

# 明治期における法典編纂事業と条約改正について

## — 民法を中心として —

梶 見 由美子

### 一 はじめに

現在、民法の債権法及び契約に関する民法の総則部分に関しては、明治31年（1898年）の民法典の施行以来、その規模としては初めての大改正の作業が進められている。これは平成21年10月に、法制審議会民法（債権関係）部会に対する「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について、同法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要がある」との諮問を受けて、作業が進められているものである。この改正事業は、実に110年ぶりの見直し作業である<sup>(1)</sup>。

さて、一国の法典がどのような事情の下で、またどのような目的と必要性をもって編纂されたかは、当該の国をとりまく様々な状況に応じて、それらは多彩な様相を帯びる。また編纂事業そのものの方法やプロセス、編纂された法典の性質や内容、法典施行後の状況等もまた同様である。我が国における事情はどうだったのであろうか<sup>(2)</sup>。

ここでは、現在の法典編纂事業はさておいて、一国の法典編纂はいかに実施されるべきなのか。有益な示唆を与える見解を紹介しておく。

フランスの社会哲学者であるモンテスキューが、1748年刊の著作「法の精神」の中で、政府に対して市民の自由を確保するためには、権力の分

立が必要であると主張したことは有名であるが、他方で、国の立法についても次のように言及している。

法律はその国の自然的なるもの、民族の生活様式に相関的でなければならず、また住民の宗教に、その性向に、その富に、その数に、その商業に、その習俗に、その生活態度に関係していなければならないと<sup>(3)</sup>。

「法典がその適用される国、国民の法」であるべきだとの視点でみた場合に、明治期に行なわれた日本の法典編纂事業はいかに評価されるのか。

先に結論を要約して述べるならば、明治期における我が国の法典編纂作業は、第一には、欧米列強の圧力の下で、江戸末期のいわゆる不平等条約改正を行なうための必要不可欠な前提作業として明治政府に課せられたものであり、第二に、法典編纂の作業にあたっては、その編纂に与えられた時間的な余裕はなかったために、ヨーロッパ的な法学的蓄積が未だ充分ではなかった日本人だけの力では法典編纂は完成には至らなかったこと、第三に、「法典がその適用される国、国民の法」であるべきだとする信念は、条約改正への政府の方針と、法典編纂作業そのものに大きな転換を図る動機となり、民法における法典論争もそうした動きの中に位置づけられる。

本稿は、条約改正からはじまる編纂事業の歴史的経過をたどることを通じて、このことを断片的ではあるが、明らかにしたいと考える。

---

〈注〉

(1) 本稿は、その改正作業を注視しながら、一方で、2013年の後期から、特に1・2年の学生を対象とする教養教育科目として「法と歴史と思想」という題目の授業科目を開講するにあたり、明治期における未曾有の大規模な編纂事業に思いを馳せる契機があり、他方において、この度、貴大学の大学院実務法学研究科教授である西野喜一教授の退任にあたり、一筆を投じる機会を与えていただいたことを契機に執筆を思い立ちました。

ただ執筆の内容は、多くの先達の業績に負っていることを予めお詫び申し上げます。

(2) さしあたり民法編纂事業を中心に、参照できた資料を以下に掲げておく。

原田慶吉『日本民法典の史的素描』（創文社1954年）、我妻栄『先後における民法改正の経過』（日本評論社1956年）、宮川澄『旧民法と明治民法』（青木書店1965年）

星野通『民法典論争資料【復刻増補版】』（1969年第1版で、日本評論社2013年の復刻増補版を参照）、潮見俊隆・利谷信義編『日本の法学者』（日本評論社1975年）、大久保泰甫『日本近代法の父 ボアソナド』（岩波書店1977年）、向坊 隆他『東京大学公開講座26明治・大正の学者たち』（東京大学出版会1978年）、石井良助『民法典の編纂』（創文社1979年）、福島正夫編『日本近代法体制の形成』上巻・下巻（日本評論社1981・82年）、福島正夫『日本資本主義の発達と私法』（東京大学出版会1988年）、水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』（信山社1992年）、同『日本民法学史・各論』（信山社1997年）、小林忠正『日本民法史論』（法学書院1997年）、大久保泰甫・高橋良彰『ボアソナド民法典の編纂』（雄松堂1999年）等。

- (3) 野田良之・稲本洋之助・上原行雄・田中治男・三辺博之・横田地弘 訳「法の世界」上48-49頁（岩波文庫1989年）。

## 二 不平等条約について<sup>(4)</sup>

### 1 不平等条約締結の背景

(1) 19世紀以降、欧米の列強諸国は、世界的な資本主義市場の形成において、原料供給市場と工業製品販売市場となる日本を含むアジア諸国に交渉を強要してきた。この点は当時のイギリス公使であるオールコックの言葉に端的に表現される。すなわち「われわれのつねに増大する欲求や生産能力に応じるために、われわれはたえずつぎつぎに新しい市場をさがしもとめる。…われわれの第一歩は、条約によってかれらの提供する市場に近づくことである。相手の方では交渉に入る意図をあまりもってはいないのだから、われわれは唯一の効果的な手段をたざさえる。それは圧力である。そして、必要な貿易の便宜やいっさいの権利を与えるという趣旨の文書をえる」<sup>(5)</sup>と。

欧米列強は、こうした施策の下に、アジア諸国の主権を害し、極端な場合には、それらの国々を植民地化する布石の一步として「不平等条約」の

締結を強制し、その実施を求めたのである。

ところで、日米和親条約によって日本が開国する1854年当時の国際法、これはヨーロッパにおける資本主義的生産様式の展開に伴って発展してきたものであるが、その主体はヨーロッパを中心とする「文明国」に限られていた。

では「文明国」とは何か。その基準は、「その政府が国際法上の拘束力ある約束をなすのに十分なほど安定しているかどうか、外国人の生命・身体・自由・財産を適切に保護する意思と能力があるかどうか」によって決定された。したがって、当時の中国やトルコ、日本は、強力な国家機構を有し、かなりの程度の社会的発展を遂げてはいたが、ヨーロッパにとっては「文明国」ではなかった。こうした非文明国に対しては、文明国たる欧米諸国は一応それらの独立を認めつつ、これとの一定の条約関係に入らねばならなかったが、「しかしこれら諸国が『文明国』でないかぎりにおいて、それら諸条約は、これら諸国の社会体制、とりわけ法制度が国境をこえた人間、商品および資本の移動を可能とする、最低限の秩序・予測可能性・安定を与ええない部分を補うための、不平等条約でなければならなかったのである。不平等条約のこのような性格は、領事裁判制度においてとりわけ顕著であった。この制度が、現地の法と司法制度によっては十分に保障されない、欧米人の身体・生命と取引の安全を確保するために設けられたものであることは、当時多くの国際法学者が指摘していた。」<sup>(6)</sup>と。

(2) 不平等条約の第一の柱は、侵略する欧米列強の外国人の生命・身体・自由・財産を適切に保護するための方策としての裁判権における属人主義（いわゆる領事裁判制度）の採用、第二の柱は、欧米列強に利益をもたらす商品および資本の移動を可能とする片務的協定 制度の導入、最後の柱が、片務的最恵国条項の設定であった<sup>(7)</sup>。

## 2 不平等条約の概要

### (1) 領事裁判権の存在

領事裁判権とは、外国人に関する裁判をその本国の領事が行なうことである。領事が裁判を行なうことから領事裁判といい、その権利を領事裁判権という。もっとも必ずしも領事が行なうことを要するわけではなく、實際上、その他の機関、例えば本国の裁判所や外交官が行なうことも少なくなかった<sup>(8)</sup>。

列強国側は、日本において領事裁判権を設ける根拠として、日本の過酷な裁判手続と野蛮な刑罰、そして商工業に関するヨーロッパ法的秩序の欠如を挙げている。後に横浜領事裁判所の管轄権について論じた1891年のロス事件の合衆国連邦最高裁判所判決も、領事裁判制度は非キリスト教国におけるキリスト教徒の「平和な居住」と「商業の成功裡の遂行」のために不可欠であると述べている<sup>(9)</sup>。

領事裁判権に関する条約の規定は、当初の条約の段階では、内容的にはあいまいであり、領事裁判権を認めることが日本側に直ちに不利となるものではなかった<sup>(10)</sup>。

先ず1854年のイギリスとの和親条約では、下級船員の刑事事件に関しのみ規定されていた。続くロシアとの1855年の通好条約では、適用対象を下級船員に限定することなく、刑事事件に関して本国法によって処罰すべきことを規定した点で内容的には進展したが、領事裁判権が相互的に認められた点（つまりロシアに居住する日本人については日本法を適用する）において、両国はまったく平等な立場であった。

