

論 説

明治一五〇年：日本民法典の軌跡と、現在（上）

加 藤 雅 信

大目次

プロローグ

- 第一部 明治維新一〇年：近代法原理としての「所有権」の確立
——取引社会の出現とともに「自生しはじめた『近代的』所有権概念」
- 第二部 明治三〇年：日本民法典の制定
——英露関係の追い風と、日本の近代法典化（以上、本号）
- 第三部 昭和二〇年：戦後の家族法大改正と GHQ 権力
——虚構から出発した家制度の実体化の試みと、家制度の崩壊
- 第四部 制定後・一二〇年間の民法改正の全貌
- 第五部 結語：日本民法一五〇年史 総括
- 質疑応答（以上、283号掲載予定）

細目次

プロローグ

- 一 ご挨拶
- 二 問題意識と、本稿の構成
 - (一) はじめに
 - (二) 近代的所有権の成立
 - (三) 西洋民法の導入——モデル法は、ドイツ法かフランス法か
 - (四) 国際情勢と民法の制定——シベリア鉄道の敷設と日本民法典
 - (五) 「創られた伝統」としての家制度：その「国体化」と、その廃止——廃止は、GHQの圧力か、日本の学者の発案か
 - (六) 民法改正史と特別法
 - (七) 総括

第一部 明治維新一〇年：近代法原理としての「所有権」の確立

——取引社会の出現とともに「自生はじめた『近代的』所有権概念」

一 明治維新と同時に始まった「近代的所有権」の成立

二 明治維新——江戸時代の「封建的所有権」の解体

(一) 所有権の「使用・収益・処分」権能への制約と、その撤廃

(二) 「分割所有権の廃止」

① はじめに

② 領主の上級所有権と農民の下級所有権

③ 上土権うむつちけんと底土権そこつちけん——「一地両主いっちりょうしゅから一地一主いっちいっしゅへ」

(三) 法の「自生」

① 「近代的土地所有権」の確立と、法的概念

② 幕末期における西洋的法観念の日本への導入と、

それと無縁に自生してきた「近代的土地所有権」の可能性

(四) 「共同体からの自由」

① はじめに

② 「ムラの掟」にもとづく権利譲渡への制約

——所有権への共同体的桎梏

③ 「封建社会」における「前近代的所有権」と

「近代社会」における「近代的所有権」の差異

——「保守の論理」と「自由による社会変動の論理」

④ 「共同体」そのものが生んだ「所有権の制約」

⑤ 「割替」制度の導入

⑥ 小括

第二部 明治三〇年：日本民法典の制定

——英露関係の追い風と、日本の近代法典化

一 西洋型法制度の導入——不平等条約の圧力

(一) はじめに：明治政府の基本方針

——治外法権撤廃の阻害要因の除去⇒法制度の西洋化

(二) 三段階にわたる民法典制定作業

(三) 第一段階：西洋民法典の翻訳路線——法学・鹿鳴館時代

(四) 第二段階：お雇い外国人による起草路線

——ボアソナードの活躍と、国粹主義者と英法学派の抵抗

- (五) 第三段階：日本人・留学組による起草路線
 - 二 民法制定をとりまく国内政治と国際情勢
 - 海軍をめぐる富国強兵政策⇒治外法権撤廃⇒民法典の制定の「ガイアツ」へ
 - (一) 富国強兵政策による海軍の増強が生んだ治外法権の撤廃
 - (二) 治外法権撤廃の前提としての民法典の制定
 - 三 フランス型民法からドイツ型民法への転換
 - 政体論からの大転換：民主政体か君主政体か
 - (一) 日本民法典の源流論
 - (二) 学的客観性と「ひいき」論
 - (三) 日本民法・源流論の具体的検討
 - 民法一七七条と、七〇九条は、フランス法系の条文か？
 - 四 成立した日本民法典が果たした機能
 - 日本列島における市場の法的統一（以上、本号）
- 第三部 昭和二〇年：戦後の家族法大改正とGHQ 権力
- 虚構から出発した家制度の実体化と、家制度の崩壊
 - 一 はじめに——敗戦の衝撃
 - 二 明治民法における「家制度」の法制化
 - 「創られた伝統」としての「家制度」
 - 三 家制度の「国体」化
 - 四 敗戦後の家制度の解体と、GHQ
 - (一) はじめに
 - 「家制度の廃止」をめぐる、日本側自発論とGHQ 強制論
 - (二) 家族法改正と憲法改正
 - (三) 家族法改正へのGHQの関与
 - (四) GHQの占領政策の基本枠組と「家族法改正」
 - ① 敗戦直後のアメリカの対日基本方針——「日本は、四等国に」
 - ② 天皇を頂点とする「家族主義的国体」観の破壊と、
天皇制の存続
 - ③ 日本非武装戦略
 - 他のGHQ高官の抵抗を排除したうえでのマッカーサー路線

- ④ ④ 秘文書にみる敗戦直後の対日産業政策：
生糸・お茶・おもちゃ等の生産国へ
——工業を日本から取り去り、近隣アジア諸国よりも低い
生活水準に
- ⑤ “対日復讐戦略”の終焉
- ⑥ 「戦後の家族法改正」のアメリカの対日占領政策のなかでの
位置づけ

(五) 「非虚偽」的我妻発言のミスリーディング性

第四部 制定後・一二〇年間の民法改正の全貌

- 一 戦前における民法改正
- 二 戦後における民法改正

第五部 結語：日本民法一五〇年史 総括

質疑応答

- 一 対抗要件主義採用の背景事情——民法施行時の不動産登記法・未成立
- 二 民法七〇九条の母法——フランス法型からドイツ法型への転換
- 三 成立した債権法改正法の評価（以上、283号掲載予定）

プロローグ

一 ご挨拶

本日のホームカミングデイ、よくおいでくださいました¹⁾。現在、私はこの大学に籍をおいているわけではありませんが、かつて籍をおいたOBといたしまして歓迎の意を表させていただきます。

1) 本稿は、平成三〇年一〇月二〇日の名古屋大学ホームカミングデイでの講演内容に若干の加筆をしたものである。まずは、講演会にご参加いただいた卒業生の方々、準備にあたってくださったスタッフの方々に御礼申しあげたい。本稿は、日本民法の変遷を、社会との相関といういわば外在的要因からとらえていく「民法外在史」とも呼ぶべき手法で分析したものである。このような論稿を執筆する構想は前々から温めてはいたが、今回それが具体化したのは、この講演をお誘いいただいたさいの鈴木将文法学研究科長との話し合いによってであった。後述するような未解明部分があって論文執筆にまでは踏み切れないでいたところ、講演というかたちでこのような機会を作ってくださいました鈴木研究科長に心からなる感謝の意を表したい。

私は、六〇歳のとき、「二足のわらじを履く」ための名大自主定年と称しまして、長年勤めた名古屋大学を辞し、上智大学に移るとともに、東京のアンダーソン・毛利・友常という大型法律事務所でも渉外弁護士をはじめました。しばらくは、東京の大学と法律事務所、研究者としての民法改正問題への関与と弁護実務を行うことの双方で目の回るような忙しい日々を送っております。その間、名大との関係は比較的希薄だったのですが、手帳をひっくり返してみますと、辞めた翌年の平成二〇年一〇月一三日に、日本私法学会第七二回大会が名古屋大学を会場として開催されまして、そのシンポジウム「日本民法典財産法編の改正」の主宰者に私が代表を務めている研究会がなったものですから、たしか豊田講堂でだったと記憶しておりますが、『『日本民法典改正試案』の基本枠組』という冒頭報告を私が行っております。それから丁度一〇年、本日、平成三〇年一〇月二〇日に再び名大で講演するわけですので、皆様ばかりでなく、私自身にとりましても、本日はホームカミングデイでございます。

そこで本日は、私が学問的生涯をかけて追求してきた「日本民法典」が、明治以来の一五〇年間、どのような軌跡をたどったのか、皆様とともに振り返ってみたいと思います。

二 問題意識と、本稿の構成

（一）はじめに

講演のテーマを、「明治一五〇年：日本民法典の軌跡と、現在」としたが、その概要と問題意識は、名大があらかじめ配布した「ホームカミングデイのお知らせ」に記した。そこで、それを——字数制約によって短縮する前の元原稿を——次に掲げておこう。

明治二九（一八九六）年に財産編が公布され、明治三一（一八九八）年の家族法の公布とともに双方が施行された民法典は、本二〇一八年までに施行から一二〇年しかたっていない。このシンポジウムの標題を聞いて、『『明治一五〇年』とはよくいうよ！』という反応が返ってきてもおかしくない。

(二) 近代的所有権の成立

ただ、民法典の制定には明治維新から約三〇年がかかったとしても、実質的な意味での近代民法の成立は、実は、第一部に述べるように、民法典制定作業開始前の明治元年の後述する「津留」の廃止から始まったといってもよい。明治政府は、この津留の廃止に次いで、徳川幕府の主食となる五穀以外の作物栽培禁止令に対して「田畑勝手作」を發布するとともに「田畑永代売買禁止令」を廃止し、その後には地租改正にさいして重疊的所有権を廃止し、明治初めの約一〇年で「近代的所有権」を確立した（より正確に言えば、地租改正開始時点で考えれば六年間、地租改正終了時点と考えれば一三年間²⁾で、わが国において、使用・収益・処分の自由をともなった「近代土地的所有権」が確立したことになる）。これが、この講演の最初となる第一部のテーマである。

(三) 西洋民法の導入——モデル法は、ドイツ法かフランス法か

第二部のテーマは、いうまでもなく日本民法典の制定である。この日本民法典の系譜につき、民法起草者らはドイツ民法第一草案源流説を唱えていたが、近時、それに反対して、日本民法は「何故か、最近に至るまで……ドイツ民法の影響の強いものであると誤り伝えられていた」と断じる後述する星野説があり、一部に強い影響を与えている。

しかしながら、ボワソナード法案の財産編等が内閣総理大臣伊藤博文に上申された明治一九（一八八六）年の末に、ドイツ人お雇い外国人のロエスレルは、伊藤に対し、フランス民法が民主的性格を有するのに対し、ドイツ民法は保守的性格を有しており、君主政体に適していると上申した。その前後から、日本ではフランス法の教育をうけた者に対してもドイツ留学の命令が発せられるようになり、明治政府の姿勢は、フランスからドイツへと大きく転換した。

ボワソナード民法の施行の延期は法典論争の結果であったが、上記のような背景事情のもとに、時の政府は、施行延期の次の政策として、これか

2) 地租改租事業の終結時は、見方によって異なっており、耕作地についての事業の終結時の明治一三（一九八〇）年末とするものが多いが、地租改正事務局の閉局はその翌年であり、その後も山林原野については未済のものがあった（福島正夫『地租改正の研究』〔有斐閣、昭和三七年〕三九〇頁）。

ら検討する新民法を可能なかぎりフランス型のボワソナード民法と断絶させてドイツ型にする路線を選択した。その結果、ボワソナード民法の施行延期にもなつて内閣に法典調査会が設置されるさいに、総裁となる予定の伊藤総理大臣は、前もって数名の法律家を官邸に招いて、だいたいの方針を諮問した。その時、穂積陳重が「伊藤伯の命に依つて上申した法典調査に関する意見書の大体は、(一) 民法の修正は、根本的改修なるべきこと、(二) 法典の体裁はパンデクテン式を採用し、サキソン民法の編別に拠るべきこと、(三) ……」³⁾とされていた。現行民法の起草方針を最初に上申する立場になった穂積陳重が、自著で傍点を打って強調しているのが、ボワソナード民法の「根本的改修」と、ボワソナード民法がとっていたフランス法型のインスティトゥイオーネン式から「パンデクテン式」に変更するという、「」内の文言であることに、フランス法源流論を説く論者をもっと注目する必要があるように思われる。繰り返し述べれば、現行民法をつくるための法典調査会での検討は、ボワソナード民法の延長線上の「修正」ではなくて、いわば「断絶」が求められるところから出発したのである。

