

「民法」財産法の形成と外国法 その二

——民法典編纂事情を中心として——

中 村 吉 三 郎

一

明治二十三年四月二十一日、法律第二十八号^(一)として「民法」財産編・財産取得編（第二章迄）・債権担保編・証拠編、次いで、同年十月七日、法律第九十八号として「民法」財産取得編・人事編が、それぞれ発布され、また、同年四月二十六日、法律第三十二号として「商法」第一編総則・第二編海商・第三編破産が発布された。^(二) 商法は、翌二十四年一月一日より、民法は、明治二十六年一月一日より、それぞれ施行されることとなっていた。^(三)

(一) 明治十九年二月二十四日勅令第一号「公文式」により、従来の太政官第何号布告という形式は、法律第何号という形式にあらためられた。なお、「公文式」は、明治四十年二月一日勅令第六号「公式令」にあらためられ、その「公式令」も、昭和二十二年五月三日政令第四号により廃止された。

(二) 発布（公布）の方式も、はじめは、「諸布告御発令毎ニ人民熟知ノ為メ凡三十日間便宜ノ地ニ於テ令揭示候事」（明治六年民法典編纂事情を中心として）

二月二十四日太政官第六十八号布告」とされ、あるいは、「太政官日誌」に登載したり、一般新聞紙に、「太政官記事及公報」として掲載させたりしていたが、明治十六年六月二十日太政官第二十七号布告により、「官報」が発行されることとなり（明治十六年七月二日月曜日第一号発行）、以後は、官報に登載することとなった（明治十六年五月二十二日太政官第二十三号布告、同十八年十二月五日太政官第二十三号布告）。

(三) これよりさき、「民法」制定というよりも「民法典」編纂ということは、江藤新平の主張（明治三年閏十月三条太政大臣に提出した国法會議議案に、「一休各国ともに政府と政府との交際は公法を以て相整へ、政府と其国民との交際は国法を以て相整へ、民と民との交際は民法を以て相整へ候次第、各国の通義之様相成居、総て国家富強盛衰の根元も専ら国法民法施行の嚴否に係致し候……」により、はやくから企画され、あるいわ、着手されていた。従つて、これ以前にも、制度局の「民法決議」（明治四年頃？）、司法省明法寮の「第一回稿本皇国民法仮規則」（明治五年）、同「第二回稿本改刪未定本民法」、「民法仮法則」（明治六年）、左院の「民法各規則草案」（明治六年末？）、司法省の「民法草案」（明治十年、十一年）などの民法草案があったが、いずれも未完成に近いものだった（石井良助「民法典の編纂—民法決議より民法仮法則迄—」国家学会雑誌第五十八卷第二号、同「左院の民法草案」同第六十卷第一号、第六号）。

ところで、何故に、民法、商法の制定を、というよりも民法典、商法典の編纂を、このように急いだのか。もとより、その本質的な要因が、急ぎ育成され、にわかに發達した日本資本主義の要請にあったことは、いうまでもないが、もっと卑近な理由に例の不平等条約改正のためということがあったことも、いなめない。

ともかく、「日本と欧州各国とは、各其風俗習慣を異にすと雖ども、民法無かる可からざるは、則ち一なり。宜しく仏国の民法に基きて日本の民法を制定せざる可からず……誤訳も亦妨げず、唯、速訳せよ」（江藤南白「下巻百七

頁)といった江藤新平流の促進論も、うなずけるが、商法の施行を、わずか数ヶ月の後にしたところなどは、やはり本質的要因の強さを物語るものではあるまいか。

それにしても、何故に、民法も商法も、「法典」でなくてはならなかったのか。日本資本主義が、民法、商法を要請するのは、わかる。それなるが故に、前稿「その一」に述べたように、所謂「積重ね方式」(「積たて方式」)ではあったが、その要請に応じて、民法も(勿論、商法も)、形成されてきたわけであった。にもかかわらず、政府の方針は、何か、はじめから大法典をつくることに決っていたようなかんすらある(右註三に見られる民法編纂事業にも、そのかんが明らかである)。この点でいえば、民商法制定促進論(政策)には、その本質的な要因より、むしろ、より現実的な当面の理由、すなわち、条約改正のためという理由のほうが、より強く、はたらいっているようにも考えられるが、筆者は、これとは別に、当時の政府指導層や国民の多数を支配していた「事大主義」によるものでは、あるまいかと思う。法典という形態をとる法が、実際に、それほど必要であるか、ないかを論外にして、ともかく、先進諸外国にあるような、いな、できれば、それより立派な堂々たる「大法典」をつくりたいという気持が、むしろ決定的だったのではあるまいか。たしかに、ここに、日本の法や法学に対する後進性、つまり「ナマビラケ性」があった(今や、全く影を隠したとはいえないが)。実際に、それがなくてはならぬかと、現実にとだけ必要ななどは、たいして問題(前提)とはならないのである。それだから、本稿で主として述べようとする所謂「法典争議」においても、民法、商法が大法典の形態をとらねばならないものかどうかの議論(とくに当時の日本にとって、その必要が絶対にあったかどうかの議論)、すなわち、まさに法典編纂の是非の議論は、ほとんどなく、ただあったのは、今公布され

