

旧民法と明治民法（四）

宮川澄

はしがき

- 一 日本民法典論争の評価をめぐる諸見解（第一五卷四号）
- 二 明治維新と民法典編纂（第一六卷一号）
- 三 旧民法編纂の法史的推移
- 四 旧民法の性格
 - 1 旧民法の性格把握と日本民法典論争（以上第一六卷四号）
 - 2 旧民法の法的構成
 - 3 旧民法の法的性格
 - (1) 財産法の性格（以上本号）

——以下次号——

2 旧民法の法的構成

前項で法典実施延期論と法典実施断行論のそれぞれが、どういう評価をこの旧民法にたいしてあたえたかをとりあ

げてきた。それらの主張には、それぞれの立脚している階層的な要求を、日本民法典にもち込もうとする企図がかくされていた。そして旧民法の構成や諸規定にたいして、一定の解釈を加え、旧民法に異った評価・性格づけをあたえていた。日本民法典論争が法典論争という姿態をとるかぎり、法典実施延期論にあつても、法典実施断行論にあつても、旧民法の構成やその内容をなしている特定の条文の法形式的な究明をなしていくという法学的方法をとらざるをえなかつた。そこでは現実の社会関係にたいして、実際に旧民法の構成や内容がどのように社会的に機能し、だれの利益のために奉仕するかというような点は、問題とされなかつた。そのため日本民法典論争の特徴は、たんに法文の解釈によつて、論旨を展開することにとどまつている点である。だから、そうした論旨の展開によつては、旧民法にたいする評価・性格づけが、解釈上の差異や性格認識上の差異として平行線をたどるだけで、両派の主張が結びつくことはできなかつた。それは同時に、旧民法自体がもつはづの現実の社会関係にたいする社会的役割や社会的機能を明確にすることを困難なものにした。したがつて日本民法典論争の法史的考察からは、表明され主張されている両派の立場を知るだけにおわり、旧民法の性格にたいする両派の主観的評価を認識するだけにとどまることになる。日本民法典論争の展開によつて、結局旧民法はその実施を無期延期されてしまった。その事由を富井政章博士は『民法原論(第一巻総論)』(有斐閣書店 一九二一年一月)のなかで、旧民法のもつ法的缺陷という視点にたつて整理され、つぎのように要約されている。すなわち

『當時民法修正ノ為メニ其実施ヲ延期スベキ理由トシテ唱ヘラレタル事項ヲ挙レハ凡ソ左ノ如シ

- (一) 民俗慣習ニ悖戾セル条項多キコト
- (二) 仏、伊両民法ヲ模範トスルニ止マリ最モ進歩セル近來ノ立法例及ヒ學說ヲ參考セス從テ近世ノ法理ニ背馳セル規定多キコト
- (三) 商法トノ關係宜キヲ得サルコト即チ商法ハ民法ト起草者ヲ異ニシテ末タ民法ノ編纂セラレサル時ニ制定セラレタル獨逸商法ヲ

模範トシタル為メ民法と重複又は抵觸セル巨多ノ規定ヲ包含シ立法ノ統一ヲ欠キタルコト

(四) 包括的規定ヲ置カス主トシテ格段ナル場合ヲ規定シタル為メ条文繁雜ヲ極メ重複、抵觸殊ニ欠漏多キコト

(五) 私法及ヒ実体法ノ領域ヲ嚴守セスシテ公法及ヒ手続法ニ屬スル夥多ノ規定ヲ載セタルコト

(六) 定義、説明、引例等不必要ナル無數ノ事項ヲ掲ケ之カ為メ条文更ニ繁雜ヲ加ヘ且法典ノ体裁ヲ失セルコト

(七) 法文一般ニ翻訳体ニ流レ明瞭ヲ欠ク所多キコト

上記ノ理由中其ノ第二及ヒ第三ノ如キハ學理上最モ重要ト認ムヘキモノニシテ當時余輩カ延期論ニ贊同セシハ主トシテ其方面ヨリ考究シタル結果ナリキ(同上 五八―五九ページ)

とされている。富井政章博士は旧民法の施行をめぐる日本民法典論争の意義にふれることなく、旧民法典自体に視点をあわせ、そこから旧民法のもつ法形式上の缺陷を指摘されている。これは明治民法の法典としての完結性をそうした旧民法と対比して実証されようとする企図にもとづくものであると考えられる。たしかに、これはある意味で、日本民法典論争の諸主張の平面的考察にはなかつた、新しい視点を提供しているようである。

いま、われわれの課題は、この旧民法を解明し、旧民法典のもつ法的性格を規定しようとなしている。そのための準備作業として、つぎの二点を明確にしておく必要があると思う。その一つは旧民法自体が、どういう法典的構成をもつたものであるかという点である。いま一つは旧民法の財産法や身分法の条文構成を明らかにし、全体としての旧民法の性格解明に役立てるということである。この項ではまず旧民法の法典的構成をとりあげることにはしたい。いうまでもなく旧民法の法典的構成を概観してみると、つぎのことを理解できる。それは旧民法の編別・体裁が、フランス民法の編別・体裁とほとんど同一であることである。これは旧民法の編纂の法史的展開によつても明らかかなように、旧民法がフランス民法を素材として編纂されてきたという法史的事実から導きだされてくる。そして旧民法の編

纂におけるこの法史的事実が旧民法に反映し、旧民法がフランス民法典を母法としていたことが、法典の構成上からも明らかになってくる。もちろん、このことは旧民法Ⅱフランス民法ということの意味してはいるわけではない。われわれが旧民法を細部にわたって検討していくと、フランス民法の編別・体裁とでは若干の差異が存在していることをみいだしうる。これは旧民法の編纂過程で、フランス民法典を母法として編纂されたイタリヤ民法・ベルギー民法・オランダ民法・ローラン氏のベルギー民法草案などの諸規定を参考にしたためだと指摘されている⁽⁵⁾。それにもかかわらず法典の編別・体裁の分類上からは、ローマ式の編別方式——インスティテューオネス式 (Institutiones System) 編別——を採用し⁽⁶⁾、フランス民法の編別上の系列に属することはまちがいない。

旧民法は人事編・財産編・財産取得編・債権担保編・証拠編から編別されている。だから旧民法は五編から構成されているわけである⁽⁷⁾。ところがフランス民法典では第一編人事編・第二編財産編・第三編財産取得編の三編から構成されている。フランス民法と対比してみると、編別において細別しているわけである。しかも旧民法のそれぞれの編は、フランス民法典のそれとは異った工夫がなされていることが解る。たとえば人事編に『法例』という独立の章をおき、それを前置条項としているし、財産取得編では、所有権取得の方法を統一的に規定するために、債権関係・証拠・先取特権・抵当権などの異質的事項を包含させている⁽⁸⁾。さらに旧民法の条数は各編ごとにつけられ、合計で一七六二条の大法典となっている。この点フランス民法が法典全体の通し条数となっているのと異っている。このように旧民法はフランス民法典と対比してみると、若干の点で差異をもっている。しかしこの法的構成の差異にもかかわらず、旧民法の条文の表現形式は、いづれもフランス民法の表現形式を借り、抽象的な法概念をもちいていた。そのため条文の文章は、これまで近代市民法についての素養のなかつた者にとっては、難解なものとなっていた。以上簡単

に旧民法の構成について概観してきたが、これが旧民法の法典構成上の特徴であった。

5) この点についてボアンナードは『再閣修正民法草案註釈』(第二編人權ノ部)のなかで『本草案ニ於テハ本此事項ニ就キ常ニ
仏国法律ニ基キテ編成シタルモノナリ而シテ仏国法モ亦此事項ニ就キ特ニ有名ニシテ且ツ最モ貴重スヘキ「ボチエー」氏ノ義務
論ニ從テ制定セシモノナリ而シテ又「ボチエー」氏ハ主トシテ羅馬法ニ基礎シテ立論シタルモノナリ蓋シ義務ノ事項ニ就キ近世
ニ至テ存スル最モ善美ナル論理ノ主タル名譽ハ今日モ尚ホ羅馬法ニ歸ス可シ

