

Title	民法改正の意義 (一) : 日本資本主義の發展と身分法
Sub Title	
Author	田中, 實(Tanaka, Minoru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1948
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.21, No.5 (1948. 5) ,p.41- 64
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19480501-0041

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.

民法改正の意義(一)

——日本資本主義の發展と身分法——

田 中 實

第一序 説

第二 舊法の史的役割

- 一 明治前期における市民法の形成
 - 二 いわゆる法典争議の志向
 - 三 民法における財産法と身分法(以上本號)
 - 四 身分法の作用と苦惱
- ### 第三 新身分法成立の意義

第一序 説

一 本年一月一日から新しい民法が施行になつた。いつたい何故民法が改正されねばならなかつたのであろうか。また民法のいかなる部分がどのように改められたであらうか。更に此度の改正は、今後の日本市民社會にとつていかなる意義をもつものであろうか。本稿はこれらの諸問題について若干の考察をめぐらすことを目的とする。

二 明治維新以來、急速に資本主義體制を整備して軍國的な發展を企てつゝあつた帝國日本は、四年にわたる太平洋戰爭の惡戰苦闘の末ついに無條件降伏をするのやむなきに至つた。この降伏は直接にはかのポツダム宣言にもとずいてゐる。ポツダム宣言は、日本が戰爭の最後の段階にあること、そして戰爭終結の機會——即ち「無分別ナル打算ニ依リ日本帝國ヲ滅亡ノ淵ニ陥レタル我儘ナル軍國主義的助言者ニ依リ日本國ガ引續キ統御セラルベキカ、又ハ理性ノ經路ヲ日本國ガ履ムベキカラ日本國ガ決定スベキ時期(ポツダム宣言第四項)——を提供することを明言し、かつ降伏後の日本がいかに取り扱わるべきかの諸條件を定めてゐる。その條件の一つに、日本國國民の間における民主主義的傾向の復活強化が指示され、これに反するような一切の障害が除去されねばならないといわれている(同第一〇項後段)。

このようにして日本の今後のあり方が規定されてゐるのであつて、これにもとずいて政治・經濟・法律などのあらゆる機構が改革されねばならないこととなり、まず國の基本法である憲法も、昨年五月三日以來あらたに民主主義的な内容をもつて出發するに至つた。またこれと前後して、多數の政治・經濟各分野にわたる新法令が公布施行されたが、その一つとして直接または間接に民主主義の實現を目標としないものはないのであつて、ここに問題としようとする民法の改正も、もちろんその一環をなすものにはかならないのである。

三 近代國家は、形式的にみれば、法治國としての形態をとつてゐる。即ち國家のあらゆる組織と構成とは法律によつて整序されてゐるのであつて、國民の日常の私的生活ももとよりその例外ではありえない。この點において、普通私法としての民法の負うべき任務と果すべき作用とがみいだされるのである。

そして形式が内容を映すものであることからいつて、民法がその制定當時の國家乃至社會構成及び指導的時代精神

によつていろいろだられてゐるものであることはいうまでもない。後にのべるように、わが民法親族相續兩編に長くまつわりつゝいた封建遺制的な性格は、あきらかに明治中期のわが國家乃至社會構成を反映していたといふことができる。時代の進展とともに、日本資本主義は急速に國家獨占資本主義の體制をとり、その内在的矛盾を露呈しはじめ、それに伴つて社會秩序が變容し、またいわゆる「家族制度」が弛緩してゆくにつれて、親族相續法は多くの批判の對象とされてきた。これに對して、一方では、淳風美俗の名の下に早くから家族制度理念の昂揚が叫ばれ、ことに準戰時、戰時を通じてあらゆる權威的補強工作が試みられたにもかかわらず、他方では、時代の流れはしんしんとして民法の改造を要請しつゝあつた。新舊兩勢力のあつれきと現實の矛盾を前にして、身分法理論はたえざる苦惱を経験し、改正事業はその必要を痛感されつゝも遅々として進まなかつたのである。

ついにカタストロフはきた。しかもそれは意外な方面から突如としてきた。今次の敗戦の結果は、わが國に色濃くしみついてきた封建的色彩の徹底的拂拭をもたらし、それとともにわれ／＼は豫期せずして新しい民法を與えられるべき機會にめぐまれたのである。終戦後まもなく憲法の改正が議せられるに伴つて、家族制度を中核とする民法親族相續兩編も改正問題の俎上にのせられた。それがわれわれの日常生活にとつて身近なものであるために、以來それについては社會の各階層から多くの主張がなされた。しかし新生日本にとつて流れこむ民主主義の潮は、好むと好まざるとにかゝわらず、われ／＼の新しい民法の行くべき方向をはつきりと示してゐるのである。かつまた、今後のわが國經濟體制および社會機構の道程が「民主化」の一線以外にないとするならば、民法がそれに従つて民主化の方向をたどることはもはや必然であるといわなければならないであらう。

■ かくて新しい民法が民主主義的な内容をもたねばならないことはあきらかである。⁽¹⁾しかし、いうまでもなく普

通私法である民法の對象領域はきわめて廣いのであつて、そのすべての分野に改正すべき焦眉の急があるわけではな
し。即ち體系上民法は總則、物權、債權(財産法)、親族、相續(身分法)の五編に分けられるが、今次の改正では主
としてその後二編(親族、相續)のみが對象とされたのである。したがつて一口に民法改正といふものの、主とし
ていわゆる身分法の領域に限られているのである。では何故身分法のみが改正の對象とされ、財産法の領域には及ば
なかつたのであろうか、端的にいえば、それは身分法の領域が特に民主主義の理念と矛盾していたからである。その
詳細は後に説くところによつて自らあきらかとなるであろう。ここで新身分法のあり方が直接にどのよう⁽³⁾に定められ
ているかについて、わかりきつたことではあるが、ただ一應新憲法第二四條を指摘しておこう。

