

「法社会学論争」の教訓（四）
——市民法学（ないし市民法論）の〈戦前〉と〈戦後〉・
ひとつの素描——

川 角 由 和

〈目 次〉

- 一 はじめに——本稿の目的とその限界
- 二 「戦前」の市民法学（ないし市民法論）
 - 1. 明治期自由民権運動
 - (1) 自由民権運動前史
 - (2) 自由民権運動の開始と展開そして終焉
 - 2. 明治期日本民法典の成立
 - (1) その時期の一般的動向
 - (2) 旧民法（ボアソナード民法）の公布とその実施延期
 - (3) いわゆる「民法典論争」
 - (4) 明治日本民法典の成立 (以上、龍谷法学49巻4号)
 - 3. 大正デモクラシーの時期と昭和初期
 - (1) 大正デモクラシーの時期
 - ① その時期の一般的動向
 - 〔i〕 大正デモクラシー前史（明治民法典成立後の一般的動向）
 - 〔ii〕 大正デモクラシー期の一般的動向
 - ② その時期の民法学の状況
 - 〔i〕 序論——明治民法典成立後の注釈法学及び概念法学とその評価
 - 〔ii〕 大正デモクラシー期の民法学
 - 〔イ〕 岡松参太郎
 - 〔ロ〕 鳩山秀夫
 - 〔ハ〕 牧野英一 (以上、龍谷法学50巻1号)
 - 〔ニ〕 末川博
 - 〔ホ〕 我妻栄 (以上、龍谷法学50巻2号)

[へ] 穂積重遠

(a) 序論

(b) 重遠の法思想（「法と道德の關係」を基軸に）

(c) 重遠の家族法論・概論

< i > 「婚姻予約有効判決」論

(a) 序論——判決概要と重遠の基本的立場

(β) 石坂音四郎の論拠

(γ) 重遠の論陣

(δ) 若干の考察

< ii > 親族法論・概説（『離婚制度の研究』を中心とする覚書）

(a) 序論

(β) 「イギリス・フランス・ロシアの離婚制度」

(a) 序論

(い) イギリス離婚法

(う) フランス離婚法

(え) ロシア離婚法

(お) イギリス・フランス・ロシアの離婚法・比較の試み

< iii > 「民法改正」論議によせて

(a) 序論——大正デモクラシー期における重遠家族法の展開（概説）

(β) 大正デモクラシー期「民法改正」論議の背景

(γ) 「民法改正」論議における重遠の態度

(a) 「庶子の入家に対する嫡母の同意」に関して

(い) 「子の婚姻に対する父母の同意」に関して

(δ) 若干の評価 (以上、本号)

[ト] 中島玉吉

③ その時期の「市民法学」（ないし市民法論）

[イ] 岡村司

[ロ] 末弘厳太郎

[ハ] [補論その1] 平野義太郎

[ニ] [補論その2] 美濃部達吉

(2) 昭和初期

① その当時の一般的動向

② その当時の民法学の状況

[i] 我妻栄

[ii] 牧野英一

〔iii〕 その他この当時の「信義則論」の展開

〔iv〕 穂積重遠

〔v〕 中川善之助

③ 「市民法学」の継続とその変容（「市民法から社会法へ」）

〔i〕 末川博

〔ii〕 末弘厳太郎

〔iii〕 橋本文雄

④ いわゆるマルクス主義法学の展開

〔i〕 加古祐二郎

〔ii〕 平野義太郎

⑤ 補論——天皇機関説事件

4. 昭和の天皇制ファシズム期

(1) その時期の一般的動向

(2) 「日本法理研究会」の発足

(3) 「市民法学」の崩壊と再生の胎動

(4) 〔補論〕マルクス主義法学の状況

5. 小括

三 「法社会学論争」について

1. 歴史的背景

2. 論争の端緒

3. 論争の内容

4. 論争の特異性

5. 論争の「教訓」

6. 小括

四 「戦後」の市民法学（ないし市民法論）

1. 「法社会学論争」を受けて（とくに山中「市民法論」への批判の在り方）

2. 「法解釈学の方法」に関する論争

3. 「判例研究の方法」に関する論争

4. 「市民法学」（ないし市民法論）の現在的到達点

5. 補論——「民法改正」（債権法を中心とした改正）をめぐる

6. 小括

五 結語——残された課題等を中心に

二 「戦前」の市民法学（ないし市民法論）

〔ii〕大正デモクラシー期の民法学（続き）

本稿前編（龍谷法学50巻1号・50巻2号）で、筆者は「大正デモクラシー」期のわが国「財産法学」（岡松参太郎・鳩山秀夫・牧野英一・末川博・我妻栄）を概観した。以下では、家族法に重点を置いて「大正デモクラシー」期の民法学の特徴を考察したい。その考察の対象の焦点は、まずは穂積重遠（1883-1951年）に置かれる（なお本稿続編で、大正デモクラシー期の家族法論の続きとして中島玉吉（1875-1960年）につき考察する）。

その際、穂積重遠の民法学の幅広い研究視野に対応して、狭い意味での「家族法」に問題を限定せず、必要と思われる範囲で法理学的な考察（ないし財産法学的考察）も付加したい。

〔へ〕穂積重遠

(a) 序論

穂積重遠は、わが国「家族法学の父」と呼ばれる¹。その父親は、かの穂積陳重（1855-1926年）である²。重遠が東京帝大法科大学に入学したの

1 利谷信義「穂積重遠」潮見俊隆＝利谷信義（編）『日本の法学者』（1975年）301頁以下参照（本稿では、穂積重遠をその父「陳重」と区別する意味で、「重遠」と呼ぶ）。なお、利谷の「重遠」論は、その後「日本における家族法学の生誕——家族法学の父・穂積重遠」と改題されて、利谷『家族と国家——家族を動かす法・政策・思想』（1987年）160頁以下に収められている。ただし、本稿での引用は前者『日本の法学者』所収のものにより、行なう。また比較的短く整理された重遠論として、西原道雄「穂積重遠（1883-1951年）——日本家族法学の父」法学教室181号（1995年）96-97頁がある。さらに最近、大村敦志によるきわめて重厚な「重遠」論が公刊された。大村『穂積重遠・社会教育と社会事業を両翼として』（2013年）参照。本稿でも、利谷・前掲論文を基軸として、西原「重遠論」とともに、大村の「重遠論」にも触れる。その他、「重遠論」はかなり多くの学者によって書かれている。本稿では、必要に応じてそれらに言及する。なお本稿では、氏名の表記につき戦前戦後を問わず、敬称を略している。ご了解を乞いたい。また故人には、できるかぎり生没年を付した。

2 重遠は、少年時代を回顧して「大げさに申せば民法の中で育ったようなもの

は1904年（明治37年）9月であって、日露戦争勃発から半年後のことであつた。先に筆者は、「この時期の一般的動向」の箇所（龍谷法学50巻1号154頁）で、日露戦争に「国民的な愛国心」の動員が図られた点、触れた。これに関して、1943年（昭和18年）の重遠自身による回想録は、当時のインテリゲンチヤ的な「愛国心」が垣間見られて興味深い。すなわち重遠は、日露戦争開戦当時一高三年生であり、1904年3月1日の一高記念祭で重遠作詞『都の空』が歌われた折りのことを、次のように振り返っている。——「これ（『都の空』）は若かりし僕の戦争情熱の發露であつた。其中に『東亜の天地三千里、健兒飛躍の舞臺ぞや』といふ文句があつて當時は誇大妄想だと笑われたものだが、支那事變になつてから僕は『三十年前にチャント予言して置いた』と自慢した。ところが大東亜戦争の今日では、忽ち『三千里』どころの騒ぎではなくなつたので、今更ながら皇國の飛躍發展に驚いて居る」³（括弧内・引用者）。これは、1938年（昭和13年）の

「のだ」と言っている。利谷・前掲論文（前注1）303頁参照。要するに重遠は、父陳重の強い影響を受けて育つたのである。学生時代も毎夜10時になると、決まって重遠は父陳重の書齋を訪れていたという。穂積陳重『法窓夜話』（1951年河出書房市民文庫。原書初出は1916年）の重遠による「序」3頁及び利谷・前掲304頁参照（なお、岩波文庫版『法窓夜話』（1980年）重遠「序」15頁にも同じ文章が綴られている）。それによって重遠は早い段階から「法現象を社会現象の一環として歴史的に把握するという考え方」を身につけていったのである。利谷・前掲305頁。なお大村・前掲書4頁以下も参照（父陳重が如何に推敲を重ねて著述していたか。その父の「学問への姿勢」を、如何に重遠が学びとったかが記されている）。

3 穂積重遠「大学生生活四十年」法律時報15巻10号（1943年）19頁（以下では、単に重遠「四十年」として引用する）。なお大村・前掲書（前注376）17頁以下が「都の空」を原文でより詳しく紹介している。そして「日露開戦直前の当時の世相を反映した歌詞」と付言している。ただし、本稿本文で引用した『東亜の天地三千里、健兒飛躍の舞臺ぞや』の部分は省かれている。また上記「四十年」冒頭の本稿引用部分（重遠自身の1943年当時の思想）に関する記述もない（大村は、重遠の「作文綴」に着目して、重遠が「戦争を必ずしも否定しないこと」。その上で重遠が「吾人は吾人が修め得たる學術を以て、慘憺たる戦争の結果を軽減し」と述べていることに注目している。大村・前掲書18-19頁参照）。

「国家総動員法」をへて1940年（昭和15年）の「大政翼賛会」要綱発表のち——1941年（昭和16年）の太平洋戦争（第二次世界大戦）に突入して2年後——1943年（昭和18年）「大東亜共同宣言」が出された年に書かれた回想録である。したがってこれは、すでに神格天皇崇拜的専制絶対主義権力（帝国主義下の「軍勢力優先的」国家権力・その下での「特高警察」の暴力的監視支配）、さらには皇道右派軍部勢力主導下での、いわゆる「翼賛的」・「時局的」な思想によって支配されていた時期の回想録である（この時期の特徴点については本稿続編「[昭和の天皇制ファシズム期]」の考察においても、改めて立ち入る）。したがって、上記重遠の回想録は、このような時期に独特なわが国インテリゲンチヤ全体を通貫する「傾向」の一環として正確に読み取られる必要がある⁴。これは、正義感覚とヒューマニズムに溢れて育った重遠⁵をして、このような回想録を書かした当時の天皇制権

4 この時期の総力戦体制（国家総動員法体制）への「対抗」と「迎合」（「参画」）との二重構造は、たとえば平野義太郎（1897-1980年）、三木清（1897-1945年）など著名なマルクス主義活動家（前者）さらには左派リベラリスト（後者）をはじめとして、当時のインテリゲンチヤにつきまとう一種独特な「傾向」として存在した。ちなみに三木清は、左派活動家高倉輝（1891-1986年）をかくまったという理由で治安維持法違反に問われ、投獄中、戦後直後（1945年9月）に獄死している。この点、永野基綱『三木清』（2015年新装版）232-234頁参照（その232-233頁に出てくる「某氏」とか「T」の表記は、高倉輝を指すと考えられる）。ちなみに、永野の三木論では、三木清が近衛文麿主導の「日本研究会」（1936年設立）に入会し、国家組織的な規模における「啓蒙」活動（「参画」）を通じて「非合理的な日本ファシズム」に「抵抗」しようとしつつ、しかし結果的には「協同主義」（ヨーロッパ的ゲゼルシャフトに対抗する原理たる「ゲゼルシャフトとゲマインシャフトとの高次の統一」としての「協同」論）及び「東亜新秩序論」（ヨーロッパの東アジア侵略に抵抗するため「大國日本」が盟主となって「新秩序建設」を図るべきとの主張）に、三木も呑み込まれていった様相が描かれている。永野・前掲書184-207頁。本稿では、その続編において——「三木清」論にまでは手が回りかねるが——1937年の「転向」後、「大アジア主義」を標榜するに至る平野義太郎の姿に目を向ける予定である。

5 重遠が、その開化的な家庭の雰囲気（特に母歌子による訓育）の中で培い、さらにその後欧米留学の成果としても身につけた「正義感覚とヒューマニズム」は、大村・前掲書（前注1）の随所で詳しくかつ生き生きと描き出されてい

ゝる（さらに、山主政幸「穂積重遠」法学セミナー1960年7月号53頁も、重遠の「人格」の素晴らしさ、「市民性」の豊かさを指摘している）。たとえば、重遠の立法活動（主に民法〔家族法〕を中心とした「大正改正要綱」、「改正弁護士法」、「児童虐待防止」に関する重遠の貢献）につき大村84頁以下。社会活動家としての重遠の活躍（なかでも東大セツルメント活動〔関東大震災後の借地借家紛争への奔走等〕と社会教育協会での主導的役割）につき98頁以下。さらに社会教育家としての重遠の活動（夏期大学での講演、明大女子部の創設〔女性弁護士を含めた女性法律家の育成等〕、公民教科書編集〔「民法読本」の出版をはじめとした「法育」の実践等〕、さらに非法律家〔一般市民〕に向けられた「有関法学」の現代的意義〔「役場に結婚式場」の提言など〕）。そして、そのような重遠の多面的な活動の我妻栄（1897-1973年）による継承、さらに我妻から加藤一郎（1921-2008年）・星野英一（1926-2012年）への継承については、大村・前掲書148頁以下参照。これらは、大村によって詳細緻密な文献考証の結果、実証的に導き出された貴重な「重遠論」の一コマである。併せて「市民の法（学）」としての民法・民法学がはたすべき役割は何か」と問い、そのような観点から「重遠の遺産を再発見する試み」を重視し、「重遠の多様な側面が様々な観点から検討され、（マイナス面も含めて）その遺産の全貌が理解されるにいたることを望みたい」（括弧内・原書）と述べる大村の姿勢（前掲書294-295頁）を筆者（川角）は全面的に支持したく思う。そのように筆者は、一種の感動をもって大村の著書を読んだ。しかし、ただ一点、残念な記述がある。それは東大セツルメントに関する部分である。——「（セツルメントに集った有志者たちの中には）次第に左翼学生が増える。（中略）左翼は学生たちに限らなかった。特に労働学校については、初期は平野義太郎（1897～1980）、大森義太郎（1898～1940）の二人（それぞれ法学部助教授・経済学部助教授）が参加していた。彼らは山田盛太郎（1897～1980）とともに「マルクス主義の三太郎」として知られていたが、平野は1930年に共産党シンパ事件に加わったとして逮捕・辞職、大森はそれよりも早く1928年に3・15事件でやはり逮捕・辞職していた。このころからセツルメントをめぐる環境は悪化をたどった」（大村113-114頁。括弧内及び傍点・引用者）。——これは、あたかも彼ら（左翼学生を含めた平野や大森）の行動が「原因」（それも大きな「直接的原因」）となって、その後の東大セツルメントの「自発的閉鎖」を招いたかのような記述になっている。その文章の前後関係を仔細に読めば、それがよく分かる。と同時に、そのことによっていかに重遠がセツルメントの「防波堤」として苦勞したか、またセツルメント自体がいかに「自発的閉鎖」に追い込まれていかざるをえなかったかという経過も、十分に分かる。この点、東大セツルメント第7代主事・大森俊雄は、その回想録「最後の主事就任から解散まで」福島正夫＝石田哲一＝清水誠（編）『回想の東京帝大セツルメント』（1984年）95頁以下、特に98-99頁で、およそ以下のように述べている。——①「社会情勢が混乱陰悪の非常時下で、

「あったためにセツルメントが赤化の温床などと曲解される事」があったこと。

および、②1938年（昭和13年）5月に警視庁特高部からセツルメント関係者が出頭を命じられ「嚴重な取り調べ」を受けたこと。③その取調官であった特高部長が戦後「初代内務大臣」になったことなど、がそれである。ちなみに「学生セツラーの中には左翼団体に関係があった（中略）と曲解されて居る」（傍点・引用者）という大森（俊）の記述には特に留意したい（大森〔俊〕・前掲99頁）。当時学生であった大森（俊）は、慎重に平野義太郎らの名を出すことを避けている。なるほど「事実的因果関係論」の立場からするならば、平野義太郎らの行動の結果セツルメントが解散に追い込まれていったという趣旨の大村の評価はあたっているかもしれない（とはいえ、戒め「平凡な一セツラーの立場から」福島正夫＝川島武宣（編）『穂積・末弘両先生とセツルメント』（1963年）64頁は、「セツルメントは日華戦争〔1937年〔昭和12年〕〕の起こった前後から官憲にすっかりならまれて、最後には解散のやむなきに陥った」（亀甲括弧内・引用者）と述べ、歴史的な背景事実の指摘を忘れていない。ちなみに「日華戦争」とは、1937年7月7日の盧溝橋事件・同年12月13日の日本軍南京占領〔南京大虐殺〕を始めとする日本による中国への一連の侵略戦争を指す。大村・前掲書には、この点の指摘がないように思われる）。——ともあれ、平野義太郎も大森義太郎も、時の国家権力による「帝国主義」的対外侵略（特に中国に対するそれ）を批判し、さらに言論・出版・思想・表現の自由のために闘い、かつまたわが国労働者・小作農民の置かれた惨状をなんとか救おうとして（つまりは、労働者・小作農民らの「人格権」・「生存権」を守るため）、正義感に駆られて政治的行動に走ったのである（しかも二人とも、若くして堂々たる学問的業績も残していた）。大村は、これにつきはほほ目を向けようとはしない。さらに大村には、彼らを弾圧した時の国家権力に対する怒りのかけらも見られない。かつまた、当時すでに施行されていた「治安維持法」に対する批判的記述もない（ただ、わずかにその引用文中「時局に対応すべく」とか、「時勢の変転のきびしさ」という文言が挙げられているのみである。大村115頁。なお大村274頁では、本文括弧内で「重遠は治安維持法は悪法だと言っていたようである〔東京大学セツルメント法律相談部『穂積・末弘両先生とセツルメント』34頁〕」と記されている。しかしこれは、重遠の治安維持法に対する単なる伝聞的事実の紹介であって、大村の治安維持法への批判的観点を窺わせる文章とはいえない。ちなみに、利谷・前掲論文〔前注1〕317頁以下は、重遠が治安警察法〔1900年〕には容認的であったものの、治安維持法〔1925年〕については「あれは悪法だ」と批判していたことが指摘されている〔利谷・前掲論文331頁〕。この点、のちほど改めて触れる。本稿後注50参照）。ともあれ、大村が、わざわざ「マルクス主義の三太郎」という表現まで用いたことは、そこに「マルクス主義」に対するある種の揶揄ないし嘲りが込められているような印象すらもつ。それは、重遠に最も多くを学び、よって「異なる思想を仲介する知恵」（大村167頁。ノ

、傍点・引用者）を身につけた著者・大村敦志自身の基本姿勢に適った記述と言えるのか、やや疑問である。むしろ上記大村の記述態度は、「異なる思想」・「異質的分子」を意識的に排除してしまう非「市民法的」な姿勢であるようにも思える。そのような大村の傾向は、重遠に対する栗生武夫（1890-1942年）による批判——重遠『有関法学』（1934年〔昭和9年〕）が「日本資本主義」を「唯物論的」に分析していないという批判——に対する「反論の仕方」にも、象徴的に現わされている（大村145頁参照。ただし大村は、いくぶん慎重に、栗生の主張を指して「これは「一つの」みかたではあるが」という一文を付加している。大村の見識の表れであろう）。この点、なるほど栗生による当時の「日本資本主義」の「唯物論的」分析には、いくぶん公式的な割り切りがあったかもしれない。しかし、栗生による重遠『有関法学批判』は、一概に「公式的な割り切り」とは断言しえない。ここでは、大村がその著書で省略した箇所を復元させつつ、栗生の文脈を辿り直したい。栗生は次のように言っている。——「著者（重遠のこと）は民法の内容をなるべく平明に解説するとか、口語體で判決を書くといふことに熱心をもつてをられるようだが、民法に對して現代人がもつてゐる不安はもつと底深い所にある。即ち現代は民法上の基本的諸原則、その上に民法の諸規定が立つてゐるところの根底そのものに對して疑ひをもつてゐるのである。又著者は民法の制定史料を神話か何ぞのやうに難有（ママ）がられ、大切にこれを保存しようとしてをられるが、現代にとつては民法の保存よりも民法の批判の方が大切である。今日の民法は果たして社會の發達に對して寄與的に作用してゐるのか、阻止的に働いてゐるのか、その科學的分析こそがわれらの關心事でなければならぬのである。同じく民法の制定史にしても、われらはその制定過程よりも、その制定の社會的基礎に對して關心をもつ。なぜ當時の日本資本主義が外國民法の手早い繼受を必要としたか、その唯物的根拠こそがわれらの關心でなければならぬのである。現代は民法法典を藝術的完成品か何ぞのやうに取扱ひ、これを味つたり、弄んだりしてをられる時代では決してない。學者は然かく『有関的』であつてはならぬのである」（傍点・原書。括弧内・引用者）。栗生武夫『有関法学』同「一法學者の嘆息」（1936年〔昭和11年〕）125頁以下、特に129頁。この栗生の著書は1936年10月刊行のものであるが、その前年1935年4月に美濃部達吉不敬罪發事件（天皇機關說事件）が発生し、同年8月「国体明徴第二次政府声明」が出されている。そして1936年7月には、平野義太郎・山田盛太郎らの講座派學者一斉檢舉事件（コム＝アカデミー事件）が勃發した（これらの歴史的事実については、本稿続編で改めて論ずる）。そのような最中に栗生の著書『一法學者の嘆息』が刊行されたのである。この事實に、さしあたり注目しておきたい（ついでながら、その2年後1938年〔昭和13年〕に國家總動員法が公布され、1940年〔昭和15年〕7月に「日本法理研究会」が設立された。このことも、併せて記憶しておくべきである）。要するに、栗生にとっては、もはや「有関法学」どころの話ではなくなっていたのであ

力による「思想統制」（なかでも「教育勅語」による洗脳の効果等）の激烈さを、改めて痛感させるものである。他方で重遠は、天皇制的「國體」護持思想については、戦後もなお、これを保守的に堅持しようとした（この点、

ゝる。ちなみに、栗生は著名な西洋法制史学者であるが、「婚姻立法」・「婚姻法の近代化」・「離婚原因の擴大史」・「親族法」など家族法に関しても多数の著作・論文がある。したがって、栗生による重遠の仕事ぶりへの学問的関心は、おそらく人並み外れていたに違いない。いずれにせよ大村は、重遠『有関法学』の立場を徹底的に擁護し、栗生の立場を「重遠の法学とは相容れない見方」と切って捨てている（大村145頁）。さらに大村は、米栖三郎（1912-1998年）の「法律家を非法律家に」・「非法律家を法律家に」という重遠『有関法学』評価を挙げて「米栖の言っていることは正しい」と述べ、栗生『有関法学』批判に對峙しようともしている（大村145-146頁参照）。しかしながら栗生は、重遠の民法学に対する基本姿勢そのものを根底的に批判するのであって、「法律家を非法律家に」・「非法律家を法律家に」というモットーをあげつつっているわけではない。栗生は、昭和天皇制ファシズム到来の足音を聞きつけ、文字通り「民法学の危機の時代」に直面し、重遠流の「有関法学」であってよいのか、と問いかけているのである。その点に照らせば、大村145-146頁の記述の仕方は、意識的な論点のすり替えであるように思われてならない（かりに上記大村の記述が、無意識的なものであったのだとすれば、なんとおおらかな歴史感覚か。あるいは、なんと表面的な学説理解か、不思議な感覚にとらわれてしまう）。ちなみに大村も、「滝川事件」（1933年）及び「天皇機関説事件」（1935年）以降の東大法学部そして重遠の「受難の時代」を描いている（重遠は、1930年〔昭和5年〕以降1942年〔昭和17年〕までの期間中三度にわたり法学部長を務めた）。大村173頁以下、特に194頁参照。しかし、大村による当時の重遠の位置づけは、重遠の社会改良主義と保守主義・自由主義との融合論の評価であり、その多面性の評価にほぼ終始している（大村196-197頁）。なお、当時の末弘巖太郎（1888-1951年）と重遠との対比（大村196頁）は、たしかに重要である。当時の末弘の学問的姿勢については、本稿続編でも触れる。——こうして筆者（川角）は、大村の力作に対する幾分残念な気持ちにも駆られつつ、平野義太郎＜樵積重遠先生への追悼の辞＞を読んだ。福島＝川島（編）・前掲書『樵積・末弘両先生』11-12頁参照。そこで平野は、一高在学中から東大時代にかけて重遠から受けた学恩。さらにはセツルメント時代の重遠の皆勤ぶりや財政面での支援、さらに重遠の面倒見のよさに触れ、それを「私は感謝して思い出したい」と書き記している。この文章には、世話をかけ、心配もさせた恩師重遠への、平野による心からの追悼の気持ちが率直に表現されている。おそらく平野の師重遠は、「マルクス主義の三太郎」というような平野へのレッテル貼りなど、けっしてしなかったと思われる。

本稿後注49を参照されたい)。そのような重遠の「学者的」態度（戦後「日本国憲法」の価値基準にも共鳴し、かつまた日本型「アンシャンレジーム」にも共感を示すところの、重遠の物わりのよい、インテリゲンチヤ的な態度⁶⁾は、重遠

6 終戦直後、アメリカ占領下の日本で戒能通孝（1908-1975年）は、実に多面的な「インテリゲンチヤ」像を描き出した。戒能通孝『インテリゲンチヤ』（1950年。改造社）1-210頁。その中の一節に以下の文章がある。——「古き世界観の動揺によつて困つてゐるものは、あえて俠客や名家を誇る日本帝國の臣民達だけではなくつた。形の上では恐ろしく器用に洋服を着こなす人々や、少なくとも外に向かつては、近代人であることを主張する人も、事實大量に舊制度への執着をもつてゐるようである」（戒能・前掲書50頁。傍点・引用者）。あるいは「インテリゲンチヤは三十%ブルジョア的、二十%プロレタリア的、そして残餘の五十%だけ自己であることもできるだろう」（戒能・前掲書33頁）、さらには「彼（インテリゲンチヤ）がインテリのインテリ性を捨て、眞にプロレタリアートとして行動し得るものなのか否か、嚴正に自己批判してみるだけの心掛は必要に相違ない。（中略）太平洋戦争がなぜ起つたかを考えられないくらいなら、彼のプロレタリア性はあやしげなものである」（戒能・前掲書37頁。括弧内及び傍点・引用者）。——上記戒能の「インテリゲンチヤ」論は、1949年に発生した下山事件、三鷹事件、松川事件を踏まえ（戒能・前掲書51-52頁参照）、「革命」と「反革命」の要素が入り交じる終戦後の混乱期の社会事象を「第一次世界大戦後のドイツと現在の日本とが、ある意味で餘りにも多くの共通點をもつことに驚かされる」（戒能・前掲書208頁。傍点・引用者）という動機づけの下で、自己省察的に書かれたものである。要するに戒能は、第一次世界大戦後のヴァイマル憲法体制下でナチズムを招き寄せたドイツ資本主義の「非合理主義」（＝「理性の破壊」）と第二次世界大戦後「日本国憲法」下での合法的「レッドバージ」をアメリカ占領権力と寄り添いつつ引き寄せた日本資本主義の「非合理主義」の共通性を指摘している。そのようなモチーフのもとで戒能なりの「インテリゲンチヤ」論を展開している。それゆゑ戒能の上記著作も歴史的被制約性から免れてはいない。にもかかわらず、上記で引用したインテリゲンチヤに関する戒能の評言は、なお「普遍的価値」をもちうる、と考える。それゆゑ戦前・戦後の重遠の姿につき、戒能の「インテリゲンチヤ」論は、あたかも二重写しとして投影されるのである。終戦直前に昭和天皇から「彼なら宜し」と見込まれて東宮大夫に就いた重遠（穂積重遠『終戦戦後日記（1945-1950年）——大正一法学者の晩年』〔2012年。大村敦志・校訂〕2頁）は、戦後の変革期においても「皇室典範」さながらほぼ旧体制を維持した「皇室制度」のもとで、東宮大夫としての職を全うした。この点、大村・前掲書（前注1）253頁によれば、「重遠の皇室に対する畏敬の念には並々なぬものがある」とされ、「節度をもった「君民和楽」が重遠の理想であつたのだろう」と記されている。ノ

法学のいかにも重遠らしい「二面性」を物語るものである⁷。そして、これはまた大正デモクラシー期の「知識人（インテリゲンチヤ）」に通底する基本的性格でもあった、と思われる⁸。ともあれ、重遠が東京大学定年退官を契機に「大学生生活の40年」を振り返ったこの回想録をもとに、まず

「おそらく当時の重遠は、「太平洋戦争がなぜ起つたか」を考えること自体、おそらくきわめて困難な状況下にあったに違いない。言い換えれば、天皇の「戦争責任」論はおろか、国民権下の「象徴天皇制」に関する日本国憲法適合的再構成を熟考する余裕も、さらにはその主体的動機づけもなかったのではないか、と思われる。「節度をもった『君民和楽』」の発想にとどまったことが、「インテリゲンチヤ」としての重遠の思想的限界性を如実に指し示しているように思われてならない。

7 このような重遠の「二重性」（言い換えれば「光と影」）は、たとえば大村敦志がその「重遠論」で強調する、重遠の「春風駘蕩」性とか「多様性に対する包容力」とか、あるいは「法を「支える人」の多様性に対する確信」などという性格規定の仕方（大村・前掲書〔前注1〕292頁）でもって到底理解し尽くせない「多面性」と「奥深さ」をもつ、と考える。本稿は、それを描き出すための一つの拙い試みと言えよう。

8 大正デモクラシー期の「インテリゲンチヤ」の思想的通底性と言っても、むろん一口で括りきれものではない。吉野作造（1878-1933年）の「民本主義」の評価一つとっても、その「民主主義」論としての不徹底性・脆弱性ととともに軍部批判によって東大教授の職を辞するなどの「激しさ」の両面をもっていた。それは吉野の天皇制への姿勢にも現れていた。たとえばそれは、一方での吉野の天皇制批判への消極的・抑制的態度と、他方での「五箇条の御誓文」に対して公の場でイデオロギー暴露を行い、靖国神社の反倫理性を公然と批判することを辞さなかった」という吉野の「二面性」にも現れている。松沢弘陽「吉野作造と政治改革」『吉野作造選集2・デモクラシーと政治改革』（1996年）所収308頁参照。大正デモクラシー期の「インテリゲンチヤ」論は、なかでも1917年のロシア革命後、1918年（大正7年）の米騒動を経た民衆運動の高揚と1919年（大正8年）労働組合運動の組織化（大日本労働総同盟の成立）及び1920年（大正9年）新婦人協会・網領宣言に象徴化される婦人解放運動等に伴って具体化しつつあったところの「社会主義」への態度決定をめぐる、かなり揺れ動いたように思われる（この点、本稿後述の重遠による「ロシア革命観」も参照されたい）。こうして「1919-20年はいわば大正デモクラシー論の折り返し点となった」（松沢・前掲論文318頁）。このことも、当時の「インテリゲンチヤ」論をみる上で重要な指標になるかもしれない。「大正デモクラシー期のインテリゲンチヤ論」については、残された課題が大きい。必然的に本稿で留保すべきことも多い。その点、お断りしておかなければならない。

は穂積重遠「家族法論」の前提となるところの、重遠を取り巻く学問的環境及び思想状況の輪郭とその時代的な背景を描き出してみよう。

なぜ重遠は、家族法の研究を志したのか。この点を、まずは重遠自身に聞こう。最初に当時（1904年〔明治37年〕以後）の民法教育の実態を紹介している箇所から摘示してみる。——「元来當時は民法の講義が全部済むなどとは期待されなかつたのである。何分にも民法が施行されてからまだ六七年のこととて、著書としても総則は何種か出たが、債権は総論、物権は前半がそろそろ出かけた次第であつて、講義も法文の解釋や外国法との對照などに時がつぶれて、第四編第五編たる親族相続までは手が届かなかつた。（中略）ところが偶々奥田義人先生が講師として（親族・相続法の）随意講義をされることになつたのは、僕に取つては何より仕合であつた。奥田先生は非常な雄辯で、講義は單に解釋的だけでなく実例的であり立法論的であつて、非常に面白かつた。（中略）そしてこの奥田先生の随意講義が、結局僕の學問の将来の方向を決定したのであつた」⁹（括弧内・引用者）。さらにこれに関連して重遠は、次のようにも言っている。少し長い引用になるが、重要と思われるので、そのまま引く。——「民法第四編第五編即ち親族法相続法が當時は、ヤツト歟がはいつたばかりで、まだ十分に開拓されて居なかつた。そこで僕は此部分に着眼したのである。其直接の動機は前にも述べた通り奥田義人先生の随意講義であつたが、遡れば父陳重の影響である。更に又、牧野英一先生から譲られて今でも大切に取つてある水町袈裟六講師のノートと京大の岡村司教授の諸論文とに刺激を受けた。穂積陳重の親族法相続法論は沿革的であり、奥田先生の講義は立法論的であり、水町氏は財政家として有名だつたが、其親族法相続法講義は特色のあるもので、或程度社會學的であり、又岡村教授の論文には社會問題の色彩が濃かつた。従つて僕の親族法相続法論には、解釋論だけでなし

9 重遠「四十年」（前注3）20頁。この点につき、大村・前掲書（前注1）22頁以下参照。

に、多少なりとも沿革論的立法論的社會問題的要素がある筈だ」¹⁰。このような背景と問題意識から、重遠が「家族法」の中でも特に重点的な研究課題として選択したのが、「離婚法」であった。その際重遠は、以下の四点を標準に研究テーマを選択した、と言っている。すなわち「(一) 間口が廣過ぎないで奥行き深いもの。間口が餘り廣いと手廻り兼ねるし、奥行きが浅いとすぐ行詰つてしまふから。(二) 法律問題にして道德・宗教・社會・文藝に亘るもの。法律學者だから勿論法律問題を撰ぶが、単純な法律問題では十分に僕の興味をそ、らない。(三) 現在の問題にして過去に遡り将来に跨がるもの。即ち沿革研究の興味あり又立法論の出来るもの。(四) 我國の問題にして同時に諸外國の問題であり、即ち比較研究の種になるもの」が、それであった¹¹。その上で重遠は、「斯う考へて見ると離婚法はこの四つの標準にピッタリはまるのであつて、分量だけ大きな本を一冊書いたきりで決して研究の成果を挙げたとは言はぬが、主題の選擇をあやまつたとは思はぬ」¹²と述べている。なおここでいわれる「研究の成果」としての「離婚法」とは、重遠の大著『離婚制度の研究』（1924年〔大正13年〕）を指す。本稿では、これを後ほど——部分的紹介にとどめるが——大正デモクラシー期の家族法の成果として取り上げる。

10 重遠「四十年」（前注3）21頁。なお利谷・前掲論文（前注1）305-306頁参照。さらに大村・前掲書（前注1）23-24頁も参照。

11 このうち本稿前編（龍谷法学49巻4号）では、重遠における「法律と道德」の關係に一定の注目を払った（本稿前編注47参照）。重遠「四十年」（前注3）28頁でも、こう指摘されている。すなわち重遠は過去四十年間の大学人としての生活を総括した箇所で、特に意を用いた点として「法律と道德の關係」があったとし、続けて「法律を尊重すると同時に法律を限界（ママ）して道德に遡り「悪法モ亦法ナリ」、「法ノ不知ハ許サズ」の両法諺を用ふる余地なからしめんことを期した」という。それは具体的には、どういうことを意味するものであるのか。おそらく重遠は、法に対する道德の優位を説き、道德的「法」である限り「悪法なし」と考え、道德的「法」が国民化されることによって「法の不知」状態が解消されるものと考えた、と思われる。この点については本稿で後ほど改めて触れる。

12 重遠「四十年」（前注3）22頁。なお利谷・前掲論文（前注1）306頁参照。

ともあれ、さらに重遠の「四十年」を続けよう。重遠は、1908年（明治41年）東大法科大学講師となり、2年後の1910年（明治43年）に助教授となったのち、1912年（大正元年）から1916年（大正5年）まで「獨佛英米」に留学している¹³。その留学から重遠が学び取ったものは数多い。たとえば留学中勃発した第一次世界大戦を受けて、「對敵取引禁止法」を中心に考察した著書『戦争ト契約』（1916年）を書いたとされる¹⁴。また留学先での「大學生活」の在り方、あるいは「法律臨床講義」（リーガル・クリニック）の実践、かつまた「社會事業」及び「社會教育」、さらに「婦人運動」の実態にも大いに啓発されたと言っている¹⁵。このうち「社會事業」と「法律臨床講義」が結合したものとして、帰国後に末弘巖太郎（1888-1951年）とともに営んだ「東京帝大セツルメント活動」を取り上げ、そこから我妻榮（1897-1973年）も川島武宜（1909-1992年）も育っていつ

13 重遠「四十年」（前注3）23頁。なお利谷・前掲論文（前注1）307頁以下参照。約5年に及ぶ留学期間は、当時でも異例の長さである。その後2年に短縮され、戦時中は渡欧自体不能になってしまった（「四十年」同頁）。その点に照らし、重遠自身この5年に及ぶ長期留学を「誠に恵まれたことであつた」と述懐している（「四十年」同頁）。ちなみに重遠の留学中の日記をまとめた著作として、穂積重遠（著）＝穂積重行（編）『欧米留学日記（1912～1916年）——大正一法学者の出発』（1997年）がある。なお、大村・前掲書（前注1）34-61頁にも重遠の欧米留学に関する詳しい記述がある（上記『欧米留学日記』の「一種の「異本」」として『留学思出話』があるとされる〔原稿として「平和のドイツ」と題した部分が現存しており、「戦ふイギリス」については別途公刊されているという〕。大村・前掲書35-36頁。またドイツ・ボンでの鳩山秀夫との交友についても詳しく書かれている。大村・前掲書37頁以下参照。重遠の欧米留学については、本稿後注127において、上記とは少し異なった事実につき触れている。

14 重遠「四十年」（前注3）24頁。なお『戦争ト契約』に関しては、大村・前掲書（前注1）62頁以下に詳しい。

15 重遠「四十年」（前注3）24頁以下参照。なおイギリスでの女性参政権運動（サフラジェット）に関する重遠の評価につき、大村・前掲書（前注1）58頁以下（その後の重遠「フェミニズム」論及び『婦人問題講話』につき、大村・前掲書67頁）。留学の成果一般に関する重遠の回想については、大村・前掲書61頁を参照。

たとする¹⁶。また「婦人運動」については、大正デモクラシーと呼応した「普選運動」における「婦選運動」（婦人の選挙権獲得運動）の必要性についても言及している¹⁷。そして最後に四十年におよぶ大学人生活を振り返って、次のように述べる。すなわち「斯くして過去四十年間、顧みて（中略）ともかくも法律學の研究と教授とを枢軸とし社會教育と社會事業

16 重遠「四十年」（前注3）27頁。なお利谷・前掲論文（前注1）328頁以下参照。特に「東京帝大セツルメント活動」については、大村・前掲書（前注1）107頁以下が詳しい。ちなみに、戒能通孝（1908-1975年）も、東大入学当初に「東大セツルメントの紹介講演会」における重遠の「雄弁に魅せられてしまい」、「講演会が終わるとともに、当時本所柳島にあったセツルメントまでついていきました」と回想している。戒能「私の法律学の歩み」同「戒能通孝著作集Ⅷ・法社会学」（1977年。原論文初出は1956年）287頁以下、特に288頁参照。また戒能は、「私が（セツルメントで）得たものは、法律相談を通して法律が存外面白いものであることを穂積先生に教えていただいたことであり、要するにセツルのおかげで穂積先生を自分の家庭教師なみにする光栄を味わった受益者であった」（括弧内・引用者）とも言っている。戒能・前掲「平凡な一セツラー」福島＝川島（編）。前掲書「穂積・末弘両先生」（前注5）63-64頁。この点に関連して、福島正夫（1906-1989年）の回想録「東大セツルメントとのかかわりと法律相談活動」においては、「（戒能が）若いのに拘わらず大変に法律通であった」とされ、「卒業ののちも（セツルメントの）法相部の仕事に協力した」（括弧内・引用者）と記されている。福島＝石田＝清水（編）・前掲書「回想のセツルメント」（前注5）144頁以下、特に148頁参照（ちなみにセツルメント「法相部」とあるのは、当時の東大セツルメント内に、「調査部」・「労働者教育部」・「市民教育部」・「児童部」・「医療部」などが置かれていた点に関係している。「末弘博士のセツルメントに関する講演（要旨）〔大正15年〕」福島＝川島（編）・前掲書「穂積・末弘両先生」123頁参照。ちなみに、この講演で末弘敬太郎〔1888-1951年〕は、「帝大セツルメント」の「二つの作用」として、「知識の分与作用」と「實際知識の吸収作用」を挙げている。前掲書122頁）。

17 重遠「四十年」（前注3）25頁参照。そこで重遠は、帰国後「大正の末普通選挙が問題となつた際「婦選にあらずんば普選にあらず」と演説したこともある」と述べている。また、この回想録が公表された当時（1943年）の時局を踏まえて次のようにも言っている。——「婦人参政権論は時局柄他日の問題にするが、「萬民翼賛」といひ「総力戦」といふ以上、國民の半分たる婦人が無視せらるべからずは、今日の時局上更に一層明瞭である」（「四十年」同頁）。ここには、一方で「皇國の飛躍發展」に目を見張りながらも、他方で、なお婦人の権利及び男女同権を訴える重遠なりの一種の反骨精神（批判的精神）が見て取れる。

を両翼として経過し来つた」¹⁸と。

(b) 重遠の法思想（「法と道德の關係」を基軸に）

以下、重遠の法思想について、できるかぎり簡潔に触れておく。1916年（大正5年）2月に留学から帰国¹⁹した重遠は、その年の第一学期に「法理學」の講義を担当しており²⁰、その成果を1917年（大正6年）刊行の『法理學大綱』として世に問うた²¹。この書物（以下「本書」という）は、「法理學ノ意義」・「法理學ノ分派」から始まり「分析派」、「哲学派」（この部分は本書の主要な部分であり、一種の「法哲学史」ともなっている）、「歴史派」、「比較法學」、「社会學派」、「法律ノ進化」、「法律ノ本質」、「法律ノ内容」、「法律ノ形式」、「法律ノ本位」の計12章からなる。ここでは、そのうちの「法律ノ本質」中、「法律ト道德トノ關係」及びそれにかかる「自説」を中心に、重遠の法思想を検討するにとどめる。重遠によれば——周知のことに属するが——「法律と道德の關係」につきかつての通説は、両者を「全然内容ヲ異ニスル別種ノ規範」と解し、「其間ニ必然ノ交渉ナシトノ結論ヲ生ズ」とされる²²。重遠は、特にそのような見解の發生源として「第十八世紀前後ノ個人主義的學説」を挙げている²³。要するに通説は、「法律

18 重遠「四十年」（前注3）28頁。ちなみに大村・前掲書（前注1）の「副題」は、この重遠自身の文章から採ったものである（大村・前掲書「はじめに」ixも参照）。

19 重遠（＝重行〔編〕）・前掲書『欧米留学日記』（前注13）356頁に「二月二十日横浜着」とある（ただし、この箇所は重行の記述）。

20 重遠『法理學大綱』（1917年〔大正6年〕）緒言1頁参照。以下では重遠『法理學』として引用する。

21 なおこの重遠『法理學』の概略については、大村・前掲書（前注1）68頁以下。さらに、後藤卷則「民法学の方法——末弘民法学までの展開」水本浩＝平井一雄『日本民法学史・各論』（1997年）365頁も参照。ちなみに大村は、「誤解を恐れずに言うならば」と前置きしつつ、重遠『法理學』の内容を性格規定して「多元的（多層的）な「社会」主義」を展開したもの、という（大村・前掲書69頁。丸括弧及びカギ括弧、いずれも大村による）。

22 重遠『法理學』（前注20）119頁。

23 重遠『法理學』（前注20）119頁。その箇所では重遠は、トマジウス（Christian

ヲ以テ人ト人トノ外部的關係ノ規範トナシ、各個人ノ利益ノ限界ヲ割シテ其範圍内ノ利益實現ヲ保護シ其範圍ノ超越ヲ禁壓スルモノトナス」²⁴。これに対して道徳は、個人の内面的行為規範であり、つまるところ「道徳的規範ハ良心ニ關スル規定」とされる²⁵。鳩山は、このような旧通説的「法律・道徳分離論」を強く非難している。かくて次のように言う。——「然レドモ實際上法律ハ道徳ト分離シ得ベキモノニアラズ（中略）蓋シ個人ハ

ゝThomasius, 1655-1728年)の名を挙げている。ただし重遠は、カント(Immanuel Kant, 1721-1804年)の名を挙げてはいない(重遠は、同書の別の箇所で、カントをルソー社会契約説の継承者として、彼の「法論の形而上学的基础論」"Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", 1797を紹介するにとどまっている[ルソーの社会契約論は「想像的事実論」であり、カントのそれは「観念的理想論」である、とする]。重遠『法理學』45頁以下参照。その末尾には、いかにも重遠らしくカント=ルソー的な「絶対的個人主義」への批判的見地が示されている。重遠47-48頁参照)。とはいえ、カントが「法と道徳の分離」を説いたことも周知のことであった。さしあたり、樽井正義「法における理性の支配」浜田義文(編)『カント読本』(1989年)192頁以下、特に194頁参照(ここでは、カントにおける「誰の自由とも両立することができるように行為しなさい」という趣旨の「自他の共存を命ずる理性の法」と、「人間」が自己の行為を規定する「内的な動機」たる「道徳」との区別が、明瞭に提示されている)。こうしてカントは、ルソーに感激し、人間(個人)と「社会」さらには「国家」との関係を、「法」的に把握したのである。その意味でカントは、フランス革命の申し子的存在であった。樽井・前掲論文201頁参照(そこで樽井は、カントがロックやルソーのように市民の「抵抗権」までは肯定せず、形式的に現状の「法的状態」の適法性に拘束されていたこと。しかしカント理論内在的には、「抵抗権」・「革命権」をもその「自然状態」のうちに把握する余地を排除しえない、とも言う。樽井202頁参照)。上記の点につき、カント法理論研究の第一人者でもある、三島淑臣『法思想史』(1980年)275頁以下も参照(法と道徳の「峻別」につき280頁、「抵抗権否認の問題」につき288-291頁)。またカントが、法と道徳の区別を図りつつ、その「法論」を「自由な人間」の概念それ自体から論証したこと。よって、その「法論」には「普遍的理論性」が込められていたこと。同時にカント「法論」では、「男性支配・同性愛禁止・内縁関係批判など自然や歴史の現実の規定された箇所が多い」こと、その意味で「どんな思想家も、時代を越えきることはいできない」ことなどにつき、笹倉秀夫『法思想史講義<下>絶対王政期から現代まで』(2007年)107頁参照。

24 重遠『法理學』(前注20)119頁。

25 重遠『法理學』(前注20)118頁。

孤立シテ絶對ニ自由ナルモノニアラズ、社會其モノモ個人ノ自由合意ニヨリテ創造セラレタルモノニアラズ、随テ個人間ノ所謂自由ノ限界モ結局個人ノ自由合意ニヨリテ定マルモノニアラズシテ、社會存立ノ要求即チ各個人ノ社會連帶關係ニヨリテ定マルモノナルヲ以テ、法律ノ本質タル利益ノ限界モ全然各利益ノ道德的評價ナシニハ之ヲ為スコト不能ナルナリ」²⁶（傍点・引用者）。ここでは、とりあえず重遠が、いわゆる「社会契約説」の見解を否定していること（「社會其モノモ個人ノ自由合意ニヨリテ創造セラレタルモノニアラズ」との文章がそれを示している。なお重遠がルソー＝カント的「社会契約論」「民約説」を批判していたことにつき、本稿前注23参照）。加えて、「社会連帶主義」を強調していることに留意しておきたい（ただし重遠が、「個人主義から團體主義」へという発想そのものを採用しているわけではない。またその「社会連帶主義」もあくまで「各個人ノ社會連帶關係」と表現していることには、十分注意しておく必要がある）。そしてフィヒテ（Johann Gottlieb Fichte, 1762-1814 年）が、1796 年『自然法原理』（Grundlage des Naturrechts）で「道德法律分離論」に立っていたのに反して、その後、フィヒテ晩年の1812年（ベルリン大学）講義（System der Rechtslehre）では「道德法律合一論」に轉換したことに着目している²⁷。ただし重遠は、

