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

Title	熊谷開作著『日本近代法の成立』
Sub Title	K. Kumagai : Establishment of the modern law in Japan
Author	向井, 健(Mukai, Ken)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.9 (1955. 9) ,p.67- 76
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=AN00224504-19550915-0067

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.

熊谷開作著

『日本近代法の成立』

一

日本法制史の研究において、近代法の分野が、その對象として取り上げられるようになつたのはまだ新しい。吉野作造・尾佐竹猛兩博士を先驅とする明治憲法史研究は、はやく大正時代から始められ現在では資料もほとんど出揃い、研究業績も質量ともに優れたもの

が多いが、その他の部門については、これに比較して著しく立ち遅れていたといいうる。しかし今次大戰末期より戰後にかけて、石井良助・高柳眞三・星野通博士をはじめ、小早川欣吾および手塚豐兩教授による貴重な論考が次々と發表され、明治法制史とくに民法史の研究に一時期を劃したのである。

昨年にいたり、石井博士の手によつて、明治法制史全體の概說書としては最初ともいいうる「明治文化史・法制編」が刊行され、また手塚教授の「明治二十三年民法（舊民法）における戶主權」も完結し、これによつて舊民法の研究が劃期的な進歩を遂げたことは周知のとおりである。舊民法ならびに民法典論爭の性格論は、學界の一中心課題であるが、これをめぐつて過去數年間にわたる星野博士と手塚・中村菊男兩教授の間の論爭も、近時ようやくその核心に觸れてきた感がある。この時にあたり、大阪大學・熊谷開作助教授により「日本近代法の成立」と題する本書が世に出たことは、寔に意義あることといわねばならない。

二

先ず、簡單に本書の內容を概觀する。本書は「前編・布告法時代」と「後編・法典時代」の二つに大別される。著者は、明治維新の時代區分につき上限を大鹽の亂、下限を明治十七年と規定し（七頁）、この明治維新期を布告法時代とよばれるのである（五頁）。前編において布告法の構造を明らかにすることを目的とされるが（同上）、これは四つの章に分けられる。

第一章「明治維新の政治過程」においては、明治維新の主體勢力につき檢討した後、維新政權成立當時の階級關係を明確にし、さらに自由民權運動へと進み、明治十七年の自由黨の解散によりこの運動の挫折までの經過を述べる。第二章は「法の制定機關」である。この時代において、議政官・集議院・左院・元老院など種々の法の制定機關が設置されたが、これらはすべて獨立の機能を果さず、太政官のみがつねに中心的活動をして、そこから發せられる布告・達がもつとも重要な法源であつたことを指摘される。したがつて、この時代は「布告法時代とよぶにふさわしい」（四三頁）とされるのである。次の第三章「法の構造」については、著者はかなりの頁數をさいてこれを詳論する。最初の「企業組織法と取引法」では、企業の官營と特權企業に對する保護および監督が、この時代の法において顯著なことであり、これはすなわち「官營・特權企業によつて富國が實現されうるという考えの法的表現であつた」（六一―六二頁）と規定する。そしてこの時代における租稅收入は、地租の占める部分が他に比して絕對的な大きさを示していることを强調した後、「土地法」へ進まれる。ここでは、維新政府が封建的貢租收納の最高機關となり、大地主に特權と利益を與えることにより貢租徵收の圓滑をはかり、大地主をつくり育てるために逐次制定された土地法はこれら地主の地位を不動なものにしたと說かれる。土地法が當然に豫想するのは「家族法」である。布告法時代の「家族法」は「家產の維持に役立つということを、基本的任務とし」たので「家族構成員の獨立と平等は認められなかつた」（一一八頁）とされた後、この時代の後期になり、法典時代に接するころからは、「家」には右の目的のほか「家族構成員の政治的支配という目的が加えられるようになつた」（一一九頁）

