、保護義務を負わないことになろうか、しかしこのような場合にこそ法的な保護義務が機能すべきものではなからうか。一方、人と人との結合関係が、単なる事実としての関係ではなく、家族法上の身分関係、即ち夫婦、親子等の関係として捉えられれば、この関係は初めから法的性格を帯びるが、しかしこのような把握の下では、保護義務の根拠は家族法自体であることになり、「結びつきの緊密性」や「共同生活」は、無意味な通過点になってしまうのである。沼教授は、私的保護の分配される場合は、「親族的身分関係にある者の関係」が中心をなすと説明するが（沼「親族法の対象」前掲九三頁）、法的関係を意味するのか事実的関係を意味するのか不明瞭な概念が、壮大な理論の中心に据えられていることが、まさに沼・私的保護法説の

非論理性を端的に示しているのである。

沼説は、末弘家団論や中川共同社会説以来連綿と続くところの、「社会」を見る家族法論の系譜を受け継ぎながら、これらの理論の中心的要素であった「共同性」の要素を「保護」という個人的関係に置き換えた点に特色を有する。従って、基本的には従来理論の欠陥を受け継いでいるものである。第一に、家族と社会との混同、即ち家族固有の特性の軽視がある。ここではむしろ家族が社会一般と同列に置かれ、社会に広く成立する保護関係の中に家族関係が吸収されてしまっている。第二に、事実と法規範の混同がある。保護義務の根拠が、漫然と共同生活ないし結合の緊密性に求められ、義務の根拠の理論的分析が欠けている（利谷信義「現代家族法理論の一考察——いわゆる「私的保護法の理論を中心として」渡辺洋三他編『現代日本の法思想』一〇八頁は、「必然的共同生活関係」概念は「事実追隨的な側面を示す」と説く）。第三に、共同性は、保護概念の下に個人と個人との関係として捉え直されている。しかし保護の義務は「外から配分される」とされ、この関係における個人の主体的・能動的作用が無視されている（有地亨『新版家族法概論（補訂版）』三三二頁は、私的保護法論では、家族員が自由な法主体者として相互に取り結ぶ関係が見えにくくされていると説く）。しかしながら、私的保護法説は、右のような種々の誤謬を踏襲する以上に、より深刻で重大な欠陥を含んでいると思われる。それはとりもなおさず、保護という概念自体の持つ危険性である。当概念は、現代社会の基本理念である福祉の理念と接合されやすい概念であり、一見ヒューマニズムの思想に叶った概念であるかに見えるが、私的保護法説は、既述のように、家族関係を成員の欠失を補う物やサービスの給付の関係と捉え、このような家族関係の外面的・物的把握の下に、これを家族外の保護関係と同一視し、家族固有の尊貴な精神としての家族愛、即ち夫婦愛・親子愛を家族法の領域から排除してしまう。しかしながら、家族は福祉施設ではない

(福祉施設はそれ自体重要な任務を果たす貴重な施設ではあるが、家族とは本質を異にする存在である)。既述のように、人は家族において愛を知り、愛に包まれ、愛によって成長するのであり、この関係は家族外の関係では得られないところの、人間本質的な関係である。そうして、この愛(愛的行態)を基準として初めて家族の法的関係も適正に処理され得るのである。私的保護法論は、このような人間存在の本質的要素としての家族愛を、家族法の領域から追放しようとする理論であり、それは、物質主義の、むしろ反ヒューマニズムの家族法論にはかならないのである。

四 綜合主義的家族観

独立自由な個人を出発点とする家族法理論は、そのような個人の合意として、即ち契約として家族を捉えようとして、契約を超えた家族の統合的側面に撞着してこれをなし得ず、他方、独立自由であることにつき欠陥を有する個人を補完する関係として家族法を捉えようとして、家族の固有性と精神性を見失い、共に家族法論としては完全に頓挫してしまった。即ち、正しい家族像は、独立自由な個人から出発しつつ、家族本来の精神性を保つ統合体として家族を捉えることによって得られる。このような家族観は、西洋キリスト教の文化的伝統の中で共通観念として育まれてきたが、近代に至って、ヘーゲルによって初めて明確に、学問的に、人類普遍の原理として示された。

(一) ヘーゲルの家族法論 自由な個人である男女の契約として婚姻を捉えようとしたカントの婚姻論は、既述のように、人格の肯定と否定の悪無限的循環の矛盾に陥り、挫折せざるを得なかった。しかしながら、この矛盾の解決は、カント自身が用意している。それは、カントが、夫婦相互が性の提供とともに人格を喪失し又回復するという関係において、夫婦の二つの人格が「意思の統一体」を形成することである(川島「近代的婚姻のイデオロ

