

村田保の法典反対理由と その法典論争における立ち位置

池田 雄二

序

1. 総論

2. 各論

(1) 倫常が乱れる

財産取得編第 36 条について、財産担保編第 216 条について、
財産担保編第 217 条について、人事編第 26 条及び人事編第 27
条

(2) 慣習に悖る

総論、用益権について、使用権及び居住権について、賃借権、
田畑売買、商号

(3) 法律の体裁を失する

財産編第 1 条について、財産編第 6 条について、自然義務につ
いて

(4) 法律が貫徹しない

総論、財産取得編第 36 条について、債権担保編第 52 条につい
て

(5) 他の法律と矛盾する

総論、財産編第 451 条と債権担保編第 47 条について、貴号剥奪
の場合について、占有権と憲法の矛盾について

(6) その他修正を要する条項

戸主の定め
の欠如

(7) 実際には行われ難い条項

未成年者の親族会

(8) 一家の紊乱を来すこと

人事編第 91 条について

結

序

村田保（1843-1925 年）は明治時代の官吏で、後に貴族院議員となった。明治初頭にイギリスに刑法調査のため洋行した。1879 年（明治 12 年）にドイツの博覧会を見学して水産振興の必要性を実感して帰国した。それ以後、わが国の水産振興に尽力し、指導的役割を果たし、また 1896 年（明治 29 年）には、全国の塩業関係者を集合して大日本塩業協会を設立し、会長となる等の功績を残している¹。

その村田は次のような経緯でボアソナード起草の民法典とロエスレル起草の商法典の編纂とその施行延期に関与した。

1887 年（明治 20 年）10 月 21 日、伊藤博文の強い要請で司法大臣山田顕義が法典編纂事業を引き受け、これによって司法省に法律取調委員会が発足した。同年 11 月 14 日に法律取調委員会略則が定められると、委員は法律取調報告委員（委員総会に提出する法律草案の下調べ＝法典草案翻訳・調査・整理をする）と法律取調委員（提出された法案を討議・修正し、委員会としての最終案を決定）とに分かれた。この時、村田は法律取調委員に任命された。

しかし村田はこの後、1892 年（明治 25 年）5 月 26 日、自ら取り調べた法典に関する「民法商法施行延期法律案」の発議をし、施行反対の立場に回った²。

以下では村田の第三回帝国議会議事速記録第十一号における法案提出理由³を紹介する。いわゆる法典論争において法典施行に反対し

1 朝日新聞社・日本歴史人物事典・後掲・「村田保」。

2 この辺について詳しくは、大久保・ボワソナード・後掲・150-157 頁。

3 以下にのべる村田の法案提出理由の紹介は全て「第三回帝国議会議事速記録第十一号」84 頁以下に依拠する。なお旧字体は新字体に直し、適宜句読点を入

た者は学会、法曹界、実業界等数多い。しかしその中でも村田は法典起草に関与しつつ、後に施行延期に回った特異な人物である。村田に焦点をあて、その理由を分析することで、村田の主張が法典論争においてどのような立ち位置をとっていたかを明らかにすることは意味のないことではないだろう。

以下では村田の主張に沿って、その理由を紹介し、適宜解説を加える。

1. 総論

村田保は法典施行反対理由についてまず総論的に次のように述べている。

「抑々法律取調の事は明治二十一年十一月四日に法律取調委員が十名出来ました。委員長は元司法大臣山田伯でございました。其当日委員長は我々委員に向つて法律取調の方針を示されました。其言に此度委員を設けて法律取調を要するものは彼の条約改正より必要を生じたものである。其目的は斯く斯くのことであれば我邦に於ても法律を備えなければならぬ。故に二十一年中に右の法案を整頓して政府に出すべきことを内閣に於て受合ひたとのことでもございました。其時ちようど受取りましたものが即ち斯様なもので法律取調委員会議規則及略則と会議日課一覽表を受取りました。此会議規則に一日十五條づつを議了することを要すと云ふことがございます。日課表には民法は二十年十一月四日に始め二十一年十二月十三日に終る会議百六十回、商法は二十年十一月一日に始め二十二年八月九日に終る六十回と斯く如く予め日数が定めてございました。又略則には民法商法及訴訟法の草案の中に実行し能はざるものあるや否や 又他

れた。

の法律規則に抵触する事なきや否やを調査するに在り。故に法理の得失、実施の緩急、文字の当否は之を論議することを許さずとありまして、且つ務めて直訳体にし、成る丈け原文に違はない様にせよと云ふことでありました。其時委員より斯る大切なる法典を軽躁に議するは甚だ宜くないと云ふことで委員長に勧告致しましたが其説は用いられませぬ。併ながら此条約改正の目的は誠に国家の美事でございますして皆々委員長の説に従ひまして取調に従事致しましたが、未だ数月を出でませぬで何分にも我邦の民法として之を出すに忍び難いより復た議論が委員中に起りました。此度は委員一同口を揃へて最〔「是」の誤植〕非我邦相応の民法を作りたいと云ふことを委員長に請求を致しました。是に於きまして委員中二名をして民法の別調査をなさしめたのでございます。而して五十箇条程草案が成りまして試に委員会に出しました。さうして其編纂の体裁等を尋ねましたらば委員孰も之を可としてどうぞ其編纂をば継続を致したいと云ふことを皆希望致しましたが、然るに委員長は承知をしませぬで委員会は従前の通りばあそな一ど氏の草案に拠つて議事を継続をせろ、併ながら別調査委員に於て編纂をするのは是れは随意で妨げないと云ふことでございました。是に於きまして別調査委員は其編纂を放棄して此案を取下げました。即ち是れが別調査民法草案と云ふものであります。是れは我邦の民情にも適し又我邦の人民にも能く分り易く作ったものであります。此日は実に二十一年七月五日のことで本員などは今に遺憾に思ふ日であります。然るに其後大隈伯の遭難より条約改正の方針も一変したと云ふことより最早法律の実施を急ぐよりは寧ろ其不完全なる所に修正を加へ、さうして我邦の民法に適する様にしたいと云ふ考より民法の頒布前後に山田元司法大臣に修正の意見を屢々提出致しました。此事は此席に列せらるる諸君の中にも御存じであらうと思ひます。是れにて新法典には初より委員中に不同意の者があることを証するに足らうと思ひます。」

以上のように述べて、修正のため法典施行を延期すべき理由を次のように分けて述べている。1. 倫常が乱れる。2. 慣習に悖る。3. 法律の体裁を失する。4. 法律が貫徹しない。5. 他の法律と矛盾するその他。以下ではこの順序で村田のいう理由を紹介する。

2. 各論

(1) 倫常が乱れる

財産取得編第 36 条について

民法典や商法典施行に反対し、法典施行延期法案を発議した村田保は、その個別的な理由について、まず「倫常が乱れる」ことを挙げ、まず財産取得編第 36 条について次のようにのべる。

「前条⁴ニ基キタル銷除〔取消のこと〕ノ訴権ハ売渡又ハ認許ナキ代物弁済ヲ為シタル配偶者其相続人又ハ承継人ニ属ス但財産編第五百四十四条以下ノ規則ニ従フ」

村田によれば、本条の趣旨は次のようである。夫婦の間では互いに物を売買してはならない。金を借りたときには品物で勝手に返してはならない。そうであるところ夫婦で物を売買したとか又は品物で返済をした場合には妻より夫に対して又は夫から妻に対して取消

