

「近代化」と近代化

——法のあり方をめぐって——

黒 木 三 郎

一、日本社会の「近代化」はなぜ真の近代化を達成しなかったか

市民革命の不徹底と封建的反動的要素の温存

日本資本主義の二重構造と外国法の継受

近代的Ⅱ市民的財産交換法の体系

半封建的土地所有Ⅱ家父長制家族法の体系

日本帝国主義と貧乏物語

二、国家権力と林野制度

官有地囲い込みと森林盗伐および払下運動

官有森林原野の地所または立木竹の証拠による引戻（明二）

三、

「近代化」と近代化

引戻請求手続（明三〇）

国有土地森林原野下戻法（明三二）

部落有林野統一政策（明四三）昭一四）

地主Ⅱ小作制度と山林大地主（米騒動と入会闘争）

三、天皇制イデオロギーと「家」制度

明治家族法の制定と「家」制度の確立

民法典論争の性格と旧民法の施行延期

臨時法制審議会と臨時教育会議

「家」制度イデオロギーと近代家族へのイメージ

四、社会主義思想と民主主義法学の潮流

近代化Ⅱ民主主義化を阻止する権力と促進する民主勢力

五三

「近代化」と近代化

五四

末弘・穂積・平野の法学方法論

外国法思想（とくにエールリッヒ・ウエーバー・マルクス

主義）の影響

近代化の挫折

五、現代法における「近代化」の諸問題

「近代化」は国独資に奉仕する

真の近代化は民主主義の徹底を意味する

近代化を担う主体性の問題

最初、私に対して家族と土地の問題について、という注文があったので少し考えておりますうちに、このレジメにも書きましたように、非常に大風呂敷的になってしまつて、反つて近代化という意味が良くわからなくなつてきたのです。最近は非常に近代化の研究が広汎に進んでおりまして、文部省の方でも、近代化の課題について、三年継続の特定研究をいくつかの部門でかなり多額な研究費を支出しております。本学でも比研で数年にわたつて近代化の研究が進められ、いま最後のしめくくりの段階に入つてゐるということでございます。ここで、とくに

「近代化」と書きましたのは、中村（吉）先生がよく「括弧つき近代化」という言葉をお使いになりますので、私もそれを真似しまして「近代化」というものと、括弧のない近代化というものを比べてみますと、だんだんわからなくなつてくるのであります。一般的に、日本の近代化はもちろん明治維新——それがブルジョア革命であつたかどうかという問題は政治学的にも経済の分野でもありますけれども——所詮は封建的な諸制度が近代化された出発点は確かに明治維新であつたであらうと思ひます。しかし戦後の第二次世界大戦後の新しい日本国憲法と大日本帝国憲法とを比べてみた場合に、どちらが一体近代的な憲法であるかという点、それは当然に日本国憲法、戦後の日本国憲法の方が近代적であると思つてゐるのです。それから、民法を取りあげてみましても、これは財産法の方は殆んど全く改正されていらないのですが、家制度を廃止して近代的な家族法を戦後樹立したという点から考えてみても、たしかに戦前と戦後を比較してみた場合に、戦後の方が近代적である、近代法が家族法の分野で戦後に確立したということ、それは、疑いのない事実だと思つてゐるのです。私は以前に「婚姻法の近代化」という本を書き

ました時にも、アジア諸国の中で最も近代的な家族法を確立しているのは日本だけではないだろうか、ということを考えて書いたわけです。そうしますと、一体その近代化ということはどういう風に理解するのか、はたしてそれでは私が今申しました戦後を戦前と比べてみた場合、近代化が異質なものであるか、戦前と戦後とは異質の近代化なのか、ということになりますと、「括弧つきの近代化」が戦前の絶対主義的な天皇制権力に支えられて形成されてきたのであって、それは「括弧つきの近代化」であって、戦後は括弧が取れたのか、という問題に突き当るわけです。そうなりますと、これは益々私は混乱して行くのであります。戦後まもなく日本国憲法に対して、これは占領軍が押しつけたんだからという憲法改正論議が行なわれ、或いは家族法の分野においても家族制度復活論というものが行なわれてきたのであります。この問題と関連して、戦後の憲法改正論的な意見、あるいはそれを主張するところの諸勢力は、戦前との関係を一体どのように考えているのか、戦前からの連続性あるいは断絶ということを問題にしようとしているのか、特殊日本的な家族関係というものは、やはり家族制度とい