と指摘されるのである。第三章の最後は「訴訟法」である。著者によれば、この時代の訴訟法・强制執行法は、當時の幼稚な法技術をもつてする維新政府の「特權企業の育成・地主階級の保護・家族内部への國家意志の浸透という目的」(一四頁)の達成のために、大きな機能を果したと說かれる。布告法時代にも、法典編纂事業は行われている。第四章は「法典編纂のうごき」について、先ず、栗本鋤雲・箕作麟祥・江藤新平らにつき述べた後、民法典を中心に、この時代の法典編纂事業の推移を簡潔に記される。そして、この時代の法典編纂は「維新國家のもつ封建性のゆえに……近代的法典の成立として實を結ぶことなく、問題の解釋をつぎの法典時代にゆずることになつた」(一四頁)と結論されるのである。

「後編・法典時代」は、「憲法の制定」と「民法典の成立」の二章よりなる。第一章「憲法の制定」において著者は先ず制定の經過およびその内容につき概說する。そして「憲法成立後の立法の手續は前の時代の法の制定とはことなる」(一六〇頁)ことは認めつつも、これをもつて「近代的議會制がしかれたと考えることは早計である」(一六一頁)と强調した後、議會で協賛に參加する資格を有したのは「布告法時代を通じてその地位と利益とを保障された特權的資本家と寄生地主」(同上)のみであつたと結ばれる。第二章「民法典の成立」において、著者は、かなりの頁數を費して詳說する。先ず「條約改正と舊民法の成立」では「維新政府に課せられた最大の課題の一つであつた」(一六三頁)條約改正について說明を加えた後、人事編を中心とする舊民法(明治二十三年民法)の成立過程を述べ、舊民法の構成を揭げる。次に舊民法の施行をめぐつて惹き起された、いわゆる「民法典論爭」につき、主なる延期論・斷行論を紹介して論爭の經過を示される。舊民法および民法典論爭の性格論が、戰後の學界における一課題であることはすでに私が記したとおりであるが、著者は民法典論爭の經過に引續き、戰後における法典論爭論を詳細な一覽表をもつて紹介する(これは今春「阪大法學」に揭載された論文に、若干の訂正を加えて再錄されたものである)。こうして法典論爭論を整理された後、著者は自己の見解を發表する。先ず、舊民法の財產法は「全般的にみて進步的である」(二一〇頁)と斷定し「通說の立場は、財產法にかんする限り、正しい」(同上)とされる。これに反し、家族法については「進步的ということはどうしてもできない」(二一〇頁)とし、手塚教授の大同小異論を「卒直にみとめ」(同上)られる(手塚「明治二十三年民法における戶主權」(二)本誌第二七卷八號參照)。なお、著者は法典論爭論において、家族法のみならず財產法を重要視することを强調する。以上のように舊民法の性格をとらえた後、民法典論爭の政治史的考察に入り、さらに明治二十五年に召集され、舊民法の施行延期を可決した「第三帝國議會」の經過の大要を說明される。こうして第二章の最後である「明治民法の成立」へと進む。先ず、法典調査會について述べた後、日清戰爭の影響が法典調査事業に反映し「進步的規定に對して反動的規定が、近代的規定の代りに封建的規定が熱心に考慮され……この傾向は第四・五編の審議においていちぢるしかつた」(二一八頁)、このため「舊民法においてすでにその原型を示していた『家』制度は……一そう整備された形においてあらわれてきた」(同上)と指摘されている。このようにして出來上つた法案は、第一・二・三編は第九帝國議會へ、第四・五編は第十二帝國議會へ提出され、それ

ぞれ通過したのであるが、著者は議會の審議狀況を記した後、基本的私法である民法が、なぜあつけなく承認され成立したかという問題に對しては「近代市民法の擔い手たる市民が階級として成長していなかつたからにほかならない」（二二六頁）と說明する。最後に、著者は「日淸戰爭を契機として擧國一致の觀念がうまれ……第九回議會以後の議會は擧國一致議會の性格をもたされた。ここで審議され可決された民法に、市民の權利と利益、國權に對抗する民權のすがたをみることはじめからできないことであつた」（同上）と述べ、本書を閉じられるのである。