又伊太利法典ハ此ノ事項ニ就キ其仏国法ニ加ヘタル妥当ニシテ且ツ有益ナル修正ノ先例ヲ本草案ニ供シタリ故ニ草案中其修正
ヲ模倣シタル点ニ就テハ輕卒ヲ以テ目セラルルノ憂慮ナカル可シ』(同上上巻二ページ)とし、また『再閣日本民法草案』(財産
編物権之部)では『草案ハ專ハラ其基本ニ就テハ概ネ正直賢明且ツ卓見ナル仏蘭西民法ニ由リテ起草スルト雖モ亦毎事有益ニ其
ノ從フ可ラサルモノト思考スルトキハ斷シテ之ニ從ハサルニ於テ尚遲歎スル所無シ』として、羅馬法、伊太利民法(一八六六年)
白耳義民法(一八五一年)を參考として述べている。また和田守菊治郎は『法典ノ修正實施先後論』(法治協會雜誌一
号八明治二四年八月二日)で『日本現時ノ法典ハ仏蘭西、以太利、比耳義、独逸等ノ諸法律ヲ比照シ其ノ華ヲ抜キ其粹ヲ集
メタル者ナリ』としている。

6) 宮川澄 民法講義(総論) 青木書店 一九五六年一月 一三三〜一三七ページ

7) 旧民法のそれぞれの編の構成をあげてみると、つぎのようになってゐる。すなわち、

人事編は第一章 私権ノ享有及ヒ行使、第二章 国民分限、第三章 親族及ヒ親屬、第四章 婚姻、第五章 離婚、第六章
親子、第七章 養子縁組、第八章 養子ノ離縁、第九章 親權、第十章 後見、第十一章 自治産、第十二章 禁治産、第十三
章 戸主及ヒ家族、第十四章 住所、第十五章 失踪、第十六章 身分ニ關スル証書ノ各章よりなり、各章は多くの節に分れて
全編二九三条の法条からなっている。

財産編は第一部 物権、第二部 人權及ヒ義務に大別され、第一部 物権は、第一章 所有權、第二章 用益權、使用權及ヒ
住所權、第三章 賃借權、永借權、地上權、第四章 占有、第五章 地役よりなり、第二部は、第一章 義務ノ原因、第二章
義務、効力、第三章 義務ノ消滅、第四章 自然義務よりなり、各章多くの節にわかれ、全部で五七二条からなっている。

財産取得編は、第一章 先占、第二章 添附、第三章 売買、第四章 交換、第五章 和解、第六章 会社、第七章 射幸契
約、第八章 無期年金權及ヒ消費貸借、第九章 使用貸借、第十章 寄託及ヒ保管、第十一章 代理、第十二章 雇傭及ヒ請負、

第十三章 相続、第十四章 贈与及ヒ遺贈、第十五章 夫婦財産契約より成立し、各章とも多数の節に分れ、全部で四三五条である。

債権担保編は第一部 对人権、第二部 物上担保に大別されている。第一部 对人権は、第一章 保証、第二章 債務者及ヒ債権者間ノ連帯、第三章 任意ノ不可分、第二部 物上担保は第一章 留置権、第二章 動産質、第三章 不動産質、第四章 先取特権、第五章 抵当よりなり、各章とも多くの節に分れ、全編二九八条からなっている。

証拠編は、第一部 証拠、第二部 時効からなり、第一部 証拠は、第一章 判事ノ考覈、第二章 直接証拠、第三章 間接証拠、第二部 時効は第一章 時効ノ性質及ヒ適用、第二章 時効ノ抛棄、第三章 時効ノ中断、第四章 時効ノ停止、第五章 不動産の取得時効、第六章 動産ノ取得時効、第七章 免責時効、第八章 特別ノ時効よりなり、第一部は各章若干の節に分れているが、第二部は章だけであり、全編一六四条からなっている。

8) これが法典的構成からみて不合理な法的構成だとされ、法典実施延期論の一つの論拠となっていたことはすでに述べた。

3 旧民法の法的性格

前項でわれわれは旧民法の法典的構成が、基本的にはフランス民法の例にならっていることを理解できた。ではこのことはいったいどういう意味をもつのだろうか。一般的・抽象的にいえば、フランス民法はフランスにおけるブルジョア革命の勝利の法的表現として制定されたものとして評価されている。このフランス民法典の制定における法史的事由にもとづいて、フランス民法には近代市民社会の基底的な生産関係の投影としての法原理が貫徹されている。

そのため財産法においては、所有権の絶対性・契約の自由性・過失責任主義というブルジョアの財産関係の基本的な原理が貫徹し、身分法においては個人主義的な近代の家族関係の展開を予定する法原理が貫徹されている。近代市民法としてのフランス民法は、こうした特徴をもっている。これはフランス民法が、ブルジョア的な経済的自由主義を實現できる法的手段とされているからであった。フランス民法を母法とする旧民法が、こういう法的性格をもつて編

纂されていることは、法論理においてフランス民法のもつ基本的原理（ブルジョアの市民法原理）を内包しているとす
る評価が成立するはずである。⁽¹⁰⁾

だが、旧民法がその法典的構成から法論理的に、フランス民法と同様の法的性格をもつとしても、そのことによつて現実に旧民法のもつ法的性格を解明したことはならない。旧民法の性格は旧民法自体の具体的検討から引き出される結論によつて、規定される必要がある。それは同時に旧民法がほかならぬ日本の民法典として編纂されたものであり、したがって日本民法典としての特質を包含していることを検証することになる。われわれはこれまでの旧民法の編纂過程にたいする事実認識と同時に、その法史的現実にもとづいて、基本的にはフランス民法にもとづくものであることは理解できた。しかしわれわれは旧民法が日本の現実の社会関係にたいして、いかに機能するかを認識してはいない。旧民法の法的性格はこの解明によらなければ、正しくなされえないはずである。したがって、これまで多くの論文がとりあげてきたように、旧民法の条文の意味を解釈し、旧民法の法的構成を検討し、そこから一つの法的結論を引きだすというのでは、抽象的・形式的なものに終わってしまうことになる。日本民法典論争における法典実施延期派は主として旧民法の抽象的な一般的性格を強調した。そして一口にいつて旧民法が実際の社会関係と背離することに論点を集中していた。これは法典実施延期派の主張をみれば明らかである。そしてそのことを強調し、旧民法の実施延期の事由を結論づけているわけである。だから法典実施延期論が旧民法について、抽象的な性格規定をなしている政治的意味が、理解できるわけである。

法典実施延期論は、旧民法が旧来の慣習・家父長的家族制度を充分には考慮していないとする非難に力点をおいている。そこから旧民法がフランス民法的な、したがって近代的家族関係を企図していると主張している。そして旧民

法が個人主義的法理にもとづくという一般的な性格規定をあたえているわけである。⁽¹¹⁾ いうまでもなく法典実施延期派は、旧民法に貫徹しているはずのフランス民法的原理にたいし、自己の立脚している思想——国権主義的思想——から対決していくのである。このばあい旧民法の財産法にたいしてではなく、もっぱら身分法にたいして批判を加えているのである。これが法典実施延期論に共通した特徴であった。⁽¹²⁾

