

はじめに — 法史学は実践的な学問である —

法史学を学ぶ意味　法学部に入学してカリキュラムを眺めてみると、憲法・民法・刑法といった法律専門科目がびっしりと並んでいる。法学部生で、こうした基本六法を中心とした現行法を学ばない人はいないだろうけれど、在学中に「法制史」（あるいは「法史学」）を履修しないで卒業していく学生は少なくない。そもそも、著名な大学の法学部で、「法制史」を設置していないところさえある。法制史は、一般的に、「過去の法的制度、慣行及び法観念、法思想を探究する学問」だと理解されているから、所詮は教養的・趣味的な科目にすぎないのであって、実務法曹や公務員あるいは企業人をめざして、現行法（とくに法文解釈）の勉強に打ち込む学生にとっては、履修する意味のない科目だと思われるのかも知れない。しかし、法制史は、本当に、現行法の勉強とは無関係で、学ぶ価値のない科目なのだろうか。

ごく当たり前のことだけれど、すべての社会現象と同じように、法もまた歴史的に生成してきたものなのだから、論理的な解釈だけでは事足りず、歴史的に考察しなければ、法の意味は十分に理解できないはずである。法制史は、歴史学と法学という二つの学問分野にまたがる科目であり、法学部で教えられるのは、主として、法学の一分野としての法制史なのだが、それでは、法学の一分野としての法制史の目的とは何なのか。ドイツの著名な法史学者H・ミッターイス (Mittleris) は、この点について、次のように言っている。<sup>(1)</sup>

法史学は伝統的に法学研究の入門にあたって学ばれるという地位を主張してきた。すなわち法史学は、現行法の複雑な体

系が、その最も単純な基本要素から成立してきた過程を跡づけることによって、現行法への入門としての役割を果たす。……それは法を、存在したものとしてではなく、生成したものととして、生きた発展の流れの中に示してくれる。……歴史的経験はおよそ健全な法律政策の基礎であり、この経験から裁判官や立法者はいろいろな刺激を汲みとることができる。かくて、法制史は、現在を明らかにし未来のためにつくすことによつて、歴史法学となるのである。歴史的教育をもつた法律家は、決して民衆や生活から遊離したドグマテイカーとなることはないであろう。法学はひとびとを慣用語の強制から解放する。それは、法が、盲目的な自然因果性からの解放という点で、常に人間を援けてきたことも明らかにする。かくして法学は一つの自由学 *Freiheitlehre* である。

法学の一分野としての法制史は、まず現行法の生成過程を明らかにすることで、現行法への入門的な役割を果たすが、それにとどまらず、現行法を歴史の中に位置づけることで現行法を相対化し、我々を、現行法の「慣用語の強制から解放」し、「民衆や生活から遊離したドグマテイカー」にならないように導いてくれるとミッタイスは言う。ミッタイスがこのような主張をした背景には、ナチスの暴虐非道に積極的に与し、あるいは抵抗しえなかった戦前戦中期のドイツ法学に対する真摯な反省がある。法制史こそが、実証主義的硬直化から法学を守り、法学的ドグマへの信仰や誤った一般化に陥る危険から我々を解放してくれる自由な学問なのである。<sup>(2)</sup>

イギリスの歴史学者 J・H・プラム (plumb) もまた、ニューヨーク・シティ・カレッジでの講演の中で「過去は、権威を正当化したり、体制側の道徳を是認するためには使用されてはいけません。ただ人間精神の諸特性を賛美するべく過去は使用されるべきです<sup>(3)</sup>」と強く警告を発している。

しかし、現実はどうだろう。現在を正当化する「過去」が歴史の名において語られている例は、我々の周辺の至る所に溢れている。とくに法は、権力による強制力を持つだけに、「過去」に正当性の根拠を求めがちである。法