ところが1855年のオランダとの和親仮条約（1856年に確定条約によって代わられるが、領事裁判権に関しては仮条約と同じである）では、刑事事件に関しては、日本にいる犯罪者に関しては、本国の官憲が本国の法律に従って処罰することを明示し、かつそれが片務的である点において不平等な領事裁判権となった。

最終的には、1858年のアメリカとの修好通商条約に至って、刑事・民事事件ともに、その領事が本国の法律によって裁判を行なうべきことを明示したのである。第六条の日本語訳を掲げれば、「日本人に對し法を犯せる亞墨利加人は亞墨利加コンシユル裁斷所にて吟味の上亞墨利加の法度を以て罰すへし亞墨利加人へ對し法を犯したる日本人は日本役人札の上日本の法度を以て罰すへし日本奉行所亞墨利加コンシユル裁斷所は雙方商人逋債等の事をも公けに取扱ふへし都て條約中の規定并に別冊に記せる所の法則を犯すに於てはコンシユルへ申達し取上品并に過料は日本役人へ渡すへし」と。

その後、1858年のイギリスとの修好通商条約では、同一国民相互間の事件について、領事裁判権を明示的に認め、外国人相互間の刑事事件について、被告の本国に裁判管轄権を認めた点が補充された。

1869年の北ドイツ連邦との修好通商条約は、内容的にはそれ以前の条約と大きく異なることは無いのであるが、条約の規定がより完備され、外国人相互の間の民事事件に関して、日本が関係しないことが明示的に規定された。

重要なのは、欧米列強との条約には最惠国条項が置かれていたため、当初の条約の領事裁判権の規定が不十分なものであったとしても、後の条約で整備された規定、つまり日本にとっては領事裁判権の規定がより不利益な形で規定された条約が出現すれば、それがすべての締約国にも及ぼされ、自らは領事裁判権に関する規定をまったく設けなかった国でも、最惠国条項を有する場合には、領事裁判権を持つに至るのである。

さて、領事裁判権に関しては、二つの大きな問題があった。一つは、領事裁判権の管轄の問題、つまり領事裁判にいかなる事件が付託されるのか、もう一つは、領事裁判で適用される法律の問題である。

#### (イ) 領事裁判権の管轄の問題

当初は、領事裁判権の管轄は、日本人に対する外国人の犯罪に関する刑

事事件のみであり、日本人が外国人に対して犯罪を犯した場合には日本の裁判管轄に属し、外国人が他の外国人に対して犯罪を行なった場合には規定はなかった。

最終的には、領事裁判権の管轄は刑事・民事事件にその範囲を拡大し、刑事では、外国人が日本人に対して犯罪を犯した場合、外国人が他の外国人に対して犯罪をした場合、両方の法が領事裁判権に属することとなった。つまり「被告主義」であり、被告つまり犯罪人が外国人である場合には、領事裁判権があり、被告の本国の管轄に属するということである。

他方、民事では、当初は日本人に対する外国人の負債についてのみ領事裁判権の管轄が認められ、特に困難な事件については、領事と日本の共同的裁判権の管轄とする（イギリスやスウェーデン＝ノルウェーとの条約）規定も見られた。その後は、一般の民事事件についても領事裁判権が拡大され、外国人を被告とする一切の事件は、共同的裁判権の規定の有無を問わずに、実際の慣行上、常に被告本国の領事裁判権の管轄に属した<sup>(11)</sup>。

#### （ロ）領事裁判で適用される法律

外国人が日本人に対して犯罪行為を行い、それが処罰される刑事事件で、適用される法律は何かという問題がある。即ち当該の行為が日本の刑法に違反し、日本の刑法によって犯罪を構成するのか、それともその外国人の本国の刑法に違反し、本国の刑法によって犯罪を構成するのかという問題である。

この点に関する条約の規定は、裁判管轄に関する規定に比べてきわめて不備であった。1854年のイギリスとの条約では、日本の法律に服すべきこと、それに違反した場合に処罰されるべきことを明白に規定しているが、それに続くオランダとの条約では、イギリスと同様に規定した上で、犯罪は日本の法律に従って確定され、刑罰はオランダの法律に従って決定されると明記されている。これ以外には諸外国との条約では明白な規定はない。

解釈としては、オランダとの条約を根拠に日本法に拠るべきだとする見

解と、逆に、オランダとの条約以降、日本の法律に拠るとの規定がない以上、日本法によらず被告人の本国法に拠るべきだとする見解である。この問題について解釈論的に決着をつけることはできなかったようで、実際上も諸外国の領事の判断も分かれていたようである。

例えば、アメリカでは、日本の狩猟規則に服従しなかった自国民の事件で、日本の法律に服従することを求めているが、処罰はアメリカの法律に従って行なわれるべきだとしていた。逆に、1897年にコレラが流行した際に、その流行地域からきた船舶に対して、日本が検疫規則を適用したところ、アメリカはこれを承認したが、イギリスその他の諸国は、日本が外国船舶を拘束する規則を作る権利を有しないとして、これを拒否した。

ただ実際の事実としては、概ね日本の法律には従わなかったようである。仮に犯罪は日本の法律によって確定するとしても、処罰は外国法に従って行なわれなければならない以上、当該の外国法で当該の行為を犯罪として処罰すべきことを規定していなければ、結局処罰することはできず、日本の法律に服従しないのと同様の結果となる。

また民事事件についても、条約では適用される法律が明白に規定されてはいないが、領事裁判権が認められている以上、被告の本国の法律が適用されるものと考えられ、実際上もそうであった。

## (2) 関税自主権の喪失

この問題は、関税に対する条約上の制限で、1866年に日本とアメリカ、フランス、オランダの間で締結されたもので、日本への輸入品の大部分について5%以上の関税を禁止したものであった。それ以外の諸国も最恵国条項によってこの利益に浴したのである。この関税制限は、経済財政的には重要なものであるが、当時は日本の貿易額も少なかったためか、それほど重要視されなかった。したがって、条約改正の努力も、まずは領事裁判権の撤廃に向かうこととなった<sup>(12)</sup>。



### (3) 片務的最恵国条項の存在<sup>(13)</sup>

不平等条約における最恵国条項の果たす機能は、資本主義国相互間では各国の商品と資本の平等の立場での競争を保障すること、とりわけ関税に関しては、最も低く設定された国の水準にそれ以外の国をも平準化することで、自由貿易の実現を図ることにあった。

しかし、日本などの非文明国に強制された片務的最恵国条項は、上記とはまったく異なる機能を営むものであった。中国における最恵国条項の詳細な研究を行なった坂野正高<sup>(14)</sup>によれば、その特徴は片務的、無条件、概括的の三点であり、それは自国だけの不利な取扱いや他国への特権の付与を阻止するための列国の争いの結果発達したものであり、また一国の特権へ他国が均霑できることから、列国が、ある国から協力して利権を獲得する手段ともなるものであったとされる。

日本の片務的最恵国条項は、1854年の日米和親条約において、外国人が幕府からアメリカ人に与えられていない権利を獲得したときは、それは直ちにアメリカ人にも適用されるという形ではじめて定められ、その後続く通商条約にも一貫して条約に規定された。

### (4) 内地解放と居留地<sup>(15)</sup>

列強諸国が日本を開国させた主要な目的は、自由貿易の実現を通じて、自国の産業資本のための市場・原料供給地として解放することにあった。

1858年の日米修好通商条約で初めて自由貿易が認められたが、それは開港場での居留と開市場での商業目的での逗留のみを認められたにすぎず(3条)、開港場での遊歩は10里(一里は約3.9キロ)四方に制限され(7条)、日本内地の解放は条約改正が行われるまでは実現しなかった。

他方、開港場では、外国人は土地の賃貸借と建物の購入を認められ、居留地における日本の行政権は事実上排除されており、長崎(1876年日本に返還)、横浜(1877年返還)の行政権は比較的早く返還されたが、大坂と神戸の居留地自治は条約改正の実現の時まで存続した。

さらに諸外国との修好通商条約では、明文をもって居留地での要塞や軍事施設の建設を禁止していたが、江戸末期の攘夷運動に対処できなくなった江戸幕府は、外国側の圧力に屈して、事実上イギリス・フランス軍による横浜居留地防衛を承認し、この駐留は1875年まで存続した。

こうした条約の不平等性に対する明治政府の対策は、外国人に対する内地の一般的な解放（内地雑居）と外国資本の導入とを否定し、限られた開港場を通じてのみ、列強資本主義との接触を認めることであった。明治政府は、清国における天津条約の危険性を念頭におきつつ、国内旅行と通商の自由の緩和は実施したが、列強が求める内地雑居と内地における不動産所有の自由を求める列強に対しては、条約改正まではこれに応じなかった。

