

法例の編纂

—ベルギー改正草案の影響とその排除—

小 梁 吉 章

- 1 本稿の趣旨
- 2 民法前加編としての法例
- 3 民法草案人事編とローラン改正草案
- 4 旧法例とベルギー改正新草案
- 5 旧法例から法例へ
- 6 検討

1 本稿の趣旨

わが国の最初の国際私法の成文法は、明治23年(1890年)10月6日に公布された法例⁽¹⁾(明治23年法律第97号、以下、旧法例という)である。この日、民法人事編と財産取得編の一部(法律第98号、以下、旧民法という)も公布され、いずれも明治26年(1893年)1月1日に施行される予定であった。しかし明治22年(1889年)5月に「法典編纂ニ関スル法学士会ノ意見」⁽²⁾が発表され、これに端を発して、民法実施延期論が唱えられた。このため法例はいったん民法とともに明治29年12月31日まで施行が延期され、その間

-
- (1) 「法例」という名の由来について、明治13年以降民法草案の編纂に従事した磯部四郎博士(1851-1923)は「法例とは原語之をアプリケーション、ドロア(注：*application de loi*)と云ひ、法律の適用てふ意味を有す」と説明している(講義録『法例・完』(東京専門学校)緒言)。穂積陳重「法例の由来」『法窓夜話』(有斐閣、1916)181頁参照。
 - (2) この意見書は、法典編纂自体には反対しておらず、実施に「歳月ヲ以テスベシ」という意見であった(星野通編著『復刻増補版・民法典論争資料集』(日本評論社、2013)14頁を参照)。

に修正案が出され、明治31年6月21日にはまったく異なる法例(法律第10号)が公布された⁽³⁾。結局、旧法例は施行されずに廃止された。旧法例は旧民法と同じ運命をたどったのである。

旧法例の編纂にはいくつか疑問点がある。

第一に、なぜ旧法例は旧民法と同じ運命をたどったのか、という点である。法例は民法とは別個の法律であるのに、なぜ一蓮托生で実施が延期され、廃止されたのか。

第二に、旧民法はフランス法を参考にして起草されているが、旧法例の起草者はベルギー草案を参考にしたと記している⁽⁴⁾。旧法例と旧民法のあいだに関係があるなら、旧法例もフランス法を参考にしそうなものではないか。なぜベルギー草案なのか。

第三に、明治31年の法例は、規定の順序、内容ともに旧法例とまったく異なる。あらたな法例は旧法例を「修正」⁽⁵⁾するという予定であったのに、なぜここまで改変したのか。

本稿では、まず法例が民法編纂の副産物であること(2)、法例起案当時、ベルギー改正草案が世界でも最新の国際私法案であったこと(3)、参照され

(3) 明治31年の法例の成立については、久保岩太郎「現行法例の成立について(財産の部)」青山法学論集3巻2号21頁と「現行法例の成立について(身分と総則の部)」同4巻3号15頁がある。川上太郎『国際私法の法典化に関する史的研究』(神戸大学経済経営研究所, 1961)、同『日本国における国際私法の生成発展』(神戸法学双書, 1967)は明治初年来の法例の立法過程をたどり、同「現行法例の成立過程」(神戸法学雑誌16巻1・2号91頁)は明治31年の法例の立法をたどる。ただし管見の及ぶところ、これまでに旧法例とローラン改正試案、ベルギー改正新草案との関係が取り上げられたことはないようである。

(4) 起草者は「佛国民法ハ甚タ不完全ナルヲ以テ白耳義草案ニ依リ之ヲ増補セリ」としている(「熊野敏三『民法草案人事編理由書・上巻』(明治21年頃)1頁)。

(5) 旧法例と旧民法の実施延期後に定められた「法典調査規程」(明治26年内閣送第3号)第1条は「法典ノ修正ハ」と規定し、「法典調査ノ方針」も「既成ノ法典ニ就キ」、「必要ノ修補刪正ヲ施ス」とした。

たベルギー草案は二つであり、これらが法例の編纂の進行につれて参考にされたこと(4)、旧法例と明治31年の法例の違いを述べ(5)、旧法例から明治31年法例への改変の理由を検討する(6)。

なお、『民法草案人事編理由書』などの原文は漢字カタカナ表記であるが、本稿の本文ではこれを漢字ひらがな表記に改め、注では原文のままとした。

2 民法前加編としての法例

法例は主として国際私法について規定する。これは現行の法の適用に関する通則法(平成18年法律第78号)も同様である。国際私法とは、渉外的要素のある法律関係に自国の民事法と外国の民事法のいずれの法律を適用するかを定める基準であり、その性質上、民法と密接な関係にある。旧法例が民法実施断行・延期論争に巻き込まれ、旧民法と同じ運命をたどったのも道理である。

また形式上も旧法例は旧民法と密接な関係にあった。わが国の旧法例の規定は、民法の冒頭に置かれるはずであったからである。この点を説明しよう。

わが国での明治初年の民法編纂はフランス法の導入からスタートしている⁽⁶⁾。フランス民法典の巻頭に「法律一般の公布、効力と適用に関する規定」(*de la publication, des effets et de l'application des lois en général*)として第1条から第6条が置かれ、これを一般に「前加編」または「前加条目」(*titre préliminaire*)といった。わが国の法例は、これを起源とする。現行の法の適用に関する通則法第2条は法律の施行期日を定めているが、これはフランス民法典の第1条の法律一般の公布の規定を継承している。法律の効力とは自国の法律の効力がおよぶ範囲を定めるもので、時間的効力と空間的効力があ

(6) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝国民法正解』(出版元、出版年不明)は「明治三年正月始メテ太政官ニ制度取調局ヲ置き法律編制ノ業ニ従ハセシム」、「局長江藤新平氏(1834 - 1874)即チ佛国法典ヲ取りテ之ニ相當ノ修正ヲ加ヘ以テ我法典ト為サント欲ス」としている。

り、前者は後法の前法に対する優越原則を意味し、また後者は自国民または自国に居住する者と外国人または外国に居住する者の婚姻などのように、自国の法律だけでなく、外国の法律が関係する場合に適用すべき法律を定めることをいう。このような自国法と外国法の適用が問題となることを「法律の抵触」(*conflit des lois*)といい、現代では「国際私法」と呼んでいるが、国際私法の規定はフランスでは民法典・前加編として規定され、わが国でも同じように民法の巻頭の規定として起案されたのである。ではどうして民法から独立して「法例」になったのか。

わが国最初の民法の編纂は、明治4年(1871年)の太政官制度局による「民法決議」全79条である⁽⁷⁾。これには、第1条から第6条がなく、第7条から始まっている。最初の6か条は前加編規定のために空けておいたのである。翌年明治5年(1872年)の「皇国民法仮規則」⁽⁸⁾で法例にあたる規定が登場する。人事編の冒頭にフランス民法典第1条から第6条を翻訳して「法律施行物規則」とした⁽⁹⁾。

これらの作業を土台に正式な法文が作成された。明治6年(1873年)3月10日に司法省民法会議で成立した「民法仮法則」である。ただし民法といってもこれには「前加条目」と「身分証書」しかなく、このうちの「前加条目」

(7) 石井博士は、民法決議の明治3年8月27日から明治4年8月18日(制度局の改組があった日)までの間に成立したと推定され、民法決議に第1条から第6条までの規定がなく、第7条から始まっているのは、フランス民法典に倣って、前加条目に宛てるつもりだったためとされる。また民法決議を「仏蘭西民法の讞書ないし讞案の程度を出ないものであるが、しかし部分的にこれを改補した所もあるし、またわが国情に照らして補訂した所もある」とされている(石井良助『民法典の編纂(法制史論集第4巻)』(創文社、1979)9頁、23頁(初出は国家学会雑誌58巻2号、1944年))。川上太郎『国際私法の法典化に関する史的研究』(神戸大学経済経営研究所、1961)32頁も参照。

(8) これは司法省明法寮で行われた民法会議で編纂され、人事編と財産編等を網羅した広範な民事法の規定であった(『皇国民法假規則』(東京大学社会科学研究所・特定研究「日本近代化」研究組織、1970))。

が法例にあたる規定である。民法仮法則・前加条目とフランス民法典・前加編を比べてみよう。

民法仮法則・前加条目	フランス民法典・前加編(箕作麟祥訳 ¹⁰⁾)
<p>第1条 法律ハ太政官ノ領布ニ依リ全国ニ於テ之ヲ施行スヘシ</p> <p>但シ法律ヲ領布シ各府縣ニ達スルトキ各府縣直ニ之ヲ管下ノ揭示場及ヒ区々ニ揭示ス揭示シタル日ヨリ五日経レハ各管下ノ人民皆承諾スルコトト看做ス可シ</p>	<p>第1條 法律ハ第一統領ヨリ為シタル宣令ニ拠リ佛蘭西領地ノ全部ニ於テ執行ス可キモノトス</p> <p>法律ハ其宣令ヲ知ルコトヲ得タル時ヨリ共和国ノ各部ニ於テ之ヲ執行ス可シ</p> <p>第一統領ヨリ為シタル宣令ハ主権者所在ノ州ニ於テハ其宣令ノ日ノ次日ニ是ヲ知りタルト看做ス可ク又其他ノ各州ニ於テハ宣令ヲ為シタル都府ト各州ノ首地トノ間二十ミリアメートルノ路程毎ニ是ニ応スル日数ヲ増加シタル同上ノ期限ノ終リシ後ニ之ヲ知りタルト看做ス可シ</p>
<p>第2条 法律ハ将来ノコトヲ定ムルノミニシテ之ヲ既往ニ及ス可ナラス</p>	<p>第2條 法律ハ将来ノ為メノミニ制定シ既往ニ及ホス効ヲ有セス</p>
<p>第3条 國中取締及ヒ安寧ノ事ニ管スル法律ハ日本国内ニ住居スル者皆之ヲ遵守ス可シ</p> <p>不動産ハ外国人ノ所有スル物ト雖モ日本ノ法ヲ以テ之ヲ支配ス可シ</p>	<p>第3條 警察及ヒ安寧ノ法律ハ凡ソ領地内ニ住スル各人ヲ羈束ス</p> <p>不動産ハ外国人ノ占有スルモノト雖モ佛蘭西ノ法律ヲ以テ之ヲ管理ス</p>
<p>人ノ身分及ヒ能力ニ付テノ法律ハ国内ニ住居スル者ハ勿論外國ニ住居スル者ト雖モ必ス之ヲ遵守ス可シ</p>	<p>人ノ身分及ヒ能力ニ關スル法律ハ外國ニ住居スル者ト雖モ佛蘭西人ヲ管理ス</p>
<p>第4条 裁判役若シ法律ノ不備不明等ヲ以テ口実トナシ受理セザルトキハ其不受理ビ罪ノ訴エヲ受ク可シ</p>	<p>第4條 法律ノ欠缺、不明又ハ不備ヲ以テ口実トシ裁判スルヲ拒スル所ノ裁判官ハ裁判拒拒ノ罪アリトシテ</p>

- (9) 「法律施行惣規則」は第1条と第2条の2ヶ条で、第2条に7項目あった。フランス民法典1条が「第一統領」(*premier consul*)としている個所を「太政官」としていること、フランス民法典第3条で3項目にしている個所を別項目としていること、惣規則では第2条6項目に「不備不時等アル時私ニ條例ヲ定メテ裁判ヲ為ス可ナラス」が追記されていることを除いて、フランス民法前加編や後記の民法仮法則の前加条目と同じである。なお手塚教授は明治4年9月から同5年4月頃に成立した「御国民法」を紹介している(手塚豊『御国民法-城井国綱本-』『明治民法史の研究(上)』(慶應通信, 1990) 169頁(初出は法学研究38巻7号75頁))。御国民法については、川上太郎『日本国における国際私法の生成発展』(神戸法学双書, 1967) 7頁も参照。筆者は御国民法を皇国民法仮規則の写本と推測する。
- (10) 箕作麟祥(1846 - 1897)『増訂佛蘭西法律書・憲法・民法』(博聞社蔵版, 明治16年~19年)。

第5条 裁判役ハ己レニ告白セシ訴訟ニ付其事ヲ断スルヲ得ルト雖モ是ヲ以テ一般ノ規則ト定ムルヲ得ス	訴ヲ受ク可シ
第6条 私ノ契約ヲ以テ国中ノ安寧及ヒ風儀ニ関スル法律ヲ犯ス可カラス	第5條 裁判官其申告ヲ受ケタル訴訟ニ付キ廣博ニシテ且ツ規則トナル可キ制定ノ方法ヲ以テ宣告スルコトヲ禁ス 第6條 私シノ合意ヲ以テ公ケノ秩序及ヒ善良ノ風儀ニ関スル法律ニ違背スルコトヲ得ス

第1条（法律の公布・施行）の条文に長短の違いはあるが、第2条から第6条まで規定順序・内容は同じである。ちなみに「民法仮法則」の「身分証書」の規定もフランス民法典の身分証書（*état civil*）を参考にした。これは前加条目とは違って、直訳ではなく、わが国の事情を反映したものであった⁽¹¹⁾。民法仮法則の編纂にあたったブスケ顧問（Georges Hilaire Bousquet, 1846 -1937）は、民法の人事編についてはわが国固有の風俗・習慣を考慮する必要があるから、日本人が起案すべきであると述べていた⁽¹²⁾。のちに民法草案の起案には、財産編はボアソナード顧問（Gustave Émile Boissonade de Fontarabie, 1825-1910）が担当したが、人事編は日本人委員が起案した。ブスケ顧問の言はそれを先取りするものであった。前加条目は法律の公布、法律の効力、法律の適用と

(11) 「民法仮法則」の「身分証書」には「身分証書取立ニ付テノ要務」（7か条）、「身分証書簿冊」（5ヶ条）、「離縁証書」（離婚）（3か条）、「皇族身分証書」（3か条）、「布告前ニ係ル身分証書」（17か条）の規定があるが、これらはフランス民法典には見られない。一方、フランス民法典には「婚姻前の公示」の規定があるが、「民法仮法則」にはない。フランスでは1539年のヴィレル・コトゥレ王令により、身分証書が全土にわたって制度化されたが、わが国には身分証書制度自体がなかったから、「身分証書取立ニ付テノ要務」、「身分証書簿冊」という規定を要し、また「婚姻前の公示」は1216年ラテラン公会議で義務づけられ、教会法起源の制度であるから、わが国にはなじまず、規定されなかったのであろう。フランスの婚姻の変遷については、拙稿「わが国とフランスの婚姻の方式」広島法科大学院論集11号99頁を参照。

(12) ブスケは、明治5年に来日し、同9年に帰国。「日本法律制定ノ事業」と題する質問記録で、「今日本政府ニテ自国ノ法ヲ制定スル基礎トシテ仏蘭西法ヲ採シシカ是最良ノ採ヒ方」であるが、「然レトモ日本ノ風俗ニ符合セス又日本ニテ必要ナラサル外国ノ法律ヲ其俣日本ニ移サントスルハ日本政府ノ趣意ニ非スシテ欧羅巴法ヲ折衷シ成ル可クハ之ヲ改正日本ノ事情ニ適セシメントス」と答えている。

