

# 明治民法の成立と西園寺公望

## — 法典調査会の議論を中心に —

張 智 慧

### はじめに

明治初期から日本政府主導の下で行われた民法典編纂の事業は、発展しつつある資本主義経済の要請によるものであり、さらに条約改正という明治政府の重要課題に深く関わるものであった。第2次伊藤内閣期（1892年8月～1896年9月）に、法典調査会が組織され、後に「明治民法」とよばれる民法典がまとめ上げられたが、西園寺公望はこの法典調査会において副総裁また代理議長として会の運営及び法案審議に大きな役割を果たした。本稿は、西園寺公望研究の一環として、法典調査会の議論の分析を通じて法典調査会の歴史的 성격と法典調査会における西園寺の役割の解明を目的とする。

法典調査会については、福島正夫が『日本資本主義の発達と私法』の中で論及し、特に起草委員穂積陳重の役割について詳しく分析し、穂積が「実質的に企画の中心」であったと評価している。また、西園寺の発言内容について簡単なながらも言及している。福島は、隠居制度、戸主制度の廃止を主張した西園寺の発言に注目すべきだと指摘したうえで、「その限りでは、彼はブルジョア民主主義であった。かくて第一の元老伊藤は憲法に、最後の元老西園寺は民法に、それぞれ重大な関与をもった」<sup>1)</sup>と、西園寺が憲法における伊藤と比肩できるほど、民法成立に「重大な関与をもった」と高く評価している。福島は西園寺の発言にめぐる法典調査会の議論まで詳しく分析していないが、法制史の視点からの西園寺の発言への注目としてきわめて興味深いものがある。

法典調査会における西園寺の活動について、後藤靖は「法典調査会と西園

寺<sup>2)</sup>の中で詳しく論じている。法典調査会の成立、運営など組織の検討を行った上で、西園寺の出欠、発言事項、その内容などを分析し、論文の末尾で「西園寺は、法典調査会では常に近代の国際社会に通用する法律でなければならないことを強調してきた。けれども、彼は自分の主張や支持した意見が否決されるや採択された意見に従順に従い、整理委員会でもその成文化のために努力した<sup>3)</sup>と評している。後藤は西園寺の発言内容を「近代の国際社会に通用する」ものだと評価する一方で、西園寺の主張と副総裁としての問題処理の矛盾に注目し、彼の政治的限界を強調している。

副総裁あるいは代理議長としての西園寺が自分の職責に自覚しながらも、なぜ法典調査会で戸主制度、隠居制度などの廃止を主張し、自由主義的法理論を表明したのか、その意味を問う必要がある。これまでも法制史研究などで、法典調査会における西園寺の家族制度に関する発言への注目は少なくない。利谷信義「明治民法にける「家」と相続<sup>4)</sup>、井ヶ田良治「明治民法と女性の権利<sup>5)</sup>、早川紀代「法典調査会における議論<sup>6)</sup>」などの論文において、主に家族制度研究の視点から西園寺の発言を紹介している。そのなかで、早川論文は庶子、女戸主、戸主権と親権などの規定に関連する法典調査会の議論を具体的に分析し、とくに3起草委員梅謙次郎・穂積陳重・富井政章の間の共通点と相違点を指摘したことは学ぶところが少なくなかった。しかし、私の観点からいえば、それらの議論の舞台となった法典調査会の政治的枠組みを問題にしなければならない。しかも、それらの法制史の研究も、前述した後藤論文も、西園寺の発言を必ずしも法典調査会の政治史的位置や政治的枠組みとの関連で分析した研究であるとはいえない。

そこで本稿では、先行研究の成果を吸収しながら、法典調査会の政治史的位置及びその枠組みを具体的に考察し、その上で、西園寺の家族制度や所有権などの発言をめぐる法典調査会の議論を分析し、西園寺の果たした役割及び発言の意義について再評価を試みたい。

## 一 法典調査会について

### (一) 法典調査会の歴史的前提——民法典論争

民法典編纂の事業は、1870（明治3）年9月に司法卿江藤新平によって始められた。その後、編纂事業は一進一退したが、79年3月、明治政府は法律顧問として来日したフランス人ボアソナードに民法起草を委嘱した。翌年1月に民法編纂会議が開かれ、正式に編纂事業が再開された。やがて90年4月21日、法律第28号で財産編、財産取得編、債権担保編、証拠編が、同年10月7日、法律第98号で財産取得編の相続部分、人事編がそれぞれ公布され、ともに93年1月1日より施行する予定であった。これは後に「旧民法」と呼ばれるものであった。

しかし、「旧民法」が公布される前年の89年5月に、東京帝国大学法科大学出身者を中心メンバーとした法学士会が「法典編纂ニ関スル法学士会ノ意見」<sup>7)</sup>という延期要求の論説を出した。これを発端として法学関係者の間に「旧民法」の実施をめぐる延期派と断行派の論争が始まった。いわゆる民法典論争である。

自由主義的民法学者岡村司は当時の民法典論争について、「余ハ必スシモ断行論ヲ是認シタル者ニハ非サリシモ佛法学ヲ攻ムルノ故ヲ以テ乃チ断行論ニ声援ヲ与エタルノミ」<sup>8)</sup>と回顧した。民法典論争にはこのような学説的な対立があっただけでなく、複雑な政治的対立も含まれていた。論争は当時の条約改正問題と絡みあって、帝国議会の一つの焦点にもなった。延期派と断行派の対立は法学関係者の論争を越え、政界を横断する形になったため、両派の対立を保守主義対進歩主義と単純に規定することは危険であり、複雑な性格を持っていると言わなければならない。

法学関係者の論争で、延期派の主張は『法学新報』第14号（92年5月25日）の社説「法典実施延期意見」<sup>9)</sup>に集約されている。この意見書は江木衷、高橋健三、穂積八束、松野貞一郎等の共同起草によるものであり、特に穂積八束の

「民法出テ、忠孝亡フ」を代表とする一連の論説<sup>10)</sup>を取り入れてまとめたものである。意見書では、新法典を「徹頭徹尾個人主義ト民主々義」とみなして、国家思想に欠けるものだと批判している。また、「新法典ハ倫常ヲ壊乱ス」という一節の中では、延期派は「皇室ノ臣民ニ於ケル家父ノ家族ニ於ケルノ権力」は「祖先ヲ尊崇スルノ国教」に基づくものだと主張し、家長が祖先崇拜の祭主として現世で「祖先ノ神靈ヲ代表」すれば、「家長権ハ尊厳ニシテ動カスベカラズ」となり、ひいては「天皇ノ大権ハ神聖ニシテ侵スベカラズ」となると強調し、新法典は家父長的家族制度を破壊するとしてイデオロギッシュな主張を展開した。

この延期派の「法典実施延期意見」に対して、断行派の代表とされる梅謙次郎は『明法誌叢』第3号(92年5月21日)に「法典実施意見」<sup>11)</sup>を發表し、延期派の「法典実施延期意見」を全面的に批判している。特に穂積八束の「民法出テ、忠孝亡フ」という主張に対し、「徹頭徹尾誤謬ノ妄言タルニスギズ」と批判している。「我が民法ハ其源ヲ羅馬法ニ取ルガ故ニ耶蘇教国ノ個人主義ニ依レリ」という八束の持論に対して、梅は「耶蘇教ノ経文」を取り上げて、「耶蘇教ガ忠孝ヲ亡ボスト云フハ讒誣ナリ殊ニ羅馬法ガ個人主義ニ依ラザルコトハ苟モ羅馬法ヲ学ビタルモノハ皆ナ之レヲ知ラン」と批判している。

ただ、延期派と断行派の代表とされる八束と梅の論争は単純な学問的論争ではなく、当時の政治状況に深く関わっている。梅が「条約ヲ改正セント欲セバ必ズマズ法典ヲ実施セザルベカラズ」と条約改正という近代日本国家の重要課題を念頭に置きながら、法典の実施を主張したことにも注意しておきたい。

注目すべきことは、民法典論争と同じ時期に帝国大学の法学協会で、梅と八束の間で帝国憲法の解釈をめぐる論争が行われたことである。論争の詳細は『法学協会雑誌』に連載された。92年5月発行の協会雑誌は「法令ヲ変更スルニ非サレハ執行スル能ハサル豫算案ニ対シ政府ハ同意スルノ職権ヲ有スルヤ」<sup>12)</sup>をめぐる討論経過を掲載した。積極主論者の代表梅は、予算は「一種ノ法律ノ性質」を持ち、不足すれば予備費等から支出しなければならない。政府

には同意する職権があるが、予算の性質はあくまでも有効とする立場を取った。これに対し、消極主論者の代表八東は「超然タル主権ノ法令ノ下ニ政府及国会カ其職権ヲ有スヘキコト」は憲法の大原則と見なし、「予算ハ政府ト議会カ協議シテ議決スルモノニシテ其行政ニ干渉スル職権以内ニ」置くべきだと主張した。また発言の最後で次のように述べた。