新憲法第二四條「婚姻は兩性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の權利を有することを基本として、相互の協
力により、維持されなければならない。配偶者の選擇、財産權、相續、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に關す
るその他の事項に關しては、法律は、個人の尊嚴と兩性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」
このように新憲法のうちに、婚姻や家族に關する法、即ち身分法の基準となるべき原則が示されているのであつ
て、従來これに相反するような内容をもつていた親族、相續兩編の規定が改正されるに至つたのである。

本稿においては、まずわが民法(特に親族相續法)の歴史的性格一般——第一に、その形成過程、第二に、過去約
五〇年間にその經てきた重要な變遷——をあきらかにし、ついで今次の民法改正の意義を論ずることとする。

(1) ここでは民主主義という概念についての詳しい説明を省略する。單に、自由と平等とがその指導理念であることを指摘する
に止める。

(2) もちろん財産法の部分にも數ヶ條の加除および一部改正がある。しかしそれらは何等實質的な意義をもちうるものではな
5。

(3) 更に一般原則としては第一三條に「すべて國民は個人として尊重される」とあり、また第一四條には「すべて國民は法の下に平等であつて……」とある。要するに個人の人格的尊重と法的平等とがその核心とされてゐるのであつて、これも自由と平等という民主主義の理念から導き出されるものである。

第二 舊法の史的役割

ここに舊法とは、明治三十一年より施行され、昨年十二月三十一日を以て効力を失つた従來の民法の親族・相續兩編を意味する。新民法に對して、これを舊民法と稱してもよいわけであるが、通常民法史上「舊民法」とは明治二十三年公布の民法をさすので、それと區別するために、從來施行されていた親族相續法をここでは單に舊法ということにする。

一 明治前期における市民法の形成

五 近代民法は何よりもまず「私法としての・民事法としての・市民法である。」(橋本文雄「社會法と市民法」一六頁)而して「近代市民法は、近代社會または近代市民社會の法であり、それはそれ自身、近代資本主義社會を構成する一契機たるにほかならぬが、同時にそれは、近代資本主義の發達を促進し、又は普遍化するイデオロギー的滑劑たるものとして、その独自の存立の意義を認められたものである。」(同五八頁)「したがつて、その一般的性格は近代社會または近代市民社會の歴史的性格の一部面たるにほかならぬ」(同九二頁)のである。

このゆえに日本民法の歴史的性格を把握するためには、わが國の資本主義的經濟體制および政治機構、總じてわが

國民社會の組織と機構とが確立せられた明治前期にまで遡る必要があり、また特に、わが民法の歴史的 성격に決定的影響を與えたところの、かの舊民法施行延期をめぐるいわゆる法典爭議の志向が、いかなるところにあつたかをあきらかにする必要があると思われる。

六 近代日本のれいめいである明治維新が、嚴密な意味においては、一七八九年のかのフランス大革命のごときブルジョア革命であつたとみることにはできないにしても、少くとも數百年にわたる永い封建制の桎梏からの解放によつて、近代日本の新しい社會機構の下に、近代的な生産活動に入りこむことの自由が法律上保證されるに至つたことは、異論の餘地はないであらう。即ち明治前期において、あいついで、近代的な資本主義的生産方法の前提條件である人格的自由權、私有財産權、私的相續權は確認され、そして更に、資本主義的發展にとつて決定的に重要な意義をもつ「契約の自由」、總じて財産利用の自由を中心とする私法自治の原則が確立されて、はじめて我國の資本主義的社會機構は飛躍的に整備される法律的基础を與えられたのである。

ここには明治初頭における我近代的市民社會秩序の成立過程を詳しく分析し、それに呼應する市民法の形成を一一述べる餘裕をもたない。またその必要もないであらう。⁽¹⁾たゞ「此時代になつて初めて生産手段に就て束縛なき自由な私有財産が始ま⁽²⁾り、近代日本が歐米の資本主義的生産様式をとりいれ、「文明開化」の合言葉の下に、先進諸國の後をおつて世界史の舞臺へのり出すに至つたということを指摘するにとゞめる。

(1) 一例を土地にとるならば、すでに明治元年十二月十八日太政官布告は一拜領地並寺領除地之外、村々之地面ハ素ヨリ都テ百姓持之地タルヘシ……」と明言していたが、ついで具體的には田畑勝手作の許可となり(四年九月大藏省達)、更に五年には地所永代賣買の禁が解除され(二月十五日布告「地所賣買差許」)、かつそれは地券制度の制定によつて裏づけられたのであつた

(二月二十四日大藏省達「地券渡方規則」)。

これら一連の土地制度の改革は、地租改正條例(明治六年七月)とともに、従来の封建的な土地所有または土地占有を近代的な土地所有權にまで發展せしめると同時に、その近代的土地所有權の確認の上に立つ近代的地租制度を以て近代國家の統治權の基礎たらしめたのである。しかも他方廢藩置縣による閉鎖的藩體制の崩壊は、農業生産物販賣の自由をもたらし、これは明治八年五月の土地細分の解禁とともに、農民をして封建的諸制限から解放し、あらたに商品乃至貨幣經濟の下においたのであつた。中川善之助「私法史」(現代日本文明史第五卷法律史所收)一七六頁以下、土屋喬雄・岡崎三郎「日本資本主義發達史概説」二〇頁以下、五一頁以下参照。なお橋本前掲二八七—八頁参照。

