

日本における所有権意識の

形成過程と近代法学の継受(三)

宮川

澄

はしがき——問題の提起——

- 一 近代的所有権と法意識との関係
- 二 近代的所有権規定と資本主義的生産(以上第二五卷第三号)
- 三 江藤新平による民法典編纂と近代法学の継受
- 四 民法典編纂と自然法思想の展開
- 五 お雇い外国人法学者による近代法学の継受(以上第二六卷第一号)
- 六 法学教育にもとづく近代法学の継受
- 七 大木喬任による民法典編纂と近代法学の継受
- 八 明治初年の近代法学継受のもつ法的意味(以上本号)

六 法学教育にもとづく近代法学の継受

前項(五) お雇い外国人法学者による近代法学の継受)において、明治政府がお雇い外国人法学者を雇用し、それらの

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受(三)

もつ法学知識を直接に吸収することによって、近代法学を継受したことを考察した。ここでは外国人法学者のもつ法学知識の直接吸収が、明治政府の諸政策実現に直接必要な法学知識の充足にあったことを明らかにした。これは近代法学の継受が外国法律書の翻訳・紹介と比較してみて、より直接に継受できるといふ点に特色づけられている。この場合、近代法学の継受は、お雇い外国人法学者を媒介として近代法思想が直接流入させられることになる。しかし近代法学のもつ具体的内容は、お雇い外国人法学者の頭脳を経由して決定され、明治政府が自己に都合のよい内容に加工することを困難ならしめる。このため明治政府は近代法学の継受を法学教育によってなし、自己に都合のよい法学的知識と必要な人材の養成によって達成しようとする。そして、そこで養成された人々の法学的知識によって近代法学上の諸知識を普及させることにした。これが近代法学の継受の第三の形態であった。明治政府は究極的にこの第三の形態にもとづく近代法学の継受——ここではすぐれて日本的な特徴をもつことになるが——を企図したわけである。このため一八七〇年(明治三年)二月には、『大学規則』および『中小学規則』を公布している。このうち『大学規則』は専門教育にもとづく人材の養成をなすことを基本目標となし、つぎのように規定した。すなわち、

『道ノ體タル物トシテ在ラサルナク時トシテ存セサルナシ其理ハ則綱常其事ハ則政刑学校ハ斯道ヲ講シ実用ヲ天下国家ニ施ス所以ノモノナリ然ハ則孝悌彝倫ノ教治平天下ノ道格物窮理日新ノ学是国家皆宜シク窮蹶スヘキ所ニシテ内外相兼ネ彼此相資ケ所謂天地ノ公道ニ基キ智識ヲ世界ニ求ムルノ聖旨ニ副ハンヲ要ス勉メサル可シ哉』

となしている。そして法科の科目として、つぎのものを挙げている。

『専門科分テ一ニ三四ノ四等トス其学科ハ大凡左ニ示スカ如シ』

法科

国法

民法

商法 刑法

詞訴法 萬国公法

利用厚生学 典禮学

政治学 国勢学

とされている。だから、近代法学にもとづく専門的な法学教育が企図されていたことを知りうる。

これまで徳川幕府における西欧文化吸収の中心機関として、一八一一年（文化八年）の『幕府天文台蕃書和解御用』も『洋学所』（一八五五年〈安政二年〉）↓『蕃書調所』（一八五六年〈安政三年〉）↓『洋書調所』（一八六二年〈文久二年〉）↓『開成所』（一八六三年〈文久三年〉）と変更された。そして、これまで蘭学を中心としてきたものが英・仏・独の三学の紹介もなされることになった。さらに明治維新後、明治政府はこの『開成所』で活躍していた多くの学者人材を吸収して、一八六八年（明治元年）九月一二日には『開成学校』に改組した。また東京に大学を設置する企図があったとみられ、一八六九年（明治二年）六月一五日には昌平学校を大学本校として、開成学校・医学校を併せた大学校の分局とされ、『開成学校』は『大学南校』に引きつがれることになった。¹⁾この『大学南校』においては、法学の専門学科目をつぎのように定めている。すなわち、

『大学南校規則

第二五条（詳）

専門科分テ一二三四ノ四等トス其学科ハ大凡左ニ示スカ如シ

法科

民法 商法

詞訟法 刑法

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受（三）

治罪法 国法

萬国公法 利用厚生学

国勢学 法科理論

となしている。この『大学南校』では英・仏・独語の三科を設け、外国人教師をして教授させていた。一八七一年(明治四年)の学生数は三一〇名であったが、このうち英語を修むる者二一九名、仏語を修むる者七四名、独語を修むる者一七名となっていた。このため、イギリス法の教授がなされるようになったわけである。『大学南校』は一八七三年(明治六年)四月に『東京開成学校』と改称されることになった。これとともに一八七三年(明治六年)四月一八日、文部省はつぎのように規則を改訂した。⁽²⁾ すなわち、

『其校専門学科之儀爾來英語ニ據リ修業セシメ候様可致事

但法学之儀ハ当分英仏トモ相用候儀不苦事

明治六年四月十八日 文部省』

とされた。このため一八七四年(明治七年)からイギリス法による教授がなされることになった。⁽³⁾ 学科目はつぎのようになっている。

『法科

第一年 下級

列国交際法〔平時交際法〕

英国法律〔大意 憲法及刑法〕

憲法史記 心理学及論文 拉了語

第二年 中級

列国交際法〔戰時交際法〕

英国法律〔慣用法 結約法 衡平法及主旨〕

羅馬法 政学 修身学及論文 法蘭西語

第三年 上級

列国交際法〔交際私法〕

英国法律〔私犯法 海上法及貿易法〕

羅馬法律 法国法律〔*フランス語* 那倫拿法律要旨〕

比較法論 證據法及理論

であつた。しかし一八七六年（明治九年）七月になつて法学教育は三ケ年とし、学科課程をつぎのように改訂した。

『東京開成学校法学専門科学科課程』

第一年（下級）

不動産法

動産法

結約法

刑法

仏蘭西法

国憲（選択）

第二年（中級）

証拠法

訴訟法（民事・刑事）

衡平法

海事訴訟法

法律討論演習

仏蘭西語

羅馬法律（選択）

第三年（上級）

前二年間実践修スル総科目ノ復習

列国交際法（列国交際公法・列国交際私法）

法律討論演習

法論

那倫拿法律要旨

となしてゐる。⁽⁴⁾一八七七年（明治一〇年）になると『東京大学』が創設されたため、『東京開成学校』はこれに吸収されることになつた。当時の学科課程はつぎのようになっていった。すなわち、

『学科課程』

一、本部ハ本邦ノ法律ヲ教フルヲ主トシ旁ラ支那、英吉利、法蘭西等ノ法律ノ大綱ヲ授クル事トス但シ本邦ノ法律未タ完備セサルヲ以テ現今専ラ英吉利法律及法蘭西法律ノ要領ヲ学修セシム

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受（二）

は裁判官・その他の法職官吏養成のための教育機関であった。そして傭入れたお雇い外国人法学者が、フランス人であることによって解るように、フランス法にもとづく法学教育をなしたのである。『明法寮』は二〇名の生徒で出発したが、これらの者は主として大学南校（東京大学の前身）のフランス学学生であった、そのためフランス語についての若干の教養をもっていたが、直ちに専門的教育を受ける学力をもっていなかった。このためフランス人リベロール（Riberoles, Henri du）をして普通学の教授をなさしめた。『明法寮』は一八七四年（明治七年）四月には『司法省法学校』と改称された。これは一八七五年（明治八年）五月の明法寮の廃止とともに司法省直轄の法学校となった。司法省は各府県に対して生徒徴召についてつぎのように達している。

『明治九年三月五日第三一号司法省達↓府県

今般当省ニ於テ佛国ノ律学科専門ヲ開キ候条別紙規則ニ準シタル年令學術有之者ハ諸府県庁ニテ左ノ雛形ニ依リ履歴ヲ取纏メ
來ル四月限り当省へ差出スヘク候条此旨相達候事

但生徒徴召ノ儀ハ履歴比較ノ上名指シテ更ニ相達スヘク候事

願人履歴雛形左ノ通り用紙美濃一枚

貫属何ノ誰	弟	子	氏名
	年令		
従来教授ヲ受ケタル師名			
同通読シタル書名			
右之通り相違無之候事			
年号月日	師	何	誰
該府県庁御中	本人		誰

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受(三)

法学規則略之』(逸見儀正編 民事彙纂第一六卷二四三〜二四四ページ、明治一〇年二月)

となしている。ここではフランス語による教授がなされ、ポアソナードが自然法(性法)の原理や民法について講義し、またブスケが刑法の講義をなした。⁽⁵⁾ポアソナードは『校訂増補性法講義』(中正堂蔵版 一八八一年(明治一四年))のなかで、つぎのように述べている。すなわち、

『法学校ノ設立ニ付テハ同僚ノ「ブスケ」君既ニ之ヲ司法省ニ請フテ其許可ヲ得タリ。而シテ余モ亦茲ニ来リタルヨリ以後屢々之ヲ同省ニ建議セリ。且ツ知ル諸君「我輩十五名ノ生徒」ハ既ニ法朗西語ヲ解スルノ力アリ。余ノ講説スル所ハ能ク之ヲ解シ得テ必ス其結果ヲ得ルナルヘシ。殊ニ余ノ信スル所ハ日本政府ニテ法律ヲ改定セントスルノ企アルニ於テハ又タ必ス司法及ヒ行政ノ事務モ之ヲ变革セラレンコトヲ。……且ツ新法ニ依リテ平人ハ土地ヲ有スルノ全有ノ権「所得者タル名儀アルノミナラス土地ノ入額ヲ得且ツ自由ニ之ヲ處置スルヲ得ルノ權アルナリ」アリ。而シテ借地人ノ名目ニ非ラス。政府モ私ニ其所有地ヲ取上ル能ハサルニ至ルヘシ。然レハ民事モ亦甚タ大切ナル可シ。……新法ノ制定アルハ必然ノ事ナリ。故ニ先ツ貴重ナル日月ヲ閑過セサル為メ未タ成ラサル前ナリニ尙少壮ノ学士ヲ募テ之ヲ養成シテ而シテ之ヲ他日制定セラルルコト其法文ヲ理會シ得テ更ニ渋滞スルコトナカラシムルヲ要ス。』(明治文化全集 第一三卷 四六四〜四六五ページ)

となしている。このようにポアソナードは近代法学の理解が日本民法典の編纂やそれ以後の法律実務に必要であるため、法曹の養成を力説しているのである。『司法省法学校』は文部省による教育事業の進捗にともない、一八八四年(明治一七年)一月二二日に文部省直轄に移った。そして名称を『東京法学校』に改称した。『東京法学校』ではつぎの学科課程にもとづいて法学教育をなしている。⁽⁶⁾

東京法学校専門学科課程

初年	二年	三年	四年
経済学	民法	民法	商法

となつてゐる。⁽⁷⁾『東京法学校』は一八八五年(明治一八年)九月二八日に東京大学法学部に合併されることになつた。⁽⁸⁾こうして明治初年の近代法学の継受は『東京大学』による法学教育と並行して、『明法寮』・『司法省法学校』・『東京開成学校』・『東京法学校』による法学教育としてもなされた。ここでは直接的な法曹の養成——職業的な法律家の養成——がなされてゐた。そしてこれらの法曹は日本民法典編纂にみられるように、フランス法にもとづく、社会關係に対する法的安定性を基礎的性格とする思考能力を育成した。この場合の法的安定性はフランス革命における進歩的性格とは異り、保守的性格をもつものとして法意識されることになる。⁽⁹⁾

