

松 山 大 学 論 集  
第 20 卷 第 6 号 抜 刷  
2 0 0 9 年 2 月 発 行

弁 護 士 の 誕 生 と そ の 背 景 ( 2 )  
— 明 治 時 代 前 期 の 民 事 法 制 と 民 事 裁 判 —

谷 正 之

# 弁護士誕生とその背景(2)

—— 明治時代前期の民事法制と民事裁判 ——

谷 正 之

## 序

### 一 封建国家から近代国家へ

#### 1 明治維新の政治状況

- (1) 大政奉還と三職制
- (2) 政体書と太政官制
- (3) 版籍奉還と復古的太政官制（二官六省）
- (4) 司法行政機関

#### 2 近代国家への歩み

- (1) 廃藩置県と太政官三院制
- (2) 文明開化政策と封建的禁制・制限の廃止

### 二 西洋法の導入

#### 1 導入の原因

- (1) 不平等条約改正の必要性
- (2) 岩倉使節団の欧米視察の影響
- (3) 欧州司法制度調査団視察の影響

#### 2 導入の方法

- (1) 留学生の派遣・帰国留学生の登用
- (2) お雇い外国人の招聘
- (3) 法学教育のための学校開設

### 三 明治時代前期の民事法制と民事裁判

#### 1 民事法制

- (1) 民事の法規範
- (2) 民法典の編纂開始
- (3) フランス民法を日本民法へ

#### 2 民事裁判所

- (1) 奉行所から裁判所に
- (2) 司法省の裁判権統括
- (3) 裁判所制度の変遷

### 3 民事裁判

- (1) 糾問的訴訟審理の禁止
- (2) 府藩県交渉訴訟准判規程
- (3) 民事裁判手続の改革
- (4) 裁判官の裁判基準
- (5) 訴訟書類の書式及び訴訟費用の負担
- (6) 行政訴訟の途を拓く

結び

## 序

今回は、江戸時代の法制と公事師について検討した。江戸時代の法制は、封建的身分制度を根幹とするもので、行政が司法を兼ね、裁判は専ら先例や慣習法に基づいて行われていた。公事宿から公事師が自然発生的に生まれ、人民の公事訴訟のために目安（訴状）を代書し白洲（法廷）における訴訟の仕方を教えるなど活動したが、その地位は確立されないまま幕末に至った。

今回から明治時代の民事および刑事の法制と裁判、代言人の誕生について検討していく。

まず、明治時代をどのように区分するのかについては、法制史家・歴史学者などそれぞれに諸種の見解があるが、私はこれを前期・中期・後期の3期に分け、前期は慶応3年（1867）年10月徳川慶喜が大政奉還したのを受けて維新政府が近代国家形成に努めながら不平等条約改正のために法典編纂を急いだ明治14（1881）年までの期間とし、中期は自由民権運動が活発になり民撰議院開設要求や多数の私擬憲法案が発表され、刑法・治罪法など近代的諸法典が制定施行された明治15（1882）年から政府が欽定憲法を制定し立憲君主政体をとるに至った明治25（1892）年までの期間、後期は弁護士法が制定され不平等条約の改正と日清日露戦争を経て国際社会へ登場していく明治26（1893）年から明治時代の終焉を迎える明治45（1912）年までの期間とする。

本稿は、まず明治時代前期（明治元年～明治14年）の激動する内外情勢の

なかで、文明開化政策を推進しながら、日本はなぜ西洋の法制度を導入することにしたのか、それをどのように導入したのか、そのためにどのような努力をしたのか、新しい法制度の整備を何から始めたのか、その後どのような改正を行ないながら定着させていったのかなどについて、民事の法制と裁判に焦点を当てながら、近代的法治国家形成のためになした先人の努力と苦闘の跡を辿ってみたいと思う。

## 一 封建国家から近代国家へ

### 1 明治維新<sup>1)</sup>の政治状況

#### (1) 大政奉還と三職制

##### ① 大政奉還

江戸時代の最後の将軍徳川慶喜は、慶応3(1867)年10月14日、「大政奉還<sup>2)</sup>」をした。これにより、当時朝廷の中枢機関である摂政二条斉敬・左大臣近衛忠房・右大臣一条実良・中川宮朝彦親王らは、公武合体派の将軍慶喜を上位におく雄藩連合と連携する王政復古計画を積極的に進めていた。これに対し、薩長倒幕派<sup>3)</sup>によるもう一つの王政復古の動きがあった。薩長が公卿三条実美・同岩倉具視・前権大納言中山忠能・同正親町三条実愛・権中納言中御門経之・山階宮晃親王らと連携して幕府を倒し王政を復古しようとするもので

1) 明治維新とはどの期間をいうのか、これについても諸家に様々な見解があるが、私は、慶応3(1867)年10月の「大政奉還」により徳川幕府の265年にわたる統治体制が崩壊し、「廃藩置県」により近代国家へと出発した明治4(1871)年7月に至るまでの激震の約4年間と考えたい。

2) 大政奉還を慶喜に勧めたのは、公武合体派の土佐の山内容堂(豊信)・藩士後藤象二郎であった。同じく公武合体派の松平春嶽(慶永・福井)・徳川慶勝(尾張)もこれを支持した。慶喜はこれを受け入れ、公武合体の雄藩連合政権のもとで徳川の存続を図ろうとした。

3) 薩長同盟を勧めたのは土佐の坂本龍馬・中岡慎太郎であり、薩摩の小松帯刀・西郷隆盛・長州の木戸孝允が、慶応2(1866)年1月21日、京都の薩摩藩邸において会談し坂本龍馬が証人となって薩長同盟を結んだ。これが薩長倒幕派の成立である。薩摩の事実上の藩主久光を補佐しながら家老小松帯刀は、岩倉具視ら倒幕派公卿や諸侯の間を斡旋奔走し、西郷・大久保の維新の活動を陰で支えた。

ある。倒幕派は、徳川幕府が長い鎖国に眠っていた間に日本が諸外国に大きく遅れをとってしまったことを痛感していたから、幕府の延命をはかる形の改革では新日本の建設は不可能であり、倒幕しかないと考えていた。

この二つの王政復古の動きのなかで、機先を制したのが倒幕派であった。倒幕派は、慶応3(1867)年12月9日、薩摩藩の大軍が御所を取り囲んでいる中で、御所内でいち早く次のとおり「王政復古の大号令」を發した。

徳川内府、従前御委任大政返上、將軍職辭退之兩条、今般断然<sup>きこしめされそうろう</sup>被聞<sup>そもそも</sup>食候<sup>きちゆう</sup>。抑<sup>おさ</sup>葵<sup>あひ</sup>丑<sup>うし</sup>以来未曾有之國難、先帝<sup>しんてん</sup>頻年<sup>をなやま</sup>被<sup>な</sup>悩<sup>なや</sup>宸<sup>しん</sup>襟<sup>しん</sup>候<sup>こう</sup>御次第<sup>ごしだい</sup>、衆庶<sup>しゆじゆ</sup>之所<sup>しよところ</sup>知に候。依<sup>よ</sup>之<sup>これ</sup>被<sup>よ</sup>決<sup>に</sup>裁<sup>より</sup>淑<sup>いり</sup>慮<sup>を</sup>、王政復古<sup>おうせいふく</sup>國威挽回<sup>こくゐわんかい</sup>之御<sup>ご</sup>基<sup>もと</sup>被<sup>な</sup>為<sup>な</sup>立<sup>た</sup>候間、自<sup>みづか</sup>今<sup>か</sup>撰<sup>せん</sup>閑<sup>かん</sup>幕府<sup>ばくふ</sup>等<sup>とう</sup>廢<sup>へい</sup>絶<sup>てつ</sup>、即<sup>すなは</sup>今<sup>か</sup>先<sup>せん</sup>仮<sup>かり</sup>りに<sup>に</sup>総<sup>そう</sup>裁<sup>さい</sup>議<sup>ぎ</sup>定<sup>てい</sup>参<sup>さん</sup>与<sup>よ</sup>之<sup>の</sup>三<sup>さん</sup>職<sup>しやく</sup>を置<sup>お</sup>れ<sup>は</sup>万<sup>ばん</sup>機<sup>き</sup>可<sup>か</sup>被<sup>な</sup>為<sup>な</sup>行<sup>は</sup>、諸<sup>しよ</sup>事<sup>じ</sup>神<sup>しん</sup>武<sup>ぶ</sup>創<sup>そう</sup>業<sup>ごう</sup>之<sup>の</sup>始<sup>はじめ</sup>に原<sup>もと</sup>づ<sup>き</sup>、摺<sup>すり</sup>神<sup>しん</sup>武<sup>ぶ</sup>弁<sup>べん</sup>堂<sup>どう</sup>上<sup>じやう</sup>地<sup>ち</sup>下<sup>げ</sup>の別<sup>べつ</sup>なく、至<sup>いた</sup>当<sup>とう</sup>の公<sup>こう</sup>議<sup>ぎ</sup>を竭<sup>きつ</sup>し、天<sup>てん</sup>下<sup>げ</sup>と休<sup>きゆう</sup>戚<sup>せき</sup>を同<sup>どう</sup>く可<sup>か</sup>被<sup>な</sup>遊<sup>ゆう</sup>叙<sup>ぎよ</sup>念<sup>ねん</sup>に付<sup>つ</sup>、各<sup>おの</sup>勉<sup>べん</sup>励<sup>れい</sup>旧<sup>きゆう</sup>來<sup>らい</sup>驕<sup>きやう</sup>惰<sup>だ</sup>の汚<sup>お</sup>習<sup>しゆう</sup>を洗<sup>せん</sup>ひ、尽<sup>じん</sup>忠<sup>ちゆう</sup>報<sup>ほう</sup>國<sup>こく</sup>之<sup>の</sup>誠<sup>せい</sup>を以<sup>も</sup>可<sup>か</sup>致<sup>ち</sup>奉<sup>ほう</sup>公<sup>こう</sup>候<sup>こう</sup>事<sup>じ</sup>。一<sup>いつ</sup> 内<sup>ない</sup>覽<sup>らん</sup>、勅<sup>ちく</sup>問<sup>もん</sup>御<sup>ご</sup>人<sup>にん</sup>数<sup>すう</sup>、国<sup>こく</sup>事<sup>じ</sup>御<sup>ご</sup>用<sup>よう</sup>掛<sup>か</sup>、議<sup>ぎ</sup>奏<sup>そう</sup>、武<sup>ぶ</sup>家<sup>か</sup>伝<sup>でん</sup>奏<sup>そう</sup>、守<sup>しゆ</sup>護<sup>ご</sup>職<sup>しやく</sup>、所<sup>しよ</sup>司<sup>し</sup>代<sup>だい</sup>総<sup>そう</sup>而<sup>して</sup>被<sup>な</sup>廢<sup>へい</sup>候<sup>こう</sup>事<sup>じ</sup>。4)

これは、公卿岩倉具視らが当時16歳の少年天皇睦仁<sup>むつひと</sup>を抱き込み<sup>5)</sup>、急ぎ用意したもので、王政復古・国威挽回のため、これまでの摂政・関白・幕府など旧政治制度を廃止し、総裁<sup>きじやう</sup>・議定<sup>ぎてい</sup>・参与<sup>さんよ</sup>の三職による新政府を組織することを宣言したものである。二条摂政ら朝廷中枢の慶喜連携派は、玉<sup>ぎよく</sup>(天皇)を失い遅れをとってしまった。大宅壮一『実録・天皇記』は、

下級公卿でもこの玉をにぎれば、数百年の伝統的權威を横どりして、たちまちオー  
ルマイティとなり、天下に号令することができるところに、天皇制の絶大な利用価値  
があり、危険な陥穽がある。…少年天皇は、岩倉から「上奏」をうけて眠い眼をこす  
りながら姿をあらわし、王政復古の“大号令”なるものを宣した。6)

4) 明治時代の文書は、漢字カタカナ式文語体で句読点さえないものが多い。本稿では読みやすくするため、便宜上、カタカナはひらがなにし、句読点を付けることにした。

5) 木戸孝允は、慶応3年11月22日付け品川彌二郎宛手紙の中で「玉を我方へ奉抱候儀、千載の一大事にて、自然萬々も彼手に被奪候ては、たとへいか様の覚悟仕候とも、現場の処四方志士壯士の心も芝居大崩れと相成三藩の亡滅は不及申終に、皇国は徳賊の有と相成、再不可復の形勢に立至り候儀は鏡に照らすよりも明了に御座候間、此処は屹度乍此上岩(岩下左次衛門)西(西郷吉之助)大(大久保一藏)先生達ちへも御諭し、一步一厘御抜き無之様尽誠肝要第一の御事に御座候諸子より西翁(西郷吉之助)などへも得と相諭し置き、云々」と述べ、玉の争奪戦の状況を伝えている。木戸孝允文書二(1930)338頁

6) 大宅(2007)313頁。

といっている。

それまで天皇の補佐役をしていた二条摂政をはじめ近衛左大臣・一条右大臣や中川宮親王ら側近体制は廃止参朝差し止めのうえ謹慎処分を受け、幕府と朝廷を取りもっていたさそう議奏柳原光愛・ぶげてんそう広橋胤保、武家伝奏野宮定功・飛鳥井雅典・久世通熙・六条有容<sup>7)</sup>や幕府が監視のために配置していた京都守護職松平かたもり容保<sup>8)</sup>(会津)・京都所司代松平定敬(桑名・松平容保の弟)も残らず免職廃止されてしまった<sup>9)</sup>。

## ② 三職制(最初の官制)

「王政復古の大号令」による三職の「ありす がわのみやたるひとしんのう総裁<sup>10)</sup>」には有栖川宮熾仁親王、「議定」に公卿三条実美(副総裁)・同岩倉具視(副総裁)・前権中納言中山忠能(少年天皇の祖父)・同正親町三条実愛・権中納言中御門経之・山階宮晃親王・仁和寺宮嘉彰ら公卿や山内容堂(豊信, 土佐)・松平春嶽(慶永・越前)・島津茂久(忠義・薩摩)・浅野長勲(芸州)・徳川慶勝(尾張)ら諸侯(藩主)を据え、「参与」に西郷隆盛・大久保利通・木戸孝允・廣澤真臣・後藤象二郎・副島種臣ら薩長土肥の少壮実力者を配置した。ただし、天皇の地位は依然として不明であった。

これら三職に就いた者は、維新にかかわりを持った者のオールキャストの様相を呈していた。とりあえず暫定的な挙国一致体制をとったのである。

しかし、徳川慶喜は三職のどれにも任命されていなかった。王政復古の大号令が出された慶応3(1867)年12月9日夜開かれた「こごしよ小御所」会議において、公武合体派の土佐の山内容堂は、「徳川内府が入っていないのはなぜか」と大声を発して問い質したが、岩倉は大政奉還したといっても領地領民はそのまま

7) 佐々木克(2006)85頁。

8) 伊藤(2006)45頁。

9) 伊藤(2006)52頁, 大宅(2007)313頁。

10) 総裁は、政治の最高責任者とされたが政治権力を行使することなく、実際は議定と参与が政治的決定をしたことを天皇に伝える役目をし、また、天皇は政治にはかかわらない体制であった。佐々木克(2006)123頁。

で、兵力を持ち、まだ将軍としての力を持っている。その誠意が分らないから遠慮していただく。辞官納地でその誠意を見せられてはどうか<sup>11)</sup>と言い、御所の周りを薩摩の大軍が取り囲んでいるのを背景に、岩倉・薩長倒幕派は山内容堂・松平春嶽ら公武合体派を抑え込んで慶喜は「辞官納地」すべきであることを決定した。

このとき京都二条城にいた慶喜は、12月10日、松平春嶽・徳川慶勝から小御所会議の結果を知らされた。春嶽・慶勝は、慶喜が配下の者が着いた後に自ら辞官納地を奏上することにしたいと述べたことを小御所に報告した。慶喜は、同月12日、二条城を出て会津・桑名の藩兵を引き連れて大坂城に退いた<sup>12)</sup>

この「三職制」は、王政復古を旗印としたことから取り急ぎ古い官制を復活させたもので、維新の新時代に沿うものではなかったから、その後も度々官制(統治機構)改革を重ねていくことになった。

## (2) 政体書と太政官制

### ① 五箇条の誓文と政体書の発表

倒幕政府は、慶応4(1868)年3月14日、五箇条の誓文<sup>13)</sup>を出した。

- 1 広く会議を興し万機公論に決すべし
- 2 上下心を一にして盛んに経綸を行ふべし
- 3 官武一途庶民に至る迄各其志を遂げ人心をして倦まざらしめんことを要す
- 4 旧来の陋習を破り天地の公道に基くべし
- 5 知識を世界に求め大に皇基を振起すべし

この誓文により今後の方針を示したのである。そして、その趣旨を具体化するため、慶応4(1868)年閏4月21日、政治の原則と官制を定める「政体書」

11) 大宅(2007)315頁。

12) 大久保日記一(1927)414頁。大坂城に帰った慶喜は幕臣の反対を受け、松平容保・松平定敬・板倉勝静ら側近とともに、夜陰に紛れて大坂城を脱出し江戸に逃げ戻ってしまった。

13) 五箇条の誓文は、由利公正(越前・参与)が起草し、福岡孝悌(土佐・参与)が修正し、木戸孝允(長州・参与)が再修正したものである。

を発表した。政体書は、これまでの総裁・議定・参与の三職制を廃止し、新たに統治の機構を「太政官制」にするものであった。太政官制は、王政復古の考えから古きに遡り奈良時代の律令官制に倣ったものである。

## ② 太政官制（第2回目の官制改革）

政体書は、福岡孝悌（土佐・参与）・副島種臣（佐賀・参与）らがアメリカ合衆国の制度などを参考<sup>14)</sup>に起草したもので、「天下の権力総てこれを太政官に帰す」として太政官に権力の集中を図り、不徹底ではあるがアメリカの制度を模倣した三権分立の形式を採用したものであった。すなわち、「太政官の権力を分つて立法、司法、行政の三権とす。則偏重の患無からしむるなり」といい、立法を担当する議政官（上局・下局）、行政を担当する行政官、司法を担当する刑法官を置き、行政官のもとに行政・神祇、会計・軍務・外国の五官を配置した（明治2（1869）年民部官を追加した）。議政官の上局は、法律の制定と重要政務を扱うところで、皇族・公卿・諸侯・各藩から選出された徴士からなり、下局は各藩から選出された貢士<sup>こうし</sup>が諸般の政務を取り扱うものであった。

しかしながら、京都地方以外では、幕臣の抵抗が続いていたから、倒幕政府が設けた「太政官制」（統治機構）は、いまだ全国的に通用するものではなかった。

先の「王政復古の大神令」は倒幕派の岩倉らが作り、今回太政官制を定めた「政体書」は新政府の参与らが作ったもので、天皇が自ら作ったものではない。睦仁天皇は当時わずか16歳の少年だったのである。大宅の『実録・天皇記』に、

明治の新政府が出来てもなく、16歳の少年天皇が、わがままをして“元勳”たちのいうことをきかないと、西郷隆盛は、そんなことでは、また昔の身分に返しますぞ、とって叱りつけた。すると天皇は、たちまちおとなしくなった。<sup>15)</sup>

とあるように天皇には政治的な権力はまったくなかった。

万葉の昔からの世襲の名家が、世が下るにしたがって武士に覇権を握られて

14) 石井編（1980）110頁、文久元（1861）年に刊行されたアメリカ人ブリッチメンの「聯邦志略」を参考に起草したといわれる。

15) 大宅（2007）75頁。

政治権力を失い<sup>16)</sup>、孝明天皇が薨れた後に遺っていたのは、形式的な官位授与・改元・神道の宗家としての跡継ぎ程度のものであった。幕末に唱えられた「尊王攘夷」という言葉は、倒幕の大義名分<sup>17)</sup>であって、名家ゆえの政治的利用価値から担ぎ出されたものに過ぎなかったのである。

森田誠吾の『明治人ものがたり』は、

志士を自称する倒幕派の連中には、現状から這い上がろうとする下級武士が多く、天皇を、神格をそなえた名家の継承者というよりも、討幕世直しの大義名分として、自分たちが担ぎ上げた旧家の幼童、ぐらゐの見方しか持たずに、ひたすら駆け回っていたのである。<sup>18)</sup>

といっている。

幕府は崩壊したが、未だ倒幕政府は権力の正当性が弱いためにこれを補強正当化する必要があり、名家ではあるが政治権力のない天皇のイメージを作り強調し演出しながら、自らの政策実現のためにその名を利用した。

革命には武力行使が付きものである。明治維新もその例に漏れなかった。

【戊辰戦争（慶応4（1868）年1月～明治2（1869）年5月）】

倒幕派に強く反発した幕府主戦派は、慶応4（1868）年1月3日、京都に軍を進めようとして鳥羽・伏見で薩長倒幕軍と交戦（「鳥羽・伏見の戦い<sup>19)</sup>」）して破れた。慶喜は大坂から江戸に逃げ戻っていたところ、慶喜追討令<sup>20)</sup>が出

16) 將軍徳川秀忠は、元和元（1615）年7月、「禁中並公家諸法度」を定め、政治権力は徳川幕府にあり天皇は学問をして政治に関わらぬこと、撰家と雖もその器用のない者は、三公（太政・左右大臣）撰関（撰政・関白）に任ぜられないことなど、幕府は天皇や公家に対し干渉した。そして、幕府は京都所司代などを置き朝廷の動きを監視する体制をとっていたのである。

17) 「尊王攘夷」という大義名分論は、家康が採用した「朱子学」に起源がある。これは大義名分を重んずる水戸学（水戸光圀・水戸斉昭・藤田東湖・会沢正志斎ら）の尊王攘夷思想となり、幕末の倒幕運動の旗印（スローガン）になった。

18) 森田（1998）21頁。

19) 伊藤（2006）58頁、鳥羽・伏見の戦いで倒幕軍が敗れた場合は、幕府軍が京都に殺到する可能性があるため、岩倉・大久保らは天皇を担いで山陰地方に脱出することを計画していたほどで薄氷を踏む思いだったのである。大久保は、「12月3日、徹夜、寸時も座すること能わず」と記している（大久保日記一425頁）。

20) 慶喜から納地の明確な意思表示がなされていなかったため、慶喜追討令が出たあと、慶応4年1月10日、岩倉らは徳川の大領（直轄地八百万石）をすべて没収する旨発表した。

て西郷を参謀とする倒幕軍が江戸に迫ったので、山岡鉄太郎（鉄舟）の下交渉に基づいて芝の薩摩藩邸で慶喜より全権委任を受けた幕臣勝海舟と西郷隆盛が会談をして江戸城を無血開城した<sup>21)</sup>。慶喜は恭順の態度を示し上野寛永寺から出身藩の水戸へ退去し謹慎した。慶喜は徳川幕府を守る立場と出身藩の水戸学（朱子学）の尊王攘夷思想の狭間にあつて苦しんだが、結局尊王攘夷の水戸学の思想にしたがい自ら退くことにした。幕府の開祖徳川家康が儒学者林羅山を登用し幕府文教政策の基本として採用した朱子学（中国南宋の朱子の学説）により、最後の將軍慶喜が幕府を終わらせる結果となった。

江戸城開城に不満を持った渋沢成一郎（喜作）・天野八郎ら幕臣が結成した隊員3,000人からなる「上野彰義隊」の戦いは、慶応4（1868）年5月15日、大村益次郎が指揮する薩長倒幕軍に攻撃されて壊滅した。同年9月22日、会津若松城（鶴ヶ城）が落城し<sup>22)</sup>、奥羽越列藩同盟の長岡・米沢・仙台の各藩も降伏、最後の激戦があつた庄内藩が、同月26日、降伏した。翌年5月18日、蝦夷地の箱館五稜郭に立て籠もって抵抗していた幕臣榎本武揚らが降伏して、戊辰戦争は終りを告げ、こうして全国が倒幕政府（太政官政府）の支配下に置かれることになったのである。

太政官政府は、慶応4（1868）年7月17日、東北地方の戦いが続いている最中、江戸を「東京」と改称した。東京（東の京）とすることについては、三

21) 天璋院（薩摩藩士島津忠剛の娘で藩主島津斉彬の養女篤姫、13代將軍徳川家定の正室となり家定亡き後大奥を束ねた）は、勝と西郷とも知己で江戸城の無血開城に協力し、孝明天皇の妹で14代將軍家茂（慶福）の正室和宮は慶喜の助命と徳川の存続を朝廷に働きかけた。勝と西郷の会談は、慶応4（1868）年3月13・14日の2日間行われ、慶喜の水戸謹慎による助命・江戸城明渡し・軍艦武器引渡し・徳川宗家の存続で合意し、4月11日、江戸城を無血開城した。慶喜・勝・西郷は、時代の勢いというのを知っており大乱になるのを防ぐ賢明さを持っていた。徳川宗家は田安家達が承継し、慶応4年5月24日、駿府70万石の一大名として移り住んだ。慶喜は水戸弘道館で謹慎生活をしてしたが、その後謹慎を解かれ32歳のとき駿府に移り、明治30（1897）年まで29年間住んだ。その後東京に戻り公爵に列せられたが、生きながらえたことで満足し、専ら狩猟や写真など趣味の世界に住み、大正2（1913）年11月22日、没した。

22) 京都守護職だった松平容保の居城であつた会津若松城は、8月23日以降、倒幕軍の総攻撃を受け攻防1ヶ月、籠城者は3,000人、戦死者も3,000人を上まわる戊辰戦争最大の激戦であつたが、遂に落城し降伏した。会津の悲劇は様々な形で語り継がれている。

条・岩倉・木戸・大久保・大木喬任・大村益次郎らが協議して決めた<sup>23)</sup>そして、慶応4(1868)年9月8日、「明治」と改元した。いくつかの候補名から天皇が籤を引いて決めたという。改元に際して、「是迄、吉凶の兆象に随ひ、しばしば 屢改元之有り候得共、自今は御一代一元に定められ候」と一世一元の制を布告した。

太政官政府は、戊辰戦争が継続中で人心の不安定な関東地方へ京都から天皇が行幸することによってこれを安定させようとした。明治元(1868)年9月20日、少年天皇に多人数の供の者(総勢3,300人という)を付け全行程22日間かけて江戸に向かい<sup>24)</sup>10月13日、江戸城に到着した。その際、江戸の町民には祝酒を振舞ったという。到着したこの日に、江戸城を「東京城」と改称した。約2ヶ月弱滞在した後、12月8日、再び供の者とともにも京都へ帰還する旅に出て、同月22日、京都に到着した<sup>25)</sup>このときも京都の町民に祝酒を振舞った。歴代天皇で京都-東京間を往復し富士山を見たのは、少年天皇睦仁が初めてであった<sup>26)</sup>大久保利通から、先に大阪遷都の提案があったが、他の参与らに異論があり天皇も消極的であったところ、東京行幸が恙なく行われ民衆に受け入れられたことにより東京遷都が有力になった。三条・岩倉らは戊辰戦争で荒廃疲弊した関東・東北地方に天皇を新しい国家体制の若きシンボルとして示すことにより人心の安定を図ろうと考えるようになった。