26 重遠『法理學』（前注20）120-121頁。

27 重遠『法理學』（前注20）121頁参照。なお、フィヒテについては、さしあたり岩崎武雄『カントからヘーゲルへ』（1977年）55頁以下（第2章フィヒテ）を参照。それによれば、フィヒテは、初期のカント的自我・自律＝「法と道德の分離」（前期フィヒテ）から離れ、宗教的・神的・絶對的自我（＝「絶對者」）を前提としたところの道德優位論（世界の「神的な道德秩序」論・われわれの「道德的に行為するという使命」の重視論・さらには道德的行為を通じた「神との合一」論）に至った（後期フィヒテ）、とされる。岩崎・前掲書90-92頁参照。この後期フィヒテの歴史的背景も興味深いが、ここでは論じえない。ただし巨視的にみれば、1800年当時の後期フィヒテ＝ベルリン時代のフィヒテは、1789年フランス革命とその後のプロイセン・オーストリア・イギリスによるフランス革命への干涉戦争、1805年アウステルリッツにおけるプロイセン軍敗北に起因するドイツのナポレオン支配と無関係ではないように思われる。現に、フィヒテは1807年から翌年にかけて「ドイツ国民に告ぐ」という著名なメ

このような道德重視論には一般的に好意を示しつつも、法律学者らしく抑制的に、その欠陥も指摘している。すなわち「翻ツテ法律ヲ以テ道德ノ實現ナリトノミ見ル能ハザル事情モ亦頗ル顕著ナリ」として、理由を三つ挙げている²⁸。その一は、法律の独自の性格である。特に「法律行為ノ形式ノ規定訴訟手続ノ規定等ニハ全然道德觀念ヲ離レタルモノ亦多シ」という。その二は、道德觀念の不定性・恣意性である。人によって道德のとらえ方が異なるのであるから「法律ニ於テ一様ニ之（道德）ヲ實現セシムルコト能ハズ」（括弧内・引用者）とする。最後に第三点として、上記その二でみたように「道德觀念ノ不一致ニ因リテ法律規定ノ必要ヲ来タスコトアリ。社會ノ進化ニ伴ツテ道德ト法律トガ分化スルハ此理ニ基ク」。こうして現在（当時）の通説は、「道德法律分離論ニモ左袒セズ、道德法律合一論ニモ賛成セズ法律ト道德トハ區別アリテ而シテ關係アリトノ説トナル」²⁹という。また、穂積が当時依拠したコルクノブ（Korkunov）による最新の学説（General Theory of Law, 1909）³⁰によれば、この論点は、以下のよう整理されている。すなわち重遠は、コルクノブによる「技術的規範」（technical norms）と「倫理的規範」（ethical norms）との区別に着眼している。前者の「技術的規範」とは、「或一定目的ヲ達センガ為メノ行為

ゝテーマで講演活動を行っている。その講演においてフィヒテは、ドイツ国民に巣くっている「利己心」を「新しい教育」によって打破しようとした。つまりフィヒテは、「真にドイツ国民の共同体意識」の覚醒を呼びかけることによって、「失われた独立を回復」しようとしたのである。かくてフィヒテには「愛国の熱情」があった。岩崎・前掲書84-85頁。同時にフィヒテは、宗教的・神の傾向にそまり、「信仰の優越性」を確信した。岩崎・前掲書93頁。君主制維持の目的で、革命のフランスに「干渉戦争」を仕掛けたドイツ・プロイセンに「法の支配」は薄れ、さらにその後のナポレオンによるドイツ支配によって「法」的精神は徹底的に打ちのめされたにちがいない。そこにフィヒテの「愛国の熱情」と併存した「信仰の優越性」があったのではないか。もはやカント的「法と道德の分離」論は、フィヒテにとって遠い存在になりはてていたのかもしれない。

28 重遠『法理學』（前注20）122頁。

29 重遠『法理學』（前注20）122頁。

30 重遠『法理學』（前注20）118頁。

ノ方法ヲ指示スル法則」であり、「吾人ノ生活上生ズベキ目的ノ数ダケ存ス」とされる³¹。他方「倫理的規範」とは、「個々ノ目的ノ立界定限ナリ」とされ、「個々ノ目的ノ形式即チ其相互關係ノ形式的方面ヲ規定スルコトニ因リテ個々ノ目的ノ同時到達ヲ可能ナラシム」とされる³²。そして「法律ハ前記倫理的規範ノスベテノ徴候ヲ具備ス」とされ、もって倫理的規範は「義務的」である、とされる（それに対して技術的規範は「任意的」である）³³。しかしコルクノブは、この「倫理的規範」の中に「道德」を組み入れる。つまり法律も倫理的規範であり、道德も倫理的規範である。すなわちコルクノブは言う。——「各人ノ行為ノ評価ノ為メノ道德的標準ヲ指示スル法則ト、自己ノ利益ト他人ノ利益トニソレゾレ實現ノ範圍ヲ割當ツル他ノ法則トヲ要ス。此二種ノ規範ハ異ナル利益ノ同時實現ヲ期スル點ニ於テハ一致シ、齊シク倫理的規範ナリ。然レドモ後者ハ（中略）利益割定ノ規範（中略）即チ『法律的規範』ナリ」³⁴。こうしてコルクノブは、倫理的規範の二重性、すなわち法律と道德との並立を肯定する。その上で「道德ハ利益評価ノ標準ヲ與へ、法律ハ利益實現ノ範圍ヲ割ス」と区別する³⁵。言い換えれば「道德的規範ハ良心ニ關スル規定ニシテ、法律的規範

31 重遠『法理學』（前注20）109頁及び111頁。その例示として、衛生、教育、建築等の法則が挙げられている。

32 重遠『法理學』（前注20）110頁。

33 重遠『法理學』（前注20）113頁。さらに111頁も参照。また同書112頁は、「倫理的規範ノ遵守ハ各個人ノ主體的判断ニ一任セラルベキニアラズ。其規範ハ命令タリ其遵守ハ客觀的義務タルノ性質ヲ呈ス」という。

34 重遠『法理學』（前注20）116-117頁。

35 重遠『法理學』（前注20）117頁。そこでは、法律規範が他人との利益衝突の場合の「对人的關係」を強制的に規律するのに対して、道德はあくまで「自己ニ對スル義務ヲ規定」するものとしても区別されている。これは通常理解に属することである。なお重遠が、法的「權利」を指して「法律的規範ニヨリテ割定セラレタル範圍内ニ於テ一定ノ利益ヲ實現スル能力ナリ」と言っているのは興味深い（重遠・前掲書118頁）。上記前者の傍点部分は、本稿前編（龍谷法学49卷4号101-102頁）で確認した梅謙次郎の所有權規定の立法理由を承認したものである（すでに当時の現行法たる206条がそのように規定しているのだ）

ハ外部的行為ノ規定ナリ」と言っている³⁶。その限りでコルクノブは、あくまでも法律と道徳を区別する。重遠は、このコルクノブの見解を「法律と道徳の關係」につき「最モ詳細明確ニ此理論ヲ説明スルモノ」と高く評価している³⁷。しかしこの見解によっても、結局「法律ト道徳トハ全然内容ヲ異ニスル別種ノ規範」ということになってしまう。これでは、重遠は到底満足できなかった。なぜならコルクノブの見解もまた、「第十八世紀前後ノ個人主義的學說」と同じ結論に帰着する、とされるからである³⁸。

そこで、これに対して重遠は、以下のように「自説」を対峙させる。その要点は、「技術的規範」の法規範への転化及び法律と道徳の＜融合化＞であった。すなわち重遠は、まずコルクノブ学説にいわれる「技術的規範」自体、すでにわが国でも「法規範」化されるに至っている、とする³⁹。つまりは「法律的規範ハ倫理的規範ノ一種ナルガ故ニ技術的規範トハ全然管轄ヲ異ニスル別種ノ法則ナリトノ論ハ、其根拠頗ル薄弱ナルナ

ゝから、法規に従った表現に過ぎないとも言えるのだが)。ともあれ、重遠が「天賦人權」的権利論には消極的であったことは確かなのかもしれない。これに対して上記後者の傍点部分は——これも206条が「使用、収益及び処分をする権利」と規定していることの単なる言い換えかも知れないが——見方を変えれば重遠が「権利利益説」（イェーリング的権利論）の立場を承認したとも言える表現になっている。少なくとも単なる「権利意思説」（ヴィントシャイト）、ないし「権利命令説」（トーン）とは立場を異にしていたように思われる（イェーリングとヴィントシャイトの権利論は著名。トーン〔August Thon〕の権利命令説については、末川博「権利侵害論」同「権利侵害と権利濫用」〔1970年。原書初出は1930年〔昭和5年〕〕432頁以下が詳しい）。ただし、あくまで「権利」という表現に対して、重遠が「権理」という表現（道徳性を帯びた表現）に愛着をもっていたことは別問題である。この点、本稿前編（龍谷法学49巻4号）注47参照。

36 重遠『法理學』（前注20）118頁。

37 重遠『法理學』（前注20）119頁。

38 重遠『法理學』（前注20）119頁参照。

39 重遠『法理學』（前注20）123頁。そこで重遠は、たとえば1900年（明治33年）の鉄道建設規程、1911年（明治44年）の電気工事規程、さらに1916年（大正5年）の改正造船規程などを列挙している。

り」という⁴⁰。それでは、より肝心な「法律と道德の關係」はどうか。これについて重遠は、次のように述べている。——そもそもコルクノブも言うように「法律的規範ハ主トシテ個人間ノ關係」を規律している。それに鑑みるならば、「道德」もまた「社會アルガ故ニ發生進化セル社會生活ノ法則ナルヲ以テ、自強慎獨ノ教モ畢竟社會ノ一員トシテノ個人ノ完成ヲ社會ガ要求スルニ外ナラズ、忠ト云ヒ孝ト云ヒ愛ト云ヒ信ト云フ如キ普通ニ道德的規範中ノ主要ノモノトセラル、諸徳ハ、個人一身ノ準則ト云ハンヨリハ寧ロ個人間ノ關係ノ準則ト見ルヲ當レリトスベシ」。よって道德的規範も「個人間ノ關係ノ準則」という点では法律的規範と同じであるから、結局のところ「道德ト法律トハ論者ノ云フ如ク分業的ナルモノニハアラズシテ」、むしろ「主要ナル範圍ニ於テ相重複ス」⁴¹とする（傍点・引用者）。さらに重遠は、法律と道德の「重複」＝融合化は、「個人間ノ關係」に着目するだけでは足りない、とも言っている。要するに、「社会的視点」が重要不可欠である、とする。その観点から、重遠は繰り返しをいとわず、個人主義的法律観を批判している。たとえば「法律ヲ以テ個人ノ自由活動ノ範圍ナリ利益實現ノ限界ナリト定義スルハ、自由人權論〔天賦人權論の言い換え〕各人相敵説（bellum omnium contra omnes）〔ホッブスの「リバイアサン」的思想を指す〕等個人中心主義ノ舊思想ニ基クモノニシテ、法律ノ眞髓ニ適中セザルモノアリ」（亀甲括弧内及び傍点ともに引用者）と述べる。その上で、「法律ノ眞正究竟ノ任務ハ社會生活ノ規律」であって「個人自由ノ保護」ではない、とする⁴²。さらに重遠は続ける。——「故ニ法律ハ衝突スル各個人ノ利益ノ立界定限ナリトノ定義ハ、法律中物權法債權法等ノ財産法規ニハ適合スレドモ、之ヲ大ニシテハ國家之ヲ小ニシテハ法人夫婦親子等ノ共同團體ノ法規ノ定義トシテ」は「牽強附會」に陥るのみなら

40 重遠『法理學』（前注20）125頁。

41 重遠『法理學』（前注20）126頁。重遠によれば、刑法は言うに及ばず、憲法・民法もまた、その「根本原則ハ結局道德的規範ニ帰著スルナリ」とされる。

42 重遠『法理學』（前注20）128頁。

ず、「此等諸制度ノ根本精神ニ反スルモノト云フベキナリ」⁴³。その上で重遠は、このような「共同團體」的発想を、「國家」を含める形で改めて次のように定立している。すなわち重遠は、國家が國民に義務を免除しえない（全部免除すれば國家が消滅してしまう）のは、法的義務についても、道德的義務についても共通に言えることだ、とする⁴⁴。こうして重遠は、法律と道德との「相重複」＝融合化論を理由づける⁴⁵。それを言い換えれば、「道德的規範モ法律的規範モ同ジク個人的法則ニアラズシテ社會的法則ナリ」（傍点・引用者）というべきことになる⁴⁶。さらに重遠は、「道德」と「公權力」の関係について次のように言っている。——「其社會力ノ保持發見ガ組織的トナルニ及ンデ、其社會ヲ國家ト云ヒ、其社會力ヲ公權力ト称ス。而シテ道德規範ヲ始メ社會生活ノ諸規範ハイヅレモ社會生活ノ產物トシテ發生シ社會力ニ依リテ維持セラレルモノナルガ、社會力ガ或社會生活ノ規範ノ遵守ヲ特ニ社會生活ニ重要ナリト認メテ之ヲ強行スルトキハ、其規範ハ強行セラレザル他ノ規範トハ異ナル性質効力ヲ有スルニ至ル。コレ即チ法律ナリ」⁴⁷。その趣旨は、「道德」そのものが「社會力」の作用に

43 重遠『法理學』（前注20）128頁。ただし、重遠が財産法における「道德」の位置づけを低く捉え、対して家族法におけるその位置づけを高く捉えている点は注目しておいてよい。

44 重遠『法理學』（前注20）129頁参照。

45 ちなみに重遠は、法律と道德の「重複」＝融合化の帰結の一つとして、權利と義務が相対応するという考えを批判する。權利が存在しなくても独自に「義務」だけが存在することを認める。すなわち「元來性質上對應權利ナキ義務又ハ對應義務ナキ權利モ存ス」よって「法律上ノ義務モ絶對的ナルコトアルヲ以テ、此點ヲ道德法律ノ著シキ差違ト見ルコト能ハズ」という。重遠『法理學』（前注20）129-130頁参照。

46 重遠『法理學』（前注20）130頁参照。

47 重遠『法理學』（前注20）135-136頁。この引用文で出てくる「社會力」というタームは、重遠の父陳重ゆずりのものである。總積陳重（1855-1926年）が「社會力」というタームを基軸に彼独特の「進化論」を展開していたことは、陳重「法律の進化」同『總積陳重遺文集・第四冊』（1934年〔昭和9年〕）397頁以下でも明示されている（原論文初出は1923年〔大正12年〕）。この論稿で陳重は、当時の「大正デモクラシー期」の動向に機敏に触れたのか、以下のように述

よって「強行性」を帯びることにより、もって公権力によって担保された「法律」に転化するに至る、ということであろう。当該「道徳」が立法化されれば「法」に転化すること、それ自体ごく当然のことである。したがって、ここで重遠が力点を置いて主張しようとするのは、「社会生活ノ産物」として発生し、「社会力」によって維持され強行されたところの「規範」つまりは「慣習法」（生ける法）⁴⁸のことを指すのであろう⁴⁹。だ

ゝべている。すなわち「法律は、古今に互り、萬國に通じて社会力であるが、只、文化の上進するに従つて、人民が之を自覺するに至る（中略）。社会員たる人民が、法は社会力であつて自分等のものであると云ふことを知れば、之を犯すことことは出来ぬ筈である。之を犯す者は自己の存在を滅却するものである」（傍点・原書。最後の「滅却する」の傍点も原書のママである）。陳重・前掲書399頁。ともあれ、上記引用文で陳重が、人民にとって「社会力」としての「法」は「自分等のものである」と書いていることは、注目に値する。それ自体、大正デモクラシーにふさわしい記述である。ところが陳重は、前掲書に収められた「宇和島中學校に於ける講演」（1922年〔大正11年〕）前掲書343頁以下、特に346頁では、「我國家の一人なりとの自覺を起さんには、列國の事情を熟知し、而して我國民性を知らざるべからず。言ふまでもなく我國民性とは忠君愛國の精神あることなり」と述べ、さらに351頁では「近頃流行する「ストライキ」といふ者は、己を知らざるの甚しきものなり。是全く薄志弱行者の行為なり。即ち、中に一二人の悪者ありて他を誘導すれば、直に附和雷同して騷擾を醸すなり」と主張している（傍点・引用者）。陳重のいう「人民の自覺」とは、このような意味での「社会力」としての「法」を遵守することに他ならなかった。この点、当時の「陪審法」合憲論を説いた陳重「信託法及び陪審法の制定に就て」・前掲書383頁以下が、当該合憲論の根拠を「我帝國憲法の基礎は、維新の始に於て、明治大帝が群臣を率ゐて天神地祇を祭り、大政の方針を天地神明に誓はれたる五ヶ條の御誓文に存する」（傍点・原書）と述べていたことが参考になろう。陳重・前掲書386頁。以上につき、松尾敬一「穂積陳重」潮見（俊）＝利谷（信）〔編〕・前掲書「日本の法学者」（前注1）55頁以下、特に66-67頁参照。松尾67頁では、陳重が「大正デモクラシー期」を「維新當時の国是」たる「五ヶ條の御誓文」の「発展」として「肯定的にとらえる」（傍点・原論文）、と書かれている。ここで「肯定的」というのは、おそらく「無批判に」と同義であらう。

48 この点、大村・前掲書（前注1）69頁も参照。なお大村は、重遠「法理學」のポイントの一つとして「公権力主義＝社会力主義（法のメルクマールを國家による強制ではなく社会による強制に求める）」と整理している。これに対し

ゝて本稿の理解では、重遠は「國家」＝「社會」という理解を前提として「其社會力ヲ公権力ト称ス」としている点に重点が置かれている。確かに「社會力」が一定の社会生活の規範遵守を「特ニ社會生活ニ重要ナリト認メテ之ヲ強行スルトキ」、それは「法律」となると言っているから、その限りで重遠にとって「法律」を産出する主体は「社會」である。しかし同時に、重遠によればその「社會」（「社會力ノ保持發現ガ組織的」となるに至った「社會」）は、あくまで「國家」と同じものである。よって、その意味で「社會力」イコール「國家力」なのであり、「國家による強制」も含みうる、と思われる。したがって、重遠にとってその場合の「法律」は、社会における「生ける法」のみならず広く制定法＝成文法を含むのである。さらにここで重遠は、「道德規範」が「法律規範」に転化する基準を問題にしている。それゆえ本稿は——道德が「立法化」されると「法律」になることは当然のことであるから——本注に対応する本文で出てくる「規範」とあるのは「慣習法」（生ける法）のことであろう、と推定したのである。ちなみに「権力は必ずしも國家の専有物でなく（中略）法律も亦必ずしも國家の専有物ではない」という重遠の見解は確かに重要である（大村・前掲書72頁参照）。しかし同時にこれは、重遠が「國際法の法としての性質」を論じた箇所の記述であることにも留意が必要であろう（大村・前掲書同頁。筆者（川角）は、重遠の原著〔「國際心のあらはれ——グロチウスの國際法学とアンデルセン氏の國際市計画」1921年〕には直接接していない。ちなみに、一般に國際法は、國家間の条約を除けば「國際慣習法」であると解されている）。

49 ここで重遠は、慣習法＝「生ける法」を問題にする限り、おそらく「社会に生きる人々の法的確信」（國民確信）の程度如何を念頭に置いていると思われる。この点に関連して、戦後の重遠論文「法律の上に道德がある」（財団法人社會教育協會『公民教育講座第一輯・政治編』（1948年）所収5頁以下）の記述には、大きな関心をそそられる（ここで重遠は、特に「國民確信」を重視している。ただしその「國民確信」が法源論的基準として用いられているのか、それとも「國民確信」をもって単に道德規範に取り込む指標としているのかは、必ずしも判然としない）。まず、この論文における貞操侵害と道德の関係は割愛しよう。憲法に関する重遠の所見のみ指摘しておく。その前提論として確認しておく必要があるのは、重遠の見解には——「法律の上に道德がある」のか、あるいは逆に「道德の上に法律がある」のかにかかわらず——その基調として、法ないし法律の基礎において首尾一貫して道德的な色彩が強い、ということである。だからこそ、読んでいて部分的にはよく納得ができるし、かつわかりやすい論述になっていることも確かである。ところで、問題にしておくべきは、戦後憲法改正に関する重遠のスタンスである。重遠は、敗戦によって「君主國體（天皇制）」から「民主國體（國民主權）」に変わったかどうか、という問題を俎上に乗せている。ここで重遠が最も言いたかったことは、「「君主」と「民主」とが果して相排斥する對立觀念だろうか」という問いかけであった（重遠・前

ゝ掲論文「法律の上に」15頁。傍点・引用者）。このような一種の調和的ないし相関関係的判断は、いかにも重遠らしい。その上で「國體」のあり方を決定するのは民意であり、かつ「國民の確信」であるという。そのような観点から、戦前帝国憲法下の天皇制（絶対主義的天皇制）も、戦後国民主権下の天皇制（象徴天皇制）も、いずれも「國民の確信」に支えられていたのである、とする（重遠・前掲論文「法律の上に」18頁）。すなわち言う。「誰もが言ふ通り、わが國の歴史に天皇と國民が利害相反して對立した事実は見當たらないのであつて、皇統連綿二千年は正しくそれ故である。而して新憲法の言はんところの所も、詮じつめればこの「民主的天皇制」なのであつて、それは今始まつた事ではなく、二千年の歴史が積み重ねた國民確信である」（重遠・前掲論文「法律の上に」16頁。傍点・引用者）。さらに続けて言う。「そもそも天皇が「日本國の象徴」であり「日本國民統合の象徴」であることは、昔ながらのわが國の姿であつて、その姿が國民確信から消え失せぬ限り、たとひ憲法の文句はどうあらうとも、國體の変更はないのである」（重遠・前掲論文「法律の上に」17頁。傍点・引用者）。さらに現憲法下でも「國體の根本規定は大昔から傳はり來つた「萬古天皇ヲ仰グ」の國民確信である。すなわち明治二十二年の憲法によつてわが國古來の國體が變更したのではないことはもちろんの話だが、同様に昭和二十一年の憲法が直ちに日本の國體を變更したときめこむわけには行かない」（重遠・前掲論文「法律の上に」18頁。傍点・引用者）。そして最後に、その「國民確信」の形成・育成は、「結局、公民教育を中心とする社會教育に待たねばならぬ。而してその社會教育の最高標語として私はここに、『法律の上に道徳がある。』を掲げる」（重遠・前掲論文「法律の上に」19-20頁。傍点・引用者）と結んでいる。この点、大村・前掲書（前注1）282頁は、戒能通孝（1908-1975年）の重遠評を受ける形で、重遠を「氣品の高い「忠臣」」と呼ぶ。この「氣品の高い「忠臣」」は、戒能通孝の表現そのままである。戒能によれば「穂積（重遠）先生のその後の御経歴、殊に東宮大夫として、率直に申し上げて実につまらない職だつたと思うその職を、数年間も謹直に勤めあげられた先生の態度をあとから考えてみて、穂積先生の法律学は、どつちかというとはんとうの善良なる貴族の法律学だつたのではないかと思います。つまり、日本的な絶対主義的な天皇制を、もつと穏和なイギリス型の君主制に直して行く（中略）君主制は君主制として一つの調和をつくつて行こうとされたのではないかと思います（中略）穂積先生がどちらかといえばモデレートな、君主制をよき古き形で維持していこうとされている」と記されている。その直後に出てきた表現こそ、先ほどの「氣品の高い「忠臣」」という発言であつた。磯田進＝平野義太郎＝戒能通孝＝仁井田陸＝川島武宜＝福島正夫（座談会）「穂積法学・末弘法学の分析と批判」法社會學3号（1953年）54-55頁。大村は、重遠の「天皇制」に対する基本態度を、彼の『私たちの憲法』（1949年）から読み取っている（穂積重遠法教育著作集『われらの法・第1集法学』（2011年）所収301頁以下。なお、大村・ノ

とすると「道徳」が法的な意味での「条理」であるか否かも含めて、問題の重点は「法源論」に移行するだろう⁵⁰。ともあれ、かくて「法理學ハ社

前掲書275頁も参照)。その「私たちの憲法」でも、重遠は「元來國民の総意の上に天皇が万世一系たりしことこそ、日本の國體ではなかつたろうか」と述べ、上記「法律の上に」と同様の戦前・戦後連綿として通貫した天皇「國體」思想を説いたのである(前掲書『われらの法』319頁。むしろそれ自体、重遠流にかなりリベラルに脚色されたものではあった。にもかかわらず、重遠は「わが國は昔も今も「一君万民」であり、「明治憲法の一君万民は、一君からみた万民」であったが「昭和憲法の一君万民は、万民を通しての一君である」、と規定している。前掲書『われらの法』318頁。このように重遠は、少なくとも「明治憲法」のもとでは「一君万民」であり、「一君からみた万民」であったと解するのであるから、これは1882年〔明治15年〕の小野梓「君民同治」=「立憲君主制」〔「主治者」=天皇と並んで「被治者」=民も等しく統治権をもつとする見解〕にすら、遠く及ばない〔小野につき、拙稿・川角「法社会学論争」の教訓(1)——市民法学(ないし市民法論)の<戦前>と<戦後>・ひとつの素描 龍谷法学49巻4号〔2017年〕5頁以下、特に54頁及び同頁注106を参照。小野も重遠も、共にイギリスで研鑽を積んだのであるが、その「立憲君主制」に関する理解の隔たりは、かなり大きいように思われる)〕。

50 重遠は「同時ニ道徳的規範以外ノ規範即チ禮式的規範、風習的規範、技術的規範等ト雖モ、社會生活ノ規範トシテ強行ノ必要アリ且強行ガ可能ナル場合ニハ、法律的規範トナリ得ルモノナリ」(重遠『法理學』〔前注20〕137頁)とも述べている。そこにおいて「法源論」の位置づけの必要性は一層大きくなる。ちなみに重遠によれば、「法ノ法タル所以ハ公權力に依リテ強行セラル、形式ノミニ存スルニアラズシテ、社會生活ノ規範タル内容ヲ其必要前提トナス」(重遠『法理學』140頁)とされているところからすると、「道徳」をはじめ、それ以外の社会規範も広く「生ける法」として捉えられうるものと考えていたようである。その点、流動的であり「曖昧模糊」でもある(何をもって「強行」されたもの〔あるいは「強行可能」とされるもの〕と判断されるのか。その基準は必ずしも明示されていない)。ちなみに重遠は、その後1918年〔大正7年〕の論文で「予ハ此ノ道徳ト法律トノ接觸點ノ朦朧タル所ガ兩者ノ眞關係ヲ暗示スルモノデハアルマイカト考ヘテ居ル」(傍点・原論文)と述べている。重遠「法律ト道徳」法学志林20巻4号1頁以下、特に40頁参照。要するに、「朦朧」なるがゆえに、兩者(つまり法律と道徳)の「眞の關係性」が理解されうる、とする(なお、このような重遠の「法と道徳の關係」論は、「大正から昭和へ、そして戦後にかけて一貫している」と評されている。八木鉄夫「穂積重遠の法と道徳についての見解」八木鉄夫・深田三徳(編著)『法をめぐる人と思想』〔1991年〕263頁以下、特に277頁)。このような「柔軟」で「朦朧」な重遠の態度は、

「八方美人」と称されることもあったようだが——大村によれば「多様性に対する包容力と解すべきであろう」（重遠における「秋霜烈日」さに対比されるべき「春風駘蕩」性の評価）と弁護される。この点につき、大村は、「重遠を貫くのは、世間や人間の進化に対する基本的な肯定なのである」ともいう。大村・前掲書（前注1）292頁参照。なるほど、「秋霜烈日」ではなく「春風駘蕩」であることもよいであろう。「世間や人間の進化に対する基本的な肯定」も否定されえまい。にもかかわらず、その「法と道德」論における重遠の「朦朧」性が何を帰結したか。たとえば、上記「法律と道德」46頁以下で、重遠は「悪法ハ法ニ非ズ」と論じながら、「今日ノ立憲政治國ニ於テハ實際上斯ノ如キ絶對的悪法ハ殆ド發生シ得ナイ」と断じている。しかも、その2年後1920年（大正9年）「悪法ハ法ナリヤ」法学新報30巻3号61頁以下、特に84-85頁で、重遠は、1900年（明治33年）公布の治安警察法17条（労働条件に関する団結・同盟罷業〔ストライキ〕の「目的ヲ以テ他人ヲ勧誘」する行為を、刑事罰によって処罰する規定。同法30条も参照）を、「内容上客觀的ニ惡法ト云ヒ得ベキモノトシテモ」、まだそれだけで「直チニ其法規ヲ無視シテ可ナリト云フニハ足りナイ」。なぜなら「治安警察法ハ行政法規ト云フ「システム」中ノ一部分」であり、「國法全體ノ大「システム」中ノ一部分デアル」。よって治安警察法17条が「惡法」であるとして無視されてしまえば、「「システム」全體ニドウ云フ影響ヲ及ボスカ」が問題となる、と重遠は言う。言い換えれば、重遠によれば「ソレ自身惡法ナリト云フテ無視サルヲ為メニ、法律全體ノ權威ヲ傷ケ、法律全體ノ組織ガ崩レト云フ程度デアルナラバ、其法律ハマダマダ絶對的惡法トハ云ヒ得ヌ」とされている。要するに、天皇大権を定める「帝国憲法」1条以下、及び皇室に対する罪を規定する刑法73条以下ないし内乱罪を規定する刑法77条以下の大「システム」のもとでは、治安警察法17条が、たとえ「惡法ト云ヒ得ベキモノトシテモ」、それを惡法として無視せんとすることは、この大「システム」を脅かすことになるから、治安警察法17条を尊重すべし、と言っている。こうして重遠は、治安警察法17条が、たとえ「惡法」であっても「法」としてこれを尊重せよ、と擁護したのである。この点、利谷・前掲論文（前注1）317-318頁も参照（ただし「治安維持法」に対しては、重遠は批判的であり、「惡法」と述べていた。利谷・前掲論文331頁及び八木・前掲論文274頁、大村・前掲書274頁参照。この点本稿前注5でも触れた）。加えて敗戦直後の1946年「法律の上に道德がある」（前注49）では——すでに指摘したことと若干重なるのであるが——重遠は「國體は國民の確信である」ことを再三強調し、当時喫緊の課題であった「民法改正」（家族法の大改正）に関し「君主的にして民主的・民主的にして君主적」なる「朦朧」とした観点から、「萬古天皇ヲ仰グ」の「本来の國體を淨化すること」を高唱し、もって「民法改正の重點は、家族主義か個人主義かと擇一的に取捨することではなく、家族の中に個人を・個人によって家族を活かす理想の家庭生活を實現することである」と述べた（重遠・前掲「法律の上に」19頁。ノ

なお八木・前掲論文275頁以下は、戦後の重遠「法と道德の關係」論について、以下で述べる「尊属殺違憲」論に触れるのみであって、上記重遠の「國體」論や「民法改正の重點」論には全く言及していない。このうち後者「民法改正の重點」論の内容そのものに、さして異論はない。問題であると思われるのは、この「重點」論が「本来の國體を淨化すること」という文章の直後に出てくることである。その点を顧慮する限り、当時の家族法改正論議にあたって、重遠は、その独特な「國體」論と家族法改正の「あり方」論とを内面的に関連づけていた、と解さざるをえない。これが「法律の上に道德がある」の結論であった（むろん筆者〔川角〕は、重遠が「その國民確信の育成は結局、公民教育を中心とする社會教育に待たねばならぬ」と述べていたことをよく知っている〔前掲「法律の上に」19-20頁〕。問題は、その「公民教育」・「社會教育」の中味如何であろう。かりに重遠が、今日、安倍内閣による「教育勅語」の有効活用を「閣議決定」した事実〔2017年3月31日〕に直面していたとしたら、彼はどのような態度を示していたであろうか。決して疑問なし、とは言えない。この点に関連して、大村・前掲書（前注1）274頁は、「法と道德に関する（重遠の）このような見方は、法を相対化することになる。すなわち、一方で法に対する批判の観点を生み出すとともに、他方、規範現象全体を視野に入れ、法をその中で位置づける見方を導く」という（大村・前掲書274頁。括弧内・引用者）。前者の「法に対する批判の観点」は、いわゆる「尊属殺違憲」をめぐる重遠の発言によく示されている（この点、大村・前掲書268頁以下及び八木・前掲論文275頁以下参照。重遠は、法によって「親孝行を強制せんとするがときは、道德に対する法律の限界を越境する法律万能主義」であるとして、明らかに「法律万能主義」を排し、「法律の上に道德がある」を実践する立場から「尊属殺違憲論」を提唱していた。利谷・前掲論文〔前注1〕332頁及び八木・前掲論文277頁さらに小沢奈々「大正期日本法学とスイス法」〔2015年〕292頁も同様の理解を示す）。他方、後者の「規範現象全体を視野に入れ、法をその中で位置づける見方を導く」という観点は、かつての治安警察法17条の重遠の評価に典型化され、凝縮されている（この点、すでに本注で指摘したところを参照）。重遠の「法と道德」論には、このような二面性（「光と影」）があったに違いない。ちなみに大村は、上記重遠の1920年「悪法ハ法ナリヤ」をその著書（前注1）で取り上げていない。したがって重遠の治安警察法17条擁護論には触れていない（ちなみに山主・前掲「穂積重遠」〔前注5〕54頁は、重遠の「悪法論」につき、これをほぼ手放して賞賛している。それゆえか、山主「重遠論」においても治安警察法17条に関する重遠の態度については言及がない）。また大村は、上記重遠「法律の上に道德がある」（前注49）における重遠の「天皇制國體擁護論」にも、それほど関心を寄せていないようである。ついにながら、ロスコー・パウンド（1870-1964年）は、彼独特の「社会統制」（Socialcontrol）論を基軸に捉えて「法と道德の關係」を考察している。パウンドにとっても、法と道德の

會生活ノ規範ガ公權力ニ依リテ強行セラル、作用ノ抽象的原理ヲ論究スルモノナリ」として締めくくられる⁵¹。

（c）重遠の家族法論・概論

< i > 「婚姻予約有効判決」⁵²論

（a）序論——判決概要と重遠の基本的立場

次に重遠の家族法論に目を転じよう。重遠は上記「法理学」の研究を断

ゝ（倫理）との間で明確な区別が線引きされることは不可能とされた。それはパウンドにとって、法と社会学の限界線がありえないと同様であった。にもかかわらずパウンドは、「總ての社会科学は特に法律學と共同して働かなければならぬ」とし、かつまた「相互の領域に絶えず深く侵入していく覺悟」を要求した。法と道德とが「相互に深く侵入」する観点から両者の關係をみようとする点では、重遠もパウンドと理解を共にするだろう。しかし、重遠の「道德が法の上にある」という見方は、パウンドの理解から遠く離れている、と思われる。なぜなら、パウンドは、その考察方法として道德の「法律學との共同」を説くにとどまるのであり、社会統制の手段としての法は、たとえ「社会学的考察」の洗礼を浴びることはあっても、決して道德に従属するものではなかったからである。R. パウンド（高柳賢三＝岩田新〔共訳〕）『法と道德』146頁参照（この訳書は1929年〔昭和4年〕出版である。この高柳＝岩田の共訳書は、1926年のパウンド『法と道德』（第2版）を翻訳したものだが、パウンドの原書初版の刊行は1923年〔大正12年〕であった）。要するに、重遠もパウンドも、共に同じ時期に活躍しながら（経歴から言えばパウンドの方が先行しているが）、かつまたいずれも法の「社会學的考察方法」を重視した点で共通しながら、「法と道德の關係」論については、両者の間にかなり大きな壁が立ちはだかっていたように思われるのである。

51 重遠『法理学』（前注20）141頁。ちなみに重遠は、自己の見解とオースティン流の「主権者命令説」との違いを詳しく弁明している。重遠・前掲書141-143頁。だが「法律ガ命令タルノ基礎ハ人タル有機體ノ生活上ノ要求ナリ」（重遠『法理学』144頁）とも言っている。要するに、有機体としての「人」あるいは「社会」に基礎づけられるものである限り、「法律＝命令説」は、重遠によっても肯定的に受容されていたものと考えられる。

52 大聯判大正4年1月26日民録21輯49頁。なお「婚姻予約有効判決」における「予約」（ないし「豫約」）の漢字の使い分けについて、当然のことながら原文の表記を尊重し、それを前提にしている。ただし筆者（川角）は、重遠が本稿後注57で掲記した「婚姻豫約論」を考察した当時の文脈において旧漢字の方がふさわしいと判断した場合（たとえば旧漢字が使用されていた戦前の議論に焦点を当てる必要があると判断した場合）にも——本文及び注記において——あ

念して、家族法の研究に集中していった。それは、先に示した重遠ほんらいの研究テーマへの環流であった⁵³。まず1915年（大正4年）の「婚姻豫約有効判決」（民事聯合部判決）⁵⁴に対する重遠の評価をみておこう（重遠の「法解釈方法論」にも関わる⁵⁵）。大正4年判決の概要は、すでに牧野英一

へえて「豫約」という文字を用いている箇所がある。こうして筆者の主観的判断によっても、使い分けがなされている。ご海容を願う。

53 この点、重遠の弟子・中川善之助（1897-1975年）の重遠への追悼文によれば、以下のように記されている。——「穂積先生は、初め法理学を専攻された。しかしこの分野から早く手を引いて、先生が民法學者となられたことは、先生のためにも、わが法學界のためにも大きな幸福であつた。とりわけ身分法の研究は急速に進み、身分法研究の價値はあまねく認められ、高等試験に身分法の問題が出ないなどというドグマもいつのまにか消え去つてしまつた。戦後の民法改正に續いての空氣は、學界でも世間でも、むしろ民法といえは親族相続法のことをいうかのようでさえあつた。かかる民法學進展の功績は、その大部分が穂積先生に歸せらるべきものであると斷ずることも、決して言い過ぎでない私は確信している」。中川「穂積法學に寄せる」穂積重遠先生追悼論文集『家族法の諸問題』（1952年）1頁以下、特に11頁。ちなみに、大村・前掲書80頁には、「『大綱』（『法理学大綱』のこと）の公刊（1917年〔大正6年〕）後、重遠は法理学を諦めて民法に専念する。重遠にとって、父・陳重が始めた法理学の放棄は大きな決断だったろう」との記述がある（括弧内・引用者）。

54 この判決が出たのが1915年（大正4年）1月26日（大審院民録21輯49頁）であつたが、この時重遠は欧米留学中でイギリスにいた。当時、妻仲子から手紙を受け取ったときの重遠の日記（1915年4月13日）が残っている。そこには「手紙受け取る。婚姻予約に関する新判例の切り抜きを送ってくれた心づかいを感謝する。僕の自説通りの判決だが、この件はむしろ内縁関係の問題で、つまりは婚姻届に対する世間の注意が足りないため。帰ったら又例の「結婚当日届出論」を振り回そう」とある。重遠（著）＝重行（編）前掲書『欧米留学日記』（前注13）229-230頁参照。

55 利谷・前掲論文（前注1）320頁以下は、明確にこの点を自覚した「重遠論」となっている（重遠の「家族法」論とは別に「法解釈方法論」の項目で検討されている）。なお後藤（巻）・前掲論文「民法学の方法」（前注21）365頁も、ほぼ利谷信義と同じ方向で重遠論が語られている。また小沢・前掲書『大正期日本法学とスイス法』（前注50）241-242頁は、重遠の「法規欠陥論」と「条理」論とを連結させる観点から、大正4年の「婚姻予約有効判決」に関する重遠の法解釈方法論を考察している。要するに小沢は、重遠が「条理」による「法の欠陥補充」機能を重視し、そのことを通じて真の男女平等・市民的家族観を解釈論として構築しようとしたのではないかと主張している。この点、ノ

の項（龍谷法学50巻1号298頁以下）で示しておいたので、ここではその詳しい繰り返しを避ける。要するにA男とB女が仲人を入れて、婚姻の合意（事実上の婚姻合意）をし、その礼式を践んだ上、Aの居宅で同居生活を始めた。数日後Aが病気で入院し、たまたまBが実家に帰っていたところ、その入院通知を受け取ったBがAとの同居居宅に戻った。しかしながら、BはAの入院していた病院にはこなかった。しかも一泊後、Bは再び実家に戻ったところ、その父が「地方ノ慣習」に反して媒酌人を訪問しなかったことから、媒酌人が「行末ヲ案シ」、もって媒酌人を辞するに至ったので、Aが「彼是熟考ノ上」で離縁する決断をした、という事案である。そこでBがAの離縁行為によって損害を被ったとして、不法行為損害賠償請求に及んだ。大審院は、Bの婚姻予約不履行の言い分を入れて、「婚姻予約有効」の判断を下した（ただし、Bの請求が不法行為を根拠とするものであったとして、結果的にBの請求を容れなかった）。一般にこの「婚姻予約有効判決」は、民法学者から好意的に受けとめられ、「まさにこの判決は、法の発展のための金字塔をうちたてた」とされている⁵⁶。ただし重遠は、このような一般的立場には少し距離を置いて、大要次のように言っている。——すなわち本件の着眼点は「慣習上は認サレタ方式ニ依ツテ事實上ノ婚姻生活ニ入ツタ男女ノ一方ガ婚姻届ヲ為スコトヲ拒絶シタ」ということに在るのであって、「正確ニ云ハバ婚姻予約ノ問題トハ云ヒ得ナイ」。しかるに、これについては民法制定当時には明文化が図られることなく、一種の「法規ノ欠缺」の場合に属する。本判決は「其當時ノ社會ノ通念タル『道理』ニ拠ル」という手法を利用し、もってその結論として本件で婚姻

ㄴ小沢・前掲書259-260頁も参照。

56 たとえば川井健「婚姻予約有効判決」同『民法判例と時代思潮』（1981年）89頁（この川井の論稿の読み方も含めて、大村敦志『不法行為判例に学ぶ・社会と法の接点』（2011年）105-132頁を参照）。なお、この大正4年「婚姻予約有効」判決前後の判例・学説の諸相については、岡本詔治『婚約・婚姻予約法の理論と裁判』（2013年）が詳細をきわめている。

の届出を拒んだ者は、「當事者ノ他方ガ之ニ因リテ被リタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任ス」とした。そして重遠は、この場合「裁判官ハ単ニ法律適用ノ機關タルニ止ラザルシテ法規補充ノ機能ヲ有スル」（傍点・引用者）ことに照らせば、問題は、大審院が上記結論を導き出すために「其法理的根據トシテ婚姻豫約有効論」に「假託」したにすぎない、という点にあるとする⁵⁷。ちなみに重遠は、この「婚姻有効豫約判決」を巡って石坂音四郎（1877-1917年）⁵⁸と論戦している。石坂は、極めて論理的に「婚姻豫約」がそもそも無効であり、無効な法律関係から如何なる意味でも

57 重遠「婚姻豫約有効判決ノ眞意義」法学志林19巻9号（1917年〔大正6年〕9月）1頁以下、特に14頁及び20頁参照（この重遠の論文は、以下「眞意義」として引用する。詳しくは本稿後述〔γ〕の箇所を参照されたい）。なお利谷・前掲論文（前注1）321頁も参照。利谷は、「これ（重遠による大正4年判決への批評態度）は、重遠がドイツでチーテルマンなどから学んだ自由法論を、イギリスで学んだ判例法理論で再構成したものともみることではできないであろうか」と問題提起している（括弧内・引用者）。その上で利谷は、次の重遠発言に注目している（利谷・前掲論文321-322頁。）。——「（僕は）結論において自由法論に賛成なんだけれども、ただあれは自由法だという自然法的な考え方にも納得できないので、法律というある狭い範囲でそれをあてはめるけれども、それでゆかないときは情理でゆく。イギリスの裁判なんかみていると、非常に常識的というか事件を非常にうまく片付けるんですね」（括弧内・引用者）。日本評論社（編）『日本の法学』（1950年）72頁。

58 石坂音四郎については、本稿前編（龍谷法学50巻1号）で少し触れた。その経歴を含め、民法解釈の方法論を基軸に石坂財産法学の全貌に迫ろうとする文献として、辻伸行「石坂音四郎の民法学とドイツ民法理論の導入——ドイツ民法理論導入全盛期の民法学の一断面」水本浩＝平井一雄（編）『日本民法学・通史』（1997年）105頁以下、及び石田喜久夫「石坂音四郎——日本民法学の山脈における最高峯」『法学教室』181号（1995年）98頁以下参照。ちなみに、石坂民法学の性格規定につき、石田〔喜〕は、石坂をその「更改」論に関して（zur Lehre von der Novation）「日本民法学におけるナンバー・ワンの巨匠」（石田〔喜〕・前掲論文98頁）と讃えた上で、彼への「概念法学」との批判に対して「石坂は「開かれた」法概念ないし当為を前に、思索に及んでいたように思われる。いずれにしても、一般的抽象論ではなくて、ことは具体的な解釈論に即して検討される必要があろう。私は、石坂民法学に、たやすく概念法学のレッテルを貼りたくないのである」と述べている（石田〔喜〕99頁）。

「損害賠償責任」は生じない、とする論法を採用した⁵⁹。これに対して重遠は、石坂との論争を指して「丸で大關に幕尻力士が立ち向ふやうなものだった」⁶⁰と振り返っている。ここでは、石坂音四郎の論拠を確認した上で、それに対する重遠の論陣を辿り直すことにしたい。

（β）石坂音四郎の論拠

石坂は、その論拠の出発点を「國民の一般確信」に求める。すなわち、彼は「歴史法学派」（法を民族一般の共通確信である「民族精神」〔*Volksgeist*〕から歴史的に生成するものとする立場）の见解を「悉く是認スルモノニアラズト雖モ、特ニ親族法上ノ問題ニ關シテハ、國民ノ一般確信ニ基キテ判斷スルノ至當ナルヲ信スル」⁶¹（読点・引用者）と述べる。それゆえ「婚姻豫約ノ問題ニ關シテモ亦國民ノ一般思想ヲ基礎トシテ判斷スベキモノ」⁶²という。その上で、「今日ニ於テハ、婚姻豫約ノ問題ハ、單ニ之ヲ道德上ノ問題トナサズ、法律上ノ問題ニ推移スルノ傾向アルハ明カ」⁶³（読点・引用者）と述べる。ここで興味深いのは、石坂が「婚姻」そのものを「當事者ノ自由意思ニ基ク」ものとして理解していることである（本稿後注70参照）。このように石坂が、婚姻予約問題を「法律上ノ問題」とする場合に、あくまでもその前提として「婚姻」自体につき當事者意思を決定視していたことは重要である。こうして、要するに石坂は、婚姻の「合意」を重視するのであるから、必然的に「婚姻の契約思想」に行き着く。ただし「債権契約」としてのそれではなく、「親族法上ノ契約」だとする（この点

59 石坂・判批「婚姻豫約ノ効力」法学協会雑誌35卷4号（1917年〔大正6年〕4月）142頁以下。ともあれ、石坂なりの「實際生活の顧慮」の立場から「婚姻豫約」に関する現状認識が引き出されると同時に、それに対する「法律規範」重視論に基づく「婚姻豫約」の「無効」判断が生み出されていったものと推測される。

60 重遠「四十年」（前注3）22頁参照。

61 石坂・前掲判批（前注59）144頁。

62 石坂・前掲判批（前注59）144頁。

63 石坂・前掲判批（前注59）144頁。

についても本稿後注70参照)。これに対して石坂は、上記「道德上ノ問題」が何か、明示していない。少なくとも——「婚姻予約」ではなく——「婚姻」そのものについては、当事者意思を重視することにより、石坂が法的拘束力を肯定したことは明らかである（「道德上ノ問題」としてしまえば、法的拘束力が導き出されてこないから）。したがって石坂は、「届出」（明治民法775条⁶⁴）をする前の段階であっても、「婚姻」の合意が認定されれば、その法的拘束力を承認し、婚姻破棄に基づく債務不履行責任を肯定したものと思われる。ところが「婚姻予約」の「債権契約トシテノ拘束力」（傍点・原論文）を認めてしまえば、自由な意思の合致によって成立する「婚姻」が、いわば法的拘束力によって「強制」されることになる。それがゆえに、婚姻予約は「公序良俗ニ反スル契約トシテ無効」とされる⁶⁵。その

64 「婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其効力ヲ生ス」。いわゆる「法律婚」の立場である。梅謙次郎『民法要義巻之四・親族編』（1899年〔明治32年〕）88頁に、婚姻の「實質上ノ要件」と「形式上ノ要件」が記されている。法文上、婚姻の「實質的要件」として当事者の「合意」に触れたものはない。ただし梅は、「婚姻ハ人間ノ一大重要ナルカ故ニ（中略）男女カ互ニ婚姻ヲ為サント欲スル（ことを前提とする）」と述べ、自身の婚姻＝契約思想を表現していた（梅・前掲書100頁参照。括弧内・引用者）。ちなみにこの点、現行民法典にも「婚姻の契約思想」を直接的に表す明文規定はないが、憲法24条1項で「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立」する旨の規定を置いて、これを補充している。

