

○論説：民法907条の協議の意義と系譜（下） —家事事件手続法における当事者主義的運用の基礎的研究—

稲田龍樹*

第1章 はじめに

第2章 民法典（家族法）と協議、熟議、熟談

第3章 民法典（家族法）制定過程の背景

以上、9号

第4章 明治民法典（家族法）制定までの草案の変遷と熟談、熟議、協議

以上、10号

第5章 明治民法典（家族法）と協議

第6章 大正要綱、人事法案と協議

第7章 おわりに

以上、11号

第5章 明治民法典（家族法）と協議

第1節 総説

第5章では1898年（明治31年）施行の明治民法典（家族法）と協議の関係を述べる。第4編親族編では協議離婚、協議離縁の語が定められた。しかし、第5編相続編では協議の語が消え、準用されるべき共有物分割協議の規定は明文もなく当然解釈というかたちで採用された。法典調査会の論議を通じて協議の概念が次第に明らかになるに伴い、協議が正文となりあるいは削除されるに至る過程をみる。その後、協議に関する学説の動向をみる。

法典調査会の民法主査会議事速記録（1893年（明治26年）5月12日から

* 学習院大学法務研究科教授・弁護士。

1894年(同27年)3月2日)¹、民法議事速記録(同年4月6日から1896年(明治29年)12月16日)²、民法整理会議事速記録(1894年(明治27年)12月18日から1897年(明治30年)9月10日)³では、一般語としての熟談、熟議、協議は各委員において相応の頻度で用いられている。たとえば、起草委員⁴である穂積陳重、富井政章、梅謙次郎が、一般語の協議などの言葉をどのように使ったかをみると、次のとおりである。穂積、富井は熟談の語を使わないが、熟議と協議の語をほぼ同意義で用いている。梅謙次郎は熟談、熟議の語をほぼ使わず、協議の語だけを用いた。法令語としての協議については次節で詳しくみる。

第2節 明治民法典と協議

1 正文としての協議

(1) 総説

明治民法(改正民法典・施行民法典)は、正文としての協議を4か所だけに定める⁵。すなわち、財産法では相隣関係(物権編225条)と共有物分割(物権編258条、262条)で、家族法(身分法)では協議離婚(親族編808条から

-
- 1 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法主査会議事速記録・民法第一議案・法典調査会民法決議案』日本近代資料叢書13(商事法務研究会、1988)。以下「法典調査会民法主査会議事速記録・叢書13」1頁などと引用する。なお、本文記載の民法主査会議に先立ち、1893年(明治26年)4月28日第1回法典調査委員総会、同年5月2日第2回同総会がある(法典調査会民法総会議事速記録・叢書12(商事法務研究会、1988)1頁等)。なお、法典調査会民法総会議事速記録第1巻から第5巻(日本学術振興会)その他資料は国会図書館デジタルコレクションで見ることができる。上記民法総会議事速記録・叢書12の1頁に掲げられた同年同月27日付「法典調査規程」2条には「主査委員中ニ起草委員3名ヲ置キ専ラ修正案ノ起草ニ任セシム但必要アル時ハ協議委員ヲ置キ立按ノ協議ニ與カラシム」とあるように、協議の語が法令作業上定着している。
 - 2 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録1～7巻』日本近代資料叢書1～7(商事法務研究会、1983～1984)。以下「法典調査会民法議事速記録1巻・叢書1」1頁などと引用する。
 - 3 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法整理会議事速記録・民法整理決議案・法典調査会民法決議案』日本近代資料叢書14(商事法務研究会、1988)。以下「法典調査会民法整理会議事速記録・叢書14」1頁などと引用する。
 - 4 元田肇が伊藤博文に対し民法起草委員として穂積陳重、富井政章、梅謙次郎を推薦した(七戸克彦「現行民法典を創った人びと9」『法学セミナー』661号74頁)。
 - 5 本稿(上)前掲注(3)前田編『史料民法典』1120頁以下。なお、同書1116頁以下(前田・原田)参照。

810条、812条)、協議離縁(親族編862条から864条)で定める。明治民法の相続編では協議の語を含む条文はなく、遺産分割については当然解釈により共有物分割の協議にかかる規定が準用されると解された。

明治民法(財産法)では、法典調査会の論議では、かなり広く多岐にわたり「協議」の必要性が検討されたが、ほとんど「協議」が正文化されることはなかった。この検討された法的争点について大正時代以降に各種調停法を制定することで立法措置をとるに至ったこと、あるいは民法改正の調査要目に再登場したことは注目すべきである。

明治民法典(家族法)のうち親族法では、協議離婚と協議離縁については多数の協議の語を含む条文ができ、親子に関連したものも含まれる。遺産分割における「協議」をもって規律すべき必要を知らながら、相続法には協議を正文化しなかった。後に触れるように法典調査会の論議をみても、「家」制度と明治憲法、皇室典範の規律との関連が問われる論争は歯切れが悪いものがある。

(2) 協議の条項

(あ) 財産法

財産法のうち、協議の語がある条文は物権法に限られ、相隣関係と共有に関する規定だけであって、数も少ない。

(第二編 物権 第三章 所有権 第一節 所有権の限界)

- a 225条 「二棟ノ建物カ其所有者ヲ異ニシ且其間ニ空地アルトキハ各所有者ハ他ノ所有者ト共同ノ費用ヲ以テ其疆界ニ圍障ヲ設クルコトヲ得當事者ノ協議調ハサルトキハ前項ノ圍障ハ板屏又ハ竹垣ニシテ高サ六尺タルコトヲ要ス」(法典調査会民法議事速記録1巻・叢書1の920頁)

(第二編 物権 第三章 所有権 第三節 共有)

- b 258条 「分割ハ共有者ノ協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得
前項ノ場合ニ於テ現物ヲ以テ分割ヲ爲スコト能ハサルトキ又ハ分割ニ因リテ著シク其價格ヲ損スル虞アルトキハ裁判所ハ其競賣ヲ命スルコトヲ得」

- c 262条「分割カ結了シタルトキハ各分割者ハ其受ケタル物ニ關スル證書ヲ保存スルコトヲ要ス
共有者一同又ハ其中ノ數人ニ分割シタル物ニ關スル證書ハ其物ノ最大部分ヲ受ケタル者之ヲ保存スルコトヲ要ス
前項ノ場合ニ於テ最大部分ヲ受ケタル者ナキトキハ分割者ノ協議ヲ以テ證書ノ保存者ヲ定ム若シ協議調ハサルトキハ裁判所之ヲ指定ス
證書ノ保存者ハ他ノ分割者ノ請求ニ應シテ其證書ヲ使用セシムルコトヲ要ス」

(い) 家族法

(第四編 親族 第三章 婚姻 第三節離婚 第一款協議上ノ離婚)

第一款 協議上ノ離婚

- a 808条「夫婦ハ其協議ヲ以テ離婚ヲ爲スコトヲ得」
- b 809条「滿二十五年ニ達セサル者カ協議上ノ離婚ヲ爲スニハ第772条及ヒ第773条ノ規定ニ依リ其婚姻ニ付キ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」
- c 810条「第774条及ヒ第775条ノ規定ハ協議上ノ離婚ニ之ヲ準用ス」
- d 812条「協議上ノ離婚ヲ爲シタル者カ其協議ヲ以テ子ノ監護ヲ爲スヘキ者ヲ定メサリシトキハ其監護ハ父ニ屬ス
父カ離婚ニ因リテ婚家ヲ去リタル場合ニ於テハ子ノ監護ハ母ニ屬ス
前二項ノ規定ハ監護ノ範圍外ニ於テ父母ノ權利義務ニ變更ヲ生スルトナシ」

(第四編 親族 第四章親子 第二節養子 第四款離縁)

「第四款 離縁」の款名からは「協議上の」が抹消された。

- e 862条「縁組ノ當事者ハ其協議ヲ以テ離縁ヲ爲スコトヲ得
養子カ十五年未滿ナルトキハ其離縁ハ養親ト養子二代ハリテ縁組ノ承諾ヲ爲ス權利ヲ有スル者トノ協議ヲ以テ之ヲ爲ス
養親カ死亡シタル後養子カ離縁ヲ爲サント欲スルトキハ戸主ノ同意ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得」
- f 863条「滿二十五年ニ達セサル者カ協議上ノ離縁ヲ爲スニハ第844条ノ

規定ニ依リ其縁組ニ付キ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

第772条第二項、第三項及ヒ第773条ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス」

g 864条「第774条及ヒ第775条ノ規定ハ協議上ノ離縁ニ之ヲ準用ス」

2 財産法で協議の語が正文にならなかった例

本稿は、家族法と協議の語との関係を主として考察するので、財産法分野における協議の語が条文にならなかった経緯は対象外である。しかし、こうした諸点も、法典調査会民法議事速記録上、全く論議にならなかったのではない。むしろ、協議の語を用いて論じられた箇所は少なくないのである。正文化されなかった例としては地役権や担保権、債権法の和解、会社の意思決定がある。大多数は費用等の金銭支出の負担問題、金銭評価がからまる弁済など、小作料（地代）の減免、さらには、法定地上権設定などの経済的な利益を扱うものである。以下に列記する。

(1) 物権法

（相隣関係）

- ① 211条 数人で所有する建物の共用部分の所有関係の規定。法典調査会民法議事速記録1巻・叢書1の770頁（梅謙次郎の協議に関する発言がある）。
- ② 212条 土地所有者の境界、近傍の障壁・建物の築造、修繕、隣地立入りにかかる規定。同記録1巻・叢書1の781頁。
- ③ 218条 堤防その他、水樋、溝渠等にかかる規定。同記録1巻・叢書1の835頁（水利組合や行政との関係）。
- ④ 224条 隣地の土地所有者同士の境界標識と費用負担の問題にかかる規定。同記録1巻・叢書1の909頁（所有権の限界と地役の問題を区別することについて梅謙次郎の説明がある。境界訴権との関係参照）。
- ⑤ 227条の規定に関連して、旧民法248条の「遲滞ニ付セスシテ」の規定を削除したことに言及した。同記録1巻・叢書1の932頁（梅は、協議の意味と裁判との関係を説明した）。
- ⑥ 232条 土地所有者が境界線に接して界標、圍障、障壁を設けたとき

の隣地所有者の権利等にかかる規定。同記録1巻・叢書1の953頁。

(地役権)

- ⑦ 284条 地役権の設定方法が協議整わざるときは裁判所が定めることにかかる規定。同記録2巻・叢書2の270頁～273頁（梅は、非訴訟事件として、協議がまとまらないが争うでもないとき、裁判所に決めてもらう手続は簡略が良いと説明した）。
- ⑧ 288条 承役地所有者の工作物使用权と地役権の関係にかかる規定。同記録2巻・叢書2の295頁（梅は、合意上協議が整ったときの費用負担の問題を説明した）。

(留置権)

- ⑨ 302条 債務者は相当の担保を供して留置権の消滅を求められること。同記録2巻・叢書2の357頁～361頁（磯部四郎の発言（356頁、358頁）について、穂積陳重は、担保物が相当であるかどうかを協議上で決められるが、整わないときは争いになると説明した）。

(質権)

- ⑩ 365条 質権者の執行方法と民事訴訟法の定める手続との関係。同記録2巻・叢書2の750頁～751頁（長谷川喬は、動産質、不動産質の実行は非訴訟であろう、非訟事件として簡略な方法でどうか、何か協議の付くようにすべきであると述べた）。

(抵当権)

- ⑪ 373条 抵当不動産を買受けた第三者が代価を弁済して抵当権を消滅させること。同記録2巻・叢書2の882頁、883頁（箕作麟祥は、売払代価が高額の際には、多数の債権者が一致して残らず協議の上代価の支払を求めることもあるという。梅はイタリー民法の規律を述べて説明した）。
- ⑫ 380条 増価競売。同記録2巻・叢書2の911頁（梅は、当事者間で協議が整わなかった場合の取決めなども勘案する旨説明した）。
- ⑬ 384条 抵当目的土地と地上建物の一括売却について。同記録2巻・叢書2の923頁（梅は、抵当目的地上の建物は、特約がなければ相当期間を置いて立ち退くことになるが、それが協議まとまればいいが、まとも

らない場合を法律がさばくと地上権を設定しろということになり、裁判官が非常に重い責任をおうから従来慣行とおりにすると説明した)。同条但書「但地代ハ当事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム」との規定。同記録2巻・叢書2の950頁、951頁（梅は、「無論協議ノ整ハ場合ニハ是レハ適用セヌ」という意味で「当事者ノ請求ニ因リ」という文言を入れる旨、これは権利を与えたので協議が整えば権利を行使する要もなく本規定の適用はない旨説明した)。

(2) 債権法

- ① 500条 債権の一部に関する代位弁済、債務不履行による契約解除は債権者のみがすることができること。同記録3巻・叢書3の317頁、318頁（梅は、解除権を行使することとの関係で「若シ債権者ト代位者ト協議整ハサルニ非サレハ解除ガデキヌトスル債権者カ直接ニ損害ヲ受ケル……権利ヲ害サレル」と説明した)。
- ② 502条 相殺の要件、効果、性質の規定。同記録3巻・叢書3の570頁（穂積は、旧民法522条に関して「田舎杯テ双方ノ協議相談等ニ依テ為ス相殺即チ合意上ノ相殺ハ少シモ妨ゲヌ」と発言した)。
- ③ 555条 売買の要件、効果、性質の規定。同記録3巻・叢書3の876頁（穂積八束は「……双方ガ協議ヲシテ極メルト云フヤウナコトガアルソレハ売買ノ予約デアリマス」と発言したが、梅は「代金ヲ定ベキ標準ガ極マッテ居ラヌヤウデアリマスカラソシナノハ売買ノ例ト見ラレナイ」と反論した)。
- ④ 581条「売主ハ期間内ニ代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供スルニ非サレハ買戻ヲ為スコトヲ得ス」の規定。同記録4巻・叢書4の162頁（高木豊三は、但書として「協議ノ整ハサルトキハ裁判所ハ売主ノ請求ニ因リ云々」がよいと述べた)。なお、同書165頁の高木発言参照。
- ⑤ 612条 収益を目的とする土地の賃貸人の不可抗力による賃料減額請求の規定。同記録4巻・叢書4の375頁、376頁（三崎亀之助は、小作人は幾らか負けて呉れという「請求ヲスル其時デモ協議ト云フ慣習ガアッテ、」と発言し、梅は、それは小作人の地主への願いにすぎないと

答えた)。612条修正案については同書701頁以下参照⁶。

- ⑥ 677条 会社の業務執行と社員の過半数で決めるなどの規定。同記録4巻・叢書4の861頁（富井政章は、会社の業務執行に関して、既に共有物の管理について多数決によるという規定になった本案250条との均衡からこれを原則とするが、「会社ノ日常ノ業務執行ニ付テハ矢張り総社員ノ協議ニ依ツテ過半数決議ニ拠ラナケレバナラヌト云フコトニシテ置ケバ甚ダ不便デアラウ」と説明した）⁷。
- ⑦ 705条 和解の要件、効果、性質の規定。同記録5巻・叢書5の93頁（梅は、705条「和解ハ当事者カ互ニ讓歩ヲ為シテ其間ニ存スル争ヲ止ムコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」の趣旨説明に当たり、原告が100円くれ、被告は50円と各主張し、「協議ノ末夫レデハ75円ニ負ケマセウト言ツタ」、これは「讓歩」であり、フランス民法と異なるのは「交互讓歩」を加えた点であると説明した）。

-
- 6 1895年（明治28年）7月19日第104回法典調査会議事速記録（同記録4巻・叢書4の681頁）、梅と穂積陳重は修正案621条の「但其数額及ヒ方法ハ各地方ノ慣習ニ依ル」（701頁）について説明したが、両者間で論争になっている。穂積は、これまでは「地主ト小作人トノ間ノ協議承諾ニ依テサウ云フコトガ極マツタモノデハアルマイカ……承諾ヲスルニ就イテノ自ラ一致ト云フモノガアリマセウガ……一々承諾ヲシタモノハドウモ慣習ト云フコトハ法律言葉デハ言エナイ」（同書703頁）と批判した。梅は、ある地方で小作人が連合して負けてほしいといい、地主側も会合して多数決で決めるというようなことが慣習になっている国もあり、そうした慣習がある場合には慣習で定めることを意味するが、そもそも協議が整わなければ仕様が旨を答えた（同書704頁）。1895年（明治28年）7月26日第106回法典調査会議事速記録（同書759頁）に、梅は修正案特別委員提出612条の予備案として「但宅地ノ賃貸借ハ此限りニ非ラス」を提案した（同書787頁）。そして、梅は、小作料の減少をこれまでは権利として認める慣習はきわめて少ない、皆徳義上で「協議ノ末」それでは今年はこれだけ負けておこうということでも時でもまとまる。……多くの場合は慣習法ではない。今日は小作人の権利義務、地主の権利義務というものは法律で明らかに極まってしまう。賃貸人は此処に書いてあるだけの権利を持ちまた義務を負う、賃借人もここに書いてあるだけの権利を持ちまた義務を負う、この外に法律上は権利もないぞ義務もないぞということが極まってしまう。どんな不作でも小作人は権利として減少を請求することはできない（同書791頁、792頁）。梅は、小作料を協議で減少させるとの慣習法はないといい、穂積の見解に同調するに至っている。
- 7 この富井の協議の考え方には、共有物の管理行為の解釈にも言及していることをみても、共有者間において過半数で議決をするための「協議の上」という前提が存在している。

第3節 法典調査会の論議と協議

1 総説

法典調査会の家族法、親族法と相続法上の「協議」にかかる論議を理解するための前提となる諸点を確認する。

第1に、法典調査会において分割相続には共有規定が適用されることは前提であった。旧民法106条の前身の民法草案再調査案753条1項には「共有者ノ一人カ不分物ノ全部ヲ取得シタルトキハ競売又ハ協議売却ハ共有者間ノ分割ノ行為ト見做サレ会社及ヒ相続ノ分割ニ関シ規定シタル効力ヲ生ス」であった⁸が、「相続ノ分割」は削除され、以後復活することはなかった。にもかかわらず、上記前提は消えることなく、法典調査会の論議を支配し続けたのである。

第2に、富井政章は、1896年（明治29年）1月8日第149回法典調査会議⁹で、旧民法（既成法典）は人事篇 5章離婚を第1節協議上の離婚（78条以下）、第2節特定原因の離婚（81条以下）、第3節離婚の効力と整理していたところ、一歩進めて第4編親族 第4節離婚を大別して、第1款協議上の離婚（808条以下）の系列と、第2款裁判上の離婚（813条以下）の系列の二つに整理した。

この立法案は、離婚規定の体系を民法起草過程で、始めフランス法に倣った離婚裁判制度中心の一系列型（協議は裁判手続を遅くさせることも目的とした）から、協議離婚および裁判離婚の二系列型へと洗練させた。これは現代にも通じる明晰なもので、後に触れるが、鈴木禄彌、唄孝¹⁰がこの二系列型を説く立場を採りその展開に努めた¹¹。この思想は、大正期以降に〈協議離婚前置・裁判離婚後置〉という独自の手続法構想へと受け継がれていくのである。

また、富井は、旧民法と同様に夫婦別居の制度は採らないとし、その理由として夫婦別居は害あって利なく、離婚していないのに離婚したような効果

8 法務大臣官房司法法制調査部監修『法律取調委員会民法草案再調査案議事筆記』日本近代資料叢書15（商事法務研究会、1988）143頁。本稿（中）前掲注（98）『ボワソナード民法典の編纂』171頁は、再調査案審議は1888年（明治21年）7月1日から同年12月25日までとする。

9 法典調査会民法議事速記録6巻・叢書6の361頁。

10 本稿前掲注（171）鈴木・唄『人事法 I』198頁、199頁。

11 大村敦志『民法読解親族編』（有斐閣、2015）91頁は二系列型説に属するようである。

が生じ「子の身上其他實際ノ点ニ於テ結果ハ悪ルイ計リ」と述べた¹²

第3に、箕作麟祥の法典調査会初期の提案をみる。1893年(明治26年)6月30日第8回法典調査会民法主査会議で、箕作麟祥は「日本ニ離婚ヲ許スノハ固ヨリ必要デアリマセウガ尚ホ其上ニ分居ト云フモノヲ設ケテ財産ノ処分トカ或ハ夫ガ女房ヲ養フトカ、即チ離婚ノ前置トデモ云フ様ナ分居ノ規則ヲ置クノハ必要デアロウト思ヒマス」と述べた¹³。この箕作の提案は、フランス直訳型草案の亜流と受け止められたようである。しかし、筆者は起草委員穂積陳重の意見と併せ考えるとき、「熟談ノ上」、「協議ノ上」という実務から良質な部分を取りだして近代法化を試みたもの、言い換えると、離婚前・別居中の夫婦の財産問題、子の問題を解決する仕組みを法制化しようとした実務感覚上も均衡のとれた提案であり、再評価すべきであると考え¹⁴。この点は、今後の研究課題である¹⁵。

12 法典調査会民法議事速記録6巻・叢書6の362頁、363頁。

13 法典調査会民法主査会議事速記録・叢書13の168頁。

14 箕作は、江戸時代の熟談離婚制、明治初年の熟談・熟議等離婚制(本稿(中)122頁)を念頭に置き、法律上の離婚に至るまでに離婚に伴う財産処分、扶養などを取り決めるべき民法上の仕組みとして分居制度が必要であるという。これは、離婚前・別居中の夫婦(両実家)間で離婚条件を詰めて紛争を解決する必要がある、そのための前置制度を設けるべき旨述べたと解される。独創的、先進的な指摘である。協議離婚を嫌う泰西主義の法制を信奉する起草委員からは、離婚条件を詰めるために前置手続を設ける必要性の理解を得られずに、この提案は葬られた。離婚の許否手続のほかに離婚に伴う付随的(多くは離婚成立後の将来的)な法的紛争の処理手続という発想それ自体が当時の離婚紛争に対する泰西主義に基づく法的通念からは受け容れられなかった。しかし、この箕作提案は、明法寮開闢未定本民法(1872年、明治5年)が熟談・熟議等離婚制を裁判離婚の前に規定する基本原則を示したこと(本稿(中)75頁)、旧民法人事編第一草案(1888年、明治21年)が協議離婚の規定を裁判離婚の規定の前に置いたこと(本稿(中)101頁)、旧民法典(1890年、明治23年)の第一篇人事編も協議離婚制度を裁判離婚制度の前に置いたこと(本稿(中)122頁)を踏まえている。欧米の制度にはおよそ見られないが、わが国の慣習を踏まえての離婚条件を詰めるための前置手続として分居の形をとった提案に他ならないのである。

15 裁判上ノ離婚に即した手続法としては、「婚姻事件養子縁組事件及ヒ禁治産事件ニ関スル訴訟規則」(1890年・明治23年法104号)が1893年(明治26年)施行されていた。1898年(明治31年)7月16日に人事訴訟手続法は、明治民法と同時に、施行された。したがって、協議過程それ自体は私人に委ねられていたので協議離婚の手続に関する立法という発想自体がなかったのであろう。しかし、箕作の「分居」提案は、離婚手続に付随する離婚前および離婚後の事柄(別居中の妻の扶養、離婚後扶養や財産分与、子の監護に関する処分に相当する別居中の養育費、居住場所や教育等の事柄)を実体法・

第4に、同日第8回同会議のテーマは、第4編親族第1章総則第2章戸主及び家族であったが、この際、隠居制度と皇室典範の関係が論じられた¹⁶。

箕作麟祥は、乙第3号で隠居の規定は親族編に定めることになったが、隠居は戸主及び家族の章のなかでなく、節か款を設けてはと質問した。この折に、伊藤博文は、日本で天子隠居の制度は仏法伝来後のことで、それ以前の古来の国体ではないから、この制度を廃止して、皇室典範では摂政制度を設けたと紹介した（この際、西園寺公望は戸主制度と隠居制度はともに民法には定めない方が良くいと述べた）。

なお、伊藤博文は、1887年（明治20年）3月皇室典範¹⁷の制定過程において天皇については隠居制度をとらないことを確定していたが、民法編纂においては1893年（明治26年）6月の法典調査会民法主査会議で国体を論拠としてこれを念押しした。ここで国体とは、1200年以上にわたる日本の歴史を超えて、6世紀半ばの仏教伝来前に戻るという意味は少なく、国体に託して近代化の必要をいうにすぎない。

2 家族法で協議が正文にならなかった例

(1) 親族会と協議

江戸時代からの「熟談ノ上」という慣習（法）は、明治初年以降、次第に「協議の上」方式に変容した。そして、協議による離婚、離縁の手続は、当事者間の交渉と親族による交渉に分けられて、後者については「親族協議」で論じられたこともあった。しかし、結局「親族協議」は後景に退いて、法的には「親族会の同意あるいは決議」という制度に置き換えられていった。以下においては、不十分ながら、これに関連する協議をめぐる多様で過渡的な論議をみる。

(あ) 末期養子、隠居

1895年（明治28年）10月16日第125回法典調査会議で、738条（家族の意義）

手続法上も保障しようという考えを含意している。

16 法典調査会民法主査会議事速記録・叢書13の165頁、166頁。

17 『梧陰文庫影印 明治皇室典範制定本史』（國學院大學、1986）494頁参照。なお、伊藤博文は1887年（明治20年）3月20日いわゆる高輪会議において伊東巳代治、柳原前光、井上毅と皇室典範を論議し、隠居制度に関連する天皇譲位を認めない方向決定をした（『梧陰文庫影印 明治皇室典範制定本史』488頁、特に494頁（皇室典範皇族令草案談話要録）参照）。

に関して、磯部四郎は、日本では相続人のないときは「親族協議デ分家ノ子ヲ連レテ来テ本家ノ相続人トスルコトガアル」あるいは全くの他人を連れてきて相続人として戸主を継がせることが往々ある旨を述べた（法典調査会民法議事速記録5巻・叢書5の503頁）。

第126回同会議で、741条（修正案）に関して、穂積陳重は、養子一般論としては年上の者を養子とすることを許さないが、本家の戸主にはこれまで各種の隠居原因を認めてきたと述べた。たとえば、「公務トカ重モイ疾病トカ不行跡トカ放埒」でどうしても「其家ノ浮沈ニ関スル、デ（ママ）親族一同協議ノ上」家を持つことはできない場合、ときには相続人と称して年上の人に家を継がせることを承諾して隠居届を出す例が幾らでもあった。たとえば、叔父（分家の戸主、弟）がその兄（本家の戸主）が死亡したとき、兄の子が大病に罹っていて継げない場合、裁判所も叔父を戸主にすることを認めてきた。こうした場合に、隠居、相続のいずれも許さないというのは家を貴ぶ趣旨からはできないと説明した（同速記録5巻・叢書5の534頁、548頁）。

（い）入夫婚姻

第127回同会議で、745条（入夫婚姻）に関して、富井政章は、但書「当事者カ婚姻ノ当時反対ノ意思ヲ表示シタトキハ此限ニ在ラス」の立法趣旨を説明した際、結論として「今日女戸主ト云フモノヲ絶対認メナイト云フコトハ実際ノ有様ニモナイ……婚姻ヲスルトキニ当事者ガ反対ノ届出ヲ為シタラバ矢張り婚姻ヲ戸主権ハ女ニ存スル」と述べた。梅謙次郎は、逆に原則は女戸主が夫を迎えたときは女性が戸主でよいと述べたが、富井と穂積はそれには反対であるから、745条¹⁸は折衷主義を採ったのであると述べた。富井は、協議の語が初出した1876年（明治9年）太政官達第58号（極貧の子持ち寡婦が夫を迎えるなどを親族協議の上で決めたというやむを得ない事案。本稿（上）114頁）その他を紹介して但書を制定すべき理由を述べた。しかし、高木豊三は、但書の削除を主張し、長谷川喬は、戸主権は一家の支配権であり、