この背景には、国体としての天皇制ないしは君主制に親近性を有する民法体系を選択するという政治的な決断があったのであって、日本民法フランス民法源流説は、詳しくは後述するが、史実にそくして検討すると問題が多いものであると評価せざるをえない。

(四) 国際情勢と民法の制定——シベリア鉄道の敷設と日本民法典

また、法律家は、日本民法の制定を法律の枠内のみで考えがちであるが、明治政府の民法制定の目的が「条約改正」という政治にあった以上、政治と無関係に日本民法の制定を考えることはできない。この観点からは、イギリスが日清戦争勃発のわずか九日前に「治外法権」を撤廃したことの背景を考える必要がある。この時期、ロシアはシベリア鉄道の建設に着手しており、完成の暁にはヨーロッパロシアの巨大な陸軍が容易に極東に移動できるようになることが見込まれた。そこで、イギリスは、富国強兵路線のもとにすでに清の北洋艦隊を大きく上回る海軍力を擁していた日本に——シベリア鉄道が完成

3) 穂積陳重『法窓夜話』(有斐閣、大正五年)三六〇頁、同(岩波書店、昭和五年)三四九頁。

した段階では、「栄光ある孤立」政策を展開して日英同盟にいたるような——宥和政策を示しはじめるとともに、民法を含む六法の成立を促したのである。

(五) 「創られた伝統」としての家制度：その「国体化」と、その廃止
——廃止は、GHQの圧力が、日本の学者の発案か

第三部のテーマは、戦後の家族法改正、その中心となる「家制度の廃止」である。ただ、「廃止」を語る前に、決して日本の伝統的な家族制度ではなかった「家制度の創設」とその「国体化」を語る必要があるが、それは後の叙述に譲ろう。この「家制度の廃止」については、日本側「起草委員の独自の発案」という我妻発言があり、現在の学界にも影響を与えている。しかし、この発言は、戦後の家族法改正はアメリカの対日占領政策のうちの日本軍国主義の精神的側面を改変しようとする側面をも有しているのであって、具体的にはマッカーサー三原則のうちの「封建制度の廃止」原則にのっとりたうえでの「家制度の廃止」であったという歴史的事実を覆い隠している。

(六) 民法改正史と特別法

第四部では、制定後・一二〇年間の民法改正の全貌に簡単に言及することとした。

(七) 総括

第五部の結語では、「日本民法一五〇年史」を総括しながら、民法が社会の基本法であるということの意味を吟味してみたい。

今回の講演は、この一五〇年間民法の歴史のなかで、法学界がそれほど注目してこなかった事実を浮かび上がらせようとするものである。

第一部 明治維新一〇年：

近代法原理としての「所有権」の確立 ——取引社会の出現とともに「自生しはじめた『近代的』所有権概念」

一 明治維新と同時に始まった「近代的所有権」の成立

「近代的所有権とは何か」という問いへの回答は、現行民法二〇六条に示されている。そこに規定されているように、所有物の「自由な使用・収益・処分」権能が認められている所有権が「近代的所有権」と呼ばれる。市民革命によって成立した近代社会の基本原理は、フランス革命に由来する「自由・平等・博愛」であるといわれるが、フランス革命の初期の段階では、「自由・平等・財産」のスローガンが用いられていた。

そして、この近代市民社会の骨格をつくる近代法の三原則は、「権利能力の平等・所有権の絶対・契約の自由」とされる。この「所有権の絶対の原則」は、所有者にその所有物の「自由な使用・収益・処分」を認めるという、前述した民法二〇六条が規定している内容なのである。この「所有権の絶対の原則」は、「権力からの自由」と、「共同体的制約からの自由」の双方を含むものである。

日本で民法典が成立したのは、さきに述べたように約一二〇年前の明治三〇年前後のことであったが、「近代的所有権」の誕生は、実は、明治維新直後にさかのぼる。そこで、「近代的所有権」に対置される「封建的所有権」との対比において、明治維新直後にどのような改革がなされたのか、明治初期の日本の歴史を検討してみよう。

二 明治維新——江戸時代の「封建的所有権」の解体

（一）所有権の「使用・収益・処分」権能への制約と、その撤廃

明治維新が始まるとともに、徳川幕藩体制のもとでの江戸時代の「封建的所有権」の全面否定、「近代的所有権」の確立が始まる。その状況を、当時の社会の生産手段の中心であった農地所有権にそくして検討してみよう。

まず、江戸時代には、作った作物について、もっとも重要な産物である米麦は、藩外への移出禁止（「津留」）がなされることも少なくなかった。これに対し、明治政府は、明治元年に物資の領域外への移出を禁止した「津留」の廃止を命じた。

次に、所有権における「使用・収益の自由」についてであるが、江戸時代においては、田畑の使用のレベルでも、「田畑勝手作の禁令（でんぱたかっつづくりのきんれい）」（寛永二〇〔一六四三〕年）がだされ、検地帳に登録された本田畑での五穀（米・麦・黍・粟・豆）以外の作物栽培を禁止し、さらに同年の「土民仕置条々（どみんしおきじょうじょう）」（寛永二〇〔一六四三〕年）は、食糧の確保のために、主食作物である「五穀」の耕作の妨げとなる「煙草」の栽培を本田畑でも新田畑でも禁止した。これに対し、明治四（一八七一）年には、「田畑勝手作」が發布され、耕作する作物が自由になり、農業の自由経営への途が開かれた。

さらに、「処分の自由」についてであるが、江戸時代においては、前述した土民仕置条々（寛永二〇〔一六四三〕年）のうちに「田畑永代売買禁止令（でんぱたえいたいばいばいきんしれい）」が規定されていて、田畑の処分の自由は存在していなかった。これに対し、明治四年、五年の二つの太政官布告によって「地所永代売買の禁」が解かれ、田畑の売買が解禁された。

（二）「分割所有権の廃止」

① はじめに

封建的所有権の問題は、「使用・収益・処分」権能の制約だけにとどまるものではなかった。江戸時代には、一つの土地に対する物権的支配権が複数ある状況もあった。これを「重疊的所有権」あるいは「分割所有権」という。これには次の②と③に述べる二種のものがあつた。この二種ともに明治維新によって廃止され、所有権体系が錯綜していた封建法制から、単純な所有権体系の近代法制への脱皮がはかられた。

② 領主の上級所有権と農民の下級所有権

第一は、徳川幕藩体制のもとでは、「領主と農民」のそれぞれについて「上級所有権と下級所有権」が観念された。

まず、領主の年貢等の税徴収権を含む封土に対する権利を「上級所有権」、耕作農民等の耕作地に対する権利を「下級所有権」と呼ぶ。この意味の「上級所有権」は慶応三（一九六七）年の徳川幕府の大政奉還と、明治二（一八六九）年の各藩主の版籍奉還によって、それぞれ徳川幕府と各藩主が有していた上級所有権は消滅し、耕作農民の下級所有権のみが存続することになった。

③ うわつちげん 上土権と そこつちげん 底土権——「いっちりょうしゅ 一地両主から いっちいっしゅ 一地一主へ」

第二は、農民レベルにおける「上級所有権と下級所有権」で、それまで湖沼や荒地であったところを開墾して「新田開発」が行われるさい等に発生するものである。現在でも、各所に「〇〇新田」といわれる地名があるが、それはかつての新田開発の名残である。この場合、領主等に金員を払って開墾の許可を得た者が、多くの者に労力を提供させて土を運び、湖沼等を新田にすることが多かった。そのさい、できあがった田畑を上下に二分し、開墾許可を得た者が「底土権」を取得し、労務を提供した者が「上土権」を取得して永代耕作権を認め、そこから底土権者が比較的安い年貢を徴収することとしていた。底土権と上土権は独立した物権としてそれぞれ譲渡の対象となった。また、新田開発以外にも、この権利が認められる例があった。上土権が底土権の二倍の代価だった例もあり、これらは永小作権とは区別された。一つの土地に二人の「主」がいるので、これは一地両主と呼ばれた⁴⁾。

明治政府は、明治六（一八七三）年七月二八日に制定された地租改正法にもとづく明治一三（一八八〇）年までの七年にわたる——注2）参照——地租改正作業のもとで、所有権を証明するために「地券」を一地一主原則のもとに発行した。これにともなって、従来の上土権者は永小作権者または賃借人に転落することが多かった（この結果、これらの者や「地租軽減」を求める農民たちが、各地で「地租改正反対一揆」ともいふべき大規模な農民騒擾事件^{そうじょう}を多発させることになった）。

地租改正の目的は税収の確保にあったが、土地の所有者は一人に確定され、近代法的な簡明な所有権体系が完成したことにともない、土地の流動

4) 極端な場合には、「一地四主」のものまであった（福島・注2）引用『地租改正の研究』三二八頁）。

性が大幅に高まった。これが、前述した土地所有権の「処分の自由」をより実質的なものにしたのである。

以上に述べたような改革をへて、江戸時代の「封建的所有権」は、明治初期から同七年ないし一三年にわたる約一〇年の間に文字どおり、自由な使用・収益・処分権能が認められる「近代的所有権」に変貌を遂げたのである⁵⁾。

(三) 法の「自生」

① 「近代的所有権」の確立と、法的概念

以上に述べた内容を法学的に評価するのであれば、「津留」の廃止は、(重要農産物についての)「動産処分の自由」の確立であり、「田畑勝手作」は、「農用不動産の使用・収益の自由」の確立であり、「地所永代売買の解禁」は、「農用不動産の処分の自由」の確立であり、「上級所有権と下級所有権の廃止」は「所有権の簡明化の実現」であり、(二)の末尾に述べたように、これらの施策が——使用・収益・処分の自由を核とする——「近代的所有権の確立」につながる側面があることは否定できない。ただ、これまで法学者は、これらの施策が近代民法につながるような意味での法制度の確立という意義をもっていることに——「地租改正」の問題を除いては——着眼してこなかったため、これらの施策がとられた当時に、はたして「所有権の確立」という意識が曖昧ながらもあったのか・なかったのかについては、あまり明確でない。後述するように、西洋法の日本への紹介は幕末期から始まっており、民法典の編纂事業が開始されたのは明治三(一八七〇)年なので、論理的には法的概念が意識された可能性はありうるところであるが、「所有権」という法的概念を意識していた資料的裏付けは存在しない。

② 西洋的法観念の日本への導入と、それと無縁に自生してきた「近代的土地所有権」の可能性

ペリーの黒船来航が一八五三年であり、翌年には日米和親条約が締結され、同年中にイギリスとロシアとがそれに続き、それ以後日本の開国が進

5) 以上の内容については、加藤雅信『新民法大系Ⅱ 物権法 第二版』(有斐閣、平成一七年)一四頁、二五三頁以下(著作集第一五巻所収予定)参照。

行するが、他方で少し遅れて日本からの欧米への渡航も開始された。有名な咸臨丸（かんりんまる）が太平洋を横断してアメリカに渡ったのが一八六〇年であったが、その二年後の一八六二年には、——一方では、攘夷論が高揚するなかで——徳川幕府は西洋の学術・技術の導入のために留学生を西欧に派遣し、その後には、長州藩、また薩摩藩もそれに続いた（薩摩藩は、攘夷を実行した薩英戦争（一八六三年）で大敗北を喫した後の留学生派遣であったが、長州藩は下関戦争（一八六三年、一八六四年）開始の時期に伊藤博文を含む「長州五傑」をイギリス留学に送り出している⁶⁾）。

