

社会変動と法

—法学と歴史学の接点—

磯野誠一
松本三之介 編
田中浩



勁草書房

執筆者紹介

福島 正夫（元東京大学教授）
磯野 誠一（東京教育大学名誉教授）
渡辺 洋三（東京大学教授）
小川 政亮（金沢大学教授）
利谷 信義（東京大学教授）
太田 知行（東北大学教授）
川田 昇（神奈川大学教授）
家永 三郎（中央大学教授）
暉峻 衆三（信州大学教授）
浜林 正夫（一橋大学教授）
穂積 重行（大東文化大学教授）
松本三之介（東京大学教授）
田中 浩（静岡大学教授）

社会変動と法——法学と歴史学の接点——

1981年9月30日 第1刷発行

© 編 者

磯 野 誠 一

松 本 三 之 介

田 中 浩

発 行 者

井 村 寿 二

発 行 所

東京都文京区
後楽 2-23-15

株式
会社

勁 草 書 房

電話(03)814-6861/振替東京 5-175253

* 落丁本・乱丁本はお取替いたします。

港北出版印刷・牧製本

* 定価は外函に表示してあります。

* 無断で本書の全部又は一部の複写・複製を禁じます。

3032-404804-1836

I 社会変動と法

家族法と社会変動……………	福島正夫……………	3
——フリードマンの所論を通じて——		
一九世紀英国鉄鋼労働者家庭の実態……………	磯野誠一……………	30
——ベル夫人のミドルスバラにおける調査の紹介——		
判例研究論争……………	渡辺洋三……………	54
日中戦争拡大過程と社会保障立法……………	小川政亮……………	89
戦後法社会学調査論の再検討……………	利谷信義……………	128
被害者の過失の斟酌……………	太田知行……………	150
一九世紀イギリス救貧法における児童の教育措置と親権……………	川田昇……………	186

II 歴史・政治・思想

——社会変動との関連において——

天皇大権行使の法史学的一考察	家永三郎	233
昭和恐慌期の農民運動	暉峻衆三	255
名誉革命をめぐるイデオロギー対立	浜林正夫	293
「ウィリアム・コベットとロンドン」	穂積重行	314
中江兆民における自由の観念	松本三之介	342
長谷川如是閑と「言論・思想の自由」 ——「森戸事件」から「滝川事件」まで——	田中浩	368
あとがき		

I 社会変動と法

家族法と社会変動

——フリードマンの所論を通じて——

福島正夫

はしがき

ウオルフガンク・フリードマン (Wolfgang Friedmann) (一九〇七年—一九七二年) の急逝は世界の学界から深く惜しまれた。⁽¹⁾彼の学問的領域はひろい。専門は国際法であるが、法社会学に、政治学に、法の理論に、また民法に、独禁法に、比較法に、その研究と業績はひろがっていった。⁽²⁾しかし彼の名をもっとも高からしめたのは“Law in a Changing Society”であろう。それははじめ“Legal Theory”とともに一九五一年に“Law and Social Change in Contemporary Britain”の題でデニング卿の序文を附け出版された。題名どおりそれは主として英国を扱い、他は時に濠洲、カナダにおよぶだけで、量も小さかった。⁽³⁾ところが、一九五九年、それは一挙倍量に拡大し、ソ連をふくむ広範な比較法への転化と発展をなしとげ、量質ともにみちがえるほどになり、上記題名の大著としてあらわれたのである。⁽⁴⁾「家族法」の章はこのとき刑法等とともに加えられた。その後も急速な現実の法と社会の変化発展に対応して発展はつづけられた。一九六四年にはペンギン・ブック版として要約されるとともに実質は拡充され、一九六九年の独訳本では、シミティス・シュピロスの「手引」がついた増補の大冊となった。