法典継受という法形式からすれば、旧民法がフランス民法に貫徹しているはずの近代市民法原理を承継していることは、一般論としては主張できるはずである。そして旧民法の構成や個々の条文の検討によって、他方の法典実施断行派も、旧民法自体が自然法思想ないし個人主義的法思想によって構築されていることを否定していない。だから日本民法典論争のいづれの派にとっても、旧民法がフランス民法に貫徹している市民法原理を底流として、構築されていることを主張していることになる。だが法典実施断行派は、自然法思想にもとづいて、フランス民法の近代市民法原理にもとづいて基底的に構築していることが、日本の現実の社会関係の展開にとつて、阻止的作用をなすとは認めなかった。そのため日本民法論争は、旧民法が現実の社会関係にとつて望ましいものかどうかの、主観的評価の差異だといえる抽象的論争にとどまったわけである。われわれはすでに前項(2) 旧民法の法的構成(本号二〇一ページ)で、富井政章博士が『民法原論』(有斐閣 一九〇八年十一月)のなかで、旧民法が実施延期された事由を要約された箇所を引用しておいた。そしてわれわれは富井政章博士が、その論拠を旧民法自体に存在している法的缺陷に求められていることを指摘した。そこでは旧民法自体が、どの点で現実の社会関係と抵触するかを、すこしも説明されていない⁽¹³⁾。富井政章博士のなされた要約は、旧民法の施行をめぐる日本民法典論争の法典実施延期派の主張の要点を、

整理されたものと思われる。そこでは旧民法に貫徹している近代市民法原理にたいして、法典実施延期派がどんな政治的立場にたっているかをしめすだけで、したがって主張そのものの論拠には直接ふれられてはいない。だからたんに旧民法自体のもつ法的缺陷を指摘することによって、明治民法の法的完結性を導きだすことにとどまっている。旧民法を明治民法と比較してみると、そこには多くの法的構成上の差異が指摘できる。この点のちに検討したい。それにもかかわらず財産法に関するかぎり、巨視的にみて、両者が近代市民法原理にもとづくという共通性を見いだすことができる。それは旧民法も明治民法もともにブルジョアの変革の結果として、歴史的な経済制度として展開しえた資本主義的生産関係を維持し擁護するという、共通の社会的役割をになつていたからであった。したがって旧民法には、資本主義的生産関係の展開にとつてじまになる社会関係を、一掃する社会的役割がになわされていた。財産法における諸原理は、経済的自由主義を法律制度のうえに表現したものである。これは明治維新後の日本資本主義の発展という、現実の必要性と結びつけられていた。だから両法典の法原理は、私的所有の絶対・個人意思の自由（契約の自由）・自己責任主義（過失責任）という点では、共通のものとならざるをえなかった。ところが、これらの諸原理は、一般に近代市民法原理といわれているものである。

こうして旧民法と明治民法の財産法を、その外形的な法形式において比較し、法典のもつ法的構成の差異を認めなくても、資本主義の発展の一般的な法的手段とされる点で、共通の基盤にたたさされていたのである。しかし身分法においては異っていた。それは日本資本主義の特殊性にもとづく発展段階を反映し、両者の規定のし方に大きなちがいがあつた。それは日本資本主義の後進性をとりもどすために、半封建的諸関係を温存させ、それを利用して急速に資本の本源の蓄積をなしてきたという、社会的事実にもとづくものであつた。そのためには寄生地主制を確立し、農業か

ら資本をくみとり、同時に政治的には天皇制絶対主義を確立するための、社会制度の樹立を必要としてきたからである。こうして官僚・産業資本家・地主のブロック権力を政治的に確立し、その物質的基礎を求めていく路線で、近代市民法が当然に予定していた近代的家族関係の展開は、肯定されるはずがなかったからである。¹⁴そこででは家父長的家族制度がそれを支える精神的基盤として利用されることになる。だから上記の経済的・政治的路線の明確化されてくる一八八七年（明治二〇年）以降においては、第一草案→再調査案→元老院提出案→旧民法→明治民法という法史的展開の過程で近代的家族関係を予定してきた身分法が、次第に後退させられていくことになったわけである。旧民法の身分法の後退は、そうした社会・経済的背景によってなされたわけである。だから、ここでも法典の編纂は、たんなる法典編纂者の主観的企図によってなされるのではなく、現実の社会関係が基本的には作用し、社会関係の変化が法典に反映するものであることをしめしている。明治二〇年代の政治勢力は、自己の社会・経済的基盤を擁護していくために、この旧民法と現実の社会関係の変化のあいだに存在している矛盾をとらえ、自己の政治的要求を貫徹するために一般化する。これが日本民法典論争という法的現象のもつ意味であった。もちろん、われわれは日本民法典論争にあらわれた主張が、旧民法の性格のもつ一つの側面を指摘していることまで否定しているわけではない。

もちろん法典実施延期派の主張にもかかわらず、旧民法の身分法が、フランス民法の規定している身分法と同一であるとはいえない。それは旧民法の財産法がボアソナードの起草になるのと、対照的に邦人委員——熊野敏三・磯部四郎など——に起草させているという民法典編纂史で、明らかにされている事実によっても知りうるところである。そして旧民法の編纂にあたっては、いうまでもなく日本古来の慣習を尊重していることは、この編纂委員を邦人に命じたことでも理解できるはずである。それにもかかわらず、旧民法の身分法を検討してみると、家父長的家族制度を

日本古来の慣行として認めていず、近代的家族関係を自然原理にかなったものとして是認しているように思われる。家族制度が現実にどのように構成されているかは、社会的な生産様式によって規定されることになる。これまでのように封建的農業生産が社会を支配し、そのうえに現実の支配機構が維持されてきた社会にあっては、農業生産における生産単位としての家の維持が、基本的形態とならなければならなかった。ここでは農業における家族労働の確保と統制という必要が、前面に押し出されてくる。ここでは家族関係や親子関係や夫婦関係を素朴な家族主義的意識によつて秩序づけ、それが尊重されることになる。旧民法の身分法の起草者は、そうした従来の家族主義的意識を無視することではできなかっただろう。しかし資本主義的生産関係の展開を企図したばあい、フランス民法のもつ身分法原理——近代的家族法——を無視することもできなかった。そのためこの両者の調和のうえに、旧民法の身分法は立法化されたわけである。⁽¹⁵⁾ われわれは旧民法の法的性格を以上のように概括することができると考えている。しかし一歩すすめて旧民法の法的性格を明確にするためには、旧民法を構成している財産法と身分法のそれぞれについてなお若干の考察を必要とする。ことに財産法や身分法の個々の法規の具体的な検討がそれである。項をあらためてその検討をころみておきたい。

9) この点についてわたしは『民法学研究についての一考察』(立教経済学研究第九卷一号〜一〇卷一号八一九五五年五月〜一九五六年六月)のなかでくわしく取扱っているので参照していただきたい。ことに『Ⅱ 民法学研究の出発点』の『Ⅱ 近代市民法(民法)の成立の社会・経済的背景』の箇所、つぎのように説明している。すなわち『資本主義社会の成立と、その発展を通じて、いまや法律および法律制度は、かつての、ふるい封建社会における法律および法律制度と区別される、新しい法律および法律制度を成立せしめ、その内容を次第に豊富化していった。フランスにおける一八〇四年の“Code Civil”(ナポレオン法典)は、フランス革命後の資本主義社会の成熟の産物として成立した。すなわち、この“Code civile”(ナポレオン法典)は、資本主義の生産関係に照応した資本主義的法律秩序を擁護し、維持するための特殊な法律として成立されたものである』(立教経済