4 「第 35 条 第 1 項 配偶者ノ間ニ於テハ動産ト不動産トヲ問ハス売買ノ契約ヲ禁ス

第 2 項 配偶者ノ一方カ他ノ一方ニ対シテ負担スル真実且正当ナル債務ヲ消滅セシムルニハ相互ニ代物弁済ヲ為スコトヲ得

第 3 項 右代物弁済ハ相当ノ説明ヲ為セル後裁判所ノ認許ヲ得タルニ非サレハ配偶者ノ間ニ於テ有効且完全ナラス

又此代物弁済カ不動産物権ヲ目的トスルトキハ其代物弁済ハ登記中ニ右認許ヲ附記シタルニ非サレハ第三者ニ対シテ効力ヲ有セス」

権がある。または相続した子より父母に対して訴える権利を与えるということである。

このような趣旨とされる本条について村田は次のようにいう。

「相続した子より親に対して訴を起し、妻より夫に訴を起せよと法律が教える様なものである」。

財産担保編第 216 条について

民法財産担保編第 216 条について次のようにのべる。

「第 1 項 婦ノ法律上ノ抵当ハ夫カ婦ニ対シ契約其他ノ方法ニテ条件付ナルト否トヲ問ハス債務者ト為リタル時ヨリ夫又ハ裁判所ノ許可ヲ要セス婦ノ請求ニ因リテ之ヲ登記スルコトヲ得又其登記ハ婦ノ適当ト思考スル不動産ノ全部又ハ一分ニ付之ヲ為スコトヲ得但第二百二十六条ニ記載スル如ク夫ノ有スル抵当減少ノ権利ヲ妨ケス

第 2 項 婦カ登記ヲ為ササルトキハ夫ハ婦ノ担保ノ為メ十分ナル不動産ニ付キ其登記ヲ為スコトヲ要ス

第 3 項 婦又ハ夫カ登記ヲ為ササルトキハ縦令委任ナキモ婦ノ親族又ハ姻族ニシテ之ヲ為スコトヲ得但婦ノ故障又ハ放棄ナキコトヲ要ス」

村田によれば、本条の趣旨は次のようである。夫が妻の物を借りたとか又は使ったとかすれば、妻は夫の土地家屋を自分が十分と思うだけ裁判所に行き、自分のために登記をして、夫に土地家屋を自由にさせないことができる。そしてこれは法律上の抵当権であるから、法律によって必ずしなければならない。だからもし妻が裁判所に登記をしなければ、夫が必ず裁判所に行って自分の土地家屋を妻のために登記をしなければならない。そしてもし妻も夫も登記をしなければ、妻の兄弟、叔父叔母でも夫の不動産について裁判所へ行って登記をしてしまえる。

そして村田は次のようにいう。「如何でございませう日本に於きまして斯様な法律を行ひまして一家の平和を保つことが出来ませうか、出来ますまいか。」

財産担保編第 217 条について

財産担保編第 217 条について次のようにのべる。

「第 1 項 未成年ノ法律上ノ抵当ハ夫カ婦ノ法律上ノ抵当ヲ登記スルト同一ノ条件ニ從ヒ後見人之ヲ登記スルコトヲ要ス

第 2 項 後見人登記ヲ為ササルトキハ後見監督人又ハ親族会員其登記ヲ為スコトヲ要ス若シ之ヲ為ササルトキハ未成年者ニ對シ連帶シテ損害賠償ヲ負擔ス

第 3 項 未成年者モ亦自産者ニ為リタル後ハ其登記ヲ求ムルコトヲ得」

村田によれば、本条の趣旨は次のようである。父がその子の後見をしている場合に、その子の物を借りれば、法律上の抵当であるから、父は必ず自分の土地家屋を抵当として裁判所に行って登記をしなければならない。もしも登記をしなければ、子から損害賠償請求をされる。

人事編第 26 条及び第 27 条

人事編第 26、27 条は以下のとおりである。これについて次のようにのべる。

「第 26 条 直系ノ親族ハ相互ニ養料ヲ給スル義務ヲ負擔スル

第 2 項 継母、継父又ハ継母ト其配偶者ノ子トノ間及ヒ婦又ハ入夫ノ夫家又ハ婦家ノ尊属親トノ間モ亦同シ

第 27 条 兄弟姉妹ノ間ニハ疾病其他本人ノ責ニ帰セサル事故ニ因リテ自ラ生活スル能ハサル場合ニ限り互ニ養料」ヲ給スル義務アリ」

村田によれば、本条の趣旨は次のようである。親子兄弟は互いに扶養料を給付する義務がある。それゆえに法律上、扶養料を給付しなければならぬので、放蕩の子は親に訴えを起こして扶養料を受け取ることができる。また無頼の弟は兄に対して扶養料請求の訴えを提起できる。

そうして村田は次のようにいう。「我邦は古来より倫理を尊ぶの習俗でございますから臣として不忠、子として不孝なることは我国体が許さざる所であります。故に是れまでは干名犯義と申しまして縦令刑事たりとも親を訴へ夫を訴へる者は却て其身を罰することであつた。今日と雖も尚ほ我が刑法に於ては父母に対して奉養を缺きたる者は禁固罰金を以て罰することになって居ります。斯の如き法律は欧米各国には見ませぬ所でございます。実に倫理を重んずることは本邦古来の美習でございますして現に小学校の生徒に勅語を暗誦せしむるではございませぬか。其勅語に汝臣民父母に孝に兄弟に友に夫婦相和し云々とございます。一方には孝悌の道を教へ一方には不孝不悌のことを許しては我が法典は我が国体習俗に悖り倫理を紊ると云ふても決して誣言でないと思ひます。」

以上のように述べるが、ただ一点、村田の解釈には疑問がある。兄弟姉妹の扶養義務の場合には、本人の責に帰すことができない事由による生活不能の場合にしか、扶養義務はないのであるから、村田のいうような無頼の弟は兄に扶養料請求をすることはできない筈である。

(2) 慣習に悖る

総論

村田は民法典や商法典施行に反対する個別的理由として「慣習に悖る」ことを挙げている。その総論的主張は次の通りである。

「民法が慣習に悖ることがございましたならば其国の民法ではございませぬ。然るに我が民法は我邦の慣習に悖ることが沢山あります。譬えば用益権、使用权、住居権の如きは日本人の夢にだも知らぬことであらうと思ひます。」

そうして以下に用益権、使用权、居住権その他がどのように日本の慣習に反してるかを主張する。

用益権について

「慣習に悖る」の各論的理由としてまず用益権に関して次のように主張する。

用益権（財産編第44条-第114条）について、村田によれば、所有者は「所用権」を自他に分ける権利があり、自分に残す権利を虚有権とし、他人に与える権利を用益権という。つまり自分は「空虚の権」を有している。このようなことはヨーロッパにおいて古代ローマ法より出てきたもので、専ら大陸にのみ行われた。後世に至っては段々減ってきたものである。