ギー」前掲二四四頁、Kant, Eine Vorlesung Kants über Ethik, S.211) また、このこととの関連で、カントが、婚姻契約の内容を人格の相互放棄(相互に相手に与え合うこと)ととらえることである(Kant, Metaphysik der Sitten, S.191, カント・前掲二四二頁)。即ちカントは、婚姻契約が通常の契約と異なり、双方の独立人格をそのまま独立のものとしておくわけにはいかない契約であること、婚姻契約が二つの人格を合一に向かわせる契約であることを、暗に察知していたのである。しかしながら、カント哲学の悟性主義的立場では、事柄は峻別されねばならないのであり、二つの人格が一つに成ることは有り得ず、かくして迂回的・近似的説明を与えるほかなかったのである。しかしこの困難な方法は、弁証法においては簡明直裁である。

ヘーゲルは次のように説く(Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, ヘーゲル(藤野・赤沢訳)『法の哲学』世界の名著三五巻、ヘーゲル(上妻他訳)『法の哲学』ヘーゲル全集九B、ヘーゲル(ディーター・ヘンリッヒ編、中村他訳)『法哲学講義録』、ヘーゲル(長谷川宏訳)『法哲学講義』、内容は講義年次や編者により、多少の異同があるが、引用に当たっては煩雑を避けるため、原則として、節番号sのみ示した)。

婚姻の出発点は、男女二つの人格が一体となり一つの人格を成立させ、二人の個別的人格をこの統一的人格のうちで放棄しようとする合意である。この一体性は個別的人格という点からは自己制限であるが、しかし両人格はこの一体性において彼らの実体的自己意識を獲得するのであるから、この一体性は彼らの解放である(s一六二)。この一体性の感情が夫婦の愛であり、この愛においては、一方はその自己意識を、自らの孤立存在を放棄し他方との一体性の中にある自己を知ることによって、獲得する。このような一体性の感情としての愛は、悟性の解き得ない矛盾である。なぜなら、自己意識は単一性の意識として存立するから、他人を自己と意識すれば、本来の自己は否定されざる

を得ないが、しかしやはり自己は自己自身を自己と意識せざるを得ないからである。このようにして、愛は矛盾の惹起であるとともに矛盾の解消である。矛盾の解消として愛は倫理的合一である（§一五八）。婚姻の倫理的本性は人格的一体性の内にあり、即ちそれは、愛、信頼、生活全体の共同の上になり立つ。ここでは自然的衝動は押し下げられ、精神的な絆が、情熱や好みの偶然性を超えた実体的なものとして現れる（§一六三）。このように、婚姻においては、自然的、偶然的、主観的要素は非本質的なものとして引き下げられ、精神的、自己意識的要素、信頼と人格的同一化がその本質とされるのであり、即ち婚姻とは、法的に倫理的な愛である（§一六一）。婚姻は本質的に一夫一婦制である。なぜなら、婚姻関係に身を置き得るのは、排他的個別性としての人格であり、婚姻関係の真实性と親密性は、両人格の相互的で全面的な献身からのみ生じ得るからである（§一六七）。婚姻の一体性は、実体的なものとしては、親密さと心立てであるにすぎず、現実に現れたものとしては、両主体に分かたれている。このような婚姻の一体性は、子においては一体性そのものとして顕現し、両主体が、自分たちの愛として、自分たちの実体的存在として愛するところの対象となる。夫婦間では愛の関係は、まだ客体的ではない。というのは、感情は実体的一体性としてあるけれども、この実体的一体性はまだ対象性を持っていない。こうした対象性を両親は自分たちの子において初めて得る。両親は子において自分たちの合一の全体を目の前に持つ。母は子において夫を愛し、夫は子において妻を愛する。こうして両人は子において自分たちの愛を目の前に持つ（§一七三）。

右のようなヘーゲルの家族理論の論理的特質は、矛盾と矛盾の解消という論法（いわゆる弁証法）でもって、自由で自立した人格を共同体的統一へ纏め上げたという点にある。これは、カントの悟性主義的峻別の論理では果たし得なかった論理的展開であり、国家に対すると同様、個人を超えた社会的実体を捉えるためには、不可欠の論理である。

このような論理を、安直で「便利」な論法として揶揄する見地もあるが（例えば、大原長和「家族法の基本理念——家族法の法哲学的研究序説——」九州大学法政学会（法政研究）一八卷三号一一五頁、但しヘーゲルの家族法論全体に対しては、同調的である）、しかしこの論理は、むしろ常識的で現実的な論理である。ヘーゲルの、愛は矛盾の感情であり、矛盾の解消の感情であるという捉え方は、人間誰しもがその人生の過程で経験する境地であり、それまで個としての自分のみに絶対的価値を置いていた自身が、ある特別人格たる異性に心を惹かれ、我を忘れそうにもなり、しかし我に留まろうとするとき、或は愛が成就した時の感情はまさにこれである。矛盾と矛盾の解消の論理はむしろ普段の、通常の論理であり、例えば、子供から宇宙の果てはどこにあるのかと聞かれて、果てがあったらその先は何なのかと答え返すしかなないときの思慮がこれに当たる。物事の究極の実体は簡単に割り切れるものではなく、割り切ろうとする峻別の論理がむしろ特殊の人為的思考なのである。我々に身近な形である円の周囲と直径の比率（円周率）も、悟性的論理そのものである数学によっては、割り切れないのである（ちなみに、円は和合を象徴する形体である）。

