

紹介と批評

大久保泰甫・高橋良彰 著

『ボワソナード民法典の編纂』

一

1 我が現行民法典は、その施行（明治三十一年）から一〇〇年を迎えた。これを記念する企画としては、『特集・民法一〇〇年』新時代の民法を展望する』（ジュリスト一一二六号、一九九八年）、『特集』民法一〇〇年と梅謙次郎』（法律時報七〇巻七号、一九九八年）、『特集・民法一〇〇年』ボワソナード民法典とは何か』（法律時報七〇巻九号、一九九八年）、日本民法施行百年記念・文部省国際シンポジウム「日本民法百年・比較私法史的検討」（一九九八年九月二十九日～一〇月二日・博多）、『債権法改正の課題と方向——民法一〇〇周年を契機として——』（別冊NBL五一号、一九九八年）と右テーマに関する日本私法学会シンポジウム（私法六一号、一九九九年）、民法施行一〇〇年

記念シンポジウム「二世紀の立法と民事法」（二月一日・二日・東京、一四日・京都）（能見善久「民法一〇〇年記念シンポジウム開催される」NBL六五四号（一九九八年）二三頁参照）、広中俊雄・星野英一編『民法典の百年とI・IV』（有斐閣、一九九八年）、「（特集）民法典の百年と実務・判例」（法律時報七一巻二号、一九九九年）、「（特集）民法典と日本社会」（法律時報七一巻四号、一九九九年）等があり、また、今後も、加藤雅信編集代表『日本民法典制定の歴史的意義（民法学説百年史）』（三省堂、一九九九年刊行予定）等が予定されている。一方、二〇〇〇年に施行一〇〇年を迎えるドイツ民法典に関しても、石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、一九九九年）が刊行されるなど、民法典の歴史的研究は一層の進展を見た。

こうした中であって、ボワソナード研究の第一人者である

大久保泰甫名古屋大学教授と、気鋭の旧民法研究者である高橋良彰山形大学助教授の共著になる本書は、現行民法典の基となった明治二三年公布のいわゆる旧民法のうち、ボワソナード起草の財産法部分（財産編・財産取得編前半・債権担保編・証拠編。本書は右部分を指して「ボワソナード民法典」と呼称する。四頁）の編纂過程の全貌を明らかにし、我が民法典の成立史研究を更に深化させた業績として注目される。

2 本書の特徴として、まず指摘されるべきは、ボワソナード民法典の編纂過程につき、従来の研究において理解されていたような「民法編纂局↓（外務省↓司法省）法律取調委員会↓元老院↓枢密院↓公布」という単線的・直列的な流れではなくして、「前史↓主たる編纂期間における編纂↓元老院に下付」というサイクルが二回繰り返された、という基本的理解の下に叙述が展開されている点である（六頁以下）。「本書における第一部、第二部という構成、ならびに、二つの部の中における章立ては、基本的にこのような見方に基づいている」（七頁）。以下では、その章立てに沿って、その内容を紹介・検討することにしよう。

二

3 上記編纂過程の把握にいう「第一サイクル」に関する「第一部 民法編纂局における編纂及びその審議」は、「第一章 ボワソナードの草案起草開始」「第二章 民法編纂局上申案の成立」「第三章 元老院の審議」の三章からなる。

4 このうち、従来の研究との関係で最も注目されるのは、「第一章 ボワソナードの草案起草開始」（二頁以下）の考察部分であろう。ボワソナードが大本喬任から民法典起草を付託された時期に関しては、周知のごとく、明治一二年説と明治一三説の対立が存在した。これに対して、本書は、①ボワソナード『プロジェクト』新版『第一巻冒頭の「はしがき (Preface)」』②箕作麟祥の明治二〇年明治法律学校始業式演説、③磯部四郎の明治三四年の回顧談④一八七九（明治一二）年のプロジェクト写本 (Manuscript) に関する法務図書館の蔵書カード、⑤法務図書館所蔵『民法草案二付ボアソナード氏意見書説明筆記』の五つの資料を挙げて、明治一二年説を支持している。この中でも注目されるのが新資料⑤であって、同資料の「第二綴」以下は、現存する資料のうちで、草案としては最も古いもの（弘文

