

「法社会学論争」の教訓（一）

——市民法学（ないし市民法論）の〈戦前〉と〈戦後〉・
ひとつの素描——

川 角 由 和

〈目 次〉

- 一 はじめに——本稿の目的とその限界
- 二 「戦前」の市民法学（ないし市民法論）
 - 1. 明治期自由民権運動
 - (1) 自由民権運動前史
 - ① その時期の一般的な動向
 - ② その時期における民法学及び「市民法学」
 - (2) 自由民権運動の開始と展開そして終焉
 - ① その時期の一般的な動向
 - ② その時期の民法学及び「市民法学」
 - 2. 明治期日本民法典の成立
 - (1) その時期の一般的な動向
 - (2) 旧民法（ボアソナード民法）の公布とその実施延期
 - ① 旧民法（ボアソナード民法）の起草過程とその基本的性格
 - ② 旧民法（ボアソナード民法）の運命
 - (3) いわゆる「民法典論争」
 - ① 「論争」の発端と「延期派」の主な見解
 - ② 「断行派」の主な見解
 - (4) 明治日本民法典の成立
 - ① 法典調査の方針
 - ② 法典調査会での二つの論点 (以上本号)
 - 3. 大正デモクラシーの時期と昭和初期
 - (1) 大正デモクラシーの時期
 - (2) 昭和初期
 - 4. 昭和の天皇制ファシズム期
 - (1) その時期の一般的な動向

(2) 「日本法理研究会」の発足

(3) 「市民法学」の崩壊と再生の胎動

5. 小 括

三 「法社会学論争」について

1. 歴史的背景

2. 論争の端緒

3. 論争の内容

4. 論争の特異性

5. 論争の「教訓」

6. 小 括

四 「戦後」の市民法学（ないし市民法論）

1. 「法社会学論争」を受けて（とくに山中「市民法論」への批判の在り方）

2. 「法解釈学の方法」に関する論争

3. 「判例研究の方法」に関する論争

4. 「市民法学」（ないし市民法論）の現在の到達点

5. 補 論——「民法改正」（債権法を中心とした改正）をめぐる

6. 小 括

五 結 語——残された課題等を中心に

一 はじめに——本稿の目的とその限界

(1) 第二次世界大戦終結の2年後、日本国憲法が施行された年（1947年）、山中康雄『市民社会と民法』が公刊された。さらにその2年後（1949年）には、川島武宜『所有権法の理論』が出版され、また同じ年に磯村哲「近代法における公・私法の分化について——中世法への対比を中心とするスケッチ」¹（第1回日本私法学会の研究報告）が出された。これらの著作物の評価をめぐる、いわゆる「法社会学論争」が1949年から1950年にかけて展開された²。この「法社会学論争」は——本稿の続編でやや

1 日本私法学会「私法」第1巻（1949年）57頁以下。

2 一般に「法社会学論争」は、杉之原舜一（1897-1992年）を中心とするマルクス主義法学からの山中批判、川島批判として展開されたものとして位置づけられている。この点に関連して興味深いのは、川村泰啓『個人史としての民法ノ

詳しく述べるように——悪夢のような天皇制ファシズムの崩壊がもたらした解放感とそこからほとばしり出るような民主主義的変革への期待に満ちた社会状況下で展開された³。同時に、アメリカによる占領下での一定の「進歩的改革」（日本国憲法の公布・施行、民法〔家族法〕の全面改正、いわゆる「労働三法」の公布・施行及び自作農創設を典型とする農地改革等）と、これに対するアメリカの国益重視の立場からの「保守反動回帰路線」（労働運動をはじめとした民主主義的諸要求のための社会運動に対する強行的弾圧路線及びレッドパージさらには日本の再軍備化の開始等）の狭間で展開されざるを得なかったという、一種不幸な、また時代的に大きく制約された状況下での「論争」であった⁴。

（2）本稿はこの「法社会学論争」を、民法研究者の目で、現在の観点から歴史的に捉え直そうとする試みである⁵。したがってその副題を、市民

「学』（1995年）のなかで、磯村報告を巡って川島武宜（1909-1992年）と山中康雄（1908-1998年）との間で「論争」があり、「共通の恩師であられる我妻栄先生のおとりなしで終止符が打たれた」と指摘されていることである（川村・前掲書7頁）。本稿統編では、可能な限り、この点についても検討してみたい。

3 この点に関する、当時の鈴木安蔵（1904-1983年）の指摘には胸を打たれる。すなわち「日本の國に生くるかぎり、個人の人権も自由も平等も、同胞、全人類のあひだにおける友愛も享受することはできず、厳然たる身分別的上下の位階制と苛烈な警察・憲兵政治のうちに呼吸せねばならぬのか、という宿命観的苦悶は、今や消えた。新しい世界が建設されるのである。それは人間本来の希望に基づく、民主主義の世界である。」鈴木安蔵『自由民権運動史』（1946年。新版）所収「新版の序」1頁（なお旧版は1941年）。

4 このような基本的観点は、すでに長谷川正安『法学論争史（第三版）』（1981年）に示されている。この点を含め、筆者はこの著作から数多くのことを啓発された。その具体的な内容の開示は本稿の統編で試みられることになる。

5 むろん、「法社会学論争」は、法社会学者及び民法学者をはじめ、さらに憲法学者、刑法学者、労働法学者等によって、その「見直し」が可能であろう。本稿は、もっぱら民法研究者の視点からする「法社会学論争」の捉え直しと、それに基づく「法社会学論争」の「教訓」の掘り出しに焦点が当てられたものである。それに応じて、必然的に本稿の目的が規定され、同時にその「限界」が自覚されるべきことになる。ちなみに筆者自身は、自らの到達点を「市民法学」の域に達したものと決して考えていない。筆者の他の論稿もそうである。

法学（ないし市民法論）⁶の〈戦前〉と〈戦後〉とした。そして市民法学の

が、本稿もまた図式的な割り切りが強く、根底的な観点から考え抜かれたものでもなく、むしろ冗長な注記・引用が目立つと思われるからである。なお、市民法学的な著作の在り方を教訓的に示すものとして、清水誠「末弘厳太郎著作集刊行の夢」法律時報73巻1号（2001年）81頁以下、特に82頁参照。

6 「市民法学」（ないし市民法論）の定義自体、その前提となる「市民社会」あるいは「社会契約」の理解の難しさと相俟って、実は大問題である。本稿では、続編でやや詳しくこの論点に踏み込む予定である。さしあたりここでは、広い意味での（絶対王政・中央集権的絶対主義・啓蒙専制君主制等を含めたところの）封建制度に反対する「市民」（〔非投機的な〕近代的産業資本家・中小資本家、労働者階級・勤労市民階層、商工経営者層、農民層等を広く含めた「統一戦線」グループ）による、その「労働」（広義）に基づく所有物（所有権）を、その自律的意思（契約）によって商品交換せしめる事態を一般的に成立させる社会として、「市民社会」をとらえておく（その基本的理念は「自由」、「平等」、「友愛」、「平和」及び「個人の独立と尊厳」・「男女両性の本質的平等」である）。そして、そのような「市民社会」に適合的な民法の在り方を主体的・自律的に切り開き、時の国家＝政治権力を「日本国憲法」の価値基準から常に批判的に捉えていこうとする立場（仮にいわゆる「民主主義的な政権」が樹立されたとしても、それをも批判的に対象化しようとする立場）を、広く「市民法学」（ないし市民法論）と呼ぶことにする（ただし本稿における「市民法学」〔ないし市民法論〕の振り分けは、あくまで筆者個人の主観的判断によるものである）。ちなみに「社会契約」は、上記の意味での「市民」が、いわゆる純粋個人的な「自然状態」（広義）を克服し、もって合理的な「市民社会」（ひいては「市民国家」〔国民主権と三権分立・基本的人権の尊重、さらには議会制民主主義・地方自治・平和主義等を基軸とする国家〕）を構築するために必要な社会的意作用（社会的合意＝契約）を指すものと解しておく。これは、つまるところ「社会契約」というフィクションを構想する立場に呼応する。むろん歴史的には、様々な形態での国家ごとの「市民革命」（たとえば一方でのイギリスにおける無血革命＝名誉革命〔1688年〕、他方でのフランスにおける実力的市民革命〔1789年〕があった）。その他、イギリス植民地からの解放独立のための戦争を含めたアメリカ市民革命（1776年の独立宣言、1788年の合衆国成立の二つの段階をもつ）、さらに中央集権的帝政・ユンカー等との妥協を通じてなされたドイツ市民革命（1807年世襲隷民制廃棄、1810年シュタイン＝ハルデンベルグによる「営業の自由」をめぐる改革、1830年7月の憲法改革運動、1848年3月自由主義憲法を求める「市民革命」、1918年帝政廃止とヴァイマル憲法体制成立を求める「市民革命」）等が存在した（さしあたり長谷川正安＝渡辺洋三＝藤田勇〔編〕『講座・革命と法第1巻・市民革命と法』〔1989年〕所収の諸論文を参照）。しかしながら日本には、そのような意味での「市民革命」は存在しなかったというメ

復興・再生ともいうべき性格を、この「法社会学論争」の中から抉り出そうとするものである。まず「戦前」の市民法学の萌芽を自由民権運動期の中に見出し、それとの関係で明治期日本民法典の基本的性質を明らかにする。さらに大正デモクラシー期と昭和初期の民法学及び「市民法学」の特徴点を整理しておく。その上で、昭和天皇制ファシズム期の暗闇の時期における「市民法学」窒息の状況を垣間見る。その作業は、おそらく終戦直後、わが国で「法社会学論争」が展開されざるをえなかった歴史的被規定性の一端をわれわれに呈示することになろう。以上の作業を前提に「法社会学論争」の中身に立ち入り、そこからなにがしかの「教訓」を得たいと思う。そして、それがそのあとに続く「法解釈学論争」や「判例研究方法論争」にどのような影響を与えたか（あるいは「与えるべきであったか」）を、筆者なりの目で探求してみたい。それらの作業を踏まえて「市民法学」（ないし市民法論）の現在の到達点を明らかにする。

（3）筆者の能力からするならば、なかば「無謀」ともいえる本稿の試みは、池田恒男＝高橋眞（編著）『現代市民法と民法典』（2012年）第1部「市民法学とはなにか？」に収められている三つの論稿⁷を読んで、それに刺激を受け、それに触発されたことが、きっかけとなっている。これら三論文については本稿続編の中で適宜触れることにする。ともあれ、膨大な関連文献のまえに立ち尽くし、途方にくれながら書かれたのが本稿である。

↘ 認識が、本稿の前提をなす。言い換えれば、戦前のわが国の国家政治体制において、すでにその初期から「天皇専制支配」（その後「大日本帝国憲法」の成立を経て、法制度的な意味での「絶対主義的天皇制」として確立した体制）が存在したのであり、戦後もまた「日本国憲法」の諸理念・諸規定すら十分には実現されておらず、「日本国憲法」そのものの維持存続すら危機的な状態にあるという認識が、本稿の基底を形づくっている。なお、上記の理解のために参照しえた文献は——上記『市民革命と法』を除いて——必要な限りにおいて本稿及びその続編で明示する。

7 池田恒男「現代市民法試論」、田中教雄「市民法の現代的意義」、高橋眞「「市民法学」の意義と継承」の三論文がそれである。

そのことに加えて、本稿の内容が、筆者の未熟さによって規定された結果、たんなる「スケッチ」を描くことに終始した。副題の末尾に「ひとつの素描」と付加したのはそのゆえによる。なお本稿では、まず典型的な時期に対応する一般的な政治・社会・経済的諸状況についてのできるだけ簡潔な概観をしたのち、その時期ごとの民法学及び「市民法学」の在り方を探る、という手法を採用する⁸。

8 なお民法学の歴史的展開に関する「時期区分」は、実に様々な形で論じられている。この点を詳細に論じているのは、水本浩「序論」水本浩＝平井一雄（編著）『日本民法学史・通史』（1997年）2頁以下である（同5頁以下の注に記載されている参考文献も参照）。民法以外に広くわが国「近代法」の展開に目配りしたものとしては、鶴飼信成＝福島正夫＝川島武宜＝辻清明（編）『講座日本近代法発達史（1）—（11）』（1958-1967年）がある。それによれば「法体制準備期」（明治元年-明治21年）、「法体制確立期」（明治22-大正3年）、「法体制再編期」（大正4—昭和6年）、「法体制崩壊期」（昭和7—敗戦・昭和20年8月15日）に区分されている。また長谷川正安＝利谷信義（共著）『日本近代法史』伊藤正巳（編）『岩波講座現代法14・外国法と日本法』（1966年）3頁以下、特に6頁も基本的にこの区分方式に従っている（その上で、更なる細分化〔再区分〕を図っている〔長谷川＝利谷・前掲論文7頁〕）。さらに最近の作品として、藤田正＝吉井蒼生夫＝小澤隆司＝林真貴子『日本近現代法史（資料・年表）第2版』（2015年）「初版はしがき」の時期区分も参照（この書物は、主な時期毎の資料原文の掲載を中心としているが、その時期毎に簡潔な「解説」が置かれ、詳細な年表・人物紹介・参考文献が整備されている。さらに2014年7月1日の「集団的自衛権」行使容認を内容とする閣議決定まで視野に入れている）。ともあれ本稿は——上記先行文献の時期区分に留意しながらも——「法社会学論争」の教訓という主題に規定されることによって、わが国における民法学及び「市民法学」に関する時期区分をやや独自のものとせざるをえなかった。その点、あらかじめお断りしておきたい。

二 「戦前」の市民法学（ないし市民法論）

1. 明治期自由民権運動

(1) 自由民権運動前史

① その時期の一般的な動向

いわゆる「明治維新」(1868年)⁹によって、幕藩的な君臣主従の封建的諸関係は一般的に否定されたものの¹⁰、その成立期は、基本的に諸外国との

9 「明治維新」の、その初期過程(1867-1868年)における象徴的な出来事として、さしあたり1867年(慶応3年)10月の「大政奉還」及び同年12月の「王政復古」、1868年(慶応4年)1月の戊辰戦争(倒幕方勝利に基づく徳川慶喜追討令)、さらに同年3月の「五箇条の御誓文」、そして同年9月の「明治」改元・「一世一元の制」の詔を挙げることができよう(藤田〔正〕=吉井=小澤=林・前掲書〔前注8〕256頁。なお同書9頁に「王政復古」布告の原文、11頁以下に「改元の詔」原文が掲げられている)。ちなみに「明治維新」の時期的編成(その開始と終結)については、周知のように様々な議論が存在する。たとえば守屋典郎『新版日本資本主義発達史』(1969年)44頁は、「幕府権力の打倒によって明治維新が成立した」とみている(すなわち、上記「大政奉還」・「王政復古」から「戊辰戦争」を経て「五箇条の御誓文」・「明治」改元に至る一連の過程を経て「明治維新」が成立したものとする)。青山忠正『明治維新を読みなおす——同時代の視点から』(2017年)174頁以下も、ほぼ同様の立場を示す。他方、遠山茂樹『明治維新』(2000年岩波現代文庫。初出は1950年)311頁では、「歴史的画期としての明治維新は、天保十二(1841)年の幕政改革に始まり、明治十(1877)年の西南の役をもって終わる、三七年間の絶対主義形成の過程」として論じられている。ちなみに遠山によって、「西南の役」(西郷隆盛〔1828-1877年〕)を中心とする日本史上最後の士族反乱)が明治維新の終着点とされたのは、「明治維新の主体勢力であった倒幕派の政治的生命が終末したことを意味した」からである(遠山・前掲書309頁以下参照)。さらに山中永之祐「明治維新の変革と法——村と家に対する法規制を主題とする考察」長谷川正安=渡辺洋三=藤田勇(編)『講座・革命と法第三巻・市民革命と日本法』5頁以下、特に18頁注1は、明治維新の「始期」・「終期」に関する諸説を紹介した上で、山中(永)論文自体における「始期」を1867年12月9日(「王政復古」)以降の明治政権成立時に置き、「終期」を自由民権運動の開始時(1874年〔明治7年〕)におく旨を指示している。本稿で筆者は、「明治維新」の時期的編成につき、上記山中(永)の見解を基本としつつ、守屋典郎(1907-1996年)の見解によってこれを適宜補充している。

10 1868年(慶応4年)3月の「五箇条ノ御誓文」における「広く会議ヲ興シメ

不平等条約¹¹を抱え込んだ上での「封建的な全国政権」の「交替」（徳川幕府から薩長土肥等の「富強藩連合」への交替）以上のものではなかった¹²。すな

ゝテ万機公論ニ決スヘシ」とか「知識ヲ世界ニ求メ大ニ皇基ヲ振起スヘシ」などのスローガンに、その独特な「精神」が読み取れる。前者は、その後の自由民権運動に基づく国会開設請願運動の思想的根拠ともされた（丸山眞男「明治国家の思想」『丸山眞男集第四巻』〔1995年。原論文の初出は1949年〕52頁参照）。ちなみに後者の「皇基ヲ振起スヘシ」とは、知識を世界に広く求めることをもって天皇制の基礎を固め発展させる、という趣旨であろう。ここには「近代的」天皇制の「萌芽」の一面とその後の神格化された絶対主義的天皇制の「出発点」が混交している。なお松本三之介「天皇制法思想（上）〔法体制準備期〕」鵜飼＝福島＝川島＝辻（編）『講座日本近代法発達史——資本主義の発達と法・10』（1961年）25頁は、「万機公論」について特に論じ、それは「むしろ「公論」によって、私的な権力すなわちかつて幕藩制的秩序を形づくっていた割拠的諸権力を排除し、逆に朝廷すなわち中央政府による挙国的集権的支配権力を創出することにあつた」とする。なお、当時（そしてまた現在）の天皇制に関する法思想的・政治思想的諸問題については、後注13、後注18参照。

11 不平等条約の主な内容としては、(1)在留外国人の犯罪に日本の裁判権が及ばないという治外法権、(2)関税自主権がなく、外国との協定税率に縛られていたこと等を指す。この点につき、詳しくは小山博也「条約改正（法体制確立期）」鵜飼＝福島＝川島＝辻（編）『講座日本近代法発達史・2』（1958年）180頁以下及び井ヶ田良治＝山中永乃佑＝石川一三夫（共著）『日本近代法史』（1982年）4頁以下（井ヶ田）参照。

12 守屋・前掲書（前注9）44頁。なお長谷川＝利谷・前掲論文（前注8）9頁によれば、「この（明治維新の）改革は、したがって、革命というよりは、同じ階級内部で政権が暴力的な形をとって移動した、クーデタというべきものであった」（括弧内・引用者）とされる。なお、犬丸義一＝中村新太郎『物語日本近代史1・倒幕から明治国家の確立まで』（1970年）133頁以下は、「王政復古」をもって「クーデター」の起点としている。さらに平野義太郎「明治維新における政治的支配形態」『日本資本主義発達史講座・第5回』（1982年復刻版。原書初出は1933年）10頁以下も参照。そこで平野義太郎（1897-1980年）は、明治維新の初期政権を「半農奴制的資本主義中央集権政治体制への動向」を有するものとして位置づけており（平野・前掲論文11頁）、その結果として明治維新は「決してブルジョア民主主義革命でもなければ、ブルジョア革命でもなく（中略）封建制の妥協的解消を内包しつつ、封建的領有の全国的統一」を目指したところの「政権交代」であった、とする。また同時に、明治維新の初期政権は「この（維新以後における）資本制の発展が、半農奴制を土臺としてのみ可能とされたかぎりにおいては、全国的規模における農奴制の継承者」にほかなら

わち、その実質において、明治天皇制¹³を頂点とする封建的諸侯・公卿・

ゝなかった、ともいう（平野・前掲論文19頁参照）。加えて、平野「明治維新の變革に伴ふ新しい階級分化と社會的政治的運動」『日本資本主義發達史講座・第1回』（1982年復刻版。原書初出は1932年）5頁以下は、明治維新の「變革の不徹底さ」を「半封建的・寄生地主制的・軍事資本主義の發展の出発点となった資本の原始的蓄積」過程における「階級分化」の特殊性のうちにみてとる（なお平野が書いた『日本資本主義發達史講座』における主要な論文は、上記論稿を含め、その後『日本資本主義社會の機構』（1967年改版。原書初出は1934年）に収められている。本稿の引用では基本的に『講座』を参照し、適宜『機構』に照らし必要と思われる限りでそれを修正した）。これに対して、野呂榮太郎（1900-1934年）は「明治維新」の評価について、やや微妙なニュアンスの違いをみせる。「明治維新は、明かに強力的政治革命であつたと共に——否、あつたが故に、亦廣汎なる社會變革であつた。それは、一般に理解せらるゝが如く、單なる王制復古でもなければ、或いは又、封建的支配階級間の政權爭奪に過ぎないでもない。と云つて、明治維新が、直ちにブルジョア革命——有産者團の政權掌握——を意味するものでなかつたことは勿論である。それは、確かに旧封建的生産關係に對して、資本家的生産關係の支配的展開への、従つて又、旧封建的支配者に對して、資本家及び「資本家的」地主の支配權確立への端初を形成する所の、画期的社會變革であつた。従つて、それは、極めて廣汎にして複雑なる政治的、經濟的、社會的内容を有している」（傍点・原著者）。野呂榮太郎『日本資本主義發達史』（1949年。原書再版1930年）113頁参照。なお野呂榮太郎は、33歳の若さで持病（肺結核）の悪化と警察による拷問の末、世を去った。その事実上の妻であつた塩沢富美子（藍澤富美子）の「回想」は、読む者の胸に深く迫る。藍澤富美子「あとがき」〔1948年〕野呂・前掲書所収参照。さらに守屋典郎「略歴・野呂榮太郎」、同「野呂榮太郎と科學的精神」『日本資本主義分析の巨匠たち』（1982年）18頁以下及び56頁以下も参照。ちなみに上記『講座派』的見解（すなわち、きたるべき「革命」の性格を「半封建的・寄生地主制的・絶対主義的天皇制」を打倒する広範な人民による「民主主義革命」と規定した見解）に対して、「明治維新」を本格的な産業資本家による革命（いわゆるブルジョア革命）と規定し、一般に小作農民層をもフランス型の「独立自営農民」とみなすのが「労農派」の立場であつた（その結果、きたるべき革命の性格を「社會主義革命」と規定した）。この点につき守屋・前掲書『日本資本主義分析の巨匠たち』97-98頁及び小林良正『日本資本主義論争の回顧』（1976年）を参照。

- 13 いわゆる「天皇制」問題に関連して、次の戒能通孝（1908-1975年）の指摘はなお現在の価値をもつ。——「天皇制が單に天皇と呼ぶ名目的元首を持つだけでなく、天皇の神性に化体された絶対制の維持を目標として存続した限りに於て、天皇制は決して古いものでなく、此國のブルジョアジーの階級的未成熟を

諸藩士中心の身分制的・専制的国家として出発せざるをえなかった¹⁴。その翌年、1869年（明治2年）に「版籍奉還」の新体制が敷かれ、国家（政府）が「全国の土地の統一的な支配者」となった。そして、それと並行して、華族（公卿華族・武家華族〔旧藩主〕）及び士族（旧武士階級〔華族とされた旧藩主を除く〕）への身分的再編成が実施された¹⁵。さらに1871年（明治

ゝに連関して、新しく構成された官僚的創作に外ならない」。そして戦後「天皇の神性は否定せられたが、天皇の神性にいたるべき脈絡はなほ余りにも残って居る」。戒能「近世の成立と神権説」『戒能通孝著作集Ⅰ 天皇制・ファシズム』（1977年。原書初出は1947年）67-68頁。さらに丸山真男（1914-1996年）は、明治期における「知識層の封建的身分の編成の解体が間髪を入れず天皇制的編成に切り換えられていったこの国の特殊性」を指摘し、かつまた「天皇制による国民の強制的同質化過程の進行を無視することはできない」とした上で、「それは、直接政治的には自由民権運動とくにその左派の弾圧からはじまって（中略）教育勅語にいたって完成する国民教化の基本線に表現されている」（括弧内・引用者）とする。そして、批判的知識人の典型であった夏目漱石や石川啄木も、上記「基本線」の上に立たされていたとしつつ「要するに天皇制が知性的に制約され、逆に知性が天皇制に制約されていた」ところの〈矛盾〉を抉り出している。ここにおいても天皇制の「現在的問題性」が主体的に自覚されているといえよう。丸山「明治時代の思想」『丸山真男集第六巻』（1995年。原文初出は1953年）3-8頁参照。ともあれ、先ほど戒能通孝によって指摘されたわが国「ブルジョアジーの階級的未成熟」こそは、本来「近代市民法」成立のための「統一戦線」の主要な担い手たるべき〈市民〉階級の「未成熟性」そのものであり、それは同時に本稿で問題とする「市民法学」（ないし市民法論）がもつべき積極的独自性を意味する。なお——終戦まで存続したところの——近代的天皇制理解の諸相については、後注18参照。

14 明治維新当初の「天皇」を頂点とする雄藩連合政権では、旧藩体制を温存した上で、いわゆる「公議所」がそのための政治的機能を担っていた。守屋・前掲書（前注9）44頁及び長谷川＝利谷・前掲論文（前注8）14頁参照。ただし、すでにこの時期から資本主義経済発展のための萌芽も見られた。たとえば1868年4月に設置された商法司がその年5月に布達した「商法大意」がそれであって、封建的な株仲間のギルド的独占を廃止し、売買の自由を認めるものであった。この点につき、福島正夫「財産法（法体制準備期）」鶴飼＝福島＝川島＝辻（編）『講座 日本近代法発達史・1』（1958年）10頁参照。

15 守屋・前掲書（前注9）45頁以下参照。諸侯は「藩知事」となり、割拠的ながら依然として大きな政治的権力を保持した。とはいえ他方で、「華族・士族」への身分的再編成はその直後の「四民平等」への歩みのための前提とも

4年）には「太政官職制」が成立し、「天皇」が「親臨」して「万機ヲ総
 判」する太政官制へと定着していった¹⁶。同時に同じ年、「全国惣体ノ法」
 としての「戸籍法」が公布され、政府による「徴税、徴兵、警察、教育等、
 行財政全般を行う基礎となる人民掌握のための重要な」施策とされた（こ
 の戸籍法はその翌年から実施された。これをいわゆる「壬申戸籍」という）¹⁷。さ

ゝなった（1870年〔明治3年〕10月13日「自今平民苗字被差許候事」に関する太
 政官布告以来、平民の乗馬の許可などを経て「四民平等」〔封建的身分制度の撤
 廃〕が確立する過程については、井ヶ田＝山中（永）＝石川〔共著〕・前掲書
 〔前注11〕12頁以下〔井ヶ田〕及び長谷川＝利谷・前掲論文（前注8）12頁以下
 参照）。なお、「四民平等」とはいえ、それはいわゆる「士農工商」の身分的階
 層化の「変革」にとどまった。皇族・華族等の特権的身分はそのまま維持され
 た。そして皇族制度は、周知のように戦後もなお存続している。ただし華族制
 度は終戦とともに廃止された。なお、後者に関する最近の研究として、久保正
 明『明治国家形成と華族』（2015年）が詳細である。さらに同時に、明治期特有
 の資本主義発展の原初の指標として、1869年（明治2年）に「諸道関所の撤廃」
 が行われ、国家による道路・橋梁の改善整備と相俟って「商品流通」のための
 基盤が整えられ始めた。この点につき、福島・前掲論文（前注14）10-11頁参照。
 福島の指摘によると、その他、銅の輸出の解禁や府藩県による産物の専売禁止、
 諸藩津留（藩による米穀の領外移出禁止）の撤廃、西洋型船舶の所有許可と大
 型船舶建造の奨励などが実施された。

16 山中（永）・前掲論文「明治維新の変革と法」（前注9末尾）17頁及び井ヶ
 田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）10頁以下（井ヶ田）参照。ま
 た「太政官職制」の原文については、藤田〔正〕＝吉井＝小澤＝林・前掲書（前
 注8）18-19頁参照。

17 山中（永）・前掲論文（前注9末尾）24頁及び井ヶ田＝山中（永）＝石川（共
 著）・前掲書（前注11）27頁以下（井ヶ田）参照（「壬申戸籍」の原文について
 は、藤田〔正〕＝吉井＝小澤＝林・前掲書〔前注8〕17-18頁に掲載されている）。
 なお当時の戸籍法は「戸」＝家ごとに戸籍編成することによって家父長制的家
 族制度を後押しするとともに、本文でも示した国家的・行政的・軍事的な諸事
 業の前提を提供した。福島正夫も、1871年（明治4年）の「戸籍法」には「つ
 ねに行政目的との緊密直接な結合関係が存続していった」と述べている。福島
 「明治四年戸籍法とその展開」『福島著作集第二巻・家族』（1996年）57頁以下、
 特に86頁参照。さらに福島正夫＝利谷信義（共著）「明治前期における戸籍制度
 の発展」前掲書『福島著作集第二巻』55頁以下は、戸籍制度の実施が「地租改
 正」とならぶ「日本の社会と国家の基礎を形作る大きな事業であった」としつ
 つ、戸籍の「公簿の構造」のみに視野を限ることなく「届出」の機能にも注

らに同じ年（1871年）、「廃藩置県」が断行され、それまでの薩長などの「連合政権」的なものから天皇制的な「絶対主義の中央集権的な統一政権」（絶対主義的天皇制¹⁸）へと「決定的」な変換を遂げた¹⁹。そしてこのこ

ゝ意を払うべき旨を指摘している。ここで言われる「届出」の機能とは、届出義務者としての戸主が、同時に最末端の戸籍役人としても機能しつつ、「その戸に関する一切の戸籍記載につき責任と権限」とを付与された事態を指して言われることである。要するに婚姻・離婚・養子等の「身分変動」は、もっぱら「届出」を媒介として「戸主の全権」行使の作用として執り行われた。以上の点につき、福島＝利谷・前掲論文16頁以下参照。なお「明治4年の壬申戸籍」に関しては、上記『福島著作集第二巻』に収められている諸論稿でも度々言及されているが、さらに福島『日本資本主義と「家」制度』（1967年）所収の論稿でも詳しく採りあげられている（上記二冊の著作では、所収論文の重複はない）。ちなみに「壬申戸籍」が戸籍制度による「人民ノ保護」を謳いながらも、それは国家的保護を意味するのではなく、（乞食・徘徊者等につき）「身元有之者ハ身元へ送籍」して行くとされていた点については、熊谷開作「家族法（法体制準備期）」鵜飼＝福島＝川島＝辻（編）『講座日本近代法発達史・3』（1958年）3頁以下、特に21頁参照。

- 18 このような「絶対主義的天皇制」理解に対して、近時歴史学研究者から異論が出されている。たとえば安田浩（1947-2011年）は、その遺作となった『近代天皇制国家の歴史的位置——普遍性と特殊性を読み解く視座』（2011年）において、「近代的天皇制、すなわち1868年の明治維新で成立し、1945年の敗戦で崩壊する近代天皇制国家」に関する研究の「現代的意義」に焦点をあてている（前掲書1頁）。そして安田は、近代的天皇制の「日本型絶対主義」構成とは距離を置いた上で（前掲書4-5頁）、その外見的・形式的な近代立憲君主制の側面において一種の「普遍性」を承認しながら、「天皇の権威の下に国家装置が強大な自律性を発揮」し、もって「社会の自立性を抑制し、社会そのものの中に国家への求心性・依存性を内包させる」と共に「国家の意思の最終的決裁者としての天皇」と「太政官制」的・国家官僚主義的・「体制護持」政党内閣制的・軍部ファシズム的な「多元的輔弼性」とが結合するという側面（そこから生ずる近代的天皇制の「段階的変化」の側面）の「特殊性」を明らかにしている（前掲書16-17頁）。さらに安田は、上記「特殊性」の背景には近代天皇制国家を支えた「国民主義的ナショナリズム」と共に伊藤博文（1841-1909年）や福沢諭吉（1835-1901年）に代表される「欧化主義的ナショナリズム」の強い影響があった、とも指摘している（前掲書20頁）。その上で、現在の「国民統合」の象徴としての天皇が、同時に「国家の権威性・威厳性の「伝統」的象徴」ともなっているという意味での「現在の天皇制の二重性」をも問題にする（前掲書20-21頁）。そして、その「二重性」を歴史的視角から批判するためには、その前提

とは、それまでの国家的土地領有²⁰と新たな私的土地所有との「対立」を

ゝとなっている「近代天皇制ナショナリズムの構造把握の深化」が求められる、という（前掲書21頁）。ここには本稿の基本的観点となっている戦前のわが国「天皇制」の絶対主義的把握への批判とより構造的・多角的な「近代天皇制国家」の歴史的研究の必要性が強調されている。ちなみに、早川紀代『近代天皇制と国民国家——両性関係を軸として』（2006年）は、まず国学的天皇観、儒教的天皇観、その両者が混合した後期水戸学的天皇観、さらには「権威の周縁に位置する民俗の世界に生きる人びとの天皇観」など多彩な「天皇論」を指摘・紹介している（早川・前掲書163頁以下）。その上で早川は、結局のところ明治憲法下での天皇は、家父長的天皇（「天子は民の父母なり」とする考え）が支配的になるに至ったとしている（早川・前掲書167頁）。こうして早川によれば、当時「国家の家長たる天皇と一家の家長たる男性の特性」こそ「女帝ならびに女性を政治領域から排除した」（傍点・引用者）ところの理由であるとし、そこに「近代天皇制国家の両性関係にかかわる矛盾が噴出して」という（早川・前掲書168-169頁）。ともあれ「天皇制」問題の奥行きは依然として深い。本稿は、あくまでその一端に触れるにすぎない。

19 守屋・前掲書（前注9）48頁以下参照。なお「廃藩置県」の原文は、藤田〔正〕=吉井=小澤=林・前掲書（前注8）18頁に掲載されている。ともあれ、この「廃藩置県」によって旧武士階級たる「士族」は没落し、これに反比例するようにして「平民の地位が向上して両者は水準化する」。そしてこの年（1871年）には、華士族が農工商の職業につくことへの許可が下されるとともに、これは他方で「労働力の供給源ともなった」。以上の諸点につき、福島・前掲論文（前注14）11頁参照。ここに福島は、明治初期の「開化啓蒙の精神」を深く読み取っている。

20 「領有」（ないし「領有制」）とは、ほんらい封建領主による土地支配形態（封建的生産様式の上に立つ土地所有の支配的形態）を指す。すなわち直接的生産者（現実の土地占有者）たる農奴〔ないし隷属農民〕が「領有」的土地に身分的に縛り付けられ、領主による搾取（剰余労働=封建地代の搾取）の対象となっていた（ただし古典的荘園制度下の領主・農奴関係等の分析については一応本稿の視野の外に置かれている）。以上の点については『新編・社会科学辞典』（1989年）417頁以下及び大阪市立大学経済研究所（編）『経済学辞典（第三版）』（1992年）1205頁以下参照。なお本稿本文でいう「国家的土地領有」とは、「廃藩置県」後の各藩による純封建的・分散的土地領有形態から中央集権的・国家的土地領有形態への「転換」を前提としたものである。ちなみに、いわゆる封建地代の展開論に即して上記の問題を言い換えるならば、本稿後述の「地租改正」による生産物地代（貢租）から貨幣地代への転化は、あくまで明治維新後の特殊日本的な「半封建的土地所有制度」の確立・存続を前提としていたことを示すものであったことが分かる。たとえば平野義太郎によれば、「小作ノ

生み出し、その「矛盾」解消のために、1872年（明治5年）には旧来の「田畑永代売買禁止令」が廃止され²¹、1873年（明治6年）の「地租改正」実施へと至る（生産物地代たる貢租の金納化＝貨幣地代への転化）。そして、とりわけこの「地租改正」によって、特殊日本的な土地の私的所有の制度化（なかならず寄生地主制的な土地の私有化）が急速に進んでいった²²。その他

「人は、地租改正後、實質的には封建的貢租たる地租（いわゆる生産物地代）と小作料（いわゆる貨幣地代）とを共に負担し来つたが、（地租改正後の国家的徴税手段としての）地租が地主の小作料に對する「租税」に轉化し、まったく封建的性質を脱却するや、地主は、小作人にたいする封建的搾取権の全部を政府より譲渡せられた。したがつて、そこに、寄生的地主の完全な半封建的搾取形態が確立したから、この契機よりして、この半封建的小作関係は、単に、小作料の質量的関係の拡大再生産ばかりでなく、一つの半封建的制度として制度的に強化せられたのである」（傍点・原著者、括弧内・引用者）とされる。平野・前掲論文「明治維新における政治的支配形態」（前注12）33頁（なお平野・前掲書『機構』〔前注12〕259頁以下に従い、若干の補訂を行った）。要するに、ここで平野は「封建領主」を寄生地主と言い換え、「農奴」を小作農民と言い換えている。

