

民法改造の根本問題

本文は、私が留學から歸つて後發表した最初の論文である。其意味に於て、内容の貧しきにも拘らず私にとつて特に記念すべき意義ある作物である。實質的に云ふと、最早今日の私の考へとは可成り距離があるにも拘らず、之を本書に採録したのは實にそれが爲めである。書いたのは大正九年十二月、發表したのは翌十年の時事新報新年號である。

## 一 改造の必要

一 今や民法を改造すべき時期が来た。吾々は、平素法にのみ依つて生活するものではない。併し、日常生活關係に付き一度法の保護を要すべき事件が起るとき、吾々の據るべきものは民法に外ならぬ。従つて、其内容如何は吾々をして痛切に利害を感ぜしめる。

吾民法は生れながらにして少からざる缺點を包藏せるのみならず、其後急激なる社會の變化は、遠く法典を後に残して其所に幾多の新たな缺點を生ぜしめた。茲に於てか民法は改造されねばならぬ。吾邦社會の一切の分子に對し出来るだけ完全に満足を與へ得るやうに改造されねばならぬ。無論立法には常に免るべからざる缺點がある。成文法のみを以て萬事を圓滿に解決することは出来ぬ。成文法の働きは賢明な判例の協力を俟つて初めて發揮される。自分が茲に民法改造の基調を説くのも其の意味に於てするのであつて、輿論と立法院と司法院とに聽いて貰ひたいのである。

二 吾民法は、元來條約改正といふ特殊の目的の爲めに急造されたものである。それが爲めには一日も早く歐洲風の法典を要した。其の結果、民俗風習と社會需要とを充分に研究參考するの暇がなかつた。其の生れながらに缺點ある、蓋し當然の結果と言はねばならぬ。此の意味の缺點は、民法中隨所に之を發見する。例へば、物權編は吾々の據つて以て生くべき資料、即ち、土地、家屋、食物、衣服等に對する吾々の支配關係を定めたものである。吾々は民法の定むる所に從つて物資を支配し利用して生きる。然るに、立法者は、實際上吾々の對物需要如何を精査せずして法を立てた爲め、本來物權として保護せざるべからざりしものにして之に漏れたものも少くない。明治四十二年の建物保護法を初め、本年新たに制定された借地法及び借家法其他信託、入會權、小作等に關する問題は、總て此の缺點の補正を目的とする。次に、親族編は、吾々の最も大切な身分關係を規定するものなるに拘はらず、一般習俗に合はぬ缺點が頗る多い。其補正は、今や、所謂『我國古來の淳風美俗』に基く民法改正問題として法制審議會の二議題となつてゐる。併し、此等の諸點は余輩の本文に於て論ぜん

とする所ではない。本文の目的は、主として社會の急激なる變化に對して民法の執るべき態度如何を論ずるに在る。此の意味に於て、余輩は、以下先づ『所有權問題』を論じ、次いで民法の『勞働』に對して執るべき態度如何を説き、終りに、親族法中の重要問題たる『内縁の妻及び私生兒』のことを論ぜんとする。

三 先づ本論に入るに先だち、何故、此等の問題に付き民法の改造が必要になつたか、之を必要なるに到らしめた社會事情變遷の概要を説きたい。

世界大戰勃發以來世界の形勢は一變した。吾邦社會も亦之と共に急變した。同盟罷工、怠業、勞働者や小作人の不從順、物價騰貴、住宅不足、其の他あらゆる變調は一時に起つて吾々生活の根柢を脅かした。吾邦多數の人士は、之を以て一時的の異常な現象なりとする。世界大戰が、法外に勞力と物資とを浪費した爲めに起つた世界經濟の一時的變調と、外來思想の急激な影響とに起因する經濟的變態に過ぎぬ、と説く。従つて、一時を糊塗する爲め所謂社會政策を施して將來を待たば、昔日の平靜は自ら復歸するものと信じて居る。従つて此の