使用权及び居住権について

使用权、居住権に関する主張は次の通りである。

使用权、居住権⁵というのは、用益権を分割したもので、小用益権である。我国古来には決して存在しないものである。またヨーロッ

5 使用权、居住権は旧民法財産編第110条に定められている。

「第1項 使用权ハ使用者及ヒ其家族ノ需要ノ程度ニ限ルノ用益権ナリ

第2項 住居権ハ建物ノ使用权ナリ

パにおいても近年追々廃れてきているものである。それなのに何の必要があって日本に新たにこのようなものを民法に設ける必要があるのか。

賃借権

賃借権に関する主張は次の通りである。なお村田の主張はこのままでは解し難いので、キッコーによって補充する。

民法では賃借権を物権としている。これはフランスでは「人権〔債権のこと〕」にある。物権としたゆえに、賃借人は賃借権を他人に売ったり、抵当にすることができる。ゆえに家屋を借りれば、その借家の権利を他人に売り、その他人はまた他人にうるといように転々と売ることができる。そうして、初めに借りた者が「一時に」〔賃借権を譲渡して賃借権設定契約存続期間分に相当する〕「屋賃」を取りまして逃げて仕舞ひますれば貸家人〔＝賃貸人〕と云ふものは始めの借りたものに向って訴訟を出来ませぬからして夫れ故其〔初めの賃借人との〕期限間は如何ともすることは出来ない」。また「損料家屋〔使用料を取る家屋〕」については〔賃借人が転貸してその〕損料を質に入れて融通されても如何ともできない。という訳は賃借権は物権だからである。また「他人の土地を1箇年間幾らと定めて〔その土地を借りてその土地の上に〕」家を造るとその家が壊れるまでその土地を取り上げることができない〔財産編第153条第1項⁶⁾〕。そうすると石造や煉瓦造とかだとしたならば、末代まで

第3項 使用権及ヒ居住権ハ用益権ト同一ノ方法ニ因リテ成立シ及ヒ同一ノ原因ニ由リテ消滅ス

6 「第153条第1項 如何ナル場合ニ於テモ賃借人ノ権利ノ存スル一切ノ收穫物ヲ収去スル前ニ賃貸借ヲ終了セシトキハ賃貸人又ハ新賃借人ハ前賃借人ノ之ヲ収去スルニ委ヌルコトヲ要ス」。

この規定が借地上に堅固な建物があると、その建物を賃借人が収去するまで、賃貸人は賃借人に対して解約を申し入れることができないとする根拠か。

所有権を他人に取られるようなものである。素より地代は取るが取り除くことはできない。」

村田は賃借権を物権とした故に賃借人が賃借権を譲渡して、原賃貸借期間中の賃料相当額を全部受領した上で逃亡した場合、賃貸人は逃亡した賃借人に対して訴訟をすることができないから、賃貸借期間中は賃料収入を得る手段がなくなるという。

ただこの村田の主張はおかしい。村田のいう問題は賃借権を物権とするか債権とするかに起因する違いではないからである。賃借権を物権としようが、債権としようが、賃借人が賃料相当額の前払いを受けた上で逃亡してしまえば、賃借人に対してはどうすることもできない。また賃貸人に対して直接に義務を負う訳ではない転借人に対しても同様である。この点、第134条第2項は「賃借人ハ譲渡ノ場合ニ於テハ贈与者又ハ売主ノ権利ヲ有シ転貸ノ場合ニ於テハ賃貸人ノ権利ヲ有ス」と定めており、転借人は賃貸人に対して直接的に債務を負わない。このような問題が意識されたのであろう。そうであるからこそ、現行民法第613条第1項は「賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、転借人は、賃貸人に対して直接に義務を負う。この場合においては、賃料の前払をもって賃貸人に対抗することができない。」と定めている。

その意義について現行民法起草者である梅謙次郎博士は次のようにのべている。

「本条ノ規定ナクンハ賃貸人ハ賃借人ニ対シテノミ契約上ノ権利義務ヲ有シ転借人ハ賃借人ニ対シテノミ之ヲ有スヘキコト固ヨリ疑ヲ容レス然ルト雖モ是レ時トシテ不便ナキニ非ス賃借人ハ賃貸人ニ対シテ義務ヲ尽サス而モ転借人ハ賃借人ニ対シテ其義務ヲ履行スルコト稀ナリトセサルヘシ此場合ニ於テハ賃借人唯リ利益ヲ専ニシテ賃貸人ハ大ニ損害ヲ被ムルノ虞アリ而シテ其所有物ハ転借人ノ力使用、

収益ヲ為シ以テ其物ニ関スル利益ヲ収ムルモノナリ是レ豈ニ公平ト謂フヘケンヤ是ニ於テカ本条ハ貸貸人ニ与フルニ転借人ニ対スル直接ノ権利ヲ以テセリ即チ転借人カ賃借人ニ対シ賃貸借契約ニ因リテ負担スル義務ハ貸貸人ノ請求ニ応シ之ニ対シテ其履行ヲ為スの責アリ」⁷

また岡松参太郎博士も梅博士と同様に次のようにいう。

「唯タ賃貸ノ前払ハ往々其間ニ詐欺ノ行ハルルアリテ賃貸人ノ権利ヲ無用ニ帰セシムルヲ以テ転借人ハ借賃ノ前払ヲ以テ賃貸人ニ對抗スルコトヲ得サルモノト為スノ必要アリ。」⁸

以上の通り、村田のいう問題は賃借権を物権とするか債権とするかによって異にするものではない。だからこそ賃借権を債権とした現行民法においても起草者は第 613 条 1 項に後文を挿入したのである。

田畑売買

田畑売買に関する主張は次の通りである。そのまま引用する。

「百姓が田畑を売る約束をしますると今まで使って居りました鋤鍬牛馬等も付けてやらなければなりません。是れは主たつ物の処分は従たるものの処分を帯ぶと云ふことがござります。故に土地を売れば其付属物に皆付いて行くと云ふことになる。故に土地を売れば其付属物に皆付いて行くと云ふことになる〔この部分、同じ文章が繰り返されている。筆記ミスか〕。故に地面を売ると云ふ約束を致しますれば庭にありまする石燈籠も水鉢も皆黙って人に付けてやらね

⁷ 梅・民法要義・三・613 条注釈。

⁸ 岡松・註釋民法理由・債権篇・第 613 条注釈。

ければなりません。是れは甚だ今日の慣習に悖って居ることと存じます。」。

従物は主物の処分に従うことについては、財産編第 41 条第 2 項に定められている⁹。また何が主物でまた従物かについては第 15 条¹⁰は用法による不動産が性質による不動産の従物であると定め、第 8 条¹¹は性質による不動産について、第 9 条¹²は用法による不動産について定めている。

9「第 41 条 第 2 項 主タル物ノ処分ハ従タル物ノ処分ヲ帶フ但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」