21 「田畑永代売買禁止令」廃止の前年（1871年〔明治4年〕）には、大蔵省布達により「田畑勝手作」が許されている。その翌年（1872年〔明治5年〕）になると、大蔵省布達によって農民が商業を兼営することが許可され、また太政官布告によって地代家賃・被雇用者の給料に関する制限を撤廃して「自由契約」で決めるものとされた。さらに人身売買が禁止され、芸娼妓解放令が下された。この両年が明治維新における「解放のピークをなす時期」とされる。福島・前掲論文（前注14）12頁参照。

22 地租改正と私的な土地所有権の確立との関係については、福島・前掲論文（前注14）32頁以下が詳しい（「地租改正条例」の原文については、藤田〔正〕＝吉井＝小澤＝林・前掲書〔前注8〕26-27頁参照）。とくに福島・前掲論文35-36頁では、「地租改正」に伴う（国家的な）土地所有権整理の根本方針は「第一に土地所有者にその土地処分の絶対的な自由を与える。第二に土地所有権は単一として、二重所有権を否定する。第三に土地所有の名義およびこれに伴う負担は幕藩検知帳体制にのっとりつつ、本百姓が土地を失い地主ができていれば、地主にこれをみとめる、という三点に要約される」とする。その上で「第一、第二は明らかに封建的な土地所有制度を解体して、近代的な土地所有権を形成する方向に向かったものであり、それはブルジョア的な方向であった。しかし、第三は必ずしもそうではない」という。その理由として福島は、「無地少地農民の土地渴望が少しもみたされず、自営農民の創出をむしろ阻害する政策」にノ

この時期には、徴兵令による軍事制度の改革（「四民平等」化の一つの帰結としての「国民皆兵」制度の発足〔ただし当初は戸主の兵役免除制があった〕）、秩禄処分による財政制度改革（政府から士族へ支給されていた秩禄を廃して金銭公債の交付に転換したことによる士族の実質的解体〔士族の没落・窮乏化〕）、あるいは司法制度の改革（1875年〔明治8年〕には大審院が設置された²³⁾、及び

ゝほかならなかったからである、とする（なお福島正夫『著作集第三巻・土地制度』〔1993年〕の地租改正問題に関する諸論稿も参照。なおこのような偏頗的な明治期「私的土地所有」の成立が、地券制度を経て、その後の「公証制度」さらには「登記法」〔1886年・明治19年〕に至る過程については、福島・前掲論文〔前注14〕44頁以下及び井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書〔前注11〕17頁以下〔井ヶ田〕さらに長谷川＝利谷・前掲論文（前注8）19頁以下参照）。かてて加えて平野義太郎は、「地租改正」等による土地所有関係の変化を次のように性格づけている。すなわち「搾取形態としてはまさに封建的分身であった半封建的地主関係を、封建的領有より「解放」し、その封建的搾取の分け前の増大を確認し、かかる半封建的土地所有を拡大的に再生産させる方向にむかわせた」と。平野・前掲「明治維新における政治的支配形態」（前注12）30頁参照。さらに特殊日本的な寄生的地主制によって「確立・強化せられた半封建的土地所有」は「小作人に對する生産條件の所有として、半農奴的搾取条件を體現し、それによつて統一的規模での半封建的領有と相合し統合して、明治政府の基礎を形成した」と。平野・上記論文（前注12）45頁以下参照（ここで平野は、プロイセン型のユンカー大土地所有が「地主経営」を伴うものであったのに対して、日本型地主の大規模土地所有は独特な「寄生的特徴」を有するとも指摘している）。なお、地租改正後の私的土地所有権の創出は、不動産担保制度の発展（当初は占有型担保たる不動産質〔1873年・明治6年の「地所質入書入規則」〕から、その後の非占有型担保たる抵当権制度への展開）を促進せしめるものでもあった。福島・前掲論文（前注14）52頁以下が詳細である。さらに熊谷・前掲論文（前注17）26頁は、地租改正後の土地の売買譲渡につき、その要件として「戸主ノ連印」が必要とされ「戸主の家族員統括権限が財産法の面でも強大であった」ことを指摘している。

- 23 大審院設置の過程を含め、詳しくは柴野義信「司法制度（法体制確立期）」鵜飼＝福島＝川島＝辻（編）『講座日本近代法発達史・2』（1958年）101頁以下及び「法体制準備期」における司法制度（裁判制度）については長谷川＝利谷・前掲論文（前注8）19頁、さらに井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）48頁以下（井ヶ田）参照。このうち後者によれば、大久保利通（1830-1878年）・板垣退助（1837-1919年）・木戸孝允（1833-1877年）三者の「妥協」によって、1875年（明治8年）4月に「漸進的立憲化の方針が決定さ

それらにともなう「官僚制度」²⁴の諸整備が図られる。それらの諸改革を通じて、当時の「政府権力の性格」（及びその経済基盤）が「領有制」的なものから「絶対主義」へと変貌を遂げ、同時にこのことが明治初期の「資本主義の発展を基礎づけた」とされる²⁵（「領有」制の意義については前注20参照）。この事態を指して、福島正夫（1906-1989年。なお本稿では、氏名の記載につき戦前戦後を問わず、敬称を略した。また故人には可能な範囲でその生没年を付した。以下同様）は、「経済的な諸変革を推進した直接の原動力は、産業ブルジョアジーにあるのではなく、極度に集中化された国家権力とそれ

ゝれた結果、司法省から裁判所が独立し、裁判所の行政機関からの独立が実現した」とされる（「漸次立憲政体樹立の詔」の原文については、藤田〔正〕=吉井=小澤=林・前掲書〔前注8〕27-28頁参照）。さらに同年5月24日太政官布告第91号として、「大審院諸裁判所職制章程」（この原文につき藤田〔正〕=吉井=小澤=林・前掲書〔前注8〕28-29頁参照）が公布された。

24 とりわけ当時の「官僚制度」の整備面で注目すべきであるのが、明治6年（1873年）「政変」による西郷、江藤、板垣らの失脚後、太政官布告によって大久保利通主導の「内務省」が創設され、それが「内治万端にわたる行政権を独占した」とされたことである（いわゆる大久保独裁政権の発足）。そして、その「内務省」の主要な業務は、「警察行政」であり、「地方行政」であり、「宗教行政」（国家神道体制の確立）であった。井ヶ田=山中（永）=石川（共著）・前掲書（前注11）43頁以下（井ヶ田）参照。なお「警察行政」については、佐藤竺「行政制度（法体制準備期）——内務省の成立」鶴飼=福島=川島=辻（編）『日本近代法発達史・9』（1960年）65頁以下、特に114-116頁が詳しい。また「地方行政」については、佐藤・前掲論文118頁以下及び本稿後注97参照。さらに「宗教行政」については、佐藤・前掲論文114頁及び「国家神道」につき藤谷俊雄「国家神道の基盤と成立——近代日本の宗教と政治」科学と思想3号（1972年）429頁以下、特に442頁以下参照。

25 守屋・前掲書（前注9）49頁参照。なお平野義太郎は、「明治政府の端初」における日本資本主義の特徴を、「半農奴制的=商業ブルジョア的内容」をもつ「封建制」、言い換えれば「大商業ブルジョアジー」による国家依存型の「商業特権・商業独占、交通特に航運業への助成金、補助金、貨幣鑄造特権」の取得のうちに見てとっている（その反面で、明治初期政権自体がその財政窮乏に対応するため「商業・高利貸大ブルジョアジー」から資金援助を受けていたともされる。当初は両者間に「持ちつ持たれつ」の関係があったことになる）。平野・前掲「明治維新における政治的支配形態」（前注12）20-22頁参照。

を構成した官僚機構にあった」と言い換えている²⁶。このような明治初期の日本経済の特色は、その特有な「殖産興業」政策（福島を表現を借りれば「天下りの資本主義哺育助成政策」²⁷）に見てとれる。その際に重要な視点は、先に指摘したところの幕末期から存続する「不平等条約」による政治的・経済的制約（治外法権や低率協定税率等の強制）²⁸への現実的対応を主眼として、「殖産興業」政策が中央集権絶対主義的国家施策として採用された、

26 福島・前掲論文（前注14）4頁参照。なお福島は別の論文で、この時期の日本資本主義の特徴を次の4点に整理している。一つは、その「驚くべき急速性」（ヨーロッパの先進資本主義国が200年前後かけて築いた資本主義体制を日本は20年ほどで成し遂げた点）であり、その二は明治期資本主義の「形成発展」が、「国家権力が直接的に介入し、強度の強制力を加えてしたてあげた結果」であるという点。さらにその三として、「資本家は国家権力から指導されて生まれた」のであり、国家に「服従し従属した」ものとして「政商」という特殊日本的な性格が与えられたという点。最後にその四として、「このような資本制を創出するもとは農村の農民にあった」のであり、寄生地主制度や地租改正のもとで「全人口の八〇%を占める農民」が「窮乏化」し、「国内市場も内需」も縮小せざるを得なかった。このことが、明治期資本主義をして「外に向かって」の「侵略」へと向かわせた、という点がそれである。以上、福島「日本資本主義と法制度」『福島著作集第一巻・日本近代法史』（1993年。原書初出は1978年）226頁以下参照。なお上記福島の一の観点は、野呂榮太郎の日本資本主義分析（とりわけ日本型「産業革命」に関する分析）と一致する。後注140とそれに対応する本文を参照。

27 福島・前掲「日本資本主義と法制度」『著作集第一巻』（前掲26末尾）227頁。なお福島・前掲論文（前注14）74頁以下は、国家哺育的日本型産業資本主義の確立を、この「殖産興業」政策（なかでも諸種の「商業産業立法の展開」と「会社制度の形成」）のうちに把握している。

28 守屋・前掲書（前注9）59頁以下参照。守屋の指摘によれば、とくにイギリスとの間の不平等条約によって、わが国が「イギリスの経済従属国あるいは半植民地国」とされる「危険」に直面していた、とされる（守屋・前掲60頁）。同時にこのことは、イギリスが1860年代まで「世界の工場」として帝国主義的繁栄を謳歌していたのに対して、1870年以降すでにイギリスからの独立（1776年）を果たしていたアメリカ資本の急速な進展、さらに1871年のドイツ帝国の統一に基づくドイツの経済的発展（鉄、石炭などの資源を活用した急速な産業革命の進行）等によってイギリスが従来の国際的な独占的地位を失いつつあったという状況（イギリス帝国主義の危機感）と無関係ではない。この点につき、守屋・前掲58頁参照。

ということである（むろんこの「殖産興業」政策が、欧米列強と「並立」するための、かつ「富国强兵」政策と統合せられたところの「近代的」な資本主義国家育成政策として存在していた側面を無視することはできない）。ともあれ、この「殖産興業」の時期は、いわゆるわが国における「資本の本源的蓄積」の本格的形成期に対応する。ただし「本源的蓄積においては、一般に国家権力は、封建的生産様式を資本制生産様式へ転化する過程を温室的に助長して、過渡期を短縮させるために利用」するところ、これに対して日本では「政府と国庫それ自身が、本源的蓄積の主体となり、機械制的資本主義をうちたてていった」（傍点・引用者）とされる点に留意が必要である（いわゆる「上」からの「急激」な資本主義経済基盤の後見的育成）²⁹。そして、これ

29 守屋・前掲書（前注9）62頁参照。なお、1870年（明治3年）設置の工部省による殖産興業政策の導入から始まり、その後大久保利通による内務省の設置（1873年〔明治6年〕）以降、工部省からの内務省への殖産興業政策の主体転換が図られた（この時期、大久保が内務省に警察権力を確立し、国民生活のあらゆる局面に監視的・統制的な網の目を張ったことにも注意しておきたい。前注24参照）。なお平野義太郎は、この側面を、明治政権による「資本の原始的蓄積」の槓桿の一つとしての「家長的後見的保護官僚組織（bevormundede Bürokratie）」の体制的創出のうちに見てとっている。平野・前掲「明治維新における政治的支配形態」（前注12）57頁参照。さらに野呂榮太郎は、明治期の「原始的蓄積」の推進要素を、「純封建的土地所有組織」の廃除としての特殊日本的な「農民解放」のうちに把握している。また野呂は次のようにもいう。——「地租改正（生産物地代の貨幣地代への転化）を、従つてその本質的要素としての土地処分を直接の契機として、租税制度と商業資本と高利貸資本との重圧の下に、廣範にして深刻なる國民的規模に於て展開せられた資本の原始的蓄積の過程——就中、農民からの土地収奪の過程は併しながら、大體、明治十八九年前後より日清戦役前後に至る我が國に於ける第一次の——輕工業中心の——産業革命の波濤の襲来と共に、一應峠を過ぎた。だが、それによつて我が農業生産が包蔵せる土地の資本家的所有関係と農業経営の封建的生産様式との矛盾は毫も解決せられなかつた」。野呂・前掲書（前注12末尾）149-150頁及び158頁参照（傍点・原著者）。この野呂の理解によれば、1873年（明治6年）の「地租改正」以降、日本的「資本の本源的蓄積」過程が進行し始め、それが1885年（明治18年）の「内閣制度」確立及び1886年（明治19年）の井上馨（1836-1915年）による「条約改正」交渉の開催時まで続いたことになる。その後、約20年かけて日本的「産業革命」が展開されたというのが、野呂のメ

は同時に日本的財閥制度（三井や三菱、住友、鴻池等によるもの）の育成を、国家的に進行させるものでもあった（この点に明治初期の「市民」不在の象徴的側面をみてとることができよう）³⁰。

ㄨ見解（後注140参照）である。その点に照らすならば、日本型「産業革命」は、日清戦争（1894年〔明治27年〕）を経て日露戦争（1904年〔明治37年〕）の時期に及ぶことになる。そして、その日本型「産業革命」の時期において、すでに日本は主に朝鮮に対する半ば「帝国主義」的進出（1883年〔明治16年〕の朝鮮への不平等条約の押し付け）を経て、日清戦争後の中国大陆の一部及び台湾への「帝国主義」的支配を強化するに至り、日露戦争後は日本型「産業革命」を完成させると同時にわが国「帝国主義」化をほぼ確立させたものとみることができる。

30 国家後見的・日本的財閥の形成については、守屋・前掲書（前注9）62頁参照。なお当時の「市民不在」に関する次の戒能通孝による考察は実に意義深い。戒能は次のように言っている。——「明治政府によって本当に築き上げられようとしていた私的財産は（中略）成長度がいちじるしく早い、いわゆる財閥財産にほかならない。ところがこの種財閥財産の成長性が早かったのは、政府が直接間接に補助政策を行ったり、ひどいときには現金までつけて鉱山や船舶などを与えたからである（中略）。三井財閥とか岩崎財閥とかいわれても、本当に勤勉と節約の美德から作られた財産ではなしに、若干の冒険と、それから先は明治政府大官との取引の成果にほかならない」。「財閥と地主とは、この意味での政府が作り出した双頭の蛇であり、両者とも天皇と天皇の政府から資産を与えられたものであることは、根本的に変わりがなかった」。かてて加えて「明治民権運動に対する弾圧は、いってみれば市民法精神に対する弾圧であって、市民法的理解の発達を未然に防止する行為であった」。こうして「近代労働者の先駆者としての近代ブルジョアになるものが歴史上日本にほとんどなく、労働者階級ないしプロレタリアートは、ブルジョア階級の遺産なしに、すべてを自分の手で作り出さなければならないことを意味している。いいかえれば市民法的意識の主要部分は、実際に要求行動する労働者自身の行動によって築かれていることを物語っているわけであり、この意味で労働者には二重の任務が課せられているといわなければならない」。戒能通孝「市民法意識と日本の地盤」『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』（1977年）154頁以下、特に159頁、161-162頁参照（傍点・引用者）。ここで言われる「労働者の二重の任務」とは、本来「市民階級」が実行すべきであった「個人の独立と尊厳」、「自由」、「平等」、「所有権の尊重」、「契約自由」、「男女平等」などの市民法的諸原則を、労働者自身が要求し実際に実現していかなければならないという「市民法的」任務と共に、労働者固有の課題としての「生存権」、「労働権の確立」を初めとした「社会法的運動（労働運動）」、さらには社会自体のより徹底的な民主主義的変革のため、

② その時期における民法学及び「市民法学」

〔i〕民法学をめぐる状況

それではこの時期、わが国民法学は、いかなる状況であったろうか。周知のようにフランスでは1789年のフランス市民革命後、1804年にフランス民法典が成立し、「万人の法の前の平等」や「経済活動の自由」をはじめとした市民社会の基本的価値基準が法規範的に採用された（「所有権の自由」、「契約の自由」、「過失責任の原則」等を含む）。またオーストリアでも、1811年にオーストリア一般民法典が制定され、絶対主義的啓蒙主義と合理的自然法を通じた市民社会への一定の対応が図られた。さらにドイツでも、（その統一前の「地域法」としてではあるが）プロイセン一般ラント法がいわゆる「絶対主義下の啓蒙法典」として1794年に制定されていた（その担い手たちは大学教育を終えた新興の市民階層出身の司法官僚であった）。さらに1814年には、著名なティボー・サヴィニー間の「法典論争」が展開され、ドイツ帝国成立（1871年）のかなり前の段階で民法典の在り方が根本的に問われた（ちなみにドイツ民法典の編纂が開始されるのは、ドイツ帝国成立後の1874年からである）³¹。

これに比べると、日本の民法学をめぐる状況は決定的に立ち遅れていた

ゝの「政治的運動」としての「現代法的」任務の「二つの任務」を指すものと思われる（その「市民法」的任務と「現代法的」任務とが同時並行的に遂行されていかなければならない点に特殊日本的な困難性が存在する）。そして戒能は、わが国「市民法学」自体が労働者の「二重の任務」を支えていくべき「二重の任務」を同時に抱え込んでいる旨、指摘している。そして、そのために「日本の「市民法学」は「単に学問研究者の机上でだした結論の可否というよりも、その実現に有効な手段の探求というより厄介な問題に当面している」（傍点・原著者）ことを「告白」してもいる（戒能・前掲論文163頁参照）。ここには、戒能通孝の「市民法学者」としての良心と苦悩の跡が如実に読み取れる。

- 31 以上、ヨーロッパ諸国の法典整備については、さしあたり岩村等＝三成賢次＝三成美保『法制史入門』（1996年）124頁以下、及びH・シュロッサー（大木雅夫・訳）『近世私法史要論』（1993年。翻訳された原書〔6版〕は1988年）96頁以下、さらにF・ヴィーアッカー（鈴木禄弥・訳）『近世私法史——特にドイツにおける発展を顧慮して』（1961年。原書初出は1952年）410頁以下参照。

といわざるをえない。ちなみに水本浩（1920-1999年）によれば、1869年（明治2年）、成立したばかりの明治政権によって箕作麟祥（1846-1897年）³²がフランス民法典翻訳の下命を受け、箕作訳述『仏蘭西法律書民法』が1870年（明治3年）から手掛けられ、1874年（明治7年）にその完成を見たとされる³³。その上で水本は、わが国における民法制定の事業に関し

32 箕作については、山中永之佑「箕作麟祥」潮見俊隆＝利谷信義（編）『日本の法学者』（1975年）1頁以下参照。箕作が、民法典編纂を急ぐ江藤新平（1834-1874年）から「誤訳も妨げず唯速訳せよ」と催促されていたことは有名である（山中〔永〕・前掲1頁）。また大隈重信（1838-1922年）によれば、明治初期政権が最も必要としていた人材は、外国と交渉ができ、翻訳もできる外国語の専門家であり、かつ政治的・社会的に「相当の人格を具へた人」でなければならなかった。それらの点で、箕作麟祥は「英学と仏学と両方が出来て」、しかも「十分に信用」を置いて話をするのできる人物であったがゆえに「箕作君は政府全体に重んぜられた」とされる（山中〔永〕・前掲7頁注1参照。ちなみに大隈は、いわゆる開明派官僚出身であり、周知のようにその後早稲田大学創設の立役者でもあった）。さらに箕作は、その門下生として、のちの自由民権運動家である大井憲太郎（1843-1922年）や中江兆民（1847-1901年）等を輩出していった（山中〔永〕・前掲6頁及び10頁参照）。また箕作自身が、自由民権運動に共鳴する思想を抱いていたとも評されている（その根拠の一つとして、箕作・訳「国政転変ノ論」〔1875年・明治8年〕において、「若シ其政府タルモノ」が「人民自由ノ需ニ抗ストキハ、国民宜シク兵力ヲ以テ之ヲ廢スヘシ」と記されていたことが挙げられている。山中〔永〕・前掲8頁参照）。法学官僚たる箕作と自由民権運動との関係については容易な断定を許すものではないが、少なくとも箕作が、自由民権運動に対して「理解と共感」を持っていたことは事実であったと思われる（山中〔永〕・前掲11頁参照）。さらに山中（永）は、箕作が「官僚的リベラリズムの域を出なかった」ことを承認しながらも、彼の仕事が「野で自由民権の法学や思想また運動として開花」したのであり、その意味でも箕作が実に「日本近代法学のパイオニアであった」と高く評価している。山中（永）・前掲25頁参照。なお箕作麟祥については、坂本慶一『民法編纂と明治維新』（2004年）139頁以下、146頁以下も参照（この著作は現役裁判官の手によるものである）。

33 水本＝平井・前掲『日本民法学史・通史』（前注8）1頁（水本）参照（ただし筆者は『仏蘭西法律書民法』を直接参照してない）。水本によれば、幕末終末期（1867年〔慶応4年〕）に徳川幕府の外国奉行栗本錦雲（1822-1897年）が、幕府使節としてパリに行った際にフランス民法典に目をとめて、わが国に紹介したことも記されている。このように明治初期においては、フランス民法典

て、それは1870年（明治3年）9月19日太政官制度局によって「民法会議」（民法編纂会議）が設置されたときから始まったとみてよい、とする。そして、それに対応する形で「日本民法学の開始は、（中略）ほぼ明治初年頃とみてよいかもしれない」と述べている³⁴。それをやや詳しく言い換えると、以下のようになる³⁵。すなわち当時の明治維新政権は、特に不平等条約の撤廃と上からの「近代化」を目指して、民法典（その他、いわゆる「六法」）の編纂を急いだ。上記水本が指摘するところの太政官制度局下の「民法会議」は、江藤新平の指導のもと1870年（明治3年）から翌年にかけて「民法決議」七九条を編み、人事編中の私権の享有および身分証書（当時の「戸籍」とは異なる「個人単位」編成主義のもの）に関する条文案を提示した³⁶。これに対して1872年（明治5年）には、「皇国民法

ゝが「当時、最もすぐれたものとされていた」。山中（永）・前掲「箕作麟祥」前掲書（前注32）1頁及び23頁参照。なお栗本鋤雲（特に彼の著作『暁窓追録』（1869年・明治2年）によるフランス民法典評価）については、坂本・前掲書（前注32末尾）31頁以下も参照。

34 水本＝平井・前掲書（前注8）1-2頁（水本）及び2頁注1記載の関連文献参照。なお江藤新平が、1873年（明治6年）の政争を受け司法卿を辞職するにあたって提出した辞表の中で、諸先進国と日本とが「並立」するためには「国の富強」が必要であり、そのためには「国民相互の法的地位をただす必要がある」から「民法の制定の必要がある」旨を述べていた。この点については福島正夫・前掲「日本資本主義と法制度」『著作集第一巻』（前注26末尾）227頁参照。

35 以下の記述は、主に井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）72頁（井ヶ田）に依拠している。

36 この点については、すでに川島武宜（1909-1992年）が着目していた。川島武宜＝利谷信義「民法（上）〔法体制準備期〕」鶴飼＝福島＝川島＝辻（編）『日本近代法発達史・5』（1958年）6頁参照。なお1872年（明治4年）には――すでに指摘したように――戸籍法が制定されて「家」（戸）単位の編成が行われようとしていたが、それに対して本文の「民法決議」に基づく身分証書制度は「一人一人の個人としての地位において識別し登録しようとするもの」であったとされる（川島・前掲6頁、及び6-7頁の注2参照）。同時に川島は、この「民法決議」の思想の背景として、その主導者であった江藤新平の「個人主義的性格」が関係していたとも指摘している（川島・前掲6頁）。これに対して、松本三之介「天皇制思想（上）」（前注9）38頁は、江藤の「法治主義」には「開

仮規則」が作成された（その後修正・再検討された。その背景として、当時の司法卿江藤新平の主導の影響と彼の司法卿辞職による「急転回」があったものと考えられている。後注37参照）。その主な内容は、身分法・相続法に関するものであり、修正後の「仮規則」では特に戸主権の支配の強い家父長制的家族秩序が規定され、さらに長男子単独相続制が強調されていた³⁷。さら

ゝ明的性格と権力主義的性格とが微妙に交錯していた」とする。川島の評価は、江藤のこの「開明的性格」に重点を置いたものということになろう。なお上記の川島武宜＝利谷信義「民法（上）」は、二人の著者の担当部分が明示されているので、引用の仕方はそれに従った。ちなみに江藤新平による民法草案編纂については、手塚豊『明治民法史の研究（上）』（1990年）26頁以下、石井良助『民法典の編纂』（1979年）183頁以下、坂本・前掲書（前注32末尾）152頁以下が詳細である。

37 川島・前掲論文（前注36）8頁では、「皇国民法仮規則」財産編で長男子単独相続制が採用されたことは「種々の点できわめて重要且つ興味ある問題」としている。なお川島は、「皇国民法仮規則」をかなり詳しく研究しており、人事編（現在の親族法に相当する）及び財産法に関する箇所については、基本的に「フランス民法の包括的な模倣である」と規定している（ただし修正後の人事編ではフランス民法の規定を一部しか採用しなかったとされる）。川島・前掲8-9頁参照。以上の点に関して、川島は明治期の早い段階での「財産法と身分法との立法方針の相違」（傍点・引用者）に着眼している。そしてこの立法方針の相違は、その後の明治期民法編纂事業の在り方を通貫的に方向づけるものであった、という趣旨のことを述べている。川島・前掲10頁注5参照。ところで石井良助「明治民法における家の制度の生成」同『家と戸籍の歴史』（1981年）所収4-5頁は、明治民法上の「戸主権」の生成に触れて、これを江戸時代における「武士」の「家」における法的な「当主の願届権」に由来するものであり（ただし幕府の法令ではなく慣習法上のものであるとする）、これとの対比で「庶民」の「家」における「当主と家族との関係」は原則的に道徳的なものであったと規定している（例外的に他支配地領の者との婚姻・養子縁組には代官の許可が必要とされ、その場合の願書の差出しは当主に限られていたので、その範囲でのみ「当主権」が存在しえたとされる）。つまり明治民法上の「戸主権」（戸主の同意権）は、基本的に江戸期の武士家族における「当主権」（当主の届出権）を継承したものであったとする（石井・前掲書5-6頁参照）。なお明治期（ただし明治民法施行前）の「戸主願届制」の歴史的経緯の検討についても留意すべきであるが、本稿では割愛する（石井・前掲書10頁以下参照）。他方、長男子単独の家督相続制の歴史については、石井・前掲書13頁以下が詳しい。詳細は省かざるを得ないが、石井は、江戸期においては「恩領」（知行地）につき長男

にその後、1878年（明治11年）には箕作麟祥らによる「民法草案」（いわゆる「明治11年民法草案」）が出されたが、これは「フランス法典の影響の強い市民的なものであった」³⁸がゆえに、その翌年に審議のうえ廃案とされた³⁹（そのあとを継いで民法草案編纂の作業にあたったのはボアソナード

ㄨ男子単独相続制が採用され、「私領」についてはそもそも「武士に田畑の私有は認めない」とされたので論外という（武士に田畑私有を認めないという趣旨の幕府の法令はなかったが、当時の裁判によって「その趣旨が十分汲みとれる」とする。石井・前掲書14頁）。これに対して庶民（特に農民）については、「中世以来の分割相続の名残」が多分に存在したと推定しつつも、「次第に単独相続に移った」とされる（その際、石井良助〔1907-1993年〕は農民に関する「田畑永代売買禁止令」や「分地の制限」による影響も無視しえない、という。石井・前掲書14頁）。さらに明治維新後1870年（明治3年）の『新律綱領』（一種の刑法典。これについては中村吉三郎「刑法（法体制準備期）」鶴飼＝福島＝川島＝辻〔編〕『講座日本近代法発達史・9』〔前注24〕12頁以下参照）によって「立嫡違法条」が定められ、嫡男長子の非戸主化を刑罰でもって処する旨が規定されていた（『新律綱領』において「戸婚律」の一部として「立嫡違法」が置かれている点につき、藤田〔正〕＝吉井＝小澤＝林・前掲書〔前注8〕14頁参照）。そしてそれを受ける形で、1873年（明治6年）7月22日の太政官布告をもって「家督相続ハ必総領ノ男子タル可シ」とされるに至った（その直前までは司法卿江藤新平の主導のもとで長男子単独の家督相続制に否定的な民法典草案も出されていたが、明治6年4月の江藤の司法卿辞職後に急転回があり、この太政官布告に至ったとされる。石井・前掲書18-19頁参照）。

38 川島・前掲論文（前注36）21-22頁。ちなみに、このようなフランス法の影響を初めとする外国法とわが国「判例」との関係について、以下のような議論があった。「明治の初年は、判例などをみても、かなり英法やフランス法の影響があるように思われます」、「判例研究について御意見を伺いたいのですが、明治十年代（1876年以降）の判例には確かに英法の影響が見受けられますね」（いずれも末弘巖太郎〔1888-1951年〕の発言）。これに対して牧野英一（1878-1970年）が次のように答えている。「原嘉道さん（1867-1944年。東京帝大法科大学英法学部卒、中央大学学長などを歴任）の自叙傳をみると危険負担は英法でやるべきものと考えていられる……（1898年施行の）民法前には、英法はある意味においてわが国の現行法でもあった。英法出身の裁判官は英法でやるし、佛法出身の人たちは佛法でやった……民法実施以降ドイツ法全盛になった」（括弧内・引用者）。座談会「日本法学の回顧と展望」『日本の法学』（1950年）38頁（末弘第一発言）及び68頁（末弘第二発言・牧野の回答）参照。なお、五十川直行「日本民法に及ぼしたイギリス法の影響〈序説〉」『加藤一郎先生古稀記念・現代社会と民法学の動向（下）——民法一般』（1992年）20頁以下及び40頁注94も参照。

〔1825-1910年〕であった)。以上の点に着目しつつ、井ヶ田良治は次のように述べて、この時期の民法典をめぐる動向を総括している。すなわち「明治初年の法典編纂には、一方におけるフランス法の影響による近代市民法への志向と、他方における戸籍法に基づく臣民統治の単位としての戸の家父長制構造の維持という、二つの流れが、交互に対抗し合いながらあらわれ、のちの本格的民法典の編纂や法典論争の前史をなしていた」⁴⁰と。

ともあれ、わが国の民法学（ないし「民法典」編纂事業）は、基本的に開明派官僚的ないし国家官僚的イニシアティブ（あるいはその両者の「相克」）

39 利谷信義・前掲論文（前注36）24頁以下参照。なお「明治11年民法草案」の評価に少し立ち入っておく。たとえば中村雄二郎「民法典論争の歴史的基盤——十一年草案まで」同『近代日本における制度と思想——明治法思想史研究序説』（1967年。原論文の初出は1960年）49-50頁は、当時の司法卿大木喬任（1832-1899年）の主導による「明治11年民法草案」が、前司法卿江藤新平と同様にもっぱらフランス民法流の「市民的・個人主義的」民法構想を下敷きにして作成されていたことに触れて、これを「切実感に乏しい」・「浮き上がった性格」をもつものと規定している。それはなぜであろうか。その一つの要因は、1874年（明治7年）民選議院設立建白書にみられる自由民権運動の端緒の形成期にあたって、すでに明治政権が1875年（明治8年）の讒謗律、新聞紙条例、改正出版条例の発布に基づく強行的弾圧路線を発動していたからである。中村はこのことを踏まえ「明治11年民法草案」をもって、当時の「時代状況、思想状況と考え合わせると、政治的激動のさなかに一種の真空地帯になった政府の機関のなかでの、民権運動に対する、不徹底かつ消極的ながら、対応を示したもの」とする（この中村の文章自体は少しわかりづらい）。ともあれ、ここで「一種の真空地帯となった政府の機関」とされるのは、1873年（明治6年）に征韓論（明治6年政変ともいわれる）に敗れ下野した西郷隆盛、副島種臣（1828-1905年）、江藤新平、板垣退助、後藤象二郎（1838-1897年）らの政治的不在、及びその直後の佐賀の乱（1874年）さらに西南戦争（1877年）等への政府の制圧施作対応に基づく「民法典編纂事業」への一種の無関心ないしは感情的拒否反応を指すものと考えられよう。つまり大木喬任による「明治11年民法草案」の上申は、その意味で「切実感の乏しい」・「浮き上がった性格」をもったのであり、容易に「フランス民法的なもの」というだけで排斥される運命に陥ったのである。ただし、司法卿大木によって草案の「上申」がなされたという限りで、政府機関による「対応」はあったわけである。

40 井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）〔井ヶ田〕73頁。

のもとで幕を開けたといつてよい⁴¹。そしてその基本的目的は、特殊「日本的」な上からの近代化（日本型資本主義国家）の育成・推進と「不平等条約」の撤廃に向けられていた。その目的の限りで、わが国民法典編纂事業が開始されたと言ってよかろう。したがって、そこには、いまだ「市民法学」（ないし市民法論）の萌芽は明確な形では存在していなかった⁴²。

41 なお江藤新平の「個人主義的性格」については前注36参照。その後、江藤主導のもとに作成された1872年（明治5年）の民法仮規則では、すでに実施されていた戸籍法（壬申戸籍）に代えて——個人を社会生活の単位として認めるところの——身分証書制度の採用が謳われていたが、その施行をみないまま、翌年（1873年〔明治6年〕）の「政変」で江藤が失脚したことにより、その構想は頓挫した。中村雄二郎・前掲論文（前注39）31頁以下、特に40-41頁参照。なお、川島は上記の事態をもって「民法典編さんにおける市民的精神も保守的精神に座をゆずる」ところの「転換」となったと位置づけている。川島・前掲論文（前注36）10-11頁。さらに、川島・前掲12頁注7は、江藤が「長男単独相続制の絶対的支持者」でありながら、他方で「家父長制に批判的であった」という「矛盾」について、「江藤の種々の施策に、権力闘争の手段としての色彩があるとしても、それがブルジョアの発展の予見の上に立っていたことは、否定することはできない」と結論づけている。私見によれば、江藤は確かに急進的な開明派官僚であったが、その思想の根底には、やはり「個人主義」あるいは「市民的精神」とは必ずしも合致しない傾向が含まれていたように思われる（たとえば民権に関する議論における「活かさず殺さず暫く措け」とした上での「法令厳粛」・「国民の地位を正す」という江藤の「上」からの発想）。この点については、福島正夫「日本資本主義の発達と人の自由と権利」前掲書『著作集第一巻』（前注26末尾）337頁及び山中（永）・前掲論文（前注32）1-2頁の観点を参照。これに対して上記中村（雄）論文は、江藤一人の「進歩性」と「反動性」との矛盾それ自体のうちに問題の核心があるのではなく、むしろその問題は「資本主義体制のもとでの「後進国」としてのわが国が、欧米列強の外圧（不平等条約）によって、しかも世界史的に近代的、市民的、そして資本主義体制そのもののものつ矛盾がようやく露呈しはじめた時代に、（江藤が）「近代化」を強行せざるをえなかったところにある」（括弧内・引用者）と主張している。中村・前掲論文（前注39）42頁参照。

42 ただし、わが国の民法学（ないし民法典）が「フランス民法典」を素材として出発したことは——そこに一定の偶然性が伴うとしても——わが国に独自の「市民法学」（ないし市民法論）自体の一つの発生源（ゲネシス）たりえたという側面。そしてそれが、その後のボアソナード民法（旧民法）へとつながっていったという側面は否定できないだろう。この点については、（旧）民法草案ノ

〔ii〕「市民法学」的傾向の胎動

とはいえ明治期初頭、すでに「自由」と「権利」の概念が主張され始めた点には注意を払っておくべきだろう。福島正夫の論稿を参照すると、前者の「自由」という観念が広く世間に流布したのは、一般に「偉大な啓蒙思想家である福沢諭吉が慶応二年（1866年）に有名な『西洋事情』を刊行してから」であるとされる⁴³。福沢によれば、「自由」とは「一身ノ好ムママニ事ヲ為シテ窮屈ナル思ナキヲ云フ」のであり「決シテ我儘放蕩ノ趣