種の人々に民法改造論を説くと、笑つて均しく尙早論を説く。

併し一度歴史を繕いて、人類進化の過程を顧るとき、吾々は、到底、現下の變調を目して偶然な一時的現象と考へる事が出来ぬ。當然何時かは來るべかりし事件が世界大戰に促がされて突然急速に進展したのだと思ふ。

人類進化の歴史は人間増加の歴史である。増加する人間と其の需要を充すべき物資との争鬪の歴史である。人間は、一方に於て人口繁殖の形式で増加する。併し、物質的及び精神的壓迫に基く人間の自制は自ら此の形式に於ける人間の増加を制限する。所が、此の以外に見逃す可らざる人間増加の重要な原因がある。今迄法律上乃至經濟上物たりし人間が化して眞の人間となる現象が即ちこれである。古來人間は廢物として取扱はれた。或は希臘羅馬の奴隸、近世歐米の黒奴の如く、法律上にまで物として取扱はれ、或は又十九世紀以降の工業労働者の如く經濟上全く商品と同様に取扱はれた。此等の人にして物たりし者が一度解放されて新たに人間となり、人間らしき取扱を要求し、人間らしき生活を希望するとき、一方に於て、

從來の文明支拂に必要な勞働力を大規模に失ひ、他方に於て需要の激増を來たす。今迄動物の如く從順に營々と働く人間を使つて建設した文明は、其度毎に根柢を動搖せしめられる。

此度の世界大戰は、一方に於て多數の人間を殺した。併し、他方に於て同時に、前古未曾有の人間増加を惹起した。佛國革命に依つて平等思想を植付けられた下層民は、先づ大體十九世紀の前半に政治的平等を贏ち得た。而かも政治的平等は以て彼れ等の空腹を慰するの效なく、彼等は經濟上却つて無慈悲な資本家の爲めにドンゾゴまで押し落された。茲に於てか經濟的乃至實質的平等を求むる運動は十九世紀後半以來各國勞働者に依つて企てられた。然るに今回の大戰は、一方には、法外な物資と勞力との浪費を爲すと同時に、經濟界の好景氣を誘起して勞働者の地位を向上せしめた爲め、多年好機を待つて居た平等思想は猛然頭を上げて具體的解決を求めた。彼等は最早牛馬の如く從順に働かぬ。人間らしき取扱を要求すると同時に、從來よりも多くを喰ひ、美しきを着て、豊かに住みたいと希望する。彼等の需要は突然に増し、之と比例して彼等の生産力は突然に激減した。其の結果、人間社會は變調に

陥つた。物價は高い。住宅は足りぬ。要するに世の中は急に住みにくくなつた。

斯くして目醒めた向上の心は再び之を舊の愚昧に復らしむることを得べきか。否、成程、戦争に因る浪費の休止と共に世界は不景氣となる。其の結果、賃銀は或程度まで低下しやう。併し、歴史上一度物より化して人となつたものが、再び化して物になることはない。彼等は生命を賭しても現状に踏み止まらんとする。世界の勞働者は既に目醒めた。之が爲めに起つた需要供給の不均衡は現在と大差なく此のまゝ存続するものと見ねばならぬ。果して然らば、社會を改造せざる限り、吾々の總ては饑えねばならぬ。又若くは相殺さねばならぬ。改造の必要は急だ。余輩が茲に民法改造の急を説くのは、此の理由に由るのである。

## 二 所有權思想の改造

一 所有權思想改造の必要を説く爲め、茲に卑近な一例を引くことにする。西洋に行つて愉快に而かも割安に旅行しようと思へば、最上等なホテルの最下等の室に泊つて歩くに限る

各自の室は、只、睡眠、更衣等、他人と共にするを不適當とすることにのみ限り、其他、接客、食事、讀書等一切の用事は之を共同の立派な談話室、食堂、讀書室等に於て辨ずる。従つて、室の上下に依つて起る愉快の差等は極度に減ぜられて、何人も愉快に生活出来る。之に反し、我邦の宿屋に在つては、旅客は各自一室に割據して、寢、食、衣、其他萬端をそこで辨ずる。従つて、上等な室に泊らぬ限り、宿屋生活は頗る不愉快である。日本の宿屋に泊る人にして部屋の差等に因る此不愉快を感じぬ人は恐らくあるまい。西洋のホテルでは自分の獨占する部分に必要な最小限度に止め、残る場所と資力とをすべて共同部分の設備に投ぜずる。之に反し我邦の宿屋は全く正反對である。限りある場所と資力とを以てすべての旅客にできるだけの満足を與へることはホテル式より外方法がない。日本の宿屋の根本的缺點は其處に在る。

