

旧民法と明治民法 (三)

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
 - 1 明治維新と新法令の制定
 - 2 民法典編纂の社会・経済的条件
 - 3 近代法思想と民法典編纂 (以上第一六卷一号)
- 三 旧民法編纂の法史的推移
 - 1 旧民法編纂と江藤新平
 - 2 旧民法編纂と大木喬任
 - 3 旧民法編纂と井上馨・山田顕義
- 四 旧民法の性格
 - 1 旧民法の性格把握と日本民法典論争 (以上本号)

三 旧民法編纂の法史的推移

旧民法と明治民法 (三)

——以下次号——

前項において、われわれは日本民法典の編纂事業がなされるにいたった一般的条件——日本民法典編纂がどういう客観的な社会・経済的条件のもとで出発していくことになったかということであるが——を説明してきた。そこでは日本民法典(旧民法)の編纂事業そのものの歴史的な推移ではなく、編纂事業そのものがなされるにいたった社会的背景を解明することに力点をおいたのである。この角度からの考察によって、いろいろの問題の提起をなすことができた。日本民法典の編纂事業を概観すれば、旧民法(明治三年民法)——↓日本民法典論争——↓明治民法(明治三年民法)——↓新民法(昭和二年民法)という図式に要約できる。明治政府によって構想され、資本主義発展の経済法則によって規定される社会生活関係の基本的規律は、この旧民法の完結によって方向が確定されるはずである。明治民法による社会生活関係にたいする法的秩序の形成は、日本資本主義の特殊性を反映しつつ、資本および寄生地主の側に奉仕するという基本的機能を果し、それは第二次世界戦争によって日本軍国主義が打倒され、ポツダム宣言の受諾と無条件降伏がなされるまでつづいた。日本国憲法の新しい制定は、これまでの日本民法に部分的変更がくわえられた。すなわち財産法的部分(民法第一編・二編・三編)は、なお資本主義的生産Ⅱ交換関係の基本的法秩序として維持され、家族制度的な部分(民法第四編・五編)は、全面的に改正されることになった。しかし日本民法の基本的機能に変更がくわえられていなかったことはいうまでもない。

日本民法典編纂史については、すでに紹介した多くの法史的文献によって明らかにされている。だからこの項では旧民法の編纂事業の歴史的過程に生じた政府の編纂方針にあらわれた諸変化の概観に焦点をあわせて検討してみること¹⁾にしたい。これはわれわれが日本民法典編纂史の考察を目的となしてはならず、ただ旧民法の性格を明らかにする²⁾という次項の課題に、すこしでも接近できると口を見出すという企図をもっているにすぎないからである。と

ころがわれわれの方法論にしたがつて、旧民法の性格を明らかにするという作業を展開させていくには、まづつぎのような準備作業にとりかかる必要があると考える。それはこの日本民法の編纂そのものが、明治維新直後の日本資本主義の本源の蓄積に奉仕しうるものでなければならなかったこと。そして日本民法が日本資本主義の発展の総路線を近代的法制度の樹立によって設定するという、全般的企図の主要な環としての地位と役割をになって準備されたものだということ。これらの諸点の理解がどうしても必要なものとなる。いうまでもなく、これらの諸要求は、明治維新後の新法令の制定という一般的な法的現象によつてしめされている。そこから一応は日本民法の一般的性格をよみとれるわけである。しかし旧民法と明治民法とをみるばあい、その制定の社会・経済的条件の変化を土台として、この日本民法典のもつ一般的性格のほかに、なお特殊性をもつことを指摘せざるをえない。それは旧民法が法形式と内容において、資本主義的発展のために本源の蓄積を強行するという経済的要求を充足するものでなければならなかった点である。だから旧民法の性格は日本資本主義の要求にいかんか答えるものであつたかという視点で評価されなければならない。そのため旧民法の性格把握のためには、日本資本主義の具体的な諸条件とどのような法史的事実の集積によつて、旧民法が実現していったかを理解しておく必要がある。これがこの項の課題をなすものである。

われわれが日本民法典編纂史をみれば、旧民法の編纂事業が一八七〇年（明治三年）以後進行し、一八九〇年（明治二三年）法律第二八号・第九八号として完結していることは、法史的事実として知ることができる。したがつて旧民法の完結まで約二〇年の歳月を必要としたことも知ることができる。この客観的事実の帰決として、旧民法がどのよう日本資本主義の具体的な社会・経済的条件の変化に順応させられていったか——これは日本民法典論争をひき起し、やがて明治民法（明治三年民法）として結実されることになつたが——を見きわめることを必要とする。われわ

これは法典を構成する条文自体を、その時期における社会・経済的条件の具体的反映として理解する。そのためわれわれは条文自体の表現や構成を通じて、逆にそれのもつ具体的な社会・経済的条件を知ることができると考える。だが、かかる法論理から、直ちに条文の解釈にとりかかるならば、形式的・概念的な法学方法論としてのそしりをまぬかれないであろう。そこでわれわれは旧民法の基底的な土台の考察から出発させたわけである。かかる視点にたつて旧民法をとらえるかぎり、明治維新以後の資本主義的生産関係の発展という事態のもつて、社会関係にたいする基本的法秩序を樹立するための法典であつたと指摘する。そして、なによりも資本主義的生産関係を確保するためのもつとも基礎的な法的外被として、旧民法が役立ちうるものでなければならなかつたと指摘する。ここからたとえば財産法的部分にみられる近代法体系と身分法的部分にみられる前近代法体系の異質的競合として特質づけられる明治民法(明治三年民法)と比較してみても、旧民法が共通性と特殊性をもつという指摘が評価されるためには、資本主義の一般性と日本資本主義の特殊性の理解を前提としなければ、正しく理解できないことが主張できる。この理解の基礎にたつて、はじめて旧民法が明治民法との共通性と特殊性において、資本主義一般と同時に日本資本主義の特殊性のもとで、より先進的な姿態をとらせえたかの論拠を明確にしうらと思う。民法典に生産関係の基礎法としての意味が附与されているかぎり、資本主義的生産関係の展開のためには、近代法としての形式と内容が盛りこまれることが一般に要求されている。だから一八七〇年(明治三年)太政官に制度局が開設され、そこで各種の法律制度が調査・審議されると、日本民法典が中心的課題の一つとして登場してきたわけである。

さて、旧民法典の編纂事業の進展について、福島正夫教授はつぎのような三つの時期を区分されている。すなわち『第一期は明治三年から一二年―一四年であつて、この間は邦人官吏の手により民法草案や会社法草案等の起草が行

われた。第二期は一二年—一四年から一九年夏までであつて、政府お雇いの外国法学者に対し、近代的な法典起草が委嘱され、これらの学者が精力的に法典、その理由書、ならびに解釈書の起草に当ると共に、協力した邦人官吏学者を啓蒙した実質上いたつて重要な時期である。第三期は一九年八月以後であつて、条約改正という政治的契機から、いよいよ法典の制定公布が現実問題として日程に上つたときである』⁽²⁾と。ここでは旧民法の編纂過程における諸変化という現象形態にもとづいて、時期的区分がなされているわけである。しかし旧民法の編纂過程の段階的發展を、編纂過程における現象的な諸変化から考察するだけでは、不充分だと考える。これは法的諸現象はまずなによりも、その経済的土台から捉えなければならぬとする、われわれの主張からみて当然なことであろう。しかしここでは、われわれも福島正夫教授のこの時期的区分に従うことにしておきたい。これは旧民法の編纂の法史的推移から、それぞれの時期における編纂の基本的方針の変化を概観せんとする現在においては、一応こうした区分は便利だからと考へるからである。それと同時に完結した旧民法（明治三二年民法）を素材とするわれわれにとっては、旧民法の編纂事業をどのように時期的区分して見ても、これらの諸過程の集積によつて、旧民法の編纂自体は進行していったという客観的な法史的事実には、変わりがないからである。しかも福島正夫教授のなされた時期的区分は、基本的には日本資本主義の發展における個別的な意味をそれらの時期にあたえられ、その点で旧民法の編纂方針の変化に、なんらかの影響があたえられたのであらうとする推測にたたれていることは、容易に知りうるためである。そこで、それぞれの時期における社会・経済的条件が、旧民法の編纂事業にどのように反映し、どのような方針のもとで編纂されたかを考察し、旧民法の性格解明の契機を見出すことにしたいと考へている。このばあいそれぞれの時期を代表する旧民法の編纂の掌把者——江藤新平・大木喬任・井上馨・山田顕義——の編纂方針に考察の焦点をあわせて展開させてみ

たいと思う。

- (一) こんにち原資料の紹介が多くなされている。たとえば石井良助教授によって、民法草案人事編理由書、民法草案人事編第二部理由書、民法人事編再調査案・民法人事編・民法財産取得編(統)が覆刻されている(明治文化資料叢書第三卷上・下 風間書房 一九五九年四月〜一九六〇年五月)
- (二) 福島正夫 日本資本主義の發達と私法 (四) 法律時報二五卷四号(一九五三年四月 二八〜二九ページ)

1 旧民法編纂と江藤新平

すでに述べたように、日本民法典(旧民法)の編纂事業は一八七〇年(明治三年)に江藤新平によって、制度局ではじめられた。この当時の旧民法の編纂方針は、フランス民法の翻訳を基調として旧民法を起草することであった。この編纂方針は江藤新平が民法典編纂事業から手をひくまで——一八八一年(明治十四年)まで——つづくことになった。この一八七〇年(明治三年)から一八八一年(明治十四年)までの時期——江藤新平による旧民法の編纂——が旧民法の編纂事業における第一期といわれている時期である。そこで、この時期の旧民法の編纂方針を理解することからはじめよう。これは旧民法の編纂事業の掌握者であった江藤新平の主観的企図——どういう企図にもとづいて旧民法の編纂に着手したかという——を知ることが手がかりとなしうる。いうまでもなく民法典の編纂は、資本主義的生産関係を経済的土台として、明治政府が現に逐行しようとした諸政策の法的外被としての意味をもち、したがって明治維新直後の新法令の制定の一貫として、登場したという客観的条件をもっていた。それは旧民法によって人々の社会関係を、日本資本主義の發展に役立つものとして、私法的秩序を附与する役割をもつて、歴史的に登場したと