18 後に条文数を変えた743条（入夫婚姻）の審議の際、梅謙次郎は「戸主権喪失」という表現を用いたことが注目される（同速記録6巻・叢書6の59頁）。なお、戸主権の喪失は、明治民法第4編第2章第3節「戸主権ノ喪失」（隠居と廃絶家）となる。

命令権であるからとしてこれに同調した。これに対し、横田國臣は、但書の存続に賛成した。同人は、理屈が通るだけでなく慣習に適用すること、歴代天子が女帝のとき夫はいなかったが、夫はある方がよいこと、今の世間でも女性が非常に有能であって総てを仕切る例もあり、この女性に対し戸主を譲らないなら後家で暮らせというの人は人倫上も善くないこと、を述べた（同速記録 5 巻・叢書 5 の 591 頁から 593 頁）。

（う）小括・親族会の意義と協議の意義

梅謙次郎は、法典調査会の論議を経るに従い、協議の意義に関する説明を進化させた。

1895 年（明治 28 年）11 月 25 日第 140 回同会議で、梅は、774 条（婚姻中姦通した妻の制裁）に関し、夫は妻の姦通を知るが、表面は「協議ノ離婚」あるいは他の原因を理由として離婚する仏蘭西などには毎度ある話だと述べ、協議の離婚と表現した。また、775 条の審議で、梅は逆縁婚、順縁婚について説明したが、ここでも、養子の「協議離縁」と表現して何・指令を論じた。（同速記録 6 巻・叢書 6 の 103 頁、115 頁から 117 頁）。なお、逆縁婚、順縁婚については、本稿（上）122 頁以下を参照されたい。

第 141 回同会議で、梅は、立法のあり方について自説を披露し、法律の規定は、十の八、九は「協議上デ往クガ協議ガ纏マラストキニハ此適用ガアル」ものゆえに制限をするに際しては 3 つの論点があり、家族制度から考える立場、子の利益を謀るためという立場、一家の平和を害することを憂える立場であると整理した（同速記録 6 巻・叢書 6 の 158 頁、159 頁）。

1896 年（明治 29 年）5 月 4 日第 169 回同会議で、926 条（未成年者の後見人）の審議について、梅は、協議という正文を規定すべき必要性に触れ、協議とは親族と後見人が意見の合わないときに裁判所が決める場合に法典で規定する必要がある。しかしながら、裁判所に立ち入らせぬとして協議が整わないときに親族会が決めてよいとするならば、法律上親族会に対し協議を為すべしと命令する必要もない。そこで、旧民法（既成法典）184 条¹⁹の「協議」を「親

19 本稿（上）前掲注（3）前田編『史料民法典』1107 頁。

族会ノ認許」に改めたと説明した(同速記録7巻・叢書7の47頁、48頁)。

梅は、親族協議の慣行を前提としても、「協議」「協議ノ上」と民法で規定すべき場合と規定するまでもない場合を明瞭に区分して立法論議をリードした。

次に、親族会の構成などに触れる。

同年5月11日第171回同会議で、梅は、「第7章 親族会」を定めた理由として旧民法(既成法典)より一層後見以外に親族会が必要であるから別章²⁰を設けたとし、旧民法176条「親族会ヲ設クル能ハサルトキハ区裁判所其事ヲ行フ」²¹を削除する根拠として、親族が誰もいないような幼児について親族会が構成できないときは裁判所ではなく行政官庁の下において監督することも考えたなどと説明した(同速記録7巻・叢書7の110頁、111頁)。そして、梅は、948条(親族会の開催は裁判所が招集する)の審議について、親族会という制度を慎重の上に慎重に法制化したと述べた。親族会の重い務めを「不規律ナ親族会、是迄ノ所謂親族協議ト云フヤウナ不規律ナモノデドン々々極メテ往ツテ宜シイト云フコトニナルト……立法者ノ精神ニ適ハナイ適用ヲ受ケルヤウニナツテ仕舞ウ」であろうから親族会の組織などは苦心して考え、「初メ丈ケハ裁判所ニ干渉サセヌト仕方ガナイ」が「親族会ニ裁判所ガ立入ラシムルコトハ成ルベク……避ケタ」のであり²²、親族会の会長にいつも裁判官にして行うことは採用しないと述べた(同書112頁)²³。

20 梅は、1895年(明治28年)11月15日第137回同会議で、起草者間でも親族会の構想はまとまっていないと述べた(同速記録6巻・叢書6の6頁)。

21 本稿(上)前掲注(3)前田編『史料民法典』1106頁。

22 梅は、親族会は常設ではないという(同速記録6巻・叢書6の80頁)。また、梅は、1895年(明治28年)12月28日第11回法典調査会民法整理会議で、519条(修正)に関して、協議は承諾するに当たり必要な準備をするものであると述べる(法典調査会民法整理会議事速記録・叢書14巻268頁、270頁、273頁)。協議を論じて意思が合致する前の折衝過程に触れ、契約の「準備行為」であると明言した珍しい発言である。

23 梅は親族協議が「不規律なものでどんどん決める」という。親族協議が、従来の慣習に従うことを意味すると、旧慣に従った問題の処理手順に沿って運営してしまうことを危惧した。しかし、そう言いながらも親族会の審議内容には、結局、立ち入ることを避ける形の立法案とした。結局、親族協議というものを、梅は封建遺制を含蓄するとして否定したが、起草委員らはすべての「家」の統制は不可能である以上、親族協議という手法を事実上採らざるを得なかったのである。それでも、梅は、論陣をはって、協議とは独立した法主体である個人個人の総意(あるいは合意、意思の一致)であるという点で統一させた功績がある。

第172回同会議で、梅は、協議の定義について「親族協議ト云フト一人デモ異議者ガアルトモウ協議デナイ」と明確化し、したがって、一人でも欠席すれば協議はないと指摘したのである（同書148頁、156頁）。

なお、高木豊三は、協議とは会議のようなものをいうわけではなく、日本の古来の習慣によっても皆それが参与して議する（筆者注 - いわゆる参議の意か）というような風俗があった旨述べ、横田國臣は、親族会という慣習はなかったが、親族が打ち寄って相談をする慣習があった、協議は法的ではない、裁判所が定めることで足りると述べた（同書145頁、146頁）。第174回同会議で、高木は「親族の協議に任す」とは「親族の自治に任す」を意味すると（同書177頁）、土方寧は、親族会を会議体とするのはよいが、協議体とするまでの必要はないと（同書186頁）、元田肇は、協議は本来の会議ではなく協議という意味であると述べた（同書201頁）。

以上をみると、梅が定式化した協議の意義は、現代にも通用している明晰なものであり、上記高木、土方、元田肇、尾崎三良などが旧慣を含蓄させようとした考えを法律論としては論破している。しかし、「親族協議ト云フヤウナ不規律ナモノ」という発言は、協議そのものの法的意味が何もないのか、手続法²⁴を含めて検討する芽を除いたのではないかと考える²⁵。

24 1896年（明治29年）5月15日第172回同会議で、高木豊三から948条の修正案が提出された。これは、親族会の招集をできるだけ親族の協議により構成員を集めて審議するが、協議ができないときには裁判所に決めてもらう案であった。これに関しては、親族協議を土台に据える立場（以下「土台説」という）とそれは不安定な土台ゆえに取らない立場（以下「土台否定説」という）の対立があった。土台説は、この協議は親族が熟議して定めたものゆえに尊重すべきである（高木発言）、奥田義人も同様の考えを示し、土方寧、重岡薫五郎は親族会の協議すなわち親族の自治体に任すとして土台説に与した。これに対して、梅は、従来の親族会のようなものは有害無益であり、親族が寄り集まって相談することは法制度ではない、伺・指令がたくさん出ているのは親族会がうまくいかないからである、親族協議などは今日弊害が多いのに、それを法制度の土台にするのは同意できないと反論した。井上正一は、梅に与し、協議を土台にするると危険であり争いが多発すると述べた。大論争の末、親族会員の選定は親族の協議によるという大原則を多数により採用し、細部は起草委員に任せることになった。第173回同会議で修正案が再び提出されたのである（同速記録7巻・叢書7の116頁～125頁、132頁、141頁）。

25 梅は、1894年・明治27年6月12日第20回同会議で、211条（建物の共用部分）について従来の慣習を論じて民事慣例類集の羽後国由利郡の慣習として「甲乙協議ノ上屋根ヲ一ツニシテ家ヲ建築スル慣習ナリ」と説明する（同速記録1巻・叢書1の770頁）。この

（2）廃戸主制度と協議

明治前期の伺・指令の実務において廃戸主の争いは「親族協議ノ上」で扱われた最も難しい紛争のひとつであった（本稿（上）129頁以下）。

1895年（明治28年）11月8日第135回法典調査会議で、富井政章は、穂積陳重、梅謙次郎の反対に抗して、単独で修正案768条「戸主ハ一家ノ浮沈ニ関スル重大ナル事由アル場合ニ限り其父母又ハ親族会ノ請求ニ依リ裁判所ニ於テ其廢黜ヲ命スル事ヲ得但其命令ニ対シ即時抗告ヲ為スコトヲ得」を提出した（同速記録5巻・叢書5の868頁）。

（あ）廃戸主の制度

富井の提案理由は以下のとおりである。

廃戸主とはいわゆる押込隠居のようなものであり、一人の所有者を丸裸にするようなことは好まないが、戸主権を認めたこととの権衡上どんなに一家を浮沈に陥れる者でも戸主に据えるというのでは家を認めた趣旨に反する。戸主が放蕩無頼を尽くし身持ちも非常に悪く財産を蕩尽して家族の養育教育もできない例もある。所有権絶対の考え方からはそれでも良いかもしれないが、「家トイウツノ団体ヲ認メテ其団体ガ立ツテ往ク……コトニナラヌ場合ニハ戸主ト云フ者ヲ廢スル」規定が権衡上必要である。768条は親族協議の上に慎重に決めてきた慣行を「父母又ハ親族会ノ請求」という条句をもって定めるべきである（同書868頁、869頁）。

反対意見は次のとおりである（135回、136回同会議）。

磯部四郎は、一家浮沈にかかるという微妙な判断を裁判所がすることになる不都合を思えば、家族のことはなるべく裁判所に出ないようにしておく方が良く、法律で波風を立てるような規定は置くべきではないとした（同書870頁）。

用語法は、江戸時代の慣習か、明治初期の慣習をさすかは明らかではなく、誤用とはいえないが、江戸時代にも「協議ノ上」という語による慣行があったと誤解を招く余地がある。さらには、梅は熟談、熟議、協議の使われ方の違いを熟知していなかった可能性もある。司法省編纂・瀧本誠一校閲『日本民事慣例類集』（白東社、1932）3頁、4頁、277頁参照。また、辻村亮彦「梅謙次郎の修行時代」『ボアソナード・梅謙次郎没後100周年記念冊子（上）報告集』（法政大学、2015）104頁以下も参照。

梅は、第一に「戸主権トイフモノハ家ノ主権デアル其主権者ガ主権ヲ行フ方法ガ宜シクナイト云フコト……ハ許シ難イ」と述べる。共和政治をとる国が共和主義をとり共和家族政治をとってもよいが、それは現在社会に行われているものではない。次に、戸主の財産の処分について家族の承諾を要するという規律もおもしろいが、任意の承諾があるならば隠居で賄えるはずである、準禁治産制度、不在者財産管理制度もある等と詳細かつ多方面から反対の理由を述べた（同書872頁から877頁）。

穂積陳重は、幕府時代にあった押込隠居や蟄居隠居は刑罰であって戸主の不身持放蕩のゆえに悉く奪われることになるような大変な刑罰を科することは文明国にあるまじきものであって768条（修正案）には賛成しがたいと述べた（同書877頁）。

これに反して、賛成意見は多数であった（136回同会議）。長谷川喬（同書883頁）、土方寧（同書885頁）、穂積八束（同書890頁）が支持し、細部はともかくとして、768条（修正案）は賛成多数により決せられた（同書898頁）。

（い）廃戸主の手続

1895年（明治28年）11月15日第137回同会議で、梅が提出した765条（修正案。もとの768条）に富井は賛成した。この段階で、梅は、起草者間で親族会のことはまだ協議は整っていないとしつつ、廃戸主の手続における親族会の協議の重要性にかんがみて（戸主が養子のときは養家親族と実家親族との協議を要するから）、親族会について独立のままとった規定を要すると述べた（同速記録6巻・叢書6の6頁）。

土方寧は、訴えを提起する前の手続を重くしたいから、親族会の請求を要すると述べ、尾崎三良も、訴える前の段階において親族会の協議を重視して「親族協議の上」、「親族会協議ノ上」などと定めるべきとした。奥田義人も、請求の前に嚴重にしておくことを要し、父母が請求したら子の恨みをかう、「若シ親族会ノ協賛ヲ経テ請求ヲスル」（筆者注－協議ではなく協賛という）ことならば恨みが父母と親族会に分かれると述べた（以上、同書5頁～10頁）。その後、箕作は論議を整理して、隠居を命じるという穂積陳重説と実父母の発議により親族会の決議に基づいて請求するという穂積八束説に整

理した（同書14頁）。

ところが、元田肇は、実務家である自分が知る一般の慣習は「必ず親族ノ協議ヲ経テ重大な事件」として扱った。父母の請求で廃戸主ができるというのは穏当ではなく、765条は削除すべきであると述べ、論議が一時頓挫した（同書14頁）。しかし、梅が、実父母の発議に基づき親族会の請求により戸主の隠居を命ずるという場合、手続法上、親族会は原告になれないから代表者が請求することになる旨述べるなどした上、修文の余地を残し765条は多数で採決された（同書17頁、18頁）。

同月2（筆者－「20」の誤記と解する）日第138回同会議で、前回の論議を踏まえた起草委員提出の修正案765条は次のとおりである（同書50頁）。1項「一家ノ為メ重大ナル事由アルトキハ裁判所ハ其家ニ在ル実父母ノ発議ニ基キタル親族会ノ請求ニ因リ戸主ノ隠居ヲ命スルコトヲ得」、2項「父母ノ一方カ知レサルトキ、死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ発議ノミヲ以テ足ル」、3項「父母共ニ知レサルトキ、死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ父母ノ発議アルコトヲ要セス」は可決された。この際も、富井は、更なる修正案として「其家ニ在ル養実父母ノ発議」と述べようとしたが、拒まれた（同書52頁）。この条項の主旨は「養父母」という点に重心があり（長谷川喬発言）、養子戸主を廃戸主とする道を開くことに実務上の意義があった。この点で、富井は本条提出の意図をほぼ失ったといえる²⁶。筆者は、適用の余地が少ないとはいえ廃戸主制度が存続する原案を富井が本意で撤回したかは微妙であると考ええる。

1897年（明治30年）6月7日第13回民法整理会議で、758条（もと768条、765条）という廃戸主に関する規定を削除して、廃案とした。反対した委員土方寧、富谷銈太郎、穂積八束が規定存続の必要性を述べたが、論議を止められて同条の削除が決められた。この折、穂積陳重は、欠席した主唱者（筆者注－富井）も「斯様ナ結果ニ為ツタナラバ之ヲ無理ニ保存スルノ議論ヲ為スニ及バス」と言ったと紹介している（法典調査会民法整理会議事速記録・叢書14の

26 本稿（上）前掲注（189）近藤「明治民法施行以前の廃戸主制度と『家』」76頁。

339頁)。

こうして最終的には、廃戸主制法案は廃止され²⁷、養子戸主の離縁も禁止された。養父母からも、養子戸主からも離縁は禁止されてしまった（明治民法874条は養子戸主は離縁できないと定める）。なお、こうした論議を通して戸主の財産は戸主の個人財産として確定したのである²⁸。

（う）廃戸主論議の整理

この論争をみると、まさに親族会の役割について考察を深めたことが分かる。富井ほかの廃戸主制度を賛成する者は、「家」制度を構築するに当たり戸主の地位と他の者の地位の均衡を図ろうとする現実的な必要性を指摘して分かり易い。反対論であっても、元田肇は現実の紛争の実相を肯定しており、磯部四郎も同様であって、ただ裁判所が難件を適切に処理できるか危惧するものであった。

明治前期の実務で親族協議の対象となった一家浮沈の重大事とは経済的に破綻に瀕した家族をいかに扱うかという問題である。現代的に言えば社会保障、社会福祉の問題にも連なることを意識したテーマである。

これに対して、穂積陳重は押込隠居²⁹を論じた刑罰論を援用した主張である。梅謙次郎は、まず戸主権は家の主権であり、主権者である戸主が主権の行使方法が悪いから戸主を廃されることは許されないと論じ、国³⁰と家を相似的に理解する泰西主義の考えを強調し、次に所有権絶対の財産法上の大原則を強調する主張である。いずれも日頃の論議とは異なり抽象的である。所

27 我妻榮「家族制度法律論の変遷」（民法研究Ⅶ）98 頁、99 頁には、親族会の統制、親族協議の意味などの確な整理がある。

28 戸主権の強化の意義及びその限界（観念的な強化）を的確に指摘するものとして本稿（上）前掲注（189）近藤「明治民法施行以前の廃戸主制度と『家』」77頁から79頁がある。

29 この点は、江戸時代の武家社会におけるいわゆる主君押込の慣行を意識して、押込隠居を肯認することの不都合を示唆したともうかがわれる。

30 1888年（明治21年）6月18日、憲法草案8条に関する枢密院審議における東久世（顧問官）は「国家トハ何ヲ指ス乎詭テ字ノ如クナレハ唯國ト解セラルト雖第75條ニ依レハ政府ヲ指ストモ解セラレ家ノ字ニハ皇室ヲ包含スヘシト口ニ云ヘハ天下ト云ハン如キモノ歟」と質問したが、伊藤博文（議長）は「國家ノ字ハ學問上定義アリ乃國土アリ人民アリ上下ノ分域定マリ秩序整然トシテ組織サレアタルモノヲ國家ト謂フナリ」と答えた。本稿（中）前掲注（153）『枢密院會議事録第1巻』161頁、162頁参照。

有権を絶対視することは財産法の大原則ではあるが、経済的な破綻を防ぐという経済的利益に関わる問題を法的におよそ勘案しようとしめない点で割り切りすぎていないか。ここまで強く否定するのは、梅自身（あるいは起草委員に影響力のある政府首脳）も戸主を他の親族が寄り集まり相談した上で戸主を追い出すことへの危惧感、つまり、「家」制度への侵害とみたからであろうか。そうであるとすると、単なる民法上だけではない高次の立法方針が影響したか、あるいは他の立法事項（遺産の分割）を優先させるためには廃戸主制度では譲ったのかなどと推測せざるを得ない。

(3) 遺産の分割

1896年（明治29年）5月15日第172回法典調査会議で、起草委員から乙第23号「家族ノ遺産相続ニ付テハ分割主義ヲ採ルコト」が提出された（法典調査会民法議事速記録7巻・叢書7の132頁）。

穂積陳重は、家族について分割主義を提案するに当たり、家族の遺産分割の慣習はないとの認識を示した後に、これから「家族の遺産相続」という制度を造るのだと提案理由を述べ（同書133頁）、富井政章は、家族が財産を持つことは段々起きてくるから、相続法の立法問題としてかなり前から考えてきたが、平等の分割は理論的には良いが、公平にできないと売却して金で分けざるを得ず経済的には面白くない結果をもたらすので有害であると反対意見を述べた（同書134頁以下）。これに対して、梅謙次郎は、遺産相続全体について分割主義をとるべきであるという意見であり、社会経済的な利害得失を考え抜いた上で有益であると考え、10年、20年後には分割相続にしなければなくなると述べ（同書136頁）、富井のいう経済的な弊害、分割がうまくできない弊害を避ける立案は難しくはないが（同書138頁）、少なくとも、家族の遺産分割は戸主権の相続すなわち家督相続と不均衡なものではなく、家族の遺産分割は武家時代から慣習はないので改める必要もないこと、戸主権を強化して家督相続をする代わりに戸主には義務も負わされ、その他に家族の遺産分割を認めても不都合は杞憂であり、実際にフランスは極端な分割主義をとるが細分化して困る事態は起きていないことを弁じた（同書138頁以下）。富井の反対はあったが、乙23号は賛成多数で可決された。

家族の遺産相続に関する論議は概して活発とはいえない。家族の遺産相続は明治民法第5編第2章で認められたが、第3款遺産ノ分割の条項にも協議の語は定められず、また共有物分割の規定を準用することも明記されてはいない。なお、第4編第7章親族会の条項にも「協議」の語は一切正文とはなっていない。法典調査会の論議の中で、「家」制度を構築するための多様な論点、また親族会に関する論点でも常に激しく争われた「親族協議ノ上」であったのに、明文には協議の語が全て消え去ったのはなにゆえであろうか。近代法上の法令語としての意義が明瞭ではないとの理由から排除されたであろうことは分かり易い。他面、親族会の決議、同意という条文は「親族協議」という国民の行動があってこそ成り立つ規律である以上、親族会で相談すること自体を排斥したとはいえない。梅謙次郎は、協議を熟談、熟議との意味の違いを意識していないままに協議の語を法的な概念として整理しながら「協議」を嫌忌したことは前示した。しかし、江戸時代から明治初年以降の法実務における熟談、熟議をめぐる伺・指令の法的論争を知る法律家、憲法、行政法の立法に参画した政治家は別の理由から嫌った可能性が強い。すなわち、「協議」は基本的に四民平等を超えて君民が平等の立場で協議する意味を含意した近代語として1871年（明治4年）以降急速に国民の間に浸透した言葉である。明治憲法で天皇は議会の「協賛」を得ると定めたこととの権衡からしても、戸主を「家」の主権者とする民法草案の基本原則からしても、廃戸主とする判断を戸主以外の親族協議で決めることは許しがたい。家族個人の財産所有権の相続承継、つまり家族の遺産を分割する協議であっても、戸主と家族（親族。配偶者等女性を含む）が平等の立場で相談して決めることは相容れないものがあるとされたのである。財産法では、所有権（共同所有）自体は平等なものである以上、その権利主体が協議することは適切である。しかし、家督相続を中核とする相続法や戸主、すなわち男親・夫を家族の主権者として規律しようとした身分法（家族法）において、家族、親族³¹の平等を

31 なお、明治民法732条1項＝現行民法725条2号は、配偶者を親族であると定めるが、泰西主義からは配偶者は親族ではない。これはわが国独自の規律である（青山道夫編『注釈民法（20）親族（1）』（有斐閣、1966）111頁（中川高男）。

含意する協議の語は嫌忌されたのではないかと考える。それにもかかわらず、離婚法、養子離縁法で協議の語を正文にせざるを得なかったのは、熟談・熟議等離婚制が定着していたからである。

（4）後見

後見の規定にも協議の語はない。しかし、旧民法人事編第一草案316条は未成年者の在来の住居又は教育方法を変更しようとするときは「親族会ニ協議セサル可ラス協議諧（筆者注－ととの）ハサル時ハ地方裁判所ニ申立テ裁判所ハ……裁判ス」と定め（本稿（中）102頁）、旧民法人事編184条2項は未成年者の住居変更や教育方法の変更については「親族会と協議すべし」と定めた（本稿（中）123頁）。1896年（明治29年）5月4日第169回法典調査会議で、法典調査会提出の926条（旧民法人事編184条、185条を合体）は、教育の方法と居所の変更、懲戒場に入れること、営業許可などは「親族会ノ認許ヲ得ルコトヲ要ス」と定めた（同速記録7巻・叢書7の47頁）。この際、梅謙次郎は、後見は親権の変体であり、一定事項については親族会の監督を受けること、184条の定める「協議」では既成法典の基本方針（戸主を中心とする「家」制度の立法）に沿わぬから、協議整わぬときは裁判所に立ち入らせぬこととし、親族会で決めてよいとしたい、そうだとすれば、法律上協議をせよと命ずる必要もないから「認許」と改めた旨説明した（同書48頁）。

その後、「認許」は「同意」と改められた。明治民法921条但書は未成年者の後見人が「教育の方法及ヒ居所ヲ変更……スルニハ親族会ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」と定める。伝統的な協議（熟談）と裁判所の決定を組み合わせた最初の構想が、整わないときは訴出できることを含意する「協議」に改められ、最終的にはこれも削られて「親族会ノ同意」を得るのみとなった。協議の内容がどのようなものであるかを暫し措けば、後見人が、国の介入を背景に持つ親族会からの掣肘を解かれ、事実上その裁量幅は拡大して後見人の権限が強化されたのである。

3 家族法で協議が正文になった例

（1）協議上の離婚

1896年（明治29年）1月8日第149回法典調査会議で、富井政章は、819条（協

協議離婚と親の承諾）に関して、協議離婚の制度は一利一害があるとし、以下の説明をした。①双方の協議で別れるのが良いこと、②家内の不体裁を外に出さずに協議のかたちで別れることは気風、慣習に適すること、③裁判で決めることは害あることで「我邦ノ固有ノ美ナ風俗ヲ害スル」こと、④実際には重大な理由があり感情に任せた離婚は多くはなく、妻は年齢などにより再婚もできないなどを考えれば、和合を欠いて共に離れたいというのを法律で喰付けても意味がないこと、⑤片方だけで離婚できる我邦のような男子の権が強い国では実害が多いが、双方が一致して離婚したいというときは多少の害はあるも全体としては穏当であることなどを指摘した（同速記録6巻・叢書6の364頁、365頁）³²。

なお、富井政章は、裁判離婚について、穂積陳重の江戸時代からの慣行理解については、詳しくは専門家の論議に譲るとしながらも、やや立場を異にする口吻を洩らしている³³。

（2）協議上の離縁

1896年（明治29年）2月7日第162回同会議で、協議離縁を定める866条1項「協議ヲ以テ離縁ヲナス」、2項「養子ガ15歳未満ナルトキハ其離縁ハ養親ト養子ニ代ハリテ縁組ノ承諾ヲ爲ス権利ヲ有スル者トノ協議ヲ以テ之ヲナス」（現行法811条参照）の規定に関して、穂積陳重は、縁組は法律行為（契約かどうかは別にして）であるから当事者の承諾を要し、そうであるならば15歳未満の幼女の承諾だけではまずいので「承諾権の有する者」と養親の協議をもってすべきであると説明した。また、養親のない場合には、養家の親族と協議すると論議している（同速記録6巻・叢書6の727頁、730頁）。

32 なお、協議離婚と父母の「承諾」を定めた819条の修正案は「承諾権」と改めた（同速記録6巻・叢書6の410頁）ほか、戸籍吏への届け出を定めた820条、戸籍吏が協議の真実を認めることを定めた821条（同書371頁）、離婚に伴い子の監護者は原則として父母が協議で決め、定めなかったときは父と定めた822条（同書372頁、同条修正案は原則と例外が逆転した、同書410頁）が論議された。