た、この民法典、この商法典が、よいか悪いかの議論だけだった。民法も商法も大法典でなければならぬことは、はじめから、きまりきったことがらでも、あるかのようなかんがあった（こんなことから、外国法の影響の複雑さが窺われよう）。

二

明治二十三年は、民法、商法が發布されただけではなかった。明治二十二年二月十一日の「憲法発布勅語」には、「帝國議會ハ明治二十三年ヲ以テ之ヲ召集シ議會開会ノ時ヲ以テ此ノ憲法ヲシテ有効ナラシムルノ期トスヘシ」とあるから、「大日本帝國憲法」も、明治二十三年十一月二十九日（第一回帝國議會召集二十五日、開院式二十九日）から実施された次第で、これよりさき同年七月一日には、第一回衆議院議員総選挙が行なわれている。もとより制限選挙制であったので、総選挙とはいえ、全国総選挙人わずかに四十五万三百六十五名、全国民の約一・二四パーセントに過ぎなかったが、それでも日本史上最初の民選議會が開かれたわけである。しかし、ここに、史上最初の民選議會が開会され、「不磨ノ大典」が施行されたことにもまして重要だったことは、これより一ヶ月前、同年十月三十日に、「教育ニ関スル勅語」が渙発され、確固不動（「古今ニ通シテ謬ラス中外ニ施シテ悖ラス」）の日本国家、日本臣民の基本的倫理体系、規程（「我カ皇祖皇宗ノ遺訓ニシテ子孫臣民ノ俱ニ遵守スヘキ所」）が、天皇の名において宣言されたことであった。^(一)

(一) 石関敏三「教育勅語―その成立と批判―」（『社会科学討究』第十卷第一号）

さて、第一帝國議會が開かれてみると、まず、兩院に実業界から「商法実施延期請願書」が提出され、これが、はからずも後の法典施行延期問題（所謂「法典争議」）の端緒となったが、そもそも、前記のように、商法も民法も最早、草案ではなく、れっきとした法律として、すでに公布されたものである以上、議会の審議をうける筋合はなく、のこされた道は、その施行を延期する法案の審議成立だけだったからである。審議といえ、民法も商法も、すでに「元老院」^(二)において、審議可決されていたわけである。

(二) 「元老院」とは、明治八年四月十四日の所謂「立憲漸進ノ詔勅」で、従来の「左院」にかわって設置された立法諮問機関で、「元老院十を除けば元左院」などと揶揄された官選の「議員」によって構成された「機関」というより「府」であった。故に、それが、議會にかわったというより、憲法審議の必要から生まれた「枢密院」（明治二十一年四月三十日勅令第二十二号「枢密院官制及事務規程」）となったといった方が、むしろあたらう。なお、明治法制經濟史研究所編「元老院會議筆記」（前期全十五卷中既刊七卷、以下刊行中）。

もっとも明治二十二年すでに、「法学士会」の春期總會でも、「須ラク草案ノ儘ニテ之ヲ公ニシ仮スニ歲月ヲ以テシテ広く公衆ノ批評ヲ徴シ除々ニ修正ヲ加ヘテ完成ヲ期スヘキナリ」といった決議もあった。おそらく、ドイツ民法第一草案が、草案のままで公表されていたこと（一八八八年、明治二十一年）などに影響されてのことであろうが、その主張は、けだしもっともというべきであらう。しかし、それは主として民法についていわれたことであるから、しばらくおくとしても、全三編千六十四条におよぶ大法典たる商法を、公布後わずかに数ヶ月で実施というのも、いささか性急過ぎたばかりでなく、この商法は、主としてドイツ人ヘルマン・ロエースレルの手によって起草されたの