いう意味においてである。⁽³⁾しかし法的外被としての日本民法典が、どのような形式と内容をもって決定されるかは、旧民法の編纂事業を直接になつた人々の頭脳に、客観的な社会・経済的条件がどのように反映し、認識されるかによつて異つたものとなるであろう。そこで明治維新直後において、旧民法の編纂事業の推進者であつた江藤新平の考えから、この旧民法の編纂方針がどういふものであつたかを考察してみることにしよう。もちろん江藤新平の旧民法の編纂にたいする主観的企図が、ただちに旧民法の編纂方針だとすることはできない。しかしすくなくとも江藤新平の主観的企図のうちには、旧民法の形式と内容がどういふものでなければならぬかが、当時の具体的な社会・経済的条件の反映として、旧民法の編纂方針に強い影響をあたえたことはまちがいないからである。江藤新平は一八七〇年(明治三年)の太政官制度局の開設とともに、日本民法典の編纂事業に着手した。このことはすでに述べた。江藤新平が旧民法の編纂に着手したのは、『日本と欧洲各国とは各風俗習慣を異にすると雖も民法無かるべからざる則ち一なり、宣しく仏国の民法に基きて日本の民法を制定せざる可らず』⁽⁴⁾としたからである。この主張をみれば日本民法典の制定が、近代の法制度の確立の一貫として要求されるとなす、江藤新平の考え方が理解できる。江藤新平自身は明治維新によつて成立した新政府が、なによりも中央集権制を確立する必要性を認めている。そしてそのためには、法律制度の劃一性を実現することが必要だと強調している。この明治政府の要求は、江藤新平の『国民の位置を正す』⁽⁵⁾とする法的・道義的な国民形成についての考え方と結びついて、旧民法の編纂方針のなかに映ずることになつた。つまり江藤新平による民法典編纂の企図は、近代の法制度を確立することによつて、中央集権にもとづく絶対主義的専制を実現するための法的手段として、役立たせるといふ点にあつた。われわれは江藤新平の民法典編纂にたいする主観的企図を、以上のように要約することができると思う。

こういう江藤新平の主観的企図が、民法典の編纂方針として一般的に許容されたのは、われわれが前項(二)明治維新と民法編纂で考察したように、明治維新前の『性法』思想にはじまる自然法思想によって、それが支持されるものとなっていたからである。それは日本民法典をフランス民法典の継受に求めることを、不自然とは考えない思想的基盤が、形成されていたためである。⁽⁶⁾だが旧民法のフランス民法を継受による近代法制度の導入は、政治権力の立場からみてどういう意味をもったのだろうか。このことをすこし検討してみよう。明治維新という政治的変革によって、これまでの封建的政治権力を打倒した新しい政治権力は、自己の政治的基盤を補強することを、まずなによりも必要とした。旧民法の編纂は、こうした政治的契機から出発したことは否定できない。江藤新平が太政官の制度局で民法典の編纂事業に着手したのも、この政治的要求があったからである。ここから星野通教授は『明治三年江藤南白によって民法典制定が企てられて以来、ウェスタンプリンシプルによる諸法典編纂が企図されたのは、一つは社会の飛躍的開花進展に応じて国内体制を整備し、近代的法治国家を実現せんためであり、一つは法治国家実現を通して不平等条約改正、対外的に独立国家の面目を回復せんことを政府が欲したためである』⁽⁷⁾とされている。星野通教授は、江藤新平の民法典編纂についての主観的企図を、旧民法編纂の直接的契機として描いている。しかし当時の政治的契機が、江藤新平の主観的企図に反映したものとして扱えられるだろう。だから旧民法の編纂方針自体が、その後の社会・経済的条件の展開と結びついて変化し、その時々⁽⁸⁾の政治的要求そのものが、旧民法編纂の主軸となっていたわけである。これらの事實は、政治的契機が江藤新平の頭脳を通過して反映したことを、実証するであろう。しかもこうした政治的契機の展開こそ、日本資本主義の発展とその確立という、現実的要求にもとづくものなのであった。だから、社会・経済的条件から切り離された江藤新平の主観的企図やたんなる政治的契機のみた力点をおいて理解するこ

とは、問題を不正確なものとすると考える。⁽⁸⁾

新しい政治権力は、自己の政治的基盤を強化するために、都合のよい法律制度を確立しようとする一般的要求をもつ。しかしこのことを認めても、なお法律制度は経済的諸関係を反映したものととして実現されなければ、人々の社会關係に法的秩序をあたえるものとしての一般的承認をうけえない。だから現実はどういう形式と内容をもった法律制度を樹立するかは、古い経済的諸關係の止揚のうえに、どういふ経済的關係の展開を展望しているかによって、決定されるだろう。そういう経済的要求は、必然的に政治的諸政策に転化し、外形的にはかかる政治的契機に、旧民法が依存しているように現象する。明治維新政府が上からの開明的な殖産興業政策という経済政策をとったのは、封建社会に生じた経済的矛盾の止揚としてであり、したがって明治政府が近代的法律制度の樹立という政治的・法律的政策をとったのは、いづれもこの経済的要求の実現と自己の政治的基盤の強化の必要からであつた。このことは資本主義的生産關係の展開を強行的に移入するという形態で、新しい社会關係を形成していく点に主眼がおかれたことを意味している。資本主義的生産關係の展開によって、政治権力の強化をはかろうとするのであれば、資本主義的生産の展開を可能ならしめる法律制度が必要となる。これは先進資本主義諸国の法律制度——ブルジョアの市民法——の承継・継受によって実現することができる。近代市民法はなによりも生産手段にたいする私的(資本主義的)所有を、財産一般の基本的な支配形態として実現することによって、財産關係をして資本主義生産を実現しうるものとして順応させるからである。⁽⁹⁾ 旧民法の編纂が、江藤新平の主観的企図に止められている政治的契機——統一的な中央集権制の確立——という点に求められているかぎり、旧民法は近代市民法であればよかつた。そこではたんに外形的な近代市民法が要求されるだけであつた。しかし明治維新という政治的変革によって、急速に發展していく資本の本源的蓄

積によつて、日本資本主義の特殊性についての認識が深められた。そして、この社会・経済的条件の具体性からして、経済的要求を充足するためには、たんに外形的な近代市民法典の制定・導入という形態だけでは、不十分なものとすることが理解されてくるのである。

さて、太政官の制度局での民法典の編纂事業は、一八七一年(明治四年)七月一日廢藩置県の詔書によつて、中央集権制が一応法制度上確立されるとともに、左院に引きつがれることになった。それは中央官庁の整備によつて、同年七月太政官制が改正されたためである。この太政官制の発布によつて、正院、左院、右院の三院がおかれた。そして左院が立法事業を管掌することになった。そこで同年八月一八日に制度局は左院に合併され、江藤新平は左院の副議長の職に任じられた。そのため江藤新平は事実上左院を掌握することになった。民法典の編纂は民法會議によつてなされたが、草案作成までにはいたらないで終つてゐる。⁽¹⁰⁾ しかし江藤新平は一八七二年(明治五年)四月に司法卿に転じたので、これ以後民法典の編纂事業は、司法省において行われることになった。すでに述べたように、一八七〇年(明治三年)八月には、箕作麟祥が制度局御用掛兼勘を命ぜられた。江藤新平はこの箕作麟祥をして可及的にフランス民法の和訳をなさしめ、それを原案としつつ、日本民法典の編纂をなそうと構想していた。太政官制度局の民法會議における民法典編纂の構想は、そのまま司法省民法會議にも承継されることになったが、司法省民法會議は民法法則八十八条をとりま⁽¹¹⁾とめ、一八七三年(明治六年)三月太政官に上呈した。この時期までの江藤新平の民法典編纂の基本方針ともいふべきものは、フランス民法にもとづいて日本民法典を編纂することであつた。これは江藤新平が箕作麟祥にたいして『誤訳も妨げず唯速訳せよ』⁽¹²⁾となしたこともひろく知られている。しかし箕作麟祥は法学にたいする特別の素養がなかつたため、法典の訳出に困難を覚えた。そのためフランス法を研究する目的で、フランスへ

の遊学を政府に乞うに至った。しかし政府は他に適當の翻譯者のいないことを理由にこれを許さなかった。その対策としてフランスからブスケ (Georges Bousquet) を招聘し、これを顧問となしたのである。この江藤新平に止められているフランス民法による日本民法典の編纂についての急進的態度は、明治維新という政治的變革後の中央集權制の法制度的確立にたいする一般的な思惟を表現していたものというるだろう。

いうまでもなく日本の法律制度がどういふ具体的形態をとるか、日本の社会・經濟的条件——これは日本資本主義がどのような方向に發展していくかということであるが——によって決定される。ここから旧民法の形式と内容が基本的には確定されることになる。そのため旧民法の形式と内容には、日本資本主義の社会・經濟的条件に根ざす階級的利益をめぐって、異った要求があらわれる。江藤新平の主觀的企図——フランス民法による日本民法典の編纂の急速な実現——が、たとえ當時におけるフランス法学にもとづく自然法思想によって、新しい社会關係にたいする普遍的な民法典として抽象的な確信をともなっているとしても、それだけでは直ちに實現できなかっただろう。旧民法はすべての階級的利益に合致することはできなかった。だから、たとえ旧民法にブルジョア法としての意味があたえられ、忠実なフランス民法の形式的継受がなされたとしても、現実の日本資本主義の社会・經濟的条件のもとでは、法解釈という法的技術によって、實際には異った意味があたえられたであろうことは、容易に想像することができる。一八七一年 (明治四年) 九月には司法省が設置されたが、前記民法會議とは別に民法の編纂がなされ、明法寮草案が起草された。江藤新平もこれに関係していたといわれている。この明法寮草案については各種の草案が知られているが、一八七二年 (明治五年) の『皇国民法仮規則』¹⁹⁾ が、その最終案といえるものであった。ところが一八七三年 (明治六年) 一月に司法省と大藏省との間に權執が生じた。そのため江藤新平は同年六月一九日に參議に転出し、司法省を