65 石坂・前掲判批（前注59）148頁参照。「婚姻予約」＝「無効論」を、石坂は当時の「判例・通説」だとしている。反対説として引用されているのは、中島玉吉「婚姻ノ予約」京都法學會雜誌第10巻6号（1915年〔大正4年〕）、同『續民法論文集』（1922年〔大正11年〕）35-51頁、同『親族相続法改造論』（1927年〔昭和2年〕）95-115頁である。石坂・前掲判批（前注59）143頁参照（石坂の判批は1917年〔大正6年〕のものであるから、中島の後二著を石坂が参照しているわけではない。石坂が参照指示しているのは、前者の「雑誌」のみである）。ちなみに「判例・通説」の「無効論」の根拠は、たとえ「婚姻予約」があっても当事者はその履行の強制を求めず、当事者による履行自由＝違約自由の原則を貫くべし、とするものであった。大判明治44年3月25日民録17輯169頁。したがって、必ずしも「公序良俗違反」そのものを、ストレートに根拠とするものではなかった。すなわち、上記明治44年判決では「公序良俗違反」に言及することなく、内縁夫婦の夫からの「離婚」につき、単に「婚姻予約」に「当

点に照らし石坂は、本件大正4年判決が「當事者ガ将来婚姻ヲ為スヘキコトヲ約シタル場合」に「婚姻ヲ為スコトヲ強ユルコトヲ得ス」と述べていることに賛意を表している⁶⁶。さらに石坂は、たとえ婚姻予約に基づいて「自然債務」が生ずると仮定しても、「其履行スルト否トハ任意ニシテ、履行セザルガ為ニ損害賠償責任ヲ負フベキ理由ナキ」ことになる（読点・引用者）、とも言っている⁶⁷。その意味で石坂が「婚姻豫約ノ問題ニ關シテモ亦國民ノ一般思想ヲ基礎トシテ判斷スベキモノ」と述べたのは、国民の間においても婚姻の「予約」に関する「法的確信」が生み出されつつある、

ゝ事者ヲ拘束スル効力ナシ」という観点から、夫の行為は妻の名誉侵害＝不法行為を構成せず、というにすぎない。この大審院判決は、本件内縁関係の「実体」を承認した上で、内縁の妻が「女子トシテノ品格ヲ毀損セラルル」ことは、これを肯定している。その意味で石坂が注目する大正3年7月25日の東京控訴院判決（法律新聞965号27頁）自体、やや特殊であったと思われる。その判決文によれば「婚姻豫約」（「将来婚姻ヲ為サントスル契約」）は、「當事者ノ意思ヲ制限」し、「當事者ノ自由意思ヲ制限」するという観点から「公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為」として無効、と解されている。事実関係の詳細は不明である。この判決を詳細に論じた岡本・前掲書（前注56）129頁も「事案は不詳」と断っている。ただし、岡本の研究によれば、結納金を受けた女性が破約し他男と婚姻したため、結納金を給付した男性が原告として上記女性を相手取って「婚姻豫約違反」に基づく損害賠償請求権を行使したもの、とされる（岡本・前掲書同頁）。したがって大正3年東京控訴院判決は、上記明治44年大審院判決と異なり内縁関係の形成までは至っていない。それゆえ大正3年東京控訴院判決は婚姻予約「違反」＝破約の自由をより重視し、当事者意思の「自由」を束縛するという観点から「公序違反」と解したのではないか、と思われる（「公序良俗違反」と判示しているわけではないことに注目しておくべきであろう）。なお、この点に関連して、参考となるのは、岡松参太郎が「婚姻豫約」をもって「真正の婚姻豫約」のみならず「芸娼妓等（と）の夫婦約束」（括弧内・引用者）をも包括しうものとして捉え、「善良の風俗に反するが故に無効」（傍点・引用者）と論じていたことであろうか（岡松は「善良の風俗に反する」ことがありうるという趣旨を述べ、「公序良俗違反」とは言っていない点に注意）。岡松「婚姻届出義務の不履行（二）〔所謂婚姻の豫約に關する大審院の判決に就て〕」法律新聞1017号〔1915年〕3頁以下、特に5頁参照。

66 石坂・前掲判批（前注59）148-149頁参照。

67 石坂・前掲判批（前注59）149頁参照。

と認識したからにはほかならない⁶⁸。こうして石坂は、ことの核心をあくまでも法形式上の「婚姻豫約」としてのみ把握している。大審院が「婚姻豫約」を認定する限りで、そう解せざるをえない、という趣旨であろう⁶⁹。

68 辻伸行・前掲論文（前注58）127頁によれば、石坂は「（法律が）實際生活に適合するように制定されるものであり、法解釈は實際生活に適合するように解釈すべきであるとし、實際生活への適合とは正義および公平を維持し實際の便宜に合致することであると見てゐる」（括弧内・引用者）と評されている。辻論文は、石坂「法律解釈論」同『民法研究第四卷』（1917年〔大正6年〕）118頁を引用している。正確には118-119頁にわたる部分を指す。石坂の原文では、「正義」（Gerechtigkeit）、「公平」（Billigkeit）、「實際の便宜」（Zweckmäßigkeit）として記述されており、その窮極においては「畢竟法律ノ目的ニ基キテ解釈スルコト」が重視されている。實際生活への顧慮も説かれているが、むしろ「法律ノ目的」の方に重点が置かれている（こうして石坂は、立法者意思の拘束から解放された客観的な「法律意思説」を説いたわけである。この点、辻・前掲論文120頁参照）。なお、辻も、石坂が「功利説」（個人の利益保護尊重説）と「正義説」（共同体の利益保護尊重説）の「調和点」を「法律ノ目的」としての「共同生活ノ維持」に求めており、その態度はイェーリング「法の目的」（Zweck im Recht）に繋がる、と見る。辻・前掲論文127-128頁及び137-138頁注95参照。なお石坂「法律學ノ性質」同『民法研究第三卷』（1914年〔大正3年〕）1頁以下、特に29-31頁も参照。なかでも31頁で石坂は、イェーリング「法の目的」を原文で直接引用している）。この論文「法律學ノ性質」29頁で、彼は「法律ノ存在」ではなく「法律ノ規範」という観点から「法律ノ目的」を明らかにすることが必要である旨、主張している。さらに同論文同頁で彼は、「規範ノ本質ハ意思ナリ」とも述べている。また「法律ノ目的」を「法律ノ理由」（ratio legis）と同じだとして、サヴィニーやヴィントシャイトを引用している。石坂・同論文32頁参照。石坂がサヴィニーを代表とする「歴史法学派」から影響を受けつつも、独自に「法律ノ目的」から「法律ノ規範」内容重視型へ移行していったことがわかる。そしてその際の導きの糸が、後期イェーリングの「法の目的」であった、と言うべきことになろう。

69 「婚姻ノ豫約ハ、将来ニ於テ適法ナル婚姻ヲ為スヘキコトヲ目的トスル契約ニシテ、其契約ハ亦適法ニシテ有効ナリ」（説点・引用者）という「判決理由」の出だし部分（民録21輯52頁）に着目してのことである。この点、石坂は、本件大正4年大審院判決の5ヶ月程前の大正3年7月25日東京控訴院判決（本件控訴審ではない）において「婚姻豫約ハ「公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為」ナルカ故ニ無効」としていた点を重視している。そして、そのわずか「数ヶ月後ヲ隔テタル本判決」で、大審院が「婚姻豫約有効」判断を打ち出した態度を批判している。石坂・前掲判批（前注56）143頁。

石坂は、中島玉吉の「婚姻豫約＝債権契約論」を意識してか（石坂は、必ずしも出典を明示せずに自説を展開している）、詳細に「婚姻豫約＝債権契約」論を批判している。たとえば、「債権契約」論によれば婚姻予約は不要式の契約にならざるをえず、よって「結納」もまた「婚姻ノ儀式ノ一部」であって、「婚姻豫約」は「其以前ニ（中略）成立スルヲ通常トスベシ」。それでは「如何ナル時期ニ豫約ガ成立スルヤ」（傍点・原論文）。石坂の認識によれば「實際ニ於テハ之ヲ確定スルコトハ困難」であり、「確定スルコト不能タル」ことすらありうる、と述べる⁷⁰。さらに「債権契約」論によれば、「一般ノ原則ニ従ヒ豫約者カ遲滞又ハ給付不能ニ因リ婚姻ヲ為サザル場合」には（債務不履行を原因とする）損害賠償責任が出てくるはずだが、「婚姻豫約不履行ニ對シテ責ニ任ズル場合ニハ此原則ヲ適用スルコトヲ得ズ」とされ、よって「債権契約」論に従うことはできない、と主張する⁷¹。それはなぜか。石坂によれば、婚姻予約は「正當ノ理由」、すなわち本人の「疾病、破産其他財産上ノ不如意、家族ノ事情等」及び相手方の「不貞操、不品行、疾病、破産其他財産上ノ不如意、離婚ノ原因タルベキ事情等」がある限り、予約者に「故意・過失」があっても、当該予約の解除は損害賠償責任を根拠づけない⁷²。さらに（本件大審院判決のように）、「婚姻豫約ノ違約者ニ對シ不履行ヨリ生ゼル有形無形ノ全部ノ損害ヲ賠償セシムルハ廣キニ失ス」とも批判している⁷³。ちなみに石坂は、本件大審院判決が「相手方カ豫約ヲ信シタルカ為メニ被ムリタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任スヘキモノトス」の「有形無形ノ損害」の賠償を、

70 石坂・前掲判批（前注59）150頁。ちなみに石坂は、「婚姻契約」を「親族法上ノ契約」と規定している。石坂・前掲判批151頁。その上で「届出」があれば「法律婚」としての効力を生ずる、と解するものと思われる。なお石坂は、あくまで「婚姻豫約」については、これを無効と解した上で、「立法論」としてはそれを「親族法上ノ契約」とすることは認める。石坂・前掲判批155頁参照。

71 石坂・前掲判批（前注59）151-152頁参照。

72 石坂・前掲判批（前注59）152-153頁参照。

73 石坂・前掲判批（前注59）153頁。

「履行利益の賠償」を含みうるものとして捉えている⁷⁴。そして「履行ニ代ルベキ全部ノ損害ヲ賠償スベキモノトナストキハ、間接ニ婚姻ノ締結ヲ強制スルノ結果トナリ、自由意思ヲ以テ婚姻ヲ為スベキモノトナス原則ハ、打破セラルルニ至ル」⁷⁵（説点・引用者）と述べる。この点、大審院判決が「相手方カ豫約ヲ信シタルカ為メニ被_レムリタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任スヘキモノトス」⁷⁶（傍点・引用者）と述べていることを、どの

74 石坂・前掲判批（前注59）154頁。石坂によれば、損害賠償が認められるとしても、いわゆる「信頼利益の賠償」に限る、とされる。たとえば「單ニ婚姻ヲ豫期シテ支出セル費用其他婚姻ヲ豫期シタルガ為メニ受ケタル財産上ノ損害ノミヲ賠償スルヲ原則トシ」と述べている。石坂・同頁。

75 石坂・前掲判批（前注59）154頁。かてて加えて石坂は、「無形的損害」すなわち「悲痛」に基づく「慰藉料」を債務不履行損害賠償責任の対象とすることをも非難している。石坂・同頁参照。

76 大正4年の大審院判決では、正確には、以下のように記されている。——「当事者ノ一方カ、正當ノ理由ナクシテ其約ニ違反シ、婚姻ヲ為スコトヲ拒絶シタリトセンカ、之カ為メニ相手方カ其約ヲ信シテ為シタル準備行為ハ徒勞損失ニ帰シ、其品位声誉ハ毀損セラルル等、有形無形ノ損害ヲ相手方ニ被ラシムルニ至ルコトナシトセス。是レ其契約ノ性質上、當ニ生スヘキ当事者ノ婚姻成立予期ノ信念ニ反シ、其信念ヲ生セシメタル当事者一方ノ違約ニ原因スルモノナレハ、其違約者タル一方ハ被害者タル相手方ニ対シ、如上有形無形ノ損害ヲ賠償スル責任アルコトハ、正義公平ヲ旨トスル社会観念ニ於テ当然トス」（民録21輯53頁。句説点及び傍点・引用者）。筆者が傍点を付した箇所は、明らかに「信頼利益の賠償」を含意している（なお、民録の原文自体にも、引用箇所を含み、長文にわたって傍点が付されているが、引用にあたってはそれを省略し、筆者の傍点のみとした）。ちなみに現在、本判決のように債務不履行に基づく「慰藉料」賠償請求（「無形ノ損害」〔＝「非財産的損害」〕の賠償請求）を認めるのが一般的である。内田貴『民法Ⅲ（第3版）債権総論・担保物権』（2005年）152頁、潮見佳男『新債権総論』（2017年）446頁参照。ちなみに、最高裁（最判昭和55年12月18日民集34巻7号888頁）は、「雇傭契約ないしこれに準ずる法律関係の当事者でないXらが雇傭契約ないしこれに準ずる法律関係上の債務不履行により固有の慰藉料請求権を取得するものとは解しがたい」（傍点・引用者）と述べているので——その反対解釈によれば——契約関係（これに準ずる法律関係）の当事者には、その「固有の慰藉料請求権」を、債務不履行責任として認めるものと解される（これを、最高裁判例の立場として、いわゆる安全配慮義務違反の事案に限る趣旨かどうかは、なお問題として残るように思われる）。

ように理解するか問題となろう（これにつき、注74で触れている）。いずれにせよ、上記石坂の批判が、本件大審院判決理由における「婚姻豫約」文言に着目して、その「婚姻豫約」要件・効果論に関する批判的考察に終始していたことに注目しておくべきである。これを受ける形で、重遠の判例研究が、石坂判批（1917年4月）の約半年後（同年9月）に出された。

（γ）重遠の論陣

重遠は、石坂の判例批評を意識しつつ、しかも大正4年大審院判決自体を相対化して、自己の論陣を張っている。とりわけ大正4年判決に対して重遠は、「該判決ハ、我民法ノ解釋適用トシテハ不當デアルカ、又ハ少クモ甚ダ牽強附會デアルガ、法律ニ規定ヲ缺ク場合ノ裁判所ノ立法的判決トシテ正當デアルト云フ一見極メテ奇怪ナル議論ヲ試ミタイ」⁷⁷（読点及び傍点・引用者）と述べている。この一文には、留学から帰国したばかりの若き重遠（当時34歳）の旺盛な「研究心」が溢れんばかりに浮かび出ている。その「研究心」は、留学の成果と共に、帰国した1916年（大正5年）に受け持った講義「法理学」の果実たる『法理学大綱』（前注20）を踏まえて打ち出されたものである。重遠がまず問題にするのは、「従来ノ議論」が本件大正4年判決をして「婚姻豫約有効ノ判決」であることを「疑ナキ事實トシテ前提シテ居ル」ということであつた。石坂音四郎の態度は、その「最モ著シキモノデアル」と述べている⁷⁸。なるほど、大正4年大審院判決が出るまで、「判例」の立場は「婚姻豫約」を無効とするものであつた（①大判明治35年3月8日民録8輯3巻16頁、②大判明治44年3月25日民録17輯169頁）。ところが同じ「婚姻豫約」を扱って、大正4年判決は、一転し「有効」と判示した。そこで重遠はまず、「判決トハ何デアルカ」を問う⁷⁹（傍点・原論文）。

77 重遠「真意義」（前注57）2頁。なお引用した原文には、すべて傍点が付されているが、それを一応はずして、その上で改めて筆者（川角）が重要と判断した箇所に傍点を打っている。

78 重遠「真意義」（前注57）3頁。

79 重遠「真意義」（前注57）3頁。

そして従来の学説が「判例ヲ論及シ引用スル」際に、「判決理由中ノ法理論ノミ」を問題にするだけであった、と批判する⁸⁰。その際、重遠はイギリス留学の経験を生かし、「判決理由中ノ法理論」においても「抽象論」にすぎない部分は「傍論」(obiter dictum)であって、「当該事件ノ具體問題ト直接關係」のある部分を「判決」(judicial dictum)として区別すべきである、と強調する。その上で重遠は、「判例トシテ拘束力ヲ有スルノハ後者デアッテ『傍論』ハ判例ヲナサヌ」という。この拘束力ある「判例」とは、いわゆる「レイシオ・デシデンダイ」(ratio decidendi)のことであろう⁸¹。それでは、本件大正4年判決の肝心な「具體問題」は、何

80 重遠「真意義」(前注57)4頁。

81 重遠「真意義」(前注57)4頁。これは、重遠が『法理學』(前注20)171-174頁で指摘していたことである。そこで重遠は、ストレートに英米流の「判例法」(case law, judge-made law)を肯定している。そして判例法は、「慣習法ノ一種」(judicial usage, Gerichtsgebrauch)でもないとした上で、「裁判所ノ立法行為ニ因リテ發生スルモノ」と述べている(『法理學』173頁)。「裁判所ノ立法行為」とは、原理上近代法の三権分立に反するわけだから、「従来ノ法律家ノ怪訝批難ヲ招クベキ所ナルベシ」と一応断っている(『法理學』174頁)。ちなみに、帝国憲法下においては、議会の関与しない立法として緊急勅令(帝国憲法8条)と独立命令(帝国憲法9条)が認められており、また天皇に法律裁可権が認められていた(帝国憲法5条)点に照らすと、当時日本では厳密な意味での三権分立(権力分立)は通用していなかった、と言うべきであろう。ちなみに、三権分立そのものは、当時イギリスにもアメリカにも存在していた(むろん、その二国においても、三権〔立法・行政・司法〕との間に「相互の抑制・均衡」の關係及びその濃淡は認めうる)。少なくとも、英米法流の「判例法」主義ないし「判例の立法的機能」は、「立法権」との關係で独特の緊張状態を生み出すのではないか、と思われる。ここでそれを詳しく論証するわけにいかないが、イギリス名誉革命(1688年)に影響を与えたジョン・ロック『市民政府論』における「立法権」優位型の「合成的混合的な政府形態」論は周知のことに属することのみ付言しておく。ロック(鶴飼訳)『市民政府論』(岩波文庫133頁以下参照)。なお、19世紀以降のイギリスの状況、なかんずく①イギリス憲法原理の第一が「国会主権」の原理であり、さらに②裁判官が先例に従うものとして「判例法」が位置づけられていることなどにつき、戒能通厚「イギリスの社会と法」戒能通厚=広渡清吾(共著)『外国法 イギリス・ドイツの社会と法』(1991年)128頁〔①について〕、147頁〔②について〕参照。さらに①につき、同『イギ

であったか。それは「當事者ハ既ニ結婚式ヲ舉ゲテ通俗ノ意味ニ於ケル夫婦トナツテ居ル」という事実であった⁸²。したがって「事實上ノ婚姻生活ニ入ツタ男女ノ一方ガ婚姻届ヲ為スコトラ拒絶シタ」という事実認定が重要である。それゆえ、この実質は「婚姻豫約ノ問題」ではない、とする⁸³。この点、上記②の明治44年判決では婚姻予約「無効」とされていたものが、ほぼ同様の事実関係（いずれも「事実婚」の段階に達していた、と解

ゝリス憲法」(2017年) 221-222頁も参照。また、アメリカの「三権分立」については、さしあたり望月礼二郎「アメリカ革命と法」長谷川正安＝渡辺洋三＝藤田勇（編）『講座革命と法第1巻・市民革命と法』（1989年）49頁以下、特に102頁以下参照。ともあれ、そのようなわが国「帝国憲法」下の三権分立不徹底状況を反映してか、重遠の「判例法」＝「裁判所ノ立法行為」論は、きわめておおらかに仕上げられている。そして重遠は、歴史的にみれば「初期ノ法律ハ慣習ト判例トニヨリテ發達」したのであるから、「裁判官ハ既存法律（成文法のこと）ノ適用機關ナリトノミ云フベ（きではない）」（括弧内・引用者）のであって、「裁判官ニモ、尚ホ當初ノ立法的機能ハ留保セラル・ナリ」と述べている。『法理學』174頁。ちなみに重遠は、『法理學』173頁で本件大正4年判決に触れ、これは「實質上社會生活ノ要求ニ適合セル判決トシテ、恐ラク判例法形成ノ基礎タルベキナリ」と言っている。さらに重遠『改訂民法総論』（1930年〔昭和5年〕）44-45頁も参照。この『民法総論』の初版は、上・下二分冊として1921年（大正10年）に刊行された。重遠は、改訂版での大きな内容上の変更はなかったと言っている（「改訂に際して」重遠の記述参照）、この改訂版をもって大正デモクラシー期の重遠「民法総論」と考えてよいだろう。その「改訂」版上記同頁（民法の「法源」論に関する箇所）でも、重遠は『法理學』と同じ観点で「判例法」の位置づけを展開している。そして重遠は、大正4年大審院判決をもって「民法的判例法」を形成するものと言っている。その際、重遠は、判例による立法的機能を、「裁判によつて法律が出来る」点に求め、「法律を作る」ところの「所謂立法機關」による「立法」と区別する（傍点・引用者）。重遠・前掲書『民法総論』45頁。しかしながら、法律を「作る」と法律が「出来る」とで、どのような質的な差が生ずるのか。重遠は明示していない（判例による「立法機能」の帰結も「立法」〔制定法〕である限り、「法律を作る」機能は、これを否定しえないと考える。その限りで重遠の立論は、「三権分立」〔なかでも議会「立法権」〕との限りない緊張関係〔一種の「矛盾・対立関係」〕を生み出さざるをえないことになろう）。ここにも重遠の「曖昧模倣さ」・「朦朧さ」・「春風駘蕩さ」が現れている、と言えようか。

82 重遠「真意義」（前注57）5頁。

83 重遠「真意義」（前注57）6頁。

するのが重遠の立場である)の下で、本件大正4年判決が婚姻予約「有効」へと判例変更をしたことになる⁸⁴(ただし、①の明治35年判決では「婚姻」に向けた合意はあったものの婚礼等の儀式を経ないまま、単なる「私通関係」にとどまっていたと推測される事案である。この点、後ほど引用する文章〔本稿後注91に対応する引用文〕を参照。その点を捉えて重遠は、大正4年判決によっても①判決は「全然打破顛覆セラレタトハ云ヘナイ」という)⁸⁵。その上で、改めて重遠は、本件大正4年判決の不当性を「婚姻豫約ノ問題ト看做シタコト」に求めている。そして「婚姻豫約」という観念自体「不正確ナ根本観念」であるにもかかわらず、その「婚姻豫約」観念に立脚して「判決ノ理由ヲ説明セント試ミタ」がゆえに、その判決理由自体「充分ニ徹底セザル抽象論ニ終リ、且現行民法ノ解釋トシテハ種々ノ支障ヲ生ジテ、石坂博士ノ批評ノ如キ有力ナ反對論ヲ招クコトニナッタノdeal」⁸⁶と述べる(重遠は、そのような観点から本件大正4年判決の評価〔婚姻予約有効判断の「前提」としての「婚姻豫約」の認定そのものに関する評価〕に議論を収斂させていこうとしている。だから石坂による判例批評(「婚姻豫約」それ自体の存在を前提とした議論)に対する正面だった論評を行っていない⁸⁷)。なお、本件大正4年判決の上告理由には、「元来婚姻ハ戸籍吏ニ届出テテ始メテ其効力ヲ生スヘキモノニシテ、届出前ノ婚姻若シクハ婚姻ノ豫約ハ、法律上無効ニシテ何等ノ保護ヲ受クヘキ關係ニアラサルナリ。故ニ、假令媒妁人アリテ事實上ノ婚姻ヲ為スモ、未

84 重遠「眞意義」(前注57)6頁。なお重遠は、「我國民今日ノ婚姻生活ハ(1)婚姻豫約期(2)事實婚期(3)法律婚期ノ三段ノ時期ヲ経過スルノ普通トスル」と述べている。重遠「眞意義」同頁。

85 重遠「眞意義」(前注57)6-7頁。

86 重遠「眞意義」(前注57)7頁。

87 重遠は、石坂の判例批評(前注59)につき、4箇所而言及しているのみである(重遠「眞意義」〔前注57〕2頁及び7頁さらに17頁・26頁。その7頁における石坂論評については、本稿前注86とそれに対応する本文を参照、17頁の石坂論評については、後ほど簡潔に言及する。本稿後注96とそれに対応する本文も参照)。いずれにせよ、重遠は石坂説に対して正面から詳細な論及をしているわけではない。

タ届出ヲ為ササル以前ニ於テ一方若シクハ双方ニ於テ適法ノ手續ヲ為スコトヲ欲セサルニ至リタルトキハ、其事由ノ如何ニ關セス法律上之ヲ強要シテ婚姻ヲ成立セシムヘキノ途ナキコト誠ニ明白ナリトス。即婚姻届出ヲ為スヤ否ハ全然當事者ノ自由ニシテ、既ニ事實上ノ婚姻ヲ為シタルト否トヲ問フヘキモノニアラサルナリ」と述べられていた（民録21輯51頁。句読点・引用者）。おそらく、その上告論旨を受けて大審院の裁判官は「届出前ノ婚姻」及び「事実上ノ婚姻」と区別し、本件をもっぱら「婚姻豫約ノ問題」としたのではないか、と思われる（この点は、「事実認定」か「法律判断」か、微妙である。あとでも触れる）。そのような大審院の態度を、重遠が批判したわけである⁸⁸。だから重ねて重遠は、「大審院ガ此事件ヲ取扱フ

88 このように重遠は、「夫婦」としての男女結合の「事実」（実態）を重視して「事実上の婚姻」か否かにつき判断しようとする。そのような立場から、単純なる「婚姻豫約論」に終始する本件大正4年大審院判決を批判する。とはいえ、重遠にとっても合意のみならず届出を要件とする「法律婚」主義は、その意義を失うべきものではない、とされる。重遠「眞意義」（前注57）12-13頁。なお、この箇所は東川徳治「志那法上ヨリ観タル婚姻ノ豫約」法学志林19巻8号（1917〔大正6年〕）33頁以下、特に36頁における事実婚主義の主張（「實質上ノ婚姻ヲ認ムルノ主義」の採用論）を批判したものである。重遠は、「東川氏ノ説ノ如ク事實婚主義ヲ採ルノモ一案」ではあるが、そうなると「或男女ノ關係ガ婚姻デアルカ否カ、其婚姻ハ果シテ事実上ノ諸要件ヲ具備シテ居ルカ否カ、而シテ其婚姻ハ何年何月何日ニ成立シタモノデアルカラ正確ニスルコトガ出来ズ、殆ド法律ヲ規律スル目的ヲ達シ得ナイノデアッテ、東川氏ノ所謂『人倫ノ基礎ニシテ人生ノ大禮タル』婚姻關係ガ却ッテ頗ル亂雜不倫ナルモノトナル虞レガアル」と述べ、よって「法律制度トシテハ何等カノ形式上ノ要件ヲ設ケテ所謂形式婚主義ヲ採ラザルヲ得ナイ」と結論づけている。ちなみに、重遠は「事実上の婚姻」を、当事者の「婚姻」合意を基礎とした夫婦關係の事實の如何に求めており、「結納」とか、さらには「結婚式」などの「礼式」を決定視するものではない。重遠「眞意義」9-10頁参照（重遠は、「三三九度ノ盃事」という表現で結婚式という慣習上の礼式を取り上げ、これがあったからといってなお「法律婚」の要件を備えたとは言えないこと当然とし、かつその礼式をもって「婚姻豫約」があったにとどまるという考えを当事者の「意思」の不当な「擬制」とであると批判している）。なお、中島玉吉が本件大正4年大審院判決のいう「婚姻豫約」をもって、「結婚式」という「慣習上の婚禮の式」を伴う「要式行為」と解したものとしている点は、疑問である（中島「婚姻の豫約」・前掲書「親ノ

「族相續法改造論」〔前注65〕95頁以下、特に97-99頁〔原論文初出は1915年〔大正4年〕〕。この問題については、本稿統編・中島玉吉の項目で再論する。ここでは重遠「婚姻豫約論」を考察するに必要と思われる範囲で中島の見解にも触れる。さて、本件大正4年判決は「既ニ之（婚姻豫約）ヲ約シタルトキハ、（中略）尙ホ進ミテ慣習上婚姻ノ儀式ヲ舉行シ、事実上夫婦同様ノ生活ヲ開始スルニ至ルコトアリ。斯ノ如キハ、婚姻ノ成立スルニ至ルニ相当ナル徑路トシテ普通ニ行ハルル事例ニシテ」と述べ、また「原院ノ確定シタル所ニ依レハ、要スルニ當事者ハ、真ニ婚姻ヲ成立セシムル意思ヲ以テ婚姻ノ豫約ヲ為シ、之ニ基キ慣習上婚礼ノ式ヲ舉行シタル後、Yハ正當ノ理由ナクシテXヲ離別シ、婚姻ヲ為スコトヲ拒絕セリト云フニ在ルヤ、判文上明白ナリ」と判示している（句読点・傍点・括弧内いずれも引用者）。こうして大審院は、明らかに「婚姻豫約」を諾成契約とみている。大審院の理解によれば、本件では諾成契約としての「婚姻予約」のあとに（「之ニ基キ」）、慣習上の「結婚式」がとり行われたにすぎないのである。したがって、本件大正4年判決の理解として、大審院があたかも「婚姻豫約」を「要式契約」として「婚禮ノ式」をその指標と解していたかのように論ずる中島玉吉の見解は、やや不適切であると思われる（中島は、大審院判決自体からは「婚姻豫約」の「要式契約」性は窺われないが、原審判決が当該「婚姻豫約」の成立時をして「慣習上婚姻の式を上げた場合なり」〔中島・前掲書98頁〕と記している。このことからすると、中島は大審院判決を読み誤ったことにより、同時に原審判決（水戸地判大正2年10月21日）も読み間違ったことになる。なお、水戸地裁は「當事者間ノ事實上ノ婚姻」が両者の「見合い」の日に「即日忽卒ニ行ハレタルモノナルコト明カ」と述べている（それゆえに「結納」を交わすこともなかった旨、確認している）。そして、そのあとで慣習上の結婚式がとり行われたわけである。ちなみに第一審は、下妻区裁判決であった。この下妻区裁は、「明治44年4月13日儀式ヲ挙げ事實上ノ婚姻ヲ為セシコト（中略）ハ、本件當事者間ニ争ヒナキトコロ」（読点・引用者）と述べていた（つまり「儀式」という要式行為は「婚姻豫約」の成立要件ではなく、「事実上ノ婚姻」の成立要件であると明示していたのである）。下妻区裁及び水戸地裁判決については、さしあたり川井「婚姻予約有効判決」・前掲書（前注56）89頁以下、特に91-93頁〔下妻区裁〕及び97-100頁〔水戸地裁〕参照。しかも重遠は、この中島による大正4年大審院判決の「要式契約」誤読論を、そのまま鵜呑みにして、中島の指摘を「余モ亦同感デアル」と述べている。重遠「真意義」10頁。学説による判決理解（判例理解）——あるいは学説による学説理解——が、いかにお手軽に出来ていたかを窺わせる点で、重視しておいてよい問題である（それが「当時の問題」にとどまるのか、今日でもなお妥当するのかは、おのずと別に論ずべきことになる。なおこの点、筆者〔川角〕みずから自戒の念を込めつつ表記している）。ちなみに石坂音四郎は、「婚姻豫約」につき——それを仮に「償権契約」として認めるとすればと留保した上で——

ニ婚姻豫約ヲ以テシタコトハ如何ニシテモ牽強附會ノ誹ヲ免レナイ」と非難している⁸⁹。この点、重遠は「大審院ノ判決ハ婚姻豫約ニアラサルモノヲ婚姻豫約トシテ取扱ツタガ故ニ誤判デアル」とも論じている⁹⁰。その上

ゝその「不要式契約」性を説き、「要式契約ト解スベキ何等ノ根據ナシ」と論じていた（石坂・前掲判批〔前注59〕149頁参照）。この点に限って言えば、石坂の方が重遠と比べ、民法理解において、より正当であったと思う。なお、重遠の論旨の重点は「三三九度」、つまり「婚禮ノ式」をもって「婚姻豫約」と解すること自体の不自然性にあったわけであるが、中島の大審院判決理解（＝「誤解」）をそのまま引用し、もって「余モ亦同感デアル」と述べていたことの問題性は、中島が本件判決をして「甚ダ不自然」と批判していたことについてのみ「同感デアル」と考えていたとしても、決して消し去ることができない事実であった、と考える。

89 重遠「眞意義」（前注57）7-8頁。さらに重遠は、本件大正4年大審院判決以後、下級審判決においても同様の判断が相次いで打ち出された、と述べている（重遠「眞意義」8頁）。そのうち特に、長野地判大正5年3月9日に着目する（この判決につき、岡本・前掲書〔前注56〕282-283頁参照）。重遠によれば、その判決は「婚姻ノ式ヲ舉ゲ婚姻ノ豫約ヲ為シ」と判示した、とされる。彼は、これを「恰モ結婚式ニヨツテ婚姻豫約ガ締結サレタカノ様ニ云フ」ものであって、「餘リニ當事者ノ意思ヲ無視シタル牽強附會ト云ハザルヲ得ナイ」と批判している。重遠「眞意義」10頁。なお本件大正4年大審院判決の第1審下妻区裁判決が「儀式」（＝結婚式）をもって「事実上ノ婚姻」をしたと判示し、その原審水戸地裁判決が「儀式」前の「見合い」の当日に（事実上の）「婚姻」そのものが成立していたと判断していた点については、本稿前注88参照。

90 重遠「眞意義」（前注57）10頁。この点について重遠は、岡松参太郎がすでに述べていた点と「一致スル所ガアル」と言っている。ただし岡松は、重遠と異なり「婚姻」（法律婚）そのものが「結婚式ヲ舉ゲタトキニ成立スル」とみる。その上で「婚姻ノ届出ハ單ニ効力発生條件ニ過ギヌ」と述べる。岡松参太郎「婚姻届出義務の不履行（一）〔所謂婚姻の豫約に關する大審院の判決に就て〕」法律新聞1016号（1915年〔大正4年〕6月5日）3頁以下、特に4頁最下段参照。重遠は、岡松によるその「儀式」要件主義を厳しく批判するのである。重遠「眞意義」10-11頁。重遠によれば「岡松博士ノ婚姻論（すなわち「挙式に依り婚姻は既に成立す」という見解）ハ現行民法ノ解釋論トシテハ到底成立チ得ナイ様ニ考ヘラレル」（重遠「眞意義」11頁）とされる。さらに重遠は、同じ頁で——あたかも追い打ちをかけるかのように——岡松説に従えば、婚姻のみならず「協議離婚」・「養子縁組」・「隠居」・「分家」でも「届出」が成立要件であるのに、これを単に「効力発生要件」としてしまえば、「我民法ノ組織ハ根本カラ顛覆スル」と非難している。ただし重遠は、「立法論」としては「別問題デメ

「アル」とする。特に民法上の「形式主義」（つまりは届出を成立要件とする「法律婚主義」）の帰結として生ずる「内縁関係」を、重遠は一個の社会問題であると警告している（「所謂『内縁ノ妻』ナル風習ガ我國現時ノ社會ノ病患デアル」。重遠「真意義」12頁）。なお、この点に関連して、重遠は「真意義」が出た同年（1917年〔大正6年〕）の1月に「法律婚ト事實婚」と題する論文を発表し（当時の雑誌『新日本』所収）、同年8月に刊行された重遠『親族法大意』の「附録」として、それを掲載している（『大意』153-188頁参照）。重遠は、その「附録」で、いわゆる「形式婚主義」（法律婚主義）が「諸文明國の法律」の立場であると述べ、その根拠を「法律は社會本位であると云ふ原理」に求めている（『大意』156頁）。すなわち重遠は、「法律と社會とを調和」せしめることを最優先する立場から、「社會本位」たる「法律」に國民が従い、よって「國民の事實生活と法律生活とを一致」せしめることこそ、「國民自身の遵法的徳義心」の現れにはかならない、とする（重遠『大意』188頁）。併せて重遠は、いわゆる「内縁の妻」の問題を詳しく取り上げている（『大意』166頁以下）。重遠は、この「内縁の妻」問題を「我國の社會の有患であり、我國の法律の耻辱である」（『大意』168頁）とし、さらに「此の『内縁の妻』なる醜事醜名を顧くは我國の社會から永久に削り去りたいものである」（『大意』169頁。傍点・原書）と述べている。その上で重遠は、「婚姻の届出と婚禮の儀式とを同日に行ふと云ふ風習」を作り、流行させたい、と言う（いわゆる「挙式届出同日主義」。重遠・前掲書『欧米留学日記』〔前注13〕229-230頁参照。「挙式届出同日主義」という表現は、同書「まえがき」vの穂積重行〔重遠の長男〕によるもの。重遠自身は、その日記で「結婚当日届出論」と書いている〔『欧米留学日記』230頁〕。大村・前掲書32頁も参照）。ともあれ、こうして重遠は、婚姻（法律婚）に関する「実体」と「形式」の一致（同時的实现）を、その理想像として描いた。要するに、重遠によれば、婚姻意思の合致さらに挙式のみでは（法律上の）「婚姻」は成立しない（ただし重遠は、「事實婚」が先行的に存在することについては、これを承認していた）。その上で彼は、届出があつて初めて「婚姻」（＝「法律婚」）が成立すると考えた。言い換えれば、重遠はあくまで法律婚主義を重視し、それをより優位に置いたのである。現に重遠は、前掲書『大意』173頁で、「我民法が法律婚を採つたことは至極正當であつて、今更之を廢することは甚だ望ましくない。（中略）〔要するに「内縁の妻」問題は〕時弊救治策を考へて見るのが、先以て穩當であらう」（亀甲括弧内・引用者）と述べている。しかも重遠は、立法政策上、内縁状態をできる限り最小化せしめる立場に立つ。その結果として、彼は、内縁の妻の特別法上の保護については消極的であつた。たとえば重遠は、当時の遺族扶助法・工場法令に内縁妻のための保護規定がないこと念頭に置きつつ「内縁の妻には遺族扶助料其他妻としての利益を受けさせないことを勵行するのが、内縁夫婦關係の不當不利を感じて婚姻届の飲くべからざるを悟らしむる手段とな（る）」と述べることによって、法律婚尊重主義を徹底的に貫こ

で重遠は、以下のように述べ、本件大正4年判決の「真意義」に迫る。——「男子ガ婦人ヲ妻トシテ迎ヘナガラ其入籍ヲ拒ムト云フ往往見ル所ノ不徳行為ニ對シテハ、何等カノ制裁ヲ設ケテ其弊害ノ救済ト豫防トヲ講ゼネバナラス（中略）。而シテ結婚式ヲ舉ゲ其他公然事實上ノ婚姻生活ヲ開始シタ後ノ届出拒絶ハ、單ニ約束ヲ履行セスト云フコトダケノ普通ノ婚姻豫約違反ヨリモ、其違反者側ニ於ケル不徳ガ一層甚シク、其被害者側ニ於ケル精神上物質上ノ損害苦痛ガ遙ニ大ナルコトハ、深ク説明スルマデモナカロウト思フ。大正四年ノ大審院ノ『婚姻豫約有効判決』ハ、實ハ此ノ入籍ヲ拒マレタ内縁ノ妻ノ不幸ヲ救済慰藉スルコトガ其眞動機眞目的デアッテ、其法理的根據トシテ婚姻豫約有効論ニ假託シタモノト余ハ觀察スルノデアル（中略）。モシ大正四年ノ事件ガ明治三十五年ノ事件（上記①判決）ト同ジク眞正ノ意義ニ於ケル婚姻豫約ノ問題デアッタナラバ、大審院ハ必シモ婚姻豫約無効論ヲ棄テナカッタデアラウ。（中略）而シテ明治四十四年ノ大審院（上記②判決）ハ明治三十五年ノ婚姻豫約無効論ヲ不當ニ擴張シテ婚姻豫約ニアラザル場合ニ及ボシタ。大正四年ノ大審院ハ婚姻豫約ニアラザル問題ヲ解決セント欲シテ婚姻豫約有効論ニ脱線シタ。推論ヲ謬レルニ於テハ俗語ニ所謂『どつちもどつち』デアルガ、時弊救済ノ社會的必要ヲ看取シテ、之ニ立脚シタ點ニ於テ、余ハ大審院ノ進歩ヲ見ル」⁹¹（傍点・ひらがな部分共に原書。中略及び括弧内は引用者）。以上において、

うとしている（重遠『大意』182-183頁）。これに対し、現在、「内縁の妻」の法的保護は、諸立法上の手当て（たとえば借地借家法36条1項及び厚生年金保険法3条2項等多数）さらに判例上の救済判断によって一定程度確保されている（判例の立ち入った紹介は、ここでは割愛する。さしあたり大判大正11年6月3日民集1巻280頁、最判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁、最決平成12年3月10日民集54巻3号1040頁等を参照）。なお、重遠の「法律婚」重視論につき、本稿後注91も参照されたい。

91 重遠「真意義」（前注57）13-15頁。この点、重遠の「假託」論及び「時弊救済ノ社會的必要ヲ看取シテ、之ニ立脚シタ點ニ於テ、余ハ大審院ノ進歩ヲ見ル」という見地と関連して、再度重遠「内縁の妻」論の実体を直視しておく必要が出てくる。詳論は避けるが、重遠の立場は、一定の「内縁関係」の保護論で

重遠「眞意義」の目的が尽くされている。本件の事実関係から認定されるのは、単なる「婚姻豫約」ではなく「事実上ノ婚姻」である⁹²。それを大

々のはあっても、その立論の基本はあくまで「法律婚尊重主義」によって規定されていた。重遠の「法律婚尊重主義」については、本稿前注90参照。ちなみに当時、重遠は、「届出」をしない「内縁の妻」を「叱って」いたらしい。末弘徹太郎＝谷野節子＝大濱英子＝山田わか＝穂積重遠＝我妻榮＝大森洪太（座談会）「婦人と法律」法律時報7巻7号（1935年〔昭和10年〕）16頁以下、特に24頁の山田発言を参照。この「内縁の妻」問題に関し、「遺族扶助料」などにつき不利益を受けたくなければ「届出」をさせて「法律婚」を促せばいいとする重遠に対し、末弘は「今のまゝでは到底駄目なんですから」と反論し、出席した婦人達も概ね重遠の態度に批判的であったようである。これに対し重遠は、①「届出さへすればいい、んですからね婚姻は」と応じ、②「内縁の妻の問題は結婚問題よりも寧ろ離婚問題なのです」と述べ、実質的に論点をそらした。ちなみに、①についていえば、明治民法775条が婚姻届につき「當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上」の「口頭」もしくは「書名シタル書面」での婚姻合意の表示（公示）による「届出」手続きを要件化していたことに、ここで再度留意しておくべきであろう（なお「戸籍記載」そのものは、婚姻の効力発生要件と解されている）。当時の強制的長時間労働の下で、労働者夫婦が上記「届出」手続きを行うことは——重遠が言うように一見簡単なようでありながら——実は相当に厄介なことであったようにも思われる（上記座談会24頁の谷野発言がそれを裏書きしているので参照されたい）。さらに②については——重遠の発言にもなるほど一理あるが（夫による内縁の妻の「追い出し」問題）——座談会で「内縁の妻」への「遺族扶助料」等の給付制度に関する欠陥問題が中心的話題になっているにもかかわらず、「離婚問題」に話を転じようとするのはあまり重遠らしくない（それゆえか、座談会では、「姦通罪」を事実婚の「離婚」に適用しうるかというテーマに話題が移ってしまっている。前掲座談会25頁参照）。

92 ちなみに戦後、本件大正4年大審院の「婚姻予約有効判決」に関する法社会学な研究が進んだ。なかでも、唄孝一「『婚姻予約有効判決』の再検討」法律時報31巻3号56頁以下、同4号86頁以下、唄孝一＝佐藤良雄「続・『婚姻予約有効判決』の再検討（1）（2）」法律時報31巻10号95頁以下、同11号38頁以下等において、現地での実態調査を踏まえた研究が進展した（上記法律時報31巻は、1959年刊行である）。上記論稿では、結論として法律婚以外の男女結合関係が、Ⅰ準婚、Ⅱ試婚、Ⅲ婚約、Ⅳ非婚に分けられた。そして唄＝佐藤（良）の研究成果として、「アシイレ」という慣行に注目し、もって本件大正4年大審院「婚姻予約有効判決」の実態は「Ⅱ試婚」にとどまるものであったという「仮説」が提起されている。この点、川井「婚姻予約有効判決」・前掲書（前注56）121-122頁参照。この「仮説」に対して、川井健（1927-2013年）は「自然科学における追試は、社会科学の場合にも必要」という観点から、川井独自の実

正4年の大審院判決は「婚姻豫約有効論ニ假託シタ」にすぎない。ただ重遠は、「時弊救済ノ社會的必要」の見地からすれば「大審院ノ進歩」にはかならなかつた、というのである。むしろ「法律婚主義」を前提とする立場からは、「届出」を強制する方途もないわけではない⁹³。しかしながら「婚姻」の届出は、出生届や死亡届などの過去の事実の事後的届出と異なり、男女の「合意」（法律行為）であって、しかも「売買貸借等」の財産行為としての法律行為と異なり「當事者終生ノ幸不幸ノ岐ルル所デアルカラ」、婚姻届は、なおのこと当事者の「自由意思」に委ねられておく必要がある。よって「強制主義」はなじまない、という⁹⁴。加えて重遠は、効果論にも論及して「法律上ノ救済手段トシテハ損害賠償ニ止メテ置クノガ先ズ穩當デアラウ」⁹⁵と述べている（その点につき重遠は、大正4年大審院判決の立場を支持している）。

以上を総括する観点から、最後に重遠は、石坂音四郎による判例批評に再度触れる。すなわち「石坂博士ハ又其ノ現行民法典ノ解釋トシテノ不當ヲ責メテ、大審院ノ新判決謬レリト結論シタ」。これに対して重遠は「大審院ノ判決理由ガ牽強附會デアルコトヲ咎ムル」立場にたつこと、さらに「モシ此ノ問題ヲ現行民法ノ解釋問題トスルナラバ大體ニ於テ石坂博士ノ批難ニ與ミスル」ことを示しながら、しかし「大審院ノ新判決其モノニ對シテハ啻ニ之ヲ是認スルノミナラズ、時弊ニ的中シタ名判決トシテ之ヲ歎

ゝ態調査（ヒヤリング・資料収集等）を行った。その結果として、「アシイレ」慣行は単なる「試婚」段階にとどまるものでなく、それは「結婚を意味」していたのであって、本件大正4年大審院判決の「婚姻予約」の実態は（法律婚に対する意味での）「準婚＝内縁」そのものであった、と結論づけている。川井・前掲書127頁参照。

93 重遠は、そのような「届出」の強制主義が、たとえば東川徳治（1870-1938年）によって提唱されていたことを指摘する。重遠「真意義」（前注57）15頁参照。

94 重遠「真意義」（前注57）16頁。

95 重遠「真意義」（前注57）17頁。

迎シタイノデアル」と述べている⁹⁶。こうして、「現行民法ノ解釋問題」としては石坂説でいくほかないとしながら、本件大正4年大審院判決を「名判決」として「歓迎」するのが重遠の立場であつた。よつて必然的に、重遠の立論は本件大正4年大審院判決をもつて「現行民法ノ解釋適用デハナク」、もつぱら「裁判所ノ補充的立法行為デアル」という観点から再構成されざるをえないのであつた⁹⁷。そこで重遠は、締めくくりとして「裁

96 重遠「真意義」（前注57）17頁。

97 重遠「真意義」（前注57）21頁参照。その頁で重遠は、「成文法トモ慣習法トモ異ナル『判例法』（case law, judge-made law）ガ發生スルノデアル」と明言している。このような重遠の「裁判所による補充的立法行為」論が妥当性をもつ限りで、彼は裁判による「法創造」を論証しえたと言いうるかも知れない。しかし逆に、その妥当性が否定される限りで、その「法創造」論は根拠を失う。さしあたり大正4年の大審院「婚姻豫約有効判決」に関して、重遠の裁判所による補充的立法行為論が妥当性をもつか否かは、さらに検証されなければならない。ちなみに重遠は、「裁判官ハ單ニ法律適用ノ機關タルニ止ラズシテ法規補充ノ機能ヲ有スル」とのべ、その点に照らして「自由法論者ノ説ク所ハ寧ロ當然ノ事理トシテ余ノ是認賛成スル所デアル」とも言う。重遠「真意義」20頁。このような重遠の姿勢を評価して、大村は、以下のように述べている。すなわち「（重遠は）理論構成ではなく結論を重視し、社会的必要に応じるためには裁判所による法創造も認める。「真意義」はこうしたスタンスに立つことによって、先行学説と一線を画したのである」（括弧内・引用者）。大村・前掲書（前注1）66頁。大正4年の大審院判決は、従来型の「婚姻豫約」構成を取りながら、その違約をもつて債務不履行責任を是認したものであるが、この判決自体はなんら「法創造」を行ったものではない。従来判例・通説（上記石坂音四郎の所説を含む）は、「婚姻豫約」の「豫約」に重点を置いて、その法的拘束力を否定し、よつて違約による債務不履行責任をも否認したものであつた。この点で、「婚姻豫約」に基づく債務は「訴求力なき債務・執行力なき債務」（不完全債務ないし「自然債務」）と同様の取扱を受けたことになる（たとえば、ドイツ民法1297条1項は「婚姻に基づいて婚姻の成立を訴求することはできない」と規定する。"Aus einem Verlöbniß kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden"）。大正4年の大審院判決は、いわゆる「婚姻豫約」であっても事案の内容次第では通常の「債務」と同じく、違約をもつて債務不履行責任あり、としたのである（その点で一種の事例判決とも言える）。そこに「内縁」（事実婚）を読み込むことは可能であり、むしろそうすべきであつたと思われる（現に本件原審判決は、そのように判断している〔本稿後注107参照〕）。さらに進んで本件大審院判決が「婚姻豫約」構成に「假託」して債務不履行責任構成を導い