で、その編別こそフランス法的ではあったが、規定の内容は、むしろドイツ法的というべきで、主としてフランス人ボアッソナードの手で起草された民法との間には、運用上の難点も多かった。そんなこともあって結局、「商法及商法施行条例施行期限法律案」は、同年十二月十六日に衆議院で、十二月二十二日に貴族院で、それぞれ可決され、十二月二十六日法律第百八号として公布されるにいたった。これにより、商法の施行は、民法と揃って、明治二十六年一月一日からということになり、今度は、施行延期問題も民法ならびに商法の問題とまとめられ、ともに、すべて明治二十五年末まで、もちこされたかたちとなった。

三

ところで、明治二十四年十二月二十五日には、衆議院が解散となり、翌二十五年二月十五日に第二回衆議院議員総選挙が行なわれたが、この選挙における松方内閣、とくに内務大臣品川弥二郎による選挙干渉（妨害）は、（全国的に）激甚をきわめ、とくにその苛烈だった佐賀県、高知県などでは、投票不能のため再投票が行なわれるほどだった（佐賀県第三区、高知県第二区）。もっとも当の品川内相は、さすがに、このため三月十一日に辞任したが（枢密院副議長副島種臣が内相となる）、勿論、野党側にとっては、こんなことくらいで、おさまるわけはなく、おさまらないまま、五月二日、第三回帝国議会が招集され、五月六日から開会されるにいたった。劈頭、衆議院には、「選挙干渉ニ関スル上奏案」などが上提されたが、五月十二日、鎧袖一触、否決されてしまった。そこで恰も登場してきたのが、「民法商法施行延期法律案」であった。これなら政府も、そうむげには斥けかねる問題だったからであろう。

事實、民法商法施行延期問題は、すでに公布されていた民法、商法の実体から離れて、「民法出テテ忠孝亡フ」といったところへ移ってしまったかんすらあった。「民法出テテ忠孝亡フ」とは、当時、延期派の牙城の観があった「東京法学院」(元「英吉利法律学校」)、「中央大学」の前身)の機関誌「法学新報」(元「法理精華」)第五号(明治二十四年八月二十五日発行)に発表された穂積八束の同名の論文に由来するものであるが、これまた、肝心の論文の内容それ自体を離れて、ただ「民法出テテ忠孝亡フ」という奇抜な警句だけが独走(巷間に流布)していたかんすらあった。そもそも、政府攻撃陣営が、あえて法典施行延期問題にとびついていったのは、おそらく、問題をここまで俗論化させれば(あるいは、すでに俗論化していれば、なおさら)、院外的一般大衆の同調、支援も期待できるとみたからではあるまいか。はたして、「民法商法施行延期法律案」は、五月二十八日貴族院を、六月十日衆議院を、それぞれ通過可決され、民商法とも、「ソノ修正ヲ行フタメ明治二十九年十二月三十一日マテ其施行ヲ延期」されることとなった(もっとも延期法そのものは、成立後、同年十一月二十四日にいたり、やっと、法律第八号として公布された)。そして、六月二十二日には、延期派議員、学者三百余名が、小石川後樂園で盛大な「祝賀園遊会」を催し、おわって向島の料亭「植半」で二次会、さらに……とか。

こうなると、いささか何のさわざか、わからなくもなるが、しかし、このような政治的駆引・策略にも似た攻防戦の実況や、フランス法的民法「典」が日本の現行民法となり、ドイツ法的商法「典」が日本の現行商法となることにより、所謂司法試験⁽²⁾等の受験のうえに明らかに不利となることが予想されるイギリス法的法学教育をうけた法学生たちの反対の現実も、さることながら、この法典争議のそこには、もっと本質的な問題が、よこたわっていたのである。

(二) 明治十七年十二月二十六日太政官第二百二号達「判事登用規則」

第一条 判事ニ登用スルハ法学士代言人及ヒ試験ヲ行ヒ及第シタル者ニ限ルヘシ

第四条 試験ハ司法省ニ於テ隨時之ヲ舉行ス但其期日及ヒ試験出願等ノ手續ハ司法卿之ヲ定メ六箇月前ニ告示スヘシ

第六条 司法卿ハ試験科目ヲ定メ試験二箇月前ニ之ヲ告示スヘシ

第七条 試験ノ方法ハ筆記口述ノ二様トス但筆記試験ニ不合格ナル者ハ口述試験ヲ為サス

右規則によつて、はじめて試験が実施されたのは、明治十八年八月であつた。なお、所謂「高文試験」といわれるようになったのは、明治二十六年十月三十日勅令第百八十三号「文官任用令」、同第百九十七号「文官試験規則」、同二十七年閣令第二号「文官高等試験細則」、大正七年一月十七日勅令第七号「高等試験令」、同第八号「普通試験令」等よりのことであつた。

