

小野梓の「家庭の制」をめぐって

中 村 吉 三 郎

—

小野梓「民法之骨」(1)「上篇」明治十七年一八八四年東洋館書店刊)の第五章は、題して「家庭の制」(2)となっている。その冒頭、小野は「前章の所論に連接して論述すべき一大要目あり。之を家庭の制なりとす。蓋し家庭の制は親子の關係を督すものにして、其所定の如何直に之が位地權利を左右するものならばなり」といっているが、前章とは第四章「一箇人の位地」、すなわち「人たるものこの位地に依て諸の權利を享有し若くは諸の義務を負担するものなり」といっているから今日いう權利能力にあたる。ところで、この小野の発想ないしは叙述の流れから、直ちに彼が、すでに親子間の法律關係まで、すべて対等当事者間の純財産法的個人主義的權利義務關係に包摂させて構想していたのではないかとするのは早とちりにすぎらぬであろうか。小野は、「蓋し家を以て國に繋げ一団の家族を以て社會の基礎と為

小野梓の「家庭の制」をめぐって(中村)

すべきものならしめば、民法上家庭の制を論ずるに当て族長と家族の關係に論及すべきも、若し身を以て直に國に繫げ衆一箇人を以て社会の要素と為すべきものならしめば、民法上其制を論ずるに当て唯ひとり親子の關係を論ずるに止まらなければならない。」⁽²⁾ともいっている。

(1) 本稿に引用する小野の著作は、すべて早稲田大学大学史編集所編「小野粹全集」(早稲田大学刊)第一卷昭和五十三年(一九七八年)、第二卷同五十四年(一九七九年)、第三卷同五十五年(一九八〇年)、第四卷同五十六年(一九八一年)、第五卷同五十七年(一九八二年)による。

(2) 「家庭の法律」などとは今日でも、結構いわれているが。

(3) 全集第二卷三〇〇頁。

いうまでもなく、民法といつても、それぞれ違った原理のはたらく二つの部分からなる。すなわち、同じく人の生活のなかで、物の生産、流通を規律するゲゼルシャフト的な打算的個体的な法の部分と、人の生産(種の持続、繁殖)を規律するゲマインシャフト的な超打算的統体的な法の部分とからなる。

前者の部分を広く財産法と名付けるのは、ほぼ定着したところだが、後者の総称には、いささか変遷があった。むろん民法典の編別にならって素直に親族法・相続法ないしは、併せて親族相続法といういいかたもあるが、なんとなく曲がなすぎ、また講学的でもないところからか、いろいろと工夫され、かつては中川善之助あたりを嚆矢としてか「身分法」、「身分法学」といういいかたが一時流行したこともあった。⁽⁴⁾それによれば、身分法とは、「財産法に對立する概念で、貨財の生産・再生産を規律する財産法と併立して種族の保存永続を確保するために生み出される法

規」のことで、「身分それ自身に関する法規の他、身分に原因し、また、これに制約せられる特殊の財産的法規をも含む」とされている。もとより、ここで「身分」といつているものは、封建社会における人の地位の上下序列とは全く別で、「親たる身分」、「子たる身分」というように、単に「人の保族生活における社会的地位」を指すにすぎないが、とはいえ、「身分」ということばの語感から、どうしても、例の士・農・工・商の「身の分限」といったことが連想されがちな難点はぬぐえなかった。にもかかわらず、あえて「家族法」とはいわず「身分法」といういいかたに、あくまでこだわったのは、おそらく戦前のいわゆる「明治民法」(明治三十一年一八九八年六月二十一日法律第九号「民法第四編第五編」)のもとで「家族」とは、戸主に統率される「家」の構成員を意味するものだったからではあるまいか。⁽⁵⁾ その意味では、戦後の全面改正にあった現行民法第四編第五編(昭和二十二年一九四七年十二月二十二日法律第二百二十二号)のもとでは、そのような配慮の要もなくなり晴れて「家族法」とよべるようになったわけである。⁽⁶⁾