明治2(1869)年3月7日、天皇は再び京都御所から供の者(総勢3,500人という)とともに東幸の旅に出た。21日間かけて、3月28日、到着し東京城(皇居)に入った<sup>27)</sup>京都の町民が動揺しないように遷都ではないと説明していたが、実際は2度目の東幸が事実上の東京遷都だった。これに伴い二条城で政務を執っていた太政官政府も皇居に移転した。

---

23) 佐々木克(2006)138頁。

24) 大久保日記一(1927)484頁。

25) 大久保日記二(1927)8頁。

26) 伊藤(2006)69頁以下。

27) 伊藤(2006)79頁以下。

### (3) 版籍奉還と復古的太政官制（二官六省）

#### ① 版籍奉還

倒幕政府は戊辰戦争を戦っていくうちに、近代国家を形成し国内統治の実効性を挙げるためには中央集権化がどうしても必要であり、そのためには旧来の封建的な諸藩が独自の制度と支配権を持つ分立体制を廃止するほかないと考えるようになった。薩摩の大久保利通、長州の木戸孝允・廣澤真臣、土佐の板垣退助・後藤象二郎、肥前の大隈重信・副島種臣らは、それぞれ薩長土肥の自藩に帰りその情勢を述べ藩候（島津久光・毛利敬親・山内容堂・鍋島閔聖）を説得し、明治2（1869）年1月23日、遂に四藩の藩候連署のうえ上表して「版籍奉還」（藩主は土地と領民の支配権を朝廷に返還すること）を奏請させることに成功した。

今謹んで其版籍を収めて之を上る。願くは朝廷其宜に処し、其興ふべきは之を興へ、其奪うべきは之を奪ひ、凡そ列藩の封土、更に宜しく詔命を下し、之を改め定むべし。而して、制度、典型、軍旅の政より戎服器械の制に至るまで、悉く朝廷より出て、天下の事、大小となく、皆一に帰せしむべし。然る後に名実相得、始めて海外各国と並立すべし。

他藩もこれにならったが、反対する藩には返上を命じ、明治2（1869）年6月17日までに版籍奉還を了することができた。版籍奉還は、封建幕藩の廃止・維新改革の端緒となったのである。

政府は、版籍奉還をさせた後、暫定的に旧藩主を地方官である知藩事に任命した<sup>28)</sup>が、知藩事および藩士の禄を大幅削減するとともに、政府の直轄地の年貢収入を補完させ、増大する経費に充てるために諸県の年貢徴収の強化を図ったところ、明治2（1869）年8月～12月上田小諸と伊那の農民暴動、甲斐白石・高崎の農民暴動、新潟の町民暴動、同3（1870）年1月～2月山口の農民暴動、11月～12月日田の暴動・松代の農民暴動、同年12月から翌4（1871）

28) 大久保日記二（1927）によれば、明治2年6月17日、諸侯を以て「知藩事被仰付候事」と記している（416頁）。藩主をとりあえず藩知事に任命したのは、反発回避のための暫定的なものであった。その先には廃藩があったからである。

年2月にかけて須坂の農民暴動・福島の農民暴動など、諸県で年貢減免を求める農民一揆・暴動が頻発<sup>29)</sup>して旧藩の反発を招いた。

② 版籍奉還後の政治体制－復古的太政官制（第3回目の官制改革）

明治2（1869）年3月28日、東京に遷都し政府も東京に移転した後、諸藩の「版籍奉還」がなされたことに対応する中央政府の新たな機構改革が必要となった。そこで、明治2（1869）年7月8日、奈良時代の中央官制を範として太政官と神祇官じんぎかんの二官制にし、太政官のもとに六省を置くことにした。祭政一致の方針により、太政官と神祇官を置くという極めて復古的なものであった。これが3回目の官制（統治機構）改革である。六省というのは、民部・大蔵・兵部・外務・宮内・刑部の各省であった。

開明的な政体書による三権分立主義の太政官制をなぜ廃止したのであろうか。『大隈伯昔日譚』は、この復古的な官制は、保守的な王政復古派の巻き返し反動によるものであったという。

維新当年に於て改定せられし官制は、官吏の公選と云ひ、四年交代と云ひ、將立法、行政、司法三権の分立と云へるか如き、全く進歩主義の極端に走りたる者にして、当時の人士中には、目して西洋主義の官制と為し、甚だしきは耶蘇教主義の官制となすものすらありしを以て、一朝、その反動起きるに及んでや、その官制は実に千有余年の往時なる大宝令に拠りて改革せらるることとなれり。<sup>30)</sup>

神祇官には、尊王攘夷運動に参加した神道家・国学家が多く登用された。神祇官は、天皇の宗教である神道の權威を高めるために、仏教から神道の分離独立を図り、神仏習合を否定して廃仏毀釈運動を起し全国の寺院を破壊し経文を焼くなど過激な行動をし、また、各地に多くの神社を作った<sup>31)</sup>

司馬遼太郎『明治という国家』は、

神祇官は奈良朝時代からあって、祭祀をししたり卜占をししたり魂鎮をしりする役所があり、これは維新早々の復古現象の最たるものです。この神祇官が、明治国家初期の最大の失政であるお寺壊しをやった。革命はよっぱらいですから、平時には考えら

29) 伊藤（2006）97頁。

30) 大隈二（1895）476頁。

れない大愚行がつきまとうのです。<sup>32)</sup>

といっている。また、明治3(1870)年1月3日には、大教宣布の詔を出して、神道を民衆に宣布するようにしたが、仏教勢力が回復して抵抗し民衆にも受け入れられず、一方的に強要する国教化政策は諦めざるを得なかった<sup>33)</sup>

太政官と神祇官の二官制は、奈良時代の大宝律令・養老律令による中央官制と同じ体制をとったものである。奈良時代の中央官制は、行政を扱う太政官と祭祀を司る神祇官の二官とし、太政官のもとに八省を置いていた。

この官制改革で、神祇官を太政官と対等にしたのは、天皇の宗教を特別視し神道を広め天皇の権威を高めようとしたのである。それとともに、維新の実力者であっても木戸・大久保ら中下級武士は徴士・貢士までしか出来なかったで、その地位を引き上げるための改革でもあった<sup>34)</sup> すなわち、太政官を構成するのは、左右大臣・大納言・参議とし、その下に民部・大蔵・兵部・外務・宮内・刑部の六省を置き、これに弾正台を置くことにした。左右大臣・大納言と並んで参議を置いたことにより、木戸・大久保ら少壮実力者を参議に取り立てることができるようになったのである。弾正台は、奈良時代に中央官制とは独立した機関で中央の検察を行った。これを採り入れたものである。

太政官のうち、「右大臣」は三条実美、左大臣は空席、「大納言」は岩倉具視と徳大寺実則<sup>さねつね</sup>、それ以外の公卿・諸侯<sup>35)</sup>は外され、「参議」は前原一誠(長州)・

31) 明治初期に天皇への忠誠を尽くした特定の個人を祭神とする多数の神社(楠木正成を祭る湊川神社, 名和長年を祭る名和神社, 新田義貞を祭る藤島神社などの「別格官幣社」)を創建し, また, 明治2年, 戊辰戦争に錦の御旗を掲げる倒幕軍(「官軍」)に参加し戦死した者を祭るため九段下に別格官幣社として「東京招魂社」(明治12年に「靖国神社」となる)を創建し, 地方にも地方分社として多くの招魂社(のちの「護国神社」)を創建した。官軍に対抗した軍は無論逆賊として除外された。明治4年には, 全国の神社の格付けをし, 伊勢神宮を全神社の本宗とし官社(官幣・国幣), 府県社, 郷社, 村社, 無格社の5段階に分けた。東京弁護士会編(1976)11頁以下。

32) 司馬遼太郎(1989)100頁。

33) 村上(1970)106頁以下。

34) 伊藤(2006)84頁。

35) 明治2(1869)年6月17日の太政官御達書「公卿諸侯, 華族と改称の事」で, 公卿・諸侯(藩主)の呼称を廃止し華族と改めた。「官武一途上下協同之, 思食を以て自今公卿諸侯之称被廢, 改て華族と可称旨被仰出候事」。橋本編第2巻(巻三)(1966)171頁。

副島種臣（肥前）がなった<sup>36)</sup>。前原はのち辞任し佐々木高行（土佐）が参議となった。参議になった者は、いずれも保守的人物であった。公卿や諸侯が外されたのは、元々天皇を取り巻く公卿は、政治的な実務能力のない装飾的な存在であったし、諸侯は旧幕時代の残骸だったからである。

大久保利通（薩摩）・木戸孝允（長州）・板垣退助（土佐）は参議でないが、天皇の相談機関の待招院出仕となった。西郷隆盛は戊辰戦争後、藩政改革のために大参事として薩摩に帰っていた。明治2（1869）年7月23日に、大久保、廣澤真臣がともに参議に指名された<sup>37)</sup>。これにより、大久保（薩摩）・廣澤（長州）・副島（肥前）・佐々木（土佐）の薩長土肥の代表が参議に就任する体制になった。そして、薩長土肥の藩士らが卿・大輔に就任し、他藩出身者が参議等になる道はないといわれるほど藩閥政府色の強いものとなった<sup>38)</sup>。

このような状況のなかで、明治4（1871）年1月9日、参議廣澤真臣が暗殺される事件が起きた。廣澤は、尊王攘夷運動に参加し新政府の参議・文部大輔を務め、木戸孝允とともに版籍奉還を推進したが、1月9日、刺客に自宅を襲われて死亡した。大久保・木戸と並ぶほどの実力をもつ参議の暗殺に政府は衝撃を受け、真犯人捕縛のため全力を挙げ、被疑者に対する過酷な取調べは拷問史に残るほどのものであったが、真犯人は遂に分からなかった。これとは別に、同年3月、下級公卿の外山光輔と愛宕通旭らが、反政府・攘夷実行の反乱を起こそうとしたとして逮捕された。外山・愛宕は梟首のところ未遂であったから特命で自刃を申し渡されたが、処分を受けた事件の関係者は100人に及ぶものであった<sup>39)</sup>。

36) 伊藤（2006）90頁。

37) 大久保日記二（1927）54頁。

38) のちに取り上げることになる代言人・弁護士として活躍する者やキリスト教界の指導者（海老名弾正・小崎弘道・徳富蘇峰・金森通倫・横井時雄・内村鑑三・新渡戸稲造・植村正久・井深梶之助・本多庸一など）は、藩閥外出身の士族たちであった。

39) 佐々木（2006）183頁、伊藤（2006）93頁、我妻ほか（1968）229頁以下。

(4) 司法行政機関

① 刑部省と弾正台

明治2(1869)年7月の「二官六省」の官制改革により、民部官は民部省になり、刑法官は刑部省と弾正台の二つになった。刑部省は、奈良時代の律令制の太政官のもとに置かれた官庁名をそのまま採ったものであり、弾正台は風俗の肅正や官人の取締りなどの検察機能を有する独立官庁であったが、これを採り入れたのである。

ア 民部省…府県差出の民事訴訟事件に対する裁判権をもった。

イ 刑部省…司法行政とともに刑事裁判権をもった。

ウ 弾正台…検察の機能を有し、刑部省の断刑案について干渉する権限をもった。

② 刑部省と弾正台の対立

弾正台は参与横井小楠暗殺事件の犯人減刑運動、兵部大輔大村益次郎暗殺事件について、犯人の処刑に反対するなど守旧派の立場に立った。

横井小楠の事件をみると、横井は熊本藩出身であるが福井藩の松平春嶽(慶永)の政治顧問として公武合体策を推進し新政府の参与となった海外事情に明るい開国論者・洋学者であったが、キリスト教蔓延の元凶であるとして攘夷派に狙われ、明治2(1869)年1月5日、宮中から下がってくる途中、京都寺町丸太町通りで石見郷土上田立夫ら4名<sup>40)</sup>に暗殺された。家来4名は手傷を負った。弾正台は、福岡藩邸に拘束されている攘夷派の犯人らに同情しその減刑運動をした<sup>41)</sup>。同じ尊王攘夷の政治運動から出発しても外国の事情に明るくその実力を知る者は、尊王開国論者になっていったが、外国の事情に疎い攘夷派の不平等士族には、これら尊王開国論者は外圧に屈した者、或いは、日本古来の伝統を忘れた外国かぶれと映り、これに対して個別テロに走り、或いは、佐賀の

40) 上田立夫・鹿島又之丞・土屋延雄・前岡力雄はいずれも梶宗、逃走を助けた上平主税・大木主水・谷口豹斎はいずれも流罪終身となった。我妻ほか(1968)63頁、森川(1973)164頁。

41) 大久保日記二(1927)72頁。

乱（明治7年）、熊本神風連の乱（明治9年）、秋月の乱（同年）、萩の乱（同年）、西南戦争（明治10年）等明治時代前期の地方に相次いで起きた不平士族の反乱に参加した者が多かった。

大村益次郎（旧姓村田蔵六・長州）は、戊辰戦争の戦略的指導をして倒幕軍を勝利に導いた人物であるが、明治2（1869）年9月4日、京・大坂に兵器製造所を作るために視察に訪れ、宿泊先の京都三条木屋町の宿屋2階で来客と懇談中突然侵入してきた長州藩の団伸次郎・金輪五郎<sup>42)</sup>に襲撃を受けて重傷を負った。政府はその知らせを受けて驚愕した<sup>43)</sup>。大村はそれが原因で2か月後に死亡した。西欧化政策の推進者というのが襲撃の理由であった。犯人らは逮捕され、同年12月20日、処刑というときに、弾正台の海江田信義（薩摩）らが反対し一時延期のやむなきに至った。弾正台の処置は難しく大久保が海江田を諭してようやく大村暗殺者の断刑につき、同月28日、京都府に達の運びとなった<sup>44)</sup>。

このように保守反動の弾正台は、刑部省その他の関係官庁の粗探しをするなど衝突することが多く、太政官政府をひどく悩ませた。

明治4（1871）年7月9日、とかく対立し太政官の悩みの種であった刑部省と弾正台を廃止し新しく「司法省」を設置した。司法省は、刑部省と弾正台が扱っていた刑事事件を引き取った。そして、同年7月27日、民事事件を扱っ

42) 犯人団伸次郎・金輪五郎・伊藤源助・五十嵐伊織らはいずれも梟首とされた。我妻ほか（1968）102頁、森川（1973）167頁。

43) 木戸孝允は、横村正直・河田景與から大村が襲われた知らせを受けて驚愕し、生命を取り留めたことに蘇生の思いと喜び、朝憲衰廃前途多難の折、療養迅速快復を只々祈念候という見舞いの手紙を大村に度々出している。廣澤への手紙にも大村が襲われたことは憤慨の至りであり、横井の犯人処断が遅延していることを嘆じ、伊藤博文への手紙にも大村氏一條は誠に以って憤慨の至りに堪え申さずと述べ、横村への手紙には海江田の扇動と私怨によるものと述べている。木戸文書三（1930）432頁、434頁、438頁、457頁。

44) 大久保は、海江田に対し「大村の罪人御処置につき弾正台より引留候儀有之、段々説得いたし候。」「大村罪人兎角断然処置外無之、中御門卿に参上候処東京に報知の御沙汰有之安心いたし候。岩下氏に立寄参朝いたし彌明日御処置の筋御決し府（京都）に御達の運相成候、弾正台の処置六ヶ敷候得共海江田門脇に懇々説得し漸くに立合等致し候事に決答有之」。大久保も弾正台の処置は難しくほとほと困っている様子が見受けられる。大久保日記二（1927）79-80頁。

ていた民部省と合併して大蔵省が引き継いでいた民事事件も司法省が引き取った。こうして司法省は、刑事事件と民事事件をともに扱うことになったのである。司法省にあって卿の職務をとっていたのは、大輔佐々木高行・次いで同穴戸<sup>たまき</sup>穊であった<sup>45)</sup>が、明治5(1872)年4月27日、左院副議長であった江藤新平<sup>46)</sup>が司法卿に就任した。その後の江藤は、司法省の権限強化と法典編纂事業、裁判所制度・検事制度・代言人制度の創設など目覚ましい活躍をするのである。

## 2 近代国家への歩み

### (1) 廃藩置県と太政官三院制

#### ① 廃藩置県

岩倉・木戸・大久保らは、版籍奉還後も依然として旧藩が独自の制度と支配権を持って分立している体制を大解体し、政治・経済・軍事全般につき中央集権化をはかるべく政府の人的・物的強化が緊要であると考え、薩長土藩を廻って藩主に中央政府への協力と藩兵の提供を取り付けたうえ、故郷に帰っていた西郷隆盛・板垣退助(土佐藩の大参事)に藩兵を率いて上京するよう求めた。西郷・板垣は、これに応じ薩土の精兵を率いて上京しこれに長州兵を加えた三藩の藩兵約8,000人を政府直属の御親兵<sup>ごしんべい</sup>(のちの近衛兵)とした。

明治4(1871)年6月25日、大久保・木戸・大隈・佐々木高行の現職参議が全員辞任した。そして、新たに西郷・木戸が参議に就任し、薩長代表の二人参議体制をとった。廃藩の重大事に備えたのである。大久保は大蔵卿に、大隈重信は大蔵大輔に、佐々木高行は司法大輔にそれぞれ転出した。政府の大幅な入れ替え人事である。これらの人事と藩兵の提供は、岩倉・木戸・大久保らの話し合いで決められ、天皇は埒外に置かれていた。

45) 的野(上)(1968)640頁。

46) 江藤新平(肥前)は、幕末に脱藩し尊王攘夷運動に参加した後、政府の文部大輔・左院副議長を務め、その後司法卿に就任した。石井編(1980)215頁、的野(上)(1968)643頁。

木戸・大久保・大隈らの廃藩の思いは同じであったが、各藩に与える影響の甚大さを考えると躊躇逡巡するところがあり中々口に出せなかった。そのとき、兵部省の兵部少輔<sup>しょうゆう</sup>山県有朋（長州）が、「廃藩を断行したらどうか」と声を挙げた。井上馨<sup>かおる</sup>もこれに賛成した。山県・井上が、薩摩の精兵を率いて上京し参議に就任した西郷に廃藩置県の断行を説くため、西郷の仮住まいを訪ねた。そのときのやりとりを、司馬は『明治という国家』のなかで、次のように記している。

明治4（1871）年7月6日、山県が日本橋蠣殻町の西郷の仮住まいを訪ね薩摩置県による中央集権の必要を説いたとき、西郷は薩摩の事実上の藩主島津久光（藩主茂久の父で後見人）や取巻きが大反対しているにもかかわらず、「わたし（薩摩）は、よろしゅうござす」とだけ答えた。山県は「この問題は、血を見ねばおさまらぬ問題です。われわれとしては、その覚悟はせねばなりませんまい」というと、西郷は再び「わたし（我ほう）は、よろしゅうござんが（よろしいですよ）」といただけだった。<sup>47)</sup>

『大隈伯昔日譚』は、このとき西郷は山県・井上に対し、次のように述べたという。

政府にして充分に決意する所あり、真に廃藩置県の大事を断行し、諸般の事物に対する改革々新を実施するの意あらば、余は啻に異議を唱へざるのみならず、万一にも異議を唱ふる藩々ありもせば、却って衆に率先し、干戈を動かしても之を鎮圧することを努めんのみ<sup>48)</sup>

最強の士族集団である薩摩が同意しなければ廃藩はまず無理である。しかも、藩の事実上の支配者島津久光や久光党が反対であることは容易に推測できるから、山県らは決死の覚悟で西郷を説得するつもりであったが、西郷の答えは余りにも簡単であった。西郷が直ちに承諾したので、山県・井上は余りの意外さに暫し呆然とした。

山県は「実に私も此時は西郷を見上げた。其事と云うものは尋常の人間で為し得るゝことではないと私は思ふて居る。西郷は此前濱町の邸に帰るのに、若し薩摩守から「何でよびだされるのか」と云うことを尋ねらるゝことがあると、挨拶にこまるから、態々その晩は西郷従道のところに泊った位である。之を以て見るも、西郷の焦心

47) 司馬（1989）130-131頁。

48) 大隈二（1896）550頁。

苦慮して居ることが見える。長州の方はどうかと云うと、忠正公を始めとして、其方針を執って居られるので、格別のことはないが、薩摩守から問われた時は知らずとも云はれぬ事情がある。此邊から見ると、其西郷と云ふ人は、まあ、どうしても非凡の人間である。其果斷明決、能く事の利害を察し、さうして能く之を実行する力を持って居ると云ふのは、到底尋常の人間の出来ないことである。<sup>49)</sup>

山県・井上の言い出しと最強の士族集団を持つ薩摩代表の西郷が同意したことで話が進展することになった。木戸や大久保は元々廃藩置県論者であり、三条や岩倉に話をしたところ大丈夫かと心配したのを説得して同意を得、廃藩置県の方針が何とか決まった。薩長土肥の政府要人は一致団結して廃藩置県を断行したように見えるが、実際はそうではなく大事を実行しようとしながら如何なる改革をするのか意見は様々で、それがため瓦解しないように大事の前の小事としてなるべく妥協に務めようやく廃藩置県の方針を維持した。『大久保日記』には、木戸・西郷・大久保ら「大事のなるを目的にし小事を問わず同意いたし候」と妥協している様子が伺える<sup>50)</sup>

山県・井上の積極的な働きかけと西郷の同意が維新最大の改革である廃藩置県の方針を決定付けたといえる。約8,000人の直属の兵を得た政府は勢いを得て、参議ら数名の者が外に漏れて妨害が入らないように両三日殆んど徹夜して詔書布告その他の命令をつくり、明治4(1871)年7月14日、各地で暴動が起きないように警戒しながら、在京知藩事を前に「廃藩置県の詔<sup>51)</sup>」を出して廃藩を断行した。廃藩置県の詔は、国内においては国民を保安し対外的には万国と対峙せんとすれば中央集権化が必要であること、版籍奉還が旧藩主を知藩事としたため数百年の因習の久しきもあって有名無実となっており、これでは国民を保安し万国に対抗できないから藩を廃し県を置くとしている。廃藩に

49) 三宅(1949)掲載の山県有朋実話による(271頁)。

50) 大久保日記二(1927)178頁。

51) 政府が事をなすときは、常に天皇の名を持ち出した。明治4(1871)年7月9日、木戸邸に大久保・西郷らが集まって廃藩置県の手順を決め(大久保日記二177頁)、三条・岩倉を説き、天皇の詔で形式を整え、7月14日、在京知藩事を前に廃藩置県を行うと発表した(同179頁)。

より知藩事は、同日、免職され、徳川の封建制度は悉く廃止消滅した。政府関係者数名を除き、廃藩に官民いずれも非常に驚愕した。

暴動に対する警戒振りは、明治4（1871）年10月7日の「廃藩に付暴動厳戒の事」という太政官布告第519に現れている。

今般廃藩に付、各地方に於て、奸民共徒党を結び、陽に旧知事借別を名とし、恣に人家を毀焚し、或は財物を略奪候等の、暴動に及び候もの、往々可有之趣相聞へ朝旨を蔑視し国憲を違犯し候次第、その罪不輕候條、管内厳肅に取締、即決処置、懲戒は可加候、萬一手余候節は、所在の鎮台へ申出、臨機の措置に可及候事。

藩を取上げ廃絶するという事は勝利した者がやりがちなことである（徳川幕府は関ヶ原の戦いで豊臣側に付いた西軍大名を容赦なく改易・減封・転封・断絶などした）が、廃藩というのは、倒幕に勝利した自分たちの出身藩（薩長土肥）を含めて270藩全部を廃止し、武士階級も消滅させるという大胆なものであった。すなわち、全国の他藩はもとより倒幕派の出身藩も含め、かつ、武士階級そのものまで一挙に消滅させるというもので前例のないことであった。

徳川265年間の長きにわたり営々として続き日本人の血肉となっている全国の藩を大解体し、武士階級（家族を含めて）を消滅させ約200万人を失業させるという極めて重大な事件であるから、政府は各地で激しい抵抗があるのではないかと警戒の太政官布告を出すなど非常事に備えていたが、意外にも反乱は起きなかった。それは諸藩が既に財政的に疲弊していたこと、不平士族や農民の不穏な動きに各藩では対応が困難であったこと、外国に対抗する国にするためには中央集権化が必要であるという意見が各藩の支配層にも浸透していたという状況の変化があったからである。

こうして全国の藩は全て廃止され、明治4（1871）年11月22日までに新しく3府（東京・大坂・京都）72県（当初302県を整理統合）を置いた。置県により地方は均等の行政単位となった。政府が自ら任命した府知事・県令を派遣した。藩兵は廃止して鎮台兵に編入した。

廃藩置県が断行された結果、諸侯（旧藩主）は知藩事を罷免されて東京に呼び集められ、旧藩との関係は完全に断たれることになった。薩摩藩の頑迷な保

守家島津久光<sup>52)</sup>は大いに憤慨し西郷や大久保を叛臣だと罵ったという。維新の二大立役者は、事実上の藩主久光にとっては藩の財と藩兵を使って藩を滅ぼした謀反人であり不忠者であった。久光が支配する最も固陋で封建的な薩摩藩の中の西郷・大久保が維新を興したという矛盾が、久光・西郷・大久保との間に苦渋に充ちた複雑な関係をつくった<sup>53)</sup>。

廃藩置県の大改革によって、維新4年目にして新体制と旧藩体制の二重構造をなした過渡的体制は終了し、新体制をもって近代国家への歩みを始めたのである。廃藩置県が断行された明治4(1871)年7月が、ちょうど封建国家と近代国家の境であると見てよい。

廃藩置県後、太政官政府は、近代国家形成のために相次いで文明開化政策を積極的打ち出して実行するとともに、封建的な禁制や制限を一気に廃止した。

太政官に帰した権力は強大であり、民意を問うこともないから、参議らは短期間に思うとおりにこれを行使した。各省の官員は卿(長)の指示に基づいてどしどし実務を行った。官員の仕事ぶりについて、佐々木克『大久保利通』に内務省にいた河瀬秀治の談がある。

大久保公は「各部の担任者は決して私一個に使われるとか、薩長に使われるとか思わず、国家の役人である国家の仕事をするというつもりで自ら任じてやってくれ、かつ細かいことは自分は不得手であるから万事仕事は君たちに任すから力一杯やれ、その代わり責任はおれが引き受けてやる、顧慮せずにやれ。万事こういう行らせ方で、

---

52) 久光は廃藩置県の憂さ晴らしに桜島に見える海岸で盛大な花火を打ち上げさせた。太政官政府は久光懐柔策として、明治6年3月25日、内幸町1丁目2番地の伊東邸宅を与え、翌7(1874)年4月27日には久光を左大臣に任命するなどしたが、久光は復古的主張を繰り返して主流派の欧化政策に反対して不平不満の種を蒔き厄介者視される有様で、明治8(1875)年10月27日、辞任した。