三

次に本書を一讀して、私の氣付いた點を率直に述べたい。二百數十頁のなかに、厖大な資料を手際よく整理し、著者獨自の理論構成を試みた點は寔にあざやかであると感嘆をおしまない。しかし、全體を通じて感ぜられることは、第一に、著者が直接原資料に當つてその上で分析している部分が少ないということ、換言すれば、すでに發表された種々の文獻から資料を再引用されている個所がかなり多いことである。もちろん、從來の優れた研究を參考とし、それを引用すること自體は當然のことではあるけれども、資料的な面においてそのことが過度におちいるのは、法制史關係の著作として、何か物足りぬという感じから逃がれることが出來ないのではないだろうか（いうまでもなく、著者が引用されている島根縣關係の記錄については、未發表の資料として、これを高く評價するのに吝かではない）。第二として、ある一部の文獻につき、これを批判するためにのみ引用されていることである。一例を擧げれば、著者は石井博士の「法制編」（「明治文化史」第二卷）に對して屢々批判は下されている（六頁、三九頁など）。しかし、たとえば、本書の卷末に掲げられている「對照索引」の明治六年の欄をみると「フランス民法飜譯の一部發表さる」の項目に？を附してあり、これによると、その完成した月日は不明とされているようである（二三三）。この「フランス民法飜譯の一部」というのは、本文における記述によると（一四六頁）、「民法假法則」を指すもののように推定される。これについて、石井博士は前掲書に「總計八十八條が三月十日に完成し」たことを明記されている（五一〇頁。なお石井「民法典の編纂」國家學會雜誌第五八卷二號參照）。著者はこの部分を見落されたのであろうか。なお、この點については、明治六年五月に日新堂より發行された「新聞雜誌」（九九號三、枚目裏）、ならびに小早川教授の「舊民法典編纂過程と舊民法典に關する論爭に就いて」（小早川「續明治法制叢考」所收二一九頁、二七三頁など）を參照されたい。

本書の配列にしたがつて順を追うと、先ず徵兵令の免役制のところで「一家ノ家主」（一〇頁）とあるのは「一家ノ主人タル者」（明治六年「徵兵令」第三章六條）のことであろうが、明治十二年十月の改正により「戶主の徵役免除を廢止した」（一〇二頁）と記されているのは、何かの誤解であろう。十二年の改正徵兵令は兵役免除に關して、除役・免役・平時における免役・平時における一ヵ年の徵集猶豫の四つの場合を設けた（代人料の制度は別とする）。戶主は「國民軍ノ外兵役ヲ免ス」る免役適用者の最初に掲げてある（二八條）。徵兵忌避の弊害をさけるため、但書により種々の條件を附してはいるが、戶主は依然として免役を有したものと考える（舊令が單に「一家ノ主人タル者」と規定したのを、「戶主」と明記した點は注目してよい）。明治十六年

十二月の改正においては、戸主はまだ「徴集ヲ猶豫」されており（一七條五項）、實質的には免役と同様のものであつたと思われる。戸主が兵役免除の特典を失つたのは、明治二十二年一月の改正であつた。すなわち、この改正令は兵役免除を「癈疾又ハ不具」者に限定している（一七條）。以上述べたように、私は、戸主が兵役免除の特典者でなくなつたのは、明治二十二年であつたと考えたい（明治憲法發布の直前であり、その第二十條に「兵役ノ義務」のあつたことを思えば、理解されうると思う）。この二十二年の改正徴兵令は、同年一月二十一日に公布されたのであつたが、翌二十二日に、元老院の檢視を經た事實を指摘しておきたい。なお、同年の改正にいたつた事情については、絲屋壽雄氏の「徴兵令の改正とメツケル少佐の寄與」（「明治文化」第一五卷一〇號參照）があることを附け加える。次に、戸主に關連して「附籍戸主」の兵役免除について一言する。明治十年一月、大山巖（當時彼は陸軍少輔であつた）が配布した「徴兵令參考」には「附籍戸主ハ尋常戸主ト其權利同キヲ以テ本令第三章第六條ニ準シ免役ニ屬スヘシ」（三三條）と規定し「一家ノ主人タル者」と同様の取扱いをしている。この影響は、當時の指令にすぐ現われてくる。十年一月十三日の東京府伺に對し同年二月十二日の内務省指令は「一般ノ戸主同様免役ニ屬シ候儀ト可相心得事」（「内務省日誌」明治一〇年七號一九頁、なお大森敬之「戸籍大成」三〇四頁）としている。この附籍戸主の特典が消えたのは、十六年の改正徴兵令の結果である。すなわち、その第二十二條一項は、附籍戸主は徴集を猶豫しない旨を明記し、免役の特典より除外したのであつた（附籍戸主の性格を考えれば、むしろ當然であろう）。