家族を共同社会と捉えた中川教授が、家族関係は人と人との全人格的結合であり、ここには個人人格を超えた自我の拡大があるとし、そうして、婚姻は人格的契約的立場を止揚するものだとするヘーゲルの立論に賛同しているのは明察であるが、しかし、この見地に立ちながらも、家族関係は「我」と「彼」とが一つの「我等」となる関係であると説くのは、はなはだ不可解な論述である（中川「身分法の基礎理論」一四〇頁）。というのは、「我等」は複数形の概念であるが、「愛」は一つの人格を形成するからである。また、統体法の本質の説明において、一十一〇二という数式は適用されず、又、婚姻関係には、一男一女〓夫婦という関係は成り立たないとし、合算は総和以上の力をもたらずと説かれているが（中川・前掲二八頁）、婚姻関係は、一十一〇二 α の関係として、即ち二人以上の力を発

揮する関係として捉えられるべきではなく、一十一―一の関係として、即ち、二人格が一人格を形成する関係として捉えられるべきなのである。

右のような統合体としての家族においては、全一体としての家族と、家族成員の個別的な人格とは、統合の中でともに存立する。統合の精神としての愛は、個人人格を止揚する (aufheben) が、これを完全には廃棄しない。このように個と全体の統合と調和が、共同体の、そうして家族の原理なのであるが、このような捉え方を全体主義として非難する見地がある。例えば、ラートブルフは、社会観を個人主義と超個人主義 (全体主義) に大別し全体主義を批判するが (ラートブルフ (田中耕太郎訳) 『法哲学』ラートブルフ著作集第一卷三三〇頁以下)、個人主義以外は全体主義とする見地こそ偏狭な社会観であり (大原・前掲二卷五六頁は、いわゆる団体主義が個人を否定する全体主義か否かが問題なのであると説く)、中庸を得た正当な社会観は、自由な個人の主体的な行為を尊重するとともに、自由な個人によって構成される健全な共同体の価値をも承認するのである。ところが偏狭な個人主義論者は、婚姻や家族を共同体と把握すること自体を非難するのである。例えば、キリストによる婚姻共同体の重視が、全体主義的婚姻観であるとされ (松本暉男「近代フランスにおける婚姻思想の系譜」中川善之助他編『結婚・家族問題と家族法Ⅱ』一〇五頁)、一方、ヘーゲルの家族観は有機体的婚姻観であり、個人の人格の尊重という基礎が捨てられたときは、全体主義的婚姻観として利用され得ると批判される (加藤一郎「ドイツにおける婚姻思想の発展」中川善之助他編『結婚・家族問題と家族法Ⅱ』一五五頁以下)。しかしながら、真理は中庸と総合にある。家族は、自由な個人の全体的統一として捉えられなければならないが、この統一を可能にするのが、愛という家族的精神である。

次に、ヘーゲルの婚姻論の大きな意義は、家族関係、特に、一夫一婦制における婚姻の倫理性を根拠づけた点にあ

る。婚姻は、単に性的好感や諸々の都合によって取り結ばれる関係——野合・同棲——と異なり、高い倫理性を有する関係である。それは両性が、その人格の全体において結合し、相手の苦しみを自分の苦しみとし、相手の喜びを自分の喜びとするところの、全面的な精神的結合体である（日常用語でいう苦楽を共にする一心同体の関係である。キリスト教の教えでは、夫と妻の二人の者は、一体となるべしと説かれる（創世記二章二四節）。そうして、このような精神的共同体においてのみ、肉体的関係も正当性を持ち得る。「肉」が「霊」によって媒介されるからである。敬虔なキリスト教信者であった田中耕太郎博士は、婚姻は動物の結合と異なり道徳的内容を有し、単なる肉体的協同体ではなく精神的協同体であり、この故に教会は婚姻を「秘蹟」の地位にまで高めていると説く（田中耕太郎「自然法的婚姻及び離婚論」穂積他編『家族制度全集史論篇Ⅰ婚姻』七四頁以下）。またヘーゲルは、婚姻の倫理性を貴ぶ心情は、キリスト教国民の立法に取り入れられているとする（∞一六四）。しかし、婚姻の倫理性は、個人の尊嚴の理念と同様に、キリスト教がその現実化に大きな役割を果たしたことには違いはないが、この理念自体は人類普遍の絶対的理性であり、キリスト教の枠内に留まるべきものではない。日本の旧来の家族法学説も、当然のように婚姻の倫理性を承認していた（我妻栄『親族法』八一頁は、夫婦関係の根底には、倫理的本質が存すると説く）。