草案・邦文草案を含めて」と考えられる（この意味においても、同資料が本書三二九頁以下で翻刻された意味は大きい）。また、本書は、同資料に基づき、ボワソナードによる民法典編纂と、いわゆる明治一一年民法草案の編纂作業（明治九年三月起草着手―明治一一年四月起草完了）との間の、ある種連続した関係を明らかにした。従来の研究では両者の関係を断絶したものと捉えがちだっただけに、この点との関係でも、本書の記述のもつ意義は大きい。

ただ、本書においても、ボワソナードが民法典の編別を示した資料（目下発見されている資料には、(a)法務図書館所蔵『仏訳書雑類第五集』所収「民法創立ニ付ボアソナード氏ノ意見并ニ草案目次」所収「民法草案目録」、(b)上記『仏訳書雑類第五集』所収「民法目次」、(c)上記資料⑤「第一綴」冒頭の「民法草案目録」の三種がある）の成立時期や（八八頁注（5）、九三頁注（13）、明治一一年民法草案の編纂組織と旧民法の編纂組織の接合関係（三〇頁以下）等、幾つかの問題が留保されている。本書を橋頭堡として、これらの点を明らかにすることが、我々の今後の課題となつてこよう。

5 「第二章 民法編纂局上申案の成立」（三三頁以下）においては、明治一三年の民法編纂局開局から、明治一九年

の開局までの経緯と活動成果が考察されている。

このうち、民法編纂局開局の経緯、及び、明治一三年の活動に関しては、ある程度資料が明らかになっているため、従来より比較的詳細な検討が行われていたが、明治一四年以降に関しては資料に乏しく、従つて研究業績も少なかった。本書は、国立公文書館所蔵『民法編纂局出勤並不参加』（四五頁参照）等の新資料を参照しつつ、民法編纂局各課の活動内容を比較的詳細に論じている。もっとも、参照すべき資料の少なさは、共著者の力量をもつてしても如何ともしがたく、民法編纂局における審議の具体的内容や、明治一四年の政変との関係、参事院への民法典編纂事業の移管問題、あるいは、翌明治一五年の条約改正予備会議等との関連等に関しては、新たな知見を得るには至っていない。この点に関しては、何よりもまず新資料の探索・発見が待たれるところである。

一方、明治一十九年に民法編纂局が草案とともに内閣に提出した上申書・副申書・ボワソナード意見書に関しては、従来より紹介・検討がなされてきたが、本書は、これに加えて、民法編纂局の開局をめぐる事情（太政官制の廃止との関連）に関しても、詳細な考察を行っている（六九頁以下）。

6 更に、「第三章 元老院の審議」(七二頁以下)も、共著者の面目躍如たるものがある。そこではまず、内閣法制局(太政官制廃止に伴い参事院を引き継いだ組織)での草案審査の経緯が語られる。同箇所では、とりわけ、法制局の審査を受けた草案がロエスレルに内覧され、これに対するロエスレルの「民法編纂方法ニ関スル意見」が、後の法律取調委員会審議に影響を与えたとする考察(七七頁以下)が、すこぶる興味深い。また、元老院での草案審議に關しても、『元老院會議筆記』のほか、『尾崎三良日記』から關係箇所が丹念に拾い出され、考察が加えられている。上記2で触れたように、従来の研究は、民法編纂局に関する考察の後、直ちに法律取調委員会に関する考察を行っており、その結果、読者は、民法編纂局の作成した草案が、外務省法律取調委員会の活動と重なり合う形で、元老院において審議に付されていた事実を見落としがちであった。この点との關係でも、本書の記述は非常に価値のあるものといえよう。

ところで、従来の研究においては、『民法草案修正案』と題する活版本が、民法編纂局上申案ないし元老院下付案を印刷した資料であると考えられてきた。しかしながら、右『修正文』には全一五〇二条からなるもの(これにも三