法学に焦点をあてれば、一八六二年の最初の幕府留学生の一人に選ばれた津田真道（つだまみち）⁷⁾は、留学先のオランダでの講義録を訳出して『泰西国法論』⁸⁾との題名で、徳川幕藩体制まさに消えんとする慶応四（一八六七）年に、幕府の開成所から出版した。この本において、津田は、現代の法律学でも用いられている「民法」、「物権」、また、「公法」、「私法」等の訳語を創出し⁹⁾、さらには、本全体を通じて西洋法制全体をバランスよく紹介するなかで、民法の概括的、かつ、簡潔な説明も行っている¹⁰⁾。

6) ただし、一八六三年の長州藩の外国船砲撃はイギリス船を対象としておらず、イギリスが下関戦争で中心となるのは一八六四年の各国連合艦隊による長州報復砲撃にさいしてである。なお、長州藩は、下関戦争で大敗北を喫した後は武力による攘夷論を放棄し、西洋型軍制の近代化に努めることになる。

7) 津田真道については、津田道治『津田真道』（東京閣 一九四〇年）に詳しい。

8) 津田真一郎訳『泰西国法論』（江戸開成所、慶應戊辰新刻）。本書は、オランダのライデン大学教授であったS. フィセリング（Simon Vissering）から津田が受けた個人教授の講義の訳出であり、この本のなかでは、津田は自らを「津田真一郎真道」と記している（なお、漢字表記に目を向ければ、自己の名前について本文中では「真」の字を、表紙では「真」の字を用いている）。なお、この本は、明治文化研究会編『明治文化全集 法律篇』（日本評論社）に所収されている。（『明治文化全集』の初版は昭和の初めに出版され、ここでは『法律篇』は第八巻〔昭和四年〕とされてきたところ、決定版とされる第三版では、『法律篇』は一三巻〔昭和四三年〕とされ、その後の第三版の復刻版では第九巻〔平成四年〕となっている。）

この津田の法律論を検討したものとしては、松岡八郎「津田真道の法理論について」東洋法学三一巻一—二号（昭和六三年）三八九頁以下が詳細である。

9) 「民法」、「物権」、「公法」、「私法」の順に述べると、津田・注8) 引用『泰西国法論』明治文化全集一三巻 法律篇（日本評論社、昭和四三年）六九頁以下、七五頁、七六頁、六九頁。なお、「民法」という訳語については、穂積陳重『法窓夜話』（有斐閣、大正五年）一七三頁、同（岩波書店、昭和五年）一八〇頁参照。

10) 津田・前注引用『泰西国法論』明治文化全集一三巻 法律篇七五頁。西洋法の日本への体系的な紹介は、すべてS. フィセリングの講義録の翻訳である①本書、

そればかりでなく、基本的人権としての「所有権」——原文では、「其所有の物を自在にする権」——もあげていて、「其所有の物を自在にする権は、宜しく之を敬重す可し。蓋是成国の基礎なり。惟天下の公益の為に之を制限する所あるのみ」と説明している¹¹⁾。他方、現代にいう収用法制にも言及しているが、収用にはその理由の開示と償金が必要であることを説き、また、「君主の暴欲を防ぎ住民の権利を護るが為に」、収用事由を法律であらかじめ限定列挙することが必要であることも説く¹²⁾。これが、幕末末期に説かれた所有をめぐる法理論であった。

以上、本稿では、現代にいう「所有権」と関係するところを中心に紹介したが、津田の『泰西国法論』が日本初の西洋法学の紹介となり、「官民ともに多大の影響を与えた」といわれている¹³⁾。

前述した「津留」の廃止・「田畑勝手作」・「地所永代売買の解禁」が発せられた時点では、すでに以上のような西洋的法観念が日本に紹介されていたことを考えれば、これらの発布が西洋的な法概念としての、現代にいう「所有権」を意識してなされた可能性もありうるが、そのような資料が存在しているわけではない。「官民ともに多大の影響を与えた」といわれる法理論ではあっても、当然のことながらその影響には限界もあるはずで、これらの施策の立案・施行にあたって、どこまで「法理論」としての「其所有の物を自在にする権」が影響を与えたのかは、実証的に検証する必要がある。

別の問題から光を当ててみれば、地租改正は「田畑勝手作および田畑永代売買の解禁という封建的制限の撤廃と併行してなされ」といわれてい

②西周（にしあまね）訳『万国公法』（慶應四年戊辰夏発行）、③神田孝平訳『性法略』（求故堂蔵版、明治四年）（性法＝自然法の講義の翻訳であるが、法学通論的な内容）に始まるが、これより早く西洋の法思想を紹介したものとしては、立憲思想を紹介した加藤弘之『鄰草』（となりぐさ）がある（文久元年〔一八六一〕年、ただし印刷・公表は明治三二〔一八八九〕年）。

11) 津田は、この本のなかで、基本的人権——「国家に対して住民有する所の通権」——と題する編を設け、そこに「所謂住民の国家に対して有する所の本権」という章をおき、そのなかに本文で紹介した、現代の「所有権」に相当する権利をあげている（津田・注9）引用『泰西国法論』明治文化全集一三巻 法律篇八五頁、八六頁。なお、現代にいう「所有権」について一番詳細に説明したこの箇所では「其所有の物を自在にする権」という表現を用いているが、後の叙述には「所有の権」というより簡潔な文言も登場する〔本注引用書九〇頁〕。

12) 津田・注9）引用『泰西国法論』明治文化全集一三巻 法律篇九〇頁。

13) 松岡・注8）引用「津田真道の法理論について」東洋法学三一巻一＝二号 四一―二頁、また、福島・注2）引用『地租改正の研究』一一頁。

る¹⁴⁾。そして、地租改正との関連でこの時期に地券制度を発案した者については、西洋型の制度改革提案をしたという見方と、独自の発案であるという見方が併存しているが、それとともに、「当時の日本人は今日の予想を超えて外国通であった」ともいわれている¹⁵⁾。

しかし、本題の核ともいべき「地所永代売買の解禁」の目を向けると、それをめぐる議論には蘭学者もからんではいたが、その者が「地租、土地制度などについて、どれだけ広い比較法的知識をもっていたか、疑わしい」との評価もあり、「当時これにつき太政官内部でどのように論議されたか、伝える資料はないが、一部の反対もあったかもしれない」と、いわれている¹⁶⁾。以上のことを考えると、「津留」の廃止・「田畑勝手作」・「地所永代売買の解禁」についても、日本社会の「法制度的要素をも含んだ欧化政策」と関連して発案された可能性とともに、その当時の日本社会が必要とした独自の——西洋的法概念を意識せずに発案された——政策であった可能性の双方を顧慮すべきではないかと思われ、いずれであるかははっきり結論づけることはできない。

また、「地所永代売買の解禁」以外の制度改革として、「津留」の廃止・「田畑勝手作」を考えると、津留の廃止が後に「米麦輸出解禁」に連なっていくこと、それと「田畑勝手作」の背後には、利益ある商業作物への栽培への転換によって、貿易に資するという発想があったようである¹⁷⁾。ここには、生産の発展のための自由な経済活動¹⁸⁾ という——まさに、「自由な所有権」の基礎となる——社会的枠組が直接、顔をだしているものの、直接的なたちで法学的な「所有権論」が現れているわけではない。

実は、法には行政権力や司法権力を介してのみ実現できる分野もあるが、民法は、それとは異なり、規範実現の相当部分が私的当事者の自律的措置によることが予定されている。私見によれば、このことは、民法の骨格部分——所有権・契約・それが効力をもたない場合等の不当利得の返還・不法行為・婚姻・親子・相続等々——は、本来、社会のなかから自生してくる規範であって、国会等の権力による立法はそれを追認するものにすぎな

14) 福島・注2) 引用『地租改正の研究』五頁。

15) 福島・注2) 引用『地租改正の研究』五七頁、五八頁。

16) 福島・注2) 引用『地租改正の研究』四八頁、九六頁。

17) 福島・注2) 引用『地租改正の研究』八二頁以下。

18) 福島・注2) 引用『地租改正の研究』二一三頁。

い、という構造を生みだしていると思われる。もちろん、民法についても権力による立法は、法規範の定型化・固定化・安定化・文字化による普及範囲の拡大等々の一定の大きな意味を有してはいるが、それでも、規範生成という観点からは「法の自生」とくらべると二次の意味をもつにすぎない。

この点をめぐっては、「法は国家権力の所産である」と考える山本敬三教授と私は論争をしたことがあるが¹⁹⁾、明治初期の約一〇年にわたる日本における「近代的所有権」の誕生はこれを地でいくものであって、当時の日本社会の市場経済化が——法的観念を媒介させることなく——「実質的な所有権概念」を生みだしていった可能性を視野に入れるべきように思われる。

ただ、この問題に焦点をあてて「法の自生」論を確定的に言い切るためには、「津留」の廃止・「田畑勝手作」・「地所永代売買の解禁」が発せられた制度生成史と制度改正目的を——地租改正が徴税目的のために、かつ、どのようにして行われたかについての詳細な研究が存在しているのと同じように——解明したうえで、そこで「法」が直接、意識されていなかったことを明らかにする必要がある。本稿が主として依拠した福島正夫の著作が『地租改正の研究』と題されているところからわかるように同書の分析の焦点は地租改正にあり、上記の三点は副次的に分析されているにすぎない。そうであれば、その当時、立法・行政・司法の機能を兼ね備えていた太政官内部——とりわけ田畑勝手作許可については、それを出した大蔵省内部——の動き、地方での政策展開状況、西洋事情に通じた民間人の動きを含めて、上記の三点に焦点を定めた明治初期についての研究を行うことが必須というべきであろう。その意味では、この研究にいたっていない本稿はこの問題についてのひとつのデッサンであって、将来の研究に委ねられている部分が大きいことをお断りしておきたい²⁰⁾（なお、本稿 148 頁以下・注 48）末尾の叙述参照）。

19) 加藤雅信＝加藤新太郎編著『現代民法学と実務上』（判例タイムズ社、平成二〇年）五四頁以下の二〇頁余にわたる議論を参照されたい。

20) なお、この問題の叙述にあたっては、水林彪教授に種々の文献についてのご教示を受けた。既述の文献のご教示とともに、この時代のこの問題については地方史も重要であり、そこに埋もれている解ありうるかもしれないのご示唆もいただいた。その後、各県の『県史』その他にあたりかけてもみたが、なにせ資料が膨大にすぎ、残念ながらそれらの研究は断念せざるをえなかった。水林教授には、ご教示に謝意を表するとともに、力不足をお詫びする次第である。

（四）「共同体からの自由」

① はじめに

本稿 125 頁には、「所有権の絶対の原則」は、「権力からの自由」と、「共同体的制約からの自由」の双方を含むものである、と述べた。ただ、さきに述べた明治によって確立した土地の「使用」の自由と「使用・収益」の自由は、徳川幕藩体制のもとでの「権力からの自由」の実現であった。では、所有権の絶対のもう一つの側面、「共同体から自由」はどのようにして実現されたのであろうか。