10「第 15 条 第 1 項 物ハ他ニ付属セスシテ完全ナル効用ヲ為スト否トニ從ヒテ主タル在リ従タル有リ

第 2 項 用法ニ因ル不動産ハ性質ニ因ル不動産ノ従ナリ地役ハ要役地ノ従ナリ債権ノ担保ハ債権ノ従ナリ」

11「第 8 条 第 1 項 性質ニ因ル不動産ハ左ノ如シ

第一 耕地、宅地其他土地ノ部分

第二 池沼、溜井、溝渠、掘割、泉源

第三 土手、栈橋其他此類ノ工作物

第四 土地ニ定著シタル浴場、水車、風車又ハ水力、蒸氣ノ機械

第五 樹林、竹木其他ノ植物但第十二条ニ記載シタルモノハ此限ニ在ラス

第六 果実及ヒ收穫物ノ未タ土地ヨリ離レサルモノ

第七 鉱物、坑石、泥炭及ヒ肥料土ノ未タ土地ヨリ離レサルモノ

第八 建物及ヒ其外部ノ戸扉但第十二条ニ記載シタルモノハ此限りに在ラス

第九 墻、籬、柵

第十 水ノ出入又ハ瓦斯、温氣ノ引入ノ為メ土地又ハ建物ニ付着シタル筒管

第十一 土地又ハ建物ニ付着シタル電気機器」

12「第 9 条 動産ノ所有者カ其土地又ハ建物ノ利用、便益若クハ粧飾ノ為メニ永遠又ハ不定ノ時間其土地又ハ建物ニ備付ケタル動産ハ性質ノ何タルヲ問ハス用法ニ因ル不動産タリ即チ左ノ如シ但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス

第一 土地ノ耕作、利用又ハ肥料ノ為メニ備ヘタル獣畜

第二 耕作用ニ備ヘタル器具、梯子、藁草及ヒ肥料

第三 養蚕場ニ備ヘタル蚕種

第四 樹木ノ支持ニ備ヘタル棚架及ヒ杭柱

第五 土地ニ生スル物品ノ化製ニ備ヘタル器具

第六 工業場ニ備ヘタル機械及ヒ器具

第七 不動産ノ常用ニ備ヘタル小舟但其水流カ公有ニ係リ又ハ他人ニ属スルト

商号

商号に関する主張は次の通りである。そして商法典に関する主張はこれが唯一である。そのまま引用する。

「是れは最も日本の慣習に悖って居ります。日本に於ては暖簾を分つと云って屋号を分つて之を多くすると云ふのを名誉とする国でござります。然るに商法に於きましては同一の營業に付き一地域内に於ては同一の屋号を用いることを許して居りませぬ。夫れ故に自分の屋号を裁判所に行って登記して貰はなればなりませぬ。斯の如きことは決して日本の慣習にはない。加之欧羅巴に於きましても此商号と申しますものは専ら獨逸国に行はれますもので英吉利仏蘭西伊太利等の商業の盛なる国にはありませぬ。夫れ故に始め法律取調委員会に於きまして此商号のことは一人も賛成者が無い。然るに委員長は委員の説は之を机上の論だと云ふことで特に此事は商工会議所に諮問致しまして実業者の意見を問ふたら何と云ふかと尋ねたことがございました。所が商工会議所に於きましては之を設けるの必要がないと回答をして参りました。併しながら委員長の熱心よりして之を商法に設けることになりました」。

村田のいう商号の専用使用権については旧商法第26条¹³に定められている。登記をすることで専用使用権が生じるという意味での商号はドイツでのみ存在する制度だという。フランスにも商号はある

キモ同シ

第八 園庭ニ装置シタル石燈籠、水鉢及ヒ岩石

第九 建物に備ヘタル畳、建具其他ノ補足物及ヒ毀損スルニ非サレハ取離スコトヲ得サル扁額、玻璃鏡、彫刻物其他各種ノ粧飾物

第十 修繕中ノ建物ヨリ取離シテ再ヒ之ニ用ユ可キ材料」

13「第26条 商号ハ登記ニ因リ同一營業に付キ一地域内ニ於テ其専有ノ權利ヲ取得シ他人之ヲ用ユコトヲ得ス但本法施行以前ヨリ有スル商号ハ従前ノ營業ヲ變セサルモノニ限リ一地域内ニ於テ同一ナルモ妨ナシ」

が、確かに村田のいう意味での商号ではない¹⁴。

(3) 法律の体裁を失する

財産編第1条について

村田は民法典や商法典施行に反対する個別的理由の一つに、「法律の体裁を失する」ことを挙げる。その財産の定義に関する財産編第1条に関する主張は次の通りである。まず同条第1項は以下のように定めている。

「第1項 財産ハ各人又ハ公私ノ法人ノ資産ヲ組成スル権利ナリ」

本項に関する村田の意見は大略以下の通りである。財産とは権利であると注釈を加えている。しかし法律に解釈を付するべきではない。財産がどういう物かは誰でも知っている。しかし財産を権利とするから、反って財産が何であるのか解らなくなる。このようなことを民法に掲げるために、「註釈民法」という誹りを受ける。

財産編第6条について

財産編第6条に関する主張は次の通りである。まず同条第1項は以下のように定めている。

14 フランスでは商号を社号 *Raison sociale, nom social* や商号 *Raison commerciale, Raison de commerce, Nom commercial* という。商号を不正競争の意図で用いると、不法行為責任を生じ、不正に商号を製品上に表記すると刑法第423条により罰せられるが（大隅他・仏蘭西商法・I・後掲・第17条・付説4）、登記により専用使用権を生じさせるものではない。

「第423条 第1項 金銀の性質、本物であるといつて販売した偽造石類の性質、諸般の商品の性質について買主を欺罔した者又は偽造した度量具を使用して販売をして分量を偽った者は3月以上1年以下の禁錮に処し、かつ損失償還の高の4分の1以下50フラン以上の罰金を言い渡すものとする」（邦訳は、箕作・仏蘭西法律書・後掲を参考にした。なお本条は1905年に廃止された）。

「第1項 物ニ有体ナル有リ無体ナル有リ

第2項 有体物トハ人ノ感官ニ触ルルモノヲ謂フ即チ地所、建物、動物、器具ノ如シ

第3項 無体物トハ智能ノミヲ以テ理会スルモノヲ謂フ即チ左ノ如シ

第一 物権及ヒ人権

第二 著述者、技術者及ヒ発明者ノ権利

第三 解散シタル会社又ハ清算中ナル共通ニ属スル財産及ヒ債務ノ包括」

本項に関する村田の意見は大略以下の通りである。これは学校の教科書ならばよいが、法律で有体物とか無体物とかの精義を教える必要はない。もしこれが必要であれば足りないものがある。それは動物である。「動物とは社会に自動するものを謂ふ即ち人鳥獣虫魚の如しと云はなければなりませぬ。これは実に教科書の様なものがあります」。

本条を見る限り、第2項の有体物の定義に動物が入っている。そうであるにも拘らず、村田は動物の定義が必要であると主張している。ここから村田は動物を有体物とは違う別の物であると観念している。

我が国現行法においても動物は物であり、動産である。しかし村田に似た発想は、村田が施行延期を主張する、この旧民法の母法であるフランス民法において割と最近になって取り入れられた。1990年代、動物を物とすることに違和感を唱える学説¹⁵が展開されたこ

