



Title	山畠教授の「家族法の世界」：その経歴と業績について
Author(s)	藤岡, 康宏
Citation	北大法学論集, 38(5-6下), 509-525
Issue Date	1988-07-30
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/16618">http://hdl.handle.net/2115/16618</a>
Type	bulletin (article)
File Information	38(5-6)2_p509-525.pdf



[Instructions for use](#)

# 山畠教授の「家族法の世界」

——その経歴と業績について——

藤岡康宏

一 山畠正男教授は、昭和二二年九月東北帝国大学法文学部法科を卒業後、東北大学法学部講師を経て、昭和二七年五月、当時の北海道大学法経学部助教となられた。その後昭和六三年三月定年による退官にいたるまで、生まれ故郷でもあるこの地において民法講座（法学部）の担任者として学部、大学院の教育にあたるとともに、民法、特に家族法の分野を中心に研究を深められた。未完の論文（「養子制度に関する一考察」（昭二七））でもって北大に赴任し、未完の論文（「註釈・民法七九五条（1）」（昭六二））で北大を去るとはみずから語られるところであるが、先生は今なお家族法の将来的展望について模索をつづ

けられている。このような時期に業績をふりかえってみることは、定年が大学に奉職する者にとつて一区切りを意味するとはいえ、研究者としての先生にとつては必ずしも本意ではないかもしれない。しかし、幸いにも先生には、近年、断片的ではあるが、家族法と財産法とのかかわりを取り上げた「家族法の世界」（昭五六）と題する興味ぶかい論稿があり、このテーマは北海道大学での最終講義にあたる昭和六二年度前期民法第四部（親族・相続）（とくに第一講）の中でも敷衍されている。これらによつてわれわれは家族法に対する先生のおよその考えを知ることができる。在学中民法を教わった者としては久しぶり

に聞く講義（録音）にある種の感慨を覚えたが、本稿は、この最終講義と直接に伺ったお話しを参考としながら、これまでのお仕事のいくぶんかにふれてみようとするものである。もとよりそれは筆者なりに理解した範囲で組み立てた一断面にすぎず、個々の論稿の細部にわたって学説上の位置づけをすることを目的とするものではない。そのことをあらかじめお断りしておきたいと思う。

二(1) 先生は、「身分法学の父」と言われる中川善之助教授から学問的薫陶を受けられたのであるが、当初から親族、相続法を主要な研究対象とされていたのではなかった。むしろ基本的な問題関心は、特殊日本の法ないし社会制度の解明という、より一般的なところに向けられていたのであり、助手時代においてはその具体的な対象は漁業権であった（「組合管理漁業権の性格」(昭五三)）。後年ライフワークとなる養子制度の研究もこのような趣旨から取り組まれたものである。

「養子制度の歴史はきわめて遙遠である」にはじまる処女論文「養子制度に関する一考察」(昭二七)は、「養子とはなにか」を探究するにあたってこの制度の基礎にある人為的身分創設制度（「縁組」）一般の原初的形態や基本的性格の解明を目指し、それまであまり研究のなかつた未開社会を中心とした考察を試

みたものである。養子制度についてはすでに中川教授などのすぐれた業績があつたのであるが、あえてこのテーマを選ばれたのにはそれなりの理由があつたと考えられる。「近代以降における養子制度は戦争に拍車をかけられつつ成長してきた、といつても過言ではあるまい。再度の世界戦争を終えた今日、この制度の重要性はこの意味においてはなほ大きい」と述べられて<sup>1)</sup>いるところからすると、そこには養子制度の特殊日本の性格<sup>2)</sup>（「明治民法起草者の養子制度観」(昭三四)）に関心があつたというだけでは説明し切れない研究者としての目標がうかがわれる。すなわち、戦後の民法学者のひとりとして先生もまた当然のことではあるが、新しく生まれ変つた家族法に将来的展望を与えるという課題を担っていたのである。

ところで、養子制度が「縁組」一般の中で広くとらえられるならば、慣例的名称からは養子とは別個の制度と思われるような場合にもその基礎が同一であるかぎりそこにも視野を及ぼすことができる。「この場合には、慣例的名称それ自体が不適当なのである。そのことは『成年養子』とか『夫婦養子』とかの用語法をみても明白であろう」<sup>3)</sup>用語が適切さを欠けば議論は錯綜し問題の本質は見失われる。このことは養子制度にとつては「この制度の示す様相があまりにも複雑多岐にわたっている」<sup>4)</sup>

ために特に重要であろう。処女論文から実に三十五年後、「註釈・民法七九五条(1)」（昭六二）では、「夫婦養子とはなにか」というこの多年の疑問にこたえるために、旧法の成立にいたるまで「養親の配偶者」が縁組要件においてどのように取り扱われていたのかについて沿革的な考察がはじめられている。その仕事の徹底ぶりはみずからが述べられているとおりである。「旧民法とか明治前期法はむしろ法制史の領域に属することであるから、本来はその専門家にゆだねるべきであるのかもしれない。しかしそれがなされていないか、あるいはなされていても、われわれを満足させるものでなければ、専門家の研究を促す意味でも、あえてその領域に踏み込まざるをえない。」<sup>(5)</sup> そうすると、研究のスタートで立ち入られた未開社会の世界も同様に専門外のことであつたのであろう。いずれにせよ、ある問題をつかまえそこに疑問が残るかぎり、遙か遠くまで探究をつづけるといふのが処女論文で明確にあらわれている研究者としての基本的な心構えであつたと考えられる。その間、一連の養子関係の論文を集めた学位論文（東北大学）「養子制度の研究」（昭三七）を経て、現在もなお養子制度の未来像を求めて「日本養子法の成立過程」に関する研究を進められている。分からないからいつまでもかかわっているとのことであるが、要するに、先生に