(2) 權井誠之譯・テイル「資本主義の法律的基礎」七頁。

七 資本主義的生産なるエンヂンが廻轉を開始するには、二つの槓杆を必要とする。その一は資本の本源的蓄積であり、他は大量の労働者群である。明治の日本は、まず舊武士階級、中小手工業者、農民をプロレタリアートに没落せしめることによつて、大量かつ安價な労働者群を獲得することをえたが、資本の蓄積過程は、我國の狹隘な、しかも立ちおくれた經濟的條件のために、容易に解決のできない問題であつた。このゆゑに近代日本の産業資本は、その第一歩において、すでに明治政府の官僚や軍閥の強力な支援と結合せざるをえなかつたのであり、他面において、官僚軍閥をバックするの役割を演ぜざるをえなかつたのであつた。かくて明治前期においては、資本主義の歩むべき典型的な市民社會秩序が準備されると同時に、産業資本が官僚・軍閥と結合したという日本資本主義體制の特異性は、その内部に舊封建勢力の根強い殘存という基本的矛盾をうえつけたのである。かくてまた、明治市民社會の次第に成熟するにつれて、その矛盾は必然的に私法の上にもあらわれるに至つた。即ち民法史の上からみるならば、従来の徳川封建制にはとまれてほとんど成長することのなかつた等價交換的な私法關係の形式(近代的物權・債權法を貫く形

式的法的平等の原理)——ひいては近代的市民社會機構——を急速につくりあげて、資本主義的經濟體制に呼應せしめるためにあらゆる努力が試みられたにもかゝわらず、それがしばしば舊封建勢力の反動にあい、ついにはそれに道をゆすらざるをえなかつたゆえんである。別言すれば、明治二十年代の我國市民法の成型期にあつて、佛人ボアソナードの手になつたかの舊民法が、その資本主義的な内容にもかゝわらず——従つてその限り自由民權論者と官僚政府のブルジョアの側面の要求とをみたしながらも——その中途はんばなブルジョア民主主義原理と舊來の慣習との不徹底な混合のゆえに、かつ致命的にはその人事編への近代的家族觀念の移入のゆえに、ついに封建的反動勢力の壓力の下に、むざんにも葬りさられてしまつたところのいわゆる法典争議の勃發は、その一つのあらわれであるといふことができる。この事件は、今日に至るまでの日本市民法(特に身分法)の歴史的 성격に對して根本的な影響をもつたものであり、その意義は看過すべからざるものがある。以下節をあらためて論じよう。

(3) 例えば、明治三月以來江藤新平によつて企てられたフランス民法のしきう⁽¹⁾つしの如きはその一例である。それが明治初頭に おける封建制打破のための一翼をなすものであつたことはいうまでもない。平野義太郎「議會および法制史」(日本資本主義發達史講座所収)二九頁以下参照。

二 いわゆる法典争議の志向

八 舊民法には、もとより多くの技術的缺陷もあり、論理的難點もあつた。そしてまた舊民法の施行延期間問題をめぐつていわゆる法典争議がひき起されたことについては、その當時の學閥争いや思想的な對立がその背景をなしていたことも考えられる。⁽²⁾

しかし官僚政府とボアソナードとがあれほど多くの努力と期待とをかけた舊民法が、しかも一旦公布されながら施

行を延期され、ついに永久に葬りさられてしまったことの原因は、それらのみにつきるのではない。この點について、かつて平野義太郎氏は詳しい論證を試みられ、いわゆる法典爭議が「半封建的家族主義の純粹な政治的・社會的・經濟的反應に核心をもち、とくに、自由民權運動におけるブルジョア民主主義に對抗」しようとしたものであること、従つてその對立は、實は「官僚法學のブルジョア自由派（その意味での自然法學說）のブルジョア法典編纂と封建主義を再建せんとする政治的反應主義との對立」⁽⁴⁾にほかならなかつたことを指摘しておられるのは、たしかに正しいといふべきであらう。

(1) 富井政章「民法原論」第一卷上六八—九頁。清浦奎吾「明治法制史」五八七頁參照。

(2) 星野通「明治民法編纂史研究」一三九頁以下、同「民法典論争史」二二頁以下、特に二六頁以下は詳細にこの點を論じておられる。又中川前掲四六頁以下、岩田新「日本民法史」二九頁以下參照。

(3) 平野義太郎「家を中心とする身分法の成立史」(法律時報六卷五號) 五頁。

(4) 平野「明治法學史における一學派」(法律時報五卷八號) 一〇頁。

平野氏は右兩稿によつて、法典爭議を、自由主義派と半封建主義派との兩側面から検討しておられるわけである。なお同「議會および法制史」三三頁以下參照。又この立場に同情を示し、同様な觀點から簡單な見通しを與えられるものとして、青山道夫「民主主義と我が家族制度」九頁以下、同一新しい民法「一一頁以下參照。なお同「日本家族制度の研究」七頁以下も注意せらるべきである。論争點について、我妻榮「家族制度法律論の變遷」上(法時一八卷一〇號) 五頁以下參照。

九 明治維新は、あらためていうまでもなく、封建的な社會構成と生産様式とを打破して、「資本家と資本家的地主とを支配者たる地位に即かしむるための強力的社會變革であつた。」⁽⁵⁾「世界史的觀點からいえば、それは、社會經濟に立ちおくれた我國が先進資本主義國との交渉にまきこまれ、それらに伍して歩むための必然的な、かつ必須的な變革であつた。それにもかゝらず、その變革の推進者となつたものが、封建意識を多分に帯有していた下級武士階級と、

更に王朝時代の遺物たる公家一派であつたといふ事實は、⁽⁶⁾新しく生れた明治の政治社會機構をして純然たるブルジョア民主主義的なそれまで徹底せしめえず、かえつて永く反動的な專制的絶對的性質を温存せしめたばかりでなく、更に自由民權運動に對抗してその封建遺制を擴大再生産せしめる原因となつたのであつた。