ゝ編纂事業における箕作とボアソナードとの「共同作業」（この表現自体は筆者による）が重要であったと思われる。この点、山中（永）・前掲論文（前注32）15頁以下参照。なお福島正夫「明治初期における西欧法の継受と日本の法および法学」前掲書『著作集第一巻』（前注26末尾。原論文の初出は1970年）169頁以下、特に192頁以下の指摘も重要である。すなわち福島は、箕作が「西欧法学へのフェチシズム」を警告して日本的慣習の法規範的な承認及び民法典への採用を試みたこと、特に入会権に関して「入会権ハ日本ニ純粹ノ制度」であるから「欧羅巴ノ法律ヲ以テ推シテ見ルコトハ出来ヌ」ことを主張していたことを指摘する。その箕作の主張を受ける形で、すぐそのあとで福島は次のように言う。すなわち「ボアソナードの日本および日本を通じた東洋の近代化という念願は、日本の法と法学において果たして完全に達成されたであろうか。その達成度は戦前において少なくとも希薄なものであったといわざるをえない」と。福島・前掲論文194頁。これは「日本の法律学徒は、いずれも外国法を学ぼうとも、その民主主義的な基本精神とは全く没交渉に、「和魂洋才」の立場で法の技術を学びとろうとした」（福島・前掲論文191頁）という指摘と合わせて理解されるべきことである。ともあれボアソナードは、日本に対して「個人は個人として尊重されるべく、そして社会は裁判を拒否することによって助けられるのではなく害される」とする観念を植え付けようとした（福島・前掲論文190頁参照）。この点で箕作は、おそらくボアソナードの見解（個人の尊重と、そのための裁判制度の社会的受容の必要性）を十分に肯認していたであろう。同時に箕作は、日本固有の慣習法（特に入会権）の法規範化＝条文化を目指した。ボアソナードは、おそらくこの箕作の態度をも是としたことであろう。なぜなら個人が個人として尊重されるためには、個人の様々な立ち位置とその社会固有の慣習制度の正確な研究抜きに「個人の権利」は存在しえないし、また確立しえないからである。だとすると、ここにも箕作とボアソナードとの一種の「共同戦線」がありえたと思われる。

43 福島・前掲論文「日本資本主義の発達と人の自由と権利」前掲書『著作集第一巻』（前注26末尾。原書初出は1953年）335頁参照。

意ニ非ズ」とされた⁴⁴。また後者の「権利」については、1870年（明治3年）江藤新平の指示によって箕作麟祥が *droit civil* を「民権」と訳して民法編纂会に提出したところ「民に権ありとは如何なる義ぞ」というごうごうたる非難が巻き起こったが⁴⁵、しかしその後1873年（明治6年）裁判上の離婚を創設した太政官布告には「人民自由ノ権理」との文言が入れられ、さらにその後1889年（明治22年）の時事新報（福沢によって創刊された日刊新聞⁴⁶）では「Right 即ち権利」という表現が見られることが指摘されている⁴⁷。

44 福島・前掲論文『著作集第一巻』（前注26末尾）335頁参照。

45 福島・前掲論文『著作集第一巻』（前注26末尾）337頁参照。

46 福沢諭吉『新訂福翁自伝』（1978年岩波文庫。単行本としての初出は1889年）304頁に、福沢自身による「時事新報」発刊に関する記述がある。

47 福島・前掲論文『著作集第一巻』（前注26末尾）336頁参照。なお、「権理」から「権利」という表現に変わったのがいつごろかは、はっきりしない。福島も「この「権理」という語は（中略）ほどなく「権利」に圧倒されてすたれてしまった」とするのみである（福島・前掲論文『著作集第一巻』（前注26末尾）同頁参照）。なお、穂積重遠（1883-1951年）もこの変化に着目しているが、「権利」という表現には「利益主義」めいた意味が読み取れるのに対して、「権理」という表現には「正しい」という「道徳主義」らしい意味合いがにじんでいるとして、「権理」から「権利」という表現に変わったことを「惜しいような気持ちもする」と述べている。穂積重遠（中川善之助補訂）『やさしい法学通論（新版）』（1963年。穂積重遠『百万人の法律学』（1950年）を改題・補訂して出版されたもの）155頁参照。この穂積重遠の見解については伊藤正巳・甲斐道太郎（編）『現代における権利とはなにか・権利の濫用をめぐって』（1972年）16頁（水本浩）のコラムを参照。ちなみに、上記穂積重遠の所感には「道徳」に関する一種の敬慕的な思い入れが見てとれる。重遠による「法律」と「道徳」との関係にかかわる見解は、やや複雑・難解であるが、ここでは次の点だけ指摘しておく。すなわち利谷信義の「穂積重遠」論によれば、重遠は、法律万能主義のなかに「法律道徳合一論」と「法律道徳分離論」の二種を認め、いずれも徹底的に批判した上で、結論として次のように言う、とされる。すなわち重遠は「第一次的」な規範として「社会規範」（習俗、慣行、伝統等にかかる規範。おそらく重遠はそこに〈道徳規範〉も含めていたと思われる）を位置づけ、その上で「第二次的」な規範として「法律規範」が位置づけられるところの「段階的考察方法」（「法律規範」自体のなかでも〈道徳規範〉が貫徹するという重層構造の承認）を採用する。利谷「穂積重遠」前掲書『日本の法学者』（前注ノ

この明治初期の「自由」と「権利」（権理）に関する注目すべき作品として小野梓（1852-1886年）の『羅馬律要』⁴⁸がある。以下では、これをやや立ち入って紹介しておきたい。当時、若き小野梓は、1871年（明治4年）から1874年（明治7年）にかけてのアメリカ・イギリス留学から帰国してのち、まず1876年（明治9年）に『羅馬律要』を著した（ちなみに小野は、大学を出ておらず、独力で英語を学び留学し、研究・研鑽に励んだ。この点、後注49、後注100、後注132の諸文献参照）。そしてその著作で小野は、主にローマ法における「権理」の定義・その主体・客体について論じている⁴⁹。

32) 301頁以下、特に315-316頁。さらに利谷によれば「彼（重遠）は法律上の義務をつくしただけでは、未だ道德上の義務をつくしたことになるず、また、法律上の義務を履行しないことはすでに道德上の悪であるという結論をひき出した。もちろん、以上のことは、彼にあっても法律と道德とが相反しないことを前提としている」（括弧内・引用者）とされる（利谷・前掲論文317頁）。周知のように、法規範・法律規範と道德規範（ないし徳義上の規範）とが混交することは、しばしばみられることである（信義則・権利濫用論及び公序良俗論をはじめ、いわゆる自然債務論、さらには内縁の妻の保護など。なお「信義則・権利濫用・公序良俗」については、すでに明文の規定が置かれている〔民法1条2項・3項及び90条〕。これに対して「自然債務」や「内縁の妻の保護」は明文の規定を欠いており、「法規の欠缺」の場合に相当する。重遠が、いわゆる「婚姻予約判決」〔大連判1929年〔大正4年〕1月26日民録21卷49頁〕に関して「法規の欠缺」を重視した点については、利谷・前掲論文321頁参照）。ともあれ、どちらかというとき重遠の見解には法ないし法律に対する「道德規範」優位の姿勢が隠れ潜んでいるように思われるのである（もしかすると、ヒューマニストたる重遠のこのような「道德優位の」姿勢が、同時に彼をしてフェミニズム論〔普選運動のなかでの「婦」選運動論〕の提唱や社会事業〔セツルメント活動〕・社会教育的＝市民教育的活動へと向かわせたことも否定できないのかもしれない（むろん重遠の欧米留学の経験も無視できない）。この点につき利谷・前掲論文310頁以下、328頁以下及び大村敦志『穂積重遠——社会教育と社会事業とを両翼として』〔2013年〕67頁、83頁以下参照）。なお大村・前掲書309頁には、重遠の論文として「法律の上に道德がある」社会教育協会『公民教育講座1』（1946年）が紹介されている。本稿統編のしかるべき箇所、少しでも検討できたらと思っている。

48 小野梓『小野梓全集第二巻』（1979年）3-231頁。なお佐藤篤士「解題『羅馬律要』」小野・前掲『全集第二巻』528頁以下も参照。

49 小野・前掲『小野梓全集第二巻』（前注48）7頁以下。なおこの『羅馬律』

小野によれば、まず「権理を広く説けば即ち是れ衆民一般の定意なり」と定義される⁵⁰。その上で「権理」とは「其の持主者をして自由に之を仕用せしむるを得るなり」という⁵¹。そして小野は、「権理の各種」に説き及んで「ドミニオム」(dominium)と「ボセツシヨ」(possessio)を取り上げ、前者のことを「管物の全権を有せし人類の称号」といい、後者のことを「ドミニオム」と区別して「所謂る当たり手の類」(傍点・引用者)であり、たとえば賃貸借における借主の「所持」を指す、と記している⁵²。それでは「権理」の主体は、どのように捉えられたであろうか。この点につき小野は、「権理の主位即ち人類」であるとし、「蓋し天然を以て之を云へば、所在の生靈皆能く権理を保有し得る者」とする⁵³。近代市民法における「権利能力」(権利主体の法的地位)の「平等」を彷彿とさせる記述である⁵⁴。さらに小野は、ローマ法の下での「男女の平等」に触れて、次のよ

ゝ要』は、小野が、オランダのライデン大学教授ハウツミットの著作をトレーシー・ゴールドが英訳した“The Pandects”を台本として著述したとされる。小野・前掲『全集第二巻』口絵解説i参照。しかも単なる翻訳ではなく、ベトナムの法思想をもとにした小野の「権利の体系」が「纂訳・附註」の形をとって詳細に論じられている。佐藤篤士「解題『羅瑪律要』」小野・前掲『全集』528頁以下、特に534頁以下、及び福島正夫「青年小野梓の家族制度論——『羅瑪律要』纂訳付註を通じて」、同「小野梓の家族観」福島・前掲書『著作集第二巻・家族』(前注17。原書初出は前者1973年、後者1986年)256頁、300頁、309頁以下参照(なお本稿では、後者の福島論文につき主に1986年『小野梓の研究』所収の初出論文から引用する。後注105、後注132、133参照)。

50 小野・前掲『全集第二巻』(前注48)10頁。

51 小野・前掲『全集第二巻』(前注48)30頁。

52 小野・前掲『全集第二巻』(前注48)31頁。

53 小野・前掲『全集第二巻』(前注48)36頁。

54 むろん、ここで小野が、あくまでも「ローマ法」(古代奴隷制社会の法)における「権利」を論じている点には十分に留意しておく必要がある(小野も、ローマ法のもとでの「物」としての「奴隷」[小野は「賤奴」と称している]について記している。小野・前掲『全集第二巻』(前注48)49頁以下参照)。なお、ローマ法以来近代市民法に至るまでの「権利能力」の歴史的変遷については、とりあえずエーアリッヒ『権利能力論〔改訂版〕』(川島武宜＝三島正・訳。1975年。エーアリッヒの原書は1909年)参照。なお最近、能見善久「人の権

うに言っている。すなわちローマ法では、「男女の権理を同ふするは唯り民事上に在るもの」にほかならず、「民事の権界を出でて国事の権土に入るあらば」、直ちに女性はその領域から排除されていた、と⁵⁵。しかしこの点、小野の見地によれば、政治を男の独占物のように捉える風習は「野蛮の遺物」であって、ゆえに「女子をして政事に干渉せしむるは理の当然」とされる（国政への女性参加の必然性の主張）⁵⁶。さらに引き続いて小野は、権理の客体について「動産」と「不動産」の区別、「主物」と「従物」の区別などに言及している⁵⁷。最後に小野は「権理の起源」に触れ、次のように述べる。すなわち、権理の発生する原因として「二様あり」とし、一つは「我が直に収獲するもの」（「権理の原収」）であり、その二は「他人より之を領収」する場合である、とする⁵⁸。また「権理の原収」の一形態として、いわゆる「取得時効」による所有権取得（title by prescrip-

ゝ利能力——平等と差別の法的構造・序説』『平井宜雄先生古稀記念・民法学における法と政策』（2007年）71頁以下は、アメリカで存続した奴隷制度（および人種差別制度）、ナチス政権下のユダヤ人の扱い、南アフリカのアパルトヘイトなどの歴史的事実を踏まえ、権利能力概念確立期以降の「人の差別」、特に「奴隷」の問題に関する立法・学説・裁判の状況を分析・検討している。

55 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）63頁参照。

56 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）63頁参照。この点につき小野は、アメリカ・イギリスでの留学の経験を披露している。ただし小野に特徴的な夫婦「非同権論、つまり「夫婦殊権」論には注意が必要である。小野・前掲64-65頁参照。この観点は、その後の『民法之骨（上篇）』（1884年〔明治17年〕）でも維持されている。これについては後述するところを参照。

57 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）112頁以下。ちなみに小野は、動産のことを「動物」、不動産のことを「不動物」と言っている。

58 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）136頁。さらに前者の「権理の原収」を二大別して、いわゆる無主物先占のケースと他人の所有物の放棄による所有権取得を挙げている。小野・前掲同頁。なお後者の「権理の領収」の原因は、種々さまざまであって、traditio（引き渡しによる所有権移転行為＝いわゆる形式主義による物権移転行為）、mortis causa donatio（死因贈与）、in iure cessio（法廷譲與）、testamentum（遺言による所有権移転行為＝遺贈）などを例示している。小野・前掲151頁以下。

tion) についても言及している⁵⁹。さらに小野は、特にベンタムの相続論を取り上げて、相続に関する男女平等、配偶者とその子との均分相続（共同相続。なお子が複数の場合は頭割り＝「平分」）を説くベンタムの見解を、「立論鮮明趣意卓越」と評価している⁶⁰。以上、小野の『羅瑪律要』は、ローマ法を「権利の体系」として描き出し、それを基本的に近代市民法的な視点で再編成しようとしたものであった（現在の民法学の水準からすれば、小野の所説はごく当然のことを言っているにすぎないかもしれない。しかしながら、明治初期にしかもローマ法の検討を通じて上記の見解に到達していることは、やはり注目すべきことだろうと思われる）。

ともあれ、以上のような「自由」と「権利」に関する明治初期以降のわが国における一定の「受容」・「展開」が、その後の「自由民権運動」を理論的・思想的に支えるものとなったと言ってよい⁶¹。また、それはわが国「市民法学」の一種独特な胎動であったかもしれない。ともあれ次に、自由民権運動そのものの内実に分け入っていききたい。そして、その時期に対

59 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）139頁。たとえば不動産の取得時効に関して、他人甲の所有地を甲が乙に貸し与えたところ、乙の子丙が善意で当該土地を自分の相続した土地と信じて「数十年の久しき之を耕作し来たり」という例を挙げている（小野は「久用の権理」と称している）。ちなみに小野は、ベンタムやオースチンには親しんだが、ジョン・ロックを読んだ形跡は何もない。したがって「我が直に収獲するもの」（「権理の原収」）において、小野の見解にはロック流の「労働に基づく所有」という観点はないようである。

60 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）169頁以下。当時すでに1871年（明治4年）の戸籍法によって「戸」（つまり「家」）ごとの「戸籍編成」が実施され、長男子単独相続＝家督相続の制度化が図られていたことを思えば、本文における小野のベンサム評価は意義深い。なお『羅瑪律要』における小野の家族制度論については、福島・前掲論文「青年小野梓の家族制度論」前掲書『著作集第二巻』（前注17）255頁以下、特に257頁以下、福島「〔附註〕」による小野の民法論、小野・前掲『全集第二巻』（前注48）540頁以下参照。

61 なお福島・前掲『著作集第一巻』（前注26末尾）339頁は、自由民権運動が「自由と権利の主張」について「分散的」な限界を有していたとしつつ、同時にその時期の訴訟件数の多さにみられる人民大衆の権利主張の根強さにも注意を払っている。

応する民法学及び「市民法学」のありようを探ってみよう。

（2）自由民権運動の開始と展開そして終焉

① その時期の一般的な動向

〔i〕自由民権運動の開始・展開・終息（その序論）

上記で確認しえた明治初期以降の「殖産興業」政策は、徴兵制度の導入等をはじめとした「富国強兵」政策と相俟って、秩禄処分の影響を受けた当時の士族と地租改正によって疲弊した小作農民層及び産業資本家の搾取に苦しむ都市勤労市民層（労働者を含む）に大きな打撃を与えるものであった⁶²。これら士族出身者と小作農民層から「自由民権運動」の主要な担い手が生み出されていった。とくに前者の代表として挙げられる板垣退助、小野梓、植木枝盛（1857-1892年。一時期板垣の書生をつとめた）は、いずれも土佐藩士の出身である。板垣は、国会開設運動の主導者の一人で「民撰議院設立建白書」（1874年〔明治7年〕）の起草者でもあった⁶³。小

62 守屋・前掲書（前注9）66頁参照。なかでも「秩禄処分」は、その後のわが国の貨幣制度整備及びそれを支える銀行制度創出の出発点であったとも言えよう。ちなみに1872年（明治5年）国立銀行条例に伴う国立銀行の設立、その後1882年（明治15年）日本銀行条例に基づく中央銀行たる日本銀行の創設等による貨幣制度・銀行制度の整備については、加藤俊彦「銀行制度（法体制準備期）」鶴飼＝福島＝川島＝辻（編）『講座日本近代法発達史・5』（1958年）137頁以下参照。なお本稿本文二番目に出てくる「地租改正と小作農との関係」については、福島・前掲論文（前注14）62頁以下参照。

63 「民撰議院設立建白書」の原文については、藤田〔正〕＝吉井＝小澤＝林・前掲書（前注8）27頁参照。なお自由民権運動における板垣退助の「光と影」については、鈴木安蔵・前掲書（前注3）160頁以下（自由党解党と板垣との関係など）及び242頁以下（板垣が明治天皇に拝謁したり、さらに板垣が第二次伊藤内閣に入閣する動きなど）が詳しい。また福島正夫の見解によれば、板垣らの民撰議院設立建白書自体が「人夫れ斯議院を立つるも亦にわかに人民其名代人を撰ぶの権利を一般にせんといふに非ず」と述べていることに着目して、これをもって板垣が「半封建的な支配」を目途としており、「非民主的な議會」構想にとどまっていた、とされる。福島・前掲論文『著作集第一巻』（前注26末尾）337-338頁。ちなみに鈴木安蔵は、自由民権運動を民主主義的運動と同視してはならないことも主張している。なぜなら「自由民権運動と概称さるる政治現

野は代議制の有益性を主張して『国憲論稿（稿本）』を1878年（明治11年）に著した（その翌年1879年に『国憲論稿』は「共存雑誌」上で公表された。そしてその後数年をかけ『国憲論稿』の発展版である『国憲汎論』〔上・中・下〕を刊行している。詳しくは後注106参照）。また植木は、最も左派的な自由民権運動家として、その憲法草案である『東洋大日本国国憲按』⁶⁴を世に問うた

ゝ象は複雑多岐であり、その内部にも単なる政府反対派の民選議員設立建白から、貧農その他の窮迫民衆の苦悩に発する直接行動まで多大の相違があった」からである。鈴木・前掲書（前注3）21頁参照。上記のうち前者は、民撰議院設立建白書運動自体の限界とその後伊藤博文と手を握った板垣退助の「後ろ向き」の動きを指している。また後者は、農民（小作農を中心とする）や医師・教員等の知識人が組織した秩父困民党などの活動（いわゆる秩父事件）等を指すものである。後者につき、中澤市朗『改訂版 自由民権の民衆像・秩父困民党の農民たち』（1996年）参照。ちなみに中澤は、このような農民運動としての自由民権運動が、大正デモクラシーの潮流へとつながっていった一面を指摘している。中澤・前掲書199頁以下参照。なお自由民権運動の政治的・階級的特質については、平野義太郎「ブルジョア民主主義運動史」『日本資本主義発達史講座・第3回』（1982年復刻版、原論文初出は1932年）24頁以下参照。そこで平野は次のような概括的評価を下している。すなわち「(1)日本における資本主義の発展が農村における半封建的生産関係を土臺として、又その再生産の上にのみなされたこと、(2)その資本の発展が（中略）巨大財閥と官僚的軍閥の勢力による部分的代位・補充との・融合・化成或いはその庇護からなされたこと。この二つのことから、この自由民権運動の階級的特質・その内部的対立・矛盾の発展が、まさに決定的に特徴づけられる」と（平野・前掲論文26頁、傍点・原著者。なお引用に際しては平野・前掲書『機構』〔前注12〕163頁を参照し、字句を一部修正した）。そして、その二つの要因が絡み合ったことによって「自由民権運動の有力な諸黨派をして、ブルジョア民主主義的性質を缺如し・喪失させる動因」となったとし、それが自由党の自主的解体を導き、板垣らをして半封建的寄生地主制の土台の上に立たせ、さらに「巨大財閥の産業ブルジョアの自由主義を代表した改進黨」との妥協・協調の上に「外見的立憲主義」を作り出したものと位置づけている。平野・前掲論文26-27頁参照。要するに貧農らによって引き起こされた秩父事件等の実力の運動の結末は、自由党が裏切り、もって貧農らが孤立化に追い込まれた末の悲劇であった（平野・前掲論文36頁以下では、自由党の裏切り〔自由党が秩父事件をして「社会主義的性質」を帯びるものと非難した〕及び自由民権運動の全国的な高揚の様相が描写されている）。なお、この秩父事件の詳細については、中澤・前掲書のほか、犬丸＝中村（新）・前掲書（前注12）307頁以下がその模様を生き生きと描き出している。

（人民主権、自由権、抵抗権、革命権、立憲君主制、一院制〔国会・議院制度〕などをその内容とする。いわゆる私擬憲法の一つで、1881年〔明治14年〕に起草された）。さらに、同じく自由民権運動の指導者のひとりであった中江兆民も土佐藩足輕身分出身であり⁶⁵、ルソー『社会契約論』の翻訳書『民約訳解』（1882年〔明治15年〕）⁶⁶を手掛けている⁶⁷。こうして当初「自由民権

64 植木枝盛については、家永三郎『植木枝盛研究』（1960年）が詳しい。さらに、鈴木安蔵「植木枝盛の人民主権論——自由民権運動の理論的指導者」明治史研究叢書第4集『民権論からナショナリズムへ』（1967年新装版）84頁以下、平野義太郎『自由民権運動とその発展』（1977年）190頁以下、204頁、及び中村雄二郎「植木枝盛の憲法論と民法論」前掲書（前注39）169頁以下（ただし中村がここで「民法論」というのは、もっぱら枝盛の家族法論を指して言っている）等を参照。なお植木枝盛『日本国国憲案』（1881年〔明治14年〕）の全文が、江村栄一（編）『日本近代思想体系9・憲法構想』（1989年）184頁以下に掲載されている。これと『東洋大日本国国憲按』とは別物である（ただし内容的にはほぼ同一であると思われる）。ちなみに家永三郎・前掲書780頁によれば、1881年に植木枝盛は、同時に三つの憲法案を出している。『日本憲法（立志社私擬憲法枝盛草案甲本）』、『東洋大日本国国憲案（立志社私擬憲法枝盛草案乙本）』、『日本国国憲案（立志社私擬憲法枝盛草案丙本）』がそれである。なお、中村雄二郎「自由民権論と法思想」小林直樹＝水本浩（編）『現代日本の法思想・近代法100年の歩みに学ぶ』（1976年）17頁以下は、植木枝盛の思想を基軸にしつつ要領よく自由民権期の法思想を論じている。

65 中江兆民が、大井憲太郎。農民出身の自由民権運動急進左派）と協力して、自由民権運動の「大衆化」（貧農のみならず労働者や都市市民をその対象とする）のために尽力し、普通選挙運動や明治憲法の再検討を唱道したことにつき、平野・前掲書（前注64）10頁参照。なお平野は、大井憲太郎についても詳しい。平野『新装版・大井憲太郎』（1988年）参照。

66 中江兆民自身によるルソー『社会契約論』の翻訳として、1882年『民約訳解』に先行する1874年『民約論』が存在する点を含め、山田博雄「中江兆民の『民約論』『民約訳解』覚え書——兆民の社会構想の一側面」法学新報109巻1＝2号（2002年）51頁以下参照。

67 ちなみに自由民権運動の時期、ルソー（1712-1778年）やミル（1806-1873年）は、その翻訳書を通じてわが国でもある程度知られていた（ルソーは本稿で示した中江兆民の翻訳書。ミルは田中正直（訳）『自由之理』（1872年・明治5年））。この点につき守屋・前掲書（前注12）67頁参照。それに対して終戦まで、ロック（1632-1704年）の翻訳書が出なかったのはなぜか。問題として指摘されている。前掲書『日本の法学』（前注38）9頁（鵜飼信成の発言）。そして戦

運動」は主に「士族的要素」をも有していた⁶⁸。ともあれ自由民権運動自体は、上記のような諸活動（主に著作物を通じた理論的活動及び農民を中心とする実力闘争）を経て一旦は高揚⁶⁹したが、その後板垣の保守的転向や政府・警察による強圧的・暴力的封じ込み政策⁷⁰によって結局終息していつ

ゝ後、鵜飼信成（1906-1987年）自身の手によってロックの『市民政府論』が翻訳された（1968年岩波文庫）。その訳者「解説」で鵜飼は、およそ次のように述べている。すなわち彼は、戦前京城帝国大学在職中、1938年（昭和13年）からロック『市民政府論』の翻訳に着手し、その後訳稿の完成をみたところ、「種々の事情から刊行の運びとはならなかった」という（もしかすると訳稿完成時には、すでに日本では国家総動員法体制下での思想統制・出版統制が強化されており、ロックの訳書の出版が困難であったことが原因かもしれない。当時、左派的思想のみならずリベラリストの思想すら弾圧されていたことはよく知られている）。そして鵜飼は、1945年の暮れに朝鮮から帰国したもの、その訳稿を持ち帰ることができず、訳書を朝鮮在住の軍政部関係者（当時朝鮮半島は、英米ソ中の4か国による信託統治下に置かれていた）から東京まで送り届けてもらった、とある。

68 この点につき、遠山茂樹（1914-2011年）は「士族的要素」の側面を肯定しながらも、1880年（明治13年）の国会開設請願運動の最盛期には「平民」も「政治運動に進出した」点、さらにそこに「ブルジョア的面をもつ地主、ならびに商工ブルジョアジーの積極的参加」があり、自由民権運動は「全人民的な大衆運動にまで発展していた」という。さらに「耕作農民は、農民一揆の闘争の中に、自由民権の神髄を学びとった」とも指摘している。遠山「自由民権運動における士族的要素」『遠山茂樹著作集第三巻・自由民権運動とその思想』（1991年）1頁以下、特に7頁参照。

69 信夫清三郎『自由民権と絶対主義』（1949年）43頁以下参照。そこで信夫は、国会開設運動の激化から農民運動の過激化という「高揚期」を経て、自由党の自主的解党（1884年）、大隈重信（1838-1922年）の改進黨からの脱党（1884年）にみられる自由民権運動「終焉」の様相も考察している。

70 すでに1869年（明治2年）には出版条例が行政官達として出され、その後1880年（明治13年）には集会条例が太政官布告によって出された。また讒謗律や新聞紙条例も1875年（明治8年）以来の沿革をもつ（その後、特に大日本帝国憲法制定後それぞれが「法律」として姿を変え、より強力な取り締まり法規を提供した）。なお上記の弾圧法規・取締条例については、中村吉三郎・前掲論文「刑法（法体制準備期）」前掲書（前注37）22頁以下及び井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）前掲書（前注11）51頁（井ヶ田）及び119頁以下（山中〔永〕）参照。なお「自由民権運動と弾圧立法」との関係については、長谷川＝利谷・前掲論文（前注8）28頁以下参照。

た⁷¹。それは、ほぼ大日本帝国憲法（1890年〔明治23年〕）施行の時期と重なる⁷²。

〔ii〕自由民権運動の時期区分

ともあれ、ここでは一応自由民権運動展開の特徴的な時期区分を確認し

71 自由民権運動は、すでに指摘したような板垣らの国会開設運動を手始めに、農民による地租改正への抗議運動や不平等条約の撤廃をめざす運動など様々な内容と形態を持って展開された。そして1890年の帝国議会開設のころに、その運動が基本的に終焉を迎えたとされる。その「終焉」の理由については、当時の農民層の分解とそれに基づく自由民権運動の分裂。さらには中小マニュファクチュア資本の分裂（それにとまなう国家特権への従属化による繁栄と没落化・貧困窮乏化への二極分化）に基づく日本的「ミドルクラス」の不成立、及び「民権から国権への転回」が自由民権運動左派においてすら顕著であった事実などが指摘されている。遠山茂樹「失われた自由の歴史——自由民権運動とその敗北について」前掲書『遠山著作集』（前注68）95頁以下、特に106頁以下参照。さらに丸山俊次73所掲論文も参照。ちなみに、帝国議会開設後も存続した「運動」の様相については、平野・前掲書『自由民権運動とその発展』（前注64）74頁以下参照。このような運動の継続が、大正デモクラシーとの接続性を担保したものと推測される。

72 この大日本帝国憲法（なかんずく「近代立憲的」天皇制）の草案検討に尽力した人物として伊藤博文の名が挙げられる。伊藤は、1873年にベルリンを訪問した際、宰相ビスマルクと会見して大きな影響を受けた。さらに伊藤は、1882年（明治15年）に政府の命令により再度ドイツを訪れ、グナイストやシュタインの教えを受けてプロイセン（ドイツ）型の憲法体制を導入する意向を固めたとされる。わが国におけるドイツ型法継受の一つの典型と言ってよいだろう。この点については、伊藤之雄『伊藤博文・近代日本を創った男』（2015年講談社学術文庫）206頁以下、堅田剛「伊藤博文と明治憲法——憲法制定におけるドイツ人の寄与」、同『明治憲法の起草過程・グナイストからロesslerへ』（2014年）所収3頁以下参照。ちなみに伊藤（之）による直線的な立憲君主制的天皇の肯定説（たとえば伊藤〔之〕・前掲書252頁以下）に対しては、安田浩による厳しい批判がある。安田・前掲書（前注18）230頁以下及び249頁以下参照。ちなみに「統治権者としての天皇」の法的地位を含めた帝国憲法の性格については、さしあたり井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）79頁以下（山中〔永〕）参照。さらに「大日本帝国憲法」に至る「憲法典の編纂」過程につき、長谷川＝利谷・前掲論文（前注8）23頁以下を参照。かてて加えて古川純「明治憲法制定をめぐる法思想」小林＝水本（編）・前掲書（前注64末尾）32頁以下も参照。

ておくことが有益であると考え。議論は多岐にわたると思われるが、とりあえず丸山眞男の見解に依拠して整理してみよう。丸山は、自由民権運動を1874年（明治7年）民選議院設立建白書から1890年（明治23年）の帝国議会開設までの時期にとらえた上で、その期間中に「三つの時期」があったとする⁷³。以下、できる限り簡潔に整理しておきたい。第一期は佐賀の乱（1874年〔明治7年〕）・西南戦争（1877年〔明治10年〕）等にみられる不平士族の「封建的反動・暴動・騒乱」の時期であり、それは不平士族が「農民層の多分に衝動的な、それだけに方向については、盲目的な反抗運動を自己の政治的目的のために利用した」点に特徴がある時期とされる⁷⁴。第二期は、1897年（明治12年）頃から澎湃として起こってきた「国会開設願望建白運動」の時期である。この運動も士族中心のものであったが、秩禄処分の影響を受けて多くの士族が没落し大量的なルンペン化・プロレタリア化が生み出されていった。そのこともあって無産化した士族層と貧窮庶民層との間に「共同戦線が成立する地盤ができた」点に特徴が見いだせる。いわゆる「私擬憲法案」が相次いで世に問われる時期であるとともに、明治政権内の（国会開設に共感的な）進歩派的グループ（大隈重信〔1838-1922年〕を中心とする）が岩倉具視（1825-1883年）＝伊藤博文らを中心とする政敵から駆逐されるクーデター（いわゆる明治14年政変）が勃発した時期でもあった。下野した大隈によって改進黨が組織され、ほぼ同時期に板垣らによる自由党も結成された。ここに自由民権運動は「一応、本格的な政党を主体として展開される」に至った⁷⁵。この政党的自由民権運動に貧農及び小市民層が動員されて自由民権運動の一定の高揚期を形成する⁷⁶。これに対して第三期の自由民権運動は、第二期末期における

73 丸山眞男「自由民権運動史」『丸山眞男集第三巻』（1995年。原論文の初出は1948年）225頁以下参照。

74 丸山・前掲論文（前注73）229-230頁参照。

75 丸山・前掲論文（前注73）232-234頁参照。なお「明治14年政変」については、青山・前掲書（前注9）210頁以下も詳しい。

自由党の解体や改進黨からの大隈らの離脱（いずれも1884年〔明治17年〕）による運動の一時的停滞ののち、「条約改正と、政府の欧化主義に対する反対運動を契機」として起こったところの「国粋主義者と自由民権派」との「共同戦線」として息を吹き返した⁷⁷。つまり自由民権運動は、きわめて自己矛盾に満ちた運動として再出発したのである。その象徴として、当時農商務大臣であった谷干城（1837-1911年）が時の外相井上馨（1836-1915年）の条約改正交渉に反対して大臣を辞職するや、直ちに国粋主義者と自由民権派が共同で谷を担ぎ出し、条約改正反対運動を展開していったことが挙げられる⁷⁸。そしてこれに三宅雪嶺（1860-1945年）らの「国粋」的日本主義派も加わった。これによって再び自由民権運動は激化の様相を呈し、情勢不穏が一層増大し、爆弾騒動も発生した。それは1887年（明治20年）公布の「保安条例」の呼び水ともなった⁷⁹。こうして政権の「自由民権運動」への弾圧が一層強化され、また大隈重信・板垣退助らに対する政府の懐柔政策も同時進行していった点にこの時期の特色がある。かくて結局、自由民権運動は大きな変質と挫折に直面していったのである⁸⁰。果たしてその理由は何であったのか。それに答えて丸山眞男は次のように言っている。すなわち、政府による弾圧がいかに「無慈悲・残酷」なものであったとしても、むしろ「自由民権運動（自体）に内部的な脆弱点があっ

76 丸山・前掲論文（前注73）235頁参照。

77 丸山・前掲論文（前注73）237-238頁参照。ちょうど自由民権運動の一時的停滞期とされる1884年（明治17年）、その10月に秩父事件（秩父困民党事件）が発生した。本稿前注63でも述べたが、自由党の裏切り（同年11月に自由党解党）による孤立化した中での小作農民層らによる寄生地主や高利貸し等への実力行動が発生し、警察・軍隊等の弾圧で壊滅せられたのである。筆者は、これを自由党裏切りの下での一種の「悲劇」的事件であると規定した。

78 丸山・前掲論文（前注73）238頁参照。

79 丸山・前掲論文（前注73）239頁参照。なお、「保安条例」がどのように弾圧法規として機能したかについては、犬丸＝中村（新）・前掲書（前注12）322頁以下参照。

80 丸山・前掲論文（前注73）242頁参照。

た」(括弧内・引用者)という点にこそ、その理由があると⁸¹。すなわち丸山によれば、自由民権運動の内部に「天賦人権思想」及びそれと全く矛盾した「国権拡張論」が「相互に無媒介のまま」に並列されていたことに、特に目が向けられるべきであるとされる⁸²。そして自由民権運動のための本来的な思想的基盤であった「天賦人権思想」が、もっぱら表面的な「快樂主義的な要素」(「感覚的な自由」)に自己収縮していったことをもって「自由民権運動が墮落した思想的な根拠」であった、とも言う⁸³。要するに、リベラリズムが「感覚的な自由」にとどまる限り「国家原理としての民主主義は出てこない」⁸⁴。そしてそれは、同時かつ容易に「国権主義」(日清戦争直後の「三国干渉」ののちは「帝国主義」そのもの)と合体しうるのであった⁸⁵。そこにはまた、自由民権運動を担ってきた代表的人物(徳富蘇峰)らによる「転向」の要因⁸⁶、及び自由民権運動への参加主体の「烏合の衆的な雷同性」の要因があったとされる⁸⁷。ともあれ、上記丸山の自由民権運動評価は、かなり辛辣である⁸⁸。