とつては、論文が未完であることは研究が持続していることの証であると解される。

(2) 「身分法学」の創始者中川教授によつてつくられた基本概念に「身分行為」というのがある。身分行為も養子制度とならぶ年来のテーマである。養子はそれじたいとして研究が完結しうる特定の制度であるの対して、身分行為は養子を含む（形成的）身分行為一般の基礎理論に据えられることも可能な広がりのあるテーマである。しかし、身分行為に對するそもその問題関心は養子の場合と同じくわが国独特の制度である「届出」に對する法的統制を確立するために届出による身分行為の成立のみを認めたのであるが、問題の発端は、わが国には身分行為の本来の成立方式（国家による挙式）がなかつたため元來は身分公示手段の機能をもつにすぎなかつた届出（送籍）が成立方式として代用されたにすぎない、ということにある（<sup>(6)</sup>身分行為における意思と届出(1)」（昭四〇））。このように届出は当初から成立要件としては不完全であつたために届出と意思表示が分離するのは不可避であつたし、届出を要求することによつて成立時期を明確にするという立法者意思は崩壊するという状況にあつた。このような推移にかんがみて「身分行為の理論」（昭五

六)は、届出を効力発生要件ではなく成立要件とした立法者意思の再建に基づいて身分行為に對するまとまった見解を提示しようとしたものである。それによると、届出を成立要件と考える最大の意義は「事実婚と法律婚との間に一線を画する」ことにある。「届出に法律婚成立の意義を認めるかぎり、届出における当事者の届出意思が重視されるのは当然である」<sup>(8)</sup>。しかし届出は成立要件として不完全であるために例外的処理は不可避であるし、身分行為意思についても、従来の実体的意思説(中川)や形式的意思説(谷口、末川)のいずれも身分行為意思全体の説明としては不適切である。むしろ個々の身分行為の実質に即応した多元的構成が検討されるべきではないのか。<sup>(9)</sup>これが基礎理論たるべく構想された「身分行為の理論」の骨子である。ところで、身分行為が届出によって成立するとすれば、実務上は、成立時期、すなわち届出の効力発生時期はいつかという切実な問題が生じる。「身分行為成立の時期」(昭四六)では、それは届出の受理時ではなくより簡明に受付時と考えるべきものとされている。「こう解しないと、届出の審査に要する時間の長短によつて、届出の効力が異なるといふ不合理な結果を生ずるからである」<sup>(10)</sup>が、このような提案は、意思は浮動するものであることを承知しその上で適切な処理を考えること、つまり戸籍実務

に精通している者にしてはじめて生まれるものであろう。(身分行為の)理論的枠組みが提示されるかたわらで実務上の細かな問題にも周到な目配りがなされるというこの手法は、他の論稿にもうかがわれるひとつの特色である。

(3) 身分行為の概念についてはもとよりその有用性について疑問をささむ余地がないわけではない。<sup>(11)</sup>しかし、届出という現行制度が存続するかぎりは、身分の形成にかかわる法律行為はこの所与の前提を抜きにしては論じえないのではないか。<sup>(12)</sup>これが身分行為の(届出の)理論の基本的な発想である。それではこのような理論が適用されるべき身分法(家族法)とはどのような世界なのであろうか。これは身分行為の研究をはじめられた当初には直接の関心事ではなかつたとしても、このような問題意識が芽生えないはずはなかつたであらう。「中川身分法学は、わが国の身分法説史上の金字塔である」<sup>(13)</sup>が、「身分法の誕生が旧法時代であつたことは注意すべきである」<sup>(14)</sup>。「中川身分法の成立」(昭五一)と指摘されていることを考えれば、「略説身分法学」(昭五)や「身分法の総則的課題」(昭一六)をのりこえるためにも、「身分行為の理論」が「家族法とはなにか」というより大きなテーマと絡み合つてくるのは自然の成り行きであつた。