15 例えば、マルゲノーMarguénaud は動産を可動性と感性という人間と共通する特性を備えた存在として情報とか自動車と同様に私法上の客体とすることに異論を唱えた。そして動物を「動く物」と「愛される物」とに分ける。前者では動物を「物」としての側面で説明するが、後者では動産を人の愛情の対象として

とに伴って、危険動物および野生動物または動物保護に関する 1999 年 1 月 6 日の法律第 99-5 号 Loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 relative aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux が制定された。そして第 24 条によってフランス民法典第 524 条旧第 1 項の「物」は「動物及び物」と改正された¹⁶。

自然義務について

自然債務に関する財産編第 562 条から第 572 条に関する主張は次の通りである。まず自然債務に関する規定は以下の通りである。

「第 562 条 自然義務ノ履行ハ訴ノ方法ニ依リテモ相殺ノ抗弁ニ依リテモ之ヲ要求スルコトヲ得ス其履行ハ債務者ノ任意ナルコトヲ要シ之ヲ良心ニ委ス

捉える必要があるとする。さらに「愛情」を「動物一般に対する愛情」と「特定の動物に対する愛情」に分け、それぞれに異なる検討をくわえた。前者は動物保護一般の問題で、「物化の終わり」、「人化の始まり」とし、後者については「愛情圏」という考え方を提示した（大村・20 世紀フランス民法学・後掲 147-148 頁による紹介）。

16 「第 524 条 旧第 1 項 不動産所有者がその不動産の便益および利用のために備え付けた物は用途による不動産とする。

第 524 条 現行第 1 項 不動産所有者がその不動産の便益および利用のために備え付けた動物および物 objet は用途による不動産とする。」

大村・20 世紀フランス民法学・後掲・149 頁は、改正法は物と動物とを区別したが、従来の考え方を繰り返したただけにもみえ、特別の効果は伴ってはいないとする。ただしこのように物と別カテゴリーに動物を置いたことで動物を特殊なカテゴリーとして扱う第 1 歩になるかもしれないとも評価する（この説明はモルフェシス Molfessis 教授がパリ第二大学第 3 課程(大学院相当)で「立法の法社会学」を講じた際に 1999 年改正について述べたところに負うという）。

また吉田克己教授は、2012 年 1 月 27 日吉田克己教授最終講義「財の多様化と物権法の課題-「物権法」から「財の法」へ」において、動物が有体物かどうかという議論は、人との関係が特殊な動物を単なる有体物とは考えられないので、特殊な扱いを要求するのであろう、と論じた。

第 563 条 第 1 項 債務者ノ任意ノ弁済ハ不当ノ弁済ナリトシテ之ヲ取戻スコトヲ得ス

第 2 項 自然義務ヲ弁済シタル意思ノ証拠カ事情ヨリ生スルニ於テハ弁済ノ原因カ明示スルコトヲ要セス

第 564 条 第 1 項 自然義務ハ追認、更改又ハ質若クハ抵当ノ供与ノ目的タルコトヲ得

第 2 項 右諸種ノ場合ニ於テ自然義務ハ通常ノ法定ノ効力ヲ生ス

第 565 条 第 1 項 自然義務ハ法定ノ承諾ヲ阻却スル錯誤ノ為メ目的ノ指定ノ欠缺若クハ不足ノ為メ又ハ必要ナル公式ノ欠缺ノ為メ初ヨリ無効ナル合意ニ因リテ生スルコトヲ得

第 2 項 然レトモ公式ノ欠缺ノ為メ無効ナル贈与ニ関シテハ贈与者自ラ自然義務ノ履行又ハ追認ヲ為スコトヲ得ス其相続人又ハ承継人ノミ之ヲ為スコトヲ得

第 3 項 前項ノ規定ハ方式上無効ナル遺言ヲ為セル者ノ相続人ニ之ヲ適用ス

第 566 条 原因ノ欠缺又ハ不法ノ原因ノ為メ無効ナル合意ハ自然義務ヲ生スルコトヲ得ス公ノ秩序ノ為メ合意ノ目的トスルコトヲ禁シタル物ヲ目的ト為ス合意ニ付テモ亦同シ

第 567 条 第三者ノ所為ノ諾約及ヒ第三者ノ利益ニ於ケル要約ニ関シ第三百二十二条及ヒ第三百二十三条ニ定メタル無効ハ諾約者ノ自然義務ヲ生スルコトヲ妨ケス

第 568 条 債務者ノ不当ノ利得、不正ノ損害又ハ法律ノ規定ニ因リテ法定義務ヲ負担スルコト有ル可キ場合ノ外債務者ハ此権原ニ因リテ自然義務ヲ負担シタリト有効ニ自ラ追認スルコトヲ得

第 569 条 第 1 項 自然義務ハ法定義務ノ銷除、廃罷又ハ解除カ裁判上ニテ宣告セラレタル後ト雖モ存立スルコトヲ得

第 2 項 法定義務カ此他ノ消滅方法ニ因リテ消滅シタル後ニ於テモ亦同シ

第 570 条 免責又ハ取得ノ時効ノ利益ヲ援用シタル者既判力ノ利益ヲ受クル者又ハ其他ノ推定若クハ証拠ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ者ハ尚ホ自然義務ヲ負担シタリト自ラ追認スルコトヲ得

第 571 条 自然債権ノ法定ノ讓渡ハ協諧契約ヲ以テ破産者ニ免除シタル金額ニ付キ其債権者ノ之ヲ為シタル場合ノミ有効ナリ

第 572 条 当事者ハ自然義務ノ任意ノ履行又ハ認定アラサル前ト雖モ仲裁契約ヲ以テ其自然義務ノ成立又ハ広狭ヲ仲裁人ノ決定ニ委ヌルコトヲ得此場合ニ於テハ自然義務ヲ宣言シタル其決定ハ法定ノ義務ヲ生ス」

以上の条々に関する村田の意見は大略以下の通りである。自然義務は為すと為さないとはその人の勝手であるということである。それ故にその人に対して催促もできないし、裁判所に行って訴えることもできない。これは決して法律に掲げるべきものではない。然るに民法はこれを人権ノ部に掲げていて、しかも十一箇条程くどくどと書き並べてある。

「総て是れ等は法律の体裁を失するものと存じます。」

以上が村田の主張である。村田は完全債権が持つ給付保持力、訴求力、執行力の内、訴求力がないことを述べている（第 562 条）。訴求力がないのだから、執行力もないことは自明である。しかし村田は給付保持力について触れていない。つまり自然債務における債権者が給付を受けても不当利得にならないことに言及していない。このことについて国務大臣大木喬任（元司法大臣）が批判を加えている。大木は時効にかかった債権を例にして村田に反論をする。例えば、債権について 30 年の消滅時効が成立したとする。債務者は道徳によって返したとする。しかし事後に翻意して返還請求をしたとする。そして当時の現行法ではこれを許していた。それは認められ

ない（第 563 条）、ということで自然義務の規定を置いた理由の一例として挙げる¹⁷。

(4) 法律が貫徹しない

総論

村田は民法典や商法典施行に反対する個別的理由の一つに、「法律が貫徹せざること」ことを挙げている。その総論的な主張は次の通りであるから、そのまま引用する。

「法理の貫徹せざることと云ふのは是れは一例を挙げて申しますれば日本に於きましては相続の法は家督相続即ち家名相続でございます。然るにボアソナード氏の編纂に係りまする民法の中には仏国の如く財産相続でございます家名相続の趣意ではござりませぬ。」