② 「ムラの掟」にもとづく権利譲渡への制約——所有権への共同体的桎梏
すでに近代化された日本に生を受けた人々には「共同体からの自由」といわれても、「共同体的制約」の意味がわかりにくいと思われる。そこで、好個の例として、明治時代に北陸のあるムラ（正確には「字」であるが、便宜上ここでは「ムラ」と述べる）で取り交わされた「権利証」というそのムラの「農事者一統」——具体的には、そのムラの地主と小作人全員——が合意して締結された契約書であることが前文に記されているムラの掟を紹介することとしたい。「契約証」と題された合意内容を「ムラの掟」と評価したのは、この契約に加入しない者に対して、また加入者が重大な違反をしたときは「当区より絶交する」ものとするとして、村八分による制裁の約定があったからである。

この契約証を次頁に紹介したが、ここでは小作人がいる地所を土地所有者が売却するには小作人の承諾が必要であり、小作人の作田の変更には土地所有者の承諾が必要であった。要するに、契約証作成時点でのムラの現状——土地所有と小作の状況——は、利害関係者の承諾なくしては変更できないということが、この契約証の基本精神であった。そして、この内容は相続人も遵守する責任が契約証に記されている。

③ 「封建社会」における「前近代的所有権」と「近代社会」における「近代的所有権」の差異——「保守の論理」と「自由による社会変動の論理」

次に、「封建社会」における「前近代的所有権」と「近代社会」以降における「近代的所有権」の差異はいったいどこにあるのか。その根源的な違いをここで考察しておこう。

「道徳」であるとする保守的感覚からは、「自由な所有権」は社会階層変動をもたらす「平和攪乱的」なものなのである。このような社会変動を極力おこさないよう、このムラでは、所有権や小作権の譲渡に対する他の承認が必要とされる村人全員が署名押印した「契約証」が取り交わされ、違反には村八分というサンクションが用意されていた。ここでは、所有権、小作権等の変動に共同体的制約を課すことによって、村の現状維持がはかられていたことになる²¹⁾。

実は、この契約証が締結されたのは明治三三（一九〇〇）年のことで、民法が施行されてから一年半後のことであった。あらたに制定された明治民法が施行されると、「自由な社会」が出現し、「社会変動」もおこりうる場所である。新民法が生みだそうとしていた「市民社会」は、変革的であり「平和攪乱的」でもあった。この「契約証」に名を連ねたムラの「農事者一統」は、ムラの総代三名を名宛人として署名捺印を行っている。たとい新しい民法が施行されても、それによっておこりうる「社会変動」の波からこのムラを守ろうという「平和愛好的」な保守の論理が、推測ではあるが、このような「契約証」を生んだ可能性がある（もちろん、法論理をふりまわすのであれば、物権法は強行法規であり、民法二〇六条は所有権の譲渡の自由を規定している以上、それに抵触する「契約証」の規定は効力をもたない。しかしながら、そのような法理論をふりまわせば、待っているのは村八分なのである）。現状維持をよいと思うのは「善良」な心であり、現在世代の安定感を基礎とした幸福と、次世代社会の総体的没落を招くものであるが、このムラが——日本社会全体が、あらたな民法が形成した「自由な社会」を受け入れていったなかで——「眠るような平和な社会」を享受しながら、徐々に相対的に没落していったのではないかと、個人的には推測している。

この「契約証」は、民法施行の翌々年、明治維新から三〇年以上過ぎてから締結されたものであるが、江戸時代にも類似の、あるいはもっと強い共同体的制約が土地所有者に課されていたことは想像に難くない。封建的所有権は、領主権力から自由でないのみならず、共同体的桎梏からも自由ではなかったのである。

21) この「契約証」とそれをめぐる解説については、加藤雅信＝加藤新太郎・注19) 引用『現代民法学と実務上』二七八頁以下参照。

前述した江戸時代の幕府「権力」が課していた「田畑永代売買禁止令」も、現状維持をもくろむものであった。江戸時代は、統治する権力の側も、ムラという統治される側も、土地の商品性を否定し、市場経済化を拒否する、保守的な「平和愛好的」社会だったのである。

④ 「共同体」そのものが生んだ「所有権の制約」

なお、さきほどの「契約証」には続編があり、大正一〇（一九二一）年にも再度の署名捺印がなされている。その中間の大正三（一九一四）年に署名捺印された「承諾書」では、列挙された土地につき、五年間の間、売買・譲渡等が禁止されている。この五年間の所有権変更の禁止の意味も兼ねて、近代以前の社会における所有権に対する「共同体的桎梏」ないし「共同体的制約」が発生した社会的背景を考えてみよう。

江戸時代までの農村は、生産共同体、社会共同体的な性格も有していた。これを「ムラ」と呼ぶことにすれば、ムラは、田植え、稲刈り等の生産活動、また、屋根葺きなどの生活の営みを「ゆい」で労働力を相互に交換しながら行うという意味での生産共同体であり、かつ、社会的共同体であって、道普請、用水路や堤防建設等の村の基盤の維持にかかわる社会的共同作業をともに行う政治的共同体でもあった。さらには、入会地の管理もムラの寄り合いで行うというという意味では、経済活動と政治活動が渾然一体としていたのである。話は若干飛ぶが、毛沢東は、人民公社路線の推進にあたって、「政社合一」というスローガンのもとに、政治活動・経済活動・社会活動（+民兵等の軍事活動）を束ねるコンミュニンの建設をめざした。江戸時代のムラは、これにも似た「政社合一」の統治単位だったのである。

このように共同体性が強いムラのなかで、土地所有者が村外の者に田畑の譲渡を行うと共同体の一体性が損なわれる。そこで、ムラ内の農地所有者が村外への譲渡等を勝手に行われないう、土地の譲渡に村の承認が必要とされた。このような例は世界各地で少なくなかった²²⁾。

⑤ 「割替」制度の導入

とりわけ、日本の水害多発地帯では、治水工事がムラにとっての最重要

22) 加藤雅信『「所有権」の誕生』（三省堂、平成一三年）一三八頁（著作集第一巻所収予定）。

事で、共同での堤防建設が行われるのが通例であった。しかし、堤防を建設してみても、それが決壊した場合の冠水の危険は農地ごとに異なるので、危険の公平分担を実現することは困難である。そこで、水害多発地帯では、農地の「割替」を一定年数ごとに行い、危険確率を公平に負担するという制度が少なくなかった。

実は、本稿でさきあげた「契約証」は、歴史学者の金沢大学教育学部の奥田晴樹教授が発掘したものである。奥田教授は、大正三（一九一四）年の「承諾書」につき、二つの割替実施の中間期間における現状固定ではないかと推測している²³⁾。

誤解を招かないように付言しておく、「割替」制度は水害多発地帯特有のものではない。かつて、班田収授法で耕作地の均等配分がはかられたような平等志向の時代にあっても地味による不公平は生じてしまう。また、ムラの入会地は、総有といわれるが、その共同所有地を分割・利用する形態も少なくない。この場合、地味の差による不公平を解消するために、くじによる割替制度が意味を有することになり、後代になっても、それが薩南諸島から沖縄にかけてひろく存在していた。この沖縄の割替制度（「地割制度」）は、明治三二年の沖縄県土地整理法が施行されたことによって終止符を打ったのである²⁴⁾。この割替制度の基礎は、関係当時時間の「公平の維持」にあるから、日本特有のものではなく、私個人の調査経験でも、中国雲南省とラオスとの国境の山村の焼畑地、タイ北部山岳少数民族の焼畑地でも見聞したところである。ただ、日本では広い範囲で行われていたのは沖縄が最後であったようであるが、水害多発地帯では一定の合理性を有する法制度なのでその後も存続していたようで、北陸の水田地帯、また長野や山梨にもあり、山梨の一部では昭和三〇年代まで行われていたとある研究会で伺ったことがある²⁵⁾。

⑥ 小括

前述したように、法制度としての「近代的所有権」は、明治政府の明治元年の「津留」の廃止から始まり、地租改正——明治六（一八七三）年か

23) 加藤（雅）＝加藤（新）編著・注19）引用『現代民法学と実務上』二八三頁。

24) 加藤・注22）引用『「所有権」の誕生』四五頁以下。

25) 加藤（雅）＝加藤（新）編著・注19）引用『現代民法学と実務上』二八二頁。

ら明治一三（一八八〇）年にかけて行われた——によってほぼ完成した。これにより、「権力からの自由」という意味での「所有権の絶対」は、明治初期に実現されたといつてよい。

しかしながら、法制度は変えられても社会の実態を変えることは一朝一夕にはできない。「共同体の桎梏」からの自由が確保された「近代的所有権」が日本のすみずみにまで行き渡るには、日本社会における「農村共同体」の崩壊を待たなければならなかった。この「農村共同体」の崩壊は徐々に進行したものであり、開始自体は明治期にさかのぼるかもしれないが、決定打になったのは、池田政権時代の高度成長政策による農村労働力の都会への移入によってであった。そして、平成が始まった段階で公刊された書物にも、なお次のような叙述がみられるのである。「現在の日本のふつうの村でも、登記上自分の家の所有（私有）だからという理由で、田や畑を勝手に売ったり、地目変換することができない場合がある。村（部落）の承諾を得るのがふつうなのである。所有権とは、使用权と処分権から成り立っているが、自分勝手に自由に処分できないのである。つまり、私有地とはいえ、完全な私有が成り立っていないのである」²⁶⁾。

法の変革とは異なり、社会の変革とはかくも息が長いものであって、社会の根強さを物語るとはいえるであろう。しかし、その農村共同体も農業労働人口がきわめて高齢化しており、前段のような叙述の対象となる実態が日本社会から消えていくのも、もはや時間の問題であるように思われる。

第二部 明治三〇年：日本民法典の制定

——英露関係の追い風と、日本の近代法典化

一 西洋型法制度の導入——不平等条約の圧力

（一）はじめに：明治政府の基本方針

——治外法権撤廃の阻害要因の除去⇒法制度の西洋化

明治維新開始直後の明治政府の日本近代化政策が、そのまま社会の根幹を形づくる民法の所有権概念の基本原則の実現に直結していたことは、以

26) 鳥越皓之「村と共同体」合田濤編 現代社会人類学（平成元年）四五頁以下。

上の叙述から明らかになったであろう。では次に、民法典の制定に話を移そう。

明治政府、そして当時の日本社会の悲願は、「不平等条約」の改正にあった。

不平等条約が締結された背景には、第一に、強国が弱国に対して自国の優位性かつ有利性を確保しようとする一般的外交政策があり、第二に、西洋列強からみた、非西洋文化の国の法制度（たとえば、日本の奉行裁判等）に対する不信と蔑視、という、法に特化した要因が存在していた（ちなみに、西洋列強の治外法権は、日本のみならず非植民地アジア諸国に対して広く認められていた）。

まず、法に特化した要因から論じることにしてしよう。

「条約改正」をして、西洋列強に治外法権を撤廃させるためには、何が必要か。まず、西洋列強が日本を文明化される以前の野蛮な国とみているかぎり、治外法権を撤廃し、自国民を日本の裁判権に服させる可能性はない。