「近代化」と近代化

うことを念頭においてその連続を考えているのかどうかという点が問題になると思います。私は第二次世界大戦の敗戦によって、日本は国体が変わった、というふうに理解しているわけですが、御承知のように昭和二十一年の日本国憲法の審議に際して、衆議院で吉田首相は「皇室と国民との間には何等の区別もなくいわゆる君臣一如であります。君臣一家であります。国体は新憲法によって毫も変更せられないのであります。」ということを言ったことがあります。確かに戦後農地改革などによりまして前近代的なイデオロギーを支えております物質的な基盤は廃止された。そして、財閥解体なども行われましたけれども、昭和三十年には既に戦前の国独資の最高の段階にまで資本の集中も生産力も達しているという事実、そうしますと、現代の国独資段階における法体制において問題にしなければならぬ近代法、或はそれは近代法ではないのかどうか、或はそれをどのように理解したらいいのか。現代法という言葉が最近よくつかわれるわけでありますが、現代法という言葉を使う場合には、近代化が終って現代法に移っていったのかどうか。さきほど宮坂さんの報告の中にも甲斐さんや稲本さんの報告のこ

とで近代化というものをプロセスとして捉えているのだ、という論議が問題として出されましたし、又それに対する評価も加えられたわけですが、そうしますと近代化ということを経行過程として捉えた場合に、勿論その前近代性を越えて近代的な諸制度が整備されてくる過程、プロセスというものを考えて、この近代化という言葉を使えば近代化の終極は一体何なのか。近代化の終極は、これを近代法の確立ということになるのか。近代化ですから、化ですからこれはプロセスなんですから、そうするとその化というものをもってしまつて近代、近代法が出来あがれば近代化は終つたのか。あるいは近代法から現代法への過渡期も含まれるものなのか、その辺が私にはよくわからないのであります。以上のように私は最初に私の問題意識を申しあげて、このレジメに従つて進めて行きたいと思いません。

まず最初に、日本の社会のその「括弧つきの近代化」はなぜ真の近代化を達成しなかったのかというのは、さきほどの中村先生の御報告に関連するわけですが、やはり天皇制機構をとりまく諸制度の確立というものが確かに日本の近代化を進

めていったのでありますが、それが結局は真の近代化としてでなく近代化から括弧が取れなかったということが初めに問題になるのだろうと思うのであります。レジメに市民革命の不徹底と封建的反動的要素の温存ということを問題にいたしました。これは別に、御説明申しあげるまでもないわけでありませんが、結局は封建的な諸勢力というものが、半封建的な下からの勢力によつて完全には打倒されなかった、むしろそうではなくて天皇制国家の形成過程の中で、封建的な支配層が指導権を握つて天皇制国家の指導的な役割を果そうという意図の下に妥協の産物ということになつてしまつた結果、結局は封建的な要素が温存されるということに終つた、ということを指摘したいと思つただけのことです。その結果、当然に日本の資本主義は所謂二重構造的な社会構造をもつに至るわけです。そのなかでとりあえず、西欧先進諸国の市民法体系を日本に摂取しなければならぬということを考えるわけでありまして、最初はフランスを、御承知のようにフランス民法を模範といたしました敷写民法の作成やボアソナード民法の制定公布という過程がございましたが、イギリス法の研究というものも進

んできておりまして、所謂民法典論争の過程を経て結局はドイツ民法の体系を日本に取り入れることになったわけでありませう。そこで忘れないうちに一寸申しておきたいんですけども、

この近代的な外国法を日本に継受したということが日本の近代的な諸制度の整備の中で非常に重要な役割を果すんですけれども、やはり法の担い手といえますか或いは法を推進していく勢力といえますか或いはその、もう一つの上層構造である政治権力の性質、あるいはその経済的な土台の生産関係は如何なる生産関係を持っていたか、ということ、その関連が結局は近代化を推進又はこの障碍となるという条件が作り出されるということとを否定することは出来ないだろうと思います。例えば、インドネシアなんかでは、既に一八四七年に一九九三ヶ条からなる民法典を公布しているわけでありませう。一八四七年と申しますと我国では外国船がしきりに往来しておりましたし、英仏に対して島津藩が琉球を開港した弘化四年に当たるわけでありませう。勿論これはインドネシアに於てインドネシアの土着民に対して適用されたという意味ではございませぬ。確かにこれはオランダの支配の道具として民法典が制定され、更に近代的な刑法典

