

Title	星野通教授著「民法典論争史」を讀みて：明治家族制度論争史
Sub Title	
Author	手塚, 豊(Tezuka, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1950
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.23, No.1/3 (1950. 3) ,p.87- 92
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19500301-0087

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.

紹介と批評

星野通教授著

「民法典論争史」を讀みて

明治家族制度論争史

手塚 豊

一 日本法制史の研究において、近代法の分野が取りあげられるようになったのはまだあたらしい。吉野作造、尾佐竹猛両博士を先駆とする憲法史研究は、すでに大正時代からはじめられ、現在では資料もほとんど揃い、それにもとづく業績も、質量共にみるべきものが多いが、その他の部門の研究はそれに比較して著しく立ちおかれている。それは明治時代が歴史のカテゴリーの裡に考察されるようになってからも、日本法制史家が主としてその研究の時代的下限を徳川末期までにとどめていたことにもとづく。しかし、最近には小早川欣吾、高柳眞三、石井良助等の諸教授により貴重な力作が発表され、この方面の研究も今後ますます活潑化せんとする氣運がみられる。星野教授は専門の法制史家ではないが、十数年來明治民法制定史の研究

に従事され(その最初の著作は昭和十三年十月二十一日の東大新聞、「明治民法編纂史研究」(昭和十八年九月刊)に發表された「明治十一年民法草案の發見」であつた)、「明治民法編纂史研究」(昭和十八年九月刊)、「明治十二年民法草案」(昭和十九年九月刊)、「民法典論争史」(昭和十九年六月刊)等の著書を世におくり、それまでほとんど回顧談の域を脱しなかつた民法編纂史の開拓に先鞭をつけられた人であり、この分野における先駆者の地位を占めておられる。今般、さらに教授が旧著「民法典論争史」の訂正増補版を公表されたのは、わが法制史学界のため、寔に慶賀にたえない。前著が本文一二六頁、資料一三四頁から成つていたのに反し、新著では資料全部を省かれた代りに、本文三一二頁に増補され、内容的には著しく詳細の度を加えている。資料の探索にはさぞかし不便も多からうと思われる四國松山に居住される教授の不撓の研鑽を想うとき、おなじ分野に志す私はとくに深甚なる敬意を表さずにはおられない。

二 本書は第一部として旧民法成立までの民法編纂史と旧民法の構造特色を説明し、第二部は旧民法をめぐる断行延期兩派の論争が取扱われている。まず冒頭にはフランス法律文化移入の跡をたどり、江藤新平が制度局、左院、司法省において民法編纂事業を主催した顛末を述べ、次に大木司法卿のいわゆる「明治十一年民法草案」起草の事情を説明し、つづいて明治十三年元老院内に民法編纂局を設け、ポアンナードを中心とする旧民法の編纂が開始され、その事業は司法省、外務省、司法省の順に轉々したが、遂に司法省内法律取調委員會の手によって全草

案が完成し、元老院の審議を経て明治二十三年三月及び十月に公布される過程が詳細に展開されている。旧民法殊にその人事編(親族)、財産取得編第二部(相続)の性格については、著者は「傳統的大家制を表面的には承認し乍ら」「実質的には寧ろヨーロッパ的小家族主義を家制原理として原理的に採用した」(二〇五頁)ものと断定し、ここに「法典敗れざる主因」があったとされている。この第一部は著者の旧著(論著)の叙述に、小早川、石井兩教授の研究を僅かばかり採り入れられたものであり、資料的には別にあたらしい発展もないが(例えは法律調査委員の内容的變遷のごときは、然として空白のままである。法)、第二部の論争史の場面は分量的にも約二倍になっており、おそらく著者が多年の蘊蓄を十二分に發揮された部分と思われる。