法学教育にもとづく近代法学の継受は官学による法学教育としてのみなされたのではない。民間においても法学教育機関を開設してなされた。これは一八七九年(明治二年)以後に法律学や経済学を専攻する目的で私立専修学校が⁽¹⁰⁾つぎつぎと開校し、そこで法学教育がなされ近代法学が継受されてゆくことに示されている。これらの私立専修学校は民間法曹の養成を企図するものであつたのはいうまでもない。しかし文部省は一八八六年(明治一九年)に学問の統一を計るといふ名目で、私立学校にして法律学・経済学を教授する学校を帝国大学の特別監督のもとに置き、その教授科目や教授の方法などを監督させたのである。⁽¹⁰⁾いま私立専修学校の若干について概説しておきたい。

(1) 東京法学校 これは一八七八年(明治二年)に設立され、のちに『東京法学校』と改称した。そして一八八九年(明治二年)には『東京仏学校』を合併し、『和仏法律学校』と改称した。橋本胖三郎・薩摩正邦などの創立であるが、ポアソナードも設立を援助している。やがて一九〇五年(明治三八年)八月には『法政大学』と改称し、現

在に至っている。

(2) 明治法律学校 これは一八八一年(明治一四年)一月一七日に岸本辰雄・宮城浩蔵・矢代操の三名が創立者総代となって設立したものである。ここではフランス法を修得した教授・講師によってフランス法の講義がなされた外、行政・経済・財政の諸学科を教授した。一九〇五年(明治三八年)に『明治大学』と改称、現在に至っている。⁽¹¹⁾

(3) 英吉利法律学校 これは一八八五年(明治一八年)七月一日に文部省の許可を受け、英米法学の研究を目的として設立されたものである。設立者は穂積陳重(東京大学教授・法学部長)、奥田義人、岡村輝彦、(東京大学講師・大審院判事)、増島六一郎(東京大学講師・代言人)、江木衷、合川正道、菊地武夫、土方寧(東京大学助教授)、元田肇、磯部醇、西川鉄次郎、岡山兼吉、渡辺安積、高橋一勝、高橋健三、山田喜之助、藤田降三郎、渋谷礎爾の一八名であった。その『設立旨趣』によるとつぎのようになっている。⁽¹²⁾

『方今末タ英米法律ノ長所タル法律実地応用ノ道ニ通スル者甚尠ナシ是蓋講師ノ数全キヲ得テ其ノ全科ヲ教フル所ナキト其蘊奥ヲ極ムルニ足レル書籍ナク又法律書庫ノ設ナキトニ由ラスンハアラス而シテ世間往々英米法律ヲ教授スルノ校舎ナキニアラスト雖モ或ハ仏国ノ法律ヲ兼修セシメ或ハ専ラ英米法律ヲ攻究スルモ専一ノ力ヲ其全體ニ及ホシ以テ実地応用ノ業ヲ養フモノ未曾テ之アルヲ見ス是レ常ニ英米法学者ノ慨嘆スル所ナリ余輩茲ニ見ル所アリ数多ノ英米法学者相集マリ英米法律ノ全科ヲ教授シ其書籍ヲ著述シ其法律書庫ヲ設立スルノ目的ヲ以テ本校ヲ設置ス

明治一八年九月』(英吉利法律学校沿革紀要 明治二〇年)

となっていた。一八八七年(明治二〇年)一〇月改訂の「英吉利法律学校規則」によると、同学校の学科目は第一科と第二科に分れているが、「第二科ハ英米ノ原書ヲ以テ法律教授ス」(第二条)とされ、つぎの科目が定められていた。

第一学年

○テリー氏法学原論 ○アンソン氏契約法 ○アンダーヒル氏私犯法 ○ケント氏親族法 ○ストリー氏代理法 ○ポロック氏
組合法 ○ストリー氏動産委託法 ○日本刑法

参考科

○ハリス氏英国刑法 ○フオレル氏論理学 ○理財学 ○財政学

第二学年

○ベンジャミン氏売買法 ○ウイリアム氏動産法 ○パウエル氏證據法 ○ケント氏会社法 ○チアールマルス氏流通証書法
○オリバー氏商船法 ○スミス氏訴訟法 ○擬律擬判 ○判決例 ○アンソン氏契約法 ○アンダーヒル氏私犯法 ○ストリー
氏代理法 ○日本刑法 ○治罪法

参考科

○米国法律 ○理財学 ○財政学 ○日本訴訟法草按

第三学年

○財産法 ○破産法 ○保険法 ○スネル氏衡平法 ○スミス氏訴訟法 ○法理学 ○マークビー氏法理原論 ○メイン氏法律
沿革論 ○ウェストレーキ氏国際私法 ○ハンター氏小ノ分羅馬法 ○ホール氏国際公法

参考科

○憲法 ○行政法 ○訴訟演習 ○理財学 ○財政学

この英吉利法律学校は一八八九年（明治二年）一月一日にその規模を改め、『東京法学院』と改称した。そして、
もっぱらイギリス法を英語と邦語によって教授した。のち『中央大学』と改称し現在に至っている。

(4) 日本法律学校 これは水野遵・今村信行の主唱によって設立され、日本法律および経済学の教授をなした。

一九〇三年（明治三六年）に組織を改正し、『日本大学』と改称し現在に至っている。

(5) 東京専門学校 これは一八八二年（明治十五年）に大隅重信が設立し、主として法律・政治を教授した。一九

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受（三）

○二年(明治三五年)九月に『早稲田大学』と改称し、現在に至っている。

明治初年にあつては以上の法学教育機関を通じて近代法学の継受がなされているわけである。当時の法学教育の目的は何よりも明治政府の必要とした法曹の養成にあつたのである。したがつて近代法学上の法学知識によつて人々の社会関係に対する権利意識をいわば上から定着させてゆく作用をなしたのである。ここでは自らの社会生活にもとづいて権利意識が定着したのではなく、上からのそれであつたことは、権利関係そのものを明治政府の企図に合致させるものとして規定することになつた。したがつて所有権意識の形成過程をみれば、先進資本主義諸国にみられるように、ブルジョアジー自身の手によつて、国家権力からの自由としての財産権を法的に構成したのではなかつた。ここでは国家権力からの自由を求める必要はなく、むしろ国家権力自体によつて育成され、国家権力とゆ着し、国家権力によつて承認される内容を所有権自体に見出せばよかつた。だから土地所有権にとつても、その担い手たる地主にとつては、国家権力の財政的必要性にもとづいて、地租改正事業の進行過程にもなつて、恩惠的に土地に対する私的所⁽¹⁸⁾有権を承認されたに過ぎなかつたといふのである。

- (1) 土屋忠雄 明治前期教育政策史 講談社 一九六二年五月 一〇ページ
- (2) 東京帝国大学編 東京帝国大学五十年史(上巻) 一九三二年一月 二五九ページ
- (3) 梅溪 昇 お雇い外国人第一巻(概論) 鹿島研究所出版会 一九六八年四月 二六ページ
- (4) 黒田茂次郎・土館長吉 明治学制沿革史 一九〇六年一月(臨川書店 一九六九年八月〈復刻版〉東京帝国大学編 東京帝国大学五十年史(上巻) 一九三二年一月 三一三、三一四ページ
- (5) 風早八十二 性法講義解説(明治文化全集第一三巻〈法律篇〉) 日本評論社 一九五八年三月) 三一ページ
- (6) 黒田茂次郎・土館長吉 明治学制沿革史 一九〇六年一月(臨川書店 一九六九年八月〈復刻版〉) 三五六ページ
- (7) 黒田茂次郎・土館長吉 明治学制沿革史 一九〇六年一月(臨川書店 一九六九年八月〈復刻版〉) 三六〇、三六一

- (8) 東京帝国大学編 東京帝国大学五十年史(上巻) 一九三二年一月 五八六ページ
- (9) 熊谷開作 婚姻法成立史序説 酒井書店 一九七〇年一月 三三三ページ
- (10) 黒田茂次郎・土館長吉 明治学制沿革史 一九〇六年一月(臨川書店 一九六九年八月(復刻版)) 四八ページ以下
- (11) 明治大学編 明治大学六〇年史
- (12) 小早川欣吾 統明治法制叢書 山口書店 一九四二年八月 三〇八ページ
- (13) 水本 浩 土地所有権思想の基礎 ジュリスト 一九七一年四月一〇日号 (No.467) 九〇ページ

七 大木喬任による民法典編纂と近代法学の継受

江藤新平による日本民法典編纂は近代法学上の諸知識の理解を必要とした。これまで考察してきたように、近代法学の継受は三つの形態をとってなされてきた。第一の形態は原典の翻訳・紹介であり、第二の形態はお雇い外国人法学者による法律専門家の養成であり、第三の形態は法学教育にもとづく近代法的知識の普及であった。これらの三つの形態による近代法学の継受によって、近代法についての知識を吸収できたことは間違いない。江藤新平による民法典編纂は左院設置により司法省の手から左院にうつされた。このため司法省での民法典編纂は一時中止された。しかし一八七五年(明治八年)四月の官制改革によって、左院が廃止され元老院が設置されることになった。この元老院は単に法案の議定・修正をなすだけで法案の起草をなさなかったため、民法典編纂は左院設置以前にもどり、再び司法省の管轄に属することになった。こうして日本民法典編纂事業は一八七六年(明治九年)一月以降、江藤新平から司法卿大木喬任に引きつがれることになったのである。大木喬任は民法典の起草をフランス法律書の翻訳者であった

箕作麟祥に命じた。このことは大木喬任の『新法ヲ設ル上奏』のなかにみえている。そして一八七六年(明治九年)九月、右大臣岩倉具視に『法律起業之儀ニ付申稟』(法務図書館所蔵 刑事法編纂沿革)を呈している。このなかで民法について、つぎのように述べている。すなわち、

『從來我國ノ民事ヲ裁制スルヤ自ラ天理ニ合スル者少ナカラスト雖モ法ニ明文ナク律ニ成例ナク而シテ維新以來法律之創成多クハ一弊ヲ除キ一害ヲ妨クルニ出ツルヲ以テ妥ニ一竇ヲ填レハ數竇隨テ生シ其弊ヤ人民法律ヲ以テ奇貨トシ其私ヲ掩ヒ其奸ヲ逞セントスル者住々有之今之時ニ当リ完成之民法ヲ創立シ以テ之ヲ統裁スルニ非ラサレハ殆ント人類之交義ヲ滅スルニ至ラン

所謂完成之民法トハ天然之性理ニ基キ全国人民之便益ヲ考究シ夫婦父子ノ權義ヲ明カニシ婚姻離婚相統之制ヲ定メ後見人管財人之条則ヲ設ケ其他契約之方法等ニ至ルマテ之ヲ制定スル也則チ其効益人道ノ大節ヲ守リ權理ノ不可犯ヲ画スル等固不俟言一家ノ經濟ヨリ一國ノ富強ヲ生シ家庭ノ平穩ヨリ邦家ノ安寧ニ及ホサシムル所以ナリ

故ニ苟モ生ヲ我域内ニ托スル者有生之初ヨリ有生之後ニ至ルマテ民法ノ庇蔭ニ由其權利ヲ保全シ其財産ヲ安固ニシ家庭ノ齊整ヲ得ル者ナキナリ今我實際之狀況ヲ觀察スルニ生産ノ増殖セサルハ相統法ノ善良ナラサルニ由ル夫妻ノ協同セサルハ婚姻離婚ノ法ナキカ為メニシテ孤兒痴人ノ財ヲ他人ニ掠メラルルハ後見人等ノ設ケナキヲ以テナリ物貨融通ノ壅塞スルハ契約法等ノ備ハラサル故ニシテ家庭之齊整ナラサルハ夫婦父子ノ間權義ノ制限ナキカ為メナリ其他一々枚挙ニ遑アラスト雖モ其弊害ノ原因ヲ推セハ一ニ民法ノ完成セサルニ由ル』(同上)