「近代化」と近代化

も一八六六年には立法されているということは、それが植民地的な支配の道具であった、ということを実に表わしていると思ふのであります。

さらに、ここで近代的に市民的財産交換法の体系と書いておりますが、それは日本が近代化を進めてゆくということは、資本主義的な生産関係を樹立するというところでございませぬので、身分階層制を廃棄して商品交換の担い手としての自由平等独立な法的人格を確立するということが必要でありますから、財産法の面におきましては、民法典の成立を急いだということは必然的な要請であつたと思ふのであります。しかし同時にそれは、一方におきましてはさきほど中村先生が土地の私的所有権の確立ということが近代化の一つの大きなメルクマールになるということをおっしゃいましたけれども、同時にそれは、その前提として半封建的な土地所有としての事実関係をそのままにした上で、地券の交付をした。例えば、地頭の支配地域におきましては、地頭に地券の交付をする、或いは小作関係のあるところでは主として上級所有権者すなわち地代取権者に対して地券を渡すということがありますし、また一方では民有としての

証拠のはっきりしないところは全部没収してしまって官有地にしてしまう。明治政府の近代的土地所有政策が民衆から離れたところで形成されてきたという点、これは私は必ずしも形式的には確かに括弧つきの「近代化」かもしれないけれども、実質的には近代化の障碍をなしたという風に考えざるを得ないわけでありませぬ。で一方、家制度の面におきましては、戸長役場を設けて戸主に統率される戸籍制度を確立するという明治四年の戸籍法以来、この家制度を徐々に整備していつて、結局は明治民法の制定によって家制度が確立したことになるだろうと思うのであります。そこで、日本の帝国主義は、一方では富国強兵政策に支えられ、強大な天皇制国家権力の確立となり、海外へ向ってむしろ帝国主義的な植民政策、領土拡張政策、あるいは海外に移民することをすすめて海外雄飛というようなことを云ってまいりまして、これは同時に独占資本の要求であった、それは国家権力を背景とした国威の発揚であったわけですが、また一方では、日本の労働者からあくなき搾取を続けるという横山源之助の「日本之下層社会」や「職工事情」或いは河上肇の「貧乏物語」や、近くは「農民哀史」などというようなもの

も出ておりますけれども、そういう悲惨な庶民生活にあらわれた階層分化を促進したということが言えるだろうと思います。

それからレジュメの「二」に入りまして、国家権力と林野制度と書いてありますが、これはさきほど申しましたように、非常に広大な面積にわたる官有地の囲い込みをやりましたために、従来その地域の農民が立入使用しておりました林野が国家権力によって囲い込まれましたために非常に厳しい監視がなされ、今まで慣習的に入山しておりました所謂、入会慣習を断絶しようとする無茶苦茶な暴挙を国家権力によって為し遂げようとする。そこで農民としては生活権を奪われることになりまして、当然に自然と官憲の目を盗んで森林盗伐をしたり、草を刈りに行ったりしなければ農民としての生活ができないわけでありませぬ。そして、勿論合法的に組織的な払下運動も行なう。そこで政府といたしましては、それをどうしても押えることができませんので、「官有森林原野の地所又は立木竹の証拠による引戻」というものを明治三三年に出しますし、それから明治三〇年には「引戻請求手続」、明治三三年には「国有土地森林原野下戻法」というものを時限立法として制定しまして、合法的

手段を農民に与える。これは農民の下からの突き上げに対して抵抗できなかった為に、こういう一連の政策立法を作つてくわけでありませんが、現実にはアメを与えておいてその効果を最小限に止めさせる。結局は合法的に収奪し、農民の抵抗を和げるといふわけです。しかし同時にまた、一方におきましては、明治四三年から初められた部落有林野統一政策による公有地化がすすめられる。その前に明治二一年に市制町村制が施行されるのでございますが、これらによつて土地所有権の近代化政策は農民から土地の現実的所有を否定し部落の住民が入会的に共有している林野を公有地として囲い込んでしまおうとする政策を行うわけにあります。こういう一連の林野政策と同時に、又一方では農地に対しても、農地が土地の私権の対象となりますから、次第に農地の集積を強めてまいりまして農地に対する寄生地主、或いは不在地主制というのが形成されてくるのであります。当然そこには小作料の苛徴誅求ということがありまして、さきほど中村先生の御報告にありましたように、大正七年の米騒動を初めといたしまして小作争議が頻発するといふこととなります。又一方では、入会闘争とゆうものによつて

