

# 旧民法と明治民法（六）

宮川澄

はしがき

- 一 日本民法典論争の評価をめぐる諸見解（第一五卷四号）
- 二 明治維新と民法典編纂（第一六卷二号）
- 三 旧民法編纂の法史的推移
- 四 旧民法の性格
  - 1 旧民法の性格把握と日本民法典論争（以上第一六卷四号）
  - 2 旧民法の法的構成
  - 3 旧民法の法的性格
    - (1) 財産法の性格（以上第一七卷一号）
    - (2) 身分法の性格
- 五 旧民法実施延期の社会・経済的背景
  - 1 旧民法編纂と自田民権運動（以上一七卷二号）
  - 2 自田民権運動の解体と日本民法典論争
  - 3 自田民権運動と法イデオロギ―
- 六 旧民法批判の論点（以上本号）

—以下次号—

旧民法と明治民法（六）

## 2 自由民権運動の解体と日本民法典論争

われわれは前項で自由民権運動として一般に指称されている反政府運動が、明治政府の弾圧によって解体させられたことを指摘しておいた。そして旧民法編纂における法史的事実は、この自由民権運動の解体後に結実し、完了させられたことをしめしている。この旧民法編纂における法史的事実は、自由民権運動自体の内部に存在してきた法イデオロギー上の対立を表面化させることになった。それは旧民法の施行をめぐる日本民法典論争という形式をとって、激しい法理的論争を展開させた。そしてこの日本民法典論争は、やがて旧民法を死産させ、同時に旧民法にかわる明治民法を制定・施行させたのである。これらの考察から、われわれはつぎの諸点を指摘できることになる。すなわち、日本民法典編纂における法史的事実は、法典編纂そのものが、たんなる純法理的展開にもとづいてなされるのではないこと。それはすぐれて政治的要求——これを表現している経済的要求——にもとづいて、それに合致したものである。このことは経済的土台の規定的作用に関するわれわれの一般的命題を例証することになる。自由民権運動の解体は、明治政府による弾圧という政治的な外的条件にもとづいて実現されたことはいまでもない。しかし基本的には、そうした外的条件をうけいれる内的条件——これは自由民権運動の内部に存在していた諸矛盾ということであるが——が存在していたためであった。自由民権運動に内在していた内的矛盾は、自由民権運動自体を推進させた諸階層の経済的利益関係の差異にもとづくものである。自由民権運動の発展過程における特定の時期においては、諸階層の異った経済的要求が、明治政府の諸政策にたいする批判という点で一致し、そこに統一戦線を結成しえたのである。だが、その後の日本資本主義の発展は、これら諸階層の要求自体に変化を与え、反政

府運動としての統一性を破壊させることになった。こうしてブルジョアジー・寄生地主は自由民権運動から脱落し、自由民権運動が貧農・小作人・都市勤労者を中心として急進化した。これは自由民権運動が孤立化したことを意味している。日本民法論争は、旧民法の施行をめぐって展開したのである。そしてこれが自由民権運動と、どういふ内的関係をもっているかが、旧民法批判の論点を明らかにするために必要となる。そのためこの項では自由民権運動の内的矛盾が、どのような経済的土台にもとづいて生じたかを、検討することからはじめたい。

すでにわれわれは、一八八一年(明治一四年)一〇月に紙幣整理が強行されたことを考察しておいた。<sup>(28)</sup>この明治政府の紙幣整理の強行は一八七七年(明治一〇年)の西南戦争のための紙幣の増発、公債の発行にもとづいて、物価騰貴↓投機の流行↓輸入超加↓正貨流出↓金利騰貴↓国債価格下落というインフレーションの経済状態をたちきるためになされたものであった。そのため紙幣濫発の根因を除くため、財政の整理・緊縮政策と結びつくのであった。しかも紙幣整理の強行は、一八八〇年(明治一三年)一月の『工場払下ヶ概則』(太政官布告第四八号)<sup>(29)</sup>の布達にせめされた経済政策の転換と結びついていた。この官営工場の払下げによってブルジョアジーは育成され、やがて自由民権運動を分裂・解体させていく一つの契機を内包していたわけである。<sup>(30)</sup>ともかく、この紙幣整理の強行によって紙幣価値は増大し、同時に地租の実質的な引上げをもたらす効果をはたすことになった。この限りでは村落内部における上層(地主・富農)の経済的要求——地租軽減という——にもとづく、反政府的運動が政治斗争の目標となった。一八八〇年(明治一三年)から一八八二年(明治一五年)にかけての政治的スローガンはこれであった。こうして工場払下げは官営企業を法外な安価で特権的政商の手に引渡し、資本の集中・集積を促進し、財閥の形成に役立った。反面に中小商工業の没落、農民の窮乏化をおし進めることになった。<sup>(31)</sup>このことを自由民権運動についていえば、産業資本家、寄生地

主、富農層の分離と都市勤労者、農民による運動の進展、したがってその急進化を引き起すことになった。

日本における近代的工業生産の發達は、農業部門にたいして大きな変化をあたえた。農業における低い生産力は当然のことではあるが、農業資本を工業資本へ流入させた。地主は農業生産に資本を投下することをやめ、高率の小作料の収奪に関心をもち、それに依存し、寄生地主化していった。近代工業の發達は、農業労働者を都市においやり、賃金の相対的な昂騰によって、地主の手作り経営を抛棄させ、ますます寄生地主制を確立したのであった。そして寄生地主、富農層は、製材業、米穀商、肥料商、酒造業、醬油、織元などの兼業によって、自己の生活を維持することができたのである。このことは一八八六年(明治十九年)未から一八九一年(明治二十四年)未にかけて、兼業農家数がいちぢるしく増大したことによっても、知ることができる。<sup>(32)</sup>しかも『工場払下ヶ概則』にもとづいて、官営企業が特権的政商や寄生地主へ払下げられたことは、農業資本を産業資本へ強行的に転化させるのに役立ったのである。紙幣整理が一応の完了をみた一八八六年(明治十九年)から一八九〇年(明治三十年)にかけて、各種の企業が創設され、大工業生産による最初の本格的な企業経営が展開していくのである。こうして日本資本主義は経済制度として確立されたのである。この時期においては、大工業化があらゆる産業部門をとらえ、近代的な機械制工場にもとづく大経営がぞくぞく創設され一般化したのである。<sup>(34)</sup>

いま大工業化の中心をなした綿紡績業に例をとってみよう。一八八三年(明治十六年)に大阪紡績の創業開始につづく、一八八七年〜一八八九年(明治二〇年〜二二年)にかけては、綿紡績業の活況期を迎えることになった。この時期に、天満・東京・平野・尾張・和歌山・倉敷・浪華・摂津・三池・尼崎・泉州などの大規模な紡績会社がつぎつぎと設立されている。そして一八八九年(明治二年)には、紡績技術革命が進行し、リング紡績(一五万一二八四錠)が、

シニール紡績（二万三七六八鍾）をおいこすことになった。そして一八九〇年（明治三三年）には、紡績三〇社会計二七万七八九五鍾になるまでに発展した。この年の綿糸生産高は輸入高をおいこした（三六三〇万斤対三一九〇万斤）。こうして日本の近代的紡績業の確立をみたのである。<sup>(35)</sup> こうした現象はたんに綿紡績業だけのものではなかった。鉾山、鉄道、海運、金融、造船、金属、機械、織物、製糸、製糖、ビールなどの産業各部門においても、紡績業と同じように近代的企業、大経営ができあがってきた。これらはいづれも明治政府の経済政策によって生みだされたものであった。したがって、これらの大工業化のない手は、いままでもなくブルジョアジーであった。これらの者は資本の本源的蓄積期において、農民から収奪した資本を工業に投下することによって、その力の強大化を計ったのであった。

日本のブルジョアジーは、こうしていわゆる上からの諸政策によって育成されてきた。このことは日本資本主義がマニユファクチュアの自生的発展によって形式化された——資本主義発展の一般的図式とされている——のとは、異った特質をあたえることになる。日本資本主義はその後進性の故に明治政府と結びつき、明治政府の政治的基盤として成長させられた寄生地主制と相互に依存しあって、日本の経済的諸関係に支配的力をもつに至ったのである。だからブルジョアジーと寄生地主は経済的・政治的に結びつき、寄生地主は地方的な政治権力を維持し、それを通じて貧農・小作人を隷属させたのである。こうしてブルジョアジーと寄生地主とのゆ着は以後の政治的運動——当時の自由民権運動——の内容に大きな変化をあたえることになったのである。<sup>(36)</sup> 自由民権運動に参加した貧農・小作人にとって、明治政府の経済的諸政策、ことに農業再生産のために資本を投下せず汲みとった剰余価値——地代・小作料——を産業資本に転化し、資本主義的關係を發展させていくことに反対せざるをえなかった。ここでは寄生地主とブルジョアジーは共通の経済的利害関係におかれ、明治政府の政治的基盤にたち、貧農・小作人と対立した。寄生地主は明