と述べている。こうして民法典編纂は大木喬任のもとで財産法の統一的な起草にまで進展することになった。もちろん一八七二年(明治五年)の司法省明法寮での『皇国民法仮規則』によって、すでに財産法に関する部分についての規定がなされていた。このことは、すでに明らかにしておいた(三)江藤新平による民法典編纂と近代法学の継受 立教経済学研究第二六巻一号 六三ページ)。大木喬任にあつては、これをさらに発展させ、統一した財産法についての起草を企図していたのである。ところが財産法の起草は当然に権利義務関係において社会関係のすべてを把握する法的思

考形式を前提としている。それは近代法が財産関係を権利Ⅱ義務関係として把え、権利Ⅱ義務関係によって組み立てられているからである。⁽¹⁾ かつて江藤新平のもとでの民法典編纂にあたって、近代法上の“rights”、“droit”、“subjective Recht”などに『権理』や『権利』なる訳語をあて、そうした法的表現形式によって社会関係を把えたため、激しい論争がなされたことを知っている。これは明治維新により文明開化や自由民権という開明的主張がなされたにもかかわらず、人々が相変わらずもっている今までの封建的諸関係に支えられてきた社会意識は容易に払拭されうるものでなかったためである。⁽²⁾ 人々はこれまで通りの行動規範にもとづいて行動し、近代法的な思考形式にもとづく法的概念の確立には、なお一定の社会・経済的条件の成熟と時間的経過を必要としたのである。だから大木喬任による民法典編纂の時期にあつては、明治政府の側からの近代法学の継受によって、すくなくとも民法典編纂者にとっては近代法学にもとづく法的思考をなすことが可能であつた。しかし民法典編纂という法的技術の上では、なお多くの法学的知識を必要とする。したがって民法典編纂と平行して、さらに多くの外国法律書の翻訳・紹介がつけられるのである。これはつぎの表をみれば明らかである。

明治初年の外国法律書の翻訳・紹介（その三〈1987～1877〉）

発行年月	書名	著・訳者	発行所
1874年 (明治7年)	民権大意(二)	竹中邦香	津述堂
	英法刑律撫要(三)	村田保訳	村上勤兵衛
	議員必携	林正明訳述	印書局
	{ 白露国馬厘亜老土船 { 裁判略記	{ ヒール編纂 { 林道三郎訳	
	仏国民選議院選挙法	大井憲太郎・藁田真蔵訳	
	政府新論	黒田行元著	文求堂
	人民心得律例要條	尾崎班象・横田国臣著	有隣堂
	民選議院集説(二)	桜井忠徳編	
	民権夜話(二)	宇喜田小十郎	
	会議弁	福沢諭吉	
	会議便法	{ キュッシング著 { 大島貞益訳	
	治罪法備攻(上篇九)	井上毅纂	須原鉄二
	新律綱要 改定律例合巻註釈(五)	近藤圭造訓点	
	憲法類編(十)		明法寮
	{ 仏蘭西法律書 { (治罪法・商法)	箕作麟祥訳	文部省
	商法会議局規則	明法寮訳	
	泰西政法沿革誌	田中知邦訳	
	英国刑法大意	藤田九二訳	
	国体略附政体	小早川惟克	
	英国律法要訳(四)	カビネットローヤー	翻訳局
英国通私法(三)	若山儀一		
訴訟必携(三)	根岸錦重		
連邦商律(二)	{ 米パルソン { 藤田九二訳		
1875年 (明治8年)	大審院民事判決録		司法省
	大審院刑事判決録		司法省
	万法精理(十八)	{ モンテスキュー著 { 何礼之訳	
	類聚仏国刑法(四)	明法寮編纂	
	恵頓氏万国公法(始戦論)	{ ホキートン著, 大築拙蔵訳 { 小田切盛徳, 松岡守信校	明法寮
	仏蘭西邑法	{ プーフ著, 大井憲太郎 { 訳, 箕作麟祥訳	文部省

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受(三)

発行年月	書名	著・訳者	発行所
	各国立憲政体起立史(六)	{ ビーデルマン著 加藤弘之訳	谷山桜
	英国政体論(三)	{ カスパルホプキンス著 箕作麟祥訳述	中外堂
	国体新論	加藤弘之	谷山桜
	英国議事実見録(三)	安川繁成著	
	英国議院章程(三)	村田保訳	
	英国成文憲法纂要(二)	尾崎三良訳	汎愛堂
	読律必携(二)	近藤圭造著	
	仏国商法講義(二)	シブスケ講述	
	内外法制沿革略(四)	中金正衡著	
	泰西政学	林正明訳	
	代議政体	{ ミル著 永峰秀樹訳	奎章堂
	民選議院論綱	山田俊蔵編	
	律例精義(第一巻)	{ モンテスキュー著 鈴木唯一訳	
	律例精義大意	{ グラムベール著 鈴木唯一訳	
	政律龜鑑(二)	青木精一訳	
	王国建国法(二)	{ ラヘリエル 井上毅訳	
	英国政事概論(六)	安川繁成著	
1876年 (明治9年)	司法省指令録第一号		司法省
	仏蘭西憲法	{ シブスケロ訳 生田精筆録	博聞社
	{ 仏蘭西州法(州長編・州 会編・参事院編)	{ 大井憲太郎訳 箕作麟祥訳	
	合衆国民業律	テオドリエス・パルソンス	
	民法論綱(六)	{ ベンザム著 何礼之訳	
	仏国民法註釈	{ ピコー著 山崎直胤訳	坂上半七発兌
	{ 英国等親井不動産 相統法図解	英ブラックストン著	法制局蔵版
	{ 仏国民法等親井相統 法図解	箕作麟祥訳	{ 法制局蔵版 村上勤兵衛 坂上半七発兌
	堅土 氏 英国公法	{ ゼームスケント著 蕃地事務局訳 大音竜太郎校正	坂上半七
	仏蘭西五法略(四)	近藤圭造抄訳	坂上半七

発行年月	書名	著・訳者	発行所
	仏蘭西法律問答(四) 英国公法蠡管 英米普仏立憲政体一覽表 仏蘭西憲法撮要(二) 仏蘭西法律撮要(八) 仏蘭西法律要略(二) 仏蘭西公法(二) 法律沿革事体 欧州各国憲法 目耳曼議院之法 英国倒行律例(二) 仏国刑法説約(二) 官吏選挙法 英国行政談(二) 分権論 加福尼亞州選挙法	平山成信 { ホキートン著, 丁建良訳 高谷龍洲註解・中村正直 関 藤井惟勉編 大内董平編 { 箕作麟祥訳 大井憲太郎 黒田綱彦訳 黒川誠一郎訳 小林唯七郎訳 田中耕造訳 { フルベッキロ訳 細川潤次郎訳 川路寛堂著 { メーゾンヌープ著 大森鐘一訳 { エウワルト著 村田文夫訳 小林儀秀訳 福沢諭吉著 紙幣寮訳	擁万堂 済美齋 法制局
1877年 (明治10年)	治罪法要録 性法講義 本朝民鑒(八) 憲法志科(三六) 刑法論網(九) 仏国刑法略論 刑法撮要 海氏万国公法 英国商工法鑑 { 仏国民法契約書解釈 方法説明 仏国民法詳説	山内豁朗編纂 { ボアソナード講義 井上操筆記 福鎌芳隆編纂 木村正辞編 { ベンサム著 林董訳 { プーフ著 高木豊三抄訳 { ボアソナード講話 井上操筆記 { ヘットル著, 荒川邦藏・ 木下周一郎訳, 寺内章明 校訂 大井憲太郎訳 箕作麟祥抄訳 { デモロンブ著 箕作麟祥訳	岡島新七 司法省 千鐘房 司法省 司法省蔵版 司法省蔵版 司法省 司法省蔵版 司法省蔵版 司法省蔵版

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受(三)

発行年月	書名	著・訳者	発行所
	英国会社類編	{ 和田信郎訳 大江運校	大蔵省蔵版
	孛国財産相続法	{ 仏アントアンドサンヂョ セフ著 中江篤介訳	司法省蔵版
	英国財産相続法	{ 仏アントアンドサンヂョ セフ著 中江篤介訳	司法省蔵版
	仏蘭西刑法講義	リップマン講義	大阪裁判所蔵版
	仏国民選議院規則	大井憲太郎訳	
	国政党派論	{ ブルンチェリー著, フル ベッキ述, 杉亨二訳	
	分権政治初篇	若山儀一編	
	政学概論(二)	中金正衡著	
	法学撮要	大井憲太郎訳	
	民約論	{ ルソー著 服部徳訳	
	民権問答(四)	児島彰二編	
	英国政典	平井正訳	
	権理提綱(二)	{ スペンサー著 尾崎行雄訳	
	仏国邑法	熊本敬一訳	
	国制沿革略史(三)	天野御民訳	
	仏国刑法註釈	内田正雄訳	
	英国会社類篇	和田信郎著	
	仏国民法解釈(二〇)	{ デルソン著 箕作麟祥訳	司法省
	欧州各国憲法	{ 田中耕造・斉藤利敬訳 細川潤次郎校正	元老院
	泰西古今法律類鑑(二)	{ マケンジー著 何禮之訳	
	仏国行政法	田中耕造訳	東洋社
	法学指鍼	{ ウエルベッキロ訳 忘筌社員筆述	金港堂

備考 尾佐竹猛 法律学文献年表(明治文化全集第一三卷)〈法律編〉所収・西村捨也 明治時代法律書解題(酒井書店 一九六八年七月)より作成

となつてゐる。ここでは従来なされたような近代法学一般についてではなく、法の技術的な理解や運用についての解説書・紹介書の刊行に力点が移つてゐることが解るだろう。

これらの翻訳書・紹介書によつて、近代法学——その支柱となる自然法思想——は法の技術的運用において、明治政府の望む意味・内容をもつたものに改変された。ここでは明治政府の企図した社会発展と法秩序の維持に役立つ単なる法的技術として組み立てられた。このため近代法学は階級的支配を実現するための法学としての役割を果たし、位置づけられることになつた。⁽³⁾こうして明治維新直後にあつては上からの近代法学の継受が、これまでの封建的諸制度——それを支えてきた法イデオロギーをも——に對して進歩的役割を果たしたのと異つて、反動的役割を果たすものに変化してゆくのである。だから明治政府がブルジョア啓蒙学者のなす精力的な近代法学書の翻訳・紹介を放任したのも、明治政府自体が近代法学の果たす、かかる客観的な意味と役割とを認識していたからである。こうした意味での近代法学の積極的紹介を背景として、一八七六年(明治九年)六月より司法省において民法典編纂が急がれた。そして、ついに一八七八年(明治一年)四月に草案が成就した。このことは次の資料によつて理解されうる。

『民法編纂ノ議』

本官曩ニ司法卿兼任中明治九年六月ヨリ司法省ニ於テ委員ヲ置キ本官其主任トナリ民法編纂ニ著手シ漸次稿ヲ起シ明治十一年四月ニ至リ一時全ク竣功ニ属スト雖モ未タ充分ナラサル廉モ不少候ニ付尚又精々審査本年一月ヨリ再び委員ヲ會シ集議ヲ遂ケ革ニ着手候処本官兼任辭職以後右編纂ノ事務法制部ニ属セラレ引続編纂致シ居候然ルニ該事業タル未タ法典ノ我國ニ制定セシモノ無之専ラ法理ノ渊源ヲ究メ理論ト人情トヲ折衷シ其当ヲ得ルヲ肝要トシ而シテ其区域尤広濶條章数千ニ涉リ不容易事業ニ候ヘハ元老院議官及裁判官並ニ法制部官員中ヨリ若干名ヲ選ミ委員ヲ定メ更ニ參議中ヨリ總裁一名ヲ置カレ會議論究ノ上編纂致シ候ハハ實際上便宜ヲ得申ヘクト存候就テハ右ニ御治定相成候ハハ左ノ人名共ニ被仰付可然候比段上申候也