日本の不平等条約が少なくとも内地解放を行なわなかったことは、中国のそれと比べて顕著な特徴であった。このことは外国商品と資本による日本経済の完全な支配を阻止したことは明らかであり、さらには、その後の条約改正交渉において、内地解放は日本側にとっての改正実現を図るための最大の取引材料となった。

---

〈注〉

- (4) 条約改正に関しては、利谷信義「近代法体系の成立」『岩波講座 日本歴史16 近代3』96頁以下参照（1976年岩波書店）、小野正雄「開国」『岩波講座 日本歴史13 近世5』1頁以下（1977年岩波書店）、松井芳郎「第10章 条約改正」福島正夫編『日本近代法体制の形成』下巻200頁（1982年日本評論社）等を参照した。
- (5) オールコック＝山口光朔訳『大君の都 下』289頁 岩波文庫版（1988年）
- (6) 前掲注（4）松井芳郎：194-196頁。
- (7) 「最恵国条項」とは、条約当事国の一方が、その領域において、現在及び将来に任意の第三国の国民に与えるのと同様の利益を他方の条約当事国の国民にも与えること（最恵国待遇）を規定する条項。伝統的には、二国間の通商航海条約中に入れられ、通商・航海・入国・居住・営業などの諸事項に適用されてきたが、最近では、多数国間条約であるガット中にも入れられ、関税・課徴金等に関して適用されている。最恵国条項により、一国における諸国民の待遇が平等化する。…『新法律学辞典【第三版】』524頁（1989年有斐閣）。

- (8) 領事裁判権は、むしろ「治外法権」という言葉で表現されることがある。この言葉は、「広い意味では、とくに日本で一般に用いられている意義では、領事裁判権とともに、関税自主権に対する制限や外国人に対する行政権の制限などもあわせて意味される。これらの事項が領事裁判権と同時に規定され、関連して維持されたばかりでなく、国家の機能を制限し、外国人をその下に立たせないという根本思想において、共通したものだからであろう。しかし、本来の厳格な意義では、特に外国語の extraterritoriality (exterritoriality), extraterritorialite, Extraterritorialitat という言葉の意義としては、むしろ、たんに領事裁判権のみが意味される。治外法権といえ、当然に、領事裁判権が意味されるほどである。のみならず、条約改正の問題として、明治時代の前半において、日本の外交政策の中核をなし、日本が最大の努力を尽くすと同時に、諸外国が最も難色を示したのも、実にこの領事裁判権の撤廃であった。これに比較すれば、関税自主権の回復などは、割合に簡単に容易な問題であり、外国人に対する行政権の制限などもたんに地方的な小問題にすぎなかった」
- また「外国人に対する行政権の制限は、主として居留地に関するものである。はじめに日本は外国人の内地雑居を認めず、一定の地域を限って外国人の居住を許した。それがいわゆる居留地である。この居留地については、外国との特別な協定や居留地規則によって、課税・警察・その他一般行政に関して、日本の行政権に種々な制限がおかれた。この問題も、条約改正における一つの点であったが、居留地がたんに横浜・長崎・東京・大坂・函館の六都市のみにあつたばかりでなく、その面積もあまり広いものでなく、実質的には地方的小問題にすぎなかった。横田喜三郎「第六 日本における治外法権」『国際法論集 I』261-264頁（1976年有斐閣）。」
- (9) 前掲注 (4) 松井：199-201頁。
- (10) 領事裁判権の概要については、前掲注 (8) 横田262-276頁に拠った。
- (11) 横田：前掲注 (8) 292-296、298-300頁参照。また民事事件についても、条約の規定では適用される法律が明白に規定されていないために、領事裁判権を認められている以上、被告の本国の法律が適用されると考えられ、実際上もそうであった。横田：298-300頁、松井芳郎：前掲注 (4) 下巻200頁参照。
- (12) 関税自主権については、前掲注 (8) 横田263頁の注 (二) 参照。なお不平等条約による日本や中国の開国後の詳細な状況については、中村哲「開国後の貿易と世界市場」『岩波講座 日本歴史13 近世5』87頁以下（1977年岩波書店）を参照。
- (13) 松井芳郎：前掲注 (4) 下巻196頁。
- (14) 坂野正高『近代中国外交研究』3-5頁（1970年岩波書店）。

(15) 利谷：前掲注(4) 松井芳郎：前掲注(4) 下巻197-199頁。

### 三 条約改正と法典編纂<sup>(16)</sup>

#### 1 最初の条約改正交渉からボアソナードの法典編纂への関与まで

(1) 不平等条約における領事裁判権の存在、関税自主権に対する制限や外国人に対する日本側の行政権限の行使に対する制限等は、明治政府による主権国家としての機能を著しく制限するものであった。

したがって条約改正、とりわけその主眼は、領事裁判権の撤廃こそが明治時代の前半において日本の外交政策の中核をなすものであり、逆に諸外国が最も難色を示したのも、実にこの領事裁判権の撤廃であった。

1872年7月に不平等条約の改正期を迎えるにあたって、明治政府が樹立した基本政策の核心は、1871年10月に三条太政大臣から岩倉外務卿に宛てた諮問案によって伺うことができる。すなわち、「従前ノ条約ヲ改正シ独立不羈ノ体裁ヲ定ム」ための具体的方針として、「従前ノ条約ヲ改正セント欲セハ列国公法【おそらくは法律の意味と思われる】ニ拠ラサルヘカラス、列国公法ニ拠ル我国律、民律、貿易律、刑法律、税法等公法ト相反スルモノ之ヲ変革改正セサルヘカラス」と。我が国の政府は、不平等条約の改正が実現できるほど、列強並みの法律の諸制度が整備されていないことは充分認識していた。法律といっても現に憲法はなく、民事法では、1871年の戸籍法や1872年地券制度が個別に実施されている状況で、刑法に関しては、1870年に刑事裁判の準則となる新律綱領が公布されていたが、これをもって条約改正の前提とするには不完全であったこと等に鑑みて、今後欧米列強の法律に従って我国の法制度を本格的に変革・改正することが必要であるとの認識にたっていた。

そして、条約改正の交渉案として、三府五港の内外人雑居と、旅行免状による三府五港外の通行権を認める緩和策に加え、外国人に関する民事及

び刑事の事件について領事裁判権を撤廃する交換条件として、日本の裁判所の構成を「此裁判所ノ長官ハ日本人タルヘシト雖モ、其法律ヲ審議考定スルノ法官ハ各国ノ法律ニ通曉ナル外国人ヲ使用シ、日本官員ト共ニ法官ノ列ニ加ハラシム」として、日本人・外国人裁判官の関与する混合裁判所とする提案を諸外国に提案しようとした。裁判所における適用法令については、領事は「一切日本ノ民法刑法ヲ論議スルコトヲ得ス」とする反面、難しい訴訟案件を審議する東京の「大裁判所」では、外国人と日本人からなる議法官が「仮令ハ某国ノ法ヲ標本として之ヲ斟酌シテ決定」し、「三院ニテ議定シテ初テ法」とするものとした。

この際に、政府関係者が懸念したのは、前述の諮問案における「変革改正」に対して、各国領事をはじめとする公使らの介入であり、その「変革改正」に列強が「満足スルニ至リテ後、之ヲ外国人ニ及ホスト云事」、つまり列強の審査を経て、我国の法律が公布されるような事態を条約改正の中に盛り込まないように釘をさしている。

こうした基本方針に基づき欧米各国に対して条約改正を打診するため派遣された岩倉具視を長とする遣外使節は、一方で、条約改正交渉もその一つの目的ではあったが、他方で、国内改革を実施するための欧米制度の調査も重要な目的であった。列強各国が独立を維持し、貿易を行なうるのは「列国公法」のおかげであり、「固ヨリ対等ノ権利を有スルコト当然」であるが、西洋諸国と東洋諸国とは国体政俗を異にし、それは、「国民開化ノ遅速」や「久慣ノ習俗」によるものである以上、日本にとって列国公法による国体政俗の変革改正するための模範がいかなるものであるかを視察調査する必要があるのである。

岩倉らが最初に訪れたアメリカでの交渉は、アメリカ側が、領事裁判権や関税の問題に触れることなく、沿岸貿易の拡大や通商の権利を含む内地旅行権と、一定限度の不動産所有権・言論・出版・信教の自由等を日本側に求める一方的な提案に終始した。

さらに、領事裁判権については、日本に「充分ニ整理シタル裁判所」が

設置され、それが「実ニ充分ナリト証ヲ得ル」までの若干の時間を経れば廃止に応じるとの回答であった。

岩倉使節団に対して追い討ちをかけたのは、駐日独公使の助言であった。それは、日本が対米条約を改正して一権利を得る代わりにアメリカに一利益を仮に与えれば、他の条約国は最恵国条項によって、この利益に均霑し、外国は条約国の数だけの新利益を得るとの言葉で、これを受けて使節団は、交渉中止に強く傾くことになる。

