

< 公益法人制度改革 >

## 非営利団体は 「共益」団体か「公益」団体か (2)

～旧民法「人事編」起草者・法制官熊野敏三、明治22年の烽火～

島村 博(協同労働法制化市民会議)

前節で「整理」の構造を素描した。ここで視点を变えて、公益法人制度そのものについて幾つかの論点を確認することにする。

公益法人に似て非なるものに公法人というカテゴリーがある。実定法上では公法上の法人という意義を有する。広義では国又は地方公共団体を含むが、通常は、特別法に基づいて特定の行政目的のために設立され、特定の行政機能を果たす法人を称する。特殊法人という呼称が現在ではゆきわたっている。

少なくとも G8 各国を想定する限り、私法上で、積極的要件として公益の増進を目的とし、消極的要件として営利を目的とせず、かつ、主務官庁の許可を得て設立される「公益法人」制度を予定する国はない<sup>1</sup>。また、当該の制度は、その成立の時点をとってすら、1) 統治権を総攬する天皇が裁可した「法律ノ範囲内ニ於テ……結社ノ自由ヲ有ス」(明治22年[1889]2月公布の大日本帝国憲法第29条)とする団体観念を基礎とし、2) その公益活動が予防警察的に担保される民法典上の私法人として設定され、3) 国家行政から家父長的な保護を受けるユニークなものであった<sup>2</sup>。故に、その来歴を問うことなく予めその存続を前提とした論議に入ることは問題が多い<sup>3</sup>。

歴史を問うことなく21世紀社会のあるべき姿を展望しオープンに論議するというのも一つの行き方である。しかし、歴史的に成立したものに対し無前提で臨む態度は、この国の協同組合を含めた団体制制の特異さを無批判的に存続させることになる。また、人が人との間で作る社団一般の視座から国家を含む諸社会(自治制度、営利会社、協同組合、非営利団体、商店街組織、集落、町内会等)の制度総体及び其々の団体を統一的原理に即して設計し直す論議に貢献しうるものではない。

同時に、それは、市民団体への国家介入のメカニズムを脇に置いたまま、行政的介入、制約を忌避するあまり法人制度全体を結社の自由の観点から捕らえ返し民法33条(法人法定主義)の廃止を提起する態度<sup>4</sup>の消極的な対立物である。しかし、双方の態度は法ヒリズムという点で通底しあう。なぜならば、いずれも、国家と市民社会という二元フィクションに立脚する西欧近代の立憲的国家構想のあざとから逃れえず、また、社会諸団体の設計を統一的に行う視角を最初から喪失し国家のあり方を「市民社会」の障壁の彼方に押し遣る他にその出口を見出しえないものだからだ。

さて、この特異性を確認するには、現行民法の原始規範が制定された明治期に遡及しなければならないが、法人法定主義について技術的には多くを論じる必要はないと考える。帝国憲法<sup>5</sup>は結社の自由を「法律ノ範圍内」においてのみ認めるものであるので、法システムの的には、当該結社が1) その構成員から独立して法律行為をなすことを予定するケースでは商法を始めとし各種の法人法が当然にも予定されるし、2) 組合その他の人的団体にかかわる場合には一般に「安寧秩序ヲ妨ケス臣民タルノ義務ニ背カサル」(帝国憲法第28条「信教の自由」) 限り放任され、または、3) 「集会及び政社法」(明治23年、1890) といった政治的身分的なバイアスのかかった刑事特別法、時に規制対象そのものを壊滅させる弾圧法規が容易に想定可能である。また、それぞれの法人法の構造は法制官にあって 当時普及していた 法人擬制説に基づき「目的の範囲内において権利を有し義務を負う」という発想から、1) アイデンティティ規範(設立目的)、2) アイデンティティ促進規範(構成主体相互の内部関係)、3) 社団性担保規範(代表、公的秩序としての債権者保護等対外的責任、設立手続、目的保全の仕組)を設定し具体的に展開することは特段困難なわけではないからである。すなわち、ここで問われるべきことは「法律ノ範圍内」において結社の自由を認めるとする帝国憲法の抱懐するイデオロギーを社会諸団体に展開する構造、そして個々に示される団体制度設計思想である。この論点は、しかし、本稿の直接の主題ではない。

本稿の関心は、1) 現行の民法第34条を設計した明治民法の起草者たちの団体観念、2) 帝国議会での民法草案をめぐる論議を通じたその開示、3) 施行後における起草者たちの

団体理解であり、ついで、公益にも営利にも該当しないとの法人性格判断が大正デモクラシー期に大審院で確定する 協同組合の先駆とされる 「産業組合法」をめぐる諸問題である。本節は、現行の民法起草者たちにより否定される旧民法の団体観念の構造に焦点をしばり、必要な限りでの背景説明を行なうものである。

諸問題の検討は、この地上のいづこにおいても軍旗はためく1800年代の4分の3世紀において、土地の資本化(地租改正)を基礎とし、証券市場の開設を含む近代的な財政金融制度を推進力にして殖産興業を推進する明治政府が意識した「公益」観念の成立、大正デモクラシーの時期でのゆらぎ、そして国家総動員体制の下での悲劇的な統制秩序への推転をたどるものとなる。それは、まず、私法上の法人に「公益」を担わせる特殊に日本的な発想が何に由来するのかを確定<sup>6</sup>する所から始められなければならない。

本格的な論議においては、神聖不可侵の権威の下に諸社会(=諸社団)を厳格に統制しつつも、立憲制的ファクターからの規制を免れる柔構造化した帝国憲法に表現される権力と人民との関係構造、そしてそのイデオロギーの具体的な媒介、展開として、例えば公益法人としての水利組合(明治41年/1908)、共益団体としての産業組合(明治33年/1900)、NPOとしての愛国婦人会(明治34年/1901)、青年団(明治38年/1905)、在郷軍人団(明治40年/1907)等が扱われなければならない。こういった処理は別稿に譲る。

以下、旧体字、旧仮名遣い等が頻出するが和製漢文調の明治古文を元のまま引用するときは、努めて( )内に口語文をもって補う。必要に応じて読者の便宜を図りルビを付す。現代語に訳して引用するときは原文を付さな

い。引用文中に付された下線は筆者による。

## 1) 公益法人観念 その<sup>らんしやう</sup>濫觴<sup>のぶしげ</sup>

現行民法の原始規範の起草者が穂積陳重<sup>7</sup>、富井政章<sup>8</sup>、梅謙次郎<sup>9</sup>の三博士であったことは良く知られている。民法草案起草委員会の指導者であって総則第二章「法人」制度の起案者が穂積であったことも既に確認されている<sup>10</sup>。『穂積陳重立法関係文書の研究』に収められている「民法整理会議一覧表」によれば、法人制度は第五回整理会(明治28年12月18日)で集中審議に付されている。現行第37条以下の法人の構造及び技術的性格の諸条項について「整理結果」が示すように<sup>11</sup>多くの論議があったことは歴然としている。だが制度設計のコンセプトたる法人法定主義(第33条)及び公益法人制度(第34条)について何らの「結果」記載がされていないところからみて、整理会の席上これら三博士<sup>12</sup>の間で検討がなされたにしても穂積の構想を主導原理とした法案が帝国議会に提出されたことになる。

民法草案は、第9回帝国議会(明治29年/1896)において、「民法中修正案」(総則、物権、債権の三編)として貴族院本会議及び衆議院委員会及び同本会議で審議された。しかし、社会、団体の設計に関わる法人制度の設計をめぐる議論はほとんど為されず、それに関わりがあっても法人の構造(アイデンティティ促進規範)及び技術的な論議(社団性担保規範:財団法人の設立に関わる寄付行為)に終止した。故に、思想水準でどのような発想、構想の下に民法第33条及び34条が設けられたの、この点についてこれまで納得の行く説明はほとんどされていない<sup>13</sup>。

帝国議会での論議の不在は、当該の設計が選良の共通感覚に親しむものであったか、ま

たは基本的な利害意識にそぐうものであったことを証すものであろう。理解が及ばなかったということは、この際、度外視してよいだろう。なぜならば、後に法典調査会(総理伊藤に対する明治26年3月31日付けの三博士による「法典調査規程」建議書より実質始動)が「修正」することになる旧民法人事編(明治23年10月、天皇裁可・公布)において自然人と法人が「私権ノ享有及ヒ行使」の「主格」として構想され、その第6条(裁可・公布された法律第98号では第5条)に「法人ハ公私ヲ問ハス法律ノ認許スルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス又法律ノ規定ニ従フニ非サレハ私権ヲ享有スルコトヲ得ス」とあったからである。

人事編の編纂を担当した熊野敏三<sup>びんぞう</sup>が当該草案に付して内閣に提出した「民法草案人事編理由書」によれば、「法人ハ公私ヲ問ハス」というくだりの「公」的法人が公法人を指称することは当然であるとして、「私」的法人において既に公益法人と私法人とが予定されていたことは明白であった。だが、「公益法人」了解、その制度設計は、旧民法から現行民法に摩擦なく継承されたのではなく、歴史的論理的断絶ともいべき局面を介して一新されてゆく。因みに、「摩擦」というのは、裁可・公布された民法施行の断行か延期かをめぐり政界を巻き込んで展開された激しい民法典論争(1889～92)を指すが、家制度の反動的再建を媒介として君主主権の強化に帰一させるか、個人主義的婚姻・家族制度を立憲的制約原理の基礎として「社会」構造化させるかをめぐる決定的な対立として民法の確定を把握すればこそその謂いである。すなわち「民法出でて忠孝滅ぶ」か、「民法改められて忠孝興る」という分水界的時代を象徴するものとして「公益法人」観念も推転する。