このように述べて、以下で個別条々について上記を敷衍して行く。

財産取得編第 36 条について

「法律が貫徹せざること」の内、財産取得編第 36 条に関するものは以下の通りである。その前に、同条の規定は前掲したから繰り返さない（2 (1) 31 頁）。

「配偶者其相続人」とある。ここで「配偶者とは夫婦のことで」ある。「其相続人」とは配偶者の相続人ということである。この者は父の相続をすることもあれば、母の相続をすることもある。しかし日本は家名相続であるから、父が生存中に子が母を相続することは決して無い。そうであるのにボアソナードは財産相続の趣旨を採用

17 第三回帝国議会議事速記録第十一号・94 頁（大木）。

している。一方で日本人の手になっている箇所は家名相続の趣旨を採用していて法理が貫徹していない。

債権担保編第 52 条について

債権担保編第 52 条に関するものは以下の通りである。その前に、同条の規定は以下の通りである。

「第 1 項 債務者間ノ連帯即チ受方連帯ハ共同債務者ヲシテ其共通ノ利益ニ於テモ債権者ノ利益ニ於テモ相互ニ代人タラシム
第 2 項 此連帯ハ合意、遺言又ハ法律ノ規定ヨリ生ス
第 3 項 連帯ハ之ヲ推定セス如何ナル場合ニ於テモ明示ニテ之ヲ定ムルコトヲ要ス但不可分ニ関シ第八十八条ニ記載シタルモノハ此限ニ在ラス」

連帯債務に関する規定である。村田は第 2 項に「連帯ハ […] 遺言 […] ヨリ生ス」とあることについて次のようにいう。これは財産相続の趣意からでたものである。フランスでは親が死亡すれば、その財産を分割して相続する分割主義を採っており、本項はこの分割主義からきている。しかし日本は家名相続であり、長子が 1 人で親の財産を相続する。このような場合に連帯義務が生じる訳がない。

(5) 他の法律と矛盾する

総論

村田は民法典や商法典施行に反対する個別的理由の一つに、「他の法律と矛盾すること」を挙げている。その総論的な理由は以下の通りである。そのまま引用する。

「民法は仏人の手に成って居ります。商法は独逸人の手に成って居ります。民事訴訟法の一部も独逸人の手に成って居りますから勢ひ相背馳することは免れぬ訳でございます。」。

このように述べて以下、個別条文について主張を繰り広げる。

財産編第 451 条と債権担保編第 47 条について

「他の法律と矛盾すること」について、財産編第 451 条と債権担保編 47 条を挙げている。まずは条文を引用する。

「財産編

第 451 条 第 1 項 弁済ハ義務ノ本旨ニ従フノ履行ナリ

第 2 項 弁済ハ下ノ第一款及ヒ第四款ニ記載シタル區別ニ従ヒテ単純ナル有リ代位ナル有リ

第 3 項 数箇ノ債務アリテ只一箇ノ弁済ヲ為ストキハ第二款ニ従ヒテ債務ノ一箇又ハ数箇ニ付キ弁済ノ充当ヲ為ス

第 4 項 債権者カ弁済ヲ受クルコト能ハス又ハ欲セサルトキハ債務者ハ第三款ニ記載シタル如ク提供及ヒ供託ノ方法ヲ以テ自ラ義務ヲ免カルルコトヲ得

第 5 項 債務者カ債権者ニ対シテ自己ノ財産ヲ委棄〔物または権利を放棄して他人の自由にまかせること〕スルコトヲ得ル場合ハ民事訴訟法ヲ以テ之ヲ規定ス

債権担保編

第 46 条 第 1 項 法律ノ規定又ハ判決ニ従ヒテ保証人ヲ立ツル責アル者ハ自ラ保証人ヲ立テント約シタルトキト同シク第十五条及ヒ第十六条ニ定メタル如キ条件ヲ具備スル保証人ヲ立ツルコトヲ要ス
第 2 項 法律上及ヒ裁判上ノ保証人ヲ承認スル手續ハ民事訴訟法ニ於テ之ヲ規定ス」

村田が問題とするのは財産編第 451 条第 5 項と債権担保編第 47 条第 2 項である。両条共に「民事訴訟法ヲ以テ之ヲ規定ス」「民事訴訟法ニ於テ之ヲ規定ス」と規定されているが、民事訴訟法には該

当する規定がない。これは法律が虚文を書いているのであり、しかもこのような矛盾は沢山あるという。

以上が村田の主張だが、財産編第 451 条第 5 項については、箕作麟祥が反論をしている。債務者の債権者に対する委棄については、確かに民事訴訟法には規定されていないが、財産委棄法（明治 23 年 10 月 3 日法律第 94 号）によって規定されているという¹⁸。

貴号剥奪の場合について

民法と刑法における貴号喪失における矛盾を挙げている。まずは関連条文を引用する（なお村田は具体的条文を挙げていない）。

「旧刑法

第三十一条 剥奪（はくだつ）公権ハ左ノ権ヲ剥奪ス

一 国民ノ特権

二 官吏ト為ルノ権

三 勲章年金位記貴号恩給ヲ有スルノ権

四 外国ノ勲章ヲ侃用（はいよう）スルノ権

五 兵籍ニ入ルノ権

六 裁判所ニ於テ証人ト為ルノ権但単ニ事実ヲ陳述スルハ此限ニ在ラス

七 後見人ト為ルノ権但親屬ノ許可ヲ得テ子孫ノ為メニスルハ此限ニ在ラス

八 分散者（ぶんさんしゃ）ノ管財人ト為リ又ハ全社及ヒ共有財産ヲ管理スルノ権

九 学校長及ヒ教師学監ト為ルノ権

18 第三回帝国議会議事速記録第十一号・104-105 頁（箕作）。

第三十二条 重罪ノ刑ニ処セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス終身公権ヲ剥奪ス

旧民法 財産取得編

第二九四条 第一項 家督相続人ハ姓氏、系統、貴号及ヒ一切ノ財産ヲ相続シテ戸主ト為ル

第二項 系譜、世襲財産、祭具、墓地、商号及ヒ商標ハ家督相続ノ特権ヲ組成ス」

村田が問題とするのは戸主が貴号を剥奪された場合の刑法上の取扱いと民法上の取扱いである。刑法だと戸主が重罪で貴号を剥奪され、華士族の名称を失ってもその子は華士族の名称を有する。一方で民法だと子は親の持つものしか相続できないから、親が貴号を失うと子は平民になってしまう¹⁹。

以上が村田の主張だが、この点について箕作委員が反論している。刑法によって戸主が貴号を失うことがあっても、貴号は家に属するものだから、民法によって子が相続することは差支えないと述べている²⁰。

占有権と憲法の矛盾について

旧民法に定める占有権（財産編第 179 条以下）と憲法との間の矛盾を挙げている。まずは旧憲法の関連条文を引用する（なお村田は具体的条文を挙げていない）。

19 因みに村田は序で紹介した通り、イギリスで刑法を学んでおり、旧刑法に関する学術書として、村田保『刑法註釈』全 8 冊（内田正栄堂、1880 年）を公表している。