しかし「岩倉使節団の意義は、その失敗した条約改正交渉によりも、むしろそれが米欧回覧から学びとったことにあった。使節団の公式の旅行記である『特命全権大使米欧回覧実記』によってみれば、かれらが学んだことは結局、弱肉強食の権力政治が支配する国際社会にあつて列国と並立するためには、まず国内において生命財産を保護するにたる法体制の整備を含めて、絶対主義的な国家権力と強大な軍隊を確立し【＝富国強兵】、資本主義経済の育成をはかる【＝殖産興業】必要があるということであった」ということに尽きた<sup>(17)</sup>。

(2) 岩倉使節団が出発する1871年12月から1年2ヶ月ほど遡る1870年10月に、民法編纂事業は、江藤新平によって太政官制度局に民法会議が開催されたことに端を発する。そこにおいて、すでに江藤の命令で箕作麟祥が翻訳を開始していたフランス民法を基礎として、民法典の編纂作業が開始された。ここでは、箕作麟祥による仏蘭西民法典の訳文を順次検討しつつ編成を進め、全体として約240ヶ条よりなる草案ができた模様である<sup>(18)</sup>。

その後、太政官制が1871年に発布され、制度局が太政官左院に合併されると、制度局での民法編纂は中止される。次いで左院において民法編纂が行なわれ、家族法関係の草案が作成された<sup>(19)</sup>。

江藤の立法事業にかける意欲は、政府が司法省予算の削減をしようとした際に、これを阻止すべく提出した辞表の中の文章に現れている。江藤は条約改正による各国との「並立」の基礎を、「国民の位置を正す」ことに

求めた。それによって国民は安堵して事業を興し、国の富強が達せられるからであると。彼のいう「国民の位置を正す」とは、「婚姻、出産、死去の法、厳にして、相続贈遺の法定り、動産、不動産、貸借、売買、共同の法、厳にして、私有、仮有、共有の法定り、而して聴訟始て敏正、加レ之国法精詳、治罪法公正にして、断獄、初めて明白」ということであり、民法、訴訟法、刑法、治罪法等の編纂を行い、司法制度、監獄制度の整備の実施中であることから、江藤は司法省予算の削減はこれを挫折せしめるものと抗議し、結局予算の削減案は撤回されたのである。

1875年に太政官左院が廃止されると、法典編纂は司法省において行なわれることとなり、司法卿大木喬任の下で民法課が設置され、箕作麟祥が中心人物として迎えられた。「明治十一年【1878年】草案」は、フランス民法の影響を強く受けており、第一編人事編、第二編財産及び財産所有権の種類その他財産相続及び贈遺等が規定されていたようである。しかし、1879年には審議の結果、司法省草案は廃案となってしまった<sup>(20)</sup>。

憲法についても1876年に元老院にて編纂作業が進められたが、1880年には廃案となった。同様に、商法のうちの会社法については、1875年から草案作成が行なわれ、主にイギリス法に依拠していたが、最終的には廃案となり、同様に民事訴訟法についても、フランス民事訴訟法に依拠していたが、これも廃案となってしまった。

これに対して、刑法については、1875年の左院廃止とともに、司法省に刑法草案取調掛がおかれ、日本人委員を中心として、フランス人のグスタフ・エミール・ボアソナード<sup>(21)</sup>の補助により編纂が行なわれ、「日本帝国刑法初案」として元老院に上程された。しかし、この初案は不完全であるとして元老院によって返還され、改めてボアソナードを中心とする編纂体制が作られた。この草案は領事裁判権の撤廃に向けて、泰西主義、特にフランス刑法を範とするもので、1877年に「日本刑法草案」として司法卿から太政官に提出され、最終的には元老院の議を経て、1880年7月に公布された。

また治罪法（刑事訴訟法）の編纂は1876年に司法省で開始され、日本人に加え、ジュール・ジェスランとボアソナードの二人のフランス人が編纂委員に加わったが、結局ボアソナードがフランスの治罪法に依拠して原案を起草し、それが1879年に太政官に提出され、最終的には元老院の議を経て、1880年7月に刑法とともに公布された<sup>(22)</sup>。

(3) 1880年代までの法典編纂作業は、主として日本語に翻訳されたフランス法の規定を参考に日本人による法案起草が行なわれたが、現実に公布・施行されたのは、お雇い外国人ボアソナードが編纂した刑法・治罪法だけであった。

この段階では、我国における諸法典の編纂と司法制度の確立のためには、ボアソナードに代表されるお雇い外国人法学者を通じて、欧米の法知識を得ることなくしては、近代的な法体制の整備、ひいては条約改正交渉に十分な条件を具備することは困難であったと考えられる。

## 2 井上外務大臣による条約改正交渉<sup>(23)</sup>

(1) 1876年から寺島外務卿による条約改正交渉が行われたが、その方針は、領事裁判権の撤廃に対する列強側の強硬な反対姿勢から、関税に関する交渉へと比重を移した。しかし、この改正交渉は、彼が1879年に文部卿に転じたことをもって終了する。

(2) 寺島の後を受けて1879年に外務卿に就任した井上馨は、再び条約改正交渉の主眼を、領事裁判権の撤廃においた。

その背景には、外国人犯罪に対する不当に軽い処罰や、外国人の取引上の利益を不当に認める事例に加え、1877年、コレラの流行期において、英独仏公使の異議により外国船への検疫規則の適用ができなかったこと、1878年のハートレー事件では、輸入禁止品であるアヘンの輸入が処罰されない等の事件の続発が、領事裁判権による我国の裁判権の制約となるばかりでなく、立法権をも制約する結果となったことであった。



さらに、外国人による言論・出版等を日本の法律で規制できないために、政府にとって不都合な事実について、外国人による報道を通じて政府と見解を異にする側、自由民権運動側に情報が漏れるといった事態も発生し、そうした外国人の報道を規制できない政府の威信が著しく侵害された。

(3) こうした事情を背景として、井上外務卿は、先ずは領事裁判権の撤廃の方策として、開港場や開市場において外国人を裁判すべき裁判所には必ず外国の法律家を雇って、この者を裁判官とし、日本人の優秀で経験を積んだ法律学士とともに裁判所を組織させることで、特に港に関する種々の行政規則や、外国人への言論・出版への取締りの権限の回復を図ろうとした。その後、井上の条約改正案は、その領事裁判権に関する条件を拡大して、内地の完全解放と裁判権の完全回復の案にまで及んだ。

これに対して列強側は、領事裁判権の制限という日本側への譲歩が、他のアジア諸国との条約に対して悪影響を及ぼすことによる懸念があり、またこれが外国人の既得権益の剥奪に結びつくことへのおそれから、さらなる欧米の法典に基づく法典編纂と司法制度確立の保障を求めている。

1886年5月から井上外務大臣（1885年に太政官制度が廃止され内閣制度が発足し、第一次伊藤内閣が成立）の下で開始された条約改正会議において、条約改正の条件として法典編纂に関連して以下の内容が挙げられた。①領事裁判権を撤廃する代わりに、批准書交換後2年以内に、日本は国内を開放し、外国人に対して通商・居住を許し、企業権を与える。同時に外国人は、身分に関する事件を除き、まったく日本人と同様に日本の裁判所の裁判権に服する。②政府は2年以内に、4条において、「泰西主義及び本条約ノ約款ニ従ヒ帝国ノ司法組織及び左ノ諸法律【刑法、治罪法、民法、商法（破産法並びに商船及び為替手形ニ関スル法律ヲ包含ス）訴訟法（商事ニ関スル訴訟手続ヲ包含ス）】ヲ制定スルコトヲ担任ス」とし、かつこの諸法律については本条約批准書交換後16ヶ月以内に各国に英文正本を「通知」し、国内に2年以内に頒布すること、またその改正については実

施の8ヶ月以前に各国政府に通知するものとした。③外国人が原告・被告となる民事・刑事の訴訟については、地方裁判所、控訴院、大審院を通じて、外国籍裁判官が多数を占める裁判所による他、犯罪の予審判事と検察官も外国人であることとした。

(4) これらの内容を見る限り、外国人が原告・被告となる民事・刑事の訴訟については、外国籍裁判官が多数を占める裁判構成上、公正な裁判がなされる保障はなく、しかも準拠法は日本法ではなく、被告人の本国法である可能性が高い。さらに問題なのは、法典編纂の「通知」は、通知を受けた外国政府が「此等法律ハ、十分ニ泰西ノ主義ニ符合セルヤ、且之ニ因テ条約ヲシテ効力ヲ得セシムルニ必要ナル重要ノ条件ノ一ハ実践セラレタルヤ否ヲ鑑査スル」ためのものであることを日本側も了承しており、法典の内容の外国政府による「審査承諾」を意味していたというのであり、我国における立法権を著しく侵害するものであった。

