

# Institutiones から Pandekten へ

中村 哲也

1、旧民法典から明治民法典（第1編から第3編が明治29年法律第89号の別冊、第4編と第5編が明治31年法律第9号の別冊。以下、民法典）に至る修正作業において最も大きな修正点となったのは、法典編別のフランス法的な Institutiones 方式からドイツ法的な Pandekten 方式への変更であった。この変更は必ずしも個別規定のレベルでのフランス法からドイツ法への転換を意味するものではなかったということは既に民法学の共通認識となっている。しかし他面、そのことから方式の変更自体は重要な意味を持たなかったのだと結論するのも早計であろう。以下では、この方式の変更が持った歴史的意味を、穂積八東の有名な二つ発言を手掛かりとしながら考えてみよう。

2、周知のとおり八東は、旧民法典の施行に反対して、「民法出テ、忠孝亡フ」と論陣をはった。旧民法典が公布されるや起こったいわゆる法典論争およびそれが民法商法施行延期法律の制定という結果に至るには様々な要因が指摘されているが、そのなかの一つとして重要なのは旧民法典人事編に対する反対であった。延期派11名の連名による「法典実施延期意見」に挙げられている7つの反対理由の最初に置かれていたのが、「新法典ハ倫常ヲ壊乱ス」であった。ここには、人事編が日本の家制度を無視しているとして家制度論者からの強い攻撃対象となっていたことが示されている。上記の八東の発言は、このような延期論の一つの側面を巧みに表現する標語となった。かくて、施行延期法律によって政府に課された修正作業においては、人事編の扱いが極めて重要な意味をもつことになった。

法典における編別の点に限って言えば、この対応は旧民法人事編を民法典では総則編と親族編へ解体することとなって現れた。それに関連して旧民法財産取得編が物権、債権及び相続編に分けられたこと、5つの編に番号がつけられたことも重要である（家制度との関係という視点からの人事編と親族編の個々の規定の検討は、法典ということの意味を焦点とする本稿のテーマからは外れる）。このような編別に対しては、梅謙次郎が法典調査会第1回委員総会で親族編を第2編とする修正を主張したが、この意見は賛同者を得られず、採決対象となる修正案の要件（法典調査規程第27条）を充たすことができなかった。梅の意見は、彼が家制度に批判的であったこととの関連において見ることができる（ちなみに、彼は第5編における家督相続制度にも反対の意見を述べている）。

人事編が解体され、親族編が第4編、相続編が第5編とされたことは、民法典が第1編から第3編と第4・5編という原理を異にする二つの部分（前三編と後二編）からなるという考え方に親しみ易いものとなった。民法典制定後の民法学においては、民法を財産法と身分法に分けて説明することが通例となった。そのそれぞれでは、財産権主体としての個人の地位と家の

中の身分で示される構成員として地位が表されていた。民法典が統一的に人格を備えた個人をそのようなものとして対象とするものであるということが明示されるのは、現憲法の制定に伴う改正（旧第1条ノ2、現第2条）を待たなければならなかった。

今日でも身分法が家族法と名前を変えられて財産法と対置されることが多い。さすがに学説においては八束的発言の内容上の影響が見られる訳ではないが、目を学説の外に移せば、八束的考えはタカ派保守政権およびそれを支える政治勢力が一側面として持っているアナクロニズムの中に残っている。

3、民法前三編公布後の八束の発言もその後に重要な意味を持つことになった。八束は、行政裁判所の裁判規準に関して、「余ハ効用物ノ上ニ『此の所民法入るへからず』ト云フ標札ヲ掲ケ新法典ノ実施ヲ迎ヘントス」と述べた。ここには、行政権力が依るべき行政法は民法とは異なった原理に基づく法体系をなすことに繋がる点で、その後、行政法を公法と性格付けることを経て通説となる公法・私法二元論の原型が現れている。Pandekten方式そのものが公法・私法二元論を表現しているとはまでは言えないが、Pandekten方式の母国ドイツにおいては公法・私法二元論が支配的となっていた。しかしそれにも増して、我が国でのPandekten方式採用の歴史的意味という点では、起草委員穂積陳重の法典調査会第9回主査委員会における次のような発言が重要である。即ち、原案第1条（現第3条1項）「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」の審議において、そこでの「私権」を「権利」とする修正意見に対して、答弁に立った穂積陳重は「或ル国デハ民法ヲ国法ノ根本即チ基本法典ト見テ居リ、・・民法ト云フモノハ一番基本法典デ人民ノ権利ヲ極メタモノジヤトシテ居ル国モ少ナクナイ・・・、民法ノ始メニ・・権利ノ享有ハ出生ニ始マルト書クト如何ニモ権利ノ宣言ノ様ナ文章ニナツテ人ハ生レ乍ラニシテ権利ヲ有スルト云フ即チ生得権ノ宣言ヲシタ様ニモ見ヘマス、ソレデ旁々此処ニ私権トシタノデアリマス」と応えた。陳重が、「権利」と「私権」を区別することで、民法典が「生レ乍ラニシテ有スル」権利を掲げる法典となることを拒否するとき、否定の対象としてフランス人権宣言および「国法ノ根本」と解されたフランス民法典を念頭においていたことは明らかである。ここからは、修正作業におけるInstitutiones方式からPandekten方式への変更が、民法典が「一番基本法典」であることの否定と結びついていることを窺うことができる。このことは、前述したような人事編の解体によって親族法と切り離された人についての規定が、総則編の冒頭において（生得的な性格をもたない）財産に関する権利の主体を表すものとなること、第1編から第3編が財産法として経済社会に限定された基盤をもつものとされるということであった。この陳重の答弁には、旧民法典が施行延期に追い込まれた轍を踏まないという慎重な政治的配慮を窺うことができるが、また、民法典が依って立つ基盤が、そのような配慮を必要とするような日本社会（フランス民法典的位置づけを貫くことが困難な、citoyenたることから切断された経済的hommeと家制度からなるそれ）であったということが示されている。陳重のこのような発言は、行政権に民法の原理が及ぶことを拒否する八束説の出発点となるものであった（念のためいって、このことは八束説の方からその関連を探った場合に言えることであって、陳重の上記の意見が論理的に八束のような解釈論に導くというわけではない。例えば第120回法典

調査会での原案第723条（現第715条）審議における陳重の意見は、後に現れる八束説のような峻別説ではない。

八束説的な公法・私法の峻別はその後の国家無答責法理の基礎となり大日本帝国時代の法律学および司法・行政に対して大きな力を持った。この法理に依る主張が近時の戦後補償裁判のなかで亡霊のように現れたことは周知のとおりである。今日、民法学において公法・私法峻別への批判は一般的である。このことは、一時期公法・私法協働論が短い間に支持を広げたことにも示されている。しかし、行政法学と異なって民法学では、公法私法峻別論の基礎にあった公法・私法概念を批判・克服することの必要性はいまだ一般的認識と言えるには至っていない。

#### 〈付記〉

本稿には注を付しませんでした。拙稿「民法典論争と法典調査会及び帝国議会における修正作業の関連」（松山大学法学部松大 GP 推進委員会編『シンポジウム『民法典論争資料集』（復刻増補版）の現代的意義』所収、学校法人松山大学より近刊）に、本稿と共通する史料の典拠および関連文献が挙げてありますのでご参照下さい。