治政府の政治権力の助力によって、半封建的諸關係を小作關係に温存させた。そしてそれを利用して自己の經濟的地位と政治的支配とを維持することができた。この寄生地主制の確立は、地主と貧農・小作人との關係を必然的に鋭いものとした。そして両者の対立・抗争を抑圧して、はじめて寄生地主制は確立できたのである。これは寄生地主制の確立過程において、地主と貧農・小作人との対立・抗争が激化することを意味する。だからブルジョアジーと寄生地主とは經濟的に相互に依存しあつて、貧農・小作人・都市勤勞者にたいする關係において、一時的な同盟を結びうる条件をもっていたのであつた。<sup>(37)</sup>しかし、この両者の同盟關係は、貧農・小作人にたいするものに過ぎず、両者の基本的な利害關係が同一であつたのではない。一八八二年(明治一五年)自由党結成や立憲改進黨の創設は、ブルジョアジーと寄生地主との政治的対立をしめすものであるが、この時期においてはまだ明白なものとはなつていなかった。<sup>(38)</sup>自由党の階級的基盤は寄生地主層であり、それは半封建的關係に立脚していた。そして立憲改進黨は明治政府によって保護・育成された特權的政商によるブルジョアジーであつた。だから、この立憲改進黨は政府官僚と密接な關係を持続した。このことは三井財閥が貨幣資本を基盤として築かれ、それがどのように明治政府とゆ着していたかを分析してみれば明らかである。<sup>(39)</sup>自由民権運動を構成してきた自由党と立憲改進黨の政治的な利害關係の対立は、結局のところ、それぞれの政党がどんな階級的基盤——ブルジョアジーか寄生地主かという——にたつてゐるかに依存している。そのため後になって自由民権運動自体が、貧農・小作人・都市勤勞者による本來的姿態をとり、急進化していくと、自由民権運動から脱落する基盤をなしていた。貧農・小作人・都市勤勞者の政治的要求は、ブルジョアジー、寄生地主の政治的要求とは異なるものである。だから自由民権運動の解体の後、それぞれの階層の法イデオロギーは、旧民法の施行をめぐつて独自の法理論的形式をとつて、はなばなしく登場してくる。ここではフランス法学派とイギ

リス法学派・ドイツ法学派との学派的対立・抗争——法典実施断行論と法典実施延期論とに分けられる——として、日本の社会関係から封建的遺制を除去し、ブルジョア民主主義を実現しようとする自然法思想にたいして、はげしい攻撃が加えられたのである。このばあい貧農・小作人・都市勤労者は、法典実施断行論にその理論的代表者をみいだした。これは旧民法が施行されたばあいに、どのような利益を現実に手に入れるかについての認識の差異にもとづくものであった。

(28) この点については前項(1) 旧民法編纂と自由民権運動)において(立教経済学研究一七卷二一八ページ)でふれて  
いるから参照して下さい。

(26) この『工場払下げ概則』によると『工場観誘ノ為メ政府ニ於テ設置シタル諸工場ハ、其組織整備シテ当初目算ノ事業漸ク  
挙カルニ從ヒ、官聽ノ所有ヲ解キテ之ヲ人民ノ營業ニ歸スベキモノニ付別紙概則ニ準拠シ其省(使)所官諸工場漸次払下ゲノ  
処分ニ及ブベシ。此旨相達候事』とされていた。その内容はつぎのようである。

第一条 左ノ条件ニ適応シ且之ヲ承認スル者ハ詮議ノ上工場一箇所若ハ数箇所ヲ払下グルコトヲ得ベシ

(一) 数人合資ノ会社若クハ一人ニテ必要ノ資本金ヲ出ス力アル事

(二) 各工場營業資本金ハ必ず払下ゲノ際一時上納シ、且興業費ハ興業ノ該工場ノ種類營業ノ難易等ヲ斟酌シ年賦上納ノ事

(三) 興業費完納ニ至ル迄ハ該工場ノ建物機械ハ政府ニ対シテ抵当ト為ス事

(四) 興業費完納ニ至ル迄ハ該工場ノ會計ハ、政府ヨリ特ニ命スベキ監督員ノ監督ヲ受ケ其ノ承認ヲ受クルニアラサレハ該工場  
ノ資産ニ関スル負債ヲ起シ若クハ権利ヲ放棄スルコト能ハサル事

第二条 一箇所若クハ数箇所ノ工場ヲ払下ケントスル時ハ、仮令既ニ一会社若クハ一人請願人アリトモ此概則ノ趣旨ニ遵ヒ

払下ゲ約條ノ要領ヲ準示シテ広く広告シ、予定ノ期限ニ至リ他ノ請願人ノ有無ヲ明ラカニシ、若シ他ノ請願人アルトキハ共  
ニ払下ゲ約條款ヲ取纏メ所管ノ省使長官ノ意見ヲ具シテ太政大臣ニ稟議スベシ

第三条 前條ニ依リ工場払下ゲノ稟議アルトキハ、太政大臣ニ於テ臨時委員ヲ命ジテ之ヲ審議セシメタル上可否ノ裁決ヲ下ス  
ベシ

であった。そしてこの概則にもとづくく下げは、明治二〇年代にわたってなされることになった。

(30) 堀江英一 明治維新の社会構造 有斐閣 一九五四年三月 一八一ページ。

(31) 藤田武夫 日本資本主義と財政 実業之日本社 一九五六年四月 一七三ページ。

(32) 小野武夫氏の『農村史』にはこの表がのせてある(三〇五ページ)。すなわち

	農業人口	工業人口	商業人口	その他も計
明治 6 年	25,965,541 (77.97%)	1,173,642 (3.55%)	2,184,701 (6.56%)	33,300,600 (100%)
明治 21 年	23,005,322 (66.57%)	1,983,921 (5.77%)	4,079,458 (11.85%)	34,555,825 (100%)

この表の農村人口中には従属者を含めてある。また明治六年の統計は有業人口の比率に従属者を加したものである。なお平野義太郎氏『日本資本主義の機構』にはこの表がのせてある(一五ページ)。

	農 家 戸 数	全 国 総 戸 数
明 治 6 年	5,604 (78.19%)	7,167 (100%)
明 治 20 年	5,518 (71.23%)	7,771 (100%)
明 治 24 年	5,490 (70.32%)	7,806 (100%)

(33) 兼業農家の増加をしめす表は、平野義太郎氏の『日本資本主義の機構』にかかげられている(同上八ページ)。すなわち

	大 作 農		小 作 農		総 農 家 数
	専 業 農 家	兼 業 農 家	専 業 農 家	兼 業 農 家	
明治19年末	2,169 (39.3%)	950 (17.2%)	1,518 (27.5%)	882 (16.0%)	5,518 (100 %)
明治24年末	1,963 (35.7%)	1,044 (19.0%)	1,471 (26.8%)	1,013 (18.5%)	5,490 (100%)

(34) この点について、山口和雄『明治前期経済の研究』（東京大学出版会 一九五六年九月）のなかで、つぎの表でしめされてくる（同上九二ページ）

	紡績工場数	金属工場数	工場総数
明治 17 年	1,285	152	2,033
明治 25 年	1,531	286	2,971

(35) 信夫清三郎・渡辺徹・小山弘健編 現代反体制運動史Ⅰ 青木書店 一九六〇年五月 六六ページ。

(36) 信夫清三郎・渡辺徹・小山弘健編 現代反体制運動史Ⅰ 青木書店 一九六〇年五月 六六ページ。

(37) 野呂栄太郎全集第一巻 岩波書店 一九四七年四月 三七五ページ。

(38) この点は前項（旧民法編纂と自由民権運動）でふれておいたから、参照して下さい（立教経済学研究会第一七巻二号 二二八ページ）

(39) 今中次磨 明治政治史（新稿第二分冊）清水書店 一九四八年一月 四〇六ページ。

(40) 星野通教授は『近時、人事編の近代性を全面的に否定し、旧民法をもって三一年民法典にまさる封建法なりとなし、論争は條約改正に関する政治的立場の相違から生じた政争であり、学理戦・イデオロギー戦でなかったと主張する政治学者の異説があるが、旧民法典は成立過程において相当の保守的後退をつげつつ、なお当時の立法としては近代性をもってしたこと、少くとも伝統復活のスローガンのもとに制定された三一年民法より、進歩的立法であったことは論証可能であり、またかりに三一年法同様の封建法であったとしても、延期派が旧民法典を自由主義法典であると認識し、それによって広く反法典論が形成されたこと、断行派の自由主義的法典支持が、自由民権思想を盛りあげたこと、否定しえない事実であるから、それは本質的に学問抗争・イデオロギー相剋であったというべきである。なるほど、法典可否を争うた学者・政客などの中には、個人的・主観的には政治的意図で行動したものもあったであろう。だが、これらは論争の大きな流れのまにまに隠見する若干の歴史的資料にすぎないのである』（法典論争 民事法学辞典下巻 有斐閣 一九六〇年二月 一八五三ページ）