53) 無二の親友であった西郷と大久保のその後の理解困難な行動に現れている。維新の陸軍大将西郷は戊辰戦争後薩摩に帰り一藩のために大参事(副知事)をしてみたり、大久保に乞われると廃藩置県のために藩兵を率いて馳せ参じたり、自分が協力して作り大久保に委ねた政府を討とうとした西南戦争、大久保は維新の最大の協力者西郷の征韓論に反対して下野せしめ、西南戦争で西郷らを撃滅して薩摩を滅ぼそうとし、内治優先論から征韓論に反対したにもかかわらず台湾征伐を行なうなど、互いに矛盾した理解し難い屈折した行動がそれである。久光に気を配りながらもこれに従わず維新を興し征韓論で袂を分かった西郷は西南戦争で死に、大久保は暗殺されてしまった。

部下のものは一生懸命に仕事ができた。公は人に任せておいて断乎として動かなかった。だから、骨は折れたが、安心してやることができた。仕事の上のことは過ちがあっても叱らずに責任は一切自分が引き受けられた。<sup>54)</sup>

## ② 廃藩置県後の政治体制—太政官三院制（第4回目の官制改革）

廃藩置県が断行されたことに伴い、明治4（1871）年7月14日、これまでの復古的二官制を廃止し、一層の中央集権化と政府の強化を図るため、4回目の官制改革を行った。開明的な王政維新派が勢力を拡大し政治の主導権を握ったのである。

太政官を太政大臣・左右大臣・参議が天皇の臨席のもとに政務を総括する「正院」、立法のことを審議する「左院」、各省の卿・輔が集まり行政事務について調整する連絡機関としての「右院」を置いて太政官三院制としたのである。

太政大臣は三条実美、右大臣は岩倉具視、左大臣は空席、参議は西郷・木戸のほか板垣・大隈が新しく加わった。省として大蔵省・兵部省・外務省・宮内省・司法省（明治4年7月9日、刑部省・弾正台を廃止して新設）・開拓使・工部省・文部省・神祇省を置いた。そして、大久保が大蔵卿、井上馨が大蔵大輔、大木が文部卿、徳大寺実則が宮内卿、寺島宗則が外務大輔、佐々木が司法大輔、山県が兵部大輔、伊藤が工部大輔になった。岩倉使節団欧米出発後、留守政府は、明治5（1872）年2月15日、兵部省を廃止し、陸軍省・海軍省の二省を設置した。

神祇官は、太政官の下にある神祇省に格下げされ、翌5年3月28日には神祇省も廃止されて教部省（社寺・陵墓などを管理）となり（留守政府が決定）、更に明治6（1873）年11月に内務省が設置された後、教部省は明治10（1877）年1月廃止され内務省の一部局である社寺局となった。神祇官を省に格下げしてから内務省の一部局になるまでの一連の改革によって、「太政官」だけが名実ともに統治の中心機関となったのである。ただ、天皇を権威付けるための神道強化策は続けていた。

---

54) 佐々木克（2004）115頁。

## (2) 文明開化政策と封建的禁制・制限の廃止

太政官政府は、明治4（1871）年1月から同年10月まで、次の文明開化政策と封建的禁制・制限の廃止を行った。

## ① 文明開化政策

## (ア) 郵便制度の始動（明治4（1871）年1月24日）

郵便規則が制定され、明治4年3月から東京—京都—大坂で郵便取扱いを開始した。同年8月、前島密が駅通頭となり郵政事業が拡張され、明治5（1872）年には全国に郵便函（書状集め箱）が設置された。明治8（1875）年1月、それまで郵便役所・郵便取扱役所といわれていたのが「郵便局」となり、明治10（1877）年6月には早くも万国郵便連合に加盟するまでになった。従来の飛脚屋は恐慌を来たし一致して郵便と競争したが破れて廃業のやむなきに到った。

## (イ) 新貨条例を制定（明治4（1871）年5月10日）

大坂に造幣寮を設け、明治3年イギリスから造幣機械を輸入し技師を招聘して貨幣鑄造の試作を始めていた。太政官は、貨幣の鑄造体制が整ったので、明治4年5月10日、新貨条例を制定し、円・銭・厘とする10進法の貨幣の発行を始めた。従来各藩が種々の藩札を発行していたが、国として初めて統一した貨幣政策を実行することになった。

## (ウ) 散髪・廃刀の自由（明治4（1871）年8月9日）

丁髷<sup>ちよんまげ</sup>を切るのを自由にし、刀を腰に差さないことも自由とした。丁髷を切った頭をざんぎり頭といい、「ざんぎり頭をたたいてみれば文明開化の音がする」という俗謡が流行った。滋賀県では明治6年8月には殆んどの人が断髪になっていた。その訳は、丁髷に課税されていたからだという<sup>55)</sup>。廃刀については士族の一部が反対したから、このときは強制しないで、明治9（1876）年3月28日の「廃刀令<sup>56)</sup>」（太政官布告第38号）から完全実施した。

55) 加藤ほか（1967）60頁。

## ② 封建的禁制・制限の廃止

## (ア) 封建的身分制度の撤廃

明治2(1869)年6月、公卿・諸侯(大名)の呼称を廃止し、華族とした。明治2(1869)年12月、多くの家柄に分かれていた武士を士族・卒族(下級武士)とした。明治5(1872)年1月に卒族の一部を士族に、他を平民に編入して卒族を廃止した。廃藩置県後、農・工・商・被差別部落の身分を廃止して平民とし、明治3(1870)年9月、平民に苗字を付けることを認めた。苗字帯刀は士族の特権であったが廃刀令により帯刀を禁止し、平民も苗字が認められたので、士族と平民の実質的な差別はなくなった<sup>57)</sup>

## (イ) 華族平民の通婚の自由(明治4(1871)年8月23日)

「華族平民互婚姻被差許の事」(太政官布告第437)

明治3(1870)年11月に縁組規則が制定され、華族は太政官へ、士族以下は管轄府藩県へ願ひ出るべきこととされていたが、明治4(1871)年8月23日、太政官布告により「華族より平民に至る迄、互婚姻被差許候條、双方願ひ不及、其時々戸長へ可届出事<sup>58)</sup>」とした。すなわち、華族平民に至るまで婚姻は自由とし、願ひ出も不要、戸長へ届出るだけでよいとしたのである。

政府は、更に、明治6(1873)年3月14日には、日本人と外国人との婚姻も認めることにした。外国人排除思想が支配していた幕末から僅か数年後の大きな転換である。

「外国人との婚姻差許の事<sup>59)</sup>」(太政官布告第103号)

56) 廃刀禁止の事(廃刀令)、「自今大礼服着用並に軍人及警察官吏等制規ある服着用の節を除くの外、帯刀被禁候條、此旨布告候事。但し、違犯の者は其刀可取上事」(橋本編第5巻(巻十)228頁)。

57) 特権を失った士族の一部は、官吏・教員・巡査・軍人・実業家などになったが、農商業に転じて失敗し「士族の商法」と揶揄嘲笑された。没落士族は困窮し、不平士族の反乱や自由民権運動に参加した者が少なくなかった。

58) 橋本編第3巻(巻六)(1966)36頁。

59) 橋本編第4巻(巻八)(1966)44頁。

自今外国人と婚姻差許、左の通條規相定候條、此旨可相心得事。

- 一 日本人、外国人と婚嫁せんとする者は、日本政府の允許を受くべし。
- 一 外国人に嫁したる日本の女は、日本人たるの分限を失ふべし。もし故有って、再び日本人たるの分限に服せんことを願ふ者は免許を得能ふべし。
- 一 日本人に嫁したる外国の女は、日本の国法に従い、日本人たるの分限を得べし
- 一 外国人、日本人の婿養子となりたる者は日本国法に従ひ、日本人たるの分限を得べし。

(ウ) 田畑<sup>でんばた</sup>勝手作<sup>かっぺづくり</sup>許可 (明治4 (1871) 9月7日)

江戸時代五穀以外の作物を田畑で栽培することを禁止していた。これは貢租を確保するためのものであったが、地価を基準とする課税方法へ転換することになったので、明治4 (1871) 年9月7日、田畑勝手作禁止を廃止し、田畑の作付けを自由にした (大蔵省達第47号)。

**【留守政府の文明開化政策・封建的禁制・制限の廃止】**

岩倉使節団は、明治4 (1871) 年11月12日から明治6 (1873) 年9月13日まで、欧米視察のために出発した。特命全権大使岩倉具視 (右大臣・公卿)・副使木戸孝允 (参議・長州)・副使大久保利通 (大蔵卿・薩摩)・副使伊藤博文 (工部大輔・長州)・副使山口尚芳 (外務少輔・肥前)・理事官佐々木高行 (司法大輔・土佐)・理事官田中不二麿 (文部大丞・尾張)・理事官田中光顕 (戸籍頭・土佐)・一等～四等書記官ら政府要人が含まれていた。

彼らが不在の間、留守政府は、多くの文明開化政策を実施し封建的禁制・制限を廃止した。留守政府のメンバーは、三条実美 (太政大臣・公卿)・西郷隆盛 (参議・薩摩)・板垣退助 (参議・土佐)・大隈重信 (参議・肥前) であり、後藤象二郎 (左院議長・土佐)・副島種臣 (外務卿・肥前)・江藤新平 (司法卿)・

肥前)・大木喬仁(文部卿・肥前)・井上馨(大蔵大輔・長州)らである。肥前出身が多くなっているのが特徴である。

渡航組と留守組との間には、大事な改革は協議して行う約束であったが、当時は汽船の便も少なく、海外電報も自由でなく、しかも2年近い海外渡航であったから、大事を協議するということ自体が困難なことであり、さりとて近代化のための諸改革を遅滞させるわけにはいかないから、大隈重信が言うように「鬼の留守の洗濯」で、約束は有名無実、留守組は思うが儘にどしどし文明開化政策等を実行したのである。

『大隈伯昔日譚』は、次のようにいっている。

何を為しても成らざる内政すら、薩長の軋轢、官吏の衝突のため、其の処理裁断の困難を極めて、諸般の改革、改新の阻格せらるゝ弊患を芟除するは、出来るだけ其人々を外国に派遣し、謂ゆる「鬼の留守に洗濯」と云う調子にて、其間に充分なる改革、整理を断行するにありしを以て、兎も角も、成るべく速やかに且出来るだけ多数の人を派遣すべしとて、扱は一百に近き多人数を派遣するに至りしなり。<sup>60)</sup>

このような調子で、留守政府は、数々の近代的改革を断行した。太政官制度に関わる改革としては、前述のとおり、兵部省を陸軍省と海軍省に分離し、神祇省を廃止して教部省を設置し、大蔵省の権限を制限して正院の権限を強化し、右院は常置機関としないで臨時に開くものとしたことである<sup>61)</sup>

留守政府が果敢に実行した文明開化政策は、次のとおりである。

### ③ 留守政府による文明開化政策

(ア) 日曜休日制制定(明治5(1872)年4月24日)

日曜日は一斉に休むことにした。文明開化政策の中で、キリスト教文化による日曜休日制を導入したのである。

(イ) 学制の制定(明治5(1872)年8月3日)

明治4(1871)年に太政官のもとに文部省を設置し、近代的学校制度の創設

60) 大隈二(1895)568頁以下、この文献は、参議の間に政策を巡り激しい意見の対立があって政府が危機に陥ったり、各省間にも同様の対立があって政府が調整に苦慮することが多かったことを伝えている。

61) 石井編(1980)93-94頁。

が計画されていた。太政官は、文部省顧問のモルレーの指導により、明治5(1872)年8月2日、「学制」を制定した(太政官布告第214号)。フランス式教育制度で、アメリカの教育思想も取り入れ、教育目的を実学と個人の完成におき、四民平等・機会均等を目指し、義務教育の方向を示して全国に小学校を設置していこうとした。従来の寺子屋や塾方式の教育から脱し「<sup>むら</sup>邑に不学の戸なく、家に不学の人なからしめんことを期す」という高い教育の理想を掲げたものであった。学制を実施するため大木文部卿と井上大蔵大輔との厳しい予算交渉がなされたが、財政難から教育費はこれを受ける者の負担とせざるを得ず、働き手をとられるとして就学が中々進まず(明治8年当時就学率36%)、全国的に普及させることは困難であった。当初建設予定小学校数5万3,768校であったが、明治8年当時では2万4,225校であった<sup>62)</sup>

(ウ) 新橋－横浜間鉄道開業(明治5(1872)年9月12日)

新橋－横浜間に鉄道が開業した。新橋駅の開業式には、近衛兵がラッパを吹き鳴らすなか天皇・工部省長官・鉄道頭・外務卿勅任官等関係者が列席し、イタリア・アメリカ・スペイン・フランス・イギリス・オランダ等各国公使らが祝意を述べるなど華やかに鉄道開業を祝った。横浜でも同様の開業祝賀式が行われた。また、港湾が整備され近代的な灯台が相次いで設置された。

(エ) ガス灯点灯(明治5(1872)年9月29日)

ガス灯がフランス人H.プレグランの設計・施工により、明治5年9月29日、初めて横浜の馬車道・本町通に点灯し、翌年には銀座にガス灯がついた。

(オ) 官立富岡製糸場開業(明治5(1872)年10月4日)

殖産興業政策の一環として群馬県甘楽郡富岡にフランス人ブリユナの指導により蒸気力による最新の座繰り製糸を行う富岡製糸場が稼動するに至った。フランスの製糸に関する先進技術を導入したのである。工場で働く400人余りの女工は大半が武士の娘で、ここで修業した者はその後各地に設けられた製糸場

62) 佐々木潤之介ほか(2000)196頁。

の指導者になっていった。

(カ) 太陽暦の採用 (明治5 (1872) 年11月9日)

これまでの太陰暦を太陽暦に改め、明治5 (1872) 年12月3日をもって明治6 (1873) 年1月1日とし、時刻も1日24時間制とした。三宅雪嶺『同時代史』は、

習慣の一大衝動にして、民間にて大いに驚きたるも、特に金銭上の関係なきがため、驚きたる割合に騒ぐこと無し。暦の変革は普く世間に影響したれど、暦の頒布者の外、痛切に利害を感じず、結髪を散髪にする程度に感ぜり。<sup>63)</sup>

というくらいで庶民には格別の抵抗はなかったが<sup>63)</sup>、太陰暦は長年にわたり伊勢の太廟で独占的に発行され、数百人の神官の生活はその収益に依存していたから太陰暦の廃止による影響は大きかった<sup>64)</sup>。

④ 留守政府による封建的禁制・制限の廃止

(ア) 田畑永代売買<sup>でんばたえいたいばいばい</sup>の禁解除 (明治5 (1872) 年2月15日)

明治4 (1871) 年9月7日、田畑作付制限を廃止したのに続いて、翌5年2月15日、太政官布告第50号を以て「地所永代売買の儀従来禁制<sup>65)</sup>の処、自今四民共売買致所持候儀被差許候事」として土地永代売買の禁を解除し、地券を発行し農民の土地所有権を公認しその活動を自由にした。江戸幕府は、年貢確保を目的に農民を土地に束縛していたが、太政官は税収の確保を地価を基準とする方法に改め、農民の土地束縛から解放することにしたのである。このほか米穀を藩外に搬出することを禁止する津留<sup>つどめ</sup>の制度や江戸に向けて鉄砲の入ること (入鉄砲) や大名の妻女が江戸から脱走すること (出女) を防止するなど軍事・警察目的のために設置されていた関所の制度を撤廃し、人民の国内移動の自由・経済活動の自由を認めた。

63) 三宅 (1949) 312頁, 同314頁。

64) 大隈二 601頁。

65) 寛永20年3月の田畑永代売買禁止令は「身上能き百姓は田畑を買取、弥宜く成り、身体不成者は田畑沽却せしめ、猶々身上なるべからざるの間、向後田畑売買可為停止事」と定め、違反した者は処罰された。

(イ) 人身売買の禁止 (明治5 (1872) 年10月2日)

明治5年7月に起きたマリア・ルズ号事件で、横浜港内に停泊したペルー船に乗せている人身売買による清国人苦力の解放を裁判で命じた日本<sup>66)</sup>に対し、ペルー人船長ヘレイラの横浜在住の英国人弁護士ディッキンズから、日本にも娼妓の売買があるのではないかと指摘された。また、ペルーが日本に対し、その処置に抗議して損害賠償を請求し、遂にロシアの仲裁裁判となり日本に裁判権があるとして勝訴したものの人身売買類似の行為があることを指摘された。そのため政府は、同年10月2日、急いでこれらの禁止を決めたのであった。条約の改正を目ざし、文明国に列伍しようとする日本にとって芸娼妓売買の実態を暴露されたのは大きな痛手となった。人身売買禁止の太政官布告は、マリア・ルズ号事件が生んだ副産物であった<sup>67)</sup>

「人身売買並奉公人年期の事<sup>68)</sup>」(太政官布告第295号)は、次のとおりである。

- 一 人身を売買致し、終身又は年期を限り、其主人之存意に任せ、虐使致し候は、人倫に背き、有まじき事に付、古来制禁の処、従来年期奉公等、種々名目を以て奉公住為致、其实、売買同様の所業に至り、以の外の事に付、自今可為厳禁事
  - 一 娼妓、技芸等、年季奉公人、一切解放可致、右に付ての賃借訴訟、総て不取上候事
  - 一 娼妓芸妓等年季奉公人、一切解放可致、右に付ての賃借訴訟総て不取上候事。
- 右之通被定候條、屹度可相守事。

66) 苦力解放裁判は、不平等条約改正のために岩倉使節団が派遣され日本の裁判権確立を図ろうとする気運が高まっているなかで、副島種臣外務卿と神奈川県長の権令大江卓(神奈川県裁判所裁判長)の連携で行われた。

67) 我妻ほか(1968)273頁以下、的野(上)664頁以下。

68) 橋本編第4巻(巻七)(1966)247頁。

この太政官布告は、娼妓芸妓のほかに、農工商の諸業習熟のための弟子奉公については、年限満7年、平常の奉公人については1ヵ年とすると定めている。

太政官布告を実施することになった司法省は、その達をもって娼妓芸妓は人権を失った者であるから牛馬と異ならず、したがって、人が牛馬に物の返済を求めることがないのと同様に、雇主は芸娼妓に返済を求めことはできず娼妓芸妓は返済の必要がないこと、雇主の娼妓芸妓に対する資金返還訴訟は取上げないこと、娼妓芸妓等雇入の資本金は贓金と看做し没収すること、人の子女を養女の名目にして娼妓芸妓の所業をさせた者は嚴重処置することとした<sup>69)</sup>

娼妓芸妓は牛馬に異ならずというのは突飛な理屈であるが、娼妓芸妓の最大問題である借金返済を断乎不要とする江藤司法卿の正義感が強く表れている。

なお、太政官布告は、農工商の諸業習熟のための弟子奉公は、年限満7年、平常の奉公人は1ヵ年とするとし、人身売買と同様にならないよう注意している。

(ウ) 白洲の着座身分制廃止（明治5（1872）年10月10日）

江藤の人民平等の裁判所づくりの一環として、白洲（法廷）における着座の身分的差別を廃止した<sup>70)</sup>（司法省達第25号）。これについては後で触れる。

(エ) 切支丹禁制の高札撤去（明治6（1873）年2月24日）

倒幕政府は幕府の宗教政策を継承し、慶応4（1868）年3月14日、五箇条の誓文を出し開化方針を打ち出したにもかかわらず、依然として全国各地にキリスト教を邪宗門とし禁止する高札を掲げていた。

高札の文面は、次のとおりである。

定

- 一 切支丹邪宗門之儀は堅く御禁制たり若不審なる者有之は其筋之役所へ可申出御褒美可被下事

69) 的野（上）（1968）669頁。

70) 林屋（2006）67頁。

慶応四年三月 太政官

この高札は、切支丹＝邪宗門であるとしている。これに対し、諸外国（英国公使ハリー・パークス、仏国公使レオン・ロッシュ、米国公使デ・ロングなど）から厳しい抗議があった。英国公使パークスは、「切支丹が邪宗門であるとは何事であるか、我われ欧米人はみな切支丹（キリスト教徒）である」と憤った。

太政官は切支丹 equal 邪宗門ではなく、切支丹 and 邪宗門であるという苦しい言い訳をして、当初のままの日付で高札を全文書き改めた<sup>71)</sup>それが次のものである。役所へ告発した者には褒美を下されるという文字は削除した。

- 一 切支丹宗門之儀は是迄御制禁通固く可相守事
  - 一 邪宗門之儀は固く禁止之事
- 慶応四年三月 太政官

この高札に対しても、諸外国から絶えず厳しい抗議や苦情が続出した。

篠田鉦造の『明治百話』に外国人から聞いた話が収録されている。その外国人は、安政6（1859）年11月に長崎に来て佐賀藩・熊本藩・薩摩藩など諸藩のチョンマゲ大小を差した侍30人～50人を教えていた（その中に副島種臣や大隈重信らがいた）が、明治2年東京に来たとあるから、宣教師として長崎に来て長崎英語伝習所（済美館）や佐賀藩が設けた致遠館で英語・政治・経済などを教え、明治2年に政府の顧問として招聘されたフルベッキと思われる。このフルベッキが、本人に頼まれてチョンマゲを切った話、来日したころはなかったのに今人が盛んに髭を生やしていること、洋服を着るようになり、石油を使い、人力車が走り、新聞紙を読み、警察ができたことなど明治初期の世相風俗の変わりようについて興味深い話をしているが、そのなかに切支丹禁止の高札

71) 穂積重遠（1936）248頁。

のことを述べているくだりがある。

私は度々切支丹邪宗門の高札を日本橋で見ました。私はあの日本橋を通るごとによくあの高札の下に立って眺めました。当時私のところへは、佐賀熊本鹿児島の人が一番沢山参りましたが、出羽の本間軍兵衛さんが最もよく来られ、私は本間さんを先生として日本の言葉を研究しました。その人は東北の人なので仮名づかいが、ただは、たえになり、まえは、まいになるので困りましたが、よく判る人でした。米国の国体から政治から風俗から、一番早く覚えましたが、私が宗教の話をするとすぐ手を首へ当てて、これだから御免、ということが何度もありました。本間さんばかりでなく誰でも宗教の話をすると色を易えて首をまげたです。実に日本の切支丹の禁止の高札は恐ろしいものでした<sup>72)</sup>

数年前の慶応4(1868)年、政府は浦上の切支丹114名を摘発し津和野・萩・福山の三藩預け(牢屋に監禁)するなど迫害していた。長崎の五島列島の久賀島<sup>ひさかじま</sup>では切支丹190名余が捕えられ一軒の牢屋に閉じ込められて多くの犠牲者を出していた(「五島崩れ」)。明治3(1870)年1月、長崎浦上の残りの信徒ら約3,000人が全国各藩に預けとなった<sup>73)</sup>

太政官は、明治4(1871)年4月12日、楠本正隆・中野健明外務権大丞らを各藩預けの切支丹の取調べに派遣するので、各藩に到着したとき知事らはよく話をして取計らうよう沙汰書を出しているが、これを見ると、切支丹を牢屋に監禁していた藩は、名古屋藩・和歌山藩・広島藩・山口藩・岡山藩・鳥取藩・松江藩・津藩・姫路藩・郡山藩・福山藩・津和野藩・鹿児島藩・徳島藩・高知藩・松山藩・高松藩の17藩であった<sup>74)</sup>。そのほか、富山藩も牢屋に監禁していたので全国18藩に及んでいた。フランス・イギリスなど諸外国は、切支丹を牢屋に監禁していることについて強い批判と抗議をしていたから、外務省関係者が調査に行ったことが伺われる。

『大隈伯昔日譚』によれば、英国公使パークスは、政府代表の大隈に対し、次のように談判した。

72) 篠田(1996)69頁。

73) 宮崎(1996)27頁。

74) 橋本編第3巻(巻五)(1966)182頁。

宗教と真理は宇内通有のものなり。此宗教に従ひ、彼道理を取る。固より其人の自由なる所。是に於てか、文明諸国に於ては、何れも皆信仰の自由を承認せざるはなし。今日日本に於ては無辜の民を罰する法律を存し、真理を遮断するの関門を有す。斯くの如きは尤も秩序なき野蛮国に於ても尚且為すを耻つる所。足下等は今之を為して恬として顧みず、却て他国の厚意を一笑の下に排斥せんとす。日本の事知るべし。日本の将来見るべきのみ。<sup>75)</sup>…足下等は創業革新の際に会せるに非ずや。何ぞ其弊習を打破して空闊の天地に出るを勉めざる。耶蘇教は今日文明諸国の盡く信奉する所なり。其歴史に於て多少の弊害ありと雖も、其結果は此十九世紀の文明を養成したるものなり。其善良にして真理なるや明けし。世間善良者を敵視する程惡虐なるはなく、真理を謝絶する程愚蒙なるはなし。足下等は須らく眼眸を大にすべし。徒に眼下の事のみを視て、眼上の事を見ざるは東洋政治家の通患とは言え、実に歎ずべきの事なり。試に国禁を解きて数百の信徒を許せ、足下の思慮する所の如きは盡く杞憂に属せん。<sup>76)</sup>

パークスは、公使中の逸物であるが、怒ると手を振り、時に狂暴、卓を撃つて談判に及ぶ性癖のある厄介者であった。

太政官政府は、西欧諸国の科学技術、経済文化、整備された法体系・法制度に驚きこの普遍的なものの導入には極めて積極的であったが、他方、国を守るというナショナリズムの面では敏感で切支丹を増やした後外国がわが国を植民地化するのではないかと考え、<sup>77)</sup>切支丹は邪教という警戒感・恐怖感を、徳川幕府が二百数十年間にわたり植え付け、人の骨身に染みていたから、太政官の参議らも容易に脱却することができなかつたのである。

『大隈伯昔日譚』は、なぜ日本人が耶蘇教に偏見と警戒感・恐怖感を持つに至ったかその原因を挙げている。

昔年スペインの商船が土佐沖に於て難破せし時、我漁人等其乗務員を援ひしに、該船長は己等の地位を安全にし、且鄭重なる待遇を受けんが為には、其本国の事を誇大

75) 大隈一 (1953) 285頁。

76) 大隈一 (1963) 287頁。

77) 徳川幕府は、慶長17(1612)年3月、幕府直轄領にキリスト教禁止令を出し、翌年12月、全国的に禁止した。①スペイン・ポルトガルは、キリスト教を布教した後日本を植民地化する野心を持っていること(これはイギリスやオランダの中傷によるものであった)を家康が信じたこと、②神のみが最高絶対の存在でありその下にある者はみな平等であると主張することが、幕府の根幹をなす封建的身分制度に反すること、③既存の宗教である仏教や神道を壊す恐れがあることなどを理由とするものであった。