すなわち、ことのおこりは、実のところ、すでに、民法、商法が公布された直後、第一回帝国議會開会（憲法施行日でもあつた）の一ヶ月前、明治二十三年十月三十日に「教育ニ関スル勅語」が渙発されたことに、はじまつていたのであつた。いうまでもなく、「教育勅語」の渙発は、天皇の、すなわち日本国家の、国民遵守の倫理規程の一方面的宣言であつた。これがとくに、勅語という形式で天皇の名において宣言されたというのも、とりもなおさず、日本国民の倫理体系は、天皇によつて（国家によつて）一方面的独断的に決定されるもので、絶対に批判の余地もなければ、批判の対象にもならないものであることを明確に示すものでもあつた。

故に、前記穂積八束の「民法出テテ忠孝亡フ」は、「所謂君子国ノ美俗ハ……唯学校ノ修身教課書ヲ以テノミ保維スルコトヲ得ルカ」と、結んでいるが、そもそも、学校の修身なるものは、「教育ニ関スル勅語ノ旨趣ニ基キ」（明治

二十四年十一月十七日文部省令第十一号「小学校教則大綱」(第二条)なされるものであったから、学校の修身での教
えと民法の規定とが抵触(?)するということは、教育勅語に宣言された絶対的国定の国民倫理規程と民法の規定と
が抵触するということにほかならず、その勝負は、はじめから、きまっていたわけである。まさに、忠孝いで、は、
民法、亡びざるを得なかつたのである。

しかも、この絶対的倫理規程は、天皇、すなわち国家が決定宣言したものだから絶対的ではなく、それ自体が、
まさに「古今ニ通シテ謬ラス中外ニ施シテ悖ラ」ざる「我カ皇祖皇宗ノ遺訓」であると説かれていたのだから、例え
ば、ボアッソナードなどが、今度の日本の民法の諸規定も、人類に普遍の不易の自然法によるものであるなどと説い
て、いかに懸命に擁護してみても、所詮、はじめから勝負には、ならなかつたわけである。

四

では、この倫理規程に抵触する民法の規定とは何か。本質的には、民法の基調たる利己的個人主義(個人本位、個
人自治)ということになるが、具体的には、やはり民法中人事編の規定に具現してくる。そこで、本稿の課題に
は、はづれることになるが、明らかにされねばならぬ対象が対象である関係上、いささか、この問題にも、ふれよ
う。

さて、この倫理規程の中核をなすものは、一言にしていえば、「忠孝一本」ということである。すなわち、天皇へ
の忠ということが、自分の親への孝ということに絶対に矛盾をきたすことがないということで、そもそも、この矛盾

が止揚されるところにこそ、これが、天皇を頂点とする日本国家、国民団結の紐帶たり得るところがあるわけであるが、それには、家族制度の尊重という手当てが在る。まさに、この手当てがあつてこそ、教育勅語にいう「克く忠ニ克く孝ニ」ということが、「我カ国体ノ精華」、「教育ノ淵源」たる所以をもち、国民統合の紐帶となり得るのである。従つて、別のことばでいえば、「家系ヲ尊ヒ家名ヲ重シ祖宗ヲ崇フ」所謂「淳風美俗」ともいえ、しかも、これまた「建國ノ精神ニ胚胎スル我國民ノ性情」にして、「國家ノ隆興民族ノ繁栄」も、これによつて「培養」せられるものといえるのである。また、それなるが故に、すでに、武家社会（家祿制）の崩潰により、その経済的基盤（いわば合理的根拠）を失つて、まさに崩壊に瀕してはたはたの家父長制的家族制度^(二)を、自然の推移にさからつてまで、ここに、あえて復活、再建しようとしていたのであつた。かくて、家族制度の復活、再建は、国民各自が所属する一個の「家」（その「家」が日本國家を形成するものとされていた）の問題、「家」の中の秩序（支配服従關係）の問題にとどまらず、直ちに、日本國家、國民統合の問題でもあつたわけである。しかも、この家族制度を再建し、家族制度的イデオロギーの復活をはかるとすれば、まさに、この時期を、おいてはなかつたらう。憲法發布を追うようにして、その発効の直前、教育勅語が渙發されたということが、すでに、このことを物語つていよう。また、みようによつては、維新以来二十余年では、未だ世代の交代も、それほどゆきわたらず、それに、人間の意識や感覚は、その人一代中は、なかなか變りにくいものであることなどを考えあわせれば、あるいは、當時が再建、復活の絶好の機会というよりも、その可能な最後の機会だつたのではあるまいか（このことは、その後も、いく度も執拗なほど、くわだてられた淳風美俗による民法親族編、相続編の改正工作をみても）。