33 富井は、江戸時代からの離婚慣行より明治期に入って以降随分むずかしくなっていると述べた。すなわち、協議があっても一定の重い原因、823条列記の事由よりも窮屈になっている、何時頃からそうなったかは明言できないが、今日の慣習法では裁判所は協議のほかにも重い原因がなければ許さなくなっていると述べる（同速記録6巻・叢書6の391頁）。

第163回同会議で、866条（追加案3項）「養親ガ死亡シタル後養子カ離縁ヲ爲サント欲スルトキハ戸主ノ承諾ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得但養子カ戸主ナルトキハ親族会ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス」が提案された。穂積陳重は、この追加理由を述べたが、「親族協議ノ上」で処理していた当時の有様を明文化したと説明した（同書732頁）。

離縁の訴えを定めた869条について、穂積陳重は、離縁は個人で訴え出ることを認めていなかったが、1875年（明治8年）までは著しい原因があるときは県庁において離縁を申し付けていたところ、名古屋地裁（児島惟謙）から異議が出て、行政権から司法権に管轄が移った旨の経緯を説明した（同書734頁）³⁴。この経緯は本稿（上）117頁以下で触れた。

（3）「協議整ハサルトキ」のない意味

第4編親族で「協議」は正文に採用されたが、法典調査会で「協議整ハサルトキ」は論議されていない。同編親族でも規定されていない。

古く1877年（明治10年）7月13日司法省達丁第50号では「離縁争訟」に關して「養實熟議整ハサル争訟」という表現はあったが（本稿（上）113頁）、協議離婚、協議離縁の民法草案の条項に「協議整ハサルトキ」は見当たらない。協議離婚の系列と裁判離婚の系列が二系列となり、協議離婚が裁判離婚の前に定められただけである。協議離婚と裁判離婚の相互の制度上の関連、とりわけ手続的な関連を検討すること自体を自覚していなかったことを示す。利谷信義の指摘によれば、「協議」は、離婚のみに向けられたものではなく、それに伴う諸関係の変化をもふくむ包括的な性格をもつものである（本稿（上）103頁）。ところが、起草者たちは離婚の協議を考えても離婚に伴う財産分け等は夫の恩恵にすぎないと考えたようである。まして離婚前に

34 興味深いところでは、離縁原因を審議した折、穂積陳重は、これまでの伺・指令によると、養子が逃込みしたら2年の経過でたいがいは離縁されていて、慣習法のように定まっていたと述べた（同速記録6巻・叢書6の736頁）。穂積八束は、親が納得して成立する協議以外で離縁を認めるべきではないと批判した（同書752頁）。梅は、この意見に対して、協議整わないときは養親の頭を殴れば離縁できるのではないかという批判はひどい発言で「家」を尊重する立場でない。そうでなくても離縁の道を開くべきであると反論した（同書753頁）。この論争は、協議整わないときに訴訟提起できるといふ救済方式までを認めるか否かという対立であった。

夫婦およびその実家同士が子の養育費や妻の生活費を交渉したこともあった三くだり半の実務上の扱いについて法的規律を如何にすべきかには全く思いが及んでいなかった。箕作麟祥の分居提案を除けば、熟談・熟議等離婚制の全体像³⁵を理解して離婚紛争に対する立法作業に従事していたのかは疑問が残る。

戸主である夫と離婚する妻が付随すべき懸案事項を解決しなければ直ちに経済的に困窮すること（明治初年には、離婚した妻はその実家に「厄介」という立場で一時生活できることを慣行としたが）は見易い道理であった。しかし、それが権利義務を扱う法律問題であるとは全く考えていなかった。まして妻の経済的利益の保護（妻が離婚した後の生活）を顧慮する姿勢は皆無である。

4 財産法と相続法に跨り協議の語が正文になった例

(1) 共有物の分割と協議

共有物の分割は契約または合意³⁶ではなく協議として正文化された。

明治民法258条1項は「分割ハ共有者ノ協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」である。これに至る経緯の概略は、以下のとおりである。

1894年（明治27年）9月21日第30回法典調査会議で、258条原案「分割ニ付キ共有者一致セサルトキハ裁判所ニ於テ分割ヲ要ス但……」（民法整理案）について論議された。その後、1896年（明治29年）1月（日不詳）配付の民法修正案第一編総則第二編物権第三編債権258条1項「分割ハ共有者ノ協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」、第2項「前項ノ場合ニ於テ現物ヲ以テ分割ヲ為スコト能ハサルトキ又ハ……」と改められた（民法修正案第一編総則第二編物権第三編債権・叢書15の31頁）。共有者全員の「一致セサルトキ」を協議の語で書き換えたのである。「一致セサルトキ」の条文文

35 「熟談の上」、「協議の上」という方式は、夫と妻だけではなく実家同士の力関係で紛争処理の程度内容が変わる面があったので、力がある実家同士では離婚と付随的紛争の全体（法的紛争と経済的利益紛争）を処理した例もあった。

36 1893年（明治26年）6月2日第4回民法主査会議で、配布された乙第12号一「既成法典中ノ合意ナル語ヲ契約ト改メ債務ノ創生ヲ目的トスル合意ニ就イテハ特別ノ名称ヲ設ケサルコト」が可決された（法典調査会民法主査会議事速記録・叢書13の94頁等）。

言の変遷を見ると、「協議整ハサルトキ」（225条2項および262条³⁷。同書29頁、32頁）を介して「協議調ハサルトキ」（同書31頁）に至ったのである³⁸。

「協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スル」と修正された理由は第30回法典調査会議の論議からは必ずしも明らかではない。しかし、おおよその事情は以下の論議から推測することはできる（法典調査会民法議事速記録2巻・叢書2の100頁から117頁）。

まず、富井は258条原案の「分割ニ付キ」とは分割の方法と其割合を意味し、裁判所は実際に分割を命ずるのであって、この手続は非訟事件（訴訟事件を含まないとまでは考えない）であると述べた。土方寧は、権利が決まれば「分割する細かい手続は当事者に任せてしまう」のが良いといい、高木豊三は、分割すべしと命じるのと一緒に分割方法なども命じてよいとし（109頁）、田部芳は、分割する権利の有無を決めることと分割の方法と割合を決めることの二段構えであると整理し（113頁）、黙っている場合も同意とはいえないが、その場合は構わずに分割できるという（114頁）などの論争があった。要するに、分割に付き共有者が「一致セサルトキ」は分割を求める権利の有無（訴訟レベル。富井は、共有権者は求めれば分割できる権利を当然に有すると解した）と具体的な分割を実現する裁判手続（非訟レベル）の二段構えの問題があることが確認されたのである。一個の不動産の所有権（共有権）を分割して複数の不動産の所有権（単独）へと権利移転をするので、こうした二段構えの法的構造を認識することになったのであろう。

先行研究³⁹によれば、現行の258条に至る経緯は以下のとおりである。す

37 1894年（明治27年）12月21日第2回法典調査会民法整理会議では、262条の前身に当たる261条3項は「分割者ノ協議」「協議整ハサルトキハ」と定めた（法典調査会民法整理会議事速記録・叢書14巻の75頁）。

38 「整」を「調」の字をもって代替した理由は明らかではない。諸草案を見ると「議協ハサル」「協議諧ハサル」と統一性はなかったが、従来の勸解実務では「調」「不調」の語で事件終局事由としていたことを斟酌したからではないかと思う。この実務を支えた規定の一つとして『法律取調委員会民法草案再調査案議事筆記・叢書15の305頁の1450条4項「勸解不調」の語の存在がある。林真貴子「明治期日本・勸解制度にあらわれた紛争解決の特徴」川口由彦編著『調停の近代』（勁草書房、2011）191頁注（60）は「和解カ調ハサルトキハ」（「民事訴訟法草案議案」新案368条）の存在を紹介する。

39 大江毅「共有物分割訴訟に関する史的考察—民法258条制定過程を中心として—」『阪

なわち、明治民法（現行民法）258条1項は、旧民法409条2、3項を範とし、258条2項は旧民法412条を範とした。258条原案「分割ニ付キ共有者一致セサルトキハ裁判所ニ於テ分割ヲ要ス但……」は、上記した論争を介して258条1項「分割ハ共有者ノ協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と改められた。ところで、旧民法409条は仏民823条に、旧民法412条は仏民826条にそれぞれ連続した規定であったが、日本民法の上記規定が参考としたフランスの上記規定が背景に有する多くの手続規定群を定めることはしなかった。大江毅は「手続的色彩の強い規定の多くを受け継いでおらず、これに代わる手続規定が設けられていない」⁴⁰と指摘する。当時も、旧民法について「本法及ヒ民事訴訟法其他ノ特別法ニ於テ裁判上分割ノ手続及ヒ其準備手続即チ分割スヘキ財産ノ評価、売却、取集、部分ノ組立、分割ノ検認及ヒ分割ノ方法等ノ規定アルヲ見ス」⁴¹と批判されていたのである。

以上によれば、共有物の分割をするための手続を規定しないままに、伝統的な仕組みである協議が調わないとき裁判するという裁判官に大幅な裁量を付与する手続的な規律をもって粗く代替させたものと評価できる。フランス民法では遺産分割に関する詳細な規定を明治民法では全て物権法の共有に移し、その規定も少なく不十分であった。もっとも、明治前期の法実務がフランス民法に従っていたことを思えば、フランス民法の諸規定にそって実務が形成されていたから「協議ノ上」方式は当事者間の自治的慣習的規律と裁判所の法実務の双方を包摂するという意味で粗いものというのが穏当であろう。そうであるならば、「手続的色彩の強い規定」を受け継がず、裁判の「準備手続」を置かなかつたという批判に対しては、実体法と手続法を混淆させた「協議」をもって、不十分ながら法体系の中に位置づけたと解する余地はあるのではないか。

大法学』53巻2号469頁以下（2003）。

40 大江「共有物分割訴訟に関する史的考察」470頁。

41 井上正一『民法〔明治23年〕正義財産取得編卷之參』（新法註釈会出版）日本立法資料全集別巻59（信山社出版、1995）386頁、387頁。井上は、実務上重要なこれら規定が宜しきを得なければ弊害続出と断じた。なお、井上正一は、合意上の分割と表現することが多く、協議をもって配分する便益（375頁）という表現もある。

この点に関して、大江は、フランスにおいて遺産分割手続において存在感を示している公証人制度はわが国では未整備のゆえにこれにかかる規定は定められなかったのかもしれないという。わが国で公証人制度が発展しなかった理由の一つには井上毅が公証人制度について強く反対したからである⁴²。

(2) 協議と勸解

本筋からはやや外れるが、明治前期、1875年(明治8年)から1890年(同23年)まで隆盛を誇った勸解制度は、仮に民法に協議と定めたことで粗く賤ったというならば、どのような経緯で消滅したのかを見ないわけにはいかない。

勸解制度に関する先行研究である林真貴子「明治期日本・勸解制度にあらわれた紛争解決の特徴」⁴³は、1891年(明治24年)勸解が廃止されてから1922年(大正11年)借地借家調停法施行までのおよそ30年間、調停制度は存在しなかった経緯を説明する。1888年(明治21年)司法省は「勸解委員規則案」(勸解調ヒタルトキハの文言がある)を作成し、法制局に回付されたが、井上毅(法制局長官)は同法案に反対し、これを葬った。その理由は、①勸解委員は一種の裁判官であるのに市町村会で公選されること、②法領域外のことを含む私的紛争について訴訟法が勸解を廃した以上勸解裁判官を置く必要はなく「人民ノ自由ニ仲裁者ヲ選択スルニ任セテ、官ヨリ規定セザルベキナリ」⁴⁴という。林は、①について地方名望家に対する井上の不信をあげ、

42 井上毅は、フランスでは遺産分割にノテール(公証師。公証人の意)の関与が大きいことを理解し、公証人実務の視察にも遺漏なかったとうかがわれるところ、在仏中に執筆されたとされる1873年(明治6年)の「司法大意」の中で公証事務について触れる。1881年(同14年)11月7日、伊藤博文に対し「覺」と題する書簡をもって公証人規則制定への反対意見を述べ「我国ニ於て而公証人之必要ヲ見ズ」をいう。井上は公証人の存在は民法において家督相続を制定した後にわが国へもたらす悪影響を危惧したものと思われる。井上は、1874年(明治7年)4月「官吏改革意見」を執筆し、戸長には「老朴有望ノ人ヲ用ヒ」「人民ニ忠ナル者ヲ勸奨」すべき旨を述べた。また、1876年(明治9年)に乙号布告案を執筆しており、立嫡相続=家督相続を貫くことを主張しており、分割相続に与って力がある公証人制度の導入に反対した。以上は、本稿(中)前掲注(23)『井上毅傳史料篇第二』693頁、『井上毅傳史料篇第三』60頁、『井上毅傳史料篇第四』54頁、同(中)前掲注(34)『伊藤博文関係文書一』323頁。木野主計「井上毅と梧桐文庫(二)」『国史学』94号53頁(2004)参照。

43 林「明治期日本・勸解制度にあらわれた紛争解決の特徴」149頁から197頁(民事財産紛争を対象とする)。

44 本稿(中)前掲注(23)『井上毅傳史料篇第四』326頁の今村和郎に対する1890年(明

②について私的紛争は人民が自主的に解決すべきであるという井上の考えをあげる。この点について、筆者は、井上が権利義務関係については訴訟上の和解で足り訴訟事項について勸解を不要としたと考えるので、これを支持する⁴⁵。

井上毅は、封建遺制を排して近代国家をめざした法制家であり、漸進主義の立場から中央集権体制を構築して泰西主義を導入する方針に疑いをもたなかった。同時に、地方自治に対する革新的な考え方をもって臨んだいわゆる三新法体制の運営をみて地方自治の実現の難しさも熟知した。井上が官僚を信用するとは、泰西主義をめざす統治機関としての適格性を保持しているか否かであった。この点において、地方毎に育成される公証人制度、市町村会による公選制による勸解委員という一種の裁判官制度⁴⁶は中央集権体制、すなわち、法解釈を一元化すべき司法部に対する打撃を与える危険が高いと考えたと解される。

治23年）8月18日付書簡の第四にある文言である。同書854頁の山田司法大臣に対する同月18日付書簡（『山田伯爵家文書二』（日本大学、1991）138頁）参照。

- 45 林「明治期日本・勸解制度にあらわれた紛争解決の特徴」179頁から181頁が、勸解を裁判の一種とみるか、峻別するかを論じる点は留保する。裁判官が諸法典成立以後も実情に即した紛争解決をすることの問題性とは、名望家の勸解を担当する裁判官が急進的な処理をすることの他、旧態依然たる封建遺制を押し通した処理をすることへの危惧も含むのである。また、財産法上の権利にかかる勸解実務と協議に関連する財産法及び家族法に関する勸解実務を分けると、前者は民事訴訟上の和解制度に替わり、後者が扱う事項については民法上協議の語で賄い（非訟事項に相当するもの）、民事訴訟法以外の手続法としては人事訴訟手続法、非訟事件手続法の立法で足りると考えていたとみる余地はあろう。それ以上、国が習俗慣習の扱うべき領域に介入すべきではないと考えていたにすぎない。なぜなら、たとえば、売買契約において保護されるべきものは権利＝意思であり、意思形成過程の動機などの利益ではなかった筈だからである。
- 46 井上は、勸解制度を仏蘭西、ドイツだけでなくイタリーの法制をも参考とした。曲木如長譯・伊國裁判所構成法（伊學協会、1890）（本稿（中）前掲注（26）『梧陰文庫井上毅マイクロフィルム』MF16-45、B-2168）15頁では、勸解吏は、裁判官の一種の職であり、職掌は二つあり、一つは「人民ノ請求ニ依テ争論ヲ和解スルコト」、二つは「争論ヲ裁判シ其他法律ニ因テ付与セラレタル職務ヲ行フコト」である（同法28条）。「各町村ニ勸解吏一名ヲ置ク」（法27条1項）とされ、「純然タル名誉職」（同法30条1項）で公の儀式では「市長ノ次ニ列ス」（同条2項）るものであった。井上毅は、勸解吏を裁判官の一種であると解すれば日本では「戸長」に準ずる人物ということになるところ、地方自治法立法法その他の経験から認識を深めた戸長（筆者注＝旧家主＝旧村役人）の実際上の力量その他に対して疑いを持っていたものと推測する。

第4節 明治民法典の協議と学説

1 総説

(1) 財産法の協議、契約、合意

法典調査会の論議において、協議にかかるところをみたが、それ以降今に至るまで協議の正文はほぼ議論の対象にもなっていない。また、旧民法に比較的用いられた協議売却の語に関する論議が少ないことも注目される。明治民法の法解釈上、協議売却について論争があったことは知らないが、現在も、民法上「協議売却」を論じることはほぼないようである。わずかに、富井政章が1891年（明治24年）に旧民法の解説書⁴⁷として著した『民法論綱財産取得編上巻』の不分物の競売の項において協議分割、協議売却の説明が詳しくされている⁴⁸。これらの熟語は条文から除かれたこともあり、その後の民法解釈論の表舞台から消えてしまったようである。なお、協議分割の語は平成期の法実務では多用されている。

(2) 契約と合意の語の定着

1890年（明治23年）ころのわが国では、現在普通に用いられている「契約」、「合意」の語は社会的におよそ通用する言葉ではなかった。現代意味する言葉としては存在しなかったのである。富井は、同年、わが国ではこれまで契約の語も、合意の語も特別な意味のある語としては存在しなかったから、契約と合意を同じに用いてもかまわない（始終此区別ヲ固守セサルヘシ）と述べる⁴⁹。また、1888年（明治21年）刊行された『民法応用字解全』は、コ

47 富井政章『民法論綱人権之部上下巻』（岡島寶文館、1890）『民法論綱財産取得編上中巻』（岡島寶文館、1891、1893）がある。

48 富井『民法論綱財産取得編上巻』（1891）232頁は、フランス民法1686条は不分物の分割を「好都合ニ且損失ナク」できないとき、または協議分割をするのに共有者が一致しないときは、競売して代金を分配すると定める。しかるに、旧民法104条は、共有者の一致しないときだけに競売すると定める。なぜならば、「好都合ニ且損失ナク」（筆者注－経済的利益を含めて合理的な）分割でないときは誰かが異論をいうからそれで足り、だれも異論がないときまで干渉する必要はない。したがって、協議売却ができないとき（共有者が一致しないとき、失踪者または無能力者がいるとき）に競売すれば足りるのであるという（233頁）。また、フランス民法は、遺産相続について平等分割制をとるから遺産分割の規定を適用する（235頁）。なお、会社の清算に伴う分割については、同『民法論綱財産取得編中巻』129頁、130頁参照。

49 富井『民法論綱人権之部上巻』50頁。

ンサントマンを承諾と訳し「双方の意思の合同」と、コンワンションを合意と訳し「意思ノ合同」と解説した⁵⁰。当時の法実務家は中国法令語の「合同」をもってフランス法などの法概念を理解しようとしていたのである。約10年後の1898年（明治31年）明治民法典は施行された。

2 明治民法典の協議の解釈

(1) 家族法の協議の解釈

明治民法典（家族法）の学説は協議の意義について、以下のように述べる。

(あ) 奥田義人の家族法と協議

奥田は、旧民法財産編39条1項の「分割セサルヲ約スルコトヲ得」を「合意」と解し⁵¹、同じく旧民法人事編の解釈において、協議を以て離婚をなすとは「夫婦双方ノ共諾」「共諾離婚」であり、協議を以て離縁をなすとは「夫婦双方ノ共諾」であると解し、協議の語を使わず「共諾」の語を使うものであった⁵²。明治民法制定後においては、「協議上ノ離婚ハ配偶者双方ノ意思ニ基クコトヲ要ス」とし、離婚法制を自由離婚と裁判離婚に分け、前者は「配偶者一方ノ意思ヲ以テ離婚ヲ為ス」を許す制度repudiumおよび「双方ノ合意ヲ以テ離婚ヲ為ス」を許す制度divortiumの二つがあるという。わが国は協議に因る自由離婚制度を認め、また、離縁は当事者の協議一致するときにはこれを行うことができるというのである⁵³。そして、「協議上ノ離婚ハ合意ナリ」⁵⁴と解釈する。また、明治民法1011条「分割を禁じることを得」の解釈として、256条の「契約」の文言に従い「相互ノ契約ヲ以テ」分割を禁止することができるという⁵⁵。概して、奥田は、協議の語を余り用いず⁵⁶、協議の定義には

50 本稿（中）前掲注（17）『民法応用字解全』571頁、572頁、221頁参照。

51 奥田義人『物権法第一部完 東京専門学校講義録』日本立法資料全集別巻708（信山社出版、2012）92頁。なお、奥田は1917年（大正6年）8月21日死亡した。

52 奥田義人『民法人事編（完）明治26年発行』日本立法資料全集別巻263（信山社出版、2003）244頁、245頁、382頁。

53 奥田義人『民法親族法論全』（有斐閣書房、1898）日本立法資料全集別巻267（信山社出版、2003）210頁、211頁、317頁。

54 奥田義人『親族法上巻（親族制）』（中央大学、不詳）350頁、386頁。

55 奥田義人『民法相続法論全』（有斐閣書房、1898）日本立法資料全集別巻268（信山社出版、2003）195頁。

56 奥田『民法親族法論全』469頁以下の親族会の解説におき、それは合議体であり、同意、

触れない。

以上を通観すると、奥田は、協議の解釈を「合意」をもって論じる傾向がある。法典調査会での「協賛」とすべきとの奥田の前記発言にかんがみると、「平等な当事者」を含意する協議の語を家族法で用いることに消極であったとうかがえる。さらには、奥田は協議離婚、協議離縁の制度をわが国の伝統を受け継ぐものであると明言するが、国体をもって論じることはない。

(い) 富井政章の家族法と協議論

一般には、協議上の離婚の「協議」はコンサントマンに相当する語として用いられることが多かった。しかし、富井は、旧民法の解説書『民法論綱人権之部上巻』（岡島寶文館、1890）において、以下のようにいう。すなわち、仏語のコンサントマンを「合意」と訳することが正当である。なぜなら、コンサントマンの原義は「共ニ感スル」であるから、それは「合意」と訳すべきである⁵⁷。「承諾トハ意思ノ一致ヲ謂フ」とは最も難しい語句であるが、それは「コントラ」と「コンウァンション」を別の訳を当てたがゆえである⁵⁸。

家族法の婚姻などについて、富井は、次のような説明をする。すなわち、主たる契約とは他の契約とは関係しないで単行独立した効力を生ずるものをいう。婚姻や養子は主たる契約であり、たとえば、結婚は身分を変えることを目的とする一種の合意で、契約コントラではない。婚姻は主約で、夫婦間の財産規約は従約であって、主約が無効ならば従約は無効になるが、逆にはならない。両者の関係は、樹の幹と葉の関係と同じで、幹が枯れば葉も枯れるが、葉が枯れても幹は枯れないのと同じだということである⁵⁹。

富井の上記の説明は、協議の解釈としていうものではないが、合意、契約

決議をする機関であるとし、協議の語は用いない。

57 コンサントマンの原義は「共ニ感スル」であるとは、権利＝意思の一致とは異なり、まずは経済的利益も含めて双方が同じ感情を持つという意味で、現代人のいう心理的、情緒的な個人の感情を主としてさすのではないように思われる。

58 富井『民法論綱人権之部上巻』91頁。富井は、契約（仏語のコントラ、英語のコントラクト）とは債権を生ずる合意であるが、総ての法効果を生ずる合意を仏語ではコンウァンション、英語ではアグリーメントというと言く（同書46頁）。

59 富井『民法論綱人権之部上巻』77頁、79頁、80頁。

について比較的明快な説明である。なお、同書では国体の語をもって説明する箇所も、姿勢もないが、明治前期の国体の語に含意されていた皇室の天壤無窮の観念と多彩なわが国の慣習尊重の観念の両面のうち、後者を尊重する姿勢が強いことは法典調査会での発言⁶⁰から明らかであることに留意したい。

明治民法の解説書である富井『民法原論第一巻総論』⁶¹では、一方行為とは「単個ノ意思表示ニ因リテ成立スル法律行為」、双方行為とは「2人以上ノ合意ニ因リテ成立スル法律行為」であるとし、これを「契約」といい、契約とは債権の発生を目的とする合意をいうと解することも多いが、民法はこの実益のない観念をとらず「最モ広キ意義ニ用イ総テ私法上ノ効果ノ発生ヲ目的トスル合意ヲ謂ウ」とする。また、法律行為とは、私法上の効果を発生させることを目的とする意思表示であることに加えて、その効果発生を欲望することの結果であることを要すという。

協議について論じる富井『民法原論第二巻物権』⁶²の該当箇所は、以下のとおりである。

民法225条2項には、「協議調ハサル」の語があるのみであるが、「困障ノ材料及ヒ高サハ当事者ノ協議ニ一任ス」という。なお、256条の「契約」を不分割の「契約」、「特約」と呼ぶ。

民法258条の「協議調ハサルトキ」を解釈する前提として、共有関係の分割を①分割の請求権、②分割の方法、③分割の効果に分ける。②の分割の方法の項で、協議上の分割は種々の方法により分割をすることができる。裁判上の分割は分割の方法または割合につき共有者の協議調わざる場合に各自の請求により行うものであるという。旧民法では無能力者がいるときは必ず裁判上の分割を要したが、民法上、法定代理人、保佐人等がいるから、なお協議上の分割は可能であると説く。協議の語義、合意、契約等に関連した解説

60 富井は廃戸主制度の立法理由において慣習のうち尊重すべきものがあるゆえんを説き、また、協議離婚制度の説明において「我邦ノ固有ノ美ナ風俗」の尊重を説く。

61 富井『民法原論第一巻総論』（有斐閣書房、1908合冊、1898上冊初版）320頁から322頁。

62 富井『民法原論第二巻物権』（有斐閣書房、1923合冊、1908上冊初版）114頁、173頁から177頁。

はない。協議は契約の一種であると解しているのであろう。私法上の効果をもたらすのであるから合意の一種ともいうのかもしれない。

(う) 高橋捨六・堀田馬三の家族法と協議

高橋・堀田『日本親族相続法義解全』(富山房、1899)⁶³は、「協議上ノ離婚ハ各当事者相談ノ上即チ承諾上離婚ヲ為ス」ものであるという。862条の「協議ヲ以テ離縁」を協議上の離縁と述べて解説する。遺産分割は「稀有ノ事に属セリ」とし、その説明は簡単なもので「協議」の語はなく、物権法の共有規定の準用に言及することもない。ただ、親族会は親族等「相集リテ一家重要ノ事件ヲ協議決定スルモノ」という説明は実務的である。

(え) 梅謙次郎の家族法と協議

梅謙次郎は、1896年(明治29年)から1900年(同33年)に『民法要義卷之一から卷之五』⁶⁴を著した。協議に触れる箇所は少ない⁶⁵が、用語は「協議」である(例外は『親族編』364頁に親族ノ「協議」とある)。

民法808条「協議ヲ以テ離婚ヲ為ス」の解釈として、夫婦の協議により離婚するのが原則であるとし、「真正ノ協議」であることが必須であると述べ、契約である以上、一切の条件を設けることはできないとする(同書198頁)。協議について論じるころはないが、わが国では離婚を軽んじ夫は三くだり半の離別状に由りて妻を離すこと「弊履ヲ棄ツルカ如シ其弊ヤ妻ハ殆ト夫ノ玩弄物ニ過キス」(同書197頁⁶⁶)と口をきわめて非難する。ここでは「家」