## 3 自由民権運動と法イデオロギー

前項では自由民権運動の解体と日本民法典論争の内的な結びつきを問題にしておいた。そして自由民権運動に内在していた階級的諸関係が、その解体後において法イデオロギー上の対立・抗争という形をとってあらわされることになった。だから、われわれは旧民法の実施の無期延期と、それに代わる明治民法の制定・施行という法史的事実を、自由民権運動の解体に止められた階級的諸関係の変化と、明治絶対主義の確立という政治的諸関係のなかに見出すのである。日本民法典論争のなかで主張されていた旧民法批判と反批判は、日本資本主義の発展過程で生じた諸階層の、その時期における利害関係の認識から導かれたものと評価できる。それは日本民法典論争をたんなる法理論上の対立・抗争であるとしても、そこには明治政府が現に確立しようとしている法律制度にたいする批判と反批判が根底に横たわっていることを否定できないだろう。これは法学派の法イデオロギー批判を基調としていることで明らかである。ことに日本資本主義のもと基本的な社会関係を規定するはずの日本民法典が、この法律制度のもとでどういう形態で制定されるかについて関心が集中するのは当然であった。だから、これは政治的課題であると同時に、すぐれて法律的課題を構成していたのである。そこでこの項では日本民法典論争にあらわれた主張のもつ法思想的內容・法イデオロギーを検討し、それらの法イデオロギーが自由民権運動を構成していた諸階層のうちで、現実にはどの階層の法イデオロギーであったかを明確にしてみたい。これは明治民法が旧民法にとってかわる社会・経済的条件の解明に役立つからである。明治民法が旧民法にとって代られたという法史的事実を捉えれば、いわゆる上部構造における現象であるといえる。そして上部構造にたいする理論的認識は、当然にこの時期までの下部構造である経

済的土台を理解する必要にせまられる。それは法イデオロギーが表現したはずの下部構造の変化なしには、旧民法の明治民法による交替はなされえないはずだからである。法学上のこの仮説は、明治民法を支えている法イデオロギーが、どういう過程を経て支配的地位をたもつに至ったかの問題の解明によって、法学的地位を獲得するだろう。

明治維新以後の日本の法思想は、ヨーロッパ、とくにフランスの自然法思想にもとづいて形成されてきた。そのたぬこの時期までの法思想は、フランス法的自由主義にたつ法思想が中核となっていたといえる。このことをわれわれは明治維新の思想的背景を考察することによって理解した。<sup>(41)</sup>したがってフランス法思想は、一般的に社会関係を前進させるものとして理解されてきた。それにもかかわらず日本資本主義の発展にともなう政治的諸関係の変化が、フランス法思想からイギリス法思想・ドイツ法思想にとって変えられることになった。イギリス法思想・ドイツ法思想が、日本の社会に定着したのは、明治民法施行後であるが、ともかくこうした法思想の変遷過程を経ることになった。明治維新直後のブルジョア的変革を、社会・経済的条件として、このフランス法思想の移入は、封建体制を打破し、新しい政治権力の樹立にたいする合法性を獲得するために、利用できる法思想であった。そのため明治維新後にあつては、いわゆる開明的法思想として、政治権力の側からも承認され、勢力的に紹介されてきたのである。<sup>(42)</sup>

とはいえ、このフランス法思想の移入は、なにを実現したのであるか。それはたんに人々を思想的に啓蒙したといふだけではなかった。明治維新後の日本資本主義の発展は、それにふさわしい日本民法典を必要とした。だからこの法典編纂にたいする法律的技術上の法律的知識が、フランス法に求められたのである。ところが、この法律的知識を通じて新しい社会関係のあり方にたいして、客観的認識と、そのもつ方向に意味をあたえる結果を導いた。そして資本主義的生産関係の展開を制度的に保障するところの、日本民法典の編纂という現実の必要と結びついて、旧民

法という形式をとって定着させられていったのである。旧民法の編纂がフランス民法によってなされたのもこのためであった。明治維新直後のフランス民法の紹介・翻譯は、新思想——これは自然法思想ということであった——の紹介のためであったが、やがて日本民法典編纂という実際のな法技術上の必要にもとづくことになる。そのために勢力的に押進められることになった。<sup>(43)</sup>しかし、これらの作業によって前述のような結果を導いたことはいうまでもない。こうしてフランス民法書の紹介は、その中に貫ぬかれて自然法思想の知識と理解とを人々にもたらした。そして明治維新という政治的変革の社会的意味を明確にする。これは社会・経済的条件の急激な変化のもとで、反政府的行動の自由を要求することになる。自由民権運動を通じて、新思想のなかに思想的根拠を求めることになった。ことに一八八二年(明治一五年)以降においては、これは批判的な理論に転化した。

明治維新後の法思想が、このフランス法思想のみによってなされたというのではない。このフランス法思想とならんで、イギリス法思想もまた紹介されてきたわけである。<sup>(44)</sup>このばあいイギリス法思想は、はじめはミルの開明的自由主義が紹介されていたが、やがて絶対主義の政治形態に理論的根拠をあたえたオースチンの法学説の紹介に主力がつつて来た。それはオースチンの法学説が歴史法学説と共通した法思想にたつという特質をもっていたからである。明治政府が絶対主義の道を押進めていけば、絶対主義を理論づける、このイギリス法思想がとり入れられ、フランス法思想と対立することになった。絶対主義のもとでは、半封建的諸関係の残存を許容する法制度が望まれる。しかも、それは歴史法学説にもっともすぐれた理論的根拠を見出すことができる。だからイギリス法思想は、歴史法思想導入の先駆的役割をはたしたのである。ことに日本資本主義の発展が、農業から資本を汲みとり、これを工業に投下することによってなされるため、日本の農業の資本主義的発展はとざされた。そこでは寄生地主制を確立し、それ

を農業関係の一般的姿態として典型化する必要があった。そしてこの経済制度を法制度のうえでも実現させる必要が生ずる。明治民法に規定されている近代的所有権についての法的規定は、他の土地関係についての諸規定と結びつき、実際には寄生地主による土地支配を保障しているわけである。ここでは旧民法のそれとは異った社会的役割をばたしている。したがってここではブルジョア的な法形式一般についての抽象的理解からは、地主・上層農(富農)が手作り経営をはなれ、高率小作料に依存するという実際の農業関係と法規との関係は明らかにされえない。たとえば明治民法の永小作権規定では『永小作ハ小作料ヲ払ヒテ他人ノ土地ニ耕作又ハ牧畜ヲ為ス権利ヲ有ス』(二七〇條)としているが、なに故に小作料の支払が永小作権自体の存立要件とされたかの意味は、明確にできないだろう。自由民権運動解体後の旧民法批判と反批判——日本民法典論争における——にしめされた法イデオロギーのなかで、ブルジョアジーと寄生地主とがイギリス法・ドイツ法の法思想を基盤とする基礎には、寄生地主が農民から収奪した小作料(地代)に依食しながら、同時にそれを地方産業に投資し、その経済力を背景としつつ、農村における政治的支配の強化をはかったという社会関係と結びついている。ここでは政治的支配が貧農・小作人にたいする収奪を維持することになり、同時に収奪した小作料を地方産業に投下することによって、経済的地位がたかめられることを保障した。そして経済的地位は政治的支配を可能にするという循環過程をとることになる。こうしてこの循環過程の環に、寄生地主はブルジョアジーと共通した政治的・経済的利益を見出したわけである。<sup>(45)</sup>

こうして寄生地主制のもとでは、貧農・小作人をますます高率化する小作料に苦しませた。貧農・小作人は小作地にしがみつき、わずかに副業や兼業によって生活を維持しえたのである。<sup>(46)</sup>これは必然的に農村内部に思想的な対立関係を生みだす結果となった。農村における階級的矛盾は、貧農・小作人をして自己の解放を支持する自由主義的法