いった事項の規定なので、わが国固有の風俗や習慣を考慮する必要はないと考えられて、直訳になったと考えられる。

この民法仮法則は、当時の意思決定機関である正院に出され、御裁可を仰ぐことになり、施行布告案も出され、現実に施行が予定されたが、結局は施行されなかった⁽¹³⁾。

明治11年(1878年)に司法省民法草案、いわゆる「十一年民法」が起案されたが⁽¹⁴⁾、ここには人事編や法例に相当する規定はなかった⁽¹⁵⁾。

明治19年4月に民法人事編の編纂作業は司法省に移され、同年4月12日に磯部四郎検事⁽¹⁶⁾、高野眞遜参事官、熊野敏三参事官⁽¹⁷⁾が編纂委員に任じられ、人事編の起草が続けられた⁽¹⁸⁾。さらに同年8月6日にこの事業は外務省に移され、同省に法律取調委員会が設けられ、ボアソナード顧問、カーキード(ま

(13) 木々康子さんは「地方官の反対」が原因としている(木々康子「磯部四郎断章」平井一雄・村上博編著『磯部四郎研究』(信山社, 2007) 6頁)。

(14) 明治10年(1877年)5月に民法編纂は司法省に移された。十一年民法は財産取得編(第三編第626条から1179条)だけであった。

(15) 有地教授によると十一年民法は「フランス民法の直訳であったため廃棄され」、「大木喬任司法卿は明治12年(1879年)に司法省の中に修補課をおき、司法部内の者と各裁判所の法官を修補委員に任じ、民法の修補を開始し、この起草掛は箕作麟祥、磯部四郎であり、「このときから民法編纂はボアソナードを中心にして行われるようになった」(有地亨「旧民法の編纂過程にあらわれた諸草案」法政研究39巻2-4号276頁)。大木司法卿の「民法草案頒布ニ付テ」によると、ボアソナードが民法を五編の構成とすることを主張し、第一編人事編については「我編纂委員ニ於テ分担」すること、草案が成るとボアソナードと討議することとされた。民法人事編は冒頭の前加編・前加条目も含め、日本人委員が起草したようである。

(16) 磯部四郎検事(1851-1923)は、嘉永4年に富山県に生れ、大学南校に入学後、司法省明法寮で法学を学び、明治8年に熊野敏三参事官らとともにフランスに留学し、パリ大学で学び、光明寺三郎に次ぐ二番目のパリ大学法学士となった。帰国後は検事などを務め、明治13年に民法編纂委員に任じられ、明治40年(1907年)6月に法学博士の学位を受けた。著作は多方面に及び、ボアソナード『自然法講義』も訳し、講義録『法例』もある。七戸克彦「現行民法典を創った人びと・21・磯部四郎」法学セミナー673号55頁)を参照。

たはカークード）顧問（William Montague Hammett Kirkwood、1850-1926）⁽¹⁹⁾などが委員に任命された⁽²⁰⁾。条約改正交渉にそなえて外務省に移行された。

その後、明治20年（1887年）10月21日に法律取調委員会は司法省に移され、山田顕義司法大臣を委員長として民法人事編が編纂された。そして明治21年（1888年）に「民法草案人事編」が完成する⁽²¹⁾。

その冒頭に「法例」として前加編が規定されていた。起案者の一人である熊野敏三参事官が書かれた『民法草案人事編理由書』には、法例は「特別法

-
- (17) 熊野敏三参事官（1855 - 1899）は、安政元年12月に山口県に生れ、松下村塾に学び、開成学校で仏語を、司法省明法寮で法学を学び、明治8年8月にフランス留学を命じられ、パリ大学で学んだ。明治16年に同大学で法学博士の学位を得て帰国。明治19年2月検事に任じられ、東京控訴裁判所勤務となり同時に民法編纂局の兼務とされ、同年4月司法省参事官に、さらに民法草案編纂委員となり、明治20年11月に法律取調報告委員を命じられた。七戸克彦「現行民法典を創った人びと・6・熊野敏三」法学セミナー 658号 65頁）、平井一雄・村上一博編著『前掲書』（注13）所収論文を参照。
- (18) 明治19年（1886年）3月に民法編纂局での7年越しの作業の成果として財産編と財産取得編が総理大臣に提出された。民法財産編（第1条から572条）、財産取得編（第1条から285条）、債権担保編（第1条から298条）、証拠編（第1条から164条）は、明治21年12月法律取調委員会が議定し内閣に提出、翌年1月、元老院の会議に付され、7月議定、上奏した。民法人事編（第1条から293条）と財産取得編のうち相続等に関する規定（第286条から435条）は、明治23年4月に議了し、内閣に提出、同年5月、元老院の会議に付され、同年9月議定、上奏した。財産編等は明治23年3月27日法律第28号として公布された。人事編等は、明治23年10月6日法律第98号として公布され、法例も同日法律第97号として公布され、いずれも明治26年1月1日施行が予定された。
- (19) カークード顧問は、明治7年（1874年）に来日、明治15年以降に日英国公使館、領事館の法律顧問、日本で英国王室代言人をつとめた。明治18年に法律顧問として司法省に招かれ、翌年8月、外務省の法律取調委員会委員に任命され、明治20年に司法省に法律取調委員会が移管された後も委員であった。手塚豊「司法省御雇外国人カークード」『明治史研究雑纂（著作中第十巻）』（慶応通信、1994）205頁（初出は、法学研究第40巻3号、1967年）を参照。
- (20) 委員長は井上馨外務大臣、委員として西園寺公望公使、三好退蔵司法次官、内閣雇法律顧問ボアソナード、司法省雇法律顧問カークード、同ルドルフが任命された。

として民法の巻首に置き法律全部を総領する」との説明がある。法律の冒頭に「法例」という規定を設ける例はないではないが⁽²²⁾、「特別法」である一方で、「民法の巻首」に置くというのは、落ち着きが悪いように映る。この思いは当時の人々も同じだったようで、司法関係者の意見を聴くため、明治21年10月に「民法草案人事編」は各地方長官と各裁判所に送られ、提出された意見が「法例並ニ人事編及び獲得編ニ関スル意見書」にまとめられているが、その冒頭に、法例とは「法律公布の効用諸法律の原則を列挙」するものであるから、「民法の初めに諸法の総則にひとしきものを置くは編纂順序の当を得たるものといふべからず」、「特別の法律をもって民法と同時に頒布する」べきであるという意見があった。この意見が容れられたのであろうが、当初、民法の冒頭に置かれるはずであった前加編の規定は、「法例」という民法から

(21) 民法草案人事編の起案者は『民法草案人事編理由書』を著した熊野敏三参事官を中心とする日本人委員と考えられるが、異論がある。手塚博士は「ボアソナードの起稿と推定されている法例草案(21年10月頃までに成稿)」としている(手塚豊「前掲論文」(注19)205頁)。川上教授は、当初は熊野参事官が起案したと解したが、その後「それは間違いで、起草者はボアソナード」と考えるようになったとしている(川上太郎「前掲書」(注9)22頁)。しかし明治30年11月29日の法典調査会第一回法例議事で、穂積陳重委員は「熊野君ノ書カレマシタ理由書」と述べている。有地博士は、明治21年10月17日の東京朝日新聞に「民法の一部なる人事編は能く我国の事情に通じ民俗に明かなる者に非ざれば編纂の任に當るを得ずとの趣意よりして法学博士熊野敏三氏は数年来専ら其任に當て起草し」、「本月十日完く結了せしを以て之を委員会へ提出せし」という記事を引用している(有地亨「前掲論文」(注15)292頁)。ブスケ顧問は日本人が人事編を起稿すべきであると主張し、また大木司法卿は人事編の起稿を日本人に委ねた。法典調査会での穂積委員の説明に「元ト『ボアソナード』氏ガ書キマシタ案」とあることから、人事編にボアソナードの案があったと思われるが、最終的に起草したのは熊野敏三参事官を中心とする日本人委員であろう。

(22) 刑法は平成7年法律第91号による改正まで、商法は平成17年法律第87号による改正まで、第一編総則第一章はいずれも「法例」であった(現在は「通則」)。磯部検事は「刑法の初めに法例又は刑例なる題号あり這は法律の適用を示す本法を称して法例とは云へるなり」と記している(『前掲書』(注1)緒言)。

独立した法律として制定公布された⁽²³⁾。こうして法例は民法から分離独立したのである。

3 民法草案人事編とローラン改正草案

フランス民法典・前加編にならった民法仮法則・前加条目は6か条の簡単な規定であった。簡単であるからこそ民法典の冒頭に置いたのである。前記の熊野敏三参事官は「民法は法律の中最も重要な部分に属す」るもので「最初に頒布する法典」でもあり、「その端首に法律の権力に関する総則を掲示」と説明している⁽²⁴⁾。同じく起案者である磯部四郎検事は「佛国に於ては法例の排置に苦しみ之を民法の前加編として其首部に掲げ」たが、「條数僅かに六箇條に過ぎざるを以て之を特別の法律とするに忍ひさりしを以て之を其最も大部なる民法の首部に列した」と答えている⁽²⁵⁾。6か条のために独立の法律にするまでもなく、最初の大法典が民法典であったからその冒頭に置いたということである。

これに対して民法草案人事編・法例は35か条におよぶ長文で、しかも「内

(23) 岸本辰雄博士（1850 - 1912）は商法編纂の法律取調報告委員であるが、『法例講義・完』（講法會出版、明治32年）を著し、その「法例ハ決シテ民法ノ前加編ニ非ス」という項目で、「世上往々之（注：法例）ヲ以テ偏ヘニ民法ノミ關係スルモノト誤想シ民法ノ法例ト言ヒ又ハ法例ハ民法ノ前加編ナリトノ語ヲ發シ又現今世上ニ行ハル、諸註釈書中法例ヲ人事編ノ首又ハ尾ニ置キテ之ヲ説明スル者アルヲ見ル何ソ一言其妄ヲ辯セサルヲ得ンヤ」としている。この「妄」は、「佛国民法編纂方法ノ過失ヨリ來レル誤謬」であるとし、「一千八百六十五年伊国統一ノ大業始メテ成リ民法ヲ編纂シテ国内ニ布クニ當リテハ大ヒニ従前ノ編纂法ノ謬妄ヲ矯正シ從ヒテ法例ヲ特別法ト為シ一般法律ノ適用ニ関スル総則」とし、さらにわが国においても「法典編纂事業ニ於テハ必要ナキ歴史上ノ前例ニハ決シテ拘泥スルコト無ク断然學理ノ指示スル所ニ從ヒ全ク民法ト分離シ之ト一切關係ナキ特別法トシテ發布セシハ實ニ世界ニ一新例ヲ與ヘタルモノ」と評価した。

(24) 熊野敏三講述『佛国民法前加卷講義・完』（講法會出版、1895）1頁。

(25) 磯部四郎講述『前掲書』（注1）1頁。

外法律の抵触」と題する規定には7条から20条までの14か条があった。内外法律の抵触とは法律の空間的効力を意味するが、フランス民法典ではこれは第3条だけであった。なぜここまで増えたのか。

熊野参事官は「佛国民法編纂の時代にありては内外の関係はなほだ稀少なりしをもってこの問題さまざまに重要ならざりき」と述べている⁽²⁶⁾。フランス民法典が公布された1804年当時は第3条だけで充分であったのである。熊野参事官は続けて、このような「単簡なる一箇条をもって古来伝習の規則を記載するにとどまり不完全のそしりを免れ」ることはできず、「今日は諸国の交通おおいに頻繁におもむきこの問題ますます緊要」で、フランス民法典の前加編では不十分とし、そこで「この点につき完全の規則を法律に記載したるはイタリア民法をもって嚆矢」とするが、「ベルギー新案はさらに一步を進め内外法律の抵触に関し詳細の規則を設」けているので「これをもつてもつぱら模範」にしたと記している。つまり民法草案人事編・法例の模範はベルギーの法律案なのである。

では「ベルギー新案」とはなにか。これには二つの草案がある。一つが1882年に発表されたローラン改正草案、もう一つが1887年のベルギー改正委員会の新草案であり、その両方ともわが国の旧法例の起案に影響を与えている。

前者のローラン改正草案とは、1879年4月3日、ベルギーのジュール・バラ（Jules Bara）司法大臣がベルギー・ヘント大学のローラン教授（François

(26) 熊野敏三『前掲書』（注4）9頁。国際私法の問題について「完全ナル條則ヲ設定シタルハ獨リ伊国民法アルノミ」で、これは「最近ノ法律ニシテ且ツ当時伊國ノ議院ニハ特ニ國際法ヲ研究シタル法学者アリテ國際私法ニ關スル條例ヲ其中ニ編入セシメタ」としている（『前掲書』（注24）84頁）。このイタリアの法学者はマンチーニである。なおフランスでは成文法のうえでは、国際私法は1804年の民法典制定時とほとんど変わらない。過去に难道か国際私法の成文法の立法が試みられたことがあるが、今も国際私法という成文法はない。国際私法を一國の成文法とするのではなく、条約によって普遍的に定めるという考え方があ

Laurent, 1810-1887)⁽²⁷⁾ に民法改正草案の起案を委嘱し、1882年に提出されたものである⁽²⁸⁾。ベルギーの民法改正草案であるが、フランス民法典の改正である。というのはフランス民法典が公布・施行された当時、ベルギーはフランスの一つの県であったからフランス民法典が適用され、1830年に独立してからも適用し続けていたからである⁽²⁹⁾。ようやく独立後50年近くたってから独自の民法典を定めることとし、当時ベルギーで最有力の民事法学者であったローラン教授に委嘱したのである。ローラン教授は早速作業を開始し、前加編を含む人事編を1882年5月31日に議会上程した。

ローラン教授の令名はベルギーだけでなく、わが国でも高かった。明治10年代からその著作は邦訳されており⁽³⁰⁾、民法の起草者の一人である富井政章博士は明治20年(1887年)刊行の著書の緒言に「近時法律に著名なるベルギー国大学教授ローラン氏嘗て言えるあり、『いわく法律にはただ原則と原則の理由とを要するのみ』とその語は簡なりといえども法学を修むる者の軌範となす足るべし」と記し⁽³¹⁾、パテルノストロ顧問 (Alessandro

(27) フランソア・ローラン教授は、1810年7月8日にルクセンブルグ市ナシオン街41番地(現在フィリップ2世街5番地)に父マティアス(Mathias Laurent)と母アンス(Anne Steffen)の長男として誕生。生地は現在のルクセンブルグ中央郵便局の真裏にあたる(ローラン(拙訳)「19世紀フランス・ベルギーから見た英米の国際私法」広島法学39巻1号122頁を参照)。ローラン教授の著書としては、*Histoire du droit des gens et des relations internationales*, 3 vol. (Hebbelynck, 1850) (『万民法と国際関係の歴史』), *Études sur l'histoire de l'humanité*, 14 vol. (Hoste, 1855-1870) (『人間性の歴史研究』), *Principes de droit civil*, 33 vol. (Bruylant, 1869-1878) (『民事法原理』), *Droit civil international*, 8 vol. (Bruylant, 1880-1881) (『国際民事法』), *Avant-projet de révision du Code civil*, 8 vol. (Bruylant, 1882-1885) (『ベルギー民法改正草案』)などがあり、いずれも膨大な内容である。そのため「多産の、疲れ知らずの学者」と評される。ローランの生涯については、Ernest Nys, François Laurent, sa vie et ses oeuvres, *Revue de droit intional et droit comparé*, 1887, p.408を参照。