明治初年以降民法施行前の婚姻方式は、非常に興味ある問題である。著者は「特別の場合をのぞき、法律婚主義を貫徹しようとしていた」のであつて「その特別の場合とは、例えば屈出のすんでいない（内縁の）妻が、夫の祖父母・父母を謀殺・故殺・毆打・罵言などをした場合である」（一一〇頁）と説き、ほぼ山中永之佑氏の説と同様の結論を下されている（山中「日本における法律婚主義」の系譜」阪大法學一一號參照）。私は民法施行前の婚姻方式は、民事上は法律婚主義を採用し、刑事上において事實婚主義を認めていたものと考え、大綱において山中氏の見解を支持するものである。宮田四八氏はこの點につき「婚姻ハ戸籍ニ登記セサル内ハ其效力ヲ生セサル原則トシ唯刑事ニ付テハ已ムコトヲ得サル事情ヨリ戸籍ニ登記セサルモ親族近隣ノ者之ヲ夫婦ナリト認メ裁判官ニ於テモ其實アリト認メタルトキハ夫婦ヲ以テ論スヘキモノト定メタルカ如シ果シテ然ラハ少クトモ民法上ニ於テハ假令民法施行前ト雖モ婚姻ハ之ヲ屈出ヲ爲スニ非サレハ其效力ヲ生セサルモノト論斷セサルヘカラス而モ是レ……太政官達ニヨル效果ナリ」（法典質疑會「法典質疑問答」第四編六五頁）と説かれ、掛下重次郎氏はその根據を明らかにされてはいないが「財産關係若クハ刑事上ノ目的ニ付テハ戸籍簿ニ登記セサル者ト雖モ夫婦ノ關係ヲ公認シ來リタルモノ」（掛下「民法親族編講義」九四―九五頁）として、身分上における法律婚主義を認められている（同説―奥田義人「民法親族法論」二三頁）。最近では、石井博士が明瞭ではないが、この立場のように思われる（石井「法制編」一六〇九頁および六五九頁中段。なお「法制史研究」第三卷二二九―二三〇頁）。

民法施行前の婚姻方式を論ずる場合、そのキー・ポイントは生れる子の嫡出性の問題である。これは明治十年六月十九日、司法省達丁第四十六號が發せられた以後は特に重要視されるのであるが、通説の主張するように民法施行前は事實婚主義であるとすれば、事實

上の夫婦から生れる子は當然に嫡出子の身分を享受しなければならない。しかし事實はこれに反し、その子を私生子とした指令はかなり見出されるし、また二十九年九月十五日にいたり大審院は「相續權確認請求ノ件」の判決において、事實婚主義を認めつつも「其間ニ擧ケタル子ヲ眞ニ正出子トシテ登記シ得サルハ當然ノ結果」としたのであつた（「民錄」第二輯八卷八頁）。この點につき「二重の意味において民法施行後の法律論理を破るもの」で「即ち有效な婚姻關係にある男女からは、嫡出子の生れるのが當然であり、また私生子が生れる以上、これに生命を與へた男女は有效な婚姻關係にありえない」と指摘される高柳博士の見解には從うべきものがあろう（高柳「明治前期における婚姻法の成立」（一）法律時報第一四卷一號四六頁）。なお、著者は明治九年一月十九日の飾磨縣伺に對する司法省指令（同年二月十三日に發せられた）を掲げていられるが（二一〇頁）、この直後の翌三月九日の鳥取縣伺に對し、同月三十一日司法省は同趣旨の指令を出していることを附け加えておく（「民事要錄」一丁編三四九頁）。民法施行前の婚姻方式について、私は將來發表する豫定の「明治初中期の婚姻方式」において詳論したいと考えている。