去ることになった。この江藤新平の参議に転出することによって、以後司法省は大輔福岡考悌にひきいられることになった。しかし民法会議は江藤新平の辞任によって影響されることなく存続した。そして民法編纂事業はそこで江藤新平の企図を体して続行されたし、また江藤新平もこれを支援したのである。だが江藤新平を失った民法会議の活動は、次第に低調なものとなつていった。⁽¹⁴⁾

(3) 宮山澄 旧民法と明治民法(白) 立教経済学研究一六卷一号(一九六二年七月)二〇〇ページ。

(4) 的野半介『江藤南白』によると『南白転じて司法卿となるや、初めて組織する法典編纂局を設け五法の編纂を完成せんとしたりき。南白以為らく「日本と歐洲各国とは其の風俗習慣を異にすると雖も民法なる可からざるは則ち一なり。宜しく仏国の民法に基きて日本民法を制定せざる可らず」と策作に命じて訴訟法、商法、治罪法等を翻譯せしめたり。而して少しく翻譯に難するや南白之を促し曰く「誤訳を妨げず、唯速訳せよ」と。策作は南白の命により拙速主義を以て翻譯に従事せしが故に、訳稿上往々誤訳あるを免れざりき。而して南白は此訳稿を基礎として急に日本民法を制定せんとし、先ず身分証書の部を印刷に附したりき』(同上下巻二七七ページ以下)とする。この個所が穂積陳重 法窓夜話(二二〇ページ)に引用されているわけである。

(5) 的野半介 江藤南白伝によると、江藤新平が司法省予算問題で、大蔵省と確執を生じ、一八七三年(明治六年)一月に提出した辞表につきのような記があ述る。『国中人民を以て一大軍隊と見做し、国法を以て大將軍の号令とし、明將の大軍を御する如く、法令嚴肅細行届したる也。因是觀之、各用は明將の師たる節制嚴肅の兵の如く、我国は所謂鳥合無法の軍の如く、夫々の取締りも不立、出隊、職掌、権限等の定め無之、兵数も不分明と申程の事にて有之。是故に各民の位置を正さずして富強を望むは猶鳥合無法の兵を師て、明將の師たる節制の軍に臨み、而して、勝を望むが如し。兵家に兆すと雖も、其敗を知るに足れり』(同上下巻五ページ)とし、さらに『元來各国と並立の勳慮を奉戴し、臣不肖司法の長官を拜命し、部事の不瀆を以て其實に可任云の御委任を蒙り候に付、即ち夙夜考慮仕候処、並立の元は国の富強に在り、富強の元は国民の安堵に在り、安堵の元は国民の位置を正すに在り。夫尚国民の位置不正なれば安堵せず、安堵せざれば其業を勤めず、其恥を知らず、業を勤めず恥を知らず、何以富強ならんや。』

所謂国民の位置を正すと何はぞや。婚姻、出産、死去の法、敵にして、相続贈遺の法定り、動産、不動産、貸借、売買、共同、

の法、蔽にして、私有、假有、共有の法定り、而して聴訟始て敏正、加之国法精詳、治罪公正にして、断獄、初て明白、是を国民の位置を正すと云ふなり。於是、民心安堵、財用流通、民始て政府信する深く、民始て其権利を保全し、各永遠の目的を立、高大の事業を企つるに至る』(同上下巻六ページ)となしているが、ここで江藤新平が民法制定をどういふ角度で考えていたかを理解させてくれる。

(6) 遠山茂樹 民法典論争の政治的考察(法学志林四九卷一号) 五五ページ。明治史料研究連絡会編 民権論からナシヨナリズムへ お茶の水書房 一九五七年一月 二五一ページ。

(7) 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 八六ページ。

(8) 中村菊男教授は旧民法の制定が徳川幕府以来の不平等条約の改正という政治的契機からなされたことに力点をおいて把えられている。そしてこのことが、のちに日本民法典論争を引き起す要因となったことを指摘される根拠とされている(民法典論争の性格 法学研究二五卷一〇号 一九五二年一〇月 二一三ページ)。のちに述べるが旧民法編纂の第三期において条約改正という政治的契機が前面に押し出され、主要な意味をもって登場することになったことは否定できない。しかし、これとてその背後には、日本資本主義の発展の阻害要因となっていた不平等条約の改正が、経済的要求となっていたといえる。そのため条約改正のための法的手段として、外形的な近代的民法典の実現をなしたのだとすることは、こうした経済的要求が旧民法によって、どのように満されるものであったかを見失うようになるのではないかと考えられる。

(9) 福島正夫教授は『江藤新平による民法典編纂は統治という政治的契機からで、経済的需要に裏づけられていない。後には列国対等、治外法権撤廃の目標で欧化法典の起草がボアソナードらにより進められるが、それも経済界から遊離していたといつてよからう』(財産法 法体制準備期 日本近代法発達史 勁草書房 一九五八年二月 一八ページ)とされている。

(10) 手塚豊教授は左院の民法会議は江藤新平が後に司法卿に就任するまで、約九ヶ月餘続行されたと思われるが、この点についての具体的な資料はないとされている(手塚豊 明治初年の民法編纂 法学研究二二巻七号 二七ページ)。そのため民法編纂会議に参加した人の顔ぶれも明らかでない。しかし制度局事務に関与していた津田真道、神田考平、加藤弘之、森有礼、福島種臣、福羽美静など関係していたことが推測されうる。

(11) 石井良助教授は『身分証書の部だけを含まるものに過ぎないが、前加条目六条が前置されている。この身分証書の制度は、フランス民法にならったものであるが、たんにこれを模倣したものでなく、これをわが国に適用するにあたって、必要な補足が

加えられている。民法仮法則を司法省は実際に施行するつもりであったが、ついに実施には至らなかつた(明治文化資料叢書第三卷上 三ページ)とされている。参照左院の民法草案(一)(二) 国家学会雑誌六〇卷一、二、六号。

(12) この記述は多くの文献に引用されている。註(5)参照。

(13) この草案は八巻よりなり、第一巻人事編(一)(一四〇条)、第二・第三巻財産編(一四一)(三八六条)、第四(八巻契約編(九三四)(二〇八五条))となっている。

(14) 手塚豊 明治初年の民法編纂——江藤新平の編纂事業とその草案——一九四四年四月二二二ページ。

2 旧民法編纂と大木喬任

江藤新平が参議に転出し、旧民法の編纂からはなれることによって、旧民法の編纂事業はいわゆる第二期を迎えることになった。すなわち一八七三年(明治六年)一〇月二五日新たに司法卿となった大木喬任は、これまでの江藤新平のなしてきた民法編纂事業を承継したわけである。大木喬任は一八七六年(明治九年)九月に右大臣岩倉具祐にあてて、法典起草の急務を力説する上申書『法律起業之儀ニ付申稟』を提出した。そのなかで

『民法ハ人民ト人民トノ間ニ管スル条規ニシテ其ノ関スル所最モ広ク且ツ大ナリ從來我国ノ民事ヲ裁判スルヤ自ラ天理ニ合スル者少カラスト雖モ法ノ明文ナク律ニ成例ナク而テ維新以來法律之創成多クハ一幣ヲ除キ一害ヲ妨クニ出ツルヲ以テ為ニ一寶ヲ擯レハ數竇隨テ生シ其幣セ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テ完成ノ民法ヲ創立シ之ヲ統裁スルニ非ラサレハ殆ント人類之交義ヲ減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ノ便益ヲ考究シ夫婦父子ノ權義ヲ明ラカニシ婚姻離婚相続之制ヲ定メ、後見人管財之條例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效益人道ノ大節ヲ守リ權利之不可侵ヲ擊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苛モ生ヲ我域内ニ託スル者有生之初ヨリ有生之後ニ至ルマテ民法之疵蔭ニ由ラサルニ由ル夫婦ノ協同セサルハ婚姻離婚ノ法ナキ

為ニシテ孤兒痴人ノ財ヲ他人ニ掠メラルルハ後見人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ヘラサルカ故ニシテ家庭ノ齊整ナラサルハ夫婦父子ノ間權利ノ制限ナキカ為ナリ其他一々枚拳ニ違アラスト雖モ其幣害ノ原因ヲ推セハ一ニ民法ノ完成セサルニ由ル是ヲ以テ本年三月以來委員ニ命ジテ民法ノ起草ニ着手シ今ヤ既ニ數百條ニ及ヘリ⁽¹⁵⁾

と述べている。この右大臣岩倉具祐宛の申稟によつて解るやうに、大木喬任の民法起草の方針は、明法寮草案・左院草案の系列に立つものとはいへなかつた。これは天然之性理―性法―によつて日本民法を編纂しようとした江藤新平の民法決議・司法省民法仮法則、つまりフランス民法の流れをくむものであつた⁽¹⁶⁾。しかし大木喬任は江藤新平の急進的なフランス民法典による日本民法典編纂の態度をあらため、十分な準備と慎重・深慮によつて民法典を編纂する必要を感じた⁽¹⁷⁾。そのため民法集成の材料とするために、委員を全国各地に派遣し、人事・財産・契約に関する權利・義務についての民間慣行を調査させた。これは「全国民事慣例類集」(司法省 明治一〇年五月)として刊行され、立法官の参考、裁判官の判決、法学者の講究に役立られることになつた。この『全国民事慣例類集』の序には