反対論者ノ云ハルル如ク内閣大臣ト国会議員トカ相談スレバ主権ノ神聖ナル法令モ之カ執行ヲ拒ムコトノ出来様ノ結果トナリ君主ノ発シタル法令ハ毎年豫算会議ニテ其生命ノ存廢ヲ決セララルコトトナリ折角ニ絶対的君主主権ノ精神ヲ執ルノ我憲法ハ反対論者ノ無情ナルヲ悲ンテ涙ヲ垂ルルデアラウト思ヒマス此類ノ解釈ノ世ニ行ハルルコト前途ノ為メニ甚憂フヘキコトテアリマス我会ハーノ学会トハ申ナガラ帝国大学ハ学問中心タル所デアリマスカラ後來世ニ出テラルル諸君ハ皆ナ政事上ニモ社会上ニモ重キヲ持タル人ニシテ苟モ憲法ノ前途ヲ過ルガ如キコトニ御賛成アツテハ学問上ニ取テ実ニ憂フベキコトト思ヒマスカラ御熟考ノ上加決セラレンコトヲ希望致シマス

この討論は消極論の賛成多数で可決した。民法典論争の延期派と断行派の代表である八東と梅の間に、帝国憲法の解釈をめぐる深い原理的対立が存在していたこと、また八東側の勝利は、帝国大学の学徒は君主（国家）の法令を拒否できないという意見が支持された状況があったこともうかがえる。

この論争は92年5月の法学協会雑誌に掲載されたが、実際に討論が行なわれたのは92年2月1日であった<sup>13)</sup>。90年11月に召集された第1議会は、衆議院の予算審議権を重視すべきか、憲法第67条の議会の予算審議権制限条項を重視すべきかをめぐって、政府と民党の間で攻防が繰り返された。政府は民党の切り崩しに全力をあげ、その結果、91年1月に立憲自由党から脱党議員が相次いで出た。2月20日に衆議院は、予算確定議の前に政府の同意を求めるという動議を可決した。この動議の可決は立憲自由党の一部が賛成に回ったためである。これに怒った中江兆民は、衆議院を「無血虫の陳列場」と指弾し、議員を辞職

した<sup>14)</sup>。帝大法科大学の法学協会の議論はこの可決1周年記念の催しであり、八東側の勝利とは現実に勝利した政府側の立場の追認であった。帝国大学教授としての梅はこの現実を認めるほか無かったであろう。このことは後で法典調査会の枠組みを分析する際に十分考慮すべきものである。

民法典論争は最終的に92年6月に延期法案の成立によって終結し、法典の施行を96年の年末まで延期することとなった。そして、延期派の政治的勝利の上に、民法典・商法典を修正、編纂するため、法典調査会が設置された。

## (二) 法典調査会の政治史的位置

1893年3月25日に勅令第11号で「法典調査会規則」が公布され、法典調査会が伊藤内閣の下で正式に発足した。前述したように、民法典論争は92年5月に開かれた第三議会で、延期派の勝利(衆議院152対107、貴族院123対61)で終結した。しかし、法典問題は日本政府の条約改正政策に賛成・反対する形で政治化していたのであり、伊藤内閣の時期に条約改正問題をめぐる政治的対立はさらに深刻化していた。

陸奥は『蹇蹇録』の中で条約改正の歴史を回顧し、それまでの条約改正の歴史は「殆ど失敗の歴史」とし、第2次松方内閣は天皇から「惟うに条約改正は中興の鴻業に随伴し国権の大本に關繫す、朕は我が臣民と俱に条約改正の正局を望む切なり」との詔を下されたにもかかわらず何も成果を挙げずに辞職したと批判し、「伊藤伯爵が大命を奉じ内閣を組織するに當り、余乏しきを外務の重職に承くるや、親しく前掲の大詔を拝覽し深く、聖慮の剴切なるに感激し切に微力を顧みずこの国家の大業を成就し、宸襟を安んじ奉らざるべからず」<sup>15)</sup>と決心したという。条約改正問題は伊藤内閣の死活に関わる問題であり、条約改正実現の前提条件として法典をまとめ上げることは伊藤内閣にとって当面の重要政治課題となった。

しかし、伊藤内閣の条約改正案の内地雑居に反対する国民協会・東洋自由党などの勢力は93年10月に「大日本協会」を組織した。佐々友房、大井憲太郎、

坂本則美らとその代表である。大日本協会の設立趣旨<sup>16)</sup>の中で「神祖建国已来金甌無欠の国体を保有し」、「吾人国民は祖宗の鴻猷を恢宏し、以て維新の遠図を賛襄せざる可らず」と強調した。その論調は民法典延期派の主張と思想的系譜を同じくしていたといえよう。また「方今国家の要務は対外の国是を確立するより先なるはなし」と主張しながらも、「今の条約改正を策するものは、内地雑居を以て国権回復の報酬に充て、外風模倣を以て雑居の準備と為し」、「遂に国民相胥て外を尊び内を卑むの風を馴致す」と伊藤内閣が主導する条約改正政策を批判し、「非内地雑居」、「現行条約勵行」などの対外硬を主張していた。この大日本協会に協力したのは、伊藤内閣の自由党政策に反対する改進黨と、中立派の同盟俱樂部、山県有朋が糸を引く吏党系の勢力であった。大日本協会の活動について、陸奥は『蹇蹇録』の中で次のように記している<sup>17)</sup>。

しかるにこの頃我が国内において種々の原因より一派の攘夷的保守論大いに流行し、平素いやしくも政府に反対するを以て本色とする政党者流は俄然これに附加雷同し百万声援をなし、就中非内地雑居あるいは現行条約厲行という迂論が一時議会の多数を制せんとするの勢力を顕し（中略）幸い我が政府は維新以来の宿望を成就するためには如何なる艱難も避けずとの初志を変えず、鋭意に世にいわゆる多数の輿論なるものと抗戦し、その結果はこれがために議会は一回解散せられ、某々の政社は禁止せられ、幾多の新聞紙はその発行を停止せられたり。

大日本協会の反政府活動に対して、伊藤内閣は強い姿勢で対処した。93年11月に開かれた第5議会は多数をもって「現行条約勵行建議案」を議決したとはいえ、これに対し伊藤内閣は議会を解散し、12月29日に大日本協会を解散させた。しかし、その勢力はその後も「対外硬派」として引き続き活動した。

陸奥が条約改正に乗り出したのは、まさに伊藤の下で法典調査会が組織され、いよいよ動き出した直後である。陸奥の決心の基礎には、「民法モ今ヨリ多年ヲ経スシテ其実施ヲ見ルニ至ルヘク、而シテ此民法及未タ実施ニ至ラサル部分ノ商法ハ、勅令ニ因リテ組織セラレタル調査委員会ニ於テ目下慎重周到ナル審

査ニ着手中ナリ」という、条約改正の前提条件となる法典編纂完成の見通しがあったからと言える<sup>18)</sup>。「日英通商航海条約」が94年7月16日に調印され、これを契機として他の諸国との条約改正も続々実現した。しかし、改正諸条約の発効は5年後の99年となり、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なった。法典調査会における民・商法の編纂、とくに全く未施行の民法編纂は、期限のある仕事として一段と強い圧力が掛けられたわけである。

### (三) 法典調査会の枠組みについて

法典調査会は1893年4月28日に第1回の会議が開かれ、96年12月16日まで全部で202回の会議が開かれた。その結果、96年4月27日法律第89号で第1編総則、第2編物権、第3編債権が、98年6月21日法律第9号で第4編親族、第5編相続がそれぞれ公布され、同年7月16日で実施された。いわゆる「明治民法」である。

法典調査会の組織や運営、開催経過などについては後藤が詳しく論じているので、ここでは省略したい。本稿で注目したいことはその構成メンバーである。調査会の総裁は伊藤博文（首相）、副総裁は西園寺公望（賞勳局総裁）となり、主査委員には伊東巳代治（内閣書記官長）、穂積陳重（法科大学教授）、熊野敏三（司法省参事官）、富井政章（法科大学教授・貴族院議員、以下（貴）と略す）、箕作麟祥（行政裁判所評定官・貴）、梅謙次郎（法科大学教授）、木下広次（第一高等中学校校長・貴）、菊池武夫（貴）、村田保（貴）、鳩山和夫（衆議院議員、以下（衆）と略す）、三崎亀之助（衆）、末松謙澄（法制局長官・衆）、元田肇（衆）など18名が任命された。その中で穂積・梅・富井の3名は起草委員として法案の起草にあたった。主査委員のほかに、査定委員が設けられた。この査定委員には穂積八束（法科大学教授）、清浦奎吾（司法次官・貴）、都築馨六（内務省参事官）、土方寧（法科大学教授）、本野一郎（外務省参事官）など21名が任命された。