それに今日、次第に「家族」といえば、婚姻に基づいて居住、経済生活を共にする親とその未成熟の子からなる結合体の構成員を意味するだけになってきている(核家族化)。しかも、その家族相互間の法律関係をとも財産法擬^擬の互角対等者間のそれに準じてとらえることによって次第に「家族共同体」それ自体の解体をも狙うという傾向すらあらわれている。⁽⁷⁾

(4) 中川善之助「身分法概論」(昭和四年一九二九年春秋社刊「大思想エンサイクロペディア」第十八卷「法律学」、同「略説身分法学——親族相続法の社会法律学——」(昭和五年一九三〇年岩波書店刊))。

(5) 「明治民法」第七百三十二条第一項には、「戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者ハ之ヲ家族トス」、第二項には、

小野梓の「家庭の制」をめぐって(中村)

「戸主ノ変更アリタル場合ニ於テハ旧戸主及ヒ其家族ハ新戸主ノ家族トス」とあった。

また、「家」なる法概念は、これよりさき、明治二十三年（一八九〇年）十月七日法律第九十八号「民法財産取得編（第十三章相続）人事編」にもみられ、例えば「人事編」第二百四十三条第一項には、「戸主トハ一家ノ長ヲ云ヒ家族トハ戸主ノ配偶者及ヒ其家ニ在ル親族、姻族ヲ云フ」とあり、同第二項には「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」とあるように、ポワソナアドら当時の民法編纂者らの苦心の所産ともいわれている。

(6) ただ今日でも、財産法上の法律行為にあたる家族法上の法律行為（もとより両者それぞれ違った原理がはたらく）だけは、「身分的法律行為」ないしは「身分行為」といわれているようである。

(7) それはともかく、身分法ないしは家族法には依然として、財産法とは違った独自の原理はあると思うが。なお、黒木三郎「現代家族法批判——市民的家族法の限界をめぐって——」（青山道夫博士追悼論集「家族の法と歴史」昭和五十六年一九八一年法律文化社刊）は、「家族法が財産法を離れて存在しないという意味は、人間が財産との関わりなしには生きられないということと同様に真実である」が、他面、「財産法とは全く関係のない領域で」の「家族法独自の原理」がはたらく場面もあるはずで、そこでは、すぐれて人類の歴史的体験的法則、民族慣習、イデオロギーなどが作用するとされている。

二

さて小野は、「然れども家庭の制を論決するの前に当て予め先づ論定すべき問目一つあり」とし、「一国は宜しく一団の家族を以て其基礎と為すべき乎、將た衆一箇人を以て其要素と為すべき乎」を先決問題として提起している。すなわち、「一団の家族を以て社会の基礎と為すものは、族長若くは戸主の類を置き其家族を統治せしめ、之を以て一団を組織するものを云ひ、所謂の身を以て家に繋げ家を以て国に繋ぐるの制なり。本邦若くは羅馬の古制及び支那の今制の如き即ち是れなり。衆一箇人を以て社会組織の要素と為すものは、人々をして各箇に自治せしめ、之を以て直

に其社会を組織し、族長若くは戸主等の督御を受けしめざるものを云ひ、所謂る身を以て直に国に繋げ国は身の積なりと為すものなり。近時泰西諸邦の制皆な是れなり。」と鳥瞰したうえて、「此二制孰れか最も社会の存在に適合」するかを論定するにあたり小野は、いかにも小野らしく、国家社会を「布帛」に譬え、「惟ふに、吾人にして布帛の堅緻破り難からんを欲せば、一々其組糸を精撰し俱に之を強からしめざるを得ず。……夫の多く奴隷を蓄へ以て之を組織するの社会は、宛も不斉の組糸を以て之を組織せる布帛の如し。……之に反し威く独立自治の良民を以て之を組織するの社会は則ち然らず。其勢力常に社会全般の人衆より生じ、其堅緻破り易からざる、実に精撰の組糸を以て之を組織する布帛の如し。」と合理的に判定している。