『本邦古ヨリ民事ノ法律書ナシ。夫レ法律書ナシト雖モ豈民間慣行スル所ノ成例ナカラシヤ。其成例或ハ旧時ノ政令ニ因リ、或ハ各地ノ人情ニ出テ一定ナラスト雖モ、之ヲ要スルニ人民慣行シテ安ンスル所ノ者ハ亦自然ノ道理アリテ其間ニ存スル事アレハナリ⁽¹⁸⁾

となしてゐる。一八七六年(明治九年)六月には司法省に民事編纂課が設置され、箕作麟祥、岸田口通照が、その編纂にあつた。そして一八七八年(明治二年)に第一編人事・第二編財産及び財産所有權ノ種類・第三編所有權ヲ得ル方法の全三編千八百二十條が完成した。これが『明治十一年民法草案』⁽¹⁹⁾といわれているものである。この大木喬任の民法典編纂事業にたいする基本的態度の变革は、征韓論に敗れたため連袂辭職した參議江藤新平・板垣退助・後藤象二郎・副島種臣によつて、一八七四年(明治七年)一月に提出された『民撰議院設立建白書』を発端として展開する

ことになった自由民権運動にたいする。明治政府の政治的考慮にもとづくものであった。この点についてはのちにふれることにしたい。

さて司法卿大木喬任に呈出された『明治一一年民法草案』の内容は、いわば世情世俗を全く異にするフランス民法典をそのまま無批判的に翻譯・模写したものに過ぎなかった。そのため一応その修正をこころみることによって完成させようとしたが、修正ぐらいではとうてい施行にたえうるものにはならなかったので、一八七九年(明治二年)大木喬任は泰西法典に依拠しつつもよく国情に適するような民法草案をポアソナード(Gustave Emile Boissonade)に命じて起草させることにした。⁽²⁰⁾ こうしてポアソナードは大木喬任のもとではじめて民法會議に参画することになるのであるが、民法草案については『性法講義』(明治一四年)のなかでつぎのように指摘している。すなわち

『現時日本ニ於テハ内国商業ノ進歩スルニ從ツテ(外国ノ交際ハ暫ク茲ニ之ヲ言ハサルモ)自ラ百般ノ利益ヲ生シ随テ又許多ノ争論ヲ醸スヘシ。是商事ノ忽カセニス可ラサル所以ナリ。且ツ新法ニ依リテ平人ハ土地ヲ有スルニ全有ノ權(所有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処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。然レハ民事モ亦甚大切ナル可シ……』(ポアソナード 校訂増補性法講義(第一編總論)緒言)とし、……所謂ル新法ナル者ハ決シテ輕々平々法朗西法ヲ写シ来リテ之ヲ編集セシ者ニ非ラサルヘシ。是レニ付テ余ノ殊ニ切望スル所ハ日本政府ニ於テハ法朗西ニテ法典編成ヨリ以來七十餘年ヲ閱ミシテ實際ニ經驗セシ所ニ付其可トスル者ハ之ヲ採リ其不可トスル者ハ之ヲ去リ折中斟酌其宜ヲ得シコトヲ。而シテ時ニ從ヒ勢ニ依リテ法ノ變換セサル可カラサル所以ヨリ殊ニ西洋諸哲ノ卓識ト經驗トニ依テ為セシ法律上ノ改正ハ必ス余ノ心力ヲ尽シテ之ヲ日本政府ニ開陳スヘシ』⁽²¹⁾

となしている。こうしてポアソナードを中心として精力的に法典理由書・解釈書が起草されていくのである。これらの法典理由書・解釈書は、いづれも主として民法編纂に参加していた官吏・法学者にたいする啓蒙に役立つたされるものであった。こうした努力はほぼ一八八六年(明治一九年)八月頃まで勢力的につづくことになる。そしてこのことに

よって民法典の内容についての理解が深められていった。そのため旧民法編纂にとって実質的に重要な意味をもたせることになった。大木喬任は一八八〇年(明治十三年)一月に新らたに民法編纂會議をひらき、ポアンナード起草の草案を中心として審議をすすめた。一八八〇年(明治十三年)二月大木喬任はその職を退き、元老院議長となった。しかし同年四月には元老院内に民法編纂局を設置し、自から総裁となった。同時に玉乃世履・楠田英世・水本成美・津田真道・箕作麟祥・西成度・池田弥一・杉山孝敏・黒川誠一郎・磯部四郎・木村正辞・生田精が民法編纂委員に任じられた。ポアンナードははじめ旧民法を第一編(人事編)第二編(第一部物権、第二部人権)第三編(第一部特定名儀ノ獲得法、第二部包括名儀ノ獲得法)第四編(債権ノ担保)第五編(証拠篇)の五編として構想していた。しかしこのうち第四編・第五編はポアンナードの草案ができず、また第一編(人事編)・第三編第二部(包括名儀ノ獲得法)は日本の風俗慣習を斟酌する必要があるため、邦人委員が起草をなすことにし、全国の民事慣例を資料として蒐集することにした。これは一八八〇年(明治十三年)七月に、「全国民事慣例類集」として刊行されたことは、すでに述べた通りである。そして第二編財産編(第一部物権・第二部人権)・第三編財産取得編(第一部特定名儀ノ獲得法)の計千余条を、一八八六年(明治十九年)三月脱稿し、内閣に呈出した。⁽¹⁵⁾この上申書の呈出によつて、民法典編纂事務局は廃止され、その事務は司法省に移された。そして一八八六年(明治十九年)四月には、民法草案編纂委員が置かれ、人事編の起草を担任した。しかし不平等条約改正・領事裁判権の徹廃のため、一八八六年(明治十九年)八月外務省で井上馨のもとでウェスタン・プリンシプルにもとづく諸法典を統一的に編纂するため、民法典の編纂事業も外務省の法律取調委員会に移されることになった。

(15) 司法省刑事局編 旧刑法、治罪法及旧刑事訴訟法編纂沿革、法曹会雑誌第七卷八号一〇号所収。

(16) 中村雄二郎 民法典論争の思想的意義―近代日本における制度と思想―研究の一環として―法律論集三三卷六号(一九六

○年三月) 一九ページ。

(17) 中村菊男教授はこの理由を、『(江藤の拙速主義に対する反動、(明治七年の佐賀の乱、征台の役等の国事多端のため、(最後に西南の役のためであった。特に法典編纂の主役たるべきボアソナードが多忙であったことが挙げられる』(増訂近代日本の法的形成 有信堂 一九五八年六月 三四ページ)とされている。

(18) 明治文化全集 法律編 日本評論社 一九二九年五月 一六五ページ。

(19) この明治一二年民法草案の内容は、フランス民法の直訳に近いものであって、『其ノ編別体裁ヲ初メ其ノ内容亦仏民法ヲ模倣シタルモノニシテ一言以テ之ヲ評スルハ仏国法典ノ翻譯ト達庭ナシト謂フモ亦謬言ニ非サルナリ。政府ハ此ノ草案ヲ以テ満足セス更ニ欧米ノ立法例及ヒ学説ヲ参酌シ最モ完全ナル法典ヲ編纂センコト』(清浦奎吾 明治法制史 五八四ページ〜五八五ページ)を望むほどであったため『数字民法』だとされている。このうち第三編第一卷(財産相続)については、その内容が知られていない。参照 穂積陳重 法窓夜話 三三六ページ。

(20) 星野通 明治民法史研究 ダイヤモンド社 一九四三年九月 七一ページ。中村菊男 増訂近代日本の法的形成 有信堂 一九五八年六月 三六ページ。

(21) 明治文化全集第八巻法律編 日本評論社 一六二九年五月 四六五ページ。

(22) 一八八六年(明治一九年)三月大木喬任による内閣総理大臣伊藤博文宛の上申書には『喬任民法典編纂ノ命ヲ奉シ、御雇人ボアソナード氏ノ起稿ニ就キ同委員ニ於テ数回ノ討議ヲ経、爰ニ現成ノ分民法第二編(第一部財産編) 物権第五百一條ヨリ第八百十三條迄 (第二部財産編) 人権第八百十四條ヨリ第九百條迄 第三編(第一部特定名儀ノ獲得法) 諸草款第一千一條ヨリ第一千五百二條迄 先以致上申候。』とある。そして副申書にその間の事情が説明されている(内閣官房 内閣制度七十年史 大蔵省印刷局 一九五五年二月 三八六〜三八八ページ)

3 旧民法編纂と井上馨・山田顕義

条約改正問題と結びついて旧民法の編纂事業は、外務省で他の諸法典(商法・刑法など)とともに、統一的な編纂が企図されるとともに、旧民法の編纂もいよいよ第三期を迎えることになった。この第三期は一八八六年(明治一九年)