この魅力ある題名をもつ本著は、まずその意図において大きな関心をよび、多くの問題を提起するものである。その根本視角をみよう。彼は、法と社会変動の關係について、法秩序の作用を、社会変動に対する反応者 (reactor) としての面とともにその発起者 (initiator) としての面からも、みようとする。次に彼の方法は、出身地たるドイツの抽象・思弁の哲学のやり方ではなく、実証的な法資料から帰納的に論を進めているというコンロー法学の傾向が強い。そして判例では英米法を中心とするが他にもおよび、制定法に至っては英米のほか大陸のドイツ、フランスから北欧、ラテンアメリカ、アラブ諸国、日本に、さらには社会主義のソ連の各法にもわたっている。

本書全体は、このような取扱からあるいは予想される散漫無秩序からまぬかれ、宏大な体系ながらも特色は現代をよくとらえていることにある。それらをすべて紹介する余裕もないので、概略の構成目次を示すだけにしたい。

次の六部一六章五五二頁と附属(諸表、索引等)約三〇頁から成る。(一)法の変動の諸手段(法・社会の変動の相互作用、裁判所と法の進化)、(二)社会変動と法制度(所有についての変化する概念、契約の変化する作用、不法行為・保険と社会责任、変動する世界における刑法、家族法)、(三)経済的権力、国家と法(経済的競争・規制と公共の利益、法人組織権力・個人と国家)、(四)公法の役割の成長(行政の成長と公法の発展、政府責任・行政裁量と個人、行政救済と手続の諸問題、(四)国際法の範囲の変動(核時代における民族主権と世界秩序、国際法の範囲の拡大)、(五)現代社会における法の機能(法の支配・個人と福祉国家、相互依存社会における法の役割の変動)。

本稿は第二部第七章の家族法をとりあげる。第二部中では長文で五〇頁をこえるとはいえ、全体の一部として書かれ、量そのものからして専門書と比較できるものではないが、そのなかで彼は問題をすぐれて現代的に、かつつとめて実証的に取り扱おうとしている。ヨゼフ・コーラー式「何でも屋」の彼は、別に夫婦財産制に関する本を編しており、家族法でも門外漢ではない。ともかく雄大な構想と広範な視野からする本書のなかに地位を占めるということが、その説述に一種の特色を与え、また著者の現代に対する鋭い注意と観察は家族法学者に何かを感得させよう。

家族法の章は次の九節から成る。(一)西欧家族の根本的観念。(二)婚姻紐帯の不可解消性。(三)家族団結のための基礎の変動。(四)婚姻の最高目標としての生命の産出。(五)妊娠中絶の合法性。(六)婚姻共同体における夫婦の同権。(七)夫婦財産法。(八)親子。(九)国家と家族。引用判例は英米独の二三でわりに少なく、構成そのものに大して特色はない。⁽⁶⁾問題は中味である。やや詳述したのは(二)だけで、(八)は一言ふれたにすぎず、その他も簡単であるが、みな充実している。問題としてはなお他に残されているが、最重要点はおさえた感じである。

私がフリードマン家族法の所説を紹介する趣旨は、この彼の社会現実直視の態度、そこからの提言の価値にある。

それは欧米家族法理論に対して有効な批判となりうるし、また日本のそれに対しても有益な参考たる価値をもつと信ずるからである。比較法的、法社会学的方法のすぐれた所産をここにみる事ができる。この意味で稿末に若干の所見を掲げるであらう。

- (1) 一九七二年九月二〇日ニューヨーク街頭で強盗の難にあう。彼の死後、*The American Journal of International Law*, Vol. 67, 1973, p. 102-3 に彼と前後して同誌編集長たりしジョン・N・ハザード、ルイス・ベンキン、オリバー・J・リスチンの連名で追弔辞がのせられた。これによれば、彼は一九三〇年ベルリン大学卒業後労働事件裁判所の判事となったが、まもなくナチスにより追放された。その職における彼の自主的な立場からである。一九三四年英国に移り、ここに帰化し、法学教師、パリスターになる。その後、濠、加で教え、一九五五年ロンドンピア大学の国際法教授に任ぜられた。そして本文記載の広い角度的研究業績を発表した。ハザードらは、冒頭で彼を“a great and good man”と評しているが、彼の善良さは彼と会った人のひとしく称賛するところである。

