



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	明治初期民法会議における夫婦と相続：司法卿期江藤新平を中心に
Author(s)	山中, 仁吉
Citation	北大法政ジャーナル, 26, 197-229
Issue Date	2019-12-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/76270
Type	departmental bulletin paper
File Information	HokudaiHouseiJournal_26_07_Yamanaka.pdf



明治初期民法会議における夫婦と相続

—司法卿期江藤新平を中心に—

やま なか じん きち
山 中 仁 吉

目 次

第1章 はじめに	199
第1節 問題関心	199
第2節 江藤新平に関する先行研究の概観	199
第3節 江藤新平による民法編纂	200
第1項 先行研究の整理	200
第2項 先行研究における課題と本稿の意義	201
第2章 民法編纂と日本の対外的独立—江藤新平の問題関心	202
第1節 民法制定への関心	202
第1項 中弁就任から司法卿就任まで	202
第2項 司法卿	204
第2節 日本の対外的独立の論理	206
第1項 「司法卿を辞するの表」	206
第2項 「各国と並立」	206
第3項 「国の富強」	207
第4項 「国民の安堵」	207
第5項 「国民の位置を正す」	207
第3節 小括	208
第3章 司法省民法会議における夫婦と相続の議論	209
第1節 民法会議の概要	209
第2節 夫婦と相続に関する議論	210
第1項 身分証書	210
第2項 婚姻	212
第3項 妾と「私生ノ子」	215
第4項 相続	217
第5項 養子	219

第3節 小括	221
第4章 おわりに	222

第1章 はじめに

第1節 問題関心

戦後に「家」制度の廃止などを含めた大きな改正に遭いつつも現在まで通用している民法典は、明治31（1898）年に完成した¹。民法編纂の試みは明治維新後早くから行われていたが、その最初期に民法編纂の中心人物であったのが江藤新平である。彼は民法の中でも日本における戸籍に相当する身分証書に関する法の編纂に熱心だった。これは出産や婚姻を規律するという点で、家族法分野とも密接な関係にある。

ところで家族法の各国におけるあり方とは「経済的というよりも民族的宗教的政治的風土によって決定され」と言われる²。旧民法の施行延期に至る民法典論争が起きた際、憲法学者穂積八束は「民法出デテ忠孝亡ブ」（『法学新報』5、1891年）と題する論文を発表している。またフランス民法の編纂委員であったポルタリスは民法の起草方針を示した『民法典序論』のなかで「家族という小さい祖国を通してひとは大きな祖国に連る」³と述べていることなどから、民法とりわけ家族法領域が「民族的宗教的政治的風土」との関係から論じられていることが窺われる。民法編纂者は、自らのあるべき「家族」像を民法において表現していたと言えるであろう。

しかしながら、江藤の民法編纂については「敷衍民法」だったとの評価が主流で⁴、未だその内実は分かっていない。日本で民法典が施行される約30年前の明治初期において民法編纂に尽力していた彼は、民法においてどのような「家族」像を語ろうとしていたのか。

第2節 江藤新平に関する先行研究の概観

江藤新平は佐賀藩出身で、司法卿時代に裁判所設置や検事・代言人制度新設などの司法制度改革や法典編纂に関わった。しかし、明治6年に西郷隆盛などとともに征韓論を唱え、政府を去り、その後佐賀の乱の首謀者として処刑されることとなる。彼については、今日までに多くの研究が蓄積

されており、彼の経歴や業績の多くが明らかとなっている⁵。1980年代までの江藤に関する研究はその評価という観点から次の二つに大別できる。

第一に、近代的な司法制度の確立に尽力した人物として江藤を高く評価するもの（手塚1938；石井1944；野田1961；福島1977；向井1982）、第二に、江藤の中央集権化への志向に着目するもの（染谷1959；松本1961；利谷1963）である。江藤は検事制度を新設し全国に裁判所の設置を進めるなど、近代的な司法制度の整備に取り組んでおり、前者はこれらに着目し江藤の先進性を評価する。一方で、当時の日本においては中央集権体制の確立が大きな課題の一つであったため、後者はこれに基づき江藤による司法制度の整備の意図を、中央集権化にあったと指摘するのである。しかしながら、このような評価の違いは、江藤の行った政策においてどちらの側面を重視するかの違いに過ぎない。

1980年代後半、前者の評価を発展させたもので、「民生の安定」や「人民の権利」保護という新たな江藤新平像を提示し、それに基づき体系的に各種の制度案や政策の分析を行った毛利（1987）が登場した。毛利（1987：ii）によると、江藤の進めた司法制度改革とその結果としての司法権の独立は、それ自体が目的だったのではなく「人民の権利」のための手段だったのである。これ以降の研究の多くは、毛利（1987）の新しい江藤像の再検討を念頭に、議論が展開されていく。

毛利（1987）の示す江藤像からは捨象された側面に焦点を当てたもので、江藤の権力闘争の側面（笠原1992；大庭2009；大庭2012）や、宗教・学問・教育観（狐塚1993；大間2006；辻2007）がとりあげられた。このほか江藤の三権分立構想をめぐるもの（島2007；島2008；大庭2009）や、江藤が当時置かれていた政治状況または翻訳書やフランスの法・政治制度の参照に着目するもの（山口2010a；山口2010b；山田2018）などがある。

以上のように、さまざまな論点に関して江藤研究は大きな進展を見せ、毛利（1987）の示す江藤像とは異なる、江藤の政体観の内実と呼べるもの

が、断片的ではあるが明らかとなってきた。しかしながら、江藤による民法編纂については、近年の研究状況を見ると十分に検討されておらず、その実態は未だ分からない状況である。

第3節 江藤新平による民法編纂

第1項 先行研究の整理

江藤による民法編纂は、その研究のはじめにおいて、旧民法制定の前史として位置づけられ、史料の発掘・発表・翻刻が中心的課題であった⁶。江藤が編纂を目指した民法の性質について、当時残されていた逸話から「敷写民法」だったと言われていた（穂積1916：211）。しかし、これに続き手塚（1944）が江藤の司法卿時代のものと推測される「民法第一人事篇」について、石井（1944）が江藤が編纂に関わった「民法仮法則」について、これらはそれぞれフランス民法に倣ったものであるが、日本の事情に合わせた修正が加えられているとの評価を下した。彼らは江藤が関与した民法草案を分析することで、穂積（1916）の「敷写民法」という見解に一部修正を加えたと言える。

この後の研究は民法草案だけでなく民法会議の議事録や、江藤が著した「司法卿を辞するの表」⁷（以下、「辞表」）をも検討対象とした。ここでも江藤の民法編纂がフランス民法を模倣したものであることが確認された。江藤が旧民法制定の約30年も昔にフランス民法を手本にして日本において民法編纂を進めていたことが注目され、その民法編纂事業の先駆性や開明性が高く評価されたのである（向井1958：向井1982；野田1961；福島1970）。この点について、毛利（1987）も同様に江藤の先駆性を称賛している。

一方で大庭（2013）は、江藤のフランス民法の受容に関して、江藤の司法卿就任以前から司法省ではフランス法の受容は始まっており、江藤の司法卿の就任が契機となったのではないという。そして今後の課題として「フランス法制度を念頭としない江藤司法卿期の特質や構造の再評価」を提起する。したがって、従来の研究から江藤は民法編纂においてフランス民法に倣ったとは言える

が、そのことを江藤の特質として捉えることは必ずしも適切ではないと考えられる。

ところでフランス民法のどこに着目して日本での民法編纂の手本にしたのかについては、川島・利谷（1958）が、フランス民法に定められている国民を個人としての地位において把握する身分証書を採用したのは、江藤の法思想が「個人主義」的であったからであると述べており、小林（2012）も同様の旨を示している。また土屋（2007）は、日本と西洋に共通する「家」を保つ感情と子孫を大切に思う感情を保護するために、江藤は成文法であったフランス民法の直訳を基礎に民法編纂を行ったという。しかし、江藤がフランス民法のどこに注目したのかについて、フランス民法の制度それ自体の性質によって説明されているため、これらの説明は説得的ではないと考えられる。

フランス民法に倣った民法編纂に関する評価や分析だけでなく、民法編纂の背景にあった江藤の思想や動機についても分析が行われている。主に「辞表」の検討を通じて、遠山（1957）は民法編纂は絶対主義確立の手段として進められたと言ひ、松本（1961）や利谷（1963）は民法編纂に限らず、江藤にとって国民の権利は国家の権力に対して従属的關係にあったとか、列強と「並立」するための「国の富強」に法制度確立が前提とされたと指摘する。このように江藤が民法編纂に取り組んだ理由は、「国の富強」や中央集権化への志向から説明がなされてきた。これに対して大庭（2017）は、司法卿時代に裁判所設置を進める江藤にとって「辞表」における民法への言及は司法制度整備の方便だったと述べており、そもそも江藤において民法編纂に対する一貫した姿勢はなく、重要な政策ではなかったということを示唆している。

中央集権化への志向はフランス民法を手本にしたという開明性とは一見すると矛盾するように思われる。江藤がフランス民法を選択したことや民法編纂に関与したことと、中央集権化への志向との間にはどのような関係があったのだろうか。

次項では、先行研究における課題をより詳細に検討し、本稿がどのような方法で江藤による民法編纂を分析するのかについて述べる。

第2項 先行研究における課題と本稿の意義

前項では江藤新平が進めた民法編纂事業に関する先行研究を整理した。本項では江藤による民法編纂についての先行研究における取り組むべき二つの課題を指摘する。

第一に、民法編纂に従事していた時期の江藤の問題関心を明らかにしないままに、なぜ彼にとって民法編纂が取り組むべき課題だったのかということ进行分析している点である。

江藤の民法編纂の意図や背景にある思想については、多くの研究が「辞表」を分析対象としているのだが、「辞表」は江藤が司法卿だった明治6年に司法省の予算減額に抗議するために書かれたものであるため、この文書のみを用いて明治3年から始まった民法編纂の動機を評価することは困難である。それゆえ各論者の強調点の相違によって、異なった評価が導き出され、さらに政策間の整合的な説明がなされていないと言える。

したがって、本稿では江藤が明治政府の政策立案に関与していく明治3年中弁就任以降に書かれた、民法に言及する文書を分析し、江藤はどのような課題に対処するために民法編纂を推進したかを確認する。その後それによって明らかとなった江藤の問題関心に基づき「辞表」を解釈する。以上の作業によって、江藤にとってなぜ民法編纂が重要だったかが明確になる。

第二に、江藤がどのような内容の民法を作ろうとしたのかが明らかになっていない点である。江藤の民法編纂は、穂積（1916）によってフランス民法を模倣した「敷衍民法」であったと評価されたが、これは江藤の実際の考えを検討しているわけではない。この見解を手塚（1944）や石井（1944）は一部修正したが、後続の研究は江藤の開明性や先駆性に対する称賛が多くを占め、それに対する批判も存在するが、実質的な検討は行われなかった。

したがって、本稿では民法会議の審議の検討を通して、江藤が作ろうとした民法の内容を考察する。江藤は三度民法会議を主催していたが、そのなかでも「民法仮法則」という明確な成果を残し、議事録が存在する司法省民法会議を検討する。その際、江藤の発言のみを参照するのではなく、フランス民法の解説を担ったフランス人法律教師ジョルジュ・ブスケと比較を行い、また各論点に関するフランス民法の規定と当時の日本の状況を適宜参照する。これによってフランス民法のどこに着目したのか、またどのような解釈を行ったのかなど、江藤の独自性が浮かび上がり、民法編纂の内実が明らかになる。

江藤は明治3年中弁就任から民法編纂、とくに家族関係に関心を持っており、民法を条約改正や日本の対外的独立に必要なものであると考えていた。その対外的独立には、国民の活発な経済活動と政府の税収増加によって産業を振興するという「国の富強」が重要な役割を果たすと考えられた。民法編纂は、近代的法制度の整備というだけでなく、「国の富強」のために必要とされたのである。さらに江藤の民法会議の発言などに表れる夫婦や相続のあり方は、「国の富強」の前提となる国民の経済活動の活発化に最も適う理想の姿だった。すなわち江藤は自身の「家族」像を日本において実現するためにフランス民法を選択的に受容し、民法編纂を進めたのである。

本稿の構成は以下の通りである。

第2章では、明治3年に中弁に就任してから明治6年司法卿時代までの江藤の問題関心を検討する。第1節では、中弁就任から司法卿時代までの民法に言及した文書を検討することで、江藤が日本の対外的独立や条約改正という問題を念頭に民法編纂に関与していたことを明らかとする。第2節では、江藤にとって重要な課題であった日本の対外的独立について、「辞表」を中心に検討することで、その実現の論理を明らかにする。「辞表」について、これは予算減額に抗議するという意図のもとで書かれた文書であるが、江藤の考えが体系的に

示された点で重要であるため、他の箇所でも論点に関する限りで適宜参照する。

第3章では、第2章で明らかとなった「国の富強」を中心に据えた江藤の日本の対外的独立の論理を前提として、司法省民法会議での江藤とジョルジュ・ブスケによる夫婦と相続に関する議論を検討する。第1節では、審議の検討に入る前に、当該民法会議の概要を確認する。第2節からは、実際に民法会議の審議を考察する。また江藤の発言は必ずしも多くないので、民法会議参加中（明治5年10月10日から翌年3月18日）に書かれた「辞表」（明治6年1月24日提出、ただし正院により却下された）における民法に関する記述も参照する。本稿が取り上げる論点とは、江藤が民法編纂で注目していた出産、婚姻、死去（相続）に関連するものである。

最後に第4章では、江藤の考える日本の対外的独立において、夫婦と相続がどのように位置づけられるのかを考察する。そしてそこから先行研究に対する貢献や、本稿の意義を確認する。

第2章 民法編纂と日本の対外的独立—江藤新平の問題関心

第1節 民法制定への関心

江藤は、明治3年に制度局、明治4年に左院、明治5年に司法省で度も民法編纂会議を主催しているが、なぜ江藤はこのような熱心に民法編纂に取り組んだのであろうか。

西洋列強に範をとった法制度整備は、近代的法制度として条約改正に必要とされるが、江藤が民法に対して見出した意義はそれだけではなかった。民法編纂は「国の富強」を実現するための前提だったのである。法制度整備がどのようにして「国の富強」を導くのかは、司法卿時代に書かれた「辞表」で具体的に述べられることになる。「国の富強」とは、国民の活発な経済活動に適切に課税し、政府の収入を増やすことで産業を振興することであり、法制度整備（民法編纂）は国民が経済活動を行う環境整備のために必要とされた。

第1項 中弁就任から司法卿就任まで

江藤は明治2年11月8日の中弁就任以降、数多くの制度草案を残しており、さらに文部大輔、左院副議長、教部省御用掛、司法卿というように多くの役職を歴任している。その一方で、彼は民法編纂に一貫して関心をもっており、司法卿就任以前から、民法を条約改正に関連するものとして捉えていた。

版籍奉還後の明治2年7月8日に定められた職員令において司法制度は分裂状態にあった⁸。このような現状に対して江藤は、司法権の統一のために「司法台」構想を具体化させていくが⁹、それとともに民法編纂の必要性も感じていた。中弁就任直後に起草したと言われる「新政改革等意見書」（R1.32-4）で、政府が版籍奉還後も各藩を十分に制御できていない現実への対策として、速やかに兵備を増補すること、各藩知事を輩下に召すこと、弾正台を廃すること、大学に選挙官をおくこと、神祇官を減員することと並んで、「天下第一急務」として速やかに民法を制定することを提案しているのである¹⁰。