93年4月27日に公布された「法典調査規程」によれば、法典調査会委員会は



主査委員会と委員総会の2種があり、そのうち主査委員会は週1回開かれ、起草委員が提出した法典修正草案を討議し、豫定議決を行うと規定した。また、主査委員と査定委員を含めた委員総会は「必要アル毎ニ総裁之ヲ招集」、法典修正草案の確定議決を行うと定められた。ところが、この方式では審議の効率が上がらなかったため、94年3月に法典調査規程が改正された。査定委員が大幅に削減され、機構の簡素化が行われ、主査委員会と委員総会が一本化した。

法典調査会の委員は法律家、官僚、政治家、実業家など幅広い分野から構成されていたが、注目すべきことは主査委員中の議会議員に属するメンバーである。民法典論争時の断行派に属する箕作以外は、貴族院議員4人、衆議院議員4人がすべて延期派のメンバーであった<sup>19)</sup>。これは伊藤内閣が法典調査会の委員を選出する際、議会の延期派に配慮をしたためといえるが、同時に法典調査会の政治的枠組みをよく示したものと考えられる。このことは調査規程や方針の内容からもうかがえる。調査規程の第5条では、報告委員（主査委員中に設けられた）について「帝国議会議事録、法律書雑誌新聞紙等ニ掲載セル法典実施延期ノ理由及法典ノ批評等ヲ査閲シ之ヲ起草委員ニ報告スルコト」<sup>20)</sup>と規定され、「法典実施延期ノ理由及法典ノ批評」の調査が強調された。

しかし伊藤は、延期派に大きな配慮をしながらも、法典調査会の延期派と断行派の統合をも求めていた。第1回法典調査委員総会において、伊藤は「如斯事ハ帰一スルコト難キモノナレバ勉テ帰一センコトヲ望ム然ラザレバ此法典ニ自然大關係ヲ及ボスモノナレバナリ唯成ルベク纏ルヨフニ致度キモノナリ」<sup>21)</sup>と演説し、条約改正という大きな政治外交課題を実現するため、とにかく法典をまとめ上げることを強調した。

起草委員梅謙次郎は後に「故伊藤公爵追悼会」での「伊藤公と立法事業」という演説のなかで、法典調査会成立当初の伊藤の役割について次のように述べている<sup>22)</sup>。

一年間程は毎回議事に御出席に相成り、又法典調査会の事務に付ても、親しく指導監督の労を執られまして、それが為に前年来蟠まって居った所

の、法典の延期、断行の議論の余波より生じましたる所の感情の行違などは一掃し去られて仕舞ひまして、法典調査会が設けられましてから、略々一年位経ちました時には、最早さう云ふ痕跡は留めなかったと云って宜からうと思ひます。是偏に故伊藤公の議事の整理が宜しきを得、又事務の監督が其当を得て居った為めと言はなければなりませぬ

全部で21回にわたる民法主査会の会議の中で、伊藤は9回しか出席していない。梅は伊藤の役割を強調しすぎる嫌いもあるが、伊藤が延期派と断行派の統合に努め、とにかく民法典を纏め上げることに意を注いだことがうかがえる。

また、延期派・断行派を統合する上で、伊藤の命を受けて法典調査会の規程、方針制定に深く関わった穂積陳重に注目する必要がある。陳重は穂積八束の兄であり、民法典論争時に延期派であった。星野通は、「その性格圓滿にて調和性に富み、錯雑せる学説を整理し、紛糾対立する異見を調和するに非凡の才能あり、その不偏の判断、調和性ある性格はよく相對峙する起草委員の議論の決裂を防ぎ得た」<sup>23)</sup>とその役割を高く評価している。彼が起草した「法典調査規程理由書」<sup>24)</sup>の民法人事編の編纂方針は、まさに延期派と断行派の主張を調和させる方針であったといえる。

穂積は民法人事編の範囲に関して「諸国ノ法典ノ採ル所ノ主義ニニアリ第一ノ主義ハ総テ權利ノ主格ニ関スル規定ヲ為スモノニシテ第二ノ主義ハ只親族間ノ関係ノミヲ規定スルニ止マルモノ」と述べ、本修正案において第二の主義により、本編に「權利ノ主格ニ関スル規定」を含めず、「只親族間ノ関係ノミ」を規定しようとし、その理由について次のように述べた。

殊ニ我邦ノ家族的諸關係ハ方今變遷時代ニ在ルヲ以テ一方ニ於テハ旧慣ヲ重シテ之ニ依ルノ必要アリト雖モ亦一方ニ於テハ将来ノ進歩ニ適應スルヲ得ヘキ規定ヲ為ササル可ラス是レ修正案ニ於テハ第二ノ主義ヲ採リ親族法ヲ設ケタル所以ナリ

「一方ニ於テハ旧慣ヲ重シテ」、「一方ニ於テハ将来ノ進歩ニ適應スルヲ得ヘキ」という規定は、伊藤の政治的意図にそって、八束と梅が代表した民法典

論争時の両派の調和を図るものであった。実際、法典調査会の議論の中で、八束と梅の主張、とくに民法の柱である家族制度についての主張はそれぞれ抑制された。しかし、法典調査会を離れた所では、両者の家族制度についての主張がそのまま表明された。

八束は、98年4月の『法学新報』に掲載された「『家』ノ法理的觀念」<sup>25)</sup>の中で、「欧州法ノ範型ニ鑄造セラレタル新法典ハ将ニ其成ヲ告ケントス今ニシテ日本固有法ヲ説クハ死児ノ齡ヲ数フルノ愚ニ似タリ然レトモ予ハ好テ法ノ過去ヲ論ス死児ハ蘇スヘカラス我数千年ノ民族固有法ハ他日天定テ人ニ勝ツノ時ナキヲ絶望セサレハナリ」と述べ、「吾人臣民カ万世一系ノ皇位ニ帰服スルハ吾人ノ祖先ノ祖先タル民族ノ同始祖ノ威靈ニ帰服スルナリ之ヲ我カ民族ノ確信ニ基ク建国ノ大本ト為ス而シテ家制ハ実ニ其柱礎タルコトヲ回顧スレハ我固有ノ家制ノ存廢豈之ヲ冷淡ニ看過スヘケンヤ」と持論を繰り返した。

一方、梅は1900年1月「二十世紀の法律」<sup>26)</sup>の中で「民法のことに就いていはふなら、家族制度の廢滅、及び、隱居制度の廢滅、それから養子制の減少、これだけは、今日において、斷言して憚らぬ。是れは、百年といはず、ここ、二十年か、三十年の中には、恐らく、実施される事で、なぜかといふに家族制度といふものは、元來、封建の遺習であつて、到底、今日の社会の進歩に伴はない制度であるからだ」と述べて、家族制度、隱居制度の廢滅を斷言した。

八束と梅の間には、帝国憲法を如何に解釈するか、家族制度と社会の發展との關係をどう捉えるかをめぐって深い対立が存在していた。しかし、条約改正の必要条件として、民・商法典を制定・修正する法典調査会においては、両者の対立は法典調査会の枠組みに制限されていたと言わなければならない。八束は法典調査会で民法典論争時の主張を繰り返したにもかかわらず、同調者が現れなかった<sup>27)</sup>。一方、梅は起草委員として、また帝国大学法科大学教授の立場もあつて、法典調査会では自説を抑えながら法典の起草に尽力したといえる。

以上、法典調査会の政治的位置とその枠組みについて考察した。その上で、西園寺の發言をめぐる法典調査会の議論を分析し、西園寺の役割とその歴史的

評価を試みたい。

## 二 法典調査会における西園寺の発言

西園寺は副総裁に任命されてから公務で余儀なくされた以外は殆ど会議に出席し、多くの場合は伊藤に代わって代理議長を務め、法典の取りまとめに尽力した。西園寺の発言は殆ど会議の運営に関するものであった。しかし注目すべきことは、その一方で西園寺が民法の柱である家族制度や所有権などについて独自の見解を展開したことである。

### (一) 家父長的家族制度への批判

#### 1. 民法主査会第5回会議の議論

1893年6月9日、民法主査会の第5回会議が開かれ、「隠居ニ関スル規程ハ之ヲ親族編ニ掲クルコト」<sup>28)</sup> という提案事項の審議が行われた。穂積陳重は提案理由で、隠居に関する規程は「旧民法」の中で財産取得編の一部として掲げられたが、今度の法典では親族編の一部として掲げるほうが相当だと言い、さらに「隠居ト云フモノハ財産相続ノ原因トナツテ法典ニ現ハレテ居ルヨリハ寧ろ身分相続ノ原因トナツテ」いるとして、身分相続の視点から隠居を親族編に掲げることが主張した。