学研究九卷一四一頁(一四五ページ)と。そして註13で、F. Engelsのコンラート・シエミット宛のつぎのような手紙(一八九〇年一月二七日附)——『近代国家においては、法律は一般的経済状態に適應し、その表現でなければならぬばかりでなく、内的に關連しあつた表現であつて、内的矛盾によって自分自身に正面衝突するようなものであつてはならない。そしてこれをさしあげるために、経済的關係の反映の忠実さは、しだいにうしなわれていく。そしてそのことは、ある法典が階級の支配のむきだしな、緩和されぬ、直正の表現であることがすくなくないほど、ますますはげしくなる。もつともこうなつたららずに「法律概念」に反するだらう。一七九二年と九六年の革命的ブルジョアジーの純粹な首尾一貫した法律概念は、周知のようにナポレオン法典ではすでに多くの面で偽造されている。そしてこの法律概念が、この法典のうちに表現されているかぎりでは、プロレタリアートの増大する力によって、あらゆる点で毎日のように骨ぬきにされざるをえない。このことはナポレオン法典が、全世界におけるすべての新法典編纂の基礎をなす法典となることをさまたげない』(同上二四七ページ)——を引用している。

(10) 青山道夫 近代家族法の研究 有斐閣 一九五二年七月 二二九ページ

(11) もっともこの点については前記梅謙二郎の反論の他にも、和仏法律学校校友会の『法典実施断行意見』(法律雜誌第八八四号) 八明治二五年五月二五日(√)の主張がある。すなわち『我民法人事編ニ於テハ長子総領アリ隱居家督アリ此等従来慣行ノ制度ヲ保存スルモノニシテ猶ホ且ツ個人主義ノ結果ト謂フヲ得ベキカ。今日個人主義ヲ執レル欧米各国ニ其類例ヲ見ズ。却ツテ古代家族主義ノ熾盛ナリシ羅馬ニ其類似ノ制アルヲ見ル。是論者ガ源ヲ羅馬法ニ汲ムト云フ所以ナル乎。果シテ然ラバ則チ我古来ノ慣例ハ悉ク皆羅馬法ニ基ケリト謂ハザルヲ得ザルベシ。我法典ハ法典編纂ノ原則ニ從ヒ現時ノ状態ニ応ジ将来ノ進運ニ伴隨スル余地ヲ存シ古来ノ家族制度ノミニ拘泥セズ幾分個人主義ヲ斟酌シタルモノナリ。然レドモ立法者ハ社会基礎ノ激変ヲ避ケンガタメニ之ヲ必要ニ適應ス可キ限度ニ於テ調和セシメタリ』となし、法典実施延期論の主張に反論している。

(12) 平野義太郎 「家」を中心とする身分法の成立史 日本資本主義の機構と法律 明善書店 一九四七年四月 八一ページ。
日本資本主義社会と法律 理論社 一九五五年二月 一一九ページ。

(13) 星野通教授は『明治民法編纂史研究』(ダイヤモンド社 一九四三年九月)のなかで、この富井政章博士の見解を補足されて、つぎのように記述されている。すなわち、

『法典はその大部分が仏人自然法学者が民法法を母法とし起草した仏文章案を中心に算作麟祥、磯部四郎、熊野敏三等主として仏法系学者によって編纂された結果、公平に見て次の如き欠点が指摘される。

(1) わが国古来の伝統的旧慣が法条中に採り入れられず、わが社会的基礎に適應する規定が多かつた。明治十三年再度に

互つて調査された全国民事慣例など当然参照されるべくして撰取参照されたもの僅かであり、この旧慣無視の傾向は取引法、財産法部面のみならず、最も日本色濃厚なるべき人事編においてさえも同様だった。即ち可なり思切つてヨーロッパ的な夫婦関係を親族関係の基調とする個人主義身分法理が撰取されているのであって、この点法典が論者の非難を買う最大の原因となつたのである。

(2) フランス民法及び同法系の諸民法典のみ参照し、当時最も進歩的科学的と云われたドイツ民法草案或は英米法理等が全く参照されず、従つて新しい進歩的近代法理、立法技術の撰取が不充分であつた。

(3) 編別、分類等ローマ式編別法に倣つたため、学理的に見てそれは必ずしも合理的とは云い得なかつた。フランス民法とは異なり五編編成となつていて、各編とも稍合理化はされているが、全体的に見て不合理な点多く、例えば人事編中において人格及び能力に関する規定と親族関係の規定が混淆され、財産編において物権規定と債権規定とが一緒に並び、また財産取得編中には相続規定が包含されるという不合理さである。

(4) 私法実体法たるべき法典が公法規定を多く含んでいたこと、例えば国民分限の如き公法規定が人事編中にあり、財産編中には公用徴収に関する行政規則、不動産登記手続規定等各種の公法規定が含まれており、法典全体が錯雑不統一を極めていた。

(5) 全体的に見て一般的原则的に適用される抽象的規定が少なく、各個の場合に適用される具体的細目的規定が多く、従つて法典は全体として錯雑し、重複抵触規定が多かつた。

(6) 商法典と編纂者が異つていたため両法典の間に立法上の統一が無く、その間重複抵触が頗る多かつた。

(7) 定義的説明的規定が多く法典の体裁が頗るまずかつた。

(8) 外国諸草案を翻譯して出来た規定が多かつたため、法文が全体的に見て翻譯調に流れ、意味の晦渋不明瞭な規定が多かつた。

大体以上の如き法理的立法技術的欠点を持つていたことは大体認め得る様である』(同上二二三ページ〜二四〇ページ)と。

(14) 遠山茂樹教授は『民法典論争の政治史的考察』(明治史料研究連絡会編 民権論からナショナリズム お茶の水書房 一九五七年一月)のなかで、日本民法典論争における法典実施延期論と法典実施断行論の対立が日本資本主義の構造上の矛盾——半封建制と資本制との背致しつつ結合する——に根ざすものとされている。ここから、この『二つの陣営は絶対主義政府と自由民権運動のそれではなかつた。延期派と断行派とに連なる元老間の対立、閣内の対立、官僚相互の対立、自由、改進黨内部の対立、吏党内部の対立かくしてこれら一切の諸政治勢力の横断的な対立としてたちあらわれた』(同上 二八五ページ)と論断されて

いる。たしかに日本民法典論争は、遠山茂樹教授の指摘されているように、絶体主義政府と自由民権運動との対立・抗争として単純化することはできないだろう。しかし日本民法典論争の社会・経済的背景を分析してみると、日本資本主義の発展を担う政治権力が、どの階級、どの階層となるかという支配階級内部の矛盾と、自由民権運動に結集した諸力と支配階級の矛盾を、集中的に表現している政治的な対抗関係としてとらえられるわけである。だから旧民法の性格はこうした政治勢力間の力の均衡に大いに関係があるわけである。この点については、わたしの『日本民法典論争の社会・経済的基礎について』(立教経済学研究会五巻第一号・六巻二号・一九五一年七月・一九五二年二月)、明治史料研究連絡会編 明治権力の法的構造 お茶の水書房 一九五九年二月)を参照していただきたい。

(15) 星野通 明治民法編纂史研究 ダイヤモンド社 一九四三年九月 一一〇ページ。

(1) 財産法の性格

民法典の近代市民法的構成の特色は、フランス民法典のそれにみられるように、財産法と身分法の二つの部分に大別されている点である。これは人々の社会関係を、資本主義的生産関係における二つの側面——財産関係の確保と身分関係の確保という——からとらえ、規制するためである。日本の旧民法も、この例にならない財産法と身分法から構成され、すくなくとも法形式からすれば、近代市民法典の一般的な例にならっている。旧民法の財産法を構成している編は、いうまでもなく財産編・財産取得編(一条〜二八五条)・債権担保編・証拠編の各編となっている。これらの各編はもともとフランス民法の影響を濃厚にうけた部分であった。旧民法が日本資本主義の発展——これは明治維新後の政治的要求であった——のために編纂されたという法史的事実は、論理的にも、現実的にも旧民法の財産法のうえに反映している。それは資本主義的生産関係の展開を法的に保障するために、資本主義的生産関係の基本的条件を確保しようとする点でしめされる⁽¹⁶⁾。だから旧民法の財産法は、その法的構成においてではなく、法原理として近代市