63 高橋捨六・堀田馬三『日本親族相続法義解全〔明治32年発行〕』日本立法資料全集別巻890(信山社出版、2015)89頁、135頁、210頁、265頁以下。

64 梅謙次郎『民法要義卷之一総則編』(和佛法律学校、明法堂。有斐閣版。1899年訂正増補10版、1896年初版)、『民法要義卷之二物権編』(和佛法律学校、明法堂。売捌有斐閣。1899年訂正増補版、1896年初版)、『民法要義卷之三債権編』(和佛法律学校、明法堂。売捌有斐閣。1899年7版、1897年初版)、『民法要義卷之四親族編』(和佛法律学校、明法堂。売捌有斐閣。1899年初版)、『民法要義卷之五相族編』(和佛法律学校、明法堂。売捌有斐閣。1900年)を参照した。

65 梅『民法要義卷之四親族編』23頁には女戸主の入夫婚姻の736条の解説で「夫婦ノ協議ノ調フ」がある。

66 梅『民法要義卷之四親族編』198頁は、「婚姻ハ素ト当事者ノ契約ニ成ルカ故ニ又其契約ヲ以テ之ヲ解消スルコトヲ得ヘキハ理ノ当然ナリ」として、協議上の離婚は契約であると述べる。身分の得喪変更という法的効果意思の一致に焦点を合わせ、三くだり半の男性優位の運用に対する非難の強さと比べて、経済的な妻の立場、子の引取りな

相互の交渉は、個人の合意に至る準備段階のことであるから、法的に準備段階で扱われ得る別居中の生活費を含む離婚に伴う財産分与、子の監護（居住条件、教育問題、養育費の負担）などに相当する付随事項を顧慮するという発想はなく、個人間の最終的な離婚合意のみを論じることが特徴である。協議上の離婚も同様である。養子縁組は契約であるから、その解除は「養親ト養子ト協議ヲ要スル」は「当然ナリ」という（同書320頁）。

民法947条1項「親族會ノ議事ハ會員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス」の解説について「親族會ハ協議的ニ成立スルヲ望ムヘキ」（同書519頁）ゆえに細密な規定は置かないが、ただ議決は過半数としたと説明する。梅は「協議的」という言葉を詳細な規定を置かない根拠として使うが、その説明はない。

『相族編』の遺産分割について、相続人が数人いる場合に相続財産は共有に属するので「共有財産ハ之ヲ分割シ得ヘキコト第256条ノ規定ニ依リテ明カナリ（264〔条〕参照）故ニ遺産モ亦分割スヘキモノナルコト固ヨリ疑ヲ容レス」（133頁）と述べて、共有規定の適用を当然であると説く。これに続けて、1010条の解説をする。民法258条によれば、「分割ハ共有者ノ協議ニ由リ其方法ヲ定ムルヲ本則トシ唯其協議調ハサル場合ニ於テ之ヲ裁判所ニ請求スヘキモノトセリ」と述べる。『相続編』で協議の語があるのはこの1ヶ所だけである。もとより協議の語の解釈はない。

『物権編』の民法258条1項の解説（190頁以下）には協議がある。

「本條ニ於テハ其方法ノ原則ヲシメシタルナリ 蓋シ分割ハ共有者ノ協議ヲ以テ之ヲ行フヲ原則トシ 若シ協議調フトキハ如何ナル方法ニ由リテ之ヲ為スモ可ナリ 或ハ實物ノ儘持分ノ割合ニ応シテ之ヲ分割スルコトアルヘク 或ハ共有物二個以上アル場合ニ於テハ 一個ヲ甲ニ与ヘ他ヲ乙ニ与フルコトアルヘク 或ハ甲ニ物ノ全部ヲ与ヘテ甲ヨリ乙ニ相當ノ金銭ヲ払ハシムルコトアルヘク 或ハ其物ヲ売却シテ代価ヲ分ツコトアルヘシ」と協議が成立した場合の例を述べる。その上で、「若シ当事者間ノ協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求シ 裁判所ヲシテ当事者ニ代ハリテ分割ヲ為サシムルコトヲ得ベ

ど諸条件を実家を含めて煮詰めることを含意した熟談・熟議等離婚の実務上の知恵を理解するところは少なく、やや観念的である。

シ」と述べる。

次に、所有権以外の財産権の共有について定める民法264条の解説において、共有に関する規定は準用するが、法令に別段の定めあるときはこの限りにあらずとして、不可分債権（民法428条、429条）を例示する（同書202頁）。

以上『民法要義』全5巻をみても、協議の語の使用頻度はきわめて少なく、解説もない。梅謙次郎は協議の語に対して消極的な態度をとるものとうかがわれる。

改めて梅謙次郎の法典調査会論議における協議をめぐる前記発言をみると、次のとおりである。梅は、協議とは① 当事者（法主体）の総意の一致すること、全員の合意、意思の一致を意味すること、② 全員の合意に至る準備段階の交渉を意味すること、であるとした。ここでは、協議に旧慣を含意させた内容で論陣を張るものに対しては、それは感情又は法律外のことであることを明らかにした。さらに、親族協議は「不規律ナモノ」と論断し、協議をおよそ法的に分析する価値もない旨発言した⁶⁷。その一方で、明治民法947条1項の親族會の議事は「會員ノ過半数」で決めると定めた条文の解説で、親族會は「協議的ニ成立スル」のが望ましいと説いた。過半数で決める仕組みを「協議的」すなわち総員の一致が望ましい旨を漏らした点は「親族協議」という社会慣行を是認したものと解される⁶⁸。この点、梅の「協議」に対する姿勢は整合性に欠けるともみえるが、家族の法理論と法実務は一定の均衡を要するとの指摘であると解する。

最後に、梅は国体論に言及するところはない。梅は、法典調査会における廃戸主にかかる発言中、「国」と「家」をともに主権者の支配する団体として相似的にみる説明をしていた。しかし、その説明を民法要義の体系でも支持するのかが不明であり、まして国体論を民法理論として採用していたとは

67 協議の概念を家族法が研究しなくなった理由は、この梅謙次郎発言（法典調査会171回）を谷口知平『日本親族法』（弘文堂書房、1935）505頁が支持し、低評価の制度であるとしたことにより決定的となったと考える。

68 梅は、親族會を運営する上で「親族協議」「協議ノ上」方式が實際上適切に働くことの有益さを認めていた。同時に、不適切に働く場合の有害さも少なくないと考えていた。これらの点が後世の実務に与えた影響は大きかった。

考えにくい。

（お）牧野菊之助の家族法と協議

牧野菊之助は判事（1927年から1931年は大審院長）であり、『日本親族法論全』、『日本相続法論全』⁶⁹を著した。

『日本親族法論』の特色は、親族法を第4編に置く民法の編成は適正かを「我国体ノ精華ト固有ノ民情ニ照シ果シテ相当ナルヘキヤ否尚ホ研究ノ余地アルヘク」と述べる。

牧野は、「婚姻ハ当事者タル男女ノ共諾ニ因リ成ルモノ」ゆえに「当事者ノ承諾ハ……婚姻ノ要件ヲ為ス」（同書209頁）と説き、協議上の離婚とは、裁判離婚とは異なり原因の如何を問わず婚姻を解くことができる。この根拠は、婚姻が共諾によりなるのであるから、また共諾により婚姻を解くことができるのである（同書291頁、292頁）。協議上の離縁も同じであるとする（同書398頁）。

本書の特徴は、親族会にかかる解説は詳しく法実務を踏まえて展開されている（同書520頁、521頁）。親族会は数人の会員より組織される合議体で特定の人または家のために重要な事項を議決する一機関である。わが国の慣習上いわゆる親族会議というものがあり、未成年者、その他の無能力者が所有する不動産を売却するのは後見人だけではできない、「必ス親族協議ノ上ニテ為ササル可カラス」とする一例である。「大審院モ亦親族会ハ事情ノ許ス限り親族一同熟議シテ幼者ノ利益ヲ謀ルヘキハ当然ノコトナリト雖必スシモ親族総員集会協議ヲ要スルモノニアラス又親族会ノ議決ハ親族会ニ多少ノ不折合ノ事情アリトモ其多分カ協議議決スレハ正當ノモノナリト云フヲ得ヘシト判示シ」親族会の存在を肯定したという。

次に、『日本相続法論』は、親族法と共通の大原則として家督相続の根拠に触れる。親族法上今もなお「家」の存在を認め、家督相続を主とするのはわが国の社会組織のゆえであり、「我建国ノ基礎ニ於テ国体自ラ万邦ニ冠タルモノアリ 上ニハ万世一系ノ皇室ヲ戴キ下ニハ修身齊家ノ教、忠孝節義ノ

69 牧野『日本親族法論全』（法政大学、巖松堂。1916増訂6版、1908初版）、『日本相続法論全』（巖松堂。1924第17版、1909初版）は実務上広く読まれた。

風行ハレ 忠君愛国ノ俗ヲ涵養シ来リ世態人情一トシテ特殊ノ存スルモノナク……忠君愛国ノ教義ト祖先崇拝ノ觀念トハ一家組織ノ根底ヲ形成シ」⁷⁰ 確固たるものであるから、泰西諸国の影響から個人主義もみなぎっているが、千古の風習は一朝にしてすたれるものではない。家督相続があるからといって、泰西諸国に及ばないと考えるべきではないという（同書2頁、3頁）。

982条の第一種の選定家督相続人の選定順位の規定の解釈に当たり、わが国では従来家督相続の順位について慣例はなく⁷¹、実情に即して変通できると解すべきとして、「親族の協議」が広範な裁量を有することを述べる（同書138頁）。そして、相続財産の共有については一般共有の規定を適用する結果などから、遺産の分割もまた①各共同相続人の協議によるもの、②裁判上の判決によるもの、③被相続人の意思によるものの三種に区別されると整理する。そして、協議が調うこととは各共同相続人の意思が一致することであるとす（同書208頁、209頁）。

牧野は、実務畑の判事であり、国体を基礎にした理論を展開し、親族協議または協議の上方式を重視している特徴がある。牧野の国体論は、万世一系の皇室の尊重、忠孝節義の風、忠君愛国の俗を意味する点に特色がある。

（か）柳川勝二の相続法と協議

柳川勝二は判事であり、『日本相続法註釋上巻下巻』（巖松堂書店、1920年上巻第3版、1920下巻初版）を著したが、皇族の相続は民法相続編の適用はないとし、直接に国体に触れるところはない。協議についても、その概念を説明することはなく、条文の語を述べるに止まる。

（き）仁井田益太郎の家族法と協議

仁井田益太郎は、判事の経験をもつ学者であり、『親族法相続法論 全』⁷²を著した。仁井田は、協議上の離婚における協議は「夫婦ノ契約」であり、「離

70 カタカナ交じり文は牧野『日本相続法論全』（法政大学、巖松堂。1915（大正4年）第5版）3頁による。1924年（大正13年）刊行の同書第17版3頁は、句読点が加えられたほか、「国体自ラ万邦ニ冠タル」を「国体自ラ異ナル」と改めている。

71 梅『民法要義相続編巻之五』69頁同旨。

72 仁井田益太郎（富井政章付きの民法起草補助委員）『親族法相続法論 全』（有斐閣書房、1915）。

婚ノ契約」は離婚という（同書186頁）、「離縁ノ協議即チ其契約」（同書268頁）、遺産分割の方法および割合はその協議により定まるものであるが、協議調わずして裁判所が遺産の分割を命ずるときは258条の規定にしたがって判決で定める（同書470頁）という。親族会の解説でも協議の語の説明はないが、親族会員は出席して議事に加わるべきであると説く（同書369頁）点は実務的な配慮がある。

仁井田は、協議は「契約」であると明瞭であるが、国体の語をもって説明する箇所も姿勢もない。

（2）協議に関する学説および国体論との関係

（あ）協議の類型

梅謙次郎は、法典調査会の論議では、協議の概念を理論的に当事者（法主体）の総意の一致すること、全員の合意（意思の一致）を意味すること、そして全員の合意に至る準備段階の交渉も含意すること、と整序した。また、民法要義では、協議上の離婚は「契約」であると指摘する。

ところで、協議は、何をさすのかについては以下の類型がある。すなわち、①相隣関係の慣習による自主的解決としての協議、②共有物分割（遺産分割）協議の全員一致型としての協議、③協議上の離婚、協議上の離縁という「家」制度との関係の強い夫婦間の自主的解決としての協議、最後に、④親族会議の運営方法としての親族協議という4類型があった。まず、相隣関係における協議の意味は各地の慣習を尊重して当事者間の自主的解決に委ねることで学説に争いはなく、実際にも総員一致の原則は長く社会的規律として存続してきた。次に、共有物分割（遺産分割）の協議は共有権者全員の意思が一致することを要する点で学説に争いはない（管理行為、保存行為などについて例外的規律はある）。親族会議の運営方法については、梅は「協議的」に成立するのが望ましいと説き、事実上「協議の上」方式を肯定した。高橋捨六・堀田馬三、牧野菊之助は親族会議の運営については「協議の上」方式を取るべきであると主張した。その結果、実務上はこの方式は重要な役割を担ったが、濫用例も少なくなく相続などをめぐり親族間紛争が絶えず、多数の難しい紛争を惹起した。にもかかわらず、梅が親族協議を「不規律ナモノ」と低

評価したところから、身分法(遺産分割にかかる相続法)学上、広くは民法(共有物分割、準共有物分割の物権法、債権法)学上「協議」は理論的に検討する価値のないものと扱われてしまった。また、民事手続法学からも権利義務との関係があいまいなために軽視され、長きにわたり検討を受ける機会が失われたのである。わずかに、協議上の離婚、協議上の離縁についてだけ「協議」をいかに解するかが論じられたが、ここでも本格的な論じ方は少なかった。

(い) 協議の理論的位置づけ

協議上の離婚、協議上の離縁における「協議」は、「家」制度との関係でややあいまいさを免れないが、理論的に整理がされなかったわけではない。

富井政章は、管見では協議離婚、協議離縁を論じていないようであるが、協議を契約とも合意とも明言しない。むしろ富井は、契約と合意は同旨であると主張するので一種の契約、一種の合意とみる立場にたつのであろう。これに対して、より明快に論じる二つの見解がある。①奥田義人は協議離婚とは「合意」であると主張する。②仁井田益太郎は協議離婚も協議離縁もともに「契約」であると主張する。

家族法におけるこの論争は理論的に目立たなく、法律論争をすべき実益も薄いと受け止められたようである。しかし、財産法の領域では、大正期に入ると、この点をあいまいに放置することなく、以下のように整理・定着させた。

末弘厳太郎『債権各論』⁷³は、契約とは、イギリス法、フランス法では債権の発生を目的とする合意をさすが、ドイツ法ではより広く法律上の効果の発生を目的とする合意をさし、日本民法典は前者であるが、学理上は後者に立つべきであると説く。鳩山秀夫『増訂日本債権法各論上巻』⁷⁴は、契約とは、広義では私法的効果の発生を目的とする合意を総称し、狭義では債権成立を目的とする合意のみをいうと説く。この立場が、昭和期を経て平成期の現在に至っている。この論争は、フランス法系とドイツ法系の学派の対立という面で受け止められがちである。しかし本来は、明治民法の立法において広狭二義の合意、契約論を採用した理由と限界がより明瞭になることが望ましく、

73 末弘厳太郎『債権各論』(有斐閣、1918初版、1922第7版)10頁。

74 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論上巻』(岩波書店、1924)4頁。

専門家のご教示にまつべきであると思う。

（う）家族法の国体論と憲法の国体論

昭和戦後期、明治民法施行後、明治憲法下の家族法（当時は、身分法）学は道徳論と法律論の区別がない旨の批判があった。この批判は「家」制度に対する批判が中心であったので「家」制度が消滅した現在では分りにくいものがある。「家」制度は明治民法典（家族法）と戸籍法からなると考えるとき、民法上の残滓批判と戸籍法上の残滓批判の二つがあり得るので、後者を意味するかたちで継承する余地もあろう。そこで、家族法の議論において、「残滓」は何をさすのか、事実をもって論証しない限り、説得力がないように思われる。筆者は「家」制度が消滅した以上、現在では、家族法における「残滓」批判の多くは議論の透明さを妨げているだけではないかと考えるが、なお慎重に見守りたい。

さて、明治民法施行後の家族法（身分法）学は国体論との関係では二つの流れがある。学説の主流は、「万世一系ノ天皇」の尊重を中心とする国体論から遠ざかり、家族法理論の中に上記のような国体論に重要な位置を与えず、富井政章のいう「我邦ノ固有ノ美ナ風俗」というかたちの慣習・習俗（多様なものを含意する）の尊重という方向性を強めた。他方、牧野菊之助説は、磯部四郎説を継承・発展させ、「万世一系ノ天皇」尊重という国体論を家族法の基礎理論に据え、法実務に対してある種の影響を与えた。

a 明治民法施行当時の国体論

1898年（明治31年）明治民法が施行された頃までの国体論はどのような状況にあったか、をみる。

国体論を考えると、憲法学との関係を明らかにすべきである。1889年（明治22年）2月11日に公布され、1890年（明治23年）11月29日に施行された大日本帝国憲法（以下「明治憲法」という）および上記同日に勅定された皇室典範が憲法体制の基本法⁷⁵であるとされる。明治憲法は、君主主義と立憲主

75 伊藤博文『帝国憲法皇室典範義解全』（国家學會蔵版、金港堂書籍・丸善、1889年（明治22年）6月1日出版、1901年（明治34年）10月25日4版出版）。憲法と皇室典範を一体として著述発行したことが証左である。なお、小嶋和司『明治典憲体制の成立』（木鐸社、

義を混淆したもので、前者は憲法1条「大日本帝国万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」、3条「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス」(泰西主義による君主無答責原則の規定)、4条「天皇ハ国ノ元首」等の規定で明定され、後者は憲法4条「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権之ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」が天皇の統治権行使が憲法に制約されると明定されたほか、国民の権利を保障し、権力分立制度を採用した近代的な憲法である。国民の権利保護などで制約の多い不十分なものではあったが、君主主義と立憲主義がいずれも法規範として存在し、この両者の調整を法規範の体系として理論的に研究することが期待されていた。

明治憲法下、皇室に関する規範は、憲法と皇室典範⁷⁶(旧皇室典範)の2つの異なる法体系の下で、いわゆる宮務法により体系的な制度化が行われたとされる⁷⁷。皇室典範はその上諭で大日本帝国の宝祚(皇位)は「万世一系歴代継承」され、その天皇が皇家の成典を制定するとした。明治憲法の体制は、憲法と皇室典範から成り立っていたが、同時に軍人勅諭(1882年(明治15年)1月4日発布)⁷⁸と教育勅語(明治憲法施行の直前の1890年(明治23年)10月30日下付)⁷⁹とに支えられていた。したがって、これらの4つの法領域、すなわち、憲法の法域(家族法はこの法域の一部である)、皇室典範の法域、軍事法制(統帥権と軍事行政)の法域、教育行政法制の法域が並立し、その相互関係も視野に入れた総合的な考察を要するが、今もなお研究は不十分であるように思われる。もっとも、国体論の実像を把握することは難問中の難問

1988) 61頁から266頁、395頁以下、443頁(1907年(明治40年)の公式令との関係)参照。大石眞『日本憲法史』(有斐閣、1995) 235頁以下。本稿(上)前掲注(23)『日本法制史』264頁(小澤隆司)参照。

76 『梧陰文庫影印 明治皇室典範制定前史』(國學院大學、1982)、『梧陰文庫影印 明治皇室典範制定本史』(國學院大學、1986)。1881年(明治14年)から検討し始め、皇室制規、帝室典則、1887年(明治20年)1月柳原前光「皇室典範初稿」、4月皇室典範草案などを経て制定された。

77 園部逸夫『皇室法概論』(第一法規出版、2002) 4頁参照。同書7頁は広く皇室法を捉えると、その法源は制定法、慣習、先例、条理、伝統等が考えられるという。

78 梅溪昇『軍人勅諭成立史-天皇制国家観の成立(上)-』(青史出版、2000)。

79 海後宗臣『教育勅語成立史の研究』(非売品、1965) 学習院大学図書館蔵本、梅溪昇『教育勅語成立史-天皇制国家観の成立(下)-』(青史出版、2000)。

であるとされている。本稿の目的からも外れるので、詳細に言及することは控え、ごく一部を必要な限りで略述するに止めざるを得ない。

b 軍人勅諭と教育勅語

軍人勅諭は、山県有朋の主導の下に西周、井上毅、福地源一郎が関与し、明治天皇から親授されて発布された。法制上は、古く1878年（明治11年）12月5日⁸⁰、参謀本部が太政官から独立して令外官的存在となり（統帥権の独立）、いわゆる兵政分離が実現した（参謀本部条例6条、1879年（明治12年）10月10日太政官第39号達（輪郭附）「陸軍職制」⁸¹1条）。この法制の中身である思想を形成したものが軍人勅諭であり、1882年（明治15年）の発布により具現化したわけである。これが明治憲法（11条、12条。天皇大権）に受け継がれたのである⁸²。

軍人勅諭草案第3種において、はじめて「我帝国ノ国体ヲ傷リ」（筆者注－もとり）の語が用いられ、その後、「帝国ノ」が削られ、最終的には「我国体に戻り」となった⁸³。ここでの国体の内容は、天皇が絶対的君主・大元帥としての権威をもち軍人に対して政治不関与と忠節を尽くすことの至上性を論ずるものである。徴兵制により軍人となった国民は、この軍人勅諭によって忠節を身につけ自己献身を至上のものとする道義観念を持ち、帰郷後、市民社会にこの観念を持ち込み広く国民道徳に影響を及ぼしたとされる⁸⁴。

次に、教育勅語は、1890年（明治23年）2月から同年10月30日までの間に山県有朋の関与の下に、中村正直、井上毅（法制局長官）、元田永孚（枢密院顧問官）が精力的に多数の草案を起草し完成させたものである。中心となって案文を草した井上は、立憲政体の主義によれば君主は国民の良心の自由に干渉しないことになっている⁸⁵から、政治上の勅語や法令を制定するものとは性格が基本的に異なるとして、法制上、法令とは異なる公布方式をとる

80 内閣官報局編『法令全書第11巻』（復刻原本、1890年刊。原書房、1975）520頁。

81 内閣官報局編『法令全書第12巻ノ1』（復刻原本、1890年刊。原書房、1975）281頁。

82 梅溪『軍人勅諭成立史』107頁から113頁参照。

83 梅溪『軍人勅諭成立史』281頁以下、288頁、306頁参照。

84 梅溪『軍人勅諭成立史』271頁、272頁、276頁。

85 井上毅「6月20日付山県宛井上書簡」国民精神文化研究所編『教育勅語渙発関係資料集第2巻』（国民精神文化研究所、1939）432頁。

べきであるとした⁸⁶。教育勅語は、天皇が国民に道徳を諭すための自らの言葉による命令として、単なる法令以上の権威あるものとなったとされる⁸⁷。日本の建国(肇国)を天皇の祖先による治績とみ、忠孝に心を一にすることが「我カ国体ノ精華」であるとし、儒教的な道徳を徳目とするとともに「常ニ国憲ヲ重シ国法ニ遵ヒ」と立憲主義の尊重を説き、最終的には「天壤無窮ノ皇運ヲ扶翼スヘシ」として、天皇制への絶対的帰依を義務付けている⁸⁸。

起草過程において、教育勅語の中核にある「我カ国体ノ精華」は以下のような修正を経て成立した。海後宗臣『教育勅語成立史の研究』(以下は頁数のみを記す)によれば、井上草案一では、「国体の美ニシテ實ニ教育ノ本源ナリ」(256頁)、同草案三では、「国体ノ粹美」(266頁)、同草案八では、「我国ノ粹美」(286頁)であった。同草案十で、井上は「国風ノ粹美トシテハ如何」(291頁)と意見具申するが、元田永孚は「国体之元素」とした(295頁)。同草案十二、十四は、「国体ノ元素」(299頁、305頁)、同草案十三は「国体ノ粹美」(299頁)と変遷した。草案十五は元田永孚の自筆による修正案(306頁)である。元田はその欄外には「道徳ノ教育ヲ訓誥セラル国憲国法ヲ重スルハ別ニ揭示ニ及バス」と朱書きした(同書巻頭図版ニ参照。307頁)上で、「常に国憲ヲ重ジ国法に遵ヒ」を削除した⁸⁹。ところが、明治天皇は深慮の上現今の時勢においてはこの句は必要であると内意を示したので復活したのである(357頁)⁹⁰。草案十八に至り「我カ国体ノ精華」となり(312頁)、これが最終的な表現となった。

以上をみると、当初の「国体の美」から「国風ノ粹美」、「国体ノ元素」、「国体の精華」と変遷がある。また、教育勅語に立憲主義に関する文言を入れるかについては明治天皇の意向により国憲国法の遵守が明記された。法制上か

86 海後『教育勅語成立史の研究』334頁から346頁

87 海後『教育勅語成立史の研究』346頁、齊藤利彦・佐藤学編著『新版近現代教育史』(学文社、2016)129頁。

88 齊藤・佐藤『新版近現代教育史』129頁。

89 元田永孚は、それ以前に「国憲国法」から二つの国を削除して「憲法」と改めたが、自身の手で元に戻したという経緯がある(梅溪『教育勅語成立史』93頁、207頁)。

90 江木千之「教育勅語の渙発」国民精神文化研究所編『教育勅語渙発関係資料集第2巻』464頁から467頁、特に465頁。

らみれば、教育勅語は明治憲法1条の「万世一系ノ天皇」の表現を形式的にはとらないという限りで、井上毅が教育道徳にかかる教育勅語は法令ではないという法制上の制約を受けるという基本方針は守られた⁹¹。教育勅語は国体論にのみ偏することなく立憲主義との共存を肯定したものである。国体論を主としながら立憲主義とも均衡を保とうとした勅語である⁹²。これは、明治憲法が天皇親裁主義⁹³を立憲主義で制限した法規範の体系⁹⁴であったのと類似した意味で、両者の相克を内在させた非法令の勅語（お言葉）であったのである。

c 憲法学の国体論と家族法学の関係

憲法学理論では、昭和戦前期までは立憲主義の立場から説く学説が大多数

- 91 井上毅の近代法の基本原則を尊重する姿勢に変化はないと考えられる。井上は、1890年（明治23年）に穂積八束がラーバントの説を信奉することに対して距離を置く姿勢をもっていた（本稿（中）前掲注（23）『井上毅傳史料篇第四』496頁）。しかし、その井上が文部大臣として、1893年（明治26年）、穂積八束に師範学校の憲法教科書の執筆を依頼し、それが完成するや、伊藤博文に推薦序文を依頼した（『井上毅傳史料篇第四』236頁）が、伊藤はこれを拒み、井上もその出版を止めた（長尾龍一「八束の髓から明治史覗く」長尾龍一編『日本憲法史叢書7 穂積八束集』（信山社出版、2001）342頁）。伊藤博文、井上毅、穂積八束の各人間にそれぞれ考え方の距離がある。井上はほどなく死去し、その後の伊藤と穂積の間は敵対的ですからある。
- 92 井上哲次郎は『増訂 勅語衍義 全』（成美堂・文魁堂、増訂版1906、初版1891）は、教育に関する勅語を詳しく解説したものである。中村正直、加藤弘之、井上毅などの意見を徴した公的性質をもつ書物である。国体の精華とは皇祖祖宗は国を肇めて宏遠にして徳をたて臣民は心を一にして忠孝の道を尽くすことなど（11頁）、憲法発布により君主専治は立憲政治となったこと（69頁）、君主は一家の家長と同じであり（98頁）、国と家は同様のものでわが国は家族制の国家である（107頁）などと説いた。『勅語衍義』のなかで「万世一系ノ天皇」という憲法1条の表現は用いられず、注意深く叙述されている。
- 93 伊藤博文は、天皇親裁主義をいう元田永孚と対立し、これを克服して明治憲法を制定し、「大日本帝国憲法義解」を著したが、穂積八束の憲法理論を評価しなかった。長尾「八束の髓から明治史覗く」『日本憲法史叢書7 穂積八束集』341頁から346頁。反対は鈴木安蔵『日本憲法学史研究』（勁草書房、1975）88頁、229頁、同『日本憲法学の生誕と発展』（法律文化社、1966）34頁、35頁、52頁。
- 94 梅溪『教育勅語成立史』186頁は、明治憲法1条はロエスレルから反対を受けたが、井上毅が同条を支持して「国体」を規範化したと述べる。他方、井上はなお憲法と勅語を別の法的性質であると考えていた。その後の現実には、両者の区別を消し去る方向の力も強まり、この区別を基礎に立憲主義的な方向を強める支持者との争いが長期間続いた。