總裁

一名

委員

議官	楠田 英世
議官	水本 成美
議官	津田 真道
議官	箕作 麟祥
判事	西 成度
判事	池田 彌一
司法省少書記官兼太政官少書記官	黒川誠一郎
太政官権少書記官	磯部 四郎

明治十三年四月一三日

参議法制部主管 大木 喬任

太政大臣 三条 実美殿(小早川欣吾 統明治法制叢考 山口書店 一九四四年《昭和一九年》三月 二二二〜二二二頁)

となつてゐる。民法草案の準備がなされたのは、一八七六年(明治九年)三月であり、具体的起草に着手したのは同年六月からであった。民法草案の起草は民法編纂委員牟田口通照(司法権大書記官)・箕作麟祥(司法大書記官)によつてなされた。一八七七年(明治一〇年)九月には民法草案を司法卿大木喬任に提出した。このことはつぎの資料によつて明きらかにされる。すなわち、

『客歳ノ夏閣下ノ命ヲ奉シ民法編纂ノ業ニ従事シ爾來考究講明其人人事ニ関スルモノ四百有七十條財産及ヒ財産所有ノ種類ニ関スルモノ百有五十五條ヲ草シ通計凡ソ六百有二十五條ニ及ベバ略々之ヲ序次彙輯シ以テ試ミニ左右ニ呈ス然レトモ此稿ハ固ト刪補修正ヲ編纂竣功ノ時二期スルニ在レバ更ニ閣下高旨ノ在ル所ヲ釋子取捨竄改ヲ異日ニ要セサル可カラス故ニ茲ニ呈スル所ハ敢テ完成ノモノニ非スト雖モ姑ク今マ数部ヲ活刷シ以テ騰写ニ代ヘサレハ意フニ爾後竄訂ノ際毎次騰写ノ勞ヲ費スノミナラス遺脱

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受(三)

舛誤ノ患モ亦少ナカラサルヘシ因テ此段兼テ允裁ヲ乞フ其爾編纂ニ係ルモノハ不日將ニ高覽ニ供セントス明治十年九月

民法編纂委員	牟田口通照
司法権大書記官	
民法編纂委員	箕作 麟祥
司法大書記官	

大木司法卿閣下』(同上 二二三ページ)

としている。これが『明治一一年民法草案』といわれているものである。この『明治一一年民法草案』は全体で三編にわかれている。このうち第三編の第一巻(財産相続)と第二巻に関する部分が明らかにされていないが、財産法を含み民法全体にわたる草案として完成させられていた。その内容は次のようであった。

『民法草案目録

第一編 人事 明治九年六月起草
同年九月竣草

第一巻 民権ヲ有スル事、日本人タルノ分限ヲ失フ事 從第一条至第十六条 六月一日起草
六月二日竣草

第二巻 身分証書 從第十七条至第六十六条 六月五日起草
六月十五日竣草

第三巻 住所 從第六十七条至第七十六条 六月十四日起草
六月十五日竣草

第四巻 失踪 從七十七条至第一百八条 六月二十一日起草
六月二十八日竣草

第五巻 婚姻 從第九十九条至第二百二条 六月三十日起草
七月十九日竣草

第六巻 離婚 從第二百二条至第二百八十一条 七月廿二日起草
八月二日竣草

第七巻 父母タル事、及ヒ子タル事 從第二百八十二条至第三百十三条 八月三日起草
八月八日竣草

第八巻 養子 從第三百十四条至第三百三十条 九月二日起草
九月四日竣草

第九卷 父母ノ權 從第三百三十一條至第三百四十四條
九月五日起草 九月六日竣草

第十卷 幼年ノ事、後見ノ事後見ヲ免ルル事 從第三百四十五條至第四百四十一條 九月七日起草
九月二十日竣草

第十一卷 丁年ノ事、治産ノ禁ノ事、浪費者ノ為裁判所ヨリ任スル補佐人ノ事 從第四百四十二條至第四百七十条 九月二十一日起草
九月二十二日竣草

第二編 財産及ヒ財産所有權ノ種類 明治九年十月起草
同年十二月竣草

第一卷 財産ノ區別 從第四百七十一條至第四百九十一條
十月廿四日起草 十一月七日竣草

第二卷 財産所有權 從第四百九十二條至第五百十七條
十一月八日起草 十一月十一日竣草

第三卷 入額所得ノ權及ヒ定限アル入額所得ノ權 從第五百十八條至第五百六十五條
十一月十七日起草 十一月二十八日竣草

第四卷 土地ノ義務 從第五百六十六條至第六百二十五條
十一月三十日起草 十二月十三日竣草

第三編 財産所有權ヲ得ル方法
第一卷 總則 從第六百二十六條至六百三十二條 明治十年一月
三十一日起草 二月一日竣草

第二卷

第三卷 契約 從第九百三十九條至第一千六十二條 同年八月
九日起草 十月五日竣草

第四卷 契約ナクシテ生スル義務 從第一千六十三條至第一千七十九條
同年十月八日起草 同年十月十三日竣草

第五卷 婚姻ノ契約 從第一千八十條至第一千二百七十九條

第六卷 売買 從第一千二百八十條至第一千三百五十五條

第七卷 交換 從第一千三百五十六條至第一千三百六十一條

第八卷 質貸 從第一千三百六十二條至第一千四百三十一條

第九卷 会社ノ契約 從第一千四百三十二條至第一千四百六十三條

第十卷 貸借 從第一千四百六十四條至第一千五百一十條

日本における所有權意識の形成過程と近代法学の継受(三)

- 第十一卷 附託及ヒ双方相争フ物ノ附託 從第一千五百二条至第一千五百五十二条
- 第十二卷 偶生ノ事ニ関スル契約 從第一千五百五十三条 至第一千五百六十五条
- 第十三卷 名代ノ契約 從第一千五百六六条至第一千五百九十一条
- 第十四卷 保証ノ契約 從第一千五百九十二条至第一千六百二十三条
- 第十五卷 和解ノ契約 從第一千六百二十四条至第一千六百三十六条
- 第十六卷 質入ノ契約 從第一千六百三十七条至第一千六百六十条
- 第十七卷 先取りノ特權及ヒ不動書入質ノ權 從第一千六百六十一条至第一千七百六十一条
- 第十八卷 期滿得免 從第一千七百六十二条至第一千八百二十条

となつてゐる。大木喬任は、この『明治一二年民法草案』をさらに修正しようとなしたが、修正によつて施行できるものとはならないと判断した。このため民法草案を改めて起草させたのである。この事情については、大槻文彦『箕作麟祥伝』のなかで次のように記述してゐる。

『明治九年、大木喬任、司法卿に任ぜられ、此時、麟祥君、民法の草案を命ぜられて成りしかど尚、不完全なりとして、「明治十年に至り、大木司法卿、省中に民法會議を起し、「ボアソナード」の草案を議することとなり、麟祥君、磯部四郎等と、起草掛となり、續きて、十三年に、政府に、民法編纂局を置かれ、大木喬任編纂の總裁となり、麟祥君等、起草委員となり、「ボアソナード」、草案を起して、會議を開き明治十九年に至て、民法一千条を議して、上奏せり』(同上 九一ページ以下)とされている。これによつて大木喬任が『明治一二年民法草案』を施行にたえないものとなしたのは、あまりにもフランス民法の直訳に過ぎず、日本の慣習を顧慮していないとしたからであつた。清浦奎吾は『明治法制史』のなかで次のように指摘してゐる。

『其編別休裁ヲ初メ其内容亦仏国民法ヲ模倣シタルモノニシテ一言以テ之ヲ評スレハ仏国法典ノ翻譯ト逕庭ナシト謂フモ亦証言ニ非サルナリ。政府ハ此ノ草案ヲ以テ満足セス更ニ欧米ノ立法例及ヒ學說ヲ參酌シ最モ完全ナル法典ヲ編纂センコト……』

(同上 五八四～五八五ページ)

となしている。この指摘のように『明治一一年民法草案』は、まったくの『敷衍民法』とされたものである。そのため大木喬任は一八八〇年(明治一三年)一月に、新たに『民法編纂會議』を發足させることにし、『民法編纂局』を設置した。そして一八八〇年(明治一三年)六月一日より事務を開始している。この『民法編纂局』にはポアソナードが参加することになったのである。

この『民法編纂局』は一八八六年(明治一九年)三月三一日に閉鎖された。しかし、閉鎖の直前に『ポアソナード民法草案』と称せられるもの——第二編財産編・第三編財産取得編の計千余条——を内閣に呈出した。大木喬任のなした内閣総理大臣伊藤博文宛の上申書にはつぎのように述べられている。

『舊任民法典編纂ノ命ヲ奉シ、御雇人ポアソナード氏ノ起稿ニ就キ同委員ニ於テ數回ノ討議ヲ経、爰ニ現成ノ分民法第二編(第一部財産編)物權^{第五百一条ヨリ}第八百十三條迄(第二部財産編)人權^{第八百十四條ヨリ}第三編(第一部特定名義ノ獲得法)諸章^{第一千五百一条ヨリ先}致^{第一千五百二條迄}上申候(内閣官房編 内閣制度七〇年史 大藏省印刷局 一九五五年『昭和三〇年』一二月 八三五ページ)

とされている。したがって『ポアソナード民法草案』の内容は第二編第一部物權(五〇一条～八一三条)、人權(八一四條～一一〇〇條)・第三編財産取得方法第一部特定名義ノ獲得法(一一〇一条～一五〇二條)であったわけである。そして第五〇一条から始まっているのは、五〇〇条までを人事編にあてる予定であったからである。この間の事情については一八八六年(明治一九年)三月三一日に民法編纂總裁大木喬任が『民法編纂局』の閉鎖にあたり、内閣総理大臣伊藤博文に『民法第二編・第三編』の頒布を建言した『上申書の副申書』(内閣官房編 内閣制度七〇年史 大藏省印刷局 一九五五年『昭和三〇年』一二月)の、つぎの記述によって知る事ができる。

日本における所有權意識の形成過程と近代法学の継受(二)

『本案ハボアソナード氏ノ起稿ヲ訳訂セシ者ニシテ、当初同氏見込ヲ立テ、民法ヲ大別シテ五編トス。第一編(人事編)、第二編上申文ニ、譯カナリ、第三編第一部(同上)、第二部(包括名儀ノ獲得方法)家督相続包括ノ贈与遺贈夫婦財産ノ契約等、第四編(債權ノ担保)即保証連帶貨物、先取特權抵当等、第五編(証拠篇)即一切ノ物權人權及親族ノ權利ニモ普通可用者等ニシテ、其第四編第五編ハ同氏ノ草案未タ成ラサルニ因リ訳訂ニ著手スル能ハス。其第一編即人事編及第三編第二部ニ関スル者ハ深ク本邦ノ風俗習慣ヲ斟酌シテ宜ヲ得ルニ非レハ人民特ニ掩服ニ堪ヘサルヘキヲ以テ、尚就考ノ為姑ク見合セ置キ、同氏ハ第二篇ヨリ著手セリ。但第一篇ノ条數ヲ予メ五百条ト定メタルヲ以テ、第二篇ノ首条ヲ第五百一条トスルコト上申候草案ノ如シ……。

一 第一篇ニ就テハ、上文述ル如ク、我民情ヲ昭鑑セサル可ラサルニ因リ、特ニ此案及第三篇第二部ニ関スル起草ヲ我編纂委員ニ於テ分担シ、其案日文本文成ルノ後、ボアソナード氏ト討議シ協定ノ上、同氏更ニ正稿ヲ成シ、此ヲ訳訂シテ全部ノ落成ヲ期セシナリ、是ハボアソナード氏ト。故ニ委員ハ、一面ニ於テ民情風俗ノ参考ニ用ヒヘキ者ヲ蒐集シ、又一面ハ本文ノ立案ニ著手セリ。然レトモボアソナード氏カニ編三編ノ編成ニ余暇ナキニ困リ同氏ト協定スルノ機会ヲ得ス、此レ第一編及第三編第二部ヲ關如スル所以ナリ』(同上 三八六ページ)

