慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	財産制度史研究にみえたる法思想 : 中田薫を中心に
Sub Title	La Pensée juridique qui se montre dans l'étude de l'histoire du droit privé : l'exemple des œuvres réalisées par Nakata Kaoru
Author	頼松, 瑞生(Yorimatsu, Tamao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1996
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.69, No.10 (1996. 10) ,p.91- 129
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19961028-0091

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

財産制度史研究にみえたる法思想

——中田薫を中心に——

頼松瑞生

一　はじめに
二　留学の成果
三　法秩序主体論
四　静的法秩序論
五　法進化論
六　その歴史観の位置付け
七　結び

一　はじめに

昭和一〇年代、我国における国粋主義の高まりは、様々な分野にその影響を及ぼした。法律学においては、それが日本固有法理に対する関心の深まりとなって現れた。日本法制史研究は、その学問の性格からいって、かかる動向の

一翼を担うものとして期待せられて然るべきものであった。事実、牧健二、細川亀市といった日本法制史の研究者たちによって、積極的に日本固有法理の研究が行なわれたのである。

「日本的財産法秩序論」とでも名付けるべきものが生まれたのも、かかる一連の研究からである。これは、牧健二によって提唱された考え方で、昭和一〇年の「旧日本の私法的諸制度に固有な法律体系に就て」[1]及び「日本固有の法律体系に於ける公法と私法との関係に就いて」[2]の中で発表された。即ち、日本固有法は、「個人を中心として生ずる権利義務の関係ではなくて、全体社会の公共の利益の為に存在する所の」「家屋なり、土地なり、金銭なりと云ふ目的物」を対象として規律するというのがその趣旨である。[3]

かかる主張が、全体主義という当時の思潮に彩られたものであることは確かであろう。しかしながら、これと類似する考え方が、戦後、昭和二〇年代に別の日本法制史研究者によって唱えられていることは注目に値する。

例えば、石井良助は、『日本法制史概説』[4]（昭和二三年）において、上代から近世に至るまで一貫して、「債権は給付請求権としてよりは、給付せらるべき物に対する支配権の如く考へられて居た」[5]と述べている。

また、金田平一郎も、『近世債権法』[6]（昭和二三年）において、「特定人間の人間関係に出でたる」「債権或は債務を以て一個の財物と見る思想」[7]の存在について指摘する。

以上の考え方について共通する点は、近代法の特徴とされる物権と債権との峻別がなされておらず、両者未分離であると捉えられていることである。そして、牧は、かかる傾向について、「徳川時代に至ると之は更に徹底的になつて」[8]くると指摘するのである。

しかしながら、これらの考え方には、相違点も存するように思われる。それは、物中心か、人中心かという点である。即ち、牧にあっては、「全体社会の公共の利益の為に存在する所の」目的物から出発して、様々な特定人間の法律関係が展開されるかの如き考え方が看取される。これに対して、石井・金田にあっては、「物に対する支配権」と

いい、「債権或は債務を以て一個の財物と見る」という言葉にみられるが如く、人から出発して、その物に対する支配ということが強調されるのである。

この相違点をもって、何と解すべきであろうか。前者をもって全体主義的、後者をもって個人主義的とする見方も一理あるであろう。しかし、果してそれだけで充分であろうか。

そこで注目されるのが、牧の学問上のライバルであり、石井・金田の学問上の師であった、法制史の大家中田薫（一八七七―一九六七）のこの問題に対する立場である。この中田の立場を明らかにすることによって、右の相違点の性格が少しは鮮明になるのではないか。しかしながら、中田の学問的方法論については、「日本を世界史上特別扱いすることを嫌い」「普遍的な図式の中に日本の伝統的諸制度を置いてみる」ものであったということが指摘されている。[9] そうであるならば、日本固有法論の一環として登場してきた「日本的財産法秩序論」をめぐる問題について、中田を持ち出すのは不適切ではないかという考え方が示されるかもしれない。

しかし、物事というものは、内側からのみではなく、外側からみていくことも肝要であり、それによって、より明確に理解されるようになるものである。果してしからば、所謂日本固有法論と一線を画する中田の立場を検討することも無益とはいえまい。否、それどころか有益であるといえよう。即ち、外側のものと比較することによって、その考え方の様々な側面が浮かび上がってくるのである。例えば、先の牧の日本固有法論は、一見して全体主義的色彩が強く、思想としては否定的に捉えられる一面を有するが、中田理論の検討によって肯定的な側面が浮かび上がってこないとも限らない。このことは、石井理論、金田理論についても同様である。

したがって、小稿においては、日本の財産法史に関する中田の論文を通じて、その歴史観、思想を明らかにし、その立場から「日本的財産法秩序論」の性格並びに現代的意義を検討していくことを目的としたい。そのことによって、前述した「日本的財産法秩序論」をめぐる対立の性格も明らかにすることができれば幸いである。なお、紙幅の関係

上、中田の論文は、徳川時代の財産法に関するものを中心として検討することとする。蓋し、牧が、「日本的財産法秩序」を徳川時代に顕著なものと述べ、金田も、徳川時代を中心として論じていることから、この時代のものを中心とすることが適切であると判断したからである。

二　留学の成果

前章において、中田の論文は、徳川時代のものを中心に検討したいと述べた。しかしながら、中田が明治四四年に欧州留学から帰朝して最初に発表した「独仏中世法ニ於ケル債務ト代当責任トノ区別」[10]という論文は、その後の中田の財産法に関する研究に対して先駆的な意味合いを有すると思われるから、先ずみておく必要がある。何となれば、その後の研究は担保法に関するものが多く、この論文もまた同様の主題を内包するものだからである。

この論文は、ギールケを始めとするゲルマニステンの研究成果をまとめたものであり、独仏中世法を題材の中心として、そこでは債務と責任とが区別されていたということを説明したものであった。即ち、債務の根本観念は給付をなすべしという当為にあるのであって、「故ニ債務者カソノ給付ヲ為スヘキカ否ヤハ彼レノ自由ニ属ス」るのに対し、責任は「債務不履行ノ場合ニ債務ニ代テ債権者ヲ満足セシムヘ」く代当物に負わされたものとして位置付けられるのである。そして、この責任について、中田はギールケの説にしたがって、その代当物（代償物）が人の身体であるか、特定の物であるか、包括的財産であるかによって、各々、人的代当責任、物的代当責任、財産代当責任に三分類する。[11]

中田がこの論文において強調するのは、右の三責任の関係についてである。即ち、物的代当責任と財産代当責任との差異は、債権者が「代当物ノ上ニ直接ノ支配即チ占有若シクハ物権ヲ有ス」や否やに存し、前者のこれあるに対し、後者のこれなきこととする一方、人的代当責任と財産代当責任との差異についても論じる。前者と異なり、後者は

「代当者ノ身体ニ対シテ何等ノ攻撃力ヲ含マサルモノナリ」となすこと、これである。そして、財産代当責任は、物的代当責任と結合し、代当物を特定物から債務者の包括財産へ拡大することによって、責任を強固ならしむる一方、人的代当責任に吸収され、債務者の身体に代り、その包括財産を代当物となす効果をもたらして、責任を緩和せしめる働きをなしたというのである。(12)

さて、ここで問題となるのは、中田が、財産代当責任について、物的代当責任に対しては結合したとするのに、人的代当責任に対しては吸収されたとすることである。このことが関連しているのであろうか、この論文の結論において、人的代当責任による吸収のことは触れられているにも拘らず、物的代当責任との結合については触れられていない。これをいかに解すべきであろうか。

確かに、責任について、財産責任を人的責任に含ましめ、人的・物的の二分説をとるという立場が一般的であり、(13)中田のこの論文も歴史的に三責任から二責任へと移行したことを説くものとみれば、この疑問に対する説明は一応付くかの如く思われる。しかし、それにしても、物的責任との結合については結論において触れてもよさそうなものである。したがって、これには何か別の理由があると考えられよう。しからば、それは何か。

思うに、中田は、「責任」に関して、物が果す役割の大きさを痛感していたのではなかろうか。これは、物的責任と財産責任との結合を説いた段階で、先ず、中田が実感していたことであろう。そして、人的責任による財産責任の吸収についての中田の理解に大きな影響を与えることになったと考えられる。

つまり、中田は、この場合、財産責任が人的責任を緩和したという説明をするのであるけれども、その説明の裏面には、緩和された人的責任が財産責任によって補われるという理解があるように窺われる。それは、「身体ノ強制カ裁判上ノ強制施行トシテモ又タ私的契約トシテモ廃止サレタル以来ハ財産代当責任ハ人的代当責任ノ唯一ノ内容ヲナスニ至レリ」(14)という言葉に表れているといえよう。これ、正に責任について物が果す役割の大きさに対する理解に基

づくものである。

しからば、人的責任と財産責任との関係について、かく理解した段階において、物的責任と財産責任との結合という事実は、責任について物が果す役割の大きさという前提事実に還元され、中田の意識の底に埋没したと考えることができよう。換言すれば、物的責任と財産責任との結合は責任の確実性を象徴し、それが責任を負うものとしては人身より物の方が確実であるとの印象を与え、その印象が前提事実となって、専ら中田論文の結論では人的責任と財産責任との関係の方に関心が払われることになったのである。