81 丸山・前掲論文(前注73)242頁参照。

82 丸山・前掲論文(前注73)243頁参照。

83 丸山・前掲論文(前注73)244-245頁参照。

84 丸山・前掲論文(前注73)246頁。

85 丸山・前掲論文(前注73)246-247頁参照。

86 丸山・前掲論文(前注73)247頁参照。

87 丸山・前掲論文(前注73)249頁参照。なお私見によれば、植木枝盛や小野梓の夭折も見逃せない(いずれも30歳代で死亡している)。なお中江兆民と大井憲太郎の晩年の「挫折」については、平野義太郎・前掲書『大井憲太郎』(前注65)303頁以下(大井が指導した「東洋自由党」によるナショナリズムの提唱や国権発揚論)及び326頁(中江兆民の近衛篤磨[1863-1904年]主導「国民同盟会」への参加)を参照。ただし平野自身は彼らの〈挫折〉を重視せず、彼ら「自由民権平民派のブルジョア民主主義運動」の労働運動・普選運動等への貢献を高く評価している。平野・前掲書329頁参照。なお本稿後注144も参照。

88 しかしその「辛辣」さは、戦後日本国憲法下におけるわれわれの国民的民主主義運動の「国家的」ナショナリズムへの容易な変質可能性に対する丸山眞男の心からの〈警告〉でもあったと思われる。

〔iii〕当時の「条約改正」をめぐる状況とわが国の「帝国主義」的傾向の発露
 他方視点を交えて、この時期わが国による「条約改正」をめぐる動向及び明治政権による朝鮮への「不平等条約の押し付け」という一種矛盾錯綜した動きにも、一定の関心を払っておかなければならない。なぜなら、この二つの要素がその後の日清戦争（1894-1895年）を準備し、日本の帝国主義的大陸侵略開始の足場を形成したと言えるからである。すなわち1880年（明治13年）には、すでに時の外相井上馨による「条約改正」案が出されている。この「案」によると、一方で治外法権撤廃の代わりに日本全国を外国人に開放し、さらに各裁判所には外国人裁判官を置くことにし、関税については紙幣整理の用に充てる条件の下で「輸入税一割ないし五分をみとめさせようとした半植民地的なもの」とされた⁸⁹。この井上案に基づく「条約改正」の交渉過程がその後7年続いた。しかし1887年（明治20年）に井上案は、当時「旧自由党に結集した全国の有志」による、国辱的な条約改正案への反対、地租軽減及び言論・集会・結社の自由を目指す「三大建白運動」などを引き起こし、当時の政府をして結局井上案「中止」の判断へと追い込んだのである⁹⁰。ともあれ、なぜ井上はこのような「案」に固執しようとしたのだろうか。守屋典朗によれば、次のように説明される。すなわち、当時の日本が「本源的蓄積」と「軍事的なかたよった形ではあるが資本主義的工業化へ進展しようとしていた段階」において

89 守屋・前掲書（前注9）92頁参照。ちなみに犬丸＝中村（新）・前掲書（前注12）329頁は、この井上案ををして「亡国案」と規定している。なお紙幣整理とは、当時の多様な不兌換紙幣を中央銀行＝日本銀行の発行する紙幣に整理統合することをいう（日本銀行の開業は1882年〔明治15年〕）。

90 守屋・前掲書（前注9）94頁参照。しかし1887年（明治20年）、政府が井上案に基づく「条約改正」交渉中止と引き換えに国民に与えたのは同年の「保安条例」（当時、なおくすぶり続ける自由民権運動を弾圧する目的で制定されたもの）であった。守屋・前掲書（前注9）同頁。この「保安条例」によって「三大建白運動」が弾圧されたのである。この点につき、後藤正人「自由民権運動と法」長谷川正安＝渡辺洋三＝藤田勇（編）『講座・革命と法第3巻・市民革命と日本法』（1994年）50頁参照。なお本稿前注79とそれに対応する本文も参照。

「絶対主義者の政策が特権的ブルジョアジーの利益と結合して、この問題を推し進めたからである」と。言い換えるならば「資本主義的工業化の一つの道は隷属的な利権を与えて借款を受ける道であり、このばあい、西欧列強に利権を与え、隷属的な形で借款をうけ、このような方法で工業化の道を進んだ帝政ロシアの政略は、彼ら（日本的工業化・産業化の道を歩もうとする資本家階級）の模範とされていた。それは外債輸入によって殖産興業と富国強兵をすすめようとした絶対主義の政策であった」⁹¹（括弧内・引用者）。このような日本的に特殊な産業資本家の利益を中心命題とする明治政権は、一方では西欧列強との「条約改正」をさらに進めながら、他方で近隣諸国（特に朝鮮）に対する半ば「帝国主義」的侵攻策に踏み切った。すなわち「日本の鋒先は、なによりも朝鮮に向けられた。すでに75年（明治8年）の朝鮮江華島事件は大院君ら旧保守派を拝して閔妃一派の擡頭に乘じようとしたもので、薩摩派軍人の軍艦による示威から勃発し、これによって得た（朝鮮との）修好条約では、逆に日本から朝鮮に対して開港、領事裁判権の不平等条約をおしつけた」⁹²（括弧内・引用者）。それによって日本資本主義の軍国主義的＝半ば「帝国主義」的發展（殖産興業と富国強兵との統合・融合化とそれに基づく対外的侵攻策）が一段と進んでいった（なお日本資本主義の本格的な「帝国主義」への転化は、その後の日清・日露戦争の時期を待たなければならない。この点後述のところを参照）。ちなみに当時、1885年（明治18年）に福沢諭吉（1835-1901年）は「脱亜論」を著して、「支那朝

91 守屋・前掲書（前注9）93頁。

92 守屋・前掲書（前注9）95頁。さらに同頁で守屋は次のようにも言っている。当時日本は、イギリスに対しては「経済的半植民地状態」に陥っていたにもかかわらず、「その日本は朝鮮に対しては、不平等条約によって開国をおしつけたのちは、治外法権と海関税の免除によってほとんど独占的にこの国の貿易を支配していた」と。なお1904年（明治37年）2月の日韓議定書、同年8月の日韓協約を経て、1910年（明治43年）の日韓併合条約へと至る過程については、井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）180頁以下（石川）参照。

鮮に接するの法も隣国なるが故にとて特別の会釈に及ばず、正に西洋人がこれに接するの風に処分すべきのみ」と主張するに至った⁹³。こうして、この時期の日本は、内に寄生地主や産業資本家による小作農民・労働者に対する搾取を梃子とした一定の経済発展を見ながらも、外には「条約改正」の不成就（一種の半植民地状態の継続）と同時に半ば「帝国主義」的対外侵攻政策の実施（特に朝鮮に対するそれ）という矛盾錯綜した事態を迎えていた。

② その時期の民法学及び「市民法学」

〔i〕わが国民法典編纂をめぐる初期状況

この時期、民法典編纂を中心とした動きとしては、特に不平等条約の撤廃を目指す明治政府からの依嘱で、すでに1873年（明治6年）、フランスの法学者ポアソナードが来日し、司法省明法寮（翌年に司法省法学校に改組）で教鞭をとり、その後1879年（明治12年）から民法典の起草に着手したことが注目される。ポアソナードは、あしかけ約10年をかけて、旧民法（ポアソナード民法）を完成させ、それは1890年（明治23年）に帝国議会によって公布された⁹⁴。その後、いわゆる「民法典論争」（以下では単に「法

93 守屋・前掲書（前注9）94-95頁参照（なお「脱亜論」の原文は、月脚達彦『福沢諭吉と朝鮮問題——「朝鮮改造論」の展開と蹉跌』〔2014年〕264頁以下に掲載されている）。丸山眞男は、この点に関連して次のように述べた。「現実の国際政治に対する彼（福沢）の発想はヨーロッパ帝国主義に対する東洋の共同防衛ということにあったが、儒教主義に骨髓まで犯された朝鮮と清国の状況に対する彼の焦燥と絶望は、反射的に東洋における近代化の推進力としての日本の使命に対する諭吉の確信を深め、そこからして彼の対外的主張は現実には日本帝国の大陸進出への衝動と歩調を合わせる結果となった」（括弧内・引用者）。そして「こうした国権論の発展は国内政治に対する彼の態度をいよいよ妥協的に赴かせ、自由と進歩の原則は抽象的には最後まで維持されながら、その具体化の日程は先へ先へと押しやられてしまった」と。丸山『福沢諭吉』『丸山眞男集第5巻』（1995年、原文初出は1953年）329頁以下、特に332頁。なお福沢の「脱亜論」に関する評価は必ずしも一義的ではない。とりあえず月脚・前掲書201頁以下、及び飯田鼎『福澤諭吉と自由民権運動——自由民権運動と脱亜論』（2003年）163頁以下参照。

94 旧民法（ポアソナード民法）の特色については、さしあたり井ヶ田＝山ノ

典論争」ともいう)が展開され、その影響で旧民法が施行延期となったことは周知のことに属する。ともあれ、このように見てくると、ボアソナードによる民法典編纂事業は、ちょうど自由民権運動の開始と展開・高揚さらに終息の時点と重なる。このボアソナードによる、日本近代化及び不平等条約の改正のための民法典編纂の事業(直接ボアソナードによって起草された旧民法財産法〔財産編・財産取得編・債権担保編を中心とする〕及び日本人の手による旧民法家族法〔人事編及び相続等一部財産取得編を含む])は、大日本帝国憲法成立直後の国家体制護持的な学派的グループ⁹⁵(特に穂積八東

↘中(永)=石川(共著)・前掲書(前注11)76頁以下(井ヶ田)参照(なおこの点については、のちほど本文でも触れる)。ちなみに旧民法が公布された1890年(明治23年)には、旧民法を解説した膨大な『民法正義』シリーズ(岸本辰雄〔1851-1912年〕、井上正一〔1850-1936年〕、熊野敏三〔1855-1899年〕、亀山貞義〔出生年不明-1899年〕[いずれも司法省法学校出身でボアソナードの指導を受けた]らが著述したもの)が刊行されている。近時、信山社からそれらの複製版があいついで出されたが、筆者はそれらを直接参照していない。

95 小柳春一郎「明治前期の民法学——法学協会における設例討論を通じて」水本=平井(編)・前掲書(前注8)13頁は、穂積陳重(1855-1926年)の後年の回想(「故奥田義人博士追懷録」『穂積陳重遺文集・第四冊』〔1934年、原論文の初出は1917年〕164頁)を取り上げ、穂積が開始した「研究会」(1882年〔明治15年〕)が「法学協会」の前身の研究會であったことを推定した上で、穂積主導研究會の「その設立自体がボアソナード草案を「陳腐なる自然法主義」とみる批判的な考えに基づいていた」(穂積の記述)とする。そして「法学協会の有力メンバーが法典論争において「延期派」として活躍するのであるが、そのことは偶然ではない」と指摘している。さらに別の論文で小柳は、この「法学協会での議論の方式は、その参加者を含めて実質的に後の法典調査会を準備するものでもあった」という(なお「法学協会での議論の方式」自体は自由な議論による「法理」の探求や比較法的な多角的議論がなされた。とはいえ「討論の際にはボアソナードの草案については、ほとんど重視していない」とする)。この点につき、小柳「民法典の誕生」広中俊雄=星野英一(編)『民法典の百年Ⅰ 全般的考察』(1998年)13頁参照。ちなみに穂積八東(1860-1912年)は、「法学協会」設立(1884年〔明治17年〕)の後、1889年(明治22年)に東京帝国大学法科大学教授(憲法担当)として就任している。そして彼は、その2年後の1891年(明治24年)に、「法典論争」における延期派の中心人物として「民法出テ、忠孝亡フ」を発表した。この点については、後でも触れる。ともあれ、「法典論争」延期派が東京帝国大学「法学協会」という組織形態でもって一種の「学ノ

〔1860-1912年〕の「圧力」によって施行延期の運命に直面したのである。またこれは、(大日本帝国憲法施行前の) 国家＝政府主導によるフランス型民法典「継受」の限界を指し示すものでもあった。しかしながらボアソナード民法が、とにもかくにもその後の修正民法＝明治民法の議論の土台となり、そのかなり多くの条文が現行民法（特に財産法）に引き継がれたとされることは無視できない⁹⁶。なお、旧民法（ボアソナード民法）及びこれを巡る「法典論争」については、後ほど項を改めて検討する。次に、以下ではこの時期の「市民法学」の特質に立ち入りたい。まず市民的「憲法運動」について簡潔な考察をしたのち、自由民権運動における「市民法学」の萌芽について確認することにする。

〔ii〕自由民権運動における市民的「憲法運動」

この時期、すなわち1874年〔明治7年〕の民撰議院設立建白書提出から1889年〔明治22年〕の大日本帝国憲法公布（ないしその翌年の帝国憲法施行及び帝国議会開設）までの時期における「市民法学」は、どのような様相を呈していたであろうか。それは、まずなによりも自由民権運動の中心的課題の一つであった憲法立法運動論（いわゆる「私擬憲法」論）において典型的であった。いうならば、この時期のわが国自由民権運動は市民的「憲法運動」として存在した⁹⁷。

「派的グループ」を形成していたという本稿の捉え方にはそれなりの根拠があるものとする。

96 星野英一「日本民法典に与えたフランス法の影響——総論、総則（人・物）」、同『民法論集第一巻』（1970年、原文初出は1965年）71頁以下参照。たとえば「禁治産者」（現在では成年被後見人。民法7条以下）や「法人の設立」（法定法人設立主義。民法33条）、「果実の帰属」（天然果実と法定果実。民法89条1項・2項）などがフランス民法の影響を受けて規定された、とする（星野・前掲書105頁以下、119頁以下、146頁参照）。

97 自由民権運動の「憲法思想」については、長谷川正安「憲法学史（上）〔学史〕」鶴飼＝福島＝川島＝辻（編）『日本近代法発達史・6』（1959年）259頁以下、特に280頁以下、293頁以下及び江村栄一（編）前掲書『憲法構想』（前注64）97頁以下、井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）63頁以下、

〔Ⅲ〕自由民権運動における「市民法学」の萌芽

それでは当時、自由民権運動における「民法」に関する議論はどうであったろうか。そこで果たして「市民法学」の形成につながる動きが見られたであろうか。ここでは、小野梓による「民法の考え方」を考察することによってその責めをふさいでおくをしたい⁹⁸。

▼下（井ヶ田）、さらに後藤正人・前掲論文（前注90）49-50頁参照。なお、当時の市民法的「憲法運動」には「地方自治」も含まれていた。この点、小野梓の地方自治思想を含め、後藤・前掲論文62頁以下参照。ちなみに戦前の「地方制度」については、大島太郎「地方制度（法体制準備期）」鵜飼＝福島＝川島＝辻（編）『日本近代法発達史・5』（1958年）51頁以下、大島美津子「地方制度（法体制確立期）」鵜飼＝福島＝川島＝辻（編）前掲書『日本近代法発達史・8』（1959年）3頁以下、阿利莫二「地方制度（法体制崩壊期）」——部落町内会制度」鵜飼＝福島＝川島＝辻（編）『日本近代法発達史・6』（1959年）165頁以下、さらに井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）53頁以下（井ヶ田）及び102頁以下（山中「永」）参照。加えて、福島正夫『著作集第九巻・地方制度』（1996年）に収められている諸論稿（明治期の町村制の推移を「家」制度、「徴兵」制度、「戸籍」制度、さらに「地租改正」との関連のもとに複眼的視点から研究したもの）を見落とすことはできない。ちなみに安田・前掲書（前注18）126頁以下は、近代的天皇制がいかに地方行政支配の強化ならびに村落構造の半封建的温存を図ったか（つまり、いかに天皇制がムラの共同体秩序を天皇制の基礎的社会関係として動員したか）を指摘している。

98 小野梓（英法系）以外にも、この時期の法学者として馬場辰猪（1850-1888年、英法系）、大井憲太郎（仏法系）、さらに本稿でも取り上げた植木枝盛（仏法系）らの見解にも注目を払うべきであるが、筆者の手には及ばなかった。この四人については、潮見俊隆＝利谷信義（編）・前掲書（前注32）はしがき2頁に登場するが、その著作本文の中では記述されていない（ただし編者は、この四人の考えがその後の「在野法曹の中で受け継がれていった」と述べている。つまりは自由民権運動と大正デモクラシー期の法思想との繋がりである。同はしがき3頁参照）。ともあれ、筆者が調べた限りでは、この時期、自由民権運動の一環として直接「民法」全体に関して論じた者は、小野梓以外にはいないようである（植木枝盛の民法思想は無視できないが、それはどちらかといえば「家族法」・「家族制度改革論」中心の法思想であった。前注64、後注123、後注163参照）。なお、小野と自由民権運動との関係について、勝田政治『小野梓と自由民権』（2010年）が詳細である。さらに福島正夫『『小野梓全集』第一巻（国憲汎論）解題』、同『『小野梓全集』第二巻（国憲関係論策）解題』、同「明治十年の小野梓——広瀬進一関係の文書を通じて」、同「華士族論と小野梓」、いずろ

先に紹介した作品（『羅瑪律要』）を受けて、その後小野は、1884年（明治17年）に『民法之骨（上篇）』⁹⁹を著し、民法に対する自身の立場を明らかにした¹⁰⁰。まさに自由民権運動の高揚のさなかに刊行された書物であった¹⁰¹。その『民法之骨（上篇）』（以下「本書」と称する）の冒頭には、そこで登場する人物が紹介されている。それによれば、モンテスキュー（1689-1755年）、ルソー（1712-1776年）、ベンタム（1746-1832年）、オーズチン（1790-1859年）、ミル（1806-1873年）、さらにサヴィニー（1779-1861年）、プフタ（1798-1846年）らの名が列挙されている¹⁰²。まず、そ

れも福島・前掲書『著作集第一巻』（前注26末尾）429頁以下所収参照（ただし当時、自由民権運動家〔特に中江兆民〕を含めた識者による諸外国の民法典「翻訳書」は、かなり出ていたようである。詳しくは岸上晴志「ボアソナードの時代」水本＝平井・前掲書〔前注8〕81頁注5参照）。

99 中村吉三郎「解題・『民法之骨（上篇）』」小野・前掲『全集第二巻』（前注48）543頁以下も参照。中村の解題によれば、小野が『羅瑪律要』公刊直前の1875年（明治8年）に『民法之骨（上篇）』の執筆を開始していた点に注目すべきであるとされる。小野自身の回顧によれば『国憲汎論』の著述のため『民法之骨（上篇）』を中断せざるをえなかった旨、述べられている。小野・前掲『全集第二巻』236頁参照。ともあれ、この『民法之骨（上篇）』が自由民権運動の終末期・「帝国憲法」の公布前に出版されたことには十分に注意を払っておきたい。

100 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）235-351頁。ちなみに『民法之骨（下篇）』は刊行されないままであった。小野が病弱で若くして世を去った（33歳10か月で逝去した）からである。小野の主たる研究対象は憲法論であり、長年の努力の末、1885年に『国憲汎論』（上巻・中巻・下巻）全体を完成させ、その翌年（1886年）に病死している。この点につき、勝田・前掲書『小野梓と自由民権』（前注98）270頁以下、福島・前掲『小野梓全集』第一巻（国憲汎論）解題』（前注98）437-438頁参照。

101 奇しくもこの年（1884年〔明治17年〕）には、自由民権運動の高揚を象徴する「秩父事件」が発生している。この「秩父事件」については、中澤・前掲書（前注63）、さらに平野（前注63）の指摘及び平野・前掲書（前注64）42頁以下参照。

102 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）238-239頁。このように小野『民法之骨（上篇）』が刊行されたのは1884年（明治17年）であったが、上記本文で述べた通り小野がイギリスを中心にフランス、ドイツの著名な法学者に広く目配りをしていることは見落とすことのできない事実であったように思われる。そこでわが国の、もっぱら明治10年代における外国法（西洋法）の継受の様相についても、一定の考察を要しよう。詳細は避けざるをえない。とりあえず、このメ

もそも「法」ないし「法制」とは何か。ここで小野は、主にベンタム、オースチンの見解に依拠し、「法」ないし「法制」の意義について説き及んでいる。そしてベンタムによれば、モンテスキューの見解が「法」を「関係」に置き換える点で漠然としていて「殆ど解得し難く」、さらにルソーが「純粹の合衆政治」（直接民主主義）を主張することは「その国終に法制なきなり」とされる、とする¹⁰³。その上で小野は、ベンタム、オースチン流の「法制は主権者の命令なり」という立場を採用している¹⁰⁴。

▼時期（明治10年代）の外国法（西洋法）の継受については、前掲書『外国法と日本法』（前注8）所収の諸論文を参照。すなわち、フランスにつき野田良之「フランス法」前掲書184頁以下、特に190頁。ドイツにつき奥田昌道「ドイツ法」前掲書218頁以下、特に227頁。イギリスにつき伊藤正巳「イギリス法」前掲書257頁以下、特に261頁以下（アメリカ法については、イギリス法でもって代替されており、明治期にはほとんど顧慮されていない〔1935年〔昭和10年〕以降、ようやくパウンドを中心とするアメリカ法理学の紹介が開始されたとされる〕。この点については田中英夫「アメリカ法」前掲書287頁以下）。なお、1877年（明治10年）に発足した東京大学法学部での学科編成によれば、外国法につき「志那、英吉利、仏蘭西等」が挙げられており、ドイツ法はそこから外されていた。1890年（明治16年）に至って初めて「独乙」法が講義科目として採用されている（支那法はそれ以前に講義科目から外されていた）。穂積重行「明治10年代におけるドイツ法の受容——東京大学法学部と穂積陳重」家永三郎（編）『明治国家の法と思想』（『明治国家形成過程の研究』第三編〔1966年〕）505頁以下、特に506-507頁参照。ちなみに、穂積陳重がその論文「英仏独法学比較論」（1884年〔明治17年〕）において、「方今法制の業最も盛なるを以て、ドイツ法を学ぶ者は、自然法律の外形体裁に明にして、法制の術に通ずるを得べし」と述べている点。さらに陳重が「歴史法学的認識と体系的立法の結合」を目指し、もって「ほかならぬサヴィニーその人を開拓者とする「パンデクテン法学」」に関心を寄せていたという点。これらについては、穂積重行・前掲論文548-550頁参照（これは、その後の「明治民法典」起草者としての穂積陳重の立ち位置と関連する。本稿後注254とそれに対応する本文参照）。このような明治10年代の外国法（西洋法）継受の一環として、小野梓の『民法之骨（上篇）』を位置づけ直す作業も重要であろう。筆者にとっても今後の課題の一つである。

103 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）242頁。

104 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）243頁。なおオースティンの「主権者命令説」については、高柳賢三「オースティン」木村亀二（編著）『近代法思想史の人々』（1968年）117頁以下、特に121頁参照。高柳賢三（1887-1967年）にノ

つまり小野は、民法もまた「法制」の一つであるからには、主権者の命令によって被治者が拘束されることを承認すべきである、とする。この点は、議論の余地のありうるところだが、現在のわが国「民法」も制定法として主権者の命令として「在る」ことは否定できない。むしろ問題は、誰が「主権者か」ということである。さしあたり小野が、当時の天皇制を頂点とする明治政権をもって「主権者」と考えたであろうことは一応推定される¹⁰⁵。他方で同時に、小野の憲法理論にも目を向ける必要がありそう

よれば「いわゆる主権者命令説は、オースティンの場合実定法の論理的構成のための措定的性格をもち、「独立の政治社会」、「主権者」、「命令」、「制裁」の四つが措定的な基礎概念となる」とされ、その上でオースティンにおいては、「主権者は、個人でも集団でも良いとする」とされる（たとえば、フランス革命前のフランス国王は個人的主権者であり、イギリスにおける国王、上院、下院は集団的主権者であるとされる）。高柳・前掲論文121頁。そして「命令」は、「命令の向けられる者の一般的行動に関する主権者の意欲」であり、被命令者が「その意欲に従わない場合に制裁（sanction）を伴うことになる」とする。高柳・前掲同頁。オースティンは、周知のように「分析法学」の開祖であり、徹底した論理性と実用性を尊重するのであるが（高柳・前掲121頁）、上記に照らして言えば、その主権者命令説はかなり柔軟な構造をもつと言える。つまり主権者は誰か、どのような命令を出し制裁を与えるかは、もっぱら「独立の政治社会」の在り方によって決定される事柄である。だとするならば——後ほど確認するように——小野がオースティンに学びつつ「君民同治」の主権構想を打ち立てたことにも必然性があつたように思われる。小野の「君民同治」思想については、本稿後注106参照。

- 105 この点に関して「小野は父親譲りの国体論者」であつたとされることが参考になるかもしれない。荻原隆『天賦人權論と功利主義・小野梓の政治思想』（1996年）128頁参照。また佐藤篤士「小野梓のパンデクテン法学批判——『民法之骨』上篇を手がかりとして」早稲田大学大学史編集所（編）『小野梓の研究』（1986年）252頁では、「小野は、シビル・ローの中身をパンデクテンやフランス民法の体系とは違った、もっと「民人の権利」を「主治者」が保障するような強制的体系であるべきものと考えていたと言える」とされる。これに対して、そのこと（小野の主権者命令説の承認）を踏まえつつも、「小野にあってこの権利の体系への強い関心は、その生涯を通じてもちつづけられ、そのことが彼の法思想の一つの特色となっている」とするのは、吉井蒼生夫「小野梓の法思想」同『近代日本の国家形成と法』（1996年、原論文の初出は1974年）230頁である（小野の主権者命令説理解については、同書233-234頁も参照）。本稿

である。けだし小野は、その『国憲汎論（上巻、中巻、下巻）』（1882-1885年）第二章で「君主制と立憲制の結合である「君民同治」＝「立憲君主制」」を構想していたとされているからである¹⁰⁶。このことは、小野が議会制度の活用を通じて民意を汲み上げ、それを君主制（天皇制）と結合することによって「君民同治」の主権体制を構想していたとされることから裏付けられよう¹⁰⁷。こうして小野の憲法構想＝主権者論と民法構想＝人民交際上の権利自由とが内面的に結びついてくることが分かる。ただし、現実主義者でもある小野にとって、当時の——すなわち旧民法公布前の——わが国「民法」の状態を国民の法意識をも踏まえて捉え直す場合には、わが国でのシビル・ロー形成の基盤的脆弱性が強く自覚される必要があった。このことは小野が「民法」の意義について触れた個所で、およそ察知できることである。すなわち小野は、「近時に至りて始めて民法の文

ゝで筆者は、このような小野の「多面的性格」のうち、「個人的な権利の体系論」に焦点をあてて考察することになる。

106 吉井・前掲論文「小野梓の法思想」前掲書（前注105）246-247頁参照。小野の「君民同治論」については、小野『国憲汎論』（1882年〔上巻〕、1883年〔中巻〕、1885年〔下巻〕）を参照しなければならない（なお小野『国憲論稿（稿本）』（1878年）『全集第二巻』（前注48）385頁にすでに「君民同治」の語がみられる。『国憲汎論』はこの『国憲論稿』を下敷きにし、それを大幅に拡充させたものである）。この著作『国憲汎論』は、現在『小野梓全集第一巻』（1978年）に収められている。まず小野は『全集第一巻』46頁以下で「主権」に関する諸説につき論じ、結論としていわゆる主権形態としての「君民同治」を論ずる。この点は小野の憲法思想（とりわけ立憲思想）と民法構想の連結点として重要な意味をもつ。すなわち小野によれば「一国を保有し其独立安康を保つ責任は独り夫の統治者の一辺に止まらずして、夫の被治者も亦固より之に当たらざるを得ず」とされる（小野・前掲55頁）。そして小野は、この『国憲汎論』においてイギリス型の立憲君主国家体制を理想像として、上記「君民同治」を主張したとされる。しかし、その後1989年（明治22年）公布の「大日本帝国憲法」が、果たして小野の憲法構想に適っていたかどうか。これは別論を要しよう（さしあたり福島正夫『『小野梓全集』第一巻（国憲汎論）解題』福島・前掲書『著作集第一巻』（前注26末尾）459頁の指摘がきわめて示唆的である）。

107 吉井・前掲論文「小野梓の法思想」前掲書（前注105）248頁参照。

字」が使用されるようになったが、それは「所謂シビル・ロー（Civil Law）・コード・シビル（Code Civil）等」の模写であるところ、わが国では「民法の文字決して妥当のものに非らざるを知る」という。つまりわが国「民法」の民は、いわゆる「タミ」若しくは「ヒト」を指すのであるから、「民法」はすぐれて「人民の法制」あるいは「衆民一般の法」と解すべきものであって、要するところ「未だ以ってシビル・ロー（Civil Law）の意思を全写するに足らざるなり」と述べているからである¹⁰⁸。その上で小野は、本来は「民法」と称すべきではなかったにもかかわらず、あえて「新作の文字」をあてるよりはすでに流布している「民法」というタームを用いた方が無難であると考え、「本書」を著すほかない、ともいう¹⁰⁹。もしかすると、ここで小野の脳裏には「市民法」という文字が浮かんだかもしれない。しかし、当時の国民は、半農奴たる小作農をはじめ、一般の商人・手工業者も、また没落士族も、いずれも「タミ」（「民草」を想起させるもの）であり、その後の明治憲法の表現に従えば「臣民」でしかありえなかった。こうして小野は、当時の「民法」が「市民法」ではありえなかった実相を鋭く抉り出している。とはいえ小野にとって、すでに民法の基本的諸制度ないし基本概念自体が、ある意味で「市民法」的に捉えられるべきであるとされていたことは、十分に注意を払う必要がある。たとえば小野によれば、「権利」（Right）とは「人唯（ひと）り能く之を保有」（括弧内・引用者）すべきものであるとされ、いわゆる個人主義的所有権の基礎概念を明らかにしている¹¹⁰。また「立法の最大帰旨は（中略）

108 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）250頁。

109 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）251頁参照。

110 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）255頁。むろん小野もまた、権利には義務が伴うことを併せて強調している。ただし小野が「義務」という場合には、主権者の意思に基づく「権利」の裏面として論理的に出てくるものであると同時に、むしろ「個人の権利」を保護するためにこそ「他者の権利」が当該「個人」の承諾なしに「個人の権利」領域に干渉することを防ぐために出てくるものである（その場合に不干渉「義務」＝不作為「義務」を負うのは「他者」）

実に権利を保護するに在るなり。而して権利を保護し之を安固ならしむるに道あり」とも言っている¹¹¹。さらに小野は、「人」の意義に触れて、以下のように言う。すなわち「人」はローマ法以来、一般に「法的人格者」と解されてきたが、ローマ法はあくまでも「奴隷を以て物類と見做し来るもの」であり、その点に「羅馬法制の一大闕典」（ローマ法の一大欠点〔筆者〕）が見て取れる¹¹²。また小野によれば「法作の人」（いわゆる「法人」）は、あくまで人の集合体たる「集団人」であって、つまりは「法制上の人」にすぎないと述べ、「法人否認説」ないし「法人擬制説」¹¹³に近い発想を示す¹¹⁴。こうして小野は、徹底的に「自然人」本位の「人」概念を採用したのであった。そのことは「抑（そもそ）も人の（法的）位地は人の生ながらにして之を享有し、以てその意思を確証固言するの能力を謂うなり」（括弧内・引用者）とする小野の思想に如実に反映されている¹¹⁵。ち

ゝである）。小野「権利論」の、この二重性には十分注意しておく必要がある。

111 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）251頁。

112 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）270頁参照。ただし、ガイウス（Gaius、130頃-180年頃）は、自由人のみならず奴隷を含めて *persona* という表現を採用していたとされる。この点につき、恒藤恭『法的人格者の理論』（1949年〔新版〕、初出は1936年）17頁参照。

113 周知のように「法人否認説」はイエーリング（1818-1892年）により提唱され（イエーリングについては戒能通孝「イエーリンク」木村〔編著〕前掲書〔前注104〕53頁以下参照）、「法人擬制説」はサヴィニーによって主張された（サヴィニーについては世良晃志郎「サヴィニー」木村〔編著〕前掲書〔前注104〕44頁以下参照）。前者は後者の展開とも位置付けられている。さしあたり、その概観として福地俊雄『法人法の理論』（1998年）53頁以下（サヴィニー）、115頁以下（イエーリング）及び我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（1965年）122頁以下参照。とくにサヴィニー「法人擬制説」のドイツ法における位置づけにつき、村上淳一『ドイツ市民法史』（1985年）133頁以下参照。ちなみにフランス市民革命によって代表される「市民社会」の理念にしたがえば、個人（ないし家族）のほかには「国家」以外が存在が認められるべきでなく、いわゆる「中間団体」は排除された。この点は、我妻・前掲書118頁参照。

114 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）271頁参照。ちなみに小野は『全集第二巻』321頁以下でも詳しく「法人」について論じている。

115 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）322頁参照。

なみに小野は、上記「人」に関する箇所とは別建てで、特に「個人の位地」について論を進めている。現在の目から見ればごく当たり前かもしれないが、この当時（1884年〔明治17年〕）に、次のように述べていたことは注目に値する。すなわち「人の位地とは人の他人に対する有様を云ひ、人たるものこの位地に依て諸（もろもろ）の権利を享有し若しくは諸の義務を負担するものなり。故に茲（ここ）に人あり他人と共に在すあらば必ず其位地あり。其位地あれば必ず之に付着する諸の権利若しくは義務あらざるはなし」¹¹⁶と（括弧内・傍点ともに引用者）。ここで小野のいう「位地」とは「ステイタス（Status）」のことである¹¹⁷。「法的地位」と言い換えてよかろう。ともあれ小野によれば、「人」が「他人」との位置関係によって規定されることによってむしろ根源的な意味での「個人主義」を主張していることは興味深い。また小野は、民法上の「権利の種類」に関して、主に以下のような権利を挙げている。すなわち掲記順にあげるならば、「生存の権利」、「防身の権利」、「自由の権利」、「平等の権利」、「所有の権利」などがそれである¹¹⁸。真っ先に「生存の権利」が民法上の権利として登場していることには、ある意味で驚かされる¹¹⁹。さらに小野が、「男女

116 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）276頁。なお、「在す」とは「存す」の意味であろう。

117 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）277頁参照。

118 小野・前掲『全集第二巻』（前注48）279頁以下参照。「生存の権利」優位の思想については、後注119も参照。なお小野による権利の列举については、債権および夫婦間の権利等も多数挙げられているが、本文ではそれらの記載を省いた。

119 「生存の権利」について小野は、オースチンの所説に従っているようである（オースチンの人物像・経歴・業績等については高柳「オースティン」木村〔編著〕前掲書〔前注104〕117頁以下参照）。ちなみに、小野・前掲『全集第二巻』（前注48）277頁以下では、「塙斯陳」（オースチン）あるいは「塙氏」の名が頻繁に登場する。そしてそのオースチンは、ベンタム「功利主義」の信奉者でもあった（ベンタムの人物・経歴・業績等については長谷川正安「ベンタム」木村〔編著〕前掲書〔前注104〕108頁以下参照）。だとすると、ベンタム「功利主義」と「生存の権利」との関係が問題となってくるかもしれない。ここで筆者は宿題としてこれを残しておくほかない。ただし「功利主義」が個人の利己メ

同権」(男女平等)に関して、これが「国事上」否定され、政治的に男女の「区別」があっても「今日の事情」に照らしやむを得ないとしつつも¹²⁰、これに対して「民事上」は「男女同権」が貫徹すべきであるとする¹²¹(ただし小野は、夫婦関係においては「妻の夫への服従」[夫婦の殊権]¹²²を肯定してい

ゝ的な幸福追求とともに他者の幸福にかかわる〈徳〉として「社会性らしきもの」を備えていた、とされる点には留意しておきたい。荻原・前掲書(前注105)131頁以下参照。ちなみに植木枝盛も「個人の生存権・生活権」を提唱していた、とされる。松本三之介『天皇制法思想(下)[法体制準備期]』鶴飼=福島=川島=辻(編)『日本近代法発達史・11』(1967年)37頁以下参照。なお、小作農民や木挽職工らによる自由民権運動期の「生存権」運動については、後藤正人・前掲論文(前注90)81頁以下参照。

120 この点の判断については、先にみた『羅瑪律要』の立場よりも小野は「現状追従主義」的であり、一種の「後退」を示している。ここにも小野の「多面的性格」の一端が示されている。

121 小野・前掲書『全集第二巻』(前注48)287-288頁参照。小野によれば、フランス法、プロイセン法、オランダ法などでは、女性は「後見人」となりえず、また証文に署名して証人となることもできなかったが、アメリカ合衆国諸州では「男女同権」が採用されており、その後イギリスもそれに倣ったとされる。小野・前掲書『全集第二巻』288-289頁参照。