しかしこのように不徹底な民主主義革命は、その後における我國資本主義的經濟の發展をほとんど阻害しなかつたのみでなく、かえつてその專制的な權力によつて、近代化に著しく立ちおくれしていた我國の幼稚きわまる閉鎖的經濟をして、いわば温室助成的に、舊來の封建的生產様式を脱皮せしめ、迅速に資本主義的生產様式へ轉換することを可能ならしめたのであつた。⁽⁷⁾

(5) 野呂榮太郎「日本資本主義發達史」(鐵塔書院版)三九頁。

(6) 野呂前掲一五八頁以下、平野「日本資本主義社會の機構」二六〇頁以下參照。

彼等は成立せる明治政府の官僚又は軍閥を形成した。明治政府の絶對專制的性格はこれにもとづく。その影響の今日にまで及んでいることはいうまでもない。しかも明治政府の政治的支配機能は、従前の半隷農制を殘存せしめ、かつこれを極度に充用するところに特徴を有したのである。(平野前掲二七三頁參照)

(7) 野呂前掲三九—四〇頁參照。

一〇 かくて明治維新によつてもたらされた我資本主義的社會機構は、あきらかに歪んだ形相を示していた。即ち一方、經濟乃至取引關係においては急進的な近代化が、しかも他方、身分乃至家族關係においては依然たる封建遺制——否その擴大強化さえ——が示されていたのである。いゝかえれば、財貨乃至生活手段の生産及び再生産過程が近代的な發展を遂つたのに反して、人間自身の生産及び再生産過程はこれと逆行し、そこに大きなギャップが存在したのであつて、これ、新生明治日本の市民社會に適用さるべき普通私法としての明治の民法が、二つの相矛盾する指導

原理に服さねばならなかつたゆえんである。

詳言しよう。封建的身分制度の廢止によつて封録を失つた武家の生活保證のためにつくられた公債制度、更(8)に土地および財貨の資本家的所有の確立と、これに伴う租税制度(9)、これらは明治變革の物質的基礎をなし、同時に、職業の自由、農業經營の自由、その他交通や外國貿易などを含む一切の經濟活動の自由は、資本主義發達の基本條件となつた。かくして促進せられた資本の本源的蓄積過程と平行して、没落する舊武士階級や中小農民層および商工業者は一様に無産大衆に轉化され、大量の自由なるしかも安價なる勞働の提供者としてあらわれ、日本資本主義はようやく發展の波にのつたのであつた。

(8) 封建的身分制度の廢止については、玉城肇「日本家族制度批判」(福田書房版)八頁以下が参照に價する。

(9) 重點は土地にあつた。もとゞ徳川封建制が農業を主要産業とする經濟關係の上に立つものであつた以上、明治前期の經濟がまず土地を出發點として廻轉を始めたのは當然である。また明治前期の國家財政は主として地租收入に依存してゐたのである。この意味において、明治初頭の土地改革、およびその後の土地所有關係の推移は注目すべきである。(土屋・岡崎 前掲七頁、一九頁以下、四六頁以下に詳細である。)

一一 しかも右と相伴つて全國にほうはいとしてわき起つた自由民權思想乃至運動は、その成長するに及んで次第に專制政府の地位をおびやかしはじめた。この運動は、當初はようやく自らの歩みをはじめた都市小市民および勤勞小農民によつて推進されたものであり、これこそはまさに、明治維新をしてかのフランス大革命にも比すべき民主主義革命たらしめる唯一の力となりうるはずであつた。その勢力は、明治十四年九月、さしもの絶對專制政府をして、明治二十三年を期して國會を開く旨の「大詔」を發せしめるに至つたほど力強いものであつた。しかるに、この運動はその後政黨結成の方向をたどるとともに、政府紙幣の整理にもとづく經濟界の變動を轉機として急速に沈滯化

し、絶對專制政府に對する抗争力を失つてしまつたのであつた。⁽¹³⁾これに乘じ、政府は行政改革によつて自己の地位の強化をはかると同時に、自由民權運動のほくめつにつとめ、それは着々として成功をおさめたのであつた。⁽¹⁵⁾とくに天皇制を核心とする權威的憲法の制定は大きな効果をもたらしたのである。⁽¹⁶⁾

かくて明治二十二年に成立した帝國憲法は、表見的立憲制の内實に多くの封建的專制的な規定を再生せしめて、日本官僚政治機構の基礎を確立し、なかんずく、ついで召集せられた帝國議會、また府縣會などは、多くの點において自由民權運動に對する反動勢力と化してゐた。帝國議會の二院構成はいうまでもない(貴族院の構成と權限とをかえりみよ。從つて國會は實質的に制限議會であつた)。これらの帝國議會や府縣會の議員に關する選舉權者および被選舉權者の總數、また彼等の階級構成を一見するならば、それが自由民權からいかに縁遠いものであつたかゞわかるであらう。⁽¹⁷⁾

(10) これは更に、明治政府に志を得ず、しかも武力による抗争を斷念した一部不平士族や、中以上の農民(とくに地主階級)等とも結びつゝいてゐた。

なお自由民權運動の詳細については鈴木安藏「自由民權・憲法發布」平野「ブルジョア民主主義革命」二四七頁以下参照。⁽¹¹⁾但しこの自由民權運動はそのまゝ、たゞちに民主主義的運動ではない。實質的にみれば、その内容はきわめて複雑多岐な要素をもち、その後の消長も多くの曲折をたどつたのである。その性格が反有司專制的な色彩を多分にもつものであつたことは、すでにしばしば指摘せられてゐる。例えば鈴木前掲参照。

(12) 自由黨と改進黨とが主なるものである。概していえば、前者は急進的で主として士族や貧農を地盤としており、後者は漸進的で主として地主や一般インテリの支持をうけた。そして前者は好んでルソーなどのフランス思想により、後者はイギリス立憲思想によつてゐた。兩黨は共同目的として政府に對抗したが、しかも互に對立してゐた。(岡義武「近代日本の形成」二二九頁以下参照)