そこで、民法の規定にして、もし、この重要な家族制度に、差し支えるようなものがあれば、極力、これを排除しなければならなかったし、もし、できれば、積極的に家族制度を維持するような規定も、ほしいところだったわけである。ところが、ボアソナードによって、つくられた、この民法には、皮肉にも、かえって家族制度を肯定した規定すらあったのである。すなわち、「戸主トハ一家ノ長ヲ謂ヒ家族トハ戸主ノ配偶者及ヒ其家ニ在ル親族、姻族ヲ謂フ」(第二百四十三条第一項)、「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」(同条第二項)をはじめ、「家族ハ婚姻又ハ養子縁組ヲ為サントスルトキハ年齢ニ拘ラス戸主ノ許諾ヲ受ク可シ」(第二百四十六条)、「然レトモ此者カ婚姻又ハ養子縁組ニ付キ実家戸主ノ許諾ヲ受ケサリシトキハ戸主ハ復帰ノ事由ヲ知リタル日ヨリ一ヶ月内ニ身分取扱吏ニ申立テ復帰ヲ拒ムコトヲ得」(第二百四十七条第二項)などという規定から、さらには、「家督相続ヲ為スコキ男子アル者ハ養子ヲ為スコトヲ得ス」(第一百七七条)とか、「戸主ニ非サル者ハ養子ヲ為スコトヲ得ス」(第一百九条)とかいった規定まであったのである。にもかかわらず、この民法が、あたかも「建国ノ精神ニ胚胎スル我國民ノ性情」にして「國家ノ隆興民族ノ繁榮」を培養するものである家族制度という「淳風美俗」を一切排斥するものであるかのようにいわれて、ついに、そのいわれなき(?)汚名のために葬られてしまったようなものであった。蓋し、「民法出テテ忠孝亡フ」のムードに、おしきられてしまったかんがある。あるいは、さらに穿ったみかたをすれば、すでに公布までされた民法の一つぐらいを反故にしても、それで「淳風美俗」のムードがづくりだせるものなら、勿怪の幸というところであったのかもしれない。

それはともかく、「民法」財産法の方は、さらに気の毒な次第で、たまたま同じ飛行機に乗合わせたばかりに、と

んだ厄にあったようなものだった。何故ならば、民法も、この方面では、所謂淳風美俗的倫理規程に正面から、ぶつかうれいは、なかったからである。むしろ当時の日本資本主義発達の状況から、民法が、独占的排他的「所有権」の神聖不可侵を根幹に、「契約の自由」、「過失主義」尊重を建前に規定されるかぎりでは、歓迎こそされ、排斥されることはなかったわけである。

(一) 「先づ、民法のことに就いていふなら、家族制度の廃滅……これだけは、今日において、断言して憚からぬ。是れは、百年といはず、ここ、二十年か、三十年の中には、恐らく、実施される事で、なぜかというに家族制度というのは、元来、封建の遺習であつて、到底、今日の社会の進歩に伴はない制度であるからだ。……時勢に伴はぬ制度は、到底、其社会に存在することができぬ……既に、財産制にして、変革を来したならば、今日の家族制度は、全く、不必要と爲つて、茲に、個人制度が創立されるのは、当然である」(梅謙次郎「二十世紀の法律」読売新聞明治三十三年一月五日)。