こうした条約改正案に対しては、政府内部から司法大臣山田顕義、農商務大臣の谷干城、そして、お雇い外国人ボアソナードからも反対の意見書が提出されたのである。

ボアソナードの反対意見によれば、第一に、旧条約では外国人が被告のときだけ領事裁判を受けていたのに、新条約では原告・被告を問わず外国人判事が裁き、その不利益が広く日本人に及ぶこと、第二に、日本人裁判官の裁判権が認められる事件でも、敗訴した外国人が控訴すれば第一の場合と同じ結果になること、第三に、編纂した法律について列強に「通知」することの意味は、列強側の「試験」(communicateではなく、examineであると解していた)にかけることであり、日本の立法権が外国の制約を受けることになることを指摘し、「新草案ノ旧条約ニ劣レル事甚タ著シ何トナレハ旧条約ノ害ハ区域狭少ナレトモ新草案は不利益ヲ全国一般ニ流セハナリ」と主張した。

これに対して、谷の意見書は、従来の法典編纂について、「建国歴史ニ暗ク、習慣風俗ヲ殊【異?】ニセル者ニ諮詢シ、習俗ヲ殊【異?】ニセル

者ノ意ニ滞ツルノ法律規則ヲ改制シ其歡心ヲ需メント欲スル」ものと批判し、「法律規則ナルモノハ一國ノ建国歴史及人民ノ風俗習慣教法等ヨリ發生造作セルモノニシテ、畢竟スルニ自國ノ安寧幸福ヲ保全セントスルノ意ニ外ナラズ」と主張した。谷は、日本の「国体政俗」の知識に疎い外国人によって法典を編纂することで、泰西主義、つまりヨーロッパ風の法典に従った法典編纂を行い、その歡心を求めることを批判し、自国の法典編纂のあるべき姿は、自国の歴史や、そこで暮らす人民の風俗習慣に基づいて編纂されるべきものであると主張した<sup>(24)</sup>。

これらの意見書の内容が民間に漏れたことで条約改正反対の国民的運動が展開された結果、伊藤首相も、遂に井上の条約改正案に反対するに至り、1887年9月には井上の外相辞任によって条約改正交渉は終わりを告げた。

### 3 大隈外務大臣による条約改正交渉<sup>(25)</sup>

(1) 井上外相の辞職の後を受けて、伊藤首相による外相兼任の時期を経て、大隈重信が1888年2月に外務大臣に就任した。

大隈が構想した条約改正の構想は、次のような特徴を有していた。裁判権と関税問題を主として扱う友好通商公開条約の形をとり、①関税に関しては従価の5-20%、②領事裁判の撤廃と内地解放に関しては、井上外務大臣の案と同じであるが、居留地での領事裁判の存続は条約実施後5年間、その他の場所では条約実施の日から、その後5年たてば日本全土において、日本の裁判権が外国人に及ぼされる。③最恵国条項は条件つき、④外国人判事の任用と法典整備の約束は条約本文から交換公文所載の外務大臣の宣言に移され、外国人判事の任用についてはそれを大審院に限定するとともに、外国人が被告である事件に限り外国人判事を多数とする、⑤法典整備については泰西の法理に従うことを除き外国側の干渉は避けるとともに、法典編纂の事実を宣言するとどめた。ただし法典が条約発効後2年以内に公布されなければ、領事裁判権の撤廃は法典公布の3年後となる。⑥条

約の有効期限は12年。

(2) 上記の条約改正案にもとづく諸外国との改正交渉は、1888年11月から比較的スムーズに進展したが、秘密裏に進めていたはずの交渉が、「タイムズ」紙上に改正条約案の要旨が報道され、かつそれが国内各誌に訳載されるに及んで、国民の間に強い反対運動が起きた。

反対運動が問題としたのは、最惠国条項の機能や内地解放への危惧とともに、大日本帝国憲法19条への抵触にあった。即ち文武官に任ぜられるのは日本臣民に限られ、外国人判事の任用はこれに反すると解されたこと、及び外国人判事の任用が改正案における日本の主権侵害を象徴していたという事実にあった。

大隈による外交交渉は、大隈が1889年10月18日に一国粹主義者が投げた爆弾で重傷を負い、黒田首相が辞職したことで挫折した。

(3) この後、三条実美を臨時首相とする内閣は、1889年12月10日に、「将来外交の戦略」を決定した。

(一) 条約を改正して平等の地位を獲得する、(二) 署名ずみ条約は修正して完全平等の地位に近づける、(三) 修正要求が容れられなければ改正手続を中止して将来の機会を待つ。

そして、修正要求としては、①外国人判事の任用は憲法の主義と矛盾すること、②領事裁判権の撤廃の報酬として法典編纂を予約することは将来の立法権を束縛するおそれがあること、③5年間の領事裁判権の存続中は内地通商のみを認めるべきこと、④不動産所有の許可は相互主義に基づきかつ領事裁判権の全廃の報酬とすべきこと、などを挙げていた。

ここでは、拙速に条約改正交渉を進めることで日本の主権を侵害するような条約改正案に走ることをやめるとともに、列強から我国の法典編纂事業への干渉を排除しつつ、法典編纂事業の完成を目指すことになったのである。

#### 4 ボアソナードによる民法（旧民法）編纂<sup>(26)</sup>

(1) 井上外務大臣による条約改正交渉が行なわれていた1886年、これに対応するために、外務省に法律取調委員会が設置された。前述した1882年当時の井上外務大臣の条約改正案は、内地解放を代償に領事裁判権を撤廃する一方で、外国人に対する保証としてヨーロッパの法理（泰西主義）による法典整備と外国人判事の任用を行なうものであったが、この条約交渉案に見合う法典編纂を促進するために、井上外務大臣自らが、法律取調委員会の長となった。他の委員には、西園寺公望、三好退蔵、陸奥宗光の他、お雇い外国人であるボアソナード等6名の外国人が入っていた。

当時においては、貿易取引の安定、ならびに外国人の生命・身体・財産の安全を保障する諸法典・司法制度の整備のためには、「泰西主義」(Western Principles)による法典編纂が必要であり、また同時に、お雇い外国人法学者の知識を通じて列強各国の学問的成果を摂取することなくしては、資本主義的諸関係を規制すべき法を準備し体系化することは困難であったと推察される。

後進の日本は、先進資本主義国の生産力の到達水準、つまり産業革命を経過した高度の技術水準と、それに必要な様々な社会関係基盤の完成された水準から出発せざるを得ず、高度な技術の導入とともに、社会基盤の整備もまた必要であった。

(2) ところが、井上外務大臣自身、法体系のあり方について自分の条約改正方針とは一見矛盾する見解をもっていた。民法に関しては、「務テ皇国古来の風習慣行ヲ採リ、其未タ足ラサル部分ノミ或ハ条理ニ基キ、或ハ他国の良法ヲ酌取」するものであると考えており、従来の民法編纂について、「概ネ仏ノ民法ヲ抜粹スル」ものであり、「習慣風俗ハ即チ所謂民法ニシテ、習慣風俗ノ外ニ曾テ民法ナシ、但我国ノ如キハ、其未タ成文法タラサルノミ、而シテ習慣風俗ハ、其国ニ從テ各殊異アリ、若シ他国ノ成文法ヲ艶羨シ、直ニ採テ之ヲ人民ニ施サントシ、又ハ勝手ニ他ノ良法ヲ模型ト

シテ、以テ我習俗ヲ鑄造セントスルカ如キ誤謬モ又実ニ甚シ」と述べて、民法は基本的には、未だ成文化していないが日本の習慣風俗によるべきものであり、自国とは異なる泰西主義に依拠した従来の民法典の編纂を批判している<sup>(27)</sup>。

そこで、泰西主義に基づく法典を作るために、お雇い外国人の援助が必要であることはいうまでもないが、各法典の母法をどの外国法に拠るかの選択並びに起草を担当する外国人の選任に加えて、政府の立法方針ともいふべきものをお雇い外国人に教育することが必要とされた。特に国家体制の基本となる憲法については、母法はプロイセンに求め、「国体ノ根本、一系万世ノ皇統及古来ヨリ之慣習」を、独英仏文に翻訳して、お雇い外国人に勉強してもらう等の措置を講じたのである。

(3) ボアソナードが民法編纂を司法卿から依頼されたのは、彼の回顧によれば、1879年3月<sup>(28)</sup>のことであり、前年の末に治罪法典の起草を終えていたので、タイミングとしてもちょうどよい時期であった。この時、ボアソナードの来日から7年を経過していた。