判所の権限」問題、言い換えれば「判決トハ何デアルカ」という根本問題を改めて論じている。そこでは、いわゆる「三権分立」論は「正確ナ沿革論法理論デハナイ」と消極的に位置づけられており、それ（「三権分立」論）を「金科玉条」視することを強く忌避しようとする⁹⁸。沿革的には

ゝたと解することは、民法学者の自由なる判断に委ねられるべきことであり、かつまたそれは「解釈」学的観点の単なる発露にすぎない、とも言う。したがって「假託」という捉え方が正しいとしても、本判決において裁判官の立法的機能（「法創造」機能）が果たされたとみることを根拠づけたことにはならない。重遠自身、「婚姻豫約有効論ニ假託シクモノト余ハ觀察スル」（「真意義」14頁）と述べるにとどまっている。すなわち重遠もまた、本件大審院判決が「立法的機能」を履行したものではないことを自認しているわけである。それゆえ、大正4年の大審院判決をもって「大審院ノ進歩ヲ見ル」（「真意義」15頁）のは、なるほど重遠の見識の現れであろうし、その後の通説的見解も「家族法発展のための金字塔をうちたてた」と、これを評価している（川井・前掲「婚姻予約有効判決」〔前注56〕89頁）。しかしながら、その「進歩」が、重遠のいう「裁判官の立法的機能」・「裁判所の立法行為」承認論と直結するのかわと問えば、それは否と答えざるをえないのである。むしろ筆者（川角）は、大正4年の大審院判決において、「婚姻豫約」とされるものであっても通常の債務と同様の債務不履行責任が承認されることがありうるとの新たな法的判断が承認されたにとどまり、けっして大審院が「法創造」を行ったものではない、と考える（重要な「判例変更」ではあるが、あくまで「判例変更」にとどまる、と解すべきである）。そのような観点から、本件大審院判決につき「法律ニ規定ヲ欠ク場合ノ裁判所ノ立法的判決トシテ正当」とする重遠の見解（「真意義」2頁）には、大きな問題が残されている（重遠みずから「一見極メテ奇怪ナル議論」と記している。「真意義」同頁）。この点、重遠の三権分立への消極姿勢との関連で本稿後注118参照。なお、この点につき本稿後述（δ）の箇所でも再論する。

98 重遠「真意義」（前注57）18頁。その箇所では重遠は、モンテスキュー（1689-1755年）の「三権分立論」の学說的価値が「久シク疑ハレテ居ル」と、具体的な理由も付さないまま切って捨てようとする。この点、「三権分立論」がジョン・ロック（1632-1704年）の『市民政府論』（1690年）に起源をもち、それをモンテスキューが継承したという歴史的経緯が認められているところ、重遠はロック『市民政府論』の三権分立論すら、その目に入っていないようである。なお、ロックのモンテスキューによる受容と継承に関しては、友岡敏明＝中川政樹＝丸山敬一（共著）『ロック市民政府論入門』（1978年）176-180頁参照。さらに、上原行雄『シャルル・ルイ・ド・スゴンダ、バロン・ド・ラ・ブレード・エ・ド・モンテスキュー』勝田有恒＝山内進（編著）『近世・近代ヨーロッパの法学者たち——グラティアヌスからカール・シュミットまで』（2008ノ

「元來裁判所ナルモノハ法律ヨリモ古イ制度デアアル」から、もともと「法律ノ一部分ハ裁判所ノ判決ニ因ッテ發生發達シタ」ことは、「近時ノ社會學的法律學者ノ段段ト證明スル所デ」あり、「少クモ裁判所ガ成文法ヨリモ古イコトハ明カデアアル」と強調している⁹⁹。さらに重遠は「法律ニ缺陷アリヤ否ヤ」という問題に視点を移して、裁判所の権限論を考察している¹⁰⁰。重遠によれば、裁判官は、裁判をなすにあたって、適用すべき法規がないからという理由で裁判を拒めないのがあつて、「此場合ニ裁判所ガ其自由裁量能力ヲ發揮シテ法律ノ缺陷ヲ補充スルコトハ、裁判所ノ権能デアルト同時ニ其職務デアアル」と述べられ、「近來ノ「自由法説」」によってそのことが裏付けられてきた、とする¹⁰¹。だとして、具体的にどうやって裁判官は「法規ノ缺陷ヲ補充スベキカ」。重遠は、「結局其當時ノ社會ノ通念タル『道理』ニ據ル外ナイ」として、1875年（明治8年）太政官布告103号裁判事務心得3条の「條理ノ推考」及び1912年（明治45年・大

〃年）223頁以下、特に231頁は、モンテスキューによるロック「権力分立論」繼承の近代的・進歩的側面（ロックが執行権に含めていた「司法権」を独立させ、近代的な「三権の概念」を確立した側面）と反近代的・守旧的側面（モンテスキューがロックの「潜在的人民主権」論を否定し、君主権優位の「三権分立論」に変容させた側面）を浮かび上がらせている。

99 重遠「真意義」（前注57）18-19頁。こうして重遠は、沿革論を重視して「三権分立」の司法権優位の立場からの——裁判所・裁判官本位の観点からの——相対化を図ろうとしている。わが国では、当時「帝国憲法」の下で三権分立不徹底路線が敷かれていたことは、すでに指摘した。本稿前注81参照。その意味で重遠の立論態度は、司法権（裁判権）優位型の三権分立の相対化＝三権分立への懐疑論を帰結した、と思われる。言い換えれば、それは「帝国憲法」下の三権分立不徹底路線と相呼応していた、と言えるかも知れない。このような重遠の姿勢は、少なくとも「人民から委任された権力」として「立法府が法を作る権力」を行使するとするジョン・ロック的な態度とは、かなりかけ離れているように思われる（ロック『市民政府論』〔前注81〕145頁参照）。ただし、ここでその点の深入りは避ける。

100 重遠「真意義」（前注57）19頁。重遠は、このような「自由法説」を「是認賛成スル所デアアル」と述べている。重遠「真意義」20頁。なお本稿前注55の重遠発言も参照。

101 重遠「真意義」（前注57）19-20頁参照。

正1年）施行のスイス民法1条2項の「自己ガ立法者タラバ法規トシテ設定シタルベキ所ニ従ヒテ裁判スベシ」に依拠すべきである旨、結論づけている¹⁰²。その際、なかんずく「法規欠缺」の場合の裁判官の判断は、重遠によれば、「裁判所ノ立法行為」であって、その「判決」は「判例法」となる。言い換えれば、同種の判例が積み重なって「判例法」に転化することが一般的であるが、その「社会的必要」の程度によっては「唯ダー一回ノ判決ニ因ッテ判例法ガ確立スル場合モアリ得ル」とされる¹⁰³。そしてそのような「唯ダー一回ノ判決ニ因ッテ判例法ガ確立スル場合」の「好適例」として本件大正4年大審院判決を取り上げるわけである¹⁰⁴。それゆえ重遠は、本件大正4年大審院判決を「『法ヲ完成スルモノハ裁判所ナリ』トノ賛辭ヲ大審院ニ捧ゲタイノdeal」¹⁰⁵と評するに至る。こうしてみると、1917年（大正6年）9月の重遠「真意義」による大正4年大審院判決論が、いかにその直前に刊行された彼の『法理學』（1917年7月）の影響を受けているか、よくわかる。ことに重遠の「判例法論」・「裁判所ノ立法行為」論の周到さが理解できるのである。ちなみに重遠は、すでに指摘したように「裁判所ノ立法行為」を貫徹するためには、いわゆる三権分立論との対峙を避けて通ることはできなかった。それにつき彼の『法理學』で、重遠が以下のように述べていたことは重要であるように思われる。——「自由法説ハ從來ノ政治學法律學ガ金科玉條トシテ墨守セル「モンテスキュー」ノ三権分立主義ヲ打破セル卓見ナリ。法律ガ現在及ビ将来ノアラユル生活需要ヲ網羅規定スルコトハ到底不能ニシテ、即チ所謂『法規ノ無缺陷』（Lückenlosigkeit der Gesetze）ハ望ミ得ベキ所ニアラズ、

102 重遠「真意義」（前注57）21頁及び23頁参照。この点につき、重遠は『法理學』（前注17）96-97頁の参照を指示している。なお、小沢・前掲書「大正期日本法学とスイス法」（前注50）240頁以下が、重遠の「条理」論に注目している。

103 重遠「真意義」（前注57）24頁参照。

104 重遠『法理學』（前注20）171頁以下及び同「真意義」（前注57）24-25頁。

105 重遠「真意義」（前注57）27頁。

而シテ裁判官ハ規定ナキノ故ヲ以テ判決ヲ拒ムコト能ハザルガ故ニ、裁判官ガ法律補充ノ権能ヲ有スルハ寧ロ當然ノ事理ト云フベク（中略）正々堂々ト裁判官ノ法律補充能力ヲ承認スルニ如カザルナリ」（重遠『法理學』96頁。傍点・引用者）。ここに、重遠理論の二面的性格がよく示されていると思う。なかでも制定法（Gesetz）の「欠缺」性を指摘するところは、重遠の面目躍如たる感がある。しかしながら、裁判官による「欠缺補充」は「三権分立主義ヲ打破セル」ところにしか機能しえない、とする姿勢はいかがなものであろうか。この点を含め、次の（δ）の項で若干の考察を試みたい。

（δ）若干の考察

まず重遠は、「判決理由」中の抽象的理由部分を「傍論」（obiter dictum）とし、事件の「具體問題」に関わる部分の判断を「判決」（judicial dictum）、すなわち「拘束力ある判決理由」（ratio decidendi）と解していた（前注81とそれに対応する本文参照）。この点、とりわけ「傍論」の法的位置づけについては、若干問題があるように思われる。すなわち、重遠は、大正4年大審院判決の「婚姻豫約有効論」に関する規範的・一般的判断部分（「婚姻ノ豫約ハ将来ニ於テ適法ナル婚姻ヲ為スヘキコトヲ目的トスル契約ニシテ其契約ハ亦適法ニシテ有効ナリ」）を指して、それを「傍論」と言いたかったように思われる¹⁰⁶。それに対し、拘束力ある「判

106 重遠は、その「真意義」（前注57）3頁で、本件大正4年判決の「仍テ按スルニ、婚姻ノ豫約ハ、将来ニ於テ適法ナル婚姻ヲ為スヘキコトヲ目的トスル契約ニシテ、其契約ハ亦適法ニシテ有効ナリトス。法律上、之ニ依リ當事者ヲシテ其約旨ニ從ヒ婚姻ヲ為サシムルコトヲ強制スルコトヲ得サルモ、當事者ノ一方カ正當ノ理由ナクシテ其約ニ違反シ婚姻ヲ為スコトヲ拒絶シタル場合ニ於テハ、其一方ハ相手方カ其約ヲ信シタルカ為メニ被ムリタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任スヘキモノトス」の箇所を特に引用し、かかる「抽象的法理ヲ叙述スル」のは「學説」の仕事であって「判決」のなすべきことではない、という趣旨を述べている。重遠「真意義」4頁。そして同頁で彼は、イギリスを例として挙げ、「当該具體的問題ノ範圍ヲ超越シタ抽象論ヲ『傍論』（obiter dictum）ト名ケテ事件ノ解決其モノタル眞ノ意義ノ判決（judicial dictum）と區別ノ

決理由」として、「本件ノ事實ハ（中略）當事者ハ眞ニ婚姻ヲ成立セシムル意思ヲ以テ婚姻ノ豫約ヲ為シ之ニ基キ慣習上婚禮ノ式ヲ舉行シタル後Yハ正當ノ理由ナクシテXヲ離別シ婚姻ヲ為スコトヲ拒絶セリ」の部分¹⁰⁷を挙げたかったのだと思われる。

ㄴシ、判例トシテ拘束力ヲ有スルノハ後者デアッテ【傍論】ハ判例ヲナサストシテ居ル」という。

- 107 これは、本件で大審院が確定したところの「原判決」事実認定部分を指す（「原院ノ確定シタル所ニ依レハ」以下の部分である）。ちなみに、現行民事訴訟法321条1項では「原判決において適法に確定した事實は、上告裁判所を拘束する」と規定されている。この点、本件大正4年大審院判決が出た当時の旧民事訴訟法446条では、「上告裁判所ハ裁判ヲ為スニ付キ控訴裁判所カ其裁判ノ憑據トシタル事實ヲ標準トス」（傍点・引用者）とあったから、文言上現行民事訴訟法321条よりも拘束力が弱かったと考えられる（なおその後の大正15年改正法で、この旧民訴446条は改正され、民訴403条となった。この403条では、現行民訴321条1項とはほぼ同じ趣旨の条文になっている〔「原判決ニ於テ適法ニ確定シタル事實ハ上告裁判所ヲ拘束ス」。つまり現行民訴法では、文言上「拘束」が「拘束」になっている点のみ、相違する。しかし実質上、「拘束」も「拘束」も同義である）。——この点、本学法学部・越山和広教授〔民事訴訟法〕から懇切な御教示を賜った。記して感謝の意を表したい。ともあれ、そのように原判決が「裁判ノ憑據」とした事実が「標準」にとどまるのであるから、それゆえ、大審院は「本件ノ事實ハ、原院ノ確定シタル所ニ依レハ、要スルニ當事者ハ眞ニ婚姻ヲ成立セシムル意思ヲ以テ婚姻ノ豫約ヲ為シ、之ニ基キ慣習上婚禮ノ式ヲ舉行シタル後、Yハ正當ノ理由ナクシテXヲ離別シ、婚姻ヲ為スコトヲ拒絶セリ」というように、自主的に「事実認定」を行っている、と思われる（傍点及び説点・引用者）。言い換えれば、こうである。すなわち、あくまで原審判決（水戸地裁判決）が認定しているのは、「Yガ明治44年4月13日訴外A・Bノ媒酌ニヨリXト事實上ノ婚姻ヲナシ」ということであつた（傍点・引用者。つまり法律婚に至らないが事実婚はあつた旨、認定している〔原判決については、川井「婚姻予約有効判決」・前掲書〔前注56〕99頁参照〕。対するに大審院は、「原院ノ確定シタル所ニ依レハ（中略）婚姻ノ豫約」をなした、と言っているわけである。したがって大審院は、当時の民訴446条の「標準」をおおらかに捉え、むしろ独自に「婚姻ノ豫約」があつた（「豫約」にとどまつた）と認定した、と解さざるをえない（「事實上ノ婚姻」と「婚姻ノ豫約」の違いは「法律判断」の違いとも言えそうだが、大審院は明らかに「原院ノ確定シタル所ニ依レハ」と述べ、原判決の確定した事実として——「事實上ノ婚姻」まで進んではおらず——「婚姻ノ豫約」にとどまつた、と言っている）。ところで、原判決は明治44年4月13日に媒酌人A・B立ち会いの上で「結婚式」（下妻区裁の表現でノ

ゝは「儀式」を挙げたことをもって「事實上ノ婚姻」と述べていた。これに対して大審院は、「當事者ハ真ニ婚姻ヲ成立セシムル意思ヲ以テ婚姻ノ豫約ヲ為シ、之ニ基キ慣習上婚禮ノ式ヲ挙行シタ」と述べている。つまり明治44年4月13日の「結婚式」前に「婚姻ノ豫約」があったとしている。ちなみに原判決は大正2年10月21日に下されたものであるが、その原審たる下妻区裁判決を不服とするXが水戸地裁に控訴した判決（水戸地裁〔Ⅰ〕）が大正元年10月22日に出ている（川井・前掲書93頁以下参照）。そして、その水戸地裁〔Ⅰ〕では、「当事者ノ事實上ノ婚姻ハYがX方ニ見合ニ来リタル即日忽卒ニ行ハレタモノナルコト明カ」とされている。ここでも水戸地裁は「事實上ノ婚姻」と言っている。ともあれ、この水戸地裁〔Ⅰ〕がXの名譽毀損に基づくYに対する不法行為損害賠償請求を棄却したので、それを不服とするXが東京控訴院に上告したところ大正2年3月8日判決で東京控訴院が「差戻し判決」を下した結果、先ほどの大正2年10月21日水戸地裁〔Ⅱ〕の判決が出たわけである（Xの請求一部認容）。それに対して、Yが大審院に上告したのが、本件大正4年判決であった（当時の「裁判所構成法」が改正法〔大正2年法律第6号・大正2年4月21日施行〕により変更された。すなわち、それまで地裁判決のあとは控訴院が上告審として判決を下すシステムであったのに対し、地裁が二審であるときには上告裁判所は一律「大審院」ということになった〔改正「裁判所構成法」50条「第一（イ）」〕。この点、唄孝一「婚姻予約有効判決」の再検討（1）（法律時報31巻3号〔1959年〕57頁註3参照）。おそらく大審院が「當事者ハ真ニ婚姻ヲ成立セシムル意思ヲ以テ婚姻ノ豫約ヲ為シ」に対応するのは、水戸地裁〔Ⅰ〕の「見合い」当日の「即日忽卒」と行われた当事者の行為を指しているものと思われる。水戸地裁〔Ⅰ〕は、これをもって「事實上ノ婚姻」と認定したのである（すでに指摘したように水戸地裁〔Ⅱ〕は、これとは別に、見合い後の明治44年4月13日の「儀式」挙行をもって「事實上ノ婚姻」と認定している）。したがって、大審院が結果的に受容した原審認定の事実とは、当事者が「真ニ婚姻ヲ成立セシムル意思ヲ以テ」なしたところの「見合い」当日の当事者の行為と、その「合意」に基づくその後の「結婚式」であった、と言うことになろう。少なくとも「婚姻ノ豫約」そのものを原判決（水戸地裁判決）が認定しているわけではない。「婚姻ノ豫約」構成は、大審院が原判決の認定事実を単なる「標準」として扱い、かつまた上告人Yの主張（上告論旨第一点の「届出前ノ婚姻若シクハ婚姻ノ豫約ハ法律上無効ニシテ何等ノ保護ヲ受クヘキ關係ニアラサルナリ」の主張）に引きずられた所産（重遠によれば「牽強附會」）にほかならなかった、と言えよう（Yの上告論旨自体「婚姻ノ豫約」と断定しておらず、「届出前ノ婚姻若シクハ婚姻ノ豫約」と述べていた点に注意すべきである）。結論としてXの不法行為損害賠償請求を棄却（破棄原判）するという「結論」が先に立っていたからなのかどうか、不明だが、ともあれ「婚姻予約有効論」を縷々展開した上で——「違約」＝債務不履行責任ならぬ

にとどまっていたと推測される明治35年判決（上記①判決）と、すでに「事實上ノ婚姻生活ニ入ツタ男女ノ一方ガ婚姻届ヲ為スコトヲ拒絶シタ場合」たる明治44年判決（上記②判決）及び本件大正4年判決とを「全然別問題」と論じたのである¹⁰⁸。その上で重遠は、大正4年大審院判決の「婚姻豫約有効論」をもって「内縁ノ妻ノ不幸ヲ救済慰藉スル」ための「假託」理論と位置づけた¹⁰⁹のだ、と思われる。しかしながら、法律論として、大正4年大審院判決の上記「仍テ按スルニ」以下（前注106参照）の一般論的説示部分を、果たして「傍論」と言えるだろうか。なるほど川島武宜（1909-1992年）は、「判例」ということばを明確に「裁判上の先例」judicial precedentの意味において用いた最初の人（中略）おそら

ゝいざしらず——訴状の請求原因が「不法行為損害賠償請求」となっているを捉えてXの請求は認められないとした大審院の姿勢は、禍根を残すものであったと言えよう（この点、川井・前掲書109-110頁本文と110-111頁注4・注5参照）。これに関連して、暁道文藝「婚姻豫約ノ効力及婚姻豫約不履行ニ因ル賠償責任ト訴ノ原因」京都法學會雑誌12巻4号81頁以下、特に89-91頁は、大審院が「婚姻豫約不履行」によって「有形無形ノ損害」の賠償を求めうとしながら、「違約」=債務不履行責任のみを認め、不法行為責任を排斥した態度をかなり強く批判している。そして無形の損害は「他人ノ身體、自由又ハ名譽」を保護法益とする民法710条を念頭に置けば、不法行為法上の損害賠償請求になじむのであるから、本件で大審院がXの「不法行為に基づく損害賠償請求」をいとも簡単に斥けたこと（「破棄自判」したこと）を非難している。この点、川井説は、現行民事訴訟法の現在の通説によれば、「不法行為を肯定した原判決が不当だとしても、原告は要するに損害賠償を請求しているのであるから、違約を理由とする損害賠償請求が認められるかどうかの事実を審理せよとして、破棄差戻の判決を下すべきことになろう」と述べている。川井「婚姻予約有効判決」・前掲書115頁。

108 重遠「真意義」（前注57）6頁。

109 重遠「真意義」（前注57）14頁参照。なお、この「假託」理論について、川井「婚姻予約有効判決」・前掲書（前注56）119頁は、「穂積博士の視点は、まことに新鮮であり、また法社会学的発想に出たもの」と高く評価している。そしてその重遠説を、牧野英一（1878-1970年）が「社会的法律思想」の観点から結論としてこれを支持し、重遠の弟子中川善之助（1897-1975年）によってさらに発展せられたところの、いわゆる「準婚」理論に連なるもの、と述べる。

く穂積重遠博士であつたろう」¹¹⁰と述べ、さらに重遠が判決理由中の「抽象的法理論」をもって「傍論」と述べたことを実質的に高く評価する趣旨の論文を書いている¹¹¹。これに対して川井健（1927-2013年）は、「婚姻予約法理は傍論か」と問題を提起して、反論している（傍点・引用者）。

110 川島「判例と判決例」同『川島武宜著作集第五巻・法学1』（1982年。原論文初出は1970年）185頁。及び同「判例研究の方法」・同前掲著作集128頁以下、特に160頁も参照。なお小沢・前掲書『大正期日本法学とスイス法』（前注50）246-247頁は、重遠における「条理と判例法の関連性」に着目している。そして「条理」そのものは「法律」とまではいえないが、それ（「条理」）に基づく判例が続くことによって「判例法」が形成されるという重遠の見解を、肯定的に受けとめている。そして「判例法ハ慣習法成文法以外ノ一種ノ法律デアル」とする重遠の立論（重遠「眞意義」22頁）をそのまま紹介している。小沢・前掲書265頁注55参照。スイス民法1条2項と「明治8年太政官布告103号裁判事務心得3条の「條理ヲ推考シテ裁判スベシ」を重ね合わせ、その積極的意義を見出そうとする小沢の立論には、三権分立のもとでの司法権の限界、さらには「裁判官の一般条項への逃避」に象徴化される「裁判官法」（Richterrecht）の問題性への自覚がそれほど強く出ているわけではない。これに対し、重遠の「裁判所ノ立法行為」論は、注意の上にも注意して理解される必要があるのではないか、というのが筆者（川角）の基本的観点である。

111 川島「法律学」の現代的問題点」同・前掲著作集（前注110）206頁以下、特に298頁参照。川島は、このような重遠の立脚点を指して、「裁判上の先例」としての「判例」の概念によって裁判の研究をなすべきことを、きわめて明確にかつ卒直に述べて、学界に問題を提起された」と記している。ただし、そこで川島が「傍論」という言葉を直接用いているわけではない。にもかかわらず、上記川島論文において「（重遠が）判決理由中の「抽象的法理論」を、「判例」（中略）と見なす傾向——を卒直に批判し、「判例」とは、「当該具体事件が如何ニ解決セラレタカト云フ事実」にほかならないことを強調したと述べている（川島「判例」同頁。傍点・原書）。これは、大正4年判決の「抽象的法理論」たる「仍テ按スルニ」以下の判示部分を「傍論」（obiter dictum）と解し、対するに「当該具体事件（において裁判官が法的判断の対象とした事実）」に関する判断部分を拘束力ある「判決」（judicial dictum）、すなわち「判決理由」（ratio decidendi）であるものと理解した重遠説を、明らかに正面から肯定する文章である。それゆえ川井「婚姻予約有効判決」・前掲書（前注56）114頁及び116頁注1では、本稿前注110で引用した川島論文を含めて、「大正四年判決は、傍論を述べた、という理解が近時有力になっている」例として、川島説を挙げているのである（傍点・引用者）。ちなみに、川井自身は本文で後述するように正面から川島説を批判している。

すなわち川井によれば、なるほど「婚姻予約法理」によって被告Yの債務不履行責任を肯定しうが原告X女の請求する「不法行為責任」は肯定されえないと「結論」づけた点を重視すれば、「仍テ按スルニ」以下の「抽象的法理」は「傍論」とも言える。しかし他方で、その「結論」に「(直接) 対応する判決理由ではなくても、当該事件についての解決の指針を示し、かつその理由を説く判旨は、広義の「判決理由」に属するとみてよい」とする¹¹²（括弧内・引用者）。さらに川井は、「本判決の（一般的抽象的法理としての）婚姻予約法理を「判決理由」とみることは、本判決を下した裁判官の意図とも合致する」のであり、「本判決につきわざわざ連合部を開き、従来の判例を変更し、詳細に婚姻予約法理の適用という理由づけを示し、もし原告からの違約を理由とする損害賠償請求がなされているならばこれを肯定しようという態度を示した」のであるから、これを「単なる傍論だというのは、裁判官の意図したところと大いにくいちがう」と述べる¹¹³。要するに川井は、本件大正4年判決で大審院の裁判官が「婚姻予約有効法理」で言いたかったことは、「仍テ按スルニ」以下の判示部分にほかならないのであって、その判示部分があってこそ「本件ノ事實ハ原院ノ確定シタル所ニ依レハ」以下の「當該事件ノ具體問題」に関する判断が引き出されたのである¹¹⁴。ところで、基本的に「傍論」とは、判

112 川井「婚姻予約有効判決」・前掲書（前注56）114頁参照。

113 川井「婚姻予約有効判決」・前掲書（前注56）114-115頁参照。

114 「本件ノ事實ハ原院ノ確定シタル所ニ依レハ」以下で、大審院は以下のように述べていた。すなわち「當事者ハ真ニ婚姻ヲ成立セシムル意思ヲ以テ婚姻ノ豫約ヲ為シ、之ニ基キ慣習上婚禮ノ式ヲ舉行シタル後、Yハ正當ノ理由ナクシテXヲ離別シ、婚姻ヲ為スコトヲ拒絶セリト云フニ在ルヤ判文上明白ナリ。是レ畢竟Yカ當事者間ニ成立シタル婚姻ノ豫約ヲ履行セサルモノニ外ナラサレハ、之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ハ、違約ヲ原因トシテ請求ヲ為スコトヲ要シ、不法行為ヲ原因トシテ請求スヘキモノニ非ス」（句説点・引用者）。民録21輯54頁。ちなみに「原院」たる水戸地裁判決は、Yがその過失によってXの名誉を毀損したとして、XのYに対する不法行為損害賠償請求を一部認容していた。川井「婚姻予約有効判決」・前掲書（前注56）99-100頁も参照。

決理由の単なる「抽象的法理」を指すのではなく、当該事件の法的判断とは直接的な関係をもたない副次的な判示部分を意味するものと考えられている。たとえば、本件大正4年「婚姻予約有効」判決におけるように、原告Xは不法行為に基づく損害賠償請求を主張していたところ、もしXが債務不履行を理由として訴えていれば原告は勝訴したであろうと述べながら、原告を敗訴とする場合の、その旨の判示部分を「傍論」というのである。そうすると川井説に依拠するなら、本件大正4年判決の拘束力ある「判決理由」は「仍て按スルニ」以下の判示部分以降、さらに「本件ノ事實ハ原_一院ノ確定シタル所ニ依レハ」以下の「当該事件ノ具體問題」に関する判断を広く射程に取り入れたものを指すことになる。そして「傍論」とは重_一遠_一のいう判決理由中の「抽象的法理」ではなく、むしろ本件で大審院が破_一棄_一自_一判_一としてXの「不法行為請求」を棄却した部分こそが、実質的に「傍論」ということになる¹¹⁵。この点で、重遠の「傍論」論に問題なしとは

- 115 川井「婚姻予約有効判決」・前掲書（前注56）115頁では——すでに指摘したことであるが——「現行民事訴訟法についての通説によれば、不法行為を肯定した原判決が不当だとしても、原告は要するに損害賠償を請求しているのであるから、違約を理由とする損害賠償請求が認められるかどうかの事実を審理せよとして、破棄差戻の判決を下すべきことになる」と述べている。つまり「婚姻予約有効」の法理は、「違約」（債務不履行）を理由としてなら原告の損害賠償請求を認めるという法的構成を採用するものであるから、単純に「原告の請求が不法行為を理由とするから棄却すべき」であるとして「破棄自判」するのではなく、破棄差戻して原告に「違約」を理由とする損害賠償請求に切り替える（訴えの変更）をする意思があるかどうかを確かめたらよいのである。さらに「婚姻予約有効」のもとで、被告の行為が不法行為責任の要件をも充足する場合には、「損害賠償」につき不法行為請求権と債務不履行請求権の「請求権競合」が生ずる、とするのが現在の判例・通説である（基本的に何れを選択するかは、当事者〔原告〕の訴状の書き方次第ということになる。「請求原因」特定に関する当事者主義）。ちなみに、「請求権競合」の場合の請求＝訴えについては、いずれかを「主位的請求」とし、他方を「予備的請求」とすることが認められている。先順位の請求の認容を後順位の請求の解除条件とするものである。さらに「選択的併合」については最判昭和58年4月14日判時1131号81頁で肯定されている。さしあたり、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕（編）『新民事訴訟法講義（第2版補訂2版）』（2008年）503頁以下（栗田隆）参照。

なしえない。

さらに、重遠は度々「裁判所ノ補充的立法行為」ないし「裁判所ノ立法行為」を説く（重遠「真意義」〔前注57〕17頁・21頁など）。しかしながら、英米法とは系統を異にするわが国民法において、それほど容易に「判例法」・「裁判所ノ立法行為」なるものを承認しうるであろうか。もしかすると重遠の「法源論」は、あくまで「制定法主義・成文法主義」であって——彼自身はそれから脱却しようとする姿勢を示すわけだから、それ自体は評価に値するのかも知れないが——その射程がそもそも狭すぎるように思われる。すなわち「制定法」を基軸に「慣習」・「条理」を含めて「法源」とする通説的見解（そのこと自体は重遠も認めることである）からすれば、裁判官は「法」（ないし法規）の適用機関であると同時に「法の発掘機関」（言い換えれば、裁判官の職務としての「法発見」機能）であること、これは確かであろう¹¹⁶。しかしながら、それを越えて、「裁判所ノ立法行為」を認め、「判例」の法的拘束力まで認めてよいのか（むしろ「判例」は、あくまで事実上の拘束力をもつにとどまるのではないか）¹¹⁷。重遠の大正4年大審院判

116 なお、「法の発見」と「法の創造」との関係については、難しい判断を要求される。この点、本稿続編で論じる予定である。

117 ただし、たとえば穂積重遠及び末弘嚴太郎（1888-1951年）の薫陶を受けた我妻榮（1897-1973年）は、「判例法」は英米などの不文法主義（非制定法主義）を建前とする法制では「民法の最も重要な法源」であるが、「成文民法の国においては、判例法の法源たる地位は、これに比して比較的低いことは明らか」と述べ、「わが国においても、もとより成文民法の主義であり、かつ判例の拘束力は事実上のものに過ぎない裁判制度である（中略）けれども、事実上、多くの判例民法を生じ、成文民法に対する重要な地位を占めている」と比較的穏健な（ある意味妥協的な）指摘をなすにとどまっている。我妻『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（1965年）20頁。これに対して、広中俊雄『新版民法綱要第1巻総論』（2006年）45頁は、「判例法」に対して、かなり抑制的である。すなわち広中は、最高裁判例のもつ下級裁判所裁判官への「事実上の拘束力」を認めるが、決して「法的拘束力」までは認めない。むしろその方が「判例の法形成機能」（これはあくまで「立法的権能」と異なる）の「適切な発揮を確保するうえに有益である」とする（広中・前掲書46頁）。これに関連し、重遠『民法総論』（前注81）44-45頁で、重遠の三権分立への消極的態度と裁判重視の沿革論に基づ

決論が、彼のこのような三権分立論打破主義的な「裁判所ノ立法行為」説・「判例法」主義によって支えられていたとするなら、かなり大きな問題性をもつものであった、と言うべきことになろう¹¹⁸。とはいえ、重遠によるイギリス法流の「判例法」主義的思考が、戦後急速にアメリカナイ

ゝく「民法的判例法」論（「裁判によって法律が出来る」という言説）が主張されていたことが、改めて想起されてよい。

- 118 本稿前注97でも指摘したように、そもそも重遠が、本件大正4年大審院判決につき「法律ニ規定ヲ欠ク場合ノ裁判所ノ立法的判決トシテ正当」（傍点・引用者）とする立場を表明していたこと（重遠「真意義」〔前注57〕2頁）を、どのように受けとめるべきなのか。なお問題が残されている（この点、本稿前注97でも指摘した）。少なくとも、重遠のように法規の欠缺（Lücken im Gesetz）を「裁判所の立法的判決」によって「創造」した判決として本件大正4年大審院判決を位置づけることは適切ではない、と考える（さらに、原审判決が「事実上の婚姻」の存在を認定したにもかかわらず、なにゆえ本件大正4年大審院判決が独自に「婚姻豫約」があったものとして法律構成したのか。このことについても、より批判的に分析・検討される必要がある）。ところで——すでに触れたことだが——重遠は「モンテスキュー」ノ三権分立論を鎗玉にあげ、「此論ノ學說トシテノ價值ハ既ニ久シク疑ハレテ居ル」ところ、にもかかわらず「獨佛法系諸國ノ法律觀念ニ及ボシテ居ル勢力ハ尚ホ中強ク」、よって「裁判所ハ唯ダ法律ヲ解釋適用スル機關デアッテ決シテ自ラ立法行為ヲ為スベキモノデナイト云フコトハ、金科玉條トシテ傳承盲從セラレ来ツク。我國ノ今日ニ於テモ普通サウ信ジラサウ説カレテ居ルノdeal」と述べたことに改めて注目しておきたい。重遠「真意義」（前注57）18頁参照。これは、「三権分立論」それ自体に対するかなり強い批判であり、根本的な懐疑論である。当時のわが国「帝国憲法」下の「三権分立不徹底論」がそれを後押しした側面もあるだろうが、重遠自身がイギリス法の洗礼をうけたことと併せ、彼自身の「判例法」ないし「裁判官法」への憧憬的な強い思い入れが重遠流の「三権分立否定論」に傾かせたように思われる。この問題は、大正デモクラシー期の「立憲主義」の観点からも独自の研究を要するテーマであると言ってよいのではないか。この点、重遠の父陳重が「立憲國の法は、社會の輿論に因つて生ずる」（陳重「法律の進化」〔1923年〔大正12年〕〕『穂積陳重文集・第四冊』〔本稿前注47〕399頁）と述べていたことのみ、付言しておこう（傍点・原書）。ここで言われる「社會の輿論」こそ陳重＝重遠の「社會力」そのものであろうが、当時の「帝国憲法」体制下での「社會の輿論」は本来独自の「立法機關」たるべき「帝国議會」では反映されず、裁判所の「立法行為」による補完をまたねばならないという「宿命」を背負わされていたことを示唆する、とも言えようか。

ズ化される方向で有力なものになっていった側面は無視できない。なかんずく重遠理論の川島法学に与えた影響は、末弘敬太郎ともども大きい。そのような観点から、重遠理論の「光と影」を現在の視点から捉え直す作業は、本稿にとって引き続き重要な課題となる。

なお最後になるが、重遠の「法規ノ缺陷」論に再度触れておきたい。婚姻予約自体につき、重遠は「婚姻豫約ナル語ハ我國ニ於テハ寧ロ新術語デアル」と述べていた¹¹⁹。それでは、「婚姻豫約」につき民法に「法規ノ缺陷」があるか。重遠によれば、「我民法ノ立法者ハ決シテ婚姻豫約ナルモノガ法律問題トナリ得ルコトヲ知ラズシテ其規定ヲ遺漏シタノデハナイ」。むしろ立法者にとってドイツ民法草案に「婚姻豫約ニ關スル細規」が置かれ、また「英米法ガ婚姻豫約ノ効力ヲ認メルコトハ既ニ久シク知ラレタ所デアル」、それゆえ「立法者ハ知リツツ婚姻豫約ヲ規定シナカッタノデア（ル）」（傍点・引用者）という¹²⁰。それゆえ重遠は、必然的に「民法典ハ婚姻豫約ノ効力ヲ認メザル主義ヲ以テ其規定ヲ容レナカッタノデア」と述べる¹²¹。あるいは「現行民法ノ下ニ於テ婚姻豫約ノ効力ヲ認メントスルナラバ民法修正ノ意味ニ於ケル立法手段ニ依ル外ナイ」とも言う¹²²。これは一見したところ、重遠が「婚姻豫約」に関する「法規ノ缺陷」を承認するものであるかのように見える。ところが、重遠は「純粹ナル婚姻豫約」については「民法ニ缺陷ナシ」と断じている。つまり重遠によれば、立法者がドイツ民法草案等に「婚姻豫約」の「細規」があるのを知って、わざと「婚姻豫約」規定を置かなかったのは、「純粹ナル婚姻豫約」については一般の「豫約」法理で補充ないし充填されていると考えるべきで

119 重遠「真意義」（前注57）9頁。

120 重遠「真意義」（前注57）25頁。ちなみに現行ドイツ民法典は、その1297条で「婚約」（Verlobnis）の不訴求性（Unklagbarkeit）を規定しつつ、婚約違反に対する一定要件の下での損害賠償責任を認めている（1298条、1299条）。

121 重遠「真意義」（前注57）25-26頁。

122 重遠「真意義」（前注57）26頁。

あって、そこに「法規ノ缺陷」はないことになる¹²³。むしろ、端的に「眞正ノ意味ニ於ケル」ところの「法規ノ缺陷」があるのは、「事實上ノ婚姻」についてである¹²⁴。それを「裁判所ノ立法行為」たる「判決」の「判例法」的機能で補充しようというのが、重遠の立論の趣旨であった。ところが、筆者（川角）が思うに、明治民法775条の「法律婚主義」の指標たる形式的行為としての「届出」は、いうまでもなく実質的要件たる当事者の「合意」を前提とするものであるから、一般的には「事実上の婚姻」の先行を予定するものと考えられる（むしろ實際上「婚姻ノ合意」を欠く「届出」もありうるが、それは「婚姻成立」の実質的要件を充足しないのであるから、論外とすべきである）。だとすると、その限りで重遠の言う「事実上の婚姻」、すなわち当事者の「婚姻合意」（それを基礎とする挙式〔結婚式〕）があつて、その上で実体的な夫婦関係の創設行為（同居を典型とするところの夫婦関係形成行為）が、暗黙の裡に「民法典」によって承認を受けていたと考えることが素直なような気がする¹²⁵。ならば、そこには必ずしも

123 重遠が「眞意義」（前注57）で、このことを立ち入って論じているわけではない。したがって、その論旨は一見したところ「断絶」と「飛躍」があるようにも思われる。しかし、重遠の言わんとしたところを「付度」すれば、本文で示したことにならざるをえない、と考える。

124 重遠「眞意義」（前注57）26頁で、「男女ガ既ニ慣習上ノ結婚式ヲ舉ゲタ後一方ガ婚姻ノ届出ヲ拒ム場合ニ付テ民法ニ規定ガナイノハ、眞正ノ意味デノ法規ノ欠缺デアル」（傍点・原書）と述べている。

125 たとえば、梅謙次郎も次のように述べて、「事実婚」の先行的存在を承認していた。すなわち「從來ハ十二三歳ノ童男女ニシテ事實上ノ婚姻ヲ為スコト敢テ稀ナリトセサリシカ如シト雖モ（以下省略）」。梅『民法要義』（前注64）89頁。この記述は、婚姻年齢（明治民法765条の男満17歳以上、女満15歳以上）を根拠づけるために、「人種改良」・「風俗保持」の観点から「早婚ノ弊」を指摘するために書かれたものである。同時にこれは、立法当時においても「事実婚」がかなり社会的現象として一般化していたことを物語っている。また「届出婚主義」を規定する明治民法775条に関する注釈で、梅は、「上流社會」であっても「事實上ノ婚姻」後に届出をすることが一般であるところ、「下流社會」ではますます「事實上ノ婚姻」で済ませる傾向が強いことを認めている。その上で、「婚姻」と「私通」とを区別する観点から「届出婚主義」が採用されざるをえな

「法規ノ欠缺」はない、とも言えるのではないか。その意味で、重遠の本判決に関する「法規ノ缺陷」論は、なお、検討されてしかるべき問題として我々の前にあるように思われる（ちなみに明治民法775条の「法律婚主義」は、「婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其効力ヲ生ス」と規定する。その文理解釈によれば、「戸籍吏」に「届出」をする前にすでに「婚姻」が事実上成立していることが前提とされており〔少なくとも当事者の「婚姻意思の合致」＝「婚姻の合意」は最低限必要〕、その「婚姻」は一般に「事実婚」〔「内縁」〕にほかならない、と言ってよからう〔本稿前注125における梅謙次郎の見解も参照〕。その上で「届出」によって初めて「其効力」を生ずること〔「届出」は「婚姻」の法律的効力発生要件にすぎないこと〕が読み取れる。その脈略からすれば、明治民法778条2号の「届出」をしないときの婚姻の「無効」も、上記775条の反対解釈として導かれるところの「其効力」が生じないことの単なる言い換えにすぎない。よって重遠のいう「事実婚」＝「法規ノ缺陷」論は、上記の意味において制限的に解されるべきことがらであるように思われる〔ただし重遠「真意義」26頁は、伝来的に存続してきたわが国独特の「事実婚主義」を全面的に「形式婚主義＝法律婚主義」で置き換えようとするのが「立法者意思」であったと述べているので、それを前提にする限り、重遠流の「事実婚」＝「法規ノ缺陷」論は確かに妥当性をもつ。しかしながら本稿で筆者〔川角〕は、そのような意味での狭く形式化され心理主義化された〔つまりはある意味で「概念法学主義」的な〕「立法者意思」的解釈とは自覚的に距離を置こうとしている〕。それゆえにこそ戦後現行民法739条・742条〔それ自体明治民法の「法律婚主義」と同じ趣旨の規定〕のもとで、「内縁」は「これを（法律上の）婚姻に準ずる関係というを妨げない」のであり、よって「内縁も（法律上）保護せられるべき生活関係に外ならない」（括弧内・引用者）と判示されるに至ったのではないだろうか〔最判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁、特に790-791頁参照〕。いずれにせよ、「婚姻豫約」について「法規ノ缺陷」なしと断じ、対するに

い旨、述べている（「神聖ナル婚姻ト私通トヲ混同スル嫌アリ」と言っている）。梅・前掲書「民法要義」106頁参照。

「事実婚」については「法規ノ缺陷」ありと対比的に論ずる重遠の理解に、問題がないとはいき切れないように思われる。「法規ノ缺陷」の論理的趣旨から言えば、「事実婚」に関して「法規ノ缺陷」ありとする限りは、「婚姻豫約」についても同様に「法規ノ缺陷」ありとするのが筋ではないか。逆に「婚姻豫約」につき「法規ノ缺陷」なしと断じうるとするならば、その限りでは論理的に「事実婚」についても「法規ノ缺陷」なし、と言いうるのではないか〔ちなみに、広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』〔1997年〕31頁は、本件大正4年判決をもって「〔婚姻ノ予約〕一般に関する欠缺の補充をしたもの」〔傍点・原書〕であり、他方でこの大正4年判決が「内縁を「婚姻に準ずる関係」として保護するようなことを試みた〔ものとして解釈した〕ら反制定法的解釈とならざるをえなかった」〔傍点及び括弧内・引用者〕と述べている。広中・前掲書37-38頁〕。いずれにせよ大正4年大審院判決は、「婚姻」に先行して存在する制定法上有効な「婚姻豫約」論へと「聯合部判決」をもって判例変更したわけであり、その点で「法規」〔明治民法775条〕の補充的解釈を行ったものと解しうる〔実質的に当該「婚姻豫約有効判決」によって「内縁」をも債務不履行責任による法的保護の対象とした〕。さらに進んで、戦後昭和33年最高裁判決は「事実婚」〔「内縁」〕そのものについて、現行民法723条の補充的解釈（ないし「歴史的・目的論的解釈」）を行った。そしてその結果として、「内縁」の法律上の効力を認めた〔いまだ内縁配偶者が「相続権」をもたないことは、その補充的解釈〔「歴史的・目的論的解釈」〕の限界を示すものと考ええる〕。これに対して重遠は、「事実婚」につき「法規ノ缺陷」ありと前提した上で、〔「其缺陷ノ範囲内ニ於テ」と限定しつつも〕裁判所の「補充的立法行為」を正面から認めた〔重遠「真意義」26頁〕。その重遠の「法的判断」論に問題がないと言えるのか。本稿はこれを、根本的に問おうとしているにすぎない。すなわち重遠流の裁判＝「立法行為」＝「判例法」主義は、「三権分立」論への根底的懐疑の上に打ち立てられたものであるところ、そのような見解は「判例の事実上の法形成作用」と「裁判規準」の枠付けとしての「法源の問題」とを不当に混同させているのではないか、と思われるからである。広中・前掲書〔十二講〕171-176頁参照〕。

<ii> 親族法論・概説（『離婚制度の研究』を中心とする覚書）

(a) 序論

若き重遠は、家族法の研究を志したとき、すでに「離婚法」の研究を決断していた。このことについては、すでに指摘した（本稿前注11に対応する本文参照¹²⁶）。重遠が、「分量だけ大きな本を一冊書いたきりで決して研究の成果を挙げたとは言はぬが、主題の選擇をあやまつたとは思はぬ」と述べていたことも、その箇所でも引用しておいた。ここでいわれる「研究の成果」としての「離婚法」論こそ、重遠の大著『離婚制度の研究』（1924年〔大正13年〕）であった。「研究の成果を挙げたとは言はぬが」とは、重遠の謙遜であって、上記『離婚制度の研究』は、本文だけでも897頁にわたる大著であり、その内容もわが国「離縁状と縁切寺」の機能に関する実証的研究から、イギリス、フランス、ロシアの「離婚法」研究に及び、翻っ

126 重遠は、その大著『離婚制度の研究』（1924年〔大正13年〕。改造社）の著者巻頭言で、「私は大學卒業前から離婚問題に興味をもつて居ました。そして一生の仕事として『比較離婚制度論』とでも云ふ様な本を書いて見たいと云ふのが私の大願です」と述べている。そしてこの著書で「大體比較離婚制度論の全局面に亘つて居ます」としつつ、改造社からの出版の勧誘に踏み切れなかった理由として「今こゝで大願成就とするには餘りに早過ぎます。（中略）それで私は躊躇して居ました」と言う。「離婚制度研究」に関する重遠の並々ならぬ意欲が感じられる一文である。ところが1923年（大正12年）1月11日に「明けて五つの長男重義が病死」し、重遠は「大打撃」を受けるとともに「我子の記念に何か一仕事したいと考へました。否、一仕事せずには居られないのであります」と記している。そこで彼は、改造社のかねてからの勧誘に応じ『離婚制度の研究』を刊行する決断をした、と書いている。その巻頭言記述の時点が1923年（大正12年）10月であるから、関東大震災の直後である。重遠が、長男の死と関東大震災の衝撃に耐え抜き『離婚制度の研究』を世に問うた姿が伝わってくる。この点、大村・前掲書（前注1）78-79頁も参照。ちなみに、上記「巻頭言」という言葉について、重遠がその言葉を用いていたわけではない。『離婚制度の研究』の冒頭の「無題」の文章を指して、筆者（川角）が便宜上「巻頭言」と呼んでいるだけである。この点、念のため。なお重遠『離婚制度の研究』1924年・改造社」加藤雅信（編集代表）『民法学説百年史』（1999年）683-686頁に、簡にして要を得た内容紹介が行われている。