わかりやすいように、現代の例をあげよう。コーランを法源とする法である「シャリーア」につき、ある新聞記者によるイスラム見聞記には、詐欺による割舌刑のために話し方がフガフガしている二人の男との出会い、飲酒による——投獄に加えて——八〇回の公開ムチ打ち刑の見聞録のほか、サウジアラビアの初代国王のイブンサウドが、略奪には参加者全員の公開処刑、殺人には首斬り、姦通には男性に首斬り・女性に石撃ち処刑（＝死刑）、窃盗には右手を切断し、累犯ごとに左手・右足・左足と進む等の苛酷罰によって犯罪を激減させたことが記されている²⁷⁾。これは、必ずしも過去の歴史というわけではない。現在でも、イスラム国（ISIL）はいうに及ばず、サウジアラビア、イラン、アフガニスタン等の一部のイスラム諸国で、首斬り、石撃ち処刑、手の切断刑が執行された等の報道があるし、ムチ打ち刑はシンガポールその他かなりの国で用いられている。これは、イスラム社会の文化であり、苛酷刑が犯罪減少に資することは事実であろうが、他の文化圏からみると、現在の人権感覚からは違和感がある法制度で、国連人権理事会等から非難されている。

27) 本多勝一『アラビア遊牧民』（講談社、昭和四七年）一七頁以下、二五頁以下、一五〇頁。

国際社会において主権平等が徹底している現在では、法文化への違和感
は国連や各国世論からの非難で済むが、日本が「条約改正」に取り組んだ
一九世紀には法文化への違和感そのまま治外法権の基礎をなしていた。
したがって、明治政府が「条約改正」を実現するためには、西洋列強の明
治期の日本に対する文明的な違和感を取り除く必要があった。そこで、明
治政府は、まず、西洋型の裁判制度を導入し、次いで西洋型の法制度の導
入をめざしたのである。

（二）三段階にわたる民法典制定作業

西洋型裁判制度の導入は比較的容易であった。西洋型の裁判制度として
明治四（一八七一）年には東京裁判所が設置され、明治八（一八七五）年
には、大審院・上等裁判所・地方裁判所という三審制が導入されている。

このように、外形としての司法制度の導入は簡単にできたが、そこで適
用されるべき法規範を国内法として制定することは、西洋法の基礎もない
当時の日本にはほとんど不可能に近かった。そこで、明治政府がとった西
洋法導入政策は二転三転し、三段階をへて現行民法が制定された。第一段
階はフランス民法翻訳路線、第二段階はお雇い外国人による起草路線、第
三段階が留学経験をもつ日本人による起草路線であった。

（三）第一段階：西洋民法典の翻訳路線——法学・鹿鳴館時代

第一段階について述べると、民法典の編纂事業は、明治三（一八七〇）
年に開始された。その中心は——二年後の明治五（一八七二）年には初代
司法卿に任じられることになる——江藤新平であったが、彼は、フランス
民法を翻訳して日本民法にしようと考え、箕作麟祥に「誤訳も亦妨げず、
唯速訳せよ」と命じ、フランス民法でフランスと書いてあるところを日本
の文字に置き換えるぐらいでもよいとの方針を示したのである。ただ、こ
の翻訳にもとづく民法の制定路線は、——江藤が征韓論に敗れて、明治六
（一八七三）年に下野し、翌年、佐賀の乱に破れて刑死して晒し首となっ
た後も継続し——翻訳自体は数年後にいわゆる「明治一一年民法草案」²⁸⁾

28) これができるまでの状況と「明治一一年民法草案」の特色、そして、幕末期の
津田真道らによるオランダ法の紹介があったにもかかわらず、フランス法の影響
が強くなっていった状況については、石井良助「明治前期の立法に及ぼした外国

として完成し、民法全体を含むわが国最初の民法草案となったが、フランス法の直訳で日本の現実にそぐわず、廃棄された。

鹿鳴館が落成した明治一六（一八八三）年からのいわゆる鹿鳴館時代の数年間は上っ面の欧化主義に日本が染まった時代であったが、法学の分野における上っ面の欧化主義の時代はそれよりも十数年早く明治維新とほぼ同時に訪れたことになる。

（四）第二段階：お雇い外国人による起草路線

——ボアソナードの活躍と、国粹主義者と英法学派の抵抗

第二段階について述べると、フランス人法学者ボアソナードは、「お雇い外国人」として明治六（一八七三）年に来日していたが、明治政府は、「明治一一年民法草案」が廃棄された翌年の明治一二（一八七九）年から彼に民法典編纂に着手することを命じた。それから約一〇年の歳月をへて明治二三（一八九〇）年には——後に旧民法（あるいはボアソナード民法）と呼ばれることになる——一七六二条の民法典が公布された。

このフランス人が起草した民法については、「民法出テ、忠孝亡フ」（穂積八束）に代表される、日本の伝統を守り西洋型の思想にもとづく法の導入を否定しようとする①国粹主義的な反対と、②法律家の職業的な争いとは相まって「法典論争」が発生した。このような社会状況のなかで、旧民法は、その施行が延期され、最終的には施行されることなく廃止された。

この②の職業的な争いについて一言しておく、前述したように明治八（一八七五）年には三審制度が確立し、裁判所制度ができていたわけであるが、そこで適用すべき法源たる制定法の整備は未だし、という状況であった。そこで、有名な明治八年太政官布告一〇三号の「裁判事務心得」が「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」という、いわば条理法源論を打ち出したのである。そして、この条理法源論の実態は、梅謙次郎の表現によれば、「條理の名の下に日本の昔の教育を受けた人は、尚昔の思想を基礎として問題を決し、英吉利の法律を学んだものは英法の原則を條理として之を行ひ、佛蘭西の法律を学んだものは佛蘭西法典の主義を是條理なりとして実行し、獨逸の法律を

法の影響について」、同『「民法決議」解題』明治文化全集一三巻 法律篇（日本評論社、昭和四三年）三頁以下、三九頁以下参照。

学んだものは獨逸の法律を條理として之を行ふと云ふやうな、実に奇妙な状態であった」のである²⁹⁾。

明治初期の日本における法学教育は、官学としては、明治四（一八七一）年に司法省明法寮（めいほうりょう）³⁰⁾がフランス法教育を、明治初期から存在していた開成学校³¹⁾が明治六（一八七三）年に「法学」を含めた五科を設置してイギリス法の教育を始めたことを嚆矢とする。また、民間では、明治一三（一八八〇）年に設立された明治法律学校、専修学校を皮切りに（現在の明治大学、専修大学の前身）、翌明治一四年の東京法学校（途中の和仏法律学校をへて、現在の法政大学の前身）、明治一五年の東京専門学校（現在の早稲田大学の前身）、明治一八年の英吉利法律学校（途中の東京法学院等をへて、現在の中央大学の前身）等々、現在の私立大学につらなる法律学校が次々と設立されていた。これらの法律学校では、イギリス法かフランス法のいずれかが教えられていた。このような状況のもとで、ボワソナードが起草したフランス法型の民法典が施行されると、イギリス法を学んだ法律家は職業上の危機的状况に陥りかねない。そこで、英米系の法律家が、ボアソナード民法法案の公布の前後から、その施行に対する反対論を繰りひろげ、それが——国粹主義的な反対論と並んで——「法典論争」を引き起こしたのである。この法典論争の引き金となったのは、ボワソナード法典に対して法学会（〔旧〕東京大学法学部卒業生の組織）が発表した「法典編纂二関スル法学会ノ意見」であった。この論稿によって法典論争が起り、そして最終的には帝国議会での反対によって、ボアソナード法典は「施行延期」となった。ボアソナードは、さきの「法学会ノ意見」に対してではなく同種の反対意見に対して、「新法典非難ノ批評」と題する論稿を発表し、大綱、次のように述べている。法典実施延期意見³²⁾には——一名の氏名が掲げられているが、その過半は英法もしくは米法

29) 梅謙次郎「伊藤公と立法事業」国家学会雑誌二四卷七号（明治四三年）九六七頁。

30) 司法省に設置された法律家の養成機関（学校）。

31) 明治元年（一八六八年）に明治政府が徳川幕府の「開成所」を改名して再開した、外国の文献を研究、教育するための学校で、明治一〇（一八七七）年に——後には帝国大学という名称に変更されることとなるが、その前の段階として——東京大学に改編された。

32) 明治二五（一八九二）年に公表されたこの論説については、星野通編著『民法典論争資料集 復刻増補版』（日本評論社、平成二五年）一七一頁以下、——一名の氏名については、一八五頁。

のみを学んだ弁護士である。民法および商法に不満を抱くゆえんは、その学んだところに偏しているのではないか。新法実施の暁には、さらにこれを研究せざるをえないので、不快とするものではないのか³³⁾。また、イギリス留学組の穂積陳重も、「イギリス法律を学んだ者は概ねみな延期派に属し、フランス法律を学んだ者は概ねみな断行派に属しておった」³⁴⁾と述べている。

（五）第三段階：日本人・留学組による起草路線

本稿 123 頁以下に述べたように、第三段階として、梅謙次郎・富井政章・穂積陳重の三人の日本人起草委員の手によって現行民法が起草されたさいには、法体系それぞれがフランス法型のインスティトゥイオーネン方式ではなく、ドイツ法型のパンデクテン方式を採用するという方針が採用され、ボワソナード民法の修正は「根本的」なものとなった³⁵⁾。このことは、福島正夫博士が、穂積陳重博士のご長男のご遺族からの依頼で整理なさった『穂積文書』をめぐる著作に簡にして要を得たかたちで示されている。

具体的にいうと、この三人が現行民法の起草にかかった最初の段階（明治二六〔一八九三〕年三月一日）において、ボワソナード民法の施行を延期して法典調査会を設置するさいに制定された「法典調査規程」中の「法典調査ノ方針」の第二条によって、新民法は五編構成で、「第一編 総則・第二編 物権・第三編 人権・第四編 親族・第五編 相続」とすることが決定されていた。そして、これを法案として帝国議会に提出するために穂積陳重博士が自筆で記した「前三編議会提出理由説明草稿」には、ボワソナー

33) ボワソナード「新法典非難ノ批評」伊藤博文編 秘書類纂法制関係資料上（原書房、昭和四四年〔復刻原本、昭和九年〕）三〇一頁。なお、本文に述べたように、ボワソナード自身のこの論稿は、最初の反対意見書である「法典編纂ニ関スル法学会ノ意見」に対しては“英法学派による反対である”等の反論をしていないが、この「法学会ノ意見」が公表されたわずか二か月後には、これは英法学士による「抗争」にすぎないという反論が公刊されている（法学士 岡野敬次郎「英法ノ為ニ妄ヲ弁ス」星野編著 注 32）引用 民法典論争資料集 復刻増補版二一頁所収。なお、この岡野は、後年、東京帝国大学法学部教授、司法大臣等を務めた）。

34) 穂積・注 3）引用『法窓夜話』（有斐閣、大正五年）三三四頁、同（岩波書店、昭和五五年）三二九頁。ただ、穂積はこの論争を——「職域争い」とはとらえずに——イギリス法的「歴史派」とフランス法的「自然法派」との学理上の対立であったと、学問的にとらえている（同書〔有斐閣、大正五年〕三五二頁、同〔岩波書店、昭和五五年〕三四二頁以下）。

35) 穂積・注 3）引用『法窓夜話』（有斐閣、大正五年）三六〇頁、同（岩波書店、昭和五五年）三四九頁。

ド民法すなわち「既成民法ヲ改正シタル重大ナル点」として編別構成があげられており、「既成民法——人事編・財産編・財産取得編・債権担保編・証拠編」が「修正民法——総則編・物権編・債権編・親族編・相続編」と改められたと記され、さらに条数も一三〇〇条余りから七二三条に減少させたとも記されている³⁶⁾。