所が、此の缺點は現在の我邦に於ては、獨り宿屋のみに限らず、萬事が其の缺點を有する若し物が有り餘るのならば其の缺點も目立つまい。併し、一度物の不足を感じるとき、吾々

はマザンと其の缺點を見せ付けられる。其の缺點を改めるには、宿屋をホテルに改築するより外途はない。今や、賢明な諸外國の爲政者は均しく此の改築工事に熱中して居る。此の傾向を學者的に言へば、物の社會化、權利の社會化 *Socialisation, Sozialisierung* である。平たく言へば、宿屋の改築に外ならぬ。

二 個人主義の哲學と經濟學と法律學とは、各個人の利己心を利用して生産を増加しさへすれば、國は富み、國民は總て幸福になる、と簡單に考へた。其の結果、今まで歐洲にも我邦にも澤山あつた共用設備——それには各立派な社會的價值があるのに、生産増加といふことのみに眩惑されて、すべてを出来るだけ解體して、各個人の獨占に移した。例へば、維新前澤山あつた『村持』の林野の如き、個人主義の經濟學、法律學より見れば不合理なものである、村民は此處に飯を焚くべき薪を採り、屋根を葺くべき茅を刈り、牛馬を飼ひ田を肥すべき草を求めた。然るに、維新以來、此等『村持』の林野は、或は御料となり、國有となり、村といふ法人の個人所有となり、或は一般個人に拂下げられ、僅かに殘存する入會山さへ、山林荒

廢の原因となるといふ理由の下に、漸次廢止されんとして居る。それが爲め、貧乏な村民が住みにくくなることは眼中にない。同じことは西洋にも澤山ある。而して、今や其の弊害に苦しんで、昔の制度を復活したいといふ希望は世界隨所に之を發見し得る。

折角或程度までホテル式であつた世の中を、明治の個人主義文明はすっかり宿屋式に改惡した。而して、其の弊は、諸外國に於けるより更に甚だしく、羅馬法流の絶對的排他主義の所有權思想は一般人民の頭にまで食ひ入つた。昔、吾々が子供の時には、食事の前には必ずお辭儀をさせられ、百姓の辛苦を思へと言つて、一粒の米をも大切にせよと教へられた。教へる親も、教へられる子も、其の社會的意義は意識しない。併し、其の『百姓の辛苦』といふ個人主義的形式で教へられたことの裡には、一粒の米の所有權も、自分一個の個人的利益のみを目標として認められたのではないといふ所有權の社會的價値に關する教へが含まれて居る。然るに、現在、我那一般人の頭には、個人主義的所有權の觀念が深く込み込み、米穀薪炭、其の他の生活必需品不足の際にも、富者は公共の爲めに之を節約するの念なく、金に

任せて浪費する。道路改正問題などが起れば、只管私利のみ考へて、如何にせば市民全部の利益になるかを考へず、一方には、住むに家なき者多き際、他方に、二三の富者は市中に廣漠たる空地を擁し、その他、完全なる道路なく、下水なく、公會堂なく、美術館なく、圖書館なく、公園なく、電車なく、その他公用物にして完全なものは一つもない。而も、各人は各矮屋に割據して、それ相應の數奇を凝して納まつて居る。これ皆個人主義的所有權觀念の中毒の致す所で、吾々が之が爲めに受ける不便は何の位あるか知れぬ。