明治23年段階で水利組合といった民立の公法人は未だ存在せず、かつ、後の明治29年の第9回帝国議会で法人の設計コンセプトをめくり本格的な論議がされなかった事実は、既に当該の国会で敢えて論じるには及ばないこととして受け止められていたとの判断を裏付けるものとなろう。故に、主題とする法人制度の論議の解明は現行民法の原始規範体系によって修正されることになった、いわゆる旧民法の成立にまで溯ることになる。

## 2) 旧民法の団体観念と批判

### 2-1) 旧民法の成立の沿革

ここでは、先人の優れた研究(例 石井良助編『明治文化史資料叢書』第参卷上「民法草案人事編理由書解題」、下「法律編下 解題」、風間書房、昭和34年)があるので、旧民法の成立を逐一追うことをしない。先人の業績を奇貨としつつ、かつ、法務大臣官房司法法制調査部の手になる「舊民法編纂沿革」<sup>14</sup>によりこれを補い、法人制度が規定される人事編(第1編)の成立の沿革をスケッチする。

民法編纂の過程は、明治13年春の民法編纂局の開局からポアソナード考案になる民法典編成構想中の一部が提出される明示19年3月までの段階及び同月以降明治23年10月における財産取得編及び人事編の裁可・公布までの段階とに分かれる。ポアソナードの構想は、第1編「人事編」、第2編「財産篇(第1部物権、第2部人権)」、第3編「財産獲得方法編(第1部特定名義の獲得法、第2部包括名義の獲得法)」、第4編「債権担保編」、第5編「証拠編」としてよく知られている。包括名義の獲得法とは、相続、贈与、遺贈、夫婦財産制による物権取得を指す。よって、第1編及び第3編第2部を総称し「身分法」、そ

他の諸編部を総称して「財産法」という技術的名称を与えることがある。

編纂は、分野的には財産法が先行し、その後身分法の整備へ、という過程をたどる。財産法分野の先行完成は、物権及び物権変動、契約という比較的ニュートラルな法規群から構成されるという対象的性格、および、ローマ法をベースにいわば商品交換・秩序法として普遍的な発展を遂げていた欧州諸法を継受する上で明治日本において大きな障害がなかったという事情に由来する。ところが、身分法の分野は「一国の風土民情に起因して自国に特発したる法律」であって慣習法という不文法の形態をとり、外国より範型を「採り難」い「精神」<sup>15</sup>の範疇に入るので、継受、つまり法制の輸入は問題外であり、固有法に根ざした構成という難問に直面することになる。

### 元老院民法編纂局担当時代(明治13年4月30日～同19年3月31日)

1. 明治13年(1880)4月30日付で、太政官より参議兼元老院議長・大木喬任を民法編纂総裁に、司法大輔兼議官・玉乃世履の他、太政官権少書記官・磯部四郎を含む11名を編纂委員とする辞令が発令される。元老院は漸次立憲政体を立てるとの詔勅に基づいて明治8年(1875)に設置された法案の議定、立法に関する提言機関である。ここに、従来からの翻案法典化作業すなわち「誤訳もまた妨げず、ただ速訳せよ」(箕作麟祥に対する司法卿江藤晋平の指示)との方針の下でフランス民法を直訳し「フランス民法と書いてあるのを日本民法と書き直せばよい」(穂積陳重「フランス民法をもって日本民法となさんとす」、『法曹夜話』第61)とする試みとは次元も様相も異にする事業が開始された。



翌5月25日に大木は、「本官、このたび民法編纂総裁仰せ付けられました、刑法或いは治罪法等の如く既成の草案を審理するのは自ずと事情が異なり、新たに起草編纂しなければならず、人員を配する必要があります。ついては以下の件は総裁の権限と心得るが、いかがでしょうか。

- 一 民法編纂の目的を設定し、編纂委員をそれぞれの課に配属させること
- 二 民法編纂に関し論じ結論を出すこと
- 三 補助の役人を任命すること」という伺い書を提出している。

太政官指令は、「伺之通」(伺いの通りにせよ)、というものであった。

同29日、6月1日に元老院内に民法編纂局を設置する運びとなった旨、太政官に復命。  
2. 6月2日、編纂局の事務規定(「民法編纂局章程」)を定め、かつ、分課人員を取り決めたとの届出を行なっている。

委員を「討議員と分任員」に分け、前者は編纂局の会議で討議論説に任じ、「分任員は編集の事務を担当し、かつ、会議の席上でその担当の報告を行い、適任の事務方を任命する」ことが職務となる。

分任員は、第1課から第4課のいずれかに配属される。

第1課は、民法本文案を起案し、翻訳庶務も担当する。ここでは「本案八仏文ヲ以テ起案スヘシ」との命令が但し書きされている。

第2課は、必要とされる語彙を集めて語彙集を作成する。

第3課は、編纂された文言の修正及び民法用語解説集を作成する。

第4課は、わが国の古来からの慣習法を収集する。

討議員には、前記、元老院議官玉乃の他5人が充てられ、うち二名は判事である。

第1課は、議官・箕作麟祥他、太政官権少書記官・磯部四郎を含む三名で構成され、ポアソナードがここに配属される<sup>16</sup>。

3. 法務大臣官房の整理になる「沿革」は、次いで明治19年3月31日付の「民法編纂局當三月限相廢候条右事務悉皆司法省へ引渡スヘシ」(民法編纂局は、この三月末に廃止する。よって事務の総てを司法省に移管すべし)との「民法編纂局総裁への訓令」を掲げている。

編纂局は総理伊藤に、その閉鎖の直前に、第2編「財産編」及び第3編「財産編」第1部を提出する。当時、憲法発布、国会開設の基盤整備のために必要な法典化作業を担当した参事院(議長 山形有朋)の議官に任じられていた元老院議官・鶴田 皓の私家本<sup>17</sup>によれば、第2編600条が16年4月にはできあがっており、第3編第1部401条も明治18年中に完成していたとのことである。

ここで、当該の編纂局案の配布を上申した副申書から窺い知れる編纂実務の経緯を整理しておく。その要点は、第1に、ポアソナードの関与にかかわり本案は同氏の仏文起稿を翻訳し手を加えたものである、第2に、第4編及び第5編の草案は未了である、第3に、「第一編、すなわち人事編、第三編第二部すなわち包括名義の獲得方法に関するものは深くわが国の風俗習慣を斟酌し当を得た内容でなければ、人民はその内容を予期した上で服するということはできない。よって、なおしばらく熟考する必要があり人事編に関する起案を見合わせている」(上掲、石井良助編『叢書』上巻、5頁)というものである。

故に、明治23年10月6日に裁可された「民法中財産取得編人事編」において登場する自然人とならば私権の享有及び行使の「主格」である法人制度を掲げる身分法草案は民法編

纂局では起案もされず、審議もされなかったということになる。よってポアソナードの関与も問題とはならない。

### 司法省法律取調委員会担当時代(明治19年3月31日～同23年10月6日裁可、同7日公布)

4. 元老院民法編纂局廃止の後、編纂局の「事務悉皆司法省へ受ケ取ルヘシ」との司法大臣宛訓令が明治19年3月31日に発せられ、同省は4月12日、検事・磯辺四郎及び司法省参事官・熊野敏三<sup>18</sup>を含む三名に民法草案編纂委員を命じている。一時、条約改正との関連で外務省の法律取調委員会に事務が引き渡されるが、同年11月29日には内閣より検事・磯辺四郎及び司法省参事官・熊野敏三に対し「民法第二編第三編元老院議定ニ付シ候ニ付内閣委員ヲ命ス」との辞令が発せらる。すなわち、両名は元老院での審議に政府委員として内閣提出にかかる法案の説明要員に任じられたということである(磯辺談では元老院から内閣法制局に草案が返付され、元老院での審議は延期となったという)。

5. 明治20年10月に外務省より司法省に編纂事務が差し戻され(法律取調委員会、長山田司法大臣)、11月14日に「第6条 総テ法案ノ起案者ハ外国委員ヲ以テ之ニ充ツ故ニ起草者ノ説明ヲ要スルトキハ委員会ニ列セシムルコトアルヘシ」という条項を含む全10条からなる「法律取調委員会略則」が定められる。

当該の「略則」からすれば、民法草案(内閣に提出される以前の案であるので、草案とする)の起案者は外国人ということになる。

翌21年12月27日に「民法草案財産編取得編担保編証拠編法律取調委員会ニ於テ議了」

の旨が「山田委員長ヨリ内閣総理大臣へ」上申される。すなわち、第2編「財産編」、第3編「財産取得編」(名称が、財産獲得編から財産取得編に変更されている)第1部(第2部は、以下で示すように、未提出)、第4編「担保編」、第5編「証拠編」が法律取調委員会で審議終了し内閣に提出される。