これに対して、西園寺は「私ハ少シ御尋ネシタイノデ此ノ隠居ト云フモノハ其因テ起ル原因ト云フモノハ何ウ云フ所ニ在ルノデアリマセウカ甚ダ漠タル御尋ネノ様デアリマスガ何ウ云フ所カラ出テ来ルノカー一応承リタイ」と質問した。穂積は戸主との関わりで隠居の原因を説明し、隠居の必要の理由は大部分が消滅したが、まだ一般に行われているため、隠居の規則を民法中から削除するのは尚早と述べた。それに対して、西園寺は次のように反駁した。

元来隠居バカリデハナイ戸主ト云フモノモ不用ナモノデ実ニ是等ハ封建時代ノ余習デアル今日我国ニ於テ封建ノ制度ガ既ニ破レテ仕舞ツタ以上ハ

是等モ亦タ自ラ封建ト共ニ消滅スベキモノデアラウト思ヒマス尚ホ之ニ就テ御議論ガ出マスレバ追々申上ゲマスガ何ウカ御一人ノ賛成ヲ得テ議題ニナランコトヲ希望致シマス（『民法査会議事速記録』〔以下『主査会速記録』と略す〕、99頁）

西園寺は隠居のみならず、戸主も不用なものだとし、隠居、戸主制度は「封建時代ノ余習」で、「封建ト共ニ消滅スベキモノ」だと主張した。西園寺の発言に対して、梅謙次郎は次のように述べた。

全ク之ヲ法典カラ削ッテ法律上之ヲ認メヌト云フコトニナルト今日ノ實際ニ反スルカラ行ハレナイト云フコトニナルデアラウト思ヒマスカラ残念ナガラ之ヲ存スルト云フコトニ賛成シテ居ルノデ西園寺サンニ賛成シナイノハ其説ヲ悪イト思ッテ賛成セヌノデハナイト云フコトヲ申シテ置キマス（『主査会速記録』、99～100頁）

梅は西園寺の意見に対して「極ク賛成」したいと言いつつも、戸主・隠居を廃止するのは社会の現実に反するとし、結局穂積の意見に同調した。今後20、30年の中に「家族制度の廃滅」、「隠居制度の廃滅」を断言していた梅が、法典調査会では穂積の意見に同調したのは法典調査会の枠に妥協的な姿勢を示したものと見える。

これに対し、西園寺は「皆サンガ是非ヤッテ見ヤウト云フ御論ニナレバ私ガ思フニハ是等ノ事ハ行政法ノ方ヘ持テ往クコトガ出来ヤウカトモ思ワレマスガ」と述べて、隠居、戸主制度を行政法に持ってゆくことを主張した。行政法は「国内公法」であり、国によって違うのでその特殊性が認められるのに対し、民法は「私法」であり、個人の自由、権利に関して普遍性が要求されると西園寺は考えたと思われる。西園寺は次のように発言している。

夫レカラ少シこぼす様ナ話デアリマスガ一体是レハ欧羅巴ニモ何処ニモ無イコトデアル就テハ是迄総テノ議案ニ就テハ私共ハ流石法律家ノ御起草デアルト感心致シテ喜ンデ御同意致シテ居リマシタガ若シモ斯ウ云フ事ヲ假リニ欧羅巴ノ議場ヘ持テ往テ隠居ト云フモノガ日本ニ在ルカラ之ヲ入レ

ヤウトカ戸主ト云フモノヲ入レヤウトカ言ッたら如何ナル感ジヲ持ツデアリマセウカ尤モ其処ガ日本ノ神国タル所デアルカモ知レマセヌガ私ハ何ウモ恥カシイコトデ如何ニモ残念デアルト思ヒマス（『主査会速記録』、100頁）

西園寺はヨーロッパの近代的な自由・平等の市民社会のあり方を基準にして、隠居、戸主制度がヨーロッパに通じないと主張し、「封建時代の余習」である隠居、戸主制度を「日本ノ神国タル所」から正当化するのは論外だと指摘した。恐らく西園寺は条約改正という伊藤内閣の至上課題を念頭に置きながら、ヨーロッパに通じる民法典を作らなければならないと考えたのであろう。

## 2. 民法主査会第8回会議の議論

西園寺の隠居、戸主制度廃止の主張は、第8回の民法主査会（93年6月30日）の議論の中でいっそう明確に打ち出された。この日は「第四編 親族」の「第二章 戸主及ヒ家族」について審議が行われた。首相伊藤はこの日、始めて民法主査会に顔を出し、議長として議事の進行に務めた<sup>29)</sup>。

会議の最初に西園寺と穂積陳重の間で議論が行われた（『主査会速記録』、164～165頁）。西園寺は会議の冒頭に1890年に公布された「旧民法」の婚姻規程について発言した。「旧民法」<sup>30)</sup>の「第四章 婚姻」の第38条は「子ハ父母ノ許諾ヲ受クルニ非サレハ婚姻ヲ為スコトヲ得ス」（『旧法令集』、194頁）、「第一章 戸主及ヒ家族」の第246条は「家族ハ婚姻又ハ養子縁組ヲ為サントストキハ年齢ニ拘ハラズ戸主ノ許諾ヲ受ク可シ」（『旧法令集』、202頁）と規定していたが、西園寺はこの二つの規定に含まれていた戸主権と親権の矛盾を強く意識しながら、「今度の法典」は如何に規定するかについて質問した。これに対して、穂積は「婚姻の成立」に「家族タル者ノ位置ニ変動ヲ生ズル事柄」であるから、やはり戸主の承諾が必要だと答えた。西園寺は「然ウルト親ハ子ノ承諾ヲ経、子ハ親ノ承諾ヲ経ルト云フ様ニ互ニ其承諾ヲ経ナケレバ婚姻ガ出来ヌト云フ様ニナルノデアリマスカ」と鋭く反問した。穂積は「其邊ハ未ダ打

合セテ致シテ居リマセヌカラ確カナ事ハ申上ゲラレマセヌ」と明確な回答ができなかった。

さらに、西園寺は養子制度についても質問した。「旧民法」は「何人ト雖モ養子ト為ル可キ」と規定する一方で、「戸主ニ非サル者ハ養子ヲ為スコトヲ得ス」と規定していた（『旧法令集』、197頁）。西園寺はこの養子制度の規定に含まれる矛盾に注目し、穂積に質問した。これに対し穂積は「夫レモ前ノト同様デ此規則ノ実質ニ就テハ兎モ角モ養子ト云フ制度ヲ置クト云フ事丈ケハ見テ居リマス、其養子ガ戸主デナケレバ出来ヌトカ或ハ男デナケレバ出来ヌトカ云フ様ナ規則ノ実質ノ事ハ未ダ議定シテオリマセヌカラ」と曖昧な回答しかできなかった。

以上の二人のやり取りから、西園寺は「旧民法」の婚姻制度、養子制度に関する規定に含まれる矛盾した権利の規定を的確にとらえ、それを解消しないばかりか、新たな民法の諸規定に引き継ごうとする姿勢を鋭く追及したことがうかがえる。西園寺は、いまだ成案が出来ていないと遁辞を弄する穂積に対し、それなら「假リニー己ノ御意見トシテハ何ウデアリマセウカ」と厳しく迫った。

穂積の曖昧な回答に対して、次の西園寺の発言には憤懣が吐露されている。また、家族制度を批判する彼の基本的見地もうかがえるので、長くなるが引用する。

是レハ私ガ言ヒ出シタ所デ少数ドコロデハナイ殆ド賛成モ無イ位デアラウト思ヒマスガ、併シ何ウモ戸主ト云フモノハ私ノ腹ニハ這入りマセヌカラシテ通ラヌ事ハ承知ナガラ一言述ベテ置キマスガ、此前ニ隠居ノ案ガ出マシタ時ニ私ハ願クバ隠居ト戸主トヲ併セテ民法中カラ除キタイト云フ説ヲ提出シマシタ、所ガ当日発言ヲナサラヌ御方ハ別デアリマスガ其時ニ発言ヲナサレタ人ノ中一ニヲ除クノ外ハ悉ク隠居ヲ置クト云フ意見デアッタ、私ハ実ニ是レハ理屈ニ合ワヌコトデアルト思フ現ニ起草委員三名ノ御方ノ如キモ主意ニハ賛成デアルト併何ウモ我国ノ慣習ニシテ廢スル訳ニ往クマイトカ議會ヲ通ルマイトカ詰リ語ヲ換エテ見レバ尚ホ早シト云フ理由デ私

