

## 旧民法の編纂過程にあらわれた諸草案：旧民法とフランス民法との比較検討の準備作業として

有地，享  
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1650>

---

出版情報：法政研究. 39 (2/4), pp.127-158, 1973-06-30. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 旧民法の編纂過程にあらわれた諸草案

——旧民法とフランス民法との比較検討の準備作業として——

有地 亨

## 目次

はしがき

- 一 ボアソナードによる民法編纂の開始の時期
- 二 明治二〇年一月までの草案
- 三 法律取調委員会
- 四 身分法の取調べの模様
- 五 各種草案・注釈書の編纂順序

はしがき

論 說

現行民法典の財産法の諸規定について、星野英一教授によってフランス法に起源をもつ規定がかなり多いことが指摘され、各条文の母法が逐次明らかにされ検討がなされている。<sup>(1)</sup>現行民法典がフランス民法と系譜的にみて連続性をもつとしても、それは旧民法を媒介にすることはいうまでもない。梅謙次郎起草委員は現行民法案の提案に際して、

「民法修正案の要領」を説明しているが、その冒頭において、「此度提出に相成りました民法修正案は、元の矢張民法を基礎と致して、唯従来の日本の慣行を調べまして、又外国の法律でも……ソレソレ取調べ」と述べ（東京朝日新聞明治二十九年三月七日）、明治民法、とくに現行民法の中の財産法は旧民法の修正であることを強調していることも、このことを裏書きしている。しかしながら、旧民法はフランス民法をそのままひきうつしたのではない。この点について、野田良之教授は「ボワソナードはもちろん自分の母国法であるフランス民法典をその起草の土台に据えたが、しかし、来日前からすでに比較法的に深い関心をもっていたので、当時参照しうべき各国の立法例をできるかぎり参考とし、またフランス民法自体についても、施行後七〇年間の間に立法・学説・判例によつて是正されたところでは、できるだけこれを取りいれるという方針をとつた」と指摘<sup>(2)</sup>されている。栗塚報告員は法律委員会でボアソナードが自身の見解を織込みながら起草した旨をつぎのように述べている。「御参考迄ニ申シマスガ元来此法律ノ書方ハ各自官民彼我ノ交際ヲ定メ、或ハ一個人々々々關係ヲ定メテ居ル民法デアリナガラ斯ウシタラ宜イデアラウスウ云フモノデアルゾヨト示ス法文デ此案ノ立テ方ハ日本デ見レバ斯ウ立タラ宜カラウゾ之レナレバ何所ノ法律ニモナイ宜イ所ヲ採テアルゾヨト「ボアソナード」自身モ書テ居ル様デアリマス、ソレデ一例ヲ挙げバ直ク御見分リニナリマセウ、右權利ハ第四編ニ之ヲ記載スルトカ何權利ハ特別法ヲ以テ定メルトカ云フ様ニ総テ日本ノ人ニ教ヘテ呉レル様ナ姿ニナツテ移動物、留置、先取権ノ抵当ノ如キモノヲ抵当ダト云テ置ケバ宜シイニソレハ何所ニドウ説明カスゾヨト云フコトハ何所ノ法律ニモナイ、夫レ等ハ削除シヤウト思ヒマシタガ、ケレドモ、然ウスルト此人ノ全体ノ旨意ヲ崩スカラ為シ能ヒマセンデ手ヲ退キマシタ」(「法典調査会民法草案第二編物権ノ部議事筆記自第一回至第五回」(学振版)九丁裏一〇丁表)。さらに「此案ハ成程学理的カラ主トシテアリマススク申シテハ起案者ヲ評スル言デハ御座イマセウガ、教科書ニ過ギス様ナ体裁デアルト思ウ、之ヲ日本ノ法律トシテ今日行ヒ得ルモノトシテ筆ヲ加ヘテ宜イモノナレバ勾々ソレ

ハ出来マセン全ク此案ハ宝玉デアリマス」（同七丁表）と述べている。

現行民法の解釈に当って、それぞれの条文の母法をまず明確にする必要があることはいうまでもない。そして、現行民法典の財産法が旧民法を基礎にし、それを修正し、しかも、旧民法はポアソナードの手によってフランス民法を基礎とし、諸外国の立法、学説、判例を参照しながら編纂されたのであれば、旧民法とフランス民法の比較検討をする場合に、旧民法編纂過程でポアソナードによって起草された各種の草案ならびに注釈書を検討することが必要であつて、それらの草案がフランス民法とどの点が異っているかを各条文ごとに明確にしてゆく作業を不可欠としよう。<sup>(3)</sup>

しかしながら、今日まで旧民法編纂過程は諸先学の手によって明らかにされ、身分法関係に関しては編纂過程ならびに諸草案の性格は克明にされているが、<sup>(4)</sup>財産法に関しては不明な点も多い。わたくしは現行民法の各条文の母法を明らかにするために、後掲のような旧民法財産編の逐条の比較考証の用意をしている。しかし、この作業にとって不可欠であるところの、ポアソナードの各種の諸草案、注釈書がどういう順序でいつ出されたのかの問題すらも必ずしも明らかでない事情の下で、諸草案、注釈書の位置づけについて、わたくしの思い違いや重要な草案の見落としがあることを懼れている。そこで、さしあたり、東京朝日新聞の記事やその他の資料を基礎にして、編纂の事情を可能なかぎり明らかにし、わたくしの閲覧できた諸草案を位置づける作業を行い、あえて法制史家の御教示を得たいと願ひ、本稿を執筆する次第である。

われわれの法学部は大正一三年に創立されたにもかかわらず、ポアソナードの文献や旧民法関係の諸資料はかなり豊富である。これはおそらく、このような問題に常に関心をもたれていた故武藤智雄先生や吉田道也先生の資料収集の御尽力の賜物とおもわれる。このような御努力に敬意を表し、こよなく書物を愛される吉田先生の還暦に当り、拙き一文を捧げる次第である。なお、身分法に關しても従来明らかにされていまいと考えられる事情についてはできる

だけ言及することにした。

(1) 星野英一・民法論集第一卷(有斐閣、昭和四五年)七二頁以下参照。

(2) 野田良之「日本における外国法の撰取—フランス法」外国法と日本法(現代法一四)(岩波書店、一九六六年)一九一頁。

(3) このような作業がとくに必要なことは、すでに野田良之教授によって指摘されている(野田前掲論文一九八頁注②)。

(4) 川島Ⅱ利谷「民法」(上)(講座「日本近代法発達史5」所収)(勁草書房、昭和三三年)、星野通・明治民法編纂史研究(ダイヤモンド社、昭一七年)、石井良助・明治文化史2(法制編)(洋々社、昭和二九年)、小早川欣吾「舊民法典編纂過程と舊民法典に対する論争に就いて」(「続明治法制叢考」所収)(山口書房、昭和一九年)。

### 一 ボアソナードによる民法編纂の開始の時期

いわゆる一一年民法は明治九年六月一日以後同一一年四月一七日までの歳月を要して編纂されたのであるが、フランス民法の直訳であったために廃棄されることになった。<sup>(1)</sup> 大木喬任司法卿は明治一二年に司法省の中に修補課をおき、司法部内の者と各裁判所の法官を修補委員に任じ、民法の修補を開始し、この起草掛は箕作麟祥、磯部四郎であった。<sup>(2)</sup> 大体このときから民法編纂はボアソナードを中心に行われるようになった。

明治一三年三月、太政官中に法制部などの六部が設置され、大木は参議に任ぜられるとともに、法制部主管になり、民法編纂事務は太政官の法制部で続けられたが、大木参議は同年四月一三日に「民法編纂ノ議」を三条実美太政大臣に上申し、四月三〇日、この上申が認められ、大木は民法編纂総裁に任ぜられた。大木参議は同年五月二五日、民法編纂に関する三事項を自己の権限事項としたい旨の願い出をし、二六日にはその許可を受け、六月二日には、「民法編纂局章程」を定め、第一課の分任員が「編纂ノ本案ヲ起草シ及ヒ翻訳庶務ノ事ヲ」を担当することになった。<sup>(3)</sup>

第一課の分任員は元老院議官箕作麟祥、司法権大書記官兼太政官権大書記官黒川誠一郎、太政官権少書記官磯部四郎、ボアソナードが任ぜられているが、その中の磯部四郎は起草の状況についてつぎのように述べている。<sup>(4)</sup>「箕作、ボアソナード、黒川ノ三氏及ヒ余ハ起草委員ト為リ専ラ草案編成ニ従事セリ蓋シ起草ハボアソナード氏ノ主管シタル所ナリト雖モ我カ風土人情ノ宜キニ適スルモノト思考スルノ件々ヲ一々同民<sup>(ママ)</sup>（氏）ニ報知シテ之ヲ編成セシムルコトヲ怠ラサレハ起草委員ノ大ニ与リテカアル所トス」。