此の點に於て、西洋諸國は、比較にならぬ程我邦より遙に發達して居る。それでさへ、今回の大戦に起因する需要の激増は、從來の程度の社會化を以て満足することを許さず。礦山、水力、鐵道、土地までも社會化して、其の利益を公用の設備に充てんとして居る。然るに、我邦では、一般に、今尙、個人主義の甘夢をゆめみつゝ、西洋ではすでに出來て居る第一段の社會化すら出來ない。而して、大戦の影響に因る需要の激増は、今や西洋諸國の將に實行せんとする第二段の社會化へ急激に要求するに至つた。吾々は、今、斯かる難局に立

ちつゝある。所有權思想を改造する以外に、救ふべき途があるか。

三 下層階級が目醒めて人間の需要が殖えた。而して物は足りぬ。然も、目醒めた人間を再び舊の愚昧に追ひ戻すことは出来ぬ。需要の減る見込はない。然らば、物を増す見込はあるか。新しい機械や肥料などの發明に依つて、或程度まで生産を増加し得る見込はあらう併し之を以て下層階級の自覺に基く需要激増に應ずるに足りぬのは明かである。人は多く物は足りぬ。而して、所有權觀念は、今まで通り維持せんとせば腕力に依るか、法力に依つて人は互に殺し合ふより外に方法はない。併し、斯の如きは人間共存の大義に反する。出来得るならば互に殺し合はずに皆が満足して行きたい。此の際、唯一の救済策は社會化以外にはない。同じ物を共同に使つて其の能率を増加し、以て不足に應ずるの外方法がない。問題は、只如何なる程度まで、又如何なる方法で、社會化を行ふべきかである。此の中、『程度』の問題は吾邦現在の實際の需要を審査してこれを定むるの外はない。併し、上記第一段の意義に於ける低級な社會化を要することに付いては異論があるまい。第二段の社會化に至ると大い

に異論があらう。最も極端な意見としては、總ての私有財産權を否認し、すべてを公有に移すべし、といふ共產主義的議論がある。併し、之は社會化の必要を越えた行き過ぎた論で、之が爲め却つて物の能率を害し、社會化の眞の目的を没却する結果となる。少くとも人間が今日と同じく利己心の強い間は、此の極端な論に賛成出来ぬ。併し、斯かる極端な意味でなく、實際需要に比して物の不足する程度に應じ、最も公用に適するものから順次社會化することは、今後形勢の進展と共に漸次必要となりはしないだらうか。斯くすることに依つてのみ、人間が互に殺し合はずに幸福に共存出来るならば、何人も此の方法を採るのに反對するものはない。此主張は決して危険なものではなく、却つて、實社會の事實的必要に應じ、社會全部の安寧と幸福とを將來に向つて保持する所以である。故に、今後活用せらるべき根本原則を、今日一日も早く確立して置く必要がある。活用の問題は、今後政治家の智慧と先見とに一任するとして、根本の主義だけは、今日此處に確立して置く必要がある。

四 然らば、如何にして此の點の改造を實施すべきか。

第一は、以上の精神を一般人が體得することである。宿屋住ひよりホテルの方が遙に社會の目的に合致することを悟り、所有權の社會的意義を自覺することである。

第二は、裁判官が所有權の社會的意義を理解し、其の意義に反するが如き所有權の行使を保護せざるにある。十九世紀を通じて佛國の所有權觀念が非常な速度で社會化されたのは、其の賢明な裁判官が、權利濫用の法理を巧に利用して、苟も社會的意義に反する以上、所有權行使と雖も之を保護せざる方針を採つたことが大いに與つて力がある。此のことは司法當局者に對し、最も注意を希望する所である。

第三は、立法に依る強制である。社會化の基礎は現に物を有する人々の社會奉仕に在る。只其の社會奉仕は、事實上任意的には行はれにくい。之を強制するの外ない。そこで共產主義者は、上記の如き個人所有權の全廢を主張すると共に、其の方法として腕力を主張する。併し、腕力に依るときは、常に流血を伴ひ、報仇心を誘ふ。吾々が相互に殺し合はずして活きる爲めの社會化實現に流血を見るのは矛盾である。無用な犠牲である。故に私は、立法と