であった。明治憲法の準公定解説書は伊藤博文の『帝国憲法義解』⁹⁵であり、憲法は君主主義と立憲主義を混淆した折衷的な法体系であると説いた。それゆえに、前者に着眼しこれを強調して理解する見解を主張することはできなくはない。しかし、立憲主義を明定するところを完全に無視し去ることは疑問がある。伊藤博文、井上毅、穂積八束を同じ考え方と理解する学説もあったが、現在の研究水準によれば、それは疑問である。実際に、伊藤は、穂積八束の憲法理論には反対であった。穂積八束理論は、有賀長雄、一木喜徳郎(天皇機関説を主張した)により批判され、その後、立憲主義に重心を置く学派はますます多数になったことは周知のとおりである⁹⁶。穂積八束もこれを認め「孤城落月」⁹⁷と嘆いたのである。

ところが、法律論ではない国体論という道徳論は、次第に憲法の規定表現を吸収していき、明治末期、大正期に入ると、いわゆる国民道徳論という思潮になり、憲法1条の表現が国体論の中心にすわるようになった。しかしなお、立憲国であることを前提としていた⁹⁸。昭和戦前期に入ると、国体論は教育論として公的に理論的整備が重ねられた。「万世一系ノ天皇」という憲法上の表現が、憲法学の通説的な立憲主義的法解釈を無視したかたちで、国体論の説明に用いられた⁹⁹。「万世一系の天皇……永遠にこれを統治し給ふ」ことが「我が万古不易の国体である。」(文部省編纂『国体の本義』¹⁰⁰)と説いた。

95 『帝国憲法義解』は、伊藤博文・井上毅・伊東巳代治らが起草し、穂積陳重・富井政章ら6人が審議に加わったが、穂積八束は加えられなかった(伊藤之雄『昭和天皇と立憲君主制の崩壊』(名古屋大学出版会、2005)16頁)。

96 大石『日本憲法史』279頁以下。

97 穂積八束『憲法提要上巻下巻』(有斐閣本店、1910)上巻214頁。穂積の国体論は「天皇即チ国家タリ」(213頁)というものであるとする。

98 井上哲次郎「神勅と国体との話」『日本之少学教師』18巻216号7頁(1916・大正5年)、貝塚茂樹監修『文献資料集成日本道徳教育論争史 第4巻 国民道徳論と修身教授』(日本図書センター、2012)296頁。なお、貝塚茂樹「第4巻国民道徳論と修身教授 解説」は、家の延長に国を置く家族国家観の主張が政府・文部省の公式の見解として提示された最初は1910年(明治43年)であると指摘する(同書8頁)。

99 亘理章三郎「建国の本義と国民道徳」文部省普通学務局編『国体講演録第一篇』(寶文館、1928)17頁。亘理は、国体とは国家価値創造の原理、建国の根本の力であると説く(15頁)。1928年(昭和3年)刊行の本書序文で、文部省普通学務局長は国体の本義を明らかにして教育者が学校での教育に当たることを要するとする。

100 1937年(昭和12年)に刊行された文部省編纂『国体の本義』(内閣印刷局、1937)9頁。

憲法の正文をもって国体（軍人勅諭、教育勅語の内容）を定義づけるに及び、憲法理論、民法理論もまた国体論の影響を受けざるを得ない素地を作った。逆に、憲法理論、民法理論の進展から国体論もまた影響を受けざるを得ない¹⁰¹素地を作ることになったといえる。こうした素地の広がりや複雑な多面性が、牧野菊之助の国体論（万世一系の皇室の尊重および忠孝節義の「風」、忠君愛国の「俗」をいう）を基盤とする家族法学を支えた一面がある。同説は、民法学説の主流とは異なるが、憲法1条等の憲法論のほかにはわが国の慣習・習俗ともいえる「我邦ノ固有ノ美ナ風俗」などの言説をも取り込んだ身分（家族）法論として幅広い支持を集めたのである。牧野の国体論は簡潔で短いものではあるが、井上毅による憲法論と教育勅語の区別や、国体論とは一線を画した富井政章のいう「我邦ノ固有ノ美ナ風俗」という意味をあいまいにさせてしまった。牧野は、上記教育勅語が法令とは異なる性質であること、富井の上記した区別を意図的に壊そうとして身分（家族）法において国体論を展開したのか、は不明である。筆者は、牧野『日本親族法論全』、『日本相続法論全』を読む限りからは、結果的にそうした役割を担ったのではないかと考える。

第6章 大正要綱、人事法案と協議

第1節 総説

第6章は、1919年（大正8年）7月25日から始まった臨時法制審議会に対する諮問第一号に関する民法にかかる立法過程における協議の語をめぐる立案を検討する。とりわけ、1925年（大正14年）の「民法親族編中改正ノ要綱（大

同書128頁、129頁は、帝国憲法は、欽定憲法であり、皇室典範と共に全く「みことのり」に外ならず、法治主義、立憲主義……を制度化したものでもないとする。そして、天皇機関説は根拠なく、帝国憲法の政体法の根本原則は天皇親政であり、君民共治でもなく、三権分立主義でも法治主義でもないとする（133頁）。（宮沢俊義『天皇機関説事件（下）』（有斐閣、1970）447頁参照）

101 井上哲次郎は、1925年（大正14年）刊行の「我国体と国民道徳」（広文堂書店）で、第一次大戦後にドイツが君主国体から共和国体へ変わった現状を述べたことなどから、翌年に公職を辞するのやむなきに至った（関口すみ子『国民道徳とジェンダー 福沢諭吉・井上哲次郎・和辻哲郎』（東京大学出版会、2007）177頁から181頁）。

正14年5月19日決議)、1927年(昭和2年)の「民法相族編中改正ノ要綱(昭和2年12月1日決議)」¹⁰²(これらを「大正改正要綱」あるいは「大正要綱」¹⁰³といい、ときに「大正要綱(親族編)」などという)、1928年(昭和3年)から民法改正委員会(委員長は富井政章)のもとで起草され、まとめられた「人事法案(仮称)相続編(昭和15年11月整理)」、「人事法案(仮称)(昭和16年8月整理)」¹⁰⁴(これらを「人事法案」¹⁰⁵という)の中における法令語としての協議が扱った事柄がどのように位置づけられ変遷していったか、あるいは法制度として如何にして別の姿に変わっていったか、を考察する。

財産法における協議という法的問題はさておき、家族法における「親族協議」、「協議の上」という方式は戸主権や親族会をめぐる法的な問題と密接であるので、民法改正を審議する前に、家事審判所構想という手続立法が不可欠であることが立法作業に携わる者たちの共通認識になった。民法の改正を行うためには、民事訴訟法だけでは処理しがたい紛争事件の性質にかんがみて、非訟事件手続法の領域における家事審判手続という創造的な立法をしなければ実効性を保ち得ないということである。具体的には、大正要綱の提案・論議に触発され、家事・人事紛争を調停・審判という全く新しい紛争解決制度を作る立法構想に発展した。すなわち、大正要綱と人事法案との中間に家事審判所構想の立法審議が行われたのである。われわれは、大正要綱と人事法案を区分して検討すべきであると同時に、両者を結び付けていた家事審判法草案をも加えた全体としての広い意味の民法改正作業を検討しなければならない。実体法と手続法に跨る家事審判法草案は、民法・家族法の立法方針(大正要綱)から影響を受けながら如何に展開したのか、あるいは民法・家族法の立法作業(人事法案)に対し如何に影響を与えたのか。こうした視点から、

102 本稿(上)前掲注(195)堀内『家事審判制度の研究』134頁、805頁、810頁。本稿(上)前掲注(9)前田編『史料民法典』1223頁、1227頁。

103 本稿(上)前掲注(9)大村『文学から見た家族法』88頁の表記法に従う。

104 本稿(上)前掲注(195)堀内『家事審判制度の研究』967頁、930頁。『人事法案(仮称)第一編親族(昭和16年整理)第二編相続(昭和15年整理)』日本立法資料全集別巻163(信山社出版、2000)1頁、71頁。本稿(上)前掲注(9)前田編『史料民法典』1256頁、1238頁。

105 本稿(上)前掲注(9)大村『文学から見た家族法』89頁の表記法に従う。

1943年（昭和18年）までの四半世紀にわたる家族法関係立法過程を、協議の語を主軸にして、以下に考察する。

第2節 大正・昭和戦前期の民法（家族法）草案、家事審判法草案

1 淳風美俗に基づく民法改正・大正要綱

民法典（家族法）の改正は、明治民法典の制定直後から避けられないとされていた¹⁰⁶。明治末期以降、わが国の市場経済が急速に進展するに伴い、社会経済状況もまた大きく変容した。

明治末期に至り、伊藤博文はこうした時代の変容を受けて議会（政党）に権限移譲を肯認し、自らも1900年（明治33年）に立憲政友会を設立した。伊藤はわが国のかたちに関する考えを当初のドイツモデルからイギリスモデルに転換したのである。この潮流のなかで、原敬は、1918年（大正7年）に内閣を組閣し、イギリスに類似した立憲君主制の形成に努めた¹⁰⁷。原は、翌年（大正8年）7月25日、臨時法制審議会に対し諮問第一号「政府ハ民法ノ規定中我邦古来ノ淳風美俗ニ副ハサルモノアリト認ム之カ改正ノ要綱如何」を交付した。ここに民法改正問題が本格的に始まった。この民法改正は、社会経済の急速な発展と各種紛争の噴出を踏まえた多くの要因に起因する必要性に基づくものであった。単に「家」制度の再生強化をめざした復古的な立法政策とのみ解することは一面的な見方である。なぜなら、1919年（大正8年）9月15日から同年10月20日に策定された「諮問第一号ニ関スル調査要目（其一）」¹⁰⁸において、「我邦古来ノ淳風美俗」といっても、古くからの法制、風習総てをいうものではなく、古いものには正当なものがあるが、わが国の将来に適しないものを除き、将来に適するものに限る、と明言しているからである。

106 穂積陳重は、明治民法（家族法）を改正し易くするためにも、パンデクテン法典の方式（ドイツ民法典第1草案の影響）を採用したとされる。もっとも、日本はいわゆる法学提要方式をとることなく、パンデクテン法典の方式を採用した特色がある（赤松秀岳『19世紀ドイツ私法学の実像』（成文堂、1995）285頁から290頁）。また、日本の明治民法に協議の語が明文化されたのは、ボアソナードを介してフランス古法の影響もあると解する余地もある（本稿（中）116頁、136頁参照）。

107 伊藤之雄『昭和天皇と立憲君主制の崩壊』565頁～568頁。

108 本稿（上）前掲注（195）堀内『家事審判制度の研究』562頁。

上記した「調査要目（其一）」は、具体的に、民法改正要綱（大正要綱）を策定するためには、① 実質的に健全な家族制度であること、② 古来の家族制度の弊害を除くことが重要であること、③ 人事に関する法規は厳格な法律観念だけでなく道義の観念に基づき立法し、しかも法規はどの程度に徳義を助長し、人情を涵養することができるか深く顧慮すること、の3点を留意すべきであるとしたのである¹⁰⁹。

これを前提としながら、大正要綱を、なお「国体淳風美俗」¹¹⁰をかざす立場と個人主義的な方向に変えようとする立場が相争う図式の下にみようとするのがこれまでの見方であった。たしかに「国体」と「淳風美俗」の境界は不透明であった。「国体淳風美俗」と一括りにして一体視する立場が明治末期から少しずつ現れてきたにしても、明治後半期から体系化された有力な言説であったわけではない。大正末期から国民道徳論としての国体論が次第に憲法上の国体論と「淳風美俗」を一体視する傾向を強め、昭和戦前期において「国体淳風美俗」論が一世を風靡したことは事実である。しかし後に触れるように、民法改正過程をみる限りは、立憲主義を基礎に置いた近代法としての明治憲法を頂点する近代法体系が消失したわけではないのである。

(1) 臨時法制審議会における淳風美俗

本稿は「国体淳風美俗」による大正要綱の成立という見方から離れて、大正要綱は、「国体」ではなく「淳風美俗」に基づき民法改正事業を始めた意味を問い直すべきであると考え。明治民法財産法における所有権尊重の原則と契約自由の原則が社会に浸透するに従い、わが国の社会は格段に市場経済化を進めた。これにつれて国民の貧富の差は拡大し、農村は疲弊し、都市窮民も増加した。これを不満とする人々は、わが国の国柄（くにがら）を軽視するような泰正主義およびこれに基づく外来制度を排除すれば事態は好転するという考え方に共感を示した。国柄とは、日本の習俗慣行の尊重と国体論からなるものである。民法改正を求める原理として国柄、国風（くにぶり）

109 穂積重遠『親族法大意改訂版』（岩波書店、1933、初版1917）7頁。

110 磯野誠一「明治民法の変遷」中川善之助外5名編『家族 家族問題と家族法Ⅰ』（酒井書店、1957）362頁。

は抽象的にすぎるとしても、国民教育の大本にある「国体」はなぜ採用されなかったのであろうか。

(2) 臨時教育会議における淳風美俗

臨時教育会議の建議案をもって大正要綱の基本理念としての影響を与えたものであると解する見方に対しても、民法改正原理に「国体」を掲げなかったのはなぜかという疑問は、同じように当てはまる。

寺内正毅内閣は1917年（大正6年）9月20日公布にかかる勅令第152号をもって臨時教育会議を設置した。臨時教育会議が民法改正を求めた建議案は「我国固有ノ淳風美俗ヲ維持シ法律制度ノ之ニ副ハサルモノヲ改正スルコト」である¹¹¹。建議案提案の趣旨説明において、国体の本義を道徳の大本とし、教育勅語を遵奉し国体の精華を發揮するために、我が国俗（国風民俗）に副わない法律制度を改正し、淳風美俗を維持しなければならない、とされた¹¹²。この教育道徳論は国体と淳風美俗は異なるものとはみない包括的な考え方から出発している。そして、臨時教育会議の建議案は、あくまでも国体の観念を強めるための教育をどのようにして実現するかという方策に関するものである。上記建議案は、法改正のための諮問事項の文章とは性質を異にするとしても、最終的には「淳風美俗」を前面に出し、「国俗」という表現¹¹³が用いられた審議内容にかんがみれば、昭和戦前期に高唱された国体淳風美俗を一体視するような思想に基づく建議とはいえないことは明らかであると思われる。

(3) 民法改正の指導原理としての淳風美俗

111 碓井正久「教育ノ効果ヲ完カラシムヘキ一般施設ニ関スル建議」海後宗臣編『臨時教育会議の研究』（東京大学出版会、1960）960頁（国情民俗）、962頁（国風民俗）、973頁、974頁、978頁、979頁。なお、同書15頁の「臨時教育会議官制」など参照。

112 海後『臨時教育会議の研究』968頁以下（碓井担当）。本稿（上）前掲注（189）近藤「民法改正要綱における廃戸主制度の導入とその意味」310頁。

113 建議には「国体ノ本義ヲ明徴ニシテ」という項目があり、そこでは憲法の趣旨を論じるが、憲法条文の引用はない。建議「我邦古来ノ淳風美俗ヲ維持シ」の項目では「国風民俗」の略称とも読める「国俗」を用いるが、ここでは「国体」を用いない。臨時教育会議では、教育勅語は、憲法、民法などの法とは性質を異にすること、国憲国法の遵守を求めるものであること、を前提としていたと解される。淳風美俗とは「一国ハ一家ノ如ク」と述べている。

1919年(大正8年)10月臨時法制審議会諮問第一号主査委員会が指名され、富井政章は主査委員長となり、以後、審議をリードした¹¹⁴。同年11月3日主査委員会において、穂積重遠(幹事)は、「我邦古来ノ淳風美俗」は民法中の家族制度に関することと受け止め、それは「一家仲善く」を意味し、一家の共同生活は成員の人格を尊重し、親密にして平和、正当にして公平な共同生活を実現することであると説明した¹¹⁵。同月15日、家産制度に関する審議におき、江木千之は、同制度はわが国古来の家族制度維持のためということを考えてとき、わが国が皇室から出た一大家族であるという穂積八束説はわが国の歴史および事実に照らして間違っていると排した上で、道義の本義たる忠孝というものを教育していきたいので、道徳教育を法律にするには及ばない¹¹⁶が、これに触れる法制度は避けてほしい旨を述べた。同月22日、人事に関する事件を家事審判所で審判調停をすることの可否が審議され、富井は大変に良い改正であると述べ¹¹⁷、山内確三郎(幹事)はこうした組織は必要である旨、穂積はこうした考えは自然に皆に起きてきて一致したものであり、後から西洋やアメリカの例が発見された、名前も裁判所という感じを強くしないように家庭審判所としたなどと述べた。

民法典の改正の基本方針は、民法学の成立により民法理論に基づくことになり、公法である憲法理論から離れることを基調としたであろうことはいうまでもないだろう。主に習俗慣行を意味する「我邦古来ノ淳風美俗」に基づ

114 本稿(上)前掲注(195)堀内『家事審判制度の研究』578頁、586頁(穂積重遠発言)、600頁(江木千之発言)、616頁～629頁(山内確三郎発言、穂積重遠発言)。

115 大村敦志『穂積重遠』(ミネルヴァ書房、2013)90頁。なお、同書84頁以下参照。

116 1913年(大正2年)に発表された美濃部達吉「帝国ノ国体ト帝国憲法」『法学協会雑誌』31巻6号16頁以下は、国体とは「国家ノ根本性質」をいい、「国家ノ成立スル基礎タル精神ナリトイヒテ可ナルヘシ」「国家団結ノ基ク所ノ民族精神ナリ」(17頁)、国体は精神的倫理的方面にあるもので国体の観念は憲法上のものでなく倫理上の観念である、それゆえに、国体の語は教育勅語にあるが憲法にはないのである(18頁)、ただし、国体(民族の精神)は政体(国の政治組織)と無関係ではなく、国体(民族の精神)に基づく君主政体は動かし得ないものである(20頁、21頁)、という。

117 富井政章は、1921年(大正10年)7月の主査委員会で家事審判所構想は「日本ノ国情ニ考ヘテ、広イ問題トシテ、家庭人事ニ関スル事件ハ先ツ大部分是テ調停ヲ試ミルト云フコトニナラネハ徹底シナイ」と説明し、民法とは切り離して家事審判制度の立法作業を優先させたのである。堀内『家事審判制度の研究』636頁、814頁。

く改正を志向するとき、国柄から明治憲法理論に属する国体論を除いた民法上の原理としての淳風美俗論に純化する方向に進むことは当然であろう。習俗慣行のうち、良いものは守り、悪いものは除くこともまたいうまでもない。こうして民法改正は「国体淳風美俗」ではなく「淳風美俗」を指導原理として改正作業を始めたのである。

以上を約言すれば、こうである。「淳風美俗」には国体論の要素を含意しているとしても、「国体」を民法改正原理に掲げなかったことに留意すべきである。この点で、明治憲法理論から独立したかたちで、制定法として存する民法を改正する意義を担った点をまず考えなければならない。文字通り日本の良き伝統はいかなる立場の者も賛成することのできるスローガンである。日本の習俗慣行を考量して法制化した「家」制度を中心に据える家族法の改正は、この旗の下に「家」制度を実質的に立て直すため、第1に「家」の主権者である戸主の権利濫用を排除統制するために戸主の地位を廃し得ること、第2に戸主を統制する親族会の規律を改善することを推進した上で、第3に戸主の権限を強めるため微調整すること、に向かわざるを得なかったのである。

2 大正要綱と協議

(1) 臨時法制審議会の論議

先行研究¹¹⁸によれば、大正要綱の重点項目は、親族編では親子、戸主・家族、婚姻、親族会であり、相続編では家督相続である。これらの項目は、実は明治民法典編纂過程において親族協議、協議ノ上について論争が激しかったものばかりである。明治民法施行により「家」制度を運営し始めると直ぐに個人の権利と親族協議の確執という争いが上記各法制度上の法律問題として顕在化した。この意味で、大正民法改正審議は明治民法典編纂過程における審議の再検討という面が少なくない。とりわけ、多数の法典調査会委員の賛成を得ながらも、民法外の理由と推測される事情から立法化を阻止された廃戸主制度が再び最重要テーマとして浮上した。前にも触れたように、国と

118 本稿（上）前掲注（9）大村『文学から見た家族法』91頁。

家を相似的に考える泰西主義の考え方の当否という重い問題を含むだけにその取扱いは慎重であった。加えて、廃戸主制度の立法といっても、「家」制度を守るためという本質に照らせば、制約のある法案にすぎない。そうではあるが、廃戸主制度を明治前期の慣行（筆者は江戸時代からの慣行と考える）を参考として復活させ、民法典に戸主から戸主権を奪い去る仕組みを取り入れようとした。このねばり強い立法努力を見過ごすことはできない。

(2) 大正要綱における協議の条項

大正要綱において協議の語が用いられた項目は、以下の3つだけである¹¹⁹。特に、夫は妻に対して「離婚ニ因ル扶養義務」を負い、協議調わないときは家事審判所の決するところによるか、と明記していることは注目すべきである。大正要綱においては、協議の主体は法的当事者であることを前提にし、それゆえにこそ家事審判所に対して救済を訴求し得るものとして構想する。

a 第15 協議離婚ノ同意及ヒ子ノ監護

一 協議上ノ離婚ノ同意及ヒ其同意ノ拒絶ニ付テハ「第四ノ三」ニ準スルコト

右ノ同意ヲ得ス又ハ之ヲ得ルコト能ハサルトキハ家事審判所ノ審判ヲ受クヘキモノトスルコト

二 民法第812条ノ規定ニ依ル監護者ヲ不適當ナリトスルトキハ家事審判所ニ於テ監護者ヲ定ムルコトヲ得ルモノトスルコト

b 第17 離婚ニ因ル扶養義務

離婚ノ場合ニ於テ配偶者ノ一方カ将来生計ニ窮スルモノト認ムヘキトキハ相手方ハ原則トシテ扶養ヲ為スコトヲ要スルモノトシ扶養ノ方法及ヒ金額ニ関シ当事者ノ協議調ハサルトキハ家事審判所ノ決スル所ニ依ルモノトスルコト

c 第25 協議離縁ノ同意

協議上ノ離縁ノ同意及ヒ其同意ノ拒絶ニ付テハ「第四ノ三」ニ準シ其同意ヲ得ス又ハ之ヲ得ルコト能ハサルトキハ家事審判所ノ審判ヲ受ク

119 本稿（上）前掲注（9）前田編『史料民法典』1221頁、1225頁、1226頁。

ヘキモノトスルコト

（参考） 第四ノ三（第四 分家）¹²⁰

分家する場合には、「家ニ在ル父母、父母共ニ在ラサルトキハ家ニ在ル祖父母ノ同意ヲ得ヘキモノトスルコト但父母、祖父母は正当ナ理由ナクシテ同意ヲ拒ムコトヲ得サルモノトスルコト」

協議離婚、これに伴う扶養協議と協議離縁の3項目において、「協議」の対象は、弱者である妻の離婚、子の離縁の交渉過程における妻の離婚後の窮状への配慮、離縁される子の利益保護を求めることを目標とした。既存制度である「家」制度を微調整する規律、それも実質的には戸主以外の当事者を救済するための措置が審議されるべき論点とされた。「協議」の不当なあり方を是正するために父母に「同意」権限を与えるが、その代わり、同意権の濫用に対しては是正措置として家事審判所に救済を求め得ることにしたのである。これを復古的な規律強化という面だけから考えることは一面的な見方である。そうではなく、協議（に潜在する熟談熟議の要素）の不完全さを是正する仕組みを創設しようとしたのである。

この3項目の他は、既に「親族協議」で扱った事柄を整理した上で法制度として立法されてあるので、既成制度である親子、戸主、親族会、家督相続を微調整する規律、多くはその不当な権利行使に対する救済措置を設けるかどうか審議対象とされた。逆に、明治民法に採用されなかった廃戸主制度は、法典編纂過程において親族協議、協議の上について最も激しく論争された。それゆえに、この制度は、後記のように臨時法制審議会での改正項目に入れるか否かそれ自体争いが絶えず、現れたり消えたりした。その立法案は、家事審判所構想が具体化するのと並行して、明治民法第4編第2章第3節の節名「戸主権ノ喪失」の表現に制度名を変え、微調整という体裁の下に反対意見にも耐えて存続した。その他、「親族協議」に対する国（司法省と裁判所）の後見的介入としての「家事調停」の司法的な手続が創案され、この調停制度は家事審判法草案に整ったかたちで定着した。これに応じ、前置調停を経

120 分家をし易くするための提言である（本稿（上）前掲注（9）大村『文学から見た家族法』92頁）。

たうえで審判に連動していく仕組みとして、人事法案には「協議調ハザルトキ」という伝統的な規律に新しい息吹が吹き込まれた条文案が定められた。こうして民法と手続法に跨る調停・審判の手続が案出されたのである。立法過程の細部に入る前に、学説の動向をみる。

3 親族協議と学説の動向

1922年（大正11年）、穂積重遠、末弘巖太郎、我妻栄、平野義太郎、田中誠二、中川善之助は、「判例に現れた親族会」と題する共同研究報告書を発表した。末弘巖太郎は、「淳風美俗」の見地から民法、とりわけ親族法を改正するためには家事審判所制度を作る必要を考えると、民法上に親族会がある以上、親族会の長短について判例研究を中心とした共同研究を行う必要があること、中川善之助が素材となる大審院判決録の判例を蒐集し、これを分担研究した成果である「活きた法律」の大体を報告する旨述べた¹²¹。そして、親族協議を親族相集って家内のことを評定するいわゆる「親族会議」¹²²の制度であると整理したのである。

(1) 穂積重遠の家庭裁判所論

穂積重遠は、この共同報告の「第十一章 結論」¹²³を担当し、親族会制度に対する数多の改正意見に照らして、われわれは親族会制度の全面的改正を要求する、とした。明治民法は「法律は家庭に入らず」の主義をとったが、今後は親族会制度を維持できない前提から改正論議を出発する。こうした考えをとる理由として以下の6つを指摘する。