ついで、大木総裁の上申に基づき同年六月一日から民法編纂局は元老院に開設されることになった。当初は明治一四年五月には編纂を終了する予定であったが、<sup>(5)</sup>その編纂は主としてボアソナードが起稿ないしは口授したものを箕作麟祥が翻訳し、出来上ったものを逐次審議するという方法がとられた。明治一三年九月一〇日の東京日日新聞は「中々の事業ゆえ容易に功を畢るまじとのこと、又其の体裁を前記の如く我が慣習と佛国民法とを参酌して恰當の法則にせらるる見込なり」と報じている。<sup>(6)</sup>

このように、ボアソナードの手による民法編纂の事業は明治十一年民法草案が廃棄された後に開始されたこととなるが、それがいつの時期に始まったかは詳かではなく、意見も分かれている。石井良助博士はこの点について、「民法編纂議」に「本年一月ヨリ再ビ委員ヲ会シ、某議ヲ遂ゲ、改革ニ着手候処」とあるところから、明治一三年一月以降のあまり離れていない時期と推測される。<sup>(7)</sup>しかしながら、旧民法編纂にタッチした者を含めて、明治一二年からボアソナードは編纂に着手したとみるものが多い。<sup>(8)</sup>

ボアソナードみずからは大木参議が民法草案の編纂をわたくしたちに委託したのは明治一二年三月（一八七九年）であると述べている。<sup>(9)</sup>また、この点に関して、九州大学法学部所蔵の『民法草案ニ付テノ『ボアソナード』氏註釋書 財産篇之部自一至三』の表紙には、「第一ヨリ第三百三十五マデ明治一六年七月卒業ノ際曾テ貸与サレタ儘下賜ヲ受

ク 小幡虎三郎」と朱書されている。司法沿革誌には、明治一六年七月、法学生徒九二名、旧出仕生徒三九名に卒業証状を授与するとあるから、<sup>(10)</sup> 小幡虎三郎はこの中の一人であったとおもわれる。そして、『自一至三』の巻には、「照査課印」と「消印」が、『自四至六』以下の巻には、「司法省生徒課印」と「消印」がそれぞれ押されている。これからみると、照査課は明治一〇年一月一二日に司法省中に他の七課（内記、庶務、編纂、翻譯、書籍、学校、會計）とともに設置され、明治一三年五月二五日に廃止になり、以後法学生徒に関する事務は生徒課に分属せしめられ、この生徒課は明治一四年一月二八日に廃止されているから、『自一至三』の巻は明治一三年五月二五日以前の時期に刊行され、『自四至六』以下の巻は同年五月二五日から明治一四年一月二八日まで刊行されていることになる。したがって、ポアソナードは一二年中にすでに起草にとりかかり、最初の方から稿が成るや否や、逐次刊行したのが一三年の初頭頃からであり、その草案はただちに法科の教課に用いて練習討議のテキストに使ったと推測することができる。<sup>(11)</sup> さらに、前述の “Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon, Accompagné d'un commentaire par G. Boissonade, t. I, 2 ed, 1882” の “Avertissement” では、「本巻はもっぱら民法編纂委員会が使用するために、すでに一八八〇年に印刷されている草案の第一巻と第二巻の第二版である」と述べられており、すでに、仏文の財産編第一部物権は、明治一三年に出来上っていることを示している。筆者はこの仏文草案については未見であるが、この仏文草案が翻訳されたものが前掲草案ではないかと憶測している。従来、ポアソナードの最初の民法草案は、『ポアソナード氏起稿『民法草案財産篇講義 巻 物権之部』（司法省、加太邦憲、一瀬勇三郎、藤林忠良共譯第二篇財産 一一二九丁）』とされているようであるが、この『講義』は第一回が明治一三年五月一四日に始まっているから、<sup>(12)</sup> すでにそれ以前に前述の民法草案が出されており、両者の間に若干の差異がある。

(1) 一二年民法に関しては、手塚豊「明治十一年民法草案編纂前後の一考察」瀧川博士還暦記念論文集(2)日本史篇(昭和三二

年）、とくに八四八―八五〇頁が新しい論文である。

- (2) 小早川欣吾「舊民法典編纂過程と舊民法典に対する論争に就いて」(『統明治法制叢考』山口書店、昭和一九年)二二頁。  
大槻文規・箕作麟祥君伝(丸善株式会社、明治四一年一月)の年譜には、箕作は明治一二年三月六日に修補委員に任命されている。

- (3) 石井良助「民法編纂局ノ開設」法律時報三〇巻九号(昭和三三年)八八―八九頁、なお、三項目上申、民法編集局章程については、岡田亥之三朗「舊民法編纂沿革」法曹会雑誌九巻六号四二頁、日本学術振興会・舊民法編纂沿革外六点にも収録されている。

- (4) 磯部四郎・大日本新典民法釈義 財産編第壹部物権之部(長島書房、明治二三年二月二十九日初版)緒言一四―一五頁。

- (5) 東京日日新聞明治一三年一〇月四日は「民法は昨今委員の編成中にて御雇人ボアソナード氏の見込にては、来一四年五月には業を終るべきとの由なれども、本条多くは同氏の口授に出づるを邦語に訳することなれば、時として疑問数回に及べる事もありて思ひしよりは時日を費すべきかとの咄を聞けりと述べている」。

- (6) 大槻文規・箕作麟祥君伝の磯部四郎の談(明治三四年八月三日)一一三頁、津田真道の談(明治三六年七月二四日)一二四頁、磯部四郎「民法編纂ノ由来ニ関スル記憶談」法学協会雑誌三一巻八号一五七―一五八頁参照。

- (7) 石井良助「ボアソナード氏起稿『民法草案財産篇(一)』」法律時報三〇巻一〇号八四頁。なお、同博士はこのように推測される理由として、つぎの二点を挙げられる。

- (1) 小早川教授が紹介された東京上裁判所の「一記録」に「明治十二年一月司法省ニ於テ民法会議ヲ開ク」とあるが、この会議は明治十一年草案を審査すべき任務をもったものと推定されるし、また、箕作は明治一二年三月六日にこの委員会の修補委員に任命されていること。

- (2) 明治十三年一月に民法編纂会議を開いて、「改革ニ着手」したが、「改革」は明治十一年草案を不採用にして、全く新たな草案を作る意味で、同月よりボアソナードは参加したものとおもわれること。

- (3) 磯部の談は約一年間誤ってさかのぼらせたものと考えられること(石井良助「明治十一年民法草案」(一)法律時報三〇巻九号八九頁注(4)参照)。

- (8) 磯部四郎の談話(明治三四年八月四日)箕作麟祥君伝一一〇―一一一頁、今村和郎・解難(明治二三年七月)五頁、富井

政章・民法講義(総則)(明治三四年度講義)一五丁表、今村和郎||亀山正義・民法正義(財産編)第一卷卷之卷三一頁、加藤正治「維新以後我国法学通勢」(講演)法学志林六卷四四頁、井上正一「仏国民法ノ我国ニ及ホシタル影響」仏蘭西民法百年記念論集(法政研究会、明治三八年一二月)五九頁、「民法の由来」(梅博士遺事録(8))法律新聞八四四号(大正二年二月二五日)二五五頁。

(9) G. Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon. Accompagné d'un commentaire*, t. I, nouvelle éd., 1890, Préface, p. VI.