家族法に対する考えの一端は、二年にわたって連載された論点シリーズの冒頭をかざる「家族法の世界」(昭五六)にあらわされている。家族法を財産法と対比すれば、周知のように前者を後者の特別法的なものとする立法者(富井)にもあった考え方と、両者間の本質的差異(財産法は利益社会、家族法は共同社会にかかわる)を指摘する中川理論との相反する見解がある。しかし「家族法の世界」を手にして直ぐに目に留まるのは、すぐれた業績にもかかわらず一部の研究者からの評価にとどまりそれにふさわしい位置を与えられることの少なかつた沼正也教授の理論に相当の比重が置かれていることであろう。沼理論の目指すものは財産法と家族法にパンデクテン編成上の論理的(有機的)関連性を与えることである。その趣旨を誤解をおそれず一言でいえば、財産法は自由、平等で、独立した個人間の法的メカニズムであるのに対して、親族法は後見(特に禁治産後見)に典型的なように自由、平等、独立でない人間を自由、平等、独立な社会に対応させる法領域とみなされる。これは家族法を財産法のいわば「舞台裏」の装置ととらえるものであるが、こうした理解に基づく沼教授の「所説は驚くほど独創的である」<sup>(16)</sup>と評価されるわけである。沼教授の「家族法の世界」にもっとも早く(昭三四)関心を示されたのは先生であつたし、

またそのことは沼教授によつても承知されていることであつた。<sup>(17)</sup>沼教授に目を向けられたことに関連して想起されるのは、中川教授の喜寿記念随筆集(「美やぎのしのぶ」(昭四九)に収められている「異説は通説よりもむしろ貴重である」)<sup>(18)</sup>とするドイツのある学者の言を引合いに出された一文(「偶感」)である。しかし、沼教授を範とされたのは沼理論がオリジナルであることにおいて貴重であるからというだけではない。沼理論の基礎にある学説史研究もすぐれた仕事と評価されるのである。もともと家族法学説史には強い関心を示されていたが、沼教授の影響は「推定をうけない嫡出子に関する覚書」(昭五〇)あたりから色濃くあらわれ、「註釈・民法七九三条」(昭六〇)は、沼教授の「親族法準コンメンタール(総論・総則)」(昭三八)を範とする注釈的研究である。これは、わが国においてはじめて本格的な「註釈学派」の登場をうかがわせるほどの詳細な研究であるが、このような研究がもたらす意義の一端については、別の仕事の中においてはではあるが民法施行直後に公刊された柿原判事の体系書に関連して付言されている一文が印象的である。すなわち、「その後の学説が自らの創始にかかると思っているものでも、すでに先人が考えていたものであることがすくなくない」<sup>(19)</sup>。「(身分行為の理論」(昭五六)というのは、さ

りげない表現ではあるが、強調されたかつたことであろう。いずれにせよ近年の仕事ぶりは沼教授の目を以前にもまして強く意識されているように見えるが、それはご自身の「家族法の世界」を構築するための基礎固めの意味を持つものと考えられる。

(4) それでは先生はどこに向かわれようとしているのであるうか。それをうかがわせるコメントがひとつある。それはオリジナルな体系を評価されながらもその沼理論そのものに対してなされたものである。「あえて疑問を述べるとすれば、夫婦・親子に共通とされる『事後的監護』、『経済的監護』の不可分性である。」「親子における『事後的監護』は、『経済的監護』とは分離可能ではないかが疑問となる。労働市場における男女同権が確立し、かつ社会保障が完備したとしても、おそらく最後まで残るのが『子の監護』ではないかと思われ<sup>20</sup>。」ここで最終講義にふれることを許していただけならば、右の問題提起は、そこで家族法（親族法）には財産法の特別法であるという理解では包摂できないそれ以外の特殊な世界があるとして挙げられていた二つの問題、すなわち扶養と子の監護の問題に対応する。西原教授によつてつとに指摘されているように、持てる者が貧しき者を扶養せよという親族間扶養は対等者間の對抗関係をあらわす財産法上の権利、義務関係とはいちぢるしく様相を異にす

<sup>21</sup>。しかし、扶養が家族法の中で特別の位置を占めることはこの点においてたしかであるとしても、それは本来社会保障の問題ではないかとすんで問うことは可能である。ところが子の監護は他の制度に還元するわけにはいかないのではないか。子供の面倒をだれがみるのかという問題は権利をめぐる通常の紛争なのではなくて、そこでは子供をいかにすればよいかについて知恵を出し合うべきなのである。つまり、親子法はその最も大事な部分において、「非訟の世界」である、というのが講義において強調されたところであった。ちなみに、先生には子の引渡について研究者としてははじめて、「共同監護」の問題を提唱された「離婚と子の奪い合い」（昭五三）があるが、親子関係の特質が明らかにされているという点において格別に意義のある論稿であったということになる。

家族法に対するこのようなとらえ方は、利益社会と共同社会の区別から成立している中川理論と異なることは明らかである。しかし、親子関係ということから言えば、中川教授には周知のように未成熟の子に対する親の義務（養育義務）をたんなる扶養義務とは区別する「生活保持の義務」<sup>22</sup>の理論があった。なるほどそれは家制度が存続する旧法下で生まれたものではあるが、小家族における親子の結合関係を明確にしている点にお