- (2) そのうち“*Introduction to World Politics*”(3. ed., 1965)は規準的著作といわれ、邦訳もある。『法律学説』“*Legal Theory*”(5. ed., 1967)も現代感覚をもつ重要な業績といえよう。

- (3) 本書はメルボルン大学に捧げられ、四部一三章、索引とも三三二頁で、参考のためその構成を示す。序章、(一)変化する社会におけるコモン・ロー(現代英国における所有の作用、契約の変化する作用とコモン・ロー、社会保険と不法行為責

任の諸原則、公共福祉犯罪と刑事責任の諸原則、営業の自由、公けの秩序と裁判所、信託・法人共同体と福祉国家)、(二) 現代の英法学における公法の地位、公法人の法的地位と組織、公法救済としての宣言的判決と差止命令、(三) 制定法と福祉国家(制定法と現代国家におけるその解釈、制定法と国王の特権)、(四) 福祉国家と法の支配(計画された国家と法の支配)。いくつかの論文の編録で、のものからみるとブリミティブである。

(4) 前著は完全書き改められた。以下の六部一六章、注ともに五二二頁(前の本は25cm。これは25cmの大冊)。(一) 法的変動の理論(法的・社会的変動の相互作用、裁判所と法の進化)、(二) 社会変動と法制度(所有、契約、不法行為と保険、刑法、家族法)、(三) 社会と個人(営業の自由と政策、法人権力・法と国家、個人の自由・団体統制と国家保障)、(四) 公法(行政の成長と公法の進化、国家責任・行政裁量と個人、行政救済と手続の諸問題)、(五) 民族の間の法(社会組織と国際法、核時代における民族主権と世界秩序)、(六) 結論(法の支配・個人と福祉国家)。自序は、前著が問題へのアプローチで参酌されたとしている。

(5) Friedmann (ed.), *Matrimonial Property Law*, 1955. そのほかにも家族法論文がある。

(6) 第七章の「刑法」は、頁数は「家族法」より少ないが、上記したように構成もユニークで、環境汚染や性的許容(同性愛)などの現代的問題もふくめ、引用判例は一七に達する。なお、本書全体で判例数は二七一である。

一 家族理念と離婚における有責主義・破綻主義

まず家族法の章で最初の二節をあわせて紹介する。フリードマンによれば、冒頭にプラトン「共和国」の家族否定論を掲げ、それにつづき「家族内の個人的つながりの親密さは国家へのひたむきな献身を損じる」との西欧的考え方(いわゆる「君主」)があるため、家族の団結は人権法典でその本質部分を構成し、あるいはまた各種の宗教団体等によって保持されることとなったとする。これについて、キリスト的婚姻についての教皇ピウス十一世の回勅(一九五〇年)を附註で引用している。

西欧家族は単婚かつ恒久的性格をもち、婚生子、非婚生子の身分を厳格に区分するものである。この家族概念が西欧社会自体の変化にさらされるが、他方インドはもとより、イスラム国家の一部（パキスタン、インドネシア）にも近年になって多妻制に対する反対が出てきた。右の概念は、最近の社会発展がもたらした根本的な緊張と紛争を内包する。その原因は、個人の自由を強調する社会哲学の変化、現代都市化社会における家族の経済的地位の深刻な変形、産制、中絶を可能とする現代医学技術、現代福祉国家が家族に負わせ、また自ら負うところの責任である。

婚姻解消不可のカトリック教理（これが世俗法化したのはラテンアメリカ諸国、アイルランド、スペイン、カナダのケベック州）に対立する諸理論は多種多様だが、その共通点は、人の行為として婚姻をみることに、離婚をその自由意志の所産とする個人主義哲学にあり、そこから両性個人のたえ忍びえない負担を投げすてる権力がみとめられる。その極点は合意解消のできる契約として婚姻をみとめる（ここでは日本法をも引用する）⁽²⁾。

より社会的な根拠から離婚をみとめるもの。崩壊した婚姻は当事者のみならず子の成長に影響し、これを非行に走らせる。ここでは婚姻紐帯を家族に、さらに社会共同体につながらせる点に主要関心がかかる。