明治3年2月30日に中弁のまま、江藤は制度取調専務に任じられた。同年6月6日、岩倉具視は、江藤宛ての書簡の中で国家機構に関する意見書の提出を求め、さらに3日後の同月9日にも江藤に書簡を送り、意見書を催促していた¹¹。これに対して江藤は「国の基本法について岩倉公の下問に対する答申書」（R11.279-17）（以下、答申書）を起草した。

この答申書のなかで江藤は、「皇国」の「建国之体」は、第一に「君主独裁」であり、第二にその権力を「制法政令司法之三体」に分かつこと、第三に「郡県」制であるという3つは既に「決定確然不動」であると前提した上で、30項目の「建国之制度」を順を追って定めるべきと述べる。上下議院、府藩県、軍事、司法制度、冠婚葬祭などの多様な項目を列挙しているなかで、20番目に「民法ヲ定ム」ことを挙げている。このほか財政や産業・経済に関わる項目も多く、4番目に「貨幣之制ヲ定ム」、5番目に「租税之制ヲ定ム 国税府県税

郡税邑税」、6番目に「会計之制ヲ定ム」、24番目に「証印税等如キ貸借ノ法ヲ立財用融通ノ法ヲ定ム」などがある。ここからは国民の経済活動やそれに対する課税、政府の産業への支出のための法の整備に強い関心を持っていたことが分かる。

そして答申書の最後で、江藤は日本の対外的独立について述べる。江藤にとって「外国交際ノ失体」すなわち不平等条約の改正が重要な課題であり、それを達成するために30にも及ぶ項目を実行して「養富ヲ武ヲ養」うことが必要であると主張する。江藤も政府内で共通の課題であった条約改正という課題を共有していたのである。また産業・経済を活性化することだけでなく、軍事の重要性も感じており、戦争に勝った後に日本は「各国ト並立」すなわち対外的独立を獲得できるとも述べている。

ところで民法について、20番目の「民法ヲ定ム」という項目は実際に提出されたと言われる「建国体云々江藤胤雄議」からは削除されているというのだが¹²、答申書が政府内で回覧されていた明治3年9月中に、制度局において江藤は民法編纂を主導していた。この民法会議の成果としては、明治4年7月頃に完成した「民法決議」¹³が存在する。これはフランス民法の第1篇「人」第1章私権の享有及び喪失、第2章身分証書に相当する内容を定めている。江藤は、民法のなかでも身分証書の編纂に取り組んでいたのである¹⁴。

制度局で民法会議を進めるなかで江藤は、明治3年閏10月26日に三条実美太政大臣に「政治制度上申案箇条」(R13.281-1)を提出した。これは35項目から構成されており、先述の江藤の答申書で示されていた改革がより具体化している¹⁵。その第1条に「国法御会議ノ事」と記されており、実際に国会会議は明治3年11月27日から開催されることになる。江藤はこの国会会議開催の意図について同じく三条に「国会会議の議案」(R11.279.18)を提出している。そのなかで江藤は、民法と国法について以下のように述べている。

整へ政府ト其国民トノ交際ハ国法ヲ以テ相整へ民ト民トノ交際ハ民法ヲ以テ相整へ候次第各国ノ通議ノ様相成居總テ国家富強盛衰ノ根元モ専ラ国法民法施行ノ嚴否ニ管係致シ候趣其上国法ハ所謂國人ト交テ信ニ止ルノ規則ニテ則又民法ノ根本ニ相当リ候故既ニ民法會議モ箇条ヨリ国法御確定無之テハ纏リ兼候事モ有之且先般政体法度ノ草案差上置候得共是ハ武家法度ヲ元トシテ此後十年許リノ目的ヲ以テ取認メ置候処前斷ノ通速ニ永世国法御確定無之テハ不都合ノ儀モ可有之候〔下線は筆者による。以下、同様〕

(「国会会議の議案」(R11.279.18))

第一に、国法を「政府ト其国民トノ交際」を規律するもの、民法を「民ト民トノ交際」を規律するものとして定義している。そして国法と民法の施行は「国家富強盛衰ノ根元」に関係していると言う。この点に関して、岩倉への答申書よりも直接的に国法と民法が国家の盛衰に関係すると述べているのである。しかし、どのようにして両者が関連しているのかは明かではない。

第二に、国法は民法の根本に相当するため、国法が確定しなければ、民法会議が纏まらないと言うのである¹⁶。国法が「國人ト交テ信ニ止ルノ規則」であるという点、文章の意図が明確ではないが、いずれにせよ江藤は国法を「民法ノ根本」と考えていたとは言える¹⁷。

第三に、江藤は国会会議に先立ち「政体法度ノ草案」を提出しているという。ここでいう「法度ノ草案」とは「法度案」(R11.280-6)である¹⁸。国家機構、地方制度、軍事制度、貨幣、租税、外国人の取り扱い、産業などさまざまな項目が挙げられているが、このほか民法とりわけ家族関係に関する個別具体的な条文案も記載されていた。華族以下の者の中での相互の婚姻・養子縁組の自由や、婚姻、妾、改姓改名、養子、隠居、相続の局面での養子の扱い、子弟への懲罰、姦通などである。

一体各国トモ政府ト政府トノ交際ハ公法ヲ以テ

一 地方官ノ免許ヲ受ケス私ニ婚姻ヲ結フ可カ

ラス并妾ヲ抱ル者ハ三日内其旨地方官へ届出可シ

(中略)

- 一 一人一名ニ限ル事其管轄官ノ免許ヲ受サレハ改姓改名嚴禁ノ事

(中略)

- 一 養子ハ其管轄ノ地方官ニ届出免許ヲ得テ取極ムヘシ
- 一 免許ヲ得テ養子ノ式取極メシ上ハ如何ナルコトアリトモ離縁不相叶事
- 一 勘当ト唱ヘ子或ハ弟ヲ追フ事以後不相叶若行跡不正ノ子弟ハ管轄ノ官ニ願出異見ヲ請ヒ且ハ永牢ヲ願出免許ヲ可得事
- 一 人ノ妻タルモノ他ノ男ニ通スルハ不義タルコト勿論ナレトモ男子モ免許ヲ不得シテ妻ヲ娶リ又ハ両妻ヲ並娶リ或ハ無届ニ妾ヲ抱ルコト嚴禁

(「法度案」(R11.280-6))

特に引用箇所を見てみると、婚姻や妾、改姓改名、養子などについては、地方官への「届出」または「願出」と「免許」が必要であることが記載されている。江藤はこれらは地方官によって管理されることが望ましいと考えていたようである。

さて江藤の提案とともに国会会議は開催されたのであるが、明治4(1871)年の正月以降、流会が多くなり、会議は立ち消えになった¹⁹。当時は同年7月14日の廃藩置県に向けた動きが活発化しており、廃藩置県の5日前の7月9日に創設される司法省について、江藤も「司法台」構想を具体化させていった。しかし、前述のように明治4年7月頃に「民法決議」が完成しており、この時期においても江藤は民法編纂に取り組んでいたと考えられる。

さらに廃藩置県の後、7月29日の太政官制の改変で設けられた左院に、制度局の民法編纂事業は引き継がれ、江藤はそこで副議長に任ぜられた。左院における民法編纂会議の様子は、箕作麟祥の回顧談に伝えられているが²⁰、左院の民法会議では草案が創出されるまでには至らなかったようである²¹。

第2項 司法卿

江藤は、制度局での民法会議を纏めるために国会会議に参加し、さらに左院でも民法編纂を行ったのだが、国会会議は立ち消えとなり、左院では具体的な成果を残せなかった。それでも彼は司法卿に就任した後も、裁判所設置などを進めながら、民法編纂に関わり続けた。

江藤は明治5年4月25日に左院副議長から司法卿へ転任した。彼は同年10月10日から自ら民法会議を開くのであるが、司法卿就任以前の同年9月27日に設置されていた明法寮²²で「皇国民法仮規則」などの民法草案が作成されていた²³。「皇国民法仮規則」については、身分証書を基に作られたその第一巻人事篇の同一草案か訂正草案とされる「民法第一人事篇」が存在しているのだが、この表紙に「江藤」という署名があり、江藤の関与が見て取れる²⁴。

ところで明法寮の設立当初の目的は、法律の知識をもった人材を育成し、司法省の需要に充てることであった²⁵。しかし、その後、江藤は明法寮に法典編纂の権限を認める章程を制定し、また上述のように省内で民法編纂会議を主催するのである。司法卿時代の江藤にとっても法典編纂は取り組むべき課題だった。

司法省での民法会議に参加していた明治6年1月24日に、江藤は「辞表」を提出した。ここでも法の制定が国の富強・日本の対外的独立に繋がるということがとかれている。

並立の元は国の富強にあり。富強の元は国民の安堵にあり。安堵の元は国民の位置を正すにあり。所謂国民の位置を正すとは何ぞや。婚姻・出産・死去の法厳にして。相続・贈遺の法定まり。動産・不動産・貸借・売買・共同の法厳にして。私有・仮有・共有の法定まり。而て聴認始て敏正。加之国法精詳。治罪法公正にして。断獄初て明白。是を国民の位置を正すと云なり

(「辞表」『遺稿』後集52丁)

「国民の位置を正す」とは、「法律体系と司法

制度が整備され」ることを意味していると考えられる²⁶。まず「婚姻・出産・死去の法」、「相続・贈遺の法」、「動産・不動産・貸借・売買・共同の法」、「私有・仮有・共有の法」は民法が規律する内容である。そして「聴訟」と「断獄」は裁判制度を、「治罪法」は裁判・訴訟関連規則を指している。

そしてこれらはまさに江藤が推進してきた政策であった。江藤は国会会議に参加していたし、彼の司法卿就任直後の司法省では司法省官員や裁判に関する規則を定めている「司法職務定制」が作成された。特に「婚姻・出産・死去の法」は、当時江藤が主宰していた司法省民法会議で議論されていた身分証書が規律する事柄であった。

また同じ「辞表」のなかでは、「西人」が民法は「国人組」すなわち国民を組織するものと言っていることを述べ、出産・婚姻・死去という民事身分の変動を軍隊における隊員の身分変動に譬えている。

且西人曰。民法とは国人組と云ふこと也。宜哉言也。請ふ軍事を以て譬へん。一小区を以て一小隊に当て。出産死去を以て入隊出隊に当て。未だ婚せざるの人を以て生兵とし。已に婚するの人を以て練兵とし。而聚散分合の規則以て一大軍隊と見倣し。国法を以て大將軍の号令とし。明將の大軍を御する如く。法令嚴肅委細行届しむる也。因是觀之各国は明將の帥る節制嚴肅の兵の如く。我国は所謂烏合無法の軍の如く。夫々の取締りも不立。入隊出隊職掌権限等の定めも無之兵数も不分明と申程の事にて有之。是故に各民の位置を正さずして富強を望むは猶烏合無法の兵を帥る節制の軍に臨み。而て勝を望が如し。

（「辞表」『遺稿』後集57丁）

江藤は、出産を入隊、死去を出隊、未婚者を未熟な兵、既婚者を練兵として「聚散分合の規則以て一大軍隊と見倣」す。これについて各国とは反対に日本は「烏合無法の軍」のようで「入隊出隊

職掌権限等の定めも無之」すなわち出産・婚姻・死去を管理する法がないと言う。さらに「国民の位置を正さずして富強を望むは猶烏合無法の兵を帥る節制の軍に臨み。而て勝を望が如し」であると述べている。この点、江藤は「国会会議ノ議案」で、民法は「民ト民トノ交際」を整えるものと言っていた。しかし、民事上の身分変動を上記のように譬え、日本を「烏合無法」と見ており、この表現からは「民ト民トノ交際」を整えるものというよりも、国民を管理するものとして民法を捉えているように考えられる。この点、「法度案」で婚姻などを地方官の管理のもとに置こうとしたことと共通している。

この「辞表」提出の5ヶ月後の明治6年5月12日に、江藤は「興国策」を著した。日本が他国と並立するために法と兵の2つを整備することが必要であると述べ、ここでも法の整備が「富国」に繋がるということを説いている。

兵と法とは並立の用務なること明なり。所謂法なる者は。国法。民法。商法。訴訟法。治罪法。刑法にして。御国も其會議是迄の如く相運ばば。自今満二年を経れば。之を施行し終り。吏民大概熟すべし。（中略）夫兵と法と一度相整らば是迄条約を以て制せられたる外国交際通商の事皆各国同様に改正せんと欲す。（中略）若又前文兵法を張り。五年を期して百官同心尽力。終に条約改正に至らは。裁判通商収税の道初めて中を得て。富国の手段も始めて生し。御国の威権も始めて相挙り可申す

（「興国策」『遺稿』後集61丁）

「辞表」と同様に江藤が念頭に置いている「法なる者」とは、国法、民法、商法、訴訟法、治罪法、刑法であった。軍備と法が整えば、条約で制限されてきた「外国交際通商」を各国と同様に改正したいと言う。そして条約改正に至れば「裁判通商収税」が機能し、「富国の手段」も生じ、日本の「威権」が挙がるというのである。「富国の手段」が何を指しているのかが明確ではないが、

条約改正によって究極的には日本の「威権」が回復することが重要であったようである。

このように江藤は、条約改正のために民法や国法などを含めた法の制定と兵の整備を進め、「国の富強」を達成しなければならないと考えおり、法とりわけ民法の制定が「国の富強」ひいては日本の対外的独立を齎すことを江藤は説いてきた。

西洋列強に範をとった法制度整備はそれ自体近代的法制度として条約改正に必要とされるが、江藤は民法編纂に対して近代的法制度整備という意義だけでなく、「国の富強」という役割をも期待していた。民法がどのようにして「国の富強」を導くのかは、「辞表」において最も明確に表現されている。

第2節 日本の対外的独立の論理

第1項 「司法卿を辞するの表」

明治6年度予算として、司法省は、日本全国に裁判所を増設する費用として96万円を要求したが、大蔵省によって46万円に減額されることが発表された。一方で陸軍省の要求した800万円は、大蔵省によってほぼ要求通りに承認されていた。これに対して抗議し、明治6年1月24日に江藤が正院に提出した辞表が「司法卿を辞するの表」である²⁷。ただし、「辞表」は正院によって却下されることとなる。

江藤は「辞表」の中でも裁判所設置や法制度整備などの司法省の職務を「国の富強」との関連から捉え、その重要性を説いた。すなわち「並立の元は国の富強にあり。富強の元は国民の安堵にあり。安堵の元は国民の位置を正すにあり」²⁸である。そこで以下では、「辞表」で示されているこのプロセスに沿って、司法卿期の江藤の日本の対外的独立の論理とそこでの民法の位置付けを分析する。