次に「妾」の問題についてである。著者は「新律綱領が『妻妾』とよんで、ともに夫の二等親と認めたことは……妾の地位を高く評價したものだとは絶對にいいえない」（二一頁）と斷言されるが、どうであろうか。明治三年十二月二十日、上諭を附して太政官に下され同月二十七日に各府藩縣に頒布された新律綱領については、かつて手塚教授が指摘されたとおり、水本成美を主任とする起草委員が新しい西歐諸國の法律知識を有しない漢學者のみであつたので、その內容は純然たる律令系統の刑法であつた（手塚「新律綱領編纂關係考」本誌第二一卷一二號四四頁參照）。したがつて妾に關して、養老令の妾二等親の制を採り入れたのは、至極當然のなりゆきであつたといわねばならない。私は、江戸時代の妾の地位は、妻のそれに比べて著しく低いものであつたと思うものであり、中川善之助教授がこのことについて「異列的一多妻制とよばれたのは寔に巧みな表現であつた（中川「婚姻史概說」「家族制度」全集・婚姻・史論編三九頁）。この妾が明治に入り、新律綱領の施行によつて妻と同樣の二等親に列せられたということは、結果において、妾の法律上の地位を引き上げたことにはならないだろうか（「法律學辭典」（岩波版）第四卷二六〇頁「妾」の項參照）。なお、明治六年四月三十日の開拓使伺に對する同年六月十九日の太政官指令（「法令全書」明治六年一七八五―一七八六頁）および四十一年七月八日の大審院判決（「民錄」第一四輯八五七頁）は、明治初年の妾の性格を示す一例として興味あるものと思われる。

第四章「法典編纂のうごき」において、フランス法典への認識の先驅者として栗本鋤雲を擧げられるのは妥當であろう（一四三―一四五頁）。またフランス法典の飜譯について、箕作麟祥の飜譯事業をもつて最初とすることにも異論はないが（一四六頁）、このほか、はやく天保年代に杉田成卿が、明治に入つてからフルベッキ（Guido F. Verbeck）が飜譯したという說のあることを、參考までに記しておく。私は、かつて栗本鋤雲の渡佛に關連して木村毅氏の誤りを指摘したことがあるが（「時の法令」一四號二二―二三頁）、この間の事情については、著者の引用される中田薰博士の論考と並んで、手塚教授の「佛蘭西法典の移入」（「歷史と生活」第六卷五號參照）は貴重な勞作である。

○

明治五年四月、左院副議長より司法卿に就任した江藤新平は、司法省において民法編纂會議を開催し、その宿望である民法典の編纂

を進めたのであるが、その結果が「民法假法則」であつた（これが六年三月十日に出來上つたことは、すでに述べたとおりである）。著者は、江藤の民法編纂事業を説明するにあたり、飜譯ということばを屢々用いられるが、これは正確ではない。最近、私は、明治五年より六年にかけての江藤主催司法省民法會議についての一資料を發見した。これによれば、箕作のフランス民法飜譯本（「フランス法律書・民法」を指す）を臺本として、毎月三・五・八・十の日に編纂委員が集り、江藤を中心に熱心なる討論を展開している。そしてこの會議には、司法省御雇外人ブスケ(Georges H. Bousquet)と左院御雇外人チュ・ブスケ（Albert Charles Du Bousquet）の兩名も參加している。こうして完成した民法假法則の内容は、なるほど穗積陳重博士のよばれるように「敷寫民法」（穗積陳重「法窓夜話」二一頁）であつたかもしれないが、決して飜譯という一言でもつて取扱われるべきものではないと思う。江藤の民法編纂事業を、一九二六年のトルコにおいて行われたスイス民法の直接繼受と同様に考えるのは（穗積重遠「江藤新平とトルコ民法」、社會科學研究第一卷二號參照）、大きな誤りといえる。私は、明治民法編纂史上における江藤新平の功績を高く評價するものである。