いふ合法的手段に依り、合法的に、平和的に強制することを先づ第一段の方法として主張したい。只、今までの立法府が餘りに無理解なりし爲め、各國の心ある人々は立法府に多く望を囁さなくなり、立法なる手段に依つて果して此の目的を達し得べきや否やを疑ふ様になつて居る。併し、我邦では外國と違つて立法府の發達はまだ頗る幼稚である。改造の試みを施すべき餘地が頗る多い。之を適當に改造すれば必ずや社會化の平和的合法的解決手段として利用せらるべき見込が大いにあると思ふ。其の改造の第一歩は普通選舉である。而して改造された立法府が、憲法第二十七條に依つて許された『公益の爲め必要な處分』を必要に應じて實行すれば、吾々の社會が、將來もつと住み良くなると思ふ。併し、根柢は何所までも所有權に關する一般觀念が根本的に變ることにある。之が一番大切である。

### 三 勞働と民法

一 債權法は契約自由の原則の舞臺である、債權の内容如何は第三者には直接關係ない。當

事者任意の合意を以て勝手に定むるがい。此の原則を近世に於て確立したのは、一八〇四年佛國民法典である。自由な平等な人間をして自由に自己の地位を定めしむるがい。それに依つて各個人も社會も幸福になると考へた。然るに、人權宣言が萬人は自由なり平等なりと宣言しても、實質的に不平等な人間を實質的に平等にすることは出来なかつた。自由に競争させさへすれば萬人の幸福を達成し得ると思つた佛國革命家の理想は見事に失敗した。經濟的劣敗者は、自由競争場裡に於ても亦優者たるを得ずして、優者の遠慮なき壓迫は彼等を人生のドン底まで陥れた。それが近代工業的不安の原因たることは萬人周知の事實である。

茲に於てか、各國の爲政者は目醒めた。人生は生命を賭して殺し合ふ角力ではない。して見れば、劣者にも亦劣者として活き得る途を與へねばならぬ。彼等をドン底から救ひ出さねばならぬ。斯くて、各國期せずして劣者の爲め契約自由の原則を制限する方針を採り初めた。其の結果生れた法律が所謂社會的立法乃至勞働立法である。其の結果、勞働者の地位が、最近四五十年以來、非常に向上了たことは、既に世人の熟知する所である。

然るに、人權宣言の要求した『平等』は形式的平等に過ぎぬ。其の思想は政治的に成功して普通選舉制といふ最後の目標に達したけれども、經濟的には失敗して、無數の經濟的劣者を塗炭の苦しみに陥れた。然し、それでも平等思想は死滅しなかつた。今まで形式的に過ぎなかつた平等の要求は、今や化して實質的平等の要求となつた。勞働の評価を財産の評価と同じにせよ、勞働の保護を財産の保護と同じにせよと主張し、更に進んでは、財産保護の理由なきことを主張し、勞働をのみ獨り之を保護すべしと主張するに至つた。之が、現在の社會不安の隨一であることは、これ世人の弘く知れる所である。

二 世界は今斯かる立場に在る。其の事實を心底に印しつゝ、吾現行民法上、勞働に關する法規の内容を點檢して見たい。

第一に氣付くことは、生き者たる人間の勞働の借用に關する雇傭の規定と、單純な物の借用に關する賃貸借の規定との間に、今尙共通點が多い事である。元來、雇傭の規定は賃貸借の規定に倣つて作られた。昔、奴隸全盛の時代には勿論雇傭はなかつた。雇傭が法律上契約と

して保護せらるゝに至つたのは其の後のことである、然し、自由人の勞働を賤しんだ古代人は、人の勞働と物の使用との間に何等輕重の差異を認むる事なく、物の賃貸借に關する規定を引いて雇傭を律した。當時としては將に然るべき事であつたと思ふ。所が、其の影響は近世に迄及び、今尙、賃貸借と雇傭とを借用契約の二分科として規定せる法律さへも少くない。吾民法では、幸に形式上二者は全然獨立の契約になつて居るが、雇傭を以て借用契約の一種とする舊來の考は尙依然として規定の全部に漲つて居り、勞働者が活きものなることが大いに關却されて居る。茲に民法の根本的缺點がある。