(10) 司法省編纂・司法沿革誌(法曹会、昭和一四年)八九頁。

(11) 武山助雄は「彼ノ治外法権ノ聖域内ニ於テ日本ノ立法事業ニ注意シテ怠ラサル外国新聞ニ掲ケシ我立法事業ノ記事ト其他二三ノ風聞ニシテ稍々確實ナリト信スル所ニ就キ之カ沿革ヲ尋ルニ……第二ノ原案ハ明治十三年ノ起草ニテ稿成ルヤ之ヲ法科ノ教課ニ試ミ練習久シキヲ経ルノ間修正ニ修正ヲ加ヘ……」とこの間の事情を述べている(法典編纂須急論吟松堂、明治二二年)六一七頁。

(12) この『講義』は明治一三年一二月の訳者識が『凡例』にあるが、第一回の明治一三年五月一四日にはじまり、第九〇回の明治一四年一〇月二六日をもって終り、民法草案とフランス民法との対照講義である。

## 二 明治二〇年一二月までの草案

明治一四年九月七日の東京日日新聞は民法編纂の模様を報じ、「民法は今編成中なれども、本年中には整頓に至るまで云々と、去る三日の紙上にも記せしが、猶聞くところに據れば、民法の編制は実は容易ならざる事にて、第一條に始まり、第二千四百條に終るべしと、然るに是迄の調査は未だ五百余條に満たず、是とても直譯同様なれば、悉く修正と審査を要する事故、以上四、五の光陰を費やし、明治十八、九年頃ならでは実施せらるる場合には至るまじと言へり」として、この頃からすでに、民法草案編纂の容易ならざること予測している。

ポアソナードは講義していくうちに、民法草案の修正、加筆を逐次行いつつ刊行しており、その一つとして『ポアソナード氏起稿再日本民法草案』（同盟刊行、年月日不詳）が出されているが、物権については、一応、明治一五年九月、第一部物権の修正案を大木喬任総裁に上呈しており、それが『再日本民法草案』である。

第二部人権については、ポアソナードは、明治一四年一月二日に第三一四条から第九一回目の講義を開始し、同一四年の十二月と同一五年の七・八・十一月は休講しているが、明治一六年四月六日に第六〇〇条についての第一八一回の講義を終了している。これは『ポアソナード氏起稿『民法草案財産篇講義二』人権之部 司法省』で刊行されている。ポアソナードは人権篇の編纂が終った時点で、“*Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon, Accompagné d'un commentaire par G. Boissonade, t. I, II, 1882, 1883*”を第二版として修正増補している。第一巻は明治一五年九月三〇日、第二巻は明治一六年四月二〇日の刊行である。<sup>(1)</sup>第二部人権二八七条（第三一四条～第六〇〇条）は明治一六年四月にでき上ったとされ、これも『再日本民法草案』に収録されている。同一六年には、『ポアソナード氏起稿 修正民法草案註釋（司法省）』が刊行されている。<sup>(3)</sup>

明治一九年三月三一日元老院民法編纂局は閉鎖されたが、その直前に大木総裁よりこれまでの民法草案にさらに修正が加えられ、「第二編財産編第一部物権（五〇一―一八二三条）、人権（八一四―一〇〇条）、第三編財産獲得方法第一部特定名義ノ獲得方法（一一〇―一五〇二条）」として内閣に提出された。<sup>(4)</sup>これが、『民法草案修正案自五百一條至五百二條（明治三九年三月三一日）』である。<sup>(4)</sup>

民法編纂局の閉鎖に際し、大木総裁が伊藤博文内閣総理大臣に対し民法第二編第三編の頒布を建言した上申書の副申書があるが、<sup>(5)</sup>それには編纂の目的・方法が明らかにされ、草案はポアソナードの起稿を訳訂した旨が示され、当初の見込みでは五編に分けられ、「第一編（人事篇）第二編（第一部財産篇）物権（第二部財産篇）人権第三編第一部

(特定名義ノ獲得方法) 第二部 (包括名義ノ獲得方法) 家督相続包括ノ贈與遺囑夫婦財産ノ契約等第四編 (債権ノ擔保) 即保證連帶質物先取特権抵当権等第五編 (證據篇) 即チ一切ノ物権人権及親族ノ権利ニモ普通可用者」となつてゐる。そして、第四編、第五編は「同氏 (ボアソナード―注―筆者) ノ草案未タ成ラサルニ因リ譯訂ニ著手スル能ハス」、第一編、第三編第二部は「深ク本邦ノ風俗習慣ヲ斟酌シテ宜ヲ得ルニ非レハ人民ノ將ニ掩服ニ堪ヘサルヘキヲ以テ」熟考するため姑く見合せ、第三編から著手したとされ、ただ、第一編の条数を五〇〇条と予定したため、第二編の首条は第五〇一条をもつて始めると述べられている。

これらの草案は明治一九年一月に元老院の議定に付せられたが、逐条審議も不可能なので調査委員が選任されたものの、なんらの議事も行われず、明治二〇年四月一四日、井上馨外務卿の要請に基づき院議に付されることなく、草案は内閣法制局に返付された。<sup>(7)</sup>

他方、これよりさき、元老院の民法編纂局の閉鎖後、その事務は司法省に引き継がれ、明治一九年四月一日、民法編纂委員会が設けられ、同省でもっぱら人事編の起草がなされ、その委員には、南部甕男、光妙寺三郎、井上正一、熊野敏三、高野真遜、菊池武夫、小松濟治、今村信行、磯部四郎が任じられた。<sup>(8)</sup>

さらに、明治一九年八月六日、外務省に法律取調委員会が設置され、委員長は外務卿井上馨、委員には特命全權大使西園寺公望、司法次官三好退藏、内閣法律顧問ボアソナード、司法省雇顧問カークード、同ルードルフがなり、法律取調書記には今村和郎、栗塚省吾、本多康直、出浦力雄、などが選ばれ、同二〇年四月には法律取調委員が追加任命されたが、民法草案はこの取調委員会に送付されて取調べられることになった。<sup>(9)</sup> 同取調委員会は同二〇年に裁判所構成法を議了し、民法の取調べを始めようとした矢さきに<sup>(10)</sup> 条約改正の中止の議論が生じ、井上馨が辞職する事態にたち至つた。

- (1) 第一卷の九大法学部所蔵本の〈Avertissement〉のおおに、"Tokio, le 30 Septembre 1882" といわれ、"Monsieur Ogki Takato" に捧げる献辞がある。
- (2) 石井良助・明治文化史2（法制編）（洋々社昭和二九年）五一二頁、石井良助博士はこれを「再閱民法草案」と称されている。
- (3) 「『ポアソナード氏起稿修正民法草案註釋（司法省第二編人權（全）』第二編第二部人權即債權並ニ義務ノ総則第八一四条―第一一〇〇条』の「序」に明治一六年四月三日の日付がある。なお、小早川前掲書二七六頁注四五を参照。
- (4) 石井良助博士が修正民法または修正民法草案と称されるものである。石井前掲明治文化史2、五一二頁、同「民法草案人事編理由書解題」（石井編・明治文化資料叢書第三卷法律篇（上））（昭和三四年風間書房）五頁。
- (5) 内閣官房編・内閣制度七十年史（昭和三〇年）三八六―三八七頁。
- (6) 石井良助前掲明治文化史2、五一三頁。なお、内閣から磯部四郎、熊野敏三が内閣委員を命じられている（岡田前掲同資料四八頁）。
- (7) 小早川前掲論文二五一頁。元老院に廻された草案が院議を経ることなく法制局に返付された理由について、磯部四郎はつぎのように述懐する。「元老院ニ廻ハサレタ草案按等モ何角政府ノ都合テ院議ヲ経スシテ法制局ニ草按カ返付サレマシタ、私共ハ政府委員トナツテ元老院ニ出マシタカ何ノ議事モナク其時ハ延期ニナツテ仕舞ヒマシタ、併シナカラ後ニ至リテ草按返付ノ理由カ分リマシタ、ソレハトウイフ譯テアツタカトイフト、丁度其當時カラ條約改正ノ問題カ起ツテ来マシテ井上侯爵カ外務大臣トナツテ、法律取調局トイフモノヲ外務省ニ置カレテ法律ノ草按ヲ外交談判ニ明示シテ我帝國ハ斯クノ如キ立派ナ法律ヲ布クノテアルカラ、國際上治外法權ナル乱暴ナモノヲ爾来維持スル必要ハナカラウトイフコトヲ以テ頻リニ法權ノ撤去ヲ促カシ、又一方ニハ西洋舞踏ノ似疑ヲシテ歐米人ヲ嬉シカラセテ外交ノ目的ヲ達センコトヲカメラレタリ今更ラ考ヘルト変テコサイマスカ當時政府ハ條約改正ニ際シ交際國ニ於テ治外法權ヲ拋棄スルニ至レハ斯カル立派ナ法律ヲ實行スルモ宜シカランカ、若シ然ラスシテ従来ノ如ク法權ヲ維持スルニ於テハ敢テ新法ノ作成ヲ急クノ必要ナシト考ヘタル所ヨリ法按ノ議事ヲ中止シテ總テ之ヲ外務省ノ法律取調局ヲ送付シタルモノト承ハリテ居リマス」（「民法編纂由来ニ関スル記憶談」法協三一巻八号一六〇―一六一頁）。なお、金子堅太郎「講演」法曹会雜誌一一巻一号（昭和八年）三〇頁参照。