第2項 「各国と並立」

江藤は司法卿以前から条約改正を最大の課題の一つとしていたが、司法卿時代の司法制度改革などの政策でもその念頭にはやはり条約改正があっ

た。

「辞表」の冒頭では、江藤の司法卿就任以降の裁判所設置の実績と、そのさらなる推進のために費用が必要である旨が説かれている。それに続け江藤は、日本が「各国と並立」することを「叡慮」と考え、それを達成するための道筋を説明する。すなわち「国民の位置を正す」ことで「国民の安堵」が得られ、それによって「国の富強」が達成され、日本の「各国と並立」が齎されるのである。それでは江藤が目標とする「各国と並立」とは何であったのか。明治5年11月以降に書かれたとされる「政府将来の目的」において、この点に関して言及がある。

各国並立と申は。独立不羈の体を立て。我國の為になる所の旨は必ず達し。敢て他国に制せられざるに在り。今朝廷三千余万の人口と。其土地とを有し。之が為めに施す所の措置は。他国の為めに条約によりて制せられて。為す能はざる者は（輸入税を条約によりて制限せらるるの類）是他なし

（「政府将来の目的」『遺稿』後集58丁）

江藤にとって「各国と並立」とは、独立不羈を保ち、自国の為になることを必ず達成し、決して他国に支配されないことであった。しかし、当時の日本は、関税自主権が無いことを中心に条約によって国の為に行うことが制限されているという。不平等条約を改正できていない現実を問題視しており、条約改正のために「各国と並立」が重要であると考えていたことが分かる。また前述の「興国策」でも、江藤は条約改正と日本の「威権」の回復について言及していた。

しかしながら、江藤は「辞表」のなかで、条約改正のための日本の「各国と並立」は法制度整備によって直接もたらされるとは言っておらず、いくつかの段階を経たうえで達成されると説明している。次に、「並立の元」であるという「国の富強」を検討する。

第3項 「国の富強」

江藤は、国の「富強の元」は「国民の安堵」にあると言うが、「国民の安堵」の達成が直ちに「国の富強」を導くわけではない。「国民の位置不正れば。安堵せず。安堵せざれば其業を勤めず。其耻を知らず。業を勤めず恥を知らず。何以富強ならんや」と言う²⁹。国民が「業を勤め」る、「恥を知」るとは何を指しているのか。後者に関して、これ以上の言及はないが、前者については詳しい記述がある。

於是〔国民の位置を正した後に〕民心安堵財物流通。民始て政府を信ずる深く。民始て其権利を保全し。各永遠の目的を立。高大の事業を企つるに至る。当是時収税の法其中を得ば。民各業を励まん。各業を励みて民初て富。税法中を得て税初て富なり。民富み税豊にして。然後海陸軍備も盛に可興なり。工部の業も盛に可興なり。文部の業も盛に可興なり

（「辞表」『遺稿』後集52丁）

まず「国民の位置を正」した後に「民心安堵」「財物流通」となるという。すなわち国民は政府を信頼し、自己の権利を保全することができるようになり、ここで国民は長期的な目標を立て、「高大の事業」を計画することが可能になるのである。次にこのとき「収税の法」が適切であれば、国民はそれぞれ「業を励」むことになり「初て富」むという。さらに「収税の法」が適切であることで「税初て豊」となる。収税が増加した結果として、政府は各種政策を振興することができるのである。

江藤のいう「国の富強」とは、国民が各々「業」に「勤め」ることで所得を増やし、それを適切に課税することで収税を「豊」にし、政府の事業を振興することを意味していたと考えられる。法の整備が収税の増加につながるという点において、法の整備は「海陸軍備」・「工部の業」・「文部の業」といった政府の政策の実現の前提だったのである。

ところで江藤は「辞表」以前にも、先述のように岩倉への答申書や「法度案」で税や財政について言及していた。江藤は以前から、産業を振興し政府の収税を増やしていくという考えを持っており、答申書で目標とされていた国を豊かにし、軍備を整えるまでの道筋は、「辞表」で体系的に説明されたといえる。

第4項 「国民の安堵」

前述のように「国民の位置を正」すことで、国民は政府を信頼し、自己の権利を保全することができるようになり、その結果「永遠の目的を立。高大の事業」を計画することが可能になる。さらにこの点に関して江藤は各国の状況についても述べている。

すなわち日本に対して各国では「出産の法」や「死去相続・贈遺・貸借・売買・共同の法。私有・仮有・共有の法」が厳正であるため、「事起れば此等の法を照して之を裁判す」ることが可能になることで、「民心安堵して勉強の念深く、財用融通の道自在」になるという³⁰。各国では制定された法が裁判規範とされ、国民は自らの行為の結果が予見可能になることで、「民心安堵」し、その結果「永遠の目的を立」て大きな事業に専念できるようになるというのである。江藤にとって、法を整備し、国民が安心して経済活動を行える環境を整えることが重要だったと言うことができる。

第5項 「国民の位置を正す」

前項より「国民の位置を正す」は国民が安心して経済活動を行える環境を整える点で重要であったのだが、江藤はこれが実現されていない現状の問題点についてより直接的に述べている。

我国は皆之〔各国では民法にあたる法が整い民心が安堵し、財用融通している状況〕に反せり。夫各民位置の各国と我国と異なる如此。是各国の民庶年々富むの勢いありて。我国の貧民日々多くなり。富民日々減ずる勢いある病源な

り。然れば此病源を治るは各国並立の要事にして。即今の急務而して其取締は専ら裁判事務上の事なれば。司法の責任たる智者を待たずして明なり

(「辞表」『遺稿』後集54-55丁)

日本は各国と異なり「国民の位置が正」されていないため、貧富の差が拡大していく。それを治すことすなわち「国民の位置を正す」ことは「各国並立の要事」であり司法省の責任であるという。江藤は「辞表」において、これまで取り組んできた法典編纂や司法制度改革を「国民の位置を正す」ものとして整理し、それらを財産や富の増加・経済活動の前提として捉え、経済的な「国の富強」そして日本の対外的独立の文脈に位置づけたのである。

したがって、江藤は「辞表」において、当時の政府における重要な課題の一つであった条約改正、対外的独立の達成のための第一段階として司法省の職務を位置づけることで、明治政府におけるその優先順位の高さを強調し、裁判所設置の重要性を司法省外にも認めさせ、その費用を得ようとしたと考えられる。「辞表」が司法省の予算増額という意図をもって書かれたことに留意する必要はあるが、江藤が明治政府の政策のなかにどのように自身が推進してきた法制度や裁判制度の整備を位置づけたのかということは明らかになった。

第3節 小括

以上、中弁就任から司法卿までの江藤の民法に関する取り組みを見てきたが、次の三点が明らかとなった。

第一に、江藤の民法編纂への一貫した関与である。中弁直後の「新政改革意見書」で既に「天下第一急務」として民法の制定を主張していた。そして明治3年9月からは制度局で民法編纂会議を行い、翌4年7月頃にその成果として「民法決議」を完成させている。その後同年8月には左院副議長に任じられ、具体的な成果を残せなかったものの左院においても民法編纂会議に取り組んだ。翌5年4

月の司法卿就任後は、裁判制度の整備を進めると同時に、司法省で三度目の民法会議を主催し「民法仮法則」という成果を残している。江藤は明治政府に職を得てから常に民法編纂に従事してきたのである。

第二に、江藤の民法認識である。江藤は具体的な問題を念頭に民法、身分証書の編纂に取り組んだ。「法度案」では、夫婦関係や相続・養子など家族に関係する内容が個別具体的に列挙されている。また「民法決議」は婚姻、出産、死去という民事身分の変動を管理する身分証書に相当する部分を収めており、司法省における民法会議では身分証書や相続、養子に関する議論が主に行われた。

さらに江藤は、政府が民事身分の変動を管理することを重視していたのではないかと考えられる。「国法会議の議案」において民法は「民ト民トノ交際」を整えるものとして定義されていたが、「法度案」では上述の身分変動には地方官への「届出」と「免許」が必要である旨が述べられている。ここには政府が「民ト民トノ交際」を管理するという意図が読み取れる。また「辞表」にも民法を軍隊における規則に譬える記述がある。

第三に、江藤の国家像における民法の位置づけである。岩倉への答申書で、「養富ヲ武ヲ養」うことを進め「外国交際ノ失体」を改める交渉を開始すべきことを主張していたが、このとき円滑な経済活動を可能にし、租税の制度を整えること重要であった。「法度案」でも税法の整備を訴えており、当時において財源の確保が重要な課題であったことが分かる。答申書では30の項目の実行によって産業の振興や富強を図ることで、条約改正と対外的独立を達成することを江藤は主張していたが、「国法会議の議案」では国法と民法の施行が「国家富強盛衰ノ根元」だと説明するのである。ただし、この具体的な実現の過程は司法卿時代に書かれた「辞表」で明示される。

江藤が「辞表」で示した日本の対外的独立の論理、法整備と「国の富強」との関係は以下の通りに要約することができる。すなわち法律体系と

司法制度が整備され、それが裁判規範として機能して裁判が行われることで（「国民の位置を正す」）、国民は政府を信じ、自身の権利を保全することができる（「国民の安堵」）。この時に至って国民は安心して経済活動を行えるようになり、長期的な目標を立て大きな事業を起こすことが可能となる（「業を勤め」る）。そしてそれを課税することで得られた税収で国家事業を振興することができ（「国の富強」）、日本の対外的独立が実現され（「各国と並立」）、条約を改正することができるというものである。江藤はこれ以前の文書で取りあげてきた問題がどのように日本の対外的独立への実現につながるのかということを一つの道筋で示したのである。

ところで「辞表」では、民法が規律する内容であるところの出産、婚姻、さらに離婚、夫婦財産について、本章で引用した以外の箇所でもより具体的な記述がされている。当時江藤は司法省において民法編纂会議を主催しており、会議でも出産・婚姻に加えて相続という論点について議論していた。「国民の位置を正す」ことの一つである民法を、江藤はどのような内容を持つものとして作成しようとしていたのだろうか。次章では江藤の民法認識、とりわけ夫婦関係と相続に対する考え方を明らかにするために、「辞表」における民法への言及と、司法省民法会議での夫婦と相続に関する議論を検討する。

第3章 司法省民法会議における夫婦と相続の議論

第1節 民法会議の概要

司法省民法会議は、司法卿に就任した江藤によって明治5年10月10日から開催された。会議では主に次の2つが叩き台として用いられた。第一に、第一回目から用いられていた「民法第一人事篇」である。これは明法寮で作成されたもので、フランス民法を模倣し、さらにそれを簡略化したものであるといわれる³¹。第二に、フランス民法を翻訳した箕作麟祥訳『仏蘭西法律書（民法）』（以下、

箕作訳本）であり、10月30日からはこれを叩き台として審議が進められた³²。

翌6年3月に身分証書に関する審議の成果とした「民法仮法則」全9巻88ヶ条が完成した。司法省はこれを3月12日に正院に提出し、その施行を求めたが実現されなかった。また会議自体は「民法仮法則」完成後も明治6年6月8日まで続けられ、江藤は欠席もありつつ第一回の明治5年10月10日から明治6年3月18日まで会議に参加した。

審議は、御雇外国人による条文ごとの趣旨説明に対して日本人側が質問し、それにさらに御雇外国人側が応答するという形式で進められた。発言を残している人物は、江藤新平、ジョルジュ・ブスケ、ジュ・ブスケ、玉乃世履、楠田英世、箕作麟祥、細川潤次郎、松本暢の8名である。本稿では、論点に関して発言している江藤、ブスケ³³（以下、単にブスケと言う場合はジョルジュ・ブスケを指す）、ジュ・ブスケ³⁴、細川³⁵の発言を参照する³⁶。このなかでフランス民法の解説を行っていたのがブスケであった。ブスケの残した文書や講述は、司法省時代の江藤の司法制度改革に影響を与えたと言われており³⁷、江藤の政策を見る上で重要な人物である。

会議で叩き台とされたフランス民法においては、家族法分野は重要な地位を占める³⁸。それはフランス革命によって原子化された個人を国家権力に奉仕させるために、国家と個人を媒介する存在として「家族」が必要とされたからだと言われている³⁹。フランス民法における「家族」は、以下のように構成された。父＝夫を中心として構成され、他の中間的な団体を排して国家に直接につながり、国家の権力の支え安定させるための唯一の恒常的な基礎集団たる役割を果たすことを期待された⁴⁰。すなわち「夫と父の存在が統御する家庭内秩序は、国家の後見の下に社会全体の秩序を確保するための一つの手段」だった⁴¹。

会議は形式面では上述のように進められるのであるが、当時の日本の慣習とフランス民法との関係をどのように調整するかなど内容における編纂方針はどのようなものであったのか。この点に関

して、ブスケの民法編纂への姿勢と江藤のそれとは対比的に語られてきた。先述の通り江藤の民法編纂は「敷写民法」だったと言われてきたが、ブスケについては、彼は来日後すぐ提出した建議書「日本法律創定之事業」のなかで、フランス民法を斟酌しつつ折衷し、なるべく日本の事情に合致させて改正すべきと述べており⁴²、江藤とは対照的な態度だったとされる⁴³。しかしながら、このような捉え方は必ずしも適切ではない。ブスケは会議で日本の事情に配慮した解説を行い、江藤はそれを参照し司法構想を深化させたことが指摘されており⁴⁴、両者の関係に注意しながらそれぞれの内実を明らかにする必要があると考えられる。

本稿では、江藤が参加していた時期を中心に、審議と同時期に書かれた「辞表」における民法に関する記述を論点ごとに分析する⁴⁵。さらに江藤がフランス民法の制度を本来の趣旨のままに日本に導入しようとしたのか、あるいはしなかったのかを考察するために、フランス民法の解説を行っていたブスケとの議論を取りあげ、フランス民法の規定と日本の慣習も参照する⁴⁶。

第2節 夫婦と相続に関する議論

第1項 身分証書

身分証書の役割

江藤は、明治3年の中弁就任以降から夫婦関係や相続・養子といった問題に関心を持ち、身分証書の編纂に取り組んできたが、身分証書とはどのような制度だったのか。

フランスの身分証書とは、日本においては戸籍に相当するもので、国民の民事身分の変動を管理する制度である。しかし、戸籍のような家族（世帯）別編成とは異なり、身分証書の編成原理は事項別編成主義であって、出生、婚姻、死去の三種の登録簿に事項別の証書を日付け順に登録するものである⁴⁷。出生、婚姻、死去に関する各証書は、その者の姓名、年齢、職業、住所等が記載され（第34条）、各市町村（commune）において身分吏（officier de l'état civil）と呼ばれる役人が身

分証書に関する業務を担当する。

一方で、当時の日本では戸籍法が明治4年に施行されており、これは四民平等を前提とし「国民」を把握する一方で、戸（家）を単位として戸籍を編成した。戸籍への戸主の願届出が「家」の形成に重要な役割を果たしたのであった⁴⁸。

江藤は身分証書にどのような役割を期待していたのであろうか。この点についてまずフランス民法の解説を行っていたブスケの発言を確認する。彼の発言から身分証書に関する審議は始まった。

② （前略）人ノ分限ノ証拠ナレハ則各民ニ対シテ証拠トスル簿冊ニテ家族及ヒ丁年ニ成ル否サルモ此冊ニテ知ル法律ノ所基也都テ身分ノ所業ヲ有体ニ此簿冊ニ書載ス

（明治5年10月30日：38-39頁）

身分証書は「身分ノ所業」を記載した「簿冊」であり、各民に対して「人ノ分限ノ証拠」となる。そしてこれは「出産婚姻死去此三箇ヲ証書ニ書入ルル」ものである⁴⁹、とブスケは身分証書を理解している。フランス民法では、身分証書は、身分公証制度の基幹として民事上の個人の身分変動を管理し、社会において個人を同定する機能を果たしていた⁵⁰。彼の理解はフランス民法における役割を説明したものとも言える。しかし、彼は単なる公証以上の機能を身分証書に期待していた。