中田の考え方をかくの如く理解するならば、それは、大正六年の「日本中世の不動産質」[15]においても受け継がれているといえる。即ち、日本中世の無占有質たる差質に関して、「債権者が債権の満足を求むる為めに、質物の占有を自己の手中に収むるの権利は、追及権を伴ふ物的権利にあらずして、単に債務者（質入人）に対する人的権利に過ぎざるものと云ふべし」[16]といい、恰も債権と比べて物権の方が重要であるといわんがばかりなのである。この物権重視の姿勢をみるとき、それが責任における物重視の姿勢につながるものであると理解することは容易であろう。

しかしながら、この物権重視の姿勢が、時として中田の人的関係（法における人と人との関係）についての見方に影響を及ぼすことになるのである。

例えば、それは、不動産の入質（占有質）の一種たる利質に関する説明[17]のところに窺える。利質とは、「債権者が弁済期迄質物を占有し、収益の権利を有すること、及び質入人は単に債務元本のみを支払うて、質物の請出をなし得べきことを」もって特徴とするものである。つまり、収益をもって利子に換えるから、債務元本のみ返還すればよいというのである。ところが、中田は、この利質の例として、年季を過ぎて請返した場合、元本を上回る額によるという例を紹介し、「特約の結果年季の多少に依りて、請戻金に差異を生ずることあるも……」と説明する。つまり、年季の経過という事実によって、債務元本のみ返却するという利質の性格が一変することを認めているのである。

同じ傾向は、入質（占有質）の場合の質入された物が「債務に代当する唯一の責任物体」であると例示するところにもみられる。[18] つまり、「質物として預入れたる家屋は一乱の為め焼失すと雖も、約月経過後のことに属するが故に、本銭を返済すべし」という債権者の要求を掲げ、「特に質物の焼失が『可返弁旨約月過已後』即ち弁済懈怠の結果なる旨を提出せしことは、その反対に於て右の出来事が約月以内に起れる場合には、本銭の請求権なきことを暗示するものと云ふべく」と解釈すること、これである。この場合も、中田は、年季の経過という事実によって、特定物を唯一の責任物体とする入質の性格が一変することを認めているのである。

つまり、何れの件も、年季の経過によって、一方においては元本に利子相当のものが附加され、他方においては物的責任から財産責任へ拡大するというように、債務者の負担が増加するという性格を有するものである。しかし、中田は、これをもって、或いは原則に対する特約による若干の修正、或いは年季内において原則性が保たれているものとして処理しようとする。前者において「特約の結果」といい、後者において年季経過によって懈怠責任という別の責任が新たに生ずるという解釈をなすこと、これである。かかる中田の姿勢をみるに、具体的な債権者・債務者間の関係を直視しているものとは思われない。債務者にとって負担が増加するような事態を単に原則に対する例外とみるような姿勢は、人間を物視し、責任物体として抽象化する考えに相通ずるのではあるまいか。

これに対して、年季経過後も債務弁済なきことは、債務者に違約罰を発生せしめることになると中田は解釈したのであって、右の如き中田理解は正鵠を射たものではないという反論が予想されよう。しかし、中田が、入質の特徴について特定物を唯一の責任物体とすることを挙げ、利質の特徴として債権者の責任物体利用による収益をもって利子相当分に充当することを説く以上、質取主に責任物体の占有が移ったという事実が存すれば、年季経過によってこの条件が変更される理由などないのである。したがって、条件に変更が加えられるとすれば、それは債権者と債務者の間の人的関係の問題なのである。中田の場合、この人的関係によって生ずる要素を単に原則に対する例外と考える。

そのため、その分析をもって本制度を考察していくということはないのである。

右の中田の姿勢は、前述の如く、責任物体としての物の強調の結果であるといえる。そして、この中田論文においては、それが先に扱った「債務と責任との区別」という問題に対する意識によって助長されていることをみることができるのである。即ち、それは、「現に存在する債務の担保にあらずして、年貢未進若くは違乱出来と云ふが如き、当事者の胸中にては寧ろその出現を希望せざる、万一の出来事の結果として、発生すべき未来の債務を予想して、質物を供する場合」があるとして、「我中世法の質物が亦、債務とは互に独立せる物的代当責任の観念なることを、最善く表明するものと云ふべし」、「我固有法に於ける債務と責任との区別の存在を証明すべき一資料となすことを得べけんか」ということ、これである。[19]

しかし、中田の挙げている年貢未進と違乱出来という二つの場合は、物的責任ではなく財産責任が問題になると捉えれば、それが未来の債務に対するものではなく現在の債務に対するものであると考えることも可能である。[20]何となれば、何れの場合とも、現在の債務（年貢債務等）をより確実に担保するものとして責任が位置付けられるからである。但し、責任物体が特定物であるならば、中田のいうが如く、物的責任となるかもしれない。しかるに、中田がこの論文で挙げている例は、質物を複数列挙した後、その語尾に「等」という言葉がつくもので、到底これを、「特定物」と断ずることはできない。

とすれば、財産責任とみる方が適当と思われるのに、中田は、何故物的責任とみたのであろうか。それ、即ち、「債務と責任との区別」を強調したかったがためである。財産責任ではなく物的責任とすると、その概念が当事者間の人的関係から独立して捉えられ、年貢未進・違乱出来という現在の債務の延長線上にあるものが恰もその延長線から切り離されて突然新たに発生したものの如く位置付けられ、そこにその物的責任が対応させられるという構図が出来上がってくるのである。そして、未だ発生せざる債務に対して、責任は物的責任という存在感のある姿で既に存在

するということになるわけである。つまり、中田にあっては、「債務と責任との区別」を強調することが、物的責任の強調、即ち、法秩序における物の重要性を強調することへつながっていったといえよう。しかしながら、それは、法主体としての人と不可分に結び付いてこそ意味を有するものといえるのである。

三　法秩序主体論

大正七年、中田は、「徳川時代の不動産担保法」[21]を発表した。これは、先の「日本中世の不動産質」の続篇ともいうべきものであるが、そこでは不動産担保の進化の傾向というものが説かれる[22]。即ち、(1)名主に質入契約の要件を審査させる適法主義を認めたこと、(2)名主の加印を質入の形式的要件となす公示主義を認めたこと、(3)質物の滅失は債権の存在に影響せずとなし、純然たる物的責任の性格を欠くに至りしこと、これである。

この中で注目すべきものは(3)である。そこでは、何故か財産責任について触れた言葉がない[23]。物的責任の性格を欠くようになったことをもって進化という以上、責任としてより確実な財産責任へ移行したものと考えざるをえないにも拘らずである。そして、「或る場合には、不動産質は物的責任たる性質を変じて、価格責任と化することなきにあらず」[24]として、価格責任なる概念を持ち出すのである。

中田は、これについて、「質入債務者が、闕所又は身体限の処分を受けたる場合には、質地の価格が債権の価格に不足するときは、質地其ものを弁済に代へて質取主に引渡すも、反対に債権の価格を超過するときは、之を売却して其代金を以て、債務の弁済に充当するものとす」と述べている。しかしながら、この説明で示されているものを価格責任というのは無理があるように思われる。即ち、中田は、公事方御定書や徳川禁令考を引用して説明をなすわけであるが、その引用するところをみると質地の価格が債権の価格に不足するときに、質地を債権者に渡すというだけで

あってその不足分そのものを補うというようなことはない。つまり、価格責任というには不充分ということになるのである。

もっとも、右の例にあるが如きを幕府による質物没収をもって質物滅失と考えるならば、その質物が債権者に渡されることがあるということは、幕府による債権保護を意味するものであるといえよう。しかし、そう解するとしても、これをもって価格責任というに無理があることにかわりないのである。

それにも拘らず、この価格責任という概念は、同論文の外のところにも登場している。即ち、書入（無占有質）について、「債務不履行の場合に目的物を直ちに弁済に代へて、債権者に引渡すことを避けんと勉めたる結果は、書入なるものゝ統一的観念を破るに至りしと雖、其結果書入物を売却して」「其価格を以て弁済に充当するの傾向」「を助長したることは、亦大なる進歩と云はざる可らず」[25]と述べること、これである。ここでもまた問題が存するように思われる。

第一に、中田が、同論文の別の箇所で、「幕府は可成土地の所有権を、債権者に引渡すことを避くるのを方針を執りし為め、文化文政年代には債務の履行を訴へられたる書入人が、任意に書入不動産を債権者に引渡して、内済を為さんことを出願する場合に於ても、裁判官は之を許可せず、却て之を質地として債権者に引渡すべき旨を、命ずることを慣例とせり」といい、「従て書入当事者も亦初より、債務不履行の場合には書入不動産を、改めて質地として引渡すべき旨を特約するに至れり」となすこと[26]、これである。これに依れば、書入について、債務不履行の場合、書入物を売却して価格をもって充当することより、改めて質地として引渡す方が主流であったかの如き観があるのである。それにも拘らず、何故、中田は価格をもって充当ということを強調するのであろうか。もっとも、中田は、価格による充当について、その例を借金証文に求め、「例証多し」と述べている[27]。とするならば、例証が多いから強調されるべきことなのか。こういった事情の説明がなされていないことは、まさに問題であるといえよう。