それはいいとしても、ただ論理をおしすすめていくうちに、族長もしくは戸主と家族との關係に、いつの間にか奴隷所有者と奴隷との關係が、もつれこんだきらいがないでもない。もつとも小野の奴隷観は幅があつて、すでに「羅瑪律要」において、「我輩は右の如く賤奴苦役の害を略叙し其の末句に至れば忽ち無限の感慨を起し、本邦の土族（廢藩の以前を云ふ）諸君の為に数滴の紅涙を流したり。惟ふに、廢藩の前に當つて土族諸君は諸大小名の臣屬たるを以て毎に主人の手下に隸し、其の実賤奴の性質を寓せし者なるべし。試みに其の証左を挙んに、土族諸君の生命は其の主人に託したるものにして、其の身体の運行に至るまで皆な主人の意を伺ひし者に非らずや（平民亦た其の実賤奴に類せしと雖ども、婚姻の自由ありて身体運行の妨げなきは稍々土族諸君に勝れしに似たり）。故に我が明治文武皇帝の即位に當つて廢藩の大号を下し、主従の分限を一解し給ふに非らざれば、安んぞ知ん、今日自由を占むる土族諸君は却て是れ羅瑪等無権の賤奴と相ひ伯仲するの地位に留らんことを。」といっているように、彼によれば、かつて

の士農工商の首位を占めていた「士」^{「さむらい」}も、なんぞはからん奴隷に等しかったとみていたようである。彼自身、明治二年（一八六九年）、はやばやと、平民の叔父善平の養子となることによって士籍を脱しているのも故無しとはいえない。

- (1) 全集第二卷二九九頁。
- (2) 同三〇〇頁。
- (3) 小野梓「羅瑪律要」の由来等については、全集第二卷収録の佐藤篤士、福島正夫「解題」に詳しい。
- (4) 全集第二卷五一〜五二頁。

ここで小野は、一転ひたすら「本邦戸主の制を廃すべき」論に移り、そもそも戸主の制なるものは、「許多の眷族を駆て一戸主の治下に置き、数人自治の能力を抑制し以て一人の左右する所に任す」もので、「必ずや其中丁年を越へ既に自治の能力を具備するものあらむ。然るを今ま之を一人の治下に置き其能力を抑制し数人の幸福を放て之を一人の左右する所に任す。是れ豈に人間交際の宜しきを失するものに非らざらんや。是れ豈に生民經濟の術を誤まるものに非らざらんや。」⁽⁵⁾といい、「苟も文明の進歩を冀ひ斯社会の永存を望むあらば、断じて斯惡制を廢絶せざる」をえないものであるとしている。

ところで問題なのは、そのすぐ後につづけて小野が「幸にして維新以来隨時布く所の法令は能く戸主の制を廢するの意を實行し、特に明治五年第二百七十五号布告、八年第五百十三号布告の出づるに及んで戸主の制半ば其基を失却し、纒^{よづか}に其余喘^{よぜん}を存するに過ぎず。是を以て今後益益其意を拡げ民法上全く其跡を止めざるに至らしむべきなり」と

いつているところである。

(5) 全集第二卷三〇一頁〜三〇二頁。

(6) 同三〇二頁。

三

先づ、小野が挙げている二つの太政官布告を検討してみよう

明治五年（一八七二年）九月十八日第二百七十五号は、

「父兄ト同居ノ子弟或ハ別居シテ財産ヲ異ニスルモノ又ハ父既ニ家督ヲ其子ニ譲リ隠居別宅シテ財産ヲ異ニスル者自今一己ニ金銀借受候分其証券中本家ノ戸主保正ノ調印無之上ハ貸主ニ於テ本家ノ財産ヲ目的トシ貸シ与フル筋無之候ニ付若シ右等ノ者共返金相滞訴訟ニ及ヒ候節同居ノ者ハ其身所持ノ品物ノミ分産異居ノ者ハ其財産ノミヲ以テ之ニ当テ身代限りニ裁判申渡候条為心得此段相達候事」。

次に、

明治八年（一八七五年）十月九日第百五十三号は、

「家督相続或ハ贈遺等ニ由テ地所讓受候節地券書換手續左ノ通相定候条此旨布告候事

第一条

小野粹の「家庭の制」をめぐって（中村）

一、生存者ノ家督相続ニ由リ及ヒ総テノ贈遺親族他人ニ拘ハラス
生存及遺囑ノ贈遺ヲ云ニ由テ譲受タル地所ハ其地券書換不申受者ハ本年
第六号布告(1)ニ抛リ処分可致事

第二条

一、死亡者ノ跡家督相続ニ由テ譲受タル地所ハ其譲受タル日ヨリ滿六箇月ヲ過キ地券書換ヲ不申受者ハ其地券一
通ニ付証印税地券書換
証印税五倍ノ科金取立地券書換可相渡事」。