いて、現代家族法の特質を先取りするあたらしさをもつものである。<sup>(23)</sup> それでは中川学説と「非訟の世界」とされる子の監護の問題とを対比した場合、子の監護は財産（法）とはかかわりないとしても子の養育の問題とも截然と区別しうるのであるうか。「事実的監護」と「経済的監護」との不可分性（沼理論）に疑問を呈されたさいに「問題は、『生活保持』義務理論の妥当範囲にもかかわらず<sup>(24)</sup>」と断わられているところをみると、中川学説とのつながりの有無は課題として残されているようにもみえる。しかし、それはともかく、親子法における非訟的性格を基本に据えることによつて、中川教授とは異なる方法で、しかし中川理論に含まれていた現代的なものを、より具体的に発展させようとしておられるものと考えられる。ちなみに、先生は、早く（昭三七）から家事調停委員（札幌家庭裁判所）をつとめられており、その任によくこたえられてきたというのが定評であった。家族法の非訟的側面は身をもって体験されたところであり、家庭裁判所が戦後はたしてきた役割の大きさを考えると、家族法の理論枠組みもそれに対応したものでなければならぬわけである。

三(1) 先生はときに宮大工の話しをされることがある。たしかにひとつひとつの仕事には手づくりの感触がある。しかし、

そのひとつひとつにはかなり色合いの異なるものがあり、全体としては破調とさえ思われるほど必ずしも統一がとれていないような印象を受けることがある。これは、はじめからある所定の構想（「家族法の世界」）があつてそこにすべてが統合されるべく作品が仕上げられたのではなく、ある問題がその問題じたいとして意のおもむくままに追求されてきたことによるものであろう。あえて方向づけをすれば特定の制度を中心とした研究とその制度を支える基本概念の研究に大別できるが、以下ではすでに取り上げたものを除いて、目についた若干の論稿について一瞥しておきたい。

特殊日本のな法制度（ないし社会制度）の解明が目標とされている以上は、（たとえそれが法的ではなくなるとしても）制度の本質に迫りたいというのが研究にあつたての基本的モティーフであると考えられる。養子制度に関する研究がこの方向での代表的業績であることは言うまでもない。同様の関心は比較法的にも特異な協議離婚制度に対しても向けられた（明治民法以後の離婚法」（昭三三）では、明治民法離婚法の成立過程が立法者の離婚観との関連で考察されている）。わが国の離婚法の特徴をあげれば、「いわば自然法的契約婚姻観と慣行的双方熟談形式と妻妻的習俗に対する抑制としての社会的機能との混血



児として協議離婚が誕生し、これに民法の欧化的粉飾としての裁判離婚（それも制限的な法制）を添物にしたというのが、およそ旧法のいつわらざる姿である。新法では裁判離婚が破綻主義的に構成されているため全体としてはかなり統一性が与えられた。それにもかかわらず「根本的にはいぜんとして離婚に対する不干渉と法的統制という二つの矛盾する性格を内在させている」のであって、協議離婚制度をよりよく理解しようとするならば協議離婚という法形式にこだわるのではなく離婚に対する法的統制ないし社会統制一般との関連で考察される必要がある（協議離婚制度に関する序論〔昭三六〕）。これが離婚問題

における「究極の課題」であることを認識した上でそれにこたえようとした論稿に、未完ではあるが「離婚と法的統制（一）」（昭四〇）がある。それによれば、離婚に対する真の社会統制の目標は観念的な「婚姻の安定」にあるのではない。「婚姻の安定は、婚姻の不安定（破綻）を前提としてはじめて現実的意味をもつものであることを考えれば、真の問題は「不安定の解消」すなわち具体的な婚姻の「破壊の防止」にある。それではそのために法はなにをなするのであろうか。われわれにとつては、「法の役割を過大評価することは、これを過少評価する以上に、正しくないことは確実である。一般的にいえば、離婚法は婚姻の

安定に対して間接的役割を果しうるのみである。<sup>(26)</sup>」法的統制がそのようなものであるとすると、関心はおのずと離婚という社会的事実の実態に向けられることになる。「北海道の離婚」（昭五九）は、北海道の高離婚率に対する従来の俗説や社会学者の説明に疑問を抱き、地域離婚率の謎を追求した労作である。結局のところその答えは容易には出せないというそれじたいとしてはなほだ興味おかいことがこの論稿によつて明らかにされたのであるが、疑問が解明されない以上本来は社会学者にゆだねられるべき専門外の領域にまで深入りせざるをえなかつたということであろう。

ところで、離婚に対する法的統制、ひいては家族の法的統制が持つ意義は時代によつて異なることは言うまでもない。「家族」（法社会学講座七）（昭四八）においては、「核家族」を原則的形態とする現代家族法の課題が次のように説かれる。現代家族法において、「法的統制が必要なのは、かような家族が解体して欠損家族となつたときであり、かような家族の保護が市民社会の安定のために、法的統制の重要な課題となつている（婚姻と家族の保護）。これをわが国——国家の法的統制は、男女同権の実現に消極的であり、また家族の解体問題——とくに児童・婦人・老人問題——に対しては、欧米の離婚法の借用と旧

来の親族扶養意識に依存するのみで、なんらの積極的関心を示さない」——にあてはめると、これからは「伝統的な家族・親族の社会統制の衰退に対応する家族問題の新たな法的統制の方向・形態の検討以外にはない。一言にしていえば、家族構造の変化に即応しつつ、家族と全体社会との社会的・経済的・政治的な相互関連において、有効適切な家族の法的統制はいかにあるべきかを探究することである。」<sup>(27)</sup>