思想の側にたたせ、寄生地主をして半封的諸關係の残存を根拠づけるイギリス法思想の側にたたせたのは当然である。こうしてイギリス法思想は、ブルジョアジー・寄生地主を代表する法イデオロギーとなったわけである。これはイギリス法思想が二重の性格——一方の足では資本主義の基礎にたち、いま一方の足では封建的關係にたっているという——にもとづくからである。旧民法の施行は、直接に利害關係を確定することになる。だから日本民法典論争にしろめされた法イデオロギーの対立・抗争は、この時期における階級的諸關係をしめすものであった。明治絶対主義は一八八九年（明治二年）の大日本帝国憲法の制定によって、法制度上でも確立されたといわれている。しかも大日本帝国憲法はプロシヤ型擬似立憲制にたち、議会の権限を極度に制限するものであった。この大日本帝国憲法がプロシヤ憲法によったことが、日本の憲法体系をドイツ法にもとづいて体系化することになる。旧民法から明治民法への交替は、この日本の憲法体系でしめされた政治的路線を背景としているわけである。ことに一八八一年（明治十四年）に社会的問題となってきた『開拓使官有物払下』に關連した反大隅→反英という政争が契機となたて、イギリス法→ドイツ法に向かわせるために利用された。<sup>(48)</sup> こうして明治絶対主義の確立——これは自由民権運動の圧殺によって實現された——は、その法制度的保障をドイツ法に求めたのである。ドイツ法学のもつ官僚法学としての性格は、これ以後の日本の法学に支配的地位を占めることになった。ドイツ法学によって教育・養成された新官僚群は、明治絶対主義の支柱となり、ブルジョアジー・寄生地主と結びつき、貧農・小作人・都市勤労者に対抗する勢力となったのである。<sup>(49)</sup>

自由民権運動の内部に存在していた矛盾にもとづいて、法思想上の統一を實現することができなかつた。そのため自由民権運動を構成した階層の差異にもとづき、それぞれの階層の立場を代表する法イデオロギーに分解されること

になる。たとえば自由民権運動の理論的代表者とされている中江兆民、大井憲太郎、奥宮健之、植木技盛をみて、法イデオロギー上の差異があった。そのため福島事件（一八八二年）から大阪事件（一八八五年）へと自由民権運動が次第に本来的な姿態をとるにいたると、それぞれの階層は真に自己の階級の利益を代表する法理論的代表者によって、法制度上の要求を主張することになる。ことに大井憲太郎の『土地平分法』に代表された法イデオロギーは、いうまでもなくブルジョアジー・寄生地主のそれとは異っている。自由民権運動がこの『土地平分法』で主張されている法イデオロギーをしめすと、当然にブルジョアジー・寄生地主の階級の利益と対立する。そのためブルジョアジー・寄生地主は自からの法イデオロギーを見出さざるをえない。<sup>(51)</sup> 法学理論上の細分化が、自由民権運動の発展過程で生じたのもこのためであった。小野粹などに代表されていたブルジョア民主主義にもとづく自由民権法学にあって、大井憲太郎のそれとみられるように、自由民権法学を超えて、発展していく法学が生じたのである。こうして自由民権法学から生じたいろいろの流派の法理論上の差異は、フランス法、イギリス法、ドイツ法に理論的根拠を求めていくことになる。明治絶対主義がドイツ法に依拠したのもこのためである。それはドイツ法がその内容において封建的諸關係を残存させ、ブルジョアジー、寄生地主の利益を維持することができること、しかも外見性において立憲主義をとり、大衆の政治的不満をそらすことができるためであった。<sup>(52)</sup> だから日本の法学上の一転機となった大日本帝国憲法は、日本法学をフランス法学→イギリス法学→ドイツ法学へと移行させた帰結でもあった。こうした法学上の潮流と結びついて、日本民法典論争による旧民法の批判と反批判は、自由民権運動を支えてきた法イデオロギーの差異を表現している。われわれが日本民法典論争を学派的な対立・抗争という姿態ではとらえず、その深部に存在していた階級的対立をとらえたのもこのためであった。<sup>(53)</sup> そこから旧民法の批判と反批判とを、直接には旧民法の施行そのも

のが、明治絶対主義を支える法として機能するかどうかの視点にたつてなされたものだとするのである。

(41) この点については『二 明治維新と民法典編纂』(立教経済学研究一六卷二号)の『3 近代的思想と民法典編纂』(同上 二一―ページ以下)で考察しておいたから参照して下さい。

(42) たとえば一八七二年(明治五年)には、中村敬字訳『ミル 自由之理』、加藤弘之訳『ブルンチエリ 国法汎論』、大井憲太郎訳『ドラクルシー 仏国政典』、一八七三年(明治六年)には、中村敬字訳『ギルレット 共和政治』、小幡篤次郎訳『トクウエル 上木自由論』、一八七五年(明治八年)には、何礼之訳『モンテスキュー 万法精理』、加藤弘之訳『ビーデルマン 立憲政体起立史』、永峰秀樹訳『ミル 代議政体』、室田充美訳『ギンゾー 西洋文化史』などの翻訳・紹介がなされたことは、このことをしめすであろう(参照 加田哲三 日本社会思想史 岩波書店 一九五一年六月 二〇六ページ以下)

(43) フランス民法書の紹介が、いかに勢力的になされたかは、つぎの翻訳書の刊行をみればわかると思う。すなわち一八七七年(明治一〇年)には、箕作麟祥訳『ド・モロンブ氏仏蘭西民法詳説身分証の部』、同氏訳『デルソン氏仏国民法解釈第三編之部』(五卷四冊)、谷井元次郎訳『ムールロン氏仏蘭西民法覆義』第一巻が、一八七八年(明治一年)には、谷井元次郎訳『ムールロン氏仏蘭西民法覆義』第二巻、井上操訳『ボワソナード氏民法講義』(第一回講義)、加太邦憲訳『仏国民法積要』が、一八八〇年(明治三年)には、一瀬勇三郎他訳『ボワソナード氏仏国民法期滿得免編講義』、ボワソナード起稿加太邦憲他訳『民法草案財産編講義』(二冊)が、一八八一年(明治四年)には、岩野新平訳『ボワソナード氏第二回講義』、一八八二年(明治五年)には、仏ニック著 光明寺三郎訳『伊仏民法比較評論』が、一八八三年(明治一六年)には、仏トリビエー著 加太邦憲訳『仏蘭西民法』が、一八八九年(明治二年)には、仏マルカデー撰 一瀬勇三郎訳『仏国民法時効解説大全』などがそれである。

(44) たとえば、一八七七年(明治一〇年)には、中江篤介訳『英国財産相続法』が、一八八三年(明治一六年)には、日賀田種太郎訳『私訴犯法』が、一八八四年(明治一七年)には、相馬永胤訳『英米売買法』、関直彦訳『オースチン氏法理学』が、一八八六年(明治一九年)には、高橋許六著『英米身分法』が翻訳・紹介された。参照麻生義輝 近世日本哲学史 近藤書店 一九四二年七月 一七六ページ。

(45) 福島正夫 日本資本主義の発達と私法(三) 法律時報二五卷三号 一九五三年三月 四五ページ。

(46) 兼業農家の増加傾向については、すでに考察しておいた(註33の表を参照して下さい)。P・マイエットは『日本農民ノ疲弊及其救治策』(明治農業論集 創元社 一九五五年二月)のなかで、つぎのような表をあげている(同上二〇六ページ)すなわち、

		農 家 戸 数 と 耕 地 段 別 (明治19年)				
	専 業 農 家	兼 業 農 家	半 農 半 漁 農 家	計		明治20年の小作地統計表による耕地総反別
田 作	2,170,652	837,406	113,017	3,121,075		2,795,707.3
小 作	1,519,200	792,097	85,668	2,396,965		1,813,465.4
計	3,689,852	1,629,503	198,685	5,518,040		4,609,172.7

(47) ドイツ法の紹介は、これまでなされていなかったというのではない。たとえば加藤弘之『ブルンチエリ』(明治五年)、ビーターマンの『各国立憲政体起立史』(明治八年)の翻譯、村田保・山脇玄共著の『独逸法律書』(九卷)などがそれであった。

(48) 日本民法典の編纂とならんでなされた日本商法典の編纂は、一八七八年(明治一年)から一八九三年(明治十六年)までつづくが、これは、ドイツ法学者ヘルマン・ロエヌセル(Herman Raesler)が従事した。このことはドイツ法の理解を深めるのに役立つ。

(48) 伊藤博文はプロシヤで憲法の取調べをなし帰朝したが、これまでの官吏任用の方針を改め、一八八六年(明治一七年)に帝国大学令を公布した。

(50) このイデオログとして代表的なものが大井憲太郎であった。大井憲太郎の『土地平分法』における主張は、農民の階級的利益を代表し、その経済的要求を満すものであった。この点については平野義太郎 馬域大井憲太郎伝に紹介されているから(三二六ページ以下)参照して下さい。