第二は、売却というも田畑永代売買禁令について説明なきこと、これである。中田は、売却の例として、畑が書入された場合を挙げているが、それが年季売だったのか、禁令の適用を受けない土地だったのか、秘かに禁令破りをしたものなのか、何の説明も加えていない。したがって、中田が価格による充当を強調するとき、何やら釈然としないものが残るのである。

以上の如く、中田の強調する価格責任という概念は、様々な疑問を抱えたものということができよう。それにも拘らず、敢えて中田がこれを強調するのは何故か。その秘密は、翌大正八年の「徳川時代に於ける土地私有権」[28]なる論文の中に隠されているように思われる。

この論文は、徳川時代の土地が、譲渡を制限せられていた故、「私人の所有に属せずとの説」の誤謬を指摘するために書かれたものである。[29]それに依れば、徳川時代においても、拝領地を除けば、「絶対に譲渡の自由を奪はれたる」ものではなかったという。そして、永代売買を禁止された百姓地（高請地）についても、㈠年季売、㈡本物返（買戻特約附売買）、㈢質流等の方法によって譲渡することが可能であったというのである。[30]

この点については、既に先の「徳川時代の不動産担保法」においても触れられている。[31]とすれば、中田は、この時（大正七年）、既に不動産担保を土地譲渡の手段として強く意識していたのではないか。したがって、売却によって価格をもって充当すること、即ち、価格責任の強調も、この意識からくるものでないかと思われるのである。

「徳川時代に於ける土地所有権」においては、逆にその価格責任の強調を根拠付けた不動産担保による永代売買禁令の回避が前面に押し出されているといえよう。即ち、徳川時代に土地私有権なしとの説に反駁するために、土地の処分、即ち、譲渡をなし得たことを証明するがためである。

ところが、ここで大きな疑問とすべき点がある。それ、即ち、中田が、この論文で、「目的物の譲渡が法律上絶対に禁止されたる場合なれども、古今の法律は其物の上に、一私人の所有権が存立することを認めて怪しまず。以て譲

渡の自由は所有権概念の常素なれども、之に欠く可らざるの要素にあらざることを知るべし」[32]と述べていることである。つまり、目的物の譲渡が絶対に禁止されていても、所有権があるというならば、敢えて永代売買禁令に対する脱法行為の件まで持ち出してでも、譲渡が可能であったと強調する必要はないように思われるのである。もっとも、私有権の存在を強調するためには、その方が効果的であるといわれれば、それまでなのであるが。それならば、中田は、この脱法行為ということについていかなる考えを有していたのかという疑問が生じてくる。

これについて参考となると思われるのは、先に指摘した如く、「徳川時代の不動産担保法」において、適法主義・公示主義が認められたことは進歩であると述べられていることである。これを解すれば、徳川時代には不動産担保がより正当化されたものになったということになる。とすれば、永代売買禁令に対する脱法行為としての不動産担保もまた正当化されるという流れに行き着くのではないか。そして、その伝で考えていくと、不動産譲渡の強調に至るのではないか。

もし、右の推論が当を得ているとすれば、中田が、譲渡の可能性を強調して、私有権の存在を提唱したことは大きな意味合いを有するように思われる。蓋し、私有権の要素として処分権を強調することは、人の目的物に対する力、延いては法秩序の主体としての人の存在を克明にするものだからである。つまり、権利の目的物たる土地を自在に操れることが、法秩序における主体としての人の証となるのである。とすれば、法秩序における人の主体性こそが、中田の土地私有権論の根底にあるものといわなければならない。いわば「法秩序主体論」というべきものである。

しかしながら、それは、土地と不可分に結び付いた人の主体性である。先の「譲渡の自由は所有権概念の常素なれども、之に欠く可らざるの要素にあらざることを知るべし」という言葉は、このことをよく示している。即ち、この「譲渡できなくとも所有権あり」ということは、裏を返せば、「譲渡できないほどに不可分に結び付いているものであればこそ所有権あり」ということと解せるのである。そして、この土地と人との結び付きの重視は、かつて責任物体

として物を重視したことと相通じるものがあるといえよう。

かくの如く、中田は、土地の譲渡可能性を強調することによって、法秩序における人の主体性を克明にするも、土地と人との不可分性を重視するため、その法秩序観たるや、静的なものにならざるをえないのである。いわば「静的法秩序論」といえよう。

四　静的法秩序論

中田は、その後、「独仏中世法ニ於ケル債務ト代当責任トノ区別」の流れを汲む論文を次々と発表している。即ち、(1)「日本古法に於ける追奪担保の沿革」[33]（大正九年）、(2)「我古法に於ける保証及連帯債務」[34]（大正一四年）、(3)「栄誉の質入」[35]（大正一四年）、これである。ここでは、紙幅の制約もあり、先に徳川時代を扱った論文を中心に取り上げていきたいと述べたこともあるので、通史的な(1)(2)については省略し、(3)についてのみ検討することとする。

栄誉の質入とは、具体的には、債務不履行の場合に、債権者が公衆の面前で債務者を侮辱することを約して、もって債務を担保することであるという。[36] 中田は、これに関連するものとして、エスキモーの嘲歌合戦を紹介する。[37] 即ち、嘲歌合戦とは、裁判の一種とでもいうべきもので、当事者双方が、公衆の面前で、「互に交替して相手方を目当てに嘲歌を」歌うことによって行なわれるという。そして、「此歌の中で相手方の犯せる総ての罪悪を物語り、且全力を挙げて彼を嘲笑される様に試み」、「自分の頓智又は告訴を以て傍聴人を最多く笑はせた者が、即ち最後の勝利者」となるというのである。

右の嘲歌合戦についての紹介は、実はこれをもって非暴力的にして合理的と称えるナンセンの記述によってのものである。しかし、中田は、このナンセンの評価には賛同していない。即ち、「ナンセン博士が羨望した「エスキモー」

族の嘲歌合戦と酷似せる方法は」「独逸や波蘭の過去には、債権者債務者間に締結された凌辱約款の形式を以て盛に行はれて居たものであるが、併し此種の方法は文明人の間に於ては、同博士が想像せるが如き好結果を齎らすことは出来なかつたのである」といい、「それは此事あるが為に却て当事者の間に紛擾や闘争が頻々と起り、屢々治安を紊乱したからである」となすこと、これである。(38) しかし、ここに問題が生じてくる。嘲歌合戦と凌辱約款とでは、性質が異なるように思われるからである。

凌辱約款とは、中田に依れば、債務不履行の場合に、債権者が債務者を嘲罵するという旨を定め、その方法を所定したものである。その性格は、債権者から債務者に対する一方的なものといえる。もっとも、債権者は債務者に対して債務を果して債権者となったのであるから、一方的とはいえないということもできよう。しかし、嘲罵ということに関しては、全く一方的なのである。

これに対するに、嘲歌合戦は双方的である。互に嘲罵し合うからである。ナンセンが賛嘆したのは、互いに己が言い分を主張し合って、しかも暴力を用いないことにあったわけである。

つまり、中田は、一方的なものも双方的なものも同一視しているといえよう。先に中田の物権重視の姿勢が人的関係の見方に影響を及ぼしていると述べたことが、ここにおいてもまた現れているのである。即ち、人に対して罵倒する権利があるなど、人の物視の最たるものであるが、それを罵倒するという共通性があるだけで、罵倒し合う人的関係と同一視し、人的関係面を忘却してしまっている。まさにここに問題があるといわざるをえない。

昭和四年の「徳川時代の物権法雑考」(39) は、中田のその物権観を展開したものであった。即ち、「不動産物権の本質が目的物の支配権であり、其行使が目的物の支配であることは、中世でも徳川時代でも変りは無いのであるが、其支配の形式に至ては前後両時代の間に、自ら変化」ありといい、「即ち中世の知行は目的物の収益を以て其形式とせる点に於て」ゲヴェーレに近く、「徳川時代の支配は目的物の直接進退を其目標とせる点に於て」ポセッシオに類する

ものがあるとなすこと[40]、これである。これを解すると、物権の形式は、占有と所有権とを分離しない一元論（ゲヴェーレ）から両者を分離する二元論（ポセッシオ）へ移行したということになるように思われる。しかしながら、これは文字面にとらわれた解釈であって、中田の物権観の本質は一元論にあったと窺われるのである。

つまり、中田は、徳川時代の物権について直接進退（支配）をその特徴として強調する。石井良助は、これについて、進退（処分権）と支配（収益の事実）とを分離すべきであるとしたが[41]、中田にあっては、とにかく直接進退（支配）ということが念頭にあったのである。そこで、中田のいう直接進退（支配）とは何かということになるわけであるが、「直接」とか「ポセッシオ」という言葉から、占有を意味することが予想される。したがって、占有ともいうべき直接進退（支配）を強調するとき、そこには、二元論におけるもう一つの柱をなすべき所有権の方の影が薄くなり、中田の物権観が一元論的になるという意味があるように思われるのである。