では、標題に「留学組」としたので、三人の留學歷その他を簡単に述べておこう。梅謙次郎は、フランスに留学し、リヨン大学では首席で博士号を取得し、その後ドイツのベルリン大学に留学している。法典調査会における議論をみても、その議論の強さでは右にでるものはない状況であり、天才的法律家であったといつてよい。現行民法は、法典としてレベルが高いが、それには梅の明晰な頭脳がはずかるところが大であると、私は個人的に評価している。富井政章は、フランスに留学し、ドイツに留学したことはなかった。ただ、「各起草委員に補助委員を付すこと」が法典調査会上げ時の立方針として決定されており³⁷⁾、富井の起草補助委員となった仁井田益太郎がドイツ法に精通していて、仁井田を通じてドイツ民法草案をよく咀嚼し、後述するように、ドイツ民法は「近世法典中の完璧とも称すべきものにして其草案は我民法制定の際に最も多く参酌せられた」³⁸⁾と述べるにまでいたっている。さらに、穂積陳重は、最初はイギリスのロンドン大学キングズ・カレッジに三年間留学し、その後、ドイツのベルリン大学に入学している。

日本人起草委員三人をあわせてみると、英独仏すべての法律に対応できる状況が確保されていた。法典を起草するにあたって、比較法的にはフランスのよい配置であった。

36) 福島正夫編『明治民法の制定と穂積文書』（有斐閣、昭和三一年）一一一頁、一二九頁。

37) 穂積・注3『法窓夜話』（有斐閣、大正五年）三六〇頁、同（岩波書店、昭和五五年）三五〇頁。

38) 富井政章『民法原論第一卷総論上』（有斐閣書房、明治三六年）序三頁。

二 民法制定をとりまく国内政治と国際情勢

——海軍をめぐる富国強兵政策⇒治外法権撤廃⇒民法典の制定の「ガイアツ」へ

（一）富国強兵政策による海軍の増強が生んだ治外法権の撤廃

明治政府がとった国内政策は当然のことながら幅広いもので、法制度の西洋化はその一部にすぎなかった。明治政府の基本政策は、「富国強兵・殖産興業」であって、その元々の目的は、植民地主義にはしる西洋列強に対する防衛的・対抗政策であったが、それが同時に条約改正の後押しをする結果となったのである。焦点は、海軍力の増強であった。

明治初期の日本は、台湾出兵問題、そして朝鮮半島をめぐるも——冊封体制のもとで、李氏朝鮮が「朝貢国（ちょうこうこく）」として、「宗主国」である清の皇帝と君臣関係にたっていたため——清との対立が顕在的、潜在的に継続していた。そのような政治状況を背景としつつ、明治政府が「富国強兵」路線の一環として行った清の北洋艦隊を意識した建艦運動——明治天皇の勅語と宮廷費の毎年の下賜から始まり、官吏の俸給の割返上、国民の海防献金等の、国をあげての建艦運動——の結果、日本の海軍力は、日清戦争開戦の数年前から北洋艦隊の戦力を大きく上回る状況となっていた。そして、この海軍増強政策が、次に述べるように治外法権の撤廃に大きな影響を与えることとなった。

この時期、具体的には一八九一年にロシアのシベリア鉄道の工事が開始された。将来このシベリア鉄道が完成すると、ヨーロッパロシアの巨大な陸軍の極東への移動が容易となり、極東におけるイギリスとロシアの軍事力のバランスがロシアに傾くことが予想された。このような状況のもとで、明治の初期から——威嚇的態度をもって交渉にあたることも多かったパークス公使を中心に³⁹⁾——日本の条約改正の希望を他国とくらべても押さえる側にたっていたイギリスが、列強が啞然とし、在日外国人が愕然とする

39) 条約改正時のイギリスの公使は、前任者の「パークスよりもイギリス本国の政治・経済権力の中核に親近していた」といわれるブランケットであり、「可能な範囲で対日宥和に乗りだすべきである」と考えていた（引用は、五百旗頭薫『条約改正史』〔有斐閣、平成二二年〕一八六頁以下）。しかし、その前任者のパークスは、条約改正交渉にあたっては日本を離任するまで不平等条約維持・改正反対の立場を貫いた。彼が、交渉で具体的に果たした役割については、五百旗頭・前掲書の随所で語られている。

なか⁴⁰⁾、明治二七（一八九四）年の日清戦争開始のわずか九日前に⁴¹⁾、治外法権を撤廃する条約の調印に応じ、日本との友好関係を築く外交方針へと歩を進めはじめ、他の西洋列強の先鞭をきったのである⁴²⁾。そして、新条約調印式でのイギリス外相の発言につき、以下のような評価がある。これは、この「時点におけるイギリスの真意が那邊にあったかを端的に表明したものである」と言うことが出来よう。すなわち、アジアにおけるその覇権維持のために、いかなる国との協力を必要とするかが、イギリスにとっての最大関心事である。そして、今や、イギリスは清国を重視せず、日本をその同伴者として選んだことを、外相の真情の吐露という形式をもって、日本に伝えさせ、日本の対清・韓政策の決意を特に支持したものである⁴³⁾。また、条約改正交渉においてその発言がどの程度に重きをなしたかはさておき、日本側の交渉担当公使は、将来、日本は国力を増進し、イギリスのような大国の相談相手になるようになる、と息巻いている⁴⁴⁾。事実、この列強間での先陣を切った条約改正は、この後、イギリスが日本の海軍力を利用して、極東でロシアに対抗するための布石となった⁴⁵⁾。

40) 稲生典太郎『條約改正論の歴史的展開』（小峰書店、昭和五一年）四九〇頁。

41) この背景には、日清戦争が勃発すると、日本からの軍需物資の発注があるであろうという期待があったようである（山本茂『条約改正史』〔大空社、平成九年〕五五二頁参照）。

42) ただし、条約改正交渉それ自体の開始は、日本側が熱意を示し、イギリス側は受け身であったことは、「英国との予備交渉」の経緯が示すところである（山本・前注引用『条約改正史』四八〇頁以下参照）。

43) 稲生・注40) 引用『條約改正論の歴史的展開』四八九頁。ただし、本文の叙述にもかかわらず、朝鮮問題をめぐっては日英間に軋轢があったことには留意する必要がある（山本・注41) 引用『条約改正史』五四九頁以下）。

44) 山本・注41) 引用『条約改正史』五〇七頁。

45) 付言するに、シベリア鉄道は、この七年後の一九〇一年にバイカル湖区間を除いて完成し、その翌年の一九〇二（明治三五）年一月には、イギリスは「栄光ある孤立」を捨て、日英同盟の締結に踏み切ったのであった。

その時期までの状況について付言すると、ロシアは、三国干渉によって、日本が下関条約（正式名称：日清講和条約。明治二八〔一八九五〕年締結）によって清から割譲された遼東半島を清に返還することを求めたうえで、その翌年の一八九六年から一八九八年にかけて締結された複数の条約で、大連までの鉄道——後に、日本が取得した後は、南満洲鉄道と命名——の敷設権、および遼東半島の南端の旅順・大連の二五年間の租借権を得て、旅順に要塞、そして極東艦隊の基地を築いており、不凍港を手に入れていたのである。なお、最初の露清密約を締結するにさいして、ロシアが交渉相手の李鴻章の巨額の賄賂を贈って籠絡したといわれている。

（二）治外法権撤廃の前提としての民法典の制定

この条約改正交渉の状況を見ると、日本側の民法制定、あるいは法典整備は、——それ自体が条約改正交渉の眼目ではなかったものの、治外法権撤廃の底流的前提事情として——一貫してイギリス側の関心事でありつづけた。まず、条約改正の予備交渉の段階から、治外法権の撤廃のために「民法」の制定が必要であることは、イギリス側の主張するところであり、本交渉に入ってから「法典実施の担保」を求めたり、法典の内容にこだわったりしていた⁴⁶⁾。そして、最後に、治外法権の撤廃をとりきめた明治二七（一八九四）年の日英通商航海条約には条約本体に「議定書」が付されていたが、それらに付せられた付属外交文書の最後には（民法、商法、その他の）「法典ノ実施セラル、ニ至ルマテハ」、日本帝国は治外法権の撤廃を含んでいるこの条約の実施を求めないことが約されていた⁴⁷⁾。

ただ、日本の民法制定や法典整備は、条約改正をめぐる外交交渉の「焦点」となる眼目的交渉項目ではなかったもので、改正「日英通商航海条約」のなかにはもちろん盛り込まれてはおらず、また、「議定書」の「条項」にすら入っていない。しかしながら、イギリス側にとっては安心して治外法権を撤廃する前提ともいえるべき最重要背景事情ではあったので、日本側は、この条約改正の付属外交文書（日英通商航海条約調印日の日付での駐英日本公使からイギリス外務大臣に対する通知文という形式）で、法典実施までは——治外法権の撤廃を含んでいる——新条約の実施を求めないことを表明せざるをえなかったのである。法典編纂が治外法権撤廃の前提となる底流的前提事項であったことの証左である。

ここで、本稿 139 頁の叙述に立ち返れば、そこでは、不平等条約締結の背景には、第一に、強国が弱国に対する一般的外交政策があり、第二に、西洋列強の非西洋文化の国の法制度に対する不信と蔑視があると述べた。したがって、不平等条約の改正のためには、第一に、（強国の弱国に対する一般的外交政策を変更させるだけの）富国強兵政策とともに、第二に、（西洋列強からみた、非西洋文化の国の法制度不信と蔑視を除去するための）

46) 山本・注41) 引用『条約改正史』四九〇頁以下、五〇四頁以下、五二七頁以下参照。

47) 『公文類聚・第十八編・明治二十七年・第十四巻』（<https://www.digital.archives.go.jp/das/image-j/M0000000000001733125>）。

西洋型の法典の整備が——西洋型の裁判制度の導入とともに——必要であって、この第一と第二が車の両輪であった。この外交付属文書は、第二の視点の重要性を余すところなく示している。

このようにして、明治三〇年を挟む一八九〇年代に、日本は、表裏一体でもあった民法典の制定、治外法権の撤廃に成功した。民法とは一見関係しないような“日本の海軍力の増強”、“ロシアのシベリア鉄道の建設開始”が、治外法権撤廃の背景事情となったのである⁴⁸⁾。政治というものの奥深

48) なお、本文では、“ロシアのシベリア鉄道の建設開始”が、イギリスが条約改正に応じるための背景事情(=底流的前提事情)となった、と述べた。これは私個人の考えるところであるが、一般には、「いかなる国内的及び国際的契機が、条約改正を成功に導いたかは、今日未だ必ずしも全面的には明らかにされていない問題であり、日本の外交史家に残された重要な主題の一つであろう」といわれている(稲生・注40)引用『条約改正論の歴史的展開』四九七頁)。