制史は、政治家など法にかかわる人々の誤った「過去」を見定め、正しい法の歴史を明らかにすることによって、法の現在と未来のために貢献しなければならない。もちろん、人間の歴史認識はいかに努力しても認識主体の時代制約を大なり小なり蒙らざるを得ないし、歴史は現在と過去の対話であるから、歴史は時代の進展とともに書き換えられる。この点は、法制史もまた同じであり、法制史を学ぶ上で最大限留意しなければならない事柄であるが、ともあれ、歴史の名のもとに、安易な誤解であったり、あるいは明確な政治的意図をもって、根拠のない法規範が「創造」（捏造）されようとするとき、法制史は、その前に立ちはだかることができる、ほとんど唯一無二の武器となるのである。

法制史の学習が、現行法を理解するうえで必要不可欠なことを、少し分かってもらえただろうか。

「家」制度を批判した法制史家がいた 明治三一（一八九八）年に制定された、いわゆる明治民法が、家父長制的な戸主権と家督相続の制度を、我が国に固有の伝統的な淳風美俗として規定していたことは、知っているだろう。この明治民法の家族法制を、歴史的に根拠のない「前古無類の新制度」にすぎないと批判したのが、日本法制史を近代的科学・学問として確立した中田薫であった。<sup>4</sup>

今日の民法「明治民法のこと：村上」は、家族居住の指定、婚姻の承諾、離籍の言渡し等三、四の軽微なる権利を掲げて、これを戸主権と名づけ、戸主権と戸主の財産権との相続を称して、家督相続という、前古無類の新制度というべし。（中略）

封建制破壊後の新時代に編纂したる我が民法は、須く千五百有余年の久しきにわたって、普通法の原則たりし分割主義を以て、財産相続の根本原則となすべかりしなり、しかもいわゆる家督相続なるものを創定して、封建時代における家禄家封

の相統原則を、家禄家封の停廢されたる今日に適用せんとす、歴史を無視したるの立法というべし。

有史以来の日本の淳風美俗と喧伝され、多くの人々がそれに異議を唱えなかつた明治民法の「家」制度、すなわち戸主権と家督相統の制度を、中田は、歴史を無視した立法だと完膚なきまでに叩いたのである。

明治民法は、ボワソナードが起草した所謂旧民法が法典論争を経て改編されたものだが、旧民法を施行延期に追い込むのに最も影響力をもった論文として、穂積八束「民法出テ、忠孝亡フ」が知られている。中田の批判の矛先は、当然に、八束論文にも向けられている。<sup>(5)</sup>

学者あるいは我が国における相統の根本観念も、また祭祀相統の思想なりと説くものあり。これ儒教思想に捕われたるの偏見にあらざれば、インド・ゼ「ゲ」ルマン法の幻影に迷える謬論にして、我が国民特有の心理を誤解し、我が固有法の歴史を無視したるの説というべし。

我が国は古来より祖先祭祀・祖先教の国で、西欧古代のローマ・ギリシャの家制と酷似していると説き、権利本位のキリスト教的個人主義に基づいた西欧近代法を根本的に否定した八束学説を、中田は、「我が固有法の歴史を無視」した「謬論」と切り捨てたのである。

中田は、また、大正七（一九一八）年五月二四日の大審院第一民事部判決が、「明治五年太政官布告第五十号ヲ以テ、地所ノ永代売買ノ禁ヲ解キ其売買所持ヲ許シタルハ、土地ハ国ノ所有ニシテ人民ハ土地ノ所有權ヲ有セス唯其使用収益權ヲ有スルニ過ギザリシヲ改メ、人民ニ土地ノ所有權ヲ付与シ、従来有シタル其使用収益權ヲ以テ所有權ト為シタル旨趣ナリトス」と判示したのに対して、「徳川時代における土地私有權」と題する論文を發表して、徳

川時代には土地の永代売買が禁止されていたから、土地は私人の所有に属さなかったという説が「今日尚一部法曹家の間に行はるゝは、予の甚遺憾とする所なり」と慨歎し、江戸時代における農民の土地所持権がいかに生活に根差した強力な権利であったかを論証することで、明治期に入って祖先伝来の土地に対する物権的権利を収奪された人々がその権利を回復するための有力な論拠を提供した。<sup>(6)</sup>