司法省において、日本人によって編纂された「明治十一年【1878年】草案」は、フランス民法の翻訳の域を出ておらず、各地の民法慣習を採拾したにもかかわらず、日本の慣習をほとんど顧慮していなかったことを理由に、1879年には審議の結果廃案となった<sup>(29)</sup>。

結局、日本人だけの手で民法典編纂を行なうことは困難であるとして、ボアソナードに原案の起草を委ねる方針に転換したと思われる。

ボアソナードによれば、彼は編別と編纂方法についても、また法典の内容についても、完全な自由を与えられていたようで、彼は起草すべき民法典の全体の骨格を、1804年のフランス民法典のそれ（「法学提要」式編別）を原型としながら、大幅に修正して起草にあたった。

民法の本格的編纂は、1880年6月から元老院の民法編纂局で開始され、財産編と、財産取得編の相続・贈与と遺贈・夫婦財産契約を除く部分、債権担保編、そして証拠編についてはボアソナードが起草にあたったが、家

族法にあたる人事編、ボアソナードの起草から除外された部分については、外国人が起草することは適当ではないとして、日本人（熊野敏三・光明寺三郎・黒田綱彦・高野真遜・磯部四郎・井上正一の6名）が起草にあたったとされる。

この点の経緯について、日本側は、「深ク本邦ノ風俗習慣ヲ斟酌シテ宜ク得ルニ非レハ、人民將ニ掩服ニ堪ヘサルヘキヲ以テ、尚熟考ノ為メ姑ク見合セ置」くこととし、「第一編【人事編】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【相続法関係】ニ関スル起草ヲ我編纂委員ニ於テ分担シ、其案（日本文、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、之ヲ訳訂シテ以テ全部ノ落成ヲ期セシナリ」との態度をとっていた。

またボアソナード自身も、家族法の部分については二つの理由から焦眉の問題ではないとしていた。第一に、日本には家族法や相続法には、明確で詳細な慣習があり、特に、長子権（相続における長男の優越的権利）はヨーロッパよりもはるかに絶対的であり、ボアソナードは何度もこれを批判したが、日本の家も法律家もこの慣習法を改めようとしないとして述べている。第二に、早急な法典編纂が必要なのは、居留外国人に関係のある部分、つまり財産法である。領事裁判権の撤廃の大きな障害は、「泰西主義」による明確で公知の立法の欠如であることは人の知るところである、と。最後に、自分が家族法などの起草を要求せず、また仮に依頼されても受諾しなかったとする理由は、旧くからの風俗習慣を詳しく知らなければ、家族法や相続法の整理・修正・保存はできないからと語っている<sup>(30)</sup>。

他方、司法制度の核となる裁判所構成法は、領事裁判権の撤廃への重要な布石であり、ルドルフ（ドイツ人）の起草案が、ボアソナード、カーカード（イギリス人）らお雇い外国人らによって修正され、1887年から法律取調委員会の審議にかけられ、元老院・枢密院の議を経て、1887年に帝国司法裁判所構成法草案として成立し、1890年にはこれが裁判所構成法として公布された。なおこの法律には、外国人裁判官採用関係の規定は付

されなかった。その際に、外務大臣井上は、この法案が各国公使の信用の厚い3人のお雇い外国人が起草したものであるから、これを変更するようなことがあれば、かえって公使等の信用を失うと伊藤首相に具申ししていた。井上はお雇い外国人による起草を「泰西主義」適合の保障としようとしたことがうかがえる<sup>(31)</sup>。

(4) 民法草案のうち、ボアソナードの起草した財産法部分は、内閣によって商法典及び裁判所構成法とともに元老院に提出され、そこでの修正を受けて再度元老院本会議に提出され、枢密院の審議を経た上で、1890年4月に公布された。

ボアソナードの草案に対しては、司法省法律取調委員会としては、「日本側の主体性を確保しようとした」が、「法典編纂の早期完成の要求から」審議を促進せざるを得ず、編纂方針の転換（わが国の習慣風俗を基本とする方針）も、「審議に対し十分に反映される余地がなかった。」、一部の修正が法典の体系性を失うこと、国会開設が実現する1890年までに主要な法典編纂を終えるという時間的制約、そして、草案の大幅な修正を行なった場合に、以後お雇い外国人協力が得られないことへのおそれ等から、結局のところ草案の変更が中々できなかったとされる<sup>(32)</sup>。ただボアソナード自身は、日本側の委員からなる「法律取調委員会」での起草した草案に対する審議の際に、原案に対する多くの修正や削除がなされ、これらの修正・削除にきわめて批判的で、不満であったとされる<sup>(33)</sup>。

他方で、日本人が起草した民法人事編、財産取得編については、草案提出後の修正の過程において、1871年の戸籍法による身分統制＝戸籍秩序を民法に反映させ、法的規制（権利義務的規制）の範囲をできる限り縮小して、道徳・習慣の働く範囲を拡大して、それに反する条項を大幅に削除した。また人事編・財産取得編については、草案を委員会で審議する前に、内閣・枢密院、元老院、全国の地方官、司法官の意見を聴くために配布され、それらの意見を参考にして、再調査案が作成されたことが注目される。さらに、この案は修正されて、内閣に提出され、さらに元老院での



大幅な修正を受けて、1890年10月に公布され、民法は全体として、1893年1月1日から施行されることとなったのである<sup>(34)</sup>。

さて、旧民法公布前の1889年2月には、大日本帝国憲法及び皇室典範が公布され、次いで、同年5月には、大隈外務大臣の条約改正案に対する反対運動が激化し、大隈外務大臣を狙った爆弾事件が起きていた。

## 5 法典論争<sup>(35)</sup>

(1) 政府の条約改正案が問題となっていた1889年5月に、旧東京大学法学部および帝国大学法科大学の卒業生によって組織された団体「法学会」が、「法典編纂ニ関スル意見」を発表した。その内容は、法典編纂における政府の拙速主義と慣習を無視した泰西主義を批判するとともに、商法・訴訟法がドイツ人、民法がフランス人に起草にかかるもので、その間の抵触が生じることをおそれる。故に今は必要不可欠のものに限り法律をもって規定し、「法典全部ノ完成ハ暫ク民情風俗ノ定マルヲ俟ツニ若カザルナリ…法典ヲシテ円滑ニ行ハシメント欲セバ須ラク草案ノ儘ニテ之ヲ公ニシ、仮スニ歳月ヲ以テシテ、広ク公衆ノ批評ヲ徵シ、徐ロニ修正ヲ加ヘテ完成ヲ期スヘキナリ」と主張するものであった<sup>(36)</sup>。これに端を發した法典延期派と、法典断行派の論争は激化した<sup>(37)</sup>。法典延期派の法学者としては、富井政章、穂積陳重、他方、法典断行派の法学者としては、梅謙次郎、箕作麟祥、磯部四郎等がおり、これに更に政治家も加わる。断行派には前首相の山県有朋、品川弥次郎、司法大臣田中不二呂とその背後に大審院を中心とした司法官などがいた。

(2) 1892年5月5日に、法律取調委員会の委員の1人で元老院議官であった村田保が民法商法両法典は「其修正ヲ行フカ為、明治二十九年【1896年】十二月三十一日マテ其施行ヲ延期ス」との法案を貴族院に提出した。法案は圧倒的多数（123対61）で貴族院を通過して、次いで衆議院でも152対107の表決で、延期派の勝利に終わり、法案は可決された。

1892年に国会を通過した後、1892年に、第二次伊藤内閣が成立し、伊藤は1893年に、法典調査会を設置し、延期派と断行派を統合するために、民法については穂積陳重・富井政章・梅謙次郎が起草委員として選ばれ、商法については、岡野敬次郎、田部芳、梅謙次郎が選ばれた。

法典延期派であった穂積が起草した「法典調査の方針」において主要な3つの点が提示された。第一が、法典論争を前提とした上で、民法典の編纂が一定の思想統一の上になされるべきこと、また広範な立法例の参照を必要とすること。第二に、身分法の編纂方針として、「我邦ノ家族的諸関係ハ方今変遷時代ニ在ル」という認識から、旧慣を重んじる一方で、将来の進歩に適応できるように規定をおくこと。この点が、財産法と身分法を編別構成において分離するパンデクテン・システムを採用したこと、親族関係を個人ではなく家族性によって規定する姿勢をより明白にしたこと、そして将来の親族関係の変化に伴って必要となる法改正をやりやすくしたことの理由であった。第三に、「法律ノ条文ヲ概括ナル汎則ニ止」め、なるべく解釈によって社会の変化に対応できるようにしたこと<sup>(38)</sup>。

## 五 民法典に関わった法学者たち

(1) 日本人の手による泰西主義に基づいた法典編纂を行なうためには、わが国において欧米の法制度に関する学問的知見が蓄積され、それを理解して研究・教育する人材と、現実に法律を運用する人材の養成が不可欠である。いずれの点も、明治初期の段階においては未成熟であった。