ノ説ハ抹殺セラレテ（中略）民法ノ如ク一人ト一人ノ私権デアルフレヲ利益ハ認メテ居ルガ尚ホ早シト云フ事ガ立法人ノ口カラ言フテ宜イコトデアルカナイカト云フコトヲ私ハ甚ダ疑フ、夫レカラ又養子ノ如キモ唯今ハ頗ル曖昧タル御答デアリマシタガ我国ノ泰斗ト仰ガレル先生方ガ未ダ夫レヲ何ウスルカト云フ考ヲ持テ居ラヌト云フコトハ私ハ甚ダ疑ヲ懷キマスガ、併シ夫レハ各々ノ考ニ在ルコトデ未ダ考ヲ持テ居ラヌト言ハルレバ夫レ迄ノ事デアリマスガ、併シ察スルニ矢張家族タル者ハ養子ガ出来ナイト云フ方ノ御意見デハナイカト思ハレマス、成程家族ノ制度上カラ見レバ戸主デナイ者ガ養子ヲスルト云フ事ハ甚ダ抵触スル様デアル、乍併人權ノ方カラ見タ時ニハ既ニ養子ガ出来ルト云フ制度ガ我国ニ置カレテアリナガラ家族タル者ニ限ッテ養子ガ出来ヌト云フノハ何ウモ立法人ノ口カラ言フベキ事デハナカラウト思ヒマス、（中略）所ガ夫レ程迄ニ權利ヲ重ンズルト云フコトデアリナガラ此養子ノ事丈ケニ限り貴様ハ次男デアルカラ養子ハ出来ナイト云フ事ハ何ウモ私ハ分カラナイ、夫レカラ又日本デハ親権ヲ重ンズルト云フテ置キ乍ラ其親ガ自分ノ子ノ承諾ヲ經ナケレバ婚姻ヲスル事ガ出来ヌ、又既ニ承諾ヲ与ヘルト云フ権ヲ持テ居ル其子ガ親ノ承諾ヲ經ナケレバ婚姻ヲスルコトガ出来ヌ此様ナとんちんかんナ事ガ何処ニ有リマセウカ、此ノ如ク大体カラ間違ッタ事ト思ヒマスカラ戸主ト云フ字ハ民法カラ取除カレン事ヲ希望致シマス（『主査会速記録』、166～167頁）

法典調査会において西園寺がこれほどの長い発言をすることが極めてまれであった。この日は伊藤が議長であったので、西園寺は長い発言ができたし、法理に関する自説を展開することができたともいえる。発言のなかで西園寺は隠居、戸主制度を「理屈ニ合ワヌコト」と指摘し、あくまでも削除を主張した。起草委員の時期尚早論に対し西園寺は、「最モ疑ヲ懷イタ」と述べている。また、民法を個人の権利を保障する法律とみなし、隠居、戸主制度、そして婚姻、養子に関する規定は根本的に個人の権利を制限するものだと述べている。日本の慣習からこれらの制度を削除するのは尚早だと主張する起草委員に対して、



西園寺は厳しく批判する態度を取った。そのほか、西園寺は人権を重んじながらも、養子制度、婚姻制度に種々の制限を加えることが「とんちんかん」なことと「大体から間違った」ことと言い切った。

注目すべきことは、議長の伊藤が西園寺の発言に対して無視する態度をとったことである。伊藤は「夫レデハ別ニ論モナイカラ第二章迄ハ原案通り可決ト見テ次ハ第三章第四章ヲ議題トシマス」と議論をまとめた。恐らく伊藤は、西園寺の発言は法典調査会の基本方針の枠そのものを越えたものと判断し、議論の対象としない態度を取ったのであろう。

しかし、隠居・戸主削除の主張は西園寺だけではなかった。主査会第5回の議論のなかで、熊野敏三は「多数ヲ得ラレルナラバ之ヲ削リタイ」と西園寺の動議を賛成した。また、93年7月4日に開かれた第3回法典調査会総会の時、末延道成、渋沢栄一からも戸主制度の削除が主張された<sup>31)</sup>。ただ、その場合も削除説を主張する委員はごく少数派であり、その動議も最終的に否決された。

以上のように、西園寺は隠居制度・戸主制度の廃止を主張し、養子制度・婚姻制度の規定に含まれた矛盾を厳しく追及した。その根底には彼の人権平等思想があったといえる。また、西園寺が発言のなかで穂積・梅らに「立法者としての責任」を厳しく問うている点も注目に値する。この点は、梅が歴史派への批判の立脚点としていた見地でもある。梅は自分の著作のなかでは、「歴史派ノ説ニ従ヘハ法律ノ不備ナル場合ヲ如何スヘキカ凡ソ制定法ナルモノハ不完全ナル人間ノ作成シタルモノナリ之ニ多少ノ不備アルハ固ヨリ免レス此ノ如キ場合ニ於テ若シ性法ナルモノヲ認メストセハ何ヲ以テ其不備ヲ補ハントスルカ」<sup>32)</sup>と述べ、現実の法（制定法）の存在を事実として認めると同時に、歴史派はその不備な点の改革を成り行き任せにするとみなして、立法者はあるべき法を追求する責任があると主張した。西園寺は、制定法を立法する立場にあるものは、現実の家族の制度を是認するだけでなく、あるべき方向へ変革する法をいかに創出しようとするかが問われると指摘した。この指摘は、梅の本来の立場でもあったから、その批判は梅には強く響くものがあつたであろう。

## (二) 所有権をめぐる議論

第19回(94年6月8日)法典調査会は、第209条の「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有者ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス権利ヲ有ス」という「所有権の限界」について審議を行った<sup>33)</sup>。最初に梅は起草委員として説明を行い、以下の二つの内容を強調した。

一 体此権利ト云フモノハ総テ法律ノ規定ニ依テ範囲ガ定マルモノデアッテ所有権ニ限ッテ其範囲ガ自然極ッテ居ッテ法律ノ規定ニ依ラヌモノデアルト云フ訳デハナカラウト思ヒマス

所有権ノ作用ヲ制限スルモノデアリマスカラ之ハ単ニ憲法上ノ法律ノミトシテ置テハ大變差支ルコトガ起ラウト考ヘマシタカラシテ夫レデ之ハ「法令」ト改メタノデアリマス(『法典調査会 民法議事速記録』〔以下『民法速記録』と略す〕3、47~48頁)

梅の説明を聞いた西園寺は「此『制限内ニ於テ』ト云フコトハ『制限ナキニ於テハ』ト修正シテハ何デス」と提案した。これに対して、穂積八束が「意味ノ違ウ所ハ何処ニアリマスカ」と反問した。それを受けた西園寺は、「私ハ法律デ制限ガナイ以上ハ所有権ハ自分ノ勝手デアル烹テ喰フガ燂テ喰オフガ勝手デアルト云フ主義デ出マシタノデアリマス起草委員ハ所有権ハ自由ト雖ドモ自カラ法律カラ許サレテ居ルノデアル故ニ殊更ニ「内」ノ字ヲ入レタト云フ斯ウ云フ御説明デアリマシタ」(『民法速記録』3、49頁)と述べた。

この西園寺の発言について後藤は次のように分析している<sup>34)</sup>。

梅は、第一七六条では所有権の創設が「法律」によるのに、その所有権の作用が法律よりも広範囲な「法令」でなぜ制限せざるをえないのかを論理的・整合的に説明してはいない。だからこそ、西園寺は「所有権ハ自分ノ勝手デアル」といい、「制限内」を「制限ナキニ於テ」と修正すべきだと主張した。

後藤は西園寺が「法律」と「法令」の区別に着目し、主張したと考えている。しかし、その後の議論の内容から分析すれば、西園寺は「法律」、「法令」の区

別より、むしろ梅がいった「権利ト云フモノハ総テ法律ノ規定ニ依テ範囲ガ定マル」という主張に対して発言したのである。西園寺の発言に対して、梅は次のように意見を述べている。

第二点ノ先刻議長閣下カラ御述ベニナッタ「制限ナキニ於テハ」ト云フコトデアリマスガ之ハ少シ私共ノ考ヘトハ違ッテ居ラウト思ヒマス私ハ態々申上ゲルマデモアリマセヌガ一体自然法ヲ信ジテ居ルノデアリマス自然法ハアラウト思ヒマス乍併其自然法ハ決シテ所有権ノミニ付テ居ルトハ思ヒマセヌ総テノ権利ニ付テ皆アルト思ヒマス（『民法速記録』3、50～51頁）

梅は「権利と法律の関係」について自然法を以って解釈しようとした。しかも、実定法の権威の根拠を自然法に求め、実定法と自然法との対立を曖昧化した。「総テノ権利ガ自然法ニ適ッテ居ル」と言って、「権利ト云フモノハ総テ法律ノ規定ニ依テ範囲ガ定マル」という論理を正当化した。この梅の解釈に対して、西園寺は「私ハ自然法ト云フコトハ言ハナイ」と答えた。梅はさらに言う。