122 小野・前掲書『全集第二巻』(前注48)289頁以下参照。この点について小野は、ベンタムの『民法原理』に関する見解に従っている(ベンタム『民法原理』の翻訳は、何禮之〔訳〕『ベヌサム著・民法論綱』[1876年・明治9年]として刊行されている)。ともあれ『民法之骨(上篇)』において、小野がベンタムの見解を参照して「妻の父権への従属」を承認していたことは確かである(小野『全集第二巻』[前注48]290頁以下参照)。なおベンタムは、かつて「夫婦殊権」を唱道していたが、その後「夫婦同権」に改説したところ、小野は改説前のベンタムの見解の方が適切である趣旨の指摘をしている(小野『全集第二巻』[前注48]291頁参照。ちなみにベンタムの『民法原理』における「夫婦同権」については、上記・何禮之〔訳〕『ベヌサム著・民法論綱』563頁以下の「婚姻契約説」から伺い知ることができる)。ところで、妻の「夫権」への従属は、当時のドイツ民法・フランス民法をはじめ、ヨーロッパ諸国の民法でも一般的に承認されていたことであった。たとえば「ドイツやフランスにおいて、財産関係における夫婦平等が実現したのは、比較的最近のことである(ドイツでは1976年、フランスでは1985年)」とされる。大村敦志「日本民法典の展開(1)民法典の改正——後二編」前掲書・広中=星野〔編〕『日本民法典の百年I』(前注95)151頁参照。この点に照らせば、小野の「夫婦殊権」(妻の夫権への従属)論は、当時やむをえない見解であったともいえよう(その意味で本稿後注123の植木ノ

る)¹²³。

ともあれ、小野の見解において重要なのは、その卓越した〈家族観〉にあると言えよう。当時——すでに指摘したように——家単位での「戸籍」が編成され、「戸主」本位の家父長制的家族制度及び長男子単独相続制度が肯定されていた。そのような状況下で、小野は次のように述べている（ちなみに小野は、「家族」の代わりに「家庭」という言葉を用いている）。まず「家庭の制」を論ずるにあたってその前提となるべきことを述べる。すなわち「衆一箇人を以て社会組織の要素」となし、「人々をして各箇に自治せしめ」る社会を構成すべきであり、これは「近時泰西諸邦の制」ことごとく採用する制度であるという¹²⁴。つまりは「独立自治の良民を以て之を組織するの社会」を目指すべきであり、そのような社会を作ることができれば「其勢力常に社会全般の人衆より生じ、その堅緻破り易からざる、

、枝盛による「夫婦同権」論は画期的であったと言わなければならない。ちなみに、フランス民法の立場を受け継いだ旧民法（1890年〔明治23年〕）人事編68条以下は、妻の行為無能力制度（妻の一定の財産行為に関する夫の許可制）を詳細に規定していた。仁井田益太郎解題『旧民法』（1943年）268頁以下参照。この点は、その後の明治民法14条「妻の行為無能力」規定にも受け継がれ、戦後の家族法大改正まで存続した。明治民法14条については梅謙次郎『民法要義（卷之一総則篇）』（1896年）31頁以下参照（そこで梅は、妻を「夫ノ権力ニ従ハシメント欲スルカ為ニ之ヲ無能力トセシ」と述べている。梅・前掲書32頁参照）。

123 これに対して、たとえば植木枝盛は、当時すでに「夫婦同権」を強く主張していた。この植木枝盛の見解に注目して、小野の「たちおくれ」を指摘するのは福島正夫である。福島・前掲「小野梓の家族観」前掲書『小野梓の研究』（前注105）224頁参照。この論文で福島は、小野の『羅瑪律要』と『民法之骨（上篇）』を中心に、小野の「家族観」を、詳細な資料で跡付けしている。小野の「家族観」については、この福島論文が是非とも参照されるべきである。なお後藤正人・前掲論文（前注90）52頁以下も、小野梓と植木枝盛の家族法思想を論じている（後藤は「枝盛の家族法における女権確立の思想は白眉であった」とも言っている。後藤・前掲論文58頁）。なお植木枝盛の「家族法思想」については本稿前注64、後注163も参照。

124 小野・前掲書『全集第二巻』（前注48）299頁参照。「泰西諸邦」とは、むしろヨーロッパ諸国のことを指す。

実に精撰の組糸を以て之を組織する布巾の如し」¹²⁵、と。こうして小野は、「権力」の源泉を「人衆」（人民＝「市民」）に求めた。そうであってこそ、その社会は「堅固」なものとなり、まるで「精選された組糸で組織された布のような存在となる」というのである。このような「前提論」を踏まえ、小野は「家庭の制」につき、やや立ち入った批判的考察をしている。その最初の批判は、当時の戸籍制度＝「戸主の制」に向けられた。まずその結論として、小野は当時わが国における「戸主の制」をかねてより廃止すべきことを論じてきた、という¹²⁶。その理由は、「戸主の制」とは「数人自治の能力を抑制し以て一人の左右する所に任す」ものであり、したがってこれ（つまり「戸主の制」）は「人間交際の宜しきを失するもの」であり、かつまた「生民経済の術を誤まるもの」にほかならなかったからである¹²⁷。言い換えるならば、わが国の家父長的家族制度及びそれを反映する戸籍制度（「戸主の制」）こそは、「族長の制を行ひ一団の家族を以て邦国の要素」（傍点・引用者）となすところの「弊」を有する、と述べる¹²⁸。

その他、小野は「父母は子をあてにしてはならない」（隠居制反対論）¹²⁹とか、「置妾を許すの制之を将来に廃止すべきである」（私生子の極小化）¹³⁰とか、「養子制度の廃止論」（「家」の継承のための「養子制度」廃止論）¹³¹など、興味深い論点を示す。なるほど、福島正夫が言うように「小野の理論は、家族理論ないし家族法理論としてみるとき、十分に体系化されたもの

125 小野・前掲書『全集第二巻』（前注48）300頁。

126 小野・前掲書『全集第二巻』（前注48）301頁参照。このように小野は、かつて「戸主の制」廃止論を主張したとしているが、筆者はその出典を確かめていない。この点は、福島正夫も同じ見解を示している。福島・前掲「小野梓の家族観」前掲書『小野梓の研究』（前注105）218頁参照。

127 小野・前掲書『全集第二巻』（前注48）301頁以下参照。

128 小野・前掲書『全集第二巻』（前注48）302頁参照。ここで小野は、「家庭」と「家族」とを意識的に使い分けているように思われる。

129 小野・前掲書『全集第二巻』（前注48）302頁以下参照。

130 小野・前掲書『全集第二巻』（前注48）315頁以下参照。

131 小野・前掲書『全集第二巻』（前注48）317頁以下参照。

とはいいいがたい」¹³²のかもしれない。しかし他方で福島は、こうも言っている。すなわち「民法典論争を回想するとき、英法学者を主流とする反対派学者は、「本邦従来親族間ニ成立スル美風」をいちずに擁護してその反省検討をしようとしなかった。同じく英法を学んだ小野はまさにこれと対照的である。彼の家族観は、発展していく日本を世界との関連でひろくかつ歴史的にみてゆく立場による点で、卓越している」¹³³。

こうして小野梓は、以上の（『羅瑪律要』及び『民法之骨（上篇）』を通じて、自由民権運動期における「市民法学」のひとつの典型を形成したと言ってよい。むろん彼もまた、彼の個性と当時の時代的・政治体制的制約等の「限界」から免れることができなかったのは、その通りであろう。にもかかわらずそれは、彼の理論と思想を非難する本質的根拠とはなり難いように思われる（むしろ「当時の時代的・政治体制的制約等の「限界」」は、小野の学説をより客観的に評価するための「歴史的資料」というべきかもしれない）。

それでは、その後の明治期日本民法典の成立にあたって、小野の法思想はどう受け継がれていったであろうか。あるいは抹殺されてしまったのか¹³⁴。そのような問題意識をもって稿を改め、さらに考察を進めよう。

132 福島・前掲「小野梓の家族観」前掲書『小野梓の研究』（前注105）224頁。

133 福島・前掲「小野梓の家族観」前掲書『小野梓の研究』（前注105）226頁。なお、民法典論争における「英法学者を主流とする反対派学者」とは、穂積陳重（1855-1926年）、富井政章（1858-1935年、仏法系）、増島六一郎（1857-1948年）などの「延期派」を指すものと思われる（穂積、富井についてはすでに著名。あとで本稿でも触れる。なお増島六一郎に関しては、利谷信義「増島六一郎」潮見俊隆〔編著〕『日本の弁護士』〔1972年〕68頁以下が詳しい）。なお、仏法派である富井が延期派に与した理由は、岩田新『日本民法史——民法を通じて見た明治大正思想史』（1926年〔昭和3年〕）33頁以下に示されている（すなわち旧民法が民俗習慣に悖る条項を多く持つ点、フランス民法の模倣であって進歩的な近來の立法例を参照していない点、商法との重複又は抵触が多い点など7項目を理由として挙げている）。

134 なお平野義太郎『日本資本主義社会と法律』（1955年）208-209頁では、その後の「官僚民法学」による小野『民法之骨（上篇）』の故意的抹殺の理由が挙げられている（平野によれば、小野の「経済的自由主義」が故意的抹殺の理由➤

2. 明治期日本民法典の成立

(1) その時期の一般的な動向

〔i〕寄生地主制の発展・変質と明治期「産業革命」の特徴

先に概観した自由民権運動期の法思想（とりわけ小野梓の「民法思想」）は、基本的に1890年（明治23年）の大日本帝国憲法（明治憲法）の施行とともに、その終焉を迎えた。この明治憲法施行前後に関する一般的な動向を次に確認しておく。すでに指摘したように、「地租改正」による小作農民層の一層の零細化・没落化は必然的な過程であった。そしてその反面としてこの時期、「巨大寄生地主」が登場するなど、寄生地主制度自体の強化・進展が図られた¹³⁵（たとえば寄生地主の「高利貸し」資本家への「転換」については後注136も参照）。そこでは「地主の多くは（中略）寄生地主として小作米を商品化するのを有利としたので、こうして蓄積した富は、より有利な新しい産業へと投資されていった」¹³⁶のである。その具体的展開過程に

ゝとされる）。さらに佐藤・前掲論文「小野梓のパンデクテン法学批判」前掲書『小野梓の研究』（前注105）249頁以下、特に267頁参照。そこで佐藤は、次のように述べている。「小野が、斬進的立場から、当時の資本主義の未発達段階において、国憲における権利たる「民権」と民人交通の権利たる「人権」とを統一的に把握しようと心がけ、わが国において、一般庶民の権利をいかに定着させるかという課題に努力した点においては高く評価されねばならない。しかし、現実の歴史の歩みは、彼が特に力説した「家庭の制」を中心に、彼の主張とは反対の方向へ急速に進み、ボアソナードの民法草案、民法典論争、パンデクテンの体系による民法典の公布・施行という過程で、小野の民法論はついに顧みられることはなかった」と。ちなみに、小野は「あくまでもわが国に適合的な民法の制定を主張した」（傍点・引用者）のであって、そのような立場から彼は、当時編纂作業が進められていたボアソナード民法及びフランス民法典の構成に批判的であったばかりではなく、「彼が「纂訳」したパンデクテンの体系にも批判的であった」とされる（ここで「彼」とは小野梓を指し、「パンデクテンの体系」とは彼が『羅瑪律要』で「纂訳」したところの“The Pandects”〔前注49参照〕を指す）。佐藤・前掲論文266頁参照。

135 守屋・前掲書（前注9）82頁参照。

136 守屋・前掲書（前注9）83頁。すなわち寄生地主は、一面では小作農から封建的な収奪を続けながら、他面で「産業資本」の担い手ともなり、またみずろ

において、明治政権による国家的政策（殖産興業）の一環としての「会社制度」の導入・整備が図られていったことも無視できない¹³⁷。すなわち1897年（明治20年）には「会社の新設あいつぎ、株価は暴騰して、投機熱が高まった」とされる¹³⁸。こうした事情を背景に「株式会社制度を媒介として、鉄道、紡績のように近代的大工業が成立するようになれば、農業階梯は断ち切られて、地主は株式投資者として寄生的存在となり、あるいは寄生的な大地主としての性格はもちながら、地主的利益よりも資本家的利益に漸次転じていった」¹³⁹。かくして——すでに指摘した特殊日本的な「資本の本源적蓄積」期を経て——これまた特殊日本的な明治期「産業革命」の急激な進展が図られていった。それは、「明治17年から36年に至る二十ヶ年間に於て、全會社資本は常に加速度的に遞増してゐる」こと。「最も増加率が顕著なるものは、工業會社及び運輸會社等の新生産業」及び「株式會社資本」であること。これらによって示された我が国「産業革命」の進展の急激性（「眞に革命的に」実行された変革）が、それを如実に物語っている¹⁴⁰。

ゝから「高利貸し」資本の主体として富を増加させていったのである。守屋・前掲書同頁参照。このような寄生地主の「二重性」は、同時に「小作農の二重性」（現実の耕作者＝小生産者としての性格と家内手工業・出稼ぎ・女工形式等における「準プロレタリア的性格」との二重性）を生ぜしめることになった。野呂・前掲書（前注12末尾）197頁参照。

137 福島正夫『日本資本主義の発達と私法』（1988年）252頁以下（これを福島・前掲書とよぶ）及び福島・前掲論文（前注14）78頁以下参照。とはいえ、会社法制度の整備には相当な時間がかかったようである。会社制度の萌芽的形成については、福島・前掲書27頁以下、明治旧商法典（1890年）自体が「古い慣習法の規制」を受け、難産の末ようやく制定された経緯については福島・前掲書74頁以下参照。

138 福島・前掲書（前注137）258頁参照。

139 守屋・前掲書（前注9）85頁。

140 野呂榮太郎によれば、イギリスの「産業革命」が「ほゞ前後一世紀」にわたる「緩慢な革命」であったのに対して、わが国の「産業革命」が「僅か十数年又はヨリ短期間に遂行し得られた」こと、その急激な展開を裏付ける資金メ

〔ii〕「条約改正」交渉の進展と日清戦争の影響

他方で1890年（明治23年）、明治憲法の施行及び旧民法、旧商法の公布をみて、「条約改正」に関する動きが急展開を見せるようになる（なお、この年には「臣民」道徳の徹底と天皇制への盲目的隷従を目的とする「教育勅語」¹⁴¹も公布された）。その「条約改正」を巡る新展開はもっぱら、当時の外務大臣青木周蔵（在任期1889-1891年）、榎本武揚（在任期1891-1892年）、陸奥宗光（在任期1892-1896年）らの三代にわたる事業とされた¹⁴²。そして「条約改正」は、外務大臣たる陸奥在任中の1894年（明治27年）に始まり、1897年（明治30年）に調印されたポルトガルとの間の「条約改正」で一応終わった、とされる¹⁴³。その最初の条約改正が実施された年（1894年）に「日清戦争」が勃発した。そのことによっても示されるように、「条約改正」は日本が前近代的社会体制の上に急速に帝国主義的發展をとるその方

ゝがもっぱら明治期「土地改革」の結果生み出された「獨立生産者」からの生産手段・生活資料の収奪に基礎を有する「公債制度と租税制度と而して保護制度とを通じて人為的——強制的——に捻出せられた所に依つたもの」であったことが指摘されている。野呂・前掲書（前注12末尾）81頁参照。ただし、上記本文中のわが国「産業革命」の「眞の革命性」及び本注の「獨立生産者」の性格規定については議論のあるところかもしれない。

141 「教育勅語」公布の翌年、1891年（明治24年）に内村鑑三「不敬事件」が発生した。内村鑑三（1861-1930年）が、キリスト教者の立場から「現人神」たる天皇の署名入り「原本教育勅語」に礼拝的な最高敬礼をしなかったという理由で引き起こされた「不敬事件」である。白羽祐三『日清・日露戦争と法律学』（2002年）105頁以下、112頁以下参照（その後の内村の天皇崇拜的「変節」についても指摘がある。同時にこれは当時の「思想弾圧」の激烈さを物語るものである）。なお1890年（明治23年）公布の「教育勅語」については、石関敬三「臣民道徳の形成——『教育勅語』とその思想」科学と思想3号（1972年）410頁以下及び井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）139頁以下（山中〔永〕）参照。

142 小山博也・前掲論文「条約改正」（前注11）220頁参照。

143 小山・前掲論文（前注11）225頁参照。その後「日英通商航海条約をはじめとする列強一五か国との新条約が発効されて、治外法権の撤廃と関税自主権の一部回復が実現したのは、1899年（明治32年）のことである」（傍点・引用者）とされる。井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）173頁（石川）参照。

途の上によこたわる障害除去の問題」にほかならなかったのである¹⁴⁴。
そして1895年（明治28年）に「日清講和条約」（下関条約）が締結された

144 小山・前掲論文（前注11）225頁。したがって当時の明治政権が、朝鮮半島や
中国大陸に対して半ば帝国主義的な侵攻を急いだ結果として、条約改正は「結
局は西欧列強と明治政府との妥協の産物」であり、「関税自主権」問題など引き
続き対外的な課題が存続していった、とされる。小山・前掲論文同頁。また守
屋・前掲書（前注9）107頁は、「日清戦争の勝利は、世界資本主義の帝国主義
への転化にあたって、日本にとっては自己を抑圧する強大諸国に抗してその独
立をかちえたものではなく、かえって朝鮮・中国に対する列強の侵略の先鋒と
なって、列強の後塵を拝することによってその地位を与えられたものであった」
と規定している。同時に、なにゆえ日清戦争期に、大井憲太郎ら自由民権運動
左派が、ほぼこぞって「排外主義者と合するまでになったか」を問題提起して
いる。なお中江兆民もこの時期、大井とともに「積極的な對外論の保持者に
なった」のであるが、それを「簡単に顛落とわりきって」はならないこと、そ
して彼らの「重荷」を当時の特殊日本の民主主義運動の〈限界〉と関わせて
理解することが重要であり、そうしてこそ「今日の私たちの自由のためのた
たかい」と有効に結びつけることができるのではないか。この点を指摘するの
は、遠山茂樹「失われた自由の歴史——自由民権運動とその敗北について」遠
山・前掲書（前注68）105頁である。大井憲太郎と中江兆民の「挫折」につい
ては、遠山「自由民権運動と大陸問題——民主主義と平和問題との歴史的考察」
遠山・前掲書（前注68）77頁以下、特に92頁以下、及び本稿前注87でも言及し
たところである。ちなみに、松本三之介「中江兆民における自由の観念」磯野
誠一＝松本三之介＝田中浩（編）『社会変動と法——法学と歴史学の接点』
（1981年）342頁は、中江兆民が「時にはきわめてナショナリスティックな言動
にはしることもあった」としつつ、「同時に彼の對外論の根底には、普遍的な道
義の支配を確信する、きわめて理想主義的色彩の強い国際観が存在した」と指
摘し、結果的に上記遠山の理解と共通する見解を示す。なお福沢諭吉について
も、その著書『通俗国権論』（1877年）における「国権論」への傾斜が指摘され
ることがある（なお福沢の對外強硬策の一面については、前注93も参照）。さら
に丸山眞男「福沢における「惑溺」——昭和60年度福沢諭吉教会総会における
講演」『福沢諭吉の哲学。他六編』（2001年）219頁以下、特に247頁参照。こ
こで丸山は、福沢の『通俗国権論』が公刊された同じ年に、『文明論之概略』の講
義をしている点に着目して、『文明論之概略』の論旨から変わって「国権論」の
方に傾斜したというふうには言えないのではないかと福沢を擁護している。
丸山・前掲書249頁参照。これに対して安川寿之輔『福沢諭吉の戦争論と天皇制
論——新たな福沢美化論を批判する』（2006年）360頁以下は、丸山の福沢「国
権論」に対する妥協的立場を強く批判している。

ところ、その直後に仏・独・露による「三国干渉」が発生している（遼東半島の還付）。ともあれ、日本は清からえた巨額の賠償金や台湾統治などがもたらす富をもとに一層の軍備拡張路線を走ることになる。1896年（明治29年）から開始された伊藤博文内閣による「軍備拡張10ヵ年計画」がそれであった¹⁴⁵。そのためには更なる「条約改正」の進展・完成と、それを支える法典整備とがより強く要求されざるを得なかった¹⁴⁶。そこで次に、この時期における民法典編纂をめぐる動向に視座を移すことにしたい。

（2）旧民法（ボアソナード民法）の公布とその実施延期

1890年（明治23年）¹⁴⁷に公布された旧民法（ボアソナード民法）は、そもそもいかなる基本的な性格をもち、どのような運命をたどっていったか。それをここで確認しておく。

① 旧民法（ボアソナード民法）の起草経過とその基本的性格

旧民法の編纂にあたって、時の司法卿大木喬任（元老院民法編纂局総裁）は——すでに指摘したように——「財産法」をボアソナード¹⁴⁸の起

145 守屋・前掲書（前注9）121頁参照。なお明治憲法施行後の軍事制度については、天皇の統帥権の性格を含め、井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）110頁以下（山中〔永〕）参照。

146 福島正夫・前掲書『日本資本主義の発達と私法』（前注137）173頁参照。なお当時の「条約改正」の不徹底性については、小山・前掲論文「条約改正」（前注11）の指摘を参照。

147 この年には「裁判所構成法」も公布されて、一応「わが国の司法制度が完全な体系として成立するにいたる」ともされる。染野義信・前掲論文「司法制度」（前注23）101頁以下参照。なお井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）126頁以下（山中〔永〕）では、「裁判所構成法と条約改正交渉との関係」が指摘されている。

148 ボアソナードについては、文献が多い。さしあたり大久保泰甫『日本近代法の父ボアソナード』（1997年岩波新書。この著作については福島正夫の書評がある。『福島正夫著作集第八巻・法と歴史と社会とⅡ』（1995年、書評初出は1978年）448頁以下）、同「ボアソナード」前掲書『日本の法学者』（前注32）27頁以下、福島正夫「ボアソナード博士の人格と拷問制反対活動——来朝100周年を迎えて」前掲書『著作集第一巻』（前注26末尾）92頁以下、法政大学ボアソナード・梅謙次郎没後100年企画出版実行委員会『ボアソナード・梅謙次郎没後ノ

草に任せ、他方「身分法」については「日本の風俗慣習にもとづいて制定されるべきもの」として、その起草を日本人の手に任せることにした¹⁴⁹。より具体的に言えば、1887年（明治20年）末に司法省・法律取調委員会で、ボアソナードの起草した財産法（財産編、財産取得編〔相続等を除く〕、債権担保編、証拠編）が審議され、その翌年にボアソナード草案が時の司法大臣山田顕義（1844-1892年）によって内閣に提出された¹⁵⁰。他方で身分法（人事編、財産取得編第二部〔相続等〕）は、熊野敏三、光妙寺三郎（1847-1893年）、黒田綱彦（1850-1913年）、磯部四郎（1851-1923年）、井上正一らによって1887年（明治20年）に起草が開始された¹⁵¹。この「身分法」草案につきボアソナードが関与しなかったのは、「身分法」にはその国の「風俗慣習」が強固であり日本人に任せた方がよいという判断と、居留外国国人による取引を念頭に「財産法」の整備がより急がれるとの判断が働いたようである¹⁵²。ともあれボアソナードは、その「財産法」編纂にあたってフランス民法典を下敷きにしつつ、適宜修正を加え、もって「きわめて近代的な財産法を起草した」とされ、「これは、人事編の規定や相続と関連する事項を除いて、本質的な変更を加えられないまま成案となっ

↘100周年記念冊子（上）報告集』、『（下）資料集』（いずれも2015年。なおボアソナードと梅は、偶然にも同じ年〔1910年〕に世を去った）。さらに岸上・前掲論文「ボアソナードの時代」水本＝平井・前掲書〔前注8〕51頁以下等を参照。

149 利谷信義「民法（上）」前掲書『講座日本近代法発達史・5』（前注36）25頁参照。

150 利谷・前掲論文（前注36）26頁参照。利谷の原文には「財産獲得編」とあるが、本稿では「財産取得編」で統一した。

151 利谷・前掲論文（前注36）26頁参照。

152 利谷・前掲論文（前注36）30頁、大久保・前掲書『日本近代法の父ボアソナード』（前注148）136頁、同「ボアソナード」前掲書『日本の法学者』（前注32）47頁参照。ただし、ボアソナードが「身分法」に無関心であったわけではない。彼は、妻の行為無能力制度を批判していたし、殊に「相続法」に関しては諸子均分相続、遺留分制度、遺贈の自由等を強調していた、とされる。この点につき、利谷・前掲論文同頁参照。

た」とされる¹⁵³。その基本的内容は、インスティテューション方式に基づく「人、物、契約」を三本柱として、法的人格の平等、私有財産の絶対的尊重、契約の自由、過失責任等の「近代市民法的諸原則の承認」に帰着する¹⁵⁴。他方で「身分法」草案（いわゆる第一草案）の内容はどうか。まず指摘しておくべきことは、この「身分法」草案が「政治的に決定された立法方針に表面上従い、慣習風俗の尊重を謳いながら、実は維新以後における財産法の変革に適合する家族関係を規定しようとした点」である¹⁵⁵。具体的には大きく二点が指摘されている。「一つは、家族員および妻の権利能力を確認することであり、他の一つは、長男による家督相続を存置しながらも、同時に、二、三男以下の財産の相続分を認めたこと、家族員の死亡にもとづく遺産相続制度を定め、夫婦財産制において所得共通性を認めたことである」¹⁵⁶。さらに「身分法」草案では、より徹底した形で「長男以外の者（男女・嫡庶を問わず）にも、家督相続の特権に属するもの以外の財産について、相続分を認めた」ともされる¹⁵⁷。

153 利谷・前掲論文（前注36）29頁参照。

154 岸上・前掲論文「ボアソナード時代」水本＝平井・前掲書（前注8）69頁参照。さらに利谷・前掲論文（前注36）31頁注2も参照。なお、より個別的には福島正夫・前掲書『日本資本主義の発達と私法』（前注137）83頁以下が詳しい。たとえば不動産物権変動の登記による対抗要件主義、動産の即時取得制度（時効の部に編入）、表見代理制度、不動産賃借権の物権化、賃借人独自の第三者に対する物権的請求権（物上訴権）の行使等が指摘されている。さらに星野英一「日本民法典及び日本民法学説におけるG・ボアソナードの遺産」星野『民法論集第八巻』（1996年）37頁以下、特に73頁は、上記の福島正夫の指摘に加えて「時効の問題」を追加している。また、物権変動に軸足を置いてボワソナードをとりあげているのは、七戸克彦「「法源」としてのボワソナード民法典」法律時報70巻9号（1998年）36頁以下、ボワソナードの証拠編については吉井啓子「証拠編とは何か」前掲・法律時報45頁以下、ボアソナードの賃貸借規定については小柳春一郎「ボアソナード草案賃貸借規定と日・仏法学」前掲・法律時報54頁以下。

155 利谷・前掲論文（前注36）33頁参照。

156 利谷・前掲論文（前注36）33頁。

157 利谷・前掲論文（前注36）34頁参照。

利谷信義は、この点を指して「ボアソナードの強い思想的影響を容易にみとることができる」と言っている¹⁵⁸。さらに利谷は、「身分法」草案における夫婦関係＝婚姻の「意思的形成（合意）」の重視と婚姻当事者による「届出」及び「届出」時における婚姻意思の「身分取扱吏」の面前での意思確認を取り上げ、「届出」行為の戸主独占に対する「重大な変革」をみてとっている¹⁵⁹。さらに「離婚」についても近代化が図られた。すなわち妻からの離婚は、明治初期以来一貫して「原則として父兄弟親戚の附添により」、はじめて訴えでることができるとされていた。これに対して「身分法」草案では、妻が自ら離婚を訴え出ることを認めた¹⁶⁰。また親子関係も「てつて的に権利義務関係として構成された」¹⁶¹。以上の点に照らして利谷は、「身分法」草案は「自由民権運動者の家族観と、きわめて類似していることに注目しておかなければならない」¹⁶²として、特に「植木枝盛の家族制度論」を取り上げている¹⁶³。この点、本稿で取り上げた小野梓の家族法思想も、上記の——利谷が指摘するところの自由民

158 利谷・前掲論文（前注36）34頁。なお村上一博「旧民法の家族法観とボワソナード」前掲・法律時報（前注154末尾）50頁以下では、ボアソナードが、日本人作成の草案に具体的な助言を与えるなどの関与を行ってきたであろうと指摘されている。

159 利谷・前掲論文（前注36）35頁参照。

160 利谷・前掲論文（前注36）36頁参照。

161 利谷・前掲論文（前注36）38頁。他方で、子の父母・尊属親に対する孝養・尊敬の義務を規定するなどの妥協的側面をもっていた。利谷・前掲論文同頁。

162 利谷・前掲論文（前注36）39頁。

163 利谷・前掲論文（前注36）42頁注34参照。なお植木枝盛の市民法的家族観については、前注123所掲の福島正夫論文のほか、早川紀代・前掲書『近代天皇制と国民国家』（前注18）241頁以下が詳しい。さらに植木の男女同権論、夫婦同権論、家族制度廃止・戸主権廃止論、男女の均分相続制論などに関する「民法典編纂案」（1889年〔明治22年〕）については、後藤・前掲論文「自由民権運動と法」（前注90）56-57頁参照。なお家永三郎・前掲書『植木枝盛研究』（前注64）531頁以下にも、植木枝盛の「家族制度改革論」が詳しく論じられている。なお前注64所掲のその他の論文も参照。

権運動における家族法思想との——「共通性」をもつものと言ってよからう。

ところが、長男の家督相続をみとめながら、それを掘り崩すかのような遺産相続制度の採用や戸主の「届出」独占権を無視する離婚制度等は、家父長制度下の「戸＝家」を通じて国政の大本としてきた明治政権の意向と根底から矛盾するものであった（当時の「法律取調委員会」内部でも批判が多かったとされる¹⁶⁴）。保守派の論客たちも（1）時期尚早論、（2）淳風良俗に反する点、（3）わが国の道徳・習慣をより尊重すべき点、などの論拠をもとに「身分法」草案に対する反対の論陣を張るに至った¹⁶⁵。それではその後、旧民法はどのような運命をたどることになったか。次にそれを概括しよう。

② 旧民法（ボアソナード民法）の運命

以上概観した旧民法（ボアソナード民法）は、特に「身分法」草案部分に対する法律取調委員会での批判が根強く、その結果として長男単独相続（家督相続）と戸主特権の強化の方向で「改正」がなされたあと¹⁶⁶、1890年（明治23年）3月27日に成立・公布された¹⁶⁷。その「施行」は商法と

164 小柳春一郎前掲論文・広中＝星野『民法典の百年Ⅰ』（前注95）9頁参照。

165 利谷・前掲論文（前注36）45頁以下参照。

166 その結果、旧民法典人事編は「明治民法に対比して勝るとも劣らざる半封建的民法であった」ことが指摘されている。大久保・前掲書『日本近代法の父ボアソナード』（前注148）171頁参照。なかでも旧民法上の「戸主権」については、手塚豊「明治二十三年民法（旧民法）における戸主権——その生成と性格」『明治民法史の研究（下）』（1991年。原論文の初出は1953-1954年）215頁以下参照。手塚豊（1911-1990年）によれば、結論として「両法典（旧民法典と明治民法典）の戸主権は一言にしていえば、「大同小異」と称すべきであろう。それは両法典の半封建的性格の類似性、いいかえると近代的なものと前近代的なものとの交錯の度合いが、ほとんど同じであったことの表現にほかならない」とされる。手塚・前掲書313頁以下参照。この戸主権をはじめとした旧民法典人事編の評価に関する論争は、終戦直後に星野通と中村菊男との間で展開されており、上記手塚論文は後者の立場を支持したものとして位置付けられている。星野（通）・中村論争については、後ほど触れる（本稿後注244参照）。

167 小柳春一郎前掲論文・広中＝星野（編）『日本民法典の百年Ⅰ』（前注95）ノ（龍法'17）49-4, 70（930）

同時であり、1893年（明治26年）1月1日とされたが¹⁶⁸、その前後「法典論争」が激しく巻き起こり、結局、旧民法は1892年（明治25年）11月24日、その実施延期に追い込まれていく¹⁶⁹。その原因ともなった「民法典論争」自体は、本稿で後ほどやや詳しく検討する。ここでは、実施延期決定後の特徴的な動きを確認しておくにとどめておきたい。

旧民法公布の2年後、1892年（明治25年）5月から6月にかけて「民法商法施行延期法案」が貴族院・衆議院の両院で審議議決された（同年6月10日に衆議院より内閣に提出されている）¹⁷⁰。そして同年8月8日第二次伊藤博文内閣の発足によって「法典実施延期」の動きが急速に強まり、さらに一層具体化していった。伊藤内閣は同年10月7日に至り「民法商法施行取調委員会」を設置し、委員として富井政章（1858-1935年）、木下広次（1851-1910年）、穂積八東、梅謙次郎（1860-1910年）、横田国臣（1850-1923年）、長谷川喬（1852-1912年）、岸本辰雄（181-1912年）ら計12名を選出した（「断行派」、「延期派」がともに6名ずつ選出された）¹⁷¹。施行延期については賛否同数で決着をみなかったが、時の伊藤内閣の決断で延期が決定され、1893年（明治26年）帝国議会で延期法案が成立したのである¹⁷²。

、9頁。

168 大久保泰甫＝高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』（1999年）294頁参照。

169 本文で示した日付で「民法及商法施行延期法」が帝国議会で公布され、1896年（明治29年）12月31日までの施行延期が決定された。その経緯を詳細に研究したものが、大久保＝高橋・前掲書（前注168）296頁以下である。

170 大久保＝高橋・前掲書（前注168）296頁、301頁参照。

171 大久保＝高橋・前掲書（前注168）303頁以下参照。憲法学者である穂積八東が選出されたのはどうしてだろうか。八東が選出されたのは、彼が「公法の原素は親族法で、親族法は公法である」（長尾龍一「穂積八東」前掲書『日本の法学者』〔前注32〕108頁以下）とする姿勢を明示していたためであろうか。ちなみに穂積八東は、その後「法典調査会」委員にも就任している。

172 大久保＝高橋・前掲書（前注168）307頁参照。なお、この点に関して梅謙次郎は、伊藤博文による「御裁可」があったことを指摘している。梅謙次郎「伊藤公と立法事業」国家学会雑誌24巻7号（1910年〔明治43年〕）963-964頁参照。

同じ年「法典調査会規則」が公布され、これによって「民法商法及付属法律ヲ調査審議」するため「法典調査会」が設置された。そこで中心的役割を担ったのは、穂積陳重（1855-1926年）であったとされる¹⁷³。さらに同年、「梅謙次郎・富井政章・穂積陳重」の三名による「法典調査規定」に関する上申書が内閣総理大臣宛に提出され、旧民法を「其ノ基礎」として修正していくことを基本方針（「法典調査ノ方針」第一条）とすることが確認された¹⁷⁴。以上が旧民法（ボアソナード民法）施行延期決定後の一応の経過である。そこで次に、稿を改めて「民法典論争」自体の内容をみてゆきたい。

（3）いわゆる「民法典論争」

① 「論争」の発端と「延期派」の主な見解

〔i〕「論争」の発端

旧民法が公布される前の年（1889年〔明治22年〕）5月、帝国大学（東京大学）の英法派によって構成された「法学士会」が「法典論争」の本格的な口火を切った¹⁷⁵（本稿では後注176の星野通『民法典論争資料集〔復刻増補版〕』に依拠して文献を引用する）。「法学士会」による「法典編纂ニ関スル

173 福島正夫・前掲書『日本資本主義の発達と私法』（前注137）158頁以下、大久保＝高橋・前掲書（前注168）308頁参照。なお「民法起草者としての穂積陳重」については、白羽祐三『民法起草者穂積陳重論』（1995年）81頁以下が詳しい。この白羽論稿については後ほど触れる（本稿後注207、後注255参照）。

174 大久保＝高橋・前掲書（前注168）308頁参照。なお、この点に関する近時の膨大な資料集として、広中俊雄（編著）『日本民法典資料集成1・民法典編纂の新方針』（2005年）がある。「法典調査会ノ方針」については、同書852頁以下参照。本稿では後ほど、この点につき、やや視点を改めて言及する。

175 福島・前掲書『日本資本主義の発達と私法』（前注137）104頁、宮川澄『旧民法と明治民法』（1965年）74頁以下、井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）160頁（山中〔永〕）参照。なお「法典論争」については、数多くの著作があるが、最近の論稿としては、その簡潔な整理として、中村吉三郎『法典論争』小林＝水本（編）・前掲書（前注64末尾）45頁以下、さらに大村敦志「民法と民法典を考える——「思想としての民法」のために」広中俊雄（責任編集）『民法研究第1巻』（1996年）5頁以下、特に34頁以下が詳しい。