(28) ローラン教授の改正草案の前加編は1882年に提出されたが、改正草案全文が完結したのは1885年で、全文2,411条におよぶ膨大なものであった。

Paternostro, 1853-1899) は「かの著名なる法理学者ローラン教授」と記した⁽³²⁾。

民法草案人事編・法例とローラン改正草案・前加編を比較してみよう。対比のため一部条文を移動させている。

民法草案人事編・法例	ローラン改正草案・前加編（私訳）
第一 法律ノ公布 第1条：法律ハ天皇裁可ノ後直チニ之ヲ公布ス 公布ハ官報ニ法律ヲ登載シタル日ニ完成シタルモノト看做ス 公布アリタル法律ハ官報ニ登載シタル日ヨリ満二十日ノ後全国ニ於テ各個人之ヲ了知シタルモノト看做ス但シ法	第一章 裁可、公布 第1条：国王は法律を裁可する。 裁可は次のことばで行い、官報掲載時に法律の前に記入する。 「国王レオポルド、現在と将来の臣民に、議会が可決し朕が裁可す」 第2条：国王は、裁可した後速やかに法律を公布する。公布

- (29) 18世紀末以降のベルギーの法律は隣国のルクセンブルグ、オランダと共通する点が多い。ベルギーとルクセンブルグは、共和暦4年葡萄月9日(9 vendémiaire an IV, 1795年10月1日)のデクレ(政令)によりフランス領に組みこまれ、共和暦5年霜月16日(16 frimaire an V, 1796年12月6日)のアレテ(命令)により、フランス法が施行されることが明記され、フランス民法典は当然にベルギー、ルクセンブルグで施行された。オランダについては1809年2月24日のデクレにより同年5月1日からフランス民法典が施行されることとされ、1810年にはフランスの県とされた。1814年にベルギーはフランス領から分離し、オランダと連合王国を形成した。ルクセンブルグは1815年に大公国として認められたが、オランダのオラニエ・ナッソー家が大公に就き、その個人領有地の扱いを受けた。1830年9月、ベルギーはオランダとの連合王国から独立、1831年1月14日にベルギー新政府は1830年7月5日王命を破棄し、オランダ・ベルギー連合王国民法典を施行しないこととした。1831年2月7日ベルギー憲法第139条はベルギーのあらたな国会の任務として「法典の改正」を規定したが、進捗しなかった(以上の記述は、Eugène Hanssens, "Le code civil en Belgique", *Le code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Tome II (Librissimo, 1904), p. 681を参照した)。ルクセンブルグでは現在もフランス民法典が施行されている。
- (30) ローラン教授の著作の翻訳として『佛国損害賠償法原義』(博間社, 明治16年12月の訳者はしがきがある)(山崎恵純訳), 『白耳義国学校生徒・貯金法』(泰山書房)(廣瀬惟孝訳)(明治20年5月の訳者はしがきがある)がある。後者は1873年のヘントでの講演録(Conference sur l'épargne, 1873)である。
- (31) 富井政章『法学綱論・上巻』(時習社, 明治20(1887))緒言。
- (32) パテルノストロ「国際私法上伊国民法ノ規定ニ関スル報告書」第三終。

<p>律ノ明文ヲ以テ他ノ日限ヲ定メタルトキハ此例ニ在ラス 公布ノ日限過キタル後ハ何人ト雖モ法律ヲ遵守セサル可 カラス但シ当事者其合意若クハ処置ヲ以テ法律ヲ免カ ル、コトヲ得ヘキ場合若クハ法律上ノ錯誤ヲ有怨ウヘキ 場合ハ此例ニ在ラス</p> <p>公布ノ法式ハ特別法ヲ以テ之ヲ規定ス</p> <p>第二 法律ノ時ニ関スル効力</p> <p>第2条：法律ハ将来ノミヲ規定シ遡及ノ効力ヲ有セス</p> <p>第3条：社会ノ公益ヲ主タル目的ト為ス法律ハ各個人ノ 私益ヲ害スルニ拘ラス遡及ノ効力ヲ有ス</p> <p>第4条：社会ノ公益ニ関スル法律ト雖モ各個人其身分又 ハ資産ニ付既ニ獲得シタル私権ヲ害スルコトヲ得ス但シ 其権利ノ行用又ハ保存ノミヲ規定スルハ此例ニ在ラス</p> <p>第5条：身分ハ其獲得ニ必要ナル条件ノ完備シタルコト 又資産ヲ組成スル権利ハ其由ヲ生スル行為ノ完結シタル トキハ其権利ノ未必ニ係ルトキト雖モ之ヲ既得權ト為ス 人ノ能力及ヒ法律ノ直チニ付与スル權能ハ既得權ト為サ ス但シ其能力ニ依リ為シタル行為及ヒ其權能ノ行用ニ依 リ得タル利益ハ此限ニ在ラス</p> <p>権利行為ノ方式及ヒ証拠ハ其行為ヲ為シタル当時ノ法律 ニ從ヒ其適法ト否トヲ決定スヘキノ点ニ於テハ既得權ト 為ス</p> <p>第6条：私益ヲ規定スルコトヲ目的ト為ス法律ハ各個人ノ 私権ヲ害セサルトキト雖モ遡及ノ効力ヲ有セス但シ法律ノ 明文ヲ以テ遡及ノ効力ヲ附シタル場合ハ此例ニ在ラス</p> <p>第三 内外法律ノ抵触</p> <p>第7条1項：人ノ身分及ヒ能力ハ其本国法ヲ以テ之ヲ支</p>	<p>は次のことばで行い、官報に掲載された法律のあとに記す。「国 璽を付せる本法の速やかなる官報掲載を命じ、施行を宣す」</p> <p>第3条：公布は、法律の周知時点を決める。法律の周知 が推定され、立法者が他の日を定めないうざり、官報掲 載から10日後に法律は施行する。</p> <p>第二章 法律の効力</p> <p>第一節 法律の時に關する効力</p> <p>第4条：法律は将来のみを規定し、遡及の効力はない。</p> <p>第7条：法律が公益を目的とし、個人が私益しか主張し えないときは、裁判官は法律を過去にさかのぼって適用 しなければならないから、公法は遡及する。</p> <p>第5条：立法者は、社会の公益を規整する権限により私 益を損なっても、法律を改正することができるが、この 権限も国民の既得権を損なうことはできず、公安を理由 としてもその領域にある権利を奪うことはできない。</p> <p>第8条：人の身分は常に立法者の領域である。裁判官は、 有利、不利にかかわらず、新法を適用しなければならない が、旧法のもとでの適法な行為を尊重しなければならない。</p> <p>第25条2項：証拠方法は事実發生の国の法律による。</p> <p>第6条：法律が明らかに個人の領域にある権利を奪うと しても、裁判官は法律を適用し、その旨を司法大臣に通 知しなければならない。</p> <p>第9条：所有権については、裁判官は既得権、すなわち 個人の領域にある権利を奪うような新法を適用すること はできない。</p> <p>第10条：立法者が遡及の権限を有する場合には、裁判 官は、過去に遡って法律を適用することは許されない。 立法者は、所有権者から所有権を奪うことを禁ずる憲法 にのみ拘束される。裁判官はすべて既得権を尊重しなけ ればならず、公益と私益の調整はその役目ではない。</p> <p>第二節 法律の人と物への効力</p> <p>第11条：人の身分と能力に関する法律は、どこにいよ</p>
---	--

<p>配ス</p> <p>第7条2項：親族ノ關係及ヒ其關係ヨリ生スル權利義務ニ付テモ亦同シ</p> <p>第8条：動産ハ其所有者ノ本国法ニ服従ス 不動産ハ其所在地ノ法律ニ服従ス但シ私権ノミニ関スル法律ハ此例ニ在ラス</p> <p>然レトモ相続ハ財産ノ性質ト其所在地トヲ問ハス死者ノ本国法ヲ以テ之ヲ規定ス</p> <p>第9条1項：外国ニ於テ為シタル合意ニ係ルトキハ結約者ノ明瞭又ハ暗黙ナル意思ニ從ヒ之ニ適用スヘキ法律ヲ定ム可シ</p> <p>第9条2項：若シ結約者ノ意思分明ナラサル場合ニ於テハ其同国人ナルトキハ本国法ヲ適用シ又其同国人ニ非サルトキハ合意ヲ為シタル国ノ法律ヲ適用ス可シ</p> <p>第9条3項：結約者帝国ニ於テ其合意ノ公正証書ヲ作ルトキハ公証人ハ其結約者ニ本條ノ規則ヲ示ス可シ</p> <p>第10条：外国人帝国ニ於テ合意ヲ為ストキハ其本国法ニ從ヒ能力者タルヤ又ハ無能力者タルヤヲ申述ス可シ若シ此申述ヲ為サルトキハ其外国人ト結約スル者善意ナルニ於テハ能力ニ関スル帝国法律ノ適用ヲ求ムルコトヲ得 外国人公正証書ヲ作ルトキハ公証人ハ其能力ニ関スル本国法ヲ申述セシム可シ若シ之ニ違フトキハ其責ニ任ス</p> <p>第11条：生存者間ニ於ケルト死去ニ原由スルトヲ問ハス一方ノ意思ノミニ由ル処置ハ之ヲ為ス者ノ本国法ニ服従ス但シ反対ノ意思アルトキハ此例ニ在ラス</p> <p>第12条：不当ノ利得ハ当事者同国人ナルトキハ其本国法ヲ以テ之ヲ支配ス又其同国人ニ非サルトキハ其原由ノ生シタル国ノ法律ヲ以テ之ヲ支配ス 法律上ノ管理ヨリ生ズル義務ハ管理人ヲ付セラレタル者ノ本国法ヲ以テ之ヲ支配ス 不正ノ損害ハ有意ナルト無意ナルトヲ問ハス其事実ノ生シタル国ノ法律ヲ以テ之ヲ支配ス</p> <p>第13条：本国法ヲ適用スヘキ諸般ノ場合ニ於テ何レノ</p>	<p>うと、当国民を支配する。</p> <p>身分と能力に関する外国法は、当国にいる外国人が当国国籍を得るまで、その者を支配する。</p> <p>第12条：親屬の關係とそれに関る權利は、人が属する国の法による。</p> <p>第13条：動産と不動産は、その所有者の本国法による。</p> <p>第12条後段：法律または人の意思による相続は、故人の属人法による。</p> <p>第14条：外国で行われた合意は、当事者が服することを合意した法律による。明示の表示がなければ、裁判官は事件の事実と事情において当事者意思を探す。</p> <p>第14条3項：疑わしいとき、裁判官は当事者が同国籍ならば、当事者の属人法を適用し、異なる国籍に属するならば、契約地法を適用する。</p> <p>第14条2項：当事者が当国で公正証書を作成するならば、公証人は当事者に本規定を知らしめる。</p> <p>第15条：当国で契約する外国人は、属人法を、また仮に行爲能力制限があればそれを申し出なければならない。申し出なければ、同人と取引する第三者は、善意であれば、当国法の適用を求めることができる。 当事者が当国で契約の公正証書を作成するときは、公証人はその責任において、外国人が否か、なにが属人法か申出させなければならない。</p> <p>第16条：生前贈与または死因贈与は、反対の意思を表明しないかぎり、処分者の本国法による。</p> <p>第17条：不当利得は、当事者が同国籍ならば、当事者の本国法により、異なった国に帰属するならば、その地の法律による。 法律上の管理は、法定管理人が設けられる利益を有する者の属人法による。 不正の損害は、その事実が生じた地の法律による。</p> <p>第18条1項：属人法は、人の国籍による。</p>
---	--

<p>国民分限ヲモ有セサル者ハ住所又其住所知レサルトキハ其居所ノ法律ニ服従ス又日本人ト外国人トノ分限ヲ有スル者ハ帝国ノ法律ニ従フ</p>	<p>第18条3項：無国籍者の法規は住所により、住所がなければ、居所による。</p>
<p>第14条：公正証書及ヒ私証書ノ法式ハ之ヲ作ル国ノ法律ニ従フ</p>	<p>第18条2項：重国籍者で、うち一つの国籍が当国法で認められる者は、選択しなければ、当国法を属人法とする。</p>
<p>此法式ハ当事者ノ国民分限ノ如何ヲ問ハス之ヲ遵守セサル可カラズ但シ一個人又ハ同国人ナル数人ノ作ル私証書ニ係ルトキハ其本国法ニ従フモ自由ナリトス</p>	<p>第18条4項：属人法は、それが属する国籍の喪失により失われる。</p>
<p>第15条：有式ノ契約若クハ行為ト雖モ之ヲ為ス国ノ法式ニ従フトキハ法式上有効トス但シ故意ヲ以テ帝国ノ法律ヲ脱シタルトキハ此例ニ在ラス</p>	<p>第18条5項：国籍変更は、将来にのみ属人法を変更し、溯及効力はない。</p>
<p>第16条：外国ニ於テ作りタル証書ハ不動産物上権ヲ移動スル行為ニ係ルトキハ其不動産所在地ノ地方裁判所長又ハ其他ノ行為ニ係ルトキハ当事者ノ住所又ハ居所ノ地方裁判所長其証書ニ認印シタル上ニ非サレハ帝国ニ於テ効力ヲ生スルコトヲ得ス</p>	<p>第三款 行為の方式に関する法律の効力</p>
<p>所長ハ其証書ノ法式ハ之ヲ作りタル国ノ法律ニ適フヤ否ヤヲ検査ス可シ</p>	<p>第19条：公正証書と私印証書の単なる方式は、作成した国の法律による。</p>
<p>所長ノ決定ニ対スル抗告ハ控訴院長ニ之ヲ為ス可シ</p>	<p>第20条：方式は、当事者の国籍にかかわらず義務的である。ただし当事者一人または同国籍の複数当事者による私印証書は、本国法が定める方式によることができる。当事者の本国法が自筆方式の文書を禁じ、または一定の法律上の条件を課すときは、この規定も例外を認む。</p>
<p>第17条：人ノ身分及ヒ能力ニ関スル法式ハ其人ノ本国法ヲ以テ之ヲ支配ス</p>	<p>第21条：要式の契約または行為ならば、その要式は契約または行為を支配する法律による。</p>
<p>第18条：第三者ノ利益ノ為メニ設定スル公示ノ法式ハ不動産ニ係ルトキハ其所在地又其他ノ場合ニ於テハ其原由ノ生シタル国ノ法律ヲ以テ之ヲ支配ス</p>	<p>書面が外国で作成されるならば、公正証書又は私印証書の単なる方式はその地の法律による。</p>
<p>第19条：訴訟手續ハ其訴訟ヲ為ス国ノ法律ニ従フ</p>	<p>第22条：外国で作成した証書は、物権の移動に関しければ、財産所在地の裁判所長により、債権に関しければ、関係当事者の住所または居所の裁判所長の検認を受けた後にのみ効力を有する。</p>
<p>第20条：前数條ノ條例ニ拘ラス社会ノ權利ニ関スルト</p>	<p>証書が作成された国の法律が定める方式に行われたことを裁判所長は確かめる。</p>
	<p>裁判所長の決定への異議は、控訴院への申立てにより行い、控訴院が即時抗告として判断する。</p>
	<p>第23条：身分と能力に関する方式は、その本国法による。</p>
	<p>第24条：第三者の利益のために所有権、債権、物権の譲渡について定められた方式は属地法による。</p>
	<p>25条1項：手続の方式は、訴訟が行われる国の法律、執行の方式は、証書または判決が執行される地の法律による。</p>
	<p>第四款 公序に関する法律</p>
	<p>第26条：社会の権利に関する法律は、契約地、関係当</p>