大審院が如何なる歴史的及法律的根拠に基づきて此の如き断案を下せるやは右判決の理由中に何等の記述無きが為め之を詳にすること能はずと雖、恐らく従来一部法律家の間に屢々繰返されたものと同じく、徳川時代には土地は永代売買を許されざりしが故に、之が所有を認むること能はずとの、極めて簡単な論理に基づくものならん。果して然らんには之を歴史的事実に徴するも、又之を純然たる法理に照して考ふるも、全然誤謬なりと云ふべし。

以上のように、中田は、明治民法が我が国に固有の伝統的な淳風美俗として規定し、大審院判決が自明の理として疑わなかった「過去」が、歴史的に根拠のない誤謬であると喝破した。中田は、法制史の使命である、ミッタイスの言う、人々を現行法の「慣用語の強制から解放」し、「民衆や生活から遊離したドグマテイク」にならないよう導き、実証主義的硬直化から法学を救う役割を果たそうとしたのである。

夫婦別姓について 中田薫が活躍したのは、今から百年ほど前の大正期のことだから、明治民法の「家」制度や近代的な絶対的土地所有権に対して、法制史から批判したと言つても、学部生の皆さんには、今一つピンとこないかも知れない。比較的身近な最近の問題を一つ取り上げて、法制史の観点から検討してみよう。夫婦別姓の問題は、どうだろう。

現行民法第七五〇条は「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」と規定し、夫婦同姓（または夫婦同氏）の立場をとっている。実際社会では、夫の氏を称する場合が圧倒的であり、種々の理由から婚姻後も従来の方の氏を名乗り続けたい男女（多くの場合は妻である）は、(1)戸籍上は同姓として婚姻届を提出したうえで、婚姻前の姓を「通称」として使用するか、(2)入籍せずに事実婚に入り、別姓を維持するなどして、夫婦別姓を実践している。既に二〇年以上前の平成八（一九九六）年、法務大臣の諮問機関である法制審議会は、希望する夫婦はそれぞれの姓を変えることなく婚姻できるとする「選択的夫婦別姓」を盛り込んだ民法改正案を答申したのだが、未だに国会に提出されず、法律上の夫婦別姓を求める運動が続いている。最近の新聞紙上でも、夫婦が別姓を選べる法的仕組みがないのは、法の下での平等を保障した憲法に反するとして、東京都と広島市の事実婚の男女四組が、東京と広島の家裁裁判所に対して、婚姻後の氏を「夫と妻の両方」とする婚姻届の受理を命じる審判を求める申立てを行い、今後は、国と自治体に損害賠償を求める訴えも準備していると報じられている。

夫婦別姓に対しては反対論も根強くあり、主に、①家族や親族間の絆・一体感が弱まる、②子供に悪影響を及ぼす、③祖先祭祀など我が国の伝統文化に反する、などが理由に挙げられている。こうした反対理由のうち、とくに、我が国の伝統文化に反するという理由については、法制史の観点から検証できそうである。

これまでの研究に拠りながら、我が国における妻の氏の変遷を大まかに辿ってみよう。<sup>17</sup> まず、古代。律令（養老令）の戸令には、妻の氏姓に関する規定が欠けているが、女性は未婚のときは父家の姓を、他家に嫁した後も実家の姓を用いる中国唐令が継受されたとみられる。もともと、古代における氏は、家族集団の名称ではなく、蘇我氏・大伴氏といった集団としての氏（氏族）を指すのだが、ともかく、婚姻による氏名の変更は一切みられない。現存する古代戸籍を見ると、夫婦同姓の戸籍が約三分の一見出されるが、これは妻が婚姻によって夫姓に改姓した