法学会ノ意見」¹⁷⁶によれば、その内容はおよそ以下のものであった。まず法典編纂事業が「大事業」であって、長期にわたる難事業であるべき旨を述べる。そしてわが国が範としているドイツ帝国民法典の編纂事業が未だによってその完成をみていないことをその例として挙げている¹⁷⁷（なお「法学会」意見書は、上記注177の該当箇所では英国法を独法と並列的に挙げているが、むしろ前者は「不文法（判例法・慣習法）主義」であって、そもそも成文法たる民法典をもたない）。その上で「法学会」は、フランス民法典を模範とする「我邦ノ法典編纂」が「旧慣故法ヲ参酌スル事殆ト有名無実」であることを批判している¹⁷⁸。そして上記「意見書」では、「法学会」が民法であれ、商法であれ、諸外国のうちどの国の「範」を採用しているかを問題にしているわけではないと断りつつ、問題の核心としてはむしろ、その編纂主導者間に「充分ノ協議ナキガ為メ彼此抵触ヲ来タスノミナラズ、其学派亦異ナルガ為メニ、法典全部ニ対スル主義ノ貫通セザルニ在リ」と指摘している（「法学会」は明言をしていないが、当時公布されたばかりの帝国憲法〔明治憲法〕がドイツ法流であることは、その念頭にあったであろう〔大日本帝国憲法の公布は、上記「意見書」の三か月前1889年〔明治22年〕2月11日であった〕¹⁷⁹。ともあれ上記「意見書」によれば、「法

176 星野通『民法典論争資料集（復刻増補版）』（2013年、原書初出は1969年）14頁以下、宮川・前掲書（前注175）76-77頁、穂積陳重『法典論』（1991年復刻版、原書初出は1890年）21頁以下にその全文が掲載されている。延期派に属する穂積陳重は、「法学会意見書」が単純な非法典論に立脚するものではなく、「今日ニ於テハ、必要不可缺所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サルナリ」という漸次的修正の立場を採用していることを高く評価している（穂積・前掲書27-28頁参照）。

177 星野（通）・前掲書（前注176）14頁、宮川・前掲書（前注175）76頁、穂積・前掲書（前注176）21-22頁。なお「法学会」の意見書が1889年に出されていることに留意しておこう。この時期は、ようやくドイツ民法第一草案が公表された直後にあたる。本稿後注221も参照。

178 星野（通）・前掲書（前注176）15頁、宮川・前掲書（前注175）76-77頁、穂積・前掲書（前注176）24頁。

179 星野（通）・前掲書（前注176）15頁、宮川・前掲書（前注175）77頁、穂

典編纂」の基本的視点としては「封建ノ旧制ニ依ル可ラズ」とともに「専ラ欧米ノ制度ニ則ル可ラズ」とされ、「其ノ事業（民法典編纂を指す）実ニ困難ニシテ強テ之ヲ遂グルトキハ民俗ニ背馳シ人民ヲシテ法律ノ煩雜ニ苦シマシムルノ惧アリ」（括弧内・引用者）とされる¹⁸⁰。そしてその結論として、「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」とされ、それゆえに「法典ヲシテ円滑ニ行ハシメント欲セバ、須ラク草案ノ儘ニテ之ヲ公ケニシ、仮スニ歳月ヲ以テシテ、広ク公衆ノ批評ヲ徴シ、徐ロニ修正ヲ加ヘテ完成ヲ期スベキナリ」とされた¹⁸¹。この「法学士会」意見書は、それなりに抑制的かつ紳士的に批判を加えているが、その本旨はフランス民法典流の法典編纂を急がず、それを土台にわが国の風俗慣習をよく吟味し時間をかけて修正すべし、とするものであったと言えよう¹⁸²。

この「法学士会」意見書を受けて、主に英法派からその後陸続と旧民法の公布反対・実施延期を主張する論陣が張られた（英吉利法学校の機関紙「法理精華」や東京法学院の機関紙「法学新報」誌上の諸論稿）。これに対して民法系からは、民法実施断行の意見が強く主張され（「法治協会雑誌」、「明法誌叢」、「法政誌叢」誌上の諸論稿）、もってここに「法典論争」が本格的に展開されるに至った¹⁸³。ただし星野通（1900-1976年）の評価によれば、その「論争」で登場した論稿の中には「論説の体をなしていない雑文もまじっている」¹⁸⁴とされる。そこで本稿では、膨大な「論争」資料から筆者の関心をひいたいくつかの論稿のみ、紹介するにとどめたい。

ㄨ 積・前掲書（前注176）24頁。

180 星野（通）・前掲書（前注176）15頁、宮川・前掲書（前注175）77頁、穂積・前掲書（前注176）25頁。

181 星野（通）・前掲書（前注176）15頁、宮川・前掲書（前注175）77頁、穂積・前掲書（前注176）25-26頁。

182 なお宮川・前掲書（前注175）77-78頁の整理も参照。

183 宮川・前掲書（前注175）78頁参照。

184 星野（通）・前掲書（前注176）はしがき参照。

〔ii〕「延期派」の基本的見解

まず上記「法学士会」意見後の「延期派」の主張をみよう。上記「法学士会」意見書公表直後は、英法流の「不文法主義」の立場から旧民法の公布そのものを批判する論説があった。たとえば1889年（明治22年）6月の増島六一郎「法学士会ノ意見ヲ論ズ」¹⁸⁵では、「本邦ニ於テ現今ノ急務トスル所ハ成文ノ法律ニハアラズ」、「法典ノ編纂ハ（中略）其必要ヲ見ザルノミナラズ、甚ダ無益ノ業ナリ」とされた¹⁸⁶。さらに同年8月の奥田義人「箕作司法次官ノ演説ヲ分析セヨ」は、フランス法流の成文主義を是と

185 星野（通）・前掲書（前注176）16頁以下。増島六一郎については利谷・前掲書『日本の弁護士』（前注133）参照。

186 星野（通）・前掲書（前注176）20頁参照。これに対して「断行派」の立場から、わが国が「法典国」たるべきことを論じたのが、大井憲太郎「我カ帝国ニ於ケル法典ノ利害如何」（1891年〔明治24年〕）星野（通）・前掲書106頁以下である（在野法曹としての大井の活躍については、中村吉三郎「大井憲太郎」前掲書『日本の弁護士』（前注133）17頁以下参照）。なお法典論争の一側面として、フランス法型の「自然法学派」とイギリス法型の「歴史法学派」との対立（「学說的抗争」）があげられることもある。星野（通）・前掲書「旧民法と民法典論争」7頁、及び穂積陳重『法窓夜話』（1951年河出書房市民文庫、原書初出は1916年）205頁参照。ちなみにイギリスの歴史法学派としてはメイン（1822-1888年）とその後継者ヴィノグラドフ（1854-1925年）が挙げられる。阿南成一「歴史法学〔イギリス〕」尾高朝雄＝峯村光郎＝加藤新平（編）『法哲学講座第四巻・法思想の歴史的展開（Ⅲ）』（1957年）159頁以下（この阿南論文では、イギリス「歴史法学」が「その出発点において法社会的であった」こと。そのことを含めたメイン＝ヴィノグラドフとサヴィニー「歴史法学」との相違点の摘示〔特にメインの比較法的手法の重視〕、ヴィノグラドフによる当時の「社会主義的法学の萌芽」への言及がなされている〔ヴィノグラドフ自身は社会主義思想を「経済的決定論」として拒否していたとされている〕）。阿南・前掲論文161頁以下、171頁、175頁以下、182頁以下参照。ただし筆者が参照しえた限りでは、わが国英国法系の延期派からイギリス「歴史法学」に関する具体的な論及はないようである（ちなみに仁井田益太郎〔1868-1945年〕の回想によれば、そもそも当時の「法典論争」は英国法系と仏国法系と勢力争い〔その限りでの学派的対立〕にすぎず「歴史法学派」と「自然法学派」との論争のような「高尚な争ひではない」とされる。仁井田益太郎＝穂積重遠＝平野義太郎「仁井田博士に民法典編集事情を聞く座談会」法律時報10巻7号〔1938年〕14頁以下、特に15頁参照）。これに対して松尾敬一「穂積陳重」前掲書『日本の法学者』（前注32）

する箕作演説に対する批判のために書かれた小論である。その骨子は、フランス法の成文主義はリセー（ドイツのギムナジウムに相当するもの）及びコレージュ・ド・フランスを経験した学者・実務家によって支えられたものであるが、日本ではそういう高等教育システムに欠けるがゆえに日本の仏法学者にあっては「法典ヲ暗唱スルニ過ギザル」者が多い。これに比し、日本の英法学者は「其ノ脳漿ヲ鍛鍊する」者であり、「法律ヲ学ブト同時ニ其精神思考ヲ鍛鍊」する者であるがゆえによりよく成文法にも対処できる。要するに肝心なことは、単なる「成文不文ノ法律」の対比ではない、とする¹⁸⁷。この奥田義人（1860-1917年）の基本姿勢は、およそ次のようなものであったと言えよう。すなわち、教養ある帝国大学出身者からなる英法派であれば民法典（成文法）の解釈・適用にあたっても適切に対応できるのに対して、単なる司法省法学校出身からなる仏法派は民法の「暗記」には通じていてもその実用的運用ができないおそれが強いとするものであった、と。ここには、星野通のいう「両派閥多年の感情的喧嘩」論¹⁸⁸としての側面が早くも顔をのぞかせている（ただし上記奥田論稿は「不成文主義」、「時期尚早論」、「民俗慣習論」からの批判ではない点に注意しておきた

ㄨ57頁は、イギリス留学中の穂積が「直接サー・ヘンリー・メインから大きな影響を受け自己の法思想の原型を掴んでいたと見られる」としている。たしかに穂積・前掲書『法典論』（前注175）106頁、127頁以下、154頁等に、メインに関する言及がある（特に127頁以下では、メインの「身分から契約へ」のスローガンを肯定的に捉えているのが目を引く）。なお、五十川・前掲論文「日本民法に及ぼしたイギリス法の影響〈序説〉」（前注38末尾）3頁以下、特に18頁では、メインらの歴史法学派について、明治期の比較的早い段階から東京開成学校（のち東京大学）等での教育内容の一部として講義されていた旨が指摘されている。ともあれ、この点の評価は穂積陳重が「延期派」（英法派）にどのような影響力を与えていたかを含め、さらに実証的な研究が必要であろう。筆者にとっても今後の課題としたい。

187 星野（通）・前掲書（前注176）22頁以下。

188 星野（通）・前掲書（前注176）所収「旧民法典と民法典論争」7頁。なお、本来は星野通『明治民法編纂史研究』（1994年復刻版。原書初出は1943年）についても検討すべきであるが、本稿では及ばなかった。

い)。そのような「感情的喧嘩」論と異なり、江木衷「民法草案財産編批評」¹⁸⁹（1889年〔明治22年〕）は、かなり説得的に書かれている。たとえば旧民法草案財産編の「無形人」という表現を改めて「法人」とせよという主張は、その後そのまま旧民法財産編第1条に採用されているし、また「債権＝請求権」¹⁹⁰という江木の用語法も当時としてはきわめて斬新であり、かつ先進的なものであった（江木がヴィントシャイトの「請求権」概念¹⁹¹〔1856年〕を知っていたかは不明であるが）。しかし江木によるそれ以外の論点提示については、旧民法の「有体物・無体物」¹⁹²への批判のほかは、やや「感情的」な決めつけ論に近い。たとえば「予ハ法律ノ学術上応用上ニ於テハ全ク民法草案ヲ研究スルノ価値ナキモノト断言スルヲ憚ラズ」¹⁹³とか、「民法草案財産篇ハ初メヨリ終リマデ殆ト一條一句モ満足ノ所ナシ。揃イ

189 星野（通）・前掲書（前注176）25頁以下。ちなみに、江木衷（1858-1925年）の「法律解釈学」方法論に関する記述として後藤卷則「民法学の方法——末弘民法学までの素描」水本浩＝平井一雄（編）『日本民法学史・各論』（1997年）339頁以下、特に344頁以下がある。

190 星野（通）・前掲書（前注176）27頁。

191 ヴィントシャイト（1817-1892年）の「請求権」概念については、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』（1979年）に詳しい。

192 公布後の旧民法財産編第6条には「有體物トハ人ノ感官ニ触ルモノヲ謂フ即チ地所、建物、動物、器具ノ如シ」（その8条には「不動産」として土地と建物が挙げられている）とされ、それに対して「無體物トハ智能ノミヲ以テ理會スルモノヲ謂フ」として「物権・人権（人権とは債権のこと）」さらに「著述者、技術者及ヒ發明者ノ權利」が挙げられている（4条では、いわゆる著作権、特許権等につき「特別法ヲ以テ之ヲ規定ス」とある）。たしかに無体物の中に「物権・人権」を含めているのは問題であった（江木が「權利ト權利ノ目的物ヲ同一視スルコト能ハズ」と指摘しているのはその限りで当たっている（星野〔通〕・前掲書（前注176）32頁）。その他、1892年〔明治25年〕6月の延期派論文「法理上ニ於ケル民法財産篇ノ欠点」〔法学新報社説〕・星野（通）・前掲書193頁以下も同様の批判を行っている）。ただし旧民法は、無体物としていわゆる「知的財産権」をもすでに取り込んでいるのは、その長所の一つと言ってよい。ちなみに著作権法は、明治民法典施行直後の1899年（明治32年）に公布されている。

193 星野（通）・前掲書（前注176）26頁。

モ揃ツテ近世ノ法理ニ反対セル腐朽説ヲ陳列シ」¹⁹⁴などの表現にそれをみてとることができる。以上は旧民法（ボアソナード民法）公布直前の論稿である。そのあと旧民法公布直後に出たものとしては、1890年（明治23年）「新法典概評」（法律精華社説）がある¹⁹⁵。これは、旧民法が条約改正という政治的理由によって性急に法典化された点（時期尚早論）及びボアソナードによるフランス民法典の修正によってかえって「浅近陳腐」な法典となった点¹⁹⁶（しかし具体的にどこがどのように「浅近陳腐」であるのかには触れていない）、しかも明治帝国憲法公布直後の状況を反映してか「ローマン、カトリック教」を前提とするフランス民法典流の旧民法を「我日本帝国臣民ヲ支配スル定規」としてはふさわしくないと断じ、旧民法に従う限り「日本帝国臣民ナル觀念ヲ放擲セザルベカラザルナリ」としている点¹⁹⁷に特徴がある。これは直接「習俗慣習」論を根拠とするものではないが、日本的（帝国臣民的）「民法典」を志向する点では一定の共通性をもつものと言えよう（なお「浅近陳腐」論は先の「感情的喧嘩」論に近い）。

〔iii〕穂積八東による天皇制国家崇拜的「延期論」の特質

さらに1891年（明治24年）には、穂積八東による三つの論稿が出され「延期派」の勢いを強めた。同年4月25日の「国家的民法」¹⁹⁸は、その冒頭に「未来ノ民法ヲシテ少シク国家的ナラシメヨ」とかなり刺激的な一文から開始されている。しかしそのわりには、それなりに冷静な一文ともなっている。八東は、旧民法の立場が余りに「個人本位」なものであり「社会ノ富ハ社会ノ成果タルコトヲ忘レタルガ如シ」と批判する。そして「個人本位ノ民法ハ富者ヲシテ愈々富ミ貧者ヲシテ愈々貧ナラシムル」と

194 星野（通）・前掲書（前注176）31頁。

195 星野（通）・前掲書（前注176）54頁以下参照。

196 星野（通）・前掲書（前注176）58頁。

197 星野（通）・前掲書（前注176）59頁参照。

198 星野（通）・前掲書（前注176）81頁以下参照。

いう。だからこそ19世紀末の欧州各国の労働立法運動には民法学者も注意を払ってきたのだ、とする。八束のこの小品では、すでに「個人本位」の思想から「社会本位」の思想への転換が芽生えている。その限りで八束の民法観が端的に表現されていて興味を引く。とはいえ八束にあって、すでに日本「社会」は、あくまでも天皇制「国家」そのものであった点には留意が必要である。この点、八束の原文そのものからは表題の「国家的民法」の必然性は根拠づけられていない。ただし八束において、もっぱら「社会」はイコール「国家」であったとしたならば、八束の内面で「国家的民法」は、すでに自生的に根拠づけられていたとも言えよう。ちなみに八束は「社会ノ劣族ヲシテ民法ノ制定ニ干渉セシメバ或ハ其本位ハ国家的ナラシメンカ」とも言っている¹⁹⁹。その意図するところは必ずしも判然とはしない。しかしながら、少なくともこれを文字通りに解する限り、社会的貧者に民法制定を委ねるとするならば、それは「社会的民法」を自ずと通り越して「国家的民法」たらざるをえない、と考えられたのであろう。しかし、そこには大きな論理の飛躍があるようである。たとえ八束が社会的貧者の保護・救済を真剣に構想していたとしても、それが「社会的民法」ではなく、いつのまにか「国家的民法」にすりかえられている印象すらもつ。せいぜい家父長的家族制度こそがその家族構成員たる社会的貧民の保護主体であり、その家父長制的家族の集合体として八束流の天皇制「国家」が存在するとすれば、社会的貧民保護のための民法は、実に「国家的民法」たらざるをえなかったのであろう（それにしても八束が社会的貧者をもって「社会ノ劣族」と呼んでいるとするならば「おそらくそうであろうが」、そこには八束の思想的・政治的・階級的立場が如実に反映されていると言わざるを得ない）。そして実はそのことは、同年8月15日の「耶蘇教以前ノ欧州家制」²⁰⁰及び同月25日の「民法出テ、忠孝亡フ」²⁰¹において、きわめて端的

199 星野（通）・前掲書（前注176）82頁。

200 星野（通）・前掲書（前注176）85頁以下。なお穂積八束によれば、耶蘇ノ

な形で示されることになる。なお、この二つの論稿は時期的のみならず内容的にもほぼ同じものである。そこで以下では、もっぱら後者に依拠して引用を行う。すなわち八束は言う。——「我国ハ祖先教ノ国ナリ家制ノ郷ナリ権力ト法ハ家ニ生レタリ」²⁰²。かつまた「家長権ノ神聖ニシテ犯スベカラザルハ祖先ノ霊ノ神聖ニシテ犯スベカラザルヲ以テナリ。家族ハ長幼男女ヲ問ハズニ其威力ニ服従シーニ其保護ニ頼ル」²⁰³ものである。そして「一男一女情愛ニ由リテ其居ヲ同フス之ヲ耶蘇教以後ノ家トス我新民法（旧民法のこと）亦此ノ主義ニ依レリ是レ我国固有ノ家制ニアラザルナリ」（括弧内・引用者）とした上で「婚姻ニ由リテ始メテ家ヲ起スニアラズ家司ヲ永続センガ為メニ婚姻ノ礼ヲ行フナリ」とする²⁰⁴。このような観点から八束は、妻に子が生まれなければ「婦ヲ去ルコトヲ認メ」、また「家司ノ断絶ヲ防グ」ために他姓の子を「養子」とすることを認めるべし、という²⁰⁵。こうして八束によれば「家夫権」こそは「法ノ源タルコトヲ知ル」べきであり²⁰⁶、その「家夫権」の上に「万世一系ノ主権ハ天地ト共ニ久シ」とされたのである²⁰⁷。ところで八束による「祖先教」の実体は何で

ㄴ教（キリスト教）以前の欧州の模範は、ギリシャ・ローマの法制であった。星野（通）・前掲書83頁、85頁参照。

201 星野（通）・前掲書（前注176）82頁以下。

202 星野（通）・前掲書（前注176）82頁。

203 星野（通）・前掲書（前注176）83頁。

204 星野（通）・前掲書（前注176）83頁参照。

205 星野（通）・前掲書（前注176）83頁参照。

206 星野（通）・前掲書（前注176）84頁参照。

207 星野（通）・前掲書（前注176）85頁参照。ちなみに穂積陳重の、弟八束との関係における「二つの顔」（一つはロンドン留学時代に生まれ終生つらぬいた「法律進化論の学問体系」と、もう一つは八束と通底する「祖先祭祀と家制の信念」）を問題とする、福島正夫「兄弟穂積博士と家族制度——明治民法の制定と関連して」（原文初出は1979年）福島・前掲書『著作集第二巻・家族』（前注17）335頁以下、特に391頁以下が重要である。そのさい福島正夫は、兄重遠の「二つの顔」のもつ問題の複雑性を指摘するにとどめ、その内在的考察を今後の課題として留保している。さらに松尾敬一「穂積陳重」前掲書『日本の法学ノ

あったろうか。大体のところは上記引用箇所からもうかがい知ることができるのであるが、八東は1897年（明治30年）の『国民教育愛国心』という著作において、より率直に次のように言っている。すなわち「家長は祖先の威霊を代表し家族に対して家長権を行ひ、国に在りては天皇は天祖の威霊を代表し国民に対し統治権を行ふ。家長権と統治権とは共に君父か其の祖先の慈愛する子孫を祖先の威霊に代はりて保護するの権利なり」。さらに「吾人の祖先の祖先は即ち恐くも我か天祖なり（中略）天祖は国民の始祖にして、皇室は国民の宗家たり。（中略）天皇は現世にある天祖たり」²⁰⁸と。このような立場に立って、八東は旧民法を徹底的に批判し、

『者』（前注32）64頁も、「家族法諸論を中心にみられた穂積の思想はいかなる影を民法典に投じたか」と問いかけ「これは別に譲らざるをえない」とする。これに対して、たとえば白羽・前掲書『穂積陳重論』（前注173）14頁は、穂積陳重「祖先祭祀と日本法」（1901年〔明治34年〕）に触れ、その著作で「国体論者」たる陳重が「実に天照大御神を以て全國民の先祖となすものなり。抑も我等日本全國民は一大家族を形成するものにして、皇室は實にその宗室たり、臣民は總て其分家たる關係に在る」と説いている点に注目している（この発想はきわめて弟八東に近い）。これに対して、穂積重行・前掲論文（前注102）551頁以下は、陳重と八東につき「基本的な思想における対照は驚くほどに顕著である」とし、さらに陳重は「ドイツ法学に相対的な評価を与えつつ、これに日本における学問的な市民権を与えるべく努力」したのに対して、八東がドイツのラーバントに学びつつもその枠を超えて「天皇制国家の法理論」を確立せんとした点で、両者間の溝は深いとする（穂積重行・前掲論文553頁）。なお、穂積陳重の『法律進化論（1巻～4巻）』（1924年）についても検討すべきであるが、本稿では及ばなかった。陳重の『法律進化論』については、さしあたり堅田剛「穂積陳重の歴史法学——進化論から文体論へ」獨協法学35号（1992年）23頁以下、特に28頁以下、同「穂積陳重の法思想——立法と法学の使命について」獨協法学37号（1993年）23頁以下、特に28頁以下が詳しい。さらに利谷信義「戦前の『法社会学』」川島武宜（編）『法社会学講座2・法社会学の現状』（1972年）185頁以下、特に188頁以下及び松尾・前掲論文「穂積陳重」59-60頁、白羽・前掲書『穂積陳重論』116頁、123頁にも穂積「進化論」に関する記述がある。さらに平野義太郎「マルクシズム法学」鶴飼＝福島＝川島＝辻（編）『日本近代法発達史・8』（1959年）129頁以下でも、穂積「進化論」がマルクス主義といかなる関係を持ちうるかという観点から、かなり詳しい言及がなされている。

208 R.H. マイニア（佐藤幸治＝長尾龍一＝田中清明〔共訳〕）『西洋法思想のメ

「民法によって家族制度を破壊することはやがて天皇制国家全体を破壊することであり、帝国主義時代の世界において日本国家を衰亡させる途である」²⁰⁹とする観点を首尾一貫せしめたのである²¹⁰。ともあれ、これら八東の諸論稿（なかんずく「民法出テ、忠孝亡フ」）は「論争」のゆくえにかなり強い影響を与えたようである²¹¹。その後、この穂積八東ほど極端ではな

ㄨ継受・穂積八東の思想的考察』（1971年）72頁参照。なお穂積八東の『国民教育愛国心』については、筆者は直接参照していない。

209 長尾龍一「穂積八東」前掲書『日本の法学者』（前注32）97頁以下、特に106頁。

210 この穂積八東「民法出テ、忠孝亡フ」を批判する「断行派」からの論説として、和田守菊次郎「穂積博士民法ヲ誤解ス」（1891年〔明治24年〕10月15日）がある（星野〔通〕・前掲書〔前注176〕128頁以下）。ただしこの論説は、旧民法（特に人事・相続の二編）がすでに大幅に家督相続制、戸主権優位の条項を取り入れているにもかかわらず、八東が具体的に条項を挙げることをせずに旧民法を「個人本位」と批判する態度を反批判するものである。ちなみに和田守の論説も、財産法を念頭に置いて「民法中個人主義ニ基クノ条現存スル素ヨリ適当ニシテ怪ムニ非サルナリ」と言っている点は注目に値する（星野〔通〕・前掲書132頁参照）。

211 穂積陳重「法典実施延期戦」前掲書『法窓夜話』（前注186）203頁によれば、八東の「民法出テ、忠孝亡フ」が時の帝国議会での審議に「大きな利目（ききめ）」（括弧内・引用者）があったとされている（この点については、すでに小柳前掲論文・広中＝星野（編）『民法典の百年Ⅰ』（前注95）14頁に指摘がある）。また大村・前掲論文（前注175）39頁は、「八東の攻撃の確かさ」を指摘している。なるほど後でも確認するように、梅謙次郎も特に「人事（編）」をもって「国家ノ基」としていた。この点につき、大村は「穂積八東と梅謙次郎は延期派・断行派に分かれて対峙していたものの、いずれも「国家」を抜きに法典編纂を語ることはなかった。立場は違うものの、国家の利益に合致した民法典を編纂する必要があるという点では、彼らの意見は一致していたというべきであろう。彼らは国家的な公共性に奉仕するものとして民法を構想していたのであり、彼らにとっては法典編纂はまさに公事であったのである」とする。大村・前掲論文（前注175）40頁。しかしながら、問題の核心は、まさしく当時の国家の公共性の中身そのものであり、この点に関する八東と梅の異同の有無であろう。たとえば平野義太郎は、一方で八東の「国家論」を指して「天皇を家父長に奉戴する民族的家憲国家」としての「国体」論とする（前注208のマイニアの見解もほぼ同旨）。平野「官僚法学（法体制確立期）」鶴飼＝福島＝川島＝辻〔編〕『講座日本近代法発達史・3』（1958年）215頁以下、特に222頁。他方で平野は、梅の「国家論」については自由主義的「法治国家論」の官僚主義的再ノ

いものの、やはり「国家的民法」に通底する論説が出された。1892年（明治25年）5月25日の「法典実施延期意見」（法学新報社説）²¹²がそれである。それによれば「我憲法ハ君主ヲ以テ主権ノ本体ト為シ、君主ノ命ニアラザレバ以テ法トスルニ足ラズト為セリ」。にもかかわらず「民法ガ天然法ノ原則ヲ認メ法ハ人生自然ニ具備スルモノニシテ国家ノ意思ニ依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国体ニ背反スルモノト云フベシ」（傍点・引用者）と断じている²¹³。そしてこのような自然法を旨とする旧民法を指して「是昔時ルソー輩ガ唱道セル民主共和主義ノ民法ナリ」と論難している²¹⁴。そしてルソー流の「個人主義」を排し

ゝ編成として把握する可能性を示唆している。平野「明治法學史における一學派——とくに官僚的自由主義派、梅謙次郎博士の学説・思想の検討」『日本資本主義社会と法律』（前注134）61頁以下、特に74頁以下参照（ただし平野が、直接的に梅の「法治国家」観を論じているわけではない。この点、大村が指摘するように、梅も「国家」を無視して法典編纂にあたっているわけではない。ただし、それを八束のそれとなかば同列視するような理解が果たして適切であるのかという点をここで問題にしているにすぎない）。さらに中村哲「梅謙次郎の法思想」法学志林89巻2号（1992年）1頁以下も、梅が西園寺公望（1849-1940年）の「股肱の一人」であり（中村〔哲〕・前掲7頁注1）、西園寺の「世界主義」の影響を受けて「保守の権力主義」の立場に立つ八束と鋭く対立していた、と指摘する（中村〔哲〕・前掲24頁）。ともあれ、露骨な天皇制国家賛美を謳う穂積八束と比べて梅謙次郎による（天皇制的）国家論は抑制的である。ただし、それと同時に梅の政治的性格の複雑性は無視できない。すなわち梅は、優れた研究者・教育者であったと共に優秀な国家的高級行政官僚でもあったからである（法制局長官兼内閣恩給局長、文部省総務長官を歴任し、時の内閣総理大臣伊藤博文とも親交があった。なかんずく梅謙次郎が伊藤博文と出会って以降の思想的変化には、一定の注意が必要である。後注245参照）。そのような点に、梅の政治的性格の複雑性があらわされているように思われる。向井健「梅謙次郎」前掲書『日本の法学者』（前注32）87頁、90-91頁注10、注11参照。このような梅の複雑・多面的な政治的性格が、大村のいう「国家重視論」（八束との共通性重視論）とどのように共鳴し合うのか。これも今後の課題とせざるをえない。なお後注243も参照。

212 星野（通）・前掲書（前注176）171頁以下。

213 星野（通）・前掲書（前注176）178頁参照。

214 星野（通）・前掲書（前注176）178頁参照。

て「社会共同体」ないし「村落共同体」本位の民法とせよ、と主張している²¹⁵。

② 「断行派」の主な見解

〔i〕「断行派」の基本的見解とその諸特徴

以下では「断行派」の主要な見解をみよう。1891年（明治24年）8月から9月にかけて磯部四郎「新法制定ノ沿革ヲ述ブ」²¹⁶が出た。ここで磯部は主に延期派の「慣習論」の立場からの批判にこたえている。磯部は公法関係ではほとんど「慣習論」からの法典批判は出なかったのに比べ、私法関係で「慣習論」が法典批判の根拠とされていることのアンバランスを指摘する²¹⁷。その上で「慣習ト云フモノハ一度定マツテ、ソレガ何時マデモ遵奉シテ往ケルモノデ有ルカ無イカト云フコトヲ究ハメテ見ネバナラン」²¹⁸とする立場から、旧民法のもとでの新たな「慣習」の生育の可能性を承認する。さらに磯部は、「実ニ今日ニ至リ自由主義ハイケナイカラ自由主義カラ成立ツテ居ル、法律ヲ去ツテ古ノ封建制度ヲ行ハナケレバナラスト云フコトハ出来マスマイ」と述べ、かつての封建制度下の閉鎖的な商取引の障壁を取り去った現在の「自由主義」的商取引に適合的な成文民法典の必要性を説く²¹⁹。そして「日本人民ガ一般ニ法律ノ思想ニ富ンデ居ラス」²²⁰との認識を踏まえて、欧州民法典導入の必要性を強調しつつ「何処ノ法律ガ最モ早ク知レ易イカト云フニ仏蘭西ダ、其処デ始メテ仏蘭

215 星野（通）・前掲書（前注176）179-180頁参照。

216 星野（通）・前掲書（前注176）98頁以下。

217 星野（通）・前掲書（前注176）100頁参照。

218 星野（通）・前掲書（前注176）100頁参照。

219 星野（通）・前掲書（前注176）100-102頁参照。

220 星野（通）・前掲書（前注176）103頁。

221 星野（通）・前掲書（前注176）104頁参照。ちなみに当時ドイツでは、「ドイツ民法典第一草案」（1888年）が出た直後であり、いわゆる「第二委員会」においてその修正が議論されていた（第二草案は1895年に出されており、ドイツ民法典自体は1900年に施行された）。完成された民法典として真っ先に磯部の念頭に浮かんだのが「フランス民法典」（1804年）であったのも、やむをえないこゝ

西ヲ取ツタノデアル、是ガ仏蘭西ヲ取ツタ原因デアル」とする²²¹。また旧民法の条文がわかりにくいとの批判にこたえて、「専門ノ法律家ト云フモノガアルカラ分ラス所ハ其分ル人ニ就テ御尋ネナサレタナラバ分ル」と述べている²²²。また同年8月12日の塩入太輔「新法典ノ十大原則ヲ明ニス」²²³は、性法＝自然法を擁護する観点から特に旧民法第30条の「所有権」²²⁴を取り上げ、次のように述べている。すなわち「抑々所有権ヲ目シテ自然ノ権利ナリト言フハ性法ニ適シタル語ニシテ此権利発生ノ原理ハ実ニ人生ノ天性ニ基因スルモノナルヲ以テ、人々ノ発生ト共ニ生ズルモノナレバ、所有権ハ天賦自然ノ権利ナリト云フベシ」²²⁵。ここには小野梓の『羅馬律要』・『民法之骨（上篇）』をはじめとした自由民権運動期の市民的「権利」思想が根強く反映している。そしてそれは、基本的に旧民法の財産法思想を代表するものでもあった。さらに上記塩入論文と同年同日付の

ゝとであったかもしれない。

222 星野（通）・前掲書（前注176）106頁参照。磯部は、イギリスでも法律専門家が存在している事実を説いて、皮肉混じりにイギリス「慣習法」の分かりにくさを指摘している。星野（通）・前掲書同頁。しかし、とにもかくにも「市民」にとってわかりやすい法典であるべきことは「市民法」としての民法のあるべき姿だろうと思う。その意味で磯部四郎も、開明派ながら、あくまで「官僚法学」の一翼を担っていたといえるのかもしれない。

223 星野（通）・前掲書（前注176）108頁以下。

224 旧民法第30条「所有権トハ自由ニ物ノ使用、収益及び処分ヲ為ス権利ヲ謂フ。其権利ハ法律又ハ合意又ハ遺言ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ制限スルコトヲ得ス」（句点・引用者）。これは一見現行民法第206条の所有権規定と共通したもののようと思われる。重大な相違点は、現行法上民法206条が「所有権制限規定の冒頭条文」として置かれ、しかも206条は「法律」ではなく「法令」によって所有権を制限している、という点である。この点については、後ほどやや立ち入って論じる。

225 星野（通）・前掲書（前注176）110頁。この塩入の論説は、「自然状態」のもとにある「所有権」というジョン・ロックの発想と近似している。ただし「労働による所有権」というロックの観点はみられない。たとえば「私のものであった労働がそれに対する私の所有権を確立したのである」（傍点・原書）との観点につき、ジョン・ロック（鶴飼信成・訳）『市民政府論』（前注67）34頁参照。

226 星野（通）・前掲書（前注176）113頁以下、特に134頁、及び宮川・前掲書ノ

楠本正隆「法典断行ノ意見」²²⁶は、旧民法における身分法の大幅な修正を念頭に置いて、次のように言っている。「夫レ国ノ法典ハ完備上ニモ完備ヲ要ムル訳ナルガ故ニ関係者ガ此法案（旧民法のこと）ヲ編纂スルニ当リテハ法理ヲ究メ之ヲ我が風俗人情ニ照シ則リヲ仏蘭西民法ニ取りテ之ヲ補フニ其材ヲ伊太利ノ民法ニ求メ、尚ホ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無ク、十分ニ研究ヲ遂ゲ十分ニ修正ヲ加ヘタリ」（括弧内・傍点ともに引用者）。ここで楠本は、先にみた（1887年〔明治20年〕起草開始の）「身分法」草案に関するわが国風俗慣行に照らしたところの大幅な修正を前提に、「旧民法」の断行を強く主張している。しかも「身分法」草案の起草者たちが、その「風俗慣行」の調査研究を十分に行つたという旨の弁明も加えている。すなわちこれは、旧民法がその「身分法」については、明治民法（親族・相続編）における旧慣重視の「家」観念及び戸主権強化・長男子家督相続制等をすでに先取りしていたがゆえに旧民法を断行せよ、というに等しい主張であった²²⁷。

↘（前注175）130頁以下。

227 たとえば楠本は、特に「家督相続」を取り上げて、「旧民法」もまたこれを採用していること。さらにこの「家督相続」が「戸籍法ヲ始トシ漸次之ヲ補ヒ今日ニ至リテハ較ヤ欠クル所ナキ有様ト為レリ」とも述べている。星野（通）・前掲書（前注176）115頁参照。

228 星野（通）・前掲書（前注176）233頁以下。この梅の「法典実施意見」は、「法學史上古典ともいうことをうる」とされる。この点、平野義太郎・前掲書（前注134）82頁参照。なお向井健「梅謙次郎」前掲書『日本の法学者』（前注32）73頁以下、特に82頁も、この平野説を踏まえて、梅の「法典実施意見」をもって「よく官僚法学派のブルジョア自由主義者としての彼の面目を示している」とする。ただし梅については、フランス民法の擁護にみられる「ブルジョアの自由主義者」としての梅の「市民法論」的側面と、「法と命令の等置」にみられる「官僚法学」的側面それぞれの「具体的分析」が必要とされよう。本稿の梅分析は、そのことを自覺的に意識したものである。