(13) 野呂前掲一七〇頁以下は、「我國のブルジョア革命は何故不徹底に終つたか」の理由として、次の三點をあげている。

第一——無産者團の急速なる生長、就中農民社會の分化。

第二——「産業革命」の急激なる發展と、その過程に於ける專制勢力の有産者化並に地主の二重性。

第三——世界資本主義の自由主義より帝國主義への轉向。

筆者は、地主の二重性をとくに注目すべきものと考え。當初自由民権運動を支持していた地主階級は、後には全く反動化するに至つた。それは、例えば、明治十七年自由黨が裏切りの解黨をよぎなくされたことにもつともよく表現される。(平野「機構」三三頁、一七九頁以下参照)

(14) 明治十八年の行政改革は内閣制度の確立をもたらした。この時以後公家出身者は政府の中心より姿を消し、政府は全く藩閥政權の形を明瞭にした。封建的傳統の牢固たることはあきらかである(岡前掲二六二頁以下参照)。

(15) 明治前期における立法史が、主として刑法、行政法、訴訟法などの公法領域から開始され、また軍隊、警察の組織的壓力がいち早く形成されていた——しかも、廢刀令と呼應する——ことを想起せよ。この武力を背景として、讒謗律、成法誹毀罪、兇徒召喚罪、集會條例、保安條例、出版條例、新聞紙條例などが強行されたのである。

(16) 伊藤博文らを中心とする帝國憲法制定事業が、いかに反動的なものであつたかは説くまでもあるまい。彼等の師事したスライヤグナイストの説は、あきらかにこれを證するものである(平野「議會および法制史」一〇頁以下参照)。とくに外交・兵制・經濟の三者を議會の干渉外におくべしとなした如きは、本來立法府たる國會を、ついに官僚政治の從屬物たらしめることを意味する。

(17) 例えば、衆議院議員選舉資格は、直接國稅(實際には地租)十五圓以上を納付することを要するとされ、その有資格者の實数は全國民の八十七分の一にすぎなかつた。

一一三 またこれと時を同じうして「教育勅語」の發布があり、我國の封建的普通教育制度は一應完成をみた。この

教育に關する勅語こそ權威による教育基準のふしつけを意味するものであり、その志向は、家族主義・忠君愛國の美

名をモットーとしてかゝげて、國民の精神的再編成をこころみ、強力な富國強兵策の實行に資するにあつたのである。そしてそれは、一方では、國民の人間の合理性を麻痺せしめ、⁽¹⁸⁾他方では、プロレタリアートをして資本主義的勞働形態に適合するように訓練するために役立つたのであつた。⁽¹⁹⁾

(18) これこそ個人人格の抑壓をもたらし、我國大衆の無自覺かつイージーゴーイングな慣習盲従性をもたらしたのである。

無自覺無方向の大衆が、容易に利己主義と結合し、それが權威によつて劃一化せられるところに、我國ファツシズムの發生すべき温床が成立したのである。また我國の文學や大衆歌曲にみられる個性の欠如も、あるいは、例えばイブセンの作品などにおけるような個性的なものやヒューマニズムに對する無理解も、ことごとくこれにもとづくこととみることが必ずしも不當ではあるまい。總じて我國民の一般的性格が、表面では一見自主的にみえながらも、實は裏面においては因循的であるといふ二重的なものになつた原因なのもある。(これらの諸點は同僚永田一郎君の御教示に負うところが多い。)

(19) 玉城前掲一二頁以下參照。

一三 以上みたところによつて、明治前期における我國市民社會の機構、およびそこにおける權威的指導的時代精神がどのようなものであつたかど大凡あきらかとなつたであらうから、こゝで再び論點を法典爭議にもどして考えよう。

舊民法の主たる起草者であつたボアソナードが、急進的自由民權論の陣營に屬するものでなく、むしろ保守的な思想の持主であつたことはいふまでもないが、しかも實際には、舊民法中人事編および財産取得編中「相續」、「贈與及遺贈」、「夫婦財産契約」の諸部分は、我國の舊慣を重んずるために⁽²⁰⁾一面では封建勢力に對する妥協のために⁽²¹⁾ボアソナードの手にならず、邦人委員の手によつて起草されたのであつた。従つて舊民法の主として財産法の部分が白地的にフランス民法になつたものであつたにしても、人事編などの身分法の領域に屬する部分には或程度まで

我國傳來の「家族制度」が生かされており、ヨーロッパ的な夫婦を中心とする小家族主義——ブルジョア民主主義の要請する家族形態——との調和が試みられていたのである。それ故、舊民法人事編がとにかく一定の形態で「家」の制度を認め、戸主権に関する規定を設けていたことも、何等不思議ではない。しかるにかように保守的な、小心よくくたる舊民法でさえも、法典争議という一大障害にあたつてむざんに挫折せざるを得なかつたのである。とくに人事編に對する攻撃が致命的であつた。以て當時の反動勢力乃至舊思想の壓力を知るべきである。

もちろん舊民法施行延期論は「淳風美俗」または「我國古來の慣習」をふりかざしてはいた。しかしその淳風美俗が、實は單なる主觀的美俗であり、またそのいわゆる古來の慣習が、實は一部特殊階級の慣習にすぎないものであつたことは、いまさら詳述するを要しないであらう。⁽²²⁾