(8) 磯部前掲大日本新典民法釋義一五一一六頁、岡田前掲資料四七―四八頁。

(9) 小早川前掲論文二五四頁、金子前掲講演三〇頁。

(10) 今村前掲解難七頁。

### 三 法律取調委員会

ついで、明治二〇年一月四日に、法典編纂の事業を完成するために、司法省に法律取調委員会が設置され、司法大臣山田顯義が委員長、細川潤次郎ほか一三名が委員、その他若干名の報告委員が選ばれて、民法草案の取調べが分担された。<sup>(1)</sup> この委員会の議定に付された民法草案について、『解難』は「曩ニ大木伯上申セシ所ノ財産篇、財産取得篇及ヒ爾來起草セル債權擔保篇、證據篇ナリ」と述べており、<sup>(2)</sup> したがって、明治二〇年一月までに完成された民法草案はこれらのものとみてよい。<sup>(3)</sup>

司法省の法律取調委員会の組織は法律取調委員と同報告委員の二種に區別され、取調委員は既成の草案を議定評決する権利をもち、報告委員は議案の調査説明の事務を掌つたが、原案起草は民法の財産法についてはボアソナード、<sup>(4)</sup> 商法に関しては、ロエスレルの両法律顧問が担当した。

同委員会の事務の分担について、報告委員磯部四郎によれば、民法、商法、訴訟法等の各組合をおき、その各組合で討議決定した草案を委員會議に提出するという順序がとられた。各組合長には取調委員の中の一名がなり、他のはすべて報告委員で構成される。民法の組合についていえば、一つはすでに発布された民法全部を担当し、他の一つは人事、相続、贈与、遺言、夫婦財産契約に関する事項の編纂を担当した。熊野敏三、光妙寺三郎、高野真遜が人事編、井上正一が夫婦財産契約、磯野四郎が相続、贈与、遺言をそれぞれ担当した。案が成ると、それぞれが組合會議に提

出し、その議が定まった後、これを各組合の議定案として委員会に提出するという手がとられた。<sup>(5)</sup>

同委員会が明治二〇年一月五日より同二四年三月三〇日まで、三年四ヶ月間に審議決定した法律は、民法人事編四一二条、同相続編五八〇条、同取得編二八五条、同擔保編二九八条、同證據編一六四条であるが、<sup>(6)</sup>委員会は短期間の内に民法、商法、訴訟法の三法典の議了を期して行われたから、その審議は夜を日につき、苛酷なスケジュールの下で行われたようで、法律取調委員の一人で元老院議員官村田保は、「先ツ裁判所構成法ヨリ始め、民法、商法、民事訴訟法等ノ取調ヲ為シタリ。毎日午前八時ヨリ初メ、必ス十五條ツツノ取調ヲ了セサレハ歸宅ヲ聴サムル旨ヲ委員長ヨリ各委員ニ口達豫約セリ：民法ハ佛人「ボアソナード」氏起草、毎週五十條ツム、：未タ民法ノ全部成ラザル以前ニ毎週必ス五拾條ヲ起草スルコトハ余ノ堪ヘサル所ナルノミナラズ：」と述べている。<sup>(7)</sup>さらに、法律取調報告委員であつた磯野四郎は、つぎのように皮肉すらまじえて回想する。「同局（法律取調局）ノ特色ハ取調委員中法律ヲ心得テ居ル者ニハ委員会ニ於ケル議決権ヲ與ヘス其心得ナキ委員ニハ議決権ヲ有セシメタ點テアリマス即チ其議決権ヲ有ツテ居ル方ハ元老院議員、或ハ行政裁判所々長ノ植村君、或ハ大審院長ノ尾崎君等デアル、此方々ハ我帝國古来ノ法律思想ハ澤山アツタラウガ泰西ノ法律思想ノ殆ント無イ方テアツタト考ヘマス、而シテ当時仕事師ヲ以テ目セラレタ若手ノ書記連ハ報告委員ノ名称ノ下ニ於テ唯委員会ニ諸案ヲ提出シ之ヲ説明スルニ止マリ一言半句取捨ノ議論ヲ戦ハス権能ヲ有セサリシモノトス、取調委員ハ議決権ヲ有シテ報告委員ハ之ヲ有セサルノミナラス委員会ノ決議シタ事項ハ一々之ヲ法按ニ登ホセテ法按ヲ更ラニ仕直シテ行カナケレハナラヌトイフヤウナ風テアリマシタ、此遣リ方ハ法律取調ノ運フ為メニハ宣シカッタト思ヒマス、何ゼナレハ餘マリ議論ナク議事力進ミマシタカラテス」。

法律取調委員会は明治二〇年一月某日午前九時會議を開き、民法草案第二編財産編（五〇一条）より審議を始め、二二回の明治二十二年二月七日終了している。<sup>(9)</sup>財産編人權之部は同二十二年二月八日の第二三回より審議を始め、同年

三月二七日の第四一回で終了し、財産編取得編は同年三月二八日の第四二回から同年四月二三日の第四四回で終り、財産編中用益権に関する議事は同年四月二三日の第四五回より某月某日（不明）の第四九回まで行い、財産編取得編は同年四月二三日の第四九回から同年七月一六日の第七一回に終了し、債権擔保編は同年七月一七日の第七二回より同年九月二五日の第八四回で終り、<sup>(10)</sup>五〇一條から一二七五條までの審議が同年二一年九月二五日の第八四回に終了している。

法律取調再調査委員会は第一回から第二五回まで不明であるが、明治二一年一月二八日の第二六回から同年二月二五日の第三五回までに一〇三一條から一三三一條を、同年二月一三日の第三六回から二月二五日の第四四回までに、一三三二條から一五〇一條を審議し終了している。<sup>(11)</sup>山田委員長は二月二七日に黒田内閣総理大臣に対し、民法中財産編（一〇五七二條）、財産取得編（一二八五條）、債権擔保編（一二九八條）、證據編（一〇一六四條）を提出している。<sup>(12)</sup>ボアソナードは“*Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon, Accompagné d'un commentaire par G. Boissonade*”の第三卷を一八八八年（明治二一年）、第四卷、第五卷を一八八九年（明治二二年）に刊行している。

明治二二年一月一〇日前後に民法草案は内閣から元老院に一旦下付された。が、また、内閣に取り戻されるなどのことがあって、終局的に元老院に下付されたのは、同年一月二五日になったようである。<sup>(13)</sup>この間の事情について、東京朝日新聞はつぎのように報ずる。

明治二二年一月一二日の東京朝日新聞は、「民法元老院に下付せらる」という題のもとに、「民法草案が法律取調委員の手を離れて内閣へ廻りしことは既に前号に記せしが内閣にては既に之が査閲を終り一兩日前元老院へ下付せられたりといふ尤も同案は各議官の手許へは未だ一々配布の運びに至らず右同委員を設けて一応審査せしめたる上其會議

に附する筈にて且つ目下同院に於ては土地建物處分法其他の議案夥多しく集り居れば民法の議事に取掛るは尚数日の後にあるべしといふ」。さらに、明治二十二年一月二五日の東京朝日新聞は「民法商法戻取」というタイトルで、「民法商法は客冬中内閣より元老院へ下付せられ中にも商法はその下附期民法よりは数日の前に在りしを以て同院に於ては其審議に取掛り既にその幾分を議了せしやに聞き及べる所なりしが何が都合ありて右両法とも此程内閣より取戻され目下同院に在て詮議中の由に聞けり右の両法はその發布を取り急ぐと言へば言ふもの目下差迫りて一日を争ふと言ふにも非されば固より元老院の審議を待たずに断然發布せらるゝ様いふ譯にはあらざるべく何か他に詮議を要する事故あるならんが尚再探の上重ねて記す所あるべし」という。さらに、翌日の明治二十二年一月二六日の東京朝日新聞は「民法商法 曩に元老院へ下附せられし民法商法を此程遮かに内閣へ取戻されたる事、及び右両法の再び元老院へ下附せられるべきや否やの疑ひは前號の紙上にも略記し置たる所なるが右の中民法は人事獲得の両篇を除き又は商法はその全部のまゝにて昨日再び同院へ下附せられたる由斯く中ごろ一旦内閣へ取戻されしは如何なる詮議に關することなるやは知らざれども右両法は来五月一日を限り是非とも審議を終て内閣へ差出すべき筈なりやに聞く」と伝える。

条約改正の必要に法典編纂を至急迫られた政府によつて、内閣総理大臣の名で元老院に対し、審議に「至急大体ニ就キ可否ヲ議定シテ上奏スヘキ旨」の内命が伝えられたので、元老院は二十二年三月四日に「大體可否會議假規則」を制定し、三月七日には、民法審査会は互選された審査委員で構成され、<sup>(14)</sup> 審査にあたり、内閣から派遣された内閣委員<sup>(15)</sup> が説明し、不審の点があれば、法律取調委員会に照会するなど約四ヶ月半にわたり審議された。<sup>(16)</sup> 同二十二年七月、元老院の審議は終了し、修正案は内閣に上奏され、七月二九日に元老院の本會議に付された。<sup>(17)</sup>