(1) 明治七年（一八七四年）十月三日第百四号は、

「地所売買致シ候節代金受取ノ証文有之トモ地券申受ケサレハ買主ニ其地所所有ノ權無之候条規則ノ通地券書替申請ヘシ
若シ地券ヲ申受スシテ後日發覺スル時ハ罰金トシテ証印税地券書替
証印税一倍ヲ科スヘク此旨布告候事」。

次に、

明治八年（一八七五年）六月十八日第百六号は、

「明治七年十月第百四号布告左ノ通改正候条此旨布告候事

地所売買致シ候節代金受取之証文有之共地券申受ケサレハ買主ニ其地所所有ノ權無之候条規則ノ通地券書替可申請事」。

明治五年のは、明らかに身代限りに関する手続法で、己の借財は己が身一つで済なせという至極当たり前の掟のよう
だが、小野はそこに、権利義務の主体が「家から人へ」の移行の兆候を察知していたのはさすがである。なお、身代しんだい
限りとは、家資分散かしばんさんと同じく徳川時代の破産類似の制度（一般破産主義による現行破産制度とは違う）をふくめた強
制執行手続一般を指し、当時は、明治五年（一八七二年）六月二十三日第百八十七号「華士族平民共身代限規則」、

同第百八十八号「貸金銀滞出入ニ付身代限申付候節」の「揭示案」などによつていた。⁽²⁾

(2) 因に、当時「諸罰則ヲ犯シ罰金科料ニ処セラレタル者」が「限内納完」できない場合には、身代限りに処せられていたが、明治十三年（一八八〇年）三月三十一日第十一号により、「一円ヲ一日ニ折算シ禁獄ニ換フ其一円以下ト雖モ仍ホ一日ニ計算ス」るようになった。この法案の元老院における討議に内閣委員として出席していた小野は、「従来諸罰則を犯し罰金科料を以て之を処するに、其人無力にして納完する能はざる者は身代限を以て之が処分をなせり。然るに身代限なるものは人權に關し羞恥すべきの甚しきものなるを以て、今之に換ふるに禁獄を以てすれば背て其人權を害するに至らず。」と発言している（全集第三卷五三五頁）。

なお、同卷には、小野の執筆と思われる断片「身代限処分心得」、「身代分散律考案」も収録されている（同五五三頁、五五四頁）。

次に、明治八年第百五十三号も、小野のみたように同系列のものといつてよからう。ただ、ここではその所有權の客体が土地にかざられている。

土地の売買譲渡は、明治五年（一八七二年）二月十五日の太政官布告第五十号以来、自由とはなつたが、土地の所有權は、前掲明治七年第百四号、同八年第百六号に明らかのように、完全に地券に化体され、地券を離れての土地所有權の移轉は法的にはなりたちえなかつた。このことは、明治十三年（一八八〇年）十一月三十日第五十二号「土地売買譲渡規則」により、「凡ソ所有ノ土地ヲ売渡シ又ハ譲渡サント欲スル者ハ^{売渡}讓渡証文ニ地券ヲ添ヘ其地ノ戸長役場ニ差出シ奥書割印ヲ受ケ之ヲ買受人又ハ讓受人ヘ付与スヘシ」（規則第一条）、および、「第一条ノ手續ヲ以テ其土地所有權ヲ移轉スルコトヲ得ト雖モ地租並地方稅ハ地券ニ記載セル姓名ノ者ヨリ之ヲ徴取スヘシ」（同規則第四条）とな