民法原理を採用していることは、論理的に指摘しうるだろう。それは近代市民法原理が、資本主義的生産關係の展開にとつて必要な基本的条件を、財産關係に保障する法原理として、成立させられているという点と結びついてゐる。近代市民法原理は、所有權の絶対・契約の自由・過失責任主義という、いずれも資本主義的生産關係を擁護するために、具体的な法的姿態をとつてあらわされる。そこで實際に旧民法が近代市民法としての性格をもつと主張するために、財産法に具象化されているはずの、これらの法的姿態が個々の法規のうえで實際に規定されていなければならぬ。この点旧民法の財産法はどうなつていたのであろうか。

まず第一に、所有權の絶対性が旧民法において、どのようになつてゐるかを検討してみよう。旧民法の財産法では、所有權を『法律又ハ格段ノ合意ニテ定メタル限度ト条件トニ循ヒ一箇ノ物ヲ最モ広張シタル方法ニテ使用シ、収益シ及ヒ処分スル自然ノ權利』(財産編三二条)と規定してゐる¹⁷⁾。だから旧民法の所有權規定は所有權を『自然ノ權利』として規定してゐることが理解される。自然法思想にもとづいて所有權の絶対性は、市民の人格のいわば物的な外延として、法的に構成されてゐる。そして所有權の絶対性は人間のもつ天賦の權利として認められてゐる。これは財産權の絶対性を導きだした歴史性——ブルジョア革命——とからみあつて、あたかも普遍的性格をもつたものとして是認されてゐる。旧民法の財産法における所有權規定が、この近代的所有權概念にもとづいて構成されてゐることは明らかである。第二に、契約の自由は旧民法において、どのようになつてゐるのだろうか。これを検討してみよう。旧民法の財産法においては、契約を当事者の『適法ニ為シタル合意』(財産編三七条)は、法律としての効力をもつという前提にたつて規定してゐる。そして契約の当事者は『合意ヲ以テ普通法ノ規定ニ依ラサルコトヲ得又ハ其効力ヲ増減スルコトヲ得』(同上三二八条)ることができると規定してゐる。近代市民法は商品交換關係の自由な展開を実現して

いくために、契約自体を個人意思の発現として認めている。このばあい近代市民法は、法律關係にあらわれる市民を独立の法主体としてとらえることによって、個人の意思を市民の人格に内包したものととして理解している。ここから論理必然として契約の自由性を導きだし、封建法的原理とは異った契約原理を展開している。これがフランス民法の契約原理である。旧民法の財産法が『結約者双方ハ自己ノ利益ヲ規定スルニ付テハ主權ヲ有スル』⁽¹⁸⁾となすことを前提としつつ、契約の概念構成をなしている点は、近代市民法原理にたつことをしめすものである。第三に、過失責任主義は旧民法でどのようになっているだろうか。このことを検討してみよう。旧民法の財産法は『過失又ハ懈怠ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ノ責ニ任ス』(財産編三七〇条)と規定している。商品交換關係に派生する責任の帰属は、ローマ法以来意思主義によって規定されていた。資本主義的生産關係のもとでは、この立場にならって個人主義的責任原理を確立しているわけである。旧民法の財産法が、こうした見地にたつて規定していることは明らかである。

以上の諸点を要約してみると、旧民法の財産法が近代市民法原理によって組みたてられていることが理解できる。そこでこの近代市民法原理が、実際に旧民法の財産法を構成する諸法規のなかに、どのように発現されているかが問題となってくる。そこでそれらの諸規定を素材として検討していきたい。旧民法の財産法が資本主義的生産關係の基本的条件を、法制度的に確保しようとしていることはいままでもない。しかしこの指摘は、旧民法の財産法の巨視的な概括にとどまる。別の視角からいえば、明治維新政府が日本資本主義の発展を展望し、この法的手段としての日本民法典の制定という政策的企図を論証したにとどまる。日本資本主義の具体的な課題は、それがどの階級・階層の手に主導権にぎられるかという点と結びつかざるをえない。旧民法の財産法の個々の条文は、近代市民法のもつ抽象的規定性の故に、このことが反映している点の指摘を困難にしている。だからさらに二、三の考察をなしておく。

われわれは所有権の絶対性が旧民法の財産法に規定されていることを、すでに指摘した。しかも所有権の絶対性は、近代的所有権概念をもちいることによってしめされている。そのため旧民法の財産法は資本主義的生産関係の基礎たる生産手段にたいする私的(資本主義的)所有関係を、法的に承認しているわけである。ところが資本の本源的蓄積期にあつては、これまでの封建的生産関係を支えてきた封建的土地関係を、いかに解体させ、再編成するかが重大な課題となつて登場することになる。財産法において私的(資本主義的)所有権を確立したことは、生産手段一般にたいする私的(資本主義的)所有関係を、法的に保障したことになる。このばあい主要な生産手段であつた土地にたいしても、当然に私的(資本主義的)所有が、法的に保障されることになる。しかし、この抽象的な法的規定は、土地関係における実際の土地所有権のない手が、誰であるかという点と結びついて、重大な意味をもつことになる。もちろん近代的所有権概念の法的構成からすれば、所有権のない手が誰であるかは、現実の社会関係によって決定されればよいことである。すくなくとも所有権概念にとつては、それはすこしも関係がない。だから土地関係における地主と直接生産者たる農民のいづれに、土地所有権が認められるかは、法律上はすこしも問題とされなかつたのである。そして現実の社会関係にもとづいて、現にない手となつたものにたいして、所有権の絶対性が帰属することになる。明治政府の上からの諸政策の遂行過程で、土地関係は地租改正がなされた時点で、地主的所有関係として確立されることになった。これは資本の本源的蓄積を農民の犠牲にもとづいて実現し、そのために寄生地主制を確立するという政治的路線にたつことを意味している。だから旧民法の財産法の規定した所有権の絶対性の抽象的規定性にもかかわらず、実際には、土地関係においては、寄生地主制の確立のための法的手段として利用されることになつたわけである。したがつて所有権の絶対性という市民法的規定の意味は、こうした視点から評価されなければならない。

こうして旧民法の財産法における所有権の絶対性は、現実の社会関係と結びつき、当然にどの階級にとって有利なものとなるかという点で、階級的な価値判断の差異を導くことになる。この点をめぐって、はげしい階級斗争の展開をみることにしたのはいうまでもない。これは自由民権運動という政治的斗争としてあらわれ、やがて農民的な本来的な姿態をとって現象するようになった。旧民法の財産法の規定する所有権の絶対性が、土地関係における地主的所有を現実には保障する役割をもつことを意味することは、他の面からいえば、これまで耕作農民のもっていた耕作権——封建的土地関係にもとづく——をどのように消滅させていくかという現実の問題と結びつく。しかし耕作農民の耕作権の剝奪は、激しい抵抗なしには実現できない。したがってこの耕作農民の抵抗をさけるためには、耕作権を所有権の原則にたつて、どのように法的に保護していくかが重要な課題となってくる。だからこうした現実の社会関係が、旧民法の財産法のなかに反映しているはずである。この矛盾した両側面の具体的解決がどうなされているかの考察が、同時に旧民法の財産法の法的性格をしめす一つの指標となるのである。だから旧民法の財産法の法的性格は、かかる観点からも考察しなければならないはずである。近代的所有権はいうまでもなく一物一権主義にたっている²⁰⁾。そのため、土地関係における地主的所有が維持されれば、それと両立することのできない耕作農民のもつ耕作権は失なわれる。耕作権を承認することは、耕作農民の土地関係における地位を保護することになり、所有権の絶対性と矛盾する。そこでどういう形で耕作権に法的保護をくわえればよいか問題となってくる。この点をみておこう。旧民法の財産法は、他人の土地を農業上の目的で利用することのできる法的権限を、つぎのような諸権利にもとづいてあてている。すなわち、用益権(財産編四四条以下)、賃借権、永借権、地上権、使用貸借である。そしてこれからの諸権利はさらに分類され、用益権、賃借権、永借権、地上権を物権とし、使用貸借を人権(債権)としている。そのため