東京朝日新聞明治二十二年七月二八日はつぎのようにその模様を予測している。「民法に係る審議 明廿九日元老院に於て民法に係る審議を開く由は本紙第二頁にも記す如くなるが聞く所に據れば同院議官の過半は同案に対して何れ

も反対説を抱き居る有様にて夫が為め同議官諸氏には一昨々日内會議を開きしが右の内海江田議官外三四氏の如きは最とも異論者にて頻りに原案排斥論を主張し居る由に聞く」と。明治二二年七月二十九日、元老院を通過した人事編、財産取得編第二部以外の民法草案は八カ月を経て枢密院に提出された。この間、政府は元老院通過案に多少の修正加除を加えたといわれる。<sup>(18)</sup>

前記民法草案の提出を受けた枢密院は明治二三年三月一日審議方針を定め、一二日から連日二五日にかけて審査に付されたが、會議は逐條審議を行わず、「大體議」方針を強行し、二五日に草案は一括可決されることになった。<sup>(19)</sup>そして、明治二三年三月二十七日、人事編、財産取得編第二部以外の民法草案が裁可され、四月二一日の官報をもって法律第二八号として公布され、二六年一月一日から施行されることになった。

さらに、ボアソナードは明治二三年七月から“*Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon, Accompagné d'un commentaire par G. Boissonade*”を新版として、第一巻、第二巻は第三版目になるが、それぞれ明治二三年七月三十一日、同二四年五月二五日に、第三巻、第四巻は第二版目にあたるが、それぞれ同二四年七月三十一日、同二〇月一〇日に刊行している。

- (1) 法律取調委員、同報告委員の氏名は大槻前掲箕作麟祥君伝一三二、一三三頁に掲載された辞令に出ている。ただし、小早川前掲論文二五七頁の氏名と若干の差異がある。
- (2) 今村前掲解難八頁。
- (3) 石井前掲明治文化史2、五一三頁。
- (4) 伊藤博文編・秘書類纂法制関係資料、上巻（昭和九年）二八三―二八四頁。なお、磯部四郎は議事にはこれらの外国人を列席させなかったことは注目すべきことであるとしている（磯部前掲大日本新典民法釋義一六頁）。
- (5) 磯部四郎前掲大日本新典民法釋義一七頁。なお、今村・解難九頁参照。

(6) 大槻前掲箕作麟祥君伝一三三頁。

(7) 村田保「法制実歴談」法学協会雑誌三二卷四号（大正四年）一四五—一四六頁。

(8) 磯部前掲大日本新典民法釋義一七頁。なお、金子前掲講演法曹会雑誌一一卷一号三四頁参照。

(9) 小早川前掲書二六三頁、石井・明治文化史2、五一—三頁。なお、第一回の開催日の日付けはないが、第二回が二月五日であるところから、第一回は二月四日ともいわれるが、沼教授は二月四日は日曜日だから、二月三日ではないかと推測される（沼正也「松岡文書を通して見た旧民法草案取り調べの一断面」永田博士『新民法要義』完結祝賀記念論文集（昭和三九—四〇年）六四—六五頁）。

(10) 東京朝日新聞明治二一年八月四日は本日をもって取調会議をまず中止し、一同休暇にする旨を報ずる。なお、明治二一年八月二三日の東京朝日新聞は「収益編 豫て其筋に於て編纂中なる民法の人事、財産収益の二編はその編纂を見合せて後日に譲らるべしと言ひ又は然らずして引続き編纂せらるべしと言ひ種々の取沙汰あれど今聞く所に據れば右収益編は當初御雇顧問たる彼ボアソナード氏が主任となりて取調べられたる者なるが同編は日本の慣例に照して餘りその必要無きのみならず従来佛国の実際に徴しても種々その弊害なきに非れば寧ろ之は見合す方宜からんとの説多数にて既に主任者たりしボアソナード氏の如きも同様の意見の趣に聞けば多分右は見合の事に決すべきかとの説なり」と報ずる。なお、法律取調委員会に提出された諸資料のうち、日付の判明しているものだけでもつぎのようながある。

法律取調委員会は明治二〇年一月三日または四日の第一回から明治二一年九月二五日の第八回まで約一〇カ月かけて審議されているが、その間に委員から各種の意見書が提出されている。その中の日付のあるものを年代別に見るとつぎのとおりである。それらは、①「民法編纂ニ関スル諸意見並雑書(一)」(学振版)、②「民法編纂ニ関スル意見書(二号)」(学振版)、③「民法編纂ニ関スル諸意見並雑書(三)」(学振版)に収録されている。

明治二〇・一二・一九 磯部四郎「用益権ノ廃ス可カラザル意見」①

二〇・一二・二二

追加①

二一・一

宮城浩蔵「命ニヨリ起草シタル別紙民法草案中用益権ノ一章廃棄ノ説ニ対スル卑見」①

二一・一・一八

磯部四郎「一般ニ人證ヲ許容スヘキヤ否ヤノ問題ニ関スル卑見」①

二一・一・二〇

「「ボワソナード」氏ヨリ人證ノ議ニ関スル質議ニ対シ民法、商法、訴訟法ノ報告委員組合及磯

- 二二・二 部報告委員ヨリ別紙ノ通意見書提出相來候付及御送付候也」①
- 二二・三・二〇 ボワソナード「用益權ニ関スル意見筆記」①
- 二二・四・二七 今村和郎「貨幣強制通用」①
- 二二・五・八 「民法修正文ボアソナード氏起案」六六七、六六五、六七六、六七七、七〇九」①
- 二二・五・二六 ボアソナード「民法七四五条及ヒ七四六条ニ関スル質疑答弁」①
- 二二・六・一二 カルクード「民法商法ニ於ル事、兩論ト及兩法間ノ抵觸トヲ避クル為メ從フ可キ方法ニ付法律取  
調委員長ナル司法大臣閣下ニ捧呈スルノ意見書」
- 二二・七・二七 三島毅「財産ノ訳語ヲ修正スル意見」①
- 二二・七・二七 「自然義務ニ関スル建議」②
- 二二・七・二八 今村和郎「質貸借ノ章ヲ修正スルノ議」②
- 二二・七・二八 同「民法再調査ノ節ニ發議シタル修正説ニ対シ民法組合報告委員ニ之ヲ可決シボアソナード氏ニ  
質議シタル議摺」②
- 二二・八・二三 ボアソナード「八月二一日附委員會ノ通知ニ対スル答弁」②
- 二二・九・一四 今村和郎「民法第三編ヲ修正スルノ議」①
- 二二・九・二〇 同「売買ノ豫約ニ関スル事項ヲ修正スルノ議」①
- 二二・九・二四 同「質貸借ニ関スル建議」①
- 二二・九・二七 同「第三編第三章乃至第八章及第一三章ニ関スル議」①
- 二二・一〇・四 同「売買ノ章中欠損銷除ニ関スル建議」①
- 二二・一〇・四 同「民法会社ノ章ニ関スル議」①
- 二二・一〇・八 同「第三章永小作及地上權修正案」①
- 二二・一〇・一三 同「民法質貸借ノ章修正案ニ対スル報告委員ノ異見書ニ答フ」②
- 二二・一〇・一三 「天然義務ニ付算作委員、磯部、光妙寺、井上報告委員ノ意見」①
- 二二・一〇・一四 「一〇月一四日議案民法典中ニ法律ノ解釈ニ関スル規則ヲ設定スルノ可否」③

- 二一・一〇・一九 宮城浩蔵、岸本辰雄「民法草案中ニ自然義務ヲ設ケルニ付テノ意見」②
- 二一・一〇・二六 ボアソナード「賃貸借ニ関スル再次ノ意見書ニ対スル答弁」①
- 二一・一〇・二七 ヲットルドルフ「差押質権ニ関スル意見書」①
- 二一・一一・二五 ボアソナード「天災ノ場合ニ於ケル共同賃借人ノ責任」①
- 二一・一二 「自然義務ニ関スル民法草案ノ條項ヲ削除スルノ建議ニ対スル意見」②
- (11) 小早川前掲書二八二頁注八一参照。
- (12) 伊藤博文・秘書類纂法制関係資料（上巻）（昭和九年）二八七頁、岡田前掲資料四八頁。
- (13) 手塚豊教授は一月二四日に元老院に付議されたとされる。同「舊民法（財産編、財産取得編前半、債権擔保編・證據編）審査元老院會議筆記」法学研究二七卷一二号（昭和二九年）五七頁。
- (14) メンバーは楠本正隆、井田讓、小畑美福、大鳥圭介、加藤弘之、渡辺驥、綿貫吉道、掛取素之がなつた。
- (15) 内閣委員は栗塚省吾、寺島直である。
- (16) 磯部四郎「民法編纂ノ由来ニ関スル記憶談」法協三一卷八号一六一―一六二頁。なお、手塚前掲論文五七頁。元老院の審査で、第一回の二年三月二日から第一三回の四月九日までほとんど連日、財産編、取得編、擔保編、證據編の全部にわたり、ボアソナードの意見を聴取した記録がある。それらは「民法編纂ニ関スル報告」（学振版）、「民法編纂ニ関スル諸意見並ニ雜書（一）」（学振版）に収録されている。
- (17) 手塚前掲資料法学研究二七卷一二号五七頁。
- (18) 手塚前掲資料法学研究二七卷一二号五九頁。なお、政府が若干の修正を加へたために、民法公布後、元老院で檢視問題が生じた。手塚豊「舊民法（財産編・財産取得編前半・債権擔保編・證據編）審査枢密院會議筆記」法学研究二八卷一号（昭和三〇年）五三頁。
- (19) 手塚前掲資料法学研究二八卷一号五二頁以下。