まず著者は当時のわが法学界の状況から筆を起し、フランス法学派とイギリス法学派が理論的にも感情的にもいかに深刻に相対立したかを精細に分析せられる。そしてこの対立がほとんどそのまま法典をめぐる断行、延期の両派にわかれた事情を、豊富な資料を駆使して説明される。この部分は法典論争の意義を理解する重要な伏線であろう。つづいて法典論争の緒戦といふべき商典論争を述べ、最後に民法典論争が「論争本格化とその成敗」「論争の原因」「断行派敗因」「論争の史的意義」の四節に互り、博引傍証、時にやや重複のきらいがあるほど詳細に画かれている。著者は論争の中心が人事編にあったものとの

視野にたち、その編をめぐる攻防戦を重点的に論述されるのであり、それが本書の副題を「明治家族制度論争史」とせられた所以であろう。

著者にしたがえば論争の原因は、第一に人事編が「傳統的大家族制度を破壊する点」(二二一頁)第二に「イギリス、フランス両学派の間における派閥的感情的対立」(二四七頁)であり、副次的原因としては「議会の開会を待たず」「ただ元老院の」「一括的審議」を強要した政府に対する「一部不平等政治家の強い反感」(二四頁)である。そして延期派が淳風美俗に反するものとして非難をあげた人事編規定の具体的事例は「ピントのはづれた理由ならざる理由」(二七頁)であったが、それが「当時の反動群、即ち國粹主義者保守主義者達」を「眩惑」し(三〇頁)、これらの共鳴と支持をうけて遂に勝利を収めたものであって、この論争の史的意義は「歴史法学対自然法学の学說的相違相立に由来する換雜物のない法学戦だったのではなく、寧ろそれは法学戦たると共に法学戦の方法において展開したイデオロギーの戦い、即ちヨーロッパ文化採取の合理主義的革新的な進歩主義と封建武士的傳統を温存せんとする保守國粹主義思想、ブルジョア自由主義自由民権主義と國權主義國家主義封建的藩閥官僚主義思想と言う対立的な社会的政治的イデオロギーの激しい戦であり、と同時に多年に互るイギリス法学派フランス法学派の深刻な感情的派閥抗争である」(九三頁)というのが、その結論で

ある。

三 次に本書を一読して私の氣がついた点を率直に述べてみたい。まず史実の点では、栗本貞次郎がパリでナポレオンコード翻譯の助力を仰いだ佛人を「コンシユールフロリヘラルド」(頁六)、或は司法省御雇外人を「モシユールブスケ」(頁二二)といわれるが、いずれもこれがそのまま姓名と誤解されるおそれがあるのではなからうか。コンシユール (consul) はいうまでもなく領事 (Paul Fierly Herard は) であり、モシユールは monsieur であつて、ブスケの姓名は Georges Hilaire Bousquet である。

また、司法省民法会議出席者も江藤文書を典拠として六人あげておられるが(頁二〇)、これには得能権大檢事(良介)が洩れている。資料轉写の際の脱漏と思われるし、たいしたことでもないが、前著も同様であつたので(明治民法編纂史)、一言しておく。次に「十一年民法草案」編纂委員の一人である牟田口通照も「當時民事局長として司法省内に重きをなしていたとのことである」(頁二九)とされるが、司法省民事局長は明治十三年四月十六日に設けられたものである故、同草案起草當時には局長はあり得ない。大日本教育会の機関雜誌名も「大日本教育会」(頁二四)ではなくて「大日本教育会雜誌」が正しい。(元良勇次郎博士の自由主義といわれるのは、平野義太郎氏の見解をそのまゝ利用されたものであらうかこれに平野氏の読み違いがある。この點については拙稿「大日本教育會の法典論」本誌第二七號参照)。法典論争の導火線となつた法学士会意見書を決議した同会総会を「二十二年五月」(頁一五)とされているのも同様にか

正確ではない。同總會の期日は四月二十七日であり、この日の決議にしたがつて岡村輝彦、山田喜之助、元田肇等が意見書を起草し、それを法学士会の名で發表したのが翌五月である。なお、司法省法学校出身者中に黒川誠一郎の名をあげておられるが(頁四三)、これは誤りである。黒川は石川縣々費生としてパリ大学に学んだ法律家で、明法寮の法学校創設当初、すでに明法寮大属(事務官)として勤務し、ブスケの通訳などをしたのであつて、法学校関係者ではあるが出身者ではない。以上述べた点は、いずれも微々たる瑕瑾であつてもとより重要な事項ではないが、本書のこの方面における定本たる價值に鑑み、史実のより正確を期待したのである。