となしている。したがって、ボアソナードは民法草案の起草に参加したが、第一編(人事編)・第三編第二部(財産獲得編)については直接関与しなかつた事が解る。また伊藤博文『秘書類纂法制関係資料』(秘書類纂刊行会 一九三七年)『昭和二年八月』所収の『商法法典』ノ編纂公布』の項にもつぎのように記載されている。

『明治十年五月民法編纂掛ヲ司法省ニ置キ、箕作麟祥外若干名ヲ委員ニ命シテ其取調ニ從事セシム。該委員ハ民法草案(第三編財産所有權ヲ得ル方法第六百二十六条乃至第四百七十九条)ノ稿ヲ脱シ之ヲ大木司法卿ニ呈セリ。

十三年四月民法編纂局ヲ元老院ニ置キ、大木司法卿ヲ総裁トシ、玉乃司法大輔議官及判事若干名ヲ委員ニ命ゼラル。該委員ハ法律顧問仏人ボアソナードノ起稿ニ係ル民法草案ニ就キ審査ニ從事セリ。

(略)

十五年民法編纂委員中主任ヲ定メテ人事編ノ起草ニ着手セリ。』(同上上巻 二八二〜二八三ページ)

とされている。また『法律雜誌』(明治一五年一〇月)の記事にも、つぎのような記載がある。すなわち、

『第一編即チ人事編ハ之ヲ異邦ノ人ニ委ネス現今我邦人中ニテ之ヲ編纂セラルルト、蓋シ人事法ノ事タルヤ其団体ニ由リテ差等ヲ為ササル可カラズ、其他風俗習慣ノ点ニ至リテハ殊ニ尤モ注意ヲ為ササル可カラサルモノナリ、故ニ之ヲ異邦ノ人ニ委ネスシテ、本邦人法律慣習ニ詳ナル人ヲ撰ンテ之ヲ編纂セシムルハ試ニ宜シキヲ得タリ』

とされている。さらにポアソナード自身が明言していることから明きらかである。ポアソナードは『日本民法草案財産篇物権ノ部』——これは一八八〇年（明治一三年）五月一四日になした第一回の討議である——のなかで、つぎのように述べている。

『人事ノ部ニ対シテ余ハ草案ヲ出スノ任ヲ受ケサルガ故ニ……』

となしている。しかし、日本人委員の起草した人事編および財産獲得編の草案をポアソナードと討議し、協議の上で正稿となしたわけである。⁽⁴⁾

この『民法編纂局』が廃止されると、その事務は司法省に移管された。そして一八八六年（明治一九年）四月には司法省に『民法草案編纂委員』が置かれ人事編の起草を担当した。⁽⁵⁾しかし不平等条約改正・領事裁判権の撤廃のため、一八八六年（明治一九年）八月六日より外務省で井上馨のもとで、ウェスタンプリン・シブルにもとづく諸法典の統一的な編纂をなすこととなった。このため日本民法典編纂は約半年間、外務省の手に移されたのであるが、たいした成果も挙がらなかった。大木喬任による日本民法典編纂は、財産法についての統一的規定をなすまでに進展した。しかし、人事編についての起草を、日本の風俗・慣習を尊重するものとしてなそうとしたため、完結したものはなりえなかったわけである。だが当面の課題としての所有権意識は、財産法の起草によって、ほぼ一定の内容をもつものとして固定させられたことは否定しえない。そのため、つぎに明治初年において、近代法学の継受がどのような法的意

味をもつていたかを検討しておくことにしよう。

- (1) 恒藤 恭 法の精神 岩波書店 一九六九年六月 二一八ページ
- (2) 末川 博 法と契約 岩波書店 一九七〇年三月 一七三ページ
- (3) 鳥井博郎 明治思想史 三笠書房 一九四七年二月 六九七〇ページ
- (4) 石井良助 民法草案人事編理由書解題(明治文化資料叢書第三卷〈法律篇上〉明治文化資料叢書刊行会) 風間書店 一九五九年四月 七ページ
- (5) 宮川 澄 旧民法と明治民法 青木書店 一九六五年一月 六八ページ

八 明治初年の近代法学継受のもつ法的意味

これまでの考察によって、日本における近代法学は西欧先進資本主義諸国との、交渉の必要にもとづいて注目されたことを知った。しかし明治維新以後、富国強兵の政策実現のためになされた、日本民法典編纂の必要と要求とに結びついて、近代法学の継受が種々なる姿態をとって実現されていった。そのため明治初年の近代法学の継受に対して、日本の特質を与えたのである。これは日本における資本主義的発展の基礎的条件——資本主義的経済関係の展開を可能にする——に奉仕することのできる精神的根柢をうえつける事に役立てられた。現実の日本における社会・経済的条件からすれば、近代法学による法的意識を形成しうる一般的条件を欠除していた。このため近代法学の継受は近代法学にもとづく法的意識の形成と結びつかなかった。したがって近代法学の継受は近代法のもつ法形式的側面が重視され、近代法を支えている法思想——これは自然法思想であったが——の導入については、はなはだ不十分なものとなった。明治政府の民法典編纂も近代民法典のもつ法形式を利用して、これまでのふるい・おくれた諸關係に近

代法的形式をもち込むことよって、国家的利益——これは富国強兵となるが——を実現しようとなしたのである。明治政府は何よりも富国強兵の諸政策を基本的な政治的目標となした。これは当時の先進資本主義諸国によるアジアへの植民地的進出に対処し、日本の独立を守るといふ政治的要求に根ざしていた事は否定しえない。だから何よりも近代化が緊要の課題をなしたのである。もともと近代法は封建社会の諸矛盾の政治的解決としてのブルジョア革命の勝利の成果を法制化したものである。ここでは政治的諸關係の法的表現としての意味をもって見た。このためブルジョア革命自体を達成しえなかつた明治維新の政治的変革にあつては、近代法自体が本来的なものとして機能しうる、社会・経済的条件をもつていなかつたわけである。

ところが、法イデオロギーは法の正当性を支える、一般的な理論的根拠を提供する役割を果たすことになる。これは経済的土台の単なる受動的な反映として、法イデオロギーが存在しているだけでなく、その存立の物質的基盤をなす経済的土台に対しても、能動的に反作用をなすからである。明治政府は法イデオロギーが社会・経済的諸条件の変化に、積極的に作用する点に着目した。そして法イデオロギーを超階級的なものとして、したがって法イデオロギーが政治的・階級的諸關係を媒介として形成されるという理解を、困難にするために自然法思想を利用する。ここでは支配階級の頭脳に映像した法イデオロギーのみが法に転化し、さらに法が経済的土台に対して反作用していることと事実を否定する。法と経済的土台とのあいだの相互作用は、明治初年の社会・経済的条件のもとで、促進的作用を果たした事実と結びついて、法を支えている支配階級の法イデオロギーが、先進的思想であるとして理解されることを容易ならしめる。

日本民法典の編纂過程の検討は、近代法学の精神的基盤をなす自然法思想そのものが、どのようにして反動的な法

イデオロギーに転化してゆくかを明らかにする。そして近代法学は諸政策の法による実現・強化の役割を合法的なものであると理論化する。明治初年における近代法学の継受は、まさにかかる法的意味をもっていた。ここでは近代法学が明治政府の制定した諸法規に、理論を提供する官僚法学として発展させられてゆく、契機を見出すことができるのである。⁽¹⁾ところが近代法そのものは、資本主義的生産関係を維持し擁護するものであるから、当然に自己の政治権力の確立を企図し、その限りで近代化の推進をなす政治権力側の法イデオロギーと、これを正しい意味での近代化として受け止める勢力の法イデオロギーの間に対抗関係を導くことになる。⁽²⁾こうした対抗関係は明治維新以後、急速に発展していった。この場合、明治初年においては、近代法上の権利に対する理解をめぐって、するどく現象したわけである。これは自由民権運動としての政治的主張にみられる法的現象によって知ることができる。いま、これを所有権についての権利意識がどのようなものとしてあったかを検討してみたい。ことに明治初年においては、土地変革によって権利関係上の変化が生じたのであるから、土地所有が近代法学によって紹介された所有権(財産権)と、どのように結びついて理解されたかによって知りうるだろう。近代法学にもとづく所有権(財産権)については『性法略』(神田孝平)や『泰西国法論』(津田真一郎)によって紹介された。神田孝平は『性法略』(第七編 物件上ノ権ヲ論ス)・第八編 私有ノ権ヲ論ス)のなかで、私有の権として次のように記述している。

『第七編 物件上ノ権ヲ論ス』

第一条 物件上ノ権ノ最急最要ナル者ヲ私有ノ権トス。

第二条 私有トハ某物ヲ採リ全ク己レカ私有トナシ、専權ヲ以テ或ハ処置シ或ハ消費シ他人ヲシテ之ニ関カラシメサルヲ云。

第三条 物件上ノ権其他尚ホ有ト雖必竟私有ノ権ノ支派ニ屬ス、即チ処置消費十分ナラサル權ヲ指スノミ^(第八編百十九条)。

第八編 私有ノ権ヲ論ス

第一条 私有ノ権ノ根拠ヲ論スル衆説一ナラス。爰ニ其最明確ナル者ヲ挙グ。

第六条 是故ニ私有ノ権ノ大本ハ占有ニ在リ、即チ其物件ヲ取テ自己専制ノ用ニ供スルナリ。

第八条 凡物ヲ一タヒ占有スル時ハ、何時何法何形ニ拘ハラス、己カ意ニ任セテ之ヲ用フルコトヲ得ヘシ。

第九条 徒ニ己カ有ト稱スルモ、其実践ナキ時ハ私有ノ権アリト為ス可ラス。

第十二条 私有ノ地ニ非サレハ、之ヲ耕シテ其産物ヲ收ムルコトヲ得ス。

第十四条 衆人相合シテ有スル所ノ者ハスヘテ会社ノ私有ナリ。故ニ一群ノ人民住居スル所ノ土地モ亦其人民ノ合同私有ナリ』
(明治文化全集第一三巻法律編 日本評論新社 一九五七年三月 七七八ページ)

となしてゐる。ここでは私有の権が占有という事実⁽¹⁾に導かれ、そこから物に対する使用・収益・処分を得ることが紹介されている。また津田真一郎は『泰西国法論』(巻二第六編 国家に対する住民有する所の通権)において、つぎのように記述してゐる。すなわち、

『第一八章 其所有の物を自在にする権は宜しく之を敬重す可し。蓋是成国の基礎なり、惟天下の公益の為に之を制限する所あるのみ。

第十九章 特別非常の事件にて国家の公益之を要するに非れば、絶て住民所有の物を収て国実の公物と為す可らず』(明治文化全集第一三巻法律編 八六ページ)

となしてゐる。ここでは私有権が『天下の公益のため』にのみ制限されるものであって、国家からの自由を主張してゐる。こうした所有権についての理解は、ポアソナードの『校訂性法講義抄』(井上操筆記⁽²⁾)によって、その法理的根拠が明確化されること⁽³⁾によって深められた。ポアソナードは『校訂性法講義抄』(第二編 財産的法律關係 第一財産ノ理論)のなかで、つぎのように述べてゐる。すなわち、

『余ニ所有權アランニ其眼目タル物品ハ全ク。余ニ屬セリ。所有權ハ特ニ余ノミニ存スル者ニシテ決シテ他人ニ関スル所ナシ。

日本における所有権意識の形成過程と近代法学の継受(二三)