冊本とその第一巻・第二巻を合冊した二冊本がある)と全一五〇〇条からなるものが存在する。その成立は、一五〇二条(三冊本)↓一五〇二条(二冊本)↓一五〇〇条の順番になるが、しかし、これらの活版本が、編纂過程の何れの草案に該当するのかわ不明瞭であり、この点が右活版本を参照して立法過程における条文の変遷を探る際の障害となっていた。本書においても、これらの資料の位置づけに關しては今後の課題とされ、また、民法編纂局上申案、元老院下付案あるいは元老院再下付案の具体的内容に關しても、必ずしも明確ではない。

三

7 ボワソナード民法典編纂過程の「第二サイクル」に関する本書「第二部 法律取調委員会における編纂から法典公布まで」は、「第一章 条約改正交渉の展開による法律取調委員会の設置」「第二章 司法省法律取調委員会案の編纂」「第三章 元老院の審議」「第四章 枢密院の審議」「第五章 公布及び公布後の活動」に分かれる。

8 このうち、「第一章 条約改正交渉の展開による法律取調委員会の設置」における考察も、出色である。従来の研究によれば、井上馨による外務省法律取調委員会の設置

は、井上自らの意思に基づくものと理解されてきた。これに対して、本書は、条約改正会議における諸外国側の資料を援用しつつ、「法律取調委員会の設置は、日本側の主体的な独立した判断によるものであったというよりも、むしろ実は、列強側の指摘と要請を受けての決定であった」（一二三頁）と結論づける。更に、本書は、次の三つの新視点を提示する。①その第一は、法律取調委員会を外務省に設置することにつき、山田顕義司法大臣が関与していた事実を指摘した点である（一一五頁）。②第二は、法律取調委員会が、外務省あるいは司法省内部の部局ではなく、内閣総理大臣への上奏と天皇による裁可を経て設けられた特別の委員会であったことを指摘した点である（一一六頁）。③第三は、外務省法律取調委員会は、「差しあたり、裁判所構成法の『審査』（examination）を、少なくともその主要な課題として設置された、というべきであろう。民法典編纂について言えば、引き続き司法省においてその活動が行われていたと考えるべきであろう」と評価した点である。

もっとも、これらのうち、②と③の関係は、読者には多少分かりにくいように見える。というのは、②において、法律取調委員会が「外務省あるいは司法省に属する建物

（または施設）の中において、そしておそらくその省の協力を得て行われているとしても、組織としては、両省内部の組織ではなく……」（一二六頁）と述べながら、その一方で、③につき、外務省法律取調委員会において民法典の審議が行われなかった根拠として、「元老院における審議のための様々な資料（印刷物）についての問い合わせは、すべて司法省と行われており、外務省において、ボワソナード起草の草案注釈などが翻訳されたり印刷されたりしている様子は全く窺えない」（一二七頁）として、外務省あるいは司法省の組織・形式面を重視しているからである。組織構造に拘泥しないのであれば、更に、明治一九年八月六日に法律取調委員会に任命されて以降ボワソナードが行った民法草案の起草作業に関しても（一二七頁）、外務省法律取調委員会の活動として位置づけるべきことになりはしないだろうか。

9 続く「第二章 司法省法律取調委員会案の編纂」における記述も、すこぶる詳細である。「法律取調委員会略則」一条により「法律取調ノ目的ハ民法商法及訴訟法ノ草案条項中実行シ能ハサルモノアルヤ否ヤ又他ノ法律規則ニ抵触スルコトナキヤ否ヲ審査スルニ在リ」とされており（一一五頁）、実際にも、民法・商法・民事訴訟法の編纂は相互

に連携しつつ行われたが、これら全体を視野に入れた本格的な考察は、本書以前には存在しなかった。また、民法典の審議に関しても、本書は、従来の研究においてはあまり触れられていなかった「別調査民法草案」につき詳細な検討を加えるなど（二七八頁以下）、注目すべき成果を上げている。

もっとも、とりわけ民法学者の関心が集中するであろうところの、草案の実質的な内容部分に関しては、本書はあまり立ち入っていない。例えば日本学術振興会及び商事法務研究会により翻刻された法律取調委員会資料は、(a)審議の速記録と思しき資料、(b)その要録と思しき資料（『法務図書館所蔵貴重書目録（和書）』（法務図書館、昭和四八年）三八頁は「会議出席者のメモか」とする）、(c)条文、の三種に分類できるが、これらの内容には相互に一致しない箇所が散見される点が、引用の際のネックとなっていた。本書の引用する資料は、法典編纂の手続関係資料が多く、こうした実質的資料に関する情報が少ないことが残念である。