つて、ここに地券がその私法的機能を喪失するにいたるまでつづいたわけである。

そこでこの時までには、土地の所有権者となり得る者は、地券の名義人となり得る者だけであつたわけである。明治八年五月九日の敦賀県伺「地券ハ其家ニ付与スルモノニ非スシテ其人ニ付与スル者ニ候哉」に対する明治十年（一八七七年）八月二十七日の内務省指令は「伺ノ通」としたうえで「地券ハ其人ニ付与スル者ト雖トモ養子中ニ得タル地券ハ総テ離縁ノ節持去ルヲ許サス但実家ヨリ付与スル分ハ此限ニアラス」としている。⁽³⁾ また明治十年九月十一日の滋賀県伺「戸主ニアラサル者地所売買譲与願出ルトキハ其願書ヘ戸主ノ姓名ヲ肩書シ且之ニ連署致サセ候儀既ニ同局ヘ伺済ノ処若シ戸主ノ連署ヲ諾セサル者アルモ素ヨリ其売買譲与ノ権利上ニ關係ナキヲ以テ区戸長ノ調印有之トキハ聞届可然哉」に対する明治十一年（一八七八年）一月十六日の内務省指令では、「戸主ノ連署ヲ要スル儀ト心得ヘシ但別ニ一家ヲ立テ戸籍上ノミ家族タル者ノ如キハ此限ニアラス」とされている。⁽⁴⁾

(3) 外岡茂十郎編「明治前期家族法資料」第一卷第二冊（昭和四十二年一九六七年）六五一頁。

(4) 同第二卷第二冊上（昭和四十四年一九六九年）六頁。

もとより右のように、若干の制約つきではあるが、右の諸指令からだけでも、権利主体の「家から人へ」の変化を窺えよう。おそらく小野が、明治八年第百五十三号をとりあげて戸主の制の基を、なかば失却さすものとしているのも同趣意からであろう。

四

封建時代、主君に仕えていた土^{まむらじ}(侍)の眷属(族)は、畢竟、己らの当主が主君から頂いていた俸禄(扶持^{ふもち})に寄生していたので、己らの当主(間接には主君)の支配をうける羽目にもなつたろうが、そのような関係は、土の社会にあつただけのことで、庶民の社会には直接には存在しなかつたわけである。従つて、同じく封建時代であつても、土の社会と庶民の社会では、それぞれ違つた法、慣習が成立していたとしても不思議はない。⁽¹⁾

(1) 石井良助「家と戸籍の歴史」(同「法制史論集」第六卷昭和五十六年一九八一年創文社刊)には、「江戸時代は封建時代であるといつても、庶民の間では、いわゆる封建的な関係はあまり存しなかつた」(七一〇頁)とも、「武士と庶民との間では、別箇の原理が存在すると考えたのである」(二二五頁)ともある。

さらに、三浦周行「日本の家族制度と民法」(「経済論叢」第三十一卷五・六号昭和五年一九三〇年)においては、そもそも民法上「我国古来の家族制度として採用」したなかには重大な「誤認」があつた、すなわち「全国民から見れば少数の武士階級だけ」の「古法旧慣」と、「大多数の百姓町人等の庶民階級の間」に、中斷されることなく行われていた古法旧慣」との取り違えがあつたとされているが(三浦周行「日本史の研究」5昭和五十七年一九八二年岩波書店刊、六六五頁以下)、私見によれば、本稿の「余論」で縷々述べているような次第から、「誤認」ではなくて、はじめから十分承知のうえのことだつたのではあるまいか。

あるいは、封建制を支える根幹たる家禄制それ自体が崩壊に瀕していた当時、これにともない戸主の制も崩潰しさうとし、ためにすべての財産権の主体が次第に「家から人へ」と移つてゆきつつあつたとも、みられないではない

が、ところが現実の時態の推移は、必ずしも、そうともいいきれない。すなわち、すでに慶応四年（一八六八年）三月十四日の「五箇条の御誓文」の「士民心を一にして盛に経綸を行ふを要す」（原案）が人知れず、「上下心を一にして盛に経綸を行ふべし」にかえられていたことに象徴されたように、さらには家禄制廃絶の仕方に、より鮮明にあらわれているように、世をあげて華・士族、官員の時代と化し、小野が「戸主の制半ば其基を失却し、纔に其余喘を存するに過ぎず」とみたのとは全くうらはらに、「明治になって、庶民の間に戸主権——それも武士の制度にならった明治民法における戸主権よりも強烈な戸主権——が政府によって作られ⁽³⁾」ていたのであった。