八月以降旧民法が制定されるまでの時期である。この時期の特徴は一口にいつて、他の諸法典とともに旧民法の制定・施行が、現実の課題とされるに至ったということである。これまで明治政府は上からの諸政策として、一貫して資本の本源の蓄積をおし進めてきた。この結果として日本の産業資本は急速なテンポで形成されつつあつた。ところがこの産業資本主義の確立は、必然的に産業資本主義の一層の発展に障害となる先進資本主義諸国にたいする関税自主権の回復を要求する。そしてかかる産業資本主義の経済的要求は、民族主義の昂揚を助長することによって、国民諸層の要求に転化され政治的要求に変質される。⁽²³⁾ こうしていまや国民諸層の一般的な政治的要求と化した条約改正——これまでの徳川幕府以来の対外的不平等条約の改正・領事裁判権の撤廃——が現実の課題となつて登場したのである。ところが条約改正の前提条件として近代諸法典が整備・確立し、条約批准後二ケ年内に領布し、且つ一六ヶ月以内にその英訳文を外国政府に通知することが必要とされていた。⁽²⁴⁾ ところがすでに公布された法典は、刑法、治罪法の一部にすぎなかつた。この条約改正の必要から、井上馨は短時日の間に諸法典を完備するの必要を感じた。そこで外務省に法律取調委員会を設置し、自から委員長となり、諸法典の編纂脱稿を企図したわけである。こうして日本民法典の編纂事業も、この条約改正問題と結びついて、上述のように外務省の法律取調委員会に吸収されたのである。⁽²⁵⁾ ところが井上馨の条約改正案は、外人の法官を採用し、法典用語を外国語で使用し、わが法典を外国語に翻譯し、外国政府に通知するというが如き条項を含んでいた。⁽²⁶⁾ そこでこの条約改正案が外部に洩れるや、改正案反対の運動がおこつた。ことに一八八一年(明治一四年)以来、政府の弾圧と懐柔によつて衰頹していた自由民権運動は、にわかに活気をおびるに至つた。そのため井上馨は外相の職をしりぞぎ、その後法律取調委員長の職も辞するにいたつた。そこで法律取調委員会における旧民法の編纂は、なんらの成果もあげずして終つたのである。

この井上馨の外相の辞任と法律取調委員長の辞任によって、旧民法の編纂は一八八七年(明治二十年)一〇月ふたたび司法省法律取調委員会に移されることになった。そこで司法大臣山田顕義が法律取調委員会の委員長となり、旧民法の編纂を続行するのである。この法律取調委員会で、旧民法人事編の編纂がなされるのである。法律取調委員会略則(明治二十一年一〇月一四日)によると、その委員は法律取調委員と法律取調報告委員の二種に区別され、法律取調委員には法案の審議の権があたえられ、元老院議員より五名、司法官より五名計一〇名が選ばれた。法律取調報告委員は、委員会に提出する法律草案の下調をなす任を有し、主として司法官より約三〇名が選ばれた。そして報告委員は委員会に列し、法案の報告・説明をなす任を負っていた。⁽²⁷⁾人事編および財産取得編の一部は、古来の風俗・慣習を顧慮する必要があるため、熊野敏三・磯部四郎などが立案し、ポアソナード氏の意見をきき、一八八八年(明治二十年)一〇月頃までに成立したと推定されている。⁽²⁸⁾これがいわゆる『第一草案』といわれているものである。この草案にたいしては、それが発表されるまえから、その内容を予想していろいろの批判がなされていた。しかしこの草案にたいする意見を徴するため、一八八八年(明治二十年)一〇月六日に、各裁判所・地方長官宛に送付され、その内容が明らかとなるや、各方面からの論議・批判がまき起った。これらの批判は後に、日本民法典論争を構成する法典実施断行派の意見として、結集することになったわけである。

さて、この第一草案の起草者は、草案全体をつらぬく柱として、つぎの二つを予定していたように思われる。その一つは、家族員、妻の権利能力をできるだけ強調し、個人の人格を尊重していこうとする考え方であり、いま一つは、長男子による家督相続の存置を認めつつも、なお二・三男以下の相続における地位を補強しようとする考え方であった。こういう内容の第一草案にたいしてなされた全国の裁判所および地方官の意見書を参考として、司法省法律取調委

員会はさらに審議をおこない、修正をなし『民法草案人事編再調査案』四七二条ができあがった。⁽²⁹⁾この再調査案は、再び地方官および司法官の意見を求めるため回附され、法律取調委員会できさらに手が加えられ、修正されたうえ、人事編四一二条・財産取得編(統)二九五条を確定し、一八九〇年(明治二十三年)四月内閣に提出された。内閣は法律取調委員の栗田省吾・寺島直の二名を、その説明にあてるため、内閣委員に任命し、元老院の審議をうけるために回附した。元老院はこれを審議・修正のうえ内閣に提出した。⁽³⁰⁾内閣ではさらに若干の修正を加えたので、ふたたび元老院に回附した。そして一八九〇年(明治二十三年)には枢密院の諮詢を終り、同年四月法律二八号を以て民法中財産編・財産取得編・債権担保編・証拠編が公布され、つづいて同年一〇月七日に法律第九八号として、財産取得編(統)・人事編が公布された。そしてこれらの法典は一八九三年(明治二十六年)一月一日より施行されることになったわけである。これがいわゆる旧民法といわれているものである。⁽³¹⁾

(23) 福島正夫 日本資本主義の発達と私法(例) 法律時報二五卷四号 一九五三年四月 三〇ページ。

(24) 井上馨の条約改正案として各国政府にしめたもののなかにつぎの条項があった。すなわち

第四条 日本帝国ハ泰西主義及ヒ本条約ノ約款ニ從ヒ帝国ノ司法組織及ビ左ノ諸法律ヲ制定スルコトヲ担任ス

一 刑法

二 治罪法

三 民法

四 商法 (破産並ニ商船及ヒ為替手形ニ関スル法律ヲ包含ス)

五 訴訟法 (商事ニ関スル訴訟手続ヲ包含ス) 又警察ニ関スル現行ノ法律規則ハ可成文集輯類別ス可シ

第五条 日本帝国政府ハ前条ニ列挙シタル諸法律ヲ第一条ニ定メル期間内ニ領布スベシ(註) 第一条 日本帝国政府ハ本条約批准書交換後二ケ年内ニ……国臣民若クハ人民ノ為メ永ク日本帝国ノ全開スルコトヲ担任ス) 但シ第一条ニ定メタル期間ヨリ少クトモ交換後八ケ月前即チ本条約批准交換後十六ケ月以内ニ其英文正本ヲ……国政府ニ通知スルコトヲ担任ス又日本帝国政府

カ此等法律ニ改正ヲ加ヘントスルトキハ其改正ヲ実施スルハヶ月以内ニ同ク亦タ……政府ニ通知スルコトヲ担任ス
とされていた(条約改正関係大日本外交文書會議録一〇三ページ)。

(25) 法律精華第六卷三五号(明治二三年六月一日)、七卷三八号(同年七月一日)の社説『新法典概評』には、『法典編纂ノ問題ハ条約改正ノ挙ト密着ノ関係ヲ有シタルハ外交通知書ニ於テ明白ナリ。當時ノ内閣就中条約改正ノ大業ヲ企テタル大隈伯ノ如キ、所謂近世ノ一大政治家ナリト雖モ、英雄豪傑ノ部類ニ属スル人方ニアラザレバ、法典編纂ノ弊害ノ如キハ素ヨリ之ヲ熟知セリ、然レドモ所謂背ニ腹ハ代ヘラレヌノ俗諺モアリ。其弊害ハ以テ条約改正ノ大業ヲ償フニ足ルベキ者トシ、之ヲ全国ノ利害ニ顧ミテ同時ニ法典編纂ヲ促シタル實ニ伯ガ一大政略ナリ』との記事がある。

(26) 問題となつた条項はつぎの点である。すなわち

第七條第一項 地方裁判所控訴院及ヒ大審院ハ左ノ如ク組織ス可シ即チ其裁判官ノ多数ハ外国籍ニ係ル者タル可シ(以下略)
第十三項

(イ) 前各項裁判所ノ公用語ハ日本語トス

(ロ) 英語ハ日本ニ於テ最モ広ク通用スル外国語タルヲ以テ之ヲ右裁判所用ノ外国語ト爲ス可シ

(ハ) 爾余ノ外国語モ亦タ右裁判所ノ書類并ニ往復文等ニ用フルコトヲ許容承認セラル可シ

(ニ) 右裁判所ノ宣告書、命令書、判決書、及ヒ意見書其他右裁判所ヨリ發スル一切ノ書類ハ總テ英語ヲ以テ其正文ト爲シ之ヲ關係人ニ交付ス可シ

(ホ) 前項ニ掲ル所ノ書類ヲ交付スルニハ訴訟人若クハ刑事被告人ヲシテ其最モ能ク解シ得ル外国語ヲ指定セシメ右書類ヲ正確ニ該國語ニ翻譯シテ之ヲ添フルヲ要ス

(ヘ) 一裁判所詰メノ外国籍ニ係ル裁判官及ヒ訴訟人共英國若クハ米國以外ノ者タル場合ニ於テハ協議上其選定シタル他ノ歐羅巴語ヲ以テ審判ヲ爲スコトヲ得然レドモ其ノ判決ヲ宣告シ及ヒ之ヲ上級裁判所ニ送付スルニハ仍ホ英語ヲ用フベシ(以下略)
とされている個所である(条約改正関係大日本外交文書會議録 一〇三ページ以下)

(27) 内閣記録局編輯法規分類大全(官職門十七)によるとこの法律取調委員會略則はつぎのようになっている。すなわち

第一条 法律取調ノ目的ハ民法商法及ヒ訴訟法ノ草案条項中実行シ能ハサルモノアリヤ否又他ノ法律規則ニ抵触スルコトナキヤ否ヲ審査スルニ在リ故ニ法理ノ得失実施ノ緩急文字ノ当否ハ之ヲ論議スルコトヲ許サス

第二条 前条法律ノ草案及現行ノ刑法治罪法中裁判所構成法ノ草案ニ抵触スルモノノ改正モ亦法律取調委員ノ責任トス目下外國委員ノ起案ニ係ル刑法及治罪法ノ改正案ハ民法商法訴訟法ノ審査ヲ終リタル後之ヲ委員ニ付スヘシ

第三条 法律取調委員ノ外ニ法律取調報告委員若干名ヲ置キ委員會ニ提出スヘキ法律草案ノ下調ヲ為サシム

第四条 報告委員會ハ之ヲ數組ニ分ケ民法商法及訴訟法ノ草案下調ヲ分担シ委員會ニ列シ法案ノ報告説明ヲ為スモノトス但シ議決ノ數ニ加ハルコトヲ許サス

(以下略)