「近代化」と近代化

農民が農民みずからの権利を守る運動に入ろうとするわけでありませう。なお、申し上げるまでもないことでございますが、民法の規定の中にあります永小作権の規定、民法二七四条から二七六条にかけての規定などは極めて小作人にとりましては苛酷きわまりなき規定でありまして、永小作人が不可抗力によつて収益に損失を受けたときでも小作料の免除や減額は請求できない、とか或いは不可抗力即ち天災地変によつて三年以上全く収益を得なかつたとか五年以上小作料よりも少い収益を得たときは、その永小作権を放棄してもよろしい、要するに小作人に立ち退けという規定があるわけでありませう。それから更にその次には二年以上小作料の支払を怠つた場合には当然に地主は永小作権の消滅を請求できるんだ、こういうような規定を設けて、せつかく物権としての永小作権の規定を設けておりましたが、実際は決して賃借小作よりも強い権利が保障されたということではないわけでありませう。勿論、地主が新しく永小作権の設定契約をするといふことは認めたくないわけでありませうから、ほとんど全て賃借小作である。明治民法以前からどちらかわからないといふような小作権については、まあ明治民法によつて永

五九

小作権と推定をする。これも、最長五十年でありますから、確か昭和二三年で五十年たちましたので、現在では永小作権というものは極めて少ないということになるわけでございます。

次に、天皇制イデオロギーと家制度と書いておりますけれども、そもそも家族法というものは極めてイデオロギー的な所産であろうと思います。これは福島先生もよく仰られるのでございますが、社会が変革すると、それはいかなる変革でありまして、上からの変革でありまして下からの革命でありまして、社会構造が変革するという時に、真先に手をつけられるのは家族法であります。これは申すまでもないわけでございますが、日本の場合にあの明治維新をただ明治初期だけに限らないで考えてみましても結局、その家制度が明治四年の戸籍制度や徴兵制或いは教育制度や租税制度を通して、次第に家制度の形成が行なわれてくるわけでありまして、そして明治三十二年民法の制定によって、家制度が法的に整備されたということになるわけですが、家制度の、法的な内容を考えてみますと、決してそれは近代家族法的内容をもっているものではない。勿論、全く封建社会の家族制度をそのままそっくりというわけ

はないわけなんです、と申しますのは、例えば結婚などもやはり戸主の同意はいるけれども届出るのは本人同志ということになっており、家長たる戸主が結婚届や離婚届や養子についても戸主が届出るのはない、協議離婚もやはり当事者同志が届出をする権利をもっているという近代法的な色彩も持っているわけでありまして。全く明治家族法が全面的に封建的であるとは必ずしもいえない。しかし家制度は決して近代的な家族法の要素を持っていなかったということは指摘するまでもないことでもあります。そこで次に、民法典論争の性格と書いておりますのは、ポアソナード民法が明治二三年に公布されて明治二六年一月一日から施行されようとする前年、即ち明治二五年の春ぐらいからの民法典を施行するか延期するかということで論争があったわけでありまして、この民法典論争をどのように性格づけるかという点につきまして、御承知のように戦後慶応大学の中村菊男、手塚豊という方々と星野通先生との間に数度に行たる論争がおこなわれ、それに対して他の家族法学者も側面的には論争に参加するということがありました。この謂わば新しい民法典論争について、その評価が能谷開作教授であるとか、

もちろん福島先生もそうでございますけれどもいろいろなされた。これは、ポアンナード民法が明治二三年に制定されたが、所詮はやはり家族の各員に対して法律上の権利・義務関係として構成しているということが、天皇制国家の大日本帝国憲法の精神と家族制度イデオロギーに矛盾するということが問題になったのだと思うわけであります。そして、延期派の意見はこの家族関係を自然法思想による市民法的権利義務関係としては規定できないんだ、という考え方がその中に入っているのであると思います。しかしそれにもかかわらず、明治三一年民法は、やはり権利義務関係として規定した。即ち、少なくとも括弧つきの「近代化」を行なったということはいえるわけであります。中村菊男教授の云われるように明治二三年民法と明治三一年民法を比べてみたら大同小異じゃないかということも云えるけれども、憲法制定の翌年に権利義務関係を規定した民法が公布されたというだけでも「民法出でて忠孝亡ぶ」という激しい刺戟を封建的反動勢力に与えたのだらうと思います。