同日付で、「今般民法草案財産編取得編担保編証拠編法律取調委員会ニ於テ議了ノ上内閣へ提出致候ニ付一部送呈候也」として山田委員長より「諸大臣、枢密院議長、元老院議長、参事、法制局長官」に連絡が為された。つまり、草案が既に内閣に提出された旨、及び、追って内閣から元老院に法案として提出されることを予告かたがた草案の写しを一部送った、ということになる。

19年3月にいったん提出された第2編及び第3編が其の後にどのように扱われたかは、本稿の主題ではないので究明を差し控える。いずれにしても、この段階では財産法草案のみが提出されたことを確認できれば十分である。

提出された草案は、法案として明治22年(1889)1月に提出されたことが以下の命令から明らかだ。

「明治22年1月29日 内閣

法律取調報告委員

司法大臣秘書官 栗塚省吾

同上 大審院評定官 寺島 直

民法元老院議定ニ付セラレタルニ付内閣委員ヲ命ス」

元老院の審議が3月当初終了したことは3月7日付で、当該法案が「天皇親臨シテ重要ノ國務ヲ諮詢スル」(「枢密院官制及事務規定」第1条)機関であって「行政及立法ノ事ニ関シ天皇ノ至高ノ顧問」(同第8条)である枢密院の議事(民法及民事訴訟法会議とある)が3

月11日に開始される旨司法大臣に通知されていることから伺える。翌4月21日に当該の諸編が公布され、施行日を明治26年(1893)1月1日とするとある。

6. ところが、「深くわが国の風俗習慣を斟酌し当を得た内容でなければ」人民が承服できないとした人事編について、山田委員長は内閣書記官周布公平に「人事編並びに財産取得編第二部(包括名義ノ獲得方法)草案ノ或ル点ニ付ピゴット氏ノ意見諮問可致之處全篇重要ノモノニ付其全案ニ對シ同氏ノ意見相尋度候間可然御取計相成度別冊相添此段及御依頼候也」(人事編並びに財産取得編第二部草案の或る点についてピゴット氏に意見を諮問しなければなりません、編全体が重要なので、案全体について同氏にご意見を伺いたいのので然るべくお取り計らいいただけますよう草案を別添し、お願い申し上げます)と最終校閲の要請とも取れる通知を発している。時に明治23年1月16日のことであった。ピゴット氏というのは、正確には、ピゴット F.T. Piggott(1852 ~ 1925. 明治21年1月、伊藤総理大臣の法律顧問として招聘来朝し、明治24年帰国。来日当時は弁護士)<sup>19</sup>を指す。

前掲石井(第参卷上、「解題」7頁)は、上述の明治19年3月の大木による副申書に「第一編ニ就テハ、上文ニ述ル如ク、我民情ヲ昭鑑セサル可ラサルニ因リ、特ニ此案及第三編第二部ニ関スル起草ヲ我編集委員ニ於テ分担シ、其案(日本語・仏文)成ルノ後、ボアソナード氏ト討議シ協定ノ上、同氏更ニ正稿ヲ成シ、此ヲ訳訂シテ以テ全部ノ落成ヲ記セシナリ」(第一編については、上述したように、わが国民のありさまをよくよく存じ上げていなければなりませんので、特に第一編および相続、贈与等に関する規定については日本人のスタッフが担当し、和文仏文双方のバージョ

ンの草案が完成した後にボアソナード氏と討議し、一定の条件を付した上でボ氏に更訂をお願いし、当方でその和訳をなし全体の作業の完了を期した)という一節に着目し、「ボアソナードに起草こそさせないにしても、出来た案について、彼の意見を聞いたことはあったに違いないと考えられる」とする。そして、明治21年10月少し前に人事編草案(これは、意見を徴するために各裁判所長官に送付され、翌22年半ばに「新案」または「別案」と称される草案にまとめられ、次いで「新案」に対する取調委員会での討議修正を経て23年1月草案となったと、石井、第参卷下、「解題」3頁にある)は完成していたようだと推定している。

ボアソナードの関与の有無は、ここでの究明課題ではない。いずれにしても、山田委員長が周布にピゴット氏に草案内容について諮問する機会を得るべく、その斡旋を要請したことは事実であり、前述した「略則」第6条からも外国委員の関与は不可思議なことではない。

7. だが、ピゴットへの諮問及び同氏の意見は、この局面で重大な意義を有するものとはなり得なかったろう。すなわち、1月初旬に出来上がった草案(「民法草案人事編再調査案」)に対しては、続いて各委員より意見書が上げられ、この意見を集約した草案が再修正され4月1日に山田委員長より総理大臣に「民法草案人事編取調委員会ニ於テ議了」の旨報告される。同日、当該草案が地方官、大審院、検事長、裁判所長、上席検事宛に60日を期限として見解を提示するよう必要な処置が取られている。

内閣は当該草案を訂正することなく5月に元老院委員会に付議し、元老院では「草案とは全く面目を一新したる有様」(石井、上掲

書、4頁)となる程の修正、削除を行い、議事は7月下旬に終了したという。法律取調委員会による条文整理、審査会審査を経た草案は9月に元老院本会議に提出可決され、次いで枢密院の諮詢を得て10月7日に公布に至った(元老院、枢密院での審議内容等は、石井、上掲書の「解題」を参照のこと)。

ピゴットが「私にとって不可解な要因は日本憲法というものは日本人みずからの作品である」と後年述懐するように、旧民法も、かくして、日本人自らの作品であったことが十分に窺い知れる。

公布の文書には、「朕民法中財産取得編人事編ヲ裁可シ茲ニ之ヲ公布セシム此法律ハ明治26年6月1日ヨリ施行スヘキコトヲ命ス」とある。施行を2年有半先に設定したことがこの国のその後の運命にとって致命的とも言うべき意味をもつことになる。同日、17カ条からなる法例が同じく公布されている。法例は、法律の適用に関する諸条項を規定する法律である。故に法例は第1編「人事編」の直前に掲げられる。それは、人事編草案本文とは比較にならない程、完膚なきまでに元老院委員会の手を加えられた。箇条数は35から17に半減させられ、爾来、数度の改正を経るが、法例は国際抵触法の圏内に囲い込まれ今日に至っている。故に、法例草案を含む法人条項案とその思想の検討が次の課題となる。

## 2-2) 法例草案に対する批判と起案者の法思想

上記のように人事編草案は明治21年10月前に一応完成し、草案に対する意見を求め各裁判所地方長官にその写しが同年10月6日付で送付されたのを皮切りとして逐次各方面に対し同様の処理がなされた。その写しの冒頭には全35条からなる法例草案が掲げられ

ていた。その中に以下の箇条がある。

「第3条 社会ノ公益ヲ主タル目的ト為ス法律ハ各個人ノ私益ヲ害スルニ拘ラス遡及ノ効ヲ有ス

第4条 社会ノ公益ニ関スル法律ト雖モ各個人其身分又ハ資産ニ付既ニ獲得シタル私権ヲ害スルコトヲ得ス但シ其權利ノ行用又ハ保存ノミヲ規定スルハ此例ニ在ラス

第20条 前数条ノ条例ニ拘ラス社会ノ權利ニ関スルトキハ行為ノ地、当事者ノ国民分限及ヒ財産ノ性質如何ナルヲ問ハス帝国ノ法律ヲ適用スヘシ」<sup>20</sup>。

1. 穂積は、法律取調委員会宛の意見書で「社会の公益」、「社会の権利」とある上記の3箇条について法理学の観点から相当に厳しい批判を加えたと推定される。というのは、「英佛独法律思想の基礎」(「法学協会雑誌」第68号、明治22年11月)において「余亦た意見の有るあり。然れども、其異見は己に述べべき處に之を述べたり。講談論場に立つて之を論ずるは余の好む所に非ざるなり」と、そこで結んでいるからである。しかし、「異見」の本旨は「基礎」において正確に反映されていると考えられる。

穂積は、既に明治17年に「英佛独法学比較論」(「法学協会雑誌」第9号)と題し、フランス的法観念は、1)社会観念を法律思想の基礎とし、2)国家を社会の人格化したものと把握し、3)民法上の諸制度を社会制度と理解するものである、という観測を提示しているが、このような理解は終生変わることがなかった。

故に、「基礎」では、法例草案に直截に反発するのではなく、それが依拠する法思想を歴史内在的現象として価値相対化し、「我国体に適せざる法理」の機械的移植の弊を具象化し、同時に、法例草案が基盤とするフラン



ス法思想の根底には社会主義の思想があると断定し、当該案そのものを根底的に葬る論理を提示する。

「若し其れ今日の如く一定の原理有らざる時に当たり、一国の法理は万国の法理なりと思惟し、我国体に適せざる法理を移植せば、其弊害や將に測るべからざらんとす。猶ほ熱帯の草木を移して之を寒帯に繁茂せしめんとする如く、時に枯稿の虜なしとすべからず、慎まざるべけんや」と。かつ、「佛国の法律思想は古来歴史上の理由あるを以て其思想の社会主義に基づくも敢えて無理とすべからず」、「是等の佛国歴史に胚胎したる法律思想は、果して我国法典の正文として掲げ得べきか。假へ掲げ得べしとするも、果して我国国体及び人民の思想に適すべきや否や」と<sup>21</sup>。