<p>キハ行為ノ地、当事者ノ国民分限及ヒ財産ノ性質如何ナルヲ問ハス帝國ノ法律ヲ適用ス可シ</p> <p>此規則ハ就中左ノ法律ニ適用ス</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 公法及ヒ刑法ニ係ル法律 2 保安ニ係ル法律 3 善良ノ風俗ニ係ル法律 4 時効ニ関スル法律但シ獲得時効ハ財産所在ノ国ノ法律ニ從ヒ免責時効ハ義務ヲ生シタル国ノ法律ニ從フ <p>第四 法律ノ適用</p> <p>第21条：判事ハ法律ノ不明不備又ハ欠缺ヲ口実トシテ裁判ヲ拒絶スルコトヲ得ス若シ此規則ニ違フトキハ裁判拒絶ノ刑ニ処ス</p> <p>第22条：法律ノ不備若クハ欠缺アルトキハ判事ハ其裁判スヘキ事件ト同様ノ場合又ハ類似ノ事項ニ関スル法律ノ條例ヲ適用ス可シ</p> <p>第23条：刑罰法及ヒ制限法ハ其特ニ明示シタル場合ノ外ニ及ホス可カラス</p> <p>第24条：判事ハ法律ノ特ニ慣習ニ譲リタル場合ニ非サレハ慣習法ニ依リ裁判スルコトヲ得ス</p> <p>第25条：判事ハ法律ヲ非理、不正ナリト思料スルニ拘ラス又法律カ各個人ノ私権ヲ害スルトキト雖モ之ヲ適用セサル可カラス</p> <p>第26条：判事ハ其請求ヲ受ケタル事件ニ付一般成規ト為スノ方法ニ依リ宣告スルコトヲ得ス又將來ニ係ル裁判ヲ為スコトヲ得ス但シ將來ニ係ル義務執行ノ為メ予メ損害賠償ヲ宣告スルコトヲ得</p> <p>第27条：法律ハ其明瞭又ハ暗黙ニ廢セラレサル間ハ之ヲ適用ス可シ其適用ノ斷絶ハ法律ノ効力ヲ廢滅セス</p> <p>第五 法律ノ解釈</p> <p>第28条：法律明カナルトキハ其精神ヲ推究スルコトヲ口実トシテ其正文ヲ没スルコトヲ得ス</p> <p>第29条：法律ハ解釈上其規定シタル目的ニ限ル可ク其關係ナキ他ノ目的ニ及ホス可カラス</p>	<p>事者の国籍、財産の性質にかかわらず、適用される。</p> <p>この規則は次の法律に適用する。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 公法、刑事法に関する法律 2 善良ノ風俗に関する法律 3 相続につき公的特権を廃止する法律 4 時効に関する法律。取得時効は財産所在地法、消滅時効は債務の契約地の法律による。 <p>第三章 法律の適用</p> <p>第27条：法律の欠缺、不明または不備を口実に、裁判を拒絶する裁判官は、裁判拒絶の罪ありとして訴追される。</p> <p>第28条：裁判官は一般規則の規定によって係属事件を判断してはならない。</p> <p>第四章 法律の解釈</p> <p>第29条：法律が明らかなきは、その趣旨を口実に、文言を無視してはならない。</p> <p>第30条：条文を趣旨、慣習、学理で豊かにするとしても、廃止された旧法や法律でない学説を解釈に混ぜてはならない。</p> <p>第31条：法律の解釈は、立法者が予定したものに限り、無関係な事項に規定を適用してはならない。</p> <p>第32条：法律が明らかなきは、法律に反して、字義解釈が導く非常識な結果を主張してはならない。</p>
--	--

<p>第30条：法律ニ例外ノ存セサルコトハ之ヲ補足スルコトヲ得ス但シ法律ニ存セサル例外ト雖モ他ノ規則ノ適用タルトキハ此限ニ在ラス</p> <p>第31条：法律ノ區別セサル処ニ區別ヲ為ス可カラス但シ法律ノ理由ヨリ生シル必要ノ區別ハ此限ニ在ラス</p> <p>第六 法律ノ権力</p> <p>第32条：公ケノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ関スル法律ニ抵触シ又ハ其適用ヲ免レントスル合意若クハ処置ハ不成立トス</p> <p>第33条：身分又ハ能力ヲ規定スル法律ヲ免カル、合意又ハ処置ハ無効トス</p> <p>第34条：権利行為ハ其成立ニ必要ナル条件ノ一ヲ缺キタルトキハ不成立トス</p> <p>第35条：権利行為ノ無効ハ法律ノ正條ニ拠ルコトヲ要シ之ヲ補足スルコトヲ得ス</p>	<p>第33条：法律にない例外を加えてはならず、例外がそれ自体、規則またはその適用でないかぎり、裁判官は類推によって例外を拡張してはならない。</p> <p>第34条：法律の基礎にある立法理由が区別していないかぎり、法律が区別していないときに、区別してはならない。</p> <p>第五章 法律の権威</p> <p>第36条：公序または善良の風俗に関する法律に反し、または回避する合意または協定は、法律上無効である。</p> <p>第35条：当事者は、合意または協定によって、人の身分または能力を支配する法律を免れ得ず、行っても無効である。</p> <p>第37条：法律行為は、その成立の要件を充足しなければ、無効である。</p>
--	--

熊野参事官は『民法草案人事編理由書・上巻』でイタリアの規定を参考にしたこと、「この法例はフランス民法前加編に比較すればその条数ほとんど六倍」に増えたことを記している⁽³³⁾。実際には、ローラン草案自体がイタリア法の規定をすでに織り込んでいたのであり、ローラン教授は司法大臣宛て報告書で「フランス民法典の規定は法規というより理論であり、法律というよりも教科書」のようなもので、「短縮しすぎだった」ので、「フランス民法典後にそれを参考にして制定された各国の法律のように条文を増やした」と述べているが、このフランス民法典のあとの法律とはオランダ⁽³⁴⁾やイタリアの規定⁽³⁵⁾のことである⁽³⁶⁾。

(33) フランス国際私法学者のレネ教授は、1804年民法典は原則だけを規定し、個別のケースを裁判官に委ねたが、その後、現実はこの民法典の想定ほど単純ではないことがわかり、ローラン教授は裁判官任せにせず、立法者が明解な基準を設けるべきと判断したと説明する。ただし1804年民法典の編纂者がこの問題を知らなかったのではなく、成文文化も可能であったが、その当時は仏英間などの国家対立があり、「法律の抵触以前に、軍隊の争闘のある」時代で、外国人に宥和的な時代ではなかったともいう (Armand Lainé, *Étude sur le titre préliminaire du projet de révision du code civil belge*, 1890, p. 7)。

4 旧法例とベルギー改正新草案

「民法草案人事編」は意見聴取のため各方面に送られ、法例を民法から独立した法律とせよということのほかにも意見があった。カークード顧問は、民

- (34) ナポレオン退位後、オランダ・ベルギー連合王国では民法典が編纂され、1830年7月5日の王令で、連合王国民法典を1831年2月1日に施行することとした。併行して1829年5月15日に「王国法に関する一般規定に関する法律」(*Wet van 15 mei 1829, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk*)を定めた。全部で14か条で、慣習法の効力(3条)、法律の効力の不遡及(4条)、法律の廃罷(5条)、人の身分と能力の準拠法(6条)、不動産の準拠法(7条)、自国民外国人平等原則(9条)、契約方式の準拠法(10条)、裁判官の法律順守義務(11条)などを規定した(*Notice sur le nouveaux codes du Royaume des Pays-Bas, Archives de droit et de législation, Tome III, 1840, p. 175*を参照)。オランダではフランス民法典の施行は1838年10月1日をもって終了した。
- (35) イタリアは1861年に統一(Risorgimento)、国際法学者マンチーニ(Pasquale Stanislao Mancini, Comte de Mancini, 1817-1888)の努力により民法典と共に1865年6月25日に「法律一般の公布、解釈と適用に関する規則」(*Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione et applicazione delle leggi in generale*)を定めた。この法律はわが国でも明治15年にフランス人学者によって説明書が出版された(ユック(光明寺三郎訳)『司法省蔵版・伊佛民法比較論評』(明治15年7月))。同法は12か条で、法律の公布と施行(1条)、法律の不遡及(2条)、法律の拡大解釈の禁止(3条)、刑罰法、権利制限的法律の効力の制限(4条)、新法と旧法の関係(5条)を規定する。6条以下が固有の国際私法規定で、人の身分・能力と親族関係(6条)、動産の所有者本国法準拠、不動産の所在地法準拠(7条)、相続の準拠法(8条)、遺贈、遺言の準拠法(9条)、手続は法廷地法に依るの原則、証拠原則、外国判決の効力(10条)を規定した。11条はフランス民法典3条1項と同じで、12条は強行規定に反する私的な合意を無効とした。
- (36) ローラン教授は、司法大臣宛て報告書で「当初起案の時点でわがベルギーの法典になるはずであったオランダ法、および権利のために生れたその天分が頁のすみずみに刻まれ、驚異の作というべきイタリア法に多くを負う」と記している(François Laurent, *Avant-projet de révision du Code civil, Tome 1^{er}* (Bruylant, 1882), p. VIII, dans la lettre à M. Le Ministre de la justice)。オランダ法がベルギーの法典になるはずであったとは、ベルギーは1830年に独立するまでオランダと連合王国を形成したからである。

法草案人事編がローラン草案を模範にしたことは明らかであり、そうであるならベルギーにはもっとあたらしい草案があると知らせたのである⁽³⁷⁾。すなわち「(民法草案人事編を) 編纂したる日本の委員がローラン教授氏の草案に重きを置きたることは、余はこれを悲嘆する」、なぜなら「余は本草案(民法草案人事編) おおくの点においてローラン教授氏の草案に従っていることを見るのみならず、はなはだしきはそのために編纂せられしベルギー委員の明らかに、かつ強く非認したるところにおいてすら、なおこれに従」つたと述べている。カークード顧問がいう「ベルギー委員」とは、ベルギー政府が1884年11月15日の王令で設けることとした民法典改正委員会のことで⁽³⁸⁾、この委員会は1887年(明治20年)には改正新草案を提出していた。

カークード顧問の意見が効いたのかどうか分からないが、「法例に関するベルギー民法審査委員会報告」という邦文文書が作成されている。これはベルギー民法改正委員会ヴァン・ベルシエム委員(M. Van Berchem)が作成した「ベルギー改正新草案・報告書」の翻訳であると思われる⁽³⁹⁾。翻訳の完成

(37) カークード顧問はなんども意見を出し、ローラン教授に言及することも多い。その第1回意見書では「しばしばベルギー法典改正草案およびローラン氏法典草案の事を引記」して意見を書いたとし、その意見書「法典中に法律の解釈に関する規則を設定するの可否」では、「ローラン氏の意見」として、ローラン教授の改正草案の前加編の「法律の解釈」に関する説明箇所を訳出している。これは Laurent, *Ibid.* p. 173 に該当する。さらに草案の28条(法律の解釈)については、ローラン教授の著書の『民事法原理』第1巻の「法律の解釈」第273項目から引用している(François Laurent, *Principes de droit civil*, Tome 1^{er} (Bruylant, 1882) p. 342.)。カークード委員の意見書ではローラン草案への言及が頻発している。

(38) この委員会の委員はブリュッセル弁護士会と控訴院、破産院、リエージュ、ブリュッセル、ヘントおよびルーヴァンの各大学、下院および閣僚から選任された(Lainé, *supra* note 33, p.1) (部分訳はレネ(拙訳)「フランス・ベルギーの国際私法の歴史素描」広島法学38巻3号20頁)。

(39) 改正委員会報告書の原文は未見である。レネ教授の論文に、報告書の1頁には司法官の義務、慣習法の効力、法律の学理による解釈、法律の廃罷について記載されているとあり、邦訳の「法例二関スル白耳義民法審査委員会報告」の記述と合致する。

時期はわからないが、民法草案人事編の修正用に急遽用意されたのであろう。そうすると旧法例にはベルギー改正新草案が参照されたことになる。

ローラン改正草案はフランス民法典を大きく改変するものではなく⁽⁴⁰⁾、ベルギー改正新草案も、フランス民法典の基本を維持し、時代に適合しない箇所を修正するだけであった⁽⁴¹⁾。改正新草案はローラン草案と比べると条文数が半減しているが、法律の公布(ローラン草案の1条から3条)を1条に、法律の時間的効力(同4条から10条)を2条だけにして、法律の解釈(同29条から34条)を削除し、法律の権威(同34条から37条)を17条だけにしたため、内外法律の抵触の規定はローラン改正草案の16か条に対して、改正新草案では12か条と大きな変更はなかった。また改正新草案は法的性質にしたがってまとめのために減ったということもできる⁽⁴²⁾。偶然の一致であろうが、わが国の旧法例も改正新草案と同じく17か条である⁽⁴³⁾。条文の順序には異なる点もあるが、規定は類似する。一部条文を移動して対比してみよう。

(40) この点はカーケード顧問も認めている。ファン・ヘッケ名誉教授は、条文数、行為の方式に関する規定には違いがあるが、改正新草案はローラン草案を大きく修正していないとする(G. van Hecke, "Les projets de titre préliminaire de Laurent et de la commission de révision," *Liber Memorialis François Laurent 1810-1887* (Story-Scientia, 1989), p. 1119)。

(41) 司法大臣が国王に提出した委員会設置報告で「民法典はすでに80年も生活を支配し、人と物に関する民法典の原則は一般に社会的に受容されているので、基本を変えず、この偉大な記念碑を壊すことはせず、時代に合わなくなったところを修繕するだけにして、判例、学説が対立する箇所を編集するのよい」とあった(Eugène Hanssens, "Le code civil en Belgique," *supra* note 29, p. 683)。

(42) Lainé, *supra* note 33, p. 26.