恐らく、民法の出來た頃に、立法者が立案の標準として考へた勞働者は、舊來の主従關係を疑はなかつた下男下女小僧丁稚の類であつたに違ひない。それすら、今日では大に變つて居り、又變りつゝある。況や斯かる舊式な法規を以て近代的意義の工業勞働者に臨まんとするが如きは時代錯誤も甚だしい。成程、工場法は制定された。併し其の適用範圍は一般勞働者に及ばず又工場法自身の内容と雖も、之を外國のに比すれば勿論のこと、吾邦勞働界の現

狀に照してさへも頗る貧弱を極めて居る。而して、此の不完全は、實際上雇主にとつても迷惑を及ぼす場合が少くない。我民法には、賃銀支拂期に付き、賃借料に關するよりも一層不完全な規定一箇條あるの外、如何にせば賃銀が眞に雇人の身に着くかを少しも心配してない雇人に供する食物、居室、勞働時間、休暇、雇人が病氣になつた場合の取扱に關して何等の規定なく、解約原因及び解約の場合の賠償金額に付ても何等具體的標準を示さぬ。法律が何等具體的標準を示さぬといふことは、問題を裁判所に一任することを意味する。所が、貧者無智者にとつては、現在の裁判所は有つても無きに等しい。故に、如何なる場合に解約が出來、また解約した場合の賠償額は幾何なるかを法律に明定し、成るべく争を避くる必要がある。又、賃銀、解約其他苟も雇主勞務者間に生じた争に關する裁判は、すべて之を一般の裁判所に取扱はしめず、特に簡易な仲裁制度を設けて、何人にも容易に權利を實行せしめなければならぬ。

此等の諸點は、外國に於ては、特に近來、法規の完備を告げつゝある。然るに、吾民法の

規定は、すべて下男下女小僧丁種のみを眼中に置き、所謂忠僕と主人との關係を理想として規定されて居る。而も、世の中には雇傭の關係を規定することは、反つて從來主從間に存した『淳風美俗』を害するの結果になるから、此等は成るべく法律を以てせず、道德に一任すべきだと説く者が少くない。併し、慈悲深き主人と忠僕との間ならば、抑も法は不用である所が、事實は法を要すべき場合が多い。法の不備の爲め、雇人が主人の不當な取扱に對して泣き寝入りをする場合が少くない。不當な取扱を爲す主人に對し雇人を盲從せしむることは決して淳風美俗ではない。法は不當な取扱を爲す主人と、不當な契約違反行爲を爲す雇人とに對して、初めて存在の意義を表はす、論者の説の如きは、蓋し本末顛倒の最も甚だしきものと言はねばならぬ。

三 次に考ふべきは、労働者は労働に依つて初めて生活を營むものなること、恰も富者が富に依つて生きて居ること、同一なることである。從來の民法は、すべて財産保護のみを目的とした。然るに世人の多數は既有財産に依つて生活するに非ずして、労働を唯一の資源と

して居る。財産保護は社會安寧の維持に必要なといふ。然らば多數人生活の基礎たる勞働は何故保護の必要なきか。從來の民法が主として財産の法であつたのに對し、今後の民法では少くとも財産と同一程度に勞働を保護する法でなければならぬ。此所に民法の開拓すべき廣漠たる地域がある。

自分は今日のやうな不合理な産業組織を維持するに因りて勞働問題を完全に解決するの見込みありやを問はるゝならば、否と答ふるの外ない。人が多くて物が足りないのが現在並に將來の社會不安の最大原因だとすれば、曩に述べた通り物の社會化以外に合法的な救濟策はない。賃銀はいくら増しても、之を以て直接に腹を滿たすに足りない。唯差し當り賃銀制度を維持するの外なしとの假定の上に立ちて、以上の如き民法改革を主張するのである。