#### 四 身分法の取調べの模様

ところで、人事編、財産取得編第二部の審議はいままで詳かにされていない。この間の事情を東京朝日新聞の記事

によつて補足しながら編纂の事情を明らかにすればつぎのようである。いわゆる第一草案に關して、大体明治二一年一〇月頃出来上つたといわれているが、明治二一年一〇月一七日の東京朝日新聞はつぎのように伝える。「民法の人事篇 かねて屢々記せし日本五法典中の民法は佛人之を起草し商法訴訟法は獨人之を編成し編纂、完結の後は彼の條約改正上の都合より之を英文に翻譯して各国公使及び其本國政府へも告知する手順の由にて今日に至る迄其序を追ふて進み来りしが茲に民法の一部なる人事篇は能く我國の事情に通じ民俗に明かなる者に非ざれば編纂の任に當るを得ずとの趣意よりして法学博士熊野敏三氏は数年来専ら其任に當て起草し本年暑中休暇前に全く脱稿せしを以て休暇後即ち九月十日より法律取調委員會に附し討議評定する事となりしが各條に付詳細の註釋を為す方討論の際に参考の一助にも成るべしとの事より熊野氏はかねて右の註解書をも認め居りし所本月十日完く結了せしを以て之を委員會へ提出せしと云ふ同氏の斯篇を起草するや無論我國の風俗習慣を参酌せしも其據る所は羅馬法佛蘭西法等の由なれば今後若し甚だしき修正等なくば他日発表の上我國人に対して一種奇異なる感を與ふるが如きこと少からざるべしといふ」。

この第一草案に対する意見を徴するために、明治二一年一〇月六日に各地方長官ならびに各裁判所に送付されている。この点に關して、明治二一年一〇月二四日の東京朝日新聞はつぎのように云う。「民法草案 同法草案中人事編の一部は各地方官に下附して諮詢する所ある由は此程の紙上にも記せしが右は司法大臣秘書官栗塚氏が之を擔當し右諮詢に關する事務を整理する筈なりと聞く又同編は爾來屢々修正を加へ当初の草案とは大いに變更を致したる所もあれど今回顔たれし草案に據れば人事編は全編十五章にして第一章は私権の享有及び行用<sup>(マテ)</sup>、第二章は国民分限<sup>(マテ)</sup>(分限の獲得、分限の喪失及び回復、分限の變更式及び効果)第三章は親屬(血屬姻屬、養料義務)第四章は婚姻(婚姻に必要の條件、結婚前の法式<sup>(マテ)</sup>、故障、公式、外人結婚成立の證據、不成立、効果、夫婦間權利義務、婦の無能力、解離)第五章は離婚(熟談離婚、一方よりの離婚、假處分、訴訟等)第六章は親子分限(正親子、庶親子の分限、否認訴

権、争拒訴権等）第七章は縁組（縁組の必要条件、法式、證據、効果等）第八章は親権、第九章は後見、第十章は未成年者の自治、第十一章は禁治産、第十二章は戸主及び家族、第十三章は住所、第十四章は失踪、第十五章は身分証書等にて婚姻及び離婚、親子分限の如きは殊に厳正綿密を極めたるものゝ由なるが實際の適否に於て種々の議論起るも蓋し此等の数章中にあることならんと言ふ」。

法律取調委員会は明治二二年二月八日、人事編第一草案、同年三月一八日財産獲得編第二部を取調べる審議を開始したとされる。<sup>(1)</sup> 会議の模様を伝えるいくつかの新聞記事がある。明治二二年五月二二日の東京朝日新聞は「民法人事編 民法中人事編の内閣に於て否決したりとの説は昨今世上に取沙汰する所なるが一説によれば人事編と相続編とは今尚司法省取調委員の手に在りて内閣へは未だ提出せずと云へり左れば今内閣に於て否決したりといふは其上申を俟たず編纂の如何に係はらず人事編は不可なりといつて發布を見合はしたるものならんか疑はしというものあり併し此事に付ては法学士会の非編纂説も世に出で其筋の人々にも之に同意を表する人多しと聞けば人事編の運命も此末如何になるか兎に角分らぬものなるべく且つ司法大臣の如きも各法律は来る九月十日頃迄には發布する見込なるも人事編と相続編とに限り之より延引せしむる考なりと曾て言いたる由に聞けり」と伝える。また、明治二二年七月一日の東京朝日新聞は、人事篇に関する法律取調委員を報じている。「法律取調所 同取調所にては昨日午前八時より民法取調委任、<sup>(マヤ)</sup> 商法取調委任の人々<sup>(マヤ)</sup> 参集し委員総会を開きしが民法の方は山田伯を始め箕作次官、尾崎、榎村、渡、清岡の四元老院議員、尾崎大審院長、南部大審院民事局長、北畠控訴院評定官、井上、熊野の両司法省参事官、黒田内務参事官、進控訴院評定官、寺島大審院評定官、光妙寺大審院検事、栗塚司法大臣秘書官等にて商法の方は本尾、木下の両法制局参事官、長谷川控訴院評定官、岡本大審院評定官なりしといふ如何なる會議なりしにや」。

明治二二年八月三十一日の東京朝日新聞は「身分法議事 民法人事篇中的一部分なる身分法は目下世上に喧しき議論

のある外人歸化の事をも含有し居るものなるが同法は此程既に枢密院へ廻り昨今頻りに下調べ中なれば兩三日の内には愈々會議に付せらるべしと云う」と伝え、明治二二年十一月三日の東京朝日新聞は「法律取調委員会 法律取調委員には一昨一日民法草案議案に係る調査會を開き午後九時三十分頃退散したり」と報じている。さらに、明治二二年十一月一〇日の東京朝日新聞は委員の交替をつぎのように報じ、ルードルフやパテルノストロなどの御雇外国人が取調べに参加していることを伝える。「法律取調委員の交代 法律取調委員箕作司法次官、尾崎大審院長、高野司法参事官等の諸氏が據当して取調べし民法草案人事編は委員長山田司法大臣の意見により一時中止となり目下休会中なるが今度右取調據当者を改選して近日より更に再調査に着手す筈の由にて右の新擔当者は菊池秘書官南部大審院民事局長等の数氏に定まりしといふ又是れまで右の取調べに従事せし司法省御雇獨逸人ルードルフ氏は同掛りを辞退したるに付き御雇伊国人パテルノストロ氏之れに代りたりとの事なり」。ついで、明治二二年十一月二三日の東京朝日新聞は「法律取調委員会 司法省なる法律取調所にては一昨廿一日午前九時より山田委員長を始め各委員出席し民法草案人事編に係る會議を開きし由」と取調べの継続を報じ、明治二二年二月一日の東京朝日新聞は取調べの終つたことをつぎのように告げる。「民法人事編 法律取調所にて取調中なりし民法人事編は漸く取調済となりしを以て近々内閣へ差出す由なるが同委員会は本月上旬にて一まず閉会する事に定めしと聞く」。

手塚教授の考証によれば、明治二二年の暮か二三年一月頃、法律取調委員会はいわゆる別案（明治二二年六月頃成立した甲・乙二案）を更に討議、修正して、その結果が「民法草案人事編再調査案」（四七二条）として法典化されたとみられる。<sup>(2)</sup>

法律取調委員会は、これらの再調査案に対してさらに討議を行ったが、当時の新聞は討議が難航している様子を伝える。明治二三年二月二〇日の毎日新聞は「人事編に意見多し」というタイトルで、取調委員中に意見を抱く者が多