最後に、ヘーゲルの家族理論の大きな功績の一つは、親子関係を理念的に基礎づけ得たという点にある。一般に親子関係は、血縁という生理的要因から、或は未成熟児の養育の必要という観点から説明されてきたが、前者はそれ自身精神的要素ではなく、また後者は親子関係の特有性を示すものではなく、共に理念的親子論とは成り得ていない。しかしヘーゲルは、親子関係につき、子は夫婦愛の対象化であり、夫婦両人格の精神的合一の定在であると端的に捉える。ところで、夫婦両人格の精神的合一は、自然的基礎、即ち自然的生命活動の基礎の上になりたっており、それ

故この精神的合一関係は、夫婦の肉体的合一関係、即ち夫婦の肉体の一部としての生殖細胞の合体による子の肉体の生成を伴う。従って、この関係の結果として現出される子の人格は、精神的にも肉体的にも、両親の人格の結合としてあり、両親の人格そのものにはかならない（子は親の分身であるという慣用句は、事柄の真相に合った表現である）。このように、親と子は本来人格的・精神的合一体を形成しており、それ故両者間に人格的合一の感情としての倫理的愛の関係が成立する。カントは、親は子をこの世に出現させた責任を負うとしたが（ ∞ 二八）、子は物でなく人格であり、又、外的に出現させた存在ではなく、両親の人格の内からその結合として現出されたところの、両親自身の人格と本質的合一関係にある人格である。カントは、その悟性主義的峻別の見地から、二者と一者とは断然区別するほかに、婚姻関係の一体性を、夫婦二人格の相互的人格放棄として説明するほかなかつたが、親子関係においても、親の人格と子の人格の一体性を捉えることができず、その一体関係を、人に対する物的支配として——これ自体は確かに一体関係ではある——、即ち「対物的な対人権」という矛盾した支配権として捉えるほかなかつたのである。しかしながら、親にとって子は、自分の外にある何ものかではなく、自分自身の人格の内にある人格である。従って、親は人が自分自身を支配する権利、即ち人格権的支配権を、子に対して持つ。これが親の固有の権利としての「親権」である。また親は、人が自分自身を理性に従って適正に処すべき責任を、自分の人格そのものである子に対して負う。これが親の養育監護義務である。しかし、子は子として一個の独立の人格であり、親子の人格は現実には別個の人格に分かたれている。即ち、子の人格には子の固有の人格と親の人格の二面が含まれている。この二者は矛盾の關係にあるが、婚姻におけると同様、この矛盾を乗り越えて二者が精神的・人格的合一体を形成しようとする精神が、愛という人格的一体性の感情、即ち親子の倫理的愛なのである。

(二) 家族法上の個別的問題の検討 以上のような、自由な人格の、愛による精神的・人格的統合の関係として家族を捉える立場から、現在問題とされている家族法上の諸事項につき検討を加えると、次のようになる。

内縁その他の事実上の婚姻関係、或は婚姻関係とまでは言えないような「自由結合」の関係につき、これにどの程度の法的保護が与えられるべきかが論ぜられている(例えば、大村敦志『家族法第三版』二二三頁、当説明に倫理的観点が欠落しているのは遺憾である)。しかしながら、性的関係は、人格の一体関係としての婚姻においてのみ倫理性と正当性を持ち得る。即ち、正式の婚姻においてのみ、両者の関係が単なる性的衝動や浮動的好感を越えた全人格的關係であることが、確認される(星野英一『家族法』四七頁は、婚姻の意義につき、単なる性的欲望や感情的な愛ではないところの、理性に導かれた意思的なものである愛の重要性を指摘する)。従って婚姻外の性的関係は、背徳の關係として、本来法的保護に値しない關係でしかないのであり、婚姻の尊貴性は、「情欲」によって妨げられてはならないのである(ヘーゲル ∞ 一六三)。

現在、諸外国において、同性どうしの婚姻ないし準婚を認める例が増えている(仏、独、英、米の諸州、等)。しかしながら、「結合すべきものは、それ以前に別個のものでなければならぬ」という近親婚の禁止理由は(ヘーゲル ∞ 一六八)、より強く同性婚に対して適用されなければならない。同じものが結びつくべき道理は存しないのである。