(51) 永田広志 日本唯物論史 白揚社 一九四八年一月 三〇八〜三〇九ページ。

(52) 鈴木安藏 比較憲法史 勁草書店 一九五一年一月二二―二五二ページ。

(53) 中川善之助 私法史（現代文明史第五卷）東洋経済新報社 一九四三年五月 五二―五三ページ。

## 六 旧民法批判の論点

旧民法にたいする批判は、一八八九年（明治二年）五月の法学士会の『法典編纂ニ関スル法学士会ノ意見』によって始められた。この時期の社会・経済的条件については、すでに検討しておいた。<sup>(1)</sup>いまこの時期の社会・経済的条件を要約すると、日本資本主義が発展し産業資本主義がほぼ確立し、政治的には絶対主義的天皇制が確立した時期であったといえる。だからわれわれは日本民法論争という外見的な法典論争の背後に、はげしい階級的斗争をみただであった。この日本民法論争は、旧民法の無期延期を結果したわけである。この旧民法の無期延期という法史的事実は、この時期の資本主義的生産関係にたいする法的規制としての日本民法典が、フランス民法を母法とするよりも、ドイツ民法を母法とするのが望ましいとする法意識によってである。この法意識はいうまでもなくブルジョアジー・寄生地主の経済的利益に合致するとする政治的認識にもとづくものであった。しかもそれは同時に絶対主義の政治的表現であった大日本帝国憲法を頂点とする憲法体系を、築こうとする制度的要求とも合致できた。そのため旧民法批判には、明治絶対主義と結びつくブルジョアジー・寄生地主のもつ経済的要求が、法イデオロギーの粉しよくをもつて反映されていた。したがって旧民法批判を検討していくばあいには、いつでも日本資本主義そのものの歴史的な社会・経済的条件の認識にたつて、それを基礎として出発しなければならぬ。旧民法施行の無期延期は、当然にそれに代わる日本民法典の新たな編纂事業を進行させた。それはやがて明治民法として結実したのである。<sup>(2)</sup>そして制定

された明治民法は一八九八年（明治二年）七月一六日以降の日本の資本主義的生産関係を現実に規定した。このばあい旧民法批判の論点が、どのように明治民法のなかにとり入れられたかが問題となるであらう。そのためこの頃では旧民法批判の論点を整理し、明治民法を検討する一つの視角を明確にしておきたいと考える。

われわれは『法典編纂ニ関スル法学士会ノ意見』を日本民法論争の出発点として扱っている。しかしこの法学士会の意見のなかには、直接に旧民法自体のもつ法的構成についての批判を見出すことはできない。そこではただ民法典編纂の困難と、慎重さの必要が、指摘されているに過ぎない。そして『漫ニ其事業ノ困難ヲ恐レテ、之ヲ放擲セシメン事ヲ望ムニ非ス』とし、『我邦社会ハ、封建ノ旧制ヲ脱シ、百事改進ノ際ニシテ、変遷極リナキガ故ニ、今例規習慣按シテ、法典ヲ大成セントセバ、封建ノ旧制ニ依ル可カラズ、又専ラ欧米ノ制度ニ則ル可カラズ、其ノ事業実ニ困難ニシテ、強テ之ヲ遂グル時ハ民俗ニ背馳シ、人民ヲシテ法律ノ煩雜ニ苦マシムルノ惧アリ、故ニ今日ニ於テハ、必要不可缺ノ者ニ限り、単行法律ヲ以テ之ヲ規定シ、法典全部ノ完成ハ暫ク民情風俗ノ定マルヲ俟ツニ若カザルナリ』となしている。この主張が発表された後、一八九二年（明治二五年）五月の第三回帝国議会が開催されるまで、多くの旧民法批判——これは法典実施延期を主張するものであったが——の主張がなされるのである。これらの旧民法批判は法学説上からいえば、当然にイギリス法学派に所属する英吉利法学校の機関誌『法学精華』と、この英吉利法学校の後身である東京法学院——これは現在の中央大学の前身にあたる——の機関誌『法学新報』に発表されている。いまこれらのうち主要な論文を整理してみると、つぎのようになる。

旧民法と明治民法(六)

論 題	筆 者	掲 載 誌	掲 載 年 月
法学士会ノ意見ヲ論ズ	増島六一郎	法理精華二卷一〇号	明治三年 六月
立法ノ基礎ヲ論ズ	山田喜之助	法理精華三卷一四号	明治三年 七月
英法ノ為メ妄ヲ論ズ	岡野敬二郎	法理精華三卷一四号	明治三年 七月
箕作司法次官ノ演説ヲ分析セ	奥田義人	法理精華三卷一五号	明治三年 八月
法典編纂ノ方向	菊地武夫	法理精華三卷一六号	明治三年一〇月
民法草案財産篇批評	江 木 恵	法理精華四卷一九号 二二号	明治三年一〇月 十一月
嗚呼民法証拠論編	花井卓蔵	法理精華四卷二〇号	明治三年一〇月
証 拠 法 說 (法典草案批判)	社 説	法理精華五卷二五号	明治三年 一月
明治三年ノ法律社会及法理精華	社 説	法理精華五卷二五号	明治三年 一月
法律ノ学士磯部ノ四郎大先生ノ五議論ヲ評ス	鳥井錦次郎	法理精華五卷二六号 二七号 二八号	明治三年 一月 二月 六月
新 法 典 概 評	社 説	法理精華六卷三五号 三七八号	明治三年 七月
法学新報発行之主題	社 説	法学新報一 号	明治四年 四月
国家的民法	穂積八束	法学新法一 号	明治四年 四月
民法出デテ忠孝亡ブ	穂積八束	法学新報五 号	明治四年 八月
民法証拠法ノ缺点	土 方 寧	法学新報一 三号	明治五年 四月
復典批判人事編ノ抵触及ビ重	奥田義人	法学新報一 三号	明治五年 四月

法典実施延期意見	社説	法学新報一四号	明治二五年五月
法典断行説ノ妄ヲ弁ズ	奥田義人	法学新報一四号	明治二五年五月
読法典実施断行意見書	社説	法学新報一四号	明治二五年五月
法典実施断行論者ノ自白	高橋健三	法学新報一四号	明治二五年五月
法典ト改正条約	花井卓蔵	法学新報一四号	明治二五年五月
法理上ニ於ケル民法財産篇缺點 (第一条ヨリ等二十九条ニ至ル)	社説	法学新報一五号	明治二五年六月
民法商法交渉問題	松野貞一郎	法学新報一五号	明治二五年六月
法典延期法律案兩院ヲ通過ス	社説	法学新報一五号	明治二五年六月
法典問題	雑報	法学新報一五号	明治二五年六月
法典一部延期論ノ妄ヲ弁ズ	社説	法学新報一六号	明治二五年七月

これらの諸論文は全体で日本民法典論争における法典実施延期論を構成しているわけである。われわれは法典実施延期論のなかに展開されている法イデオロギーを問題とするよりも、それらの論文によって主張されている旧民法批判を明確にする点に主力をそそぎたいと考えている。それは旧民法批判の法的構成を整理するためである。旧民法が実際にどんな法的性格をもったものであったかは、考察しておいた。<sup>(3)</sup>この基礎にたつて考察する限り、それらの論文は旧民法にたいする学理的批判であるというよりも、むしろ政治的立場の主張——法イデオロギーの展開——に力点がおかれている点で、特徴があるといえる。このことは穂積八束『民法出デテ忠孝亡ブ』（法学新報第五号）がもっと

も代表的であつた。<sup>(4)</sup>これらの論文が旧民法批判をなすのに、具体的構成を問題にするという点で弱いのは、旧民法の施行自体を阻止するという政治的な目的意識にもとづくからであつた。そこでは明治絶対主義をささえる政治的勢力としてのブルジョアジー・寄生地主が、自己の経済的要求を旧民法批判にかりて合法化しているためである。だからフランス民法を母法となしていること自体が、日本の風俗・習慣に違反するとして批判されなければならないものであつた。しかし、そうした諸論文の批判のなかで、一八九〇年(明治二五年)五月二五日の法学新報の社説『法典実施延期意見』(同誌第一四号)は、多少とも旧民法批判にたいする法理的根拠を明確にしたものといえるだろう。<sup>(5)</sup>そこで旧民法批判のもつ法的構成を検討するために、この『法典実施延期意見』を素材の一つとしてとりあげてみたい。

『法典実施延期意見』は、それ自体長大な論文である。そのため、その全文を引用することは煩雑となるので、われわれの行論の必要であると思われる箇所を、できるだけ忠実に引用することにす。この『法典実施延期意見』は、つぎの文章にはじまっている。すなわち、