(28) 手塚豊 明治二十三年民法(旧民法)における戸主権 法学研究二七卷八号(一九五三年)九ページ。石井良助 民法草案人事編理由書解題(明治文化資料叢書三卷上 七七八ページ)

(29) この再調査案は民法草案人事編(元老院)と移行する中間項をなすものである。なお獲得編の再調査案は未発見のため、内容は明らかにされていない。

(30) 中村菊男 民法典の性格 法学研究二五卷一〇号(一九五二年一〇月)五ページ。増訂 近代日本の法的形成 勁草書房 一九五八年六月 一二三ページ。

(31) 中川善之助 私法史 二七ページ以下。星野通 民法典論争史 三ページ以下。小早川欣吾 統明治法制叢考 二〇八ページ以下。

四 旧民法の性格

旧民法の性格把握と日本民法典論争

明治二三年民法(旧民法)は一八七〇年(明治三年)に江藤新平がその編纂事業に着手してから以後、ボアンナードの起草した民法草案を基本的には参考として成立した。この推移については前項(三 旧民法編纂の法的推移)によつ

て一応の概観・検討をなしておいた。この検討によって旧民法の編纂に着手してから完結し、制定されるまでのあいだには、約二〇年の歳月の経過が存在していることを知ることができる。ところがこの約二〇年の歳月は、法史的には旧民法の編纂方針・編纂担当の部局・編纂委員の構成など、いろいろの面でしばしば変更が行なわれた。同時に日本資本主義の発展は、旧民法編纂の着手時期における主観的な企図の実現をこぼむほど、その客観的な社会・経済的條件の変化を提供した。だが旧民法の性格をどのように規定するにせよ、旧民法自体がフランス民法を母法として編纂されたものであることは、否定することができない事実である。もちろん旧民法の編纂におけるそれぞれの時期についてみれば、われわれが知りえたように当面の要求——政治的・経済的な要求——にもとづいて異なったものとなり、それは旧民法の編纂方針にも反映していたわけである。しかし、それにもかかわらず一貫してフランス民法的自然法思想に支えられてきたことは、共通した特質をなしていた。この点が日本民法論争の焦点となったわけである。旧民法の検討は編別・構成が著るしく、フランス民法に類似したものであることを明らかにしてくれる。かかる指摘——旧民法の編別・構成の類似性——は、旧民法のフランス民法を母法とする形式的な承継性を明確にすることに必要である。だからといって、この形式的な承継性だけで、旧民法の内容、実質的な性格をその論理的帰決として導くことはできないだろう。そこではなお多くの考察すべきいくつかの点が存在している。そこでこの項では、旧民法を直接の素材として検討してみることにしたい。まず旧民法の構成上の特質を明らかにし、これまでの旧民法の編纂事業にたいするわれわれの法史的考察と結びつけ、それを通して旧民法の性格の解明をなしていきたい。

旧民法の性格を、旧民法自体を構成する個々の条文解釈や検討からなしていくことも必要である。われわれはそのこと自体の必要性をけつして否定するものではない。しかしそうした検討だけから旧民法の性格を規定するならば、

けつしてその目的は達成されないと考える。それはどう理由によるのだろうか。まず第一に個々の条文解釈や検討は、いわば事物の内的な考察であると考えるからである。条文解釈は表現された字句の論理的操作によって明らかにされないからである。第二にその外的考察を必要とすると考えからである。条文自体の解釈は、条文が現実に機能している法的作用についての法認識を前提とせざるをえない。そこから個々の条文の法解釈だけではなく、法典の構成全体のもつ意味を明らかにしなければならぬからである。ここからわれわれが旧民法の性格をみるばあい、まず旧民法がどのような社会・経済的条件のもとで、どういう編纂方針にもとづいて制定されたかの理解が必要となつたのである。ここでは視点を變えて、日本民法典論争で主張された諸論文を考察し、それらの諸論文の主張のなかで、旧民法の性格をどう把えているかを要約してみよう。旧民法の施行が予定されていた一八九三年（明治二十六年）一月一日以降、実際に旧民法の施行が実現されていたならば、われわれの日常の生活関係は、現実にどのようなものとして規制されていただろうか。実際には旧民法の施行はなされなかつたので、たんなる法論理としての考察に過ぎない。しかし日本民法典論争における諸論文は、現実の生活関係の基礎として、旧民法の立法過程を通して、現実に機能する旧民法の姿を想定していたことはまちがいない。当時の旧民法の個々の条文解釈は、かかる見地からなされていたわけである。したがって日本民法典論争の主張にみられる旧民法の性格把握は、学理的なものとしてであれ、政治的なものとしてであれ、すぐれて観念的な見解にすぎないと評価しても、そのもつ法解釈が、こうした前提にたっていることは指摘できると思う。現実に旧民法の立法過程を経験していた人々が、旧民法の性格をフランス民法的として評価しえた基礎には、かかる実践的な意味をもって総括したものであることは注目すべき点だと思ふ。法史的に明らをにされているように、日本民法典論争の諸論文は一八八八年（明治二年）の第一草案にたいする批判からは

じまっている。そして旧民法自体は、この第一草案の修正→再調査案→元老院提出案→旧民法という過程をたどって、急速に発展していった。この立法過程の最終案においては、日本古来の旧慣にもとづいて、内容的な内容がもり込まれることになった。このことはこんにちでは資料的に指摘されている。⁽²⁾ところが日本民法典論争の諸論文は、この第一草案にたいして法学士会が『法典編纂ニ関スル学士会ノ意見』(明治三年五月)を発表した以後、前記のよう(3)に第一草案→再調査案→元老院提出案→旧民法という事態の進展にともない、論点も変化した。そして一八九三年(明治二六年)一月一日からの施行をまえにして、激化していくことになったわけである。だから諸論文の主張には、こうした事態の進展という客観的条件の変化が作用し、その問題や論旨にも変化をあたえ、流動しているのである。

われわれはこの日本民法典論争をなによりも、たんなる法学派的な対立・抗争として把握しない。われわれの関心は、こういう法学派的な対立・抗争という肢態のもので、すぐれて政治的な階級的抗争だとする点におかれる。それはもしも旧民法が一八九三年(明治二六年)一月一日から実際に施行されたならば、われわれの社会関係は法的規制をうけ、経済関係に反作用する。だから、この法的規制の内容が、その当時の具体的な社会・経済的条件のもとで、どの階級の利益を表現し、旧民法ほどの階級の手ににぎられるかとする、すぐれて政治的な階級的抗争だと把握するのである。この点についての認識ないし価値判断に支えられた政治的意味をもつものとして、日本民法典論争は評価される。⁽³⁾それにもかかわらず法典実施断行派と法典実施延期派のそれぞれの論陣は、いづれも外見的には法学派的立場とする法学理の展開という主張を借りているわけである。したがって、それらの主張の背後にある階級的利害関係の分析を、日本資本主義発展の歴史的条件から明らかにする必要がある。これらの分析は、のちの項で採り上げるこ

とにしたい。そこでここでは、法典実施断行派と法典実施延期派の主張に示されている諸論文から、それらの主張の法理的な肢態の基礎となつてゐる価値判断の根拠を明らかにし、旧民法の性格、旧民法の客観的な社会的役割にたいして、どんな評価がなされてゐるかを理解しておくことにしたい。⁽⁴⁾

法典実施延期論は主として、旧民法の身分法が家族・子・妻などの個人の人格の平等や個人の尊重を基調としてゐると評価する。そしていわゆる家族制度論の立場にたつて、家長権、戸主権を強調するという方向で見解を述べてゐる。たとえば法学新報第一四号(明治二五年)の社説『法典実施延期意見』にみられるように

『我邦ハ做フ所歐洲ノ制ニ拠リ、其国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ハ其法ノ実行漸ク疎濫横溢シテ興國ノ良風美俗掃蕩略尽キ、国家元氣ノ泰喪踵キテ到ルナキヲ期スベカラズ。顯フニ曩日政府ガ新法典ノ速成ヲ期シ、遂ニ明治二十三年ヲ以テ發布セラレタルハ、蓋シ大ニ其事由存ゼシナラン。而テ其ノ事由ノ当否ハ某等今ニ之ヲ論セスト雖モ、勿夫レ法典速成ヲ旨トセリ。故ニ其編纂ハ民法商法各主案ヲ殊ニシ相互ニ協諧融化スルニ暇ナキハ勿論国情習俗ヲ精慮スルノ餘地ナカリシハ吾人共ニ容認スル所ナリ。然レドモ此不完ノ法典ニシテ猶ホ且ツ社交ニ影響スルコトノ絶大ナルハ更ニ多言ヲ須ヒシテ知ルベキノミ』、(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)とし、つづいて

『人事編ノ大主義タル個人主義ニ則リ旧慣ヲ一掃シタル事實ハ法典起草者モ亦認ムル所ナラント雖モ、法文中往々家、戸主ノ文字ヲ見ザルニアラズ。然レドモ民法ノ所謂家ナル者ハ耶蘇教俗ノ家ナリ。數千年來吾人ノ認了セル一法人ニアラズシテ夫婦同居セル一族ノ總稱タルニ過ギザレバ民法ハ飽迄個人ヲ以テ權利ノ主体ト為セリ。試ニ人事編ノ規定ヲ見ヨ「父死亡スルトキハ母ヲシテ当然後見人タルノ權利ヲ有セシメタリ。故ニ一家ノ財産ハ悉ク末亡人ノ意思ヲ以テ自由ニ之ヲ処分スルコトヲ得。是レ家ヲ重シ家ヲ以テ一人トスルノ家則ニ適スルモノト謂フベキカ」華族ニ在リテハ其家憲、豪族旧家ニ在リテモ亦家法タルモノアリテ嚴然適任ノ後見人ヲ撰定シ、専ラ末亡人ノ左右スルコト能ハザルモノ比々尠カラズ。民法ニ至テハ貨富ヲ挙ゲテ悉ク之ヲ同一家制ニ扱メントスルモノナリ。其利害得失又論スルヲ待タザルナリ。