「一国の法理」とはここでは「人及び市民の権利宣言」、理性法観に貫かれたフランスの法思想を指している。そして、それは歴史的にみて「社会主義」の思想に基づくものである。それがどうして「我国国体及び人民の思想」に適すると言えるのか、適するはずがない、という意見を開示したことが伺える。

当時すでに元老院、枢密院議員すなわち枢機官らにとって「社会主義」が何であるか不案内というわけではなかった。同時に、「フランス革命論の欧州諸国の輿論を振動するに会し彼の団体を以て工業者の自由を檢束し平等を傷害するものとなし之を排斥して自由営業法自由移住法を施行するに至らしめたり而して自由平等の説は独り工業上の団体を破壊したるに止まらず亦農商及び漁業の団体を壊滅して殆ど其の余類なきに至り……佛国の革命論及び『スミス』の經濟説より生したる實際の結果は旧制度の破壊の一方に偏し構成的政略及び平等自由(比較的)を實際上に保持するの方策に至っては殆ど之を顧みず是を

以て有害なる競争は日に猖獗にして經濟上の徳義漸々消耗し」<sup>22</sup>といった「ブルジョア民主主義の虚偽性」、矛盾もまた明確に意識されていた。

この矛盾の極限として「多数の窮民は終に生計を保つこと能はず惶惑の余去りて社会党と為り虚無党と為るに至る今やこの種の党民は滔々として欧州の天地に漫延社会を攪乱し国家を脅威するも政府は手を拱して為す所を知らざらんとす殷鑑遠からず」<sup>23</sup>との警告が畳み込まれる。故に、こういったフランス革命観、社会主義観の漸次浸透しつつあった明治20年代(1887～1896)、穂積のフランス法理に関する理解は価値中立的であっても政治的に中立的であったとは言えず<sup>24</sup>、「国体」の見地から欧州、特に英佛独ドイツの歴史法学派の法理への傾倒は明白であるがの法制を相対化するのみならず、その文明の一産物たるフランス法もまた「適當すべきや」と懷疑、不信の目をもって見ていたのである。

2. 法例草案の起案者は人事編を草した司法省参事官・熊野敏三である。彼は、司法省法学校第1期生で、穂積等後輩に比して、異例の長きにわたる在仏留学経験を有する。その熊野の法律思想は全面的な検討に十分に値する。いまは忸怩たるものがあるが所与の課題に視野を限定して先を急がざるを得ない。法制官・熊野が提出した法例草案第3条は、明らかに、法律による社会秩序の变革を展望したものである。「理由書」に曰く。

「社会ノ公益ヲ主タル目的トナス法律ハ遡及ノ効力ヲ有スルモノナリ。第2条に掲げられた「法律ハ将来ノミヲ規定シ遡及ノ効力ヲ有セス」というものは絶対的規則ではなく「却テ一箇ノ例外ニ属ス」るのであって、それは「法律ノ改正ハ社会ノ改良ヲ目的トス

ルモノニシテ弊風ヲ改正スルニ当リ若シ新法ノ効力ヲ将来ノミニ限ルトキハ決シテ社会ヲ一新シ旧法ノ弊害ヲ一掃スル」ことができないとする。

したがって、「公益ニ関スル法律ハ各個人ノ利益ヲ害スル」ようになっても「其ノ適用ヲ既往ニ及ホサ」ないわけにはいかない。「法律ノ改正ハ必ス人民ノ利益ヲ障害スルモノ」であるが、「若シ此利益ノ為ニ躊躇スルトキハ」社会の進歩を期することはできない。故に「立法官ハ各個人ノ利益ヲ害スルニ係ハラス法律ヲ改正スルノ権利」を有するばかりではなく、「是レ其職務上ノ義務トモ謂フ可シ」と。

ここまでの「理由書」の件を、官を辞した後の熊野は、より直截に講じている。曰く「夫レ法律ヲ制定シ改正スルモノハ何ノ為ソヤ舊法ノ弊害ヲ矯正スルニ在リ社会並ニ人民ノ利益ヲ満足スルニ在リ速ニ且ツ広ク新法ヲ適用スルハ一般ノ利益ナラン若シ第二条ノ元則ヲ憲法上ノ規則ト為セハ法官ノ自由ヲ束縛シテ社会ノ改良ヲ計画シ其ノ本職ヲ尽ス能ハサルニ至ルヘシ例之ハ佛国革命ノ際封建ノ制度ニ原由スル諸般ノ権利ヲ廢シタル如」<sup>25</sup>くであると。端的に謂えば、封建的遺習である身分に基づく一切の特権又は差別(貴族の永久年金保障等)を旧に遡って廃止することは一向に差し支えない、というものである。

とはいえ、社会の公益に関する法律であっても「各個人其身分又ハ資産ニ付既ニ獲得シタル私権ヲ害スルコトヲ得ス但シ其権利ノ行用又ハ保存ノミヲ規定スルハ此例ニ在ラス」(第4条)とされるのは何ゆえか。本条は「第二条ノ適用ヲ示スモノ」であって法律は遡及効を有しないというのは「各個人既得ノ私権ヲ害スヘ可ラスト云フ」ことである。つまり、肝心なことは「法律ノ効力ヲ既往ニ及

ホス可キヤ否ヤハ利益ト権利トノ区別ヲ為スニ在」るのであって、「私益ヲ害スルコト如何ニ重大ナリト雖モ立法官之ヲ顧慮スルニ及ハス随意ニ法律ヲ改正スルヲ得」る。しかし、各人が社会で生活するというはその権利を確保するためであり、決してそれにまさる公益はないのであるから「社会ノ公益上如何ニ必要」であっても「人民ノ私権ヲ……害スヘカラス」というのが第4条の要義であると<sup>26</sup>。

そして、かかる法例草案は法制官熊野の法典編纂態度を規定し、かつ、諸規定の内容を設定する基本指針としての位置を占めていた。

「法例ハ佛民法ノ前加編ニ相等シ一般法律ノ適用ニ関スル総則ヲ設定スルモノトス此総則ハ民法ノミニ限ラス其ノ他ノ法律ニモ適用ス可キモノナレハ公法ノ部ニ入レルモノニシテ佛国学者中ニモ之ヲ民法中ニ掲載シタルコトヲ批難スル人アルニ由リ佛民法ニ倣ヒ之ヲ特別法トシテ民法ノ巻首ニ置キ法律全部ヲ総領スルコトトナシタリ」と言う。しかし、それはフランス法例の六倍の分量に達する浩瀚なものである。なぜならば、フランス法例は「甚タ不完全ナルヲ以テ白耳義(ベルギー)草案ニ抛リ之ヲ増補」<sup>27</sup>したからだという。よって、「19世紀の自由主義の典型的な産物」(注4参照)としての憲法を戴くベルギー民法草案をも参照し佛民法典とは趣を異にする人事編草案が提出される。

### 2-3) 法制官熊野の団体及び公益法人観念

熊野は、家族を自立した男女の共同かつ平等の団体として設計した。それは、元老院の刑法草案審議(明治13年4月6日、第三読会)において一端は「妾」制度の存続案が議決され

た記憶も新しい時期に、枢機官らの常識と鮮やかな対照を見せた次の婚姻の定義に明らかである。

曰く、「夫婦八両体一心ヲ為シ苦楽ヲ共ニシ共同ノ天性ヲ遂クルヲ以テ其ノ道ト為スナリ」と。ここに彼が家制度から遥かに隔たった婚姻制度を構想した中心的思想が現れている。故に彼は「今日欧州諸国ニ於テハ羅馬法及ヒ耶蘇教ノ混同ニ拠リ婦<sup>つま</sup>ハ最早所有物ニ非サレトモ尚ホ無能力者ニシテ夫ノ權ニ服従ス可キモノトス」と欧州民法の構造を概括しつつ以下をガイドラインとする婚姻規定を草した。

それは、第1に「一夫一婦ノ制」度であること、第2に「婚姻ハ夫婦ノ自由承諾ニ出ツ可キコト」、なぜならば、「父母随意ニ其ノ子女ノ婚嫁ヲ許諾シ子女ハ……父母ノ命ニ服従スル」「従来ノ慣習ニ拠レハ」「此ノ如キハ夫婦ノ關係ヲ堅クシ室家ノ幸福ヲ致ス所以ニ非サル」ことであり「故ニ民法ハ夫婦ノ自由承諾ニ出テサル婚姻ヲ以テ無効ト為シタリ」と。第3に「夫婦ノ關係ハ平等ナル可キコト」。第4に「婚姻ハ永久無期ナル可キコト」つまり、「婚姻ハ男女ノ愛情ニ基ツキ人情ハ無量ナルカ故ニ其性質タル永久無期ノモノト為ササルヘカラス然レトモ人事ハ錯誤ナキヲ期セス人情ハ反復ナキヲ保セス若シ夫婦婚姻ノ目的ヲ達セサルトキハ互ニ分離シテ更ニ相等ナル婚姻ヲ為スノ自由ヲ有セサルヘカラス」として、我が国では「欧州婚姻法ノ比ニ非サル」「離婚ノ自由ヲ認許」するといふものであった<sup>28</sup>。