所有權ト余トノ間ニハ權利ノ閑節アリテ他人ノ家財權利及ヒ其安寧ヲ妨ケサル限りハ余ニ許ルシテ随意ニ余ノ品物ヲ使用シ獲得シ及ヒ之ヲ処置セシム。……所有權ハ使用シ獲得シ及ヒ処置スルノ權ナリ。然レモ既ニ述ヘシ如ク之ヲ行フニ當テ他人ヲ害スルヲナカレハシ。

所有者ノ意ヲ以テ所有權ヲ分開セサル間ハ此三種「使用・獲取・処置ノ權」ノ境界ヲ定ムルニ於テ利益ナシ。更ニ他人ニ關スル所ナク所有者ハ一人ニシテ三種ヲ併有スルトキハ之ヲ全有權ト云フ。然レモ全有權ヲ分割スルヲ得ヘシ。即チ使用スルノ權「又ハ使用權」ヲ以テ一人ニ与ヘ獲取ノ權ヲ以テ他ノ一人ニ与フルヲ得ヘシ（是レ収實權ヲ有スル者ナリ）。此時ニ於テハ所有者ハ唯虛有權ヲ有スルノミナリ。使用スルトハ品物ヨリ生スル菓實ヲ拾取セシテ只品物ノ自然ニ從フテ之ヲ自用ニ供スルヲ云フ。馬ハ之ニ騎シ或ハ之ニ車ヲ引カシメ、家ハ之ニ住シ田園ハ之レニ逍遙シ、動産ナレハ其用方ニ從フテ之ヲ使フヲ云フ。

田園庭園ノ使用權ノ有名無実ナラサルカ為メニ一般ニ法律ニ於テハ使用者ニ許ルシテ自己ノ需要ニ供シ及ヒ其同居ノ親族ノ需要ニ供スル丈ケ菓實産物ヲ拾取スルヲ得セシム。

獲取スルトハ品物ノ自然ニ從テ定期ニ其産スル所ノ菓實ヲ拾取スルヲ云フ。土地森林池塘ハ天然ノ菓實産物ヲ生シ、或ハ之ヲ人ニ貸ストキハ地代（民法上ノ菓實）ヲ与ヘ、家宅ハ屋賃ヲ与ヘ、雌雄ノ禽獸ハ其子ヲ産シ及ヒ毛羽糞料等ノ諸産物ヲ生ス。即チ此諸菓實産物ヲ得ルヲ獲得スルト云フ。

処置スルトハ品物ヲ他人ニ讓渡シ又ハ之ヲ交換シ又ハ之ヲ破毀スルヲ云フ。品物ニ付テ虚有ノ權ヲ有スル者モ尚ホ能ク品物ヲ他人ニ讓渡スルヲ得ヘシ。然リト雖モ他人ニ授ケシ使用權ハ収實權ノ未ダ絶止セサル間ハ虚有者ハ品物ヲ交換シ破毀スルヲ得ス。使用權ト収實權トニハ際限アリテ必ス之ヲ有スル者ノ一生ニ止ル「之ヲ有スル人死スレハ其ノ權モ亦消亡ス」。

所有權ニハ如此キ改様「虚有權・収實權及ヒ使用權ニ分開スル事」ノ外ニ尚供給ノ權（或ハ土地供給用）ナル者アリ供給ノ權ハ土地ノ所有者ニ許ルシテ其土地ニ欠缺スル所ノ數種ノ利益ハ隣家ノ土地ヨリ之ヲ引用スルヲ得セム。即チ通行ノ權、觀望ノ權、收畜ノ權、及ヒ吸水ノ權等ヲ有スルヲ云フ。供給ノ權ヲ利スルノ土地ヲ主領地ト云ヒ又供給ノ義務ヲ負担スルノ土地ヲ服役地ト云フ。上文數種ノ場合其他是ニ類スル場合ニ於テ供給ノ權ハ始テ之ヲ立定セシ所有者ノ名氏ニ關シテ之レニ屬スルニ非ラス。從來其土地ニ所有權ヲ有スル者ハ都テ供給ノ權ヲ有スヘシ。是レ蓋シ供給ノ權ハ地主ヨリモ寧ロ地面ニ屬スル者ナレハナリ。此場合ニ於サハ供給ノ權ハ重畳ノ物上權ナリ。第一ハ既ニ言ヒシ如ク直チニ品物（即チ土地）ノ上ニ在ル權ナリ。第二ハ供給ノ權ハ品物ニ屬スル故ニ所得者「地主」ノ生命ト共ニ消亡セス。供給ノ權ハ収實ノ權ト異ナリテ永久ノ者ナリ。収實權ハ収

実者ノ身ト共ニ消亡ス故ニ或ハ之ヲ身ニ属スル供給ノ權ト云フ「セルビチュードベルソ子ル」原語ニテ通常「どろわ、れーる」ト云フトキハ物上ノ權ト云フ義ナリ。然レハ供給ノ權ハ物上權ナリト云フトキハ「れーる」(物)ノ字ハ物ニ属スルノ意味ナリ「併テ本義ノ物上ノ意味アリ」。故ニ供給ノ權ハ物上權(所有者直チニ物ノ上ニ權ヲ有スル所ヨリ云フ)ニシテ兼テ又タ物ニ附着スルノ權ナリ。故ニ重疊ノ物上權ト云ヘリ。又タ身ニ属スル供給權ハ原語ニテ「せるびちゅど、べるそねる」ト云フ。通常ハ「べるそねる」トハ他人ニ対スルノ意味ナリ。茲ニテハ所有者ノ身ニ属スルノ義ナリ「故ニ余ハ意識シテ身ニ属スル供給ノ權ト書セリ」(明治文化全集第一三卷 日本評論社 一九五七年三月 改訂版 四八一〜四八二ページ)

となしている。ここでは土地に関する現実の利用者が、土地に対する利用権を法認され、その外延的なひろがりとして収益・処分ノ諸権能が法認されるに至ることを論証した。ところが大木喬任による民法典編纂が進展し、具体的な財産法的部分の立案がなされるようになると、問題が生ずることになる。それは明治政府が一八七三年(明治六年)から『地租改正』に著手するのであるが、この『地租改正』の準備的作業としてなされた、『地券』交付という問題との関係である。地券交付は明治維新以後の土地立法の基礎としてなされたものであった。これは言うまでもなく、これまでの封建的領有関係を整備して、これに代る所有関係を土地の上で確立することである。ことに土地に対して重疊的關係をともなつた封建的領有関係を排除し、唯一の土地に対する支配——近代的所有権の前提となる私的所有権の確認——を確定した。この場合、近代法学上の知識は、それに対する法理的根拠を付与するために利用しなければならなかつた。もちろん地券交付は、たんに土地に対する私的所有が法認されたに過ぎず、同時にそうした所有権の帰属者を確定するにあつた。しかも所有権の帰属者の確定が、地租収入の確保という財政政策にとって重要事であり、所有権自体の内容について関心が深かつたわけではない。ここでは所有権が私的(資本主義的)所有権としての、具体的内容をもって法的に構成されたわけではなかつた。すくなくとも地券交付の時点において、明治政府内部で所

有権自体についての、統一的な法的見解に達っていないことが、これによって理解できる。これは明治政府が地券交付にあたり、地券発行の趣旨を明らかにした『地券ヲ發スルノ益』(明治前期財政經濟史料集成 第七卷所収)をみれば明らかである。この『地券ヲ發スルノ益』は一八七二年(明治五年)から一八七三年(明治六年)の初めに作成されたものとされているものであるが、つぎのように地券交付の利点が強調されている。すなわち、

『地券ヲ發スルノ益』

夫レ地券ノ方法タルヤ、現実ノ地形ニ随ヒ步數ヲ訂正シ、眞実ノ利潤ヲ量リ、価値ヲ詳明シ、以テ人民ノ所有ヲ保護シ、土地ノ境界ヲ詳覈ス。其ノ世ニ益アル蓋シ五條アリ。一ニ曰ク、人民所有ノ權利ヲ固定シ以テ紛争ヲ防ク。蓋従前ハ質地ノ名ヲ以テ窃ニ売買スルヨリ動モスレハ争端ヲ開キ、官府ノ裁判ヲ煩ハスコト尠カラス。今人アリ、一タヒ券状ヲ受ケ其地ヲ所持セルノ確証ヲ得タルトキハ、仮令政府ニ於テ其地必要ノコトアルモ一般公利ノタメニスルニ非サル外ハ強テ之ヲ買揚クル能ハス。況ンヤ他ヨリ防障ヲ為ス能ハサルハ勿論ナリ。而シテ其ノ持主ニ於テハ之ヲ自由スルノ權利アレハ、人ニ貸シ与フトモ又ハ売却スルトモ或ハ質入抵当トシテ金錢ヲ借ルトモ聊カ妨アルコトナシ。但シ之ヲ他人ニ与フルカ売却スル時ハ、官ニ乞ヒ券状ノ書替ヲ得ルニアラサレハ能ハス。故ニ他人ニ豪奪セラル、ノ憂ナク、且歩數価値トモ一々官ノ簿書ト照合シ検査アルヲ以テ彼是共ニ欺騙スル能ハス。故ニ互ニ疑懼ノ念ナク眞実ニ取引スルヲ以テ融通ノ大助トナリ、其紛争ノ端ヲ絶ツ固ヨリ論ヲ待タス。是レ券状ヲ受クルノ益ニシテ、政府ヨリ所有ノ保護ヲ与ヘ以テ其權利ヲ固定スルニ依レリ。……四ニ曰ク、検査ノ煩勞ヲ要セスシテ能ク境界ヲ確定スヘシ。夫古来ノ検査帳存在スルモ地形ノ變遷ニ依リ現地ト照合セサル比々皆然リ。抑々今日境界ノ紊乱スル其由テ来ル久シク、其民ニ幸不幸アル一々枚挙ニ遑アララス。若シ之ヲ訂正セントスルニ再檢ヨリ外其術ナキヲ以テ、偶々一檢地スルトキハ民其租ヲ増スノ疑惑ヲ生シ必ス紛擾ヲ醸成ス。故ニ官府モ固循シテ其紊乱ニ任セ、人民モ又其幸不幸中ニ生活シテ意ニ今日ニ到レルナリ。今地券ヲ發行スル固ヨリ人民ノ所得ノ確証ヲ与フル所以ニシテ、現今租税ニ關係スルノ事ナケレハ銘々其畝歩ヲ陰伏スルノ弊ナカルヘシ……五ニ曰ク、旧藩制中年限ヲ定メ地所割替人民一定ノ持地ナキ旧習ヲ一洗ス。蓋国土ニ依リ上古班田ノ遺制ニ類セル法アリ。大略一村ノ耕地ハ一村ノ總稱ニシテ一人一己ノ持地ナク、十年或ハ二十年ノ年限ヲ定メ一村ノ耕地ヲ一村戸口ニ割合、年季中ノ請持ヲ定メ之ヲ耕耘シ、年季ニ至レハ再び割賦シテ地所ヲ交換ス。是古者質朴ノ時人民相互ニ其力ヲ相通

シ相助テ以テ戸口耗滅ヲ防キシ方法ナルヘシ。然リト雖トモ人ノ性各異ニシテ智力勤惰ノ相懸絶スル霄壤ノ如キアリ。今勤惰ヲ問ハス年限ヲ以テ交換スルトキハ、培養ニ力ヲ盡シ土地ヲ肥スモ他日何人ノ手ニ落ツルヲ知ラサレハ誰カ肯テ其力ヲ盡サンヤ。是令セシテ人ヲ怠惰ニ陥キレ、国家モ亦地力ヲ盡ササルノ弊ヲ受クヘシ。今地券ヲ渡シ持主ヲ確定セハ以上ノ旧習ヲ破ルヘシ。……』(明治前期財政經濟史料集成第七卷 改造社 一九三三年三月 三一八〜三一九ページ)