(二) まず、大正六年、寺内正毅内閣(文部大臣岡田良平)によつて設置された「臨時教育会議」(総裁平田東助)が、「教育ニ於テ家族制度ヲ尊重シ立法ニ在リテハ之ヲ輕視スルガ如キハ撞著ノ甚シキモノト謂ハサルヘカラス。当局ノ速ニ調査機関ヲ設ケ我国俗ニ副ハサル法規ノ改正ニ著手セラレムコトヲ望ム」と建議し、大正八年、原敬内閣(文部大臣中橋徳五郎、司法大臣原敬)は、この建議を尊重して、「臨時法制審議会」を設置するにいたつた。後、右審議会は慎重審議の上、大正十四年に、「民法親族編中改正要綱」(三十四項)、昭和二年に、「民法相統編中改正ノ要綱」(十七項)を議決答申した(外岡茂十郎「親族法の特種研究」昭和二十五年刊百二十四頁、磯野誠一「裁判官の家族法意識——大正期を中心に——」法律時報第三十七卷第十二号)。

五

さて、民法商法は、「ソノ修正ヲ行フタメ」、その施行を延期されることにきまつてから、しばらくは、「民法商法施行取調委員会」（委員長西園寺公望）での慎重審議とか、「法典調査会」（明治二十六年二月二十二日勅令第十一号）の設置、「法典調査会規則」、「法典調査規定」の制定、さらには、調査会の機構いじり（例えば、主査委員、査定委員の二本建制から調査委員一本建制へなど）に手間どったうえで、ようやく、民法商法それぞれ三名ずつの起草委員（民法起草委員梅謙次郎・富井政章・穂積陳重、商法起草委員梅謙次郎・岡野敬次郎・田部芳）に起草させることとなり、「法典調査」も、やっと「法典起草」（しかし、あくまで「修正」案作成という形式で）の段階へと進展していったようである。

そこで、民法典起草の方針も、おのずから、うちだされ、それによると、民法は、従来のインスティテュートネス式から、パンデクテン式に改められることとなり、第一編総則、第二編物権、第三編人権、第四編親族、第五編相続の五編からなるものときまつた。ここに、ドイツ民法第一草案（一八八八年、明治二十一年）の影響を、みのがせまい。

（二）「人権」なる用語は、その後、問題となり、明治二十八年一月十一日の第五十五回法典調査委員会で、所謂基本的人権の「人権」などと誤り易いからということで、穂積委員の提案で、以後、「債権」とすることに改められた。

かくて、起草、法典調査会での審議等を経て、まず、民法第一編総則・第二編物権・第三編債権が、「民法中修正民法典編纂事情を中心として」

案」という形式で、第九回帝國議會に上提され、明治二十九年三月十六日に、衆議院で、同月二十三日に、貴族院で、それぞれ可決され、同年四月二十七日法律第八十九号を以って公布された。よって、「明治二十三年法律第二十号民法財産編財産取得編債權担保編証契編ハ此法律発布ノ日ヨリ廃止ス」とされたから、所謂ボアッソナード民法の財産法の大部分は、右四月二十七日より廃止されることとなったわけである。

しかし、民法の残りの部分、すなわち、親族法、相続法も、また、商法も、未だ成案をなすにいたらなかったの
で、民法の廃止されない部分と商法の施行を、さらに明治三十一年六月三十日まで再延期する法律が、明治二十九年十二月二十八日法律第九十四号として公布された（明治二十九年末で施行延期の期限がきれるから）。

次いで、民法第四編親族・第五編相続も、同様、「民法中修正案」という形式で、第十二回帝國議會に上提され、明治三十一年六月二日に、衆議院で、同月十日に貴族院で（同日衆議院解散）、それぞれ可決され、同年六月二十一日法律第九号を以って公布され、同じく、「明治二十三年法律第九十八号民法財産取得編人事編ハ此法律発布ノ日ヨリ之ヲ廃止ス」とされたので、ボアッソナード民法の残りの部分も、すべて、右六月二十一日より廃止されることとなった次第である。^(二)

(二) もっとも、商法については、経緯が、いささか複雑で、明治二十三年法律第三十二号商法の施行延期、再延期は、前述の通りであるが、政府は、一方では、法典調査会に、前記のように明治二十三年法律第三十二号商法の全面的修正（実質的には再編纂）を命ずると同時に、他方、別に明治二十六年三月四日法律第九号「商法及商法施行条例中改正加除並施行条項」なるものを制定し（第四回帝國議會通過）、急遽、商法の一部を同年七月一日より施行させている。その内容は、おもに商

法のうち商社会社、手形（よって、明治十五年十二月十一日太政官第五十七号布告「為替手形約束手形条例」廃止）、破産、商業登記簿、商業帳簿に関する規定であるが、あるいは、当時における日本資本主義の旺盛な成長ぶりを窺えるともいえるか。