翌6年1月8日に、婚姻をする者が身分吏に提出しなければいけない出生証書を取得できない場合に交付される「公知証書（acte de notoriété）」の記載事項になぜ7人もの証言が必要なのかという質問に対して、ブスケは「出産婚姻ハ財産分派等ノ基本トナル」ため入念な手続きが必要となると言っている⁵¹。この発言に続けて彼は、証書を管理する「民生の官吏〔身分吏のこと〕」は「世人保護」のための役人であり、その「保護ノ本ハ家産ヲ保全セシムル」にあるとも言う⁵²。また別の日には、離婚は「家産并ニ子孫ヘ分派ナトノ上ニ大関係生シテ裁判モ為ス可カラサルニ至」る⁵³とも述べている。つまりブスケは、民事上の身分変動

が生じる出産や婚姻、離婚などは「財産分派」の原因となる点で重要で、それを管理する身分吏は家産を保全すると説明しているのである。

民事身分の変動を規律する身分証書が家産を保護するという点は、フランス民法では必ずしも明確ではない。確かにフランス民法では、第3篇第5章「夫婦財産契約および夫婦のそれぞれの権利」と第1篇第5章「婚姻」第6節「夫婦のそれぞれの権利及び義務」が夫婦の財産関係を実質的に規律し、夫が一元的に「家族」の財産を管理・処分する構造が整えられており、「家族」の財産の一体性を維持しようとしたという意味で「家産ヲ保全」している。しかし、身分証書は形式的な手続きを定めているのみで財産の保護ということは明確ではない。ブスケは、明治6年1月8日の発言で、身分証書とそれを管理する身分吏によって「家産」が保護されるべきことを強調したのである。

対して江藤は、ブスケの上記の発言を経て提出された「辞表」のなかで、出産・婚姻と財産との関係について言及している。

〔日本では〕夫妻の財産。共有各有の法も不立故に。姦なる妻は其夫の財産を掠めて。去て其他に嫁し。又^(ママ)なる夫は其妻の産を奪て逐ふ。或は夫妻離別の為め。其子は終に可養育人なく。病て死するあり。又は夫死し。妻^(ママ)子幼なり。族人集て其産を奪ひ母子狼狽する者あり。

（「辞表」『遺稿』後集53丁）

〔各国では〕不得已離縁する時は。其夫妻の財産・共有・各有等の法確定しあれば。之を処する難からず。而て其子財産保護は監財人・公証人等の設。検部監視の法厳なれば行届なり。扱又御国は出産の法未た立ざるに付。公生・私生の子の財産権利の分界も不明。其上年齢を偽り。生子を隠し。加之其子の財産も。後見人・公証人・監財人等の設け無之に付。其子若し孤独となれば。親族奪之て不与。子は狼狽の極に至るあり。

（「辞表」『遺稿』後集54丁）

まず婚姻について、これは夫婦財産制への言及と考えられるが、日本に「夫妻の財産。共有各有の法」がないことで生じる、夫婦間での財産の奪い合いや親族が子どもの財産を奪うという問題を取りあげている。また夫婦の財産に関する法が制定されている各国では、離婚に際して夫婦の財産を処理するのは難しくないと言う。

次に出産の法について見てみると、日本では未だこれが制定されていないため、「公生・私生の子の財産権利の分界」が不明確だと言う。

ここで「公生・私生の子」について、ブスケは明治6年3月20日でフランス民法における子どもは七種類あると説明している。「公生ノ子 私生ノ子 私生ノ子ヲ認メタル公生ノ子 私生ノ子ノ母ト婚姻シタル上ノ公生ノ子 養子 乱倫ノ子」である⁵⁴。詳細は後述するが、フランス民法では、大きく嫡出子と自然子（非嫡出子）の区別があった。この発言における「私生ノ子」を認めた（認知した）「公生ノ子」や、「私生ノ子」の母と婚姻した上での「公生ノ子」という表現から、「私生ノ子」が自然子に、「公生ノ子」が嫡出子に相当する言葉として会議で用いられていたと考えられる。

したがって、出産の法つまり出産証書の制度が整備されないために自然子と嫡出子の「財産権利の分界」が不明確で、そのうえ子の年齢を詐称し、子の財産やその子自身を隠す状況において「後見人・公証人・監財人」などの制度が存在しなければ、親族に財産を奪われるという問題が生じるという。江藤もブスケと同様に「出産婚姻ハ財産分派等ノ基本トナル」と考えており、「財産権利」を保護するために出産・婚姻などに関する法の制定を行うべきだと考えていたと言える。

身分証書の編纂方法

彼らは、身分証書が存在しない日本において、身分証書をどのように編纂すべきと考えていたのだろうか。

② 身上証書丈ケ仮リノ規則ヲ現ニ行ヒ夫ヨリ惣規則取懸リ度ト云

- ㊦ 至極同意ノ旨最前身上届ヨリ始ント云置キタルモ矢張其故ナリ
- ㊧ 日本国ニ於テハ百年前ヨリノ規則有之今般新ノ規則ニ移ントニハ其中間橋ノ如キ仮リノ規則無カル可ラス先以上ノ仮リノ規則ヲ立夫ヲ太政官ノ承諾ニテト先ハへ出シニ相成其上一般ノ民法ヲ共議ス可シ次第ニ財産ニ及フ可シト云
- ㊨ 承諾ト答フ

(明治5年11月3日：40頁)

ブスケは、身分証書だけでも「仮リノ規則」として施行し、その後に「惣規則」に取り掛かりたいと言う。「惣規則」とは第一回の会議で審議されていた「民法第一人事篇」に存在する「法律施行惣規則」であると考えられる。これはフランス民法では法律の公布・効果・適用を定める6ヶ条に相当する。

ブスケが提案する「仮リノ規則」とはどのようなものか。それは日本で通用している古くからの規則と「新ノ規則」の「中間橋ノ如キ仮リノ規則」である。フランス民法の趣旨を説明しながら草案作成が行われている点から、「新ノ規則」とはフランス民法を念頭に置いていると考えられる。「中間橋ノ如キ仮リノ規則」という言葉を見ると、「仮リノ規則」が従来の日本の法とフランス民法を折衷した内容であるということはあるが、これ以上の詳細な内容は不明である。

そして江藤はブスケの提案に対して「同意」「承諾」と述べているが、「中間橋ノ如キ仮リノ規則」を作ること、他の条文に優先して身分証書に関する部分を施行することのどちらに賛意を示しているのかも不明である。

ここで身分証書のなかでも特に婚姻証書の編纂方法について、明治5年11月18日に江藤は以下のように述べていた。この発言から婚姻証書の審議が始まった。

- ㊩ 婚姻ノ証書ニ付テ原則共議ノ前ニ先以急ニ施行ス可キノ二三ヶ条ノ法則ヲ「ブスケ

ー」氏御ススメイタシ度旨

- ㊪ (前略) 必ス仏国法ニ依テ立ルノ積付兩三条ノ御ススめハ矢張仏民法ニ於テ矛盾セン様ノコトヲ所望致シ度旨

(明治5年11月18日：45頁)

ジュ・ブスケは、婚姻証書の審議に入る前に「先以急ニ施行ス可キノ二三ヶ条ノ法則」をブスケに「御ススめ」して欲しいと言う。これは「惣規則」に優先して身分証書を「中間橋ノ如キ仮リノ規則」として施行したいというブスケの発言を受けたものではないかと考えられる。江藤もこれに続き「兩三条ノ御ススめ」について言及している。そしてこの後にブスケは日本の慣習を斟酌した3条の「仮リノ規則」を提案することとなる。

ここで注目すべきは江藤がその「御ススめ」は「仏民法ニ於テ矛盾セン様ノコト」を望んでいることである。ブスケは必ずしもフランス民法を基礎にして「仮リノ規則」を作ろうとしていたのではなく、折衷的なものを作成することを望んでいた。これに対して江藤は、従来指摘されているように、あくまでフランス民法を模範にして民法草案を編むことを意図していたように考えられる。

以上、本項では身分証書の役割や編纂方法など総論的な議論を見てきた。江藤とブスケは両者とも、身分証書が規律する出産、婚姻、離婚などを「財産分派」に関係するものと考えていた。身分証書の役割について、ブスケは「家産ヲ保全」する役割を、江藤は「財産権利」を明確にする役割を期待していた。しかし、身分証書を財産との関連から捉える視点は、フランス民法に必ずしも明確に存在しているわけではなかった。実際に「財産権利」を明確にする効果があったとしても、あくまで身分証書は「身分」の公証制度であった。

第2項 婚姻

婚姻締結の手続き

会議において婚姻はどのような手続きを経なければならないと考えられたのか。まず江藤が手本にしたフランスでの手続きを確認する。

フランス民法では、身分証書の中に婚姻証書があるが、これは身分の公証という点から婚姻の手續きの要件を定めており、実質的な要件は第1篇第5章「婚姻」で規定されている。このような形式で婚姻を規律するフランス民法は、婚姻を民事契約としながらも法定の手續に従うことをその効力要件とし、同時に行われる登録簿への記載をもって夫婦身分の排他的な公証方法とする⁵⁵。

法定手續きの概要は、次の通りである。すなわち身分吏が、両当事者に対して、市町村役場において、4人の証人の面前で婚姻に関する第1篇第5章を読み聞かせる。そして身分吏は、両当事者から夫婦となることに同意しているという届け出を受け取り、婚姻により両者が結ばれたことを法律の名において言い渡すのである（75,165条）（以下、役場前挙式）。

上記の手續きを経て、法律上婚姻が認められ、婚姻成立後の夫婦関係として、夫婦相互間の権利義務を設定し、妻に対する夫の優位を規定している（212- 217条など）⁵⁶。この規定は後述の夫婦財産制と相まってフランス民法における「家族」像を機能させる役割を果たす。

役場前挙式について、江藤不在ではあるが、明治6年1月10日に議論がなされた。日本人側からジブスケ氏抄訳書第61条で定められている挙式の方法について質問があった。それは日本の人民は「晴ナル役所」まで出向き、夫婦となる決意を述べることを厭うだろうというものであった。細川も同様にそれは「人心ヲ動揺スル迄ノコト」であると言う⁵⁷。

⑦ 然レトモ父母親屬媒妁等ノ压抑ニ因テ好マサル夫ニ嫁ス是訴訟ノ起ル基本ニテ断獄ノ上ニ於テ大ニ管係ス尤大切ナルコトナリ若シ其式晴レノ場ニテ行レ難キコトナレハ戸長役所ニテモ戸長其婚姻ノ家ニ至リテモ其式ヲ行フヘシ尤此決意ノコトヲ聴ク式ハ行レ易キ様ニ組立ラルヘシ（後略）

（明治6年1月10日：50頁）

このように役場前挙式に否定的な意見が出るなかで、ブスケは「父母親屬媒妁等ノ压抑」による望まない婚姻は「訴訟ノ起ル基本」であり、「大切ナルコト」であると言い、制度の重要性を説明する。ブスケによれば、役場の前すなわち「晴レノ場」で婚姻手續きを行うことが難しいのであれば、身分吏が夫婦の家を訪れてでも挙式を行う必要があるという。

江藤が出席した明治6年1月15日の会で再度婚姻証書の条文について議論され、彼に対して役場前挙式について説明がなされたのだが、ここでもブスケは身分吏が挙式を主宰する必要性を説いた。「夫婦決意」の申立てと身分吏がそれを証書に記載することは省略してはならないと言う⁵⁸。

フランス民法では、身分吏が「夫婦決意」の申立てを婚姻証書に記載することが婚姻の排他的な公証となる。したがって、この手續きの重要性を説いていたブスケは、身分吏による婚姻締結手續きを通じて国家は婚姻という身分変動を管理すると考えていたのではないか。

この点について、江藤もブスケと同様の考えを持っていたことが窺われる。「法度案」では、婚姻などの身分変動に地方官への「届出」または「願出」と「免許」が必要であることが説かれている。「辞表」では、軍隊における規則のように、出産・婚姻・死去などの国民の身分変動を民法によって管理するべきと考えていたと思われる。江藤も民法や身分証書とそれを管理する身分吏によって国民の身分変動が管理されるべきと考えていたのではないか。

江藤も婚姻は国家が管理するものとして捉えていたようであるが、彼は役場前挙式についてどのように考えていたのか。江藤は明治6年1月15日に役場前挙式について「私人〔ブスケのことか〕」の「御ススめ」を受けて、これを定めたジブスケ氏抄訳書第61条を「本文通りニ議定ス可シトノ裁決」を下した⁵⁹。なぜ江藤はこのような「裁決」を下したのか、「辞表」における当時の日本の婚姻手續きへの言及から読み取れる。

〔当時の日本は〕婚姻の法未だ立たざるに因て。朝に婚て夕に離るるの情勢に付。長久の夫妻も互に不相信。同心協力業を勤め、其私有物を理に従て増加し、家繁昌せしめるの念乏し。且今日は夫妻たり明日は別れて他人となる。婚するも易く。離るるも易く。焉そ同心協力保家の情あらんや。（中略）然るに各国に於ては婚姻の法厳なり。故に離縁の事実難し。苟も其理ありて離縁するも。夫妻承知し。戸長承知し。親族或は其他の証人承諾し。検部監視し。而て之を其帳に記し。各調印するにあらざれば不許之なり。又其婚する時も亦同様の手数なり。故に各国にては。大体凡民の情。一度夫婦となれば。協力業を勤め。其家を繁昌させんことを思ふ念の外は他事なしと云。

（「辞表」『遺稿』後集53丁）

当時の日本は婚姻の法が整っていないため夫婦は婚姻も離婚も容易く、「朝に婚て夕に離るるの情勢」つまり婚姻の安定性が法的に保障されていないと言う。このような状況では、夫婦は相互不信になり、協力して「業を勤め」て「家」を繁盛させる気持ちが乏しい状態になると考え、江藤はこれを問題視している。対して各国では婚姻の法が厳重であると言い、役場前挙式に似た離婚手続きを挙げている。このような各国では夫婦に協力して「業を勤め」て「家」を繁盛させる気持ちがあるというのである。

江藤は夫婦が協力して「家」を繁盛させるために、婚姻の法が厳重であるべきことを説いている。したがって、江藤は役場前挙式を「本文通りニ議定ス可シトノ裁決」したが、これはフランス民法における婚姻手続きの厳重性を評価したからだと考えられる。

ところでフランス民法は、「家族」を単一主体として成り立たせ、「社会全体の秩序を確保するための一つの手段」と設定したといわれているが⁶⁰、これに対して江藤やブスケは婚姻や「家族」の意義をどのように認識していたのだろうか。

婚姻の意義

明治6年3月15日から第1篇第5章「婚姻」について審議が始まった。身分証書における婚姻証書は、婚姻に関する手続き的側面を定めていたが、この章は夫婦間の権利義務などの実質的要件を定めている。この審議のはじめ、婚姻の全体の趣旨として「夫婦ノ条」と題されている箇所、ブスケが夫婦の役割について考えを述べている。