しかしながら、この場合、中田の所有権理解がどうであったかという疑問が生ずる。いくら占有を強調したからとても、ポセッシオ理論という立場をとる以上、所有権のことが意識より消滅する筈はないからである。

これについて参考となると思われるのは、「徳川時代に於ける物権の最普通の種類たる所有権・永小作権及び質権は、何れも所持権の一種である[42]」という中田の言葉である。つまり、所有権が他の物権と同質化されている印象を受けるのである。

中田は、右の三種の物権について、更に「普通の所有権は土地の全体に及ぶ所の、全体的所持権であるに対して、永小作権は其上地に限り、永小作地の地主権は其底地に限る所の、部分的所持権であり、質権は此等の無条件所持権に対して、条件附所持権である」と述べる。これをみて興味深いのは、中田が、所有権を普通の所有権と永小作地の地主権とに分かって、一方を全体的となし、他方を部分的となすことである。即ち、これによって、所有権の絶対性という従来の通念をある程度において維持しつつ、同時に所有権を他の物権と同一水準に引き下げているのである。

意図的か否かはともかくとして、かかる傾向は、これに続く文にも現れている。即ち、「以上三種物権の行使は、何れも客体たる土地の『勝手次第支配』として、表現するものなる」が、それは、「所持権の現実的行使を意味」し、「従て所有権者と雖法律上若くは事実上、所有地を自由に処分する能はざる状態に在る場合には、彼は其勝手支配を有せぬ者である」ということ、これである。これを一見すると、所有権における勝手次第支配とは処分権行使であって、先に土地の譲渡可能性を強調した流れにあるかの如く思われる。しかし、譲渡ができなくとも所有権ありという中田の立前からすれば、どうも不自然である。

右の疑問は、すぐ後の記述、即ち、「例へば所有地を質入し、或は永小作に委ねた場合の如き是である。されば土地の『支配』『進退』は権利ではなく、一の事実に過ぎざるものである」をみることによって解決するように思われる。つまり、中田は、ここでは、所有権というよりも、永小作権及び質権に言及したかったと考えられる。また、所有権を権利に、永小作権・質権を事実に見立てて、所有権の方を持ち上げることにも怠りがなかったのである。即ち、中田は、ここにおいて、所有権・永小作権・質権の三者を同じ水準で捉えているといえよう。

しからば、三者を同一水準化する基準となるものは何か。それ、即ち、右にいう「事実」であり、「事実」とは占有に外ならない。これは、右の文脈によって明らかである。したがって、先に中田が所有権について処分云々といったのは、占有を念頭に置いてのことであったといえよう。つまり、中田にあっては、このとき、処分権の存在、即ち、占有であったのである。ゆえに、用益といい、処分というも、すべて混然一体となって占有に吸収されてしまうことになる。

そして、この占有は、実に所有権と占有というときの本体としての所有権の存在をも吸収してしまうのである。先に中田の物権観をもって一元論と述べたのも、まさにこの意味に外ならない。つまり、中田にあって、所有権とは、占有としてのそれであって、本体としてのそれではないのである。

しかし、ここで疑問が生ずる。それは、中田が先に述べている「永小作地の地主権は其底地に限る所の、部分的所持権であ」るということと「所有権者と雖」「所有地を自由に処分する能はざる状態に在る場合には、彼は其勝手支配を有せぬ者である」ということとの整合性如何である。つまり、中田は、永小作地・質地の地主（所有権者）について、占有なきにも拘らず、占有を伴う所有権者と同様、部分的にせよ所持権を認めているのではないかということが問題になるのである。

これについて参考となると思われるのは、中田の次の言葉である。即ち、「永小作権其他の強力なる収益物権を、底地の所有権に対して上地の所有権（所持）であると考へたことは、欧州近世に於ける所謂支分所有権の思想と酷似する所がある」が、「彼にあつては所有権の内容が上下に両分されて、同一土地の上に二重の所有権が成立したに反し、我にありては土地の成分が上下に両分されて、同一土地の上に二重の所有権が併存するに至つたのである」ということ、これである。[43] この中において重要なのは、「土地の成分が上下に両分されて」という言葉であるように思われる。というのも、この言葉は、一つの目的物に複数の占有が成立するような印象を与えるからである。したがって、中田にあっては、「占有」なき地主も占有するという観念があったのではないかと想像できるのである。

しかしながら、これに対しては、単なる印象論にとどまるものであって、想像の域を超えないという反論が予想される。ただ、中田は、これに引き続いて、「此の如く土地の成分を両分して、二個の所有権の目的物たるに至らしめたことは、畢竟するに土地所有権の一支分たる収益権を以て、第二の所有権と看做した思想の結果たるや、疑無い所である」と述べている。このことは、先にも触れた「所当の収益を以て土地支配の表現形式と見る考へは自ら消滅し、地盤の直接進退と云ふことが、其唯一の標識となるに至つた」[44]ということと対応するように思われる。つまり、「土地の成分」が「地盤」に対応するということである。前者は観念的であり、後者はより即物的ともいえるが、両者とも沿革的に収益権の観念の次にくるものということや、物質的な意味合いを有するということにおいて、共通性があ

り、両者が同一視されていたと考えることは充分にあり得ることなのである。したがって、占有なき地主も占有しているということになる。そして、「所有権者と雖」「所有地を自由に処分する能はざる状態に在る場には、彼は其勝手支配を有せぬ者である」という先の言葉も、永小作権・質権を物権として強調するためのものであり、占有と分離せる所有権の存在を意図したものではなかったといいうるのである。つまり、所有権者が自由にできないのは、永小作権者・質権者の占有する土地の成分であるにすぎない。中田が、「質入主は」「尚質地に対して、之を請戻すことに依て当然自己の完全所有権に変すべき、期待的所有権」「を留保する者である」[45]というところの期待的所有権とは、実にこの質権者の占有する土地の成分についてのそれであると考えられるのである。

したがって、中田にあっては、所有権者と永小作権者・質権者との共存ということが意識されているものといえよう。そのことは、両者の対立する人的関係を捨象することによって更に可能となる。例えば、底地所有者（所有権者）が底地を第三者に買却し、第三者が上地所有権者（質権者）に土地の引渡を求めたため、上地所有者が第三者に上地代金の弁償を求めたという件について、中田のとる態度はそれをよく示している[46]。即ち、この事件について、上申書に、底地所有者の上地所有者に対する義務は、底地売買によって消滅したとあるのをもって、「上地と底地との関係を説て、頗る詳密なるものがある」として、これに何ら説明を加えることなく、そのまま肯定すること、これである。中田は、質権者とその債務者との人的関係に対して目を向けることなく、上地、底地という一つの目的物に対して複数の権利関係が共存することを重視しているといえよう。つまり、人的関係よりも物（土地）に対する権利を重視する傾向は、ここにも現れているのである。そして、このことは、人間が土地に結び付けられた状態に立脚した静的な法秩序観に相通ずる。

中田が、その後、この「静的法秩序観」を展開した論文として、昭和六年の「徳川時代の不動産担保法続考[47]」がある。この論文において、その特徴が現れていると思われるのは、中田が享保六年の質地法改正以前の質地契約の実質

的要件として挙げるものである。[48] それは、前述の大正七年の「徳川時代の不動産担保法」と比較することによって明らかとなる。[49]

即ち、第一に、目的物の占有の引渡が、前論文では形式的要件としていたに拘らず、「続考」では実質的要件としていること、第二に、前論文では利子の禁止が実質的要件とされていたが、「続考」では除外されており、それについて何ら説明なきこと、これである。もっとも、第二については、中田は、前論文では、寛政五年（一七九三年）、享保一四年（一七三九年）に示されたものを根拠として述べており、何れも享保六年以後のことであるから、享保六年以前の実質的要件として挙げないのは、或いは当然のことやもしれない。しかし、そうであったとしても、利子の禁止という重要な事項について何も触れないのは解せない。第一にせよ、第二にせよ、そこには何か理由が存するように思われるのである。

先ず、第二についてであるが、中田が享保六年の質地法改正を紹介していることを注目したい。[50] 即ち、この改正は、吉宗が、永代売買に同じということで、田畑の質流を禁止したもので、それに伴って、小作料（或いは利金）について、債務者保護の観点から様々な制限が行なわれたというのである。ここにおいて重要なのは、中田が小作料と利子とをほぼ同視していることである。債務者自らが質物を小作する（直小作）場合に、その小作料は利子的性格を帯びることになると考えたのであろう。つまり、利子の禁止が実質的要件から消えたのは、吉宗の質地法改正の紹介によって、前述の考えが中田に生じたためであるといえるのではないか。小作料が認められるならば、利子を認めたのと同然である。中田がかく思ったとしても、何ら不思議ではない。

第一の目的物の占有の引渡が形式的要件から実質的要件へ移ったことも、直小作と大いに関係があるように思われる。当然の前提として考えられていた占有の引渡も、直小作のように複雑な要素が絡むと、形式だけでは片付けられないということになる。即ち、直小作の場合の占有の引渡について、占有改定或いはそれに準ずる事態が生ずるが、