20 第三回帝国議会議事速記録第十一号・105 頁（箕作）。

「大日本帝国憲法

第二七条 ①日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サルルコトナシ

②公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」

村田が問題とするのは占有権を物権としたことである。その主張の大略は以下の通りである。占有権を物権として認めたために他人が自己の土地を占有した場合、油断をしていると土地を取られることになる。

一方、憲法では臣民は所有権を侵されることはないと定めている。しかし民法でもって他人の所有権を侵せることを定めている。これは「憲法の効力を減ずる所ではない」。

村田の主張だけからはいわんとすることが必ずしも明らかではないが、占有権が所有権を奪うというのは、占有者による取得時効の成立のことであろうか。少なくとも民法を知るものはそう受け取ったようである。占有者の取得時効を前提に箕作委員が反論をしている。占有者が一定期間、所有権の証明はできないが、その期間所有者として振る舞っていた場合であって、他人も許していたならば、法律も正当に権利を得ていると推定するから、その占有者が所有者となるのであって、他人の権利を侵したことにはならないとする²¹。

確かに現代法においても取得時効によって援用者が所有者の所有権を奪ったという法的構成は取らない。現代法では、取得時効援用者が所有権を取得した結果、所有者は反射的に所有権を失う、と説明される²²。

(6) その他修正を要する条項

21 第三回帝国議会議事速記録第十一号・105頁（箕作）。

22 遠藤、良永編・民法総則・第167条注釈。

戸主の定め欠如

旧民法には戸主の定めがないことも法典施行反対の理由として挙げている。村田の主張は概ね以下の通りである。

これはフランスには戸主がないからである。しかし日本では家毎に戸主がない家というものはない。財産編第 372 条以下には尊属親が卑属親の与えた損害の責を負ったり、主人親方が雇人や職員の与えた損害の責を負ったりする規定があるが、戸主が家族の与えた損害について責のない道理はない。しかしこの場合が不分明である。

以上が村田の主張だが、この点に関して箕作による反論がなされている。その要点は、他人に損害を与えた家族よりも戸主が幼年である場合には、幼年戸主が年長家族を監督できるものではないから、村田のいうように家族が与えた損害について戸主が責任を負うのは適当ではない。そして以上のような場合ではなく、戸主が責任を負うべき場合については、その戸主は戸主であると同時に親や後見人である兄等であるから、問題にならない、ということである²³。

(7) 実際には行われ難い条項

未成年者の親族会

「実際に行はれ難きこと」の理由の一つとして、未成年者の親族会を挙げている。村田の主張するところの根拠条文をまずあげる。

「人事編
第十章
総則

23 第三回帝国議会議事速記録第十一号・105 頁（箕作）。

第一六一条 第1項 後見ハ未成年者ノ父又ハ母ニシテ生存スル者
ノ死亡ニ因リテ開始ス

〔…〕

第二節 後見監督人

第一六九条 第1項 後見ニハ一人ノ後見監督人ヲ付スルコトヲ得
〔…〕

第三節 親族会

第一七一条 第1項 親族会ハ未成年者ノ最近親族三人以上ヲ以テ
之ヲ設ク但親族三人ニ満たサルトキハ未成年者ニ縁故アル者ヲ以テ
之ヲ補足ス

第一七二条 親族会ハ親族、後見人、後見監督人、保佐人又ハ利害
関係人ノ求メニ因リテ集会ス

〔…〕

第六節 後見人ノ管理

〔…〕

第一九四条 左ニ掲クル行為ニ関シテハ後見人ハ親族会ノ許可ヲ得
ルコトヲ要ス

第一 元本ヲ利用シ又ハ借財ヲ為スコト

第二 不動産及ヒ重要ナル動産ヲ譲渡シ之ニ物権ヲ設定シ又ハ之ヲ
取得スルコト

第三 動産、不動産ニ係ル訴訟又ハ和解、仲裁ニ関スルコト

第四 相続、遺贈若クハ贈与ヲ受諾シ又ハ抛棄スルコト

第五 新築、改築、増築又ハ大修繕ヲ為スコト

第六 財産編第一一九条ニ定メタル期間ヲ超ユル賃貸ヲ為スコト」

以上の諸条文について村田のいうところの大略は以下の通りである。幼年者に親のない者がいれば、後見人を立てなければならない。現行法でも後見人を付けることにはなっている。そして民法では後見人の他に後見監督人も設けなければならない。親族会は少な

くとも3人以上の議員がなくてはならない。そしてこの会の議決を経なければ幼年者の財産を処分することができない。

民法が施行されれば、後見人を定めることさえも容易ではない。それなのに後見監督人や親族会も設けなければならない。華族はともかく、大抵の家では随分困るであろう。まして小百姓や猟師等の家では後見監督人を立てるとか、親族会議を開けといってもまずもって驚くであろう。

従って、実際には行われ難い。

村田は上記のようにいうが、ただ一点、後見監督人については、「～得」とある。字義通りに解釈すれば、後見監督人は必置機関ではない。この点は箕作も指摘している²⁴。

(8) 一家の紊乱を来すこと

人事編第91条について

「一家の紊乱を来たすこと」として人事編第91条（嫡出推定）を挙げている。まず村田の主張するところの関連条文をあげる。

「第九一条 第1項 婚姻中に懐胎したる子は夫の子とす
第2項 婚姻の儀式より百八十日後又は夫の死亡若くは離婚より三百日以内に生まれたる子は婚姻中に懐胎したるものと推定す」

村田のいうところの大略は以下の通りである。民法では妻を娶って6か月後に子が生まれると、その子を自分の子としなければならない。通常感覚だと解る筈だが、十か月目に生まれても一か月足らないで生まれた場合、夫は甚だ怪しんで離婚の原因になる。

24 第三回帝国議会議事速記録第十一号・105頁（箕作）。

しかし民法が施行されれば、離婚は容易ではない。そうすると嫌でも自分の子としなければならない。

フランスでは財産相続の国柄なので、差し支えはないだろう。しかし日本は家名を貴び、血統を重んじる国であるから差し支えがある。日本は長子相続だから相続人は長子1人である。フランスは相続人が数人ある。民法で長子を廃するには失踪、気違い、片輪、処刑の他は長子を廃して次男に相続させることはできない。そうであるのに、誰の種か判らない子に家督を譲らねばならないとすれば、どうであろうか？「一家の紛乱を来し一家の秩序を紊すことであらうと存じます。故に此事は日本の如き血統を貴ぶ国に於きましては最も大切なことと存じます。斯の如き不都合なることを知りつつ強ひて断行せよと云ふことは甚だ良心に反することと存じます。故に本員は速に修正をなして然る後実行あらむことを希望致し即ち此修正延期の法律案を提出致します所以でございますから満場の諸君に偏に御賛成を願ひます。」

以上が村田の主張である。しかしこの点については大木等から次のような批判がなされている。その反論は要するに、夫婦間で生まれた子を自分＝夫の子としなければならないのは当然である。しかし別に証拠があってそうではない、というのであれば自分の子ではないと訴えることができる、という²⁵。