自然法ト云フコトハマダどなたモ申サレナカッタカモ知レマセヌガ詰リ所有権ハ本来制限ノナイモノデアッテ法律デ以テ不己得サルトキニ制限ヲ加ヘルノデアルト云フコトデアリマスガ然ウスルト云フト法律以外ニ所有権ノアルト云フ意味デアラウト思ヒマスガ然ウ云フコトハ出テ来スト思ヒマス（『民法速記録』3、51頁）

この梅の発言から、逆に西園寺の所有権概念が如何なるものかうかがうことができる。梅は「所有権ハ本来制限ノナイモノデアッテ法律デ以テ不己得サルトキニ制限ヲ加ヘルノデアルト云フコトデアリマスガ然ウスルト云フト法律以外ニ所有権ノアル」と述べ、西園寺の所有権の考え方を梅の立場から解釈した。西園寺の見解に対して梅は自然法に言及して、「所有権ハ自然法ニ於テモ制限ガアル決シテ無制限ノモノデナイ」と強調している。注目すべきことはその後穂積陳重の発言である。

先刻梅君カラ此所有権ノコト権利ノ自然法上ノ権利ト云フコトヲ御述ヘニナリマシタガ固ヨリ梅君ノ御一己ノ御考ヘニナッテ誤解ガアルマイト思ヒマス私ハ固ヨリ自然法ヲ本トニシテ取ッテ居ルトハ思ヒマセヌガ乍併本案ニ於テハ一向差支ヘナイト云フコト丈ケヲ弃シテ置キマス（『民法速記録』3、54頁）

穂積は梅が援用した自然法の論理に反対であるが、所有権に関する議論においては「一向差支ヘナイ」と強調した。即ち梅が自然法の論理を援用した結果、穂積の意を得たのである。

この権利と法律の関係についての議論は、その後菊池武夫と西園寺のやりとりによってさらにエスカレート化した（『民法速記録』3、60頁）。菊池は「今日ノ法律社会ニ於テ権利ト云フモノハ法律以外ニ存スルモノテアルト云フコトヲ信スル者ハ殆ントアルマイト信スルノテアリマス」という発言に対し、西園寺は「アルカモ知レヌ」と答えた。そして、菊池は「若シアツカラ余程間違ッタコト」で、「甚ダ此会議ノ為メニ遺憾ニ存スル」と返答した。それに対して、西園寺は「一寸伺ヒマスガ若シあなたノ御説ニ違ッタ説ヲ持ッテ居ル者ハ皆不心得ナ人テアリマスカ」と厳しく追及した。

以上述べてきたところから、「所有権の限界」の規定をめぐる議論は「法律」と「法令」との制限の範囲に関わる問題だけではなく、その議論はさらに広範囲にわたっており、法律と権利の関係をめぐる根本的問題について行われた。西園寺は法律以外に権利が存在することを主張し、自然法的権利思想を肯定していた。これは家族制度をめぐる議論の中で、西園寺が隠居、戸主、養子制度の削除を強く主張したことも関連している。西園寺の提案は最終的に多数決で否決されたが、民法の主眼である家族制度と所有権に関する彼の発言は、人権を保障する観点から妥協を許さない原理的なものであった。

### (三) 「善良ノ風俗」について

家族制度と所有権の議論以外にも、西園寺の興味深い発言はほかにも存在し

たことが議事速記録からうかがえる。その中で第21回（94年3月2日）の民法主査会での「善良ノ風俗」についての議論が重要である。

この日の議題は「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル行為ヲ目的トスル意思表示ハ無効トス」という第95條についてであったが、梅が次のように修正案を提案した。

「善良ノ風俗」抔ト云フコトハ元來道德上ノ問題デアッテ之ヲ広く解スル時ハ法律ト道德トノ境界ハ丸デナクナッテ仕舞ヒハシマイカ道德ニ反スルコトハ皆善良ノ風俗ニ反スルモノト見ラレル然ルニ道德ニ反スルコトハ残ラズ此法律ノ制裁ヲ加ヘルト云フコトハ蓋シ今日何人ト雖モ主張セザル所デアラウト思ヒマス（『主査会速記録』、658～659頁）

梅は「善良ノ風俗」を元來道德上の問題と見なし、広く解釈すれば法律と道德の境界がなくなって、「道德ニ反スルコトハ皆善良ノ風俗ニ反スルモノト見ラレル」ため、「又ハ善良ノ風俗」の7字の削除を提案した。これに対して、起草委員富井政章はドイツの民法草案には「善良ノ風俗」の語が一般に使われているとして、梅の削除説を反対した。これに対して、西園寺は次のように述べた。

私ハ矢張り梅君ノ修正案ニ賛成シマス、何ウモ此「善良ノ風俗」ト云フ字ハ甚ダ忌ヤナ字デアッテ成程西洋デハ之ガ善良ト云フコトデ一般ノ社会ノ人ガ認メテ居ッテ極マッテ居ルドンナ社会ニ持テ来テモドチラニ持テ往ッテモ善良デアリマスガ如何ニセン今日我日本国デハ然ウデアリマセヌ是ハ大變善良ノコト宜イコトト思ッテ人ニ話ヲシテ見ル人ニ言ハセテ見ルト不善良ノヤウニ云フ又一方ノ不善良ノ方斯ウ云フ風俗ガ日本国ニ這入ッテ来テハ困マル之デハ日本国ノ他日ノ秩序ヲ妨ゲルト人ガ云フ、所ガ豈凶ランヤ私ガ考ヘルト誠ニ結構ナコトハ日本ノ為メニナルカラ着着行ハレルコトヲ願フト思フヤウナコトモ続々アル夫レデスノ如キ思想ノ錯雜シタ日本ニ於テスノ如キ錯雜シタ文字ヲ用イルコトハ甚ダ宜シクナイト思イマスルカラ梅君ノ説ガ行ハレテ是ハ削除ニナランコトヲ希望致シマス（『主査

会速記録』、660頁)

西園寺は「善良ノ風俗」という字を「甚ダ忌ヤナ字」と言い切って、梅の削除提案に賛成した。西園寺は「風俗」をめぐって相反する理解があると見ている。1895年の女子高等師範学校卒業式の演説<sup>35)</sup>で、西園寺は文明増進に寄与する「一国ノ風俗ヲ扶植」する必要を説いている。そのなかで「女子ノ教育ハ社会ノ文明ヲ増進スル要素ニシテ、風俗ノ汚隆、徳義ノ消長、尽ク女子ノ教育ニ淵源スル」といっている。「風俗」は「汚」と「隆」の相反する要素が争っていると見て、「善良ノ風俗」の規定は、古い「風俗」を維持することに寄与しかねないと考えたといえよう。

また、西園寺の発言から、彼の日本の思想現状に対する認識もうかがえる。西洋では「道徳」は普遍性を持っている。これに対して日本では、「思想ノ錯雑」の状況で、社会的に統一した道徳標準を持たない。すなわち社会が道徳、倫理における普遍的基準を持たないと考えた。西園寺は嘗て漢文で書いた『政理新論』序文のなかで「風俗」に言及し、西洋の風俗を日本に移植する可能性を論じた。『政理新論』はフランス留学時代の師であるエミール・アコラス<sup>36)</sup>の主著とされたもので、1884年に酒井雄三郎と白石時康の共訳で小笠原書房より刊行された。その表題には、「同氏門人西園寺公望序」と書かれている。西園寺は序文の中で「雖然樹木之性一定不易、而灌培得宜、猶或可移植。民俗独不可移乎。苟俗之移、更張制度、以従之可也」<sup>37)</sup>と書いて、文明の習慣を移植することは可能であり、必要でもあると論じている。法典調査会での西園寺の発言はこのような「風俗」に関する考えが基礎にあったといえる。

西園寺の発言の後に、梅は「私ノ趣旨モ始メテ述ベマシタ所テ大概尽キテ居ラウト思ヒマス、只今西園寺さんノ御賛成ヲ得テ愈々私ノ精神ヲ貫クヤウデアリマス」と述べ、さらに持論を展開した。梅は「羅馬ヲ採テハ風俗ト云フ文字ハもスト云フ字デアル然ルニ其ノもスト云フ字ハ慣習法ト云フ方ノ意味ニ沢山使ッテアル」(『主査会速記録』、660～661頁)と述べ、羅馬法以来一般に使われている「善良の風俗」概念の曖昧さを指摘し、あくまでもその削除を主張した。