(20) 星野「明治民法編纂史研究」九八頁、同「民法典論争史」一八頁以下參照。

(21) 舊民法草案が成案となるに際しては、すでに元老院から大きな制肘を加えられていたといわれる。

(22) それらの主張がいかに實質的根據に乏しいものであつたかは、平野、青山兩氏が詳細に論證しておられるところである。

平野「家を中心とする身分法の成立史」八頁以下、同「明治法學史における一學派」一一頁以下、青山「日本家族制度の研究」一頁以下參照。

例えば、舊民法は個人主義的であり、そこにおける家は耶穌教俗の家たるにすぎないというような非難も加えられたが、舊民法第二四六條は「家族ハ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲サントスルトキハ年令ニ拘ラズ戸主ノ許諾ヲ受クベシ」と、舊法にきえみられなかつたほど強力な戸主権の存在を規定していたことからみても、これを一口に個人主義的となすことは不當であらう。

また例えば、後に法典調査會席上で、梅博士と對立した穂積八束委員が「百姓の慣習は慣習とすべからず、士族や華族とかに別らねばならぬ」と主張したことや、磯部四郎委員が「連れ子は……戸主の身分も、妻の身分も、分らぬような、變な

下等動物の方に行はれてゐる慣習」であるから排斥すべきだと論じたことなどは有名である。

かくてみれば、延明論の主張が單なる表見的淳風美俗論であり、内實は封建舊思想の代辯にすぎなかつたことは、余りにも明瞭である。なお、青山前掲一七八頁以下参照。

一四 かくて法典争議は明治二十四、五年にわたつて多彩な政治論争・法律論争となつて展開されたが、結局延期論の勝利として終りをつげ、これに代つて、あらためてヨリ封建的な民法制定事業が開始されたのであつた。日本資本主義社會の機構そのものゝ中に矛盾があり、そして我國の資本主義發展の指導力を握る地主階級、大商工資本家、ひいては當時の帝國議會、一部の官僚などが全く反動化していたことからみれば、その結果は當然のなりゆきであつたといつてよいであらう。

これを要するに、舊民法が葬りさらられ、代つてなされたところの、一現行民法のうち(23)に成立せる半封建的家を中心とする身分法の制定は、明治前期における「日本資本主義體制の構造矛盾の私法的表現」であつたのであり、かの法典争議の志向こそは、まさに新生日本の社會乃至家族構成に半封建的要素を殘存せしめて、その後の日本資本主義發展のたえずあらたにせられる基礎たらしめようとするところにあつたと認めうるのである。

(23) 平野「家を中心とする身分法の成立史」四頁。

三 民法における財産法と身分法

一五 前節において、フランス民法の民主主義原理をうけつぐ舊民法が、いかにしてもろくも葬りさられたかをあきらかにした。以下においては、舊民法に代つて制定せられ、明治三十一年より施行せられた民法が、その財産法と身分法との兩法域において、いかに相矛盾する原理によつて貫かれていたかを考察するであらう。

「明治維新およびそれ以降のブルジョアの諸改革を通じて、発展の道を切り拓かれた資本と土地私有との発展が、この歴史的時點において、總決算せられ、一切のブルジョア發展の方向が包括的に機構づけられねばならなかつた。しかし、それと同時に、それが、農村における半封建的生産關係の土臺の上に、又、その再生産の上へのみ可能にせられるかぎり、その半封建的桎梏の完全な除去を求むる自由民權運動の昂揚を前にしては、その侵劫を防ぐための堡壘をますます堅くするために、半封建的政治統制の維持を可能にする諸原理がたてられねばならなかつた」⁽¹⁾のである。國の基本法としての明治憲法こそは、まさにこれを法理的に表現するものであり、普通私法としての明治の民法もまた然りであつた。

(1) 平野「機構」二〇七頁。

一六 さて近代民法は、まず體系的には財産法と身分法との二法域に大別される。かつその際、その基本的主導性を財産法に與えている。これについては、その「近代的意義は、近代社會における經濟關係の指導的地位を體系化するものであるが、その法理的意義は、むしろ中世的な統制的・身分法的支配を、家族法の範圍に限局することにより、自由なる近代法理の作用をそのあたかも必要とする財産法において、はばかるところなく活躍せしめんとする志向に存する」といふこともできよう。⁽²⁾

即ち民法こそは、中世封建制の殻を破つて成立した近代資本主義社會における新興ブルジョアジーの私法的意識の發現であり、従つてそれは、近代市民社會の發展に即應すべく、資本主義的な性格を基本としていたのである。かくて、近代私法の世界において考えられている人間像をみるならば、それが抽象的「經濟人」に對する抽象的「法律人」であることはあきらかである。⁽³⁾

いわば、近代市民社會においては、人間の自利心の自由かつ完全な發動は、「見えざる手」に導かれて、やがて社會全體の福祉を増進し、意識的な自利心は無意識のうちによく利他の作用をなすものであるという樂天的豫定調和の觀念が支配してゐるのであるが、かくの如き「レッセフェール・レッセパツセー」の思想が近代法的思惟に反映して抽象的な法的人格者が構想されたのであつて、従つて、近代私法の原理は當然に私的個人主義であり、私的自由主義であつた。いゝかえれば、ラードブルツフの指摘したように、近代私法における人格者概念はまさに自由・平等の概念であつて、そこにおいてはあらゆる差別性乃至全體性は無視され、抽象的に平等なものとして擬制されており、個人の意思が人間存在の秩序の根源と考えられたのである。

かくして近代民法（財産法）は個人の意思自治の法であり、私的所有の確認と契約の自由とを基調とする市民法として成型するに至つたのである。而してこの私的所有および契約自由の兩原則は、實際には更に、「財産權は、一定の法律上の例外を除いては、その死後、その人自身、或は法律が、相続人であると定めた人に移る。」⁽⁵⁾ という私的相續權の原則によつて裏付けられなければならない。それ故、資本主義社會の基礎は、正しくは、右の私的所有・契約自由・私的相續權の三者であるといふべきである。⁽⁶⁾