(2) 明治九年（一八七六年）八月五日第百八号「金禄公債証書発行条例」は、「家禄賞典禄ノ儀永世一代或ハ年限等ヲ以テ給与有之候処其制限ヲ改メ来明治十年ヨリ別紙条例之通公債証書ヲ以テ一時ニ下賜候条此旨布告候事」となつたので、高額下賜者（取得者）となつた旧大名らは、これを「国立銀行」を通して投資することができ、「旧大名から資本家」への、いわゆる「華麗なる変身」が容易におこなわれたわけである。

(3) 前掲石井「法制史論集」第六卷七一〇頁。

そもそも、將軍家とか大名家なら、「大名は惣領は格別、次男よりは、召仕之者同様に心得候事、常々申聞せ、さて候時よりよくよく心得候様に、くれぐれも可被申聞候、惣領より次男の威勢強きは、家の乱れの元に候事」などということもいえようが、すでに建て前のうえでは士の社会ではなくなつた当時、それに「家の乱れの元」などと、たいそうのことがいえぬ庶民の家にまで、大身の家同様な厳格な長男子相統制などを、そっくりそのまま、もちこまれるのは迷惑至極というところだろう。ことに、世襲制も、天皇家を別とすれば（とくに、皇位継承）、次第にすた

れ、だいいち継ぐほどの財産もない庶民の「家」とっては絶やせぬものといえ、せいぜい祖先の祭祀くらいのこところだろうか（位牌に墓石くらいか）。

(4) 慶長十七年（一六一二年）二月二十五日付、徳川家康の秀忠夫人に与えた「訓誡状」全十七箇条の第五条より（大石慎三郎「徳川將軍家の相続制度」一九八一年大月書店刊「家族史研究」3）。

にもかかわらず、明治八年（一八七五年）十一月十九日付内務省伺の「其身猶人ノ厄介ニ居リ其戸主タル者ノ保護ヲ仰者ニシテ他家ノ男女子ヲ養子トスル何分条理上難得其当是等ノ如キハ概シテ一家治安ノ故障トモ可相成モノニ付……一切允許不相成儀ト存候」に対する同年十二月十七日付太政官指令は、「伺之通」⁽⁵⁾とし、もと俸禄収受権の継承のための方便にすぎなかつた士の社会の養子制度を庶民の社会にも、おしつけている。⁽⁶⁾

(5) 前掲外岡「明治前期家族法資料」第一卷第二冊四四三頁。

(6) 前掲明治二十三年（一八九〇年）法律第九十八号「民法人事編」第七七条には、「家督相続ヲ為ス可キ男子アル者ハ養子ヲ為スコトヲ得ス」とあり、同百九条には、「戸主ニ非サル者ハ養子ヲ為スコトヲ得ス但推定家督相続人ニシテ戸主ノ許諾ヲ得タル者ハ此限に在ラス」とある（なお同法は、例の「法典争議」にあり、公布はされたものの施行されずにおわつた）。

しかし小野も、現実から目をそらしていたわけではなく、「余久しく海外に在り頗る本邦旧習の束縛を脱す。故に其一旦帰朝するや、古来の旧習に於て其弊の著大なるものを発見せしこと少なからず、遂に数へて一百箇を得るに至る」が、「其弊や、半ば族長の制を行ひ一団の家族を以て邦国の要素と為すに淵源するが如し」⁽⁷⁾と、その核心を衝い