〔ii〕梅謙次郎「法典実施意見」とその若干の評価及び「法典論争」の結末
 その翌年1892年（明治25年）5月21日、梅謙次郎「法典実施意見」²²⁸が出た。そこで梅は、九点に渡って法典実施断行の理由を述べている。ここでは重要と思われる点に絞って記しておく。以下、六つの点を指摘することができよう。(1) まず梅は、法典実施が喫緊の課題となっていることを指摘する。すなわち「実ニ一日モ法典ノ実施ヲ猶予スルコトヲ許サルノ需要アルヲ見ルナリ」という。その理由として梅は、現今の取引実態や法的紛争の増大に鑑みて「裁判所ニ適用スル所ノ法律、其法官ガ遵奉スベキ規程ハ漠トシテ捕捉スルコト能ハズ」という点を挙げている²²⁹。(2) つぎに梅は、条約改正との関係で民法典の施行が急がれるという。すなわち「若シ法典ヲ実施セザレバ到底条約ノ改正ヲ望ムベカラズ」とする。なぜならば「外人ノ多数ハ我邦ニ於テ今日尚ホ封建時代ノ旧習ニ依リテ裁判ヲ為スモノ」と考えており、よって「各人ノ権利義務ヲ明確ニスルニ非ザレバ」外国人は到底日本人を信用せず、わが国の正当な要求も聞き入れられないことになるからである、という²³⁰。その際、梅は旧民法をもって

229 星野（通）・前掲書（前注176）233頁参照。

230 星野（通）・前掲書（前注176）234頁参照。仁井田益太郎の回想によれば、1894年（明治27年）7月16日のイギリスとの条約改正（日英通商航海条約）の付属外交文書で「民法・商法等が完全に施行されなければ改正條約は効力を生じないと云ふ事になつて居つた」とされている。前掲「仁井田益太郎博士に聞く座談会」（前注186）16頁参照。これに対して、延期派からは不平等条約の原因は「我国体宗教」及び「人情風俗」に関する欧米との違いに基因するのであって、「法典編纂ト条約改正トハ毫末ノ関係ダモ有セザルモノナルコト甚ダ明カナリ（中略）前外務大臣青木子爵ノ如キモ条約改正ト法典編纂トハ些ノ関係ナシト明言セラレタリ」との意見も出されていた。花井卓蔵「法典ト条約改正」（1895年〔明治25年〕5月25日）、星野（通）・前掲書190頁参照（ちなみに花井卓蔵〔1868-1931年〕は英法系の人権擁護弁護士・刑事手続改革派弁護士として名高い。小田中聡樹「花井卓蔵」前掲書『日本の弁護士』〔前注133〕177頁以下参照）。ともあれ、いずれにせよ結果的に時の明治政権が国家方針として条約改正（の完全実施）を急いだことは事実だろうと思われる。この点につき、法典論争が激烈に闘われたわりには「綺麗に手を握つて（その後の）法典編纂をメ

「或ル点ニ於テハ我ガ法典却テ彼レノ法典（欧州諸国の法典を指す）ニ超絶セル」（括弧内・引用者）ものとなっているとして、旧民法の長所を指摘している（ただし具体的な例示はない）²³¹。(3)さらに梅は「学理ノ新古ヲ以テ（中略）法典ノ良否ヲ占ス可カラズ」として、旧民法の立場を擁護している。この論旨は、それほど具体的なものではない。おそらくフランス民法典が1804年に出され、約90年も経っていわば「古臭くなった」。むしろ近時のドイツ民法草案を参照して法典編纂にあたるべきであるとの「延期派」の意見を念頭に置いて書かれたものであろう²³²。この点、梅は特にローマ法をとりあげ次のように言っている。「羅馬ノ古法ノ如キハ尤モ家族ヲ重ンジタリシガ是レ今日ハ既ニ陳腐ニ属シ漸次変遷シテ個人制度之レニ代ハルニ至レリ」。ところが「我邦ニ於テハ封建ノ余習ヲ承ケ家族制度ナホ確立スルガ故ニ羅馬ノ旧主義却テ我邦ノ今日ニ適応スルモノ多シ」。

▼やつた。（中略）非常にすらりと行つたものですね」（括弧内・引用者）という穂積重遠の質問に対する仁井田益太郎の回答——「（条約改正のためには）法典を早く作らねばならぬ。そこでもはや英法派でもない、佛法派でもない、法典編纂に就ては皆一致したわけです」（括弧内・引用者）という指摘が参考になろう。前掲「仁井田益太郎博士に聞く座談会」（前注186）16-17頁参照。なお「条約改正と法典編纂」に関する概観として、長谷川＝利谷・前掲論文（前注8）36頁以下参照。

231 星野（通）・前掲書（前注176）235頁参照。

232 1892年（明治25年）6月25日の延期派論説「法理上ニ於ケル民法財産篇ノ欠点」（法学新報社説）・星野（通）・前掲書（前注176）192頁を見ると、「今日文明諸国ノ法典中最モ古キ仏国ノ法典ヲ模範トシタルハ近世ノ法理ニ反スル」と述べており、さらに「今日文明諸国ノ法典中最モ発達セル学理」によって編纂された法典（案）として「独逸帝国民法草案」が例示されている。ただし梅の論説は、その直前の同年5月21日であるから、梅が上記延期派社説を直接参照してその断行意見書を書いたわけではない。参考となると思われるのは、1890年（明治23年）6月・7月の延期派論説「新法典概評」（法理精華社説）、星野（通）・前掲書57頁における「新法典ハ全ク学理的ノ思想ヲ欠ク者ト評スルモ敢テ過言ニアラザルナリ（中略）其理論タル古代ノ法理論ニシテ現世紀ノ法理論ニ非ザルナリ」という記述であろうか。なお富井政章による法典延期「理由」にも留意が必要であろう。本稿前注133参照。

よって「主義ノ新古ヲ以テ（中略）法典ノ良否ヲ判セント欲スルガ如キハ吾輩其可ナルヲ知ラザルナリ」²³³と。(4) 第四に梅は、「民法ガ憲法ト抵触スト云フハ誤解ナリ」と述べる。特に旧民法における「公用徴収」と憲法との関係を問題にしている。とりわけ旧民法財産篇第31条第2項が「動産ノ公用徴収ハ毎回定ムル特別法ニ依ルニ非ザレバ之ヲ行フコトヲ得ス」と規定していることをもって、この動産中に「租税」を入れ込んで理解した上で明治憲法62条と抵触するという延期派の批判（すなわち帝国憲法62条は「租税法律主義」を定めるのみであり、税法を「毎回定ムル特別法」とは言えないとする批判）を次のように反批判している。すなわち「公用徴収」とは「一私人ノ権利ヲ公益ノ為メ強イテ国ニ譲受クルヲ云フ」のであり、そのことは帝国憲法27条「日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サル、コトナシ。公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」（句点・引用者）をみても明らかである、とする²³⁴。その上で「動産ノ公用徴収トハ美術品、歴史上ノ文書等ヲ強イテ国ニ譲受クルヲ謂フ」²³⁵のであって、「動産」の中に「租税」を含めて旧民法を批判するのは「我邦ノ法律ヲ知ラズシテ之ヲ批評スル」ところの誤謬である、とする²³⁶。(5) 第五に梅は、民法と行政法との関係に立ち入って延期派の立場に反論している。しかしここには梅における行政法（行政権）優位の発想がすでに現れている。梅によれば、延期派は

233 星野（通）・前掲書（前注176）235頁参照。ただし、梅によるこのような形でのローマ法の援用はそれほど説得力をもちえなかったのではないかと推測される。

234 星野（通）・前掲書（前注176）236頁参照。なお当時、すでに公用徴収法が存在したことについては、旧民法財産編第31条第1項に「不動産ノ所有者」は「公益ニ因由シ且公用徴収法ニ従ヒテ定メタル償金ノ拂渡ヲ予メ受クルニ非サレハ其所有権ノ譲渡ヲ強要セラルルコト無シ」と規定されていることから知ることができる。

235 星野（通）・前掲書（前注176）236頁。美術品や歴史上の文書等が、国公立所有の財産として国公立の美術館や博物館等に所蔵される場合を想定しているものと思われる。

236 星野（通）・前掲書（前注176）236-237頁参照。

「法律ト命令トヲ區別セント」（傍点・原書）する立場から、旧民法が行政命令を束縛し「以テ憲法ト相撞着スルニ至ル」と批判していた²³⁷。これに対して梅は、旧民法でいう「行政法」とは「敢テ憲法ニ所謂法律ノ意味ニ非ズ」としつつ「主権者ガ直接、間接ニ定メタル諸般ノ規則ヲ総称セルモノナリ」とする。それゆえ「憲法上ノ法律タルト命令タルトヲ問フコトナシ」（傍点・原書）というのである²³⁸。ここにはその後の法典調査会で「法律による所有権制限」ではなく「法令による所有権制限」を提案し、皮肉にも穂積八束と「共同戦線」を張ることになった梅謙次郎自身の「制限」が示されている²³⁹。(6)最後に梅は、旧民法（特に「人事編」）の立場が「倫常ヲ壊乱スト曰フハ讒誣ナリ」と延期派を批判する。梅によれば旧民法のうち「人事編」こそ「其尤モ宜シキヲ得タルモノトスベシ」と理解されている²⁴⁰。ゆえに「民法出デ、忠孝亡ブト是レ徹頭徹尾誤謬ノ妄言タ

237 星野（通）・前掲書（前注176）237頁参照。

238 星野（通）・前掲書（前注176）237頁参照。なお旧民法財産編第34条には土地所有権に対する規制として「行政法ヲ以テ定メタル規則及ヒ制限」という文言があった。

239 梅によれば「警察権ノ作用」としての所有権制限も、明治憲法27条の「法律による所有権制限」の中に当然に含まれることになる。なぜなら梅は、そもそも明治憲法上「法律」と「命令」との違いが承認されておらず、憲法自体が「法律」の文言中に「命令」を含んでいるとする立場を採用しているからである。星野（通）・前掲書238頁参照。なお梅による、このような「法と命令の等置」はドイツの公法学者ラーバント（1838-1918年）の命題として著名であり、その弟子であった穂積八束もこの観点を継承していた（しかも、それを道徳＝倫理上位型の「神聖」天皇制の法思想として「歪曲」した）、とされる。マイニア・前掲書（前注208）139頁以下参照。八束とラーバントについては、長谷川正安「憲法学史（中）〔学史〕」鶴飼＝福島＝川島＝辻（編）『講座日本近代法発達史・7』（1959年）155頁以下、特に167頁も参照。ところで「法と命令の等置」において、梅謙次郎も八束と同様の立場を示したのはなにゆえであるのか。今後の課題としたい。ただし、その後「法典調査会」では、梅は「法と命令の等置」から「法と命令の區別」へと、その姿勢を「転回」させている。この点後述のところを参照。

240 星野（通）・前掲書（前注176）239頁参照。

ルニ過ギズ」とされる。要するに「人事ハ国家ノ基ナリ」²⁴¹、「我が人事編ニハ戸主アリ家族アリ養子アリ庶子アリ離婚アリ毫モ從來ノ習慣ニ上ニ存スルモノヲ廢セズ（中略）力（つと）メテ激変ヲ避ケント欲シタル立法者ノ苦心ハ章々節々ニ現レタリ」（括弧内・引用者）とする²⁴²。ここには、梅謙次郎による旧民法擁護のための「苦心」の跡が切迫感をもって表現されている²⁴³。

241 星野（通）・前掲書（前注176）240頁。

242 星野（通）・前掲書（前注176）239頁参照。梅によれば、耶蘇教（キリスト教）においてこそ父母への孝が強く説かれており、さらに「君権ハ神権ナリト云ヘル学説ハ実ニ耶蘇教ヨリ出デシコトハ人ノ皆知ル所ナリ」ともされる。星野（通）・前掲書同頁参照。

243 たとえば許末恵「梅謙次郎「家族制ノ将来ヲ論ス」（法学志林33号〔1902年〕）その他略」加藤雅信（代表編集）『民法学説百年史』（1999年）637頁では、梅がここで旧慣的家族制度の採用につき旧民法立法化のために「現実的な立場」で論じており、実際はヨーロッパ型の「親権、父権若クハ夫婦ヲ以テ組立テ居ル家ノ新ナル觀念」を擁護していたことが紹介されている。ちなみに平野義太郎は、特に梅謙次郎による婚姻・離婚の「契約思想」を挙げて、これを「封建主義を闘争克服する自由主義」思想の現れとして「大きな歴史的意義が附與されている」と評価する。平野・前掲書（前注134）96頁参照。この梅による婚姻・離婚の「契約思想」は首尾一貫していたと思われる。たとえば「婚姻ハ人生ノ一大重要ナルガ故ニ其當事者ハ眞ニ其意思アルコトヲ要ス。從來往往ニシテ行ハルルカ如ク単ニ父母ノ意思ヲ以テ之ヲ定メ當事者ヲシテ之ニ服従セシムルカ如キハ到底文明國ノ婚姻ノ性質ニ適セス」とか「婚姻ハ素ト當事者ノ契約ニ成ルガ故ニ又其契約ヲ以テ之ヲ解消スルコトヲ得ヘキハ理ノ當然ナリ」という記述にそれがあらわされている。梅謙次郎『民法要義卷之四・親族編』（1989年）106頁以下及び198頁参照。なお福島正夫（編）『明治民法の制定と穂積文書——「法典調査会 穂積陳重博士関係文書」の解説・目録および資料』（1956年）52頁以下の民法原案起草分担表によれば「婚姻」に関する冒頭説明担任者は梅謙次郎となっている。ちなみに上記福島（編）『明治民法の制定と穂積文書——「法典調査会 穂積陳重博士関係文書」の解説・目録および資料』を含めて、あらたに日本近代立法資料全集別巻1・福島正夫（編）『穂積陳重立法関係文書の研究』（2000年）が刊行された。これには上記資料以外に福島正夫（編）「穂積陳重博士と明治・大正期の立法事業——穂積陳重博士関係文書の解説・目録および資料」のほか、詳しい「解説」（清水誠、川田昇、吉井蒼生夫）、「復刻版利用者のために」（廣中俊雄）等の貴重な文書・資料が含まれている。

しかしながら結局、上記「法典論争」²⁴⁴は、延期派勝利のうちに終わっ

244 なお戦後、主に星野通と中村菊男（1919-1977年）との間で、「法典論争」（民法典論争）に関する「論争」が展開された。その趣旨は、上記本文で一応確認できたように、「法典論争」を（1）学派間（英法派〔独法派〕即ち延期派と仏法派即ち断行派との間）の対立とみるか、（2）条約改正の影響をどのように捉えるか、（3）旧民法（身分法・相続法）と明治民法（親族編・相続編）との「差異」を質的にどのように評価するか、さらに（4）延期派と断行派とがその基盤とする経済的・社会的・政治的基礎をどのように評価するかに関する「論争」であったとされる。宮川・前掲書（前注175）84頁以下参照。この「論争」は、3年半に及ぶ「長期の論争」であった（宮川・前掲書88頁）。そのことからわかるように、複雑で多岐にわたる論争であった。しかし結果的に「抽象的な解釈論議として終わることになってしまった」とされる（宮川・前掲書91頁）。本稿で筆者はこの「論争」に正面から立ち入る余力がない。ただし一応、さしあたり以下のように言えるのではないかと考える。すなわち筆者は、上記（1）について、決して「学派間の対立」を無視できないものの、それをサヴィニー・ティボー論争に匹敵するものとはみない（後者ドイツ型「法典論争」の方が「市民法的民法典」の在り方について理論的かつ思想的に自覚の程度が高かった）のであり、その意味でより建設的な「法典論争」であったと考える。また（2）については、「条約改正」につき「断行派」の立場が当時の明治政権の公式立場に立つものであり、この点に関する延期派の主張は半ば言いがかりにすぎないと考ええる。ただ（3）に関する評価は難しい。とりあえず筆者は、「人事編」の構成としてまず「私権の享有」（権利能力の原則的平等）を掲げ、その後「婚姻」、「離婚」、「親子」、「後見」等を規定した上で、末尾近くで「戸主及び家族」に関する規定を置いた点（仁井田益太郎解題『旧民法』〔1943年〕259頁以下及び星野〔通〕・前掲書〔前注176〕2頁参照）は、たしかに明治民法（親族・相続編）との重要な違いであると考ええる。また個別的にみると、婚姻不成立要件に関する「自由意思」（男女の別を問わない）の尊重（人事編55条）及び婚姻届出時の「自由意思」（男女の別を問わない）の尊重（人事編59条1号）が読み取れる点を評価したい。さらに旧民法では、私生子の認知による「嫡出子」への身分転化は「父ノ認知」によるものとされ（人事編103条参照）、基本的に妻妾制度の存在を否定する趣旨であったものと解される。これに対して明治民法827条2項は、「父カ認知シタ私生子ハ庶子トス」として「父」が認知した場合には「庶子」に格上げされるとされた（母に対する関係では「私生子」として扱われた）。この点、梅謙次郎『民法要義卷之四・親族編』（1899年〔明治32年〕257頁以下の解説によれば、「是レ従来ノ慣習ニ依レルモノ」とされ、「蓋シ昔妾ヲ公認シタ結果ニシテ妻ハ妾ト同シク二等身トセルガ故ニ（中略）之ヲ庶子」とする、という。その実質的な理由は、梅が妾の存在を前提としながら、「夫」が「妾」以外にいわゆる「下女」（梅は「婢」と称している）にも子を産ませることがあるので、ノ

た²⁴⁵。上記梅謙次郎の「法典実施意見」公表（1892年〔明治25年〕5月

ゝこの後者の場合を含めて私生子と区別するため一律に「庶子」としたとする（この点、早川・前掲書〔前注18〕254頁以下及び260頁以下も参照）。なお家督相続の順位に関して「庶子」が「私生子」に優先する（明治民法970条4号）等の効果上の差異が存在した点も重要である。ともあれ、上記のような観点からするならば、旧民法人事編では「一夫一婦制」が採用されていたという星野通の見解も首肯できる（星野〔通〕・前掲書〔前注176〕2頁参照）。以上の諸点に照らして、旧民法人事編の明治民法（親族・相続編）との対比における「近代性」肯定論（星野〔通〕説）を支持したいと考える。(4)については経済決定論的・機械主義的「断定論」はむしろ斥けるべきであるが、「法典論争」の背後に経済的・社会的・政治的基盤に関する少なくない影響があったことは否定できないし、また否定するべきではないと考える（この点は、基本的に宮川「日本民法典論争の考察の立場」・前掲書〔前注175〕99頁以下で示された見解を踏まえている）。なぜなら、延期派の背後にプロイセン型（ドイツ型）「大日本帝国憲法」の公布・施行の事実があったことは決して無視できないからである。かつまたそれは、特殊日本型＝天皇制絶対主義型の資本主義社会形成の「起動因」となったのであり、政治力学的にみてもそれを支援する「中央集権的天皇制絶対主義」支持派が「支配的」であったと考えざるをえないからである（これらのことは、すでに本文中「その時期の一般的な動向」で示したことでもある）。以上を総合的に観察する限り、星野（通）＝中村（菊）論争では、前者に軍配を上げるべきではないかと考える。ただし、より本格的な検討は後日に留保せざるをえない。

- 245 伊藤博文、井上馨、井上毅（1844-1895年）、伊東巳代治（1857-1934年）、後藤象二郎（1838-1897年）らの政治的有力者が旧民法の施行に反対していたことも「法典論争」における延期派勝利の一因とされる。大久保泰甫『日本近代法の父ボアソナード』（前注148）160頁、小柳春一郎前掲論文・広中＝星野『民法典の百年Ⅰ』（前注95）14頁参照（特に伊藤博文について、梅謙次郎は、その後の法典調査会で伊藤が「法典論争」による喧騒の余波を手際よく取り鎮め、かつ調査会総裁としていかに優秀な指導の手腕を発揮したかということ、さらに伊藤によるその指導が日清戦争の勃発によって惜しくも途切れたこと等を回想している。梅・前掲論文〔前注172〕964-965頁参照）。他方、遠山茂樹「民法典論争の政治的考察」前掲書『民権論からナショナリズムへ』（前注64）247頁以下は、延期派、断行派いずれも「国家的立場からの民法編纂を志向していること」を重視する観点から「法典論争」を「近代対封建」の争いのような「本質的」なものではなかった、と規定している。遠山・前掲論文248頁参照。すなわち遠山によれば、延期派が「国家思想」の重視とか「憲法上の命令権を減縮することになってはならない」として挙げていた主張を、そのまま断行派が〈反論〉の理由に仕立て上げていること、つまりは国家思想に反しているのはいゝ

21日)直後の同年6月10日、貴族院提出の「民法商法施行延期法律案」が衆議院で可決されたのである(天皇の裁可を待って同年11月24日公布)²⁴⁶。さらにその翌年(1893年〔明治26年〕)3月25日——すでに指摘したように——民法等の修正義務を課せられた政府の手によって「民法商法及附属法律ヲ調査審議」させるため「法典調査会」が設置された²⁴⁷。以下では、その概要のみ確認しておく。

ゝずれかという論法にすりかわっているだけの〈反論〉であるにすぎず、延期派も断行派も「国家思想重視」という点で差異はなかった、と批判される。この点、傾聴すべき見解であるが、当時「帝国憲法」下での国家重視はいわば「一般的傾向」であった。問題は、国家思想重視という場合の「思想」の中身であろう。たとえば延期派・穂積八束の「家」的＝祖先崇拜的「天皇制思想」と断行派・梅謙次郎の「国家重視」論とがどこまで重なり合うものなのか。今少し掘り下げた検討が必要であるのかもしれない。本稿前注211も参照。

246 広中俊雄『日本民法典編纂史とその資料・旧民法公布以後についての概観』広中(責任編集)『民法研究第1巻』(1996年)137頁以下、岡孝「法典論争から明治民法成立・注釈時代」水本=平井・前掲書(前注8)83頁以下参照。やや詳しく述べると、1890年(明治23年)冬の第一回帝国議会で商法(当初1891年〔明治24年〕施行予定)の施行を延期して民法と共に1893年(明治26年)に施行することが定められたところ——その直後の「法典論争」などの影響もあって——1892年(明治25年)の第三回帝国議会(貴族院、衆議院の順)において1896年(明治29年)12月31日まで4年間の施行延期案が可決された。その後、1896年3月の第九回帝国議会において民法総則・物権・債権編(前三編)の修正案が可決されたが、その施行は同年12月第十回帝国議会で延期された(民法親族・相続編(後二編)については継続審議)。そして1897年(明治30年)6月、法典調査会が後二編の審議を再開し、それが1898年(明治32年)4月まで継続。同年5月・6月にかけて第十二回帝国議会において(衆議院・貴族院の順で)後二編の修正案を可決、同年7月に民法全体が施行された。梅謙次郎・前掲論文「伊藤公と立法事業」(前注172)962頁以下、穂積陳重「民法編纂」『法窓夜話』(前注186)209頁以下、さらに広中・前掲『民法研究第1巻』所収141頁以下の年表参照。

247 岡・前掲論文(前注246)84頁、大久保=高橋・前掲書(前注168)308頁参照。なお穂積陳重らによる「法典調査ノ方針」については、その一部につき先に本文中で触れた(本稿前注174とそれに対応する本文参照)。なお広中俊雄(編著)・前掲書『民法典編纂の新方針』(前注174)579頁以下も参照。

（4）明治日本民法典の成立

① 法典調査の方針

まず法典調査の基本方針を指摘しておきたい²⁴⁸。その一は、「合議ノ重視」である。この点、「正確なる判断力と嚴肅なる辞章とを兼ね歴史に通じ哲学に明らかにして博く内外の法律に通曉する者」（傍点・原書）による法典編纂が望ましいが、それはもとより困難なことであるから、「協同合議」して「数人の長所」を得て法典を起こしてゆかざるをえないとする穂積陳重の見解²⁴⁹が大きな影響を与えた²⁵⁰。また——これはすでに指摘したことだが——新たな民法典は「既成ノ法典」（旧民法）を土台にして、これを修正する形で起草することが確認されている。そこで「民法典にフランス法の強い影響があるのも、多くはこの「法典調査ノ方針」に由来する」とされる²⁵¹。第三に民法の編別構成について、総則、物権、債権、親族、相続の五編とすること²⁵²。この点につき起草者は、明らかにドイ

248 小柳春一郎前掲論文・広中＝星野『民法典の百年Ⅰ』（前注95）16頁以下参照。

249 穂積陳重・前掲書『法典論』（前注176）131頁以下、同「民法編纂」『法窓夜話』（前注186）209頁以下参照。

250 小柳前掲論文・広中＝星野『民法典の百年Ⅰ』（前注95）16頁、井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）164頁（山中〔永〕）参照。

251 小柳前掲論文・広中＝星野『民法典の百年Ⅰ』（前注95）17頁。

252 大木雅夫「世界における我が国の民法——日本民法典の系譜」法学教室1995年10月号29頁以下、特に35頁は、このようなパンデクテン方式の採用についてはプーフェンドルフ・フーゴー・ヴォルフ以来の長年の伝統的蓄積を有するものであるとの観点から「わが国の民法典がパンデクテン編別をとったことは、やはり継受の問題を考える際には重要な意味がある」とする。さらに大木は「十九世紀には、フランスとドイツとの法学交流は緊密であり、ロマン・ゲルマン法族として把握されるまでになった。それをわが民法典の起草者たちが精力的に推進したとはいえないであろうか」と問題提起している（大木・前掲論文35頁）。かてて加えてわが国の民法起草者が、フランス民法、ドイツ民法第一草案及び第二草案、オランダ民法、スイス債務法、スペイン民法、ベルギー民法草案、イギリス単行法等を参照して民法編纂事業に携わったことを指して、大木は起草者をもって「比較法の折衷者」とも言っている（大木・前掲論文34頁）。そして今や「ドイツ法にあらずんば法にあらず」という明治民法制定直後

ツ民法型的方式²⁵³を採用したことになる（中でもザクセン民法の方式の採

ゝの極端な傾向は廃れ切り、逆に「[源に帰れ]との革命的な叫び」すら生じている現状を踏まえつつ、その場合に忘れてならないことは「わが民法典の起草者たちが比較法的折衷者として活動したからには、比較法的折衷による「比較法的・普遍的解釈方法」(ツヴァイゲルト)を用いることが自然ではないか」とも言っている(大木・前掲論文36頁参照)。この点は法解釈学における比較法学の役割にかかわることでもある。本稿の続編でも検討を試みる予定である。ちなみに仁井田益太郎の回想によると、当初「債権編」は「人権編」とされていたが、「人権」という用語ではその対象が広すぎてしまうので起草者間の合議で「債権」と改められたことが述べられている。前掲「仁井田益太郎博士に聞く座談会」(前注186)18頁参照。

253 このドイツ型民法典の方式採用のプロセスに関しては、伊藤博文の憲法顧問を務めたロエスレル(1834-1894年)のかなり強い影響が指摘されている。向井健「民法典の編纂」福島正夫(編)『日本近代法体制の形成(下巻)』(1982年)313頁以下、特に390頁以下参照。その中で向井は、ロエスレルが「日本民法編纂方法ニ関スル意見」(1887年〔明治20年〕頃にかかれたもの)を著して、民法が「其政体ト相関係」するものであると論じ、「君主政治又ハ貴族政治ノ主義ニ基キタル民法ハ必ず君主政治又ハ貴族政治ヲ施スニ便ニシテ、之ヲ維持スル為ニ或ハ必須措クベカラザルモノ」でなければならない、という。その上でロエスレルは、上記の点に照らしてドイツ民法典は保守的な傾向を有しており、貴族政体・君主政体に適している旨を指摘している。さらにそのような観点から、当時進行中のボアソナード民法草案を標的に批判し「甚ダ危険ノ恐アル法律ヲ制定センヨリハ暫ク其編纂事業ヲ中止スルノ勝レルニ若カザルナリ」と結論づけている。こうして結局、その後ボアソナード民法は、ほぼロエスレルの主張通りの線で没落の運命を辿らざるをえなかったのである(とはいえ、ボアソナード民法がなお現行民法〔財産法〕に影響を及ぼしている点については、すでに指摘した〔前注96参照〕)。向井健は、そのロエスレルの「意見」の原点を「明治14年(1881年)政変」(イギリス的立憲君主制を支持していた大隈重信を政権からの追放した事件)のうちに見てとっている(向井・前掲論文387-388頁参照)。その政変を主導した井上毅が1881年に「独乙学ヲ奨励ス」と主張し、同年に「独逸学協会」が設立され、井上毅をはじめ加藤弘之、西周、青木周蔵らドイツ派の面々が主唱者となったとされる(そしてその当時上記「協会」は、当面の課題としてドイツ型の「帝国憲法」の編纂構想をもってたと推測される。ロエスレルはそのようなドイツ型憲法構想を日本民法典編纂にも応用しようとしたことになる)。こうして最後に、向井は「『この明治14年以来、明治民法が完成するまで、岩倉・伊藤のもとで陰の立役者としてその基本構想の創案・諸問題の調査・憲法草案の起案起草の一切を担当した人物』である井上毅こそ、実はまたドイツ主義への転回の枢軸を操作した中心的人物として改メ

用)²⁵⁴。

周知のように法典調査会では、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎がそれぞれ起草委員として主導的役割を果たした²⁵⁵。財産法では、基本的に近代

ゝめて認識されるべきであろう」という（向井・前掲論文393頁。なお引用文中の『 』内は、向井が大久保利兼「明治14年の政変」〔向井・前掲論文394頁注6〕から引用した文章である）。

254 この点については、穂積陳重・前掲書『法典論』（前注176）124頁以下の記述（「論理体の法典」に関するドイツ民法方式〔なかでもザクセン方式〕の合理性）が影響していると思われる。ちなみに1879年〔明治12年〕に穂積陳重が在留中のイギリスからドイツ留学へ切り替えた理由〔の一部〕として、ドイツにおける比較法学の隆盛とドイツにおける大学教育の優秀性を挙げていたこともこれと関わりをもつかもしれない。穂積は、当時のドイツ法学＝パンデクテン法学への志向をもっていたという推測も成り立ち得よう。ベルリン大学ではブルナーの「ドイツ民法」を聴講していた。以上の点につき、穂積重行『明治一法学者の出発——穂積陳重をめぐる』（1988年）217頁及び234頁、240頁、白羽・前掲書『穂積陳重論』（前注173）123頁参照。なお、ドイツ民法型の編別構成に関する穂積陳重の「イニシアチブ」については、小柳前掲論文・広中＝星野『民法典の百年Ⅰ』（前注95）17頁も参照。

255 三人の起草者のうち、穂積陳重については白羽祐三・前掲書『穂積陳重論』（前注173）81頁以下の指摘に注目しておきたい。たとえば白羽は、サヴィニーと穂積との相違点を指摘する（白羽によれば、サヴィニーが「市民法的」ローマ法の立場から学識法の発展を踏まえた民族精神の発展として漸次的な民法典の形成〔上からの市民社会化〕を展望するのに対して、穂積は他の延期派同様に日本の「古き倫常法」重視の立場から旧民法の実施延期を主張した、とされる。白羽82頁）。さらに民法学の専攻者ではなく英法系「法理学」専攻者であった穂積がなぜ民法起草委員を務めることになったかという問題を詳細に論じている（白羽83頁以下）。なかでも穂積が、英法派でありながらドイツ法にも造詣が深かったこと（白羽85頁）。そして、その点を時の東京大学総理・加藤弘之（1836-1916年）から高く評価されて若くして東京大学教授・法学部長に登用された経緯を詳しく論じている（白羽86頁以下。なお加藤は、天賦人權論者から国体論者への思想的「転向」者として著名である。加藤のこの側面については白羽・前掲書69頁以下及び中村雄二郎「加藤弘之の制度観と自然観（二）——家族国家思想と社会進化論」中村（雄）・前掲書〔前注39〕209頁以下参照。さらに松尾敬一「穂積陳重」前掲書『日本の法学者』（前注32）55頁以下、特に59頁も、穂積と加藤との思想的共通性を指摘している。ただし松尾の分析は、穂積の比較法的側面、法社会的側面、官僚型政治主義的側面などにわたり、より多層的・多角的である）。ちなみに白羽によれば、穂積陳重のならず富井政

市民法の基本原則である「権利能力の平等」、「所有権の基本的自由」、「契約の自由」、「過失責任の原則」が採用された（それら基本原則自体はすでに旧民法がほぼ採用する立場でもあった）。なお総則・物権・債権の三編は1896年（明治29年）4月に公布された²⁵⁶。さらに、親族・相続法では旧民法の立場がほぼ継承されて「家」制度²⁵⁷を前提とした戸主権の維持存続・

ㄨ章・梅謙次郎も「皇室の藩屏」であり「日本型資本主義「法」体制の最も熱心な技術的推進者」であったとされる。白羽・前掲書93-94頁参照。この白羽の指摘は、わが国民法起草者の政治的本質の一面を鋭く抉り出すものとして重要である。ただし一面的に「皇室の藩屏」論で括ってしまうと、結局のところ梅謙次郎も穂積八束も同列の「天皇制国体論者」でしかなかったことになる。この点には十分に注意しておきたい（梅の「政治的性格」の多面性・複雑性については前注211参照）。なお穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の法思想については、星野英一「日本民法学の出発点——民法典の起草者たち」同『民法論集第5巻』（1986年、原文初出は1977年）147頁以下、特に150頁以下にも詳しい紹介がされている。

256 小柳前掲論文・広中＝星野『民法典の百年Ⅰ』（前注95）22頁以下参照。ただし「所有権の自由」については問題があること、後述の通りである。

257 明治民法（親族・相続編）には直接「家」に関する明文の規定があるわけではない。ただし「家督相続」（家長権＝戸主権の相続）については964条以下に詳細な規定が置かれていた。梅謙次郎『民法要義巻之五・相続編』（1901年〔明治34年〕第五版）3頁以下参照。ちなみに次の中村雄二郎の指摘は、わが国明治期「家」制度の根底的理解のために重要である。すなわち中村（雄）は、明治期「家」制度の一側面として徴兵制（「国民皆兵」制度）の確立との関連性を指摘した上で、明治期天皇制国家体制と「家」との結合形態の特殊性を解き明かす。——「徴兵令の数次の改正による国家権力の「家」および家を通しての個人掌握過程は、明治国家体制の形成、確立過程を集中的に表現するものであるが、この場合、「徴兵制の貫徹」は一概に「家を犠牲にする」ことを意味しない。私的な「家」と公的な「国家」という対立で考えれば、たしかに「家」の犠牲において「国家」の利益が計られたともいえよう。だが、一そう重要なことは、この過程において、「家」自身が私的なものから公的なものへと再編されたことである。基本的には、「家督」の相続という「家」のもつ原理あるいは機能が保存されながらも、それらは「国家」あるいは「皇国」の原理によって位置づけられ、価値づけられて、より公的な体系のなかに再編されて行く。つまり、私的な、最小の共同体たる「家」は、公的な、最大の共同体たる「国家」の一環として再編されて行く。こうした帰趨の到達点こそ、「天皇制」と「家」とが二重写しになってとらえられる「家族国家思想」にほかならない（傍点・ノ

長男子家督相続制等が盛り込まれた²⁵⁸（親族・相続の二編は1898年〔明治31年〕6月公布、同年7月民法典全体を施行）²⁵⁹。法典調査会では——当然のこ

ゝ原著者）。中村（雄）「『家』の再編と家族国家思想の形成」前掲書（前注39）55頁以下、特に60頁参照。

258 親族・相続編に関する法典調査会での議論については、早川・前掲書（前注18）259頁以下、小柳前掲論文・広中＝星野『民法典の百年Ⅰ』（前注95）27頁以下参照。なお小柳論文は、相続編の独立化、親族編における「戸主及ヒ家族」の項目の位置的再編成を指摘している。穂積八束がこの明治民法（親族・相続編）をも家族道徳を破壊するものとして批判していたことについては、小柳前掲論文30頁参照。この親族・相続編の修正はなおも継続審議案が主張されていたが、「条約改正」の進展を重視する立場が有力であって、結局1889年（明治31年）6月に継続審議案が否決され、親族・相続編案が可決された。この点、小柳前掲論文35頁参照。なお本稿前注244の「論争」も参照。ちなみに星野（通）・前掲書（前注176）「旧民法典と民法典論争」2頁以下は、明治民法親族・相続編との対比における旧民法人事編の「近代的性格」を個別条文に即して具体的に指摘している。なお利谷信義「明治民法における『家』と相続」社会科学研究23巻1号（1971年）30頁以下、特に54頁では、富井政章による親族編調査の方針を紹介している。それによると(1)「弊害ナキ限りハ従来ノ制度慣習ヲ存スル」(2)「前途大抵見定メノ付キノ変遷ニ応スルコトノ出来ル丈ケノ希望ヲ以テ編纂スルコトガ必要デアロウ」(3)「既成法典（旧民法のこと）ハ此二点から見レハ多少修正ヲ加フヘキ点ハアリマセウケレトモ根本的ニ改正ヲ加ヘネバナラスト云フ程ノ点ハナイヤウニ思ヒマス」（括弧内・引用者）とされている。そして利谷は、上記三点につき、いずれも「相続編についてもまた、ほぼあてはまるであろう」とする（利谷・前掲論文54頁）。