明治民法とは異つて、たとえ賃貸借にもとづく土地の利用関係であつても、『総テノ人ニ對抗スルコトヲ得』(財産編二条)ることになる。こうしてたとえ地主が土地を他人に売却・譲渡しても、小作人は買主(新所有権者)に對抗することができることになり、買主に小作地を引渡す必要はなく、これまで通りの土地の利用関係を保持することができる⁽²¹⁾ことになる。

これまでの封建的土地関係にあつてはとくに新田開発や開墾によつて生じた永小作関係では、小作人の地位が強く保護されてきた。すなわち、地主は永小作地を勝手にとりあげることはできなかった。そのため永小作地にたいする小作人のもつ耕作権は、一種の農民的所有という形態をとつて認められてきた。これがいわゆる上土権といわれるものである。この上土権は小作人が小作料を滞納したり、あるいはいまいちぢるしい不法行為をなしたという例外を除いては、消滅されることがなかった。このように永小作関係は、いわば物権的効力をもつものとして理解されてきたわけである。そのため小作人は永小作地を第三者に譲渡することもできたのである。そしてたとえ地主がかわつても、小作人は永小作関係の存続を、新地主に対抗することができた。旧民法はこうした永小作関係にもとづく土地関係を、永借権(Emphyteuse)として規定した。しかし永借権の存続期間を限定し、三〇年から五〇年を超えない不動産の賃借権となしている。これは所有権の絶対性という近代民法の原理にもとづいて、永久的な存続期間をもつ永借権は、所有権と抵触すると考えたからである。しかし他の側面からみれば、これまでの耕作権を近代的所有権にもとづき、消滅させていないことを意味している。このことは相対的意味においてであるが、所有権の効力を法的に制限していることになる。もちろん旧民法の財産法のなかに永借権を規定したのは、土地関係に近代的所有権が貫徹し、そのため地主的所有が確立していく過程で生ずる、農民の抵抗を弱めるためであつた。これまでの永小作関係という慣行

は、永借権として維持されることになる。旧民法のもとで永借権が認められたことは、農民的生活の現実にたいして、さして変化を生じさせないことになる。しかも近代的所有権の概念構成は、永借権に存続期間を附与することによって維持される。こうして所有権の絶対性にたいする規定が、土地関係において制限されていることの意義は、無視できない点となる。

旧民法の財産法では、土地使用関係は賃貸借関係として総括されているが、『賃借人ハ賃貸借ノ期間ヲ超エサルニ於テハ其賃借権ヲ無償若クハ有償ニ譲渡シ又ハ其賃借物ヲ転貸スルコトヲ得但反對ノ慣習又ハ合意アルトキハ此ノ限リニ在ラス』(財産編一三八条第一項)とされている。そのため旧民法の財産法では、使用貸借にもとづく土地使用権を除いては、いずれも物権として取扱れることになる。このことは旧民法の財産法では、小作人の立場が有利なものとなっていることをしめしている。²²⁾ もっともこのばあい、『果実又ハ産出物ノ一分ヲ以テ借賃ト為シ金錢ヲ以テ之ニ代フルコトヲ許サザルトキニハ賃借権ノ譲渡又ハ転貸ハ賃貸人ノ承諾アルニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス』(財産編一三四条四項)と規定された。そのため刈分小作や見取小作などの分益小作にあっては、賃借権の譲渡・転貸をなすことはできなかった。いうまでもなく収益権は、所有権の一つの機能である。そのため収益権が法的に保障されていることは当然である。しかし旧民法の財産法は、小作人の利益を確保するために、不可抗力にもとづいて年収益の三分の一以上の損失のばあいには、その賃料(小作料)を損失の割合に応じて減免できることとしている。そして小作人にたいして減額請求権を認めている。²³⁾ また小作人にたいし農地の抵当をなすことを認めている。すなわち、『不動産ノ賃借人ハ其ノ権利ヲ抵当ト為ス』(財産編一三五条)ことができると規定している。そして賃借人は第三者にたいして、物上訴権を行使することができるのである。このように土地関係にあっては、これまでの耕作農民(小作人)のもつ

ていた地位は、近代的権利関係としての小作人の法的地位に再編成され、法的保障をうけることになった。これは近代的所有権という概念構成のもとで、農業生産関係における耕作権の保護をはかる企図にもとづくものであることを知ることができる。旧民法の財産法における耕作権保護は、日本資本主義の発展のために必要な資本の本源蓄積を、寄生地主制の確立・強化によって実現してきたという現実の社会関係のもとで、所有権の絶対性と比較して弱体であることは当然であった。しかし資本主義的生産関係に要求される、これまでの封建的土地関係の市民法的再編成が耕作農民の法的地位の保障という形態をとって、ある程度まで考慮されていることは、否定できないだろう。ここでは資本の側からの要求が、農民の側からの抵抗によって、弱体化されているわけである。ここではフランス民法のもつ社会的役割が、日本の現実の社会関係と結びついて、経済的弱者の側に有利に作用することになる。フランス民法がブルジョア革命にもとづいて耕作農民の権利を確保し、小農経営に依拠しつつ、資本主義的発展を企図したという歴史的意思是、日本の社会関係においては、耕作農民の法的地位の確保という意味になったわけである。とはいえこのフランス民法の市民法的構成が、影響していることは否定できない。耕作農民の立場からみるかぎり、旧民法の財産法が、現実の社会・経済的条件のもとで、農民の権利の相対的保護を実現しているという評価をあたえうる。⁽²⁴⁾

さて、旧民法の財産法を構成する条項の二、三の考察によって、条文自体が抽象的文言で規定されることを知った。これは市民法的概念の抽象的性格に由来している。そのため、条文自体の法的解釈だけからは、条文自体のもつ法的意味を確定することはできなくなる。問題としている所有権の絶対性についても、たしかに法形式からすれば、市民法としての法的表現に従っている。しかし法的表現が近代市民法であるからといって、現実の社会・経済的条件と結びついたらばあい、同じ規定が進歩的性格としてではなく、逆に反動的性格をもつものとして、あらわれることにな

りうるのである。抽象的規定は實際の力關係を反映し、このように矛盾した法的性格を附与するのである。財産法の絶対性のもつ進歩性は、それ以前の封建的生産關係を反映した法制度のもとでのそれと比較したときである。そして同じ財産権の絶対性が反動的性格をもつのは、当時における現実の社会・經濟的条件——地租改正によって經濟制度としての農民的土地所有關係が、地主的土地所有關係にうつされるという——においてである。それは旧民法の財産法のこの規定が、だれの手で實際に利用されるかという点と結びついている。そのため、旧民法の財産法の規定する所有権の絶対性と、明治民法のそれとの法形式的同一性を指摘し、そこから前記のごとき大同小異とする論評は、さらに吟味して見る必要があると思う。現実の社会・經濟的条件をきりはなし、地主||小作關係を基軸とする寄生地主制の確立という政治的要求が、日本資本主義發展の必要条件をなしているばあい、それを法制度のうえで実現できた所有権の絶対性が、旧民法と明治民法とはどういふ差異をもっているかが、拾象されることになる。だから明治民法にみられるように、近代的所有権の確立、したがって耕作権の弱体化として理解することは、当時の經濟的・政治的要求に合致しているわけである。明治民法の法制化における基本的課題は、日本資本主義の經濟的要求に答えるものであった。しかもこの課題を法制度のうえで実現するのに近代市民法のもつ抽象的規定性が、大いに役立てられたのである。ところが旧民法の財産法における近代的所有権は、地主的土地所有にたいする制限——それは小作権の保護という法形式でなされているが——をともなっている。このことは日本民法典論争で身分法とならんではげしく批判されることになったが、それは日本資本主義發展にもとづく政治的要求であった。⁽²⁵⁾