夫婦が結婚後も元の氏を名乗り続けること、即ち、別氏(別姓)を承認すべきとする意見があり、この見地は「民法改正要綱」(一九九六年)の中に「選択的夫婦別氏制」として取り入れられた。しかしながら、夫婦同氏制は、夫婦一体思想に基づくものであり(於保・中川他編『注釈民法』一七五頁)、また、「氏名は個人の人格の象徴」である

から（最判昭六三・二・一六民集四二卷二号二七頁）、夫婦別氏制は、夫婦の人格的一体性を正面から毀損する制度として、断然排斥されねばならないところのものである。既述のように、婚姻の倫理性は、夫婦の人格的一体性のあるのであり、これを分裂させることは、婚姻を野合同様の背徳の性関係に貶めることを意味するのである。

夫婦別氏論の論拠の第一は、結婚による改氏が、職業上の不便をもたらすこと等の、實際生活上の理由を挙げるものである。しかしながら、婚姻による夫婦の人格的一体性は、それ自身客観的倫理の要請するところであり、生活上のあれやこれやの便宜・不便によって左右され得ない高次の精神的原理にはかならない。不便というなら、配偶者との同居・協力も、危急の際の必死の救護も、さぞかし不便でわずらわしい作業であろう。夫婦は種々の不便や困難を協力して乗り越えてゆくことによってその絆を確かなものにするのであり、婚姻制度はまさにこのことを夫婦に要求するのである。夫婦別氏論の第二の論拠は、同氏の押し付けは、個人の価値観の多様化にそぐわず、価値観の自由、自己決定の自由、ライフスタイルの自由を侵すものであり、法は、こういう問題に寛容でなければならぬとするものである。しかしながら、このような寛容論的自由主義の主張は、消極的自由と積極的自由とを取り違えるという誤りを犯している。消極的自由の局面、即ち、権力の規制から個人が守られるべき局面においては、寛容的自由は一定程度通用する。即ち、思想・良心・信教の自由、表現・集会・結社の自由等が、これに当たる。しかしながら、このような自由は、一定の制度を設定する局面において、即ち、積極的意義において、通用する原則ではない。制度が一定の内容を持つためには、それにふさわしい価値を選別しなければならず、その反面として、不相応な価値を排除しなければならぬ。婚姻制度に寛容的自由を導入すれば、当然、一夫多妻制も、条件付き・期限付き婚姻も、近親婚も「選択的に」認めるべきことになろう（安念潤司「家族関係と自己決定」岩村正彦他編『岩波講座現代の法一四・

自己決定権と法』一三四頁以下は、家族形成は各人の自由な合意に委ねられるべきとして、以上のような関係を認める。しかしこのような見地に立つものも、場所を限定した現地妻の婚姻、妾的継続売春的婚姻、親子兄妹姉弟間の婚姻、強大な夫権に妻が屈する婚姻等を、たとえ当事者が納得していても認めるわけにはいかないであろう。しかし、価値観の自由やライフスタイルに干渉しないという原則の下では、このような婚姻を排除することは出来ないのである。右のような婚姻形態が人間の尊厳（ヒューマニズム）に反するという主張は、成り立たない。というのは、人間の尊厳という理念自体が価値観にはかならず、また、この理念の内容に何を盛り込むべきかの判断も、価値の選別の作業でしかないからである。選択的別氏制の要綱の作成において、重要な役割を果たされた加藤一郎教授が、この制度の趣旨として、多様な価値観や様々な人の考えが尊重されるべきこと、寛容の精神が必要であることを強調しながら、しかしその一方で、同性婚は、「天然自然の法則」に逆らうゆえに認められないとしているのは（加藤一郎「二世紀の家族法」ジュリスト一〇五九号一〇四頁以下）、甚だしい矛盾である。「天然自然の法則」に従うべきか、又、それが何を意味するかは、人々の価値観に左右される判断であるからである。実は別氏制の論拠としての寛容的自由主義は、その寛容や多様性というソフトな装いをはずせば、そこにあるのは偏狭な個人主義であり、独立自由な個人に絶対の価値を置くゆえ夫婦一体の象徴としての夫婦同氏が攻撃されるのである。更に、このような独立自由な個人の尊重という見地が、明示的に、しかも寛容的自由主義と並んで主張される場合もある（米倉明『家族法の研究・民法研究第五卷』八頁以下、価値の多元性と個の尊重を別氏論の根拠として並列させるが、この二つの根拠は、前者の根拠によって後者の根拠は否定され得るという関係にある）。しかしながら寛容は個の尊重を否定する見地に対しても寛容でなければならず（もしそうでなければ、寛容ではなくなる）、価値の多元性論は、別氏排斥の価値観も承認し