次に臨時教育会議と臨時法制審議会は結局、先ほど中村先生が御指摘になりましたように、明治民法の規定では家の制度や

戸主権がまだ弱い、もっと強めないと国民を掌握できない、これは明治四一年の戊辰詔書あたりから、もう一度たがのゆるみかけたのを締め直すという上からの政策がおこなわれるわけでありますが、それと呼応して教育制度の上でも家族制度的な道徳教育を強化しようという考え方が起きると同時に、それはただ単に道徳教育の中だけでは非常に弱いので法制の面でもこれを強化しようという考え方が臨時法制審議会の中で出てきたと思うのであります。

このように、上から家族制度強化という意図の下に臨時教育会議や臨時法制審議会が設立されたにもかかわらず、結果的にはむしろ政府の意図とは逆に近代化といえますか、民主化といえますか、進歩的な形でしか結果は出てこなかった。従ってもちろん、これは政府の採用するところにならなかったのであります。

そこで、つぎに大正デモクラシーの時代に入るわけでございます。ここで下からの近代化、私は下からの近代化をとくに民主主義化という言葉で呼びたいと思うのであります。その動きを阻止し弾圧しようとする国家権力の政策と、これを推進し

ようにする、所謂大正デモクラシーを担っていく思想や勢力というものと対抗関係があるわけですが、法学の領域におきましては、末弘敏太郎先生や穂積重遠先生や平野義太郎先生などの法学方法論および当時の外国法思想の影響、さきほど水田先生から外国法の継受・影響ということを言われましたが、その中の一つに外国法文化の影響ということをおっしゃいましたけれども、私は大正年間を通じて、エールリッヒの法大正の末期だけではなく大正時代を通じて、エールリッヒの法社会学や、マックス・ウェーバー、或いはとくにその当時の諸々の社会主義思想、とりわけマルクス主義が法に対して与えた影響、法思想に対して与えた影響を見逃すことは出来ないと思わなければならない。にもかかわらず、これは遂に国家権力の弾圧に会って実を結ぶことは出来なかったということは、私に言わせれば、所謂下からの民衆の力による真の近代化、真の民主主義化というものが挫折させられたということになるのではないかと思うのであります。

最後に、現代法において近代化という言葉をよく使うのであります。御承知のように農業基本法の前文には、農業の近代

化と合理化を図ることが書いてありますし、同じ農業基本法の第一条にも農業経営の近代化と書いてあります。所謂農業構造改善でございます。農業基本法にも農業経営の近代化として林業構造改善を挙げております。このように法律の条文の中に最近にはっきり、近代化ということをやっている。さらに沿岸漁業振興法の中にも、「沿岸漁業等の近代化と合理化に關して必要な施策を講ずる」ということを述べて、農林漁業法における一連の近代化政策、構造改善政策というものがうたわれております。ここで規定する近代化というのは果してこれは括弧抜きの近代化なのかどうか。前近代的な要素は確かに、農山漁村にまだ非常に残存しているでしょう。しかし、その前近代の要素を払拭するために構造改善事業を進めるということ、真の近代化が達成できるのか。これは、近代化に括弧をつけていいかどうか、よくわからないのですけれども、とにかく近代化を進めてゆくということは、資本主義の滲透、資本主義の発展、資本主義の法則性の貫徹というものに対する障害を除去するという点にあるわけです。近代化が進められてきたというよりも、近代化を進めるための資本主義的政策立法を打ち立

てた、ということがいえるのではないかと思っております。

最後に、近代化を担う主体性の問題ということを書いていますのでありますが、結局括弧つきの「近代化」と括弧の無い近代化と一体どこがちがうのかというのは、よくわかりませんが、近代化が仮に括弧つきの「近代化」が資本制国家の諸勢力や国独資段階における独占の要請としてである、即ち資本主義の滲透、資本主義の法則性の障害を除去するというような意味で近代化が推進されるという政策が打ち立てられる場合に、その括弧をのけた真の近代化、即ち勤労者大衆の立場に立った民主主義を進めるといふ為には私はやはり下からのという言葉を使うことが許されるならば、下からの近代化・民主化ということを進ずるといふことなしには真の近代化は出来ないのじゃないかということを考えるわけがあります。