そこで、フリードマンは、離婚の破綻主義にたちいて論及する。子供ら家族員の利益・幸福・発展を考慮するならば、夫婦の合意離婚原則は制約される。軽はずみな離婚はそれらに害を与えるからである。また、一方が合意拒否を固執すると（慣習、社会的地位、時には悪意で）、有名無実の婚姻を生むであろう。ここから彼は各国立法例の検討に入る。最初は一九〇七年のスイス民法が破綻主義を採用した。戦後一九四六年のドイツ婚姻法は未成年の子のいるとき制限をうけるほか破綻主義であったが、西独の一九六一年法による改正はこれを大いに後退させた。すなわち一方の離婚申立は、他方が異議をのべれば、後者に婚姻のかかわりあいならびに婚姻継続の用意を欠くときを除き、絶対的に阻止されるとするものである⁽³⁾。さらに西独の裁判所はその傾向をいっそうおし進めている。フリードマンは、破綻原則をますます中立化（弱化）させる近時のドイツ司法は、司法的、行政的解釈が一般的に定められた立法原則

をあれこれの方向にまげることの一例証である、とのべ、これは彼の一貫した主張として注意に値する。

次に彼は現代ソビエト家族法にふれ、それが十月革命の離婚自由原則をいかに方向転換させたかと強調する。すなわち離婚に離婚訴訟の公告と判決を必要とした一九四四年ソ連最高会議幹部会令のドラステクな変革であつて、その苛酷さに対して向けられた多年の広範な社会的抗議は、ついに一九六八年のソ連家族基本法をうみ出した。これは未成年の子のいないとき、離婚判決を必要とせず登録だけで離婚できるとする。日本の協議離婚に類する。

西欧諸国では、家族法は一般に離婚自由化の方向にむけて進んでいる。つまり有責主義の稀釈化か、放棄かである。このうち劇的な一つの例は一九六九年英国の離婚改革法で、フリードマンはその概要を示している。

オーストラリアとカナダでも離婚法の大幅な改革がなされたが、なお伝統的な有責主義をすてざるまでには至っていない。これはドイツ一九四六年法(四国連合管理委員会法律)の西独一九六一年改正と比較すべきものであろう。それはカナダの一九六九年離婚法、オーストラリアの一九五九—六六年の婚姻原因法(Matrimonial Causes Act)である。これらの国では、それぞれの基準があるが、だいたい三年ないし五年の別居生活が法律上の破綻証拠となる。オーストラリア法はここに重要な制限を加える。すなわち「間接推定の合理的な見込がない」ということで、これは上述の西独一九六一年改正法がなしたものと対比すべきである。だがこの興味ある比較の結果、司法解釈は全く別個の結果を生んでいる。西独裁判所は「婚姻感情」(eheliche Gesinnung)や「生活行為」(Lebensführung)という概念のもとに有責主義を再導入した。他方、濠裁判所は一般的に法の政策を支持してより広範な基礎の上に離婚を許したのである。

次にアメリカである。離婚法の自由化進行はここでもはずみをつけている。史上いまだかつて姦通以外の離婚理由をみとめなかったニューヨーク州が一九六六年の Domestic Relations Law によつて五つの理由を追加し、そのうち三つは有責的(虐待、遺棄等)だが二つは非有責的である(別居など)。また一九六九年、カリフォルニアとテキサ

ス両州の法では、破綻主義を採用した。とくに後者では従来の有責原因に加えて、婚姻の維持と紛争調停の不可能な状況をあげている。

以上を総括してフリードマンはいう。カトリック法嚴格支配の諸国は別として、社会哲学における現代の強い傾向は、個人の自由と運動性を指向し、離婚要件としての有責性の承認は、婚姻をたえがたくさせ、これを破壊する多数の複合要因のために、不適当な基準となった。カトリックの大本山イタリアでさえ、離婚法の導入をみた。