- ① 親族会の制度は親族的共同生活を前提にするが、その希薄化は避けられない。
- ② 同制度は親族の地域的共同生活を前提にするが、人の移動が広範になった結果、親族が同一地域に住むことは原則ではなくなった。
- ③ 親族会の制度は、わが国古来の風習といわれるが、民法の親族会は西

121 末弘巖太郎「序言」『法学協会雑誌』40巻8号（1922）3頁。

122 親族会議の語は、1872年（明治5年）に編纂された明法寮改訂未定本民法において、条文案に多数用いられたものである（本稿（中）78頁以下）。

123 穂積重遠「結論」『法学協会雑誌』40巻8号（1922）206頁、216頁以下。

洋流の制度であり、家族制度より親族制度を前提とし、両制度の二元主義をとるために行き違いがある。

- ④ 親族会は、親類というものは仲がよく相互に思いやりのあることを前提とするが、親類は「泣く泣くもよい方を取るかたみ分け」のように利害対立し悶着の種が多い。
- ⑤ 親族会は中産階級を目標に作られたが、無産者には親族会の世話になるような財産もなく、他家の世話を焼く暇はない。3名くらいの親類はいるだろうと予想されたが、今はそれさえないことが多い。そうした場合に、旧民法は区裁判所に親族会の役目をさせようとしたが、この規定は削除され惜しかった。
- ⑥ 親族会の仕事は直接間接に財産に関することが多い。また、未成年者のため親族会が働こうとすると、子の健康教育等に力を入れるべきだが、従来親族会のよくするところではない。結局、親族会に任せきりでは駄目である。

穂積重遠は、続けて次のように説く。国家社会の構成要素としての家庭生活に重きを置く新しい意味の家族主義にあつては国家社会の共同生活規範たる法律が家庭に入るのを嫌う理由はない。嫌われるとしたら、従来の法律運用機関である裁判所が家庭問題の解決に適しないからである。そこで、いわゆる家事審判所—家庭裁判所が必要になる。裁判所らしからぬ特別裁判所で法律を道義人情風俗常識の一部分としてそれらと併せて適用して法律づくめでない解決をすべきである。家事審判官に適任者を得て、全国に十分な審判所施設が備われば、法律が家庭に入っても、われわれの常識に反することもなくなる。

穂積重遠は、家庭が法律に近づき、法律が家庭に近づいた結果の家事審判所と親族会との連携こそが「判例に現れた親族会」の具体的研究の結論である、と結ぶのである¹²⁴。

124 川島武宜「穂積重遠先生の家族法学」講座家族月報4（第4巻）3頁以下（弘文堂、1974）は、穂積重遠は、それ以前にはない新しいタイプの家族法の判例研究の方法論、事実婚に関する法律論を展開し、臨時法制審議会においては論議を牽引し、その主張

(2) 中川善之助の親族会論

中川善之助は、「判例に現れた親族会」の第三章 親族会の決議方法「第三節 通知義務」および「第七章親族会と後見人との関係」の判例分析を担当した¹²⁵。

まず、親族会の決議の紛争に関する付随的手続である通知にかかる判例を調べて、民法951条が決議後1か月内に不服の訴えを提起することを得と定めることの実際の効果を次のように明らかにした。すなわち、如何に不当な事項を卑劣な秘密手段で決議したときでも、1か月の不服期間を伏せておくと、この決議を覆すことはできない。親族会というものは本人、その父母、後見人などにも通知しないで勝手な決議をすることを可能にするような仕組みになっている。

中川は、親族会と後見人との関係の判例を分析して厳しい結論を出している。そのうちの2つだけを、次に紹介する。

親族会の後見人に対する監督（民法936条、887条）について、後見人が親族会の同意を得なければならない行為（民法921条但書、922条2項、924条、926条、927条3項、929条〔12条〕、931条、934条）を同意なしにした場合は、その後見人の行為は取り消し得るものである。次に、同意はあるが、無効のもの、または後に取り消された場合、その行為は取り消し得るものになる。また、同意を与える親族会と後見人は異体同心の関係にあるものであることが実際であって、民法の想定する対立牽制するような関係にはない。したがって、親族会の同意を要するという制度はあまり効果のあるものではない（追認の例も大変に多い）。

親族会による後見人の免黜（めんちゅつ）については、民法917条の財産目録調整に関する紛争が多発したと指摘した。中川は、同条はよほどの無理があるか、あるいは不用意な規定であるとし、親族会ではなく信託会社など

が「人事法案」に大きな影響を与えたとする。

125 中川善之助「第三節 通知義務」、「第七章親族会と後見人との関係」『法学協会雑誌』40巻8号（1922）42頁～50頁、103頁以下。なお、中川善之助『日本親族法—昭和17年—』（日本評論社、1932）413頁から415頁。

に委ねることで初めて円満な解決がもたらされるとした。明治民法の規律の下では、親族会と後見人がグルになって子の利益を害するという稀とはいえない事案においても、他の者は手の出しようもないと危惧感を示した。

(3) 我妻榮の親族協議論

我妻榮は、「判例に現れた親族会」の「第九章 民法施行前の親族会」の判例分析を担当した¹²⁶。分析対象は、1891年（明治24年）以降の大審院判例、1886年（同19年）と1888年（同21年）の裁判粹誌掲載の判決その他であるが、主として1891年（明治24年）から民法施行までの9年間の判例である。さらに、ここでは触れないが、関連する布告・達・伺指令をも詳しく検討している。我妻は、なお明治前期の法制調査等々の難しさから、自らの論考を「事実の間に隠見する一条の独断的説明」にすぎないと断っている。

しかしながら、この論考の内容は深い洞察力に充ちた雄大な構想を示した意欲的で堅固なものである。本来ならば、本格的な学問的研究にまつべきであるが、力に余る難しさを承知の上で、本稿のテーマに即して、以下に簡単に紹介する。

親族協議は、明治民法典施行後における「親族會」より「遙に巨大なものだったと云ひ得るであらう。」(262頁)と述べ、「一家内の事は裁判所の干渉を俟たず、親族一同で之れを解決すべきもので、其主宰権を有する裁判所とも云ふべきものが即ち親族協議だったのである。」(263頁)という。親族協議というもの¹²⁷を「裁判所とも云ふべきもの」と位置付けることにより、国に三権分立制度があるように「家」にも司法というべき役割を担うものがあることを当然視した。裁判所の裁判官が公正かつ正義によって争いを解決することを「家」に投影することで、正しいことを判断するとき、家族成員（親族）は平等であることを自明の理とした¹²⁸。仮に戸主の権利濫用を正すことがで

126 本稿（上）前掲注（175）我妻「民法施行前の親族会」129頁から195頁。この論文は、我妻榮『民法研究Ⅶ』（有斐閣、1969）に収録されているので、本文中での頁は同書による。

127 筆者は、親族協議という仕組みは国が国民に対していわば中央集権的に有すべき権限の一部譲渡であったと考える（本稿（上）136頁参照）。

128 親族の権限の強さは、協議に加わる一員としてではなく、各自単独の資格においても多くの権限を有した。たとえば、最近親の訴権、後見人なき幼者の法律行為に立合う

きない親族協議であるような例外においては、国は後見的な立場にある以上、国民から救済を求められたときには裁判所は紛争を解決するために介入する義務があることも当然であると論じた。そして、親族協議の外延のあいまいさを避けるために「親族協議会」という中間組織とも解し得る新概念を定立した。もっとも、明治前期にそうした協議会があったわけではない。明治前期における親族協議を担う親族集団は、家産の大小により大きくも、小さくもなり得た。そうした捉えどころのないものを、親族「協議会」という語を用いて説明をすることで、法律論としての内容を明快なものにした。小規模の親族協議では2, 3人の有力親族の専断に陥る危険がある¹²⁹。我妻は、明治民法は親族会の公正を裁判所の干渉によって保障しようとしたが、その目的は達せられなかったのであるから、この失敗認識から改正を考え始めるべきであると結論づけたのである。（263頁）

この論考は、明治前期における親族協議という制度の巨大さ、最近親の個別権限の強さ（妻や養子への不利益を擁護するため）を発見したという学問的分析から国民総てに等しい保護を与えるべき近代法の使命に基づき改革を考えるという観点に立ち、親族会に対する国による干渉が必要である旨を述べたものである。そして、国が干渉する前提として、戸主や親族会に権限を付与するという民法改正の具体案を導くのである。

以下のように整理する。

大規模の親族協議はある程度の質を保てるが、個人の権利意識が定着すると遠い親族による不当な容喙・封建遺制の残滓とを感じるようになり、急速に機能しなくなった。明治民法（家族法）は、封建遺制を排するために小規模の親族協議（熟談・熟議ではない）に相当するように親族の範囲を狭くして親族会を制度化した。さらには、親族協議の自治的処理を優先し、なお相争うときのみ発動する謙抑的な法制化を図った。民法の提供した親族会制度は小さく控えめなものであった。親族協議は、社会実態として捉えどころは

権利、妻から夫への離婚訴訟に対する親族の付添権（妻の立場を保護する）をあげる。我妻『民法研究Ⅶ』246頁。（本稿（上）136頁参照）
129 本稿（下）前掲注（64）梅『民法要義卷之四親族編』514頁。

ないが、相応の機能を果たしていた。これが機能しない「家」は没落し、機能する「家」は近代法体系（所有権の尊重と契約の自由、個人の自立）に即した新しいあり方（例、家憲を設けた「家」、ある程度平等で仲の良い「家」など多様であった¹³⁰）により修正した協議のあり方を模索して実用化していた。しかし、近代法の権利保障は、このようなあいまいな保障だけでは足りず、協議が調わないときでも国民の権利を守るために家庭裁判所の創設を求め、これに即した民法の改正を不可欠としたのである。

4 大正要綱における廃戸主制度

(1) 廃戸主制度の必要性

明治民法下における遺産分割は家督相続の原則の例外的な制度であったので、「家」制度の枠内で紛争を解決する目的から「親族会」の下で紛争を処理しようとした。もっとも、遺産分割に関する親族協議が問題となる場合は、重要な資産も少ないために協議過程が訴訟手続上の争点になるだけの経済的な規模を備えるケースは少なかった。

大多数の紛争は、戸主の財産の移転に関連して起きた。家督相続、相続人の順位の変更などを原因とする個々の不動産所有権の帰属をめぐるさまざまな事件が法廷に現れたのである。その原因は、直接、間接を問わなければ、戸主による重大な不行跡であった。市場経済が進展するほどに財産の所有権を有し契約を締結する法律行為能力を独占する男性戸主の不行跡を放置することは取引の安全に対する脅威であるばかりか、社会の安定に対する重大な障害であった。廃戸主制度は「家」の崩壊を防ぐためには枢要な位置にあることは穂積陳重¹³¹、富井政章、奥田義人、穂積重遠¹³²といった大正民法改正

130 農村部における「家」は、農村共同体を近代法体系の下に再編した社会環境にあった。その一つが産業組合法（1900年〔明治 33 年〕公布）に基づく農村産業組合である。この組合はいわゆる協同組合であり、昭和戦間期に「農業会」となり、戦後期に農業協同組合法（1947年〔昭和22年〕公布）によりいわゆる総合農協に発展した。協同組合の特徴は、出資者、経営者、利用者が同一の一致した主体となり、1人1票の原則を重視した組織決定を行う点にある（万木孝雄）。

131 穂積陳重は1925年（大正14年）9月に枢密院議長に就任し、1926年（大正15年）4月7日死亡した。

132 本稿（下）注（128）穂積『親族法大意改訂版』46頁は、隠居制から進んで廃戸主制の採用もあり得るとした。

の調査項目に影響を与えた法律家だけでなく、国民の多くの目にも明らかになってきていた。抽象的な所有権の尊重といった思想や国と家を相似的に考える道徳論がこれを解決する力のないことは社会全体の共通認識になっていた。そこで、戸主の重大な不行跡に対して法的統制を加えようとした場合には、民事訴訟をもって総て解決することは可能ではなく、また、必ずしも好ましくもないとされた。

(2) 廃戸主制度復活の立法過程

廃戸主制度の立法過程は、堀内『家事審判制度の研究』『続家事審判制度の研究』（以下、本文中に「研究」「続研究」の頁数を記入する）、近藤佳代子の研究¹³³によれば、以下の通りである。

(あ) 大正期の廃戸主制度

- a 1919年（大正8年）9月 諮問第一号に関する調査要目（其一）第18（一定の条件の下に家庭審判所の裁断により戸主に隠居を命じ得る規定を設けて、廃戸主の制を定めることの適否）研究565頁
- b 同月 諮問第一号に関する調査要目私案第8 廃戸主の制度を認めることの可否（奥田博士民法改正意見第4（ホ）参照）続研究362頁
- c 同年10月 諮問第一号に関する調査要目（其二）一、廃戸主の制または戸主たる養子離縁を可とする場合は家督相続を開始すべきか。池田文書における、この要目は全文を削除されてある。続研究365頁
- d 同年11月3日臨時法制審議会諮問第一号主査委員会第1回審議開始する。続研究377頁
- e 1920年（大正9年）4月17日同主査委員会第12回審議、調査要目第50。民法874条について養子戸主の離縁禁止は不都合であるからこれを許し、家督相続の開始原因とすることの可否を審議する。続研究441頁
- f 同年6月11日同主査委員会は第17回審議をもって終了した。続研究463頁
- g 1920年（大正9年）6月12日 秘 諮問第一号に関する審査要項第7 「廃

133 本稿（上）前掲注（189）近藤「民法改正要綱における廃戸主制度の導入とその意味」312頁以下。

戸主ノ制度ヲ認ムルノ可否」続研究469頁

- h 1924年（大正13年）6月 諮問第一号小委員会決議類集其一 第10号 廢戸主 1項は隱居者とすること、2項は審理開始後、戸主権代行者選任と財産管理に必要な処分、3項は同手続開始後、戸主の行為に対する否認権、4項は手続の中止規定である。続研究476頁、480頁
- i 同年12月 秘 臨時法制審議會諮問第一号主査委員会決議中家事審判所権限事項調 4 廢戸主ノ処分（審議會決議要項第9）続研究487頁
- j 同年12月9日 人事關係ニ付裁判所ノ干与スル事項 第2調査要目ニ掲ケタルモノ「1 廢戸主ノ審判」（要目其ノ一ノ二十五）
この池田文書には、池田寅次郎（幹事）の手で「1」の上に「未定」、文章の傍らに「廢戸主ノ制ハ民法起草ノ当時起草委員間ニ意見分カレ少数意見トナリテ成立セス梅博士絶対反対ナリシー人ヲ裸ニスト云ハレタリト云」の書き入れがある。続研究490頁
- k 1925年（大正14年）1月16日、第9 廢戸主について、花井卓藏は、臨時法制審議會總會第19回審議において廢戸主制度については富井政章主査委員長の説明で諒解したが、隱居者にするとの規定は「戸主権ノ喪失」という規定にすべきであると述べた。続研究595頁～602頁
- l 1925年（大正14年）5月6日、第9 廢戸主について、同總會第24回審議において、廢戸主制は「家事審判所ハ戸主権喪失ヲ宣告スルコトヲ得ルモノトスルコト」と修正した外は原案通りで可決された。続研究739頁～742頁
- m 臨時法制審議會諮問第一号決議 民法親族編中改正ノ要綱〔大正要綱（親族編）〕1925年（大正14年）5月19日決議 第十 廢戸主 1項「戸主に戸主権ヲ行ワシムルヘカラサル重大ナル事由アルトキハ家事審判所ハ戸主権ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得ルモノトスルコト……」研究806頁
（大正要綱（親族編）に協議の語は協議離婚、離婚に伴う配偶者への扶養協議、協議離縁の3か所にあることは前示した）
- n 諮問第一号小委員会決議類集其二（相続編）〔1926年（大正15年）11

月5日印刷〕第10号家督相続開始の場合における財産相続（審査要項第一）（大正14年12月15日第69回決議）の「第4 戸主権喪失ノ宣告ニ因ル家督相続ニ付テハ前3項ニ準スルモノトスルコト」、「第6 前数項ノ実行ニ付キ当事者間ノ協定調ハサル場合ニハ家事審判所ノ調停、審判ニ依ラシムルモノトスルコト」続研究507頁（協定の語が珍しい）

(い) 昭和戦前期の戸主権喪失宣告制度

- o 民法相続編中改正ノ要綱〔大正要綱（相続編）〕1927年（昭和2年）12月1日決議 第2 戸主権喪失ノ宣告ニヨル家督相続 研究810頁（大正要綱（相続編）に協議の語は家督相続（戸主権喪失宣告による家督相続を含む）、数人の遺産相続人ある場合（遺産の分割ではない事項）その他の項目に全くあられない）
- p 司法省民事局「人事法案ニ依ル家事審判所所管事項調」〔1941年（昭和16年）11月17日法印〕第42条ノ2 戸主権喪失ノ宣告、172条2項戸主権喪失ノ宣告ヲ受ケタル者等ガ後見人ト為ルコトノ許可、179条 戸主権喪失者等ガ後見監督人ト為ルコトノ許可、266条戸主権喪失ニ依ル家督相続ニ付財産分配ノ変更又ハ分配ノ命令 続研究1047頁～1053頁（この「家事審判所所管事項調」で注目すべき点は、子の問題が協議の対象とされると整理されたことである。たとえば、18条3項「分家者の卑属の処置に関する協議又は同意に代る許可」、21条 廃絶家再興又は他家相続に付「卑属の処置に関する協議又は同意に代る許可」、31条の2「被離籍者の卑属の処置に関する協議又は同意に代る許可」の条文案である。）

(3) 廃戸主制度・戸主権喪失宣告制度と淳風美俗と国体

廃戸主制度は、「戸主権喪失」と名称を変えながら、1919年（大正8年）から1941年（昭和16年）まで、立法過程での批判を乗り越えて民法改正案として定着した。この制度は、古く梅謙次郎による国と家を相似的に考える泰西主義の法思想からの強い批判などにより一度は葬り去られた。しかし、明治民法施行後、戸主の不行跡による紛争が多発する現実を前にして、同制度立法の必要性を無視できなかつたのである。もっとも、「戸主権ノ喪失」の節

中に条項を設け、その要件事実を明定することなく「戸主権ヲ行ワシムルヘカラサル重大ナル事由」という一般条項の規定による立法案を作り上げていた。また、廃戸主については、立法過程中、一度も関係者が協議し、協議調わざるときはという方式には組み込まれなかったことも留意すべきである。

このような慎重な規定ぶりの条文案ではあったが、富井政章、穂積重遠、山内確三郎、池田寅次郎らは、なお明治憲法の規定と微妙な関係をもつであろうことは十分に認識していたとかがわれる。花井卓蔵の名称変更の提案は、客観的にみれば、こうした配慮に応じたものと位置づけられるのである。昭和期に入り、国体論が明治憲法1条を直截に結び付ける傾向を強め、1935年（昭和10年）の天皇機関説排撃事件、国体明徴声明が出るに及び、天皇親裁主義的な国体論が「家」制度の主権者である戸主の身分はく奪問題に波及すること、上記相似的思想からの批判を誘発しないように神経をとがらせて慎重に立法審議を重ねたものと思われる。

（あ）家族法改正論議と淳風美俗論

1920年（大正9年）以降、家族法改正論議において、富井政章が廃戸主制度立法をけん引したことは明らかである¹³⁴。廃戸主制度が危険視されたのは、封建身分制を維持するために例外的な究極の装置であったからである。主君押込めに類似した仕組みである廃戸主は「家」の主権者である戸主といえども身分はく奪追放されることになる。それは近代法下では維持すべきような性質のものでないと考えられた。しかし、富井政章は、「我邦ノ固有ノ美ナ風俗ヲ害スル」（1896年〔明治29年〕の第149回法典調査会議の発言）という淳風美俗の基礎になる考え方をとる立場から、国と家を相似的に考えるという考えの抽象性¹³⁵を排し、社会実態からして「家」を堅牢な法制度として

134 富井政章（枢密院顧問官）は、1930年（昭和5年）4月、統帥権干犯問題について美濃部達吉、佐々木惣一の学説に類似した考えを有し天皇機関説を擁護する立場にあった。同年5月、二上平治（枢密院書記官長）の説得にも応じずに自己の考えを変えなかった（伊藤之雄『昭和天皇と立憲君主制の崩壊』179頁、180頁）。富井は、小委員長として民法改正作業が法的論理性と合理性を追求する場としての小委員会を指導し抜き、小委員長在職のまま1935年（昭和10年）9月14日に死亡した。横田秀雄、山内確三郎、池田寅次郎、穂積重遠、我妻栄の論議を見守り支持したのである。

135 ここで国と「家」を相似的に考える抽象性とは、梅謙次郎が廃戸主制度案に関して展

健全に運営しようとするならば廃戸主制度は不可欠であると考えた。富井は、民法学の立場から淳風美俗論に相応する考え、正確にいえばその良質な伝統部分を尊重する立場から明治民法制定過程当時から強く廃戸主制度の立法化を求めたのであった。大正期に同法案を復活させ、死亡するまでの間、小委員会委員長として国体論からの影響を最小限に押さえきったのである。淳風美俗論は、きわめて広範かつ多様な内容を孕むものではあるが、民法の基本原則を尊重することは君主機関説¹³⁶、天皇機関説（美濃部達吉）を説く考え方と親和し両立し得るものであった。他方、道徳論としての国体論との境界があいまいなこと、明治憲法1条を強調して天皇親裁主義に接近してこれと一体化していく萌芽を含まないとはいえなかったことも事実である。

大正期の立法論議においては、法律の社会化という進歩的のスローガンと淳風美俗という保守的のスローガンの対立がいわれる¹³⁷。両者の対立は立法過程における妥協のはざまでは、穏健な結論である限り、双方から多数の支持を得やすい。その場合、習俗慣行という実社会のあり方によって立つ淳風美俗論の堅実さと比べれば、法律の社会化論は実社会とは一線を画した法律学の革新という性質からして国民大衆の共感的理解を得にくい弱点があった。末弘巖太郎は、こうした本質を見抜き、実体法に支えられた訴訟制度の公平性と形式性と比べて、調停制度は具体的妥当性を求める要求を満たす制度であるとして肯定した。法律の社会化論を支持しながらも、社会問題を立法措置

開した論議を念頭に置いている。その後、日本にも流入された立憲体制の下における君主制に係る19世紀ドイツで流布した「君主制原理」を指してはいない。この原理を祖上にのせるならば、国と「家」を共に主権者が支配するものとみる相似的な考えの次元だけでは足りず、その内容を始源的権限（君主は制定憲法を廃して元来の全権限を回収し得る）にまで考察を及ぼせ、その対立相違点の中身を問うことになる。長谷部恭男「国民を用人扱いつけるのか？」[UP] 419号16, 17頁（東京大学出版会、2007）。同『憲法の境界』（羽鳥書店、2009）18頁から22頁。同「大日本帝国憲法の制定－君主制原理の生成と展開」『論究ジュリスト』17号4頁（2016）。

136 伊藤之雄『昭和天皇と立憲君主制の崩壊』は、伊藤博文が君主機関説（19世紀ヨーロッパの通説）を奉じ、明治天皇も同様の考えであり、それは天皇機関説にほぼ相当するとし（15頁、34頁）、山県有朋の現実的な政治行動も君主機関説的なものであったとする（35頁）。

137 伊藤孝夫『大正デモクラシー期の法と社会』（京都大学学術出版会、2000）82頁以下、95頁。

だけで解決しようとするのは国家万能を信じ法律の力を過信する誤った法律思想であると述べ、実体法なき調停法という批判に対して再批判した¹³⁸。同時に、淳風美俗論を痛烈に批判もした。淳風美俗に含意された復古的部分に対する批判は、首肯し得るものである。もっとも、復古的に改革しようとするものがその指導理念を淳風美俗に求めたのと同じように、進歩的に少しずつ改革しようとするものの一部もその指導理念を淳風美俗に求めた。淳風美俗を単に復古思想と決めつけるのではなく公正・正義を求める理念を内包するとみるべきであろう¹³⁹。

（い）協議と国体論の関係

協議の上方式は国体論といかなる関係に立つのかについて少し触れたい。

教育道德論として明治憲法1条を中心に据えた国体論は、大正デモクラシーへの対抗理念として、次第に形成された。しかし、明治憲法学説上、穂積八束、上杉慎吉の天皇主権説は1935年（昭和10年）の天皇機関説事件までは一貫して傍流であった¹⁴⁰。この学説を法学上通説にするために同事件が起きたわけでは勿論ない。なによりも、美濃部達吉、佐々木惣一は、いわゆる統帥権干犯問題とされる海軍の兵力量の決定という同憲法12条の編制大権が国務大臣の輔弼によるものと解し、同法11条の統帥大権に関する条文解釈から統帥権独立は帰結されないが、慣習法的に統帥権独立の慣行があったとして消極的に独立を認めていたからである¹⁴¹。そうではなく、国体論が明治憲法1条と一体化したときから、明治憲法4条「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」（および同条に基づく同憲法上の多数の規定）という基本条項を自らの一貫性を守るためには理論的に不都合であるといわなければならないのであつたのである。先行研究¹⁴²は、この点につき、

138 伊藤孝夫『大正デモクラシー期の法と社会』95頁以下。

139 川口由彦「大正期日本・小作調停にみる和解の位相」川口由彦編著『調停の近代』（勁草書房、2011）275頁以下。なお、同「調停制度分析における法史的視点」同書1頁以下、特に35頁（ADRとの関係）、45頁（内済と勸解・調停との間の非連続の示唆）参照。

140 長尾龍一『日本憲法思想史』（講談社学術文庫、1996）36頁から141頁。

141 伊藤『昭和天皇と立憲君主制の崩壊』179頁。

142 尾藤正英『日本の国家主義「国体」思想の形成』（岩波書店、2014）284頁。同書同頁

次のように説いている。美濃部達吉の天皇機関説¹⁴³を排撃する国体論の本旨は、憲法改正の不可能な本質を有する欽定憲法の性格上、明治憲法4条を改正する道を探り得ないところから、実質的に同条を否定する目的にあったと指摘している。当初は教育道德論であった国体論が、明治憲法1条の正文を通説の説く憲法体系と歴史的事実を無視して中心に置いたという理解を正当であるとすれば、憲法学説上、穂積・上杉説が動かしがたい劣勢にあること、欽定憲法を改正して国憲国法上の欠陥を打開する先行きも見えない隘路に踏み込んだということになる。

それでは、国憲国法を無視しないものはどのような法的理解をしたのか、である。たとえば、1930年(昭和5年)5月、倉富勇三郎(枢密院議長)、平沼騏一郎(枢密院副議長)、二上平治(枢密院書記官長)は、明治憲法12条の編制大権は、平時では、内閣と軍部の各専決できる場合は少なく相互の「協同」にて決定すべきであると考え、倉富はもし軍部と内閣が「協同」できないときは天皇の判断を仰ぎ決めればよいと考えていたこと、平沼は、戦時編制については軍部のみの専決事項ゆえに内閣は干渉できないと述べたが、二上は、たしかに政府は内容に干渉できないが、費用がなければ戦争を実行できないので内閣と軍部は「協同」で決めなければならないと反論したこと、を指摘する先行研究がある¹⁴⁴。要するに、明治憲法12条の編制大権は、平時、戦時のいずれでも内閣と軍部が「協同」で決めなければならず、「協同」できないときは天皇が決定するという法解釈であろうと思われる。