② 夫婦ハ治国ノ基タル故竊略ニ婚姻ヲ結フ可カラサルハ勿論也尤モ婚姻契約上ノ段取ヲ立テ設ル所ニ注意ス可シ都テ財産保護上ヨリ立ツナリ

夫婦ハ同等ノ權ト立ツルナリ然レトモ夫タル者ハ妻ヲ支配スルノ權アリ故ニ此章中婚姻異論ヲ決スル条ニモ男ノ方ニ權ヲ与ル也但シ支配ト云ハ船將其管下ニ属スル官吏ヲ支配スルト同シ意アリ

（明治6年3月15日：57頁）

ブスケは、夫婦は「治国ノ基」であり、粗略に婚姻を結んではならず、婚姻契約は「都テ財産保護上ヨリ立」てなければならないと言う。

ここで婚姻と財産の関係について、フランスでは婚姻に際して夫婦間の財産について取り決める必要があったのであるが、何らの取り決めも無い場合は法定財産制が適用されることが定められていた⁶¹。この法定財産制は、フランス民法における「家族」像を実現する上で重要な役割を果たしていた。

法定財産制の内容は、夫婦の財産を共通財産、夫の固有財産、妻の固有財産の3つの財産体に分け、財産の帰属関係に関する限り、夫婦の立場は対等だが、財産体の管理・処分権限の面では、夫が自己の固有財産の管理・処分権を専属的に保持し、妻の協力なしに共有財産の管理・処分権を有し（1421条）、さらに妻の固有財産の管理権まで有するものだった（1428条）⁶²。

このような構造は、前述の第1篇第5章第6節の夫婦間の権利義務と対応し、夫に諸権限を集中する

ことで家族経営の管理・主催の意思決定を統一化したのである⁶³。これによって正婚の家族は、父＝夫を通じて国家につながるための物的・経済的基盤を制度的に確定される⁶⁴。

夫に権限を集中させることに関して、ブスケは「夫タル者ハ妻ヲ支配スルノ権アリ」と言っている。ここで言う「支配」について、「船將其管下ニ属スル官吏ヲ支配スルト同シ意アリ」と説明しており、「船将」＝夫が「家族」の経営に関する権限を掌握し、その管轄下にある「官吏」＝妻や子を支配するという構造は、フランス民法が定める「家族」の内部構造に合致するように思われる⁶⁵。

したがって、ここでブスケの言う「財産保護」すなわち「家産ヲ保全」とは、フランス民法で規定された「家族」の財産の経営を夫に一元化することを指していると考えられる。身分証書の役割としても「家産ヲ保全」することを挙げていたが、同様の趣旨と理解できるであろう。またブスケは夫婦を「治国ノ基」としており、婚姻によって形成される「家族」を秩序維持の手段とするフランス民法を背景にしているように思われる。

対して江藤は、先述の通り、婚姻手続きの厳重性を重要であると考え、夫婦の役割を協力して財産を増加させて「家」を繁盛させることと捉えていた。この捉え方は、当時の「家」とはどのような関係にあったのか。

江戸時代の日本の「家」は、夫婦とその血族を中心としてそれに使用人を加えた人々から構成されており、彼らには「職分」に基づく地位が与えられていた。また妻の嫁入りは「家」の女房という「職分」に必要な人員調達という意味であり、夫婦というペアをつくるためのものではなく、婚姻は「家」同士の私契約であった。このような「家」は家業・家産・家名を継承する生活のための企業体であり、そこでは「家」の運営の継続が最も重要であると考えられていたのである⁶⁶。

このような「家」の在り方と江藤が理想とする「家」の在り方は、次の二点において異なると考えられる。第一に、江戸時代では多くの場合「家」は生活のための私的な団体であったが、江

藤におけるそれは「国の富強」という文脈の上にあったという点である。江藤は各国民が「業を勤め」ることで中央政府の税収を増加させ、国家事業の振興を図り、それによって「国の富強」、最終的には条約改正を実現することを目指していた。「家」は私的な団体ではなく、「国の富強」に寄与する役割を与えられている。

第二に、江戸時代の婚姻は「家」の人員調達という性質を持つ場合があったが、江藤は夫婦に対して独自の役割を期待している。彼は「辞表」において夫婦の「同心協力保家の情」が「家」の盛衰を左右すると述べていた。江藤は「国の富強」のために「業を勤め」る主体として婚姻によって成立する夫婦を想定していたとすることができる。

以上より本項では、江藤とブスケは共に、夫婦は国家に関係するものと考えていたということが分かった。ブスケは夫婦を「治国ノ基」と考え、婚姻に財産保護＝「家産ヲ保全」する役割を期待していた。江藤は、「国の富強」において重要な要素である「業を勤め」ることの主体を夫婦としており、彼らが協力して「業を勤め」ることで「家」を繁盛させるために婚姻の法を厳重に制定すべきであると考えていた。このように夫婦または婚姻が重要であるならば、これらは十分に保護されなければならないと考えられる。江藤とブスケはどのようにして夫婦や婚姻を保護しようとしたのだろうか。

第3項 妾と「私生ノ子」

妾と「私生ノ子」への差別的取り扱い

婚姻の保護は、法律上の婚姻関係・親子関係にない者の排除という形で現れた。江藤とブスケは、正式な婚姻関係がないにも拘らず夫と持続的な男女関係をもつ妾やその間の子＝「私生ノ子」に対して差別的な取り扱いを認めていたのである。

審議の内容を検討する前に、ブスケの発言の背景にあったと考えられるフランスにおける親子関係について簡単に確認する。

フランス民法では、婚姻から生まれた子＝嫡出子と婚外で生まれた子＝自然子の間の格差、さ

らに自然子のうち姦通から生まれた子=姦生子と近親相姦から生まれた子=近親子への一層の差別が定められていた。たとえば相続法の分野では、自然子は、被相続人に認知されても「真の相続人 (héritier véritable)」にはなりえず、「不正規相続継承人 (successeur irrégulier)」として差別された。その他のものも含め自然子に対する差別は、婚姻の尊重と正婚の家族の保護の反面をなすものとして理解されている。

フランス民法における上記の規定に沿った形で、ブスケは妾などについて発言している。

- ⑦ 婚姻ノ規則ニ於テ尤モ重立者ハ本妻ノ外妻ナル者アレハ本妻ノ方ヨリ官ニ届ケ妾ヲ擯斥スルコトヲ施行セント訴ルナリ
- ㊦ 日本ニ於テ妻妾並立難シ必ス妾ヲ禁セント欲スルナリ
- ⑦ 妻ノ子ト妾ノ子ト並ヒ立ノ権アル可ラス贈リ金ニシテモ本生ノ子ト私生ノ子トハ格別差別ヲ立ツ可シ
- ㊦ 日本ノ法妾私生ノ児家督ス可カラサル等ハ本妻ノ子ト格別違ヒアリ
- ⑦ 仏国ニ於テ本妻ノ婚姻ニ手数ヲ成シテノ後ハ私生ノ子ヲ已レノ子ト見認ルコトハ大禁ナリトス
- ㊦ 廃妾ノ説ヲ起ス席中同説後日ノ共議ヲ期ス (中略)
- ⑦ 婚姻ノ規則ヲ立ルニハ先ツ出産死去ノ証書ハ本規則ヲ立テルトモ婚姻ハ日本ノ風議ト少シ違フ故先ツ仮ニ規則ヲ立ヘシ
立可キ規則左ノ通
 - 一 本妻ノミヲ家ニ入レテ妾ハ外ニ置ヘシ
 - 一 嫡子ト庶子トノ権限ヲ嚴ニ立ヘシ
 - 一 婚姻ノ以前私生ノ子アルハヨロシ婚姻以後私生ノ子アルハ罪科ト成ル
 (明治5年11月18日：45-46頁)

ブスケは、婚姻の規則で最も重要なものは、本妻による妾の排斥であると言ひ、本妻の子である「本生ノ子」と妾の子である「私生ノ子」との間

に同等の権利を与えてはならないことを求める。

ここで「本生ノ子」について、先述の通り、「公生ノ子」が嫡出子に、「私生ノ子」が自然子（非嫡出子）に相当する用語として用いられていたこと、特に当該引用部分では、本妻の子と妾の子との対比のなかで「本生ノ子」と「私生ノ子」が用いられていることから、「本生ノ子」は「公生ノ子」=嫡出子を指していると考えて差し支えないであろう。また「私生ノ子」については、同様の理由から「私生ノ子」が自然子に相当すると考えられるが、ブスケが「妻ノ子ト妾ノ子ト並ヒ立ノ権アル可ラス贈リ金ニシテモ本生ノ子ト私生ノ子トハ格別差別ヲ立ツ可シ」というように、「妾ノ子」と「私生ノ子」とを対応させており、ここで「私生ノ子」は単に自然子=非嫡出子ではなく、「妾ノ子」=姦通子だったと考えられる。

さらにブスケは、婚姻の規則についてより具体的に三カ条を挙げている。この三カ条について、婚姻は「日本ノ風議ト少シ違フ」ため「仮リノ規則」を立てるべきであると言っていることから、これは婚姻証書の審議の冒頭でジュ・ブスケと江藤が求めていた「兩三条」であると考えられる。その内容は、第一に、妾が存在していたとしても家に入れてはならない、第二に、嫡出子と非嫡出子である庶子の権限を明確に区別しなければならない、第三に、婚姻後に「私生ノ子」を設けることに刑罰を科している。したがって、ブスケは「日本ノ風儀」を考慮したとしても、妾とその子を本妻や嫡出子と同じように保護することを許されないと考えていたことが分かる。

対して江藤も「妾ヲ禁セント欲」して「廃妾ノ説」を起こすと言っているように、妾の廃止に積極的であることが分かる⁶⁷。この姿勢の一方で、「私生ノ子」については日本で差別的な取り扱いがあると言うことを述べるに過ぎないが、妾の子である「私生ノ子」に対しても否定的な見方であったと推測される。

日本では妾が認められていたのにもかかわらず、二人はその廃止を訴えたのであった。

差別的取り扱いの理由

当時法律上で妾が認められていた日本において⁶⁸、なぜ彼らは妾や「私生ノ子」に対して本妻や嫡出子と同等の権利を認めようとしなかったのか。江藤については「国の富強」の達成という観点からこれを考えなければならないであろう。

明治6年1月15日、婚姻手続きが話し合われた後に、以下の発言があった。

② 妻ヲ迎ルハ家産相続其外終身ノ活計等ニ関スル故妾ナトノ慰ミモノトハ大ニ異ナリ故ニ法律モ甚厳ニ立サレハ家ノ敗滅ニ関係スル大訴訟起ル夫故妻ヲ迎ルト妾ヲ買トハ大ニ気分ニ相違アリ

㊦ 我邦ニ於テモ其情合ハ少シモ異ナルコトナシ
(明治6年1月15日：52頁)

ブスケによると、妻は家産、相続、「終身ノ活計」に関連するが、妾は「慰ミモノ」であり、法律を厳しくしなければ「家ノ敗滅」に係る訴訟が起こるというのである。

フランスにおいて父の死に際し、正式な婚姻を結んだ妻との間の子どもが嫡系相続人の第1順位として分割相続が行われることとなるのであるが、ブスケは別の日にこれと同趣旨の発言をしていた⁶⁹。そしてブスケは、夫＝父によって一元的に「家族」の財産が管理されるフランスにおける「家族」像を説明していた。したがって、妻は家産、相続、「終身ノ活計」に関連するという発言は、ブスケの前提とするフランス民法の「家族」像から出た発言だと考えられる。

さらにフランス民法では、婚姻の尊重と正婚の家族の保護から自然子は差別されていた。したがって、ブスケは財産に関わる妻とは異なり妾は「慰ミモノ」であると述べたと考えられる。

次にこのブスケの見解を、江藤は追認していたのであるが、妾については前述のように日本では必ずしも「慰ミモノ」としてのみ扱われていたのではなく、「家」の継承者を再生産するために必要とされる場合もあった⁷⁰。江藤は、「家」の

「業を勤め」る主体の中心に夫婦を据えていたため、日本の現状に反して妾を否定的に見ていたのではないだろうか。

以上のように、ブスケはフランス民法の「家族」像を背景にしつつ夫婦は財産の保護にとって重要であると考え、江藤は「国の富強」の達成に適わないと考えたため、差別的な取り扱いを認めたのではないだろうか。

次に問題になるのは、夫婦が守る財産あるいは夫婦によって蓄積された「家」の財産は、夫または妻の死後にどのように扱われるのかという問題である。次項では財産を主に次世代（直系卑属）に引き継ぐものである相続について検討する。

第4項 相続

相続の方法

夫婦の協力によって「家」の財産を増やし「国の富強」を実現したいと考える江藤にとって、財産の移転に関わる相続という問題も、「国ノ富強」の達成という観点から理解されることになる。江藤は「辞表」のなかで財産を残すことの重要性について述べている。

江藤は、人の「常情」において子孫を思うより切なるものはないにも拘らず、先述のように親族に子が財産を奪われるなど、父親が早死にし裕福な家の子でも乞食となる状況では、国民が「業を勤め」ないのも無理はないと言う⁷¹。彼は、適切に親から子へと財産が残される制度がなければ、国民が「業を勤め」ない状況に陥ると考えた。国民が「業を勤め」ることは、江藤の目指す「国の富強」において不可欠の要素であった。それゆえ子孫を思い国民が「業を勤め」るようにするために、子へ財産を残す相続の制度を整備することは重要だったと考えられる⁷²。

それではいかなる方法で相続はなされるべきだったのだろうか。江藤は単独相続を主張し、ブスケは分割相続を提案する。明治5年11月18日、江藤の次の発言をきっかけに相続に関する議論が始まった。

㊦ 嫡男ニ相続セシムルコトハ日本ノ法大切ナリ
変易スベカラス

(中略)

㊧ 封建変シテ郡県トナレトモ家法ハ封建也家
ヲ郡県ノ如ク分ケ衆子ニ財産ヲ分配スヘシ

㊦ 家ヲ分チ郡県ニスレハ財産分レテ家産少分
ニナル一國ノ富強ヲ成シ得難シ故ニ人ニ
家財ヲ分タス代々相続スルヲ善トス (後略)
(明治5年11月18日:46頁)

江藤は嫡男に相続させることが日本の大切な法で変えてはならないと言う。江藤は嫡男(嫡出の長男)への単独相続が望ましいと考えていた。では当時の日本では、江藤の言うように嫡男への単独相続は一般的に行われていたのか。

明治初年に全国の民間習慣⁷³によると、確かに全体的に嫡長男子相続が一般的であったという。しかし、長男が家業経営能力に劣ると判断されたときや早く家族労働力の補充を図る必要のあるときは、後継者確保のため養子や二男以下に家を継がせることや、妾を置くことも認められていた。それゆえ「家」の運営の継続が重要であると考えられ、血縁原理より組織原理が優先される場合があったと考えられる⁷⁴。明治3年の新律綱領では嫡長男子相続主義が採られたのではあるが⁷⁵、その後法令は「家」の維持を目的として比較的自由に相続人を選んできた平民の慣習に引きずられていくことになる。実際に諸裁判所は、嫡長男子相続や血統の連続性にこだわることなく、子女・遺妻・母親などへの相続も柔軟に判断していたのである⁷⁶。