ている。

なかんずく、「東洋人の所謂る父子相依の道なるもの」に由って来る「父母、子を恃むの弊」を「既に徳行の点に弊あり。又た経済の点に害あり」としている。⁽⁸⁾

とくに、その父母が実父母（小野のいう「天性の親」）ではなく、養父母（小野のいう「法作の親」）の場合は、その弊害も一層甚だしく、ために小野は「養子の弊」なる一節を設けているくらいである。ところが、その大部分は、友人三好退蔵（松濤）の「民事新話第二、養子ノ禁布カザル可ラス」⁽⁹⁾の殆ど全文を引用することであてている。それによれば、「嗚呼養子も亦人なり。固有の権利を以て此の自由世界に生れながら一身の束縛に遇ひ、両家の压制を被り天賦の情を絶ち骨肉の愛を割き、罔極の徳を後にして鞠育の恩に酬ひ給与の恵に報じ、終身汲々として苦海を涉り險浪を踏まざる可らず、何ぞ其不幸なる、」と養子をしきりに哀れむに反して、養親は「此恩恵を售て父母たるの權利を買ひ、老後の安楽を占有せんと欲する」者で、畢竟、「此權利を推して束縛压制為さざる所なく、此義務を負て曲從屈服至らざる所なきは理勢の必然、」ときびしく養親を難じ、「今や政府縦令法度の束縛压制を解き人民の自由を得せしむるも、此習慣を破らざれば自由の精神何を以て振ふを得んや」となっている⁽¹⁰⁾。これに対し小野は「言間間刻に涉ると雖ども其理滅すべからず。」としている。

(7) 全集第二卷三〇二頁。

(8) 同三〇三頁。

(9) 明治九年（一八七六年）五月刊「共存雜誌」第十二号掲載。

五 (余論)

ところで、小野が「民法上全く其跡を止めざるに至らしむべきなり」とまで望んだ戸主制の廢絶のことが、なぜ、かくも儂く消え失せたのだろうか。

ここで筆者得意の短絡的思考ないしは単線的発想を、ほしのままにするなら、何といつても三世紀にわたる徳川幕藩体制を打破したあとだけに当面の必須は、何とか日本の統一国家としての体を崩さずにおいて間髪を容れず速やかに、旧体制にかわる新体制をうちたてることであつた。それには、天皇を核心に全国民を一枚岩に團結させること、天皇を芯に一本の大綱に結束させること(全国民の一大統合)のほかには道はなさそうだった。それに、このために好都合なことには、永い比較的安定した封建時代をかけて、己の仕える主君や主人への絶対的服従、奉仕を謳つた忠義(忠節・忠誠)という「美德」が、すでに十二分に、土の世界ばかりか庶民の世界にまで普及浸透していた(このことは、「忠臣蔵」の芝居や講談が庶民にも相当の共感をもってうけいれられていたことでもしられよう)ので、今はただ、この心情をそのまま天皇に直結させれば(天皇にとどかせれば)よかつたわけで、しかもそのための一番の捷徑は、手っ取り早く、全国民は悉く天皇家(皇室)を本家(本宗)とする伊弉諾尊(男神)・伊弉冉尊(女神)の子孫で、おたがいどうしは遠近の違いはあつても、畢竟、親類縁者の間柄にあるということにする、いな、そう信じこませることであつたのではあるまいか。

かくて、「我國ハ祖先教ノ国ナリ、家制ノ郷ナリ、権力ト法トハ家ニ生レタリ。」⁽¹⁾とか、「我千古ノ国体ハ家制ニ則ル、家ヲ大ニスレハ国ヲ成シ国ヲ小ニスレハ家ヲ成ス、家制ヲ明カニスルハ即チ国体ヲ明カニスル所以ナリ。国ハ同始祖ヨリ出タル我民族ノ團結ニシテ民族ハ其同始祖ノ威靈ニ帰服シ其保護ノ下ニ生ヲ享ク、皇位ハ民族ノ始祖ノ威靈ノ所在ニシテ其直系ノ皇胤其位ニ居リ宗祖ヲ代表シテ宗祖ノ慈愛セル子孫ヲ保護ス、吾人臣民カ万世一系ノ皇位ニ帰服スルハ吾人ノ祖先ノ祖先タル民族ノ同始祖ノ威靈ニ帰服スルナリ。之ヲ我カ民族ノ確信ニ基ク建國ノ大本ト為ス。而シテ家制ハ家ニ其柱礎タルコトヲ回顧スレハ我固有ノ家制ノ存廢豈之ヲ冷淡ニ看過スヘケンヤ。」⁽²⁾とか、しきりに謳いあげられ、祖先崇拜を柱とする家制主義こそ「皇國ノ大典、政教ノ基本」⁽³⁾たるの座に直る次第である。⁽⁴⁾