に揚言するに如かずと思ひ、世界の地図を披きて揚々指示し、此も我が属国なり、彼も我が領土なりとて殆んど全世界の半を数へしに因り、吏員等は大いに驚き、如何にして斯る広大の属国領土を所有する至りしやと問ひたれば、該船長は思ふに中りたりとてや、益々得意となりて、左ればなり、其は自ら方針のあることにて、是等の国土に向ひ先づ貿易を申込み、次に耶蘇教を注入してして人心を感化し、終に其国を挙げて、我有と為すに至りしと答へて吏員等の膽を寒からしめたりといふ。夫より此事、土藩より幕府に伝へられ、幕府より諸藩に伝播し、針小を棒大に言做して、漸く極端に解釈せられ、果ては、全国を挙げて外人とさへいへば、夷狄禽獣にして奪掠飽くを知らざる者と為すに至りたるなり。この外に又我全国の民をして外人を悪むの妄信を養はしめし者は、徳川家康なるべし。天正文録の比に於ては、我國民はかくまで、狹隘の意念を懐かざるなり。信長、秀吉の政策は決して外人を恐れしとなし、秀吉は、朝鮮を征伐し、明国を服従せんと企画せり。安んそ一二艘商船の来港するに驚きて大警戒を加ふ倉皇の擧あらんや。然るに、彼等は迭に斃れ、家康が天下を拘束的に駕御すること、為るや、其拘束の繩を緊しく外人の上に加へ、耶蘇教を以て国家の平和を乱し、社会の秩序を壊るものとなしたり。又欧州各国との交際は、我国の不利にして、早晩に禍乱を醸すに至るへしと豫料し、僅に通路を僻遠の長崎港に開き、勉めて之を遠ざくる策を取り、嚴重に耶蘇教を禁じ、之を信ずるものは死刑を免るを得ず。法律を以て盡く人民を仏教に入らしめ、人別は寺院に簡査せしめ、漏るゝものあれば嚴罰に処す。斯くして、一般の人衆に外人を悪む風を養はしめたり。想像と怨嗟とは、狹隘なる人心に向つて歳月と共に生長するものありとなん。左れば、風説の距離に准し、針小も棒大と為るが如く、外人憎悪の心は歳月と共に其深きを加へて、遂にはあらゆる害毒の性を挙げて外人に加ふるに至りたるなり。<sup>78)</sup>

このように耶蘇教に対する日本人の長年にわたる偏見と警戒感・恐怖感は根深いものがあり、耶蘇教を解禁することは、その後の国内への影響を考えると容易なことではなかった。

しかしながら、慶応4(1868)年閏4月21日の「政体書」で定めた太政官制の行政官の下に外国交際のための外国官を設け、明治元(1868)年には外国事務局とし、更に、明治2(1869)年7月の官制改革に伴いこれを外務省と改め、開国和親・文明開化の方針を明確にするに至っているから、従前から切支丹禁制の高札および切支丹の捕縛拘禁に対し、西洋諸国から強い批判と抗議を受けていたこと、西欧諸国の文明は積極的に取り入れるのに、これら諸国の精

78) 大隈一(1953)205-207頁。

紳文化の支柱となっているキリスト教を鎖国時代と同様に邪教として禁止することはできなくなった。

太政官は、明治6（1873）年2月24日、各府県宛の布告を出した。

諸布告揭示の事

府 県 へ

自今諸布告、御発令毎に、人民熟知の爲め、凡三十日間、便宜の地に於て令揭示候事。但、管下へ布達の儀は、是迄の通可取計、従来高札面の儀は、一般熟知の事に付、向後取除き可申事

この高札撤去理由が「一般熟知の事に付」であったため、禁教が継続していると考える者もいたが、諸外国・宣教師・信徒は高札撤去によりキリスト教が解禁されたと考えた。政府はこれを黙認した。明治6（1873）年3月14日、全国18藩の牢屋に監禁されていた浦上の切支丹1,938人が釈放された。

(オ) 妻からの離婚請求の承認（明治6（1873）年5月15日）

江戸時代以来、夫から離婚はできたが妻からの離婚は認められなかった。

太政官布告第162号は、「夫婦の際、已むを得ざるの事故ありて、其婦離縁を請うと雖も、夫之を肯んぜず、之れがため数年の久を経て、終に嫁期を失ひ、人民自由の権理（権利）を妨害するもの不少候、自今右様の事件於有之は、婦の父、兄弟或は親戚の内付添、直に裁判所へ訴出不苦候事<sup>79)</sup>」として、妻からの離婚請求を認めることにした。

明治時代の前期は、このように進取の精神に溢れ西洋文明を積極的に取り入れ生き生きとしていた。そして、封建的な禁制・制限を撤廃し改めることに比較的大胆であった。

民意を問う公選議会もなく、薩長土肥藩閥の少数実力者による「寡頭政治」

79) 橋本編第4巻（巻八）（1966）82頁。

が実態であったが、それにしても草創期において重要な課題と大きな権限を与えられたこれら少数実力者が重要課題に積極果敢に取り組んだことには驚くべきものがある。西欧諸国に早く追いつきこれら諸国に伍するために、明治前期において相次いで文明開化政策を打ち出し驚異的スピードでこれを実行した。

### 【皇居と太政官舎の炎上】

太政官が執務を行う太政官舎は、皇居近くにあった。明治6（1873）年5月5日午前1時20分、後宮から出火して皇居に延焼した大火で太政官舎も焼失してしまった。当時、司法省法学校の学生であった加太邦憲<sup>かぶとくにのり</sup>は『自歴譜』のなかで、その皇居火災の様子を次のように述べている。

右（皇居）炎上の際は、予は呉服橋内司法省学校寄宿舎にありて、皇居との距離数丁に過ぎず且つ皇居は高台なれば、手に取る如く火焰を望みたり。<sup>80)</sup>

太政官は、皇居の火災に大変驚き、度々太政官布告を出している。

・太政官布告第142号（5月5日）

皇城炎上に付、（天皇は）赤坂離宮へ 御立退相成候條 此旨相達候事。

・太政官布告第143号（5月5日）

太政官庁炎上に付、馬場先門内元教部省を以て官代と被定候條 此旨相達候事。

・陸軍省達書（5月5日）

馬場先門内元教部省を以て、太政官代と被相定に付ては、表裏二門へ番兵可差出候、此旨 相達候事。

・太政官布告第147号（5月8日）

皇城炎上、太政官の文書過半焼失に付、差向き奏任以上、太政官官員奉職履歴書御用候條、兼て相達置候雛形の通、取調至急可差出事 但、判任官の分は、各管轄庁に於て精密取調可備置事。

皇居の火災により天皇は赤坂離宮に避難してここを仮皇居とした（太政官布

80) 加太自歴譜（1931）91頁。

告第 144 号)。太政官は馬場先門の元教部省のところに移転していたが、仮皇居と離れていて執務に差支えがあったので、その後仮皇居内に移転した<sup>81)</sup>

明治 6 (1873) 年 11 月 10 日現在、太政官のもとにある各省は、岩倉ら洋行組が帰国した (明治 6 年 9 月 13 日) 後、大久保により新設されたばかりの内務省<sup>82)</sup>のほか、大蔵省・文部省・教部省・陸軍省・海軍省・外務省・宮内省・司法省・開拓使・工部省 (明治 14 年農商務省が追加) であった。このうち、教部省は明治 10 (1877) 年 1 月 19 日に廃止され、内務省社寺局となった。この太政官体制は、明治 18 (1885) 年 12 月 22 日、内閣制度が成立するまで続くことになるのである。

当時の内務省や太政官は、一体どのような状態で執務していたのであろうか。これについて内務省の中樞部にいた前島密<sup>83)</sup>の談が、佐々木克『大久保利通』に収録されている。

当時の内務省というものは極めてお粗末なもので、十幾畳ばかりの座敷に大久保さんと私どもも諸官省の人もおるといふ風で、地方官が来てもそこで一緒に弁当を喰いながら行政の相談をするという始末、それが大久保公がいると事務がドシドシ運んだものだ。太政官でも三条実美公、岩倉具視公なども皆同室で机をならべている、西郷従道さんなどはどうにもこうにもならぬ人で、朝出て来ても宿酔未だ覚めずといった風で、「給仕、水を持って来い」と言っでは、椅子をあちらこちらへ持ち歩いて、昨夕の馬鹿話を「オイどんがオイどんが」と言っでは遣り放ち、その傍若無人の従道さんも大久保公が這入って来ると、急に肅然として、煙たそうな困ったような顔をしていた。大隈重信さん伊藤さんなども、大久保公にはなんとなく気が置けて、物騒な人だと言っておられたようであった。<sup>84)</sup>

という。

---

81) このあと 12 年間皇居は造営されず、明治 17 (1884) 年に復興に着手、同 21 (1888) 年 10 月竣工し宮城と改称した。

82) 明治時代は、大手町は官庁街を形成していた。内務省・大蔵省は大手町一丁目にあり、文部省・教部省は大手町二丁目、司法省は丸の内にあった。諸官庁が霞ヶ関に移転したのは大正 12 (1923) 年の関東大震災後である。

83) 前島密は、越後の出身で明治政府の駅頭頭・駅通局長・駅通総監などを務め、近代的な郵便事業の確立に尽力した。

84) 佐々木 (2004) 23 頁。

## 二 西洋法の導入

### 1 導入の原因

政府は、明治時代の前期に西洋法を導入することにした。なぜそうしたのであろうか。

明治政府には、幕末に欧米列強諸国と締結した不平等条約が国内経済の混乱と社会不安を招いており改正を急ぎたい事情があった。明治4(1871)年11月から同6年9月に至るまでおよそ2年の歳月をかけて、諸国間においても例のない総勢107名を数える大規模使節団を派遣した<sup>85)</sup>が、その目的の一つは、条約改正の下交渉であつた。

しかし、欧米列強から日本の法制度や裁判制度は、封建的なもので信頼できないといわれた。欧米と対等に交渉するためには欧米列強と同じ法制度・裁判制度を備えた法治国家であることを早く示す必要があった。そのために西洋法の導入を急ぐことにしたのである。このように西洋法の導入は、不平等条約改正のためという政府の極めて強い政治的な動機・原因によるものであつた。

#### (1) 不平等条約改正の必要性

ペリー黒船の来航により、嘉永6(1853)年3月3日、幕府はアメリカと日米和親条約を結び下田・箱館の2港を開港し、次いで安政5(1858)年6月、日米修好通商条約を結び下田・箱館のほかにも神奈川・長崎・新潟・兵庫・大坂・江戸を開港することにした。これにより、幕府の鎖国政策は完全に崩壊した。幕府は、アメリカに続いて同年7月、イギリス、フランス、オランダ、ロシアなど列強諸国と各修好条約(安政5カ国条約)を結んだ。

アメリカほか諸国と結んだ各修好条約は、関税自主権を欠き、領事裁判権(治外法権)を認める不平等条約であつた。例えば、アメリカ合衆国と結んだ日米

---

85) 梅溪(2007)75頁。

修好通商条約は、次のとおりである。

日米修好通商条約（抄）

第一条 向後日本大君と亜米利加合衆国と世々親睦なるへし

第二条 日本国と欧羅巴中の或る国との間に若は障り起る時は日本国の囑に  
に應、合衆国の大統領和親の媒となりて扱ふへし

第三条 下田・箱館の港の外、次にいふ所の場所を左の期限より開くへし  
神奈川 午三月より凡十五箇月の後より 西洋紀元千八百五十九年七月  
四日

長 崎 午三月より凡十五箇月の後より 西洋紀元千八百五十九年七月  
四日

新 潟 午三月より凡二十箇月の後より 西洋紀元千八百六十年一月一  
日

兵 庫 午三月より凡五十六箇月の後より 西洋紀元千八百六十三年一  
月一日

神奈川港を開く後、六箇月にして下田港を鎖へし

江 戸 午三月より凡四十四箇月の後より 千八百六十二年一月一日

大 坂 同断 凡五十六箇月の後より 千八百六十三年一月一日

右二箇所は、亜米利加人只商売を為す間のみ逗留する事を得へし

第四条 総て国地に輸入輸出の品々別冊の通り日本役所え運上を納むへし

第五条 外国の諸貨幣は日本貨幣同種類の同量を通用すへし

第六条 日本人に対し法を犯せる亜米利加人は、亜米利加コンシェル裁判  
所にて吟味の上、亜米利加の法度を以て罰すへし

第1条にある日本大君とは日本将軍のことであり、第3条の午三月よりというのは安政5（1858）年3月よりのことである。第4条はアメリカが協定関税を納めることであり、日本には関税自主権がなく、第6条は日本国内でアメリ

カの領事裁判権（治外法権）を認めていることである<sup>86)</sup>

この条約により開港した港から生糸・茶・海産物・金・銅などが大量に流出し、品不足による物価の騰貴を招いた。日本には関税自主権がないため国内経済のコントロールができず、国内市場は混乱を来たした。

不平等条約下の外国人の犯罪は、日本人への暴行・殴撃・発砲・犬に咬ませるなど様々なものがあつたが<sup>87)</sup>日本には裁判権はなく如何ともすることができなかつた。日本人、特に外国人居留地周辺や外国人と接することの多い職業の人々の不平等条約への不満は強く反外国人感情が蔓延するようになった。これらのほかにも、外国人居留地内では日本の行政権は排除されていた。

これらのことが、条約改正に対する政府への大きな圧力になっていた。日本は独立国でありながら、関税自主権をもたず、外国人の日本人への犯罪も処罰できない、日本国内であつても居留地は独立領のような存在であるということは耐え難いことであり、不平等条約改正は政府の政治外交の最重要課題となつたのである。

ところが、相手国は、日本の封建的な法制度や裁判制度を理由に改正交渉に応じようとしなかつた。欧米列強諸国が認める法制度や裁判制度というのは、欧米列強のそれであつて、日本の幕末頃のものにはそれに値しないとされた。政府としては屈辱的な思いを抱くとともに、条約改正のためには、欧米型の法制度と裁判制度の早急な導入が必要であることを認めざるを得なかつたのである。

## (2) 岩倉使節団の欧米視察の影響

明治4（1871）年11月12日、岩倉具視（47歳）・木戸孝允（39歳）・大久

---

86) 欧米列強の圧力を受けこのような不平等条約を締結せざるを得なかつた幕末の事情があつたが、国家として対等の立場で条約を改正するためには明治時代の大部分を費やすことにならうとは思ひもよらなかつたことであつた。治外法権の撤廃ができたのは、明治32（1899）年7月であり、関税自主権を回復できたのは、同44（1911）年2月のことである。この条約改正は、実に明治一代・半世紀をかけた長い交渉になつた。

87) 清水（2001）224頁。

保利通（42歳）・伊藤博文（31歳）・山口尚芳（33歳）など政府要人が大挙して欧米使節団として欧米に派遣されることになった。同年7月に廃藩置県が行われたばかりで国内の改革整備がなされていない状況のなかで2年間も海外に出て留守にするということは尋常なことでないがそれをやったのが、明治時代初期の日本人の好奇心と怖いもの知らずで不平等条約の改正を意気込む青年のような人たちであった。使節団は横浜を出発し、同年12月6日、サンフランシスコに到着し歓迎を受けた。使節団は、市内の諸施設を見学したが、司法大輔佐々木高行は、裁判所を訪れ裁判所制度の説明を受け、図書室・書類保管室等を見学した。書庫には古い書類も整理して保管されているのを見て感心し、これを見習うべきであるとして旧幕の書類を整理・保管すべきことを司法省に通知した。

次にサクラメントで議院・政庁・製鉄蒸気車製造所などを見学して、使節団はソルトレークに至り雪のために逗留した。

『大久保日記』に

「サンフランシスコ」より八百四十一里<sup>(マ、)</sup> 我 二百二十里半

- 一 此所「ソールトレキ」といへるは潮の湖水といへる事にて流百四拾八里横六十里の湖水なり塩気多くして無魚
- 一 「ソールトレキ」はユタ州の内に此所人員二万四千市<sup>(マ、)</sup> 店の模様尤繁栄に見へて「サクラメント」に少しく劣れり「モルモン」といへる宗旨統領「ヨング」間い減るもの二十五年来たりて開きたる地と云此宗旨一夫にして多妻を娶る「ヨング」は当年七十一歳十六人妻を娶て四十九人の子を生ず。
- 一 二七日 於裁判所当所官員陸軍大將其外町奉行司法省等百余人に面会
- 一 二八日 陸軍大將の家に至る八小隊の練兵を見る
- 一 二九日 二ヶ所の学校を見る一は商法学校を設兩替屋新聞紙屋其外八つの課目を分つて学習せり
- 一 正月 二日 劇場に至る此夜「ヨング」の子二十人余見物に來り居れり凡て女子なり
- 一 当所二十年間に如此開けたりしは要するに鉸山の利によるといへり
- 一 同四日夜官員一同より饗筵百三四十人<sup>88)</sup>

88) 大久保日記二（1927）200-201頁。

理事官司法大輔佐々木高行・権中判事平賀義質・同岡内重俊らは、ユタ州の最高裁判所・法曹界と交歓した。佐々木らは、アメリカの法律や裁判所・裁判の方法を学びに来た人たちであるとして歓迎を受けた<sup>89)</sup>

使節団一行は、雪で足止めされたソルトレークを、明治5(1872)年1月14日、汽車で出発し、オマハ・シカゴ・ピッツバーグ・ボルチモア・フィラデルフィアを経由し、途中下車の際は、工場や学校・大学などを見学し、実にソルトレークを出てから1週間かけてアメリカ大陸を横断し、同年1月21日、ワシントンに到着した<sup>90)</sup>

アメリカ合衆国の國務省で、2月3日、条約の改正交渉を切り出したところ、フィッシュ國務長官から、それは万国公法によるものであるから、天皇の委任状を持たない人とはいかなる重大なる人といえども相談に応じることはできない<sup>91)</sup>と軽く一蹴される有様で、万国公法(国際公法)の知識さえ十分持たない無謀さであった。使節団は出鼻を挫かれたいく困惑したが如何ともし難く、改正内容の具体的な交渉をすることは甚だ困難なことであった。

伊藤と大久保は、同年2月12日、委任状を得るため帰国の途につき、3月24日、横浜に到着、委任状をもらって、明治5(1872)年5月17日、再び横浜港からアメリカに出発し、6月17日、ワシントンに到着したときには既に4ヶ月も徒過<sup>92)</sup>しており、しかも、日本側が希望する関税自主権・領事裁判権の廃止等の壁は厚く、交渉は完全に暗礁に乗り上げていた。アメリカは一度有利な地位を取得した以上、そう簡単には手放そうとはしなかったのである。

使節団がアメリカで見たのは、広大な大陸と人々の自由・自主・独立の精神による共和国であった。議会を訪れた使節団は、アメリカの統治機構が実際に立法・行政・司法の三権分立制であること、そしてまた、広大なアメリカ大陸は、神を敬い自由・自治・勤勉・清潔を重んじる清教徒精神をもった人達に

89) 宮永孝(1992)83頁。

90) 宮永孝(1992)91-106頁。

91) 田中(2002)89頁以下。

92) 田中(2002)90頁、佐々木(2004)略年譜325頁。

よって開拓されていることを知ったのである。

使節団は、製造工場・紡績場など諸施設を視察し、教会や教育施設を見て廻った。アメリカの小中高から大学にいたるまで教育施設を案内したのは、元治元(1864)年6月14日、熱烈な志士の意気をもって安中藩を脱藩し函館からアメリカの商船(船主ハーデイ)に乗って脱出<sup>93)</sup>した新島襄であった。当時のアメリカは、漸く南北戦争が終わりリンカーン大統領の遭難があった後で、清教徒の気風が尚強く残っている時代であった。新島は、駐米公使森有礼から英語の熟達者であることを見込まれ使節団の案内と通訳を依頼された。新島は、アーモスト大学を卒業し、アンドーバー神学校に在学中であったが、欧米使節団の国家的意義と使命を知って快諾し、神学校を休学して約10ヶ月間、使節団に随行し通訳及び教育施設の案内調査に従事することになった<sup>94)</sup>。新島は、岩倉具視に会い、木戸孝允・田中不二麻呂(文部大丞)らの教育施設の調査に積極的に協力したのである。田中は日本の教育の在り方について度々新島に諮問し、新島は善に基づく教育・魂の教育を力説し、田中は大いに共感した。木戸も新島の人柄・人格に心服し大いに得るところがあり頼るべき友であると日記に記すほどであった<sup>95)</sup>。

木戸らはサンフランシスコの小学校を視察した。多いところは少年1,300～1,400人が入校し、男子のみ・女子のみ入学のもの、男女とも入学するものがあり、その盛んな教育状況を見て、藩校と寺子屋の教育しか知らない木戸らは驚き、文明を作り出しているのは実に教育であることを知った<sup>96)</sup>。そして、日本の急務とするところは、何よりも学校を起こすことであることを痛感し、その報告は非常な早さで留守政府の文部省(明治4(1871)年7月設置、大木喬

---

93) 幕末に脱出を図った萩藩の吉田松陰は、安政元(1854)年3月3日、伊豆下田の米艦に乗船しようとして失敗し捕縛され、海援隊の上杉宗次郎はイギリス密航を企て、慶応2(1866)年1月、船で脱出したが悪天候で引き返したところ見つけられその非を責められて自害した。このように失敗する例があったなかで、新島は函館から脱出に成功したのである。

94) 波多野(1940)25頁以下。

95) 宮永(1992)141頁。

96) 色川(2007)58-59頁。

任文部卿)に伝えられた。これが学制の制定に結びついたのである。

ところで、使節団は、アメリカにおける条約改正交渉を諦めて、同年7月3日、ボストンから次のヨーロッパに向かった。新島は、田中とともに教育制度調査班に加わり、英米仏露等の諸国を巡り教育制度の調査と報告書(「理事事情」)の作成に尽力した<sup>97)</sup>

明治5(1872)年7月14日、最初に訪問したのがイギリスであった。イギリスは、産業革命を経て鉄工業・紡績業が盛んで大工業地帯をもち海外貿易で巨万の富を得ており、議会の力が強い立憲君主制の国である。使節団は、世界一の工業国イギリスと農民国日本との格差にただ驚くばかりであった。

明治5(1872)年11月16日、次に訪れたフランスは、共和政治をめざして市民蜂起が起きた後であり、自主独立の気概をもっていること、軍事・産業施設・裁判所・政府機関を視察するとともに宮殿・寺院・博物館を見て繊細華麗な工芸品を製作する先進文明国であることを知った<sup>98)</sup>

フランスから、明治6(1873)年2月2月17日、ベルギーに入り同国を見て、同月24日、オランダを訪問し、これらの国で自由政治が行われているのを視察した後、翌3月9日、後進国プロシアのベルリンに入り、軍事産業や国家の独立を保持するため同国は力による外交政策を推進していることを知った<sup>99)</sup>。米・英・仏は余りにも進み過ぎて日本との格差が大きいが、プロシアは皇帝を戴く後進国であり日本との類似性があり参考にするところが多いと見たのである。

使節団はその後、ロシア・デンマーク・スウェーデン・イタリア・オーストリア・スイスを歴訪した。使節団が訪問した国は12カ国、費やした年数は約

---

97) 波多野(1940)37頁、アメリカ・ヨーロッパ諸国の教育制度の調査は、新島にとっても有意義な経験で、教育の良否が国家の消長に深い関係があることを悟り、キリスト教教育を持って国に報いるという志を一層強くした。新島はアメリカに戻り神学校の学業を修了し、明治7(1874)年11月、日本に帰国し、1年後の明治8(1875)年11月29日、京都にキリスト教主義に基づく同志社英学校を創設した。

98) 田中(2002)123頁以下。

99) 田中(2002)145頁、佐々木(2004)の略年譜326頁。

1年10ヶ月、その間月遅れながら諸国視察の経過は日本の留守政府（西郷・江藤・副島・板垣・後藤）にも伝えられていた。使節団は、明治6（1873）年9月13日、帰国した。

条約改正の交渉は、最初の訪問国アメリカで容易でないことを知らされ、西欧諸国では交渉の課題にすることさえ控えて意見を聞く程度に止めざるを得なかった。西欧諸国は無論反対であった。

使節団は、欧米諸国を視察して、諸国の文明を支えているのが国民教育であり、経済・産業の隆盛を支えているのは殖産興業政策であること、政治的には立憲主義的体制をとっていること、これらを統一的体系的に支持しているのが法制度であること、独自の近代的軍事制度を持っているということを体験的に知ったのである。

使節団は実際に欧米諸国を視察したことにより、日本がこれら諸外国に追いつき対等の国になるためには、西洋文明を積極的に取り入れること、近代的教育制度を創設し整備すること、殖産興業政策を取ることにあり、プロシアの皇帝と議会制度に共感し、天皇制と組み合わせる議会制度の在り方、立憲君主型の憲法を構想する道筋が微かに見えてきたのであった。

太政官政府の明確な国策が、富国強兵・殖産興業政策となったのは、欧米諸国視察の影響を受けている。そして、欧米諸国のこれら合理的な諸制度の根幹をなしているのが近代的な法制度であること、不平等条約改正のために早急にこれを日本に導入しなければならないことを確信するに至ったのである。

### (3) 欧州司法制度調査団視察の影響

明治5（1872）年9月、司法卿江藤新平の部下である司法少丞河野敏謙（以下の官職は遣欧の辞令が出た時点のもの）、司法省七等出仕沼間守一、同名村泰蔵、同省八等出仕益田克徳、明法助鶴田皓、司法中録井上毅、権中判事岸良兼養、警保助川路利良ら8名がフランス・イギリス・プロシアの司法制度の調

査のために派遣された。彼らが最も興味を持ったのがフランスの司法制度であった。フランスの国威を輝かせているのは、フランス革命をやりとげ自由を高唱し民法を制定して人心を安定させているナポレオンであると感動し、フランスの共和派の闘士だった弁護士たちに関心を持ち、ジャン・ジャック・ルソーの人間は自由なものとして生まれ社会契約によって国家を作ったという社会契約論の思想に目を覚まされ、警察制度が整い治安が維持されポリスが親切であることに驚くという体験をした。調査団は、このとき、パリ大学教授ボアソナードに会いフランスの法律や法制度の説明を受けた。調査団は、プロシア・イギリスを廻った後フランスに戻りマルセイユから船便で帰国したが、このうち、名村泰蔵は、日本から招聘を受けたボアソナードを伴いインド洋を通して明治6(1873)年9月に日本に帰ってきた(大槻『箕作麟祥君傳』の名村泰蔵の談<sup>100)</sup>)。これら司法省関係者の調査およびフランス法学者ボアソナードの来日によって、フランス法の導入は一気に進むことになったのである。

## 2 導入の方法

### (1) 留学生の派遣・帰国留学生の登用

旧幕時代に幕府や雄藩からフランス・イギリス・アメリカなど欧米諸国に派遣されていた留学生がいた。いずれも知的探求心が強く公に対する献身の意思をもった青年武士であった。留学中に維新となり新政府から帰国を命じられ、慶応4年末までに数十名が帰国した。

倒幕政府の少数指導者だけで国の政策を実行できるはずはない。多くの下働きをする有能な役人が必要である。そのために、政府は旧幕臣であろうとなろうと帰国した者の中から有為な人物を専門分野ごとに登用した。例えば、フランス民法典・商法典・治罪法その他の法典の翻訳をして明治前期の法典編纂事業上大きな役割を果たした箕作麟祥は、大槻文彦『箕作麟祥傳』(1907)の