としている。これによつて、地券發行について人々のあいだに疑惑が存在していたこと、さらに地方官のあいだにも地券發行の趣旨について誤解の存在したことが明らかにされる。当時土地關係について種々の見解が存在していたのであつて、その一つに、これまでの土地利用の現形的形態を『一地両主』の關係におかれてきた事實に立脚し、領主の地位保全を主張するものがあつた。たとえば、つぎの主張にしめされる。

『其地券ニ記セル所ノ代価ハ乃チ人民私有ノ代価ニシテ其代価ニ応スル所ノ利益ハ乃チ私有ノ実利ナリ而テシ其代価ニ屬セサル所ノ利益ハ乍チ公有ノ実利ナリ是故ニ己ニ私有ヲ固クスルト雖モ其共有ノ実利多キヲ以テ私有ノ実利其數甚タ微ナリ』(大蔵省文庫蔵 松方文書三五の二)

となしている。ここでは明治初年の地券交付が、土地利用の作得部分(直接的・現実利用者)に対してなされたに過ぎないので、さらに土地利用の取得部分(負担取得者)に対しても地券を發行し、その両者を合せて、はじめて完全な所有権を獲得することすべきだとなしている。このような見解は民間においても存在していた。したがつて、明治政府の内部においてこうした見解が述べられているのは、民間の意見を代弁したものであるといえる。たとえば高知県の南部義寿は次のように主張している。

『従前我国ノ土地タル名ハ官有……ナレトモ実ハ民有ニ屬スヘキ部分其官有中ニ籠レタルノ理アリ但實租ノ寬苛ニ依リ作益不同アリ而然レトモ公然タル者ニアラサリキ……然ルニ先般地所先買ノ禁ヲ解キ地券ヲ渡シ人民ノ所有ヲ固クスルニ至テハ即チ官民混有ノ地トナレリ……而シテ其混有タルヤ……中ニハ全キ官有アリ但實租ノ重キ為ニ先買ノ微ナクシテ亦全ク民有アリ従前無税ノ地并ニ隱田ノ類コレナリ……』

(早稲田大学 大隈文書)

と主張している。これによって解することは、地券の持主が土地の所有者であるとは考えていないことである。⁽⁴⁾だが、同時に地券交付によって、この主張は単に所有権自体の内容をどのように理解するかという抽象的理解から、さらに一歩前進して、所有権自体が誰に帰属するかという、権利の本質的理解へと進行させていることを意味している。ところが明治初年において啓蒙的思想——自然法思想——の主たる担い手を自認した人々は、あいかわらず、権利の内容についての論議——ここではすぐれて観念的な論議にとどまっていた——をなし、現実の必要を満たすための法理論的根拠を提供するという実践的課題を果たしえなかった。これは『明六社』⁽⁵⁾に結集した啓蒙思想家の特質をなしている。このことは、これらの者の主張をみれば明らかとなる。彼らの理論的出发点は、人々が理性にもとづいて行動することによって、自らの利益と幸福とを追求することができるという点にあった。そしてそれによつてはじめて思考の自立化が達成できるとなしている。⁽⁶⁾いま、これらの者がどのような権利意識——ここでは所有権意識を中心としている——をもっていたかを明らかにしておきたい。ここでは福沢諭吉、加藤弘蔵(弘之)、津田真道の主張をとりあげたい。福沢諭吉は『唐人往来』(一八六五年(慶応元年))のなかで、『平等』や『権利』の概念をいまだ明確にしてはいない。ところが、『西洋事情』(一八六六年(慶応二年))のなかで、自然法思想にもとづく所有権について言及し、つぎのように述べている。

『私有とは備ある物を躬からために用い或は自由にて之を処す可き権を云ふ物或は人の用を為して甚だ大切なれども其人の私有に非らざることあり日光大氣の如き是れなり是二物の貴きことは家財服飾と同日の論に非らざれども人の私有に非らず即ち造花の賜にて万人の共に享る所なれば何人にても特に之を私すること能はず又政治の寛大なる国に於て人々の身を自由にする有様を持して其人の私有と云ふ可らず……私有に二種の別あり一つを移転と云ひ一つを遺転と云ふ移転とは此処より移して彼処に転す

可き物を云ふ金銭、商売品、家具、書画等の如き是なり遺転とは其処を動かす可からずして他人へ遺し伝ふる物を云ふ地面、家宅の如き是れなり且これを遺伝するには自から政府の法律あり……地面家宅の類は其主人の主人たる証を願はずこと移転品の如くに分明なり難し家を買て代金を払ふとも終始其家に居てこれを守護す可きに非らず又これを携て動く可きにも非らず故に国法を以て種種の証券を認め金を出だして買取りし家は事実其買主の私有たることを明にせり此証券を「タイトル・チーツ」と名づく既に此証券あれば地面家宅等を買ひし者もこれを頼て我私有を守護し後日に至て故障生す可き患なし尚又此遺伝を固くする為め蘇格蘭又は其他の国に於ても「タイトル・チーツ」の証券を國中布告の書に付録することあり斯の如くすれば仮令ひ証券を失ひ或は之を焼失することあるも右布告書を以て証と為し私有を失ふことなる可し」(福沢諭吉 西洋事情外編卷二「福沢諭吉全集第一巻」 国民図書株式会社 一九二六年九月五一六〜五二〇ページ)

となしている。また『西洋事情(二編卷之二)』(一八六九年)には、この点をさらに発展させつぎのように述べている。

『英人の備有する第三の通義は即ち其私有の通義なり私有の通義とは各人私に有する所の物を其人の自由に従て之を用ひ自由に之を処し自由に之を樂み国を法律を敗るにあらざれば分毫も敢て他の抑制を受けざるを云ふ元來国法の主意も人の通義を妨るにあらざ乃ち之を保護する主務とせり蓋し英国の法に於ては人の私有を至大至重のものとして極て之を貴び曾に之を害せざるのみならず假令ひ全国人民の大利を起すべき事件ありと雖も一人の私有を害することは敢て之を為さず。……』(同上 五五七ページ)

となしている。ここで福沢諭吉は所有権の絶対性こそ、自由の意義の本質的意義の存するところであると述べている。だが、この場合に『権利』をどのように理解したかという点、国家のもつ自由・平等の概念とは、決して同等の意味で、統一的・体系的に構成してはいなかった。ところが福沢諭吉は『学問のすすめ』(一八七二年〈明治五年〉)以降になると、『平等』や『権利』の概念を体系的に構成し、自然法(性法)思想にもとづいて展開させ、国家の自由・平等である『権義』と同一の原理にもとづいて基礎づけている。つぎに加藤弘蔵(弘之)を挙げることにする。加藤弘之は一八六八年(慶応四年)七月に『鄰艸』(一八六二年〈文久二年〉)で主張した考え方を発展させ、『立憲政体略』

を刊行した。このなかで『国民公私二権』を論じ次のように述べている。すなわち、

『天下ヲ以テ君主貴顕ノ私物トナスコナク所謂天下ノ天下トナス。是故ニ其臣民タル者ノ身、自カラ權利ノ存スルアリ。權利ニ二類アリ、一ヲ私權ト稱シニテ公權ト稱ス。私權トハ私身ニ關係スル所ノ權利ニシテ所謂任意自在ノ權ト稱スル者是ナリ。公權トハ国事ニ預カルノ權利ヲ云フナリ。……』

第八 各民所有ノ物ヲ自在ニ処置スルノ權利 各民其所有ノ物品ヲ自在ニ処置スルコトヲ得テ決シテ他人ノタメニ妨碍セラルルコトナキノ權利ナリ。是故ニ立憲政体ノ各国ニテハ、タトヒ罪人ノ家屋物品トイヘハ、決シテ没入スルコトナク、必ス之ヲ其妻子親戚ニ与フ。蓋シ没入ハ刑罰ト稱ス可カラス、却テ盜賊ノ所業トイフヘシ。

○其他尚數種アリ、政体論ニ挙ク。』(吉野作造編 明治文化全集第七卷〈政治編〉 日本評論社 一九二九年一月二四〜二五ページ)

となしている。しかし『地租改正』によって、明治政府は財政政策の遂行のため、土地に対する自由の權利―私的所
有権の確認を主張するにいたった。この国家権力による權利關係の確立を背景にして、加藤弘之は『国体新論』(一
八七四年〈明治七年〉一二月)⁸⁾を刊行した。加藤弘之は『国体新論』の第三章で次のように主張している。

『凡そ土地山川の如きは、天然に之を所有する者のあるの理絶えてあらざれば、始めて其処を占居し、其処を開拓せる者之を己が所有するは当然の事にして、之を他人に授与し、或は売却するも、総て其所有主の自由であり、故に他人其授与を受け或は之を買得すれば、随つて其所有主となるも亦当然の事……今日に至つても猶未だ會て此道理を知らずして、矢張日本國中悉皆、天皇の御有なりと思ふ者多く、或は地券の制立ちより人々私有地の明許ありしは既に知ると雖も猶之を眞の私有と思はず、実は、天皇の御有の内を分借したる者の如く思ふ輩猶多し……斯し人々謬見を脱せず、真理を悟る能はざるは、固より二十余年來因襲の習慣に出ると雖も、彼普天王土と云ひ富有天下⁹⁾極云へる語、亦大に之が原因なり、殊に国学者流が頻に愚論謬説を主張せしより益々世の惑を増す事となれり、既に先年某府の告諭書と題せる書を見しに、其中に国土は勿論、此国土上に有りたらゆる物一個として、天皇の御有ならざる物なければ、今日我輩の衣食住を始め皆天皇の御思によりて姑く之を拝借して用ふる事と心得、謹て此高大深遠の皇思を感載すべき由を詳細に論述したるを見たり……此等の愚論固より齒牙に掛くるに足らずと雖も、其

弊たる益愚昧の民心を惑して益真理の妨害をなす事、実に少からざるを知る可し……」(明治文化全集第五卷〈自由民権篇〉)

となしている。ここで加藤弘之は現実の土地利用の事実にもとづいて土地所有権が確認されたとする立場に立って、それを自然法思想によって理論づけようとなしている。つぎに津田真道は『政論五』(明六雜誌第一五卷 一八七四年八月)のなかで、土地所有権の確認によって初めて自由の権利をまっとうすることができるとして、つぎのように論じている。すなわち、

『地券ハ人民ヲ私有スルコトノ明確ナル証券ナリ。蓋是聴訟ノ為メニ設クルニ非スシテ、却テ訴訟ヲ未然ニ防クニ足ル孔子ノ所謂訴ナカラシメンノ方法はヨリ善キハナシ。乃支那人ノ未ダ知ラサル所、欧米各国ノ未ダ行ハザル所ニシテ、特に我今上天皇陛下ノ宸断ニ出ツ。我大日本帝國ノ人民タル者熟レカ此洪大無窮ノ聖思ヲ感載セサランヤ。蓋我大日本帝國従前ノ制、天下ハ一人ノ天下ニシテ天下ノ天下ニ非ス。大八洲ノ土地皆天皇陛下一人ノ御有ニシテ絶テ人民私有ノ土地アルコトナシ。是蓋我帝國神代以還ノ國憲ナリ。但上世ノ事其詳ナル得テ知ルヘカラズ。中古口分田ノ法、人口ヲ量リテ土地ヲ貸与スルナリ。王政乱レテ武人國命ヲ執ルニ及テ口分ノ法亦乱レテ存セス。然レドモ人民私ニ田園ヲ売買スヘカラサルノ禁ハ依然タリ。我民ノ束縛ヲ脱セサルヤ茲ニ三千有余年。慶応復古明治維新ノ際、我今上天皇陛下千古未曾有ノ英断ヲ以テ我帝國神代以來固着ノ束縛ヲ解キ、人民ニ土地売買ノ自由ヲ許シ、地券ヲ与ヘテ各人其土地ヲ私有スルノ確証トシテ永ク之ヲ保護シ、爾来天下ハ天下ノ天下トシテ復一人ノ天下ニ非ス。我帝國大日本國アリテヨリ以還皇統連綿タル掛卷モ可畏キ天皇陛下ノ復我大日本帝國ノ土地ヲ私有シ玉ハサルコトヲ明示スルニテ、実ニ我帝國千古ノ美德百世青史ニ垂シテ朽ルコナキ者何ソ吾輩微臣ノ喋々稱賛スルヲ待ンヤ。近来欧米各国ノ奴婢ヲ廢シタル美政ニ蕩軼スルコト数等ナリ。我帝國ノ人民地券アリテ以來始テ自由ノ權利ヲ全ウスルコトヲ得タリト謂フヘキノミ。