この限りでも熊野が婚姻・家族制度に関する当時の支配的イデオロギーと正面から衝突する思想の持ち主であったことは明白である。しかも、彼は恰も公序良俗に反する官庁の処分は無効であるとするかの如き規範を構

想し、フランス法例第6条、「人民ハ特別ノ合意ヲ以テ公ケノ秩序若クハ善良ノ風俗ニ關スル法律ヲ免カルルヲ得ス」On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs. を翻案し法例第32条に「公ケノ秩序若クハ善良ノ風俗ニ關スル法律ニ抵触シ又ハ其ノ適用ヲ免レントスル合意若クハ処置ハ不成立トス」(明治23年10月7日公布の法律第97号/官報号外/によれば、その本旨は法例第15条に「処置」を削除し「行為」に置き換えられ生されている)との規定を掲げた。

「公ケノ秩序」とは何かと問い、熊野は「公益ト読ミ下ス」と言う。それは、「第6条ノ原案ニハ各人其特約ヲ以テ公衆ニ關スル法律ヲ免カルルヲ得スト在リシカ最後ノ法文ニハ公衆ノ語ヲ改メテ公ケノ秩序ト為シタルモ別段此修正ヲ為シタル議論ノ痕跡ナキヲ以テ其意義マテモ変更シタルモノト思」はれないからであると。すなわち、フランス国会に提出された法案には「公ケノ秩序」とあるが当初それは「公衆」とあり、法案の当該箇所を巡っては別段の論議もなされなかった経緯に照らせば、「公衆」と「公ケノ秩序」とは同義ではないにしても意味上で同質と立法者は解釈したはずなので、熊野は「公ケノ秩序」に「公益」という意義を与えるのだと言う。

そして「公益」とは何かと尋ねる。「立法官カ公益ヲ主トスル法律ヲ設定スルトキハ其ノ或ハ命令シ或ハ禁止スルモノハ社会ノ利益ニ關係スルヲ以テ之ヲ遵守スルト否トハ各人ノ随意ニ放任セサルモノナリ」として、まず、公益とは「社会ノ利益」であるとする。それが私益とどのように関係するか。「公益ハ私益ノ集合」であって一般に「相ヒ混和スヘシト雖モ一個人ノ利益ハ時ニ社会ノ利益ト

相ヒ反対スルコトアラン・・・・一己ノ利益ヲ社会ノ利益ノ上ニ置クヲ得ルトキハ安ソ社会ヲ維持スルヲ得ンヤ」<sup>29</sup>と。つまり、公益は私益の集合であり、私益と公益とが衝突するときは私益は公益に譲歩しなければならず、私益が公益に優先させられるようであればどうして社会が維持できようかとの反問を發する。

ここで、注意しておくべきは、「公益」は「社会利益」と同義とされつつも一度たりとも国家の利益として語られることはない、ということである。国益や反動的に復興される戸主権秩序としての家制度をもって公益と解するのは後の事柄に属する。

この公益観を基礎に件の第5条「法人ハ公私ヲ問ハス法律ノ認許スルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス又法律ノ規定ニ從フニ非サレハ私権ヲ享有スルコトヲ得ス」が読み解かれなければ為らない。だが、今は法人論を開陳する場ではなく、法制官にあって了解された「公益」観念が論及の対象であり、既に、当時の法人本質論の通説が擬制説であったということをも前提として一挙に公益法人構想に論を進めることにする。

「民法草案人事編理由書」と『民法正義』での要説とを比べると、前者は公式にはマル秘文書であり後者は公刊物であるので、ここでは社会的浸透性如何に照らし後者での説明を主とする。

熊野は「理由書」で(伊二条)と付記しているところから見て、1865年のイタリア民法典第2条に依拠して人事編第6条を起案したものであると思われる。フランス民法典に倣ったとされるオランダ民法、アメリカ合衆国ルイジアナ州民法等も同様の規定を置いている。ここでの要諦は、公法人、私法人ともに法律の規定によらなければこれを設立することが

できないという所にあり、これは現行第33条がカバーする範囲の規定ということになる。

法人は仮想の産物であり、こういった仮想の産物を「何人力・・・・造成スルヲ得ヘキ」と問えば、それは国家の主権者と応えざるを得ない。

何故に法人を造成しこれに権利を付与するのかという問いには、「社会ノ公益ヲ目的トスル」からであるということになる。

よって「主権者ハ社会ノ公益如何ニ從ヒ自由ニ法人ヲ造成シ又ハ廢滅スルヲ得ル」のであり、主権者以外の者が法人を造成することは「公益に非シテ公害タル法人ヲ造成スル」ということになる。故に「法人ハ法律ノ之ヲ認許スルニ非サレハ成立スルヲ得」るものではない。

法人には公法人と私法人とがあり、私法人はそれぞれ法律に基づいて「其ノ便益ノ為メ設立シタル法人」を謂う。

私法人すなわち「民商会社及ヒ社寺ニ關スルトキハ認許ノ方法(については)・・・・法律ハ只或条件ヲ定メ以テ汎ク法人ヲ組織スルノ権利ヲ與ヘタリ・・・・故ニ法律ノ条件ヲ遵守セハ自由ニ法人ヲ組成スル」ことができる。

だが、民商会社のように各人に自由に法人を作らせてよいものかどうか。欧州では民商会社以外の法人の設立を認めず、英米両国では「政治、宗教、教育、文学等ヲ目的トシテ自由ニ法人ヲ組織スルコト」を許可している。どちらが果して適当か。

民商会社を法人と為すことを許すのは「国家ノ殖産商業ノ進歩ヲ奨励スル」目的に他ならないし、「政治、宗教、教育、文学等ノ如キ社会ノ公益ニ關スルコト敢テ殖産商業ニ劣ラサル」ことは明白で、前者の法人化を



許すのであれば後者の法人化の意義も同等である。

しかし、前者は「主トシテ社員及ヒ第三者ノ利益ニ関スルモノニシテ之ヲ以テ真ノ公益ト謂フヘカラス故ニ敢テ政府ノ干渉スルヲ要セス」自由に設立する特権を与えてよい。だが、「政治、宗教、教育等ヲ目的」とする法人はこれと同日に論じられない。

なぜならば「其ノ目的ハ皆公益ニ関スル事業ニシテ……私益ニ関スルニ非スシテ社会ノ風俗進化ニ影響スル」ものであるので、各人がこの目的の為に団結することは許すにしても「法人ヲ組成スルヲ許スハ即チ不可」とする。なぜならばこの種の法人は、やがて消えてなくなる会社と違って「一旦成立シタル以上永久ニ存立」し続ける可能性があるからだ。

しかも「其ノ弊ヤ遂ニ社会ノ進化ヲ妨害シ財産ノ融通ヲ停止スルニ至ルハ古今ノ歴史ニ照シ明カ」であり「民商会社ヲ除クノ外各人ニ私ノ法人ヲ組成スルノ自由ヲ與ヘサルヲ良制ナラント信」じるが、一概に公益法人の設立を許さないというのではなく「理論上ニ於テハ場合ニ拠リ之ヲ許ルスコトヲ首肯スヘシ」と<sup>30</sup>。故に、熊野は公益法人の設立を認許する特別法の制定を推進する立場を採用しないのである。

法制官熊野は原則として公益法人の設立を許さない立場をここに鮮明にした。それは、無償権原の財産取得を法人に制限する外国法制をも念頭に置いた公益法人の私権制限にも繋がってゆく。何故ならば、相続人が居ないときは国は遺産を「占領スルヲ得ルニ過キスト雖モ贈与及ヒ遺贈ノ権利ニ至テハ法人」は社会に惨禍をもたらす存在となる。法人が「若シ自由ニ贈与及ヒ遺贈ヲ受クルヲ得ハ世間ノ財産ハ皆其占有スル所ト為リ其ノ融通ノ

道ヲ絶テ各人却テ生活ニ苦ムノ状況ニ至ルコトナキヲ保セス之欧州ニ於テ昔時宗教ノ盛ナル時発生シタル弊害」にその惨状が如実に示されているのではないかと。<sup>31</sup>

故に、熊野にあって保護すべき公益とは、自立した市民が織り成す自由な交換社会という意味での社会の利益であり、直ちに「公益法人」が目的とする公益を指称するものではない。そして歴史的先例としての「公益法人」の惨憺たる典型はカトリック教会であり、彼の関心事は、かかる「公益法人」から社会の利益を如何に保護するかにあったのであり、当該法人の保護ではなかったことも明らかである。

彼が法例草案の完璧さを期して参照したベルギー民法草案は、「人事編ノ終リニ第二部ヲ設ケ詳細ニ公ノ無形人(公益法人のこと。引用者、注記)ノ地位ヲ規定セリ蓋シ同国ニ於テハ羅馬教会ノ権力殊ニ盛ニシテ法律ヲ犯シ私ニ無数ノ無形人ヲ造成スルノ弊害ニ堪ヘサルヲ以テ之ヲ矯正スルノ目的ナル可シ」<sup>32</sup>と洞察している。

熊野のかかる識見、団体構制観は、しかし、そのままに民法「修正案」に引き継がれることはなかった。それは、「公益法人」のヘゲモニー装置としての機能に着目し「干渉シテ適当ノ保護ヲ與フ」るを国家的利益と深謀し「国体」基盤の強化を策する団体観念への転換を刻印されることになる。この点については次稿で検討することにする。

(Endnotes)

<sup>1</sup> イタリア民法典第11条に「県および市町村、ならびに法人として認められている公の団体は、法律および公法として遵守されている慣習に従い諸権利を享有する」(風間鶴寿『全訳 イタリア民法典(追補版)』法律文化

社、1983年、7頁)とある。これは、民法上での「公益法人」を認める趣意ではなく、公法人が私権を享有する旨を確認するものである。

Art. 11 Persone giuridiche pubbliche

Le Province e i Comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico

イタリア民法は、しかし、第12条第1項で「私法人、財団その他の私的性格の諸制度は、共和国大統領布告により為される認可により法人格を取得する」と定めている。すなわち、法人法定主義を採用する。

Art. 12 Persone giuridiche private Le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto del Presidente della Repubblica.