てわが国離婚制度の具体的問題（「夫の姦通」・「精神病離婚」などの「離婚原因論」）に説き及ぶ文字通りの大作である。同書「はしがき」2頁から3頁にかけて、収録論文の出典・公表年が記されている。そのうち、重遠が最初にもものした「欧米現行協議離婚制度」（法学志林13巻8・9号）が1911年（明治44年）であるから、重遠28歳頃の作品であることがわかる（その翌年1912年〔大正1年〕10月から、重遠はドイツ、フランス、イギリス、アメリカに留学し、1916年〔大正5年〕2月に帰国した¹²⁷）。それから12年ほどかけて書き連ねてきた諸論稿をまとめて、上記『離婚制度の研究』に結実させたのである¹²⁸。重遠41歳の頃の作品であった。筆者（川角）は、本稿

127 重遠「四十年」（前注3）23-24頁参照。ドイツでは、ギールケ・コーラー・リスト・チーテルマン・コザック・クロメ・キップ・ランツベルヒ・ラートブルフ、イギリスではダイセー・ポロック・ウエスターマルク・ヴィノグラドフ・ゲルダート、アメリカではバウンドらの講義を聴いたと述べている（「少なくとも顔をおがみ聲を聴いた」という記述がある。「四十年」24頁）。その際、重遠は講義の内容よりも教授法に興味をもったらしい。そして「大學教授は學者であると同時に教育者でなくてはならぬ」ということを考えさせられたと述懐している（「四十年」同頁）。なお重遠は、短期でスイスにも足を運びオイゲン・フーバーの講義を聴いた旨、記している（同頁。なお重遠とフーバーの出会いと交流については、小沢・前掲書『大正期日本法学とスイス法』（前注50）79-81頁及び99-104頁参照）。さらに、フランスでは第一次世界大戦の影響で「大學にも行けなかつた」（同頁）と述べ、イタリア行きも予定していたが「イタリアが欧州戦局の中心」であったことからやむなく断念した旨、記述している（「四十年」23頁）。また「帝政時代最後のロシアの姿も開戦前に素通りながら見物した」とも書いている（同23頁）。上記以外の点、重遠の欧米留学については本稿前注13で簡単に触れている。

128 重遠は、留学直前1912年（明治45年）に「佛國議會ニ於ケル離婚擴張案」を法学協会雑誌30巻3号に掲載している（明治45年は7月30日まで。同日大正と改元）。さらに同年大正と改元された年に「「キリスト」教ノ婚姻非解消主義」を法学協会雑誌30巻8・9号に掲載した（『離婚制度の研究』（前注126）には「キリスト教ノ婚姻非解消主義」と表題が少し変更されて収録された）。また留学からの帰国直後1916年からその翌年（大正5年・6年）にかけて「佛國革命ト離婚法」を法学協会雑誌34巻11号・35巻2・3・4号に掲載している（『離婚制度の研究』には「フランス革命と離婚法」として収録）。欧米留学前後の重遠の燃えるような研究意欲が伝わってくる。以上、重遠『離婚制度の研究』はしがき

でこの重遠『離婚制度の研究』全体を考察する余裕をもたない。むしろ大正デモクラシー期の民法学の様相を探るといふ本稿の基本的視点からのみ、若干の考察を試みることに限定したい。それは主に、二点にテーマ化される。一つは「イギリス・フランス・ロシアの離婚制度」の法比較を重遠がどのような観点から試みたか、ということに置かれる。もう一つは、上記〈法比較〉の中で「夫の姦通」という離婚原因論につき男女平等の観点から、重遠がどのように、またどこまで切り込むことができたか。その成果として彼は何を得心したか、ということに置かれる。以下、順に考察しよう。

（β）「イギリス・フランス・ロシアの離婚制度」

（あ）序論

以下、本稿の基軸である「大正デモクラシー期の民法学」という視点から、300頁余にわたる重遠のイギリス・フランス・ロシア「離婚制度」研究を概括する。その前提として、重遠は日本民法の「自由離婚主義」と「西洋諸国の制限離婚主義」の違いに着目し、その「差異の最も重大な原因」として「基督教の影響を受けたと否とに存する」と述べている¹²⁹（以下本稿本文では、「キリスト」を今日一般的呼称である「キリスト」と呼ぶことにする）。ところで、その重遠の立論に立ち入る前に、まずわが民法

ゝき2-3頁参照。

129 重遠「基督教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）233頁。

ちなみに、重遠が原論文の「キリスト」教をなぜ「基督教」に改めたのか、その理由は不明である。重遠の「はしがき」には一書に纏めるに際して「標題を少し改めた」（「はしがき」3頁）と記されているだけである。英語の Christ を意識して変えた可能性もあるが、Christ の発音はクライストである。「キリスト教信者」を意味するクリスチャン（Christian）から「キリスト」というタームを「転用」した可能性も否定できない。また大正時代以降昭和（敗戦期）までの文献では、漢字で「基督教」と表記したものが目立つ。昭和ファシズム期は「敵性語」が忌避されていたので、その理由は一義的であるが、大正デモクラシー期に「基督教」という用語が多用された理由については、筆者（川角）はよく理解できていない。ともあれ、ここでは重遠が、当初キリストにカギ括弧「」を付けて用い、その後キリストに改めた事実だけ確認しておけば十分であろう。

(さしあたり「明治民法」)がそもそも「自由離婚主義」に立脚していたか否か、問題となろう。併せてその理由、趣旨・目的等も問題となる。梅謙次郎(1860-1910年)の見方によれば、立法者が「自由離婚主義」を確固たる「前提」とはしていなかったことが分かる。梅は、次のように言っている。長文にわたるが、重要と思われるので、そのまま引く。——「離婚ニニアリ。協議上ノ離婚(第一款)及ヒ裁判上ノ離婚(第二款)是ナリ。外國ニ於テハ、協議上ノ離婚ヲ許ササル例尠カラスト雖モ、我邦ニ於テハ之ヲ認ムルノ必要ナルコト何人モ異議ナキ所ナラン。我邦ニ於テハ、從來極メテ離婚ヲ輕ンシ、夫ハ其三行半ノ離別狀ニ由リテ其妻ヲ離スルコト、恰モ敝履ヲ棄ツルカ如シ。其弊ヤ妻ハ殆ト夫ノ玩弄物ニ過キス、其意ニ適スル間ハ是ト同棲スルト雖モ、一旦其意ニ適セサルカ又ハ他ニ是ヨリ其意ニ適シタル者アルトキハ、忽チ三行半ニ由リテ之ヲ放逐スルコト滔々、皆是ナリ。故ニ近年ノ統計表ニ據ルニ、離婚ノ數ハ、結婚ノ數ノ四分ノ一乃至三分ノ一ノ多キニ達セリ。而シテ離レ易キモノハ合ヒ易キノ道理ニテ、離婚愈、容易ナレハ結婚モ亦愈、輕忽ト為リ、竟ニ人倫ノ基本タル婚姻ヲ以テ、一戲事ト殆ト同一視スルニ至ル者アリ。是レ苟モ文明國民ヲ以テ自ラ居ル者ノ最モ耻辱トスヘキ所ナリ。新民法ニ於テハ、從來ニ比シテ婚姻ヲ嚴正ニスルト同時ニ、離婚ハ雙方ノ協議ニ出ツルモノノ外、容易ニ之ヲ許サス。殊ニ、故ナク一方ノ意思ノミニ因リテ離婚ヲ為カ如キコトハ、斷シテ之ヲ許ササルナリ」¹³⁰(傍点、は原書。傍点・は引用者)。ここには大変重要なことが記されている。まず「新民法」(明治民法)が「婚姻ヲ嚴正ニスル」とは「法律婚主義」(明治民法775条)の採用を指す(これが原因となって事実婚=内縁に関する問題が生じたことは、先の「婚姻予約有効判決」の項で指摘した)。梅によれば「協議離婚制度」の採用は必然視されて

130 梅謙次郎・前掲書『民法要義』(前注64)197-198頁。この離婚制度に関する梅の見解は、明らかに穂積八東と対立するものであると思われる。この点、本稿後注131も参照されたい。

いたが、ことに妻が跡継ぎたる長男子を産まない場合に家族ぐるみ（あるいは夫と姑と一緒に）追い出し行為¹³¹が多かったことを踏まえると、「協議離婚制度」の実態はかなり怪しかったと思われる（なかば強制的な「協議離婚」が少なからずあったのではないか）¹³²。しかしながら、あくまで梅

131 この点に関して、穂積八束「民法出テ、忠孝亡フ」（1891年〔明治24年〕）星野通（編著）『民法典論争資料集（復刻増補版）』（2013年）所収・83頁が、婚姻は「家祠ヲ永続センガ為メ」に行われるべきものであって、「子無キトキハ婦ヲ去ルコトヲ認メ」と主張していたことが想起される必要がある。これは、すでに本稿前編（龍谷法学49巻4号〔2017年〕80頁）で指摘したことである。ここで穂積八束（1860-1912年）のいう＜婚姻は「家祠ヲ永続センガ為メ」＞という発想は、婚姻＝契約思想に立つ梅謙次郎と明らかに対立する（梅の婚姻＝契約思想は、梅・前掲書「民法要義」〔前注64〕106-107頁の記述から明らかに読みとることができる）。さらに八束のいう「子無キトキハ婦ヲ去ルコトヲ認メ」とは、妻が子（特に男子）を出産しない場合には、妻を「追い出せ」・夫による「自由なる離婚を認めよ」ということであろう（これも、梅の見解〔本稿前注130に対応する引用文〕と明らかに対立する）。従って、八束的な意味で（あるいは後述する穂積陳重的な意味で）、重遠が明治民法典の「離婚制度」を「自由離婚主義」と呼んでいたとすれば、その限りで、それは全面的に正しい見解であると言ってよい。しかしながら、これは梅謙次郎の考えとは、明らかにそぐわない。梅の立場は、八束的な意味での「自由離婚主義」と明瞭に異なっている。ちなみに、重遠の父陳重は、かなり徹底した「自由離婚主義者」であった。穂積陳重「離婚法修正提案」同・前掲書「遺文集・第四冊」（本稿前注47。原論文初出は1896年〔明治29年〕）511頁以下参照）。なお、この論稿は、明治29年1月8日法典調査会第149回会議提出の陳重修正案を、『遺文集』の編者・重遠の弟子筋にあたる平野義太郎（1897-1980年）が発見し、重遠の判断で収録したものである。重遠「序文」5-6頁及び本文511頁参照。またこれに関連し、やはり重遠の弟子であった来栖三郎（1912-1998年）による「穂積陳重先生の「自由離婚論」と穂積重遠先生の「離婚制度の研究」」同「来栖三郎著作集Ⅲ・家族法」（2004年。原論文初出は1967年）39頁以下が、利谷信義「解説」同書70頁以下ともども参照される必要がある。この来栖論文については、後ほど改めて触れる。

132 この点の「論証」は、わが民法学においても数多くの蓄積があり、かつまた法社会的な課題でもあるから、別論を要する問題である。ここでは比較的近時の研究書として、浦本寛雄「離婚法の変動と思想」（1999年）を挙げておくにとどめる。浦本寛雄（1936-2003年）は、その著作で「明治民法原案823条6号と精神病離婚法論争」（前掲書29頁以下）、「穂積陳重修正案と破綻主義離婚法論争」（前掲書42頁以下）に留意している。前者では、現行民法770条1項4号の裁判離婚原因としての「配偶者の精神病」が明記されているところ、裁判離

ゝ婚原因を規定する明治民法813条にそれが採用されていない事実を実証的に検討している。前者について、法典調査会での激しい議論の末、「精神病離婚」の原案は採決で否決された。浦本の評価によれば、それはわが国離婚法が「有資主義と家長父長制へ向かって消極的に収斂されようとしている」ことを意味した（前掲書34）。対するに現行民法通り一定要件の下で「精神病離婚」を認める方が「破綻主義」の実態に適っており、「相手方配偶者保護の要請」にも沿う立法態度であると考えられているからである。浦本・前掲書30頁参照。裁判離婚原因の「精神病離婚」を含めた制限列举主義は、梅謙次郎の基本構想に即したものであったが、その一角が崩れたことを意味する。後者の「穂積陳重修正案」に関する問題は、すでに本稿でも若干触れた（前注131参照）。要するに、陳重は「自由離婚主義」の立場から、原案の裁判離婚原因列举主義の枠内に「同居ニ堪ヘサル夫婦間ノ不和」を取り込むことによって「絶対的」破綻主義の立場に大きく近づけようと主張したのであった（陳重の弟子である土方寧〔1859-1939年〕は、陳重の修正案を支持したが、多くは批判的であり、裁決で否決された。浦本・前掲書36頁以下参照）。陳重の「自由離婚主義」は、その前提として「男女両性ノ愛情」に基づく婚姻という思想があり、だからこそその「婚姻の実態・基盤」が崩れた場合には「破綻主義」の立場から自由に離婚を認めようとするものであった、と一応認定可能である。ただし、当時のわが国「婚姻」の実態自体が、梅謙次郎が憂いていたように理想とは必ずしも一致したものではなかった。したがって必然的に「自由離婚主義」も、その反作用・副作用に悩まされることになる。しかも浦野の評価によれば、陳重の「自由離婚主義」そのものが「家」的統制の強化・全面化が呼号される時代背景の中では、この要請に応える「積極性」をも含みうる二面性を有していた（傍点・引用者）とされる。浦野・前掲書74頁及び88頁注6参照。おそらくこの「二面性」とは、婚姻の実態が破綻したからには婚姻の基礎であった「愛情」が喪失したのであるからから、「自由」に離婚を認めるべしという婚姻当事者に即した「自由」の側面と、陳重に独特な国是たる天皇大権論（そのイデーたる「五箇条ノ御誓文」）による「自由」の反対物への転化を同時に抱えこんでいたようにも思われる。さらに陳重「祭と法」（執筆年不明）同・前掲書「遺文集」（前注47）522頁以下で述べられるところの「男女両性の間に於ては、男子が支配者となり女子が服従者となるは自然の結果なるを以て、男子が家長、氏長、國長となるを常則とす」との立論は、決してこれを無視できない。このことからすると、陳重の「自由離婚主義」は、一種の神がかり的「家」崇拜と一体不可分のものであったことが強く推測される〔同書566頁参照〕。ちなみに、同書533頁では「我邦に於て萬世一系の皇室を戴くことを得るは、一つに祭祖を以て立國の基礎と爲し、祭政一致を以て政事の根本と爲したるに因る」とある。だとすると陳重の「自由離婚主義」の「二面性」のいずれの側面が強く押し出されてくるかは、時局次第であるとも言えよう。——にもかかわらず、破綻主義偏重の陳重流ノ

は、従来から「慣習的に行われてきた男子専権離婚（棄妻）主義」¹³³を断固として否定している。その意味では、単純に明治民法の「離婚制度」が「自由離婚主義」と決めてかかるわけにはいかないようにも思われる¹³⁴。そのような一定の留保を施した上で、重遠の立論を整理すれば、およそ以下のようになる。

まず、重遠「基督教の婚姻非解消主義」という論文にそくして、離婚制度の歴史的変遷をたどってみよう。すなわち、「基督教」前の「ユダヤ教」では、「ユダヤ離婚法の起源は其家父権の家族制度に存する」とされていた¹³⁵。言い換えれば、男尊女卑のもとでの「家」ないし「家父権」重視の立場から、夫（男）からの「任意離婚」が流布していたので

ゝの「自由離婚主義」に対しては、「責任主義（有責主義）と法・道徳の合一化」（括弧内・引用者）の観点から、強い反論を呼び起こした。皮肉な現象である。梅もまた——そのスタンスはやや独自のものであったが——陳重の「自由離婚主義」的「破綻主義」（浦本は、これを「完全な破綻主義」とも呼んでいる。前掲書331頁参照）を激しく攻撃している。浦本・前掲書49頁参照。ともあれ、陳重の「絶対的破綻主義」（「完全な破綻主義」）の主張は、明治民法典としては採用されなかった。だが、その後「1919年（大正8年）臨時教育会議の「建議」と同年の原内閣の「諮問第一号」による「淳風美俗」論の攻勢の中で、穂積重遠が父・陳重の積極的破綻主義思想を折衷的に再構成して臨時法制審議会で採用されたもの」が、「相対的離婚原因主義」であり、それが戦後・現行民法770条1項5号の「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」の導入に繋がっていった、とされる点には注目しておきたい。浦本・前掲書55頁及び75-76頁参照。さしあたり、陳重の「二面性」を、重遠がどのように受け継いだのか、はたまたそれを「克服」しようとしたのか否か、これを明らかにすることが、本稿の目的の一つとなる。

133 床谷文雄・前掲論文「穂積重遠『離婚制度の研究』」（前注126）683頁の記述を引用した。

134 「協議離婚制度」を採用したことをもって、それを「自由離婚主義」と結び付けることは一応可能であろう。当時の法比較の下では、「協議離婚制度」は「わが離婚法制の特徴」とされ、西洋諸国の民法（家族法）で一般的に採用されていたわけではなかったからである。床谷・前掲論文「穂積重遠『離婚制度の研究』」（前注126）683頁参照。この点、イギリス・フランス・ロシアの離婚制度の比較の試みとして、本稿で後述する。

135 重遠「基督教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）235頁。

あり、つまりは、「家」＝継嗣男子本位主義の意味での「自由離婚主義」が採用されていた。これを重遠は、キリストが出生した当時の「ユダヤ民族間には自由離婚主義が行はれていた」という文章で表現している¹³⁶。ユダヤ教的「自由離婚主義」を、キリストは真っ向から批判し「非離婚論」を強く唱えた（キリストは、自由な男女の自由なる意思に基づくところの、両者の「愛情」を基盤とする「婚姻」を主張し、それを「家」や夫＝男の都合で破壊することを許容する「自由離婚主義」を非難したのである）。それを重遠は、「山上の垂訓」や「ルカ伝」・「パリサイ人問答」などの典拠を挙げて詳しく論証している¹³⁷。ただし重遠は、そのキリストの「離婚禁止」論には重大な例外があったとして、「妻が姦通した場合」を挙げている（ただし「ルカ伝」等にはその旨の記述がなく、古来神学者間に論争が行われたテーマであった、とする）¹³⁸。キリストの観方によれば、婚姻当事者（夫妻）は one flesh（身内的結合）を形成しているわけであるが、「妻の姦通」によってその one flesh が汚されたことになる¹³⁹。このような場合にだけ、キリストは例外的に「離婚」を許容したのである。このようなキリストの立場を、重遠は「例外附婚姻非解消主義」であり、「厳格な制限離婚主義者」であった、と規定している¹⁴⁰。その後カトリック教会は——当初はローマ帝政下での「迫害」を受けつつ——より徹底した「絶対的婚姻非解消主義」の立場に立った。その理由は、仮に妻の姦通を知って妻との婚姻生活を継続した場合に、夫は妻の罪の「關與者」たるべきことになり、またもし、姦通した妻を夫が追い出して他の女を娶るなら夫も「姦通」したこと

136 重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）243頁。

137 重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）244-245頁。なお「非離婚論」という表現は、上記論文243頁に出てくる。

138 重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）248-149頁。

139 重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）255頁。

140 重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）254-255頁。

になるので、いずれにせよ妻も夫もキリスト教上の「罪人」となってしまうからだ、とされた¹⁴¹。このようにしてローマ・カトリック教会では「絶対的婚姻非解消主義」が確立されていったのである。ところが紀元313年ローマ皇帝コンスタンティヌスによるキリスト教への改宗が、カトリック教会の「絶対的婚姻非解消主義」にマイナスの影響を与えることになった。すなわち「教會と國家との結合の當然の結果として、國家は教會に對して多少の掣肘を加えること」になったからである¹⁴²。つまり、キリスト教は、「却つて其迫害時代の純潔嚴格を失墜する危機に瀕した」のであり、「教會の婚姻非解消主義についても同様に弛緩的の傾向を生じた」とされる¹⁴³。にもかかわらずカトリック教会の教義は、あくまで「絶対的

141 重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）257-258頁。こうしてカトリック教会は、「姦通の場合でも、絶対離婚は許さないで唯だ別居を夫の権利且義務とするのが當時の通説だった」とされる。重遠・前掲論文258頁。ちなみに「夫の姦通」は、特に取り上げられていない。

142 重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）260-261頁。

143 重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）261頁。重遠は、ローマ時代の離婚制度を詳しく論じていない。ただ「ローマ時代の紊亂した風俗」と述べるだけである。重遠・前掲論文「キリスト教」・前掲書274頁参照。ちなみにローマ法の専門家によれば、ローマ法上の離婚はかなり自由であった、とされる。重遠はその「自由」を指して「紊亂」と表現したのであろうか。この点、以下付言しておく。すなわち原田慶吉『ローマ法（改訂）』（1955年）302-304頁の記述を要約すれば、以下のようになる。ローマ法において離婚（divortium, repudium）は、およそ「夫又は妻の一方的意思表示と共同生活の廃止」によって執り行われた。さらに「離婚状の作成は離婚の要件となり、ユ帝もこれを採用した」。加えて「離婚を禁止する特約及びその特約を擔保する違約罰はいずれも無効」であった。加えてビザンチン期には、「キリスト教の影響により、不當離婚に對する制裁は益々嚴重となつたが、離婚自体は依然有効である」とされた。そしてユ帝の新勅法では、以下の幾つかの離婚類型が承認されていた。——「（a）法定理由の離婚（divortium bona gratia）夫婦のいずれの責にも歸することのできない事由で、婚姻の目的を達し得ない場合、夫の交接不能、妻の貞節の誓、（戦争等による）捕獲後生死不明五ヶ年の経過の如し。（b）正當理由に基づく離婚（divortium ex iusta causa）相手方の責に歸すべき事由ある場合。妻の側では姦通、他人と寝宴又は湯浴に赴き、親族ノ

婚姻非解消主義」であり、それは中世カトリック教会によって「宗教婚主

ゝでない者と同棲し、夫の許可なくして屢々観劇するが如し。夫の側では妻を娼婦となさんと企て、妾を置き、不實の姦通の訴を起すが如き。双方共通には相手方又皇帝皇妃の生命に陰謀を企てたるが如し。〔中略〕(c) 理由なき離婚 (divortium sine ulla causa) 前記の理由なくして離婚した場合。妻は修道院へ送附せられ、夫は財産的不利益を受ける」(括弧内・引用者)。なお上記 (a) のうち原田が「妻の貞節の誓い」と書いていることにつき、筆者 (川角) は理解困難であった。「妻の貞節の誓い」それ自体を「法定理由の離婚」とすることは、文言上不合理である (ただし、妻が「貞節」を誓わざるえないほど不貞の行為を働いていた事跡があると仮定するならば、一応納得できる。しかしながら、そのような場合には「不貞行為」〔典型的には「姦通」〕を理由とする (b) の類型で対応すべき事柄であるように思えるが、いかがなものであろうか)。ちなみにマックス・カーザー (柴田光蔵・訳)『ローマ私法概説』(1979年。なお翻訳の原書10版の刊行は1977年) 465-467頁では、「妻の貞節の誓い」に言及はない。カーザーの著作で特徴的であるのは、上記原田説によって「離婚を禁止する特約及びその特約を擔保する違約罰はいずれも無効」であったことがローマ法的「離婚自由」のための裏付けの標識として記述されていること (カーザー465頁)。および「妻の姦通」が離婚原因として先行しており、子の無いことを理由とする「無資の妻に対する離婚」も認められていたこと (カーザー同頁) などの点で、ローマ法においてすでに夫優位の離婚制度が存在したことを論証していることである。この点は「双方無資の離婚」(原田説の (c) 類型) の場合に妻が「修道院送り」になっているのに対し、夫が「財産的不利益」を被るにすぎなかったことと対応している、と言ってよいだろう。なおカーザーが「了解による離婚 (共通の合意による [もの] *communis consensu*) は、(一般には) 許されており、罰は設けられていない」(カーザー467頁) と記している点の理解は微妙である (傍点及びイタリックさらに丸括弧内・カーザー。亀甲括弧内・柴田)。なぜなら、本稿前注128とそれに対応する本文で示唆したように、「協議離婚制度」を含め、「離婚自由」の制度 (自由離婚主義なるもの) が、歴史的事実的には夫の力・欲望・都合等でもって恣意的に運用される可能性を秘めていた、と思われるからである。カトリック教会の離婚非解消主義 (自由離婚主義への制約) は、そのことの至んだ宗教的・権力的表現でしかなかったようにも思われる。かくして事実上、夫による「離婚自由」は、歴史上かなり一般的であったように思われる (財産の主体が夫であり、妻の「行為無能力」が普遍的に妥当していたことが、その強力な傍証となろう。ちなみにローマ法上「かかる気軽な離婚権は自由に行使されたものの如く、(中略) Cicero, Caesar, Augustus 等幾多の名士もその例に漏れず妻を離別している」とされる。原田・前掲書314頁。あとで指摘する16世紀イギリス国王ヘンリー 8 世の皇妃離婚劇もその事例に属すると思われる)。

義」という装いでもって肯定され、またその後の「所謂カノン法」においても採用され、「ヨーロッパ諸国の人民を支配するに至つた」とされる¹⁴⁴。これはキリスト教の「婚姻非解消主義」の「発展の頂上に到達した」ことを意味した¹⁴⁵。ところが「カノン法自身の中に於て當初から其嚴格主義（絶対的婚姻非解消主義）と矛盾し又は其嚴格主義の法網をくづるに便利な様な次の二三の制度」が「濫用」されることによって「婚姻非解消主義衰頹の内部的原因」を形づくっていった¹⁴⁶。さらに、カトリック教会の「婚姻非解消主義衰頹の外部的原因」を形成したのが、マルティン・ルター（1483-1546年）による1517年「宗教改革」（新教プロテスタント派の出現）であった。ルターは、婚姻を「神事」から「世事」へと解放し、さらに「婚姻サクラメント主義・婚姻非解消主義及び宗教婚主義はすべて之を否認して、福音書の正常な解釋上離婚の許すべく永久別居制度の採るべからざる所以を痛論した」¹⁴⁷。それは「カルヴィン・ツウィングリ・ブーセル等の改革諸派の領袖」の賛同を得て、必然的に——本稿前注145で指摘したところの——「トレント會議の決議に對しても忽ち批難續出」の状況を生み出したのであった¹⁴⁸。ここに、「離婚に関する新教教

144 重遠「クリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）269頁。

145 重遠「クリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）269頁。

この「絶対的婚姻非解消主義」の立場は、「有名なトレント宗教會議の決議、即ち1563年11月11日の決議で「婚姻サクラメント（聖禮典）ニツイテ」と題し、序言及び12箇條の教法（カノン）から成る」ものの第7条に謳われている。重遠・前掲論文頁272-274頁参照。その制裁は「破門」であった（重遠274頁参照）。

146 重遠「クリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）275頁。

そこで「二三の制度」として挙げられているのは、① 別居制度、② 不完成婚の離婚（婚姻サクラメント主義の直接要素とされた「肉体結合」に至らない前の婚姻状態を「不完成婚」として離婚を認めた）。さらに③ 婚姻無効（とくに広範に認められていた「近親禁婚」の活用による）。以上、重遠・前掲論文275-281頁参照。

147 重遠「クリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）282頁。

148 重遠「クリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）282-283頁。

義」の成立をみた起動因があった。彼ら（特にルター・カルヴィン）は、キリスト自身が「妻の姦通」を理由とする「離婚許容」の思想を採っていたことに根拠を求め、さらに「悪意の遺棄」を付加した。ただし重遠の評価によれば、このような「新教の離婚主義は、「制限離婚主義」で重大な原因がなければ離婚を許さず、「法定離婚主義」で協議離婚を認めず、而して所謂「有責主義」（Verschuldungsprinzip）で配偶者の一方に罪惡非行がなければ離婚を許さない」（傍点・引用者）というものであった¹⁴⁹。こうして、あくまでも離婚裁判の管轄を「教會の裁判所」とする点では、カトリックも新教プロテスタントも一致を見ていたので、「旧教離婚法」と「新教離婚法」のそれぞれが「両教国の離婚制度を支配すること、なつた」という¹⁵⁰（この点に関するルターの「異説」＝ルターの「卓見」につき、本稿前注149に対応する本文を参照されたい）。これは、「教会裁判所」から通常の「民事裁判所」へ移行せよというルターの主張の芽を含むものであった。このルターの「芽」が、16世紀末にモンテスキュー・モンテーニュ・シャロン・ボーダン等によって「芽吹かせ」られた¹⁵¹。17世紀に入ると清教

149 重遠「クリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）283-284頁。これに関連して、重遠は、ルターの「卓見」として、離婚に関する「教會の裁判権」から「國家の裁判権」に管轄を移行すべきだとするルターの主張を紹介している（ただし、これは一般新教教義としては受け入れられず、挫折した、とされる）。重遠・前掲論文284頁参照。ちなみにルターを基軸としてドイツ・イギリス等を含めたヨーロッパの視野で「離婚原因の擴大史」を論じているのが、栗生武夫「法の變動」（1937年〔昭和12年〕）315頁以下である。その348頁では「資本主義の發生が性に關するヨーロッパ人の思想を自由にさせ、婚姻觀を一變させ、離婚を否定する主義からこれを肯定する主義へと一轉させた。資本主義の發展が性的自由の思想を爛熟させ、離婚の原因をいよいよ擴大させた。離婚原因擴大史の背後には性的自由の思想史があり、性的自由の思想史の背後には資本主義の發達史がある」と、その「結語」で述べられている。重遠の精神的・文化的考察態度との対比において栗生の論稿は社会的・經濟史的考察態度と言えようか。

150 重遠「クリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）284頁。

151 重遠「クリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）286頁。

徒革命（1641-1649年）を受けて権力を握ったクロムウェル（1599-1658年）が1653年に「民法法」（The Civil Marriage Act）を制定し、婚姻及び離婚を民事裁判所の管轄とした¹⁵²。以上と系譜を異にしつつ、「教会裁判所」専属の離婚裁判を批判したのが「自然法」であった。自然法は、「人類の理性法と自然状態」を重視し、国権と妥協し「現状」を維持しようとするキリスト教主義と相容れぬ存在であった。しかもプーフENDORF（1632-1694年）は、婚姻＝「自然法上の契約」という思想を表明し、キリスト教主義の「神事」的婚姻観及び「非離婚主義」と鋭く対立した¹⁵³。その後、ドイツ啓蒙期自然法の典型的「法典」ともされる1794年プロイセン一般ラント法では「比較的自由な離婚制度を設けた」が、なんといっても「自然法主義を大膽に發揮して宗教婚主義と婚姻非解消主義とに最後の止めを刺したものは、實にフランス革命であつた」と述べられている¹⁵⁴。すなわち1789年のフランス革命後、1891年革命憲法7条には「婚姻」の「民事契約」たる旨が宣言され、さらに1792年に革命政府は「自由離婚制度を創定した」¹⁵⁵（ただし、その後王政復古等もありフランス「離

152 重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）286-287頁。ただし、この「民法法」は1660年王政復古でたちまち廃止された。重遠・前掲論文287頁。

153 重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）287頁。このあたりの記述には、重遠が『法理学』で培った幅広い思想的素養が息づいている。「カント以前ノ自然法」の箇所では重遠は、プーフENDORFにも言及し、かつ彼の社会契約思想の特徴に着目している。すなわちプーフENDORFによれば、社会契約たる「結社契約」（pactum unionis）によって国民＝市民が国家に権力を委譲し、それに「服従」する旨の「原約」（pactum subjectionis）を締結するのであるが、それは決してホッブス流の「各人ノ自由ノ絶對譲渡」ではないのであり、もって「國家ノ主權モ絶對專制的ナルヲ得ズ」と主張した。重遠『法理学』（前注20）35-36頁参照。ただし『法理学』で重遠は、プーフENDORFの婚姻＝契約思想には触れていない。

154 重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）288-289頁。

155 重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」同『離婚制度の研究』（前注126）289頁。ただし1804年のナポレオン民法（フランス民法典）では「甚しく反動的制限ヲ

婚制度」は複雑な経過を辿った。さしあたり本注155参照)。こうしてキリスト教的「婚姻非解消主義」は、歴史的にみて、法制度的に大きな変革に直面した。若き重遠は、その様相を食欲にえぐり出そうとする。その姿を以下、垣間見よう。

(い) イギリス離婚法

イギリス離婚法の特徴もキリスト教の普及(重遠は「弘通」という言葉を用いている¹⁵⁶)によって彩られている。さしあたり、重遠のいう次の言葉は印象深い。——「イギリスの離婚法史を観ると、同國の宗教改革がヘンリー第八世の離婚問題に動機を發した點に於て、殆どフランス離婚法史と其歴史的興味を等しくする」¹⁵⁷。すなわち離婚制度においては、イギリス

を受け、1816年には王政復古の結果として離婚制度の廢止となり、1884年になつて辛うじて復活した離婚法も前より一層制限的なものになつた」。重遠・前掲論文289頁。なお同頁注29で重遠は、「フランスの離婚法史は離婚法史中最も興味の深い部分である。随つてフランス革命と離婚法との關係に關する参考書は甚だ多い」と書き記している。そのような問題意識から、重遠は、その後留学の成果として、「佛國革命と離婚法」を著している。また社会革命と「離婚法改正」との相互關係にも注意を払っている(重遠・前掲論文290頁注30)。そこで重遠は、ロシア革命とその新しい離婚法についても指摘している。これがその後の「露國革命と婚姻法」に繋がっていく。このように、留学直前に書かれた重遠「キリスト教の婚姻非解消主義」の端々に、その後の比較離婚制度研究の「芽」が育まれていたと言つてよい、と思われる。

156 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』(前注126) 300-301頁参照(なお、原論文初出は1917年〔大正6年〕)。

157 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』(前注126) 299頁。ちなみに「宗教改革」それ自体は、周知のように、ドイツにおいてマルティン・ルター(1483-1546年)により、先導されたものである。ルターは、いわゆる「免罪符」(當時のカトリック教会の財源であつた)への批判を通じて、「教会ヒエラルヒーからの自己解放」を成し遂げ、「國民の英雄」となつた。同時に法王庁(=教皇庁)から異端者として「破門」された。以上、成瀬治「宗教改革」木村尚三郎(編)『東大教養西洋史2・封建社会の崩壊(改訂新版)』(1971年) 94-96頁及び魚住昌良「宗教改革時代の諸変革」林健太郎(編)『ドイツ史(新版)』(1977年) 166-167頁参照。なおルター主義(プロテスタンティズム)の社会経済的背景については、大塚久雄「ルターの背景——宗教改革の経済史的基盤」同『宗教改革と近代社会(四訂版)』(1964年。原論文初出は1938-1939年) 32頁ノ

のみならず、フランスでも——先ほど見たように広くキリスト教的ヨーロッパで一般化していたところの——「離婚禁止主義」がその前提として存在していた。にもかかわらず、ヘンリー 8 世（在位1509-1547年）¹⁵⁸が、（兄嫁であった）皇后カザリーン（キャサリン）と離婚するためにローマ＝カトリック教会との対立の道を選び、国王権力＝政治権力が信仰を主導するという形を取ってイギリス的「宗教改革」が開始されたのである¹⁵⁹。

以下が、ルターの生い立ちをはじめとして、詳しく記述している。たとえば、その生い立ち自体が、当時のドイツ社会経済的環境のもとで綴られている。つまりは当時の大鉱山家で巨大高利貸であったフッガー家〔初期独占の典型〕が経済難に陥っていたカール 5 世に大金を貸付け、政治権力と結びついていたこと（ちなみにフッガー家は、ローマ法王庁にも巨額の貸付を行っていたことから、その反射としてカールは、ローマ＝カトリックに対しても——単に神聖ローマ帝国皇帝としての権威のみならず経済的にも——絶大な影響力を行使しえた、とされる）。また、ルターの父親ハンス（農民出身）が、フッガー家（ないし同類の鉱山商）の経営する銅山の「鎔夫」として労働し、「節約と勤勉」につとめ典型的な中産的市民へと成長したこと。その子として生まれたルター自身、「節約と勤勉」の精神を学び取り、やがてはカトリック教会を墮落と腐敗に陥れた「免罪符」制度を徹底的に批判し、宗教改革運動の先頭に立ったこと、などが記されている。大塚・前掲書41頁以下参照。

158 ヘンリー 8 世の在位については、今井宏「イギリスの絶対主義」木村尚三郎（編）・前掲書（前注157）118頁及び指昭博「近世国家の成立」川北稔（編）『イギリス史』（1998年）143頁参照。

159 今井・前掲「イギリスの絶対主義」（前注157）118頁及び指・前掲「近世国家の成立」（前注158）145頁参照。ちなみにヘンリー 8 世の離婚問題自体は、皇后カザリーン（名前の表記法は重遠にしたがった）との間で女子しか生存子がいなかったのも、男子の王位継承者を設ける目的からであったとされる（要するに男子出産目的で、カザリーン以外の女性〔アン・ボレーン〕を新たに皇后に迎える必要があったからである。この点、小林章夫『イギリス王室物語』（1996年）37-40頁参照。なお、イギリス王室は女王の登場に寛容である。現にカザリーンとの間で設けた女子は、その後メアリー 1 世〔在位1553-1558年〕になっているし、アン・ボレーンとの間で設けた子も女子であり、その子はメアリー 1 世ののちエリザベス 1 世〔在位1558-1603年〕となっている。〕。「在位」期間については、今井・前掲「イギリスの絶対主義」同頁及び指・前掲156頁・161頁参照。ところで、イギリス的「宗教改革」は、ヘンリー 8 世による「首長令」発布・「国教会」体制の発足にその端を発していたのだが、ヘンリーの娘たるエリザベス 1 世による「国教会体制」の確立によって一応の完成をみた、とさ

重遠は、フランスでも1598年のアンリ4世ナント勅令による「信教の自由」を基軸とした「宗教改革」が離婚制度変革の「芽」を育んだ点¹⁶⁰を捉え、イギリス離婚法史との類比性を語っている（フランスの離婚法史については、のちほど改めて触れる）。従来、イギリスでもカトリック教会の影響の下、離婚禁止主義（＝「婚姻非解消主義」）が支配的であった¹⁶¹。ところが、先ほど示したように（前注159参照）、国王たるヘンリー8世自身が世継ぎ問題を理由に皇后カザリーンの離婚を主張¹⁶²するはめに陥った。

ゝれる。また、エリザベス1世在位中は、いわゆるスペイン無敵艦隊を撃破したことによるイギリス海上帝国建設の開始を受け、「絶対主義の政策の展開」も繰り広げられた。経済的には、「ジェントリを主体とする富裕な借地農業経営の成立とともに、地主は直営地主としての領主を含めて近代的な地主へ転換しようとしており、また商業資本は、問屋営業を媒介としながらも、事実上の産業資本としての役割を演ずるようになってきた」とされる。上記エリザベス1世在位中の出来事を含め、今井・前掲「イギリスの絶対主義」同頁及び指・前掲165-167頁参照。なお、今井によれば「この時期には、石炭業をはじめとしてガラス、火薬、石鹸、紙などの新しい製造工業の勃興もみられた（これを「初期産業革命」とよぶものもある）」、と記されている。今井118-119頁。

160 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）364頁。ただし、その「芽」もアンリ4世（在位1589-1610年）が旧教（ローマ＝カトリック）に改宗したこと、さらにその後のルイ14世（在位1643-1715年）がナント勅令を廃止したことで、完全に摘み取られてしまった。こうして当時「フランスの國教はカトリック教と確定」し、もって「離婚は絶対に禁止されて、唯だ別居（séparation de corps）だけが許容されて居た」とされる。重遠「フランス革命と離婚法」364-365頁（なお在位期間については、今井宏「フランスの絶対主義」木村尚三郎（編）前掲書〔前注157〕121頁及び林田伸一「近世のフランス」福井憲彦（編）『フランス史』（2001年）153頁・160頁を参照）。

161 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）302頁以下参照。重遠は、イギリスで「離婚絶対禁止主義を宣言したのは、六七三年九月二十四日のハートフォード宗教會議（Cauncil of Hertford）の決議であらう」と推測している（重遠・前掲論文302頁）。

162 当時「兄嫁婚」（deceased brother's widow's marriage）が教会法上「無効」とされていたことを、その理由とする。ちなみにカザリーンはスペイン王室の王女であり、ヘンリー8世の兄アーサーの妻であったが、アーサー亡き後父ヘンリー7世がスペインとの関係を維持する政略目的でカザリーンを次男ヘンリーに嫁がせようとしたのである。そのため父ヘンリーが上記「無効」ルー

そのためヘンリーは、ローマ=カトリック法王庁と対立し、1534年の「首長令」(Act of Supremacy)を發布して「イギリス王がイギリス教会の首長であつてローマ法王から独立である旨を宣言した」のである¹⁶³。ただし、それは形式上の改革でしかなかった。すなわち「首長令」によるローマ法王庁との断絶とイギリス教会の「国教化」は、形式上は「宗教改革」という装いをまとっていたが、けっしてローマ=カトリック教の信仰を捨てたわけではなかった¹⁶⁴。すなわちヘンリー8世死後、その子息がエド

ムルをかいぐって、カザリーンとヘンリー8世との婚姻をローマ法王に請い、特別な許可を得て夫婦にした。ところが本稿前注159で指摘したような事情の下でヘンリー8世がカザリーンとの離婚を決断した。かくて彼は、改めて「兄嫁婚」の「無効」を持ち出し、その旨の主張をローマ法王に申し出た。ところが、たまたま当時ドイツ皇帝であったカール5世(在位1519-1556年。神聖ローマ帝国王。カールはスペイン王室出身者であり、カルロスと命名されていた。そこで「スペイン王」とも称された)が、カザリーンの甥であり、カールはローマ法王に対し「最も勢力をもつて居た」(前注157参照)ことから、ローマ法王が「中々許可を與へない」。そこでヘンリー8世が「大いに怒つて法王との關係断絶を決意」し、先に示した「首長令」發布に至った。重遠「イギリス離婚法略史」同「離婚制度の研究」(前注126)306-307頁参照。ちなみに、上記「首長令」の帰結として——ローマ=カトリック法王庁と形式上独立したところの——イギリス的「国教会」体制が開始された。いわばヘンリー8世の「わがまま」かつ独善的な「離婚劇」が、それをもたらしたわけである。その点をとらえて、小林・前掲書「イギリス王室」(前注159)28-30頁は、「わがままが生んだイギリス国教会」と銘打っている。なおカール5世の在位期間については、魚住・前掲「宗教改革時代の諸変革」(前注157)161-162頁参照。

163 重遠「イギリス離婚法略史」同「離婚制度の研究」(前注126)307-308頁。重遠は、このヘンリー8世による「首長令」發布をもって「これがイギリスの所謂宗教改革である」と述べている。重遠・前掲論文308頁。ただし、その確立はエリザベス1世によるものであり、その点重遠も略記している。後述本文を参照(なお本稿前注159は、今井論文及び指論文によりつつ、その旨を確認している)。

164 重遠は、本文で述べたヘンリー8世の「形式的宗教改革」を裏付けるかのようにより、「教會法改正委員會の制度」(それは「舊教會法に替わるべき新教會法を制定」するために設置されたものであった)ののちもヘンリー8世のもとでは「實績が擧がらなかった」のは、「ヘンリー8世が内容的宗教改革に熱心でなかったためではないかと想像される」と述べている。重遠「イギリス離婚法略」

ワード6世として即位した(1547年)ところ、そのエドワードのもとで一旦頓挫した教会法改革が息を吹き返し、「改正教会法典」(レフォーマシオ・レガム〔*Reformatio Legum Ecclesiasticarum*¹⁶⁵)〕の原案が作成された。その起草を担当したのが、プロテスタント派であって、レフォーマシオ・レガムの「離婚法」案では、「制限離婚主義」をとるプロテスタント的要素が、その内容として盛り込まれた。すなわち、(1)姦通を始めとして(妻の姦通か、夫の姦通かを問うてないようである)、(2)配偶者の遺棄、(3)長期の不在、(4)夫婦の一方が他方の生命に対して危害を加えようと企てたこと、(5)夫が妻を虐待すること、の五つの離婚原因を認め、宗教裁判所において裁判離婚の成否が判決として下された(協議離婚は許されていなかった)¹⁶⁶。しかし結局のところ、この改正教会法典は草案段階で葬られ、立法化には至らなかった¹⁶⁷。こうして重遠の評価によれば、16世紀及び

ゝ史」同『離婚制度の研究』(前注126)310頁参照。だからこそ、ヘンリー8世は、ルターの宗教改革を批判する著作も著した。そのことによってヘンリーは、「ローマ教皇レオ10世から「信仰の擁護者」との賛辞を受けることになった」(小林・前掲書『イギリス王室』〔前注159〕37頁)のである。ここにも、ヘンリーによる「宗教改革」の形式性と妥協性が示されている。

165 *Reformatio Legum Ecclesiasticarum* は、いずれもラテン語であって、順に「改革」(名詞主格)、「立法(の)」(名詞属格)、「教会(の)」(名詞属格)を意味した。よって *Reformatio Legum Ecclesiasticarum* は、「教会法典の改革」(=「改正教会法典」)となる。重遠は、これは簡略化して「レフォーマシオ・レガム」と称している。重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』(前注126)311頁。

166 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』(前注126)311頁参照。

167 重遠によれば、エドワード6世の早世が決定的な影響を与えたらしい。エドワードは11歳で即位し、16歳で亡くなったのであるが、「有名な聡明の君」であり、プロテスタント(新教主義)に「同情」を示していた、とされる。それによってプロテスタント的な「制限離婚主義」を内容とする「改正教会法典」の草案作成に繋がったのである。ところが、その跡を継いだメアリー1世が、自己の私生子扱い等を理由にエドワード6世を支えたプロテスタント支持者を排除し、「首長令」すら廃止してしまった。これによって「改正教会法典」草案の立法化は完全に息の根を止められた。重遠は「もし此レフォーマシオ・レガムが採用されて法律となつたならば、イギリス今日の離婚法はヨーロッパ大陸ノ

17世紀初頭のイギリス離婚法は「全く舊教的」であった。つまりは「離婚禁止主義」が徹頭徹尾貫徹していた¹⁶⁸。17世紀後半も、ほぼ同様であった。ただし1641年から1649年にかけてイングランド・スコットランド・アイルランドで起きた清教徒革命＝ピューリタン革命の時期、クロムウェルら清教徒派は旧教的離婚禁止主義に反対であり、その思想を代表したジョン・ミルトンは1643年に『離婚の教理と規律』（The Doctrine and Discipline of Divorce）を著し、「頗る大胆な自由離婚論」を提唱した。すなわちミルトンは、婚姻を sacrament（「聖禮典」）から解放して、男女の自由意思の結合（「相互的愛情」）の内に求め、姦通はもちろん「遺棄虐待等の一定の原因」が存在する場合のみならず、さらに「夫婦の氣質がどうしても和合せぬ」というような「一般的理由」によっても「離婚を許すべし」と主張した¹⁶⁹。これはジェントリなど中産階層の利益を体現したクロムウェル独裁による国王の絶対主義排除・議会制の確立を目指した運動と軌を一にする側面を有したものの、農民による独立自営農化には強い拒絶感を示していたクロムウェルが民衆に対する弾圧路線へ転化するに及んで矛盾が深まり、1660年の王政復古によってミルトンの「自由離婚論」も一気に吹き飛んでしまった¹⁷⁰。ところで、その後名誉革命（1688年）に

「新教諸國の離婚法と同様になつたかも知れぬ」と惜しんでいる。以上、重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）312-313頁参照。

168 たとえば、メアリー1世の跡を継いだエリザベス1世は、強固な「国教会」体制の下で「重婚罪」（The Bigamy Act, 1604）を公布・施行し、「教會の認めざる離婚を為して再婚した者を重罪犯人として死刑に處すると云ふ嚴重な制裁」を設けた。これはローマ＝カトリックの離婚禁止主義を「補完」する特別法であった、と言える。重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）313頁も参照。

169 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）322-323頁参照。重遠によれば、ミルトンの「頗る大胆な自由離婚論」の動機は、娶ったばかりの新妻が政治的宗教的信条の違いを理由に親元に半ば強制的に引き戻されていたことにあったと述べられている。重遠・前掲書335頁註17参照。なおミルトンの著作は、比較的最近わが国で翻訳刊行された。本稿後注173参照。

170 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）323頁参照。ノ

大きな思想的影響を与えたジョン・ロックは——「自分（ロック）が育てられた家庭のピューリタニズムから離れて、国教会の信仰に移っていった」¹⁷¹（括弧内・引用者）とされるにもかかわらず——その『市民政府論』では、夫婦の子の福祉のための（種の存続のための）契約結合を重視しながら、同時に離婚の自由をも認めた¹⁷²。本来ならば、重遠は、立ち入ってこのようなロックの離婚論にも触れておくべきであったように思われる¹⁷³。