く、一五日の法律取調所の臨時総会には榎村元老院議員の口述意見があり、一七日の会議には尾崎元老院議員の意見書が提出され、一八日には、村田元老院議員も意見を述べることもあり、「事に依れば尚ほボアソナード氏の意見をも煩す場合に至るべき有様なり」とする。明治二三年二月二五日の東京朝日新聞は「人事篇審査会議」と題し、「各委員其他より提出の意見多き為め一時調査を中止せし民法人事篇調査会議はかねて記せし如く昨廿四日より再び法律取調所に開会し尾崎、榎村、清岡、松岡、北島、南部、尾崎（三郎）の諸氏にも参会ありたる由今同篇中最も重要な疑点なりといふを伝へ聞くに同篇の固より我國の風俗習慣に基きて起草し専ら民俗に悖戻せざる様になすこと勿論にして既にその精神に依り曾て民法草案の主任なりしボアソナード氏の如きも同篇に限りては一切手を着けず只管我國人たる委員の手のみを以て起案せしめられたる程なれば之を發布実施するに当り右民俗に悖戻するとありては叶はぬとなるが如何せん同草案中には未だ風俗に適せざる箇所もあり且つ商法等に対しては殊に矛盾する廉あるに付更に十分の大修正を加へざるを得ずといふに在りて各委員其他の意見提出も大体は皆な此點にありて存する由なり」。さらに明治二三年二月二七日の東京朝日新聞は「人事篇に係る意見」として、「司法省法律取調所に於て再び民法中の難篇たる人事篇の審議に取掛れる由は前號の紙上に記せしが議論交も起り容易に結了に至り難き模様なるやにて右に關し森檢事は同省雇ボアソナード氏の意見を叩かんと頃日氏の許に赴きたるに氏は日本の習慣風俗に熟せざるを以てその実際に適合するや否やは知り難けれども兎も角も意見は御参考までに認め申すべしとして右起案に着手した」といい、ボアソナードが起草に参考意見を述べたと伝える。明治二三年三月七日の東京朝日新聞は「法律取調所 昨日は纂作次官を始め榎村、清岡、松岡、尾崎、北島、南部等の各委員の外黒田内務参事官も同所へ出席の上会議を開きたり」といい、討議に参加したメンバーを知らせている。

従来、人事編、財産獲得編は邦人の起草委員がこれにあたり、ボアソナードは関与しなかつたように考えられてお

り、わずかに石井良助博士がこれに疑問をもたれていたにすぎないが、<sup>(3)</sup>ボアソナードが参考意見を述べたことがうかがわれる。

相続編に関しては、明治二三年三月一七日東京朝日新聞は、相続編の討議に参加した者について、「相続編取調委員 民法相続編は目下司法省中なる法律取調所に於て審議中なるが、同編取調委員は南部甕男、磯部四郎、光妙寺三郎、進十六、高野孟矩、井上正一、寺島直の七氏なりといふ」と述べて、七氏を挙げ、明治二三年三月二一日の東京朝日新聞は「法律取調所にては愈々明廿二日より民法相続編に対する総会議を開くといふ」ことを伝えるが、明治二三年三月二三日東京朝日新聞は総会は三月二四日に延期された旨をつぎのように伝える。「法律取調所総会議 同所にては昨廿二日午前十時より民法相続編に対する総会議を開く等なりしが山田委員長に差支ありし為め明二四日に延引せり」。

人事編は明治二三年四月一日に山田法律取調委員長より法律取調委員会で議了したにつき内閣総理大臣に送呈されるところに、地方長官、院長、検事長、裁判所長にも一部送付され、六〇日以内に意見があれば申出られた旨の通知が出された。同年四月二一日、財産取得編第二部が法律取調委員会で議了につき、山田委員長より内閣総理大臣に送付された。これらが人事編とあわせていわゆる元老院提案、または第二草案と称されるものである。<sup>(4)</sup>財産取得第二部は人事編と同様、地方長官等に対し五〇日以内に意見があれば申出られたい旨を連絡した。さらに、五月一三、二八日に出浦報告委員から意見聴取のために地方長官等に対する送付の件に関して、人事編に関する意見書は五月中に財産取得編第二部についての意見書は六月二〇日までに提出されたい旨の連絡がなされている。<sup>(5)</sup>

人事編、財産取得編第二部は内閣から元老院の審議に付されることになり、明治二三年五月二六日から審議が開始され修正され、そして、明治二三年七月下旬までに一応修正は終り、再び法律委員会に戻され、条文の整理が加えら

れた後に、元老院の委員会に回付され、再議のうえ、八月一八日に議決されている（審査会案）<sup>(6)</sup>。委員会を通過した案は、九月一八日元老院本会議に付されて、そのまま可決された（議定案）。そして、内閣による若干の修正ののち（内閣修正案）民法人事編、財産取得編第二部は枢密院の諮詢を経て、一〇月七日法律第九八号として公布されるにいたった。

- (1) 手塚前掲「明治二十三年民法（旧民法）における戸主権の形成（一）」法学研究二六卷一〇号一八頁。
- (2) 手塚前掲論文二一一—二二頁。
- (3) 石井前掲明治文化史<sup>2</sup>、五一—四頁。
- (4) 手塚前掲「明治二十三年民法（旧民法）における戸主権の形成（二）」法学研究二七卷六号三八頁。
- (5) 明治二三年七月一日の東京朝日新聞は人事編に対する諸意見は法律取調所により二三年六月三〇日に葛藤版ずりにして元老院に提出されたことを伝える。
- (6) 手塚前掲論文三八頁以下、石井良助「旧民法人事編元老院提出案、審査会案、議定案および内閣修正案」（一）（二）国家学会雑誌七一巻五・七号、手塚・中村「旧民法（財産取得編後半・人事編）元老院議定案」法学研究二九巻九号。

## 五 各種草案・注釈書の編纂順序

旧民法は以上のような過程で編纂されたのであるが、これらの編纂過程にあらわれた財産編に関する民法草案および民法草案注釈書について、わたくしが知りうるかぎりでは、その年代は大体つぎの順序になる。

- (1) 『民法草案ニ付テノ「ポアソナード」氏註釈書財産篇之部自一至三』（明治一三年五月二五日以前）<sup>(1)</sup>
- (2) 『ポアソナード氏起稿民法草案財産篇講義』（講義は明治一三年五月一四日から同一四年一〇月二六日まで、凡

例の訳者識は同一三年二月の日付)

(3) *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon, Accompagné d'un commentaire par G. Boissonade, t. I, 2<sup>ed.</sup>, 1882, t. II, 2<sup>ed.</sup>, 1883.*

(4) 『ボアソナード氏起稿再日本民法草案再』財産篇 物権之部 (同盟刊行)<sup>(2)</sup> これは(3)を訳出したものである。

(5) 『再日本民法草案』 (物権は明治一五年九月、人権は明治一六年四月)

(6) *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon, Accompagné d'un commentaire par G. Boissonade, t. III, 1888, t. IV, 1889.*

(7) 『ボアソナード氏再修正民法草案註釈 第二編第一部物権<sup>(3)</sup>』 (ただし、第三編下卷「特定名義獲得ノ部」の末尾の片隅に「明治二十一年三月二十六日 東京京橋区銀座三丁目十七番地 報行社 竹内拙三郎印行」とあるので、各巻逐次刊行されているとみて差し支えない)

(8) 『民法草案修正案自五百一條至千五百二條』 (明治一九年三月三一日)

(9) 『民法草案 財産編、取得編、擔保編、證據編』

(10) 旧民法 (入手容易なのは、仁井田益太郎解題『舊民法』日本評論社、昭和一八年刊)

(11) *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon, Accompagné d'un commentaire par G. Boissonade, nouv. éd., t. I, 1890, t. II, 1891, t. III, 1891, t. IV, 1891.*

それでは、一つの条文を取り出し具体的にこれらの順序を示しておく。所有権の内容を現定した現行民法第二〇六條は旧民法財産編第三〇條を修正したものとされているが、この規定について、諸草案の異同を検討してみると、まずこの規定の母法であるフランス民法はつぎのようなものである。

第五四四條 所有權とは法律または規則によつて禁止された使用をなさないかぎり、絶対無制限に物を収益および処分する権利をいう（なお、佛蘭西民法（Ⅱ）（外国法典叢書）四二頁参照）

(1)の第三十一條 所有權トハ法律又ハ別段ノ契約ニシテ定メタル條件ニ循ヒ一箇ノ物ヲ最モ自由ナル方法ニ使用収益シ及ヒ之レヲ處分スル權利ヲ謂フ

フランス民法第五四四條と異なつて、このような修正をしたのは、「所有權ハ諸多ノ權利中ノ最モ拡充ナルモノナリト雖モ無制限ノモノニ非ス佛蘭西成典ニ無制限ト記シタルハ蓋シ其誤ナリ」という理由に基づく(1)三の二二頁)。