要するに近代社會における經濟關係の優位は、夫婦・親子などのような人間の自然性に深く根を下してゐるところの、従つてわれわれの私的生活において最も基本的かつ普遍的であるはずの親族關係の部面を、親族法なる狭い分野に限局せしめ、財産法に對して從屬的な地位につかしたものである。

(2) 橋本南樞一一八頁。但し嚴密にいえば、身分法も財産法と無交渉でありえないことはもちろんである。それ故近代民法の一部としての親族相續法も、何等かの形で資本主義社會の——即ち私有財産制の——法的構造の一斑をなすものである。

(3) 元來「私有財産は、商品生産と交換の發展の過程の中においてのみ、私有財産として定式化せられるのであり」(平野「議會および法制史」二四頁)、それ故そこでまず必要なものは、第一には、その財産を何人からも侵されることなく所有し得べきことであり、第二には、それを自由に他人に譲渡交換し得べきことである。そしてかような私有財産制を安固にし、その上に資本主義的な擴大再生産を営んでゆくために、所有および取引關係のトレーガーとしての私的經濟主體——一定の場所に於ける各種の商品の需給についての諸事情を知悉して、常に自利心によつてのみ導かれて活動する「經濟人」——が考えられ、それに對應して合理主義的な近代的市民の法的型——即ち「法律人」——が考えられたのである。

(4) 「從來の個人主義的法律秩序は、各自の社會的地位に基づく個別性を無視され、孤立的に構想された個人に向けられている。それは、しばしば、樹を見て森を視ず、個人を見てその社會的關係を視ざらんとする。かゝる見地を最も明瞭に示すものは、かの法上の人格者の概念である」、ラードブルツ「個人法より社會法へ」(橋本「社會法の研究」一二三頁)

(5) 井上登壽・メンガー「民法と無産者階級」四頁。

(6) 市民法の一環としての相續法は、純粹に財産法の一部をなすものである。しかるに近代民法の多くは相續法を親族法と密着せしめている。それは、その財産關係が、主として親族間という狭い範圍内での特殊な關係であり、また人間の死亡という事實にもとずいているという理由によるのである。しかし、相續法が現實には、財産變動を規律するものであるという本質的機能を忘るべきではない。なお、封建的身分制度の失われた近代市民社會において、「身分法」などということ自体がアナクロニズムである。たゞ我舊親族相續法のごときは、後にみるような封建的性格を多分にもつていたのであるから、これを身分法と稱することは必ずしも不當ではないであらう。

一七 右にのべたような近代民法の基本的諸特質は、十九世紀初頭前後のプロイセン普通州法、フランス民法、オーストリー民法などに、すでにその萌芽を示しているが、それが典型的な表現をとるに至つたのは一八八八年のドイツ民法第一章案であらう。

この第一章案からは二つの民法典が生れ出した。いうまでもなく、ドイツ民法と日本民法とである。しかしその際

イツにおいては、ゲルマニステンとしてのギールケや、無産者階級の立場に立つメンガーらの痛烈な批判が加えられ、従つて、完成したドイツ民法は、基本的には依然たるブルジョアジーのマスコットたるものであつたといへ、なほ若干の點においては重要な修正を受け入れざるを得なかつたのであるが、我國においては、ついに一人のギールケもメンガーも存在しなかつたために、我民法（特に財産法）は、いわば第一草案の嫡流ともいふべく、名實ともに近代民法の標本とみるべきものになつたのであつて、即ち近代民法の基本的諸特質は、もつともよく我民法に受けつがれたといつてよいのである。

(7) その主なる修正點は、例えば、權利濫用に關する一般的規定（第二二六條）、雇傭契約の充實（第六一一條——第六三〇條）、不法行爲に關する結果責任の導入（第八三三條）などであつた。これらはまさに、近代法の諸原則に對する修正でもあると同時に、また新しい社會法の胎動をも示すものである。

一八 このような事情は、もとより我國における法學の幼稚さにもよることであろう。しかしヨリ根本的には、當時のドイツがすでに資本主義的發展の頂點を經過しつゝあつたのにひきかえて、我明治の市民社會においては、ようやく資本主義的社會機構が確立されるに至つたばかりであり、かつそれが、日清戰役によつて力強い拍車をかけられつゝあつたという事實と、また前節においてみたような日本市民社會編成工作の進展情況とにもとずくとみるべきである。

いゝかえれば、明治中期の日本市民社會は典型的的市民法を必要としたのである。しかも前節においてあきらかにしたような日本市民社會の機構的特異性は、民法の財産法領域をして典型的な近代市民法としての諸特質をもつことを可能ならしめながらも、その身分法領域をして、以下にながめるような封建遺制的性格を色濃く帯有せしめないでは

おかなかつたのである。

即ち、身分法の指導原理は、かの法典争議の志向の示すところに従つて、一部の官僚・富商富農などのブルジョアジーが、かつての武士階級の所産にすぎなかつた封建的家族構成を民法のうちに盛りこみ、これを社會的基準として農民一般およびあらたなプロレタリアートにおしつけ、更に、そこに含まれている封建的原理を社會的理念にまでひきあげ、以てかれらを再編成して、日本資本主義發展のための礎石と化さんとすることをめざしたのであつた。そして實に日本資本主義は、このような封建遺制的家族乃至社會構成を極度に充用することによつて、以後の發展を可能ならしめられたのであつた。

一九 かくて明治三十一年以來施行されるに至つた日本民法が、その財産法の典型的資本主義的性格にもかゝらず、その身分法の領域において、いかに反動的な封建遺制的原理によつて貫かれていたか、について以下若干の分析を試みるであらう。⁽⁸⁾