(1) 穂積八束「民法出テテ忠孝亡フ」(明治二十四年一八九一年八月「法学新報」第五号掲載)。

(2) 同「家ノ法理的觀念」(明治三十一年一八九八年四月「法学新報」第八十五号掲載)。

(3) すでに、明治元年(一八六八年)十月、「氷川神社ヲ武藏國鎮守トスル詔」にも、「崇ニ神祇ニ重ニ祭祀」、皇國大典、政教基本」のことがみられる。

(4) この「家制主義」は、「家」以外の家擬にも普遍される傾向がみられた。すなわち、およそ人を使う組織にあっては、これこそ被傭者の不満や抵抗をいなく、恰好のたぐいであったからで、企業も一家、その中心には「企業神」がおわすといわれた。

もとより、こと成就となつたのは、明治二十二年(一八八九年)の「大日本帝国憲法」、「皇室典範」の制定(基本法体制の整備)、ならびに、翌二十三年(一八九〇年)の「教育ニ関スル勅語」の渙発(人間の尊嚴と平等に基づく

一切の思考を根絶さず)を俟つてのことだが、そのための根回しは相当に早くから懸命になされ、かつ、こと成就の後も執拗に続けられていた。例えば、前掲の明治二十三年三月二十七日(官報四月二十一日)法律第二十八号「民法中財産編財産取得編債權担保編証拠編」、ならびに、同年十月六日(官報十月七日)法律第九十八号「民法中財産取得編(第十三章以下)人事編」のように、ともに明治二十六年(一八九三年)一月一日より施行されることになっていたので、例の法典争議にあつて、ついに施行されることなくおわたつたのも、この民法をそのまま施行させては、折角、天皇への忠と、己の親への孝との矛盾撞着を統一したはずの「忠孝一本」の教えも、ひいては家制主義も破滅におちいり、まさに、「民法出でて忠孝亡ぶ」となり、天皇を核心とする国民の一枚岩の団結にもひびがいらかねないとみただからではあるまいか。

とはいえ、個人主義を基調とする近代民法に「家」制度を全面的にもちこむことは、至難というより不可能(理論的には)に近く、ために前記明治二十三年法律第九十八号「民法」にも、しばしば「法理ノ不明ヲ招ク」⁽⁵⁾箇所なしとはいえなかつた。

さらには、熾烈な法典争議のあとに、今度こそ「家」制度いっばいと期待されて生れたはずの、いわゆる「明治民法」(明治三十一年一八九八年六月二十一日法律第九号「民法第四編第五編」、同年同月日勅令第百二十三号)によって同年七月十六日より施行)も、民法起草委員の一人穂積陳重自身が「前近代的要求と近代的要求、東洋的要求と西洋的要求を包蔵し、いわば兩者をつなぐ鎖のようなもの」⁽⁶⁾とまで自賛してはいるが、はたして家制主義信奉者を十分に満足させるほどの出来ばえだったろうか。事実、そういかなかつたからこそ、大正八年(一九一九年)に「臨時教育

会議」なるものができ、「教育効果ヲ完カラシムヘキ一般施設ニ関スル建議」で「国体ノ本義ヲ明徴ニシ之ヲ中外ニ顯彰スルカ如キ我国固有ノ醇風美俗ヲ維持シ法律制度ノ之ニ副ハサルモノヲ改正スル」ことが要請され、これをうけて「臨時法制審議会」が、大正十四年（一九二五年）に「民法親族編中改正ノ要綱」、昭和二年（一九二七年）に「民法相続編中改正ノ要綱」を、それぞれ決議することになったのではあるまいか。

(5) 前掲穂積「民法出テテ忠孝亡」。]

(6) Nobushige Hozumi “The New Japanese Civil Code”, p. 154 (大正元年一九二二年丸善刊)。

そこえ、戦後の大逆転、昭和二十二年（一九四七年）十二月二十二日法律第二百二十二号による「民法第四編第五編」の全面改正があった次第である。

それにしても小野の「家庭の制を論ず」は、果して、ここまでの歴史の必然を見据えてのことだったのか、それとも、はじめから螻蛄の斧となることも覚悟してのうえのことだったのか。(完)