しかし、元老院で人事編の「提出草案五百五十條(後述のごとくを典拠とされたものゆゑ、これの内二百余條を大量削除して、内二百九十三條が通過した(頁九〇)と説かれるのは、かなり重要な誤解であらう。著者は「草案が五百十條だったことは草案人事編理由者によつても明かである」(頁九八)といわれるが、この理由書は元老院提出のためのものではなく、法律取調委員会における民法人事編組合(報告委員)起草のものであつて、法律取調委員会の本會議に出席する報告委員の説明書である。すなわち五一〇條案は第一次草案であつて、これを委員会ではほとんど全條文に互つて修正削除し、四一二條の確定案(第二次草案と呼ぶ)を可決し、それが元老院提出案である。委員会通過案が四一二條であ

ったことは、著者がしばしば引用される大槻文彦著「箕作麟祥君傳」所載の渡正元談(委員であつた)も明言するところであり(同書三頁)、著者はそれを見落されたのであらう。

四 次に著者が、民法編纂史および法典論争に対してなされた考証について、私の疑問を感じる点と所見を異にするところを述べてみたい。江藤司法卿の民法會議を説明される項で、この會議の所産たる「刊本身分証書」について著者は前著と同じく(民法編纂史 研究者未見に属する)(頁一八)といわれるが、この草案は著者の引用される石井良助教授の「民法典の編纂」にその全文が覆刻されているのであり(國家學界雜誌昭和十九年二月號參照)、著者もその内容は十分に了解されている筈である。しかるに石井教授のこの貴重な紹介に論及されていないのはどうしたわけであらうか。さらに民法會議の参加者を、著者は前著と同じく江藤文書を典拠として説明されるが、小早川教授の「続明治法制叢考」に発表された「一記録」には、それと異なる人名をあげている(同書二頁)。十分な信用に値する二つの原史料が示す矛盾を著者はいかに理解されるのであらうか。他の部分では小早川教授の前掲論文を引用されるにもかかわらず、著者がこの点の考証を避けられるのはどうしたことであらうか(この點については私の所見は拙稿「明治初年の民法草案」本誌第二七號參照)。また民法寮において民法會議提出のための「楠田ブスケ協力草案」が作成されたものと著者は推定されている(同書二〇)。この明法寮草案についても石井教授は前掲論文に千百數十條におよぶ

大法院の存在を報告されている。しかし著者はそのことを述べていない。要するに著者の前著發表以來、この時代の民法編纂史については、小早川、石井両教授の新資料の提出と精緻な研究があり(拙著「明治初年の民法編纂」は其だ未熟なものでもあり且つ司法省部内のみ頒布されたものゆゑ、參照願えなかつたこととは止むを得ない)、それまで知り得なかつた事項がかなりの程度まで明らかになつたにもかかわらず、著者が他の学者のそれら貴重な業績を十分には攝取せず、ほとんど前著そのままの考証の域にとどまつておられるのは、私にはむしろ不可解といわねばならない。

次に元老院の審議について「審議遷延を極度に恐れた法相山田は」「草案逐條審議を禁じ、各編毎にこれを全体として一括審議する方法を採らしむることとした」(八九頁九〇頁二四八頁二)。著者は、元老院では逐條審査を全く行わず、各編毎に是否を決する「強引な無理な」方法で通過せしめられたものと理解されているようである。しかし五一〇條の草案を二九三條にまで修正したことは、著者も認めておられる(前述のごとく實際は四一)。それならば、このような圧縮が逐條審議なくして可能であると考えられるのであらうか。元老院の人事編審議は明治二十三年五月二十七日より約三カ月間、十五名の特別委員が逐條審議を行つて大修正を施し、この修正案が本會議をそのまま通過したのである。一部議官の反感は、元老院の通則たる三議會の制に