#### 四 内縁の妻と私生子

一 次に親族編を考へよう。全編を通じて漲れるものは形式主義である。

凡そ、各般の社會制度は、人間の本性に基き、各國各時代の社會的需要に因つて生まれ、之に依つて維持される。制度は常に手段に過ぎぬ。形式は更に其の制度を行ふ方便に過ぎぬ。然るに吾親族編及び現在多數の人士は、兎角此の點を顛倒して形式を尊重し、現在の制度を神聖視して、法本來の目的を忘れる。徒らに精神を失つた形式に拘泥するのは、歴史上すべて敗類文明の特徴である。故に、精神を考へて制度と形式とを正し、擬制を排して、法を眞實に近寄らしめねばならぬ。其所に社會改造の基調がある。

二 法律を知らぬ人が我邦の親族法を見たら定めし驚くことが多からう。それが爲めに起る悲劇を吾々は毎日見る。以下例を所謂内縁の妻に採つて説明を進めよう。

世の中の普通の人は三三九度の盃を濟ませたり、親方や兄貴分の立會の下に夫婦約束をして其の後同様すれば、實際上婚姻は成立つたものと見る。民法が婚姻成立の要件として要求する戸籍吏への届出は、單に婚姻は成立せりとの事實を届出づるのだとしか考へぬ。然るに、民法は、吾々の嗜好に合はぬ此の届出を以て婚姻成立の絶對要件として、之を怠るものには

野合、淫賣などの不倫行爲と同様、全然何等の保護を與へぬ。民法が吾々に届出を命ずれば吾々は之に服従せねばならぬ。之に反するものは違法者なるを以て何等の保護を與ふる必要なしと考へてゐるに違ひない。併し『届出』なる方法が、既に吾々一般の嗜好上、婚姻成立の要件として餘りに殺風景である。之れて婚姻が成立するのだとは何うしても思はれない。又働いて食ふ者にとつては、届出は暇潰しであり、半日の賃銀を失ふ所以である。兎角、人は届出を怠り易い、又假りに届出が方式として適當だとしても、其の方法を踐まぬことが何故當事者相互間の夫婦たる道徳人倫關係に影響を及ぼすのか。法律が届出を要求するのは不動産の賣買などに付き登記を要求するのと同様、婚姻成立の事實を世間一般に公示して之を確證するの主旨に出づるに違ひない。然るに、民法は、不動産賣買に付ては、登記は單に之を第三者に對抗する要件に過ぎず。當事者相互間に於ては何等登記を要せざるものと爲せるに拘らず、人倫の大本たる婚姻に付ては届出を以て成立の要件として、之を爲さざるものは獨り第三者に對する關係のみならず、當事者間に於ても正式に婚姻關係あるものと見ず、從

つて民法が婚姻に與へる法律的保護を少しも與へない。成程第三者に對する關係に於ては、届出なき婚姻を確認することの困難な場合があらう。従つて、内縁の妻が内縁關係を知らぬ男と姦通又は重婚した場合に、其の男は對手の女が妻なることを知る方法がないのだから之に法律上の責任を負はしむるわけに行かぬ。之に反し、内縁の妻本人が貞操義務に背いた者として道徳上の責任あることに付ては、何人も反對する者はあるまい。而して、姦通重婚に關する刑法の精神から見ても、之を處罰するの理由は充分にある。然るに、現行の民法は、形式主義に囚はれて、婚姻の効力はすべて之を届出済みのものゝみに限り、人倫道徳上何人も罪ありとするものを刑法は見て以て罪なしとする。要するに、法は形式に重きを置き過ぎて、婚姻そのものゝ社會的價値を考へることを忘れたものと言はねばならぬ。

三 幸にも、大審院は、去る大正四年一月二十六日、從來の判例を改めて、届出なき事實婚に對し或程度の効力を認めた。即ち、事實婚にある男女は、何れも何等正當の理由なく其の婚姻關係を破ることは出來ぬ。若し之を破れば損害賠償の義務あるものとした。學者は一

般に之を目して大審院が婚姻豫約に效力を認めたまふと謂ふ。併し、斯の如きは、兎角、法律家に有りがちな淺薄な形式的の見方である。大審院は婚姻豫約なる法律的形式を利用して、事實婚の内部關係に對し或程度の保護を與へたのである。