また、フランス憲法第34条では「各種の公共営造物の設立」la création de catégories d'établissements publicsは法律によって定められるとするが、これも公法上での法人の設立は法律によると言うにすぎず、私法上での「公益法人」を認めるものではない。

Art. 34. La loi fixe également les règles concernant :

la création de catégories d'établissements publics

わが国で宗教団体は「公益法人」を称するのが通例のようにみうけられるが、宗教団体が私法上の団体としてのみ扱われるわけではない。例としてドイツ基本法は、その制定の時点(1949)において、第140条の定めによりワイマル憲法第137条をその基本的構成部分と

し、以下の規定を含んでいる。

「(四) 宗教団体は、民法の一般規定により権利能力を取得する。

(五) 宗教団体は、従来公法上の団体であったかぎり、公法上の団体として存続する。……略……

(六) 公法上の団体たる宗教団体は、市民租税台帳にもとづき、ラント法の規定にしたがって租税を徴収する権利を有する」。

Artikel 140 des Grundgesetzes vom 23. Mai 1949

Die Bestimmungen der Artikel 136, 137, 138, 139 und 141 der deutschen Verfassung vom 11. August 1919 sind Bestandteil dieses Grundgesetzes.

Artikel 137 der deutschen Verfassung vom 11. August 1919

Religionsgesellschaften erwerben die Rechtsfähigkeit nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die Religionsgesellschaften bleiben Körperschaften des öffentlichen Rechtes, soweit sie solchen bisher waren.

Die Religionsgesellschaften, welche Körperschaften des öffentlichen Rechtes sind, sind berechtigt, auf Grund der bürgerlichen Steuerverordnungen nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen Steuern zu erheben.

第6項でいう収入は歴史的には10分の1税と称されたものである。しかし、この多くは、非営利活動の支援のために充てられている。ドイツにおいて教会、政党、労働組合が非営利活動の財政インフラを支えていることはつとに有名である。

<sup>2</sup> 民法起草委員会にあって法人制度を構想し

た穂積陳重の手になる「甲号議案」(明治26年11月20日)中第37条(原始民法典の第34条に該当する)に、「祭祀、宗教、慈善、学問、技芸其他公益ニ関スル社団若クハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノハ主務官庁ノ許可ヲ得テ之ヲ法人ト為スコトヲ得」とある草案に詳細な参照が付けられている。そこには、「澳(オーストリア)26、瑞(スウェーデン)債務法716、グラウピュンデン87、88、ツューリヒ17、18、19、20、モンテネグロ724、725、755、758、(西)スペイン35、37、独二草23、70、普国法(プロイセン一般ラント法)二部六章22、26、索(ザクセン)」1815年6月15日法六、紐(ニューヨーク州)草386」と、各国の事例が挙げられている(括弧内のカタカナ表記は引用者)。

これらは、私法上で公益法人制度を掲げ、または予定する外国法律事例であるか否かは、先々で検証する機会があるが、ドイツにおいて採択された民法典には公益法人は規定されていない。

甲号議案は、東京大学法学部法制史資料室に所蔵されている原文にあたった。

<sup>3</sup> その一例は、「制度疲労をおこしている現行の公益法人」という打ち出しで株式会社のガバナンス改革に追随する制度改革の導入によって「公益法人制度」の修復を図るものである。『調査研究事業「21世紀の公益法人と制度のあり方を探る」報告書」財団法人公益法人協会、2002年11月、4-11頁。問題は、当該の「公益」事業が特異な「公益法人」法制により半公法的制度装置として帝国の憲法秩序において保証されてきた歴史的評価を欠落させたまま「制度疲労」論を前提としてかかることである。「公益法人」法制の制度疲労を「公益法人」そのものの制度疲労として

二重化して把握する客観的態度が保持されなければ、「公益法人」の特定利益のための制度修復に結果することは明白である。

<sup>4</sup> この点で引き合いに出されるのはベルギーの例である。同国では、いわゆる届出主義によってのみ法人の設立が認められるからであるが、この種の放任的な態度はベルギーの外に例をみない。2月革命後に「19世紀の自由主義の典型的な産物」(清宮四郎「ベルギー国憲法」『世界憲法集』、岩波文庫、1983年、66頁)として成立し、現在も適用を見ている同国の憲法(1831)第20条に「ベルギー国民は、結社の権利を有する。結社権に対するいかなる抑圧処置も、これを禁じる」とある。

引き合いに出す前に、ベルギー憲法の歴史的成立事情を「自立的かつ主体的な市民」文化・意識の普及等も含めて確認しておく必要がある。制度のみを切り離して問題とし、制度が根付き生かされる諸要件を度外視する超越的な態度を筆者はとらない。

明治7年、福沢諭吉が『文明論之概略』において「文明の進歩を謀るものは、<sup>ヨーロッパ</sup>欧羅巴の文明を目的として議論の本位を定め、この本位に拠て事物の利害得失を談ぜざるべからず」としながらも、「<sup>しつぱいヨーロッパ</sup>悉皆欧羅巴を目的と為すとは不都合ならずや、宜しく彼の文明を採り此の人心風俗を察し、その国体に従いその政治を守り、これに適するものを<sup>えらび</sup>撰て、取るべきを取り捨てるべきを捨て、始めて調和の<sup>よろしき</sup>0 宜を得べきなり」(岩波文庫版、28-29頁)と論じているように、その実践的な態度こそが外国事例を斟酌する場合に肝要と考える。

<sup>5</sup> 帝国憲法(明治22年、1889年)に規定される主権者と人民のあいだでの基本的構造はド

イツライヒ憲法(1871年)に求められたと一般に言われるが、ドイツ憲法は「出版及び団体法人制度(Vereinswesen)をライヒ及びライヒ法律の監督に服する」(第4条第16)、すなわち法人法定主義を採用しつつも、「各プロイセン人は、言論、文書、著書、印刷物及び図画により見解を自由に表明する権利を有する。検閲はこれを行なつてはならない。出版のその他の制限のそれぞれは、立法に拠ることによつてのみ行なうことができる」(プロイセン暫定憲法、1850年、第27条)、「プロイセン人はすべて、刑事諸法律に違反しない目的で団体に結集する権利を有する」(同、第30条)という、相対的に自由な結社の権利、団体観を継承している。勅令を発する権限、ライヒ法律の強制執行権の外、議会の召集、解散権、ライヒ法律の送達及び公布等ライヒ皇帝の名を帯びるプロイセン国王には多くの権限が与えられるが、それは畢竟、国家元首=機関に由来するものであり、帝国憲法の如く天皇を超人化しその地位を神聖不可侵とする観念に基づくものではなかったことに注意しておきたい。

当該の観念の実体化は、しかし、将来に向かつての課題としてあり、制憲当時において左様な観念が普及定着していたとは到底考えがたい。

<sup>6</sup> 帝国憲法第17条において所有権の公用処分が規定されているが、それは「公益」を理由とするものである。すなわち、同条第1項で臣民の所有権は不可侵であると原則規定を置き、同第2項で「公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」としている。

現行民法典の起草委員中のリーダー格を務めることになる穂積陳重が、旧民法財産取得編人事編の裁可・公布に6年早い明治17年

12月より警視庁で「余ノ茲ニ講述セント欲スル所ノモノハ独逸國博士モール氏ノ『ポリツアイ、ウィツセンシャフト』、即チ警察學ト題スルノ書ニ拠レリ」に始まる近代的警察學を講じており、その中に「公益」に論及した興味ある一節がある。なお、以下の太字の箇所は原文では傍点が施されている個所であることを示す。

「国家ノ保護ヲ要スヘキ事項ノ内**多数ノ利益**ニ関スル者ト少数ノ利益ニ関スル者トアル時ハ先ツ多数ノ利益ヲ計ルヘキヲ通則トス……**適当ノ場所ニ道路溝渠ヲ開キテ運輸交通ヲ便ニシ**大学校ヲ設立スルカ如キハ皆公衆ノ利益ヲ図ルモノ」で左に掲げる「**經濟知識体力慣習上**ヨリ一個人或ハ集合体ノ力ニ超越セル事業ハ国家ノ保護ヲ与フルヲ適当ナリトス」として、4種の事業を示す。