なければならぬのである。以上のような寛容的自由主義の衣を纏わない、ある意味で純粹な個人主義的別氏論も、見受けられる（利谷信義『現代家族法学』八一頁、「女性の自立」をも挙げるが、個人主義的立論の内に入る）。さらに、同氏の強制が、個人のアイデンティティーの喪失をもたらすという主張もしばしば見受けられるが、これも個の同一性の主張として、個人主義的立論の一ヴァリエーションにはかならない。しかしながら問題は、個人の尊厳という、それ自体法の基本理念として絶対的価値を承認されなければならない理念が、家族という特殊緊密な共同性の場で、即ち取引社会におけるような対立と冷淡の支配しない場で、いかにしてそれ自身を実現し得るかにある。この点につき、家族における個人の尊厳を重視し、これを家族の個人主義化と捉え、個人が基本となる社会では、家族を個人の幸福追求の場、自己実現を支援する場として捉え直すべきことを主張する見地もある（二宮周平『家族法第三版』一三頁）。しかし、家族はそれ自体愛と信頼によって成り立つ共同体であるから、家族における成員個人の幸福は、他の成員と愛と信頼の関係にあること自体を喜び、これに満足を感じることにほかならず、家族における自己実現は、他の成員から支援を受けるといような外的関係においてではなく、他の成員との人格的合一化により自らの自我を「大我」に上昇せしめ、自己の人間性そのものの内実を深めることにあるのである。即ち、個人の尊厳は家族においては、家族の成員としての尊厳であり、家族そのものの尊厳である。個人のアイデンティティーは、ここでは家族成員としてのアイデンティティーであり、家族のアイデンティティーにはかならない。しばしば夫婦別氏論は、女性の自立と尊厳の確保という観点を説くのであるが（二宮・前掲も同様）、しかしこの論は、右のような高次の幸福に至る道を女性に対し遮断し、女性を個（孤）としての存在に押し留めようとするところの、女性孤立論、女性蔑視論ともいべき立論でしかない。なお、日本国憲法に定める「個人の尊厳」が、アメリカ的なアトミズムの個人主義の理

念の現れであり、夫婦別氏論もこの理念の帰結であるとしてこれを批判する見地があるが（八木秀次「自己決定権と徹底した個人主義——夫婦別姓論の提起するもの（一）（二）」早稲田政治公法研究第四八号二四三頁以下、四九号一五一頁以下）、歴史的経緯はともかく、個人の尊厳という理念自体は、必ずしも右のような偏ったものではない。ヘーゲルは、国家を自由の実現態、倫理的理念の現実性とし（ヘーゲル「法哲学」§二五七、§二五八）、共同体の意義を強調したが、一方、しばしば個人の絶対的価値にも言及している（ヘーゲル（武市健人訳）『歴史哲学下巻』一三五頁は、「個人が私的人格として犯すべからざる絶対的価値を持つ」と説く）。即ち、個人の尊厳は家族においては、独立個人の尊厳ではなく、家族共同体の成員としての個人の尊厳なのである。

既述のように、子は両親の精神的・肉体的結合そのものとして、即ち、倫理的愛の対象化として、両親が愛し又支配する人格である。この支配権が親権であり、親固有の、不可侵の、譲渡し得ない尊貴な権利である。従ってこの権利は、事情により別人が子の養育看護の権能を有する場合の権能、即ち後見人の権能とは、全く本質を異にする。親は子を自分自身のように愛し扶助し、又、自分自身についてと同じように根源的な責任を感じ厳しく規律する。後見人は子を他人として尊重し指導する。親権後見統一論は、この両者の本質的差異を無視する謬論である。中川善之助博士は、既述のように親子の人格的一体性にしばしば言及しながらも、この論に賛同する（同「親権廃止論」法律時報三一巻一〇号四頁）。博士のこのような立論は、その根本的家族把握としての共同社会的家族観からの帰結である。即ち、親子特有の関係が共同関係一般に解消され、親子固有の絆が「本質社会結合」に置き換えられているのである。我妻博士がこの論に疑問を提示したのは（同『親族法』三二七頁、親権は「自然の愛情を基礎」とすると説く）、我妻法学の「土着性」が良い面に現れた例であろう。このように親権は、子の人格を全面的に且つ排他的に支配する親