このように見ると嫡男への単独相続は、当時においては必ずしも確立された原則だったとは考えられない。しかし、江藤は、日本の慣習ということ以上に、ブスケの言うように「家ヲ分チ郡県ニスレハ財産分レテ家産少分ニナル」ため、「国ノ富強ヲ成シ得難シ」と考えていた。つまり「国ノ富強」という観点から単独相続を主張していたのであるが、この点については、後に検討する。

これに対してブスケは、「衆子ニ財産ヲ分配ス

ヘシ」として分割相続を求める。この点、フランス民法でも分割相続が採用されていた。法定相続について、相続財産は、財産の性質や由来による区別なく一体として(732条)、まず嫡系相続人に相続され、その第1順位である子の法定相続分は、性別も出生の前後も問わず、平等であると定められていた(745条)。したがって、ブスケの発言はフランス民法の規定に基づいたものだったと考えられる。

単独／分割相続の理由

江藤とブスケは、日本に導入すべきは単独相続かそれとも分割相続かについて決定的に対立した。引き続き彼らはそれぞれの必要性を説明する。

㊦ 日本ニテハ家産少ナレハ衆子ニ分テハ皆貧賤ニ落ツ八百両ヲ四人ニ分レハ二百両ノ小商トナル二百両ヲ又四人ニ分レハ商売モ出来サルニ至ルナリ

㊦ 其父隠居ナレハヨロシカル可シ若シ羈旅其外俄ニ変死等ノコトニ係レハ其子皆以乞食ノ憂アリ惣領ノ一人ハ寒飢ヲ免ル位ノコトニテ日本ノ人民ハ纔カノ活計ニ過サルコトナレハ仏國法ニ一概成シ難シ

㊧ 俄ニ変死等ノ後数人ノ子皆遺金ニテ生活スルニ非ス衆子皆其手足ノ力智力ノ働キニテ生活スル訳ニテ其本元手足ノ助ニ成ル為メノ遺金ヲ衆子ニ分配ス其助ケ金ヲ得テ衆子生活ノ便宜ヲ得ル趣意ナリ

㊦ 大家ノ主ハ衆多ヲ要セス譬ヘハ一万両ノ働キアル家主十人アランヨリ八十万両ノ働キヲ為ス一人アリテ九人ハ手足ノ働キニ服スル方ヲ善トス

㊧ 右ノ子細ヲ詳ニセント問 甚不承知ノ体ニテ問フ

㊦ 其子細ハ百万両ノ人ハ巨大ノ商家其外豪放ノ働キヲナス千両内外ノ商人ハ論ニ関ラス國ノ為メ大関係アルハ十万両ヲ利多シトス

㊧ 國ノ為メトノ論説ハ御尤ト存ル也

㊧ 併シ分ツノ利方ハ万金ヲ一人シテ持学問ス

レハ一人ハ智者ニモナルヘシナレト之ヲ千人ニ分テハ九百九十九人トモ智者ヲ生ス是レ国ノ大益ナリ且万金ヲ千金ニ分ツト雖トモ其家追々万金ノ富ヲ保ツ者モ出来ル尤大商ハ会社ヲ結フノ法アリ之ニ因テ大商売ヲ為スヘシ

● 商社モ千金ノ人多ヨリモ万金ノ一人ノ方大利アルヘシ

此論一得一失アリテ決シ難シト雖トモ相続法ハ日本ノ法換フヘカラストノ衆議也

(明治5年11月18日：46-47頁)

元々多くない「家」の財産が分割されさらに少なくなり、「皆貧賤ニ落ツ」と考えたため、江藤にとって分割相続は認められないものであった。この点をもって「仏国法ニ一概成シ難」いとする。それゆえ財産が分割されずに集中することが江藤にとって理想の状態とされる。すなわち「一万両ノ働キアル家主十人」がいるよりは、「十万両ノ働キヲ為ス一人」がその他の9人を手足のように働かせることが良いこととされるし、「百万両ノ人」は巨大な商家を持ちその他「豪放ノ働キヲナス」ことができるが、「千両内外ノ商人」は論外であり、これよりも「十万両」の人の方が利益が大きいということになるのである。江藤は、財産が多い方が「国ノ為メ」に「巨大ノ商家」を形成して「豪放ノ働キヲナス」ことができると考えた。

ブスケはこれに次のように反論する。相続人は相続財産のみで生活するわけではなく、その者の働きによって生活するのであるから、その助けになるように分割相続にすべきである。さらに複数人に財産を分配すれば彼らが学問をして智者になり、次第に「万金ノ富ヲ保ツ者モ出来ル」のであって、大きな商売をしたいのであれば、会社を設立すべきであると述べる。

ブスケの大きな商売をするならば会社を設立すべきであるという主張に対しては、江藤は商社も「千金」の人が多くいるよりも「万金」の人が1人いた方が大きな利益があると言っている。すな

わち江藤が単独相続を主張する背景には、国のためには少ないながらも多くの人が財産を持っている状況よりも、財産は誰かに集中すべきであり、さらにその財産は多ければ多いほど好ましいという考えがあったと言える。財産を集中すべき「誰か」とは、「家」の商売では「家主」、相続という局面では嫡男だった。

ところで相続すべき嫡男が存在しない場合は、どのような措置が取られるのであろうか。江藤は妾と「私生ノ子」について否定な立場であった。それゆえ後継者確保の手段としては養子が残されるであろう。しかし、この点に関して、江藤については明治3年制度局での民法会議の頃の文書とされる断片的な史料しか残っていない。一方でブスケは、江藤退出後の民法会議や同時期と思われる文書を残している。次項では、江藤退出後の審議におけるブスケと日本側の養子に関する議論の主な争点を確認し、江藤の養子に関する考えを検討する。

第5項 養子

養子の目的

既に江藤が司法省から去った明治6年5月30日に養子についての審議が始まる。これを見る前に、議論の前提となるフランスにおける養子について確認する。

旧体制下のフランスにはそもそも養子制度は存在していなかったが、当時第一統領であったナポレオンの関与の下で、フランス民法において、養子縁組は家族法とは異質の財産法的性格を帯びた相続契約・扶養契約として構成された⁷⁷。

一般的な普通養子縁組は、養親は50歳以上の男女で嫡出の卑属がなく、養子より15歳以上年長であることを要し(343条)、養子は未成年中6年間養親によって養われた成年者であることが求められる(345条1項前段)という成年者間の行為とされた。その主だった効果としては、養子は、養親と相互に扶養義務を負い(349条)、養親を嫡出子の地位において相続する(350条)というものであった⁷⁸。これを踏まえてブスケの発言を検討する。

養子ノ事ハ仏國法ト日本法ト異ナレハ「コート」〔フランス民法〕ノ儘ニテハ風俗人情ニ適ヒ難カル可シ依テブスケ氏別ニ兩國法ヲ斟酌シテ草稿ヲ立テタリ而シテ云其適スルヤ否ハ衆論アルヘシ

(明治6年5月30日：71頁)

ブスケはフランスにおけるような養子を日本にそのまま適用することは難しいという理由で、両国の法を斟酌した草案を作成したとあり、引用部分の直後に実際に「ブスケ氏草本 養子ノ事」全12条が記載されている。さらにその草案に対して日本側の質問があり、「六月十三日ブスケ氏へ質問」全13条が書き加えられている⁷⁹。

ブスケが「兩國法ヲ斟酌」したことに關して、その方針を示す文書として、この民法會議の時期に書かれたと思われる「養子ノコトニ付 ブスケー氏再度ノ見込」(以下、「再度見込」)⁸⁰がある。

それによると、一方で日本には「家名決シテ断滅ス可カラサルノ規則」があり、養子は家名を残し「家」を永遠不朽にするためのものであるという。他方でフランスの養子は実子がいないう者に「親タルノ歎情」を持たせるために「親子ノ倫」つまり親子のあるべき関係を作るものであると説明している。

先述のように、日本では「家」の運営の継続が重視されていたため、日本の養子に対するブスケの見方は妥当と言える。しかし、フランスで養子制度は成人間の財産移転契約に過ぎず、それはほとんど用いられていなかったものであり⁸¹、フランス民法での養子は、ブスケの言うような制度ではなかった。彼の認識は正確なものではなかったが、以下のように両国における目的を折衷した草案を作成するべきであると述べる。

我草案ハ日本ノ養子ノ目的ト佛蘭西ノ目的トヲ折衷セントスル所ナリ故ニ我論ニ據ル時ハ家名ヲ永遠不朽ニ傳ヘ且男女ノ兒ノ相当ノ者ヲ擇ミテ養子ト為シ利益ヲ被ラシムルヲ得可シ

(「再度見込」『教師質問録』2篇)

すなわち家名を残せるような措置をとりつつ養子となる男女にも養子縁組が利益となるようにすべきである。しかし、この点について、婿養子を認めるか否かという問題で、日本側と意見を異にすることとなる。

婿養子

民法會議において婿養子を取りあげられたのは、日本側から出された「六月十三日ブスケ氏へ質問」であり、その中の第6～13条で婿養子を認めるべきことが論じられている。特に第6条には「女子ノミニシテ家督相続ノ男子無キ者ハ人ノ子ヲ婿養子ト為スコトヲ得可シ」とある⁸²。ブスケが6月8日の「ブスケ氏草本 養子ノ事」で婿養子について一切規定しなかったため、婿養子を必要とした日本側はその必要性を訴えたのであった。

これに關して、ブスケはまず「再度見込」の冒頭で養子を三種に分類し、その一つに婿養子を挙げている。すなわち婿養子とは子どもに女子のみで男子がいないう男性、夫婦、寡婦が養子を取り、その者を女子の配偶者とすることであると定義している⁸³。

そしてこれに續けて婿養子の問題点を指摘する。

民法取調届^(ママ)ノ草案ニテハ女子アル人ニ養子ヲ為ス事ヲ許シタルカ故ニ其趣意大ニ「コーテ」〔フランス民法〕ノ趣意ト異ナレリ蓋此草案ニ據レハ女子全ク其財産ヲ得ルノ權利ヲ失フ可キカ故ニ右様ノ場合ニ於テハ婿養子ノ外許サザルヲ以テ正理ナリトス

(「再度見込」『教師質問録』2篇)

婿養子の問題点について、「民法取調届ノ草案」つまり日本側が提示した「ブスケ氏へ質問」全13条において、女子がいるのにも拘らず養子をとることは、フランス民法の趣旨とは大きく異なるという。ここでブスケの考えるフランス民法における養子の趣旨とは、実子がいないう者に「親タルノ歎情」を持たせること、さらに養子となる子どもの利益を守ることであった。

しかし、日本側の草案では女子は財産を得る権利を失うべきものとして規定されていると彼は考えている、すなわち女子がいる場合に認められる婿養子は、女子に相続権を認めずに養子となる男子を相続人として確保するものであるというのである。フランス法においては長幼・性別を問わず男子と同じように女子にも相続権が認められており(745条)⁸⁴、養子の趣旨を先述のように考えているブスケにとって、婿養子は容認できないものであった。

江藤は婿養子についてどのように考えていたのか。明治3年の制度局での民法会議の時期に書かれたと考えられている「相続法草案断簡」⁸⁵に婿養子に関する記述がある。全4カ条が挙げられているなかの一つに「天下一般女子ハ婿養子御停止之事」とあり、ここでは江藤は婿養子を停止することを望んでいたと考えることができる⁸⁶。この点について、江藤は「国の富強」の論理のもとで夫婦の結びつきに重きを置いており、正婚の夫婦関係から排除される妾や私生児に対しては否定的な立場をとっていたことを考えると、嫡出の女子を差し置いて、嫡出でなくて血縁関係さえもない男子に相続権を与えることを認めなかったと理解できるのではないだろうか。

ところが同時期に著されたと考えられる先述の「法度案」では、江藤は婿養子を容認していた。すなわち「臣民ノ家男子無之節無血統ニテ養子相続禁之但女子血統ニテ他人婿養子トシ或ハ姉妹姑姪等ノ子ヲ養子ハ不苦事」である⁸⁷。本文では「家」に男子がいない場合に「無血統」の養子による相続は禁止せねばならないとあるが、但し書きで女子の「血統」で他人を婿養子にすることと姉妹姑姪の子を養子にすることを認めている。

この二つの文書は一見矛盾しているように思われるが、両者は同時期に書かれたとされるものであり、江藤の夫婦関係に関する考え方を念頭に整合的に解釈すると、「相続法草案断簡」は上述のように嫡出でなく血縁関係もない男子に相続権を与えることを認めなかったのであり、「法度案」も同じく「無血統」の養子(男子)に相続を認め

ることを許さず、さらに嫡出の男子がいない場合には嫡出である「血統」の女子あるいは近親者で代替しなければならないと規定していたと理解することができるのではないだろうか。

したがって、「家」に男子がいない場合、「無血統」の養子(男子)を相続人にすることは禁止にするが、「家」の存続のために例外として嫡出である「血統」の女子がいる場合に婿養子を認めることや女系の養子を相続人にすることを規定していたと考えられる。これらは必ずしも矛盾したものではなかったとすることができる。

ここで女子に相続権を認めずに男子を相続人にすることを問題視する点で、江藤とブスケと共通しているように思われるが、その結論に至る背景にある「家族」像には相違があることに留意する必要がある。

江藤は嫡男への単独相続を主張していた。これは確かに男子が女子に優先するのではあるが、相続人を男子のみに限定しているわけではなく、「血統」に属する「嫡出」の者であることが江藤にとって重要だったのではないかと考えられる。

第3節 小括

「辞表」や民法会議の審議の検討から明らかにしたのは以下の五つである。

第一に、身分証書を財産との関係から捉えた点である。フランス民法においてこれは必ずしも明確ではなかったが、ブスケはフランス民法における「家族」像を背景に、財産の管理の夫への一元化という意味で「家産ノ保全」を身分証書に期待した。江藤は身分証書、特に出産証書によって子どもの「財産権利」を明確化し、夫婦間や親族による子どもへの財産の侵害を防ぐことができると考えた。江藤は、身分証書に彼なりの役割を見出していたのである。

第二に、夫婦を国家との関係から捉えた点である。フランス民法では「家族」を秩序維持の手段として捉えており、身分吏の挙式への関与が婚姻の公証となることが定められていた。これと同じくブスケは夫婦を「治国ノ基」と述べ、身分吏の

挙式への関与を必要不可欠のものと捉えていた。この点「法度案」における地方官による民事身分の変動への願出や「辞表」での軍隊の比喩などを見ると、江藤も国家が民間の交際を管理すべきと考えていたのではないと言える。それだけでなく江藤は、夫婦は「国の富強」に必要な協力して「家」の「業を勤め」る単位だと考え、夫婦の活動が国家の発展に貢献することを期待していた。それゆえ離婚や婚姻の頻発を防ぐために、フランスにおける婚姻手続きの嚴重性に注目し、役場前挙式を採用することを決めたのである。

第三に、妾と私生児を否定した点である。ブスケは上述のような「家族」を想定するフランス民法を背景にこれらを否定的に考え、妻は家産に関わるものとしつつ妾を「慰ミモノ」とであると述べていた。江藤は日本の現状に反してブスケの発言に同意していたが、「業を勤め」る主体として夫婦を重視していたため、妾や私生児を「家」から排除したと考えられる。