(2)の条文第三十一條は(1)と同一である。

ポアソナードは、本條はフランス民法第五四四條と大同小異であるが、フランス民法のつぎのような欠陥を補つたものであると述べている。フランス民法では、「収益權ト所有權トノミヲ示シ使用權ハ措テ之ヲ問ハサルモノ」のようである」、また、フランス民法では、「制限ナキ方法ニ因リ」と書き、ただちに「法律又ハ規則ニ禁止スル所業ヲ為ス可カラス」という制限を設けたのは前後矛盾するし、さらに、「法律又ハ規則ニ禁止スル所業ノミニ付制限ヲ立ル」が「常人ノ契約ニ因テ」制限する場合を落している点を挙げる(2)一六四—一六五頁)。

(3)の条文はつぎの(4)と同一である。

(4)の第三十一條 所有權ハ法律又ハ格段ノ合意ニテ定メタル限度ト條件トニ循ヒ一箇ノ物ヲ最モ廣張シタル方法ニテ使用シ、收益シ及ヒ處分スル自然ノ權利ナリ〔第五百四十四條〕

物ノ所有者ガ其物ニ集合シ又ハ之ニ附従トシテ合スル所ノモノ又ハ其完全ノ化成ヨリ生スル所ノモノヲ獲得スルノ規則及ヒ條件ハ第三篇ニ設定セラレトモノトス

その注釈において、所有權は物に対する權利の中でもつとも強力なものであるが、フランス民法が規定するように、完全な權利ではなく、公益、隣人の利益、所有者自身の利益のために制限されるものであると、つぎのように説明する。「〔五十六〕何レノ国ニ於テモ所有權ハ人ノ物上ニ有シ得ル所ノ權利中ノ最モ拡充ナルモノナリ然レトモ所有權ハ夫ノ佛蘭西法典カ疑ヒモ無ク不注意ヲ以テ記載シタルカ如キ完全ノモノニハ非サルナリ如何程所有權ハ拡充ノモノナリト難モ公益及ヒ隣人ノ利益ノ為メニ定メタル限度ヲ有シ又時トシテハ所有者自カラノ利益ノ為メニ制限セラレ、モノナリ」(4)一七八―一七九頁、(3) P.83)。

(5)の第三一條の条文は(4)と同一である。

(7)の第五百三十一條 所有權トハ最モ廣ク物ヲ使用シ收益シ及ヒ處置スル自然ノ權利ヲ云フ但法律又ハ合意ヲ以テ定メタル制限及ヒ條件ニ循フヘシ〔第五百四十四條〕

所有者其所有物ニ合體シ又ハ附添シタルモノヲ獲得シ又ハ其全キ化成ヨリ生シタルモノヲ獲得スルノ規則及ヒ條件ハ第三編ニ之ヲ定ム〔第五百四十六條第五百五十一條〕

(7)は(4)とほぼ同じであるが、訳語、訳出に整理と工夫を加えたものである。

(8)の第五百三十一條の条文は(7)と同一である。

明治二〇年一月二日六日の法律取調委員会で、第五三一條が審議されたが、報告委員によって修正を加えられた、つぎのような条文が提案されている。

第五百三十一條 所有權トハ法律又ハ合意ヲ以テ定メタル制限及ヒ條件ニ從フテ最モ廣ク物ヲ使用シ之ニヨリ収益シ及ヒ之ヲ處分スル自然ノ權利ヲ謂フ〔第五百四十四條〕

所有者ノ其所有物ニ合体シ若クハ附添シタルモノ又ハ其全キ變體ヨリ生シタルモノヲ取得スルノ規則及ヒ條件ハ第三編ニ之ヲ定ム〔第五百四十六條〕

委員会では、「自然ノ」というのは「天然ノ」という訳の誤りである旨の栗塚報告委員の発言があつたが、天然も自然も云わない方がよいとの意見が多数を占め、その削除が決定している（法典調査会民法草案第二編物權ノ部議事筆記自第一回至第五回（学振版）一〇〇丁表—一〇三丁表）。

明治二一年七月四日の再調査委員会では、第二項（第三項）について、これを削除する旨の建議が今村和郎委員によつてなされている。「（第二項（第三項） 削除建議）（今村）本条第二項ヲ冊除シタルハ添附ハ悉皆獲得篇ニ記

載セルヲ以テナリ 可決ス」(法典調査会民法草案再調査案議事筆記第一卷(学振版)一六丁表)。この決定があつて、条文はつぎのように簡略化された。

(9)の第三十條 所有權トハ自由ニ物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為スノ權利ヲ謂フ此權利ハ法律又ハ合意ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ制限スルコトヲ得ス

同時に、第一項が二つに分けられ、また、「広ク」という語が「自由ニ」と改められるなど若干の字句の修正が提案され、いずれも賛成を得ている(法典調査会民法草案物権中用収權議事筆記、民法草案財産編再調査案議事筆記第一回至第六回(学振版)七八丁―七九丁裏)。

(10)の旧民法財産編第三〇條 所有權トハ自由ニ物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス權利ヲ謂フ

此權利ハ法律又ハ合意又ハ遺言ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ制限スルコトヲ得ス

(11)の第三一條の条文は(3)と同一である。ただ、(3)では、所有權を制限するものとして「法律」とされていたのが、(11)では、「法令」(la Loi et Règlements)に変更されている。そして、注釈において、「規則」を加えた理由を述べ (11) P. 86)、さらに、所有權が遺贈、遺言によって制限される場合があることをも書き加えられているほか (11) P. 86)、フランス民法の該当条文を付加する程度の修正で、(3)と同一である。

以上のようにして、旧民法財産編第三〇条は起草されたが、『民法修正案理由書』によれば、現行民法第二〇六条は旧民法財産編第三〇条に対しつぎのような三つの点に留意して修正を加えた旨を述べている。(一) 定義の体裁を捨て規定の実体から「所有権ノ何タルヲ知ラシム」、(二) 原文の第二項が所有権は本来無制限なものであるが、とくに法律または合意でこれを制限することができる趣旨を表わしているのに対して、所有権といえども法律の制限内のみ存在することができるとする意味を明らかにした、(三) 「警察命令」のようなものが所有権を制限する必要があるから、原文には法律とあつたのを法令に改めた、(四) 「合意又ハ遺言」を省いたのは、これらは所有者の所有物の使用、収益または処分の方法にすぎないからである（民法修正案理由書 第貳編物権 第三章所有権三十四頁）。とくに、(三)の点に関して、「民法発布後ニ改版シタモノニハ法令（la Loi et les règlements）ト改メオレリ」と述べて、ポアソナードの注釈書(1)を起草の際して参照したことを明らかにする。

このように、現行民法の財産法の諸条文は旧民法と連続性をもつというだけでなく、旧民法の編纂過程にあらわれた諸草案をも参照しており、現行民法の系譜をたどる際にも、ドイツ民法第一、第二草案のほかに、フランス民法、旧民法の編纂過程にあらわれた諸草案、旧民法の相互の異同を明らかにする必要がある、本稿はその準備のために、諸草案の相互の順序を確定したいとの願いから草したものであつて大方の御教示を得ることができれば幸いである。

(1) この草案は一三五冊で、第一条からはじまり第五八五条の期満得免で終る。そして、第五八六条から第六〇〇条までの自然債務が付けられている。この原文は、*Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon, Accompagné d'un commentaire par G. Boissonade, l'éd.*, とおもわれるが、未見である。

(2) 第二編財産篇八九冊を物権之部、人権之部上、下の三冊にまとめたものとおもわれる。

(3) これは(3)、(6)を訳出したもので、すでに訳出されている(4)をさらに改訳して手を加えたものと考えられる。九大所蔵本によると、七冊であり、その構成は、第二編物権(全) 第二編第一部物権第五〇一〜第八一三条、七四〇頁・第二編人権(全) 第二編第二部人権即債権并ニ義務ノ総則第八一四―第一一〇〇条、一一四八頁・第三編財産ヲ獲得スルノ方法第三編上巻第一一〇一〜第一二五四条、九二〇頁・同第三編中巻第一二五五〜第一三七三条、七一〇頁・同第三編下巻第一三七三〜第一五〇〇条、五六九頁のほか、法文并ニ注釈ノ増補改正三七頁・第四編債権即チ人権ノ抵保即チ担保第一五〇一〜第一八一三条、一〇二〇頁・第五編證據及ヒ時効第一八一四〜第二〇〇一条、七八五頁である。この第二編人権(全)には明治一六年四月三日付けの序が付されている。この原文はすでに刊行されていた *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon, t. I ~ IV* が翻訳されたものとおもわれる。