- 1 鉄道、溝渠、運輸会社のように經濟上一個人の力では十分な資金が集められないために、「公益トナルヘキ事業ヲ興サントスルモ資本ノ欠乏ノ為メ之ヲ果ス能ハサル時ハ国家ハ自ラ其ノ事業ヲナシ或ハ之ヲ補助スヘク、それは近世諸國で珍しいことではなく、その方法は直接の資金移転(補助金)、低利の貸付、資本金の貸付及び年賦返済保証、一定額の国家による利益保障があり、
2. 鉱山製造等、「人民ノ智識或ハ技術上ノ鍛錬末々具ハラサルカ為ニ興ラサル事業ハ国家自ラ之ヲ為ス」、なぜならば、人民に放任したならば到底興ると考えられないからであり、
3. 広漠の土地で何かを企てる場合や天変地異に際会した時は「人民ノ体力」デハナク「政府ノ力ニアラサレハ充分ノ労働者ヲ得ル」ことができないし、
4. 火災保険会社、貯蓄銀行、開墾事業の如く「人民末々其利益曉ラサルカ如キ」事業は政



府が率先して「人民ニ利益ヲ示」さなければ、「民間ニ其事業ヲ興サシメ」ることができないと。

諸事業は明治の半ばに想定されえた公共事業の諸分野を示すものである。所で、講義の劈頭で与えられた警察の本旨は以下である。「警察ハ国家行政ノ一部ナリ故ニ警察ノ目的及作用ハ必ス国家行政ト其ノ指針ヲ同フシ国政ノ目的ハ国家ノ最終目的ヲ達スルニアリ」と。

よって、上記の公共事業との関連で「警察ノ本分ヲ積極ヨリ論スレハ警察ハ適理適法ニシテ且公益ヲ増進スヘキ事業ニシテ之ヲ人民或ハ人民ノ集合体ニ放任スル時ハ全ク興ラス或ハ十分ノ結果ヲ得ル能ハサル者ニハ之ニ干渉シテ適当ノ保護ヲ興フ可シ」との結論は、「警察ノ目的及作用ハ必ス国家行政ト其ノ指針ヲ同フシ」という限りにおいて、公益事業に行政が「干渉シテ適当ノ保護ヲ興フ可シ」という主張ともなる(穂積陳重『弥生社 講談会講義録』第一号、警視庁蔵版、明治17年12月、1頁及び34-35頁)。

<sup>7</sup> 穂積陳重(1856-1926)宇和島藩、祖父、父ともに本居宣長に連なる国学者。陳重自身は、大学南校(東京帝国大学の前身)修了後に英国に明治9年(1876)より同12年(1879)まで留学しBarrister at Law(法廷弁護士)の資格を取得。同年より明治14年(1881)までベルリン大学に学び帰国。明治15年(1882)に東京帝大教授兼法学部長に就任。加藤弘之総長と連携しドイツ法研究の振興に尽くす。

<sup>8</sup> 富井政章(1858-1935)北白川宮の家臣、富井政恒の長男として京都に出生。京都仏語学校、東京外国語学校を経て、明治10年(1877)

にリヨン大学に留学。明治16年(1883)にDocteur en droit(法学博士)の学位取得を得て帰国。明治18年(1885)東京帝大教授に就任。フランス学派でありつつも民法典論争において施行延期派に属し重要な役割を演じた。

<sup>9</sup> 梅 謙次郎(1860-1910)松江藩医の次男として出生、明治8年(1875)に東京外国語大学に入りフランス語を修得。明治17年(1884)年に司法省法学校を修了。明治19年(1886)より3年あまりリヨン大学に学び、大著『和解論』:De la transactionを著しDocteur en droitの学位取得。次いでベルリン大学に学び明治23年(1890)年に帰国し東京帝大教授に就任。民法断行派に属するも、後に穂積、富井両博士とともに民法起草委員、同時に田部 芳、岡野敬次郎博士らと商法典起草委員として双方の法典化に尽くす。後年、韓国統監となった伊藤博文に請われ、韓国法律顧問に就任するも、同地でチフスにかかり逝去。

<sup>10</sup> 『明治民法の制定と穂積文書 「法典調査会穂積陳重博士関係文書」の解説・目録および資料 』53頁、『穂積陳重立法関係文書の研究』所収、日本立法資料全集、別巻1、福島正夫編、平成12年、信山社。

<sup>11</sup> 上掲書、法典調査会「一覧表」15-18頁。

<sup>12</sup> これら三博士について星野英一が『日本民法学の出発点 民法典の起草者たち 』(『明治・大正の学者たち』所収、東京大学出版会、1978)においてその思想、法律観などを詳細に論じている。しかし、明治民法に具体化した三博士の立法構想次元での思想について、ほぼ何も語るところがない。とはい

え、「起草者たちの思想」(185-236頁)、「起草者たちの思想の背景」(236-240頁)は、成立した民法の基本構造とは独立した思想の範囲の論及であることによって、逆に、より広い視野からの創世記の法思想の分析となっている。

<sup>13</sup> わが国の法典編纂事業中に参照された制定過程にあるドイツ民法典に私法上の公益法人範疇は存在しない。帝国日本において私人が設立する公益法人が何ゆえに必要とされたのかについて、一つの興味深い探求を行なっているのは関 英昭(「明治民法における法人制度」、『生協総研レポート No.37』、財団法人生協総合研究所、2002年12月、31-37頁)である。

<sup>14</sup> 『日本近代立法資料叢書 28』、社団法人商事法務研究会、信山社、昭和61年、2-6頁。磯部四郎「民法編纂ノ由来ニ関スル記憶談」(法学協会雑誌 31 卷 8 号)ほか。

<sup>15</sup> 穂積陳重「英佛独法学比較論」、『穂積陳重遺文集』第1巻、岩波書店、昭和7年、333-334頁。穂積が身分法または「慣習」を人と人との社会的諸関係に根ざすという意義で存在拘束的意識形態と見る限りで唯物論的な把握に通じるものがあるが、法(律)そのものに自己を進化させる「原力」が存するとするかぎりその把握は静態的で、こういった法理学は終生変わることがない。穂積の法律進化論はヘーゲルの歴史=論理哲学より「理念」を奪胎し、その空所に原力を挿入したものに等しいロジックであり、ヘーゲルにとって歴史は「理念」が自己を実現する自由の過程として把握されるのに対し、穂積にあって歴史の行程は社会ダーウィニズム的に把握され、

法制度史的には「優法は自然他邦に伝播し、劣法は漸く消滅する」るのであって、萬法はローマ法に帰一する過程を辿るとされる(「萬法帰一論」、『遺文集』第1巻、360頁)。ところが、価値中立的に把握される「一国の風土民情に起因して自国に特発したる法律」は「国体」観を機軸とした変化を閲歴するのみである。

<sup>16</sup> 穂積陳重が「故奥田義人博士追悼談」、『穂積陳重 遺文集』第4巻(岩波書店、昭和9年。初出、「法学新法」第29巻第9号、大正6年10月)で「明治15年に私が、法学部で学生と研究会を開いて、当時公にされた『ボアソナード』氏の民法草案を基礎として学生と共に討論研究することを始めた。然るに此級の議論に依って、『ボアソナード』氏の民法案の如き陳腐なる自然主義に就いて論及するよりは、一の学会を起こして大いに法律学の振興を計るほうが宜しいというような説が出て」との件がある(164頁)。

フランス法の牙城、司法省におけるボアソナードを含む法制官主導の法典化作業の成果たる草案は、既に規範性を有していたことが次の資料から伺える。

「1880年(明治13年)より新民法典発布(1896年/明治29年)に至るまで、民事事件の解決に当たり我裁判官は従来適用せし佛民法典に代ふるにボアソナード法典を以てしたことである。由来、社会学的には単なる草案と雖も一度公布せらるるや必ず或程度の権威を有し一の準拠法と看做されるのであるが、ボアソナード法典に至っては、ひとり右に止まらず該期間中所謂書かれたる條理として第三法源たるの効力を認められてゐたのである。即ち……我1875年法は、成文法並びに慣習の不備に際し裁判官は條理並びに平衡

に依拠すべき旨明定してあるのであるが、恰もポアソナード法案こそは條理と衡平を表現せらるものと看做され、該法案の各部門の公表に伴ひ約20年の長きに亘って実際に適用せられたのである。……これ、当時司法官、弁護士又は行政官に対する国家試験の主要科目はポアソナード法典であり、又新民法公布前には如何なる法学生も教授の著書『注釈付日本民法草案』を座右に備へてみた所以である」と。ポアソナード先生功績記念会、代表者・杉山直次郎『ポアソナード先生功績記念』、三省堂、昭和11年、9-10頁。( )内、引用者注記。