『新法典ノ編纂ハ既ニ一タビ学士専門家ノ是非ニ上リ、世論未ダ協ハザルニ政府ハ断ジテ之ヲ發布セラレタリ。願フニ民法其他実施ノ期ハ来ル明治二十六年ニアリ。商法モ亦第一期議會ノ決議ヲ経テ実施ノ期ヲ同ジク二十六年トナセリト雖モ二年前ニ実施スルニ不可ナルノ事情二年後ニテ條忽消尽スベキノ理アラシヤ。其曩ニ実施ヲ延期セシモノハ豈ニ特ニ暫ク歲月ヲ曠過スルモノト視ルベケンヤ。適々此問ヲ以テ法典ノ不完国情ニ適セザルモノヲ修正シテ始メテ之ヲ実施セントスルニアルノミ。而シテ其ノ期ヲ二年ト定メシモノハ民法其他ノ実施ヲ明治二十六年ト既定セルヲ以テ、暫ク此ノ間ヲ修正ノ時ニ充ツルノ機宜ニ由リ、同時ニ民法等ノ修正ヲ試ムルノ意タルハ固ヨリ多言ヲ俟タザル所ナリ。

夫レ法律ハ社会綱常ノ維持ニ於テ闕クベカラザル要具ノ一ナリト雖モ法典ナルモノハ則チ其ノ目的永ク一定ノ規定ヲ以テ将来ヲ支配セントスルカ故ニ既往ヲ矩度ト為シ以テ将来ヲ制律セザルベカラズ。且ツ一タビ著シテ大典トナセバ縱令不可アルモ輒ク之ヲ変更スルヲ得サルハ勢ノ免カレザル所。而シテ社会ノ状態ハ變遷進化する。故ニ之ヲ定ムルニ宜シク慎重ヲ加エザルベカラズ

シテ其定立ノ至難事業タルニ固ヨリ論ナキナリ。彼ノ欧州諸国制ヲ以テ治國ノ要道トナスコト數百年ナル者ニ在リテ其法典ヲ編纂スト云フヤ特ニ旧慣故法ヲ斟酌筆削シテ足ルヲ以テスラ未ダ之ヲ以テ視テ期月ノ事業トナスモノアラズ。我邦ハ倣フ所欧州ノ制ニ拠リ、其國情習俗ノ全然同ジカラザル、生吞活剝シテ裁ヲ取ル所ナクバ其法ノ実行漸ク疎濫ニシテ竟ニ世ノ累トナラン。是レ其弊ノ小ナルモノノミ。其大ナルモノニ至リテハ社会内部ノ組織ニ不測ノ革變ヲ生ジ、破壊ノ潮流氾濫横溢シテ輿國ノ良風美俗掃蕩略尽キ、國家元氣ノ沮喪相踵キテ到ルナキヲ期スベカラズ……』

となしている。このあとにわれわれがすでに引用しておいた文章(四 旧民法の性格 立教経済学研究一六卷四号 一三五ページ)につづくわけである。この箇所ではまず旧民法批判についての概括的主張をなしている。この概括的主張にたいしては、法典実施断行論の立場から反批判がなされたわけである。この箇所での主張は、旧民法が施行されたばかり、法律のもつ積極的作用——これは下部構造である経済関係にたいして、法が反作用をなすということであるが——にもとづいて、現実の社会関係に重大な影響をあたえることになる点を、重視する必要を述べていることである。そしてこれにつづき法典実施断行の無謀を述べている。すなわち、

『法典編纂体裁ノ不整、行文ノ鹵莽、条款ノ舐舐、法理ノ陳套其他法典トシテ闕点ノ多キハ延期論非延期論ノ俱ニ認ムル所ニシテ今更喋スルヲ須ヒザルモ、新法典ヲ社会問題トシテ稽查攷察スルガ如キハ曾テ有司ノ問ニアリシヲ聞カザルナリ、以テ曩ニ有司ガ法典ヲ為スニ急ナルガ為メ社交ノ大革命ニ察スル所ナク偶然此ニ及ベルヲ觀ルベシ。果シテ然リトセバ其ノ無謀モ此ニ至リテ極マルト謂フベジ。……抑新法典ノ材料ヲ成ス欧州民法ノ条項タルヤ、十八世紀末仏國革命ノ余響ヲ受ケ徹底徹底個人主義ト民主主義トニ範ヲトリ國家思想ニ闕ク所アルハ夙ニ學者ノ認ムル所ニシテ其之ヲ共和政治ニアラザル社会ニ適用スルノ得策ニアラザルハ更ニ欸ヲ容レザルナリ……』

とするのである。ここではわれわれの社会関係を旧来の習俗・習慣によつてたつ社会関係であるとして定式化し、この視点から旧民法がフランス民法を無分別に継受することの無謀性と危険性を強調している。もちろんこれにたいしては反批判がなされた。この反批判の論点は、いうまでもなく旧民法批判が旧来の風俗・習慣の破壊だとなしている

るにたいして、そこで主張されている風俗・習慣は封建の旧習に由来したものであり、地方的かつ時代おくれのものだとする。だから、それにこだわるのは現実の社会の進歩にとっては不適当なものであるとしている。資本主義的發展のためには、それをさまたげている社会の歴史的進行を阻害している社会関係を取り除かねばならないとしている。

さて、『法典実施延期意見』はこうして旧民法批判の立場を明らかにした後、さらに内容を具体的な七項目に細別し、<sup>(6)</sup>それぞれの問題にたいして旧民法批判を展開しているのである。ここでは法典実施延期という政治的目的を達成する企図によって貫かれていることはいうまでもない。これらの項目を大別すると旧民法を身分法に関するものと、財産法に関するものに区分し、その前半において身分法に関するものを、後半において財産法に関するものの批判を取り扱っている。すなわち、

『……民法ハ実ニ習俗慣例ノ啓発セルモノナリ。法典ヲ待テ始メテ社会ニ發生スベキモノニアラズ。況ヤ綿々二千百有余年ノ経過セル我国社会ニ於テ決シテ固有ノ民法ナキノ理由アルベカラズ。然ルニ今遽ニ古法旧制ヲ排棄シ氣候風土ヨリ以テ旧慣習俗ニ至ル迄悉ク相違スル所ノ泰西ノ法典ヲ全ク拳ケテ之ヲ我国ニ充用セントス。豈ニ倫常ヲ紊リ国風ヲ傷ケザラントスルモ得ベケンヤ。……今ヤ我民法ハ祖先ノ家制ヲ排却シ極端ナル個人本位ノ法制ヲ設ケ數千年來ノ国俗ヲ擲テ耶蘇教國ノ風習ヲ移入セントス。倫常ヲ壞乱セサラント欲ルモ豈ニ得ベケンヤ。……民法ノ法文先ツ國教ヲ紊乱シ、家制ヲ破壊シ僅ニ「家」「戸主」等ノ空文ヲ存スルニ過ギス。嗚呼倫常ハ祖先尊崇家制恪守ノ影ナリ。民法出デ、其実体ヲ亡ボシ、而テ今日ノ教育行政ハ却ツテ其影ノ存ゼンコトニ汲々タルモノノ如シ。……』(新法ハ倫常ヲ壞乱ス)

となし、すでにわれわれが引用したように、<sup>(7)</sup>旧民法は家を中心とする同居家族とみていることを指摘する。そして人事編第十九条の規定が親屬と姻屬の區別をなし、しかも人事編第二十六条・第二十七条の規定によって、直系の親屬間に養料の義務を負担させている。そのため種々の問題を派生させることになる<sup>(8)</sup>と指摘する。また人事編第三条の規

定によつて、父母の婚姻によつて庶子が当然に嫡出子たるの身分を取得できることなどを例示し、旧民法の身分法の規定が日本固有の人倫を破壊することになることを指摘する。そして、これは欧米諸国の立脚している個人主義を、旧民法が採用した結果であるとしている。

つぎに旧民法の財産法に関するものについてどのような批判を、この『法典実施延期意見』はなしているのだろうか。まず旧民法の財産法が公法と私法を混同し、そのため混乱をまき起すことになることを指摘し、つぎのように述べている。すなわち、

『民法ハ公法ト私法ノ分界ヲ明ニスルコト能ハズ。二者ヲ混同シテ一律之チ包括セント欲セリ。……財産編第二十二條ニ於テ官庁ノ建物、城砦、軍用ノ工場船艦、兵器及ビ道路（仏國法ノ如ク鉄道モ包含スル意ナラン）等ハ不融通物トナシ第二十六條ニ於テ之ヲ私ノ所有權又ハ債權ノ目的物トナスコト能ハザルコトヲ規定シ、縱令議會ノ協賛アリトモ民法ハ此等ノ物ノ私下ヲ禁止セリ。然レドモ此ノ如キ條項ハ羅馬固有ノモノニシテ近世法理ノ認メザル所ナリ。……』（新法典ハ憲法上ノ命令權ヲ減縮ス）