この「協同」は協議と同義に用いられていると考える¹⁴⁵。井上毅が1972年(明

は昭和天皇がその頃本庄繁侍従長に対し4条があるから機関説は誤りではないと語った、とある(宮沢『天皇機関説事件(下)』504頁も参照)。なお、西村裕一「美濃部達吉と陸軍パンフレット」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相上』(有斐閣、2013)638頁。また、同「天皇機関説事件」『論究ジュリスト』17号11頁(2016)参照。

143 天皇機関説は1935年(昭和10年)10月の岡田内閣の第二次国体明徴声明により排撃され、表立って説くことを禁止された。しかし、国の統治機能を同説によらずに法的に理解することはできないので、同声明は統治権の主体は天皇であるが、法理上は国にもまた統治権があるとの説(国家法人説)を許すものとされた(宮沢『天皇機関説事件(下)』377頁)。

144 伊藤『昭和天皇と立憲君主制の崩壊』180頁、181頁。

145 民族協同体思想、国民協同体思想における協同という言葉との関係は、一個の問題点

治5年)に記した「國議院叶同シテ」の「叶同」(協同)を後に「叶議」(協議)に改めたこと、その後、井上は協議の代わりに「叶議」を用いたことなどに照らせば(本稿(中)66頁以下参照)、内閣と軍部は協議し、協議調わざるときは天皇の決済を求められるという紛争解決方式を法解釈として展開していることに気づくのである。このように理解すると、協議の上方式は、穂積重遠らが求める改革的目標だけでなく、復古的目標を求めるものたちにとっても、前提に存した共通の問題解決方式であったのである。

そして、このような協議の語の用い方は、網羅的に調べたわけではないが、必ずしも例外的なものではないようである。いわゆる軍部大臣現役武官制復活問題に関して、詳細は先行研究¹⁴⁶に譲るが、1913年(大正2年)に決定された「陸軍省・参謀本部・教育総監部関係業務担任規定」の人事に関する部分、すなわち、任免などに関する事項その他の件につき「陸軍大臣より参謀総長及教育総監へ協議の上、陸軍大臣に於て取扱ふ」がある。上記担任規定に含まれなかった乙号＝「協定事項」には「事務の敏活を図る為、陸軍大臣、参謀総長、教育総監協議の上、細部に関する規定を設くることを得」とあり、内規あるいは申合せ事項として「覚書」というかたちで部内に生きつづけていたことを指摘する。「協定事項」の法形式上の問題性のほかに、協議の上とは法的にはどのような意味内容をいうのかそれ自体分かりにくい。当然に、この行政上の協議の上方式の実際上の使い方も画一的客観性を欠いたまことに不明瞭なものであった。軍部大臣現役武官制の規定は、現実の政治問題において不都合な事態をもたらしたことは周知のとおりである。ここでの協議の上は、私法上ではなく行政法上の問題である。それにしても、協議の法解釈に確立したものがなかったという法学研究不足ゆえの影響という面は否めず、これを軽視することはできないのではなからうか。

(う) 調停法の成立と民法(家族法)論

法律学は社会化を進めなければならないという法思想は、実体法の文言解

ではあるが、ここでは論及することは控える。

146 加藤陽子『模索する1930年代 新装版』(山川出版社、2012〔初版1993〕)209頁から214頁。

積について厳格な法律論が社会化する前のすがたであるとさせる問題点を抱えていた。ドイツ法における基本思想は複雑なものであった。家族法における婚姻というものを、法関係と習俗関係を区別した上で考察する。財産法において、単に権利保護だけを考えれば足りる所有権や債権とは異なり、婚姻の場合には法関係と習俗関係の双方に属するものであるから、権利保護はあくまでも考慮すべき観点の一つに過ぎない。加えて、婚姻の尊厳を考える場合に、制度（枠組み）としての婚姻は個人の権利、意思とは独立したものであって、個人にとっては人間存在として本質的かつ必然的なかたちであると共に、国にとっては不可欠の基礎をなすものである。このように整理することで、家族法を独特な法領域として別扱いにして、財産法においては物権と債権を峻別する構成を醇化させることができたわけである。その際、財産法では法関係と習俗関係を区別することは相当といえるが、家族法においても、法と習俗の混同を排し、習俗を法的に把握することを控えるときには、自然的な存在である家は習俗として除かれるという考えが強い時代思潮があったのである¹⁴⁷。こうした考えは、身分の得喪変更を主題とし、その内容に触れることは控えめであるべきであるとする身分法（したがって、人事訴訟手続法は身分の得喪変更を判断する）という捉え方に生きつづけたのであろう。

さて、西洋法を継受した国の法学ゆえの歴史的な期間の短さからくる形式的な法解釈に疑問を呈した穂積重遠（とその承継者たち）は、裁判所らしからぬ特別裁判所で法律を道義人情風俗常識の一部分としてそれらと併せて適用して法律づくめでない解決をすべきであるとする立脚点から出発した。この考えは、主に身分の得喪変更の法（身分法）を解釈する学問的思想に穴を初めて開け、実際の便益をすくいあげようとする実務的な感覚に充ちた柔軟性を肯定したものである。現在の民事訴訟法の通説的論理・思考にも通

147 石川健治『自由と特権の距離 増補版』（日本評論社、2010〔初版1999〕）37頁以下、49頁～52頁、169頁、170頁参照（サヴィニーの法思想に触れた上で、その後、家も法的考察の対象として捉えられることになった）。なお、常岡史子「ドイツ民法典への強制的『民事婚』と有責主義的離婚制度の導入—国家と教会の相剋とその止揚—」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999）457頁以下参照。

じる斬新な考え方である。穂積重遠の提案は、「家族法の父ないし母」¹⁴⁸と呼ばれるにふさわしいものである。立法過程をみれば、家族法とは民法第4編、第5編（を改正して人事法案を目標とする）だけを意味するのではなく、家事審判法案を創設することを前提として含んでいる以上、家事審判法（家事事件手続法）を含めての「家族法の父ないし母」と呼ばなければならない。

法律が制定されている限りで国民に対する訴訟上の救済は与えられるとの考えからは、法律の制定がない領域では、救済の手段はないことになる。それならば、万全ではなくとも国民の利益のため、法律づくめでない紛争処理手続を創設して、訴訟法による救済の道しかないという袋小路に入ることを拒み、家事審判所創設に向けた手続法の立法を構想し、実際にも、これを先行させたのが大正期の臨時法制審議会の運営であった。臨時法制審議会は民法改正審議を中断し、まず家事審判所創設に向けた立法審議に入った。この意味で、穂積重遠を始めとして、同人を導く立場にあった穂積陳重、富井政章（そして亡奥田義人）らは、社会、経済、政治状況の認識と見通しのもとに民法改正に係るグランドデザインを描き、ほぼこれに沿って改正法案の整理をリードしたといえよう。大正民法改正は、当初から厳しい立法上の障害を見すえた上で、遠回りではあるが、近代法体系の再編成を目指した周到な立法活動であったと解されるのである。ただ、これを秘密裡に行わざるを得なかった結果、国民全体の意見を醸成することのできなかった嫌いはある。

1922年（大正11年）に借地借家調停法（大正11年法律第41号）、1924年（同13年）に小作調停法（大正13年法律第18号）、1926年（同15年）に商事調停法（大正15年法律第42号）を各施行するに至った。池田寅次郎は、これらの各種調停法が制定されるに際して、外国法の影響について、次のように述べる¹⁴⁹。

調停は広くこれを和解の方法としてみるとき、どこの国もおおむねこれを認めることができる。しかし、特殊の施設と手続とを備える特別な制度とし

148 本稿（下）前掲注（115）大村『穂積重遠』65頁。

149 池田寅次郎「仲裁と調停」（岩波書店、1932）2頁、3頁、84頁以下、93頁以下、95頁以下。
なお、池田は、世界に先んじて調停制度を確立し、司法の補助制度として大成功を収めたことはその立案実施に参画した者として欣快実に禁じ得ないという。

て考えるときは、その沿革は比較的新しい。18世紀末より那威（ノルウエイは1797年頃調停制度を制定した元祖である）、丁抹（デンマークでは当時調停成立の割合は民事総件数の9割である）等北欧諸国において始まった¹⁵⁰。19世紀末に至り、アメリカ合衆国の2、3の州がこれを採用した、と述べている。1893年北ダコタ州は北欧からの移民が多かったので故国の調停制度を移植したのである。1913年オハイオ州の裁判所で少額事件について簡易手続部（Conciliation Branch Court）において調停を始め（係判事をMediatorという）、大成功をおさめ全米の注目を浴びた。池田は1920年（大正9年）シカゴ市の少額事件部を視察し、その有用性を確信したのであった。

わが国の司法省民事局は、身分法等にかかる伺・指令の実務の変遷を見つめながら部内に蓄積された見識から調停制度立法の必要性を認識していた。また、池田寅次郎は早くからこれを意識して研究を始めていた¹⁵¹。協議のうち、合意という最終的な合意の成立は法的な効力を発生させるものである。しかし、協議のうち、それに至るまでの折衝、準備行為ともいえるものを検

150 本稿（下）前掲注（104）赤松『19世紀ドイツ私法学の実像』286頁から288頁は次のとおり指摘する。ノールウェイ、デンマークは、北欧諸国のうちでドイツ法学により法学提要体系を導入したが、スウェーデン、フィンランドよりも自国法がより多く顧慮され、19世紀に入り、ドイツ法学の近代パンデクテン体系を継受した。デンマークでは、1830年代において、学者は総則、デンマーク人事法（dänisches Personenrecht）、物権法、債務法、家族法、相続法という体系で講義した。1850年代には、総則、人事法、家族法、物権法、債務法、相続法という私法編別が説かれた。ノールウェイでは、総則は財産法の総則と解され、遺言相続より法定相続が重要な風土では相続法が家族法の一部とみなされ、総則規定の及ぶ範囲の論議は財産法に対する家族法の倫理性を強調する風土の影響であったと説明されている。社会的な前提を異にする北欧の風土では、家族法の位置づけもドイツ私法学のそれとは異なるものであったようである。筆者は、ノールウェイ、デンマークで調停、仲裁が発展した理由については、こうした法秩序のあり方というものが背景に存したと解し得るのではないかと、思う。

151 池田寅次郎「共有物ノ分割」『法学協会雑誌』26巻2号54頁から59頁（1908）。池田は、法制発達の初期において権利は裁判から生じ裁判手続の法規は権利実体の規定に先んじていたことは歴史上の事実であること、共有物分割の割合に異議なく、その方法に異議あるため「協議ノ調ハサルトキハ如何ニシテ之ヲ解決スヘキヤ」とし、詳細を論じて非訟事件手続法の改正を求めた。その中で、「調議ノ必要」、「相手方ノ提議」、「当事者ノ協諾」（56頁）、あるいは「相手方ノ不同意（即協議ノ不調）」（57頁）という語を用いて論じる。1908年（明治41年）当時の理論ゆえに、協議調わざるという表現が中心にあるが、なお協議の意義は確定していなかったと思われる。

討した。そこから中間的・過渡的な性格を有する合意の意味、それが多く集積されたときの合意（合意の集合体）の意味、さらには、中間的・過渡的な合意の集積過程をコントロールするにはいかなる手続法が適切かを追求してきたのである。そこにあらわれたものが、協議の上（協議調わぎるとき）方式を重視する考え（協議の優先）である。これに国が介入するとの考えの手続法的なあり方が、調停を前置して非訟事件的な裁判に関連付けるという構想、すなわち、家事審判所の構想である。この構想の基盤となる考えそれ自体は旧民法典の形成過程でほぼ確立し、明治民法でも維持されていたと解される。これを前提として、1919年（大正8年）以来臨時法制審議会において先行的に家事審判法を立法する方向で審議が始まったのである¹⁵²。そして、その構想が1927年（昭和2年）にはほぼ完成した時期から、いよいよ民法家族法（身分法）の改正作業が本格化したのである。

5 昭和戦前期の家事審判所構想と人事法案構想

家事審判法の立法過程に関して、不十分なものではあるが、前に検討したことがある¹⁵³。詳細は、それに譲り、ここでは昭和戦前期についてごく簡潔に要点を述べることをお許しいただきたい。筆者は、以前、調停前置主義と審判、判決の関係を考究した際には、明治前期家族法（身分法）に係る布告、達、伺・指令などの実務の知識をほとんど持たなかった。この実務動向を調べずに家事審判法の立法過程を本当に理解することは許されないことだけは意識していた。本稿（上）（中）（下）は、布告、達、伺・指令などにささやかではあるが触れたので、それを前提とした要点になることは避けられない。この点、読者の方々のご寛恕を願うものである。

（1）家事審判所構想の立法過程

152 小作調停法11条は「裁判所事情ニ依リ適当ナル者アリト認ムルトキハ前条ノ規定ニ拘ラス之ヲシテ勸解ヲ為サシムルコトヲ得」とある。調停と勸解が両方あらわれている点で過渡期の性質を有した立法であるといえる。

153 拙稿「調停前置主義と乙類審判事件（上）（下）」『家裁月報』52巻9号1頁以下、同巻10号1頁以下（2000）、拙稿「調停前置主義と訴訟事件—新人事訴訟法の制定を契機として—」『判例タイムズ』1143号69頁以下（2004）、高木積夫・稲田龍樹「離婚後に親権者が死亡した場合の生存親の地位」（東京家庭裁判所身分法研究会）『ジュリスト』588号90頁以下（1975）。上記論考に記載した文献参照。

家事審判法の立法過程は、3つの期間に分けられる。第1期は大正期と1927年（昭和2年）まで、第2期は1928年（昭和3年）から1943年（同18年）まで、第3期は昭和21年から同23年までである。ここでは、昭和戦前期までを述べる。

第1期には、1925年（大正14年）12月 家事審判法案・草稿（「起草原案」）、1927年（昭和2年）4月 家事審判法案（「第二草案」）、同年10月21日 家事審判法案（全110条「最終家事審判法案」）、家事審判法案（昭和2年10月小委員会決議）などがある。

その後、1939年（昭和14年）1月に人事調停法案が国会に提出され、同年3月17日人事調停法公布、同年7月1日施行となる。

第2期には、1939年（昭和14年）6月14日民法改正案による裁判所所管事項調、同年12月5日家事審判制度調査委員会官制発令、1941年（昭和16年）11月17日人事法案による家事審判所所管事項調、1942年（昭和17年）5月15日家事審判制度要綱案（昭和17年5月15日法印）などがある。

以上の動向を整理すると、次のとおりである。

第1期の家事審判制度構想は、以下に触れる人事法案の基礎になった。そして、人事法案の審議が深まるにつれ、その成果がフィードバックされて第2期の家事審判制度構想へと展開していた。しかしながら、昭和戦後期の第3期の家事審判法立法作業に引き継がれた構想は主に第1期の家事審判制度構想であり、そこから再スタートした。第2期構想は非訟化の強まったものではあるが、訴訟事件なども所管事項に拡大したので合議体の採用、公開の手続の要請、民事訴訟法による証拠調べの導入など新しい萌芽を含む面がある。

第1期構想はドイツの区裁判所を基本モデルとしていた。第2期構想はこれに加えて地方裁判所合議体（家事審判所に裁判部を導入）を含む家事審判所構想と裁判手続の公正に配慮するなど部分的には進化したものとなっている。なお構想であるから確定したものではない。第2期構想の特色は、国体思想による影響の他にドイツの法思想、アメリカの家庭裁判所の影響がうかがわれる（大正期に穂積重遠、池田寅次郎らがアメリカから摂取した成果がなお生きている）。また、伝統的な協議の上（協議調わざるとき）方式を重視する考え（協議の優先）について実体法と手続法に跨る法案としての問題

点を広く別出した一面があると考ええる。

（2）日本法理研究会の家事審判制度論

日本法理研究会の家事審判制度論は、司法省の作業成果ではない。これに対して、1942年（昭和17年）5月15日家事審判制度要綱案（昭和17年5月15日法印）は、司法省作成にかかる要綱案である。また、同案と以下に紹介する「家事審判制度要綱案」との関連性は不明な点が少なくないが、類似点も多い¹⁵⁴。詳細はこれからの研究課題であるが、多少触れておく。

1941年（昭和16年）6月に発行された日本法理研究会『日本身分法理研究要綱 日本法理叢書特輯一』（日本法理研究会、1941）によりこの要綱および「家事審判制度要綱案」を説明する（本文の頁数は同書の頁数である）。

日本法理研究会は1940年（昭和15年）秋設立され、第1部会は憲法などの法理、第2部会は民事法理¹⁵⁵、第3部会は刑事法理¹⁵⁶を研究した。「家事審判制度要綱案」は末弘厳太郎、梶田年、黒川眞前、柳川昌勝、林徹らが起草した。同研究会は、国体の本義に則り日本法理の伝統理念を探求するとともに近代法理念の醇化を図り、国防国家体制の一環として法律体制の確立を図り、法の道義性を審にし、もって法道一如の実を挙げることを目的とした（4頁以下）。日本身分法はすべての原則を万世一系の天皇を中心に見なければならぬ（5頁）。近代法理念も国体に基づき醇化して新身分法を建設する。その特質は日本臣民の行うべき道義を基礎とし、裁判規範に止まらず、道義を明らかにして調停、和解、審判等の準則であるから、裁判の準則ではなく、非訟事件的に紛争予備的に審判、和解、調停などによって身分に関する具体的法律関係を確定する場合の準則を明らかにするものである。

日本法理研究会「身分法理研究要綱」（19頁以下）は、身分法について公法、私法の区別にとらわれず、実体法、手続法および法律制度の一切を通じ

154 唄孝一・利谷信義『『人事法案』の起草過程とその概要』『私法學の新たな展開 我妻榮先生追悼論文集』（有斐閣、1975）498頁注（14）は、司法省の民法改正調査委員会にかけられたらしいが「法技術的なものである」という。

155 白羽祐三『『日本法理研究会』の分析 法と道徳の一体化』（中央大学出版部、1998）。

156 中山研一『佐伯・小野博士の「日本法理」の研究』（成文堂、2011）。

新しい法律体制を建設するために、親子、家族、夫婦、相続などの身分関係について臣民の履践すべき道義に関する法理および調停、和解、審判、裁判等の準則となるべき法理を研究するための指針である。国体の顕現、日本道義、親和性、協同性、良俗助長、生活即応、紛争予防、法律政策について広範にわたり検討する。

日本法理研究会「家事審判制度要綱案」は、4つの項からなるものである（77頁以下）。

第1 目的。身分に関する事件は日本身分法の特質に照らし訴訟手続きを避けて、道義に基づき温情をもって処理するとともに、紛争予防の精神に則り、簡易、迅速、懇切、丁寧な事件の相談、公証、代書、調停、審判その他の処理に当たり、紛争当事者をして道義を自覚せしめ、和の精神に立って事件を解決するために、家事審判所（仮称）を設けることである。

第2 機関。原則として、地方裁判所所在地には、相談部、公証代書部、調停部、特別処分部、単独審判部、合議審判部を置き、区裁判所のみ所在地には、合議審判部を除く他の5か部を置くものである。

第3 各部の取扱事務。相談部は、家事事件を扱うほかに、少年審判部を含む。公証代書部は、人事に関する公証などをするほか、戸籍事務の監督をする。調停部は、家庭に関する事件のうち、調停に適する一切の事件は審判前必ず調停に付することなどである。特別処分部は必要な処分を行う、すなわち、仮処分、諭告・誠告・懲戒・処罰、戸主権、親権その他の身分権の一時停止、離婚事件に関する一定の考慮期間の決定、調停または裁判の執行に関する事後処分（金銭授受の取次、職業の紹介など）、病気または医事知識不足による家庭紛争の処理に関する医療処置である。単独審判部は、身分に関する非訟事件を審判する。当時の現行人事訴訟事件（人事訴訟事項）のうち合議審判によらないものを非訟事件的に決める審判事項とする。職権主義を強化する。合議審判部は、上同の人事訴訟事件（人事訴訟事項）のうち合議審判によることを適当とするものを審判すること（非訟事件的ではない決め方をする審判事項）などである。

第4 手続。非公開とする。不服申立ては、合議審判部に抗告し得る、そ

の他特殊な不服申立てを設ける。

以上にかんがみると、日本法理研究会の民事（家事審判）関係の考察は、総論（身分法理研究要綱）と各論（家事審判制度要綱案）に内在的な論理体系があるとは思われない。総論は、国体の本義、国体明徴声明による立場との親密性が認められ、法と道徳の一体化（法道一如）が基本原理である。各論でも、廃戸主制度が削除され、戸主権の一時停止が定められたことが注目される。もっとも、日本法理の立場でも、戸主権の一時停止は認めざるを得なかったのは、戸主権の濫用を制約することを否定するのは裁判実務上からも無理だったのであろう。日本法理研究会の「家事審判制度要綱案」は、法的にみれば、統治権の主体を天皇であるという法理論と統治権の主体が国家であるという法理論（天皇機関説・国家法人説¹⁵⁷）との併存を否定することはできなかった。

日本法理研究会「家事審判制度要綱案」は、国体の本義の思想に即した理念的原則を強く打ち出したものの、各論（実体法）のほとんどは、大正期に確定したものの修正であって、日本法理に影響を受けて成立したとうかがわせるような新味は少ない。これに対して、第2期構想に属する司法省民事局の前記した1939年（昭和14年）6月の「民法改正案ニ依ル家事審判所所管事項調」（遺産ノ分割は所管事項に含まれていない）、1941年（昭和16年）11月の「人事法案ニ依ル家事審判所所管事項調」（297条3項の「遺産ノ分割」が審判事項に、437条2項の遺留分算定のための権利の評価が審判事項になる¹⁵⁸）、および1942年（昭和17年）の家事審判制度要綱案（昭和17年5月15日法印）は、人事法案との擦り合わせによる変更および新しい審判事項の拡大が顕著である。とりわけ、家督相続が大原則の相続法制下で遺産の分割を審

157 西村裕一「美濃部達吉の憲法学に関する一考察（一）（二）」『国家学会雑誌』121巻11・12号1頁以下（2008）、122巻9・10号114頁以下（2009）（特に140頁から142頁）。本論文は、青井未帆氏（学習院大学教授）のご教示によるもので記してその学恩に感謝申しあげる。

158 本稿（上）前掲注（195）堀内『続家事審判制度の研究』1053頁、1055頁。なお、遺留分減殺請求の訴訟事項は、立法審議当初から第1期の最終段階の家事審判法案（昭和2年10月小委員会決議）95条18号に至るまで変わることなく家事調停事項とされ、現行法下でも、一般家事調停事項である限りで、同様である。

判事項に含めたことは親族会の統制から切り離すことを意味する。この革新は何によってもたらされたのだろうか。筆者は、近代化とは異なるのかもしれないが、親族会は再生困難と見切ったからではないかと思う。

こうした革新性について、法律論と道徳論を一体化させた「法道一如」という理念がどの程度具体的に影響したかは明らかではない。むしろ、大正デモクラシーの影響下で成立した第1期構想の家事審判法案の構造は動いていなく、日本法理からの影響により非訟事件化が強まったといえるかも不明である。結局、身分法の形式的性質に穴をあけて習俗慣行を配慮した法の実現、具体的な人間像を前提とした家族法に歩を進めようと提唱した穂積重遠の所説およびこれに基づく家事審判法の各草案は、日本法理研究会の上記2つの要綱案とはその基本思想において異質なものである。しかし、上記した司法省の家事審判所所管事項調は、遺産の分割、子の利益保護などについて手続法の観点から考察すると、革新的な規律が検討テーマになったようである。これらについて日本法理研究会の作成した2つの要綱案がどのような影響を与えたか否かは今後慎重に研究すべきである。たとえば、合議体が審判すべき審判対象とされた紛争類型は、手続法上の法技術的なものにみえるが、他方、遺産分割を審判事項と定めたこと（子の利益保護などの規律はまた別個の観点からの考察を要する）と併せ考えると、革新的な構想を示唆しているようにもうかがわれる。なお、いわゆる日本主義との関連性は本稿の考察外である。

(3) 人事法案の立法過程

(あ) 総説

1927年（昭和2年）10月21日の家事審判法案（全110条「最終家事審判法案」）が小委員会で決議されると、翌年10月、司法省に民法改正調査委員会が設けられた¹⁵⁹。同委員会（同委員長は富井政章）は、上記した大正要綱（親族編）および大正要綱（相続編）を枠組みとして条文作りに入った。起草作業は、小委員会（同委員長は富井政章）が担当し、松本烝治、岩田宙造、穂積重遠、

159 唄・利谷「『人事法案』の起草過程とその概要」471頁以下。本文は、同論文に主として依拠し、本文中の頁数はこれによる。

池田寅次郎その他が属した。この委員会は1944年（昭和19年）10月までその活動を続けた。

1930年（昭和5年）3月、穂積重遠が起草した民法第4編改正案（親族編原案）と池田寅次郎が起草した民法第5編改正案（相続編原案）が発表された。

親族編、相続編の各第1草案、同第2草案を経て、1939年（昭和14年）に人事法案と法の名称が変わり（490頁）、同年7月に人事法案（仮称）親族編（親族編第3草案）、8月に人事法案（仮称）相族編（相族編第3草案）が発表され、1940年（昭和15年）11月に人事法案（仮称）相族編（相族編第4草案）、1941年（昭和16年）8月に人事法案（仮称）親族編（親族編第4草案）が整理された¹⁶⁰。

1943年（昭和18年）4月1日に人事法案（仮称）（幹事会仮決定案）親族編（親族編第5草案）が整理されたが、相続編の第5草案は成立しなかったとされている（492頁）。

人事法案に関する本格的な研究は、唄孝一・利谷信義の『『人事法案』の起草過程とその概要』があるだけである。同論文は、人事法案の内容を紹介・検討するに当たり、第3草案を対象として検討を加えている。ただし、相続編第4草案よりも適格性が高いかどうかについては自ら疑問を洩らしている（500頁）。なお、唄・利谷は、人事法案について協議の語については何らの検討もしていない。なぜなら、家事審判所の立法過程¹⁶¹との擦り合わせの詳細は紙面の関係から割愛されたからであり、まことに残念なことである。

（い）人事法案と協議の条文案

人事法案の協議の条文は、上記した各最終段階の草案である人事法案（仮称）相族編（相族編第4草案）および人事法案（仮称）（幹事会仮決定案）親

160 1925年（昭和14年）秋以降、我妻榮は委員（発足時は監事）となり、中川善之助も委員になった。新しい論議の後、第4草案になった。この時期の司法省は、家事審判法案立法に傾き、民法改正は手直しをするという姿勢であった（唄・利谷『『人事法案』の起草過程とその概要』492頁）。

161 唄・利谷『『人事法案』の起草過程とその概要』526頁は、この問題は「人事法にもられるべき親族・相続の実体法を考えるためにも」、また、「今日の家裁裁判所の系譜、ひいてはこの国における司法制度の歴史を考える上でもゆるがせにできない」という。

族編（親族編第5草案）（493頁）により列記する¹⁶²。

相続編において協議の語は、第4草案297条3項（遺産分割）に初出した。形式的には、共有物分割協議の規定と平仄を合わせたものであるが、実質的には調停・審判事項に分類したことによると考える。この条項は昭和民法907条2項の原案に相当する。