、なお併せて田中浩＝平井俊彦＝浜林正夫＝鎌井敏和（共著）『ロック』（1968年）21頁の記述（浜林担当）も参照。

171 前掲・田中＝平井＝浜林＝鎌井（共著）『ロック』（前注170）143頁（鎌井担当）。

172 ロック（鶴飼信成・訳）『市民政府論』（1968年。原書初出は1690年）85頁参照（ロックは『市民政府論』第7章「政治社会、すなわち市民社会について」の箇所以下で離婚自由論を語っている）。ロックは、「夫の権力は、絶対君主のそれとは著しく違っており、妻は、多くの場合、自然権または彼らの契約（離婚契約）が許す限り、彼と別れる権利をもっている」と述べ、「この契約（離婚契約）が、自然状態で自分たちが作ったものであるか、彼らの住んでいる国の慣習または法によって作られたものであるかは、関係ない」と記している（傍点・原書。括弧内・引用者。なお、この引用文については「契約」が主語であることに、特に注意しておくべきである）。さらにロックは、離婚の際に「子供が、父につくか母につくかは、契約（離婚契約）の定めるところによる」とも述べている（括弧内・引用者）。ロックの、この根本思想によれば「協議離婚」（＝離婚契約）が承認されていたものと理解すべきことになる。管見の限りでは、イギリスは現在も法制度的に「協議離婚」を採用していないようであるから、ロック離婚論の先進性は際立っている。ただしロックの離婚論が、名誉革命とその後のイギリスの離婚法史に実際上どのような影響を与えたかは、なお一個の問題として残るように思われる。

173 重遠は「イギリス離婚法略史」では、まったくロックに触れていない。しかし彼は、その「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）371頁で、ミルトンともどもロックをイギリス離婚制度賛成論者の一人として挙げている。ただ重遠は、ロックの名を挙げるだけであって、ロックに関する著作の出典を全く示していない。なお、ロックの「離婚制度論」については、本稿前注172で指摘した。他方ミルトンについては、新井明＝佐野弘子＝田中浩（共訳）『ジョン・ミルトン 離婚の教理と規律』（1998年。原書初版初出は1643年）がある。その著作でミルトンは、キリスト教の基本教典（神学）に則り、その解釈の帰結として、結婚を「神と人との」契約（タテの契約）及び「男女の契約」（ヨコの契約）とみた上で、その目的を「夫婦の愛と助け合いの成就」と

しかしその論旨は、17世紀中期のミルトンから一気に19世紀の法学者ベンサム、そしてその弟子ジョン・ステュアート・ミルの離婚制度論に移っている。功利主義者ベンサムは、夫婦の愛情を強化するためにも強制的な離婚禁止主義ではなく、むしろ「離婚可能の制度の方が却つて夫婦間の愛情を濃かならしむるものである」とした¹⁷⁴。さらにミルは、1869年に「男女平等論・女権拡張論」の見地から「女子に男子の壓制から免れ得べき手段を與へると云ふ意味」での「自由離婚論」を主張した¹⁷⁵。ともあれイ

ゝ定式化した。それゆえミルトンは、破壊された結婚から男女が解き放されるべき自由の理を強く説いたのである。そのような立場から、ミルトンは教会法的離婚禁止主義を激しく批判した。この著作の「訳者あとがき」では、「ミルトンの離婚論は、近代民主主義思想史上で燦然たる光彩を放つ一大モニュメントと言つて、過言ではあるまい」（前掲書227頁）と記されている。

- 174 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）324頁。重遠は、ベンサムの離婚制度採用論が「1802年に彼の崇拜者デュモン（Etienne Dumont）によって佛文で編纂してパリで出版した『立法理論』（Traité de législation）に見えて居る」と述べている（重遠同頁）。同旨は、ベナム（何禮之・訳）『民法論綱』（1876年〔明治9年〕）600-630頁にも説かれている。その箇所、ベンサムは、離婚を認めなければ当事者の境遇は「奴隷ノ境界ト謂ハサルヲ得サルナリ」（601-602頁）と述べ、また離婚の制度がなければ、夫は外に妾を置くことになって、かえって妻が苦しむ趣旨のことを主張している（607-608頁）。あるいは「其身財ニ富ムモノハ終身ノ衣食ヲ支給シテ以テ舊妻ヲ扶持（すべきである）」と、指摘してもいる（619頁）。かてて加えてベンサムは、フランス革命後のフランスにおける離婚の実態についても言及している（「夫婦ノ情願ニ任セシカ僅々二年ノ間ニ離婚ノ多数ナル巴里一府ニシテ五百乃至六百ヲ計ルニ至レリ」）。これは、もっぱらフランス革命の影響によるもの（「舊律ノ禁ヲ解キシニ因（る）」もの）であって、「一時ニ輻輳セシモノ」であり、「之ヲ尋常平均ノ數ト看做ス可ラス」とも言う（627-628頁）。バランス感覚あふれる功利主義者ベンサムらしい記述である。ちなみに翻訳の原書は、ベンサムの遺稿中の『民法典原理』（The Principles of Civil Code）であるとの趣旨の記述が訳者「緒言」（前掲訳書6頁）にある（翻訳者の何は、正確な刊行年を伝えていない）。ただ、上記翻訳書の引用文でベンサムは、フランス革命直後1792年離婚法から二年経過後の離婚数を挙げている。したがって、彼の『民法典原理』が書かれたのは、おそらく1795年頃であったように推測される。

- 175 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）325頁。なお重遠は、1869年のミルの著作を原書タイトル“On the Subjection of Women”

ギリスでは、1857年婚姻事件法（The Matrimonial Causes Act）によって、離婚事件は宗教裁判所から民事裁判所へとその管轄が移され、旧教的離婚禁止主義の大幅な緩和が目ざされるようになった¹⁷⁶。重遠は、この

ゝに合わせて「婦人の服従について」と題している。これに対して、ミル（朱牟田夏雄・訳）『ミル自伝』（原書1873年。岩波文庫版1960年）230頁では、「女性の解放」となっている。さらに、J. S. ミル（大内兵衛＝大内節子・訳）『女性の解放』（岩波文庫版1957年）の「訳者・序」では、「原題をそのまま訳せば『女性の隷従』とすべきであるが、日本においてはこれまで『婦人解放』ないし『女性解放』という題名で紹介されてきたし、またその題名の方が日本の読者にはその内容を正しく伝ええると思われる」ので『女性の解放』とした、という趣旨の記述がある。ところでミルは、上記自叙伝同頁において、この著作につき「娘自身の書きたいいくつかの節も加わっている」と述べ、さらに「私自身の文章の部分でも、そのうちの最も印象的な最も深みのある部分はすべて妻の思想」であって、結果的にその著作の全体がミルと妻との「兩人共有の思想的資産」となっている旨、述べている。ミルの愛妻家ぶりが窺われる一文である。Vgl. John Stuart Mill, Autobiographie, Übersetzt und mit einer Einleitung herausgegeben von Jean-Claude Wolf, 2011, S. 216-217; J. S. Mill, Autobiography, 1873, p. 265-266. なお、前者ドイツ語訳ではミルの「娘」のことが記されているが、後者の英語原書版ではその記述がない。この点、上記岩波文庫版の「訳者まえがき」で朱牟田夏雄は、「娘」〔実はミルの妻の連れ子〕ミス・ヘレン・テイラーが、ミルの死後この自叙伝を出版社に持ち込む際に、彼女が「自分」に関する記述を削除したところ、その後の改訂の折りに「娘」に関する記述が補充された、とある（娘〔ヘレン・テイラー〕の遺言に基づく措置であったらしい）。ところで重遠によれば、ミルは有夫の恋人テイラー夫人と20年清らかな関係を継続した後、彼女の夫死亡後、暗れて婚姻を遂げたとされ、その際の経験及びテイラー夫人自身の苦心談がミルの著作を後押ししたとされる。重遠・前掲書396頁註19参照。

176 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）329頁。その間の旧教派とその反対派間の激しい論争の経過については、重遠・前掲書327-328頁参照。なお私見によれば1857年婚姻事件法＝離婚法の制定は、女子・婦人の労働者としての自立を促したイギリス産業革命（1830年代以降に自由主義政策の新たな展開をもたらしたとされる）が、その先行形態としてイギリス社会のすみずみまで浸透していたことも視野に入れておく必要があるように思われる。今井宏「産業革命」中屋健一（編）『東大教養西洋史3・近代社会の成立』68-69頁参照。なお、女子労働者の問題は今井論文では触れられていない。マルクス『資本論第1巻』の次の指摘を参照。——「資本主義体制の中での古い家族制度の崩壊がどんなに恐ろしくいとおしく見えようとも、大工業は、家族メ

1857年婚姻事件法をもって「イギリス現行離婚制度」の画期と評している¹⁷⁷。当時の重遠による最新イギリス離婚法理解を踏まえると、その骨格は以下のように示される¹⁷⁸。すなわち、離婚請求原因は、もっぱら「妻の姦通」であって、夫の側の姦通それ自体は直ちに離婚原因とはならず、(夫の)姦通に加えて夫による「二年以上の遺棄、虐待又は重婚」等を要した¹⁷⁹。かくて重遠は、「畢竟離婚原因は姦通のみ」であり、それが第一義的には「妻の姦通」を意味する以上、原初キリスト教的離婚原因と同じレベルであったと考えられる、と述べている¹⁸⁰。このような特性をもつイギリス離婚法は、重遠によって「著しい制限離婚主義」を採用した

ゝの領域のかなたにある社会的に組織された生産過程で婦人や男女の少年や子供に決定的な役割を割り当てることによって、家族および両性関係のより高次の形態のための新しい経済的基礎をつくり出すのである」。マルクス＝エンゲルス全集23巻a 637頁（岡崎次郎・訳）。ここにはミルトンやミルの個人的な体験を越え出た資本主義的経済発展とそこに巻き込まれる家族構成員の法則的な「普遍的形態」の展開（新たな両性関係の構築可能性を生み出す新たな経済的基礎の生成）が展望されている、と言える。マルクスは、そのような法則的な「普遍的形態」としての「新たな両性関係」に期待を寄せ、女性・婦人の自立を支援しようとしたように思われる。なお拙稿・川角「わが国における近代的家族法思想形成の一つの軌跡：戒能通孝著作集Ⅵ『家族』を読む」龍谷法学45巻4号（2013年）225頁以下、特に246頁註103参照。

177 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）330頁参照。

178 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）330-335頁参照。ちなみに、すぐあとでも指摘するように、イギリス離婚法の要件基軸は「妻の姦通」であって、この5頁にわたる重遠の記述も「妻の姦通」を前提としたものである。すなわち重遠は、夫が原告となった場合の特殊な判決手続（「仮判決」の制度があって、そこでは現在の家裁調査官的な役割を、「監事」〔King's Procter〕としての弁護士〔事務弁護士〕が演じていた）、及び夫の「宥恕」・「同意」・「（訴訟上の）共謀」があった場合の取扱いについて論じている。

179 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）330頁によれば、さらに夫の姦通が「近親相姦又は強姦」によるときは独立して「夫の姦通」のみで離婚原因となったが、夫による「遺棄・虐待」は夫が姦通した場合の「加重条件」として機能するだけであって、それら「遺棄・虐待」自体は「別居原因」になるにすぎなかった、とされる。

180 この点につき、本稿前注138、139及び140に対応する本文を参照。

ものとして位置づけられており、「協議離婚を許す我民法に較べては勿論、姦通以外に數多の離婚原因を認めるドイツ・フランス等の民法に比しても」、きわめて独自性の強いものとして性格づけられている¹⁸¹。このイギリス的「制限離婚主義」を言い換えれば、いわゆる典型的な「有責主義」であり、「破綻主義」の立場からの立法的改正論が沸き起こるのも半ば必然的であった。これを重遠は、「イギリス離婚法の将来」という項目で論じている¹⁸²。そこで重遠が、当時のイギリス離婚法の「缺點」として描き出しているのが、以下の四項目であった。すなわち、第一に離婚原因を「姦通」に限定していること¹⁸³。第二に、その姦通も「妻」によるそれであって、「夫」による姦通を除外し、もって「夫妻不平等」きわまりないこと¹⁸⁴。また第三に、「別居制度」を認めていること¹⁸⁵。さらに第四として「離婚訴訟費用の多額なこと」を挙げている¹⁸⁶。以上の「缺點」を受

181 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）335頁参照。

182 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）336頁以下参照。

183 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）338-339頁参照。

184 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）339-340頁参照。

その箇所では重遠は、イギリス離婚法の立場とわが民法（明治民法813条2号「妻カ姦通ヲ為シタルトキ」を裁判上の離婚原因とする規定）との類似性を指摘している。そしてイギリス離婚法の立場ともどもわが民法（明治民法上記規定）の立場も「不公平の批難を免れないのであつて私も亦其批難に與みする」と述べている。

185 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）340-341頁参照。

重遠は、このイギリス的別居制度をもって「婚姻生活の不幸を救済する所以ではなくして却つて其不幸を助長するもの」と非難している。要するに別居制度が離婚自体を容易にし、かつ促進せしめるものである、というのがその理由である、と考えられる。ちなみに重遠は、イギリス離婚法の立場を指して「なるべく別居に止めて離婚まで進ませたくはないと云ふ態度である」と述べ、「有名な名判官ストウエル卿（Lord Stowell, 1745-1836）の「無夫の妻、無妻の夫」（a wife without a husband, a husband without a wife）の危険状態との一言が、別居制度から生ずる害悪を語り盡して居る」と記している。そのことから察して本稿では、上記のような「理由づけ」が可能である、と考えた次第である（要するに重遠は、それ以上立ち入ったことを書いていない）。

186 重遠「イギリス離婚法略史」同『離婚制度の研究』（前注126）341-342頁参照。

ける形で、イギリス離婚法「改正」のさらなる機運が高まっていった。それに関し、重遠は「イギリス離婚法改正問題の其後」¹⁸⁷と題して短い論稿を書いている。それは1923年（大正12年）のものであるが、周到にも重遠は、1923年6月8日の「婚姻事件法改正案」下院議決までフォローしている。その法案は、「離婚法男女平等化」法案とも呼ばれた。すなわち、離婚原因としての「姦通」につき男女平等が提案されたわけである¹⁸⁸。したがって重遠は、実質的に1923年婚姻事件法改正まではフォローしていることになる。ただしその後、1937年の婚姻事件法におけるイギリス離婚法改正については、1924年（大正13年）の『離婚制度の研究』に反映させることはできなかった。また第二次世界大戦後イギリスでは、1949年婚姻法（The Marriage Act）及び1950年婚姻事件法改正に伴う離婚法改正があった¹⁸⁹。しかしながら、そのことを追跡する余裕は、重遠に残されていない

ゝ照。重遠によれば、離婚訴訟の多額さによって離婚できるのは「中流以上の『特権』」であり、「貧民」に離婚訴訟を起こす余裕はなかった旨、指摘する（当時、裁判所がロンドン一箇所であったことから、特に地方の貧民にとって離婚訴訟は経済的に無理であったと説いている）。それゆえ重遠は、「離婚法改正論者は大いに此點を攻撃して『貧民離婚法』（The Poor Man's Divorce Law）を要求」したと述べる。この「要求」を受けて、さらに離婚法全体に及ぶ議論の場となったのが、1909年に設置された「離婚法調査委員会」（The Loyal Commission on Divorce and Matrimonial Causes）であった。重遠・前掲書343頁。その委員会では「（妻の）姦通」以外に、「故意の遺棄」・「虐待」・「不治の精神病」・「濫酒癖」・「長期禁獄」を法定離婚原因として採用する方向性を打ち出した。重遠・前掲書344-345頁参照。それが1923年改正に繋がっていったと考えられる。この点、本稿後注188とそれに対応する本文も参照。

187 重遠・前掲書『離婚制度の研究』（前注126）347-359頁。

188 重遠「イギリス離婚法改正問題の其後」同『離婚制度の研究』（前注126）356-359頁参照。重遠は、1923年6月9日付け「ロンドン・タイムス」に目を通し、6月8日の下院議決を確認している（重遠358頁）。なお重遠は、「此法案は離婚法調査委員会の少数意見も是認して居る最小限度の改正案であるから恐らく上院も通過しさうに推測される」と予測していた。その予測通り、1923年「婚姻事件法改正法案」は上院でも可決された。本稿後注189の青山論文も参照されたい。

189 青山道夫「イギリスにおける離婚法改正の動向」法政研究22巻1号（1955）

かった。すなわち終戦直前、重遠は1945年8月7日東宮大夫・東宮侍従長任命の内意を受け、8月10日辞令を交付された。かくて重遠の日記に「残年を此一大事に捧げ」とあるから、もはや「離婚法」研究の余地はなかったのである¹⁹⁰。さらに重遠の死後、イギリスでは、1969年に離婚法の改正があり、近時1996年離婚法改正に至る¹⁹¹。離婚制度に関する国際的な動向である「破綻主義」と妻の財産的地位の向上、及び子の福祉の追求が図られていった、と考えられる¹⁹²。

ㄨ年) 79頁以下が、1923年改正、1937年改正、1949年改正、1950年改正を描写している。なかでも1950年改正によって——協議離婚そのものは依然として認められていなかったが——離婚原因としての姦通につき夫婦平等が図られ、裁判管轄も拡大し、裁判上の離婚原因もかなり拡大した旨、指摘されている(特に青山80頁参照)。なお「離婚原因」の拡張の具体的内容は、本稿前注186の1909年離婚法調査委員会の提言の項を参照)。さらに青山は、1951年3月のエイレース・ホワイト夫人による離婚法改正提案(「破綻主義」採用の主張)を取り上げ、1952年5月20日の離婚法調査委員会(Royal Commission on Marriage and Divorce)の「証言議事録」を考察している。

190 その後重遠は、1949年2月26日最高裁判事として任命され、その職務に従事していたさなか、1951年7月29日に世を去った。重遠の日記は、穂積重遠(大村敦志・校訂)『終戦戦後日記(1945～50年)——大正一法学者の晩年』(2012年)3頁(1945年8月7日付け)に当該記述がある。なお上記を含め、詳しくは大村・前掲書(前注1)238頁以下及び261頁以下、さらに279頁及び利谷・前掲論文(前注1)332頁、八木(前注50)277頁も参照。

191 1969年改正とその影響については、南方暁「イギリスの離婚」有地亨＝老川寛(編)『離婚の比較社会史』(1992年)205頁以下及び緒方直人「1969年イギリス離婚改正法——破綻主義理解のための準備作業」九大法学26号(1973年)179頁以下、特に190頁以下参照。さらに1996年改正については、緒方「1996年イギリス離婚法改正について(1)」鹿児島大学・法学論集31巻1＝2合併号83頁以下参照。この緒方の研究によれば、1996年離婚法改正によって「破綻主義」の徹底化、離婚に際しての子の福祉問題、メディエーション(調停)の活用、情報ミーティング及び財政上のアレンジメント(取り決め)の導入が図られたとのことである。なかでも子(未成熟子)への離婚の影響を最大限考慮し、和解の余地も十分考慮した改正になっているという(そのために「内省と熟慮の期間」が重視されてもいる)。

192 ちなみにコモンロー上、妻には行為能力がなく夫へ従属すべき存在であったが、1882年「婚姻中の妻の財産に関する法」(Married Women's Property Act) ㄗ

（う）フランス離婚法

フランスにおいてもキリスト教（カトリック教会）の影響で、長らく「離婚禁止主義」が採用されていた¹⁹³。婚姻自体がカトリシズムに基づく sacrament（「宗教的禮典」）であり、契約的要素は排除されていた（宗教婚主義）。その後、民事婚主義の台頭をみて婚姻の契約思想が普及してきた¹⁹⁴。18世紀フランスでは、その民事婚主義（婚姻契約思想）が普及し、ポティエ（Robert-Joseph Pothier, 1699-1772）もその代表者の一人であるとされる¹⁹⁵。さらに1789年のフランス革命後、1791年憲法によって「所謂『婚姻ノ世俗化』（sécularisation du mariage）が完成」¹⁹⁶するに

ゝで一定の財産的能力の向上をみた。ただし、それは実体法上の改善というよりも、あくまで裁判所に対する請求手続きを要するものであり、なお不徹底であったようである。戦後1964年の上記 Property Act 改正法により、婚姻中の夫婦財産「持分平等」＝共有制が採用され、1970年「婚姻訴訟手続及び婚姻財産に関する法」（Matrimonial Proceedings and Property Act）で、離婚の際の財産分与規定の整備が図られ、夫婦平等の実質化への前進をみた。さしあたり、田中和夫「イギリスにおける離婚の際の財産分与」獨協法学11号（1978年）23頁以下参照。

193 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）364-365頁参照。

194 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）365-366頁。
重遠によれば、婚姻契約論者も「sacrament」的要素を排斥したわけではなかったが、契約そのものを sacrament の「實體」（matière du sacrement）として把握することによって契約思想を徹底しようとした、とされる（重遠366頁）。

195 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）366頁参照。
なお、ポティエにつき大川四郎「ロベール・ジョゼフ・ポティエ」勝田＝山内（編著）・前掲書（前注98）235頁以下を参照。

196 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）367頁。なお重遠は、前掲書393頁で、1791年憲法（「革命憲法」）7条「法律ハ婚姻ヲ民事契約ニ外ナラザルモノト認ム」（La loi ne considère le mariage que comme contrat civil.）を取り上げている。彼は、これを「婚姻の民事的性質を宣言したもの」と位置づけ、よって「『婚姻世俗化運動』が遂に凱歌を上げた」と指摘している。上記憲法からは「離婚」のあり方まで読み取ることにはできないが、重遠は「離婚制度採用に對する従來の宗教的障礙を一掃して、離婚法の為に」

至った。ただし重遠は、フランス革命直後の民事婚主義の「完成」が直ちに離婚禁止主義を変革したわけではなかった、という。その変革のためには「離婚復興運動」(rétablissement du divorce)が必要であった、とする¹⁹⁷。その「離婚復興運動」の影響と1789年フランス革命の激動を受け、1792年離婚法が登場した¹⁹⁸。この離婚法は、前文で「婚姻能力ハ個人ノ自由権ヨリ生ズルモノ」と謳った上で、全条文数47に及ぶかなり詳細な立法であった¹⁹⁹。注目すべきであるのは、その2条で「協議離婚」を規定し、そのあとの3条で「精神病」・「特定の受刑」・「虐待及び重大な侮辱」・「著しい不行跡」(姦通を含めた広い意味でのそれ)・「二年以上の遺棄」・「五年以上の不在及び音信不通」・「特定の移住」を、裁判上の法定離婚原因として掲げたことであり、かつまた離婚後の子の「委付」先(父親か母親か)を明記したことである²⁰⁰。さらに、旧教的離婚禁止主義に伴う

「立脚地を築き門戸を開いたもの」と評価する。

197 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』(前注126) 368-369頁参照。重遠によれば、その「離婚復興運動」の趣旨は、「離婚は新制度ではなく、自然法の元来の制度をカトリック教会が抑壓して居たもの故、それを復興する為の運動だと云ふ意味で、離婚復興と云ふ」とされている(重遠369頁)。なお重遠・前掲書369-392頁では、16世紀から1789年革命期までの(正確には1791年憲法までの)フランス哲学者及び法学者・新聞論評などにおける離婚論を詳しく紹介している。ただし本稿では、その内容に深く立ち入ることはしない。ヴォルテール(1694-1778年)の離婚禁止主義批判論(「離婚契約論」に近い主張)が、彼とプロセイン・フリードリッヒ大王との親交の帰結として1794年プロイセン一般ラント法における離婚制度採用規定の条文化に繋がったという逸話だけ記しておく(重遠・前掲書372-373頁参照)。

198 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』(前注126) 396-403頁では、1791年9月3日憲法を受け、「立法議会」(Assemblée Nationale Législative)で展開された同年10月1日から翌1792年9月20日(離婚法案可決)までの審議経過(賛否入り乱れての議論の様子)を詳しく紹介している。

199 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』(前注126) 404-415頁参照。重遠は全条文を翻訳の上、掲記している。

200 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』(前注126) 404-405頁参照。なお協議離婚手続は、夫婦共同請求によるべきものであって、その要件として一定数の親族又は友人から構成される「親族會」に夫婦が出席して離婚メ

「別居制度」をも廃止したことである²⁰¹。これらを総括して、重遠は「フランス革命の離婚制度はフランス革命そのものと同胎同根であつて、遡つては第十八世紀の自然法主義中に培養されたものと謂ふべきである」と述べている²⁰²。先に指摘したジョン・ロックの「離婚思想」にほぼ近いものに仕上がっている、と言ってもよい（本稿前注172及びそれに対応する本文を参照）²⁰³。ちなみに1792年離婚法は、協議離婚及び法定原因離婚以外に「気質不適合」離婚（いわゆる「性格の不一致」離婚）も認めた²⁰⁴。重遠は、法定原因離婚のケースでは普通裁判所のみならず「家事仲裁裁判」のルー

ゝ請求の旨を陳述する。そして「親族會」が和解の可能性の有無を確認した上で、それが不可であると判断された場合に、「親族會」が特別に「市町村吏員」の同席を求め、その立ち会いの上で調書を作成し、「市町村吏員」の署名を求める。そして吏員は、市町村の書記局においてその調書を保管させ、調書正本を無償で夫妻に渡す、というものであった（したがって市町村に保管されるのは、調書の「写し」【副本】であった）。その意味で一種の夫婦共同出頭手続きを要した。重遠・前掲書406頁参照。また子に関する離婚の効果も規定された。特に協議離婚においては、女子はすべて母に「委付」され、かつ7歳以下の男子も母に「委付」されたが、その他の男子はすべて父に「委付」された。法定原因離婚のケースでは、「親族會」が「委付」先を父親か母親か、いずれかに決定した。重遠・前掲書413-414頁参照。さらに法定原因離婚のケースでは、「終身年金」の形での「賠償請求権」が、及び家事仲裁離婚のケースでは「扶養料」が設定された。重遠・前掲書412-413頁。かてて加えて離婚父母死亡の場合の、子による「相続権」も規定された。併せて当該父母が再婚後に設けた子が存在する場合には、その子らの均分の共同相続となる旨も明記している。重遠・前掲書414-415参照。

201 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）405頁の条文及び423頁の記述を参照。

202 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）415頁。

203 なお重遠は、フランス1792年離婚法を従来の「離婚絶対禁止主義」からの「一大飛躍的の解放」であったと評する一方、日本の簡易な協議離婚制度と比べると「手續が中々厳重で制限的である」と述べている。重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）417頁。

204 条文は、重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）407頁に出ている。重遠は、その場合の手續の複雑さと長時間を要する手間に着目している。重遠・前掲書419頁参照。

トも開かれた点に注目している²⁰⁵が、1792年離婚法に関する考察は、本稿ではこれ位にとどめておこう。その後1794年4月からのロベスピエール(Robespierre, 1758-1794)の独裁政治下では、いわゆる「自由離婚主義」が最高潮に達した。そしてその際、熟慮された離婚であることを要件に、広く「離婚の自由」を認めようとする傾向が強化された²⁰⁶。ところがその年7月、政変でロベスピエールが倒れ、その独裁政治がやむと、離婚の弊害が社会的・国家的問題として意識されるようになった²⁰⁷。それを受けて、重遠はその後フランスで生じた「自由離婚主義に対する反動」の過程を克明に描き出している²⁰⁸。なかでも特徴的であるのは、いわゆる「気質不和合離婚」に関する要件厳格化が主張されたことである²⁰⁹。その行き着く先が1804年ナポレオン民法典(=「佛國人民法典」[Code civil des Français])の「離婚法」であった。そこでは、旧教的な「姦通」中心型の裁判離婚原因を冒頭規定として置き、加うるに「虐待及び重大な侮辱」・「一定の受刑」を離婚原因として付加するにとどまった(制限離婚主義)。かてて加えて、協議離婚は存続せられたものの「結婚後二年経過」が要件とされ、協議離婚のための「年齢制限」規定も置かれた(夫25歳以下、妻21歳以下であれば協議離婚を不可とし、また結婚後20年経過後、又は妻が45歳に達したのちも離婚不可とした)²¹⁰。総じて「有責主義」が有力化し、また

205 重遠は、「家事仲裁裁判官」(arbitres de famille)が「夫婦間争議裁判法」の規定として置かれたと指摘している。重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』(前注126)421頁参照。

206 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』(前注126)435-436頁参照。

207 重遠は「離婚の濫行」と見出しを打って論じている。重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』(前注126)437-448頁参照。重遠は、離婚数に関する詳細な統計記事も掲載している。

208 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』(前注126)448-459頁参照。

209 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』(前注126)457頁参照。

210 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』(前注126)470頁参照。

「別居制度」も復活した²¹¹。重遠は、このようなナポレオン民法典下の離婚法を指して、「一旦自由主義に圧倒されたカトリック教の婚姻非解消主義が再び頭を擡げて来た徴候として注目すべきである」と言っている²¹²。その後、フランス離婚法は上下に乱高下した。1815年のナポレオン失脚に起因する「王政復古」と共にカトリック教は再び「國教」となった。その結果、翌年1816年には「離婚制度廃止」法が議決された²¹³。ところがその後、1830年「7月革命」及び1847年「2月革命」を契機に再び「離婚制度復活」の気運が高まり、1871年のパリ・コミューン²¹⁴を経て、1884年「離婚制度復活法」に至った（重遠は、これを「現行フランス民法の離婚制度」と言っている）²¹⁵。ともあれ、その後のフランス離婚法の歩みも錯綜した。

211 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）475頁参照。

212 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）478頁。ちなみに、伊藤とみ子「ナポレオン法典における女性の地位」九大法学31号（1975年）41頁以下では、「女性一般に関する差別規定（親族会の構成員から女性を排除する規定や身分証明書の女性の証人資格否認規定など）」及び「妻に対する差別規定（妻の夫への服従規定、夫の定めた居所での居住義務規定・妻の財産行為に関する無能力規定・離婚原因に關しての差別規定〔妻の姦通はそれ自体離婚原因だが、夫の姦通は「夫が妾を夫婦共同の住居に閉った場合だけに認める」規定など〕」、さらには「親権面での妻（母）の差別規定（子供の婚姻に対する同意権・子供に対する懲戒権等の夫への専属規定など）」を詳細に指摘している。フランス市民革命の「精神」の直接的反映とも称されるフランス民法典（ナポレオン民法典）も、こと男女平等・夫婦平等に関しては、アンシャンレジーム的封建遺制を色濃く残存せしめていたことを示している。

213 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）479頁参照。

214 重遠は、パリ・コミューンのきっかけを作った1870年普仏戦争でのナポレオン3世の敗北については触れているが（重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）482頁）、パリ・コミューン自体には言及がない。1871年3月28日のパリ・コミューン成立宣言（「史上初の労働者政權とも呼ばれた自治体＝政府の誕生」）については、さしあたり林田・前掲「近世のフランス」（前注160）346-350頁参照。さらに1848年2月革命から1871年3月のパリ・コミューンに至る時期の自由・平等思想の展開については、藤田勇「フランス人権宣言と社会主義思想・第三節」長谷川正安＝渡辺洋三＝藤田勇（共編）『講座・革命と法・第2巻フランス人権宣言と社会主義』（1989年）41頁以下も参照。

215 重遠「フランス革命と離婚法」同『離婚制度の研究』（前注126）483頁参

その後のフランス離婚法につき、重遠は「フランス議會に於ける離婚擴張案」²¹⁶の軌跡を辿っている。それによれば、1905年以降毎年のように離婚法拡張案が提出され、審議された。議決までには至らなかったようだが、「精神病離婚」の提案、協議離婚の簡易化に向けた諸提案がされた²¹⁷。ところで、後者の協議離婚については、重遠は「西洋諸國の協議離婚制度」²¹⁸という論稿において、これに立ち入っている。その重遠の論稿によれば、1792年離婚法で協議離婚制度を採用したフランスの影響は、フランス語圏の国を中心に広まった。フランス自体は1815年の王政復古で協議離婚制度は廃止に追い込まれたが、たとえばベルギーではいわゆるフランス1792年法及びナポレオン法典と同様な協議離婚主義が採用され、さらにルクセンブルグも同様であった²¹⁹。翻ってフランス離婚法史に目を転じると、第二次世界大戦後の社会的変化に対応して離婚法が大改正されるのは

ゝ照。ただし「協議離婚制度」の復活は果たせなかった。むしろ1884年離婚法は「有責主義」で彩られている、とされる。田中通裕「注釈・フランス家族法（6）——民法典第1編第6章「離婚」（Du divorce）」法と政治63巻2号（2012年）201頁以下、特に202頁参照。

216 重遠『離婚制度の研究』（前注126）487頁以下。原論文初出は1912年（明治45年）。

217 重遠「フランス議會に於ける離婚擴張案」同『離婚制度の研究』（前注126）491-493頁（精神病離婚について）及び494-497頁（協議離婚について）参照。いずれも法案提出にとどまっており、議決されていない。

218 重遠『離婚制度の研究』（前注126）517-549頁。

219 重遠「西洋諸國の協議離婚制度」同『離婚制度の研究』（前注126）527-528頁参照。その他ルーマニアでも協議離婚制度の採用がなされ（重遠・前掲書528頁）、さらにかつてフランス統治下にあったアメリカ・ハイチ共和国あるいはサン・ドミンゴ共和国でも協議離婚制度が取り入れられた（重遠・前掲書529頁）。スイスでも協議離婚制度が採用されていた（ただし夫婦が離婚の請求をした上で、裁判所が離婚を宣告するというシステムであったので、いわば変形的「協議離婚制度」であった）が、その後の離婚数の増加を危惧する反対論の影響でドイツ民法の離婚規定に類似した「相対的離婚原因の規定」を採用し、協議離婚制度を放棄した（重遠・前掲書531-532頁）。なおオランダでは、「協議別居」を前提とした協議離婚制度の採用が図られている。重遠は、これを「間接協議離婚」と呼んでいる（重遠・前掲書533-534頁）。

1975年である。これによって「破綻主義」離婚法への決定的な転換が図られた²²⁰。さらに2004年離婚法改正が、それを推し進めた²²¹。

（え）ロシア離婚法

「フランス革命と離婚法」を仕上げた重遠は、1917年ロシア革命と「離婚法」にも関心を寄せた²²²。ただしロシア語でそれを研究するわけには

220 大杉麻美「フランス離婚法における破綻主義の展開（1）（2・完）」明治大学大学院法学研究科・法学研究論集3号（1995年）75頁以下及び第4号（同年）95頁以下参照。なお、戦後フランスの離婚法改正については、小野義美「フランスの離婚」有地＝老川（編）・前掲書（前注191）176頁以下、特に191頁以下も参照。1975年離婚法改正によって、協議離婚を含む多様な離婚形態が承認されたという（小野は、その離婚形態の多様さを「三種六態様」と述べている。小野192頁）。

221 2004年のフランス離婚法改正については、田中（通）・前掲論文（前注215）203頁以下に詳しい。なお、フランス民法における1975年改正、2004年改正に関し、大阪市立大学法務研究科の森山浩江教授から、参照すべき文献を含め、貴重な御教示を賜った。記して感謝の意を表したい。

222 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）569頁。その論文は、「前掲「フランス革命と離婚法」を書いた関係上、先年のロシア革命についても此種の研究をして見たいものとは早速に考へついた所であつた」という書き出しから始まっている。この記述にも現れているように、重遠にとってロシア革命それ自体につき、それほど主体的・積極的な関心があったわけではないようである。「フランス革命と離婚法」を書いたついでに、「ロシア革命と婚姻法」を調べて書いてみたいという程度の関心であったように思われる。それは重遠のあくなき研究心と視野の広さを示すものであるが、同時に重遠の社会観・歴史観・政治観のある種の「甘さ」「軽さ」を窺わせるものでもある。重遠は、日本によるシベリア出兵（1918年8月）を意識してか、ソビエト労農政府のことをしきりと「過激派政府」と呼んでいる。重遠・前掲書574頁以下にその表現が頻出している。なお、重遠は「ロシア革命と離婚法」をテーマとしているのではなく「ロシア革命と婚姻法」と題して論を進めている。広く婚姻法全体に考察を及ぼす趣旨である。本稿では、「離婚法」との関係が必要な限りにおいてロシア「婚姻法」に関しても言及する。ちなみに重遠が典拠した文献は以下の通りである。Soviet Law of Marriage and the Family, The Contemporary Review, 1920; The Socialist Information and Research Bureau, 1920; Klibanski, Handbuch des gesamten Russischen Zivilrechts, 1911; W. von Seeler, Der Entwurf des Russischen Zivilgesetzbuches, 1911. 重遠は、上記二つの英語資料で「ロシア「ソヴィエト」政府制定新親族法典及び其前文」メ

いかなかったから、英語及びドイツ語の資料にあたってその研究を手がけている（本稿前注222でその典拠資料を適示した）。まず興味深いのは、初期社会主義政権における『親族法典』前文で、次のように記されていることである。すなわち、ロシア革命によって本来「法律は無用たるべき」であり、「此等の法典（「出生登記婚姻登記死亡登記法」・「婚姻法」・「親子法」・「後見法」からなる「親族法典」を指す——引用者）も實は社會主義的法律ではない」のであるが、にもかかわらずそれは「社會主義への進路を踏み開き踏み固むべき法律なのである」²²³。このような観点から、「過渡期の法律」として

ゝをフォローし、ドイツ語二著により革命前のロシア民法制定過程を辿っている。重遠・前掲書569-570頁参照。ちなみにロシアでは、個別民法典は結局成立をみないまま1917年の革命を迎えている。1835年の『法律全典』という「公私全法規の類集」の一部として一応の形をなした「民法典」が収められていたらしい。重遠・前掲書570-571頁参照。

- 223 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）575頁。そこでは、諸外国からの「ロシア社會主義共和國」に対する干涉戦争を「撃退」し、かかる「全世界の敵に對して斯く防衛的奮闘を繼續しつゝあるロシアの無産者階級は社會主義實現の方向に於て創造的建設を為す充分の餘力を有した」とある。重遠・前掲書575頁。ところで、重遠は日本によるシベリア出兵（ソビエト社會主義政権転覆を目ざした干涉戦争）には、全く触れていない。世界史上・人類史上初めてのソビエト社會主義政権は、周知のように幾多の歴史的困難及び政治・経済上の諸方針さらには外交政策の問題性など（日本によるシベリア出兵を含めた世界主要国からの干涉戦争。レーニン死後のスターリン独裁体制によるナチスドイツへの妥協と国内弾圧体制の強化、共産党一党支配がもたらした自由と民主主義へのマイナス効果、ハンガリーやチェコスロバキヤに対する政治介入・武力介入に象徴化される覇権主義、米ソ冷戦に伴う核戦略及び軍拡競争の誤り、アフガニスタン侵攻の誤り、ゴルバチョフ政権のベレストロイカ・グラスノスチ政策の失敗等々）を経て1991年に「崩壊」した。東アジアにおいては、いまだ社會主義の名に値しない独裁国家が「社會主義」を名乗ったりもしている。眞の社會主義への道は速く険しい。とはいえ、社會主義が、なお形式的ではあれ「労働者」・「農民」をはじめとした「働く市民」を尊重し、かつまた「男女平等」及び「夫婦平等」の理念を現実化するため貢献し、さらにアメリカの侵略的國際政策の防波堤になりえたことも歴史的事実であった。この点に照らし、重遠が繰り返しロシア革命後の「社會主義政権」を「過激派政府」と蔑視的に記述していた事実は——当時の日本の社会的・政治的環境及び新聞報道等の実態を考慮しても——なお問題として残らざるをえない。ちゝ

上記「親族法典」が機能するに至った。そこでは歴史上初めて「男女平等」の実質化（とりわけ妻への完全な行為能力の付与）を基軸とする純然たる「民事婚制度」が展開した²²⁴。それは、当時も影響力を保持していたロシア正教の羈束（帝政ロシアの「宗教婚主義」）から「市民」を解放し、男女の婚姻契約に基礎を置いた「民事婚主義」を目ざすものであった²²⁵。ただし複雑な婚姻登記の手續を要した。たとえば「管轄官廳」（地方登記局ないし地方ソビエト書記局）による自由意思に基づく婚姻意思の確認や人違いの有無の確認は、いわば当たり前のことに属するが、「管轄官廳」による当事者同席のもとでの公開での「公告」手続き・「婚姻証書の交付」手続き・「婚姻登記簿への登録」手続きなどを要した²²⁶。重遠は「届出一本で事が済む我民法の婚姻手續から見ると、頗る複雑面倒な手續である」と非

ゝなみに、今年（2017年）はロシア革命100周年にあたる。それを特集した「朝日新聞」（2017年11月4日朝刊）によれば、当時「大阪朝日新聞」（1917年11月10日夕刊）がロシア革命をもって「過激派」による「露国の政權把握」と報道していた、と記されている。1909年（明治42年）公布・施行の「新聞紙法」による厳格な「検閲制度」下に置かれていたことを考慮すれば、このような表現も当時の新聞報道として、やむをえなかったことと言うほかない。これに対し、研究者としてあるべき姿は、新聞報道を決して鵜呑みにせず、自分の頭で考え抜き、責任ある表現に最大限心掛けることであったと考える。筆者（川角）自身、そうありたいという信念をもっているつもりである。

224 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）578頁以下参照。なお妻の夫と同様な行為能力の付与については、重遠・前掲書605頁参照（ロシア「親族法典」115条）。なお夫婦別姓までは承認されていなかったが、夫の姓と妻の姓とを結合したものを「今後ノ姓」にすることは可能であった。重遠・前掲書601頁参照（ロシア「親族法典」100条）

225 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）578-580頁参照。特に580頁で重遠は、ロシア「民事婚制度」が「教會及び宗教」からの婚姻制度の解放を使命とするものであった旨、述べている。また、ロシア「親族法典」理由書中の「婦人解放の社會主義的理想」については、重遠・前掲書603頁参照。

226 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）580-582頁。このような煩瑣な手續は、立法担当者によっても「官僚的婚姻」に繋がりととの懸念が示されているが、立法担当者はあくまでも「過渡的時期」の一時的問題と捉えていたようである。重遠・前掲書583頁参照。

難している²²⁷。またそのような婚姻手続きは、ドイツ・フランス・スイス・イタリア等のヨーロッパ諸国のそれと大差なく、「何等革命的新案を加へた痕が見え（ない）」とも書いている²²⁸。しかしながら、「過渡的時期」の法的対応として、それは十分に想定可能であった（本稿前注226参照）。しかも婚姻は文字通りの「婚姻契約」に基づくのであって、「親族法典」70条によれば「婚姻ハ契約當事者ノ合意ニヨリテノ締結セラル」とされる。重遠はこの条文の「ノミ」という文言に着眼している²²⁹。こうして父母の同意も保佐人等の許可もなしに自由な婚姻契約によってのみ、婚姻が成立するのである（上記の煩瑣な婚姻手続きは「効力発生要件」にすぎないとも言える）。先ほど確認したように、重遠は革命ロシアにおける婚姻手続きの煩瑣性を非難しているが、わが国戦前の婚姻要件において原則「父母の同意」を要し（明治民法772条）、さらに戸主による同意も要したこと（同法750条）、かつまた戸籍吏への婚姻届には「成年ノ證人二人以上」の立ち会い（ないし書面提出）を要したこと（同法775条）については一切口をつぐんでいる（この点での日本の後進性に重遠が全く目を塞いでいるのは、やや異様である）。それはさておくとして、社会主義ロシアにおける「離婚制度」はどうであつたろうか。重遠は「ロシア革命が婚姻法に及ぼした影響中最大のものが二つある。第一は前述の如く宗教婚主義から民事婚主義に遷つたこと、第二は離婚が頗る容易になったことである」と述べる²³⁰。その上で重遠は、ロシア離婚法をもって「眞に革命的である」と規定している²³¹。それはなぜか。重遠は、以下の四つの点に即し、その「革命性」を説いている²³²。第一は、まず「離婚許容主義を採つたこと」であり、

227 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）582頁参照。

228 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）582頁。

229 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）584頁参照。

230 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）593頁。

231 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）596頁。

232 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）596-598頁。

つまりは宗教的離婚禁止主義からの離別である。第二は「離婚事件を民事裁判所の管轄としたこと」であり、これも宗教婚主義からの解放を意味する。さらに第三として、「離婚原因を列挙限定しなかつたこと」を挙げる。すなわち社会主義ロシア離婚法では「配偶者の一方の請求」のみによって離婚裁判が可能となった（『親族法典』87条。むしろ離婚請求の相当性・正当性は必要であり、その有無については当事者の申立の上で裁判所が判断する仕組みであった²³³）。重遠は、この立場を「各國現行離婚法中の新基軸」と評価している²³⁴。かてて加えて第四に「協議離婚を許したこと」である。ただし——ロック流の純然たる「離婚契約」によるのではなく——当事者の協議による離婚合意に加えて地方登記局の認可を必要とした点に、むしろ重遠は力点を置いている²³⁵。とはいえ、ロシア離婚規定によれば「離婚ノ請求」が「両配偶者ニヨリテ為サレタル」ことを登記課長が確認した上で「離婚ノ宣告」をなし、離婚当事者から請求があれば「離婚証書」を交付する仕組み（『親族法典』92条）なのであるから²³⁶、実体法的にはあくまでロック流の「離婚契約」が離婚成立の要件であり、登記課長の「離婚宣

233 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）597頁参照。

234 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）597頁。とはいえ、この革命ロシアの「革命的」で「新基軸」たる「離婚原因非列挙主義」も、重遠に言わせると、「相対的離婚原因主義」と五十歩百歩であり、わが「明治民法典」の列挙的離婚原因規定（明治民法813条1号から10号）に「其他正當ノ理由アルトキ」という「11号」を追加すれば、「革命的」になりうるのであるから（重遠の論理からすればそうなる）、革命ロシアの「離婚原因無原因主義」（重遠によれば「不定因裁判離婚制度」）も「絶對的に斬新とも云へぬ様に思はれる」と格下げされてしまう。なお、上記のような重遠のわが国離婚規定に対する当時の立法提案については、本稿後述「民法改正」論議の項目で取り上げる。

235 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）598頁参照。

236 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）598-599頁参照。さらに選択的に、離婚当事者は地方裁判所に離婚の申立てをすることもでき、その場合には裁判官の指定する期日に離婚当事者が出頭することになっていた。ただし重遠は、通常の協議離婚は「登記局」で申請が受け付けられるのであって、地方裁判所が管轄するのは1917年12月20日以前に成立した宗教的婚姻の「離婚」に限られる旨を述べている。重遠・前掲書599頁参照。

告」は単なる登記手続き上のものにすぎないとする見方（ないし「離婚宣告」を離婚の効力発生要件とみる考え方）も十分成り立つように思われる。これにつき、わが国明治民法典における協議離婚には（満25歳未満の離婚当事者による協議離婚につき）「父母ノ同意」を要した（809条）のであり、戸籍吏への離婚届の際も「成年ノ證人二人以上」の立ち会い（ないし書面提出）が必要であった（810条）。さらに裁判上の離婚原因としては、「妻ノ姦通」のみが挙げられ（813条2号）、この点での夫婦不平等は明白であった。これに対し重遠は、上記のわが国戦前離婚法の問題点を一切棚上げにして、ロシア離婚法上の協議離婚は「我民法の如く届出の一方的行為だけでは済まない」と述べている²³⁷。

最後に重遠は、以下の一文をもって「ロシア革命と婚姻法」を結んでいる

237 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）599頁。ただし重遠は、この記述をロシア離婚制度に対する批判として述べているわけではない。「立法論としては我民法もさうなくてはならぬのではあるまいか」と書いているからである（重遠・前掲書同頁）。要するに重遠は、一方でロシア婚姻法における婚姻成立要件としては「登記局」への申立手続きを「届書一本で済む我民法の婚姻手続から見ると頗る複雑面倒な手続」と非難し（重遠582頁）、他方協議離婚規定としては「登記局」の関与を立法論的に「見習うべきではないか」との趣旨を述べているわけである。この重遠の態度決定は、筆者（川角）にはややわかりづらい。本文でも取り上げたように、重遠は「我民法」の協議離婚については「届出の一方的行為だけ」で済むことを、どちらかと言えば肯定的に記している。その限りで「立法論としては（革命ロシアの「協議離婚制度」の如く）我民法もさうなくてはならぬ」（括弧内・引用者）という発想は出てこないはずである。にもかかわらず重遠が、ロシア協議離婚制度につき「立法論」として「我民法もさうでなくてはならぬ」という限りにおいて、重遠も当時のわが国「協議離婚」の問題の実態を十分に知っていたように思われる。すなわち、跡継ぎを生まない妻を、夫が姑と一緒にあって無理矢理「協議離婚」へと追いやるがごとき実態。あるいは、外に妾を置いて遊蕩し、挙げ句の果ては弊履を捨てるがごとく妻を追い出すための装置として「協議離婚」が利用されていた実態を、重遠は熟知していたのではないだろうか。それゆえにこそ、重遠は「革命ロシア」の「新法は單にロシア舊法に對してのみならず西洋諸國法一般に對して革命的と云ふべきである」（重遠600頁）と結論づけざるをえなかったものと思われる。