第四に、相続における意見対立である。ブスケはフランス民法の規定に従い、性別や出生の順序を区別しない分割相続を提案した。しかし、江藤は、財産の細分化は貧困を促進するという現状認識を背景に「国の富強」の観点から「家」の財産の分割を防ぐために嫡男への単独相続を主張した。

第五に、婿養子の是非である。フランス民法では長幼・性別を問わず男女に相続権が認められており、ブスケは婿養子を女子の相続権を奪うものとして禁止しようとした。江藤はブスケと同じく婿養子を認めなかったが、それは「無血統」の養子（男子）を相続人にすることを禁止するという意味であった。男子がいない場合には、女子の「血統」で「家」を相続させることは認めていた。

第4章 おわりに

民法編纂やそこに表れる夫婦や相続という問題は、「国の富強」達成への道筋のうえに位置付けられた。江藤は、日本の対外的独立を獲得して条約改正を達成するための第一段階として法律体系

と司法制度を整備することで、民心は安堵し、国民は安心して「業を勤め」ることができると言った。そして夫婦を中心に国民が「業を勤め」ることで裕福になり、税収が増え、各種政策を振興し、「国の富強」が実現できるのである。

江藤の考える「国の富強」においては、国民が「業を勤め」ということが重要な要素であった。それに加え財産は分割すべきではなく、集中された財産は多いほど好ましいという考えがあったため、江藤は国民が「業を勤め」る際に、国民にとって身近な集団である夫婦あるいは「家」に期待したと考えられる。しかし、江藤によると、当時の日本では「家」を規律する法の未整備が原因で、夫婦は協力して「家」の「業を勤め」る気持ちに乏しかったため、彼は民法の制定を急がなければならなかったと考えた。江藤の主眼は次の三つである。

第一に、「財産権利」である。安心して経済活動を行うには、富を蓄えるための「財産権利」の保障が必要となるのである。

第二に、婚姻の法である。婚姻手続きを厳重にし、さらに妾と私生児を排除することで、夫婦の結びつきを強化しなければならなかったのである。

第三に、相続である。遺産が子どもへ適切に相続されない状況では、国民が「業を勤め」なくなるため、相続の制度の整備が重要であったのである。そして分割相続では家産が少なくなるため、その方法は嫡男への単独相続が望ましいと考えた。

以上のように、出産、婚姻、死去・相続を規律するものが江藤にとっての民法であり、民法の整備は「国の富強」に必要な不可欠であった。

江藤の民法編纂が「敷衍民法」と評価されてきたことについては、本稿の分析によって必ずしも「敷衍」とは言えない江藤の編纂への姿勢が浮かび上がる。

江藤は「国の富強」に最も適う「家族」を実現するためにフランス民法の制度を選択的に採用したのである。身分証書について、経済活動の前提となる「財産権利」を明確にするものとしてこれ

を採用したし、役場前挙式についても、夫婦を協力して「家」の繁盛のために「業を勤め」させるものとして、婚姻手続きの厳重性を江藤なりに評価したからこれを採用したのであった。妾や私生児に対する姿勢や単独相続についても、その主張の背景には「国の富強」という江藤の論理が存在していたのである。

一方でブスケの日本における民法編纂への取り組みは、従来日本の事情を考慮してフランスとの折衷的な提案をしたと理解されてきたし、ブスケ自身もそのように述べていた⁸⁸。しかし、審議の分析の結果はそれとは異なった内容を明らかにしたと言える。

ブスケは大体においてフランス民法を背景に発言を行っていたが、身分証書については、原始規定では必ずしも明確ではない「家産ノ保全」の観点から説明を行っていた。この点、彼はフランス民法を彼なりに解釈し解説をしていたと考えられる。また当時の日本では「家」の存続のために妾や非嫡出子、婿養子などが認められていたのであるが、ブスケはこれらをいずれも否定的に見ていた。すなわち日本の事情を考慮すると言いつつも、家名を残すために当時採られていた手段を認めようとしなかったと言える。相続、養子という論点に関する限り、必ずしもブスケは「両国法ヲ斟酌」する考え通りに民法編纂を進めることはできていなかったのではないだろうか。

先行研究に対する本稿の意義として、以下の三点を指摘することができる。

第一に、日本の対外的独立達成の具体的なプロセスとそこにおける民法編纂の位置づけが明らかとなった。江藤は、必ずしも民法編纂を「人民の権利」を保護するためだけに推進したのではなく、「国の富強」に必要な夫婦を中心とした主体が「業を勤め」ることができる環境を整備するためにこれを行っていた。

第1章第2節で整理したように江藤の評価は二分されており、近年の研究は各論点について分析を行うものがほとんどであったが、本稿が江藤によ

る民法編纂の内実の検討を行ったことで、先駆的と言われてきた民法編纂と「国の富強」は江藤にとっては地続きのものだったことが解明された。それゆえ江藤は感情の保護のために民法編纂を開始した（土屋2007）のでなく、また民法編纂が「司法制度整備の方便」（大庭2017）だったのでないことが分かる。

第二に、司法省民法会議の時期に限って、江藤が推進した民法の内容が明らかとなった。

江藤は、「国の富強」の論理を前提に、身分証書による個々人の「財産権利」の明確化、役場前挙式による婚姻手続きの厳格化や、妾と私生児の排除による夫婦の結びつきの強化を目指した。小林（2012）や川島・利谷（1958）は身分証書を採用したのは江藤の思想が「個人主義」であったからだと言うが、江藤は身分証書に独自の意味を見出し、それに注目したのである。

最後に、江藤の民法編纂への姿勢についてである。彼が作ろうとした民法は、穂積（1916）による「敷写民法」との評価以来、この点について十分に内実が検討されることはなかった。しかしながら、実質的な審議を見ると、江藤はフランス民法をそのまま受容したわけではなく、また手塚（1944）や石井（1944）が指摘するように日本の事情に合わせて補足的な規定を加えていたというだけでもなかった。江藤はブスケの講義を基にフランス民法の趣旨を自分なりに解釈し、理想の「家族」像に合致する規定を選択したのである。この点において、江藤の民法編纂が「敷写民法」ではなかった。

【参考文献】

●論文・書籍

石井良助（1944）「民法典の編纂—民法決議より民法仮法則迄—」『国家学会雑誌』58（2）（『民法典の編纂（法制史論集 第4巻）』創文社、1979年所収）

——（1963）「民法決議第三編至第五編」『法学協会雑誌』80（11）（『民法典の編纂（法制史論集 第4巻）』創文社、1979年所収）

- (1979)『民法典の編纂（法制史論集 第4巻）』創文社
- 稲本洋之助（1959）「フランスの養子法」『比較法研究』19
- (1985)『フランスの家族法』東京大学出版会
- 今中和美（2013）「江藤新平とその時代」『法学ジャーナル』88
- 大槻文彦（1907）『箕作麟祥君伝』丸善
- 大庭裕介（2009）「江藤新平の政治行動」『国史館史学』13
- (2012)「江藤新平の政治思想」『日本歴史』765
- (2013)「司法省におけるフランス法受容の端緒—草創期から江藤司法卿へ—」『国史学』209
- (2017)「太政官期の法典編纂における「西洋」「非西洋」—江藤新平と大木喬任の比較を通して—」『明治維新史研究』14
- 大間敏行（2006）「江藤新平の教育構想—「道芸ニ学ヲ開ク」の展開と帰結—」49
- 笠原英彦（1992）「江藤新平と司法省—司法政策の政治的背景—」『法学研究』64（1）
- (2010)『明治留守政府』慶應義塾大学出版会
- 川口由彦（1998）『日本近代法制史』新世社
- 川島武宜・利谷信義（1958）「民法（上）（法体制準備期）」鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明責任編集『講座 日本近代法発達史』勁草書房
- 菊山正明（1993）『明治国家形成と司法制度』御茶の水書房
- 北村一郎（2006）「作品としてのフランス民法」北村一郎編『フランス民法の200年』有斐閣
- 狐塚裕子（1993）「教部省の設立と江藤新平」佐々木隆・福地惇編『日本の政治家群像』吉川弘文館
- 小林忠正（2012）「名の法をめぐる民法草案と全国惣体戸籍法の対峙—明治6年小野組転籍事件をとおして—」『日本法学』78（1）
- 島善高（2007）「江藤新平の「国法」論序説」『江藤新平関係文書の総合調査』
- (2008)「律令制から立憲制へ—江藤新平の場合」『法史学研究会会報』13（島善高（2009）『律令制から立憲制へ』成文堂所収）
- ジャン・ルイ・アルペラン／野上博義訳（2007）「コード・シヴィルの200年—法制史家のまなざし」石井三記編『コード・シヴィルの200年 法制史と民法からのまなざし』創文社
- 柴谷義信（1989）「裁判制度」鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明編『講座日本近代法発達史』第6巻、勁草書房
- 滝沢正（2008）『フランス法』三省堂
- 辻富介（2007）「江藤新平の宗教観に関する考察」『江藤新平関係文書の総合調査』
- 土屋怜（2007）「明治初期における民法作成の意義—江藤新平が民法編纂を開始した理由」『日本史の方法』6
- 手塚豊（1938）「ボアソナード案以前の民法草案」『三田法学』創刊号
- (1944)「明治初年の民法編纂—江藤新平の編集事業と其の草案—」『司法資料』別冊21
- (1948)「明治初年の民法草案—特にブスケ案と覚しき断片に就いて—」『法学研究』21（7）
- (1967)「司法省法学校小史（1）」『法学研究』40（6）
- (1968)「司法省御雇外人ブスケの法学校に関する建議」『法学研究』41（4）
- 遠山茂樹（1957）「民法典論争の政治史的考察」明治史研究連絡会編『民権論からナショナリズムへ（明治研究叢書第四巻）』御茶の水書房
- 利谷信義（1963）「明治前期の法思想と裁判制度」『法律時報』35（6）（利谷信義編（1972）『法と裁判 法学文献選集5』学陽書房所収）
- 中村敏子（2016）「家」米原謙編『政治概念の歴史的展開第9巻 「天皇」から「民主主義」まで』晃洋書房
- 西堀昭（1981）「ジョルジュ・イレール・ブスケ（Ⅰ）（Ⅱ）」『日仏文化交流史の研究—日本の近

- 代化とフランス人―』駿河台出版社
- 沼正也（1960）『財産法の原理と家族法の原理』三和書房
- 野田良之（1961）「明治初年におけるフランス法の研究」『日仏法学』1
- （1966）「日本における外国法の摂取：フランス法」伊藤正巳編『外国法と日本法（岩波講座現代法14）』岩波書店
- （1977）「ジョルジュ・ブスケの『Le Japon de nos jours』雑観―同書刊行百年を記念して―」手塚豊教授退職記念論文集編集委員会『明治法制史政治史の諸問題』慶應通信
- 原田純孝（2006）「相続・贈与遺贈および夫婦財産制―家族財産法―」北村一郎編『フランス民法の200年』有斐閣
- 福島正夫（1970）「明治初年における西洋法の継受と日本の法および法学」（福島正夫（1993）『福島正夫著作集 第一巻 日本近代法史』勁草書房所収）
- （1977）「司法職務定制の制定とその意義―江藤新平とブスケの功績」『法学新法』83（7・8・9合併）（福島正夫（1993）『福島正夫著作集 第一巻 日本近代法史』勁草書房所収）
- 福島正夫・利谷信義（1957）「明治以後の戸籍制度の発達」中川善之助・青山道夫・玉城肇・福島正夫・兼子一・川島武宜編『家事裁判 家族問題と家族法Ⅶ』酒井書店
- ブスケ著／野田良之・久野桂一郎訳（1977）『ブスケ 日本見聞記―フランス人の見た明治初年の日本（1）（2）』みすず書房（Georges Hilaire Bousque, *Le Japon de nos jours*, 2 vol. 1877の抄訳）
- 穂積陳重（1916）『法窓夜話』有斐閣
- 堀内節（1962）「解題 民法口授」福島正夫『「家」制度の研究 資料編Ⅱ』東京大学出版会
- （1974）「御雇法律教師のブスケとボアソナード：雇入から雇止までの経過」『比較法雑誌』8（1）
- ボルトリス／野田良之訳（1947）『民法典序説』日本評論社
- 松本三之介（1961）「天皇制法思想（上）」鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明編『講座日本近代法発達史』第10巻、勁草書房（松本三之介（1969）『天皇制国家と政治思想』未来社所収）
- 野半介（1968）『江藤南白（上・下）』原書房、1968年（マツノ書店、1914年）
- 水林彪・大津透・新田一郎・大藤修編（2001）『新体系日本史2 法社会史』山川出版社
- 向井健（1958）「『民法口授』小考」慶應義塾大学法学部編『慶應義塾創立百年記念論文集（法学部）第一部・法律学関係』
- （1977）「〈ブスケ案〉小論：そのプロローグ」『法学新報』83（10・11・12）
- （1982）「民法典の編纂」福島正夫編『日本近代法体制の形成』下、日本評論社
- 村上一博（2015）「明治前期の判決例にみる女性と相続」明治維新史学会編『講座明治維新9 明治維新と女性』有志舎
- 毛利敏彦（1987）『江藤新平―急進改革者の悲劇―』中央公論新社（増補版、1997年）
- （2001）「学校教育は「西洋ノ丸写シ」で―初代文部大輔の歴史的決断」『法学雑誌』43（1）（毛利敏彦（2002）『明治維新政治外交史研究』吉川弘文館所収）
- （2002）「明治初期政治・法制史における江藤新平―『江藤新平関係文書』解説」『明治維新政治外交史研究』吉川弘文館
- （2008）『佐賀藩と明治維新』中央公論新社
- 山口亮介（2010a）「明治初期における「司法」の形成に関する一考察―江藤新平の司法台構想とその典拠に見る議論の諸契機―」『法制史研究』59
- （2010b）「明治初期における「司法」の展開過程に関する一試論―ブスケ・江藤新平と司法省職務定制―」『法政研究』77（3）
- 山田央子（2018）「江藤新平の政体観に関する一考察―「左院」および「国議院」構想を中心に―」『青山法学論集』60（1）