(43) 改正新草案には、ローラン草案にあった法律の解釈の規定はない。「法例に関するベルギー民法審査委員会報告」では、法律の解釈は裁判所構成法に規定すべきであると記されている。

旧法例	ベルギー改正新草案・前加編 ⁽⁴⁴⁾
第1条：法律ハ公布アリタル日ヨリ満二十日ノ後ハ之ヲ遵守ス可キモノトス但法律ニ特別ノ規定アルモノハ此限リニ在ラス	第1条：国王ノ頒布シタル法律ハ、之ヲ官報ニ登載シタル日ヨリ十日ノ後ニ執行力ヲ有ス但シ頒布シタル法律ニ他ニ期限ヲ定メシ時ハ此限ニ在ラス
第2条：法律ハ既往ニ遡ル効力ヲ有セス	第2条：法律ハ将来ノ為メニナラデハ規定セス又法律ハ遡及ノ効力ヲ有セス
第3条：人ノ身分及ヒ能力ハ其本国法ニ従フ親屬ノ關係及ヒ其關係ヨリ生スル權利義務ニ付テモ亦同シ	第3条：刑法、警察及ヒ安ニ関スル法律ハ王国ノ土地ニ在ル総テノ者之ヲ遵奉セサル可ラス
第4条：動産、不動産ハ其所在地ノ法律ニ従フ	第4条：人ノ身分及ヒ能力並ニ親族ノ關係ハ其人ノ属スル国ノ法律ヲ以テ支配セラル
然レトモ相続及ヒ遺贈ニ付テハ被相続人及ヒ遺贈者ノ本国法ニ従フ	第5条：動産及ヒ不動産ハ之ヲ以テ目的トスルコトヲ得ル物權ニ関シテハ其所在地ノ法律ニ従フ ⁽⁴⁵⁾ 債權ハ債務者ノ住所ニ其所在ヲ有スト見做サル然レトモ此權利カ移転又ハ裏書ノ方法ヲ以テ譲渡ス可キ權原ニ依テ代表セラル、トキハ權原ノ在ル地ニ在リト看做サル 動産ノ所在上ニ生シタル變動ニ依テ法律ノ抵触アルトキハ最モ新漸ナル所在ノ法律ヲ適用ス
第5条：外国ニ於テ為シタル合意ニ付テハ当事者ノ明示又ハ黙示ノ意思ニ從ヒテ何レノ国ノ法律ヲ適用スヘキヤヲ定ム	第6条：相続ハ死者ノ国ノ法律ニ從テ規定トセラル 贈与及ヒ遺言ノ主旨及ヒ効果ハ処分者ノ国ノ法律ニ依テ之ヲ支配セラル 死者又ハ処分者ノ国ノ法律ノ適用ハ財産ノ性質及ヒ其在ル国ノ如何ヲ問ハステ之ヲ為ス
当事者ノ意思分明ナラサル場合ニ於テハ同国人ナルトキハ其本国法ヲ適用シ又同国人ニ非サルサルトキハ事実上	第7条：合意上ノ義務及ヒ其効力ハ契約ノ地ノ法律ニ依テ規定セラル 然レトモ若シ契約者ノ国ノ法律カ同一ナル方法ヲ以テ規定スル時ハ寧ロ此法律ニ従フ 若シ明カニ顯証セラレ又ハ事情ニ因テ顯表シタル当事者

(44) 「法例に関するベルギー民法審査委員会報告」の訳による。

(45) レネ教授はこれを *lex rei sitūs* 原則にもとづくとする。フランス民法典第3条2項には不動産とあるだけで、動産について規定がなかったが、*mobilia ossibus personae inherēt* (動産は人に付く) から、*mobilia sequuntur personam* (動産は人に随う) の原理が導かれ、属人法によることになった (19世紀中段以降は、国民国家の形成により、属人法は住所ではなく国籍基準に変わる)。結果として、物權は所在地法によることになる (Lainé, *supra note 33*, p. 57)。

<p>合意ニ最大ノ関係ヲ有スル地ノ法律ヲ適用ス</p> <p>第6条：外国人カ日本ニ於テ日本人ト合意ヲ為ストキハ外国人ノ能力ニ付テハ其本国法ト日本法トノ中ニテ合意ノ成立ニ最モ有益ナル法律ヲ適用ス</p> <p>第7条：不当ノ利得、不正ノ損害及ヒ法律上ノ管理ハ其原因ノ生シタル地ノ法ニ従フ</p> <p>第8条：本国法ヲ適用ス可キ諸般ノ場合ニ於テ何レノ国民分限ヲモ有セサル者又ハ地方ニ依リ法律ヲ異ニスル国ノ人民ハ其住所ノ法律ニ従フ若シ住所知レサルトキハ其居所ノ法律ニ従フ</p> <p>日本人ト外国人トノ分限ヲ有スル者ハ日本法律ニ従ヒ又二箇以上ノ外国国民分限ヲ有スル者ハ最後ニ之ヲ取得シタル国ノ法律ニ従フ</p> <p>第9条：公正証書及ヒ私署証書ノ形式ハ之ヲ作ル国ノ法律ニ従フ但一人又同国人ナル数人ノ作ル私署証書ニ付テハ其本国法ニ従フコトヲ得</p> <p>第10条：要式ノ合意又ハ行為ト雖モ之ヲ為ス国ノ形式ニ従フトキハ形式上有効トス但故意ヲ以テ日本法律ヲ脱シタルトキハ此限ニ在ラス</p> <p>第11条：外国ニ於テ其国ノ形式ニ依リテ作リタル証書ハ不動産物権ヲ移転スル行為ニ係ルトキハ其不動産所在地ノ地方裁判所長又他ノ行為ニ係ルトキハ当事者ノ住所又ハ居所ノ地方裁判所長其証書ノ適法ナルコトヲ検認シタル上ニ非サレハ日本ニ於テ其効用ヲ致サシムルコトヲ得ス</p> <p>第12条：第三者ノ利益ノ為メニ設定スル公示ノ形式ハ不動産ニ係ルトキハ其所在地ノ法律、他ノ場合ニ於テハ其原因ノ生シタル国ノ法律ニ従フ</p> <p>第13条：訴訟手続ハ其訴訟ヲ為ス国ノ法律ニ従フ裁判</p>	<p>ノ意ヨリシテ当事者ハ其合意ヲ或ル定マリタル法律ニ従ハシメント欲セシ事ノ明カナル時ハ此規則ハ適用ス可カラス此事ニ付キ契約者ニ與ヘラレタル権能ハ少クモ其中一人ノ国ノ法律、契約ノ地ノ法律若クハ契約ノ執行セラル可キ地ノ法律ナラテハ目的トスル事ヲ得ス</p> <p>本條ノ定規ハ合意ノ目的タル財産ノ性質及ヒ此財産ノ在ル国ノ如何ヲ問ハス之ヲ遵奉ス可シ</p> <p>第8条：准契約、私犯及ヒ准私犯ハ義務ノ原因タル行為ノアリタル地ノ法律ニテ之ヲ管ス</p> <p>第12条1項：定マリタル何等ノ国籍ヲモ証明セサル者ハ管人法トシテ白耳義法律ヲ有ス</p> <p>第12条2項：同時ニ白耳義ノ国籍ト外国ノ国籍トニ属スル者モ亦然リ</p> <p>第13条：国籍ノ変更ハ遡及ノ効力ヲ有セス人ハ法律ノ明治タル条件及ヒ方式ヲ履踐シタルノ後且只此時期以後開始シタル権利ノ行用ノ為メニナラテハ此変更ヲ利用スルコトヲ得ス</p> <p>第9条：公正証書及ヒ私署証書ノ方式ハ之ヲ作リタル国ノ法律ニ依テ規定ス然レトモ私署証書ハ總テノ当事者ノ国ノ法律ノ認許セントル方式ニ従テ之ヲ作ルコトヲ得</p> <p>第10条：或ル処分ヲ支配スル法律ニ於テ主要ノ条件トシテ証書カ公正ノ方式若クハ自筆ノ方式ヲ有セシコトヲ要スルトキハ当事者ハ縦令証書ヲ作りタル場所ノ法律カ他ノ方式ヲ允可スルトキト雖モ之ニ従フコトヲ得ス</p> <p>第11条2項：契約及ヒ裁判所ノ執行方法ハ執行ノ行ナハル、国ノ法律ニ因テ支配セラル</p> <p>第11条1項：訴訟手続ノ管轄ト方式ハ訴訟ヲ起サレタ</p>
--	--

<p>及ビ合意ノ執行方法ハ其執行ヲ為ス国ノ法律ニ從フ</p> <p>第14条：刑罰法其他公法ノ事項ニ関シ及ヒ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ関スルトキハ行為ノ地、当事者ノ国民分限及ヒ財産ノ性質ノ如何ヲ問ハス日本法律ヲ適用ス</p> <p>第15条：公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ関スル法律ニ抵触シ又ハ其適用ヲ免カレントスル合意又ハ行為ハ不成立トス</p> <p>第16条：身分又ハ能力ヲ規定スル法律ヲ免カルル合意又ハ行為ハ無効トス</p> <p>第17条：判事ハ法律ニ不明、不備又ハ欠缺アルヲ口実トシテ裁判ヲ為スヲ拒絶スルコトヲ得ス</p>	<p>ル国ノ法律ニ因テ規定セラル</p> <p>第11条3項：証拠方法ハ証ス可キ權義上ノ所為ノ行ナハレタル国ノ法律ニ依テ定メラル然レトモ總テ当事者ノ国ノ法律カ更ニ十分ナル証拠方法ヲ允可スルトキハ先ツ証拠方法ハ認許セラル可シ</p> <p>第14条：前數條ニ拘ハラズ外国ノ法律ハ社会ノ權利若クハ利益ヲ固定シ又ハ担保トスル場合ニ於テハ是ヲ考察スルコトヲ得ス</p> <p>第16条：裁判官ハ其受理セル訴訟ニ付汎博ニシテ且規則ト為ル可キ制定ノ方法ヲ以テ宣告スルコトヲ禁セラル</p> <p>第17条：私ノ合意及ヒ処分ヲ以テ公秩序及ヒ良風俗ニ関スル法律ニ戻ルコトヲ得ス</p> <p>第15条：法律ノ欠缺、不明又ハ不備ヲ以テ口実トシ裁判スルコトヲ拒ム裁判官ハ裁判否拒ノ罪アリトシテ訴ヲ受ク可シ</p>
---	--

5 旧法例から法例へ

明治25年5月と6月に、旧法例と旧民法の施行延期が決定された⁽⁴⁶⁾。延期法案を提案した村田保議員は条約改正という大目的を前にして、「(外国法の)調査にも期限ありてついに十分の事となし遂げずして(旧民法、旧法例等が)頒布となりたることにて充分の調査を遂げざることは明か」と断じて、延期を正当化した。

旧法例の実施が延期され、明治26年(1893年)2月勅令第11号をもって法典調査会が設けられ、民法とともに法例の修正が開始された。法例修正案の起草は穂積陳重と梅謙次郎の二博士に託され、主として穂積委員が担当し

(46) 施行延期には当然、異論があり、ボアソナード顧問は、延期論者の主張が「虚妄の原因に誤られて不幸なる結果」を生ずると批判した(ボアソナード(森順正訳)『新法典駁議辨妄』(明治25年))。

た⁽⁴⁷⁾。

法例の修正案では、村田議員が主張したように、当時の各国の法律、法案を広く渉猟したうえで起案されており⁽⁴⁸⁾、ベルギー法案の影響はほとんど見られず、むしろ法典調査会で穂積委員が説明するように、旧法例のローラン草案の影響を意図的に排除した⁽⁴⁹⁾。

修正後の法例は全31か条で、旧法例とは対照的に詳細な規定となっている。旧法例と明治31年の法令の条文は、国際私法判例百選などを参照頂くこととし、ここには掲げなかった⁽⁵⁰⁾。

6 検討

旧法例の規定と比べると、修正とは名ばかりで、法例は根本的に改変されている。この改変の理由を考えてみよう。

(1) 法規分類理論は過去の理論であったこと

法規分類理論とは、法規を人に関するものと物に関するものに分け、その適用範囲を定める理論である。14世紀のイタリア・後期注釈学派以降、16世紀フランスのデュムーラン、ダルジャントレが形成し、18世紀に入ってブイ

(47) 法例の修正案でも、民法から独立した法律にすることは、明治26年5月12日の民法主査会第一回で確認された。この場で纂作委員から「之ハ御承知ノ通り今日ノ法典ハ仏蘭西ガ本ニ相違ナイ、何ウシテモ吾々ハ仏蘭西ヲ本トシテ拵ヘタルモノト見ナケレハナラス、ソコデ御承知ノ通り仏蘭西ノ民法ノ初メニ前加編ト云フモノガアリマシテ之ハ民法ノミナラス他ノ総テノ法律ニマデ適用スル所ノ前加編ト云フモノカアツタ、其処デ矢張り民法ノ初メニ斯ウ云フ事ヲ入レヤウカト云フ論カアリマシタガフランスノハ民法ノ初メニ前加編デアル、其前加編ハ他ノ法律残ラス適用スルノテアルガソレデハ不都合ダカラ日本デハ其轍ヲ踏ムノハ馬鹿ラシイカラ別ニ法例ヲ設ケテ民法ノミナラス其他ノ法律ニマデ適用スヘキモノヲ一ノ単行法デ拵ヘルカ宜シイト云フノデ之ヲ拵ヘタ譯デアリマス」と発言している。会議では「法例ハ現今ノ如ク特別法トシテ存シ法令ノ効力ニ関スル一般ノ規定ヲ掲グルコト」とされた。

(48) 明治30年11月以降の法典調査会では多数の立法例、法案例が参照されたことが説明されている。

エ、フローラン、ブルノアなどが発展させた。この理論は、フランスや欧州大陸における国家形成と密接に関係する⁽⁵¹⁾。中世フランスは王領のほか国内に多くの封建領主領を抱え、16世紀初めに登場したフランソワ1世が分裂していた国内諸領地(公領、司教領)を王国に統合し、絶対王政の基礎を築くが、絶対王制のもとでもフランスの北部には慣習法が適用され、南部にはローマ法成文法が適用されるという状態で、法規が分裂していた。さらに北部の慣習法地域でも各領地、各都市で慣習が異なり、細かく分類すると慣習は数百におよぶといわれた。国王裁判所は各領地、各都市の法規を無視しえないから、法規を属人法と属地法に分けこれを法律関係に適用するという方法をとったのである⁽⁵²⁾。事情はドイツ、イタリア、ベルギーなど周辺各国でも同様であった。自国法と他国法が抵触する場合に法規分類によって処理するこ

-
- (49) 法典調査会の第1回法例議事速記録(明治30年11月29日)で穂積委員から旧法例第13条(訴訟手続ハ其訴訟ヲ為ス国ノ法律ニ従フ)の削除について、『ローラン教授』ノ法案ニハ之ヲ掲ケテアリマス定メテソレニ倣フタノデアラウカト思モヒマスガ『ローラン教授』ソレ自身モ唯政府ノ注意ヲ喚起スルニ止マルノデアツテ此草案ハ民事訴訟法ニ於テ規定スベキモノデアルト云フコトヲ自分デ説明シテ居ル』と説明があり、第5回(明治30年12月8日)では、第7条の法律行為の方式について「本條ハ舊法例ノ第九條カラ第十一條マテヲ修正致シマシタモノテアリマス法例ノ第九條ニ於キマシテハ重モニ白耳義ノ『ローラン教授』ノ案ニ見倣ツタモノト見エマスル』としている。第8条(動産不動産に関する物権)についても「不動産ハ所在地法ニ依ル動産ハ属人法ニ依ルト云フ主義ノ外ニ法例ノ草案テアリマス草案ノ如キハ『ローラン教授』ノ案ニ依リマシテ動産不動産共ニ其所有者ノ本国法ニ依ルト云フ主義ヲ採ツテ居リマス』とし、消滅時効について「債権ハ消滅スルト云フコトヲ見タモノテアルカト云フ之ハ『ローラン教授』案テアリマス」、さら第9条は「實際ローラン教授氏ノ草案第十四條ニ倣フモノナリ」、第10条も「第一項ハ『若シ彼等カ良信ニテ行為シタルトキハ』ノ数語ヲ省キタル外ローラン教授氏草案第十五條第一項ト同一ナリ』としている。
- (50) 民法草案人事編・前加条目、ローラン草案には「法律の解釈」の規定があったが、明治26年5月12日の法典調査会・民法主査会第一回で法例を独立の法律とし、「法令の解釈」の規定を置かないことを決めた。
- (51) フランスの国際私法の形成については、レネ「前掲論文」(注38)20-52頁、ローラン「前掲論文」(注27)84頁を参照。

とは、絶対王政の統合にベストではないものの、ベターな方法であった⁽⁵³⁾。絶対王政から革命を経て制定されたフランス民法典は第3条でこれを成文化した。同1項は公安・治安に関する法律は国内居住者すべてにおよぶ、同2項は不動産は所在地法による、同3項は人の身分と権利に関する法律は本国法によることとした。1865年のイタリアの規定も同様である。ローラン教授は、その草案がフランス民法典第3条の考え方を脱するものではなく、発展させたものであると説明し⁽⁵⁴⁾、ベルギー改正新草案も法規分類理論にもとづくことを明記した⁽⁵⁵⁾。

しかし法例が起案された1880年代後半にはすでに、法規分類理論は過去の理論になっていたことは熊野参事官自身が認めていた⁽⁵⁶⁾。パテルノスト口顧問は、「民法草按法例第六条乃至第十九条ニ関スル学説」という意見書で、法

(52) 熊野参事官は、「今日佛国ニ於テハ全国一致ノ法律アリト雖トモ昔時ハ決シテ然ラサリシナリ国中数多ノ慣習法アリシテ以テ其慣習法相抵触スルトキハ何レノ慣習ヲ適用スヘキヤヲ決定スルノ必要アリキ」として、内外法律の抵触の問題が生じた背景を述べ、その例として「巴里ノ人馬耳塞ニ於テ財産ヲ所有スルトキハ巴里ノ慣習ヲ適用スヘキ乎將タ馬耳塞ノ慣習ヲ適用スヘキヤノ問題ヲ生スヘシ之ヲ名ケテ裁判所ノ大事件ト云ヘリ」と説明した。そして民法典編纂によって「今日佛国ハ全国一致ノ法律ヲ制定シテ此問題ヲ断定シタリ」とし、「往時一国内ニ於テ法律ノ抵触ヲ断定スルニハ法律ヲ二種ニ區別」し、フランス民法典は「スタチウ、レエル(という)物ニ関スル法律」と「スタチウ、ベルソネル(という)人ニ関スル法律」を区別し、「人ニ関スル法律トハ其到ル処ニ追隨シ必ラス此人ニ適用スヘキ法律」をいい、「物ニ関スル法律トハ其物ノ所有者如何ナリト雖トモ此物ニ適用スヘキ法律」をいうと説明した(熊野敏三『前掲書』(注24)82頁, 85頁)。

(53) 法規分類理論ではなく、すべて自国法で判断する属地的処理もあるが、他国との敵対関係を生じるおそれがある。ローラン教授は属地的処理をイギリスに固有の封建制の遺物であると批判した(ローラン「前掲論文」(注27)84頁)。

(54) Laurent, *supra* note 36, pp. 22-30.