(2) 欧米の法制度に関する学問的蓄積の第一歩は、諸法典の日本語訳とその注釈書の流布と思われる。これは、おそらく幕末期の栗本安芸守が、フランス法、ナポレオン法典の我国への可及的速やかな翻訳とそれを導入する構想にはじまり、1869年の箕作麟祥による各法典の邦訳作業によって具体化された。これらの翻訳作業は1874年にかけて行なわれ、それら

は逐次刊行され、その総称である「仏蘭西法律書」は改訂を重ね、これを教科書としてフランス法の法学教育も実施されるにおよび我国における法の継受もようやく進展することとなる<sup>(39)</sup>。

(3) 条約改正交渉における前提条件となっていた「泰西主義」(Western Principles) による法典編纂は、上記にみるとおり1875年以降法継受のための学問的基礎はできたが、現実に進行している法典編纂作業を日本人によって行うことは事実上困難であった。そのための保証は、「泰西主義」に関する学識に優れたお雇い外国人による法典編纂であった。

政府が諸法典の編纂と司法制度の確立に本格的に着手し始めた段階、少なくとも1880年代においては、日本には、単独で「泰西主義」あるいは日本固有の風俗習慣を成文法化するような学問的蓄積や、「無」から法典編纂を行なう能力を有する法学者の層は果して形成されていたのか。

(4) 明治31年(1898年)民法の起草者である穂積陳重・富井政章・梅謙次郎は、1880から法典論争が活発に行なわれる1889年にかけて、いかなる状況に置かれていたのか。

(イ) 穂積陳重は、1855年四国の宇和島藩の藩士の子として生まれ、1870年大学南校(後に開成学校に改編) 貢進生として上京した。明治政府は開成学校の優秀な学生を留学させることとし、前年には鳩山和夫がアメリカに、翌年の1876年に穂積がアメリカを経由してイギリスに5年間留学した。1876年にロンドン大学キングズ・カレッジに入学し、1879年に卒業した。その後ベルリン大学で法理学、民法、立法論を学んだと孫の穂積重行は述べている。留学を終えて日本に帰国したのは1881年で、直ちに東京大学法学部に勤務し、翌年には教授兼法学部長となっていた。穂積は、1890年に「法典論」を公刊し、その中で、法典編纂に多くの外国人が関与していたことへの批判も見られるが、法典編纂を日本人の事業として実施したいという思い、そして積極的に外国法を摂取すること等が述べられていた。また法典編纂において起草委員には「代言人」(弁護士)を加え、その審査委員会は、政治家、経済学者、判事、代言人、実業家及び行政諸

官省の代表者より組織し、法典の綱領や草案を公表して広く意見を求めること、草案の文体は平易簡明にする等の民主的な意見が述べられていた。穂積はこの著書出版の当時35歳で、8年ほどの教授在職であった<sup>(40)</sup>。

(ロ) 梅謙次郎は、1860年出雲国の藩医の次男として生まれ、1875年に東京外国学校に入学してフランス語を学び、そこから司法省法学校に転入学した。同期に田部芳がいた。1884年に卒業と同時に司法省御用掛を拝命し、その後東京法学校が廃止され、東京大学法学部に吸収・合併後の1885年には法学部教員となった。その後法律学研究のために、フランス留学を命じられ、1886年2月よりリヨン大学に通学し、やがて「和解論」と題された論文を提出して、Docteur en Droitの学位を授与された。梅は、次いでドイツのベルリン大学において法理学、ローマ法、国際法、公法等を学んだ。1890年8月に日本に帰国し、直ちに帝国大学法科大学教授に任じられ、同時に、和仏法律学校の学監にもなった。この時梅は30歳であった<sup>(41)</sup>。

(ハ) 富井政章は、1858年生まれである。富井は、東京外国学校仏語科在学中の1877年に、19歳でフランスに私費留学し、苦学しながらリヨン大学の法学部に入学した。1880年に卒業後、ドクターコースに入り、1883年にはDocteur en Droitになった。直ちに日本に帰国して、同年東京大学法学部に勤務した。富井は法学教育を専らフランスで受けているにもかかわらず、フランス法学には批判的であり、むしろドイツ法学を高く評価している点が注目される。富井は、編纂当時、南部のローマ法と北部の慣習を調和させ、「キワメテ鄭重ナル」手続の下で編纂されたフランス民法典そのものは高く評価しており、19世紀における社会の変動にもかかわらず特別法が少なく、「条文ノ多イ割合ニ弾力性ノモノデアル」とした。しかし、数十年を経て民法の条文と社会の実際との間には抵触を来たしており、フランスの法律家は注釈のみに汲々として、学理的研究がはなはだしく遅れていると批判していた。これに対して、ドイツ法学の発達とドイツ民法の制定には非常に刺激を受けていたことがうかがわれる。1889年

には、富井は30歳で、東京大学法学部在職6年であった<sup>(42)</sup>。

(5) 明治民法の起草にあたった3人の法学者は、法典論争の議論を踏まえつつ、日本人による民法の編纂を目指したわけであるが、しかし、現実には、我国固有の風俗習慣を法文化するための資料やそれに関する学問的蓄積や、そうした学問的成果を法典編纂に十分に生かし、それを運用する人材は果たして十分なものであったのか。

当時のわが国における法学に関する種々の学問的水準や人材養成の状況に鑑みれば、外国法の継受や、お雇い外国人である法学者ボアソナードによって起草された旧民法という土台の存在がなかったならば、1898年の明治民法の公布・施行の実現はきわめて困難であったことは否定できないであろう。

福島正夫が、明治民法の立法における旧民法の基礎としての意義について次のように述べている。「形式的にも実質的にも、明治民法は全然新規の制定ではなく、旧民法の実施前修正として、その諸規定を材料として作られ、先人の苦心創作を継承したものであった。これは当然の事柄ながら、人は往々民法編別の大きな変革に目をうばわれ、明治民法の胴体は旧民法であることをなおざりにする。この点を反省するならば、明治民法の全立法過程は、当然に旧民法を第一読会とする第二読会としてつかまなければならない。」と<sup>(43)</sup>。

## 六 条約改正の成功<sup>(44)</sup>

(1) 第二次伊藤内閣の下で外相となった陸奥宗光は、商法が一部とはいえ施行され、明治民法について法典調査会が設置されたことでこの時期、陸奥の念頭には、民法も多年を要せずしてその実施を見ることになるであろうということがあったと思われる。

陸奥は、英独米から交渉を始め、条約調印後5年経過の後、1年前の予

告により何時でも新条約を発効させる方式を採用するとともに、現に法典を実施するまではこの予告をしない旨外交文書で約束するところまで譲歩した。

他方、列強の中でもイギリスは、ロシアが1891年のシベリア鉄道の起工をしたこと、1892年に露仏軍事協約を成立させたことにつき、東洋における孤立を懸念し、ロシアの南下を防ぐ存在として日本の利用価値を認識し、条約改正に応じる姿勢を見せ始めていた。

1894年7月16日に、政府は領事裁判権の撤廃を盛り込んだ日英通商条約の調印に持ち込み、条約の発効は1899年7月17日、その1年前に法典実施を条件として通告することが必要とされた。

(2) 民法草案の財産法の部分は1895年12月、身分法の部分は1898年法典調査会の審議を終わり、帝国議会で可決され、前者は1896年4月27日、後者は1898年6月21日に公布され、両者とも1898年7月16日に施行された。

---

〈注〉

- (16) 以下の条約改正に至る経過については、特に注を付さない限り、：前掲注(4)及び松井芳郎「第10章 条約改正」193頁以下、及び向井健「第12章 民法典の編纂」313頁以下、福島正夫編『日本近代法体制の形成』下巻（日本評論社1982年）、横山晃一郎「第5章 刑罰・治安機構の整備」福島正夫編『日本近代法体制の形成』上巻289頁以下（日本評論社1981年）他の文献の叙述に拠った。
- (17) 松井：前掲注(4) 212頁。
- (18) 石井氏によれば、旧民法以前には、明治4年ごろの制度局の「民法決議」、明治5年司法省明法寮の「第一回稿本皇国民法仮規則」、「同第二回稿本改訂未定本民法」、明治6年3月司法省「民法仮規則」、明治6年後半における左院の「民法各規則草案」、明治10年11年になった司法省「民法草案」があったとされる。このうち、これは太政官制度局草案「民法決議」と呼ばれるものである。内容的には、民法前加篇・第一篇人事・第二篇信条証書・第三篇住所の事・第四篇失踪ノ事・第五篇婚姻ノ事・第六離婚の編別構成であった。石井良助「民法典編纂」49-66頁（1979年）、向井健：前掲注(16) 332-337頁。