民法ハ父権ヲ名ケテ親権ト謂フ。蓋シ民法起草者ノ意ハ父ニシテ死亡シタルトキハ母ニ於テ此ノ權利ヲ行フコトアルベキヲ以テ之ヲ父権ト稱セズ親権ト謂フベキモノトセルコトナラン。然レドモ家制ヲ重ンズルノ習俗ニ於テハ父権ノ外國権ナルモノヲ認

メ之ヲ総稱シテ親權ト稱スルガ如キハ其當ヲ得タルモノニアラズ。或ハ父死亡シ母之ヲ行フコトアルベシト雖モ母ノ行フ所ノモ
ノハ母權ニアラズシテ父權ナリ。即チ母ハ父ニ代ハリテ父權ヲ行フモノニ外ナラズ。

民法ハ親屬ト姻屬トヲ區別シ、親屬トハ血統ノ相聯絡スル者ノ關係ヲ謂フト人事編第十九条ノ定ムル所ナリ。故ニ家ヲ去リタ
ルノ父又ハ母ト雖モ其ノ子ニ取リテハ正サシク親族ニシテ而モ直系ノモノナリ。而シテ直系ノ親屬ハ相互ニ養料ヲ給スルノ義務
ヲ負擔スルトハ第二十六条ノ定ムル所ナリ。

是ヲ以テ子ハ家ヲ去リタル父又ハ母ニ對シテ、父又ハ母ハ其ノ子ニ對シテ共ニ養料ヲ給スルノ義務アリトス。是レ固ヨリ理論
上當サニ然ラザルベカラザルガ如シ。然レドモ人事決シテ理論ノミニ因ルベカラズ。今例ヲ引キ此規定ヲ實施シタル場合ノ幣書
ヲ挙ゲンニ、茲ニ夫婦アリ子ヲ挙グ。然ルニ其後事故アリテ夫ハ婦ヲ離縁シ更ニ後妻ヲ娶レリ。此場合ニ於テハ先婦ノ子ト先婦
トハ正シク直系ノ親族タリト雖モ從來ノ制度慣例ニニテ先婦ヲ以テ親族中ニ加ヘズ法律上親子間ノ關係ナキモノトシタル家制ノ
理論ヨリ必至ノ結果ナリトハ雖モ要スルニ父ニ要スルノ情義ト繼母ニ對スルノ情義トヲ重シタルニ因ルナルベシ。從來制度ノ慣
例或ハ今情ノ忍ブベカラザル所アルガ如シト雖モ一家ノ齊理上宜ク斯ノ如クセザルベカラザルモノアリテ然ルナリ。然ルニ人事編
ハ此制度慣例ヲ排却シテ一ニ羅馬法ニ基因セル理論ニ拠リ先婦ノ子ト先婦トノ間ニ依然法律上親子ノ關係アルモノトナシ互ニ養
料ヲ給セザルベカラザルノ義務アルモノトナセリ。夫レ如此互ニ養料ヲ給スルモノトシ先婦ノ子其母ニ養料ヲ給センカ父ノ感覺
果シテ如何繼母ノ感情果シテ如何。理論ヨリ云ヘバ先婦ノ子ガ自己ノ財産ヲ以テス何ノ不何ナルガ如シト雖モ實際決シテ然ルモ
ノニアラズ。蓋シ親子ノ間ニ確執ヲ生ズルヤ免ルベカラズ。又先婦ノ子ニ養料ヲ給センカ兄弟及嫂ノ感覺如何。若シ既ニ他人
ニ再嫁シタル後ニ在テハ其後夫ノ感情如何。遂ニ一家ノ紛紜ヲ來ス決シテヤ疑ヲ容レザル所ナリ。此制度タルヤ個人主義ノ吹米
ニ行テ能ク適スベキモ家族制度ノ日本ニハ斷シテ行フベカラザルモノナリ。

又養料ノ義務ニ付キ人事編第二十六条及ビ第二十七条ノ如キ規定ヲ法律ニ置クトキハ數多クノ幣害ヲ生ジ、而シテ此等ノ幣害タ
ル一タビ醸生シタルトキハ容易ニ復旧ヲ得ザルモノナリ。設例ヘバ養料ヲ受クル權アル者ヲシテ怠惰ニ陥ラシメ養料ノ給付ニ付
親子兄弟屢法廷ニ相争フニ至リ、親族間ノ德義ハ漸ク廢頽シ、本邦從來親族ニ成立スル美風ハ全ク地ヲ払フニ至ルベシ。此規定
一タビ行ハレバ兄弟姉妹ノ間ト雖モ第二十七条ニ定ムル原因ノ外ハ互ニ相揉フノ責ナク、又傍系ニ在リテハ兄弟姉妹間ノ外養料
ノ義務ナキガ故ニ有資ノ近親ハ偏ニ法文ヲ楯トシ、從父從母ノ困難ノ如キモ怙トシテ願ミザルニ至リ、人情類然燒季ニ流レ靡然
輕薄ニ走ルハ蓋シ疑フベカラザルナリ。

人事編第三条ニ依レバ、庶子ハ父母ノ婚姻ニ依リテ当然嫡出子タルコトヲ得ベキモノトスレドモ是レ亦個人主義ノ歐洲制度ニシテ家督相続ヲ以テ人事ノ最モ重キモノト為スノ邦國ニ取リテハ甚ダ不当ノ規定ト謂ハザルヲ得ズ。蓋シ此法文タル羅馬法ハヨシトスタン帝ガ仁慈心ト當時羅馬ノ風俗敗頹ノ結果トシテ私生子ノ夥多ナル弊ヲ救ヒ且父母ヲシテ可成正当ノ婚姻ヲ為サシメントスル政策トニ淵源セリ。而シテ今ヤ民法ハ直ニ此政策ヲ採リテ以テ我國俗ヲ變更セントセリ。豈國情ニ適シ時弊ニ切ナルモノト謂フベケンヤ」(同上四六九〜四七〇ページ)

となしている。この主張のなかで、身分法が個人主義に立脚している点を指摘していることは明らかである。これに対して法典実施断行論は、この家族制度に立脚する見解にたいして、社会の発展に伴う法の進化と家族制度自体の変遷にたいする正しいみ方を主張することによって、同じ旧民法にたいして、それとは異った評価をあたえている。たとえば梅謙二郎は『法典実施意見』(明法志叢三号 明治二五年五月)のなかで、

『我民法中ニ於テ若シ其細目ノ瑕疵ヲ舍キテ惟其大体ニ就テ論セバ人事編ヲ以テ其尤モ宜シキヲ得タルモノトスベシト。然ルニ民法ハ倫常ヲ壞乱スト曰ヘルガ如キ酷評ヲ為スモノアルハ実ニ我輩ガ解セザル所ナリ。論者中ニハ財産編ノ住居權ヲ以テ家族ガ戸主ニ対シテ其家屋ニ住居セント要求スルノ權利ナリト誤想スルモノアル程ナルガ故ニ或ハ民法ヲ解セザルガ為メ右様ノ暴評ヲ下スニ至リタルモノカ。論者動モスレバ曰ク我ガ民法ハ其源ヲ羅馬法ニ取ルガ故ニ耶蘇教國ノ個人主義ニ依レリ。然ルニ耶蘇教ニ於テハ父ヲ敬慕スルハ却テ耶蘇基督ヲ侮辱スルモノナリ。君主ヲ崇敬スルハ却テ耶蘇基督ヲ侮辱スルモノナリ。故ニ民法出デテ忠孝亡ト。是徹頭徹尾誤謬ノ妄言タルニ過ギス。我輩ハ敢テ耶蘇教ヲ信ズルモノニ非ラズ。故ニ毫モ之ヲ辨謬ヲ正スハ亦タ學者ノ本分ナリ。我輩豈一言之レヲ辨ゼザルコトヲ得ンヤ。我輩ハ耶蘇教ノ經文ヲ讀ムニ父母ニ孝ナレト説クモノ屢々ナルヲ見ルノミニシテ、未ダ父ヲ敬慕スルハ却テ耶蘇基督ヲ侮辱スルモノナリト曰ヘルヲ聞カズ。君主ノ命ニ従フベキコトヲ説ケルヲ見出テシコトハ人ノ皆ナ知ル所。是レニ因リテ之レヲ觀レバ耶蘇教ガ忠孝ヲ亡ボスト云フハ讒誣ナリ。殊ニ羅馬法ガ個人主義ニ依ラザルコトハ苟モ羅馬法ヲ學ビタルモノハ皆ナ之ヲ知ラン。唯羅馬法ニ於テモ他ノ國ニ於ケルガ如ク家族主義ヨリ漸次個人主義ニ遷移スルノ傾向ナキニ非ザリシト雖ドモ其末世ニ至リテモ未ダ今日歐洲ノ程度ニハ及バザリシナリ。故ニ我ガ民法中多少個人