る。——「今一九一八年九月十六日のロシア親族法典中婚姻に関する規定を革命前の舊法と比較しつゝ、通覧すると、所謂過激派の革命的新立法が意外に過激でないことを發見するのである。新婚姻法の革新的中心點は、民事婚主義を採つたこと、及び協議離婚を許したことであつて、前者は革命前のロシア舊法に對し、後者は西洋諸國全體の現行法に對して、成程革命的であるかも知れないが、前者は我民法では當然の事であり、後者については我民法の協議離婚の方が尚一層自由であり否寧ろ放縱である。先頃過激派政府が婦人國有を命じたといふことが報道され（中略）斯う云ふ先入があつて、扨て此新婚姻法に對すると、我々の好奇心は大いに失望させられる（中略）。即ち婦人國有の噂の如きも、或は好事者流の虚構ではあるまいかとまで考へられる。（中略）要するに此一法典だけで過激派其ものを評價することは早計であらうが、これだけの推測は出来はしまいか。即ち一面には所謂過激主義が必ずしも無主義の亂暴狼藉ではないと云ふことが推測される。他面には所謂過激派の過激を以てしても人生共同生活の基本たる一夫一婦の婚姻制度は覆へし得ぬと云ふことが推測される。此に於て我々の好奇心は失望するが、我々の理性と人情とは稍々安堵するのである。即ちロシアの新婚姻法は過激派の立法としては意外に平凡であるが、其平凡が意外であるだけに却つて有意義なのではあるまいか（以下略）」²³⁸（傍点・引用者）。

238 重遠「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）614-616頁。なお1918年の「親族法典」以降のソビエト連邦離婚法及び連邦「崩壊」後ロシアの離婚法については、稲子宣子「ソ連の離婚法史」有地＝老川（編）・前掲書（前注191）149頁以下に詳しい。なお、森下鉄男＝篠田優（共著）「生活システムと法」小森田秋夫（編）『現代ロシア法』（2003年）231頁では、ロシア革命直後の「家族消滅論」を紹介している（保育園での育児等による社会的養育システムの充実によって旧来型の家族が消滅するという構想。1930年代には否定された。ちなみに、「家族消滅論」が重遠の言う「婦人國有論」とは全く無縁な存在であること、言うまでもない）。なお、稲子宣子は、ソ連崩壊後の旧ソビエト圏の家族法の状況を素描し、その将来像を展望している。そこで稲子は、次のように言う。——「1917年の十月革命は家族法の革命でもあった。（中略）ソメ

上記引用文は、実に「有意義」である。なぜなら重遠が1917年ロシア革命の内実のいかに無知であったか（むしろ、いかに「反感」を抱いていたか）が、分かるからである²³⁹。彼がロシア革命政権を指して「過激派政府」・

ソ連という連邦の法という意味での「ソ連の家族法」は30年代半ばから始まったが、60年代末に各共和国の家族法の基本的内容を統一する体系的な連邦法すなわち「ソ連と連邦構成共和国の基本結婚家族法」が作られ、各共和国はこれにしたがった独自の法典を制定した。この連邦法は、ソ連の解体により効力をなくした。しかしこの連邦法が定めた家族法の基本原則は、バルト三国を含む旧連邦構成共和国の現行家族法典の中で生きており、それは「ソ連」が家族法に残した遺産である」。稲子・前掲論文173-174。ここで詳論はできないが、現在の旧連邦構成共和国の現行家族法につき1930年代以降の「ソ連」が残した遺産」とは、重遠も指摘した民事婚主義の徹底化であり、協議離婚制度（「離婚の自由」）の採用であった。同時にそれは、熟慮されない婚姻締結とそれに伴う離婚の増加を受けて（それは当然に子の福祉に影響を与える）、協議離婚の際の身分事項登録機関への夫婦共同の出頭の義務化（それまではいずれか一方の出頭だけでよかった）及び離婚登録手数料を引き上げることにより、「離婚の自由」を一定程度制限した（稲子157頁）。その後1944年改正法で協議離婚制度の全面廃止と裁判離婚への一本化が図られ、同時に「子の養育の場としての家族」理念が強調された（稲子159-161頁）。そして1968年「基本結婚家族法」で（審議過程における激論の末）、「協議離婚制度」が復活した（その際、特に子の福祉が重視された。稲子165-166頁）。加えて1969年改正法では、離婚両親の「面接交渉権」を認め、子の福祉充実と離婚親の子への愛情伝達のを保障した（稲子167頁）。その後も「離婚の自由」=協議離婚制度が維持されたが、妻の「妊娠中および出産後1年以内」の夫からの離婚申請は「妻の同意」を要するものと改められ、「母と子の健康の保護」に配慮する規定へと結実した（稲子170頁）。そして稲子は、旧ソ連そして旧連邦構成共和国の「現行離婚法は、離婚に関する当事者の「自己決定権」の要請と、「子の利益の保護」をめざす国家の家族政策とのせめぎ合いの所産である」と総括している（稲子171頁）。

- 239 重遠は、「ロシア革命と婚姻法」同『離婚制度の研究』（前注126）574頁で「ロシア革命の顛末は一切省略する」と述べているが、そもそも「ロシア革命」について重遠がどれほどの知見を有していたか、疑わしい。あとで指摘することとも関連するが、重遠の「社会主義」理解自体、父陳重ゆずりの、素朴であり、かつ粗雑なものであった可能性が高い。たとえば白羽祐三『民法起草者 穂積陳重論』（1995年）冒頭の「社会主義と穂積陳重の法思想」同書1-31頁にかけて、白羽は陳重の社会主義理解がいかに杜撰であったかを詳しく論証している。本注で、その全面的な紹介は不可能だが、特徴的な点だけ指摘すれば、以下のようである。まず陳重は、「電気・電話」という新しい事象と「社会主

義」とを同列に論じていた。好奇心旺盛な陳重は新奇もの好きであり、「電気・電話」と同列に「社会主義」も知りたいというジレタント的欲求をもっていたようである（白羽・前掲書1-2頁）。ところが陳重の「社会主義」へのアクセスは、単にジレタントのレベルに終始するものではなかった。白羽によれば、陳重は山県有朋と親交をもち、その書簡において「無政府党员に関し通信者レ之候節、八束を経てお手元に差出し候」の一文を紹介している。これは、1907年（明治40年）の在米日本人有志が結成した「社会民主党」の党员による明治天皇暗殺予告事件（「ザ・テロリズム」事件）を、元老・山県が極秘調査した過程で陳重が山県に送った書簡である（白羽5-6頁。白羽は、その典拠として大原慧「幸徳秋水の思想と大逆事件」〔1977年〕239頁を挙げている。白羽5頁本文及び35頁注4参照）。これをもとに白羽は、「陳重→八束→山県」という秘密連絡ルート（「裏ルート」）の存在を確認している（白羽6頁）。加えて陳重は、その「英佛獨法律思想の基礎」（1889年〔明治22年〕）同『穂積陳重遺文集第二冊』（1932年〔昭和7年〕）所収165頁で、「佛國の法律思想は古來歴史上の理由あるを以て其思想の社會主義に基づくも敢えて無理とすべからず。（中略）我國の法律を説く者は如何なる主義に拠るべきか。國家主義に基かんか、社會主義を採らん乎、抑亦我國の歴史國體に基き、一の主義を發揮せんか。是れ余の切に我邦将来の法律思想を鑄造せんとする學生諸君に對し、特に其熟考を希ふ所以なり」（白羽22頁。傍点・引用者）と學生にアピールしていた。このアピールを受ける形で、陳重の「社會主義と法律」をテーマとしたゼミナールが実施されたわけである。その成果を、受講生・牧野英一が「社會主義と法律」という論稿で発表した（法学協會雜誌21卷1号〔1903年明治36年〕72頁以下）。このことは、すでに本稿前編（龍谷法学50卷1号注269、特に注277）で指摘したことである。ともあれ、以上を総括して白羽は、こう述べている。——「穂積陳重がいう社会主義なるものは、かなり曖昧・不正確なものである。けだし再三指摘するように陳重は、フランス革命やその影響を受けたフランスの法律思想を「社會主義に基づく」と称しているからである。彼は「国家」と敵対した「社会」ないし「社会なる觀念」・「社会の思想」をもって「社会」主義と解していたようである。勿論、陳重が真に愛したところの「国家」は「天照大御神の神勅」に基づく天皇制国家であることはいうまでもない。白羽・前掲書27頁。ちなみに、大村敦志・前掲書（前注1）69頁は、重遠の「「社会」主義」を論じている。この大村の書きぶりは——その基本スタンスは当然白羽と異なるものの——白羽による陳重「「社会」主義」の描写と偶然にも一致する。そして、その際に大村が、もっぱら重遠の社会重視・個人本位から社会本位へ・「社会力主義」等をもって、重遠「「社会」主義」のメルクマールとしていた点も見逃せない。この点、本稿後注241も参照。いずれにせよ、以上の論証によって重遠が父陳重ゆずりの「社会主義」理解をしていたことが確かなものとなる、と考える（重遠が学生時代、毎晩10時には父陳重の書齋を訪れ、法律論・進化論・社

、会論・歴史論を始め、様々な知識〔アネクドテ Anekdote〕を父親から仕入れていたことについては、本稿前注2とそこに記載している出典を参照)。まさしく、それゆえにこそ重遠は、ロシア革命政権を平気で「過激派政府」と呼んだに違いない(重遠が——父陳重のように——フランス革命を社会主義革命と混同することがなかっただけでも救いであった、と言うべきかも知れない)。かつまた革命前の帝政ロシアの暴政(労働者・農民に対する搾取政策)や身分的拘束(1861年2月の農奴解放令でいくぶん緩和されたものの)、さらには徹底した人権抑圧とデモ等への武力弾圧、さらに第一次世界大戦による食料自給率の極端な低下(農民の多くが兵士として駆り出されたことによる)、その帰結としての食糧難・飢餓の発生。これらが背景となって、レーニン率いる労・農・兵を中心としたロシア革命政権の樹立をみたのである。以上、和田春樹「ロシア帝国の発展」及び石井規衛=和田春樹「ロシア革命とソ連邦の成立」、和田春樹(編)『ロシア史』(2002年)227頁以下(農奴解放)、278頁以下(第一次世界大戦とロシア革命)参照。とりわけ、ロシア革命が食糧難を一つのきっかけとしたものであっただけに、当時の婦人・女性労働者の「パンよこせ」運動(ストライキ)の激増はすさまじかったようである。前掲書『ロシア史』287頁参照。このようなロシア革命の「内実」を、重遠がいかに知っていたのか。疑問なしとしない。ちなみに、「ソ連」崩壊直前の1988年、溪内謙『現代社会主義を考える——ロシア革命から21世紀へ』(岩波新書)169頁以下は、ロシア革命の「二重の性格」(「ブルジョア革命とプロレタリア革命の結合」、「都市の革命と農村の革命」、「民主主義と社会主義」等の織り混ざった「複雑な性格」)を描き出す。その上でレーニン死後、1930年代以降現在に至るまでの「ソ連」を「スターリン主義」として規定している(「スターリン主義」をスターリン個人に帰せるのではなく、より体制的なものと考えている。溪内179頁)。さらに「ソ連」崩壊直後、1992年に和田春樹は、死亡直前のレーニンの姿を「ネップを社会主義の大道」とし「文明化された協同組合員の体制」としての社会主義構築を目指していたと述べつつ、その後のスターリン体制の成立をもって「国家社会主義の完成」をみてとる(和田「国家社会主義の成立と終焉」和田春樹=小森田秋夫=近藤邦康〔共著〕『＜社会主義＞それぞれの苦悩と模索』23-24頁)。「国家社会主義」である以上、それはドイツ・ナチズムとの「共通性」(国家=民族の優位と一党独裁)を否定することはできない。しかしながら、「ソ連」崩壊直前に溪内が述べていた次の見解、すなわち「現代社会主義が政治を真に合理的な基礎の上に再建し、理性およびヒューマニズムが古典マルクス主義において占めていた権威ある地位を自らにとりもどす」(溪内246頁)ための営為は、なお現在の課題としてわれわれの前に存在する。その意味で「ソ連」(及び東欧社会主義)の崩壊は、真の「社会主義」のあるべき姿を問題提起するための歴史的事実として、これをむしろ積極的に受けとめる必要があろう。このように、なるほど「社会主義」の捉え方には困難がつきまとう。それを、人類の世界へ

「過激主義」などと呼ぶこと自体、如実にそのことを表現している。なるほど、ロシア社会主義政権（特に1924年1月21日レーニン死後のソビエト社会主義共和国連邦）に問題があったことは確かだろう（だから本稿前注223で点描したように、1991年の「崩壊」をみたのである）。だが、社会主義政権を直ちに「亂暴狼藉」の「過激派」呼ばわりするのは、あまりにも短絡的であり、かつ安直な態度であるとする。少なくとも当時の初期ロシア革命政権は、レーニンの的確な指導もあって国際的な干渉戦争（日本の「シベリア出兵」については、本稿前編・龍谷法学50巻1号163頁で触れた）に耐え抜き、「男女平等」・「夫婦対等制」・「8時間労働制」・「教育の無償化」等を実施し、さらに理性的に市場経済導入政策（「ネップ」）をも採用した（このことも本稿前注223で指摘した）。また当初は共産党一党支配ではなかったし、多数党派による議会運営もなされていた（要するに「国政への人民参加」の実施。これに対し、他党派が弾圧され、一党独裁体制が開始されたのはスターリン体制以後のことである²³⁹⁻¹）。したがってロシア初期革命政権を、「過激派」・「過激主義」呼ばわりして、たとえば現在の北朝鮮政権などと同一視するかのような重遠の理解は学問的ではない。ましていわんや、ゲリラの過激派組織を連想させるような表現を学術論文で用いるべきではない（重遠の著作が刊行された1924年〔大正13年〕の学界状況及び民法学のレベル・新聞報道等のあり様を踏まえても、そのように言うことができると考える。なお、本稿前注223末尾も参照されたい）。言い換えるならば、上記重遠のようなロシア革命に対する態度は、研究者としてのあるべき姿に照らせば、自覚的な「無理解」の産物であり、かつまた「偏見」の所産と言うほかない、と考える。かてて

ㄴ 史的過程の中で、理性的かつ理論的に解剖する重要性を、本稿は追求しようとしている。そのような「姿勢」との対比において、重遠（及び父陳重）の「社会主義」観に問題はないか。本稿は、これを問いかけようとしている。

239-1 溪谷謙・前掲書『現代社会主義を考える』（前注239）179頁及び和田春樹＝小森田明夫＝近藤邦康（共著）・前掲書『＜社会主義＞それぞれの苦悩と模索』（前注239）24頁（和田執筆）を参照。

加えて、重遠が、もっぱら本論文「ロシア革命と婚姻法」を、彼の「好奇心」本位で書いたことが分かる点でも、「有意義」であった²⁴⁰。むろん筆者（川角）は、ここでも批判的な意味で「有意義」と言っているのである。とりわけ重遠が、社会主義＝「婦人國有」の噂話を論文に書き記す感覚は、なんとも理解しがたい（ちなみに、重遠はこの「ロシア革命と婚姻法」の初出を「國家學會雜誌」[34巻9号[1920年]]に掲載したのであった。この「権威」ある學術雜誌で重遠によってロシア革命＝「婦人國有論」が「噂話」として取り上げられたわけである。このことも信じがたい出来事だが、あくまで事実である）。この点やや敷衍しておこう。たとえば、ドイツで社会主義的婦人解放論を主張し、かつまたドイツ社会民主党の党首をも務めたアウグスト・ベーベル（August Bebel, 1840-1913）は、その『婦人論』（原書題名は『婦人と社会主義』（Die Frau und der Sozialismus）を、1879年にライプツィヒで公刊した²⁴¹。その著作でベーベルは、まず原始社会における婦

240 筆者（川角）は、そのような意味での重遠の「率直さ」——「好奇心」をもってロシア革命と婚姻法を観察したと告白する態度——が、いわば彼の持ち味の一つであったとも思う。大村敦志の評言を借りれば、重遠の「春風駭蕩」さの現れとも言えよう。大村・前掲書292頁参照。ちなみに、その箇所で大村は、重遠が「八方美人」とも評されていたところ、むしろそれは「多様性に対する包容力と解すべきだろう」と述べている。この評言は、大村自身の「春風駭蕩」さの現れ、と言うべきであろうか。大村はみずから「重遠流」・「重遠らしさ」に学ぶところが多かったようである。大村・前掲書312頁及び315頁の記述を参照。

241 わが国でも現在、岩波文庫版でベーベル（草間平作・訳）『婦人論（上）（下）』（1971年改訳版。翻訳書初出は1928年）を読むことができる。その「訳者序」で草間は、ベーベルが、ビスマルク支配下のドイツにおいて大逆罪の嫌疑を受け獄中に繋がれていた4年半の期間、経済学と歴史の研究及び婦人問題の研究に打ち込み、本書を手がけたと記している。『婦人論（上）』4-5頁。ちなみに重遠は、1912年12月16日から1914年5月31日までドイツ留学を経験している（ボンとベルリン）。ベーベルの著作が刊行されて33年ほど経った時点のことである。重遠はボンにおいて経済学者で婦人問題にも詳しく河田嗣郎（1883-1942年）とも交流したらしい（大村・前掲書〔前注1〕37-38頁）。ベルリンではコーラー（Josef Kohler, 1849-1919）の「親族法」を聴講した（重遠・前掲書『欧米留学日記』〔前注13〕48-49頁。重遠は「コーラー教授の親族法は、ノ

「僕も多少研究しているから言葉が残らず解る点は愉快だが内容はいささか簡略すぎるし、割れ鐘のような声でガナリたてるので耳に快い講義ではない」と記している。なお大村・前掲書〔前注1〕42頁も参照）。しかしながら、1年半のドイツ滞在中、ペーベルの『婦人論』（『婦人と社会主義』）には接しなかったようである。だからこそ社会主義に対するある種の無知をさらけ出したに違いない。重遠は、ドイツでは語学の家庭教師に若いドイツ婦人を雇い、ダンスにも興じたらしい（大村・前掲書37-39頁参照）。だが、博学・該博な重遠もペーベルの『婦人と社会主義』については、およそ視野の外に置いていたようである。それをもじったのか、大村敦志は、重遠の理論的スタンスにつき、次のようなコメントを付している。すなわち「重遠はどのような法理論を展開したのか。誤解を恐れずに言うならば、そこで示されたのは多元的（多層的な）「社会」主義であると言うことができよう」（括弧内・原書）、と。大村・前掲書69頁。その箇所で大村は、重遠の「「社会」主義」を指し、「①法の認識の次元における方法的社會主義（社会学的考察を重視し、社会問題への関心を持つ）。②法の目的の次元における価値的社會主義（個人本意ではなく社会本位を標榜する）」を挙げている（大村は、この二点において、父陳重と異なる「重遠らしさが現れている」ともいう）。さらに重遠「「社会」主義」の他の点として、大村は「③法の存在の次元における非実定法主義＝自然法主義（制定法以前の「法」の存在を想定する）。④法の実現の次元における公権力主義＝社会力主義（法のメルクマールを国家による強制ではなく社会による強制に求める）」を挙げ、この二点については父陳重の「影響が窺われる」と言っている。ちなみに、大村が上記①と②につき、カギ括弧なしで「社会主義」と言っている点（大村は春風駘蕩主義でもってどっちでもかまわないと考えたのだろうか。それとも社会主義に関する大村流の博学さを根拠とするのか、不明である）、及び「公権力主義」をもっぱら「社会力主義」として把握し、「国家的強制」と切り離している点など、疑問に思われる。なぜなら、普通「公権力」という場合、国家権力を当然に含むはずであるからである。たとえば、行政手続法2条2号は「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」と規定し、さらに国家賠償法1条では「国又は公共団体の公権力の行使」という文言まで出てくる。これらのことを大村が知らないはずはない。にもかかわらず、「国家による強制」でないものが、どうして「公権力」主義となるのであろうか。不思議でならない（仮に大村が「法の実現の次元」で「公権力主義＝社会力主義」を論じているのであるとするならば、「三権分立」との関係で「法」がいかに位置づけられるのか説明を要しよう。ここで「法」は「慣習法」〔生ける法〕に局限したものとしてではなく、文字通り「一般論」レベルで取り上げられていると解されるからである）。大村は好んで「公」的なものを「市民社会」に取り込み、民法的なレベルで再構成しようとする（たとえば大村「民法と民法典を考える——「思想としての民法」のために」広中俊雄・責任編集『民法研究第1巻』〔1996年〕5頁以

人の地位から論述を開始している（その点ではエンゲルスの『家族、私有財産および国家の起源』〔原書初出1884年〕の論述スタイルとほぼパラレルである）。そしてベーベルは、「母権と父権との争い」を考察したのち、キリスト教における婦人論、中世の婦人の地位、ルター宗教改革の影響、フランス革命と婦人論などを取り扱っている。さらに「現代の婦人」の項目では、社会経済生活における結婚と離婚の問題を論じ、売春問題を批判し、婦人の職業上の地位・法律上の地位に論を及ぼしている。すなわち、私法上は男女平等（夫婦同権）のための闘争についてであり、政治上は男女普通参政権獲得のための闘争について書き記している²⁴²。さらにベーベルは、資

ゝ下、特に31-32頁及び同『法典・教育・民法学』〔1999年〕24頁以下参照）。もちろん、そのような試み自体は否定されるべきことではないが、仮にそのことが大村「公権力主義＝社会力主義」の理論的根拠となるのであれば、その旨を読者に分かりやすく説明しておく必要があったように思われる（その際、重遠自身がそのような「公権力」観を採用していたかどうかを「検証」しておくべきこと、言うまでもない）。

- 242 ベーベル『婦人論（上）』（前注241）366頁以下（「私法上の同権のための闘い」）。なお同書371-375頁でベーベルは、男子による特権的離婚制度克服の歩みをフランス、ドイツ、スウェーデン、デンマーク、ロシアにわたって考察している。さらにベーベル同書376頁以下（「政治上の同権のための闘い」）を参照。ついでながら、なにゆえ重遠が「ドイツ離婚法」について独立した論稿を残さなかったのか。不明である。すでに紹介したように、重遠はそのヨーロッパ留学で1年半ほどドイツに滞在し、ベルリン大学でコーラーの「親族法」も聴講している（本稿前注241参照。なお重遠・前掲書『欧米留学日記』〔前注13〕で、その「まえがき」を書いた重遠の長男・重行によれば、重遠は「特にベルリン大学において「家族法」を中心に聴講した。とりわけ「結婚」「離婚」の問題は生涯の課題となる」と記されている。同書「まえがき」v）。にもかかわらず、重遠は、結局「ドイツ離婚法」を書かないままであった。ちなみに重遠は、イギリス・フランス・ロシアの比較離婚法論に加えて、かなり長編の「ノルウェー新婚姻法」「離婚制度の研究」（前注126）617-692頁を書いている。1918年公布のノルウェー新婚姻法中の「離婚」に関する条文注釈が、その中心である。1918年新法以来、ノルウェーで「協議離婚制度」が採用されたことに重遠が関心を寄せた様子を伝えるものである。ただしノルウェー協議離婚制度においては、「婚姻生活の継続困難」を理由に「身分管理官」から「別居許可証」が当事者に交付されることが前提となっている。したがって日本の協議離婚制

本主義経済システムにおける国家と社会、「社会の社会化」を論じ、社会主義の下での「婦人の将来像」を語っている。そこで、こう言っている——「新社会（社会主義社会のこと——引用者）の婦人は社会的にも経済的にも完全に独立している。彼女は自由人、同権者として男子と向かい合って立ち、彼女自身の運命の主人となる。（中略）自然に適った生活条件のもとに生活する結果、彼女はその肉体的・精神的能力を必要に従って発達させ、かつ活用することができる。彼女は自分の希望や性向や素質に適合した活動の領域を選び、男子と同一条件のもとに働く。有能な労働婦人として一定の職業に従事する傍ら、彼女はなお一日のほかの時間には教育者、教師、または保母となり（中略）芸術を習得し、或いは科学を研究する。（中略）彼女は求婚し、あるいは求婚され、自分の愛情以外にはなんらの顧慮なしに結婚する。この結合は、中世までの結婚が一つの契約であったと同じように、官吏の干渉を要しない個人間の契約である。社会主義はこの点ではなんら新しいものを作り出さない。私有財産制が社会を支配する以前に一般に行われていたものを、より高い文化段階において、新しい社会的形態のもとに再興するにすぎない」²⁴³（傍点・原書）。この

度とはかなり様相を異にする。重遠『離婚制度の研究』663頁。これに対して、ドイツでは一貫して裁判離婚制度のみが明文化されてきた（現行ドイツ民法1564条以下参照）。重遠は、父陳重の影響もあってか、「自由離婚主義」へと方向づけられていたので、裁判離婚主義をとる「ドイツ離婚法」にはさほど関心がなかったのかも知れない（とはいえ、「精神病離婚」及び「相対的離婚原因」につきドイツ民法との比較を行っている。重遠『離婚制度の研究』〔前注126〕839頁以下及び869頁以下参照）。なお、東西ドイツ統一前の西ドイツ家族法（特に離婚法）に関しては、D. シュヴァーブ著（鈴木禄弥・訳）『ドイツ家族法』（1986年）151頁以下、及び本沢巳代子『破綻主義の採用と離婚給付：西ドイツ法との比較を中心として』（1990年）1-6頁参照。さらに、W. ミュラー・フライエンフェルス（他・共著。田村五郎・編訳）『ドイツ現代家族法』（1993年）95頁以下も参照（なお、この後者の著作は1993年刊行であるが、すべて統一前の論稿の翻訳である）。

243 ベーベル『婦人論（下）』（前注241）212-213頁。なお、マルクス『資本論』における婦人論については、本稿前注176参照。

ベーベルの記述で論じられていることは、かなり理想化されたものであるとともに、現実的に——労働運動及び男女平等化運動の成果もあって——資本主義社会の下ですでに実施されているものも含まれている（その点で「社会主義」が歴史的に果たした先進的到達点については、本稿で先ほど触れた）。とりわけベーベルが、婚姻の契約的結合につき「社会主義はこの点ではなんら新しいものを作り出さない」と述べていることは、重要である²⁴⁴。婚姻の契約的把握に関しては、思想的にも17世紀末にジョン・ロックの『市民政府論』ですでに典型的に把握されていたものであった（ロック『市民政府論』については、本稿前注172及びそれに対応する本文を参照）。ともあれ、この「世界的名著として有名」²⁴⁵なベーベル『婦人論』（『婦人と社会主義』）を読むだけでも、重遠の「社会主義＝『婦人國有』論」のい^いか^がわ^さがよく分かる²⁴⁶。重遠が、たとえベーベルを読むことがなく、それ

244 ただし、ベーベルによる中世の契約的婚姻理解については、中世的身分拘束（あるいは家柄問題など）との関係で議論の余地があるかも知れない。しかし、いわゆる庶民の間では一般的に契約的婚姻関係が形成されていた、とみてよいと思う。むしろ貴族や名家において、婚姻の契約的自由が縛られていたのではないか、と考えられる。このことは、たとえばシェークスピア（1564-1616年）の戯曲作品『ロミオとジュリエット』が象徴的に物語っているところでもある。

245 ベーベル『婦人論（上）』（前注241）3頁の草間平作「訳者序」の記述参照。

246 ちなみに川島武宜は、重遠の学問的業績を回顧して次のように言っている。——「穂積先生が法律学の著作をもって最も活躍された時期は、第一次世界大戦中から1930年頃に至る時期であったと言ってよいと考えるが、この時期は、日本の近代史において市民的民主主義思想および社会主義思想が、現実の社会的経済的地盤の上に華やかに開花した時期であることは周知のとおりであり、主としてこの時期にその学者的活動を終始された先生が、このような一般的背景の中においてどのような法思想を持っておられたかということは、日本の法思想史のみならず社会思想史を明らかにする上で、きわめて興味あり且つ重要な問題と認められねばならないであろう」。川島「穂積重遠博士の家族制度観——日本法律思想史の一面断」『川島武宜著作集第11巻・家族および家族法2』（1986年）265頁（なお原論文初出は、1952年であり、その後1957年の『イデオロギーとしての家族制度』にも収録されている）。これは重遠の法思想的側面を、川島がその進歩的性格において描き出そうとする上記論稿の出だしの文章である。このような立言に接するとき、いよいよ重遠によって「ロシア革メ

が学問的に非難されないことだとしても²⁴⁷、なお社会主義＝「婦人國有」を学術論文で論ずる重遠の学問観は、あまりまともなものとは言えない²⁴⁸、と考える²⁴⁹。

（お）イギリス・フランス・ロシアの離婚法・比較の試み

さて、以下では上記重遠によるイギリス・フランス・ロシア比較離婚法論の簡潔な総括を試みよう。まず、ここでは再度、若き重遠の研究モチーフを確認しておく。繰り返しになるが、あえて引用しておきたい。その出発点はこうであった。——「（一）間口が廣過ぎないで奥行きが深いもの。間口が餘り廣いと手廻り兼ねるし、奥行きが浅いとすぐ行詰つてしまふから。（二）法律問題にして道德・宗教・社會・文藝に亘るもの。

ゝ命と婚姻法」で示された思想的観点（社会主義＝「過激派政權」・「過激主義」、あるいは社会主義＝「婦人國有論」）は、当時の重遠の思想そのものの内実に迫る重要な要素をもっていたように思われる。もしかすると川島は、重遠「ロシア革命と婚姻法」を読まないまま上記文章を書いたのかも知れない。ただし、重遠が戦前の「民法改正」論議において、復古的・反動的「家」思想を批判し、それに敢然と対峙しようとしたという点で、川島の重遠評価はあくまで正当であったと考える。この点、本稿で後ほど再論する。

247 ちなみに、ベーベルの『婦人論』（前注241）は、1927年（昭和2年）に春秋社「世界大思想全集33巻」の加藤一夫・翻訳で出されている。岩波文庫版の出版はその翌年1928年（昭和3年）であった。すでに示したようにベーベルの原書は1879年出版であるから、東京帝国大学図書館にはすでに所蔵されていたのではないだろうか。また重遠のドイツ留学中、ベーベルの原書に触れる機会は少なくなかったように推測される。

248 なお、大村の重厚な『重遠論』では、『離婚制度の研究』が「離婚法研究の古典としていまでも参照される」とされ、もっぱら重遠による無題のまえがき（なかでも愛息との死別）が紹介されるにとどまっている。

249 ただし1920年代ロシアでは、「家族消滅論」が流行したことがあり、「無責任な性的結合関係を正当化するために利用された苦い経験」があるという。稲子・前掲「ソ連の離婚法史」・有地＝老川（編）前掲書（前注238）161頁参照（なお「家族消滅論」については、本稿前注238でも指摘した）。革命後のロシアで、一時期放縦な男女関係が正当化されようとしたことは確かにあったらしい。にもかかわらず、それは重遠のいう「婦人國有」論とは遠くかけ離れた——全く質の異なるところの——社会的レベルでの婚姻事実問題に関する歴史的一コマに過ぎないと言うべきである。

法律學者だから勿論法律問題を撰ぶが、単純な法律問題では十分に僕の興味をそゝらない。(三) 現在の問題にして過去に遡り将来に跨がるもの。即ち沿革研究の興味あり又立法論の出来るもの。(四) 我國の問題にして同時に諸外國の問題であり、即ち比較研究の種になるもの」(本稿前注11に対応する本文参照)。それを踏まえて重遠は、以下のように言う。すなわち「斯う考へて見ると離婚法はこの四つの標準にピッタリはまるのであつて、分量だけ大きな本を一冊書いたきりで決して研究の成果を挙げたとは言はぬが、主題の選擇をあやまつたとは思はぬ」(本稿前注12に対応する本文参照)。このような重遠の自己評価は確かに当たっている。彼の『離婚制度の研究』は、文字通り歴史に残る偉大な業績であつた。とりわけ上記(二)(三)(四)のモチーフは、そのままこの『離婚制度の研究』に結実している。イギリス・フランス・ロシアの比較離婚法論に即していえば、カトリック的宗教婚主義から民事婚主義への歴史的展開が生き生きと論じられ、かつ社会的(=政治的)問題とのリンクも見事である(なかでも「フランス革命と離婚法」にその典型を見ることができよう)。ただし課題も残る。たとえば、イギリス離婚法史ではジョン・ロック『市民政府論』における離婚論(離婚契約論・協議離婚制度の採用)が全く論じられていなかった(「フランス革命と離婚法」で離婚制度賛成論者としてロックの名が挙げられているのみであつた。本稿前注173参照)。このことは実に惜しまれる。さらに「ロシア革命と婚姻法」で重遠は、社会主義=「過激派政府」のレッテルを貼り²⁵⁰、加えて社会主義=「婦人國有」論(「噂話し」)を説くに及んでは、

250 ちなみに重遠「『ロシア』革命と親子法(一)(二)(三・完)」法学協會雜誌39卷1号1頁以下、同39卷2号45頁以下、同39卷3号39頁以下(いずれも1921年〔大正10年〕)は、浩瀚なロシア親子法論であつて、革命後の「嫡出子私生子の差別待遇撤廃」(39卷1号2頁)などを紹介するものであるが、そこでも重遠は執拗に——かなり数多くの箇所——ロシア社会主義政權を「過激派政府」と呼んでいる。にもかかわらず重遠は、ロシア親子関係に関して、特に「後見制度」の私法から公法への移行を指して、「私は『ロシア』の新親族法典が革命的と云はんより寧ろ進化的であるのに興味を感じる」とも述べている(39卷ノ

重遠の重遠たるゆえん（「異なることを認めつつ（正しく）包摂する」・「多様性に対する（理論的に正確な）包容力」——大村・前掲書〔前注1〕292頁。なお括弧内・引用者）が掻き消えてしまったように思われてならない。残念である。

要するところ、イギリス・フランス・ロシア等の西洋諸国では、基本的に現在でも協議離婚制度を採用しておらず（ただし、フランス及びロシアは別である）、裁判離婚制度を維持しつつも、客観的な「破綻主義」の導入という点では軌を一にする、と言ってよい。これは重遠の離婚制度論・離婚立法論とも共鳴する歴史的傾向であった²⁵¹。ここでは、さしあたりそのことを確認しておくにとどめる。以下では、大正デモクラシー期における家族法改正を中心とする「民法改正」論議に視点を移そう。そして、その論議における重遠のスタンスを確認したい。

＜iii＞「民法改正」論議によせて

（a）序論——大正デモクラシー期における重遠家族法の展開（概説）

重遠は、あとでも示すように、淳風美俗をモットーとした「民法改正」論議において活躍した。それを理論的に支えたのが大正デモクラシー期における重遠の家族法研究の成果であった。これまで本稿では、重遠の「婚姻予約有効判決」論ないし「内縁」論及び『離婚制度の研究』の成果と問題点を探った。その『離婚制度の研究』の刊行直後、大正デモクラシー期末、重遠は相続法の教科書も書いた²⁵²。その内容は、基本的には、明治

ゝ3号54頁）。重遠らしい「進化論的」理解が示されており、かつまた「後見制度」に関する彼の独特な捉え方も同時に表現されているように思う。要するに「革命ロシア」における「子の養育」ないし「子の福祉」は、広く社会全体が責任をもち、主体的に取り組むべき事柄として位置づけられていたのであり、「後見制度」の私法から公法への移行もその試みの一環にはかならなかった、と思われる。その限りで重遠は、ロシア革命後の「後見制度」の「進化的」側面を承認するのである。

251 日本を含めた諸外国の「破綻主義化」の進行につき、とりあえず床谷・前掲論文「穂積重遠『離婚制度の研究』」（前注126）686頁参照。

252 重遠『相続法大意』（1926年〔大正15年〕10月）。

民法典（親族・相続規定）の解説に重点を置いたものであるが、その末尾で長男子単独相続性の「緩和」を模索する立法提案、さらに生存配偶者（特に妻）の相続権に関する立法改正論を提示している²⁵³。他方で重遠は、その『民法総論』において「妻の行為無能力制度」（明治民法14条）を廃止すべきだという大胆な主張もしている²⁵⁴。これらは、重遠ならではの男女平等・夫婦平等重視の着想であり、またその具体化のための論陣であった。大正デモクラシー期にふさわしい家族法の構想であった、と言ってよいと思われる。同時に重遠は、先に『離婚制度の研究』でみたようにロシア革命への偏見にとらわれ、かつまたわが国天皇制「國體」思想への半ば無批判的な姿勢をみせていた²⁵⁵。そのような重遠が、大正デモクラ

253 重遠「相続法」（前注252）223頁以下及び225頁以下参照。なお「生存配偶者の相続権」に関連して、重遠には「寡婦の相続権（1）（2）（3・完）」法学協会雑誌36巻1号39頁以下、法学協会雑誌36巻3号49頁以下、法学協会雑誌39巻4号1頁以下（いずれも1918年〔大正7年〕）がある。この論稿は、その前年、1917年（大正6年）の『法理學大綱』及び同年の『親族法大意』に引き続き刊行されたものであり、しかも相続法に関する本格的な著作である。家督相続制・長男子単独相続制の下で「生存配偶者」たる「寡婦」の相続権を論じたのである。この問題を重遠は、「婦人の法律上の地位に関する一問題として考へてみたい」と、そのモチーフを開陳している。いかにも重遠らしい動機付けであると思う。そして、その問題を、ローマ法の考察を起点として、フランス、ドイツ、スイス及び「其他の欧州立法」（ベルギーやモナコ、北欧三国等）にわたって、まさしく重遠らしい博識でもってその比較法的考察を展開している。そして重遠は、わが国の相続制度に目を転じ、「我民法の生存配偶者相続制度（なかならず寡婦の相続制度）が欧州諸國法のいづれの制度とも大いに趣を異にした特殊の立法であることを知りうる」とする（重遠「寡婦の相続権（3・完）」23-24頁。括弧内・引用者）。

254 重遠・前掲『民法総論』（前注81）152頁参照。

255 それゆえ、男女平等論の優れた提唱者であった重遠も、万世一系の天皇制の下での「皇室典範」の男子優位思想については、立ち入った批評・論評はしていないように思われる。管見の限りではあるが、戦後、東宮大夫になってからも、重遠は、こと「皇室典範」の男女差別規定（1条「皇統は、皇統に属する男系の男子が、これを継承する」）に関しては、それを具体的かつ批判的に論じた様子は窺えない。これこそ、重遠「男女平等論」の決定的な限界を指し示すものであると思う。本稿統編でも、改めて触れることがあろう。さしあた

シー期の「民法改正」論議でいかなる姿勢を示したか。興味に駆られる。まずはその「民法改正」論議の背景を探っておこう。

（β）大正デモクラシー期の「民法改正」論議の背景

すでに本稿前編（龍谷法学49巻4号99頁注258）でも指摘しておいたように、「家」制度とそれに基づく家督相続制度（長男子単独相続制度）、戸主権制度を基軸とする明治民法典（親族・相続）のあり方に対して、穂積八束（1860-1912年）は、「家族道徳を破壊する」ものとして批判していた。明治民法典の「家」制度²⁵⁶では不徹底きわまるとの批判である。この批

り、戦前と戦後の「皇室典範」の比較につき、所功『皇室典範と女性宮家——なぜ皇族女子の宮家が必要か』（2012年）246頁以下参照。いずれにせよ、男系尊重主義・長男子優位主義において、戦前と戦後の「皇室典範」は連綿と継続している。なお『皇室典範と女性宮家』の著者・所のスタンスは、基本的に皇位の男系継承主義を尊重しながら、例外的に「女性天皇」も、そして「女系（母系）継承」も許容する方向での典範改正を展望している。所・前掲書218頁参照。はたして重遠自身の立場は、どうであったろうか。ちなみに重厚な「重遠論」を展開した大村敦志は、たびたび「フェミニズム」・「婦人運動」・「女性文学」等に言及するにかかわらず、皇室典範における「男女不平等論」には触れていない。それゆえ、それに関する重遠の態度にも言及がない。ただ大村は、率直に「重遠の光の側面に着目しすぎたきらいがなくもない」と告白している（大村・前掲書312頁）。同時に大村は、「（重遠の）「短所」の評価にあたっては、当時の時代状況を勘案しつつ、個々の問題ごとに具体的な評価をしていく必要があらう」（括弧内・引用者）とも指摘している（大村313頁）。この大村の指摘は——学問的にはきわめて当然かつ自明なことに属するが——本稿執筆にあたって著者（川角）も最大限留意したことである。

256 明治民法典の起草過程で特徴的であったのは、「庶民のなかに広範にみられた現実の家族秩序の方は民法の規定から縁遠いものとして放置しておき、家族制度のイデオロギイ的側面を高唱することによって、権力に従順な倫理観をもった「臣民」を育成することの方にその重点がおかれていたといえよう」とされていることである。井ヶ田良治＝山中永之佑＝石川一三夫（共著）『日本近代法史』（1982年）229頁（石川）。要するに、明治民法典の「家」制度観念は、八束的な「家族法＝公法論」や「家」法人化論に与する一歩手前で踏みとどまっていたが、八束的な発想にかなり妥協的な態度を取っていたことは確かであるように思われる。それを裏付けているのが、いわゆる「家族国家論」であった。前掲書『日本近代法史』同頁によれば、(1) 家系の古さ（いわゆる万世一系）や家系の神性および祖先一体観など、血統についての信念や価値観を説いて国

判は、八東の「家法人」化論（1898年〔明治31年〕）のうちに体现され、かつそれによって根拠づけられていた²⁵⁷。すなわち八東においては、

「家権力を正当化すること。(2) 天皇と人民との関係を親子と類推したり、国を家と擬制することによって、情緒性にうったえながら権力を正当化すること。(3) 出生にもとづく地位と役割を説いて、身分的秩序の必然性と宿命性を正当化すること。(4) 帰一（没我）の原理の強調による自己主張の禁止とか恭順の強調による絶対服従の教説など、権力支配の内容について家族主義的に解説することが、その「家族国家論」として論じられていた、とされる。これに関しては、川島武宜『イデオロギーとしての家族制度』（1957年）30頁以下も参照（この川島の著作は『川島武宜著作集第10巻・家族および家族法1』（1983年）200頁以下に収録されている）。上記「家族国家論」は、おそらく帝国憲法の施行時に公布された「教育勅語」による洗脳の効果とあいまって明治民法典における「家」制度観念を補強するものであったと考えられる（なお家族制度論における「教育勅語」のイデオロギー的機能については、磯野誠一＝磯野富士子（共著）『家族制度——淳風美俗を中心として』（1958年）91-103頁参照）。このように強固な「家」イデオロギーのもとでは、梅謙次郎の開明的思想もそれと対抗するだけの力を発揮する状況ではなかったのではないかな。なにしろ穂積陳重もまた、第八東ほどではなかったにせよ「一國の法は概ね祖先教より成りしものなり」と述べ、「我邦に於て萬世一系の皇室を戴くことを得るは、一つに祭祖を以て立國の基礎と爲し、祭政一致を以て政事の根本と爲したるに因るなり」と記していたからである。『穂積陳重遺文集第四冊』（前注47）524頁及び533頁（編者・重遠の言によれば上記引用文は、陳重の「祭と法」と題した「草稿」中に記載されたものである。この「祭と法」の正確な執筆年代は不明とされている）。ついでながら、富井政章もその著『損害賠償法原理〔講義〕完』の刊行年を皇紀「二五五五年」と記している（信山社1991年復刻版表紙を参照。大村敦志の引用によれば、西暦1895年刊行とされている。大村「不法行為判例に学ぶ」〔前注56〕77頁注49参照）。こうして三人の民法典起草者のうち、穂積陳重も富井政章も、真底からの天皇制崇拝論者であったことがわかるように思われる。このような中、いくら「リベラリスト」梅謙次郎が抵抗しようにも通用しない力関係が既成事実として出来上がっていたわけである。なお、梅自身の「政治的多面的性格」については、本稿前編龍谷法学49巻4号（2017年）82-83頁注211参照。さらに、穂積陳重の第八東への「異質性」と「連続性」という「二つの要素」（「二つの顔実体」）については、福島正夫「兄弟穂積博士と家族制度」『福島正夫著作集第2巻・家族』（1996年。原論文初出は1979年）389-391頁を参照。

257 以下の記述は、我妻榮『家の制度——倫理と法理』（1948年）163頁以下に負うところが大きい。我妻榮（1897-1973年）は、自由民権運動期の「家」思想の対立構図から説き起こし、明治民法典での家族法の審議過程を要領よく概観したのち、その直後から展開された穂積八東らの「家」法人化論からする明治メ

ヨーロッパ的な法人理論を脱却して、きわめて日本的な色彩を帯びたところの「祖先ノ威霊ノ不死ノ大義」を「家ト謂フ法人格ノ觀念ニテ彰表スル者」として「家法人」が位置づけられたのである²⁵⁸。これは万世一系連綿として継続する天皇家の下位的基礎単位としての「家」を、不死たる「祖先ノ威霊」の継承組織として「法人化」しようとするものであった。すなわち、個としての家族員を「法人」としての「家」に吸収し、融合化せしめようとする見解であった。八東は、そのような立場から明治民法典の「家」制度をなまぬいと批判したのである。これに対し、1902年（明治35年）に梅謙次郎は、「戸主権」の将来的廃止を展望する立場から、八東への反対説を展開していた²⁵⁹。この両者のうち、現実には八東的な方向での「淳風美俗」に基づく「家」制度強化を目指す立場からの「臨時教育会議」設置、及びその答申にもとづく「民法改正」論議が大正デモクラシー期に展開した²⁶⁰。その「臨時教育会議」による「民法（家族法）改

ゝ民法典批判や、対するに梅謙次郎の「戸主権廃止構想」論などの明治民法典改正論を描きつつ、大正デモクラシー期の「淳風美俗」と「家族制度」論及び「民法改正要綱」審議における「家族制度」論さらには「民法改正要綱」の批判と「家族制度」論を克明に跡づけている。ただし、我妻自身の「家族制度」観には微妙なブレも見受けられる。この点、本稿続編で触れる。

258 穂積八東「「家」ノ法理的觀念」（1898年〔明治31年〕）『穂積八東博士論文集』（1913年〔大正2年〕）430頁以下、特に434頁参照。

259 梅謙次郎「家族制ノ将来ヲ論ズ（講演）」法学志林4巻33号（1902年〔明治35年〕）9頁以下、特に「戸主権」制度の歴史的把握を含め19頁以下の記述が重要である。ちなみに梅は、「時機ノ到来ト共ニ家族制ハ廢シテ行クデアラウ、サウシテ歐羅巴ノヤウニ全ク家族制ト云フモノハナクナルデアラウト考ヘマス、此事ハ往往ニシテ反對説ヲ聞キマスカラ私ハ今日自己ノ説ヲ述ベテ諸君ノ参考ニ供シマス」と述べ、その講演録を結んでいる。梅・前掲論文34頁。なお小柳春一郎「民法典の誕生」広中俊雄＝星野英一（編）『民法典の百年Ⅰ・全般的觀察』（1998年）3頁以下、特に30頁も参照。

260 その歴史的背景・社会経済的背景などにつき、川口由彦『日本近代法制史（第2版）』（2014年）504-505頁参照（川口は、「商工業の発展と農産物商品化の進展」が「商品所有・交換者の自立を促し、必然的に「家」から遊離した「個人」を社会の表面に登場させる」として、当時の国家権力による「臨時教育審議会」の設置の必然性を読み取っている）。これに関連して、磯野誠一＝磯野ノ

正」を求める答申（「建議」）が示されたのは、重遠が留学から帰国した翌年、1917年（大正6年）9月のことであった。ときあたかもロシア10月革命の直前、米騒動（1918年〔大正7年〕7月）の前年のことである。周知のように「教育勅語」は、すでに「帝国憲法」が施行された1890年（明治23年）、その10月に公布されていた。それ以来、我が国教育体制は、「家的徳徳を基礎に「一旦緩急アレハ義勇公ニ奉シ以テ天壤無窮ノ皇運ヲ扶翼スヘシ」とする方向で徹底化されていた。にもかかわらず、国民（勤労市民・労働者・小作農民・都市知識人層等）の「自由・権利・平等」への思想は根強く、「自由民権運動」（1874年〔明治7年〕の「民撰議院設立建白書」から始まり、1884年〔明治17年〕の自由党解散を経て、1891年〔明治24年〕内村鑑三「教育勅語」不敬事件で終焉を迎えたと考えられる「運動」²⁶¹）をはじめ、その後の「大正デモクラシー」における普選運動・労働運動等の盛り上がり、近代文学興隆に象徴される自由主義思想・個人主義思想の一定の普及、さらには婦人解放運動・部落解放運動・社会主義運動の芽生えをみた²⁶²。これに当時の国家権力は——さらなる権力強化及び「ロシア革命」抑圧（シベリア出兵）さらには朝鮮半島植民化を前提とした中国大陆への帝国主義的侵略のための国民精神総動員体制の構築をにらみつつ——敏感に反応し、体制護持のため多面的・総合的な施策対応に迫られたのである²⁶³。その典型をなした