身分行為の研究においても、直接の契機は届出という制度の探究にあつたわけであるから制度の創設に直接関連する法的統制という問題意識は同じように存在する。すなわち、届出は身分行為に対する法的統制の手段としては不完全なものではなかつたのかというのが問題の出発点であり<sup>(28)</sup>（身分行為における意思と届出<sup>(1)</sup>（昭四〇））、身分行為の理論はそのような実定法の仕組みに適合的な基礎理論の確立を目指したものであつた。もつともそれによつて身分行為の特質が理論的には一応説明しえたとしても、届出が不完全な制度である以上は戸籍実務上さまざまな問題が生じる。たとえば、「重婚の成立について」（昭四九）では、重婚の類型としてそれまで民法学の論文ではまったくふれられることのなかつた戸籍事務処理上成立する重婚が取り上げられ<sup>(29)</sup>、そのうちの戸籍事務取扱上の不可避的重婚は諸

外国のような婚姻成立方式の下では生じえない種類のものとするとする指摘が見出される。これはまさに、この種の重婚は「わが国の特異な婚姻成立方式に見合う特殊日本の重婚の事例」であり、「問題の根本は、むしろ『届出制度』自体のなかに含まれている」<sup>(30)</sup>ことを示すものである。さらに、届出は、成立方式としては不完全であるために、当事者の意思を離れた届出が受理されるおそれがある。これを回避するために設けられた措置が不受理申出制度であつた。従来からこの制度の一層の整備が問題となつていたころ、「注釈民法（22のII）」（昭四七）の縁組に関する論稿は、「不受理申出に身分行為（届出）意思のないことの表明という法的意味を附与する」<sup>(31)</sup>という考え方の下に若干の提案をおこない、あらたな制度改革の実現にあずかつたものである。

(2) ところで、制度が組み立てられるにはその目的にかなつた法的概念が必要となるが、その意味があいまいであるか、あるいはすでに誤解されているような場合には議論は錯綜し制度趣旨は損われる。制度の本質の探究とそれを構成する法的概念を対象とする研究は明確に区別しがたいところもあるが、研究業績の中でひとつのグループを成すと考えてよいものに家族法上の基本概念に関する研究がある。第四編（親族）の冒頭にあ

る「親族」の範囲に関する現行規定（七二五条）は旧法をそのまま継承しているもの、そこにいたるまでの立法過程ではかなりの混乱がみられた特異な規定とされている。「親族概念の変遷」（昭五六）ではこの問題について、初期民法草案から旧民法草案にいたる間の「親族」概念の理解に対する混乱―伝統的概念（親属・尊属（卑属）概念）と外来的概念（血属・姻属概念）の混淆―が明らかにされるとともに、個別的列挙方式がとられた原因となった刑法草案の審議過程が紹介されている。この論稿の狙いのひとつに伝統的概念は外来の概念に転換しえたのかという問題がある。このような問題提起を継受国の宿命である従来の法との緊張関係というより広い視野からとらえるならば沿革的研究にあたって記憶されるべき示唆的な考えが目に入る。親族概念については、親属（族）範囲限定のもつ民事上の意義を考へる場合に問題にされたひとつに、旧民法では姻族の範囲に限定はなかつたのかどうかということがある。限定はなかつたとする見解に対して、姻族についてはなんらの制限がないということがときは、とうてい考えられぬ解釈というほかはない」と断定されるのであるが、それは要するに、「たとえ外形的にはまったく同一の規定であつたとしても、それがいかなる意味をもつかは、もつばら法体系全体との関連において決まるこ

とであつて、単にその規定だけを切り離して議論することのできない問題である。ヨーロッパ母法と旧民法との法体系としての決定的差異は、疑いもなく親族（血族・姻族）範囲の一般限定の必要にあつた。（限定はなかつたとする論者は）この重要な点を看過されている<sup>32)</sup>と考えられたからである。

「親族」と同じく固有法概念である「尊属」（民法七九三条（尊属・年長養子の禁止））についても「尊属の概念」（昭五七）では、「姻族たる尊属」なるものは法律上ありえないとする有力学説は誤解に基づくものであり、「尊属」は広く「目上」を意味すると解すべきであるという、これもまた強い主張がなされている。「尊属」概念は、それについて研究するには「まことに些細な問題にすぎぬともいえる<sup>33)</sup>と断わられているけれども、その意義が解明されると結果的には大きな問題につながっていることがわれわれには示唆的なのである。すなわち、もともと「目上養子禁止」は家督相続法上の要件であつたために「家督相続制度を維持した旧法では、同籍同戸列次が問題となる家（戸籍）制度とあいまって、「尊卑失序」を問題とする理由があつた<sup>34)</sup>。しかし、このような制度が一掃された現行法では同列に論じることがはもはや許されないのである。「尊属」は疑いもなく傍系・姻族を含む固有法概念であるが、それだからこそ、このような

「目上」「目下」の区別を身分行為の要件とすることは身分上の「差別」であつて、憲法一四條一項の保障する法の下の平等に反し、その効力は認められない<sup>35)</sup>。梅博士(沼教授)と同じく尊属養子禁止規定は削除されるべきなのである。論文において特に立法者意思が強調されたのも、「尊属」の消滅こそが今日においては何れも立法者意思であるからにはかならない<sup>36)</sup>からである。