斯の如く、事實婚に關する法の缺陷は、判例に依つて幸に或程度まで補はれたけれども、改正を要すべき點は尙多々ある。上述の如く内縁の妻に付ても姦通重婚の成立を認むべしといふのが其の一である。尤も自分は姦通罪を獨り妻にのみ限る現行制には素より反對であるが、茲には、之に論及せぬ、工場法第十條で、『遺族扶助料を受くべきものは職工の配偶者とす』といへる、其の『配偶者』の中に内縁の妻乃至夫をも包含せしむべしといふのが其の二である。遺族扶助料の目的は生殘配偶者を慰め、其の生活を補助するに在る。財産を有するものが相續に因つて財産を遺族に遺すやうに、無産者の遺族は遺族扶助料の形式に於て死者の『勞働』を相續するのである。互に夫婦として同棲し、仲間朋輩も亦等しく認めて夫婦なりとするものであるならば、假令届出なしと雖も、之に扶助料を與へる理由は充分ある。無論、

一時の野合的關係あるに過ぎぬものを保護せよといふのではない。兩者の區別を正した上、内縁の妻たり夫たる者を保護せよと言ふのである。事實婚から生れた子は私生子である。野合淫賣に因る子と同じく法は之に何等の保護を與へない。之を保護せよといふのが其の三である。私は假令野合淫賣に因る子と雖も、法が之を私生子として特に繼子扱をする理由が解らない。婚姻の社會制度としての價値の最も重なるものは、種の保存と妻の保護とに在る。婚姻が此の目的に最も良く適當せるが故に法は之を保護するのである。假令野合淫賣の子と雖も、子に何の罪があるか。之を保護し、之を優良なる社會の後繼者たらしむることに努力してこそ、反つて婚姻制度の目的が達せらるゝのである。

法に依つて風教を維持せんとする論者が私生子虐待に依つて野合淫賣を防止し得べしとするが如きは、抑も本末を顛倒するものである。況や、世間が認めて夫婦なりとする者の間に生れた子を私生子と稱して保護を怠るに至つては論外である。無論、斯る私生子は父の認知に依つて庶子となり得る、併し、例へば認知を怠つて居る間に父が怪我なり急病なりで死ん

だ場合には、私生子は終に庶子たるの途なく、事實父たることは萬人之を認めて居るに拘らず、法律上之を相續することが出來ず、其の結果遺産は全部伯父伯母などに奪はれて、妻子均しく路頭に迷ふ結果となる。こんな悲劇は世に屢々之を見る。

要するに世間の認めし婚姻なりとするものを全然法の度外に置き、苟も届出なきものは一切保護せぬといふが如きは、本末顛倒の論である。法を立つる者及び法を説く者は、婚姻の社會的價值を考へねばならぬ。婚姻は一定の社會的需要を充す爲めの制度に外ならぬ。而して婚姻の届出は其の制度を實施する形式である。其の需要と制度と形式とは夫々特別の價值があらう。併し、形式を重んずるの餘り、制度を殺し、社會的需要を無視するに至つては愚の至りである。問題は獨り婚姻のみに限らぬ。親族法全部に通じて此の種の問題は幾らもある。希くは立法者裁判官は、社會の需要と制度の精神とを考へ、其の目的に副ふやうな法を立て裁判を爲すべきである。法で風教を維持せんが如きは抑も末である。況や形式で風教を改善せんとするに至つては論外である。

大正十二年 七月 一日印刷  
 大正十二年 七月 三日發行  
 大正十二年 十二月 一日十版

震災版

定價金貳圓六拾錢



用効の噓

著者 末弘 巖太郎

發行者 東京市芝區愛宕下町一丁目一番地  
 山本 英

印刷者 東京市小石川區久堅町一〇八番地  
 東 勇 治

發行所

電話芝 一六三八號  
 二八五四號  
 四三〇三番

東京市芝區愛宕下町一ノ一

改 造 社

撰替東京八四〇二番