次に、いわゆる「明治十一年民法草案」が「一一年四月に……完成された」（一四七頁）とされる點である。本草案の末尾にあたる第三編第十八卷の期滿得免の規定は、たしかに十一年四月十七日に完成している。しかし、從來、第三編第一卷および第二卷は不明の個所であつた。昨年にいたり、第二卷「生存中ノ贈遺及ヒ遺囑ノ贈遺」は手塚教授の手により發見され、學界に發表されたのであつた（手塚「明治十一年民法草案の一部」本誌第二七卷四號參照）。これにより、本草案については第一卷の財産相續（一四六ヵ條）のみが不明のまま殘されている現狀であるが、第一卷・第二卷の完成日ならびに司法卿に上呈された時期については、殘念ながら判明していないのである（第三編第五卷以下第十八卷についても、獻辭がないため、それが司法卿に提出された期日は不明である）。したがつて、著者が十一年四月をもつて本草案が完成したとするのは、正確を缺くと考える。

著者は、元老院における法典編纂事業を輕視されているようであるが、果してそうであつたろうか（一四七―一四八頁）。なるほど、著者の引用される明治八年八月十六日および十六年一月十八日の東京日日新聞のほか、たとえば、八年七月二十九日の朝野新聞社説は「元老院ノ無力ヲ慨ス」とし、九年一月に發行された評論新聞（六七號）において塚野弘道は「讀元老院改正章程」と題して同院の無氣力を述べている。しかし、元老院における國憲編纂事業に目を向けるとき、私はこれらの批評の、必ずしも至當でないことを見出すのである。明治九年九月七日、國憲編纂の勅語が發せられるにおよび、元老院は柳原前光ほか三名を取調委員とし、數次の改案を經て十三年七月に最終案を完成したのであつた（この點、一五三頁において、國憲編纂の勅語のみを掲げられるに止まり、その後の編纂事業につき記述がないのは不充分であると思う）。これらの編纂資料は、淺井清博士により發表され、學界に貢献するところ大なるものがあつたことは周知のとおりである（淺井「小田切本日本國憲案及附屬資料」本誌第一〇卷四號參照）。この厖大な資料を一讀すれば、編纂委員の努力が並々ならぬものであつたことは明瞭である。もつとも、この元老院の憲法草案は、餘りにもわが國の特殊性を無視したものであつたので、遂に葬り去られたのではあつたが

とにかく最初の公的な憲法草案としての價値は充分認めるべきであろう。この國憲編纂とほぼ並行して、同院では訴訟法の編纂事業が行われていた。これについては、手塚・伊東乾兩教授の手により、詳細な解題を附した資料「明治十三年の元老院訴訟法草案」（本誌第二二卷二・三合併號參照）があり、このなかで手塚教授が「日本人委員のみによつて作成されたわが國最初の民事訴訟法完成草案として……忘るべからざるもの」（前掲六四頁）と述べ、伊東教授が「草案の構造は……フランス訴訟法典に倣ふもの」ではあるけれども「その單なる模寫ではなく「獨自の工夫が少くない」（前掲六五頁）と指摘されていることに注意すべきであろう。そしてこの草案の存在は、元老院の法典編纂に對する功績を明示するものといわねばならないと考える。著者のごとく、單に二・三の新聞記事のみによつて、元老院の法典編纂事業全體の價値づけをなされるのは、餘りにも輕卒ではないだろうか（むしろ、同院の活動に對する、上からの壓迫の面を強く捉えるべきではなかつたか）。

四

「後編・法典時代」においては、第二章「民法典の成立」に重點がおかれ、とくにそのなかでも「民法典論爭」の項は、著者の多年にわたる研究の成果として、本書全體を通じてもつとも光る部分である。これにより法典論爭論は、より一層の進歩を遂げることと思われる。ただここで遺憾とするのは、舊商法（明治二十三年商法）ならびに商法典論爭について記述を缺くことである。著者によると「充分資料を整理することができなかつた」ので「結局、はぶいてしまつた」（序言三頁）ためなのであり、削除された理由は納得できないこともないが、法典論爭の全體を把握するという意味において、讀者にとつて不親切な結果となつたのではあるまいか。著者は別の個所で、舊民法の「財産法をもつと注目する必要がある」（八一九頁）と强調されているが、この點からも舊商法についての說明がのぞまれる。私は、いわゆる法典論爭において、商法典論爭の占める部分は豫想外に大きいのではないだろうかと考える。著者の擧げられる「東京商工會の意見」（序言三頁）については、私も若干の資料を持つているものであるが「大へん重要な問題を含んでいる」（上同）とされることには同感である（なお一三七頁參照）。著者の今後の研究に期待したい。