ところで、法典上の概念ではないが、中川身分法学の所産のひとつに民法七七二条(嫡出性の推定)に関連する「推定されない嫡出子」がある。同じ中川理論である「生活保持義務」が学説上一般的に承認されているのは異なり、「推定されない嫡出子」の意味するところは一定していなかった。そこで、「推定されない嫡出子」の混乱(昭五一)は、このような状況を開するのために、従来この概念について混乱が生じていたのはそこに二つの異なる対象、すなわち「推定されないが……嫡出子」と「推定されないから……非嫡出子」とがともに含まれていたからである、と指摘したものである。前者は、「婚姻中懐胎」ではないから民法七七二条による「法律上の父性推定」はうけなないが「事実上の父性推定」によつても嫡出子となりうる場合を認めるものであり、後者は形式的には「婚姻中懐胎」であるこ

とは明白であるが実質的には民法七七二条の推定が排除される嫡出でない子を意味する<sup>37)</sup>。こうした主張が可能になったのも、「嫡出子」とその「父性推定」(およびその「否認」)に関する規定としては他に立法例をみないほど単純な民法七七二条について詳細な学説史研究がなされていたからである。沿革・学説史を網羅的に追求した「推定をうけない嫡出子に関する覚書」(昭五〇)を機縁として沼正也教授とご交誼を結ばれたこのことであるが、この論稿の徹底ぶりにはたしかになるほどうかがわせるものがある。

(3) 相続法については、主たる研究対象は遺産分割に集約されると言つてよい。遺産分割は自身が発足(昭三四)に関与された札幌身分法研究会の共同研究のテーマ(「遺産分割の研究」(昭四八)でもあつたが、遺産分割に対する当初の考え方と最近の取り組み方とを対比すると、そこに問題志向の変遷がうかがえて興味ぶかい。すなわち、かつて述べられていたのはこういうことであつた。「遺産分割事件の処理ほど難しいものはない。もちろんここでいうのは理論上の難しさである。」「遺産分割事件の法的処理の難しさは、その処理のために、およそ一切の相続に関する法律問題の理論的解決が前提とされ、しかもそのうえで一切の事情を考慮した具体的な処置が要求される

点にある。」「最も重要なのもより前者であり、必要な要件を明確にしないかぎり分割は不可能である。」<sup>(38)</sup>それから二十年後、われわれの目に留まる一文がある。「遺産分割調停事件に関与した経験によれば、遺産分割事件にも純然たる財産法的事件という感じのものも疑いもなく家事事件と感ずるものとの二種類がある。」「遺産分割事件の多くは、疑いもなく家事紛争の性格」をもっているが、「なかでもとくに厄介なのが後妻（およびその子、あるいは養子にした連れ子）と先妻の子が相続人であるケースである。筆者の経験した遺産分割事件のほとんどはこの種の紛争であったが、調停の成立は容易ではない。遺産分割の話し合いに入るに先立って、相続人間の人間関係調整を必要とする。」<sup>(39)</sup>（法定相続の不公平）（昭五六）。同じ遺産分割について前者ではその理論的側面、後者では、「人間関係調整」の側面が強調されている。なぜ後者ではこのことがとさらに取り上げられたのであろうか。ある問題を解決するには理論的につけられてはじめて調整の余地が生ずるのであるから、最初に理論的問題が検討されるのはあたりまえとも言える。しかし「人間関係調整」というとらえ方にはそれ以上のものが含まれていると考えることもできる。すなわち、われわれはこのような枠組みを通じて財産法的な性格をもつ遺産分割においてます

ます非訟的処理が重要となつていふことを知りうるのであり、そしてこのことはその間家事調停に携わつてきた実務経験によつてはじめて到達しえたところではなかつたのかということである。ところで遺産分割で「人間関係調整」が特に大切になつてくるのは法定相続は元来不公平なものと考えられるからである。<sup>(40)</sup>そこでこれを是正する必要が生じる。この点においてわれわれの関心をひくのはそれを基礎づけるものとしての「寄与分」の位置づけである。遺産分割における紛争防止の決め手は遺言であるがだれもが遺言するわけではなく、また時には被相続人が国家に遺言を託したと推定してよいような場合もある。この場合には家庭裁判所が妥当な遺産分割を考えてやる必要があり、これが家事事件としての遺産分割事件である。したがって審判において適切妥当な解決であるかぎり相当な範囲で相続分を変更しうるのは当然なのであつて、それに実定法上の根拠を与えたのが寄与分制度の新設（昭五五）であつた、とされるわけである。<sup>(41)</sup>

その他、「相続分の指定」（昭三五）では、相続分変更の方式たることに「相続分の指定」の独自の存在理由をもとめつつも、一部指定の余地が認められていることによつて包括遺贈との概念上の差異が抹殺されていることが先駆的に指摘されており、