259 小柳前掲論文・広中＝星野『民法典の百年Ⅰ』（前注95）22頁以下参照。なお岩田新・前掲書（前注133）131頁では、梅謙次郎や富井政章によって新民法典の近い将来の「一大改正」が構想されていた旨が記されている。この点については、瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北大法学41巻5＝6合併号（1991年）393頁以下、特に401頁も参照。たとえば梅謙次郎によれば、次のように回想されている。すなわち「（旧民法施行延期に関する）法律にも四年の後には施行すると云ふことになつて居るし、又彼の改正條約を施行する為めに、総ての法典が皆其一年前に施行せられて居らなければならぬと云ふことでありましたから、（法典調査会の修正議論を）余程急いのであります。（中略）夫故に既に今日も商法の一部を改正しやうと云ふ議が起つて居りますし、続いては多分民法の改正を企つと云ふことも、遠からざる中に起るであらうとは思ひます」と（括弧内・引用者）。梅・前掲論文「伊藤公と立法事業」（前注172）966頁。これに対して、その後の代表的な民法学者の一人は次のようにメ

とながら——個別条文の修正としても膨大な内容がそこに含まれている。
ここでその詳細に立ち入ることはできない²⁶⁰。

③ 法典調査会での二つの論点

以下、筆者が問題にすべきであるとする論点に絞って検討を加えて置くにとどめる。二点ほど指摘しておきたい（ここでは、かつて筆者が問題にした論点から一つ、及び現在問題になりうると考える論点から一つを取り上げる）。

↓言っている。——「民法は、兎も角、全體に調子が好く取れてゐますね。三人で書かれたにも拘らず。だから民法を改正しようと思つて手を付けて見ると、中々良く出来て居る事が分る。一ヶ所直さうと思ふと全體が狂つて来る。中々難しいのですね」（穂積重遠の発言）。前掲「仁井田益太郎博士に聞く座談会」（前注186）28頁。

260 法典調査会においては、言うまでもなく起草委員である梅謙次郎、穂積陳重、富井政章の役割がきわめて重要であった。詳しくは、岡孝「法典調査会と梅謙次郎」前掲書『ボアソナード・梅謙次郎没後100周年記念冊子（上）報告集』（前注149）283頁以下、岡「明治民法と梅謙次郎——帰国100年を機にその業績を振り返る」法学志林88巻4号（1991年）3頁以下、特に7頁以下、及び岡・前掲論文「法典論争から明治民法成立・注釈時代」水本＝平井・前掲書（前注8）89頁以下に、具体的な条文ごとの梅謙次郎の貢献が描写されている。また講演記録であるが、向井健「民法典編纂と梅謙次郎」『わが民法の父梅謙次郎博士・顕彰碑建立の記録』（1992年）80頁以下、岡「梅謙次郎の生涯」前掲書『わが民法の父梅謙次郎博士』86頁以下参照。さらに梅の個別解釈論については、岡「梅謙次郎「民法第一七七条ノ適用範圍ヲ論ズ」」加藤雅信（代表編集）前掲書（前注243）187頁以下、執行秀幸「梅謙次郎「連帯保證論」」（法学志林1号〔1899年〕）その他略」加藤（代表編集）前掲書372頁以下、田村耀郎「梅謙次郎「日本民法和解論 完」（1892年）」加藤（代表編集）前掲書517頁以下、許末恵・前掲「梅謙次郎「家族制ノ将来ヲ論ス」」（前注243）636頁以下参照。なお向井健・前掲「梅謙次郎」前掲書『日本の法学者』（前注32）83頁は、法典調査会における梅謙次郎の民法起草者としての活躍を具体的に描いている。ちなみに向井は穂積陳重による梅評価に注目しているようである。この点、穂積「梅博士は眞の辨慶」・前掲『法窓夜話』（前注186）193-194頁参照。この穂積の小稿では穂積自身による富井政章評も記載されていて興味を呼ぶ。穂積によれば法典調査会（総会）では、梅は、基本的に原案維持の立場から「雄健なる辨舌」をふるったが、これに対して富井は衆議に耳を貸す方であり、「反対論を容るるには毫も吝かならず」というが如き態度であったとされている。

〔i〕現行民法206条の特異性

その第一は、日本民法206条の所有権規定の特異性についてである。これに関しては、すでに筆者が指摘したことであるが²⁶¹、本稿の考察にとっても重要と思われるので、要点のみ再確認しておきたい（ただし注261所掲の論文では触れることのできなかった論点を若干追加している）。すでに指摘したように、旧民法財産編30条によれば「所有権トハ自由ニ物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス権利ヲ謂フ。此権利ハ法律又は合意又ハ遺言ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ制限スルコトヲ得ス」とされていた。これは財産編第一部第一章「所有権」の冒頭規定である。これに対して現行民法206条は、民法第二編物権・第三章所有権・第一節所有権の限界・第一款所有権の内容及び範囲の冒頭規定であって、所有権の「限界」＝所有権制限の一部であり、諸々の所有権制限規定（用益権や担保物権の設定による所有権の自主的・自律的制限を含む）の出発点として位置付けられている。これは起草説明者梅謙次郎が、「独逸法系ノ國國ニ倣ヒ之ヲ所有権ノ限界トシ」²⁶²たことから根拠づけられているようだが、少なくともドイツ民法自体（あとでも指摘するようにフランス民法も）は、「所有権の限界」に関する見出し項目は一切ない²⁶³。これに対して、日本では所有権の一般規定（定義規定）自体（民法206条）が「所有権の限界」の冒頭に出てくるのである。なぜだろうか。梅の説明によれば「凡ソ所有者ハドレ程ノ権利ヲ持ツテ居ル

261 拙稿・川角由和「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係（一）——その序論的考察」九大法学50号（1985年）61頁以下、特に99頁以下参照。なお小柳春一郎前掲論文・広中＝星野『民法典の百年Ⅰ』（前注95）23頁も、現行民法206条の特異性（「法令」による所有権制限に関する「制限」文言の先置）に目を向けようとしている。

262 梅謙次郎『民法要義卷之二・物権』（1896年）86頁。ただし梅は、ここで「地役権」の位置づけを問題視にしている。しかしドイツ民法では、「地役権」自体には「所有権の限界」としての項目割当はない。

263 所有権の一般規定であるドイツ民法903条は「Abschnitt 3 Eigentum, Teil 1 Inhalt des Eigentums」の冒頭規定として出てくるだけで、それ以下に「所有権の限界」に関する見出しは出てこない。

カ」つまり「所有権ノ範圍ヲ定メマシテ暗ニ所有権ノ定義モ夫レニ由ツテ極マル」ものとしたからだとされる²⁶⁴。しかも旧民法財産編30条がまず原則として「所有権の自由」を規定し、例外的に「法律による制限」を置いていたのに対して、現行民法206条によれば「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」とある。つまり初めから「法令の制限内」での「所有権の自由」にすぎないのである²⁶⁵。梅は、この態度をもって所有権の「定義」ともしたのであった²⁶⁶。それでは旧民法財産編30条（あるいはドイツ民法903条）のよう

264 1894年（明治27年）6月8日第19回法典調査会議事速記録『日本近代立法資料叢書 1・法典調査会民法議事速記録（一）』（1983年復刻版、以下「速記録（一）」として引用する）739頁参照。

265 この点、ドイツ民法903条1項も「物の所有権者は、法律あるいは第三者の権利に反しない限り、物を任意に処分することができ、そして他人をしてあらゆる干渉から排除することができる。」とする点で、文言構成は日本民法206条に類似している。しかしあくまで「法律」（das Gesetz）による制限にとどまる。

266 筆者の管見によれば、このような梅謙次郎の所有権に対する消極的な態度こそ、ドイツ民法903条、985条、1004条のような「物権的請求権」（所有権保護請求権）が我が民法典中に明文化されなかった「原因」のひとつであった（その主要な「原因」と言っても過言ではない）。ちなみに旧民法財産編36条では「所有者其物ノ占有ヲ妨ケラレ又ハ奪ハレタルトキハ所持者ニ對シ本権訴権ヲ行フコトヲ得（以下略）」とあった。少なくともドイツ民法985条に対応する「所有権に基づく返還請求権」を旧民法は明文化していたのである。しかし我が民法典では「物権的請求権」の明文規定が全くない（全面的な法規欠歟）。それはなぜか。立法提案者の梅によれば、旧民法財産編36条ではフランス民法流の「本権訴権」が採用されていたが、「本権ノ訴ハ之ハ所有権ニ限ルモノデナク総テノ權利ニ付テアリマスカラ若シ然ウ云ウコトヲ書クナラバ各權利ノ訴ニ付テモ本権ノ訴ヲ起スコトヲ得ルト云ウヤウニ書カナケレバナラヌ然ウ云ウコトハ寔ニ煩ハシイカラシテ省クコトニシマシタ」（傍点・引用者）。なるほど旧民法財産編36条が所有権者にフランス民法流の「本権訴権」を認めたことは、明瞭さに欠けていたかもしれない。端的に「所有権に基づく返還請求権」としていれば、梅のような半ばこじつけ的な弁明はなされなかったと思われる。むしろ問題の核心は、梅が「所有権」をその他「総テノ權利」と単純に同列化して、それらの保護請求権を明文化することが「寔ニ煩ハシイ」と述べていたことである。なぜ梅は、当時起草者が特に参照したとされるドイツ民法草案をもとに「所有権」に関する保護請求権を置かなかったのだろうか。少なくともドイツ民法ノ

に「法律による制限」とはせず、わざわざ「法令による制限」と変えたのはなぜか。梅によれば「警察令」等による所有権制限を含めしめるために「法令」と変えたのだとされる²⁶⁷。これに対して尾崎三良（1842-1918年）、

第一草案943条、同第二草案916条は、明確に現行ドイツ民法1004条とほぼ同様の「所有権に基づく妨害排除請求権」を規定していたからである。拙稿・川角「ヨホウ物権法草案以降におけるネガトリア請求権（1004条）形成史の探求——イミッシオン規定（906条）との関連性を顧慮した覚え書き」石部雅亮（編）『ドイツ民法典の編纂と法学』（1999年）419頁以下、特に438頁及び441頁参照。ともあれ、上記のような梅謙次郎の「立法提案者」としての消極的態度が、「物権的請求権」に関するその後の学説・判例を混迷に導いたのである（この点につき、拙稿・川角「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係（二・完）——その序論的考察」九大法学51号〔1986年〕27頁以下参照）。

267 前掲『速記録（一）』（前注264）743頁下段参照。この点、梅の「法典実施意見」（1892年〔明治25年〕5月）における「法律と命令の等置」と、この現行民法206条に関する立法提案（1894年〔明治27年〕）における「法律と命令の区別」とでは、かなりの見解の相違がみられる。それがなにゆえなのか。これも今後の課題の一つである。ちなみに、その後1896年（明治29年）3月6日の衆議院民法中修正案委員会速記録では、現行206条について山田泰造委員がおよそ所有権に関する一般規定（定義規定）は置かないで済むのではないかと質問したのに対して、政府委員として梅謙次郎は次のように答えている。すなわち「茲ニ権利ノ幅ト云フモノハ、法律デ極マルノデアツテ（中略）「法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ」云々ト云フコトニ付イテハ多少ノ議論モアル事柄カハ知りマセヌカラ免ニ角スノ如キコトヲハツキリ極メテ置イテ、所有権ノ幅ガ矢張法令ノ制限内デ極マル〔中略〕コトヲ、ハツキリシタ方ガ宜カロウ」（傍点・引用者）。廣中俊雄（編著）『第九回帝國議事會の民法審議』（1986年）159-160頁参照。ところで1892年（明治25年）冬、梅謙次郎は伊藤博文に「初めて拝顔を得ました」といい、伊藤の思想的影響を受けたことを推察しうる事実を述べ（梅・前掲論文「伊藤公と立法事業」〔前注172〕962頁）、さらに1899年（明治32年）には伊藤が「帝室制度調査局の総裁」となったところ「私は親しく故公爵（伊藤）より此仕事（帝室制度調査局に関する仕事）に付ても微力を盡すやうにと云ふことでありまして、非常に光榮あることでありますから、謹んで御請を致しました」（括弧内・引用者）とある（梅・前掲論文〔前注172〕968-969頁）。このような梅の回想を前提とすると、1892年（明治25年）5月の梅「法典実施意見」における「法律と命令の等置」（すなわち明治憲法27条2項の「法律」による所有権制限も「法令」による制限と同じであるという理解）から（同年冬の伊藤博文との出会いをきっかけに一定の思想変化が梅に生じて）、その後1894年（明治27年）法典調査会における梅による「法律と命令の区別」を前提とした上、

磯部四郎から強い反対意見が出た。尾崎は「既成法典」(旧民法)では「法律による制限」であったのに「法令」による制限に変えた「理由」が問題とされる。すなわち言う。「警察上ノ衛生上ニ付テノ規則ヤ何ニカハ矢張り元ト法律カラ出タモノデアッテ(中略)単ニ行政権ヲ以テ之(所有権)ヲ制限スルト云フコトハ今日ハ何ウモ出来ナイモノデアラフ(中略)矢張り「法令」ト云フ文字ハ止メテ「法律」ト云フ文字ニ改メタイト思ヒマス」²⁶⁸(括弧内・引用者)。磯部もこれを後押しする。すなわち「私ハ尾崎君ノ御説ニ賛成シマス其理由ハ憲法二十七条ト或ハ抵触スルヤウナ嫌ヒガアリハシナイカト思ヒマス憲法二十七条ヲ見ルト「日本臣民ハ其所有権ヲ侵サルコトナシ公益ノ為メ必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」トアリマス(中略)憲法二十七条ニ依ルモ(所有権の制限は)法律ノ力(ちから)カラ出ルノデ特ニ行政官ノ令其物ニ依テ制限ヲ設ケルト云フコトハ憲法ノ上ヨリ出テ来ナイト私ハ考ヘマスルカラ(中略)「法令」ノ「令」ノ字ヲ除テ「法律」トシテオキタイ」²⁶⁹(括弧内・引用者)と。議論は錯綜したが、次の穂積八束の発言は結果的に事の行方を大きく左右したように思われる。すなわち言う。「私ハ原案通り「法令」デナケレバナラヌト思ヒマス(中略)今日ノ行政制度ニ於テ行政官ノ官制ト云フモノハ天皇ノ大權トシテ定メル夫故ニ行政官ニ権限ヲ與ヘルト云フコトハ勅令ニ依テ與ヘルノデアル然フスルト警視總監ハ斯フシロトカ内務大臣ハ斯フシロトカ云フ

ゝでの「法令」による所有権制限の提案への「転換」が図られたという推定もそれなりに首肯される可能性があると思われる。なお伊藤博文によって、明治憲法公布直後に『大日本帝国憲法義解』と『皇室典範義解』が抱き合わせの形で出版されたことが指摘されている(明治22年6月頃に出版)。堅田剛「憲法發布直後の伊藤博文——大赦・義解・欧米」堅田・前掲書『明治憲法の起草過程』(前注72)29頁以下、特に37頁参照。これを前提にする限り、伊藤による天皇制絶対主義的「憲法理解」は容易に判断しうることである。問題となるのは、梅がこの伊藤の見解をどのように受けとめたか、ということである。ただし、これについては今後の課題の一つとして当面は留保せざるをえない。

268 前掲『速記録(一)』(前注264)744頁下段、745頁上段。

269 前掲『速記録(一)』(前注264)745頁下段。

コトハ官制ハ何ウシテモ勅令デナケレバ定メラレマセヌ然フシテ其官制ニ於テ警視總監ガ（中略）人身ノ自由ヲ制限スル命令モ出来又所有権ヲ制限スルコトモ出来ル（中略）兎ニ角「法令」ト書テ置テモ決シテ差支ナイト思ヒマスカラ何ウカ此通りニ存セラレンコトヲ希望致シマス」²⁷⁰と。法典調査会では、この八束発言を受ける形で梅の「原案」（法令による所有権制限）が可決されたのである。この点、すでに指摘したように梅謙次郎自身がかつては「法と命令の等置」という観点を採用していたのであり、明治憲法27条の「法律」という文言の中に「命令」を含ましめていたのであるから——むしろここでの梅の態度は「法律と命令の区別」であり、区別したからこそ明治憲法27条流の「法律」による所有権制限ではなくて「法令」による所有権制限に「転換」したのである。いずれにせよ結局、ここでは梅と八束との奇妙な「共同戦線」が承認されたことになる²⁷¹。

270 前掲『速記録（一）』（前注264）754頁下段-755頁。この八束の勅令優位の法思想、より強調するならば天皇制的行政命令の「超法規性質」の法的承認に関連して、「公法上の行為」が当時「原則として裁判所の関与しうる事項とされていなかったことのなかに端的に示されている」とされる点に注意が必要である。井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）190頁以下（石川）参照。

271 もしかしたら梅の念頭には、「法律又は規則」（par les loi ou par les règlements）による所有権制限というフランス民法544条（1804年）が存在したかもしれない。これに対して、たとえばジロンド人権宣言（1793年）18条では「所有権は、すべての人が任意にその財産、その資本、その所得およびその労務を処分しうる支配者であることに存する」と謳われていて、「法律」による制限も「規則」による制限も顔を出さない。なにゆえフランス民法544条が、「法律」のみならず「規則」による所有権制限を規定したのか。今後の課題とせざるをえない。ただし少なくとも次の点には留意が必要であると思われる。すなわちフランス民法544条は、コード・シビルの第二編（いわゆる物権）としてその見出しに「財産及び所有権のさまざまな変容」（DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ）とあり、その第二章に「所有権」（DE LA PROPRIÉTÉ）として出てくるだけである。すなわち「所有権の制限」に関する見出しは一切出てこない（これは添付権、用益権、地役権についても同様である。つまりこれら三種のヴァリエーションは「所有権の変容」として出てくるだけであり、決して「所有権の制限」として出てくるのではな

〔ii〕現行民法405条の特質

また当時、高利規制のための「利息制限法」(1877年〔明治10年〕太政官布告66号)の廃止が法典調査会で議論され、結果的に廃止案は少数で否決されて「利息制限法」は存続した、とされる²⁷²。これと関連することであるが、現行民法405条(元本組み入れによる法定重利)²⁷³について、立法提案者の穂積陳重は明らかに「高利貸し保護」の立場からこの規定を提案した、と言っている。すなわち「本案に於キマシテハ決シテ高利貸ニ対シテ債務者ヲ保護スルトカ云フヤウナ精神ガ此処ニ入ツテ居ルノデハナイ」として「債務者保護」の趣旨は採用されていないことをまず指摘した上で、「債権者(高利貸し)ハ相當ノ保護ヲ受ケナケレバナラスカラ一年分以上モ延滞シテ催促シテモ尚ホ拂ハスト云フヤウナ場合ニ於ケル債権者ヲ保護スル規則」(傍点・括弧内ともに引用者)として本条を提案した、という²⁷⁴。ところで現行405条は、旧民法財産編394条(以下では旧394条とする)を大きく修正したものである。穂積は、旧394条を、「一年分ノ利息ガ延滞セル毎ニ

ないのである)。この点については、法務大臣官房司法法制調査部(編)『フランス民法典——物権・債権』(1982年)5頁以下及び9頁以下参照。なお、DALLOZ, CODE CIVIL, 2009, PP. 733-881も参照した。

272 小柳春一郎前掲論文・広中=星野『民法典の百年Ⅰ』(前注95)24-25頁及び小野秀誠『利息制限法と公序良俗』(1999年)219頁参照。小柳及び小野(秀)の著作によれば、起草者の一人である富井政章がかなり強力に利息制限法の廃止を主張したとの趣旨の指摘がある(小柳25頁は、梅謙次郎も結論として富井とはほぼ同じ見解を主張していたとする)。

273 現行民法405条「利息の支払いが一年分以上延滞した場合において、債権者が催告をしても、債務者がその利息を支払わないときは、債権者は、これを元本に組み入れることができる」。

274 1895年(明治28年)1月15日第56回法典調査会議事速記録『日本近代立法資料叢書3・法典調査会民法議事速記録(三)』(1984年復刻版、以下「速記録(三)」として引用する)26頁下段参照。このことは、本文(及び前注136)でも指摘したように、当時の「高利貸し資本」の社会的存在の大きさを示すものと言えよう。なお民法405条の「立法理由」については、拙稿・川角「判批」・判例時報2314号(2017年2月1日)中の「判例評論」696号13頁以下、特に14-15頁参照。

特別ニ合意シ又ハ裁判所ニ請求シテ其後デナケレバ利息ヲ生ズルコトハ出来ヌ即チ此元本ニ組入レルコトハ出来ヌ」（傍点・引用者）とする規定であると述べ、この旧394条が当時の利息制限法の精神と基本的に同じものであったと位置づけている²⁷⁵。これに対して、重要な問題提起が高木豊三（1852-1918年）からなされた。すなわち高木は、現行405条を多数の立法例と比較するならば、本条は「法律上一ツノ随分大ナル變革ト考ヘル」という²⁷⁶。その際、高木は、日本の取引慣行（「日本ノ習慣」）において405条を容認する事情があるということであれば別だとしつつ、「日本ニ於テモ矢張り少ナクモ今日ノ所デハ歐羅巴ノ各國ノ例ト同ジク利息ニ利息ヲ付ケルト云フコトハセヌノデス」と述べている²⁷⁷。その上で高木は、「實際ニ於テハ色々ノ都合ニ依テ延滞スルト云フコトモアル之ヲ法律ニ於テ唯一片ノ催告サヘシテ置ケバ直チニ元本ニ組込ンデ利ニ利ガ付クト云フコトニ極メテ仕舞ウ」ことは、日本でもこのようなことをせずに済んでいるという現実があるし、かてて加えて「是迄何處ノ國ニ於テモ債務者保護主義ヲ採ツテヤツテ来テ居ルノヲ日本ニ於テ慣例ニデモ反シテ居レバ格別然ウデナク突然ニ此變革ヲスルト云フノハ何ウ云フモノデアロウカ」と根本的な疑念を提起した²⁷⁸。しかし、高木のこの問題提起は、その結論として旧394条の規定をもって405条に置き換えればよいという趣旨であったためか、正面から議論の対象とはされないまま、穂積原案をもって「確定」となった²⁷⁹。ともあれ、高木の表現によれば国際的な法比較の観点からは「一大變革」の所産とされる405条の高利貸し保護的「元本組入れによる法定

275 前掲『速記録（三）』（前注274）26頁上段参照。ただし、穂積によって旧394条が利息制限法ほどには「特別ニ債務者ヲ保護スル目的ヲ達スルニハ充分ナ力ハアルマイ」と考えられた趣旨が記されている。

276 前掲『速記録（三）』（前注274）27頁下段参照。

277 前掲『速記録（三）』（前注274）27頁下段参照。

278 前掲『速記録（三）』（前注274）28頁参照。

279 前掲『速記録（三）』（前注274）29頁上段参照。

重利」は、穂積原案の通り、現行民法に結実していったのである（当時の高利貸し資本の隆盛及び寄生地主の高利貸し資本化への転身等については、すでに本文で触れた）。なるほど「債務者保護」は、たとえば民法136条1項「期限は、債務者の利益のために定めたものと推定する」などにも規定されている²⁸⁰。他方で一般的な債権者保護規定も多数存在する²⁸¹。しかしながら、これに対して民法405条は、「債権者保護」一般を通り越し、あからさまな形で特殊「高利貸し保護」のための明文として提案され、可決されたものである（少なくとも「立法者意思」として、そのように理解されるべきものである）。その意味できわめて珍しい規定であり、かつある種の社会政策立法的規定（高利貸し資本の社会的機能を承認したうえでの立法化）ということすらできよう²⁸²。

〔iii〕わが国明治民法典の基本的性格（その概括的評価）

こうしてわが国日本民法典は、その財産法において基本的に近代市民法の諸原則を受け入れながら、すでにそのうちの一大原理たる「所有権自由」において——少なくとも「立法者意思」として——国家＝行政権優位の「法令による所有権制限」規定（現行民法206条）への変容を見せ、またあるいは半ば剥き出しの「高利貸し資本」保護型の「元本組み入れの法

280 その他、さしあたり民法167条の債権等の消滅時効、さらには406条「選択債権」の場合の債務者による選択権、413条の「債権者遅滞（受領遅滞）」、446条2項の保証契約の書面主義、492条の弁済提供の効果、494条以下の弁済供託に関する諸規定などが「債務者保護」の明文規定の例として挙げられよう。

281 民法405条の他、さしあたり414条の「履行の強制」制度、419条「金銭債務の特則」（なかでも債権者による損害の証明不要〔2項〕、債務者による不可抗力の抗弁禁止〔3項〕）、423条の債権者代位権、424条以下の債権者取消権、454条「連帯保証の特則」（連帯保証人に関する催告の抗弁、検索の抗弁の剥奪）等を挙げることができよう。

282 なお最近の民法（債権法）改正案でも、現行民法405条はそのまま置かれることになっている。民法（債権法）改正検討委員会（編）『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ・契約および債権一般（1）』（2009年）179-180頁参照。ともあれあくまでも民法405条として、つまり「現行法」として通用しているからには、その「類推適用」を含めて、解釈論上の活用が図られるべきこと、当然である。

定重利」規定（現行民法405条）を採用したのである²⁸³。また親族・相続の領域では、基本的に戸主権の優位・長男子単独の家督相続制を中心とした旧慣的＝家父長的家族制度を維持継続せしめた²⁸⁴（周知のようにこの親族・相続の二編は戦後1947年〔昭和22年〕の家族法大改正まで存続した）。ともあれ、一定の特殊日本的な変貌を示しながらも一応は「統一的な日本民法典」——言い換えれば特殊日本型の行政権優位・慣習及び「社会的現実」本位（現状追認主義）さらには時局尊重・体制護持的な諸条項（それは典型的には親族・相続編に多くみられる）を含む「統一民法典」²⁸⁵

283 さらに、たとえば小作農の民法上の位置づけに関する民法609条、610条も問題であった。これによって天災・水害・旱魃等「不可抗力」による小作農の減収は、たとえ賃料を下回る場合でも、なお収益額全体について地主の賃料請求が及ぶとされ、さらに二ヵ年以上の「不可抗力」によって減収を余儀なくされた小作農は「契約解除権」を取得することができる、とされた（小作農みずから営農を放棄せざるを得ない苛酷な状況につき、これを民法自体が追認したことを意味する）。この点、小柳前掲論文・広中＝星野『民法典の百年Ⅰ』（前注95）24頁参照。

284 福島正夫「民法と戸籍法——そのしくみと変遷」前掲書『著作集第二巻・家族』（前注17。原論文の初出は1980年）235頁以下、特に242頁では、民法（親族・相続編）の成立に関する梅謙次郎（当時法制局長官）の議会での発言を次のように紹介している。——「親族・相続両編は特に日本の古代の法制をはじめ維新以後の慣行指令を充分に調査参照の上極めて用意周到に立法したところの日本の性格の法案である。右両編と雖も条約改正実施上之を施行するの必要がある」。

285 平野義太郎・前掲書（前注134）218頁以下は、明治民法典の親族・相続編における戸主権優位の諸規定・長男子相続（家督相続）の法制化・父系父権の親族制度（私生子の酷遇）などを挙げて「民法における封建主義の固定化」と規定し、これを批判している（この平野・前掲書『日本資本主義社会と法律』は1955年に刊行されたが、上記引用箇所は「議會および法制史」と題して『日本資本主義発達史講座・第6回』（1933年）に公表されたものであり、そのまま前掲書に採録されたものである。そのためか戦後の「家族法大改正」に関する言及はない）。ともあれ平野・前掲書では、親族・相続編に関する問題点の指摘に終始して、民法・財産法に関する具体的な論述はほとんどない（土地法、永小作権、小作条例・小作法に関する記述があるにとどまる〔平野・前掲書222頁以下参照〕）。これに対し本稿では——二点ほどの検討にすぎないが——やや詳細に民法・財産法における立法過程上の問題点を内面的に検討したつもりである。

——が1898年（明治31年）に施行されるに至った²⁸⁶（そしてそれに合わせる形で「戸籍法」〔1898年・明治31年〕²⁸⁷及び「不動産登記法」〔1899年・明治32

286 この点については、同時に次の福島正夫の指摘も参考にしたい。——「日本の法科学は、日本が後進資本主義国として急速に政治、産業、文化、技術の発展を図るため一挙に、西欧諸制度を継受した関係上、その消化普及に全精力を傾注し、何をおいてもまず母法に関する諸文献の研究、その紹介、解説に汲々とする事となった。その結果として、自己の足下である日本社会そのものをふりかえるいとまがなく、解釈学それ自体が容易に継受法学として自立に達しない。明治の中頃に確立したいわゆる明治法体制が日本社会にいかにか妥当するか、という考察よりも、西洋法ではそれらがいかにか論理化されるか、ということの方が、法学者にとってはるかに大きな関心であったのである。だが、天皇制官僚は天下りの法令をもって国民を統治したので、かような法令法典の解説も結構商品価値をもち、「片々タル西洋ノ新刊ヲ漫読シ卒爾ヲ感想ヲ指綴シテ無用ノ長大編ヲ作成スル」こともそれなりに顧客があったわけである。大正中期における法社会学の輸入も、その多くはこの性格を脱していえない。」（なお福島は、「天皇制官僚は天下りの法令をもって国民を統治した」の箇所特に注を打って、次のように言っている。すなわち「これはいわゆる法治もしくは法の支配（rule of law）ではない。専制的支配が上からの掟を通じてなされることである。法の支配の法は、人権を保障する法で、これとは原理的にことなる」と）。福島「岡松参太郎博士の台湾旧慣調査と、華北農村慣行調査における末弘厳太郎博士」前掲書『著作集第六卷』（前注22末尾。原論文の初出は1958年）390頁及び391頁注2参照。上記福島の見地に照らせば、わが国の民法起草者は十分に合理的・理性的であり、当時の国家体制及び社会情勢・民俗慣習等によく通じていた（その意味で「日本社会そのもの」をよく踏まえていた）と思われる。しかし、かえてそこに権力追随、国家＝行政権優位を含めた社会現実の半ば無批判的肯定主義はなかっただろうか。民法起草者の多面的な実相（光と影）をより正しく把握することは、筆者にとっても今後に残された課題の一つである。さしあたり、福島「民法起草者の予見と明治百年の法律」前掲書『福島著作集第一卷』（前注25末尾。原論文の初出は1966年）244頁以下の分析を参照。

287 この1898年（明治31年）戸籍法では、それまでの戸主による「戸籍届出」制度が全面的に撤廃されたこと、そしてその限りで戸籍が行政上の帳簿であった範疇から抜け出たこと（福島正夫・前掲論文「民法と戸籍法——そのしくみと変遷」前掲書『著作集第二卷』（前注17）248頁参照）。さらに新戸籍法では「身分登記規定」が新設されて、一方では明治民法親族編に対応する「家」中心の身分規定を整備すると共に、他方で「出生、死亡、婚姻」等の個人身分を中核とする「西欧流の身分証書制度を髣髴させる」新規定が導入されたこと、さ

年)²⁸⁸の公布に象徴されるところの民事関連諸法規²⁸⁹の整備が図られた)²⁹⁰。以

ゝらに「明治31年戸籍法は、身分登記制度とその届出制度の導入を通じて、純粋な身分上の行為を整備した。身分登記制度は、行政上の便宜のためのものではなく、民法の附属法として身分を確定する制度としての意義を有していたのである。」とする、高橋良彰「明治31年戸籍法における身分登記規定の意義」広渡清吾＝浅倉むつ子＝今村与一（編）『日本社会と市民法学・清水誠先生追悼論集』（2013年）464頁及び476頁参照。

288 1899年（明治32年）不動産登記法については、福島正夫「わが国における登記制度の変遷」『著作集第四巻・民法（土地・登記）』（1993年、原論文の初出は1974年）458-459頁参照。福島によれば、この新不動産登記法が「厳格に一筆一用紙主義をとった」こと、「仮登記および予告登記」規定を新設したこと、また本来実体法たる民法に置かれるべきいわゆる背信的悪意者に関する規定を置いたこと（詐欺強迫によって登記申請を妨害した者及び他人のために登記申請義務を負っている者を「登記ノ欠缺ヲ主張スル第三者」から排除する規定。不動産登記法4条・5条。現行不動産登記法5条1項・2項参照）、さらに「登記官吏の責任」に関する規定が新設されたこと等が指摘されている。

289 1898年（明治31年）には民事法関連法規として、上記戸籍法・不動産登記法のほかに次のような特別法が陸續と公布された。「法例」、「民法施行法」、「人事訴訟手続法」、「非訟事件手続法」、「競売法」がそれである。井ヶ田＝山中（永）＝石川（共著）・前掲書（前注11）166頁以下（山中〔永〕）及び藤田＝吉井＝小澤＝林（編）・前掲書（前注8）270頁参照。

290 なお明治民法が抱えた立法上の諸問題あるいは「欠陥」につき、長谷川＝利谷・前掲論文（前注8）54-55頁参照。たとえば「抵当権制度」の不備によってその後の鉄道抵当法・工場抵当法・鉱業抵当法などのいわゆる「財団抵当法」の整備が必要とされたこと（明治民法の「生産信用」への配慮不足）。あるいは旧民法において土地賃借権の「物権化」〔旧民法財産編133条参照〕が図られていたことに対する明治民法による立法上の忌避（地主への配慮）。及びそれに基づくいわゆる「地震売買」の続発とその特別法上の手当てとしての「建物保護法」立法化の必要性等が指摘されている。ちなみに小柳前掲論文・広中＝星野『民法典の百年Ⅰ』（前注95）38-39頁では、明治民法典の「文体」も問題とされている。たとえば穂積陳重はその『法典論』（前注176）186頁で、「法典の文章用語は成るべく正確にして、読む者悉く同一の意義に解すべき者ならざる可らず、法律の病は文章字義の曖昧なるより大なるはなし」（傍点・原著者）とする一方で、「法律上慣用の術語（Technical Term）の如きは、其意義既に久しく確定し、通俗語を以て之に代用すること能はざれば、必らず之を用ゐざるを得ざるものとす」と述べていた（穂積・前掲書185-186頁）。明治民法典は、結果的にこの「法律上慣用の術語」を多用せざるを得なかったのである。小柳は、ここに「日本民法が一般国民の通常の理解力ではわかりにくいものになっ

下では、その後のわが国民法学及び「市民法学」の様相を引き続き考察しよう。

(未完)

〔追記〕 この未完の拙き小稿を、今年度末で退職される池田恒男先生と脇田滋先生に捧げる。両先生とも、法学部の御所属ながら法科大学院の教育にも特別に尽力していただいた。心から御礼を申し上げたい。特に池田先生は、かねてより「現代市民法研究会」で主導的な役割を果たしてこられた。筆者もその驥尾にふし、研究会の一員として活動してきたのであるが、2005年度の法科大学院発足以来、ほとんど研究会には貢献できないままであった。近時、20年間にわたる研究会の成果として池田恒男・高橋眞（編著）『現代市民法学と民法典』（2012年）が刊行された。しかし筆者は、論説を寄稿することができなかった。この点、池田先生にはお詫び申し上げなければならない。ともあれ本稿は——本文の中でも示している通り——上記『現代市民法学と民法典』第一部「市民法学とは何か？」に収められている三つの論稿に触発されて書かれたものである（その冒頭論文は池田先生の手によるものである）。今後筆者は——内容的には相変わらず貧しく拙いものであるが——本稿続編の完成に向け、引き続き努力していきたいと思う。

「た」原因を読み取っている。これと視点はやや異なるが、堅田剛「穂積陳重の法典論——法典の「形体」について」獨協法学36号（1993年）23頁以下、特に41頁以下も参照。