そこで、私が考えているところを多少敷衍しておく必要を感じる。具体的に述べれば、イギリスの不平等条約改正交渉妥結に向けた動きが他の列強を唾然とさせるような急展開であった以上、「急展開させた原因」があったはずである。私個人の見立てとしては、この急展開の原因はその時点でイギリスの外交政策にあったのではないかと、と考えている。この条約改正交渉の時点でイギリスの対日外交の発想は“①王手・②飛車”であったように、私には思われる。まず、②の“飛車”のほうから述べれば、イギリスは、注41)に述べたように、目前に迫った日清戦争にさいして対日軍事物資輸出によって大きな経済的利益を獲得することを企図していた。(そして、どの戦争であっても、戦争の帰結を正確に予測することは不可能ながらも、海軍力の対比からすると、日本の勝利の公算が大きい、と考えた。かりに、その目が出て、その後も日本がこれまでと同じようなペースで軍事力の増強を続けていくのであれば、次の路線として、)①の“王手”を指すべく、もし、シベリア鉄道の完成によって極東での英露間の軍事的バランスが崩れるようであれば、日英連携を考えればよい、との秘めた思いがあった。ただ、条約交渉妥結の段階では、(①はあくまで将来の可能性の問題にとどまるので、とりあえず、現在の問題である②の利益を確実に確保しておいたうえで、将来に備えて)③日英友好の雰囲気醸成に務める。以上が、私が推測している、当時のイギリスの対日外交戦略である。

ただ、条約改正史の日本側の文献について私がみた範囲での限られた知見によれば、英露関係と条約改正の関係が論じられることはあるものの(たとえば、五百旗頭・注39)引用『条約改正史』二四頁、二八頁、一八六頁)、「シベリア鉄道敷設—英露関係—日英条約改正交渉妥結」の関係は分析対象となっていない。また、この時代の改正交渉担当者たちの見方を記述した文献をみても(たとえば、山本・注41)引用『条約改正史』五五九頁以下等)、日本側の改正交渉担当者がこの問題を意識していた形跡はみられない。ただ、イギリス側の資料——それも、直接の改正交渉担当者の視点から分析した資料ではなく、その背後で政策の根本的な枠組を決める立場のイギリスの外交・軍事政策をつかさどる政府首脳・軍首脳が描いていた対シベリア鉄道対策についての考えをめぐる資料——を渉獵したときに、どのような図式がでてくるのか、これが私の関心事である。ただ、私の研究がそこに及んでいないことは、読者に詫言するしかない。

最後に個人的なことを述べることになるが、最初の注1)にも述べたように、本稿のテーマである「日本民法・外在史」は、ながらく私が温めてきたテーマである。これと対をなす「日本民法典・内在史」の一部である学説史については、

さを物語るものであろう。

三 フランス型民法からドイツ型民法への転換 ——政体論からの大転換：民主政体か君主政体か

（一）日本民法典の源流論

本稿冒頭に紹介した星野説が発表される以前の学界では、「大體ドイツ法思想で民法は出來た」⁴⁹⁾ というのが、学界でも社会でも通念として受け入れられていた。ここに引用した言葉は、起草委員補助であった仁井田益太郎博士のものであるが、さらに具体的に、明治民法を起草した三委員の見解をみてみることにしよう。

まず、民法起草の中心となった梅謙次郎委員は、『法典質疑録』という明治民法起草についての最初の基本文献において、フランス民法は「冗長」「重複」等の「欠陥多く……新民法が主として範を此法典に取らざりし所以」を述べる一方、ドイツ民法第一草案を「古今独歩の美法典と謂うべし。故に新法典が尤も模範とせしは此草案に在る」と評している⁵⁰⁾。また、富井政章委員も、ドイツ民法は「近世法典中の完璧とも称すべきものにして其草案は我民法制定の際に最も多く参酌せられた」と述べる⁵¹⁾。穂積陳重委員は、「日本民法典は、比較法学の成果であるということが出来るか

問題関心を共有する他の編者と執筆していただいた多くの学界人の協力を得て、『民法学説百年史』（三省堂、一九九九〔平成一一〕年）をミレニウム・イヤーのまさに前夜に公刊できた（なお、学説の展開にも社会的要因が影響を与えることはあるので、「内在」・「外在」は相対的な程度の差であることはお断りしておきたい）。しかしながら、「外在史」についての公刊は手つかずであったところ、七〇歳を超えた年齢を考え、未完部分があることを自覚しながら今回、これまで考えてきたところを講演というかたちで公表に踏み切ったものである。このテーマについて「未完」としてもっとも強く意識しているのは、本注の前段に述べたイギリス外交史の解明という問題と、本稿132頁に述べた「津留の廃止」・「田畑勝手作」・「地所永代売買の解禁」という政策展開の底流についての解明が不十分であることである。この二点を残したまま本稿を公刊することになるが、もはや残された仕事の量から「他日を期す」ことが困難な年齢となった現在、この二つの問題を含め、次の世代の学徒が「日本民法典・外在史」の本格的な研究を深化・完成させることを願ってやまない。

49) 仁井田益太郎＝穂積陳重＝平野義太郎「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法律時報一〇巻七号（昭和一三年）二四頁。

50) 梅謙次郎「我新民法ト外国ノ民法」法典質疑録八号（明治二九年）六七頁以下、六七七頁以下（ただし、原文のカタカナをひらがなに変更している）。

51) 富井政章『民法原論第一巻総論上』（有斐閣書房、明治三六年）序三頁。

もしれない」と述べるとともに、「ドイツ民法の第一、第二草案から起草委員会が非常に貴重な資料を与えられたことは事実であり、それらの草案は委員会の審議に大きな影響を与えることになった。しかし、民法典に採用されている原理や規範を仔細にみても、文明世界のいたるところから資料が集められ、あらゆる国の法の原理や規範が、採用するだけの価値がありそうなきは遠慮なくとりいれられていることが明らかになるであろう。ある分野ではフランス民法の規範がとりいれられ、他では、イギリスのコモン・ローの原則がとりいれられている、等。他にも、一八八一年スイス連邦債務法、一八八九年の新スペイン民法典、……」と多くの法典を列挙している⁵²⁾。

星野教授は、民法起草者全員が右のようにドイツ法の日本民法典への影響について述べるなか、次のように述べる。「わが民法は、内容的にはフランス民法の影響が強いのだが、わが国では、何故か、最近に至るまで、これがドイツ民法の影響の強いものであると誤り伝えられていた」⁵³⁾、「四半世紀前まで、日本の法律家たちの間に一つの神話が支配していた。それは、日本民法典は、ドイツ民法典、より正確にはその第一及び第二草案をモデルとした、というものである」⁵⁴⁾。そして曰く、三人の起草者の発言をみると、穂積の言は、「はっきり触れていないので、独仏民法の何れの影響が大きいかについての傍証にはならない。これに対し、富井、梅においては、富井がドイツ民法を『最も多く参照』したとし、梅が、両法の影響が『尠クモ同ジイ位ノ程度』とするとの程度の差はあるが、独法とともに仏法の影響が強いとしているのである」⁵⁵⁾と述べる。

ただ、星野教授による右の評価のうち、富井説については正確であるが、穂積説、梅説に対する星野評価には大きな問題がある。まず、穂積は前述したように彼の評価を明確に述べ、全体として「比較法学の成果」であるとして、ドイツ法一辺倒ではないとしつつ、影響を与えた法を三ランクに分けて叙述し、第一ランクの全体的影響を与えたドイツ法、第二ランクの

52) N. HOZUMI, LECTURES ON THE NEW JAPANESE CIVIL CODE 22 [1922]。

53) 星野英一『民法概論Ⅰ序論・総則（良書普及会、昭和四六年）一九頁。

54) 星野英一「日本民法典及び日本民法学説における G・ボアソナードの遺産」加藤古稀 現代社会と民法学の動向 下（有斐閣、平成四年）五九頁。

55) 星野英一「日本民法に与えたフランス民法の影響」民法論集 一卷（有斐閣、昭和四五年）八九頁。

分野によっては影響を与えたフランス法とイギリス法、第三ランクのスイス債務法等と、差異をつけた叙述となっているのに、星野説では「はっきり触れていない」として、穂積の叙述にみられる影響度の差異の部分は無視されている。

梅説についての評価の問題性は、それどころではない。梅博士は、さきに引用したような評価をドイツ法とフランス法について述べる一方で、確かに、ドイツ法と「尠クモ同ジイ位ノ程度」にフランス法またはフランス民法からでた他の法典が参照されていると述べているが、この発言は、フランス民法百年記念式の開会の辞という祝賀演説の場において述べられたものであった⁵⁶⁾。そこにおいてすら、単体としての独仏両法の影響が「同ジ」だと述べるのではなく、ドイツ民法単体とフランス法系の法典全体とを対比するかたちで、両者が同等の影響を与えたかのように述べたのは——後述する客観的な場での評価を考えると——梅博士なりの精一杯のフランス法に対する苦しいお世辞であったではないかと思われる。それはともかく、祝賀の席における発言の場合、祝意という要素が知的廉直以上に大切であり、オーバーに祝賀の対象を褒めるべきものであることは、結婚式等で誰もが経験していることであろう。星野論稿は、梅博士が『法典質疑録』という基本文献に記載された客観的な場での評価——欠陥が多いフランス民法と古今独歩の美法典であるドイツ民法第一草案という対照的な評価——を無視して、フランス民法百年記念式の開会の辞の言を根拠に、梅博士の評価を「同等」の影響と位置づけ、しかも「梅の発言は、はっきりしている」⁵⁷⁾として、これが決定的な評価であるような叙述をしたのである。

ただ、この星野論稿は、それまでの“日本民法は、ドイツ法の影響下に制定されたという「常識」”を打ち破ろうとするものであったため、学界に大きな衝撃を与えた。しかしながら、星野論稿が「神話」と評する「それまでの常識」は、漫然と学界に伝承されてきたものでは決してなかった。

お雇い外国人であったフランス人法学者ポアソナードが起草した旧民法は、起草者の学識を反映し、フランス民法の影響が強いものであった。と

56) 梅謙次郎「開会ノ辞及ヒ仏国民法編纂ノ沿革」仏蘭西民法百年記念論集（有斐閣、明治三八年）三頁。

57) 星野・注55) 引用「日本民法に与えたフランス民法の影響」民法論集 一卷 八八頁。

ころが、現行民法の起草委員の一人となり、また、本稿冒頭にも述べたように、伊藤博文の命によって法典編纂の方針意見書を上申した穂積陳重は、最初の諮問に示された「法典調査に関する方針意見書の全体は、(一)民法の修正は、根本的改修なるべきこと、(二)法典の体裁は『パンデクテン』式を採用」⁵⁸⁾するとされた、と述べている。この方針は最後まで貫徹されたようで、民法財産編の議会提出理由説明草稿にも、「法典修正ノ方針及ヒ結果」と題されたなかには、ポアソナード法典が「殆ンド改修ナルコトハ後ニ明ナリ」⁵⁹⁾と記載されている。

そして、日本民法典制定にさいし、このようなポアソナード法典からの乖離が基本方針として採用されたのは、その当時、内閣総理大臣を務めていた伊藤博文による国策上の転換を反映したものであった。ポアソナード民法典の公布は明治二三（一八九〇）年であり、明治二六（一八九三）年に施行が予定されていたところ、その間にいわゆる法典論争が勃発し、明治二五（一八九二）年に民法商法施行延期法案が帝国議会を通過し、結局、施行されることなく終わった。ただ、ポアソナード法案の財産編等が最初に内閣総理大臣伊藤博文に上申されたのは明治一九（一八八六）年のことではあったが、その年の末、お雇い外国人のドイツ人法学者ロエスレルは、伊藤博文に大綱次のように語っている⁶⁰⁾。個人の平等や家族関係をみると、フランス民法は民主主義的性格を有するのに対し、ドイツ民法はこれと反対に保守的性格をもち、君主政体または貴族政体にもっとも適しており、封建制度の後をついで施行した場合に、一国の政治上の基礎を強固にするにたりる。