そのような状況が、占有の引渡を単なる形式的要件とみなす考えに変化をもたらしたと考えられるのである。

こうしてみていくと、直小作の存在が、中田の質地契約に対する法意識に大きな影響をもたらしたことが理解できる。そして、このことが、また中田の「静的法秩序観」を助長しているように思われる。つまり、直小作の存在は、同一の土地の上に質権者とその債務者との両者の占有、即ち、共存を認めるものだからである。ここにおいて、質権者と所有権者との関係について、直小作が存在する場合に限ってではあるが、土地の成分を意識してその共存関係を説く必要がなくなったといえよう。

さて、「続考」にみられる特徴として、もう一つ、幕府が歴史的に質地法に衡平主義を採用すべく試みてきたと主張していることがある。これも、恐らくは同一土地における質地契約両当事者の共存関係を意識して、永代売買禁令に対する脱法行為としての質地契約ではなく、本来の意味における質地契約に注目した結果であろうと思われる。

しかしながら、問題は、中田のいう衡平主義である。つまり、中田にあっては、かくの如く共存関係の前提となるべき質地契約をなるべく有効と認め、でき得れば、訴えた場合に裁判にて取り上げられることが衡平であった。例えば、「従来何等の効力を認めなかつた不埒証文を、書入契約と看做し、或は従来書入に准じた小作記入質地証文を、そのまゝ有効と認めたことに於て、頗る衡平的傾向を示し」[51]なる言葉によく現れているといえよう。

ところが、そのことが必ずしも債務者にとって良い結果をもたらすとは限らない。即ち、「年貢のみを質取主負担し、諸役を地主に負はしむる」半頼納や、「質地の半分を直小作に付し、年貢諸役の全部を地主の負担となす」残地の特約[52]は、地主（債務者）に多大な負担を強いる不自然なものとして従来禁止されていたのであったが、天明時代になると、「最早刑罰規定を適用せず、総てこれを純民法上の効力問題として、取扱ふことになつた」[53]ということ、これである。元来、これらの特約は、債務者に多大な負担を強いることによって、質地の請戻を困難ならしめ、もって田畑永代売買禁令に対する脱法行為として用いられたものであった。しかし、これが、天明時代になると借金に准じ

て扱われるようになったというのである。したがって、債務者は、当初、予想していなかった返金請求を質権者より受ける可能性が出てきたと考えられよう。例えば、質権者が、当初考えていたよりは良くない土地だとして返金を求めてくるような場合である。

それにも拘らず、中田は、これについて、「御定書の質地法に通じて現はれて居る衡平主義を、更に一層進展せしめたもの」として肯定的な評価しか下していない。ここにも、物的関係を重視するのあまり、人的関係が看過される傾向が現れているといえよう。もっとも、中田は、元文五年に転質の場合における増金については質入地主ではなく転質者が債務者とされるようになったことについて、「質入地主を保護した衡平的修正」であると述べるなど[54]、債務者にも配慮を示している。したがって、質権者寄りの立場というわけではない。ただ、静的な法秩序を前提とした歴史観の中で、動もすれば具体的な人的関係が看過される傾向があったということなのである。しかしながら、中田は、この後、進化論的立場に立って、その理論を展開していくことになる。

五　法進化論

昭和七年の「徳川時代に於ける人売及人質契約」[55]は、中田の進化論的視点が現れた論文といえる。この中で、中田は、(1)「家来手代下男下女等、労務の有償的提供を目的として発達した純粋なる年季奉公契約」と(2)「身代金の受領を目的とした人身の年季売に起源し、身代金の返済即ち奉公人の身請に依て解除さるゝ、本金返奉公・一部居消本金返奉公・質物奉公（無給）・其変体たる有給質物奉公・身代金全部居消年切奉公等に分化して居る所の、各種の身売的或は身代金年季奉公契約」とを区別する[56]。そして、後者について、「人身の年季買が人身そのものの売買ではなくして、その労働能力即ち奉公の有期売買であると云ふ考に、変化して行」[57]ったもので、それが年季中の奉公によって

本金（身代金）を消却（居消）するという傾向を生み、延いては身代金全部を消却する進化過程を辿ったとして、その進化論を展開するのである。[58][59]

中田が、ここで進化の要素として強調しているのが、消却（居消）である。もっとも、既に「日本中世の不動産質」においても、徳政的立法によって、流抵当が打撃を受け、収益抵当（債務不履行の場合、債権者が質物の占有を受けて収益し、もって債務元利を消却する）が流布するに至ったということが述べられている。[60]しかしながら、かような記述はこの論文全体の基調となるものではなく、論文の趣旨も進化論的立場のものというよりは様々な不動産質の形態の紹介にとどまるものである。したがって、「徳川時代に於ける人売及人質契約」にいたって、はじめて消却というものが進化の要素として明確に捉えられてくるのである。

ところが、このことが問題を生じさせているように思われる。即ち、それは、「身代金に利子を附し、奉公中は給金を支給し、其一部を以て元利の一部消却に充当し、年季明の節残金を以て請戻さしむる」質物奉公契約の一種について、中田が述べるところに現れている。[61]この種の質物奉公契約について、「一部居消の本金返奉公契約に、給金なる新元素を加味した本金返奉公契約の、一変体に過ぎない」といい、「本金返奉公契約にあつては、債権者は奉公人の労働の一部を以て本金に対する利子全部と相対し、他の残余分を以て本金そのものの一部を消却せしめるのであるが、此質物奉公契約にあつては、奉公人に対して其の労働の対価としての給金を支給するが故に、本金に対して別に利子を附し、且つ給金の一部を以て元利の一部を消却せしむる」、「されば此等諸種の変体は、奉公人の労働の評価と本利金との比例を顧慮して、両者の権衡を保たしめんための附加条件であつて、法律上から云へば同一本金返奉公契約の各種の体様に外ならない」となすこと、これである。

即ち、給金という要素が消却という要素に比べて重視されていないことが問題なのである。つまり、給金は「附加条件」であって、「一変体に過ぎない」のである。何故ならば、中田が、「奉公人に対して其の労働の対価としての給

金を支給するが故に、本金に対して別に利子を附」すと考えるからである。これは、田畑質入の場合、質置主が小作をして収益を得る代りに利子を支払うというのと同じ論法といえよう。しかしながら、この場合、奉公人の労働自体は主人の収益であつて、本来、奉公人はその労働によって収益を得るものではない。したがって、そこに利子を附加する正当性は存在しない。しかも、「債権者は奉公人の労働を利用する権利を持つて居るから、身代金に利子を附することは出来ない」[62]という中田の如き立場に立つならば尚更である。

そこで、特別に利子を附加する場合、その正当付けの根拠となると思われるのが給金である。つまり、「給金を支給するが故に、本金に対して別に利子を附」すのではなく、「本金に対して別に利子を附するが故に、給金を支給する」と考えるべきなのである。そして、この時点で、奉公人はもはや田畑の如き質物の位置関係に立つ者とはいえないであろう。むしろ、直小作における小作人、否、雇傭契約における労働者の如き立場に近付きつつある者というべきである。

さすれば、中田は「人身の年季売が奉公契約に変形したと云ふよりも、人身の年季売が奉公契約の名称と形式とを、冒すに至つた」（前掲注(59)）というのであるが、人身の年季売が「給金」を通じて純粋な奉公契約に移行する場合もあったのではないか。つまり、中田は、消却という指標に執着するのあまり、この可能性を看過してしまったのではないかと考えられるのである。そして、それは、人の物視が根底にあるように思われる。

例えば、中田は、身売から最も進化した形態であるとする身代金全部居消年切奉公の典型として、飯盛奉公契約の証文を示すのであるが、そこには年季の定めがあるのみで、労働条件については主人の勝手次第といった様子である。[63]したがって、先の有給質物奉公の方が、奉公期間中、給金を得られる分[64]、奉公人にとっては条件がよいともいえるのである。これ、まさに具体的な労働条件を顧慮せず、人をもって物視する現れといえまいか。

もっとも、先の有給質物奉公は元利の一部のみを消却するにすぎず、全部消却するものと比べるならば、大分条件

が劣るという考えも予想される。しかしながら、先に中田がこれについて挙げた例は、「奉公中は給金を支給し、其一部を以て元利の一部消却に充当し」とあるが如く、奉公人の取得できる給金と元利消却に充当する給金との二種を包含するものといえ、奉公人にとっては消却という消極的利益のみならず給金取得という積極的利益をもたらすものなのである。ただ、中田の挙げる例は一年季と短いため、消却されない分が多く残り、条件が劣っているように感じられるといえよう。したがって、外の条件を変えないで、元利全部を消却できるように年季を延ばしさえすれば、借金を返済した上に、新たに給金も取得できるということになり、雇傭契約へ近付くと考えられる。つまり、消却という消極面からのみではなく、給金取得という積極面からも考察する必要があるのではないか。