この日の議論について、議長伊藤も発言し、「善良の風俗」という文字は西洋の翻訳によるもので、「不確實の文字」であり、「単ニ裁判官ノ判定ノミニ任セテ其意思表示ヲ無効ニサセルトカ云フヤウナコトニナツタラ由モ出来ル訳デナイ」と疑念を表明した。しかし一方で、「道德ト云フコトデアレバ御同意スル即チ一国ノ道德ト云フコトニ付テハ大變ナ間違ヒハナイニ相違ナイ、或ハ倫理ニ反スルトカ道德ニ反スルトカ云フコトデアレバワカルケレドモ」（『主査会速記録』、662～663頁）と言って、「善良の風俗」より道德や倫理という文字の使用を主張した。この伊藤の考えは、法律と道德を明確に区別すべきだとする梅や西園寺の主張と対立したといえる。

しかしながら、西園寺の見解も梅のそれも共に否決されてしまった。このことは法典調査会の枠組みを浮彫りにしたものであって、さらにこの議論は法理論における西園寺と梅が一致しうる立場にあったことを強く示唆したのであった。

### 三 西園寺の役割および歴史的評価

#### （一）西園寺の果たした役割

西園寺の役割を分析するにあたって、彼はなぜ法典調査会の副総裁となったのかを考える必要がある。すでに述べたように、第2次伊藤内閣にとって条約改正のための法典編纂事業は重要な課題であった。さしあたり直面したのは民法・商法の施行延期法案の上奏・裁可を仰ぐ手続きであった。伊藤はその準備として1892年10月7日に法典取調委員会を組織した。その目的は、施行延期法の上奏にあたって条文のすべてについての修正する必要があるかどうかを検討し、修正を必要としないものについては部分的に施行するということで裁可を仰ぐことを決定するためであった。西園寺は委員長を命ぜられた。この委員会で会社・破産・手形の三つは修正して施行し、その他は延期することに決定した。西園寺はこのことをまとめて伊藤に上申し、委員会は11月21日に解散した。

おそらく西園寺のまとめ役としての手腕が伊藤に大いに認められて、これは後の法典調査会の事務担当を西園寺に託したことにもつながると考えられる。

翌年5月13日付け西園寺宛の伊藤書簡<sup>38)</sup>には、伊藤が「法典調査会事務担当者之事」を西園寺に依頼し、しかも「担当者委員会ノ属吏ヲ指揮シ会議ニ関スル一切ノ事務ヲ」統轄することを西園寺に託したことがわかる。西園寺は伊藤の依頼を受けて、法典調査会の副総裁となり、会議をまとめる重責を負ったのである。この間に、西園寺は賞勲局総裁を兼務したまま93年11月に貴族院副議長に、次いで94年5月には枢密院顧問官に任命された。貴族院副議長と枢密院顧問官は兼任できないため、顧問官に就任すると同時に副議長を辞任した。その後10月に西園寺は第2次伊藤内閣の文部大臣に任命された。西園寺は極めて多忙となり、文部大臣になった直後に、伊藤に法典調査会副総裁を箕作麟祥に譲りたいと申し入れた<sup>39)</sup>。しかし、これは実現しなかった。フランスで専門的に法学を修め、しかも国際的視野を持つ政治家西園寺は伊藤にとって最適な人選であったからといえよう。

日清開戦後、西園寺は病気にかかった陸奥に代わって、95年6月に外務大臣臨時代理に任命され、96年5月には兼任外務大臣に任命されて「陸奥外交」を全面的に支えた。西園寺は第2次伊藤内閣が内政外交政策を遂行する上で決定的に重要な位置を占め、伊藤にとって不可欠の政治協力者となっていた。法典調査会においても、西園寺は副総裁あるいは代理議長として自分の役割をよく自覚していたにちがいない。その一方で彼が、民法の柱である家族制度と所有権の問題について本稿が述べたように注目すべく発言をしていたことも決して看過できない。

## (二) 発言の評価—梅との関係について

近代天皇制のイデオロギー的社会的基礎として家父長的家族制度を法的に規定しようとする法典調査会において、西園寺はなぜ原理的な発言をしたか、さらに検討する必要がある。



西園寺の発言には、ヨーロッパの「自由・権利」思想に対する深い理解が裏づけとしてあった。若くして10年間（1871年～80年）フランスに留学し、フランスの市民社会に触れ、特に急進主義的法学者アコラスから多大の影響を受けた<sup>40)</sup>。西園寺は晩年に「いずれにしてもフランス時代の知人として一番益を受けたのは、先生であったアコラス」<sup>41)</sup>と回顧した。このアコラスの著作のうち3冊<sup>42)</sup>もが日本で翻訳された。そのなかで、『仏国法典改正論』に西園寺は献辞「他山之石可以攻玉」を書いて、フランスの法典改正論の導入を通じて日本の立法事業に役立てることを期待している。

アコラスは『仏国法典改正論』のなかで、「法律ノ目的ハ自由ノ権及所有ノ権ヲ保護スルニ在リ」と明確に主張し、「人間ニ最モ天賦固有ナル同等権利ヲ生子ノ間ニ与奪シ私生ノ子ト正当ノ子ト之レヲ区別スル如キ是レ其最モ大本ヲ失シタルモノナリ」<sup>43)</sup>と述べてナポレオン法典を厳しく批判し、「同等主義」に基づく親族法の制定を強調した。

フランスから帰国直後の西園寺は、『東洋自由新聞』社の社長に就任し、また明治法律学校の法論会で「人権同等」論<sup>44)</sup>を主張し、フランスの「平等分派相続」が「甚ダ理ニ適スル」と強調した。そのことはフランス留学でヨーロッパ近代社会の理念を深く理解したことにより、特に師アコラスの影響が大きかったと見なければならない。後の法典調査会で自由主義的法理論を展開したことにも繋がっている。

また、法典調査会における西園寺の発言は自然法学者梅の本来の立場を代弁し、法の原理を指摘して調査会の議論に問題を投げかけたという意味がある。94年4月20日に開かれた第5回の法典調査会で、西園寺は委員のあるべき姿勢について次のように主張した<sup>45)</sup>。

此会デハ勿論重大ナ関係ト云フコトハ法律ヲ議スル以上ハ言フマデモナイ事デアリマスルガ、私ハ単ニ法理ノ如何ヲ観ル丈デアッテ、其他ニ何ウ云フ重大ナ関係重大ナ事ガアルト云フコトハ吾々委員ノ眼中ニハ置カシテ宜シイト思ヒマス、或ハ又行政トカ云フヤウナコトマテモ眼中ニ置カナ

ケレバナラスト云フ事デアレバ非常ニ重大ナ問題ト思ヒマスガ、苟モ法律ヲ議スルノナラバ唯タ単ニ法理丈ケヲ議スルト云フコトニ心得テ居リマスガ、夫レデ宜シウゴザイマスカ

かつて断行派の代表であった梅は、起草委員として、そして帝国大学法科大学教授の立場もあって、法典調査会のなかで自説が言えない立場にあった。梅は学問上で隠居制度や戸主制度の廃滅を断言しながらも、法典調査会のなかでそれを一応法律で規定することを主張した。また、所有権の限界を「自然法」を援用して解釈した結果、陳重の意を得たのである。「善良の風俗」に関する議論では、梅と西園寺が本来一致しうる立場にあることを示したとはいえ、全体として梅は法典調査会では寧ろ陳重に近い立場にあった。自然法の民法学者梅にとっては、自説を主張できない法典調査会の仕事は悲惨だったとも言える。協力を拒否すれば、帝国大学教授の地位にとどまることができなくなったであろう。

法典調査会成立当初の状況について、梅は次のように振り返っている。「当時は前年の法典の延期若くは断行と云って、鎬を削って争いましたあとで、所謂断行派、延期派と云ふものが、多少感情の上に於て融和を缺いて居るのみならず、意見の根本に於ても大に異なる所があったのであります、それ故初めて法典調査会が設けられまして、一年程の間は其会議の状況も頗る活気を呈して居りまして、随分議論も起ったのであります」<sup>46)</sup>。梅は起草委員として、法典調査会で法典の取り纏めにひたすら尽力せざるを得なかったのに対し、西園寺は「法律ヲ議スルノナラバ唯タ単ニ法理丈ケヲ議スル」ことを主張し、本来の梅の立場をも代弁し、所謂断行派を激励したとも評価できるであろう。

### おわりに：

岡村司は頒布後の明治民法について、「民法編纂ハ条約改正ノ必要ニ出テタルモノニシテ国民ノ需求ニ本ツキタルモノニ非サル」<sup>47)</sup>と評し、明治政府の民

法編纂事業の本質を暴いた。伊藤首相は、条約改正の前提条件としての民・商法典編纂を成功させるべく、延期派優位のもとで延期・断行両派を統合しうる方針＝政治的枠組みを有する法典調査会を組織し、実際に民・商法典の制定に成功した。

西園寺は、法典調査会の副総裁として法典編纂の任務遂行に力を注いだが、同時に本稿が明らかにしてきたように、上記の法典調査会の政治的枠組みのなかで、西園寺はあえてその枠組みを越える発言も行ったのである。その意味をどう理解すべきか。