のではなく、自己と同姓の男と婚姻した（同姓婚）からだと考えられている。中世、すなわち鎌倉期から南北朝動乱期にかけては、既婚の女性が実家の姓を称して「某氏女」と表現される例が多く、これは在地領主クラスの武家だけでなく、名主クラスの人々の間でも広く行われていたから、中世を通じて、女性は結婚後も実家の氏（姓）を称する慣習が続いていたと考えられる。近世期に入ると、武士階層では、女性は相続権者から除外され、「家」の血統に入らない扱いをされたから、夫婦は異姓という旧来の慣例に従って、結婚後も妻は氏を変えず、実家の氏を称した。庶民（百姓・町人など）はと言えば、そもそも一般的に苗字が許されない建前であり、人別帳には名前だけが記載された。ちなみに、人別帳によつては、妻は名前すら失つて、「女房」とのみ記された例もある。

このように見てくると、我が国においては、古来から一貫して、女性は婚姻して夫家に入つても、生家の氏を捨てることは無く、妻は「異姓の人」で在り続けていたことが分かる。この「夫婦別姓」の慣例は、近世武家法を通じて、明治期にまで伝えられてきたのだが、明治三（一八七〇）年九月一九日の太政官布告「自今平民苗字被差許候事」によつて、平民⇨庶民にも苗字（氏）の使用が許され、同八（一八七五）年二月一三日の太政官布告によつて平民への氏の強制が行われたことで、それまで氏（苗字）と無縁であった庶民は、どういう氏を名乗るかだけでなく、妻の氏をどうするかという問題に直面することとなった。すなわち、夫婦別姓の伝統に従うのか、それとも、女性が嫁して夫家に入れば妻は夫に従うのだから、妻は夫家の氏を称すべきかということが問題となったのである。明治八年十一月九日の内務省伺（太政官宛）は、この問題を問うたものに他ならない。

華士族平民ニ論ナク凡テ婦女他ノ家ニ婚家シテ後ハ終身其婦女実家ノ苗字ヲ称ス可キ儀ニ候哉、又ハ婦女ハ総テ夫ノ身  
ニ従フ筈ノモノ故婚家シタル後ハ婿養子ト同一ニ看做シ夫家ノ苗字ヲ終身称ヘサセ候方穩当ト相考ヘ候へ共、右ハ未タ成例

コレナキ事項ニ付決シ兼候ニ付、仰上裁候。至急何分ノ御指令被下度、此段相伺候也。

この伺いに対して、太政官は、翌明治九（一八七六）年三月一七日、「婦女人ニ嫁スルモ仍ホ所生ノ氏ヲ用ユ可キ事。但、夫ノ家ヲ相続シタル上ハ夫家ノ氏ヲ称スヘキ事」と指令し、我が国従来<sup>の</sup>夫婦別姓の慣例を固守した。この指令は他の府県においても効力を持ち、こうして妻は、夫の「家」を相続しない限り、「所生ノ氏」を称すべきであるという原則が確定して、明治三一（一八九八）年の明治民法施行まで維持されることになったのである。

山中永之佑氏によれば、明治民法施行以前の家族概念には広義と狭義の使い分けがあり、一方では、①同一戸籍内の家族は戸主と同じ氏を称すべきだと考える、明治四（一八七二）年戸籍法が前提とした、妻を含む広義の家族概念と、他方では、②同一戸籍内の本来の血族が家族であるとの考えから、妻を含めない狭義の家族概念の二つがあった。②の考えに由来する妻への「所生ノ氏」の強制は、「第一義的には、妻の血統<sup>⑧</sup>出身した「家」、由緒を明かにするという役割」を果たすもので、「江戸時代の武士的氏観念、「家」観念を継承したものである<sup>⑧</sup>。妻の「所生ノ氏」は、同一戸籍内の「他の家族（狭義）」とは差別された妻の地位<sup>⑨</sup>「劣位をより明確にする意義を有し、機能を果し、かつ、そのことにより、家族内秩序<sup>⑨</sup>」「家」秩序の維持・確保に機能した」のである。もともと、現実には、妻が「所生ノ氏」を称した例は少なかつたようで、明治政府に対して「夫家ノ氏」を称することを求める各府県からの伺いも寄せられていた。それにもかかわらず、政府は、「所生ノ氏」の原則を固守し続けたのである。