の権利であるから、第三者が子を権限なくして事実上支配下に置いている場合には、当然親権者は子の引き渡しを請求し得る。多くの学説はこのような場合に「子の福祉」が基準になり、何が子にとって最良の利益になるかを、科学的・客観的に探究するべきであると説く。しかしながら、一杯の蕎麦を親子で分けあって食べている状況下にある子を、裕福で慈愛あふれる近親の者が接待し、そのまま子がその下に居ついている場合に、その者の下で育てられる方が客観的に見て子の福祉に叶うという理由で、親権者からの引き渡し請求を斥け得ると考える者は、いないであろう（そのように考える者は、ヒューマニストの面を被った鬼の心の持ち主であろう）。事実上の養育者や離婚した相手に対する請求についても、同様に考えるべきである。親権は、場合によっては自分を犠牲にしても子を守ろうとする親の愛を内容とするところの、親固有の尊貴な権利であり、親はこの権利を行使し心底からの配慮を子に尽くすことによって、自らを単なる個としての人格から飛躍させ、また、親としてこそ得られる人間的幸福を感じることが出来るのである。子に対する親の面接交渉権については、これを親固有の権利とする見地も見受けられるが（二宮・前掲一二二頁は、親は子との交流によって励まされ幸福を感じると説く）、面接交渉権に限らず、親権は親としての幸福追求権であり、また自己を人格的に向上させる実体的権利であって、単なる形式的な、義務としての権利であるわけではない（大村・前掲一八一頁は、親子関係の意義につき、「子の利益」の神話性を指摘する）。

なお、親子関係は、自然的・血縁的關係を基礎とするから、一旦親子と認定され、或はこれが否定されていても、事実として、即ち血縁上これが反対証明を受ければ、法的親子関係の存否は覆される。このような法的処理を、「血縁主義」として非難する見地があるが（水野紀子「実親子関係と血縁関係に関する一考察——フランス法を中心に——」中川良延他編『日本民法学の形成と課題（下）』一一八一頁以下）、血縁信仰を共同幻想とする）、そもそも

親子関係の高度の精神性・倫理性は、婚姻を媒介にしたその自然的・肉体的関係の上に成り立っているのであるから、この両面を切り離すことは、親子関係の存立基盤そのものを覆す試みでしかない。親子関係において、肉体的生命活動の契機を否定的なものとし切り離すことは、男女関係において肉体的関係を否定するプラトニック・ラブの見地と同様、かえって人間的絆そのものの力を失わせることを意味するのである。

家族間の扶養義務を、生活保持義務と生活扶助義務に分ける見地があり、今日通説化している（中川『基礎』五九六頁以下）。この見地によれば、生活保持義務は、夫婦間において、また、親が未成年子に対する関係において、身分関係の本質として成立する扶養義務であり、相手方の生活を扶養することが直ちに自己の生活を保持するゆえんである場合とされ、また一方、生活扶助義務は右以外の関係において、偶然的・例外的に成立する扶養義務であるとされる。そうして、扶養義務の程度についても、生活保持義務は相手方の生活程度を自己のそれと均しくするべき全面的保持の義務であり、これに反し、生活扶助の義務は、相手方の生活を維持するため、自己の地位相応な生活を犠牲にすることのない範囲で扶養する義務であるとされる。このような二分論は、基本的視点においては正当性を有している。というのは、夫婦と、親と未成年子の関係は、人格的一体性の精神としての倫理的愛が支配する関係であり、他の家族関係とは本質を異にするからである。しかしながら、このような視点の下に、生活程度の高低という物質的基準を導入し、生活保持の関係においてはこれが両者間で同等となるべく、一方、生活扶助の関係においては、扶養者の社会的地位を顧慮して、両者間に相応の差があるべきとしているのは、根拠のない議論であろう。というのは、生活保持の関係においても、裕福な親が、自らの幼少期の体験に基づき、子に質素な生活をあえて強いても、保持義務違反にはならないであろうし、また逆に、生活扶助の関係においても、弟が路頭に迷わんとしているとき、兄は自

分の地位相應の生活を引き下げてでも、弟を扶養しなければならぬであろう（そうでなければ、法的な扶養義務とは言えないであろう）。このような二分論の矛盾については、既に鋭い批判が向けられているが（鈴木祿弥『民法の基礎知識（一）』一八一頁以下）、これに対する中川教授の反論は曖昧である（中川「扶養義務の二つの原型について」同『家族法研究の諸問題』二二七頁以下、二つの義務の違いは、「強さであって、大きさではない」としながら、負担すべき金額について二種の義務に大きな差をつけており、一方、親と子の生活レベルは異なっており（よいとする）。右のような二分論の矛盾と混乱のよって来る原因は、家族関係そのものの質の違いを、即ち、精神的・人格的一体性の有無の違いを、物的給付の量の差異に、無媒介的に置き換えている点にある。即ち、夫婦親子間の扶養関係は、その精神的・人格的な一体関係の一要素として、その物的側面としてあるにすぎないのであり、その側面のみを取り出して、このような一体性を欠く関係における物的給付、即ち扶助義務と量的比較を行うことが、そもそも筋違いなのである。あえてこの比較を行うなら、「最低限度の生活」を扶養する这一点で共通であるだけであり、それ以上の給付は、夫婦・親子の愛情的関係の中で解決されるべきところの、それ自身不定量の給付でしかないのである。