、富士子（共著）前掲書『家族制度』（前注256）は、その全体において、明治維新から民法典論争を経て明治民法典制定後の、「淳風美俗」を旨とする「家族制度」論の展開、さらにはその批判克服のための思想的格闘の所産としての現行家族法の理念を、歴史的・社会的・政治的・法的見地から多面的に描き出す優れた著作である。

261 「自由民権運動」については、本稿前編（一）で若干の概観を試みた（龍谷法学49巻4号〔2017年〕37-49頁参照。なお内村鑑三不敬事件については、同号64頁注141で簡単ながら触れている）。

262 「大正デモクラシー」期の思想動向・社会運動の実態については、本稿前編（二）で概説している（龍谷法学50巻1号〔2017年〕158頁以下参照）。

263 その一環として、すでに治安警察法が1900年（明治33年）に公布され、その前後にかけ一連の治安立法（集会・結社・言論・出版等を規制する法令）がメ

ものが、上記「臨時教育会議」の設置及び「建議」であった。この「臨時教育会議」は、「小学校から大学にいたるまでの学校教育、社会教育その他について諮問に答申したが、その基本線は「欧米の模倣をさけ護国の精神に富める忠良なる臣民を育成する」（寺内首相演示）こと」²⁶⁴（傍点・

、整備されたことも、すでに本稿で指摘しておいた（本稿前編〔二〕龍谷法学50巻1号150頁注8及び165-166頁注38参照）。さらに1915年（大正4年）には、当時陸軍歩兵第二旅団長であった田中義一（1864-1929年）が師範学校長会議に臨み、第一次世界大戦後のわが国で「国民思想の戦争がはじまる。この思想戦にうちかつために在郷軍人会と共に青年団の組織が必要」と訴え、その直後に内務・文部両大臣の肝いりで「全国青年団」が結成された。これは「軍隊強化策」を兼ねたところの、「彼ら（田中義一ら）のいう思想不良化に対する権力的、共同体的統制あるいは警察的監視の強化策の一つ」（括弧内・引用者）であった。このように「支配体制」の根底が揺るがされると支配層が考えるとき、その対抗策として常に「国民思想の統制」が図られ、強化されていく。当時の、その具体的な現れこそ「臨時教育会議の設置、その答申、建議」であった。以上につき、磯野誠一「民法改正（法体制再編期）」鶴飼信成＝福島正夫＝川島武宜＝辻清明（編）『日本近代法発達史2——資本主義と法の発展』（1958年）263頁以下、特に271頁参照。なお、当時の田中義一のモットーは「良兵即良民」主義であったとされる。額田厚「田中義一・総力戦国家の先導者」（2009年）71頁。その後田中は、1921年（大正10年）に陸軍大将、1923年（大正12年）に陸軍大臣となり、1927年（昭和2年）内閣総理大臣にまで登り詰めた。彼のもとで、1928年（昭和3年）「治安維持法改正緊急勅令」が出されたことは、周知の事実である。なお、上記1915年の「陸軍歩兵第二旅団長」の肩書きについては、額田・前掲書343頁以下の「田中義一略年譜」によった（田中は、上記師範学校長会議の直後、同年10月に陸軍中将参謀次長に任命されている。ちなみに「軍人」である彼は、「政治、経済、教育、そして思想問題」に対しても「早くから深い関心を寄せていた」とされる。額田・前掲書6頁参照）。

264 磯野・前掲「民法改正」（前注263）270頁。なお、戦後日本近代教育史研究の権威とされた海後宗臣（1901-1987年）編集の『臨時教育会議の研究』（1960年）には、「寺内内閣総理大臣演示」（33-34頁）をはじめ、詳細な「議事経過一覧」（21-31頁）及び「小学教育」・「高等普通教育」・「大学教育」・「師範教育」・「女子教育」・「通俗教育」・「視学制度」・「学位制度」等に関する諮問、「兵隊体操振興ニ関スル建議」・「教育ノ効果ヲ完カラシムヘキ一般施設ニ関スル建議」、「臨時教育会議委員略歴」等が掲載されている（総1037頁）。ちなみに、上記「通俗教育」では「通俗図書館・通俗講演会の取締り対策の不十分さ」が指摘され、かつまたそれと「教育ノ効果ヲ完カラシムヘキ一般施設ニ関スル建議」との不可分一体性が強調されている（839-841頁）。この後者の「建議」で、「法律制メ

引用者)に、その目的が置かれた。このような当時の政権側の思惑は、明らかに上記の穂積八束的な復古的・反動的要素に規定されたものであった²⁶⁵。言い換えれば、「家」イデオロギーの徹底化であり、「教育勅語」精神の更なる具体化・実効化であった²⁶⁶。とはいえ、当時の「家族」の

度ノ我が国俗ニ副ハザルモノハ之ヲ改正スベキコト」が発議され、答申・建議に至るのである(966頁以下参照)。なお、最終的な「建議」そのものは、「現行民法中我国古来ノ淳風美俗ニ副ハザルモノアリト認ム其改正ノ要領如何」であり、これを受けて「臨時法制審議会」が1919年(大正8年)7月に設置された(海後〔編〕・前掲書1016頁・碓井正久〔1922-2004年〕執筆担当参照)。以上の点につき、我妻・前掲『家の制度』(前注257)230-250頁、川島武宜「民法典の「親族」概念」前掲書『川島武宜著作集第11巻』(前注246)52頁以下、特に74頁注26参照(原論文初出は1950年。その後1957年の『イデオロギーとしての家族制度』(前注256)にも収録された)、さらに磯野誠一「民法改正と臨時教育会議」法学志林50巻記念論集「法と社会」(1953年〔昭和28年〕)136頁以下、特に148頁以下及び157頁も参照。

265 1919年(大正8年)の臨時法制審議会を後押しした社会的動向として何があったろうか。さしあたり、以下の指摘を挙げておきたい。——「ロシア革命の成功、飛躍的に増加してきた労働争議、小作争議、米騒動、それにひきつづいておこった炭鉱その他各地における労働者のはげしい動き、友愛会の労使協調の方針から闘争的組合への脱皮の動き等に脅威を感じて、権力層はその基盤をゆるがすものへの対抗策に腐心し、その一環として教育制度・教育内容の再検討と共に、民法改正がいよいよ前面に出されたのである」。磯野・前掲「民法改正」(前注263)273頁。

266 磯野・前掲「民法改正」(前注263)271-273頁に詳しい。なかでも平沼騏一郎(当時検事総長)による「皇道振起」・「国運進展」をモットーとする立場からの「教育勅語の御趣旨」の遵奉論(磯野272頁)は、われわれに強烈な印象を与える。そのような観点から、平沼は「法律制度ノ我カ國俗ニ副ハサルモノハ之ヲ改正スベキコト」につき、言及したのである(磯野同頁)。これにつき、臨時教育会議での、上記平沼の主張を彼自身の言葉で補っておきたい。彼はこう言っている。——「殊ニ日本ノ家族制度ハ祖先来ノ國俗デアルト考ヘル、此家族制度ト調和ヲ保テナイ法制ガ少クナイト考ヘモノデ、斯ノ如キ制度ハ速ニ之ヲ改正イタシマセスト云フト、後世憂フベキ結果ヲ遺スニ至ルデハナカラウカト我々ハ憂慮イタシテ居ル次第デゴザイマスル」。海後(編)・前掲書『臨時教育会議の研究』(前注264)974頁。なお磯野・前掲「民法改正と臨時教育会議」(前注264)152-154頁も参照。さしあたり、上記平沼発言で注意すべきことは、一般論としては八束的な思想に呼応する形で「家」制度の我が国「國俗」への従属化が強調されているが、八束的な「家」の法人化を含め、何ら具体メ

実態を直視し、そのような観点から家族制度をより前向きに改正してはどうかという積極的提案も、幾つかなされた²⁶⁷。これに対し、激しい反対論が沸き起こったのも必然であった。「臨時教育会議」が上記「建議」を打ち出した年、1917年（大正6年）に『親族法大意』を著し、その中で「小家族」論及び「男女平等」論（「夫婦平等」論そのものではない点に注意）を説いた重遠²⁶⁸が、この反対論に批判的であったのは当然である。1919

ゝ的な例示がなされていないことである。

267 磯野・前掲「民法改正」（前注263）276頁は、臨時法制審議会の「改正要綱は、支配層の改正の意図とはやや異なって、反動的な外観を呈しながらも実質的には明治民法よりも前進したものを含むようになった」と述べている。臨時法制審議会に先行する臨時教育会議では、あからさまな形での八束的天皇制イデオロギーによる国民思想統一の方向性が前面に出ていたのに対して、すでに「家」制度・戸主権制度・長男子単独相続制度（家督相続制度）を採用していた明治家族法は、臨時法制審議会の場では支配層からの西洋模倣主義＝個人主義的民法への攻撃を巧妙にかわして、一定の進歩的な家族法改正案の提示をなしたもののとも言えよう。むろん、臨時法制審議会での重遠の貢献も無視はできない。

268 重遠『親族法大意』（前注90）34-35頁及び73-74頁参照。重遠は、34頁以下で「家族制度ト個人制度」との関係論じ、わが民法（明治民法典）の立場をして「両者ノ中間二位スルモノ」としたが、個人的には「夫妻及び其保護下ニ在ル未成年ノ子ノ一團」を指すところの「ファミリー」をもって家族を構想しようとしていた、と考えられる（この点につき、重遠は断定的な記述を避けている。【大意】35頁参照）。さらに73頁以下で重遠は、「女権拡張運動」（feminism）に言及し、明らかに「男女平等」を志向している。とはいえ重遠は、「男女ハ平等ナリトスルモノ同一ニハアラズ」という観点を示し、よって「男女ノ平等ト夫婦ノ平等トハ同一物ニアラズ」という帰結に至っている（男女の「自然的特性」に注目すれば、男女が「同一」ではないこと、自明きわまりない。にもかかわらず重遠が、わざわざ男女が「同一」か否かを問題にしていること自体、一個の「問題」たりうることだと考える）。すなわち、結論として重遠は、当時の現行民法の立場たる「夫権制度」（夫婦不平等主義）を擁護しているのである（【大意】73頁。ちなみに、同書35頁で重遠は、「家族」を「親族的共同生活ヲ團結」せしめるものと捉えた上で、その「法律上ノ連鎖ハ夫権及び親権ナリトス」〔傍点・引用者〕と明言している）。さらに重遠は、【大意】75頁で、「妻の（行為）無能力」制度自体を否定することはせず、単にこれを「総則編」に位置づけることについてのみ「批難アリ得ベシ」と述べるにとどまっている。これは、その後「妻の行為無能力」制度（法律行為における妻の夫への従属。明治民法14条参照）を「恥づべき」ものと非難し、「私は此制度の廢止を提案したい」ノ

年（大正8年）7月に「諮問」され設置された「臨時法制審議会」（総裁・穂積陳重、副総裁・平沼騏一郎）において、重遠も牧野英一、鳩山秀夫らと共に幹事として任命された²⁶⁹。そこでの重遠の態度を、次にみよう。

（γ）「民法改正」論議における重遠の態度

川島武宜の評価によれば、「民法改正」論議の中で数ある論点のうち、重遠の活躍が光を放ったのは以下の二点、すなわち「庶子の入家に対する嫡母の同意」（「要綱第三」）及び「子の婚姻に対する父母の同意」（要綱第十）に関する審議においてであった²⁷⁰。以下では、その二点を基軸に「民法改正」論議における重遠の態度を確認しておきたい²⁷¹。

ゝとする重遠の立場（前掲書『改訂民法総論』〔前注81〕152頁）とは相容れないものであったと思われる。ちなみに重遠『民法総論』の初出は、1921年（大正10年）であって、その立論を1930年（昭和5年）の「改訂版」でも維持していると述べているから（重遠「改版に際して」参照）、彼の思想において1917年以降1921年までの間に夫婦不平等＝「夫権主義」擁護の姿勢から「夫婦平等」の立場への転換があったのではないかと推測される（ただし、この重遠の「提案」が行為能力制度に限定しての夫婦平等の「提案」であったのか否か。その検証は、今後に待ちたいと思う）。その「転換」に際して、もちまへの重遠流「フェミニズム」に加え、1917年（大正6年）10月のロシア革命がもたらした「男女平等」・「夫婦平等」思想、1918年（大正7年）7月以降の「米騒動」における家庭婦人（「主婦」・「女房」）の積極的な活動及び1919年（大正8年）7月に設置された臨時法制審議会での議論の経験、さらには1920年（大正9年）3月の「新婦人協会」の設立などが影響したのかも知れない。その検証も、今後に委ねざるをえない。

269 臨時法制審議会の構成員については、堀内節（編著）『家事審判制度の研究』（1970年）11頁頁及び560-561頁さらに大村・前掲書（前注1）85-86頁参照。ちなみに前者（堀内・前掲書）の扉書きには「家事審判制度の提唱者であり、熱意をこめて、その推進につとめられた 恩師 故 穂積重遠先生 に捧ぐ」と書かれている。

270 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」前掲書『川島武宜著作集第11巻』（前注246）265-266頁参照。

271 1919年（大正8年）7月に設置された臨時法制審議会では、まず「家事審判所」設置に関する案件が先に審議され、同年8月の第1回幹事会でそれに関する諸外国の立法例等の調査が開始されている。その際の基本的な価値基準ノ

（あ）「庶子の入家に対する嫡母の同意」に関して

従来明治民法典においては、いわゆる「嫡母庶子」関係が承認されていた。それによれば、夫が妾に産ませた子（私生子）は夫の認知によって「庶子」となり（明治民法827条2項）、（夫が「戸主」である場合には）戸主たる夫の同意によって夫の家に入る（明治民法735条）。よって「庶子」は、

「は「温情ヲ本トシ道義ノ觀念ニ基（ク）」ことに置かれていた。その実質審議は1921年（大正10年）7月から始められ、翌年5月まで続いた（その成果は、1939年〔昭和14年〕3月公布の人事調停法に結実し、戦後1947年〔昭和22年〕12月公布の家事審判法に受け継がれた）。その審議における重遠の役割も重要だが、ここでは割愛する（さしあたり大村・前掲書〔前注1〕86頁を参照されたい）。以上、磯野・前掲「民法改正」（前注263）278-283頁及び堀内（編）・前掲書（前注269）665-756頁の速記録参照（重遠はあまり発言していない。「親族会」重視の家事審判所設置反対派・花井卓蔵の発言が突出している）。ちなみに、臨時法制審議会で親族編改正要綱が審議の対象となったのは、1925年（大正14年）1月からである。磯野・前掲「民法改正」288頁参照。それに関する論点も数多い（大村・前掲書88-89頁参照）。ここでは「親族ノ範囲」（要綱第一）のみ摘記しておく。明治民法725条の「親族」規定は、① 6親等内の血族、② 配偶者、③ 3親等内の姻族であつて（梅・前掲書「民法要義」〔前注64〕2頁）、戦後の現行民法725条は、それをそのまま踏襲している。これに対して臨時法制審議会で諮問された要綱第一では、「① 直系血族、② 6親等内の傍系血族、③ 配偶者、④ 直系血族の配偶者、⑤ 三親等内の姻族及びその配偶者、⑥ 子の配偶者の父母、⑦ 養子の父母及び子の養父母」と、はるかに拡張されている。これに関して川島武宜（1909-1992年）は、「伝統的な『家』制度的家父長制の解体と、それに対抗してこれを維持しようとする反動との対立の所産である」（傍点・原書）と規定する。川島「民法典の「親族」概念」〔川島武宜著作集第11巻〕（前注246）52頁以下、特に92頁（なお、この論文は1957年の『イデオロギーとしての家族制度』（前注256）にも収録されている）。上記川島論文につき、磯野・前掲「民法改正」289頁参照。——ところで、川島の注目する「対立の所産」とはいかなる意味であつたか。それを直接川島に聞くならば、こうである。すなわち、親族の範囲を「はるかに」拡張することによって、「家」制度的家父長制の基盤が実質的に崩れ去る可能性を持たしめるとともに、家父長による「権力」の及ぶ親族範囲を拡大し、家父長権の実質的強化を促すことも同時に意味するから、である。したがってこれは、「法的にはナンセンスであるが、権威的な形で書かれたイデオロギーとして政治的には大きな意味をもっている」（傍点・原書）とされる。川島・前掲論文「「親族」概念」93頁。ちなみに重遠は、親族範囲「縮小論者」であつた。川島「「親族」概念」85-86頁参照。

嫡母（夫の「正妻」）との間で当然に法律上の親子関係を生じ（明治民法728条）、嫡母庶子間に遺産相続関係及び扶養義務の関係をも生み出した。要するに、その際に妻＝嫡母の「同意」は不要とされていたのである²⁷²。臨時法制審議会では、それを改めて、妻＝嫡母の「同意」をも要するとの改正案が提出された²⁷³。妾関係の事実上の存続を前提とする範囲内での改正案であるから、当然のことながら男子優位の「家」制度との「妥協的性格」をもたないわけにはいかなかった²⁷⁴。にもかかわらず上記「臨時教育会議」の建議を受けて設置された臨時法制審議会の建前からすれば、当然の如く反対意見が強力に沸き起こったのである。そのなかでも最も強硬な反対論者は、弁護士花井卓蔵²⁷⁵（1868-1931年）であった。川島武宜の観察によれば、花井の反対説の論拠は、以下の三点に集約される²⁷⁶。第一に、家父長の「血統」を継ぐ庶子が家長の同意のもと「入家」することは事理当然のことであって、他家から入ってきた妻の容喙すべきことではない。第二に、他家から入ってきた妻の発言権強化を容認することは、「家父長権絶対主義」・「妻の無権力」という家族制度の「建前」を崩壊せしめることを意味する。そして第三に、そもそも「国民の道義の源泉」たる「皇室」において「庶子の入家は皇后の同意を要しない」²⁷⁷にもかかわらず

272 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）266-267頁参照。

273 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）267頁及び磯野・前掲「民法改正」（前注260）293頁参照。

274 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）267頁

275 花井卓蔵の弁護士、特に刑事弁護の専門家としての活躍については、小田中聡樹「花井卓蔵」潮見俊隆（編著）『日本の弁護士』（1972年）177頁以下参照。花井は刑事手続改革の一環として予審制度廃止論を主張し（小田中179頁）、死刑廃止論も強く唱えた（小田中182頁）。さらに大逆事件での幸徳秋水等の弁護も引き受けたという（小田中184頁）。そのような人権派弁護士花井卓蔵が、家族法問題に関しては「保守的・復古的」であったのはなぜだろうか。花井に独特な「二面性」の現れで済むのか。不思議な問題である。今後の課題としたい。

276 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）267-268頁参照。

277 戦前の旧「皇室典範」4条では、嫡出の皇子孫がないときは「皇庶子孫」（天皇の「側室」の子や孫）の皇位継承が認められていた。所・前掲書（前注ノ

らず、一般的に国民の間で「妻」の庶子入家同意権を認めることになれば、皇室制度を冒瀆するに等しいから、であった²⁷⁸。これらに対して、重遠から批判が展開された。その内容は、およそ以下のようであった。

第一の「血統論」につき、重遠はこう言っている。——「例へば馬鹿（ママ）と雖も娘があるので、夫が外に拵へた男の子が入つて来てそれが家を取つて、自分達は言はば除け物にされると云ふことに付いて、妻が不快の念を抱く、それを抱くのが怪しからぬと言つてしまうのは酷なことではあるまいか、既に娘があるならば、仮令馬鹿と雖も其夫婦の娘である、其家の後継にすることは無論当然であるが、或は其娘を其家の後継にするのは具合が悪いと云ふので、夫婦の間に話が付きまして、それを廃嫡して外へ嫁にやつてそこで家庭を造らして、庶子を入れて家を継がせると云ふこともあるのです、之等のことは出来る限り夫婦の間の協定を得て致すことが、大体に於て家庭を維持するのに宜い」²⁷⁹。これを川島は、重遠が「父系偏重を排斥し、夫と妻との同権の思想の上に立って父系と母系の両者が等しく尊重されなければならぬ」と主張した、と捉えている。前者の「父系偏重を排斥し」は、その通りであると思われるが、「夫と妻との同権の思想の上に立って」という評価は当たっているだろうか。上記引用文で重遠が指摘するのは、夫婦間の「話し合い」あるいは「協定」の重視論であると思われる。ここから「夫と妻の同権論」まで引き出すのは、やや無理があるように思われる²⁸⁰。これに関連して第二の「妻の発言権」問題について言えば、重遠の穩健的な「家庭円満」論の強調と合意形成型「夫

↘255) 246頁参照。

278 川島は、花井の反対論の第三の論拠たる「皇室」ないし「皇室典範」との矛盾論を「きわめて重大な論理」と位置づけている。川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）268頁参照。

279 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）270頁。

280 重遠が「男女平等」を肯定しつつも、それと「夫婦平等」を区別して「夫権制度」支持の立場を採っていたこと及びその後の重遠の立場の変化については、すでに指摘した。本稿前注268参照。

唱婦随」の重視を指摘することができよう。重遠はこう言っている。——「夫が命令し妻がいよいよながら従ふのでは、之は本当の夫唱婦随ではない、両方が意思を能く合致してこそ始めて本当の夫唱婦随である、それも夫が発案し妻が之に賛成するのが我国の所謂夫唱婦随ではかろうか（中略）今のような制度で妻の意思如何は顧みなくて宜いと云ふことに法律が表から認めて、仮令僅かの場合でもそれに依つて夫婦の間に行違ひを生ずると云ふことは、之は家庭の円満平和と云ふ上から面白くないであらう、家に怨める妻なしと云ふが天下太平の基である」²⁸¹（傍点・原書）。これはいかにも重遠らしい発言である。川島は、重遠があからさまな「女権拡張論」を影に潜めながら、実質論でそれを押し通したと「評価」している²⁸²。さらに第三の論点「皇室制度論」は、当時のタブーに関わるものであり、重遠も苦心したらしい。重遠による皇庶子の「入家」（皇位継承）に関する皇后同意不要論は、もっぱら皇后の「忖度」重視論に終始せざるを得なかった。以下、重遠の発言を引いておく。——「皇室典範を見ても、皇后陛下の御同意なきに拘はらずとは書いていない、御同意は必ずあると云ふことを前提にして居るのではなからうか、今迄の我国の皇室関係が、皇庶子が後を継いで御出でなるに拘はらず、円満にずっと参つて居るのは其意味合ひではなからうかと思ふのであります、併しながら（中略）臣下に於ては必ずしもさう円満には参りませぬ、同意のある無しと云ふことで、後々まで色々な面倒を惹起することがありますから、そこで此本妻の同意と云ふことを茲に一つ出して（おくべきであります）」²⁸³（傍点・原書。括弧内・引用者）。このような重遠のスタンスを評して、川島は「（穂積重遠先生は）一般民衆は皇室とちがい道德心が低級であるから妻の権利を高

281 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）270-271頁。

282 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）270頁参照。ちなみに花井は、「妻の発言権」強化によって「女権拡張」を通り越し、「寧ろ一家の中に女王を造る」ことになると主張していた。川島・前掲「穂積重遠博士」268頁。

283 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）271-272頁。

めねばならない、という論理を主張された」（括弧内・引用者）のであり、「今日から見れば実に卑屈な議論であるが、しかし皇室が道義の源泉である前提をくつがえしえぬ以上、これよりほかに（花井説に対する）反対論を進める方法はなかったのである。またこのことは、言論の不自由なところでは論理がどのように迂回せねばならないかということを示す適例として、後世に貴重な資料をのこすものであらう」（括弧内・引用者）と述べている²⁸⁴。こうして川島は、可能な限り重遠の発言を好意的に解釈しようとするのであるが、重遠自身の「天皇制國體擁護論」（本稿前注49参照）との関係には立ち入っていない。ともあれ、重遠は妻の同意があつて初めて「庶子」（父に認知された子）が父の家に入り、嫡母との権利義務関係を生ずるとする「要綱」原案の作成に関与した。このことを重視して、川島は、重遠の「持論たる近代的な市民的家族論を主張された」、と述べている²⁸⁵。

（い）「子の婚姻に対する父母の同意」に関して

明治民法772条1項によれば、「子カ婚姻ヲ為スニハ父母ノ同意ヲ得ルコ

284 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）271頁。川島は、これに関して、美濃部達吉（1873-1948年）の発言にも注目している。美濃部は、「天皇は上御一人としてどうしても皇后陛下とは対等の地位ではない、皇后陛下は寧ろ臣下の地位にあらせられる」、だから改めて「皇后の地位は斯うだと云ふやうなことを論ずるのは却つて不敬である」（傍点・原書）、これに対して「一夫一婦と云ふことを原則とする」ところの民法上の婚姻においては「庶子と云ふ者は、之は道徳上非難すべきものであると云ふことを必ず認めなければならぬ」（傍点・原書）、それゆえ「配偶者の同意なくして家に入れると云ふことは、極めて不都合なことである、少くとも此点に付いては配偶者の権利を認めねばならぬと存するのであります」。川島・前掲「穂積重遠博士」272頁（ちなみに、美濃部達吉の発言は「臨時法制審議会委員」としてのものである。「臨時法制審議会」自体は昭和期に入っても存続するが、すでに大正デモクラシー期から「天皇機関説」をめぐる美濃部達吉と上杉慎吉〔1878-1929年〕との論争が継続中であつて、1935年〔昭和10年〕に美濃部はその「天皇機関説」を理由に著作発禁処分を受け、公職を退りぞく）。

285 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）272頁。

トヲ要ス。但男カ満三十年女カ満二十五年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス」と規定されていた。法形式上男子が30歳になり、女子が25歳に到達すれば父母の同意なしに自由に婚姻できることになっていた。これを臨時法制審議会要綱第十の一項で「子は年齢の如何にかかわらず父母または祖父母の同意がなければ婚姻し得ないことを原則としている、および同二項が、これに違反した子に対する制裁を予定している」点は、審議会設置の趣旨を忠実に生かしたものとなっている、と解されている²⁸⁶。これに対して重遠は、この要綱原案の作成に関与したにもかかわらず、個人的にはそれに反対であった旨を審議会で発言している。勇気の要ることであったと思われる。その重遠の論旨は、(1)「現行法の年齢制限は撤廃して然るべきである」ことであり、未成年者以外は父母の同意なしに自由な婚姻を認めるべきである、というものであった。よって、(2)未成年者についてのみ「父母の同意」を要件化すれば足りる、とするものであった²⁸⁷。この重遠の見解は、戦後の現行民法737条に結実している。これに関する重遠の判断はきわめて進歩的なものであった、と考える。

以上、重遠の臨時法制審議会における発言スタンスに関して、川島は以下の二点にわたって重遠の「市民的家族観」の特質を整理している。一つは、「このような先生の市民的家族観は先生の市民的な法律観・市民的な思想の一構成部分であって、先生の思想的骨格を構成している」という点である²⁸⁸。もう一つは、「穂積先生の家族観がわれわれにとって興味があるのは、それが先生の法律学を解釈するための鍵であるというだけではなく、さらにそれが1920年後（ママ）の日本の民主主義思想の一つの代表者

286 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）276頁。

287 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）278頁。重遠は、上記本文のような持論を主張しながら、結局は当時の明治民法772条1項維持説で妥協している。要するに、重遠は「子カ婚姻ヲ為スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」という「父母ノ同意」原則論に与した。

288 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）282頁。

であるという点である」²⁸⁹。

（θ）若干の評価

臨時法制審議会における「民法改正」論議での重遠に対する評価観点は、先ほどの川島武宜による整理で基本的に尽くされている、と考える。要するに重遠は、当時の天皇制を頂点とする「家」制度イデオロギーに対し、「遵奉」（＝「遵法」）的態度を示しつつ、同時に市民法的家族制度観（なかでも合意形成型夫婦関係重視に基づく妻の法的地位の改善）を主張した。花井卓蔵を典型とする保守的論客を相手取り、重遠は持ち前の寛容な態度をもって彼流の「社会改良主義」的立場を貫いた、と言えよう²⁹⁰。

289 川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）283頁。以上の点を総括する形で、川島は重遠法学の真髓を「穂積先生のそういう市民精神は、僕はやはり本物だと思いますね」という言葉で言い表している。『穂積法学・末弘法学の分析と批判（座談会）』日本法社会学会『法社会學』2号（1952年）53頁以下、特に60頁。大村も、上記川島とほぼ同様な観点から「市民」重遠法学の真価を描写している。大村・前掲書（前注1）288-290頁。ただし、大村が、「自ら治めるもの」という意味でのシトワイヨン（citoyen）として「市民」重遠をとらえようとすることはよくわかるが、市民＝士大夫として「武士道」の「士」と関連づけ、「自己修養によって社会の維持に貢献できる」ところの「儒教」（朱子学）の延長線上に重遠の市民性を置くという発想（大村289頁）は、それ自体大村流のものであると思われる。この点の評価については留保せざるを得ない。

290 川島は「（穂積重遠先生が）当時の政界・学界において自他ともに最高有力者と許す老大家に立ち向かって自説を表明されたということは、おそらく相当の勇気を要する積極的態度であった」（括弧内・引用者）と評している。川島「鳩山重遠博士の家族制度観」（前注246）266頁。併せて以下の川島による総括も重要である。——「もちろん、今日の観点からは、穂積先生の民主主義思想にはいくつかの批判が可能であろう。特に、先生の法思想は民主主義革命への展望によって裏づけられていなかったこと、したがって先生の家族観も家族観のわくの中での進歩的思想であったこと、が批判されうであろう。しかし、穂積先生のような明確な市民的家族観を主張することは、今日において市民的家族観を主張するのとは比較にならぬ政治的反響を覚悟しなければならなかったという事実は、忘れられてはならない。第一次大戦中からしだいに強くなってきた絶対主義的権力と民主勢力との対決は、先生が前述のような議論をされた大正14年（1925年）においては危機的な段階に達し（治安維持法はこの年に成立した）、民主勢力の抑圧はこの時を転機として新たな段階に入りつつあったのメ

ここでは、臨時法制審議会に関して上記で触れたこと以外の事柄について若干の考察を試みたい。それを通じて、重遠法学の一定の評価及び総括に繋げたい。その論点は、裁判離婚原因に関わる問題である。臨時法制審議会要綱では、いわゆる「相対的離婚原因」としての「其他婚姻ヲ継続シ難キ重大ナル事情存スルトキ」という要件が採用された。これは明治民法上の離婚原因限定的列挙主義との関係で一大進歩を意味するものであった。そしてこれは、1924年（大正13年）の『離婚制度の研究』で、すでに重遠が、その立法化を力説していたものでもある²⁹¹。ところで同様の立法提案は、重遠の父陳重が明治民法典（親族編）の立法過程で修正案として提議していた。重遠のスタンスと父陳重のそれとは、果たして同じであったろうか。陳重は1896年（明治29年）1月8日の第149回法典調査会において、「相対的離婚原因」論とも称すべき修正案を提起した。すなわち明治民法813条は、裁判離婚原因に関する「限定列挙主義」²⁹²をとったわけで

ゝである」（括弧内及び傍点・原書）。川島・前掲「鳩山重遠博士」286頁。さらに川島「穂積重遠先生の家族法学」・前掲書（前注246）290頁では、「今日の時点から見ると、何ゆえ先生があのように「持って廻った」言い方で自説を擁護されたのか、理解に苦しむ人もあろう（中略）しかし、当時、「家族制度」の強化——すなわち反動的再編成——をせまる議論は、「不可抗力」的な権威ないし圧力をもっていたのであって、男爵穂積重遠先生ですら奴隷のことはをもってしなければ対抗できなかったのである」（傍点・原書）と記されている（なお、この論稿の初出は1974年である）。

291 重遠『離婚制度の研究』（前注126）896-897頁参照。そこでは明治民法813条の離婚原因限定列挙主義を修正して、次のような立法改正案が提起されていた。——「① 配偶者が重婚ヲ為シタルトキ。② 配偶者が姦通ヲ為シタルトキ。③ 配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ。④ 配偶者ノ生死ガ三年以上分明ナラザルトキ。⑤ 其他婚姻ヲ継続シ難キ重大ナル事情アルトキ」。上記の内、①から④までは従来型の限定列挙主義によるものであるが、⑤は明らかに「相対的離婚原因」を廻ったものである。

292 明治民法813条は、「配偶者ノ重婚」、「妻ノ姦通」、「配偶者ニヨル虐待・重大ナル侮辱」、「配偶者ニヨル惡意ノ遺棄」、「配偶者ノ生死ノ三年以上ノ不明」など計10項目を列挙していた。梅謙次郎・前掲書『民法要義』（前注64）211-212頁参照。

あるが、その審議過程において陳重は以下のような修正動議を提出していたのである。すなわち「夫婦ノ一方ハ、共同生活ニ堪ヘサル不和ヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得。此場合ニ於テハ、裁判所ハ將來和熟ノ望ナキモノト認メタルトキニ限り、離婚ノ宣告ヲ為スコトヲ得」（「第一案」。句読点・引用者）。あるいは明治民法813条中に「同居ニ堪ヘサル夫婦間ノ不和」（「第五號」）を置き、新たに同条二項を起こして「前項第五號ノ場合ニ於テハ、裁判所ハ將來夫婦間ニ和熟ノ望ナキモノト認メタル場合ニ限り、離婚ノ宣告ヲ為スコトヲ得」と改めること（「第二案」。読点・引用者）、がそれであった²⁹³。陳重は、その理由として五つの点にわたって縷説している²⁹⁴。第一は、制限離婚主義は「男女両性の愛情」を基礎とする夫婦共同生活の要請に応えるものではない（夫婦間の不和が激化し、継続すれば、当該夫婦関係が「破綻」しているわけであるから、裁判上の離婚を許容すべきである）。第二は、制限離婚主義は、「夫婦関係破綻」の場合においても夫婦関係の継続を強いるものであるから「徳義に反する」。よって第三に、制限離婚主義は「人身の自由」をも不当に害するものである。さらに第四に、制限離婚主義は、破綻した夫婦関係の継続を強いることによって、事実上「野合の増加」・「私生子の増加」・「姦通の増加」をもたらすだけである。第五に、制限離婚主義が「人民に徳義を教え」、よって「外國に對シ國家の體面を保つべし」と解することは誤っている。

ここには、陳重の離婚観がよく示されている。上記第一点は、「男女両性の愛情」を基礎とする婚姻観を前提とした理由であるから、問題はない。ただし明治民法以来、わが国では「協議離婚制度」が採用されているから（明治民法808条及び現行民法763条）、男女間での愛情が失われ、夫婦関係が破綻すれば「協議離婚」が成立することが、むしろ一般的であったと考

293 陳重「離婚法修正提案」『秘積陳重遺文集・第四冊』（前注47）512-513頁。

294 陳重・前掲「離婚法修正提案」・前掲書（前注47）515-521頁参照。

えられる。これに対して陳重の立場は、微妙な点を含む。一方で陳重は、わが国人民が欧米の人々と比べ、さしたる熟慮なく「婚姻」（法律婚）に臨むことを指摘している。だから法律婚を生じた後で「男女間の愛情喪失」・「夫婦関係の破綻」をきたすことが多い、と述べる²⁹⁵。要するに陳重は、わが国における実質的な「婚姻意思」なき法律婚の存在を前提に、「裁判上の離婚」のあり方を論じている。他方で、協議上の離婚については「一片の届書三行半の去状」の弊害を「自由離婚の弊」として非難している²⁹⁶。また上記第四点に関して、制限離婚主義のもとで「下流の民は、一たび婚するときは離別の極めて困難なるを思ひ、容易に結婚の届出を為さず、陰に夫婦の交を為す者多々之あるに至るべし。劣等の民間に至つては、今日尚ほ且つ多少此の如き弊風あるを免れず」と述べ、それが原因で「野合の増加」・「私生子の増加」を帰結している、とする²⁹⁷。それゆえ陳重は、裁判上の離婚原因の中に「相対的離婚原因」たる「破綻主義」（＝不可逆的な夫婦間「不和」の離婚による解消主義）を取り入れる必要がある、と言う²⁹⁸。こうして陳重は、協議離婚制度の弊害を念頭におきつつも、

295 陳重・前掲「離婚法修正提案」・前掲書（前注47）516-517頁参照。その箇所で陳重は、人の判断は「不可謬的なものではない」から、後で後悔することも多いこと。加えて「本邦の如き結婚前當事者の交際殆んど希なるの國に在りて、既に婚するの後互いに好述に非ざるを覺ること尠なからざるは、理の當に然るべき所なる」ことを指摘している。

296 陳重・前掲「離婚法修正提案」・前掲書（前注47）521頁参照。

297 陳重・前掲「離婚法修正提案」・前掲書（前注47）518頁参照。ちなみに陳重による「下流の民」とか「劣等の民間」という蔑称的表現は、第八束による社会的貧者＝「社会ノ劣族」論と通底するものがある。八束「国家的民法」星野通（編）『民法典論争資料集（復刻増補版）』（2013年。原書初出は1969年）82頁。なお拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓（1）」龍谷法学49巻4号（2017年）79頁も参照。ちなみに梅謙次郎も「下流社會」という表現を採用していた点については、本稿前注125を参照。

298 陳重は、「法律の力」（＝制限離婚主義）によって「実体なき夫婦関係」が継続することを極度に警戒していた。それゆえ、そのような形での「夫婦関係の破綻」によって「家裡の平和を傷ひ、為に社會の風教を汚し、統計上或いは醜惡差づべきの現象を呈するに至らん」と述べていた。陳重・前掲「離婚法修

しかしそれを維持した上で、併せて裁判離婚制度における「相対的離婚原因」の導入を図り、よって離婚制度の円滑な運用実現をその理想型として描いていたようである²⁹⁹。陳重は、自説たる「相対的離婚原因」の民法典への導入によって「離婚法将来の進化は自由主義に傾嚮する」³⁰⁰と述べることにより、そのリベラリズムを開陳した³⁰¹。しかし同時に彼は、「其國の美俗」³⁰²を重んずる人でもあった。「其國の美俗」とは、おそらく「定婚あるに至れば、男女両性の間に於ては、男子が支配者となり女子が服従者となるは自然の結果なるを以て、男子が家長、氏長、國長となるを常則とす」³⁰³とする観点と整合的なものであったに違いない。

これにつき重遠は、次のように述べている。すなわち、父陳重の修正提案が「法典調査会」でほとんど無視され——「二三の質問應答」³⁰⁴が

「正提案」・前掲書（前注47）518頁。

299 陳重・前掲「離婚法修正提案」・前掲書（前注47）521頁では、「本會（法典調査会のこと——引用者）が協議離婚主義と裁判上の自由離婚主義を併用せんことを切望する」と記されている。

300 陳重・前掲「離婚法修正提案」・前掲書（前注47）520頁。ただし陳重の離婚「自由主義」の二面性には、くれぐれも注意しておく必要がある。陳重は、わが国「旧民法」以前の離婚をもって「従来極端の自由離婚主義」と言い、対するに「旧民法」の離婚制度（「父母ノ同意」を要件とする「協議離婚」制度及び限定列举的「裁判離婚原因」制度の併用）を指して「制限離婚の主義」と位置づけているからである。陳重・前掲「婚姻法修正提案」514頁。要するに、陳重のいう「従来極端の自由離婚主義」に対するとおる離婚「自由主義」の内実、さらにその将来像がいかなるものであったか。これ自体一個の問題として追及されるべきことであるように思われる。

301 来栖・前掲「穂積陳重先生の「自由離婚論」」・前掲書（前注131）42頁では、「明治初年型」の平民的自由主義者の典型であった陳重先生」と記されている。

302 陳重・前掲「離婚法修正提案」・前掲書（前注47）519頁参照。

303 陳重「祭と法」・前掲書『穂積陳重遺文集』（前注47）565頁。なお、このような陳重の男子本位の思想は、「家」ないし「家族制度」が成立して以来のわが国の歴史的な「法伝統」であった。陳重「祭と法」565-567頁参照。

304 陳重の修正提案に対して、尾崎三良（1842-1918年）から「すこぶる男子には都合がいい」ことだが「法律としてはよろしくなからう」とか、梅謙次郎から「不和」を理由に離婚を認める場合、資産家の男が身勝手を行い、妻は「路頭ノ

あったのみで——「葬り去られた」ところ、「大正14年5月19日議決「民法親族編中改正ノ要綱」第16項列举の六箇の離婚原因中第6號として「其他婚姻関係ヲ継続シ難キ重大ナル事情存スルトキ」なる一號を加えることになった」のは、「葬り去られた穂積案が三十年後に復活した」ことを意味する、と³⁰⁵。この記述によって、重遠が「其他婚姻関係ヲ継続シ難キ重大ナル事情存スルトキ」という「相対的離婚原因」の導入を推進した理由も、それなりにわかってくる。要するに重遠は、基本的に父陳重のリベラリストの側面を受け継いだと言える。言い換えれば——「夫婦の不和」重視論³⁰⁶から「婚姻継続の困難性」重視論へとスタンスを移した上で——上記「相対的離婚原因」立法化を企図した、と言ってよい。見方を変えれば、陳重の「自由離婚主義」がわが国に伝統的な離婚慣行との妥協を図ろうとしたのに対し、重遠はより近代化された「自由離婚主義」を目ざした、とも言いうるだろう³⁰⁷。こうして重遠は、父陳重の離婚論を継承しながら、同時にその壁を突き破るべく重遠流の離婚論を展開した。たとえば来栖三郎（1912-1998年）は、「陳重先生の離婚論は、重遠先生によって受け継がれたのでございます。重遠先生の離婚原因論の主眼は大体二つあると思います。一つは、当時においてなお残っていた男女平等の離婚原因を男女平等にするという主張で、もう一つは相対的離婚原因の主

ゝに迷わねばならぬ」という反論がなされていた。この点、来栖「穂積陳重先生の「自由離婚論」・前掲書（前注131）51-52頁参照。

305 陳重・前掲「離婚法修正提案」・前掲書（前注47）512頁における重遠の挿入文を参照。

306 陳重の夫婦「不和」重視論に対しては、その弟子たる土方寧（1859-1939年）から「正当の理由」をもって換えるべきだとする反論があり、これにつき陳重は「不和」と「正当の理由」とが重なり合うと主張したのに対して、梅謙次郎が単なる「不和」だけでは、けっして「正当の理由」とはならないとして、陳重の主張を批判している。来栖「穂積陳重先生の「自由離婚論」・前掲書（前注131）57頁参照。

307 この点、来栖「穂積陳重先生の「自由離婚論」・前掲書（前注131）53-54頁の記述を参照。

張でございます」と述べている³⁰⁸。そこには陳重の進歩的性格と守旧的性格とが、重遠の個性的フィルターを通じて二重写しで浮かび上がる。すなわち陳重は、婚姻を「男女両性の愛情」に基づくものと把握しながら、結局のところ男子優位的「家」制度イデオロギー（天皇制的「家」思想³⁰⁹）から脱却することはできなかった。それゆえ「自由離婚主義」の発現として提起された夫婦「不和」重視論は、「夫の個人的都合を理由に裁判離婚を許容するもの」と非難された（本稿前注304参照）。これに対して重遠は、たやすく「夫婦平等」にまで突き進むことはできなかったものの、男子優位的「家」制度イデオロギーを批判的に克服し、かつまた男女平等の理想像を打ち立て、それに向かうべく「合意形成型夫婦関係論」を展開した。離婚原因論においても「其他婚姻関係ヲ継続シ難キ重大ナル事情存スルトキ」という「相対的離婚原因」論は、夫婦「不和」重視論の限界を乗り越える規範的性格を有するものであった³¹⁰。いわばそれは「協議離婚制度」が存在することを踏まえる限りで、「日本の離婚法は完全な破綻主義をとっている」のではなく、むしろ「有責配偶者の無責配偶者に対する

308 来栖「穂積陳重先生の「自由離婚論」・前掲書（前注131）58頁。

309 陳重「祭と法」・前掲書（前注47）565頁の「男子が家長、氏長、國長となる」との立言（ここで「國長」とは、男系からなる皇位を指すこと明白である）、及び「我國體を按ずるに、天皇は統治權を天祖に受けて、之を皇胤に傳へ」（「祭と法」533頁）との観点を総合的に観察するならば、陳重も弟八束と同様に天皇制的「家」思想（各「家」の家長を天皇の子とみなし、各「家」の宗家として「天皇家」を位置づける思想）を肯定していた、と言ってよいと考える。この点、福島正夫・前掲論文「兄弟穂積博士」（前注256末尾）381頁及び389-391頁を改めて参照されたい。

310 現行民法は、その770条1項5号で「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」を裁判離婚の原因として明記している。これは臨時法制審議会での重遠（幹事）の活躍の成果であったこと疑う余地はない、と考えられる。しかも重遠は、父陳重の夫婦「不和」重視論を十分に知った上で、自覚的に「其他婚姻関係ヲ継続シ難キ重大ナル事情存スルトキ」という規定方式を採用したのであった。来栖「穂積陳重先生の「自由離婚論」・前掲書（前注131）59頁参照。「破綻主義」のさらなる客観化を図るものとも言えよう。

離婚請求は排斥するという、緩和された破綻主義」こそ、まさに「重遠先生の相対的離婚原因論の本旨」であったろう、とする来栖三郎の評価が意味をもつかも知れない³¹¹。

以上、男女平等、合意形成型夫婦関係、緩和された「相対的離婚原因」の提唱において、重遠は文字通り＜大正デモクラシー期の「法思想」＞を代表する学者であったと思われる。ただし、それは「社会改良主義」というスローガンによって象徴化される大正デモクラシー期「法思想」の「光と影」の写し絵でもあった、と言えるのではないか³¹²。

311 来栖「穂積陳重先生の「自由離婚論」・前掲書（前注131）63頁参照。

312 重遠は、牧野英一のような公序良俗万能的「法の社會化」論ないし「社會連帶論」あるいは「個人主義から團體主義へ」という流れには容易に乗らなかった。その意味で、当時の困難な社会政治情勢の下で、なお重遠は社会における個人の地位に注目し、男女平等・合意形成型夫婦関係論を説き、もって「市民的家族観」の一つの典型を形づくった。同時に重遠は、父陳重流の「社會力」論を決定的に重視した（その「社會力」から「裁判の立法的機能」ないし「判例法」・「裁判官法」をも導き出した）。一方で彼は、社会を形成するのは「国民」（個々の市民）であることを正当に理解しながら、他方その「社會力」によって裏付けられた「法」への国民の「遵法」ないし「遵奉」をなかば無批判的に信奉した。彼は、その「社會力」のうちに民衆の世論・思想に基づく社会的変革力が組み込まれることを積極的に認めようとはしなかった。その行き着く先は、当時の労働運動・農民運動等も結局そうであったように、妥協的「社会改良主義」の潮流に与することであった。その意味で重遠は、あくまで保守的な「社会派リベラリスト」であった。ここで筆者（川角）は、戦後民主主義下で常識となった観点から重遠を形式的・機械的に批判しようなどとは思わない。これまでの本稿の論述においても、可能な限り、実証的に重遠自身の作品に基づき、しかもそれをとりまく社会経済的諸条件による制約も十分に踏まえながら、必要と思われる範囲に限定して「重遠論」を展開してきた。そして、重遠の長所（「光」）と問題点（「影」）の両面を公平に抉り出そうとした。むしろ、その本稿の考察自体、現在と云う時代的な制約下に置かれたものであり、なにより筆者（川角）の個人的な力量不足によって限界づけられていることは、否定しようもない事実である。他方で大村敦志の大作「重遠論」の成果を踏まえ、それをさらに前進させることができるよう、筆者なりに自問自答しながら書かれたのが、本稿「重遠論」であった。——「後続の研究が続き、重遠の多様な側面が様々な観点から検討され、（マイナス面も含めて）その遺産の全貌が理解されることを望みたい」（大村・前掲書〔前注1〕295頁。括弧内・原ノ

ともあれ本稿続編（龍谷法学50巻4号）では、中島玉吉（1875-1960年）の民法理論（特に家族法理論）と岡村司（1866-1913年）の「市民法的」民法理論に焦点を当て、考察する予定である。

（未完）

書）。この大村敦志の「希望」に合うものが本稿で仕上がったという思いはない。にもかかわらず、「市民法としての民法」をより実質化し、「市民法」それ自体の主体としての「市民」に理解され、吸収され、自生的に発展せしめられることを願う点において、大村の思いも筆者の思いも共通するところがあるかもしれない。反発し合いながらも、共鳴できるという相互批判・自己批判に基づくあるべき学問像の構築に向けて、本稿「重遠論」がなにがしかの刺激剤になれば、言うことはない。未熟な点は、挙げて筆者の責任である。