---

100) 大槻(1907)116頁。

年譜によれば、慶応2（1866）年12月、21歳のときパリ博覧会のために將軍慶喜の名代である民部大輔徳川昭武（慶喜の弟）に随行しフランスで学び維新の年に帰国、明治元（1868）年6月、政府に登用され開成所御用掛となり、同2年4月、翻訳御用掛、同3年8月、制度御用掛兼勤となった<sup>101)</sup>

慶応2（1866）年、幕府の命でイギリスに留学した中村敬助（正直）・外山正一は帰国後、中村は大蔵省、外山は外務省に出仕した。林董のように横浜の米公使館の訳官になったものもいた。ロシアに留学した緒方城次郎は大蔵省、市川文吉は外務省に出仕した<sup>102)</sup>

政府自身も欧米諸国の政治・社会・文化・経済産業・軍事・学術教育等を学ばせるために、使節団や多くの留学生を派遣した。石附実『近代日本の海外留学史』によると、政府は、政治社会文化の分野で、明治3年11月、全国の藩の政事を預かっている指導者たちの視察団を組織し欧米諸国の政治・社会・文化の調査のために派遣した。経済産業分野では、民部省が、明治4年2月、農業事情調査のために同省職員をアメリカに派遣し、造幣寮から明治3（1870）年10月、正木退蔵・木戸正之助らをイギリスへ派遣した。軍事分野では、兵部省は、明治3年10月、陸軍兵学寮の榑崎頼三ら生徒10名をフランスへ、翌4年2月、海軍兵学寮の有馬幹太郎ら4名をアメリカへ、東郷平八郎ら12名をイギリスに派遣した。学術教育分野では、南校から明治3（1870）年8月、目賀田種太ら4名がアメリカへ、東校から同3年10月、ドイツ医学を学ぶため学生11名をドイツに派遣した<sup>103)</sup>

明治4（1871）年10月、岩倉使節団に同行した留学生だけでも43名に及んだ。これら留学生が留学した国は、アメリカ・イギリス・フランス・ドイツ・プロシア・ロシアなど多彩であった。帰国後、これら留学生は、先進国で学んだ知識を法学（平田東助）、教育（中江兆民・吉益阿亮・永井繁・津田梅・山

---

101) 大概（1907）7頁、39頁。

102) 石附（1972）68頁。

103) 石附（1972）141-147頁。

川捨松), 医学(土屋静軒), 鉄道(前田利嗣), 通信(田中定吉・日下義雄), 軍事(坊城俊章・松村文郎), 建設(松崎信麿), 造船(田中覚太夫), 企業(関沢明清・団琢磨・森田忠毅), 政官界(鍋島直大・百武安太郎・前田利同・金子堅太郎・江川英武・来見甲蔵), 議会議員(吉川重吉・鳥居忠文・中島精一)などの分野で活かし日本の近代化のために大きな貢献をした<sup>104)</sup>

## (2) お雇い外国人の招聘

政府は、これとは別に分野毎に「お雇い外国人」といわれる専門家たちを招聘したことである。

### ① 明治前期…明治2(1869)年～明治14(1881)年までに招聘されたお雇い外国人

名前・国籍・招聘年は、次のとおりである。

- ・政治・兵制・教育の分野でフルベッキ<sup>105)</sup>(アメリカ・明治2(1869)年)

明治前期にフルベッキのした進言の多くは政府に採用された。欧米使節団派遣はフルベッキの進言によるものであった。

- ・民法・刑法の分野でジョルジュ・ブスケ(フランス・明治5(1872)年), ボアソナード(フランス・明治6(1873)年)

箕作麟祥のフランス法典の翻訳上の疑問を解決し、フランス法を専門的に指導するために政府の招聘で来日したジョルジュ・ブスケの滞在期間は4年間という比較的短期間でフランス法の案内者のような役目であったが、ボアソナードはフランス法の大家で滞在期間は12年に及ぶ長期のもので、刑法・治罪法・

104) 田中(2002)241-244頁。

105) 梅溪(2007)72頁以下。フルベッキはオランダ系アメリカ人である。同人の来日は早く、安政6(1859)年11月には長崎でオランダ改革派教会の宣教師をしていたが、長崎の英語伝習所の後身である済美館や佐賀藩が長崎に設置していた致遠館で英語や政治経済などを教えていた。門下生には、大隈重信・江藤新平・大木喬任・伊藤博文・副島種臣・大久保利通・加藤弘之・横井小楠など、後年、明治政府の高官や指導的人物となるものを輩出した。フルベッキは、明治2(1869)年、39歳のとき、政府が近代化政策の推進のため外国人顧問を求めており、大隈の推挙で東京へ招聘され4月に大学南校の語学・学術の教師となり、同時に公議所(のち集議院)に列席し諮問に応じた。

民法の各法典編纂や近代的フランス法に基づく法学教育に貢献した。

- ・陸軍の分野でジュ・ブスケ（フランス・慶応2（1866）年）

フランス軍事教官の一員として来日したが、維新後に解散となったので公使館員として残り、日本語が良く分かったので政府の通訳をしたり仏書の翻訳などをした。ジョルジュ・ブスケが来日した後はともに司法省の江藤主宰の民法編纂会議に出席し通訳などで貢献した。

- ・海軍の分野でダグラス（イギリス・明治6（1873）年）

陸軍はフランス、海軍はイギリスであった。<sup>106)</sup>

- ・経済・産業の分野でキンドル（イギリス・明治3（1870）年）、ワグネル（ドイツ・明治4（1871）年）、シャンド（イギリス・明治5（1872）年）、ダイエル（イギリス・明治6（1873）年）、エルトン（イギリス・明治6（1873）年）
- ・教育・学術の分野でモルレー（アメリカ・明治6（1873）年）、モース（アメリカ・明治10（1877）年）
- ・憲法・商法の分野でロエスレル（ドイツ・明治11（1878）年）  
ドイツ法系の憲法・商法の制定に多大な影響与えた。
- ・外交の分野でデニソン（アメリカ・明治13（1880）年）  
日本の外交関係に大きく貢献した。
- ・洋画の分野でフォンタネージ（イタリア・明治9（1876）年）、彫刻の分野でラゲーズ（イタリア・明治9（1876）年）、建築の分野でコンドル<sup>107)</sup>（イギリス・明治10（1877）年）などがいた。

これらは有名人であるが、無名の教師・技師・事務・職工なども大変多くこれらを含めると、明治5（1872）年には総勢369名、同6（1873）年507名、

106) 政府は、明治2（1869）年、陸軍はフランス式にする旨の布告を出していたので、フランス人のジュ・ブスケを協力者として採用し、海軍については、イギリス式をとる旨の布告をしていた関係で、海軍の協力者としてイギリス人のダグラスを採用したのであった。

107) コンドルは、工部大学校教授となり、辰野金吾（日本銀行本店・東京駅本屋の設計）、片山東熊（赤坂離宮・京都奈良の博物館の設計）など日本の代表的な建築家を育てた。

同7(1874)年524名と増え、同8(1875)年がピークで527名もおり、同9(1876)年469名、同10(1877)年381名であった<sup>108)</sup>。政府は、明治前期において如何にお雇い外国人の雇用に力を入れ各分野に配置していたかが分かる。国籍別に見ると、多い順にイギリス、フランス、アメリカ、ドイツである。給料は高額であったが、政府は、先進文化国に追いつくまでにはすべての犠牲を払わねばならない。それには俸給の高価なことなど厭うところではない。いわんやそのため殖産興業が発達して国益が増進すれば打算として損はないと考えていたのである<sup>109)</sup>。

② 明治中期…明治15(1882)年～明治25(1892)年までに招聘されたお雇い外国人

名前・国籍・招聘年は、次のとおりである。

- ・民事訴訟法の分野でテヒョー(ドイツ・明治16(1883)年)
- ・裁判所構成法の分野でルドルフ(ドイツ・明治16(1883)年)
- ・警察制度の分野でヘーン(ドイツ・明治18(1885)年)

明治中期以降になるとフランス人に代わってドイツ人が多くなっている。フランス法からドイツ法への転換が生じていることが分かるのである。

明治11(1878)年のお雇い外国人数は321名、同13(1880)年は237名、その後次第に減少し、同15(1882)年157名、同18(1885)年には155名になっている<sup>110)</sup>。この減少傾向は、日本人の人材が養成され自立してきたことに対応している。

当て外れのお雇い外国人<sup>111)</sup>もあったが、総じて良く働き、日本の近代国家建設のために助力した役割は大きいものがあった。

---

108) 梅溪(2007)222頁の統計による。

109) 梅溪(2007)239頁。

110) 梅溪(2007)222頁の統計による。

### (3) 法学教育のための学校開設

領事裁判権の撤廃を求めるためには、近代的な裁判制度を作るとともに新しく導入する西洋法を学び実際に各地の裁判所で裁判を担当する実務家養成の教育機関の創設が是非とも必要となる。

そこで、政府が明治4(1871)年7月9日、刑部省と弾正台を廃止統合し、新しく「司法省」を設置するや、同省は直ちに活動を開始し約1ヶ月後の8月27日には太政官政府に対し、次のような伺いを出した。

法律は西洋各国にも、学科中専門の一大事業にして、穎敏の才と雖も、訴訟の方法、刑名の権衡を明にせざれば、司法の任に当る能はず。今般御政体御変革相成候上は、司法の官を諸方に分置せらるべく、法律の人才、許多無之では、御用忽ち差支へ候間、本省に於ては法律育英の道即今至急の件に候、依之明法寮を建させられ、法律有志の生徒を集め、其成業を責め、追々選挙を以て、諸方に分遣するの基本と致し度候、不然は本寮の事務到底振作の目的相立ち不申候間、此段御評決奉伺候也。<sup>112)</sup>

政府もその必要を認めたから直ぐにその設置を決め、明治4(1871)年9月27日、司法省の下に、フランス法の教育を目的とした「明法寮」を開設した(明治8年5月4日、「司法省法学校」となる)。そして、フランス語に通ずる学生20名を募集した<sup>113)</sup>

明治5(1872)年2月にフランスから招聘されたブスケ(27歳)、同6年9月に招聘されたボアソナード(48歳)は、この学校で法学教育<sup>114)</sup>に携わった。ボアソナードは、実定法の根本には自然法があると考えていた<sup>115)</sup> 各国の法律

---

111) 明治3(1870)年2月、外務省は「外国人雇入心得方ノ事」を發し、「外国人に接待するは、信義を第一とし、皇国の声誉を失はざる様心懸くへし。乍去その雇入るるに當っては、兼而当人學術の淺深人物の可否熟知のうへ、その相談におよぶへし。東洋諸州へ来る外国人のうちには、誕妄輕浮の徒なきにあらず、多くはその物色行届かす、疎漏の伝聞等にまかせ、或いは彼の虚誇自負を信用し、その雇入るゝ用筋に適當せざる事ありて、徒らに給料を費候趣、追々相聞候間、再三吟味のうへ、雇入可申候事」など外国人を雇う場合の詳しい注意事項を示している。橋本編第3巻(卷五)(1966)9-10頁。

112) 的野(上)(1968)694頁。

113) 加太自歴譜(1931)88頁。

114) 吉野作造編(1929)24-25頁、ボアソナードは、明法寮で、自然法の原理を説き、民法・刑法の講義をした。

115) 大久保泰甫日仏法学8(1974)64頁-65頁。

はそれぞれ異なっているところがあるが、その根本には自然法、すなわち、普遍的な法に基づいている。したがって、自然法を根本にもつフランス法を模範として日本法を編纂することは可能であると考えていたから、刑法・治罪法・民法の立法事業に参画するとともに、フランス法を熱心に学生に教授したのである。

明治5(1872)年8月に入学<sup>116)</sup>し、同9(1876)年7月司法省法学校正則第1期生として卒業し判事となった加太邦憲<sup>かぶとくにのり</sup>は、ブスケやボアソナードの授業について、次のように述べている<sup>117)</sup>。

明治9(1876)年「五月ブスケ任満ちて帰国す。茲に我々法学教師ブスケ、ボアソナード両師の教授法を対比せば、ボアソナードは多年本国にて教授たりし経験ある上大家なれば、教場に臨むに一の法律書をも携帯することなく素手臨場して前日講義せし末尾の一項を学生に尋ね其続きを講ずると云ふ次第にて、其蘊蓄する所豊富なるが故に講じたき廉々脳中に簇出し止まる所を知らざるを以て、自ら秩序なく時には横道に入り遂には本道へ戻り道を失することありて、到底初学の者には了解し難く即ち学士以上の大体法律に通ずる者に聴かしむる方法なれば、我々最初は困却したり。之に反してブスケは、年若く従て学問未だ深からざれば講義の事項を予め調査し覚書を作りて講ずることなれば、秩序ありて初学の者にも解し易かりき若しブスケ一年有半の薫陶なかりせば、我々迎もボアソナードの講義は予等に了解し能はざりしならん故に、ブスケに後れてボアソナードの来朝せしは我々の為め大幸福なりき。」(原文の片仮名をひらがなに改め、句読点をつけた)。

その他明法寮で教えた者は、普通学(仏語を用いる)のリブロール(1872年)、ムーリエ(1876年)、アップール(1880年)などいずれもフランス人の教師であった。実務家養成の「明法寮」(明治8年「司法省法学校」)は、フランス法一色であったといってよい。ボアソナードは、司法省の法律顧問として日本の立法作業に従事し、司法省法学校・東京大学で教鞭をとり、また、和仏法律学校・明治法律学校でも教授し、在野法律学校の基礎作りにも尽力した。明治6年来日して以来22年間滞日し、明治28(1895)年に帰国した。

116) 加太と一緒に入学した者は、井上正一・栗塚省吾・熊野敏三・磯部四郎・木下廣次・岸本辰雄・宮城浩三・小倉久などであった。加太自歴譜(1931)88頁。

117) 加太自歴譜(1931)101頁。

ブスケ・ポアソナード・リブロールなどフランス人教師たちが教えた明法寮(司法省法学校)が法曹養成と法律学の発展に貢献した役割は大きいものがあった。

なお、明治2(1869)年6月15日、これとは系列を異にするイギリス法系の法学研究が中心の大学南校(のち東京開成学校)が作られ、のちに司法省法学校も合流して明治10(1877)年4月12日、東京大学と改称するに至った。

### 三 明治時代前期の民事法制と民事裁判

#### 1 民事法制

##### (1) 民事の法規範

江戸時代の民事裁判は、先例や慣習法によっていたが、明治になっても、新法が制定されるまでは、旧慣によらざるを得なかった。明治2(1869)年3月9日、政府の府県宛「聴訟断獄に付御沙汰の事」に、「聴訟(民事裁判)・断獄(刑事裁判)之儀は、当分旧慣に依り候様<sup>118)</sup>」と示されている。

明治時代初期においては、まだ法学教育を受けた者はなく裁判官は自由任用制であった<sup>119)</sup>から、法的知識や素養に欠ける者が少なくなく、民事と刑事を混同し、民事事件についても江戸時代のように糾問的手続による裁判をしていた。

そこで、司法省は、明治5(1872)年8月10日、江藤司法卿により「聴訟の儀は人民の権利を伸しむる為めに其の曲直を断ずるの役に候得ば最懇切篤論して能く其情を尽くさしむべき処、右事務を断獄と混同し、訴訟原告人に笞杖を加へ候向も有之哉に相聞へ、甚以無謂次第に付、自今右様之儀無之様、厚注意可致事」という通達を出している(司法省達第6号)。すなわち、民事事件は人民の権利主張の当否を判断するもので、懇切に論じて原告によくその事情を尽くさせるべきであるのに、刑事事件と同じように笞杖を加えていると

118) 橋本編第2巻(卷三)(1966)93頁。

119) 山中ほか(2002)187頁。

いうことを聞くので、今後はそのようなことのないように裁判官に注意する有様であった。

このような裁判事情であったから、太政官政府は、明治8（1875）年6月8日、「裁判事務心得<sup>120)</sup>」（太政官布告第103号）を出し、裁判官に対し、次のように民事・刑事の迅速な裁判を行うこと、不服ある者の控訴上告手続、法律がなくとも慣習法がある場合はこれを裁判の基準にすべきことなど訴訟手続について指示を与えている。

#### 裁判事務心得御定の事

今般裁判事務心得、左の通相定候條、此旨布告候事

第1条 各裁判所は、民事刑事共、法律に従ひ遅滞なく裁判すべし。疑難あるを以て、裁判を中止して、上等なる裁判所に伺出る事を得ず。但し、刑事死罪終審懲役は此例にあらず。

第2条 凡そ裁判に服せざる旨、申立る者ある時は、其裁判所にて弁解を為すべからず。定規に依り、期間内に控訴若くは上告すべき事を言渡すべし。

第3条 民事の裁判に、成文の法律なきものは習慣に依り、習慣なきものは條理を推考して裁判すべし。

第4条 裁判官の裁判したる言渡を以て、将来に例行する一般の定規とすることを得ず。

第5条 頒布せる布告を除くの外、諸官省隨時事に就ての指令は、将来裁判所の準拠すべき一般の定規とすることを得ず。

第1条は、民事・刑事の裁判が遅延し、疑難事件ということで中止し上等の裁判所に伺い出る事例が多かったので、刑事重罪事件の例外を除き裁判官は自

120) 橋本編第5巻（巻十）（1966）72頁。

ら法律に基づき迅速な裁判をすべきことを指示したものである。

第2条は、裁判に不服ある者が申し出たとき、裁判所は弁解しないで法律の定めにより期間内に控訴上告するよう言渡すべきことを指示している。

第3条は、民事の裁判をする場合、法律の定めがないときはどうすればよいか迷う裁判官のために、法律がなくても習慣（慣習法）があればこれによること（慣習法が法規範となること）、習慣がないとしても裁判を拒むことはできないので、この場合は条理すなわち物の道理や道筋にしたがって裁判すべきことを指示したものである。この第3条はフランス民法典とボアソナードの影響を受けている<sup>121)</sup>。ボアソナードは、慣習が衡平法（自然法）に反するときは、裁判官は慣習にしたがうべきか、衡平法にしたがうべきかの質問に対し、その慣習は道徳的権威を失うから、裁判官は衡平法（自然法）を適用すべきであるといっている（ボアソナード答問録<sup>122)</sup>）。ここに衡平法とあるのは、今日では「法の適用に関する通則法」第3条がいうところの公序良俗に通じるものがある。

第4条は、フランスでは判例について先例拘束性の原理が認められていなかった<sup>123)</sup>ので、これによったのである。しかし、裁判所に上下の関係があり、下級審はその事件について上級審の判断に従わざるを得ないから、上級審の判例が実質的な法源としての意味をもつことは無視できないことであった。

第5条は、布告を除いて、諸官庁が随時発する指令は、裁判所の準拠する法源とならないことを注意したものである。

そして、更に、明治9（1876）年1月9日にも「従前民事呼出の上拘留致候儀も有之哉候処、右は不都合の儀に有之候自今不相成候條此旨相達候事」とい

121) 星野（2006）67頁，大久保泰甫日仏法学8（1974）74-75頁。

122) 法政大学（1978）22-26頁。

123) 加太邦憲訳ボアソナードの「法律大意講義」（1880）は、「裁判所は裁判を為すの全権ありと雖も其為したる裁判をして規則と為すの権なし。旧時の仏国の「パル・マン」（上等裁判所の類）は、此権を有せしが後に之を廢止し民法制定に當り其第五条に於て此権を禁止し其犯則者を嚴罰に處すべきことを定めり」（36頁）といっている。

う司法省達第2号を出し、民事事件で当事者を呼び出し拘留するようなことをしてはならないと注意をしている。当時の民事裁判が旧態然たるものであったことが分かるのである。

## (2) 民法典の編纂開始

箕作麟祥は、明治2(1869)年4月15日、翻訳御用掛になり、政府からフランス刑法の翻訳を命じられて翻訳にとりかかった<sup>124)</sup>が、注解書もなければ、辞書もなく、教師もいないという有様で、まったく五里霧中で翻訳をしていた。

大槻文彦『箕作麟祥君傳』には、明治20(1887)年9月15日、明治法律学校(のちの明治大学)の授業始めの式に行った箕作の名誉校員就任の演説に、明治時代始め頃の翻訳の苦心談が述べられている。

仏書も、ちっとは読めるやうになりましたが、1年余で日本に帰るやうになりました。それから、間もなく、明治の御一新になりましたが、素より、法律書は、のぞいて見たこともなかったが、明治2年に、明治政府から「フランス」の刑法を翻訳しろと云う命令が下りました。(其時分は、大学南校と云ふ所に勤めて居りました。)そんな翻訳を言付けられても、ちっとも分かりませんでした。尤も、全く分らぬでも無いが、先づ分からぬ方でありましたが、どうかして、翻訳したいと思ふので、翻訳にかゝったことは、かかりましたところが、注解書もなければ、字引もなく、教師もないと云うやうな譯で、実に、五里霧中でありましたが、間違ひなりに、先づ分かるまゝを書きました。<sup>125)</sup> 其後、続いて、民法、商法、訴訟法、治罪法、憲法などを譯しましたが、誠に、朦朧としたことで、翻訳をしました。諸君も、御承知でござりませうが、それを文部省で木版に彫りまして、美濃判の大きな間違ひだらけの本を拵えました。其本は實に、分らないことだらけでありました。また、分つても、翻譯語が無いので困りました。権利だの、義務だのと云う語は、今日では、あなた方は、譯のない語だと思つてお出でござりませうが、私が翻訳書に使つたのが、大奮発なのでござります。併し、何も私が發明したと云うのでは無いから、専売特許は得はしませぬ、(喝采、笑)支那譯の萬國公法に「ライト」と「オブリゲーション」と云う字を、権利義務と譯してありましたから、それを抜きましたので、何も盗んだのではありませぬ。また、新規に

124) 野田日仏法学1(1961)30頁は、箕作がフランス刑法を翻訳するよう命じられた「政府」というのは、佐賀藩出身の副島種臣であったとする。

125) 大槻(1907)100頁。

作りましたのは、動産だの、不動産だのと云う字で、今日では、政府の布告にもあるやうになりましたが、これを使ふのは、實に非常なことであったのです、(喝采)それから、義務相殺だとか、未必条件とか云うような字を作りましたが、(一々、申上げかねます)ところが、今日は、それが立派に行はれるやうになりました (喝采)。<sup>126)</sup>

箕作は、慶応3(1867)年1月、幕府から將軍慶喜の名代で実弟徳川民部大輔がフランスの万国博覧会に出張した際に一員として加わりフランスに滞在した経験により翻訳をしているうちに、政府は一層開明に進み、明治3(1870)年8月、太政官制度局で中辨<sup>127)</sup>をしていた佐賀藩出身の江藤新平が民法編纂会において、箕作がフランス民法を翻訳し二葉か三葉の訳稿なる毎に直ぐこれを会議にかけるという有様であった。<sup>128)</sup>これが日本で民法編纂会の始まった元祖であった。

江藤が太政官制度局の民法編纂会を主宰して作成したのが「民法決議」八十条である。フランス民法典の冒頭第1編人の民権の享有および身分証書にあたる部分を翻訳審議したものであった。<sup>129)</sup>その後、創設された左院(議長後藤象二郎)が制度局を併せて立法事務を総括することになって民法会議が始まったが、字句論がある程度で事柄の本質を巡る議論などはなく進まなかった。

明治5(1872)年4月25日、左院副議長だった江藤が、留守政府の人事により、司法省の最高責任者である司法卿に就任した。江藤は直ちに司法省に法典編纂局を設け、本格的に五法の法典化に取り組み始めた。江藤は良しと確信することは果敢に決行する性格であった。箕作に命じて民法・商法・治罪法等を翻訳させた。箕作が翻訳に難渋していると、江藤は「誤訳もまた妨げず、ただ速訳せよ」と頻りに催促したというのは有名な話である。

江藤のフランス民法典の翻訳の取組みは、太政官制度局の中辨であった明治3年に既に始まっている。ところで、江藤はどうしてフランス法を知ったので

---

126) 大槻(1907)100頁。

127) 太政官制度局の中辨の職務は、内閣書記官兼法制官のようなもので、議政の調査及び法律制度を調査し草案を起草した。

128) 大槻(1907)101頁、的野(下)(1968)106頁、穂積陳重(1980)210頁。

129) 的野(下)(1968)107頁、穂積陳重(1980)212頁、井ヶ田ほか(1982)72頁。

あろうか。なぜ江藤はフランス民法を優先して日本に導入しようとしたのであろうか。

明治2(1869)年に参議副島が箕作にフランス刑法の翻訳を命じており、江藤は翻訳された刑法典を当然見たはずである。それに引続いて民法典の翻訳を箕作に命じており、その訳出される体系的で合理的かつ精緻な民法典を見て賛嘆したであろうことは想像に難くない。

それでは、副島はどうしてフランス法を知ったのであろうか。それは幕府の外国奉行栗本鋤雲(安芸守)に遡るという見解がある。栗本鋤雲は、慶応3(1867)年に開催されたパリ万国博覧会に民部大輔徳川昭武一行より遅れて派遣され8月にパリに到着、幕府崩壊まで約1年間パリで過ごしたが、滞在中フランス法や裁判制度を知り優れた見聞録(鉛筆紀聞・暁窓追録等)をまとめており、栗本の暁窓追録の中でフランス法の優秀性を述べ、翻訳なつたときは知己の佐賀藩の佐野栄(佐野常民)に呈したいと述べている位であるから、この佐野を経由して伝えられた可能性があるという(野田日仏法学1(1961)29頁以下)。

栗本鋤雲から佐賀の佐野へ、佐野から同藩の副島に伝わり、明治2年当時参議であった副島が箕作にフランス刑法の翻訳を命じた。副島から同藩の江藤がこれを引き継いだ可能性がある。

更に、江藤は太政官制度局で中辨をしていたころ、同局には外国の事情に明るく新知識に富んだ開明派の森有礼・田中不二麿・神田孝平・加藤弘之・津田真道など少壮者が一緒におり、副島種臣・福羽美静など中国およびわが古来の法制度に造詣の深い者もいて、新旧東西の法制度を比較研究していた<sup>130)</sup>から、江藤はここでフランス法の知識を得た可能性もある。

明治維新以前のフランスをみると、1789年7月14日、国王が武力による国民議会の弾圧をしたことに抗議するパリ市民が、バスティーユ監獄を襲い政治

130) 的野(上)(1968)455頁以下。中弁時代は、国家・太政官政府の全体の機務に参加していたから、江藤の最も充実した時期であった。江藤の開明的思想は、このとき培われたものと思われる。

犯を釈放したことに呼応してフランス全土に暴動が起き、いわゆる大革命（フランス革命）が勃発している。その結果、同年8月26日、国民議会の代表者は「人および市民の権利の宣言<sup>131)</sup>」（フランス人権宣言）を行った。