10 一方、司法省法律取調委員会案の元老院審議（本書「第三章」）につき、従来の研究としては、手塚豊「旧民法（財産編・財産取得編前半・債権担保編・証拠編）審査元

老院会議筆記」法学研究（慶大）二七巻一号（昭和二九年）六〇頁が存在する程度であった。これに対して、本書は、「第三章 元老院の審議」において、内閣法制局審査の省略↓元老院下付↓元老院民法審査委員会による修正提案↓これに基づく法律取調委員会の草案修正↓右修正案の元老院再下付↓元老院決議・上奏の経緯を詳細に検討する。右元老院段階での修正に関して、従来の民法学説はほとんど触れていなかっただけに、本書の言及は今後の立法沿革研究に多大な影響を及ぼすであろう。もっとも、この点との関係では、右修正の具体的内容に関しても、更に詳細な情報を提供してほしかった（なお二一六頁参照）。

11 元老院で議決された民法議案は、その後、枢密院に諮詢される。本書「第四章 枢密院の審議」（二二八頁）は、法典の早期成立を図るため、枢密院諮詢の省略が企図され（もっとも右目論見は失敗に終わった）、また、枢密院審議が「大体議」により行われた経緯を詳細に検討する。

ところで、従来の研究において不明であったのは、①第一に、元老院議決から枢密院諮詢までの間に存在する約半年の空白期間をどのように理解するか、という点であり、②第二に、(a)右の期間、及び、(b)枢密院の審議において、草案に修正が加えられたのか否か、という点である。①の

点に関しては、本書も述べる枢密院審議省略問題を含め、法典の早期実現を図ろうとする側とこれを拙速主義として警戒する側の対立が影響したものと推測される。一方、②の点に関して、本書は、(a)元老院議決後—枢密院諮詢前の期間、及び、(b)枢密院審議の期間に、法律取調委員会において、草案の修正が行われていたことを指摘する(二三四頁以下)。これに対して、枢密院の審議それ自体において、草案に修正が加えられたか否かについては争いがあり、手塚豊「旧民法(財産編・財産取得編前半・債権担保編・証憑編) 審査枢密院会議筆記」法学研究(慶大)二八巻一号(昭和三〇年)五九頁は「枢密院審議案は公布された法典そのままであった(枢密院では修正は行われなかった)」とするのに対して、七戸克彦「旧民法・現行民法の条文対照表——旧民法財産編総則・物権部——(二)」一三九頁は「枢密院総委員会」「枢密院臨時協議会」と呼称する文献もある)において草案内容に修正が加えられていたとする。しかしながら、本書は、右論点について触れていない。12 続く「第五章 公布及び公布後の活動」の記述に関しては、とりわけ、(a)公布後の官報による正誤訂正に関する記述、及び、(b)元老院による「公布後検視」に関する考察(二四七頁)が注目される。このうち、(b)の点につき、従

来の研究によれば、元老院の検視会は、明治二三(一八九〇)年五月二一日の後、「再開されざるまうやむやの裡に葬り去られたものであらう」とされていた。これに対して、本書は、新資料を援用しつつ、六月二三日に検視会が再開された旨を明らかにする。

なお、本書二六三頁は、公布された民法典の『公定フランス語訳及び立法理由書』につき、「第一巻のみについて、その刊行年(明治二四(一八九一)年)が記されている」とするが、信山社の復刻版(『日本立法資料全集・別巻29(32)』によれば、第二巻以降にも刊年表示(明治二四(一八九一)年)が存在する。

四

13 更に、本書は、「終章 旧民法典の施行延期と法典調査会の設置」として、第三回帝国議会における施行延期法律の成立から法典調査会の設置に至るまでの経緯につき触れている。ここでは、「第三回帝国議会(明治二五年)における『民法商法施行延期法律案』関連審議」の図表が非常に分かりやすい。