舊民法の公布期日につき、財産法の部分は明治二十三年三月二十七日、家族法の部分は同年十月六日とされているが（一六九―一七〇頁）、これは正確ではない。裁可された日（勅語が發せられた日）は、たしかに三月二十七日・十月六日であるが、これが實際に公布されたのは、前者は四月二十一日、後者は十月七日であつたことを指摘しておく。なお、著者は「草案は元老院を通過」し「公布」（一六九頁）されたと記されるが、この間、引續いて樞密院の諮詢を經たのである。財産法については、今春、手塚教授により同院における審議內容が明らかにされた（手塚「舊民法審査稿密院會議」本誌第二八卷一號參照）。家族法に關しては、まだ明瞭ではないが、二十三年十月はじめに審議されたようである（手塚「明治二十三年民法における戶主權」（二）本誌第二七卷六號四三頁、五九頁參照）。

次に舊民法の起草につき「家族法は日本人によつて起草された」（二〇四頁）とされる點であるが、私は、いわゆる「第一草案」（これについては「民法草案人事編理由書」・「民法草案獲得編第二部理由書」

が存する。もつとも、理由書のない條文だけのものもあるようである）には、ボアソナード（Gustave E. Boissonade）が關係していたと考えたい。彼の影響として、たとえば、人事編第一草案の養子制度（一九八條）が擧げられると思うのであるが、これについては、すでに手塚教授が觸れておられるので參照されたい（手塚「明治前期の養子反對論」本誌第二八卷四號六二頁。なお同氏「明治二十三年民法における戸主權」（一）本誌第二六卷一〇號九頁參照）。したがつて、石井博士が第一草案について「普通ボアソナードは全然關係ないようにいわれているが、やはり草案作成に關與したものと思われる」（石井「法制編」五一頁）と說かれたのは、正しい見解であろう。

「戰後における法典論爭論の展開」（一七四頁以下）は、すでに記したとおり「阪大法學」（一三號）に發表された同名論文の再錄であるが、詳細な論述と資料の揭示は、將來、後學のものにとつて貴重な手引となるに違いない。ここで、從來の法典論爭の性格論を說明されるにあたり、中村教授の「民法典論爭の性格」（本誌第二五卷一〇號參照）を引用されるのは當然であるが、そのあとで「遠山茂樹『民法典論爭の政治史的考察』を引用される」（一九五―一九六頁）と附記され、あたかも中村教授が遠山氏の說に準據されているように記されている點については異論がある。なるほど、中村教授は前揭論文において遠山氏の勞作を引用されているが（中村「民法典論爭の性格」一三―四頁）、これは著者が引かれる中村教授の見解とは關係のない部分についてである。この點は、何か不自然さを感じるものであり、著者の誤解があるのではないだろうか。

「戰後の文獻一覽」（一七八頁以下）は寔に有益なものであるが、このほか、田中實教授「法典爭議と福澤の立場」（本誌第二三卷八號・昭和二五年）・中村教授「舊民法と民法典論爭」（本誌第二八卷一號・昭和三〇年）、最近發表された同氏「條約改正と民法典論爭」（本誌前々號・昭和三〇年）などの諸論考があり、越智俊夫氏「商法典論爭前史」（松山經專論集」七號・昭和二四年）も參考になるかと思われる。