- (19) 明治6年後半における左院の「民法各規則草案」では、「民法決議」がフランス民法の翻訳による規定のレベルを出なかったのに対して、日本の固有法、「風俗習慣法」を参考にすることが多かったとされ、編纂された左院の民法草案には、家督相続並贈遺規則草案・養子法草案・後見人草案・後見人規則草案・婚姻法草案があったとされる。これらの草案作成に当たっては、例えば婚姻法については、大宝令、貞永式目、武家諸法度、政治要略、大成令及び明治新令より34条を抜粋し、改訂の上「本邦婚姻旧法」30条を作成し、同様な資料編纂が家督相続法、養子法、そして財産法においても実施されている。財産法は、大宝令、貞永式目、政事要録、御定書百ヶ条などから170条余りの条文を抜粋している。石井：前掲注（18）68頁、197頁以下参照。
- (20) 石井：前掲注（18）197-212頁。なお石井氏は、この明治11年草案の廃棄後にボアソナードによる民法編纂が始まったと考えており、これが明治13年（1880年）にはじまったと考えている。ただボアソナード自身は1789年と記録している。
- (21) ボアソナード（1825年～1910年）は、来日前は、フランスのパリ大学の法学部のアグレジェ：准教授？で、来日した1873年当時は48歳、遠くない将来において正教授を地位を約束されていた。パリ大学の法学部との関係では、アグレジェの身分をそのまま維持し、無報酬の外国派遣を文部大臣に申請して許可されたとある。当初3年の予定が、20年にわたる日本滞在となった。ボアソナードについては、大久保泰甫『日本近代法の父ボアソナード』岩波新書（1977年）、大久保泰甫・高橋良彰『ボアソナード民法典の編纂』（1999年雄松堂）参照。
- (22) 横山：前掲注（16）『日本近代法体制の形成』上巻330-331頁参照。
- (23) 松井：前掲注（16）227-235頁、大久保泰甫：前掲注（21）『ボアソナード』142-145頁参照。
- (24) 大久保泰甫：前掲注（21）『ボアソナード』145-146頁、松井：前掲注（16）『日本近代法体制の形成』下巻234頁参照。
- (25) 松井芳郎：前掲注（16）235-240頁。
- (26) 向井健：前掲注（16）369-386頁、大久保：前掲注（21）134-142頁、石井：前掲注（18）209-213頁。
- (27) 利谷信義「近代法体系の成立」『岩波講座 日本歴史16 近代3』106-107頁参照（1976年岩波書店）。
- (28) 大久保：前掲注（18）『ボアソナード』134頁。ただ1880年とする見解もある。石井：前掲注（18）209-210頁、向井：前掲注（16）369頁。
- (29) 石井：前掲注（18）209頁。
- (30) 大久保：前掲注（18）『ボアソナード』135-136頁。なお民法以外の法律で、

商法の本格的編纂は、1881年以降、太政官法制部、次いでこれが廃止された後は、参事院の担当となった。草案の起草はドイツ人のヘルマン・レーズラーに依頼され、1861年の普通ドイツ商法に依拠したものとされる。また民事訴訟法の本格的編纂は、1884年からドイツ人のヘルマン・テヒョウが、主として1877年のドイツ民事訴訟法に依拠して起草を始めた。

- (31) 利谷：前掲注(29) 井上の伊藤首相あての照会については116-117頁、裁判所構成法に関しては121-122頁参照。
- (32) 利谷：前掲注(29) 124-125頁。例えば、ボアソナードが賃借権を物権として構成したのに対して、これを債権として修正しようとした今村案がボアソナードの批判によって不採用となり、商法草案において、起草者であるレーズラーが、「日本ノ商業習慣ハ本案ニ編入セス」という立場がそのまま採用されたこと等。
- (33) 大久保：前掲注(18) 『ボアソナード』135-136頁。
- (34) 利谷：前掲注(29) 122頁。
- (35) 法典論争の概要については、星野通『民法典論争資料【復刻増補版】』（1969年第1版で、日本評論社2013年の復刻増補版を参照）、潮見俊隆・利谷信義編『日本の法学者』（箕作麟太郎・ボアソナード・穂積陳重・梅謙次郎・穂積八束の関係箇所を参照）（日本評論社1975年）、利谷信義「近代法体系の成立」『岩波講座 日本歴史16 近代3』123-126頁参照（1976年岩波書店）、大久保泰甫『日本近代法の父 ボアソナード』160-164頁（岩波書店1977年）、星野英一「日本民法学の出発点—民法典の起草者たち」向坊 隆他『東京大学公開講座26 明治・大正の学者たち』（東京大学出版会1978年）等を参照した。
- (36) 星野：前掲注(35) 14-15頁。
- (37) 法典延期派には、大学（東京大学）を卒業したイギリス法学者及びその官学出身者が経営しイギリス法の講義をしていた私学の東京法学院（1889年に改称するまでは、英吉利法律学校と称していた。現在の中央大学の前身）、東京専門学校（現在の早稲田大学の前身）等も含まれていた。他方、法典断行派は、司法省の法学校（ボアソナードは、1880年5月から1883年4月まで司法省法学校において起草していた草案（財産編等）の一部を講義していた。大久保：前掲注(24) 139頁）を卒業したフランス法学者、その関連のフランス法を教授する明治法律学校（現在の明治大学の前身）、和仏法律学校（現在の法政大学）等があった。
- (38) 利谷：前掲注(29) 128頁。
- (39) 向井：前掲注(16) 325-329頁。
- (40) 松尾敬一「穂積陳重」潮見俊隆・利谷信義編『日本の法学者』55頁以下（日本評論社1975年）。



- (41) 向井健「梅謙次郎」前掲注（26）73頁以下。
- (42) 星野英一：前掲注（24）205頁以下。
- (43) 福島正夫「明治民法典における損害賠償諸規程の形成」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究』上25頁以下、28頁（1957年有斐閣）。また、このことは、後年梅が追懐して、明治民法があたかもドイツ民法に則ったものであるとの誤解があるが、実際にはフランス民法及びこれに由来する他の諸法典や学説、裁判例を、少なくともドイツ法と同じ程度に参考としていると述べている。明治民法に対するフランス法の影響を強く主張する研究として、星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」『民法論集』1巻69頁以下特に88頁（1970年有斐閣）。
- (44) 利谷：前掲注（29）129-136頁。

## 七 終わりに

政府が行った大規模な法典編纂事業は、1898年（明治31年）民法、翌年の商法の公布をもってほぼ終結する。この民法は、戦後の日本国憲法施行にともなって改正された第4・5編を除き、部分的に改正された部分はあるものの、ほぼ現行法である。

民法典をはじめとする政府の法典編纂事業は、直接的には江戸末期において列強と締結された不平等条約の改正交渉の不可欠の条件として開始された。

法典編纂は、一方で、近代的な法制度の不備が、日本側の改正交渉を頓挫させる列強側の切札となっていた状況の下では政府にとっての急務の課題であり、他方において、後進国であった日本が欧米並みの資本主義社会を構築するためには、社会基盤の一つである法制度の整備は不可欠であった。江藤新平が民法編纂に着手した1871年以降、常に突貫工事のように進められたこの事業も1898年をもって終了する。

その国の法律は、その国の風土、国民の生活、習俗その他の社会的諸条件と相関したものでなければならず、したがって、それは、その国民の手によって編纂されるべきものであるとの立場は、明治期の法典編纂事業に

おいては実現されなかった。

その理由の一つには、条約改正交渉の中で、わが国の法典が泰西主義に拠ることはいわば強制されたものであり、かつ法典編纂事業が常に、政府にとっての急務の課題であり続けたことである。

また自国の法典編纂を可能にする諸条件、法典編纂に不可欠なわが国固有の風俗習慣に関する資料と、それを法典編纂に還元できるだけの学問的蓄積、法律学や法律に関する高度な学識を有する豊富な人材と、それを運用するための人材の養成機関の存在等、法典編纂事業の実施当時、未だ成熟の域には達していなかったといえる。民法典の起草者がいずれもイギリス、フランス、ドイツのいずれかの国々において法学教育を受け、その学問的成果を継受して帰国しており、起草者当時には30代の研究者たちであったことが、上記のことを証明している。そして、わが国において法律学や法律を教える学校が創設され始めるのは、1870年代以降のことである。

結果として、明治期の法典編纂事業は、不平等条約における領事裁判権の撤廃のための条件を満たし、わが国の産業振興に大いに寄与した。

しかし、日本の風土や、国民の生活、習俗等の諸条件と必ずしも相関的でなかった民法典は、今日に至るまで、法と現実社会との遊離、軋轢を生むこととなったのである<sup>(45)</sup>。

---

〈注〉

(45) 河上正二『歴史の中の民法』52-62頁（2001年日本評論社）参照。