(55) 「法例に関するベルギー民法審査委員会報告」の第3条に関する説明。ファン・ヘッケ名誉教授はベルギー改正新草案がフランス民法典3条1項の規定を継承したとする(van Hecke, *supra* note 40, p. 1124)。

規分類理論⁽⁵⁷⁾を古代学説であり、「現時は諸家の排斥するところ」と評した。フランスのポスト・ローラン世代のピレ (Antoine Pillet, 1857-1926) は、人の移動が頻繁になり、財産の形態が多様化し、法律関係が複雑化し、単純な法規分類理論法では対応できないと評した⁽⁵⁸⁾。

法例の修正で穂積委員は「旧法例は僅か 17 か条で済んでおりました。それで載せてありますところの規則は皆広い原則」であり、「その原則はあまり広すぎ」て、「ほとんどこれをどう適用してよろしいか、その事柄を解釈することができぬ」と述べている。法規分類理論の基本的な欠陥についての的確な指摘といえよう。そのうえで「国際私法に關しまする規定は近頃だんだん細かになり、原則が多くなって諸国の成文法もしたがって殖え」ており、また「近ごろよほど著しい進歩をなしまして諸国があるいはしばしば国際会議を開きましてその会議によってこれまで争いのあり疑いの起こりました原則

(56) 熊野参事官は、フランス民法典が人に関する法律と物に関する法律を区別し、「諸般ノ法律ヲ此二種ノ中ニ類別セント尽カシタ」が、「此主義ハ精確ノ説ニアラサルナリ、何トナレハ法律ノ中ニハ人ニ関シ又ハ物ニ関スル法律ニ類入ス可ラサルモノ極メテ多ケレハナリ」、「故ニ今日ハ諸国法律ノ抵触ヲ決定スルニ一定ノ元則ナキコトハ殆ント一般学者ノ定説ナリ」とした。これはフランス民法典前加編ではなく、ローラン草案を模範とした理由であろう。「法律上ノ各所為ニ付キ困難ヲ生スル毎ニ其事實ノ性質ヲ深察シテ、最モ自然允当ニ此事實ニ適用スヘキ法律ヲ發見スヘシ」、「是レ国際私法ヲ探究シテ中世以来ノ熟套ヲ一変シタル独逸著名ノ学者ザビニー、ブロンチュリー諸氏ノ説ナリ」として、法規分類理論後の国際私法に言及する。「此説ニ從ヘハ諸般ノ所為ヲ探究シテ国法ヲ外国人ニ適用スヘキ場合ト外国法ノ適用ヲ允許可スヘキ場合トヲ區別セサル可ナラス」、「諸国共ニ自國ノ地ニ於テ外国法ノ適用ヲ允許シ、諸国法律ノ抵触ヲ決スル国際通法ノ存スルコトヲ認許スルニ至レリ」としている (熊野敏三『前掲書』(注 24) 85 頁)。

(57) パテルノストロ顧問は、法規分類理論を主管法主義 (スタチュー) としている。

(58) ピレ教授は、嫡出などの身分や動産の所有権を自然権ではなく、一国の実定法の結果と理解しており、ローラン教授の考え方からは遠い (A. Pillet, *Principes de droit international privé* (Pedone, 1903), pp. 26, 35)。法規分類理論をとらなければ、自然権という考え方をとる必要はないことを示している。

を規定し、これを条約にする」ようになったこと、「列国会議の結果あるいは学者の会議の結果等によりまして、従来は学説ばかりになっており裁判例だけになっておったものをほとんど諸国で一致して認めたような結果が出てまいりました」ので、「本案などにおきましても自ら規定が殖え」と述べている⁽⁵⁹⁾。ただしわが国の代表が会議に出て議論をしたわけではない。

(2) 権利思想への反感

ローラン教授は「私権 (*les droits privés*) とは人が物的、知的また道徳的に生存するために不可欠という意味で自然権⁽⁶⁰⁾であり、自然権は国籍の区別なく、すべての人に帰属する」と述べている。自然権とは、事物の本性上、人に当然に認められる権利であり、『民事法原理』第1巻で、婚姻権、相続権、所有権、契約締結権などを自然権として挙げ、「自然権」を萬民の権利 (*droit des gens*) とも呼び、「理論的には普遍」なものとして説明した⁽⁶¹⁾。一方、各国の実定法が規定する権利は民事上の権利 (*les droits civils*) であり、「フランス民法典は自然権と民事上の権利を分け、外国人も原則として自然権を享受するが、民事上の権利を享受するとは限らない」としている⁽⁶²⁾。

民事上の権利は各国の法規に規定されており、法規分類理論は、個々の法

(59) 法典調査会における新法例案の第一回の討議(明治30年11月29日)での穂積委員の説明。

(60) ローラン教授は「人の本性と市民社会から帰結する権利は法律に先行する」とし、「国際私法が存在するためには、人はその国籍を問わず、どこでも同じ権利を享受できなければならない」、「これら権能は生命に付帯し、世界中どこでも生活し、物理的、精神的、道徳的行動が可能であるから、どこでもこれら権能を享受できなければならない」、「人の権利は国家の多様性とは無縁である」とした(François Laurent, *Droit civil international*, Tome I (Bruylant, 1880), pp. 13, 22)。国際私法の存在根拠は、属地主義ではなく、属人主義を認めることにあるとしている(同68頁)。

(61) Laurent, *supra* note 60, p. 11.

(62) Laurent, *supra* note 36, p.23.

律関係に自国法と外国法のいずれを適用するか個々に判断する理論であるから、個人の民事上の権利を尊重することを大前提とする⁽⁶³⁾。他国法であれ個人が権利を得たのであれば、これを既得権として自国でも尊重するということがなければ、法律の抵触は起こりえない⁽⁶⁴⁾。

(63) ボアソナード顧問は「(法典実施延期意見の) 過半はただ英法もしくは米法のみを学びたる弁護士にして」、「不満を抱くゆえんのは果してその学ぶところに偏するものにあらざるなきや、新法実施の暁にいたらばさらにこれを研究せざるべからざるをもって不快とするもの」と批判した。重要な点は、ボアソナード顧問が自然法思想に立っていたことである。同顧問によれば、旧民法典の施行の反対者は「自然法はわが憲法とは併立すべきものにあらざり」、「けだしわが憲法によれば人民の権利はことごとく天皇に付与したまえるもの」と批判するが、従来の日本のように「法律不完全なるも、法典いまだ施行せられざるをもって現時なお法律の不完全たるを免れず」という事情であり、「人民の訴訟はなおこれを断ぜざるをべからず」、「これを断ぜんとするも慣習の不足なるのみならず往々古来日本においていまだかつて見ざるところの訴訟事件の生じたるがゆえに、裁判所は自然法すなわち道理により正当と認める準則を基礎として訴訟を断定せざるべからず」とし、旧民法を「自然法の最良の明文」であるとした(ボアソナード(森順正訳)『新法典駁議辨妄』(明治25年))。

(64) 国際私法で一般に「既得権」というと英米法の国際私法にいう *vested right* が想起されるが、英米法上の既得権は、自国外の法令・裁判で得られた権利を国内で認める場合にコミティ (*comitas gentium*) とともに使用される概念であり、国外で得られた権利は、そのままでは自国内でなら効力を有することはなく、この権利が自国内で効力をもつためには、自国がこれを認めるというプロセスを必要とする。一方、民法草案人事編とローラン草案および一般にフランス・ベルギー法にいう「既得権」は、いったん人が権利を獲得した場合には、どこであろうとそのまま権利として有効であるとするので異なっている。フランス・ベルギー法の既得権は人に付いて回るという意味で属人主義に立っており、ローラン教授の思想を論じて、エケルマン助教授は、既得権概念には英米法の属地主義的概念とフランス法の属人主義的な概念があり、峻別されるとしている (Marc Ekelmans, "La théorie des droits acquis et son influence en droit international privé belge et français", *supra* note 40, p. 735)。フランス・ベルギー法によれば、人には既得権があるから、自国法と外国法が抵触する場合の処理を要することになる。英米法のように人が有する権利も自国で承認されない限り認められないという属地的処理をとれば、自国法と外国法が抵触することはない。

ここでローラン教授は、国民の権利または私権と私益という概念を使っていることに注意すべきである。すなわち第5条で「立法者は、社会の公益を規整する権限により私益を損なっても、法律を改正することができるが、この権限も国民の既得権 (*les droits acquis des citoyens*) を損なうことはできず、公安を理由としてもその領域にある権利を奪うことはできない」、第7条で「法律が公益 (*un intérêt général*) を目的とし、個人が私益 (*leur intérêt particulier*) しか主張できないときは、裁判官は法律を過去にさかのぼって適用しなければならないから、公法は遡及する」と規定した。ローラン教授は「国民の権利 (*les droits des citoyens*) と私益 (*leurs intérêts*) を峻別しなければならない。立法者の役目はつねに社会の一般利益に注意することである。そのためには利益を調整することができ、これは権利ではなく義務である。公益が私益に譲歩するようでは社会は存在できず、立法者は私益を損なおうと、この役目を果たさなければならぬ。したがって立法者は法律を改正することができ、またそうしなければならず、それでこそ社会を進歩させよう。立法者が私益を前に逡巡しては進歩しない」と説明した⁽⁶⁵⁾。

熊野参事官が起案した民法草案人事編・法例第3条は「社会ノ公益ヲ主タル目的ト為ス法律ハ各個人ノ私益ヲ害スルニ拘ラス遡及ノ効力ヲ有ス」と規定し、その第4条は「社会ノ公益ニ関スル法律ト雖モ各個人其身分又ハ資産ニ付既ニ獲得シタル私権ヲ害スルコトヲ得ス」と規定した。熊野参事官は『民法草案人事編理由書』で第4条（個人の身分・資産に関わる既得権の侵害の禁止）について、「各人の社会に棲息するはその権利を確保せんがためにして

(65) ローラン草案第6条は「法律が明らかに個人からその領域にある権利を奪うとしても、裁判官は法律を適用し、その旨を司法大臣に通知しなければならない」と規定し、これは個人の領域の権利を損なうことができるように読むことができるが、民主主義国家の立法権者は憲法の許す範囲内でいかなる法律も定めることができ、裁判官は法律を適用する義務があり、新法を遡及させ私権を損なうという問題は、司法官の権限ではなく、立法権者の権限であることをいうものと理解する。

これに優るの公益あらざればなり」とし、「既得権」とは「資産を組成するにつき称するところにして所有権は直接または間接に新法をもってこれを剥奪するを得ずと云うに在り」とし、「個人の資産中に入り，他人の力をもって左右するを得ざる権利をいう」として所有権をいうとともに、「フランス裁判例によれば既得権の思想を推广し，人の身分にまでこれをおよぼし」，「身分に関する権利は吾人の為め最も貴重なるもの」であり，民法草案・人事編第5条は「身分はその獲得に必要な条件の完備したること，また資産を組成する権利はその原因を生ずる行為の完結したるときは，その権利の未必にかかるるときといえどもこれを既得権となす」として，所有権だけでなく，身分についても「私権」，「既得権」があるとした。

ベルギー改正新草案は「既得権」ということばを使っていない。しかし、「既得権」の考え方を放棄したのではなく，個々人の権利のうちなかが私権，既得権であるかを判断することは「原則上の難題に非ずして適用上の難題」であって「裁判官の領分」であり⁽⁶⁶⁾，条文を置かなかったのであって，既得権の考え方はローラン草案と同様に生きていた。旧法例にも「私益」，「既得権」，「私権」はないが，起案者の考え方のなかに定着していた。

しかし明治31年法例には，「私権」や「自然権」の考えはなかった。

村田保議員は明治25年の法例の実施延期法案の提案者であるが，法案理由で「(旧法例には) 条項中，不穩當なところなしとせず，そのはなはだしいきところを挙げれば，これら法典はこのまま実施すれば第一に倫理をみだすおそれあり，第二に慣習と相反し，国家の秩序をやぶるおそれあり」と述べている。なかが「不穩當」，なかが「倫理をみだす」のか不明であるが，国家の立法権によっても損なうことができない「私権」が「国家の秩序をやぶる」ことを懸念したと考える。また穂積委員は「フランス民法は自然法学説の果実」であり，個人の権利を極端に尊重するが，わが国は「人民の生命，身体，

(66) 「法例に関するベルギー民法審査委員会報告」を参照。

財産、榮譽、自由は皆な君主の許容によりて之を許容するものと心得、毫も之を己れの権利なりと思惟する感情とはあらざり」、人に固有の権利があるとは考えていなかった⁽⁶⁷⁾。「権利なる思想は協同團結なる觀念よりは寧ろ各個獨立の觀念をいい表すもの」で、「社会元始の結合には寧ろ害」があり、それよりも「服従若くは義務等の思想は一致團結には最も肝要」なのである⁽⁶⁸⁾。自然権の思想は「抑も佛国法律の社会なり觀念を以て基礎」としており、これは「我国體に適せざる法理」であつて、わが国に移植すれば弊害が生じるとされた⁽⁶⁹⁾。国民国家の建設に障害になることが懸念されたのである。穂積委員はわが国固有の風習を重視し、祖先の崇敬を社会の發展の要諦とし、「人民の身分の定まるのも祖先が本になって居る」とし⁽⁷⁰⁾、フランス民法は「自然法の理論により、純然たる個人主義に基づきて編制」されたもので、このような「個人主義の法典と社会の現状との間に大なる距離を生」じ、「今世紀中に（注：19世紀中）必ず民法全部の修正を為すに至る」と断じていた⁽⁷¹⁾。なにが原因か分からないが、フランス法を嫌悪したようである。