『民法ハ公用徵收ノ事ヲ規程スルニ動産ニ関スルモノト不動産ニ関スルモノトヲ分チ、動産ノ公用徵收ハ毎回定ムル所ノ特別法ニ依ルニアラザレバ之ヲ行フコトヲ得ザルモノトセリ（第三十一條第二項）。……民法第三十一條第二項ノ規定ハ実ニ國家ノ休戚ニ関スル尠少ニアラズ。豈ニ恐レザルベケンヤ。論者或ハ強テ民法ノ闕点ヲ弁護セント欲シ、毎回規定スル所ノ特別法ニ依ル動産ノ公用徵收トハ、設例ヘバ歴史上又ハ美術上ノ材料ヲ集メテ博物館ニ陳列センガ為メニ、某ノ所有スル正宗ノ名刀ヲ是非ニ政府ガ所望スルガ如キ場合ヲ謂フモノナリト論ジタリ。思ハザルモ亦甚哉。……』（新法典ハ予算ノ原理ニ違フ）

『我憲法ハ君主ヲ以テ主權ノ本体トナシ、君主ノニ命アラザレバ以テ法トスルニ足ラズト為セリ。是レ我國建國ノ基礎ニシテ千萬世ニ亘リテ動カスベカラズ。然ルニ民法ガ天然法ノ原則ヲ認メテ人生自然ニ具備スルモノニシテ國家ノ意思ニ依リテ始メテ定マルモノニアラザルガ如キ精神ヲ以テ主義トセルハ大ニ國體ニ背反スルモノト云フベシ。……民法編纂者ノ偏見ヨリ往々字句ノ上ニ不穩ナル迹ヲ遺セルコトアリ。即民法外ノ法律モ亦法律ナルベキニ民法ハ天然法ニシテ人定法ノ上ニ在ルモノト誤信スルニ因レリ。是レ民法法典ニ於テ立法者ニ對シ立法ノ自由ヲ羈絆セストスルノ規定ノ存スル所以ナリ。設例ヘバ財産編第三十一條ニ所有權ノ強制讓渡ハ公用徵收法ニ從フベキコトヲ規定シ、而シテ其公用徵收法ハ宣告シタル公益ニ依ルベク、又予メ償金ノ

払渡ヲ為スニアラザレバ所有權ヲ制限スベカラズト制定スルガ如キ皆ナ從來ノ立法者ヲ霸紳シタルノ法条ナリ。然レドモ民法ハ憲法ニアラズ法律ナリ。法律ヲ以テ將來ノ立法者ヲ拘束スルコト能ハザルハ民法起草者モ亦克ク知ル所ナラン。……」（新法典ハ国家思想ヲ欲ク）

『民法起草者ハ国家ヲ以テ如何ナルモノト思惟センカ。之ヲ一ノ法人ト見認タルコト歎ヲ容レズト雖モ所謂法人ナルモノヲ以テ恰モ一人ト同視セル場合ナキニアラズ。財産編ハ國ノ所有物ヲ分ツテ公有私有ト為シ、其公有ニ属スルモノノミ不融通物ト為シタレドモ、苟モ一ノ公法人タル以上ハ其公法人ノ有スルモノハ悉ク公有物タリ、公法人ノ有スル私有物アルベキ管ナシ。……財産篇第二十三条ニ「公ノ人ガ各人ト同一ノ名儀ニテ所有スル物ニシテ金錢ニ見積ルコトヲ得ル収入ヲ生ズベキモノハ其私有ノ部分ヲ為ス即チ国府郡市町有ノ海瀕樹林牧場ノ如シ」ト明言スレドモ民法ガ公有ニ属スルモノト為シタル官庁ノ建物ノ如キモ亦、苟モ國ニシテ一ノ法人タランニハ各人ト同名儀ニテ之ヲ有スベク、又國用ニ供スル物ノ中ニモ金錢ニ見積ル事ヲ得ベキ収入ヲ生ズベキモノアラン。若シ又公有ニ属スルモノノ中ニハ斯ノ如キモノナシトスルモ第二十三条ニ規定シタル各種ノ物ハ何レモ之ヲ私有ト云フコト能ハザルベシ。國ハ国町村ハ町村ノ公ケナル資格ニテ之ヲ有スル外アルベカラズ。又民法起草者ハ國權ヲ以テ如何ナルモノト思惟センカ。國權ハ國家ノ權利ト理解セルニ相違ナキモノ之ヲ私法上ヨリ觀察セルコト明白キリ。現ニ財産篇第二十二條ニ於テハ國領ノ海及ビ公ケナル河川ヲ國ノ所有ト規定セルヲ以テ見ルモ民法ノ起草者ハ國際法ニ於テ海岸ヨリ若干ノ距離ニ至ルマデノ海上及國內ヲ流通スル河川ニ就キテハ其國政府ガ法權ヲ及ボスコトアルトノ規定アルヲ見テ直ニ之ヲ國ノ所有物ト誤認セルヤ歎ナシ。若シ夫レ國權ノ及ブベキ物體ヲ以テ悉ク國ノ所有ナリトセンカ、一國ノ範圍ハ悉ク其國ノ所有タルベク人民ニ於テ決シテ私有スベキ土地ナキモノト謂ザルヲ得ザルベシ。民法ガ國家思想ニ乏シキハ此一例ヲ以テモ自ら明カナラン……』（新法典ハ國家思想ヲ欲ク）

となしている。これらの論述を検討してみると、ここでは旧民法の財産法が國家をたんに私法的見地から理解しているため、本来國家の物的な構成部分である物を、私的所有物の対象物として把握、これにたいして民法法規によって規律しようとしているとなしている。そのため公用徴収の問題にたいする法理的構成をあやまり、いたづらに混乱を引おこすことを例示しつつ、旧民法が國家思想を缺除していると批判していることが解る。そして旧民法は近代市民

法原理——所有權の絶対・契約の自由・過失責任主義の原理——を当然に内包させているが、このことによつて旧民法が財産關係を現実の財産取引の慣行といかに異つたものにするかを、例示することによつて批判している。すなわ

『新法新法典ハ法学家ノ所謂個人主義ナリ。眼中人民ノ社会的共同体ヲ認メズ、一国一社会ヲ以テ恰モ数多特立ナル個人ノ算數的總計ト誤解シ、一個人ノ絶対的權利ヲ確定セバ、以テ社会ノ須要ニ応ゼルモノト為セリ。故ニ新法典ニ唯各人契約ノ自由ヲ確認スルヲ以テ基本旨トシ、豺狼相食ムノ经济社会ニ於テ弱者ノ肉ヲシテ強者ハ食ハシムルノ自由活動ヲ奨励シ、苟モ金銭的ノ利益ハ弱者ニ對シテ毫末モ假借スル所ナシ。……債務者ニ与フルニ一片ノ告知書ヲ以テスル以上ハ何人ニモ其債權ヲ讓渡スルコトヲ得セシメルハ財産篇第三百四十七条ニ認ムル所ナリ。故ニ甲乙親友間ノ貸借モ忽チニシテ高利貸ニ對スル債務ト化シ、最も恐ルベキ債主ニ對スル義務ト變スベシ。之ニ反シ新法典ハ毫モ金銭以外ノ權利ヲ保護スルヲ欲セズ。財産編第三百二十三条ニ於テハ金銭ニ見積ルベキ要約ノ原因ナキ合意ヲ無効トシ。權利毀損セラルルモ金銭上ノ損害ナクンバ之ガ保護ヲ与フルコトナシ。……』(新法典ハ社会ノ經濟ヲ攪乱ス)

『此ノ如ク新法典ハ全ク金銭的權利ノ保護ヲ主トシテ民人共体ノ利害ヲ顧ミズ、其所謂会社ナルモノモ亦數多ノ個人ガ各個ノ金銭的利益ヲ計ルノ機械的集合ナリ。學術技芸風教ニ関スル共同組合等ニ至リテハ毫モ之ヲ保護スルコトナキノミナラズ、薄資ノ工業者及ビ商業者カ富豪家ノ侵奪ヲ防衛スルニ必要ナル經濟的組合ノ如キモ亦新民法ノ捨テテ顧ミザル所ナリ。……』(新法典ハ社会ノ經濟ヲ攪乱ス)