まず第一に、舊法において想定せられていた——いゝかえれば、舊法の對象と考えられていた家族は、近代的な單一家族（原則として夫婦と、その未成年または未婚の子を以て構成される家族）ではなく、それと對蹠的な意味における複合家族あるいは大家族であつたということが指摘せられねばならない。⁽⁹⁾そして、この觀點から一切の日本身分法の原理が導かれていたのであり、これを核心とする制度が「我國古來の」といふような形容の下に家族制度と稱されていたのである。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

次に右の點から、強力な家長權（戸主權、更に親權、夫權）の存在という第二の特徴と、およびこれに對應する家督相続制という第三の特徴が生ずるのである。即ち、觀念的には、戸主權によつて——しばしば親權および夫權と結

合して——多くの家族員を統制すると同時に、物質的には、家産を伴う戸主權の長子單獨相續によつてこれを基礎づけるのである。

(8) 民法の制定に際しては、梅博士のような自由主義者が主たる委員に加わつていたので、實際には、穂積八束、磯部四郎委員らの反動勢力に抗して、我程度まで身分法の封建的性格は緩和され得たのであつた。法典調査會席上において、兩者の間にいかに烈しい論争がくりかえされたかについては、平野一家を中心とせる身分法の成立史」八頁以下参照。

(9) 民法第七三二條には「戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ビ其配偶者ハ之ヲ家族トス」と規定されていた。

(10) 玉城「日本家族制度の批判」(民友社版)一〇頁参照。

(11) ここで家族制度の概念を論ずることは、そのとこでないから避ける。それが單に身分法のみを意味するものでなく、道徳意識や慣習風俗と密接に結合しているものであることはいうまでもない(玉城前掲七頁以下、一八三頁以下参照)。たゞ筆者は、それがとくに明治中期において、民法の中に統一形式・固定化されたという點に重要な意義を認めるのである。

二〇 身分法は、體系的に分別すれば、親族法と相續法とに分たれる。

親族法は、家族、婚姻、親子の諸關係を主たる對象とし、同時に、親族自治の立場から後見、親族會、扶養義務の問題をも規定していたが、その指導的地位は家族關係法に與えられたのである。

即ち、戸主の家族員に對する統制關係が全親族法をおおつていたのであつて、形式的に家族關係法が首位におかれ、たことはいうまでもなく、内容的にみても、婚姻であれ、離婚であれ、實親子關係であれ、養親子關係であれ、ことごとくが父系父權的親族制度の埒内におかれ、ひいては後見も、親族會も、扶養義務も、すべて「家」——戸主——を基本として構成されていたのである。それがどの程度に徹底的であつたかは、ここに一々指摘する必要をみないであらう。要するに、例えば、婚姻に關する届出主義——法律婚主義——の採用(「家」の戸籍の偏重)にもとづく届出

なき實質的夫婦關係の無視⁽¹²⁾(實際には内縁の妻の不遇とその子の私生子への轉落となる)、また庶子の偏愛と私生子の白眼視などがいかに甚しかつたかを考え、そして更に、戸主權——およびしばしばそれと結合する親權、夫權——がきわめて強力であつた反面、家族員、未成年の子、母、妻の人格がいかに無視され、またその法的地位や權利狀態がいかに劣悪であつたかを想起すれば足りる。⁽¹³⁾

本來は民主主義的であるべきはずの「協議離婚」でさえ、現實には夫の側の「追出し離婚」となつて作用し、家族制度確保のための傀儡たるにすぎなかつたし、後見、親族會、扶養義務を基礎づける親族自治の觀念のごとくに至つては、實は分裂する親族を互いに結びつけ、互いに干渉する機會を與えることによつて、崩れゆく「家族」をつなぎとめようとするクサビとしての機能を擔うものになつたのである。

(12) 法律婚主義そのものは、もちろん封建的ではない。たゞ、家族制度の埒内において、それが「内縁關係」という社會問題の原因となつたという現實を見逃してはならない。

(13) 例えば玉城前掲(民友社版)一二頁以下、一八八頁以下に要領よく摘記されている。

(14) それは更にしばしば、資本主義的機構内部における幼弱または敗殘老廢者の處置をその親族におしつけることによつて、國家の公共救済的責任を軽減する役割を果すものである。次節で詳細にのべるであらう。

二二 次に、相續法は家督、遺産の兩相續關係を對象とし、これをめぐる若干の手續をも規定していたのであるが、その中心をなすものは、もちろん家督相續であつた。それが身分・財産の兩面を同時に特定の一人に相續せしめることによつて、親族法における家族關係法の指導性の物質的基礎をなすものであることは、先にも指摘した通りである。そして家督相續の順位および手續が全く父系中心に傾き、その効力が長男子一人に集中されていたこと——その反面、次子以下、ことに女子の地位の低いこと、また寡婦の相續權の輕視されていたこと——は、相續法の封建遺

制的な性格をもつともよくあらわすものである。親族法において戸主に強大な力が與えられ、しかもそれがしばしば父・夫と重複する以上、家族内の財産は必然的に戸主(父・夫)一人に集中されるのであつて、従つて、その家産が戸主たる身分とともに包括的にうけつがれてゆく家督相続に比すれば、單なる家族員の死亡にもとずく遺産相続が全く從屬的な意義しかもちえないことはいうまでもない(こゝでも寡婦の地位は低い)。また相続の承認拋棄、遺留分などの手續規定の多くは「家」の繼續を保全するためのものであり、更に遺言に關する規定さえも、形式的には廣汎な遺言の自由を認めながら、實質的には、その方式の複雑・嚴格さによつて遺言の自由を奪い、以て「家族制度」の必要とする物質的基礎を確保せんとしたものであるとみることができよう。

(15) 我相続法において法定相続が原則的とされており、しかも遺言の認められる範圍内においても遺言をしないことがむしろ社會的常識となつていたこと、いふかえれば、財産法におけるが如き個人意思自治の原則が、身分法においてほとんど作用していなかつたという事實は重要である。(未完)