このフランス人権宣言は「人は自由、かつ、権利において平等なものとして生まれ生存する」（第1条）。「あらゆる政治的結合の目的は、人の、時効によって消滅することのない自然的な諸権利の保全にある」（第2条）。「あらゆる主権の淵源は、本来的に国民にある」（第3条）と謳い、市民の立法参加と法の下での平等（第6条）、適正手続と身体安全（第7条）、罪刑法定主義（第8条）、無罪の推定（第9条）、表現の自由（第11条）、行政の報告を求める権利（第15条）、権利の保障と権力分立（第16条「権利の保障が確保されず、権利の分立が定められていないすべての社会は、憲法をもつものではない」）、所有権の不可侵（第17条）などを強調している。

この人権宣言は、ルソーの近代自然法思想に基づく天賦人権論・社会契約論を強く反映したもので、近代市民革命の典型的な特徴を示しているものであった。

大革命の諸成果を明文化するため、1790年ころ統一的な法典編纂気運が一気に盛り上がった<sup>132)</sup> ナポレオンは、法典編纂に熱心で積極的にこれに参加し推進した<sup>133)</sup> こうして1804年には民法典が制定され、1806年に民事訴訟法典、1807年に商法典、1808年に治罪法典、1810年に刑法典が制定された。ナポレオン五法典といわれるものである。五法典の特徴は、次のとおりである。

「民法典」は、所有権絶対の原則・契約自由の原則・過失責任の原則など今

---

131) 人権宣言は、アメリカ独立戦争に参加したフランスの政治家・軍人のラ・ファイエットが起草したといわれる。

132) フランス革命の起きた1789年から1814年までは中間法時代と呼ばれる。それ以前（前1世紀から1788年まで）は古法時代、1815年以降を近代法時代という。維新政府が採り入れようとしたのは、中間法時代のフランス法であった。

133) 滝沢（1997）78頁、ナポレオンは、戦争のため遠征するなど極めて多忙であったが、国務院における法典審理など参加が可能な会議にはすべて出席し積極的に発言したという。

日に通じる民法の基本原則が定められた優れた法典であった。「民事訴訟法」は、当事者主義に基づき原告・被告が対等の立場で訴訟を進行する近代的民事訴訟手続を定めたものである。「商法典」は、商行為を中心とする近代的市民商法であり、「治罪法（刑事訴訟法）」は、刑事被告人の権利保護に留意しつつ陪審制や刑事事件に付帯する私訴を認めている近代的刑事訴訟法であった。「刑法典」は、罪刑法定主義、刑罰の公平・残虐刑の廃止など典型的な近代刑法の特徴を備えていた<sup>134)</sup>。五法典にはいずれもフランス革命をとおして市民が獲得した権利を保障し活動の自由を確保しようとする思想が明確に表現されていた。

ポアソナードは『法律大意講義』（加太邦憲訳）の中で、日本がフランスの法律を取り入れようとするのは、フランスがローマ法を取り入れたのと同じであるとして、次のように述べている。

夫れ仏蘭西法律は、欧州各国の旧法律にして殊に羅馬法より採りたる者多く故に古来より特に成立せし者に非らざるなり。日本に於て維新以来専ら各国の法律に則り法律を制定せんとするは、恰も仏国と同一の擧を行ふに外ならざるなり。日本に於て仏国の法律を翻訳せしは要路における者の全く其必用なる事に着目せしに由てなり。何を以て仏国の法律に因て日本将来の法律を制定せんと欲する乎、先ず其原由を説かんに、英国に於ては法律なきに非すと雖も五六百年前に編纂せし者に輓近に至りて編纂したる全備の者なく、又米国《合衆国を指す》は新国なりと雖も各州其法律を異にするが故に是れ亦全備一定の編纂法なく、八十年来全備なる編纂法を有する者は独り仏国のみ。但し、当今は伊太利、奧地利、和蘭、白耳義、葡萄牙、独乙に於て法律を編纂せしと雖も是れ皆仏国の編纂法律を採りし者に過ぎざるなり。是れ日本に於て仏国の法律に因り將に法律を制定せんとする原由なり。蓋し日本に於て箕作氏仏蘭西法律を訳せる其原因は上と同一にして政府に於て仏蘭西法律を適用せんと欲するの意より出たるものなるべし。<sup>135)</sup>

ポアソナードは、当時の西欧の法典編纂の状況について、英米には完備の法典がなく、イタリア・ドイツその他の諸国の法典編纂はフランス法を採り入れたものに過ぎず、八十年来全備なる編纂法を有するのは独りフランスだけであ

134) 五法典の特徴の要約は、滝沢（1997）77-81頁による。

135) 加太邦憲訳ポアソナード『法律大意講義』2頁。

り、これが日本においてフランス法により法律を制定しようとする理由であると述べている。

フランスは、前述のとおり、大革命の人権宣言の下に、1804年～1810年にかけて、ナポレオン五法典の編纂事業を成し遂げており、ヨーロッパで初めて統一的・体系的な最新の成文法典をもつ国であった。これに対して、イギリスやアメリカは、通常裁判所の判例を中心とするコモンローの国で体系的な成文法典がなく、また、ドイツのような新興国はまだ法典編纂が遅れていたのである。ボアソナードの言葉は、当時日本がフランス法を導入しようとした理由を的確に代弁しているのである。

### (3) フランス民法を日本民法へ

穂積陳重は、『法窓夜話』（「フランス民法をもって日本民法となさんとす」）のなかで、

（江藤は）「日本と歐洲各国とは、各その風俗習慣を異にすといえども、民法無かるべからざるは即ち一つなり。宜しく仏国の民法に基づきて日本の民法を制定せざるべからず」という意見をもっておった。<sup>136)</sup> その「仏国の民法に基づきて」という言葉の意味は、如何なる程度においてフランス民法を採ろうとしたものであるか、如何様にも解せられが、これを江藤氏の勇断急進主義より推し、また同書（「江藤南白」のこと）の記事に拠って見ると、敷き写し主義に依って殆んどそのままに日本民法としようとせられたものようである。<sup>137)</sup>

と述べている。

それではなぜ江藤は「フランス民法をもって日本民法となさんとす」というように法典編纂を急いだのであろうか。

その目的は、実に不平等条約改正のために近代的法典を編纂し裁判所を設置し人権を尊重し、欧米諸国に対しわが国の独立国たる真価を認識させることにあったのである。

136) 的野（下）（1968）107頁、大槻「箕作麟祥君傳」（1907）によれば、磯部四郎の明治34年8月3日の談話にも江藤は同様の論であったとある（111頁）。

137) 穂積陳重（1980）210頁。

司法省は、各府県の聴訟課を廃止し、各地に裁判所を設置しようとしたとき、各府県の聴訟課の反対が少なくなかった<sup>138)</sup>が、熊谷県権令河瀬秀治（のち内務省に入り内務大書記官となる）もまた反対者の一人であった。江藤は、これを聞いて河瀬の上京を待ち、自邸に招いて次のように論じたという。この言葉のなかに、江藤がなぜ法典編纂と裁判所の設置を急いだか、その理由が明らかにされている。

今日の急務は国家独立の要素たる司法権独立の基礎を確立し、法治国の組織を完整するに在り。司法権独立の基礎を確立し法治国の組織を完整するは、条約改正の目的を貫徹するに在るのみ。而して条約改正の目的を貫徹せんと欲せば、不完全ながらも、唯速に法典を編纂し裁判所を設置し、人権を尊重し海外各国をして我独立国たる真価を認識せしむるより急且切なるは無し。是れ余が日夜寢食を忘れ、断然身を挺して百難を冒し群議を排し、裁判所を設置し、司法権の統一と独立とを期する所以にして、其目的は、条約を改正し独立国の基礎を確立するに外ならざる也。熱誠面に溢れ、言々皆肺腑より出でしかば、河瀬深く南白（江藤）の精神に服せりという。<sup>139)</sup>

ところで、江藤の「フランス民法を翻訳して日本民法とする」というのは、あながち突飛な見解ではない。例えば、ベルギー民法やオランダ民法は、フランス民法をほぼそのまま採用しているし、トルコの民法はスイス民法を翻訳したものである<sup>140)</sup>。現在ラテン法系の諸国としてフランスのほか、イタリア・スペイン・ポルトガル・南米諸国ではフランス法の影響が強く、世界の法系の大きな一分野を形づくっている<sup>141)</sup>。

江藤は中辨であった明治3年制度局で民法編纂会を主宰していた。フランス民法その他の法典の翻訳を担当していた箕作は、法典中に疑問が生じると、フルベッキのところに行って質問したが、専門の法律家ではなかったので要領を

138) 封建制度のもとにおける裁判制度は、人民に対する統治の手段であった。維新後も府県が裁判権を持つことに固執し、司法省が司法権を統一しようとするに抵抗したのは、なお地方統治の手段とする考えが根強く残っていた証拠である。

139) 河瀬は後年「自分はその当時不幸にも江藤と政治的意見を異にしたが、江藤の人格とその精神とは今の政治家を以って自任する大臣輩の能く企て及ぶところならんや」と人に語ったという。的野（下）（1968）143-144頁。

140) 内田（2008）24頁。

141) 三ヶ月（1982）75頁。

得なかった。箕作は困ってフランスに行つて調べたいと江藤に申し出た。しかし、江藤は次のようにいった。

「一人を彼地に派して調査せしめんよりは寧ろ彼地より法律家を聘して箕作の質問に答へしめ傍ら学生を募りて之を教授せしめば一挙兩得ならん」との意見にて是に乍ち仏国より法律家を迎ふる途を立てることになった。<sup>142)</sup>そして、明法寮中に一校を起しフランス語に通ずる学生20名を募り正則生徒を置いた。これが日本において法律学の正則生徒を置いた最初であった。<sup>143)</sup>

このような経緯でフランスのアヴォカ(弁護士) ジョルジュ・ブスケを招聘することになるのである。<sup>144)</sup>

ブスケは、明治5(1872)年2月に来日した。ブスケと箕作は、廊下で繋がった家に住み相互に行き来して勉強した。大槻『箕作麟祥君傳』の中に黒田綱彦の談として、

今の永楽病院のある所、司法大臣の官舎になって居る、焼け過ぎ煉瓦の所に、元の大名の奥御殿があって、そこに、「ブスケ」が居て、其前のところに、箕作先生が居って、互に、台所が見え合つて居り上の方の戸を明けければ、廊下傳ひで、どっちからでも、直ぐに行かれるやうになって居ました。それで、箕作先生の方へ「ブスケ」が来たり、又、「ブスケ」の方へ、先生が行つて、質問をされたりした。それで、先生の法律上の学力も、余ほど附いたこと、思ひます<sup>145)</sup>

とある。

明治6(1873)年9月、フランスからボアソナードが来日した。箕作はボアソナードにいろいろと尋ねフランス法の研究も進んで翻訳したものの校正も終わった。この当時活版印刷が始まり政府に印書局が設けられたので、その第一号に箕作の校正した民法・商法・民事訴訟法・刑法・治罪法を印刷することになり、五法上下二巻の洋装本が出版公表された。

---

142) 加太自歴譜(1931)88頁。

143) 加太自歴譜(1931)88頁、大槻(1907)97頁。

144) 大槻(1907)121頁、政府が先にお雇い外国人として来日していた軍事教官で翻訳官ジ・ブスケに相談し、同人がフランス本国に連絡してその周旋によりジョルジュ・ブスケが来日することになったのである。

145) 大槻(1907)122頁。

箕作の明治法律学校における演説の続きに、

その頃は、段々、注解書も来、教師も出来、また、自分でも分るようになりまして、漸く、翻訳の校正を畢りました。其時、日本で、活版の印刷が始まりの時政府で印書局を設けられました。それで、丁度、事業の手始めに、校正を致した五法を上巻下巻と、二冊にして、西洋風の本にしました。これは大かた、諸君も御承知になって居りませう。<sup>146)</sup>

とある。

同じく明治法律学校の箕作の演説に続いてポアソナードの名誉校員就任の演説がある。

今からしますと、十四年も過ぎて居りますが、バリーに於いて、名村先生・他の先生と、仏蘭西の法律の事をお話ししましたが、其時、諸君は、既に、箕作先生の譯された仏蘭西法律書を持って居らおられました。(喝采) 仏蘭西法律が、日本に拡張しましたが、此恩は、箕作先生に帰するばかりでなく、名村先生、鶴田先生にも、帰すべきであります。<sup>147)</sup>

名村は名村泰蔵、鶴田は鶴田皓で、二人とも江藤新平に推挙され、先行して明治5(1872)年9月、欧州の司法制度の調査に出かけ、フランスでポアソナードに会って教えを受けた者であり、名村は日本から招聘を受けたポアソナードを伴って明治6(1873)年9月に日本に帰ってきた。江藤も調査に行くことが決まっていたが、司法省の法典編纂等任務多忙につき機会を失い、司法卿から留守政府の参議に転出することになったのである。

江藤は参議になった後、明治6(1873)年10月25日、岩倉使節団帰国組との間の「征韓論争<sup>148)</sup>」で辞表を出し、参議の西郷・板垣・副島・後藤らとともに下野してしまった。

穂積陳重は、

146) 大槻(1907)103頁。

147) 大槻(1907)110頁。

148) 明治維新後、政府は韓国に国交樹立を求めたが、鎖国政策をとっていた韓国はこれを拒んだ。西郷は自ら死の覚悟で韓国に渡って開国を交渉し、もし、拒否されたら武力行使も辞さないという強行論であったが、欧米使節帰国組の内治優先論に反対され、板垣・江藤・副島・後藤らとともに辞職し下野した。西郷は不平士族の不満解消とともに鎖国を続ける韓国に明治維新の成果を啓蒙輸出することを考えていたのかも知れない。

江藤の如き進取の気象の横溢した政治家があつて突進の端を啓き、鋭意外国法の調査を始めたからこそ、後年の法制改善も着々その歩を進めて行くことが出来たのである。<sup>149)</sup>

といている。

明治5(1872)年にはブスケヤジ・ブスケも参加して司法省民法会議でフランス民法の身分証書<sup>150)</sup>を取り入れた「民法仮規則」が作られたが、江藤が下野して廃案になった。

なお、司法省の法典編纂局とは別のところでも民法草案の検討が行われていた。明法寮の民法会議では、明治5(1872)年、「皇国民法仮規則」が作られた。他方、左院でもわが国古来の習俗を取り入れた民法草案が、明治6(1873)年頃作られた。明治8(1875)年、左院が廃止されると、今度は司法省で大木喬任司法卿のもとで、明治11(1878)年4月、フランス民法典の影響を強く受けた箕作麟祥ら起草の民法典草案が作られた<sup>151)</sup>。これら草案はいずれも廃案となったが、本格的な法典が編纂される前の立法努力として評価される。

なお、司法省は、欧米の法制度や裁判制度その他の調査研究や翻訳立法作業等を推し進めながら、他方では江戸時代の民事・刑事の法制史料(裁許留・全国民事慣例類集・徳川禁令考等)を収集編纂し、日本固有の文化的財産として残す努力もしていた。

## 2 民事裁判所

### (1) 奉行所から裁判所に

政府は、明治元(1868)年、直轄地になった大坂<sup>152)</sup>の町奉行所を「裁判所」

---

149) 穂積陳重(1980)213頁。

150) フランスの身分証書は、わが国の戸籍に当るもので、出生・婚姻・死亡など身分関係の変動を登録した(フランス民法第34条―第101条)。身分証書に関する事務は、市町村の身分取扱役が取り扱っていた。箕作麟祥訳「増訂仏蘭法律書・民法」103頁、滝沢(1997)66頁、242頁。

151) 井ヶ田ほか(1982)72頁。

152) 大阪は、安土桃山・江戸時代を通じて大坂と呼ばれていたが、明治4(1871)年、同府により「大阪」に改められた。よって、明治4年以降については大阪と表示する。

に改組し、兵庫・長崎・京都・大津・横浜・箱館・笠松（岐阜県）・新潟・佐渡・三河・但馬府中も同様とし、江戸の寺社奉行所は寺社裁判所に、勘定奉行所は民政裁判所に、南・北町奉行所は南・北市政裁判所に改組した。「裁判所」という名称が用いられているが、今日の裁判所とは違い江戸幕府時代の奉行・郡代・代官等の行政と司法をともに扱う職務権限をそのまま承継した<sup>153)</sup>ものであった<sup>154)</sup>。そのため各地で良くいえば独自性を以って悪くいえばバラバラに民事裁判が行われていたのである。刑事裁判も兼務していたが、これについては別稿（弁護士誕生とその背景(3)）で論述する。

政府は、前述のとおり、民事の新法を制定する準備に入ったが、法典化されるまでには時間がかかるので、当分の間民事裁判は従来の慣習と裁判手続によるとした。これら裁判所における民事裁判は、江戸時代と同様本人出廷を強制する「本人訴訟」であり、代訟禁止の原則が行われていたが、明治5（1872）年の「司法職務定制」により、代言人による民事代理を認めるように方向転換していくのである。

## (2) 司法省の裁判権統括

太政官政府は、明治4（1871）年7月9日、復古的で兎角衝突の多かった刑部省と弾正台をともに廃止し<sup>155)</sup>、新しく「司法省」を置くことにした。司法省は、元刑部省跡に移転し、刑部省と弾正台が扱っていた刑事裁判をすべて引き継いだ。そして、大蔵省（以前の民部省）が取り扱っていた民事裁判について

153) 日本弁護士連合会（1959）4頁。

154) 横浜裁判所については、明治元年当時の「東京横浜名所一覽圖會」に木造2階建モダンな洋館の「横浜裁判所」の色刷りの絵がある。横浜裁判所の名称が用いられているが、当時は行政官庁として行政事務とともに司法事務も管掌していたのであった。

155) 「御沙汰書」（明治4年7月9日）には、次のように司法省が引き継ぐことを定めている。

刑部省 今般其省被廢候事 但、從來取扱掛候事務一切、司法省へ可引渡候 尤因獄司之儀は、追て御沙汰候迄従前之通被置候事

弾正台 今般其台被廢候事 但、從來取扱掛之事務一切、司法省へ可引渡事

司法省 從來刑部省弾正台にて取扱掛候事務一切、其省へ引受可取計事

も、明治4(1871)年9月14日、司法省が引取ることになった<sup>156)</sup>。こうして司法省が、民事裁判と刑事裁判を一手に取り扱うことになったのである。このほか、各府県の聴訟断獄事務が残っていた。司法省は、これも一気に接収すべきであったが、各府県は人民統治の手段として裁判を行ってきた経緯があり、直ちに実行すると大きな反発を招く恐れがあったので、東京府以外の他府県の聴訟断獄事務は依然として各府県に委ねざるを得なかった<sup>157)</sup>。

このような状況のなかで、明治5(1872)年4月27日、江藤新平が司法卿になり、積極果敢に司法制度改革に取り組み始め、同年8月3日、就任3ヶ月余にして早くも「司法職務定制」(太政官無号達)を制定し、「司法省は全国法憲を司り各裁判所を統括す」(第2条)と宣言した。これにより司法省が全国の裁判権を統括することを明白にしたのである。岩倉使節団(岩倉・木戸・大久保ら)が洋行中であることを考慮して「仮定の心得を以て施行可致事」という但書を付けてはいるが、これは引き返すことのできない革命的な司法制度の創設であった。

この「司法職務定制」は、フランスの司法制度・裁判制度などを取り入れたもので、司法省職制・判事職制・検事職制・地方羅卒兼逮部職制・証書人代書人代言人職制・明法寮職制などを定めた全編22章108条からなる当時としては最新の本格的な成文法典であった。

的野半介『江藤南白』は、

この「司法職務定制は、南白(江藤)の就職後、吏僚を指揮し、欧米各国の司法制度を参酌し、僅に二箇月余を以て完成せしめたるものなるを以て、之に由て、司法制度の全班を尽くせりと云ふ能はざるや、勿論なりと雖も、之に由りて単に成立せしと云ふに過ぎざる状態に在りし司法省をして、整然たる組織たらしめ、延きて司法権独立の基礎を樹立したるものなるをもって此一章程こそ、実に維新政府の劈頭に於ける

---

156)「聴訟事務、司法省へ移管の事」(明治4年9月14日)には、次のように司法省が引き継ぐことを定めている。

大蔵省 其省に於て取扱候聴訟事務、自今司法省へ可引渡事

司法省 大蔵省に於て取扱候聴訟事務、自今其省へ可受取事

157) 石井編(1980)214頁。

人権保護の宝典なれと謂ふも亦過言に非ざるなり<sup>158)</sup>といい、更に、司法職務定制は、一般人文の進歩、著るしき今日より見れば、甚だ幼稚にして、疎本なるが如きも、維新の初、一般国人が明律若くは大清律例以外、殆ど法律あるを知らざる時代に於ては、最も斬新にして最も進歩したる文書たりしを疑ふべからず。蓋し職務定制の精神、及規定は、悉く其範を欧米諸国の制度に則れるを以て、明律、清律等に関する頭脳を有するに過ぎざる一般社会に取りては、寧ろ意外の規定たるべければなり。<sup>159)</sup>

といている。

### (3) 裁判所制度の変遷

#### ① 司法職務定制による裁判所の設置

(ア) 「司法職務定制」は、裁判所の組織と権限を定めるわが国初めての本格的・体系的法典である。裁判所関係では、司法省臨時裁判所章程・司法省裁判所章程・司法省裁判所分課・出張裁判所章程・府県裁判所章程・府県裁判所分課・各区裁判所章程・各区裁判所分課の5章程と3分課について定めている。

#### (イ) 裁判所の種類

司法職務定制は、裁判権を行政機関から独立した裁判所で行使することにしたのである。そして、裁判所として、司法省臨時裁判所・司法省裁判所・出張裁判所・府県裁判所・各区裁判所の5種類を置いた(第4条)。

#### (a) 司法省臨時裁判所

司法省臨時裁判所は「凡国家の大事に関する事件及び裁判官の犯罪を審理する(司法省臨時裁判所章程第44条)もので、臨時に開かれ、平常吏員を設けず、臨時判事をもってこれに充てる(同章程第45条)とされた。明治6(1873)年12月14日以降は、司法省裁判所の裁判(第1審)の覆審をも取り扱った。

#### (b) 司法省裁判所

司法省裁判所は「各裁判所の上に位する」裁判所(第46条)で、府県裁判所の裁判に対する不服申立てを受理し覆審処分する(第47条)権限をもち、

158) 的野(上)(1968)658頁。

159) 的野(上)(1968)660-661頁。

各府県裁判所の難獄及び訴訟で決し難いものを断決し（第48条）、勅奏官及び華族の犯罪につき卿の命を受け鞫問する（第49条）権限を持った。司法省裁判所は、別に所長を置かず、司法卿が兼掌した（第46条、明治6（1873）年12月この規定廃止）。

(c) 出張裁判所

遠隔地の府県裁判所のために数県を合して便宜設置する司法省裁判所の出張裁判所で、難獄、重訟及び上訴を聴断し、その権限は、司法省裁判所と同じであった（出張裁判所章程第54条、第55条）。

(d) 府県裁判所

府県の名を冠する裁判所で府県毎に置かれ（府県裁判所章程本文）、一般民事事件を扱う原則的な第1審裁判所である。府県の名を冠するとは、例えば、東京裁判所、大阪裁判所というが如きである。

府県裁判所は、区裁判所から送致された裁決し難い事件、区裁判所の裁判に対する不服申立てを取り扱った。

府県裁判所が行った裁判に不服がある場合は、その裁判所の検事を經由して司法省裁判所に上訴することができた（第60条）。検事を經由するというのは奇異に感じられる。

明治4年7月9日、司法省が設置され聴訟断獄事務一切を掌握した。これを徹底すれば、各府県の聴訟断獄事務も司法省に接収すべきであったが、財政的にも人員配置の面でも困難であったから、東京府の聴訟断獄事務を接収するにとどめ、明治4年12月26日、司法省の下に二等裁判所、すなわち、東京裁判所を設けた。司法事務のみを取扱う官庁として「裁判所」の名が用いられたのは、この東京裁判所が最初である<sup>160</sup>。東京裁判所は、丸の内の司法省隣り警視局と同じ区域に設けられた。2階建ての建物で、白洲（法廷）は、庭から建物1階の内部に移した。他の裁判所もこれにならい白洲を建物の内部に移すこと

---

160) 裁判所百年史（1990）18頁。石井編（1980）214頁。

になった。1階にはそのほか下調所、呼出人控室などがあり、2階は事務関係の部屋として使った。

次いで、翌5年8月、印旛・木更津（6年6月両裁判所を合併し「千葉」）、神奈川、栃木・宇都宮（6年6月両裁判所を合併し「栃木」とする）、茨城、群馬・入間（6年6月両裁判所を合併し「熊谷」）・埼玉、足柄、大阪、松山、明治5年9月、山梨、兵庫、同5年10月、京都など13箇所設置したが、その他の未設置県では地方官（県令・参事）が判事を兼任して裁判を行った。

(e) 各区裁判所

各区裁判所は、府県裁判所の管内に、その地方の便宜によって設けられた。

各区裁判所は、100両以下の民事事件を扱った。100両以下の事件でも裁決困難な事件や100両を超える事件は、府県裁判所へ送るものとした（各区裁判所章程第70条、第71条）。各区裁判所の裁判に不服がある場合は、その裁判所の検事を経由して、府県裁判所に上訴することができた（第73条）。

この当時の区裁判所は、各地の寺院の建物を裁判所の庁舎として使用するものが少なくなかった。

【裁判所の設置と予算紛争】

裁判所の設置には、土地の買上げまたは借上げから、庁舎の建築、備品の購入に至るまで執務に支障がないようにする必要があり、そのためには多額の費用を要し、大蔵省が極めて難色を示し、地方官も自分の職権を楯に裁判所関係設備を妨害する者が少なくなかった。

司法省は全国に裁判所を設置するため、江藤司法卿が大蔵省に予算要求したところ、大蔵大輔井上馨が大幅削減したため俄然紛争が生じた<sup>161)</sup> 文部省は明治5（1872）年8月の学制に基づき文部卿大木喬任が全国に小学校を設置するため予算を要求したが、同じく大幅削減に遭い紛争が生じた。工部省の予算要求に対しても同様であった。これに対し、山県有朋大輔の陸軍省の富国強兵策

161) 予算問題の衝突は、的野（下）（1968）1頁以下に詳しい。

の費用のみは認めた。ここにおいて、司法省・文部省・工部省と大蔵省との対立が深まり、井上は裁判の独立・学制の新定等が必要であっても国庫が欠乏して経費の支出に應えられないと反対した。江藤は強硬談判し予算が認められなければ辞任するとして辞表を提出した。太政官政府は江藤を慰留するとともに、参議大隈重信に財政状況を調査させた。大隈は調査を行い予算を編成して司法省の裁判の独立・文部省の学制の新定及びその他急務に要する経費は悉く支出する余裕があることを見込表を以て示し（この後予算表を作成することが毎年の慣例となった<sup>162)</sup>、太政官より大蔵省に命じてこれを支出させたことで事件は収束を見たが、諸省と紛争を生じ政府を難じるほどの大蔵省の強大な権限を法改正により縮小するとともに、各省の長である江藤新平・大木喬任・副島種臣・後藤象二郎を太政官政府の参議に任じたことにより、一応の調整がなり大蔵省は大久保卿が帰国するまで大隈が仮の総裁として面倒を見ることになり、井上は「此の如くなれば留まりて其職責に任するも詮なし。寧ろ決然として其冠を掛くるに如かず」として辞任した<sup>163)</sup>。