つまり大木の主張は法的表現で整理すると、婚姻後一定期間経過後に夫婦間で出生した子は夫の子と推定されるが、あくまで推定であって嫡出否認の訴えが可能だから、問題にならない、ということである。そして嫡出否認の訴えは、否認訴権として人事編第100条

25 第三回帝国議会議事速記録第十一号・95頁（大木）。

から第 102 条²⁶に規定されている。要するに村田の主張は「推定する」と「みなす」とを区別していない。

結

以上で村田の法典延期理由を紹介し終えた。要所要所で村田の主張に対する反論を紹介したが、本稿の目的は村田の主張の成否を明らかにすることではない。

村田の理由は多岐に渉るが、分類すると村田の反対理由の傾向が見えてくる。まず民法と商法何れについての主張が多いか。これは民法に関するものが圧倒的に多い。商法に関する主張は商号に関するものだけである(2(2))。村田は両法典の起草に関わった筈であるにも拘らず、奇妙である。商法典が民法典と比べて論争の対象にならなかったということはない。新聞紙上に現れる法典論争は、別稿で紹介する通り、論争初期、1890年から1891年(明治23年から明治24年)においてはほとんど商法に関するものだったからである。これは大衆は民法に関心を持たず、商人にとっては帳簿等の商法関連規定の方に関心をもっていたからであるといえよう²⁷。

次に家族法関係、つまり我が国固有の家に関する慣習に矛盾することを訴えるものが多い。村田が示した論難項目を総論的なものを

26 「第 100 条 否認訴権ハ夫ノミニ属ス但子ノ出生後ニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス

第 101 条 夫カ民事上ノ禁治産ヲ受ケタルトキハ後見人又ハ後見監督人ハ親族会ノ許可ヲ得テ否認訴権ヲ行フコトヲ得

第 102 条 第 1 項 夫カ子ノ出生ノ場所ニ在ルトキハ出生ヨリ三ヶ月ノ期間内ニ限り否認訴権ヲ行フコトヲ得但夫カ婦ト住家ヲ異ニシ又ハ婦カ子ノ出生ヲ夫ニ隠祕シタルトキハ此期間ハ子ノ出生ヲ知リタル日ヨリ起算ス

第 2 項 若シ夫カ遠隔ノ地ニ在ルトキハ訴権ノ期間ヲ四ヶ月トシ子ノ出生ヲ知リタル日ヨリ起算ス」

27 詳しくは、池田・『新聞集成明治編年史』にみる法典論争・後掲を参照せよ。

除いて取り出すと、20 ある。その内、家族法関係のものが、(1)「倫常が乱れる」に挙げた4項目全て、(4)「法律が貫徹しない」で挙げた2項目全て、そして(6)「その他修正を要する条項」、(7)「実際には行われ難い条項」、(8)「一家の紊乱を来すこと」で挙げた全3項目、合計9項目である。これは保守層の支持を狙ったものであろう。

次に、大陸法を母法とする規定を論難するものも多い。(2)「慣習に悖る」で挙げられる5項目は結局、全て大陸法を母法とする既成法典への論難である。「田畑売買」に関する主張も、要するにフランスにおける用法による不動産（フランス民法典旧第524条²⁸）を母法とする規定を批判している。

このことは大陸法（主としてフランス法）派と英法派の争いと無

28「旧第524条 第1項 不動産所有者がその不動産の便益および利用のために備え付けた物は用途による不動産とする。

第2項 次の物は、不動産の便益および利用のために所有者によって備え付けられた場合、用途による不動産とする：

〔一〕 耕作用の動物；

〔二〕 農業用具；

〔三〕 定額小作人 *fermiers* または分益小作人 *colons partiaires* に与えられた種子類；

〔四〕 鳩舎の鳩；

〔五〕 兎舎の鳩；

〔六〕 蜜蜂の巣；

〔七〕 池沼の魚類；

〔八〕 压榨機、釜、蒸留器、桶および樽；

〔九〕 鑄造場、製紙場その他工場の利用に必要な器具；

〔十〕 藁および肥料。

③不動産所有者がその不動産に永続的に定着させた動産はまたすべて用途による不動産とする。」（邦訳は、實方・仏蘭西民法・IIを参考にした）。

関係ではないだろう。大陸法派の学府は司法省法学校、明治法律学校（現明治大学）、和仏法律学校（現法政大学）であった。そして英法派の学府は東京大学、東京法学院（現中央大学）、東京専門学校（現早稲田大学）だった。そして村田もイギリスに刑法調査に留学しており、英法派に属する。

以上の通り、村田の主張は家族慣習の矛盾を指摘する論難にみられる通り保守層、大陸法批判にみられる通り、英法派に与するものであった、と総括できよう²⁹。

村田の主張は慣習との矛盾を主張するものが多いが、家族関係はともかく、それ以外の生活関係に関する主張は少ない。「慣習に悖る」主張も結局は大陸法批判である。しかし現行民法は旧民法が非難された慣習無視への配慮があったことは確かであり、例えば入会権（第263条、第294条）が新設されたことは有名である³⁰。村田の主張には入会権に関する主張はない。今後は、入会等民俗的慣習に注目した議論を展開した人物に焦点を当てて行く必要があるだろう。

【参考文献】

朝日新聞社『日本歴史人物事典』（朝日新聞社、1994年）。

池田雄二「『新聞集成明治編年史』にみる法典論争」阪南論集 人文社会編 54 卷 1 号（2018年）掲載予定。

梅『民法要義 卷之三』増補 19 版（有斐閣書房、1906年）第 613 条注釈。

大久保泰甫『日本近代法の父 ボワソナアド』（岩波書店、1977年）。

大隅健一郎『仏蘭西商法〔I〕』（有斐閣、1957年）。

29 大久保・ボワソナアド・後掲・168-169、190 頁は、村田に限ったものではないが、法典論争全体の構図について同様の分析をしている。

30 小林、福島、北條・昭和五年 全国山林原野入会刊行調査資料・一・後掲・12 頁。

大村敦志『20世紀フランス民法学から』(東京大学出版会、2009年)。
遠藤浩、良永和隆編『別冊法学セミナーNo. 215 基本法コンメンタール第六版 民法総則』(日本評論社、2012年)第167条注釈。

岡松参太郎『註釋民法理由債権篇』(有斐閣書房、1896年)第613条注釈。

小林巳智次監修、福島正夫、北條浩編『昭和五年 全国山林原野入会刊行調査資料 第一卷』(徳川林政史研究所、1969年)。

實方正雄『仏蘭西民法Ⅱ 物權法』(有斐閣、1956年)。

司法省調査部『仏蘭西刑法典(附)獨逸裁判所構成法・刑事訴訟法中改正法文』(司法省調査部、1939年)。

法務大臣官房司法法制調査部編『フランス刑法典』(法曹会、1976年)。

穂積八束「民法出テ、忠孝亡フ」穂積重威編『穂積八束博士論文集』
(有斐閣、1943年、初出1891年8月25日)223頁。

村田保『刑法註釈』全8冊(内田正栄堂、1880年)。

箕作麟祥『仏蘭西法律書』(自由閣、1884年)。