本稿がおもに明らかにしたことは、西園寺はヨーロッパの「自由・権利」思想への深い理解を前提に、編纂中の民法典に含まれる深刻な矛盾を指摘し、ある意味で日本民法の行方に重要な先駆的問題提起を行なったということである。また、西園寺が法典調査会の枠組み・基本方針をあえて越える発言をしたことは、それ自体は伊藤に対する一定の批判であったが、それが可能でもあったことである。さらに、西園寺の提案が法典調査会で否決され、自然法学者の梅が妥協的な態度をとらざるを得なかったことが意味することは、明治国家の分厚い国家主義の壁であり、西園寺の発言がそれを浮き彫りにしたということである。

注目すべきことは、法典調査会における西園寺の自由主義的法理論の表明が「日英通商航海条約」が調印される以前の時期に集中していることである。この事実、条約調印によって法典実施の期限遵守だけが問題となる以前の時期においては、法典調査会の議論がより広がりうる余地が残されていたことをうかがわせる。本稿で明らかにした法典調査会における西園寺の発言の意味を、当該期の条約改正をめぐる政治過程のなかでいっそう正確に分析し、深めることが次の課題であるが、それは他日を期すことにしたい。

## 註

- 1) 福島正夫著『日本資本主義の発達と私法』東京大学出版会、1988年6月、161頁。
- 2) 立命館大学西園寺公望伝編纂委員会編『西園寺公望伝』第2巻、岩波書店、1991年

9月。

- 3) 前掲『西園寺公望伝』第2巻、131頁。
- 4) 東京大学社会科学研究所紀要『社会科学研究』第23巻第1号、1971年。
- 5) 井ヶ田良治著『日本法社会史を拓く』（「第7章 明治民法と女性の権利」）部落問題研究所、2002年11月。
- 6) 早川紀代著『近代天皇制と国民国家一両性関係を軸として一』（「第6章 法典調査会における議論」）青木書店、2005年12月。
- 7) 星野通編著『民法典論争資料集』日本評論社、1969年7月、16～17頁。
- 8) 岡村司講述『民法親族編 明治三一年 完』復刻版、『日本立法資料全集』別巻339、信山社、2005年3月、46頁。
- 9) 前掲『民法典論争資料集』、171～185頁。
- 10) 穂積八束の一連の論説は1891年4月の「国家的民法」、同年8月の「民法出テ、忠孝亡フ」と「耶蘇教以前の欧州家制」である。前掲『民法典論争資料集』を参照。
- 11) 前掲『民法典論争資料集』、233～241頁。
- 12) 『法学協会雑誌』第10巻第5号、1892年5月。
- 13) 鈴木良「自由法学の誕生一岡村司の民法研究について一」、『立命館大学人文科学研究so紀要』65号、28頁。
- 14) 松永昌三編『中江兆民評論集』岩波書店、1993年3月、411頁。
- 15) 中塚明校注・陸奥宗光著『蹇蹇録』岩波文庫、1999年11月、119～120頁。
- 16) 大津淳一郎著『大日本憲政史』第4巻、原書房、1969年、10頁。
- 17) 前掲『蹇蹇録』、121頁。
- 18) 利谷信義「近代法体系の成立」参照。『岩波講座 日本歴史16 近代3』、岩波書店、1976年6月。
- 19) 前掲『民法典論争資料集』、206～207頁。
- 20) 『法典調査会 民法総会議事速記録』日本近代立法資料叢書12、商事法務研究会、1988年6月、1頁。
- 21) 前掲『法典調査会 民法総会議事速記録』、10頁。
- 22) 『国家学会雑誌』第24巻第7号、1910年7月1日発行、34～35頁。
- 23) 星野通著『明治民法編纂史研究』日本立法資料全集別巻33、1995年11月、174頁。
- 24) 福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究』日本立法資料全集別巻1、1989年12月。
- 25) 井ヶ田良治、山中永之佑等編『史料 日本近代法』法律文化社、1983年6月、39～41頁。
- 26) 梅謙次郎「二十世紀の法律」、『読売新聞』、1900年1月5日発行。
- 27) 1893年7月4日に開かれた第3回法典調査会総会では「第四編 親族」について議論された。八束は「親権ト云文字ヲ用イルナラバ寧ロ父権ト顯ハシタ方が我国旧来ノ慣習ヲ顯ハスニ適當ナ文字デアラウト思ヒマス」と親権を父権に入れ替えることを主張し、その理由は「我国デハ家ト云フモノハ何ウシテモ男性ノ家デアッテ女性

- ノ家デハナイ」と民法論争時の主張を繰り返した。しかし、全体の議論から見れば、八束の論調も姿勢も低く、支持者も現れなかった。前掲『法典調査会 民法総会議事速記録』、71頁。
- 28) 法務大臣官房司法法制調査部監修『民法査会議事速記録』『日本近代立法資料叢書』13、商事法務研究会、1988年8月。
  - 29) 前掲『民法査会議事速記録』によれば、全部で21回会議が行われた。その中で伊藤は第8回、第9回、第10回、第11回、第12回、第14回、第19回、第20回、第21回の9回会議に参加し、その以外は殆ど西園寺が代理議長に務めた。
  - 30) 我妻栄編『旧法令集』有斐閣、1969年3月、194頁。
  - 31) この点に関しては、早川紀代前掲書280頁でも指摘があった。
  - 32) 梅謙次郎著『民法原理 総則編』巻之1、『復刻叢書法律学篇16 民法原理 総則編 巻之1・巻之2合』、信山社出版、1991年、12頁。
  - 33) 『法典調査会 民法議事速記録』3、法務図書館、1977年2月。
  - 34) 前掲『西園寺公望伝』第2巻、94～95頁。
  - 35) 立命館大学西園寺公望伝編纂委員会編『西園寺公望伝』別巻2、岩波書店、1997年10月、40頁。
  - 36) エミール・アコラスは「法学者で政治家。一八二六年シャトル生まれ、一八九一年パリで没。民法改定に賛同、その目的のため一八六六年に研究委員会を作る。急進的な思想を吸収。一八四九年、パリのアンドル社会主義協会の書記となり、一八六七年、ジュネーブにおける全ヨーロッパ民主主義協会の設立に協力。これが投獄の理由となった。パリ、コンミュンからパリ大学法学部長に指名される。一八八〇年監獄施設の査察長官となる。自殺」。鈴木良「近代日本のなかのフランス山脈—西園寺公望と中江兆民」を参照。立命館国際言語文化研究所『立命館言語文化研究』1巻2号、1990年3月、54頁。
  - 37) 酒井雄三郎・白石時康共訳『政理新論』（原題アコラス『政治科学の哲学と一七九三年人権宣言注解』）、小笠原書房、1884年4月、2頁。
  - 38) 小泉策太郎筆記・木村毅編『西園寺公望自伝』大日本雄弁会講談社、1949年9月、111～112頁。
  - 39) 「10月10日付けの伊藤宛西園寺書簡」。『伊藤博文関係文書』第5巻、塙書房、1977年1月、51頁。
  - 40) 西園寺がフランスで何を学んだか、特に師アコラスから如何に影響を受けたかについては、鈴木良「西園寺公望とフランス」を参照。後藤靖編『近代日本社会と思想』吉川弘文館、1992年11月。
  - 41) 前掲小泉策太郎筆記・木村毅編『西園寺公望自伝』、63頁。
  - 42) 最初の1冊は『仏国民法提要』で、小島竜太郎訳で1881年より84年にかけて司法省から出版された。次いで1882年3月に、『仏国法典改正論—民主主義ニ基キ特ニ民法ヲ更造改鑄スルノ緊要』が岸本辰雄、内藤直亮共訳で知新社から発行された。

- 最後の1冊は1884年に、『政理新論』と題として酒井雄三郎と白石時康の共訳で小笠原書房より刊行された。前掲鈴木良「西園寺公望とフランス」、107～109頁。
- 43) 岸本辰雄、内藤直亮共訳『仏国法典改正論——民主主義ニ基キ特ニ民法ヲ更造改鑄スルノ緊要』(原題アコラス『民主主義の観点からみた全フランス法、とくにナポレオン法典改正の必要』)、知新社、1882年3月、45頁。
  - 44) 西園寺が明治法律学校の法論会で人権は「全ク同等ナルモノニシテ、決シテ不平等ナリト云フ可カラス」と「人権同等」論を主張した。明治大学百年史編纂委員会『明治大学百年史』第1巻、史料編I、1986年3月。
  - 45) 『法典調査会 民法議事速記録』1、法務図書館、1975年11月、208頁。
  - 46) 前掲『国家学会雑誌』第24巻第7号、34頁。
  - 47) 前掲岡村司講述『民法親族編 明治三一年 完』復刻版、49頁。

(張 智慧、上海大學文學院講師)