さて、資本主義的生産關係における商品流通は、財産法關係として具体的な法的保護をうけていなければならぬ。それは資本主義的生産によって実現された不払労働・剰余価値を、個別的な商品取引によつて、貨幣形態に転化

しなければならぬとする経済制度に結果している。そのため商品流通の法的保護は、財産法におけるいま一つの法原理としての『契約の自由』と『取引の安全』として、投影されることになる。そのため旧民法の財産法は、取引の安全をはかるための法規をおいている。たとえば動産・無記名債権（無記名証券）については占有（財産編三四六条）が、不動産については登記（財産編三五〇条）が、そして記名債権については譲渡通知（財産編三四七条）が、というような権利変動の對抗要件についての規定が、それである。もちろん権利変動の對抗要件は、所有権のない手を明確にするためのものである。しかし同時に商品取引・商品流通の安全性をはかるための法的手段として機能しているわけである。われわれが流動的な財産関係を軸としてとらえるならば、近代民法では権利変動の對抗要件は、権利変動によって生じる法的事実と結果とを、法的に保護していることを知ることができる。それは権利変動の對抗要件を明確にしておかないかぎり、自由な商品取引は実現されないからである。だから旧民法の財産法が債権譲渡を認めることは、近代市民的な法論理構成にたつといえるだろう。それと同時に商品流通の安全性のための法的手段とされている即時時効（即時取得）の規定もまた、証拠編の時効の章（証拠編一四四条）におかれ、さらに詐欺・錯誤（財産編三〇九条〜三一一条）・表見代理などの規定もおかれている。そして旧民法の財産法では、流質を禁止する規定をおき、『附遅滞手続』と『恩恵期間』を規定している。これら一連の条項によって、旧民法の財産法は、債務者の保護をはかっている。さらに時効規定をおいている。この時効制度はフランス自然法にもとづくものであった。これらの諸規定がいづれもフランス民法に従った規定であることはいうまでもない。²⁶このように旧民法の財産法では、取引の安全性についていろいろの法的手段がとられているわけである。しかもこの取引の安全性は、取引自体を契約という法的概念で構築し、そのことから取引の安全性が論拠づけられ、それが確保されているのである。このことは商品交換の自由性

——これは契約の自由性という法形式でしめされる——を実現することが、個人意思の自由の法的保障となるという論理によつてなされている。

この契約の自由性は、資本主義的商品交換関係の基本的法形態を売買契約となし、それを双務契約として位置づけることによつて完成している。そしてこの売買契約の法的理論は、さらに労働力商品の販売——購買関係にも拡張され、雇傭契約という法形式をとつて規定されているわけである。このばあい契約の自由性の法原理にたちつつも、雇傭関係に現実の力関係の介在していることを認めている。そしてこの前提にたつて、雇傭の拘束最長期間を使用人・番頭・手代については五年、職工その他の雇傭人については一年、習業契約のばあいには成年までと規定している（財産取得編二六一條）。そしてこの規定を超えた長期の雇傭期間を約したときには、雇傭契約の当事者の一方は、随意にこれをそれぞれの期間まで短縮しうることになっている（財産取得編二六八條）。これは契約の自由性にたいする法的制限であつて、その根拠を『人の自由とその尊厳にたいする敬意のため』²⁷⁾に求めているわけである。だから所有権の絶対性にたいして、土地関係における耕作農民の法的保護のための法的制限をなしているのと同じ立場が、雇傭関係にも持込まれているわけである。雇傭関係にあつては、その時々々の社会・経済的条件が強く反映してくる。ことに資本主義的上昇期において、労働力不足を背景とするばあい、この制限は被傭者の地位の確保のために、有利に作用することになる。だから明治民法の雇傭契約の規定の仕方と同一性をもつたものであつても、そのもつ具体的な社会的役割に注目しなければならぬ。雇傭関係には力関係が強くもち込まれ、人格的支配が結果することになる。だから雇傭関係が契約概念にもとづいて規定されている点は、被傭者にたいする人格的支配を排除する機能をはたしえたはつてある。

われわれは旧民法の財産法を構成する若干の条文を検討してきた。以上の検討は旧民法に近代市民法の法原理が、具体的にどのように浸透させられているかに焦点をあわせた考察であつた。そこでとりあげた個々の条文は、けっきよく資本主義的生産関係の維持と擁護という全体的構想に統一されている。この点でこれまでの封建的財産法関係を、近代的財産法関係として再編成しようとする企図に貫ぬかれていたといえる。たしかにこの意味においては、旧民法の財産法は近代市民法的性格をもつものであつたと評価できる。しかし旧民法の財産法がこの法的性格をもつが故に、現実の社会関係に適用されるばあい、市民的権利の一切が平等に人々に帰属することはできないという矛盾を導きだすことになる。それは現実の社会関係において、人々はけつして経済的に平等なものではないからである。そこでこの矛盾をいかに調和させ、解決したらよいか、同一の法典のなかで企図されることになる。旧民法の財産法を構成する若干の条文の考察は、こうした矛盾した二重の企図をもつて編纂され、制定されたものであることを気付かせてくれた。旧民法が明治民法のそれと比較して大同小異として性格づけられた理由は、その両者のもつ法的形式性においてであつた。旧民法と現実の社会関係とのあいだに存在した矛盾の解決は、現実の社会関係にもとづいて民法典自体を改訂するという方向においてなされる必要がある。明治民法の制定はこのことを結果した。だが実際にそうであつたのだろうか。われわれはこのことを例証しうるのはただ歴史的な事実——現実の社会関係——にもとづいてだけである。このばあい現実の社会関係を現実の民法典のうえに反映させるときには、経済的強者の立場にたつか、あるいは経済的弱者の立場にたつかのいづれかを選択しなければならぬだろう。これは法的保護がどちらの側に帰属するかという形で理解される。資本主義社会が上昇期にあつた明治期において、日本民法典のはたす役割は、近代市民法のもつ一般的な役割と同じように、社会発展にたいする促進的作用をもつていた。だから旧民法の法

的構造と、それを、構成している条項のなかに、近代市民法的構成をとり、かつ現実の社会関係の結果として導きだされる経済的弱者の法的保護がはかられているとする以上の指摘は、明治民法のもつ法的性格とは異った性格を、この旧民法の財産法にあたえることになると思う。われわれは旧民法の財産法をこのように評価したい。いうまでもなく個々の法規のはたす客観的な役割は、具体的な社会・経済的条件と結びついて確定されることになる。だから旧民法の財産法自体に、明治民法の財産法と異った進歩的性格をあたえたとしても、現実の社会関係にとって、このことが妥当するかどうかは、諸条項のもつ条文形式だけからは生れてこない。それは法の解釈と適用という法的操作を経由して、はじめて実践的に論証されたことになる。ところが旧民法の無期延期は、かかる論証を不可能なものとし、ただ法論理のもとでの問題となっている。もちろん法論理上の正しさは、具体的な社会・経済的条件の分析と解明とに結びついたとき、一つの仮説としてはなりたつだろう。そこでそうした作業に進みたい。だが、そのまゝに旧民法のいま一つの構成部分である身分法についても、この財産法でなしたと同様の若干の考察をなしておこう。