中田がかかる積極面を取り上げず、消極面のみを強調するのは、人売主（人質置主）の側に立って、奉公人を物視するからと考えられよう。しかし、中田にしてみれば、意識的に物視したわけではない。それ、即ち、身売的或いは身代金年季「奉公契約より人法的元素を駆除して、之を純然たる年季奉公契約に同化せしめたのは、明治維新後の立法の努力で、其結果徳川時代に於けるが如き人法的契約」「としての特種の奉公契約は、維新後に於ては名実共総て純債権法上の雇傭契約に変化してしまったのである」[65]と述べるところに現れている。中田は、この種の奉公契約をもって人法的契約となし、上下的であるにせよ人的関係が存在するという印象を自他に与えているのである。したがって、奉公人を物視しているといっても、その意識は埋没することになる。

昭和一〇年の「徳川時代に於ける人売及人質契約補考」[66]は、この延長線上にある論文といえよう。即ち、この論文においても、給金の例が提示されているが、それについて、中田は分析を試みてはいない。例えば、ここで提示される中には、(1)給金の一部を奉公人が取得し、残りは元金の一部消却に充当され、休日も定期的に与えられるというもの（文化六年の上野国の質物奉公人請状）[67]、(2)給金をもって元金の一部を消却するもの（天保一〇年の武蔵国の質物奉公人請状）[68]、(3)「給米を以て元利の一部分を消却せしめ、元金残余のみを返弁して請出す」もの（寛政一〇年の筑前国の質物奉

公人請状[69]などがある。以上、奉公人にとって有利と思われる順に列記したのであるが、中田にあっては、かかる考察がみられないのである。つまり、基本的に全部消却するか一部消却するかという基準のみが重視されているといえよう。これ、即ち、奉公人の立場ではなく、売主・質置主の立場に立つ帰結である。

さて、この外に、この論文で、中田の進化論的考察が現れていると思われるのが、自己自身の年季売、質入に対する説明である。[70]即ち、元来、「独立人が別に人主を立てず、自身が請人と連署して為す身売的奉公契約が、諸地に行はれて居た」のであるが、「質物奉公や本金返奉公が次第に人売の性質を脱却して、居消年季奉公の形式を取るに従ひ、」「何人かを仮に人主に立て、人主と請人との名を以て自己を身売的奉公に置かしむると云ふ形式」に「漸次変化して来たらし」いと述べること、これである。そして「此形式こそは正に人主が請人と連署して、自己の家属を身売的奉公に差出す形式の模擬である。即ち知る我身代金年季奉公も亦その発達の或時期に於ては、バビロニアに於ける雇傭契約と同じく、家属奉公の形式を模倣しつゝ進化したものであることを」というのである。

しかし、ここに一つの問題が生じる。即ち、「バビロニアに於ける雇傭契約と同じく」というのであるが、中田がバビロニアのそれについて説明するところ[71]をみるに、日本の場合との間に相違点が目立つのである。中田は、バビロニアの場合について、「甲は乙を彼自身より賃借せり」という文言のある証書の示すものは、「独立人が自身賃借の形式を以てせる雇傭契約に外なら」ず、これを「家属賃貸借証書に比較すれば、その内容に於ても又その形式に於ても、後者の模倣たることは一目瞭然である」と述べている。つまり、日本の場合が家属奉公という形式そのものを模倣しているのに対し、バビロニアの場合は家属賃貸借証書という文書の形式を模倣していることが分かるのである。

これと関連して疑問となってくるのは、日本の場合、何故、「居消年季奉公の形式を取るに従ひ」、自己身売や自己質入の形式が「漸次変化して来た」のかということについて何ら説明なきことである。しかしながら、これについては、中田自身が暗示を与えてくれている。即ち、「若し独立人（人主に従属せざる）が自ら対価を得て奉公を為さんと

欲する場合には、㈠純然たる給金（切米）奉公を為すのも一方法ではあるが、此場合には一時に纏まった金穀を受領することは出来兼ねる」とし、「従て此の如き窮迫の状態にある細民は勢ひ、㈡家属売却又は質入に模倣して、身代金を受領して自己自身を売却し、又は質入するの途に出でざるを得ないであらう」[72]ということ、これである。これをみるに、居消年季奉公の形式が現れるや、その今までより好条件なることに目を付け、相手方の信用を得るため、請人の外に人主をつけて、その条件にて奉公契約を結ぼうとした者がいたことを想像せしめる。つまり、そこには、自己の家属を身売的奉公に差し出すのとは異なって、奉公人に主体性というものがみられる。中田がこのことについて暗示を与えておきながら、説明するに及ばないのは、恐らく自己自身の身売的奉公契約と自己の家属の身売的奉公契約の類似性を強調するのに終始しているからであろうと思われる。したがって、先のバビロニアの例と日本の例との同一視が生じたのである。

問題は、これにとどまらない。それ、「バビロニアに於て行はれた最普通の雇傭契約は、人身質入とは全然関係なく、寧ろ家属賃貸借に起源し、それを模倣して発達した独立人の自身賃貸借である」[73]ということによく現れている。つまり、中田には、賃貸借は雇傭に至るが、質入は至らないという観念があるようなのである。それは、「家長たる父母や兄が、自己の権下に属する子弟を物の如く他人に賃貸して、労働に従事せしめた雇傭契約」[74]という言葉にも如実にみられるところである。恐らくは、質入契約は対等ではないが、賃貸借契約は対等であるという理由からであろう。しかし、それは、奉公人の立場からのものではなく、質置主・貸主の側の観点からみたものである。もっとも、質入契約、賃貸借契約という契約を中心にみていくのならば、自己質入・自己賃貸借は別にして、奉公人は当事者ではないということなのかもしれない。とはいえ、雇傭契約への進化の経緯を説く以上、常に奉公人の観点を忘れてはならないように思われる。

かかる問題は、中田が人身書入（人身抵当）を論じるときにもみられる。中田は、人身書入をもって、「自己の妻子

を担保に供する場合には、債務者本人の為めにも又質人自身の為めにも、書入の方が質物奉公の年季売の方よりも遙かに有利であつたことは言ふまでもない[75]」と論じる。しかしながら、これは家を中心としてみた場合のことであって、個人を中心としてみた場合、かくいえるやは必ずしも分明ではないのである。そして、或る場合には、奉公人にとって、人身質入よりも不利となることすらありうる。

即ち、債務不履行のとき、債務者或いは証人（請人）が質人を「換価して債務の支払に充てる約定[76]」の存する場合、これである。これに付、中田は、「最普通は質人を第三者の許へ奉公に差出し、その身代金又は給金を以て債権者に支払つたのであらう」となし、「果して然らば此種の人身書入は事実に於ては、或者を他日奉公に差出して得べき身代金又は給金の書入と異なる所はない」と述べている[77]。つまり、質人は、第三者たる奉公先の主人から得たものをすべて差押えられてしまいかねない地位に立たされているのである。質取主が主人となる場合ならば、特別に質人に支給された給金は、立場の強い質取主の意向であるから、質人に対して保証されているわけである。しかし、第三者への奉公の場合、「身代金又は給金の書入」という性格上、根こそぎ持って行かれる可能性が強いのである。

それにも拘らず、中田は、「書入は質入と異なり、物権を生ずるものではないから」「書入物そのものを弁済に代へて債権者に引渡す」「約定があつても、書入人」或いは証人「は目的物を自ら売却して、その代価を以て債務を支払ふことが出来る」といい、債権者に質人を引渡すも、これを売却してその代価をもって支払うも、「本質的に相異なるものではない」となす[78]。これまた、質置主の観点に立ったものであることはいうまでもない。

また、人身書入は、証人自身が質人の売却にあたる場合があるなど、人身売買的要素が強いように思われる。中田がいう「証人は書入契約成立の当初より弁済完了迄の間、質人を「預り留置」く義務、即ちその去留を監視する義務を有する[79]」ということは、それを物語っているといえよう。

しかしながら、中田は、これをあまり意識していないようである。それは、かつて「徳川時代の不動産担保法」に

おいて用いた書入の分類を導入して、この場合も、債務不履行のとき、「目的物を債権者に引渡しその収益を以て債務を消却せしむる約定」や「目的物を更めて質物として債権者に引渡す約定」があるというところ[80]に現れている。つまり、不動産の書入と同類視することによって、その人身売買的側面が意識の中で弱められているのである。したがって、収益をもって消却する例が、「右元利に相当候程、何年も御召使可被下候」という不明確なものであったり、改めて質入の例が、「未だ見当らない」ということになってくる[81]。この未だ確証なきものの存在を疑わざる態度は、実に人身書入に対する中田の姿勢と表裏をなすものであったのである。

さて、ここにおいて、中田は再び価格責任という概念を持ち出す。即ち、人身書入について、「その目的物は常に人身であるが、これに依て担保された債権の代償物は、人身そのものよりも寧ろその価格、若くはその労働価格であることが常例である」といい、「何となれば債務者自身又は請人が、質人の代替をなす場合は勿論のことであるが、質人自身を債権者に奉公人として引渡す場合に於ても、その奉公が居消である限は、矢張奉公価格に依る身代金の消却に外ならないからである」となすこと[82]、これである。ここで、中田が、価格責任を進化の象徴ともいうべき居消・消却と結び付け、先に「遙かに有利」と述べていた人身書入とも結び付けることは、価格責任をもって進化の象徴となすことに外ならない。それ、「徳川時代の不動産担保法」におけると同様である。