江藤の職を賭した談判により獲得した裁判所設置の予算を得て、全国3府13県に府県裁判所を設置して司法権の基礎を作るに至った。

### 【審級制度】

これらの裁判所間には上下関係があり、初めて審級制度（2審制）を取り入れたのである。各区裁判所が第一審の場合、不服申立ては府県裁判所へ、府県裁判所が第一審の場合、不服申立ては司法省裁判所へ、司法省裁判所が第一審の場合、不服申立ては司法省臨時裁判所に対してすることができた<sup>164)</sup>。

これほど裁判所の種類・組織を有し且つ上訴制度をもつ仕組みは、江戸時代以降明治5年に至るまでなかった<sup>165)</sup> ことで、その意味ではまさに画期的なものであった。

---

162) 石井編（1980）181頁。

163) 司法省・文部省と大蔵省との対立衝突の経緯については、「大隈伯昔日譚二」623頁以下にも詳しい。

164) 林屋（2006）18頁以下。

1 審 → 2 審

各区裁判所	府県裁判所	司法省裁判所	司法省臨時裁判所
-------	-------	--------	----------

1 審 → 2 審

1 審 → 2 審

出張裁判所

ただし、司法省裁判所という名前が示すとおり、司法行政を行う司法省が裁判も行うというもので、司法行政と裁判がまだ完全には分離していなかった。そのことは、司法省裁判所には所長を置かず、司法卿が兼掌する（第46条、明治6年12月9日まで）とされていたこと、府県裁判所で死罪及び疑獄など重大な事件の裁判については、司法省に伺い出て処分を受ける（府県裁判所章程58条）こととされ、裁判所が設置されていない地方では、地方官が裁判を行うとしていたことである。司法行政からの裁判権の分離は、明治8年5月の大審院の創設と明治10（1877）年2月の地方官による裁判の廃止によって初めてなされることになるのである。

「司法職務定制」は、新しい裁判官制度を設けた。江戸時代から明治初期まで、裁判官は民事でも相変わらず糾問手続で裁判を行っていたが、司法省は裁判官に対し達（司法省達第6号）を発し、民事の裁判は当事者（原告・被告）に事情を尽くさせその権利主張の当否を判断すべきであると注意をするなど民事訴訟手続の近代化を進めた。裁判官は、判事と解部ときべに分けた<sup>165</sup>（判事職制第20条）。

判事は、「法律を確守し聽断を掌り稽滞冤枉無からしむるの責に任」じ（第20条）、「各裁判所に出張し事務の繁簡に因り聽断獄を分課す」とされ、解部は、判事より下位の裁判官で「各裁判所に出張し聽断獄を分掌す」る（同

165) 江戸時代の出入筋（民事訴訟）は、一審制であり不服であっても上訴の道はなかった。奉行所の裁きは絶対のもので再度裁判をやり直すなどということは、お上の面子にかかわることで認めなかった。また、奉行所は本来行政機関であり統治の手段として裁判事務も扱うという程度のものであったから、費用をかけてまで裁判機関を整備することはしなかった。

166) 判事には大判事・権大判事・中判事・権中判事・少判事・権少判事の6階級があり、解部には大解部・権大解部・中解部・権中解部・少解部・権少解部の6階級があった。

条)とされた。

司法省臨時裁判所は判事だけで構成し、司法省裁判所は判事と解部、府県裁判所も判事と解部、各区裁判所は解部だけで構成した<sup>167)</sup>

裁判官の人事権は、司法卿が持っていたから、裁判官の身分保障は未だ認められておらず<sup>168)</sup> 大審院院長や各上等裁判所の裁判長は、随時各廷に出席して裁判長の職務を行うことができる(大審院諸裁判所職制章程中の「判事職制通則」第7条)ことになっていたため、裁判官の職権の独立も認められていなかった。

### 【検察官の裁判監督】

司法職務定制は、初めて検事の職制を定めた。検事は「法憲及び人民の権利を保護し良を扶け悪を除き裁判の当否を監するの職とす」る(検事章程)ものであるが、「各裁判所に出張し聴断の当否を監督」(第22条)することとされ、検部(検事より下位の検察官)は「各裁判所に出張し検事の指揮を受けて其事を撰行し聴断を監視す」る(第22条)とされた。このように検察官(検事・検部)は、民事の裁判についても監督する権限と職務を持っていたのである。

民事について「聴訟には検事必連班し検事出席せざれば判事獨り裁判することを得ず」とされ、検事の出席がなければ、民事の裁判さえ開くことができなかつた。そればかりでなく、「凡詞訟あれば検事先ず其訴状を檢視し詞訟人の情事を熟察し聴訟終て判事解部に意見を陳す。又弧弱婦女の訟に於ては殊に保護注意し貧富貴賤平常の権利を得枉屈無からしむ」(第24条)とされていた。このような検事の民事関与権は、フランス法に倣ったもので<sup>169)</sup> 今日の検事とは大いに異なっていた。

### 【代言人の登場】

江藤司法卿の主導により、明治5(1872)年8月制定された「司法職務定制」

---

167) 林屋(2006)20頁。

168) 山中編(2002)180頁。

169) 石井編(1980)229頁。

は、近代的司法制度の出発点となる画期的な改革であった。この中には検察官制度の新設のほかに、代言人制度の新設も含んでいた。司法職務定制によって、わが国に初めて本人に代わって権利主張を行う代言人が登場したのである。このことは、民事訴訟における従来 of 代訟禁止の原則を廃止し、一般的に代理の原則を容認することを意味し、近代弁護士制度の発展の道を拓いたものとして特筆に値するものである。<sup>170)</sup> 代言人制度については、別稿（弁護士の誕生とその背景<sup>(4)</sup>）で詳しく検討する。

## ② 江藤の下野から大審院創設まで

江藤司法卿が福岡孝悌司法大輔（土佐）・島本仲道警保頭（土佐）らとともに取組んでいた司法制度の改革は、明治6（1873）年10月25日、征韓論争で江藤が下野し、福岡・島本もまた明治6年11月10日、辞任して下野したため、司法省は首脳部を失い<sup>171)</sup> 意気阻喪して一時停滞のやむなきに至った。

江藤らは、司法省の下に民事・刑事の裁判権を統一し司法卿がその頂点に立つという強力な体制を作ったが、征韓論争後、政府に残った岩倉・木戸・大久保らは、拡大強化された司法省の権限を縮小する方向に動き始めた。それは、司法卿の権限の縮小、司法卿の権限に依拠していた検事の広範な権限の縮小、司法省からの裁判所の分離などである。

まず、明治6（1873）年12月10日、司法卿が司法省裁判所の所長を兼掌することを廃止した。次に、明治7（1874）年1月10日、司法省の警保寮（司法警察事務）を内務省に移管した。これに続いて、同年1月28日、検事職制章程及び司法警察規則が制定され、司法職務定制で認められていた検事の権限から聴断の当否を監視する権限および民事訴訟に関与する権限を削除した。同年8月8日、外国関係の訴訟は外務省が扱うこととされた。<sup>172)</sup>

170) 日本弁護士連合会（1959）6頁。

171) 江藤は、板垣の民撰議院設立建白書提出に名を連ねた後、佐賀に帰郷し不平士族に担がれて、明治7（1874）年2月4日に起きた佐賀の乱により刑死してしまったが、福岡孝悌はその後左院1等議員として復帰し、島本仲道は下野したあと高知・大阪・東京に開明的な法律研究所「北洲舎」を設け多くの代言人を養成し優れた人材を世に送り出した。

司法省から裁判所を分離する動きは、次に見る大久保・木戸・板垣らの「大阪会議」における政策の妥協案から浮上した元老院とともに大審院を創設する方針により一気に進むことになった。大久保・木戸は、使節団の副使として欧米諸国を視察し帰国した後、大久保はすぐに内務省を起こし自ら内務卿に就任したほど行政指導による内治優先・殖産興業論者であり、木戸は欧米諸国の三権分立制度の影響を受けいずれの権力も突出することを避けるべきであると考えていた。ところが、帰国してみれば、司法職務定制による司法省の強力な権限とその下にある裁判所や検察官により、山城屋事件<sup>173)</sup>・三谷半九郎破産事件・尾去澤銅山強奪事件・京都府事件など長州関係者を厳しく追及する事件が発生していたこともあって、木戸は司法の暴圧ほど天下人民に毒と為るものはないといひ司法省の権限を縮小すべきであるとしていた。

しかしながら、日本を近代的法治国家にするために欧米先進諸国の例に倣って司法制度を整備し充実発展させるといふ江藤の考えは、不平等条約改正のため必要不可欠であるとの認識に基づくものであり、これについては政府関係者に異論のないところであったから、江藤の改革を見直すとしても以上のものにとどまり、既に実施されている司法制度を覆滅することはできなかつた。江藤が明治5(1872)年8月3日に制定した「司法職務定制」によって司法制度の礎石をどっしりと据えたのは極めて重い意味をもった。

江藤の後を継いだのは、漸進派の大木喬任(司法卿)・佐々木高行(司法大輔)であり、徐々にではあるが、江藤の敷いた路線に沿ってその充実に努めた。それは、明治7(1874)年1月、長崎・箱館に県裁判所を設置し、同年4月、佐賀に県裁判所、12月に新潟・福島に県裁判所を設置したことであり、同年5月19日には「民事控訴略則」(太政官布告第54号)を制定して控訴制度を整備したことである<sup>174)</sup>。

172) 染野(1988)77-78頁,80頁。

173) 山城屋事件については的野(下)37頁,三谷半九郎事件は同45頁,尾去澤銅山事件は同52頁,我妻ほか(1968)313頁,京都府事件及び大阪府事件は的野(下)68頁。

174) 染野(1988)77-78頁。

## ③ 大阪会議と元老院・大審院の創設

岩倉ら海外帰国組と留守組との間の征韓論争で、明治6(1873)年10月、西郷・板垣・江藤・副島・後藤ら有力参議が一斉に下野した(「明治6年の政変」)。藩閥代表の連携が破れ対立すると政府が瓦解する危険がいつも付きまとった。板垣・江藤らは、明治7(1874)年1月、「民撰議院設立建白書」を提出した。この内容が「日新真事誌」に掲載されて公になり、各地で国会開設を求める士族を中心とした自由民権運動が高まり始めた。このようなとき、同年の4月、大久保・西郷従道らの台湾出兵に反対した木戸孝允が下野した。

政府は急激に弱体化し危機に瀕した。これを立て直すため、明治8(1875)年2月11日、井上馨の斡旋で参議大久保は伊藤博文とともに大阪で在野の木戸・板垣と会談した(大阪会議)。木戸は統治機構の改革案として、元老院(立法)・大審院(司法)・太政官(行政)・地方官会議の設置を主張し<sup>175)</sup>民権論の板垣がこれに同調し、大久保もこれを受け入れて政策の妥協を図り、木戸・板垣が参議に復帰した。この妥協ができなければ、有力者は大久保のみで太政官政府は崩壊必至の危機的状況にあったが、両名の参議復帰でようやくその危機を脱し、自由民権運動と木戸の改革案に押され、立憲制に向かって一歩前進することになった。これを明確にするため、明治8(1875)年4月14日、大阪会議の結果を盛り込んだ「立憲政体の詔書」(元老院・大審院・地方官会議を設け、国家立憲の政体とする)を出した。こうして国会開設以前の立法府として「元老院」が創設(左右院は廃止)され、司法府として「大審院」が創設されることになった。

## ④ 大審院諸裁判所職制章程による裁判所の設置

大審院創設の背景には、木戸が欧米諸国を視察して影響を受けた三権分立の考え方によるもので<sup>176)</sup>著しく権限が強化されていた司法省から裁判権を分離する意見を持っていた<sup>177)</sup>立憲政体の具体的策定は、太政官正院で行われた。

175) 三宅(1949)428頁。

176) 我妻ほか(1968)266頁、三宅(1949)428頁。

明治6(1873)年5月2日の太政官職制改革で権力を正院に集中していたからである。その実務を担当したのは、江藤のかつての部下で、明治5(1872)年9月から司法制度調査団の一員としてフランス・イギリス・プロシアの司法制度を調査してきた井上毅らであった。

太政官政府は「大審院」の創設に当り、明治8(1875)年5月24日、「大審院諸裁判所職制章程」(太政官布告第91号)を制定し、裁判所制度の改革を行った。これと併せて、同日、「控訴上告手続」(太政官布告第93号)を制定し、民事訴訟の控訴上告の手続を定めた。

この一連の改革の特徴は、司法省から裁判所を制度上分離したこと、司法卿の裁判不関与を明らかにしたこと、裁判事務につき裁判所が司法省に伺いを出す義務をなくしたことなどであった<sup>178)</sup>。こうして司法省から裁判所が分離していくことになったのである。

#### (ア) 大審院の創設と行政・裁判の分離

大審院が創設されたことにより、従来の司法省臨時裁判所・司法省裁判所は廃止された。これによって裁判権は大審院以下の裁判所のみが行使することになり、司法省は司法行政を掌る機関となった。尤も、司法卿は裁判官に対する監督権と人事権を保持した。

#### (イ) 裁判所の種類

「大審院諸裁判所職制章程」は、裁判所を、大審院、上等裁判所、府県裁判所の3種類と定めた。大審院は最上位の裁判所であり、次いで上等裁判所、府県裁判所は下位の裁判所でこれら相互間に上下関係を認めた。

#### (a) 大審院

大審院は、東京丸の内の司法省構内に開設された。レンガ造の4つの門柱があり、中央右側門柱には「大審院」の大文字が刻まれた立派な門構えで、建物

177) 木戸と同じ長州藩関係者が司法省の指示より捜査や裁判の標的になった山城屋事件・三谷半九郎事件・尾去澤銅山事件・京都府事件などの影響もある。

178) 山中ほか(2002)183頁。

はモダンな洋風の木造2階建であった。1階には大法廷2つ、小法廷2つがあり、2階は事務関係の部屋と院長室があった。

大審院諸裁判所職制章程中の「大審院章程」によれば、大審院の職務権限は、次のとおりである。

「大審院は民事刑事の上告を受け上等裁判所以下の審判の不法なる者を破毀し全国法憲の統一を主持するの所とす」（大審院章程第1条）。

注意すべき重要事項は、明治5年の「司法職務定制」においては、「司法省は全国法憲を司り各裁判所を統括す」（第2条）としていたが、明治8年の「大審院諸裁判所職制章程」では、上記のとおり、大審院が「全国法憲の統一を主持するの所とす」となったことである。全国法権（司法権）が、司法省ではなく、大審院に統一されたことである。これは司法権が行政権から独立し裁判所に帰属することになったことを示しており、わが国の司法制度の歴史上重要な意義をもっている。

大審院の職務は、「審判の不法なる者を破毀するの後他の裁判所に移し之を審判せしむ又便宜に大審院自ら之を審判すること」（第2条）であり、裁判官の犯罪（第5条）・重大な国事犯（第6条）・内外交渉民刑事事件の重大なる者（同条）について、第1審且つ終審として裁判する権限をもつとされた。そして、法律解釈に疑義があるときは、大審院が決定した（第9条）。

大審院の裁判は、5人以上の裁判官の合議体で行った（第8条）。

大審院に上告できる要件は、民事では上等裁判所に控訴してその審判を受けた事件で（控訴上告手続第14条）、裁判所管理の権限を越えている場合（第10条第1）、聴断の規範に乖っている場合（第10条第2）、裁判法律に違反している場合（第10条第3）のいずれかに該当するものに限られた<sup>179)</sup>

上告者は、上告状に添えて金10円を大審院に預けることが必要で（第16条）、上告を取上げなかったとき、上告は取上げたが対審の後、これを斥けた

---

179) 林屋（2006）111頁。

ときは没収され（同条第1・第3）、上告を取上げ原裁判を破毀したときは、預かり金を還付する（同条第2）とされた。

上告人が上告期間（裁判言渡より二ヶ月）内に上告する（第15条）と、大審院は判事列席の上、上告人に上告状を読み上げさせ、正当な上告であると認めれば被上告人を呼び出して対審を開き、上告に理由があるときは破棄差戻、または、破棄自判の裁判をし（第20条、第25条）、理由がなければ上告を棄却し、上告が不当であるときは上告を受理しない旨言い渡した（第21）のである<sup>180)</sup>。

(b) 上等裁判所

上等裁判所は、東京・大阪・長崎・福島（明治8年8月12日宮城に移転）に置かれた（上等裁判所章程第1条）。東京上等裁判所は、正面入口の高い門柱に「東京上等裁判所」の看板が掲げられた和風建築で大審院と同じ丸の内の司法省構内に設置されていた。

「上等裁判所分轄御定の事」（太政官布告第115号）は、明治9（1876）年9月13日、「今般府県裁判所を改め、地方裁判所を置候に付、各上等裁判所分轄、左の通相定候條、此旨布告候事」とし、各上等裁判所の管轄を定めている。

・東京上等裁判所

東京裁判所 横浜裁判所 榎木裁判所 浦和裁判所 名古屋裁判所  
静岡裁判所 新潟裁判所 松本裁判所

・大阪上等裁判所

京都裁判所 大阪裁判所 神戸裁判所 金澤裁判所 松山裁判所  
高知裁判所 松江裁判所 岩国裁判所

・宮城上等裁判所

青森裁判所 一ノ関裁判所(のち宮城裁判所) 米澤裁判所  
函館裁判所

180) 裁判所百年史（1990）32頁。

## ・長崎上等裁判所

長崎裁判所 熊本裁判所 鹿児島裁判所

上等裁判所は、全国に4箇所しかなく、しかも各上等裁判所の管轄区域が広く遠隔地の者には大変不便であったので、各上等裁判所から管下府県へ派出して巡回裁判を行うことにしていた（巡回裁判規則第1-第8）。

上等裁判所は、府県裁判所の民事事件の初審の裁判に服しないで控訴する者を覆審する裁判所である（控訴上告手続第1条）。上等裁判所は覆審であるから事実審理を改めて行い、第1審の裁判の当否を判断した。のちに区裁判所が設置され、区裁判所もまた上等裁判所に控訴することができたので、この控訴事件をも扱うことになった。

上等裁判所の裁判は、3人の裁判官の合議体で行った（第6条）。上等裁判所の裁判に対して不服がある者は、大審院に上告し破毀を求めることができた（第7条）。

## (c) 府県裁判所（地方裁判所）

府県裁判所は「各府県に一つの裁判所を置き一切の民事及び刑事懲役以下を審判す。但し別に裁判所を置ざるの県は地方官判事を兼任す」（府県裁判所章程第1条）とされていた。この規定は、府県裁判所設置県と未設置県とが並存することを容認するものであるが、裁判制度として不自然であり、このような状態を放置していると人民の信頼を失うおそれがあることから、明治9（1876）年9月13日、府県裁判所を「地方裁判所」と名称を改め（太政官布告第114号<sup>181)</sup>）、次の23箇所の地方裁判所を設置した<sup>182)</sup>。

東京裁判所（管轄区域：東京府・千葉県）、京都裁判所（京都府・滋賀県）、大阪裁判所（大阪府・堺県・和歌山県）をはじめとして、横浜（神奈川県）、函館（北海道）・神戸（兵庫県・岡山県）、新潟（新潟県）、長崎（長崎県・福

181) 太政官布告第114号「今般府県裁判所を改め、地方裁判所を置き、分轄左の通被定候條、此旨布告候事」として、上記23地方裁判所を設置した。橋本編第5巻（巻十）296頁。

182) 林屋（2006）22頁、橋本編第5巻（巻十）296頁。

岡県), 榎木 (のち水戸裁判所となる, 榎木県・茨城県), 浦和 (のち熊谷裁判所となる, 群馬県・埼玉県), 青森 (のち弘前裁判所となる, 青森県・秋田県), 一ノ関 (のち宮城裁判所となる, 岩手県・宮城県), 米澤 (のち福島裁判所となる, 山形県・福島県), 静岡 (静岡県・山梨県), 松本 (長野県・岐阜県), 金澤 (石川県), 名古屋 (愛知県・三重県), 松江 (島根県), 松山<sup>183)</sup> (愛媛県), 高知 (高知県), 岩国 (のち広島裁判所となる, 山口県・広島県), 熊本 (熊本県・大分県), 鹿児島 (鹿児島県) の各地方裁判所である。

地方裁判所の裁判は, 1人の裁判官による単独制であった。地方裁判所の民事裁判に対する不服申立ては, 上等裁判所にすることができた (章程第2条, 控訴上告手続第1条, 第2条)。地方裁判所が取り扱う民事事件は, 金額100円以下で, 原則的な第1審裁判所である。

明治8 (1875) 年12月28日, 「裁判支庁仮規則」(司法省達第15号) が制定され, 地方裁判所に裁判支庁を置くことができることになった<sup>184)</sup> 管内が広い地域の便宜を図るためであった。裁判支庁は, 金額100円以下の民事事件及び<sup>かんかい</sup>勸解を扱った。

#### (d) 区裁判所

大審院諸裁判所職制章程では設けていなかったが, 明治9 (1876) 年9月27日, 「区裁判所仮規則」(司法省達第66号) により全国に区裁判所が設置された。各地方裁判所管内の便宜の地を選んで設置されたのである<sup>185)</sup> 区裁判所は金額100円以下の民事事件および勸解を取り扱い (区裁判所仮規則第2条, 第6条), なるべく勸解することを人民に勧めた。区裁判所の民事裁判に不服が

183) 廃藩置県の際, 全国各地で県の統廃合が行われた。四国は, 明治9年8月当時は, 愛媛県と高知県の2つだけであった。愛媛県 (当時は伊予国・讃岐国) には「松山裁判所」が置かれた (明治9 (1876) 年11月28日)。司法省達第84号, 「本月28日松山裁判所開庁候條為心得この旨相達候事」。不服申立てをする上等裁判所は, 大阪上等裁判所であった。愛媛弁護士会 (1980) 12頁。

184) 林屋 (2006) 21頁, 愛媛県では, 明治9年10月28日, 松山裁判所管内の高松に高松支庁を置いた。愛媛弁護士会 (1980) 12頁。

185) 愛媛県では, 明治9 (1876) 年10月28日, 松山裁判所管内の松山と高松に区裁判所を置き, 翌10年1月31日, 多度津・西条・宇和島・大洲にそれぞれ区裁判所を置いた。

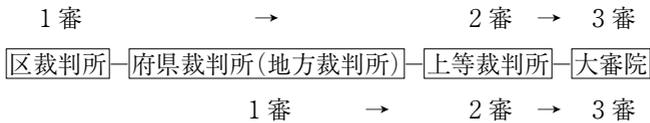
ある場合は、上等裁判所に控訴することができた（第4条）。

#### ⑤ 地方行政官による裁判の廃止

府県裁判所が地方裁判所となった後、明治10（1877）年2月19日、「大審院諸裁判所職制章程」の改正が行われたが、その際地方裁判所章程第1条から「別に裁判所を置ざるの県は地方官判事を兼任す」という従来の文言を削除した。<sup>186)</sup> その結果、長年にわたり地方で行われていた地方行政官による裁判は完全に廃止されたのである。こうして地方でも行政と裁判の分離が行われた。司法権（裁判権）は、遂に大審院以下の裁判所に専属することになった。この意味で、明治10（1877）年2月は、歴史的意義をもつ重要な年となった。

#### ⑥ 審級制度

府県裁判所（地方裁判所）と区裁判所は、民事の第1審裁判所であるが、不服申立ては上等裁判所になし、上等裁判所の裁判の不服申立ては大審院に対してなした。民事事件は三審制であった。



奥平昌洪『日本弁護士史<sup>187)</sup>』に、民事事件の地方裁判所の裁判に対する控訴は上等裁判所へ、上等裁判所の裁判に対する上告は大審院へという不服申立関係が分かる大審院の判例が登載されている。事案は、東京地方裁判所の英国領事に対する回答をもって判決と看做し、英国人が東京上等裁判所に控訴しその判決を不服として大審院に上告したのであるが、大審院はこれを受理しないとして却下したものである。

#### 【大審院上告却下の判決（明治11年3月15日）】

「上等裁判所は、人民相互の詞訟の控訴を受くべき所にして、既に我明治10

186) 石井編（1980）225頁。地方裁判所章程第1条は「地方裁判所は一切の民事及刑事懲役以下を審判す」とだけ定めている。

187) 奥平（1914）262-263頁。

年太政官第 19 号を以て公布せし上等裁判所章程第 1 条に、上等裁判所は地方裁判所の裁判に服せずして控訴するを覆審すとあり、又同布告控訴上告手續第 1 条に凡そ地方裁判所に初審に服せずして再び上等裁判所へ覆審を求むるものを控訴と云うとあり、左すれば原告人が東京裁判所が英国領事の示談に対せし回答の書翰を以て東京裁判所の判決と看做し控訴せし場合に於ては、右回答の書翰は判決に非ざるに因り、東京上等裁判所は該件不受理の言渡しを為すべき筋合なりとす。東京上等裁判所の裁判は、其効なきものなる以上は、本件の上告は大審院に於て之を受理すべきものに非ずとす。如何となれば明治 10 年太政官布告第 19 号控訴上告手續第 14 条に民事の上告することを得る者は、已に上等裁判所に控訴し其審判を経たるものなる以上は、本件は未だ法に適したる上等裁判所の審判を経たるものに非ざるを以てなり。

### 判 決

右の理由なるを以て該上告は受理すべき者に非ざるに因り上告状却下する者<sup>(マ)</sup>なり」(適宜句読点を付した)。

裁判官は、判事と判事補に分けられた<sup>188)</sup>大審院は判事、上等裁判所と地方裁判所は判事と判事補、区裁判所は判事補によって構成された。司法卿は、裁判官(判事・判事補)の人事権をもっていたので、裁判官の身分は未だ保障されていなかった。

大審院の民事破棄率は、明治 9 (1876) 年 20%、明治 10 年 17.6%、明治 11 年 22.1%、明治 12 年 21.9%、明治 13 年 22.3%、明治 14 年 22.2%である<sup>189)</sup>。これはかなり高い破棄率である。明法寮ができたのは、明治 8 年 5 月で、法学教育が始まったばかりであり、当時裁判官は自由任用制であったから、未だ法学知識と素養が不十分な前時代的裁判官による判決が少なくなかったのである。裁判官の自由任用制は明治 13 (1880) 年まで続いた。

188) 判事は 1 等判事から 7 等判事まで 7 階級があり、判事補は 1 級判事補 (8 等相当) から 4 級判事補まで 4 階級があった (大審院諸裁判所職制章程中の「判事職制通則」第 1 条)。