「相続人の範囲―法定相続人・包括受遺者」(昭四八)<sup>(42)</sup>はこのテーマにおいて未解決のままに残されている若干の問題を検討したものである。それに加えて、遺産分割に総括的に関連する理論上の問題である「遺産の範囲」についても考察が及んでいる。遺産の範囲を分かち基準は法文上は「一身専属性」(民法八九六条)の有無であるが、相続における画一性と権利、義務の承継における個別的妥当性の両者が考慮されなければならないため、この問題は一見したほどには容易なものではない。したがってこの問題によりよくこたえるためには、「相続とはなにか」という根本問題にまで遡らなければならないこともあるとされるのであるが、<sup>(43)</sup>このような問い方は「養子とはなにか」「届出とはなにか」「家族法とはなにか」といった発想と同質のものであることに気づかされるであろう。実際に一身専属性を論じたものとしては「相続と一身専属性」(昭三四)がある。ここでは、「一身専属性は相続されない」(民法八九六条)がいつのまにか「相続されないものは一身専属性である」に変わり、やがて民法の規定は「相続されないものは相続されない」という一種のアウトロギーにすぎなくなってしまうとしたうえで、「問題は一身専属性の有無にあるのではなく、相続性の有無にある」と<sup>(44)</sup>主張される。これによると、「遺産の範囲」に関する議論は従来

はその進め方に問題があったのであり、これからは問題の実質に即して端的に、相続性の有無を決定する基準が探究されなければならぬということになる。

以上をふりかえると、研究面では、問題認識のレベルにおいて根元的であるが、実際に取り組まれる場合には必要に応じて大きくも小さくも論じられる柔軟性を特色としてあげることが許されよう。いずれの場合にも論旨が明確で強い主張が展開されているのは、論述の基礎に学説(沿革)・史研究の蓄積と豊富な社会(実務)経験があるからであり、それに加えて、学説史研究はそれ自体がテーマとなっている場合には徹底的・網羅的で貴重な基礎的研究となっていることも強調されるべき事柄である。

四(1) 山島教授は、北大法学部民法研究会(昭和六三年二月一九日)における最後の報告で、意思能力のある子供の奪い合いをめぐって監護と拘束(人身保護法)が問題とされた最判昭和六一年七月一八日民集四〇巻五号九九一頁を評釈され、その報告に「やりきれぬ家族法の世界」という標題をつけられた。やりきれぬどころか、聞く者がそこにぬくもりを感じさせられたのは、そのような世界に現に居合せた経験が言わしめたことばであったからであろう。先生は、家事調停委員のほかに二十

年以上にわたつて北海道地方労働委員会公益委員（昭和五二年六月以降会長代理）をつとめられているが、家事調停や労働委

員会の委員として調停・斡旋にながく携わられたことはその学問、とりわけ家族法にみられる非訟的世界の理解にあずかるところが大きかったと考えられる。さらに、家族法にかぎらずだれにたいしても法を分かりやすく説いたり、法に対する一般人の誤解を解こうと心がけておられたのも豊富な社会経験を通じてその必要性を身に沁みて感じておられたからである（「法律談義—法は変わる」（昭五六））。法に対する誤解ということについて付言すれば、法律を学んだ者にはよく知られていることわざに「善き法律家は悪しき隣人」（A good lawyer is a bad neighbor）というのがある。このことわざで用いられている A good lawyer は、本来「善き法律家」というよりもっと広い意味を持っているようであるが、それをかりに「法律に明るい人」（「法のことわざと民法」（昭六〇））と解した場合には、なるほど「法律に生半可に明るい人なら悪しき人間であつてもおかしくない」わけであるから、これならわれわれにも率直に理解することができると、このことわざには、法律学は good lawyer を大量につくることが目的なのではない（「北大生活三五年あれこれ」（昭六二））という意味において、法学教育に

あたる者にとつても考えさせられるものが含まれていると言ふことができる。

(2) 先生はご専門の家族法研究を通じて、家族法の特種日本的な構造の解明を目指されるとともに、そこに財産法的には理解しがたい非合理的な世界のあることをわれわれに提示された。家族の問題が今や世界的な広がりを持つ切実なテーマとなつていくことを考えると、われわれはこれらをどのように受け継いでいくべきであろうか。前者については幸い戦後の家族法学には外国法研究において相当の蓄積がある。これをわが国に特有な構造をもつ家族法と対比させることは、あらたな展望を切り拓くためにもこれからの大事な課題となるのではないか。それは家族法に固有な世界とはわれわれになにを問いかけているのであろうか。合理的な世界は凡庸なひとでも裁くことができる。しかし非合理的な世界ではそういうわけにはいかないのではないか。やりきれないと漏らされることによつて訴えようとしたのは、あるいは、こういったところのない家族法のむつかしさであつたのかもしれない。しかしそれにとどまるのであれば、家族法はなにか特殊な世界としてかえつて近寄りたくなるのではないか。そうではあるまい。思うに、先生が家族法においてはじめて痛感されたはずのある種のむつかしさは