そして、このことは、中田にとって、大きな意味を有するように思われる。つまり、先の論文「徳川時代に於ける人売及人質契約」において、人法的な身売的奉公契約から純債権法上の雇傭契約への移行を述べていたのが、今回の物的責任から価格責任への移行というのと対応するものと考えられるのである。もっとも、雇傭契約への移行は明治維新後に行なわれたとされるのであるが、両者の移行は共に進化の流れを示すものであることには変りない。以上のことに留意して価格責任というものをみてみると、それが身分法的性格の否定の象徴の如く思われてくるのである。即ち、人格に対する責任とするより、価格に対する責任と考える方が、(1)身分的ではなく契約的であり、(2)個人の責

任の範囲がより明確になるからである。

しかしながら、そのことによって、中田の人の物視の姿勢が基本的に変化するものでないことは、以上述べてきた通りである。ただ、先の論文においては、人法的ということを強調したのに対し、その「補考」は、逆に身分法的性格を否定する傾向を示すことによって、人の物視の姿勢が緩和されることになったのである。

そして、この身分法的性格の否定の姿勢は、その後、受け継がれていくことになる。昭和一四年の「徳川時代の所持及び寺領に就て」[83]は、その典型的な論文といえよう。

即ち、中田は、この中で、各種土地の処分の「制限を一概に封建法的身分法と結び付けたり、或はそれを前提として徳川時代の土地所持権は純物権法上の権利ではなく身分法的分子を加味する特種の権利であると論ずるのは、我封建制の特異性（欧州のそれに対して）も我不動産法の沿革も何れも、充分理解せぬ非歴史的独断に過ぎない」[84]として、徳川時代の土地所持権の身分法的性格を否定する。そして、その根拠の一つとして、「有名な百姓持地の永代売買禁制にしても、それは㈠百姓持㈡高請ある田畑㈢永代売買と云ふ」[85]「相対的な三条件にかゝる所の相対的制限である」にすぎないことを挙げるのである。つまり、「此制限たるや全く外部から課せられた法令の制限であつて、田畑所持権の本質に内在しそれより発生する絶対的制限でない」ということである。

しかし、中田は、同時に身分法的性格否定の根拠として適切とはいえないものまで挙げている。即ち、「拝領地は売買は勿論、質入書入をすら禁止されて居た土地であるが、その持主は必ずしも武士とは限らない」となし、「寺社あり町人もあつたのであるから、此制限が何等拝領者の身分と関係無きことは明白である」ということ、これである。ここにおいて問題となるのは、「拝領」という以上、そこに何らかの身分的関係を認めざるをえないのではないかということである。ところが、中田は、「拝領」は特定の身分の者に限定されたものではないという理由で、身分法的性格を否定してしまう。つまり、ここに、身分的関係という人的関係より、特定の身分を有する「法秩序主体」の観

点から物事を把握しようとする中田の姿勢が現れているといえよう。

この「法秩序主体」の視点は、この外にも、この論文で、例えば、「徳川時代の所持にも種々の形態があ」り、「一個人に専属する一人持があり数人に共同に属する数人持（寄合持）があり、又別に団体と其成員とに分属する「総持」があった」[86]というところによく現れている。つまり、中田にあっては、単独所有・共有・合有・総有という目的物に対する個人の力の強弱による分類よりも、一人持・数人持・総持という「法秩序主体」の違いによる分類が重要となってくるのである。したがって、総持について、団体と其成員に分属するといっても、其成員は団体と不可分に結び付いた存在である。また、中田が、共有をもって総有という言葉の代りとして用いられたものとしている[87]ことなども照らし合わせれば、右のことは一層真実味を帯びてくるのである。

かくの如き「法秩序主体観」が「静的法秩序観」と不可分に結び付いたものであったことは、前述した通りである。即ち、それは安定した「法秩序主体」を意味する。したがって、ここで所有権が他の物権と比べて重視されるに至るのである。「我徳川時代の土地所有権」は「必ずしも常に物の総轄的支配として具体的存在を示すものではないが、物の総轄的支配たり得べき純財産法上の私権であ」り、「此点に於て一又は二の関係に於てのみ物を支配する権限であり、従てその本質自身に特定の限界を内在せしむる他の諸物権と異なる所があるのだ」[88]ということ、これである。

そして、その安定した「法秩序主体像」は、身分法的性格を否定することによって確固ならしめられたといえよう。つまり、確固たる存在である「法秩序主体」に身分法的要素を持ち込むことは、それを不安定ならしめることになる。したがって、中田にあって、身分法的要素は排除されなければならなかったのである。かつて進化論的立場から排除されなければならなかったものが、ここにおいて、静的な「法秩序主体」の立場から排除されることになったといえよう。

しかし、それは既得権を有する者からみた視点であって、それ以外の者がこの者のために物視されたことは否めな

い。中田自身がそのことを余り意識しなくてすんだのは、「法秩序主体」に家の観念を持ち込んだからであると考えられる。つまり、個人の立場からみると過酷なことでも、家全体の役に立っているということである。この考えを突き詰めれば、家自身が「法秩序主体」ということに行き着くこととなろう。そして、既得権を有せざる者とは、家にあって立場の弱い者なのである。

六　その歴史観の位置付け

中田の歴史観が物権を重視して展開されるものであることは、前述の如くである。それでは、近代日本の民法学の分野において、中田の如く物権を重視する学者がいたであろうか。もしそれを求むるならば、安田幹太が挙げられよう。即ち、安田は、「物権の本質」[89]（昭和一五―一六年）において、「人と物との間に於ける法律関係としての所謂物権関係も結局人と人との間の法律関係と見られ得る如く、人と人との間の法律関係としての所謂債権関係も結局人と物との間の法律関係に帰せしむる事が可能であり又必要である」[90]と述べ、物権と債権とを同一視する。そして「只現代民法は今日の社会状勢下に於ける政策的要求に従つて物的権利の或種のものを物権として之に排他的保護を認め、之に対して債権については」「之に排他性を認むる事が債務者の人格を傷つくる事となるが故」「其外に現代取引上の特殊の要求」「から排他的保護を拒否する」[91]というのである。

これによれば、確実に保護されて安定している権利が物権で、そこまで至らない権利が債権ということになろう。特に何れが重要であるということには言及されていないが、物権が安定していて、債権が不安定という印象を与えるものであることは確かである。したがって、物権を基本として捉えているものということができよう。

石井良助の「債権は給付請求権としてよりは、給付せらるべき物に対する支配権の如く考へられて居た」というの

や、金田平一郎の「特定人間の人的関係に出でたる」「債権或は債務を以て一個の財物と見る思想」というのも、この流れにあるものといわなければならない。

以上、物権を重視する立場を述べてきたが、これは静的な立場ということができる。これに対して、動的な立場も存在する。それ、即ち、我妻栄の「近代法における債権の優越的地位」[92]（昭和四―六年）である。この論文は、昭和二八年、同題名の単行本[93]の中に収録されたが、その序文において、我妻は、「物質的な支配権能から離脱した自由なる所有権は、その資本的作用を営むために利用した契約―債権のために、次第に圧倒されて、機能的没落の運命をたどる。それが、近代法における債権の優越的地位である」[94]という。これ、まさに物の流通を基本に据えた動的秩序観の展開というべきものである。

この傾向は、川島武宜の『所有権法の理論』[95]（昭和二四年）にも受け継がれることになる。川島は、この中で、「所有権の私的性質が全社会的規模において確立されている資本制社会においては、所有権は、一切の人的関係から分離されたところの・単純に物質に対する権利となり、同時にその反面において一切の人間対人間の関係は物財に対する所有関係から分離されたところの・したがってまた支配的・協同体的関係から解放された主体的人格の間の・単純に人的な関係となる」[96]と述べ、物権と債権との分裂を説く。これが資本制社会を前提としているということは、即ち、川島も物の流通を基調とする動的秩序観に立つ者であることを意味する。

ただ、ここで注意すべきなのは、中田が徳川時代を対象とし、我妻・川島が近代資本制社会を対象とするということである。したがって、各々、静的、動的という相違が生ずるのは、対象が異なる以上、当然であるという考えが出てこよう。これ、まさにその通りである。しからば、何故、かかる二者を比較したのか。それ、即ち、両者が共通点を有するものと考えたがために外ならない。両者は、本質を同じくするものの異なる環境における各々の姿なのである。

それでは、両者に共通するものとは何か。それ、即ち、人を中心として考えるということである。静的秩序において物を支配し、また、動的秩序において物を流通させる。各々の中心に人が据えられているのである。

これに対して、物を中心として考えるという立場が、当然の如く、考えられる。例えば、牧野英一が『法律学を志す人々』[97]（昭和二八年）の中で述べていることは、これに相通じるものがある。「物が有価証券において債権化しつつ、その有価証券が更に証券として動産化し物権化する」、「ここには、物権が債権化しつつ、その債権が更に物権化するのであるが、この新たな物権化における物権的形相はもはや、いわば本来の物権でな」く、「技術化せられた高次の物権である[98]」ということ、それである。つまり、高度に技術化された物質社会は、人を物に従属せしめることになるという印象を与えているのである[99]。しかしながら、牧野自身は、「個人に自由が認められると共に、権利が自由な性格のものにせられる」として、これを社会の公益性の観点から倫理的に調整すべきであるとなすにとどまっている。即ち、牧野も基本的には人を中心として考えているといえよう。