もっとも、右施行延期法律との関係で重要な意味をもつ「法典論争については、商法典にかんする論争も含めて、

後日、改めて検討の機会をもちたい」とされており（三〇九頁注（一））、この点に関して、読者は、他の文献により補充しなければならない。

五

14 以上、本書の構成に沿って、評者が特に注目した点を列挙した。そこでは、あわせて幾つかの留意点も提示したが、しかし、既に当該個所でも触れたように、その多くは、むしろ我々読者の側において、本書を参照しつつ考察を進めるべき事柄であった。本書は、ボワソナードの人物像を生き生きと描き出した大久保泰甫『日本近代法の父ボワソナード』（岩波新書、第三刷・一九九八年）とともに、今日のボワソナード民法典研究の到達した頂点にあることは疑いない。評者は、膨大な一次資料を丹念に収集し自在に駆使する共著者の力量に驚嘆するとともに、最大級の賛辞を惜しまないものである。

15 本書は、ボワソナード民法典研究にとって必読の基本書となり、我々の今後の研究は、本書の内容を更にどれだけ深化させるか、という形で進んでゆくであろう。上記『日本近代法の父ボワソナード』と同様、本書もまた好評のうちに増刷を重ねるであろう。また、その際には、共著

者自身による更なる研究成果が加えられることであろう。その折には、あわせて、次のような点を是非とも追加してほしい。

まず第一に、人名索引に加えて、事項索引を設けてほしい。これにより、本書は、ボワソナード民法典関係の辞書としての機能を備えることとなる。また、本文中の記述においても、「前述」「後述」とだけ記載されている部分につき、具体的な箇所（頁数等）を明示してほしい（例えば、上記6で述べたロエスレル意見書につき、七八頁は「後述するように、ボワソナード民法典の命運に決定的とも言うべき重要な影響を与えることになる」と記載しているが、この記述の具体的な意味に関しては、一七八頁まで読み進んでようやく明らかになる。また、八六頁には、民法編纂局上申案が「一旦内閣へ返上、更に元老院再下付、という経過の詳細については、後にもう一度取り上げたい」とあるが、右「経過の詳細」が取り上げられた個所がどこであるかは、評者には結局分からなかった）。

第二に、法制史及び民法分野におけるボワソナード民法典関係の文献一覧を掲げてほしい。また、具体的な論点との関係でも、それらの文献につき、本文ないし注で参照を促してほしい。「序章」一二頁によれば、「先学の諸業績に

ついで、明示的引用及び——必要な場合には——批判的検討を行うことの必要性は、十分認識していたが、時間的余裕がなくなつたため、これを十分に盛り込むことができなかった」とされる。しかし、評者を始めとする専門外の者にとつては、本書の記述のうち、何れの部分が法制史家にとつて周知の事項であり、既存の学説によつて明らかにされた事項であり、あるいは本書において初めて明確化された事項であるかの判別が困難な個所がある。また、本書の特定の論点につき、他の文献も参照したいと考えた場合に、これを探る手がかりがほしい。

第三に、——これは既に述べた事柄であるが（9・10・11）——、とりわけ民法分野の研究者の関心の対象は、法典の成立過程それ自体よりも、右成立過程の各段階における個々の法制度・条文の変化の側にある。これに対して、本書の記述は、法典編纂の手続的側面に比重を置き、その結果、編纂過程に現れた諸草案の全貌とその内容変化を知ろうとする読者の要求に、必ずしも充分に答えるものではない。

16 ポワソナードは、『プロジェ初版』を改訂し『プロジェ第二版』を出版する際、『TABLE ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE』及び『TABLE DE CONCORDANCE

DE LA LOI FRANÇAISE AVEC LE PROJET JAPONAIS』を追加するとともに、「草案の末尾に参照した外国法令を注記した（なお、本書五〇頁以下参照）。更に、彼は、旧民法公布の後においてもなお、『プロジェ新版』の執筆に専心した。本書「あとがき」において、ポワソナードが抱いたと同様の感慨を吐露する共著者にあつても、ポワソナード民法典研究のツールとしての本書の完成度を更に高めるべく、来たるべき改訂作業に備えて既に準備を進めておられることであろう。期して待たれるところである。

（雄松堂、一九九九年二月二八日刊）

七戸 克彦