だが、破綻主義の印象的な進出にも拘らず、現代離婚法制の大多数は、強固なカトリック系国家は別としても、なお有責主義に止まっている。クリーン・ハンド原則が残存し、作用する。しかし、フリードマンは法に掲げる離婚原因の列挙だけでもって婚姻と離婚の現在の状況をきめることは高度に非現実的だと、これに関与する司法解釈の重要性を再強調するのである。

そこで婚姻の不可解消性をほりくずした諸要因の力であるが、それも国によりまた宗教によって一様ではない。カトリックやピューリタン(米のニューイングランド)の勢力は強いが、とくに英国やスカンディナヴィア諸国にみるように、プロテスタント教会が民衆をはあくする力は近来いちじるしく弱まってきている。しかもそれら宗教団体勢力の強い国や地域でも、都市化、流動化、婦人と子供の活動の自由という現代の社会的現実はおおうべくもない。フリードマンが、家族の生計が共同労働に依存して、妻も仕事を他に求め、子は長い期間を学校生活に送ることを指摘しているのは、まさに資本主義諸国における現代家族の実際状況であるし、さらにこのような経済的变化とともに、既婚をふくむ婦人がその行動、能力の発展、事務処理につき男女同権の実を拡大している「哲学」が進行することをのべるのは、注意に値する。それとともに彼は、賛否両論ある「哲学」、すなわち不可変の秩序により課されたきびしい義務に対抗して個人的(individual)自己遂行と個人的(personal)幸福の実現を強調することが普及してゆくことを指摘している。

かような変化というものについては、長い目でみると、法もまた無視できないのである。とはいえ現代法制ではまだ婚姻の自由解消制に照応したものはあまりない。しかし、有責主義が排他的かつ優勢な国や地域でも、法の対応は以前より弾力的になってきている。いかにも外からみれば変りないようだが、理論も概念も実際の適用に当りその意味が変つてゆく。離婚原因を姦通だけとするものから実質上虐待、遺棄等にまで拡大することも、表向きは有責原則の堅持として、なしうるのである。

かくて、作用からみて、実質上、法の現実は変つていったといわざるをえない。それは弾力的な解釈によるか、または古いコモンローの名残り、つまりフィクション（証拠のねつ造）によるものである。ところがこの後者は、離婚訴訟の費用を払いうる富者だけに利用され、本質上は詐欺、偽証に属し、半ビュリタン倫理の見せかけは、事実上純一な法を富人のための法と貧人ための法とに分裂することになる。

フリードマンは有責理論を放棄しないで離婚に便宜を与える途として二つをあげる。その一つに法律扶助がある。一九四八年の法律扶助および相談法（Legal Aid and Advice Act）⁽⁶⁾ いろいろの英国が例とされる。他の一は、米憲法の「十分の信頼および信用」条項と結びつけ、航空機交通の現代、人民が自己の州の法をさけてより有利な離婚条件のある州の法を利用することである。

有責主義に立つ離婚制限理論を基盤とする離婚法の大伽藍を底からほりくずす、なれあいその他の手段の範囲にについては、説がわかれている。「精神的虐待」、「気質の両立しないこと」が離婚原因としてみとめられる地域では、離婚は大なり小なり裁判所の判決という形式となる。婚姻・離婚に関するロイヤル・コミッションの見解でも、委員の半数はそういう実際傾向を確認し、これが一九六九年の離婚改革法（破綻主義採用）をもたらししたのである。ただしこれについては、反論として、離婚現象は戦後のラッシュ時以後減退したとみる見解や分析もある。

とはいえ、かような瞞着方法やフィクションが厳格主義の各国離婚法に深く浸透していることには、誰も疑問を抱

けまい。問題は、どんな結論をこの実情からひき出すかということにあらう。つまりピューリタンの祖先が法にもちこんだ宗教と倫理の厳格な諸原則を現代家族法はつらぬきとおすか、あるいはまた法はもはや無視を許さなくなった根本的な社会変動に注目し、社会生活の現実に適応する制度を選択し、もって事実と理論との間の緊張を根絶しないまでも最小限度にするか、両者のいずれかの選択である。