非合理的なものを含んでいるだけに強く認識されたけれども、そのむつかしさは家族法に固有のものと言うよりも法のむつかしさなのであり、そこには財産法にも共通する原理があるはずである。法の世界にとつて得がたいのは、「法律に明るい人」ではなくて、この原理に精通すること、つまり「法をよく知れるひと」であろう。先生にとつての基本問題は「法とはなにか」なのであって、「家族法の世界」はそれを考えるひとつの足場にすぎなかつたのではないか。先生にはたしかに民法（家族法）研究者というだけではとらえきれないものがある。先生はなによりも法学者であつたのであり、北海道の地にあつて遙か遠くを見据えられていたように思われるのである。

- (1) 「養子制度に関する一考察」(昭二七) 八六頁。
- (2) 「民法の養子縁組の特異性は大体つぎのような点にもとめられる。第一に当事者適格要件がきわめてゆるやかであること、第二に当事者以外の者の縁組関与を排除し、当事者の合意によつてのみ縁組の成立を認めること、第三に縁組効果は類例のないほど広汎であることである。」(七四六頁)「もとより改正法における未成年養子の許可制度の創設はきわめて重要な改正点であるが、これとて

も、その実質的意義はともかく、形式的には特別の縁組方式を定めたものではなく、人身売買的縁組防止とあわせて旧法における親の縁組同意権の廃止を補充する意味を与えられていたにすぎない。」「民法の縁組の特異性は、新法によつてある意味で強化されたことは疑いないが、実はもともと旧法の縁組が基本的な性格として内在させていたものなのである。」(七四七頁)「明治民法起草者の「養子制度観」(昭三四)。

- (3) 同右・九四頁。
- (4) 同右・八七頁。
- (5) 「註釈・民法七九五条(1)」(昭六二) 四頁。
- (6) 「身分行為における意思と届出(1)」(昭四〇)二六三頁。
- (7) 「身分行為の理論」(昭五六)一〇一五頁。
- (8) 同右・一〇一六頁。
- (9) 同右・一〇〇六、一〇一三頁。
- (10) 「身分行為成立の時期」(昭四六) 九頁。
- (11) たとえば、平井宜雄「いわゆる『身分法』および『身分行為』の概念に関する一考察」四宮古稀記念・民法・信託法理論の展開(昭六一)二七三頁、上野雅和・書評「身分行為の理論」(昭五六)法時五五卷一号一八九頁



(昭五八) など参照。

(12) 前掲(注(7))一〇〇三頁参照。

(13) 「中川身分法学の成立」(昭五一)二四頁。

(14) たとえば、西原道雄「生活の場としての家族と家族法—家族法研究の一視点—」法時三七卷一二号二四頁(昭四〇)参照。同「現代の家族と法」現代法八卷一四三頁(昭四二)は、沼理論を「戦後のわが民法学の最大の収穫の一つ」と評価する。

(15) 沼正也「近代法の諸理想達成の仕組みと家族法についてのその側面的考察」(当初、比較法雑誌八卷二号(昭五〇))、Pan Pam Peisikaとの対話(新版)沼正也著作集 19(昭五六)二七七頁参照。

(16) 「家族法の世界」(昭五六)一二五頁。

(17) 沼正也「財産法における親族法原理と親族法における財産法原理」(当初、法学新報八卷二号(昭四九)、同・前掲(注(15))二二三頁、二二七頁注(3)参照。

(18) 「偶感」(昭四九)五三頁。

(19) 前掲(注(7))一〇〇頁注(2)。

(20) 前掲(注(16))一二五頁。

(21) 西原・前掲(注(14))二六一二七頁参照。

(22) 中川善之助「親族的扶養義務の本質」(当初、法学新報三卷六、七号(昭三三)、法七二五三三号(特集・中川善之助・人と学問)(昭五一)一九四—一九五頁参照。

(23) 前掲(注(13))二二頁、前掲(注(16))一二四頁など参照。

(24) 前掲(注(16))一二五頁。

(25) 「協議離婚制度に関する序論」(昭三六)一六七、一七一頁。

(26) 「離婚と法的統制(一)」(昭四〇)一七一—一九頁。

(27) 「家族」(昭四八)三三一—三三三頁。西原・前掲(注(14))

(14)(現代法)一二九頁以下、一三三頁以下参照。

(28) 前掲(注(6))二六三参照。

(29) 中川淳・書評「重婚の成立について」法時四九卷三号一二六頁(昭五二)参照。

(30) 「重婚の成立について」(昭四九)四三五頁。

(31) 「注釈民法(22のII)」(昭四七)六三六頁。

(32) 「親族概念の変遷」(昭五六)一一七一—一八頁。

(33) 「尊属の概念」(昭五七)四一頁。

(34) 同右・六二頁。

(35) 同右・五〇頁注(15)。

- (36) 同右・四一頁。
- (37) 「『推定されない嫡出子』の混乱」(昭五一)一七頁。
- (38) 札幌身分法研究会「遺産分割に関する諸問題Ⅰ」—序論—(山島正男)判タ一二二号一一二頁(昭三六)。
- (39) 「法定相続の不公平」(昭五六)八一—〇頁。
- (40) 同右・九頁。
- (41) 同右・九—一〇頁。
- (42) 「遺産分割の研究」(昭四八)所収。
- (43) 前掲(注(38))二—三頁。
- (44) 「相続と一身専属権」(昭三四)二八頁。