「舊民法の性格」（一九八頁以下）・「政治史的段階と民法典論爭」（二〇五頁以下）において、著者は獨自の見解を展開されるが、これにつき卑見を述べたい。舊民法の家族法については、手塚教授の主張される大同小異論を「卒直にみとめ」（二〇三頁）られているのは、至當な結論と思われる。著者によれば、明治十七年ごろの日本の「基本的產業はいぜんとして農業」で「農家經營の維持のために家產の分產をおさえることが國家の立場からしても必要なこと」（二〇四頁）であつたとされ（第一の條件）、次に「一二二年日本全國をおそつた恐慌は政府をあわてさせ……市場獲得のための戰爭の用意が必要とされた。軍の命令に絕對服從する精神は『家』において養成されるものと考えられ……この段階では『家』は農家經營の維持のためばかりでなく、このような政治的使命をも負わされることになつた」（同上）と說かれる（第二の條件）。そして、この二つの條件のもとでは家族法は進步的たりえないとされるのである。これに反して、財產法は「進步的內容をもつていた」（二一〇頁）とし、その根據を「土地にかんする若干の規定」では「小作人の地位はかなり保障されていた」（同上）點にあるとされているようである。しかし「小作人の地位はかなり保障されていた」のは「農家經營の維持のために家產の分產をおさえる」という國策的立場に基因していたのではないかと私は考えたいのであるが、餘りに單純な論理であろうか。もし、これが正しいとすれば、「小作人の地位はかなり保障されていた」ことは、決して財產法を「進步的」とする理由にはならないであろう。著者は、なぜ「小作

人の地位はかなり保障されていた」かについて分析はされていないようであるが、もしこれのみをもつて、財産法の性格を「進歩的」とみられるならば早計であり、他の有力な根據を擧げるべきであると考える。私は、舊民法の財産法については、それを家族法と比較すれば、やや進歩的な面がみられると思う。しかし、それは結局、原案起草者と審議者とのずれ、さらには財産法と家族法の本質的差異に求められるのではなかろうか（この點につき、手塚・中村兩教授の將來の解明にまつところ大である）。

次に、著者が「一方の端に自由民權論の『ブルジョア自由主義民法制定の主張』と他方の端に『國粹的國權主義』の舊民法延期の主張があり、その間に『妥協的改進』の舊民法が位置するのである」（二〇五頁）とされる點である（これは、小倉武一氏の「土地立法の史的考察」よりの引用）。一見して寔に合理的な説明のようであるけれども「ブルジョア自由主義」を貫いた法典斷行論者は、一體だれであつたか（第一草案にみられる思想を、終始擁護した立場はあつたであろうか）――私は、著者の御示教をうけたいと思う。法典斷行論の徹底的な究明により、民法典論爭の眞の性格（ひいては舊民法の性格）は、おのずと明瞭に浮き彫りされることであろう（中村「條約改正と民法典論爭」二六頁參照）。民法典論爭については、まだ述べたいことが多いのであるが、すでに許された紙數を超えているので將來にゆずりたい。

「第三帝國議會」（二〇八頁以下）において貴族院での「民法商法施行延期法律案」の審議狀況を説明されるが、このなかで谷干城の延期論を紹介された後、「谷……の議論の如きは、所謂舊思想を代表せるものなりき。或は曰ふ、學者以外に一の大政治家ありて隱然反對せしは、法典に對する亘砲の間接射擊なりし」（二一五頁）と雜誌「太陽」より引用し、谷に對する評價とされている。前後から察すると、引用文の後半についても谷を意味しているものと著者は考えられるようであるが、私は、隱然反對した一の大政治家というのは、伊藤博文を指しているのではないかと推定するものである。時期はやや遡るが、明治二十三年七月十六日の朝野新聞は「民法修正論」という一文を掲げているが、そのなかで「さきに小田原に退隱し今又興津に轉居して只管風月を友とせるが如き外觀を裝へる伊藤伯も最初より民法施行の危險なるを感じその施行して害あるべきものと然らざるものとを調査し今日にては固く信じて修正説を主張し居るやの趣なれば既發の民法は此の先き如何なる修正に接せんも知るべからずとのことなるが商法も民法も到底議會の左右する所となることを免かれざるべし」と述べているのは、伊藤が法典の施行に反對だつたことを裏書きする一つの資料といえるかも知れない。

五

以上は本書の概要を傳えると共に、私の未熟な讀後の感想を忌憚なく述べたものである。文中、理解の不充分なために、思わぬ過誤を犯し不當な批判になつている個所のあることをおそれ、著者の御宥恕を願うものである。最後に、私は本書をもつて學界の大きな收穫であると信ずると同時に、ひろく法律學に關心をよせる人々に、本書の一讀をおすすめする次第である。（法律文化社刊・二四〇頁定價三四〇圓）

（向井　健）