明治民法は、第七三二条「戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者ハ家族トス」と第七四六条「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」において、妻も夫家の家族に含め、これまでの「所生ノ氏」の方針を転換して、妻は夫家の

氏を称すると定めた。編纂過程での議論をみると、「妻カ夫ノ家ニ入ル」ことが最も重視されており、妻は婚姻によって夫と共同生活に入ると同時に、夫の家の戸主権に服することとされた。明治民法では、妻を家族に含めない狭義の家族概念が薄れ、妻を含める広義の家族概念に統一・一元化されるとともに、妻の称する「氏」もまた夫の「氏」から夫の「家」の「氏」に変化し定着したと考えられるのである。

以上のように、我が国では、古来より、妻は、実家の氏<sup>11</sup>「所生ノ氏」(夫婦別姓)を称すべきものとされていたが、明治民法(一八九八年)で初めて「夫家ノ氏」(夫婦同氏)を、さらに現行規定(一九四七年)では「夫の氏」か「妻の氏」か(夫婦同氏)を称すべきものとされたことが知られる。夫婦別姓こそが我が国の伝統文化だと言えそうだが、明治民法以前の夫婦別姓は、女性が親家(出自階層)の氏に婚姻後も縛られ続けてきた事実を示すにすぎず、今日の社会的に自律した妻の氏(夫婦別姓)の要求とは、基本的に性格の違うものである。女性は、古来からずっと、親家の氏、そして夫家あるいは夫の氏に服してきたと言えそうである。

妻の氏を法制史の観点から考察すると以上のようになる。種々の考え方があろうけれど、夫婦同氏が我が国の「過去」であり、伝統的文化だというのは明らかな誤りである。

最後に、繰り返しになるけれど、法制史は、現在の問題からかけ離れた好事家ごとのように思われがちであるが、「過去」についての硬直した既成概念から我々を解放し、権利と利害関係が複雑に絡み合った現代の法社会にあつて、過去に生きた法の実像を描き出すことで、現行法の歴史的位置を理解し、その未来に示唆をもたらすことができる、まさに実践的な学問なのである。

- (1) ミッタイス著（世良晃志郎訳）『ドイツ法制史概説（改訂版）』（創文社、一九七一年）四頁。
- (2) なお、ミッタイス著（林毅訳）『法学の存在価値』（創文社、一九八〇年）参照。
- (3) プラム著（鈴木利章訳）『過去の終焉——現代歴史学への提言』（法律文化社、一九七五年）一三二頁。
- (4) 中田薫著『徳川時代の文学に見えたる私法』（初版、半狂堂、一九二三年）（岩波文庫、一九八四年）一九七・二〇八頁。
- (5) 同、一九一頁。
- (6) 中田薫『徳川時代に於ける土地私有権』（初出、『法学協会雑誌』第三七卷第六号、一九一九年）同『法制史論集』第二卷（岩波書店、一九三八年）四九三頁以下。
- (7) 夫婦の氏の歴史を論じた文献は、数多いが、近年のものに限ると、洞富雄『庶民家族の歴史像』（校倉書房、一九六六年）、熊谷開作『日本の近代化と「家」制度』（法律文化社、一九八七年）、比較家族史学会監修・黒木三郎ほか編『家の名・族の名・人の名』（シリーズ家族史③）（三省堂、一九八八年）、山中永之佑『日本近代国家の形成と「家」制度』（日本評論社、一九八八年）、久武綾子『氏と戸籍の女性史——わが国における変遷と諸外国との比較』（世界思想社、一九八八年）、同『夫婦別姓——その歴史と背景』（世界思想社、二〇〇三年）、井戸田博史『家族の法と歴史——氏・戸籍・祖先祭祀』（世界思想社、一九九三年）、同『氏と名と族称——その法史的的研究』（法律文化社、二〇〇三年）などがある。
- (8) 山中永之佑『前掲書』二五五頁。
- (9) 同、二六一頁。