●一次史料

江藤新作『南白江藤新平遺稿 前集・後集』吉川半七、1900年

島善高「江藤新平関係文書-書翰の部 (1)-」『早稲田社会科学総合研究』4 (1)、2003年

島善高「真木なお子氏所蔵 江藤新平関係文書」『早稲田社会科学総合研究』7 (2)、2006年

広瀬順昭編修／杉谷昭・毛利敏彦監修『江藤新平関係文書』北泉社、1989年

福島正夫『「家」制度の研究 資料編Ⅱ』東京大学出版会、1962年

『教師質問録』初篇・第2篇、明治5-8年（明法寮翻訳課写本）（国立国会図書館デジタルライブラリー）

●法律関係

石井紫郎・水林彪校注『法と秩序 日本近代思想体系7』岩波書店、1992年

司法省編『全国民事慣例類集』1880年

内閣記録局編『法規分類大全 第一編官職門12・官制・刑部省彈正台司法省1』1890年

中村義孝訳「『1804年ナポレオン民法典』(1) - (5)」『立命館法学』372 - 374、377 - 378、2017 - 2018年

法務大臣官房司法法制調査部編『法務資料第433号 フランス民法一家族・相続関係』1978年

法務大臣官房司法法制調査部編『法務資料第441号 フランス民法一物権・債権関係』1982年

箕作麟祥口訳／辻土革筆受『仏蘭西法律書 民法』大学南校、明治4 (1871) 年

明治文化研究会編『明治文化全集 第9卷正史篇上巻』改版、日本評論新社、1956年

明治文化研究会編『明治文化全集 第13卷法律篇』改版、日本評論新社、1957年

●辞典類

諸橋轍次・鎌田正・米山寅太郎『広漢和辞典』大修館書店、1981-1982年

山口俊夫『フランス法辞典』東京大学出版会、2002年

『国史大辞典』吉川弘文館、1979-1997年

¹ 年月日は、明治5年までは旧暦で、明治6年以降は新暦で表記する。

² 稲本 (1985) i頁。

³ ボルタリス (1947) 94頁。

⁴ 穂積 (1916) 211頁。

⁵ 伝記研究は数多く、江藤新作『南白江藤新平遺稿 前集』（吉川半七、1900年）、的野半介『江藤南白』上・下（マツノ書店、1914年）、杉谷昭『江藤新平』（吉川弘文館、1962年）、毛利敏彦『江藤新平』（初版、中央公論新社、1987年）、鈴木鶴子『江藤新平と明治維新』（朝日新聞社、1989年）、江藤冬雄『南白江藤新平実伝』（佐賀新聞社、2000年）、星原大輔『江藤新平』（佐賀県立佐賀城本丸歴史館、2012年）、大庭裕介『江藤新平』（戎光祥出版、2018年）等さまざまである。

⁶ 江藤が民法編纂に取り組んでいた時期の民法草案の史料状況の詳細は、今中 (2013) を参照。

⁷ 『遺稿』後集51-58丁。江藤の史料について、ここは主に以下を用いる。『南白江藤新平遺稿 前集・後集』（以下『遺稿』）、『江藤新平関係文書』（目録に付された表題を用い、リール番号一分類番号一史料番号の順に記す）。表記の方法は毛利 (2002) を参考にした。引用中〔〕は筆者による。また引用の際には旧漢字を新漢字に、異字体を正字体に改めた。

⁸ 官制の変遷などは川口 (1998) を参照した。

⁹ 司法省創設に至るまでの政治過程と江藤の構想の展開は、菊山 (1999) を参照。

¹⁰ 毛利 (2002) 191頁。大庭 (2009) 59頁。大学改革については毛利 (2001) を、教部省設置や宗教行政については狐塚 (1993)、大間 (2006) を参照。

¹¹ 「江藤新平関係文書-書翰の部 (1)-」『早稲田社会科学総合研究』4 (1) 78頁。

¹² 菊山 (1993) は、「国の基本法について岩倉公の下問に対する答申書」は岩倉に対する江藤の

- 意見書の草稿であり、実際に提出されたものは「建国体云々江藤胤雄議」（国立国会図書館憲政資料室蔵「岩倉具視文書」岩倉家蔵書類・明治三年「建国策之件」）だという。菊山（1993）110-111頁、注（14）。また松尾（1982）51頁。
- ¹³ 「民法決議」のほかに同時期に編まれたと考えられている草案に「民法会議第一」「民法会議第二」が存在する。「民法決議」に関する先行研究や資料の状況については今中（2013）205-208頁を参照。
- ¹⁴ 「家」を単位として国民を把握する戸籍法に対して、身分証書は「国民を一人の個人としての地位において識別し登録しようとするもの」であり、「江藤の目指す制度であった」ということが指摘されている。今中（2013）208頁、川島・利谷（1958）6頁。
- ¹⁵ 松尾（1982）51頁。菊山（1993）100頁。
- ¹⁶ ここで江藤が纏まらないと言っている民法会議とは、明治3年9月から制度局で開始された民法会議のことである。
- ¹⁷ 国法と民法との関係について、江藤は津田真一郎訳／フィッセリング『泰西国法論』を参照していた。江藤の「日記覚書」（R9.257-1）には、国法と民法について『泰西国法論』の第1巻第3篇の第12章、第14章、第16章をそのまま写した文章が残っている。島（2007）73頁、島（2008）42頁、大庭（2017）4頁。
- ¹⁸ 毛利（1987）89-90頁。
- ¹⁹ 国法会議の詳細は、松尾（1982）を参照。
- ²⁰ 大槻（1907）102頁。
- ²¹ 今中（2013）210頁。
- ²² 明法寮については、手塚（1967；1968）、沼（1960）第3、4章を参照。
- ²³ 明法寮で作成された草案には「皇国民法仮規則」を含め現在5種ある。その詳細な史料状況については、今中（2013）213-217頁を参照。
- ²⁴ 手塚（1944）は「民法第一人事篇」の内容を根拠に江藤を評価するが、江藤の署名があるという事実からは、彼が民法編纂に深く関わっていたこととこの分野に注力していたことまでしか読み取ることにはできないであろう。今中（2013）214頁。
- ²⁵ 『法規分類大全 第一編官職門12・官制・刑部省彈正台司法省1』76-77頁。
- ²⁶ 毛利（1987）172-173頁。本文には「法律体系と司法制度が整備され、国民の権利義務が保障されること」とあるが、当該引用部から直ちに「国民の権利義務」を「保障」することまで意味していると解することは難しい。
- ²⁷ 明治6年の予算問題の詳細は、毛利（1987）171-177頁、笠原（2010）第4章を参照。
- ²⁸ 「辞表」『遺稿』後集52丁
- ²⁹ 「辞表」『遺稿』後集52丁
- ³⁰ 「辞表」『遺稿』後集54丁
- ³¹ 手塚（1944）59-60頁。
- ³² 箕作訳本の婚姻証書の第63～75条に相当する部分は、第54～61条という全8条からなる「ジブスケ抄訳書」が用いられたとされる。手塚（1944）78-83頁。なおこれはジョルジュ・ブスケによる作成の可能性が指摘されている。手塚（1948）、向井（1977）。
- ³³ ジョルジュ・ブスケは、パリ控訴院弁護士であって、明治5年2月に日本初のフランス人法律顧問兼法学教師として来日し、明治9年に帰国した人物である。彼は主に明法寮（後の司法省法学学校）で法学教育に従事した。堀内（1974）によると、ブスケと日本政府との間に結ばれた御雇条約には、職務内容の一つに、日本政府が行う法典編纂事業への協力があつた（145-147頁）。
- ³⁴ ジュ・ブスケは、慶応3年正月（1867年2月）に幕府招聘のフランス陸軍教官団の一員として来日した。幕府倒壊後は駐日フランス公使館一等通訳官となる。明治4年11月には左院雇（のちに元老院雇）となり、フランス法制の翻訳・調査に従事。会議でも翻訳・通訳を務める。
- ³⁵ 細川潤次郎は、土佐藩の儒者細川延平の次男として生まれた。維新後は法制官などを歴任、元老院議官や司法大輔になる。明治23年元老院廃止後は、貴族院議員に勅選された。明治政府の法制整備に尽力した人物である。

³⁶ 経歴は『国史大辞典』を参照した。

³⁷ 福島 (1977) 87-90頁、山口 (2010b) 84頁を参照。

³⁸ フランス民法は、冒頭の序章を別として、3篇から構成されている。第1篇「人」(第7条～第515条)では身分及び家族、第2篇「財産および所有権のさまざまな変容」(第516条～第710条)は、財産の区別、所有権およびその分解形態としての用益物権を、第3篇「所有権を取得するさまざまな仕方」は家族財産法、債権法を規定している。北村 (2006) 8頁。

³⁹ アルペラン (2007) 125頁。稲本 (1985) 321頁。

⁴⁰ 原田 (2006) 232-233頁。

⁴¹ アルペラン (2007) 125頁。

⁴² 「日本法律創定之事業」『教師質問録』初篇・第2篇、明治5-8年(明法寮翻訳課写本)。またブスケが1877年に著した日本の紀行文にも、この点に関して若干の記述がある。「あわてて法律を制定する代りに、かくも混乱しかくも区々な慣習的法制とヨーロッパの近代法の典型と考えられるフランス諸法律とを並行的に深く研究することが、この時にきまった。いずれの側でも制度の精神に深く入り込んだ後にはじめて、そこから借用するよう努力すべきであろう」(ブスケ1977:557)。

⁴³ 福島 (1977) 72-73頁。

⁴⁴ 山口 (2010b) 523-526頁。

⁴⁵ 本稿では、この会議の議事録である「民法口授」『「家」制度の研究 資料編Ⅱ』(以下、『家制度』)を使用する。「民法口授」の詳細については、堀内 (1962) と向井 (1958) を参照。なお手塚 (1944) が公表・翻刻した「箕作訳民法書入本」という、民法会議での身分証書に関する審議状況が加筆されている箕作麟祥訳『仏蘭西法律書 民法』(明治4年刊行)が存在するが、この文書には各条文についての審議の概要が記入されているのみで、具体的な発言者が記載されていないため、本稿では使用しない。

また発言を引用する際には、「民法口授」『家制度』33頁における表記に基づき、発言者

名を以下の通りに略記する。江藤新平を㊟、ジョルジュ・ブスケを㊠、ジュ・ブスケを㊡、細川潤次郎を㊢とする。

⁴⁶ フランス民法は1804年に制定されており、司法省民法会議で参照された明治4 (1871) 年刊行の箕作訳本とは約60年の開きがある。しかし、フランス民法制定から箕作訳本刊行までに、本稿で分析の対象となる身分証書や家族法分野に関して「家族」像を修正するような改正はない。そのためフランス民法の原始規定を用いる。

なおフランス民法の日本語訳は中村義孝訳『「1804年ナポレオン民法典」(1)・(5)』『立命館法学』を参照し、訳語は『法務資料第441号』と『法務資料第433号』を基本とした。

⁴⁷ これは個人単位の人的編成主義とも異なる。稲本 (1985) 4頁。

⁴⁸ 戸籍法の身分登録制度としての特徴については、福島・利谷 (1957) 306-309頁を参照。

⁴⁹ 「民法口授」『家制度』39頁。

⁵⁰ 稲本 (1985) 4頁。

⁵¹ 「民法口授」『家制度』49頁。

⁵² 「民法口授」『家制度』49頁。

⁵³ 「民法口授」『家制度』66頁。

⁵⁴ 「民法口授」『家制度』58頁。

⁵⁵ 稲本 (1985) 369頁。

⁵⁶ 稲本 (1985) 19頁。

⁵⁷ 「民法口授」『家制度』50頁。

⁵⁸ 「民法口授」『家制度』52頁。

⁵⁹ 「民法口授」『家制度』51頁。

⁶⁰ アルペラン (2007) 125頁。

⁶¹ フランスでは旧体制下から夫婦財産契約が広く用いられていたのだが、夫婦が財産関係について何らかの合意をしなかったときには、補充的制度としての法定財産制を選択したものと見做すことが定められた。これは旧体制下の夫婦財産制が、南部と北部で大きくその性質を異にしていたため、夫婦財産制の統一の必要があったからである。原田 (2006) 246-248頁。

⁶² 原田 (2006) 249-250頁。

⁶³ 原田 (2006) 253頁。

- ⁶⁴ 原田（2006）233頁。
- ⁶⁵ ブスケは同日に「夫婦ニテ家産ヲ保ツ」ことが「法律上ノ主意」であって、「夫ヲ家ノ支配人ト立テ家産ヲ保ツ其妻及ヒ子弟皆其官員ノ如クナリテ家産ヲ保ツナリ」とも述べている。「民法口授」『家制度』57頁。
- ⁶⁶ 中村（2016）119頁。
- ⁶⁷ 実際に同年11月23日に福岡孝弟と連名で正院に廃妾について建議している。「廃妾建議」の詳細は、向井（1958）13-14頁を参照。
- ⁶⁸ 明治3（1870）年に制定された新律綱領では、妾を妻と同等の二等親と規定していた。『法と秩序』140頁。
- ⁶⁹ 明治5年11月18日「衆子ニ財産ヲ分配スヘシ」「民法口授」『家制度』46頁。
- ⁷⁰ 中村（2016）120頁。
- ⁷¹ 「辞表」『遺稿』後集53-54丁
- ⁷² 土屋（2007）は、江藤は子どもの権利侵害が生じている現状を憂慮し、「子孫を大切に思う感情」を人々に取り戻させるために民法編纂を行ったと指摘していたが、江藤は子どもの権利侵害それ自体を問題視したのではなく、それによって国民が「業を勤め」なくなり「国の富強」を達成できなくなることを懸念していたのである。
- ⁷³ 『全国民事慣例類集』
- ⁷⁴ 中村（2016）120頁、水林ほか（2001）308頁。
- ⁷⁵ 『法と秩序 日本近代思想体系7』211頁。
- ⁷⁶ 村上（2015）118-120,142頁。
- ⁷⁷ ナポレオンが養子制度を認める形で、共和暦8（1800）年の民法草案を修正させた事情については、滝沢（2008）78頁を参照。
- ⁷⁸ 稲本（1985）76-77頁。
- ⁷⁹ 「民法口授」『家制度』72-74頁。
- ⁸⁰ 『教師質問録』第2篇収録。翻訳課写本のもので第6篇まで存在。これは初篇から順に時代を下る形式をとっており、その都度、その場ごとの関心のもとでなされたブスケとボアソナードへの質問とそれへの回答が記録されている。初篇は司法職務定制制定の時期までの者を纏めたも

のであると推定されている。山口（2010b）533-534頁（注29）。

「再度見込」が民法会議時期のものであると考えられる根拠として、第一に、初篇は司法職務定制制定の明治5年7月までを扱っているため、これを収める2篇はそれ以降でかつブスケが帰国する明治9年3月までの時期のものと考えられるからである。第二に、表題が「養子ノコトニ付 ブスケ氏再度ノ見込」であり、一度日本側とブスケが養子について議論していることが窺われるからである。ブスケが民法編纂に関与したのは司法省民法会議においてであり、そこで養子について議論されている。第三に、このなかで「民法取調届ノ草案」が婿養子を認めていることが言及されているが、明法寮編纂の「皇国民法仮規則」には婿養子の規定がない一方で、司法省民法会議で出されたブスケへの質問で日本側は婿養子を認めるべきことを述べているからである。したがって、「再度見込」は、司法省民法会議の日本人側の質問に対するブスケの返答であると推測される。

- ⁸¹ 稲本（1959）43頁。
- ⁸² 「民法口授」『家制度』73頁。
- ⁸³ 「再度見込」『教師質問録』2篇。
- ⁸⁴ 原田（2006）252頁。
- ⁸⁵ 「真木なお子氏所蔵 江藤新平関係文書」『早稲田社会科学総合研究』7（2）37頁。島（2008）は制度局での民法会議の時期にこの文書が書かれたと推定している。また理由は明らかではないが、島（2008）で引用されている「相続法草案断簡」と「真木なお子氏所蔵 江藤新平関係文書」『早稲田社会科学総合研究』7（2）でのそれとの文言が若干異なっているが、本稿では後者から引用を行う。
- ⁸⁶ 『早稲田社会科学総合研究』7（2）37頁。
- ⁸⁷ 「法度案」(R11.280-6)。
- ⁸⁸ ブスケ（1977）557頁。
- （やまなか じんきち 北海道大学大学院法学研究科修士課程修了）