欧米各国書入質役所ノ設アリ。不動産ヲ抵当トシテ金ヲ借ルニ丁リテ金主券主双方ノ誓約ヲ該役所ノ帳簿ニ記シテ其誤ナキヲ証ス。彼國地券ノ設ナシ。故ニ土地ヲ抵当シタルコトヲ保証スル為ニ其法必要ナリ。我國地券ノ設アリ。故ニ土地ヲ抵当トシテ金ヲ借ル者地券ヲ典スルコトヲ得ヘシ。而シテ金主此地券ヲ掌握ス何ノ確証カ之ニ如シ。何ソ書入質役所ノ帳簿ニ記スルコトヲ要センヤ。然ルニ我帝國既ニ地券ノ明確ナルアリテ、地所ヲ抵当トシテ貸借スル者本区戸長役所ニ願出テ戸長ノ保証ヲ得サレ

ハ金主其抵当物ヲ收領スル特權ヲ失フ。国家人民ヲ保護スルノ厚キ、遠ク欧米各国ノ上ニ出ツト謂フヘシ。然レドモ過ギタルハ猶及ハサルカ如ク、過テ人民ヲ保護スルノ厚キハ却テ其ノ薄キナリ。蓋戸長ノ保護ヲ要スルコト地券未行前ニ在テハ実ニ至当ノ名法ナリ。然レドモ此事地券発行後ニ在リテハ蛇足ニ屬シ、徒ラニ人民ノ煩擾ヲ増シ可憐光陰ヲ奪フノ具ニ過キサルノミ……』(明治文化全集第一八卷〈雜誌篇〉一三二ページ)

となしている。自然法思想によれば、土地所有権の確立自体は、すぐさま『自由の権利』の解放を意味している。ここでは当時の政治的要求であった『天下は天下にして復一人の天下に非ざる』(福沢諭吉)とするブルジョア的要求が、私法上でも実現されたことになる。このため土地に対する私的所有権の確立が歴史的課題とされたのである。ところが明治初年の啓蒙思想家による自然法理論(天賦人權論)の主張は、自由民権運動の展開と結びつき、階級的利害の対立による諸経験を経由して、自由党左派の理論のうちに純化されていった。たとえば児島彰二の『民権問答』(一八七七年〈明治一〇年〉)、植木枝盛『民権自由論』(一八七九年〈明治一二年〉)、中江兆民『整理叢談』(一八八二年〈明治一五年〉)、大井憲太郎『時事要論』(一八八六年〈明治一九年〉)などによって知ることができ。いま児島彰二の『民権問答』(一八七七年〈明治一〇年〉九月)をみると、つぎのような主張がなされている。すなわち、

『普天の下王土に非るはなく卒土の濱王臣に非るはなしとは、固より無稽の妄語にして、真理よりして之を見れば実に噴飯に堪えざるものなり、天下の万物皆君主の所有なりとせば、今日吾人私有の田地邸宅より飲食衣服に至るまで之を君主の者となすか、何ぞ其れ迷談するの甚しきや、我が有する所の田宅は即ち吾が田宅なり、決して君主の田宅にあらず、我購ひ得たる衣食は即ち吾が衣食なり、決して君主の衣食にあらず、唯君主は能く吾を保護するの義務あるがために租税を出して依て安しと為し、適さに其の無事を図るのみ……国土は君主の私有にあらざるの理は、維新諸侯の奉還以来既に政府に於て之を弁明し、人々の私有地を認許し、之を証するに地券を以てし、而して之を保護する方法を定めたり、是れ即ち田園山林を問はず人民の所有地は敢て君主の私有に非ればなり。彼の漢土普天王土の謬説を過信せしより我旧來此に真理を逕閉するに至りしも、今日の隆運に際

會せしは誠に天命の幸福と云ふべし』

となしている。この主張は自由民権運動の政治的要求のなかに具体的な表現をとってしめされることになる。すなわち、一八八〇年（明治一三年）四月一七日の愛国社第四回決議にもとづく、『国会を開設するの允可を上願するの書』（自由党史第二巻 青木文庫版 三〇三ページ）を二府二三県総代九七名、請願人八七〇〇〇人の要求として太政官に呈出したが、このなかで次のように記している。

『……六年に地租を改正するの令を發し、地券を行へり、亦随つて國民に参政の權利を与えざるを得ん哉、何となれば地租を改正し地券を行へるものは、天下は天下の天下にして、政府の私有に非ざるが故にして、既に地券を發行すれば則ち国土は政府の私有物に非ざること甚顯著也、国土既に政府の私有に非ざれば、則ち人民の身命財産も亦政府の私有に非ざる也、人民の身命財産に政府の私有に非ず、政府是等に就て租税を徵するは、人民の私有より徵すると云はざるを得ざる也、將其租税は國家の爲に徵するものなれば、則己に收むる所の租税は必ず之を國家の共有物と謂はざるを得ざる也、而して今夫私有は其主一人にして之を処置するの權ある可く、共有は衆と共謀せざる可からざる事、實に理の当然なれば、政府業既に地券を發行して、天下は天下の天下たることを明にすれば、則ち租税を天下に徵し、及び既に收めて國家の共有物と為れる所の租税金を処置するには、政府一己にして之を爲す可き義あること無く、必ずや全国人民と共議せざるを得ざる可く、而して租税を全国人民と共議するには、国会を開設せざるを得ざる可ければ也、……』（同上 三〇八ページ）

となしている。ここでは土地所有權そのものが『天下は天下の天下たること』を明らかにしているに過ぎないとなす。しかし土地所有權の確認が、こうした理解とは異り、現実の社会・經濟的条件のもとでは、本来的意味での近代的所有權（資本主義的）所有權であることはできない。ここでは地主の土地所有の確認という結果を導き、しかもその理論的根拠を提供したに終っている。自然法思想はこうした社会的役割を果たした。自由民権運動が本来的姿態をとるようになると、自然法思想（天賦人權論）は自由民権運動の左派の理論を支えるものとして發展してゆく事になっ

た。ここでは一つが岐れて二つになるといふ唯物弁証法にもとづいて、明治政府の企図とは異なる土地所有の確認を把握することになった。それは土地所有の確認は農民自身の土地所有の確認でなければならないとする理解である。これは土地所有権が誰れのものであるかという、土地所有権の帰属についての課題に対する下からの解答であった。左派の法イデオロギーは、土地所有権について正しい理解をなしていた。だが農民に帰属する土地所有権の内容については、自然法思想に立つが故に、私的所有権の確認として理解する。したがって、ここでは地主の主張する土地所有権についての主張と同一とならざるを得なかった。こうして左派にあつても、自然法思想による土地所有権についての理解は、二つの理論的課題の厳密な区別をなしていなかった。これはいうまでもなく、当時の社会・経済的条件による限界であつて、ブルジョアの主張を包含せざるを得なかったのである。左派による土地所有権に対する主張は、抽象的・一般的な自由・平等にたつ『民約論』⁹⁾にしめされた根拠にたつて、共和制にもとづく政權樹立の政治的要求の土地に対する主張であつたといえる。

こうして明治初年の近代法学の継受は二つの方向に作用したといえる。一つは、明治政府による日本民法典編纂の進展にとつて必要な法学知識の吸収のため、そしてそれにもとづく法制度上における近代法のもつ法形式を導入することによつて、政治権力の確立への法的手段となすためであつた。いま一つは、日本資本主義の発展にとつて必要ならぬ、自由・平等のブルジョアの關係の展開に役立てるため、そして、それによつて事実上の封建的諸關係を利用するため、近代法上の法形式によつてつみかくすためであつた。ここでは、近代的所有権の本来的にもつ二つの法的性格——私的所有の法認と、資本主義的所有の法認という——を分解し、單なる私的所有としての法的性格、つまり対象物に対する排他的・独占的支配としての法的性格を近代的所有権に付与したのである。したがつて、明治

初年にあつては近代的所有権は、わずかに一側面においてのみ概念づけられたに過ぎなかつた。だから、近代的所有権のかかる法的性格づけは、当然に土地関係における『一地一主』の法的表現として展開される。そこではフランス民法における近代的所有権規定とは異つて、明治政府の遂行する土地政策の道具に転化し、それ故に実質的限界性をもたざるを得なかつた。⁽¹⁰⁾しかし、近代法学の継受が、かかる性格をもつていても、いったん植えつけられた近代法学は独自の機能を果たし、近代法学を貫ぬく精神的基盤は人々に正しく継受され、人々の意識に定着し、自己の主張を根拠づける理論に加工される事になる。これは近代的所有権についての法意識の上にも反映するはずである。だから、この点についての考察に稿を進めることにしたい。

- (1) 熊谷開作 婚姻法成立史序説 酒井書店 一九七〇年二月 五ページ。
- (2) 恒藤 恭 法と道徳 岩波書店 一九六九年九月 四四〇ページ。
- (3) この『性法講義抄』は、ポアソナード著、井上操校訂『増補 性法講義』(一八八一年版)の中の、性法の基本觀念に関する四項目の全部及びその適用としての「財産」の理論ならびに「契約」の理論に関する八項目を抜粋したものに、性法の身分的法律関係の適用としての、日本の「相統制改革ニ関スル意見書」(写本)を追加して編纂したものである。
- (4) 丹羽邦雄 地主制創出の政治的過程について——地租改正と秩祿処分——(明治維新と地主制) 岩波書店 一九五六年四月 二五四ページ。
- (5) この『明六社』は一八七三年(明治六年)に森有礼(一八四七—一八八九年)の提唱にもとづき結成された、啓蒙思想の普及のための民間の言論機関であつた。森有礼を社長とし、西村茂樹、津田真道、西周、中村正直、加藤弘之、箕作秋坪、福沢諭吉、杉亨二、箕作麟祥、阪谷素、柏原孝章、田中不二麿、清水卯三郎、津田仙によつて構成されていた。この『明六社』に結集した人々は、機関誌『明六雜誌』(一八七四年三月刊行)を刊行し、自然法思想を主張した。
- (6) 橋川文三・松本三之介 近代日本政治思想史Ⅰ 有斐閣 一九七一年二月 六〇ページ。

- (7) 橋川文三・松本三之介 近代日本政治思想史Ⅰ 有斐閣 一九七一年二月 六〇ページ。丸山真男 近代日本思想史における国家理性の問題 展望 一九四九年一月号。
 - (8) この『国体新論』(一八七四年〈明治七年〉二月)は『立憲政体略』(一八六八年〈慶応四年〉七月)および『真政大意』(一八七一年〈明治四年〉)とともに三部作をなすとされている。
 - (9) この『民約論』の紹介は、中江兆民『民約論訳解』(一八八二年〈明治十五年〉)、服部徳『民約論』(一八八二年〈明治十五年〉)、原田潜『民約論』(一八八三年〈明治十六年〉)などによってなされた。
 - (10) 高島平蔵 近代的物権制度の展開と構成 成文堂 一九六九年五月 一〇九ページ。
- 〔この研究は昭和四四年度文部省科学研究費補助金(一般研究C)および昭和四五年度文部省科学研究費補助金(一般研究C)にもとづいてなされた研究成果の一部であることを附記しておく。〕