(67) 穂積委員は、人の氏名について「氏族の出自を明らかにし、姓氏を明かにするは治国の要」と記す（「祭と法」『穂積陳重遺文集第四冊』554頁）。穂積委員の理解では人の氏名は公的要請によるもので、自然権思想と相容れない。オーベール教授は、氏名に公的側面があることは否定しえないが、なによりもまず、氏名は人の権利であるとする（Jean-Luc Aubert, *Intriduction au droit*, 11e éd., 2006, p.203）。

(68) 穂積委員は、「我邦人民は殊に司法上の権利の感想に乏し」かったとしている（穂積陳重「権利の感想」『穂積陳重遺文集第二冊』46頁（初出は明治21年10・11・12月法協55・56・57号））。

(69) 穂積委員は、「各法律学校に於て民法草按の講義を聴かると、諸君は必ずその法例第三条および第四条において、社会の公益なる語あるを觀ん。またその第二十條において社会の権利なる語あるを知らん。おもうに、これらの綺語は、往々フランス法学者の議論に於て觀るところなれども、然れども法律の正文としてこれを掲げる者ははなはだ少な」いので、「これらのフランス史に胚胎したる法律思想は、果してわが国の法典の正文として掲げ得べきか」としている（「英仏獨法律思想の基礎」『穂積陳重遺文集第二冊』166頁（初出は明治22年11月法協68号））。

(70) 「祭祀と法律」『穂積陳重遺文集第二冊』314頁（明治29年著述）。

さらに象徴的なのは、法典調査会における明治30年12月1日の第2回の法例議事⁽⁷²⁾での「身分」に関する議論である。修正後の法例案を起案した穂積委員は「既成法例(旧法例)はこの第3条第1項に『人の身分および能力はその本国法にしたがう』こういう規定になっております。本案におきましては『身分』という字を省いて直ちに『人の能力は』云々と致しました」と説明している。これは「昔は身分というものが公法上私法上におきましてほとんど社会的諸関係の基本となって」いたが、「だんだん社会が進むにしたがって身分を根拠とするよりは各人の意思または契約等によって社会的諸関係をきめていく」ようになったから、「身分」という語を省いたと説明した。「身分」を「階級」や「士族平民」と理解したのである⁽⁷³⁾。これに旧法例の起案にあたった磯部検事が疑問を呈し、「身分」を「例えば相続人たる資格、戸主たる資格、夫たり婦たるの身分、父たり子たる身分または契約取引を為すの能力等に関する法律は一個人を支配する法律にして一国を支配する法律にあらず」と説明する。議論はしているが、実はかみ合っていない⁽⁷⁴⁾。磯部検事

(71) 「仏蘭西民法の将来」『穂積陳重遺文集第三冊』9頁(明治37年の講演録)。フランス民法典は制定以降頻繁に改正されているが、基本的骨格は維持されている。

(72) 明治26年7月4日の第三回法典調査会で民法の構成について説明があり、磯部検事は新法案では編成が大きく変わり、旧民法では人事編にあった「住所」、「失踪」が、民法総則に移されたことについて、「住所とか失踪とかいう事柄は一人の人の身分について起こる事項でありますから、ただ権利の享有とか人とかいうような事柄を、「ことごとく総則に入れ」るような改案を批判し、さらに「人の所有権を自由に処分するという事柄で、法律上上げの秩序を害するとか、あるいは一般の風俗を害するとかいうような場合において所有権の処置を禁ずるほかに民法の力をもって所有権の使用を禁ずることがあるかどうか、これはほとんど政治上の問題であってひとり民法一部の問題ではない」としている。磯部検事は人の権利能力、人の所有権は一種の自然権であって、私法で制限されるものでないという。

(73) 「人の身分」(*l'état des personnes*)とはたとえば成人年齢である。従来成人年齢を21歳としていたが、あたらしく23歳と法定した場合、22歳の者は成人から未成年に戻されるのかという問題である。

にとっては身分や能力は私権であり⁽⁷⁵⁾、公権力も侵害できないものであった⁽⁷⁶⁾。

熊野委員、磯部検事の考えの背後にはローラン教授の思想がある。ローラン教授にとって、「人とは権利の主体」であり、「社会の利益も個人の権利を損なってはならない」のである⁽⁷⁷⁾。ローラン教授の自然権思想の背後には、当然フランス革命の自由・平等の精神がある。一方、国家主義を前提とすれば、こうした急進的な思想も忌避されよう。その結果、わが国では自然権という

(74) 議論では穂積委員は「人ノ品格」ということばを使い、これは「人の身分」を意味するようである。

(75) 磯部四郎講義『前掲書』(注1)13頁。

(76) 木々康子さんは、刑事弁護制度をいち早く提唱し、また大逆事件の弁護を務めた磯部博士を「フランスで学んだ自由と権利の二本の太い柱を生涯揺るぐことなく貫いた」と評価され、ただ、「大逆事件後、日本の社会は何よりも『自由』『民権』を標榜するフランス思想を忌み嫌った」と書いている(木々康子「磯部四郎断章」平井一雄・村上一博『前掲書』(注13)13頁)。こうした傾向は大逆事件後というより、明治30年頃の穂積委員の修正にこの傾向がすでにあったように思われる。

(77) François Laurent, *Principes de droit civil*, Tome I (Bruylant, 1869), pp. 233, 357. ローラン教授は、「バンジャマン・コンスタンがいうように、社会の利益も個人の権利を損なってはならない」としている。コンスタンは「市民 (les citoyens) はすべての社会的・政治的権力から独立した個人の権利を有し、この権利を侵害する権力は違法である」と記している (Benjamin Constant, *De la souveraineté du peuple*, 1818)。さらにコンスタンは「思想の深遠、公正と目新しさで著名な著述家、ジェレミー・ベンサム氏は最近、権利の思想、とくに自然権の思想に反対している」とも書いている。穂積委員は、「英法の特質」と題する論文で「英法が実用的、自治的、徳義的の三特質を具備する」と述べ、「英国人の思想は佛人の如く一般的ならず、「佛人の如く理論的ならず」、「英国法は斯の如く実際と実用とに基づきて発達し、1800年の初に當り、この思想を哲学的に綜合すべき『ベンサム』を出だせり」、「実利を尊び、実益を重んじ、個々の事実に當りて徐に改善を図る保守的の民性は、『ベンサム』なる大思想家に依りて概括せられ」たとして(「英法の特質」『穂積陳遺文集第二冊』579頁(初出は明治36年3月法協21卷3号))、ベンサムを高く評価し、「『ベンサム』について英法を改善したる者は『オースチン』なり」としている。英国に学んだ穂積委員が自由思想家コンスタンを知っていたかどうかかわからないが、ローラン委員の思想とは相容れなかったといえよう。

概念は根づかなかった⁽⁷⁸⁾。わが国には法規分類理論の前提となる「私権」の尊重という考えがなかったから、法規分類理論を避けたことは無理からぬことであった。明治31年法例から「既得権」は消え、それとともに「私益」と「私権」を区別するという思想も一掃された⁽⁷⁹⁾。

法規分類理論の前提である地域ごとの法規の並立という事情は、わが国の徳川時代にもあった。幕藩体制のもと藩・天領に分化していたからであるが、法規分類の考え方はなかった。磯部検事は、徳川時代には「地方に牧民の官として兼て裁判権を施行したりき」、「人はこれを抜擢するに努めて地方の慣習を知らざるものを以てし奥の人をば九州に遣はし西国のひとは東国に任する等只管人性風俗に通せざる人をして支配せしむるを主義」が行われたと書いた⁽⁸⁰⁾。すなわち法律関係の当事者に権利義務はなく、施政者の判断によって法律関係が判断されたからである。穂積委員は「従来、わが国にありては普天の下、王土にあらざるなく、国内全土にわたって王臣にあらざるなく、人民の生命、身体、財産、榮譽、自由はみな君主の許容によりてこれを享有する」と述べた⁽⁸¹⁾。わが国徳川時代には人に既得権として認められる身分や資産がなく、当然、法規分類という法律抵触の処理も発展しなかったのである⁽⁸²⁾。

(78) クセジュ・シリーズの『日本法』に「日本では、法 (*le droit*) は安寧の保証である以前に、社会秩序に対するトラブルと不安定の種であった」とある (Jean-Hubert Moitry, *Le droit japonais*, 1988, p. 3)。これは法と権利を混同した誤解であるが、「法」(*le droit*)ではなく「権利」(*les droits*)であれば妥当するところもある。

(79) 明治31年法例の法案審議では、「私益」と「私権」を分けるという議論はない。明治26年5月12日の民法審査会第1回で梅委員は「既得権とは如何なるものかということは学者間の議論になっている」とするが、私益との関係を説明するものでなく、その後の明治30年以降の法典調査会でも議論はない。

(80) 磯部四郎『民法通論』(東京専門学校, 1893) 12頁。

(81) 穂積陳重「権利の感想」『穂積陳重遺文集第二冊』36頁。

(82) フランス法では、法を客体に関する法 (*le droit objectif*) と主体に関する法または主体の権利 (*le droit subjectif*) に分けて説明するが、穂積委員の考え方からは遠い。

(3) 国際私法観の違い

旧法例と法例の条文の違いは、ローラン教授と穂積委員の国際私法観の違いも映し出す。

穂積委員は「法律は一国内において相抵触するの理あることなし」とした。なぜなら「およそ二物の相抵触するには、必らずその物は同じ場所に存在せざる可からず。ゆえに二法は同時に同国に行はるるにあらざれば決して抵触すべきものにあらず」とし、法律は属地的に適用されることを主張し、法規分類理論を忌避した⁽⁸³⁾。法律の抵触について、「各種の名称中、法律の抵触なる名称は、国家主権の性質を誤る最も甚だしきもの」と批判する⁽⁸⁴⁾。法規分類理論は外国法も法律として受け容れることであるが、「従来学者の国際私法を論ずる者、概皆国家主権作用を誤りて、一国の裁判官は涉外訴件に於て他国の法律を適用するの職務ありとし、法律と事実との区別を誤りて、一国の法律は他国の法例にありては事実となることを知らず、法律に治外効果ありと信ぜり」として、外国法は法律の効力をもたないとした。旧法例については「我邦の法例（舊法例なり）の如きは、此原理を誤解して立案したるもの」

(83) 穂積委員は法規分類理論を十分に理解した上で、これを排除したようである。「英国に於ては、古來君主若くは議院は法律の淵源たること燎々火を視るより明かなり。而して、今や君主と議院とは共に法律の淵源たるは確乎動すべからざる大則となれり。夫れ然り、故に國家にの権力強盛となるに従ひ、主権なる思想は深く學者の腦裡に浸潤するに至れり。英國に於て主権なる思想を以て法律の基礎」であるが、それに対して「佛國法學者の民法を解するや、身分とは人の社會上の一なりと説き、婚姻、養子、財産、契約等の如きも皆之を以て社會の制度の做し、加之是等の事項は人類自然の性情に發起するものにして、國家の存否法律の有無を問はず苟も社會の成立する以上は必ず存在せざるべからざるものなりとせり」と述べている。すなわちイギリスではすべての法律関係は王権に集約されるが、フランスでは王権ではなく、「人類自然の性情」が個々人の権利の享有や身分、能力を付与するという自然権思想に立脚していると述べている（「英仏獨法律思想の基礎」『遺文集2』）。

(84) 「国際私法の性質を論ず」『穂積陳重遺文集第二冊』125頁。

であり、「或は外国の法律に従ふと云ひ、又は外国法を適用すと云ひ、我国法を適用するときは日本法を適用すと特書す」るのは「国法を以て我法境内に外国法の治外効果を認むるもの」、「我法例は、外国法の治外効果を認む」ことになり、「一国の法律は他国の法廷に於ては事実たるの効力あるに過ぎ」ず、「一国の法律は他国の法廷に於て法律たる効力なく、一々証明を要するものならば、内外交渉事件に二国の法律の抵触すべき謂れあることなし」とした。穂積委員にとっては法律の抵触はありえない⁽⁸⁵⁾。法例の修正案は欧州大陸の法律、法案を参照しているので、ここまで徹底した属地主義をとってはいないが⁽⁸⁶⁾、穂積委員の考え方はイギリスの国際私法観に近い⁽⁸⁷⁾。

一方、ローラン教授の国際私法は普遍主義に支えられている。個々の権利を定める民事法 (*droit civil*) は国内法であるが⁽⁸⁸⁾、民事法が抵触する場合に適用すべき法律を定める国際私法 (*droit privé international*) は国内法ではなく、国際法である⁽⁸⁹⁾。ローラン教授にとって国際私法は公法であって、国際的に統一されるものである。イギリスの国際私法は属地主義であり、「(その) 根本的な問題は、領地主権がその領土のすべての人と物に及ぶという思想にあり、これは封建制に根ざした理論である。領主はその領地のなかでは君主であるように、土地がその所有者に主権者の権力を与えるのである。すべて外

(85) 穂積委員は、「余(旧)法例を読む毎に、未だ嘗て此点に於て我立法者と意見を異にするを慨嘆せずばあらざるなり。抑も内外交渉事件に関し我法廷の適用する所ものは我国法なり。我法官の遵奉する所ものは我国法なり。内外交渉事件に於ては、唯其権利行為の外国に關係あるを以て、其身分、能力、資格、行為等にして、その本國法若しくは、行為地法等によりて適法なるや否やを知るが為に、其關係地法を事実として証明せしむるものなり。而して若し其關係者の身分、能力等にして、其本國法に依りて適法なるものなるときは、我法廷も之に因りて成立せる法律行為を有効なるものとす、是れ即ち我国法なり。而して其法律行為の効力あるは、亦唯だ我国法なり」、「之を要するに、謂はゆる国際私法なるものは、その法律の国際的なるに非ずして、其法律行為の国際的なるにあり。その法規の私法的なるに非ずして其法規の目的たる権利行為の私法的なるにあり。国際私法は涉外法律行為の効力を定むるは法廷地法なり」と述べている(「国際私法序」『穂積陳重遺文集第二冊』263頁)。

国の主権が排除されるのは、その所在地を越えては、外国の土地に主権が及ばないからである。したがって外国人は属人的な法律を主張することができず、属人法は存在せず、属地法しか存在せず、土地が主権者であるから、ある領地に足を踏み入れた者はそれだけでこの土地を支配する法律、あるいは

-
- (86) 旧法例の14条はその後の法例30条、現行の法の適用に関する通則法42条となり、旧法例15条は削除。この修正について、法例(明治31年法律第10号)の審議にあたった法典調査会・法例議事で、穂積陳重委員は「(法例草案27条が法例30条にあたる規定であり、この規定は)格別委しく説明致すことは要するまい」、旧法例第14条は「外国法に依るが為に日本の公の秩序又は善良の風俗に反するときは外国法に依らない、事柄が同じことであっても大変に旧法例のような書き方では不都合である。何にも言うてなければ悉く日本法律が当たるのが当たり前」、「刑法だとか公益事項だとか言うものばかりではない、また善良の風俗、公の秩序に反する、これだけに日本法を適用すると云うことは意味をなさない。一般に日本法を適用すると云うのが原則でありまして、この法例も即ち日本法を適用するのが原則である」と説明している(第6回明治30年12月10日)。また、旧法例15条について穂積委員は、15条の削除について「是は公の秩序又は善良の風俗に反する行為は不成立であるこの事柄はすでに民法第90条にも法律行為について書いてある」と説明している(第1回明治30年11月29日)。
- (87) 明治30年11月29日の法典調査会・法例議事第1回で、穂積委員は法例案2条(慣習の効力)について、実定法を優先するが、慣習の補充的効力を認めざるを得ないので、これを認めると説明している。習慣をそれを生み出した民衆が自発的にしたがる法規範とするフランス法の理解と大きく異なる。
- (88) 民事法とはたとえば、既婚婦人の行為能力や婚姻年齢、相続権者の範囲、相続動産の範囲、動産・不動産上の所有権の内容などの実質規定をいう。
- (89) ローラン教授は『国際民事法』の冒頭の「国際私法はあるか」、「民事国際法と人々の法」という項目で、「国際私法は国際公法あるいは萬民法(*droit des gens*)の一分肢」であるとす。「国際私法が各人民を支配する民事法と異なるのは、様々な国家の法が問題だからである。人々の法は、少なくとも理論的にはすべての人々に同一である」、「(法律の)抵触を解決すべき規則は法律がさまざまであろうと、同じであるべきであり、同じでなければならない。この一体性こそ国際私法が目指すものである。この一体性は実現可能か。この疑問は重要である、なぜなら国際私法の形成、国際私法の存在そのものに関わるからである」としている(Laurent, *supra* note 60, p. 9)。François Rigaux, "Rapport de synthèse pour une relecture de François Laurent," *supra* note 40, p. 663.