それにも拘らず、「高次の物権」という言葉は、人を威圧する響きを有している。それに気付いて、これを技術的法律観であるとして批判したのが増田福太郎であった。昭和四三年の「民法総則の社会技術性[100]」は、特にその傾向が強い論文である。

増田の批判は、かくの如く、高度物質文明社会に向けられたものであったが、それが「財産享有の思潮[101]」（昭和四九年）では、いわば物を中心に据える考えに移行していくことになる。即ち「「享」という字は、」「受ける、享受するという意である」として、「物の「所有・利用」などよりも「享有」の語を用いたいのである[102]」ということ、これである。増田のこの考えは、所有物を天からの授り物と考えることに基づく。したがって、物と接するときは、神性の宿る物として尊重しなくてはならないというのである[103]。

牧健二の「財産法秩序論」も、実はこれに類似する。即ち、「全体社会の公共の利益の為に存在する所の」目的物

を対象として規律するという考えは、天からの授り物という考えに相通ずるのである。事実、増田も「すべての財産は、国家社会からの預り物であ[104]」ると述べている。したがって、牧健二の立場は、物を中心に据えるものであったことが明らかとなるのである。

七　結び

日本法と西欧法との共通点を見出そうとした中田薫に対して、牧健二は日本固有法を追求した。かかる意味で両者は異なっていたが、人と物との関係についての考え方にも差異が歴然と現れている。そして、各々、優れた面とそうではない面があるのである。

人を中心として考える中田の立場は、個人の権利が明確に確立されているという点では優れているが、既得権保護の色彩が強く、既得権を有せざる者についての配慮を欠くという面をもつ。

物を中心として考える牧の立場は、物を尊重するという姿勢を養い、謙虚な人間を育てるという意味においては優れているが、逆に全体主義的になり、異質と考えられた者を排除しようとする傲慢な人間を肯定するおそれがある。

両者から学ぶべきことは多い。「日本的財産法秩序論」なるものは、その意味で、現代法と接する者が、法の本質について考えてみる契機となるべきものなのかもしれない。

（1）法学論叢第三二巻第二号。
（2）法学論叢第三二巻第六号。
（3）牧・前掲注（2）二八頁。
（4）弘文堂刊行。
（5）石井・前掲注（4）五二四頁。

(6) 司法資料第二九八号。
(7) 金田・前掲注(6)二五四―二五五頁。
(8) 牧・前掲注(1)二六〇頁。
(9) 石井紫郎「中田薫」、永原慶二・鹿野政直編著『日本の歴史家』(日本評論社、昭和五一年)一二〇頁。なお、同一二五頁には、中田の学問についての参考文献が示されている。これに示されていないものとしては、井ヶ田良治「日本法制史学の「現在」性―中田薫の「土地私有権史」論を中心に―」、矢崎光圀・八木鉄男編著『近代法思想の展開』(有斐閣、昭和五六年)、井ヶ田良治「法制史上の『家』―中田薫学説の成立」、同志社大学人文科学研究所編『共同研究日本の家』(国書刊行会、昭和五六年)がある。
(10) 法学協会雑誌第一〇号至第一二号。
(11) 中田・前掲注(10)中、第一二号七二―七四頁。
(12) 中田・前掲注(10)中、第一二号三六―三七頁。
(13) 西本顕『法史論民法学』(法律文化社、昭和五一年)一六九―一七〇頁。
(14) 中田・前掲注(10)中、第一二号四七頁。
(15) 国家学会雑誌第三一巻第三号至第六号。『法制史論集第二巻』(岩波書店、昭和一三年)所収。なお、本稿においては、『法制史論集』所収の論文は、すべてこれによった。以下、掲注において、巻と頁数のみ表記するものは、すべて『法制史論集』のそれである。
(16) 第二巻三五六頁。
(17) 第二巻三六三頁。
(18) 第二巻三六七―三六八頁。
(19) 第二巻三九二頁。
(20) なお、中田は、この論文で、ギールケの三分説を捨てて、二分説を採っている(第二巻三八三頁)。
(21) 法学協会雑誌第三六巻第六号。
(22) 第二巻五六〇―五六一頁。
(23) もっとも、中田が挙げる聞訟秘鑑第一五一条はそれを思わせるものがある(第二巻五四二頁)。
(24) 第二巻五四二―五四三頁。

(25) 第二巻五六一頁。
(26) 第二巻五五五頁。
(27) 第二巻五五五―五五六頁。
(28) 法学協会雑誌第三七巻第六号。
(29) 第二巻四九三頁。
(30) 第二巻五〇五頁。
(31) 第二巻五四九―五五〇頁。
(32) 第二巻五二一頁。
(33) 法学協会雑誌第三巻第一〇号至第一二号。
(34) 国家学会雑誌第三九巻第三号至第四号。
(35) 法学協会雑誌第四三巻第一二号。
(36) 第三上巻三〇〇頁。
(37) 第三上巻二九八―二九九頁。
(38) 第三上巻三〇五頁。
(39) 法学協会雑誌第四七巻第五号至第六号。
(40) 第二巻八〇八頁。
(41) 石井『法制史』（山川出版社、昭和三九年）二一九頁。
(42) 第二巻八二七頁。
(43) 第二巻八二一―八二二頁。
(44) 第二巻八〇七頁。
(45) 第二巻八二六頁。
(46) 第二巻八一六―八一七頁。
(47) 法学協会雑誌第四九巻第七号至第八号。
(48) 第二巻五六九―五七〇頁。
(49) 第二巻五二九―五三一頁。

(50) 第二巻五六三―五六四頁。
(51) 第二巻五九五頁。
(52) 第二巻五三一頁。
(53) 第二巻六〇四頁。
(54) 第二巻六〇〇頁。
(55) 菊井維大編『加藤先生還暦祝賀論文集』(有斐閣、昭和七年)所収。
(56) 第三上巻三五一―三五二頁。
(57) 第三上巻三三四頁。
(58) 第三上巻三四二頁。
(59) 第三上巻三三五頁において、中田は、「人身の年季売が奉公契約に変形したと云ふよりも、人身の年季売が奉公契約の名称と形式とを、冒すに至つたと考へる方が適切であらう」と述べている。
(60) 第二巻三五三頁。
(61) 第三上巻三三八―三三九頁。
(62) 第三上巻三三九頁。
(63) 第三上巻三四四―三四八頁。
(64) なお、この給金は身代金と同一視されることがあったが、この場合、その意味のものではない。
(65) 第三上巻三六四頁。
(66) 国家学会雑誌第四九巻第一〇号至第一一号。
(67) 第三上巻三七九頁。
(68) 第三上巻三七八頁。
(69) 第三上巻三七一頁。
(70) 第三上巻四〇二頁。
(71) 第三上巻四〇〇頁。
(72) 同右。
(73) 同右。

(74) 第三上巻三九九頁。
(75) 第三上巻四一六頁。
(76) 第三上巻四一八頁。
(77) 第三上巻四二四頁。
(78) 第三上巻四一七、四二一頁。
(79) 第三上巻四二四頁。
(80) 第三上巻四一八頁。
(81) 第三上巻四二六頁。
(82) 同右。
(83) 法律時報第一号至第二号。
(84) 第三上巻四六八―四八七頁。
(85) 石井・前掲注（4）四四五頁においては、「高請地と云ふのは、検地を請けて村高に編入された土地のこと」とある。
(86) 第三上巻四六四頁。
(87) 第三上巻四六五―四六六頁。
(88) 第三上巻四八九頁。
(89) 法学志林第四二巻第一、二、五、七、八号、第四三巻第一、三、四号。
(90) 安田・前掲注（89）中、第四二巻第五号三九頁。
(91) 安田・前掲注（89）中、第四二巻第八号八二―八三頁。
(92) 法学志林第二九巻第六、七、九、一〇号、第三〇巻第三、五、六、一〇、一一号、第三一巻第二、三、四、六、一〇号。
(93) 有斐閣刊行。
(94) 我妻・前掲注（93）六頁。
(95) 岩波書店刊行。
(96) 川島・前掲注（95）四四頁。
(97) 有斐閣刊行。
(98) 牧野・前掲注（97）二八三―二八四頁。

(99) もっとも、我妻も、前掲注(93)六―七頁において、「債権関係の非人格化」といい、「人的要素をすて」た企業が、「法律関係の主体たる地位を取得」すると述べるなど、人間が企業に従属する印象を与えている。しかしながら、一般的に企業は人的結合の側面があることから、人と物との関係というより、個人と社会との関係が問題とされている観がある。

(100) 福岡大学法学論叢第一三巻第一号。

(101) 亜細亜法学第九巻第二号。

(102) 増田・前掲注(101)九九頁。

(103) 増田・前掲注(101)一〇〇頁。

(104) 増田・前掲注(101)一〇一頁。