ただ、文献史的にたどることができる転換点は明治一〇年代の末でも、この種の情報はそれ以前に明治政府の首脳に耳に入っていたのではないかと思われ、明治一〇年代の後半には法律学の分野では「滔々たるドイツ留学の潮流」ができあがっていた。その当時のフランス公使が本国へ送付した政治外交報告には、明治一八（一八八五）年に初代内閣総理大臣に就任した伊藤博文が、「対外政策については、非常に奇妙な一つの措置」をとっ

58) 穂積・注3)『法窓夜話』（有斐閣、大正五年）三六〇頁、同（岩波書店、昭和五五年）三四九頁。

59) 福島・注36)引用『明治民法の制定と穂積文書』一二八頁。

60) 「民法二付ロエスレル氏意見」伊藤博文編 秘書類纂法制関係資料上（原書房、昭和四四年、復刻原本昭和九年）一一五頁以下。

たとして、「二〇名程の日本の青年が——その中の何人かはフランス語とフランス法の教育を受け、また他の者は、外国語に堪しては、英語しか解さないのだが——、法学を学ぶためにドイツ留学の命令を受けた」旨が記されている⁶¹⁾。

以上の叙述からわかるように、日本民法制定のモデルとしてフランス法かドイツ法かという選択は、法律家がみる民法典に終始する狭い視野でのモデル法選択という次元の問題ではなく、日本の国制としての君主政体とも連動する政治的選択の一環としてなされたものであり、日本の民法学史において注目されがちな法典論争の開始以前の、ポアソナードが旧民法を起草中の明治一〇年代から始まっていた国制的な流れの一環であった。

星野論稿の視野がこのような問題にまで及ばなかったことを責めるつもりはないが、ただ、民法起草委員の見解を検討するさいに、基本文献における梅博士の客観的な叙述を無視して引用することなく、フランス民法百年記念式における開会の辞を論拠に分析しているのは、客観的な分析態度とはいえないであろう。とりわけ、民法起草委員の三人全員がドイツ法の影響が強いという評価に一致しており、民法起草時の資料もその方向を指しているなかで、引用資料の操作によって、無理に別方向を打ち出すことが試みられたのではないか、との疑念が消えないのである。それは、次に紹介する仁井田博士の発言の引用の仕方にもみられるところである。

富井博士担当の起草委員補助⁶²⁾であった仁井田益太郎博士が、「元來、富井先生の頭の動き方は、ドイツ法の流儀である。フランス法出身ではありませんけれども、何時でもドイツ法の思想で動かされると見て宜しからうと思ふ」⁶³⁾、「富井先生は能くドイツ法の思想を消化して之を採られて居ると思ひます」⁶⁴⁾、「ドイツ法の思想を採るに就ての先驅をなしたのは大體富井先生だと云つてもよい。尤も穂積先生、梅先生はベルリンに一年ばかり居られて、其時にドイツ法の考へを充分吸収して歸られたと思ふ。つまり、

61) 以上、大久保泰甫「岐路となった若き日の二つのでき事」法律時報七〇巻七号（平成一〇年）四八頁以下。

62) 仁井田＝穂積＝平野・注49) 引用「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法律時報一〇巻七号一七頁。

63) 仁井田＝穂積＝平野・注49) 引用「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法律時報一〇巻七号二二頁。

64) 仁井田＝穂積＝平野・注49) 引用「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法律時報一〇巻七号二四頁。

三人共ドイツ法の思想には共鳴して居られたのです」⁶⁵⁾と評価しているなかで、留学先のフランスの影響が梅、富井両博士にあるので、「草案の内容に影響しているであろうと推測することは、ごく自然であろう」⁶⁶⁾と説くのは、我田引水もここに極まれりとの感もなくはない。

また、起草委員補助であった仁井田益太郎博士の言自体についての評価をみても、民法起草過程についてオーバーオールに状況説明をしている「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」を参照しながら、さきに引用した「大體ドイツ法思想で民法は出来た」⁶⁷⁾という一般的评价にはまったく触れることなく、同博士が、「全体として旧民法は可なり勢力を持って居たのですか」という質問に対し、「相当の勢力を持って居った」⁶⁸⁾と肯定的な回答をした一部分のみを本文で引用し、関連説明を注に回すという執筆姿勢には、一種の偏向がみられるといわれてもしかたがないように思われる。

(二) 学的客観性と「ひいき」論

もちろん、人が一定の国・集団・人をひいきにすることは自由である。ただ、学問分析にそのような感情を持ち込んでよいか否かは、まったく別問題というべきであろう。

これには、星野教授の一つの姿勢が関係していたのではないかと思われる。星野教授は、自らの論文において「今日においても、各国に留学した学者がその国の『ひいき』になることは、驚くべきものがある」⁶⁹⁾と述べている。留学の有する意味は時代によって異なるとしても、私が個人的に接した星野教授と同世代の法学研究者のなかに、留学先の国に対する「ひいき」を感じさせる人は少なく、「ひいき」度では星野教授が際だっていた。これが私個人の見方ではないことは、フランス法研究者の評価——「星野

65) 仁井田＝穂積＝平野・注49) 引用「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法律時報一〇巻七号二五頁。

66) 星野・注55) 引用「日本民法に与えたフランス民法の影響」民法論集 一卷八五頁。

67) 仁井田＝穂積＝平野・注49) 引用「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法律時報一〇巻七号二四頁。

68) 仁井田＝穂積＝平野・注49) 引用「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法律時報一〇巻七号二三頁。

69) 星野・注55) 引用「日本民法に与えたフランス民法の影響」民法論集 一卷八六頁。

先生は徹頭徹尾フランスを御関心の中心に据えられていた。フランスのこととなると目の色が変わるので、francophile（フランスびいき）どころか、francofolie（フランス狂）だと愛着を込めて評する友人もいた^{70）}——からも明らかであろう。そして、ここでの本題である民法起草者三人についても、さきに引用したそれぞれの言をみると、梅、富井の両博士の言からはフランスびいきドイツびいきという素地は感じられず、「ひいき」とか「嫌悪」という感情的な要素よりは、単に「評価」を行っているという感を私個人は受けるし、穂積博士の言も冷静そのものである。星野教授が「ひいき」という観点から、フランスに留学した梅や富井の両博士が民法起草にさいしてフランス法の影響を受けたはずだと考えるのは、フランスびいきの自らの私情を一般化し、民法起草者に投影したものである、との感が強い。

星野教授は、一般には学術研究の資料の引用には厳しい姿勢を堅持している研究者の一人であった。それにもかかわらず、以上のような偏頗な文献引用を基礎に、これまでの通説的なドイツ民法の日本民法典に対する強い影響を「神話」^{71）}と切って捨て、「日本民法典（前三編を指す。以下同じ）に対して系譜的に連なるものは、ドイツ民法（草案）よりはフランス民法である」^{72）}というのには、いったい何があったのであろうか。それを考えるさいには、星野法学を特徴づける方法論も視野に入れる必要があるが、それは本稿のテーマを超えるきらいがあるので、別稿に譲ることとする^{73）}。

70) 北村一郎「追悼 星野英一先生」内田貴＝大村敦＝星野美賀子編 星野英一先生の思い出（有斐閣、平成二五年）一〇四頁。

71) 星野・注54) 引用「日本民法典及び日本民法学説におけるG・ボアソナードの遺産」加藤古稀 現代社会と民法学の動向 下五九頁。

72) 星野・注55) 引用「日本民法に与えたフランス民法の影響」民法論集 一卷 七一頁。

73) この点については、『加藤雅信著作集第九卷 債権法改正史私論上』に所収予定の「利益較量論と星野法学」および「星野法学における『逆転の発想』」（仮題）を参照されたい。付言するに、この「三 フランス型民法からドイツ型民法への転換——政体論からの大転換：民主政体か君主政体か」の記述は、現段階では未公刊のこの著作集を引用したものである。したがって、著作集第九巻が発刊された暁は、この部分の叙述が重複することをお断りしておきたい。

(三) 日本民法・源流論の具体的検討

——民法一七七条と、七〇九条は、フランス法系の条文か？

以上、日本民法・源流論を論じはしたが、ここに述べたのはあくまで抽象的レベルでの検討であった。ただ、講演の後に、聴衆から民法一七七条と、七〇九条という二つの法制度に対するフランス民法の影響についての質問がだされ、私は一定の回答を行った。いずれも、将来、民法起草過程の詳細な検討を行ってから論文として発表したいと考えていた問題で、詳細は本稿末尾の「質疑応答」の叙述に譲るが、要点だけをここに紹介しておきたい。

物権変動法制については、日本民法はフランス型の対抗要件主義を採用し、ドイツ型の効力要件主義をとらなかったことは事実である。ただ、気をつける必要があるのは、この理由は、現行民法起草者が、フランス型の対抗要件主義がドイツ型の効力要件主義よりも優れていると考えたからでも、この個所にボアソナードの影響が残ったからでもない、ということである。日本民法が施行されたのは明治三一（一八九八）年であったが、不動産登記法は、その翌年の明治三二（一八九九）年に施行された。その結果、かりに民法がドイツ型の登記の効力要件主義を採用すると、民法施行時点では、不動産取引それ自体が不成立という事態が発生し、取引社会が機能不全におちいることになりかねなかった。「質疑応答」の個所で述べるように、このような極端な破綻状況を回避するためには、対抗要件主義を採用せざるをえなかったのである。立法担当者にとっては、当時の法制度を前提とした“強いられた選択”であったのかなかったのか、起草過程を慎重に調べる必要があるところである。

また、不法行為については、学界の一部にフランス法源流論をとる者もいるが、ボアソナード民法から現行民法への文言の変更をみれば、現行民法起草の段階で、ドイツ法がモデルになったとみるのが自然である。この問題にかんしては、起草過程についても調べたうえで、体系書で簡単に述べたことがある。

いずれについても、詳細は、本稿（下）に譲る。

四 成立した日本民法典が果たした機能 ——日本列島における市場の法的統一

民法を含む法典整備がなされた結果、当時の日本の官民あげた悲願であった「条約改正」は——日英条約交渉の外交付属文書に規定されていたような延期約定が発動されることもなく——無事、とりおこなわれた。

条約成立の帰結として、これとともに注目すべきは、徳川幕藩体制のなかで、これまで法的に分断されていた日本列島の法的統一が実現され、国内市場の取引の円滑化が実現したことである。経済的にひとつの市場となっているところに複数の法系が存在すると、法統一の動きが現れることは、アメリカにおける UCC（Uniform Commercial Code、統一商事法典）が州際取引の円滑化のために商事モデル法典として起草され、EU（欧州連合）が法統一運動や各種の私法絡みの EU 指令（ディレクティブ）を生みだし、国際取引が活発な手形や動産については「ジュネーブ手形法統一条約」や「国際物品売買契約に関する国際連合条約」等が生まれたことを考えれば明らかである。これと同じ機能を有する動きが、一九世紀末の日本では、「ガイアツ」による「法典整備」によって実現したのである。ただ、この問題については別著ですでに論じたので、詳細はその叙述に譲りたい⁷⁴⁾。

74) 加藤雅信 = 池田眞朗 = 大村敦志 = 鎌田薫 = 道垣内弘人 = 水野紀子 = 山本敬三編『民法学説百年史』（『民法学説百年史』（三省堂、平成十一年）二三頁以下（加藤執筆部分）。