『財産編第二百三十三條ハ何人ト雖モ又何レノ所タルヲ問ハス天然又ハ人工ノ水ヲ使用スル權利ヲ有スル者ニハ自己ノ農工業用ノ為幾百人ノ迷惑ヲ顧ミズ、他人ノ邸宅、山野畑ヲ通過セシメ其水ヲ自己ノ土地ニ引用シテ工場又ハ農業ニ使用スルノ權利ヲ与ヘタリ。夫レ公益ノ為メニアラズシテ一個人ニ与フルニ此重大ノ權利ヲ以テセルハ果シテ其ノ当ヲ得タルト謂フベキカ。抑モ日本ハ河川國ニシテ而シテ水流淺ク、日本ハ水田國ニシテ而シテ水量常ニ乏シ。水ノ使用疏通ニ関スル僅々タル民法ノ規定ハ却テ紛擾ヲ醸成スルノ種子ト為ルベク、就中入會權ノ如キハ水田ノ肥料採取其他農家ノ經濟ト關係アルベキヲ以テ詳密ノ規定ヲ要スベキニ、民法ノ管テ隻言一句モ此事ニ及ブコトナキハ缺點ノ甚シキモノト謂ハザルナリ。』(新法典ハ社会ノ經濟ヲ攪乱ス)

『……財産編第四十條第三項第八十九條第九十條第一百四十條第一百六十六條等租稅ヲ以テ其ノ土地ニ固着スベキ義務トナシタ

リ。……永借即チ三十箇年以上ノ小作ニ在リテハ民法ハ地主ヲ以テ直接ノ納税者トスレドモ小作人ハ地主ニ対シテ地主ノ上納シタル租税其他ノ公課ヲ弁済セザル可ラザルヲ以テ表面上ニ於テハ地主ハ国庫ニ対シ納税ノ義務ヲ負担スレ雖モ、其実際ハ小作人ニ於テ租税其他ノ公課ヲ負担スルコトナルベシ。従来小作人ト地主トノ間ニ存スル慣例アルニモ拘ラズ俄然民法ノ実施ト共ニ小作人ヲシテ現然地租其他ノ公課ヲ負担セシメントスルハ経済社会ニ一大騷擾ヲ惹起スルノ恐ナキニアラザルナリ。……』(新法典ハ税法ノ根源ヲ變動ス)

『……法典ニ無用ナル学問上ノ定義ヲ押入シ、一方ニ於テハ法典ノ錯雜ヲ招キ、一方ニ於テハ法典ヲ以テ一種ノ学理論ヲ代表スルモノト認メシメ、却テ實際ニ必要ナルノ法規ニ付テハ立法者ハ特別法ヲ以テ将来ニ之ヲ定メントコトヲ約シ又ハ之ヲ習慣ニ一任スベキモノトセリ。試ニ見ヨ、物料ノ採掘、道路ノ劃線、樹木ノ伐採等ニ関スル地役(財産篇第三十三條)民法実施以前ニ於ケル荒蕪地ノ貸借永小作ニ関スル規定(財産篇第五十六條)国府郡市町村ノ財産ノ賃貸借(財産篇百六十條)ノ如キ皆之ヲ後日ノ特別法ニ譲リタリ。……又日常最モ多ク社会ニ現出スルノ事態タル土地家屋ノ貸借(第二百五十二條)賃借權ノ讓渡(第三百十條)或ル工作物ノ建築ニ関スル相隣者トノ關係(第二百六十三條)等ノ如キ悉ク之ヲ習慣ニ一任シタリト雖モ苟モ立法者トシテ法律ヲ制定セントスル者ハ此等ノ習慣ヲ調査シテ編纂スルコソ本分ノ責務ナルベキニ安リニ学説ヲ法典ニ羅列シ其本分ノ立法ヲ忘レタルハ能ク實際ノ必要ヲ看破シタル法典ト云フコトヲ得ザルベシ。……』(新法典ハ威力ヲ以テ学理ヲ強行ス)

以上が『法典実施延期意見』のなかで主張されている旧民法批判の論点である。ここでは旧民法がフランス民法を継受し、したがってもっぱら欧米諸国の個人主義にもとづき、われわれの身分關係や財産關係に旧来の民俗・風俗に少しも考慮がはらわれていないと批判するのである。つまるところ旧民法批判の論点は、もっぱらこの点にあったとすることができるとは(6)である。ここでは旧民法批判が旧民法の法典的構成や、個々の法条のもつ法的缺陷などについての批判とはなっていない。それはもっぱら、旧民法の立脚している法理的根拠にたいする批判に主力が注がれていることは明らかである。このことをうら返してみると、旧民法批判がイギリス法の法理的根拠にたつて、旧来の民俗・風習を尊重し、われわれの身分關係や財産關係を变革していくべきだという論点に過ぎないことになる。だから、旧

民法批判は旧民法とは異った価値観を展開しているといいうるわけである。これはブルジョアジー・寄生地主の封建的遺制を、日本資本主義のなかに残存させよとする保守主義と結びつき、旧民法そのものに反対することによって、日本資本主義の発展にとって半封建的諸関係の利用を可能にする道を、民法典上に実現することの主張であった。自由民権運動の結末がしめしたように、ブルジョアジー・寄生地主が絶対主義天皇制の政治路線と結びつくばあい、半封建的諸関係を利用することが、自己の指導する日本資本主義の発展に有利だとする認識にたつことになる。ここに旧民法批判の論拠のもつ意味があった。こうして旧民法批判は明治政府の手によって育成されてきた、ブルジョアジー・寄生地主の経済的要求にもとづいてなされたものであり、旧民法が明治絶対主義の法的外被として真に役立つものかどうかという点についての批判であったといえる。ではこれらの旧民法批判にしめされた論点は、日本民法典論争によって旧民法にとって代った明治民法のなかに、どのようにいかされていくのだろうか。明治民法の制定は、日本資本主義が産業資本主義へと確立した時期においてなされた。こうした社会・経済的条件は旧民法批判をどのようにくみとることができるのだろうか。項をあらためて検討してみたい。

(1) この点については『四 旧民法の性格(立教経済学研究一六卷四号)の『I 旧民法の性格把握と日本民法典論争』(同上三四ページ)をみて下さい。

(2) 明治民法の第一編、第二編、第三編(財産法に関する部分)は、一八九六年(明治二九年)四月二七日法律八九号として制定された。そして民法第四編・第五編(身分法に関する部分)は、一八九八年(明治三一年)六月二日法律九号として制定され、全編ともに一八九八年(明治三二年)七月一六日より施行された。

(3) この点については四 旧民法の性格(立教経済学研究一六卷四号 一三一ページ以下)で取扱っているから参照して下さい。

(4) 穂積八束はそのなかで、『……我国未ダ他教ヲ以テ祖先教ヲ一洗シタルニアラザルナリ、然ルニ民法ノ法文先ツ国教ヲ

排斥シ家制ヲ破滅スルノ精神ニ成リ僅ニ「家」「戸主」等ノ文字ヲ省ルト雖却テ之ガ為メニ法理ノ不明ヲ招ク空文無キノ優レルニ若カザルナリ嗚呼極端個人本位ノ民法ヲ布キテ三千余年ノ信仰ニ戾ラントス、而シテ一方ニ於キテハ或ハ耶蘇教旨ノ我ニ行ハルルヲ欣ハズ強テ忠孝ノ国風ヲ保持セントス哲學家ハ巧妙ノ弁アルベシト雖法制史家ノ昭中ニ於テ孝道ハ祖先敎家制ノ影ナリ法制先ヅ其実体ヲ亡シ教育行政ハ其影ノ存セン事ニ汲々タリ史家ハ其前後矛盾ヲ笑フナルベシ……』となし、旧民法がキリスト敎の小家族制にならない、日本固有の祖先崇拜に基礎づけられ大家族制を否定しているとして、極端な反情をしめしている。

(5) この『法典実施延期意見』（法学新報第一四号）は、東京法学院講師十余名の連署を、その末尾に有するものである。その中には、江木衷、高橋健三、穂積八束、松野貞一郎、土方寧、伊藤悌治、朝倉外茂鉄、中橋徳五郎、奥田義人、岡村輝彦、山田喜之助などの名がみえる。この法典実施延期意見の全文は、星野通 民法典論争史（日本評論社 一九四四年五月一四五ページ以下）。星野通 明治民法編纂史研究（ダイヤモンド社 一九四三年九月 四六六ページ以下）に集録されているから参照して下さい。

(6) この七項目は、○新法は倫常ヲ壊乱ス○新法典ハ憲法上ノ命令権ヲ減縮ス○新法ハ予算ノ原理ニ違フ○新法ハ国家思想ヲ缺ク○新法ハ社会ノ経済ヲ攪乱ス○新法ハ税法ノ根源ヲ變動ス○新法ハ威力ヲ以テ学理ヲ強行ス、である。

(7) この引用は立教経済学研究一六卷四号一三五ページ以下でなしているから参照して下さい。

(8) 福島正夫教授は旧民法批判自体は必らずしも『個人主義を排し、国家主義、家族主義を打出し、後向き半封建的方向に傾斜する』ためではなかったとされている（日本資本主義の発達と私法） 法律時報二五卷七号 六三ページ）

——以下次号——