なお、注17に掲げる文献では、第二編「財産編」の350条が明治14年3月に、500条が明治14年9月に完成していたとのことである(193頁)。

17 鶴田徹『元老院議官 鶴田 皓 日本近代法典編纂の軌跡』、鶴鳴社、1999年、193頁。同書に明治13年の刑法審査会における「妾」の存廃論議に関する記述がある(162-168頁)。司法大輔(司法省次官)兼元老院議官玉乃は妾という「数百年の風俗を一朝にして破るのは、忍びない」等の論拠に立つ妾制度の存続及び刑法による規定の立場に与したとある。民法編纂局筆頭委員で討議員の家族観を推量させるに足る事柄である。

18 <sup>びんぞう</sup>熊野敏三(1854-99) 安政5年、長門の国に誕生。明治5年(1872)に司法省学校、明法寮に入学し、同8年フランス留学を命じられる。16年(1883)に帰国。留学中 Docteur en droit(法学博士)の学位取得。帰国後、司法省に出仕、19年司法省参事官、同年、民法草案編纂委員となり、翌20年、法学博士の学位を授与さる。23年、大審院判事、25年、民

法商法施行取調委員を命じられ、26年、法典調査会主査となり、商法民法その他の法典の起案に参画。27年、官途を辞して弁護士に。32年、逝去。

19 ピゴットについては、梅溪 昇「我憲法は英国に倣はん乎」『お雇い外国人 11 政治・法制』、鹿島研究所出版部、1976年、174-206頁に詳しい。同書によれば、『梧陰文庫文庫目録』国学院図書館、1963年には外務卿井上毅宛に差し出されたピゴットの「民法」答議1件があるとのことである。これが、明治23年1月の周布宛の要請とかかわるものかどうかは、不明である。

20 石井良助編「民法草案人事編理由書解題」『明治文化史資料叢書』第参巻上、風間書房、14-37頁。天皇が裁可・公布した法例は、官報号外(明治23年10月7日)、21-22頁。

21 穂積陳重「英佛独法律思想の基礎」『穂積陳重 遺文集』第3巻、岩波書店、昭和7年165-167頁。初出は、「法学協会雑誌」第68号、明治22年11月。むろん、英国法も「私法中人事法財産法の如きは、我邦立法の模範となるべき甚だ尠し」とされ、継受に足ると評価されていない。その理由は、人事法については、「英国は既に族制時代を経過して一個人の時期に達し、英法は家族を管治せずして各個人の行為を規定す。而して我邦の如きは、未だ全く族制の時期を経過せず、社会の状況大いに彼に異なる所」があるからである。財産法「に至りても亦然り。英国不動産法の如き、尚ほ封建時代の舊法を因襲する者頗る多く、我邦の封建諸制度を全廃したる者と頗る異なる」。よって「人事法、財産法既に我が国情に適せず」と(「英国普通法原論之

序」『遺文集』第1巻、354-355頁。初出は、明治17年12月)。「族制」とは家長権を「社会ノ共同生活ヲ維持スル所以ノ綱鎖」(岸本辰雄『民法人事編』巻之一、明治法律学校、明治28年、16頁)とする家族制度の謂い。

22 品川弥二郎、平田東助『増補再販 信用組合提要 全』、東京博文館、明治29年、42-43頁。品川、平田の書は、確かに、旧民法が裁可・公布された6年後の出版物である。だが、明治20年代はおろか、明治4-5年の岩倉遣欧使節団においてすら、富庶ノ大概(39-41頁)、宗門の弊(42-43頁)、代議制民主主義の力リカチュア(85-86頁)、分業による断片化された能力(273-274頁)など既に西欧文明の虚偽性と矛盾は明白であった(『米欧回覧実記』(二)、岩波文庫版、1978年)。よって民法裁可と当該の書の出版との間に時日の懸隔はあるが、ここに為政者の代表的な欧州観を確認するために引用した次第である。

23 品川弥二郎、平田東助、上掲書、31-32頁。

24 穂積の反社会主義ポジションが白羽祐三『民法起草者穂積陳重』(中央大学出版部、1995年)において縷々紹介されている。今はその当否について論じる場ではないので、紹介に止める。

25 熊野敏三、『佛国民法前加巻講義 完』、明治法律学校、明治28年/1895、56頁。

26 石井良助編、前掲、「民法草案人事編理由書解題」、17頁。

27 上掲書、14頁。『佛国民法前加巻講義

完』、1-2頁では法例の意義のみが示される。同時に留意しておくべきことは岸本が「一意佛国民法ノ体裁ニ則リタルハ是レ決シテ賞賛ス可キノ所以ニ非ス」と批判しつつも「我立法者カ伊太利法ノ編次ニ倣ヘルノ致ス所ニシテ佛ノ排列順序トノ差異アルハ実ニ此点ヲ以テ重シトス」(岸本辰雄、上掲書、7頁及び9頁)と述べている如く、熊野がフランス法をベースとしながらもそれに拘泥せず、より進んだ法典構造を採用したということである。岸本に拠れば、人事編に掲げられていてもフランス民法典にないものは第13章「戸主及び家族」であり、それは「佛国ノ如キ個人制度ノ社会タルニ反シテ我国八家族制度ノ社会タルニ因ル」からだとする(同上、10-11頁)。

28 熊野敏三、岸本辰雄『民法(明治23年)正義』人事編巻之七(上下)、日本立法資料全集別巻63、信山社。原著は明治24年刊行。138-144頁。人事編・財産獲得編第2部全体を規定する団体は婚姻共同体たる家族であり、かかる団体に関する熊野の構想は歴史的に相対的な意義においてであるが自立した男女を要素とするものである。故に、婚姻形態にかかわって、1)普通婚姻、2)入夫婚姻とを分けつつも、いきなり廃止することが展望できない戸主制度との関連で入夫婚姻を説き、それは「夫カ婦家ニ入ル場合ヲ謂フヤ明カナリ夫カ婦家ニ入ル場合ヲ尋ヌルニ即チ婦カ戸主タル場合是ナリ」として、妻が戸主たるケースを疑いもなく認める姿勢となって現れている(145頁)。

離婚事情については、ボアソナード草案が「條理」として通用していた当時、全国平均で「結婚5ツニ付テ離婚ガ1ツデ……東京ハ……略結婚3ツニ離婚1ツノ割合デ……離婚ハ我邦ニ於テ多イノデアリマス……



離婚ガ易ケレハ自ラ婚姻ヲ輕スルト云フ事ニ相成リ……此ノ如クココデエライ激変ヲ来スコトハドウシテモ出来ナイ」と穂積陳重政府委員が説明を行なっている。「貴族院民法中修正案外一件特別委員会速記録第一号」『貴族院委員会速記録』明治篇6、第12・13回議會、明治31年、45頁。

29 熊野敏三、前掲『佛国民法前加卷講義完』、43-45頁。

30 ~、熊野敏三、前掲『民法(明治23年)正義』人事編卷之壹(上下)、28-32頁。ところが、岸本は、上掲書において、「修正」を担当した穂積博士に近似する見解を表明している。「政治、宗教、教育、文学、芸術等ニ関スル人聚団体(社団のこと、引用者注記)ハ其ノ目的タル多クハ公益ヲ計算スルニ在リ從ヒテ其ノ影響ノ及フ所モ亦直接ニ国家全般ノ風俗、秩序、治安、進歩等ニ在ルヲ以テ国家ハ直接ニ其ノ成立ニ干涉シ必ス公益ヲ害セサルモノト思惟セルトキニ限り特ニ法律ヲ以テ之ヲ法人トシテ認許スルヲ得策トスルナリ」(59頁)と。

31 上掲書、36頁。熊野は既に「公益法人制度の在り方が社会的批判を招いている」(「中間法人法案に対する附帯決議」、衆議院法務委員会、平成13年6月4日)今日を見越していたと言える。但し、熊野はカトリック教会を引きつつも信仰、社寺に対し敵意を披露したわけではない。「目下ノ事情ニ依レハ我国ノ社寺ハ衰態ヲ極メ其維持保存ノ為メ寄附献金ヲ奨励スルノ必要アリテ之ヲ制止束縛スルノ理由ナシトテ一切ノ制限ヲ廢シタリ故ニ此点ニ付テハ法人ノ権利ニ制限ナキモノト解釈スルヲ以テ民法ノ精神ニ適セリ」

(上掲書、36-37頁)と言う。

にもかかわらず熊野の懸念は、公益法人が為す公益活動の受益者の意識において生じる当該団体への帰依、心服、依存、信頼といったものが、受益者を結果として疎外し「各個人ヲシテ却テ其ノ生活ニ苦ムノ状況ニ至ラシム」(石井良助編、前掲、「民法草案人事編理由書解題」、42頁)危険性がある、ということにあった。公益性のある事業として例示され、かつその事業を担う団体、制度は、A・グラムシの鑿ひそみにならうと「ヘゲモニー」装置に当たるということも追記しておく。

なお、「法人ノ中」「国ハ萬能力ヲ有スルカ如シト雖モ然ラス法律ノ定メタル権限内ニ非サレハ何事ヲモ得サルモノトス」(同、37頁)という指摘は柔構造の帝国憲法の運用に歯止めを懸けることができない性質のものであるが、執行権に対し立憲制的制約を及ぼそうとする態度の現われとして、法例第6条草案と重ねて理解すべきものである。

32 注20に掲げた資料、42-43頁。