よらずして特別委員会に附し、この委員会決定案を本会議で修正を許さなかったことに対するものである。すなわち、「一括審議」は本会議についてだけのことであり、少くとも人事編に關する限り元老院自体が「逐條審議」を排し、「一瀉千里の一括的審議方法」(九〇)を行つたとはいえないのである。この点、著者の考証は甚だ不十分であると評されなければならない。

法典論争の項では、著者は旧民法人事編の基本的性格を「ヨーロッパ個人主義的」であつたものと論断し、且つ延期論者がそれに対して行つた攻撃の要点を検討し、それは人事編の中核を衝いたものではなく「奇なる哉!!」「ピントのはづれた理由ならざる理由」(二七)であつたといわれる。延期派が人事編規定の中から数例をあげ、いわゆる「淳風美俗」に反するものとして攻撃した論旨がいかに空疎な「大言壯語」であつたかは、すでに早く青山道夫教授が「法典争議と淳風美俗」(回教親善家族制度の研)においてきわめて明確に論及されたところであり、私はこの論考こそ明治法典争議研究に貴重な礎石を築いたものとして高く評價するが故に、そして著者がそれにふれておられないのでここに特記しておく。著者のこの点に關する考証も青山教授とはば同様の結論に達したものである。人事編の性格を著者のように考えるのは従來の通説でもあるが、私は遺憾ながらそのような見解に賛意を表し得ない。なるほど延期論者が最初に攻撃した人事編第一草案は、反「淳風美俗」的、いいかえれば

ヨーロッパ市民法的色彩のきわめて強いものであつた。しかるにこの草案が法律取調委員会、元老院においていくたびか修正を施されるに伴い(公布案は全體的には四回目の案であるが、戸主及び家族の形は實に六回目の案である)逐次封建的要素を加え、遂にはその性格を根本的に改変したとも考えられるのであつて、それがため公布された旧民法人事編そのものは明治民法に對比して勝るとも劣らざる半封建的民法であつたと、私はいたのである(人事編の成立過程とその性格に關する私の別稿にゆず)。(人事編の考證と所見は、近く本誌に發表する)それがため延期論者の内、極端な反動主義者は別として少くとも法律學者の多くは人事編の裡に反「淳風美俗」的要素をひろいあげるのに困難を感じたにちがいない。彼等があ

げた理由が甚だ貧弱であり、反対のための反対に終つたのは当然の結果であり、私は著者のごとく「奇なる哉!!」とは考えられない。このように延期派が攻撃を加えた人事編の規定そのものは、編纂の途上において全く変貌したにもかかわらず、彼等が追及の手をゆるめなかつたのは、反対論のゆきがかかりというよりも延期派の学問的感情の然らしめたところであろう。もちろん旧民法人事編の性格をいかに考えるかはいわば見解の相異であり、私としても著者の所説を十分に尊重するものであるが、その反「傳統的家族制」的性格を強調されるの余り、人事編規定そのものに対してなされている著者の誤解を一つ指摘しておく。それは「家族が戸主の同意を得ずして養子をなしたるときにも、戸主はそれに対し現行法(明治民法)のみとむる離籍

権の如き戸主制裁権を有せず」(八頁)とされる点である。人事編において養子をなし得る者は戸主と「戸主ノ許諾ヲ得タル」推定家督相続人であつて(九頁)、戸主の許諾を得ない場合は戸主から無効を請求し得た(〇三頁)したが、「家族が戸主の同意を得ずして養子をなし」得る場合はあり得ないのである。

五 以上は本書の概要を傳えると共に、私の未熟な読後の感想を忌憚なく述べたものである。文中、著者の眞意を誤解する点又は不遜な態度があつたならば深くお詫びしなければならぬ。最後に今日までにわが学界が持ち得たもっとも詳細な明治法典争議研究書の出現を祝福するとともに、ひろく法律学に関心を寄せる人々の一読をおすすめしたい。(河出書房版)