しかも依然として本筋の全面的修正の方も進行し、その成案もできて、第十二回帝国議会に上提され、明治三十一年五月二十八日には、貴族院で可決されるころまで、はこんだのであったが、六月十日に衆議院が解散となったので、ついに不成立となってしまった。ところで、明治二十三年商法の残りの部分の施行延期の期限は、同年六月末日でできるし、さらに再延期といっても、その法律制定のすべはなく、政府は、やむをえず、その部分を同年七月一日より施行することとしてしまった。この点、ボアッソナード民法の運命とおおいに違う点である。

さて、懸案の「商法修正案」は、第十三回帝国議会の開会（明治三十一年十二月三日）をまって、ようやく上提され、明治三十二年一月二十四日に貴族院で、二月二十五日に衆議院で、それぞれ可決され、同年三月九日法律第四十八号を以って公布され、「明治二十三年法律第三十二号商法ハ第三編ヲ除ク外此法律施行ノ日ヨリ之ヲ廃止ス」とされたので、明治二十三年商法は、第三編破産を除いて他は、すべて、「此法律施行ノ日」とされた同年六月十六日（明治三十二年四月八日勅令第百三十三号により）より廃止されることとなった次第である。

かくて、明治三十一年六月二十一日勅令第百二十三号を以って、「明治二十九年法律第八十九号民法第一編第二編第三編明治三十一年法律第九号民法第四編第五編同年法律第十号法例同年法律第十二号戸籍法及同年法律第十五号競売法ハ明治三十一年七月十六日ヨリ之ヲ施行ス」とされ、待望の民法も、ようやくここに、施行されることとなった。

これで、「民法出テテ忠孝亡フ」というわけで、あわや忠孝を亡ぼそうとして現われた(?)民法も、ついに亡び、まさに「忠孝出テテ民法亡フ」(正確には「民法書き替へらる」だが)ということになった次第であるが、問題は、その「書き替えられた民法」、とくにその第四編、第五編が、どれだけ勅定(欽定)、すなわち国定の倫理規程との抵触をさげ得たかということであろう。この点は、すでに本稿四の註二で明らかにしたように、その後も執拗にくわだてられた所謂「我国俗ニ副ハサル法規ノ改正」には、いつも真先に、民法第四編、第五編が槍玉にあげられていたことからでも、結局、五十歩百歩でしかなかったことがしられよう。

ところで財産法の部分には、はじめからこの種の批判はうけなかったから、全体の編別その他が、フランス法的からドイツ法的に変わっただけであった。しかし、すべてが、フランス民法からドイツ民法へ転向したというわけではない。例えば、民法第四百七十八条(債権の準占有者への弁済)などは、フランス民法第二百四十条にならった規定で、ドイツ民法にはない規定であるし、また民法第七十七条(不動産物権変動の對抗要件)なども、全くフランス民法の規定といえなくとも、すくなくともドイツ民法的规定ではないといえよう。なお、後者については、すでに拙稿「民法財産法の形成と外国法」の「その一」(本誌第二巻第一号)で指摘しておいたように、右第七十七条のように規定せざるを得ないところまで実質的意味での「民法」が形成されてしまっていた(例の「積重ね方式」ではあるが)という事情もあつてのことであつた。^(三)

(三) なお、「不動産登記法」は、明治三十二年二月二十四日法律第二十四号を以って公布され、同年四月八日勅令第三百十四号により同年六月十六日から施行された。これにより明治十九年八月十一日法律第一号「登記法」(明治二十年二月一日よ

り施行)は、右施行の日より廃止された。ここで見落とせないことは、「登記法」も「不動産登記法」も、一貫して、ドイツ法式の所謂物的編成主義を採っているということである。

その他の違いといえば、例えば、ボアッソナード民法第六十九条「永借人ハ意外ノ事又ハ不可抗力ニ因リテ三箇年間引続キ全ク不動産ノ収益ヲ得ル能ハス又ハ其一分ノ毀損ニ因リテ将来ノ収益カ借賃ノ年額ヲ超ユ可キ見込ナキトキハ永貸借ノ解除ヲ請求スルコトヲ得」と、民法第二百七十五条「永小作人カ不可抗力ニ因リ引続キ三年以上全ク収益ヲ得ス又ハ五年以上小作料ヨリ少キ収益ヲ得タルトキハ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得」との、ほんのわずかの違い、それも強いていえば、わずかに地主側に有利に改正されている(衆議院議員の制限選挙制のもたらした結果といえよう)と、いえる程度のことで、これまた、五十歩百歩といえよう。