親族編において協議の語を含む条文案は12カ条存在する。

（相族編第4草案 第2編 相続）

- a 297条「被相続人ハ遺言ヲ以テ相続開始ノ時ヨリ五年ヲ超エザル期間内遺産ノ分割ヲ禁ズルコトヲ得
前項ノ場合ヲ除クノ外各共同相続人ハ何時ニテモ遺産ノ分割ヲ請求スルコトヲ得遺産ノ分割ニ付協議調ハザルトキハ各共同相続人ハ其ノ分割ヲ家事審判所ニ請求スルコトヲ得」
（親族編第5草案 第一編 親族 第一章 総則）
- b 18条「分家者ノ直系卑属ハ之ニ随ヒテ其ノ家ニ入ル但シ其ノ者ノ父又ハ母ガ本家ニ留マルトキハ此ノ限ニ在ラズ
戸主、分家者及家ニ在ル父母ハ其ノ協議ニ依リ前項ノ規定ニ拘ラズ分家者ノ直系卑属ヲ本家ニ留メ又ハ分家ノ家族ト為スコトヲ得此ノ場合ニ於テ直系卑属ガ満十五年以上ナルトキハ其ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス前項ノ協議調ハザルトキハ家事審判所ノ審判ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得」
- c 86条「夫婦ハ其ノ協議ニ依リ離婚ヲ為スコトヲ得」
- d 86条ノ2「協議ニ依リ離婚ノ場合ニ於テハ第56条第1項又ハ第56条ノ2第1項ノ規定ニ依リ婚姻ニ付同意ヲ為ス権利ヲ有スル者ノ同意アルコトヲ要ス」
- e 87条「協議ニ依リ離婚ハ戸籍吏ニ届出ヅルニ因リテ其ノ効力ヲ生ズ」
- f 87条ノ2「前条ノ届出ナキ場合ニ於テ離婚ノ合意成立シタルトキハ当事者又ハ利害関係人ハ其確認ヲ家事審判所ニ請求スルコトヲ得」

162 本稿（上）前掲注（3）前田編『史料民法典』1238頁以下、1256頁以下。なお、堀内『家事審判制度の研究』930頁以下。

- 前項ノ確認アルトキハ協議ニ依ル離婚ハ合意成立ノ時ヨリ其ノ効力ヲ生ズ」
- g 88条「第56条ノ3、第60条ノ2及第67条ノ規定ハ協議ニ依ル離婚ニ之ヲ準用ス」
- h 90条「父母ガ離婚シタルトキハ子ノ監護ハ父ニ属ス
父ガ離婚ニ依リテ婚家ヲ去リタルトキハ子ノ監護ハ母ニ属ス
父母ハ其ノ協議ニ依リ前二項ノ規定ニ拘ラズ子ノ監護ヲ為スベキ者ヲ定ムルコトヲ得」
- i 第140条 縁組ノ当事者ハ其ノ協議ニ依リ離縁ヲ為スコトヲ得
養子ガ十五年未滿ナルトキハ其ノ離縁ハ養親ト第18条ノ規定ニ依リテ縁組ヲ為スコトヲ得ル者トノ協議ニ依リ之ヲ為ス
養親ガ死亡シタル後養子ハ養家ノ戸主トノ協議ニ依リ離縁ヲ為スコトヲ得養親ト養子トノ間ノ親族関係ガ第6条第二項又ハ第三項ノ規定ニ依リテ止ミタル後亦同ジ」
- j 141条「第86条ノ2乃至第88条、第116条、第117条、第127条第1項第1号第2項及第133条ノ規定ハ協議ニ依ル離縁ニ之ヲ準用ス」
- k 201条「家事審判所ハ親族会員ノ選定ヲ為スニ付主ナル親族又ハ縁故者ヲシテ協議ヲ為サシムルコトヲ得
家事審判所ハ前項ノ協議結果、親族及縁故者ノ範囲其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌シテ親族会員ノ選定ヲ為スコトヲ要ス」
- l 218条「扶養ハ扶養ヲ受クベキ者ガ自己ノ資産又ハ労務ニ依リテ生活ヲ為スコト能ハザルトキ之ヲ為ス自己ノ資産ニ依リテ教育ヲ受クルコト能ハザルトキ亦同ジ
扶養ノ程度又ハ方法ニ付当事者ノ協議調ハザルトキハ家事審判所ハ扶養ヲ受クベキ者ノ需要、扶養ヲ為スベキ者ノ資力其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌シテ之ヲ定ム」
- m 220条「扶養ヲ為スベキ者数人アル場合又ハ扶養ヲ為スベキ者ノ資力ガ扶養ヲ受クベキ者ノ全員ヲ扶養スルニ足ラザル場合ニ於テ当事者ノ協議調ハザルトキハ家事審判所ハ扶養ノ順序、程度又ハ方法ヲ定ム」

（う）小括

人事法案においては、協議の語の用い方が厳密になっている。当事者の協議というように協議主体を法文上明らかにして定める点が特徴である。戸主権の喪失の規定は微動もしていないが、協議の対象からは外している（明治初年当時、典型的な熟談の対象であった）ことの双面の意味を思うとき、立法に携わった司法省関係者および学者関係者が一致して慎重な配慮を堅持し続けた証左である。この点は高く評価すべきである。

協議の対象として斬新な対処を示す興味深いものに、子の監護者の指定、扶養の程度方法順序がある。「家」制度の継承者の保護という面が強いとはいえ、分家のときに直系卑属が満15歳以上であるときは「その同意を要す」とした点は、親たちが協議（人事法案）すべきとした規律および調停を受ける（家事審判法草案）ようにした規律を総合して考えると、15歳以上の未成年者が協議、調停に加わることを想定し得ると解される。なぜなら、熟談の伝統は多様であったので、常にそうだとはいえないが、熟談の輪に入ることができるものは、身分上発言は許されないとしても、末席に控えることは許された例（黙示の同意（？）といえないかもしれないが）もあったようであるからである。子の利益に関する情報を伝える機能はあるといえよう。国の調停制度が熟談、熟議という慣行を近代的に変容した協議に対して介入して戸主等の専横を抑止しようとした。これを直ちに進歩的という単純な評価は留保すべきである。しかしなお、調停制度による介入の正当性および介入のあり方に関する実践的な意味を見過ぎないようにしなければならない。離縁のときに15歳未満の未成年者については親たちが協議すべきとしたことも、未成年者自身が協議に加わるとは定めていないが、子の利益を尊重することを配慮した規律であることは間違いない。

87条ノ2は、「協議」のほか「離婚ノ合意成立」が挿入された。この点は、協議の意義について何らかの論議があったことをうかがわせる。

相続法の遺産分割について、人事法相続編第3草案は債権の可分性を認めた大審院の判例法理を否定した規律を採用し、遡及効を廃止するなど合有説に立った草案であった（唄・利谷論文513頁、514頁）。しかし、相続編第4草

案では現行昭和民法のような規律に修正して判例法理に沿った条文に戻り、そのまま昭和民法（家族法・相続法・遺産分割）の条文になったわけである。人事法案では初めから遺産分割は「協議」の対象とされ、家事審判法草案では調停・審判の手續に服する規律として定められていた。この実体法と手続法を総合してみると、この立法の基本方針は正当であると解される。

6 昭和戦前期の学説

ここでは、3人の学説を簡潔に触れる。穂積重遠の家族法の承継者である中川善之助、次に、穂積重遠、鳩山秀夫、末弘厳太郎の3人の承継者である我妻栄、そして谷口知平である。とりわけ、我妻は家族法立法、すなわち、家事審判法および人事法案を総合的に立法する作業の中心的な承継者である¹⁶³。

(1) 中川善之助の統体論と協議

中川善之助の『身分法の基礎理論—身分法及び身分関係—』（河出書房、1939）、『身分法の総則的課題—身分権及び身分行為—』（岩波書店、1941）が家族法学の一大金字塔であることはいうまでもない。詳細は上記文献に譲り、ここでは統体論に少し触れる。

近代社会では財産法関係（個体的関係）の主体は抽象的な人格であるから、財産法関係は対立的なものとみられざるを得ない。これに対し、身分法関係（統体的関係）の主体は、個人人格を喪失していない具体的な人間であり、それゆえに独立平等を本質とせず支配従属関係を排斥しない。身分法関係は全人格的・支配的な統体組織的なものであり得るとされる¹⁶⁴。具体的な人間像を前提とし、組織ある統体の規律であるから、個体の自由よりも統体の組織に重点がおかれるから、その権利義務はいわゆる状態権・状態義務である。婚姻という身分関係に入れば一定の権利義務が付与され、この状態の構造は法律が定型化して律するので、個人が修正することは許されない。この統体的性質から身分を持つものの支配的性質が導かれるが、同時に、支配者

163 本稿（下）前掲注（115）大村『穂積重遠』148頁、149頁。

164 来栖三郎「中川善之助『身分法の総則的課題—身分権及び身分行為—』『法学協会雑誌』59巻11号94頁（1941）。

自身も厳格な制約に服することになるのである¹⁶⁵。家とは家長的権利に統制された組織的生活協同体である¹⁶⁶。そこで、戸主は支配的にみえるが、一定の制約を越えれば、権利濫用の法理による規律が待ち受けるというのである。

中川は、戸主の不心得が家族の生活を危険にさらすことがないとはいえない現状に鑑みて、大正要綱の廢戸主制度を支持し、これは実質的には強制隠居であって、昔から行われてきた古い慣行でもあったと述べる¹⁶⁷。

中川は、協議離婚に対しては強く批判する。協議とは「離婚意思の合致」¹⁶⁸であるという。それ以上、協議について説明を加えない¹⁶⁹が、協議離婚は本人不知の間に届出がされる悲喜劇をもたらしているという。こうした論旨の展開をみると、協議には夫婦の意思の合致の他に、親族の圧力が働く、あるいは夫が一方的に妻を追い出す離婚もあるという見方が強いようである。追出し離婚が通例であると説くならば、前示理由により筆者は疑問を留保するが、そうした事態もあったであろうことは正当な指摘であると考える。

中川善之助は、具体的な人間像を導入することにより身分法を家族法へと大きく転換させた、穂積重遠の家族法の承継者であるといわれる¹⁷⁰。具体的な人間像を前提とした点は画期的であり、調停制度との整合性もあり、調停

165 中川『身分法の基礎的理論』220頁。

166 中川『身分法の基礎的理論』191頁。

167 石田文次郎・我妻榮・中川善之助『現代民法の基礎理論』（大明堂、1943）257頁（中川担当）。中川善之助『民法Ⅴ親族法』（新法学全集）（日本評論社、1937）90頁は、廢戸主制度は好ましい制度であるという。なお、同書294頁、295頁は、「親族協議」は民法施行前に制度として認められていたが、大規模な全員の親族協議は社会の流動化により不可能のゆえに親族会の数を最小化し、他人でもよいとしたという。筆者は、親族会のメンバーを少なくしたことは中川説に従うが、親族の範囲をわが国が小さく立法したことは封建遺制を破るため民法上近代化を推進した証であると解する。

168 中川『民法Ⅴ親族法』（新法学全集）186頁、石田・我妻・中川『現代民法の基礎理論』259頁（中川担当）。なお、同書260頁参照。

169 中川善之助『相続法』（法律学全集）（有斐閣、1964）223頁は、協議を「全員の会同商議」という。この定義は、中川が『西洋事情』に依っている可能性がある。すなわち、福沢諭吉『西洋事情』初編卷之二 亜米利加合衆国1丁裏には、代表者がフィラデルフィアに「会同シ種々商議ヲ盡シ」とあり、同初編卷之一 政治5丁表には「国民一般ト協議シテ」とある。国会図書館デジタルコレクション参照。

170 本稿（下）前掲注（115）大村『穂積重遠』149頁。大村敦志『民法読解親族編』（有斐閣、2015）479頁は、財産法における人は基本的には権利義務の主体（帰属点）であるが、家族法における人は人格と人身を備えたより具体的な存在であるとする。

立法を支えた影響は大きいものがある。身分法（家族法）を財産法とは異なる統体論という特性を基盤として、身分への行為（形成的身分行為・婚姻、認知など）、身分よりの行為（支配的身分行為・戸主権行使、親族会決議など）、身分のための行為（付随的身分行為・夫婦財産契約など）と分類して精緻に体系化した¹⁷¹。もっとも、個体論と統体論を対立的に理論化したことから、家族法と財産法の共通した体系性を明らかにできていない。また、上記から明白であるが、統体論に基づく家族法は、民法家族法論を理論的に一つの完結した法域となし、国体の本義に親和する憲法論を拒む特色を有する。昭和期に興隆した国体論とはまさに一線を画した学説である。ただ、統体的関係における権利義務はいわゆる状態権・状態義務であると説いたが、その「状態」という観念は、家族成員の権利義務の考察をしにくくした短所もあると考える。さらには、この立場は、身分法の特質である統体的性質を明らかにした結果、財産法を含む民法全体における一定の進歩的または復古的な法原則を担った淳風美俗論をどのように受け止めるかを論じる必要性を少なくしたようである。

（2）我妻榮の淳風美俗論と協議

我妻榮は、1938年（昭和13年）に『親族法・相続法講義案』（岩波書店、1938）を刊行した。また、1946年（昭和21年）に『民法大意下巻』（岩波書店、1946）を刊行したが、同書はより前書より詳しいものの、ほぼ同様の叙述にみえる。そこで、明治憲法の下における大正要綱に対する我妻の評価などについて簡単に触れる。

『親族法・相続法講義案』の頁数は親族法と相続法に分けて付けられているので「親族法1頁」などと、『民法大意下巻』は、「大意1頁」などと本文中で引用する。

協議離婚の要件として「意思の合致」（親族法79頁）、「当事者自身の合意によって成立する」（大意524頁）であるとする。江戸時代の離婚制度の評価は、中川善之助とは異なる立場にあった¹⁷²。

171 中川『身分法の総則的課題』115頁以下。

172 我妻は、従来の離婚制度は夫の単意離婚制であり、夫は「離縁状」を与えるべき義務

協議については、明治民法施行前の「親族協議」は自治的機能があったが、明治民法は親族会の会議体成立にのみ干渉し、会議の進行内容についてはこれを監督しない規律にした結果、事態を紛糾させた。そこで、大正要綱は、家事審判所をして決議の成立・実行を監視させ、ときには会議体の機能自体を家事審判所に代わらせようとしているが、正当であるとする(親族法147頁)。

我妻は、大正要綱が、① 離婚する夫婦間の子への影響を配慮して実際上の監護者について意を用いるべきと改めたこと(親族法78頁、大意524頁)、② 離婚後の他方配偶者に対する扶養義務を考慮すべきであるとする(親族法78頁)、③ 廃戸主制度を設けること(相続法10頁)¹⁷³、はいずれも当を得たものであるという。

ところで、遺産分割に関しては、相続法50頁以下に簡明に述べるにすぎない。分割の方法について、遺言による定めのないときは「共有物分割の規定(258条)に準じて分割すべきである。」というだけで、協議の語は用いられていない(相続法51頁)。我妻は、共同相続の権利関係の性質について相続財産全体の上の合有であると説く(相続法46頁)¹⁷⁴。この当時の我妻説は調停制度を加味した総合的な考えを説くものではない。1946年(昭和21年)の時点でも、遺産分割について協議の語をまったく用いない(大意583頁から585頁)。なお、『民法大意下巻』(1946)では、「協同体」という理論的説明の多いことが特色である。すなわち、夫婦は全人格的結合による身分的協同体である(大意529頁、409頁)、親族的共同生活団体はいわゆる協同体をなす(大意409頁)、親族団体の法律効果は、親族協議と扶養である(大意400頁、409

があったに止まり、妻は縁切寺で尼になることが唯一の手段であったと説く(親族法77頁)。江戸時代の離婚慣習の理解は現在の三くだり研究の水準に照らして再検討する必要がある(本稿(上)63頁以下、76頁以下参照)。

173 我妻「家族制度法律論の変遷」(民法研究Ⅶ)89頁。

174 近藤英吉『民法Ⅴ相続法』(新法学全集)(日本評論社、1937)は、「相続財産の分割」の節(162頁)において、共同相続関係は特殊の共有(いわゆる合有)に属するものと論断せざるを得ないという立場(141頁)から、遺言による分割方法の指定等がないときは「各共同相続人の協議によって分割方法を定むることを得べく、協議調わざるときは、分割方法の指定を裁判所に請求することを得る(民258条)」(167頁)というのみである。

頁) などである¹⁷⁵。

我妻は、契約と合意の関係については鳩山説を承継する。1930年(昭和5年)の『民法総則(民法講義Ⅰ)』366頁¹⁷⁶は、契約とは「相対立する2箇以上の意思表示の合致より成るもの」という¹⁷⁷。その後、1954年(昭和29年)の『債権各論上巻(民法講義Ⅴ1)』(岩波書店、1954)では、契約には二義があり、広義では、私法上の効果の発生を目的とする合意の総称であり(42頁)、狭義では、債権の発生を目的とする合意を意味する(43頁)とする。これが通説であり、この見解からすれば、協議は広義の契約、一種の契約、あるいは「合意」といえる¹⁷⁸。

次に、我妻は、共有物分割について256条の「請求」は形成権であり、具体的に分割を実現すべき法律関係を生じるとして、末弘巖太郎説を支持する¹⁷⁹。末弘は、各共有者はいつでも他の共有者に対してその一方的意思表示により分割(共有関係の廃止)を請求できるが、分割の方法について協議成立を条件とするので、その方法について協議が調わなければ、共有関係廃止の意思表示は何らの効力も生じない、実際に分割の事実が成立しこれと相まって初めて効力を生じる、分割方法は種々あるから当事者間で協議して定めなければならない、と説く¹⁸⁰。末弘、我妻の両者はともに協議の定義を述べ

175 石田文次郎・我妻榮・中川善之助『現代民法の基礎理論』(大明堂、1943)(我妻担当)は、現代法における契約の地位は国家協同体のなかにおいて個人の創意を適切に発揮させるための法的手段の限りで認められるとし(108頁~110頁)、身分関係の国家協同体における作用を考え、その本質的協同体の性質を明らかにした中川の統体論を支持したのである(123頁)。

176 我妻榮『民法総則(民法講義Ⅰ)』(岩波書店、1930)366頁は、「方向を同うする2箇以上の意思表示の合致から成るもの」を「合同行為(協定行為)」とし、「協議」がこれに属するかは触れていない。一般には、協議はこれには該当しないとされている。

177 我妻榮『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』(岩波書店、1965)244頁、同『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』(岩波書店、1964)11頁。我妻榮『債権法講義案』(発行者・年月日不詳)(学習院大学法経図書館蔵本、田中耕太郎文庫)は、債権発生原因たる法律関係に関する規定は、契約とそれ以外のもの(事務管理、不当利得、不法行為)とし(4頁)、契約は相対立する2箇以上の意思表示あること、意思表示の合致すること、債権債務の発生を目的とすること(8頁)、と説く。『親族法・相続法講義案』序文に同書を発行した旨記載があるから、1938年(昭和13年)4月より前に発行されている。

178 近江幸治『民法講義Ⅶ親族法・相続法2版』(成文堂、2015)284頁、80頁。

179 我妻榮『物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、1932)192頁。

180 末弘巖太郎『物権法上巻』(日本評論社、1921)430頁、431頁、434頁。

ていないが、この理論は今も基本原則として生きている。

我妻は、その後、1952年（昭和27年）の『物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1952）221頁で、協議に関する法律関係をより精緻に理論化した。共有者は、分割請求権という形成権を有し、これを行行使することによって、各共有者間に何等かの方法で具体的に分割を実現すべき法律関係を生じさせることができる。この場合には、各共有者は「分割を為すべき義務を負担することになる」。なお協議が調わないとき、あるいは協議できないときは、裁判所に分割の実現を訴求することができる、という。この分割請求権を行行使された場合に、他の共有者は協議に応ずべき義務が生じるとする点は重要である¹⁸¹。

最後に、大正要綱における淳風美俗と国体論の論争について、我妻は、昭和戦中期および同戦後初期に著した「家族制度法律論の変遷」¹⁸²という大論文において、「家」制度と国体の関係について両者は無関係であるというだけで本当にそういえたか、きちんと説明できないからこそ、穂積八束憲法論を根本において沈黙させられなかった理由があるのではないかと問いかけた。大正要綱を検討し始めた際に、富井政章、穂積重遠が主張したいわゆる淳風美俗を見つめ直し、その幅広い観念に含意されていたものを整理検討する必要を指摘している。家事審判所制度を創設する動機として、親族自治能力を欠いた親族会の現実に即してこれを国の監督下に移し国民の「協調相合の相談相手」となることを立法の退化というのは飛躍であると述べるのである。

思うに、国が国民の相談相手になるという考えは、当事者間の協議のあり方、その協議に国が介入する調停制度のあり方を検討するとき、複雑な様相をみせる難しさがある¹⁸³。その上で、我妻の国家協同体という名称およびその内容を問い直すという作業が必要になると思われる。なぜなら、国体の本

181 この理論が、調停制度（調停・審判の手続）と結びつくと、調停を提起された他の共有者が遺言書を隠匿するのは義務違反である。

182 我妻『民法研究Ⅶ』107頁、122頁から125頁、137頁、161頁、184頁、185頁。

183 国が国民の相談相手になるとは、国が協議に介入するとともに協議を支援するという両義性を含意する。まず、協議に対する介入とは、裁判所が国民の自治に委ねた事項の一部を取り戻して司法部（家事審判所）の所管事項とすることを意味する。次に、協議に対する支援とは、親族会への行動指針となる情報を提供する意味と当事者個人の意思決定過程（意思形成過程）への直接的な相談活動をする意味がある。

義と密接な国体論と上記した我妻説の内容は、廃戸主制への態度一つとっても異質さが際立つからである。むしろそうした国体論の影響を排した民法理論としての強靱さが貫かれているようにみえるのである。

(3) 谷口知平の協議と合意論

谷口知平は、1935年（昭和10年）の『日本親族法』¹⁸⁴において、梅謙次郎の法典調査会における発言を引用して、協議はきわめて評価の低いものであると説いた。たしかに、梅は民法要義において協議の語をほとんど使わないことからしても、「協議」については低い評価をしたことは間違いないであろう。しかしながら、梅は、熟談、熟議の言葉をほとんど用いることがなく、また、江戸時代の熟談離婚と明治初年の熟談・熟議等離婚制度、明治民法施行後の協議離婚をほぼ同じように理解していた可能性は少なくない¹⁸⁵。そうであるとするならば、谷口が梅謙次郎の発言の他に根拠を有していたのでなければ、協議に低評価を与えた根拠は必ずしも十分ではないように思われる。

1939年（昭和14年）に谷口知平は、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書（14）仏蘭西民法〔I〕人事法』（有斐閣、1939旧版、1956復刊）260頁において、Du divorce par consentement mutuelを「相互ノ合意ニ因ル離婚」と訳した。これは、以下の草案、法典とは全く異なる表現である。

箕作仏蘭西民法が「雙方ノ承諾ニテ離婚ヲ為ス事」と訳し、明治11年民法草案がこれに従い、旧民法人事編第一草案で「雙方協議ノ離婚」「協議ヲ以テ離婚」が用いられ、旧民法もこれに従った¹⁸⁶。明治民法の款名は「協議上ノ離婚」に変えたが、「協議ヲ以テ離婚」は旧民法と同じ表現とした。谷口は、奥田義人、富井政章等の周到な研究の上で、「合意ニ因ル離婚」と翻訳し、おそらくは「協議」離婚に対する批判をしていたものと解される。

184 本稿（下）注（67）前掲『日本親族法』（弘文堂書房、1935）505頁、506頁。

185 本稿（下）注（25）参照。

186 旧民法の英訳本によると、節名は DIVORCE BY MUTUAL CONSENT、条文は the divorce by their mutual consent である。司法省版權所有に係る CIVIL CODE. BOOK ON THE LAW OF PERSON. (博聞本社、1892) 旧民法人事編英訳本27頁。本書は、佐野智也氏（名古屋大学大学院法学研究科附属法情報研究センター特任講師）のご教示により名古屋大学図書館蔵本を閲覧できた。記してその学恩に感謝申しあげる。

「合意」と翻訳した場合、条文にある「協議」のうちの「合意」の部分だけを明文とみるので、誤解を招きやすい。なぜなら、フランスにおけるいわゆる協議離婚において離婚合意に至る過程（準備的な手続過程）を考察の対象から除き、ひいてはそうした過程の改善の変遷、さらに、わが国における合意に至る過程に対する国の介入をめざして調停立法を求めた意義、調停の範囲をいかなるものとするかについて激しく争われた趣旨を考察すること自体葬りかねない虞れがあるからである。

第7章 おわりに

本稿前章までの結論は、次のとおりである。

民法907条の原案である人事法案相続編第4草案297条3項の協議の意義は、複数の当事者の合意およびこれに至る交渉過程を意味する。大正要綱の段階で、親族「協議」に対して国が介入する必要が生じたので、紛争解決制度として調停制度が案出され、ついには、家事審判法案と人事法案にまとまった。明治民法の正文である「協議」を起点として、調停と審判の手続という基本構造が成立したのである。昭和戦前期に、身分法（家族法）は、民法第4編、第5編の改正案・人事法案および家事審判法案の立法をめざして実体法と手続法を総合した新しい法体系を備える「家族法」としてほぼ完成したが、立法には至らなかった。

本稿は、本来、「第7章」として「昭和民法と協議」と題して、以下のとおり述べる予定であった。

日本国憲法（新憲法・昭和憲法）の下に上記した基本構造を維持した昭和民法（家族法）と家事審判法が立法された。

本来ならば、親族協議に国が介入するために親族会の法制度を改革しようとした昭和戦前期の立法作業の核心を探求すべきであったところ、「家」制度・親族会が廃止されたことにより協議概念を研究すべき必要を見失ったのである。別言すれば、人事法案、家事審判法案が前提とした協議の本質である複数の個人が話し合っ一つまたは複数の権利義務の実現を図ることの意味と限界を検討すべき重要性を、一時的ではあるが、見失わせてしまったのであ

る。次に、同じく「家」制度・親族会の廃止により、一気にわが国の昭和民法（家族法）は、国と個人の間の中間的な組織の存しない法体系となり、その光と影を明らかにしなければならない状況に置かれたのである。

こうした状況下ではあったが、協議の意義に変更はなく、民法907条の協議の語は新しい息吹を吸収して私人間の合意形成過程に介入・支援し得るものとして新しい家族法の下に新たな展開を示すことになるのである。

以上と並行して、裁判所が家事紛争（私事性と公事性¹⁸⁷）に介入・支援する調停・審判の手続を実務上の試行錯誤を経て手続保障を原則とする現代的な調停・裁判（判決と審判）の手続として発展し、ついには家事事件手続法が制定・施行された。

上記したところを、応急措置法、昭和民法（家族法）の協議を考察し、平成期の民法改正と家事事件手続法の制定に至るまでの経過を論証する筈であった。しかし、筆者の力不足のゆえに完成できなかった。一応、本稿はこれで終わりとしていたい。読者諸賢にはご迷惑をおかけしてしまい心からお詫び申しあげる次第である。筆者としては別稿をもって責めをふさぐべく、さらに、協議に関する研究を継続し精進するつもりである。皆さまのご指導、ご叱正を賜りますよう衷心より願うものである。

終わり

（本稿は、学習院大学東洋文化研究所2016年一般プロジェクトA16-1号に基づく成果の一部である。）

187 たとえば、大村敦志「パクスその後—私事と公事の間で」水野紀子編『社会法制・家族法制における国家の介入』（有斐閣、2013）115頁以下。