(16) 福島正夫 日本資本主義の發達と私法(四) 法律時報二五卷四号 一九五三年四月 三二二ページ。

(17) この点についてボアソナードは『日本ハ特ニ立法上ニ於テ断然新路ニ入りシト雖モ其ノ行政經濟及ヒ民事上ノ制度ニ新法ヲ設ク是レ敢テ多少無媒ナル新論旨ヲ試行センカ為メニ非スシテ海外諸國ノ実験ノ結果ヲ適施センカ為メナリ而シテ唯タ多年開明諸國ノ實際ニ於テ其ノ正当ニシテ且ツ有益ナルコトヲ表示シタル制度ナリ』(再聞日本民法草案財産編物権之部一六八ページ)となしている。この点は日本民法典論争で攻撃された点で、明治民法では『法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其ノ所有物ノ使用收益及ヒ処分ヲ為ス權利ヲ有ス』(二〇六条)と改められたわけである。

(18) ボアソナード 民法草案 財産編講義 二ページ、二〇二ページ。

(19) 堀江英一教授は『明治維新の社会構造』(有斐閣一九五四年九月)なかで、自由民権運動の發展段階をつぎのように区分されている。『自由民権運動には三つの段階が考えられる。第一の段階は明治七年民権議院設立建白から明治一三年国会開設期同盟

会設立前後までであつて、いまいったように士族民権運動の色彩が濃厚であり、第二の段階は明治一四年自由党結成から明治一五年末頃までで、士族民権運動から農民民権運動へと転回し、農村支配者層の指導権がよくなる。一五年の福島事件はこうした性格の激化形態であるが、しかしそれは福島事件だけの性格でなくて、当時の運動全体したがって当時の群馬・長野・秩父の運動であり、尊攘討幕運動の継続であつた。その底にある階級関係は経済構造もそのようなものと考えられるし、藤田五郎氏とりわけ庄司吉之助氏の福島事件研究もそれを裏書きしている。一六年から一七年にわたる第三のそして最後の段階——群馬事件・秩父事件・飯田事件を激発した段階は、自由民権運動がはじめて尊攘討幕運動の伝統から離脱した時期である。この段階になつて、世直し一揆は惣百姓一揆の従属からはなれて、自らの政治運動を展開できるようになり、農民大衆は農村支配者層の指導から独立して、独自の政治運動を發展させるようになった。こうした自由民権運動の変質と性格転換とをなしとげさせる階級関係と経済構造とが当時の發展しつつある東山養蚕地帯にはあつたのである』(同上二七二ページ〜二七三ページ)と。

(20) 宮川澄 民法講義(人物権・担保物権) 青木書店 一九五八年三月 七九ページ以下。

(21) 小倉武一 土地立法の史的考察 農林省農業綜合研究所 一九五一年三月 一六四ページ。

(22) 小倉武一 土地立法の史的考察 農林省農業綜合研究所 一九五一年三月 二二五ページ。

(23) 旧民法の財産編第一三二条では『妨害カ戦争、旱魃、洪水、暴風、水災ノ如キ、不可抗力又ハ官ノ処分ヨリ生シ此カカメ毎

年ノ収益ノ三分ノ一以上、損失ヲ致シタルトキハ、賃借人ハ其ノ割合ニ応ジテ借賃ノ減少ヲ要求スルコトヲ得』と規定している。

(24) こうした評価はつぎのような主張によつても知ることがができる。すなわち、楠木正隆は『法典断行意見』(明法誌叢一號)のなかで、『日本ハ農業ヲ以テ本ト爲スノ国ニシテ、財産の重キハ田畑ニ在リト云フ有様ナリ。左ル故ニ小作ニ関スル慣習ハ大ニ見ル可キモノ有リテ存ス。然レドモ此慣習ハ各地其趣ヲ異ニスルガ故ニ、今或ル一地方ノ慣習ヲ取りテ正法ト爲シタルンニハ又事態ニ於テ容易ナラザル激変トナラン。且農民ハ土地ニ係ル負担義務ニ苦ミ、之ガ爲メ不動産ノ貴重ヲ覺エサルノ今日ニ於テ此ノ三分ノ一ノ原則ヲ定ムルトキハ、小作人タルモノ之ヲ幸トナシ、地主ノ難苦ヲ生セン。即今農商務省ニ於テ小作条例等ヲ編纂スルノ聞ヘ有リト雖トモ、是事態ヲ察セサルノ致ス所ナリ。之ヲ案スルノ時期ハ地租ヲ減シ、他ノ税率ニ依テ以テ之ヲ補ヒ、不動産ノ効力ヲ生シタル機ニ臨ミ之ヲ爲ス可キナリ。況ヤ北方ハ一作西方ハ二作ノ精算ヲ以テスルモノ多キニ居ルニ於テテヤ。故ニ此法典ニ於テ始メテ小作米減少ヲ請求シ得ルノ限度損失三分一、即チ財産編第三百三十一條ニ但書ヲ添ヘ、慣習アル地方ニ於テハ其慣習ニ従フベキ旨ノ明文ヲ掲ケ、各地ノ情説ヲ察シ裁判官ヲシテ一ノ便法ヲ取ラシメントラ希メリ』(星野通 明治民法編

纂史研究 四四五ページ所収）と述べられている。これは旧民法が耕作農民の権利を保護していることを指摘しているものといえる。

(25) 福島正夫 日本資本主義の發達と私法(論) 法律時報二五卷一一号 一九五三年一月 八三ページ。

(26) この時効制度はすでに明治六年大政官布告『出訴期限規則』によって規定されていた。この点については平野義太郎 明治法学史における一学派（日本資本主義社会と法律 理論社 一九五五年二月 九二ページ）を参照されたい。時効制度をフランス的自然法によって思考することは、つぎのような説明でも解るだらう。たとえば塩入大輔が『新法典ノ十大原則ヲ明ラカニス』（法治協会雜誌二号）で『時効法所有權ノ原由ニ適スルモノナリ。何ヲ以テ之ヲ云フ。日ク所有權ハ既ニ前ニモ云フカ如ク勞力勤勉ノ結果ナリ。時効ニ依リ所有權ヲ獲得スルモ亦勞力勤勉ノ結果ナリ凡ソ三十年間ノ久シキ毎日毎時勞力ヲ費シ勤勉ヲ為シテ土地ヲ耕作シタルモノハ其土地ノ占有者トシテ密接ノ關係ヲ生シ、以前ノ所有者ハ却テ關係ヲ有セサルニ至ルナリ。造物主ノ土地ヲ人生ニ附与スルヤ、耕作ヲ為シテ人々ニ利益ヲ得セシメンカ為メナリ。然ルニ土地ヲ拋棄シテ顧ミス三十年ノ久シキ他人ノ耕作スルヲ黙視スルカ如キハ造物主ノ本旨ニ背クモノナリ。凡テ社会ノ事物ハ其物ニ關係スルコト益々多ケレハ、其物ト人トノ關係ヲシテ愈々密接ナラシムモノナリ。是レ天地自然ノ理ニシテ更ニ疑ヲ入レス。今三十年ノ間其ノ土地ニ關係セサルトキハ土地ト人トノ關係ハ茲ニ隔離シテ遂ニ所有ナルヤ否ヤヲ知ル可ラス。現ニ耕作ヲ為ス者ヲ指シテ所有者ナリト云フヲ近シトナスナリ。去レバ時効ニ依テ所有權ヲ得ル事ハ所有權獲得ノ理由ト同一ナリト云フ可シ。又免責時効ニ就テモ然リ』（星野通 明治民法編纂史 研究 四四一ページ所収）として時効制度を積極的に評価しているのはその例である。

(27) Boissande ; Code civil de l'Empire de Japon, Tome III, 1891, P. 458