主義ヲ取リタル所ハ即チ羅馬法ハ依ラザリシ所ナリ。然レドモ我人事編ヲ取リテ之レヲ歐洲ノ制度ニ比ブレバ其殆ド相類似セザルヲ知ラン。蓋シ我ガ人事編ニハ戸主アリ隠居アリ養子アリ庶子アリ離婚アリ毫モ從來ノ慣習上ニ存スルモノヲ廢セズ。唯其規定ニ至リ幾分カ時勢ニ伴ヒテ更改セシモノナキニ非ラズト雖ドモ力メテ激変ヲ避ケンテ欲シタル立法者ノ苦心ハ章々節々ニ理レタリ。彼ノ論者ガ喋々スル第一九条及ビ第二十六条ノ如キハ我輩ハ敢テ今日ノ国情ニ適セズトハ謂ハズ。第一九条ニ曰ク「親屬トハ血縁ノ相聯結スル者ノ關係ヲ謂フ」ト。第二十六条ニ曰ク「直系ノ親族ハ相互ニ養料ヲ給スル義務ヲ負担ス」ト。故ニ家ヲ去リタル父又ハ母ハ依然其子ノ親族ニシテ其間ニ互ニ食料ヲ給スルノ義務アリ。是レ我輩ノ見ル所ニ依レバ能ク我國今日實際ノ情態ニ合ナヘルガ如シ。論者ハ從來ノ制度ニ於テ家ヲ去リタル父母ヲ子ノ親族ト看做サズト曰フト雖モ論者モ亦タ是レ既ニ今日一般ノ慣習ニ非ラザルヲ知ラン。論者ハ父ニ對スルノ情義ト繼母ニ對スル情義トヲ重シタルナリト曰フト雖モ家ヲ去リタル母ガ方ニ飢渴ニ垂ントスルニ其子ハ自己ノ財産ヲ有シナガラ父ニ對スル情義ト繼母ニ對スル情義トニ担リ其母ニ給養ヲ為サス坐ナガラ母ノ餓死スルヲ視ルヲ以テ果シテ倫理ヲ貴フ君子國ノ風トナスカ。其子ガ餓飢ニ迫マルモ父ハ無資力ニシテ之ニ給養ヲ為スコトヲ得ズ家ヲ去リタル母ハ財産ヲ有シナガラ父ニ對スル情義ト繼母ニ對スル情義トヲ重シ其子ニ給養ヲ為サズ坐ナガラ子ノ餓死スルヲ果シテ德義全キ美風ト為スカ。論者ハ知ラズヤ。養料ノ義務ナルモノハ其ノ權利者ガ饑餓ニ迫マルトキ始メテ其履行ヲ見ルベキヲ若シ夫レ血縁ノ親屬ニ非ザレバ親屬ニ非ズト。曰ハバ頗ル習慣ニ背キ或ハ秩序ヲ紊乱スルノ虞ナシトセスト言ヘドモ第二十二條及ビ第二十三條ニ拠レバ養子ト養父母及ビ其親族ト嫡母、繼父、繼母ト其配偶者ノ子ト亦タ皆ナ親族ナリトセシガ故ニ此点ニ於テハ毫モ從來ノ慣例ヲ改ムルコトアラザルナリ。

論者ハ又第二十六條及ビ第二十七條ニ親子、兄弟姉妹ニ限り互ニ養料ヲ給スルノ義務アルコトヲ規定セルヲ難ジテ曰ク此クノ如クンバ親子兄弟法廷ニ其權利ヲ争ヒ甚シキニ至リテハ資力アルモ親子、兄弟姉妹ノ外養料ノ義務ナキニ依拠シテ從父、從母等ニ養料ヲ給セザルモノアルニ至ラント。我輩ハ之レニ答ヘテ曰ハン若シ風俗ニシテ敦厚ナランニハ法律ニ明文ノ在リト無シトニ拘ラズ互ニ養料ヲ給センノミ。若シ風俗既ニ頽廢セリトセバ法律ニ明文ナケレバ親子間ニモ尚ホ且ツ養料ヲ給セザルモノアルニ至ラン。此場合ニ於テハ我輩ハ信ズ父ニシテ子ヲ餓死セシメ子ニシテ父ヲ餓死セシムルモノアラシヨリハ寧ロ子ヲシテ父ヲ訴ヘシメ父ヲシテ子ヲ訴ヘシムルニ如カズト。豈ニ之レヲ法律ニ規定シテ風俗為メニ頽廢シ之レヲ法律ニ規定セズシテ風俗為メニ敦厚トナルノ理アラシヤ。

蓋シ人事ハ國家ノ基ナリ。故ニ一朝ニシテ其慣習ヲ改メント欲セバ為メニ國家ヲ危ウスルノ虞ナシトセズ。是我輩カ務メテ急

激ノ改革ヲ避クベシトスル所以ナリ。然リト雖ドモ若シテ常ニ旧慣ヲ改メザレバ終ニ進歩ノ路ナケン。故ニ慣習中其善キモノハ務メテ之ヲ保持シ其惡シキモノ漸次之ヲ改良スルヲ以テ文明國ノ実ヲ得タルモノト為スベキノミ而シテ慣習ヲ改ムハ成ルベク道德ニ依頼シ慣習既ニ改リテ爰ニ始メテ法律ヲ改ムベキヲ常トスト雖ドモ其機ノ熟スルニ方リ其幣ノ大ナルモノニ至リテハ法律ニ因リ先ンジテ慣習ヲ改メ以テ道德ヲ制スルノ必要ナキニ非ズ。故ニ我輩ノ觀ル所ニ據レバ今ヨリ十數年ノ後ハ現民法ノ規定モ亦タ陳腐ニ屬シ尙ホ更ニ進ミテ旧習ヲ洗濯スルノ必要ヲ生ゼザルコトヲ保セザルナリ』(同上五二九〜五三一ページ)

となしている。ここでは法典實施延期論の主張とは逆に旧民法が、個人主義に立脚するがそのことによって日本古来の旧慣を破壊することにはならないと指摘している。ここでは家族關係の在り方にたいするイデオロギー上の差異が明白に打出されているわけである。

(一) 花井卓藏は『嗚呼民法證拠編』(法理精華二〇号 明治二二年一〇月一五日)のなかで旧民法草案を批判しているが、『新法典(旧民法―筆者)ノ骨子トスル所ハ重ニ仏国法律ニアルヲ以テ其ノ主義原則ニ於テ之ガ匹ヲ同フスル素ヨリ余儀ナキ次第ニシテ今更勉ムベキニアラザレドモ、本来法典編纂ノ目的ハ直訳写本ノ主義ニアラザルヲ以テ之ガ立案者タランモノハ少シ遠慮シテ差支ナキコトヲ信ズルナリ』となしている。また法理精華第七卷三八号(明治二三年七月一五日)の社説『新法典概評』には「我法典ノ仏国法典ニ基キタル事実ハ疑ヲ容ルベカラズ、故ニ共和主義ノ理論仏国歴史上ノ出来事ニ由来シタル法律、「ローマンカトリック」教ノ精神及仏国固有ノ慣習モ亦我法典ノ採用スル所トナリシコト疑ヲ容ルベカラズ。蓋シ仏国法律ハ仏國ノ法律ナリ片輪ノ學者ガ机上ノ議論デ定メタル杓子定規ニアラザルナリ。仏国法律ヲ採用セント欲セバ、一条一句ト雖モ悉ク之ヲ其主義ニ鑑ミ、國家的宗教的社会的ノ考察ヲ下サザルベカラズ、ボ氏ハ仏蘭西共和國ノ一平民ナリ、仏國ニ生レ仏國ニ長シ仏國ノ法律慣習ニ支配セラレタルノ人ナリ。其自国法律ノ長短利害ヲ觀察スルコト能ハザルハ素ヨリ其所ナリ。余輩ハ氏ニ對シテ之ヲ責ムルノ甚ダ不可ナルヲ知ルト雖モ、共和国ノ主義慣例、宗教等ノ依然我法典ニ現出シタルニ至リテハ余輩ハ氏ノ勢力ノ甚ダ強大ナルニ驚カザルヲ得ズ。國家的社会的等外形ニ顯ハレタル行為ニ就キ仏朗西共和國ノ法律ヲ以テ我日本帝國臣民ヲ支配スルノ定規トスルハ兎ニ角宗教上ノ思想ニ至ルマデ、「ローマン・カトリック」教旨ヲ以テ日本臣民ヲ支配スルノ甚シキニ至リテハボ氏ノ勢力実ニ數百万人ノ宜教師ニ勝ルコト甚ダナリト謂フベシ』としている。このことは旧民法がフランス民法の主義、原則を承継し

ていることを主張しているものである。

(2) 手塚豊 明治三三年民法(旧民法)における主権——その生成と性格——法学研究二六卷一〇号、二七卷六号・八号。なお民法審査委員の一人であった楠木正隆が『法典断行ノ意見』(法協会雑誌第二号)のなかで『夫レ国ノ法典完備ノ上ニモ完備ヲ要スル訳ナルガ故ニ、関係者ガ此法案(旧民法)筆者ヲ編纂スルニ当リテハ、之ガ我ガ風俗人情ニ照シ則リテ、仏蘭西民法ニ取リテ之ヲ補フニ其ノ材ヲ伊太利ノ民法ニ求メ、尚ホ其ノ足ラザルヲ補フニ中外古今ノ沿革ニ照シ以テ此法案ヲ成スニ至レリ。是レヲ本案組成ノ事歴ナリト知ルベシ。即チ前言ノ如クナルヲ以テ本官等之ヲ調査スルニ当リテハ苟モスルコトナク、十分ニ研究ヲ遂ゲ十分ニ修正ヲ加ヘタリ』となしていることでもその一端を知ることができる。

(3) この点については本稿の『日本の民法典論争の評価をめぐる諸見解』の項——とくに『3日本民法典論争の考察の立場』——のなかで問題を明らかにしているので、参照していただきたい(立教経済学研究一五卷四号二八三ページ)。

(4) 中村菊男教授は『この旧民法の性格を検討することが民法典論争の性格を規定するキイ・ポイントとなる』(増訂近代日本の法的形成 勁草書房 一九五八年六月 一三九ページ)とされている。そしてこの日本民法典論争の評価をめぐって展開した中村||星野論争も、旧民法(とくに人事編についての)の性格論争から発展していくことになった。このことはすでに考察したところである(立教経済学研究一五卷四号 二六九ページ以下参照)。

—以下次号—