第一に価値の問題。婚姻を秘蹟（サクラメント）とするカトリックでは異論もあるまいが、若干のプロテスタントをふくむ他の哲学では、当然に価値闘争が生ずる。婚姻の神聖と、不幸な婚姻が当事者の精神状況、子の、そして究局的には社会共同体の幸福におよぼすしばしば破滅的な結果との、対立する二つのバランスをみなければならぬ。

西欧世界は、今日でも婚姻の概念を通常の契約と同視することを拒否し、単純な同意による離婚を拒否するのが圧倒的である。そこにはもちろん十分な正当性もみられる（時間をかけ、忍耐をもつてする関係修復の努力など）。だが、疎隔する両親との日々の接触は子に対して非道德的な作用を与え、それはより破壊的であることを無視できない。ともあれ法律学説と社会的現実との対照性は、いまや諸国で危険なほどに深まった。さらに、現代西欧社会の社会的、経済的、道德的状况においては、厳格法の維持が社会的現実に変化をおよぼしうるといふ主張に一片の論拠も与えることができない。

フリードマンはこのように説いて、次に有責と扶養義務の関係に移る。英国一九六五年の婚姻訴訟法（現在は一九七〇年の婚姻訴訟および財産法に代る）適用の一九六九年の英判決をあげて、裁判所に裁量権を与えるのが最上の解決だとする。⁽⁶⁾

第三節に入り、フリードマンは家族の団結の基礎を社会的変化の上で論ずる。それがきびしい宗教教説や経済的必要やまたは家父長の社会的、法的な優越性にもとずかないようになることは、もちろん悪いことでない。それは社会的成熟の兆候ともいえよう。つまり相互の愛情と子供の養育が家族のきずなになるとの意味である。ここから、家族

団結の強化のためか、あるいはやむをえぬばあいの離婚のためか、という法的救済の再評価が問題となる。

現代の社会統計から明らかな家族関係への最重要問題として、夫婦関係は決して単に彼らだけの関心事ではなく、子供に深く影響するものだといふことがある。法的な離婚原因が成り立たぬため強制的に維持され、あるいはよりしばしばある訴訟費用の欠如から法をのがれる途をたれて生ずる、不幸な婚姻。その結果は少年犯罪やあれこれの社会的不調整にみちびく。それゆえ、一九五八年婚姻訴訟法（少年）、現在では一九七〇年の婚姻訴訟および財産法（二七条）が子供の保護監護に重点をおいたのは、とくに歓迎すべきことである。⁽⁷⁾

つづくフリードマンの評論はまた重要である。夫婦関係と離婚を双務関係として考慮することから家族を社会の一単位として考慮することへの重点の変化は、離婚を取扱う公的権威——裁判所であれ行政官庁であれ——の作用を対立的なものから審訊的なものへの推移となる。離婚事件は、契約違反、不法行為の損害賠償、所有権回復などと全く同視するわけにはゆかない。判事や調停委員会等々は、子供の養育については当事者の言明をいちずに信用できない。離婚事件で子供の福祉を考慮するならば、婚姻上の落度（matrimonial offence）の理論などは、数ある要因の単なる一として、離婚取扱の公的権威が考慮すべき事柄にすぎない。すべての要因から生ずるのは、より少なく形式的でより多く審訊的な、そしてより少なく対立訴訟的でより多く事実究明的な、手続の必要である。上述の一九六九年のイギリス離婚改革法は、訴訟の短期化、軽費化の方向に足をふみ出している。

フリードマンは総合的な家庭裁判所をこの方向にそう制度として注目する。その原則は米国でとくに集中的な考察、実験の対象となった。この国の連邦組織から家庭事件処理に各種各様の制度が作り出され、そこからさらに多様な制度にかかわる社会学的調査も行なわれている。英国よりもはるかに真鍮な態度である。と同時に、制度の重複や欠陥なども指摘されている。それにもとづいていくたの改革やその提案も行なわれたのである。⁽⁸⁾

このようなアプローチは、離婚に代るものとしての予防的または治療的な諸措置の承認にみちびく。結婚相談、調