189) 林屋 (2006) 188 頁に掲載の大審院の破棄判決率による。

### 【訴訟事件の激増】

江戸時代から続いた身分制度は明治維新により崩壊し、士族・農民・町人らの間に様々な紛争が発生した。近代的な裁判制度が整ったことから、これらの紛争が新しい裁判所に一齐に持ち込まれた。府県（地方）裁判所の明治8年の民事新受件数は約32万件、明治9年は約27万件という多数に上っている<sup>190)</sup>。訴訟事件がどっと裁判所に押し寄せてきたのである。

### 【東京裁判所・上等裁判所の火災】

裁判所は押し寄せてくる民事・刑事事件の処理に大変忙しい毎日であったが、そのような中で、裁判所が火災に見舞われたことがあった。

司法省法学校の学生であった加太邦憲は、その『自歴譜』の中で、

明治9（1876）年6月3日夜11時頃、東京裁判所より失火、上等裁判所（後控訴院と改称）に延焼し何れも全焼せり。それは余等の寄宿舎に近接したる所より発火したることとて我々学生が右庁員に先立ち発見したれば、一同直ちに駆付け多数の書類を取出し唧筒（ポンプのこと）方の援助をも為したる<sup>191)</sup>

と記している。司法省に隣接する区域に東京裁判所があり、上等裁判所や司法省法学校・寄宿舎も近接した場所にあったことが分かる。

### ⑦ 治罪法制定による裁判所の改革

(ア) ボアソナードの努力により、明治13（1880）年7月17日、「治罪法」が制定されるに至った（明治15年1月1日施行）。この法律により、更に、裁判所の改革が行われた。大審院はそのままであるが、上等裁判所は「控訴裁判所」に、地方裁判所は「始審裁判所」に、区裁判所は「治安裁判所」に、それぞれ改称された<sup>192)</sup>。そして、別に「高等法院」が置かれた。

#### (a) 大審院

大審院は民事刑事の上告審である（大審院章程第1条・治罪法第77条）。大審院の裁判は、5人以上の裁判官の合議制で行われた（第78条）。

190) 林屋（2006）142頁，147頁。

191) 加太自歴譜（1931）102頁。

192) 裁判所百年史（1990）23頁。

(b) 控訴裁判所

控訴裁判所は、始審裁判所の民事刑事の裁判の控訴事件を取り扱う（控訴上告手続第1条・治罪法第63条）。また、控訴裁判所の裁判は、3人以上の裁判官の合議制で行われた（第63条）。控訴裁判所は、東京・大阪・名古屋・広島・長崎・宮城・函館の7箇所置かれた。控訴裁判所の管轄区域はかなり広い。

・東京控訴裁判所

東京・横浜・千葉・水戸・栃木・浦和・前橋・静岡・甲府・長野・新潟

・大阪控訴裁判所

大阪・京都・神戸・岡山・大津・福井・金沢・富山・和歌山・徳島・高松・松山・高知

・名古屋控訴裁判所

名古屋・安濃津・岐阜

・広島控訴裁判所

広島・山口・松江・鳥取

・長崎控訴裁判所

長崎・佐賀・福岡・大分・熊本・鹿児島・宮崎・沖縄

・宮城控訴裁判所

宮城・福島・山形・盛岡・秋田

・函館控訴裁判所

函館・札幌・根室・弘前

各控訴裁判所の管轄区域内にある裁判所が、始審裁判所である。始審裁判所の判決に不服があり控訴する場合、例えば、松山からは広島に出る方が近いであろうに大阪控訴裁判所に出向かなければならなかった。控訴しようとしても遠方の者にはかなり不便で躊躇したであろう。

(c) 始審裁判所

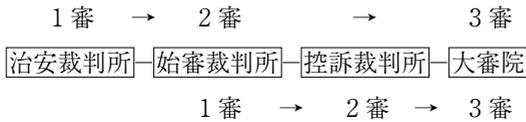
始審裁判所は、請求金額及び価額が100円以上の民事事件を扱う第1審裁判所である。そして、治安裁判所の民事裁判に対する控訴事件を取り扱った（第

54条)。始審裁判所は、全国90箇所<sup>193)</sup>に置かれた。始審裁判所の裁判は、単独制であった。

(d) 治安裁判所

治安裁判所は、請求金額及び価額が100円未満の民事事件を扱う第1審裁判所である。全国180箇所に置かれた。治安裁判所の裁判は、単独制であった。

⑧ 審級制度



治安裁判所がした民事の第1審の裁判に対する控訴は、始審裁判所に対してなし、その始審裁判所の民事裁判に対する上告は、大審院に対してなした。始審裁判所の民事の第1審の裁判に対する控訴は、控訴裁判所に対してなし、控訴裁判所の民事の裁判に対する上告は、大審院に対してすることになっていた。民事裁判は3審制であった。

### 3 民事裁判

(1) 糾問的訴訟審理の禁止

江戸時代においては、庶民は「恐れながら御訴訟申し上げ奉り候」と恐縮しながら目安(訴状)をお上(奉行所)に提出した。下々の者がお上にお裁きをお願いし、お上はお情けをもってこれを裁くという権威主義的な訴訟観が支配していたから、奉行の審理もしばしば糾問的になり訴訟人(原告)相手方(被告)を威嚇をし、逃亡予防のために公事宿に「宿預け」を命じるなどの刑事的強制さえ加えることがあった。明治時代に入っても行政官が裁判を行うとき、江戸時代と同様な糾問的な訴訟審理が行われる傾向があった。

そこで、司法省は、明治5(1872)年8月10日、「聴訟の儀は人民の権利を

193) 明治15(1882)年1月1日、松山裁判所は、松山始審裁判所となり、松山区裁判所は、松山治安裁判所となった。愛媛弁護士会(1980)13頁。

申しむる為めに其の曲直を断ずるの設に候得者、最懇説徳論して能く其情を尽くさしむべきの処、右事務を断獄と混同し、訴訟原被告人へ笞杖を加え候向も有之哉に相聞へ、其無謂次第に付、自今右様の儀無之様、厚注意可致事」と裁判の担当者宛に布達を出した（司法省達第6号）。江藤の人民尊重の民事訴訟手続の改革である<sup>194)</sup>

### (2) 府藩県交渉訴訟准判規程

明治3（1870）年11月28日に公布された太政官布告第878「府藩県交渉訴訟准判規程」によれば、「凡訴訟を准判するは、其本人に限るべし」（第1条前段）としている。准判するとは受理裁判するという意味である。この頃はまだ江戸時代と同じで、民事裁判は本人が出頭することを要する「本人訴訟」であり、訴訟代理人は認められていない。わずかに本人が「疾病老幼或は廢疾等にて親族其他の代人を請ふときは、事実を糺訊し、止を得ざれば其請を許すべし」（第1条後段）というものであった。

府藩県交渉訴訟准判規程は、明治4（1871）年6月22日、太政官布告第302で改正されたが、改正規程においても「凡訴訟を准判するは、其本人に限るべし。若し疾病老幼或は廢疾等にて、親族其他の代人を以てせんことを請ふときは、事実を糺訊し、止を得ざれば、其請を許すも妨なし<sup>195)</sup>」（第1条）と殆んど同じ定めを置いている。親族「其他」という表現には限定がなく<sup>196)</sup>代人になることができる者が拡大されている。

### (3) 民事裁判手続の改革

フランスの法制度・裁判制度を積極的に採り入れようとしていた司法卿江藤は、明治5（1872）年2月に来日したジョルジュ・ブスケにフランスの裁判制

194) 石井編（1980）246頁，林屋（2006）96頁。

195) 橋本編第3巻（巻五）（1966）248頁。

196) 江戸時代には、本人の親族・本人と直接関係のある使用人・地域の名主・家主や五人組の者に限られていた。

度を尋ねその講述を聞きフランスにおける平等主義・公開主義を早速採用することにした<sup>197)</sup>。それが、白洲の身分差別の廃止と裁判の公開である。

### ① 白洲における身分的差別扱い廃止

江戸時代においては、封建的身分制度により、白洲の着座場所が異なっていた。格式ある武士・僧侶・御目見えの資格がある町人は縁頬、由緒ある浪人・御用達の町人は板縁、百姓・町人・浪人などは最下段の白洲(白い砂利)に座った。のちに法廷を一般に「白洲」と称した<sup>198)</sup>。

政府は、士農工商の身分制度を廃止し、明治5(1872)年10月10日、「白洲上取扱い振りに於いて尊卑の分界を相立て来り候処自今人民一般の公義に基づき従前の分界を廃し官員華士族平民に至るまで同様たるべき事」(司法省達第25号)として、白洲における着座の身分的差別を撤廃した<sup>199)</sup>。そして、白洲(法廷)も庭ではなく、建物の中に設けることになった。

### ② 公開主義(裁判の公開)

江戸時代の裁判は、民事・刑事を問わず非公開で行われていた。お上によるお裁きであり見世物ではないと考えられたからである。

司法省は、裁判を近代化するために、裁判を公開することにした。裁判を公開するということは、新聞出版人や庶民らが傍聴することを認めることである。裁判を公開し公正を期することによって裁判に対する信頼を得るということは、近代国家の裁判の共通原則になっている。

司法省は、明治5(1872)年5月29日、新聞出版人を招き、東京裁判所と司法省裁判所の民事裁判の傍聴を認めた。これが裁判を公開した最初である<sup>200)</sup>。同年11月5日には、正副戸長(町村の行政事務を行う吏員)に民事裁判の傍聴を認めた。

江戸時代から長年行われていた非公開主義は、明治5年に公開主義に転換し

197) 林屋(2006)82頁。

198) 大木(1983)207頁。

199) 林屋(2006)67頁。

200) 裁判所百年史(1990)24頁。

たのである。

明治6(1873)年1月20日には、司法省無号達をもって、司法省官員や明法寮の学生にも、民事裁判の傍聴を認めている<sup>201)</sup>さらに、明治8(1875)年2月22日、「民事訴訟審判の儀、人民一般傍聴差許候条、此旨布告候事」(太政官布告第30号)として、民事裁判を一般に公開し傍聴することを認めた。傍聴希望者は、裁判所庶務課へ住所氏名を届けその許可を得て訟庭に行くことになった<sup>202)</sup>。

#### (4) 裁判官の裁判基準

民法典が成立しない間は、明法寮で教育を受けた裁判官は、条理と衡平の名において、フランス民法を準用した。このことは、明治7(1874)年2月、司法省裁判所の法廷における児玉代言人と玉乃権大判事とのやり取りに表れている(奥平『日本弁護士史』)。

児玉・中両代言人がともに出廷し紫の風呂敷を机上にのべ数冊の洋書を出したところ、玉乃権大判事はその英米の法律を引用して理屈をいうものと思ひこれを予防するため、「心得の為め申置かん。当裁判所は、仏蘭西民法の主義を採りて裁判すべければ、なんじかく心得べし」といった。児玉はこれを聞いて「凡そ独立国に在りては自国の法律によりて裁判せらるべきものと信ずる。今仏蘭西民法によりて裁判せらるゝに於ては他国の法律を用ゐる嫌なき能はず、抑も仏蘭西民法を用ゐるべしとの御達にもありたるか。」と突っ込んだところ、玉乃は「早まる勿れ、当裁判所にて用ゐる法律の主意は仏蘭西流の法理なりとのことなり、あに仏国民法を其のまゝ適用すといはんや<sup>203)</sup>」と弁解した。

この権大判事と代言人との法廷問答に、当時の裁判官が如何にフランス民法に依存していたかがよく分るエピソードである。

---

201) 林屋(2006)68頁。

202) 林屋(2006)68頁、石井編(1980)228頁。刑事裁判については、断獄則例で新聞出版人と戸長に対して傍聴を認め、また、上記司法省無号達により司法省官員や明法寮の学生に傍聴を認めていたが、一般に公開されたのは治罪法が制定されてからであった(治罪法第263条)。

203) 奥平(1914)65頁。

それではフランス民法はどのような内容のものであったのだろうか。

フランス民法は、フランス革命の自由・平等・博愛の精神を盛り込み、国民の実生活に具体的に反映させたものであった。自由・平等の精神は、その第1編人に表れている。

第8条 すべてフランス人は、民権を享有する。

これはすべてのフランス人が、等しく権利能力を有することを宣言したものである。そして、市民にとって所有権は生活の基盤であるから、これが国家によって侵害されないように第2編の財産及び所有権において、所有権の絶対を定めている。

第544条 所有権とは法律または規則により禁止された用法に依らないかぎり最も完全な方法で物件を収益及び処分する権利をいう。

第545条 何人も公益のため且つ予め正当な賠償を得るのでなければ、その所有権の譲渡を強制されることはない。

また、所有権保障の効果として契約自由の原則を確立することが重要である。そこで、第3編の所有権の取得のなかで、何人も契約の自由を有することを定めている。この契約自由の原則が経済発展の原動力になったのである。

第1123条 何人に限らず法律により無能力（幼者・禁治産者など）と定められた場合を除き契約することができる。

更に、経済活動の自由を保障するものとして過失責任の原則について定めている。

第1382条 凡そ何事に限らず人の行為により他人に損害を与えた者は、自己の過失によるときはその損害を賠償する義務を負う。

フランス民法典は、権利能力平等の原則・所有権絶対の原則・契約自由の原則・過失責任の原則という近代民法の四大基本原則を既に確立していたのである。フランス民法典は、フランス革命の精神とともに、諸外国に最新の法典として輸出された。

明治前期にあって箕作麟祥の努力により翻訳された『仏蘭西法律書・民法』は、明法寮や司法省法学校・私立法律学校で学ぶ学生にとって貴重な教科書で

あっただけでなく、当時の裁判官にとっても実に金科玉条とされたものであった。<sup>204)</sup> フランス法によって教育を受けた裁判官は、明治 38 (1905) 年当時でも、大審院では 29 人の裁判官のうち 10 人であったという。<sup>205)</sup>

『仏蘭西法律書・民法<sup>206)</sup>』の編成は、次のようになっている。

第 1 編 人	第 3 編 所有権を獲得する種々の方法
第 1 卷 民権の享有及び剥奪	第 1 卷 財産相続
第 2 卷 身分証書	第 2 卷 生存中の贈与及び遺囑
第 3 卷 住所	第 3 卷 契約即ち一般に合意上の義務
第 4 卷 失踪	第 4 卷 合意なくして生ずる所の義務
第 5 卷 婚姻	第 5 卷 婚姻の契約及び夫婦相互の権利
第 6 卷 離婚	第 6 卷 売買
第 7 卷 父たるの分限及び子たるの分限	第 7 卷 交換
第 8 卷 養子及び好為後見	第 8 卷 賃貸の契約
第 9 卷 父の威権	第 9 卷 会社の契約
第 10 卷 幼年、後見、及び後見の免脱	第 10 卷 貸借
第 11 卷 成年、治産禁、裁判上の輔佐人	第 11 卷 附託及び争訟ある物の附託
第 2 編 財産及び所有権の種々の改様	第 12 卷 偶然の契約
第 1 卷 財産の区別	第 13 卷 代理
第 2 卷 所有権	第 14 卷 保証
第 3 卷 使用収益権、使用権及び居住権	第 15 卷 和解
第 4 卷 地役即ち地務	第 16 卷 民事に於ける拘留
	第 17 卷 質入
	第 18 卷 先取特権及び書入質
	第 19 卷 強迫の所有権収奪及び債主の間における順序
	第 20 卷 期満効

フランス民法典は、ボアソナードの旧民法典のモデルとされ、旧民法典が公布された後、ドイツ流の民法典が制定施行されるまでの間は、裁判所における民事裁判は専らこの旧民法典によって行われていた。<sup>207)</sup>

204) 林屋 (2006) 83 頁。

205) 星野 (2006) 68 頁。

206) 箕作麟祥訳 (1883) 7-45 頁。

207) 星野 (2006) 67 頁。

## (5) 訴訟書類の書式及び訴訟費用の負担

訴訟書類の書式、訴訟費用の負担や判決書などはどのような扱いになっていたのだろうか。

## ① 訴答文例並附録

明治6(1873)年7月17日、「訴答文例並附録」(太政官布告第247号)が公布された。原告の訴状・被告の答書について、書式・文例が定められおり、当事者はこれによるものとされた。お上に「恐れながら御訴訟申し上げ奉り候」式のもの姿を消し、合理的な書式・文例になった。訴状が提出されると、裁判所は訴答文例の定める方式・要件を備えているかどうかを審査した。これを充たしているときは訴状が受理され、充たしていないときは受理されなかった。

裁判所が訴状を受理したときは、裁判所から被告に対し、呼出状とともに訴状が送達された<sup>208)</sup>。従前のように原告が訴状を被告に届ける必要はなくなった。訴訟は裁判所が取り扱うという積極的な姿勢が見られるようになったもので、訴訟手続上の一大進歩であった。

## ② 罫紙の使用

明治8(1875)年12月20日制定の「訴訟用罫紙規則」(太政官布告第196号)により、訴訟の種類・訴訟物の価額に応じて色や価額が異なる罫紙を用いることとされた。

訴訟の種類・訴訟物の価額・色罫紙・1枚当りの定価は、次のとおりである(第9条)。

## (ア) 金穀類の訴訟

金10円(米5石・雑石10石)未満, 黄色罫紙, 金1銭

金10円~100円(米5石~50石・雑石10石~100石)未満, 黄緑色罫紙,  
金2銭

金100円~500円(米50石~250石・雑石100石~500石)未満, 橙黄色

---

208) 林屋(2006)40頁。

罫紙，金3銭

金500円～1,000円（米250石～500石・雑石500石～1,000石）未満，  
緑色罫紙，金4銭

金1,000円（米500石・雑石1,000石）以上は黒色罫紙，金5銭

- (イ) 人事訴訟（家督相続・養子・雇人等に関する訴訟），青色罫紙，金1銭6厘
- (ウ) 土地建物の訴訟（地所・境界・田畑・建家等に関する訴訟），紫色罫紙，金1銭4厘
- (エ) 雑事類の訴訟（上記以外の訴訟），紅色罫紙，金1銭2厘

罫紙を購入することが，国への手数料の納付となっていた<sup>209)</sup> 罫紙の購入場所は，各府県の適宜の場所に訴訟用罫紙売捌所が設けられた（第7・第8条）。

訴訟事件ごとに色分けした罫紙を使い，いかなる事件かということがはっきり分かるし，その罫紙の購入が国に対する手数料の納付になるというのは，合理的な工夫であった。

### ③ 訴訟費用の負担

従来，訴訟費用は原告・被告ともに自己負担あるいは居村町の負担であったが，明治5（1872）年9月19日，「訴訟入費償却仮規則」（司法省達第14号）が定められ，訴状その他書類認料・証人並びに引合人の手当・旅費・通弁料・翻訳料・使賃・郵便電信料・測量絵図認料など訴訟費用は，曲者（敗訴者のこと）が負担するものとされた<sup>210)</sup> ここに訴訟費用の敗訴者負担制度が導入されたのである。

### ④ 判決書の交付

江戸時代においては，裁許状（判決書）は訴訟当事者には交付されず，裁許請証文を奉行所に提出してから自ら書き写していたが，明治時代になって，裁判所で言い渡された判決書は，直接当事者（原告・被告）に交付されることに

209) 林屋（2006）38頁。

210) 林屋（2006）37頁。

なった。これは大きな進歩である。

(6) 行政訴訟の途を拓く

政府は、明治4(1871)年7月14日、廃藩置県を断行した。司法省の江藤は、近代的法治国家形成のために、司法職務定制を制定して地方に裁判所を設置していったが、地方官はこれを地方の統治権力を削ぐものとして反対する傾向があった<sup>211)</sup>また、地方・中央の租税の整理をせず、土木建築・河川港湾工事等急ぐ必要のない工事をし浪費するなどして人民の負担を重くし苦痛を課したが、聴訟・断獄の権限が地方官の手にあるため、人民にはその救済を受ける途がなかった<sup>212)</sup>そこで、司法省は地方官が権限を濫用して人民に苦痛を与え権利を侵害した場合、次のとおり、裁判所に提訴できるとする明治5(1872)年11月28日の司法省達第46号を出して行政訴訟の途を拓いた。この達によって、人民による多くの訴訟が提起された。

- 一 地方官及び戸長等にて太政官の御布告及び諸省の布達にもとり規則を立て或いは処置を為す時は、各人民(華士族平民を併せ称する)より、その地方裁判所へ訴訟し又は司法省裁判所へ訴訟苦しからざる事
- 一 地方官及びその戸長等にて各人民より願伺届等に付之を擁閉する時は、各人民よりその地方裁判所へ訴訟し又は司法省裁判所へ訴訟苦しからざる事
- 一 各人民此地より彼地へ移住し或いは此地より彼地へ往来するを地方官にて之を抑制する等人民の権利を妨げる時、各人民よりその地方裁判所又は司法省裁判所へ訴訟苦しからざる事
- 一 太政官の御布告及び諸省の布達に付、地方官にてその隣県の地方掲示の日より10日を過ぐるも猶延滞布達せざるときは、各人民よりその地方裁判所へ訴訟し又は司法省裁判所へ訴訟苦しからざる事

211) 的野(下)(1968)70頁。

212) 的野(下)(1968)101頁。

- 一 太政官の御布告及び諸省の布達に付、地方官にて誤解等の故を以て右御布告布達の旨にもとる説得書等を頒布する時は、各人民よりその地方裁判所又は司法省裁判所へ訴訟苦しからざる事
- 一 各人民にて地方裁判所及び地方官の裁判に服せざる時は、司法省裁判所へ訴訟苦しからざる事

このようにして、往々にして地方官の横暴に泣き寝入りせざるを得なかった人民に裁判所に訴えてその人権侵害を知らせ救済を求めることができるとし、行政訴訟を提起する途を拓いたもので画期的なことであった。これもまた江藤の法治主義と正義感のなすところであった。

## 結 び

太政官政府は、不平等条約改正のために、日本が欧米諸国と同様の近代的な法治国家であることを示す必要があることから、明治時代の早い時期に法典の編纂に着手した。当時最も進んだ内容をもつ体系的なフランス法典の翻訳をしながら民法・訴訟法編纂の準備を始め、これとは別に治安維持のために刑法典の編纂を急いだ。政府は刑法典の編纂を、戊辰戦争が続いている最中太政官の下の刑法官で始め、民法典に先んじて、仮刑律・新律綱領・改定律例・旧刑法と次々に法典化していった。今回は、明治時代前期の刑事法制と刑事裁判について検討したいと思う。

## 参 考 文 献

- 石井良助（編纂）開国百年記念文化事業会（編）『明治文化史 2 法制』原書房（1980）  
井ヶ田良治・山中永之佑・石川一三夫『日本近代法史』法律文化社（1982）  
石附 実『近代日本の海外留学史』ミネルヴァ書房（1972）  
伊藤之雄『明治天皇』ミネルヴァ書房（2006）  
色川大吉『明治の文化』岩波現代文庫（2007）  
内田 貴『民法 1 総則・物権総論』（第 4 版）東京大学出版会（2008）  
梅溪 昇『お雇い外国人』講談社文庫（2007）  
愛媛弁護士会『愛媛弁護士会史』愛媛弁護士会（1980）

- 大久保泰甫「ギュスタアヴ・ボアソナード人と業績一」『日仏法学』第8号（1961）
- 大木雅夫『日本人の法観念』東京大学出版会（1983）
- 奥平昌洪『日本弁護士史』有斐閣書房（1914）
- 大宅壮一『実録・天皇記』大和書房（2007）
- 大槻文彦『箕作麟祥君傳』丸善（1907）
- 加太邦憲（訳）『法律大意講義』（ボアソナード）司法省蔵版（1880）
- 加藤秀俊・加太こうじ・岩崎爾郎・後藤総一郎『明治大正昭和世相史』世界思想社（1967）
- 星野英一「フランス民法典の日本に与えた影響」, 北村一郎（編）『フランス民法典の200年』  
有斐閣（2006）
- 最高裁判所事務総局『裁判所百年史』（1990）
- 佐々木克『岩倉具視』吉川弘文館（2006）
- 佐々木克（監修）『大久保利通』講談社学術文庫（2004）
- 佐々木潤之介・佐藤信・中島三千男・藤田覚・外園豊基・渡辺隆喜（編）『概論日本歴史』吉  
川弘文館（2000）
- 清水 勲『ビゴーが見た日本人』講談社（2001）
- 篠田敏造『明治百話（上）』岩波文庫（1996）
- 司馬遼太郎『明治という国家』日本放送出版協会（1989）
- 染野義信『近代的転換における裁判制度』勁草書房（1988）
- 滝沢 正『フランス法』三省堂（1997）
- 田中 彰『岩倉使節団「米欧回覧実記」』岩波現代文庫（2002）
- 東京弁護士会（編）『靖国神社法案の問題点』新教出版社（1976）
- 徳富猪一郎「日本精神と新島精神」『新島先生記念集』同志社校友会（1940）
- 波多野培根「新島先生の生涯の意義」『新島先生記念集』同志社校友会（1940）
- 日本史籍協会（編）『大久保利通日記一』東京大学出版会（1927）
- 日本史籍協会（編）『大久保利通日記二』東京大学出版会（1927）
- 日本史籍協会（編）『大隈伯昔日譚一』東京大学出版会（1953）
- 日本史籍協会（編）『大隈伯昔日譚二』東京大学出版会（1953）
- 日本史籍協会（編）『加太邦憲自歴譜』東京大学出版会（1931）
- 日本史籍協会（編）『木戸孝允文書三』東京大学出版会（1930）
- 日本弁護士連合会『日本弁護士沿革史』日本弁護士連合会（1959）
- 野田良之「明治初年におけるフランス法の研究」『日仏法学』第1号（1961）
- 橋本博（編）『改訂維新日誌』第一巻～第五巻, 名著刊行会（1966）
- 林屋礼二『明治前期民事裁判の近代化』東北大学出版会（2006）
- 林屋礼二・石井紫郎・青山善充（編）『明治前期の法と裁判』信山社（2003）
- 穂積陳重『法窓夜話』岩波文庫（1980）
- 穂積重遠『続法窓夜話』岩波書店（1936）

- 的野半介『江藤南白上』原書房（1968）  
的野半介『江藤南白下』原書房（1968）  
箕作麟祥（訳）『増訂仏蘭西法律書上卷憲法民法』博聞社（1883）  
三ヶ月章『法学入門』弘文堂（1982）  
三宅雪嶺『同時代史』第一巻，岩波書店（1949）  
宮永 孝『アメリカの岩倉使節団』筑摩書房（1992）  
村上重良『国家神道』岩波新書（1970）  
村上重良『天皇の祭祀』岩波新書（1977）  
森川哲郎『日本史暗殺100選』秋田書店（1973）  
森田誠吾『明治人ものがたり』岩波新書（1998）  
山中永之佑編『新・日本近代法論』法律文化社（2002）  
宮崎賢太郎「キリシタンの弾圧と殉教」『日本「キリスト教」総覧』新人物往来社（1996）  
吉野作造（編）『明治文化全集第八巻法律篇』日本評論社（1929）  
我妻栄・林茂・辻清明・団藤重光（編）『日本政治裁判史録明治・前』第一法規（1968）