なお、地主側に有利といえ、例の「民法施行法」(明治三十一年六月二十一日法律第二十一号)第四十七条第一項、第二項、さらには、第三項(明治三十三年三月二十七日法律第七十一号により追加)などに顯著にみられる「今日ノ時勢土地制度ト致シテ所有權ノ傍ニ是ト類似シタル永久ノ權利ヲ認ムルコトハ公益上到底出来ナイ」(梅謙次郎)といった立法態度について、より強くいえよう。^(四)

(四) この点についての詳細は、拙稿「法制史より見た日本の現代史の起点について」(『早稲田法学』第三十九卷第一号)参照。さて、ここで、「ボアッソナード民法」と、「書き替えられた民法」とを、もっと体系的に、かつ全面的に比較検討する作業に移るべきであらうか。ところが、この比較検討には、それほど意味があるとは考えられない。何故ならば、前者がついに施行されずにおわり、後者が施行されるにいたったということには、それぞれ両者自体に原因があ

つたというよりも、むしろ、両者の、それぞれ成立した時期の方に、問題があったように考えられるからである。つまり、前者の成立した時期より、後者の成立した時期の方が、日本の資本主義が、より発達していたということ、さらにいうならば、前者の場合は未だ成長の過程にあったが、後者の場合は、もはや確立（完成）の時期に到達していたということが、両者の運命の明暗に、おおきく作用していたのではあるまいか。そこで、この二つの時期の中間に、日本の資本主義の発達に決定的の影響をあたえ、ついに、それを確立せしめたときとさえみられる「日清戦争」（「甲午戦争」ともいい、明治二十七年八月一日宣戦布告、翌二十八年四月十七日講和条約調印）があったということを想起する必要がある。端的にいうって「八幡製鉄所」（明治二十九年官制発布、同三十年着工、同三十四年操業開始）の実現は、この日清戦争の償金の一部によってであったし、岩崎や三井を華族にし、彼等をして「俄然紳士閥の階級自覚」（石川旭山編幸徳秋水補「日本社会主義史」）をなさしめた（ブルジョアジーとしての階級的自覚をなさしめた）のも、日清戦争であったし、さらには、戦後の「熱病的」な企業熱をあおった所謂「臥薪嘗胆」ムードをもたらせたのも、日清戦争に直結した「三国干渉」問題であった。また、法典編纂の副次的目的（これを主目的とみるのが通説だが）たる待望の不对等条約の改正も、くしくも日清戦争勃発の前後に実現している（明治二十七年七月十六日に、イギリスと、同年十一月二十二日に、アメリカ合衆国と、それぞれ通商航海条約に調印している）。

もっとも、右に、条約改正も「くしくも」日清戦争勃発の前後に実現したといったが、実は、「くしくも」ではなく、まさにこの頃、日本の資本主義は確立し、日本も堂々たる（？）資本主義国となったから、ついに実現すべくして実現したに過ぎなかったのである。故に、この筆法でゆけば、日清戦争を経て日本の資本主義は確立し、日本も堂々

々たる資本主義国となったから、民法も、ついに施行さるべくして施行されるにいたったと、いうことになる。^(五)

(五) 日本の資本主義が確立し、日本が資本主義国となったから、民法も無事施行されるにいたったということとは、民法第一編、第二編、第三編についてだけいえることではない。民法第四編、第五編についても同じである。何故ならば、日本の資本主義は、所謂「半封建的資本主義」(「ナマビラケ」的資本主義、つまり、封建制によってねりあげられた資本主義)だからである。例えば、土地制度をめぐる封建遺制のもとの資本主義経済の滲透は、農村の疲弊をまねき(とくに、土地を所有せぬ農民の疲弊、さらに、それが土地併吞をまねき、土地を所有せぬ農民を生む)、そのことが、つねに工場労働者の劣悪な労働条件の維持拡大に貢献していたばかりでなく、民法第四編、第五編で多少は加味された(前述のように実際は、それほど加味はされなかったが、そのために民法を書きかえたという事実が、大きく響いて)封建的家族制度ないしは家族主義イデオロギーは、資本主義の発達を阻害するどころか、かえって、その搾取機構に巧妙にとりいれられ大きな役割をはたしたのであった。なお、これらのことについては、次回で明らかにするつもりである。

(昭和四十一年一月記)