家族の財産は、家族が、愛に基づく人格的一体性としてあるゆえ、法形式的には個人所有となっていようと、実質的には家族員の共有である。従って、夫婦財産契約は、婚姻の出発点でしかない夫婦の独立人格性を、婚姻成立後、にまで引き延ばそうとする、婚姻の本性に反する制度である（ヘーゲル ∞ 一七二は、この制度を例外的にのみ認める）。日本ではこの事例が希少であることは、婚姻意識の健全性が比較的保たれていることを示している。夫婦が離婚した場合の財産分与は、実質的共有財産の、個人への分割としての意義を持っている。この実質的共有は、夫婦が夫婦として結合していること、即ち、人格的に一体であることの物質面への反映であり、夫婦の各々が財産の形成や維持に

いかほど寄与したかは、無関係である。妻の内助の功が評価されるべきとする見地があるが、妻が妻として存在していること自体が、即ち、愛情的関係を形成していること自体が、本質的な「功」である。また、扶養の必要を財産分与の根拠とする見地もあるが、配偶者の必要生活費を超えた財産分与も有り得、また逆に、これに不足する場合もあり、両者は別次元の問題である。相続は、形式的には被相続人の個人財産となっている家族の共有財産の、家族成員への分割である（ヘーゲル ∞ 一七八）。相続の根拠を「潜在的持分の清算」という物権法的概念で説明する見地が、一般的であるが、財産の形成や維持に対する相続人の貢献や協力は、相続分に影響しないし、また、影響すべきでもない。生後難病治療のため多額の出費を要した子の相続分が、減額されるべきでもなく、また、仕事を持たず家事は家内使用人に任せられている妻の相続分が否定されるべきでもない。一方、相続人の生活保障の必要を指摘する見地もあるが、相続人の困窮は相続の要件ではなく、また、高収入ゆえに相続が否定されることもない。更に、死者は人格を有しないから、その意思に絶対的意義はなく（ヘーゲル ∞ 一八〇）、それ故、被相続人の意思の推定は相続の根拠とは成り得ず、また、遺言は遺留分によって制約を受ける。

以上のような家族の財産関係の処理における議論の混乱は、家族財産が家族の精神的・人格的一体性の支配の下にあることを忘れた、家族財産関係の即物的な把握のもたらすものであり、この関係は、家族の本質としての、愛情的統合の見地から処理されなければならないのである。

五 結語

現代の家族と、それに相応した家族法論は、言わば「歌を忘れたカナリア」の状態に陥っている。歌とは愛であり、

家族共同体の醸し出す美しい倫理的感情であり、倫理の和音である。これが失われた現代の醜状の下では、すべての関係が個人に還元され、自立した個人の諸々の欲望や便宜に叶う外的な制度として家族が捉えられ、個人を超えたものの価値は、否定される。未熟な個人に対しては、成長するに必要な物・サービスが提供され、成熟した個人に対しては、その欲するところを満足させるために、種々の給付が用意される。物的給付の場として家族を捉えるに飽き足らない見地は、「慈」や「安らぎ」といった精神的要素を家族に求めるが、これとても、個人の心理の内に生起し消滅するところの個人的次元で収束する現象でしかない。このような、共同体の愛を忘れた即物的な個人主義的關係とは、一見相反した関係もしばしば見られる。それは野合としての性的結合であり、単なる情動でしかない欲求や嗜好のみが取り出され、これに基づき男女が結合し、これを失えば分れる。このような関係を、「自由結合」として容認する見地すらあるが、浮動的感情による結合は、理性の主体としての人格の結合ではなく、それはむしろ「獸結合」とも称すべき俗悪な関係でしかない。それは諸々の欲求を乗り越えるところに成立する精神的・倫理的統合体ではなく、文字通り背徳の性愛結合であり、そこには汚らわしい歌を歌うカナリアの醜い姿があるに過ぎない。しかしながら、自由な人格の保つべき人間の尊厳は、そのような所にあるのではない。人間が諸々の欲求に振り回される個としての存在から抜き出て、他の人格の内に自分自身を見出し、これとの結合の中で高次の人格的境地に至ることは、むしろ人間の使命であり、また責任でもある。そうしてこのことを達成する場が家族であり、この中で自由な人格は共同体の精神としての愛を知り、この倫理的感情としての愛の内に生きることにより、自己の人格を陶冶し、一層大きな人格へと自分を成長させる。これが人格的自由の本質的要素である幸福追求権の、家族における顕現であり、ここでは「自己」を乗り越えたところに真の「自己実現」が達成される。「最高の自由は最高の共同にある」というヘーゲルの

名言は、家族法においても絶対の真理である。即ち、家族とは、自由な人格から成る法的倫理的愛の共同体である。