その地の法律に服することになる」と属地主義的な国際私法を批判している⁽⁹⁰⁾。

もっとも国際私法が国際的に普遍的とは「ユートピア」であることはローラン教授も自覚していた。しかしそうであっても国家間で条約 (*traités*) を結ぶことによって、国際私法が統合されることを期待したのである。ここにローラン教授の理想主義を見ることができる。これはローラン教授だけの考え方ではなく、時代の潮流であったように思われる。マンチーニ⁽⁹¹⁾、ブルンチュリー⁽⁹²⁾、ダドリ・フィールド⁽⁹³⁾などを創立メンバーとして、1873年に万国国際法学会 (*Institut de droit international*) が設立された。設立地はローラン教授が教鞭をとっていたヘントの市役所である⁽⁹⁴⁾。同学会の「国際条約によって国際私法の統一を図る」(1874年ジュネーヴ大会決議)という精神をローラン教授は共有していたに違いない。またその数奇な生涯も影響しているよう⁽⁹⁵⁾。同教授はルクセンブルグ生まれのフランス人、その後オランダ国籍

(90) ローラン「前掲論文」(注27)84頁参照。レネ教授は、ベルギー改正新草案第4条に関する分析で「改正委員会は、『国際礼讓理論を拒否し、外国法の適用を譲歩としてではなく、法律概念の必然的結果として認める』こととし、人の身分と能力についてフランス法の考え方を採用した」と評し、またローラン教授が英米の国際私法理論に対して加えている批判を取り上げている (Lainé, *supra* note 33, pp. 46, 50)。

(91) Pasquale Stanislao Mancini(1817-1888)はイタリアの法学者、ナポリ、トリノで国際法を講じ、1861年のイタリア統一後、国会議員となり、1876年から1878年まで司法大臣、1881年には外務大臣を務めた。属人法主義者とされ、ローラン教授とは意見が近い。

(92) Johann Kaspar Bluntschli(1808-1881)はスイス生まれの法学者で、ハイデルベルク等で教鞭をとった。ニス教授はブルンチュリー教授とローラン教授の間に親交があったとする (Nys, *supra* note 22, p. 422)。

(93) David Dudley-Field(1805-1894)はアメリカの法学者。『国際法典草案』(Draft. Outline of International Code, 1872)を発表している。

(94) この考え方はサヴィニーのいう「法の共同体」の構想の系統にあるのではないか。わが国ではパテルノストロ顧問は意見書「国際私法上イタリア民法の規定に関する報告書」第一で「大家サヴィニー氏はすでに昔時にありて各地方法律の抵触につき萬国において一般の法律を採用せんことを願望せり、この願望は爾來、各国のもっとも高名なる法学家の演述せるところ」であると述べている。

になり、その後ベルギー国籍となっている。自身の都合ではなく、すべて国家の変遷によるものである。「国際政治は住民を土地の付属物のように処理している、いつになったら国民の主権に道を譲るのだろうか」と書き⁽⁹⁶⁾、「わたくしには数年間、法律上の祖国がなかった。神が開かれ賜うたこの大地で、人がエトランゼであろうはずがない。法と現実の矛盾は人間の過去と未来を考えさせる。ある国の民はなぜほかの国ではエトランゼとされるのか。なぜ世界は敵対する国家に分れているのか。兄弟として生まれながら、国境は人々を分け、敵対する。いつ人類は家族となるのか」と書いている⁽⁹⁷⁾。この述懐はおそらく心情の素直な吐露であり、こうした経験が国際主義、理想主義に導いたものであろう。

一方、イギリスに学びオースティンの法実証主義の影響を受けた穂積委員には、万国普遍の法律などは理解しがたかった。穂積委員は「近世ベルギーにおいて『ローラン教授』なる有名な民法学者ありて、1880年に『国際民法』(*Droit civil international*)なる一書を著」しているが、「『シヴィル、ロー』(*droit civil*)とは国法若くは国民法に義なり。然るに之に『インタルナショナル』なる国際の字を冠するは、固と連絡する能はざる文字を以て組成せる名所な

(95) 19世紀初頭の欧州大陸は国民国家の形成時代であり、ローラン教授が生れた当時のルクセンブルグはその荒波のなかにあった。ローラン教授は「私は国際政治の犠牲者である。外交が領土取引に手を出すときに、人は異議を申し立てることが許されるべきである。第一ナポレオン帝政の支配するルクセンブルグに生まれ、生まれついたときはフランス人であった。1814年に征服されて今度はオランダ人になった。1830年にベルギー革命によってベルギー人となったが、(オランダに服していた)ルクセンブルグでは依然としてオランダ人であった。こうした重国籍状態が1839年までつづいた。ベルギーからの分離協定により、ベルギー人ではなくなり、ベルギーでの公職にあったことから、同時にオランダの国籍を失い、しばらくは無国籍になった。その後、私はまたベルギー人とされるようになった。つまり四度国籍を変えたのであり、これは自ら望んだことでもなく、また知らなかったこともある。

(96) Geert Baert, Francois Laurent : *Zijn leve, zijn tijd en zijn strijd*, *supra* note 40, p. 17.

(97) ローラン教授の著書『法制史研究』初版第1巻の冒頭を参照した。

るを以て、字義上の撞着あるを免れず」と書いている。穂積委員にとっては「国際私法は法律」、「一国のみ行はるゝ法律」であり⁽⁹⁸⁾、国際民法などという名称は言語矛盾なのであった。またローラン教授が時の政権と対立したことを知っていたら、さらにその理想主義に怖気をふるったかもしれない。

(4) 結語

ローラン教授畢生の草案もまた、その後の改正新草案も、結局、成立しなかった。それに対し、わが国ではローラン草案とベルギー改正新草案の基調であった思想を排除した法例が成立・公布されて、わが国の国際私法の成文法として長く機能した。

では、ローラン草案と改正新草案がベルギーで成立しなかったのは、自然権的発想があったためかということ、そういうことはなく事情はもっと散文的である。

ローラン教授の理想主義・自由主義ゆえである。1856年、同教授は『萬民の権利と国際関係の歴史 (Histoire du droit des gens et des relations internationale)』第4巻を発刊し、ここでキリスト教会史をとりあげ、カトリック教会が19世紀の時代にもドグマに支配されていると厳しく批判した。これにカトリック教会が怒り、ローラン教授を監視するようになったが、これにひるまずに、さらに1858年には『教会と国家 (L'Église et l'État)』を刊行し、国家からのカトリック教会の影響の一掃を主張した⁽⁹⁹⁾。1879年にローラン教

(98) 「国際私法の性質を論ず」『穂積陳重遺文集第二冊』(穂積奨学財団出版) 128頁(初出は明治22年7月・法理精華第13号)。また「前人の国際私法を説く、多くは之を国際法の一部」とするが、「余謂らく此説誤れりと。夫れ国際私法は其規定の国際的なるに非ずして其規定せらるゝ法律行為の国際的なるにあり、而して其法律行為の有効無効を定むるの法は、唯だ一国の法あるのみ」と述べ、「一国の法律は他国の法廷に在りては事実なり、固より法律たる効力を有せず」としている(『国際私法序』『穂積陳重遺文集第二冊』257、262頁(初出は明治25年5月・法協10巻5号))。

(99) Nys, *supra* note 22, p. 411.

授に民法典に委嘱をした時の政府は自由派であった。オランダとの比較劣後
を恐れた当時の政府は、ローランの理想主義に賭けたのである。しかし1884
年6月16日に選挙が行われ、政権は自由派からカトリック保守派に移った。
ローラン教授がカトリック教会を厳しく批判したつけはこのときに払わされ
たのである。保守派は理想主義者に仕返しをしたのである。

ベルギー改正新草案が成立しなかったのもその思想のゆえではない。政治
家が独自の民法典の制定という考えに興味を失ったのである。フランス民法
典百周年の1904年にブリュッセル大学ハンセンス教授は次のように記してい
る。すなわち「諸外国同様、ベルギーでも最近、議員の質が低下している。
過去20年に成立した法律はかれらの法知識が嘆かわしい状態にあることを浮
き彫りにする」、「このような状況下、民法典改正委員会の改正草案が上程さ
れ逐条審議されたら、草案の論理、一貫性、精神が失われたであろう」と⁽¹⁰⁰⁾。
民法が国民の社会生活の基盤であるといっても、制定・改正は地味な作業で、
政治家の関心を呼んだりしない。

ローラン草案も改正新草案も成立せず、国際私法について、ベルギーでは
判例で対処してきた。国際私法が立法化されたのは2004年である⁽¹⁰¹⁾。フラ
ンスにいたっては、民法典に個別に規定を設け、いまだにわが国の法の適用
に関する通則法のような法律はない。

(100) Eugène Hanssens, "Le code civil en Belgique," *supra* note 29 p. 684.

(101) ベルギーではようやく2004年7月16日法律で国際私法が制定された(施行は同年
10月1日)。これは国際裁判管轄権、外国判決の承認・執行と抵触規定(国際私法)
を包括する140条におよぶ法律である。この法律が制定されたため、従来のベルギー
民法典(1804年フランス民法典を継受)3条(抵触規定)は廃止。また民法典1条(公
布)は1949年12月15日法で廃止され、4条と5条(裁判官の義務)は1967年10月
10日私法法典により廃止されたが、2条(法律の不遡及)、6条(公序良俗に反する
契約の無効)は依然、存続している。2004年法の詳細については、複数人の寄稿によ
る *Le nouveau droit international privé belge*, *Journaul des tribunaux*, 12 mars 2005 (no.
6173), p. 173 を参照。

旧法例から法例に改変されたのは、穂積委員とローラン教授では、自然権と国際私法の二つの点で考え方が正反対であったからである⁽¹⁰²⁾。さらに時代の変化も影響した。明治20年代から30年代にかけて、列強は世界制覇を争った。わが国の明治30年代は、維新当時の混乱を終息させ、法典編纂の目的であった不平等条約の解決にもめどが付き、欧米列強の帝国主義的進出を目前にして、あらためて国家の結束を必要としたのである。ボアソナード顧問もカーキード顧問もすでに帰国し、明治31年の法例の起案に対しては外国人顧問に意見を聞くこともなく、おそらく各方面に意見を求めることもなかったであろう。旧法例と明治31年の法例の時差は、わずか10年にすぎないが、このあいだにわが国を取り巻く状況は大きく変化したのである。

自然権の考え方はわが国には根付くことはなく、また国際私法は国内法であるとの説が通説である。この意味で今やローラン教授の思想はわが国には縁遠い。しかし一国主義は容易に排外主義に墮し、国際的な人の移動や物流を阻害する。国家の存在根拠が、穂積委員がいうような国民への服従や義務の強制であってはならない。自然権と国際主義を主張するローラン教授は夢想家あるいはドン・キホーテ的な法律家であるが、その夢は筆者には魅力的である。

(102) 民法の実施断行・延期論争については、フランス法学派と英米法学派の対立、自然法派と歴史法学派の対立という見方がある。星野博士は「論争は主として法典人事編の近代家族法的性格をめぐって展開した自然法学・歴史法学派の学說的抗争の感」が深く、同時に「個人主義・自由主義と国家主義・伝統尊重主義のイデオロギー的相剋でもあり」、「感情的喧嘩でもあるというきわめて複雑な性格の論争であった」としている(星野通編著『復刻増補版・民法典論争資料集』(日本評論社, 2013) 7頁(1969年初出)。法例の編纂をめぐっても同様の事情があったのである。

La codification du droit international privé au Japon:

- les effets du projet de la révision du code civil en Belgique et son effacement -

Kohari Yoshiaki

Sommaire

La première législation du droit international privé au Japon est l'*Hôrei* de l'année 1890 ou le 23ème année de l'ère de Meiji. Ce loi d'*Hôrei* avait son avant-projet, dit "*Minpô-sôan*", qui était rédigé sur la base du projet de révision du code civil belge de l'année 1882 de Professeur François Laurent, un grand civiliste luxembourgeois-belge. Après les consultations auprès les milieux judiciaires sur cet avant-projet, la loi d'*Hôrei* était codifié sur la base du projet belge de l'année 1887, qui a remplacé le précédant de Professeur Laurent et était considéré comme le projet de ce genre le plus récent à cet époque. Par conséquent l'*Horéi* de 1890 est sous l'influence évidente de droit franco-belge. Mais le conflit agissant la mise-en-vigueur du code civil japonais publié en 1890 est éclaté en 1892 et ce fait amène également le retardement de la mise-en-place de l'*Hôrei*. Le gouvernement a confié la tâche de modification des deux lois (code civil et le droit international privé) aux personnes de nouvelle génération formée par l'autre tradition juridique, qui n'ont pas modifié, mais ont changé complètement les dispositions de l'*Hôrei* de 1890. Ce nouveau *Horéi* était publié en 1898 et reste valable jusqu'à 2006 où la nouvelle loi du droit international privé japonais est adoptée. La vie de l'ancien *Hôrei* était sous de mauvais auspices.

D'ici, on doit se demander pourquoi la loi du droit international privé avait le même destin que le code civil japonais. Et aussi la raison du choix des projets belge comme le modèle est à clarifier. Mais le problème le plus grand est la raison du changement complet du texte.

Dans cet article, l'auteur essaie de montrer d'abord la raison pourquoi l'*Hôrei* et le

code civil japonais avaient le même destin. Et puis il va dire la raison du choix du projet belge. Les lecteurs vont réaliser, avec la table de comparaison des textes de deux pays, la similitude entre le *Minpô-sôan* suivi par l'ancien *Horéï* et les projets de révision du code belge. Pour répondre à la question la plus grande et finale, l'auteur dira que la théorie du statutaire, qui se fait la base des projets belge, était, à l'époque de rédaction, déjà démodée. D'ailleurs au Japon il n'avait pas de conditions indispensables pour la réception de ce théorie. Mais la raison plus importante se trouve ailleurs. Le rédacteur du nouveau *Hôreï*, Docteur Nobushigé Hodumi, un juriconsulte de l'école anglaise et un protagoniste de *legal-positivism*, méfie les idée des droits naturels, tandis que les rédacteurs de le premier *Hôreï*, Docteur Toshizo Kumano et Monsieur Shiro Issobé sont tous les deux anciens étudiants de faculté de Paris. Docteur Hodumi était plus incliné à donner de plus de poids à l'intérêt national. L'inspirateur de l'ancien *Horéï*, Professeur Laurent a cru que le droit international civil est universel. Mais l'environnement mondial politique s'est évolué pour plus unilatéraliste.